

電気通信事業に関するドイツ地方自治体の法と政策

斎 藤 誠 東京大学 大学院 総合文化研究科 助教授

1 研究の目的

1990年代、様々な行政部門及び行政関連事業部門で、規制緩和と民営化が進行したことは、日本、ドイツを含む先進各国に共通であり、またその中で、従来は住民に対する様々なサービスの提供により、福祉国家の柱石となっていた地方公共団体が、その財政難によって、市場原理に立脚した、よりマネージメント的な手法への転換や、収益性のある分野への進出を図る、といった現象が見られるところである。

本研究は、ドイツにおける、電気通信事業に関する地方自治体の法と政策につき、理論・実証の両面から分析を加えることにより、日本における、電気通信事業に対する地方自治体の、あるべき関わり方、ひいては、地方自治体の今後の、経済活動、情報通信に関する法政策の在り方についての、新たな視座を得ようとするものである。

具体的には、ヨーロッパ・ドイツにおける電気通信分野の規制緩和・民間化の中での、ドイツ自治体の電気通信分野への関与の在り方につき、二つの問題領域を取り上げて検討する。その第一は、電気通信網が敷設される、公道の管理者・所有者としての関与の問題であり、第二は、自治体自身が、電気通信事業者として、回路網を敷設したり、送受信サービスやインターネットサービスの事業を展開する場合の問題である。

2 研究の方法

研究受入機関であるドイツ・フライブルク大学において、①学術書、雑誌論文等の文献収集・調査を行うとともに、②フライブルク大学のスタッフを中心として、ヒアリング、ディスカッションを行い、あわせて、③研究テーマに関連する、講義・演習にも参加し、議論にも加わった。

①については、以下に掲げる研究結果において、注記する。

②のうち、主たるヒアリング対象は、下記の通り。

ライナー・ヴァール教授（行政法・行政学）、マルティン・ブリンガー教授（行政法・放送法）、アンドレアス・フォスクーレ教授（行政法・国家学）、フライブルク行政裁判所ドルデーラー裁判官。

③のうち、特に本研究に役立ったものとしては、

行政法博士課程演習（ヴァール教授）99年冬学期

特別講義「行政法—諸テキストを素材として」（ブリンガー教授）同学期

行政法・政治学共同演習「現代行政における制御問題」（フォスクーレ教授・ヴィリンガー講師）同学期

文献コロキウム・行政法（ヴァール教授・フォスクーレ教授）2000年夏学期

が、挙げられる。なお、本研究開始の前ではあるが、

行政法改革シンポジウム（テーマ・情報化社会における行政法、ハンブルクで99年6月開催）

行政法演習「民営化のもとにおける地方公営企業」（ヨハネス・ヘラーマン講師、98年冬学期）

への参加も、本研究を進める上で有意義であったことを付記する。

3 研究結果 — 電気通信事業に関するドイツ自治体の法と政策

（1）電気通信事業に関する制度改革の概観—Postreform 1—³¹

1 戦後、西ドイツにおいては、郵便と並んで電気通信制度は、連邦の専属的立法管轄に属し、その事業は、連邦固有行政として、連邦郵政大臣の所管する特別財産としての「連邦郵便」（Bundespost）が、独占的に実施してきた。しかし、ヨーロッパ統合の進展に伴い、郵便・電気通信事業への、私企業の参入が要請されるようになった。

具体的には、1986年の、共同体条約改正の各国署名から、1992年のマーストリヒト条約にいたるプロセスにおいては、郵便・電気通信事業を完全民営化するかどうかは、加盟国の判断にゆだねられたものの、他方で、EU域内での競争制限の撤廃の一環として、少なくとも、当該分野に関する、公企業・私企業の平等取り扱いが要求された点が、民営化に

大きな意味を持った。

そうしたプロセスと平行して、ドイツでも郵便・電気通信制度の改革が図られ、まず、1989年、「郵政構造法」により、連邦郵便が行ってきた「公権力の行使」としての高権的権能と、企業的活動が分離され、後者は、連邦政府から独立ではないものの、企業経営についての裁量の範囲を拡張した、連邦郵便・郵便サービス（Postdienst）、連邦郵便・郵便銀行（Postbank）、連邦郵便・テレコム（Telekom）の、三つの公共企業体に分離して帰属することになった。これが、第一次郵政改革（Postreform 1）である。

同法による電気通信事業の自由化に関しては、移動体通信と、特定周波数帯の衛星通信、端末機器及び付加価値事業についての民間からの参入は可能となったが、電気通信ネットワーク、音声電話サービスについては国の独占が引き続き認められていた。

しかし、EUは、1990年の「オープンネット指令」等により、電気通信事業の市場における、国の優位を減殺する方向をさらに加速したため、ドイツでの第一次改革は、それに十全に対応したものとは言えないものとなった。

2 そうした動向に対応するためには、ドイツにおいては、法律改正では足りず、憲法（ボン基本法）の改正が必要であった。同87条が以下のように、連邦「行政」としての、電気通信事業の実施を規定していたからである。

