

(要約)

論文題目

委託行政契約の統制——ドイツ廃棄物法制を素材として——

氏名 鈴木 崇 弘

本論文は、廃棄物法（中でも家庭系廃棄物の処理に関する法）という行政法各論領域において行われている委託を素材として、行政契約の一つである委託契約の構造化（とりわけ行政契約の内容統制の構造化）を試みるものである。この構造化にあたり、①実体法及び組織法、②問題となっている任務に関連する法規範、任務に拘わらず妥当する法規範という 2 点を分析軸とした。さらに前者については、基本法、法律上、地方自治体に如何なる義務が課しているか（あるいは地方自治体は如何なる権限を有するか）及び当該義務から契約上地方自治体にどのような権限が設定されている必要があるか、契約の相手方である私人は如何なる権利を有するか（あるいは私人は如何なる義務を課されているか）、という 2 点を分析軸とする。あわせて、公私協働契約の一類型である委託契約をいわゆる「行為形式論」の中で把握することが出来るのか、ひいては行政契約の構造は如何なるものかについても若干の検討を試みた。

第一章 はじめに

第一章では日本における問題状況の確認として、次の三つの点を確認した。第一に、行政が私人に事実行為を委託する際に締結する委託契約を行政法がどのように扱ってきたかである。ここで一段と目をひくのが、委託契約を「行政組織上の契約」と理解する説であった。とりわけ、委託契約の（実体法・組織法・手続法上の）法的特質は、問題となっている任務に関連して行政に課される義務、任務に拘わらず妥当する法規範という二つの軸から少なくとも形成されているとも考えられる点が興味深い。第二に、委託契約の任務の側面に関して、ドイツ廃棄物法制を検討素材とした理由である。その理由は、廃棄物における委託や自由化に対する規制に関して行政契約が一定の重要な位置を占めていること、廃棄物法制では委託契約に関してモデル契約が一定程度想定されていること、（既に拙稿で示した）ドイツ水道法制における民間委託の統制と、それに先行するドイツ廃棄物法制における民間委託の統制とを比較検討することにより、彼の国の委託契約論の総論とでも言うべきものを臆気ながらも発見出来ることである。第三に、行政の行為形式にかかわらず常に妥当する法規範の側面に関して、ドイツで展開されている行政私法を検討素材とした理由である。その理由は、（公法・

私法の区別の是非はともかく) 彼の国の行政私法を参照することにより、本邦における行政法上の一般原則に関する議論をより豊かにするという見込みが得られること、行政私法の適用範囲を読み解くことにより、行政法とその他の法分野の関係を明らかにすることができること、日本において行政私法は幾度となく言及されてきたものの、それは主として *H. J. Wolff* や *H. Maurer* のそれや 20 世紀末に展開されてきたそれであり、それ以降の議論を紹介すること自体にも一定の意義があることである。

第二章 ドイツにおける家庭系廃棄物処理

第二章では、委託契約の内容統制について、ドイツにおける家庭系廃棄物処理事業での各種委託契約を素材として分析するために必要なドイツの家庭系廃棄物法制を概観し、その上で、ドイツにおける家庭系廃棄物処理事業での各種委託契約の内容がどのような構成を取っているかを確認し、もって委託契約の内容統制にとって重要な要素を抽出した。

