
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——

ヤン・ツイーコー（シュバイヤー行政科学大学教授）
人 見 剛・訳

- 1 1980年代以降の展開
- 2 保証国家の構想
- 3 再公営化の動向
- 4 再公営化の根拠とリスク
- 5 再公営化の法的枠組み
- 6 再公営化——保証国家に対する反対運動か？
- 7 むすび

他の多くの諸国と同様、ドイツは、前世紀最後の10年間そして世紀転換後の数年間において民営化の途をたどり、そして民間企業の給付能力への信頼の下、多くの公的給付の調達を民営化した。その後、この数年は、明確な反対の動きが看取される。民営化されてきた生活基盤配慮（Daseinsvorsorge）の給付を再び国家ないし地方自治体の手に取り戻すことは、市民の側から、ますます頻繁に迫られている。かかる動向は、給付が再び国家の手に戻される時には「再国営化（Re-Etatisierung）」概念の下で、地方自治体はその給付を再び引き受ける時には「再公営化（Re-Kommunalisierung）」概念の下で論じられている¹⁾。

以下の論述の目的は、ドイツでなされているような「国家への逆戻り」に関する現在の議論の一印象を伝えることにある。その際、私は、まず近年の展開を振り返り、そして保証国家（Gewährleistungsstaat）の国家理論的枠組みを説

1) 参照、Hartmut Bauer, Zukunftsthema „Rekommunalisierung“, in: DÖV 2012, S. 329.

明しようと思う。続いて、再公営化を詳細に論じ、その法的に重要な規準を提示し、そして再公営化を国家理論的議論に位置づけることとする。

再公営化という概念は、早くは1980年代の文献にみられる²⁾。しかし、この概念が大きな注目を浴びようになったのは、2008年の金融危機によってである。以来、再公営化に関する文献は飛躍的に増大した³⁾。再公営化の下で何が理解されているのか？ この標語で問題となっているのは、ある種の集合概念である⁴⁾。この集合概念は、法的性質を有するものではなく、むしろ事実としての現象を描写しているだけである。前綴りの「Re」は、ラテン語で「元へ」を意味している。これによって、何かが元に戻され、出発状態に戻り、あるいは新たなものから呼び戻されることが表現されている⁵⁾。再公営化という概念は、主に、「民営化 (Privatisierung)」という同じく玉虫色の標語に対する反対概念と見なされている⁶⁾。形式的もしくは実質的に私的担い手に確保されていた公的任務が、再びよりいっそう地方自治体によって処理されることが中核の問題である⁷⁾。部分的には、前綴りの「Re」のない「公営化」という概

2) 参照, *Peter Henricke*, Die Energiewende ist möglich: für eine neue Energiepolitik der Kommunen. Strategien für eine Rekommunalisierung, 1985; *Die Grünen* (Hrsg.), Energiewende in den Kommunen: zur Rekommunalisierung der Energieversorgung in Niedersachsen, 1987; *Helmut Schmidt*, Rekommunalisierung der Stromversorgung: ökonomische, umwelt- und regionalpolitische Auswirkungen des Wechsels in der Versorgungszuständigkeit, in: Zeitschrift für Energiewirtschaft 1989, S. 256-264.

3) 2008年以来、再公営化という概念をタイトルに含む文献は、既に50を超えており、これに対して1985年から2007年までは約20の文献にとどまっていた。

4) 参照, *Dietrich Budäus/Dennis Hilgers*, Mutatis mutandis: Rekommunalisierung zwischen Euphorie und Staatsversagen, in: DÖV 2013, S. 701 (702).

5) 参照, *Annette Guckelberger*, Die Rekommunalisierung privatisierter Leistungen in Deutschland, in: Jan Ziekow/Jong Hyun Seok (Hrsg.), Der Staat als Wirtschaftssubjekt und -regulierer, 2013, S. 179 (180f.).

6) 参照, *Hartmut Bauer* (Fn. 1), DÖV 2012, S. 329 (334); *Christoph Brüning*, (Re-) Kommunalisierung von Aufgaben aus privater Hand – Maßstäbe und Grenzen, in: Verwaltungsarchiv 2009, S. 453 (454); *Nils Otter/Mike Weber*, Rekommunalisierung – ein Innovationstreiber im öffentlichen Sektor?, in: Dennis Hilgers/Reinbert Schauer/Norbert Thom (Hrsg.), Public Management im Paradigmenwechsel, 2012, S. 333; ただし、批判的なものとして *Dietrich Budäus/Dennis Hilgers* (Fn. 4), DÖV 2013, S. 701 (702f.).

念は、公的任務がもともと私人によって処理されており、それが初めて地方自治体によって引き受けられる場合を示している⁸⁾。

1 1980年代以降の展開

学問的な文献においては、再公営化の動向⁹⁾すなわち強い国家へのパラダイム転換¹⁰⁾、強い国家のルネッサンス¹¹⁾が語られている。地方自治体はカムバックし、振りが戻って来ている¹²⁾。かかる展開は、国家の役割に関する理解の転換に埋め込まれている。

（国家論の）議論において言われる 20 世紀の 60 年代の「国家の黄金時代」は、「民主的な法治国家的介入国家」¹³⁾として標準的な富の生産に対する最終的全面的責任を負うという国家理解に基づいている¹⁴⁾。国家には、公的任務

7) この定義について参照, *Hellmut Wollmann*, Rekommunalisierung in europäischen Nachbarländern, in: Claus Matecki/Thorsten Schulten (Hrsg.), Zurück zur öffentlichen Hand? Chancen und Erfahrungen der Rekommunalisierung, 2013, S. 1 (4).

8) 参照, *Manfred Scholle*, Der Trend zur Rekommunalisierung: Chance oder Risiko?, in: Wolfgang Gernert (Hrsg.), Nachhaltige Kommunalpolitik - ein Anforderungsprofil, 2010, S. 95 (104); *Christoph Brüning* (Fn. 6), Verwaltungsarchiv 2009, S. 453 (454). 時には, 新公営化 (Neukommunalisierung) とも表現される。参照, *Anna Leisner-Egensperger*, Rekommunalisierung und Grundgesetz. Verfassungsrechtliche Kriterien, Grenzen und Konsequenzen, NVwZ 2013, 1110 (1112).

9) 参照, *Dietrich Budäus/Dennis Hilgers* (Fn. 4), DÖV 2013, S. 701.

10) 参照, *Hartmut Bauer* (Fn. 1), DÖV 2012, S. 329.

11) 参照, *Dietrich Budäus/Dennis Hilgers* (Fn. 4), DÖV 2013, S. 701 (702); *Christoph Brüning* (Fn. 6), Verwaltungsarchiv 2009, S. 453.

12) 参照, *Hellmut Wollmann* (Fn. 7), Rekommunalisierung, S. 1 (2).

13) この概念について参照, *Ralf Walkenhaus*, Entwicklungslinien moderner Staatlichkeit, in: ders. u.a. (Hrsg.), Staat im Wandel. Festschrift für Rüdiger Voigt zum 65. Geburtstag, 2006, S. 17 (26ff.); *Christian Fehr*, Staatlichkeit im Wandel, in: Public Management 4/2006, S. 10-13.

