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(二)：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/2324/7238334

出版情報：自治研究. 93 (4), pp.111-123, 2017-04-10. 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（二）

——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（93巻三号）
二　水道事業の主体としての市町村の責任（本号）
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

二　水道事業の主体としての市町村の役割

一　本章の目的

本稿では、第三章及び第四章において水道事業の委託に対してどのような法的規制がなされているかを分析するが、本章では、それに先立ち、第三章及び第四章の理解に必要と思われる限りで、ドイツの水道法制を概観するとともに、水道事業の主体としての市町村の役割について、州法において多様な規律がなされていることを明らかにすることにしたい。(45)

ところで、水道事業（公の水道事業）に関する立法は、完全競争型競合的立法であるため（基本法七二条三項、七四条一項三二号）、(46) 連邦によって規律がなされた場合（具体的には連邦水管理法五〇条一項）であっても、州の離反立法（Abweichungsgesetzgebung der Länder）が容認されている。そこで以下では、二〇〇九年改正水管理法をまずは見た上で、それに離反する各州水法を検討する。

以下の分析に関して簡単に概略を示すと、次のようになる。ドイツでは、公の水道事業は市町村が実施することと解されているが、連邦法上は原則として実施してもしなくても良い。その上で、実施を義務付ける(1)（生存配慮を理由とした）公の水道事業を義務的自治事務にする州水法、(2)「公の施設」である公の水道事業の準備等をする義務を市町村に課す

市町村法が、(3)市町村による運営を禁止する市町村法の経済条項と衝突している。

二　生存配慮の任務

ドイツにおける水道事業の主体について考察する手掛かりは、まずは、二〇〇九年に改正された連邦水管理法[47]の五〇条一項と水道事業の沿革に求められる。

連邦水管理法五〇条一項は、「公衆のための水道事業（公の水道事業）は、生存配慮（Daseinsvorsorge）の任務の一つである。」と定めている。そこで用いられている「公衆のための水道事業」と「生存配慮」という二つの概念の意義は以下のとおりである。

第一に、日本における水道事業に類似する「公衆のための水道事業（公の水道事業）」の意義は以下のとおりである[48]。まず「水道事業」には、飲料用水及び雑用水（Bruchwasser）の取水（Fördern）、集水（Sammeln）、消毒（Reinigen）、浄化（Aufbereiten）、供給（Bereitstellen）、タンクへの貯水（Speichern）、転送（Weiterleiten）、送水（Zuleiten）及び配水（Verteilen）並びに飲料用水及び雑用水の消費者への供給（給水）が含まれる[49]。そして水道事業が「公」であるのは、それが公衆に資する場合である[50]。このため、企業が農業や食品産業のために水を自給する場合は、公の水道事業に該当しない[51]。これに対し、公の施設（病院、保養所、刑務所、営舎、空港、アウトバーンのレストハウス等）の自己供給は、公の水道事業である[52]。

第二に、「生存配慮」の意義は以下のとおりである。このE. Forsthoffに由来する生存配慮[53]は、一般に、全住民の有意義な生活のために必要な基本的供給（Grundversorgung）（これには財産供給とサービス供給が含まれる）という、公益指向の供給を含む概念である（ここから、生存配慮は例えば公の水道事業による常時供給[54]といったような、それ自体として継続的任務をも意味する[55]）。

他方、ドイツにおける水道事業の沿革については、次のような説明がなされている。

すなわち、ドイツにおける公の水道事業は、もともとは、一八四二年のハンブルク市の五分の一が焼失した火事を契機として、消火用水の供給を主たる目的として導入された（一八四八年に最初の上水道が操業を開始したとされる[56]）。その後、順次水道が各都市で建設されていった（その際の建設目的は、消火及び疫病予防とされる。ただし、当初は水道建設・運営のコストが高かったことから、市町村は、私的主体にいわゆる特許（Konzession）を付与し建設・運営を委ねていた。その後一九世紀末頃から、都市社会主義（Munizipalsozialismus）の浸透、公

の水道事業の収益率の高さの認知などを背景として、多くの市町村によって水道事業が引き受けられていった（一九〇七年には、近代水道の九〇％以上を公共団体が経営したとされる[57]）。

また、質・量共に十分な公の水道事業を持続するということは、市町村の領域に住む人々の健康及び相応の生活の形成にとって決定的な意義があると考えられていた[58]。

以上のような連邦水管理法の文言及び水道事業の沿革を背景として、学説[59]や裁判例[60]は、公の水道事業を、市町村の（生存配慮の）任務の一つとみなしている。ここから、公の水道事業は、一般に、基本法二八条二項一文の意味での地域的共同体の事項に分類され、それに伴い、基本法二八条二項一文の意味での市町村の自治事務として分類される[61]。そして、この伝統的な事務の分類に応じるように、幾つかの州では、州市町村法上、明文で公の水道事業を市町村の固有の任務領域の一つとみなしている[62]。

