



Title	日本における公私協働の動向と課題
Author(s)	山本, 隆司
Citation	新世代法政策学研究, 2, 277-304
Issue Date	2009-07
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43689
Type	departmental bulletin paper
File Information	2_277-304.pdf



日本における公私協働の動向と課題

山 本 隆 司

I 公私協働の概念

1 公法学に反省を促す概念としての公私協働

公私協働は、現在さまざまな国の公法学において流行のテーマになっている。それはなぜか。公私協働が現実に行き始めるきっかけになっているのは、行政・財政の改革、すなわち、行政組織のスリム化、行政のコストの削減、規制緩和、民間活力および市場原理の活用を求める政治の動きである。こうした行政財政改革のさまざまなスローガンに比べて、公私協働は、公法学の一般的な理論枠組を根本から考え直すことを促す。さらに、行政財政改革の動きをより広い視野から評価し、行政財政改革の動きに対して一定の条件と限界も課すための、キーワードになる。このように反省を促進する機能が大きいために、公私協働が公法学の流行になっているのであろう。

本稿は、まず公私協働の概念を簡単に説明して、議論の対象を明らかにした後に(I)、日本における公私協働の現象を、近年法改正が行われている分野を中心にして概観する(II)。そして、行政法の基礎を形づくる憲法原理に遡って、こうした公私協働を根拠づけると同時に統制する法理を考察する(III)。最後に、公私協働に関して法学の観点から今後検討すべき課題を示す(IV)。

2 手続過程における公私協働

本稿では公私協働を次のように理解することにした。「公的組織が私的主体に次のいずれかの事項に関する役割と責任を委ねること。①諸利益

の衡量または財やサービスの分配に関する決定をすること、あるいは決定を執行・実現すること。または、②こうした決定を公的組織が行うのを準備するために、あるいはこうした決定を公的組織が行うのを控える代わりとして、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。」こうした理解について、いくつか補足する¹⁾。

* 本稿は、2008年9月22日に北海道大学で開催されたグローバルCOEプログラム「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」創設記念シンポジウムにて行った報告の一部を、2009年5月14日に台湾国立政治大学で開催された国際学術シンポジウム「公私協力(PPP)法制」の報告原稿として再構成したものである。全体としては、山本隆司「日本における公私協働」稲葉馨＝亘理格編『藤田宙靖博士東北大学退職記念 行政法の思考様式』(2008年)171頁以下の要点をまとめたものにすぎない。判例・文献の注記は、基本的に同論文に譲る。本稿の注では、新しい文献を中心に、同論文に記載のない判例・文献を挙げるにとどめる。

¹⁾ これに対し、紙野健二「協働の観念と定義の公法学的検討」法政論集225号(2008年)1頁以下は、現実には「協働といわれるものをそのまま受け入れ、広くこれをとらえる方法」をとり、協働を「①主体の複数性、②公共目的の共有、および③相互協力、の三つの要素からなる現象」と定義する(11頁以下)。このようにあえて抽象化された定義からどのような法理論が導かれるのか、展開が待たれる。同論文では、「非国家の側におかれるものは住民、市民、事業者、NPO等があるが、それぞれは、固有の存在目的をもち、統治団体に対する地位が異なるのであって、それらを単なる協働の相手方というくり方をするのは妥当性を欠く」旨(14頁)、および、「国家の側が、国家関与領域の縮小政策を所与のものとして、任務とその担い手の、国家から非国家へのほとんど一方向的な流れにおいて協働を理解し、その新しさと正当性を強調する反面、社会の中に多様に存在し拡大されるべき連携や連帯の諸契機に無頓着であるとするれば、それは少なくとも均衡を欠いた態度」である旨(19頁)の指摘が重要であろう。以下の行論では、「私行政法」を分野ごとに具体的に考究することにより(Ⅲ 3 (3)・Ⅳ 2)、こうした「非国家」主体の「多様性」やその相互の連携の契機を捕捉する。

また大久保規子「協働の進展と行政法学の課題」磯部力＝小早川光郎＝芝池義一編『行政法の新構想 I 行政法の基礎理論』(近刊)は、①「立場の異なる主体が、それぞれの価値や能力を理解・尊重すると同時に、相互に批判を受け入れ、共通の認識をつくり、対等なパートナーとして連携・協力して、様々な社会問題・公的課題に取り組む」「多元的協働」と、②「規制緩和や行政の効率化の観点から、公的任務(特に公共サービス)の民間開放を行うことを指し、行政改革の文脈で語られるこ

(1) 公的組織と私的主体の区別

第1に、ここでは、国・地方公共団体・その他の自治組織といった公的組織と、個人を含む私的主体との区別を前提にしている。この区別は、公私協働といっても法的な理由から放棄できない。そして、公私協働だからこそ政策的な理由からも放棄できない。すなわち憲法上は、民主的正統化を必要とする組織と、基本的人権を享受する主体とを区別しなければならない。また、公的組織が継続的に、すべての行政分野を見渡し整合性・一貫性を持たせて公益を実現する機能を果たし、私的主体が公益の実現過程に実験・試行と多様性・競争の要素を持ち込み、こうした異なる要素を適切に複合させて公益をよりよく実現することは、まさに公私協働の政策上

とが多い」「分担的協働」とを明確に区別して、①の多元的協働を発展させることを目指す。①の例として、各種の協議会、パートナーシップ協定、提案型の協働事業契約(注14)などが挙げられている。以下の行論に関係づけて言えば、協働領域の偏り(Ⅱ 7)を明示して是正する主張として注目される。もっとも、例えば提案型の協働事業契約などでは、協働の相手方を一定程度限定せざるを得ず「多元」性の確保に限界があるため、②の分担的協働に類似の問題が生じる可能性がある。他方で、同論文が指摘する通り、②の例とされるディベロッパーによる都市計画の提案制度(Ⅱ 5 (2))についても、「私行政法」、特に「関係利益の均等な表明機会の保障および均等な考慮」の要請を強く課すと、①の多元的協働との差は縮まる。また、これも同論文が意識するように、考察の対象を開かれた行政組織および合意指向型の行政手続(Ⅰ 2 (4))に近い領域に限定し、行政機関の「最終的な決定権や責任」(Ⅲ 3 (2))には差し当たり触れないことが前提とされているようであるため、このような思考枠組で法的問題の全貌を明るみに出すことができるのか、検討を要する(例えば、損害賠償責任の根拠および帰属の判定が困難な事例の存在——Ⅳ 1)。大久保教授には、公私協働論を確実に深化させるご論考を公刊前に参照させていただきことに、感謝申し上げます。

本稿の定義に近いドイツの概念として「私手続(Privatverfahren)」がある。国の技術基準の基礎になる民間の規格策定を除くなど、本稿より若干狭い理解をしているが(Ⅱ 7)、Ivo Appel, Privatverfahren, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd.2, 2008, § 32は、「私手続」を「実質的私化」から区別して理解し、後述Ⅲ 3 (3)の私行政法に対応する「私手続法」も説く。Eberhard Schmidt-Abmann, Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, in: GVwR II, § 27 Rn.55は、公私協働における「私手続」と、後述Ⅳ 2のネットワークにおける「私手続」とを区別すべきことを説く。

の目標と考えられる。

(2) 財・サービスの供給に関する公私協働と衡量・分配に関する公私協働

第2に、ここで公私協働として論じたいのは、公的組織と私的主体が、社会における特定の財やサービス(例えば、電気通信サービス、福祉サービスの供給をどのように分担すべきかではない。むしろ、衡量または分配の決定過程をどのように分担すべきかである。それは、前者が公法学の問題でないという意味ではない。ただ、公法学の基本および全体に直接関わるのは、後者の問題と考えられるからである。そして、協働が称賛される場合にしばしば、後者の問題が隠されるからである²。

