

行政事務の私人への委譲とそれに伴う 行政主体の義務・責任

海 野 敦 史

Abstract

This paper attempts to clarify the obligations and responsibilities of administrative bodies in devolving a part of their work to private persons on the basis of some arguments within Japan's administrative law. While traditional arguments, particularly with reference to state compensation, have primarily focused on the extent to which "exercise of public power" can reasonably be devolved to private persons, this paper attaches much importance on how to ensure legal rights and benefits of the other party (i.e., the general public) after the devolution. Namely, a theory can be drawn that the devolution will not be allowed as long as an environment is shaped in which legal rights and benefits of the addressee of the administration can easily be invaded by the devolved persons regardless of the feature of administrative work. Therefore, a certain extent of governmental involvement for solid prevention of the invasion would be needed after the devolution, whether it may take the form of privatization, delegation, or entrustment to private persons. It would be fair to note that the degree of the involvement to be required by law can be determined by the extent of relevancy of devolved administrative work with restricted rights and benefits of the other party. Even when certain kinds of work accompanied by public power is delegated to a designated private person, for example, institutional legal measures are required to allow administrative bodies to properly supervise the delegated person as far as they have risk to strongly restrict legal rights and benefits of the other party. Hence, devolution of administrative work does not simply mean the extinction of ultimate administrative responsibilities originally belonged to relevant administrative bodies.

Keywords: devolution of administrative work, private persons, exercise of public power, fundamental rights, Japan's administrative law

1 序 論

近年における行政の特徴の一つに、「官」と「民」との接近が挙げられる。官民が一体となって行政上の課題に取り組む姿は珍しいものではなく、特に「民の資金やノウハウ」を活かす観点からの行政改革が着実に進展している。これは、とりわけ地域活性化のための取組みにおいて顕著であり、行政主体又はそれに準じた主体が民間の事業主体の都市開発投資等を促す場合¹、地域の再生等のために民間事業者等の提案を踏まえて地域再生計画を策定した地方公共団体に対して国（内閣総理大臣）が一定の支援を行う場合²、行政主体が「特区」を設けて地域の特性に応じた民間の特定の事業等を促進する場合³などがその典型である。

このような取組みと並行して、行政主体が私人に対して行政事務・事業の全部又は一部の実施を委ねること（以下「行政事務の私人への委譲」という）も増えている（以下においては、行政事務・事業を委ねられた私人を包括的に「委譲先私人」という。ただし、ここでいう委譲先私人については、独立行政法人等の行政主体性を有すると解される法人は含まず⁴、それら以外の一般的な私人〔自然人・法人を問わない〕を指すものとする。また、委譲先私人に委ねられる事務・事業を「委譲対象事務」という）。その背景には、行政事務の私人への委譲を後押しする政治的決定及び制度的措置があるといえる。しかしながら、どのような場合に行政事務の私人への委譲が認められるのか、当該委譲が行われた後における行政主体の義務及び責任⁵はどのように捉えられるべきかといった事項に関しては、議論が必ずしも成熟していないように見受けられる。そこで、本稿においては、個々の行政事務の私人への委譲に関する政治的決定の妥当性に関する議論には踏み込まずに、委譲の形態について一定の類型化を行い、その場合の法的効果と行政主体が負う義務ないし責任に着目しながら、当該委譲と行政のあり方との法的関係について考察を加えることとする。なお、蛇足ながら、文中意見にわたる部分は

もっぱら筆者の私見であり、筆者の所属する組織の見解とは無関係であることをお断りさせていただく。

2 行政事務の私人への委譲の種類

今日における行政事務の私人への委譲には、以下の各類型がみられる。第一に、行政主体が実施していた事務・事業の全部又は一部をすべからく私人に実施させる「民営化」がある⁶。これは、民営化が行われた範囲内において、行政主体が当該事務・事業の直接の実施主体ではなくなるところに大きな特徴があり⁷、一般に「民間にゆだねることが可能なものはできる限りこれにゆだねることが、より自由で活力ある経済社会の実現に資する」(郵政民営化法[平成17年法律97号]1条)という理念に基づいて行われる。もっとも、この民営化には、事務・事業全体を民営化する「全部民営化」の場合と、事務・事業の一部を民営化する「部分的民営化」の場合とがある。前者の場合については、委譲対象事務は原則として行政事務とはいえなくなるのに対し、後者の場合については、委譲対象事務が総体としては行政事務としてなお存続しているという点に大きな相違がある。

全部民営化については、国営事業として国により実施されていた郵政事業が日本郵政公社による実施を経て民営化されたことがその代表例であるが⁸、日本国有鉄道、日本専売公社及び日本電信電話公社の特殊会社化(日本国有鉄道については各旅客鉄道株式会社の設立により、日本電信電話公社については日本電信電話株式会社の成立後、それぞれ分割されている)⁹についてもこの類型に含めることができよう。全部民営化後の私人による活動については、例えば法律の規定により私人と対等の立場で行い得るものとされていないものなど、それが行政作用であると認められるような特段の事情が存在しない限り¹⁰、一般に民事上の作用として扱われ、それに対する救済についても原則として民事訴訟によることとなる¹¹。しかしながら、後述するとお

り、当該作用が（全部民営化後も）公権力による基本権¹²の保障において不可欠の要素となっている場合があり、その限りにおいて、立法を通じた公権力による一定の関与がなお求められ得るということに留意する必要がある。

部分的民営化については、例えば地方公共団体が一定数の公立保育所を維持しつつ、条例に基づきその一部を廃止して私立保育所の設置に移行し、当該私立保育所に対して児童福祉法（昭和22年法律164号）等に基づく規制を及ぼす場合がこれに該当する¹³。この場合、私立保育所が認可保育所（児童福祉法35条4項に基づく認可を得た保育所）であるか無認可保育所（同法59条の2に基づく届出のみの保育所）であるかによって、児童の保護者との関係が異なるものとなる可能性がある¹⁴。認可保育所については、保護者の申込みを受けて市町村長の行う保育所入所決定が先行するが¹⁵、その後の保育所と保護者との関係については契約関係を基本とするものとして捉える余地がある¹⁶。無認可保育所については、もっぱら保護者と保育所との契約により保育関係が成立することとなるものと解される（児童福祉法59条の2の3参照）¹⁷。認可保育所において行われる保育については、なお児童福祉法上の行政事務の一端を構成するものと解されることから、基本的に民事上の作用として扱われるべきものではないと考えられる¹⁸。

第二に、行政主体が本来実施すべき事務・事業の全部又は一部について、権限の委譲を伴いつつ私人に委ねる「委任行政」がある。これは、試験、検査、普及啓発等の事務のために指定法人¹⁹が受任者となる場合が一般的であり、一般に行政官庁法理における「権限の委任」に準じたものとして扱われる²⁰。すなわち、受任者たる委譲先私人の行為は委任者たる行政主体の行う行為となり、当該委譲先私人に対して行われた他の私人の行為は委任者たる行政主体に対して行われた行為となる²¹。しかし、代理の場合と異なり、事務・事業の権限が行政主体から委譲先私人に移ることとなるため、法律（又は条例）の根拠が必要となるものと解される²²。すなわち、委譲先私人が行う行政処分に対しては、当該委譲先私人が行政事件訴訟法（昭和37年法律

139号) 11条 2 項にいう「行政庁」ないし行政不服審査法(昭和37年法律160号) 5条・6条にいう「処分庁」となる²³。

したがって、委任行政においては、(ア)法律(又は条例)の具体的な根拠が必要となること、(イ)一般に「指定」等の行政行為を伴って委任行政が成立すること(受任者による公権力の行使には原則として行政庁の行政行為が必要となること)²⁴、(ウ)受任者は行政処分に関する権限をも行使する余地があり、その場合には行政争訟において処分庁(原処分庁)として扱われること²⁵、などの点に大きな特徴があるといえる。ただし、受任者は法律に定められた限度において、委任者の指揮・監督に服することとなるものと解される²⁶。

委任行政を通じても、委任対象となる事務・事業はなお行政主体の事務・事業として捉えられるべきものであり、行政主体が最終的な責任を負わなくなるわけではないと考えられる。なぜなら、委任行政を権限の委任に準じたものとして理解する限り、委譲対象事務を行政の領域から「手放す」ことにはならないからである。したがって、委譲対象事務の実施が国家賠償法(昭和22年法律125号) 1条 1 項にいう「公権力の行使」に該当するものである限り、同法に基づく損害賠償責任を負うのは原則として委任者たる行政主体となるものと解される²⁷。ただし、委任行政に伴う国民の法的権利・利益の適切な保障が確保され得るとの(立法権の)「確信」を背景としつつ、法律が委譲先私人に全面的な事務遂行に関する裁量権を与える結果として、加害職員に対する行政主体の指揮・監督権限が十分に及んでいないものと認められる場合には、例外的にもっぱら受任者たる委譲先私人が「公共団体」として当該責任を負うこととなる余地もあろう²⁸。この点についてはより精緻な検討が必要であるが、ここでは深入りしないこととする。

具体的な委任行政としては、浄化槽法(昭和58年法律43号) 43条 4 項に基づき「浄化槽設備士試験の実施に関する事務」を行う指定機関として財団法人日本環境整備教育センターが指定され、当該事務を受任する場合がその典

型例である²⁹。また、地方公共団体においては、地方自治法（昭和22年法律67号）244条の2に基づく指定管理者制度が用意され、公の施設の管理・運営について条例に基づき私人（法人）に委ねられることが少なくない³⁰。

第三に、行政主体が実施していた事務・事業の全部又は一部について、権限の委譲を伴わずに請負契約等を通じて私人に代行させる「委託」がある。これは、委譲対象事務に関する一次的な行政責任が行政主体に残るという点に最大の特徴があり、受託者はいわば行政主体の「手足」となって当該事務を行うこととなる。学説においては、外部に対する公権力の行使については委託になじまない旨が指摘されているが³¹、これは委託に限らず行政事務の私人への委譲全般に関する枠組みの中で考察されるべき問題であると考えられるため、次節において改めて触れることとする。

委託の典型例は、官公庁舎の管理を契約に基づき部分的に私人たる事業者に委ねる場合であるが、これ以外にも、道路交通法（昭和35年法律105号）51条の3第1項に基づく違法駐車車両のレッカー移動・保管事務の私人への委託、同法51条の8第1項に基づく放置車両の確認事務の私人への委託、屋外広告物法（昭和24年法律189号）7条4項に基づく条例違反のはり紙等の簡易除却の私人への委託、廃棄物の処理及び清掃に関する法律（昭和45年法律137号）6条の2第2項に基づく「一般廃棄物の収集、運搬又は処分」の私人への委託のように、法律により委託が認められている場合も少なくない。また、包括的な委託が制度化されたものとして、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（平成11年法律117号）に基づくPFI（Private Finance Initiative）事業が挙げられる。これは、公共事業等における設計、建設、維持・管理、運営といった各業務を一括して委ねることを可能とするものであり、この事業の対象となる「公共施設等」についても広範な施設・設備に及んでいる（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2条1項参照）。PFI事業として刑務所の運営が私人に委託されていることも、その一例である³²。

以上の3つの類型とは別に、法律に基づき、行政主体による行政行為が行政サービスを実施する私人とその利用者たる私人との契約の前提となる場合である「行政行為と私人間契約との組合せ」を挙げることができる。介護保険法（平成9年法律123号）に基づく介護保険制度において、行政主体の行政行為を経て、利用者が地方公共団体の指定する事業者と契約を締結し、当該事業者が実施する各種介護サービスの提供を受けることがその典型例である³³。この場合、保険者としての地方公共団体（市町村）と被保険者とは要介護認定又は要支援認定という行政行為により設定されるため（介護保険法27条1項・32条1項）、「保険給付に関する処分」（同法183条1項）の原処分庁は指定事業者ではなく市町村となる（同法193条）。他方、被保険者と指定事業者との関係は原則として（私的な）契約関係となるが、保険者である市町村と指定事業者との間には直接の法律関係が発生しないものとされる³⁴。それゆえ、厳密には、行政行為と私人間契約との組合せは「行政事務の私人への委譲」とは異なるが、実質的に行政事務の一部が私人（指定事業者等）により実施されているものとみることが可能であろう。

行政行為と私人間契約との組合せの場合において、行政サービスを提供する事業者は、行政主体による一定の規制に服することとなる。例えば、介護保険制度においては、行政主体による指定事業者等への立入り・検査や報告徴収（介護保険法76条1項）、勧告・命令（同法76条の2第1項・同条3項）、指定の取消し・効力停止（同法77条1項）等が一定の場合に予定されている。

