

指定機関による行政の法律問題

——日本における「私人による行政」手法の法的統制——

米 丸 恒 治

はじめに

第一章 ドイツにおける「私人による行政」の現況―予備的考察―

第二章 指定機関制度の概要

第一節 現行法における指定機関制度の利用状況とその背景

第二節 指定機関をめぐる法規定

第三章 指定機関による行政の法的諸問題

第一節 委任行政庁―指定機関間の法関係

第二節 指定機関―国民間の法関係

第四章 指定機関による行政手法とその問題点

第一節 指定機関による行政手法の限界

第二節 指定機関による行政の問題点

おわりに

はじめに

本稿の課題は、指定機関による行政の現状を法令レベルで概観し、その活動をめぐる行政法的な法律問題について若干

の比較法的な視点を入れつつ検討することである。

ここでいう指定機関とは、さしあたり「通常の行政機関から指定を受けることにより特定の行政権限^①を委任され、それを行使する私人」のことを指称するものとしておくが、これらは法令上、「指定検査機関」、「指定試験機関」などのように「指定：機関」という略称が用いられているものである。この用語は、そもそも以下で検討する法現象についての議論自体がこれまでほとんどないこともあり、行政法学上は一般的なものではない。しかしこれらは、後述のように、わが国の現行法上、多くの法律で取り入れられており、また検査検定など国民生活との直接の関わり合いも極めて大きくなっている行政法現象である。

一般的にいつて、現在の行政法現象においては、国、地方公共団体、特殊法人など通常の行政法の文献で扱われている行政担当団体以外の「私人」が、それらの通常の行政機関が行う行政活動を委任されて行う現象^③が増加している。しかし国民の権利利益との関係でのそれらの活動の重要性にもかかわらず、従来の行政法学の議論では、かかる私人の統制やかかる私人の活動の相手方たる国民の権利救済が俎上にのぼせられることはただちにはなかった。そこでこの現代的現象の法的統制のための作業が必要となるが、まずはこの極めて現代的な行政現象を、従来の行政法学の議論枠組み^④および行政法上の諸制度との関係でどう位置付けるかを検討した上で、法的統制の枠組みを用意することが意味あるように思われる。本稿は、以上のような問題意識からする作業である。

さて、後に述べるように、指定機関をめぐる法現象は、筆者がこれまで検討してきたドイツにおける「私人による行政^⑥」の代表例とされる「技術監視協会 (Technische Überwachungsvereine; TÜV)」の検査活動をめぐる法規制と酷似している。また、当該団体をめぐる法的な問題も同様のものが多い。そこで、本稿では、ただ単に日本法上指定機関の制度がどのように取り入れられているのかを概観するだけでなく、ドイツの技術監視協会をめぐる法規定や学説の議論状況等を比較の対象としながら、作業を行うことにしたい。

さて、本稿の作業は、概要以下のとおりである。まず、第一章では、これまでの筆者の作業を振り返り、また指定機関制度との比較を行うために、ドイツでの「私人による行政」の例として、「私人への行政権限委任（特許）（*Beleihung*）」を受けた者（*Belehene*）、すなわち筆者の訳語でいう特許者をめぐる法規定がどのような構造でおかれているかを、「技術監視協会」などの例に即して概観し、特許の制度の最近の展開も整理する。第二章では、わが国の現行法上、通常の行政機関の権限行使を代替することが法令上予定されている指定機関制度がどのような法分野で、どの程度導入されているのかを見る。若干の歴史的な事例をもち混ぜつつ、現行法では典型的にどのような規定をおいているかを整理する。次に、第三章で、指定機関をめぐる法関係を、いくつかの局面毎に検討した上で、従来の行政法学の一般的な体系または制度との接合を試みることにする。最後に第四章では、指定機関による行政手法の憲法上の限界についての試論を展開するとともに、指定機関による行政手法がどのような問題点をはらんでいるのかを指摘してみた。

