

# インフラストラクチャー確保に係る 憲法規定（基本法87e条・87f条）

荒 木 修

## 目 次

- I. 初 め に
- II. 条文上の特徴
- III. 民間化とそれに対する制約
- IV. 終わりに

## I. 初 め に

ドイツ基本法には、鉄道並びに郵便及び電気通信の分野について、連邦の「保障」責任が明文で定められている（87e条・87f条）。この規定は、従来は生存配慮とされてきた分野についての規定であるが、インフラストラクチャーの確保や国土整備にも関わりがある。そこで、本稿では、規定の制定背景や文言及びその解釈などを紹介することを通じて、主として鉄道を対象として、インフラストラクチャーの確保に関して国家（特に連邦）に対して何が憲法上命じられているのかを検討する素材を提供したい。

本稿では2つのことに特に注目する。一つは、保障責任（論）である。基本法87e条・87f条においても見られることであるが、しばしば、「履行責任から保障責任へ」の変更が、従来は生存配慮として行政が実施してきた事務について行われてきた<sup>1)</sup>。本稿では、鉄道等の分野について特に憲法に保障責任を定める規定が置かれたことの意義などを明らかにしたい。

もう一つは、保障責任の内容に関わるが「均質な生活関係の創出」要請との関わりである。国土整備法（1965年制定）において、国土整備の任務の実現に際しての指導像は、国土に対する社会的・経済的な諸要求とそのエコロジ的

な諸機能とを調和させ、部分国土における均質な生活関係を備えて長期的で広範囲に調整された秩序に至るところの持続的な国土の発展であると定められている（1条2項）。「均質な生活関係」という文言は、国土整備の分野において重要な文言であるが、他の分野においても用いられている文言でもある。基本法の規定では、「均質な生活関係の創出」が連邦の競合的な立法権限に関する72条（1994年改正後）において用いられている。また、それに類似する文言として、106条3項4文2号では、「生活関係の統一性の保持」が、売上税の連邦・ラント全体への配分という垂直的な財政調整に関する基準として用いられている。なお、「生活関係の統一性の保持」は72条において1994年改正以前に用いられていた文言でもある。これらの文言及びそれを含む条文の解釈論として、連邦の立法権限の行使及び垂直的な財政調整という手段を含めて、国家（特に連邦）には一般的に「均質な生活関係の創出」が憲法上命じられているか、議論が行われている。本稿ではこの論点を検討することはできないが、鉄道等の分野において連邦に保障責任が課されることが「均質な生活関係の創出」要請と如何なる関係にあるかを明らかにしたい<sup>2)</sup>。

## II. 条文上の特徴

### (1) 制定の経緯

87e条が制定されたのは1993年の第40次基本法改正によってであり、87f条が制定されたのは1994年の第41次基本法改正によってである。時間的にはほぼ同時期のものであり、何れも改正前には「固有の行政下部機構を備えた連邦固有行政」として実施されてきた事務を民間化する際に新設された規定である（なお、そのために、それぞれの基本法改正に際して87条1項1文から「連邦鉄道」、「連邦郵便」の文言が削除された）。何れも保障責任を定めている規定であるが、両者には文言の相違も多いにもかかわらず、両者は共通の憲法上の土壌に根差すものであるという理解が早い段階から学説において説かれてきた<sup>3)</sup>。

1980年代以降、ドイツ連邦鉄道を巡っては、日本における国鉄と同様に、財政的な観点が主たる要因であるが、その改革方策が論じられていた。最終的に

は1993年に基本法改正を含めて複数の法律が制定されることになったが、ここでは、そのうち基本法改正に関わり得るものの概要を示しておく<sup>4)</sup>。① 改正前の87条の規定は組織変更の妨げとなるか、問題となった。② 鉄道の分野における自由化（特に外国の旅客輸送事業者への開放）がヨーロッパ化の影響の下で求められていた。③ 旅客輸送について、特に近距離旅客輸送に関する行政についてラントの権限も浮上していた。④ 職員について、従前からの官吏としての身分の保障の問題があった。以上の点に対応すべく、①については、87条の文言から「連邦鉄道」(Bundeseisenbahnen)が削除され、87e条の新設により、私法形態の会社組織によって「連邦の鉄道」(Eisenbahnen des Bundes)に関して輸送の提供や路線網の運営などの事業が営まれることが定められた(3項1文)。そして、ドイツ鉄道株式会社が設立され、鉄道に必要な資産はそこに移された。③については、その財政面から、公共近距離旅客輸送のために連邦税収の一定額がラントに帰属することが定められ(106a条)、近距離旅客輸送は連邦の保障責任から除外されることとなった(87e条4項1文後段)。④については、官吏の身分が引き継がれること、私法形態の「連邦の鉄道」の責任の下に置かれることが定められた(143a条1項3文)。なお、143a条は連邦鉄道改革に関する経過規定である。

②については、次のことが87e条の文言のなかに反映されている。

(a) 企業的な活動と規制的な活動とを区別すべく、「連邦の鉄道についての鉄道交通行政」について連邦の行政権限が定められている(87e条1項1文)。「連邦の鉄道」とは「連邦が全部又は過半数を所有する鉄道」をいう(73条1項6a号)。連邦が全部又は過半数を所有しなくなるときには「連邦の鉄道」に該当しないことになり、87e条1項1文による連邦の鉄道交通権限もなくなり、ラントが規制的な活動について権限を有することになる。そのような場合においても連邦が鉄道交通行政権限を有することを可能とするために、「連邦の鉄道の範囲を越える鉄道交通行政」を連邦法律により連邦に移譲することができると定められている(87e条2項)。

(b) 「連邦の鉄道」を営むのは連邦ではない。「連邦の鉄道は、私法上の形態

で経済企業（Wirtschaftsunternehmen）として遂行される」（87e条3項1文。以下では、「連邦の鉄道」を営む私法上の組織を鉄道会社と略する）<sup>5)</sup>。私法上の形態の組織への組織変更が行われることになる（143a条1項1文）。この条文について2つの重要な論点を予め指摘しておく。①「私法上の形態」という文言は、立法者に選択の余地を与えるものである。とはいえ、「経済企業として遂行される」ものでなければならない。②「経済企業」という文言については、単に「私法上の形態」の組織への変更には止まらないことが意図されている（後述Ⅲ(1)）。

(c) 鉄道会社が「連邦の鉄道」として営む事業には、旅客輸送や貨物輸送の提供などのほか、「鉄道路線の建設、維持及び運営」が明文で含まれている（87e条3項2文後段）。つまり、「鉄道路線の建設、維持及び運営」という事業も連邦が行うのではなく、「私法上の形態で経済企業として遂行される」。

鉄道会社がこの事業を営むゆえに、鉄道のインフラストラクチャーが確保されないおそれが生じ得る。そこで、①「鉄道の路線の建設、維持及び運営が経済企業としての活動のなかに包含されている限りで」、連邦の鉄道は連邦の所有に属するものと定められている（2文前段）。②鉄道会社の事業のなかでも「鉄道路線の建設、維持及び運営」はその他のものとは区別され、連邦の所有する持分の譲渡に関して異なった取扱が定められている。前者に関してのみ、法律の根拠に基づいて実施すること（なお、この法律の制定には連邦参議院の同意が必要である（5項1文））、持分の過半数は連邦に留保することが特に定められている（3項3文）。

## (2) 鉄道と電気通信との比較

ほぼ同時期に制定された87f条との比較を通じて、特に電気通信との違いから鉄道の分野における民間化の特徴が明らかになろう。

### (i) ヨーロッパ化の影響の弱さ

連邦鉄道の改革は国内法の定めで自由に行うことができるものではなく、自由化（市場の開放）が求められていた（ヨーロッパ経済共同体規則1191/69、

ヨーロッパ経済共同体指令91/440など)。とはいえ、ヨーロッパ法により求められる自由化の程度は、電気通信に比して鉄道のほうが弱かった。例えば、インフラストラクチャーとそれを用いたサービス提供との分離に関しては、会計上の分離でもよいとされていた（指令9条）。

(ii) 競争に対する不明確な態度——「連邦の鉄道」を対象とする規定の仕方  
87e条と87f条には文言の違いがあるが、その一つは、市場に参加する主体について見られる。

87e条では、「連邦の鉄道」でなくなる場合が想定されているが（87e条2項）、鉄道会社の事業のうち「鉄道の路線の建設、維持及び運営」については「連邦の鉄道」でなくなることはない（3項2文、3文）。他方で、鉄道の自由化のための規定であることから、鉄道会社以外に鉄道に関する事業を営むものが想定され得るはずであるが、保障責任の規定を含めて、鉄道会社以外の鉄道事業者について明文で言及されることはない。これが87f条と異なる点の一つである。

郵便及び電気通信の分野におけるサービス提供という事業は、「民間経済的な活動」として、「特別財産としての連邦郵便に由来する企業」及び「その他の私的な提供者」を通じて行われると定められている（2項1文）。このことから、87f条では民間経済性と競争という2つの原理が明確化されている<sup>6)</sup>。これと比較すると、鉄道の分野では、規制的な行政権限はともかく、鉄道会社とその他の（民間の）鉄道事業者との関係や鉄道に関する市場及びそこでの競争について基本法上明確に定められているとは言えない。

もちろん、87f条のような明文の定めがあったところで、後継企業とその他の事業者との関係が一義的に定まるわけではないが、87f条と比較する限りで、例えば、従来の連邦鉄道の後継企業である鉄道会社について競争が生じないままでよいか、問題になる。また、保障責任と競争との関係についても議論が見られるところである。この点は後に触れる（Ⅲ(1)(ii)）。

### (3) 妥協の産物

鉄道であれ郵便・電気通信であれ、何れの分野の改革・制度変更にも政治的な利害の妥協の産物という性格があろうが、制定された基本法の条文に限ってみても、鉄道の分野については妥協の産物としての規定を見出すことができる。それは87e条のなかに「保障責任」を定めることであった。

当初の案文では、87e条3項には、現行の第1文及び第4文のみが定められており、現行の4項・5項に該当する条文はなかった<sup>7)</sup>。これに対して、連邦参議院は、「連邦は、連邦の鉄道の鉄道路線の所有者である。連邦は、その路線網の拡張及び持続（Vorhaltung）並びにその路線網への輸送の提供に際して交通の需要及び公共の福祉が考慮されることを確保する」という規定を第4項として盛り込むことなどを提案したが、政府が作成した草案は、当初の案に従ったものであった<sup>8)</sup>。その後の審議を受けて、連邦参議院側の提案内容を踏まえて、法務委員会の作成した案文では、3項1文の後ろに現行の3項2文・3文が挿入され、4項・5項が新設されている<sup>9)</sup>。つまり、連邦参議院による提案のうち、鉄道路線の所有を連邦に残しておくことは斥けられたが、その所有が鉄道会社に移ることを前提として鉄道のインフラストラクチャーの確保のために民間化を制約するための規定が設けられ（3項に2文・3文を追加）、「連邦の鉄道」に関して交通の需要が考慮されることを連邦が保障する旨の定めが4項に置かれることになったのである。また、連邦参議院の同意なく連邦法律が制定されることにより連邦が保障責任を負わなくなることへのおそれから、連邦参議院の同意を要する場合として、「連邦の鉄道の会社の解散、合併及び分割、連邦の鉄道の鉄道路線の第三者への譲渡、並びに連邦の鉄道の路線の廃止を定め、又は、近距離旅客輸送に影響を及ぼす」ことが列挙されている（5項）。