14) 参照, *Philipp Genschel/Stephan Leibfried/Bernhard Zangl*, Zerfaserung und Selbsttransformation - Das Forschungsprogramm „Staatlichkeit im Wandel“, TransState Working Papers 45, 2006, S. 3. この「黄金時代」について詳しくは *Stephan Leibfried/Michael Zürn*, Von der nationalen zur post-nationalen Konstellation, in: dies. (Hrsg.), Transformation des Staates?, 2006, S. 19 (34ff.).

を最善に処理する任務が割り当てられており、それ故に公的給付の調達に際して準独占が認められていた。こうした状況は、1980年代以降の新自由主義政策の時代において変化した¹⁵⁾。「スリムな国家 (Schlanker Staat)」という指導理念が成立し¹⁶⁾、その下で20世紀の90年代前半のコール政権は、任務批判、民営化、規制緩和、さらに自主制御のような活動諸領域を取り入れた¹⁷⁾。ただ、「スリムな国家」を国家の単なるダイエツトプログラムと誤解することは短絡に過ぎる¹⁸⁾。(自己完結的) 処理レジームと保証レジームを国家が自由に選択することの必要性は、自主規制メカニズムへの移行に際しては当初から考慮されていた¹⁹⁾。とはいえ、国家ないし地方自治体の給付までの民営化は、この指導理念の中核的一要素であった²⁰⁾。

15) かかる展開は、アメリカ合衆国ではロナルド・レーガンの下で、イギリスではマーガレット・サッチャーの下で始まった。レーガノミックスとサッチャーリズムは、新自由主義政策を支持するものである。参照, *Hellmut Wollmann*, *Rekommunalisierung* (Fn. 7), S. 1 (6f.); *Dominik Geppert*, *Maggie Thatchers Rosskur – ein Rezept für Deutschland?*, 2003; *Roland Sturm* (Hrsg.), *Thatcherismus: eine Bilanz nach zehn Jahren*, 1991; *Claus Offe*, *Die Aufgabe von statlichen Aufgaben: "Thatcherismus" und die populistische Kritik der Staatstätigkeit*, 1990.

16) 参照, *Hellmut Wollmann*, *Rekommunalisierung* (Fn. 7), S. 1 (2); *Jörg Bogumil/Werner Jann*, *Verwaltung und Verwaltungswissenschaft in Deutschland. Einführung in die Verwaltungswissenschaft*, 2. Auflage, 2009, S. 49.

17) 参照, Sachverständigenrat „Schlanker Staat“, *Abschlußbericht*, 1997, S. 15ff., 56ff., 74ff., 90ff.; *Andreas Breiter*, *Staatliche Initiativen zur Förderung der Informationsgesellschaft*, 2007, S. 183ff.

18) ただし参照, *Isabella Proeller/Kuno Schedler*, *Verwaltung im Gewährleistungsstaat*, in: Bernhard Blanke u.a. (Hrsg.), *Handbuch zur Verwaltungsreform*, 3. Auflage, 2005, S. 94 (95); さらに参照, *Jörn Axel Kämmerer*, *Verfassungsstaat auf Diät? Typologie, Determinanten und Folgen der Privatisierung aus verfassungs- und gemeinschaftsrechtlicher Sicht*, in: JZ 1996, S. 1042ff.

19) 参照, *Jan Ziekow*, *Die Funktion des Allgemein Verwaltungsrechts bei der Modernisierung und Internationalisierung des Staates*, in: Rainer Pitschas u. a. (Hrsg.), *Internationalisierung von Staat und Verfassung im Spiegel des deutschen und japanischen Staats- und Verwaltungsrechts*, 2002, S. 187 (195f.); *Martin Burgi*, *Privatisierung*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Band IV, 3. Auflage, 2006, §75 Rn. 28ff.

次に、世紀転換期の第一次シュレーダー政権の「活性化させる（aktivieren-der）」国家という指導理念においては、国家セクターと私的セクターの関係の新たな調整の観点により強くアクセントが付けられていた²¹⁾。そこでは、（行政）内部的な現代化を超えて、特殊な市民的問題の解決権限の活性化のため、国家と社会のパートナーシップへ目を向け、公共善のための任務処理を促進し助成するという意味で、それを動態化させるものとされた²²⁾。国家による発起、助成そしてアレンジによるこうした資源の活性化は、国家と市民の間の責任配分を眼目としており、それは市民社会の責任引き受けと国家の現代化を協働的にネットワーク化するものとされた²³⁾。国家の中核的任務でない限り、その任務は国家によって無条件に直接に処理されるものではないが、ただ少なくともその任務の遂行は保証されるものとされた²⁴⁾。

2 保証国家の構想

これらの指導理念と並行して、保証国家のドイツモデルが形作られた²⁵⁾。保証国家の出発点は、公共善の定式化と具体化についての国家独占は存在せず、それらのために国家アクターと私的アクターは協力し合うという見方に基本的にに基づいている。責任配分の思想と責任段階の構想が中核要素である²⁶⁾。

まず、責任配分について。保証国家構想の目標設定は、公的任務遂行に際し

20) 1990年代の民営化の具体例について参照, *Klaus König/Natascha Füchtner*, „Schlanker Staat“ – eine Agenda der Verwaltungsmodernisierung im Bund, 2000, S. 262ff.

21) その基礎は: Bundesregierung, *Moderner Staat – moderne Verwaltung*, Kabinettsbeschluss vom 01.12.1999; 活性化させる国家について詳しくは: *Friedemann Christ/Florian Niedlich*, *Der Aktivierende Staat zwischen Leitbild und Befund. Ein analytisches Modell für die Bildungs-, Berufs- und Beschäftigungsberatung*, 2008, Kapitel 2.

22) なお参照, *Stephan von Bademer/Josef Hilbert*, Vom expandierenden zum aktivierenden Staat, in: Bernhard Blanke u. a. (Hrsg.), *Handbuch zur Verwaltungsreform*, 3. Auflage, 2005, S. 26 (30).

23) 参照, *Bernhard Blanke/Henning Schridde*, Bürgerengagement und Aktivierender Staat, APuZ B 24-25/99, S. 3ff.

24) 参照, *Jörg Bogumil/Werner Jann*, *Verwaltung und Verwaltungswissenschaft* (Fn. 16), S. 50ff.