(3) 行政過程論との関係

さらに第3に、私的主体が決定自体や、決定を実現する事実行為を行う場合(上記①)に検討の対象を限定しない³。私的事業者による環境アセス

² Martin Eifert, Regulierungsstrategien, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd.1, 2006, § 19 Rn.52ff. は、「協働原理」に基づく「高権的に規制された社会の自己規制」を、本稿にいう公私協働(ただしその一部は「高権的規制の現代化」として扱われている。Rn.37ff.)のほか、市場の規整も含めて捉えている。

³ 従来は公私協働の現象の一部を「委任行政」として捉えてきた。しかし、もともと行政機関ないし行政組織相互間に適用されてきた「委任行政」の理論枠組が、公私協働の現象を捉えるのに適切なものなのか、疑問の余地がある。北島周作「行政法における主体・活動・規範(1)(2)」国家学会雑誌122巻1=2号51頁以下(86頁以下)・3=4号133頁以下(2009年)。

ドイツで委任行政にほぼ対応するのが *Beleihung*(特許)である。この概念はドイツではほとんど法形式として定着しているので、放棄されないであろう。しかし、この概念にはさまざまな留保が付されるようになっていく。「特許受任者は同時に社会の領域に属したままである。私人が正に特別な行為の専門性と資源を有するために公行政に組み込まれる場合、それでも当該私人が他の利益と結びついていないかとの疑いはなお残される。そのために、特許受任者が公共善に方向づけられるように求められることと、その他の面では利益と結びついていることとの間で衝突が生じ得る。したがって、こうした衝突の状況を考慮に入れて、特許委任者と特許受任者との関係の形態を定式化しなければならない」(Hans-Heinrich Trute, Die demok-

メントや、立法機関や行政機関に促されて行われる私的主体の自主規制なども、上記②に該当する公私協働として考察の対象とする。こうした公私協働の捉え方は、ちょうど行政過程論に対応する。行政過程論は、日本の行政法学において1970年代から説かれている方法論であり、行政機関による決定の終点だけでなく、行政機関と様々な関係者との間のコミュニケーション過程全体を考察の対象にするような方法である。

(4) 開かれた行政組織・合意指向型の行政手続との関係

最後に、ここでいう公私協働と従来の行政法学の体系との関係について述べる。ここでいう公私協働は、従来の行政組織法および行政手続法の延長線上に位置づけられる。行政組織には、合議体(審議会等)の一部や機能的自治組織(公共組合等)のように、外部の専門家や利害関係者を組み込んでいる組織がある。行政組織そのものではないが、公的組織と私的主体の両者が構成する協議会や第三セクターも、行政組織法の議論の中で論じられている。また行政手続には、行政機関と私人との間で合意を目指す趣旨の手続がある(典型例は行政契約)。公私協働は、こうした開かれた行政組織や合意指向型の行政手続を発展させて、私的主体の役割・責任を公的組織のそれから明確に独立させたものである。そのために法的問題が、開かれた行政組織や合意指向型の行政手続よりも先鋭な形で現れることになる。そして翻って、公私協働の分析は、開かれた行政組織や合意指向型の行政手続に関する法的問題を解明するための参考になる⁴。

ratische Legitimation der Verwaltung, in: GVwR I, § 6 Rn.92)。「監視活動におけるハイブリッドな公私のコミュニケーションの連関においては、単純高権的な要素と私法的な要素との境界も、情報の準備と独立の評価権限との境界も、常に明白とはいえない。そのため、(場合によっては必要な)特許に分類できるかといった問題が、ここではしばしば争いになる」(Eifert, a.a.O., Rn.87)。

⁴ Helmuth Schulze-Fielitz, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: GVwR I, § 12 Rn.64ff. は、「協働的な任務の遂行」として、おおむねここでいう合意指向型の行政手続および開かれた行政組織を挙げ、本稿でいう公私協働は、さまざまな「私化」とともに大方「私人による公の任務の実現」と捉えている。もっとも、「協働的な任務の遂行は、公の任務の高権的な遂行と私人による遂行と並ぶ第3の独立の基本型ではない。協働的な任務の遂行の現象形態は、高権的な任務の遂行とも私人によ

(5) 公法・私法との関係

公法・私法に関する議論との関係について言えば、公私協働を行う私的主体に適用される法規範を、公法規範と私法規範とに分類することには、ほとんど意味がない。公私協働を行う私的主体には、公的組織を少なくとも一方の当事者とする法関係に適用される公法規範と、どの主体を当事者とする法関係にも適用される私法規範が、適宜組み合わせ合わせて重ねて適用されるからである(Ⅲ 3 (3)を参照)。日本では、公法・私法の区別を否定する学説がすでに1950年代半ばから現れ、現在では支配的になっている。もともと、法関係を一括して公法関係と私法関係に分けることが否定されているとしても、公法規範と私法規範を分けることまでは、必ずしも否定されていないように見える。しかし、公私協働は、公法規範と私法規範を区別する意味も相対化させ、真の意味で公法・私法の区別を流動化させる点で、理論上重要である⁵。

Ⅱ 日本における公私協働の動向

そこで、日本における公私協働の現象を、近時の法改正を中心に概観する。多様な現象を分かりやすく整理するために、必要な情報の処理→決定→執行・実現という、衡量・分配のプロセス(Ⅰ 2 (3))のどの部分について、公的組織が私的主体に役割・責任を委ねているかという観点から、公私協働の現象形態を大まかに分類していきたい。便宜上、執行・実現の局面の方から情報処理の局面の方へと遡って概観することにする(2以下)。

1 前提——公的組織と私的主体の区別

しかし一つ前置きが不可欠である。日本では公私協働を語る前に、公的組織と私的主体との境界を明確につける作業が必要なのである。

る行政任務の実現とも重なる部分がある」として、区別の相対性を認めている(Rn.73)。

⁵ 北島・前掲55頁以下は、公私協働より広く、後述Ⅳ 2のネットワークも対象にした考察であるが、公法規範が適用されない領域は「原野」ではなく、従来の公法学が想定するよりも、「受け皿」になる私法規範が豊富に存在するので、公法規範の適用領域を拡張して私法規範を「上書き」する必要は小さい旨を説く。

(1) 行政委託型公益法人の改革

日本には、形式上は民法に基づき私人により設立された私的主体であるものの、実質上は公的組織の延長のような公益法人が数多く存在してきた。実態として、公的組織から事務・事業の委任・委託を独占的に受けることを目的とし、公的組織の交付する補助金等に依存し、あるいは特定の官庁からの出向者や退職者を役員にしているような公益法人である。このような「行政委託型公益法人」の典型例が「指定法人」である。指定法人とは、特定の分野で検査、調査、啓発など特定の業務を行うものとして、個別の法律に基づき官庁の指定を受けた民法上の法人を指す。背景として、日本では、行政組織を減量し公務員の数を減らすための厳しい数値目標が政治の場で設定され続けている。これに対し官庁の側は、組織の規模と公務員の数を見かけの上で減らしてきた。こうした経緯により、特に1980年代から指定法人の制度が多用されるようになったのである。しかし2002年に、政府はこうした「行政委託型公益法人」を改革し、場合によっては解消することを閣議決定した。私的主体が隠れた公的組織になる事態を防ぐためである。