87e条の規定の仕方として「連邦の鉄道」に対象が限定されているが（先述(2)(ii)）、仮に当初の案がそのまま採用されていたならば、連邦がその持分の全部を譲渡することによって鉄道会社を完全に民間化することが基本法上は妨げられず、完全に民間化された事業者として鉄道会社が競争的な事業環境のなか

に置かれることが導かれやすかったかもしれない。また仮に連邦参議院による提案がそのまま採用されていたならば、3項1文との関係を巡って議論の余地が出てくるが、現在では鉄道会社の事業であっても「鉄道の路線の建設、維持及び運営」に関して競争は（必ずしも）要請されないという考え方が有力になったかもしれない。ちなみに、連邦参議院による提案理由には、「殊に、輸送事業者間の今日の競争状況では、路線網の持続及び運営に際してコストをカバーすることは不可能であるから、私法形態の経済企業に所有権が移されるならば、路線網が……維持され拡張されるために必要となる保障はないであろう」と記されていた<sup>10)</sup>。

### Ⅲ. 民間化とそれに対する制約

#### (1) 「経済企業」

かつての連邦鉄道は、連邦から切り出され、私法上の組織に変更され、「経済企業」として遂行されることになる（87e条3項1文）。この規定は、鉄道会社の経営原理を示すものとして重要な意義を有する。単に私法上の組織への変更だけでは改革が達成されないことは、政府草案の理由のなかに指摘されている。即ち、連邦鉄道法28条によって商業的な経営原理と同時に公共の福祉にも方向付けられていたことを改めることが特に必要であると考えられていた<sup>11)</sup>。このことは、一般的な公営企業とは異なり、鉄道会社が商業的な経営原理のみに方向付けられることを意味する。

##### (i) 収益の追求（利潤の最大化）

公営企業が収益を追求することは禁じられてはいない。投下資本に見合った適切な資本コストの回収という意味であれば、収益の追求は法的に要請されることである<sup>12)</sup>。事業環境の変化に対応しながら企業を維持していくためには、収益の追求は必要なことであろう<sup>13)</sup>。また、公営企業においても経済性原則は妥当する。とはいえ、経済性原則については財政法上の要請であり、収益の追求を意味するものではない。

公営企業を営むには、その本来的な事業目的として公的な目的が必要であ

り<sup>14</sup>、収益の追求のみを目的として公営企業を営むことは許されないと解されている<sup>15</sup>。これと比較して、収益の追求が第一次的な目的として認められている点で、「経済企業」という文言は、鉄道会社が一般的な公営企業と違うことを表現するものとなっている。

3項2文・3文及び4項との関係で注意すべきは、87e条の規定上、「鉄道の路線の建設、維持及び運営」もまた「経済企業」として遂行されることである。先述のように、連邦参議院による提案のなかには鉄道路線の所有を連邦に残すことが含まれていたが、連邦政府はそれに反対した。連邦政府が理由としたのは、「鉄道路線をドイツ鉄道株式会社に譲渡することによってしか、路線網の維持・運営のコストを減らし収益を得るという企業的な活動の論理は生まれえない」ということであつた<sup>16</sup>。

#### (ii) 競争

87e条の規定上は「連邦の鉄道」しか対象とされず、鉄道の分野において、鉄道会社とは異なる鉄道事業者の存在は明示されていないが（先述Ⅱ(2)(ii)、民間化を行うことは競争とどのような関係にあらうか。また、競争的な市場を通じて財・サービスが適切に提供されるように国家が保障することが求められるが、特に競争との関係で保障責任からどのようなことが国家に命じられるか。その詳細に立ち入ることは難しいので、87e条を巡ってどのような論点があるかを紹介しておく。

(a) 民間化が行われる分野のなかには、膨大な初期投資を必要とする事業がある。その場合、国家により従来行われてきた任務を引き継いだ後継企業以外には、市場に参入する事業者は存在し難い。このような場合が典型的ではあるが、より一般的に言えば、競争的な事業環境の創出が国家に憲法上命じられるか、問題となる。この点について、87f条で採用されたと解されている競争原理について、独占を否定して他の民間の提供者にも市場参入を認めることに止まらず、市場において競争が機能し得るように国家に積極的な活動を義務付けるものであると説かれている<sup>17</sup>。

(b) インフラストラクチャーという観点から競争を取り上げる場合、第一に、



インフラストラクチャーそのものとそれを用いて提供される各種のサービスとの区別が欠かせない。前者の利用をサービス提供事業者に開放することで、後者において競争を生じさせるためである。後者における競争は前者の利用条件に制約されることから、インフラストラクチャーを所有・運営する（民間の）事業者に対する規整は、国家が保障責任を果たすに際して重要な手段となる<sup>18)</sup>。

第二に、インフラストラクチャーに関しては、サービス提供等を巡って事業者間での競争が市場のなかで成立しない場合にも、それとは別の競争、即ち市場を巡る競争（Wettbewerb um den Markt）があり得る。不採算ゆえに（競争的な）市場が成立しない場合にも、（民間の）サービス提供事業者等による適切な提供を確保することが保障責任により国家に求められることから市場の割当や財政支援等が国家により講じられるときに、それを巡る競争が存在し得るからである。このような競争の創出・促進を通じて（民間の）事業者に介入・給付を行うこともまた、国家が保障責任を果たすに際して重要な手段である<sup>19)</sup>。

ところで、87e条4項について、そこに明文で掲げられている「連邦の鉄道の路線網の拡張・維持」及びそこでの輸送の提供（但し近距離旅客輸送を除く）という事業について、サービス提供事業者が鉄道会社であることが直接に定められているために、かかる事業について競争の余地がないことが指摘されている<sup>20)</sup>。このような解釈からすれば立法論になるが、87f条においては競争を前提として基本的供給について連邦の保障責任が定められており、基本的供給を確保するために競争を否定しなければならないわけではない。尤も、例えば、インフラストラクチャーそのものとその上でのサービス提供との区別をどこまで徹底するかは、両者が区別される場合にそれぞれの事業者がインフラストラクチャーの投資に関してどのような態度を採るかなどを検討したうえで、決めざるを得ない場合もあろう<sup>21)</sup>。

(c) インフラストラクチャーに関する競争としては、鉄道の分野では、他の交通手段との関係にも注意しなければならない。保障責任を果たすなどの目的から規制・給付などが行われるが、それが他の交通手段にどのような影響を与

えるかが問題となり得る。例えば環境保護の観点から鉄道への補助を増やすことがあり得るが、他方で、その結果として経済面からバスへの転換が望ましい場合であっても鉄道が維持され得る場合が出現するという指摘もある<sup>22)</sup>。

(d) 改革の手段としての競争について、鉄道の分野では評価が低い。その理由として、電気通信やエネルギーの分野に比して、鉄道においては、両立し難い目標が立てられていたことが指摘されている。即ち、経営学的な意味での効率性の向上及び企業外からの規整を通じた公共の福祉の確保は競争を前提としてもたらされ得るが、連邦鉄道の改革では、国家の財政負担の軽減や環境保護といった要請にも応えなければならなかったからである<sup>23)</sup>。

### (iii) 国家からの独立性・自律性

規制的な活動と企業的な活動との区別にも現れているが、「連邦の鉄道」を営む主体として、連邦から切り出されて、鉄道会社が設けられることになる。鉄道会社が独立した法人格を有することは明らかであるが、国家からの独立性・自律性が（憲法上）保障されるべきかは、例えば鉄道の路線を所有・運営する鉄道会社が路線の利用料を決定するときに相応の余地が認められねばならないかという問題として議論され得る。

この点については、① 基本権を享有し得る主体であるか、逆に基本権に拘束される主体であるか、② 基本権とは別の根拠から国家からの独立性・自律性が保障されるか、③ 民主制原理を根拠として私的な法主体に対する場合とは異なる態様で介入を為し得るか、問題とされてきた。②については、国家からの独立性・自律性の保障はヨーロッパ法上の要請でもあることにも注意が必要である<sup>24)</sup>。③については、鉄道会社について、連邦がその過半数以上の持分を有していることから、持分権者としての権利を連邦がどのように行使すべきかを巡っても議論が展開されている（組織内的な介入の可否）。ここでは、これらの議論の詳細に立ち入ることなく、連邦憲法裁判所が2017年11月7日判決（BVerfGE 147, 50）において、連邦政府に対する連邦議会の質問権限との関係で87e条について述べたところを簡単に紹介しておく（(a)～(d)の本文中の欄外番号は連邦憲法裁判所のウェブサイトには附されているものである<sup>25)</sup>）。

(a) 基本権享有主体性が否定される論拠として、次のことが判決に挙げられている。① 株式の全部を国家が有しており、国家により完全に支配されているので、ドイツ鉄道株式会社は個々人の自由の行使に仕えるものではない (Rn. 270)。② 87e条3項1文によって収益的な活動が定められ、公共の福祉に直接に義務付けられていないとしても、1条3項及び19条3項との関係で特則を作りドイツ鉄道株式会社に基本権享有主体性を認めるものではない (Rn. 271)。③ 国家の保障責任と企業的な給付を行うこととの厳格な分離という改革の目標は、連邦の鉄道の主観法的な解放 (Emanzipation) を伴わない (Rn. 272)。また、補強的に、④ ドイツ鉄道株式会社の株式を私人が将来取得し得るとしても、そのことは現在の法的状況に影響しないこと (Rn. 273)、⑤ 基本権を享有しないことからドイツ鉄道株式会社に経済的な不利益が生じてはならないが、憲法上の定めから何らかの不利益が生ずるのは連邦が持分全てを有することの帰結であることが記されている (Rn. 274)。

(b) 国家による介入に対して防禦権的な地位を根拠付けるその他の権利を享有しないことについては、民間の所有者への影響力の乏しさを根拠とする連邦参議院による抵抗と提案によって、市場のルールに完全に服させるという構想通りの法が成立しなかったことが指摘されている (Rn. 278f.)。また、主観法的な授権の意図は明らかでなく、仮にそのような規律がなされたとしても憲法裁判により貫徹する可能性が与えられていないことから不完全なものになるとされる (Rn. 280)<sup>26)</sup>。

(c) 他方、連邦議会の質問権限の限界として、企業活動上の秘密を主張する余地は認められているが、それは国家の財政的な利益に基づくものとされる。つまり、国家が保有する持分の価値が低下し、或いは、収益が減少し又は公の手による補助が必要になるような結果が生じることを防ぐという公益のために認められるのであり、全部又は過半数以上の持分を国家が有している私法上の組織が基本権を享有するからではないとされる (Rn. 282f.)。