87条1項「連邦が、自己の下部行政組織を有する連邦固有行政として行うのは、外交事務、…（中略）…、連邦郵便、…（中略）…である」。

電気通信の事業部門への民間の参入と、広域・均質なサービスを保障する為の国の責任という、二つの観点を充足するため、94年、以下のように、電気通信事業に関する部分は、改正され、併せて組織改革の具体的内容を定めたオムニバス法としての「郵便新秩序法」が制定された。第二次郵政改革である（Postreform 2）。

基本法87 f 条1項「連邦は、連邦参議院の同意を必要とする連邦法の定めによって、郵便と電気通信の領域で、あまねく提供される、適正かつ十分なサービスを保証する。」

同2項「1項の意味におけるサービスは、私経済活動として、特別財産ドイツ連邦郵便を出自とする企業と、他の私事業者により提供される。郵便と電気通信における高権的任務は、連邦固有行政として行われる」。

同3項「2項2文の規定にかかわらず、特別財産ドイツ連邦郵便を継承した企業に関する個別の事務を、連邦法律の定めにより、連邦直属の公社という法形式で行う」。

電気通信についての移行規定としては143b条が、連邦法の定めにより、特別財産ドイツ連邦郵便が、私法形式の企業に転換し（一項）、移行期には、従前、連邦の排他権のもとに置かれていた事項は、転換先の企業に付与されること、（二項）、従前のドイツ連邦郵便所属の官吏の、私企業での身分保障（三項）等が定められた。

87 f 条1項により創出された、テレコム事業についての連邦の任務は、事業実施に代わる、新たな国家関与の形態として、「インフラ保証任務」と称される。事業組織としては、それまでの、「連邦郵便・テレコム」は、株式会社形態の「ドイツテレコム（Deutsche Telekom AG、以下、（株）ドイツテレコムという）」となり、新たに「ドイツ連邦郵便公社」が、「（株）ドイツテレコム」「（株）ドイツ郵便」「（株）ドイツ郵便銀行」に共通の持株会社として設置された。

3 同改革が、組織改革に中心を置き、ネットワーク独占がなお維持されたのに対して、その自由化や、EU指令による98年1月1日音声電話サービス独占廃止への対応を図るため、1996年に新「電気通信事業法」が制定された。同法は、国により独占されていた市場に、機会均等かつ機能的な競争を可能とすること、電気通信サービスを、あまねく基本的に保障すること、及び周波数秩序の確定が目的とされた（同法1条）。そして、当該目的は、新たな事業者の参入促進と、規制官庁の関与により具現化される（2条）。

1 本節の参照文献として。

Die Monopolkommission, Die Telekommunikation im Wettbewerb, 1996,

Fangmann, H., Das neue Telekommunikationsgesetz, 1997,

Büchner, W., (hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, (2Aufl.) 2000,

Grabitz, E.(u.a.), Kommentar zur Europäischen Union, Bd.1, 1997.

Scherer, J., Das neue Telekommunikationsgesetz, in NJW.1996, S. 2936.

塩野宏「電気通信法制の展開過程」（同『放送法制の課題』1989年）初出1984年。

土佐和生「ドイツ電気通信事業法における規制改革と競争政策（上・下）」香川法学10巻3・4号、11巻1号、1991年。

同「規制緩和の意義と競争政策の役割」経済法学会年報16号、1995年。

H=H・トゥルーテ（山本隆司訳）「電気通信のグローバルな秩序枠組の発展と公法」自治研究75巻7号、1999年。

米丸恒治『私人による行政』1編9章、1999年。

同「電気通信市場自由化法の成立」行財政研究28号44頁、1996年。

電気通信ネットについての国の法的独占は、同法により終了した。しかし、既存のネットによって、事実上の優越的地位を保持する（株）ドイツテレコムに対しては、新規事業者の参入確保のため、オープンネットアクセスの義務が課されることになった（33-39条）。以上が、1998年1月1日の電気通信法完全施行を節目とする、「第三次郵政改革」（Postreform3）である。

（２）電気通信事業者の無料公道使用权——市町村とテレコム（その１）²

１ 電気通信事業の自由化によって、ドイツの地方自治体は、一方で、自らが電気通信事業者として活動し、あるいは既に持っているネットの余剰を私事業者に販売・貸与する等の手法で、自治体経営の更新を図ることを企図・実行しているが（（３）でその法政策問題を検討する）、他方で、新電気通信法には、そうした自治体による「新規市場開拓」を、制約する制度も組み込まれている。すなわち、電気通信事業者に、原則として回線の敷設につき無料で公道を使用できる権利を認めた制度である。

郵政改革以前は、ドイツ連邦郵便が、電気通信事業の独占と、独占にともなう事業実施上の諸義務に対応して、道路を含むすべての地所における、無料で電気通信回線敷設権を保持していた（旧電気通信法1条、但し、土地の利用に、継続的な損耗を与えないことが条件となる）。郵政改革後は、電気通信法50条が、オープンネットに使用する目的での、公道の無料使用権限を、公的な電気通信への配慮任務に付随するものとして、連邦の帰属させ（同1項）、電気通信事業のライセンスを受けた者に、これを連邦が付与する（同2項）という仕組みがとられた。