(2) 公益法人制度の改革

さらに、民法の定める公益法人制度そのものも改革されることになった。なぜなら、民法の公益法人制度が、官庁が裁量的に行う設立許可や監督に大きく依存し、法人が自らガバナンスの仕組みを備えることを促すものでなかったからである。こうして2006年に、民法から法人に関する規定がほとんど削除され、新たに一般社団・財団法人法と公益社団・財団法人認定法が制定された。一般社団・財団法人法は、会社法に大幅にならって、非営利法人が自らガバナンスの仕組みを備えることを求めている。しかし現実には、非営利法人のガバナンスは、株式の価値の増大という明確な目標のある株式会社に比べて難しいことが指摘されている。公私協働を考察する際にも注意すべき点である。

2 執行・実現の局面における公私協働(1)——PFI・市場化テスト

以上を前提に、公私協働の現象形態を見ていく。まず、執行の局面に関して公的組織が私的主体に役割・責任を委ねる制度として、1999年に制定

され漸次改正されている「民間資金等の活用による公共施設等の整備等の促進に関する法律」(PFI法)、2003年の地方自治法の改正により定められた指定管理者制度(同法244条の2第3項以下)、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」(市場化テスト法)を取り上げる。

(1) PFI法

まずPFI(private finance initiative)を促進するためのPFI法は、第1に、PFIの「基本理念」と、PFIの実現に向けた次のような段階的な手続を規定している。すなわち、内閣総理大臣が「基本方針」を定め、公共施設の管理者である行政機関が「実施方針」を定め、それに基づいてPFI事業を選定するとともに民間事業者を「公募の方法等」により選定することになる。第2に、同法は選定された民間事業者に行政財産を貸付けることを認める等の優遇措置を規定している。

PFI法が適用された有名な例として、「美祿社会復帰促進センター」という刑務所がある。民間の警備会社などの参加する特別目的会社(SPC: Special Purpose Company)が、多段階の総合評価方式の一般競争入札により事業者として選定され、施設の設計・建設・維持管理から、警備・監視、職業訓練・教育などまで行っている。ただし、懲罰や信書の発受の許否など、直接に自由を侵害する処分は、国家公務員である刑務官が行っている⁶。施設の所有権は事業期間(2005年から20年間)の終了時に事業者から国に移転するBOT(Build-Operate-Transfer)方式であり、毎年度国が事業者から委託費を支払う「サービス購入型」のPFIである⁷。

⁶ 戸部真澄「日独における刑務所民営化政策の法的検証」山形大学法政論叢35号(2006年)36頁以下(56頁以下)は、特に構造改革特別区域法11条1項が各種の検査業務およびその補助業務を民間事業者に委託することを認める点に、憲法上の問題(Ⅲ3(5))がある旨を説く。

⁷ SPC、BOT方式等、PFI事業の基本スキームについて、柏木昇監修・美原融＝赤羽貴＝日本政策投資銀行PFIチーム編著『PFI実務のエッセンス』(有斐閣、2004年)10頁以下。

(2) 指定管理者制度

次に、指定管理者制度もPFIの受け皿になる制度である。ただし、適用範囲は地方公共団体が設置する公の施設の管理の局面に限定される。特徴として、①地方公共団体が公の施設の管理を委託できる民間の法人・団体の要件が撤廃されたこと、②地方公共団体が公の施設を管理する民間の法人・団体を「指定」という行政行為の手法が使われること、③指定を受けた法人・団体(指定管理者)が施設の使用許可など施設の利用の調整に関わる行政行為を行う可能性が認められたことが挙げられる。指定管理者制度は、公立図書館の管理などについて利用されている。公立保育所などは、指定管理者制度を飛び越えて民営化されることがあり、民営化を阻止するための訴訟がいくつか提起されている⁸。

⁸ 民営化のための公立保育所廃止条例を入所児童の保護者等が争った事案として、東京高決平成16・3・30判時1862号151頁(条例の執行停止の申立てを却下)、大阪地判平成16・5・12判自283号44頁、控訴審・大阪高判平成18・1・20判自283号35頁(ともに条例の取消請求を棄却)、大阪地判平成17・1・18判自282号74頁(条例取消請求、損害賠償請求とも棄却)、控訴審・大阪高判平成18・4・20判自282号55頁(民間事業者への引継ぎの期間や内容に問題があったことを理由に、損害賠償請求のみを認容)、大阪地判平成17・10・27判自280号75頁(条例取消請求、損害賠償請求とも棄却)、横浜地判平成18・5・22判タ1262号137頁(保護者の理解を得るための手続・措置が十分でないことを理由に、条例を違法とし、損害賠償を認めたが、条例の取消しまではせずに事情判決を下した)、控訴審・東京高判平成21・1・29判例集未登載(条例取消請求については処分性を否定して訴えを却下。損害賠償請求を棄却)、神戸地決平成19・2・27賃社1442号57頁(条例制定の仮の差止めを認めた。民間事業者に引き継ぐために計画された共同保育の期間や内容等に問題があったとした)、抗告審・大阪高決平成19・3・27判例集未登載(差止めの対象となっていた条例の議案が撤回されて異なる内容の条例が制定されたことから、申立てを却下)。参照、亘理格「保育所利用関係における合意の拘束力——保育期間中における保育所廃止・民営化に対する法的制約の存否問題を素材に」小林武＝見上崇洋＝安本典夫編『「民」による行政——新たな公共性の再構築』(2005年)208頁以下、米丸恒治「行政の民営化・民間委託と行政救済法」法律時報79巻9号(2007年)35頁以下。

保育所に係る指定管理者の指定の執行停止を入所児童の保護者等が申し立てたが却下された事案として、横浜地決平成19・3・9判自297号58頁がある。

なお民間事業者側が争った事案として、岐阜地判平成19・8・29判例集未登載が

(3) 市場化テスト法

さらに、市場化テスト法は次のような制度を定める。閣議決定(「公共サービス改革基本方針」)により選定された「公共サービス」について、行政機関が「実施要領」を定めた上で、行政機関の参加する官民競争入札、または参加しない民間競争入札を実施する。民間事業者が落札した場合、行政機関は当該事業者との間で公共サービスの実施を委託する契約を締結する。競争入札の対象となる公共サービスから行政処分は除かれる(ただし次に述べる特定公共サービスに含めることはできる)。他方で同法は、地方公共団体の事務であっても閣議決定により競争入札の対象にできる「特定公共サービス」として、職業安定所の業務、年金保険料の納付の勧奨・請求等、不動産登記等に関する各種証明書の交付の受付・引渡しなどを列挙している⁹。官民競争入札の際には、合議体の第三者機関が落札者の決定に関与する。それでも、財務会計法規や公務員法等に制約され、また事務を継続的・総合的に行う国や地方公共団体と、こうした事情のない民間事業者とを比較審査することは、困難と言わざるを得ない。

この市場化テスト法は、行政契約について行政分野を横断して一般的に規定した日本で最初の法律として、注目される。しかし、契約の締結過程における(競争的)協議手続や、契約の履行過程における紛争調停手続などについては規定されていない。他方で、民間事業者において公共サービスに従事する者は、刑法の適用上公務員とみなされる¹⁰。また、民間事業者

ある(保育所運営の業務委託の相手方を選定する決定の撤回の違法を理由に、運営事業者の地位を確認する訴え。事業者が宗教活動を行うのではないかと市民の不安を解消できなかったことを理由に、撤回を適法として請求棄却)。

⁹ 田村達久「地域公共事務事業における「市場」の可能性と「公共性」」公法研究70号(2008年)163頁以下(167頁以下)は、市場化テスト法に対応する一般的な条例として、2006年に制定された「足立区における公共サービスの改革に関する条例」を分析する。

¹⁰ 日本では公私協働の場合に必要なあればみなし公務員規定が個別法に置かれる実務であるが、ドイツでは、刑法上の公務員の一類型を定める刑法典11条1項2c号が適用されるか否かがしばしば問題になる。同号は、官吏等以外で、「行政機関において、またはその他の官署において、またはそれらの委任により、公行政の任務を遂行するように任命されている者。任務を果たすために選択された組織形式は問

