

博士論文

「自治体事業における公私協働の組織法的研究」

一橋大学大学院法学研究科

博士後期課程

宮森征司

目次

はじめに 問題意識および構成

第1章 ゲマインデによる事業活動にかかる基本的枠組

第1節 ゲマインデの事業活動の歴史

第2節 混合経済企業の組織法的位置づけ —憲法論との関係において—

第2章 自治体事業の公私協働に関わる法的枠組み

第1節 経済的企業と非経済的企業の区別

第2節 組織形式選択に関する裁量権行使

第3節 影響力行使義務とその手段

第4節 ゲマインデ法と会社法の衝突

第5節 小括

第3章 個別領域における検討

第1節 公私協働に適した組織形成のあり方

第2節 電力領域における公私協働

第3節 文化芸術領域における公私協働

終章 結語

はじめに 問題意識および構成

1 問題意識

(1) 公私協働論の現況

わが国の行政法学における公私協働論は、様々な観点に基づいて議論がなされてきた。もつとも、一言で公私協働といっても、論者によって公私協働の問題を捉える視点は多種多様であり、それに伴う形で、その議論の方法・内容は、ますます複雑さを増しているように思われる。

そこで、まず、わが国の公私協働論の先行研究の到達点と、それらによって提示された重要であると思われる視点について確認すると、大要、以下の四点にまとめられる¹。第一に、公私協働とは何かというレベルでの議論がある。そこでは、①協働は何のための観念かというそもそもの課題から、公法学において協働論を論ずることの意味を明らかにすること²、②参加などその他の概念との異同から協働の概念を明らかにすること³等が試みられている。

第二に、国と私人の法的性格の差異を意識した上で、公私協働の要素をもつ制度・現象を類型化し、国が公私協働に対して果たすべき「責任 (Verantwortung)」の内容を理論的に明らかにしようとする立場がある。具体的には「私行政法」、「波及的正統化責任」、「責任配分」等の諸概念を手掛かりに議論が展開される⁴。

第三に、「多元的協働」と「分担的協働」を対極に位置する概念として位置づけ、前者を実現するための法理の探究に焦点を当てて、多者の協議の場をいかに制度化すべきかなどについて論ずる立場がある。第四に、公私協働を実現するための法形式 (契約、組織など) に着目し、それぞれの法形式に対応した法理の探究の必要性を指摘する立場がある⁵。

第四に、公私協働を実現するための法形式 (契約、組織など) に着目し、それぞれの法形式に対応した法理の探求の必要性を指摘する立場がある⁶。

(2) 課題

¹ 日本の公私協働論の議論状況の全体的な傾向については、塩野宏「行政法における『公と私』」同『行政法概念の諸相』(塩野宏、2011) 95 頁以下、斎藤誠「地域協働と行政法」同『現代地方自治の法的諸相』(有斐閣、2012) 492 頁以下を参照。

² 紙野健二「協働論の方法、論点および課題」岡村周一・人見剛編『世界の公私協働—制度と理論』(日本評論社、2012) 289 頁以下。

³ 山田洋「参加と協働」同『リスクと協働の行政法』(信山社、2013) 27 頁以下。

⁴ 山本隆司「公私協働の法構造」碓井光明ほか編『金子宏先生古稀記念 公法学の法と政策 下巻』(有斐閣、2000) 535 頁以下、板垣勝彦『保障行政の法理論』(弘文堂、2013) 89 頁以下。

⁵ 大久保規子「協働の進展と行政法学の課題」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想 I』(有斐閣、2011) 223 頁以下。人見剛「世界の公私協働の諸相」前掲書注 2) 299 頁以下は、多元的協働と分担的協働の区別が、自身の提示する「市民協働の公私協働」と「市場・行政主導の公私協働」の区別に対応するものとして捉えている。

⁶ 金海龍〔訳・李孝慶〕「韓国における公私協働の現況と改善課題」前掲書注 2) 248 頁以下。

しかしながら、筆者が見る限り、従来の日本の公私協働論については、抽象的な議論の展開にとどまり、詳細な理論構成や法解釈論に結びつくような形での議論が必ずしも十分に展開されてこなかった部分があるように思われる。すなわち、先行研究においては、公私協働に対して国家が果たすべき責任についての指摘はなされているものの、国家ないし私人が、いかなる内容の責任をいかなる手法で果たすべきか、そして、関連する法制度はどのように設計されているか（又は、どのように設計されるべきか）、という課題についての解答の指針は必ずしも具体的には示されておらず、このような議論の展開が、今後、求められるといえよう⁷。

このような議論の具体性という観点からこれまでの議論を検討するに、損害賠償責任負担に係る国家賠償法の解釈上の問題⁸、公私協働契約⁹に関する問題などについては、比較的、具体的な議論の進展が見られる。しかし、言うまでもなく、公私協働という現象に伴って生ずる行政法学が取り組むべき問題は、救済制度による処理や、契約によるリスクの調整といった局面に限られない。公私協働論においてもガバナンスのあり方が行政法学の取り組むべき重要な課題であると認識されていることにかんがみれば¹⁰、組織法¹¹や規範の協働¹²といった観点も含め、具体の法制度に即しつつ、具体的な公私協働論を展開していく必要がある。

2 本論文のアプローチ

上に述べた問題意識を前提として、本論文は、公私協働の問題について、「自治体」の「事業」について、「組織法」の観点から、考察することを試みるものである。以下においては、このような形で、本論文が取り組むテーマを設定した理由について述べるとともに、本論文の研究対象を明確にするための視座の設定を行う。

第一に、「自治体」に研究対象を限定したのは、日本における公私協働の形成の具体の状況を見た場合、自治体における公私協働の特に政策面における形成の必要性が指摘されて

⁷ 山本隆司教授がドイツ法から紹介をする「私行政法」や「波及的正統化責任」（山本隆司「日本における公私協働の動向と課題」新世代法政策学研究 2 号（2009）207 頁以下）の具体的内容を明らかにしていくことが求められているといえる。

⁸ 米丸恒治「行政の多元化と行政責任」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想Ⅲ』（有斐閣、2008）305 頁以下。

⁹ 岸本太樹「公的任務の共同遂行（公私協働）と行政上の契約（1）～（4・完）」自治研究 81 巻 3 号（2005）91 頁以下、同 6 号（2005）132 頁以下、同 12 号（2005）111 頁以下、82 巻 4 号（2006）126 頁以下、同「公私協働促進法の制定とドイツ協働契約論の新展開（1）、（2・完）」自治研究 86 巻 3 号（2010）88 頁以下、同 86 巻 4 号（2010）60 頁以下。

¹⁰ 山本・前掲注 7）302 頁以下。ガバナンスに関する主要な研究として、木村琢磨『ガバナンスの法理論—行政・財政をめぐる古典と現代の接合』（勁草書房、2008）。

¹¹ 関連する論考として、薄井一成「行政組織法の基礎概念」一橋法学 9 巻 3 号（2010）186 頁以下。

¹² 関係する論考として、山本隆司「現代における私法・公法の〈協働〉」法社会学 66 号（2007）16 頁以下。

いる反面、国レベルにおいて具体の個別法の枠組みの内部における公私協働のあり方に関する法的な議論に若干の進展があるのとは対照的に、具体的な進展が見られないことである。このことは組織による公私協働論の重要な研究対象であり得る第三セクターが政策の失敗の対象として評価されるあまりに、十分に公私協働の観点からの検討対象とされていないことに、端的に現れているように思われる。

第二に、「事業」に着目する理由について。従来、わが国における公私協働論の主戦場は、公的主体が私的主体に公権力の行使の遂行を委ねるという局面であった。もちろん、1で述べたように、公私協働の問題を考察する際の視点のあり方としては、学説上、さまざまな立場が提唱されてきているが、理論的な枠組みの形成という観点から見た場合、これらの議論は、必ずしも十分な進展を見せていないように思われる。本論文においては、このような学説の状況にかんがみ、事業における公私協働という視角を用いることにした。公私協働を、公的主体と私的主体が密接に協力し合い、共に一つの目的を遂行する活動のあり方であると素朴に捉えるならば、「事業」の実施のために公的主体と私的主体がいかに協働するかという局面にこそ、公私協働を検討する必要性が認められると思われる。

第三に、「組織法」の観点から検討を行う理由について。上に述べたように、公私協働を素朴に捉える立場からすれば、別個の主体同士が協働関係を形成する契約による公私協働の観点とは別に、同一の組織内部において公的主体と私的主体が協働をする局面に焦点を当てることには意味がある。ちなみに、本論文では、公私協働の中から、私的主体が自身の法的地位を維持しながら公私協働による事業活動に関与する局面に、特に焦点を当てる。そのため、行政組織の内部において私的主体が参加する局面は、本論文の研究対象からは除かれる。

以上述べてきたテーマ設定の理由、検討対象の画定に基づき、本論文においては、わが国における公私協働に関係する法理論および法制度に関する新たな知見を得るため、比較法的研究の対象国として、ドイツにその手掛かりを求める。わが国における従来の公私協働論においても、盛んにドイツの議論が参照されてきており、上に整理した諸学説が提示する数々の視点の中にも、ドイツ法から示唆を得たものが数多くある。このことから、わが国における公私協働論を行うにあたって、ドイツ法を足掛かりとすることには、一定の合理性が認められよう。また、上記に設定した視座からドイツ法を見た場合、従来、わが国には紹介されてこなかったドイツ法の議論の特徴が見られる。本論文は、これらのドイツにおける議論に関する検討を行い、わが国の公私協働論への示唆を得ようと試みるものである。

3 本論文の構成

本論文は、「序章」と「終章 結語」を別として、3章から構成される。

まず、第1章においては、自治体事業に関する基本的枠組みについて、ドイツの基礎自治体であるゲマインデの事業活動の歴史と、ドイツにおける公私協働組織のカテゴリーであ

る混合経済企業に関する憲法上および行政組織法上の枠組みという、二つの観点から検討を行う。

次に、第2章においては、自治体事業の公私協働の前提となる法的枠組について、ドイツの各州で制定されているゲマインデ法の仕組みを主たる検討対象として、これに関係する学説上の議論や判例も素材として用いつつ、検討を行う。

その上で、第3章では、第2章までの検討の成果を前提として、公私協働の具体的な形成のあり方について、2つの各論領域（エネルギー領域と文化芸術領域）を取り上げて、個別領域における公私協働の形成のあり方に関する議論について、具体の事例にも触れながら、検討を行う。

終章においては、論文全体の検討の成果をまとめ、わが国における公私協働論への示唆を導く。

第1章 ゲマインデによる事業活動にかかる基本的枠組

第1章においては、ドイツのゲマインデ（自治体）における公私協働に関する議論を分析するための前提作業として、関連する自治体事業の基本的な枠組みを、二つの側面から、取り扱う。

まず、第1節においては、ドイツにおけるゲマインデの事業活動の歴史を振り返る。第2節においては、ドイツにおける混合経済企業の法的位置づけに関する議論を、憲法的、行政組織法的観点から分析する。

第1節 ゲマインデの事業活動の歴史

第1節においては、ドイツにおけるゲマインデの事業活動の歴史を振り返り、その事業活動の現実的展開、事業活動の法的・政治的・政策的な議論における位置づけについて、概観する。歴史的概観を通じ、第二章以降における検討において、現在のドイツのゲマインデにおいて公私協働がいかなる現象であり、かつ、それがどのように法的問題として認識されているかを分析するための、足掛かりを得ることとしたい。

以下、時系列順に、産業革命以前（1）、産業革命から第一次大戦まで（2）、第一次大戦からドイツ・ゲマインデ法の制定まで（3）、戦後（4）の四段階に区分して、ゲマインデの事業活動の歴史について、事業の展開、実定法上の制度、および学説の理論的状況等を概観する。

1 産業革命以前

ゲマインデの事業活動の起源は、古代における水や穀物の供給施設、下水道処理施設にまで遡る。原始的なムラ(Dorf)は、公有地(Allmenden)や森林(Wäldern)を有し、自営的な事業活動を営んでいた¹。

中世に入ると、住民の共同生活の実現、秩序づけられた経済取引の前提となる法的及び事実的条件を創出し、ゲマインデの住民の秩序づけられた共同生活を可能とすることが、ゲマインデの任務であると認識されるようになった。当時のゲマインデの活動は、利潤の獲得の性質は有しておらず、経済政策の一環として行われた²。中世のドイツにおいては、いまだ包括的な行政機構が整備されるには至っておらず、都市君主(Stadtherr)による都市(Städte)の自治と、ギルド(Gilden)やツunft(Zünfte)といった職能的集団にから構成されるゲノッセンシャフト的(genossenschaftlich)自治が、並存ないし共存する多元的な世界であった³。

¹ Klaus Stern, Der rechtliche Standort der Gemeindegewirtschaft, AfK 1964, 81.

² Christoph Schnaudigel, Der Betrieb nichtwirtschaftlicher kommunaler Unternehmen in Rechtsformen des Privatrechts, S.29.

³ Günter Nesselmueller, Rechtliche Einwirkungsmöglichkeiten der Gemeinden auf ihre Eigengesellschaften, 1977, S.5. 当時のゲマインデのゲノッセンシャフトとしての性格について

また、このような分散的に自治が存在する構造に対応して、さまざまな公的な任務が、各団体の自治によって多元的に担われていた。このような構造の中で、ゲマインデは、警察目的、社会目的、経済目的に関する諸施策について、総合的な権限を持っており、これらの施策に関わる諸施設を保有していた⁴。

しかしながら、諸都市が、領邦君主(Landesherrn)や皇帝(Kaiser)から庇護を受け、さまざまな権利が承認されることに対応して、上に述べた自治のあり方は、次第に変化していく。諸都市は、領邦君主や皇帝によって与えられた、市場権(Marktrechte)や開市権(Stapelrechte)と呼ばれる諸特権を背景とし、経済活動を活発に行うようになる⁵。他方で、ゲマインデは、依然としてゲノッセンシャフト的な自治に基づいてさまざまな施設⁶を保有し、さまざまな種類の任務を遂行していた⁷が、領邦君主(Landesherrn)の勢力が拡大し、その活動範囲が拡張するにつれ、中世に見られたようなゲノッセンシャフト的な自治領域は大幅に縮小した⁸。

重商主義(Merkantilismus)の時代に入ると、ゲマインデの経済活動は、拡大傾向を見せる。すなわち、私的経済に対して模範企業(Musterbetriebe)を提示するという目的の下に、それまで私企業(Privatunternehmer)によって担われていた領域(例:織物工場(Tuchfabrik)、製鉄所(Eisenwerke)、陶磁器マニュファクチュア(Porzellanmanufakturen)等)にも、ゲマインデが進出するようになった。ゲマインデは、これらの企業経営によって積極的に利潤(Gewinn)を獲得し、自らの収入源にしようとした。当時は、いまだ現代的な租税制度が確立していなかったため、収益獲得(Gewinnnerzielung)を目的とした経済活動は、諸侯らにとって重要な収入源であった⁹。

18世紀に入り、絶対主義的国家が警察国家的秩序を伴って出現すると、都市行政は領邦

ては、オットー・フォン・ギールケ(庄子良男・訳)「第53章 ラント的諸ゲノッセンシャフト」『ドイツ団体法論 第一巻 ドイツゲノッセンシャフト法史 第二分冊』(信山社、2014) 441頁以下。

⁴ このように、中世から19世紀にかけて、ゲマインデが保持していた諸施設には、Veranstaltung、Anstalten、Einrichtungen等、多様なドイツ語が当てられている。19世紀に至り、ゲマインデのよる経済活動が盛んになり、企業(Betriebe、Unternehmen)の用語が用いられている。19世紀に公法学上の営造物(Anstalt)概念が定着するようになるまでは、これらの用語は、少なくとも法的には厳密な区別がなされないままに用いられていたようである。

⁵ Nessel Müller, a. a. O. (Fn.) (まだ前掲の番号等定まっていなためと思いますが念のため) S.5; Klaus Stern / Günter Püttner, Die Gemeindegewirtschaft Recht und Realität, 1965, S.11.

⁶ この頃までゲマインデが保有していた諸施設については、VeranstaltungやAnstalt、またEinrichtungといったドイツ語が当てられている。

⁷ Nessel Müller, S.5によれば、ゲマインデおよび諸都市は、荷車施設、渡船場、倉庫、製粉所、穀倉、信用施設、消防施設、地域的な(örtlich)水供給、病院、老人病院、老人保養所、孤児院等の諸施設を保有していた。

⁸ Nessel Müller, S.6.

⁹ Stern/Püttner, S.13; Schnaudigel, S.30; Nessel Müller, S.29; Andreas Gaß, C. Kommunalrechtliche Rahmenbedingungen, in: Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 3.Aufl., 2015, Rn.22.

君主の支配下へと吸収されていった。中世からの伝統をもつゲノッセンシャフト的な自治は消滅し¹⁰、警察国家の理念に基づく国家形成過程の中で、ゲマインデが自己責任で遂行することのできる行政活動の領域は著しく縮減していった¹¹。

しかし、このような流れの中でも、経済および財産管理(Vermögenverwaltung)に関する行政任務は、ゲマインデの自治が重んじられ、国家からの介入を免れた領域であった¹²。また、諸都市は、福祉政策(Wohlfahrtspflege)の一環としても、さまざまな施設を設立していった。

2 産業革命から第一次大戦まで

(1) 19世紀におけるゲマインデの事業活動の展開

1に述べたように、ドイツにおけるゲマインデによる事業活動の歴史は極めて古く、これらの事業活動と、その後の時代においてゲマインデによって行われた事業活動の間にも、連続性があった。

しかしながら、現在のドイツに見られるような、ゲマインデによる公的任務の遂行を目的とした事業活動の萌芽は、19世紀初頭であるとの評価がなされるのが一般的であり¹³、その理由は、おおむね以下のような点に求められている。

第一に、自由主義的な経済思想の普及が挙げられる。すなわち、プロイセンにおけるシュタイン・ハルデンベルクの改革に代表される国制の改革によって、国家と社会の分離、その中でゲマインデの位置づけが法的に規定された¹⁴。また、これに伴って、前近代的な都市の諸特権が廃止され、営業の自由(Gewerbsfreiheit)が導入されたことを背景として、ゲマインデは、中世以降行われてきた、財政への収益獲得を目的とする企業経営を自制するようになる¹⁵。

第二に、産業革命(Industrielle Revolution)の影響が挙げられる。産業革命によって、ドイツには急速な経済発展がもたらされるとともに、これに伴って、市民の生活条件や労働条件には大きな変化が生じた。この社会状況の変化に伴って、ゲマインデには、社会政策および経済政策上の理由から、主に、市民への安定的な供給を行う役割が求められた。

¹⁰ Nessel Müller, S.6.

¹¹ 参照、木佐茂男「プロイセン＝ドイツ地方自治法理論研究序説」同『国際比較の中の地方自治と法』(日本評論社、2015) 330頁以下(339頁以下)。

¹² Nessel Müller, 7; Ropert Scholz, Das Wesen und die Entwicklung der gemeindlichen Beitrag zur Lehre von der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung (Art. 28 Abs, GG), 1967, 60f.

¹³ Johannes Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung : zum kommunalen Betätigungs- und Gestaltungsspielraum unter den Bedingungen europäischer und staatlicher Privatisierungs- und Deregulierungspolitik, 2002, S.16 f.

¹⁴ 1808年都市法(「シュタイン都市法」)については、前掲木佐 342頁以下。ちなみに、1794年プロイセン一般ラント法においては、諸都市は Gesellschaft の一種として位置づけられていた(参照、前掲木佐、340頁)。

¹⁵ Stern, AfK 1964, 80.

ゲマインデは、自らが経営する企業（このような企業は、一般に、「ゲマインデ企業」(Gemeindebetriebe)と呼ばれた)による経済活動を通じて、それまで民間領域において担われてきた、あるいは、新たに生じたさまざまな公的任務を引き受け、経済活動として遂行するようになったのである。このようなゲマインデの経済活動は、工業化(Industrialisierung)、技術化(Technisierung)、都市化(Urbanisierung)といった産業革命以降のドイツの発展を特徴づけるさまざまな要素と絡み合いながら、その範囲を拡大していく。

(2) 社会状況の変化とゲマインデの公的任務の増大

19世紀を通じて、ゲマインデの事業活動は、社会背景の変化の影響を受けながら、その規模と領域を拡張していく。

19世紀前半までは、ゲマインデの事業活動は、公的関与の必要性が高い任務領域、つまり、私的経済活動に対して任務遂行の責任を負わせるべきではないと評価された任務領域（具体的には、水、ガス、電気の供給(Versorgung)や公衆衛生(Gesundheitspflege)等、住民の生活に極めて密接な関係を有する生存配慮(Daseinsvorsorge)にかかわる領域)に限られ、収益獲得目的は、あまり問題とされていなかった。すなわち、これらの領域における民間企業の供給においては、民間企業の独占的な構造に由来する価格の高騰および質の低下、衛生上の(hygienisch)問題などのさまざまな事態が生じており、住民に対する十分な供給が確保されていない状況にあった。そこで、これらの任務領域においては、民間企業の排除が図られ、包括的かつ安定的な供給を確保するために、ゲマインデの経営する企業が、これらの任務を遂行すべきものとされた¹⁶。

時代の進展とともに、ゲマインデが遂行すべき公的任務の範囲は拡張し、かつ、多様化していく¹⁷。また、領域によっては、公的任務の遂行といった観点のみならず、ゲマインデの財政への収益獲得の観点も重視されるようになった。19世紀末期に至ると、ゲマインデの事業活動は、文化施設(kulturelle Einrichtung)（劇場(Theater)等)など領域にも及び、ますます多様な様相を呈するようになった¹⁸。

(3) ゲマインデ企業に関する法的規律

上記のように、ゲマインデが新たな公的任務を自己責任において遂行することが可能であった背景には、次に述べるような一般的な法状況が存在した¹⁹。

¹⁶ かような自治体化(Kommunalisierung)が、後の時代の給付行政(Leistungsverwaltung)の基礎を築いたものとされる。

¹⁷ ゲマインデの事業活動の領域の拡張の過程については、Stern/Püttner, S.13ff. Vgl. Michael Ronnelenfitisch/Lisa Ronnelenfitisch, §1, in: Hoppe/Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 2012, Rz. 17.

¹⁸ Schaudigel, S.30. 文化芸術領域の公私協働については、本論文第3章第3節を参照。

¹⁹ Hellermann, S.25ff.

第一に、ポリツァイ概念の解釈の変化²⁰に応じて、「ポリツァイ」であることを理由に国家領域から介入を受けていたゲマインデの自治領域は、ポリツァイの範囲が限定的に解されるようになった結果、逆に、福祉ないし経済の領域について、ゲマインデの自治は決定的となった。第二に、1808年プロイセン都市令108条に定められたように、ゲマインデの全権限性(Allzuständigkeit)²¹が認められるようになった。この規定によって、ゲマインデが領域内の公的事項に対して包括的に責任を負うという考え方が普及していった。

しかしながら、当時は、ゲマインデの経済活動に制約を課そうとする法的規律は、いまだ存在していなかった。もっとも、諸領邦の立法の中には、ゲマインデの企業活動に対応した規定が置かれており、それらの規定の中には、ドイツ・ゲマインデ法や、戦後の各州のゲマインデ法の諸規定の原型としての性格を持つ規定が含まれている。

例えば、1893年7月4日プロイセン自治体公課法(Preußische Kommunalabgabengesetz; PrKommAbgG)²² 3条1項においては、「ゲマインデの営利企業(gewerbliche Unternehmungen der Gemeinde)」についての定めが置かれ、これらの企業が独立採算で活動することが想定されていた。他方、同条2項においては、「公的利益(öffentliche Interesse)に資する」諸施設について、独立採算によっては賄われないことを理由に、「ゲマインデの営利企業」から除かれていた。

のちの法制度のあり方との比較において注目すべきは、以下の二点である。

第一に、ゲマインデによる経済活動への制約というよりも(ドイツ・ゲマインデ法における制約の三位一体(後述、3)に対応する規律は、いまだ設けられていなかった)、むしろ、企業活動によって得られる収益によってゲマインデの財政を強化し、このことを通じ、ゲマインデ税(Gemeindesteuern)の徴収(額)を減少させるという方向性が、法制度上、明らかにされていたといえる。第二に、後のゲマインデ法上の重要な仕組みの一つとして採用されている、経済的企業と非経済的企業の区別の萌芽が、ここに見出される²³。このような区別の背景には、諸企業の料金関係の規律との関係において、これを公法関係と解すべきか、私法関係と解すべきか、という議論があった。

このことと対応し、当時のゲマインデ企業は、それらが遂行する任務の性質を基準として、

²⁰ 「ポリツァイ」の概念には、国家による高権的活動領域の画定機能を与えられていた。当初は、ポリツァイの概念を広く捉える傾向があったが、1882年のプロイセン上級裁判所判決(Kreuzberg判決)において、ポリツァイは危険防御(Gefahrenabwehr)に限られるという判断が示されて以降、概念の拡張的解釈に歯止めがかかった。なお、ポリツァイの範囲及び内容については、前掲木佐、344頁以下も参照。

²¹ ゲマインデの全権限性については、斎藤誠「総合行政と全権限性」同『現代地方自治の法的基層』(有斐閣、2013)13頁以下を参照。

²² 「ゲマインデの営利企業(Gewerbliche Unternehmungen der Gemeinden)は、原則として、その収入(Einnahmen)によって、少なくとも、ゲマインデの企業全体によって生ずる任務(利子を生むこと(Verzinsung)や投下資本の償却も含む)全体が調達され(aufbracht)るよう、運営されなければならない。」

²³ 経済的企業と非経済的企業の区別については、本論文第2章第1節を参照。

当該組織はポリツァイに関連する組織か否か、そして、当該組織は公法上の法人か私法上の法人か、という二つの観点に基づいて、以下の三類型に分類されていた。

第一に、ポリツァイの影響の下に置かれ、ポリツァイの営造物高権(Anstaltshoheit)の下に設置および管理される「ポリツァイ的ゲマインデ施設(polizeiliche Gemeindeanstalten)、第二に、「公的ゲマインデ施設(öffentliche Gemeindeanstalten)」、第三に、「私的ゲマインデ施設(privatliche Gemeindeanstalten)」（ないし、「営利企業(gewerbliche Unternehmen)」)である²⁴。一般的に、第一と第二のカテゴリーは公法の領域に属すると考えられていたが、第三のカテゴリーは私法の領域に属するものと考えられていた²⁵。

しかしながら、当時、これらの諸施設ないし諸企業の厳格な区別の基準は提示されておらず、いずれの類型に位置づけられるか不明確なケースが多かった。

このような状況を背景として、1860年代以降、これらの組織の利用関係(Benutzungsverhältnis)、具体的には料金規定(Entgeltregelung)の法的構成に関する問題が議論されるようになった。すなわち、諸施設の利用料金を、公法的、すなわち強制的に租税(Steuern)あるいは公課(Abgaben)によって徴収するのか、あるいは、私法的、すなわち対価的に料金として徴収すべきかが、具体の施設が上記のいずれの類型に属するかと対応しつつ、議論されていたのである。

大雑把に言えば、上記のプロイセン自治体公課法の規定は、ゲマインデの営利企業の利用関係については私法関係、公的目的に資する諸施設の利用関係については公法関係として、法制度上、整理したものである。これらの規定の背後には、ゲマインデによる高権企業と商業的・経済的企業、あるいは、公益的活動と営業的活動が、理念的に区別されるという発想がある²⁶。

その後、このような区別の発想は、各州のゲマインデ法の規定にも受け継がれた。例えば、1906年7月28日のヴュルテンブルク邦ゲマインデ法(Württembergischen Gemeindeordnung) 126条は、「経済的企業(wirtschaftliche Unternehmungen)」の概念を

²⁴ Hellermann, S. 30; Scholz, S.62ff.; Jörn Axel Kämmerer, Privatisierung im Spannungsfeld zwischen Kommunal- und Gesellschaftsrecht, 2001, S.225.

²⁵ 上記のカテゴリーは、基本的には、ゲマインデの事業主体たる公法上の組織が一方の当事者となって結ぶ法関係をめぐっての分類であり、事業主体そのものの組織の法形式とは、基本的には別のレベルの議論であるようである。当時のゲマインデ企業には、基本的に、直営形態(公法上の組織形式)が用いられていた。Vgl. Nessel Müller, S.9; Johannes Hellermann, §7 Handlungsformen und Handlungsinstrumentarien wirtschaftlicher Betätigung, in: Hoppe/Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, S.134.

²⁶ Fritz Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 1995, 3. Neudruck der 8. Aufl., 1928. §19 は、国家及びゲマインデが営利企業を設立ないし経営し、法的意味において商人(Kaufleute)として活動することを正面から認めながら(国庫行政(fiskalische Unternehmungen)、経営行政(Betriebsverwaltungen))(S.323)、公的主体が行う経済活動と私人が行う経済活動は目的(Zweck)を異にしており(S.324)、公行政は営利企業を経営することはなく、企業活動を行って利潤を獲得したとしても、それは偶然の副産物(zufälliges Nebenprodukt)である(S.325)と述べている。

導入した²⁷。以降、この経済的企業概念は、他の領邦のゲマインデ法においても用いられるようになり、ドイツのゲマインデ法の基礎的な法概念の一つとして定着していく。

3 第一次世界大戦からドイツ・ゲマインデ法の制定まで

(1) 第一次世界大戦の影響によるゲマインデの経済活動の拡大

第一次世界大戦の影響により、ドイツは甚大な被害を受け、ゲマインデも当然その影響を免れなかった。大戦中には、国家レベルの対応として戦時経済体制が整備され、数々の「戦時会社(Kriegsgesellschaft)」が設立された。かような動きに対応し、ゲマインデも、困窮した住民生活を維持する観点から、生活必需品(Lebensmittel)の供給事業や、手工業会社(Handwerksbetriebe)等、従来、ゲマインデが遂行してこなかった経済活動の領域にも進出するようになった。もともと、これらのゲマインデの経済活動は、当時の市民生活にとって不可欠な対応でもあったことから、これらに対し、特段、異論が唱えられることはなかった。

しかしながら、第一次大戦が終結した後も、19世紀を通じて形成された基盤も背景としながら、ゲマインデの経済活動の拡大傾向は止まることはなく、1920年代には、ゲマインデの経済活動が、その隆盛を極めた²⁸。このような流れの中で、収益獲得目的(Erwerbsabsicht)は、ますます前面に現れるようになった。

これらの経済活動にあたって、ゲマインデは、経済活動を行うために、私法上の組織形式を用いるようになった²⁹。市場における柔軟な形成可能性(Beweglichkeit)を目的として、主に、株式会社(AG)、有限責任会社(GmbH)が利用されるようになった³⁰。具体的な展開のあり方は、地域または任務領域によってさまざまであったものの、1920年代には、上に述べた傾向は一般的なものとなり、当時の公法学説もかような現象に対して関心を持たざるを得なくなっていた³¹。

²⁷ 同法4条において、経済的企業概念から、公的利益のために運営される施設(Veranstaltungen, die im öffentlichen Interesse)が除外されている。

²⁸ このような実務の展開に対する公法学説の対応については、前掲成田・二64頁、前掲成田・公社ブーム・73頁、原龍之助『公営造物法〔新版〕』(有斐閣、2004)385頁以下。ここで重要なのが、フライナーが最初に提唱したとされる「私法への逃避」(Fritz Fleiner, Institutionen des Verwaltungsrechts, S.326ff.)の議論である。「私法への逃避」の議論は、行政活動は基本的には公法上の組織で行われるものであるという前提の下に、私法形式を用いて行政活動が行われているという例外的な現象を、公法学として、いかに捉えるべきか、という問題にかかる視点を提供するものである()。

²⁹ 第一次大戦の終結以前までは、ゲマインデ企業経営にあたり、公法上の法形式(直営(Regiebetriebe))が用いられるのが通常であった。

³⁰ 前掲成田・公社ブーム・73頁。

³¹ 1920年代には、一部のゲマインデにおいて、独立的なゲマインデ企業の組織モデルが提唱された(ケーニヒスベルク・モデル、ドレスデン・モデルが有名である)。Thomas Mann, Die historische Entwicklung der Rechtsformen für kommunale Unternehmen, VR 1996, S.230ff. (231); Gerold Ambrosius, Aspekte kommunaler Unternehmenspolitik in der Weimarer Republik, AfK 1980, S.239ff.(242); Günter Püttner, Die Wahl der Rechtsform für Unternehmen, in: Püttner(Hrsg.), Zur Reform des Gemeindefinanzrechts, 2002, 143ff. (146f.).

このように、収益獲得を目的としたゲマインデの経済活動が拡大し続けたのには、次のような背景がある。

当時、ゲマインデの経済活動は、ゲマインデの財政の重要な要素と認識されるに至っていた。すなわち、1920年に行われたプロイセンの歳相エルツベルガーによる財政改革(Erzbergerische Finanzreform)によって、従来、ゲマインデに認められてきた所得税の付加税権(Zuschlagsrecht)が廃止され、ゲマインデには、大幅な収入の減少が生じていた³²。それゆえ、税に代わる自治体財政の収入源をいかに確保するかが、ゲマインデの実務において、大きな課題となっていた³³。このような状況を背景として、収益獲得目的を追求する傾向が強まっていったのである。

他方で、当時の社会化(Sozialisierung)の動きの一環として、民間領域によって担われていた企業を自治体化(Kommunalisierung)しようとする動き(このような動きは、「自治体社会主義(Kommunale Sozialismus)」³⁴などと呼ばれる)が活発化していた³⁵。

(2) ゲマインデの経済活動の政治問題化

上に述べたゲマインデによる経済活動の拡張傾向に対して、民間領域においては、行き過ぎた(ausufernd)ゲマインデの経済活動に対する批判の声が高まりを見せ、さらには、政治的な議論へと発展していく³⁶。以下においては、プロイセンの場合を例にとり、その過程を追ってみよう。

商工業、銀行家の代表団体(Spitzenverbände)らは、有利な地位を利用して行われるゲマインデによる経済活動との間に生ずる競合(Konkurrenz)に対して、懸念を覚えた。彼らは、ゲマインデの経済活動の拡張を批判し、ゲマインデの経済活動を制約する立法を求めて、政治的な運動を展開し、ゲマインデが経営する企業について、国家からの認可制(Genehmigungsvorbehalte)を導入するとともに、ゲマインデの経済活動の領域は、伝統的な公的任務(生存配慮、特に、供給および処理の領域)に限定されるべきである、と主張した。このような経済界の主張を反映する形で、1928年には、プロイセン議会に法案の提出がなされた。このような民間領域の動きに対して、自治体の代表団体(Spitzenverbände)側は、ゲマインデの自治(Selbstverwaltung)、自治体の自己決定(kommunale Selbstbestimmung)を論拠に、抵抗を示した。このように、ゲマインデの経済活動に関する

³² 武田公子『ドイツ政府間財政関係史論』(勁草書房、1995) 168頁以下を参照。

³³ ゲマインデの経済活動による財源の確保という視点は、既にこの時期から、ゲマインデの自治(Selbstverwaltung)という理論的根拠と関連づけて、理解されていたようである。

³⁴ 地方自治協会編『地方公営企業の範囲に関する研究』(出版社、1978)(成田頼明執筆部分) 87頁。

³⁵ 1919年から1921年には、社会化委員会(Sozialisierungskommission)と帝国政府(Reichsregierung)によって、自治体化法(Kommunalisierungsgesetz)草案が策定された。本草案は立法までは至らなかったが、本草案には、自治体化の可能性が開かれている経済分野のリスト(「自由リスト(Freiliste)」)の作成がなされた。

³⁶ 参照、前掲成田・公社ブーム・73頁、前掲成田・二・64頁。

争いは、民間領域とゲマインデの経済活動をめぐる、政治的な色彩を強く帯びたものであった。

他方、ワイマール帝国議会 (Reichstag) は、1927 年と 29 年に、供給企業 (Versorgungsbetriebe) を除く、自治体財政を圧迫しているすべての不要なゲマインデ企業を解体すべきであるとの決議 (Entschließungen) をした。1929 年に発生した世界恐慌の影響を受け、ゲマインデが経営する経済的企業の中には倒産するものも現れ、これによって、ゲマインデの財政はますます圧迫された。このような状況に対応するために、1931 年³⁷と 1933 年に、大統領による 2 つの緊急命令 (Notverordnungen) が発布された。これらの命令においては、自治体企業の定期的な監査等が定められるとともに、ゲマインデの経済活動を抑止するための措置が盛り込まれた。もっとも、このような一連の動きは、ゲマインデを財政的リスクから保護しようとする趣旨のものであり、ゲマインデの経済活動それ自体に対して制約を課そうとするものではなかった。

そして一部の領邦においては、ゲマインデの経済活動を規制すべきであるという考え方³⁸が立法によって具体化された。例えば、1927 年バイエルン邦ゲマインデ法 (Bayerische Gemeindeordnung) 61 条³⁹においては、ゲマインデの営利企業 (Erwerbsunternehmung) の監督官庁 (Aufsichtsbehörde) による認可制が導入された。

また、プロイセン議会では、上に述べた政治的な議論の結果、ゲマインデの経済活動を制約する規定立法の草案 (Initiativentwurf, Referenzentwurfe) が提出され⁴⁰、1933 年、プロイセン・ゲマインデ財政法 (Preußische Gemeindefinanzgesetz) において結実した。同法 87 条は、ゲマインデの経済活動を制約する規律 (「制約の三位一体 (Schrankentrias)」と呼ばれる) を初めて定めた⁴¹。

このように、ゲマインデの経済活動に関する法的規定の規律の重点は、ゲマインデ自身の保護から、民間経済との関係の調整へと、移動していったのである。

(3) ドイツ・ゲマインデ法の規律

① 制約の三位一体

³⁷ 「ゲマインデの経済経営 (Wirtschaftsführung) が公的目的によって正当化されず、私的企業との許されない競争と評価される事業の解体」が目指された。

³⁸ 前掲成田・範囲・88 頁。

³⁹ 成田「地方公共団体の経済活動とその法的限界 (二)」自治研究 38 巻 7 号(1962)64 頁。

⁴⁰ 本草案の提出は、領邦内部で分散的に存在していたゲマインデの基本法 (Verfassungsrecht) の、一体化 (Vereinheitlichung) 及び現代化 (Modernisierung) を推進しようとする意図の下に行われた。

⁴¹ 参照、前掲成田・二、64・65 頁。なお、後述する経済的企業と非経済的企業の区別に連続する規定として、プロイセン邦自治体財政法 86 条は、「監督官庁が別のことを定めていない限り、授業、教化、教育、公的体育、病院、健康、福祉、並びにその設立及び経済経営に関する特別の規定が存在する施設は、経済的企業には含まれない。これらの施設も、経済的観点に従って、運営されなければならない。」と定めていた。

上記のプロイセン・ゲマインデ財政法の規定は、1935年1月30日に公布され、同年4月1日に発効したドイツ・ゲマインデ法(Deutsche Gemeindeordnung: DGO)に、ほとんどそのままの形で受け継がれた⁴²⁴³。

すなわち、同法 67 条によれば⁴⁴⁴⁵、ゲマインデは、①公的目的(öffentlicher Zweck)が当該企業の経営を正当化し(67 条 1 項)⁴⁶、②企業が、その種類及び範囲に従って、ゲマインデの給付能力(Leistungsfähigkeit)及び予測される需要との間で適切な関係にあり(同条 2 項)、③(上記の公的)目的が、他の者によって、より良く、かつ、より経済的には満たされず、又は満たされ得ない場合(同条 3 項)にのみ、経済的企業を設立又は本質的に拡張することが許される。

以上の制約の三位一体が法律上の制約として導入されたことにより、ワイマール期に展開されたゲマインデの経済活動に関する政治的な議論は、一応の決着を見ることとなった。

② 制約の三位一体以外の規律

ゲマインデの事業活動に関するドイツ・ゲマインデ法の規定の中には、制約の三位一体以外にも、自治体企業の設立や、自治体企業への参加の場合に関連する定めが含まれている。

まず、ドイツ・ゲマインデ法 68 条⁴⁷は、経済的企業の設立又は拡張に際して、ゲマイン

⁴² 周知のとおり、ナチ期の立法は、総統原理(Führerprinzip)を基本理念に据えた、集権的色彩の強いものであり、ドイツ・ゲマインデ法も、従来の各領邦のゲマインデ法を廃止して、帝国の領域全体に一括的に適用される法律として制定された。しかしながら、上記の 67 条以下の規定については、ナチス固有の思想というよりも、近代的・先進的な内容をも含んでいるとの評価がなされている点には留意する必要がある。後に見るように、実際、戦後の各州のゲマインデ法の規定内容にも、ドイツ・ゲマインデ法 67 条以下の基本的な構造が引き継がれている。(参照、成田頼明「西ドイツの市町村公共施設の概念と利用関係(一)」自治研究 37 巻 1 号(1961)120 頁。薄井一成『分権時代の地方自治』(有斐閣、2006)。広渡清吾『ドイツ法研究』(日本評論社、2016) 170 頁)。

⁴³ ドイツ・ゲマインデ法におけるゲマインデの経済活動に関する規定については、前掲成田・二・65 頁以下に紹介がある。

⁴⁴ ドイツ・ゲマインデ法においては、経済的企業の例示ないし定義はなされていなかったが、ドイツ・ゲマインデ法の施行規則(Ausführungsanweisung)においては、「経済的企業とは、私企業者によっても、収益獲得目的(Gewinnerzielungsabsicht)をもって経営しうる施設及び設備」であるとされ、供給企業、運輸企業、商工業、手工業等が例示されている。このように、収益獲得目的を用いて経済的企業を定義する方法は、既にプロイセンの財務大臣を務めた、ヨハネス・ポーピッツが提示していた(Johannes Popitz, Der künftige Finanzausgleich zwischen Reich, Ländern und Gemeinden, 1932, 46ff.)。