学説や裁判例が以上のように公の水道事業を市町村の自治事務と理解する一方で、連邦法上は公の水道事業を誰が行うかということについての定めはない。二〇〇九年に改正された連邦水管理法も、先に見た五〇条一項が、「公衆のための水道事業（公の水道事業）は、生存配慮の一つである。」と定めるのみであり[63]、公の水道事業が公的任務であるということはわかるが、明示的には市町村の事務（市町村の生存配慮）としていない[64]。そこで、州法における多様な規律を分析する必要が生じるのである。ただ、連邦政府草案における改正理由の中では、公の水道事業が伝統的に市町村の生存配慮の領域の一つとみなされており[65]、結論としては、公の水道事業を市町村の事務として理解することが妥当であろう[66]。

三　各州における公の水道事業に関する多様な規律

水道事業の主体としての市町村の役割について、各州においては、水法及び市町村法で多様な規律がなされている。水法における「随意的自治事務」と「義務的自治事務」の区別を見たのち、市町村法における規律（市町村に公の水道事業の運営を義務付ける規律と運営を禁止する規律）を瞥見すると、以下のとおりである。

(一)　各州水法による規律――随意的自治事務と義務的自治事務の区別

上述の通り、公の水道事業が市町村によって担われていることから、公の水道事業は基本法二八条二項一文による自治事務に分類される（更には州市町村法等が明示的に市町村の任務の一つとして水道事業をあげている場合もある[67]）。この結果、市町村の自己責任を根拠として、公の水道事業を履行するか否か、何時履行するか、どのように履行するかについての決

定は、市町村の権限である。[68]

以上から、連邦法である水管理法五〇条一項の解釈としては通常、公の水道事業は、市町村の随意的自治事務（当該事務を履行するか否かを市町村の裁量に委ねている自治事務）[69]と解される（これは公の水道事業が生存配慮の任務の一つであると明文上で書かれていても変わりはない）。[70]

他方、上でも述べたように、公の水道事業に関する立法は、競合的立法であるため（基本法七二条三項、七四条一項三二号）、州法によって公の水道事業を市町村の義務的自治事務（当該事務の履行を市町村に法律上強制している自治事務）[71]とすることはできる。

各州水法上（バイエルン州のみバイエルン州市町村法）、公の水道事業を市町村の義務としているかを確認すると、一六の州は、以下の三つのグループに分けることができる。

第一のグループは、ブレーメン市、ハンブルク市、ニーダーザクセン州、ザールラント州、シュレースヴィヒ＝ホルシュタイン州の五つの州である。これらの州では、特段の定めがない。そのため公の水道事業は、原則通り随意的自治事務となり、市町村には公の水道事業を実施するか否かについて決定する裁量が付与される。

残りの一一州は、バーデン＝ヴュルテンベルク州、バイエルン州、ベルリン市、ブランデンブルク州、[72]ヘッセン州、メクレンブルク＝フォアポンメルン州、ノルトライン＝ヴェストファーレン州、ラインラント＝プファルツ州、ザクセン州、ザクセン＝アンハルト州、テューリンゲン州であり、これらの州では、州水法（バイエルン州のみバイエルン州市町村法）上、公の水道事業を市町村の義務的自治事務としている。[73]公の水道事業が市町村の義務と定められる結果、市町村は、水を市町村の領域内に遍く供給することを確保しなければならない。[74]つまり義務的自治事務になると、市町村には公の水道事業を履行するか否かという「決定裁量（Entschließungsermessen）」が存在しない。[75]他方、公の水道事業をどのように履行するかという「選択裁量（Auswahlermessen）」は存在するため私的主体の活用は許される。[76]その上で、これらの州は、義務的自治事務の内容、すなわち義務の実現の在り方によって次の第二と第三という二つのグループに分けられる。

第二のグループは、法律上、公共の福祉を理由として、市町村に公の水道事業の確保を義務付けている三つの州である（「市町村の確保義務（kommunale Sicherstellungspflicht）」）。この類型では、公の水道事業が市町村内に確保されている限りで、市町村に公の水道事業を履行するか否かについての裁量