以上のように、連邦憲法裁判所の2017年判決では、ドイツ鉄道株式会社について、基本権享有主体性が否定されただけでなく、基本権に準ずる防禦権的な

地位を憲法上有することはないとされた。ただ、本事案は、連邦政府に対する連邦議会の質問権限の限界が問題になった事案であり、その解決のために基本権享有主体性や基本権に準ずる防禦権的地位の有無について必ずしも立ち入る必要はなかったから（このことは判旨(c)から明らかである）、上記の判断がどこまで通用しうるものか、疑問もある<sup>27)</sup>。

事案の特徴から言えば、本事案と比べて、鉄道会社はその所有する財産を全くの第三者に譲渡することを広く国家（議会又は政府）の承認の下に置くことの可否が問題になった事案（BVerfGE 129, 265）においてこそ、鉄道会社の自律性・独立性が脅かされることの当否が検討されるに相応しい。そして、そこでは、「基本法改正は……その組織的、経済的及び財政的な独立性を促進すべきとした。基本法に現在定められている私法形態の経済企業としての連邦の鉄道の遂行をもって、その商業的な方向付けが確実なものとなされ、それに企業的な自己決定の領域が与えられるべきとされた。もし企業の個々の経済的な決定を議会の統制の下に置くならば、この目標設定に合致しない」として、違憲判断が下されていたところである（Rn. 29）。

#### (iv) 保障責任

元々の案文には、連邦の鉄道は「経済企業」として遂行される旨の定めしかなかったが、連邦参議院からの提案を受けて、民間化に対する制約及び保障責任の規定が設けられることになった（先述II(3)）。そのため、経済企業性と保障責任との関係が問題となる。文言上、インフラストラクチャーの確保を保障する責任を負うのは連邦であり、鉄道会社ではない。しかし、連邦が保障責任を果たすために、一般の私的な法主体に対するのとは異なる根拠によって鉄道会社に介入することは認められる。その際に、経済企業であることが妨げられてよいか、また、(iii)で示唆したように、介入の態様として組織内的な介入が認められるか、問題となる。

以下では、組織内的な介入を巡る論点を中心にどのように議論が行われているかを見ていくが、それに先立って3つのことを注意すべき点として指摘しておく。①「私法上の組織」という文言であるが、鉄道会社の組織形態として株

式会社が採用されていることから、株式会社法の規定を前提として議論がなされている（但し、組織内的な介入に対して消極的な態度を採るものなかには、有限会社への組織変更の可否を論じ、自律性・独立性がより損なわれやすいことからそれに否定的な答えを出すものがある<sup>28)</sup>）。そして、② 株式会社法の規定上で株主に認められている権能であっても、別の法（保障責任を定める87e条4項、民主制原理）によってそれが制約されるか、議論されることになる。③抑も連邦は鉄道会社の持分を有することから、鉄道会社に対して組織面から全く関与しないことはあり得ない。そのため、組織内的な介入として議論されるのは、収益の追求以外を目的として介入することについてである<sup>29)</sup>。

(a) 組織内的な介入について消極的な立場においては、鉄道会社について経済企業性という目標が憲法上拘束的に定められていることが論拠とされている。そして、経済企業性という目標は、鉄道会社の全機関にとって自由に止めることができるものではないことから、持分権者としての連邦もまたそれに拘束され、組織内的な介入である限り経済企業性に反することは許されないことになる<sup>30)</sup>。

(b) これに対して、組織内的な介入が行われる場合の帰結を考えることから議論をすることで、組織内的な介入を肯定するものがある。

支配的な立場にある会社が従属な立場にある株式会社に対して、法律であれ定款であれ当該会社の目的とされていることに反して不利益な措置を行わせる場合には、その不利益を調整しなければならず（株式会社法311条1項）、逆に、不利益を調整する限りにおいては不利益な措置を行わせ得ることから、連邦が保障責任を果たすためにこれを用いること、即ち組織内的な介入を行うことは妨げられないとされる<sup>31)</sup>。また、不利益を調整しながら介入することは、組織内的な介入であれ、規制・給付を組み合わせながら行われる組織外的な介入であれ、機能的には変わらないことが、補強的に述べられている<sup>32)</sup>。

(c) この批判論に鑑みれば、消極説とそれに対する批判論との間で真に議論されるべきは、組織外的な介入とは異なる組織内的な介入の特徴や、組織内的な介入に相応しい法的な規律を明らかにすることであろう。ただ、保障責任を

巡って、この点は余り明確にされていない<sup>33)</sup>。このことは組織内的な介入に関して特に法律に規定が設けられているわけでないことから明らかである。消極説は、立法を促す議論として有用であろうが、現行の株式会社法を前提とする解釈論としては通用し難いように思われる。

(d) 組織内的な介入について積極的な立場には、憲法的に義務付けられるというものから、株式会社法の規定との関係で実は消極説に近いものまで存在する。

例えば、組織内的な介入を認める法律を制定することは、持分権者としての連邦に帰属する権利を保障責任のために用いることとして正当としながら、取締役の独立性などに着目することで、保障責任を果たすために影響力を行使することが認められる範囲は極めて狭いと述べるものがある<sup>34)</sup>。また、「鉄道の路線の建設、維持及び運営」を営む鉄道会社であっても、持分のほぼ半分を譲渡することが憲法上認められていることから、憲法上はそのような限定された所有者としての影響しか必要でないと判断されていると解することで、組織内的な介入が憲法上義務付けられることはないというものもある<sup>35)</sup>。郵便・電気通信については連邦の持分が過半数を下回っていることから、抑も組織内的な介入を行うことができない<sup>36)</sup>。

他方で、「鉄道の路線の建設、維持及び運営」を営む鉄道会社について、その持分が民間に譲渡されるとしても、連邦が過半数以上の持分を有することで、鉄道会社の私的な利益と国家が定義するところの公的な利益とが対立する場合には後者が貫徹しなければならず、そのために、過半数以上の持分を有することで鉄道会社に対する支配権を有しなければならないという見解もある<sup>37)</sup>。

組織内的な介入が憲法上義務付けられるということは、特に民主制原理から一般的に公営企業について議論されてきたところである（行政会社法論<sup>38)</sup>）。ただ、行政会社法論については、行政契約における「私法への逃避」を防ぐべく行政私法論が展開されてきたことと対比して、株式会社法の規定を前提とする解釈論としては、否定的な立場が強い<sup>39)</sup>。また、民主制原理からの要請の具体化として組織内的な介入しかないわけではない。

(2) 保障責任

(i) 法的な性質——連邦に対する法的な拘束力を巡って

87e条・87f条を巡る解釈論のなかで決着が付いている論点として、連邦に課される保障責任の法的な性質、つまり、保障責任を定める87e条4項及び87f条1項の定めは連邦を法的に拘束するものであるかという問題がある。

鉄道について、法務委員会による提案の理由には、「4項は、連邦の鉄道のインフラストラクチャー及び連邦の鉄道による公共の福祉に仕える輸送の提供についての連邦の政治的な責任の確保である」と記されていた<sup>40)</sup>。

① この「政治的な責任」という文言を一つの理由として、87e条4項の保障責任についてプログラム規定であると説かれたことがある。② 87e条のなかには具体的な定めがなくその形成が立法者に委ねられていることや、③ 鉄道よりも重要である道路についてその建設義務を憲法で定めることは想定し難いことも、根拠とされている<sup>41)</sup>。

しかし、プログラム規定説への賛同は乏しい。①については、鉄道改革のための改正に過ぎないことから、それが基本法の効力についての基本的な方針を変更するほどの契機となり得ないことが、批判論において説かれている<sup>42)</sup>。②については、具体的な定めがないことや立法者に委ねられていることに対して、基本的供給の意味での交通の需要を満足させることが優先的に保障される対象であることが指摘されている<sup>43)</sup>。

なお、郵便・電気通信については、政府草案の理由書において、保障責任が国家目標であることが明示されている<sup>44)</sup>。

(ii) 保障される内容——87e条・87f条の用いる文言

保障責任について、87e条と87f条との定め方には違いがあり、郵便・電気通信に比して鉄道においては、より抽象的に定められており、他方、郵便・電気通信における文言は「均質な生活関係の創出」要請を具体化するものとして理解されている<sup>45)</sup>。文言に違いがあるが、保障される内容とはそれぞれの分野での「基本的供給」(Grundversorgung)であると理解されている<sup>46)</sup>。

先ず、保障責任の規定がどのようなものであるか、見ておこう。87f条1項

では、「連邦は……法律の基準に従って……全土にわたって（flächendeckend）適切（angemessen）かつ十分（ausreichend）なサービスを保障する」と定められている。他方、87e条4項は、「連邦は、連邦の鉄道の路線網（Schienennetz）の拡張（Ausbau）及び維持（Erhalt）に当たり、並びに近距離旅客輸送に関わらない限りで、その路線網での輸送の提供に当たり、公共の福祉とりわけ交通の需要が考慮されることを保障する。詳細は、連邦法律でこれを定める」というものである。

次に、それぞれに用いられている重要な文言について、どのような解釈論が展開されてきたかを見ておこう。

(a) 「交通の需要」

交通の需要を満足させることが優先的に保障されると解されているが（先述(i)、交通の需要が常に優先されるわけではなく、考慮されるべき「公共の福祉」のなかには、交通の需要と相対立するものも含まれ得る。例えば、経済性原則を通じて、交通に要するコストや他の交通手段との比較も考慮要素に含まれることになる。更に、交通の需要などは「考慮される」に止まる。

鉄道の分野において提供される水準は、衡量的な判断を経て初めて決まることになるが、衡量に際して交通の需要の測定の持つ意義は限定的であると指摘され、その理由として、交通の需要は価格によって影響され、政府からの補助等が行われているならば、その多寡や変化によって交通の需要は変化することが挙げられ、結論として、何らかの基準の下で営まれてきた過去の事業内容を前提として需要を測定して、衡量に引き入れることは適切ではないと説かれている<sup>47)</sup>。

(b) 路線網の拡張・維持

連邦の鉄道の路線網の拡張・維持を行う主体は、連邦ではない。そのため、路線網の拡張・維持のために連邦が何を行い得るか、問題になる。

この点について、連邦による介入に対して謙抑的な立場から、具体的な事業決定に介入することを義務付けるものではないし、そのような権限を与えるものでもなく、寧ろ、連邦による計画策定（発展計画、国土計画、財政計画）が



問題となると説くものがある<sup>48)</sup>。そして、連邦が行う計画策定という任務の特徴から、「公共の福祉」や「交通の需要」という概念を孤立的に具体的な状況に関連づけて、そこから建設や維持 (Unterhaltung) についての具体的な決定を導いてはならないとされている<sup>49)</sup>。

(c) 「適切かつ十分な」

連邦参議院は、「適切な」に給付と反対給付との適切な関係が含まれることが意図されているならば、それを明確にするように求めたところ、連邦政府は、「適切な」はサービスの質的な面、「十分な」は量的な面を指す言葉であると説明した<sup>50)</sup>。そのため、給付と反対給付との関係が何れの概念のなかに含まれるかという議論があるが、「全土にわたって」を含めて、何れかの文言のなかに含まれる解することについては異論は見られないようである<sup>51)</sup>。