よって、公道の管理者・所有者としての地方自治体は、クローズドなネット事業者に対する使用料の賦課という例外を除いて、公道使用权の「市場化」の可能性を、同法によりふさがれることになった。

２ この制度に対しては、憲法適合性及び法政策としての妥当性を巡り、議論が展開されたが、それを整理分析する前に、ドイツにおける私事業者の公道使用权の法的仕組みについて、電気通信における新制度の評価の視点を獲得する一助として概観しておく。

道路の路面について、継続的に「一般使用」を妨げる形態の利用は、「特別使用」という範疇で括られ、道路管理者の許可を必要とする（自動販売機の設置、レストランのテラス席の設置等）。それに対して、地下への上下水道管・ガスパ等の敷設は、工事期間を除くと路面の、道路としての利用を妨げるものではないので、公的規制としての、特別使用許可の対象とはならず、道路の所有者としての地方自治体と私事業者の間の、私法上の契約によってこれを利用させる、ということになる。私人の所有地の地下に、上下水道管が設置される場合と、行為形式上の径庭はない。使用料は、私法上の債権・債務ということになる。

電気通信回線については、私事業者ではなく、連邦がこれを敷設する独占的主体であったから、上記のような無料で使用权が認められることに特段の問題はなかった。もちろん理論的には、地方自治体は、連邦とは別の法主体であるから、連邦が使用料を支払う法的仕組みも設計可能ではあったが、連邦直営事業の公益性からして、そうした制度が実際に採られることはなかったのである。

３ 新制度に対しては、まず以下のような憲法上の問題点が指摘された。ボン基本法28条2項は、市町村に、法律の枠内で、「地域的共同体に関するすべての事項」を自らの責任で規律する包括的な権限を与えている。それを、権能の束と解するならば、そこには、住民に対して公権力を行使する領域高権、

2 本節の参照文献として

Hellermann, J. Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, 2000, S.322ff.

Bullinger, M., Durchleitungsrechte, Mitbenutzungsrechte und Planfeststellung für konkurrierende Telekommunikationsnetze, Archiv für Post und Telekom, 1998, S.105.

Puttner, G. Telekommunikation und gemeindliches Wegerecht, Archiv für Post und Telekom, 1996, S.307ff.

Cronauge, U. (u.a.), Gemeindliches Wegerecht nicht zum Nulltarif, Zeitschrift für Kommunal Finanzen, 1996, S.74.

Fehling, M., Mitbenutzungsrechte Dritter bei Schienenwegen, Energieversorgungs- und Telekommunikationsleitungen vor dem Hintergrund staatlicher Infrastrukturverantwortung, AöR 121, 1996, S.59.

Scholz, R., Unentgeltliche Durchleitungsrechte für Zwecke der Telekommunikation, Archiv für Post und Telekom, 1996, S.95.

Schutz, Raimund, Wegerechte für Telekommunikationsnetze, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 1996, S.1053.

Fangmann, H., a.a.O., 1997,

Buchner, W., a.a.O., 1997,

Scherer, J., a.a.O., 1996,

大橋洋一「公物法の日独比較研究」（同『行政法学の構造的変革』（1996）207頁以下）、初出1994年。

計画高権、組織高権、財政高権、自らの責任で生存配慮任務を実施し、また経済活動を行う権限も包摂されている。道路使用権の市場化を原則禁止とする電気通信法50条は、経済活動権限、及び財政高権の侵害である。そして、憲法上の電気通信にかかる「インフラ保証任務」(87 f 条)にとって、道路の無料使用権は、必要不可欠のものではないので、自治体高権の侵害は、「比例性」を欠いたものとして、28条違反の評価を受ける。

さらに、憲法上の連邦と州の権限配分に関しても(70条以下)、道路に関する法的規律権限は、連邦にではなく州に帰属しているので、当該無料使用権の設定については、連邦は立法権限を欠く。

4 対するに、電気通信法50条の合憲性の根拠については、以下の主張がなされた。

同条による規律は、コスト中立的なものであり、財政高権侵害には当たらない。また、「インフラ保証任務」と密接な関連を有する事項については、「連邦に排他的に帰属している事項」の実施に必要な範囲で、連邦の立法権限が肯定される。

法政策的にも同制度は、新規の電気通信事業者の参入を容易にするものであって、基本法143条bが規定する、経過措置としての(株)ドイツテレコムの特定分野における独占を、延長固定化するものではない。さらに、送電線の敷設について使用料を支払っている、電気事業者と比較すると、電気事業者が、市町村全域における事業の独占の実施という権利を、諸規制と引換えに保障されるのに対して、電気通信事業者はそうした位置に立っていない。その対比を概念化すると、電気事業が総体としてなお、「公企業の特許」による行政の関与を基礎付ける「生存配慮」任務に該当するのに対して、電気通信事業は(ユニバーサル・サービスに限定しての該当性は議論の余地があるにせよ)、総体としては、そうではないということになる。

