

自治体の組織選択裁量

宮 森 征 司*

- I はじめに
- II 公法学説における議論
- III ゲマインデ法による規律
- IV おわりに（わが国への示唆）

I はじめに

1 問題意識

本稿においては、自治体が事業を行うにあたって独立的な組織を設立する場合に、自治体が組織形式を決定する際の裁量権の行使のあり方について、検討を行うものである。

筆者はこれまで、わが国の第三セクター等に関するガバナンスを法的に検討する見地から、ドイツ法に手掛かりを求めて、検討を行ってきた¹⁾。しかしながら、筆者による検討を含めて、関連する従来の議論の多くは、既に設立された第三セクター等の適切なガバナンスをいかに実現するか、という局面に着目するものであった。

これに対して、本稿においては、従来あまり注目されてこなかった上記よりも前の段階、すなわち、自治体がいかなる組織を用いるか決定をする局面に焦点を

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第18巻第2号 2019年7月 ISSN 1347-0388

※ 長野県立大学グローバルマネジメント学部助教

1) 宮森征司「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巻3号（2016）1303頁以下、同「第三セクターと地方議会：議会による情報請求権の行使のあり方をめぐって」一橋法学 17巻3号（2018）1051頁以下。

当てて考察を行う。自治体が事業を実施するに際して、組織形式及び組織形態を決定する段階は、組織のガバナンスにかかる過程全体からみれば、早期の段階に位置づけられる。このような段階に着目して検討を行うことは、不適切なガバナンスが原因で経営破綻等の問題が発生することを事前に予防しておくという意味で、一定の意義が認められよう。また、組織形式や組織形態が選択決定されることにより、その後の事業の実施にかかる意思決定構造等が方向づけられることからすれば、組織形式選択の問題を政策手法の選択の問題として捉える試みにも合理性が認められよう。

このような問題意識に基づき、本稿においては、ドイツにおける自治体による組織選択の裁量権をめぐる学説上の議論と、これに対応するゲマインデ法上の制度を対象として検討を行うことにしたい。

2 先行研究の整理

具体的なドイツ法の検討に入る前に、あらかじめ、本稿の記述の前提となる事柄について、先行研究を素材に整理しておく。

まず、公法私法二元論と組織法との関係についてである。周知の通り、わが国の行政法学においては、公法私法二元論について、これが既に克服されたものであるか、あるいは、伝統的な枠組みにおいて議論されていたのとは異なった意味で維持されるべきものであるか、といった形で、さまざまな見解が提唱されている²⁾。かような包括的な問題を含む議論に本格的に立ち入って検討する余裕はないが、本稿との関係では、次に述べる点について確認しておく必要がある。

第一に、ドイツにおいては、公法私法の二元的な秩序が全法領域に行き渡っていると一般的に理解されており、その影響は本稿が考察を行う組織法の分野にも及んでいる³⁾。特に、立法者が、公法上の組織と私法上の組織の区別を前提とした上で、組織に関する制度設計を行っている点は、わが国における状況とは対照

2) 公法と私法に関する論考として、さしあたり、塩野宏「行政法における『公と私』」同『行政法概念の諸相』（有斐閣、2011）83頁以下、高橋滋「『実体公法の復権』論によせて——公法私法論争史研究への覚書き——」兼子仁・宮崎良夫編『高柳古稀 行政法学の現状分析』（勁草書房、1991）55頁以下、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。

的である⁴⁾。

第二に、「私法への逃避」や「行政私法」論についてである。周知のように、「私法への逃避」とは、1920年代にFritz Fleinerによって提唱されて以降⁵⁾、自治体による経済活動や給付行政の拡大といった現象を背景として、ドイツ公法学において一定の支持を受けてきた見方であり、その系譜を引く「行政私法」論とともに、わが国にも既に数多くの紹介がなされている⁶⁾。

しかしながら、これらの従来の議論の紹介は、主に、行為形式論ないし法関係論の観点に基づくものであり、組織法的な観点に基づく議論の紹介は必ずしも十分にはなされてこなかった⁷⁾。そこで、本稿では、組織形式の選択をめぐる議論に焦点を当てる。

3 本稿の構成

以上の問題意識と先行研究の状況を踏まえ、本稿においては、ドイツにおける自治体（ゲマインデ）による組織形式選択をめぐる議論について検討を行う。

まず、戦後の組織選択裁量権に関する公法学説の変遷を遡り、組織形式選択が自治体の裁量権の行使として捉えられるようになってきた過程を跡付けする（Ⅱ）。次に、組織形式選択に関連するゲマインデ法の仕組みについて検討を行い、裁量権の行使を適切なものとするための具体的な方途が、実定法上の制度として

3) これに対して、日本法において、公法人ないし私法人として分類されることが、公法上の効果ないし私法上の効果を帰結することを意味しないことについて、藤田宙靖「行政主体の概念について——その理論的前提をめぐる若干の考察——」同『行政法学の思考形式（増補版）』（木鐸社、2003）65頁以下。

4) 薄井一成「行政組織法の基礎概念」一橋法学9巻3号（2010）866頁。

5) Fritz Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, S. 326. 参照、成田頼明「非権力行政の法律問題」公法研究29号（1966）137頁以下（140頁）、原龍之介『公物營造物法（新版）』（有斐閣、1974）385頁以下。

6) 「行政私法」論については、さしあたり、高木光『法治主義論』（弘文堂、2018）101頁、山本・前掲注2）21頁以下を参照。

7) もっとも、既に設立済の組織に対する統制の議論については、「行政会社法」学説の紹介がなされている（山本隆司「行政組織における法人」小早川光郎・宇賀克也編『塩野古稀 行政法の発展と変革』（有斐閣、2001）847頁以下（871頁））。ただし、「行政会社法」に対しては、批判も強い（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——秩序づけ理念としての行政法理論——』（東京大学出版会、2006）293頁）。

