九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

ドイツ水道法制における民間委託の統制(一)：行政契約の活用に留意した分析

鈴木，崇弘
京都大学大学院

https://hdl.handle.net/2324/7238331

出版情報：自治研究. 93 (3), pp.112-124, 2017-03-10. 第一法規
バージョン：
権利関係：

KYUSHU UNIVERSITY

ドイツ水道法制における民間委託の統制（一）

――行政契約の活用に留意した分析

京都大学大学院　鈴木崇弘

一　はじめに（本号）
二　水道事業の主体としての市町村の責任
三　民間活用についての法律上の限界
四　私的主体の監督――行政契約の活用
五　おわりに――残された課題

一　はじめに(1)

一　本稿の目的

本稿は、ドイツの水道法制における民間委託の法的な統制について(2)、各州州法による多様な制約とその限界及びそれを補完する行政契約に留意しつつ分析することを目的とする。水道事業における民間委託の制度設計について、ドイツにおいては、私人の選定、選定後に締結される行政契約の内容規制、委託実施後の行政による監督などについて多様な規律がなされており、これらを分析することでわが国における制度設計論に対しても、多くの示唆が得られると思われる。なお、民間委託の可否という憲法二五条の論点に関しては立ち入らない(3)。

以下、まず、簡単にわが国の状況を確認し、次いで、先行業績との関係で本稿の分析手法の意義について述べ、最後に本稿の成果について説明することにしたい。

日本において、飲料用水を市民などに供給する水道事業（水道法三条一項・二項。いわゆる末端給水事業）(4)については、市町村営の原則が定められている（水道法六条二項）(5)。また、現実にも水道事業の多くは、市町村営である。ただし、水道事業のうち、給水人口規模が三万人以下の小規模な事業体が約半数（四九・三％）であり(6)、とりわけそれら事業体では水道事業を円滑に進めることが財政上・技術上困難になりかねないことから(7)(8)、以下の具体的な公又は私への委託（さらには委譲）の仕組みが用意されている。すなわち、(1)検針業務や集金の委託（私法上の業務委託(9)）、(2)給水装置の工事の指定（水道法一六条の二）、(3)水質検査の委託（水道法二〇条三項二文）、(4)水道の管理に関する技術上の業務の包括的な委託（水道法二四条の三）、(5)指定管理者制度(10)を用いた委託（地方自治法（以下、「自治法」という）二四四条の二第三項。なお、水道事業全体に対して指定管理者制度を用いる場合は、当該指定管理者が水道事業者になる(11)。そして、水道法八条一項四号によって同一給水区域に水道事業者が重複することが許されないことから、市町村は水道事業を廃止しなければならない。この場合には委託ではなく、水道事業の委譲とでもいうべきであろう(12)）、(6)事務の代替執行(13)、(7)民間資金等の活用による公共施設等の整備等の促進に関する法律（以下、「ＰＦＩ法」という）による水道事業に関するＰＦＩ事業(14)、(8)ＰＦＩ法一六条による公共施設等運営権の設定（いわゆるコンセッション方式）、である。そしてこのような委託（さらには委譲）が実際、市町村の財政難、技術不足、人手不足などの理由から、活用を検討されている(15)。

ところで、市町村が上記の仕組みに依拠して私的主体に水道事業を委託する場合、市町村は当該私的主体をどのように選定するのか、またとくに市町村は指揮監督をするために、当該私的主体に対して如何なる権限を有する必要があろうか。(1)私法上の業務委託の場合、各自治体の「規程」で委託の基準を定めることが多く、また契約によって市町村の監督手段が定められる(16)。(2)給水装置の工事の指定につき水道法二五条の三以下に指定の基準と監督手段が定められている。(3)水質検査の委託につき水道法二〇条の二以下に登録・監督手段が定められている。(4)包括業務委託（水道法二四条の三）につき水道法二四条の三・三六条二項・三九条に選定基準と監督手段が定められている。(5)指定管理者制度（自治法二四四条の二第三項）につき、その都度定められる条例に指定の手続が、自治法二四四条の二第七項以下に指定、指揮監督権、取消権が定められている。また、損害賠償請求権などについて協定(17)によって定める。(6)ＰＦＩ事業（ＰＦＩ法二条一項一号）につきＰＦＩ法五条以下に選定基準が定められている。また市町村は、契約で、監督措置（施設の監視、報告徴収）や事業継続が困難になった場合に必要な措置を定める(18)。(7)コンセッション方式（ＰＦＩ法一六条）につき、ＰＦＩ法一七条以下と二八条以下に選定に関する事項と監督手段が定められている。また公共施設等運営権実施契約の中で「公共施設