が存在する。この確保は、市町村が、憲法上（verfassungsrechtlich）基礎付けられる自身の領域内の住民に水を供給する基本的義務を履行することを目的としている。[77]この類型を採用している州は、バイエルン州、ベルリン市、[78]ノルトライン＝ヴェストファーレン州である。なお、バイエルン州市町村法五七条二項一文（「市町村は、第三者の既存の責務（Verbindlichkeiten）に関わりなく、市町村の給付能力の枠内において、公共の福祉の理由から必要となる飲料用水を供給するための施設を設立及び運営することを義務付けられる。」）は、「必要性（erforderlich）」という基準を使う。ここで、「必要性」がない場合には、市町村に公の水道事業を履行するか否かについての裁量が存在する。裏を返せば、「必要性」がある場合、すなわち、秩序適合的な水道事業が他の設備（Einrichtung）、例えば私的な設備では確保されない場合に初めて、市町村固有の設備を設立・運営しなければならない（補完性原則の法律上の具体化）。このような解釈から、「必要性」基準は他州の「確保」と同一視されている。[79]なお、公共の福祉の理由から必要となる飲料用水を供給するための施設とは、市町村の構成員に、差別なく、永続的に、市町村全域に遍く、そして確かな高品質の飲料用水を適切な価格で供給する施設を指す。[80]

第三のグループは、法律上、市町村自身が運営する公の水道事業による十分な飲料用水（更には雑用水）の供給を市町村に義務付けている八つの州である（「市町村の供給義務（kommunale Versorgungspflicht）」）。この類型では、市町村に、公の水道事業を履行するか否かについての裁量は存在しないが、どのように公の水道事業を履行するかについては裁量が存在する（バーデン＝ヴュルテンベルク州、[81]ブランデンブルク州、ヘッセン州、メクレンブルク＝フォアポンメルン州、ラインラント＝プファルツ州、[82]ザクセン州、ザクセン＝アンハルト州、テューリンゲン州）。この類型は更に、公の水道事業の中でも、何の供給を義務付けられているかによって、(1)公の水道事業の運営を義務付けられるバーデン＝ヴュルテンベルク州、ブランデンブルク州、ラインラント＝プファルツ州（ここでは公の水道事業の定義がなされていない）、(2)飲料用水及び雑用水（Betriebswasser, Brauchwasser）の供給を義務付けられるヘッセン州、メクレンブルク＝フォアポンメルン州、テューリンゲン州、(3)飲料用水のみの供給を義務付けられるザクセン州、ザクセン＝アンハルト州のグループに細分化され得る。

〔二〕　市町村法における「公の施設」

公の水道事業のための市町村の施設は、市町村の公の施設

の典型例である。[83] この公の施設に関しては、各州の市町村法が、市町村に一定の義務を課す場合がある。すなわち、市町村の給付能力の枠内において、市町村の住民の経済的、社会的及び文化的福祉のために必要な公の施設を準備し、[84] 若しくは設立する義務を、[85] 市町村は課されている（また、市町村の領域において自身の業務を履行し、[86] 若しくは規律する義務を、[87] 市町村は課されている。以下では、これら全てを含めて、公の施設の準備等という）。[88] これに関連して、市町村は、自身の行政区画の土地について、条例（Satzung）によって公衆衛生に関連する上・下水道管等の公の施設の接続・利用強制を定めることができる。[89]

この義務に関して、既存の余所の（すなわち市町村によって運営されていない）水道事業によって既に住民の需要が充足されている場合には、公の施設の準備等をする必要性が否定される。[90] また、公の施設の準備等をしなければならないか否か、しなければならない場合にどの範囲でしなければならないのかということは、原則として必要性を顧慮した上で市町村の政策的裁量の範囲内である。しかしながら前述の義務的自治事務の場合は、この政策的裁量がゼロに収縮する。[91] なお、これらの法律は、市町村に対する公の施設の準備等を求める権利を私人に付与しないと考えられている。[92]

㈡　市町村法の「経済条項」

市町村が公の水道事業を運営する場合は、通常、州の市町村法上のいわゆる「経済条項」に関する規律が適用される。[93] 先に見た各種法律が市町村に水道事業の運営を義務付ける方向に働くのとは反対に、この「経済条項」は市町村による水道事業の運営を妨げる方向に働く。

すなわち、この「経済条項」によれば、市町村が経済企業（wirtschaftliche Unternahmen）を設立・運営するためには、(1) 公的目的から企業を設立・運営することが正当化され、(2)〔業務の〕性質・範囲にもとづき、市町村の給付能力と予測される需要が適切な関係にあり、(3)〔公的〕目的を他者によってより良く又はより経済的に履行され（得）ないという三要件を満たす必要がある。[94][95] もっとも、公の水道事業に対して「経済条項」をそもそも適用除外としている州や、[96] 水道事業・生存配慮任務に関しては(3)要件の適用を除外している州もある[97]（すなわち条件が(1)と(2)だけになる）。

「経済条項」の要件を満たさなければならない時期については、設立時又は重要な拡大時においてのみ満たさなければならないとする州と、[98] 永続的にこの条件を満たさなければならないとする州の二つに分かれている。[99]

各要件の内容を概観すると以下のとおりである。

第一に、「公的目的」であるが、市町村が、公の水道事業をはじめようとする場合には、公的目的によって正当化される必要がある。[100] 更に、公的目的が、公の水道事業を必要とするということまでも要求する場合もある。[101]

