

論 説

公共化の決定構造とその手続的統制（2・完） ——ドイツ連邦通常裁判所 2013年12月17日判決を素材として——

矢 島 聖 也

はじめに

第1章 公共化決定の問題状況

第1節 公共化決定の構造

第2節 ゲマインデの全権限性とその限界

第3節 公共調達法

第4節 小括

第2章 ドイツにおける送電網事業にかかる規律

第1節 電力自由化

第2節 判決当時におけるエネルギー事業法の規律（以上、295号。）

第3章 連邦通常裁判所2013年12月17日判決

第1節 事案の概要

第2節 判決の要旨

第3節 総括と若干の考察

おわりに（以上、本号。）

第3章 連邦通常裁判所2013年12月17日判決

ドイツにおいて、機能的公共化として整理される電力供給網の再公営化の事例につき、その決定が一定の法的限界に服することを示した判例として、2013年12月17日の2件の連邦通常裁判所判決が存在する。以下では、これらの判決につき、①事件（KZR65/12）と②事件（KZR66/12）に分け、それぞれ事案の概要を説明し（第1節）、各事件に共通の判示事項と固有の判

示事項に分けて、その要旨を確認し（第2節）、学説上の評価を踏まえて、若干の検討を加える（第3節）。

第1節 事案の概要

1 ①事件の概要

被告（シュレスヴィヒ・ホルシュタイン・ネッツ株式会社）は、原告（ハイリゲン・ハーフェン市）の領域における配電網設備の所有者である。市は、1989年に、被告の前身であるシュレスヴァク株式会社との間で、エネルギー事業法（以下「法」という。）46条2項に基づき、存続期間を20年として道路使用権にかかるコンセッション契約を締結した。この契約の終了時に関する規定（以下、「契約終了条項」という。）では、市が、契約期間満了後に、シュレスヴァク株式会社との契約関係を延長しない場合には、ゲマインデ領域において電力供給に供される施設を時価で引き受けるべきことが、市に義務付けられていた。

2006年12月30日に、市は、法46条3項に基づき、2008年12月末日に契約期間が満了する旨、及び新たなコンセッション契約の締結にかかる申込みの期限を2007年4月30日までとする旨を公示した。これに対し、被告及び訴外企業が申込みをした。市議会は、2008年12月11日に、これらの民間事業者とはコンセッション契約を締結せず、市が設立することとなる公営企業によって伝送網が引き受けられることを議決した。その議事録には、決議にあたって、コンセッション対価の価格、自治体のリポートの高さ、送電線の改修についての費用負担、契約期間、契約終了条項の内容、地下電線についての義務、停止された送電線の再建築といった諸要素が考慮されたことが記載されていた。なお、市が2009年3月25日に公式的に通知した議決理由によれば、「シュタットヴェルケへの道路コンセッション付与によって、競合事業者によって提供されるよりも、将来的により好条件（例えば、経営戦略的な決定や伝送網財産にかかる市の影響力、コンセッションの期間満了後にもこのような影響力があること、柔軟性）が見込まれると認め」られ、この決定をもって、法1条の目的とする「信頼のおける、リーズナブルな、そして環境に配慮した電力供給についての最高の条件が創出されると確信している」と述べられていた。

市は、上記の決定に基づき、被告との間で配電網設備の移転についての交渉を行ったが、移転されるべき設備の範囲についても買取価格についても不調に終わった。そこで、市は、法46条2項3文及びコンセッション契約の契約終了条項に基づき、経済的に適切な補償の支払いと引換えに、地域の一般的供給にかかる電力供給網の所有権その他債権上若しくは物権上の使用権原の移転を請求する訴えを提起した⁵⁷⁾。これに対して、被告は、本件決定が公正な競争の下で行われたものではなく、上記契約は無効であるため、配電網設備の移転請求も無効であるとの抗弁をしていた。第1審（キール州裁判所）⁵⁸⁾ 及び原審（シュレスヴィヒ上級州裁判所）⁵⁹⁾ は、原告市の請求を退けたため、原告市は原審裁判所の許可を得て上告した。

2 ②事件の概要

原告は、有限会社の法形式をとるシュタットヴェルケの完全子会社である。原告の親会社である統合シュタットヴェルケ有限会社は、その持分の100%をバート・オルデスロー市の公営企業、メルン市のシュタットヴェルケ・メルン有限会社、ラーツェブルク市のシュタットヴェルケ・ラーツェブルク有限会社によって同一割合で共同保有される合弁企業であり、これらのゲマインデ領域における公共サービスの供給を担っていた。原告は、その子会社として、これらの地域において、配電網事業を行っていた。

被告は、シュレスヴィヒ・ホルシュタイン州のザンデスネーベン・ヌッセ及びベルケンティンの両 Amt（Amt）⁶⁰⁾ に属する36の小規模ゲマインデの領域（以下、「本件区域」という。）において配電網設備を所有し、配電網事業を担っていた。被告の前身であるシュレスヴァク株式会社は、上記の

57) このほか、市は、配電網にかかる接続元・接続利用者及び一般利用者との間で生じている諸契約にかかる契約上の地位の移転、並びに附属設備や配電網にかかるデータ等、必要な情報の移転を求めている。さらに、所有権移転請求訴訟が部分的に勝訴する場合において、原告は、訴訟物である請求にかかる履行遅滞又は不完全履行があった場合における被告の損害賠償義務の確認を求めている。

58) LG Kiel, 28.2.2012 - 14 O 83/10, u.s.w.

59) OLG Schleswig, 22.11.2012 - WuW/E DE-R 3746.

60) Amtとは、自立した行政を行う能力に乏しい小規模のゲマインデが共同で構成する行政主体をいう（シュレスヴィヒ・ホルシュタイン州Amt法1条1項参照）。Amtを構成する個々のゲマインデも自治行政保障が及ぶ主体であり、地域的共同体の事項を規律する権利を有するため、個々の道路使用権コンセッションに関する決定は、各ゲマインデの判断で行われるが、選考手続等の事務処理については、Amtで統一的に行われる。

論 説

各ゲマインデとの間で道路使用権にかかるコンセッション契約を締結していた。これらの契約の契約終了条項は統一的に規定されており、ゲマインデが当該区域において電力供給に供される施設を排他的に時価で引き受ける権利を与えられ、シュレスヴァク株式会社（本件においては、その地位を承継した被告）が当該施設の引渡請求に拘束されることを規定していた。

これらの契約（一部を除く）は、2009年から2010年の間に期間満了を迎えるため、各ゲマインデは、道路使用権の新たなコンセッションにかかる公募を行った。これに対し、原告、被告及び訴外事業者が申込みを行った。その際、入札参加者に送付された手続通知（Verfahrensbrief）において、上記各ゲマインデが選考決定を行う際の統一的な評価項目とその比重が、以下の表の通り記載されていた。

（表） 手続通知に記載された評価項目及びその比重付け※

1.	道路使用契約	計 100(点)	2.	伝送網運営会社の事業モデル	計 70 (点)
1.1	契約終了条項	15	2.1	伝送網にかかる自治体の持分割合	15
1.2	買取価格の規定	15	2.2	共同形成権・影響力行使の可能性	10
1.3	コンセッション対価	15	2.3	自治体の財産的增加	10
1.4	ゲマインデのリベート	5	2.4	伝送網の獲得に対する自治体の資本投入の額	15
1.5	前金の支払い	5			
1.6	事後負担額の引受け	5	2.5	経済的リスクの高さ	10
1.7	契約の存続期間	5	2.6	事業分野の拡大可能性	10
1.8	〔廃止された〕 配電設備の処理	5	※連邦通常裁判所の判決文の記載を参考として、筆者が作成した。それぞれの比重付けにかかる実体的な判断については、第2節3.を参照。〔 〕内は筆者註。		
1.9	付随的給付	5			
1.10	情報の請求	10			
1.11	権利承継	5			
1.12	〔企業の〕 地域への所在	10			
1.13	障害のない伝送網事業への貢献	10			

本件区域の各ゲマインデは挙って、原告を新たな契約の相手方として決定した。ザンデスネーベン・ヌッセとベルケンティンの両 Amt による 2010 年 3 月 21 日決定に係る公表においては、各事業者の申込みを比較評価した結果、原告の申込みが総合的に最高得点を得たものとされた。

各ゲマインデは、原告に、従前のコンセッション契約の契約終了条項に規定される配電網設備の移転請求権を譲渡した。原告と被告は、譲渡されるべき設備及び提供されるべき情報の範囲、並びにその買取価格について交渉をしたが、最終的に合意には至らなかった。

原告は、本件区域に存在するすべての配電網設備の現況、構造価値及び伝送網対価の規整についての重要なデータ等、必要な情報の提供（及びこの請求が認容される場合に、被告の履行遅滞又は不完全履行に対する損害賠償義務の確認等）を求めて訴えを提起した。原審において、原告は、民事訴訟法 254 条に定める段階訴訟（Stufenklage）の方法で、被告に対して、本件区域における一般的供給にかかる配電網事業について不可欠となる各配電網設備について、その所有にかかる設備の現況等に関する情報の提供を求めたうえで、この情報をもとに、経済的に適切な買取価格を算定し、その支払いと引換えに、当該施設の所有権及び占有の移転を求める旨の請求を追加した。これに対し、被告は、契約の相手方の選考が合理的な基準に従って行われたものではなく、同契約は無効であるため、配電網設備の移転請求も無効であるとの抗弁をしていた。第 1 審（キール州裁判所）⁶¹⁾ 及び原審（シュレスヴィヒ上級州裁判所）⁶²⁾ は請求を棄却したため、原告は、原審裁判所の許可を得て上告した。

第 2 節 判決の要旨

連邦通常裁判所は、いずれの事件においても、上告を棄却し、配電網事業の再公営化を否定した。以下では、両事件に共通の判示部分（1）、①事件又は②事件にそれぞれ固有の判示部分（2、3）に分けて、判決の要旨を確認する。

61) LG Kiel, 3.2.2012 - 14 O 83/10, u.s.w.