⁴⁵ なお、同条 2 項においては、「ゲマインデが法律によって義務づけられた企業、および、教化、教育、体育、療養、保健、福祉の施設は、本章の意味における経済的企業ではない。これらの企業及び施設も、経済的な観点に従って、経営されなければならない」との規定が置かれていた。現在、各州のゲマインデ法において用いられている「非経済的企業」という概念は、当時は、法律上、用いられていなかった。経済的企業と非経済的企業の区別については、本稿第二章第一節 1) を参照。

⁴⁶ 公的目的とは何かについて、当時の立法理由においては、「ただ単に収益を獲得しようとする事業(Betriebe)は、何らの公的目的にも資さない。」との見解が示されている

⁴⁷ 法 68 条「ゲマインデが経済的企業を設立、又は本質的に拡張しようとするとき、ゲマイン

デの、監督官庁に対する報告義務について規定している。

次に、ドイツ・ゲマインデ法 69 条は、ゲマインデの私法上の経済的企業への参加 (Beteiligung) の条件として、設立や拡張の場合と同様に、制約の三位一体の要件が満たされ、かつ、ゲマインデに、ゲマインデの責任 (Haftung) が限定される法形式を選択することを要求する⁴⁸。

そして、ドイツ・ゲマインデ法 70 条⁴⁹は、ゲマインデからの経済的企業に対する代表者の派遣について規定している。ドイツ・ゲマインデ法の定める地方自治の統治機構は、ゲマインデの代表権が一般的に市長 (Bürgermeister) に属するものとされており⁵⁰、この包括的な代表権の具体の表出として、経済的企業に関しても、市長が、社員総会等に対して代表するものとされている⁵¹。しかし本条に基づき、市長は、官吏や職員を選任して代表者とすることも可能とされており、このような場合には、これらの代表者は、市長の指図に拘束される。なお、代表者が引き起こした損害については、代表者に代わり、ゲマインデが、損害賠償責任を負うという代位責任的な仕組みが採用されていた⁵²。

4 戦後

(1) 戦後のゲマインデ法における規律の構造

第二次世界大戦の敗戦国となったドイツは、占領国による統治の下に置かれることになった。これに伴って、ナチ期にその実現を見た連邦全域にわたるドイツ・ゲマインデ法に基づく地方自治制度は廃され、それぞれの占領地域ごとに異なった制度が構築された⁵³。

1949 年 5 月 23 日、基本法が制定され、基本法 28 条、基本法 30 条、基本法 70 条の規定に基づいて、地方自治制度に関する立法管轄を認められた旧西ドイツの諸州は、それぞれに、

デは、監督官庁 (Aufsichtsbehörde) に対し、適時、少なくとも業務の開始又は Vergabung の 6 か月前までに、報告しなければならない。この報告からは、法律上の要件が満たされ、費用の充足 (Deckung) が、事実上かつ法的に確保されていることが、明らかにされなければならない。」

⁴⁸ 法 69 条 1 項「ゲマインデは、67 条の要件が存在し、ゲマインデの責任がある特定額に限定される形式が選択されている場合にのみ、経済的企業に参加することが許される。(この場合において、) 68 条が準用される。」

⁴⁹ 法 70 条 1 項「市長は、ゲマインデが参加する企業の社員総会 (Gesellschafterversammlung)、又はこれと同等の地位を有する機関において、ゲマインデを代表する。市長が官吏 (Beamte)、又は職員 (Angestellte) を代表者 (Vertreter) として選任したとき、この代表者は指図に拘束される。」同条 2 項「企業の理事会 (Vorstand)、監査役会、又は同様の機関の構成員を選任する権利が、ゲマインデに与えられているとき、1 項が準用される。」

⁵⁰ 法 36 条 1 項：「市長は、ゲマインデを代表する。」

⁵¹ それゆえ、70 条の規定は、36 条 1 項の確認規定であるものと理解されていた。

⁵² 法 70 条 3 項「ゲマインデの官吏又は職員がこの活動 [代表者としての活動] によって責任を負うとき、代表者が、故意又は重過失によってこれを引き起こした場合は別として、ゲマインデが、責任を負う。そのような場合においても、代表者が指図 (Anweisung) に従って行動したときは、ゲマインデが、損害賠償責任を負う。」

⁵³ 参照、前掲・薄井 32・33 頁。

ゲマインデ法を制定した。1990年10月3日には、東西ドイツが統一され、新たに加わった旧東ドイツの各州においても、随時、ゲマインデ法が制定された。

全ての州のゲマインデ法には、上にみたドイツ・ゲマインデ法の規定が受け継がれた。これらの規定は、州によって、その定め方や制約の程度、ニュアンスなどにおいて違いが見られるものの、その基本的な「構造」は、共通している。すなわち、ドイツ・ゲマインデ法に定められていた、経済的企業と非経済的企業の区別、制約の三位一体、代表者の派遣と指図拘束、法形式による責任限定等の制度は、基本的には、これらの各州のゲマインデ法においても、規定が置かれることとなった。

(2) ゲマインデ法の改正（改革）の動き

その後、各州のゲマインデ法は、ゲマインデの事業活動を取り巻く社会状況の変化（財政節減の方向性や、私化の動向）、EU法（ゲマインデの事業活動への競争(Wettbewerb)の導入）の影響を受け、また、各州における伝統を反映しながら、さまざまな改正がなされている⁵⁴。

このような全体的な傾向としては、90年代以降、ゲマインデにおいては、財政状況の悪化を背景としたゲマインデの新たな事業活動への進出（遠隔コミュニケーション領域などが、その典型例）や、ゲマインデの自由競争経済秩序への組入れ等に伴うゲマインデを取り巻く状況の変化に伴い、組織私化(Organisationsprivatisierung)の傾向が強まったことに対し、各州のゲマインデ法において、このことに対応した重要な改正がなされている（このような動きは、ゲマインデ法の改革(Reform der Gemeinderechts)と呼ばれている)⁵⁵。

5 小括

以上、本節においては、ドイツのゲマインデによる事業活動の歴史について、事業活動それ自体の展開、関連する法制度や学説状況について、概観をしてきた。以上の検討の結果を、本論文の問題意識および次章以下との関連において、まとめておく。

まず、全体として、ドイツにおけるゲマインデによる事業活動には極めて古い歴史があり、現在、ドイツにおいて議論されるゲマインデの「自治(Selbstverwaltung)」も、かような歴史的背景の下に議論されているということを指摘することができよう。とりわけ、ゲマインデによる収益獲得を目的とした事業活動の歴史は、現在のような国家体制の整備および公法学のあり方との関連において、その始まりを中世に見るにせよ、19世紀に見るにせよ、

⁵⁴ ゲマインデ法の改正に関する文献としては、さしあたり、Dirk Ehlers, *Empfiehl es sich, das Recht öffentlichen Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichen Auftrag und Wettbewerb nationale und gemeinschaftliche neu zu regeln?* -Gutachten E zum 64. Deutschen Juristentag-, 2002; Günter Püttner (Hrsg.), *Zur Reform des Gemeindefinanzrechts*, 2002; Hans D Jarass, *Reform des Kommunalwirtschaftsrechts*, 2005.

⁵⁵ 参照、本論文第二章第二節。

相当に長い歴史を有していることは注目に値する。現代においては、ゲマインデの事業活動が、基本法 28 条 2 項の保護領域との関連において議論されるが、このことは、上記の歴史との関連において捉える必要がある。

次に、19 世紀に、国家と社会の二元、公法と私法の二元、そして両者の原則的対応という秩序が成立して以降、ドイツにおいては、この二元的秩序を前提として学説上の議論および実定法上の制度の整備がされてきている。

この点、19 世紀においては、主に、事業活動の性質の側面から、法関係の法的性格に関する議論が展開されて、そのレベルにおいて、公法と私法の二元が問題とされていた。その背後には、公行政は、基本的には公的目的に資する活動であり、その活動については公法が適用されるのに対し、私人（とりわけ、企業）は、商人として収益獲得の意図をもって活動を行い、その活動については私法が適用される、という秩序が存在していたと思われる。他方において、19 世紀には自由主義的な経済思想は普及していたものの、ゲマインデの経済活動（商人的活動）に対して法的規律が設けられるには至っておらず、また、ゲマインデの事業活動が公法上の組織形式で行われることが通常であったことから、組織法的側面からの議論はほとんどなされていなかった。

しかしながら、20 世紀に入り、ゲマインデの事業活動はますます拡張し、ゲマインデの事業活動に私法上の組織形式が用いられることは、もはや例外的な現象とは言えなくなってきた。そこで、このような実務の展開に対して、学説上も立法上も、上記のような展開について、対応を試みるようになった。まず、学説においては、元来公行政がなされる公法形式から私法形式への移行という「私法への逃避」の視点が示され、実定法上の制度としては、ゲマインデによる事業活動（経済活動）に対して一般的に制約を課すという考え方が、各州における議論および法制度を経て、ドイツ・ゲマインデ法に結実した。このような動きは、ドイツの伝統的な国家と社会の二元、公法と私法の二元、そして両者の原則的対応という秩序を、法理論および法制度の上で、維持しようとするものであったといえることができる。

このような伝統的な秩序の維持の動きは、憲法上、ゲマインデ法上の議論にも、反映されている。その具体的な議論及び法制度のあり方についての分析は、本論文の第 2 章において行うことにする。

第 2 節 混合経済企業の組織法的位置づけ —憲法論との関係において—

ドイツにおいては、日本における第三セクターに相応する組織は、一般に、混合経済企業 (*gemischt-wirtschaftliche Unternehmen*) と呼ばれている（特に、自治体における混合経済企業は、自治体参加会社 (*kommunale Beteiligungsgesellschaft*) などと称される）。ドイツにおける混合経済企業も、公的領域と私的領域の中間に位置する組織類型であることから、その組織の性質について、長きにわたって議論が展開されてきた。

戦後においては、基本法の導入した基本権の体系の構造の枠内において、混合経済企業が

基本権を共有する主体であるか、あるいは、基本権によって拘束される主体であるのから、憲法論として議論されている。他方、行政組織法においても、混合経済企業という独立したカテゴリーが設けられている。このように、ドイツにおいては、一方で、純粹に行政組織に属するとも言え切れず、他方で、純粹に私人であると割り切ることができない組織類型を法的にいかにか把握すべきかが、憲法学、並びに、行政組織法学において、議論されている。

すなわち、ドイツにおいては、混合経済企業が、公的要素と私的要素を同時に備える組織であるという現実を、法的にどのように捉えるべきかについて、実定憲法の定め（基本法 19 条 3 項（基本権享有性）及び 1 条 3 項（基本権拘束性））に即した形で議論が展開され、行政組織法においても、憲法上の議論に対応する形で枠組みが設定され、議論が展開されている。

憲法上、基本権享有性と基本権拘束性に関する定めは別個に設けられており、両者の議論の方向性は異なる部分がある。しかしながら、一般的に、ドイツの基本権理論体系においては、国家権力に対する市民の保護という基本権の防御権的性質から、基本権享有主体は、同時に基本権拘束主体たり得ないと考えられており、この意味において、基本権享有性と基本権享有性の議論は、表裏の関係にあり、ある特定の組織にいずれかが認められると判断されれば、もう一方は認められない。そこで、混合経済企業の場合においては、基本権享有性ないし基本権拘束性の判断に、困難な問題が生ずるのである。

以下においては、混合経済企業の基本権拘束性についての判断を示したフランクフルト判決以前の判例および学説（第 1 款）を整理し、フランクフルト空港判決の判示について検討を行った上で（第 2 款）、フランクフルト空港判決が判示した内容の行政組織法学上の意味について検討を行う（第 3 款）。

第 1 款 フランクフルト空港判決以前の判例および学説の状況

1 基本権享有性に関する議論

法人が基本権の享有主体たり得るかという、いわゆる基本権享有性（Grundrechtsberechtigung）に関する問題は、ドイツにおいて、基本法 19 条 3 項の規定の解釈問題として議論されている¹。基本法 19 条 3 項は、「基本権は、その本質上国内法人に適用しうる限りにおいて、これにも適用される」²と定めている。そこで、ある混合経済企業が、その「本質上」、自然人と同様に基本権を享有し得るかが、解釈上の問題となる³。

¹ 基本権享有性の議論は、日本における「法人の人権享有性」に対応する議論である。もっとも、わが国においては、ドイツの基本法 19 条 3 項に対応する条文が憲法に定められていない。

² 高田敏・初宿正典編著『ドイツ憲法集（第 6 版）』（2010、信山社）222 頁。

³ この憲法上の問題について、ドイツの議論を日本に紹介する文献として、高木康一「法人の基本権—ドイツ基本法 19 条 3 項からのアプローチ—」専修法研論集 38 号(2006)1 頁。芹澤齊「公法上の法人の基本権能力—社会保険者事件—」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例二版』（信山社、2003）335 頁以下。松塚晋輔「私法形態の行政と基本権」九大法学 65 巻(1993)57 頁以下も参照。

ある組織に基本権享有性が認められるか否かの判断において、その判断の基準の基準となる要素は、大きく、組織形式と当該組織に対する公的主体の影響力である。

(1) 公法上の組織の基本権享有性の否定

学説および判例において、公法上の法人の基本権享有性が、原則として、否定されることについては、ほとんど争いが無い。

(2) 自己会社(Eigengesellschaft)の場合

これに対して、公的主体が私法上の組織を用いる場合については、学説および判例上、自己会社の場合と混合経済企業の場合に分けて、議論が展開されてきた。

まず、自己会社の場合については、公的主体が持分の100%を出資する法人(会社)の場合には、当該自己会社は私法上の組織形式を用いてはいるものの、これは実質的には公行政活動が行われていることと同視することができること等を理由に、基本権享有性を否定する立場が、かねてから有力であった⁴。

連邦憲法裁判所も、1977年6月7日のハーメルン・シュタットベルケ株式会社事件の部会決定(Kammerbeschluss)において⁵、ハーメルン市が100%出資する自己会社であるハーメルン・シュタットベルケ株式会社(Stadtwerke Hameln AG : H-AG)らが、憲法異議(Verfassungsbeschwerde)⁶を申し立てた事案について、連邦憲法裁判所は、上記会社が基本権享有主体性を欠くことを理由に、憲法異議の申立てを斥けた。

連邦憲法裁判所は、従来の判例に従って、H-AGと共に憲法異議を提起していた他の地域団体(二つのゲマインデと一つの郡(Landkreis))の基本権能力が否定される旨を判示した後、ハーメルン・シュタットベルケ株式会社の基本権享有性について、「H-AGが憲法異議を提起する限りにおいても、異議を申し立てた他の地域団体と、同様のことが妥当する。」「公法上の団体が単独株主である私法上の法人」は、「[公法上の団体と同様(筆者:補)]個人的基本権を引き合いに出すことができない」と判示した。その理由について、連邦憲法裁判所は、「さもなければ、公的主体の基本権能力の問題は、少なからぬ範囲において、その都度の組織形式によって左右されることになってしまうであろう;生存配慮の任務が、公的主体自身によって遂行されるのか、又は、公的主体から法的に独立した私法によって組織

⁴ Vgl. Hartmut Maurer, Die verschiedenen Formen der Privatisierung, in: Festschrift für Udo Steiner, 2009, S.528ff.(536ff.).

⁵ BVerfGE 45, 63, NJW 1977, 1960ff. 本決定に言及する文献として、山本隆司「行政組織における法人」『行政法の発展と変革 上巻』(有斐閣、2001) 875頁、石村・前掲 10頁。松塚・前掲 73・74頁。

⁶ 前審の民事訴訟においては、H-AGら(異議申立人)は、原告に対して、水供給の保護のため、水管法6・19条による砂利の採掘に関する許可を拒否したところ、収用補償金(Enteignungsentschädigung)の支払いを命じられていた。Vgl. Norbert Zimmermann, Zur Grundrechtssubjektivität kommunaler Energieversorgungsunternehmen—BVerfG, NJW 1990, 1783, JuS 1991, 252 も参照

された行政単位によって遂行されるのかは、重要ではない。」「ゲマインデの生存配慮の公的任務に完全に資し、公行政の主体の手の中にある企業は、公行政が行使される特別の現象形式に過ぎない；このこととの関連において、基本権主観性の問題につき、当該企業は、行政主体(Verwaltungsträger)それ自体と、同様に扱われる。」と述べている。

このように、連邦憲法裁判所は、公的主体が 100%出資する自己会社の場合においては、これを公法上の組織と同視することができるとして、基本権享有性を否定した。上記決定に対する学説からの批判は見当たらず、ドイツにおいて、自己会社が基本権享有主体たり得ないことについては、見解の一致が見られるものと思われる。

(3) 混合経済企業の場合

これに対して、公的主体と私的主体が同時に参加する混合経済企業の場合については、基本権享有主体性が認められるか否かについては、評価が分かれていた。

連邦憲法裁判所は、1989年5月16日の部会決定において、ハンブルク市が、自身が100%出資する有限責任会社を通じて、72%を出資する電力事業者である混合経済企業(ハンブルク電気事業株式会社(Hamburgische Elektrizitäts-Werke AG)) (以下、「HEW」という)が提起した憲法異議の事案⁷において、HEWに基本権享有性が認められないことを理由に、憲法異議を斥けた。

連邦憲法裁判所は、市民の自由領域を保護する基本権の機能に関する一般論、そして、公法上の組織について、原則的として基本権享有性が否定される旨について述べた上で、混合経済企業である HEW に基本権享有主体性が否定される理由について、以下のように判示した。

「連邦憲法裁判所は、基本権が、公法上の法人に対して、当該法人が公的任務を遂行している限りにおいて、基本的には適用されないという点から出発するというを確認した...憲法異議を提起する私法上の法人の権利も、特に、当該法人が問題とされている公権力の行為に関連する任務(Funktion)に左右される。この任務が法律によって割り当てられ、かつ、規律された生存配慮の遂行にある場合、当該法人は、その限りにおいて、[公法上の法人と：筆者補] 同様に、基本権能力を有しない。」そして、HEWの任務(機能)について、「水、エネルギーの供給の実施は、生存配慮に関係する典型的な自治体の任務である。よって、電気の供給は公的任務であるので、当該任務を、その完全所有ではないが、約72%のみが公的主体の所有にある場合であっても、ハンブルク市が、異議申立人の力を借りて、遂行している。というのも、上記の参加比率の場合にも、ハンブルク市は、業務執行に対する決定的

⁷ BVerfGE 68, 193, JuS 1990, 755ff. 本決定については、前掲松塚 75 頁、前掲石村 10 頁、前掲山本 875 頁。前審の民事訴訟においては、HEWの追加請求に基づく支払いを拒否し、電気の供給を中止された顧客が民事訴訟を提起したところ、上級通常裁判所において裁判上の和解が成立していた。憲法異議は、民事訴訟法 91a 条による費用決定(Kostenentscheidung)について、HEWが、自身の基本権(基本法 2 条、3 条 1 項、20 条 3 項)の侵害を理由に、提起したものである。Vgl. Zimmermann, 1991, 294.

な影響力(auf die Geschäftsführung entscheidenden Einfluß)を行使する可能性を有しているからである。」さらに、決定は、「...異議申立人は、エネルギー経済法とそれに基づく命令 [中略: 筆者] に基づき、とりわけ供給義務及び供給条件との関連において、ここで問題とされている私法上の独立性との関連においては、ほとんど何も残されないほどの強力な拘束に服している。...異議申立人によって遂行されている電気エネルギーの供給という任務において、異議申立人は、基本権による保護を引き合いに出すことはできない。...」

さらに、その後、連邦憲法裁判所は、2009年5月18日の部会決定⁸においても、同様の判示に基づいて、混合経済企業が提起した憲法異議について、基本権享有性が認められないことを理由として、申立てを斥ける判断をした⁹。この事案は、フランクフルト・アム・マイン市が株式を75.2%保有する持株有限責任会社(Holdings-GmbH)を通じて完全所有する電力事業者である株式会社 Mainova が、自身が中電圧配電網への接続義務を負うと判断した連邦カルテル庁の決定、および同決定を正当と認めた判決について、異議申立人の有する基本法12条1項(職業の自由)、14条(所有権)を侵害するものであるとして、憲法異議を提起したものである。

連邦憲法裁判所は、上記の HEW 決定の判示を前提に、以下のように判示している。

「連邦憲法裁判所は、...過半数が公的主体の手の中にある電気供給企業が実体的基本権を引き合いに出すことが可能であるか否かという問題について、既に、これを明確に否定した。この司法判断と異なった判断をする理由が、いずれにせよ、本件においては、存在しない。」その上で、連邦憲法裁判所は、「異議申立人1は、公法上の地域団体である異議申立人2の完全所有状態にある会社によって、基本資本(Grundkapital)の75%を超える特別過半数(qualifizierter Mehrheit) (株式法179条2項を参照)」を有していることに着目して、HEW 決定において示された枠組に従えば、本件の異議申立人についても、基本権享有性は否定される旨、判示している

このように、連邦憲法裁判所は、出資比率に基づく公的主体の業務執行に対する影響力と混合経済企業が遂行する任務の性質という二つの基準に即して、二つの事案について、基本権享有主体性を否定した。

⁸ BVerfG, Beschl. v.18.5.2009, NVwZ 2009, 1282ff.

⁹ 前審の経緯は、次のとおりである。Mainova が、地域配電業者(Arealnetzbetreibern)に対して、Mainova の所有する通常の利用条件による中電圧配電網への接続を拒否したところ、二事業者が、連邦カルテル庁(Bundeskartellamt)に濫用手続(Missbrauchsverfahren)を申し立てたところ、連邦カルテル庁が、競争制限防止法(GWB)19条4項4号に基づき、当該事業者の利用を認めた。これに対して、Mainova とフランクフルト・アム・マイン市は、デュッセルドルフ高等裁判所に抗告したが、棄却され、上告後、連邦通常裁判所も、高裁の判断を支持した(BGHZ 163, 296, NVwZ 2006, 856)。前審の経緯を含め、参照、柴田潤子「ドイツ電力エネルギー産業における市場支配的地位の濫用規制」舟田正之編『電力改革と独占禁止法・競争政策』(有斐閣、2014)483頁以下。

② 学説

上記の連邦憲法裁判所の決定に対する学説の反応は、概ね否定的であった。ここでの批判は、連邦憲法裁判所が、公的主体による持分の過半数保有、公的な生存配慮任務を遂行といった点に依拠して、基本権享有性の否定という結論を導いている点に向けられている。その批判の要旨をまとめると、以下の通りである¹⁰。

第一に、伝統的な公法秩序と私法秩序の二分の考え方に立脚し、私法上の組織形式の意義を重んずる立場からは、私法上の組織に基本権享有性が否定されるのは、ごく例外的な場合に限られる。このような立場からは、連邦憲法裁判所が、上記の出資率を根拠として基本権享有性を否定したことは、「組織形式の意義を超えた法人の基本権的地位の相対化」であると捉えられる¹¹。

第二に、連邦憲法裁判所が、出資率を基準として業務執行に対する決定的影響力の有無を判断することを通じて、混合経済企業が基本権享有主体性を有するか否かを判断している点に対しては、出資率によっては決定的影響力の有無を判断することはできず、この基準は実践的ではないとの批判が向けられている。まず、会社法上、出資を通じた影響力行使以外の手法も認められていることから、出資率は、必ずしも決定的な影響力が及ぼされているか否かを判断するための基準とはなり得ない、とりわけ、私的主体と公的主体が50%ずつの持分を保有している場合、あるいは、複数の公的主体が合計して混合経済企業の持分の過半数を保有する場合には、判断が困難である、といったものである¹²。

第三に、連邦憲法裁判所の立場は、混合経済企業に公的主体と並んで出資している私的主体の法的地位を考慮していない、という観点からの批判がなされる¹³。

2 基本権拘束性に関する議論

基本法1条3項は、「以下の基本権(Grundrechte)は、直接に適用される法として、立法、執行権(vollziehende Gewalt)、裁判を拘束する」¹⁴と定める。基本権享有性の議論といわば表裏に、公法上の組織は、原則として、国家権力の行使主体であることが認められることから、公法上の組織が基本権によって拘束されることについては争いがない。また、上記の自己会社の基本権享有性の否定は、同時に自己会社が基本権によって拘束されることも意味する。したがって、主に見解の対立が現れるのは、基本権享有性に関する議論と同様に、混合経済企業の場合である。

¹⁰ Vgl. Bodo Pieroth, Die Grundrechtsberechtigung gemischt-wirtschaftliche Unternehmen, NWVBl 1992, 85ff. (87).

¹¹ Eberhard Schmidt-Aßmann, Zur Bedeutung der Privatrechtsform für den Grundrechtsstatus gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen, in: Festschrift für Hubert Niederländer zum siebsten Geburststag, 1991, S. 383ff. (393). Vgl. Stern →

¹² Günther Kühne, Anmerkung, JZ 1990, 335ff. (336).

¹³ Schmidt-Aßmann, S.395f.; Kühne, 336.; Hans D. Jarass, Kommunale Wirtschaftsunternehmen und Verfassungsrecht, 489ff. (496).

¹⁴ 前掲高田・初宿 213 頁。

この点、学説においては、私法への逃避の考え方を背景に、国家が出資を通じ、その活動範囲を隠れて拡大することに対する歯止めを意図し、基本権拘束が及ぶ範囲の拡張を試みる形で、基本権拘束性の議論が展開されてきた¹⁵。そこで、これらの議論においては、基本権拘束が及ぶ範囲の確定が問題となった。

一部の学説においては、国家の出資比率に応じて、基本権享有性と基本権拘束性の問題を捉えるべきであるという見解が提唱された。例えば、Bull は、「混合経済企業の存在から生ずる区分の問題(Abgrenzungsprobleme)は、典型的な公法上の組織と私法上の組織の間の「グレーゾーン」の問題であり、よって、通常の法的手段によって解決されなければならない。したがって、例えば、国家の出資が増加すればするほど、基本権保護の密度を減じさせることが考えられる¹⁶」と述べている。

しかしながら、混合経済企業の基本権拘束性に関わる連邦最高裁判所の判断は、長い間示されてこなかった。上に紹介した連邦憲法裁判所の判決においては、基本権享有性の否定に関する判断は示されていたものの、必ずしも、基本権拘束性の肯定に関する判断は示されていなかった。このような状況において、連邦憲法裁判所が初の判断を示したのが、以下に見るフランクフルト空港判決である¹⁷。

(1) 事案および判旨¹⁸

フランクフルト空港は、連邦、ヘッセン州、フランクフルト市、及び私人の資本から構成される¹⁹混合経済企業である、フランクフルト空港株式会社(以下、「Fraport-AG」とする)によって運営されている。異議申立人らは、本空港の敷地内において、難民の国外退去に反対する集会を開くとともに、デモ活動を展開した (Initiative gegen Abschiebung)。Fraport-AG は、異議申立人らの上記活動が空港利用規則に違反するものであるとして、空港利用の禁止(Flughafenverbot)を命じた。

異議申立人らは、このような措置に対して民事訴訟を提起したが、裁判所は、民事上の住居不可侵権(Hausrecht)が適用される範囲内においては、Fraport-AG 空港利用の禁止は適法なものである等として、異議申立人の訴えを認めなかった。そこで、異議申立人らは、被告の措置及びそれを支持した民事裁判所の判決は、異議申立人の有する集会の自由(基本法 8 条)および表現の自由(基本法 5 条 1 項 1 文)の侵害を理由として、憲法異議を提起した。

¹⁵ 石村修「人権(基本権)と私法上の公的主体—混合企業への人権適用—」法学新報 120 巻 1・2 号(2103)1 頁以下(特に、3・4 頁)。

¹⁶ Hans Peter Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, S.98, Rn.49.

¹⁷ BVerfGE, v.22.2.2011, NJW 2011, 1201ff.

¹⁸ 事案と判旨は、前掲石村 11 頁以下、同「フランクフルト飛行場における集会・デモ規制」専修ロージャーナル 8 巻 133 頁以下で、紹介がなされている。

¹⁹ 空港利用禁止が発された当時の出資率は、3 つの公的主体を合計して約 70%であった。その後、連邦の持分の売却がなされ、連邦憲法裁判所の判決当時には、ヘッセン州とフランクフルト市が、約 52%という状況であった。

判決は、集会の自由や表現の自由に関する判断の、いわば前提問題として、Fraport-AGが基本権によって拘束されるかという点を問題として、判断を示した。

「被告は、異議申立人との関係において、直接的に基本権に拘束される。このことと対応して、被告は、自身によってなされた空港利用の禁止を正当化するために、自身の基本権を引き合いに出すことはできない。」「私法形式の利用は、国家権力を、基本法 1 条 3 項による基本権に対する拘束から免れさせない。このことは、私法上の行為形式が利用されている場合についても、私法上の組織・会社形式が利用されている場合についても、妥当する。公的主体によって支配された(beherrscht)混合経済企業は、私法形式によって組織された国家の単独所有状態にある公企業の場合と同様に、直接的な基本権拘束に服する。」「基本権は、国家による任務遂行のある特定の領域、任務、活動形式に対してのみ適用されるのではなく、国家権力を、包括的かつ全体的に(umfassend und insgesamt)拘束する。ここで、国家権力の概念は幅広く理解されなければならない [ない]。」「基本法 1 条 3 項の意味における基本権によって拘束された国家権力とは、全ての国家の機関または組織の活動のことを指す、...」

「直接的な基本権拘束は、完全に公的主体の所有状態にある公企業に対してのみならず、これが公的主体によって支配されている場合には、混合経済企業に対しても及ぶ。公的主体の完全所有状態にある私法上の公企業については、既に基本権拘束がその企業の出資者に対してのみならず、企業それ自体に対しても適用されるということが認められている。...このことは、そのような企業の独立的な行為単位(Handlungseinheit)としての性質に合致し、所有権者が会社法上、事業の経営に対して影響力を行使することが可能であるか否か、どの程度可能であるか、どのような形式によって可能であるか、及び、—異なった公的持分所有者を伴う企業の場合—、異なった公的持分所有者間での影響力行使の調整(Koordination)がなされるか、といったこととは無関係に、実効的な基本権拘束を保障する。公企業の活動は、会社法上の影響権の形成(Ausgestaltung)とは無関係に、国家による任務遂行の一形式であり、ここでは、企業それ自体が基本権に拘束される。」

「私的持分所有者及び公的持分所有者が参加する混合経済企業についても、当該企業が公的主体によって支配されているとき、同様のことが妥当する。混合経済企業の場合にあっても、基本権拘束の問題は、それぞれの企業について、一体的に包含し、一体的にのみ解答可能である。混合経済企業も同様に、独立的な行為単位として活動している。企業の背後に隠れている公的所有権者の基本権拘束と、その会社法上の影響力の行使権限のみでは、当該企業の基本権拘束を代替するものとしては不十分であり、これを特に余計なものとはしない。...」

「ゆえに、混合経済企業は、これが公的持分所有者によって支配されている場合には、直接的な基本権拘束に服する。このことは、通常、持分の過半が公的主体の所有にあるときに、問題となる。その限りにおいて、基本的に、私法上の価値判断(Wertungen)に依拠される(参照、株式法 16、17 条...)。特別な場合において、このような基準が補完されるか否かは、本件においては、決定を要しない。」

「すなわち、所有権的過半数関係と結びついた支配の基準は、業務執行に関する具体の影響力行使の権限ではなく、当該企業に対する全体責任(Gesamtverantwortung)に着目している；公的主体が私企業に対して過半の持分しか保有していない場合とは異なり、ここでは、原則として、国家の参加の下にある私的活動が問題となっているのではなく、私人の参加の下にある国家活動が問題となっているのである。かかる活動については、その目的又は内容とは無関係に、国家による任務遂行の一般的な(allgemein)拘束が及ぶ。このような活動の展開にあっては、公的主体によって支配された企業は、直接的に基本権によって拘束され、この裏返しとして(umgekehrt)、市民に対して、基本権を主張することはできない。」

「私的な持分所有者の権利は、このことによって、不当な損失を受けない；私的な持分所有者が公的に支配された企業に参加するか否かは、当該持分所有者の自由な決定に委ねられており、後になって過半数関係が変更したとしても、...これに対してどのように対応するかは、当該持分所有者の自由に委ねられている。もっとも、私人が当該企業に参加している限りにおいて、当該私人は、公的主体の活動条件(Handlungsbedingungen)から生ずるチャンス及びリスクは分かち合う。いずれにせよ、その基本権主体としての法的地位は、とりわけ、公的持分所有者又は公権力に対する関係においては、直接的に、影響を受けないものにとどまる。」

(2) 学説の反応

HEW 決定に対する学説の反応が、概ね否定的なものであったのとは対照的に、フランクフルト空港判決の判示に対しては、学説から、一定の肯定的な評価が与えられている。

まず、このような学説は、連邦憲法裁判所が、「支配(Beherrschung)」という基準によって、混合経済企業が基本権による拘束を受けるか否かを判断する立場を示し、「支配」が存するか否かの判断において、公的主体が持分の過半を有するか否かに着目する点に、理解を示す。すなわち、基本権拘束を受ける主体であるか否かの判断は、結局、総合的な判断とならざるを得ず、そのことが支配という基準に現れていること、そして、支配の有無の判断にあたって、株式法のガバナンスに依拠した上で判断を行っていることについては、規範的な裏付けとして十分であると評価している²⁰。次に、このような見解は、判決が、混合経済企業の組織が、それ自体として基本権拘束を受けるか否かが判断されなければならないことを重視している点に対して理解を示しているように見受けられる。すなわち、本稿の第2章第2節において詳しく見るように、公的主体が混合経済企業に対して影響力を行使するためには、会社法上設けられたさまざまな仕組みや手段を用いることが可能である。しかし、これらの個別の手段の行使を通じて公的組織の側からの制御がなされうることと、混合経済組織それ自体が基本権拘束を受けるか否かは、次元を異にする。

²⁰ Philipp-L. Krüger, Versammlungsfreiheit in privatisierten öffentlichen Räumen, DÖV 2012, 837ff. (839f.); Angela Richter, Institutionalisierte öffentlich-private Partnerschaften der Gemeinden in Deutschland und Frankreich, 2013, S.43.

これに対して、判決に対して否定的な立場は、基本的には、上記の HEW 決定に対する学説の批判の内容や、基本権享有性の側からの観点を重視する学説の視点を引き継ぐものである。特に、組織内部の私法主体（株主）の地位が不利な影響を受けることになってしまうという点については、依然として批判が強い²¹（もっとも、このような主張に対しては、上記の肯定説の側からは、判決の判示が示すように、このことは私的株主自身の決定に委ねられており、問題ないとの再反論がなされている）。

第3款 行政組織法的観点からの検討

上記のフランクフルト空港判決の連邦憲法裁判所の判示と、学説による批判及び理論的検討の成果からは、ドイツにおいては、混合経済企業という組織形態は、公的領域と私的領域の中間領域に存在するものであり、その組織の内部において公的主体と私的主体がまさに協働する組織であるという現実を正面から受け止めた上で、これを、基本権による体系を基軸とするドイツの憲法構造において、いかに位置づけるべきかについて、議論がなされていることを読み取ることができるであろう。そこでは、組織形式（公法上の組織と私法上の組織）、公的主体による影響力の行使の程度、混合経済企業に対して出資をする株主の私的主体としての法的地位などのさまざまな要素が、総合的に評価された上で、混合経済企業が、基本権を享有する組織であるか、基本権によって拘束される組織であるかが、支配という基準を用いることで、総合的に判定されている。

もっとも、上記のような議論は、混合経済企業が組織法（とりわけ、行政組織法）の理論上、どのように位置付けられるべきであるかという形で展開されているものではない。しかしながら、上で行ったドイツの基本法上の議論の分析によって得られた視座は、混合経済企業の位置づけに関する行政組織法上の議論のあり方と通ずる部分がある。

そこで、以下においては、これまでの紹介・分析の結果を踏まえて、混合経済企業の法的位置づけの問題を、組織法的、とりわけ行政組織法の理論上の観点から捉え直すことで、本節のまとめとしたい。

ドイツの行政組織法上の議論においても、混合経済企業というカテゴリーをどのように位置付けるべきかについては、さまざまな立場が提唱されている。これらの議論は、具体的には、混合経済企業は、行政組織法学上、行政主体(Verwaltungsträger)に当たるか否かという形で展開されている。

これらの議論（混合経済企業を、行政組織法学上、どのように捉えるべきか）は、上記の基本権上の論点と密接に関係づけられながら、議論がなされてきた。基本的には、上記の議論とも対応しつつ、二つの対応策が提唱されてきた²²。

²¹ Elke Gurlit, Grundrechtsbindung von Unternehmen, NZG 2012, 249ff. (254f.).

²² Ulrich Stelkens, Von selbständigen Verwaltungshelfern, Eigengesellschaften und gemischtwirtschaftlichen Unternehmen: Verwaltungsorganisationsrechtliche Folgen der funktionalen Privatisierung der Organisationsprivatisierung, JA 2016, 1266ff.

すなわち、上に紹介した混合経済企業が、私法形式を有する組織であることを重視する立場によれば、組織法上も、混合経済企業を行政主体ではないと評価する方向に傾く。しかしながら、他方で、混合経済企業が公的任務をも遂行することのある組織であることにかんがみ、これに対して何らかの公的な観点からの拘束を及ぼす必要性も否定できない。そこで、混合経済企業の有する私法形式の側面を重視する学説においては、混合経済企業の組織そのものの基本権享性を肯定（基本権拘束性を否定）しつつ、基本権に拘束されるのは公的主体のみであり、この基本権拘束に基づいて、公的主体による影響力行使がなされることで十分であると解する²³。Stelken はこのような把握の方法を、「影響力による解決(Einwirkungslösung)」と呼ぶ。

これに対して、混合経済企業それ自体の基本権への拘束を問題とすべきとの立場（上に述べた通り、連邦憲法裁判所は、この立場を採用した）によれば、当該組織が行政主体と同視できる状況にあるならば、これが基本権によって拘束されることを正面から認め、当該組織それ自体が基本権によって拘束される、すなわち、行政主体として評価される方向に傾く。Stelkens は、問題解決方法は、「組入れ解決(Einbindungslösung)」と呼ばれる。

ここで、両者の考え方の違いを簡単に比較しておく、以下の通りである。

第一に、既に上にも述べたところであるが、私法形式がそれ自体として有する原則としての意味を、どの程度重視するか、あるいは維持するかについて、両者には基本的なスタンスの違いがある。すなわち、「影響力による解決」は、私法形式は私人の自由な活動や私的自治に関わる法「形式」であるという原則を維持し続けているのに対して、「組入れ解決」は、公的主体が私法組織を用いて国家権力を行使しているという「実質」を直視している。

第二に、組織の構成のあり方に対する視点の所在の違いを指摘することができるであろう。すなわち、「影響力行使による解決」は、特に、混合経済企業の「内部」の構成に着目し、混合経済企業に参加する私人（私的株主）の法的地位を重視した理論構成を指向している。これに対して、組入れ解決は、特に、憲法上の基本権の体系を背景として、混合経済企業と組織「外部」の私人との関係に着目した理論構成を指向している。

このように、ドイツの行政組織法学においては、主に基本権によって枠づけられる憲法構造の内部において、基本法上の諸価値（私的株主の株式にかかわる所有権も、基本権に基づく私人の公権力に対する防御権も、双方とも憲法上の価値である）に配慮しながら、混合経済企業のような中間的な組織をいかに位置づけるべきかが議論されていることができる。

²³ 第二章第二節において扱う、影響力行使義務の考え方である。

第2章 自治体事業の公私協働に関わる法的枠組み

第1章においては、ゲマインデによる事業活動にかかる基本的な枠組みとして、事業活動の歴史と、混合経済企業の憲法上の位置づけに関する議論という、二つの側面から検討を行った。

これに対して、第2章においては、自治体事業の公私協働に関係する法的枠組みとして、より具体的にゲマインデ法上の仕組みや、これに関する学説上の議論を検討対象とする。

まず、ゲマインデの事業活動前提に適用される最も基本的な枠組みである経済的企業と非経済的企業の区別について検討を行う（第1節）。次に、組織形式選択の局面におけるゲマインデの裁量権の行使に関する学説上の議論とゲマインデ法上の仕組みを検討する。そして、ゲマインデが私法上の組織形式を用いるにあたっての影響力行使義務に関する学説上の議論とこれに対応する具体のゲマインデ法上の手段について分析し（第3節）、この影響力行使義務にあたって問題となるゲマインデ法と会社法の衝突の問題について検討を行う。第5節は、第2章の小括である。

第1節 経済的企業と非経済的企業の区別

ドイツにおいては、わが国の場合と異なり、ゲマインデの事業活動に関する一般的な法的枠組みが、各州のゲマインデ法において定められ、これらの規定に即して議論がなされている。

この中で、ゲマインデの経済活動に対する法的制約の側面については、従来、わが国でも盛んに議論がなされてきた。例えば、行政が資するべき「公的目的」との関係において、ゲマインデの経済活動の法的限界の論点を扱った、数多くの先行研究が存在する¹。他方、これとは若干異なる観点、すなわち、そもそも「公行政」が行う活動とは何かという問いを考察の中心に据えて検討を行うものもある²。

¹ 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？—ドイツにおける議論状況について—」立教法務研究7号(2014)58頁以下、人見剛「ドイツにおける市町村生活基盤配慮行政（再）公営化」広瀬清吾・浅倉みつ子・今村与一『日本社会と市民法学』（日本評論社、2013）412頁以下、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」『阿部泰隆先生古稀記念 行政法学の未来に向けて』（有斐閣、2012）175頁以下、ディルク・エーラーズ（山内惟介訳）「公企業体法」同『ヨーロッパ・ドイツ行政法の諸問題』（中央大学出版部、2008）108頁以下、H.-U. エーリゼン（中西又三訳）「地域団体の経済的活動」同『西ドイツにおける自治団体』（中央大学出版部、1991）74頁以下。また、成田頼明「地方公共団体の経済活動とその法的限界—とくに「公共事務」との関連において—（一）（二）」自治研究37巻6号(1961)65頁以下、同38巻7号(1962)63頁以下、岡田雅夫「行政課題のPrivatisierung 論について」岡山大学法学部編『法学と政治学の現代的展開』（有斐閣、1982）113頁以下（116頁）等を参照。

² 岡田雅夫「地方公共団体の経済的活動とその限界—西ドイツにおける「経済的企業」概念を手がかりに—」岡山大学法学雑誌28巻1号(1978)1頁以下。

しかしながら、これらの先行研究においては、ゲマインデの事業活動に関する法制度の全体の枠組みという観点からは、必ずしも十分な検討は行われてこなかった。

そこで、第1節では、ゲマインデの事業活動に一般的に適用される法的枠組みについて検討を行う、まず、各州のゲマインデ法において採用されている経済的企業と非経済的企業の区別の枠組み、及び、関連する学説の議論と判例について分析し（第1款）、経済的企業の場合に課される制約（制約の三位一体）について検討を行う（第2款）。第3款は、第1節の小括である。なお、非経済的企業に対して課せられるゲマインデ法上の制約については、第2節において検討を行う。

第1款 区別と法効果の違い

1 ゲマインデ法上の区別の構造

ゲマインデの経済活動に対する制約を定めた1935年ドイツ・ゲマインデ法の規定は、戦後、各州のゲマインデ法に受け継がれている。しかしながら、その中で最も基本的な仕組みである、経済活動に対する制約の三位一体(Schrankentrias)の規律は、ゲマインデの事業活動全体に対して適用されるわけではない。

既にみたように、ドイツ・ゲマインデ法67条2項においては、制約の三位一体が適用除外される事業活動に関する定めが置かれていた³。このような列挙による適用除外の構造は、各州によって、具体的な規定方法に若干の違いはあるものの、戦後の各州のゲマインデ法にも受け継がれている⁴。

さらに、1980年代以降、一部の州においては、非経済的企業(nichtwirtschaftliche Unternehmen)や非経済的活動(nichtwirtschaftliche Betätigung)⁵といった概念が、ゲマインデ法上の概念として採用され、経済的企業に対置され、区別の構造がより明確にされている。また、この非経済的企業概念が明確には採用されなかった州(バイエルン州、チューリンゲン州)のゲマインデ法も、実際には、他州のゲマインデ法において非経済的企業として列挙されている事業活動に相当するものについて、制約の三位一体の適用を免れる構造を有している⁶。

そこで、以下においては、ある特定の事業活動について、経済活動に関する制約規定の適

³ ドイツ・ゲマインデ法以前からの法令上の事業活動の「区別」については、本論文第1章第1節を参照。

⁴ 参照、岡田雅夫「地方公共団体の経済的活動とその限界—西ドイツにおける「経済的企業」概念を手がかりに—」岡山大学法学雑誌28巻1号(1978)1頁以下。また、エーラーズ105頁以下、人見412頁以下、成田「(二)」66頁。

⁵ ゲマインデ法上、経済的企業と非経済的企業概念に代わって、他の概念を用いる州もある。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条は、ゲマインデ法において、企業(Unternehmen)(経済的企業に当たる)と施設(Einrichtung)(非経済的企業に当たる)の概念を用いている。

⁶ Thomas Rautenberg, *Gemischte Gesellschaften und Gemeindefinanzrecht*, Teil I, *KommJur* 2007, 1ff.(5).