ここで公的目的による正当化は、もっぱら利益獲得の意図を伴って実施される活動（例えば市町村による自動車製造など）を排除するにとどまり、サービス給付の領域では簡単に公的目的による正当化がなされる。[102] そして公の水道事業の場合は、それが市町村による生存配慮――市町村の住民の健康や生活環境の形成にとって根本的な重要性を有する生存配慮――任務の一つ（連邦水管理法五〇条一項）を実施するものであることから、公的目的によって正当化される。[103]

第二に「給付能力・需要」であるが、この要件は、[104] 市町村の財政的及び／又は政治的負担過重を防ぐためのものである。[105] もっとも、市町村は地方税法に基づき費用に見合う（kostendeckende）使用料を徴収することができるため、負担過重を恐れる必要はない。そのため、この規定が問題となることはほとんどない。[106]

第三が、狭義の経済条項であり、「（……を除く）活動に際して、公的目的が、私的提供者によって同程度の品質かつ経済性で履行されない、又は履行され得ない」[107] や、「（……を除く）活動に際して、公的目的が、他の企業によって、より良い品質かつより経済的に履行され得ない」[108] 場合にのみ市町村が企業を経営することができるという規定である。[109] 狭義の経済条項に反する場合は、市町村が経済企業を設立・運営することが許されず、民間による設立・運営に委ねなければならない。

これらの規定から、市町村は、あらゆる重要な視点（例えば私的主体が利益獲得を目指して効率性を上昇させること、水道管の固定費が高いこと、イギリスの民営化の経験から示されるところの、民営化によって品質が損なわれ得る、かつ／又は価格が上昇し得ること、私的主体の破産リスクが存在すること、私的主体に対する規制・統制費用が僅かなものではないこと、といった諸事情）[110] を纏め、正しく評価し、そして市町村が私的主体と同程度又はそれ以上に活動を実施できるか否かを、最終的に決定する義務を負う。狭義の経済条項の検討をした際に、その検討の結果が違法となるのは、当該結果が是認できないと評価された場合のみである。[111] また、狭義の経済条項に反して市町村が企業を経営しようとする場合には、私的主体に、市町村に対する不作為請求権が付与されると考えられている。[112]

(45)　なお以下では、ドイツの州につき、字数との関係で 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る。また、Gemeindeordnung は市町村法と、Kommunalordnung は地方自治体法と、Kommunalselbstverwaltungsgesetz は地方自治行政法と、Kommunalverfassung 及び Kommunalverfassungsgesetz は自治体憲法と、Landesverfassung は州憲法と、訳す。

（46）　この用語や意義につき参照、服部高宏「連邦と州の立法権限の再編――ドイツ連邦制改革の一側面」阿部照哉先生喜寿記念論文集『現代社会における国家と法』（成文堂、二〇〇七年）四五三頁（四六五頁以下、特に四六六頁以下）。

（47）　Wasserhaushaltsgesetz vom 31. 7. 2009 (BGBl. I S. 2585).

（48）　「公の水道事業」は、下水処理（連邦水管理法五四条二項）とは異なり、定義をされずに使われている。

（49）　*M. Kotulla*, Wasserhaushaltsgesetz, 2. Aufl., 2011, §50 Rn. 4 ; *M. Czychowski/M. Reinhardt*, Wasserhaushaltsgesetz, 11. Aufl., 2014, §50 Rn. 4 ; *K. Berendes/W. Frenz/H.J. Müggenborg*, Wasserhaushaltsgesetz, 2011, §50 Rn. 26.

（50）　*M. Kotulla*, a. a. O. (Anm. 49),§50 Rn. 4 ; *K. Berendes/W. Frenz/H.J. Müggenborg*, a. a. O. (Anm. 49), §50 Rn. 26.

（51）　Ebenda.

（52）　Ebenda.

（53）　*E. Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938, S. 6.; *ders.*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 10. Aufl. 1973, S. 368 ff.

（54）　*E. Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938, S. 7

（55）　*M. Kotulla*, a. a. O. (Anm. 49), §50 Rn. 5.

（56）　ドイツにおける公の水道事業の沿革についての以下の記述につき、差し当たり次の文献及びその脚注に掲げられている文献を参照した。*J. Brehme*, Privatisierung und Regulierung der öffentlichen Wasserversorgung, 2010, S. 96 ff.

（57）　なお、郡独立市を除き、市町村は、州クライス（Landkreis）又はクライス（Kreis）に属しているが、市町村と州クライス又はクライスとの間で、公の水道事業の分配をクライス法（Kreisordnung）によって行うことにより、クライスも公の水道事業を実施することがあり得る。Vgl. *J. Brehme*, a.a.O. (Anm. 56), S. 149 ff. 但し、本稿では市町村による公の水道事業に絞って検討する。

（58）　Vgl. *J. Brehme*, a.a.O. (Anm. 56), S. 140.