第一章 ドイツにおける「私人による行政」の現況—予備的考察—

一 本稿に先立つ一連の作業においては、私人をも利用しつつ遂行される現代的な行政手法の法的統制のために、ドイツ行政法の「私人への行政権限委任（特許）*Beleihung*」の制度の意義と限界を明らかにするために、若干の考察を行った。私人への行政権限委任の制度または権限委任された特許者をめぐる議論は、歴史的には鉄道特許などとの関連で生成してきた概念であり、⁸⁾ 国家の独占的企業経営権、レガールを前提とした克服されるべき遺物、化石ともみられる制度であつたが、近年、ドイツにおいてはその現代的活用とよべるような法現象が生じている。既に別稿で考察していることを簡単に整理すると同時に最近の展開をも補足しつつ、以下に、ドイツでの議論状況を考察しておく。

二 ドイツ行政法学の特許をめぐる議論の大筋は、法律によりまたは法律に基づき行政庁の行為により委任された行政権

限を行使する私人（特許者）を、行政手続法、行政実体法、行政争訟法および国家責任法上それぞれ行政庁または公務担当者として位置付け、通常の行政作用または行政庁の活動に対して用意されている諸制度を、当該私人に対し、変則的にはあるが、適用しようとする⁽¹⁰⁾。

すなわち、通常の行政組織でない私人であつても、委任された行政権限を行使しているかぎりにおいて、当該私人は、行政手続法に基づき行政庁として行政作用を行い（行政行為発給権限または公法契約締結権限を含む⁽¹¹⁾⁽¹²⁾）、そしてその活動に瑕疵があれば、当該私人の行為を不服審査または行政裁判のルートで争うことができる⁽¹³⁾。さらにまた当該活動により権利を侵害された国民は、国家責任法の原則に基づいて、当該私人が行使した権限の帰属主体たる行政主体に対し損害賠償を請求することができる⁽¹⁴⁾とされてきている。

三 以上が典型的な特許の制度であるが、それではどのような私人が特許者の例として存在するのか。以下、概観する。

① 技術監視協会の専門官

特許の制度が当てはまる典型的な例とされながら、異論も極めて多かつたものとして、ほとんどの州で設立されている技術監視協会（Technische Überwachungsvereine⁽¹⁵⁾、以下、略称 TÜV）テュフを用いる（またはそこに雇用されている専門官（Sachverständige）の例がある⁽¹⁶⁾）。技術監視協会は、もともとは民間の技術者団体たる登記済み社団である。協会は、技術者団体として、任意の検査、試験、測定などの技術管理サービスを提供するとともに⁽¹⁶⁾、法令に基づき指定を受けて特定の国家的権限とされる、検査、試験を行つている。学説判例上、国家的権限行使の例として議論されてきたのが、営業法（Gewerbeordnung）二四条以下の要監視設備（überwachungsbedürftige Anlage）の検査および道路交通許可法（Straßenverkehrs-Zulassungsordnung）上の自動車検査および自動車運転免許試験の実施およびその免許証の交付の権限⁽¹⁸⁾である。これらの技術監視の活動は、予め一般的に国民に権力的な規制を課した上で、テュフの検査または試験の合格によって、その規制を解除する作用である。テュフは、公権力の行使と解されるようなこれらの活動を委任を受けて遂行

し、定額の手数料を徴収することとされていた。

テュフは、これまで若干の州の国家機関とつながって独占的な検査検定権限を行使してきたが、最近では、EC統合の影響を受けて急速に進みつつある規制緩和政策の結果、検査権限の独占が一部では既に崩れている。⁽¹⁹⁾

テュフおよび専門官に対する監督作用としては、専門官に対する行政庁の承認、技術監視協会またはそれが指定されている道路交通許可令上の技術検査場もしくは営業法上の技術監視組織に対する承認、承認の撤回、報告義務、資料提出義務、役職員の任免への同意、業務規則の承認、指揮命令権の授権などが法令上定められている。⁽²⁰⁾