(d) 「全土にわたって」<sup>52)</sup>

この概念は「均質な生活関係の創出」要請と密接な関わりを有する。「生活関係の均質性」を立法者が形成するに際して手掛かりとなるものが87e条4項及び87f条1項であり、全土にわたって適切な給付が提供されるときに均質な生活関係が創出されることになると説かれている<sup>53)</sup>。この要請を受けて、立法者は、立地そのものを決めるか、公衆への到達可能性の基準を定めることになる。後者の場合、立法者が柔軟性の高いかたちで定めるのもよいとされている<sup>54)</sup>。サービスが現実的な意味で「あらゆる場所」で提供されねばならないが、少なくとも、あらゆる場所において、相応 (zumutbar) な条件の下で到達可能でなければならないと説かれている<sup>55)</sup>。

(iii) 保障責任が課される期間

87e条3項を巡って連邦参議院により保障責任の規定を設けることが提案されたが、そこでの理由には、私法形態の組織への変更及び路線網の第三者への開放に際して「連邦が鉄道制度におけるその責任から直ちに後退するならば……他の交通の担い手に交通が突発的に移るおそれ及びそれにより経済全体からみて望ましくない変化が生じるおそれがある」ことから、「特に鉄道の新秩序への移行期において」連邦が公共の福祉が保たれるように配慮することが

義務付けられると記されていた<sup>56)</sup>。

この記述を踏まえて、連邦が保障責任を負うのは移行期においてであるという考え方が説かれていた。そこでは、① 特に輸送を提供する鉄道会社について連邦が持分を譲渡することで「連邦の鉄道」でなくなって87e条4項の保障責任の対象から外れてしまうこと、それとは別に、② 鉄道路線に関して初めて競争的な構造が作られるという困難な転換の局面において鉄道路線を確保することが問題となることから、保障責任の規定は遞減的な傾向を持つことが説かれている<sup>57)</sup>。

これに対して、87f条においては、インフラストラクチャーの運営及びそれを用いて提供されるサービスについて全土にわたって質・量ともに十分な供給が行われるようにすることが憲法上の保障責任により連邦に命じられている。これに鑑みれば、保障責任が課される期間を限定することに必然性はない<sup>58)</sup>。もちろん、民間化への移行期に特有の課題があり、保障責任を果たすために連邦に求められる役割は大きいであろうが、民間化への移行期でなくとも（民間の）事業者によるインフラストラクチャーの維持やサービスの提供が適切に行われない場合に国家が規制・給付などを行うことは必要であり、保障責任が課される期間を限定することには繋がらない。更には、基本法の個別の規定とは別に、憲法上の保障責任を肯定する立場も存在している。そこでは87f条との比較から、87e条が「連邦の鉄道」が存在することを前提として保障責任を定めていることの意義を限定的に解すべきことが説かれている<sup>59)</sup>。そして、ここでは、基本的供給、とりわけインフラストラクチャーの有する意義やその本質に照らして（参照、後述(ix)(b)、）国家の保障責任が憲法上根拠付けられている。

#### (iv) 保障のための手段

連邦が保障責任を果たすために用い得る手段には、伝統的な監視・監督といった規制的なもの、補助金交付や助言といった給付的なもののほか、公私協働によるものがある。例えば、鉄道の分野において路線の拡張・維持について、需要計画の策定、財政支援の義務付けが連邦鉄道路線拡張法により具体化されている。

「経済企業」性により収益の追求が鉄道会社の目的とされているので ((1)(i))、採算が採れないために市場を通じては提供されないようなサービス提供事業を行わせる場合には、連邦は事業者からサービスを「購入」しなければならない<sup>60)</sup>。保障責任を連邦が果たすことは、鉄道会社に経済的な不利益を負わせることを正当化するものではない。鉄道通則法15条には、公共経済的 (gemeinwirtschaftlich) な給付を行うことを一方的に課し又は合意することについて定められ、それに基づき給付が行われ得る。郵便法12条以下、電気通信法81条以下には、ユニバーサルサービスの公告を行ってもそれが不調に終わった場合について、事業者に義務を課しそれにより生じる不利益を調整するための規定が設けられている。

民間事業者によってサービス提供等の事業が行われるがゆえに保障責任という国家 (行政) に求められる新しい役割が生じているので、保障責任を果たすために用いられ得る手段のなかでは、規整に加えて、公私協働によるものの意義が大きい。そこには、例えば、契約マネジメント、協働・紛争処理メカニズム (サンクションを含む)、リスク配分ルールなどが含まれるが、注意すべきは、このような新たな行政現象に対して伝統的な二元法 (国家と市民社会、公法と私法、行政と市場など) が対応し難いことである<sup>61)</sup>。ここに、民間事業者によるサービス提供等の事業を取り巻くガバナンスの在り方を国家 (行政) は学習しなければならないという新たな課題が見出される<sup>62)</sup>。

#### (v) 保障される具体的な内容① 現状維持

保障される内容である「基本的供給」について、鉄道でも郵便・電気通信でも、その具体的な内容の形成は立法者に委ねられているが (87e条4項2文、87f条1項。なお、この点でも両者の文言には違いがある)、それを立法者が果たさない場合などにおいて、憲法適合性は何を規準にして審理されることになるか、問題となる。ここでは、そのうち、現状維持が命じられているかを取り上げる。

この点について、一般論としては否定説が支配的であるが、一定の場合に現状維持を連邦に命ずるような解釈が全く成り立たないかを巡って議論が見られ

る<sup>63)</sup>。

現状維持に対して否定的な見解には、例えば、交通の手段が複数存在することから、全土にわたる路線網及びその上での輸送の提供は基本法上命じられるものではないというものがある<sup>64)</sup>。なお、需要減少を理由として経済的ではない路線の廃止などが行われる場合、他の交通手段との調整によって、市民が移動の自由を享受できるようにすることが国家には命じられる<sup>65)</sup>。また、路線の廃止等の申請が拒否される場合には、拒否により生じる費用を弁償しなければならないこと、この拒否は1年間のみ認められることが鉄道通則法11条に定められている。この規定について、経済的な合理性に反して鉄道のインフラストラクチャーを維持しようとするものではなく、上記の87e条の解釈論に適合的であるとされる<sup>66)</sup>。

他方、限定的であれ現状維持を連邦に命ずるような解釈論も展開されているので、そちらも見よう。先に「交通の需要」で指摘したように、過去の任務内容を前提として需要量を測定して、衡量に引き入れてはならないというように、一般論としては、過去・現在の状況を前提として、今後保障されるべき水準を決めるということは否定されている。しかしながら、点的なインフラストラクチャーとネットワーク型のインフラストラクチャーとの相違に着目することで、個々の路線の廃止が許されないことまでは出てこないものの、個々の路線の廃止に係る判断は既存のネットワークの維持・拡張と適切な関係になければならないと説かれている。つまり、交通の需要が変動する場合にそれに対してネットワークも適合しなければならないものの、路線網の一方的・継続的な解体に限界を設けるというところに、この考え方の特徴がある<sup>67)</sup>。また、ここでは、交通の需要について、環境保護の要請から、鉄道路線に将来的に交通が移ることも考慮されることが説かれている<sup>68)</sup>。

更に、一般的な国家目標規定との違い、即ち、87e条4項であれ87f条1項であれ、目的だけではなく達成されるべき最低水準が拘束的に定められていることも、現状維持を命ずることの論拠とされている。かつての生存配慮給付の民間化という具体的な状況のなかで、（少なくとも一定の程度までは）将来的に

も（民間経済的な競争という条件の下で）維持され適切に継続発展されるべきところの供給について既に達成されている現状に結び付けることが可能であると説かれている<sup>69)</sup>。

(iv) 保障される具体的な内容② 技術の発展等への対応

過去・現在の状況が変化するとき、基本的供給の保障として連邦に命じられる内容について、技術の発展等への対応が問題となる。これは特に電気通信の分野においてイノベーションと関わって議論されている。イノベーションをもたらすような技術の発展には実験的な性格があること、研究開発への投資が多額であること、全土にわたって一律に実施することが困難なことが問題となろう。なお、技術の発展等への対応について制定過程では特に議論になっていないようであるが、87f条の政府草案の理由において次のように述べられていることを巡って議論が生じている。「国家への委託は、最適 (optimal) なインフラストラクチャーの拡張には向けられておらず、利用者の視点からみて適切かつ十分なサービスの確保を通じた全土にわたる基本的供給を保障することを目標とする」<sup>70)</sup>。

(a) 電気通信における保障責任を技術の発展等にまで及ぼすことに対して消極的な立場から、以下のことが述べられている。① 87f条1項の解釈論として、その性格上「全土にわたる」ことが不可能なものは保障責任の対象から抑も外れる<sup>71)</sup>。また、② 仮に全土にわたって均質な供給を行うことが憲法上命じられるとしても、技術の発展のプロセスにおいてそのような法的な要請はどのみち後退せざるを得ない<sup>72)</sup>。最適化要請が憲法上課されることについては、③ 「保障する」とは「最適な状況の達成に努める」を意味しないという文言解釈のほか、④ 国家による規制は民間経済性と抵触し得るところ、最適な状況の達成に努めるべく国家の規制的な権限が用いられるときに、それを統制することが困難になることが指摘されている<sup>73)</sup>。⑤ このような消極的な立場の背後にあるのはイノベーションに対する障壁が生じることへの危惧である。「全土にわたり確保されるべき基本的供給が現実に「基本的」供給としてしか理解されないときには、そのような障壁の余地はない。自由な民間経済的な力に、不

必要な制約が為されないことになる」<sup>74)</sup>。

(b) これに対して、技術が発展していくときに、基本法改正時点での技術を前提とするサービスしか保障されないというのでは、連邦に保障責任を課することの意義は小さくなっていくことから<sup>75)</sup>、保障責任の意義を保つためには技術の発展等に保障責任を及ぼすことが必要になる。

そこで、技術の発展が段階的に実現されていくことが可能なものについて、それが全土にわたって実現されていくように連邦は保障すべきであるという解釈が出てくる。例えば、①「全土にわたって」という文言について、他の利益を押しつけて一方的に実現されるものではないという解釈が為されたうえで、② 多額のコストを要する場合など理由がある場合には段階的に実現され得ることが認められている<sup>76)</sup>。また、保障責任そのものの議論ではないが、イノベーションを法の下に置くことにより、法の段階的な秩序構造は普及・定着のメカニズムとして作用し、また、イノベーションが限定的に行われることに対して合理性が平等原則を通じて問われることで、イノベーションの拡張が保障されていくことが指摘されている<sup>77)</sup>。

(c) 以上のような議論の対立からすれば、技術の発展等への対応に保障責任を及ぼす考え方が通用するかどうかは、それによってイノベーションに対する障壁が生じないか否か、裁判所が最適化要請について適切に審査することが可能か否かにかかるであろう。この点、他の分野において最適化要請の審査が行われていることを考えれば、インフラストラクチャーに関する保障責任においてのみそれが裁判所による審査に全く馴染まないとは言い難いように思われる。保障責任を果たすために連邦が用い得る手段は様々であるが（先述(iv)）、そのなかには、伝統的な監督・助成といったものだけでなく、規整や公私協働もあり、後者の重要性は高まっている。生成途上とはいえ、規整行政法や行政協働法の整備に応じて、最適化要請についての裁判所による審査は可能になるのではないか。最適化要請の実現はまずは立法権・行政権に課され、その実現に際して裁量が認められるべきであるが<sup>78)</sup>、そのことから直ちに裁判所による審査を免れることは正当ではなく、裁判による審査に対して悲観的になる必然性