用から除外しているゲマインデ法上の構造のことを、総じて「経済的企業と非経済的企業の区別」と呼ぶことにしたい。

(1) 非経済的企業の消極的列举

各州のゲマインデ法においては、非経済的企業ないし非経済的活動の概念が、積極的には(positiv)定義されていない⁷。むしろ、州の立法者は、非経済的企業に当たる事業を具体的に列举することにより、これらの事業活動を経済的企業から除く形で、両者の区分が図られている⁸。これらの規定は、一般に、「消極的条項(Negativklausel)」などと呼ばれている⁹。

各州のゲマインデ法において定められた消極的リストは、学説上、一般に、三つのカテゴリーに分類される¹⁰。

第一に、ゲマインデが、法律で義務づけられている必要事務(Pflichtaufgaben)については、制約の三位一体の適用が除外される。これらの事務については、個別法によってゲマインデが遂行すべき事務としての性質が法的に明らかであることから、経済的企業に対する制約の規定が免除されている。

第二に、文化的ないし社会的な施設のカテゴリーがある。例えば、教育、文化、健康、福祉等の領域に関わる施設は、伝統的に、経済的企業に当たるものとは考えられておらず¹¹、各州のゲマインデ法もこの考え方を引き継いだので、経済的企業に対する規律による制約を免れるものとして位置づけられている。適用除外される具体的な領域の列举のあり方には、州ごとに若干の差異が見られ、この点に各州の立法者の判断の違いが現れているが¹²、いずれにせよ、ゲマインデ法において列举されている領域は、ドイツの実務において、伝統的に生存配慮(Daseinsvorsorge)の任務として位置づけられてきたものである。のちに詳しくみるように、経済的企業と非経済的企業の区別の是非をめぐる学説上の議論では、主にこのカテゴリーが念頭に置かれている。

第三に、補助事業(Hilfsbetriebe)と呼ばれるカテゴリーがある¹³。これは、ゲマインデの自己需要の充足のためにのみ資するものとされ、ある企業に付属する事業であって、それ自体では独立的には経済的企業として評価しえないものについては、経済的企業の従たる地

⁷ Martin Burgi, Kommunalrecht, 5.Aufl., 2015, S.261; Geis, Rn.62.

⁸ ノルトライン・ヴェストファーレン州ゲマインデ法 107 条 1 項及び同条 2 項。

⁹ Andreas Gaß, C. Kommunalrechtliche Rahmenbedingungen, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 3.Aufl., 2015, S.71.

¹⁰ Gern Alfons, Deutsches Kommunalrecht, Rn.726; Michael Ronellenritsch, § 4 Kommunalrechtlicher Begriff der privatwirtschaftlichen Betätigung der Kommunen, in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch kommunale Unternehmen, 2012, Rn.5ff. Michael Uechtritz/Olaf Otting/Udo H. Olgemöller, § 6 Kommunalrechtliche Voraussetzungen für die wirtschaftliche Betätigung, in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch kommunale Unternehmen, Rn.120.

¹¹ 参照、第 1 章第 1 節。

¹² ノルトライン・ヴェストファーレン州ゲマインデ法 107 条 2 項 2~4 号。

¹³ 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 107 条 2 項 5 号。

位にとどまるものとして、制約規定の適用除外があるものとされている¹⁴。

(2) 経済的企業の定義に関する学説上の議論

経済的企業や経済的活動の概念について、多くの州のゲマインデ法においては、積極的な定義はなされていないが、ドイツの現在の通説及び判例は、伝統的な定式に従っている。すなわち、ポーピッツ定式(Popitz-Formel)と一般的に呼ばれる基準によれば、経済的企業とは、「その性質上、収益獲得(Erzielung)の目的(Absicht)をもって、民間企業によっても、一般的な取引において、もたらされることが通常である給付を、対価と引き換えに(gegen Entgelt)、自由に供するゲマインデの諸施設」のことを指す。この考え方は、ドイツ・ゲマインデ法の仮施行規則(vorläufige Ausführungsanweisung)に採用され、現在においても、ゲマインデ法上の経済的企業とは、一般的に、上記の意味において解されている。

しかしながら、一部の学説および判例においては、上記の経済的企業概念定義とは別の理解が示されていた。

例えば、Forsthoff は、住民生活に密接な関連を有する経済的企業（供給企業(Versorgungsunternehmen)）については、これを経済的企業として評価すべきではなく、公行政の一部として評価すべきという立場を採っていた¹⁵。バイエルン州憲法裁判所判決¹⁶も、Forsthoff と同様の立場に立ち、バイエルン州ゲマインデ法上の経済的企業の概念につき、その文言の意味を広く捉える「広義の経済的企業」と、その目的が一義的に競争によって支配された経済生活に参加し、これによって収益を獲得することに向けられた企業を「狭義の経済的企業」と解する二つの概念を提示して、後者のみをゲマインデ法の適用対象と見なした。ここでは、住民の生活に密着した供給企業や交通企業は「狭義の経済的企業」概念から除かれている。このような議論は、事業活動の実質に鑑みて、伝統的な定式よりも、経済的企業の概念範囲を狭く解そうとする要素を含んでいる¹⁷。

また、他方、伝統的定式に対しては、ほとんど全ての事業は民間企業によっても経営され得ることから、伝統的定式に従って経済的企業の範囲を明確に規定することはできない、との批判もなされている。

このように、経済的企業の概念の定義をめぐるのは、さまざまな見解が提唱されていた。

¹⁴ Ronnellenfitisch, § 4, Rn.8.

¹⁵ Forsthoff, § 28, S.566f.

¹⁶ この事案は、経済的企業に対する三位一体等の制約について、これがバイエルン州憲法 11 条 2 項によって保障された自身の自治権を侵害するものとして、市が憲法異議を提起したものである(BayVerfGH, v. 23.12.1957, DÖV 1958, 216ff.)。

¹⁷ 当時の経済的企業の概念定義をめぐる議論については、Klaus Stern, Gemeindeordnung und kommunale Wirtschaftsbetätigung, BayVBl. 1962, 129ff.; Adolf Hüttl, Sind die gemeindlichen Versorgungsbetriebe den "wirtschaftlichen Unternehmen" in §67 DGO zuzuordnen?, DÖV 1958, S.198ff.; Friedrich Zeiß, Die Versorgungs- und Verkehrsbetriebe als wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinden nach den Deutschen Gemeindeordnungen, DÖV 1958, 201ff.

しかしながら、現在では、上記のような「経済的企業」の概念それ自体をめぐる原理的な議論はあまりなされておらず、経済的企業は各州の立法者の列挙に従って決められるものであり、経済的企業として列挙されていないものは経済的企業に当たる、という形で、個別的な議論が展開されている。

2 区別の法効果とそれに関する議論

それでは、ゲマインデ法上の経済的企業と非経済的企業の区別から、いかなる法効果が生ずるか。

ゲマインデ法上、ある特定の事業活動が経済的企業と非経済的企業のいずれのカテゴリーに属するかによって生ずる具体的な法効果の違いとしては、以下のようなものが挙げられる。

第一に、既に指摘したように、制約の三位一体の適用の有無について、違いが生ずる。すなわち、経済的企業に対しては制約の三位一体の規定が適用されるのに対して、あるゲマインデの事業活動が、ゲマインデ法上、非経済的企業にあたるものとされている場合、制約の三位一体の定めは適用されない。この点については、以下に詳しくみるように、特に、補完性条項の適用をめぐる議論がなされ、判例においても問題となっている。他方、非経済的企業の場合には、制約の三位一体を満たすことは求められなくなるが、各州のゲマインデ法において、制約の三位一体とは別の制約が課せられている（この点については、第三の法効果の違いとも関係する）。

第二に、収益獲得に関して適用される規定の違いがある。各州のゲマインデ法の規定によれば、経済的企業は、公的目的が阻害されない限りにおいて、ゲマインデの財政に対して収益(Gewinn, Ertrag)をもたらすべきものとされている（Soll規定）¹⁸。これに対して、非経済的企業については、この規定は適用されず、経済性原理に従った経営が求められるにとどまる¹⁹。このような区別には、収益獲得能力は、基本的には、経済的企業のみ求められ、これが認められない非経済的企業については、利潤(Überschusse)の獲得は求められない（各州の自治体公課法(Kommunalabgabengesetz)上の費用補填原則(Kostendeckungsprinzip)²⁰が、一般的に適用されるにとどまる）、という立法者の判断が現

¹⁸ 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 109 条第 2 文。

¹⁹ 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 109 条第 1 文。なお、この定めは、一般的に、財政上の基本原則の確認規定であると解されている。

²⁰ 費用補填原則については、中原茂樹「金銭賦課を手段とする誘導の法的構造および統制」本郷法政紀要 3 号(1994)181 頁以下(188 頁)を参照。各州の自治体公課法においては、受益者負担(Vorzugslasten)について、費用超過の禁止(Kostenüberschreitungsverbot)という形で収益獲得の禁止(Erzielungsverbot)が規定されているが、例外が幅広く認められている。また、受益者負担および私法上の対価(Entgelt)による収益獲得について詳細の規定はなく、実務では、自治体に、収益の獲得について広範な余地が認められている(Thorsten Franz, Gewinnerzielung durch kommunale Daseinsvorsorge : zugleich eine Untersuchung zu den Zwecken und Formen der kommunalen wirtschaftlichen Betätigung, 2005.)。

られている²¹。制約の三位一体の適用の可否に関する論点と比べると、この法効果の違いが学説上の議論として取り上げられることは少ないようであるが、一部の学説においては、経済的企業に対してのみ収益原則(Ertragsprinzip)が適用されていることが、経済的企業の本質と結びつけられながら理解されている²²。

この点、下に紹介するノルトライン・ヴェストファーレン州上級裁判所の決定においては、非経済的企業には収益獲得が原則として禁止されているという踏み込んだ解釈が展開されており、収益獲得の面での法効果の違いの解釈については、学説上も、若干の見解の対立が見られる²³。

第三に、一部のゲマインデ法においては、私法上の組織形式を用いる場合に関する制約の程度において、若干の差異が生ずる。各州のゲマインデ法の中には、ゲマインデが私法上の組織を用いて非経済的企業を経営する場合、経済的企業に関する場合におけるよりも、組織選択上の規律の強度が緩和される旨の規定を置いているものがある²⁴。すなわち、上にも述べたように、ゲマインデ法上、非経済的企業に対しては、制約の三位一体の規定が適用されず、また、制約の三位一体とは別の要件が設定されている（この点については、第2節において検討を行う）。

このように、経済的企業と非経済的企業の区別は、ゲマインデ法上、単なる理念的な区別にとどまらず、具体的な法効果の違いと結び付けられている。この点、学説および判例においては、ゲマインデ法は非経済的企業の消極的列挙を通じて、ある特定の事業活動を非経済的企業として擬制している(fingieren; Fiktion)とか²⁵、あるいは、非経済的企業は、経済的企業と比べると、優遇された(privilegiert)領域であるの説明もなされている。

このような擬制ないし優遇といった視点から、学説では、さまざまな批判的見解が述べられてきた。また、判例においても、経済的企業と非経済的企業の区別と法効果の違いをめぐる問題が争われている。

以下においては、経済的企業と非経済的企業の区別をめぐる学説と、区別に関する問題が争われた判例を分析することを通じ、この区別が、ドイツのゲマインデの事業活動に対する制約規定として、いかなる意味を持っているかを明らかにすることにしたい。

²¹ Gern, Rn.627 は、「ゲマインデ法は、非経済的企業について、伝統的な、あるいはその一部が歴史的に時代遅れの見方に従って、経済的企業概念構成メルクマール（特に、収益獲得目的を伴った財の生産および売上げの目的を持った活動）は、典型的に(typischerweise)存在しないということを前提（出発点）としている」ものとしている。前掲エーラーズ 110 頁によれば、劇場等の非経済的企業は、「損失に慣れっこ」になっている。Willy Spannowsky, Öffentlich-rechtliche Bindungen für gemischt-wirtschaftliche Unternehmen, ZHR 1996, 560ff. (564).も参照。なお、劇場の経営問題と公私協働論の関連については、後述、第3章第3節。

²² Vgl. Franz.

²³ Burgi, Kommunalrecht, Rn.39.

²⁴ Vgl. Gaß, C. Rn.63.

²⁵ Uechtritz/Otting/Olgemöller, Rn.120; Gaß, C. Rn. 56.

3 区別をめぐる議論

(1) 区別の不明確性及び相対化（学説における議論）

一部の学説においては、ゲマインデ法上の経済的企業と非経済的企業という二分論それ自体に対して、批判的な見解が提唱されている。それらの学説の中には、立法論を含めて展開されているものもある²⁶。このような立場によれば、ゲマインデ法が採用している経済的企業と非経済的企業の区別という考え方は、伝統にのみ、その根拠を有しており、時代に即しておらず、経済的企業と非経済的企業の間の区別が不明確である、あるいは、かような歴史的・理念的な区別は、現在の実務における展開に照らすと、相対的なものとなってきているものとされる²⁷。また、ゲマインデによる事業活動と民間における経済活動が並立する領域が存することを背景として、かような実務の展開は、ドイツ・ゲマインデ法以降の歴史に専ら根差したゲマインデ法上の経済的活動と非経済的活動の二元論(Dualismus)を超えているとも指摘される²⁸。

これらの経済的企業と非経済的企業の間の区別に対して批判的な見解は、ゲマインデの実務のさまざまな展開によって、経済的企業と非経済的企業のいずれのカテゴリーに属するか不明瞭な領域がますます拡大していることにかんがみ、実務における現実と各州のゲマインデ法の立法者の想定の間にある乖離を問題視しているものと理解することができよう。さらに、その背後には、基本的には、戦後直後の経済的企業概念を拡大的に理解しようとする方向性とは逆に、民間部門とのあるべき関係を念頭に、非経済的企業に合理的な理由なく特権が与えられていることを問題視するスタンスが見受けられる。

これらの批判説は、立法論としては、非経済的企業の消極的列挙の見直し、経済的企業と非経済的企業の区別の廃止²⁹、領域の特殊性に応じた規律の必要性など、さまざまな形で展開されている。

(2) 適用除外が争われた判例

²⁶ ゲマインデ法の改革の動きについては、本論文第1章第1節を参照。

²⁷ Vgl. Norbert Schulz, *Wirtschaftliche, nichtwirtschaftliche und nicht nichtwirtschaftliche Unternehmen*, BayVBl. 1997, 518ff.

²⁸ 例えば、廃棄物分野については、ゲマインデ法上、非経済的企業として位置づけられているが、廃棄物経済(*Abfallwirtschaft*)という用語が既に示しているように、関係する事業活動が経済活動として展開されており、この点、時代に即していないというのである。現に、このことは、裁判においても争われた。すなわち、判例においては、ゲマインデが経営する中古自動車(*Altauto*)のリサイクル販売業が、経済的企業と非経済的企業のどちらのカテゴリーに属するかが争われ、第一審と第二審において、判断が分かれている。また、教育については、ゲマインデ法上、非経済的企業としての位置づけが与えられているものの、自治体企業が行った補習授業(*Nachunterrichtung*)について、非経済的企業には当たらないとされた裁判例がある。さらに、領域の特殊性に即してゲマインデ法上の制約のあり方を考えるべきであり、経済的活動と非経済的活動の二分論から出発して考えるべきではないとする議論がある。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においては、エネルギー経済領域について、このような考え方が立法化されるに至っている。

²⁹ 区別の廃止を主張するものとして、Schoch, DVBl 1994, 962ff.

他方、判例においても、非経済的企業について、経済的企業に対して適用される制約規定が包括的に不適用とされてしまっていることが、争われている。

一般に、ドイツにおいては、ゲマインデの事業活動が、民間企業による経済活動と領域的に重複するという、ゲマインデ企業と民間企業との競合(Konkurrenz)の問題が、よく議論されている状況が見受けられる。現に、ゲマインデが経営するのと同様の事業を展開する民間企業が、自身の経営する事業に対して不利な影響が及ぼされるとの懸念から、ゲマインデの経済活動がゲマインデ法の定める補完性条項に違反しているとして、行政訴訟を提起するという現象も見られる³⁰。

しかしながら、ゲマインデ法において、民間企業との競合が生じている事業が非経済的企業として位置づけられている場合には、補完性原理は、そもそも適用されない。このことを民間企業の側から見れば、非経済的企業によって実施されている事業の実質はまさしく経済活動であり、競合が生じている。そこで、非経済的企業が行う実質的な経済活動に対しても、制約の三位一体が適用されるべきであるか否かが、裁判において問題となっている。

以下においては、上記の問題が争われた、二つの代表的な裁判例を取り上げる。

まず、1985年12月2日のノルトライン・ヴェストファーレン州上級裁判所判決³¹は、日焼け施設(Sonnen- und Bräunungseinrichtung)を併設したサウナ施設(Saunaanlage)を経営する民間企業である原告が、100%の持分を有する自己会社³²(参加人)を通じて余暇浴場(Freizeitbad)(ここには、サウナ施設や日焼け施設の設備がある)を経営する市に対し、当該自己会社と自身が経営する事業との間に競合が生じているとして、関連する事業活動の不作为(Unterlassung)を求め、不作为訴訟(Unterlassungsklage)を提起した事案である。

判決は、ゲマインデ法上、上記自己会社は、ノルトライン・ヴェストファーレン州ゲマインデ法上、経済的企業(施設(Einrichtung))としては扱われず、非経済的企業に当たるため、補完性条項は適用されないとの判断を示した。判示において、裁判所は、ゲマインデ法上、経済的企業として評価されていない企業に対しても経済的企業に関する参加について要件の適用を要求するとすれば、ゲマインデ法上の擬制効果が無に帰してしまう、と判示している。

次に、2000年3月28日のラインラント・プファルツ州憲法裁判所の判決³³を紹介する。この事案は、真正補完性条項³⁴等を導入した1998年のラインラント・プファルツ州ゲマインデ法の規定により、基本法が保障する自治権(Selbstverwaltungsrecht)を侵害されたとして、Bad Kreuznach 市が、ラインラント・プファルツ州憲法裁判所に対して憲法異議

³⁰ もっとも、ゲマインデ法上の補完性条項のみによっては、競合者訴訟(Konkurrenzklage)における原告適格は根拠づけられないというのが、通説の立場である。補完性条項については、次款を参照。

³¹ OVG NW, Urt, 2.12.1985, DÖV 1986, 339ff. (以降の表記と統一させました)

³² 自己会社(Eigengesellschaft)については、本論文第1節第2章を参照。

³³ RhPfVerfGH, Urt, 28. 3. 2000, NVwZ 2000, 801ff.

³⁴ 真正補完性条項について、次節を参照。

(Verfassungsbeschwerde)を申し立てた事案である。

本判決の争点は、真正補完性条項の導入の合憲性にあったが（この点につき、市側の真正補完性条項が違憲であるとの主張は、裁判所によって斥けられている）、経済的企業と非経済的企業の区別の論点についても、一定の判断を示している。

判旨は、ラインラント・プファルツ州ゲマインデ法において、制約の三位一体が非経済的企業に適用されない仕組みとはなっていないことを指摘した上で、「確かに、これらの施設も、公的目的と調和する限りにおいて、経済的観点に従って運営されなければならない。しかしながら、これらの施設は、實際上、純粋な自治体の経済活動の一部である場合であっても、法 85 条 1 項の厳格な要件の適用を免除される」と述べている。

このように、上記の二判例は、ゲマインデ法上、非経済的企業として位置づけられている事業については、当該企業がたとえその事業活動の中から一部を切り出せば、実質的には、経済活動と見ることが可能な活動を行っているとしても、その活動に対して個別的に制約の三位一体の規律が適用されることにはならず、制約規定の適用除外の効果は、当該企業全体に対して、「包括的に(umfassend)」適用されることを明示したものと評価できよう。

(3) 収益獲得との関係

次に、収益獲得に関する法効果の違いに関する判断を示した判例として、2005 年 11 月 22 日のノルトライン・ヴェストファーレン州上級行政裁判所決定³⁵を紹介しておこう。

市（被告）は、自身が 99.5%を出資するシュタットベルケ株式会社(WSW AG)を通じ、当該会社との間で処理契約(Entsorgungsvertrag)を締結した上で、道路排水施設(Straßenentwässerung)及び汚水排水路(Schmutzwasserkanal)に関する業務を遂行させていた。WSW AG は、道路排水施設を改装し、市に対し、費用の請求を行い、被告市はこれに応じた。この費用請求には、工事期間の利子(Bauzeitzinzen)と経常費の上乗せ分(Regiekostenaufschlag)が含まれていた（このような形で、市から WSW AG に対して収益(Ertrag)がもたらされる旨の申合せがなされていた）。市は、道路排水施設の付近の土地の所有者である原告に対して、道路開発負担金(Straßenbaubeitrag)の納付決定(Beitragsbescheid)を発したが、同納付決定においては、上記申合せを前提として、道路開発負担金の納付額が決定されていた。本件は、この納付決定に対して取消訴訟が提起されたものである。

判決は、市と WEW AG の間でなされた収益についての申合せは、支持することができない旨、判示した。裁判所が判示するところによれば、「本件において、このような収益の申合せは禁止されている。このことは、...ゲマインデによって企業が経営される場合、このことによって公的目的の遂行が阻害されない限りにおいて、ゲマインデの財政に対する収益(Ertrag)がもたらされるべきものとされており、その額は、ノルトライン・ヴェストファー

³⁵ OVG NW, Beschl, 22.11.2005, NWVBl. 2006, 231ff.

レン州ゲマインデ法〔以下、「法」とする：筆者注記〕109条2項において、詳細に定められている。この収益獲得規定(Gewinnerwirtschaftungsvorschrift)は、…〔法律の規定から（筆者補）〕も明らかなおり、施設(Einrichtung)の経営については適用されない³⁶。」「…企業(Unternehmen)とは、給付がその種類によって私人によっても収益獲得目的をもって調達することが可能である限りにおいて、財又はサービスの生産者、提供者、配分者として、市場において活動する。これに対し、施設とは、法107条2項の例外カタログの適用を受ける人的・物的総合体（特に、下水処理施設（法107条2項4号）、ゲマインデが法律上義務づけられている施設（法107条2項1文））をいう。下水処理は、…ゲマインデに対して、法律上の義務が課せられている。したがって、当該任務を遂行するゲマインデの人的・物的総合体は、施設である。」「法109条1項2文の収益獲得原則は、企業に対するゲマインデの参加についてのみ適用されるものであり、施設については適用されない。よって、WSW AGに対して下水処理施設について、収益獲得に関する Soll 規定が適用されないとすれば、これとは逆に、施設については、収益獲得を指向すべきでない、という原則が妥当する。確かに、法109条の文言には、施設による収益獲得の禁止は、存在しない。しかしながら、このことは、ドイツ連邦共和国の租税国家性・公課国家性(Steuer-, Abgabenstaatlichkeit)³⁷という一般的な原理からして、明らかである。」

このように、この判決は、ゲマインデ法上の経済的企業と非経済的企業の区別から、非経済的企業に関しては、ゲマインデ財政への収益獲得目的が法律上求められていないことのみならず、さらに、非経済的企業に関する収益獲得目的による活動の禁止をも、導いているように見える。しかしながら、本判決の判示の射程等、学説による評価は分かれており、ゲマインデ法における経済的企業と非経済的企業の区別は、非経済的企業の収益獲得目的の禁止まで意味するものではないとの批判も展開されている³⁸。

この批判についてはひとまず措くとして、ここでは、上記判決が非経済的企業の収益禁止を導くにあたって、経済的企業に対する Soll 規定の反対解釈を通じて、また、租税公課性・公課国家性という国家論を引き合いに出すことで、非経済的企業について、収益獲得の原則的禁止を導こうとする、判決の論理構成に注目しておきたい。租税国家論は、公的主体の経済活動の限界づけとの関係でも引き合いに出されることがあるが、ここでは、非経済的企業

³⁶ ノルトライン・ヴェストファーレン州ゲマインデ法においては、「経済的企業」と「非経済的企業」に対応する概念として、「企業(Unternehmen)」と「施設(Einrichtung)」の概念が用いられている。Stephan Articus/Bernd Jürgen Schneider, Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen, 5., aktualisierte Auflage, S.487f.

³⁷ 租税国家論については、野田崇「自治体と収益事業」芝池義一・小早川光郎・宇賀克也（有斐閣、2004）『行政法の争点〔第3版〕〕151頁、塩野宏「地方公共団体の法的地位論覚書き」同『国と地方公共団体』（有斐閣、2001）16頁を参照。

³⁸ 判決に対して批判的な評釈として、Jürgen Glückert / Gregor Franßen, Gewinnerwirtschaftungsverbot für nichtwirtschaftliche Einrichtungen? -Anmerkungen zum Beschluss des OVG NRW vom 22.11.2005-, NWVBl. 2007, 465ff.

の収益獲得禁止（ないし、その方向性）を裏付けるための論拠の一つとして、引き合いに出されている。国家論的見地に基づく解釈から、具体的な法効果をどの程度導くことができるかについては不明確な点も大きい。上記判決の判示の背後に、経済的企業と非経済的企業の区別の法効果として、非経済的企業は基本的には公行政としての活動であることから、原則として、公金によって運営されるべきであるとの考え方を読み取ることは可能であろう。

4 区別の意味

以上、分析してきた通り、ゲマインデ法上の経済的企業と非経済的企業の区別については、ゲマインデの事業活動の実質の変化（私化に伴うゲマインデの経済活動の拡大等）を背景として³⁹、区別自体の是非を問う立法論を含めた議論が展開され、また、判例においても、制約の三位一体の適用の可否が論点とされている。

しかしながら、各州のゲマインデ法においては、経済的企業と非経済的企業という伝統的な区別は維持されており、行政実務や判例においても、依然として、各州の立法者が採用した区別が前提とされている。結論的に言えば、ゲマインデが経営する非経済的企業は、経済的企業と比べて、かなり有利な地位を得ていることは否定できない。この点、競合する民間企業の立場からすれば、経済的企業と非経済的企業の区別は、相当な重みをもっているといえよう。

もっとも、区別の意義は、民間領域との関係という視点のみから捉えられるものではない。そこで、経済的企業と非経済的企業の区別の意義、ないしゲマインデ法上の区別の特徴を、改めて理論的な見地から分析しておく必要がある。

まず、制約の三位一体（特に、公的目的の規律）の適用ないし適用除外との関連において、経済的企業と非経済的企業の区別の意味を、検討しておこう。第1章第1節で既に述べたように、ドイツにおいては、伝統的に、公行政が遂行すべき「公的目的」と私人（商人）が追求する「収益獲得目的」とが、二項対立的に位置づけられてきた。ドイツ・ゲマインデ法の制約規定は、このことを実定法の制度として取り入れたものである。戦後においても、公的主体たるゲマインデが経済活動を行う場合に、そこに収益獲得目的が存在することが否定されないとしても、「公的目的」と「収益獲得目的」を主従関係として捉え、一義的には公的目的に資するために行われるものであるから、その経済活動の中で、収益獲得目的には付随的な性質しか認められない（すなわち、純粋な収益獲得目的は公的目的に当たらない）、と解する立場が、ゲマインデ法の解釈論として通説の地位を占めている。そして、公的目的の存在については、ゲマインデが一定の説明責任を負うものと解されている⁴⁰。

他方、非経済的企業については、その事業活動に明らかに公益性が認められる事業活動を、ゲマインデ法の立法者が具体的に列挙したものと理解されている。第1章第1節において述べたように、このような立法者による区別の構造は、ドイツ・ゲマインデ法よりも古くか

³⁹ 参照、本論文第1章第1節。

⁴⁰ 参照、第2章第2節。

ら各領邦の立法において採用されていた。現在における各州のゲマインデ法の解釈において、立法者によって非経済的企業として列挙された事業活動は、ゲマインデによる個別事例に即した説明が求められる経済的企業の場合とは異なり、それ自体で、公的目的に資することが明白であることから、公的目的という観点からの正当化は不要であると解されているのである⁴¹。

次に、収益獲得原理の適用ないし不適用との関係において、区別の意味を検討しておこう。この点については、租税国家論という、国家論的見地も含めて議論されているところであるが、実定法上の区別によって、具体的にいかなる法効果がもたらされるかについて、学説および判例上、見解の一致は見られていない。しかしながら、自治体の事業活動に関する法的枠組みという観点からは、収益獲得を期待することがある事業活動についてそもそも可能であるか否か、という観点からの区別の視点が、興味深い⁴²。その背後には、公行政性が高く認められる事業活動については、民間と同様の経済活動によっては運営することが不可能であることから、これを非経済的企業として位置付けようと立法者の判断が存在しているように思われる。このように、経済的企業と非経済的企業の区別の法効果の違いにおいて、収益性の観点が位置付けられている点は、ドイツ法において特徴的な点であるといえよう。

第2款 経済的企業に対する制約（制約の三位一体）

第2款では、第1款で検討を行った経済的企業と非経済的企業の区別の枠組みを前提として、経済的企業に対して課せられるゲマインデ法の仕組みを扱う。各州のゲマインデ法においては、ゲマインデの経済的企業に対する一般的な制約に関する規律が定められている。それゆえ、ゲマインデ法の規定に従って、あるゲマインデの事業活動が経済的企業に該当するものと判断された場合、これらの規定は、当該事業活動に対して、包括的に適用される。

制約の三位一体(Schrankentrias)と呼ばれるこれらの規律は、歴史的には、ゲマインデの経済活動の拡張傾向に法的に限界づけを行ったナチ期のドイツ・ゲマインデ法 67 条の規律に由来し、その後、各州のゲマインデ法に受け継がれ、各州においてそれぞれ独自の立法的展開を見たものである。経済的企業に対しては制約が課されるという基本的な考え方や、この考え方を反映した規定の構造は、現在においても、各州のゲマインデ法に受け継がれている。

⁴¹ Klaus Lange, *Öffentlicher Zweck, öffentliches Interesse und Daseinsvorsorge als Schlüsselbegriffe des kommunalen Wirtschaftsrechts*, NVwZ 2014, 616ff.(618).

⁴² わが国においては、従来の日本の先行研究においては、これと同様の観点が、「公企業」概念の定義ないしメルクマールの問題、とりわけ「企業」をどのように解するか、という観点との関連で議論されてきたように思われる。ドイツにおいても、かつて「公企業」の概念をめぐる論争において、対応する議論が存在していたが、現在においては、ゲマインデ法の具体の規定との関連において、企業概念性それ自体については特段問題とされることなく、実定法たるゲマインデ法が定める「経済的企業」と「非経済的企業」の二元論を前提に議論がなされている。公企業概念については、さしあたり、板垣勝彦『保障行政の法理論』（弘文堂、2013）69頁以下を参照。

以下では、制約の三位一体のそれぞれの規定の趣旨やこれらをめぐる議論について、具体的に見ていくことにしよう。

1 公的目的(*öffentlicher Zweck*)

(1) 不確定法概念性とゲマインデの判断余地

制約の三位一体のうち、第一の制約は、公的目的(*öffentlicher Zweck*)である。これは、公的目的が、ゲマインデの経済的企業を、正当化し(*rechtfertigen*)、又は、必要とし(*erfordern*)なければならない、という規律である⁴³。

既に先行研究においても紹介されているとおり、戦後のドイツの有力な学説は、公的目的という制約は、ゲマインデ法という法律上の規律としてのみならず、憲法上の要請でもあるとして、ゲマインデ法の公的目的の制約は、憲法上当然に求められる要請を具体化したものであると解している⁴⁴。

一般的に、公的目的には、社会目的、環境目的、供給目的等、さまざまな内容が含まれると考えられており、その不確定法概念(*unbestimmter Rechtsbegriff*)性ゆえ、相当緩やかに認められる傾向にある。判例も、基本的に、公的目的の判断にゲマインデの広範な判断余地を認める立場を採っている。

1972年2月22日連邦行政裁判所判決⁴⁵は、「何が公的目的に資するかは、主に、これを決定する機関の見解及び決議に委ねられ、地域的な事情、ゲマインデの財政的可能性、住民の需要、及び、他の諸要因に左右される。そして、その判断についてはゲマインデに判断余地が認められることになり、判断余地が認められる部分については、裁判上の審査を広範囲にわたって免れる。このように、公的目的の判断は、基本的には、ゲマインデの目的適合性の考慮によって決される自治体政策上の問題である」と判示している。

このように、学説および判例は、公的目的の有無の判断にゲマインデの広範な判断余地(*Beurteilungsspielraum*)が認めている。それゆえ、公的目的の規定の制約規定としての効果については、疑念も呈されている⁴⁶。

(2) 公的目的の限界づけ機能

ドイツでは、公的目的の制約がゲマインデの経済活動の限界を画する機能を与えられていることを意識して、議論がなされている。公的目的が過度に柔軟に認められ、ゲマインデの経済活動が無制約に認められることになってしまえば、公的目的の規律がゲマインデ法に置かれていることの意味は、無に帰してしまうことになる。しかしながら、上にも述べたように、公的目的は不確定概念であり、広範な判断余地が認められている。

⁴³ Burgi, Rn.264; Geis, Rn.75; Gern, Rn.727.

⁴⁴ Matthias Ruffert, Grundlagen und Maßstäbe einer wirkungsvollen Aufsicht über die kommunale wirtschaftliche Betätigung, VerwArch 2001, 27ff. (39).

⁴⁵ BVerwGE 39, 329.

⁴⁶ Burgi, Rn.43.

このような状況に対し、一部の学説においては、この公的目的という法概念の明確化ないし具体化の試みがなされているが、これらの学説の試みは、何らかの具体的な実体法上の法的帰結を導くことには、必ずしも成功していない⁴⁷。

この点、ドイツの通説においては、公行政と私的経済、ないし、公的目的と収益獲得目的の二元的把握という伝統的な図式を背景に、純粹に収益獲得 (*Ertragserzielung*; *Gewinnerzielung*)のみを目的とする経済活動は公的目的に資する活動には当たらず、そのような経済活動は、ゲマインデ法上、あるいは、憲法上、禁止されているものと解されている。このような立場に立てば、ある経済活動が、純粹な収益獲得目的を超えて、公的目的に資するものであるか否かという点が、法的な問題となるが、この点について、より具体的には、ある事業活動に伴う収益獲得目的が、主たる目的としての公的目的との関係で、副次目的 (*Nebenzweck*)にとどまっているか否かという形で、学説および判例において議論が展開されている⁴⁸。

2 支払能力 (*Leistungsfähigkeit*)

第二の制約は、ゲマインデの経済的企業が、その種類と範囲からみて、ゲマインデの給付能力、及び予測される需要との関係において、適切な関係にあることを求めるものである。このゲマインデの支払能力に関する制約の趣旨は、ゲマインデに対する、財政上及び政策上の過剰要求 (*Überforderung*)を防止する、ゲマインデを保護することを目的とした規範であると解されている⁴⁹。

一般的に、上記の公的目的の要件と同様、この制約についても、公的コントロール機能の限界が指摘されている。というのも、この制約の法律上の要件として定められている、「給付能力 (*Leistungsfähigkeit*)」および「需要 (*Bedarf*)」という二つの概念はともに不確定法概念であり、かつ、ゲマインデによる経済活動がそれらとの間で適切 (*angemessen*)であるか否かについては、ゲマインデによる予測 (*Prognose*)に基づく判断がなされざるを得ないからである。それゆえ、この支払能力に制約についても、第一の制約と同様、ゲマインデには広範な判断余地が認められることとなる。

このことに対応し、学説においては、ごく例外的な場合 (明白な瑕疵のある決定、調査の不実施、衡量の不実施など)を除いて、基本的には、支払能力の要件は充たされるものと解されている⁵⁰。また、一般的な経済性・儉約性原則を超える、具体的な法的意味は認められない、との評価もなされている。

なお、ゲマインデが私法上の組織形式を用いる場合にゲマインデに課せられる、ゲマインデ法上のゲマインデの責任限定の仕組みは、この規定の趣旨をさらに具体化したものと解

⁴⁷ 公的目的の積極的定義を試みる学説の傾向については、Christian Scharpf, *Die Konkretisierung der öffentlichen Zwecks*, *VerwArch* 2005, 485ff.(491ff.).

⁴⁸ Vgl. *Gaß*, Rn. 112.

⁴⁹ *Burgi*, Rn.45; *Geis*, *Geis*, Rn.78; *Gern*, Rn.728.

⁵⁰ *Ruffert*, 47ff.

されている⁵¹。

3 補完性条項(Subsidiaritätsklausel)

第三の制約は、補完性条項と呼ばれるものである。ここで言う補完性とは、ゲマインデが上記の公的目的の遂行のために実施する経済活動と、民間企業の経済活動との間の関係における補完性のことを指す⁵²。補完性条項は、その規律の強度によって、以下の二種類に分けられる。

まず、1935年ドイツ・ゲマインデ法が定めていたように、公的目的が、他の者によって「より適切、かつ、より経済的に(besser und wirtschaftlicher)」に満たされ得ない場合に、ゲマインデが経済的企業を設立し、又は、これに参加することが許されると定めるタイプがある。このように、ゲマインデの経済的企業に、民間企業と同様の経済的効率性が認められる場合についても、ゲマインデの経済活動を認める補完性条項は、不真正(unechte)補完性条項と呼ばれている。

これに対して、公的目的が、他の者によって「同等に、適切かつ経済的に(ebenso gut und Wirtschaftlich)」満たされ得ない場合にのみ、ゲマインデが経済活動を行うことが許されると定めるタイプがある。これは、真正(echte)補完性条項と呼ばれる。不真正補完性条項の場合と比べると、ゲマインデの経済的企業の設立ないしこれに対する参加を、民間企業と同様の経済性があることでは不十分であり、経済的企業の方が経済性を発揮することが可能である場合に限定している点で、上記の不真正補完性条項よりも規律が強い⁵³。

補完性要件の充足の判断にあたっては、経済性(Wirtschaftlichkeit)に関するデータが必要とされる。行政実務においては、必要となるデータの収集がなされた上で、これらのデータに基づき、目的と手段の関係(Zweck-Mittel-Relation)が検討されることになる。既に述べたように、公的目的については、ゲマインデの広範な判断余地を背景に、法的な観点からのコントロールは相当程度、限定されざるを得ない。これに対して、公的目的とこれを達成するための手段(民間部門による経済活動、又は、ゲマインデによる経済活動)の関係からみた法的コントロールには、公的目的によるコントロールよりも重要な役割が期待されるとする見解もある⁵⁴。

もっとも、上記のような目的と手段の関係に関する判断は、費用対効果をどのように計測するかという問題とも関連して、複雑なものとならざるを得ない。さらに、経済性に基づくコントロールは、常に合目的性の観点からのコントロールである⁵⁵。したがって、結局のところ、補完性条項についても、ゲマインデに一定の判断余地が認められることになる。

⁵¹ 本論文第2章第2節を参照。

⁵² Burgi, Rn.46; Geis, Rn.80; Gern, Rn.729.