② 船長、航空機機長

テュフとつながって特許者の例とされてきたのが、船員法に基づく船長⁽²³⁾、航空法に基づく航空機の機長の秩序維持作用である。船長、機長の事例は、もともと乗客の任意の利用に基づく法関係でありまた極めて限られた空間の中での行為が問題となる。ドイツでの議論にもかかわらず、これらは、所有権などの権原に基づく限られた空間における秩序維持権限が緊急避難的に国家により認められていると解すれば足りるのではないかと思われる。⁽²⁴⁾ これらの一々が国家的権限を委任されて委任庁から権限行使の監督を受けつつ権限遂行しているとは考えられないし、法令上もかかる仕組はとられていない。

③ 民間警備業者等による警察権限の行使

テュフの活動は最広義では秩序維持行政における特許者の例として位置付けられるが、典型的な警察活動においても、最近では、私人が警察官等と同様の活動を展開しつつあることが問題とされている。⁽²⁵⁾ 具体的には、民間警備業者等が警察官等の権限を委任されて行使する例があり、憲法上の国家の権力独占原則との関係で議論が出されている。⁽²⁷⁾⁽²⁸⁾

④ 航空管制会社など

交通行政の分野では、高度な技術を要する規制行政の例として、従来の航空管制庁の官吏が行っていた航空管制権限、飛行計画調整権限、航空スポーツ機器の許可権限等が連邦所有の私法上の航空管制会社および民間団体に特許されている

事例がある⁽²⁹⁾。交通法の分野では、現在、連邦鉄道 (Bundesbahn, Reichsbahn) の改革法案⁽³⁰⁾が連邦議会に出されているが、改革法案の中でも、株式会社として編制された鉄道企業に高権的な権限を委任するための特許の根拠規定⁽³²⁾が含まれている。

⑤資金助成仲介者、DARA

資金助成行政においても特許の制度が活用されようとしていることは、既に別稿⁽³³⁾で指摘したとおりである。連邦レベルでは、先に紹介した連邦財政法改正法案⁽³⁴⁾は成立せず廃案となったが、特許に関する限り同内容の法案⁽³⁵⁾が再提出されている。一方、既に州レベルでは、私人への資金助成権限を委任する州財政法の改正がなされている例 (ノルトライン・ヴェストファーレン州)⁽³⁶⁾がある。また連邦レベルでも、連邦所有の有限会社であるが、ボンのドイツ宇宙飛行代理会社 (Deutsches Agentur für Raumfahrtangelegenheiten: DARA) に宇宙開発関係の資金助成分権限が特許された例⁽³⁷⁾がある。

DARAの事例は、連邦レベルで、私法上の法人の形式で行政組織を独立させつつ⁽³⁸⁾それに公法上の行為形式での行政権を委任する現象の嚆矢である。

以上アトランダムにあげた事例、特に③④⑤からは、前時代的な遺物ともいわれる特許の制度が、ドイツにおける現代行政の展開、とりわけ、行政の私化 (Privatisierung) 現象の中で、かかる現象を法的に整序するための制度として用いられつつあるということが明らかになるであろう⁽³⁹⁾。

ドイツでは、公権力の行使、高権的権限は、通常の公法上の行政組織およびそこに属する官吏が行うという原則があるにもかかわらず⁽⁴⁰⁾、その原則に対する例外が恒常化している。それに対し、伝統的な行政統制の制度、議論枠組みを利用して、かかる例外的、非典型的な行政作用を法的に統制しようとする姿が浮び上がってくる。もちろん典型的な行政作用をめぐる思考からすれば、こうした試みは異例であり、システムおよび解釈の複雑化をもたらすが、典型的な行政作用の統制とその相手方の権利保護のために用意されている実定法上の諸制度を用いて直截的にその法的統制が可能になるという点では有効なものであるといえよう。現状では、解釈論のみならず、実定法上も、立法者も、行政法上の制度の目的意識