いかなる形で整備されているかを明らかにする(Ⅲ)。そして最後に、ドイツ法の議論及び法制度の検討から得られた知見と、わが国における議論及び法制度の状況とを照らし合わせて、今後の議論のための示唆を導くことにしたい(Ⅳ)。

Ⅱ 公法学説における議論

以下においては、ゲマインデによる組織形式選択に対する制約をめぐる、ドイツの戦後の公法学説における議論について検討を行う⁸⁾。戦後のドイツにおいては、基本法28条2項を背景として、組織形式選択の自由の原則が妥当するという学説が通説の地位を占めてきた。しかしながら、戦後の公法学説においては、組織形式選択はゲマインデの全くの自由に委ねられるのではなく、その選択には何らかの制約が課されていると解する立場が有力な地位を占めている。

以下においては、これらの戦後の公法学説の変遷をたどることで、公法私法の二元的な秩序、そして、私法への逃避という視点の中で、組織形式選択の決定というゲマインデの行為が裁量権の行使として捉えられ、また、その行使を適切なものとしようとする方向で議論がなされるようになった過程について、明らかにすることにした。

1 組織高権と組織形式選択自由の原則

戦後、一般的に、自治体の自治保障について定める基本法28条2項は、自治体にさまざまな高権を認めており、そのなかに、ゲマインデの組織高権(Organisationshoheit)が含まれると解されている。そして、この組織高権に基づき、通説においては、ゲマインデには、憲法上、組織選択の自由(Organisationsfreiheit)が認められ、法律上特段の制約規定が存在しない限り、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⁹⁾。

8) ドイツにおける組織選択裁量権の行使についての言及として、人見剛「ドイツにおける市町村生活基盤配慮行政の(再)公営化」広渡清吾・朝倉むつ子・今村与一編『日本社会と市民法学』(日本評論社、2013)399頁以下(411頁)。

しかしながら、上記のように憲法上の組織選択の自由が認められるとしても、戦後の公法学説においては、当該選択がゲマインデの全くの自由に委ねられた無制約の決定としては捉えられてこなかった。

2 組織選択自由の原則を批判する見解

戦後、通説が主張する行政の形式選択自由の立場に対して、正面から疑義を投げかけた論者として、Christian Pestalozza がいる¹⁰⁾。

Pestalozza は、行政が法形式を選択することを「選択の行使 (Wahlausübung)」として捉え、その行使のあり方について、ドイツ法において伝統的に通用してきた公法と私法の区別と「私法への逃避」の視点に解答の手掛かりを求め、公法・私法とは何かという問題に取り組むなかで、公法の適用範囲を確定する試みの必要性を主張する¹¹⁾。そして、公法規範の名宛人は公権力の担い手である国家であり、公法とは国家の職務法 (Amtsrecht) であるとする Hans. J. Wolff が提唱した「法主体説 (Rechtssubjektstheorie)」に依拠しつつ、全ての国家活動に対して強行的に適用される特別法を公法として捉える¹²⁾。その上で、Pestalozza は、公法規範の効力が及ぶ国家は、私法が提供する主観性 (Privatrechtssubjektivität) を自由に利用することはできないことから、通説が主張する形式選択自由は妥当しない、との結論を導いている¹³⁾。

しかしながら、Pestalozza の議論は、その後の公法学説によって受け入れられなかった。これはおそらく、Pestalozza が理解する組織選択自由の意味と通説が主張するそれとの間に基本的なスタンスの違いがあり、議論が噛み合わなかった

9) 組織形式選択自由の原則について、参照、ディルク・エーラース (山内惟介訳)「公共企業体法」同著『ヨーロッパ・ドイツ行政法の諸問題』(中央大学出版部、2008) 97 頁以下 (111 頁以下)、H. U. エーリヒゼン「地域団体の経済的活動」同 (中村又三編訳)『西ドイツにおける自治団体』(中央大学出版部、1991) 63 頁以下 (69 頁以下、83 頁)。

10) Christian Pestalozza, Kollisionsrechtliche Aspekte der Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht -Öffentliches Recht als zwingendes Sonderrecht für den Staat-, DÖV 1974, 188ff.

11) Pestalozza (Fn. 10), 188.

12) Pestalozza (Fn. 10), 190.

13) Pestalozza (Fn. 10), 193.

からではないかと推察される。というのも、形式選択自由のテーゼそれ自体に対し抽象的なレベルにおいて批判を行う Pestalozza のアプローチとは異なり、以下に紹介する Ehlers 以降の公法学説は、ゲマインデによってなされる組織形式選択に対して及ぼされるべき制約の内容を明らかにしようとする方向で進められたからである。そして、このような理解は、公法学説における一定程度の共通認識であったとも思われる。Pestalozza による通説に対する批判は、通説の立場からすると的外れなものであったのかも知れない。

3 公法上の組織形式を原則と捉える見解

組織形式選択自由の原則を正面から批判した上記の見解とは異なり、組織形式選択自由の原則を前提としつつ、公法私法の二元的な秩序を手掛かりとして、自治体が組織形式を選択するにあたっての指針を公法学説の立場から示した論者として、Dirk Ehlers がいる¹⁴⁾。

Ehlers は、自治体の自治行政に含まれる組織高権は、基本的には自治体に対して自由に供されている法人組織形式を利用することを保障しているとして、憲法上、自治体が組織形式選択の自由を有していることを正面から認める。しかしながら、以下に述べるように、Ehlers は、自治体の自治行政権と公法形式の優位という観点に基づき、自治体による組織形式選択を制約するための三つの指針を提示している。

第一に、自治体による自治行政権という観点から、Ehlers は、自治体は、組織形式選択にあたり、ゲマインデの組織裁量 (Organisationsermessen) を義務適合的な方法で行使しなければならないという要請を導く。その上で、直営 (Regiebetrieb) や公営企業 (Eigenbetrieb) 等の公法上の組織形式を用いた場合には、私法上の組織形式を用いた場合に懸念される独立化に対抗することができるものとし、公法上の組織形式の優位を指摘する¹⁵⁾。

14) Dirk Ehlers, Die Entscheidung der Kommunen für eine öffentlich-rechtliche oder privat-rechtliche Organisation ihrer Einrichtungen und Unternehmen, DÖV 1986, 897 ff. エーラース・前掲注9) 111 頁も参照。

15) Ehlers (Fn. 14), 902f.