⁵³ 真正補完条項の導入に関してゲマインデから憲法異議が提起された事案について、本論文の前款を参照。

⁵⁴ Ruffert, 44.

⁵⁵ さらに、経済性(合理性)と適法性の境界は曖昧である(Ruffert, 45.)。

4 制約の三位一体の手続的観点からの補完

以上述べてきたように、制約の三位一体の各制約の要件充足については、ゲマインデの広範な判断余地が認められている。このことから、裁判的統制が及ぶ範囲は自ずと限定され、また監督官庁によるコントロールという観点からは、「執行の欠缺」の問題が指摘されてきている⁵⁶。

他方において、このような実体法的観点からのコントロールにおける限界を意識し、学説においては、制約の三位一体の各要件の充足について、手続面からのコントロールの必要性が強調されている。

例えば、**Scharpf** は、公的目的の要件の充足について、公的目的の存在は単なるゲマインデの内的な動機づけにとどまってはならず、何が公的目的に目的適合的に資するかを決定するのは、民主的正統性をもつ機関であるゲマインデ議会の任務であり、変化する経済状況、及び、社会状況の多様性にかんがみれば、公的目的が自治体企業を正当化するものであるか否かは、個別のケースにおける衡量(**Abwägung**)を経てのみ、決定することが可能であるとの主張を展開している⁵⁷。

また、**Ruffert** は、支払能力に関する要件の充足について、合理的な手続は「正しい」決定に資する、あるいは、補完性条項に関して、複雑なものとならざるを得ない経済性に関する判断は、手続的に構成された説明責任により、補完されるものであると主張している。

これらの立場は、制約の三位一体という実体法的観点からの制約が、それだけでは実効的に機能しないことにかんがみて、各要件の充足判断に至るまでのプロセスの重要性を指摘するものと理解することができる。

このような学説の主張は、実際、各州のゲマインデ法においても、さまざまに具体化されている。いわゆる、「市場分析(**Marktanalyse**)」ないし「市場調査(**Markterkundung**)」呼ばれる手続がそれである。各州のゲマインデ法によって、具体的な手続に差異は見られるが、例えば、ノルトライン・ヴェストファーレン州においては、ゲマインデによる企業の設立ないし企業への参加に先立ち、市場調査に基づいて得られたデータに基づく評価を行い、チャンスやリスク、民間部門に対する影響等について、ゲマインデ議会に対する報告しなければならないものとされている。既に述べたように、ドイツにおいては、ゲマインデの経済活動が補完性要件を充足されているか否かにかかる争いが、行政訴訟に持ち込まれることがあるが、上記の手続は、自治体による政策決定の段階において、事前に民間からの不満が表明される機会が与えられることを意味する⁵⁸。

上記のような仕組みは、制約の三位一体の各要件の充足判断にあたってなされる衡量の

⁵⁶ 斎藤・前掲 185 頁。

⁵⁷ Christian Scharpf, Die Konkretisierung des öffentlichen Zwecks, *VerwArch* 2005, S.485ff.

⁵⁸ Vgl. Foroud Shirvani, Public Private Partnership und die Subsidiaritätsprüfung bei öffentlichen Unternehmensbeteiligungen, *DÖV* 2011, 871f.

ための重要な諸要素に関する調査結果が、議決機関であるゲマインデ議会に対して提出されることによって、適正な衡量を実現するための手続法上の要請が、ゲマインデに課されているものと理解することができよう。

第3款 小括

制約の三位一体については、これまでも、わが国に多くの紹介がなされてきた。そこでは、主に、自治体が経済活動を行う場合の制約ないし限界づけの問題との関連において、公的目的によってゲマインデによる経済活動の限界づけを試みるゲマインデ法の規定が紹介されてきた。これらの先行研究においては、公的主体の経済活動の限界づけの必要性が指摘されてきた。もっとも、他方において、公的目的の規律のコントロール機能の限界も、指摘されている。

しかしながら、上記の検討からは、ドイツにおいては、上記の制約の三位一体という実体法上の規律の限界を踏まえて、学説および立法において、手続的観点からのコントロールによって、これを補完しようとする試みがなされていることが明らかになった。

既に述べたように、「公的目的」には、ゲマインデの公行政としての活動を限界づける機能が期待されてきた。しかしながら、現実には、ゲマインデの実務において民間の経済活動に類似した（あるいは、同様の）活動が展開されるようになり、「公的目的」とは何か、実体的な観点に基づくだけでは、理念的な区別の維持を図る（境界線を明確にする）ことは、ますます困難になっている。このことは、そもそも、ゲマインデ法が、上記の理念的な区別を、公的目的、収益能力、補完性といった、不確定法概念によって定めていることそれ自体に起因しているとも言える。このようなことから、これらの実体的な規律それ自体にコントロール機能の限界があることはある意味当然であるといえよう。

したがって、ドイツの議論において特徴的であるのは、学説において、これらの不確定法概念の具体化のための「衡量」の必要性と、衡量の責任がゲマインデにあることが強調され、この点が手続法上の議論と深く結びつけられている点にあるとまとめることができよう。

第2節 組織形式選択に関する裁量権行使

前節においては、ゲマインデが利用する組織形式の違いとは無関係に適用される、ゲマインデの事業活動それ自体に対するゲマインデ法における制約の枠組みについて、検討を行った。

これに対して、第2節においては、ゲマインデによる組織形式選択に関する裁量権行使の局面に焦点を当て、関連する学説における議論およびゲマインデ法上の規定について、検討を行う。

一般に、公的主体が私法上の組織形式を選択する場合には、公的主体の側に、さまざまな動機が存在する。本論文が検討の中心とする公私協働との関連では、まさに私的主体を協働

する主体として参加させようとするからこそ、私法上の組織が好んで用いられるのだといえる。また、協働の実現という理由以外にも、公法上の組織と私法上の組織の間には、選択によってもたらされる法効果においてさまざまな違いがあり¹、組織形式の選択は、これらの諸要素を踏まえてなされることとなる。ここにおいて、ゲマインデによる組織形式選択の裁量権行使のあり方が問題となる。

組織選択の裁量権行使をめぐるドイツ公法学における議論については、既に先行研究によって紹介がなされている。すなわち、戦後においては、基本法 28 条 2 項により、ゲマインデの自治権、その中でも組織高権と呼ばれる側面から、ゲマインデの組織形式選択の自由が、憲法レベルにおいて、正面から認められているが、公法学説においては、公的任務について公的なコントロールを重視する観点から、憲法上の自由は何ら無制約のものではなく、公的主体の組織選択裁量権の行使については、一定の限界が存在するとの議論が展開され、このような立場が、通説的見解の地位を占めている²。

本節では、組織形式選択の局面における制約の側面に着目し、そこでのゲマインデの裁量権行使のあり方に関する問題について、検討を行う。具体的には、まず、組織形式選択に関する学説上の議論について、歴史的観点を含めた検討を行い（第 1 款）、その上で、各州のゲマインデ法に定められている私法上の組織形式選択に対する制約規定（公法上の組織形式の優位、責任限定の仕組み）（第 2 款）について、前節までの検討結果（ドイツ・ゲマインデ法上の経済的企業と非経済的企業の区別等）も踏まえつつ、検討を行うこととする。

第 1 款 組織形式選択に関する議論

第 1 款では、ドイツにおける組織形式選択に関する議論について、組織形式選択に関する議論の歴史を振り返った上で、組織選択裁量権の行使に関する現在のドイツの学説における議論の到達点の把握を試みる。

1 戦前の議論

第 1 章第 1 節で見たように、既に戦前において、ゲマインデが経営する企業に関して、私法上の組織形式が用いられており、学説においても、既に、私法への逃避に対する対応の必要性が認識されていた³。

ドイツ・ゲマインデ法 74 条は、公営企業(Eigenbetrieb)に関する規律を置き、「法人格を有しない企業(Unternehmen)」が公営企業に当たるものとしていた。さらに、公営企業法

¹ ドイツにおける公法上の組織形式と私法上の組織形式を通覧することのできる文献として、さしあたり、塩野宏「給付行政の展開と公務員の地位—西ドイツにおける現状と問題点—」同『行政組織法の諸問題』（有斐閣、2001）237 頁以下（243 頁以下）、薄井一成「行政組織法の基礎概念」一橋法学 9 卷 3 号（2010）183 頁以下（193 頁以下）。

² この問題を扱った先行研究として、人見剛「ドイツにおける市町村生活配慮行政の（再）公営化」『日本社会と市民法学』（日本評論社、2013）399 頁以下（411 頁以下）。

³ 参照、本論文第 1 章第 1 節。

(Eigenbetriebverordnung)は、本法の適用対象となる公営企業を、ドイツ・ゲマインデ法 67 条の意味における法人格を有しないゲマインデの経済的企業と位置づけていた。これらの法規定から、戦前において、経済的企業の基本的組織形態は、一般的に、公営企業 (Eigenbetrieb) であると理解されていたことが分かる。もっとも、ドイツ・ゲマインデ法 69 条以下に独立的な法人格を有する「経済的企業」についての制約規定が設けられており、同法は、私法上の組織を用いた経済的企業の運営も想定されていた。

これに対して、ドイツ・ゲマインデ法上、法 67 条 2 項に定められた企業については、上記のドイツ・ゲマインデ法の 74 条や 69 条以下に対応する規定は置かれていなかった。すなわち、当時、少なくともドイツ・ゲマインデ法の立法者は、同法 67 条 2 項に挙げられた企業を私法上の形式を用いて組織することは想定していなかったようであり⁴、かつ、ドイツ・ゲマインデ法のコンメンタールにおいても、67 条 2 項において定められた企業及び施設を公営企業形式によって運営することは法的に不可能である、との見解が示されていた⁵。

このように、戦前の法状況においては、ドイツ・ゲマインデ法の解釈上、ゲマインデが経営する企業の組織形式として、基本的には、公法上の組織形式が用いられるべきである、との理解が一般的であったといえよう⁶。

2 戦後の議論

戦後に入ると、私化の波、自治体の財政節約等のさまざまな影響を受けて、戦前と比べ、ゲマインデによる事業活動の展開にあたり、私法上の組織形式の利用が飛躍的に増大した⁷。

他方、学説においては、基本法 28 条 2 項が保障するゲマインデの組織高権 (Organisationshoheit) を背景として、ゲマインデに、憲法上の組織形式選択の自由が認められる、という見解が一般的となっている。

しかしながら、この組織形式選択の自由については、公法学説において、これを制約する方向性での見解が述べられている。以下においては、これらの学説について、紹介することにしよう。

(1) 組織形式選択の自由の否定

まず、公的主体たるゲマインデが事業活動の組織形式選択を行うにあたっては、原則として、公法上の組織形式が選択されるべきであるとする立場が存在する。

⁴ Vgl. Christoph Schnaudigel, Der Betrieb nichtwirtschaftlicher kommunaler Unternehmen in Rechtsformen des Privatrechts, 1994, S.58.

⁵ Surén/Loschelder, Deutsche Gemeindeordnung Kommentar, §74, 2 (S.140).

⁶ 上記のようなゲマインデ法の解釈方法は、当時の公法学説の一般的な動向にも対応するものであったと思われる。例えば、生存配慮の概念を提唱した Forsthoff は、生存配慮に関連する供給事業について、広く公法上の拘束を及ぶ旨を主張していた。

⁷ 私法上の組織形式の利用の増加の背景については、本論文第 1 章第 1 節を参照。

Christian Pestalozza⁸ は、通説が主張する形式選択の自由の一般的な議論⁹に対し、正面から批判を展開した。Pestalozza は、「私法への逃避」の考え方¹⁰を背景に議論を展開している。

Pestalozza は、Wolff が提唱した公法と私法の区別の理解についての主観説の主張¹¹を発展させ、公法を、国家にとっての特別法(Sonderrecht)であると解し、国家活動全体に対し、強行的に適用されるものであると主張した。公法と私法の衝突の問題の解決のために、国家は、原則として、公法形式を用いるべきであると主張する。すなわち、Pestalozza は、行為形式や具体の事案において問題となっている利益の性質とは別のレベルで、あくまで「主体」に着目し、国家に対しては、万人（私人）を名宛人とする私法ではなく、常に国家を名宛人とする公法が適用されるべきである、との立場を採用している。

上記の議論に基づいて、Pestalozza は、行政は、自身の私法的主観性(Privatrechtssubjektivität)を、自由に(frei)用いることは不可能であり、行政に形式選択の自由は認められない、と結論づけている。

(2) 憲法上の組織形式選択の自由

しかしながら、憲法上の組織形式選択自由を正面から疑問視する見解は、その後の公法学説において通説の地位を占めていない。

通説は、基本法 28 条 2 項においては、ゲマインデの自治の保障が定められている。そして、一般的に、この規定によって認められる自治(Selbstverwaltung)の要素として、さまざまなゲマインデの高権が認められており、その一内容として、ゲマインデによる組織の形成の局面について、ゲマインデの組織高権(Organisationshoheit)が認められるものと解している¹²。そして、この組織高権の基本的な内容として、ゲマインデには、憲法レベルで、組織選択の自由(Organisationsfreiheit)が認められ、法律上の制約規定のない限り¹³、原則として、公法上の組織と私法上の組織のいずれも自由に選択することが可能であると解されている¹⁴。

⁸ Christian Pestalozza, Kollisionsrechtliche Aspekte der Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht -Öffentliches Recht als zwingendes Sonderrecht für den Staat-, DÖV 1974, 188ff.; Christian Pestalozza, Formenmißbrauch des Staates, 1973, 166ff..

⁹ Pestalozza は、形式選択の自由の議論一般に関して、批判的な議論を展開している。

¹⁰ Fritz Fleiner の「私法への逃避」の視点については、本論文第 1 章第 1 節。

¹¹ Wolff は、公法と私法の概念理解として、規範の名宛人との考え方に依拠し、公権力は公法の名宛人であり、公法は、公権力の担い手にとっての職務法(Amtsrecht)である、と主張していた (Hans J. Wolff, Der Unterscheid zwischen öffentlichem und privaten Recht, AöR 37(1950/1951), 205ff.(208ff.)). 参照、塩野宏「紹介 マルティン・ブリンガー『公法と私法』」同『公法と私法』(有斐閣、1989) 146 頁以下 (180 頁)、山本隆司「私法と公法の〈協働〉の様相」法社会学 66 号(2007)16 頁以下 (特に、17 頁以下)。 Vgl. Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, §3, Rn. 13.

¹² Martin Burgi, Kommunalrecht, §6 Rn. 33.

¹³ ゲマインデ法上の制約規定については、次款において検討を行う。

¹⁴ 組織形式の選択自由については、参照、ディルク・エーラーズ (山内惟介訳)「公共企業体

このように、現在においては、憲法上認められたゲマインデの自治の保障との関連において、ゲマインデに組織形式選択の自由が認められるという点において、学説の見解は、ほぼ一致をみている。

(3) 裁量権行使の場面における公法上の組織形式の優位の議論

もっとも、上記の憲法上の組織形式選択の自由が、ゲマインデに対し、組織形式選択にかかる無制約の自由を認めているかについて、多くの学説は、慎重ないし批判的である。これらの学説においては、ゲマインデによる組織形式選択には、公法に基づく制約が存することが意識されている。ここでは、ゲマインデによる組織裁量(Organisationsermessen)の行使のあり方が、単なる政策的な決定として合目的性の問題にとどまらず法的な問題として捉えられ、かつ、ゲマインデによる組織選択裁量権の行使の限界ないし制約の問題が、公法上の組織形式の優位と結びけられる形で、議論が展開されている。

① 原則例外関係

例えば、Ehlers¹⁵は、公的主体たるゲマインデは、生来、私法上の組織と同様の意味での「自由」は享受し得ないという前提に立った上で、憲法上の組織形式選択の「自由」という形での議論の方法に対して、批判的な立場を示す。その上で、組織形式選択を、個別事例における最適な組織解決の問題であると位置づけ、この点に関するゲマインデに対して組織裁量(Organisationsermessen)を認める。そして、私法上の組織のゲマインデによる軽率な設立に歯止めをかけるために、組織裁量の行使が義務適合的(pflichtgemäß)なものでなければならないとの議論を展開した上で、公法上の組織形式の選択が原則であり、私法上の組織形式の選択は例外であるという主張を導いている¹⁶。

また、Ehlersは、「公法と私法の区別の趣旨が不合理(ab adsurdum)なものであつてはならないとするならば、自治体を含む高権主体は、高権主体のために特別に作り出された公法の領域から、任意に(nach Belieben)逃れる権限をもち得ない」と述べている。

② 私法上の組織の利用のメリットを否定する見解

Erbguth/Stollmann¹⁷は、組織形式の「選択(Wahl)」というゲマインデの決定行為に着目して、議論を展開する。すなわち、組織形式選択は、さまざまな諸要素を踏まえてなされ

法」同『ヨーロッパ・ドイツ行政法の諸問題』(中央大学出版部、2008) 111頁以下等。Vgl. Burgi, §17, Rn.73ff.; Max-Emmanuel Geis, Kommunalrecht, 4. Aufl., 2016, §12 Rn.67.

¹⁵ Dirk Ehlers, Die Entscheidung der Kommunen für eine öffentlich-rechtlicher oder privatrechtliche Organisation ihrer Einrichtungen und Unternehmen, DÖV 1986, S.897ff.

¹⁶ Ehlersによれば、公法上の組織形式の優位は一般的な法的要請であり、次節において見るようなゲマインデ法に公法上の組織形式の優位の定めが存在しない州の場合にも妥当する(Ehlers, →)。

¹⁷ Wilfried Erbguth / Frank Stollmann, Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch private Rechtssubjekte? – Zu den Kriterien bei der Wahl der Rechtsform-, DÖV 1993, S.798ff.

る決定であり、ある特定の組織形式が選択されることによって、組織の制御やコントロール、組織内部の秩序、さらには、当該組織と接触する市民の実体的権利義務に対しても影響を与えることになる。このような組織形式選択によるさまざまな影響の発生の可能性を前提に、Erbguth/Stollmann は、公法上の組織形式と比較した場合に、私法上の組織形式の選択が、法治国家的不利益や法の不明確性に寄与することは許されない、との主張を展開する。さらに、私法上の組織形式を選択する理由として一般的に挙げられる諸理由について個別的に検討を行った上で、これらの動機は説得力を欠き、かつ、いずれにせよ、公法が柔軟かつ魅力的な選択肢を提供していると結論づけている。

このように、Erbguth/Stollmann の見解は、さまざまに主張される私法上の組織形式の利用の理由について、これらは公法上の組織によっても実現可能であることから、ゲマインデが事業を営む際には、基本的には、公法上の組織形式を用いるべきであると主張するものと理解することができよう。

③ 公法上の組織に正統性の優位を認める見解

Pitschas/Schoppa¹⁸ もこれと同様の立場に立つが、組織形式選択決定が持つ意味について、より詳細に、理論的な観点に基づく検討を行っている。すなわち、公的主体たるゲマインデには、一般的に、決定の最適化(Entscheidungsoptimisierung)が要請されているところ、ゲマインデによる組織形式選択には極めて多様な諸要素が関係することから、さまざまな決定基準を総合的に分析し、あるいは、それらを相互に衡量する(abwägen)ことが重要となる。

その上で、Pitschas/Schoppa は、全ての自治体企業には、国家の組織(Institution)として、憲法規定への配慮と、民主的に正統化された自治体の機関を通じた十分な影響力行使が求められるところ、これらの要請を満たすことが可能な形式として、公法上の組織形式に正統性の優位(Legitimitätsvorsprung)が認められるとの主張を展開している¹⁹。

このように、Pitschas/Schoppa の立場は、組織形式選択を衡量のプロセスを踏まえてなされる複雑な決定として捉えた上で、公法上の組織形式に正統性の優位を認める見解であると言えよう。

(4) まとめ

以上の諸学説の見解の分析からは、ドイツの戦後の公法学説において、憲法上の組織形式選択の自由が認められることは前提としつつも、ゲマインデによるこの決定は決して無制

¹⁸ Rainer Pitschas /Katrin Schoppa, Rechtsformen kommunaler Unternehmenswirtschaft, DÖV 2009, S.469ff.

¹⁹ 同様の立場に立つものとして、Johann-Christian Pielow, Zwischen Flexibilität und demokratischer Legitimität: Neue Rechtsformen für kommunale Unternehmen, in: Epping/Fischer/von Heinegg (Hrsg.), Brücken bauen und begehen, Festschrift für Knip Ipsen zum 65. Geburtstag, 2000, S.725ff.

約のものであるとは理解されておらず、この制約とは何かをめぐる議論が展開されてきたことが明らかになった。ここでは、憲法上のゲマインデの組織高権ないし組織形式選択自由を前提としつつ、既に戦前から提唱されていた「私法への逃避」の観点を背景として、公法上の組織形式と私法上の組織形式の違いに着目し、公法上の組織が選択された場合に問題なく及ぶ公法的コントロールが、私法上の組織が選択された場合に適用されなくなってしまうことに対する警戒の視点を手掛かりに議論が展開されている²⁰。そのような議論の結果として、論者によって理論的根拠や主張の面での差異は見られるものの、ゲマインデが経営する事業の組織形式として、公法上の組織形式の側に優位が認められている。

このような見解に立てば、優位が認められる公法上の組織形式ではなく、私法上の組織形式が選択される場合には、そのことに関する説明が必要であることになる。この点について、次款で見ると、組織形式選択の局面における衡量を求める規定が、ゲマインデ法に置かれていることが注目される。

3 非経済的企業に関する議論

(1) 一般的議論

各州のゲマインデ法上の経済的企業と非経済的企業の区別の枠組みには、ある事業が独立的な収益獲得によって採算を実現することが可能であるか否か、という観点において、立法者の判断が反映されている²¹。また、1に述べたように、戦前においては、非経済的企業は、公法上の組織形式によって経営されるべきであるとの見方が一般的であった。これらのことから、戦前において、公行政が遂行すべき事業活動に関しては、公法上の組織形式により、かつ、公金を用いて運営するという考え方が、基本的に、妥当していたものと推察される。

しかしながら、戦後には、ゲマインデに憲法上の組織高権が認められたこと、また、各州のゲマインデ法の改正（公法上の組織形式の優位規定の削除）の動き等を背景として、伝統的に公行政としての性質が強く認められてきた事業領域にも私化の波が押し寄せるとともに、公私協働の現象が展開しており、私法上の組織形式がますます用いられるようになってきている。学説においては、このような動きに対して警戒を示しているものもある。

次款においても触れるように、例えば、改正前のバーデン・ヴュルテンブルク州ゲマインデ法の下においては、非経済的企業に関して、私法上の組織形式による非経済的企業の経営は禁止されているとする法解釈が展開されていた。このような立場によれば、経済的企業にはゲマインデ法によって厳格な制約が課せられているのに対し、非経済的企業については、これが伝統的なゲマインデの任務に属しているにもかかわらず、ゲマインデ法上何らの制約も課せられていないことは不合理であることから、立法者は、安易な私法上の組織形式に

²⁰ Helmut Schulze-Fielitz, Die kommunale Selbstverwaltung zwischen Diversifizierung und Einheit der Verwaltung, S.223ff.(240).

²¹ 本論文第2章第1節。

よる運営は望んでおらず、直営形式で組織されなければならない。

Schnaudigel は、非経済的企業とは、ゲマインデの自治の核心領域に属する事務に属することから、ゲマインデが公法上の組織形式をもってこれに対する責任を果たすべきであり、私化がなされてはならず、非経済的企業については、私法上の組織形式の利用が、原則として、禁止されるものとする²²。

このような学説の見解に対しては、ある特定の州ゲマインデ法の仕組みに基づく解釈によって一般論が展開されている、あるいは、憲法上の組織形式選択自由を制約する根拠とはなり得ない、との批判も向けられている。しかしながら、ドイツにおいては、非経済的企業については、私法上の組織形式の選択の禁止まで法的に要求されないものの、基本的には、公法上の組織形式の利用が用いられるべきであるという認識が、ある程度共有されている。

(2) 文化領域

さらに、非経済的企業の代表的な領域（とりわけ、文化・教育領域）については、公法上の組織形式の利用を推奨する見解がある。

例えば、Püttner は、文化領域や教育領域に、商業化されるべきではない公的給付の核心を見出して、これらの公的任務を遂行する部門と商業的な追加サービスを行う部門とを組織的に分離し、前者について、公法上の組織形式を用いることを推奨している²³。

同様に、Spannowsky も、文化・教育領域において私化が進行する傾向に懸念を示し、私人の出資が考えられるのは、経済的に市場化が可能な組織単位(vermarktungsfähige Einheit)のみであり、私法上の組織形式を利用し、利潤によって経営することが可能な給付領域は、具体的には、出版・コピーセンター等に限られる、との立場を採っている²⁴。

これらの見解は、非経済的企業の中には、経済的原理に基づいた独立的な経営が困難である、あるいは、さらに積極的に、公行政が公金を支出して自ら運営すべき施設であるとの議論と結びつけて、公法上の組織形式の利用の優位について議論する点において、戦前からの公法学説の議論のあり方を受け継いでいるものと見ることもできよう。

4 小括

以上、第 1 款においては、ゲマインデによる組織形式の選択の局面における裁量権行使のあり方に関する議論について、検討を行ってきた。ドイツの戦後の公法学説においては、公法と私法の二元的秩序を前提として、公法上の組織と私法上の組織の体系が存在することを背景に、組織形式選択の局面において、公法上の組織形式の優位を強調する形での議論が展開されてきた。戦後直後においては、公法上の組織と私法上の組織の区別の体系を厳格

²² Vgl. Schnaudigel, S.62.

²³ Günter Püttner, Alternative Rechtsformen kommunaler Einrichtungen, RdJB 1995, S.187ff.

²⁴ Willy Spannowsky, Öffentlich-rechtliche Bindungen für gemischt-wirtschaftliche Unternehmen, S.564.

に解して、公法主体たるゲマインデは、原則として、私法上の組織形式を用いるべきではないという見解が存在したものの、現在においては、経済的企業と非経済的企業の別にかかわらず、ゲマインデは、憲法上、組織形式選択の自由を保障されているという考え方が、通説の地位を占めている。

もっとも、現在の通説においても、公法上の組織形式に優位が認められるという発想が、形を変えて維持されている。すなわち、組織形式選択の局面において、私法上の組織形式を用いるにあたり、公的主体たるゲマインデが完全な自由を享受するものとは考えられておらず、何らかの制約が存することが前提とされている。それぞれの論者の主張はさまざまであるが、これらの学説においては、公法上の組織形式に優位ないし正統性が存するという認識を前提として、私法上の組織形式を利用することについて、公的主体たるゲマインデは、適切な「衡量」を行わなければならないという形で議論が展開されている。このように、現在の通説において、組織形式選択の局面における公法上の組織形式の優位は、結局のところ、組織形式選択にあたっての公的主体たるゲマインデによる「衡量」という形に行き着いているものと評価することができよう。

他方、非経済的企業（特に、文化・教育領域）については、上記の一般論とは別レベルでの独立した議論が存在する。ここでは、非経済的企業は独立採算による経営がほとんど不可能であること、これらの領域には高い公益性が認められることから公行政たるゲマインデ自らが遂行する必要があることから、非経済的企業は、基本的には、公法上の組織形式によって経営されるべきであるとの主張が展開されている。

第2款においては、上記の学説の議論に対応し、ゲマインデ法に定められた具体的な仕組みについて検討することとしよう。

第2款 組織形式選択にかかるゲマインデ法上の規律

各州のゲマインデ法においては、憲法上認められた組織形式の選択の自由を前提として、ゲマインデが私法上の組織を用いる場合において、ゲマインデによる私法への逃避を防止する観点から、規律が設けられている。前款で指摘したように、戦前においては、とりわけ非経済的企業について、公法上の組織形式の優位の考え方が一般的であった。現在のドイツにおいても、ゲマインデの組織形式選択自由が憲法上の原則として承認されながら、学説においては、組織選択にかかる裁量権行使に限界が存すること、適切な組織形式が選択されるため当該裁量権が衡量を経た上で行使されるべきことが強調され、ゲマインデによる組織形式選択にかかる裁量権の行使を、法的に構造づけようとする議論が存在している。

各州のゲマインデ法においては、これらの学説上の議論に対応する形で、ゲマインデの組織選択裁量の行使を制約する仕組みが設けられている。その具体的な規定方法は、各州のゲマインデ法によって異なっているが、規律の手法の観点から、大きく二種類に分類することができる。一つ目が、公法上の組織形式が私法上の組織形式に対して優位することを規定する方法であり（法形式選択の補完性）（1）、二つ目が、より一般的に、ゲマインデの負う責

任(Haftung)がある特定額に限定されている法形式の選択をゲマインデに求める規律（ゲマインデの責任限定）（2）である。前者の仕組みは、第1款に見た公法上の組織形式の優位を主張する学説の見解に対応するものであり、各州での具体的な規定方法には、ゲマインデによる組織形式選択に対する各州立法者の考え方の違いが反映されているものであるといえる。これに対して、後者の仕組みは、法形式選択全般に対して適用される、ゲマインデを過度な財政的リスクから保護するための規定であり、ドイツ・ゲマインデ法に採用されて以来、戦後においても、全ての州のゲマインデ法において規定されているものである。

1 組織形式選択の補完性

ゲマインデ法が公法上の組織形式の優位の考え方を、立法上、具体化している規律として、法形式選択に関する補完性条項と呼ばれる規律がある²⁵。この補完性条項には、公法上の組織形式（直営ないし公営企業）の利用が、私法上の組織形式の利用に対して優位することを定めるタイプと、私法上の組織形式（特に、株式会社）の選択が他の法形式の選択に劣位することを定めるタイプの二種類がある²⁶。

各州のゲマインデ法においては、この二つの規律方法を基本として、その他、さまざまな立法上の工夫が施されており、各州の伝統や歴史が相当程度反映されているが、ここでは、バーデン・ヴュルテンブルク州、バイエルン州、ノルトライン・ヴェストファーレン州のゲマインデ法の規律方法を例にとり、組織形式選択の補完性に関する具体の規定を紹介することにしよう。

まず、バーデン・ヴュルテンブルク州ゲマインデ法においては、戦後、ゲマインデが事業を行うために私法上の組織を用いるためには、私人が第三者として参加することが必要である旨を定める、いわゆる協働モデル(Kooperationmodell)（旧法104条）が採用された²⁷。この協働モデルは、しばしば組織形式の選択にあたっての法制度ないし議論において、引き合いに出される。もっとも、現行法においては、この協働モデルは立法上廃止されており、組織形式選択に関して、株式会社の劣位（現行法103条2項）と、私法上の組織の利用に関する法監督官庁(Rechtsaufsichtsbehörde)に対する報告義務（現行法108条）が課せられている。

バイエルン州ゲマインデ法は、かつて公法上の組織形式の優位の旨を規定する代表格で

²⁵ ここでは、組織形式選択の側面における公法形式と私法形式の間の関係を問題とされており、経済的企業に対して適用される制約規定である補完性要件とは、別次元の規律である。制約の三位一体における補完性条項については、本論文第1章第1節を参照。

²⁶ Gaß, Rn.192ff.; Geis, §12 Rn.71. Max-Emanuel Geis / Sebastian Madeja, *Kommunales Wirtschafts- und Finanzrecht—Teil I*, JA 2013, 248ff. (252f.); Christoph Gusy, *Die wirtschaftliche Betätigung des Staates (Teil 1)*, JA 1995, S.166ff. (170f.).

²⁷ Vgl. Gunnar Folke Schuppert, *Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung*, in: Budäus/Eichhorn(Hrsg.), *Public Private Partnership -Neue Formen öffentlicher Aufgabenerfüllung-*, 1997, S.93ff. (113f.).

あったが²⁸、1998年ゲマインデ法改正によって、公営企業の優位規定が廃止されるに至った²⁹。現在では、直営以外の組織形式として、公営企業、私法上の組織と並んで、これらの間の中間的な組織形式として、「公法上の独立的自治体企業 (selbständiges Kommunalunternehmen des öffentlichen Rechts)」という新たな組織形式が法定されるに至っている (同法 86 条)。

ノルトライン・ヴェストファーレン州ゲマインデ法は、伝統的に、ゲマインデの組織形式選択の自由を重んじ、ゲマインデの組織形式選択の裁量権行使に関する制約規定を設けてこなかった。それゆえ、実務においても、他州と比べると、私法上の組織形式が利用されることが多い。かつては、非経済的企業について、公営企業の優位が規定されていたものの (旧法 89 条 1 項)、現在では、このような規定も存在していない。

このように、全体的として、戦後においては、公法上の組織形式の優位を定めた規定は、廃止される傾向にある。また、公法上の組織形式の優位規定がゲマインデ法に置かれている州においても、これが実際どれだけ機能しているかについては、疑問も呈されている。このような状況から、少なくとも経済的企業については、私法上の組織が用いられることについて、戦後に妥当していたような形での、公法上の組織形式を基本形態とするといった発想は、実定法上、もはや採用されていないものといつてよいであろう。

2 責任限定の仕組み

全てのゲマインデ法においては、より一般的に、出資ないし参加に伴ってゲマインデが負うことになる責任 (Haftung) がゲマインデの給付能力に応じた適切な額に限定されていることを要求する規律が設けられている。このような仕組みは、責任限定 (Haftungsbeschränkung) と呼ばれている³⁰。

過去においては、責任限定の仕組みは、ゲマインデ法上、経済的企業に対してのみ適用されることが想定されており、非経済的企業については、制約の三位一体の規定と同様、適用を免れていた³¹。しかしながら、現在では、責任限定の仕組みは、各州のゲマインデ法の改正を経て、非経済的企業についても適用される仕組みになっており、経済的企業と非経済的企業の区別との関係において、具体的な法効果の違いと結びつけられていない。

責任限定の仕組みは、一般的な形で規定されており、立法技術上、各種私法 (民法典、会

²⁸ Siegwinn Süß, *Eigenbetrieb oder Gesellschaft? -Überlegungen zur Organisationsformen kommunaler Wirtschaftstätigkeit-*, BayVBl. 1986, 257ff.

²⁹ Franz-Ludwig Knemeyer, *Vom kommunalen Wirtschaftsrecht zum kommunalen Unternehmensrecht -Beispielhafte Fortentwicklung eines überalterten Rechtsbereichs-*, BayVBl. 1999, 1f.; Oliver Zugmaier, *Gemeindliche Unternehmen in Privatrechtsform*, BayVBl. 2001, 233ff.

³⁰ 1935年ドイツ・ゲマインデ法においては、既に「責任限定」の仕組みが採用されていた。参照、本論文第1章第1節)。

³¹ Vgl., Dirk Ehlers, *Die Entscheidung der Kommunen für eine öffentlich-rechtlicher oder privat-rechtliche Organisation ihrer Einrichtungen und Unternehmen*, DÖV 1986, S.897ff.

社法（株式会社法、有限責任会社法）、協同組合法など）が規定している組織形式に対応する形で、個別的に対応した規定を置くという方法は採用されていない。したがって、各私法が定めている個別の組織形式との関係において、どのような法的帰結がもたらされるか、すなわち、ゲマインデにはいかなる組織形式の利用が禁止されることになるのかは、解釈に委ねられている。

この点、学説においては、一般的に、各種私法がそれぞれ定める私法上の組織の構造上、当該組織の社員(Gesellschafter)又は構成員(Mitglieder)の責任が限定されていない（社員ないし構成員が、無限責任を負う、あるいは、無限責任社員となる）組織形式の利用は、ゲマインデに禁止されているものと解されている。それゆえ、ゲマインデは、いわゆる人的会社(Personengesellschaft)（合名会社、合資会社、匿名会社、民法上の組合等）³²の組織形式を用いることができない³³。

これに対して、いわゆる資本会社(Kapitalgesellschaft)（株式会社(Aktiengesellschaft)、有限責任会社(Gesellschaft mit beschränkter Haftung)）については、社員が負うこととなる責任が限定されているため、ゲマインデによるこれらの組織形式の利用は、一般的に、適法であると解されている。実務においても、有限責任会社と株式会社の組織形式が利用されることが多い。

最後に、上記以外のフェライン(Verein) や協同組合(Genossenschaft)³⁴、財団(Stiftung) といった組織形式の利用については、それぞれの組織形式について定める法律の定めによれば、ゲマインデの責任を限定するような形で形成は可能であるので、これらの組織形式の利用は、少なくとも理論的には違法と解されない。

しかしながら、これらの組織形式の利用に関しては、実用性の観点から、学説の評価が分かれている。すなわち、一部の学説においては、これらの組織形式について、資本会社の場合とは異なり、株式の保有数に基づいて総会における投票権が決定されるという構造が法律上採用されていないことから、次節において検討するゲマインデの適切な影響力行使の要請との関係において、実際にはほとんど役に立たないとの評価がなされている³⁵。

もっとも、これらの学説は、経済的企業として私法上の組織を利用する場合における実用性を問題としているのであった、非経済的企業の場合については、むしろ、これらの組織形式の意義を強調する見解もある³⁶。

³² 「人的会社(Personengesellschaft)」の一般的特徴について、高橋英治『ドイツ会社法概説』（有斐閣、2012）5・6頁を参照（「人的会社の財産はすべての構成員に合手（ゲザムトハント）的に帰属しており、構成員は会社の債務に人的に責任を負う。」）。

³³ 人的会社の組織形式の禁止を述べる見解として、Max-Emanuel Geis/Sebastian Madeja, *Kommunales Wirtschafts- und Finanzrecht – Teil I*, JA 2013, 248ff.(253)。

³⁴ ドイツ法においては、フェラインおよび協同組合、資本会社といった組織形式は、「団体(Körperschaft)」に属するものとされる。団体の一般的特徴については、前掲高橋 6頁。

³⁵ Geis/Medaja, 252.

³⁶ Geis, *Kommunalrecht*, 4.Aufl., 2016, § 12 Rn.67.

3 非経済的企業について

戦後、ゲマインデ法の改正によって、公法上の組織形式の優位は廃止される傾向にあり、また、憲法レベルに組織形式選択の自由が認められたことを背景として、経済的企業の場合と同様に、非経済的企業についても、私法上の組織形式の利用に対する制約は、かなり緩められ、また、経済的企業に対する制約の間の法効果の差異は、ますます相対化してきている。

しかしながら、各州のゲマインデの中には、非経済的企業の場合については、私法上の組織形式の選択の局面において、経済的企業に対するそれよりも強く公法上の組織形式の優位の考え方を反映した規定が存在している。かつてのバーデン・ヴュルテンブルク州ゲマインデ法において採用されていた、いわゆる「協働モデル(Kooperationsmodell)」が、その典型例である。既に述べたように、現在においては、バーデン・ヴュルテンブルク州ゲマインデ法下において、この協働モデルは廃止されているが、他州のゲマインデ法の中には、これに対応する定めが置かれ、あるいは、上記の旨を前提として解釈が展開されている場合がある。

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においては、私法上の組織形式を用いて経済的企業を経営する場合に制約の三位一体の充足が求められる（法 108 条 1 項）のに対して、ゲマインデが非経済的企業（同法では、「施設 (Einrichtung)」）を設立し、又はこれ参加する場合には、「ゲマインデの重要な利益(einn wichtiges Innteresse der Gemeinde)」が存することが要求されている（法 108 条 2 項）。そこで、ノルトライン・ヴェストファーレン州ゲマインデ法の上記の規定の解釈としては、非経済的企業の場合、公法上の組織形式の優位の規定は置かれていないものの、私法上の組織形式を用いるだけの「重要な利益」が存在することが求められていることから、ゲマインデが、公法上の組織形式と比較において、私法上の組織形式を選択することについての「衡量」を求めるものであると解されている³⁷。このような法制度および法解釈は、非経済的企業の場合においては、経済的企業の場合におけるよりも、公法上の組織の優位が要請されることが、「衡量」のプロセスに帰着しているものと見ることができよう。

4 小括

第 2 款においては、ゲマインデによる組織形式選択裁量を制約する、ゲマインデ法上の仕組みについて概観してきた。第 1 款で述べたように、学説においては、公法上の組織形式の優位がさまざまなニュアンスで主張され、衡量の意義が強調されていた。

これらの学説の主張に対応する形で、各州のゲマインデ法の立法者は、さまざまな規律密度によって、公法上の組織形式の優位の趣旨を具体化した規定を置いている。このような各州の立法の差異は、憲法上認められているゲマインデの組織形式選択の自由について、どの程度制約を設けるべきかに関するスタンスの違いの現れと理解することができる。

³⁷ Stephan Arcus/Bernd Jürgen Schneider, Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen, Kommentar, 5., aktualisierte Auflage, 2016, 501f.

