

CALE Discussion Paper No.8

September, 2012

# 公私協働論に関する一考察

---

劉 宗徳

Nagoya University  
Center for Asian Legal Exchange

Center for Asian Legal Exchange (CALE)

Nagoya University, Japan

## 公私協働論に関する一考察

台湾政治大学法学部教授 劉宗徳



# 目次

はじめに	1
<b>I 私化と公私協働</b>	<b>2</b>
一 私化について	2
1. 組織の私化	2
2. 事務の私化	3
3. 機能的私化	4
二 公私協働の概念	4
1. 事業に関する公私協働と決定に関する公私協働	4
2. 事業に関する公私協働	5
3. 決定に関する公私協働	9
三 私化と公私協働の関係	11
<b>II 公私協働の現象形態</b>	<b>11</b>
一 台湾	11
1. 業務委託—あるいは事業に関する公私協働	12
2. 行政権限の委任—あるいは決定に関する公私協働	12
3. いわゆる「ETC 事件」	14
二 中国	15
1. いわゆる「治安の請負」	16
2. いわゆる「特許経営」	16
三 日本	17
1. 決定に関する公私協働	17
2. 事業に関する公私協働—いわゆる「PFI 刑務所」	19

<b>III 協働の統制</b>	<b>22</b>
一 決定に関する公私協働の法的統制	22
1. 協働の禁止	23
2. 法律の留保	24
3. 指揮命令権の留保	24
4. 私的主体に対する手続的・組織的規律（私行政法）	25
5. 第三者の権利保護	25
二 事業に関する公私協働の法的統制	37
1. 公私協働にかかる契約の統制システム	37
2. PFI 刑務所における具体例	39
<b>おわりに</b>	<b>41</b>

# 公私協働論に関する一考察

台湾政治大学法学部教授 劉宗徳

## はじめに

生活に不可欠な財の供給について、公的組織が責任を負うべきであるという考え方は、古くから存在する。他方、生活に不可欠な財といえども、必ずしも公的主体が直接供給することが必要とは考えられないものも存在する。そして、かかる財の供給という役割を、社会に存在する公的組織以外の主体に委ねることにより、公的組織が直接かかる財の供給に責任を負ったときに生ずる問題を解決することができるという可能性は、否定し得ない。ところが、課題解決のよりよき可能性に期待して、生活に不可欠な財を直接供給すべきという意味での公的組織の責任及び役割が縮小してゆくという現象が生ずるとしても、かかる財が供給されるということが公的な課題であることが直ちに否定されるわけでもない<sup>1</sup>。公法学は、一方でかかる現象に対して法学的な分析を行う必要があり、また他方で、この現象の現状追認のみにとどまらず、法治国原理・民主国原理または（揺れ動く）福祉国原理からどのような規範的要請が導き出されるべきなのかを、冷静に見極める必要がある。このような作業の端緒となりうるのが、近年各国において盛んに議論されている公私協働論であると考えられる。

本稿においては、まず一般に公私協働の事例にあたると考えられている現象を分析するための概念として、私化及び公私協働の概念を検討する。次に、中国・台湾・日本を対象として、これら各国においてかかる現象がどのような具体的形態において現れているかを分析する。そして最後に、このような現象に対する規範的統制の枠組みを考察する。

なお、本稿で公私協働を採り上げる場合、行政組織と私的主体の二元的思考を前提とした上で、公私協働という場合の「公」と「私」の意味は、それぞれの組織を構成する主体による区別に限定する<sup>2</sup>。

---

<sup>1</sup> 山田洋「『保証国家』とは何か」法律時報 81 巻 6 号（2009 年）104-105 頁。

<sup>2</sup> 山本隆司「日本における公私協働」藤田宙靖博士東北大学退官記念『行政法の思考様式』（青林書院、2008 年）173 頁。なお、協働は統治システムにおける国家主体と非国家主体との対峙と融合の過程において生じること、国家と社会がそれぞれグローバル化しともに変容の過程にあることなどから、公私という枠組みは狭隘であるとする見解もある（紙野健二「協働の概念と公法学的検討」名古屋大学法政論集 225 号（2008）10-11 頁）。

## I 私化と公私協働

### 一 私化について

各国で特に公的事業の民営化との関連で問題とされてきたいわゆる「私化」(Privatisierung)と呼ばれる現象は、極めて多様であり、これについて法学的に一義的な定義を下すことは不可能であるため、そこで、公部門が責任を負うべき事務が私人のそれへと移ってゆく過程を指す一種の集合概念であると大雑把に捉えることしかできないものとされる<sup>3</sup>。その類型化の仕方についても一様ではなく、様々な争点が存在するものの、現在のドイツの公法学における通説によれば、かかる私化の概念は、事務が私化される程度に応じて、組織の私化<sup>4</sup>・機能的私化・事務の私化という 3 つの基本類型に分類されるものとされる。なお、これに加えて、「財産の私化」<sup>5</sup>・「手続の私化」<sup>6</sup>という類型なども提唱されたが、単なる財産の私化は、財産権の帰属主体が公的組織から私的主体へと変化するだけで、財政法上の意義は認められるが、公法理論の観点から見た重要性は認め難く、手続の私化については、近時は、機能的私化の範疇に属するものとされている<sup>7</sup>。

#### 1. 組織の私化

「組織の私化」(Organisationsprivatisierung)とは、行政主体が、一般の行政組織体系外に、私法上の制度を利用して私法形式による組織を設けてこれに事務を行わせるものの、実質的には、その事務の性質や行政主体の事務の執行にかかる責任・

---

<sup>3</sup>大脇成昭「民営化法理の類型論的考察」法政研究 66 巻 1 号 (1999 年) 293 頁。なお、Privatisierung という語については、「民営化」・「民間化」・「私法化」という語も用いられるが、本稿では統一的に「私化」という語を用いることとする。

<sup>4</sup>組織の私化を私化の概念に含めるかは、「私人」の概念をいかに捉えるかということと関連して、争いがあったが、以下の理由に基づき、これを私化に含めてよいとされる。(1) これがすでに広範囲において実現されていること、(2) この方式により行政の統一性・民主的正統性が損なわれる可能性があること、(3) ある事務について私化が行われる場合、その過渡的形態としてこの方式が用いられることが多く、その統制を考える必要があること (大脇成昭・前掲注 3・293 頁)。

<sup>5</sup>財産の私化とは、行政が所有する不動産や公的事業の所有権を私人へ譲渡する方法であり、ドイツでは、すでに 1960 年代から大規模な形で行われてきている。その目的は、国民財産の形成、国庫の充足、または損失の多い企業の負担軽減など様々である (大脇成昭・前掲注 3・296-297 頁)。

<sup>6</sup>手続の私化とは、最終的な決定権限を国家に残したまま、手続の遂行の一部を私人に委ねることを指す。この概念については、これを機能的私化にひきつけて理解する見解と、これを事務の私化にひきつけて理解する見解が存在するとされる。前者は、任務の処理の全部・一部を私人に委ねても国家がなお保障責任・捕捉責任を留保している点、特に私人に手続遂行を任せる際には規則ないし行政組織の下にとどまる審査基準の密度が高められることが多い点を重視して、手続を行う最終的な責任が原則として国家に留保されているものと理解する。これに対し、後者は、私人が手続を遂行する結果、国家が実体的基準の審査や知見の転化ないし認識を放棄するという点に着目し、私人が行う手続の重要性が国家による事後の監督のそれよりも大きいと考えるものである (板垣勝彦「保障行政の法理論 (2)」法学協会雑誌 128 巻 2 号 (2011 年) 158-159 頁)。

<sup>7</sup>劉淑範「公私夥伴關係 (PPP) 於歐盟法制下發展之初探」台大法學論叢 40 巻 2 期 (2011 年) 508-509 頁。

権限には変化がないという場合を指す。この方式は、特にドイツの地方自治体において、私法上の組織とその活動により給付行政の目的を達するため、比較的早期より用いられてきた。私法形式を用いることにより公法上の統制から逃れることを防止するためのいわゆる「行政私法」（*Verwaltungsprivatrecht*）の理論は、まさにこの方式による私化の過程で生じうる弊害を最小限に抑えようとする意図に基づくものである。ただし、この方式においては、国家と私人の間の事務配分に変更が生じないこと、また純粋な意味での私人・私的リソースが行政任務の執行に投入されているものとは言い難いため、「仮象的私化」とも評価される<sup>8</sup>。

この方法は、とりわけ経済的・社会的・文化的事務の領域において多く用いられている。そして、この方法の実際的用いられ方については、ある事務に関する私化の程度を深めていく過程の初期における方法として用いられるという特徴が挙げられる。とりわけ経済的事務や社会的事務については、組織の私化がなされた後に徐々に事務の私化へと移ってゆくという事例が多く見られる。これは、事務の私化に伴う種々の問題が一度に発生するのを防ぐために、過渡的な形態として組織の私化を行うことが有効と考えられているためである<sup>9</sup>。

## 2. 事務の私化

「事務の私化」（*Aufgabenprivatisierung*）とは、ある事務について行政主体が従来担ってきた執行主体たる地位と履行責任それ自体に変化が生じ、当該事務が私人・市民社会の活動によるべきものとされるようになる場合を指す。この種の事務は、公共の福祉にかかわるという点において公共性を有するが、経済の自由化などの原因に基づいて、次第に、国家・行政によって行われるべき事務としての性質が承認されなくなったものであるといえよう。かかる領域においては、国家は監督者たる地位を割り当てられ、その責任は、一般市民が合理的対価で公共的サービスを受けられるよう配慮するという意味での「保障責任」（*Gewährleistungsverantwortung*）へと変質する<sup>10</sup>。

この方式は、行政の担う事務を削減し、財政負担を軽減するという効果を持つ。他方、それに伴い問題となるのは、行政がある事務の履行を完全に放棄することが許されるかという憲法上の問題である。しかし、この方式が完全な形で行われることは稀であり、他の私化の形態において部分的な要素として認められることがほとんどである<sup>11</sup>。

---

<sup>8</sup>大脇成昭・前掲注3・295頁。劉淑範・前掲注7・509頁。

<sup>9</sup>大脇成昭・前掲注3・295-296頁。

<sup>10</sup>劉淑範・前掲注7・509頁。

<sup>11</sup>大脇成昭・前掲注3・298頁。



実際の事務の私化の過程においては、事務の私化と組織の私化が同時に並行して行われるケースや、組織の私化が先行して徐々に事務の私化へと進むケースなど様々な過程がある。その最後の段階においては、通常、政府により保持される国営会社の株式が私人にも売り出され、公私の混合会社となって、市場において私経済的活動を営むこととなる<sup>12</sup>。

### 3. 機能的私化

「機能的私化」(funktionelle Privatisierung)は、上記2類型の折衷的形態である。この方法が用いられるのは、その性質上、事務自体の私化は適当ではないと考えられるものについて、行政主体がその任務の執行を部分的に私人に委ねる場合である。このような機能的私化は、従来、いわゆる行政権限の委任(Beleihung)及び行政補助者という概念の枠組みで捉えられてきた。通常、前者は何らかの形で行政権限を授権され、その権限を自らの名において行使するのに対し、後者は公的組織による委託の範囲内においてその指図に従って補助的活動を行うにすぎないものとされる。しかし、事務の執行を私人に委ねることが行政の各領域において多量・多様かつ複雑に行われるようになると、それに伴い伝統的な行政権限の委任や行政補助者といった概念でかかる現象を把握し切ることが困難となる<sup>13</sup>。

## 二 公私協働の概念

公私協働論についての定義は様々であるが、ある見解は、この概念を、公的組織と私的主体が共に社会管理機能にかかる事務を行うことを認めた上で、多様な事務の性質に応じて、両者がどのように事務を分担すべきか、そして両者がどのような組織・手続の態様で事務を遂行すべきかを考究する理論であると定義している<sup>14</sup>。

### 1. 事業に関する公私協働と決定に関する公私協働

上記のような定義からすると、公私協働論の検討対象となりうる現象は際限なく広がりうるため、何らかの観点によりこれを分類した上で考察を進める方法をとることが有益であろう。この点で参考になるのが、事業に関する公私協働と決定に関するそれをひとまず分ける見解である。事業に関する公私協働は、主に、従来公的組織により供給されてきた財・役務について、私的主体がこれに協働的に関与する場合の規律に関するものであり、大雑把に言えば、従来の公企業の特許論や民営化

---

<sup>12</sup> 劉淑範・前掲注7・510頁。

<sup>13</sup> 劉淑範・前掲注7・510-512頁。

<sup>14</sup> 山本隆司・前掲注2・173頁。

論で扱われてきたテーマに関係するものと把握され、他方、決定に関する公私協働は、特に決定が行われる過程に着目して、その過程に私的主体が協働的に関与する場合の規律に関するものであり、従来行政権限の委任や行政補助者の問題として扱われてきたテーマに関係するものとされる。ただ、かかる区分は、現象面に着目したものではなく、法的統制の視点・根拠に着目したものであるため、同じ現象が各々の視点・根拠から統制がされることがあり、またその内容も同様なものでありうるとされ、例えば、福祉・医療等のサービスの提供が私的主体に委ねられる場合、当該私的主体が給付にかかる決定を行う点に着目して決定に関する協働の観点から把握することができる一方、かかる個別的决定とは離れて、公的事務としての社会福祉事業について、公的組織と私的主体の事業に関する協働関係を観念することもできるとされている<sup>15</sup>。

## 2. 事業に関する公私協働

ある事業における国家と私人の協力関係というテーマは、20 世紀の後半からヨーロッパ各国において盛んに討論され始めたが、アメリカでは、すでに 1940 年代のニュー・ディール政策の下、ピッツバーグにおいて、行政・大学及び企業が、非形式的な協力によって経済発展計画及び都市計画に共同で参加するというケースが存在している。そこでは、財政の逼迫を切り抜けるために、私人の有する専門能力及び資金によって衰退してゆく重工業都市を建て直すことが目指されており、これが公私協働（public private partnership, PPP）概念の発端とされている。ただ、このケースにおいては契約等の法的形式が用いられていない協働であった点に注意を要する。かかる形で現れた公私協働という現象は、その後もアメリカで発展し続け、1970 年代カーター政権下のいわゆる「新都市政策」（New Urban Policy）、1980 年代以降の地方公共団体における公私混合企業など、地方自治体や特定区域（商業特区（Business improvement district）など）における経済を促進するための手段として、広く用いられてきている<sup>16</sup>。

ドイツにおいては、公私協働概念の研究は 1980 年代後半に遡る。1990 年の終わりまで、ドイツの行政法学者はこの概念に懐疑的であったが、各種の私化が様々な領域において発展し続けると、公私協働の概念、特にこの概念と私化の関係に対して注目が集まってきた。公私協働の枠組みで扱われてきた事例は経済的・非経済的を問わず多様な領域に渡るが、その方式としては、地方公共団体により設立された私法上の法人に私人が持分権者として参加したり、あるいは地方公共団体が私人と共同で新たな私法上の法人を設立するなどして、特定の行政任務を執行するものが主であるといえる。かかる諸事例は、私人の専門能力や資金力を頼りに行政事務執行

<sup>15</sup> 山本隆司・前掲注 2・176- 177 頁。

<sup>16</sup> 劉淑範・前掲注 7・512- 513 頁。

の質・効率を向上させようとするものであり、上述の私化の 3 分類から見ると、原則として機能的私化に当たるものと見られる。さらにドイツにおいては、2005 年に公私協働関係の発展に関する「公私協働関係推進法」(ÖPP-Beschleunigungsgesetz)<sup>17</sup>が制定され、公私協働という語(öffentlich-private Partnerschaft, ÖPP)が正式に用いられ、この概念がドイツの法体系において正式に承認されることとなった。この法律は、公私協働の実務の障害となる多くの個別法の補充または修正を内容とし、法律の名称においてこそ「公私協働」の語が用いられているが、条文においてこれが使われることはなく、その定義・類型・契約内容及び効果などの基本的問題についても、規律を欠いている<sup>18</sup>。

また、ドイツにおける公私協働の研究及び実務における運用を推進する大きな要因となっているのは、2004 年に欧州委員会が公布した公私協働に関するグリーン・ペーパー<sup>19</sup>、及び 2008 年のこれの解釈に関する公告<sup>20</sup>である。この両者の内容は、公私協働の概念及びその類型、これに対する EU 公共調達法の適用関係などに及ぶものである。

#### (1) 定義

公私協働関係の定義について、最広義にこれを捉える見解は、公的部門と私人が密接に協力していることで足りるとし、両者の間に契約が存在する否か、期間の長短などの点は問わないとする。これについて、共同目標の追求あるいは行政事務の履行という要件を加える見解も存在する。これに対し、最近の公私協働に関する実務の発展に応じて、その形式化(Formalisierung)が必要であるとする観点から、公私協働の要件としてそれが特定の契約に基づいたものであることを要件として、狭義にこれを捉える見解も現れている。さらには、この概念を個別プロジェクトに関連した協働関係に限定し、契約の対象が当該プロジェクトの長期的ライフサイクルすべてを包摂するものでなければならぬと考える最狭義の見解も現れている(projectbezogene PPP)<sup>21</sup>。

他方で、公私協働概念の開放性を失わないようにするために、その多元的な現象形態を定義にも反映させる立場もある。かかる見解は、特定の契約の要否を問わない、英米法における事例に見られるような非形式的公私協働関係(informelle PPP)

---

<sup>17</sup> Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften vom 01.09.2005 (BGBl. I 2005, 2676).

