

行政活動の民営化¹と行政法学

本ファイルは、行政法研究 8 号(2015.5)107-122 頁に掲載していただいた拙稿の、草稿段階のものです。公表に当たり若干の修正を加えていますので、本草稿の無断引用はご遠慮下さい。引用される場合は、公表版の方からお願いします。

1. 「民営化」の系譜	1
1. 1 1980年代—民間委託の推進と三公社民営化	2
1. 2 2000年代—道路関係四公団の民営化・郵政事業民営化	2
1. 3 「公権力の行使」関連領域の民間委託	3
2. 「民営化」の概念と類型	5
2. 1 概念の多義性	5
2. 2 組織の民営化と業務の民営化	6
3. 民営化の法的手法と憲法的限界	7
3. 1 契約と行政処分	7
3. 2 「公権力の行使」との関係	7
3. 3 保障責任	8
4. 憲法上の要請?	9
4. 1 職業選択の自由	9
5 「経費の削減」と「質の維持向上」	10
5. 1 「経費の削減」と適切なコスト比較	10
5. 2 行政組織が保有すべき知識	11
5. 3 競争は促進されるか	11
6 賠償責任の分担	12

1. 「民営化」の系譜

福祉国家システムが困難を迎えた 1980 年代以降、程度と時期の相違はあるものの、国家と市場の関係、あるいは広く公—私の関係が、いずれの国においても問い直されている。本報告は、日本における行政活動の「民営化」現象に焦点を当てて、行政法学の立場から

¹ 当初東アジア行政法学会事務局に提出したタイトルでは「民間化」（参照、角松『『民間化』の法律学』国家学会雑誌 102 巻 11=12 号 719 頁）という用語を選択していたが、国際学会の性質上、日本でもっとも一般的に用いられている「民営化」の語を用いる方が望ましいと考え、タイトルを変更した。

検討するものである²。まずは1980年代から現在に至るまで、どのような「民営化」現象が問題になってきたかを見てみよう。

1. 1 1980年代—民間委託の推進と三公社民営化

1980年代以降、日本の政治・行政をめぐる議論において、「民営化」はたびたびトピックとされてきた。「増税なき財政再建」をスローガンとして掲げて1981年に発足した第二次臨時行政調査会（第二臨調）は、その答申においてたびたび、国・地方公共団体の活動の民間委託の推進の必要性を強調している³。

また第二臨調は、1982年に提出した第三次答申（いわゆる「基本答申」）で、三公社（日本国有鉄道（国鉄）、日本専売公社（専売公社）、日本電信電話公社（電電公社））の「民営化」を提言する。「公社」とは、それぞれ個別法（日本国有鉄道法、日本専売公社法、日本電信電話公社法）に基づいて政府出資の下に設立された法人であり、公共企業体等労働関係法⁴による労働関係の規律（争議行為の禁止など）を受けていたものである。1985年には専売公社・電電公社がそれぞれ新たな株式会社⁵として発足し（日本たばこ産業株式会社（JT）、日本電信電話株式会社（NTT）⁶）、1987年には国鉄が分割・民営化されていわゆる JRグループ⁷社⁷が発足した。

1. 2 2000年代—道路関係四公団の民営化・郵政事業民営化

2000年代において大きな政治問題となったものに、道路関係四公団の民営化及び郵政事業の民営化がある。

前者は2005年に行われた有料道路の建設及び管理に当たってきた特殊法人である道路関係四公団（日本道路公団、首都高速道路公団、阪神高速道路公団、本州四国連絡橋公団）の分割・民営化である。これらの民営化にあってはいわゆる上下分離方式がとられた。即ちインフラ部分（＝「下」。道路およびその付帯施設）は独立行政法人⁸日本高速道路保有・債務返済機構に一括して、譲渡され、運行・運営を担う主体（＝「上」）については、日本

²本報告の内容は、執筆時期の関係で、角松「行政事務事業の民営化」高木光／宇賀克也編『行政法の争点』（有斐閣、2014年）184-187頁に加筆修正を加えたものとどまっている。また、国際学会における報告の性質上、日本の読者には周知の内容も多く含まれていることをお断り申し上げる。

³小島重喜「外部委託—論議の推移と現況」ジュリスト814号（1984年）33頁（35頁）

⁴1948年法律第257号。現在は「特定独立行政法人の労働関係に関する法律」と名称変更されている。

⁵これらの会社は株式会社の形態をとっているが、その設立根拠は、なお個別法に基づくものであり、その意味で、日本行政法学上の「特殊法人」に分類される。また、政府が一定の株式を保有している。

⁶NTTは後にNTT東日本、NTT西日本に分割された。

⁷北海道旅客鉄道（JR北海道）・東日本旅客鉄道（JR東日本）・東海旅客鉄道（JR東海）・西日本旅客鉄道（JR西日本）・四国旅客鉄道（JR四国）・九州旅客鉄道（JR九州）・日本貨物鉄道（JR貨物）。これらの設立根拠は、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（1986年法律第88号）である。ただし、JR東日本、JR東海、JR西日本の3社については、その後株式の上場が進み、同法の対象から外れ、通常の民間会社と同様の扱いになった。

