

ドイツ水道法制における民間委託の統制(四・完) : 行政契約の活用留意した分析

鈴木, 崇弘
京都大学大学院

<https://hdl.handle.net/2324/7238336>

出版情報 : 自治研究. 93 (6), pp.109-122, 2017-06-10. 第一法規
バージョン :
権利関係 :



ドイツ水道法制における民間委託の統制（四・完） ——行政契約の活用に着目した分析

京都大学大学院 鈴木 崇 弘

- 一 はじめに（93巻2号）
- 二 水道事業の主体としての市町村の責任（93巻4号）
- 三 民間活用についての法律上の限界（93巻5号）
- 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（以上、本号）

四 私的主体の監督——行政契約の活用

一 本章の目的

前章で確認したように、ドイツにおいて公の水道事業における私的主体の活用は、委託の形で行われるのが通常のようであり、また特にヘッセン州を除く義務的自治事務（「供給義務」）の州では、私的主体に公の水道事業を自己を委託するということを法制度上予定していない。このため、公の水道事業における私的主体の活用では、市場の創造及び規制

（「規整法（Regulierungsrecht）」ではなく、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。⁽¹⁷⁶⁾

この公の水道事業における委託に際しての選定と監督という問題につき、前者は、公共調達法及び一部の州水法によって規制がなされている。他方で後者に関する法規定は、ラインラント＝プファルツ州水法における私的主体による事業遂行が失敗した場合についての規定を除けば、存在していない。⁽¹⁷⁷⁾そこで本章では、不足している監督権能を補うための根拠（二）、監督の内容にはどのようなものが含まれているか、また市町村に課された義務（「責任」）や事業の性質との関係で監督にどのようなものを含めなければならないか（三）、五）ということについてドイツにおける学説を参照しつつ検討する。後者の論点は、とりわけ市町村に監督権能を付与す

る行政契約をどのように法的統制するかという問題とも関わっており、日本の水道事業における委託契約あるいは行政契約の内容統制を考える一助となろう。

なお、（たとえ監督できることに限りがあるとしても）選定された私的主体を監督しすぎると、私的主体による創意工夫の余地がほとんどなくなる。委託の目的が、私的主体の資金の活用、供給価格の引下げにとどまらず、私的主体による創意工夫の活用にあるならば、私的主体の規制と委託（私化）にはそれゆえ一定の緊張関係がある。

二 監督権能の根拠

市町村は、水道事業に関して、危険防衛を目的とする水道局の介入権限を除き、受託者に対する高権的監督権限を有さない。⁽¹⁸²⁾

そこで通常、市町村は、選定された私的主体と締結する契約（行政契約。契約の性質については見解が分かれる⁽¹⁸³⁾）の中で、市町村が自身の法律上の義務を履行するための監督権能を定め、それを活用して監督する、ということが考えられる。

また、選定された私的主体が、委託の公示の際に提示された諸条件を満たさず、不完全給付（債務不履行）をした場合には、それを理由として種々の手段を執ることも考えられる（例えば、民法典三三九条以下の違約罰、三二三条の契約の調整、

重大な給付障害に際しての契約の解約告知などが挙げられる⁽¹⁸⁴⁾）。

そこで以下では、日本法との比較に当たり有益と思われる規制手段のうち、(1)「十分な影響力の行使」、(2)「取戻しオプション（Rückholophonien）」、(3)「供給価格の規制」という重要な要素について検討を行う。

なお、市町村に法律上義務が課されている場合（例えば供給義務や確保義務）に、それらの義務を履行するための（次に見る十分な影響力の行使などの）十分な措置が契約上確保されていない場合は、ドイツ民法典一三四条に基づき契約は無効になるとする説がある⁽¹⁸⁵⁾。

三 監督の内容1——十分な影響力の行使

市町村は、とりわけ「供給義務」が課されている場合に公の水道事業の一部又は全部を委託しようとする場合には、私的主体に対して「十分な影響力」を行使できなければならない⁽¹⁸⁶⁾。それらの要素として、先にも見たとおり、(1)公の水道事業の全部又は一部を委託される私的主体による委託事項についての重要な決定及びその実施に対する市町村の指揮権、(2)委託した事業について、私的主体に対する包括的に事業報告をする法的義務の賦課、である。

このほかにも、(3)私的主体の活動の評価を可能にするための監督権・指揮権が市町村に留保されなければならないと考

えられている。具体的には、契約によって私的主体に、記録義務（Dokumentationspflichten）を課すこと、文書閲覧権（Akteneinsichtsrechte）や施設への立入り権（Betreuungsrechte）を市町村に与えることなどが挙げられている⁽¹⁸⁷⁾。