等運営事業の継続が困難となった場合における措置に関する事項」を定める（ＰＦＩ法二二条一項柱書・二号）。

以上のように、水道事業の委託及び委譲に当たっては法律・条例・行政契約を複合的に用いて規制を行っている。この複合的な規制に過不足がないか、特に行政契約中にどのような事項が盛り込まれるべきかということを検討することは、私的主体の活用が活発になるにつれて重要になってくると考えられる。これについては、ＰＦＩ法のコンセッション方式を除く各種委託の仕組みや私法上の業務委託に関する行政契約の具体例を、（特に私法上の業務委託に関する行政契約についての実例を交えつつ）仔細に分析するものが若干存在する。[19]他方で、行政契約の内容につき何が必要かという行政契約の内容統制の問題に対する理論的検討はほとんどなされていない。[20]そこで、筆者は、この問題について検討をするための手がかりとして、ドイツの水道法制を分析することが必要であると考える。

二　本稿の分析手法の意義

㈠　水道法制の日独比較

本稿では、ドイツの水道法制を検討素材とする。その理由は、以下の三点にある。

第一に、ドイツの水道事業（公の水道事業）では、日本と同様、歴史的に[21]市町村によって運営されつつも、私的主体への委託（さらには譲渡）もなされている点である。[22]

第二に、ドイツでは、以下で見るように、水道の運営、私的主体への委託などについて基本法・連邦法（水管理法、競争制限禁止法第四章）・州（ラント：Land）の法律（「市町村法（Gemeindeordnung）」、州水法等）により統制が一定程度なされているものの、民間委託の要はあくまで行政契約であり、日本法における行政契約との比較を行うことが出来る点である。また、そこで用いられている行政契約（委託契約）は、ドイツにおける行政契約の事例としてすでに紹介されてきた枠契約[23]や規範代替型契約[24]とは異なり、日本の水道事業で用いられている行政契約と比較的類似している。[25]この種の契約はこれまで日本に紹介されていないことから、[26]この契約とその統制の実例を紹介することそれ自体にも意義があると考えられる。

第三に、ドイツの水道事業では、実際に「私化（Privatisierung）」[27]がなされており、また「私化」の失敗を受けて再公営化[28]を経験しており、それらの経験を踏まえた上で、私的主体との契約をどのように法的に統制するか、すなわち私人をどのように監督するか、私人が失敗した場合に任務や人材の取戻しをどのように行うか、といったことが議論されている点である。

以上の三点からすると、ドイツの水道法制を比較素材とすることは、水道事業においても私的主体への委託や譲渡がますます活発になると予測される日本にとって、[29]多くの示唆を与えると考えられる。

㈡　先行業績との関係

さて、ドイツの水道事業における委託に関する議論については、先行業績が存在する。すなわち、水道の「私化」という文脈で（「保証行政法」や「責任」概念と絡めつつ）議論が行われる例が散見される。[30]そこでは、(1)水道の「私化」の基本法上の限界論、(2)責任分配を用いつつ実務の状況に即した「私化」の類型化、(3)「私化」後において、基本法や各種法律によって市町村に付与される各種「責任」を実現するための、市町村が有すべき私的主体に対する監督手法、という議論が展開されている。

本稿は委託を法的にどのように規制するかということを検討するため、この中でも特に(3)の論点に焦点を当てて検討を行うものと位置づけられる。[31]これらの論点は、(1)のような「大きな議論」と比較すると、やや「技術的」で「煩瑣な議論」であるという印象が否めないが、筆者は、制度設計論が現実の問題を解決するための手段である以上、このような議論を地道に行うことが重要であると考えている。

本稿では次の順序で考察を進める。まず、ドイツの水道事業については、法的視点からは全くといってよいほど紹介されていないことから、[32]予めドイツの現行法制度の概略を、本稿の分析を理解するために必要と思われる限りで、紹介する（第二章）。次いで、ドイツの水道事業における私的主体への委託の法的統制について、州法による規律の多様性に留意して、水道事業の主体としての市町村の義務という観点から整理しつつ、連邦法・州法による規律は委託の統制に対しては不十分であることを明らかにする（第三章）。そして、市町村が私的主体に水道事業（の一部又は全部）を委託する場合に、市町村は私的主体に対する監督手段を法律上、行政契約上有しているのか、あるいは有すべきか、を分析する（第四章）。最後に、本稿の成果を纏め、水道事業の委託の法的統制のあり方、個別行政契約の内容統制のあり方といった喫緊の問題に対する一定の示唆を示しつつ、今後の検討課題を明らかにする（おわりに）。