第二に、公法と私法の区別の考え方を背景に、Ehlers は、実務において、私法上の組織形式の利用が自治体政策上の責任や制御力の喪失という結果をもたらしていることを問題視し、自治体による任務遂行に関しては、公法上の組織形式の利用が原則であり、私法上の組織形式の利用は例外に留められるべきであると主張する。Ehlers によれば、公法上の組織形式の優位は、実定法上の規律とは無関係に、より上位の法的視点から導かれる。すなわち、公法は国家とその下肢の組織化 (Organisation) と規律付け (Disziplinierung) のために構想されており、公法と私法の区分の意義が無意味なもの (ad absurdum) とされるべきでないとするれば、自治体を含む高権主体は、自身のために特別に (eigens) 創出された公法の領域から恣意に (nach Belieben) 逃れる権限を持つことはできない¹⁶⁾。

上記の立場に立った上で、Ehlers は、自治体が私法上の組織を利用する場合と比較して、少なくとも公法上の組織形式によって同様に良好に任務が遂行され得る場合には、公法上の組織形式が選択されなければならないものとする¹⁷⁾。

第三に、自治体が私法上の組織形式を選択する場合には、独立した私法上の組織の効果的な制御・統制のために、制度的な事前措置 (institutionelle Vorkehrungen) をとる義務を負う。すなわち、形成される私法上の組織に対して影響力を行使することができるように、自治体は、私法上の組織内部の決定主体の行為に対して影響を与えることができなければならない。そして、その影響力を行使するための手段は、選択される私法上の組織形式に左右される¹⁸⁾。

4 私法上の組織の利用のメリットを批判的に検討する見解

90年代に入って、組織私化等の進展という行政実務の状況を受け、ゲマインデによる組織形式選択の意味を正面から捉え、最も適切な組織形式を選択するための議論を指向した論考として、Ergbuth/Stollmann による論文がある¹⁹⁾。

同論文では、ゲマインデによる組織形式選択の決定が、単なる行政技術上の意

16) Ehlers (Fn. 14), 903.

17) Ehlers (Fn. 14), 904.

18) Ehlers (Fn. 14), 904.

19) Wilfried Ergbuth/Frank Stollmann, Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch private Rechtssubjekte? -Zu den Kriterien bei der Wahl der Rechtsform-, DÖV 1993, 798ff.

味を持つ問題であるにとどまらず、その後のプロセス、すなわち、選択される組織の制御・コントロール、内部の秩序、当該組織によってなされる決定の内容、そして、当該組織と接触することになる市民の実体的な権利・義務にも影響を与え得る、重みのあるものとして捉えられている²⁰⁾。そして、適切な組織形式選択とは、数多くの視点によって影響を受ける決定であり、その決定に際して、視点のウェイトは、具体的に判断される事例によって変化しうるものであるものとされる²¹⁾。上記を受けて、論文においては、組織形式選択は、自治体の広範な裁量に委ねられているとの立場が採用されている。

しかしながら、他方で、私法上の組織形式を利用する動機ないしメリットとして主張されている諸要素、すなわち、柔軟性、協働の可能性、信用力、税、責任限定などについて、私法上の組織形式が公法上の組織形式よりもメリットを有するのかについて個別のかつ詳細な検討が行われた上で²²⁾、私法上の組織形式のメリットとして一般的に議論されている上記の諸要素は、公法上の組織形式によっても実現可能であると結論づけられている²³⁾。

5 公法上の組織形式に正統性の優位を認める見解

組織形式選択を「選択の決定 (Wahlentscheidung)」の問題として捉えた上で、公法上の組織形式の優位を主張する論考として、Pitschas/Schoppa による論文がある²⁴⁾。

彼らは、組織形式の選択決定を、各組織形式のメリットとデメリットを衡量するプロセスを前提とするものとして位置づけ、既に組織形式の選択決定の前段階で、ゲマインデが、設立後の選択された組織による任務処理が服する法的制約、自治体企業の設立、日常的経営、清算のあり方等、様々な事情を考慮することに

20) Ergbuth/Stollmann (Fn. 19), 801.

21) Ergbuth/Stollmann (Fn. 19), 809.

22) Ergbuth/Stollmann (Fn. 19), 802ff.

23) Ergbuth/Stollmann (Fn. 19), 809.

24) Rainer Pitschas/Katrin Schoppa, Rechtsformen kommunaler Unternehmenswirtschaft, DÖV 2009, 469ff. Vgl. Rainer Pitschas/Katrin Schoppa, §43 Kriterien für die Wahl der Rechtsform, in: Mann/Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis 2 Kommunale Wirtschaft, 3. Aufl., 2010, S. 105ff.