での役割配分である。国家責任の法的基盤は、憲法上設定された法的枠内での公的任務の遂行については国家が保証をしなければならないということにある²⁷⁾。責任配分の思想は、国家と社会は公的任務遂行のための連帯責任を負っているという見地を、国家と市民の責任共同体へと導いていくものである。責任配分は、国家がその任務遂行から手を引くことをもたらしものではない。むしろ、それは、協同すなわち社会の自主規制と政治的統御とのコンビネーションによって規定された国家の権力行使の形式転換なのである²⁸⁾。

責任配分が国家的、半国家的そして私的アクター間の役割を配分するとき、任務遂行の手法を定めることによって役割担当の具体化を必要とする²⁹⁾。これが責任段階の要素の任務である。責任段階の構想は、任務責任と任務処理が一手にまとめられてはならず、分割され得ることに基づいている³⁰⁾。

遂行責任、保証責任、捕捉責任という「責任の諸段階」は、国家の責任を細分化するものである³¹⁾。

25) 保証国家と保証責任について、特に参照、*Claudio Franzius*, Der Gewährleistungsstaat, in: *Verwaltungsarchiv* 99 (2008), S. 351ff.; *Matthias Knauff*, Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge, 2004; *Christoph Reichard*, Das Konzept des Gewährleistungsstaats, in: Elisabeth Göbel (Hrsg.), *Neue Institutionenökonomik – Public Private Partnership – Gewährleistungsstaat*, 2004, S. 48ff.; *Friedrich Schoch*, Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft?, in: *NVwZ* 2008, S. 241ff.; *Andreas Voßkuhle*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, in: *VVDStRL* 62 (2003), S. 266ff.

26) 参照, *Gunnar Folke Schuppert*, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung. Zum Denken in Verantwortungsstufen, in: *Die Verwaltung* 1998, S. 415 (419); さらに参照, *Josef Ruthig/Stefan Storr*, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 3. Auflage, 2011, Rn. 652.

27) 参照, *Rainer Pitschas*, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren*, 1990, S. 254.

28) 参照, *Renate Mayntz*, Politische Steuerung: Aufstieg, Niedergang und Transformation einer Theorie, in: Klaus von Beyme/Claus Offe (Hrsg.), *Politische Theorien in der Ära der Transformation*, 1996, S. 148 (163).

29) 参照, *Gunnar Folke Schuppert*, Der Gewährleistungsstaat – modisches Label oder Leitbild sich wandelnder Staatlichkeit?, in: ders. (Hrsg.), *Der Gewährleistungsstaat – Ein Leitbild auf dem Prüfstand*, 2005, S. 11 (17).

- ・遂行責任がある場合には、国家は自らの装備によって公的任務を遂行する。したがって、国家は、その任務を処理し、そして任務責任を負う。
- ・これに対して、保証責任は、専ら国家自身による任務遂行から国家は撤退し、私人と国家との協同による任務処理、もしくは——国家によって設定された規準によって嚮導されつつ——社会の自己制御による任務処理によって形作られる。したがって、ここでは、国家は任務を自ら、あるいは少なくとも単独では遂行せず、ただ制御措置によって秩序だった（任務）遂行を保証するのである。
- ・私人による任務遂行の場合に、追求された制御成果が得られないときには、第三の責任類型としての捕捉責任が、国家に事後制御のための諸制度の展開を求める³²⁾。捕捉責任は、「代理責任」の意味での隠れた遂行責任の実行という形でも具体化され得るのである³³⁾。

このことは、保証国家という構想が全くもって「過大に要求される国家 (überforderter Staat)」³⁴⁾をめぐる議論との関係で位置づけられるべきで、国家に対する「ダイエットプログラム」を意味するものではないことを明らかにしている。国家の保証責任は、公的任務が、どの程度、如何なる手段の投入の下

30) 参照, *Klaus König/Angelika Benz*, Zusammenhänge von Privatisierung und Regulierung, in: dies. (Hrsg.), *Privatisierung und staatliche Regulierung*, 1997, S. 11 (29ff.); *Jan Ziekow*, Rechtliche Rahmenbedingungen der Privatisierung kommunaler Dienstleistungen, in: Klaus G. Meyer-Teschendorf u. a. (Hrsg.), *Neuausrichtung kommunaler Dienstleistungen*, 1999, S. 132 (137ff.).

31) 参照, *Wolfgang Hoffmann-Riem*, in: Paul Kirchhof (Hrsg.), *Staat und Steuern. Festschrift für Klaus Vogel*, 2000, S. 47 (52f.); *Gunnar Folke Schuppert* (Fn. 26), *Die Verwaltung* 1998, S. 415 (423ff.).

32) 参照, *Jan Ziekow*, Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership) im Verwaltungsverfahrensgesetz, 2001, S. 180.

33) 参照, *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Modernisierung von Recht und Justiz, 2001, S. 25f. この点について, *Bernward Wollenschläger*, Effektive staatliche Rückholoptionen bei gesellschaftlicher Schlechterfüllung, 2006.

34) 参照, *Thomas Ellwein/Joachim Jens Hesse*, *Der überforderte Staat*, 1994; *Roman Herzog*, „Der überforderte Staat“, 1992.

で、国家アクターとその他のアクターの如何なる組み合わせで遂行されれば最も効果的で、最も効率的になるのか、という長期的な観点の戦略の展開を国家に求めるものである。故に、保証責任は、常に長期的な責任としてあるのである。

3 再公営化の動向

a) 経験、領域そして国民の意思

再公営化の動向が語られるとしても、広範かつ確固とした運動に関するもともな経験的事象があるわけではない³⁵⁾。しかし、このテーマに関する文献の増大と新聞を賑わせる実際の様々な事件に鑑みて、かかる展開は確かにあると思われる。とりわけエネルギー分野はこれに関わっている。しかし、ヨーロッパ全土をみれば、一義的な像が描ける訳ではない³⁶⁾。これは、再公営化が、(まだ) 発生段階の問題であることによる。生活基盤配慮についての地方自治体責任の觀念の伝統があるドイツのような国は、インフラ供給の配慮さえも競争下に置く伝統をもつ国よりも、おそらくはより早くこの種の動向を展開しているのである³⁷⁾。

目下のところ如何なる任務が再公営化されているのか？ 前面に出ているのは公的な生活基盤配慮の任務である³⁸⁾。自然独占が成立するこの領域³⁹⁾、す

35) 参照, *Annette Guckelberger*, Die Rekommunalisierung (Fn. 5), S. 179 (180); *Dietrich Budäus/Dennis Hilgers* (Fn. 4), DÖV 2013, S. 701 (703); *Felix Höffler*, Rekommunalisierung: Renaissance öffentlicher Unternehmen?, in: Wirtschaftsdienst 2013, S. 71 (75); *Christina Schaefer/Ulf Papenfuß*, Renaissance öffentlicher Unternehmen? Ein Überblick zu Rekommunalisierungsstudien, in: Wirtschaftsdienst 2013, S. 79; これらの諸研究の概観について参照, *dies.*, Wirtschaftsdienst 2013, S. 75 (77); *Jens Libbe/Stefanie Hanke/Maia Verbücheln*, Rekommunalisierung – eine Bestandsaufnahme, 2011, S. 6.

36) 参照, *Hellmut Wollmann*, Rekommunalisierung (Fn. 7), S. 1 (17f.)における概観。

37) 参照, *Jens Libbe/Stefanie Hanke/Maia Verbücheln*, Rekommunalisierung (Fn. 35), S. 12.