⁸独立行政法人とは、1999年の独立行政法人通則法に基づいて設けられた組織形態である。この制度は特殊法人改革の一環として導入されたものであり、New Public Managementの発想に基づく中期目標・中期計画の仕組みを軸にしたガバナンス構造が予定されている。

道路公団は分割されて東日本高速道路株式会社・中日本高速道路株式会社・西日本高速道路株式会社となり、首都高速道路公団は首都高速道路株式会社、阪神高速道路公団は阪神高速道路株式会社とされた。

後者は、小泉純一郎内閣の下における大きな政治課題であった。従来郵政事業（郵便・簡易保険・郵便貯金）は郵政省による国の直営として行われていた⁹が、2001年に郵政事業部門は郵政事業庁に組織再編され、2003年には特殊法人である日本郵政公社が設立されて郵政事業を担うことになった。小泉総理大臣にとって郵政民営化は宿願であり、2005年には国会に郵政民営化関連法案を提出したが、与党議員の造反により、同法案は衆議院では可決されたが参議院で否決された。それを受けて小泉内閣は衆議院¹⁰を解散し、続く総選挙では郵政民営化が最大の争点とされた。与党圧勝を受けて同内容の郵政民営化関連法案が可決され、2007年より、郵政事業は、持株会社である日本郵政株式会社の下に、郵便事業を担当する郵便事業株式会社、郵便局株式会社、郵便貯金業務を担当する株式会社ゆうちょ銀行、保険業務を担当する株式会社かんぽ生命保険に分割された¹¹。なお、2012年、民主党政権の下で郵政民営化を見直す法案が成立し、郵便事業株式会社と郵便局株式会社を合併し、日本郵便株式会社とされることになった。

1. 3 「公権力の行使」関連領域の民間委託

少し時点を遡ることになるが、1990年代後半以降、「公権力の行使」と深く関わる分野において、従来とは異なった態様で私人が行政活動に関与することを可能にするいくつかの法改正がなされている。

①指定確認検査機関 1998年の建築基準法改正により、従来建築主事のみが行っていた建築確認（行政処分であって、典型的な「公権力の行使」に属する）について、指定確認検査機関が行うこと（建基6条の2）が可能となった。個別法により、特定の行政権限を、行政庁によって指定された者に委任する現象は従来から見られ、その場合、受託者を「指定機関」と呼び、法人である場合当該法人を「指定法人」と呼ぶ用語法が一般的だった¹²。しかしこの建築基準法改正における指定確認検査機関は、公益法人だけでなく営利目的の株式会社等も指定される点で従来の指定機関とは異なっている。指定機関相互が市場で競争を行うことを当然に予定した仕組みとされたのである¹³。

②放置車両確認機関 2004年の道路交通法改正により、放置違反金制度（道路交通法 51

⁹ この点で、公社形式で行われていた日本国有鉄道等の場合とは異なる。

¹⁰ 法案を否決したのは参議院であったが、参議院には解散はなく、解散されたのは衆議院である。このような解散の正当性については憲法上議論の余地があった。

¹¹ それらに加えて、既存の契約の管理を担当する独立行政法人郵便貯金・簡易生命保険管理機構も設立された。

¹² 米丸恒治『私人による行政』（日本評論社、1999年）311頁、塩野宏『法治主義の諸相』（有斐閣、2001年）449頁

¹³ 参照、米丸恒治「建築基準法改正と指定機関制度の変容」政策科学7巻3号262頁。この制度は、後述する「民間委託」と「任務の民営化」のどちらの性格を有するのか判然としない（原田大樹『公共制度設計の基礎理論』（弘文堂、2014年）116頁）。

条の15)が設けられ、放置車両がある場合、運転者の責任とは別に、車両の使用者（車両を使用する権限を有し、車両の運行を支配・管理する者）に対して公安委員会が放置違反金の納付を命ずることができるものとされた(同法51条の4)。その際、放置車両の確認・標章取り付けの事務を民間法人を含む放置車両確認機関(同法51条の8)に委託することが可能とされた¹⁴

③指定管理者制度 2003年の地方自治法改正で導入された（地方自治法244条の2③）指定管理者制度は、条例の定めにより、法人その他の団体に公の施設の管理を行わせることができるとするものである。公の施設については、それ以前から、清掃・警備等の契約による業務委託に加えて、条例に基づき出資法人等に契約により管理事務を委託する「管理委託」制度が存在したが、行政処分である使用許可権限までも委託することが許されるかどうかについては、争いがあった¹⁵。これに対して指定管理者制度は、個々の施設に関して条例で定めを置くこと、また議会が議決することを前提として、出資団体に限られない法人その他の団体を指定し、使用許可等も含めた管理権限を委任することを可能にするものである¹⁶