なお、行政と私人との共同出資法人により運営される「第三セクター事業」についても「官」と「民」との接近を象徴するものである。しかし、これは「行政事務の私人への委譲」ではなく、当該事業の共同実施に相当するため、本稿の考察対象からは除外することとする³⁵。

3 行政事務の私人への委譲に関する射程と対応する行政責任

(1) 総論

行政事務の私人への委譲に関しては、決して無限定に認められるものではないと考えられることから、当該委譲の範囲が問題となる。この点については、しばしば公権力の行使としての行政とそれ以外の行政とが区別され、公権力の行使をどこまで私人に委ねることができるかという形で問題が設定される³⁶。その背景には、公権力の行使という概念が行政救済法上の基本軸となっており（行政事件訴訟法3条1項、国家賠償法1条1項参照）³⁷、その有無によって権利・利益を侵害された一般私人の救済のあり方が異なり得るという考え方があろう。確かに、委譲先私人の公権力の行使の有無に応じて委譲のあり方を考察することは行政救済法の基本的な枠組みに沿うものであると同時に、公権力の行使を伴う作用については国民の個別の権利・利益や公益に与える影響が概して大きいことから、当該作用に関して行政事務の私人への委譲が行われる場合には委譲先私人の行為を行政主体が十全にチェックする必要等が生じよう。また、通説的見解の立場からは、委譲対象事務が公権力の行使であると認められれば、それに従事する私人も国家賠償法1条1項にいう「公務員」として扱われることとなる。なぜなら、ここでいう「公務員」は身分上の公務員ではなく、公権力の行使を委ねられた者として理解されているからである³⁸。

しかしながら、行政事務の私人への委譲との関係において、「公権力の行使の有無」という点については、詳細かつ厳密に議論する実益がさほど大きくないものと考えられる。この点が特に顕著となっていると思われるのが、国家賠償責任に関する法理である。周知のとおり、国家賠償法1条1項にいう「公権力の行使」の概念については、いわゆる広義説が通説となり³⁹、行政主体の優越的な意思の発動以外の活動がこれに取り込まれて解されている。この広義説を前提とする限り、私人に委譲された行政事務の多くが国家

賠償法1条1項にいう「公権力の行使」に該当する可能性が高い。他方、一部の学説においては、広義説によれば国や地方公共団体の優越的な意思の発動以外の行政作用も「公権力の行使」に該当し得るところ、そのような作用のうち私人に委譲されたものについてまで「公権力の行使」の領域に「繋ぎ止めておく」ためには、より実質的な論拠が必要となるといった批判も提示されている⁴⁰。その背景には、行政事務が私人に委譲された場合において、無限定に「公権力の行使」性を認定するとすれば、行政主体の国家賠償責任を際限なく認めることになりかねないという危惧がある⁴¹。このような批判的立場からは、行政事務の私人への委譲がただちに行政主体の賠償責任に結びつくとはいえないものと解する余地があることとなり、「公権力の行使」の有無をめぐる新たな判断基準が求められ得ることとなる⁴²。以上より、広義説による場合には「公権力の行使の有無」という観点が適切な「基本軸」とならない可能性が生じる一方、前述の批判的立場に立つ場合においても従前の「公権力の行使」の枠組みがそのまま維持され得るわけではないということが明らかとなる。

また、行政訴訟の領域においても、「行政庁の公権力の行使に関する不服の訴訟」(行政事件訴訟法3条1項)である抗告訴訟の射程にかかわらず、「公法上の法律関係に関する確認の訴え」(同法4条)⁴³としての当事者訴訟を通じて違法な行政作用に対する実質的な救済(特に、予防的機能)を図ることが可能となる機会が増加しつつあると考えられる。確認訴訟としての当事者訴訟のあり方については今後の学説・判例の蓄積に委ねられている部分が依然として大きいが、近年において当該訴訟の積極的な活用の可能性が指摘されていることは⁴⁴、少なくとも、「公権力の行使の有無」という観点が権利・利益を侵害された私人の救済のあり方を本質的に左右する要素ではなくなりつつあることを象徴しているように思われる。

このように考えると、「公権力の行使の有無」については、行政事務の私人への委譲のあり方をめぐる重要な判断要素となるものとはいいたい⁴⁵。

もとより「公権力の行使」の射程は一義的に明確なものではないうえに、国の最高法規としての憲法が「公権力の行使」の概念の射程を明文上示していない(これはもっぱら立法の次元において設けられた概念であると解される)ということにも留意が必要である⁴⁶。一部の学説においては、「公権力の行使の有無」に代わる「基本軸」として、主に国家賠償との関係から、委譲先私人の行為と公益を実現する行政主体の権限との不可分性⁴⁷、行政主体の委譲先私人に対する関与(指揮・監督)の態様・程度⁴⁸などが指摘されている。しかしながら、行政事務の私人への委譲がどこまで認められるのかという問いに対しては、これらの視点は直截的な解答を付与するものではなく、当該委譲が成立した後における行政主体の責任の問題となるものと考えられる。

そもそも行政事務の私人への委譲が行われる際に、公権力が最も強く留意しなければならないのは、委譲先私人による国民の法的権利・利益に対する侵害についてそれを事後的にどのように救済するかということではなく、当該侵害が発生しないような制度的環境を事前にいかに構築・実現するかということのはずである。したがって、委譲対象事務の性質のみに着目しつつ、それが行政救済法との関係において「公権力の行使」に相当するものであるか否かを論ずるよりも、委譲に当たって国民の権利・利益が適切に保障されるか(いたずらに侵害されるおそれはないか)否かを検討することの方が先決であろう。それゆえ、行政事務の私人への委譲の適否を検討するに当たっては、行政作用の性質としての「公権力の行使」の有無よりも、当該作用の相手方たる私人の法的権利・利益の適切な保障(特に、侵害の未然防止)や「公共の福祉」の確保を中心とする憲法規範との関係に着目する方が重要であるといえる⁴⁹。すなわち、行政事務の私人への委譲によって、憲法が予定している制度が瓦解したり、憲法及び法律において保障・保護される国民の主観的な権利・利益がいたずらに侵されたりしてはならず、ここに当該委譲の限界が画されることとなると考えられる。

このような考え方を敷衍すれば、一定の条件を充足する限り、「公権力の

行使」であるか否かに関わりなく、多くの行政事務が私人に委ね得ると捉えることのできる余地があるといえよう。ここでいう一定の条件とは、(ア)委譲対象事務が憲法上行政主体において自ら実施しなければならないこととされている個別的・具体的な事務であるとは認められないこと、(イ)委譲対象事務に関して行政主体が自ら実施するよりも私人に委譲した方が憲法適合的かつ合理的・効率的に処理することが可能であると認められること、(ウ)私人への委譲の結果として、行政作用の名宛人及び利害関係者の基本権又は基本権に関する法益がいたずらに侵害される環境が形成されないことが制度的に確保されること、(エ)私人への委譲に当たり原則として法律（又は条例）の根拠に基づくこと、である。

これらの条件のうち、(ア)については、外交関係の処理（憲法73条2号）や官吏に関する事務の掌理（同条4号）のように、憲法が行政主体において直接実施することを明確に予定していると解される個別の事務については、私人に委譲することができないものと考えられることによる。たとえ法律に基づく場合であっても、このような事務を私人に委ねることは、憲法規範に反し、当該法律自体が違憲となるものと解される。(イ)については、本来、憲法は行政事務が内閣、行政各部及び地方公共団体における公務員により処理されることを予定している（ただし、(ア)に属する事務以外の事務を私人に委ねることを禁止してはいない）と解されるところ、それをあえて私人に委ねるためには、一定の憲法適合的な正当化事由（合理的な理由）⁵⁰が必要となると解されることによる。憲法15条1項は公務員選定罷免権を基本権として保障するとともに、公務員制度の設営をも保障した規定であると解されるが⁵¹、このような公務員制度が予定されているのも、行政作用（及び立法・司法作用）が一次的には公務員により遂行されることとなるからにほかならないものと考えられる。(ウ)については、行政の名宛人等の基本権又は基本権に関する法益を侵害しないことは行政主体の憲法上の責務であると解される（憲法13条参照）ことから⁵²、行政事務の私人への委譲の結果としてその

ような侵害状態が発生することを防止・抑制するための制度的な措置が必要となると考えられることによる⁵³。基本権又は基本権に関する法益の侵害を伴う行政作用は一般に公権力の行使として行われるものであることから、その意味においては、「公権力の行使」という概念を私人への委譲の適否をめぐるメルクマールとして定位する意義がないわけではない。ただし、そこで問題となるのは、私人に委譲される行政作用が公権力の行使であるか否かではなく、当該作用が行政の相手方たる私人の基本権又は基本権に関する法益の侵害を伴い得るか否か、侵害を伴う場合にはどの程度それをもたらし得るかということである。逆に、そのような侵害の「歯止め」となる制度的な措置が確保され得ないと認められるような行政事務⁵⁴については、私人への委譲が許容されず、ここに公権力の行使に関する事務委譲の限界が生じることとなる。(エ)については、行政事務の私人への委譲それ自体が(たとえ(ア)に属する事務以外の事務であっても)公務員制度を予定する憲法規範に背反し得る可能性を有するものであることから、原則として、「国権の最高機関」としての立法権の意思である法律の規定に基づく必要があると解されることによる⁵⁵。議会立法としての条例についても、憲法に直接の根拠を有するものであることから、行政事務の私人への委譲の根拠規範となり得ると解される。ただし、憲法が予定する「一般行政事務」(憲法73条)等の遂行に当たり、およそ行政主体自らの能力で行う余地が乏しく、私人への委譲がほぼ不可欠となる事実行為としての事務も生じ得ると考えられる。そのような事務の委託については、憲法規範との抵触を招来するものではないと考えられることから、法律又は条例の根拠なく行うことができるものと解される。

以上のように解する限り、(イ)の正当化事由の設定のあり方によって、多くの公権力の行使を伴う事務の委譲が「正当化」される余地があるため⁵⁶、形式的には前述の4条件を充足する場合に限定されるとはいっても、実質的にはこの4条件が委譲の「歯止め」として十全に機能することにはならないと思われる。よって、公権力の行使を伴うか否かにかかわらず、委譲につ

いて一定の正当化事由が認められ、かつ委譲先私人の行為が国民の基本権をいたずらに侵害しないことに対する制度的な担保が用意されていれば、立法を通じて行政事務の私人への委譲が可能となる。換言すれば、公権力の行使であれば当然に私人に対する委譲ができないということになるのではなく、委譲の適否は委譲対象事務の性質と委譲後の制度的担保措置の有無等に応じて決まり（委譲自体が明確に否定される事務はさほど多くないものと解される）⁵⁷、むしろ実際に委譲先私人に対して行政主体によるチェックをどの程度及ぼすかということがより重要な問題となると考えられる。これに関して公権力の行使の有無が問題となるとすれば、一般に公権力の行使が行われる場合には国民の基本権の侵害に関するリスクが高いことから、(ウ)の制度的な措置が強化される必要性が増す（その意味において、公権力の行使を伴う行政事務の委譲については一定の限界を抱えている）ということについてであって、委譲の適否そのものについてではない。

このように考えると、行政事務の私人への委譲のあり方を決する有力なメルクマールとなるのは、委譲事務が内包する「公権力の行使」の有無ではなく、（委譲後における）基本権（基本権に関する法益を含む。以下本節において同様）の保障のあり方であると考えられる。すなわち、行政主体が負っている憲法上の責務 - とりわけ、憲法13条に基づき行政主体は常に基本権を最大限に尊重するとともに、公共の福祉を確保する責務を負っていると解されること - が、行政事務の私人への委譲の適否を考えるうえで不可欠の判断材料となる。換言すれば、行政事務を私人に委譲した結果、基本権を最大限に尊重することに重大な支障が生じたり、公共の福祉を適切に確保できなくなったりするようなことがあってはならず、それをいかに確保するかということに応じて、具体的な関与のあり方が異なるものとなる可能性があると考えられる。