38) 参照, 生活基盤配慮に端的に再公営化の重点を見出す *Dietrich Budäus/Dennis Hilgers* (Fn. 4), DÖV 2013, S. 701 (703)。

39) 参照, *Felix Höffler* (Fn. 35), Wirtschaftsdienst 2013, S. 71 (72)。

なわち唯一の企業がサービスを提供する時にコストがより少なくなる領域が重要である。例として、以下のようなものを挙げておきたい。廃棄物処理，下水処理，エネルギー供給（電気，ガス，暖房），上水道，交通事業，病院，幼稚園，プール，社会住宅建設，見本市，市場など⁴⁰⁾。

再公営化の動向は，まさしく，生活基盤配慮の任務は私的事業ではなく国家に任せられるべきであるというドイツ国民の広く優勢な意思に対応したものである⁴¹⁾。ハンブルクでは，2013年に，エネルギー供給の市への完全な取り戻しに市民の多数が賛同した。同様のことは，水道供給について2010年にシュトゥットガルトであり⁴²⁾，ライプチヒでは2008年に市公社の私企業への売却に反対する市民投票がなされている⁴³⁾。初めてのヨーロッパ市民請求は，まさしく水道供給の民営化の強化が危惧された計画中の指令に反対してなされたものであった。その結果，EU委員会は，その指令策定計画を変更している⁴⁴⁾。

b) 再公営化の諸形式

再公営化の諸形式には，つぎのようなものがある⁴⁵⁾。

1) 任務関連の再公営化。ここでは，実質的民営化の逆が問題となってい

40) 参照，*Hartmut Bauer* (Fn. 1), DÖV 2012, S. 329 (334).

41) 参照，*Christina Schaefer/Ulf Papenfuß* (Fn. 35), Wirtschaftsdienst 2013, S. 75 (76).

42) 参照，*Jens Libbe/Stefanie Hanke/Maic Verbücheln*, Rekommunalisierung (Fn. 35), S. 9.

43) 参照，*Gerd Landsberg*, Wirtschaftliche Betätigung von Kommunen – Chancen und Risiken Wirtschaftsdienst 2013, S. 83.

44) 参照，EU-Kommission KOM (2011) 896 vom 20.12.2011 und <http://www.spiegel.de/wirtschaft/service/eu-kommissar-barnier-nimmt-wasserversorgung-von-privatisierung-aus-a-907198.html>

45) 参照，*Gerung von Hoff*, Rekommunalisierung – nur scheinbar kein Thema für das Vergaberecht, in: VergabeR 2013, S. 395 (395f.); *Claus Matecki/Thorsten Schulten*, Zwischen Privatisierung und Rekommunalisierung, Zur Entwicklung der öffentlichen Daseinsvorsorge, in: dies. (Hrsg.), Zurück zur öffentlichen Hand?, 2013, S. 8 (14); さらに参照，*Christoph Brüning* (Fn. 6), Verwaltungsarchiv 2009, S. 453 (458); *Jens Libbe/Stefanie Hanke/Maic Verbücheln*, Rekommunalisierung (Fn. 35), S. 5.

る。地方自治体から完全に私人に委ねられた任務が、再び地方自治体の責任の下に取り戻される。

2) 遂行関連の再公営化は、いわば機能的民営化に典型的な任務責任と任務処理の分離を反映している。私企業に委ねられたある任務の遂行は、その任務遂行が地方自治体の直営事業、自主経営事業もしくは自治体企業に委ねられるという形で取り戻される。

3) 形式的民営化の「反対概念」としての組織形式関連の再公営化。これは、地方自治体の支配下の私法上の株式会社（形態）から公法上の組織形態への移行を意味している。

4) 混合型の再公営化。再公営化のこの形態は、任務遂行が従前完全に私的企業に委ねられていたものが、地方自治体のパートナーによって支配されている公私協働企業によってなされることになる場合にみられる。

5) 財産上の再公営化は、地方自治体によって売却された財産物件が買い戻されたときに生ずる。

4 再公営化の根拠とリスク

a) 原因

再公営化の動向を規定している原因は何か？ ここでは7点のみを強調しておきたい。

- ・民営化に結びついていた大きな期待が、しばしば幻滅に終わった⁴⁶⁾。私経済は、それ自身としてより良くより効率的でよりコストがかからないものではない⁴⁷⁾。部分的には、市民に対する高コストになったり、（サービスの）質の悪化になったりする⁴⁸⁾。
- ・国際的な金融・経済危機は、金融機関の統制の欠如が如何なる結果をもた

46) 参照, *Hellmut Wollmann*, Rekommunalisierung (Fn.7), S. 1 (19); *Christina Schaefer* / *Ulf Papenfuß* (Fn. 35), Wirtschaftsdienst 2013, S. 75 (76).

47) 参照, *Annette Guckelberger*, Die Rekommunalisierung (Fn. 5), S. 179 (184).

48) 参照, *Annette Guckelberger*, Die Rekommunalisierung (Fn. 5), S. 179 (183).

らし得るかを明らかにした。私経済への市民の信頼は、これによって地に落ちた⁴⁹⁾。

- ・ニューパブリックマネジメントの進展により、地方自治体は、その組織構造を現代化し、競争力を身につけ、有能な人材を備えるようになった⁵⁰⁾。再公営化を支持する議論として用いられる地方自治体の革新能力は、部分的には、まさしく民営化の逆のプロセスに帰せられるものである⁵¹⁾。地方自治体が、私的セクターと精力的に共同作業をしたことによって、地方自治体は、その最適化可能性を学んだのである。
- ・地方自治体には、より多くの創造力、高い政治責任、そして公共善によりよく方向付けられているという期待がある⁵²⁾。
- ・地方自治体には、環境（保護）水準と社会（保障の）水準をよりよく達成するという期待がある⁵³⁾。
- ・地方自治体には、市民満足の増進への期待がある⁵⁴⁾。
- ・エネルギー分野では、福島原発事故によってこの展開は促進されている⁵⁵⁾。ドイツでは、完全な脱原発を決め⁵⁶⁾、それにより短期間に新エネルギーによる電力によって包括的なエネルギー供給を確保する必要性が生じている。民間のエネルギー供給企業が、特に電力供給の拡大について過

49) 参照, *Annette Guckelberger*, Die Rekommunalisierung (Fn. 5), S. 179 (185).

50) 参照, *Hellmut Wollmann*, Rekommunalisierung (Fn. 7), S. 1 (20); *Annette Guckelberger*, Die Rekommunalisierung (Fn. 5), S. 179 (184).

51) 参照, *Nils Otter/Mike Weber*, Rekommunalisierung (Fn. 6), S. 333 (346).

52) 参照, *Annette Guckelberger*, Die Rekommunalisierung (Fn. 5), S. 179 (185f.); *Claus Matecki/Thorsten Schulten*, Zwischen Privatisierung und Rekommunalisierung (Fn. 45), S. 8 (13).

53) 参照, *Hartmut Bauer* (Fn. 1), DÖV 2012, S. 329 (335).

54) 参照, *Anna Leisner-Egensperger* (Fn. 8), NVwZ 2013, 1110 (1112).