㈢　ドイツの水道事業と他のインフラ事業の差違

最後に、ドイツの水道事業における私的主体の活動に関して、他のインフラ事業との違いについて以下の三点につき若干言及をする。

第一に、第三章で確認することであるが、ドイツにおいて公の水道事業における私的主体の活動は、一つの供給網上で私的主体が市場競争を行う（Wettbewerb im Markt）[33]という形ではなく、委託、すなわち市場をめぐる競争（Wettbewerb um Markt）[34]という形で行われるのが通常のようである（これは、日本と同様である）。これは、市場競争を妨げる以下のような技術上の問題に起因する。すなわち、供給網を利用するインフラ事業（Netzinfrastruktur）では、電気事業などのようにエネルギーの発生と伝達が分割され、発生部分で市場競争が行われ得る（いわゆる自由化）。そして理論上は、同様のことが公の水道事業でも考え得る。しかし、現実には委託が主として採用されている。というのも、自由化の最大の障害は、様々な企業が一つの導管で供給しようとすると、各企業の供給する水が混合し、その結果、各企業が供給する水の品質が悪化するという技術上の問題が生じるからである[35]。右の理由から、公の水道事業において市場を創造し規制することは問題とならず、委託に当たり私的主体をどのように選定し監督するかが問題となる。

第二に、第三章で確認するように、公の水道事業における委託に対する規制では、郵便法（PostG）、テレコミュニケーション法（TKG）、鉄道一般法（AEG）、エネルギー事業法（EnWG）など固有の事業法が存在する他の供給網を用いる事業とは異なり、固有の事業法が存在しない。事業法が存在しないため、連邦法や各州州法の中の細かな規定、公法・私法の一般的な規律及び理論が重要となる。

第三に、第二点目との関係で、水道事業の委託は、近時、ドイツの一部学説において、「私化対応法（Privatisierungsfolgenrecht）」や、「規整法（Regulierungsrecht）」[36]といった構想の中で語られることがある。しかし、以下のような理由から、水道事業をこの領域に単純に含めることは適切ではない。まず、„Regulierungsrecht“の邦訳として、「規制法」という語が選択される場合がある[37]。「私化」後に市場が成立し、その市場の失敗に対応するためにあらゆる方法で国家が介入するという場面で„Regulierungsrecht“が語られる場合には、「規制法」という用語でも問題がないであろう[38]。しかし„Regulierungsrecht“が語られる場面はそれに留まらず、国家の失敗に対応して市場を創造する場面でも語られる[39]。この二つの場面を包含する概念として„Regulierungsrecht“が語られる場合には、市場の創造・整序という意味で「規整法」と訳す方が良いと考えられる。このように考えると、公の水道事業のように市場の創造が問題とならず、私的主体への委託の統制及び受託者に対する統制を問題とする市場をめぐる競争の領域の統制を、「規整法」に包摂することは問題があろう[40]。また„Regulierung“について「対象を緩やかに方向付ける感覚を伴う」[41]と述べられることもあるが、„Regulierung“の内容には事業者にユニバーサルサービスを義務づけるといった強力な統制手段までもが含まれる[42]ことを考えると、違和感を覚える。

三　本稿の成果

本稿の本論（第二章から第四章）は、ドイツの水道法制における民間委託（特に行政契約）の統制について、州法による規律の多様性に留意した分析を行う。そこで得られる成果を、予め、表及び要旨（Thesen）[43]として示すと〔表―1〕のとおりである。

ドイツの現行法制度は様々な規律を施している（〔表―1〕）。それらを概観すると、「私化」を促進するような規律は、「市町村法」の「経済条項」（とりわけ狭義の経済条項）のみである。一定の「私化」禁止効を有するのは州水法上の「供給義務」及び「確保義務」のみである。その他の規律は「私化」の手段を提供しているに過ぎない。

〔表―1〕

州	水道事業の性質	経済条項			委譲	
		適用除外（＝非経済的企業）	狭義の経済条項		義務委譲	遂行委譲（委託）
			適用除外	類型		
HB市	随意					
HH市	随意					
NI州	随意	×	○	真正		
SL州	随意	×	×	真正		
SH州	随意	×	×	不真正		
BY州	確保義務	×	○	真正	×	○
BE市	確保義務				×	○
NW州	確保義務	×	○	不真正	×	○
BW州	供給義務	○		真正	×	○
BB州	供給義務	×	×	不真正	×	明文なし
HE州	供給義務	○		真正	○（条件付き）	○
MV州	供給義務	×	×	真正	×	○
RP州	供給義務	×	○	真正	×	○
SN州	供給義務	○		不真正	×	○
ST州	供給義務	×	○	不真正	×	○
TH州	供給義務	×	○	真正	×	○