このうち、公共の福祉の観点を過度に重視すると、委譲先私人により行われた行政の名宛人となる私人（国民）の権利・利益が不安定になり得るとい

うことに留意しなければならない。例えば、前述の「行政行為と私人間契約との組合せ」の場合の一環として、介護保険法41条1項に基づき都道府県知事が指定居宅サービス事業者を指定した場合において、当該事業者がサービス利用者たる国民に対して「著しく不当な行為」(同法70条2項9号参照)を行ったときには、これをもっぱら「公共の福祉」のあり方ないし公益の確保の問題として捉える限り、当該国民は契約関係にある当該事業者に対して民事上の債務不履行等を主張する余地があるとしても、指定という行政行為の取消しを求めることについては「法律上の利益」(行政事件訴訟法9条1項参照)を有しない(反射的利益の問題となる)ということになりそうである⁵⁸。仮にそのように捉える場合、介護保険制度の運営が行政事務であり、かつ指定居宅サービスを受けることが生存権に基づく国民の権利を構成するものであると解されるにもかかわらず、著しく不当なサービスを受けた利用者においては民事訴訟(国家賠償請求訴訟を含む)を提起することができるにとどまることとなる。これは、基本権の侵害となる可能性のある行為について、裁判を受ける権利(憲法32条)に基づき行政主体を相手方として行政訴訟(抗告訴訟又は当事者訴訟)を提起する途を閉ざすものであり、憲法規範に照らして妥当な帰結であるとはいえないと思われる。もっとも、「指定の申請前5年以内に居宅サービス等に関して不正又は著しく不当な行為をした者」に対する指定を禁止する介護保険法70条2項9号の規定を「個々人の個別的利益としてもこれを保護すべきものとする趣旨」⁵⁹を含むものと解する場合には、利用者において当該指定の取消しを求める「法律上の利益」(原告適格)を有するという解釈が導かれよう⁶⁰。

以上のような論理は、民営化された郵便事業において、郵便の利用者が契約の相手方としての郵便事業株式会社から著しく不当な差別的取扱いを受けた(が行政主体がこれを放置している)というような場合(郵便法[昭和22年法律165号]5条参照)においても考慮されるべきである。民営化後の郵便事業は行政事務ではないため、行政行為が介在する指定居宅サービスの場

合とは異なるが、行政主体による法律上の監督命令（郵便事業株式会社法〔平成17年法律99号〕12条2項参照）の発出の義務づけを求める義務付け訴訟（行政事件訴訟法3条6項）を提起する途などが開かれるべきであろう。なぜなら、郵便事業が民営化された後といえども、国民に対する郵便サービスの提供が通信の秘密不可侵（憲法21条2項後段）の前提となる「通信の自由」⁶¹等の基本権を保障するうえで不可欠の作用となるものと考えられるからである。この場合、行政主体が直接「通信の自由」等の基本権を侵害しているわけではなく、私人としての郵便事業株式会社により基本権に関する法益が侵害されることとなるものであることから、このような義務付け訴訟の提起の可能性は、公権力に対して基本権保護義務の履行を促すものであるということができよう。

このような基本権との関係を勘案すると、行政事務を私人に委譲した結果として発生する行政主体の憲法上の責務については、行政の名宛人又は利害関係者における基本権の「最大の尊重」（憲法13条）という観点に軸足を置いて検討する必要があるものと考えられる⁶²。行政の相手方たる私人（利用者等の第三者たる私人）の法的権利・利益を軽視して行政事務の私人への委譲の問題を捉える場合、委譲先私人と第三者たる私人とが契約関係のような私的自治的關係（公権力の行使を伴わない関係）で結ばれているときに、第三者たる私人が行政の違法性を追及する方途を失い、「行政上の関係」から「契約関係」への実質的な「すり替え」が行われることに等しい効果をもたらしかねないこととなるのである。

行政主体の委譲先私人に対する関与のあり方として注目すべきであると考えられるのが、前述の委譲の種類である。すなわち、民営化（特に全部民営化）の場合とそれ以外の場合とでは、行政の関与のあり方が異なるものと考えられる余地があるように思われる。なぜなら、民営化以外の委任・委託等においては、行政主体が自ら行うべき行政の領域に属する事務・事業の一部を私人に委ねることとなり、当該事務・事業の根拠法令又は契約において当該私

人に対する行政機関の監督権が定められていれば、それに基づき一定の行政主体による密接な関与が行われることとなるのに対し、民営化においては、その対象となる事務・事業の全部又は一部が行政主体自らの手で直接行うべき領域に属しないものと判断されることになり、行政主体と私人との間に一定の「距離」が生み出されるものと解する余地があるからである。しかしながら、これは、民営化における委譲対象事務について、行政主体の関与が何ら不要になるということと同義ではない。

そこで、以下においては民営化の場合とそれ以外の委譲の場合とを区別しつつ、それぞれにおける行政主体の関与のあり方について、基本権の「最大の尊重」の必要性を踏まえつつ、考察を加えることとする。私人に委譲された行政がどの程度基本権との関わりを有しているかということが、行政主体の関与のあり方を決する重要なメルクマールとなる。

(2) 民営化された事務・事業に対する行政主体の関与

前述の憲法13条に基づく行政主体の責務にかんがみれば、ある行政事務が私人に委譲されることによって、当該事務の直接の実施という役割から行政が「撤退」するとしても、それは当該事務がただちに行政権とは無関係の領域に属することとなることを意味するものではなく、行政主体が委譲先私人を適切に指揮・監督することにより、あるいは私人間の自治の状況や市場原理等を常に監視する（必要に応じて介入する）ことにより、基本権の保障や公共の福祉の確保に支障が及ばない（すなわち、基本権の最大限の尊重や公共の福祉の確保という「状態」が維持される）ように取り計らわなければならないということとなる。これは、立法政策上も同様であり、行政事務の私人への委譲を認める法律を創設する際には、行政主体による当該指揮・監督又は監視が適切に機能することとなる措置を設けることが義務づけられることとなる。とりわけ、委譲先私人においては、基本的に憲法規範による直接の拘束を受けないことから、行政主体よりも広範な裁量の下で、時には行政

主体の権限に匹敵し得るような「権力」を行使しながら、担当する事務を随意に遂行することとなる可能性がある。その場合、第三者たる私人において、「個人の尊重」の原理が阻害されるおそれが生じ得る。それゆえ、委譲先私人が自主的に適切な事務・事業運営に努めるべきであることはもちろんであるが、行政主体がその活動に一定の範囲で「介入」することが制度的に確保されることが憲法上の要請となるものと解される。

このように考えると、民営化も含めた行政事務の私人への委譲は、行政の領域がただちに縮小することを意味するものではなく、(ア)基本権の保障や公共の福祉の確保に必要となる範囲内における行政主体による間接的な関与(指揮・監督又は監視)⁶³、(イ)当該間接的な関与の結果、基本権の保障や公共の福祉の確保に必要と認められる場合においては委譲した事務への直接的な介入、を行政主体が適切に行う義務を新たに負うことを意味することとなる⁶⁴。換言すれば、基本権の保障や公共の福祉の確保という目的のために、自ら行政事務を行う場合には行政主体が適切な作為又は不作為を行うという一定の「行為」が義務づけられていたのに対し、当該事務の私人への委譲後においては委譲先私人が適切にそれを行っているという「状態」の確保が義務づけられることとなる。その意味において、行政事務の私人への委譲とは、行政主体における「行為」の保障から「状態」の保障への転換を含意するものであるといえる。そして、私人への委譲を通じた一定の「状態」の確保によって基本権の保障や公共の福祉の確保が適切に実現されていれば、憲法規範に反するものではないと解される。逆に、委譲先私人が第三者たる私人の基本権に関する法益を侵害し、委譲先私人自身の基本権を考慮してもなお当該法益を保護する必要があると認められる場合には、行政主体が「基本権保護義務の履行」として法律に基づく関与を行い、一定の「状態」の確保を図る必要があるということになると考えられる。それゆえ、立法権においては当該関与のあり方をあらかじめ法律により具体化しておくことがその基本権保護義務の履行手段となる。すなわち、憲法は一部の事務を除いて行政事

務の私人への委譲のあり方については中立的であり、ある行政事務を行政主体に自ら実施させるか私人への委譲による実施を行政主体による一定の関与の下に認めるかという「方法の選択」に関して、原則として立法権の合理的な裁量に委ねているものと解される。

したがって、委譲対象事務の内容が基本権の保障においてどの程度不可欠なものであるかということが、前述の「状態」の保障の必要性和その程度を決する重要な要素となるものと考えられる。例えば、郵便事業については、既に示唆したとおり、郵便が国民にとって不可欠な基幹的通信手段の一つであると同時に、「健康で文化的な最低限度の生活」の維持や個人の人格的自律の確保にとって必須のツールとなっていると考えられることから⁶⁵、国家においてこの事業の安定的な運営を確保することが国民の幸福追求権（憲法13条）、通信の秘密及び通信の自由（憲法21条2項後段）、生存権（憲法25条1項）を保障するうえで欠かせないものとなっているといえる。それゆえ、これらの基本権を保障する観点から、郵便事業の民営化後においても、国家は当該事業が適切に運営される「状態」を確保するために、所要の関与（指揮・監督又は監視）を濃密に行う必要があるということになる。実際、立法においてもこのような国家の関与は予定されており、郵政民営化法10条乃至25条、郵便事業株式会社法（平成17年法律99号）3条乃至20条等に基づく規律が行われているが⁶⁶、これらは通信の自由や「通信の秘密を侵されない権利」⁶⁷をはじめとする基本権を保障する趣旨をも含むものであると解される。とりわけ、郵便事業を営むことができるのが郵便事業株式会社のみに限定されていることは、実質的に他の私人（企業）の（主観的権利としての）営業の自由を「制約」する規律であり、通信に対する国民の基本権を保障する意味合いが強いものと解される。このような法律に基づく各種の規律は郵便事業株式会社の有すべき営業の自由をも大きく「制約」するものであるようにもみえるが、その背景には基本権の保障に対する要請があることにかんがみると、むしろ国民全体の「公共の福祉」に資する郵便に関する「営業」が円

滑に執り行われることを「保障」するための措置であると捉えることができるように思われる⁶⁸。

保育所についても同様に、保育サービスの提供が生存権を保障する意味合いを有することにかんがみ、民営化された保育所が適切かつ安定的に保育サービスを住民に提供するように行政主体が取り計らう観点から、行政主体の私立保育所に対する指揮・監督又は監視が必要となる。児童福祉法45条2項、同条3項、46条各項、46条の2、48条の3、61条の4等及び地方公共団体の関連する条例に基づく規律は、この関与のあり方を立法ないし議会立法により具体化したものであると解される。また、公立保育所のうち、どの保育所を民営化させるかということ自体が、保育所の利用に関する保護者の権利・利益に対する侵害に結びつく可能性があるため、そのような法的効果をもたらす行為⁶⁹について処分性が認められる余地があると考えられる。判例においても、条例の改正を通じた保育所の廃止措置に対して、取消訴訟の提起が認められている⁷⁰。その前提として、生存権を具体化した立法としての児童福祉法24条1項乃至同条3項が、保護者の「保育所を選択のうえその入所を申請する権利」(以下「保育所選択・入所申請権」という)を保障しており、その前提となる「保育に欠ける児童を保育所において保育する市町村の義務」及び当該権利に対応する「保育所の受入れ能力がある限り保護者の希望に応じて保育所における保育を受けさせる市町村の義務」を定めているという解釈が成り立つと思われる。したがって、公立保育所の民営化等により保育所における保育を受けられなくなる保護者においては、生存権を具体化した保育所選択・入所申請権の侵害(ないし市町村の義務違反)を主張して、そのような法的効果をもたらす行為に対する司法上の救済を求めることが可能となるものと解される⁷¹。その意味において、保護者が当該保育所での就学時までの保育の継続を希望する限り、民営化等を通じた保育事務の私人への委譲にかかわらず、行政主体と保護者との権利・義務関係は存続することになるといえる。それゆえ、例えば私立保育所(認可保育所)において当該保育

所の職員の故意又は過失に基づく違法な行為により児童に損害が生じた場合
には、前述の「保育に欠ける児童を保育所において保育する市町村の義務」
に照らし、市町村に国家賠償責任が発生するものと解される⁷²。