に対する行政機関の調査・指示権限が、刑罰で担保されている。このように同法は、契約に固有の手法に依拠することには慎重な姿勢をとっている¹¹。

わない」と定める。同号が公的組織に所属しない個人に適用されるか否かを判断する際に問題となるのは、以下の点である。①当該個人が「公行政の任務」を遂行する主体といえるか。連邦通常裁判所は、運転免許の試験に関与する通訳は「公行政の任務」を遂行する主体でないとした。この判決は傍論で、運転免許の試験に関与する個人でも、官庁に承認されたTÜVに属する専門家や試験官は刑法上の公務員に当たると述べている(BGH Urt.v.21.8.1996, BGHSt 42, 230)。②当該個人の所属する私的組織が「その他の官署」に当たるか。連邦通常裁判所は一般論として、「その他の官署」を、「総合考慮をした場合に国の伸ばした腕といえる」ような主体と述べている(最近の判決としてBGH Urt.v.19.6.2008, BGHSt 52, 290)。そして、「生存配慮の領域において、私法により組織された企業は、私人が少数派でも企業の重要な決定を拒否できることにより共同して行い得る程度に経営に関与している場合」、「その他の官署」に当たらないとする(BGH Urt.v.2.12.2005, BGHSt 50, 299 — 廃棄物リサイクル業)。学説は端的に、私的組織は「その他の官署」に当たらないとするようである(Bernd Heinrich, Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht: Auslegungsrichtlinien unter besonderer Berücksichtigung des Rechtsguts der Amtsdelikte, 2001, S.384ff.; Henning Radtke, in: Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd.1, 2003, § 11 Rn.56. ただしRadtke, Der strafrechtliche Amtsträgerbegriff und neue Kooperationsformen zwischen der öffentlichen Hand und Privaten (Public Private Partnership) im Bereich des Daseinsvorsorge, NSTZ 2007, 57 は、上記の連邦通常裁判所の一般論にもリサイクル事業者に関する判断にも反対する)。③当該個人が公行政の任務を遂行するように「任命」されているか。連邦通常裁判所は、当該個人が「個別の委任を超える長期の活動を行うことになる、あるいは、行政機関の構造に組織上組み込まれる」場合に、「任命」の要件が充足されるとする(私法契約により入札の準備を委任された技術者について、刑法上の公務員該当性を否定したBGH Urt.v.15.5.1997, BGHSt 43, 96、肯定したBGH Urt.v.29.1.1998, NJW 1998, 2373)。なお学説は、公行政の任務を行政機関から私的組織に委任し、さらに私的組織から私的組織に所属する個人に復委任するものとして、当該個人を刑法上の公務員とする可能性を議論している(肯定説としてHeinrich, a.a.O., S.545ff., Radtke, in: Münch-Komm-StGB, § 11 Rn.56. 両者とも上記の連邦通常裁判所による任命要件の限定に反対する。Heinrich, a.a.O., S.533ff.; Radtke, a.a.O., Rn.64)。

¹¹ 小幡純子「公共サービス改革法と官(公)民役割分担」地方自治711号(2007年)2頁以下(6頁)。

また同法は、事業者側の意見を聴取する手続を定めているが、公共サービスの利用者側の意見を聴取する手続や、契約の履行過程の透明性を確保する情報公開などの制度を、はっきり定めていない。こうした手続の拡充は、今後の課題である。

3 執行・実現の局面における公私協働(2)——社会福祉サービスの給付

次に、やはり執行の局面における協働として、社会福祉サービスの給付を取り上げる。かつて、福祉サービスの給付に関する諸法律は、サービス受給者の申請権を定めずに、行政機関の職権による行政処分として「福祉の措置」をとることのみを定めていた。現実には行政機関から委託を受けた民間事業者が「福祉の措置」を実施することも多かった。しかし、こうした民間事業者とサービス受給者との間の法関係は、法制度上には現れていなかった。

1997年以降、こうした法制度が徐々に改正されている。「社会福祉基礎構造改革」と呼ばれる。これは、行政機関が受給者の申請によりサービス給付の必要性を決定する法関係と、個々の受給者が、行政機関から「指定」を受けたサービス事業者を選択し契約を締結して現実にサービスを受給する法関係を、はっきりさせた上で分ける改革である。そして後者の法関係については、多様な民間事業者を参入させて、受給者に事業者の選択を委ねることが意図され、行政機関の責任は基本的に、体制を整備する責任に変容した。典型例は介護保険法である。現在、保育所についてもこうした制度に移行することが検討されている。実際には、全体にサービス利用が増えて財源が不足する一方、サービスの質や量が地域によりまちまちで需要に対応していないなど、問題も指摘されている。

4 決定の局面における公私協働——基準適合性の検査・証明

(1) 指定法人

決定の局面における協働に移る。ここでは、機器等の物が安全性等の技術基準に適合していることの検査・証明の例を取り上げる。日本では従来、こうした検査・証明を前述の指定法人(1(1))が行うことが多かった。指定法人は個別の法律により、公益法人に限定されていた。また、法律上あるいは事実上、業務の独占または地域独占を認められていた。そして、役

員の選任解任に認可を要するなど、行政機関による強い監督を受けていた(例えば、現在は法律が改正されているが、火薬類の製造施設・火薬庫の完成検査を行う、火薬類取締法上の指定完成検査機関)。なお日本には、分野を横断して検査を行う大きな組織があるわけではなく、官庁の組織に対応するような縦割りで個々の分野ごとに検査を行う法人が組織されている(この点は現在も変わらない)。

(2) 登録機関

しかし、1998年以後、規制改革に関する閣議決定および前述 1(1)の閣議決定により、指定法人の制度は多くが「登録機関」の制度に移行することになり、関係する法律が改正されている。登録機関については、民間事業者が一定の要件を満たせば行政機関による登録を受けられることとされ、業務の(地域)独占が否定されている。公益法人であることは要件とされないで、営利法人も登録を受けることができる。行政機関による監督についても、役員の選任解任や業務規程の認可制度が廃止されるなど、最小限に抑えられている(例えば、乳幼児用ベッドなどの基準適合性を検査する消費生活用製品安全法上の国内登録検査機関)。

もっとも、登録機関の中にも、やや強い行政監督が残されているものがある。ここでは、(一般的に用いられている呼称ではないが)中間型の登録機関と呼んでおこう。中間型の登録機関については、役職員が刑法の適用上公務員とみなされる。そして、登録機関による基準適合性に関する証明が行政処分とされて、不服があれば監督官庁に行政不服審査(審査請求)を行うことができる旨が法定されている場合がある(例えば、消防の用に供する機械器具等の個別検定を行う、消防法上の登録検定機関)。

興味深いのは、登録機関の登録の要件を「国際標準化機構及び国際電気標準会議が定めた……機関に関する基準」と規定する法律が見られる点である(例えば、先に挙げた消費生活用製品安全法)。ここでいう「基準」は、ISO/IEC ガイドライン65を指す。こうした要件の定めは、内容的には妥当である。しかし法技術的には、国が法規範の定立を国際的な非政府系組織に完全に委任する形式になっており、問題が残るところである。

5 法効果を持つ決定を準備する情報処理の局面における公私協働¹²

(1) 環境法

決定の局面より前の局面に遡って、公的組織が行う法効果を持つ決定(典型的には行政行為)を準備する役割・責任を、私的主体に委ねる協働の例を見る。まず環境アセスメントが挙げられる。日本では1997年に制定された環境影響評価法によると、事業者が、行政機関の意見を「勘案」し、公衆の意見に「配意」しつつ、環境に対する事業の影響を調査して評価書の作成まで行うことになる。そして、行政庁は事業を免許するかを判断する際に、この評価書を考慮に入れなければならない。