公の水道事業を義務的自治事務と解している州のうち、ヘッセン州のみが、私的主体へ公の水道事業を（一時的に）委譲することを容認する。その条件は、私的第三者が秩序適合的な水道事業を質・量・価格等に関して顧客にとって相応な

条件で永続的に確保すること、かつ委譲が公共の福祉に反しないことである。さらに公の水道事業を私的主体へ委譲するに当たっては、市町村への取戻的委譲権も条件となっている。(44)

これに対して委託については、委託することは可能としつつも、委託に当たっての条件等についてはラインラント＝プファルツ州を除いて特段の定めがない。そのラインラント＝プファルツ州も、「委譲が秩序適合的な水道事業を保証し、及び公共の福祉の理由に矛盾しない場合かつその限り」という条件のもと、若干の細かな規定を置くに留まる。また、いわゆる公共調達法は、水道事業の委託における私人の選定につき（コンセッション方式を除いて）適用される。ただし適用されるためには限界額（Schwellenwert）を超える必要があること、落札の基準は、関心を抱いている全企業に公開されている客観的な基準に従い、最も経済的な申込みをした者が落札するというものであり、当然のことであるが水道事業に特化したものとはなっていない。

そして本稿との関係で一番興味深いのは、水管理法、州水法上では、私的主体に公の水道事業を委託した後における、市町村による私的主体の監督手段が大幅に欠落しているという点である。市町村は、水道事業に関する義務を課されている場合であっても、私的主体に委託をすることはできる。この場合に、仮に市町村に監督手段がほとんどないとすると、市町村は自身の義務を十全に履行できないことになり、種々の問題が生じるであろう。

この欠缺を埋めるのが、行政契約の中で定められる市町村の監督手段である。これは大きく分けて三つに分けられる。第一に、受託者に対する「十分な影響力の行使」である。第二に、受託者の債務不履行に対応するための「任務」「施設・設備」「人員」の取戻しである。第三に水道料金の規制である。

（1）　本稿は、平成二七年一月に同志社大学に提出され、同年三月に修士号を授与された学位請求論文「水道事業の私化と市町村の責任――ドイツ保証国家論及び（再）公営化論からの示唆」を大幅に変更、修正したものである。当該論文を審査してくださった、佐伯彰洋先生、横田光平先生、尾形健先生に、この場を借りて厚く御礼申し上げます。

（2）　ドイツの水道の現況を紹介する代表的な文献として、宇野二朗「地方公営企業の展望――ドイツの経験を手がかりに」公営企業四七巻三号（二〇一五年）四頁がある。

（3）　これについては、例えば参照、中島徹「個人の自律、市場の自律性、政府の存在理由」公法研究七〇号（二〇〇八年）一五二頁。

（4）　なお水道とは、取水施設、取水施設から浄水場までの導水管、浄水場、浄水場から配水場までの送水管、配水場、及び給水管といった取水から配水までの一連の施設を指す。参照、水道法制研究会『新訂 水道法逐条解説』（日本水道協会、二〇〇三年）八四頁。

（5）　総務省自治財政局編『平成二六年度地方公営企業年鑑』（二〇一六年）八七頁によれば、末端給水事業は一、二七六事業で、そのうち一、二〇四事業が市町村営である。参照、総務省ホームページ（政策∨地方行財政∨地方公営企業等∨公営企業の決算）。

（6）　総務省自治財政局・前掲注（5）八七頁。なお、給水人口規模が五万人以下の事業体を小規模水道事業体と呼称する例が散見されるが、この場合は六四・六％となる。三万人を基準としているものとして、参照、総務省自治財政局・前掲注（5）八七頁、菊池明敏「水道事業における広域化及び事業統合について」公営企業四一巻六号（二〇〇九年）一〇頁。五万人を基準としているものとして、参照、中小規模上下水道研究会編『講座中小規模上下水道経営入門』（地方財務協会、二〇〇五年）はじめに、田巻潤子「水道事業包括委託の導入と可能性――小規模水道事業体を中心に」公営企業四五巻一一号（二〇一四年）二頁。

（7）　たとえば、水道法二四条の三による業務委託は、小規模事業体の技術不足の可能性を念頭に、他のより技術力のある事業体や民間事業者への業務委託を予定している。参照、衆議院厚生労働委員会「第一五一回国会厚生労働委員会第二四号」（坂口国務大臣発言）（二〇〇一年）。