62) OLG Schleswig, 22.11.2012 - ZNER 2013, 403.

1 両事件に共通の判示事項

(1) ゲマインデの差別禁止義務 (KZR65/12 Rn.16 ff., KZR66/12 Rn.17 ff.)

① 事項関連市場と競争法上のゲマインデの地位 (KZR65/12 Rn.17ff., KZR66/12 Rn.18 ff.)

ゲマインデが、コンセッション契約の締結に際し、カルテル法の意味における企業として活動することは、連邦通常裁判所が過去に判断⁶³⁾する通りである。

本件における事項関連市場は、エネルギーの一般的供給にかかる伝送網に属するところの電線路 (Leitungen) の敷設及び管理運営のための道路使用権 (法 46 条 2 項の意味におけるいわゆる「資格付けられた道路使用権 (qualifizierte Wegenutzungsrechte)」) にかかる入札である。この関連市場は、区域的に、各ゲマインデの領域に限定されており、ここに他のゲマインデによる道路使用権の付与を含めて考えることはできない。なぜならば、伝送網事業について利害を有する企業の観点からすれば、両者は機能的に互換的ではないからである。すなわち、仮に他のゲマインデにおいて道路使用権を付与されたとしても、本来事業を計画していた地域における接続者への供給は認められず、コンセッション契約の始期や期間も必ずしも同様ではないという点で、代替性があるとはいえないためである。この関連市場において、道路にかかる権利の提供者であるゲマインデは、反競争制限法 19 条 2 項 1 号 (旧 20 条 1 項) の意味で「市場支配的な地位 (marktbeherrschende Stellung)」に立つ。

そして、当該関連市場は、通常、同種の企業に開かれたものである。すなわち、道路使用権にかかる市場へのアクセスは、ゲマインデが、法 46 条 3 項の公告義務に基づいて、他の企業に対し、競争によりコンセッションを取得するように誘引することにより可能とされている。このような市場においては、ゲマインデは、カルテル法規範の名宛人として、反競争制限法 19 条 2 項 1 号 (旧 20 条 1 項) に基づき、選考手続において、入札参加者を不当に妨害したり、あるいは差別したりしないことを義務付けられる。このような義務は、エネルギー事業法の規律 (②) とも、地方自治保障 (③) とも適合するものである。

63) 道路使用権につき、BGH, Beschl. v. 15. 4. 1986 KVR 6/85, WuW/E BGH 2247, 2249.

② 法 46 条の構造と差別禁止（KZR65/12 Rn. 27 ff., KZR66/12 Rn.26 ff.）

法 46 条 1 項 1 文の文言によれば、ゲマインデは、その区域内における最終利用者への直接的な供給のための電線路の敷設及び管理のために、その公道を、差別なく、契約により利用できるようにしなければならない。そして、法 46 条 2 項は、コンセッション契約の存続期間についての制限を置き（同項 1 文）、契約期間満了の際の既存の道路使用权者の義務を規定するものである（同項 2 文）。法 46 条 2 項による契約についての規定は、同条 1 項と並んで規律する関係にある。このことは、法 46 条 2 項に基づく契約につき、期間満了の場合又は契約の延長の前に、とりわけ公示義務を予定している法 46 条 3 項についても同様である。ゆえに、ゲマインデは、道路使用コンセッションについて差別なく決定することについても義務を負っているものであり、その限りにおいて、エネルギー事業法上の要請はカルテル法上の要請と適合する。

③ 法 46 条の規律と地方自治保障との関係（KZR65/12 Rn.39ff., KZR66/12 Rn.30 ff.）

住民や当該地域に所在する企業への電力の供給は、たしかに憲法上保護された地方自治行政の任務である⁶⁴⁾。しかしながら、このことは、その供給に関連するゲマインデの経済活動が、なんら法的な制限に服さないことを意味するものではない。ゲマインデの地方自治にかかる権利は、むしろ法律の範囲内においてのみ存在するのであり、ここにはエネルギー事業法も含まれる。

法 46 条 1 項の規定は——この規定が、公営企業への伝送網事業の移転に適用される限りにおいても——地方自治権の中心部分を違憲に侵害するものではない。地方自治保障の中心領域においては、原則として、ゲマインデの経済活動の可能性それ自体だけが保護されているにすぎず、経済活動にかかる固有性を特徴づけることまでを含むものではない。

コンセッションの付与の際に、公営企業、完全公有会社及び自治体出資会社を、エネルギー事業に関連する理由なく（ohne sachlichen Grund）優先しないという法 46 条 1 項及び 4 項から生ずるゲマインデへの義務付けにつき、そもそも自治体の地方自治の権利への侵害が考慮されることとなる場

64) BGH, Bschl. v. 28.7.2005, KVR27/04, BGHZ 163, 296, 303.

合においても、いずれにせよ、そのような侵害は比例原則に適合するものであり、かつ憲法上は考え難いものであろう。すなわち、伝送網事業者についての差別なき決定のための義務は、供給条件の改善という一般的利益において、一般的供給網の事業にとって不可欠な道路使用権をめぐる競争の促進に適したものであり、かつ必要なものである。この規律は、ゲマインデに、過度な制限を加えるものでもない。ゲマインデは、公営企業等をもって、競争に参加し、以上の規律に基づいて、場合によっては伝送網を自ら引き受けることも妨げられない。ゆえに、コンセッション権者（Konzessionär）の差別なき選考についてのゲマインデの義務は、地方自治の権利（基本法28条2項）にも適合するものである。

(2) 差別禁止から生ずる手続的・実体的要請

① 選考決定にかかる基準の設定・通知（KZR65/12 Rn.43 ff., KZR66/12 Rn.34 f.）

ゲマインデの差別禁止への拘束から、選考決定の際に、以下のような手続的及び実体的要請が導かれる。

まず、選考手続は、伝送網につき利害関係を有する企業において、ゲマインデが、選考決定の際に、いかなる基準に依拠するのかを認識できるように形成されなければならない。なぜならば、そのような場合にのみ、歪みのない競争において、事物に即した基準（sachliche Kriterien）により、それに最も適合する入札をした入札参加者に有利な形で、差別なく選考決定がなされることが保障されるからである。

選考決定に関する差別禁止は、透明性への義務づけを含んでいる。これは、公開性という適切な尺度（Grad）により、公正で歪みのない競争が開かれることを確保し、さらに、差別禁止が遵守されているか否かが審査されうることを確保するためのものである。そして、透明性の要請から、差別なき選考手続にかかる一般原則として、選考基準の公表義務が生ずる。すなわち、ゲマインデには、伝送網事業につき利害関係を有する企業に、入札書類の提出前に、遅滞なく（rechtzeitig）、選考基準を通知すべきことが要求される。このようにして、すべての利害関係者が、選考手続に差別なく参加することが保障され、これらの者を正当な理由なく不平等に扱うことは排除される。さらに、入札参加者が、個々の基準が選考決定にいかん影響するのかを認識することができるように、基準の比重付けも公にされなければなら

ない。

また、もっぱら事物に即した基準により選考決定を行うべきという差別禁止から導かれる一般的な要請から、伝送網事業者の選考は、法1条1項の目的を優先的に具体化する基準によりなされなければならない（この点については、3（1）で詳述）。

② 競争法上の帰結（KZR65/12 Rn.50 ff., KZR66/12 Rn.54 ff.）

選考手続の瑕疵が、入札参加者の不公正な妨害につながるか否かは、競争の自由——給付にかかる競争の確保及びとりわけ市場へのアクセスの公開性——に向けられた反競争制限法の諸目的を考慮して、すべての関係諸利益の総合評価及び衡量により決定される。

コンセッション付与の場合においては、このような総合評価は、エネルギー供給網事業にとって不可欠なコンセッションを差別なく競争により付与し、ゲマインデによって設定された法1条1項の目的規定を具体化する諸基準に照らして、いずれの入札が最も好条件であるかということに基づいて事業者の選考を行うというエネルギー事業法の要請により決せられる。このことは、エネルギー供給の領域において、伝送網をめぐる給付にかかる競争及びアクセスの公開性を、利害のある、資格付けられた運営企業（Betreiberunternehmen）に保障するという反競争制限法の目的と適合するものである。

コンセッションにかかる入札参加者の正当な利益は、法律に適合した選考手続により、自身にコンセッション付与の機会が与えられることに向けられている。他方で、コンセッション付与の場合における市場支配的な企業としてのゲマインデは、選考決定の際に、その固有の利益を、法律上許容された枠内においてのみ追求することが許される。そして、瑕疵ある形で選出された企業が、強行規定に違反して締結された契約が現に実施されることにつき有する保護に値する利益は、最初から存在しない。カルテル法の妨害禁止の審査において要請される総合評価の場合には、法46条に違反する選考手続は、それゆえにコンセッションへの機会が侵害される入札参加者に対する不公正な妨害を意味するのである（反競争制限法33条1項を参照）。

(3) 配電網設備の引渡請求の有効性について

① 法 46 条 2 項 2 文の引渡請求権 (KZR65/12 Rn.56ff., KZR66/12 Rn.59 ff.)