<sup>18</sup> 劉淑範・前掲注 7・512-514 頁。

<sup>19</sup> Kommission der EG, Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, KOM (2004) 327 endg.

<sup>20</sup> Kommission der EG, Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf die Anwendung der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen auf institutionalisierte öffentlich-private Partnerschaften (IÖPP), Amtsblatt C 91/4 vom 12.04.2008.

<sup>21</sup> 劉淑範・前掲注 7・515-516 頁。

と、これを有する形式的公私協働関係（formelle PPP）が、ともにこの概念の範疇に含まれるものとする<sup>22</sup>。

前掲欧州委員会グリーン・ペーパーにおいては、この概念に関する欧州での普遍的定義は存在しないことが確認されているが、「この語は、一般的に、公的機関と私企業が、インフラストラクチャーについての資金集め・建築・修繕・運営もしくは維持、またはサービスの提供を目的として協力する方法」を指す、とされる<sup>23</sup>。そして、その特徴として、主に次の諸点が挙げられている<sup>24</sup>。

- 公的機関と私人の間の多面に及ぶ協力を含む長期的なプロジェクト上の関係の存在。
- 私人が部分的にプロジェクトに投資していること。
- 私人がプロジェクトの構想・執行・運営・資金集めなど様々な段階で関与し、重要な役割を果たす。他方で、公的機関の主な役割は、公的利益、サービスの品質または価格政策の面での目標を設定し、その遵守を監督するという点に集中する。
- リスク配分の存在。従来は公的部門により負担されてきたリスクが私人に移転するが、必ずしもプロジェクトに関連するリスクの全体または大部分が私人により負担されるというわけではない。リスク配分は、それを判断・監督及び掌握する両者の能力に応じて、ケースバイケースで具体的に決定される。

## （2）類型

欧州委員会のグリーン・ペーパーにおいては、まず事業に関する公私協働の方式として、「契約型公私協働」（ÖPP auf Vertragsbasis）と「組織型公私協働」（institutionalisierte ÖPP）に分類する。前者は、公的組織と私的主体の間の協力関係が契約関係に基づくものであり、後者は、両者の協力関係が独立の法的主体の内部で行われるものである<sup>25</sup>。このような分類方法は、ドイツの学説・実務でも徐々に受け入れられつつあるとされる。

契約型公私協働は、大まかに以下のような類型に分けることができる。

- 所有権移転方式：公共施設の設置・運営を例にすると、私的主体は、契約に基づき、企画・出資・建築・修繕・運営などの事務を遂行し、契約期限の終了後、当該施設の所有権が私的主体から公的組織に移転されるもの。

<sup>22</sup> 劉淑範・前掲注7・516頁。

<sup>23</sup> 前掲グリーン・ペーパー・Nr. 1.1.1.: „Der Terminus bezieht sich im Allgemeinen auf Formen der Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Stellen und Privatunternehmen zwecks Finanzierung, Bau, Renovierung, Betrieb oder Unterhalt einer Infrastruktur oder die Bereitstellung einer Dienstleistung.“

<sup>24</sup> 前掲グリーン・ペーパー・Nr. 1.1.2.

<sup>25</sup> 前掲グリーン・ペーパー・Nr.1.3.20. なお、かかる分類は、EU 公共調達法の適用の観点からなされたものである点に注意を要する（同所）。

- 賃貸借・リース方式：私的主体による施設の建築・運営などについて、公的組織は定期的に賃料・リース料を私的主体に支払うが、契約の終了後にも、私的主体は当該施設の所有権を公的組織に移転する義務を負わないというもの。ただ、公的組織は選択権を行使して、当該施設を一定の対価の下に取得することができる。
- 所有者方式：私的主体が契約に基づいて、施設の建築・運営などの事務を行い、または既存の施設の増築・修繕などを請け負うが、これらの所有権は原始的に公的組織に属するもの。
- 特許方式：公的組織と私的主体との間の契約において（内部契約）、私的主体が自己の名義で一般第三者との関係にかかる特定の行政事務を遂行する権利・義務を有することを定めるもの。私人は当該内部契約に基づき、一般第三者との関係で財・役務の提供にかかる給付契約を締結することになる（外部契約）。なお、内部契約において一定の行政権限が委任されることもありうる。この方式は、上述の所有権の所在に着目した分類とは異なる観点によるものであるから、上述の各方式と並行して用いることができる。

組織型公私協働については、グリーン・ペーパーでは、特に地方自治体において水の供給・ごみ回収などの公共サービス領域で用いられるものとされている。また、その特徴として、1つの独立の法人の内部で協働が行われるため、公的組織は、事態の経過をよりよく掌握しうること、事情の変動に対する適応措置が必要となったときにも持分者としての地位に基づいて比較的強力な影響力を発揮することができること、などの利点が挙げられている<sup>26</sup>。

上記のような大まかな分類のうち、行政法学上の問題と特に関連があるのは、特許方式である。それ以外の方式においては、事務を履行する私的主体と一般第三者との間に直接の法律関係が発生することはないので、基本的には、伝統的な行政法上の概念たる行政補助者で捉えることが可能であると考えられる<sup>27</sup>。これに対して、特許方式が用いられると、内部契約に基づいて、事務を遂行する私的主体は自己の名義で直接に一般第三者と契約を締結することになるため、これを行政補助者の概念で捉えることはできなくなるとともに、法律の留保の要否が特に問題となるなど、決定に関する公私協働に関する規律との交錯が大きく生じてくる<sup>28</sup>。

<sup>26</sup> 前掲グリーン・ペーパー・Nr.3.53. f.

<sup>27</sup> 特に、Martin Burgi は、機能的私化の過程において公的事務に関与する私的主体の法的地位に関して、公的主体との関係における従属性の程度を問わず、私的主体が委託を受けて行う活動が特定の行政事務と機能的関連を有していれば、かかる私的主体は行政補助者に当たるとする（いわゆる独立的行政補助者）。Martin Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, S. 145 ff.; 劉淑範「行政任務之變遷與『公私合營事業』之發展脈絡」中研院法學期刊 2 期（2008 年）74-78 頁。

<sup>28</sup> 劉淑範・前掲注 7・533-536 頁。

### 3. 決定に関する公私協働

#### (1) 定義

決定に関する公私協働は、「公的組織が私的主体に、諸利益の衡量または財や役務の配分に関する決定をすること、こうした決定を執行ないし実現すること、あるいはこうした決定を準備するために、または決定と直接には関係なく、自己の利益以外の利益に関する情報を収集・形成・提示することを委ねる現象」と定義されている<sup>29</sup>。決定に関する公私協働の枠組みにおいて、かかる捉え方をなすべき理由は、以下の点に求められると思われる。

従来、行政権限の委任の法理枠組みにおいては、私的主体が自己の名で拘束力を有する決定をなしたり、行政作用の執行をなすという行政過程の終点のみを捉えて、いわば形式的にかかる法理の適用範囲が画されてきたが、かかる捉え方では、公的組織・私的主体による分担された公益に関する情報の収集・加工過程の統制枠組みに適した理論を構築することはできない。例えば、私的主体が高権的権限を自己の名で行使するものといえなくても、私的主体の情報加工が公的組織によりなされる最終的判断に決定的影響を及ぼすという場合、実質的に見れば、かかる私的主体の行為を法的に規律する必要性は、私的主体が自己の名で高権的権限を行使する場合と異ならない<sup>30</sup>。

具体的に、放置車両確認機関を例にとろう。放置車両の利用者に対して公安委員会により課される放置違反金（過料）の制度（道交法 51 条の 4）においては、公安委員会がその納付命令を出す準備行為として、放置車両の確認をして、使用者に放置違反金が課される可能性があることを通知する文書たる確認標章を取り付ける行為を、公安委員会の登録を受けた法人に委託することができるとされている（同 51 条の 8：放置車両確認機関（以下、「確認機関」とする））。確認機関は、処分などの法的行為を行う権限が与えられているのではなく、警察署長により「委託」された放置車両の確認・確認標章の取り付けという事実行為をなすに過ぎない。ところが、確認機関による現場における法令適用の前提となる事実認定行為により、公安委員会の権限行使にかかる判断は決定的な影響を受ける。その意味では、法形式上の処分権限の留保は、形式的なものでしかない<sup>31</sup>。しかし、こうした「委託」が法的に可能であれば、現場における法令適用の前提となる事実の調査など、高権的な最終判断の前提過程における情報の収集・加工の過程は、たとえそれがどれほど決定と密接に結合していようとも、委任の法理による統制を受けないこととなってしまう。

<sup>29</sup> 山本隆司・前掲注 2・176 頁。

<sup>30</sup> 山本隆司「工業製品の安全性に関する非集権的な公益実現の法構造」ジュリスト 1245 号（2003 年）67 頁。

<sup>31</sup> 米丸恒治「『民』による権力行使」小林武他編『「民」による行政』（法律文化社、2005 年）59-61 頁。

また、従来の行政法の体系の上では、権限の委任は、行政組織法の分野の、行政庁の権限の代行の説明の中で扱われ、指定機関に対する権限委任もそれに含まれるべき法現象であるとされてきた<sup>32</sup>。この点、公益法人改革の過程で導入された登録機関（後述）に端的に現れているように、同じく公益に関する情報の加工過程に関わる私人であっても、公的主体・事務との関連性が密接なものからそうともいえないものまで、多様な事務が私的主体が委ねられうるものであり、その中で協働の相手方たる私人が用いる手段も多様でありうる（例えば、金銭や情報による一般第三者の行為の制御<sup>33</sup>）。その中から形式的に行政権限委任の要件にあてはまるもののみを括り出す必然性は認められない。

このように、決定に関する公私協働において、公的組織と協働する私的主体との関係は複雑かつ多様であり、従来の行政権限の委任・行政補助者という単純な二分法では把握できない<sup>34</sup>。そこで、公私協働という開かれた概念・統制の枠組みからこのような現象にアプローチする試みが、揺れ動く公と私の関係を把握する上で必要たりうる。

## （2）法的なメリット

決定に関する公私協働の促進についての法的なメリットとして、次の点が挙げられている。（1）法治国・民主制を担う市民の判断能力の育成と活用、（2）個人の人格との結びつきや個性的性格の強い人権に関わる問題についての決定権限を国家に集中させずに多様な私的主体に委ねることにより、政治権力からの距離・多様性を確保すること（学問や芸術の助成、個人情報保護等）、（3）知識や情報の実効的な生成と収集、及び利益の明確な表現（環境情報・環境利益など）<sup>35</sup>。

## （3）法形式

日本においては、いわゆる「公権力の行使」権限が民間事業者に委任される場面では、行政処分たる「指定」が用いられ、契約は指定を受けた民間事業者との間で細目を定める際に用いられるに過ぎないと指摘されている。すなわち、指定確認検査機関制度や指定管理者制度などの立法においては、契約を通じて公権力の行使を民間事業者に委任することはできないという考え方の下、指定と契約を区別する立

<sup>32</sup> 米丸恒治『私人による行政』（日本評論社、1999年）345頁。

<sup>33</sup> 山本隆司「公私協働の法構造」金子宏先生古稀祝賀『公法学の法と政策 下巻』（有斐閣、2000年）539頁。

<sup>34</sup> 山本隆司・前掲注33・540頁。

<sup>35</sup> 山本隆司・前掲注2・193-194頁。

法方法を採用しているとされる<sup>36</sup>。ただし、理論上は、法律の根拠があれば、契約による行政権限の委任も可能と指摘する見解もある<sup>37</sup>。

また、日本では、2006年に制定された「競争の導入による公共サービスの改革に関する法律」（いわゆる「市場化テスト法」）により、国の行政機関等の事務または事業等の実施を民間事業者に契約により委託する制度が一般的に定められた（詳しくは後述）。ただし、みなし公務員規定がおかれたほか、民間事業者に対する行政機関の調査・指示権限を刑罰で担保している点で（同法 25 条以下・54 条以下）、契約に固有の手法に依拠することに慎重な姿勢がとられている<sup>38</sup>。

### 三 私化と公私協働の関係

私化と公私協働という 2 つの概念がいかなる関係にあるかは、それほど明確ではない。例えば、両者の関係について、比較的新しい公私協働の概念が私化の概念に取って代わったと考える見解もあれば、公私協働に含まれるのは私化のそれよりも狭く、主に機能的私化が公私協働関係の典型にあたるとする考え方もある<sup>39</sup>。この点、組織の私化については、そのみが純粋な形で発生する場合、公的組織と私的主体の二者による任務の共同遂行を観念しにくいから、公私協働の枠から外れるものと考えられることもできよう。ただ、このようにいえるかは、公私協働の概念の広狭をどのように定めるかにもよるので、一概に判断することが困難である。

また、その他にも、両者がある現象を把握する観点の違いを指摘する見解もある。すなわち、私化は、様々な態様で私人に公的事務が委ねられてゆく、その移行の過程に着目した動態的な概念であり、かかる過程における法的統制を可能とする概念であるから、公的組織と私的主体のある意味での対立とかかる両者の間での事務の移転を主に視野に置く。これに対し、公私協働は、行政と私人が協力して任務を遂行する際に現れる多様な現象形態を包括する静態的な概念であり、両者の対等な協力関係の構築という点がより前面に出てくる<sup>40</sup>。