（8）　水道事業の課題につき参照、正木宏長「水道事業の民間化の法律問題――行政契約の現代的展開」立命館法学三一七号（二〇〇八年）一頁（三頁以下）、厚生労働省健康局水道課「民間活用を含む水道事業の連携形態に係る比較検討の手引き」三頁以下（二〇〇八年六月）、厚生労働省健康局「新水道ビジョン」五頁以下（二〇一三年三月）、滝沢智「迫りくる水道事業の経営危機を乗り越えるために」公営企業四七巻七号（二〇一五年）五頁。

（9）　私法上の業務委託は、水道法二四条の三に定めがある包括業務委託と対比する意味で、従来型業務委託や法定外委託とも呼ばれている。参照、厚生労働省健康局水道課「水道事業等における第三者への業務委託の対象業務の考え方について」二〇〇二年一二月一一日。さらに正木・前掲注（8）一〇頁。

（10）　水道は自治法上の公の施設（二四四条一項）であるため、水道についても指定管理者制度（自治法二四四条の二第三項）の活用が考えられる。参照、行実昭和三九年九月九日自治企八一号、最二小判平成一八年七月一四日民集六〇巻六号二三六九頁。

なお、この指定管理者制度は、「管理権限の委任」である。参照、松本英昭『新版 逐条地方自治法〔第八次改訂版〕』（学陽書房、二〇一五年）一〇六七頁。

（11）　日本水道協会「水道事業における民間的経営手法の導入に関する調査研究報告書」（二〇〇六年）五四頁によれば、水道事業者（水道法三条五項）とは、「施設の所有の有無を必ずしも問わず、施設利用の権限を有し、水道により水を供給し、その対価として水道料金を収受する者」であり、水道事業全体に対して指定管理者制度を用いれば、当該指定管理者が水

道事業者に該当することになろう。

(12) さらに指定管理者が水道利用料金の収受をする場合にも委譲が考えられる。すなわち、利用料金は、原則的に指定管理者が定める（自治法二四条の二第九項）。他方で、水道法上、水道料金のような供給条件については、水道事業者が定めなければならない（水道法一四条一項）。そこから、利用料金制を採用する場合には、原則的に指定管理者が水道事業者となる必要があると考えられている。

なお、厚生労働省健康局水道課は、「利用料金制を導入する場合、基本的には水道事業の経営主体は指定管理者となるため、指定管理者において水道事業の認可を取得する必要があると考えられる。ただし、地方公共団体、指定管理者のどちらが水道事業者等に該当するのかについては、指定管理者が担う業務の範囲に応じて、個々の具体的事例に基づき判断されることとなる。」と説明しており（厚生労働省健康局水道課「水道事業における官民連携に関する手引き」（二〇一四年三月）第Ⅱ編一七頁）、利用料金制を採用した場合であっても、指定管理者が水道事業者になる必要がない場合を想定している点には注意を要する。

(13) 新たに創設された事務の代替執行（自治法二五二条の一六の二）や、事務の委託（自治法二五二条の一四）は、公と公の連携であることから、本稿の検討対象とはしない。

(14) 参照、厚生労働省健康局水道課「水道におけるＰＦＩ事業の導入検討のための手引き」（二〇〇六年）。

(15) 具体例は枚挙に暇がないが、近時の事例として以下のものがある。愛知県岡崎市では、浄水場の更新にあたりＰＦＩを用いている（参照、柴田英幸「ＰＦＩによる浄水場の更新」

公営企業四七巻六号（二〇一五年）三五頁）。北九州市では、事務の代替執行制度の活用が予定されている（参照、姫野貴司「地方自治法『事務の代替執行』制度を活用した水道事業における公ﾘ公の包括的な業務委託」公営企業四七巻九号（二〇一五年）六九頁）。

(16) 参照、正木・前掲注（8）一六頁以下。

(17) 協定の性質については、行政契約と解する説と、行政行為又は行政行為の附款と解する説に分かれている。参照、三菱総合研究所地域経営研究センター『指定管理者実務運営マニュアル』（学陽書房、二〇〇六年）一三〇頁以下。

(18) 閣議決定「民間資金等の活用による公共施設等の整備等に関する事業の実施に関する基本方針」（二〇一三年九月二〇日）三4(3)。

(19) 正木・前掲注（8）。また「民間化」による知の喪失（参照、角松生史「行政事務事業の民営化」高木光・宇賀克也（編）『行政法の争点』（有斐閣、二〇一四年）一八四頁（一八六頁））とは反対の現象である、「民間化」による知の獲得に関する言及があり、興味深い（正木・前掲注（8）三八頁以下）。