的な、目的合理的な利用を行っているということになる。

第二章 指定機関制度の概要

第一節 現行法における指定機関制度の利用状況とその背景

一 対象の限定、指定機関の概念

さて、第一章で概観したドイツにおける私人による行政の現象と類似の、あるいは対応する法現象として、わが国にも既にかくつかの手法が現行法上存在している。そこでかかる「私人による行政」現象の諸類型から、指定機関制度を限定した上で、現行法上の指定機関制度を概観することにしよう。⁽⁴¹⁾

ある論者は、なんらかのかたちで行政事務の遂行を私人をして行わしめる手法として現行法に採用されているものうち主なものとして、委託制度、指定機関制度があるとしている。⁽⁴²⁾ これらのそれぞれの基本的な類型からはずれる規定もあるが、基本的には、委託制度は、国公有財産の管理事務等の国民の権利義務に直接には関係のない事務が含まれているのに対し、指定機関制度は国民の権利義務に影響を与える事務の実施、なかでも典型的には行政処分と位置付けることのできる権限を私人に委ねるものが中心となっている。指定機関の場合には、国民の権利義務との関わりが通常の行政機関同様に強いこと、従来の行政法学の体系との関係でも、行政処分発給権限という法的統制の極めて必要な活動を私人が行うものであることから、以下では指定機関制度にしほって検討を加えることにしたい。

また、以下で概観する指定機関以外に、民法上の公益法人などが、特定の名称を持った法人として行政機関により指定されて、公益性の高い活動を行うことがある。⁽⁴³⁾ 最近の例では、貨物自動車運送事業法三八条による貨物自動車運送適正化事業実施機関（平成二年一二月）や、国際観光ホテル整備法四一条による情報提供事業実施機関（平成四年五月）、道路

交通法一〇八条の二三による交通事故調査分析センター（平成四年五月）、地域伝統芸能等を活用した行事の実施による観光および特定地域商工業の振興に関する法律による支援事業実施機関（平成四年六月）、気象業務法二四条の二八による民間気象業務支援センター（平成五年五月）などをあげることができる。これもまた「指定法人」と位置付けられるこれら法人も現行法上その数が増えており、その営む活動も行政組織との関わりが大きく、重要な法現象である。ただこれとの関係でも、両者の間には、法令上の文言、規定の上で明らかな類型的違いがあることに加え、指定機関をめぐる法律問題の国民の権利利益との関わりにおけるより一層の重大性、筆者のこれまでの関心のありようという主観的便宜的な理由などからして、そのつつこんだ分析は他日を期することとして、とりあえずここでは、考察の対象から外すことが許されよう。

「指定機関」なる用語は、学説上も一般化したものではない。ただ法令用語⁴⁴としては、試験実施、証明事務、検定事務などのような「単純かつ定型的な事務」とされる事務について、行政庁が一定の者を指定して、その者にこれらの事務を行わせることがあり、その指定を受けた者を、法令上の略称としてその行う事務の種類に応じ、指定試験機関、指定証明機関、指定検査機関、指定検定機関などというたとされている。「指定機関」という用語は、これらを総称して用いている⁴⁵。最近では、後述のように、行政手続法の四条三項⁴⁶に、指定機関の一部に対する行政機関の監督の作用について、行政手続法の規定の適用を除外する特殊な規定が入られるに至ったが、ここでは、「行政庁が法律の規定に基づく試験、検査、検定、登録その他の行政上の事務について当該法律に基づきその全部又は一部を行わせる者を指定した場合において、その指定を受けた者（その者が法人である場合にあつては、その役員）又は職員その他の者が当該事務に従事することに關し公務に従事する職員とみなされるとき」なる文言がみられる。この文言にいう「指定を受けた者」が指定機関にあたる⁴⁷と考えてよい。この規定による限りは、指定機関は必ずしも法人に限られないことになっているが、法人が指定機関として指定されている場合は、当該法人は「指定法人」と呼ばれることになる。対象としては、指定機関と指定法人とはほぼ

同一の団体がその具体例として扱われることになるが、本稿では、以下の検討で示されるように行政担当団体の行政機関、行政庁または公務員として扱われる当該団体の「機関」性に焦点をあてつつ⁽⁴⁸⁾検討をすすめることにしたい。