本件において、ゲマインデとエネルギー供給企業との間の道路使用権コンセッション契約がその期間満了後に延長されない場合には、それまでの利用権者である被告には、法 46 条 2 項 2 文に基づき、当該伝送網の事業にとって不可欠な配分設備を、新たなエネルギー供給企業に、経済的に適切な補償の支払いと引換えに引き渡すことが義務付けられている。

この点につき、法 46 条 2 項 2 文の請求権者となる「新たな伝送網事業者」は、条文上は「新たなエネルギー供給企業」として積極的に資格付けられている（その際、請求権者である「新たなエネルギー供給企業」については、法 3 条 18 号にいう「エネルギー供給網を運営し、又はエネルギー供給網につき所有者として処分権を有する……自然人又は法人」を含むところの「エネルギー供給企業」の定義が参照される）。この引渡請求の要件は、新たなコンセッション権者への伝送網事業の移転が、法的に有効なことである。そのためには——独立の法人格を有しない公営企業による伝送網事業の引受けの場合を除けば (KZR66/12 Rn.62) ——新たなコンセッション契約が有効であることが必要となる。

② 民法典 134 条によるコンセッション契約の無効 (KZR 65/12 Rn.65 ff.; 66/12 Rn.68 ff.)

原審は、適切にも、本件におけるコンセッション契約の有効性は、反競争制限法旧 20 条 1 項の基準に即して審査される必要があると判断する。その際、法 46 条が、民法典 134 条の意義における禁止法律 (Verbotsgesetz) とみなされるべきか否か、場合によってはどの程度そうであるのかは、不確定でありうる。しかし、いずれにせよ、このことは、反競争制限法旧 20 条 1 項の差別・妨害禁止の場合には当てはまる⁶⁵⁾。

原審の確定したところによれば、①事件においては、原告は、事前にかつ遅滞なく選考基準を通知しておらず、透明性の要請に反するため (KZR65/12 Rn.44 ff., Rn.70 ff.)、②事件においては、選考基準が法 1 条の目的を優先的に顧慮するものではなかったため (KZR66/12 Rn.36 ff., Rn.73 ff. 後述 3)、法 46 条 1 項の差別禁止から導かれる手続的又は実体的な要請を満たさず、

65) BGH, Urt. v. 24. 6. 2003 - KZR 32/01.

反競争制限法旧 20 条 1 項の不公正な妨害にも当たるのである。

民法典 134 条によれば、法律上の禁止に違反する法律行為は、当該法律から他の効果が生じない場合には、無効である。この点については、とりわけ禁止の趣旨及び目的が考慮される。重要なのは、法律行為の無効が、法律行為の成立だけでなく、私法上の有効性やそれに伴う経済的な帰結にも及ぶか否かである。上記の諸原則によれば、法 46 条 2 項に基づくものの、特定の入札参加者との契約の締結が他の参加者を、反競争制限法旧 20 条に反して不当に妨げるようなコンセッション契約は、原則として無効である（なお、契約の締結が観念されない公営企業への委託の場合であっても、公営企業を他の企業と同列に扱うべきことを要請する法 46 条 4 項の趣旨に照らして、公営企業への委託を、機能的にコンセッション契約に置き換わるものと捉えて、民法典 134 条が類推適用される。KZR 65/12 Rn.77 ff. を参照）。

たしかに、反競争制限法旧 20 条 1 項の禁止に対する違背行為は、広く共有される見解によれば、その違背行為が直接に法律行為から生じ、これを無効としなければ、その結果が除去されえない場合にのみ、契約の無効を帰結するものである。これに対して、市場における取引相手を通じて様々な態様で行われる法律行為は、合意内容の変更や再締結により、不当な妨害の除去や平等な取扱いが可能である場合や、被侵害者においてその利益を実現するのに、損害賠償請求等で足りる場合には、有効性が維持される。

しかし、法 46 条 2 項のコンセッション契約（及びこれに代置される公営企業への「委託 (Vergabe)」行為）は、伝送網事業に関心を有する他のすべての入札参加者を、長期間にわたり事実上排除するという結果を生じさせる。これと結びつく差別又は不公正な妨害は、当該契約の無効によってのみ、除去されうることになる。したがって、本契約は無効であるため、原告は、法 46 条 2 項にいう「新たなエネルギー供給企業」には該当せず、同条 2 項 2 文による伝送網の引渡請求をなしえない。

③ 反競争制限法 101a 条と遮断効 (KZR 66/12 Rn.106 ff.)

原告がゲマインデから独立した法人格を有している②事件においては、反競争制限法旧 20 条 1 項の妨害禁止が、その規範の名宛人であるゲマインデのみに向けられているため、コンセッション契約の無効という結論が、契約の相手方である原告にも及びうるのかが問題となる。

すなわち、その履行が一部の関係人にものみ (nur einem Beteiligten) 禁止されているところの二面的な法律行為は、原則として有効である。法律行為の全部を無効とすることが求められるような目的が、このような片面的な禁止の基礎にある場合には、当該目的が、法律行為の無効確認によるほかは実現されえず、また、当該規定が受容されうるものではないならば、民法典 134 条に基づき、契約の全部が無効となる。本件において、コンセッション契約を有効とすれば、法 46 条 1 項が目的とし、反競争制限法旧 20 条 1 項の禁止によって確保される道路権をめぐる競争が、長期にわたり排除されることとなる。このことは、原則として、当該契約が、差別的な選考決定を転換したものである場合には、受容されうるものではない。

上記とは異なる判断が考えられるのは、差別されたすべての入札参加者が、その権利を保護するための十分な機会を有しているが、このような可能性を利用していない場合のみである。このような場合においては、瑕疵ある形で締結されたコンセッション契約による継続的な妨害は、法的安定性の利益において、受忍されうる (又はされなければならない)。このことは、とりわけゲマインデがコンセッションに係るすべての入札参加者に、文書をもって、選考決定について通知し、その後 15 日を経過してはじめて、コンセッション契約を締結した場合に考慮されるべきである (2016 年 2 月 17 日改正前の反競争制限法 101a 条⁶⁶⁾ 参照)。

もっとも、本件においては、ゲマインデは、このような手続を経ていなかったのであるから、差別的な選考決定は受け入れられないものであり、民法典 134 条によりコンセッション契約は無効である。

2 ①事件に固有の判示事項——公営企業の優先的取扱いの否定 (KZR65/12 Rn.31ff.)

ゲマインデが、伝送網事業のための公道の使用を公営企業に委ねようとする場合、法 46 条 1 項の差別禁止を顧慮しなければならない。これとの

66) 反競争制限法旧 101a 条 (2016 年改正法施行前のもの) 「委託発注者は、その提案が採用されないこととなる関係事業者に、提案が採用されることとなる企業の名称、当該提案が採用されない理由及び契約締結にかかる最短の時点について、遅滞なく、文書で通知しなければならない。関係事業者への落札決定についての通知がなされる前に、入札の拒否についての情報を知らされていない入札参加者についても、同様とする。契約は、前二項による情報の発信の後、15 歴日を経て、はじめて締結することができる。(第 4 文以下略)」

関連で、ゲマインデは、委託法の枠内で認められてきた「コンツェルン特権（Konzernprivileg）」も「組織内取引（In-house-Geschäft）」も主張することはできない。

もっとも、法46条4項の文言は、それ自体としては、伝送網利用権の移転の際に、公営企業を優先的に扱う可能性をなお排除してはいない。同項によれば、法46条2項及び3項は、ゲマインデの公営企業にも読み替えて適用される。この規定の趣旨は、固有の法人格がないがゆえに、ゲマインデとの契約を観念することができない公営企業による道路使用にも、法46条2項及び3項に規定される契約締結に結びつく規律を適用させることを可能とすることにある。すなわち、この規定は、公営企業による公道使用の場合にも、最長でも20年後には（法46条2項1文）、道路権についての新たな決定による事業者の交替、公告義務の遵守の強制（法46条3項）及び場合によっては伝送網の譲渡の請求（同法46条2項2文）が可能とされることを保障するものである。もっとも、法46条4項は、法46条1項の差別禁止を明文上は含んでいない。

しかし、法46条の立法目的から、ゲマインデが、公営企業により伝送網事業を行うという体制決定（Systementscheidung）を行う場合であっても、法46条1項の差別禁止が顧慮されなければならない。法46条2項及び3項は、自治体の継続的かつ排他的な伝送網事業にかかる権限（永続的権限（Ewigkeitsrecht））の行使を防止するという目的にも資するものである。法46条4項により、ゲマインデが公営企業を用いる場合にも、最長でも20年の間隔で伝送網についての競争が可能とされる。それとともに、法46条4項は、伝送網事業のためのコンセッションにかかる競争の場合に、公営企業を、2項及び3項において掲げられたエネルギー供給企業と同列に位置づけるという目的に資するものである。ゆえに、ゲマインデは、法46条1項1文に基づき、公営企業と他の入札参加者とを差別することなく選考決定をしなければならない。ゲマインデが、仮に他の要請を顧みることなく自己の企業を優遇しようとするれば、合理的な基準に基づく選考に資するものとして法46条4項により準用されることとなる同条3項の公告義務は、公営企業にとっては意味のない規定となる。したがって、エネルギー事業法46条4項は、法的拘束を免れるような公営企業への「組織内委託（In-house-Vergabe）」を許容するものとは解されない。

3 ②事件に固有の判示事項——選考基準の内容に関する判断

(1) 法1条1項の目的を優先的に顧慮した選考基準の設定 (KZR66/12 Rn.36 ff.)