高橋玲路「水道事業の官民連携に関する法律上の問題」東京大学法科大学院ローレビュー三号（二〇〇八年）一六七頁は、各種官民連携の法的スキーム、特に「①民間企業が自ら資金調達を行う、②当該民間企業が地方公共団体と協働しつつも水道事業の経営（料金設定や投資決定を含む。）において主体的な決定権限と責任を持つ、③①及び②の責任負担の見返り（動機付け）として、水道事業から得られる利益を民間企業が享受する、④他方で、地方公共団体は公益的な観点

から民間企業による水道運営をモニターし、過剰の利益優先の行動にコントロールを加える」を満たす法的スキーム（同論文一七〇頁）について、委託可能な範囲、料金収入の帰属先、施設に関する責任、誰が水道事業者になるか、資金調達に関する問題等につき、詳細な検討を加える。

(20) 正木・前掲注（8）では、行政による私的主体の統制に関しては、私法上の業務委託に関する行政契約の具体例には言及するものの、行政契約の内容につき何が必要か等は検討の対象としていない。

高橋・前掲注（19）では、行政と民間企業において契約が締結されることには言及するものの、その内容の統制についてはほとんど言及しない。

権奇法「公益事業規制のあり方――水道事業における規制緩和・民間化の動向からみて」佐藤英善先生古稀記念『経済行政法の理論』（日本評論社、二〇一〇年）三五一頁では、水道事業に関する法制度を概観している。しかし、そこでの検討課題は水道事業に対する（経済行政法の視座からの）公益事業規制の在り方であり、私的主体の活用に当たり市町村がどのような規制権限を有するべきかという点にはほとんど言及していない。

(21) 日本の歴史的沿革に関しては以下の文献がある。明治二三年水道条例に関して、高寄昇三『近代日本公営水道成立史』（日本経済評論社、二〇〇三年）九一頁以下、小石川裕介「明治二三年水道条例の成立（一）（二）（三・完）――近代日本における水道事業の『公営原則』と『衛生』」法学論叢一六五巻三号（二〇〇九年）一頁、一六五巻六号（二〇〇九年）一一八頁、一六六巻二号（二〇〇九年）八〇頁

等。

(22) ドイツの全水道事業者数は、二〇一〇年現在六、〇六五である。Vgl. *Statistisches Bundesamt*, Umwelt-Öffentliche Wasserversorgung und öffentliche Abwasserentsorgung, 2013, Fachserie 19, Reihe 2.1.1, S. 25.

二〇一二年一二月三一日現在ＢＥＤＥのアンケートに答えた水道事業数（一、五五八）のうち、公法上の組織形態（直営企業、地方公営企業、目的組合、水・土地組合、公の営造物）は、六五％であり、私法上の組織形態（市町村出資企業、市町村共同出資企業、公私混合企業、その他の私法上の企業）は三五％である。このうち、公私混合企業（市町村と私人の両者が出資する企業）は、一四％であり、私人の活用がある程度なされていることは統計上分かる。ただし、私人への「委託」についてはデータが見当たらず、その詳細は掴めない。以上につき、Stand: 2012,BDEW, 124. Wasserstatistik, 2014, S. 32.

(23) 参照、原田大樹「福祉契約の行政法学的分析」法政研究六九巻四号（二〇〇三年）一〇九頁（一三七頁以下）。

(24) 差し当たり参照、岸本太樹「行政契約の法理論（五・完）」北大法学論集五三巻二号（二〇〇二年）六三頁（一一六頁以下）。

(25) 水道事業の委託に限っても以下のように行政契約が頻繁に用いられている。私法上の業務委託や包括業務委託（水道法二四条の三）では水道事業者である市町村と私的主体が行政契約を締結している。

指定管理者制度（自治法二四条の二第三項）の場合には、市町村と私的主体は協定を締結するようであり、その際

条例によって協定の大枠が決められることがある。例えば、(1)指定期間（自治法二四四条の二第五項）に関する事項、(2)事業計画に関する事項、(3)使用量・利用料金に関する事項、(4)委託者が支払うべき管理の費用に関する事項、(5)管理の業務を行うに当たって保有する個人情報の保護・情報の公開に関する事項、(6)事業報告（自治法二四四条の二第七項）・業務報告に関する事項、(7)指定の取消し及び管理の業務の停止に関する事項、(8)苦情処理に関する事項、(9)市長が別に定める事項といった事項である（差し当たり、京都市公の施設の指定管理者の指定の手続等に関する条例、下関市公の施設における指定管理者の指定手続等に関する条例、高槻市公の施設の指定管理者の指定の手続等に関する条例、武雄市公の施設の指定管理者の指定の手続等に関する条例、鳥取県公の施設における指定管理者の指定手続等に関する条例、奈良市公の施設における指定管理者の指定の手続等に関する条例、能登町公の施設における指定管理者の指定手続等に関する条例、広島県公の施設における指定管理者の指定手続等に関する条例、松山市公の施設に係る指定管理者の指定手続に関する条例、丸亀市公の施設における指定管理者の指定手続等に関する条例を参照した）。