④公共サービス改革法 2006年に成立した公共サービス改革法¹⁷は、「(公共サービスの)実施を民間が担うことができるものは民間にゆだねる」という観点（同法1条）を掲げた上で、官民競争入札等（同法2条6項・7項）の制度（市場化テスト）を導入する。その対象となる「公共サービス」（同法2条4項）は、一般公共サービス(1号)¹⁸と特定公共サービス(2号)の二種に分かれる。

前者は、同項1号に定める施設の設置・運営、研修、相談、調査研究等、「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」であって、「国の行政機関等が自ら実施する必要がない業務」である。主に給付行政が念頭におかれ、行政処分は明文で除かれる¹⁹。

これに対して後者は、民間事業者が実施するためには「法律の特例」（2条5項）が必要とされる業務である。これには地方公共団体の業務も含まれるが、特例には「法律」の定めが必要であり、条例による特例は想定されていない²⁰。文理上は「行政処分」も排除されず、官民競争入札等の対象とすることも可能だと内閣府は解釈している²¹が、現在のところそれにあたる例はない。同法成立時に、職業安定法（32条）、国民年金法（33条）、戸籍法

¹⁴ 参照、北村博文「違法駐車対策に関する制度改正について」警察学論集57巻9号13頁、宇賀克也「違法駐車に対する使用者責任」ジュリスト1258号2頁、高橋明男「駐車規制」ジュリスト1330号17頁。

¹⁵ 稲葉馨「公の施設法制と指定管理者制度」法学67巻5号691頁

¹⁶ 参照、成田頼明監修『指定管理者制度のすべて（改訂版）』（第一法規、2009年）

¹⁷ 「競争の導入による公共サービスの改革に関する法律」（2006年法律第51号）

¹⁸ 参照、碓井光明「政府業務の民間開放と法制度の変革」江頭憲治郎/碓井光明編『法の再構築Ⅰ』（東京大学出版会、2007年）17頁）

¹⁹ 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38頁）。なお、異なる「公共サービス」概念として、公共サービス基本法(2009年法40号)2条。参照、内田貴・制度的契約論（羽鳥書店、2010年）9頁。

²⁰ 橋本・前注(19)、39頁

²¹ 内閣府公共サービス改革推進室編・詳解公共サービス改革法(ぎょうせい、2006年)49頁

(34条)について法律の特例が設けられ、2009年改正によって不動産登記法(33条の2)、刑事収容施設法(33条の3)が加えられた。なお、公共サービスを実施する民間事業者には、守秘義務・みなし公務員規定が適用される(同25条)。

⑤刑事収容施設業務の民間委託 ④で「特定公共サービス」としてあげた刑事収容施設業務の民間委託は、PFI方式と構造改革特区の仕組みを活用して既に2007年から行われていた。その際、(1)「権力性が強く、委託に馴染まない事務」(手錠・武器等の使用、面会・信書発受拒否等の処分、懲罰等)(2)権力性が弱く、法律の根拠等を設けることにより委託可能な事務(所持品検査、健康診断、施設警備、職業訓練、書籍等の検査等)(3)契約により委託可能な事務(総務系事務、庁舎警備、給食・洗濯・清掃等)に事務を分類し、(2)について、構造改革特別区域法に監獄法の特例規定が設けられた²²。上記公共サービス改革法2009年改正は、同様の事務分類を前提とした上で、特区に限らず全国展開し、また、既存の刑事施設についても、官民競争入札等による委託を可能としたものである²³。

2. 「民営化」の概念と類型

2. 1 概念の多義性

以上見てきたところからわかるように、「民営化」には多様な現象が含まれ、明確な輪郭を有する概念ではない。組織形態、あるいは業務実施態様における「私的」な要素を強める方向の変化²⁴の全てあるいはいずれかを示すものとして用いられている語だということができよう²⁵。

「民営化」の政治的な動因も様々である。例えば民間委託の活用が主張される場合、効率化によって行政コストを削減する必要性が強調される。国鉄の分割・民営化の際にも、従来の経営の非効率性が喧伝された。また、少なくとも「分割」の要否に関する政治判断については、労働組合の状況とその政府との関係も影響していたと考えられる。これに対して郵政民営化の場合、郵便局が銀行業務や保険業務によって集めた資金が、特殊法人に貸し出される財政投融资の原資になっていたことが、政治的にはより問題にされていた。

また、「民営化」と規制緩和はイコールではなく、前者が国家の活動の縮小だと言い切ることできない。上に挙げた指定確認検査機関や放置車両確認機関の事例のように、行政のリソース不足を民間の活用で補って規制の実効性を高めようとする例も見られる。この場合、むしろ民間委託によって規制を強化することが目指されていると言える。