しかしながら、法政策的観点については、さらに以下のような反論も提起された。無料使用権の付与は、新規参入業者に対する、いわば市町村の負担による「補助金」であり、市場による規律とは異質のものである。加えて、そうした助成措置によるコスト減が、必然的に電気通信利用料金に反映されるものでもない。

5 こうした議論を踏まえて、1997年5月16日、10の市町村が、自治体連合組織としてのドイツ市町村連盟の支援のもとに、同法50条の規律に対する、憲法異議の訴えを連邦憲法裁判所に提起した(基本法93条1項による)。1999年1月7日の決定³で、同裁判所第二法廷第二部は、市町村の訴えを退けた(その形式は、憲法異議に対して、連邦憲法裁判所の負担軽減の観点から設けられている受理審査における、理由を付しての不受理決定であった)。決定内容を要約すると以下の通りである(以下の番号は、整理の便宜のため筆者が付したものである)。

- ①ボン基本法28条2項1文による、市町村に対する地域的共同体に関するすべての事項を自らの責任で規律する包括的な権限の保障は、立法者による形成を必要とする。同条2項はまた、市町村の領域における財政高権を顧慮しての自己責任性を、市町村に認めている。
- ②(1) 電気通信法50条による公道の無料使用権限に関する規律は、基本法28条2項の保護範囲には抵触しない。同規律は、市町村からその「生存配慮」任務を奪うものではない。市町村は、自らライセンスを得て、回線を敷設し電気通信事業を実施する権限をなお保持する。
(2) 電気通信回線のための道路使用権の認定を、市町村が為し得ないことも、立法者は、当該権限を、立法による決定権の枠組みにおいて、国の任務として位置づけることができるので、地域的事務の剥奪にはあたらない。
(3) 市町村道の管理についての、市町村の自己責任性についても、同規律は、管理事務の遂行の方途につき、直接の与件を設定し、或いは目的的に影響を与える、という種類のものではないので、その保護範囲に触れない。
(4) 計画高権についても、基本法87 f 条が電気通信に関する高権的任務を、連邦固有行政としており、同28条にいう、地域的事項から排除しているので、その侵害にはならない。すなわち、電気通信のインフラ整備の計画に、市町村が全く、影響力をもたないことは、地域的任務の剥奪にはならない。
(5) 市町村の財政高権の侵害も存在しない。それは、市町村経営の自己責任執行を保証するだけで、個別の財産的地位を保障するものではない。その保障は、基本法14条の財産権条項によるが、市町村は、これを援用できる地位にない。
(6) 無料使用権の設定以外の部分での、市町村財産の経済的利用に、同規律はかかわらず、市町村の財政装備が変化させられるものでもない。
- ③(1) 基本法28条により保障された、計画高権の手續権としての内容にも、電気通信法50条3項・4項の規律は、関わらない。市町村の関与が十分に保障されているからである。
(2) 市町村の、事物に即した利害についても、憲法上十分な程度に保障されている。地上に敷設される回線については、法に明文の規定が在り、地下ケーブルについても、技術的な利害については同様に保障されている。
- ④よって、当該規制は地方自治の保障範囲に抵触しないので、憲法上の権限配分規定の観点や、恣意禁止の観点から

3 BverfG, Beschl.7.1.1999. NvwZ,1999, S.521ff. Neue Justiz, 1999, S.305ff.

の、更なる司法審査は排除される。自治体憲法異議の手続きにおいては、包括的な規範統制への権利は存在しない。

6 本決定により、公道使用権の市場化による、市町村の電気通信事業への関与という途は、極めて狭いものとして確定した。しかしながら、本決定が②(1)で間接的な形ながら、承認しているように、市町村には、自ら電気通信事業を行うという、別の関与形態が存在している。節を改めて、この場面で問題となる、法政策上の論点につき分析する。

(3) 市町村による電気通信事業の実施——市町村とテレコム(その2)⁴

1 ドイツ連邦郵便の独占が廃棄された後の、電気通信事業そのものの、市町村の関与形態としては、三つがある。第一は、市町村が、行政内部目的で、庁舎間や公共施設間で専用回線網を設置したり、ホームページで住民に情報を提供したり、オンラインによる申請・登録システムをつくる、といった、ネットの自己使用であり、非営利活動に分類される。

第二は、市町村の保有する専用回線網等の電気通信施設の、余剰・未使用部分の民間への開放・市場化である。ネットに関する計画立案、利用者への助言、ネット管理などの関連業務もここに含まれる。

第三は、市町村が、自ら電気通信事業者として営利事業を営む形態である。活動の法的許容性及び、法政策論の観点から、最も議論の対象となるのは、この類型である。すなわち、競争法という観点一つをとってみても、第一類型・第二類型が、民間の電気通信事業者と直接競合するものでないのに対して、第三類型は、民間事業者の参入を急速に促進している、EU及びドイツの電気通信法制との整合性が問われることになる。