四 監督の内容2——取戻しオプション

（一）問題状況

「取戻しオプション」は、「任務」「施設・設備」「人員」について問題となるものであり、次のような状況を想定している。

例えば受託者が給付を放棄した場合、劣悪な給付を続けた場合⁽¹⁸⁸⁾、更には受託者が倒産したために給付を続けることができなくなった場合であっても、市町村に法律上「供給義務」や「確保義務」が課されているときは、市町村自身が公の水道事業を維持し続けなければならない。そこでこのような場合には、(1)一時的に市町村が代理実行し、その間に企業を立て直す（暫定的措置）、(2)任務を即座に取り戻し、市町村自身が公の水道事業を運営する（再公営化・再国営化）、(3)別の企業に改めて委託し直す、などによって義務を履行することになる⁽¹⁸⁹⁾。具体例としては、「確保義務」を課すノルトライン＝ヴェストファーレン州の場合、同州水法三八条一項二文前段（秩序適合的な水道事業が市町村の領域内で保証される場合に、

市町村は水道事業任務を第三者へ……委託することができる⁽¹⁹⁰⁾）からすると、委託後に、秩序適合的な水道事業が市町村の領域内で保証されなくなった場合は、当該私的主体への委託を取りやめる必要があり、その際に(1)～(3)のオプションを使うことになる。また、公の水道事業が随意的自治事務であっても、必要であるならば委託を取りやめ再度市町村自身が公の水道事業を行うことは考えられるところであり、この場合にも(1)～(3)のオプションを使うことになる⁽¹⁹¹⁾（なお委託のように市町村に「履行責任（Erfüllungsverantwortung）」が存在する場合には、当該責任を果たすために取戻しオプションが必要である⁽¹⁹²⁾と考える学説がある⁽¹⁹³⁾）。

この取戻しオプションは学説上だけでなく、実務上も重要視されている。法的性質、実効性確保、対象などについて分説すると、以下のとおりである。

（二）「取戻しオプション」の法的性質

第一に、「取戻しオプション」の法的性質であるが、通常、公の水道事業の一部又は全部の委託は、権限受任（Beleihung）などの行政行為の形式で行われることは予定されておらず、契約によって行われる⁽¹⁹⁴⁾。そこから、「取戻しオプション」は、連邦行政手続法四八条以下の行政行為の取消し・撤回ではなく、行政契約の中で定められる内容である⁽¹⁹⁵⁾。

なお、「取戻しオプション」を行使するか否かは、諸事情を比較衡量して決定するのであり、その衡量の際には比例原則が顧慮されなければならない⁽¹⁹⁶⁾。

(三) 「取戻しオプション」の実効性確保

第二に、「取戻しオプション」の実効性確保であるが、市町村による取戻しを有効に機能させるに当たり、市町村は、(別の第三者へ委託するまでの間)一時的に公の水道事業を引き受け、継続できなければならない⁽¹⁹⁷⁾。つまり、委託の結果、市町村に必要な施設・設備や知識・人員が欠け、その結果、公の水道事業という任務だけを取り戻したところで継続できないのであれば、取戻しは實際上、空虚なものとなる。

ここで特に注意を要するのが、委託をする以上、必然的に市町村は取戻しの実現に必要な施設・設備や知識・人員を保有していない可能性が高いことである。すなわち、委託の狙いの一つがコスト削減である以上、取戻しの実現に必要な施設・設備や知識・人員を市町村が保有しておくことは、委託の狙いと衝突する。そこで、取戻しオプションは任務の取戻しだけでなく、施設や人員の取戻しも含めて考えられる必要がある。ただし、「取戻しオプション」を保持し続けるということは、委託(「私化」)の主要な関心であるコストの効率化と明らかに衝突することになることに注意を要す

る(そして、このディレンマを適切に解決する手段はおよそ存在しないように思われる⁽¹⁹⁸⁾)。

(四) 「取戻しオプション」の対象1——施設・設備の所有権

第三に、「取戻しオプション」の対象として、施設・設備の所有権の問題がある。通常、給水網や浄水施設などのインフラストラクチュアは、地域と結びついており、また、二重に構築される可能性は非常に限定されている⁽¹⁹⁹⁾。つまり、別のインフラストラクチュアを新たに作製し、それによって従前のインフラストラクチュアに恒常的に代替することはできない⁽²⁰⁰⁾。そのため、市町村は公の水道事業に必要なインフラストラクチュアを素早く取戻すことができればならない。

市町村がインフラストラクチュアの所有権を有している場合には、受託者に対してインフラストラクチュアの返還請求権(民法九八五条)を行使すれば事足りる⁽²⁰¹⁾。これに対し、市町村がインフラストラクチュアの所有権を有していない場合は⁽²⁰²⁾、契約の中で、占有権の移転(Besitzübernahme)及び場合によっては物権的取戻措置(Rückabwicklung)が規律されていない⁽²⁰³⁾なければならない。