（59）　*J. Hellermann*, Wasserversorgung als Gegenstand kommunaler Daseinsvorsorge, in: J. Ipsen (Hrsg.), Wasserversorgung zwischen kommunaler Daseinsvorsorge und marktwirtschaftlichem Wettvewerb, 2003, S.38 (S. 42 f.); *N. Weiß*, Liberalisierung der Wasserversorgung, 2004, 146 ff.

（60）　BVerfGE 38, 258(270); BVerfGE 45, S. 63 (S. 78) ; BVerwG, NVwZ 1984, S. 378(S. 379).

（61）　NW LT-Drs. 13/6222, S. 91 (S. 98); *M. Fischer/K. Zwetkow*, Privatisierungsoptionen für den deutschen Wasserversorgungsmarkt im internationalen Vergleich, ZfW 42 (2003), S. 129 (S. 139).

（62）　市町村法等によって水道事業を明示的に市町村の任務とするものとして、BY州憲法八三条一項、BB州自治体憲法二条二項一文、MV州自治体憲法二条二項、TH州地方自治体法二条二項がある。さらに州水法によって水道事業を明示的に市町村の任務とするものにつき参照、後掲注（73）。

（63）　また、「公の水道事業」については、連邦水管理法の他の条項（三条一〇号等）においても詳しい規定が存在しない。

（64）　なぜ「市町村の生存配慮」と明記しなかったは不明である。その理由が、明記することにより基本法八四条一項七文に抵触するからであると推測するものとして、*J. Brehme*, a.a.O. (Anm. 56), S. 140

（65）　BT-Drs. 16/12275, S. 66.

（66）　なお、BW州水法四四条一項は、明文で市町村の生存配慮任務として位置づける。

（67）　前掲注（62）を参照。

（68）　*J. Brehme*, a.a.O. (Anm. 56), S. 151.

（69）　随意的自治事務につき、参照、大橋洋一「現代行政の行為形式論」（弘文堂、一九九三年）二六五頁以下。

（70）　*A. Emmerich-Fritsche*, Privatisierung der Wasserversorgung in Bayern und kommunale Aufgabenverantwortung, BayVBl. 2007, S. 1 (S. 3) ; BVerfGE 107, 59は、「生存配慮」に関する以下のような理解に基づく（93 f.）。すなわち、「国家自身が、その固有の行政庁を通じて、狭義の国家任務として引き受けなければならない公的任務であれば、任務を私的主体へ委譲することは排除される（BverfGE 38, 281 (299)）。」しかしながら、「それを超えて、基本法二〇条二項に基づく民主制原理からどの任務が国家に狭義の国家任務として留保され得るかということは導出されない。特に生存配慮の領域における任務又はその他の任務が、もっぱらその任務が公共の福祉のために重要な意義があるということから、強制的に直接に国家によって処理されなければならないということは、基本法二〇条二項から読み取られ得ない。」。

例えば、廃棄物経済やエネルギー供給といった重要な任務が、私法形式で引き受けられていることを想起せよ。

このほか、*W. Kahl*, §14 Wasser, in: M. Fehling/M. Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, 2010, S.733 (Rn. 41) ; *Ralf Gruneberg*, §50, in: K. Berendes/W. Frenz/H.J. Müggenborg (Hrsg.), Wasserhaushaltsgesetz, 2011, Rn. 48.

また、政府立法草案の理由においても「公の水道事業が、生存配慮の任務としての性質を有することは、公の水道事業が私的な任務の担い手を通じても履行され得るということを排除しない」と述べられている。BT-Drs. 16/12275, S. 66.

（71）　州市町村法等が、ある事業を市町村に割り当てたからといって、当該事業の実施が市町村の義務となるわけではない。当該事業の実施を義務づけるためには、別途法律によって義務付ける必要がある（BW州市町村法二条二項一文、BB州自治体憲法二条三項一文、HE州市町村法三条一項一文前段、MV州自治体憲法二条三項、NI州憲法五七条四項一文、NW州市町村法三条一項、RP州市町村法二条一項二文、SL州地方自治行政法五条三項一文前段、SN州市町村法二条二項一文、ST州憲法八七条三項一文、SH州市町村法二条二項（SH州憲法五四条四項）、TH州地方自治体法二条三項一文）。義務的自治事務については、大橋・前掲注（69）二六五頁以下も参照。

（72）　BB州水法五九条は、「公の水道事業は、市町村の自治任務の一つである。」と規定するに留まるが、公の水道事業を実施する義務的自治事務として解釈されている。参照、*T. Pencereci*, Das Brandenburgische Wassergesetz, LKV 1995, S. 418 (S. 421).