また、公法上の組織形式の優位が明確な形で規定されていない州にあっても、特に非経済的企業については、ゲマインデが私法上の組織形式を用いることに関する衡量が、ゲマインデ法およびその解釈において求められている。このような点についても、第1款の学説の主張に対応を見て取ることができる。

これらとは別に、ゲマインデを経済的リスクから保護するための責任限定の仕組みは、現在では、経済的企業と非経済的企業の区別なく、適用される仕組みになっている。戦前においては、経済的企業についてのみ適用されていた規律が、その適用範囲を非経済的企業にも拡大したことは、実務において、非経済的企業についても私法上の組織形式がますます用いられるようになり、ゲマインデをリスクから保護する必要性は、経済的企業の場合と変わらないとの認識が、各州の立法者において一致したことを示しているものといえよう。

第3款 小括

本節においては、ゲマインデによる組織裁量権の行使のあり方について、学説上の議論（第1款）と、各州のゲマインデ法の仕組み（第2款）の観点から検討してきた。本節における検討結果をまとめると、以下の通りである。

第一に、全体的に、組織選択裁量権の行使の局面において、公的主体たるゲマインデによる「衡量」の側面が重要視されていることを指摘することができよう。ドイツの学説および法制度においては、複雑なものとならざるを得ない組織形式の選択決定について、公的主体たるゲマインデに適切な「衡量」を求め、この点に関する説明「責任」を負わせようという形で、この選択決定を法的に構造づけようと試みられている。このような構造づけは、経済的企業と非経済的企業の区別とも関連しており、いずれのカテゴリに属するかによって要求される「衡量」の密度の違いが生ずる枠組みとなっている。

第二に、組織形式選択と公私協働との関連においては、公法上の組織形式の優位が前提とされる論理構造のなかで、公私協働は、私法上の組織形式を用いることを正当化するのに十分な理由であると考えられている点が重要であるといえる。もっとも、この場合においても、公私協働の実現のために私法上の組織形式を用いることについて説明する責任を含めて、公的主体たるゲマインデに課せられている点には留意しておく必要がある。

第3節 影響力行使義務とその手段

前節においては、ゲマインデによる組織形式選択のあり方に関する学説上の議論と、関連するゲマインデ法上の枠組みについて検討を行った。第3節においては、第2節における検討を前提に、ゲマインデが私法上の組織を選択した後の段階、すなわち、ゲマインデが私法上の組織を設立し、又はこれに参加する局面において、ゲマインデが果たさなければならない

い法的義務について検討を行う¹。

ドイツにおいては、会社法上の組織法的な枠組みを前提として、それらによって用意された影響力行使のさまざまな手段（影響力可能性(Einflußmöglichkeit)と呼ばれることがある）を、ゲマインデがいかに行使すべきかが、学説上の議論として展開され、これに対応する仕組みがゲマインデ法に設けられている。

そこで、第3節においては、まず、ゲマインデが私法上の組織（株式会社、有限責任会社等²）を用いる場合に、ゲマインデが果たすべき義務（影響力行使義務(Einwirkungspflicht)、又は、介入義務(Ingerenzpflicht)と呼ばれる）について、戦後における学説の理論の変遷の検討を行う（第1款）。その上で、影響力行使義務を実現するための仕組みとして、ゲマインデ法に定められた具体の制度について、検討を行う（第2款）。

第1款 学説における議論の展開

ドイツの公法学説においては、既に戦前から、公的主体が私法上の法形式を用いる場合に、公的主体が公法上の義務ないし拘束を免れること（「私法への逃避」）を批判的に捉える学説の傾向がある³。もっとも、私法への逃避の概念は、議論を嚮導する機能をもつにとどまり、それ自体で法的に何らかの帰結をもたらすものではなく、その内容については、この概念が提唱されて以降、各時代の法状況や社会状況を反映しながら、学説や立法によって具体化が試みられてきた。

本款において検討を行う影響力行使義務の諸学説も、私法への逃避への対応の一つとして位置づけられる。これらの学説においては、行政が私法上の組織形式を用いる場合に、それが行政活動の一環として行われるにもかかわらず、公法上の組織形式が用いられていたときに問題なく及んでいた公法上の拘束ないし制約を免れることとなってしまうことへの対応が意図されている。しかしながら、他方において、行政が私法上の組織形式を用いる限りにおいて、行政も、私法である会社法のルールに従わなければならない。それゆえ、会社法が設定する枠組みとの関連において、ゲマインデが、いかなる方法によって影響力を行使すべきか、あるいは、可能であるかが問題とされるのである。

影響力行使義務学説は、戦後、Püttnerによって提唱されて以降（1）、公法的観点から

¹ 本論文の第2章第3節および第4節の内容は、拙稿「ゲマインデ法と会社法の衝突に関する一検討 —自治体参加会社の監査役会に対する指図権を素材として—」一橋法学 15 卷 3 号 (2016)279 頁以下に、加筆および修正を加えたものである。

² 本節の検討対象は、主に、株式会社ないし有限責任会社におけるゲマインデの影響力確保の義務ないしその具体的な方法並びにその限界等である。本稿の問題意識は、このようにゲマインデが典型的な資本会社の法形式を用いる場合に必ずしも限られるものではないが、実務上、これらの法形式が用いられることが多く（前述、第2節を参照）、また、このことに対応し、影響力行使に関する学説上の議論ないし判例の蓄積はこれらの法形式に関連するものに集中していることから、本節における検討も、これらの法形式を中心に展開される。もっとも、本論文の検討内容との関係で必要な限りにおいて、上記の組織形式以外の場合についても触れる。

³ 第1章第1節のフリッツ・フライナーの所説を参照。

のコントロールを重視する行政会社法と呼ばれる一部の公法学説により具体化され（２）、その後、行政会社法に対する、他の公法学説及び私法学説からの批判を受けて（３）、現在では、あくまで会社法の枠組みの範囲内においてのみ、公法上の観点からのコントロールが可能であると理解されるに至っている（４）。

なお、以下における影響力行使義務の議論は、基本的には、自己会社の場合にも自治体参加会社にも、そして、経済的企業の場合にも非経済的企業の場合にも、妥当するものである。

1 影響力行使義務学説の提唱

戦後、影響力行使義務の体系化を試みた初期の代表的な論者として、Günter Püttner⁴を挙げることができる。

Püttner は、私法への逃避への対応を試みた従来の公法学説の議論について一通り言及をした上で⁵、例えば、公的主体が私法形式を用いて独立的な公の施設を設置する場合、公的主体は、私人が有する公の施設の利用請求権を自らは実現することはできないことに着目し、従来の私法への逃避学説における議論では対処することのできない限界があることを指摘した。そして、一般的に、公的主体は、自身によって創出され、維持され、さらにその任務の遂行に介入する私法上の会社を、公法上の義務の遵守に関する適切な影響力の行使(Einwirkung)によって仕向ける(anhalten)義務を負うとの論理構成を示した。これが、Püttner のいう影響力行使義務である。

Püttner は、影響力行使義務の考え方について、「国家又はゲマインデは、自身の道具、補助者、子会社、その他の行政執行に關与する諸施設の活動に対する責任を逃れることは許されず、これらの全ての助力施設(Hilfseinrichtungen)の法的に正しい活動を、これに対応した影響力行使(Einwirkung)によって保障しなければならない」と述べる。

しかしながら、影響力行使義務の考え方は、具体の法律によって、必ずしも明確には規定されていない。そこで、Püttner は、影響力行使義務の法的根拠を、憲法上の議會制・民主主義的国家の基本原理に求める。

そして、Püttner は、以上のような理論構成に基づいて、公的主体が影響力行使義務を具体的に実現するための手段として、以下のような要素を挙げる。

第一に、会社法に規定された方法を用いることが考えられる。Püttner は、株主総会ないし社員総会における投票を「通常の」影響力行使の手段として位置づけ、ゲマインデが、定款等を通じて影響力行使を行う余地について指摘している。他方、株式法の規定から、株式会社の理事に対する指図権や、支配契約(Beherrschungsvertrag)の締結の可能性は、否定している。Püttner によれば、「これらの私法上の手段は、私的自治(Privatautonomie)に従って、企業の担い手の自由に委ねられている。公的主体も、この余地を自身の目的のために利

⁴ Günter Püttner, Die Einwirkungspflicht-Zur Problematik öffentlicher Einrichtungen in Privatrechtsform-, DVBl. 1975, S.352ff.

⁵ 具体的には、私法への逃避、二段階説、公的主体の責任、保証人的地位論等である。

用することができる。」

しかしながら、Püttnerによれば、上記のような会社法上の手段だけでは、公法上の拘束の保障という結果を達成するには不十分である。「公的主体は、影響力行使義務を果たすことができるよう、適切な手段(Mittel)、すなわち、十分な量の諸手段を、常に留保しておかなければならない。」「会社法が...会社機関に認めている比較的自由な地位を考慮すると、公的主体が通常の社員(株主)としての地位によって満足することでは、通常、十分でない。」Püttnerは、このような認識に立った上で、ゲマインデ法に定められた指図権の仕組み⁶や、機関構成員の人的信頼性の確保等を、具体的な影響力行使のための要請として位置づけている。

以上のような考察に基づき、Püttnerは、介入義務を、「私法上の形式によって営まれる公の施設に対し、適切な手段を用い、公法によって定められた特別の法的拘束(基本権、利用請求権(Zulassungsanspruch))の遵守が常に保障されるよう、影響力を与えなければならないという義務」として、一般的に定式化している。

2 行政会社法

(1) 背景

その後の学説においては、Püttnerが提唱した影響力行使義務を具体化する方向性で、議論が行われた。

しかしながら、これらの議論との関係において、私法学説(会社法学説)との間に、見解の対立が生じた。すなわち、公的利益ないし公的目的の実現ないし貫徹しようとする公法学説は、両者の間に衝突が生じた場合には、公法であるゲマインデ法の規定が優位するとの主張を展開したのに対して、私的自治、株主相互の平等な権利等の基本的価値などを重視する私法(会社法)学説は、そのような衝突が生じた場合には、私法である会社法の規定が優位するとの主張を展開したのである。

このような、それぞれの法領域の基本的な考え方の違いを背景とした、影響力行使義務の行使の局面における公法と私法、ないし、ゲマインデ法と会社法の衝突がいかにか解決されるべきかという問題は、公法学説と私法学説の間でしばらく議論の並行状況が続いていたが、連邦法の優位の論理とも相まって、次第に「会社法の優位」の考え方が有力になった⁷。

このように、会社法学説による会社法の優位の主張がますます有力になる中で、公的観点からのコントロールの必要性を重視する一部の公法学説によって提唱されるに至ったのが、行政会社法(Verwaltungsgesellschaftsrecht)という考え方である。行政会社法は、学説及び判例において支持されていた行政私法(Verwaltungsprivatrecht)⁸の考え方を応用し、行政

⁶ ゲマインデ法における指図の仕組みについては、本節第2款を参照。

⁷ 連邦法の優位については、本論文第2章第4節を参照。

⁸ 行政私法とは、行政が私法上の行為形式を用いて活動する場合であっても、公法による拘束が及ぶ場合があるとする議論である。行政私法については、エバーハルト・シュミットアスマ

が私法上の組織形式（会社法形式）を用いて活動する場合にも、公法上の拘束が及ぶ場合があると考える考え方である。以下、代表的な論者である Kraft と von Danwitz の議論について見ておこう。

（２）Kraft の議論

行政会社法を提唱したのは、Ernst Thomas Kraft⁹である。Kraft は、先に述べたような「優位(Vorrang)」の論理を用いて衝突の問題を解決しようと試みる公法学説および私法学説の姿勢を批判する。Kraft によれば、影響力行使の可能性の局面においては、公法と私法の間との関係が問題となっているのではなく、憲法上の価値（法治国家原理、民主制原理など）の下に対等に存在・対立する法律相互の価値の調和が問題となっているので、公法と私法のいずれかが優位するという発想に基づいて問題を解決しようとするのは、不適切である。

そこで、Kraft は、学説がそれまで用いてきた「優位」による解決アプローチに代わって、両者の「調和」によって問題を解決するアプローチを支持した上で、その実現のための方法論上の手掛かりを、当時において既に、学説および判例において一般的に支持されていた行政私法学説に求めた。

Kraft は、行政会社法を、行政私法の下位類型として位置づけ、従来の行政私法の議論において、十分な注意が払われてこなかった組織法的観点、すなわち、公的主体が設置する会社法上の組織の内部関係に注目すべきであるとする。そして、公法上の影響力行使義務と会社法の枠組みの間に衝突が生じた場合には、両者の「調和」の観点に基づいて、必要な限りにおいて、会社法の突破(Durchbrechung)ではなく、会社法の修正 (Modifikation) がなされるべきであるとされる。

上記のような理論的立場に立脚した上で、Kraft は、具体的に、行政会社法の考え方から導かれる具体的な法効果として、株式会社の理事会(Vorstand)に対する指図権を導いている。他方において、Kraft は、株主総会および監査役会においては公的機能の遂行ではなく会社内部の利益調整が問題とされることから、これらの機関に対する指図は、行政会社法上、不要なものと解している。

（３）von Danwitz の議論

その後、Kraft の提唱した行政会社法の考え方を受け継ぎ、体系化したのが、Thomas von Danwitz¹⁰である。

ン『行政法理論の基礎と課題』291頁以下、山本隆司「私法と公法の〈協働〉の諸相」法社会学66号(2007年)21頁、塩野宏「行政法概念の諸相—中核と周辺—」同『行政法概念の諸相』（有斐閣、2011年）9頁を参照。なお、行政私法の初期の論者であるバツホフの所説の紹介として、成田頼明「非権力的行政の法律問題」公法研究28号（1968年）148頁。Vgl. Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage, 2011, §3 Rn.25ff.

⁹ Ernst Thomas Kraft, Das Verwaltungsgesellschaftsrecht -Zur Verpflichtung kommunaler Körperschaften, auf ihre Privatrechtsgesellschaften einzuwirken-, 1982.

¹⁰ Thomas von Danwitz, Vom Verwaltungsprivat- zum Verwaltungsgesellschaftsrecht -Zu

Von Danwitz は、「会社法と行政法という正反対の規範ルールの実際的な調和という指導像から出発するならば、高権の介入(Ingerenzen)は、さしあたり、会社法の法制度の枠内で実現されなければならない」が、「会社法の憲法・行政法適合的解釈および適用が限界に達してはじめて、その補完(Ergänzung)及び修正(Modifikation)も必要になろう」と述べて、調和の観点に基づく解決アプローチを採用している。Von Danwitz も、Kraft と同様の憲法上の根拠（民主制原理、法治国家原理など）に依拠しているが、具体的には、監査役会構成員の包括的な報告義務や指図拘束といった法効果を導いている。

このように Danwitz は、理論的には、Kraft とほぼ同様の行政会社法の方法論と憲法上の理論的根拠に依拠しながらも、Kraft とは異なった具体の法効果を導いている。

3 行政会社法学説に対する批判

しかしながら、その後、上記の行政会社法の試みに対しては、会社法（私法）学説のみならず、公法学説からも、その方法論および法効果について、激しい批判が向けられた¹¹。ここでは、行政会社法の理論及び方法論に対する批判を体系的に展開した、Thomas Mann¹²の議論を紹介しておこう。

Mann は、行政会社法の理論構造や方法論について、いくつかの観点から、批判的検討を行っている。その主張をまとめると、以下の通りである。

第一に、Mann は、行政会社法学説が基本的に自己会社を念頭に議論を展開していることに着目し、ドグマ的に、視野狭窄に陥っていると指摘する。Mann によれば、行政会社法の議論は、自己会社の場合を念頭に展開されているものの、衝突の問題が生じやすいのは、自己会社の場合ではなく、むしろ混合経済企業の場合である。混合経済企業には、公的主体のみならず、私的主体も株主として参加することから、私的株主の不利益取扱いの防止の観点が必要な問題として現れる。そこで、私的株主の法的地位にも配慮しながら、いかに影響力行使を行うべきかが問題となる。Mann によれば、行政会社法学説は、このような混合経済企業の場合に顕在化する衝突の問題は明らかに避けており、混合経済企業の場合において、行政会社法によって根拠づけられる修正がいかなる範囲で効果を持つかは不明確である。

第二に、Mann は、行政会社法が、公的主体の指図権を、憲法上の根拠（民主制原理、法治国家原理など）から直接に導くことを批判する。Mann によれば、行政会社法が影響力行使の根拠として引き合いに出している一般的な憲法上の原理から、一義的には、具体的な法効果は帰結されず、その証左として、行政会社法から導かれる法効果も、論者によ

Begründung und Reichweite öffentlich-rechtlicher Ingerenzen in der mitteibaren Kommunalverwaltung-, AöR 120 (1995), S. 595ff.

¹¹ 参照、エバーハルト・シュミットアスマン『行政法理論の基礎と課題』（東京大学出版会、2006年）274頁以下、293頁も参照。

¹² Thomas Mann, Kritik am Konzept des Verwaltungsgesellschaftsrechts, Die Verwaltung 2002, 463ff.; Willy Spannowsky, Die Verantwortung der öffentlichen Hand für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben und die Reichweite ihrer Einwirkungspflicht auf Beteiligungsunternehmen, DVBl. 1992, 1072ff.

って一定していない。憲法が介入義務の必要性のみならず、その手法をも前もって定めるとすれば、議論それ自体が首尾一貫しないこととなる。基本法から導かれるのは、組織形式選択の場面において考慮されるべき、ある特定の介入義務に限られるのであり、憲法から直接、介入権限(Ingerenzbefugnis)が生ずることはない。そして、介入義務を具体的にいかに形成するかは、一義的には、立法者に形成余地が認められる。

上記のように、行政会社法に対する批判を展開した上で、Mann は、影響力行使義務を果たすためには、会社法が定める枠組の範囲内における影響力の行使で十分であり、かつ、その範囲内でなければならないとの立場を明らかにしている。そしてその上で、Mann は、とりわけ、定款による規律の必要性を強調している。

筆者のみるところ、このような Mann の立場が、影響力行使義務の行使に関するドイツの現在の通説的地位を占めており、かつ、この問題に関するドイツの学説の到達点を示すものであると思われる。

4 小括

以上述べてきた影響力義務学説の一連の流れについて、まとめておこう。

ドイツにおける戦後の影響力義務に関する議論は、行政による私法上の組織の利用という局面における私法への逃避の問題に対する対応として Püttner によって提唱されて以降、その具体的内容をめぐる議論が展開されてきた。この点、公法と私法の間には衝突が生じた場合の解決策として、戦前の公法学説ないしゲマインデ法上の仕組みを念頭に置く公法学説によっては、公法の優位の考え方を背景にもつ形で、行政会社法学説が展開された。しかしながら、現在においては、連邦法たる会社法が優位するものと一般的に解されていること、そして、私法上の組織を利用することで私的な社員が参加する場合もあること等から、影響力行使義務の具体のあり方については、会社法の枠組の範囲内において、いかに公的主体が適切な影響力を行使すべきか、あるいは可能であるかが議論されるようになってきている。

上記のような一連の学説の流れを一見すると、結局は、連邦法である会社法の規定が優位するのであり、影響力行使義務も会社法上の手段の問題であるにとどまり、公法ないしゲマインデ法上の議論が敗北したようにも見える。確かに、公法と私法(ゲマインデ法か会社法)のいずれが優位するのか、という一般的な問題としては、かねてからの私法学説が主張していたところが勝利を収めたと理解することもできるかも知れない。

しかしながら、上記の一連の議論において、実際には、行政が私法上の組織を用いる場合に行政が負う公法上の義務の内容、とりわけ、それが会社法の枠内(会社の機関内部)で公的利益の主張として具体的に展開される場合における公的利益と私的利益の調整ないし調和が、問題とされていたのであり、この中には、優位の論理だけでは割り切ることのできない問題が含まれているものと思われる。

もっとも、影響力義務に関する一連の学説の議論から、何らかの具体的な法的帰結が導かれる訳ではなく、議論が抽象的な次元にとどまっていることは否定できない。影響力行使義

務に関するドイツの現在の通説に従えば、結局のところ、会社法が設定する限界を意識しながら、具体的な局面に即して、公的主体の責任において、適切な影響力の行使がなされなければならないという以上に、具体的な帰結は導かれない。

しかしながら、このことは影響力行使義務の議論を参照すること自体の意義を失わせるものでもない。そもそも、影響力行使義務の考え方が、公法に基づく統制の議論が直接的に及ばない領域に対して、公法がいかに対応するのかという形で登場したものであることを踏まえれば、議論が抽象的なレベルにとどまることは、避けられなかったであろう。それよりも重要なのは、影響力行使義務の具体的な手段として、ドイツではいかなる要素が想定されているかということにある。

第2款 ゲマインデ法上の規律

第1款においては、影響力行使義務に関する戦後の公法学説の変遷を概観し、現在における議論の到達点を確認した。第2款においては、影響力行使義務の考え方が、立法的に具体化されたものとしての、ゲマインデ法上の仕組みについて、検討を行うこととする。

具体的には、定款の定めを通じた公的目的への拘束（1）、ゲマインデが派遣する代表者の派遣・解任および当該代表者に対するゲマインデによる指図の仕組み（2）、代表者を通じたゲマインデによる情報請求権の行使の仕組み（3）を検討対象とする。

1 公的目的への方向づけ

ゲマインデ法の仕組みにおいては、ゲマインデの事業活動全体は、総じて、公的目的に拘束されるものとされており、このことは、ゲマインデが公法上の組織形式を用いるか、私法上の組織形式を用いるかとは無関係に妥当する¹³。

しかしながら、ゲマインデが直営や公営企業の組織形式を用いて事業活動を行う場合、ゲマインデが公法的な観点に基づくコントロールを直接的に及ぼすことが可能であるのとは対照的に、独立的な私法上の組織が利用される場合、ゲマインデは、当該組織に対してこれと同様のコントロールを及ぼすことはできない。すなわち、自己会社ないし参加会社（混合経済企業）の場合には、ゲマインデとは別の法人格をもつ独立的な組織において、各種私法の定める組織構造によって権限を与えられた各機関において決定等がなされることになるため、公的主体たるゲマインデの立場からすれば、公法上の組織に対するのとは異なる私法上の組織に対する公的コントロールの必要性が生ずる。とりわけ、公私協働の組織たる参加会社（混合経済企業）にあつては、当該組織の内部において、私的主体（株主等）は基本的には利潤最大化を目的として活動することが想定され¹⁴、このことと、ゲマインデが遂行す

¹³ 本論文第2章第1節。

¹⁴ ドイツ会社法学説においては、一般的に、定款において公的目的に関する定めが置かれていない場合、あるいは、定款の定めが不明確で公的目的を定款から読み取ることが不可能な場合には、専ら利益指向が重視されていることが推認されると考えられているようである。

べきものとされる公的目的との間には、利益の衝突が生ずる¹⁵。

そこで、各州のゲマインデ法においては、自己会社ないし参加会社の定款において、当該会社が遂行すべき公的目的を明確に定めることを通じて、当該会社の制御が確実になされることを求める旨の規定が置かれている。この仕組みを通じて、ゲマインデが公的目的による拘束を受けるにとどまらず、独立した私法上の組織、ないし当該組織内部の諸機関にも公的目的による拘束が及ぼされる。

実際には、これらのゲマインデ法の規定に従い、私法上の会社を設立又はこれに参加するゲマインデは、定款において、企業対象(Unternehmensgegenstand)、又は、会社目的(Gesellschaftszweck)¹⁶という形で、会社設立時に、自己会社及び参加会社が資すべき公的目的を定めることになる。定款において企業対象ないし会社目的として定められた公的目的は、次に検討を行う指図を通じた影響力行使にあたっての基準として機能し、自己会社ないし参加会社の機関構成や構成員の権利行使のあり方をも事前に決定づける(vorentscheidend)という重要な役割を果たす¹⁷。

2 ゲマインデ代表者に対する指図(Weisung)

(1) 指図の仕組み

ゲマインデは、会社法の枠組の範囲内において、自身の保有する持分を背景として、機関構成や意思決定に対して、機関構成員の選任、あるいは、機関を構成する代表者の派遣および当該代表者に対する指図という手段を用いて、影響力を行使することができる。

しかしながら、ドイツにおいては、持分の所有を背景とした影響力行使のみでは、公的観点からのコントロールとしては不十分であり、会社内部の具体的な意思形成のあり方に対して、ゲマインデが、より具体的に影響力を行使することが必要であると考えられてきた¹⁸。

そこで、各州のゲマインデ法においては、自己会社ないし参加会社の諸機関に対して、ゲマインデが代表者(以下、「ゲマインデ代表者」)を派遣し、このゲマインデ代表者を通じて当該組織に対して影響力行使をするための仕組みが採られている。ゲマインデ代表者は、当該組織における投票権の行使等においてゲマインデの利益を追求しなければならず、また、このことが十分に確保されるよう、当該代表者は、ゲマインデの指図に拘束される。以上の仕組みを通じて、ゲマインデは、公的目的を実現するために、会社内部における意思決定に対して、具体的に影響力を行使することが可能となるものとされている。

既に、ナチス期のドイツ・ゲマインデ法 70 条において、市長(Bürgermeister)が、ゲマイ

¹⁵ Thomas Mann, Steuernde Einflüsse der Kommunen in ihren Gesellschaften, VBIBW. 2010, 7ff. (8f.).

¹⁶ 会社法上、企業対象は、会社の遂行する任務領域等について規定するものであるのに対して、会社目的は、文字通り、当該会社が遂行すべき目的であるという違いがあるものとされ、企業対象は会社目的を達成するための手段として位置づけられている。

¹⁷ Thomas Mann, 9.

¹⁸ 参照、本論文第 2 章第 3 節。

ンデ代表者として経済的企業の会社内部の機関に参加し、市長が代理人（官吏(Beamte)及び職員(Angestellte))を任命した場合には、当該代理人は市長の指図に拘束されるという仕組みが法定されていた。現在の各州のゲマインデ法における指図の仕組みは、このドイツ・ゲマインデ法の仕組みを受け継いだものである。

しかしながら、戦後の各州の社会や規範構造の変化を反映し、戦後の各州のゲマインデ法における指図の仕組みは、戦前の仕組みとは異なる、以下のような特徴を有している¹⁹。

第一に、戦前と戦後とでは、ゲマインデ法上、指図権の行使主体が変化している。上に述べたように、戦前のドイツ・ゲマインデ法においては市長自らが経済的企業に代表するものとされていたのに対し、戦後の各州のゲマインデ法においては、戦後における民主主義の普及の影響を受け、市長に加えて、さらに、市長以外のゲマインデ代表者（基本的には、ゲマインデ議会の議員から選任される）の選任等に関する定めがゲマインデ法に置かれるに至っている²⁰。

第二に、戦前の制度と比較すると、現在の各州のゲマインデ法においては、代表者の派遣が要請される組織の範囲が拡張されている。すなわち、戦前においては、ドイツ・ゲマインデ法の立法者がゲマインデ企業について基本的には公法上の組織形式が利用されるべきであると考えられていたことと対応して、経済的企業の場合についてしかゲマインデ代表者の派遣の規定が置かれていなかったのに対して、現在のゲマインデ法においては、非経済的企業の場合においても、ゲマインデ代表者の派遣が求められている。

第三に、ゲマインデ法と会社法の関係が変化したことを踏まえて²¹、各州のゲマインデ法においては、このことに対応した規定が設けられている。指図の仕組みが、「別段の定めのない限り」、有効である旨を定める規定がこれにあたる。ここでいう別段の定めとは、主に会社法の規定のことを指しており、後にみる連邦法（会社法）の優位の趣旨を、実定法上、示したものとみることができる。

¹⁹ 参照、本論文第1章第1節および第2章第1節。

²⁰ 代表者の選任方法等については、各州のゲマインデ法によって異なるが、全体的な傾向としては、議会から代表者が複数人選出される場合、ゲマインデ議会における政党比率に応じた選任（比例選任(Verhältnswahl)）が求められることが多い。複数の代表者の選任について規定するゲマインデ法の解釈問題として、代表者らの会社機関における投票が、一体的に(einheitlich)になされなければならないか否かが、議論されている。自己会社ないし参加会社の内部機関を、民主的正統性を有する機関であるゲマインデ議会のある種の投影であると捉えるならば、議会における議席の比率に応じた多元的な意見を反映した投票行為が代表者に求められる。これに対し、ゲマインデ行政による実効的な制御を重視する立場に立てば、投票行為は一体的になされるべきであることになる。Vgl. L Josef Lohner / Christian Zieglmeier, Die Besetzung des Aufsichtsrats einer kommunalen GmbH und der Verbandsversammlung eines Zweckverbands, BayVBl 2007, S.581ff.; Bernhart Stürer, Die Besetzung von Aufsichtsräten kommunaler Unternehmen nach dem Mehrheitswahlsystem, StuGR 1981, S.243ff.; Jürgen Müller, Die Wahl, Abwahl und Ersatzwahl von gemeindlichen Vertretern in Organen privatrechtlicher Gesellschaften nach nordrhein-westfälischen Kommunalrecht, NWVBl 1997, S.172ff.

²¹ 会社法の優位、ないし連邦法の優位について、次節を参照。

(2) 会社法上の各機関構成員に対する指図

上記の第三の点とも関連するが、戦後においては、ゲマインデ法上の指図が効力を有する範囲が、会社法の枠組みとの関連で議論されている。各種私法においては、それぞれの組織の各内部機関の機関構造が、さまざまな強行の程度によって定められているため、ゲマインデ法の指図が効力を有する範囲は、各種私法との関連で異なってくることになる。

そこで、以下においては、株式会社の場合と有限責任会社の場合を取り上げ、総会、執行機関、監査役会といった各機関の構成員に対する指図について、会社法の各機関の位置づけ、構成員の選任方法等についても、適宜、触れながら、説明することとしたい。

① 総会の場合

まず、総会（株主総会（株式会社の場合）、社員総会（有限責任会社の場合）等²²）に対して、代表者が派遣される場合について述べる。この場合、ゲマインデ代表者は、総会を構成する機関構成員としての地位を有するものではなく、総会を構成するのは、会社に対して持分をもって参加しているゲマインデ自身である²³。しかしながら、ゲマインデは法人であるため、それ自体では行為能力をもたず、総会において投票権を行使する資格を有しない。そこで、ゲマインデが株主ないし社員として有する会社法上の権利として投票権の行使は、ゲマインデ代表者が、ゲマインデに代わって行使することとなる。

このような総会における投票権の行使を通じた影響力の行使については、会社法上、特段の制約は課せられていない。かつ、以下にみる執行機関や監査役会の構成員の場合とは異なり、会社法上、社員の職務執行に関する独立性(Unabhängigkeit)は要求されておらず、社員は、無制約に指図に服し得る²⁴。それゆえ、ゲマインデとしても、上に述べた社員としての資格を用いて、会社法上の制約をほとんど受けることなく、総会に派遣されたゲマインデ代表者に対して指図を発することができる²⁵。

このように、総会に参加するゲマインデ代表者に対する指図は、株式会社の場合においても、有限会社の場合においても、適法であると解されている。

ちなみに、この指図は、ゲマインデ議会から会社それ自体に対してではなく、ゲマインデ代表者に対してなされるものであることから、指図の法的拘束力は、ゲマインデとゲマインデ代表者の間の内部関係においてのみ生ずるものと解されている。したがって、ゲマインデ代表者が指図に従わなかったとしても、そのことを理由に総会における議決が無効となる

²² 株主総会については会社法 118 条以下、社員総会については、有限責任会社法 45 条以下に定めが置かれている。

²³ Brigitte Strobel, Weisungsfreiheit oder Weisungsgebundenheit kommunaler Vertreter in Eigen- und Beteiligungsgesellschaften?, DVBl 2005, 77ff. (79).

²⁴ Jens Koch, S.3.

²⁵ Vgl. Roland M. Bäcker, Weisungsfreiheit und Verschwiegenheitspflicht kommunal geprägter Aufsichtsräte, S. 101ff. (101).

ことはなく、指図に違反して投票行為を行ったゲマインデ代表者に対しては、懲戒法上の責任、職務責任法上の責任、政治的な責任、ゲマインデ議会による代表権の剥奪など、ゲマインデの内部的な措置をもって対応がされることになる²⁶。

② 執行機関

総会の場合とは異なり、法人であるゲマインデ自身は、執行機関（理事会（株主総会）、業務執行（有限責任会社））の構成員ではない。また、執行機関の構成員の選任については、会社法の規定に従わなければならない。

株式会社の場合、執行機関たる理事会(Vorstand)の構成員は、株式法の規定に従って監査役会によって選任される。それゆえ、ゲマインデは、仮に自身が100%出資する自己会社の場合であっても、株主としての地位に基づいて、理事会の人員構成に対して直接的に影響力を行使することは不可能である。また、株式法の規定によれば、理事は、自己の責任において業務執行を行うものとされており、株式法上、理事は指図から独立し、自由でなければならないものと解されている。それゆえ、ゲマインデとしては、株主総会における構成員としての資格を行使することを通じて、理事会の人的構成に対して、間接的に影響力を行使することができるにとどまり、構成員に対して指図を発することは、株式法上、不適法であると評価される。

これに対して、有限責任会社の業務執行(Geschäftsführung)の場合には、社員総会に広範な機関構成の自由が与えられていることから（有限責任会社法 45 条 1 項）、社員総会が、定款の定めを通じて、有限責任会社の組織内部の機関構成について、比較的自由に定めることが可能である。さらに、有限責任会社法上、社員総会は、業務執行者の業務執行権限を制限することも認められている（有限会社法 37 条 1 項）。したがって、有限責任会社の場合、有限責任会社法が認める広範な定款自治の構造の枠内において、社員による業務執行への指図を発することが適法であると解されている。それゆえ、ゲマインデとしても、有限会社法が定める広範な定款による機関形成の可能性を用いることによって、社員総会を通じて、業務執行に対して指図を発することが可能であるものと評価されている。

このように、執行機関に対する指図については、株式会社の場合には、株式法上の強行規定から、一般的に、理事に対して指図を発することは不適法であると解されているのに対して、有限責任会社の場合には、有限責任会社法が認める広範な定款自治を通じて、理事に対して社員が指図を発することが適法であると解されている。このことを背景に、ゲマインデとしても、上記のような有限責任会社法の柔軟な組織構造を用いることを通じて、指図を発することが可能である²⁷。

③ 監査役会の場合

²⁶ Strobel, 2005, 79; Mann, 12f.

²⁷ Mann, 15f.

監査役会の場合においても、業務執行機関の場合と同様、法人であるゲマインデ自身は、監査役会の構成員たり得ない。また、監査役会の構成員の選任も、会社法の規定に従ってなされなければならない²⁸。

既に述べたように、株式会社の場合には、監査役会構成員の選任手続が株式法によって定められている。株式法 101 条 2 項においては、定款の定めにより、ある特定の株主に対して、株主総会に対して構成員を派遣する権利を認めており、ゲマインデとしても、株式法が定めるこのような派遣権を通じて、監査役会の人員構成に対して影響力を行使することが可能であるものとされる（さらに、当該派遣権の裏返しとして、このような形で派遣された監査役会構成員は、派遣者がいつでも解任することができる（株式法 103 条））。もっとも、当該株主がこの権利に基づいて派遣することのできる構成員の数は、株主代表が（派遣する）構成員数の 3 分の 1 を超えてはならないものとされており、派遣権を通じた影響力行使には、株式法上、限界が存する。

これに対して、有限責任会社の場合、監査役会は任意設置の機関として位置づけられており、このような位置づけから、定款の形成により、監査役会構成員に対する指図に定めを置くことが適法であると解されている。しかしながら、このような定めが定款に存在しない場合には、第 4 節において詳しく見るように、ゲマインデ法に定められた指図の拘束力の有無をめぐって、ゲマインデ法と会社法の衝突の問題が生ずることとなる²⁹。

3 ゲマインデ議会による情報請求権(Auskunftrecht)の行使

2 に述べた指図の仕組みは、指図を発する前提となる情報をゲマインデが保有している場合にはじめて、有効に機能し得る。そこで、多くのゲマインデ法においては、会社法が定める情報提供制度の限界が意識され、ゲマインデ代表者が、ゲマインデ議会に対して、一定の情報について報告する義務を負うことが定められている³⁰。

もっとも、このような情報提供義務がゲマインデ法上、明確に規定されていない州も存在する。しかしながら、このような州にあっても、民主的なコントロールを重視する観点から、ゲマインデ議会の議員は、憲法上によって根拠づけられた（基本法 20 条 2 項）情報請求権を行使することが義務付けられているとの立場が学説上有力であり、このことから、一般的に、ゲマインデ法に情報提供に関する明文の規定が存しない州においても、ゲマインデ議会は、ゲマインデ代表者に対して、公法上の任務関係(Auftragsverhältnis)から生ずる情報請求権を行使することが可能であると解されている。

²⁸ Strobel, 79f.

²⁹ Mann, 14f.

³⁰ 自治体企業の民主的コントロールという観点からは、住民からの情報公開請求権という観点も重要である。わが国における第三セクターに関する議論においては、この側面が盛んに議論されてきているように思われる。本論文では検討を行うことができなかったが、ドイツにおいても、同様の議論が存在するようである。Vgl. Gernot Sydow / Georg Gebhardt, *Auskunftsansprüche gegenüber kommunalen Unternehmen*, NVwZ 2006, 986ff.

以上のようなゲマインデ議会による情報請求権の行使は、一般的に、効果的な指図を発するための前提としての機能を有し、また、出資報告書の仕組みよりも、より具体的に情報を特定した上で、会社の制御及びコントロールのために必要な情報の提供を要求することを可能とする手法として評価されている。

4 小括

以上述べてきたように、各州のゲマインデ法においては、ゲマインデが公的観点からのコントロールをゲマインデが設置又は参加する私法上の組織に対して及ぼすための具体的な仕組みが整備されている。

これらの中で、伝統的に重要な役割を果たしてきたのは、ゲマインデ代表者の派遣、及び、当該代表者に対する指図の仕組みであった。このことは、戦前において、行政が事業活動を行う場合には、基本的には公法上の組織形式が用いられるべきであるという考え方に対応して、公法上の組織内部における指図のシステムが、独立的な法人格を用いた場合にも拡張されたことの反映であると思われる。このことと対応し、ドイツ・ゲマインデ法の枠内においては、指図にかなり大きな役割が期待され、私法である会社法との関係はほとんど考慮されていなかった。

これに対して、戦後の各州のゲマインデ法においては、指図の仕組みのみならず、定款上の定めを通じて公的目的によるコントロールを私法上の組織にも波及させる仕組みや、指図の前提となる情報請求権の仕組みが整備されている。これらの仕組みは、全体として、公的観点からのコントロールの仕組みとして機能することが想定されている。また、定款の仕組みはゲマインデ法の立法者が会社法上の仕組みを利用したものであり、ゲマインデ法上の指図の効力をめぐる議論においては、会社法との関係が念頭に置かれ、議論されている。

第3款 小括

第3節においては、ゲマインデが私法上の組織形式を用いて事業形式を行う場合において、ゲマインデが当該組織に対して及ぼすべき影響力行使義務の内容をめぐって、学説上の議論（第1款）とゲマインデ法上の仕組み（第2款）について概観してきた。

以上の検討から、ゲマインデが参加する私法上の組織に関するコントロールに関するドイツ学説上の議論および実定法上の仕組みは、ゲマインデが参加する私法上の組織形式を利用にあたっては、会社法が用意する通常的手段だけでは不十分であるとの認識を起点として、展開ないし構築されてきたものとまとめることができる。戦前のドイツ・ゲマインデ法の立法者の発想を受け継いだ戦後の学説においては、公的コントロールを公法上の手段を用いて貫徹すべきであるとの主張もなされていたが、このような見解は通説の地位を占めておらず、現在においては、学説においてもゲマインデ法においても、上記の公的観点からのコントロールの仕組みについて、会社法との関係を踏まえた上での議論が展開されるようになってきている。第4節においては、このゲマインデ法と会社法の衝突の問題に焦

点を当てて、検討を行うことにしよう。

第4節 ゲマインデ法と会社法の衝突

第3節における検討から、ゲマインデが会社法上の組織を用いる場合には、会社法によって定められた枠組みの範囲内においてのみ、公法的な観点からの制御ないしコントロールが可能であると考えられている。

しかしながら、それぞれの法領域の基本的な考え方の相違を背景として、ゲマインデ法上の仕組みと会社法の枠組みとの間には、緊張関係ないし衝突(Konflikte)が生ずる場合がある。私人の活動の自由を指向する私法と、公共の福祉を義務づけられた公的主体に適用される公法とでは、適用されるべき秩序原理(Ordnungsprinzipien)が異なることから、とりわけ影響力行使の局面において、両者の間には衝突が生ずることになる¹。

また、会社法上の仕組みは、必ずしもゲマインデの出資ないし参加を想定して設計されておらず(例外として、株式法394条)、また逆に、ゲマインデ法の規定も、会社法上の枠組みに対して逐一对応する形で規律を設けている訳ではない。このような構造も、会社法とゲマインデ法の間には必然的に矛盾ないし衝突が生じさせる背景となっている。

以上のような問題は、戦後、ゲマインデ法と会社法の衝突というテーマの下、戦後、公法学説および会社法学説において、激しく議論されてきた。両者の対立と調和の問題については前節でも若干触れたが、これに対して本節においては、ゲマインデ法と会社法の衝突の問題に焦点を当てて、学説及び判例に関する検討を行うことにする。

以下においては、まず公法の優位ないし会社法の優位の論理によって衝突を解決しようとした過去の議論を振り返ってから(第1款)、現在において、両者の衝突について、いかに調和が図られるようになっているか、これらの二つの具体の局面に着目して、検討を行うことにしたい(第2款および第3款)。

第1款 優位の論理による解決

周知のとおり、ドイツ法における公法領域と私法領域の二元的秩序は、ドイツの法史の長い歴史に根差している。そして両者は、基本的には、それぞれ異なった発想に立脚している。

それゆえ、両者が交錯する領域においては、いわゆる「衝突」の問題が発生し、両者の間の関係をいかに調整すべきかが問題となる。特に、ゲマインデが会社法上の組織形式を用いて事業活動を行う場合には、このことが、ゲマインデ法と会社法の衝突の問題として生ずる。

以下においては、衝突の議論をめぐる公法学および会社法学における議論の変容について、振り返ってみることにしよう。

¹ R.Schmidt, Der Übergang öffentlicher Aufgabenerfüllung in privaten Rechtsformen, ZGR 1996, 345ff.