ここで興味深いのが、州水法としてはめざらしく施設・設備に対する取戻しオプションを法律上定めているラインラン

ト・プファルツ州水法四九条三項である。これによれば、供給義務を課されている市町村などは、その他の協定にかかわらずなく、私的第三者による公の水道事業の確保がもはや保証(gewährleisten)されていない場合、私的第三者が自身に義務付けられた義務に大きく違反する場合及び公共の福祉の諸理由から要請される場合には、(1)水道事業の遂行の取戻の委譲を要求する権利、(2)私的第三者によって取得された施設の再取得を要求する権利、(3)私的第三者によって建設された施設・設備の取得を要求する権利を有する。さらに同州水法四九条二項一文は、水道事業任務の遂行を委譲された私的第三者が、(1)遂行を別の第三者に再委譲すること、(2)水道事業のために取得・建設された施設・設備を売却すること(用益権の売却も含む)を、原則として禁じる。ただし、供給義務者である市町村などへの取戻の売却の場合(同州水法四九条二項一文一号)や、供給義務者である市町村などによる売却の同意がある場合(同州水法四九条二項一文二号)⁽²⁰⁴⁾は、例外的に容認される。この同州水法四九条二項一文一号は、実際に同州水法四九条三項に基づき取戻し措置がなされるときに、私的第三者が必要な施設・設備を有していないという事態を予防するものであり、水道事業の永続的確保及び市町村の取戻権に資するものと解されている⁽²⁰⁵⁾。この同州水法四九条二項一文

(及びドイツ民法典一三四条)によって、私的第三者と別の私人との間で締結される施設・設備の売買契約は無効となる⁽²⁰⁶⁾(再委譲の禁止を行政契約の中で定めるのではなく、州水法の中で定めているのはこれを狙ったことと考えられる)。また同州水法四九条二項一文二号は、委託された私的第三者が失敗した場合に、一度市町村が取り戻した上で別の新私的第三者へ委託するという二つの法律行為を、市町村の同意の下で旧私的第三者から新私的第三者へ直接委託することによって法律行為を一つに減らしつつ、市町村の同意を要件としていることから一定の規律も確保するという実務上の要請に応えるために追加されている⁽²⁰⁷⁾。

(五) 「取戻しオプション」の対象2——人員

第四に、「取戻しオプション」の対象として、人員の問題がある。

先にも見たとおり、委託後の市町村は、受託者に対して規制を行うための人員を確保するに留まる。そのため、受託者が失敗した場合に、再度市町村自身が水道事業を運営しようとしても、そのための職員がいけないという事態に陥る。

これに対応するための人員に対する取戻しオプションとして、以下の二点が提言されている。第一に、必要とあれば一時的に、任務を失敗した企業の人員を市町村が引き取り、市

町村の指揮下に置くということが提言されている（市町村への人的取戻しとは異なるが）。第二に、適切な提供者の存在を前提とするが、暫定的に別の企業へ委託する（暫定委託 *Interimsbeauftragung*）⁽²⁰⁸⁾ということが提言されている。

五 監督の内容3——供給価格の規制

このほか、私的主体に公の水道事業が委託される場合であっても、私的主体が自己の名前かつ計算のもとで運営している場合に、私的主体が利益獲得を目指し、供給価格を暴騰させる可能性がある。また人件費の高騰、浄水場で用いる薬品価格の高騰などの種々の事情変更によって供給価格を上昇させなければならないことも考えられる。これらに対して市町村は、供給価格が適切な範囲に収まるように、価格規制ができなければならない（このような場面では、公の水道事業が独占構造であるが故に市場競争が起こらず価格の下落は見込めないため、価格規制が必要となる）⁽²¹⁰⁾。

価格規制の手法としては、行政契約の中で飲料用水の価格や、価格調整に関する個別具体的な規律枠組みを設定することが考えられる。⁽²¹¹⁾

五 おわりに——残された課題

本稿では、ドイツの水道（委託）法制やそれに関する学説

を検討し、一定の成果が得られたと考える。すなわち以下の三つの事柄が明らかになった。

第一に、公の水道事業に対して市町村がどのような義務を持つかについては州毎に異なる規律がなされている。公の水道事業が随意的自治事務となる場合は、市町村に公の水道事業を実施するか否かについて、またどのように公の水道事業を実施するかについての裁量が付与されている。また義務的自治事務（供給義務）の場合であってもどのように公の水道事業を実施するかについては市町村に裁量が付与されている。

この公の水道事業に対する各州法上の位置づけ（地方自治のあり方）は興味深い。東ドイツに由来する新五州（ブランデンブルク州、メクレンブルク・フォアポンメルン州、ザクセン州、ザクセン・アンハルト州、テューリンゲン州）では、公の水道事業は義務的自治事務（供給義務）となっている。他方西ドイツに由来する州では、公の水道事業の位置づけは多様である。まず、北ドイツ（ブレーメン市、ンブルク市、シユレスヴィヒ・ホルシュタイン州、ニーダーザクセン州）とザールラント州では随意的自治事務となっている。次にバイエルン州、ベルリン市、ノルトライン・ヴェストファーレン州、ラインラント・プファルツ州では義務的自治事務（確保義