はないものと思われる<sup>79)</sup>。

(d) 技術の発展等への対応に保障責任を及ぼすことに積極的な立場であっても、普及度が低いものまで基本的供給に含まれるとされているわけではない<sup>80)</sup>。普及度が高まっているような場合に、消極論の論拠の①を挙げるだけでは、保障責任の内容として適切ではないと考えられる。普及度・普及時期に焦点を当てての場合には現状に方向付けられるが、それよりは需要が重視されるべきであろう<sup>81)</sup>。

(vii) 料金制度——全土にわたって統一的な料金制度を巡って

「経済企業」性と保障責任との関係は料金制度を巡っても問題となる ((ii)(c)(d))。即ち、公共料金はコストをカバーするものでなければならないが、地域ごとのコストの違いを料金にそのまま反映してよいか、問われる。保障責任を果たすために料金制度をどのように規律すべきと考えるかは、社会国家原理にも関わるが、地域的な差異に対する態度と関連している (後述(viii))。

空間における価格の平等を重視する立場では、統一的な料金制度をできるだけ構築することが目指されている。① 基本的供給はあらゆるところで是認可能な価格で提供されなければならない<sup>82)</sup>。とはいえ、農村部と都市部とを比較した場合に、生計費が農村部において低いことに鑑みて、都市部よりも高いコストに見合う料金は、それが是認可能なものに止まる限りは許容されている。但し、完全に個別事案ごとにコストをカバーし得る料金は、ユニバーサルサービスでは認められないとされる<sup>83)</sup>。② 全体として民間経済的な刻印が保たれている限りで、個別的にはコストをカバーできない料金を空間的な観点から事業者に義務付けることは認められるが、その場合でも、統一的な料金制度を常に強行することは行き過ぎになるとされる<sup>84)</sup>。

これに対して、投資を阻害するように機能する要請は87f条1項の定めからは出てこないという理由から、統一的な料金に対して批判的な見解も存在する。そこでは、地域的な差異であれ、利用者の種別による差異であれ、保障責任に合致しうるとされ、統一的な料金制度は抑も憲法上要求されるものではないとされている<sup>85)</sup>。

なお、現実の料金制度において、差異を設けることに積極的な傾向が指摘されている。料金制度に差異を設けることによってしか、企業は顧客の態度の制御を通じて供給の最適化を図ることができないからである。ただ、そのような現状が法的にどこまで認められてよいかは、まだ解決されていないようである<sup>86)</sup>。

(viii) 保障責任に対する限界としての過剰禁止？ 社会国家原理との関係

(v)で引用した87f条の政府草案の理由の直前の文章において、保障責任の規定に関して、「社会国家原理の何らかの一面を際立たせるものではない」という記述がある<sup>87)</sup>。この一文のみで保障責任と社会国家原理との関係が決まるわけではなく、87e条・87f条の解釈論においても、また、より包括的に保障責任を巡る議論においても、保障責任と社会国家原理との関係は問題となっている。ここでは、前者において保障責任の規定は上限を定めるものか否かを巡ってどのような議論が行われているかを主として取り上げ、次に(ix)ではインフラストラクチャー保障責任論においてこの点がどのように考えられているかを見ることにする。

(a) 保障責任の規定が下限のみならず上限をも定めるという立場においては、一つは、事業者の基本権（12条、14条）からの限界、もう一つは、保障責任の実現が立法者の裁量に委ねられているところ、その範囲が連邦の専属的な立法権限（87f条1項）の範囲に限られることが、論拠として挙げられている。後者は87e条・87f条の保障責任に限って持ち出される論拠である。即ち、経済的・市民社会的な発展に対するインフラストラクチャーの基本的供給について保障責任を実現するための法律を連邦が制定するには連邦参議院の同意が必要とされているが、基本的供給の範囲を越える内容について連邦が法律を制定する場合には73条1項7号が根拠となり、その場合は競合的な立法権限であることが指摘されている<sup>88)</sup>。

(b) 他方で、保障責任の規定は下限を定めるものではあっても上限を定めるものではないという立場もあり、社会国家原理は連邦によっても実現・保障されるべきという考え方がその背後に見られる。即ち、社会国家原理との関係で



は、保障責任の規定は社会国家原理を具体化するものとして捉えられている<sup>89)</sup>。そして、例えば競合する第三者の権利から生ずるような限界はあるが、そのなかにおいて出来るだけ良く目標を実現することをとも配慮すべきであって、最低水準を超えて社会的な目標の実現を向かうことを国家に禁ずるものではないとされる<sup>90)</sup>。次に立法権限については、最低限という意味にせよ望ましいという意味にせよ、如何なる給付水準が社会国家的な理由から命じられるべきかを拘束的に決定することが連邦議会と連邦参議院が共同して引き受けるところの政治的な責任に包括的に関わるのではないとするならば、ラントの「共同責任」の観点から連邦参議院により要請され87f条1項において貫徹されたところの連邦参議院の同意権は意義を失ってしまうとされる<sup>91)</sup>。更に、インフラストラクチャーの目標の達成に必要な限りで、一般的な社会国家原理よりも強く、民間経済的な競争という決定合理性に介入することが保障責任の規定によって正当化されているという<sup>92)</sup>。

(c) 両者を比較することで、社会国家原理との関係に否定的・消極的な立場においては、① 国家と市場という関係では、事業者の自由や競争的な市場が重視され、また、② 連邦とラントという関係では、ラントごとの差異、或いはまた、地域的な差異が容認されていることが分かる。そこで、次に、社会国家原理と連邦制との関係について簡単に触れておきたい。

(d) (b)のように社会国家原理は最低水準を下回ることを禁止するだけではないという立場にあっても、連邦制と社会国家原理とが相対立することから、その実践的な調和 (Konkordanz) として、社会国家原理から要請されるのは平等ではなく均質性であると説くものがある<sup>93)</sup>。そして、保障責任の規定に関して、そのような意味での社会国家原則により不可欠と考えられる事柄より多くのことは導かれないとされ、例えば基本権によって導き出すことが否定されているのも<sup>94)</sup>、連邦制との関係ゆえであろう<sup>95)</sup>。更に、「均質な生活関係の創出」要請との関係では、仮に連邦にその実現が憲法上命じられるとすれば、各ラント自身の努力によって生活関係を改善することを弱める誘因となること、ラント間の競争及び問題解決の分権化によってしか全体としての給付能力の改善に

繋がらないこと、財政調整において平等の実現のために比例的ではない再分配を行うならば、効率性と成長にとって結局は逆効果であること、連邦が均質な生活関係の創出を実現しようとしても抑も立法権限等に限界があり、連邦にとって過剰負担をもたらし、かえって国民（特に経済力の弱い地域の公衆）に対して憲法への失望を呼び起こすことなどが指摘されている<sup>96)</sup>。

他方で、連邦制と社会国家原理が相対立する以上、社会国家原理が連邦制に限界を画することも見落とされてはならない。かかる見方からは、基本法の中に既に連邦制に限界が設けられ、そこに社会国家原理が具体化されているという思考に繋がる。ラント間の水平的な財政調整（107条2項）、連邦・ラントの共同事務（91a条1項）などと並んで、保障責任の規定が取り上げられ、民間化された後においても社会国家原理への拘束を確保するものと解されている<sup>97)</sup>。

ここでの議論の対立からも、社会国家原理については、連邦制との関係から消極的な立場においては、ラントごとの差異が容認されていることが分かるであろう。

#### (ix) インフラストラクチャーの確保に係る保障責任

インフラストラクチャーの確保を素材として、保障責任と社会国家原理との関係を探るため、Hermes の『インフラストラクチャー責任論』（1998年）を特に取り上げ（(a)～(c)の本文及び註の中の頁数はこの図書の該当箇所を示す）、インフラストラクチャー保障責任の憲法上の根拠やその射程がどのようなものであるかを明らかにしておく。

##### (a) インフラストラクチャーの概念

先ずインフラストラクチャー責任論の対象とされているインフラストラクチャーとは何を意味するかを確認しておく。論者が取り上げているのは電力供給のような導管網により提供されるサービスであり（S. 1）、「人の移動、物の輸送、コミュニケーションに資し、近代的な国家が……空間的な隔たりを克服するために必要とするところの基礎又は「媒体」である」分野を前提として、インフラストラクチャーを定義しようとする（S. 162f.）。即ち、「インフラ

トラクチャーとして、隔たりの克服に資し、それによって空間の統合をもたらす全ての手段の総体が把握される」(S. 329)。

このため、議論の対象とされるのはネットワーク型のインフラストラクチャー(交通、電気通信、電力)であり、更に、関心が重なり合うものとしてEU法上の概念である「欧州横断ネットワーク」が参照されている(S. 171)<sup>98)</sup>。他方で、広義のインフラストラクチャーとして、生存配慮のために設けられる地域的な施設を挙げる例が記されているが(S. 170)、インフラストラクチャー責任論の対象とはされていない。

(b) インフラストラクチャーの本質

以上の概念を前提にして、国家がインフラストラクチャー責任を負うことの根拠は、「機能し得るネットワーク型のインフラストラクチャーがなければ、空間的に隔たりのある人々が集まることができない、つまり、社会的、経済的、文化的及び政治的な共同体は成立・存続することができず、それゆえに、機能し得るネットワーク型のインフラストラクチャーは近代的な国家にとって必要十分な生存条件である」という認識にあるという(S. 324)<sup>99)</sup>。そして、「インフラストラクチャーとは、利害関係のある全ての者にとってアクセス可能であり、全土にわたって設けられるべき」ことは必然的に導き出されるとされる(S. 329)。

(c) 生存配慮との区別

① このように、空間的な隔たりの克服がインフラストラクチャーの本質であることから、人が生存するために依拠するものの全てがインフラストラクチャー責任の対象となるわけではない(S. 340f)。② 国家が責任を負うべき任務の範囲はそれ自体で決まるものではなく(S. 159)、生存配慮の概念は記述的であり(S. 341)、国家が責任を負わないことを決定したときには生存配慮の概念は法的な意義を有しない(S. 342)。これに対して、インフラストラクチャー責任の概念は、国家が撤退することへの限界を定めるものとして、法的な意義を有する(S. 342)。③ インフラストラクチャーそのものとそれを用いて提供される各種のサービスとの区別を前提として、かつては統一的に見ら

れていた生存配慮の任務は、ネット責任（インフラストラクチャーそのものの設置・運営）、十分なサービスの確保、影響を受けるその他の公の利益（例えば環境問題）が守られることへの配慮に分けられ、それによって、従来は生存配慮に混在されていた相矛盾する目標と期待とが顕在化することになる（S. 342）。④ これら3つの課題の何れにおいても、社会国家原理はその中心に位置付けられておらず、インフラストラクチャー責任は法治国家・社会国家・環境国家よりも先行する国家任務であるとされる（S. 352）。他方で、(b)において示唆されているが、インフラストラクチャーの基本権的な自由にとっての基盤機能が重視されているのも（S. 354）、この議論の特徴である。