これに対し、各旅客鉄道株式会社の営む鉄道事業については、国民生活に
おいて重要な役割を果たしているものの、基本権の保障との関係においては、
憲法上要請される行政主体の関与の程度は相対的に低くなるもののように思
われる。確かに、鉄道サービスの利用は、憲法22条1項に基づく移転の自由
を保障するうえで一定の役割を占めると考えられる。しかしながら、移転の
自由に移動（旅行）の自由が含まれると解する場合においても⁷³、移動のた
めの交通手段については多様な形態（航空、船舶、自動車等）があり、それ
らを一体的に捉える必要がある中で、民営化された各旅客鉄道株式会社の鉄
道サービスの提供のあり方のみ特に積極的な行政主体の関与を必要とする
ものと解する実体的な根拠が乏しいように思われる。学説においても、憲法
21条2項後段を制度的保障の規定と捉えたり⁷⁴、同条項から通信制度の設営
が要求されるものと解したりする考え方が提示されているのに対し⁷⁵、憲法
22条1項から交通制度の設営の保障ないし移転の自由に関する制度的保障が
ただちに導かれるものとする明確な主張・根拠は見当たらない⁷⁶。それゆえ、
各旅客鉄道株式会社の営む鉄道事業における作用については、他の鉄道事業
者が行う作用とほぼ同様に捉えつつ、鉄道分野における「営業の自由」が適
切に保障され⁷⁷、公共交通全体として国民の幸福追求権・生存権の保障が阻
害されない範囲において必要となる限度の行政主体の関与が求められること
となろう。実際、各旅客鉄道株式会社は、鉄道事業法（昭和61年法律92号）
に基づく鉄道事業者として他の民間（私鉄）事業者と同様の法規律を受ける
が、前述の郵便事業株式会社の場合と異なり、特別法に基づく特有の法規律
については限定された形となっている⁷⁸。これは、民営化後の鉄道事業に対
して行政主体が密に関与しなくとも、基本権の保障に支障が及ばないという
立法権の判断を示唆するものであろう。このような基本権の保障との関わり

の程度の観点からは、民営化された郵政事業のうちの為替貯金事業及び簡易生命保険事業についてもほぼ同様に考えることが可能であると思われる。なぜなら、民営化後の為替貯金事業や簡易生命保険事業に関するサービスについては、これらが銀行や保険会社の場合と同様に銀行法（昭和56年法律59号）又は保険業法（平成7年法律105号）の規律に服することにかんがみると、市場原理の中でその必要性が国民に取捨選択されるべきものであると考えられ、公権力による基本権の保障にとって不可欠な要素を構成するものとは認めがたいからである。

(3) 民営化以外の手法により私人に委譲された事務・事業に対する行政主体の関与

民営化の場合と異なり、委任行政・委託により私人に行政事務が委譲された場合には、当該事務の直接の実施という役割から行政が完全に「撤退」するわけではない。すなわち、たとえ公権力の行使を伴う作用を含めて私人にその権限が委ねられたとしても、行政主体においては委任者又は委託者としての事務処理上の責任が残ると解される。

もっとも、委任行政の場合、委譲対象事務に関する権限（処分権限を含む）を委譲先私人（受任者）が自らの権限として行使することにかんがみると、前述のとおり行政官庁法理における権限の委任に関する考え方が類推適用されるものと解される。それに基づく限り、委任に際しての指定行為によって当然に指定行政庁の委譲先私人に対する指揮・監督権限が発生するわけではない¹⁷⁹。したがって、委譲対象事務の内容に照らし、その根拠法令の定めを踏まえながら、どの程度の公権力の関与が現実にも求められるかということを通じて適切に判断する必要があると生じるものと考えられる。法律が委譲先私人に相当の権限行使に関する裁量を認めている場合には、委任者としての行政主体の役割ないし責任は限定的なものとなり得るが、これはそのような枠組みの中で第三者たる私人の法的権利・利益が適切に保障・保護されることが前提とな

る。

同様に、委託についても、それが法律の根拠を有するものであるか否かにかかわらず、一般に業務委託契約により具体化されることにかんがみると、当該契約のあり方によっては委譲先私人（受託者）が行政主体の強い関与を受けないこととなる可能性も否定できない。行政契約における広範な行政裁量が、私人に委ねられた事務の公共性の確保やその相手方となる私人（利用者）の法的地位の保障を阻害するおそれもある⁸⁰。その場合、委託の適否そのものや委託後の行政主体の責任が改めて問われることとなる。よって、委任・委託後の公権力の関与の範囲を特定するためには、第三者たる私人の法的権利・利益の保障・保護を念頭におきつつ、委譲対象事務の内容・性質に照らした判断が必要となるものと思われる。

学説においては、委譲対象事務の全般にわたり、その具体的な内容に関わりなく、委譲先私人を公権力ないし公的主体とみなす「ステート・アクション法理」を適用させることにより、当該私人に対して憲法規範による直接の拘束を及ぼす可能性を追求する考え方も提示されている⁸¹。ステート・アクション法理とは、公権力と密接な関わりを有しつつ公的な機能を行使する私人の行為による基本権の「侵害」を公権力による侵害と同視し、憲法をこれに直接適用する法理のことであり⁸²、米国の判例において発展した考え方である。しかしながら、ステート・アクション法理にはさまざまな批判があることを措くとしても⁸³、委譲先私人も原則として基本権の享有主体であることにかんがみると、当該私人が広範にステート・アクション法理により憲法規範に直接拘束されることとなれば、その基本権が著しく制約され得るとともに、私的自治の原則が没却されるおそれもある⁸⁴。それに加え、そもそも私人（国民）は憲法の直接の名宛人ではないとしても、憲法規範と何ら無関係ではあり得ず、少なくとも憲法13条の個人の尊重の原理が客観的原則規範として全法秩序を支配すると考えられることから、立法を通じて基本権に関する規定の照射効を受けることとなるものと解される⁸⁵。それゆえ、委譲先

私人を公権力に準じた主体とみなすことが可能となる場合があるとしても、それは個別の基本権の保障に関する規定や立法上の委譲先私人の位置づけの趣旨に照らして限定的に判断されるべきであり、一律にステート・アクション法理による「網」をかぶせるべきではない。むしろ、基本的には、行政主体による不当な委譲のあり方（委譲先私人に対する指揮・監督又は監視のあり方を含む）が非難されるべきであり、その意味において、委任行政・委託において委譲先私人の行為による基本権の侵害が認められる場合には、当該侵害の主体は公権力であると解することを原則とすべきであろう⁸⁶。それゆえ、民営化の場合と異なり、委任行政や委託を通じて委譲先私人により第三者たる私人の基本権に関する法益が侵害された場合には、行政主体による所要の関与は、委譲先私人による基本権に関する法益の侵害を前提とした「基本権保護義務の履行」として行われるものではなく、端的に「基本権の保障」のための措置として定位されるべきものであるといえる。もっとも、その前提として、委譲先私人の行為に対する行政主体の関与の具体的なあり方が法律により明確化されていることが必要となるということについては民営化の場合と同様である。

委任・委託される具体的な行政事務についてみると、私人の権利・利益を著しく制約するもの又はそのような制約に結びつくものについては、行政主体との緊密な連携が必要となる（それゆえ、行政主体による一定の関与があらかじめ法定される必要がある）ものと解される。例えば放置車両の確認事務については、それ自体としては私人の権利・利益を制約するものではないが、当該確認の結果として車両の権利者において放置違反金の納付等が義務づけられることにかんがみると、私人の財産権に対する大きな制約に結びつく作用であるといえる。それゆえ、私人による恣意的な運営や権限の濫用が行われないようにするために、行政主体による強度な指揮・監督が求められるものであると考えられる。法律が受託者の要件（道路交通法51条の8第3項・同条4項）、行政庁による適合命令（同法51条の9）、受託者の登録の取

消し（同法51条の10）、受託者に対する報告徴収や立入り・検査（同法51条の11）等を詳細に定めているのも、このような考え方に符合する。しかも、これらの定めは、違法駐車車両のレッカー移動・保管事務の私人への委託の場合には委譲先私人における秘密漏洩禁止とそれに対する罰則が設けられているにとどまる（同法51条の3第2項・117条の4第1号）ことと大きく異なるものであるが、これは当該移動・保管事務が国民の権利・利益の制約に直結しない単なる事実行為であることに根ざすものであると考えられる。

また、指定管理者による公の施設の管理についても、公の施設の利用権が法律上地域住民に認められており（地方自治法244条2項・同条3項）、その背景には集会の自由（憲法21条1項）等の基本権に対する配慮があると解されること、指定管理者において公の施設の管理をめぐる行政処分権限を行使する場合がありますなどにかんがみると、行政主体による強度な指揮・監督が求められよう⁸⁷。地方自治法244条の2第4項乃至同条11項が指定管理者に関する詳細な規律を設けているのも、このような考え方に符合するものである。一方、指定管理者制度としばしば対比されるPFI事業としての刑務所等の運営においては、行政処分の権限が委ねられずに委譲先私人がもっぱら事実行為のみを担当する限りにおいて、国民の権利・利益に対する制約には直結せず、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7条・8条に基づく事業者選定に関する統制等の一定の規律の下に、基本的には行政主体の関与のあり方を行政契約（当事者間の合意）に委ねることとしても足りるものと考えられる。

一方、試験、検査、普及啓発等の事務の委任については、国民の権利・利益の制約の度合いが必ずしも大きいものではないが、「公共の福祉」を適切に確保する観点から、一定の範囲において、行政主体による厳格な指揮・監督が求められるものと解される。実定法においても、指定法人の指定の要件、指定法人の義務（秘密保持義務等）、事業計画等の認可や事業報告書等の提出、必要な命令の発出、報告徴収・立入り・検査等について規定されている

ことが一般的である。具体的には、浄化槽法43条の2乃至43条の14の指定試験機関に対する規律、火薬類取締法（昭和25年法律149号）45条の4乃至45条の22の指定試験機関に対する規律などがその一例である。

これらに対し、例えば官公庁舎の清掃等の委託などのように、国民の権利・利益の保障・保護との関わりが比較的低いと認められる事務の委譲については、行政主体の関与の度合いは必要最小限度にとどまるべきであると考えられる。必要な範囲を超える関与が行われる場合には、委譲先私人の営業の自由等を侵害するおそれがあるうえに、そもそも行政上のコストがかえって増し、私人への委譲の意義が乏しくなり得るからである。

4 結 論

以上の考察を総括すると、行政事務の私人への委譲については、憲法上の公務員制度に基づく公務員以外の者によって行政が行われることを認めるものであるから、憲法規範に照らした考察が必要となる。すなわち、委譲対象事務に公権力の行使を伴う作用が含まれるか否かに関わりなく、憲法が予定する「公共の福祉」の確保との関わりにおける国民の基本権の保障が適切に行われるための制度的な措置のあり方に応じて、その適否・範囲・限界が決められるべきであるといえる（当該委譲が適当であると認められる場合には、原則としてそれを許容する法律又は条例の根拠が必要となるものと解される）。このとき、委譲の形態に応じて制度的な措置のあり方を考えることが必要であり、とりわけ民営化（特に全部民営化）の場合とその他の委任行政・委託の場合とでは、行政主体による委譲先私人の委譲対象事務の実施に対する関与のあり方が異なるものとなる可能性がある。

民営化の場合には、民営化が行われた範囲において委譲対象事務が行政による直接の実施の客体ではなくなる以上、行政主体の積極的な関与が当然に認められるわけではない。しかし、当該委譲対象事務が国民の基本権の保障

にとって不可欠な作用である限りにおいて、基本権の「最大の尊重」を確保する観点から、強度な指揮・監督又は監視が必要となり、基本権保護義務の履行の観点から行政主体が委譲先私人の基本権を大きく制約することもあり得ることとなる。ただし、基本権の保障との関わりが低い作用については、民営化後は委譲先私人の営業の自由等の基本権を尊重しつつ、可能な限り市場原理に委譲対象事務を適合させることが求められる。

これに対し、委任行政・委託の場合には、一定の権限の委任が行われるときであっても、委譲対象事務に関する最終的な行政責任が行政主体に留保されていると解されることから、委譲先私人に対する指揮・監督権限が本質的に消滅するわけではない。よって、行政主体が具体的にどの程度の関与を行うべきであるかというとは、国民の基本権に対する制約の可能性の度合いによって決まることとなる。たとえ指定管理者制度のように公権力の行使を含めた行政作用が委任される場合であっても、当該作用が基本権又は基本権に関する法益の著しい制約の可能性を伴うものである限り、行政主体が委譲先私人に対する強度な関与を行い得るような制度的な措置が設けられていなければならないという事となる。