ＰＦＩ事業、公共施設等運営権制度においても事業契約（ＰＦＩ法五条一項五号）ないし公共施設等運営権実施契約（二二条）が締結される。契約内容に関しては、政府が定めた「基本方針」（ＰＦＩ法四条）の中で大枠が設定されている。

(26)　私人への委託契約を法的に統制しようとしたドイツ行政手続法改正論議を仔細に取り扱う重要な文献として、参照、岸本太樹「公的任務の共同遂行（公私協働）と行政上の契約

（一）～（四・完）」自治研究八一巻三号（二〇〇四年）九一頁、同八一巻六号（二〇〇五年）一三二頁、同八一巻一二号（二〇〇五年）一一一頁、同八二巻四号（二〇〇六年）一二六頁。

(27)　国家がある任務を私へ委託する場合、国営企業を私法形式に転換しつつ当該企業を国家自身が運営する場合、国家がある任務を私的主体へ完全に委譲する場合、国有・公有財産を売却する場合等を包摂する概念として、ドイツでは„Privatisierung“という用語が用いられている。この用語の邦訳は、民営化、民間化、私化と論者によって分かれている。参照、角松生史「『民間化』の法律学――西ドイツ Privatisierung 論を素材にして」国家学会雑誌一〇二巻一一・一二号（一九八九年）七一九頁、米丸恒治『私人による行政』（日本評論社、一九九九年）二八九頁注（5）、松塚晋輔『民営化の責任論』（成文堂、二〇〇二年）一頁、ヤン・ツィーコー（磯村篤範訳）「ドイツにおける公私協働（Public Private Partnership）の構造と戦略」岡村周一＝人見剛（編著）『世界の公私協働――制度と理論』（日本評論社、二〇一二年）一〇七頁（一一四頁）、板垣勝彦『保障行政の法理論』（弘文堂、二〇一三年）一〇二頁以下。更に参照、原田大樹『公共制度設計の基礎理論』（弘文堂、二〇一四年）一一四頁以下。

„Privatisierung“には、国家が担っていた任務を私的主体へ移動させることをメルクマールとする民営化（参照、原田・前掲書の定義）・民間化（参照、角松・前掲論文の定義）の他に、財産を私的主体に売却すること（Vermögensprivatisierung）や組織形式を私法形式に転換すること（Organisationsprivatisierung）なども含まれる。このことから、本稿では差し当たり„Privatisierung“という用語に対し、近時よく用いられている「私化」という訳語を当てる。

(28)　ポツダム市やベルリンでは、水道事業は、再公営化されている。これらを紹介するものとして、差し当たり参照、人見剛「ドイツにおける市町村生活基盤配慮行政の（再）公営化」清水誠先生追悼論集『日本社会と市民法学』（日本評論社、二〇一三年）三九九頁（四〇四頁以下）、岸本聡子「民営化から再公営化へ ヨーロッパにみる水道事業のこれから」自治研六四七号（二〇一三年）五〇頁。さらに、二〇一八年にはロストック市において再公営化が予定されている。

再公営化の議論については、*H. Bauer/C. Büchner/L. Hajasch* (Hrsg.), Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge, 2012; *J. Ipsen* (Hrsg.), Rekommunalisierung von Versorgungsleistungen?, 2012; *H. Bauer*, Publizisierung, JZ 2014, S. 1017. 邦語文献として、参照、人見・同論文、ヤン・ツィーコー（人見剛・訳）「再公営化 地方自治体サービスの民営化からの転換?――ドイツにおける議論状況について」立教法務研究七号（二〇一四年）四二頁、宇野二朗「再公営化の動向からみる地方公営企業の展望」都市とガバナンス二五号（二〇一六年）一六頁。

(29)　厚生労働省健康局『新水道ビジョン』（二〇一三年）三五頁以下、五〇頁。

(30)　Vgl. *A. Emmerich-Fritsche*, Privatisierung der Wasserversorgung in Bayern und kommunale Aufgabenverantwortung, BayVBl. 2007, S. 1 (S. 2 ff.); *J. Brehme*, Privatisierung und Regulierung der öffentlichen Wasserversorgung, 2010, S. 42 ff.; *W. Kahl*, §14 Wasser, in: M. Fehling/M. Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, 2010, S. 733 (S. 775 ff.)