55) 参照, *Hellmut Wollmann*, Rekommunalisierung (Fn. 7), S. 1 (8).

56) 2022年12月31日を過ぎるとドイツではもはや原子力発電は操業されない。参照, 13. Gesetz zur Änderung des Atomgesetzes vom 31.07.2011, BGBl. I S. 1704 (Nr. 43). 以前に発布された原子力モラトリアムの違法性について参照, VGH Kassel, Urteil vom 27.02.2013 - 6 C 825/11.T.

大な要求をされていることが、このことを端的に物語っている⁵⁷⁾。

時の要因も、かかるパラダイム転換の基礎にある。ここでも「機会の窓」について語られている⁵⁸⁾。民営化のうねりの過程で1990年代初頭・中盤に締結された事業権契約は、20年の契約期間であった。目下、電気・ガスの領域だけでも約2万件の事業権契約が終了することになる⁵⁹⁾。地方自治体は、特に市公社の新設のために、この機会を利用しているのである⁶⁰⁾。

b) リ ス ク

学問的な文献では、再公営化は、——民営化も同様であるが——それ自体としてより良いとかより悪いということはない、という点に一致がある⁶¹⁾。より多くを国家にとり、より多くを市場に、というようなイデオロギー上の問題の解答は問題ではない⁶²⁾。

個別の任務領域にも、ある役割がある。地方自治体による公的人員輸送は、原則として赤字でしか運営されないが、電気・ガス供給では黒字が得られる⁶³⁾。しかし、独占委員会の見解によれば、電気・ガスの再公営化に際して

57) なお参照, den Netzentwicklungsplan Strom, Zweiter Entwurf 2013, 以下で参照可能 : http://www.netzentwicklungsplan.de/NEP_2013_2_Entwurf_Teil_1_Kap_1_bis_9.pdf

58) 参照, *Hellmut Wollmann*, Rekommunalisierung (Fn. 7), S. 1 (23).

59) 参照, *Gerung von Hoff* (Fn. 45), VergabeR 2013, S. 395.

60) 参照, *Hellmut Wollmann*, Rekommunalisierung (Fn. 7), S. 1 (10, 11); *Annette Guckelberger*, Die Rekommunalisierung (Fn. 5), S. 179.

61) 特に参照, *Dietrich Budäus/Dennis Hilgers* (Fn. 4), DÖV 2013, S. 701 (707); *Annette Guckelberger*, Die Rekommunalisierung (Fn. 5), S. 179 (221); *Holger Mühlenkamp*, Zur relativen (In-) Effizienz öffentlicher (und privater) Unternehmen – Unternehmensziele, Effizienzmaßstäbe und empirische Befunde, in: Christian Schaefer/ Ludvig Theuvsen (Hrsg.), Renaissance öffentlicher Wirtschaft, 2012, S. 21 (43); *Hartmut Bauer* (Fn. 1), DÖV 2012, S. 329 (338); *Jens Libbe/Stefanie Hanke/Maic Verbücheln*, Rekommunalisierung (Fn. 35), S. 21; *Alfred Katz*, Verantwortlichkeiten und Grenzen bei „Privatisierung“ kommunaler Aufgaben, in: NVwZ 2010, 405 (410).

62) 参照, *Felix Höffler* (Fn. 35), Wirtschaftsdienst 2013, S. 71 (72); *Gerd Landsberg* (Fn. 43), Wirtschaftsdienst 2013, S. 83 (85).

63) 参照, *Manfred Scholle*, Der Trend zur Rekommunalisierung (Fn. 8), S. 95 (102).

は、料金の引き上げが見込まれている。「国家がなぜこれらの市場レベルで活動するものとされているか、この限りでは理解できないように思われる」と、エンドユーザー市場について独占委員会は述べている⁶⁴⁾。

私的事業の買い戻しに重大な財政的必要が結びついていることは、よく考えられねばならない⁶⁵⁾。財政的必要のために私的事業が買い戻されるときには、コスト増は市民が負担しなければならないのである。だが、金融危機によって地方自治体の債務の利率は、かつて無いほど低くなっている⁶⁶⁾。このことは、地方自治体が相当の融資額を調達することを可能としているのである。

5 再公営化の法的枠組み

再公営化の過程は、法的に自由な領域においてなされるものではない。むしろ、地方自治体は、ヨーロッパ法、憲法そして通常法を遵守しなければならない。

a) 憲 法

基本法は、経済政策には原則として中立的である⁶⁷⁾。このことから、国家機関は、原則として一定の経済政策の追求に拘束されず、経済政策上の形成の自由を享受するということが導かれる⁶⁸⁾。公的任務を遂行するについて、国家機関、地方自治体機関、私的組織のいずれによるべきかの憲法上の優先付けは存在しない。欧州連合の作動の仕方に関する条約（AEUV）119条によれば、欧州の側から自由競争による開かれた市場経済の規準が課されている⁶⁹⁾。この条約14条に係る議定書26号によって、欧州連合は、ドイツで生活基盤配慮

64) 参照, Monopolkommission, BT-Drs. 17/7181, S. 28.

65) 参照, *Dietrich Budäus/Dennis Hilgers* (Fn. 4), DÖV 2013, S. 701 (706).

66) 参照, *Jens Libbe/Stefanie Hanke/Maic Verbücheln*, Rekommunalisierung (Fn. 35), S. 7.

67) 参照, BVerfG NJW 1958, 1035 (1036); BVerfG NJW 1979, 699 (702). ラインラント・プファルツでは、社会的市場経済の基本原則が州憲法に規定されている（参照, ラインラント・プファルツ州憲法 51 条。類似の定めとしてチューリングゲン州憲法 38 条）。

68) 参照, *Annette Guckelberger*, Die Rekommunalisierung (Fn. 5), S. 179 (190); *Jan Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl., 2013, §3 Rn. 7.

概念の下でまとめられている諸給付の大部分を包含する一般利益のための給付については構成国に広い裁量の余地を与えていた⁷⁰⁾。

学問上の文献では、基本法 12 条 1 項の職業の自由の基本権は再公営化の限界をなす、という主張が時になされることがある。再公営化には重大な根拠を要し、比例原則の観点から私的自由の優位に比較衡量されなければならないというのである⁷¹⁾。この見解には法的な理由はない。ある公営化が具体的場合に基本権を害する場合には、そのために妥当する憲法上の基準が遵守されなければならないことはもちろん適切である。例えば、財産の再公営化である。再公営化が私企業の取用になるとときには、基本法 14 条に基づく財産権は、その限界を形作る。しかし、私人との事業権契約の契約期間が満了し、地方自治体はその任務を契約終了後に再び自ら遂行する場合には、事情は別である。私的セクターが、自身がいったん遂行した全ての任務を将来も遂行することができる、という内容の基本権は存在しない。それは、むしろ憲法に基づいて権限を有する機関によってなされるべき秩序政策的な決定事項である⁷²⁾。

地方自治体のレベルに関する限り、基本法 28 条 2 項による地方自治行政保障は、地方自治体が生活基盤配慮給付の遂行を引き受けることができ、そして場合によっては引き受けなければならないことを保証している⁷³⁾。しかし、かかる憲法規範は、市町村の活動を原則として当該市町村と地域的関連あるものに限定している。他の市町村や国家レベルの事務に携わることはできない⁷⁴⁾。それゆえ、地方自治体は、例えば、国家全域にわたるエネルギー供給

69) 参照, *Annette Guckelberger*, Die Rekommunalisierung (Fn. 5), S. 179 (204); *Jan Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht (Fn. 68), §3 Rn. 10.