二 法令の件数と指定機関の種類

まず以下では、完全なリストではなく、若干の限定つきではあるが、指定機関制度を採用する現行法の状況を整理してみる。⁽⁴⁹⁾

表一は、必ずしも完全なものではないと思われるが、現行法上、指定機関の制度を導入している法律とその名称を、それらが導入された年月（改正年月）の順に整理したものである。

現行法における指定機関制度を量的に見ると、作業時点では、六九の法律が指定機関制度を採用し、のべ機関数は一一五件にのぼっていることになる。当然ながら、法律全体（一六五四件⁽⁵⁰⁾）に占める指定機関採用法律の数は多くはないとも評価できる。

指定機関が行っている活動のうちでは、指定試験機関三六件、指定登録機関一二件、指定検査機関九件、指定検定機関七件などが件数的に多くなっている。さしあたりその点からうかがわれるように、検査検定、資格試験制度については、よりその比重が高まっていることが指摘できる。ちなみに、検査検定制度ではその総数一一九件⁽⁵¹⁾のうち、指定機関が行っている検査検定は、二九件、資格試験制度については、総数二一八件⁽⁵²⁾のうち、指定機関は三八件の試験を行っている⁽⁵³⁾。

このように指定機関の活動は、現行法上、検査活動と資格試験活動がその主要な部分を占めている。これらの活動は、後に見るように、検査を受ける企業等の国民、試験を受ける国民に対して直接に對外的に行われるものである。またその作用も「禁止（規制）の解除を留保した一般的禁止（規制）」を内容とするものであり、権力的な規制を伴うものであって、その意味からも国民生活に対する重要性は高いといえよう。

次に、最近の傾向としては、検査、試験などから、登録、講習、確認、車両の移動保管、専門的判断分析、資格者証の

表1 指定機関一覧（医療関係指定機関を除く）

法 令 名	指 定 機 関 名	改 正 年 月 日
輸出水産業の振興に関する法律	指定機関	昭和32年5月
輸出検査法	指定検査機関	昭和32年5月
輸出入取引法	指定機関	昭和32年6月
航空機工業振興法	指定開発促進機関	昭和34年3月
輸出品デザイン法	認定機関	昭和34年4月
葉事法	検定機関	昭和35年8月
電気用品取締法	指定試験機関	昭和36年11月
地方自治法施行令	指定金融機関	昭和38年6月
電気事業法	指定調査機関	昭和39年7月
液化石油ガスの保安の確保及び取引の適正化に関する法律	指定検定機関	昭和42年12月
ガス事業法	指定検定機関	昭和45年4月
タクシー業務適正化臨時措置法	指定登録機関	昭和45年5月
宅地建物取引業法	指定保証機関	昭和46年6月
食品衛生法	指定検査機関	昭和47年6月
労働安全衛生法	製造時等検査代行機関	昭和47年6月
労働安全衛生法	個別検定代行機関	昭和47年6月
割賦販売法	指定受託機関	昭和47年6月
船舶安全法	指定検定機関	昭和48年9月
船舶職員法	指定試験機関	昭和49年2月
作業環境測定法	指定試験機関	昭和50年5月
作業環境測定法	指定講習機関	昭和50年5月
作業環境測定法	作業環境測定機関	昭和50年5月
商品取引所法	指定弁済機関	昭和50年7月
飼料の安全性の確保及び品質の改善に関する法律	指定検定機関	昭和50年7月
労働安全衛生法	型式検定代行機関	昭和52年7月
労働安全衛生法	指定試験機関	昭和52年7月
労働安全衛生法	指定教習機関	昭和52年7月
核原料物質、核燃料物質及び原子炉の規制に関する法律	指定情報処理機関	昭和52年11月
工業標準化法	認定検査機関	昭和55年4月
放射性同位元素等による放射線障害の防止に関する法律	指定機構確認機関	昭和55年5月
放射性同位元素等による放射線障害の防止に関する法律	指定検査機関	昭和55年5月
放射性同位元素等による放射線障害の防止に関する法律	指定運搬物確認機関	昭和55年5月
放射性同位元素等による放射線障害の防止に関する法律	指定運搬方法確認機関	昭和55年5月
放射性同位元素等による放射線障害の防止に関する法律	指定試験機関	昭和55年5月
放射性同位元素等による放射線障害の防止に関する法律	指定講習機関	昭和55年5月
電波法	指定証明機関	昭和56年5月
電波法	指定試験機関	昭和56年5月
揮発油販売業法	指定分析機関	昭和56年6月
技術士法	指定試験機関	昭和58年4月