(31)　(1)の議論は、日本の水道に関連する各種法制度による私的主体の活用や水道事業の民営化が憲法違反かという議論の参考になるであろう。水道の「私化」と憲法二五条二項の関係については、参照、中島・前掲注（3）。ドイツにおける「私化」の限界論（「私化」と基本法や各種法律との関係）を検討するものとして参照、角松・前掲注（27）七四三頁以下、大脇成昭「民営化法理の類型論的考察――ドイツ法を中心として」法政研究六六巻一号（一九九九年）二八五頁（二〇二頁以下）。

(2)に関して、ドイツの水道事業でよく使われる企業経営モデル、経営者モデル、コンセッションモデル、協働モデル等につき、差し当たり参照、大脇・同論文二九四頁以下、三一四頁以下、フリードリヒ・ショッホ（中原茂樹訳）「国家任務の民営化における法ドグマーティク」松本博之・野田昌吾・守矢健一編『法発展における法ドグマーティクの意義――日独シンポジウム』（信山社、二〇一一年）一二〇頁以下、板垣・前掲注（27）一〇八頁以下、*J. Brehme*, a. a. O. (Anm. 30), S. 198 ff.

(32)　第二章の最初に検討するドイツの水管理法（Wasserhaushaltsgesetz）の概要につき、数少ない紹介として、参照、渡辺富久子「ドイツの水管理法」外国の立法二五四号（二〇一二年）一二六頁。

(33)　電気、遠距離通信などの領域で行われているように、(1)多数の企業がそれぞれ飲料用水を作り、それを一つの供給網に送り込む、(2)需用者は、供給網を通じて、自身が選択する企業から水を受け取る。このように飲料用水を作る部分で競

争を行わせるモデル。Vgl. *BMWi* (Hrsg.), Optionen, Chancen und Rahmenbedingungen einer Marktöffnung für eine nachhaltige Wasserversorgung, Endbericht des BMWI-Forschungsvorhabens vom Juli 2001, S.14 ff., 37 f.

(34)　サービス供給が（自然）独占されていることを前提とした上で、いわば、市場独占をめぐる競争である。Vgl. *BMWi* (Hrsg.), a. a. O. (Anm. 33), 38 f., 57 ff.; *J. Masing*, Regulierungsverantwortung und Erfüllungsverantwortung, VerwArch 95 (2004), S. 151 (S. 158 f.).

(35)　*N. Weiß*, Liberalisierung der Wasserversorgung, 2004 , S. 208; *W. Kahl*, a. a. O. (Anm. 30), S. 740 f.

(36)　*M.Ruffert*, §7 Begriff, in M. Fehling/M. Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, 2010, S. 332 ff.; *W. Kahl*, a.a.O. (Anm. 30), S.733 ff.

なお、水道事業に関する法律が基本法七四条一項一一号により競合的立法であること、更に水道事業に関する規律は常一次的に市町村によって行われること等の理由から、水道事業の規整法は、近時議論されている規整行政に関する法典編纂から除外されているようである。Vgl. *W. Kahl*, a.a.O. (Anm. 30), Rn. 120.

(37)　原田・前掲注（27）一一九頁。

(38)　*M.Ruffert*, a.a.O. (Anm.36), Rn. 19 ff., 43.

(39)　*M.Ruffert*, a.a.O. (Anm.36), Rn. 22 ff.

(40)　*W.Kahl*, a.a.O. (Anm. 30), Rn. 25では、水道事業を規整法の中で扱うために、「広義の規整概念」を用いており、かなり無理をしているように思われる。このほか、参照、*H.-C. Röhl*, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, JZ 2006, 831 (833).)。実際、*M. Fehling/M. Ruffert* (Hrsg.), Regulierungsrecht, 2010の著者の一人である、Hans-Christian Röhl教授に伺ったところ、当該書籍の第二版では„Wettbewerb um Markt“が問題となる水道事業を取り扱わない方向で進められているようである。質問の場を用意してくださった高田篤先生と原田大樹先生にこの場を借りて心より御礼申し上げたい。

(41)　板垣・前掲注（27）五〇頁注（112）。

(42)　*M.Ruffert*, a.a.O. (Anm.36), Rn. 49 ff.

(43)　表中のドイツの州につき、ISO 3166-2:DEの州コードのDEを除いた部分を略称として用いている。

(44)　これらの条件は、公の水道事業を委譲する場合であっても、市町村に供給義務・確保義務が当然に存在・存続するということを前提にしている。これらの義務は、州憲法、基本法に関する解釈論から導き出されているようである。例えば、NW州水法に関する州政府立法草案は、明確に憲法上基礎付けられている市町村の任務と述べていることが参考になるであろう。Vgl. RP LT-Drs. 13/6222, S. 91 (S. 98).

（つづく）