前述 (1. (2) ①) のように、差別禁止から、伝送網事業者の選考が、法1条1項の目的を優先的に具体化する基準により決定されなければならないという実体的な要請が導かれる。すなわち、電力・ガス供給網事業は、関連する区域において「可能な限り確実に、安価で、利用者に寄り添った、効率的かつ環境に配慮した、送電線に結びつく電力・ガスの一般的供給」を保障するという法1条1項の目的の実現に資するものとされている。

この点につき、原告は、2011年8月4日の改正法46条3項5文の施行まで、連邦通常裁判所の判例によれば、コンセッション契約の相手方の選考は、法律上の基準に服しないものであったと主張する。たしかに、連邦通常裁判所1999年11月16日判決 (KZR 12/97) は、反競争制限法旧103a条に基づき、コンセッション契約の存続期間を20年と制限する目的につき、自治体が、コンセッション契約の期間満了後に、誰がエネルギー供給について権利者となるべきかについて、完全に自由に、かつなんら障害なく決定することができるものと判断している。しかし、この判断は、当時はまだ閉鎖的であった供給分野につき、自由な競争を開き、保護するという法律の規律にかかる当時の目的との関連で示されたものである。すなわち、契約終了条項において予定されていた伝送網の引受けにかかる反対給付の額が、妨害的な効力を有しているため、20年の間隔で将来の伝送網事業者について自由に決定するという期間制限の目的に反して、ゲマインデが既存の伝送網事業者に事実上拘束されてしまうことを回避する趣旨であった。つまり、ゲマインデの決定の自由は、20年の存続期間を超えて既存の契約の相手方に拘束されることから保護されるにすぎない。ゲマインデが、将来のコンセッション権者を選考する場合に、いかなる法律上の基準にも服さないという結論は、そこからは生じない。

たしかに、立法者は、1998年法13条の導入の際に、ゲマインデがいかなる基準により伝送網事業者の選考について決定しなければならないのかを明文で規定することを見送り、2011年8月4日以降の法46条3項5文は、選考の際に、ゲマインデが法1条の目的に義務付けられることを、はじめで明文で規定する。しかし、すでに1998年法13条や2005年法46条の下でも、コンセッション付与は、法1条の目的規定に対応してなされなけれ

ばならず、それゆえ伝送網事業者の選考は、この目的に優先的に適合するものでなければならない。2011年法46条3項に新たに第5文が新設されたことには、単に明文化の意義が認められるにすぎない。

(2) 法1条の目的への選考決定の拘束と地方自治保障との関係（KZR66/12 Rn.43 ff.）

ゲマインデの選考決定を法1条1項の目的に拘束させることは、以下の理由から、地方自治の保障（基本法28条2項）にも適合するものである。

① ゲマインデの二重の地位とその法令上の調整（KZR66/12 Rn.44 ff.）

コンセッション付与の任務にあたり、ゲマインデは、法律が解消しなければならない利益相反（Interessenwiderspruch）の状態にある。すなわち、コンセッション付与をもって、ゲマインデは——需要者として——ゲマインデ区域における確実に安価な伝送網事業への需要を満足するだけでなく、同時に——市場支配的な供給者としても——自治体の道路権を用いるのである。供給者として、ゲマインデは、コンセッションについて可能な限り高額の収益を得るという利害関係を有している。これに対して、ゲマインデの需要者としての利益は、伝送網事業者によって、最大限の給付を可能な限り安価で調達することに向けられていなければならない。

この点につき、法46条1項2文は、エネルギー供給企業が、コンセッション対価の支払いを法48条2項に基づく最高額において拒み、あるいはその額について合意に至らない限りにおいて、ゲマインデが契約の締結を拒否しうることを規定する。これによって、同規定は、ゲマインデが、道路使用について可能な限り高額の対価を得ようとする利益につき、法律上の最高限度額に至るまで、無制約の優先性を認めている。さらに、これとは別個に、コンセッション対価令3条は、コンセッション対価と並んで、あるいはその代わりとして、供給企業とゲマインデが、道路権に関し、どのような給付を合意することが許されるのかを規定している。これをもって、法律は、市場支配的な供給者としてのゲマインデが、財政的な利益を考慮することについて明確かつ厳格な限界を設定する。他方で、このような限界は、需要者としてのゲマインデが、すべての伝送網利用者の利益において満足しなければならないような需要に、コンセッション付与を方向付け

ることをはじめて可能とし、要請するものでもある。

そこから同時に、このようなコンセッション契約の内容的許容性には関わらないような他の選考基準は、伝送網をめぐる競争及び最適な事業者の選考をもって実現されることとなるエネルギー事業法の目的を指向していなければならないことが帰結される。

② その他の考慮事項 (KZR66/12 Rn.47 ff.)

伝送網をめぐる競争を実現するこれらの法律の目的は、道路利用との関係でコンセッション対価法の観点から許容される附随的給付にも、伝送網事業の法1条の目的への方向づけにも関連しないような、それ以外の選考基準を許容していない。このような許されざる選考基準は、上記の法律が、供給者としてのゲマインデの経済的利益の考慮について課す制限に反するものであり、あるいは伝送網をめぐる競争に誤った刺激を与え、上記の競争の目的を没却するような危険を惹起しかねないものだからである。

しかし、このことは、選考基準の設定及び比重付けの際に、ゲマインデに活動余地が残されていないことを意味するものではなく、したがって、地方自治保障から生ずる要請と抵触するものでもない。

法1条の目的規定は、各ゲマインデによってそれぞれ異なる形での具体化、比重付け及び衡量が可能であるようないくつかの個別目的をまとめたものである。これにより、ゲマインデの計画高権 (Planungshoheit) も、ゲマインデ機関によって介在されたゲマインデ住民の地方公共団体の関心事への実効的な参加を本質的に特徴づけるものとして考慮される。例えば、廉価性と環境への配慮の基準を異なる形で比重付けることも許容されよう。したがって、ゲマインデは、選考決定の基礎をなす具体的な基準及びその比重付けにより、生存配慮のための措置を実現することができ、そして、事物に即していると思われる方法で、具体化することができるのである。

(3) 影響力行使の可能性にかかる比較評価

① 契約上の影響力行使の可能性の考慮 (KZR 66/12 Rn.51 ff.)

ただし、本件では、上記のようなゲマインデの計画高権や伝送網事業にかかるエネルギー事業法上の目的の具体化のための権限が、伝送網事業者の選考に際して、その事業決定へのゲマインデの影響力行使の可能性やそ

の範囲を考慮することを、どの程度まで正当化しうるかについては、最終的な判断は要しない。

ゲマインデが、コンセッションの付与によって伝送網事業の形成にかかる正統な利益をより追求することのできる入札を、他より高く評価する場合には、特に異論は提起されない。例えば、伝送網事業の効率性、確実性及び廉価性へのゲマインデの影響力行使の可能性、又は伝送網やその容量の拡大の際の計画高権若しくは伝送網の現代化のための措置を確保するためのゲマインデの影響力行使の可能性がここに含まれる。とりわけ契約期間全体にわたるゲマインデの展開やそこから生ずる伝送網についての要求の変化は、確実性をもって予見できないため、入札提案を比較する際の評価基準として、この種の影響力行使の可能性(とりわけ情報提供義務や事後的な協議の義務、共同作用権や指示権)が契約法上の根拠により設けられることを考慮することは、問題なく許容されよう。もっとも、ゲマインデは、不可欠のものとして留保すべき影響力行使の可能性については、すでに契約の示方書(Leistungsbeschreibung)の枠内において、すべての入札に要求しなければならない。ゆえに、この示方書の基準に適合した提案を評価する際に、このような影響力行使の可能性を選考基準において再度考慮することはもはやできない。

② 会社法上の影響力行使の可能性の考慮 (KZR 66/12 Rn.53 ff.)

また、影響力行使の可能性につき、ゲマインデに、伝送網事業者にかかる会社法上の持分が与えられるという理由で、当該入札がより高く評価されてよいか否かが問題となりうる。この点につき、連邦カルテル庁は、ゲマインデと伝送網事業を引き受けたいと考える入札企業との会社法上の結合に基づく要求は、かなりの程度において、ゲマインデの市場支配的な地位の濫用の危険や、コンセッション付与の際の評価基準についての法律上の規定への違反に結びつくものであるという。例えば、コンセッション対価令は、道路使用の許可にかかる反対給付の合意について規定し、そこには特に経済的に適切な補償なく供給設備を移転することについての義務づけを合意することの禁止も含まれるが(コンセッション対価令3条2項2号)、会社持分の取得による関与は、そのような限界を超越し、あるいは回避する危険を冒すものである。

他方、市場支配的な側面を有するゲマインデが、他の側面において、様々な事業者の中から選考を行わなければならないという文脈で、ゲマインデの市場における両側面が会社法上結びつくことは、評価基準という形で、道路権の供給者の側面において、給付競争の悪化という結果をもたらしかねないものでもある。ゲマインデは、自身の企業をもって、伝送網をめぐる競争に参入することもできるのであるから、「会社法上の影響力」という評価基準は、自らの責任において伝送網事業を引き受けようとする入札参加者に対して、ゲマインデ自身に、常にアドバンテージを与える結果となる。ゆえに、「会社法上の影響力」を評価基準とすることは、伝送網事業にかかるエネルギー事業法の目的の具体化を契約の存続期間にわたって維持するという正統な利益が、他の方法——例えば、契約法上の規律——では適切に考慮されえない場合にのみ、認められるにすぎない。その場合でも、いずれにせよ伝送網事業への関与に結びつく反対給付（特に持分の購入価格）やゲマインデのリスクは、評価の際に、同様に適切に考慮されなければならない。

(4) 個々の評価項目及びその比重にかかる具体的判断

① 適切と判断された基準（KZR66/12 Rn.74 ff.）

選考基準（前掲第1節2の表を参照）のうち、「コンセッション対価」（1.3）、「ゲマインデのリポート」（1.4）、「前金の支払い」（1.5）、「事後負担額の引受け」（1.6）という評価項目が、「1.道路使用契約」の評価部分において、100点中20点分を占めることにつき、これらの評価項目は、コンセッション契約の対象との十分な事項的関連性を示すものである。その限りにおいて、ゲマインデが、コンセッション付与の際に自身の財政的な利益を顧慮することは正当化される。また、「契約終了規定」（1.1）、「買取価格の規定」（1.2）及び「権利承継」（1.11）の評価項目もコンセッション契約との明確な事項的関連性があり、伝送網に係る競争の促進にも資するものである（ただし、「権利承継」については、ゲマインデに都合よく権利承継の同意をなしうるような入札が高く評価されてよいわけではない）。

さらに、法46条2項1文は、20年の契約期間を上限とするにすぎないため、契約期間がより短期である入札を有利に扱う基準（1.7）も、原則として認められる。最後に、「経済的リスクの高さ」（2.5）については、それ

が許容される評価基準に結びついている限りにおいてのみ、考慮されうる。なお、原審によって判断されていない「情報の請求」(1.10)や「付随的給付」(1.9)の基準は審査の対象とはならない。

② 「1. 道路使用契約」につき不合理と判断された基準 (KZR66/12 Rn.82 ff.)