指定機関による行政の法律問題

表1 指定機関一覧（医療関係指定機関を除く）（続き）

法 令 名	指 定 機 関 名	改 正 年 月 日
技術士法	指定登録機関	昭和58年4月
海洋汚染及び海上災害の防止に関する法律	指定確認機関	昭和58年5月
浄化槽法	指定検査機関	昭和58年5月
浄化槽法	指定試験機関	昭和58年5月
建築士法	中央指定試験機関	昭和58年5月
建築士法	都道府県指定試験機関	昭和58年5月
消防法	指定試験機関	昭和58年12月
情報処理の促進に関する法律	指定試験機関	昭和58年12月
エネルギーの使用の合理化に関する法律	指定試験機関	昭和58年12月
電気工事士法	指定試験機関	昭和58年12月
電気事業法	指定検査機関	昭和58年12月
電気事業法	指定試験機関	昭和58年12月
製菓衛生師法	指定試験機関	昭和58年12月
建築物における衛生的環境の確保に関する法律	指定試験機関	昭和58年12月
風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律	指定試験機関	昭和59年8月
電気通信事業法	指定試験機関	昭和59年12月
電気通信事業法	指定認定機関	昭和59年12月
半導体集積回路の回路配置に関する法律	指定登録機関	昭和60年5月
理容師法	指定試験機関	昭和60年7月
クリーニング業法	指定試験機関	昭和60年7月
美容師法	指定試験機関	昭和60年7月
電波法	指定検査機関	昭和60年12月
作業環境測定法	指定登録機関	昭和60年12月
消防法	指定検定機関	昭和61年4月
液化石油ガスの保安の確保及び取引の適正化に関する法律	指定試験機関	昭和61年5月
核原料物質、核燃料物質及び原子炉の規制に関する法律	指定検査機関	昭和61年5月
核原料物質、核燃料物質及び原子炉の規制に関する法律	指定廃棄確認機関	昭和61年5月
核原料物質、核燃料物質及び原子炉の規制に関する法律	指定運搬物確認機関	昭和61年5月
核原料物質、核燃料物質及び原子炉の規制に関する法律	指定運搬方法確認機関	昭和61年5月
消費生活用製品安全法	指定検定機関	昭和61年5月
特定工場における公害防止組織の整備に関する法律	指定試験機関	昭和61年5月
道路交通法	指定車両移動保管機関	昭和61年5月
プログラムの著作物に係る登録の特例に関する法律	指定登録機関	昭和61年5月
火薬類取締法	指定試験機関	昭和61年5月
高圧ガス取締法	指定試験機関	昭和61年5月
高圧ガス取締法	指定保安検査機関	昭和61年5月
高圧ガス取締法	指定容器検査機関	昭和61年5月
高圧ガス取締法	指定特定設備検査機関	昭和61年5月
宅地建物取引業法	指定試験機関	昭和61年12月