## II 公私協働の現象形態

### 一 台湾

---

<sup>36</sup> 岸本太樹「公私協働と行政上の契約—ドイツ協働契約論の展開」法律時報 80 卷 10 号（2008 年）116 頁。ただし、ドイツにおいては、高権的権限の民間事業者への委任について、契約形式を用いることができることに対しては異議が存しないと指摘されている（同所）。

<sup>37</sup> 山本隆司・前掲注 2・177-178 頁。岸本太樹・前掲注 36・117 頁も、「指定と契約の区別論」が有用か否かは改めて検討を要するとする。

<sup>38</sup> 山本隆司・前掲注 2・179 頁。

<sup>39</sup> 劉淑範・前掲注 7・524 頁。

<sup>40</sup> 板垣勝彦・前掲注 6・144 頁、劉淑範・前掲注 7・524-525 頁。



台湾においては、機能的私化の概念に包摂されるものとしての、いわゆる「行政委託」の問題として、公私協働の様々な側面が扱われている。そして、この概念は、さらに「業務委託」と「行政権限の委任」（Beleihung）に分けられ、大まかに言えば、前者は本稿でいう事業に関する公私協働に、後者は決定に関する公私協働に相当する。

## 1. 業務委託—あるいは事業に関する公私協働

業務委託とは、公権力の行使に及ばない行政事務の委託を指す。近年の「スリムな国家」と「協力国家」という理念の普及に伴い、この方法を用いた公私協働は行政実務において広く行われている。例えば、市民の生存配慮（水道・電力・ガスの供給、廃棄物・廃水の処理、交通運輸など）、教育文化、社会福祉、環境保護、衛生医療などの各方面に渡る公共サービスの業務について、私人の有するヒューマン・パワー、専門知識・技術、企業的経営能力、資金などの社会に存在するリソースを重視して、広く私的主体に委ねることが行われている<sup>41</sup>。

興味深い例として、台湾の国防法 22 条は「民間の力を合わせた国防に関する科学技術工業の発展」（結合民間力量發展國防科技工業）と題され、国防領域に関する公私協働を明文をもって認めている点が挙げられる。同 2 項は、「国防省は、国内外の公的・私的な法人・団体と協力または相互委託して、国防に関する科学技術工業に係る研究開発、製造、修繕及び販売を行うことができる」<sup>42</sup>と規定し、同 3 項は、「国防省は、国防に関する科学技術工業及びその関連産業の発展を促進するため、所轄の研究開発、生産、修繕を行う機関及びそこで使用される財産設備について、その経営を民間に委託することができる」<sup>43</sup>と規定している。

## 2. 行政権限の委任—あるいは決定に関する公私協働

行政権限の委任は、伝統的な行政法学の理解の下では、狭義の行政委託と呼ばれ、行政機関がある特定の行政事務を執行するために、公権力を公的組織以外の私人または団体に行使させることと定義されてきた<sup>44</sup>。この点について、台湾の行政手続法 16 条 1 項は、法律の留保の趣旨に基づき、「行政機関は、法規に基づき、その権限の一部分を、民間の団体または個人に委託することができる」<sup>45</sup>と規定し、同 2 項は、法的状態の明確性を図るために、「前項の場合においては、委託にかかる事項及び

---

<sup>41</sup>陳敏『行政法總論 第 7 版』（2011 年）990 頁；詹鎮榮『民營化法與管制革新』（元照出版、2005 年）11-12 頁。

<sup>42</sup> 國防法第 22 條第 2 項：「國防部得與國內、外之公、私法人團體合作或相互委託，實施國防科技工業相關之研發、產製、維修及銷售」。

<sup>43</sup> 國防法第 22 條第 3 項「國防部為發展國防科技工業及配合促進相關產業發展，得將所屬研發、生産、維修機構及其使用之財産設施，委託民間經營」。

<sup>44</sup> 詹鎮榮・前掲注 41・10 頁。

<sup>45</sup> 行政程序法第 16 條第 1 項：「行政機關得依法規將其權限之一部分，委託民間團體或個人辦理」。

法規の根拠を公告し、かつ政府の公報または新聞紙に掲載しなければならない」<sup>46</sup>と規定している。このような行政権限の委任についての個別法における例としては、以下のようなものが挙げられる<sup>47</sup>。

- 製品の安全・衛生・環境保護及びその他の技術標準に関して、その検査にかかる技術的な事務、検査事務、合格証明の発行事務（商品検査法 4 条 1 項・2 項）<sup>48</sup>。
- 自動車の定期的検査（道路交通管理处罰条例の授權に基づく道路交通安全規則 47 条）<sup>49</sup>。
- 各種「技師」のライセンスの発行、その訓練に関する文書の認可業務（技師法 8 条 5 項）<sup>50</sup>。
- 財団法人海峡交流基金会による台湾・中華人民共和国間の交渉に関する事務（台湾地区と大陸地区の人民の関係に関する条例 4 条 1 項）<sup>51</sup>。なお、これは国家機関が直接前面に出てきて処理することができない事務について、私的主体に処理を委ねたものと捉えることができる<sup>52</sup>。

行政権限の委任は、行政機関の有する対外的な権限について、その行使を私人に委ねるものである。行政権限の委任を受けた私人（受任者）は、自己の名義で委任にかかる事務を行うが、その委任の範囲内においては行政機関とみなされる（行政

---

<sup>46</sup>行政程序法第 16 條第 2 項：「前項情形，應將委託事項及法規依據公告之，並刊登政府公報或新聞紙」。

<sup>47</sup> なお、台湾の代表的体系書たる陳敏教授の教科書では、2004 年出版の第 4 版まで、行政権限の委任の例として所得税の源泉徴収制度を挙げていた（969 頁）。源泉徴収制度は、雇用関係における使用者に対して、被用者の給与から所得税や公課を差し引いて納付するという制度である。かかる制度について、ドイツでは、法律に基づき私人を「任用」し、個々の市民に公民としての義務を課すことを通じて行政任務を遂行させる方式を「私人の任用」（Indienstnahme Privater）として、行政権限の委任とは異なるものとして分類している（板垣勝彦・前掲注 6・152 頁）。この点、かかる方式をも公私協働の枠内で考えることができるかが問題となるが、公的組織と私的主体の任意かつ対等な協力関係が公私協働の根本的基礎であることに鑑みれば、法律に基づく一般的義務として行われるかかる私人の行為を公私協働の枠組みで捉えることは困難であろう。このことは、行政権限の委任・行政補助者・私人の任用というある意味で形式的な伝統的分類と、公私協働の観点からする現象形態の把握の両者の間で、分析の観点が異なりうることを示す。このような視点からすれば、公私協働の枠組みの中で、公私協働の諸例と並列する形で、船長の警察権限（板垣勝彦・前掲注 6・151 頁）や源泉徴収制度をもその例として挙げることに疑問がある。なお、2011 年出版の第 7 版では、源泉徴収制度についての記述は削除されている（985 頁）。

<sup>48</sup>商品検査法第 4 條第 1 項：「檢驗之技術工作除由標準檢驗局執行外，標準檢驗局並得委由相關機關（構）、法人或團體代為實施」。第 2 項：「標準檢驗局得將相關檢驗合格證書之核（換）發及檢驗業務，委託相關機關（構）、法人或團體辦理」。

<sup>49</sup>道路交通安全規則第 47 條：「汽車之檢驗得委託公民營汽車製造廠、修理廠、加油站代辦，其辦法另定之」。

<sup>50</sup>技師法第 8 條第 5 項：「技師執業執照之換發、執業證明及訓練證明文件之認可，中央主管機關得委託民間團體辦理」。

<sup>51</sup>臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 4 條第 1 項：「行政院得設立或指定機構，處理臺灣地區與大陸地區人民往來有關之事務」。

<sup>52</sup>陳敏・前掲注 41・990 頁。

手続法 2 条 3 項)。そのため、この方式は、私人の公的事務についての関与が最も高い公私協働の類型であると考えられている<sup>53</sup>。

なお、行政権限の委任にはあたらないが、決定に関する公私協働、特にその準備段階における協働にあたると考えられるものとして、建築法 77 条の規定する公衆の使用に供する建築物の定期検査が挙げられる。公衆の使用に供する建築物については、主管機関の認可を受けた専門の団体・個人の定期的検査を受けて、その結果を主管機関に届け出なければならないとされ（同条 3 項）、主管機関はその結果を随時再審査することができる（同条 4 項）とされる<sup>54</sup>。ここでいう専門の団体・個人は、私人が公法上の義務を履行するのを補助するにすぎず、行政権限の委任には当たらないとされている<sup>55</sup>。

### 3. いわゆる「ETC 事件」<sup>56</sup>

#### (1) 概要

ここでは、公私協働に関して台湾において近時注目を集めているいわゆる「ETC 事件」を紹介する。事案は、国道高速道路局（Y）が、高速道路の料金徴収の電子システム（Electronic Toll Collection）を導入するため、「民間による公共設備の建設への参与の推進に関する法律」（日本で言う PFI 法に相当。以下 PFI 法とする）に基づき行った公募入札手続に関するものである。Y は、受託候補者 A・X・B 三者との交渉を経て、第 1 位受託候補者を A、第 2 位を X と決定した上、A と本件事業に関する協働契約（以下「本件協働契約」）を締結した。X は、かかる交渉の過程が平等原則に違反しており違法であるとして、当該決定の取消を求めて異議申立・審査請求をなしたが、ともに棄却された。そこで、X は、さらに台北高等行政裁判所に提訴した。同裁判所 2005 年度訴字 752 号判決は、原処分・決定のうち、X に不利な部分を取消したが、その他の部分について棄却した。これに対して X・Y・A から上告が提起されたが、最高行政裁判所はこれを棄却した。

#### (2) 判旨

##### A. 受託者決定・本件協働契約の法的性質及び両者の関係

高等行政裁判所は、PFI 法 47 条 1 項が政府調達法の規定する異議申立・審査請求に関する規定を準用していること、PFI 法に基づく受託者決定は、対象事業につき実

<sup>53</sup> 詹鎮榮・前掲注 41・10-11 頁。

<sup>54</sup> 建築法第 77 条第 3 項：「供公衆使用之建築物，應由建築物所有權人、使用人定期委託中央主管建築機關認可之專業機構或人員檢查簽證，其檢查簽證結果應向當地主管建築機關申報。非供公衆使用之建築物，經內政部認有必要時亦同」。第 4 項：「前項檢查簽證結果，主管建築機關得隨時派員或定期會同各有關機關複查」。

<sup>55</sup> 陳敏・前掲注 41・995 頁。

<sup>56</sup> 本件判決及び台湾の PFI 法の日本語による紹介として、蔡秀卿「台湾における協働論」法律時報 82 卷 1 号（2010 年）88 頁以下。

施官庁が特定の応募者を第 1 位・第 2 位受託候補者と一方的に決定し、その者と協働契約を締結できるという法的効果を発生させるものであるから、行政処分に該当する、とした。Y・A 間の本件協働契約の法的性質については、PFI 法において、実施官庁が一方的契約変更権、緊急時における改善・停止・中止命令の権限、強制的施設移転の権限などを有し、公権力・特許たる性質を強く有することから、行政契約に他ならないものとした。そして、両者の関係については、すでに協働契約が締結されていたとしても、それにより前段階の行為たる受託者決定処分が消滅するわけではないから、受託者決定処分が取消された場合には、後段階の協働契約も無効となるものとした。最高行政裁判所もかかる判断を是認している。

この点、従来の司法院大法官解釈においては、公営住宅の入居者の選定について、選定自体とその後締結される契約とを二段階にわけ、前者を行政処分、後者を民事契約とする立場がとられており（司法院大法官第 540 号解釈：いわゆる二段階理論（Zweistufentheorie））、本件のような公募入札手続についてもこの理論が妥当するものと思われていた。ところが、本件判決は、かかる立場とは異なり、受託者決定の部分の行政処分、さらにその後締結される契約を行政契約と判断したことになる。これは学説においては、「修正二段階理論」と称されている<sup>57</sup>。

## B. 平等原則及び公益性原則の違反の有無

最高行政裁判所は、受託候補者との交渉を行う際の平等原則違反の有無について、実施官庁が A のみと交渉を行い X とはこれを行わなかったため、X は投資計画につき必要な補充を行う機会を失ったとして、平等原則の違反を認めた。また、高等行政裁判所は、ETC の自動車内端末装置の価格という点が交渉内容に含まれておらず、利用者の負担価格の合理性が確保できているかにつき疑義があるとして、公益原則の違反を認め、最高行政裁判所もかかる判断を是認している。

## 二 中国

中国においては、公私協働の分類について様々な見解が存する。例えば、公務委託・公務授權・公務特許・公務請負・共同開発の 5 つに分類する見解がある<sup>58</sup>。また、ある見解は、公私協働とは公共部門と私的部門が公共サービスの提供（主に公的イ

<sup>57</sup> なお、本判決後の事例として、地方公共団体の下水道の建設・運営・移転にかかる BOT 型の公共入札手続に関する紛争について、台北高等行政裁判所 2006 年度訴字 2710 号判決は、「投資契約にかかる政府による管理・監督及び契約内容調整のシステムが公権力行使の性質を帯びている点是否定し難く、また、PFI 法に基づいて受託者を決定した後の建設・運営の段階について、私法上の『契約自由』原則に委ねるとするならば、かかる過程が政府によるコントロールの外に置かれることにもなりかねず、公共の福祉を害するおそれがあり、かかる解釈は採りえない」として同じく修正二段階理論を採っている。ETC 事件及びこの判決に賛成するものとして、吳志光「公私協力行為之公法化趨勢」輔仁法學 36 期（2008 年）50-51 頁。

<sup>58</sup> 高家偉「論中國大陸煤炭能源監管中的公私夥伴關係」月旦法學 174 期（2009 年）259 頁。

ンフラストラクチャーの建設)のために契約に基づき長期的な協力関係を結び、両者で長短所を補い合い、リスク及び利得を共有するものであり、具体的には公的事業特許経営・合資企業の設立・請負契約などが含まれる<sup>59</sup>。以下では、「治安の請負」と「特許経営」について簡単に紹介する。

## 1. いわゆる「治安の請負」

いわゆる「治安の請負」(治安承包)とは、公的主体が、ある特定地域の防犯にかかる事務及び「治安管理」にかかる事務について、契約に基づき、有償で私的主体に委ねることを指す。当該私的主体は、契約の定めに基づき、人員を組織しての巡回やある地域における長期居住資格を有しない短期居住者の登録に関する事務などを行う義務を負う。他方、公的組織(通常は地方公共団体の警察当局)の側では、私的主体の指導・監督を行うとともに、報酬を支払う義務を負うが、当該区域内の刑事事件発生数の増減や私的主体が捕まえた犯罪容疑者の人数などの指標に基づいて、その成果に応じて報酬は増減額される。かかる治安の請負は、1996年に山東省泰安市において行われたのが発端とされ、その後、河南・吉林・内モンゴル・浙江など各地でこれが行われており、行政法学者の注目を集めるに至っている<sup>60</sup>。