(i) 法1条の目的のうち、「供給の確実性」という目的は、手続通知の基準によれば「障害のない伝送網事業への貢献」(1.13)という基準に対応する。しかし、全体の合計得点が170点であるうち、この基準が占めるのは10点分にすぎないというのは、恣意的に過少な比重付けを行ったものと判断されうる。

供給の信頼性や供給施設管理の安全性という部分的側面を伴う確実な伝送網事業は、供給の確実性にとって基本的な意義があり、評価の際に、適切に考慮されなければならない。この目的への方向付けの補助線として、バーデン・ヴュルテンベルク州エネルギーカルテル庁によるモデル基準カタログ (Musterkriterienkatalog, 以下「モデル基準」という。)が参考となる。モデル基準によれば、伝送網の確実性は、想定される総合得点のうち少なくとも25%を占めるべきであり、本件では、合計170点に対して43点に相当すべきであった。モデル基準に拘束力はないとしても、この基準と比較して、伝送網の安全性を4倍以上も低く比重付けることは許されない。また、伝送網の安全性という上位に置かれる目的と、例えば、「情報の請求」(1.10)のような二次的な基準とを同等に比重付けることは、事物に即した基準として正当化されない。

(ii) また、「安価な供給」という目的についても、十分な考慮は行われていない。「ゲマインデのリポート」(1.4)という評価項目からは、たしかにこの目的との一定の関連性を読み取ることはできる。しかし、ゲマインデ自身による利用に対する割引は、コンセッション対価令3条1項1文1号によれば、コンセッション対価に加えて、あるいはそれに代えて合意されるところの給付に該当するのであり、道路使用権を認めることについての反対給付でもあるから、これを「安価な供給」という目的との観点で考慮し、入札の評価を補強することは適切ではない。

(iii) また、「効率性」や「利用者に寄り添った」という基準は、本件におけるゲマインデの基準カタログには、そもそも現れていない(これらに関す

る評価項目については、モデル基準3頁以下に列挙されている)。なお、「地域への所在」(1.12)の評価項目は、法1条にいう確実な、利用者に寄り添った伝送網事業という目的に関連しうが、手続通知における説明からは、この点は読み取られない。むしろ、その説明によれば、地域への所在にかかる利益は、単に事業所税の支払いについての前提条件を設けることのみをもって、根拠づけられているのであり、本件では、法1条の目的との関連性はなかったというべきである。

(iv)「環境への配慮」という目的との関係は、ゲマインデの基準カタログでは、「廃止された配電設備の処理」(1.8)という基準にみられるのみである。しかし、この基準では、当該目的は、伝送網事業との関係において、およそ完全に考慮されていない。この点につき、モデル基準は、地下電線や環境に配慮した伝送網事業、環境に配慮したエネルギー供給にかかる相談業務 (Beratungsleistungen) 等が挙げられている。

③ 「2. 伝送網会社の事業モデル」につき不合理と判断された基準 (KZR66/12 Rn.93 ff.)

「伝送網にかかる自治体の持分割合」(2.1)、「自治体の財産的增加」(2.3)及び「伝送網の獲得に対する自治体の資本投入の額」(2.4)という評価項目をもって、ゲマインデは、コンセッション契約の際に、コンセッション対価令によって許容される限度を超える財政的な利益を追求しようとしたのであり、この点は違法である。コンセッション契約の期間終了後に伝送網を獲得することについては、すでに「契約終了規定」(1.1)において別途評価されているため、2.1、2.3、2.4の各項目は、存続期間中における自治体の伝送網への関与にかかるものであると解される。また、これらの各項目は、ゲマインデの伝送網事業への正統な影響力行使の可能性を確保することに資するものでもない。手続通知の記載においては、以上のことは説明されていなかった。むしろ、ゲマインデの共同形成権や影響力行使の可能性は、2.2の項目との関連においてのみ取り上げられている。しかし、道路権を提供するゲマインデを経済的又は会社法的に伝送網事業に関与させるための入札参加者の準備は、前述(3(3))のとおり、事物に即した基準とは認められない。

また、「事業分野の拡大可能性」(2.6)という基準は、手続通知によれば、

将来のコンセッション権者との追加的な協力の可能性を念頭に置くものだが、これはコンセッション契約と事物に即した関係になく、許容されない。

「共同形成権・影響力行使の可能性」（2.2）という基準は、たしかにそれ自体は最初から否定されるものではない。しかし、自治体の伝送網運営会社への出資によって仲介される影響力のみが評価されるべきではない。本件では、ゲマインデにとって会社法上の関与のある入札が、契約法上の影響力行使の可能性がある入札に対して、高く評価されており、違法である。

以上より、ゲマインデの選考手続は、多くの点において、法46条1項の差別禁止に違反するとともに、反競争制限法旧20条1項によれば、コンセッションにかかる他の競争者への不公正な妨害にも該当し、民法典134条により無効とされるべきである。このような選考手続の瑕疵による不公正な妨害は、それが事業者の選考結果に影響を与えないような軽微な瑕疵にすぎない場合には否定されうるが、本件は、そのような事例ではない。

第3節 総括と若干の考察

1 判決の骨子

以上の判決の骨子をまとめると以下のとおりである。まず、本件においては、原告らによる法46条2項2文に基づく配電網設備の引渡請求の有効性が争われている。同項に基づく請求をなしうるのは「新たな伝送網事業者」であり、原告らがこれに該当するためには、有効なコンセッション契約に基づき伝送網事業が移転されたことが要求される。

そこで、コンセッション契約の有効性を検討するに、本件で問題となる事項関連市場は、電力供給網の管理運営に必要となる道路使用権をめぐる競争入札である。この関連市場は、各ゲマインデの領域に限定されている。この関連市場において、道路にかかる権利の供給者であるゲマインデは、反競争制限法19条2項1号（旧20条1項）の意味で「市場支配的な地位」に立ち、選考手続において、入札参加者を不当に妨害したり、差別したりしないことを義務付けられる。このことは、同様にコンセッション契約にかかる差別禁止を規定する法46条1項1文とも調和し、基本法28条2項で保障されるゲマインデの地方自治権とも適合するものである。

反競争制限法及びエネルギー事業法の定める差別禁止から、第一に、ゲ

マインデが選考決定において依拠すべき選考基準及びその比重付けが、事前に、遅滞なく、入札参加者に通知されなければならないという手続的な要請が導かれる。これは、伝送網の競争について利害関係を有する入札参加者において、選考決定を予見可能なものとする事で、競争の公正性を確保する趣旨である。

第二に、選考決定が配電網事業の事項に即した基準に従って行われるように、選考基準が、法1条1項の目的を優先的に具体化したものでなければならないという実体的な要請が導かれる。この要請について、本件当時、「法1条の目的に拘束される」旨を定める2011年法46条3項5文に対応するような規定は明文では規定されていなかった。しかし、2011年に追加された当該規定は、明文化の趣旨にすぎないため、本件当時の法46条に基づくコンセッション権者の選考についても、ゲマインデが法1条1項の目的に拘束されるべきことは同様であった。このような前提の下で、②事件の判旨は、個々の具体的な評価項目及びその比重付けについて、他州のカルテル官庁が公表するモデル基準を——これに拘束力がないことは認めつつも——手掛かりとして、その合理性を審査する。そして、一部の基準について、法1条1項の目的に適合しない、あるいは優先的に比重付けられていないとして、他事考慮により、違法と判断した。

その際、①事件の判旨は、ゲマインデの公営企業について、EU公共調達法の領域で認められてきた組織内委託の法理を主張し、上記の要請を回避することは、差別禁止の趣旨に反し、認められないと判断した。また、②事件においても、ゲマインデによって共同出資される私法形式の企業であることや、ゲマインデに入札参加企業の持分が与えられるといった事情を「影響力行使の可能性」という評価項目において高く評価することも、認められないと判断している。

以上のような法的要請を満たさない選考決定及びコンセッション契約の締結は、他の入札参加者の不公正な妨害に該当し、反競争制限法19条2項1号及び法46条1項に違反し、違法である。このような瑕疵が入札参加者の順位付けに影響を与えるものであり、これを無効としなければ、他の入札参加者に対する不当な妨害を除去し、又は平等な取扱いを確保することができない場合に限り、民法典134条（公営企業の場合は同条の類推適用）により、コンセッション契約は無効となる。当該契約が無効であれば、原

告らは「新たな伝送網事業者」とは資格づけられず、法 46 条 2 項 2 文に基づき引渡請求をなさない。

なお、コンセッション契約に上記のような瑕疵がある場合でも、差別されたすべての入札参加者が、仮処分申立て等の方法で、その権利を保護するための十分な機会を有しているが、このような可能性を利用しなかった場合には、コンセッション契約の法的安定性の観点から、契約の有効性が維持される余地が残されている。このことはとりわけ、反競争制限法旧 101a 条に基づいて選考決定に関する通知を行い、15 日の待機期間を経て、契約の締結がなされた場合に妥当する。

2 本件における問題の所在——利益相反の回避

本判決の問題は、再公営化を企図するゲマインデが、委託発注機関としての側面と入札参加者としての側面を併有するため、エネルギー事業法や反競争制限法の要請するような差別のない選考決定が必ずしも確保されえない点にある⁶⁷⁾。前提として、このような状況の下でのゲマインデの選考決定及びコンセッション契約の締結は、民法上の自己取引 (In-sich-Geschäfts) に類似するものであるところ、自己取引について規律する民事訴訟法 41 条 1 号や民法典 181 条の規定が、公法関係にも直ちに適用されるのかは疑問であり、また、これらの規定は自然人を念頭に置いたものであるため、法人にも直ちに妥当しうるかは明らかではない⁶⁸⁾。そこで、このようなゲマインデの利益相反的な位置づけを法的にいかに取り扱うべきかが問題となる。その際、この問題の所在は、憲法上の地方自治保障 (基本法 28 条 2 項) と競争法との緊張関係にあるため、両者の関係をいかに解するかが出発点となる。

以上の問題状況の下で、本判決は、ゲマインデが選考手続の際に考慮すべき評価基準及び比重付けを設定し、事前に、遅滞なく公表すべきであるとの手続的要請を明らかにしたうえで、その内容が法 1 条 1 項の目的を優

67) Cathrin Correll, Probleme der Rekommunalisierung von Energienetzen unter besonderer Berücksichtigung vergabe- und beihilferechtlicher Aspekte, DVBl 2016, S.338 ff. (S.341); L. Koppe, a.a.O. (Fn.10), S.28 ff. なお、コルレルは、主に同種事件であるベルリン州裁判所 2014 年 12 月 9 日判決について検討するものであるが、基本的な問題状況は本件と異なるものではない。

68) C. Correll, a.a.O. (Fn.67), S.341 f.