(73)　BW州水法四四条一項二文。BY州憲法八二条一項、BY州市町村法五七条二項一文（但し飲料用水のみ。飲料用水に関する定義につき、飲料用水規則三条一号）。BE市水法三七a条一項。BB州水法五九条。HE州水法三〇条一項二文。MV州水法四三条一項二文。NW州水法四七a条一文。RP州水法四八条一項一文（また、RP州は、RP州水法四八条一項二文において、市町村は公の水道事業について必要な設備（Einrichtung）及び施設（Anlage）を建設しなければならないとする）。SN州水法四三条一項一文（但し飲料用水のみ）。ST州水法七〇条一項（但し飲料用水のみ）。TH州水法六一条一項一文。

(74)　*A. Reutzel/J. Rullmann*, Hessisches Wassergesetz, 2012, S.254.

(75)　*E. Schmidt-Jortzig*, Gemeinde- und Kreisaufgaben, DÖV 1993, S. 973（S. 975）; *M. Fischer/K. Zwetkow*, Systematisierung der derzeitigen Privatisierungsmöglichkeiten auf dem deutschen Wassermarkt -Trennung von Netz und Betrieb als zusätzliche Option?, NVwZ 2003, S. 281（S. 283）.

(76)　後に見るように、BW州水法四四条一項二文、HE州水法三〇条二項、MV州四三条一項一文、TH州水法六一条二項、SN州四三条三項、ST州水法七〇条二項は、「水道事業任務の履行に当たり第三者を用いることができる」と定めており、いわゆる「機能的私化」などを法律上許容する。また、学説も「私化」は許容されると解している。*P. J. Tettinger/W. Erbguth/T. Mann*, Besonderes Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 2012, Rn. 199; *M. Fischer/K. Zwetkow*, a.a.O.（Anm. 75）, S. 283; *M. Kotulla*, a.a.O.（Anm. 49）, §50 Rn. 5.

(77)　Vgl. NW LT-Drs. 13/6222, S. 91（S. 98）.

(78)　ただし、BE市水法三七a条二文により、公の水道事業の義務は、ベルリン上下水道公社の義務である。

(79)　*J. Brehme*, a.a.O.（Anm. 56）, S. 360 f.; *A. Emmerich-Fritsche*, a.a.O.（Anm. 70）, S. 4; *Gemeinsame Bekanntmachung der Bayerischen Staatsministerien des Innern*, der Finanzen und für Landesentwicklung und Umweltfragen vom 20. März 200, Hinweise zu besonderen Formen der Zusammenarbeitmit Privaten beider Erfüllung kommunaler Aufgaben, AllMBl 2001 S. 148（S. 157 f. sub Ziff. 8.1 und 8.2）; *M. Burgi*, Die Dienstleistungskonzession ersten Grades, 2004, S. 42 ff., S. 49; *M. Dierkes*, Die Abwasserkonzession, ZfW 43（2004）, S. 201（S. 212）.

(80)　*A. Emmerich-Fritsche*, a.a.O.（Anm. 70）, S. 4.

(81)　BW州水法四四条一項二文は、公の水道事業の組織形式を自由に選択できるとしか定めていないが、第三者に委託することは可能である。BW Lt-Drs. 15/3760, S. 141.

(82)　なお、RP州は、二〇一五年改正前までは確保義務（旧州水法四六条一項「郡に属さない都市、連合に属さない市町村及び市町村連合は、自治行政の義務的任務として、火災防護のための消火用水の維持（Vorhaltung）を含む公の水道事業を、自身の領域内において確保しなければならず……」）であったが、現在では供給義務に変更しているように読める。

(83)　例えば、*P. J. Tettinger/W. Erbguth/T. Mann*, a.a.O.（Anm. 76）, Rn. 238.; *M. Burgi*, Kommunalrecht, 5 Aufl., 2015, §16 Rn. 1.

なお公の施設という性質は、水道事業のための市町村の施設がどのような法形式で運営されているか、公の水道事業が経済的活動とみなされるか否かに依存しない。Vgl. *E. Schmidt-Aßmann /H. C. Röhl*, Kommunalrecht, in: E. Schmidt-Aßmann /F. Schoch（Hrsg.）, Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2008, 1. Kap Rn. 106.

(84)　HE州市町村法一九条一項、NI州自治体憲法四条二文、ST州自治体憲法四条二文（旧ST州市町村法二条一項二文）。

(85)　BW州市町村法一〇条二項一文、BY州市町村法五七条二項一文（設立及び維持が義務付けられる）、HB市憲法二二条一項一文（維持が義務付けられる）、NW州市町村法八条一項、SN州市町村法二条一項、SH州市町村法一七条一項、TH州地方自治体法一条四項一文。

(86)　BB州自治体憲法二条一項、SL州地方自治行政法五条一項。

(87)　MV州自治体憲法二条一項。

(88)　これらすべての義務に公の施設の運営をも含むとするものとして、*J. Brehme*, a.a.O.（Anm. 56）, S. 155.