(2) 都市計画法

都市計画法の分野では、2002年の法律改正により、土地所有者やまちづくりNPOの側、あるいは建設関係の事業者の側が、関係する土地所有者等の3分の2以上の同意を得た上で、都市計画を提案する制度が設けられた。都市計画を決定する地方公共団体は、都市計画審議会に付議した上で、提案の採否を決定しなければならない。決定の局面の話に戻ってしまうが、同年に導入された関連する法制度として、市街地再開発事業については、関係する土地所有者等が議決権の過半数を保有する株式会社が自ら施行できる。もっとも、この再開発会社制度には、民主的正統性、財産権保障、中立性等の観点から(詳しくはⅢ 3 (3))、疑問が提起されている¹³。

従来から存在するものとしては、市町村が条例で定めた区域の土地所有者等の全員が合意して「建築協定」を締結し、市長等が認可する制度がある(建築基準法69条以下)。建築協定は、後に土地所有者になった者等の建

¹² 角松生史「手続過程の公開と参加」磯部力=小早川光郎=芝池義一編『行政法の新構想Ⅱ 行政作用・行政手続・行政情報法』(2008年)289頁以下(特に299頁以下)は、決定ないし次のサイクルの決定を準備する「情報の処理・加工」ないし「熟議」の局面を、決定の局面から区別して、前者の局面における参加の意義を明快に説いており、興味深い。

¹³ Appel, a.a.O., Rn.92 は、計画の領域で私的主体が衡量の準備を行う場合、「私的主体を介在させることによって手続の対象が限定され、計画を行う状況が事実として複雑なことが見過ごされ、それによって発展の全体がマイナスの方向に予め決定づけられ、あるいは乱される危険」が特に大きいことに注意を促す。

築行為も拘束する法効果を持つ。

6 法効果を持つ決定に代替する情報処理の局面における協働

私的主体が公益に関わる情報の収集・形成・提示を行う役割と責任を、公的組織が認めるが、公的組織が私的主体のまとめた情報を考慮して決定を積極的に行うことまではしない場合がある。公的組織が私的主体の役割・責任を考慮して規制を差し控える、つまり私的主体の役割・責任により規制を代替する場合である。以上のような態様の公私協働を、最後に見る。こうした協働は、個々の民間事業者が自省の回路を組織に組み込む制度(1)と、事業者団体等がルール策定や紛争処理を行う制度(2)とに、大きく分けることができる。

(1) 個別事業者の組織への自省回路の組み込み

前者の制度の例として、事業者が総合衛生管理製造過程(≒HACCP方式)を経て食品を製造・加工することを厚生労働大臣が承認した場合に、衛生基準に適合した方法による食品の製造・加工とみなし、また、専任の食品衛生管理者の設置義務を免除する制度が挙げられる。1995年の食品衛生法の改正により導入された。もっとも、大臣の承認を受けた事業者が大規模な食中毒事件を起こしたため、2003年に管理者設置義務の免除制度は廃止された。

環境法の分野では、事業者が化学物質の排出量・移動量を主務大臣に届け出る義務を負い、営業秘密は保護した上で、誰でも主務大臣に当該データの開示を請求できるものとする制度がある(特定化学物質の環境への排出量の把握等及び管理の改善の促進に関する法律。1999年に制定。PRTR法と略称される)。これは直接的には、自己の支配圏にある情報の届出制度にとどまるから、公私協働とは言い難い。しかし間接的には、事業者が化学物質の自主的管理や削減措置を行うことを促進する効果を持っている。さらに一般的には、環境省が事業者に、環境マネジメント・監査システムの導入や環境報告書の作成を促している。ただし法制度化はされていない。

(2) 団体によるルール策定・紛争処理

事業者団体を想定して作られた法制度として、主務大臣の認定を受けた

「認定個人情報保護団体」が苦情処理や個人情報保護指針の策定・運用等に当たる制度がある(2003年制定の個人情報保護法)。ほかに、金融商品取引法が2006年に導入した制度も挙げておく。同法は、内閣総理大臣の認可または認定を受けた「認可金融商品取引業協会」や「認定金融商品取引業協会」が、法令や協会の定款・規則等に違反した会員に対する処分、投資者からの苦情対応や紛争のあっせんを行うことを定めている。事業者団体に限定されないが、内閣総理大臣の認定を受けた「認定投資者保護団体」が、投資者保護指針の策定や苦情処理・あっせん等を行うことも、規定されている。

行政指導を受けて事業者団体がいわゆる自主規制を行う例は、枚挙に暇ない。手近な例として、本年の2月にも、総務省で開催された懇談会が報告書の中で、電気通信事業の業界団体が裁判外紛争処理(ADR)の手続を設けることを検討するように求めている(電気通信サービス利用者懇談会報告書)。こうした事業者団体による自主規制は、事業者団体が業界をカバーする範囲および影響力が小さければ、実効性を欠く。自主規制に従う事業者と従わない事業者やアウトサイダーとの間で、競争条件の不公平が生じる可能性もある。逆に、自主規制を強力に実行すると、独占禁止法に抵触するおそれが生じる。協働の利点である多様性・競争の要素を減殺し、現状を硬直化させるおそれもある(I 2 (1) 参照)。

7 小括——協働領域の偏り

以上の概観に加えて、どのような態様の公私協働が行われていないかも考慮して、日本における公私協働の動向を簡単にまとめる。一言でいえば、第1に、個別の執行または決定の段階における協働に偏り、情報処理の局面における協働は十分制度化されていない。第2に、事業者との協働に偏り、専門家や他の利害関係者との協働は十分制度化されていない。例を挙げる。

第1の点について、事業者および専門家から構成される民間組織が工業規格を策定し、国がそれを受容して技術基準を定める手続は、5のタイプの公私協働の典型例になる。しかし日本では、主要な工業規格である日本工業規格(JIS)は、経済産業省に置かれた日本工業標準調査会の議決を経て各主務大臣が定めることとされている。また第2の点についていえば、社会

保険の被保険者など、サービスの受け手が事業に関与する手続や(機能的)自治組織が、必ずしも充実していない。

III 公私協働の根拠と統制

IIで俯瞰した公私協働を法学の観点から冷静に根拠づけ、かつ統制するには、行政法の基礎を形成する憲法原理に遡り、こうした憲法原理の重心を移動させることを考えなければならない。以下ではまず、憲法原理の重心移動の可能性を考察する(1)。そしてこの考察に基づいて、公私協働の法的根拠を整理し(2)、公私協働を統制する一般的な法理を明らかにする(3)。

1 行政法の基礎を形成する憲法原理の重心移動

(1) 古典的諸原理

行政法の古典的な体系は、古典的な憲法原理を基礎に構築されてきた。古典的な憲法原理の前提は、私人と国の二元論である。私人は国に対し基本的人権を保障される(古典的な主観的意味の法治国原理)。国は私人に対し、法規範を定立および適用する形式をとって公益を実現する権限と責任を持つ(古典的な客観的意味の法治国原理)。そして、国民が平等に参加する選挙を基礎に組織されなければならない(古典的な民主政原理)。

(2) 機能的諸原理

これに対し公私協働は、より機能的な次のような諸原理を際立たせる現象である。国などの公的組織は、決定や活動を行う際に、関係する諸利益が表明される機会を均等に保障し、諸利益を均等に考慮しなければならない(機能的な主観的意味の法治国原理)。ここでいう関係利益には、個人の人権に限らず、環境利益のような集合的な利益や、国の活動の効率化により国民ないし納税者が享受する抽象的な利益なども含まれる。さらに公的組織は、必要な知識・技術・情報を幅広く十分に収集・活用し、それに基づいて決定や活動を行わなければならない(機能的な客観的意味の法治国原理)。知識や情報を法規範の定立・適用という形式でまとめるのは、知識・情報の処理過程の一つの段階——重要な段階ではあるが——にすぎな