表 1 指定機関一覧（医療関係指定機関を除く）（続き）

法 令 名	指 定 機 関 名	改 正 年 月 日
鉄道事業法	指定検査機関	昭和61年12月
調理師法	指定試験機関	昭和61年12月
消防法	指定講習機関	昭和61年12月
社会福祉士及び介護福祉士法	指定試験機関	昭和62年 5月
社会福祉士及び介護福祉士法	指定登録機関	昭和62年 5月
臨床工学技士法	指定試験機関	昭和62年 6月
義肢装具士法	指定試験機関	昭和62年 6月
建設業法	指定試験機関	昭和62年 6月
建設業法	指定経営状況分析機関	昭和62年 6月
建設業法	指定資格者証交付機関	昭和62年 6月
あん摩マッサージ指圧師、はり師、きゆう師等に関する法律	指定試験機関	昭和63年 5月
あん摩マッサージ指圧師、はり師、きゆう師等に関する法律	指定登録機関	昭和63年 5月
柔道整復師法	指定登録機関	昭和63年 5月
柔道整復師法	指定試験機関	昭和63年 5月
宅地建物取引業法	指定保管機関	昭和63年 5月
歯科衛生士法	指定試験機関	平成元年 6月
歯科衛生士法	指定登録機関	平成元年 6月
電波法	指定講習機関	平成元年11月
道路交通法	指定講習機関	平成元年12月
貨物自動車運送事業法	指定試験機関	平成元年12月
食鳥処理の事業の規制及び食鳥検査に関する法律	指定検査機関	平成 2年 6月
工業所有権に関する手続等の特例に関する法律	指定情報処理機関	平成 2年 6月
工業所有権に関する手続等の特例に関する法律	指定調査機関	平成 2年 6月
救急救命士法	指定登録機関	平成 3年 4月
救急救命士法	指定試験機関	平成 3年 4月
高圧ガス取締法	指定設備認定機関	平成 3年12月
国際観光ホテル整備法	指定登録機関	平成 4年 5月
郵便法	指定調査機関	平成 4年 5月
計量法	指定検定機関	平成 4年 5月
計量法	指定定期検査機関	平成 4年 5月
計量法	指定計量証明検査機関	平成 4年 5月
計量法	指定校正機関	平成 4年 5月
金属鉱業等鉱害対策特別措置法	指定鉱害防止事業機関	平成 4年 5月
特定債権等に係る事業の規制に関する法律	指定調査機関	平成 4年 6月
地域伝統芸能等を活用した行事の実施による観光及び特定地域商工業の振興に関する法律	指定認定機関	平成 4年 6月
絶滅のおそれのある野生動植物の種の保存に関する法律	指定登録機関	平成 4年 6月
気象業務法	指定試験機関	平成 5年 5月

交付、計量器の校正などへと指定機関の活動が多様化する傾向を指摘することができる。もちろんその活動の中心が検査検定、資格試験、資格の登録の活動であることは一貫して変わりがなく、これらの活動については、指定機関の制度が定着しているといっても過言ではない。

三 指定機関の若干の歴史について

表一を見ると、指定機関制度の現行法への導入は最近の現象ではないことが見てとれる。現行法上存在している指定機関制度を導入時期に従って遡ると、もつとも古くから指定機関制度を導入しているのは、生活保護法上の指定医療機関であるが、医療または療養を行う機関として指定される指定医療機関類似の機関については、表一には掲載していない。表一に掲載の指定機関のうち、行政行為発給権限を授権されていると解されるものでもつとも古いものは、輸出検査法上のそれである。輸出検査法は、昭和三年制定の法律であるが、既にその時点で、制定当初から、後述のように行政処分発給権限を授権されたと解され得るような指定機関制度が採られているわけである。

しかし実は、輸出検査法よりも歴史は古い。筆者の調査の限りでは、輸出品取締法（昭和二十三年法一五三三号）が第二次世界大戦後いち早く指定機関制度を導入しており、その嚆矢ではないかと思われる。輸出品取締法は、第二次大戦後の「経済民主化の一環として誕生した」ものである。これは、戦前の検査関係法であった輸出絹織物取締法（昭和二年法二七号）、輸出水産物取締法（昭和九年法三六号）、重要輸出品取締法（昭和十一年法二六号）、輸出毛織物取締法（昭和十五年法九五号）、花筵検査規則（明治三十八年勅令）および製茶取締規則（昭和十一年農林省令六号）に代り、これらを統合して、内容的には根本的に改めた法律である。⁵⁶