中国においても、治安にかかる事務は、その本質上政府の警察権に属し、その行使は警察部門自らによりなされなければならない、私人にこれを委ねることは原則として許されないと考えられている。そこで、たとえ治安の請負が行われたとしても、治安管理にかかる公権力に関しては何ら本質的変化はなく、警察部門が依然として最終的決定権限・監督権及び責任を保持し、私的主体は行政権限の受任者あるいは行政補助者として事務を遂行する<sup>61</sup>。

治安の請負は、通常、契約に基づいてなされる。当該契約が行政権限の委任に関する規律を含む場合、それは行政契約と性質決定され、公的主体は指揮権・解除権及び違約行為に対する制裁権を有するものとされる。また、当事者間で行政契約の履行にかかる紛争が生じた場合、行政法の原則に基づく調整が行われ、行政救済の方式にしたがって解決がなされる<sup>62</sup>。

## 2. いわゆる「特許経営」

---

<sup>59</sup> 余暉＝秦虹主編『公私合作制的中國試驗』(上海人民出版社、2005年)36-37頁。

<sup>60</sup> 陳軍『變化與回應：公私合作的行政法研究』蘇州大學博士論文(2010年)59-60頁、64頁。なお、町内会など公的組織に含まれない団体が特定地域の治安管理を委託するケースも存在するが、かかる主体はもともと私人であるから、この場合は単なる私法領域における事象と扱われることになる(63頁)。

<sup>61</sup> 陳軍・前掲注60・60-61頁。なお、「治安管理处罰法」7条によると、治安管理にかかる事務の執行主体は警察機関に限られるものと、明文上規定されている。その意味では、治安管理権限を私的主体に委ねることは、この法律の規定に明らかに違反することになる(同64頁)。

<sup>62</sup> 陳軍・前掲注60・64頁。

いわゆる「特許経営」とは、行政機関が、法規に基づき、私的主体が一般第三者に対して財・サービスを提供する権利を与えるものである。中国では、2004 年、建設省により「市政公共事業の特許経営の管理弁法」（日本の省令に相当）が制定され、この方式が法定の行政契約の形式とされ、注目を集めている。同弁法 2 条の定義によれば、特許経営とは、法規の規定に基づき、市場競争システムを通じて公共事業の投資者・経営者を選択するものであるとされている。すなわち、この制度は、市場競争システムを公共サービス提供の分野において利用しようとするものといえる<sup>63</sup>。

### 三 日本

#### 1. 決定に関する公私協働

##### (1) 指定法人

日本における例としては、最も一般的に制度化されている協働の形態として、指定法人が挙げられる。指定法人とは、行政庁からの指定を受けて一定の公共的業務を営む法人をいう。指定法人には、指定機関が行政事務を代行するもの（いわゆる「行政事務代行型指定法人」）と、民間の法人の特定の公益的活動に対し法令による名称使用の制限などにより権威を与え、当該活動を促進しようとするもの（いわゆる「民間活動利用型指定法人」）とがある<sup>64</sup>。

法令上、「指定検査機関」、「指定試験機関」などと証される指定機関は、通常は行政処分である指定を受けることにより行政権限を委任され、委任された権限が行政処分をなす権限を含む場合、委任後は、指定機関が自ら行政庁として当該権限を自らの名において行うこととなる。指定機関は、自己の名でなす行政処分については行政手続法上の行政庁として扱われるとともに、主務大臣などに対して審査請求を提起することができることになっているものが一般的である。他方で、指定機関に対する監督手段としては、役職員の選任・解任にかかる命令または勧告、事業計画等についての認可、事業規定の認可と変更命令、業務についての監督命令、立入検査、業務停止命令、指定取消などが法令上用意されている<sup>65</sup>。

指定法人の事務・事業は以下のように多様である。（1）規制にかかわる財の管理（指定車両移動保管機関（道路交通法 51 条の 3）、指定保証機関（宅建業法 51 条以下）など）、（2）検査、検定、資格付与、登録など、（3）事業の補助（中小企業支援法 7 条による指定法人など）、（4）社会保障給付（指定医療機関（生活保護法 49 条以下）、老人福祉法 28 条の 2 以下による指定法人、指定居宅サービス事業者

---

<sup>63</sup>陳軍・前掲注 60・86-87 頁。

<sup>64</sup>米丸恒治・前掲注 32・315 頁。

<sup>65</sup>米丸恒治・前掲注 32・315-316 頁。

（介護保険法 70 条以下）など）、（5）インフラストラクチャーの整備（公の施設の指定管理者など）、（6）調査・啓発（交通事故調査分析センター（道路交通法 108 条の 13 以下）など）、（7）業界の秩序維持（遊漁船業団体（遊漁船業の適正化に関する法律 20 条以下）など）、（8）文化活動（放送番組センター（放送法 53 条以下）など）<sup>66</sup>。

## （2）規制行政（検査・検定等）

従来の指定機関は、個別法上、公益法人に限定され、さらに主務官庁の公益法人の設立許可にかかる裁量などを背景にして業務の（地域）独占が認められ、他方で主務官庁が運営・組織にわたる事項に関して幅広い監督権限を有しており、業務の手数料も各政省令により定められていた。しかし、「規制緩和」に基づく近年の法改正により、営利法人等の指定も可能となるとともに、設立許可にかかる主務官庁の裁量を否定し、法令に定められた一定の要件を備えた場合には登録が認められるという「登録機関」の制度が導入された。この登録機関制度においては、主務官庁の監督権限も限定され、料金は登録機関ごとに業務規定に定めるものとされた<sup>67</sup>。

かかる登録機関化は、公益法人改革の一環として、一般に行政の業務の代行として検査・検定業務を担当してきた指定機関の位置づけを改め、これを政府の責任範囲に属さない民間の第三者機関による業務として扱おうとするものである。登録機関制度を導入する法律の多くが、市民に検査を受ける義務を課した上で、その判断で登録機関を選択して検査を受けることとしており、処分性を認める規定はおかれていないものが多い<sup>68</sup>。

ただ、かかる改革の後においても、やむを得ない理由により特定の法人に国の代行機関として事務を行わせるという「行政責任」・「政府責任」を維持する趣旨の登録機関については、通常の登録機関の場合よりも広範に主務官庁の監督権限が認められており、費用についても、政令により直接定められたり、主務官庁の認可が必要とされる場合がある<sup>69</sup>。

行政権限を委任された指定機関・登録機関が行う判定の法的性質については、まず、それを基礎に多種の法関係が成立する場合（野生動植物法 20 条以下・12 条 1 項 5 号、半導体法 3 条以下）、当該登録は法的地位を規律する効力をもつため、行政行為にあたると解される。これに対し、かかる効力を有しないものも多い。例えば、指定機関・登録機関の判断に加えて、さらに行政庁の決定がなければ相手方私人の法的地位が変動しないものがある。また、指定法人・登録機関の基準適合性の証明を受ければ禁止が解除されるが、行政機関は当該証明を取消したりせずに直接、基

<sup>66</sup>山本隆司・前掲注 2・181-182 頁。

<sup>67</sup>山本隆司・前掲注 2・183 頁。

<sup>68</sup>米丸恒治・前掲注 31・57-58 頁。主務大臣に対する申請または申出による救済が定められているものもあるとされる（同所）。

<sup>69</sup>山本隆司・前掲注 2・184 頁。

準不適合性などを理由に義務を課しうるものもある。このように、私人の法的地位を規律する効果が認められないものについては、その性質上当然に行政行為と認めることはできない。ただ、このような指定機関・登録機関の行為を、手続法・争訟法上、行政行為として扱うことは可能かがさらに問題となる<sup>70</sup>。

### (3) 給付行政（福祉サービスの給付）

かつては、福祉サービスの給付については、行政機関の職権により「福祉の措置」を決定する行政処分のみが法律に定められていた。しかし、1997年以降の「社会福祉基礎構造改革」、特に2000年の社会福祉事業法等改正法により、受給者の個別の状況に応じて給付内容を決定するための諸制度改革がなされた。例えば、介護保険制度では、被保険者が市町村に申請して要介護認定・要支援認定を受けた上で、都道府県知事が基準を満たすものとして予め指定した事業者・施設などからサービスを受ける場合に、市町村から費用の支給を受けるものである。

## 2. 事業に関する公私協働—いわゆる「PFI 刑務所」

ここでは、事業に関する公私協働の例として、いわゆる PFI 刑務所<sup>71</sup>を取り上げる。PFI 手法を用いて建設・運営などが行われている刑務所として、第1号事業たる美祢社会復帰促進センターは既に2007年4月より運営を開始し、この他にも現在までに3施設が運営を開始している。受刑者の収容という国家刑罰権の典型的発現の場面において公私協働という手法が用いられているわけであるが、その背景には、従来からの施設・刑務所職員定数の限界に由来する過剰収容、名古屋刑務所における一連の事件に起因する行刑改革、民間参入の拡大による官製市場の見直しという規制緩和、などの要因が挙げられている<sup>72</sup>。

### (1) 刑事施設にかかる事業の公私協働の法的根拠

<sup>70</sup> 山本隆司・前掲注2・184-187頁。

<sup>71</sup> アメリカ、イギリス、カナダ、オーストラリア、ニュージーランド、フランス、ドイツ、韓国など諸国において、行刑にかかる公私協働が進められている。これら諸国の中で、刑務所の建設・運営に関する民間委託の仕方については、アメリカ・イギリス等の英米法諸国とドイツ・フランス等の大陸法諸国の間で、大きな差異がある。即ち、英米法系の諸国では、運営業務のすべてを包括的に委託する「民営刑務所」が整備されているのに対し、大陸法系の諸国では、保安業務などはこれまでどおり政府が直接行うこととし、給食、洗濯、清掃、維持管理、教育、刑務作業、職業訓練などサービス業務に限って委託する「混合運営施設」が整備されている（吉野智「PFI 手法による官民協働の新たな刑務所の整備について」ジュリスト1333号（2007年）2頁）。

<sup>72</sup> 吉野智・前掲注71・3頁。ただし、これらの点については、以下のような批判も存する。（1）刑務所及び行刑運営の透明化については、営利事業たる PFI 事業を行う前に、非営利団体の行刑施設の運営参加の可能性や、また、2006年制定の刑事収容施設法に規定された刑事施設視察委員会・オンブズマンのような行刑から独立した公正・中立な第三者機関による統制の可能性を検討すべきである。

（2）そもそも刑務所という国家の執行権に極めて強いかかわる施設の運営を市場と呼びうるのかには疑問があり、また、経済原理に立った事業者のコスト優先姿勢によって処遇の質の低下や、収容者に対する人権侵害などの危険性も懸念される（只木誠「新しい刑務所運営の意義と課題」ジュリスト1333号（2007年）13-14頁）。



刑務所の運営について規定している法律は刑事収容施設法であるが、同法には行政権限の委任にかかる規定が設けられていないため、刑事施設において行われる私経済作用に当たる非権力的な業務を除き、施設の警備や被収容者の処遇等公権力の行使に当たる事務を私的主体に委ねることは許されないことになる<sup>73</sup>。この点、本稿の検討対象たる PFI 刑務所のケースでは、PFI 法及び構造改革特別区域法に基づいて事業に関する協働が進められた。まず、事業者による施設の設計・建設、備品などの調達・保有、事業期間終了までの当該施設の維持管理及び一部の運営業務などについては PFI 法により規律され<sup>74</sup>、他方、刑事施設における施設の警備や被収容者の処遇の一部が私的主体に委ねられる点については、構造改革特別区域法がその特別の根拠とされている<sup>75</sup>。すなわち、同法 2 条 2 項が「特定刑事施設における収容及び処遇に関する事務の委託促進事業」を特定事業として規定し、同法 11 条が「刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律等の特例」を設けたことにより、構造改革特別区域に限って刑事施設運営業務の民間委託が可能となっている<sup>76</sup>。

## (2) 委託対象業務

刑事施設運営にかかる事務について、私的主体に委ねることが許される範囲については、構造改革特別区域法において監獄法等の特例措置を設けるにあたり、次のような考え方が前提とされている<sup>77</sup>。

- すなわち、武器・手錠の使用、保護室への収容、懲罰の賦課、書籍等の閲覧・面会・信書の発受の許否等の処分等については、被収容者の身体や財産を直接侵害する実力行使や被収容者に対して直接に義務を課しまたは権利を制限する処分を伴うため、私的主体にこれを委ねることは許されない。
- これに対し、給食、洗濯、清掃等の非権力的な事務にあつては、契約によりその処理の権限行使の一部である事実行為を委託することは可能である。国の行政事務の中でも、例えば、総務系事務、庁舎警備、清掃、自動車運転等、国の私経済作用としての業務については、特段の法律の授權を要することなく、契約により、いわゆる「業務委託」として民間事業者に委託することが

<sup>73</sup> 藤本哲也「わが国の PFI 刑務所の試み」法学新報 115 巻 1・2 号（2008 年）27 頁。

<sup>74</sup> 荻原聡央「行政法から見た刑事施設の公共性と民間化」法の科学 38 号（2007 年）149 頁。

<sup>75</sup> 構造改革特区制度とは、地方公共団体等の提案により、地域の特性に応じた規制の特例を導入する特定の区域を設けることで、その地域において、地域が自発性をもって構造改革を進めることを目的とする。その手続は、まず地方公共団体あるいは民間事業者等からの規制緩和の提案を、内閣官房特区室が受け付ける。提案を受けた特区室は、規制を所管する省庁と調整のうえ、特区制度を活用して行うべき規制の特例措置とすべき場合には、閣議決定し、その内容は、構造改革特別区域基本方針に盛り込まれる。その後、政府において必要な法制上の措置を講じることになるが、通常は構造改革特別区域法を改正して規制の特例措置を設ける。次に、その特例措置を活用しようとする自治体は、特例措置を活用した事業計画である特区計画を策定し、特区の認定申請を行う。そして、政府内で計画を吟味し、特区として認定する（藤本哲也・前掲注 73・26-28 頁）。

<sup>76</sup> 荻原聡央・前掲注 74・149 頁。

<sup>77</sup> 吉野智・前掲注 71・4-6 頁。

行われており、通常の刑事施設においても、これらの業務については、既に一部委託を行ってきている。

- さらに、例えば、健康診断、所持品や居室等の検査、収容監視、職業訓練の実施、書籍等や信書の検査、領置物の保管など、処分等に当たる事務の準備行為またはその執行として行われる事実行為にあっては、事務の権限をこれまでどおり刑事施設の長や刑務官に留保させつつ、一定の法的制約の下に、その権限行使を補助するものとして委託することが可能である。即ち、法律に委託の根拠規定を設けるとともに、守秘義務、みなし公務員規定、監督規定など事務の円滑かつ適正な実施を確保するための担保措置をあわせて講じることにより、民間委託は可能である。

このような考え方を前提として、2004 年 9 月、構造改革特別区域推進本部は、構造改革特別区域法において、監獄法等の特例として刑事施設における施設の警備や被収容者の処遇の一部を一定の要件を満たす民間事業者に委託することを可能にする措置を採ることを決定し<sup>78</sup>、この決定を受けて、2005 年通常国会で構造改革特別区域法の一部が改正された。そして、2005 年 11 月、山口県美祢市が、刑務所の運営の一部を民間委託することができる初の「構造改革特別区域」として内閣総理大臣の認定を受けた<sup>79</sup>。