(89)　BW州市町村法一一条一項、BY州市町村法二四条一項二号、BB州自治体憲法一二条二項、HB市憲法一二条一項二文（ここでは地区法（Ortsgesetz）によって定められる）、HE州市町村法一九条二項一文、MV州自治体憲法一五条一項、NI州自治体憲法一三条、NW州市町村法九条、RP州市町村法二六条一項、SL州地方自治行政法二二条一項、SN州市町村法一四条一項、ST州自治体憲法一一条一項、SH州市町村法一七条二項、TH州地方自治体法二〇条二項一文二号。これらの州では明示的に水道管への接続・利用強制が挙げられている（SN州・SH州・TH州では水道事業と、ST州では公の水道事業となっている）。

(90)　HessVGH, RdE 1993, S. 143（S. 145）.

(91)　さらに、市民にとって公の水道事業が特別な意義を有するため、随意的自治事務であっても政治的裁量が、事実上ゼロになると説く者として、*E. Schmidt-Jortzig*, a.a.O.（Anm.75）, S. 975f.; *M. Fischer/K. Zwetkow*, a.a.O.（Anm. 61）, S. 143 f.

(92)　一般論として、*A. Gern*, Deutsches Kommunalrecht, 3. Aufl. 2003, Rn. 534; *P. J. Tettinger/W. Erbguth/T. Mann*, a.a.O.（Anm. 76）, Rn. 242. これに対し、*J. Brehme*, a.a.O.（Anm. 56）, S. 156, S. 339 ff. はこれらの法律ではなく、基本権から請求権を付与しようと試みる。

(93)　市町村法の「経済条項」につき、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（四一二頁以下）。更に参照、*M. Burgi*, a.a.O.（Anm.83）, §17 Rn. 41 ff.

(94)　なお(3)の要件は「補完性条項」と言われる場合もある。参照、HE LT-Drs. 16/2463, S. 59. 人見・前掲注（93）四一二頁。しかしながら、「補完性」原理を、個人の自助を援助するための、種々の社会単位相互の権限分配であると解するならば、「経済性」のみに着目する(3)要件を「補完性条項」と解釈するのは誤りであろう。そこで以下では(3)要件を「狭義の経済条項」と呼ぶ。「補完性原理」に関しては、参照、服部高宏「『補完性原理』についての覚書き」平野仁彦・亀本洋・川濱昇編『現代法の変容』（有斐閣、二〇一三年）二四一頁（特に二五一頁以下）。

(95)　例えば、SH州市町村法一〇一条。SL州地方自治行政

法一〇八条。

(96)　BW州（BW州市町村法一〇一条四項一文、BW州水法四四条一項一文）。HE州（HE州市町村法一一一条二項一文一号、HE州水法三〇条一項）。SN州（SN州市町村法九四a条三項一号、SN州水法四三条一項一文）。

BB州は、旧BB州市町村法（4. Juni 2003（GVBl.I/03 S.172））一〇一条二項一号及びBB州水法五九条では、市町村法の「経済条項」は適用除外であった。しかし、現行BB州自治体憲法九一条では適用除外規定が削除されている（ここでは、公の水道事業はもとより、廃棄物処理や下水処理等の義務的任務も経済的活動に含まれている）。

MV州は、旧MV州自治体憲法六八条二項一文一号及び州水法四三条一項一文では、市町村法の「経済条項」は適用除外であった。その後二〇一一年の法改正に伴い、MV州自治体憲法六八条一項二文、三項では、運営を義務付けられている施設についても経済企業とみなされ、適用除外ではなくなった。

(97)　BY州（BY州市町村法六一条二項二文、八七条一項一文四号。同法六一条二項二文の「私化」検討義務に関する解説として、*A. Emmerich-Fritsche*, a.a.O.（Anm. 70）, S. 2.）。NI州（NI州自治体憲法一三六条一項三文。なお、州政府草案（NI LT-Drs. 16/2510）では、公の水道事業に関して補完性条項の適用除外はなされていなかったが、内務省・スポーツ省による決定勧告（NI LT-Drs. 16/3110）の際に公の水道事業に関して補完性条項の適用除外がなされている）。NW州（NW州市町村法一〇七条一項一文三号）。RP州（RP州市町村法八五条一項一文三号）。ST州（ST州自治体憲法一二八条二項一文。更に、旧ST州市町村法一一六条二項一文）。TH州（TH州地方自治体法七一条二項四号）。