務）となっている。そして、バーデン・ヴュルテンベルク州、ヘッセン州では義務的自治事務（供給義務）となっている。この分布からすると、各州における事項面からみた地方自治は、東西や南北を基準とした単純なモデル化を許されないほど多様であることが分かる。⁽²¹²⁾

第二に、公の水道事業においては委託（ただし、この委託の内容には大きな幅があり、いわゆるコンセプション方式まで含まれる可能性があるということには注意を要する）が法律上は主流であり、私的主体に完全に委譲することはまれである。この委託は、（特に私的主体の選定後の監督に関して）おおよそ法的規律が欠けており行政契約が非常に重要な役割を果たしている。とりわけ公の水道事業が随意的自治事務の場合には、市町村は自由に行政契約が締結できることに注意を要する（これに対して義務的自治事務（供給義務）の場合は、次の「十分な影響力の行使」を行政契約に含めなければならない）。

第三に、行政契約の内容としては、（とくに市町村に「供給義務」が課されている場合には）私的主体への十分な影響力の行使、私的主体が失敗した場合の実効的な取戻し、末端給水価格の規制が重要である。まず、とりわけ市町村に「供給義務」が課されている場合には、「十分な影響力の行使」を市町村ができなくてはならない。次に、とりわけ公の水道事業

が義務的自治事務の場合には、私的主体が事業遂行を失敗した場合に備えて「取戻しオプション」を行政契約の中で市町村に付与する必要がある。この「取戻しオプション」は、任務の理論的取戻し、実際に任務を実施するために必要な施設・設備、人員の取戻しが主たる要素である（この「取戻しオプション」と「委託」とには緊張関係があることに留意する必要がある）。このほか私的主体が自己の名前かつ計算のもとで運営している場合に、私的主体による利益追求に歯止めをかけるために「供給価格の規制」を行政契約の中で定めておく必要がある。

他方で、今後の課題として、多くのものが残されていることはいままでもない。最後に、これらのうち、筆者が今後の研究のテーマとする以下の四点の課題について触れておきたい。

第一に、本稿の成果を基にして日本の水道事業における委託に対する一定の提言を行うことである。その際には、法律・条例上、委託や委託後の市町村の監督をどのように規律しているかを確認した上で、本稿で得られた知見を元に、日本の委託法制に不足している事項を明らかにする必要がある⁽²¹³⁾。その際、そもそも水道事業の委託において取戻しオプションが必要なのか、言い換えれば水道事業に対して市町村は

どこまでの義務を負っているのかといったことについても、水道法(更には憲法)の法解釈を通じて検討する必要があるう。

第二に、ドイツにおける行政契約の更なる(実証的)研究である。すなわち、本稿では水道委託に関する学説に言及する中で、委託に際しての行政契約において組み込まれるべき契約内容を一定程度明らかにした。しかし委託の規律として盛り込むべき内容に関しては、なお検討する必要がある。例えば、二〇一八年から水道事業を再公営化することを決定したロストック市では行政契約の内容として、(1)公側の公法上の責任を履行するために必要な限りでの指揮権、(2)あらゆる価格適応(Preispassung)、徴収手続の変更などにおける同意権の留保、(3)水道事業・下水道事業の全業務における情報を受ける権利(Informationsrecht)、業務経過に関する私人側の年次報告、年度末決算の提出、(4)人事、運営技術の重要な問題、一〇万ユーロ以上の第三者への業務発注に関する聴聞権、(5)監督行政庁に対する私人の行動や説明についての同意権が組み込まれていた。また、このような権限を留保したとしても、実際にこれらの権限が行使されなければ意味がなく、市町村の側が、私人側と同等の専門知識を有し続けるからこそ、公私協働は成立すると考えられており、おおよそ本

稿の議論状況と一致する。このような契約の締結によって水道事業(及び下水道事業)が私的主体によって保証されいると考えられている一方で、市町村が価格形成へ影響力を行使する可能性が極めて限定されている、末端消費者への供給価格が上昇している、私的主体側のコストが大幅に上昇している(さらに私的主体側のコストの計算方法が不透明である)、水道事業の収益が私的主体に多く配分されている、パートナーである私的主体が買収されることに対してコントロール権がない、といった問題点が指摘されている。このような具体的事案を素材として、委託行政一般において活用される行政契約、特に契約内容の規制について実証的な研究を行うことは重要であろう。その際には、委託を実施していると考えられる下水道事業や廃棄物処理事業における法理論及び具体例をも検討する必要がある。

第三に、行政法総論との関係では、本稿の議論を踏まえて、行政契約の内容統制に一定の示唆を与えることである。従来の日本の行政契約論は、行政契約の具体例や行政行為との比較といったいわば行為形式レベルの議論に終始し、契約の内容規制に関する理論構築はなされない傾向にあった。しかし、本稿で確認したドイツでの議論からすると、契約の内容統制に関する理論構築を行う必要性は高いように思われ