日本の廃棄物の処理及び清掃に関する法律における 2 条 2 項の「一般廃棄物」の中でも家庭から排出される廃棄物に対応する概念として、ドイツでは「家庭系廃棄物」(*Abfälle aus privaten Haushaltungen*) という概念が使われている(循環経済法 17 条 1 項 1 文。以下単に「法」という)。この「家庭系廃棄物」とは、私生活の枠内で典型的かつ通常生じる廃棄物と理解されている(重要なのは、廃棄物の出所系統であって、量や性質ではない)。ドイツにおける家庭系廃棄物の処理主体については差し当たり、法 15 条及び 17 条が重要となる。まず法 15 条は、再利用されない廃棄物の排出者又は占有者に、(法 17 条によって「引渡義務」が課されていない限りで) 当該廃棄物を処分することを義務付ける。次に法 17 条は、法 15 条の原因者負担原則の例外として、「引渡義務」を定める。法 17 条 1 項 1 文は、原則として、家庭系の廃棄物の排出者又は占有者に、当該廃棄物を、州法に基づき処理義務を課された「公法上の処理事業者」に引渡す義務を課す(その際、当該廃棄物が処分されるか再利用されるかは問題とならない)。なお、この法 17 条 1 項 1 文の「公法上の処理事業者」は、「州法に基づき処理を義務づけられた法人」である。法 17 条 1 項によって、各公法上の処理事業者の管轄区域内に住む家庭系廃棄物の排出者又は占有者に課された公法上の処理事業者への引渡義務(及び他の出所系統(とりわけ事業系)の処分廃棄物の排出者又は占有者に課された同様の義務)が課されているが、これに対応して法 20 条 1 項 1 文は、公法上の処理事業者に、それらの廃棄物の引取義務、さらに、公法上の処理事業者に、当該廃棄物を秩序適合的に利用又は処理する義務(利用の基準につき、法 6 条ないし 11 条、処理の基準につき法 15 条及び 16 条)を課

す。ここから、家庭系廃棄物の処理については、公法上の処理事業者が、(循環経済法改正前と同様)事実上、独占することになる。

これらを踏まえた上で、法 22 条は、公法上の処理事業者が処理義務を履行するに当たり、第三者に委託することを許可し、許可の前提及び効果を規律する(なお、法 22 条は、第三者委託をすることが出来る対象及びその範囲を詳細には規律していない)。法 22 条 2 文は、第三者委託をした場合であっても、処理義務者は自身の廃棄物を秩序適合的に処理する「責任」から逃れることは出来ないとする。

法 22 条 3 文によれば第三者委託の前提として、「第三者」は「必要な信頼性」を有しなければならない。ここから法 22 条 3 文は、「再利用又は処分を義務づけられた者」に、「第三者」の性質及び能力に関する一定の審査義務を課す。まず「信頼性」があるのは、委託の対象との関連で、①「第三者」が適性及び能力を有し、②将来的にも受託した任務を秩序適合的に履行することが予想され得るときである。それゆえ、「第三者」が過去に法律・契約適合的な活動をしたことだけでなく、「第三者」が十分な専門知識及び技術力・経済力を有するということが重要になる。次に「必要な」信頼性があるとはどのような状況下を検討する。まず、どの程度の信頼性が必要かという要求水準については、そのつどの任務状況をもとにして定められるということが法 22 条 3 文から示唆される。すなわち任務の内容、範囲、困難さに応じて、「必要な」信頼性の程度は異なるのであって、具体的な事例毎に「必要な」信頼性が審査される必要がある。

第三者委託は、法律上定められておらず、通常は私法契約(大抵は請負契約)の形で行われる。ここでは当然、法は契約の内容統制を行っていない。なお、公法上の処理事業者は、最初の選出決定時に、「第三者」が必要な信頼性を有しているかを審査し保障義務を有するが、それ以外にも継続的な監督義務が課されている。これはいわば、必要な信頼性を確保し続ける義務とも言えよう。この義務を履行するために、(私法・公法)契約を用いて予防策を講じる(この予防策としては、情報提供義務、証明義務、処理施設への立ち入り調査権などが挙げられる)。

以上の法制度紹介に続き、委託契約のモデルを検討した。このとき、委託(Contracting-Out)、経営者モデル(Betreibermodell)、企業経営モデル(Betriebsführungsmodell)が廃棄物処理における委託において実際どのように使われているかに焦点を当てた。委託契約では、業務の性質・範囲・品質特性、契約期間、報酬、市町村の影響力、特定条件下での守秘義務が規律され得る。経営者モデルでは、委託の内容及び対価、その他のごみ及び資源ごみの事後処理(すなわち、経営者による商品化又は地方自治体への引渡し)、地方自治体と経営者の権利・義務、仲裁方法、労働者及び官吏の引渡し態様、地上権などが規律

され得る。経営者モデルの亜種である企業経営モデルでは、市町村の影響力（包括的な情報権、指揮監督権、義務違反時の違約罰や特別の解除権）、（予算法のような）地方自治体に妥当するあらゆる規範を顧慮すること、旧職員の雇用、特定の指導的地位の就任について地方自治体の同意を要することなどが取り決められ得る。