公私協働の形態がますます多様化する中で、公的主体のみによる事務事業処理から公私協働形態への移行、あるいは公私協働のある形態から他の形態への移行もきわめて多様なものとなる。そのうちのどの現象を「民営化」概念に含めるべきか、論理必然的要請は存

²² 吉野智「公権力の行使にかかわる業務の民間委託について(下)」捜査研究660号88頁

²³ 吉野智「公共サービス改革法の活用と今後の展望」法律のひろば2009年7月号51頁、佐藤響子「公共サービス改革法に基づく刑事施設の運営業務に係る民間委託について」刑政122巻2号42頁。

²⁴ 板垣勝彦『保障行政の法理論』(弘文堂、2013年)103頁は「動的な移行の過程」とする。

²⁵ 民営化の他に「私化」(米丸恒治・前注(12))「民間化」(角松・前注(1))等の語も用いられることがある。

在しない。また、現段階において、法概念としての「民営化」に道具概念性は期待できず、考察対象の限定と問題発見的な機能を担うにとどまるから、入口で土俵を狭める必要性は小さい。

「概念の政治」からの解放が、行政法学の課題となるだろう。「民営化」は前述のように本来多義的な概念だが、その概念自体にスローガンのようにポジティブな意味が付与される場合が多い²⁶。飯尾潤によれば、1980年代の民営化においては「民営化という言葉が曖昧なまま時代を表現する言葉として、何かしら好ましい印象を持って語られるということに、政治的な『うねり』を作り出す要素があった。……民営化は好ましいという共通理解があったん成立してしまうと、そのほかの選択肢は見えにくくなる」²⁷とされる。

概念の connotation に依拠して議論するのではなく、「民営化」の諸類型・諸要素を区別して論じ、それぞれに妥当する規範的要請の相違を意識すること、公私協働の多様な類型と経営形態ごとの企業統治のありようの差異を踏まえた上で、政策的選択肢の諸類型とその得失を冷静に分析する土俵を設定することこそが、法的考察に期待される役割であろう。

2. 2 組織の民営化と業務の民営化

「民営化」現象は、組織の民営化と任務の民営化とに大別できる。

前者は、従来公共団体(国・地方公共団体)またはそれらと密接な関連を有する組織が担っていた業務について、新たな組織の設立、組織ないし所有形態の変更、既存の法人等への経営ないし事業譲渡を行うものである²⁸。日本国有鉄道改革法(1986年法律第87号)第6条・第8条や郵政民営化法(2005年法律第97号)に代表されるように、実定法律上の「民営化」の用例のほとんどはこの類型に属する。また、政府保有株式を全て民間に売却することを指す「完全民営化」も法律上の用例がある²⁹。なお、独立行政法人への設置形態の変更³⁰は、「民間の主体にゆだねた場合には必ずしも実施されないおそれがある」事務事業を実施するという同法人の位置づけ(独立行政法人通則法2条)からして、「民営化」とは実定法上区別されている。

1. 1で見たように、事務事業の処理を私人に委託するいわゆる民間委託は、地方公共団体においてはかなり以前から定着していた。従来の「民間委託」は、基本的には民法上の請負契約によって処理され、公的主体が「当該事務事業に関する行政責任を遂行する上で必要な監督権限等を留保した上で」³¹の委託である。例えば、一般廃棄物処理の民間委託の場合、廃棄物処理法は、市町村の処理責任を前提とした上で受託者の人的要件等につい

²⁶山本隆司「民営化または法人化の功罪(上)」ジュリスト1356号27頁。参照、「民間開放」概念についての同様の指摘として、内田貴・前注(19)8頁。

²⁷飯尾『民営化の政治過程』(東京大学出版会、1993年)232-233頁。ただし、飯尾はこの現象を否定的には評価しない

²⁸参照、原田・前注(13)、115-116頁。

²⁹株式会社商工組合中央金庫法(2007年法律第74号)1条、株式会社日本政策投資銀行法(2007年法律第85号)1条

³⁰「法人化」(山本・前注(26)、27頁)

³¹小島・前注(3)、34頁

て詳細に規定し、また、基本的な計画の作成の委託を禁ずる³²。つまり、「民間委託」の場合は、業務遂行についての行政責任は失われていないのである。

これに対して、従来担ってきた業務から公的主体が撤退し、私経済主体に委ねる「任務の民営化」は、業務遂行責任自体を消滅させるものであり、上記の民間委託とは区別される。³³しかし実際には組織の民営化と任務の民営化がセットでなされる場合や、民間委託と任務の民営化の両者の性格を含む制度設計もありうる³⁴。また、業務遂行からは公的主体が撤退するが、後述する保障責任・捕捉責任は残る場合もある。

3. 民営化の法的手法と憲法的限界

3. 1 契約と行政処分

1. 3 で見たような「公権力の行使」に関わる領域における新たな形態の民間委託がなされる際、その法的手法は、①公共サービス改革法に典型的な、契約を中心とする手法³⁵と、②指定管理者制度に典型的な、二段階の行政処分（行政処分としての指定及び指定管理者への行政処分権限の付与）を中心とする手法とに大別される。