(1) 戦前における議論

戦前（ナチス期）においては、ドイツ・ゲマインデ法と会社法との衝突の問題は、ほとんど意識されていなかったようである。

ドイツ・ゲマインデ法 70 条においては、ゲマインデが参加する企業に対する代表者の派遣と、当該代表者の指図拘束に関する規定が置かれていた。すなわち、同条 1 項では、市長がゲマインデの参加する企業の社員総会において代表すること、市長に代わって官吏又は職員が派遣された場合には、当該職員は市長の指図に拘束されることが定められ、同条 2 項においては、当該会社の理事会及び監査役会の構成員を選任する「権利(Recht)」がゲマインデに与えられている場合、第 1 項の規定が準用されるものとされていた²。

社員総会に対する代表者について定めた第 1 項は、市長が有する一般的な代表権限を、経済的企業への代表の局面について特に規定されたものであると解されている。これに対して、理事および監査役会等について定めた第 2 項は、ゲマインデにこれらの機関の構成員を選任する権利が認められている場合にも、第 1 項の規定が適用されることを明らかにしている。そこで、解釈論上、上記権利が、いかなる場合に認められるかが問題となる。

同法のコンメンタールによれば、権利が認められているというためには、ゲマインデの官吏又は職員が何らかの方法によって理事会ないし監査役会の構成員になったということでは不十分であり、代表者はゲマインデに認められた権利に基づいて派遣される必要があるが、同項の趣旨および目的に照らせば、権利が狭く解釈される必要はなく、理事会ないし監査役会等における構成員資格がゲマインデの出資に基づいて獲得されたものであれば、それで十分であると解されている³。

他方、1937 年株式法においても、会社法上、機関構成員の独立性は前提とされていたところであり⁴、戦前においても、現在の視点からみれば、ゲマインデ法と会社法の衝突とも呼ぶことが可能な状況が生じていた。

しかしながら、戦前においては、衝突の問題がいまだ明確には意識されず、ドイツ・ゲマインデ法 70 条 2 項に基づく理事会ないし監査役会の構成員に対する指図は、一般的に、適法であると解する立場が有力であった。このことには、以下に述べるような背景がある。

第一に、ナチス期においては、ゲマインデ法と株式法は、双方ともに帝国法であり、法規範のレベルとして、同等の地位を有していた。すなわち、戦前のドイツ・ゲマインデ法は、現在の各州のゲマインデ法が州法としての位置づけをもつとは異なり、連邦全域に統一

² ドイツ・ゲマインデ法 70 条：「(1) 市長は、ゲマインデが参加する企業の社員総会(Gesellschafterversammlung)、又は、これと同等の地位を有する機関において、ゲマインデを代表する。市長が官吏(Beamte)又は職員(Angestellte)を代表者として選任したとき、当該代表者は、指図に拘束される。(2) 企業の理事会(Vorstand)、監査役会、又は、同様の機関の構成員を選任する権利(Recht)がゲマインデに与えられているとき、1 項が準用される。…」

³ Surén-Loschelder, Deutsche Gemeindeordnung Kommentar, Band 2, 1940, S.121.

⁴ 末永敏和「公企業の組織形態としての株式会社における理事者の地位—西ドイツの場合」香川大学経済論叢 49 巻 2 号(1976)33 頁以下（特に、35・36 頁、42 頁）を参照。

的に適用される帝国法(Reichsrecht)としての位置づけを与えられていた。それゆえ、現在の議論において、会社法の優位の論拠の一つとして引き合いに出される連邦法の優位の論理は、当時の法状況においては、成立し得ないものであった。さらに、このような規範状況の下で、1935年に制定されたドイツ・ゲマインデ法 70 条 2 項の規定が、2 年後に立法された 1937 年株式法によって廃止されなかったことから、1937 年株式法の立法者は、1935 年ドイツ・ゲマインデ法の指図を意識的に維持したとの解釈が展開された⁵。

第二に、1937 年株式法においては、「総統原理(Führerprinzip)」⁶を背景に、市長を通じ、株式会社の理事に対して、公的利益を貫徹するための公的影響力が及ぼされていた。それゆえ、1937 年株式法の明文規定に反するように見える場合であっても、市長は、間接的に影響力を行使することが十分可能であった⁷。

(2) 戦後における議論

しかしながら、戦後に入ると、会社法学説からのゲマインデ法上の指図の仕組みに対する批判が、強まりを見せる。すなわち、会社法学説は、会社法上の一般的な原則ないし前提を背景として(会社諸機関の会社の利益への拘束、会社内部における株主の地位平等など)、ゲマインデ法上指図の仕組みに対する批判を展開した。

しかしながら、戦後からしばらくの間、上記のような公法学説と会社法学説の衝突の問題をめぐる議論は、並行線をたどった。公法学説と会社法学説は、ゲマインデ法と会社法との間に衝突が生じた場合、その解決の方法として、ゲマインデ法と会社法のうち、いずれが適用されるべきか(つまり、公法学説はゲマインデ法の優位を主張し、会社法学説の会社法の優位を主張した)という形で、それぞれ議論を展開していたからである。

まず、公法学説の側は、ドイツ・ゲマインデ法 70 条 2 項が、戦後の各州のゲマインデ法においても、連邦法として継続的に効力を有していることを根拠と、公的なコントロールの必要性の観点を重視する解釈を展開することで、株式法の規定はゲマインデ法の規定によって破られるとの主張を展開した⁸。この立場によれば、戦後の各州におけるゲマインデ法も、株式法と規範的に同等のレベルにある連邦法としての位置づけを有するから、各州のゲマインデ法に規定されたドイツ・ゲマインデ法 70 条 2 項の後継規定に基づいて、理事会や監査役会の構成員に対して指図を発することは、一般的に適法と解されることになる。このような形で、公法学説は、公法(ゲマインデ法)の優位の主張を展開したのである。

これに対して、会社法学説の側は、とりわけ、株式会社の機関構成員には指図自由

⁵ Günter Nessel Müller, *Rechtliche Einwirkungsmöglichkeiten der Gemeinden auf ihre Eigengesellschaften*, 1977, S.74.

⁶ 参照、高橋英治『ドイツ会社法概説』(有斐閣、2012) 85 頁。

⁷ Nessel Müller, S.16.

⁸ 公法の優位の発想に基づいて議論するものとして、Kurt Ballerstedt, *Zur Frage Rechtsform gemeindlicher Wirtschaftsunternehmen*, DÖV 1951, 449ff.; Hans Peter Ipsen, *Kollision und Kombination von Prüfungsvorschriften des Hanshalts- und des Aktienrechts*, JZ 1955, 593ff.

(Weisungsfreiheit)の原則が妥当することを理由として、上記の公法学説が展開した解釈を批判した⁹。

このような議論の対立ないし並行状況を変化させた一つの契機が、1965年株式法の制定であった。この立法を一つの契機として、会社法学説の側から、会社法の優位の主張がますます有力となった。すなわち、もはや各州のゲマインデ法が連邦法であるとの解釈は通用しなくなり、かつ、株式会社における公的主体による情報請求権（株式法 394 条および 395 条）については立法上の措置が採られたにもかかわらず、指図権については規定が置かれなかったことから、もはや戦前におけるようなゲマインデ法の継続的効力の議論は説得力を失い¹⁰、連邦通常裁判所の判例も、連邦法の優位の論理をもって、会社法の優位を認める判示をするに至った

公法的観点からのコントロールの確保を重視する一部の公法学説からは、行政会社法の試みが提唱されたが¹¹、行政会社法の主張に対しては、会社法学説のみならず公法学説側からも痛烈な批判が向けられ、現在では、ゲマインデ法と会社法の、いずれが優位するかという議論をめぐっては、連邦法たる会社法が優位するという事で、この論争は決着をみている。

しかしながら、このように会社法の優位が勝利を収めたからといって、公法に基づく影響力行使が全て違法であることは意味されず、具体的に、いかなる形での影響力行使が違法と解されるかについては、会社法の優位という視点から、明確な解答が得られたことにはならない。

そこで、以下においては、ゲマインデ法と会社法の衝突の議論状況について、ゲマインデ代表者の指図拘束と会社機関の独立性（第 2 款）と、ゲマインデによる情報請求権の行使と会社機関構成員の守秘義務（第 3 款）という二つの局面を取り上げて、検討を行うことにしたい。

第 2 款 ゲマインデ代表者の指図拘束と監査役会構成員の独立性

ゲマインデ法と会社法の衝突が生ずる一局面として、ゲマインデが監査役会に派遣する代表者の地位に着目するならば、当該代表者は微妙な立場に置かれていることが分かる。すなわち、一方において、ゲマインデ法の仕組みを起点に考えるならば、ゲマインデ代表者は、ゲマインデの公的利益の代弁者として活動しなければならないのに対して、会社法の仕組みを起点に考えるならば、当該代表者は、企業的思考に基づいて活動するコントロール機関の構成員として、企業の利益に拘束されることになる。このように、ゲマインデ代表者は、監査役会における投票において、ゲマインデと自治体参加会社のいずれに忠実であるべき

⁹ Vgl. Marcus Lutter/Barbara Grunewald, Öffentliches Haushaltsrecht und privates Gesellschaftsrecht, WM 1984, 385ff.

¹⁰ Vgl. Nessel Müller, 74ff.

¹¹ 本論文第 2 章第 3 節を参照。

か、ゲマインデ法と会社法のいずれの活動要請に応ずるべきか、という選択を迫られることになる¹²。

実務においては、監査役会に政治的な問題が持ち込まれることを背景として、さまざまな問題が生じている。既に述べたように、ゲマインデ法においては、監査役会に対するゲマインデの代表者の決定手続に関する規定が定められているが、ゲマインデ代表者が、議会の議決によって決定される仕組みが採られている場合には、その選任にあたり、議会における政党比率が考慮されることがある。その結果、学説からは、ゲマインデによる監査役会構成員の選任が、業務執行に対する監督という会社法上の本来的な機能との関連での専門的な能力に基づいてというよりも、政治的な要素も含んだ形で行われているとの指摘がなされている¹³。また、監査役会構成員が受領する手当(Aufwandsentschädigung)が、政治的な問題として取り上げられることもある。ゲマインデ法と会社法の衝突の問題がドイツで盛んに議論される背景には、このような実務状況があるといえる。

指図をめぐるゲマインデ法と会社法の衝突の問題は、実際には、ゲマインデの代表として派遣された監査役会構成員が、ゲマインデが発する指図に拘束されるか、という形で具体的に現れる。この指図拘束の問題の法的帰結は、株式会社と有限責任会社の場合において、異なる。以下においては、これらの違いについて見ておくことにしよう。

1 株式会社の場合

上に見た通り、株式法は、監査役会を株主総会や取締役と並ぶ必置機関とした上で、独立的、かつ、自己責任的な監督機関として位置づけている。すなわち、株式法 116 条によれば、監査役会構成員には、取締役の注意義務と責任に関する規定（同法 93 条）が適用される）、株式法 111 条 6 項（改正前の 111 条 5 項）によれば、株式会社の監査役会構成員は、自身の任務を他の者に遂行させることができないものとされているところ、これらの規定は強行規定であり、定款上の定めによって変更することは不可能である。

これらの強行規定の解釈に基づいて、一般的に、株式会社の監査役会構成員は、第三者の指図に拘束され得ないと解されており、株式会社の監査役会構成員に対して、指図権による拘束が及ぶ余地はないとする点について、現在においてほとんど争われていない。

連邦通常裁判所の判例¹⁴においても、「派遣された監査役会構成員は、選出された監査役会構成員と同様の義務を負う。会社機関の構成員として、監査役会構成員は、派遣権者の利

¹² この現象を Kurt Kiethe, *Gesellschaftsrechtliche Spannungslagen bei Public Private Partnerships*, NZG 2006, 45 (49) は監査役会構成員の「二重の機能」と呼ぶ。

¹³ Roland M. Bäcker, *Weisungsfreiheit und Verschwiegenheitspflicht kommunal geprägter Aufsichtsräte*, in: Stefan Grundmann(Hrsg.), *Unternehmensrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts -Festschrift für Eberhard Schwark zum 70. Geburtstag-*, 2009, S.101ff. (101). かような実務状況に対応して、自治体企業の監査役会の専門性の向上にかかる議論が一部で展開されており、現に、そのような考え方を立法化している州も存在する（例：ザクセン・アンシュタルト州ゲマインデ法 119 条 1 項 2 文）。

¹⁴ BGHZ 36, 296.

益に対して 会社の利益を優先しなければならない、派遣権者の指図に拘束されることなく、会社の利益を遂行しなければならない」との判示がなされており、かつ、その後の判例もこのような立場を踏襲している¹⁵。このように、株式会社の監査役会に対する指図権を定款によって定めることは、会社法上、違法であると一般的に解されている。

2 有限責任会社の場合

株式会社の場合と異なり、有限責任会社の監査役会の設置は、任意である（有限責任会社法 52 条 1 項）。しかし、個別法において監査役会が必要的機関として位置づけられている場合がある。このような監査役会は義務的監査役会（*obligatorischer Aufsichtsrat*）と呼ばれ、義務的監査役会には基本的に株式法の規定が適用される。ゆえに、株式会社の監査役会の場合と同様、ゲマインデの代表者は指図に拘束されることはない。

これに対し、監査役会の設置が義務づけられていない有限責任会社の場合には、有限責任会社法 52 条 1 項が適用される。同項によれば、定款に別段の定めのない限り、株式法の諸規定が適用される。このように任意に設置される監査役会は任意的監査役会（*fakultativer Aufsichtsrat*）と呼ばれる。社員総会には、監査役会の法関係を株式法の規定とは異なる形で形成する自由が認められるので、ゲマインデは、社員としての地位に基づき、定款の定めを通じて、ゲマインデにとって有利になるよう、監査役会に対する権限移動をすることが可能であると解されている。

任意的監査役会の場合には、下に紹介する連邦行政裁判所判決以前から、ゲマインデの代表者がゲマインデ（議会）の指図に拘束されるか否かについて、学説上、見解が対立していた。会社法学説においては、任意的監査役会の場合についても、株式法の定める監査役会に関する規定の考え方が及ぶことから、指図権を違法であると解する立場が有力であったのに対し、公法学説からは、指図権を定款によって定めることに賛同する見解が存在していた。

3 連邦行政裁判所の判例

（1）事例および判示

このような学説上の対立に対し、一定の司法判断を示したのが、2011 年 8 月 11 日の連邦行政裁判所の判決である¹⁶。原告は、ノルトライン・ヴェストファーレン州ジーゲン（Siegen）市議会によって推薦され、ジーゲン供給会社が 74.88% の持分比率で参加するガス、暖房、水供給を企業目的とする有限責任会社（ジーゲン供給会社（*Siegener Versorgungsbetriebe*。以下、「SVB」という）の任意的監査役会の構成員（4 人）でる。SVB の定款 7 条 1 項においては、SVB の監査役会には株式法の規定が適用除外される旨が定められていたものの、監査役会の内部秩序について、定款に具体的な規定は存在しなかった。

2006 年、SVB の料金改定が議論されるなかで、市議会の委員会において、市議会が派

¹⁵ BGHZ 69, 341.

¹⁶ BVerwG, Urt. v. 31. 8. 2011, NJW 2011, 3735ff.

遣した SVB の監査役会構成員に対する市議会による指図の適法性が問題となった。9 月 13 日、市議会の中央委員会・財政委員会は、9 月 14 日の SVB が監査役会会議において、10 月 1 日以降の天然ガス・暖房ガス価格の引上げに関する動議を拒否するよう、当該構成員に対して指図することを決定した。定款においては、監査役会の同意なしに、業務執行者が価格の引上げをすることは許されないものとされていた。この委員会決定は市議会で決議されたものの、SVB の監査役会会議においては、10 月 1 日以降の価格の引上げが承認された。

12 月 13 日、市議会四会派は、当該構成員に対し、12 月 14 日の SVB の監査役会会議において、10 月 1 日から 2007 年 1 月 1 日までの価格引上げの撤回に賛同するとともに、引上げに関する動議を拒否するよう決議するよう指図した。この旨は市議会において決議されたものの、監査役会会議においては、市議会の決議に対応する議決はなされなかった。上記の事実関係の下、当該構成員であった原告は、市議会には、指図をする権利、並びに、監査役会での投票権の行使について何らかの職務を設定する権利が認められないことの確認を求めて行政訴訟を提起した。

連邦行政裁判所は、以下のように述べ、上告を棄却した。

「ノルトライン・ヴェストファーレン州ゲマインデ法 113 条 1 項 2 文によれば、ゲマインデが参加する法人の監査役会におけるゲマインデ代表者は、議会の決議に拘束される。もっとも、同法 113 条 1 項 4 文による自治体の指図権は、法律による別段の定めのないこと、という留保の下にある。有限責任会社法 52 条 1 項がそのような別段の法律上の規定であり、任意的監査役会に関しては、定款に他のことが規定されていない限り、数多くの株式法の規定が適用される。これら適用されるべき株式法の規定には、特に株式法 93 条と結びついた同法 111 条 5 項・116 条が含まれ、これらの規定から、株式会社の監査役会構成員は、企業利益のみを義務づけられ、当該構成員が個人的に担う職務遂行の枠内において、何らの指図にも服さないという株式法上の原理が導かれるが、……そのような原理は、有限責任会社の監査役会に対しては適用されない。」

もっとも、「控訴審の見解とは異なり、原告の指図からの自由は、定款 7 条 1 項が株式法の適用を除外していることのみによっては、否定され得ない。というのも、有限責任会社法 52 条 1 項が想定している通常の事例から離れるための要件は、「定款において別段の定めがある」ことだからである。定款が、有限責任会社法 52 条 1 項に挙げられた株式法の規定を包括的に不適用としていることでは不十分である。……さらに進んで、定款が株式法上のルールからどの程度異なった定めをしているかが、個別的に「規定 (bestimmt)」されなければならない。定款は、法律上の規定の代わりに、定款によって適用除外された法律上の規定と共に、監査役会の構成、任務、権限、そして手続方式を明白に認識させるほど十分に確定された、別の定めをしなければならない。」

「定款 7 条ないし 9 条においては、監査役会の形成・構成・任務・決議に係る様々な具体的な規定が置かれている。これらの規定を通じて、定款は、株式法の規定に代わる固有の

ルールを設けている。なるほど、定款には、指図権に関する明確な規定は存在していない。しかしながら、市議会の提案に基づいて任命された監査役会構成員が議会の指図に拘束されることは、解釈によって疑問の余地なく導かれる。」

「ゲマインデが決定的に関与し、住民のための自治体による生存配慮の遂行を任務とする会社の定款の解釈にあっては、ゲマインデを拘束する憲法および法律の規定が考慮されなければならない。ゲマインデがこの種の会社に参加するための法律上の要件を遵守しようとした、そして、遵守しようとしているという事実上の推定が働く。」

「したがって、SVB の定款においては、定款によって適用除外された株式法の規定の代わりに被告によって提案された監査役会構成員に対する指図権についての合意がなされているものと解釈される。このことは、ノルトライン・ヴェストファーレン州ゲマインデ法 108 条 5 項 2 号から導かれる。この規定によれば、議会がゲマインデによって任命され、又はゲマインデの提案に基づいて選出された監査役会構成員に指図を付与することが可能である場合にのみ、有限責任会社法形式の企業に、ゲマインデが参加することが許されるからである。」

(2) 分析

以下、連邦行政裁判所判決の判示内容と指図権の意味について、分析を行っておこう。

① 判断枠組

本判決に関する判例評釈等を参考に、上記判決の判断枠組の特徴についてまとめると、以下のとおりである。第一に、そもそも、任意的監査役会に対する指図が、会社法上、適法なのかという問題がある。この問題については、本判決以前から、会社法学説から、有限責任会社の任意的監査役会の構成員に対する指図は、株式会社の場合と同様、会社法の定める一般的な監査役会のあり方に反し違法である、との主張がなされていた。本判決は、株式法の定める監査役会のあり方は有限責任会社の任意的監査役会の場合には妥当せず、指図は、定款の形成によって可能であるという立場を明確にした。

第二に、ゲマインデ法に監査役会構成員に対するゲマインデ議会の指図権に関する規定が存在するものの、定款には指図権に関する規定が存在しない場合において、指図権を肯定することができるか、という問題について、本判決は、定款の解釈によってこれを解決する手法を示した。上記判決の第一審および原審判決は、監査役会構成員の指図拘束をゲマインデ法の指図権の規定から導いていたのに対して、連邦行政裁判所は、指図権の法的根拠をゲマインデ法の規定に直接求めるのではなく、有限責任会社法 52 条 1 項の形成余地の枠内において、定款の解釈を通じて判断するという手法を採用している。ここでは、第一審および原審判決において指図権の法的根拠とされていたゲマインデ法の規定は、定款解釈の一要素として考慮されるにとどまっている。このように、連邦行政裁判所判決の判断枠組の特徴は、ゲマインデ法と会社法の衝突が顕在化する任意的監査役会に対する指図権の問題を、あくまで連邦法である有限責任会社法の解釈の問題として処理した点にあるといえよう。

② 判決に対する学説の評価

このような連邦行政裁判所の解釈手法に対する学説の評価は分かれている。

判決に対して批判的な見解は、会社法の優位の貫徹を要求する立場から、会社法一般に妥当する監査役会の「通常水準」を想定し、監査役会の指図からの自由は、株式法の定める監査役会（有限責任会社の義務的監査役会も含む）に対してのみならず、有限責任会社の任意的監査役会にも及ぶものとする。

他方、連邦行政裁判所の示した定款を通じた解釈手法に対して一定の理解を示しつつ（あるいはそのような解釈手法を前提として）、定款に指図権に関する明確な規定を置くことの意義を強調した上で、今後の実務上の課題や、指図権以外のゲマインデ法の規定の解釈問題との関連を指摘する見解もある。これらの見解は一致して、定款の形成のあり方が残された課題であると指摘する。

③ 定款の形成のあり方

まず、定款の内容設定上の限界に関する議論がある。この議論によれば、ゲマインデは、連邦法と衝突しない限りにおいて、ゲマインデ法に拘束されることとなるから、有限責任会社法 52 条 1 項に基づく形成余地については、ゲマインデ法がその限界を画する機能をもつ。例えば、各州のゲマインデ法の規定（例：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 6 号）は、「監査役会ないしこれに類する監督機関」に対するゲマインデの影響力を要求していることから、ゲマインデ法も「監査役会」に認められるべき最低限の権限を想定していると解し、株式法 111 条の意味における監査役会の権限の核心部分を定款によって除外することは違法であると解する説がある。

次に、監査役会に対する指図は、数あるゲマインデの影響力行使の可能性のうちの一つとして理解されなければならないとの指摘がされている。影響力行使の仕組みは監査役会に対する指図の仕組みに限られず、場合によっては、補完的に（kompensatorisch）、他の影響力行使の可能性が利用されなければならない。また、ゲマインデがいかなる形をとって影響力行使の可能性を利用すればゲマインデ法上の影響力義務（介入義務）（「適切な」影響力）を果たしたことになるかについては、影響力行使の可能性の総和をもって判断されなければならない、との主張もある。

ゲマインデの影響力を確実に確保するためには、持分に応じ、ゲマインデが社員として有限責任会社に参加することが重要となる。有限責任会社法 45 条 1 項によれば、業務執行者に対して事業執行との関連において認められる権利およびその行使は、法律上の規定のない限り、定款によって決定される。例えば、この規定に基づいて、業務執行に対する社員総会による指図を定款に規定することが可能である、と解されている。

第 3 款 情報請求権の行使と監査役会構成員の守秘義務

ゲマインデ法上の情報請求権(Auskunftsrecht)の行使の局面においても、上に述べた指図権の行使の場合と同様、ゲマインデ法と会社法の衝突の問題が生ずる。既に見たように、ゲマインデ法においては、ゲマインデ代表者(市長等)のゲマインデ議会に対する報告義務等が規定されている¹⁷。これらの規定を根拠にゲマインデ代表者に対する情報請求権の行使がなされた場合、当該請求は、公法上の請求権として行使され、ゲマインデ代表者としては、ゲマインデ議会に対して、情報を提供する義務を負うことになる。

しかしながら、ゲマインデ代表者が監査役会に派遣されている場合、当該代表者は、監査役会構成員として、会社法上の守秘義務を負っている。上記の指図権の場合と同様、当該者は二重の地位に置かれることになり、ここに、ゲマインデ法と会社法の衝突の問題が生じる¹⁸。

会社法上の守秘義務は、株式会社の場合と、有限責任会社の場合で、規定のされ方が異なっている。ゆえに、指図拘束の場合と同様、ゲマインデ法と会社法の衝突のあり方は、両法形式間で違いが生ずる。

1 株式会社の場合

株式法 93 条 1 項と 116 条から導かれる会社法上の一般的な忠実義務の一内容として、監査役会の構成員は、守秘義務(Verschwiegenheitspflicht)を負う。すなわち、株式法上、「会社の機密事項(vertrauliche Angelegenheit)」について情報提供を行うことは許されないものと解されており、その判断にあたっては、「企業の利益(Unternehmensinteresse)」が基準とされる。

もっとも、この会社法上の守秘義務について、株式会社の場合に特徴的であるのは、株式法それ自体が、上記の守秘義務の例外規定を有していることである。すなわち、株式法 394 条は¹⁹、公的主体(ゲマインデも含まれる)の代表者が報告する場合についての守秘義務の免除について規定している。このような規定は、株式法上の「情報特権(Informationsprivileg)」とも呼ばれ、その規定の位置づけ等については、現在に至るまで、公法の側からも会社法の側からも、盛んに議論がされている。

その理由の一つは、本規定が設けられた立法経緯に求めることができる。すなわち、戦前から効力を有していた帝国財政法(Reichshaushaltsordnung)111 条 1 項 2 号においては、会計検査上の目的から、管轄を有する大臣の提案に基づいて選出され、又は選任された監査

¹⁷ 本論文第 2 章第 3 節。

¹⁸ 守秘義務違反があった場合、刑法の規定の適用も予定されている(株式法 404 条、有限責任会社法 85 条)。

¹⁹ 株式法 394 条「地域団体(Gebietskörperschaft)の推薦(Veranlassung)に基づいて監査役会に選出又は派遣された監査役会構成員は、当該厚生委員が地域団体に対してなさなければならない報告に関して、何らの守秘義務も負わない。会社の機密上のデータ及び秘密、特に経営・事業に関する情報については、その情報が報告のために重要ではないとき、このことは及ばない。…」

役会の構成員は、当該監査役会構成員が手に入れることのできる会社に関する書類(Unterlagen)を、管轄大臣に対して提出しなければならないという監査役会の義務が定められていた。このような財政法上の報告義務は、株式法が規定する守秘義務との間で衝突を生じるものであったために、株式法 394 条を設けることによって、立法上の解決が試みられたのである²⁰。すなわち、1965 年株式法においては、私企業に参加する公的団体の特別な利益状況に応じるため、株式法上の守秘義務に関する例外規定を置いたものとされる²¹。

以上の立法過程にかんがみて、株式法 394 条の規定については、株式法の内部において、公法的な配慮がなされているとの評価がされており、実際にも、この規定に基づいて、ゲマインデ議会の少数派会派によって情報請求が数多く求められているようである。

しかしながら、学説上、公法的な配慮が株式法の範囲内においてなされているからといって、すべからず守秘義務が免除されるという解釈は採用されていない。学説においては、株式法 394 条及び 395 条の文言解釈を通じて、株式法の定める守秘義務の例外について、その限界を意識した形での議論がなされており、全体的な傾向として、公的主体が派遣した監査役会構成員について、無制約に守秘義務の免除を認める論者は見当たらない。むしろ、守秘義務の例外には、会社法上の何らかの限界があると解する立場が有力である。この点、具体的には、会社の秘密の利益との関連において、以下のような法解釈が展開されている。

第一に、報告義務の存在に関する法律上の根拠が必要であると解することにより、株式法 394 条が認める例外の限界づけが試みられている。株式法 394 条の文言としては、監査役会構成員の報告義務について、何ら具体的な規律をしていない。しかし、学説においては何らかの法律上の義務の存在を要求する見解が有力である。この立場は、株式法の体系からすれば、株式法 394 条の仕組みはごく例外的なものにとどまること、株式法の立法者も株式法とは別の何らかの法律上の義務の存在を想定していたことから、例えば、契約上の義務に基づく報告義務、官吏法上の(*beamtenrechtlich*)報告義務等では不十分であると解する²²。ここで問題とされている具体的な規定には、例えば、ゲマインデ法上の報告義務に関する規定が含まれている。

第二に、情報提供(報告)の名宛人となり得るのは誰か、という観点からも、株式法 394 条が認める守秘義務の例外を限界づけようとする傾向が見られる。この解釈は、株式法 394 条と株式法 395 条²³の規定との間の関連を前提に、展開されている。すなわち、株式法 395

²⁰ Jens Koch, Die Bestimmung des Gemeindevertreters in Gesellschaften mit kommunaler Beteiligung am Beispiel der Gemeindeordnung NRW, VerwArch 2011, 1ff. 末永・前掲、152・153 頁。

²¹ Ulf Grundlach/Volkhard Frenzel/Nikolaus Schmidt, Das kommunale Aufsichtsratsmitglied im Spannungsfeld zwischen öffentlichem Recht und Gesellschaftsrecht, LKV 2001, 246ff. (248f.).

²² Eberhard Schmidt-Aßmann / Peter Ulmer, Die Berichterstattung von Aufsichtsratsmitgliedern einer Gebietskörperschaft nach §394 AktG, BB 1988 Beilage 13, S. 1ff. (8).

²³ 株式法 395 条：「地域団体の出資を管理し、又は、地域団体を代表して、会社、株主としての地域団体の活動、又は地域団体の推薦に基づいて選任または派遣された監査役会構成員の活

条の文言によれば、報告を受けた者について、守秘義務が課せられている。このような観点から、一般に対して公開されている議会を報告の名宛人と解することについて、学説は否定的である。というのも、議員には公法上の守秘義務が課せられているものの、公開の場である議会において一度報告がなされてしまえば、秘密の必要性のある会社の機密情報の事実上の公開 (eine faktische Veröffentlichung geheimhaltungsbedürftiger Unternehmensinterna) と至ってしまう可能性があるからである²⁴。そこで、これらの見解にあつては、報告の名宛人は、複数人によって構成される機関ではない市長等に限られ、あるいは、非公開性が担保された専門組織を創設すべきであるとされている。

このように、監査役会の会社法上の守秘義務と、ゲマインデ法上の代表者の報告義務の間の衝突関係について、株式会社の場合については、1965年株式法の内部において、公的な観点を実現するための立法上の措置がなされていたことから、これらの株式法の規定の解釈問題として議論がなされているものと整理することができよう。

2 有限責任会社の場合

株式会社の場合とは異なり、有限責任会社の場合には、有限責任会社法上、監査役会の守秘義務に関する定めが存在しない。指図拘束に関する議論においても既にみたとおり、有限責任会社の場合には、監査役会の設置は、設置するか否かまで含めて社員の任意に委ねられており、その機関の具体的な構成等は、定款上の形成によることになる(株式会社法 394 条の規定が類推適用されるという見解は、少数説にとどまるようである)。すなわち、一般的には、定款の形成によって、会社法上の守秘義務の例外を定めることも可能であると解されている。しかしながら、有限責任会社の場合にあつても、会社法上、定款において定めることのできる守秘義務の例外の範囲には限界が存すると解されている。

他方において、有限責任会社法においては、社員が監査役会構成員に対して情報提供を要求するための仕組みが整えられており²⁵、これらの規定とゲマインデ法上の報告義務の関係が問題となった裁判例がある。以下においては、2010年2月26日のリューネブルク上級裁判所の判例を紹介、及び分析することにしよう。

動について検討を行う者は、株式法 394 条に基づく報告によって知り得た会社の機密のデータ及び機密、特に、経営上の秘密や機密について、守秘義務を負う。…」

²⁴ Hans-Peter Schwintowski, Verschwiegenheitspflicht für politisch legitimierte Mitglieder des Aufsichtsrats, NJW 1990, 1009ff. (1014).

²⁵ 有限責任会社法 51a 条：「第 1 項：業務執行者は、全ての社員に対して、要求があれば遅滞なく、会社の事項(Angelegenheiten der Gesellschaft)に関する情報を提供し、帳簿及び書類(Bücher und Schriften)の閲覧を認めなければならない。第 2 項：業務執行者は、おそれがあるときは、当該社員が、情報、帳簿及び書類を、会社に反する(gesellschaftsfremd)目的のために利用し、このことによって、会社又は関連企業に少なからぬ損失がもたらされるおそれがあるときは、情報提供及び閲覧を拒否することが許される。第 3 項：この規定は、定款によって、異なる定めをすることができない。」

3 リューネブルク上級裁判所判決²⁶

① 事実および判旨

1988年9月25日、Wilhelmshaven市(以下、「市」とする)は、経済振興有限会社(WFG Wilhelmshaven)(以下、「WFG」とする)を設立した。当該有限会社の企業対象(Unternehmensgegenstand)は市内の経済振興措置の実施等であり、設立時、株式の保有比率は、WilmsHAVEN市が51%で、残りの持分をAllgemeinnnen Wirtschaftsverband Wilhelmshafen-Friesland登録フェラインを有するものとされていた。

2008年、定款の改正がなされ、WFGは市の自己会社となり、市長(Oberbürgermeister)、及び、6人の市議会の議員²⁷が、代表者として派遣されるものとされた。

2005年の経営計画(Wirtschaftsplan)において、報酬を受領した人物及び報酬額等が記載されていないことを受け、市議会のFDP会派の議長であった原告は、市長(被告)に対して、ニーダーザクセン州ゲマインデ法(以下、「法」という)39a条²⁸に基づいて、情報提供(Auskünfte)を要求した。これに対し、被告は、同条2項に基づく情報請求権は、市長が、市の代表者として、WFGの社員総会又は監査役会において得た情報には及ばないこと、有限会社に関する事項はゲマインデの事項(Angelegenheiten der Gemeinden)には当たらないこと、WFGは独立的な法人格を有する私法上の組織であること、市長は、当該会社の機関に法律上の代表者として属しているものではないこと等を主張して、情報提供を拒否した。これに対して、原告が質問に対する回答を求めて、行政訴訟を提起した。

リューネブルク上級行政裁判所判決の判旨は以下のとおりである。

「法39a条2項によれば、全ての議員は、自身の情報獲得の目的のために、市長から、あらゆるゲマインデの事項に関する情報を得ることができる。」「情報獲得を目的とした情報請求権は、...民主的法治国家において、立法に参与し、執行に対するコントロールを行うという任務が認められる議会の議員としての構成員資格の現れである；よって、法39a条2項の情報請求権の明文上の規律は、必ずしも必要ではない。判断すべき事柄の複雑性の観点からすれば、...議員が有権者によって信託された任務の実効的な遂行のため、議員は、ゲマインデ議会...において、行政領域から生ずる情報を必要とする。」「このような議員『自身の』行政に対する不文の憲法上の情報請求権を背景として、法39a条2項に定められた情報請求権は、全てのゲマインデの事項...に対して包括的に及ぶものと理解されなければならない。もっとも、議員の情報請求権が市長の持つ情報に向けられる場合、市長が、当該情報を、ゲマインデ行政の長、又は、対外代表者(Außenvertreter)としての職務において取得した限りにおいてのみ、このような情報請求権は存在する。ここには、市長がゲマインデの法律上の代表者として企業及び施設の社員総会やこれに関連する機関...において取得した情報も含まれる。」「当裁判所は、上記のような法的ルールを考慮して、被告が、原告によっ

²⁶ OVG Lüneburg, Urt., 03.06.2009., DVBl. 2009, S.638ff.

²⁷ ニーダーザクセン州ゲマインデ法51条2項。

²⁸ ニーダーザクセン州ゲマインデ法39a条。

てなされた 9 つの質問のうち 8 つの質問について回答する義務を負うとした原審の判断を支持する。」

「[定款において定められた任務：筆者補]は全て、...市の固有の活動領域であり、それゆえ、法 39a 条 2 項の意味における「ゲマインデの事項」である。市が経済構造の改善に係る措置の遂行にあたって、WFG を用いていたという状況が、この事実を改変することはない。」「したがって、被告は、WFG に関する原告の質問に対して、被告が関係する情報を自身の市の代表者としての資格において外部から取得した、又は取得し得る限りにおいて、回答をする義務を負っている。これに対して、情報提供義務の根拠は、WFG の監査役会における構成員としての被告の情報の入手ではない。被告に、市の法律上の代表者としての活動による自身の情報の状態(Kennntnisstand)に基づいて、WFG の社員としての地位において、原告によってなされた質問 1 ないし 7、及び 8 に対する回答が仮に不可能である場合には、被告は、社員の代表者として、これに関連して、有限責任会社法 51 条による全ての社員の情報請求権並びに閲覧請求権を行使することによって、WFG の業務執行者に対して請求を行う義務を負う。...仮に情報提供によって守秘の利益、又は...第三者の利益に影響する場合には、被告には、質問に対して非公開の会議において回答する可能性が存するであろう、というも、獲得された情報は、職務上の守秘(法 39 条 3 項、25 条 1 項)に関する議員の義務によって把握されるからである。」

本判決に対しては被告側から上告がなされたが、連邦行政裁判所によって上告は棄却された²⁹。

② 分析

リューネブルク上級行政裁判所の立場は、ゲマインデが有限責任会社(ここでは、自己会社)を用いている場合であっても、その有限会社において遂行されているのがゲマインデの事務であれば、それに関する情報については、議員は、代表者として当該会社に参加している市長に対して、(憲法上の根拠も有する)ゲマインデ法上の情報請求権を行使することが可能であると解している。さらに、必要な情報が市長のゲマインデ法上の地位によって十分に取得されない場合、市長は、有限責任会社法 51a 条に基づく社員の有する業務執行に対する情報請求権を行使する義務を負う旨、判示している。

本判決に関しては、判示に従った場合には、会社内部の機密情報(Interna)が、事実上、公にされてしまうおそれがあるとの批判がなされている³⁰。すなわち、この見解によれば、本判決が想定するほとんど無制約の情報請求権は、有限責任会社法 51a 条の趣旨にはそぐわず、有限責任会社法上も観念される会社法上の一般的な忠実義務の枠内において、有限会社

²⁹ BVerwG, Beschl., 26.2.2010. 上告審においては、原審がした事実認定によれば、市が、情報を会社に反する目的のために利用し、このことによって、会社または関連企業が少なからぬ損失を被ったという事実は認められない、との判示がされている。

³⁰ Malte Passarge / Sebastian Kölln, Das Auskunfts- und Einsichtsrecht nach §51a GmbHG bei der kommunalen GmbH, NVwZ 2014, 982ff.