着目する²⁵⁾。さらに、私法上の組織形式は、これに内在した定款による高い効率性及び自律性を約束するが、これらのメリットは自治体によるコントロールの喪失というデメリットも伴うことから、組織形式選択を目の前にする自治体は、私企業において問題となるよりも、より多くの要素を考慮しなければならないと指摘する²⁶⁾。

また、彼らは、組織形式選択の決定の問題を組織形式選択によって獲得される成果の最適化の問題として捉えた上で、その決定にあたっては非常にさまざまな要素が基準として現れるから、組織形式選択決定にあたっては、これらの決定の諸基準を衡量し、互いに調和させること、すなわち、様々な決定要素の総合的分析が必要であるものとする²⁷⁾。

彼らは、私法上の組織形式に経済性 (Wirtschaftlichkeit) や効率性 (Effizienz) といったメリットを安易に認める行政実務に対して懸念を示している。また、高権主体が特別な任務拘束のなかで責任を負うことができなくなっているという事態を問題視している。それゆえ、彼らは、私法上の組織形式に一定のメリットが認められるとしても、私法の約束 (Verheißungen) への無批判な信頼は控えられなければならないとの主張を展開し²⁸⁾、公法上の組織形式には、私法上の組織形式には認められない正統性が認められることを理由に、公法上の組織形式に優位を見出す²⁹⁾。

6 小括

組織形式選択に対する制約をめぐる公法学説の議論からは、これらの学説が、公的主体であるゲマインデが私法上の組織形式を安易に選択すること (私法への逃避) に対して警戒心をもち、公法上の組織形式の正統性を前面に出すことによって対応しようと試みている様子を読み取ることができよう。そして、これらの公法学説からは、一定の通底する視点を読み取ることが可能であると思われる。

25) Pitschas/Schoppa (Fn. 24), 469.

26) Pitschas/Schoppa (Fn. 24), 471.

27) Pitschas/Schoppa, (Fn. 24), 472.

28) Pitschas/Schoppa, (Fn. 24), 475.

29) Pitschas/Schoppa, (Fn. 24), 477.

それは、ゲマインデによる組織形式選択を、公法の問題として、すなわち、公的主体としてのゲマインデが責任を負うべき権限の行使ないし決定の問題として捉える視点である。

もっとも、その議論の方法は、Pestalozza と Ehlers 以降の学説とで違いがある。Pestalozza の議論においては、ゲマインデが私法を利用することによって自由に選択できることそれ自体が警戒され、このことに対して公法が適用されるべきことが抽象度の高いレベルで議論されるなかで、組織形式選択自由のテーゼに対する批判が展開された。これに対して、Ehlers 以降の公法学説においては、公法上・私法上の各種組織法が用意する組織形式の中からゲマインデが自由に選択できることが議論の前提とされ、その選択に対して、いかなる公法的な制約が及ぼされるべきかが議論されていた。このことは、Pestalozza の議論において、必ずしも、組織形式選択の制約に関する具体的な議論が展開されていないことに現れている。

また、Ehlers 以降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ながら、ゲマインデによる組織形式選択に対して、いかなる公法的な制約が及ぼされるべきかが議論されてきた。そのなかで、ゲマインデによる組織形式選択の決定は、ゲマインデによる裁量権の行使の問題として捉えられ、さまざまな要素を踏まえた衡量のプロセスの意義が強調されるようになった。これらの学説は、私法上の組織に安易にメリットを認めて組織を形成しようとする実務の状況を警戒し、公法上の組織形式に一定の正統性を認めることによって、裁量権の行使を適切なものとしようと試みてきたと整理することができよう。

Ⅲ ゲマインデ法における規律

Ⅱにおいては、ゲマインデによる組織選択決定に対する制約、そして、ゲマインデによる組織形式選択裁量権の行使をめぐる戦後の公法学説の議論の変遷を概観してきた。

これに対して、以下Ⅲにおいては、ゲマインデによる組織形式選択決定及び裁量権の行使に関連する実定法上の制度について検討を行う。まず、現在の各州の

ゲマインデ法に規定された法制度の構造を理解しやすくするために、戦前の制度（ドイツ・ゲマインデ法）と戦後の制度（各州のゲマインデ法）を前史として振り返る（1）。その上で、現在の各州のゲマインデ法において定められた各種制度について、分析を行う（2）。

1 前史

戦前においても、現在におけるのと同様に、基本的には、憲法レベルにおける組織形式選択の自由は認められていた。Fritz Fleiner が提唱した「私法への逃避」という実務の展開に対するアンチテーゼも、当時、具体的な法的議論と結び付けられていた訳ではなく、公法学が認識の目を向けるための契機を作り出すものにとどまっていた。

ナチ期のドイツ・ゲマインデ法³⁰⁾においては、自治体による経済活動に関する規律が置かれたが、その中で、ゲマインデが経済活動を行うにあたっての組織形式に関する規律も置かれた。

すなわち、ドイツ・ゲマインデ法 74 条は、企業活動に適合的な公法上の組織形式として、公営企業（Eigenbetrieb）を設けた³¹⁾。他方で、ドイツ・ゲマインデ法は、私法上の組織形式による自治体企業の設立も許容していた。すなわち、同法 69 条 1 項は、①公的目的、②ゲマインデの財政能力、③民間活動との補完性という三つの要件（制約の三位一体）が充足され、かつ、ゲマインデの責任がある特定額に限定されている場合に限り、経済的企業への出資参加を認めていた³²⁾。

既にみたように、戦後においては、基本法 28 条 2 項を根拠として、組織選択自由の学説が通説の立場を占めた。もっとも、基本法 28 条 2 項が認める組織高

30) Die Deutsche Gemeindeordnung, vom 30. 1. 1935, Reichsgesetzblatt I, 49ff.

31) 参照、成田頼明「地方公共団体の経済活動とその法的限界（2）——とくに「公共事務」との関連において」自治研究 38 巻 7 号（1962）63 頁以下（65 頁以下）。ドイツ・ゲマインデ法における公営企業の組織形式が公法上の組織形式において流動性を獲得するための「妥協の産物」であるとの指摘として、Thomas Mann, Die historische Entwicklung der Rechtsformen für kommunalen Unternehmen, VR 7 (1996), 230ff. (232).