契約・行政処分それぞれの手法が備えている統制スキームの利害得失の比較が必要になるだろう^{35a}。例えば指定管理者制度の導入に際しては、「〔管理委託による〕個別的契約的処理から一般的・権力的(一方的)な監督制度への転換」によって、「〔公の施設〕法制からの潜脱」を防止する意図があった³⁶と言われる。他方、指定管理者の指定は請負契約に該当しないため、地方自治法の契約に関する規制や兼業禁止規定が働かないという問題点も指摘される³⁷。

3. 2 「公権力の行使」との関係

また、民間委託の憲法的限界としての「公権力の行使」との緊張関係が問題になる。米丸恒治は、責任内閣制と自力救済の禁止から、「指揮監督を行い責任を負うことができる組織または公務員による行政が原則」であり、即ち「権力の国家独占原則」が日本国憲法上妥当すると論じる³⁸。ただし、この原則は、(1)「実力の発動」あるいは「法的な公権力の行

³² 廃棄物の処理および清掃に関する法律第6条の2、同法施行令第4条

³³ そもそもこれを「民営化」概念に含めるかどうかについても議論がある。参照、大脇成昭「民営化法理の類型論的考察」法政研究 66 巻 1 号 298 頁、松塚晋輔『民営化の責任論』（成文堂、2003 年）8 頁

³⁴ 原田・前注(13)、116 頁

³⁵ 橋本博之は、公共サービス改革法を「パッケージとして委託するための斬新な契約手法の導入」として高く評価する。橋本・前注(19)、47 頁。

^{35a} 正木宏長「民間委託と自治体の執行・管理責任」高橋滋編集代表『執行管理—法令の解釈・運用、行政評価、住民参加』（ぎょうせい、2013 年）67-96 頁(77-82 頁)は、契約の場合について、委託の相手方の選択及び再委託の規制について検討する。

³⁶ 稲葉・前注(15)、695 頁、697 頁。参照、正木・前掲注(35a)、82 頁

³⁷ 三野靖『指定管理者制度』（公人社、2005 年）27-28 頁

³⁸ 米丸・前注(12)、357 頁、米丸『「民」による権力行使』小林武ほか編『「民」による行政』（法律文化社、

使の活動」にしか及ばず、給付行政についての適用は予定されない、また(2)個別具体的な合理性があれば例外も認められるとされる。

このような緊張関係に鑑み、契約的手法がとられる際(3. 1①)、業務を「公権力の行使」とその補助業務とに細分化し³⁹、前者を公行政に留保した上で、法律上の根拠を与えた上で後者を契約により委託する手法がとられるのが通常である(例: 放置車両確認機関、刑事収容施設の民間委託)⁴⁰。

契約的手法により行政処分も含めて私人に委ねることの可否については議論がありうる。前述のように、公共サービス改革法の「特定公共サービス」について、内閣府は行政処分も含めて官民競争入札等の対象とすることも可能と解釈している⁴¹が、それに批判的な見解もある⁴²。

行政処分による手法(3. 1②)がとられる場合も、私人への委託には一定の限界がある。裁量の広狭や授益処分と侵害処分の区別などがその際の考慮要素になることについて学説はほぼ一致する⁴³が、これが立法政策上の指針に止まるのか⁴⁴、憲法上の限界があるか⁴⁵については見解が分かれる。

注意すべきは、業務内容とその法的位置づけを変化させることによって民営化の可否が異なりうることである。例えば上述の放置車両確認の場合、運転者の駐車違反に対する行政刑罰とは別個独立のものとして、放置駐車についての使用者責任に対する行政上の秩序罰としての放置違反金制度を法定した。後者は犯罪とはされず、また違反自体が「現認・明白・定型」⁴⁶であることから、納付命令の準備行為と事実行行為としての標章取り付けの委託が可能とされたわけである⁴⁷。

3. 3 保障責任

民営化やその他の公私協働現象の進展に伴い、国家が負うべき責任は、サービスの直接の履行よりもむしろ当該領域全体を見渡した制度設計と、安定した作動の保障に移行して

2005年)68頁

³⁹ 白藤博行「公行政・公務の『民化』政策はどこまで進むのか」法と民主主義 406号2頁(4頁)は、このような細分化を「行政過程をかえってバラバラにしている」と批判する。

⁴⁰ 「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」ことをドイツで「手続私化」と呼ぶことがある(板垣・前注(24)、116頁)があるが、概念について十分な合意はない。

⁴¹ 参照、前注(21)

⁴² 人見剛「市場化テスト法案分析」月刊自治研 48号31頁、戸部真澄「『公の支配』領域の再考」月刊自治研 49号44頁

⁴³ 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10頁。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職記念『行政法の思考様式』(青林書院、2008年)197頁は「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」は不可とする。