70) 参照, Protokoll 12008M/PRO/26, Amtsblatt Nr. 115 vom 09.05.2008 S. 0308.

71) 同旨, *Anna Leisner-Egensperger* (Fn. 8), NVwZ 2013, 1110 (1113).

72) 基本法 12 条と 14 条は、国家が競争者として立ち現れてくることから(私人を)保護するものではない。ただし、公企業が独占的地位を与えられたり、あるいは少なくとも耐え難い排除競争のために私人の競争を不可能にしたり疲弊させる場合は別である。参照, *Udo Di Fabio*, in: Theodor Maunz/ Günter Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Stand 2013, Art. 14 GG Rn. 121 m.w.N.; BVerwGE 39, 329 (337); また参照, *Jan Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht (Fn. 68), §7 Rn. 61.

を自らの政策で営むことはできない。ただし、地方自治体法の特別な諸規定は、部分的には洋上風力発電への参加や原発プロジェクトにおけるように地域を越えたエネルギー経済活動も認めている⁷⁵⁾。

基本法に係留された民主主義原理からは、民営化された国家・地方自治体任務に対するコントロールの要請が導かれる。公法上の組織形態との対比で、次のような見解があり得る。すなわち、私法上の組織形態においては、市町村は、当該企業の持ち分の多数を保有したり、あるいは契約上確保された情報権、統制権、報告義務、違約金、解約告知権、損害賠償請求権などによって当該企業に対する決定的な影響力を行使しなければならない⁷⁶⁾。再公営化は、それ自体でより民主的であるわけではないが、その任務が市町村によって直営事業の下で実施される時には、民主主義原理を強化することはできる⁷⁷⁾。

-
- 73) (地方自治体の) 任務免除の限界について参照, BVerwG NVwZ 2009, 1305 (1306f.)
これについての批判について *Jan Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht (Fn. 68), § 8 Rn. 18; *Josef Ruthig/Stefan Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht (Fn. 26), Rn. 650. ヨーロッパからの観点について参照, *Matthias Niedzwicki*, Das Prinzip des grundlegenden, demokratischen Gehalts nach den sog. Maastricht- und Lissabon- Urteilen des BVerfG im Anwendungsbereich der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung, in: KommJur 2011, 450ff.
- 74) 参照, *Peter J. Tettinger*, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/ Christian Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 2, Art. 28 Rn. 168; *Jens Libbe/Stefanie Hanke/Maic Verbücheln*, Rekommunalisierung (Fn. 35), S. 15.
- 75) 参照, ノルトライン・ヴェストファーレン州市町村法 107a 条 3 項。この規定の合憲性について参照, *Martin Burgi*, Privatisierung und Rekommunalisierung aus rechtswissenschaftlicher Sicht, NdsVBl 2012, S. 225 (229); また参照, *Menges/ Müller-Kirchbauer*, Rekommunalisierung versus Neukonzessionierung der Energieversorgung, Zeitschrift für Energiewirtschaft 2012, S. 51 (63); さらに参照, *Jan Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht (Fn. 68), § 7 Rn. 51ff. 類似の規定として, ブランデンブルク州地方自治体構成法 91 条 4 項, ザクセン・アンハルト州市町村法 116 条 3 項。一般的には, バイエرن州市町村法 87 条 2 項, ヘッセン州市町村法 121 条 5 項, ラインラント・プファルツ州市町村法 85 条 2 項, ザールラント州地方自治行政法 108 条 4 項, シュレスヴィッヒ・ホルシュタイン州市町村法 101 条 2 項・3 項, チューリンゲン州自治体法 71 条 5 項。
- 76) 参照, *Annette Guckelberger*, Die Rekommunalisierung (Fn. 5), S. 179 (193); *Jens Libbe/Stefanie Hanke/Maic Verbücheln*, Rekommunalisierung (Fn. 35), S. 16.
- 77) なお参照, *Martin Burgi* (Fn. 75), NdsVBl 2012, S. 225 (231).

再公営化に関しては、地方自治体は、経済性の要請を考慮しなければならない⁷⁸⁾。その際、純粹の効率性審査のみならず、目的と手段の適切な関係も問題となる⁷⁹⁾。それゆえ、再公営化は、地方自治体による任務遂行の適切性の限界が守られる時にのみなされ得る。ただ、これによって地方自治体にはごく広い限界が設定されるにとどまる⁸⁰⁾。かかる経済性の要請に対する違反が認められるのは、地方自治体の側に留保された統制の可能性にもかかわらず、その任務遂行が私的経済企業によって継続的に、かつ確かに明白により経済的になされる時だけである。

憲法はただ一つの枠条件しか示していないので、再公営化に対する重要な規準は、連邦法律及び州法律に求められることになる⁸¹⁾。

b) 地方自治体法

地方自治体の経済企業の設置・運営・拡大は、地方自治体経済法に関する個別の州法上の諸規定⁸²⁾に基づいて、関門トリオとも呼ばれる3つの要件に基

78) 節約的で経済的な財政執行の原則一般について参照、バーデン・ヴュルテンベルク州市町村法 77 条 2 項、バイエルン州市町村法 61 条 2 項、ブランデンブルク州自治体構成法 63 条 2 項、ヘッセン州市町村法 92 条 2 項、メクレンブルク・フォアポメルン州自治体構成法 43 条 4 項、ニーダーザクセン州自治体構成法 110 条 2 項、ノルトライン・ヴェストファーレン州市町村法 75 条 1 項、ラインラント・プファルツ州市町村法 93 条 3 項、ザールラント州地方自治行政法 82 条 2 項、ザクセン州市町村法 72 条 2 項、ザクセン・アンハルト州市町村法 90 条 2 項、シュレスヴィッヒ・ホルシュタイン州市町村法 75 条 2 項、チューリンゲン州地方自治体法 53 条 2 項。さらに参照、連邦及び州の財政法の諸原則に関する法律 6 条。

また参照、Jens Libbe/Stefanie Hanke/Maic Verbücheln, *Rekommunalisierung* (Fn. 35), S. 16; Christoph Brüning (Fn. 6), *Verwaltungsarchiv* 2009, S. 453 (468).

79) 参照、Anna Leisner-Egensperger (Fn. 8), *NVwZ* 2013, 1110 (1115).