32) 参照、成田・前掲注 31) 68 頁以下。

権に関しては、個別法による制約は可能であると解されている。

そこで、各州のゲマインデ法においても、戦前のドイツ・ゲマインデ法の規律を引き継ぐ形で、ゲマインデが私法上の組織形式を選択することに対する制約規定が設けられている³³⁾。すなわち、戦後の各州のゲマインデ法においても、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場合に、制約の三位一体が充足されていること、ゲマインデの責任が限定されていることが要件とされた。このような構造は、現在の各州のゲマインデ法においても、基本的に引き継がれている。

しかしながら、各州の立法者の判断によって、違いも生じた。すなわち、ゲマインデの組織形式選択の自由を制約する規定の強度・手法は、各州のゲマインデ法によってさまざまであった。

先に見たように、戦前のドイツ・ゲマインデ法においては、ゲマインデが独立的に経済活動を展開するにあたり、公営企業という公法上の組織形式が通常の形態として位置づけられていた。これに対して、戦後の各州のゲマインデ法においては、このようなドイツ・ゲマインデ法の伝統を受け継ぐ州と、憲法上認められる組織形式選択の自由に対して法律上の制約を設けない州とに対応が分かれた。ここでは、自治体が経済活動を行うにあたって、公営企業を選択するか、又は、ゲマインデが100%株式を出資する資本会社である自己会社（Eigengesellschaft）を選択するかという問題と並行した議論がなされた。

例えば、バイエルン州、バーデン・ヴュルテンブルク州といった南ドイツの各州においては、ドイツ・ゲマインデ法以来の伝統を引き継ぐ形で、公営企業に対して有利な（すなわち、自己会社にとって不利な）規定を設けるという対応が採られた。これに対して、ノルトライン・ヴェストファーレン州においては、自己会社にとって有利な道が採られ、公法上の組織形式との関係で、私法上の組織を選択するにあたっての、ゲマインデの組織選択の自由を制約するための規律は置かれなかった³⁴⁾。

このように、公法上ないし私法上の組織形式という側面に着目してどのように

33) 参照、エーラース・前掲注9) 112頁、エーリヒゼン・前掲注9) 86頁。

規律を置くかという制度設計が分かれている背景には、ゲマインデによる経済活動や私化の傾向を促進するか否かという、各州の立法者による法政策的な判断がある。かような政策的判断は時代の変遷に応じて変化するものであり、戦後、各州の規律はたびたび改正されていくこととなった。

ここで、これらの改正の動きについて立ち入って検討する余裕はないが、全体的な傾向として、ドイツの各州のゲマインデ法は、ゲマインデによる私法上の組織形式の利用に対する制約を緩和する方向で改正が図られてきていることを指摘するにとどめておきたい。

2 各州のゲマインデ法における規律

(1) 責任限定

全ての州のゲマインデ法においては、ドイツ・ゲマインデ法 69 条 1 項の規定を受け継ぐ形で、一般的に、私法上の組織の設立ないしこれへの出資参加に伴ってゲマインデが負うことになる責任 (Haftung)³⁵⁾がゲマインデの給付能力に照らして適切な額に限定されることを求め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 ないし Haftungsbegrenzung) と呼ばれている³⁶⁾。

条文の規定ぶりから明らかなように、責任限定の仕組みは、立法技術上、民法典、狭義の会社法 (株式会社法、有限責任会社法等)、協同組合法などの各種私法が定める組織形式に逐一对応する形で規定を置くという方法を取っていない。したがって、各種私法によって定められている組織形式の中で、どの組織形式が

34) Vgl. Rainer Hoffmann, Privatisierung kommunaler Verwaltungsaufgaben -Rechtliche Rahmenbedingungen am Beispiel Baden-Württembergs-, VBIBW 1994, 121ff. (126); Mann, 232ff.; Franz-Ludwig Knemeyer, Vom kommunalen Wirtschaftsrecht zum kommunalen Unternehmensrecht, BayVBl. 1999, 1ff.; Ehlers (Fn. 14), 899; Pitschas/Schoppa (Fn. 24), 470.

35) ここでの責任 (Haftung) とは、組織の社員ないし構成員の財産が引当てとして拘束されるということを意味する。責任 (Haftung) と責任 (Verantwortung) の違いについては、参照、板垣勝彦『保障行政の法理論』(弘文堂、2013) 194 頁。

36) 責任限定の仕組みについては、エーラース・前掲注 9) 115 頁、エーリヒゼン・前掲注 9) 75 頁。

ゲマインデによる利用を禁止されているかは、解釈に委ねられている。

この点、一般的に、組織形式の構造上、社員（Gesellschafter）ないし構成員（Mitglieder）が負うこととなる責任が限定されていない組織形式をゲマインデが利用することはできないと解されている。したがって、合名会社、合資会社、匿名組合、民法上の組合といった人的会社（Personengesellschaft）のカテゴリーに属する組織形式については、社員が会社の債権者に対して無限責任を負わなければならないため³⁷⁾、基本的に、ゲマインデがこれらの組織形式を用いることは不可能である（ただし、合資会社への有限責任社員としての参加は可能である）。これに対して、株式会社、有限責任会社については、社員が負うべき責任が限定されているため³⁸⁾、ゲマインデはこれらの組織形式を利用することができる。

ちなみに、上記以外の組織形式、すなわち、登録フェラインや協同組合、財団といった組織形式についても、構成員の責任は組織の財産に限定されることとなるため³⁹⁾、責任限定の規律との関係において、ゲマインデによる利用は、理論的には可能であると解されている⁴⁰⁾。