⁴⁴ 碓井・前注(18)、25頁、小幡・前注(43)、8頁、16頁。

⁴⁵ 山本・前注(43)、197頁(「人権保障と民主制原理の要請」、戸部・前注(42)、41頁(不文の「国家の権力独占原則」から「侵害行政にかかる法的行為」及び「侵害行政にかかる事実行為であって、身体等への実力行使のようにそれ自体権利侵害を伴うもの」は禁止)

⁴⁶ 北村・前注(14)、15頁

⁴⁷ 参照、座談会「公共サービス改革」法学教室 313号30頁、43頁(櫻井敬子発言)、45頁(八代尚宏発言)。

きている。私人の側の多様な発意と競争を前提とした上で、国家には「公共善実現過程を安定化させ、その過程の概観可能性・一貫性を保障」する役割⁴⁸が期待される。

この点で近年、ドイツにおける「保障行政」ないし「保障国家」概念が注目されている⁴⁹。この議論では「遂行責任」「保障責任」「捕捉責任」の3種類の区別を前提として、民営化によって国家が「遂行責任」を手放した場合であっても、規制・介入等によって「保障責任」を負い続ける、また、私人による任務遂行が機能しなくなった場合には、事態を收拾すべき「捕捉責任」があることが説かれる⁵⁰。「保障行政」等の概念は、未だ法解釈論上・教義学上の明確な輪郭を有せず⁵¹、現時点ではむしろ「発見的概念」⁵²としての役割が期待されるだろう。

4. 憲法上の要請？

4. 1 職業選択の自由

かつての郵便事業や専売公社によるたばこ・塩の専売制度におけるように、特定の業務について国家的独占と私人による遂行禁止が定められている場合、憲法 22 条の職業選択の自由との関係が問題になる。

もっとも、民間委託の類型に属する業務については、職業の自由とその制限という図式で考えることは困難な場合が多い（放置車両確認業務を想起せよ）。また、民営化が行われた後もユニバーサル・サービスの保障等の観点から規制が課せられる場合がある⁵³が、その当否は、民営化とはひとまず区別して検討する方が有益である。

2 公的主体の活動の限界

個人の憲法上の権利という観点からの考察とは別に、公的主体による活動に対して仮に憲法が何らかの制約を置いているとすれば、その限りで民営化が要請されるだろう。

しかし、第一に、「国家は民間によっては行えないような事務のみを行うべき」⁵⁴とするいわゆる補足的原理がドイツで論じられるが、憲法原理としての妥当を主張する見解は有

⁴⁸ 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)』（有斐閣、2000年）、535頁

⁴⁹ 参照、板垣・前注(24)（同書の書評として、上代庸平・財政法叢書(30)『大学運営と税財政法上の課題』（2014年）127頁、角松・季刊行政管理研究 145号 52頁）、三宅雄彦『保障国家論と憲法学』（尚学社、2013年）。

⁵⁰ 参照、人見剛「ドイツにおける市町村生活基盤配慮行政の（再）公営化」清水誠先生追悼『日本社会と市民法学』（日本評論社、2013年）403頁、ヤン・ツイコー（人見訳）「再公営化」立教法務研究 7号 62-63頁。

⁵¹ 批判として参照、三宅・前注(49)8頁、62頁以下。

⁵² 板垣・前注(24)、243頁

⁵³ 例えば郵政民営化後も、郵便については日本郵便株式会社の事業独占（郵便法 4条）が定められ、信書便法（民間事業者による信書の送達に関する法律（2002年法 99号）による一般信書便事業・特定信書便事業への参入にも、クリーム・スキミング防止のための参入規制が設けられている。参照、橋本賢治「信書便事業をめぐる現状と課題」立法と調査 321号 113頁。

⁵⁴ 大脇・前注(33)、305頁

力ではなく⁵⁵、まして、日本国憲法上の手がかりは薄弱である。

第二に、憲法 22 条・29 条などから、日本国憲法が「原理としての秩序ある市場経済を予定しており」、「積極目的による規制とは、市場経済秩序を維持するための規制」に原則として限られるとする見解⁵⁶は傾聴に値するが、経済制度に関する規定をほとんど有しない日本国憲法から特定の競争秩序への選択を読み込むことには困難がある⁵⁷。前述した（1. 3. ④）公共サービス改革法 1 条は「民間が担うことができるものは民間にゆだねる」という観点を掲げるが、それは憲法上の要請ではなく、あくまで政策的選択として理解すべきである。同法の対象が、主として「民間委託」の類型—前述のように、業務遂行についての行政責任を残した上で私人がそれに従事する場合であって、私人の本来的な経済活動の自由に属するものとは言い難い—に含まれる活動であることを想起すれば、なおさらであろう。