い。また、公的組織の決定や活動については、選挙のルートに限らず、私的主体が監視し(透明性)、参加する機会を認めるべきである(機能的な民主政原理)。

「機能的」と称したのは、古典的諸原理に比べて、それぞれを他の法原理と調節する必要があり、どの程度実現するかを立法者が決定する余地が大きいこと、さらには、法規範と未分化の社会規範を取り入れて形成される余地が大きいことによる。機能的法原理は、いわば大きく開かれた法原理といえる。

(3) 両法原理の関係

(1)と(2)の憲法原理は、単純に対立するものではない。単純に一方を他方で置き換えられるものでもない。相補関係にある。公私協働も、専ら(2)の法原理に基づくわけではない。ただ、近年増えている公私協働の現象には、(2)の法原理に基づくものが多い。その意味で公私協働論は、(2)の法原理にこれまでより注目すべきことを示唆する。(1)から(2)の方向へ憲法原理の重心を移動させること、とも言える。項を改めて見る。

2 公私協働の法的根拠

(1) 古典的法治国原理に基づく公私協働

古典的な主観的意味の法治国原理に基づく公私協働として、公的組織が直接的な介入を控えるために、私的主体が繊細な人権相互間の調整を行う現象がある。前記II 6に当たる。

例えば、放送倫理・番組向上機構(BPO)は、日本放送協会・民間放送事業者・その事業者団体が設立した団体である。BPOは、放送事業者の役員以外から構成される委員会を置き、放送事業者の表現の自由と視聴者の人格権などの調整を図るために、苦情の審理、放送事業者に対する勧告・見解の提示等を行っている。こうした活動はもともと、旧郵政省が開催し、放送事業者も参加した懇談会の報告書(1996年「多チャンネル時代における視聴者と放送に関する懇談会最終報告書」)を受けて開始されたものである。通信分野では、2008年に携帯電話事業者などが設立した一般社団法人モバイルコンテンツ審査・運用監視機構(EMA)が、やはり利害関係者以外から構成される委員会を置き、青少年を違法・有害情報から保護するた

めに、基準の策定、監視、苦情の受付、勧告等を行っている。この団体は、携帯電話事業者および事業者団体に対する総務省の「要請」を受けて設立された。

(2) 機能的法治国原理に基づく公私協働、機能的民主政原理に基づく公私協働

これに対し近年増えている公私協働は、公益を実現するために、必要な知識を創出し実効的に情報を収集すること、および、関係する多様な利益を明確に定式化して考慮できるようにすることを目的としている。つまり、機能的な主観的および客観的意味の法治国原理に基づくものと解される。前記II 3、5、6に挙げた環境法、都市計画法、社会福祉法などの領域における事例が、典型である。

加えて、あらゆる公私協働は、公益の実現に参加する強力な権限と責任を私的主体に認め、私的主体の判断能力を育成および活用することを意図する。そのような一般的な意味で、機能的な民主政原理に基づくものといえる。

(3) コストの削減? 市場競争の活用?

なお、公私協働にはコストの削減を意図して行われるものがある。特にII 2、4に挙げた事例である¹⁴。ただし、本当にコストが削減されるかは、

¹⁴ 中川丈久「行政による新たな法的空間の創出——三者関係としての「統治システム」の視点から」土井真一編『岩波講座憲法4変容する統治システム』(2007年)195頁以下(223頁以下)は、「いわゆる PPPs (public-private-partnerships)——官民提携型の事業形態などと訳すことになるであろう——とは「公共と民間が提携関係にたち、双方の得意分野に特化する形で社会資本の形成と運営の業務を仕分けし(たとえば資金調達と当初運営をまるごと民間事業者に委ねるなど)、民間は利潤を、公共は効率性を得るという win-win-situation を考える発想である(なお、わが国の行政法学説が「公私協働」というときは、しばしばこの PPPs とは異なる文脈であるので、区別が必要である)」と指摘する。木村琢磨『ガバナンスの法理論——行政・財政をめぐる古典と現代の接合』(2008年、初出2007年)251頁以下は、民間事業者に包括的に事務事業を委ねて効率性を確保する要請と、特定事業者による独占の弊害を排除する要請とを調和させる必要を説く。市場化テスト法がコスト削減を趣旨

慎重に見極める必要がある。つまり、公的組織が私的主体に権限・責任を委ねた場合に、社会において従前の水準の便益が得られる上にコストが削減されるのか、検討する必要がある。また、公的組織が私的主体を監視するコスト、いったん参入した私的主体が撤退するリスク、そうした場合に公的組織が再び事務を引き受けるのに要するコストなども、考慮しなければならない。

また、公私協働により私的主体間で市場競争が行われるといわれることがある。しかし実際に、十分な数の私的主体が参入し、価格のみならずサービスの質が競争される例は、それほど多くないようである。例えばⅡ 4の検査業務について、登録機関制度の導入により多くの新規参入があったわけではない。現在の中間型の登録機関と類似の制度が1998年に導入された、指定確認検査機関による建築確認業務には、例外的に民間事業者が多く参入した。しかし、地方公共団体を交えた競争による検査の質の向上は、実証されていないようである。

3 公私協働の統制枠組

(1) 公的組織から私的主体に波及する正統化の責任

公私協働の根拠の考察に続いて、公私協働を法的に統制するための基本枠組を考える。出発点になるのは、次の考え方である。公的組織は、公益を実現する過程(の一部)を私的主体に委ねることにより、1で述べた憲法上の諸拘束を潜脱してはならない。したがって公的組織は、公私協働の際には、民主的正統化による組織の形成(1(1)の古典的民主政原理)に代替するような規律を行う責任を負う。ドイツのある学説は、民主的に正統化

とすることにつき、小幡・前掲4頁。さらに田村・前掲169頁は、ドイツのブランデンブルク州ゲマインデ法91条3項が、ゲマインデの経済活動に関して、コストが節減できる場合には民間事業者に委託することに配慮しなければならない旨を定める例を紹介している。

他方、碓井光明「協働と契約」自治体学研究95号(2007年)32頁以下は、地方公共団体が相手方となるNPO等を選定した後に協議して事業の仕様内容を詰めて契約を締結する協働契約について、コストの節減よりは対話による企画立案のプロセスを共有すること自体に意義があり、経済性を重視する会計法令の契約規定を適用することには限界があるので、固有の協働事業法制を整備する必要があると説く。

されなければならない公的組織から、そうではない私的主体に「波及する正統化責任」と呼ぶ¹⁵。

(2) 最終決定責任とその限界

この波及的正統化責任を果たすために、公的組織は、公益に関して私的主体に判断を委ねた事項についても、最終決定を行う権限と責任、そしてそれを実現するための資源を原則として留保しなければならない。さもなければ、私的主体の行為が弛緩するおそれがある。

しかし、公的組織が波及的正統化責任を果たすためには、最終決定責任を留保するだけでは十分でない。公的組織が私的主体の判断によって左右されずに、関係する知識・情報や利益のすべてを把握して決定にまとめ上げることは、多くの場合現実に不可能である。規範的に望ましくない場合もある(2(1)に挙げたような場合)。それでも公的組織が独力で最終決定を行う場合、私的主体の自発性が減退し、協働は単なる二度手間になりかねない。例えば指定確認検査機関は(2(3))、建築確認やその拒否をすべてその都度、地方公共団体に報告することとされた。そして建築物の構造計算の部分は、建築確認を行う機関とは別の「指定構造計算適合性判定機関」などが基準適合性の判定を行うこととされた。こうした制度は、後述Ⅳ 1の最高裁決定、および、ある指定確認検査機関が建築物の耐震性の偽装を見抜けなかった事件をきっかけに、2006年の法改正により導入された。これは責任が過剰に重複してしまった例ではないかと思われる。

(3) 私行政法

そこで公的組織は、波及的正統化責任を果たすために、最終決定責任を留保するだけでなく、私的主体の側が1に挙げた民主的正統化以外の憲法原理の内容を満たすような手続・組織を備えることを、協働のための条件として私的主体に求めるべきである。こうして私的主体に課される条件ないし要請を、(行政私法をもじって)「私行政法」と呼ぶドイツの学説がある¹⁶。具体的には、次のような要請である。前述Ⅱ 4(2)のISO/IECガイド

¹⁵ Trute, a.a.O., Rn.58f., Rn.91.