近時の学説においては、行政事務の私人への委譲に伴う国家賠償責任のあり方をめぐる議論がさかんであるが、委譲後の基本権又は法律上保護された利益の侵害によって被害者をいかに事後的に救済するかということよりも、そのような侵害が容易に生じることのないような制度的環境の形成（委譲先私人による基本権に関する法益の侵害の未然防止）の方が重要であろう。委譲後の国家賠償責任のあり方については、委譲対象事務が委譲後においてもなお行政事務である限り、「公権力の行使」の概念をめぐる従前の広義説に従い、当該事務を広範に国家賠償法1条1項の射程に取り込みつつ、委任者たる行政主体（国又は地方公共団体）が引き続き賠償責任主体となることを原則とすべきである。なぜなら、法律又は条例に基づく行政事務の私人への

委譲は、行政の責任の消滅を意味するものではないことに加え、一般に行政の効率化等の観点から行われることが多く、基本権としての公の賠償請求権の保障のあり方を必ずしも十分に考慮したものとはなっていないと考えられるからである。ただし、委譲を許容する法律又は条例に基づき、委譲先私人に全面的な権限が委ねられ、行政主体の指揮・監督権の行使の余地が乏しいものと認められる場合には、例外的に当該委譲先私人が国家賠償責任を負うこととなろう。

注

- 1 都市再生特別措置法（平成14年法律22号）29条，中心市街地の活性化に関する法律（平成10年法律92号）9条1項・22条1項・40条1項等参照。
- 2 地域再生法（平成17年法律24号）5条1項・同条4項等参照。
- 3 構造改革特別区域法（平成14年法律189号）4条1項・同条4項・同条8項等参照。
- 4 ある学説も、民営化の概念との関係において、「行政主体の事業体そのものと言ってよい『独立行政法人』までもが『民営化』に含めて論じられているのは極めて問題である」と指摘している（三並・適用46頁）。
- 5 ここでいう「責任」には、行政処分の主體としての行政争訟上の責任や国家賠償責任が含まれる。
- 6 「民営化」の概念は本稿でいう委任行政・委託も含むより広範な概念として定位されることもあり、例えばPFI事業に基づく刑務所の運営が「刑務所の民営化」と称されることがあるが（例えば、阿部・解釈学 469頁参照），行政主体の関与の観点からみると、委任行政・委託の場合と（本稿でいう）民営化の場合とは一定の相違が認められると考えられるため、両者を区別することとする。
- 7 その意味において、民営化とは、行政主体による直接の事務・事業の実施からの「撤退」を意味するものといえる。その結果として、委譲対象事務が可能な限り市場原理にさらされるとともに、それに従事していた公務員が原則として非公務員化することとなる。
- 8 郵政民営化法，日本郵政株式会社法（平成17年法律98号），郵便事業株式会社法（平成17年法律99号），郵便局株式会社法（平成17年法律100号），独立行政法人郵便貯金・簡易生命保険管理機構法（平成17年法律101号），郵政民営化法等の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律（平成17年法律102号）参照。これは、分社化を伴う民営化である。

- 9 日本国有鉄道改革法（昭和61年法律87号）、日本たばこ産業株式会社法（昭和59年法律69号）、日本電信電話株式会社等に関する法律（昭和59年法律85号）参照。
- 10 例えば、民営化された郵便事業のうち、郵便認証司が内容証明の取扱いにおいて差出年月日を記載する認証行為（郵便法〔昭和22年法律165号〕58条1号参照）については、民法施行法（明治31年法律11号）5条1項6号に基づく確定日付効を有することから、公権力の行使としての行政作用と捉える余地があると考えられる（海野・郵便認証司3頁・5頁参照）。
- 11 米丸・民営化39頁参照。
- 12 本稿においては、実定憲法上の国民の権利を「基本権」と称することとする。
- 13 なお、保育所の運営を私人に委ねる方法としては、このような「民営化」のほかに、公の施設としての保育所の管理を指定管理者に行わせる場合（地方自治法〔昭和22年法律67号〕244条の2第3項）、公立保育所を公立のままの状態としつつ、その運営に関する事実行為のみを私人に委託する場合があります（岩切・保育175頁参照）、これらは「委任行政」又は「委託」に区分されるべき形態であり、民営化とは区別されるべきものである。
- 14 私人（民間の法人等）が認可保育所を設置する場合、都道府県知事（又は政令指定都市・中核市の市長）の認可が必要となる（児童福祉法35条4項）。これに対し、市町村が保育所を設置する場合には、都道府県知事への届出のみで足りるが（同条3項）、かつては都道府県知事の認可を要していたため、これらの保育所を総称して「認可保育所」ということが一般的である。
- 15 当該決定が行政処分（行政行為）か保育所利用契約の申込みの承諾かについては学説の争いがあるが（石井・行政契約108頁参照）、すべての児童が希望する保育所への入所を常に認められるわけではない中で、児童及びその保護者の権利を形成する作用と定位し得ることにかんがみると、「申請に対する処分」としての行政行為として捉えるべきものであると思われる。
- 16 保育所入所決定が行政処分としての性質を有することと、当該決定後の保育所と保護者との関係が契約関係であることとは、必ずしも矛盾するものではないと解される。なぜなら、当該決定は保護者の入所申請を前提として行われるものであり、爾後の法律関係を確定させるために行政処分を前置することは合理的な仕組みであると考えられるからである。学説・判例においても、このような行政処分と契約との併存について、おおむね肯定的に捉えられている（巨理・拘束力221-222頁。東京地判八王子支判平成10年12月7日判自188号73頁）。

- 17 児童福祉法24条1項但書にいう市町村の「適切な保護」には、無認可保育所の紹介が含まれ得るとしても、無認可保育所に適切な保育を代行させることまでは含まれないものと解される。なぜなら、無認可保育所における保育サービスの提供については、行政主体による決定等の行政行為が先行せず、行政主体がその所掌に属する事務を委譲しているものとは認めがたいからである（もっとも、無認可保育所にも児童福祉法上の一定の規律が及ぶことから、行政上の責任と完全に無関係ではあり得ない）。したがって、市町村による紹介の対象となった無認可保育所と児童の保護者とが保育委託契約を締結するか否かは市町村の直接関知するところではなく、両当事者の合意に委ねられるものと考えられる（宇賀・責任52頁。板垣・研究142頁）。
- 18 ある学説は、認可保育所における保育について、保育所と保育サービス受給者（保護者）との間の契約関係を観念しやすく、それが市町村による行政行為とは分節されているものと捉えることができることから、市町村長の保育所入所決定にかかわらず、民事上の作用として扱われるべき旨を示唆している（山本・国家賠償一65頁）。しかしながら、認可保育所が私人により営まれていても、もとより保育所全般の運営は部分的民営化にとどまっているうえに、児童福祉法に基づき当該契約関係の前提として市町村による行政行為（保育所入所決定）が不可欠となっている以上、認可保育所により提供される保育サービスは原則として行政作用であり、それゆえ行政の責任の下に行われるものと定位されるべきであると思われる。このように、部分的民営化においては、行政は委譲対象事務から「撤退」するわけではなく、依然として法律に定められた範囲内の行政責任を負うということに留意する必要がある。したがって、例えば認可保育所の職員による加害行為に対しては、市町村が公共団体として国家賠償責任を負うことが基本となるものと解される。
- 19 指定法人とは、「特別の法律に基づき特定の業務を行うものとして行政庁により指定された民法上の法人」であると理解されている（塩野・行政法 102頁）。もっとも、指定法人の事務・事業には多様なものが含まれている（山本・公私協働181頁参照）。
- 20 委任行政にいう「委任」とは、行政機関相互の権限の委任を除いた委任がその対象となるものとされている（塩野・行政法 113頁）。
- 21 行政官庁法理における権限の委任が行われる場合、当該委任に関する権限については、「委任の範囲内において、受任者の権限に属し、受任者は、自己の権限として、自己の名と責任において、これを行使用する」（田中・行政法中36頁）ものとされている。
- 22 有力な学説は「委任される行政が公権力の行使にかかわる場合には、法律の根拠が必要となる」と説くが（塩野・行政法 115頁）、委任行政においては行政上の権限が受任

者に移ることにかんがみると、委任の対象が公権力の行使に関わるものであるか否かを問わず、法律の根拠を要するものと解すべきであるように思われる。もっとも、条例により地方公共団体の行政機関に授権された事務・事業の委任においては、「地方自治の本旨」にかんがみ、条例の根拠があれば足りるものと解される。

- 23 塩野・行政法 114-115頁。
- 24 この「指定」という行為の法的性格については議論があるが、行政行為（行政処分）として捉える考え方が一般的である（市橋・指定管理者166頁）。
- 25 この趣旨は、浄化槽法（昭和58年法律43号）43条の14、火薬類取締法（昭和25年法律149号）54条の2、電波法（昭和25年法律131号）104条の4第1項、地方自治法244条の4第3項等において確認されている。ただし、指定法人の行う行政処分等に不服がある場合には、少なくとも指定行為の取消し等をめぐっては、監督行政庁に対する行政不服申立て（審査請求）及び取消訴訟の提起等が認められるものと解される（塩野・諸相466頁）。なお、指定法人に対して委譲された事務に関し監督上行われる処分については、行政手続法（平成5年法律88号）の関係規定が適用されないこととなっている（行政手続法4条3項）。この点を問題視する学説として、米丸・権力行使69頁参照。
- 26 塩野・行政法 116頁。ただし、委譲先私人が基本的人権の享有主体である限り、行政主体の指揮・監督権限の行使に基づく行政行為に対して、当該私人は抗告訴訟を提起することができるものと解される（塩野・行政法 116頁）。
- 27 この点に関しては、指定法人（等の委譲先私人）による公権力の行使を原因とする国家賠償事件においては、当該指定法人が賠償責任主体となるとする有力な学説もある（塩野・諸相468頁）。しかし、第3節において述べているとおり、国家賠償法1条1項の「公権力の行使」に関して広義説を採る限り、公権力の行使の有無によって委譲先私人の国家賠償責任が左右され得る場合はおのずから限定されるものと考えられる。また、指定法人等の委譲先私人の行為と国又は地方公共団体の責任との「不可分性」を勘案し、それが不可分であるとはいいいがたい場合には、委任者たる国又は地方公共団体は国家賠償責任を負わず、委譲先私人が当該責任の主体となるものと解する学説も提示されている（山本・国家賠償二95頁。山本・公私協働209頁）。この学説は、国又は地方公共団体と委譲先私人との関係において、委譲対象事務が国又は地方公共団体に「本来」帰属するものであるか否かを問いつつ国家賠償責任の認定を行うと、国又は地方公共団体の当該責任を不合理に拡大することとなるものと批判する（山本・国家賠償一63頁）。しかしながら、行政事務の私人への委譲は元来例外的なものであって、委譲を行った方が合理的な事務処理が可能となるなどの行政側の事情を勘案した立法権（又は自治立法権の主

体)の判断(すなわち法律又は条例)に基づき行われるべきものであるから、行政の受け手である国民の基本権としての公の賠償請求権(憲法17条)の保障のあり方そのものが必ずしも十分に考慮されたものとなっているとは限らないと考えられる。したがって、そのような立法を通じた委譲によりただちに国家賠償責任までもが行政主体から「解除」されると解するのは適当ではなく、少なくとも委任行政においては、当該責任は委譲後も行政主体に残るのが原則となるものと思われる。しかも、先の学説にいう「不可分性」を委譲先私人の行為の根拠規範に照らして個別に厳密に判断するのは相当の困難を伴うものとなろう。むしろ、当該根拠規範が委譲先私人に対してどれだけの裁量を付与し、それに応じて責任のある行政主体の指揮・監督権限がどの程度及ぶこととなっているかということに応じて、委譲先私人が国家賠償法1条1項にいう「公共団体」となる可能性を判断することが妥当であるように思われる。なお、先の学説は、行政主体は委譲先私人に対する「保証人」として二次的に国家賠償責任を負う(委譲先私人が国家賠償責任を果たすことができない場合には代わって賠償義務を負う)とも主張しているが(山本・公私協働210頁)、立法論としてはともかく、このような枠組みは国家賠償法の予定するところではないと解される。これらに対し、委任行政における委譲先私人の行為を原因とする国家賠償請求事件においては、委任者としての国や地方公共団体が賠償責任主体となるとする考え方も提示されている(米丸・民営化39頁。米丸・私人354-355頁)。これによれば、「指定機関自らがその名で権限行使するといっても当該権限は委任した行政庁の属する行政体の権限のままである」ことなどから、「当該行政権限がもともと属する行政体が国家賠償法上の責任を負うとするほうが、権限委任の考え方に適合的であるし、また国民の権利保護にも厚い」(米丸・私人354頁)ということになるが、基本的に妥当であろう。判例も指定法人の建築確認事務に関して地方公共団体が国家賠償請求訴訟の被告となることを認めている(最決平成17年6月24日判時1904号69頁)。また、ほぼ同様の立場に立ちながら、国や公共団体が賠償責任を負うことは、委譲先私人が「民法上の使用者責任等を負う場合があり得ることを排斥するものではない」と説く学説もある(稲葉・指定管理者60頁)。