先的に具体化したものでなければならないとの実体的要請を前提として、裁判所が、基準の合理性の審査にまで立ち入ることができる旨を示し、さらに、その瑕疵にかかる法的帰結を明らかにした点に意義がある。

3 学説上の評価

(1) 肯定的な評価

ルップレヒト・ポッツン及びクリストフ・パルツァーによれば、本判決は、経済的に意義があるだけでなく、法治国家的かつ民主的なものでもあると評価される⁶⁹⁾。すなわち、基本法や欧州条約は、企業活動の自由を基本権として認めており、国家による妨害を受けることなく、経済活動を行うことができることは、自由かつ民主的な基本秩序の一部でもある。他方で、基本法は経済秩序に関して中立的な姿勢をとっているため、経済がどのようなものとみられるべきかについては、基本法の下では説明することができない。この点につき、欧州条約や基本権憲章の発効によりはじめて、EU 域内において市場経済原理が妥当することとなる。国法学の研究においては、この経済秩序・法秩序の下で、国家は、公の目的に奉仕するものであり、その目的が私人よりも経済的に、かつ良好に実現することが可能な場合にのみ、企業活動を行うことができることが論じられている。国家を含む諸アクターが意のままにその利益を貫徹しうる制度下においては、アクターの機会均等や公平は与えられない。このような考え方は、新自由主義的なイデオロギーによるものではなく、むしろ民主制や基本権の要請であるという。

こうした見解は、とりわけ EU レベルにおける規律の高次元化(Hochzonung)⁷⁰⁾という歴史的背景を有するエネルギー事業の領域においては親和的であるといえる。エネルギーの領域について、EU 加盟国は、EU 指令に基づいて、EU 指令を具体化する国内法を制定しなければならない。その際、ゲマインデの地方自治保障を規定する基本法 28 条 2 項との抵触が問題となりうるが、地方自治保障は、「法律の範囲内において」認められるものであるため、ゲマインデによる選考決定の行為余地も、EU 法の秩序に適合した

69) Rupprecht Podszun/ Christoph Palzer, *Machtprobe zwischen Markt und Staat? – Rekommunalisierung und Kartellrecht*, NJW 2015, S.1496 ff. (S.1498 f.)

70) J. H. Klement, a.a.O. (Fn.4), S.67 ff.

エネルギー事業法の範囲内においてのみ認められる。このような法律の規律による地方自治権の侵害は、比例原則に適合しない場合には許容されないと、ゲマインデの企業による参入の可能性が過度に制約されたり⁷¹⁾、選考基準の設定の際に、法1条の目的以外の目的の考慮が排除されていない限り、なお比例原則に適合するものであるという⁷²⁾。

(2) EU法の観点からの批判

これに対し、ゲマインデによる再公営化の余地を広く解する論者として、ホルガー・ヴァイスが挙げられる。ヴァイスによれば、EU法は、ゲマインデが、どのような法主体の下で任務を遂行するかという「体制決定」を行うことを禁止するものではないという⁷³⁾。すなわち、伝送網の設置・管理を二重に調達することは困難であるという理由から水道供給の任務を「PPPモデル」として共同出資企業へと委託することを認めた欧州裁判所の判例⁷⁴⁾に照らしても、自治体の出資する企業へと任務を委ねることは認められる。また、EU法上は、第1次法にも、第2次法であるコンセッション指令にも、選考基準やその比重付けに関する要請は何ら規定されていないが、法46条や反競争制限法19条の文言からは、EU法の標準からの逸脱はほとんど説明されておらず、基本法28条2項の地方自治保障からも、このことは抑制的に解釈されるべきであるという。また、この点に関連して、反競争制限法19条のようなカルテル法の一般条項が拡大解釈されすぎているのではないかと懸念もある⁷⁵⁾。

以上のように、ヴァイスによれば、EU法上認められた自治体の権限を否定することは、ドイツ法においても他に類を見ない極端な位置づけ(Extremposition)であり、例えば、水道や熱供給の領域においてはあり得ないという⁷⁶⁾。また、EUの他の構成国においては、オランダのように、エネルギー供給の確実性等の目的から電力・ガス供給網の民間化さえも禁止す

71) C. Correll, a.a.O. (Fn.67), S.339 f.

72) R. Podszun/ C. Palzer, a.a.O. (Fn.69), S.1498.

73) Holger Weiß, Stand und Perspektiven des Rechts der Strom- und Gaskonzessionsvergabe, NVwZ 2014, S.1415 ff. (S. 1418 f.).

74) EuGH, Slg. 2009, I-9940. EuZW 2009, 849 Rn. 55 ff.

75) Simon Wollenberg, Bundesgerichtshof erschwert Vergabe von Stromnetzkonzessionen, KommJur 2014, S.161ff. (S.165).

76) H. Weiß, a.a.O. (Fn.73), S.1420.

る国があり、欧州裁判所の判例によれば⁷⁷⁾、このような目的も正当化されうることを指摘する。

(3) 地方自治の観点からの批判

選考決定にかかる不文の手続的・実体的要請を導き、その司法審査の密度も高く設定することで、ゲマインデの再公営化にかかる政策的判断の余地を極めて狭く解する本判決については、地方自治の観点から批判も強い。

とりわけ詳細な検討を行うものとして、ヨアヒム・ヴィーラントは、水道やエネルギーの供給といった地域住民の生存配慮にかかる任務に基本法 28 条 2 項の地方自治保障が及ぶことを出発点とし、法 46 条がゲマインデの自治行政権を侵害するものであるため、この規律が基本法 28 条 2 項の観点から正当化されうるかを検討しなければならないという⁷⁸⁾。この点につき、当該法律が、自治行政の「中心領域 (Kernbereich)」を侵害するのか、「周辺領域 (Randbereich)」を侵害するにとどまるのかを区別して論ずる必要がある。前者の領域としては、連邦憲法裁判所の判例上、一定の任務カタログが観念されるわけではなく、ゲマインデの自治行政の本質的な内容として、「法律により他の公行政主体に委ねられていない地域的共同体のあらゆる事項を、他の権原 (Kompetenztitel) なく自ら引き受けることができるという権限 (Befugnis) (ゲマインデの作用範囲の「全体性 (Universalität)」)」それ自体をいうものであるが⁷⁹⁾、この基準によれば、エネルギー事業法の規律は、自治行政の中心領域を侵害するものではないという。この点は、本判決においても示されている (第 2 節 1 (1) ③)。

そして、エネルギー事業法が、自治行政の周辺領域を侵害するかにつき、以下の通り述べる。すなわち、連邦憲法裁判所は、上記判例において、憲法上の任務配分原則における拘束を、ゲマインデの地方自治保障を考慮して具体化したのであり、国がエネルギー事業法のような高次の規律を設けるにあたっては、地方自治保障の観点から、ゲマインデの任務範囲を踏まえた十分な正当化が要請される。すなわち、地域に根差した生存配慮への

77) EuGH, C-105/12, C-106/12, C-107/12, EuZW 2014, 61.

78) Joachim Wieland, Der Abschluss von Konzessionverträgen als Teil der gemeindlichen Selbstverwaltung, DÖV 2015, S. 169 ff.

79) BVerfG, Beschl. v. 23.11.1988, BVerfGE 79, S. 127 ff. (S.146).

自治体の関与の在り方についての決定権は、原則として、ゲマインデの側にあり、国の立法者は、それを上回る具体的な公益を目的とする場合にのみ、これを制約することが許容される。上記判例においても、「憲法は、このような経済的な考慮に……地域住民の公的任務の処理への参加という政治的・民主的な観点を……対置させており、後者を優先させている」としている⁸⁰⁾。そして、ヴィーラントによれば、公行政の経済性ないし効率性という目的では、このような地方自治権の侵害を正当化するには十分ではなく、地方自治権を制約しうるほどの、それを上回る公益も存在ない⁸¹⁾。

また、エネルギー事業法の立法理由によれば、立法者も憲法上の地方自治保障を考慮しており⁸²⁾、ゲマインデには、地域の配電網を自ら引き受けるか、企業に委ねるか（すなわち体制決定）についての開かれた決定余地が与えられている。このような理解は、裁判例及び学説においても一致していたという⁸³⁾。しかし、近時の民事裁判例においては、ゲマインデが、選考決定の際に、法1条の目的に拘束されるべきことを判断するものが現れ、その結果、基本法28条2項から生ずる地域のエネルギー供給にかかる規律権限は奪われ、国家のエネルギー事業法の執行機関に格下げされてきた。たしかに、エネルギー事業法の規定する不確定法概念の解釈や裁量権の行使にあたっては、法律の目的が考慮されなければならない。しかし、ゲマインデは、単なる法執行機関とは異なり、地方公共団体として、地方自治権を行使している。ゆえに、選考決定にあたって、法の目的に照らして、法を解釈・適用することに尽きるものではなく、地方自治の観点から正統化された他の目的を考慮することも認められる。そして、エネルギー事業法の立法者は、当該法律の目的だけが顧慮されて然るべきことをなら定

80) BVerfG, Beschl. v. 23. 11. 1988 - BVerfGE, 79, S.127 ff. (S.153).