しかし、現実には、第三類型についても、既に以下のような実例が登場している。(括弧内は、出資者と、出資率)。

- ・ ミューネット電気通信有限公司(ミュンヘン市都市施設局(45%)、バイエルン地方銀行(25%)、バイエルンネットコム(25%)、ミュンヘン市貯蓄金庫(5%))。
- ・ ネットコム・シュトゥットガルト有限公司(シュトゥットガルト市有供給・交通有限公司(100%))。
- ・ ネットコロム有限公司(ケルン市公社(64.9%)、ケルン市貯蓄金庫(25.1%)、ケルン郡貯蓄金庫(10%))。
- ・ ISISマルチメディアネット有限公司(デュッセルドルフ市都市施設局(50%)、西ドイツ地方銀行振替交換所(50%))。

いずれも、有限会社形式の地方公営企業であるが、の中でネットコロムは、ネットの範囲がケルン市の市域にとどまらない、広域ネットであることを、その特徴とする。

2 第三類型については、憲法、地方自治法、及び電気通信法それぞれにおける許容性と、限界、及び法政策論上の妥当性の検証が必要となる。

①憲法の許容性(1)——市町村条項と外的制約

ボン基本法28条2項、及び各州憲法の市町村条項の解釈としては一般に、市町村が「経済活動」を行うことは、その自治権の範囲に含まれると解されており、経済活動の範囲には、財やサービスの産出、提供等多様なものがある。経済活動を行う組織形態も、公法上の組織のみならず、株式会社等の私法上の組織を利用することも可能とされる。

もちろん、従来市町村が行ってきた経済活動の、国法による新たな縮減——民営化目的であれ、より上位団体への移管であれ——については、縮減に対する保護範囲についての議論が必要となるが、本分野は、そのような場面ではない。生存配慮に還元されない経済活動も許容され、立法による制限には、地域共同体事務の、市町村への優先配分原則を覆

4 本節の参考文献として

- Hellermann, a.a.O.,2000,
Bullinger, M., Mestmacker, E-J., Multimedien dienst, 1997,
Punder, H., Die kommunale Betätigung auf dem Telemekommunikationssektor, DVBl, 1997,S.1353ff,
Moaring, M., Kommunale Telekommunikation, der Stadttag, 1995,S.513ff.
Ericksen,U., Gemeinde und Private im wirtschaftlichen Wettbewerb, 1987,S.12ff.
Die Monopolkommission, a.a.O.,1996,
Buchner, W.,a.a.O., 1997,
特に、事務の地域性について
Schmidt-Aßmann, E.(hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht,(10Aufl.), S.16ff.,1995.
市町村法の補充性条項につき
Otting,O.,Neue Steuerungsmodell und rechtliche Beteiligungsspielräume der Kommunen,1997,
Stober, R.,Kommunalrecht in der BRD(3Aufl.), 1996.
角松生史『『民間化』の法律学』国家学会雑誌102巻11・12号、61頁以下、1990年。
廣田全男『現代ドイツ地方自治の潮流』第一章、1992年。
村上博「ドイツにおける行政改革と行政法改革論議」行財政研究28号、1996年。

す理由が必要とされる、という一般論の確認でさしあたりは十分である。

②憲法上の許容性（２）—電気通信事業に関する条項

市町村の経済活動一般については、その正当性が自治権条項により確保されるとしても、その対象としての電気通信事業に関しては、その国家独占を廃棄した、94年基本法改正後の、電気通信条項との関係が問題となる。すなわち、市町村が電気通信事業者としてエントリーすることは、民間事業者への市場開放・自由化という基本法の要請に反する「再国家化」ではないか、という論点である。

国内法における議論の前提としての、国際条約、EU法における、当該問題の取り扱い、WTOの電気通信サービスに関する第4議定書（1997年4月15日）、電気通信市場の競争についてのEU指令（1990年6月28日、96年3月13日4次改定）いずれにも、明文の規定はなく、活動が許容されるかどうかという選択に関しては、各国国内法の問題となる。もっとも、許容される活動の範囲・程度について、競争法の観点から国際条約・EU法の規律との関係を問わねばならないことは、また別論である。

前記ボン基本法87f条2項は、電気通信事業の担い手として、ドイツテレコムと「他の私事業者（andere private Anbieter）」を挙げ、それらが「私経済活動（privatwirtschaftliche Tätigkeiten）」として事業を実施する旨規定している。「他の私事業者」に市町村が包摂されるかどうかの、解釈が問題となるが肯定説は以下のように、これを積極的に解する。

改正基本法のもとでも、連邦が株主として関与するドイツテレコムを、同条項は「私的事業者」として位置づけていることから、その、「私事業者」概念は、「国家の手」のまったく関与しない事業者には収斂されないことは明らかである。換言すると、同条項は、「形式的、組織民営化」を要求するもので、「実質的、任務民営化」を意味するものではない。前者は、公法上の組織形式から、私法上の組織形式への転換にとどまり、後者における、国家任務の、自己責任により独立して任務を行う私的主体への任務の移譲、とは別の範疇である。87条から、電気通信事業の「再国家化」の禁止を読み取ろうとするなら、それはまず、従来事業を独占してきた連邦レベルであるから、同条での、ドイツテレコムの取り扱いにに見るように、そこでの「任務民営化」が要求されていない以上、いわんや市町村においてをや、ということでもある。