(d) ヨーロッパ法上の国土整備

(b)でも触れたが、欧州横断ネットワークがインフラストラクチャー責任論において参照されているので、それを含めて、ヨーロッパ法上の国土整備の特徴を簡単に指摘しておく。

まず、ヨーロッパ法上の国土整備の分野を含めて用いられる法的な概念の一つに、「経済的・社会的・領域的な結束（Zusammenhalt）」がある。この概念が1970年代に登場した背景には、発展している地域とそうでない地域との格差を減らすことを共通市場の強化による経済成長に期待するという当初の構想が失敗して、地域間の格差が拡大していったことがある。条約上の文言としては、「経済的及び社会的な結束」と題された章が1987年に設けられている<sup>100)</sup>。現在では、EU条約2条において、「経済的及び社会的な結束の強化」は、国境なき空間の創出、経済・通貨連合の設立と並べて規定されている。また、「領域的な結束」はリスボン条約によって収斂（Kohäsion）目標のなかに加えられている（EU条約3条3項3節）。この規定について次のことが指摘されている。① 目標は個々の部分空間における差異のある発展を原則的に甘受するものである。② ヨーロッパ法上の権限に関わるが、目標達成のための主たる手段はEUの諸基金による財政支援である。これに対して、ドイツ法における国土整備は、生活関係の異なった発展に対抗するものであり、単に財政的な支援で対処するものではない<sup>101)</sup>。

収斂目標を実現するための構造政策に関する規定が設けられてきたが（EU 運営条約174条）、ここでは、地域ごとの発展状況における差異及び最も不利な条件にある地域の後進性を減らすことが目指されている（EU 運営条約174条2文。なお、不利益な地域の類型が第3文に列挙されている）。ここでも、望ましい水準に向かう形での適合（Anpassung）は目指されていない点で、ドイツ法における国土整備にいう「均質な生活関係の創出」とは異なると指摘されている<sup>102)</sup>。

欧州横断ネットワークは、EU 運営条約170条～172条に規定されている。その対象は、交通、電気通信、エネルギーの3分野である（170条1項）。ここでは、基幹的なネットワーク型のインフラストラクチャーを遍く整備することが目的とされている。これにより、中心地域とそうでない地域との結び付けが求められる。また、一国内でのインフラストラクチャーの整備では、ヨーロッパ全体からみた場合にインフラストラクチャーのネットワークが特に国境地域などの辺境地域において途絶えたり隘路になったりするからである<sup>103)</sup>。このようなヨーロッパレベルでインフラストラクチャーを整備することが国土整備の課題となるのは、先ずは域内市場の創出から求められることであるが、計画策定に際して、交通等の部門に特化した計画・技術に照らして異なった地点を結び付ける任務に止まらずに、国土の形成そのものに対する包括的なコンセプトが欠かせないからである<sup>104)</sup>。

以上のような特徴からも分かるように、ヨーロッパ法上の国土整備では、社会国家的な課題と無縁ではないが、先ずは経済的な課題があり、その行き過ぎに対して後追的に社会国家的な課題が登場している。また、拙稿で既に紹介していることであるが、差異そのものが存在することは否定されておらず（このことはEU 運営条約174条2文からも明らかである）、都市間競争に見られるように地域間の競争がそれぞれの地域ごとの成長にもたらす意義が強調されており<sup>105)</sup>、ドイツ法において従来考えられてきた社会国家原理とは異なる面があることには注意が必要であろう<sup>106)</sup>。

#### IV. 終わりに

##### (1) 鉄道等の分野における連邦の保障責任

先ず、本稿の纏めとして、基本法87e条及び87f条の定める連邦の保障責任に関して、競争及び社会国家原理という2つの観点から整理し、今後も残るであろう課題を指摘したい。

##### (i) 改革のための手段としての競争

国家の保障責任は、特に生存配慮とされてきた分野においては、そこで民間化が行われるときでも国家は完全に撤退するのではないことを表している。複数の事業者が市場を通じて財・サービスを提供することが民間化として想定されるならば、民間化にとって競争は重要な要素であり、競争に関する法を整備すること（規整行政法）、それを作動させるべく国家（行政）が学習を通じて変化すべきことが、国家が保障責任を果たすために求められる。

この点、鉄道においては電気通信の分野に比して、基本法の規定の仕方において競争に対する態度は明確ではなく、実際にもまた、鉄道においては競争が十分に用いられていないという評価が見られたところである。競争により効率化やイノベーションがもたらされ得ることを考えれば、競争的な事業環境を作り出すこともまた保障責任の内容として重要である。

とはいえ、競争は改革の手段として万能なわけではないし、競争だけで問題が解決するわけではない。競争に対する評価がこれまで高かった事業分野であるからといって、将来にわたって競争が機能し続けるわけではない。当該分野に対して様々な要請が出てくるとき、国家は保障責任を果たすに際して、それらに答えていかねばならない。例えば環境保護からの要請は電力供給において登場することで、事業を取り巻く状況を変化させる。環境保護の要請が国家的な規制のなかに取り込まれることで、市場における競争がそれまでもたしていた機能は低下し得る。その意味で、鉄道においてのみ競争が機能しないというわけではない。競争が機能し得る限りで、鉄道の分野においても競争的な事業環境が作り出されるべきであり、それがどのようにすれば実現するか、今後

も検討されねばならない課題である。

(ii) 差異の容認・強調

競争にも関わることであるが、保障責任は地域的な差異についてどのような態度を採ることを国家（特に連邦）に命じているか。これまでは、社会国家原理によって連邦には差異の解消が期待されており、① 差異があるならばその解消に向けた連邦の活動は正当化され、② 望ましい水準をも連邦は拘束的に定めることのできるものと考えられてきた。これに対して、保障責任の議論のなかには、そのような社会国家原理（の理解）から離れようとするものがある。そこでは、① 差異そのものは発展の原動力として肯定的に受け止められる場合があり、差異が存在するだけでは国家の活動は正当化されないことになる。② 差異が許されなくなるのは最低限の水準を下回る場合であるが、連邦制や基本権からその限界が引き出される。そのため、連邦のイニシアティブで最低限の水準を定めることもまた否定されやすい。

このような社会国家原理（及びその理解）を巡る議論において今後検討されるべきは、後者の立場が採られる場合には、例えば、下回ることが許されない水準に関して連邦制や基本権を基準とするときに、その適切さを支えるためにどのような制度が設けられるべきかなどにあらう<sup>107)</sup>。

(2) 今後の課題

本稿で取り扱ったのは、基本法87e条及び87f条に規定されている連邦の保障責任であり、保障責任論からすればその端緒となった憲法規定の解釈論に過ぎない。本条項について、本稿では、やや抽象的な文言を用いて規定されているとはいえ法的な拘束力が認められ、立法権・行政権により具体化されるものとはいえ一般的な国家目標規定とは異なった形で裁判所によってもその実現が確保され得るものであることが分かった。それゆえに、本条項の解釈論は、「均質な生活関係の創出」要請の検討にとって重要なものであると言えよう。本条項を巡っては、インフラストラクチャー責任論に見られるように、社会国家原理から離れようとする傾向が存在し、それが有力であることにも留意しなければ

ばならない。尤も、本稿はこの傾向を指摘するに止まり、この傾向の背後にある連邦制については殆ど立ち入るものではない。そのためにもまた、「全土にわたって」基本的供給が行われることについて詳細な議論を示すことも出来ていない。この点は、「均質な生活関係の創出」要請の具体化にも関わり、財政調整の法制度の立法及び裁判例の検討などを通じて補完されねばならない。

民間化によって従来の社会国家とは違う国家（行政）が登場するなか、保障責任を果たすべく国家（行政）は変容を迫られ、行政法もまた変化せざるを得ない。連邦制と地方自治とは異なるが、地域間の差異に対して国家は何を為すべきかという問題は、日本においても登場している。本稿は、近時のドイツ法を素材として、基本法87e条・87f条及びその解釈論を通じて、その一端を明らかにしたに過ぎない。人口減少社会の到来のなかでの国家（行政）に求められる責任やそれに相応しい法理を、引き続き解明していきたい。

※本研究は JSPS 科研費15K03130の助成を受けたものである。

- 1) 本稿では保障責任論を包括的に取り上げることはできない。ここでは、ドイツ法における保障責任論を研究対象とする代表的な日本語文献として、三宅雄彦『保障国家論と憲法学』（尚学社、2013年）、板垣勝彦『保障行政の法理論』（弘文堂、2013年）、岸本大樹『行政契約の機能と限界』（特に第2部第1編「公的任務の共同遂行（公私協働）と行政上の契約」）（有斐閣、2018年、初出：2005年～2006年）を挙げておく。
- 2) 拙稿「国土整備法及び都市建設法における自治体間調整・覚書－人口減少社会における広域的な観点からの自治体間の調整・協働に関する考察のための準備作業」野呂充ほか（編）『現代行政とネットワーク理論』134～137頁（法律文化社、2019年）において、国土整備の分野において「均質な生活関係の創出」要請に対して、その内容や法的な拘束力などに関して消極的な見解が有力に唱えられていることを簡単に紹介した。本稿は、基本法87e条・87f条を巡る議論においても、それに対応する傾向が存することを紹介しながら、その当否について若干の検討を加えるものである。
- 3) Peter Lerche, Infrastrukturelle Verfassungsaufträge (zu Nachrichtenverkehr, Eisenbahnen), FS für Friauf, 1996, S. 251, 251f.
- 4) ドイツ連邦鉄道改革を研究対象とする日本語文献として、桜井徹『ドイツ統一と公企業の民営化——国鉄改革の日独比較』（特に第8章）（同文館、1996年）、米丸



恒治「連邦鉄道改革と「私人による人事管理」『私人による行政』（日本評論社、1999年、初出：1993年）を挙げておく。なお、後者では、郵便改革も扱われている（第1編第9章）。また、Ⅲ(1)(iii)に関わるが、民主制原理との関係からドイツにおける民営化を研究対象とする日本語文献もある（高橋雅人『多元的行政の憲法理論』（法律文化社、2017年））。