る。その際、本稿で紹介をしたドイツの行政契約が、市町村と私人が対等当事者である行政契約(協働契約)であって、従来紹介されてきた従属法契約ではないこと、従属法契約の一つである行政行為代替契約が行政庁に付与された行政裁量の範囲内でのみ契約ができるのは対称的に、協働契約に対する法的規制が(現在のところ)ほとんど存在せず契約の自由度が高いこと、その自由度の高さゆえに協働契約では内容統制がとりわけ問題になることを意識しておく必要があるう。

第四に、従来国や地方公共団体自身が担ってきた作用(特に給付行政)において、当該作用の私人への委託、当該作用からの国家の撤退、当該作用を再度国家側に移転する(再公営化・再国営化)といった現象、さらには地方自治のあり方について法的に検討する必要がある。以上の課題についての研究は今後の課題としたい。

でも、コンセンションが定められるに留まる)。

(176) これについては更に参照、前掲第一章第二節第三款。

(177) SN州は水道事業の委譲との関係で、SN州旧水法五七条三項(及び準用される旧州水法四三条四項)に基づき定められる法規命令の中で、監督権能を定めていた。同様にST州も、ST州旧水法七一条に基づき定められる法規命令の中で、監督権能を定めていた。ただし、いずれも二〇一三年改正で当該規定が削除されたことは先に見たとおりである。

(178) 参照 J. Brehme, Privatisierung und Regulierung der öffentlichen Wasserversorgung, 2010, S. 8415 f.; W. Kahl, §14 Wasser, in: M. Fehling/M. Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, 2010, S. 733 (733 ff.).

(179) 例えば、民間資金等活用事業推進会議「PPP/PFI推進アクションプラン(概要)」(平成二八年)二頁では、「PPP (Public Private Partnership)」とは、「公共施設等の建設、維持管理、運営等を行政と民間が連携して行うことにより、民間の創意工夫等を活用し、財政資金の効率的使用や行政の効率化等を図るもの。」と定義されており、民間の創意工夫も公私協働の一要素である。

(180) 委託発注段階での規制に関するものであるが、J. Masing, Reguliervverantwortung und Erfüllungungsverantwortung, VerwArch 95 (2004), S. 151 (S. 164)。

(181) 例えば、感染症予防法(Infektionsschutzgesetz)三七条三項にもつき、衛生局は、感染症対策を行うために、水道施設等に対して監視(Überwachung)権限を有する。

(182) W. Kahl, a.a.O. (Anm.178), Rn. 83; Hess VGH, RdE 1993, S. 143 (S. 145)。

(174) 参照、第三章第二節第四款。とりわけ参照、SN州、ST州の法制制度の変遷。

(175) なおドイツでは、州水法などによって公の水道事業の「私化」は認められているものの、それをどのようにするかについてはほとんど規定がない(ST州水法七〇条二項でいわゆるコンセンションが定められているに留まる。公共調達法

例えば市町村は、水道事業が十分な水圧で行われることを確保するための介入権限を、危険防御に関連しない限りで有しない。

- (183) 私法契約と解するものとして、*W. Kahl*, a.a.O. (Ann.178), Rn. 84; S.T.州七〇条二項の私的主体を用いる場合に締結される契約は、私法契約と解されている。Vgl. ST LT-DrS. 6/1423, S. 86.

これに対し、対象となる任務が行政任務であるが故に、公法的性質を帯びることから(重点理論: ByerwGE 92, S. 56 (S. 59))、公法契約と解するものとして、*B. Wollenschläger*, *Effektive staatliche Rückhofoptionen bei gesellschaftlicher Schlechterfüllung*, 2006, S. 136; *J. Brehme*, a.a.O. (Ann.178), S. 451.

また旧S.T.州水法七一条一項一文は明示的に公法契約による義務委譲を行っていた(参照: 第三章第三節第四款)。このほかH.E.州は、任務の委託・委譲に当たり私的主体と市町村との間で締結可能な協定を、公法協定とする(H.E.州水法三〇条二項一文)。

- (185) *B. Wollenschläger*, a.a.O. (Ann.183), S. 203 ff.; *J. Brehme*, a.a.O. (Ann.178), S. 202, S. 452 ff.; *W. Kahl*, a.a.O. (Ann.178), Rn. 86.

ただし質・量共に十分な公の水道事業を持続的に実施するに当たり、民事手続は、時間がかかり、迅速な対応ができなごうな指摘がある。Vgl. *W. Kahl*, a.a.O. (Ann.178), Rn. 87.

(187) *J. Brehme*, a.a.O. (Ann.178), S. 451 (この説では、公法契約と解しており、さらに(連邦)行政手続法五九条一項一文をも援用する。この説は基本法上基礎付けられた市町村の

「責任」(保証責任、捕捉責任)と結びつけてこのような理論展開をしている。なお州水法等による市町村の具体的な義務からも基礎づけられるように思われる)。さらに参照: *B. Wollenschläger*, a.a.O. (Ann.183), S. 138 mit Fn. 741.