5 「経費の削減」と「質の維持向上」

前記（1. 3. ④）の公共サービス改革法は、目的として、「公共サービスの質の維持向上及び経費の削減」（1 条）、理念として「良質かつ低廉な公共サービス」（3 条 1 項）を掲げる。しかし、一方の課題としての「経費の削減」ないし「低廉」、他方の課題としての「質の維持向上」ないし「良質」とは、「通常両立しない」⁵⁸とまでは言えないにしても、本質的に緊張関係に立つものである。

5. 1. 「経費の削減」と適切なコスト比較

「経費の削減」の観点からは、公・民のコスト比較にあたってどのような項目を算入すべきかが問題になる。民営化に伴いサービスの公共性を維持するための再規制⁵⁹の費用、民間委託の場合における契約締結費用、モニタリング・評価費用なども検討した上で効率性を比較しているかどうか問題になるだろう。

適正な労働条件の確保が経費削減と緊張関係に立つ場合もありうる。「官製ワーキングプア」⁶⁰という批判はスローガンの過ぎるとしても、民間事業者とは異なり「雇用政策や労働福祉行政の一端を担っている自治体」⁶¹としては無視すべきでない関心事だろう。しばしば問題になる偽装請負⁶²といった労働法上の違法行為が許されないのは当然として、民間委託を行うかどうかの判断、また委託先の選定にあたり、労働条件等も含めて当該地方公共団体の経済に及ぼす多面的・マクロ的な影響を考慮要素として総合的に評価すべきではな

⁵⁵ 参照、山本・前注(48)、533 頁、角松・前注(1)、743 頁

⁵⁶ 平松毅「経済活動の規制緩和の基準と違憲審査の基準(上)」ジュリ 1078 号 57 頁

⁵⁷ 石川健治「営業の自由とその規制」大石眞／石川健治編『憲法の争点』（有斐閣、2008 年）149 頁

⁵⁸ 尾林芳匡『新・自治体民営化と公共サービスの質』（自治体研究社、2008 年）111 頁

⁵⁹ 原田・前注(13)、117 頁。

⁶⁰ 城塚健之『官製ワーキングプアを生んだ公共サービス「改革」』（自治体研究社、2008 年）

⁶¹ 三野・前注(37)、135 頁

⁶² 参照、内閣府「地方公共団体の適正な請負（委託）事業推進のための手引き」（2012、2014(一部改訂)）

いか⁶³。そのことは公共サービスの品質と継続性の担保にもつながるだろう⁶⁴。

5. 2. 行政組織が保有すべき知識

「質の維持向上」の観点からは、民間事業者の方が優れた技術・創意工夫・ノウハウを持っているような分野における民営化は肯定されうる⁶⁵。しかしその場合、民間事業者におけるかかるポテンシャルの有無、そして優れた提案を専門的かつ適切に評価する能力を公的主体が有するかどうかの問題になる。当該公の施設に必要とされる専門性のあり方についての明確なビジョンを行政が有しない場合、単なる思いつきと優れた創意工夫とを区別することはできない。また、アウトカムを適切に評価する体制の構築も重要な課題である。

この点とも関連するが、行政組織に保存されていた知識の民営化による喪失も危惧される。2006年4月の「構造計算書偽装問題に関する緊急調査委員会報告書」⁶⁶は、建築確認をする側の申請者に対する技術的優位の喪失を、偽装が見過ごされた構造的背景として指摘する⁶⁷。「かつては特定行政庁のベテラン職員の『事前相談』による工学的知見のやり取りによって補完されていた機能も、技術の高度化や確認する側の相対的な能力の低下、建築確認の民間開放の過程で消失しつつある」⁶⁸というのである。民営化を行わなくてもかかる知識の喪失は生じうるが、「最先端」としての現場実践から切り離されたことで、…「プレーヤー」としてこなしてきた業務の経験のないままに、……管理監督業務につかなければならなくなる」という危惧は、普遍的に妥当するだろう⁶⁹。

5. 3 競争は促進されるか

競争による市場的規律が、サービスの質を担保することも確かにありえよう。しかし例えば、指定管理者の再指定にあたり、市区町村における非公募の多さ、特に都道府県で公募しても現管理者が指定される場合が少なくないという実態がある⁷⁰。地方の市町村については応募する事業者が見込まれないこと、大規模な施設が多い都道府県の場合も管理運営できる事業者が限定され、「2回目以降の指定管理については、現管理者が圧倒的に有利である」ことも指摘される⁷¹。競争による効率化と質の向上を期待するのなら、適切有効な競

⁶³ 入札に際しての価格の有利性その他の要素との関係について参照、最判 2006 年 10 月 26 日判時 1953 号 122 頁

⁶⁴ 稲沢克祐「自治体アウトソーシングの様相」都市問題 104 巻 11 号 67 頁は「フルコスト・リカバリー」の指針、嶋田暁文「公務遂行主体の民間化の受けとめ方」自治総研 368 号 45 頁は「『リビング・ウェイジの保障』といった公正労働基準」を示唆する。