詳言すると、構造改革特別区域においては、民間委託を行っても施設の運営に支障を生じるおそれがないことなど、法務大臣が定める要件に該当する施設について、矯正管区長の登録を受けた民間事業者に業務を委託できる（構造改革特別区域法 11 条 1 項・3 項）。委託できる業務は、以下のとおりである（同法 11 条 1 項 1～10 号）。1. 被収容者の着衣及び所持品の検査、健康診断、写真の撮影及び指紋の採取（収容手続として行うもの）、2. 分類調査、3. 収容監視・施設の警備、4. 被収容者の着衣、所持品及び居室の検査、健康診断、5. 刑務作業の技術上の指導監督、職業訓練、6. 書籍等の検査補助、7. 信書の検査補助、8. 収容される際の所持品、差入物などの検査、9. 領置物の保管、10. 指静脈の画像情報の採取、11. 改善指導及び教科指導の実施<sup>80</sup>。

この点、被収容者の信書の発受拒否の処分をするために必要な検査の補助は、単純な機械的作業ではなく、判断の介在する余地のある活動であるから、侵害行政の領域における判断作用を含む事実行為として、高権的作用の一部をなしていると指摘する見解がある<sup>81</sup>。

### （3）事業方式

---

<sup>78</sup>吉野智・前掲注 71・6 頁。

<sup>79</sup>吉野智・前掲注 71・6 頁。

<sup>80</sup>吉野智・前掲注 71・7 頁。

<sup>81</sup>人見剛「公権力・公益の担い手の拡散に関する一考察」公法研究 70 号（2008 年）174 頁。

事業方式についてはいわゆる BOT 方式（Build-Operate-Transfer：PFI 事業者が自ら資金調達を行い、施設を建設・所有し、事業期間にわたり維持管理・運営を行った後、事業期間終了時点で国に施設の所有権を移転する方式）により、国有地上で、PFI 事業者が所有する施設において刑務所の運営を行うこととされている<sup>82</sup>。もっとも、喜連川・播磨の各センターは運営に特化した PFI 刑務所とされ、施設の整備提供は国が行い、PFI 事業者はその運営のみを行うとされている。

#### （4）事業者の選定

事業者の選定においては、価格以外の要素も考慮に入れて落札者を決定する多段階選抜による総合評価一般競争入札方式を採用するとともに、提案内容などを審査する「第 2 次審査」は、審査の透明性、客観性及び公平性を確保するため、学識経験者を加えた事業者選定委員会に委ねられた<sup>83</sup>。そして、建設会社・警備会社・商社・IT 関連企業などからなる 3 つの企業グループから参加があり、総合評価値の最も高かった「美祢セコムグループ」を落札者として決定され、2005 年 6 月に同グループが設立した「社会復帰サポート美祢株式会社」との間に事業契約が締結された<sup>84</sup>。

刑務所についての公私協働の過程においては、刑務所の整備・運営といういわば古典的な国家任務を民間に委ねることはそもそも憲法上許されるのか、どのような職務を民間に委ねることが可能で、どのような職務を民間に委ねてはならないのか、受託事業者の法的地位、損害賠償責任の所在の問題など、法的に検討されるべき様々な問題が存在する。その中に、そもそも国家の任務とは何か、国家と社会（国民）の関係はいかにあるべきかという国家理解の根幹にかかわる問題も垣間見える<sup>85</sup>。かかる諸側面において多様な形で提起される法的問題については、法的統制に関連して検討する。

### III 協働の統制

#### 一 決定に関する公私協働の法的統制

決定に関する公私協働の法的統制については、まず、根本的な指摘として次の点が重要である。すなわち、公的組織は、私的主体に事務を委ねる場合、その事務の性質・範囲に応じて、民主性原理及び法治国原理による拘束の潜脱が生じないよう

---

<sup>82</sup> 吉野智・前掲注 71・5 頁。

<sup>83</sup> 吉野智・前掲注 71・8 頁。

<sup>84</sup> 吉野智・前掲注 71・8 頁。2005 年度予算で認められた国庫債務負担限度額は約 565 億円であったところ、落札金額は約 517 億円であり、事業期間の 20 年間で約 48 億円の経費削減効果があつたとされている（同所）。

<sup>85</sup> 戸部真澄・訳者はしがき（ハインツ・ヨハイム・ボンク（戸部真澄訳）「行刑における私化の法的枠組み条件」（Heinz Joachim Bonk, *Rechtliche Rahmenbedingungen einer Privatisierung im Strafvollzug*, JZ 2000, 435ff.）山形大学人文学部研究年報 2 号（2005 年））163 頁。

にする責任を負う（波及的正統化責任）という点である<sup>86</sup>。以下でその具体的枠組みを概観する。

## 1. 協働の禁止

公的組織が私的主体に「公権力の行使」を委任することは、民主性原理及び人権保障の観点から導かれる公権力の行使の国家独占の原則により基本的に制限され、それが許されるのは、裁量権が極めて限定され、受任者が中立・公正かつ専門的能力をもって業務遂行できると判断でき、行政に準じた監督措置が確保されている限りではじめて例外的に認められる、とする見解がある<sup>87</sup>。これに対しては、行政手続法・行政救済法の適用範囲を画するメルクマールたる「公権力の行使」という概念を基準とするのは妥当でなく、人権保障及び民主制原理の要請から、重大な人権侵害効果を持つ作用や、政策的裁量の行使を伴う決定を私人に委ねることは許されないと解すべきとする見解もある。かかる見解によると、違法駐車車両の移動は権力的作用であっても私人に委ねることにさほど問題はないが、文化活動以外の領域における国からの補助金の分配について私人が裁量的に決定することは問題が大きいと指摘される<sup>88</sup>。

この点について、戸部真澄教授は、航空管制権限を私人に委任することを可能とする航空管制法（Flugsicherungsgesetz, FSG）案をめぐるドイツの議論を紹介している。すなわち、ドイツにおいては、すでに 1992 年に基本法の改正を伴って改正された航空交通法により、航空管制組織は従来の行政組織から、連邦が 100%出資する連邦所有の有限会社へと「組織の私化」がなされていた。これに対して、今回の法案によれば、純然たる民間組織にも航空管制権限の委任を認める点で、私化の程度が 1992 年よりもはるかに高いものとなっている。法案によれば、航空管制業務は、連邦の「高権的事務（hoheitliche Aufgabe）」であり（法案 1 条 2 項）、また行政処分たる航空機に対する指示を行う権限（法案 29 条 1 項）を含むものである。法案の最大の問題は、かかる航空管制業務を権限委任を用いて私人に委任することを認めて

<sup>86</sup> 山本隆司・前掲注 2・195-196 頁。

<sup>87</sup> 米丸恒治・前掲注 32・350-354 頁、同・前掲注 31・67-68 頁。

<sup>88</sup> 山本隆司・前掲注 2・196-197 頁。警察行政に関する権限委任の憲法的許容性について、米丸恒治・前掲注 32・189 頁は、ドイツ学説上には賛否両論があるものの、全体的にはこれを肯定する論調が支配的であり、これを認める方向へ社会的には向かっていると指摘する。ただし、米田雅弘「私人による警察活動とその統制—ドイツ警察法における公私協働論を素材にして」法律時報 81 巻 13 号（2009 年）354 頁は、ドイツ学説・判例は、駐車違反の確認や速度違反車両の監視業務を私人に委任することを否定していると指摘する。その理由は、私人自らがデータを収集しこれを警察に報告する一連の行為は、国家任務の核心領域に属する訴迫行為の端緒であり、現場での具体的な状況を考慮した上で行政機関自らが秩序違反の有無について決定しなければならないという「義務適合的裁量行使の原理」に反するという点にある。また、ベルリン・ティアガルテン区裁判所 1996 年 4 月 24 日判決は、私人による駐車違反の取締りについて、交通監視における秩序違反行為の確認は、国家行政の核心領域に属する典型的な高権的な事務であり、かかる行為を委任するについて秩序違反法に法律の根拠はなく、もしあったとしても憲法違反であるとする（控訴審たるベルリン上級通常裁判所 1996 年 10 月 23 日決定も同旨）。速度違反車両の監視についても同様の裁判例が存する。参照、米丸恒治・前掲注 32・179-184 頁。

いる点にある。当該法案は、連邦議会及び連邦参議院を通過したものの、大統領は基本法 87d 条 1 項違反を理由に副署を拒否したため、法案は不成立に終わった。その理由は、第 1 に、基本法上 87 条以下に定められた連邦固有行政（*bundeseigene Verwaltung*）については、連邦が自己の組織を用いて事務を行わなければならない、私人への権限委任はこれに反するという、第 2 に、連邦固有行政においては、連邦の意思が常に貫徹される状態でなければならないが、法案においてはかかる仕組みが十分ではないこと、にある<sup>89</sup>。

## 2. 法律の留保

行政行為や権力的事実行為を行う権限が私的主体に委任される場合、当該私的主体には権限行使の義務が課されること、監督行政庁の監督対象となること、一般第三者に対する侵害権限が委任の対象となることがあり、その権利保護を図る必要があることなど、侵害留保の要請により、法律の根拠を要する。また、協働一般について、制度・組織に関わる法律の留保論により、協働過程の基本を法律に定めることが要請される<sup>90</sup>。

## 3. 指揮命令権の留保

私的主体に決定や執行を委ねる場合、当該私人に対して、個別の決定・執行行為に関する指揮命令権を留保せねばならない。ただし、委任に伴い当然に指揮監督権が発生するわけではなく、私人に対して規制的な行政作用を行うものとして、法律の根拠を有する場合に限り、これをなしうる<sup>91</sup>。

また、指揮監督の範囲について、私的主体が委任された権限を行使する限りで、その活動の合目的性・専門性の監督にまで及ぶ包括的な国家監督に服するとする見方もありうる<sup>92</sup>。この点、議会を頂点とするヒエラルヒッシュな指揮命令権限の連鎖を強化すればするほどヒエラルヒー上位者の意思が実現されると考えるのは、組織・手続の現実の作動メカニズムに鑑みればナイーブにすぎること、複雑に交錯する情報・利益を段階的に加工する合理的のプロセスを形成する上で議会の意思は唯一の要素とまではいえないこと、広範な指揮命令権は私的主体の自発性を減退させ、私的主体の情報加工・判断能力の活用・育成という協働の意義を失わせるおそれがあること、などの諸点に鑑みると、かかる指揮命令は違法行為を是正する場合などに限定すべきとするのが妥当であろう<sup>93</sup>。

ただし、多数の私的主体の行為について監督・監視することには、国の機関の情報収集・処理能力の量的・質的限界のゆえに、限度がある。したがって、極端な事

<sup>89</sup> 戸部真澄「私人による『公権力の行使』—航空管制権限をめぐる—」法律時報 80 巻 8 号（2008 年）101-103 頁。

<sup>90</sup> 米丸恒治・前掲注 32・52 頁。山本隆司・前掲注 2・202 頁。

<sup>91</sup> 米丸恒治・前掲注 32・347 頁。

<sup>92</sup> ドイツ学説の紹介として、米丸恒治・前掲注 32・40 頁。

<sup>93</sup> 山本隆司・前掲注 33・560-561 頁、同・前掲注 2・197 頁。

例を除けば、行為のレベルよりは、私的主体が情報を収集し加工する過程・組織構造のレベルを規律することの方が大きな意味を持つであろう、との重要な指摘もある<sup>94</sup>。

#### 4. 私的主体に対する手続的・組織的規律（私行政法）

私的主体の側には、委ねられる権限・役割の性質・程度に応じて、以下の条件を満たす手続及び組織が構築されなければならないとされる。（1）中立性・独立性、（2）事理に即して適切に任務を遂行するための機構（経済的基礎、専門能力、情報収集権、守秘義務など）、（3）すべての関係利益が平等に表現される機会の確保、（4）公衆に対する協働過程の透明性<sup>95</sup>。

#### 5. 第三者の権利保護

##### （1）保護規範

第三者の保護規範については、私的主体に第三者私人に対し作用を行う権限が委ねられる場合、公的組織と私的主体との協働関係を規律する法令及び行政行為について、当該第三者私人の利益を保護する規範としての性格を広く認めるべきであるとともに、公的組織と私的主体との間の契約を第三者のためにする契約と解し、第三者私人がその規律を援用することを認めるべきである、と指摘されている<sup>96</sup>。

##### （2）手続法・争訟法

私的主体が委ねられた事務を遂行する行為について、第三者私人の権利保護のルートとして行政手続法及び行政争訟法が適用されるのは、いかなる場合か。まず、私的主体の行為について、明文により大臣などへの審査請求の定めがある場合など、当該行為それ自体として行政処分ないし権力的事実行為と解釈される場合には、これを問題なく肯定することができる<sup>97</sup>。つまり、「行政庁」・「処分」・「公権力の行使」などの作用法的・救済法的概念の適用については、その主体が組織法上の行政主体であるか私人であるかは基本的に問題とならないものと考えられる<sup>98</sup>。

---

<sup>94</sup>山本隆司・前掲注 30・68 頁。

<sup>95</sup>山本隆司・前掲注 2・198- 199 頁。

<sup>96</sup>山本隆司・前掲注 2・203 頁。亘理格「フランス法における公私協働—行政契約法の基層という視点から」法律時報 81 巻 5 号（2009 年）136-137 頁によれば、フランス法上、行政契約の中で公役務の作用や編成のあり方を定めた条項については、行政主体と民間事業者という契約当事者間において拘束力を有するのみならず、当該公役務の利用者等の利害関係者との関係でも「法規命令的」な性質を有し、当該条項を訴訟において援用し、またはその違法を主張する可能性が認められているとされる。

<sup>97</sup>米丸恒治・前掲注 32・350-354 頁。山本隆司・前掲注 2・203 頁。なお、指定機関の処分のうち、行政手続法 3 条 1 項 11 号により、「専ら人の学識技能に関する試験または検定の結果についての処分」は除外されている（米丸恒治・前掲注 32・352 頁）。

<sup>98</sup>人見剛・前掲注 81・177 頁。

かかる場合以外については、基本的には、問題となる私的主体の活動の実質及び権限の内容から、個別的に処分性の有無を判断するほかないと考えられるが<sup>99</sup>、これについて以下のような場合には処分性を認めるべきとする見解があり、参考になる。

- 行政機関が協働する私的主体に対して密接に関与する関係から考えて、当該私的主体の行為に関する争訟手続には行政機関を組み入れるべきと解釈される場合（例えば、指定機関や政府責任を維持する趣旨の登録機関による基準適合性証明）。この場合は、証明等を行政処分と解釈することにより、行政機関が参加・関与する権限・責任を与えられ、行政機関をも拘束する決定がなされるという効果が得られるからである。
- 私的主体の行為の形式や行為の性質から考えて、協働する私的主体が自らの行為について第三者私人に対して負う責任が、行政機関が第三者私人に対して負う責任から、法的に明確に分けられていない場合（例えば、かつての公の施設の管理委託制度）<sup>100</sup>。