(2) 組織形式の補完性

上に述べたドイツ・ゲマインデ法以来の伝統の影響も受けながら、現在の各州のゲマインデ法においては、組織形式選択の局面における補完性ルールがさまざまな形で規定されている。以下、実体的補完性ルールと手続的補完性ルールに分けて紹介する。

37) 合名会社に関して商法典 128 条、合資会社に関して商法典 161 条。また、高橋英治『ドイツ会社法概説』（有斐閣、2012）5・6 頁、46 頁、73 頁も参照。

38) 株式会社に関して株式法 1 条 2 文、有限責任会社に関して有限責任会社法 13 条 2 項。また、高橋・前掲注 37) 98・99 頁、335 頁も参照。

39) Vgl. Ulrich Cronauge/Doris Krüger, Kommunale Unternehmen, 6. Aufl., 2016. Rn. 157, 159.

40) Vgl. Max-Emanuel Geis/Sebastian Madeja, Kommunales Wirtschaftsrechts- und Finanzrecht—Teil I, JA 2013, 248ff. (252f.).

① 実体的補完性ルール

実体的補完性ルールの規律方法は、以下に三つのタイプに大別される⁴¹⁾。

第一に、選択される私法上の組織形式が、全ての公法上の組織形式との比較において、メリットを有するか、又は少なくとも同等である場合にのみ、私法上の組織形式の選択を許容する形で規定する州がある⁴²⁾。

第二に、選択される私法上の組織形式が、ある特定の公法上の組織形式との比較において、メリットを有するか、又は少なくとも同等である場合にのみ、当該私法上の組織形式の選択を許容する形で規定する州がある⁴³⁾。

以上の規律方法は、ドイツ・ゲマインデ法以来の公法上の組織形式の優位、そして、本稿Ⅱにおいて検討した公法学説の考え方を、立法において採用しているものと評価することができよう。

また、第三に、ある特定の私法上の組織形式（具体的には、株式会社）が、その他の公法上及び私法上の組織形式との比較において、メリットを有するか、又は少なくとも同等である場合にのみ、当該私法上の組織形式の選択を許容する形で規定する州がある⁴⁴⁾。さらに踏み込んで、メクレンブルク・フォアポメルン州においては、株式会社の組織形式の利用が禁止されている⁴⁵⁾。

41) 以下の区分は、Janbernd Oebbecke, § 8 Rechtliche Vorgaben für die Gründung kommunaler Gesellschaften, in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Aufl., 2012, S. 215ff. を参考にした。

42) 例えば、シュレスヴィヒ・ホルシュタイン州ゲマインデ法 (Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein (GO SH)) 102 条 1 項 1 文は、「ゲマインデは、設立又は参加に関するゲマインデの重要な利益が存在し、自治体の任務が公法上の組織形式におけるのと同様に良好に、かつ経済的に遂行される場合に限り、直接的又は間接的に会社を設立し、会社の設立に関与し、又は既存の会社に参加することを許される」と定める。

43) 例えば、ザクセン・アンハルト州自治体基本法 (Kommunalverfassungsgesetz des Landes Sachsen-Anhalt (KVG LSA)) 129 条 1 項 1 号は、「自治体は、128 条の要件が存在し、かつ、企業の公的目的が目的連合、公営企業、又は公法上の社団によって同様に良好に遂行されず、又は遂行され得ない場合に限り、私法上の法形式による企業を維持し、設立し、引受け、本質的に拡張し、又はこれに参加することが許される」と定める。

44) 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 (Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (GO NRW)) 108 条 4 項は、「ゲマインデは、……公的目的が他の法形式によって同様に良好に遂行されず、又は、遂行され得ない場合に限り、株式会社の法形式による企業及び施設を設立、引受け、本質的に拡張し、又はこれに参加することが許される」と定める。

これらの規律が設けられた趣旨は、株式会社という組織形式においては、株式会社内部の各機関に独立的な地位が与えられ、かつ、株式法においては強行的にガバナンスが規定されているために、ゲマインデが株主総会を通じて影響力を行使しても、柔軟な形成をすることが可能な範囲が限定されていることにあるとされている⁴⁵⁾。

② 手続的補完性ルール

上に紹介した実体的補完性ルールの効果を確実なものとするため、一部の州のゲマインデ法においては、手続的側面からの規律が設けられている。

例えば、ニーダーザクセン州ゲマインデ法 136 条 4 項は、ゲマインデによる組織形式選択に際して、議会が決議をする準備のための報告書において、メリット及びデメリットを包括的に衡量した上で、公法上の組織形式との比較において、任務がより経済的に遂行されることが説明される場合に限り、私法上の組織形式を選択することが許される旨を規定している。

さらに、ラインラント・プファルツ州ゲマインデ法 92 条 1 項は、ゲマインデによる組織形式選択に際して、具体的な個別事例において、公法上の組織形式と私法上の組織形式のメリット及びデメリットに関する分析と、分析の監督官庁への提出義務について規定している。かつ、当該分析に際しては、組織的、経済的、財政的、自治体財政に対する影響、料金の形成等といった考慮要素を対置させて考慮しなければならないものとされている。

ここで注目しておきたいのは、列挙事項として挙げられている考慮要素が、II で紹介した公法学説によって組織形式選択にあたって考慮される事項として掲げられていた事項と、概ね一致するということである。また、組織形式選択について、ゲマインデ議会が決定を行うに際しての考慮事項が具体的に列挙されている点も、興味深い。

45) メクレンブルク・フォアポメルン州自治体基本法 (Kommunalverfassung für das Land Mecklenburg-Vorpommern (KV MV)) 68 条 4 項後段は、「株式会社の設立、及び、既存の企業及び施設の株式会社への組織変更は、禁止される」と定める。

46) Andreas Gaß, Kommunalrechtliche Rahmenbedingungen, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 3. Aufl., 2015, Rn. 200.