しかし、以下のような否定説もまた有力に主張された。その第一は、同条は、その立法目的からすると、事業の「脱国家化」を定めたものであって、「任務民営化」を要求する、というものである。独占委員会、及び連邦政府も、この立論により市町村による電気通信事業の実施は、憲法上許されない「再国家化」であり、競争政策上も望ましくないものと評価していた。独占委員会曰く「電気通信ネット及び同サービスの事業者としての、国の撤退は、憲法による与件であり、連邦レベル・州レベルを問わず、立法裁量に委ねられるものではない。よって、市町村、その連合、ないし資本の過半数が公的資産からなるその他の事業者、の事業実施は、認められない。それは、憲法に違反した間接的『再国家化（Rückverstaatlichung）』をもたらす」。

ブリンガー＝メストメッカーも、その『マルチメディアサービス』において、段階的民営化による国際競争力の向上を郵政改革の目的として強調し、87f条は、私事業者の基本権としての主観的権利を保障するものではないが（放送事業に関する5条との対比）、私経済活動による事業実施の客観保障ではあるとする。客観保障の目的は、電気通信サービスの「完全な脱国家化」であり、エネルギー供給事業のように、市町村ないし、それが支配する事業者に事業を委ねることは、認められない。「一つの国営事業者から、他の直接、間接の国家事業者に転換するのでは、改革目的は、裏をかかれることになる」。

第二に、市町村側が、連邦による事業実施独占の廃止に伴い、エネルギー供給事業とのアナロジーで依拠しようとした「生存配慮」としての電気通信事業という構成に対しては、連邦・州の権限の観点からすると、先に見たように同条は、電気通信事業に関するインフラ保証任務を連邦に帰属させていることから、市町村の事業実施は、基本法28条が定める市町村自治の対象としての「生存配慮」から除外されており、不可能との主張がなされる。

こうした否定説に対しては、ヘラーマンによって民営化の類型、及びインフラ保証任務の性格に着目した反論が以下のようになされる。

87f条の要請が、「組織民営化」に尽きると解するのは、確かに短絡にすぎる。しかし、そこでの要請は、事業が、国の給付行政ではなく「私経済活動」として分類されるということである。すなわち、市町村が事業者として行う行為形式について、民間事業者とのイコールフットINGの競争関係に立つ「私経済活動」によるという要求（機能民営化）であって、株の保持も許されない、財の民営化としての任務民営化ではない。

また、連邦のインフラ保証任務が、「生存配慮」のカテゴリーに括られるとしても、連邦に留保されているのは、高権的な任務である。国・民間の任務分担の基準として「生存配慮」概念が、ここでの境界設定に機能しないのは、例えば、市町村のエネルギー事業の、私経済活動から高権的行政への、私事業者にはない特権をともなっている転換を「生存配慮」によって根拠づけることができない、という積極面での例の裏返しにあたる。すなわち「生存配慮」の内の、高権的任務が、他の行政主体に割り振られたとしても、市町村の経済活動としての事業実施が排除されるものではない。

自治保障と、行為類型の差違化による説得的見解であり、域外事業の許容性についても示唆的である。

③電気通信法上の位置づけ

「民営化」「再国家化」理解の対立に表出したように、基本法の文言「私事業者」のみでは一義的な解は導出されない。基本法改正をうけた連邦法としての電気通信法の当該問題に対するスタンスを次にみる必要がある。

まず、同法の目的は、EUにおける電気通信政策と同様に、事業の自由化を前提とする競争法上の秩序づけであるから、同法にとって事業者の法的性格そのものは、イレバントなものである。よって、市町村の事業実施を排除する明文の規定は存在しない。

むしろ、電気通信回線の敷設に関する同法の規定には、市町村の参入を前提にしていると解されるものがある。それは、先に検討した、道路の無料使用権の関連規定である。すなわち、同50条4項は、道路建設負担者が自ら事業ライセンスを有する持つ場合の、他事業者との関係を規律しているが、道路法によれば、道路建設負担者は、連邦、州、郡、市町村である。第二に、51条は、道路の無料使用権による回線の敷設が、不可能ないしコストが著しく高い場合に、電気通信事業者に、既存の回線の、有料での共同使用権設定を認めている。そこにいう既存の回線には、電気通信回線に適した回線すべてを指すので、市町村が保持している、専用回線網も含まれると解するのが自然である。

さらに14条は、他分野の市場で独占的な地位を占める事業者が、電気通信事業に参入する場合、二つの事業分野を分離しなければならない旨定める。そこで想定されている、有力な他分野は、ネットインフラを持ったエネルギー供給事業者であるが、ドイツにおいては、市町村が自らこれを経営し、あるいは株主として、経営に参画していることは言うまでもない。以上からすると、電気通信法上は、市町村の事業者としての参入は禁止されていないといえる。

そして、実際にも、基本法及び連邦法としての同法による許容という前提に立って、ノルトライン・ヴェストファーレン州では、州の市町村法に、市町村による電気通信事業について明文化した。同州では、1997年11月25日の「電気通信分野における市町村及び市町村連合の経済活動の強化に関する法律」によって、市町村法107条1項1号bを新設し⁵、市町村法の枠条件のなかでの、電気通信サービスを含む電気通信ネット事業、の実施を市町村に認めた。