- 5) なお、現在存在しているのは、持株会社であるドイツ鉄道株式会社及びその子会社であり、ドイツ鉄道株式会社などの固有名詞で記述すべき箇所では固有名詞を用いる。
- 6) Hubertus Gersdorf, in: v. Mangoldt/ Klein/ Starck, GG, Bd. 3, 7. Aufl., 2018, Art. 87e, Rn. 61.
- 7) BT-Drs. 12/4610, S. 3.
- 8) BT-Drs. 12/5015, S. 10f.
- 9) BT-Drs. 15/6280, S. 5.
- 10) BT-Drs. 12/5015, S. 11.
- 11) BT-Drs. 12/5015, S. 5.
- 12) 地方公共団体の経済活動に関してであるが、公共料金の算定について、投下資本への適切な利払いが、適切な減価償却と並んで、コストを構成することを定めているものがある（例、バイエルン地方公課法8条3項1文）。
- 13) なお、日本において、公営企業に関して、企業の健全な運営の確保という観点から、建設改良のための原資を確保することの必要性が指摘されている。参照、関根則之『改訂地方公営企業法逐条解説』234～235頁（地方財務協会、改訂8版、1995年）。
- 14) 地方自治法の分野では、1935年のドイツ地方自治法において、地方公共団体の経済活動が認められるための要件として、公的な目的、ゲマインデの給付能力との適切な関係、他の主体ではより良くかつより経済的に実現され（得）ないこと（補充性）の3つが定められ、この3要件は基本的には現在にも踏襲されている（vgl. Michael Nierhaus, Selbstverwaltungsgarantie und wirtschaftliche Betätigung, in: Thomas Mann/ Günter Püttner (Hrsg.), Handbuch der Kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 2, 3. Aufl., 2011, Rn. 7; Janbernd Oebbecke, Voraussetzung wirtschaftlicher Betätigung, in: Thomas Mann/ Günter Püttner (Hrsg.), Handbuch der Kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 2, 3. Aufl., 2011, Rn. 28ff.）。なお、ここにいう補充性について各ラントの地方自治法の定め方の近時の状況を研究する日本語文献がある。参照、鈴木崇弘「ドイツ水道法制における民間委託の統制（2）」自治研究93巻4号116～117頁（2017年）。
- 15) Nierhaus, a. a. O. (Anm. 14), Rn. 9; Oebbecke, a. a. O. (Anm. 14), Rn. 29.
- 16) BT-Drs. 15/5015, S. 16.
- 17) Gersdorf, a. a. O. (Anm. 6), Art. 87f, Rn. 61.
- 18) 「規整」（Regulierung）は、規制改革及び独占的であった分野の自由化を背景にして登場した概念であり（vgl. Martin Eifert, Regulierungsstrategien, in:

- Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Aßmann/ Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl., 2012, Rn. 1ff.）、鉄道の分野においても「規整」が論じられている（vgl. Gunnar Folke Schuppert, Verwaltungsorganisation als Steuerungsfaktor, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Aßmann/ Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl., 2012, Rn. 103ff.）。なお、同所では、組織的な観点から鉄道改革における規整の問題点として、持株会社であるドイツ鉄道株式会社のもとにインフラストラクチャー運営事業者とサービス提供事業者とが置かれていること及び鉄道の分野に特化した官庁が規整を担当していることが指摘されている。
- 19) Vgl. Eifert, a. a. O. (Anm. 18), Rn. 111ff. なお、ここでは、そのような競争を規律する手続法として公共発注法が参照されている。公平かつ適切な配分手続を設けることが国家には求められるからである。Vgl. Claudio Franzius, Gewährleistung im Recht, 2009, S. 493.
- 20) Gersdorf, a. a. O. (Anm. 6), Art. 87e, Rn. 70; ders., Schienenpersonenfernverkehr zwischen Eigenwirtschaftlichkeit und staatlicher Gewährleistungsverantwortung, DVBl. 2010, 746, 749f. なお、後者には、輸送の提供であっても他の（民間の）事業者の存在が現実的には考え難いことがその実質的な理由として掲げられている（S. 750）。
- 21) Vgl. Michael Fehling, Zur Bahnreform, DöV 2002, 793, 799. ここでは、インフラストラクチャーそのものとその上でのサービス提供との分離ゆえに、例えば安全性のための投資について、それぞれの事業者が自己に直接的に負担となるものを押し付け合うことが起こり得ること、そのために当該分野全体からみて適切な投資が行われない可能性があることが指摘されている。
- 22) Vgl. Fehling, DöV 2002, 793, 794f.
- 23) Vgl. Fehling, DöV 2002, 793, 800f.
- 24) Vgl. Gersdorf, a. a. O. (Anm. 6), Art. 87e, Rn. 11, 49, 52.
- 25) 本判決を紹介する日本語文献として、渡辺洋「公的企業に係る政府の情報提供義務とその議会統制」自治研究95巻3号150頁（2019年）があるが、本稿とは異なり、議会の統制権限からの検討であり、ドイツ鉄道株式会社の自律性・独立性に関しては殆ど触れられていない。
- 26) この点について、87e条により権利が与えられているのであれば、憲法裁判以外の途での裁判が可能であるという批判がある。Hubertus Gersdorf, Dogmatische Neujustierung des Art. 87e GG?, DöV 2018, 789, 797.
- 27) Gersdorf, DöV 2018, 789, 796ff.
- 28) Vgl. Gersdorf, DöV 2018, 789, 797. なお、組織形態として株式会社の選択に際して、企業的な活動と規制的な活動との区別、企業外からの影響力に対する距離が考慮されていた。Vgl. Eberhard Schmidt-Aßmann/ Hans Chr. Röhl, Grundpositionen des neuen Eisenbahnverfassungsrechts (Art. 87e GG), DöV 1994, 577, 580.

- 29) 取締役に対して法的に拘束力のある指揮権を行使するほかに、人事などの様々な事実上の介入の方法がある。Vgl. Markus Möstl, in: Maunz/ Dürig, GG, Art. 87e, Rn. 92.
- 30) Vgl. Gersdorf, a. a. O. (Anm. 6), Art. 87e, Rn. 78ff.
- 31) Vgl. Möstl, a. a. O. (Anm. 29), Art. 87e, Rn. 92.
- 32) Vgl. Möstl, a. a. O. (Anm. 29), Art. 87e, Rn. 92.
- 33) なお、組織内的な介入は株式会社法上認められている権能の行使であるが、組織内的な介入を行うことには形式的には法律の授權が必要であるとする見解がある。Vgl. Kay Windthorst, in: Sachs, GG, 8. Aufl., 2018, Art. 87e, Rn. 68; Art. 87f, Rn. 17.
- 34) Windthorst, a. a. O. (Anm. 33), Art. 87e, Rn. 67f.
- 35) Schmidt-Aßmann/ Röhl, DöV 1994, 577, 585.
- 36) Windthorst, a. a. O. (Anm. 33), Art. 87f, Rn. 17, Fn. 68.
- 37) Vgl. Joachim Wieland, in: Dreier, GG, Bd. 3, 3. Aufl., 2018, Art. 87e, Rn. 19; Kay Waechter, Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat, 2008, S. 241. 前者においては、民主制原理から組織内的な介入を可能にしておくことが義務付けられると説かれている (Rn. 21)。尤も、輸送を提供する鉄道会社については、憲法が持分の全部の譲渡を認めていることから、組織内的な介入の義務はないとされる (Rn. 21)。
- 38) 代表的な著作として、Ernst Thomas Kraft, Das Verwaltungsgesellschaftsrecht, 1982; Thomas von Danwitz, Vom Verwaltungsprivats- zur Verwaltungsgesellschaftsrecht, AöR 120 (1995), S. 595 がある。
- 39) Vgl. Möstl, a. a. O. (Anm. 29), Art. 87e, Rn. 94.
- 40) BT-Drs. 15/6280, S. 8.
- 41) Vgl. Günter Fromm, Die Reorganisation der Deutschen Bahnen, DVBl. 1994, 187, 192.
- 42) Vgl. Schmidt-Aßmann/ Röhl, DöV 1994, 577, 584.
- 43) Vgl. Lerche, a. a. O. (Anm. 3), S. 257.
- 44) BT-Drs. 12/7269, S. 5.
- 45) Vgl. Martin Schuppli, Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse, 2016, S. 66. 尤も、87f条の政府草案の理由にはその旨の直接的な言及はない。
- 46) この文言は87f条の政府草案の理由のなかで用いられている。BT-Drs. 12/7269, S. 4, 5.
- 47) Vgl. Möstl, a. a. O. (Anm. 29), Art. 87e, Rn. 184. 同所では、民間化以前において、経済的に是認可能という枠内における「最良の交通サービス」が義務付けられていたが、それを前提に交通の需要を測定することはできないとされている。
- 48) Schmidt-Aßmann/ Röhl, DöV 1994, 577, 584. なお、そこでは、4項において用いられているのは「Ausbau und Erhalt」であって「Bau und Unterhaltung」でなく、後者の文言は鉄道会社が行う行為を指すとされる。

- 49) Vgl. Schmidt-Aßmann/ Röhl, DöV 1994, 577, 584.
- 50) BT-Drs. 12/7269, S. 8, 10.
- 51) 価格を「全土にわたって」のなかに含める立場がある（vgl. Waechter, a. a. O. (Anm. 37), S. 227f.）。価格を「適切な」のなかに含めながらも、ユニバーサルサービスを定義するに当たって、質、価格、量という文言を並べるものもある（vgl. Windthorst, a. a. O. (Anm. 33), Art. 87f, Rn. 12.）。板垣・前掲(1)では、ユニバーサルサービスの保障（第4章第2節）のなかに、継続性（第2項）、平等（第4項）、品質の確保と適応性（第5項）があり、価格は平等のなかで扱われている（395～397頁、399～401頁）。この位置付けは Waechter を参考にしたものである。
- 52) 「地域間格差が生じないように」と訳されることがあるが（高橋和之（編）『[新版]世界憲法集〔第2版〕』230頁（岩波書店、岩波文庫、2012年）〔石川健治・訳〕、高田敏・初宿正典（編訳）『ドイツ憲法集〔第7版〕』263頁（信山社、2016年）〔初宿正典・訳〕、初宿正典・辻村みよ子（編集）『新解説世界憲法集〔第4版〕』205頁（三省堂、2017年）〔初宿正典・訳〕）、「格差」という言葉には、差異を一定程度容認する趣旨と受け取られるおそれがある。そのため、高橋・前掲(4)・165頁を参考に、「全土にわたって」という言葉を訳語として用いる。なお、国松孝二（編集代表）『独和大辞典〔第2版〕』（小学館、1998年）には、「平面（地域）全体をおおう、広域にわたる」と記されている。
- 53) Schuppli, a. a. O. (Anm. 45), S. 92; Windthorst, a. a. O. (Anm. 33), Art. 87f, Rn. 13. なお、後者には、社会国家原理の刻印という文言も使われている。
- 54) Vgl. Waechter, a. a. O. (Anm. 37), S. 225f.; Schuppli, a. a. O. (Anm. 45), S. 92. なお、参照、板垣・前掲(1)・397頁。
- 55) Vgl. Schuppli, a. a. O. (Anm. 45), S. 119f.
- 56) BT-Drs. 12/5015, S. 11.
- 57) Vgl. Schmidt-Aßmann/ Röhl, DöV 1994, 577, 584. なお、本論文が保障責任が課される期間を限定的に解したことについて、注意すべき点を2つ挙げておく。①本論文では保障責任が課される期間について明確に書かれてはいるわけではないが、本論文を契機として、移行期にしか保障責任は課されないという理解が生み出された。このことは、本論文を丁寧に紹介しながら、この論点を取り扱うものを読めば分かる。Vgl. Lerche, a. a. O. (Anm. 3), S. 257, Anm. 25; Georg Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998, S. 179, Anm. 106. ②本論文で保障責任が課される期間として議論の対象となっているのは、路線網の運営ではなく輸送の提供に関してであり、前者は「連邦の鉄道」であることからこの議論の対象とはされていない。そして、後者について連邦が負うのは「残存責任」(Residualverantwortung)であると説かれている。
- 58) 保障責任が課される期間を限定的に解するものは現在では余り見当たらず（その例として、Windthorst, a. a. O. (Anm. 33), Art. 87e, Rn. 58）、限定しない見解のほうが多い（Gersdorf, a. a. O. (Anm. 6), Art. 87e, Rn. 74; Möstl, a. a. O. (Anm. 29), Art. 87e, Rn. 184, 188; Wieland, a. a. O. (Anm. 37), Art. 87e, Rn. 23; Robert