また、第三者私人が、監督行政庁を相手取って、私的主体に法定の監督処分を行うよう求める義務付け訴訟も考えられる。この点、第三者私人が私的主体に直接是正を求める民事訴訟が、「損害を避けるために他に適当な方法」（行訴法 37 条の 2 第 1 項）にあたらないかが問題となるが、現状では、第三者私人が私的主体に対しどのような民事訴訟を提起できるかが明確でなく、また、行政庁が私的主体との協働関係を解消する可能性などを背景にして実現が担保される義務付け判決と比べて、私人間の民事訴訟の実効性に疑問があるため、かかる義務付け訴訟を不適法と解すべきではないとされている<sup>101</sup>。

### （3）国家賠償法

#### A. 学説

##### （A）塩野説

塩野教授は、いわゆる指定機関による公権力の行使に起因して損害が発生した場合の損害賠償責任について、次のように指摘する。指定機関は、国から公権力にかかる事務の遂行を委任されるが、そのことによって、国と指定機関の間に上下の行政官庁関係が成立するわけではなく、当該指定機関は、公権力の行使を自己の権限として行い、また、多くの場合、その行為に対して手数料等を自己収入として徴収する権限が認められている。この点に鑑みると、当該公権力の行使を原因とする国家賠償事件においては、当該指定法人が国賠法上の公共団体として賠償責任主体に

<sup>99</sup>米丸恒治・前掲注 32・353 頁。

<sup>100</sup>山本隆司・前掲注 2・203-204 頁。

<sup>101</sup>山本隆司・前掲注 2・204-205 頁。

なると考えるべきであり、事務の究極の帰属及び主体という点に大きな意義は認められない<sup>102</sup>。

## (B) 米丸説

米丸教授は、公私協働の枠組みの中で行政と私人がいかなる原則に基づき損害賠償責任を分担すべきかという視点から、この問題について理論的考察を進めている。米丸教授の見解によると、国家賠償法は、単純な行政モデルを念頭に置いた立法であり、特に同法 1 条は、国・公共団体とその職員による不法行為を念頭に置いた古典的な規定である。同条の下でも、例えば「公務員」概念の中に行政事務の受託者を含ませるなどの柔軟な解釈により、行政による事務委託の際の国賠責任の拡張を実現してきており、このような解釈は、行政が民間事業者等に事務委託などをしつつも、なおその責任の下で公務を遂行するスタイルにとどまる限りは、被害者の救済という点で大きなメリットを有する<sup>103</sup>。

しかし、民間事業者の被用者を公務員として、その加害行為の責任を全面的に行政が負担し、当該公務員に故意または重過失があるときに限って求償を求めるとするモデルを採用する限りは、行政と民間事業者の間で適正な責任分担をもたらすことはできない。民間事業者は、営利または非営利の固有の業務の中で被用者たる加害行為者を使用・監督し、加害行為の第一次的な原因を作出するにもかかわらず、その責任が行政により代位され、求償もなされないことになるからである<sup>104</sup>。

公私協働の現象が、公私の目的や関心の違いを調整しながら相互に目的を達成する現象であるとするならば、それにより生じる損害の賠償についても、共同の損害賠償責任負担が基本原則となるべきである。このような観点に基づき、不法行為の基本原則に立ち返って、事案に応じた共同不法行為責任のあり方を検討することが求められる。そして、公私それぞれの行為者が、それぞれの役割・責任に係る損害について、予測及び結果回避が可能であった限り、損害を回避できなかった責任をその過失割合に応じて分担するとの基本原則によるべきである。具体的には、公私協働の相手方たる民間組織の被用者が損害を発生させた場合、現実の業務執行に故意・過失があれば、民間組織も使用者としての損害賠償責任を負うべきである。そして、当該被用者を「公務員」として国賠法 1 条に基づき国・公共団体につき国賠責任が成立する場合、この国賠責任と当該民間組織の負う使用者責任とは、公私協働の事案では一般に関連共同性を有するために共同不法行為が成立し、両者は不真正連帯債務の関係として賠償責任を分担することになると考えるべきである<sup>105</sup>。

<sup>102</sup>塩野宏『行政法Ⅱ 第5版』（有斐閣、2010年）303-304頁、同「指定法人に関する一考察」『法治主義の諸相』（有斐閣、2001年）468頁。

<sup>103</sup>米丸恒治「行政の多元化と行政責任」磯部力＝小早川光郎＝芝池義一編『行政法の新構想Ⅲ』（有斐閣、2008年）312頁。

<sup>104</sup>米丸恒治・前掲注103・312-313頁。

<sup>105</sup>米丸恒治・前掲注103・314頁。



### (C) 山本説

山本教授は、まず、国賠法上の「公権力の行使」について、国賠法が適用されるとどのような法的効果が生じるかという視点から判定基準・要件を定立する方法を採るべきとする。すなわち、国賠法適用の主な法的効果は、次の 2 点に求められる。

(1) 課税権を持つ国・公共団体（以下「公共団体」）が損害賠償義務につき責任を負うことにより、究極的に損害が納税者全体に分散される可能性があること、(2) その反面で、損害の原因行為を行った個人について、最高裁の立場によれば損害賠償義務が免除されること。このように、違法行為が起きて損害が生じた場合に、租税により責任を担保する反面で個人を免責することが正当化される行為としての「公権力の行使」は、原則として、行為の属性と行為主体の属性の両面から、組織としての公共団体の構成員・職員が職務として公益実現を目的に行う行為に限定されるべきである。そして、例外的に私的主体の行為が「公権力の行使」と認められるのは、公共団体が、私的主体に公益の実現を目的とする行為を委ね、しかも当該私的主体の違法行為により損害が生じた際には自らが責任を担保することを、国民・住民に対し決定している（「責任の引受」）と解釈すべき場合である<sup>106</sup>。いかなる場合にこのような責任の引受が肯定できるかについては、次のような基準に従って解釈すべきである。

- 私的主体の行為が、第三者私人に対する関係において公共団体の権限・責任と法的に不可分な場合、公共団体は私的主体になされた当該行為について国賠責任を負う。この場合、私的主体も、組織の形態・公共団体から委ねられた業務の性質及び公共団体との役割分担の態様に応じて、指揮監督の懈怠や組織体制の不備による損害の発生について、民法 709 条による損害賠償責任を負う可能性がある<sup>107</sup>。
- 私的主体の行為が、第三者私人に対する関係において公共団体の権限・責任と法的に可分である場合には、以下の場合に私的主体が組織として当該行為について国賠責任を負う。(1) 法律が明文で当該行為を公権力の行使と定める場合、及び(2) 行為の性質や公共団体が私的主体を監督する関係の強度から、当該行為を公権力の行使と解釈できる場合。こうした場合、公権力の行使を委ねた公共団体は、私的組織の国賠義務を単純保証（民法 446 条以下）する地位に立つ<sup>108</sup>。
- 私人の行為について国賠法が適用される場合であれ民法が適用される場合であれ、公共団体による私人の規制・監督について過誤懈怠が存するときには、公共団体は国賠責任を負う可能性がある。この場合、私的主体の行為が第三

<sup>106</sup>山本隆司「私人の行為による国家賠償（1）」法学教室 342 号（2009 年）61 頁。

<sup>107</sup>山本隆司「私人の行為による国家賠償（2）」法学教室 343 号（2009 年）100 頁。

<sup>108</sup>山本隆司・前掲注 107・97- 98 頁、100- 101 頁。

者私人に損害を与える危険の大きさに応じて、私的組織の賠償能力を確保するような制度を整備する責任が問題となる<sup>109</sup>。

## B. 判例

### (A) 最高裁 2007 年 1 月 25 日判決（民集 61 卷 1 号 1 頁）

#### a. 事実

X（1988 年生まれ）は、母親の病気により家庭での養育が困難になったことから、愛知県（以下「県」）が児童福祉法（以下「法」）27 条 1 項 3 号に基づく入所措置（以下「3 号措置」）を採り、社会福祉法人 Y が運営する児童養護施設（法 41 条）に入所した。1998 年、X は、当該施設内で 3 号措置により入所中の他の児童 4 名から暴行を受け、重度の後遺症を負った。暴行は、当該 4 名の児童の中の 1 人が X を蹴ったことについて、当該施設の職員 A（以下「本件職員」）から注意を受けた腹いせに、A が事務室に戻った間に行われたものであった。X は、県に対し国賠法 1 条 1 項に基づき、また Y に対しては使用者責任に係る民法 715 条に基づき、損害賠償を請求した。

第 1 審（名古屋地裁 2004 年 11 月 12 日判決）は、県に対する国家賠償責任を認めたが、Y の使用者責任については、当該施設の職員が国賠法 1 条 1 項の公務員に該当し、個人として不法行為責任を負わないことを理由に否定した。第 2 審（名古屋高裁 2005 年 9 月 29 日判決）は、第 1 審と同じく県の国家賠償責任を認め、さらに、Y の使用者責任についても、国賠法 1 条 1 項は公務員個人の責任を排除したものに過ぎず、それにより公務員個人の行為の違法性が消滅するものではないとして、これを認めた。

#### b. 判旨

県の上告を棄却。Y の上告について、原判決中の Y の敗訴部分を取消し、X の控訴を棄却。

「法は、国及び地方公共団体が、保護者とともに、児童を心身ともに健やかに育成する責任を負うと規定し（法 2 条）、その責務を果たさせるため、都道府県に児童相談所の設置を義務付け（法 15 条）、保護者がいないかまたは保護者による適切な養育監護が期待できない児童（以下「要保護児童」という）については、都道府県は、児童相談所の長の報告を受けて児童養護施設に入所させるなどの措置を採るべきこと（法 27 条 1 項 3 号）、保護者が児童を虐待しているなどの場合には、都道府県は、親権者または後見人（以下「親権者等」という）の意に反する場合であっても、家庭裁判所の承認を得て児童養護施設に入所させるなどの措置をとることができること（法 28 条）、都道府県が 3 号措置により児童を児童養護施設に入所させた

---

<sup>109</sup>山本隆司・前掲注 107・101 頁。

場合、入所に要する費用のほか、入所後の養育につき法 45 条に基づき厚生労働大臣が定める最低基準を維持するために要する費用は都道府県の支弁とし（法 50 条 7 号）、都道府県知事は、本人またはその扶養義務者から、負担能力に応じて費用の全部または一部を徴収することができること（法 56 条 2 項）、児童養護施設の長は、親権者等のない児童に対して親権を行い、親権者等のある入所児童についても、監護、教育及び懲戒に関し、その児童の福祉のため必要な措置を採ることができること（法 47 条）などを規定する。このように、法は、保護者による児童の養育看護について、国または地方公共団体が後見的な責任を負うことを前提に、要保護児童に対して都道府県が有する権限及び責務を具体的に規定する一方で、児童養護施設の長が入所児童に対して監護、教育及び懲戒に関しその児童の福祉のため必要な措置を採ることを認めている。上記のような法の規定の趣旨に照らせば、3 号措置に基づき児童養護施設に入所した児童に対する関係では、入所後の施設における養育監護は本来都道府県が行うべき事務であり、このような児童の養育看護にあたる児童養護施設の長は、3 号措置に伴い、本来都道府県が有する公的な権限を委譲されてこれを都道府県のために行使するものと解される。したがって、都道府県による 3 号措置に基づき社会福祉法人の設置運営する児童養護施設に入所した児童に対する当該施設の職員等による養育監護行為は、都道府県の公権力の行使に当たる公務員の職務行為と解するのが相当である」。「国家賠償法 1 条 1 項は、国または公共団体の公権力の行使に当たる公務員が、その職務を行うについて、故意または過失によって違法に他人に損害を与えた場合には、国または公共団体がその被害者に対して賠償の責めに任ずることとし、公務員個人は民事上の損害賠償責任を負わないこととしたものと解される（最高裁 1955 年 4 月 19 日判決・民集 9 卷 5 号 534 頁、最高裁 1978 年 10 月 20 日判決・民集 32 卷 7 号 1367 頁）。この趣旨からすれば、国または公共団体以外の者の被用者が第三者に損害を加えた場合であっても、当該被用者の行為が国または公共団体の公権力の行使に当たるとして国または公共団体が被害者に対して同項に基づく損害賠償責任を負う場合には、被用者個人が民法 709 条に基づく損害賠償責任を負わないのみならず、使用者も同法 715 条に基づく損害賠償責任を負わないと解するのが相当である」。

### c. 評釈

本件は、一般的に言えば、私的団体が地方公共団体から委ねられて、第三者私人に社会福祉の役務を提供する過程で、事故が起きて第三者私人が損害を受けた事案である<sup>110</sup>。

#### (a) 国賠法の適用について

国賠法上の一般論として、すでに大体の意見の一致があるのは、組織としての公共団体の構成員・職員による職務行為は広く国賠法上の「公権力の行使」に含まれ

---

<sup>110</sup>山本隆司・前掲注 106・60 頁。

る一方、私経済作用は「公権力の行使」から除かれる点である（いわゆる広義説）。これは、行為自体の属性を基準にした公権力の行使の判別である。これに対して、仮に公共団体の職務行為として行われていれば「公権力の行使」に当たる行為を私的主体が行う場合に、これが「公権力の行使」と認められるか否かという問題、つまり、行為主体の属性が公権力の行使の判別をどのように左右するかについては、これまで十分に議論が詰められていなかった<sup>111</sup>。そして本件で問題となったのがこの点である。

かかる問題について、従来の下級審裁判例においては、私的主体による作用に何らかの「強制」の要素が認められると「公権力の行使」該当性を肯定するケースが多いが、どのような場合に当該作用に「公権力の行使」の性格が認められるのかについて、一般的な判断枠組みを示した判決は存在しなかった<sup>112</sup>。

本判決の論理構成の主な特色は、次の諸点にあると考えられる。第 1 に、児童養護施設における要保護児童の養育監護行為が都道府県の事務に属するとする明文の法規定がないにも関わらず、児童福祉法の諸規定及びその趣旨を斟酌した上で、当該事務が都道府県の事務に該当すると判断していることである。第 2 は、「公権力の行使」該当性の判断に際し、委託者（都道府県）の指揮監督権の有無に決定的な役割を与えていないことである。指揮監督権の存否にのみ注目すれば、国賠責任の成否をこの点にかかる国家・公共団体側の制度設計のみに委ねる結果となって不当であるとする価値判断が根底にあるとも見られる。第 3 に、私的主体の行為の国賠法上の「公権力の行使」該当性の判断について、任務・資金・権限の 3 つの考慮要素を示し、必ずしも当該作用自体の「強制」の要素のみに注目しないところにある。すなわち、本判決が「公権力の行使」該当性を認めた対象は、児童福祉法 27 条 1 項 3 号に基づく入所措置にかかる「養育監護行為」である。この行為は、権力的な権限が法律または法律に基づく行政行為によって私人に託される「委任行政」に基づくものではなく、県と Y との措置委託契約に基づく「行政事務の委託」から基本的には生じている。そこで、本判決は、「公権力の行使」該当性の判断に際し、要保護児童への措置をめぐる児童福祉法のシステム全体を捉えた上で、任務・資金・権限の 3 つの要素により判断する手法をとっている<sup>113</sup>。