⁶⁵ 小幡・前注(43)9 頁、戸部・前注(42)、4 4 頁。

⁶⁶ http://www.mlit.go.jp/kisha/kisha06/15/150406_.html

⁶⁷ 同報告書 10 頁

⁶⁸ 同上、12-13 頁

⁶⁹ 大杉覚「アウトソーシングと自治体の責任」都市問題 104 巻 11 号 59 頁。「国家の『行動知』が失われるジレンマ」について、板垣・前注(24)、303 頁、442 頁

⁷⁰ 参照、総務省「公の施設の指定管理者制度の導入状況等に関する調査結果」(2012 年 11 月)

http://www.soumu.go.jp/menu_news/s-news/01gvosei04_02000015.html

⁷¹ 三野靖「導入 10 年,指定管理者制度の実態と課題」都市問題 104 巻 11 号 74 頁

争市場が実際に創出されるかどうか、予め見通しを持っておく必要があるし、運用にあたってその点に配慮する必要があるだろう。

6 賠償責任の分担

民営化後も公的主体が国家賠償法に基づく責任を負い続けるかどうかという問題がある⁷²。この点が問題になったのが、児童養護施設に関する最判 2007 年 1 月 25 日民集 61 卷 1 号 1 頁⁷³である。同判決は、社会福祉法人が設置運営する児童養護施設の長の児童福祉法に基づく養育監護行為は「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」だとして、同行為は「都道府県の公権力の行使に当たる公務員の職務行為」であり、県は国家賠償法 1 条に基づく賠償責任を負うとした。その一方で、公務員の個人責任を否定する判例理論（最判 1955 年 4 月 19 日民集 9 卷 5 号 534 頁）はこの場合もあてはまり、施設職員個人が民法 709 条に基づく責任を負わないのみならず、使用者たる社会福祉法人も民法 715 条に基づく責任を負わないとしたのである⁷⁴。

この場合の国・公共団体の責任が、被害者に対する賠償を担保する意味でいわば「単純保証」する責任⁷⁵にとどまらず、私的主体との関係において最終的な費用負担者になるとすれば⁷⁶、モラル・ハザードの問題⁷⁷が生じうる。この点は、競争的環境の下で営利活動として業務を遂行することが予定されている指定確認検査機関について特に問題である⁷⁸。他方で、私的主体の担当者個人あるいは組織化の程度の低い団体ないし法人に責任を負わせると、公務員個人責任が否定されている趣旨に反することもあり得る⁷⁹。そのため、事務の「本来」の帰属を重視するのではなく、公共団体の行為と私的主体の行為の可分・不可分に注目する解釈論⁸⁰も提起されている。なお実務上は、損害賠償の場合のリスク分担について、公共団体と私的主体との間で予め協定を結ぶなどの例も多い⁸¹。

⁷² 前述「保障責任」（3. 3）の一つの局面であるが、それと同一ではない。板垣・前注(24)、453 頁

⁷³ 山本隆司『判例から探究する行政法』（有斐閣、2012 年）583-601 頁、中原太郎「判批」行政判例百選 II 490 頁及びこれら掲記の文献参照。

⁷⁴ 直接的には国家賠償責任に関するものではないが、最決 2005 年 6 月 24 日判時 1904 号 69 頁は、指定確認検査機関による建築確認に関する「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する権限を有する建築主事が置かれた地方公共団体」だとして、当該地方公共団体に対する行訴法 21 条に基づく訴えの変更を認めている。参照、山本・前注(73)、602 頁、その後の展開も含めて、金子正史「指定確認検査機関のした建築確認の違法を理由とする国家賠償請求訴訟の賠償責任者」同志社法学 64 卷 7 号 2107 頁。

⁷⁵ 山本・前注(73)、616 頁

⁷⁶ 国家賠償法 1 条 2 項によれば、公務員に対して国・地方公共団体が求償することが可能であるが、それは少なくとも文言上は、故意・重過失の場合に限定される

⁷⁷ 原田大樹「判批」法政研究 74 卷 2 号 362 頁

⁷⁸ 参照、米丸恒治「行政の多元化と行政責任」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅲ』（有斐閣、2009 年）310 頁。

⁷⁹ 山本・前注(73)597 頁。さらに参照、横田光平「判批」法学協会雑誌 125 卷 12 号 2799 頁。「モラル・ハザードと萎縮効果の調整」について、板垣・前注(24)、492 頁。

⁸⁰ 山本・前注(73)、621 頁

⁸¹ 総務省・前注(70)によると 91.2%の施設においてこのような協定の締結などが行われている。指定管理者が施設賠償責任保険に加入することも求められる例がある(例：横浜市指定管理者運用ガイドライン <http://www.city.yokohama.lg.jp/seisaku/kyoso/siteikanrisha/guideline.html>)が、協定に基づく請求権と前

記の国家賠償法上の求償権との法的関係も問題になり得よう。