ところで、（とりわけ難易度が高い任務を委託するとき）「再利用又は処分を義務づけられた者」は、自身の義務を履行するために、これらの予防策（権利）を設定することが義務付けられているのであろうか。ドイツの学説上では、あらゆる行政補助者契約（機能的私化）が適法となる（不文の）条件は、行政任務が秩序適合的に履行されるよう十分な影響力を行使する地位に行政庁が留まることを確保する（私人の情報提供義務、監督手段、解除権の取決め等）、ということが主張されている。また実現はされなかったが、行政手続法改革草案の「公私協働契約」においても同様の制約が想定されていたことは、周知の通りである。この説からすると、「再利用又は処分を義務づけられた者」は、自身の義務を履行するために、これらの予防策（権利）を設定することが義務付けられていると言えよう。

第三章 契約に対する制約 —— 行政私法

第三章では、委託契約において公法による制約が存在するかにつき、「行政私法」を検討した。検討対象を *Ulrich Stelkens* の大著にした。というのも、従前日本でも紹介されてきた「行政私法」の伝統的な見解は次の三つの問題を孕んでおり、それらの問題に対して *Stelkens* が取り組んでいるからである。すなわち、第一に、伝統的な見解に従えば、行政が間接的な行政目的を履行するために、あるいは収益的活動を行うために私法契約を締結した時には行政は公法上の制約に服さないという問題がある（なお、伝統的な見解は、直接・間接的行政目的で分ける理由については何ら述べていない）。第二に、行政私法が想定する公法上の制約の内容が不明瞭であるという問題がある。第三に「行政私法」は、公法と私法の間「何処か」に「放浪する」法領域であり、とりわけ救済の観点から扱いつらいというものである。

私法上の行政活動の法効果について *Stelkens* は、ザスバッハ決定を援用し、原則として公法上の法人が「国庫」領域において国家による措置に襲われた場合であっても基本権を援用することは出来ないことを確認する。そして、公法上の法人が私法形式で行うあらゆる活動は、「執行権」という国家機能であり、ここでは行政の国家機能に分類され得る。これに応じて、あらゆる私法上の行政活動は権限と結びつく。差し当たりこのことは、伝統的な行政私法論が承認したよ

うに行政が、自身に「本来的な」義務である任務——*Stelkens* は「主たる（行政）任務」と呼ぶ——を私法形式で履行する限りで認められる。さらに *Stelkens* は、行政の調達活動や営利活動——間接的な任務履行であり、*Stelkens* は「従たる行政任務」と呼ぶ——も、権限と結びつくとする。調達活動を公共委託法と理解するだけでなく、必要な物的手段やサービスを自在に獲得するために、「背後に浮かぶ代替物」としての収用や強制的な義務づけが共に視座に収められているとき、調達活動が権限と結びついているのは自明である。他方で営利活動が権限と結びつくかについては依然として争いがあるものの、限定的にのみ行政法に服するとしても「国庫」行政が無制限に行政の一部であるがゆえに、公法上の法人の営利活動は行政活動以外のなにもものでもなく権限である。結局の所、国家及びその他の公法上の法人は私的自治を享有しない。ただし、私的自治を享有しないとはいえ私法上の行為形式を採用することは勿論出来るのであり、その際には公法上の基準を顧慮する必要がある。さらに *Stelkens* は、近時のおよそ一般的な見解に従い、非基本権享有主体の裏面として、公法上の法人は、基本法 1 条 3 項にもとづき、（主・従を問わず）行政任務を履行するために私法上の行為形式を用いるときであっても基本権に拘束されているとする。

行政私法の第一の前提は、行政主体が私法に拘束されるということである。*Stelkens* によれば、行政私法は、国家及びその他の公法上の法人の活動が私法上の規範の要件を満たすことを条件として私法という領域において法的効果を引き起こすことが出来る——裏返せば前提を満たせば行政は私法に拘束される（「行政の私法への拘束原理」）——ということを前提としている。この「行政の私法への拘束原理」は、平等原理及び法治国原理の強制的な要請である。すなわち、行政主体が他の法主体に対する特権を与えられているという実体的根拠がないとき、行政主体は万人に妥当する私法上の規律に服しているという原理が、基本法 3 条 1 項 及び 20 条によって承認された基本原理である。