¹⁶ Christoph Möllers, in: GVwR I, § 3 Rn.9f. は、「私行政法」の考え方が、行政法を

は、こうした要請をまとめて定式化している。

- ① 中立性・利害関係からの独立性。法治国原理全体に対応する。
- ② 適切な事務処理のための資質・能力・設備の確保。機能的な客観的意味の法治国原理に対応する。
- ③ 関係利益の均等な表明機会の保障および均等な考慮。機能的な主観的意味の法治国原理に対応する。
- ④ 平等取扱い、異議申立手続の具備等。古典的な法治国原理に対応する。
- ⑤ 意思決定過程の透明性。機能的な民主政原理に対応する。

各所で述べてきたように、現状の公私協働において、①～⑤の点で様々な問題点がすでに現れている(Ⅱ 2 (3) 末尾・3 末尾・5 (2) 第一段落・6 (1) 第一段落・7 末尾・Ⅲ 2 (3) 末尾)。

もっとも、これらの要件の具備がどの程度私的主体に要請されるかは、私的主体に委ねられる権限・責任の強度および性質によるから、一律にはいえない。また、私的主体の事業運営の自由との適合性も考慮する必要がある。例えば⑤について、私的主体による情報の開示が必要なことは確かである。ただし、誰でも文書を選択して開示を請求できる、国や地方公共団体と同様の方法による情報公開制度を、私的主体にも適用することは、今後の立法論上の課題であるが、容易ではない。行政委託型公益法人(Ⅱ 1 (1))と同様の実態の私的主体には、ガバナンスの不足を補うために適用することが考えられる。しかし、それ以外の法人に適用する場合には、事業運営を過度に制約しないかを慎重に検討しなければならない¹⁷。

公法として私法と峻別する観念から解放する必要性を示すものと見る。Ⅱ 2 (5) 参照。

¹⁷ 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頁以下(178頁)は、指定管理者(Ⅱ 2 (2))が行う「行政指導」に行政手続条例を適用したり、指定管理者に情報公開条例・個人情報保護条例を適用したりする地方公共団体の例を挙げている。宇賀克也『行政法概説Ⅲ行政組織法/公務員法/公物法』(有斐閣、2008年)245頁も参照。

(4) 議論の法関係

以上では、公私協働における公的組織、私的主体それぞれの基本的な責任を分析した。では、両者間の法関係をどのように形成すべきか。基本的な考え方としては、私的主体の自由を尊重し、自主性を生かすために、相互の議論の形態をとるべきである。ただ具体的には、今後なお理論上および立法論上、検討を進めなければならない問題が多く残されている。以下に敷衍する。

(a) まず、公的組織が私的主体に権限・責任をどの範囲で委ねるか、そして、私的主体にどのような条件を課すか(Ⅲ 参照)について、基本的な事項を法律で定めるべきである。それは、私的主体が協働を義務づけられる場合や、私的主体に第三者私人に対する権力作用が委ねられる場合のように、侵害留保原理が働く場合に限られない。民主的正統化による組織形成の代替として(Ⅰ 参照)、本質性理論の観点から必要と解される。Ⅱ 6 (2) などの協働類型では、実体法上の基準より、協働する私的主体の手続・組織の規律に重点を置いて法律を定めることになろう。しかし現実には、そのような立法は進んでいない。

(b) また、国や地方公共団体の行政機関が私的主体に指揮命令を行う場合には、行政手続法を適用すべきである。両者間の継続的なコミュニケーションのためには、契約の形式を活用すべきである。私的主体が準備した判断を受けて行政機関が決定を行う「摂取」のための手続も、整備すべきである(Ⅱ 5 の協働類型)。しかし現実には、行政手続法4条3項は、指定機関に対する国や地方公共団体の処分の一部に関して、同法の適用を除外している。行政契約の法的枠組の整備は緒についたばかりである(Ⅱ 2 (3))。「摂取」に関しても、例えば、環境影響評価を経て事業免許等が行われる場合に、環境影響評価をどのように考慮して免許等を行ったかの理由を提示する義務が法定されていないなど、問題が残されている。

(5) 協働の禁止

公私協働の統制枠組について、最後に、そもそも公的組織が私的主体に委ねること自体が禁止される事項を考察する。ドイツでは、基本法33条4

項が「高権的権能」を「原則として」官吏が行使しなければならない旨を定めている。日本国憲法には同様の明文規定が存在しない。それでも、「公権力の行使」は原則として私人に委ねられないと説かれるのが一般的である。大まかにはその通りである。しかし、行政手続法上の処分手続や行政事件訴訟法上の抗告訴訟手続が適用される行為を画する「公権力の行使」の概念を、組織法に関わる協働の場面で区別せずに用いるのは、理論的には正確でない。一般論としては、1 (1) に述べた古典的な主観的意味の法治国原理および民主政原理により、回復困難な人権侵害効果を持つ行為、および、政策的裁量の行使は、私的主体に委ねることが基本的に禁じられるのではないか¹⁸ 19。

近時話題になった例として、違法駐車車両の確認と、違反金の納付が命令される可能性を示す標章の取付けを、警察署長が公安委員会の登録を受けた民間法人に委託する制度が設けられた。2004年の道路交通法改正によ

¹⁸ 中川・前掲216頁以下。これに対し「社会通念」を主な基準とする見解として、木村・前掲232頁以下は、民間委託の対象事務について、「(a)行政上の基本決定権や秩序維持的警察の本質的要素に関わる事務をはじめとして、社会通念上、行政機関や公務員によって直接なされることが期待される事務は除かれる」、「(b)この立場の条文上の根拠としては、憲法65条・73条や民法90条をあげることができる」、「(c)ただし、現行法を前提とした場合には、公権力性をひとつの標準として、社会通念を判断することが許容される」、「(d)このように社会通念による判断を基本にすると、民間委託の可否の基準よりも、むしろ社会的な妥当性ないし社会的な受容可能性を確保するための措置……をいかに盛り込むかが重要になる」とする。さらに柔軟な見解として、小幡・前掲8頁以下は、「法律の根拠があれば、民間事業者であっても公権力の行使を行うことは可能である」とし、こうした法律を定めるのが「妥当」か否かに限定して議論する。

¹⁹ ドイツでも、基本法33条4項によって、「それがないとしても民主政原理、法治国原理および基本権保護義務が画する限界に、さらに制限が付加されることはほとんどないかもしれない」と説かれることがある。Appel, a.a.O., Rn.71. 基本法33条4項については連邦行政裁判所が近時、事業者が廃棄物をリサイクルしたことの証明の確認事務などを州が特定の会社に委ねる Beleihung について、特許受任者が法規命令に厳格に拘束されるため、リサイクルを行う事業者の有する基本権により保護された地位が強度に侵害されないことなどを理由に、同項に違反しないと判示している (BVerwG Beschl.v.29.9.2005, DVBl.2006, 840)。