法 51a 条の社員による情報請求権の行使と、会社法上の守秘義務を理解するならば、社員による情報請求権は、会社や第三者の利益を損なわぬよう、慎重に行使されなければならない。議員が市長に対して有限会社法 51a 条の基準に従って請求された情報を提供するように強制することが可能であるとするならば、ゲマインデ議会の議員が、社員と同様の地位へと昇進することになってしまう。そして、このような手段によって得られた情報は、政治的な利益の実現に用いられるリスクをはらんでおり、議員が、そもそも有限責任会社法 51a 条 2 項によれば拒否することが許された（又は拒否されなければならなかった）情報も獲得することができることになる、として、有限責任会社法上の情報提供の限界規定である同項の規定に基づいて、社員が、責任をもって判断することの重要性を指摘する。

第 4 款 小括

以上、本節では、ゲマインデ法と会社法の衝突について、その議論の背景（第 1 款）と、二つの衝突の局面（第 2 款、及び、第 3 款）について扱ってきた。

これらの検討から、ドイツにおいては、ゲマインデが私法上の組織を用いる場合の影響力義務の行使の具体のあり方について、会社法との関係を踏まえながら、その限界を踏まえつつ、具体的に議論が展開されていることが伺われる。

判例においても、ゲマインデ法と会社法の規定について、それぞれ別個の解釈を展開するのではなく、会社法上の枠組みの中で（機関構造、定款の仕組み、会社法上の情報請求権）、公的な観点からのコントロールについて定めたゲマインデ法の規定がどのような形で、又、どの範囲で効力を持ち得るのかについて、綿密な検討が行われている。

もともと、ゲマインデ法と会社法の衝突の議論をめぐっては、上記の議論枠組みの中で、どの程度、ゲマインデ法に規定された公法的要請を重視して解釈を展開すべきかについては、学説上、さまざまな立場が存在している。しかしながら、戦前から戦後直後にかけて、公法学説と私法（会社法）学説の間に存在していた対立状況と比べると、ゲマインデ法と会社法の衝突に関する議論全体としては、両者の調和という方向へと向かってきており、上記の学説のさまざまな立場も、このような全体的な議論構造の中で捉えることができる。このことは、公法規範と私法規範の協働の議論にも、新たな視点を提供するものであると思われる。

また、このように、両者の調和を指向した議論が可能となっている背景には、会社法学説や連邦通常裁判所の判例の影響によって、連邦法の優位が確実となって以降においても、第 3 節において検討を行った影響力行使義務に関する公法学説の議論の蓄積があったことも指摘することができる。

第 5 節 小括

第 2 章においては、ゲマインデが事業活動の際に公私協働を形成するにあたって前提となるドイツの学説上の議論とゲマインデ法の具体の仕組みについて検討を行ってきた。そ

の内容を総括すると、以下の通りになる。

ドイツにおいては、戦前から、ゲマインデが経済活動を行うことについて、また、私法上の組織形式を用いることに対して、何らかの制約のための規律が必要であると考えられてきた。すなわち、戦前から、前者については経済的企業に対する制約の三位一体の仕組み、後者についてはゲマインデ代表者に対する指図の仕組みによって対応が図られてきた。しかしながら、戦前は、ドイツ・ゲマインデ法の立法者および当時の公法学説において、ゲマインデの事業活動には原則として公法上の組織形式が用いられるべきであると考えられていたことに現れているように、公法であるゲマインデ法と私法である会社法の関係が、いまだ十分には意識されていなかった。

これに対して、戦後においては、公的コントロールのための仕組み、ないし、これをめぐる議論が具体的な進展を見せている。その特徴についてまとめると、以下の通りになる。

第一に、戦前、学説によって指摘されるにとどまっていた私法への逃避の観点から、戦後のゲマインデ法の仕組みと学説上の議論においては、具体化されるに至っている。このことは、例えば、ドイツ・ゲマインデ法が定めていた公的目的による拘束という基本的な定めが、定款という会社法上の仕組みを通じてゲマインデが参加する私法上の組織に対しても及ぼされ、このことに対応する形で、ゲマインデ法上の仕組みの効力が、会社法との関係を踏まえた上で、具体的に議論されていることに現れている。そして、そのような議論は、会社法の優位の考え方を基本としながら、ゲマインデ法と会社法の調和を図る方向で、解釈論が展開されている。

第二に、事業活動に関する法、ないし、組織に関する法については、法文上、不確定法概念が用いられることから（さらに、不確定法概念も、公的目的、適切な影響力行使など、多岐にわたる）、組織形式に関わる決定は、複雑かつ総合的な判断を踏まえたものとならざるを得ない。ドイツの学説および立法においては、このような複雑性を補うために適切な衡量について手続的な側面も含めて、ゲマインデが負うべき責任の視点に立脚して、議論、ないし制度が構築されているものと評価することが可能であると思われる。

第三に、上記に述べたことは、現在においては、経済的企業と非経済的企業の区別なく妥当し、この区別の差異は、制約の三位一体の適用の問題を除けば、各制約の密度の違いにおいて現れている。もっとも、ドイツの議論のあり方を見ると、独立採算によって経営することが期待することができるかという観点が、少なくとも理念上のレベルにおいて、また、実務の展開に対して与えている影響を、過小評価することはできまい。少なくとも、経済的企業と非経済的企業の概念が用いられることにより、自治体の事業活動全体について考えるための総合的な視点が設定されているという点は指摘することが可能であって、これは、わが国においてこれまで明確に意識されてこなかった視点であると思われる。

第四に、もっとも、上に述べたような特徴をもつ公的コントロールのための仕組みないし議論の内容は、公私協働の要素を含んだ組織のために創出されたものではなく、戦後においても、混合経済企業という公私協働の組織形式を創出することは、立法上、なされていない。

したがって、ドイツにおける公私協働の組織的な形成は、第 2 章における法的枠組みを背景として、具体の形成に委ねられているということになる。第 3 章では、この具体の形成の問題について扱うことにしよう、

第3章 個別領域における検討

第2章では、ドイツにおいて、組織における公私協働を実現するにあたって前提となる法的な要請に関する議論とこれに対応するゲマインデ法の仕組みについて、検討を行ってきた。

第3章においては、組織による公私協働の具体的な形成のあり方に関して、ドイツの議論からより具体的な知見を得るため、組織における公私協働の議論を確認し（第1節）、二つの個別領域について各論的な検討を行う（第2節および第3節）。

第1節 公私協働に適した組織形成のあり方

第2章における検討からは、ドイツにおいて組織による公私協働を形成する際の前提となる法的要請に関する学説上の議論と、ゲマインデ法上の仕組みについて検討を行ってきた。ここでは、各州のゲマインデ法において、ゲマインデ自身が参加する私法上の組織に対して、適切な影響力を行使することが求められていること、そして、そのための諸手段が用意されていることが確認された。

しかしながら、これらのゲマインデ法の仕組みは、公私協働の性質を含む諸組織について、例えば、特別の法形式が設定される等の立法上の仕組みが採用している訳ではなく、ゲマインデによる公的な観点からのコントロールが、会社法上の手段を含めて、ゲマインデの判断と責任において行使されることが想定したものである。したがって、これらの諸手段をゲマインデがいかに行使すべきかについては、結局のところ、個別の事情を踏まえた上でのゲマインデの判断に委ねられざるを得ない。

しかしながら、このように公私協働の問題が個別の事情に応じた適切な形成の問題にすぎないとしても、適切な公私協働を形成するための指針を得ようとする試みの必要性が否定されることにはならないであろう。

そこで、以下においては、ドイツの議論を参照し、公私協働の概念をめぐる問題、公私協働のメルクマールについて検討を行った上で、組織における公私協働論において公法学が果たすべき議論の方法について考察しておくことにしたい。

1 わが国における議論状況

公私協働の概念内容ないし定義については、わが国の先行研究においても、盛んに議論がされてきた¹。

しかしながら、公私協働の概念は、それ自体、法概念として何らかの意味を持つものではない。なぜなら、公私協働とは、公的主体と私的主体が共に活動し協働しているという、多

¹ わが国における公私協働をめぐる議論の状況、本論文の「はじめに」を参照。

様な現実ないし現象そのものを考察対象とするための概念であり、公私協働の概念それ自体から、例えば、あるべき公私協働の形成とは何かという問いについて、具体的な帰結がもたらされるわけではないと考えられるからである。したがって、公私協働という現象そのものが現実の社会状況を反映した極めて多様なものであり得る以上、公私協働の概念それ自体から、何らかの具体的な法的な要請ないし指針が導かれなことは、ある意味、当然のことであるといえる。それでは、規範学たる公法学は、公私協働の問題に対してどのようにアプローチすべきであろうか。

この点については、公私協働を論ずることの意味を、個々の論者がどこに求めるかによって、さまざまな解答があり得る。本論文は、公私協働を論ずるにあたり、公私協働が複雑かつ多様性を内包した概念であることを前提に、組織による公私協働の形成にあたって、公的主体が当該組織に対してどのように関与すべきかを探るというスタンスをとる。そこで、以下においては、このスタンスに対応するドイツの議論に方法論上の手掛かりを求めることとしたい。

2 ドイツの議論状況

(1) 公私協働概念の多様性および複雑性

ドイツにおいて、公私協働の概念が問題とされるようになっては、比較的最近のことである。ドイツ法において、公的主体と私的主体の理念的区別が厳格なドイツにおいて、公私協働(Public Private Partnership)という思考が主に政治の世界において英米圏から取り入れられ、議論されるようになったのは、70年代後半以降である²。

ドイツにおいては、契約を通じた公私協働(Vertrag-PPP)と並んで、組織における公私協働(Organisation-PPP)というカテゴリーが設定されて、公私協働の問題が議論されている³。組織による公私協働の典型例は、本論文が第2章までにおいて主たる検討対象としてきた混合経済企業である⁴。

本稿における検討を振り返れば明らかである通り、組織による公私協働という視点が意識されるようになるよりもはるかに前から、公私協働の要素を持つ組織は、ドイツにおいて

² Angela Richter, Institutionalisierte öffentlich-private Partnerschaften der Gemeinden in Deutschland und Frankreich, S.31ff.

³ ヤン・ツィーコー (磯村篤範・訳)「ドイツにおける公私協働(Public Private Partnership)の構造と戦略」『世界の公私協働』(日本評論社、2012) 107頁以下(113頁注16)。Vgl. Christoph Reichard, Organisations-PPP-Typologie und praktische Ausprägungen, in: Dietrich Budäus (Hrsg.), Kooperationsformen zwischen Staat und Markt, 2006, S.77ff.; Peter J. Tettinger, Public Private Partnership, Möglichkeiten und Grenzen - ein Sachstandsbericht, NWVBl. 2005, 1ff. (3f.).

⁴ Kurt Kiethe, Gesellschaftsrechtliche Spannungslagen bei Public Private Partnerships, NZG 2012, 45ff.(45). Foroud Shirvani, Public Private Partnership und die Subsidiaritätsprüfung bei öffentlichen Unternehmensbeteiligungen, DÖV 2011, 865ff. (866). 会社法の観点からの文献として、Mathisa Habersack, Private public partnership: Gemeinschaftsunternehmen zwischen Privaten und der öffentlichen Hand - Gesellschaftliche Analyse-, ZGR 1996, 544ff.

現実に存在していた⁵（混合経済組織のカテゴリーは、既に 1920 年代に設定されていた⁶）。

しかしながら、公法学における議論、あるいは、ゲマインデ法の具体の規定において、上記の公私協働の現実は、「私法への逃避」の観点から捉えられるにとどまり、公法学説において、公的主体と私的主体による公私協働の観点が、正面から議論されるようになったのは、1990 年代に入ってからであった⁷。

（2）公私協働の本質的要素

ドイツにおいては、公私協働のあり方を規範化するための試みとして、契約による公私協働においては、公私協働契約という新たな契約形式を行政手続法に規定しようとする動きがある。

しかしながら、組織による公私協働の領域においては、これに対応する規範化の必要性が指摘されていながら、その後、議論が具体化するには至っていない。さらに、一部の学説において、行政協働法(Verwaltungskooperationsrecht)の試みが提唱されているものの、この議論の展開も抽象的な問題提起のレベルにとどまっているようである⁸。

このように、特に組織による公私協働について、その立法化ないし学説上の議論があまり具体的に進展してきていない背景には、おそらく、公私協働の概念それ自体が有する多様性ないし複雑性という状況がある⁹。とりわけ、組織による公私協働の局面については、出資率、影響力行使の手法によって、公私協働の問題状況を定式化した上で捉えることは困難であるといえる。

他方において、公私協働概念の最大公約数として、以下の視点が概念を規定するメルクマールと理解する点について、学説においては、おおむね見解の一致が見られる。

一つ目の要素は、公的アクターと私的アクターが関与していることであり、二つ目の要素は、これらのアクターが「パートナーシップ」の関係にあることである¹⁰。これらのことは、言い換えれば、何か共通の目的（ある特定の事業）を達成する必要性が現に存在し、これに関与することについて、公的主体と私的主体がそれぞれ利益を持つとともにメリットを認

⁵ Vgl. Wolf Gottschalk, *Praktische Erfahrungen und Probleme mit Private-Public-Partnership (PPP) in der Versorgungswirtschaft, Recht der Energiewirtschaft*, 1996, 125ff. (125); Angela Richter, S.31. ; Gerold Ambrosius, *Public Private Partnership und Gemischtwirtschaftlichkeit. Neue Formen öffentlich-private Kooperation in historischer Perspektive*, in: Matthias Fresse/Burkhard Zeppenfeld (Hrsg.), *Kommunen und Unternehmen im 20. Jahrhundert. Wechselwirkungen zwischen öffentlicher und privater Wirtschaft*, 2000, S. 199ff.; ders., *Öffentlich-Private Partnerschaften in unterschiedlichen ordnungspolitischen Konstellationen – Ein epochaler Vergleich*, ZögU 2016, 14ff.

⁶ 参照、本論文第 1 章第 1 節。

⁷ さしあたり、Dietrich Budäus / Peter Eichhorn (Hrsg.), *Public Private Partnership -Neue Formen öffentlicher Aufgabenerfüllung-*, 1997.

⁸ ヤン・前掲 121 頁。Vgl. Kiethe, 46.

⁹ ヤン・前掲 107 頁。Vgl. Tettinger, 1f.

¹⁰ Tettiner, 2.

識した上で、協力関係を築くということである¹¹。

しかしながら、上記のような特徴を有する公私協働には、対処すべき問題が含まれている。すなわち、一般に、公的主体たるゲマインデは、実定法であるゲマインデ法を含む公法によって拘束され、公共の福祉を実現するように義務づけられているのに対して、私的主体は、それぞれの主体の利益を追求する（例えば、収益獲得を主たる目的とした経済的利益の追求）。このように、公私協働に関わる公的主体と私的主体は異なる利益を有していることが通常であるため¹²、私的主体と公的主体の利益衝突(Interessenwiderstreit)の問題が生ずる。とりわけ、公私協働組織においては、両者が同時に主張されることから、両者の衝突が最も鋭く現れることになる。そこで、一般的には、利益を調和ないし調整させ、利益衝突のリスクを緩和ないし軽減する必要性が生ずる¹³。

そうすると、公法学の見地から公私協働を論ずることの意味は、公的主体と私的主体が共通の目的を持ち、時に対立する利益を調整し合いながら、まさに協働しているという現実をどのように捉えるべきかを考察し、共通の目的の実現や利益調整に資する法的仕組み、ないし、法理論とは何かを考察することにあるということになる。

具体的には、それらは、第二章の法枠組に従った形で、定款を通じてなされることになる。というのも、第二章においてみたとおり、公私協働の実現は私法上の組織によってなされるのが通例であり、私法上の組織を用いる以上は、私的主体のみならず、公的主体の側も、私法上の組織法の用意する機関構造に従わなければならない、公的主体の側から何らかの影響力行使を及ぼす必要がある場合には、基本的には、その組織の定款を通じてなされなければならないからである。

もともと、適切な定款の形成が重要であることを強調したところで、そのことによって、法学的考察に資する視点が導かれる訳ではない。それでは、適切な定款の形成とは、何であろうか。第二章において、影響力行使義務を提唱する学説が主張していたところの、あるいは、各州のゲマインデ法において具体的に採用されていたところの、「適切な(angemessen)」という形容詞には、具体的な事情に応じた、ゲマインデによる形成という意味が込められていた。この不確定法概念については、ゲマインデに広範な判断余地を与えている点において、自治体監督ないし裁判統制における規定の実効性という側面からは、否定的に捉えられていた。しかしながら、ゲマインデ法の規定が抽象的なものになっていたことには当然の理由がある。具体的な組織の適切な形成は、結局のところ、具体の事情に応じて判断せざるを得ないからである。

公私協働についても、同様のことが言える。すなわち、適切な公私協働とは何かという問いに答えるためには、具体的な地域の実情や、任務の性質に応じた判断をせざるを得ない¹⁴。

¹¹ Shirvani, 866.

¹² Vgl. Habersack, 548.

¹³ Shirvani, 866f.

¹⁴ Tettinger, 2.

しかしながら、個別事例における形成が肝要であるということを強調しすぎると、個別の政策に即した形成論に帰着してしまうことになり、法的な議論が資する余地は狭くなってしまふ。

そこで、公法学における公私協働論に求められている役割について再び考えてみるならば、それは、上記のような具体的な局面における適切な形成を行うための、理論ないし指針を用意することではないかと考えられる。上に見たように、公私協働という現象それ自体が多様なものであり、かつ、この多様性の当然の帰結として、公私協働の形成に関する決定が複雑なものとならざるを得ないことからしても、公法学には、このようなアプローチが求められていると思われる。

上に述べたような考え方に基づいて、本章においては、ドイツにおける組織の公私協働の現実に目を向け、二つの個別の政策領域を各論的に取り上げて検討することを通じて、具体的な局面における適切な形成とは何か考察するというアプローチを採用することにしたい。具体的には、エネルギー領域（特に、再生可能エネルギー）、文化芸術領域（特に、劇場等の文化施設）という二つの領域を取り上げて、近時の各領域における公私協働に関する議論の展開と、具体例の組織を取り上げながら、実務における組織の形成のあり方について、紹介する。

上記の二つの領域を取り上げる理由は、以下の通りである。

第一に、双方ともに、日本においても公私協働に関わる議論が比較的盛んに行われている領域でありながら、具体的な公私協働にかかる法政策論的議論の展開が、必ずしも十分ではない領域であると思われるからである。

第二に、経済的な性質が強いエネルギー領域と、非経済的な性質が強い文化芸術領域という対照的な二つの領域を例に挙げることで、公私協働の各論的な形成のあり方に関する広い視座を得ることが可能になると考えたからである。すなわち、経済的企業と非経済的企業の区別に現れているように、双方の領域とも、広い意味における給付行政に分類される任務に関連するものでありながら、それぞれの領域が有する歴史・伝統、法制度における位置づけの違いから、ゲマインデ法上も、異なる扱いがなされてきた。具体的には、ドイツにおけるエネルギー領域は、既に古くから、混合経済企業形式が用いられていたという歴史があり、ゲマインデ法上は、経済的企業として位置付けられ、文化芸術領域は、ドイツにおいては伝統的に公的主体によって担われてきたという伝統があり、ゲマインデ法上も、非経済的企業としての位置づけを有する。

以下においては、上に述べた領域の選定の意図を意識しつつ、第 2 章において扱った内容との関連についても、必要に応じ、随時、指摘しながら、双方の領域におけるドイツにおける公私協働の政策的な議論の展開と、具体的な組織の形成のあり方等について、見ていくことにしたい。

なお、以下において検討を行う二つの領域においては、2 章まで考察の中心であった混合経済企業とは別の組織形式、すなわち、資本金会社形式に加えて、協同組合の法形式（再生可

能エネルギー領域)、登録フェラインや財団形式(文化芸術領域)が、公私協働の実現のために、積極的に用いられており、これらの組織形式がいかなる形で用いられているかという問題についても、同時に、取り扱うことにしたい。

第2節 電力領域における公私協働

第2節においては、公私協働の各論領域として、電力領域における公私協働に焦点を当て、検討を行う。

わが国における電力供給政策ないしこれに関する法制度に関する議論は、2011年の福島第一原子力発電所の事故後、電力自由化、再生可能エネルギー等の領域において、ますます盛んに議論されている。このような動きの中で、従来とは異なる新たな電力供給システムのあり方を模索する学問上および実務上の動きも見られる。

周知のように、わが国における電力供給システムは、大手電力企業による発電・送電・配電・小売を一貫した地域独占的な市場構造と、電気事業法に基づく認可企業に対する規制という構造をもつ。

しかしながら、戦後長きにわたって維持されてきた上記の構造にも、近年、変化の兆しが見られる。

まず、電力自由化について、政府の方針によれば、2016年には電力の小売全面自由化、2020年には発送電分離が実現されるものとされている。他方、電力自由化の議論とも連動しつつ、再生可能エネルギーに関する施策も進められている。近年、法制度の面においては、再生可能エネルギーの固定価格買取制度(FIT制度)が導入され、具体的な事業として、一部の地域においては、太陽光や地熱等の再生可能エネルギーを用いた発電事業を地域から推進していこうとする「分散的エネルギー」や「市民エネルギー」といった動きも見られる。

このような、電力自由化ないし再生可能エネルギーに関する議論においては、自治体が果たすべき役割が、強調される傾向にあり、それらの議論においては、EUの内部で電力市場の自由化が進行しており、環境先進国として名高いドイツが参照されることが少なくない¹。

ドイツにおいては、電力事業の収益性の高さと公益性の高さから、ゲマインデが、シュタットベルケ(Stadtwerke)²と呼ばれる事業体を設立して、電力供給事業に積極的な役割を果

¹ さしあたり、諸富徹『再生可能エネルギーとシュタットベルケ』特集にあたって—日本における自治体エネルギー公益的事業体の創設とその意義— 経済論叢 190 巻 4 号(2017年)1 頁以下、ラウバッハ・スミヤ ヨーク「ドイツシュタットベルケの変化するヨーロッパエネルギー市場への対応戦略」同 13 頁以下、中山琢夫「ドイツのシュタットベルケは、配電網の公有化を通して何を狙っているのか？」同 39 頁以下、下山紀明「ハンブルクにおける発電・小売事業と配電事業の再公有化の推進要因」同 53 頁以下。また、高橋洋「自治体経営から見たエネルギー経営～エネルギー事業の公共性と事業性～」都市とガバナンス 26 号(2016)48 頁以下も参照。

² シュタットベルケとは、「町の事業」といった意味である。シュタットベルケに「公社」の訳語が当てられることがある。この訳語はシュタットベルケが果たす役割に即して当てられたものと思われるが、シュタットベルケには、法律上、「公社」という特定の組織形式の採用を義務

たしてきた歴史がある。本論文においては、シュタットベルケが関連する公私協働の構造に一定の焦点を当てて、以下の検討を進めることにしたい。

シュタットベルケ(Stadtwerke)の事業形態、組織形態は、各地域の事情等も反映して、極めて多様なものである。まず、事業形態の面からは、シュタットベルケ自身が発電から送電、配電までを一貫して担うケースから、大手電力事業者が発電した電気を、配電する役割のみを担うケースまで、さまざまである。次に、この点とも関連して、組織形式として、シュタットベルケには、ゲマインデの直営形式の場合もあれば、私法上の組織形式が用いられる場合もある。さらに、本論文が検討対象とする公私協働の観点からは、シュタットベルケが民間電力事業者と混合経済企業を設立するといったケースも見られる。このように、一言でシュタットベルケと言っても、現実にシュタットベルケのあり方は極めて複雑かつ多様なものであり、シュタットベルケの特徴を、単純に図式化することは困難な状況ですらある。ドイツにおける電力領域の公私協働は、上記のような複雑性ないし多様性の中に形成されているものである。ドイツにおける電力領域における公私協働を検討するにあたっては、上記に述べたような背景を十分に踏まえる必要がある³。

そこで、第2節においては、ドイツにおける電力供給事業の市場構造が形成されてきた歴史的経緯を概観することで、現在における公私協働の構造の背景を明らかにし(第1款)、近時、電力関係の法制度ないし法政策においてゲマインデとシュタットベルケが置かれている状況を整理した上で(第2款)、組織による公私協働の実例を取り上げながら、具体的な公私協働の形成のあり方について分析を行う(第3款)。

第1款 ドイツにおける電力供給事業の歴史

第1款では、ドイツにおける近時のゲマインデないしシュタットベルケによる実務の展開、及び、公私協働の実態を理解するための前提として、ドイツにおける電力供給事業の歴史を振り返る。

ドイツにおいて、電力供給(Elektrizitätsversorgung)の任務には多様な主体が関与しており、複雑な公私協働の市場構造が形成されている。とりわけ、近年、EUレベルでの自由化政策の中でドイツの電力業界全体に競争的秩序が導入されて以降、従来、地域における配電事業について独占的地位を有してきたシュタットベルケを含めて、発電、送電、配電の各部門において、全ての電力事業者が同等の法的条件に服する傾向が強まっている⁴。

もっとも、ドイツにおいては、電力供給の任務は、一般的に、憲法上、基本法28条2項

づけられているわけではない。本論文においては、誤解を避けるために、原語のまま用いる。Vgl. Günter Püttner, Daseinsvorsorge und Wettbewerb von Stadtwerken, DVBl 2010, 1189.

³ Wolf Gottschalk, Praktische Erfahrungen und Probleme mit Private-Public-Partnership (PPP) in der Versorgungswirtschaft, Recht der Energiewirtschaft 4, 1996, 125.

⁴ 近時のドイツの電力業界の特徴および法制度の展開の概要については、柴田潤子「ドイツのエネルギー産業の概観」 舟田正之編『電力改革と独占禁止法・競争政策』(有斐閣、2014年) 443頁以下を参照。

が保障するゲマインデの自治事項の範囲内にあるものと理解されており⁵、現実にも、上記の三部門のうち、特に配電(Elektrizitätsverteilung)部門については、ゲマインデないしシュタットベルケが、自ら配電網(配電系統)(Verteilungsnetz)を所有し、あるいは民間事業者との間に特許契約を締結することを通じて、積極的な影響力が及ぼされることが通常である。

上記を前提として、ドイツの電力領域においては、公私協働の構造が形成されている。以下においては、ドイツの電力領域における公私協働の構造の形成の歴史的背景を、明らかにするために、ドイツの電力供給領域の歴史を振り返っておきたい。

1 ワイマール期以前

ドイツにおける電力供給の歴史は、19世紀に遡る。ドイツにおける電力供給の歴史は、工業企業等、民間の資本による自前の発電設備として設けられたのが始まりであり、当初、公的主体の側は、技術の不確実性、高額な資本の必要性、経済上・財政上のリスクを理由に、電力事業には参入しなかった⁶。

しかしながら、1890年代には、都市の発展のための重要な要素として電力のポテンシャルに注目が集まり、また、地域交通のあり方として馬車鉄道から電気鉄道への移行が図られ、電力事業の収益性の問題が解決されたこと等を背景に、地域発電所(Ortszentralen)と呼ばれる地域内の電力供給を包括的に担う発電所が、次第に、ゲマインデの直営によって設立されるようになった⁷。

こうして、電力供給会社の組織形態としては、民間主体によって担われるもの、公的主体によって担われるもの、あるいは、混合経済企業によって担われるものなど、さまざまな形の組織が並立する雑踏状況が生じていた。法的には、これらの主体(ゲマインデも含む)には、等しく営業の自由(Gewerbefreiheit)が認められ、電気事業を行う企業はすべて、収益獲得目的を有する営利的企業(gewerbliche Unternehmen)として理解されていた⁸。

ゲマインデの実務においては、ゲマインデ自らが電力供給事業を担うこととは別に、自身の領域範囲内で事業活動を行う特定の電力事業者との間で包括的な契約を締結することを

⁵ Vgl. Matthias Albrecht, Die Stellung der Gemeinden in der Energieversorgung -Der verfassungsrechtlich geschützte Wirkungskreis der Gemeinden in der Elektrizitätsversorgung-, ZUR 1995, 233ff.; Constanze Nönnig, Die Rolle kommunaler Elektrizitätsversorgungsunternehmen im Zentrum einer kooperativen Aufgabenerledigung zwischen Staat und Privatwirtschaft im Bereich der örtlichen Elektrizitätsversorgung, 2012, S.113f.

⁶ 参照、G.アンブロジウス著(小坂直人・関野満男訳)『ドイツ公企業史 企業家としての国家』46頁以下。Georg Hermes, §13 Entwicklung der leitungsgebundenen Energieversorgung, in: ders, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998, S.283.; Evers, S.24.

⁷ Hans-Ulrich Evers, Das Recht der Energieversorgung, 2.Aufl., 1983, S.24f.; Hermes, S.284.; Nönnig, S.114.

⁸ 参照、第1章第1節。

通じて、影響力を行使することが試みられた。一般に、このような契約は、特許契約(Konzessionsverträge)と呼ばれている⁹。

電力にはネットワーク拘束性(Leitungsgebundenheit)があり、送電および配電のためには供給網が不可欠である。電力事業者らは、自らが発電した電力を供給するために電力供給網を整備する必要があったが、経済的費用の観点から、公道を利用して供給網を整備せざるを得なかった。これに対して、ゲマインデは、自身が有する公道の所有権を背景に、特定の電力事業者との間に特許契約を締結し、当該事業者に対して、同ゲマインデ範囲内における道路利用および電力供給に関する包括的権利を認めるのと引き換えに、道路使用料(特許料)(Konzessionsabgabe)を徴収した。電力事業による収益のみならず、この特許料は、ゲマインデの重要な財源を成した。さらに、通常、特許契約は、電力事業者間において締結された電力供給地域の縄張りを設定する旨を定めた契約(地域分割契約(Demarkationsverträge))の締結と相まって、電力供給の地域独占的構造を創り出した。

2 ワイマール期

20世紀初頭に入ると、電気供給領域はさらに拡大し、それまで電気が供給されてこなかった地域にも、くまなく電力が供給されるべきであるとの考え方が強くなった。しかしながら、発電所で発電された電力を、人口密度が低い都市周辺部まで供給するためには、高電圧網(高電圧系統)(Überspannungsnetz)の整備が不可欠であった。しかしながら、高電圧網の拡充には極めて多額の設備投資が必要とされたことから、民間資本のみでは、高電圧網を整備することは不可能であった。

このような状況の中、高電圧網の整備を後押しする役割を果たしたのが、国家(連邦および州)であった¹⁰。連邦や州は、民間の電力事業者との共同出資によって大規模な混合経済企業を設立して、超地域発電所(Überlandzentralen)と呼ばれる発電所の設立や電圧網の整備を行った¹¹。このことによって、高電圧網を通じた超地域的な送電(Übertragung)が可能となり、人口が密集した都市部に限られない、包括的な電力供給が可能となった。これらの大企業は、自ら発電部門の事業を担うか、あるいは、発電部門を担って送電部門はその子会社が担うなどして、発電及び送電部門については、出資を通じた垂直的統合による供給体制が形成されていった¹²。このような発電及び送電部門における大規模電力事業者への集中化の傾向は、特に、1920年代の終盤以降、世界恐慌の影響からゲマインデが自身の発電設備等をこれらの企業に対して売却したことにより、強化されていった。

⁹ 前掲・アンブロジウス 48 頁。「特許」の意味については、米丸恒治『私人による行政—その法的統制の比較研究—』(日本評論社、1999) 55 頁注 1)および 57 頁注 9)を参照。特許契約は、「報償契約」とも訳されている(参照、板垣勝彦『保障行政の法理論』(弘文堂、2013) 36 頁以下注 54))。

¹⁰ 参照、前掲・アンブロジウス 77 頁。

¹¹ Nönnig, S.114f.; Hermes, S.286f.; Evers, S.25.

¹² Nönnig, S.115; Hermes, S.287ff.

しかしながら、上記のような傾向にもかかわらず、ゲマインデは、各地域において、電力供給（特に、配電事業）の役割を担い続けた。

このことを可能にしたのが、既に上に述べた、特許契約と境界設定契約の締結という実務である。ゲマインデの電力供給事業は、特許料による収入も含めれば収益性が高く、さらに、市民領域に対するエネルギー供給についてはその公益性の高さから住民に近い公的団体であるゲマインデが担うべきであると一般的に考えられていたことから、ゲマインデによる電力供給任務は、次第にゲマインデの自治領域に属する事項として認識されるようになっていった。このような形で、配電部門におけるゲマインデによる地域独占の構造は維持された（もともと、一部においては、大規模電力事業者がシュタットベルケに出資することで、送配電部門において形成された垂直的統合構造が形成されていた）。

このようにして、国家（連邦および州）が出資する民間との共同出資によって設立した混合経済企業が超地域的な発電（*Elektrizitätserzeugung*）および託送（*Elektrizitätsübertragung*）を担い、これに対して、ゲマインデは、従来通り、配電（*Elektrizitätsverteilung*）に関する事業を担うという、現在のドイツにおいても見られるような、大まかな電力業界における棲み分けが設立した。なお、ワイマール期においてはわが国における電力事業法に対応する法律はいまだ存在せず、上記のドイツの電力業界の構造は、何ら法的な規制枠組によって形成を方向付けられたものではなかった。

このように、ワイマール期の電力産業においては、帝政期から形成されていた雑踏状況を前提として、私的経済および公的経済、さらに、国家行政および自治行政の諸利益の影響を受け¹³、組織による公私協働の構造が自生的に形成されていた。

3 ナチス期

しかし、ナチス期に入ると、電力事業に対する法的規律が設けられた。ゲマインデの経済活動に対して一般的な規律（ドイツ・ゲマインデ法）が設けられ¹⁴、電力事業に関する一般法として、1935年エネルギー経済法（*Energiewirtschaftsgesetz: EnWG*）が制定された¹⁵。同法の規律には、ドイツ・ゲマインデ法における経済活動に関する定めと同様に、ナチス期に制定された法律でありながら、国家社会主義的な要素というよりも、科学技術の発展に即した専門的な観点からの許認可制等の仕組みが整えられ、エネルギー事業を担う国家、ゲマインデ、そして私人は、等しく、同法に基づく国家監督（*staatliche Aufsicht*）に服することとされた¹⁶。

もともと、1935年エネルギー経済法の規律は、上に述べたワイマール期までに自生的に形成された構造を否定するものではなく、むしろ、実務上の慣行を受容する要素を含んでい

¹³ アンブロジウス 78 頁。

¹⁴ 参照、第 1 章第 1 節。

¹⁵ 塩野宏『オットー・マイヤーの行政法学の構造』（有斐閣、1962）334 頁。

¹⁶ Nönnig, S.123.

た（例えば、それまで実定法上の根拠なく実務において発展してきた特許契約に対して、法的な根拠が与えられた）。

4 戦後直後

戦後においても、1935年エネルギー経済法に基づく電力供給体制は維持された。戦前に進行していた送配電部門における集中化は、総発電量に占める原子力エネルギーの割合が増大するにつれてさらに進行し、国家における発電の大部分を担う巨大事業者は、8つに収斂した。

他方、配電部門における地域独占の構造も、依然として維持されていた。というのも、既に触れた通り、1935年エネルギー経済法は、ゲマインデにおける特許契約の締結の実務を承認しており、かつ、1957年に制定された競争制限防止法（Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: GWB）103条1項においては、電力およびガス領域について、同法の適用が除外されていたからである¹⁷。

第2款 近時の展開

現在のドイツにおける電力領域における公私協働の構造は、第1款において述べた歴史的背景の下で形成されたものである。

以下においては、ゲマインデが関与する事業体であるシュタットベルケと、シュタットベルケに見られる公私協働の形成のあり方に念頭に置いて、ドイツの近時の法政策上の議論を概観しておくことにしよう。

1 電力市場の自由化とシュタットベルケの対応

上記のようなゲマインデによる地域独占の構造は、電力自由化を推進しようとするEU法の影響を受け、変容を迫られた。すなわち、1998年には、ネットワーク拘束性を背景とした地域独占構造が問題視され、EU指令に基づいて、エネルギー経済法が改正された。同法13条1項においては、道路使用权の差別な授与を求める請求権、同法4条3項においては、ネットワーク事業者（Netzbetreiber）の差別なきネットワーク接続義務が定められた。さらに、上に述べたエネルギー領域に関する競争制限防止法の適用除外規定が廃止された。こうして、ゲマインデによる地域独占に対しては、法的な規律が設けられた。

のみならず、近年においては、統一的な市場の形成を意図するEUは数度にわたってEU指令を発し、ドイツの法制度および電力産業も、さらなる変化を迫られた¹⁸。このように、

¹⁷ 柴田・前掲 446頁。

¹⁸ エネルギー経済法の改正によって、独立的規制機関（連邦ネットワーク庁）が設立され、アンバンドリング規制が導入される等している。EU法の影響によるドイツにおける電力自由化の過程については、加藤浩平「ドイツ電力産業における競争政策の展開—電力市場の自由化と規制—」専修大学社会科学年報 42号（2008年）151頁以下を参照。

ドイツにおいては、EU法の影響を受けて、制度面において、かなりハイペースで電力市場の自由化の動きが推進されている。

上記のように、電力市場の自由化の影響は、主にゲマインデが経営主体となる各地のシュタットベルケにも及んだ。従来、地域においてシュタットベルケによって独占されてきた電力供給事業（特に、配電部門）についても、市場の自由化の影響が及んだからである。そこで、シュタットベルケにも、巨大電力事業者に対抗できるだけの競争のプレーヤーとしての能力が求められるようになり、ますます、戦略的な企業的経営が求められるようになってきている¹⁹。

もともと、当初の予測に反して、配電部門へのシュタットベルケ以外の事業者の参入といった状況までには至っておらず、ゲマインデないしシュタットベルケが配電部門において役割を果たすというドイツの伝統的な電力供給事業の構造それ自体については、根本的な変化が及ぼされるには至っていないようにも見受けられる。この背景には、第1款に検討を行ってきたように、ネットワーク拘束性を背景とした特許契約の締結の実務によってゲマインデが配電部門において事業活動を行ってきた歴史的経緯から、ゲマインデが現に設備を所有しており、ノウハウを蓄積等の事情がある。

2 エネルギー大転換の担い手としてのシュタットベルケ

他方、周知のとおり、ドイツにおいては、国家政策のレベルにおいて、再生可能エネルギーの政策が、積極的に推進されている。

上記のように国家政策のレベルにおいて推進されるエネルギー転換の動きを背景として、ドイツにおいては、従来の大企業中心の集中的な供給システムから、数多くの中小規模の組織形式による分散的な供給システムへの移行が、政策的な課題として位置づけられている。

上で述べてきたように、ドイツにおいては、シュタットベルケと呼ばれるゲマインデが経営に関与する企業によって、配電事業が担われることが通常である。このように、電力供給事業においてゲマインデないしシュタットベルケが関与してきた歴史的背景ないし現状と相まって、ゲマインデないしシュタットベルケには、エネルギー転換の政策実施主体のパイオニアとしての役割が期待されている。ゲマインデやシュタットベルケ自身も、再生可能エネルギーに新たな事業領域としての可能性を認識しているようである。とりわけ、再生可能エネルギー問題に対する住民の意識が高い地域においては、再生可能エネルギーの発電事業にもシュタットベルケが参入するという動きが見られる²⁰。

¹⁹ Thomas Edeling, *Stadtwerke zwischen Markt und Politik*, ZögU 25 (2002), 127ff. ちなみに、近時の一部学説においては、各州のゲマインデ法の規定がゲマインデが自由競争に参加することを阻害しているとの批判も展開されている（Hans-Joachim Reck, *Kommunale Unternehmen brauchen fairen Zugang zu Markt und Wettbewerb*, DVBl. 2009, 1546ff.

²⁰ 近時においては、特許契約の期限が満了を迎えることを契機として、配電網の「(再)自治体化」に関する議論が見られる。Vgl. Christian Theobald, *Auslaufende Konzessionsverträge Strom und Gas: Was ist seitens der Kommunen zu tun?*, DÖV 2009, 356ff.

しかしながら、再生可能エネルギーの供給のための設備投資には多額の費用が必要とされることから、ゲマインデないしシュタットベルケが単独で再生可能エネルギー分野に進出ことには、困難が伴うことが殆どである²¹。そこで、ゲマインデやシュタットベルケは、再生可能エネルギーに関連する事業を、民間事業者や、市民との協働によって実現する試みが行われるようになってきている。民間事業者や市民が、それぞれ持分を持ち寄って混合経済企業を設立することによって、再生可能エネルギーの発電事業を実現するために必要な資金調達(Finanzierung)が、図られるのである。

このようなシュタットベルケの民間事業者ないし市民との協働、ないし、エネルギー供給への市民参加(Bürgerbeteiligung)という手法は、資金調達の側面のみならず、地域における受容性(Akzeptanz)の向上という観点からも、意義を有するものと評価されている。すなわち、再生可能エネルギー施設、特に、風力発電地帯(Windpark)を設けるなどして、大規模に風力発電事業を展開するような場合には、地域住民から反発が生ずる可能性がある。現に、ドイツのゲマインデにおいては、地域住民による反発に対して、どのように対応すべきかが議論されている。地域住民からは、騒音問題や光害問題の発生、景観の悪化等の観点から、風力発電所の設置に対して、不満が表出している。さらに、地域住民はこれらの不快を引き受けなければならないのに対して、風力発電によって得られた収益が、地域の外部の投資家（特に、海外の巨大電力事業者）にもたらされることとなる現実には、風力発電所の設置に対する住民の反発・不満の増大に、拍車をかけている。上記のような事態に対処するためにも、公私協働の手法には、関係アクターが、再生可能エネルギー政策の担い手として、事業そのものに参加することを通じて、さらに、事業が展開した後、持分に応じた配当を得ることを通じて、受容性を高める役割が期待されているのである。

もっとも、公私協働の理念を実現するための具体的な組織のあり方には、さまざまな可能性が考えられる²²。以下においては、現代において、ドイツの電力領域において具体的に用いられている公私協働の組織の形成のあり方について、具体例を取り上げることで、検討を行うことにしたい。

²¹ 電力領域の公私協働の形成については、資金調達、ノウハウの交流等が主たる動機になる、Hsing-An Chen, *Rechtliche Zulässigkeit und Handlungsvorgaben gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen mit kommunaler Beteiligung im Bereich der Energieversorgung*, 2012, S.84ff.; Marten Waller, „Neue Energie“ für die kommunale Selbstverwaltung, 2012, S.165ff.

²² 組織の形成のあり方については、主に、環境経済学において先行研究の築盛がある。石田信隆・寺林暁良「再生可能エネルギーと農山漁村の持続可能な展開—ドイツ調査を踏まえて—」*農林金融* 2013年 38(266)頁以下、西林勝吾「地域からのエネルギー転換における事例研究—グロースバールドルフとマンハイムの比較—」*一橋経済学* 7巻 2号(2014)67頁以下、藤井康平「ドイツの地方自治体による再生可能エネルギー政策の展開—バイエルン州アシャ村を事例として—」*一橋経済学* 7巻 2号(2014)45頁以下、寺林暁良「小規模分散型の再生可能エネルギーと地域金融—事業組織の形態と地域金融機関の役割に着目して—」*一橋経済学* 7巻 1号(2013)83頁以下、石田信隆「再生可能エネルギー導入における協同組合の役割—ドイツの事例と日本への示唆—」*一橋経済学* 7巻 1号(2013)65頁以下などを参照。

第3款 具体の協働組織の形成

第3款には、ドイツにおいて形成されている公私協働の構造の中から、シュタットベルケと、近年、公私協働を実現するための組織形式として着目を集めている協同組合²³が、協働している形態に焦点を当てて、検討をすることにしたい。

1 協同組合の法形式

ドイツにおいて、協同組合(Genossenschaft)の法形式は、私法上、協同組合法(Genossenschaftsgesetz: GenG)という法律に基づいて認められている。理念としては、協同組合は、構成員の自助(Mitgliedsselbsthilfe)の理念に基づくものであるとされるが、このことは、協同組合法が定める機関構造に具体的に現れている。

協同組合の中心的な意思決定機関である総会(Generalversammlung)においては、資本会社の総会における投票権が持分に依りて与えられるのとは異なり、持分(Geschäftsanteil)の額とは無関係に、一人一人の構成員に対して、一票の投票権が与えられる(一人一票の原則)。その意味において、協同組合の組織形式においては、構成員ひとりひとりが、必ず、他の構成員と同等に組織に関与することになる点において、個々の構成員が協同組合の事業に参加しているという意識を醸成するのに適した構造を有している。また、協同組合への参加の敷居が低いことも、幅広い市民の参加を可能としている。

2 ゲマインデ法の規律(適切な影響力行使)との関係

しかしながら、上記のような協同組合の「民主的な」組織構造は、ゲマインデ法の規律との間に、緊張関係を生じさせる。第二章においてみたように、各州のゲマインデ法においては、ゲマインデが私法上の組織形式を用いて事業活動を行う場合について、さまざまな制約が課せられている。それらの制約規定との関係において、ここでは、特に、ゲマインデの私法上の組織に対する適切な影響力行使を求める規律の趣旨を、いかに具体的な形成において実現するかが問題となる。

協同組合の組織形式は、一人一票の原則に基づいて構成されているため、ゲマインデと市民らが協同組合による公私協働を試みたとき、ゲマインデは、たとえ多額の持分を持って参加したとしても、複数人の構成員のうちの一員にすぎない。

ゲマインデ法における適切な影響力については、資本会社の場合、過半数以上の持分の保有が一つの基準と考える立場がある²⁴。過半数の持分を有していれば、その持分の割合に応じて、混合経済企業の機関内部の意思形成に対して、影響力を及ぼすことが十分に可能であると考えられているためである。このような立場に従うとすれば、協同組合形式においてゲマインデが適切な影響力を行使することには、大きな困難を伴う。実務においては、ゲマイ

²³ Vgl. Andrea Althanns, Genossenschaftliche Modelle bei der Realisierung von Anlagen der erneuerbaren Energien, ZfBR-Beil. 2012, 36ff.