この問題については、連邦内務省による連邦行政手続法案五九条二a項が、国家の「保証責任」や「捕捉責任」を前提とした上で、公法契約の中で十分な影響力を行使する機会が確保されない場合には無効であると明示的に定めており興味深い。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(三)」自治研究八一巻一二号(二〇〇五年)一一頁(一一二頁以下)。

- (186) Vgl. *J. Brehme*, a.a.O. (Ann.178), S. 202, S. 447; さらに参照: *A. Voßkuhle*, *Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung*, VVD-StRL 62 (2003), S. 266 (S. 291 ff.).

委託の場合に、市町村に「履行責任」と「保証責任」のいずれがあると考ええるかは「責任」概念を用いるなら理論的には問題になり得るだろう。前者と考えるものとして、*J. Brehme*, a.a.O. (Ann.178), S. 202, S. 447. さらに参照: 岸本・前掲注(185)一一七頁

- (187) 参照: 第三章第三節第四款^(a)。

- (188) *J. Brehme*, a.a.O. (Ann.178), S. 202, S. 454.

- (189) 私的主体が劣悪な給付を続けた場合に、市町村に契約の解約告知権が付与されると考えるものとして、*W. Kahl*, a.a.O. (Ann.178), Rn. 86, 88.

- (190) 取戻しオプションは、単純な給付障害に対する規制手段ではなく、私的主体による給付提供に対する根本決定(Grund-

entscheidung) の上で行われる最終手段(Ultima Ratio)として理解される。B. Wollenschläger, a.a.O. (Ann.183), S. 144; *W. Kahl*, a.a.O. (Ann.178), Rn. 88.

- (191) 「保証行政法」の文脈で水道事業の委託・委譲を論じる者は、市町村が水道事業に対して「保証責任」や「捕捉責任」を有することから、市町村は取戻しオプションを保持しななければならないと考える。J. Brehme, a.a.O. (Ann.178), S. 448 f. B. Wollenschläger, a.a.O. (Ann.183), S. 32 ff.; *W. Kahl*, a.a.O. (Ann.178), Rn. 90 ff.

- (192) *W. Kahl*, a.a.O. (Ann.178), Rn. 88; *A. Voßkuhle*, a.a.O. (Ann.186), S. 326.

- (193) 例えばH.E.州水法三〇条三項は、任務や遂行の委譲は取戻しオプション(撤回権)を条件としている。参照: 第三章第二節第四款^(c)。

- (194) 例えば、H.E.州水法三〇条三項は、義務委譲の方法として明示的に協定を指定している。これに対し、循環経済・廃棄物法旧一六条二項及び水管理法旧一八一条二a項に基づく義務委譲の場合には、私人に高権的介入権限を付与するために、権限受任で行われていたとみられる。*W. Kahl*, a.a.O. (Ann.178), Rn. 90; *M. Kotulla*, *Wasserhaushaltsgesetz*, 2003, §18a, Rn. 49.

- (195) *B. Wollenschläger*, a.a.O. (Ann.183), S. 149; *W. Kahl*, a.a.O. (Ann.178), Rn. 90.

- (196) *B. Wollenschläger*, a.a.O. (Ann.183), S. 145; *W. Kahl*, a.a.O. (Ann.178), Rn. 92.

- (197) *W. Kahl*, a.a.O. (Ann.178), Rn. 89; *H. Bauer*, *Verwaltungsrechtliche und verwaltungswissenschaftliche Aspekte der Ge-*

staltung von Kooperationsverträgen bei Public Private Partnership, DÖV 1998, S. 89 (S. 95 f.).

- (198) *W. Kahl*, a.a.O. (Ann.178), Rn. 89.

- (199) *W. Kahl*, a.a.O. (Ann.178), Rn. 93; *M. Rufert*, §7 Begriff, in *M. Fehling/M. Rufert* (Hrsg.), *Regulierungsrecht*, 2010, S. 332 (Rn. 46).

- (200) 暫定的な代替措置として、タンク輸送車によるモバイル水道事業が考えられる。W. Kahl, a.a.O. (Ann.178), Rn. 93.

- (201) *J. Brehme*, a.a.O. (Ann.178), S. 202, S. 454; *W. Kahl*, a.a.O. (Ann.178), Rn. 94.

- (202) 通常、市町村は「私化」によって、インフラの維持・管理費用という多大な負担から解放されることを追求する。そのためインフラの所有権を私的主体へ譲渡することが往々にしてなされるようである。W. Kahl, a.a.O. (Ann.178), Rn. 95.

- (203) *W. Kahl*, a.a.O. (Ann.178), Rn. 95.