80) まず参照、Josef Ruthig/Stefan Storr, *Öffentliches Wirtschaftsrecht* (Fn. 26), Rn. 1025; Alfons Gern, *Kommunalrecht Baden-Württemberg*, 9. Auflage, 2005, Rn. 356; Karl-Ludwig Barthelemä u. a., *Praxis der Kommunalverwaltung*, Band 9, Rheinland-Pfalz, Stand 2013, §93 Rn. 3.3.3; Martin Burgi (Fn. 75), *NdsVBl* 2012, S. 225 (230). Christoph Brüning (Fn. 6), S. 453 (470).は、その判断の要件として、経営学的に認められた詳細な経済性分析とリスク分析を要求している。

81) 参照、Anna Leisner-Egensperger (Fn. 8), *NVwZ* 2013, 1110 (1112).

づかされている。(1)公共の目的を追求しなければならず、地方自治体の純粋な利潤獲得の目的はこれを充たさない。次に、(2)市町村の給付能力と、見込まれる需要との間に適切な関係が存在しなければならない。市町村は、度を超して経済企業を営むことはできない。(3)最後の要件は、補完性条項と呼ばれている。従来は、私企業が（市町村と）同等には良くかつ経済的に追求目的を達成できない時に限って、市町村は、企業経済的活動をなしうるとされた⁸³⁾。若干の州は、この補完性条項を緩和することに移行している。それによれば、私企業が市町村よりより良くかつより経済的に追求目的を果たすときにのみ市町村がその活動することはできないとされる⁸⁴⁾。エネルギー供給、水道供給、そして公の人員輸送の領域では、この補完性が部分的に排除されている⁸⁵⁾。それゆえ、ここでは、その時々々の州立法者によって、再公営化の方向にルールが引かれているのである。

c) 公共調達法

公共調達法の欧州規定は、例外なく遵守されなければならない。それには、基本権的自由、平等取扱、透明性が含まれる⁸⁶⁾。欧州競争法は、欧州連合の

82) 参照、バーデン・ヴュルテンベルク州市町村法 102 条 1 項、ヘッセン州市町村法 121 条 1 項、ニーダーザクセン州自治体構成法 136 条 1 項、ラインラント・プファルツ州市町村法 85 条 1 項、ザールラント州地方自治行政法 108 条 1 項。任務適性に関する付加的な第 4 の要件を目指すものとして、バイエルン州市町村法 87 条 1 項、チューリンゲン州地方自治体法 71 条 2 項。

83) この節について参照、Annette Guckelberger, Die Rekommunalisierung (Fn. 5), S. 179 (194f.); Martin Burgi (Fn. 75), NdsVBl 2012, S. 225 (229)。

84) 参照、ブランデンブルク州地方自治体構成法 91 条 2 項・3 項、ザクセン州市町村法 97 条 1 項、ザクセン・アンハルト州市町村法 116 条 1 項、シュレスヴィッヒ・ホルシュタイン州市町村法 101 条 1 項。類似の規定としてメクレンブルク・フォアポメルン州自治体構成法 68 条 2 項、ノルトライン・ヴェストファーレン州市町村法 107 条 1 項。

85) 参照、ニーダーザクセン州自治体構成法 136 条 1 項、ノルトライン・ヴェストファーレン州市町村法 107 条 1 項、ラインラント・プファルツ州市町村法 85 条 1 項。参照、バーデン・ヴュルテンベルク州市町村法 107 条、ザクセン州市町村法 101 条、ザクセン・アンハルト州市町村法 116 条 2 項、チューリンゲン州地方自治体法 71 条 2 項。

作動の仕方に関する条約 (AEUV) 106 条に基づいて、原則として公企業にも適用される⁸⁷⁾。

しかし、まず、ある公的任務を誰が形成するべきかということに関する地方自治体の決定は、2段階に構成されていることに注意すべきである。第1段階では、いわゆる自製か購入かの決定 (Make-or-buy-Entscheidung) がなされる。これは、国家あるいは地方自治体が自ら任務遂行をするか、それとも私人による給付を買い取るかに関する決定である。この決定には公共調達法は関わらない。国家あるいは地方自治体が私人による給付を調達するという決定をなした時に初めて、公共調達法が介入する。

再公営化に際しては、地方自治体が自製か購入かの決定について肯定的に、すなわち私人による給付調達に有利な決定をなし、そしてそれゆえに公共調達法が適用可能とならざるをえないということが論じられている。しかし、市町村の内的事務すなわち市町村自身の手段による公的任務の処理が問題となるときには、公共調達法は適用されない。これは、いわゆる組織内取引 (In-House-Geschäft) の問題である。公的任務主体 (ここでは、地方自治体) 自らが参加している、自身の独立法主体 (ここでは、地方自治体の自主会社) による給付調達がなされ、公的任務主体がその独立法主体に関して、自己の一部局に対してなすものと同様のコントロールを行使し、そしてその独立法主体が、その活動を重要な部分で任務主体のために行っている場合には、そのような組織内取引が認められる⁸⁸⁾。ヨーロッパ裁判所の判例によれば、例えば、法的に独立した市町村公社有限会社は、それが市町村住民に対する生活基盤配慮給付をもたらす場合であっても、市町村に向かって活動しているのである⁸⁹⁾。

再公営化は、従来私企業によって調達されてきた給付が、将来は市町村自身

86) 参照, *Jan Ziekow*, in: Jan Ziekow/Uwe-Carsten Völlink (Hrsg.), *Vergaberecht*, 2. Auflage, 2013, §97 GWB Rn. 10ff.

87) 参照, *Martin Burgi* (Fn. 75), *NdsVBl* 2012, S. 225 (227).

88) *Grundlegend EuGH Slg.* 1999, S. I-8121ff. (Teckal); *NVwZ* 2005, S. 187ff. (Stadt Halle); *EuGH NVwZ* 2005, 1407ff. (Parking Brixen). さらに参照, *Jan Ziekow*, in: Jan Ziekow/Uwe-Carsten Völlink (Fn. 86), §99 GWB Rn. 96ff.

もしくは地方自治体の自主会社の手中に入ることに通常は結びついている。したがって、それは組織内取引の形態でなされているので、公共調達法は、原則として再公営化には適用されない⁹⁰⁾。

d) エネルギー経済法 (EnWG) 46 条

市町村がエネルギー供給の再公営化をすることを決定する場合には、エネルギー経済法 46 条を遵守しなければならない⁹¹⁾。同法 46 条 2 項に基づいて、企業は、新しいエネルギー供給企業（本件の場合には、市町村）に、市町村領域において一般供給網の運営のために必要な配分施設を移譲することが法律上義務付けられている。反対に、企業は、経済的に適切な補償を得る⁹²⁾。この規定は、その施設へのアクセスの権利と当該施設の所有権が同一者に帰属し得ることを確保する趣旨である⁹³⁾。

2013 年 12 月 17 日の連邦裁判所の新決定は、将来のエネルギー分野の再公営化を極めて困難なものとするであろう⁹⁴⁾。この具体的事案では、従前市町村との事業権契約に基づいて私企業によって経営されてきた電気供給網が問題

89) 参照, EuGH NZBau 2009, 797 Rn. 45 (Sea Srl); EuGH VergabeR 2007, 487 Rn. 57 (Asemfo); EuGH NVwZ 2005, 1407 Rn. 67 (Parking Brixen); さらに参照, BGH DÖV 2001, 1006ff; OLG Hamburg, NZBau 2011, 185ff.