81) J. Wieland, a.a.O. (Fn.78), S.173 u. 174.

82) 1998年法の立法理由（BT-Drs. 13/7274, S.21）によれば、ゲマインデが、入札参加者が複数ある場合に、選考決定にかかる決定的な理由を提示しなければならないとの規定（1998年法13条3項2文）に関連して、「ゲマインデがいかなる基準により選考決定を行わなければならないかは規定されていない。しかし、そうではあっても、ゲマインデの決定につき、より透明性を高め、〔判断過程を——筆者註〕事後的に追跡できるものとするにより、合理的な基準の選択を行うことにも資するものである」と述べられている。このことは、2006年法46条の立法趣旨にも対応するものとされている（BT-Drs. 15/3917, S.67）。

83) J. Wieland, a.a.O. (Fn.78), S.173.

めなかったのであり、地方自治の観点から考慮されるゲマインデの利益は、エネルギー事業法の目的に劣後するものであってはならない⁸⁴⁾。

本件において、法46条1項1文から、コンセッション契約においても差別禁止が適用されうるという解釈自体は、憲法の観点から問題はないものの、差別禁止から導かれるとされる透明性の要請や、ゲマインデが事前に選考基準とその比重付けを公表すべきであるという手続的要請、及び当該基準において法1条の目的が優先的に顧慮されるべきという実体的要請は、単なる「裁判官による法 (Richterrecht)」として「創造された (entwickeln)」ものにすぎず、憲法の枠組みを考慮して定められたエネルギー事業法には、その明確な根拠は見出されない⁸⁵⁾。また、本判決は、法1条1項の目的を「優先的に」考慮すべきと定式化しており、たしかにそれに劣後する目的を考慮することを妨げるものではないが、それは法1条1項の目的を優位に位置付けることとの対比において「外観 (Anschein)」として認められているにすぎない。実際に、判旨の評価は、素直に読めば1条の目的のみをもつばら許容するようなものであり、しかも、それは裁判官の独善的な評価であり、基本法28条2項で保障されるゲマインデの評価に代置するものである。このような判断は、法律上の明文の根拠なく、地方自治保障を広範に制約するものである。

このほか、前述(第2章第2節3)のハンブルク市における配電網の再公営化のように、住民投票を経て再公営化が決定されるような場合に、このような選考基準を用いることで、再公営化が阻まれる結果にもなりうることを指摘するものもある⁸⁶⁾。

4 私人の基本権との衝突？

前述(第2節1(3))のように、②事件の判旨は、新たなコンセッション

84) J. Wieland, a.a.O. (Fn.78), S.173 f.

85) J. Wieland, a.a.O. (Fn.78), S.173 f. Christian Theobald/ Astrid Meyer-Hetling/ Mattias Probst, Konzessionsvergabe: BGH-Urteilsgründe bringen Klärung – aber nicht genug, BBH Blog 12. 3. 2014, (<https://www.bbh-blog.de/alle-themen/energie/konzessionsvergabe-bgh-urteilsgruende-bringen-klaerung-aber-nicht-genug/>) も同旨(最終閲覧: 令和5年6月1日)。

86) Alexander Eufinger, Neuvorgabe von Konzessionsverträgen durch Gemeinden, NVwZ 2014, S.779 ff. (S.782 f.); ヤン・ツイーコー(人見・訳)前掲注12)、61頁以下。また、バーデン・ヴュルテンベルク州ゲマインデ法との関係で、L. v. Rummel, a.a.O. (Fn.4), S.95 ff. も参照。

契約の法的安定性を考慮して、選考手続に契約の無効を帰結するような瑕疵がある場合でも、反競争制限法旧 101a 条を念頭に置き、「差別されたすべての入札参加者が、その権利を保護するための十分な機会を有しているが、このような可能性を利用していない場合にのみ」、当該契約の有効性が維持されると判断している。このような表現から、すべての入札参加者が、差別のない競争入札にかかる何らかの「権利」を有することが読み取られる。

さて、前述（第1章）のとおり、法律行為を基礎として、任務遂行の権限を付与する方法で行われる機能的民間化の場合には、私人は、一般に、その期間を越えて当該任務を継続する権利まで有しておらず、その公共化の決定余地も他の類型と比較して広いと考えられる。ここで、電力供給網事業のためのコンセッション契約の締結は、機能的公共化の典型例として知られているが⁸⁷⁾、再公営化の余地を狭く解する本判決の判断は、上記の一般論との関係で、いかに理解すべきであろうか。

伝統的に、私人が市場において自由な競争を求めることは、客観法秩序に属するものであり、基本権の経済政策的中立性の観点からも、こうした権利は考え難いものであった。こうした考え方を前提とすれば、本件では、配電網事業の公正な競争を保護するエネルギー事業法が、客観的に、再公営化の限界を設定し、私人は反射的にその利益を享受するのみであるという見方が可能である。しかし、1972 年の連邦憲法裁判所における石工決定⁸⁸⁾以降、判例上、「競争の自由」が憲法上の自由として位置づけられ、学説上も基本法 12 条 1 項の職業の自由の観点から、これを基礎づけようとする議論がなされてきた⁸⁹⁾。

とりわけ著名な 2002 年のグリコール決定⁹⁰⁾によれば、「企業の職業活動が競争原理に従って行われる場合には、自由保護の範囲は、競争を可能とし、また制限する法的規律によって画定される。基本法 12 条 1 項は、この法的規律の範囲内で、市場競争の機能条件に従った競争への参加を確保

87) L. v. Rummel, a.a.O. (Fn.4), S.207 ff.

88) BVerfG, Beschl. v. 8. 2. 1972 - BVerfGE 32, S. 311f. (S.317).

89) 紙幅の都合上、本稿では詳細な議論は省くが、関連する邦語文献として、新井貴大「競争の自由と競争秩序をめぐる基本権ドグマティク——グリコール決定を中心として」法学政治学論究 123 号（2019 年）227 頁以下を参照。

90) BVerfG, Beschl. v. 26. 1. 2002 - BVerfGE 105, S.252.

している」。この「市場競争の機能条件」につき、同判例は、「市場に関連する要素について、可能な限り豊富な情報が市場参加者に提供されること」もその前提条件であり、関連する法秩序は、市場にとって重要な情報が提供される程度を高めることを可能とし、市場の透明性を確保することを目的としているという。そして、国家による市場に関する情報の提供が市場の条件を歪めるものでなく、これが法的規律に従ったものであるならば、関連市場の競争参加者への基本権の保障領域（Gewährleistungsbereich）の制約とはならない。

この決定には批判も強いところであるが、これを前提とすれば、市場における競争参加者の「競争の自由」に保障が及ぶか否かについては、「競争にかかる法的規律」によって決せられることになる。本判決においては、電力市場の自由化により、競争の機能条件を設ける規整法として、エネルギー事業法が制定されている。このような規整法は、マティアス・ベッカーによれば、「経済秩序構造規範」と性格づけられ、実定法上のものに限らず、不文の構造規範をも含めた総体としての法秩序を形成する⁹¹⁾。判決を前提とすれば、エネルギー事業法から導かれる不文の規範を含む法秩序により、グリコール決定でいうところの職業の自由の「保障領域」が刻印づけられる。これにより、入札参加者には、選考決定を行うゲマインデに対して、エネルギー事業法の法秩序に従った選考決定を要求する権利が基礎づけられ、その反面、ゲマインデの再公営化にかかる形成余地は、その枠内で狭められる。このように、本判決を入札参加者の競争の自由の観点から整理することが考えられる。

本判決においては、この点に関する詳細な判断は示されていない。もっとも、2017年改正法施行により新設された法47条では、入札参加企業が、選考手続につき、同条2項に規定する異議申出（Rüge）を行い、ゲマインデがこれを是正しないと決定をした場合に、当該企業は、その通知を受け取ってから15日以内に、異議申出を行った範囲でのみ、通常裁判所において権利侵害を疎明して、民事訴訟法上の仮処分を申し立てることができることを規定するに至った⁹²⁾。また、その後の連邦通常裁判所2021年3

91) Matthias Bäcker, Wettbewerbsfreiheit als normgeprägtes Grundrecht, 2007 Rn.169 ff.