²⁴ 本論文第2章第3節を参照。

ンデが適切な影響力を確保するために様々な手法が用いられている²⁵が、以下においては、シュタットベルケと協同組合の協働の事例を紹介しておこう。

3 シュタットベルケと協同組合の協働

ここでは、ヘッセン州ヴォルフハーゲン市の試みを具体的に取り上げることで²⁶、実務における公私協働の形成のあり方を、より具体的に見てみることにしたい。このモデルは、上に紹介した二頭協同組合の法形式とは異なって、電気供給を担うのは有限責任会社形式を有するシュタットベルケであるが、このシュタットベルケに、市民らによって組織された協同組合が、直接的に参加している事例である。

ヴォルフハーゲン市の電力は、伝統的に、同市のシュタットベルケによって供給されてきた。このシュタットベルケは市の自己会社（有限責任会社形式）として組織されてきた。

2008年4月、ヴォルフハーゲン市議会は、全会一致によって、2015年までに、ヴォルフハーゲン市に全域に、再生可能エネルギーに関する施設を設置して、地域再生可能エネルギーを供給することを決議した。当決議においては、市民をプロジェクトに組み入れることが重要であるとされ、その後、反対派との調整も含め、プロジェクト実施のための準備が進められた。

2012年5月28日、370人の市民らが、市民エネルギー協同組合(BürgerEnergieGenossenschaft(BEG))の設立のために、ヴォルフハーゲン市の市民ホールに一堂に会した。ヴォルフハーゲン市とBEGは、協働のあり方に関する申合せをし、2012年9月には、この申合せに基づいて、BEGが、資本増加(Kapitalerhöhung)によって、シュタットベルケの25%の持分を保有した。

このように形成された組織構造を通じて、BEGは、シュタットベルケの経営に対して、直接的に参画することが可能となっている。さらに、BEGの保有する持分は、シュタットベルケ有限責任会社の持分の四分の一にとどまることから、ゲマインデ法上の適切な影響力の規律の要請は満たされている。

第3節 文化芸術領域における公私協働

第3節においては、公私協働の各論研究として、文化芸術領域を取り上げる。具体的には、文化施設における公私協働を検討対象とする。わが国においても、文化芸術政策の領域は、政策論的には、協働ないし公私協働の理念による政策の展開の必要性が、特に強調されている分野の一つである。しかしながら、具体の自治体の政策の展開を見ると、本論文が分析対象とするような組織による公私協働が実際に用いられている施策についての検討はほ

²⁵ Vgl. Zulässigkeitsvoraussetzungen und Kooperationsmodelle für den Betrieb von Anlagen erneuerbarer Energien auf gemeindlicher Ebene, KommP BY 2012, S.1ff.

²⁶ Vgl. Reinhard Schaake, Bevölkerung aktiv beteiligen -Wolfhager Bürgerenergiegenossenschaft is Anteilseigner der Stadtwerke-, Stadt und Gemeinde 2013, 387ff.

とどなされていないように思われる¹。

他方、ドイツにおいて、文化芸術の領域は、各州のゲマインデ法において、非経済的企業として位置づけられている²。このことにも現れているように、ドイツにおいては、伝統的に、文化芸術領域に対してゲマインデが責任を果たさなければならないとする考え方が強い領域であった。しかしながら、近年においては、従来の文化芸術に対する公的主体の責任のあり方について、再考が迫られるようになっている。

以下においては、ドイツの文化施設（劇場³、美術館など）における組織による公私協働に一定の焦点を当て、検討を行う⁴。

第1款 ドイツにおける文化芸術領域の歴史

ドイツにおいては、文化の維持、育成、自由な展開に対する責任を、公的主体が負ってきた歴史がある。戦後においても、基本的には、このような伝統は認識されており、実際に、ドイツの文化施設の大半は、公的主体によって経営されているという現状にある。伝統的な立場によれば、文化領域については、経営(Betrieb)が行われるべきではなく、公的主体が自ら責任が果たされなければならないという考え方が強かった⁵。そして、現在においても、そこまで厳格な規範的要請は及ばないとしても、文化芸術領域に対しては、公的主体が責任を果たすものでなければならないという認識は強く残っている。このような認識は、憲法レベルにおいて、基本法5条3項（芸術の自由）⁶の客観法的内容として、私人が文化的・芸術的活動を行うための条件を整えることが、公的主体の責任であると議論されていることに現れている。また、実際の施策としても、戦前から戦後にかけて、伝統的に責任を果たしてきたのは、公的主体の側であった。

しかしながら、現在においては、ゲマインデの財政状況が圧迫され、その維持管理に多額の資金の投入を必要とする文化施設については、その資金調達の方法及び運営の手法が、見直しを迫られるようになった。それゆえ、国家が文化芸術領域に対する責任を、従来の文化施設の維持管理の手法によっては、果たすことができなくなるのではないかと、端的に言い換えれば、文化施設を閉鎖せざるを得なくなってしまうのではないかと懸念が生じ、その中で、この状況に対していかに対応すべきかが、文化政策上の課題として議論されている。ここでは、文化施設の維持に対して、依然として公的主体が責任を負い続けるとするならば、

¹ 参照、松本茂章『官民働働の文化政策 人材・資金・場』（水曜社、2011）226頁参照。

² 参照、本論文第2章第1節。

³ ドイツの劇場については、さしあたり、小林真理「ドイツの公共劇場の成り立ち」伊藤裕夫・松井憲太郎・小林真理『公共劇場の10年 舞台芸術・演劇の公共性の現在と未来』（美学出版、2010）47頁以下。

⁴ 本節の内容は、筆者が一橋大学法学研究科に修士論文として提出した修士論文『文化芸術振興における法のあり方～公私協働の視点から見た～日独比較研究』の一部内容を抜粋し、加筆及び修正を加えたものである。

⁵ 本論文第1章第1節。

⁶ 「芸術及び学問、研究及び教授は自由である。…」『ドイツ憲法集（第6版）』214頁。

公的主体が責任を負う範囲がどこまでか、そして、どのような形式によって公的主体が負う責任を果たすかが問題とされ、その議論において、公私協働の可能性が議論されているものといえる。

以上のように、ドイツにおける文化政策の公私協働に関する議論においては、公的主体の責任の観点が強調される。しかしながら、公的主体が負うべき責任の内容は、一義的に定まるものではない。後に詳しく見るように、規範的には、基本法5条3項（芸術の自由）が責任の指針として機能しているが、その責任の内容をより明瞭に認識するための前提として、ドイツの文化芸術領域における歴史を振り返っておく必要がある。というのも、現在のドイツの文化施設の設置・運営にあたっての公私協働に関する議論にも、例えば、文化施設の設置主体ないし資金調達について、民間部門が役割を果たしてきた英米圏とは対照的に、公的主体が積極的な役割を果たしてきた、ドイツ独特の歴史的事情が反映されているからである。

そこで、以下においては、ドイツにおける文化芸術領域における公私協働の展開について、振り返っておくことにしたい。

1 18世紀以前

18世紀以前の文化芸術領域は、諸侯の宮廷、および教会に依存していた。当時においては、いまだ芸術の自由の観念はいまだ存在しておらず、また、文化芸術が流通するための市場も未発達であったことから、芸術家は、当時、文化芸術に対して財政的な面での支援を行うことが可能であった宮廷や教会に依存し⁷、彼らの指示に従って創作活動を行っていた。すなわち、宮廷および教会と芸術家との関係は、発注者と受注者の関係であり、芸術は、任務芸術(Auftragskunst)としての性質をもっていた⁸。芸術作品にも、内在的価値は認められておらず、むしろ芸術には、支配者層が望む機能を果たす役割が期待された。教会は神の賛美を目的として、そして、諸侯らは権力を誇示し、民を教化し、あるいは自身の娯楽のために、芸術を利用した。このうち、君主らによる文化芸術に対する支援は、当時において、いまだ国家と君主が制度的に未分化であったことから、諸侯の個人的な動機に基づくメゼナ(Mäzene)として展開されていた。

2 19世紀

(1) 私的領域

19世紀に入ると、ワイマール憲法や基本法の定めに該当するような芸術の自由に関する

⁷ 小林真理『文化権の確立に向けて—文化振興法の国際比較と日本の現実—』（勁草書房、2004）34頁以下。

⁸ Julia Schralhammer, Public Private Partnership im Bereich Kunst und Kultur -vor dem Hintergrund der historisch-traditionellen Begründung öffentlicher kunst- und Kulturförderung in Deutschland-, 2006, S. 42ff.; Markus Thiel, Die verwaltete Kunst - Rechtliche und organisatorische Aspekte öffentlicher Kulturverwaltung-, S.28f.

基本権の定めはなされていなかったものの⁹、次第に、芸術家個人が、芸術の任務授与者や振興者である教会や宮殿から解放され、自由な活動主体として認識されていく¹⁰。

私的な領域において文化芸術の新たな担い手ないし主体となったのが、当時、諸都市の担い手でもあった市民(Bürgertum)であった。この時代には、芸術フェライン(Kunstverein)と呼ばれる組織の設立が多く見られるようになる。これらの組織は、芸術を収集・展示し、芸術家を振興することを目的とし、芸術家と公衆との間の仲介者としての役割を果たし、芸術作品の売買や催しの開催を行った。この他にも、様々な私的な芸術組織の設立がなされ¹¹、従来、宮殿や教会によって担われていた役割の一部を受け継いだ。彼らは、諸侯らとは異なり、芸術そのものに内在する価値を認めるようになった。このような形で私的領域において芸術の担い手が現れるようになると、芸術の持つ経済的な価値も次第に認識されるようになり、芸術市場が形成されていった。従来宮殿や教会の任務の枠内で取引されていた芸術は、その商品としての価値が認識されるようになっていった。このように、都市ないし私的領域においては、文化の自律(Autonomisierung)とも呼ばれる傾向が強まっていた¹²。

(2) 領邦国家

他方で、フランス革命の影響を受けた絶対主義に基づく国家の下では、前時代において未分化であった、国家による文化芸術振興と支配者個人による文化芸術振興とは、理念的に区別されるようになった。

国家による文化芸術振興においては、市民の精神的な人格形成(Bildung)を目的に、文化芸術振興を行うようになった。このことは、当時のドイツにおいて、フランス革命を一つの契機として、統一的な国民国家(Nationalstaat)の形成が重要な政策課題として認識されたことと深く関係している。ナポレオン戦争に敗れ、経済、軍事、行政制度等の物質面において後進国であり、かつ領邦国家として権力が散在していた当時のドイツにおいて、精神資源としての文化は、国民(Nation)の一体性を創出するための国家政策上の手段と位置づけられた。ドイツ人に共通する文化に基づく国民的アイデンティティを創出することを通じて、政治的統合ないし国家運営の安定が目指されたのである。ここでは、文化秩序(Kulturordnung)が、法治国家(Rechtsstaat)の理念に並ぶ国家秩序(Staatsordnung)の一要素として理解された。また、このことと対応して、国家の文化任務(Kulturauftrag)、あるいは、国家が文化芸術領域に対して果たすべき責任(Verantwortung)が、国法学において議論されるようになった¹³。

⁹ フランクフルト憲法 143 条(1849)やプロイセン憲法 27 条においては、「限定された表現の自由の枠内でのみ」「表現の自由」が保障されていた。伊藤公一「ドイツにおける表現の自由—特に芸術の自由を中心として—」日本法政学会法政論叢 8 号(1971)22-23 頁。

¹⁰ Thiel, S.31f.

¹¹ Vgl. Friedhelm Hufen, Freiheit der Kunst in staatlichen Institution 1982, S.80.

¹² Schrallhammer, S.47ff.; Thiel, S.32. 小林・前掲 35 頁も参照。

¹³ Schrallhammer, S.50ff.; Thiel, 33f.

特に、当時の領邦国家が関心を示したのは、芸術育成(Kunstpflge)を通じた国民の教育であった。ここでは、国家の文化政策の目的は「民族の道徳(Gesittung des Volkes)」の涵養にあると理解され、国家は美についての意味を独占し、美の意味に関する教育を私人の主導の偶然に委ねないことが国家の任務であるものとされた。このような考え方にに基づき、国家は、国家統合の一手段として文化を利用し、それに対する責任を負うものとされていたのである¹⁴。

(3) 領邦君主

上記の領邦国家の動きに対し、1871年にドイツ帝国が成立するまで、領邦君主らは、いわば法生活(Rechtsleben)の外側において、彼らの個人的人格に依存した方法での文化芸術振興を継続していた。特に、現在においてもドイツの文化芸術領域の多様性の基盤となっている劇場の多くは、19世紀に領邦君主らによって設立され、ないし経営されていたものであり(宮廷劇場(Hoftheater, Residenztheater)等と呼ばれる)、領邦君主らは、劇場の責任者である支配人(Intendant)に対して、劇場において上演される演目等の内容面についても、大きな影響力を持っていた¹⁵。

上記のように、19世紀のドイツにおいては、国家、君主、私的領域(市民ないし都市)が、文化芸術に対して、それぞれの立場からの関心を持ち、関与していた。このような状況において、文化の領域は、国家との統合というベクトルと、国家からの自律というベクトルの間に置かれることになった。このことは、「文化国家」という造語に端的に現れている¹⁶。

3 ワイマール期

ワイマール期に入ると、19世紀から受け継がれた文化国家の理念がワイマール憲法に具体化され、国家による文化芸術振興の正当性が、憲法レベルにおいて認められるに至った。ワイマール憲法 142 条は、「芸術、学問およびその教授は自由である。国家は、これに保護を与え、その奨励に関与する¹⁷」と定める。上に述べた通り、既に 19 世紀においては、私的な文化芸術領域が自律性を持つようになり、文化芸術領域に積極的に関与しようとする国家との間で、衝突が発生していた。ワイマール憲法 142 条には、このような国家の文化

¹⁴ Schrallhammer, S.54; Thiel, S.33; Thomas Oppermann, Kulturverwaltungsrecht: Bildung, Wissenschaft, Kunst, 1969, S.122, 448.

¹⁵ Schrallhammer, S.63. 小林・前掲 52 頁以下。

¹⁶ 「文化国家」概念については、小林・前掲 108 頁以下。Vgl. Max-Emanuel Geis, Die “Kulturhoheit der Länder” -Historische und verfassungsrechtliche Aspekte der Kulturföderalismus am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland-, DÖV 1992, 522ff.; Friedrich Hufen, Kulturauftrag als Selbstverwaltungsgarantie - Legitimationszusammenhänge kommunaler Kulturpolitik-, NVwZ 1983, 516ff.; Wolfram Höfling, Zur hoheitlichen Kunstförderung -Grundrechtliche Direktiven für den „neutralen Kulturstaat“-, DÖV 1985, 387ff.(388f.).

¹⁷ 高田=初宿・前掲『ドイツ憲法集』143 頁。

高権と社会の文化の自律性の二元論を克服するという役割が期待されていた¹⁸。

従来、領邦君主らが果たしてきたメセナの役割は、各州ないしゲマインデによって引き継がれた。例えば、領邦君主らが私有していた宮廷劇場は、各州およびゲマインデによって公営化され、直営ないし私法上の組織形式によって運営されるようになった¹⁹。

4 ナチ期

総統ヒトラーを頂点とする国家社会主義体制の下に実施された文化芸術政策は、芸術を政策のための道具とすることを意図していた。文化政策は、国家による支配のための教化(Indoktrination)の手段として用いられた²⁰。

さらに、文化芸術政策に関する権限の、連邦への集中が図られた。1933年9月22日、帝国文化院法(Reichskulturkammergesetz)が制定された。帝国文化院は身分制の(ständisch)機関であり、公法上の社団(Körperschaften des öffentlichen Rechts)として構成される。全ての芸術家は帝国文化院の構成員でなければならず、当該構成員要件として「必要な信頼性と素質」が要求され、帝国文化院による承認(Anerkennung)がなければ、芸術家として活動することは事実上不可能であった²¹。

劇場分野については、1934年、劇場法(Theatergesetz)が制定され、全ての劇場には、指導者原理に基づく経営が求められるとともに、施設の所有については、ゲマインデ、州への公営化が図られた²²。

5 戦後

終戦を経て、ワイマール憲法142条を模範として芸術の自由が基本法5条3項に定められた。ただし、142条2項に規定されていたような国家による「保護・振興条項」は存在していない。これは、ナチス期における統制的な文化芸術政策によって文化芸術の内容にまで踏み込んだ介入がなされた反省を踏まえ、国家による文化芸術振興は、基本法5条3項の客観法的側面において十分に保障されるものと考えられたためである。さらに、ナチス期の中央集権的な文化芸術政策への反省から、文化政策の権限は、基本的に州に属するものとされ(州の文化高権²³)、多元的に文化芸術政策を遂行するための体制が整えられた²⁴。

¹⁸ Thiel, S.37; Schrallhammer, S.69ff.

¹⁹ 公営化の過程については、小林・前掲 57 頁以下、Thiel, S.73ff.

²⁰ Vgl. Schrallhammer, S.78ff.

²¹ Thiel, S.39.

²² 前掲・小林 58 頁以下。Vgl. Oppermann, S.449.

²³ 憲法上の規定からは、「州の文化高権」は基本法30条、基本法70条1項の規定から発生する。しかし、基本法70条2項の定める連邦法律の規律の必要性と理由は連邦によって判断されるために、憲法上、州の文化高権が積極的な内容を持つものであるかは疑わしいとする見解も存在する(参照、竹内俊子「ドイツにおける文化の自由保障」室井力先生還暦記念論集『現代行政法の理論』(法律文化社・2001年)249頁以下)。

²⁴ Vgl. Oliver Sheyft, Kulturstaat Deutschland -Plädoyer für eine aktivierende Kulturpolitik-, 2008.

このような歴史的な反省に基づいた新たな基本法の構造の下において、芸術の存在それ自体が、文化政策の分野において、自由な存在として観念されるようになる。このような流れを政策面において体現するのが、60年代に生じた「新しい文化政策」である。その内容としては、伝統的な文化芸術（典型的には *schöne Kunst* と呼ばれるもの）とは異なった文化の発生（前衛芸術を想定されたい）に鑑みて、文化概念を拡大し、振興の対象を拡大していこうという流れと、より文化政策に市民を参加させ、民主的な文化政策を推進しようとする流れである²⁵。このような流れは、文化芸術活動の対象の拡大や政策への市民の参加を企図した流れであると言えることができるが、戦後のドイツにおいても文化芸術振興について主たる役割を担っているのは、戦前に引き続き、依然として国家である。

しかしながら、近年では、国家およびゲマインデの財政状況の悪化が、文化芸術政策においても深刻な問題として認識されており、文化芸術振興の役割ないし責任を従来のような形では、国家が果たすことを前提とせず、芸術と経済の関係、文化施設の私有化や効率的な運営等についての議論が文化マネジメント(Kulturmanagement)の表題の下に行われるようになってきている。

以上、ドイツにおける国家と文化芸術領域の関係性について歴史的な概観を行ってきた。そこで明らかとされたのは、ドイツにおいて芸術振興の責任が主に国家によって果たされるべきものと理解され、また果たされてきたという事実である。

第2款 文化芸術領域における近年の公私協働の議論

第1款でみたように、ドイツにおいては、文化の維持、育成、自由な展開に対する責任を、公的主体が負ってきたという歴史がある。例えば、ドイツの各地に存在する劇場(Theater)の設置主体のうちのほとんどは州ないし自治体であり、その運営にかかる資金も、基本的には、公金によって賄われてきたという歴史を持つ。

戦後においても、かかる伝統は維持されており、ドイツの文化施設の大半は、公的主体によって経営されているという現状にある²⁶。また、第1章第1節において見た通り、文化施設が各州のゲマインデ法において、非経済的企業として位置づけられていることから、このような伝統は、具体的な法規範にも現れているとみることができる。また、このことと対応して、戦前からの伝統的な公法学説の中には、文化領域においては、原則として経営(Betrieb)は行われるべきではなく、あくまで、公的な観点からの責任が果たされなければならないと考える立場があった²⁷。

²⁵ Schrallhammer, S.89ff.

²⁶ Vgl. Thomas Lenk/Oliver Rottmann/Anna-Christina Loseries, Perspektiven eines PPP-Models zur Finanzierung kultureller Einrichtungen und Projekte am Beispiel der Stadt München, ZöGU 2009, 44ff.

²⁷ 本論文第1章第1節および第2節を参照。

また、ここまで厳格な規範的要請は及ばないとしても、現在のドイツにおいても、依然として、文化芸術領域に対する責任は、基本的には、公的主体が果たすものであるという認識が色濃い。このような認識は、特に、憲法上の議論に現れている。すなわち、一般的に、基本法 5 条 3 項の客観法的内容として、私人が文化的・芸術的活動を行うための条件を整えることが、国家の責任であると考えられている。

戦後において、ナチ期の文化芸術統制政策に対する反省から、文化多元主義の考え方が採用されるようになってからも、文化施設の設置運営および資金調達について、戦後において、伝統的に責任を果たしてきたのは、公的主体であり、ほとんどの文化施設の運営は、公的資金に依存していた。

しかしながら、特に 1990 年代以降、公的主体の財政状況が圧迫され、その維持管理に膨大な資金が必要とされる文化施設については、資金調達の方法及び運営の手法の面で、見直しを迫られるようになった。そこで、公的主体が文化芸術領域に対する責任を従来の手法によって果たすことはもはや不可能ではないか、公的主体が運営してきた文化施設を閉鎖せざるを得なくなってしまうのではないかと、といった懸念が生じている。このような状況の中で、近年、ドイツの文化政策の議論においては、公私協働による文化施設の運営の手法が、注目を集めている。以下では、そこでの議論を見てみることにしよう。

1 公私協働の可能性

上に述べたように、ドイツの文化施設を取り巻く状況を背景として、ドイツの文化政策論においては、主に民間領域からの資金調達の一手法という観点から、公私協働モデルの可能性ないしポテンシャルが、議論されている。文化施設の公的主体への依存状況の打開策として、公私協働が、注目を集めているのである²⁸。

まず、一般論として、文化領域における公私協働にあたり、公的主体と私的主体、それぞれにどのような利益を追求し、また、享受し得るかを確認しておこう²⁹。

公的主体（ゲマインデ）の立場からは、経済界とのパートナーシップを通じて、資金調達を行うことができる。また、文化という公的任務の遂行に、民間部門の経営的・経済的なノウハウが持ち込まれることによって、効率的な文化施設の運営が実現されうる。

これに対して、私的主体のうち、経済的なアクターである民間企業の側から見れば、文化施設の運営という公的任務は、当該主体にとって必ずしも経済的にプラスの効果をもたらすものではない。しかしながら、民間企業は公私協働の枠内において、関与する文化施設と

²⁸ Trappe, S.181f.; Oliver Scheytt, *Kommunale Kulturrecht*, 2005, Rn.52ff.; Emmanuel Mir, *Kunst Unternehmen Kunst*, 2014, 84ff.

²⁹ Alexandra Duda / Andrea Hausmann, *Public Private Partnerships zur Ressourcenbündelung im Kulturbereich*, *ZögU* 2002, 340ff. (341ff.); Andrea Hausmann, *Kooperation zwischen Kultur und Wirtschaft – neue Wege in der Finanzierung öffentlicher Kulturbetriebe*, in: Frank Keuper / Christina Schaefer (Hrsg.), *Führung und Steuerung öffentlicher Unternehmen*, 2005, S.109ff.(117ff.).

結びつけられたイメージ効果(Imagewirkung)の恩恵を享受することができる。このようなイメージ効果は、民間企業のイメージ戦略等に波及し、間接的に、当該民間企業に対して経済的な利益がもたらされうる。

他方、文化芸術領域においては、私人ないし個人や、非営利的な諸団体も、協働の相手方の候補となる。ドイツにおいては、市民生活において数多くのフェラインが形成されており、これらが市民らの文化芸術活動の基盤を形成しているという現実がある。上記の民間企業とは異なり、これらの諸団体のなかには、経済的な利益よりも、理念的な価値を追求する傾向にあることから、文化芸術に関するプロジェクトに関わることで利益となり得る組織もあろう。例えば、劇場領域においては、伝統的に非営利的な性格をもつ組織が形成されてきており（例えば、劇場の定期会員組織等）、これらの組織との間には、他の領域には見られない協働の可能性が開かれている³⁰。

2 公私協働のリスク

しかしながら、文化芸術領域における公私協働については、「質」（文化芸術の内容）の問題について、固有のリスクが伴う。

文化芸術領域における「質」の問題は、かねてから、公的主体による文化芸術振興の局面における法的問題として議論されてきた。例えば、文化芸術領域に対する補助金の交付の決定の局面においては、それが文化芸術振興政策の一環としてなされる限り、質的な決定をすることを免れない。しかしながら、とりわけドイツにおいては、ナチ期の文化芸術政策に対する反省もあり、公的主体の文化領域に対する内容面に対する関与は、一般に、否定的に捉えられている。憲法のレベルにおいて、このような問題は、基本法 5 条 3 項が要請するところの、国家の文化芸術領域に対する中立性の問題として、議論されてきた。ここでは、振興のために配分される公金が有限であり、文化芸術政策の実施として、質的な決定を免れないという状況に対して、公的主体がいかに対応すべきかが問題となる。このように基本法 5 条 3 項の主観法的領域と客観法的が衝突し合う「振興のジレンマ」の問題の解答としては、公的主体による質的な決定が文化芸術領域の内容に対する介入へと至らぬよう、振興決定にかかる手続・組織の形成が重要であるとの認識が、学説においてある程度共有されている³¹。

他方において、私的振興の場合の方が「質」への介入のリスクがあるものとする見解もある。すなわち、とりわけ民間企業が文化芸術領域に関与する場合には、経済的合理性ばかりが追求されるあまり、振興の対象は大衆迎合的な文化芸術プロジェクトに流されてしまい、結果として、本来確保されるべき「質」が確保されなくなってしまう。このような立場に立てば、私的振興よりも、むしろ公的主体による振興の場合の方が、多元的な価値の保障

³⁰ Vgl. Lenk/Rottman/Roseries, 50.

³¹ 振興のジレンマと組織および手続の形成については、Höfling, 389ff.; Scheytt, 2005, Rn. 52ff.

に資するものであるとして、肯定的に捉えられる³²。

したがって、従来、公的主体によって担われてきた文化施設の運営に公私協働手法が導入される場合には、この私的主体による文化芸術の内容に対する介入という視点が、重要な意義を持つことになる。

第3款 公私協働の具体の形成

ここでは、文化芸術領域における具体の公私協働の形成事例を取り上げ、具体的な組織による公私協働の形成において、上に述べた視点がどのような形で活かされているのか、見てみることにしよう。

1 非営利組織との公私協働

① ライン・ドイツ・オペラ有限会社(Deutscher Oper am Rhein GmbH)³³

ライン・ドイツ・オペラは、デュッセルドルフ市とデュイスブルク市によって経営されてきたオペラ劇場である。この会社の公私協働に特徴的であるのは、登録フェラインの形式によって組織された、オペラ劇場の愛好会(Freundeskreis)が、社員として、ライン・ドイツ・オペラの経営主体である有限責任会社に、直接に組み入れられている点である。本愛好会は、1976年に経済・産業・政治の各領域の重要人物らによって設立された。当該会社の定款の定めによって、会社資本の5%を引き受け、毎年最低22万5千ユーロを支払う義務を負っており、この額を50万ユーロに引き上げることを目標としている。このように、愛好会がオペラ劇場の経営主体の社員となったのは、ドイツにおいては、ライン・ドイツ・オペラが初の事例であると言われている。

②エルプフィルハーモニー・ハンブルク(Elbphilharmonie Hamburg)³⁴

2012年、ハンブルク市の政策において、世界的に最も優れたコンサートホールを、建設、資金調達および経営を。全て公私協働方式で実現しようとする旨が決議された。エルプフィルハーモニーの施設は、三つのコンサートホールの他を備えている。このうち、自主公演(Eigenveranstaltungen)については、「ハンブルク音楽有限責任会社」が担っている。同会社は、ハンブルク市が95.2%を出資し、残りの4.8%をエルプフィルハーモニー財団が出資している

2 民間企業との公私協働

次に、民間企業との公私協働の具体例として、芸術宮殿美術館財団(Stiftung museum

³² 私人による文化芸術振興に対する懐疑的視点については、Trappe, S.170ff.

³³ Hans-Heinrich Grosse-Brockhoff, Erfolge in Düsseldorf mit PPPs im kulturellen Bereich, S.179f.; Trappe, S.83, 116.

³⁴ Burkhard Bastuck, Rechtliche Strukturen von Konzerthäusern, NJW 2010, 709ff. (711f.); Gerlach-March, S.91ff.

kunst palast (mkp))³⁵を紹介しよう。この事例は、ドイツの文化政策の議論のなかで、ドイツにおける文化施設における公私協働の最も典型的な事例であるとされている。

(1) 背景

デュッセルドルフ市内所在の 20 世紀以来の歴史をもつ³⁶芸術的建造物群である芸術宮殿(kunstpalastr)と市営の芸術美術館(Kunstmuseum)を再建・運営することを目的に、デュッセルドルフ市は、公私協働手法による資金調達手法を用いることを決定し、1998 年、デュッセルドルフ市は巨大エネルギー企業 VEBA 株式会社（現在の、E.ON）と定款を締結し、エーレンホフ・デュッセルドルフ芸術財団」を共同で設立し、同財団は 2000 年、「芸術宮殿美術館財団」に改称された。財団設立の背景には、デュッセルドルフ市が、VEBA 株式会社に対して、芸術宮殿に隣接する土地を、同会社の新たな拠点の設立のために提供することと引き換えに、VEBA 株式会社が芸術宮殿・芸術美術館の再建・運営に協力する旨の協定が締結された。

(2) 組織構成

財団の定款によれば、財団は、理事会(Vorstand)と評議員会(Kuratorium)の二つの機関の機関から構成される。ここで注目しておかなければならないのは、定款による文化の内容面の判断に関する、財団組織内部における権限配分のあり方である。

理事会は、評議員会によって任命され、三名以下の人物によって構成される。理事会の構成員は、評議員会が任命する。定款上、明確にはされていないものの、うち一人は出捐者から独立した文化芸術領域の専門家が任命されるのが慣例とされている。財団の活動の決定は、内容面の決定も含めて、理事会によってなされる。

³⁵ Hans-Heinrich Grosse-Brockhoff, S.176ff.; Mir, S. 87ff.; Schrallhammer, S.204ff. Gerlach-March, S.90; Kai Artinger, PPP ist nicht gleich PPP, 2010, S.25ff.; Ellenrieder/Kiel, S.24ff., 40ff.

³⁶ クンストパラストは、当初、固定の展示会場として計画され、デュッセルドルフ芸術アカデミーと経済界の共同プロジェクトの成果として、1902 年に設立された。設立後数十年間は、芸術展示イベントを手掛ける、デュッセルドルフフェラインによって経営されていたが、地域の企業もクンストパラストに対する支援を行っていた。1920 年代に入ると、クンストパラストの建物は拡充され、市の芸術美術館(Kunstmuseum)がクンストパラストの建築物群に取り込まれた。1930 年代には、市が保有する芸術美術館の方は発展を見せたのに対し、クンストパラストの維持管理は疎かにされるようになった。そして、第二次大戦後、市は、自身の保有する芸術美術館に隣接する土地を見本市会場(Massegelände)として賃貸し、クンストパラストを見本市の展示場として開放するに至って、クンストパラストの建物の摩耗はますます進んでいった。1979 年、芸術美術館は、施設の建替えのために、6 年間の閉鎖をすることとなった。80 年代後半に入ると、コレクションの数が増大し、芸術美術館を経営する市は、展示スペース不足に苦慮した。そこで、クンストパラストを芸術美術館の展示スペースとして改装することも議論に上ったが、このようなプロジェクトの実現に要する莫大な費用から、この試みは断念された。その後、1993 年に美術館は火災に見舞われ、再度の再建をしなければならなくなった。デュッセルドルフ市の手には十分な資金はなかったことから、美術館の再建のための資金調達の必要が生じた。

これに対して、評議員会の構成は、定款によって、以下のように定められている。すなわち、評議員会は14名から20名によって構成され、うち、7名（市長、助役、文化部門担当者等）をデュッセルドルフ市が、4名をE.ONが任命権を有し、さらに3名については、地域の文化芸術領域の関連団体の提案を受け、評議員会が任命をするものとされている。これで評議員会の最低構成員数である14名が構成される。そして、さらに評議員会の構成員が選出される場合には、評議員会は、文化領域、経済界、出捐者から重要人物を任命する。

上記の定款の定めによって、デュッセルドルフ市に、7名の参加を通じて、公的な観点からの適切な影響力を行使することが期待されている。また、デュッセルドルフ市も、E.ONも、評議員会の過半数以上を占めることができないようにされていることも、特徴的である。

これに対して、審議会については、定款において、財団の文化的な内容面の事項について、財団の展覧会、イベント、プログラムについて知らされること(Kenntnisnahme)と定められるにとどまる。ゆえに、基本的には、理事会が行う文化的・質的な判断に対して、評議員会は直接的な関与をすることができないように財団の機関構成がなされている。

(3) 内容に対する関与の問題

このように、mkpの定款の定める機関構成においては、文化の内容面に関する質的な判断に対する介入を阻止するための構造が設けられている。

しかしながら、2007年、当時の理事の一人が、E.ONによる資金力を背景とした財団の事業運営への介入を理由として、辞任を表明した。この辞任の背景としては、2003年にE.ON側の首脳陣が交代したという事情が指摘されており、それまで上記理事の下において自律性を保って行われていた美術館運営が、新しい首脳陣の方針と衝突してしまったのである。このことは、特に、展覧会の展示プログラムの考え方の違いに現れた。上記辞任後、展示プログラムの路線は、E.ONの首脳陣の方針に沿う形で修正されたという。

定款上の規定にもかかわらず、上記のような形で内容面に対する介入にも似た影響力がE.ONから行使された背景には、財団の運営それ自体が、特に金銭面において、E.ONに依存していたことが指摘されている。

3 小括

このような、公私協働によってもたらされる文化的・質的な判断に対する私的主体の「介入」の問題を、具体的な組織・形成の局面においていかに形成すべきかについては、法的にみても、極めて難しい問題であるといえる。

この点、学説においては、文化芸術領域の自律性が侵されぬよう、例えば演目や展覧会プログラムの内容的な形成に対する影響力は、定款による配慮がなされなければならないと考えられていることは、着目に値しよう。すなわち、公的主体は、公私協働の形成に際して、文化施設の内容面にかかわる業務が文化芸術領域の外部の影響力に対して自由なものであり続けることができるように、影響力の行使し、芸術・文化の自由及び多様性保障するため

に、文化資金調達における自身の責任を果たさなければならないとの見解が示されていることが注目に値しよう³⁷。

このことは、戦後のドイツの文化芸術政策において重視されてきた文化の多元性の確保の観点から、具体的な公私協働の組織的形成的局面においても現れているものとして捉えることが可能であろう。

³⁷ Vgl. Stefan Kadelbach, Kommunalen Kulturbetrieb, Freiheit der Kunst der Privatrechtsform, NJW 1997, 1114ff. (1118f.); Duda/Hausmann, 349.

終章 結語

本論文の結びにあたり、ドイツにおける組織における公私協働論の全体的な特徴をまとめなした上で（１）、わが国への示唆を導くことにしたい（２）。

1 ドイツにおける組織における公私協働論の特徴

本論文においては、自治体事業における公私協働について、主に組織法的側面から、ドイツにおける学説上の議論および立法上の制度、および政策上の形成について、検討を行ってきた。

本論文における分析全体から、ドイツの自治体事業における公私協働の組織法的議論における特徴を改めてまとめるならば、以下の通りである。

ドイツにおいては、ゲマインデが長きに渡って事業活動を営んできたことに対応して、ゲマインデが事業活動を行う場合に関する法的制約について、学説上の議論が展開され、これに対応する形で、実定法上の制度（特に、ゲマインデ法）が整えられてきたという歴史的経緯がある。このように形成された学説上の議論および法制度においては、各事業領域別の規制制度ないし法政策上の議論の枠組みとは別個に、ゲマインデの事業活動に対して一般的に適用される包括的な枠組みが設定されている。

このような包括的な枠組みの形成の背後には、国家と社会、ないし、公法と私法、公的上の組織と私法上の組織の区別といった、ドイツ法における基本的な二元的秩序が存在する。このような二元的秩序そのものは、時代や社会の変化とともに、さまざまな形で揺らぎを見せており、また、見直しを迫られているものの、ドイツにおける公私協働の議論は、このような揺らぎを受け止めながら、国家と社会、公法と私法の二元的秩序に基づく枠組みのなかで柔軟に展開されてきているものといえよう。

上記の基本的な秩序は、学説における議論およびゲマインデ法の具体の法制度にさまざまな形で影響を与えているが、公私協働の形成の観点からは、公法上の組織と私法上の組織の区別を前提として、「公的主体としての」ゲマインデの責任が意識されている点が、注目される。例えば、ゲマインデが経済的企業を展開する場合には、それが公的目的に資するものであることについてゲマインデが責任をもって判断すべきであり、このことは、ゲマインデが私法上の組織形式を選択する局面においても妥当するものと理解されている。かつ、ゲマインデ法の法制度設計上、上記の衡量ないし責任は、不確定法概念に依存しながらも、手続法的なルールの面も含めて、ゲマインデの総合的な判断を構造づける形で、具体化されている。

このように、ドイツの学説およびゲマインデ法においては、公的な要請を公的主体であるゲマインデの責任において実現することを可能にするための枠組みが、会社法との関係をも十分に意識した上で、設定されるに至っている。

もっとも、このような枠組みは、必ずしも公私協働という現象に対応して設けられている

ものではない。しかしながら、上記の枠組みは、ドイツにおいて、組織による公私協働を形成する際の前提を成している。このような前提が設けられていることの意味は、決して小さくないように思われる。というのも、公私協働（特に、組織による公私協働）の形成の可能性は、極めて多様なものとならざるを得ず、その適切な形成のためには、何らかの基準が求められると考えられるからである。このように、ドイツにおける組織における公私協働の構造の一番の特徴は、形成のための前提が用意され、この前提を基準として、公私協働の形成、言い換えるならば、責任配分の具体化がなされていることである。第3章において検討を行った各論領域における公私協働においても、上記のような前提としての法枠組みに従った形成がなされていることが確認された。

他方、個別の政策領域における検討からは、各領域の伝統や特徴を反映した上で、公私協働の形成をめぐる議論が展開されており、かつ、公的主体が果たすべき責任は、領域の性質ないし伝統によって異なることが浮き彫りになったように思われる。

まず、ドイツの電力領域においては、公私協働という用語が古くから英米圏から輸入される依然から、現代の目からは公私協働と呼ぶことが可能な事業構造が存在しており、連邦、州、ゲマインデという公的主体と民間事業者との間で複雑なネットワークが形成されていた。

次に、ドイツの文化芸術領域においては、公的主体が文化芸術領域の維持のための支援・振興において積極的な役割を果たしてきた伝統があり、現代における公私協働の形成のあり方に関する議論も、このような歴史的背景から大きな影響を受けている。上記のような事情は、各領域に関連する規範のみならず、ドイツにおける固有の歴史的背景や社会的状況を視野に入れなければ、十分に検討することができないものである。

2 わが国への示唆

以上のような本論文における検討から導かれるわが国に対する示唆についてまとめるならば、以下のとおりである。

まず、わが国においても、ドイツにおけるように、組織による公私協働を形成するにあたって、自治体が果たすべき責任を明確にする、あるいは、明確に意識させるための議論および法制度上の枠組みが必要であるように思われる。わが国における第三セクターをめぐる議論においては、責任の所在が不明確になるという問題点が、再三再四、指摘されてきているが、この問題に対する理論的ないし制度的な対応は、いまだ不十分な状況にあると思われる。今後、わが国における第三セクターが、公私協働を実現するための手段として利用されることも予想されることにかんがみれば¹、上記の観点に基づいた議論を行うことが必要であるといえよう。

¹ 山下淳「第三セクターの性格と位置づけ」『行政法の争点 [第3版]』149頁は、第三セクターを「協働のひとつのかたちだと理解し直すことが必要ではないか」と述べている。

もつとも、従来、わが国における第三セクターは、行政の伸ばされた手とも理解され、その公的な観点からのコントロールの側面に重点が置かれ、議論されてきた。上記のように、公私協働の実現のための手法としての第三セクターの意義が再評価される流れがあることからすれば、従来の議論における公的な観点からのコントロールも、公私協働の構造、とりわけ、組織内部に私的主体が参加していることを踏まえたものである必要がある。その際、ドイツにおける学説の議論ないし法制度は、十分に参考に値する内容が含まれていると思われる。

他方、今後、わが国において、公私協働手法を活用した政策の実施において、組織による公私協働の手法を用いた政策実施がますます行われることも考えられる。その個別の政策論的形成にあたっては、先進的な外国における公私協働の形成のあり方が、参照されることもあろう。しかしながら、外国のモデルないし事例の参照にあたっては、その公私協働の構造の背景に存する、歴史的・社会的背景について、十分に留意する必要がある。

公法学の議論としては、公私協働の具体の形成にあたり、公的主体が果たすべき「責任」の概念が重要な役割を果たすことになることに疑いはない。しかしながら、そこでの「責任」もその国ないし地域ないし社会、あるいは、その法体系の構造の中において、議論又は観念される「責任」であることには、留意しておく必要がある²。

規範学たる公法学としては、とりわけ比較法的な手法に依拠して、議論の客観性を担保した公私協働論ないし責任論の具体化を図るにあたって、その国の法体系（一般法および特別法）、各領域の社会構造を総合的に踏まえた上で、公私協働ないし責任のあり方を探求する姿勢が求められているのではないか。

² 板垣勝彦「第3章 鍵概念としての「責任配分(Verantwortungsteilung)」」同『保障行政の法理論』(弘文堂、2013) 187頁以下においては、「責任」の概念が、事実的ないし社会学的意味内容を内包する概念であること、それゆえ、その検討にあたって公法学が慎重でなければならないことを指摘する。