る。この制度では形式上、駐車違反者に対する違反金の納付命令は公安委員会が行い、民間法人が行うのは準備行為にとどめられている。ただそれだけでは、こうした委託が許容される理由にならない²⁰。実質的には民間法人が公権力の行使に関する事務をほとんど担うからである。それにもかかわらずこうした委託が許容されるとすれば、民間法人の行う事務が回復困難な人権侵害効果や政策的裁量の行使を伴わないからであろう。

IV 公私協働の課題

公私協働に関して法学の観点から今後検討すべき課題は、すでにⅢでも述べた。最後に、さらに2つの問題提起を簡単に追加して本稿を閉じる。第1は、公的組織が公益の実現を委ねた私的主体が、第三者私人の権利を侵害する場合の権利保護という、微視的な問題である。第2は、公私協働とネットワーク・ガバナンスの関係という、巨視的な問題である。

1 第三者私人の権利保護

第三者私人の権利保護に関しては、特に損害賠償責任の根拠および帰属に、はっきりしない点が多い。この問題について近時、最高裁が判決および決定を下している。1つは、指定確認検査機関による建築確認に対し、近隣の住民が取消訴訟を提起したところ、建築が完了したため、当該建築物の建築確認を行う権限がある市に対する国家賠償請求に訴えを変更することを認めた2005年の決定である。もう1つは、県が養育監護を要する児童を社会福祉法人の運営する施設に入所させる措置をとったところ、施設の職員の不注意により、当該児童が他の入所児童から暴行を受けて重篤な障害を負った事案である。入所措置は、Ⅱ 3 で述べた職権による社会福祉措置に当たる。最高裁は2007年の判決で、県に対する国家賠償請求を認める一方、社会福祉法人に対し民法715条に基づく使用者責任は追求できないとした。

ここでは詳論する余裕がないので、一言述べるにとどめる²¹。最高裁は

²⁰ 人見・前掲174頁。

²¹ 文献等を含めて詳しくは、山本隆司「判例から探究する行政法第10回・第11回一

これらの判決・決定で、事務が本来国や地方公共団体に帰属すれば、国や地方公共団体が国家賠償責任を負うという考え方を示しているようである。しかし、公私協働の場合に事務が本来、国や地方公共団体に帰属するか否かは、実定法上も理論上も判定が困難である。私はむしろ次のように考えるべきではないかと思う。

- ① 民間事業者の行為が第三者私人に対する国や地方公共団体の権限・責任から法的に明確に分けられない場合には、国や地方公共団体が国家賠償責任を負い、民間事業者は組織過失により民法709条の不法行為責任を負うにとどまる。2007年判決は、こう考えれば肯定できる。
- ② 両者が分けられる場合であっても、民間事業者の行為が公権力の行使と法定されているなど、民間事業者の行為に関して争訟が生じれば国や地方公共団体が介入する権限を持ち最終的に責任を負うと認められる場合には、民間事業者が国家賠償責任を負い、国や地方公共団体は単純保証人のように二次的に国家賠償責任を負う。2005年の事案ではこのように考えて、指定確認検査機関の国家賠償責任を肯定すべきであった。
- ③ その他の場合は、民間事業者が民法上の使用者責任を負い、国や地方公共団体は監督懈怠の過失がある場合に限り国家賠償責任を負う。監督懈怠の過失には、民間事業者に相応の保険加入義務を課すなど、賠償資力を確保することの監督も含まれる。

もっとも最高裁の態度は、さらに事例を積み重ねなければ、明確にならないであろう。学説も区々に分かれており、上記①～③も試論に過ぎない。今後の議論の深化が期待される。

2 ネットワークとガバナンス

本稿では、公的組織が公益実現過程(の一部)を私的主体に委ねるとい

私人の行為による国家賠償(1)(2)」法学教室342号58頁以下・343号89頁以下(2009年)。

意味の公私協働を考察した。しかし公的組織が、こうした協働関係までは形成せずに、私的主体が公益の実現に寄与するための制度的枠組を形成することも、広く見られる。次のような制度である。

- ① 社会において他者の法益を侵害または実現する強い力を有する私的主体が、法益を保護するための構造(組織・手続)を備えるように、公的組織が義務付けたり促進したりする制度。
 例えば、大会社・大規模一般社団法人・財団法人が、「職務の執行が法令及び定款に適合すること」その他「業務の適正を確保するため」に、内部統制システムを構築する義務。会社法が2005年に制定された際に定められ、一般社団法人・財団法人法(Ⅱ 1 (2))に波及した。また個別法には、事業者が安全等の利益を実現する「主任」「管理者」「責任者」等を置く義務を定めるものが数多い。中には、こうした「主任」等が事業者組織の意思決定に関与する権限が法定されていることもある。例えば、Ⅱ 6 (1)で述べた食品衛生管理者が営業者に意見を述べる権限である²²。
- ② 社会において私的主体が自分の利益以外の特定の利益を実現することを、公的組織が助成する制度。例えば、非営利公益団体に対す

²² さらに「制度的契約」の考え方を挙げることができる。内田貴「制度的契約と関係的契約——企業年金契約を素材として」新堂幸司＝内田貴編『継続的契約と商事法務』(2006年)1頁以下、および北大法学論集59巻1号(2008年)369頁以下に掲載された講演・シンポジウムの記録を参照。もっとも「制度的契約」の考え方に対しては、契約の法関係を団体内部ないし組織内部の法関係にやや引き寄せ過ぎている(より漠然とした感想の形で書いたにすぎないが、山本隆司「私法と公法の〈協働〉の様相」法社会学66号(2007年)16頁(33頁)。これに対しては、同シンポジウムにおける原田大樹准教授の批判がある(前掲北大法学論集400頁))。後者の問題について言えば、民事法の一般条項などに基本権保護義務を読み込むことにより「規制」が一定程度は可能であろうが、どこが限界かを慎重に見極めることを要すると思われる。この問題は、私法規範が公法規範の「受け皿」になる旨を注5の文献が強調することとも関わる。

る税制優遇。

- ③ 社会において自分の利益以外の特定の利益を主張する私的主体に、公的組織が手続参加権を認める制度。例えば、内閣総理大臣により適格消費者団体と認定された団体に差止請求や団体訴訟の提起を認める制度が、消費者契約法の2006年改正により導入された。

①～③のような制度的枠組の形成は、公私協働と、一般の行政作用・行政手続としての規制・給付・参加との、中間に位置づけられるかもしれない。標語としていえば、公私協働とともに、公的組織と私的主体とが公益を実現するために「ネットワーク」²³を形成する制度である。また①～③の制度的枠組において、私的主体には、Ⅲ 3 (3)で私行政法として挙げた要件が、私的主体に認められる権利義務の強度や性質に応じて課される。私行政法は、公私協働の場合に限らず、およそネットワークによる公益実現の制度において、「ガバナンス」²⁴の基準になるといえるかもしれない。今後なお解明すべき課題である。

²³ 大まかにヒエラルヒーと対比される概念であるが、例えば参照、スティーブン・ゴールドスミス＝ウィリアム・D・エッガース(城山英明＝奥村裕一＝高木聡一郎監訳)『ネットワークによるガバナンス——公共セクターの新しいかたち』(2006年)。

²⁴ 望ましい社会状態を形成するために、どのように手続・組織を規律すべきかを、公的組織(ガバメント)か私的主体かを問わず共通に表現する概念として、近年しばしばガバメントと対比して使用され、日本の行政法学でも論じられつつある。中川・前掲197頁、木村・前掲 i 頁以下。