92) 異議申出には、46条3項の公表により（47条2項1文）、46条4項に基づく選考基準の通知により（同行2文）又は46条5項に基づく選考決定にかかる通

月9日判決において、「事業者は、法46条から、透明かつ差別のないコンセッション手続の実施という主観的な権利のみならず、ゲマインデが、秩序にかなった瑕疵のない手続の実施に基づいて、事実上も委託決定を行うことを求める主観的な権利を有する」として、入札参加者の競争の自由にかかる主観的な権利が明確に認められるに至っている⁹³⁾。いずれにせよ、エネルギー供給網事業については、関係法令によって構築される法秩序により、入札参加者には少なくとも瑕疵のない選考手続を求める権利が付与されると解される点で、単に契約又は行政行為の枠内でのみ私人に任務遂行が認められる他の機能的民間化とは区別され、このような差異が、再公営化の場面で、上記のような手続的又は実体的な要請として現れると考えられよう。

5 本判決後における法46条の改正

上記の判例については、立法的な解決が強く要請されていた⁹⁴⁾。その後、エネルギー事業法46条は、2011年改正法に引き続き、2017年の改正法施行により現行規定に至っている。この改正により、2011年改正の際に設けられた「ゲマインデは、企業の選考にあたって、法1条の目的に義務付けられる」との規定(法旧46条3項5文)が、現行法46条4項1文に移行され⁹⁵⁾、加えて、2017年改正で新設された同項2文及び3文では「とりわけ供給の確実性や費用の効率性といった伝送網事業にかかる要請が確保されたうえで、地域的共同体の事項も考慮されうる。個々の選考基準の比重付けにあたって、ゲマインデは、いずれの伝送網区域の要請も考慮に入れることができる」として、地域的共同体の事項にも配慮しつつ、選考決定

知により(同行3文)、権利侵害が明らかとなった場合の3つの場面が規定されているが、これらの場合に依じて、異議申出の起算点及び期間がそれぞれ異なる。また、選考決定に対する異議申出については、1週間以内に限り、その準備のために文書閲覧が保障されており、手続的にも権利保護性が高められている(同条3項)。

93) BGH Urt. v. 9.3.2021, KZR 55/19, Rn.38.

94) J. Wieland, a.a.O. (Fn.78), S.173f. (S.174); H.Weiß, a.a.O. (Fn.73), S.1420; C. Theobald/ A. Meyer-Hetling/ M. Probst, a.a.O. (Fn.85).

95) なお、2011年法46条3項5文は法1条全体を指示していたため、本判決との関係で、法1条2項及び3項が選考基準の設定に関連するののかという疑問が提起されていた。Vgl. S.Wollenberg, a.a.O. (Fn.75).しかし、2017年改正により、法46条4項1文に移行された同条文では、「法1条1項」のみが明確に指示されるに至った。

にかかる実体的な要請が明文化されている⁹⁶⁾。

また、同項4文では、「ゲマインデは、第3項第1文又は第3文により設定された少なくとも3か月の期限内に、公道の利用にかかる利益を表明した各企業に、選考基準及びその比重付けを書面で通知しなければならない」として、本判決で示された手続的要請が明文化されるに至っている。このほか、法46条5項では、ゲマインデが、「入札が採用されないものとされた企業に対して、拒否されることとなる理由及び今後の契約締結が予定される最も早い時点を、書面で通知しなければならない」ことが規定されており、これが前述の法47条による異議申出の前提をなしている。

6 組織法上の利益相反回避措置

最後に、利益相反を回避するための基本的な考え方として、公正中立な第三者を意思決定に介在させることが考えられる。本件においても、選考手続を主宰する第三者的な機関を設けることで、選考決定の公正中立性を確保するという組織法的な解決は考えられる⁹⁷⁾。

この点につき、本判決後の連邦通常裁判所判例の展開として、近時の電力・ガス供給網の再公営化に関する事例においては、本判決の差別禁止を発展させて、そこから手続主宰機関の中立性の要請を導き、その具体的な帰結として、ゲマインデにおける手続主宰機関と公企業管理機関との組織的・人員の分離が要請されるとする判例がみられる⁹⁸⁾。とりわけ、前掲連邦通常裁判所2021年3月9日判決においては、手続主宰機関と公企業管理機関が、同一の者の指揮監督下に置かれていた場合には、組織的な分離が満たされておらず、これをもって選考手続の瑕疵が肯定されるとの判断が示されている⁹⁹⁾。

本判決では、手続主宰機関の組織構造は問題となっておらず、もっぱら

96) Vgl. BT-Drs. 18/8184, S.14 f.

97) L. Koppe, a.a.O. (Fn.10), S.28 f.; C. Correll, a.a.O. (Fn.67), S.341.

98) BGH Beschl. v. 18.10.2016, KZB 46/15 –ベルリン州エネルギー企業事件; BGH Ur t. v. 9.3.2021, KZR 55/19 –ガスネツツ・ベルリン事件; BGH Ur t. v. 12.10.2021, EnZR43/20 –バルクテハイデ事件を参照。また、類似の問題として、BGH Ur t. v. 28.1.2020 EnZR 99/18 では、最終的に契約の締結を議決すべきゲマインデ議会の議員が、同時に市の出資する有限会社の監査役会の構成員でもある場合について、選考決定への関与禁止 (Mitwirkungsverbot) に関する判断がなされている。以上の詳細は別稿に譲ることとする。

99) BGH Ur t. v. 9.3.2021, KZR 55/19, Rn.47 ff.

事物に即した選考基準の設定及びその比重付け並びにこれらの公表により、差別のない選考手続を確保しようとしている。選考決定にかかる理由の提示に関する規律につき、選考決定の透明性を高めることを目的として含む 1998 年法及び 2006 年法の立法趣旨に照らせば、少なくとも本判決の示す不文の手続的要請には理由があると思われる。しかし、とりわけ実体的な要請については、選考決定にかかるゲマインデの決定余地が予見不可能な形で狭められる結果となり、地方自治保障の観点から強く批判が提起されている。この点につき、組織法の面から手続主宰機関及び決定機関の中立性を確保することができれば、不文の規範を根拠として、選考基準についての審査密度を過度に高め、ゲマインデの再公営化にかかる政策的判断の余地を過度に制約することも回避されえたのではないと思われる¹⁰⁰⁾。

おわりに

本稿では、公共化決定の場面における行政機関の利益相反が、法的にいかに関与し、いかに処理されるべきかについて、ドイツの電力供給網事業の再公営化に関する判例を素材として、検討を試みた。この点につき、一般論として、公共化の類型論を手掛かりとして、一定の場合分けは考えられるものの、これは絶対的な基準とは言い難い。連邦通常裁判所の判例にもみられるように、機能的再公共化の事例とされるものであっても、その根拠法令又は関係法令が自由化の影響を受けて規定され、競争法規との強固な結びつきにおいて、その趣旨に適合するような不文の法的要請が導かれる結果、行政機関の公共化にかかる行為余地が狭められる場合が考えられる。このことは、私人の競争の自由の観点からも根拠づけられうる。わが国においても、民間化や自由化がなされた後の再公共化の決定が、民間化や自由化に方向づけられた法律の枠内で行われ、私人や市場原理に有利

100) もっとも、現行法においては、本判決のいう手続的又は実体的な要請が明文で規定されているため、組織的・人的分離の要請と同様に、選考基準の法 1 条適合性は引き続き問題となる。また、組織的・人的分離の要請についても、判例上、個別具体的に検討されるものであるため、その一般的基準が依然として不明確であることも課題として残る。Johannes M. Jäger, Rückkehr des „bösen Scheins“, NZBau 2022, S.515 ff. (S.516 f.) .

に解釈されうる余地は同様に考えられよう。

ただし、電力供給網事業のように生存配慮に属する任務については、これを最終的に保障すべき行政機関の政策的判断の余地が過度に狭められるものであってはならない。本判決②事件においては、ゲマインデの選考基準について、他州のモデル基準等に照らして、各評価項目を極めて詳細に審査しているが、ヴェーラントの指摘するように、このような司法審査は法令上の根拠なく、ゲマインデの裁量を過度に狭めるものであり、地方自治保障の観点からも強く批判がなされていた。本件における問題が、委託発注機関の選考決定又はその基準の設定にかかる中立性にあるとすれば、選考決定の審査密度を高める方向ではなく、選考決定にかかるゲマインデの一定の形成余地は認めつつも、入札参加者としてのゲマインデにつき、選考決定からの距離を確保し、競争上の公正中立性を確保しつつ、法の趣旨・目的に関連する事項と、地域的共同体の実情に即した事項とを適切に衡量させ、決定を行う余地を残すような組織法的又は制度的な解決が検討されるべきであろう。

最後に、本判決のように、公共化を決定する者が私人との関係で任務の引受けをめぐって競願関係にもあることによる利益相反は、他の公共化事例においても問題となりうるし、わが国においても問題となりうる。これに関連して、わが国においては、2018年に成立した「所有者不明土地の利用の円滑化等に関する特別措置法」の立法過程において、所有者不明土地の収用にかかる手続について、次のようなことが指摘されている¹⁰¹⁾。

「土地収用法の事業認定に至る手続は、公聴会を開催して第三者機関の意見聴取をすることになっております。しかし、この第三者機関というのは、国土交通省の社会資本整備審議会であり、主に審議するところは土地収用部会であります。この委員は、起業推進をする国土交通大臣がその責任者であり、その審査をするところも国土交通省の事業認定庁である。その後の、知事が事業認定をして、知事がこの案件では裁決もできるというふうになっていますけれども、ありていに言えば、左手で答案用紙を自分でつくって右手でサインをする、オーケーです、こういうことになるのではないか。」¹⁰²⁾

101) 第196回国会衆議院国土交通委員会第16号(平成30年5月22日)公共事業改革市民会議代表橋本良仁参考人の発言(発言番号004)を参照。

102) これに対して、第196回国会衆議院国土交通委員会第16号(平成30年5月22日)

これは、財産の公共化に該当するところの土地収用の例であり、本稿が主として論じてきた機能的公共化の例ではないが、本稿と同様の問題状況が、わが国においても認識されていることを示唆するものである。その際、上記の国会答弁の問題認識にも関連して、連邦通常裁判所 2021 年 3 月 9 日判決において示された組織的・人員の分離の要請は、上記のような問題意識にとって、有益な示唆を与えるものでありうる。公共化の決定機関の組織構造に着目した検討については、今後の課題としたい。

山野日章夫参考人（発言番号 065）は、「この法律案のこの場所だけではなくて、土地収用法一般について考えてみるべき課題が横たわっているということなのかもしれ」ないと回答する。ただし、山野日は、起業主体と裁決の主体が同一だからといって、必ずしもこのような問題となるわけではなく、またこれらが別個の主体によって行われるとしても、問題が生じないわけではないと答弁している。