更に問題になるのは、公の水道事業を完全に民営化し、私的主体に施設を委譲した後に、私的主体が倒産した場合である。このときに、私的主体に対する債権者は、供給設備・施設に対して差押えをするおそれがある(ドイツ民事訴訟法八八二a条及びドイツ倒産法三六条による公物に対する執行法上の機能的法的保護が、もはや存在しないことから、供給設備が差し押さえられる可能性が出てくる)。このことは、取戻権の物権的保障^(b)、すなわち、地役権(ドイツ民法典一〇一八条)及び地上権によって保護される帰属(地上権規則二条四号)を利用するものが提案されている。W. Kahl, a.a.O. (Ann.178), Rn. 95.

- (204) R.d.州水法四八条二項一文二号は、二〇一五年度改正

14.07.2015 (GVBl 2015 Nr.8 S. 127) によって新たに追加され
た。⁽²⁰⁵⁾

(205) *W. Kahl*, aa.O. (Anm.178), Rn. 97.

(206) RP LT-Drs. 11/3809, S. 32.

(207) RP LT-Drs. 16/4576, S. 92 f.

(208) *H. Bauer*, aa.O. (Anm.197), S. 96; *A. Emmerich-Fritsche*, *Privatisierung der Wasserversorgung in Bayern und kommunale Aufgabenverantwortung*, BayVBl 2007, S. 1 (S. 6); *W. Kahl*, aa.O. (Anm.178), Rn. 98.

(209) *W. Kahl*, aa.O. (Anm.178), Rn. 98.

(210) *J. Masing*, aa.O. (Anm.180), S. 169.

(211) 例えば、公示の時点で予見可能な価格変動リスクに関する、価格調整の枠組が行政契約の中で定められなければならない。⁽²¹²⁾ *W. Kahl*, aa.O. (Anm.178), Rn. 103 ff.

価格調整に関する個別具体的な規律枠組として、例えばブ
ライスカップ規制などが挙げられている。

(212) 水道事業が州法上どのように位置づけられているかにつ
いては、本稿では *J. Brehne*, aa.O. (Anm. 178), S. 352 ff. の
分類におおよそ依拠している。ただしこの分類には、ハンブ
ルク市をどのように位置づけるかにつき異論がある。

ハンブルク市では、二〇〇四年に「私たちの水、ハンブル
ク」と題した州民請願が有効に成立したことを受け、
二〇〇六年に「公共団体のもとの水道の確保に関する法律
(Gesetzes zur Sicherstellung der Wasserversorgung in öffentli-
cher Hand vom 27. 09. 2006, HmbGVBl 2006, S. 505)」が成立
した。同州法によつて、ハンブルク市では公の水道事業が義
務的自治事務（「供給義務」）となった。さらに同州法一条二

針事業の性格を踏まえた上で資格要件、受託者の能力につ
いて一定の提言することが考えられる。

価格規制に関しては、日本では水道法一四条、水道法施行
規則二二条によって規律がなされていることから、現在のと
ころは、おおよそ問題にはならないであろう。

(215) 例えば、水道事業において独立採算型PFI事業（参
照、内閣府民間資金等活用事業推進室『新しい公共』と「財
政に頼らない成長」——PFIの総括と今後の活用に向けた
基本方針」八頁以下（二〇一〇年九月一六日）や利用料金
制の指定管理者制度を用いる場合には、通常市町村は水道事
業者ではなくると考えられ得る（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」第Ⅱ編一七頁
（二〇一四年三月）。この場合に、市町村が水道事業に對して
どのような義務を負っているか、水道法四二条の意義なども
踏まえつつ、考える必要があろう。

(216) *K. Götke/R. Lücker*, *Das Rostocker Betreibermodell*, WAS-
SER UND ABFALL 9/2011, S. 38 (S. 39 f.).

(217) Ebenda.

(218) *Warnow-Wasser- und Abwasserband/Rostocker Versor-
gungs- und Verkehrs-Holding GmbH*, Konzept für die Wasser-
versorgung und Abwasserbeseitigung im Verbandsgebiet nach
2018, Stand: 19. November 2013, Anhang 1.

(219) ドイツの公の水道事業における委託で用いられている行
政契約は、(1)私的主体を統制する法律が存在しないことを前
提として行政契約によって公益的見地から私的主体をコント
ロールする（私的主体の自由な経営を制限。例えば、料金改
定、企業の合併、取戻し条項）、(2)私的主体は長期的な独占的

文は、「任務が第三者によって遂行されるならば、その第三者
の株式は完全に自由ハンザ都市ハンブルクによって所有され
なければならない。」と定める。二文の解釈に「*gk*」 *J. Frei-
gang*, *Verträge als Instrumente der Privatisierung*, *Liberalisie-
rung und Regulierung in der Wasserwirtschaft*, 2009, S. 176 f.
同州法は二〇〇九年の連邦水管理法改正前に施行された法
律であり、二〇〇九年以降に改正されていない。ここで水
管理に関しては本稿で述べたとおり完全競争型競争的立法で
あることから、二〇〇九年の連邦水管理法改正によってハンブ
ルク市の同州法が上書きされた、すなわち、公の水道事業に
つき義務的自治事務とするか随意的自治事務とするかはオー
プンな状態に上書きされたと考ええるならば、本稿の分類で問
題ない。これに対し、同州法が上書きされていないとすると、
本稿の分類は誤りであり、ハンブルク市は義務的自治事務
（「供給義務」）となる。また、義務委譲は許されず、委託も
「市町村内部の」委託しか許されない。