(3) 一般的な規律

上記の補完性の観点からの規律とは別に、各州のゲマインデ法においては、私法上の組織形式が利用された場合に、ゲマインデの側からの影響力行使を義務付ける旨の規定の拡充が図られている。このような規定として、具体的には、①公的目的への方向付けに関する規定と、②監査役会等への適切な影響力の行使に関する規定が挙げられる。

① 公的目的への方向付けに関する規定

第一に、公的目的への拘束に関する規定の整備が進められている。既に述べたように、各州のゲマインデ法においては、ドイツ・ゲマインデ法の規定を引き継ぐ形で、ゲマインデが私法上の組織形式を用いる場合において、公的目的が存在しなければならないとの規定が、置かれている。

現在の各州のゲマインデ法の中には、これからさらに進んで、当該私法上の組織の定款 (Satzung) において、「公的目的」に関する規定が定められなければならないとする規定を置くものがある⁴⁷⁾。

② 監査役会等に対する適切な影響力

現在、全ての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利用する場合に、当該組織の監査役会等のコントロール機関に対して、ゲマインデからの「適切な影響力 (ein angemessener Einfluß)」が確保されなければならないとする規定が置かれるに至っている⁴⁸⁾。

資本金会社の場合、株主総会における議決に対する影響力が株式の保有比率に従って決定されるため、ゲマインデが社員として出資参加する私法上の組織の株式の過半以上を保有していれば、監査役会等に対する影響力を行使するための前提が十分に確保されることになるものとされている⁴⁹⁾。

これに対して、資本金会社以外の組織形式、すなわち、協同組合、登録フェライ

47) Oebbecke (Fn. 41), Rn. 38.

48) 参照、宮森・前掲注 1) 「ゲマインデ法と会社法の衝突に関する一検討」1311 頁。

49) GaB (Fn. 46), Rn. 197.

ンなどの場合には⁵⁰⁾、総会における投票権は、一構成員につき一票が割り当てられるため、資本会社の場合に妥当する上記のような論理は妥当しない。このことから、適切な影響力を確保するために、独自の工夫が求められるとする見解もみられる。これらの見解においては、協同組合法 43 条 3 項 3 号 3 文が定める構成員に例外的に事業持分の額などに応じて投票権を認める仕組み⁵¹⁾や、民法典 35 条が定める総会の決議に基づいて構成員に特別権 (Sonderrecht) を認める仕組み⁵²⁾等を通じて、構成員たるゲマインデによる影響力を確保すべきとの主張がなされている。

3 小括

以上見てきたように、各州のゲマインデ法においては、ゲマインデが組織形式選択を行うにあたって、ゲマインデが遵守しなければならない規律が、さまざまな観点から設けられている。これらの規律の特徴について、まとめておこう。

まず、各州によって規律方法は多様であるものの、ドイツ・ゲマインデ法以来の伝統を受け継ぐ形で、そして、公法学説の主張に対応する形で、私法上の組織形式を選択するにあたっての補完性ルールが規定されている。

また、ドイツ・ゲマインデ法の規定を受け継ぐ形で、ゲマインデが負う財政上のリスクを予め回避する観点から、責任限定の仕組みが置かれ、このことにより、ゲマインデが事業活動において利用することのできる私法上の組織形式が限定されている。

さらに、ゲマインデが私法上の組織形式を選択する場合には、当該私法上の組織に対して、影響力を行使することを確保しなければならないとする規律（公的目的への方向付け、監査役会等に対する影響力の行使）が置かれている。

50) 人的会社は、責任限定の規律に基づき、ゲマインデによる利用が不可能と解されている（本稿Ⅲ 2(1)）。

51) Gaß (Fn. 46), Rn. 197; Andreas Gaß, Zulässigkeitsvoraussetzungen und Kooperationsmodelle für den Betrieb von Anlagen erneuerbarer Energien auf gemeindlicher Ebene, KommP BY 2012, 2ff. (9).

52) Julia Schrollhammer, Public Private Partnership im Bereich Kunst und Kultur, 2006, S. 185f.

ゲマインデが私法上の組織形式を利用するにあたっては、上記の規定が定める全ての要件が充足されているかについて、ゲマインデが、総合的に判断をしなければならない。当該判断について、ゲマインデに広範な裁量が認められることはいうまでもないが、その裁量権の行使を適切なものとするための詳細なルールが実定法上の制度として整備されていることは、注目に値しよう。

IV おわりに (わが国への示唆)

以上、本稿においては、ドイツにおける組織選択裁量権に関する議論について、検討を行ってきた。以下においては、本稿の考察から得られた知見を整理した上で、わが国の法理論ないし制度設計への示唆を導くことにしたい。

1 ドイツ法から得られる知見

本稿においては、ドイツにおける組織形式選択裁量権をめぐる問題について、学説上の議論と実定法上の制度を対象として検討を行ってきた。

第一に、組織選択に際しての制約をめぐる公法学説の検討からは、ドイツにおいては、時代に対応した社会経済構造の変化、憲法構造の転換等を背景として、伝統的な公法私法の二元的な秩序をそのままの形で維持することがますます困難になる中においても、「私法への逃避」という視点を指導指針としながら、公的主体たるゲマインデが私法上の組織を利用する局面について、公法的な拘束をいかに及ぼすかが議論されてきたことが明らかになった。その拘束の論理の内容は移り変わってきたが、現在においては、ゲマインデによる組織形式選択の問題をゲマインデによる裁量権行使の問題として捉え、かつ、その行使の適切化を模索するという議論の方法に行き着いている。