行政私法の第二の前提は、公法と私法の区別である。従前の区別は、「法よりも前に規定された概念」であり、問題がある。そこで *Stelkens* は、基本法 74 条 1 項 1 号の「市民法」が連邦の競合的立法権限であること、この競合的立法権限はドイツ帝国憲法 4 条 13 号 2 由来する伝統的な権限であることに着目して公法と私法を区別する（「立法権限理論」）。その際、通説とは異なり「市民法」を私法と同一視する。

これを踏まえた上で *Stelkens* は、次のように公法契約と私法契約とを区別する。既存の私法関係を変更・消滅させることが出来るのは、私法上の行為形式を使用した場合のみである。そして行為形式の判定には「立法権限理論」が用いられる。これに対して新しい法関係を発生させる行為形式の判定は、行為形式が法規によって事前整理されている場合と行為形式が法規によって事前整理されて

いない場合に分けて考える必要がある。前者については、当該法規の性質を「立法権限理論」を用いて判断する。後者の場合については、「行政の私法への拘束原理」から、国家＝市民関係における行政契約は通常私法契約となり（原則）、国家＝市民関係における行政契約が公法契約となるためには理由付けを必要とする（例外）。ここから、行政契約から生じる権利・義務が私人間の契約の対象にもなり得、この行政契約の有効性及び貫徹は公法に従うものとするとして定める法律上の規律が存在しないときは常に、この行政契約は私法契約となる。

さらに *Stelkens* は、行政主体が、行政任務を履行するにあたり私人を用いる際に締結される契約を類型毎に分析する。高権的権限の授権（*Beleihung*）は、たとえそれが契約形式で行われる場合であっても公法に属する。旧循環経済・廃棄物法 16 条 2 項や旧水管理法 18a 条 2a 項等の法律に基づく、行政主体の義務的任務を私人に委譲する契約は、既存の公法上の管轄秩序が直接影響を受けている——行政主体の義務的任務の内容が、履行義務から保証義務に変化している——ことから公法契約となる。機能的私化における行政補助者契約は、両当事者の間には行政組織法上の関係が基礎付けられ、ここから立法権限理論によると、行政補助者契約は公法契約となる。ただし行政補助者契約については、基本法 33 条 4 項からは、私法契約によっても私人に行政任務の実際の実施を委託する可能性を行政補助者契約においても予期している。そこで法律上特段の定めがない限りで行政の私法への拘束原理が行政補助者契約にも妥当し、結果的に行政補助者契約は私法契約となり得る。

私法行政契約及び行政補助者契約に妥当する「行政私法」に属する規範は、EU 法の実体基準、基本権、管轄秩序がまずは含まれる。さらに、記述された法に基づき行為形式に拘わらず妥当する公法のあらゆる実体的活動基準（例えば予算法の諸規定）や、法形式支配的な行為基準として基本権又はその他の憲法の諸規定から導出される公法のあらゆる実体的活動基準が含まれる。ただし何がそこに含まれるかについては争いがあり、候補として例えば基本法 21 条 2 項の「政党特権」、連結禁止、収用防止のために締結される購入契約における収用補償の算出に関する諸原則、公課法上の等価原理、国家による贈与の一般的な禁止が挙げられている。他方で、法律の留保は含まれない。というのも契約の相手方である私人にとって契約締結は基本権の行使であり、——たとえ、法律に基づき当該私人に要求され得るものを超えた給付を契約によって義務付けられる場合であっても——基本権侵害ではないからである。ただし、公正な交渉手続を可能にするために、契約の相手方である私人の起こり得る構造上の劣勢を例えば適切な情報提供や助言によって調整する行政主体の義務は「行政私法」に属する。私法行政契約の締結の場合には、公法契約が問題となるならばそのつどの行政部門に適用可能な行政手続法の諸規則が類推適用という形で含まれる。