3 市町村の電気通信事業の限界

市町村による事業実施が、以上のように許容されるとしても、その活動には、基本法、市町村法、及び競争法上の限界が存在する。ノルトライン・ヴェストファーレン州における市町村法の改正も、まさにその一つの限界にかかわるものであった。

1)「地域共同体に関する事項」という制限

ボン基本法28条2項1文は、先に見たように、「地域共同体に関するすべての事項」の、市町村による執行を保障している。この「地域関連性」による事務の限定は、州によっては、市町村法においても規定されているところもある。「地域関連性」による限定については、多くの判例があり、限定の妥当性について議論が重ねられてきたが、市町村の経済活動に関しては、「地域関連性」の意味は、活動の内容のみならず、空間における限界を画するものとされ、その活動範囲を市町村の領域に限定するものと一般に理解されている。そうすると、一市町村の領域を超える経済活動については、28条2項の規定する市町村組合等による、他市町村との協力が必要ということになる。

電気通信事業の場合、事の性質上、活動範囲が越境へと向かうことは避け難い。従来の「地域関連性」によれば、他市町村と協業し、事業者の合併等により、混合企業を創る手法を取らねばならない。ボッフム、ヘルネ、ヴィッテン、ハッティンゲンが共同で設立した「中部ルール地域TMRコミュニケーション有限会社」はその例である。そして、先に見たネットコロニーが一市に基礎を置く事業者であるのに、域外に事業展開しているのは、こうした「地域関連性」理解からは、疑問ということになる。

しかし、「地域関連性」について別意に解することにより、それを正当化する立論もある。

まず、憲法レベルでは、28条2項が公権力の行使、高権的行為について市町村の「権限」を前提とし、その越境を許していない点は首肯できるとしても、経済活動は、そうした「権限」を前提としない。国レベルで、憲法上の権限の限界が経済活動には適用されないことは、通説もこれを認めており、それを市町村レベルに及ぼすべきである。

他方で、地域的関連性を持たない経済活動（利潤追求のみを目的とする）についての憲法上の保護は、それ自体が自治権として保護されるのではなく、財政高権に包摂される限りでのものであるから、法律による制限は可能である。憲法レベルでは、結局、「域内」への経済活動の限定を憲法は命じていないし、禁止してもいいと解することができる。

次に、法律レベルでの限定に関しては、地域的関連性を十分に持った域外活動を制限することは、基本法28条2項

5 GVBl.S.422. (但し、現在は、地方公営企業に関する法規定を刷新した、1999年6月15日法改正により、再度改定されている)。

が、成果ある経済活動の法的な構造条件化を立法者に課すものとすれば、自由競争下の分野では疑問となる。私事業者と同じく競争法上の規律に市町村事業者が服する以上の制限を、市町村事業者に課すからである。

そうすると、域外への事業展開が「地域の必要性」に根ざしているか等、域内での活動・その公的目的との十分な関連性を提示することが、域外活動の条件となる。

電気通信事業分野では、広域事業の必要性につき、以下の点が指摘される。まず、コミュニケーションという電気通信サービスの機能からすると、競争能力のあるサービスの提供には、広域のサービスをも行うことが必要となる。そのためには、自らの実施だけでなく、さらに、域内でのサービス提供を促進するための広域事業者への参加や、広域、全国的、ないし国際電気通信サービスへのアクセスを保障するための、広域事業者との連携、といった活動も許容されると解すべきである。

この見解は、電気通信サービスの広域性と電気通信事業のそれをやや性急に同一視しているきらいがある。前者については、ユニバーサル・サービスの提供者（現在は、ドイツテレコム）へのアクセスが、他の私事業者との場合と同程度に保障されていれば良いのか、それとも、さらに、域外の顧客対象の営業をも、「地域の必要性」として取り込めるのかを——「事業展開のインパルス」が「必要性」から発していればよい、と割り切ってよいかどうか——検討の余地がある。

後者については、市町村の域外単独事業が、「地域共同体の事項」として認められるとすれば、域外へのネットの敷設には、公道所有者としての相手方市町村に対して、先に見たようにオープンネットであれば公道の無料の使用権を主張できる点に、意味がある。しかしながら、相手方市町村のネットを利用する場合等を考えると（こちらは、相手方市町村の、経済活動として有償である）、現実には、「中部ルール地域TMRコミュニケーション有限公司」のような共同方式の方が実効的であろう。

2) 市町村法上の補充性条項

法律レベルで、市町村の経済活動の限界を画する規定としては、各州の市町村法における地方公営企業の規律としての補充性条項がある。1935年ドイツ市町村法67条1項を源とする、補充性条項は各州に継承され、地方公営企業は、①公の目的による正当化②市町村の給付能力と、予想される需要との相応性、③民間事業者によって、当該事情が、より良くかつ、より経済的に運営されないこと、を条件として、設立と拡張が許容される。いわゆる「制約の三幅対」(Schränkentrias)である。この制約に対しては、市町村による幅広い営利企業の経営という現実から見れば、極めて緩やかな規制であって、しかも形骸化しているとの評がよせられる。しかし、既存の業種の存続自体について同条項が適用にならないのに対して、連邦の独占廃止に伴う、新事業としての電気通信事業については、少なくともその「適合性審査」が、市町村自身により求められる。