いずれにせよ事項面から見た地方自治は、州民請願による
影響も勘案する必要がある。

(213) 水道法、地方自治法、PFI法、各都市の水道事業・検
針委託に関する規程（これについては、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（一五頁以下））、指定管理者の
指定の手続等に関する条例、PFIに關しての実施方針を精
査する必要がある。

(214) 例えば、武雄市水道事業の検針事務委託規程三条柱書の
「管理者が適当と認める」ための基準は（少なくとも当該規
程からは）不明瞭であるが、本稿での議論を踏まえれば、検

実施権が付与される（特にコンセッション方式の場合は収益
を出すために一五年〜三〇年の長期契約が締結される）、とい
う機能面に着目すると、日本における報償契約を彷彿させる
ところがある（もつとも私的主体側の不安定な道路占用料か
ら解放されるための報償金の納入、契約終了後の市による事
業買収という報償契約の中核的部分が欠けていることに注意
を要する）。報償契約につき、田中二郎「報償契約に関する法
律問題」ジュリスト一〇七号（一九五六年）二頁、南博方
「ガス報償契約の実態と理論」——特殊契約の一研究」法学
雑誌七巻四号（一九六一年）七九頁、上野雅知「報償契約
——ガス事業を中心として」契約法大系刊行委員会編「契約
法大系第六（特殊の契約第二）」（有斐閣、一九六三年）
三四九頁、小石川裕介「瓦斯事業法の成立と市町村ガス報償
契約（一）（三・完）——近代日本における公益事業規制主体
の移行」法学論叢一六八巻五号（二〇一一年）四三頁、
一六八巻六号（二〇一一年）四四頁、一六九巻三号（二〇一
一年）五三頁。

なお、日本におけるガス事業の報償契約中の事業買収条項
に関しては、ガス事業が市民への供給を超えて多角化し市営
事業適格を失ったことから事情変更により失効したと解され
ている。他方で、ドイツの公の水道事業における委託契約中
の取戻し条項を仮に日本で用いたとしても、水道事業につき
市営事業適格を失うことはないであろうこと、さらには水道
法四二条に買収条項が定められていることからすると適法で
あろう。

(220) ドイツの下水道事業では、公の水道事業と異なり、連邦
水管理法五六条一文が「州法により義務づけられた公法上の

法人(排水処理義務者)」に実施義務を課し、また三文で、第三者委託が条文上容認されている。

(221) 日本においても、法律・条例においては、公私協働契約の契約内容について規律を行う例が多々見られる。これに対し、学説上は契約手続の規律に関心を寄せ、契約内容についての規律には余り関心が無かったように思われる。参照、塩野宏『行政法Ⅰ〔第六版〕』(有斐閣、二〇一五年)二〇六頁以下、宇賀克也『行政法概説Ⅰ〔第五版〕』(有斐閣、二〇一三年)三六七頁以下。

(222) 各種の連邦行政手続法草案が内容統制を予定していたことを想起すべきであろう。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(四・完)自治研究八二巻四号(二〇〇六年)一二六頁(一二六頁以下)。

(223) *H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18. Aufl., 2011, §14 Rn. 17a. 邦語文献として、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、八一巻六号(二〇〇五年)一三三頁、八一巻一二号(二〇〇五年)一一一頁、八二巻四号(二〇〇六年)一二六頁。

(224) *H. Maurer, a. a. O.* (Ann.223), §14 Rn. 12. 邦語文献として、大橋洋一「行政契約の比較法的考察——建設法領域を中心として」同『現代行政の行為形式論』(弘文堂、一九九三年)

一六一頁以下、岸本太樹「行政契約の法理論(一・五・完)」北大法学論集五二巻四号(二〇〇一年)七三頁、五二巻五号(二〇〇二年)一六九頁、五二巻六号(二〇〇二年)五三頁、五三巻一号(二〇〇二年)八七頁、五三巻二号(二〇〇二年)六三頁。

(225) 大橋・前掲注(224)一七二頁、一九五頁。

(226) これについての近時の例として郵政民営化などが挙げられよう。

(227) 国家の撤退を把握するための一つの試みが、ドイツにおける保証行政や、規整行政といった議論であろう。参照、岡村周一、人見剛(編著)『世界の公私協働』(日本評論社、二〇一二年)に所収されている各論攷、板垣勝彦『保障行政の法理論』(弘文堂、二〇一三年)、三宅雄彦『保障国家論と憲法学』(尚学社、二〇一三年)。

(228) 再公営化・再国営化につき参照、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、ヤン・ツイーコー(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)四三頁。