上記の第 1 点につき、山本教授は次のように批判される。私的主体は、公益を実現する民主的正統性を本来は有さず、基本的には自由に事業を行うものである。かかる私的主体と公共団体との間の関係は、複雑で多様な形態をとり、法令で任務・事務の配分が明示されることもない。こうした両者の関係において、任務ないし事務が公共団体に「本来」帰属するかを基準として国賠法上の責任を認めると、公共

<sup>111</sup>山本隆司・前掲注 106・61 頁。

<sup>112</sup>原田大樹・本件判批・法政研究 74 巻 2 号（2007 年）122 頁。

<sup>113</sup>原田大樹・前掲注 112・122-123 頁。

団体の国賠法上の責任が十分な理由なく拡大するおそれがあるし、私的主体に国賠法上の責任を負わせるような柔軟な解決も難しくなる<sup>114</sup>。

そこで、山本教授は、次のような異なった読み方の可能性を指摘する。すなわち、本件において最高裁は、県が要保護児童に対して有する具体的な権限・責任と、社会福祉法人が要保護児童に対して行う行為とが、法的に不可分なために、社会福祉法人の職員の行為についても県の公権力の行使として国家賠償責任を認めた、という読み方である。この点、県は、要保護児童に対する入所措置を一方的に、つまり児童・親権者等の意思に反する場合にも採る権限・責任を有しているため、児童養護施設における日常の養育監護行為を、例えば児童（の親権者等）と社会福祉法人との間の契約に根拠を置くものであるとして、県の権限・責任から分けて考えることは難しい。そうした行為は依然として、県が児童を保護するために児童に対し入所措置を採る権限と責任に基づくものと解される。そして、このように私的主体の行為が、公益を実現する公共団体の具体的な権限・責任と法的に不可分な場合には、公共団体は私的主体の行為について国家賠償責任を負う<sup>115</sup>。

このような読み方を前提として、山本教授は、本件判決の射程について、次のように指摘する。「社会福祉基礎構造改革」以降、「自立支援給付方式」または「介護保険方式」がとられている社会福祉サービスの提供に関しては、公共団体がサービス受給者に対し財を配分し、私的事業者に対し施設整備等の規律を行う関係と、サービス受給者と私的事業者とがサービス利用契約を締結する関係とが、完全には切り離せないにせよ「分節」されているので、本判決の射程外であり、原則として私的事業者による日常的な福祉サービスの提供を国賠法上の「公権力の行使」と解することはできない。また、地方公共団体が保護者からの「申込」に基づき場合により「選考」を経て行う私立保育所での保育（児童福祉法 24 条）についても、本判決の場合に比べてサービス受給者と私的事業者との間に契約を觀念しやすいため、原則としてやはり本判決の射程外である<sup>116</sup>。

また、原田教授も、本判決の射程について次のような限定を付している。本判決で問題となっている措置委託制度は、行政による直営の現物給付原則を前提とし、その部分を措置委託契約によって主として社会福祉法人に委託する方式である。そして、社会福祉構造改革によって導入された利用者と事業者との直接契約の場合については、行政の役割は事業者の量・質の確保（その制度的表現としての行政計画・事業者指定）と利用者に対する現金給付に変化している。ここでは事業者は固有の事業としてサービスの給付を行っており、行政の現物給付の代行者ではない。

---

<sup>114</sup>山本隆司・前掲注 106・63 頁。

<sup>115</sup>山本隆司・前掲注 106・63 頁。

<sup>116</sup>山本隆司・前掲注 106・65 頁。

こうした制度理解を前提とすれば、本判決の射程は直接契約には及ばず、法律によって行政の現物給付が予定されているケースに限られる<sup>117</sup>。

#### (b) Y の民事上の責任について

最高裁が Y の民法上の使用者責任を否定したことについては、学説において賛否が分かれている。この点、なぜ最高裁が Y の使用者責任を否定したのか、その理由について学説は以下のように推測している。まず、最高裁は、使用者の賠償責任を肯定することが、国賠法 1 条 1 項が公務員個人の賠償責任を否定または制限する趣旨に抵触する可能性を懸念したのではないかと考えられる。国家賠償責任を厳しく問うために、公務員＝法人の被用者の過失を広く解釈すると、民法 715 条 1 項但書の使用者の免責がほぼ認められない現状では、どのような使用者も厳しく賠償責任を問われてしまうことになる。そして、組織化の程度の低い団体・法人にも公共団体の国家賠償責任なみに使用者責任を負わせると、公務員の個人責任を否定する趣旨に反する結果になりかねない<sup>118</sup>。また、民間委託の流れが進みつつある現状において、このように広く使用者責任が認められることになると、民間事業者へ心理的な萎縮効果を及ぼしかねない<sup>119</sup>。

最高裁の立場を支持する見解は、次のように指摘する。本件は損害賠償の事案であり、被害者救済の観点から解決されるべきものであるが、国・公共団体が損害賠償責任を負えば被害者救済に欠けるところはないのであるから、本判決が使用者責任を否定したことには、それなりの理由がある。そして、民間団体に対する制裁については、国賠法 1 条 2 項の求償権の行使や許認可の取消などの行政処分期待されるべきものである<sup>120</sup>。

これに対し、本判決に対しては次のような批判も存する。民間委託が、民間事業者の創意工夫を生かした官民連携によって「効率的な政府」を実現する試みであるならば、創意工夫の余地（＝専門技術的な裁量）を保持する部門に、責任もまた負わせるという解釈も、十分な説得力を有する。公的部門と私的部門が協働するならば、協働の役割に応じて責任を分け合うことが適切であり、本判決のように、責任を公的部門が一律に引き受けるという解決は、やや後見的に過ぎる。とりわけ、責任の免除により民間事業者にモラルハザードの生じることは、大いに憂慮される。例えば、仮に施設長自らが児童虐待に加担していたようなとき、被害者との関係では施設長個人は責任を問われず、ただ施設長に故意・重過失のある場合のみ、公共団体との内部求償問題となる（国賠法 1 条 2 項）という解決は、疑問である<sup>121</sup>。

---

<sup>117</sup>原田大樹・前掲注 112・125 頁。

<sup>118</sup>山本隆司・前掲注 106・66 頁。

<sup>119</sup>板垣勝彦・本件判批・自治研究 84 巻 8 号（2008 年）156 頁。

<sup>120</sup>西埜章・本件判批・民商法雑誌 136 巻 6 号（2007 年）68 頁。

<sup>121</sup>板垣勝彦・前掲注 119・156 頁。

他方、山本教授は、本件判決は私的主体の行為に民法 709 条を適用する可能性を否定したものではなく、次のような解釈により同条を一定の限度で適用すべきことを指摘する。すなわち、私的主体の業務の内容や組織の形態に応じて、加害行為を防止するような指揮監督の懈怠や組織体制の不備が存在する場合、これは個別の被害者に対する関係で過失と認定できる。ただし、国賠法 1 条の基本的な考え方は、極めて高度化された組織（公共団体）に賠償責任を集中して損害を分散し、その賠償責任と公務員個人の賠償責任を切り離すという点にあり、その根本に反する解決は採り得ない。そのため、私的主体の責任の成立要件を広げて考えることは一定程度是認するとしても、公共団体の責任の成立要件と同じところまで拡張することはできず、公共団体から委ねられた業務の性質、公共団体との役割分担の態様、私的主体の組織の形態などを考慮して要件を設定すべきである<sup>122</sup>。

## B. 最高裁 2005 年 6 月 24 日決定（判時 1904 号 69 頁）

### a. 事実

株式会社 Y は、建築基準法 77 条の 18 から 77 条の 21 までの定めにより、同法 6 条の 2 第 1 項の指定を受けた指定確認検査機関である。Y は、同項の定めに基づき、横浜市内に建築することが計画されていたマンション（以下「本件建築物」）の計画が建築基準関係規定に適合することなどの確認をした。これに対し、本件建築物の周辺の居住する X らは、当該許可の違法を主張して、Y を被告として本件確認の取消訴訟を提起した。しかし、本件建築物にかかる完了検査が終了し、取消訴訟の訴えの利益が消滅したため、X らは行訴法 21 条 1 項に基づき、本件確認の違法を原因として横浜市に対し損害賠償を求める訴えに変更することの許可を申し立てた。第 1 審（横浜地裁 2004 年 6 月 23 日決定）はこれを許可し、第 2 審（東京高裁 2004 年 10 月 5 日決定）も市の抗告を棄却した。

### b. 判旨

市の抗告を棄却

「建築基準法の定めからすると、同法は、建築物の計画が建築基準関係規定に適合するものであることについての確認に関する事務を地方公共団体の事務であるとする前提に立った上で、指定確認検査機関をして、上記の確認に関する事務を特定行政庁の監督下において行わせることとしたといえることができる。そうすると、指定確認検査機関による確認に関する事務は、建築主事による確認に関する事務の場合と同様に、地方公共団体の事務であり、その事務の帰属する行政主体は、当該確認に係る建築物について確認をする権限を有する建築主事が置かれた地方公共団体であると解するのが相当である。従って、指定確認検査機関の確認に係る建築物について確認をする権限を有する建築主事が置かれた地方公共団体は、指定確認検査

---

<sup>122</sup>山本隆司・前掲注 106・67-68 頁。

機関の当該確認につき行政事件訴訟法 21 条 1 項所定の『当該処分または裁決に係る事務の帰属する国または公共団体』に当たるといふべきであつて、抗告人は、本件確認に係る事務の帰属する公共団体に当たるといふことができる。また、Y は本件確認を抗告人の長である特定行政庁の監督下において行ったものであること、その他本件の事情の下においては、本件確認の取消請求を抗告人に対する損害賠償請求に変更することが相当であると認めることができる」。

### c. 評釈

本決定は、指定確認検査機関に対して提起された確認取消訴訟について、指定確認検査機関による確認の事務が、当該建築物につき建築確認を行う権限を有する建築主事の置かれた地方公共団体に帰属することを前提に、当該地方公共団体に対する国家賠償請求へと訴えの変更をすることを認めた。

本決定は、直接には、行訴法 21 条 1 項による訴えの変更の許否を判断したものである。同条は、処分取消訴訟を「処分または裁決に係る事務の帰属する国または公共団体に対する損害賠償その他の請求に変更する」可能性を認める。この規定の趣旨については、処分につき損害賠償責任を負う主体が同条に言う「事務の帰属する公共団体」にあたり、同条は、事務の帰属それ自体が損害賠償の所在や損害賠償請求訴訟への変更の許否にどのような意味を持つかを定めているわけではない、と解釈されてきた<sup>123</sup>。このような解釈を前提とすると、本決定は、同条による訴えの変更が可能かを判断するために、処分にかかる国家賠償責任を負うのがどの主体か、すなわち国賠法 1 条の「国または公共団体」がどの主体かを判示したこととなる<sup>124</sup>。

本決定に対しては、学説はおおむね否定的である。まず、本決定は、(A)の最高裁判決と同様、事務の帰属を重視しているようであるが、このようなアプローチは、公共団体と共同する私的主体との複雑で多様な関係を適確に把握できず、またこうした公私関係における事務の配分が法令上明示に規定されているわけでもないのに、公共団体の「事務」及び国家賠償責任を過度に広げる結果になるおそれがある<sup>125</sup>。

また、本判決が建築基準法上の指定検査確認制度の趣旨を軽視しているのではないかという疑問も強く提起されている。第 1 に、指定確認検査機関制度において最も基本的なことは、指定確認検査機関は建築主に対し自らの名で確認・確認済証の交付を行い、あるいは拒否するのであり、確認済証が交付された場合に地方公共団体が確認済証を失効させる措置を採らない限り、現実にはこれらの指定確認検査機関の処分の法的効果がそのまま建築主等に及ぶ。本決定は、この点を軽視している。特に、本件とは逆に、指定確認検査機関が確認・確認済証の交付を拒否する場合、

<sup>123</sup> 南博方＝高橋滋編『条解行政事件訴訟法 第3版』（弘文堂、2006年）418頁、園部逸夫編『注解行政事件訴訟法』（有斐閣、1989年）316頁。

<sup>124</sup> 山本隆司・前掲注 107・90-91頁。

<sup>125</sup> 山本隆司・前掲注 107・93-94頁。



地方公共団体が手続に関与することを建築基準法は保障していないが、建築主が拒否処分の違法を理由に国家賠償を請求する相手方も地方公共団体となってしまうのではないかという疑問が生ずる<sup>126</sup>。

第 2 に、1998 年の建築基準法改正により、従来の地方公共団体の建築主事に加えて指定確認検査機関も確認検査を行うことができるとされた趣旨は、地方公共団体が確認検査にかける労力を軽減して事後チェックに重点を移すようにし、事前の確認検査は民間事業者の競争にできるだけ委ねて建築主等が確認検査に要する時間を短縮できるようにする点にある。こうした制度導入の趣旨から、地方公共団体が事前の最終決定を行う制度とはされていない。また、指定確認検査機関制度においては、建築主事の確認・検査権限は存続したまま、いわば民間の営利的な活動として建築確認・検査業務が多数の指定確認検査機関の参入した市場で、手数料も自由に決定して行われるという仕組みがとられており、公共団体と指定確認検査機関の間に権限委任の関係は存在しない。このような点からすれば、指定確認検査機関の行為と地方公共団体の権限・責任とが不可分とはいえない<sup>127</sup>。

第 3 に、本決定の立場のように、指定確認検査機関またはその検査員を「公務員」とみて、事務の帰属主体を公共団体であるとすると、国賠責任が認められた場合は、指定確認検査機関に対して国賠法 1 条 2 項に基づく求償がなされることになるだろうが、求償できる場合として故意・重過失ある場合に限定されるとすれば、指定確認検査機関の負うべき建築確認についての第一次的な責任と、公共団体が負うべき報告を受けての審査ミスについての二次的な責任の分担のあり方として、バランスを失することになる<sup>128</sup>。

以上の諸点からすれば、地方公共団体は、指定確認検査機関の行為につき国家賠償責任を負う理由がなく、あくまで監督の懈怠や審査手続における審査の過誤など自らの行為につき責任を負うにとどまるものと解すべきである<sup>129</sup>。

#### (4) 保障責任

公的組織は、私的主体に事務を委ねる場合に、第三者私人が違法な事務執行行為により損害を被る可能性を考慮し、当該私的主体が損害賠償の支払を現実になしうるように制度を整備する責任を負う（保障責任）。かかる保障責任は、私的主体の行為に国家賠償法が適用されない場合には、公的組織が第三者私人の権利保護の実効性を担保する責任の一環として要請される。そして、国家賠償法が適用される場合にも、公的組織が私的主体に実効的に求償できるようにするために要請される。具体的には、十分な経済的基礎のほか、責任保険への加入を協働の要件にすること、さらには、公的組織が保険制度を設営することなどが考えられる。公的組織がこう

<sup>126</sup>山本隆司・前掲注 107・94 頁。

<sup>127</sup>米丸恒治・本件判批・民商法雑誌 133 巻 4・5 号（2006 年）283 頁、山本隆司・前掲注 107・95 頁。

<sup>128</sup>米丸恒治・前掲注 127・286 頁。

<sup>129</sup>米丸恒治・前掲注 127・283 頁、山本隆司・前掲注 107・95 頁。

した保障責任を十分果たさず、第三者私人が損害賠償の支払いを現実に受けられない場合、公的組織が保障責任の履行義務違反を理由に、国家賠償責任を負うことになる<sup>130</sup>。