このように、ドイツの議論においては、現在においても、ゲマインデによる裁量権の行使を適切なものとするための枠組みとして、公法私法の二元的な秩序が前提とされている。このことは、これらの議論が私法への逃避の視点を指導指針として行われてきたこと、そして、補完性の観点に基づいて、公法上の組織と私法上の組織との衡量を求める議論のあり方に、現れている⁵³⁾。

第二に、実定法上の制度（ゲマインデ法）の分析からは、上に述べたような公法学説における議論の視点が、具体的な制度設計にも現れていることが確認された。各州のゲマインデ法においては、組織形式選択にあたっての補完性の観点が、実定上・手続上の規律として現れている。また、この他にも、責任限定の仕組みや、公的目的への方向付けや監査役会等への適切な影響力の行使といった規律も設けられている。ゲマインデとしては、これらの各規律を踏まえ、各要件が充足されているかについて総合的に判断しなければならない。このように、各州のゲマインデ法においては、ゲマインデが組織形式選択をする際のチェック・ポイントが明確にされ、ゲマインデによる裁量権の行使が適切なものとなるように方向付けるための決定構造が法的に構築されているといえよう⁵⁴⁾。

2 わが国への示唆

それでは、以上のような特徴を有するドイツ法から、日本の法理論や法制度はいかなる示唆を得ることが可能であろうか。

前提として、本稿が検討してきたドイツ法の議論が、公法私法の二元的な秩序を背景として、これを前提とした私法への逃避という観点に基づいて行われてきたことを再確認しておく必要がある。このような観点からは、公法と私法、そして、公法上の組織と私法上の組織の区別がドイツほど厳格でない日本の法理論・法制度との関係において、本稿が検討を行ってきたドイツにおける議論の方法をどのような形で日本法に活かすことが可能であるかが問われる。

特に、わが国においては、立法者が公法上の組織と私法上の組織の区別をそこまで意識して法制度を構築しておらず、第三セクター等の諸組織もこのことを背景に存在していること、そして、わが国の法理論及び法制度では、公法上又は私法上の組織形式が利用されることそれ自体が、何らかの法的効果を必ずしも帰結するものと解されていないことは、ドイツ法の知見を日本法に取り入れる際に、十分に留意しておかなければならない⁵⁵⁾。

53) 以上について、本稿Ⅱ。

54) 以上について、本稿Ⅲ。

55) 以上について、本稿Ⅰ 2。

そこで、比較法的な作業としては、ドイツにおいて、公法（組織）と私法（組織）の二分、そして「私法（組織）への逃避」の視点を前提に展開されてきた、ゲマインデによる組織形式選択の裁量権行使をめぐる公法学説や関連する法制度が、いったい何を試みてきたのか、その議論の内実を捉え直すことが重要であろう。筆者のみるところ、その内実とはまさに、組織形式選択段階における、その後形成される組織の適切なガバナンスの実現への指向である。

周知のように、わが国においては、第三セクター等のガバナンスに関する議論及び法制度の不備という課題が、長きにわたって指摘されてきた⁵⁶⁾。このような現状を踏まえて、本稿で検討を行ってきたドイツの議論を捉え直すと、両国の議論状況は、自治体による組織形式選択という局面をいかに捉えるかという点について、対照的な状況にあると思われる。すなわち、ドイツ法においては、組織形式選択の問題が、一貫して、ゲマインデによる決定、すなわち裁量権の行使の問題として捉えられ、具体的な枠組みに即した議論が展開されてきたのに対して、わが国においてはこれに対応する議論は見られない。公法私法の二元的な秩序、そして、私法への逃避という観点に従って議論を行うかどうかはひとまず措くとしても、ドイツ法の議論に照らして、自治体による組織形式選択の問題に関する議論の不在というわが国における状況を考え直してみる価値はあろう。

この問題に対する解答方法については多様なアプローチがあろうが、本稿が検討してきたところとの関係では、自治体が負うべき「責任（Verantwortung）」という観点が、今後のわが国における法理論や法制度設計の具体的な進展にあたっている一つの足掛かりになり得るのではないかと考えられる⁵⁷⁾。

この点、従来のわが国における第三セクター等をめぐっては、責任の分散化や無責任主義といった問題点が盛んに指摘されてきた。しかしながら、これらの問題を法的に解決するための枠組みはいまだ提示されるに至っていない。本稿が検討を行ってきた自治体による組織形式選択の決定、ないし裁量権の行使の問題についても、これまで議論の蓄積は見られず、組織の株主ないし構成員としての自治体の権利及び地位の問題として、民商法に委ねられてきたように思われる⁵⁸⁾。

56) 参照、宮森・前掲注1)。

57) 公私協働論における責任に関する近時の包括的研究として、板垣・前掲注35)。

これに対して、本稿が対象としてきたドイツ法においては、組織形式選択の問題それ自体が、ゲマインデによって責任をもって決定されるべき問題であることが、一貫して、議論の前提とされてきた。自治体による組織形式選択が裁量権の行使の問題として捉えられているのも、この問題が、自治体が責任を持って判断すべき事項として捉えられていることの現れであるといえよう。

上に述べたようなわが国の第三セクター等が置かれている状況、そして、これに対応する議論の不成熟に照らせば、今後、わが国においても、自治体による組織選択決定を自治体が責任を負うべき裁量権行使の問題として捉えた上で、その行使のあり方について検討を行うとともに、これに対応した法制度設計論を展開すべきではないか。その際には、ドイツにおける議論や法制度設計のあり方を参考に、民商法において規定された組織のガバナンスのあり方を踏まえた上で、自治体が裁量権の行使にあたって配慮すべき考慮事項を導き出していくという方法が考えられよう。

58) 薄井・前掲注4) 887頁以下。