(98)　BW州（BW州市町村法一〇二条一項）。BY州（BY州市町村法八七条一項一文）。NI州（NI州自治体法一三六条一項二文）。RP州（RP州市町村法八五条一項）。SL州（SL州地方自治行政法一〇八条一項）。SN州（SN州市町村法九四a条一項一文）。SH州（SH州市町村法一〇一条一項）。TH州（TH州地方自治体法七一条二項）。

なおSL州、SN州では設立時又は重要な拡大時の他に、企業の引継時及び企業への参加時も問題となる。BW州、BY州、NI州、RP州、SH州、TH州では、設立時又は重要な拡大時の他に、企業の引継ぎ時も問題となる。

(99)　BB州（BB州自治体法九一条二項及び九一条一項）。HE州（HE州市町村法一一一条一項一文）。MV州（MV州自治体憲法六八条一項一文）。NW州（NW州市町村法一〇七条一項）。ST州（ST州自治体憲法一二八条一項一文（旧ST州市町村法一一六条一項一文））。

(100)　BW州市町村法一〇一条一項一号、BB州自治体憲法九一条二項一文、HE州市町村法一一一条一項一文一号、MV州自治体憲法六八条一項一文一号、NI州自治体憲法一三六条一項二文一号、RP州市町村法八五条一項一文一号、SL州地方自治行政法一〇八条一項一号、SN州市町村法九四a条一項一文一号、ST州自治体憲法一二八条一項一文一号、SH州市町村法一〇一条一項一号、TH州地方自治体法七一条二項一号。

(101)　BY州市町村法八七条一項一文一号、NW州市町村法一〇七条一項一文一号。

(102)　*M. Burgi*, a.a.O.（Anm. 83）, §17 Rn. 43.

(103)　*J. Brehme*, a.a.O.（Anm. 56）, S. 370.

(104)　BW州市町村法一〇一条一項二号、BY州市町村法八七条一項一文二号、BB州自治体憲法九一条二項二号、HE州市町村法一一一条一項一文二号、MV州自治体憲法六八条二項一文二号、NI州自治体憲法一三六条一項二文二号、NW州市町村法一〇七条一項一文二号、RP州市町村法八五条一項一文二号、SL州地方自治行政法一〇八条一項二号、SN州市町村法九四a条一項一文二号、ST州自治体憲法一二八条一項一文二号、SH州市町村法一〇一条一項二号、TH州地方自治体法七一条二項二号。

(105)　*M. Burgi*, a.a.O.（Anm. 83）, §17 Rn. 45.

(106)　*J. Brehme*, a.a.O.（Anm. 56）, S. 372.

(107)　BW州市町村法一〇一条一項三号、BY州市町村法八七条一項一文四号、HE州市町村法一一一条一項一文三号、MV州自治体憲法六八条二項一文三号、NI州自治体憲法一三六条一項二文三号、RP州市町村法八五条一項一文三号、SL州地方自治行政法一〇八条一項三号、TH州地方自治体法七一条二項四号。

この条項が導入された理由につき、例えば、HE LT-Drs. 16/2463, S. 59.

(108)　BB州自治体憲法九一条三項一文、NW州市町村法一〇七条一項一文三号、SN州市町村法九四a条一項一文三号、ST州自治体憲法一二八条一項一文三号、SH州市町村法一〇一条一項一文三号、TH州地方自治体法七一条二項一号。

(109)　なお、前者を真正補完性条項、後者を不真正補完性条項ということもある（VG Gießen, NVwZ-RR 2005, S. 201（S. 201 f.）. ただし、前掲注（94）で述べたとおり、「補完性条項」と呼ぶのは誤りであろう。

(110)　BY州市町村法六一条二項二文の「私化」検討義務に関する解説ではあるが、*A. Emmerich-Fritsche*, a.a.O.（Anm. 70）, S. 2 f.

(111)　*M. Burgi*, a.a.O.（Anm. 83）, §17 Rn. 46. なお、ここで挙げている諸要素を総合考慮することから、市町村による水道事業の設立・運営が許されるか否かは、一見したところでは不確かであり、個別に検討されなければならない。そしてこれらの諸要素を総合考慮すると、「営業の経済条項」との関連では、およそ市町村が経済企業を設立・運営することは正当化されるであろう。Vgl. *A. Emmerich-Fritsche*, a.a.O.（Anm. 70）, S. 2f.

(112)　BW州市町村法一〇一条一項三号について、VGH BW, NVwZ-RR 2006,S. 714（S. 715）. HE州市町村法一一一条一項一文三号について、HE LT-Drs. 16/2463 S. 59. 他方、第三者保護機能を否定したものとして、旧BB州市町村法（4. Juni 2003（GVBl.I/03 S.172））一〇〇条三項一文についてのVG Potsdam, Beschl. v. 29.07.2004, Az.: 12 L 631/04などがある。

（つづく）