①公の目的による正当化

判例によれば「公の目的」の認定判断は、市町村の裁量に基本的には委ねられるものの、その判断は、自治監督及び司法審査において「説得性」審査(Plausibilitätskontrolle)に服する。市町村による電気通信事業に関して主張される「公の目的」は、地域により分節化された競争の創出、雇用の創出、地域インフラの改善による経済振興、である。競争という観点には、市町村による事業実施が他事業者に対してもつネガティブな側面もあるが、ここでは、地域的な事業者の一として参入することにより、より市場近接性を持ったサービスを提供に向けての競争に資するという面が、「公の目的」として捉えられている。

翻って、たとえ結果として市町村財政が改善されるとしても、「利潤追求」目的のみでは、この要件は満たされないものとされる。地域インフラの改善といった他目的があってはじめて正当化される点は、市町村の持つネットの「市場化」も同様である。

②市町村の給付能力との関係

市町村を、行財政能力を越えた活動から保護するために、経済活動の種類と範囲が、市町村の給付能力と需要に、相応したものではない、という要件である。説得性審査の内容は、ここでは、個別の需要予想、リスク評価、及び結果査定である。電気通信サービスが、自由化されて間も無いことから生ずる市場リスク、そして当該分野における技術革新のスピードから予想される技術的リスク、それぞれを顧慮していることを市町村側で、提示しなければならない。

③狭義の補充性

多くの州では、民間セクターにより、当該事業がより良く、またより経済的に行われる場合には、市町村による事業は認められないとされる。この条項を持たない州⁶もあるが、旧東ドイツのブランデンブルク州など、民営化へのドライブがかかっている州では、要件が、民間事業者が同等の実施ができる場合には不可、と厳格になっている。

6 バーデン・ヴュルテンベルク州では、99年法改正により、生存配慮の領域を除いて狭義の補充性条項を導入した(102条1項3号)。

この要件についても、認定判断につき市町村の裁量が認められるところ、例えば、「公の目的」として指定された、地域的な電気通信サービスの提供による、地域インフラの改善という観点からは、そうした配慮が従前の民間による活動は不十分であり、かつその今後の事業展開も期待できないことを、市町村が示す必要がある。

3) 競争法上の制限

市町村の電気通信事業者としての活動に対して、想定される国内競争法上の制約には、①憲法レベルのもの、すなわち第三者の基本権による制約、及び②不正競争防止法など、法律レベルのものがある。前者については、一般に、地方公営企業が、競争者としての私的事業者の活動を、著しく脅かすか、法的に許容されない独占的傾向を持つ場合には、競争者は、主観的防御権としての、営業の権利（基本法12条、14条から導出）を援用できるとされる。しかし、本分野においては、地域的な電気通信事業という市場において、市町村の独占状態は形成されていない。独占を招来する要素としての、既存の専用網の利用による、市町村の参入における優位についても、電気通信法における接続義務の設定により相対化されている。基本権としての競争者保護が働く余地は現状では少ないものといえよう。

後者については、地方公営企業もまた不正競争防止法の適用対象であることは共有された前提である。不正手段による、民間との競争の侵害としては、市町村の、規制における権能と公営企業の経営が結合することにより、競業者に対して優越的地位を占める、といった手法が挙げられる。その前提となるのは市場支配力であるが、他公営企業分野とはことなっており、電気通信分野では、市町村は市場支配力を持っていないのが現状なので、競争法上の規律の意味は、今のところ大きくはない。

結び

以上、電気通信事業者の無料公道使用权、地方自治体の電気通信事業への参入という、二つの場で、ドイツ市町村の電気通信事業に関する法と政策を分析した。前者においては、事業に関する、国の新たなインフラ保証任務との関係で、自治体の権限が制限されるのに対して、後者においては、自治体の活動余地は、比較的緩やかに解されている。事業参入にあたっての制約の多くは、純粹に法的というよりは、地域政策上のものであり、リスク評価等、自己責任に委ねられる場面が多い。例外は、域外への展開に対する「地域性」による制約であるが、それを可能とする議論にみられるように、この問題は、むしろ「地域性」要件の、変容する活動領域に応じた見直し、ないし柔軟化へのきっかけとなろう。

日本においても、本研究で検討した二つの論点は、（キーワード的に言えば）「公的空間へのネット敷設円滑化」「公益事業施設の多目的利用」「オンライン申請による行政のワンストップ・サービス化」「地方公営企業のアウトソーシングと再編」といった極めて今日的な問題と関連しており、そうした場での議論の展開を期して結びとする。

< 発 表 資 料 >

題 名	掲載誌・学会名等	発表年月
国法の規律と地域性	『行政法の発展と変革 下巻（塩野宏先生古稀祝賀）』	2001年 6 月