なお、「保障責任」概念については、これとは異なる捉え方もある。例えば、現在のドイツ公法学で最も一般的に用いられている分類は、「遂行責任」(Erfüllungsverantwortung)・「捕捉責任」(Auffangverantwortung)・「保障責任」(Gewährleistungsverantwortung)というものである。「遂行責任」とは、法律の執行及びその他の行政目的を実現する際の執行権の行政管轄・行政権限・行政義務を、自ら引き受けることをいう。「捕捉責任」とは、遂行責任の対極にあり、行政の保護機能に資するものであって、私化された生活領域において、私人による遂行が著しく不十分が行われない場合に活動的となるべきものである。「保障責任」とは、この2つの異なるタイプの間位置するもので、法律の規準の枠内で、私人が公的任務を公共善の方向を向いて行っているが、指示・監督・訂正・補足するというものである<sup>131</sup>。

## 二 事業に関する公私協働の法的統制

### 1. 公私協働にかかる契約の統制システム

公私協働を具体化する法的仕組みとしての契約手法を日本の実定法制度に導入する重要な意味を持つのが、「競争の導入による公共サービスの改革に関する法律」(いわゆる市場化テスト法)である。同法は、国・政府周辺法人・地方公共団体が、「公共サービス」たる事務・事業について、民間事業者などと契約を締結して当該「公共サービス」の実施を委託するための新しい契約手法を詳細に整備している。以下、この法律の枠組みについて述べる<sup>132</sup>。

同法は、官民競争入札・民間競争入札等の仕組みの適用対象となる事務・事業の範囲として、「公共サービス」という概念を導入する。この概念は、(1)通常の「公共サービス」(以下、1号公共サービス)と、(2)「特定公共サービス」に分類される。前者は、行政処分を除く、国の行政機関等の事務または事業として行われる国民に対するサービスの提供その他の公共の利益の増進に資する業務の内、施設の設置・運営・管理、研修、相談、調査・研究など、その内容及び性質に照らして、必ずしも国の行政機関等が自ら実施する必要がない業務を指す(2条4項1号)。後者は、国・政府周辺法人・地方公共団体の事務・事業として行われる国民に対するサービスの提供その他の公共の利益の増進に資する業務の内、法律の特例が適用されるものとして、その範囲が定められているものである(2条4項2号・2条5項)

<sup>130</sup> 山本隆司・前掲注2・211-212頁。

<sup>131</sup> 板垣勝彦「保障行政の法理論(1)」法学協会雑誌128巻1号(2011年)140-142頁。

<sup>132</sup> 以下の部分については、橋本博之「『競争の導入による公共サービスの改革に関する法律』案について」自治研究82巻6号(2006年)35頁以下、人見剛「市場化テスト法案分析」月刊自治研559号(2006年)28頁以下によった。

<sup>133</sup>。両者を比較すると、後者については、行政処分の除外がなく<sup>134</sup>、地方公共団体の事務・事業も含まれるが、法律上の特例が定められたもののみに限られる、という差異がある。

入札手続の対象となる公共サービスの選定については、国においては内閣総理大臣が公共サービス改革基本方針を定め（7条）、地方公共団体においては長が実施方針を定め（8条）、これらにより入札の対象となる公共サービスが選定され、入札が実施される。入札の方法には、国の行政機関等・地方公共団体と民間事業者との間で行われる官民競争入札（2条6項）と民間事業者間で行われる民間競争入札（2条7項）があり、個別のサービスにおいていずれの入札方法が用いられるかも改革基本方針・実施方針において定められる。

「官民競争入札」とは、閣議により定められた公共サービス改革基本方針で選定された行政機関等の公共サービスについて、行政機関等と民間事業者との間で、これを実施する者を決定する手続である（2条6項）。行政機関等の長は、対象となる公共サービスごとに、「官民競争入札実施要項」を定めねばならず（9条1項）、そこに定めるべき事項は、入札参加資格、実施者を決定するための評価基準、対象公共サービスに関する従来の実施状況に関する情報、対象公共サービスの適正かつ確実な実施の確保のために民間事業者が講ずべき措置、損害賠償責任の分担など、9条2項各号に列記されている。

落札者の決定については、行政機関等の長が、官民競争入札実施要項に規定する評価基準に従い評価し、それについて、官民競争入札等監理委員会の議を経る（12条）。行政機関等の長は、当該評価に従い、対象公共サービスの質の維持向上及び経費の削減を実現する上でもっとも有利なものを落札者として決定し、必要な事項を遅滞なく公表する（13条）。

行政機関等の長が行う民間競争入札、地方公共団体が特定公共サービスについて行う官民競争入札・民間競争入札については、それぞれ上述の官民競争入札の仕組みを基礎にしつつ、それぞれの特性に応じた仕組みが設けられている。

---

<sup>133</sup> 同法 32 条から 34 条の規定によると、具体的には、（1）公共職業安定所における人材銀行事業（管理職や専門・技術職の職業紹介サービス）やキャリア交流プラザ事業（管理職経験者や技術者に対する就職支援業務）など、（2）国民年金の保険料納付事業など、（3）戸籍関係証明書・納税証明書・外国人登録関係証明書・住民票の写しなどの交付請求の受付と引渡、である。

<sup>134</sup> なお、人見剛・前掲注 132・31 頁は、特定公共サービスについても行政権限の委任はできないものとしている。そこでは、民法的手法によっては行政権限の委任をなしえないともされているが、仮に将来特定公共サービスの中に行政権限の委任に当たるものが含まれるとしても、同法の特例として定められる以上は法律の留保の要請は満たされるものと思われるので、仮にこの見解が行政権限の委任の行為形式を行政行為に限定する趣旨であるならば、この点は前述のとおり疑問がある。また、後述のように、落札者の決定を行政行為と解するとするならば、この行政行為の内容の中に（あるいは附款として）行政権限の委任の点についても含まれると解することで、どちらにしろ行政権限委任の行為形式の点は問題にならないと考えることもできる。

落札できなかった民間事業者の法的救済については、特段の規定がおかれていない。会計法の特例という立法技術が採られている以上、実務上は、落札決定につき処分性がないとの解釈が前提となると思われるが、官民競争入札・民間競争入札では、入札手続に関する行政手続法的な規律密度が増し、入札手続の適法性を担保する必要性は相当に高いはずであるから、解釈論として落札決定にかかる司法審査の可能性も排除されないと考えられる。

官民競争入札・民間競争入札の結果、民間事業者が落札者となった場合、実施要項及び申込の内容に従い契約を締結し、当該公共サービスの実施を委託する（20条1項）。この契約を締結した場合、国の行政機関等の長は、契約の相手方や内容につき遅滞なく公表しなければならない（同2項）。ここでの契約は、基本的に民事法により規律されると考えられるが、「委託」という行政法令にしばしば見られる法概念が用いられており、行政法的制約に服するものと考えられる。そして、事務・事業を「委託」する場合、原則的には、国家賠償責任は行政主体の側に帰属し、賠償責任の配分については、個々の契約により定められると考えられるが、かかる定めがない場合、行政主体が第一義的な責任を負うと考えられる。

契約の変更については、公共サービスの改善のため、またはやむを得ない事由がある場合には、協議により契約を変更できるとされ（21条1項）、行政機関等がかかる契約変更の措置をしようとするときには、監理委員会の議を経なければならないとしている（同2項）。契約の解除については、民間事業者が契約に従って公共サービスを実施できないことが明らかになったとき、行政機関の監督措置に違反したとき、秘密保持義務規定に違反したときなどの解除事由が定められている（22条1項・2項）。

実施主体たる民間事業者・その職員等には、罰則により担保された守秘義務が課され（25条1項・54条）、いわゆるみなし公務員とされる（25条2項）。行政機関等の長は、民間事業者に対して、必要な報告を求め、検査・質問等の行政検査をすることができる（26条1項）。また、適切な実施を確保するため必要があると認めるときは、必要な措置を採るべきことを指示することができる（27条1項）。これらの場合、行政機関は、監理委員会に通知しなければならない（26条4項・27条2項）。

以上のように、従来、行政主体とその関連法人・団体との間で締結される契約の不透明さが批判されてきた民間委託の領域において、同法は、契約的手法の公正性・透明性・公開性を向上させ、事業に関する公私協働の有効な統制枠組みとなりうる可能性を有する。

## 2. PFI 刑務所における具体例

事業に関する公私協働の法的統制については、ここでは特に上で比較的詳細に紹介した PFI 刑務所の例に即して、その法的枠組みを具体的に検討することとする。

### (1) 正当な業務執行を確保するための法的システム

国家は正当な業務執行を確保するためのシステムを構築しなければならない。比較法的検討により、このことの理由は 3 つ導かれる。国家は受刑者の生存権保護義務を負うということ、行政機関が行政補助者を用いることにより責任を逃れてはならないということ、民間事業者には受刑者の刑期を延ばすことについて金銭的利益が存在していること。

#### A. 法令上のシステム

業務の適正を確保するため、民間職員の守秘義務規定を設けるとともに、公正かつ円滑に業務が遂行されるよう、みなし公務員規定が設けられている（11 条 8 項・9 項）<sup>135</sup>。また、業務処理の判断の客観性を確保するため、刑事施設の長は、委託に際して実施の基準を示し、これに違反した場合などには、必要な指示ができること、刑事施設の長の指示に違反した場合などには、矯正管区長は登録の取消または業務の停止を命令できることなどの監督規定が設けられている（11 条 4 項・5 項・6 項）<sup>136</sup>。

#### B. 契約上のシステム

美祢のケースでは、事業契約の確実性を確保するための措置として、契約に以下のような定めがなされている。即ち、事業者の責めに帰すべき事由により、要求水準などの内容を満たしていないと判断される場合には減額措置がなされる。減額措置については、違約金と罰則点の蓄積に基づく減額の 2 種類がある<sup>137</sup>。違約金については、逃走事故や暴動事故、火災等施設運営上の重大事故が事業者の責めに帰すべき事由により発生した場合には、その事故の程度に応じ、最大毎年度の PFI 事業費の 3% を違約金として賦課される<sup>138</sup>。また、受刑者への食事の未提供や刑務作業の未実施など、事業者の責めに帰すべき事由により要求水準を満たす業務を実施していないと判断された場合には、これら各事実が一回発生するごとに 10 ポイント計上することとし、事業費の支払時期である 4 半期ごとの累計で 100 ポイントを超過する場合には、事業費を減額することとしている<sup>139</sup>。

### (2) 事業の安定性・継続性の確保のための法的システム

---

<sup>135</sup> 吉野智・前掲注 71・7 頁。

<sup>136</sup> 吉野智・前掲注 71・7 頁。

<sup>137</sup> 藤本哲也・前掲注 73・34 頁。

<sup>138</sup> 藤本哲也・前掲注 73・34 頁。

<sup>139</sup> 藤本哲也・前掲注 73・34 頁。なお、喜連川においても同様の契約が用いられている。参照、室井誠一「PFI 刑務所の現状と課題」法律時報 80 巻 9 号（2008 年）41 頁。

PFI 事業では、事業の安定性・継続性を確保するための仕組みも重要であり、美祢のケースでは、施設の完成後、PFI 事業者の責めに帰すべき事由により契約が解除された場合には、PFI 事業者が金融機関から借り受けた額の残高の 97% で、国が施設を買い取ることができるとする等、事業期間終了まで安定的・継続的にサービスの提供を受けることができる仕組みが採用されている<sup>140</sup>。

また、PFI 事業者に融資を行う金融機関との間にも直接協定を締結し、PFI 事業者が債務不履行となった場合において、国が解除権を留保する代わりに、金融機関が介入権を行使し、新たに指名した事業者に事業を継続させることができる仕組みを取り入れている。このため金融機関は、融資契約において PFI 事業者が所有するすべての施設、設備などに担保権を設定している<sup>141</sup>。

## おわりに

以上見てきたように、現代においては、これまで公的組織により行われてきた事務について、公的組織と私的主体の間でのあるべき分担の態様が模索されている。このような協働をめぐって生じる多様な法関係は、国家と社会において多元的に行われる事務・資源の配分を反映して、複雑たりうる。かかる関係が専ら非権力的・協調的なものとして描かれるとすれば、国家と社会の、あるいは国家と主権者との緊張・対抗関係が見失われるおそれなしとしない<sup>142</sup>。私的主体による、これまで公的組織により行われてきた事務への深い浸入は、「国家」による「私」の包摂という意味での行政の肥大でもありうるとともに、かかる現象のもう 1 つの側面は、社会への負担の転嫁・社会資源の利用・社会制御の精妙化でもありうるのである（「社会の国家化」の危険）<sup>143</sup>。このような観点からすれば、たとえ相互変容の過程においても、国家・社会そして個人が互いに必要な距離を確保することの重要性は強調されねばならない。

他方、公私協働が成立するための基盤整備の重要性もまた検討を要する課題である。公的組織の側が従来負担してきた事務を私的主体に委ねようとしても、私的主体の側でそれを引き受けることがいつも可能なわけではない。私的主体による事務処理の構造・方法にはその特色に応じた限界があることを考えれば、公的組織の側でこれを補うこと、及び私的主体がそれ自身の活動目的を有することを十分尊重しつつ、その協働のための能力を高める施策を行っていくことも、場合によっては必要になりうる<sup>144</sup>。

---

<sup>140</sup> 吉野智・前掲注 71・5 頁。

<sup>141</sup> 吉野智・前掲注 71・6 頁。

<sup>142</sup> 紙野健二「協働の方法、論点及び課題」法律時報 81 巻 4 号（2009 年）104 頁。山本隆司・前掲注 33・534 頁。

<sup>143</sup> 人見剛・前掲注 81・182 頁。

<sup>144</sup> 紙野健二・前掲注 2・19 頁。



### 劉宗德 (Liou Tzong-Der)

台湾国立政治大学法学部教授。名古屋大学法学博士。  
名古屋大学法学部助手、国立政治大学法学部専任講師、同副教授を経て現職。国家通信委員会副主任委員、中央選挙管理委員会委員などを歴任、また 2011 年より台湾行政法学会理事長を務める。専門は、行政法、国家責任法、通信法、環境法、教育法。主な著書として、『行政法基本原理』（台北：学林出版、1998 年）、『官民共治之行政法人』（共著）（台北：新学林出版、2008 年）、『制度設計型行政法学』（台北：元照出版、2009 年）。

2011 年 6 月から 9 月まで名古屋大学法政国際教育協力研究センター外国人研究員。研究テーマは、「公私協働の公法学的研究」。

## CALE Discussion Paper No.8

### 公私協働論に関する一考察

著者 台湾政治大学法学部教授 劉宗德

発行 名古屋大学法政国際教育協力研究センター (CALE)  
464-8601 名古屋市千種区不老町  
電話：+81 (0)52-789-2325 Fax：+81 (0)52-789-4902  
<http://cale.law.nagoya-u.ac.jp/>

発行日 2012 年 9 月 30 日

印刷・製本 名古屋大学消費生活協同組合印刷部

© 本書の全部または一部を無断で複写複製（コピー）することは、著作権法上での例外を除き、禁じられています。

**CALE** Discussion Paper No.8 (September, 2012)

---

**CALE** Nagoya University  
Center for Asian Legal Exchange