行政補助者契約において「行政私法」に行政が反して契約を締結した場合、「行政の私法への拘束原理」からすると私法上の一般条項を通じて行政主体の私法活動を、特別な有効性の前提に服させることは許されない。すなわち、行政主体が自身に対する特別な公法上の制約を無視して（すなわち法律による行政の原理に違反して）私法行政契約を締結したとき、当該私法契約は、行政の私法への拘束原理に基づき、契約変更・消滅契約という方法によってのみ除去され得る。しかし、このような事例では、契約の相手方に対する行政主体の契約変更請求権は私法からは導出され得ない。また、同様の事例で契約の相手方に対する行政主体の契約変更請求権を基礎付ける公法規範は存在しない。

第四章 おわりに

第四章では本論文の検討から得られた示唆、課題を簡略的にではあるが叙述した。

本稿では行政による委託契約を「行政組織上の契約」と理解する説に着目した。瞥見の限りでは、「行政組織上の契約」と見ることによって、民法上の請負契約（役務型仕事）あるいは準委任契約と異なる法的性質が導出されるということ direct 述べる理論は日独いずれの国においても見受けられなかった。では「行政組織上の契約」という位置づけをすることは、単に行政契約の整理に役立つだけであって、法的意義はないのであろうか。ここで今一度考えるべきなのは、あらゆる行政補助者契約（機能的私化）が適法となる（不文の）条件は、行政任務が秩序適合的に履行されるよう十分な影響力を行使する地位に行政庁が留まることを確保する（私人の情報提供義務、監督手段、解除権の取決め等）、と主張するドイツの見解である。この「行政私法」からすると、委託契約が締結されるときには、行政主体と私人とが上下関係が形成されなければならない、ということが想定されているのではなかろうか（ただし、ここでの上下関係は、私人の創意工夫とは対抗関係にあることには注意を要する）。すなわち、行政による委託契約では、民法上の請負契約・準委任契約が「行政私法」、すなわち基本法・各種単純法によって修正され、行政主体と私人との間に上下関係を基礎付けることが当然に義務付けられるのであって、ここに「行政組織上の契約」という位置づけをする法的意義があると考えられる。

課題としては次の三つがあげられる。第一に、「行政契約」論の再構成である。再三述べてきたとおり、行政契約は契約の内容統制という側面から、少なくとも作用法的行政契約と組織法的行政契約とに分けられ得る。さらには交渉・合意・契約を通じた規範の共同形成（契約による立法。もともと契約による立法は行政立法に代替し得ない）、や行政契約による制度設計も近年検討されている。まず

は類型毎に、憲法上何処までが許されるのか（ここではとりわけ法律の留保を合意により代替する可能性、民主的正統性と私人の自由の関係などが問題となる）、許される場合にどのような内容形成がなされなければならないかを検討していく必要がある。その上で行政作用法の中で行政契約を捉えきることが出来るのかについても今一度検討する必要がある。第二に、業法の分析の必要性である。行政が私法形式で委託契約を締結するときには組織法的行政契約であることから一定の内容統制がなされる。しかしながら、内容統制の根拠はそれに留まらず法によって課された任務に対する業法からも当然導出され得る。すなわち委託契約における行政私法の内容は組織法と業法の両法から内容拡充されていくのであり、各参照領域を開拓していく必要がある。そして各参照領域において結晶化した原理を他の参照領域において準用し「行政私法」に昇華させていく必要もあろう。第三に「行政私法」の意義である。「行政私法」は、各種法律が整備されておらず、また一般条項や不確定法概念の基本権適合的に解釈によっても解決されるときにのみ持ち出され得るのであって、適用される場面は限定的である。しかしこれを裏返せば、「行政私法」は、行政のあらゆる活動は行政法による制約に服するという前提から、法が整備されていない最先端の行政活動に対して、問題を発見し、さらには暫定的に問題を解決する役割が与えられているとも言えそうである。90年代から現在に至るまでを概観するだけでも最先端の行政活動の事例は、保証国家・再公営化、グローバル化、**BID**、フィンテックと枚挙に暇がない。こ最先端の行政活動の問題については、「行政私法」が暫定的に与える指針をもとに制度設計・問題解決がなされていくであろうから、基盤としての「行政私法」を拡充していく必要がある。