- 28 ある学説によれば、国家賠償法1条1項にいう「公共団体」の決め方には、(ア)公権力の行使を担う公務員に対して指揮・監督権を有する機関が組織法上所属する団体、(イ)公権力の行使となる事務が本来帰属する団体、という2種類の考え方があるという(板垣・研究139頁)。そして、同項にいう「公権力の行使」の該当性については、通説・判例の広義説とは別の要素が作用しつつあると説かれている。具体的には、(ア)国又は公共団体からの行政事務の委譲であればただちに「公権力の行使」に該当するという考え

方、(イ)優越的な意思の発動である行政事務とそれ以外の事務とを区別し、後者については国又は公共団体による指揮・監督を受けていれば「公権力の行使」に該当するという考え方、(ウ)国又は公共団体の委譲対象事務に対する関与・支配(国又は公共団体の活動への組み込み)の程度により「公権力の行使」の該当性を判断する考え方、があり、委譲対象事務の性質を踏まえつつ、(ウ)の考え方を基本とすべきであるとされる(板垣・研究148-150頁)。思うに、「公権力の行使」の該当性については従前の広義説の考え方を基本的に維持すべきであろうが、委譲先私人の「公共団体」への該当性については委譲の形態(委譲対象事務の性質)や法律の予定する行政主体の関与等の態様・程度に応じて判断すべきであろう。すなわち、(広義説の考え方に基づき)公権力の行使に相当する行政事務が私人に委任された場合において、委譲先私人の職員による不法行為により第三者たる私人に損害が発生したときには、原則として当該委任を行った国又は公共団体が国家賠償責任を負うものと解される。しかし、当該委任は法律の根拠に基づき行われるのであるから、当該法律において国又は公共団体の委譲先私人に対する委譲対象事務に関する関与(指揮・監督)が十分に及ぶこととなっていない場合には、委譲先私人を国家賠償法1条1項にいう「公共団体」とみなす立法意図があるものと解することが可能である。したがって、そのような場合には、委任者としての国又は公共団体が国家賠償責任を負うことはなく、委譲先私人が「公共団体」として国家賠償責任を負うこととなるものと解される。このような形で委譲先私人等による国家賠償責任を認めたと下級審の判例として、例えば、東京地判昭和47年12月25日判時708号48頁、東京地判昭和55年6月18日判時969号11頁、東京地判平成14年1月22日判時1809号16頁参照。また、行政主体と委譲先私人とが重疊的に国家賠償法に基づく損害賠償責任を負う場合もあり得ると解される(海野・郵便認証司6-7頁参照)。もっとも、判例は、行政主体が国家賠償法1条1項に基づく損害賠償責任を負う場合においては、加害職員の使用(委譲先私人)における民事上の使用者責任(民法[明治29年法律89号]715条参照)が否定される旨を説いている(最判平成19年1月25日民集61巻1号1頁)。なお、この判例の考え方に対しては、公務員個人の違法性が消滅するわけではないことを理由として、委譲先私人の不法行為責任までが排除されるのではなく、それゆえ行政主体とともに当該私人も共同で損害賠償責任(不真正連帯債務)を負うものと解すべきであるとする批判も提示されている(米丸・行政責任311頁)。同様に、委譲先私人の使用責任の可能性を肯定しつつ、この判例の論理によれば「私立保育所の事故について市町村の国家賠償責任が認められる場合もありうる」旨を説く学説として、岡田・損害賠償責任117頁参照。

29 もっとも、受任者としての指定法人が行う業務は常に行政事務であるとは限らず、例

例えば宅地建物取引業法（昭和27年法律176号）41条以下に基づく手付金の保証・保管のように行政事務とは認めがたいものも含まれるが（塩野・諸相456頁）、ここでは行政事務を受任する指定法人を念頭におくこととする。

- 30 指定管理者制度については、委任行政の法理が適用されるものと解するのが通説的見解である（塩野・行政法 200-201頁）。もっとも、どの程度の権限を実際に指定管理者に委任するかということ（例えば、公権力の行使を委任するか、それとも地方公共団体の長の権限として留保するかということ）については、地方公共団体の裁量に委ねられている（市橋・指定管理者158頁）。
- 31 塩野・行政法 114頁。併せて、山本・公私協働196頁参照。
- 32 ただし、実際の刑務所の運営委託においては、私人が行うことができるのは警備・監視や教育・職業訓練等に限定され、公権力の行使については刑務官が担当することとなっている。
- 33 そのほか、生活保護法（昭和25年法律144号）49条に基づく指定を受けた医療機関が行う医療扶助、老人福祉法（昭和38年法律133号）11条1項1号に基づく委託を受けた養護老人ホームの設置者が行う老人の入所の受入れと日常生活の援助（市町村による入所〔委託〕決定は行政行為であると解される）などもこの例として挙げることができよう。
- 34 亘理・変容199頁。保険給付として支給される介護費用の一部の代理受領が指定事業者に認められる限りにおいて、指定事業者と被保険者との代理関係が問題となるにすぎないものとされる。
- 35 ある学説は、第三セクターについて、「行政が当該企業を多数でもって支配しているならば、当企業は多くの点で公企業と同様に扱われようし、実質的意味の私人が当該企業を多数をもって支配しているならば、私的組織と同様に扱われよう」と指摘している（三並・適用37頁）。
- 36 学説においては、「公権力の行使は国家に独占され、これを行使するのは原則として形式的意義における行政機関である」という考え方が前提とされており（塩野・諸相460頁）、その背景には、「行政の対象たるにふさわしい公共的な事務事業は、本来、国又は地方公共団体が自らこれを行うべきものであり、国又は地方公共団体のほかに、特に行政主体たるべき独立の法人を設けてこれを行なわせる必要は原則としてない」（田中・行政法中190頁）という伝統的な思想があったといえる。このような考え方を踏まえ、ある学説は、「憲法全体の国民主権原理に基づく構造、憲法65条、66条3項、72条」に照らし、我が国では「権力の国家独占の原則」が妥当しており、「私人による権力的な活動は、原則的に排除される」のであって、これは公権力の行使の活動にも基本的に妥当することから、

「国家に独占された公権力の行使を私人に委ねることは基本的には排除される」と説いている(米丸・私人357頁)。そのうえで、「裁量権が極めて限定されており、委任先の団体の組織および職員が中立・公正にかつ客観的な専門的能力を持って業務遂行しようと判断でき、なおかつ国会および行政機関を通じて間接的ではあれ、行政に準じた監督措置が確保されている限りで、はじめて例外的に公権力の行使も民間に委ねることができる」とされる(米丸・権力行使68頁)。しかしながら、憲法上の「行政権」の概念をいわゆる(修正)控除説の考え方(海野・綱領13-15頁参照)に即して理解する限り、行政主体の行う作用には公権力の行使もそれ以外のものも含まれるのであって、「公権力の行使」という観念それ自身が憲法上固有のものとはいいがたく、それゆえ行政作用のうち「公権力の行使」に該当するものについて国家以外の主体が行い得ないという規範はただちに導かれるものではないと解される。しかも、憲法は行政作用が内閣その他の「行政各部」により行われることを予定しており(憲法72条)、ここでいう「行政各部」に行政事務を委ねられた私人が含まれる余地がまったくないわけではないことにかんがみると、「公権力の行使を含むすべての行政事務について当然に私人への委譲が禁止される」ということにはならないと考えられる。したがって、個々の憲法規範に照らし、具体的にどのような行政事務がどの範囲において(あるいはどのような条件の下に)私人に委譲可能であるかを機能的に検討することが必要となろう。

37 藤田・法関係95頁。

38 塩野・行政法 304頁。宇賀・概説 399頁。

39 塩野・行政法 306-311頁。宇賀・概説 394-395頁。判例も広義説によっていると思われる(最判昭和62年2月6日判時1232号100頁,最判平成5年2月18日民集47巻2号574頁,最判平成19年1月25日民集61巻1号1頁参照)。もっとも、広義説やその他の説(狭義説,最広義説)との実質的な差異は必ずしも明確ではない旨を指摘する学説もある(稲葉・賠償責任27-30頁)。なお,国家賠償法1条1項の「公権力の行使」の解釈をめぐる学説の対立については,海野・綱領788-790頁参照。

40 交告・演習177頁。

41 中原・使用者責任24-5頁。

42 近時のある学説においては,従前の国家賠償責任法理に対する批判的見地から,行政事務の私人への委譲が行われた場合における「公権力の行使に当たる公務員」(国家賠償法1条1項)への該当性を判断するための新たな枠組みとして,(ア)当該事務が権力的・強制的なものか否かによる区別,(イ)複数の判断要素による区別(例えば,国又は地方公共団体による委譲先私人の指揮・監督関係,委譲先私人の活動の行政活動への組み込

み等)があり得る旨が指摘されている(中原・使用者責任二7-13頁)。これは、このような枠組みの下で、従前の国家賠償責任法理を再構成しようとする考え方に結びつくが、(ア)「権力的・強制的」であるか否かを判断するための基準が不明瞭であること、(イ)私人に対して委譲された行政事務のうち、その委譲の形態(例えば全部民営化の場合と委託の場合との区別等)に着目することなく、一律に「権力的・強制的」であれば「公権力の行使」に該当するとはいいいがたいこと、(ウ)「委譲先私人の活動の行政活動への組み込み」の程度をどのように客観的に判断するかが不明確であることなどから、当該再構成には多くの課題が残されているといえる。思うに、行政事務の私人への委譲がいかに広範化しようとも、「私人に公務が委ねられていることのみで国・地方公共団体の国家賠償責任を認めることは必ずしも妥当ではない」(中原・使用者責任二17頁)との理由からただちに国家賠償責任法理の再構成を試みるのではなく、むしろ当該委譲の形態を勘案しつつ、委譲後も委譲対象事務それ自体の実施に関する最終的な行政責任が残るものについては、純粋な私経済作用を除き、国又は地方公共団体の国家賠償責任が消滅しないことを原則とすべきであると思われる。もっとも、委譲後の事務が原則として行政事務とはいえなくなる全部民営化の場合については、民事法に基づく賠償責任が問題となることを原則とするものと考えられるが、その場合であっても、例外的に一般私人と対等の立場で行われ得ない作用については「公権力の行使」として国等の国家賠償責任が問題となる余地がなお残されているものと考えられる。以上のように解する限り、行政事務の私人への委譲が行われる場合においても、国家賠償法1条1項にいう「公権力の行使」をめぐる広義説の考え方は基本的に維持されるべきものとなる。

- 43 学説においては、このような規定が行政事件訴訟法4条に定められたのは、「従来ともすれば、積極的に利用されずにきた確認訴訟の活用が有効であることを示すためのものである」とされている(塩野・行政法 260頁)。
- 44 例えば、塩野・行政法 260-265頁参照。併せて、抗告訴訟と当事者訴訟との関係につき、高木・関係364-367頁参照。
- 45 厳密に言えば、「私人による公権力の行使」という概念自体が矛盾をはらんだものであるともいえる。なぜなら、委譲先私人は、一般私人に対して「公権力の行使」に相当する行為を行う一方で、委譲者たる国又は地方公共団体との関係においては、委譲対象事務に関する指揮・監督権限の不当な行使に対して自らの基本権を行使する余地が残されているからである。その意味において、「私人による公権力の行使」は「行政主体による公権力の行使」と完全に同視し得るものではないといえる。
- 46 憲法上の「公権力の行使」を觀念し得るとしても、少なくとも国家賠償法上の「公権

力の行使」とはその射程が異なるものとなる。なぜなら、国家賠償法上の「公権力の行使」については、少なくとも広義説による限り、あるいは狭義説や最広義説によっても、例えば道路の事前通行止めのような公の営造物の管理作用が除外されるところ（ある学説は最広義説といえども当該管理作用を含む趣旨ではない旨を説いている。稲葉・賠償責任27頁参照）、憲法解釈上このような行為を行政権による「公権力の行使」の射程外とする理由は乏しいと考えられるからである。また、広義説における「私経済作用」の射程も必ずしも明確なものではなく、その画定のあり方によっては国家賠償法上の「公権力の行使」については独自の射程が導かれる可能性がある。その意味において、行政事務の私人への委譲の適否を行政救済法との関係における「公権力の行使」の有無を基本軸として考えることは、正鵠を射たものとはいえないと思われる。