90) この点について、及び異なった状況について *Gerung von Hoff* (Fn. 45), VergabeR 2013, S. 395ff.

91) エネルギー経済法 46 条について詳しくは参照, *Christoph Brüning*, Die Rolle der Kommunen bei der Vergabe von Konzessionen nach § 46 EnWG: Rechtsgutachten erstattet im Auftrag des Verbandes der Schleswig-Holsteinischen Energie- und Wasserwirtschaft e. V., 2013.

92) 参照, *Martin Burgi* (Fn. 75), NdsVBl 2012, S. 225 (231). 適切性について詳しくは参照, *Hans-Jürgen Papier/Meinhard Schröder*, Wirtschaftlich angemessene Vergütung für Netzanlagen: zur verfassungskonformen Auslegung des § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG, 2012; *Stephanie Braedel*, Die Überlassung von Verteilungsanlagen nach Ablauf des Konzessionsvertrages gemäß § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG, 2011.

93) 参照, Gesetzesentwurf von CDU/CSU und FDP, BT-Drs. 17/6072, S. 88.

94) 参照, BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 – KZR 65/12 und KZR 66/12, Pressemitteilung vom 18.12.2013 unter www.bundesgerichtshof.de

となった。この契約終了後、市町村もしくは市町村営の株式会社が、この電気供給網の運営を自ら引き受けようとした。連邦裁判所は、これを違法と宣言した。市町村がその送電網を自ら引き受けようとするのであれば、利害関係のある企業との競争によってのみそれをなし得る。市町村の運営が价格的に最も廉価で、消費者に最も有利で、最も安定的で、最も環境に優しい提案をなしたときにのみ、その電気供給網を自ら運営することができる、というのである。その限りで、ここでの状況は、一般的な公共調達法に基づくものとは異なっている。

このことは、例えば住民表決によって電気供給の再公営化が決定されたハンブルクにおいて、この投票結果が本当に実施され得るかが不確かであるという問題に立ち至ることになる⁹⁵⁾。

6 再公営化——保証国家に対する反対運動か？

再公営化のこうした動向と、私が説明した保証国家の構想は、如何なる関係にあるのか？ 政治的な議論においては、保証国家という概念は、時に民営化に向かう闘争概念として、そして経済企業の利潤関心のために公的任務を解放するものとして用いられている⁹⁶⁾。こうした理解の下では、再公営化は、保証国家モデルに対する反対運動である。

保証国家のそのような理解は適切ではない。そのことは、先に言及した捕捉

95) 参照, „Hamburg kauft das Stromnetz teuer zurück“, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 17.1.2014.

96) まずは参照, *Christoph Butterwege*, *Krise und Zukunft des Sozialstaates*, Kapitalmarktforum 2012, S. 6; Jusos SPD, *Der Kampf hat begonnen. Die Alternative: Soziale Gerechtigkeit*, Beschlussbuch Juso-Bundeskongress 2008, S. 78ff, 86; Institut für Sozialarbeit und Sozialpädagogik e.V. (Hrsg.), *Konferenz „Die Zukunft des Europäischen Sozialmodells: Eine deutsche Perspektive“*, 2006, S. 111; *Jürgen Gohde*, *Krankenhausdienstleistungen zwischen Eigenerstellung und Wettbewerb*, in: *Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft* (Hrsg.), *Öffentliche Dienstleistungen zwischen Eigenerstellung und Wettbewerb*, 2005, S. 96 (99); Kurt Imhof/Thomas S. Eberle (Hrsg.), *Triumph und Elend des Neoliberalismus*, 2003.

責任の段階が既に示している。私人による任務遂行の場合に追求された成果が得られないときには、捕捉責任は、国家に事後制御のための制度を展開させることを要請する。保証国家は、むしろ手続によってもその責任を考慮しなければならず、その手続において、如何なる任務が国家の捕捉責任及び保証責任から再び国家の遂行責任に戻されるべきであるかの継続的なモニタリングがなされるのである⁹⁷⁾。

保証国家は、緊急の場合には、原則として（私人の）自主規制領域においても、捕捉責任の処理を引き受けなければならないということは、恒常的かつ明確にこの構想の重要な構成要素であった。危機の時代の国家的諸介入が、保証国家というものの機能適合性を証明するということは、全くもって適切な指摘である⁹⁸⁾。このことが、保証国家を単なる「民営化国家」と区別している。それゆえ、再公営化は、保証国家構想の内在的かつ本質的な構成部分であるところの一対応である⁹⁹⁾。

7 む す び

再公営化には法律上の枠条件があるが、その枠内では地方自治体には広い形成活動の余地が残されている。地方自治体は、民営化によって完全にその責任を免れることはできない。最終責任は、国家若しくは地方自治体に残っている。それゆえ、以前の民営化が再公営化によって再び元に戻るとすれば、それは、かかる責任を積極的に果たしていること以外のなにものでもない。もちろん、

97) 参照, *Matthias Knauff*, Gewährleistungsstaatlichkeit in Krisenzeiten: Der Gewährleistungsstaat in der Krise?, in: DÖV 2009, 581 (582f.); *Andreas Voßkuhle*, Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben und staatliche Verantwortung, in: VVDStRL 62 (2003), S. 266 (326); *Gunnar Folke Schuppert* (Fn. 26), Die Verwaltung 1998, S. 415 (441).

98) 同旨, *Matthias Knauff* (Fn. 97), DÖV 2009, S. 581 (583).

99) なお参照, *Manfred Röber*, Daseinsvorsorge zwischen Privatisierung und Kommunalisierung – Anmerkungen aus der Perspektive des Public Management, in: Bundesverband Öffentliche Dienstleistungen (Hrsg.), Zukunft der öffentlichen Wirtschaft, 2009, S. 74 (87ff.).

保証国家構想は、再公営化によってなされる諸経験が慎重に評価されることも要請する。その諸経験が、再再民営化¹⁰⁰⁾に至ることになるかどうかは、後になってみなければわからない。

【付 記】

本稿は、2014年1月9日に立教大学において行われた、ヤン・ツィーコー教授（シュパイヤー行政科学大学）の講演原稿の翻訳である。訳者の求めに応じて、教授は、ドイツに帰国後、詳細な脚注を付した原稿を再送して下さった。その際、旧稿の全体にわたって修正・加筆・削除がなされているが、それは第1章と第5章に集中しており、論旨に変化は認められない。

なお、ツィーコー教授の来日及び講演は、平成25年度科学研究費補助金（基盤B）課題番号23330010に基づく研究活動の一環として行われたものである。ツィーコー教授の招聘のために尽力された磯村篤範教授（島根大学）には、ここに記して謝意を申し上げたい。

100) 参照, *Anna Leisner-Egensperger* (Fn. 8), NVwZ 2013, 1110 (1116).