- Uerpmann-Witzack, in: von Münch/ Kunig, GG, Bd. 2, 6. Aufl., 2012, Art. 87e, Rn. 20.)。組織内的な介入に関わり得るが、保障責任を包括的なものと捉えることで、保障責任を果たすために必要と考える場合には、連邦は鉄道会社の持分を譲渡した後もそれを買戻さなければならないと説くものもある (Wieland, a. a. O. (Anm. 37), Art. 87e, Rn. 23)。
- 59) Vgl. Waechter, a. a. O. (Anm. 37), S. 239f.
- 60) Vgl. Fromm, DVBl. 1994, 187, 191f.; Hermes, a. a. O. (Anm. 57), S. 180. なお、保障責任を果たすために給付を行う場合の方法は多様である。参照、板垣・前掲(1)・398頁。
- 61) Vgl. Schultze-Fielitz, Grundlagen des Verwaltungsrecht, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Aßmann/ Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl., 2012, Rn. 163ff., 167. なお、伝統的な二元法が対応し難いことは「規整」についても当てはまる。Vgl. Eifert, a. a. O. (Anm. 18), Rn. 13.
- 62) Vgl. Karl-Heinz Ladeur, Der Staat gegen die Gesellschaft, 2006, S. 327ff.; ders., Der Staat der „Gesellschaft der Netzwerke“, in: Das Recht der Netzwerkgesellschaft, 2013, S. 333, 337, 344ff.; Franzius, a. a. O. (Anm. 19), S. 114ff., 135ff. 「規整」行政の手段として、行政の情報・知識マネジメントや自主規制などが公私協働と並んで挙げられている。Vgl. Eifert, a. a. O. (Anm.), Rn. 13f., 33f., 37ff.
- 63) なお、制度体保障 (Einrichtungsgarantie) を説くものもある。Vgl. Windthorst, a. a. O. (Anm. 33), Art. 87f, Rn. 14; ders., Der Universaldienst im Bereich der Telekommunikation, 2000, S. 346ff.
- 64) Vgl. Jens Kersten, Universaldienst in einer schrumpfenden Gesellschaft, DVBl. 2006, 942, 946.
- 65) Vgl. Kersten, DVBl. 2006, 942, 947; Windthorst, a. a. O. (Anm. 33), Art. 87e, Rn. 64.
- 66) Vgl. Kersten, DVBl. 2006, 942, 947.
- 67) Vgl. Möstl, a. a. O. (Anm. 29), Art. 87e, Rn. 185; Uerpmann-Witzack, a. a. O. (Anm. 58), Art. 87e, Rn. 20.
- 68) Vgl. Uerpmann-Witzack, a. a. O. (Anm. 58), Art. 87e, Rn. 20.
- 69) Vgl. Möstl, a. a. O. (Anm. 29), Art. 87f, Rn. 64.
- 70) BT-Drs. 12/7269, S. 5.
- 71) Lerche, a. a. O. (Anm. 3), S. 254.
- 72) Peter Lerche, Einige Verfassungsfragen der Postreform II, FS für Kreile, 1994, S. 377, 384f.
- 73) Lerche, a. a. O. (Anm. 3), S. 254.
- 74) Lerche, a. a. O. (Anm. 3), S. 255.
- 75) この点は、消極的な立場においても認められている。即ち、将来において益々強く実際上の重みが置かれるであろうものが保障責任の規定において把握されないこ

- とになると説かれている。Vgl. Lerche, a. a. O. (Anm. 3), S. 254.
- 76) Windthorst, a. a. O. (Anm. 33), Art. 87f, Rn. 13.
- 77) Vgl. Martin Eifert, Innovationen im Recht: Methodische Zugriffe, in: Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovationen im Recht, 2016, S. 35, 49ff.
- 78) 裁判所による審査を肯定する立場においても（次註）、具体化に際して立法者には相当の形成余地と評価特権が与えられるべきことは欠かせないと説かれている。Vgl. Möstl, a. a. O. (Anm. 29), Art. 87f, Rn. 65.
- 79) Möstl は、87f条1項について、最適化要請を含むものではないと述べるが（Möstl, a. a. O. (Anm. 29), Art. 87f, Rn. 65）、それは87f条1項にいう基本的供給は放送法の分野における基本的供給とは異なることを説明する文脈において、技術の発展等に保障責任を及ぼすことに消極的な見解が参照されているからであろう（vgl. Gersdorf, a. a. O. (Anm. 6), Art. 87f, Rn. 25）。別の箇所では、87f条1項は過小禁止をも越える最適化権限を含むこと、過小禁止に比べて厳格ではないにせよ、裁判所による審査が可能であることが説かれている（Rn. 66）。
- 80) Windthorst, a. a. O. (Anm. 33), Art. 87f, Rn. 13, Anm. 57.
- 81) Vgl. Windthorst, a. a. O. (Anm. 33), Art. 87f, Rn. 19. なお、同所では、郵便法11条2項2文及び電気通信法78条4項において技術の発展等への対応が実定化されていることも指摘されている。
- 82) たとえ収益を得る又は少なくともコストをカバーできる価格でなくても、密度が低く構造的に弱い地域においても、是認可能な価格で提供されなければならないという見解もある。Vgl. Wieland, a. a. O. (Anm. 37), Art. 87f, Rn. 18.
- 83) Vgl. Möstl, a. a. O. (Anm. 29), Art. 87f, Rn. 71.
- 84) Vgl. Möstl, a. a. O. (Anm. 29), Art. 87f, Rn. 71.
- 85) Vgl. Gersdorf, a. a. O. (Anm. 6), Art. 87f, Rn. 26.
- 86) Vgl. Waechter, a. a. O. (Anm. 37), S. 228. 参照、板垣・前掲（1）・401頁。なお、Hermes の議論のなかでは、料金の問題は「適切さ」に関わり、社会国家原理に位置付けられ得るものと捉えているが、統一的な料金制度は民間経済性と矛盾し、社会国家的な要請と市場メカニズムとの間の衝突を解決するためには、規整のために多くを費やすことが必要になると説かれている。Vgl. Hermes, a. a. O. (Anm. 57), S. 355f.
- 87) BT-Drs. 12/7269, S. 5.
- 88) Vgl. Gersdorf, a. a. O. (Anm. 6), Art. 87f, Rn. 35f.
- 89) Möstl, a. a. O. (Anm. 29), Art. 87f, Rn. 66. なお、社会国家原理を具体化する規定であると解しながらも上限を定める規定であると解する見解もある。そこでは、社会国家原理との関係で、「全土にわたって」という文言について、他の諸利益を押しつけるような一方的なものではないと解されている（vgl. Windthorst, a. a. O. (Anm. 33), Art. 87f, Rn. 13）。また、上限と下限との間は相当に広く捉えられており（Rn. 19）、仮に上限と下限とが同一の供給水準であるとすれば、基本法のユニバーサルサービスの構想に合致しないと説かれている（Rn. 19, Anm. 76）。

- 90) Vgl. Möstl, a. a. O. (Anm. 29), Art. 87f, Rn. 66.
- 91) Vgl. Möstl, a. a. O. (Anm. 29), Art. 87f, Rn. 66.
- 92) Vgl. Möstl, a. a. O. (Anm. 29), Art. 87f, Rn. 68.
- 93) Vgl. Wolfgang Kahl, „Gleichwertige Lebensverhältnisse“ unter dem Grundgesetz, 2016, S. 37. なお、そこでは、社会国家原理により国家に命じられることについて裁判所が審査可能な範囲は最低水準に限られ、望ましい水準については立法者に委ねられることから裁判所による審査に対して否定的である (S. 36.)。
- 94) Vgl. Kahl, a. a. O. (Anm. 93), S. 41.
- 95) Vgl. Gunter Kisker, Grundrechtsschutz gegen bundesstaatliche Vielfalt?, FS für Bachof, 1984, S. 47ff.
- 96) Vgl. Kahl, a. a. O. (Anm. 93), S. 57ff.
- 97) Vgl. Schuppli, a. a. O. (Anm. 45), S. 37ff.
- 98) 拙稿・前掲(2)・135～137頁では、国土整備の新たな指導像をヨーロッパ法の国土整備に見出すものとして Kersten の議論を取り上げたが、それは Kersten を代表的な論者として取り上げたに過ぎない。
- 99) Hermes のインフラストラクチャー責任論における憲法上の根拠付けに対しては、国家主義的 (etatistisch) な前提があることが指摘されることがある (vgl. Franzius, a. a. O. (Anm. 19), S. 123f.)。Franzius は、保障責任に関する捉え方として、段階モデル、配分モデル、分離モデルを挙げ、Hermes のものを前者に位置付け、国家の視点から国家による制御の程度に焦点を当てるものと説く (S. 126)。それに対して、配分モデルでは、分業的なプロセスでそれぞれに異なった活動を通して公共の福祉の実現に寄与していく多様な主体の役割が問われるという (S. 126)。もちろん、Hermes の議論にそのような要素がないわけではない。Franzius 自身、Hermes のインフラストラクチャー責任論について、単に民間化への移行期を記述するものではなく、国家と経済との関係の構造を構築するためのものと理解している (S. 124)。なお、板垣・前掲(1)・208頁によれば、「段階」というときは国家の役割のみに着目する傾向があり、「配分」というときは国家と私人との相互補完を要求する傾向があるという。
- 100) Vgl. Adelheid Puttler, in: Calliess/ Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl., 2016, Art. 174, Rn. 3, 5.
- 101) Vgl. Kahl, a. a. O. (Anm. 93), S. 12.
- 102) Vgl. Kahl, a. a. O. (Anm. 93), S. 16.
- 103) 「欧州横断ネットワーク」に関する日本語文献として、中村徹『EU 陸上交通政策の制度的展開』第11章「欧州横断交通ネットワークと将来の展開」(日本経済評論社、2000年)を挙げておく。
- 104) Vgl. Rainer Wahl, Einige Grundprobleme im europäischen Raumplanungsrecht, in: FS für Hoppe, 2000, S. 913, 914.
- 105) 参照、拙稿・前掲(2)・136頁。
- 106) 板垣・前掲(1)・231頁は、Hermes の提唱するインフラストラクチャー責任につ

インフラストラクチャー確保に係る憲法規定（基本法87e条・87f条）

いて、生存配慮の考え方の現代的に変容したものと理解している。しかしながら、差異が容認・強調されていることに鑑みれば、社会国家原理の理解に関わることであるが、インフラストラクチャー責任論が生存配慮の「解消」の契機を孕んでいないか、検討が必要であると考えられる。

- 107) このような問題に関して、財政調整の分野及び連邦立法権限（72条2項）の分野から議論を行うものがある。Vgl. Stefan Koriath, Der Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern, 1997; Susanne Reichel, Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse, 2009.