- 47 前述のとおり、一部の学説は、国家賠償責任との関係に関して、「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、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」と指摘している（山本・国家賠償一64頁）。この学説は、私的主体が公共団体の権限・責任から可分な形で一般私人に対して公権力の行使を行うことが認められている場合には、当該私的主体が行政主体（国又は地方公共団体）と同様の水準で「国賠法上の注意義務および国家賠償責任を引き受けていると解釈すべき」とであると説いている（山本・国家賠償二97頁）。このような考え方に対する管見については、注27参照。
- 48 前述の学説は、国家賠償責任との関係に関して、「私的組織に対する公共団体の指揮監督の態様・程度」が当該責任の認定のための一つの考慮要素となる旨を指摘している（山本・国家賠償二98-99頁）。
- 49 我が国の行政法学においては、「民営化し得ない行政の役割や事務は厳然として存在するのではないか、という問題」に関する議論が十分に行われてこなかったという指摘があるが（亘理・変容192頁）、憲法が公務員制度の設営を保障しつつ行政が公務員により実施されることを基本としていると解されることにかんがみると、民営化その他の方法により私人に委譲し得る行政の範囲については、憲法規範に基づき考察されるべきものであると考えられる。
- 50 ここでいう正当化事由については、一次的には事務の合理化・効率化等が挙げられるが、基本権保護義務の履行手段として行政事務の私人への委譲が必要になることもあり得ると思われる。例えば、青少年が安全に安心してインターネットを利用できる環境の整備等に関する法律（平成20年法律79号）21条に基づき特定サーバー管理者に対して努力義務として課せられている青少年閲覧防止措置（その詳細については、海野・青少年

54-55頁参照)については、「青少年の権利の擁護」(同法1条)のために、本来行政主体が行うべき事務を特定サーバー管理者(私人)に委ねた「委任行政」の一形態として捉える余地があると考えられる。このように解する場合、当該措置は青少年の基本権に關する法益を(一般私人による侵害から)適切に保護するために行政事務の一部が私人に委ねられたものとして位置づけられることから、基本権保護義務の履行が委譲の正当化事由となろう。換言すれば、このような場合においては、行政事務の私人への委譲が憲法上の要請(義務)となるものと解される。

51 海野・綱領276-277頁。

52 ここでいう「侵害」の意義については、海野・綱領57-58頁参照。

53 ある学説も、「行政の役割・存在理由は、究極的には国民の権利の保障、国民の福祉の実現という点に求められなければならない」と指摘している(晴山・公共性188頁)。

54 例えば警察一般や防衛一般に関する行政事務はこれに該当するものと考えられる。

55 これは、「法律の留保」のあり方をめぐる憲法規範留保説の考え方(海野・綱領60-65頁)に基づくものである。その意味において、ある行政事務の私人への委譲の適否については、憲法規範との抵触をもたらさない限りにおいて、一次的には立法裁量に委ねられているものと考えられる。ある学説も、「憲法は民営化禁止も民営化命令も含んでおらず、民営化決断は立法者の責務である」と述べている(三並・適用46頁)。

56 例えば、ある学説は、個別の条例に具体的な根拠が設けられている限り、公物管理に基づく公の施設の処分権(利用規則違反に対する施設利用の停止、使用許可の取消し等)についても私人たる指定管理者に委任することが可能であると説いている(市橋・指定管理者159頁)。これは、公権力の行使であれば原則として私人に委ねることができないとする伝統的な考え方(米丸・権力行使68頁、小幡・公物法781頁参照)が部分的に修正されつつあることを示唆するものであるといえよう。

57 ある学説も、「公権力を民間に委託することを禁止する規定のない日本では、公権力が適正に行使されるように民主的にコントロールできる制度的な担保があれば、それに裁量権があろうと、その行使を民間に委託することは許容される」と説いている(阿部・解釈学 469-470頁)。なお、公権力の行使の委譲により私人の基本権がいたずらに侵害される環境が形成されることとなれば憲法の趣旨に反することとなるから、当該委譲は単なる立法政策の問題にとどまるのではなく、憲法上の一定の限界を抱えているということに留意する必要がある。

58 判例は、「行政事件訴訟法9条は、取消訴訟の原告適格について規定するが、同条1項にいう当該処分の取消しを求めるにつき『法律上の利益を有する者』とは、当該処分に

より自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害され、又は必然的に侵害されるおそれのある者をいうのであり、当該処分を定めた行政法規が、不特定多数者の具体的利益を専ら一般の公益の中に吸収解消させるにとどめず、それが帰属する個々人の個別的利益としてもこれを保護すべきものとする趣旨を含むと解される場合には、このような利益もここにいう法律上保護された利益に当たり、当該処分によりこれを侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者は、当該処分の取消訴訟における原告適格を有するものというべきである」と説いている（最大判平成17年12月7日民集59巻10号2645頁〔小田急訴訟〕）。

- 59 最大判平成17年12月7日民集59巻10号2645頁（小田急訴訟）。
- 60 更に、指定居宅サービスの提供の場合においても、基本権の適切な保障を求める観点から、郵便事業の場合について言及したのと同様に、指定事業者に対する行政主体による適切な監督上の「処分」を請求する義務付け訴訟の提起の可能性も考えられる（山本・公私協働204-205頁参照）。もっとも、義務付け訴訟の提起を肯認するためには、いわゆる重大損害要件や補充性要件等との関係を検討する必要がある（行政事件訴訟法37条の2参照）。
- 61 通信の自由の意義については、海野・通信の自由68-77頁参照。
- 62 学説においても、「行政責任の類型化に対応した国民の法的地位保障論の必要性」を説くものがある（亘理・変容194頁）。なお、基本権の「最大の尊重」という規範の中には、公権力による基本権保護義務の適切な履行が含まれるものと解される（海野・綱領129頁）。
- 63 ここでいう「関与」は、国家賠償等の事後的な救済による関与ではなく、委譲先私人による基本権又は基本権に関する法益の侵害が生じないような措置の実施といった事前的・予防的な関与をその主な内容とするものとして捉えるべきである。学説においては、「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勘案し、当該私的主体が損害賠償の支払いを現実になし得るように制度を整備する、いわば保障責任を負う」と説くものがあるが（山本・公私協働211-212頁）、このような「保障責任」に基づく制度整備義務は事後的な救済措置にとどまっているという点において、一定の限界を抱えている（併せて、注27参照）。より重要となるのは、委譲先私人の行為による「損害」（その前提となる権利・利益侵害）の防止・抑制に向けられた制度の整備であり、当該制度の下で行政主体が委譲先私人を適切に指揮・監督することが求められるといえる。なお、国家賠償との関係については、既述のとおり、「公権力の行使」に関する広義説に基づき広く委譲先私人の加害行為を国家賠償法1

条1項の射程に取り込んだうえで、国又は地方公共団体が被害者に対する損害賠償責任を負うことを原則としつつ（ただし、前述のとおり、一定の場合には使用者たる委譲先私人が国家賠償責任を負う余地がある。注28参照）、委譲先私人又は加害者との関係については同法の枠組みに従い可能な範囲で求償権の行使等により対応すべきであると考えられる。このような理解に基づく限り、前述の学説のいう「保障責任」を積極的に措定する必要性は乏しいこととなる。

- 64 学説においては、「民営化が政府の介入の契機ともなりうる」（宮下・射程510頁）、「民間化・契約化が進行した場合には、公的サービス給付や公共施設等の維持管理・運営の直接的な実施責任は民間事業者が負うこととなり、行政は、むしろ、制度の企画・設計並びに民間によるサービス提供や施設運営が適正に行われるように監視し規制・監督を行うという役割を担うことになる」（巨理・変容194頁）などの見解が提示されている。
- 65 もっとも、近年のインターネットの発展等に伴い、国民の郵便の利用度は低下傾向にあるが、インターネットを利用できない（又は利用していない）国民層が存在することも事実であり（総務省の「平成22年通信利用動向調査」によれば、2010年末時点における我が国のインターネットの人口普及率は78.2%となっている）、かつ郵便とインターネットとは必ずしも常に競合するものではないことにかんがみると、依然として郵便サービスは「あまねく、公平に」（郵便法1条）提供されるべき基幹的な通信手段の一つであると考えられる。
- 66 郵便事業株式会社法12条1項に基づき、郵便の実施主体である郵便事業株式会社については、郵便事業株式会社法のほか、郵便法、印紙をもつてする歳入金納付に関する法律（昭和23年法律142号）、郵便切手類販売所等に関する法律（昭和24年法律91号）、郵便窓口業務の委託等に関する法律（昭和24年法律213号）、お年玉付郵便葉書等に関する法律（昭和24年法律224号）、郵便物運送委託法（昭和24年法律284号）に基づき総務大臣が監督することとなっている。すなわち、郵便事業株式会社法に基づく規律には、行政作用法としての郵便法に基づく規律が包含される。
- 67 公権力が国民に対して通信の秘密不可侵（憲法21条2項後段）という義務を負う前提として、公権力には国民の通信の秘密を侵害してはならないという憲法上の禁止規範が認められ、これを補強する観点から、国民は公権力に対して「通信の秘密を侵されない権利」を享有することとなると解される。
- 68 営業の自由の保障の意義については、海野・財産権192-206頁参照。
- 69 保育所は、地方自治法244条1項にいう「公の施設」に該当するため、条例に基づき設置されることとなるから、公立保育所が民営化される際には、条例の改正による当該保

育所の廃止が行われることとなる。

70 最判平成21年11月26日民集63巻9号2124頁（横浜市保育所廃止条例事件）

71 すなわち、ある学説の指摘するとおり、「保育所設置者である市町村が保育所を廃止しようとする場合、当該市町村には、現に保育期間中にある児童及びその保護者の意思を最大限尊重する義務が課せられている」ということになる（巨理・拘束力226頁）。判例も、児童福祉法24条1項乃至同条3項について、「保育所の受入れ能力がある限り、希望どおりの入所を図らなければならないこととして、保護者の選択を制度上保障したものの」としつつ、「特定の保育所で現に保育を受けている児童及びその保護者は、保育の実施期間が満了するまでの間は当該保育所における保育を受けることを期待し得る法的地位を有する」と説き（最判平成21年11月26日民集63巻9号2124頁〔横浜市保育所廃止条例事件〕）、「特定の市立保育所において同一の保育環境の下で継続して保育を受けるといったような保育環境上の利益」を単なる事実上の利益にすぎないものと解する考え方（東京高決平成16年3月30日判時1862号151頁）を否定している。

72 田村・法律問題172-173頁。同書は、「市町村の委託を受けて子どもを保育する私立保育所は、市町村に代わってその責任に属する公務を遂行することになる」ことを市町村の国家賠償責任を肯定する根拠として挙げている。併せて、中原・使用者責任24頁参照。これに対し、無認可保育所における事故について市町村の損害賠償責任が肯定されるか否かについては慎重な検討が必要である。学説には、児童福祉法24条1項但書にいう「適切な保護」として市町村が無認可保育所に保育業務を行わせているのであれば市町村の国家賠償責任が肯定される旨の指摘がある（中原・使用者責任24頁）。しかし、前述のとおり（注17参照）、無認可保育所は市町村に代わって保育に関するサービスを提供する主体ではなく、法律の範囲内で締結される契約に基づき独自の保育サービスを提供する主体であると捉えることが可能であることから、無認可保育所における保育を児童福祉法24条1項但書の「適切な保護」の一環と解することは困難であるように思われる。

73 移転の自由国内旅行の自由が含まれると解するのが通説である（芦部・憲法222頁。佐藤・憲法論296頁。伊藤・憲法357頁。高橋・立憲主義231頁）。ただし、移動の自由としての旅行の自由については憲法13条の幸福追求権の一部として基礎づけられると説く学説もある（初宿・基本権331頁）。なお、外国旅行の自由については、憲法22条2項（外国移住・国籍離脱の自由）に定礎されとるのが多数説・判例である（芦部・憲法223頁。佐藤・憲法論298頁。最判昭和60年1月22日民集39巻1号1頁）。

74 例えば、橋本・憲法80頁参照。同書は憲法21条2項後段について、「通信の秘密を守る

ことを制度的に保障している」と説いている。

75 海野・制約原理80頁。

76 その背景には、憲法の予定する「通信」は通信当事者以外の第三者たる媒介者（通信事業者等）の関与を伴って成立するものであると解され（海野・通信の自由68-69頁），かつその「秘密」が保護されることが予定されていることから，国民の誰もが適正に通信サービスを利用することができるようになるためには，当該媒介者等を規律する一定の制度的枠組みが不可欠となるが，「移転」や移動については独力で行う余地があり，必ずしも絶対的に制度的な枠組みを要求するものではないという思想があるといえよう。もっとも，制度的保障の観念については，従来の考え方が見直されるべきであると考えられ，その再構成のあり方によっては，交通制度の設営の保障を（憲法上明確に要請されたものとは異なる）「推定的な制度的保障」として捉える余地はあろう。この点に関する詳細につき，海野・制度的保障論75頁参照。

77 ここでいう営業の自由の保障とは，事業者の主観的権利の保障にとどまらず，公権力による適切な事業者間の競争政策の実施，営業の相手方としての消費者の基本権の保護，国民生活に不可欠な財・サービスの供給の多様性・安定性の確保，市場原理の最大限の尊重といった客観的側面を含むものとして捉えられるべきであると考えられる。

78 旅客鉄道株式会社及び日本貨物鉄道株式会社に関する法律（昭和61年法律88号）に基づき，北海道旅客鉄道株式会社，四国旅客鉄道株式会社，九州旅客鉄道株式会社及び日本貨物鉄道株式会社のみが一定の特殊な規律を受けるが，その他の旅客鉄道株式会社についてはそのような特殊な規律を受けないこととなっている。これらの特殊な規律は，規律対象の会社の経営状況や株式市況等を踏まえて政府が株式を保有している特殊会社であることに基づく規律であるが，同時にこれらの各会社が国民において代替的交通手段等が乏しい地域における事業者であることを踏まえたものであると解する余地がある。

79 塩野・諸相465頁。

80 ある学説も，「行政契約の締結並びに契約に基づく義務履行確保の過程における行政裁量の幅が広いことが，相手方や契約当事者から一定の者を不当に排除する理由として濫用される危険性もある」と指摘している（巨理・変容193頁）。

81 宮下・射程510-531頁。三並・適用32-33頁。

82 私人の行為が公権力の行為とみなされる具体的な場合として，私人の行為に対して公権力が公共施設等の国有財産の貸与，財政・免税措置等の援助，特権の付与等を通じ

て、又は司法の介入により積極的に実現することを通じて、極めて重要な程度にまで深い関わりを有することとなった場合、当該私人が高度に公的な機能行使する団体である場合が指摘されている（芦部・憲法学 314頁）。

- 83 ステート・アクション法理に対する批判・再検討に関する考え方の整理として、木下・再検討69-162頁、宮下・射程523-529頁、君塚・私人間効力論125-136頁参照。我が国の学説において、ステート・アクション法理の考え方を（部分的に）支持するものとして、浦部・教室68-69頁、松井・憲法331頁（この学説は「憲法上の権利の私人間適用ないし第三者効力といった枠組み自体を放棄すべきである」と主張している）参照。同法理に疑問を呈する学説として、伊藤・憲法33-34頁、木下・再検討159頁参照。
- 84 宮下・射程523頁。
- 85 穴戸・未来40頁。同書によれば、憲法13条の規定に基づく個人の尊重の原理は抽象的な要請にとどまり、私人間においては立法による具体化を要するが、この具体化が民法等によっては不十分である場合には、私人間を規律する法律の規定（一般規定に限られない）の解釈や憲法13条からの直接の導出により行われるものとされる。併せて、海野・綱領104頁参照。
- 86 ある学説も、行政事務の私人への委譲についてステート・アクション法理を援用する必要はなく、当該事務に対して「法律による適切な規制」が存在することを前提としたうえで、「公権力の活動範囲が憲法の制約を受けると考えればすむ」と指摘している（榎・覚書187頁）。
- 87 ある学説も、「指定管理者は必要とあれば利用許可処分権限をも代行する場合があることからすると、その適正な行使を担保し自治体の責任体制を確保するためにも、一定の監督手段をあらかじめ法定しておかなければなるまい」と指摘している（稲葉・指定管理者53頁）。

参考文献：

本書における文献の表記については、【】内に示した各略称によっている。

芦部信喜『憲法学 人権総論』（有斐閣、1994年）【芦部・憲法学】

芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法 第五版』（岩波書店、2011年）【芦部・憲法】

阿部泰隆『行政法解釈学』（有斐閣、2008年）【阿部・解釈学】

石井昇「行政契約」、磯部力＝小早川光郎＝芝池義一編『行政法の新構想 行政作用・行政手続・行政情報法』93-111頁（有斐閣、2008年）【石井・行政契約】

- 板垣勝彦「行政判例研究 536」,『自治研究 84巻 8号』133-159頁(第一法規,2008年)【板垣・研究】
- 市橋克哉「公の施設の指定管理者」,三橋良士明=榊原秀訓『行政民間化の公共性分析』156-173頁(日本評論社,2006年)【市橋・指定管理者】
- 伊藤正己『憲法(第3版)』(弘文堂,1995年)【伊藤・憲法】
- 稲葉馨「公権力の行使にかかわる賠償責任」,雄川一郎=塩野宏=園部逸夫編『現代行政法体系 第6巻 国家補償』17-58頁(有斐閣,1983年)【稲葉・賠償責任】
- 稲葉馨「公の施設法制と指定管理者制度」,『法学 67巻 5号』39-68頁(東北大学法学会,2004年)【稲葉・指定管理者】
- 岩切大地「保育と法」,榎透=岩切大地=大江一平=大林啓吾=守谷賢輔『時事法学 - 法からみる社会問題』166-183頁(北樹出版,2009年)【岩切・保育】
- 宇賀克也『行政法概説 行政救済法〔第3版〕』(有斐閣,2011年)【宇賀・概説】
- 宇賀克也「無認可保育所における事故の責任:千葉地裁松戸支部昭和63年12月2日判決」,『ジュリスト 929号』50-53頁(有斐閣,1989年)【宇賀・責任】
- 海野敦史『行政法綱領 - 行政法学への憲法学的接近 - 』(晃洋書房,2011年)【海野・綱領】
- 海野敦史「郵便認証司による損害の賠償責任に係る法律の適用に関する考察」,『情報通信学会誌 27巻 3号』1-14頁(情報通信学会,2009年)【海野・郵便認証司】
- 海野敦史「憲法上の通信の秘密不可侵に対する制約原理 - 高度情報通信ネットワーク社会における『通信』の意義 - 」,『情報通信学会誌 27巻 4号』75-94頁(情報通信学会,2010年)【海野・制約原理】
- 海野敦史「財産権及び営業の自由の『多層的構造』」,『経営と経済 90巻 1・2号』153-256頁(長崎大学経済学会,2010年)【海野・財産権】
- 海野敦史「憲法上の要請としての『青少年の保護』と青少年インターネット環境整備法」,『経営と経済 90巻 4号』49-113頁(長崎大学経済学会,2011年)【海野・青少年】
- 海野敦史「制度的保障論の再構成」,『長崎大学経済学部研究年報 27巻』57-105頁(長崎大学経済学部,2011年)【海野・制度的保障論】
- 海野敦史「『通信の自由』の現代的意義」,『社会情報学研究 15巻 2号』67-81頁(日本社会情報学会,2011年)【海野・通信の自由】
- 浦部法穂『憲法学教室(全訂第2版)』(日本評論社,2006年)【浦部・教室】
- 榎透「民営化の憲法問題に関する覚書 - 憲法の適用範囲からの考察 - 」,『専修法学論集 111号』163-187頁(専修大学法学会,2011年)【榎・覚書】

- 岡田正則「民間委託と国・公共団体の損害賠償責任 社会福祉法人積善会暁学園事件最高裁判決」、『法学セミナー 632号』117頁（日本評論社，2007年）【岡田・損害賠償責任】
- 小幡純子「公物法とPFIに関する法的考察」，小早川光郎＝宇賀克也編『行政法の発展と変革 上巻 塩野宏先生古稀記念』765-797頁（有斐閣，2001年）【小幡・公物法】
- 木下智史『人権総論の再検討 - 私人間における人権保障と裁判所』（日本評論社，2007年）
【木下・再検討】
- 君塚正臣『憲法の私人間効力論』（悠々社，2008年）【君塚・私人間効力論】
- 交告尚史「演習」、『法学教室 295号』117頁（有斐閣，2005年）【交告・演習】
- 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂，2011年）【佐藤・憲法論】
- 初宿正典『憲法2 基本権〔第3版〕』（成文堂，2010年）【初宿・基本権】
- 塩野宏『法治主義の諸相』（有斐閣，2001年）【塩野・諸相】
- 塩野宏『行政法（第五版）行政救済法』（有斐閣，2010年）【塩野・行政法】
- 塩野宏『行政法（第三版）行政組織法』（有斐閣，2006年）【塩野・行政法】
- 穴戸常寿「私人間効力論の現在と未来 - どこへ行くのか」，長谷部恭男編『講座人権論の再定位 3 人権の射程』25-47頁（法律文化社，2010年）【穴戸・未来】
- 高木光「当事者訴訟と抗告訴訟の関係 - 『メンガー＝雄川理論』の意義 - 」，成田頼明＝園部逸夫＝金子宏＝塩野宏＝小早川光郎編『行政法の諸問題 中 雄川一郎先生献呈論集』341-369頁（有斐閣，1990年）【高木・関係】
- 高橋和之『立憲主義と日本国憲法 第2版』（有斐閣，2010年）【高橋・立憲主義】
- 田中二郎『新版 行政法 中巻 全訂第2版』（弘文堂，1976年）【田中・行政法中】
- 田村和之『保育所行政の法律問題（新版）』（勁草書房，1992年）【田村・法律問題】
- 中原太郎「国家賠償責任と使用者責任（二） - 近時の国家賠償責任論が民法理論に示唆するもの - 」，『法学 75巻1号』1-38頁（東北大学法学会，2011年）【中原・使用者責任二】
- 橋本公巨『憲法』（青林書院新社，1972年）【橋本・憲法】
- 晴山一穂『行政法の変容と行政の公共性』（法律文化社，2004年）【晴山・公共性】
- 藤田宙靖「行政主体相互間の法関係について」，西谷剛＝藤田宙靖＝磯部力＝碓井光明＝来生新編『政策実現と行政法 成田頼明先生古稀記念』83-105頁（有斐閣，1998年）【藤田・法関係】
- 松井茂記『日本国憲法（第3版）』（有斐閣，2007年）【松井・憲法】
- 三並敏克『「民営化された行政」への憲法の適用」，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』27-51頁（法律文化社，2005年）【三並・適用】

- 宮下紘「民営化時代における憲法の射程 - ステイト・アクション法理に対する新たな挑戦 - 」,『一橋法学 3巻3号』495-531頁(一橋大学大学院法学研究科,2004年)【宮下・射程】
- 山本隆司「日本における公私協働」,稲葉馨=巨理格編『藤田宙靖博士東北大学退職記念行政法の思考様式』171-232頁(青林書院,2008年)【山本・公私協働】
- 山本隆司「私人の行為による国家賠償(1):[9]最一小判平成19・1・25民集61巻1号1頁」,『法学教室 342号』58-68頁(有斐閣,2009年)【山本・国家賠償一】
- 山本隆司「私人の行為による国家賠償(2):[10]最二小決平成17・6・24判時1904号69頁(判例集62)」,『法学教室 343号』89-101頁(有斐閣,2009年)【山本・国家賠償二】
- 米丸恒治『私人による行政 - その法的統制の比較研究』(日本評論社,1999年)【米丸・私人】
- 米丸恒治『「民」による権力行使 - 私人による権力行使の諸相とその法的統制 - 」,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』52-80頁(法律文化社,2005年)【米丸・権力行使】
- 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』35-41頁(日本評論社,2007年)【米丸・民営化】
- 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『行政法の新構想行政救済法』305-322頁(有斐閣,2008年)【米丸・行政責任】
- 巨理格「公私機能分担の変容と行政法理論」,日本公法学会編『公法研究 65号』188-199頁(有斐閣,2003年)【巨理・変容】
- 巨理格「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』208-240頁(法律文化社,2005年)【巨理・拘束力】