特に、検査担当機関との関係では、「戦前よりの検査法規の内容は、いずれも輸出品については政府機関又は主務大臣の指定若しくは認可した民間検査機関の検査を強制し、これに合格したものでなければ、輸出ができない制度であった。しかるに、戦後においては、この民間團體による強制検査は、独占禁止法の精神に反するものとされ、輸出品検査は、専

ら國の検査所において實施し、嚴重かつ公平な検査を確保すべきであるとの建前から、この法律の誕生となつたものである」とされていることが注目される。同法は、制定当初は、取引の自由の原則の下に業者の自主性を尊重し、政府の定めた基準によつて業者が自律と責任によつて行う自主的な検査制度を根本思想としていたが、昭和二六年の改正（法一一八号）により、民間検査機関の登録制度を導入し（民間登録検査機関）、さらに昭和二八年には、第三者による強制検査制度を加味するに至るといふ展開を経た。

輸出検査をめぐる行政検査機関、民間登録検査機関および業者の自主的検査との推移を示すこの動き、とりわけ、戦後の民主化の時期に、第三者による強制検査を独占禁止法の精神に反するとして廃止した経緯は、興味深いものがある。民間検査機関の検査主体としての独立性、中立性、客観性の確保の問題が当時既に立法者の認識にのほつており、民間登録検査機関（現在の指定検査機関）の検査が戦後の民主的な法秩序からは不適切なものとされていたことが重要だと思われるのである。

四 最近の行政改革と指定機関制度

さてこのように見てくるだけでも、遅くとも第二次世界大戦後にいち早く、法律上導入されはじめた指定機関制度は、年代を追う毎にその数を増やし続けてきていることが明らかとなろう。拡大の一途であるかのような指定機関制度は、さらに最近の行政改革の流れの中にあつて、ますます勢いを増しそうな傾向にある。この間の動きについて簡単に振り返っておこう。

指定機関制度とかかわる行政改革の動きは、既に昭和三九年の第一次臨時行政調査会答申⁽⁶⁰⁾においてかいま見ることができ。答申は、「許認可等の改革に関する意見」の中で、国の許認可権限の一部を地方公共団体および民間団体に対して「委譲」すべきことを提言した。民間団体に対しては、特定の人または特定の物・施設を対象とする許認可のうち、①処分件数の大量発生、大量増加しているもので定型的、機械的処理の可能なもの、②行政機関に欠けている能力を民間委譲

により効果的に補い得るもの、③同業者が法令によりまたは自主的に組織する団体の自律的な規制により、許認可目的が達成されるもの等について委譲すべきことを提言した。

その後も、行政改革の諸提言の中には、同様に許認可事務の民間委託を推進する方向での提言が続く。⁽⁶²⁾

この動きは、第二次臨時行政調査会から三次にわたる行政改革推進審議会の活動の中でとりわけ国際的な非関税障壁問題ともかわりながら、強く主張されることとなった。行政負担の軽減または規制緩和の観点から、行政機関による検査検定などの業務を減らし、民間の検査機関等を利用すべきこと、またかかる民間機関を育成すべきことが声高に主張されてきたのである。

第二臨調第五次答申（最終答申⁽⁶³⁾）の中では、検査検定制度について民間能力の活用と自主検査の推進、権威ある第三者検査機関の設立について基本的な方針が示されていた。その中では、ドイツの「技術監視協会」が「第三者検査機関」の例として挙げられていたことも興味深い⁽⁶⁴⁾。その後、臨時行政改革推進審議会も「公的規制の緩和等に関する答申」（昭和六三年一月一日）で同様の提言をなしている⁽⁶⁵⁾。

また、こうした規制緩和、行政負担軽減と厳密に言えば文脈は異なるものの、塩野論文も指摘するように、特殊法人、認可法人⁽⁶⁶⁾等の業務拡大の必要性はあるもののそれに対する風当たりが強いことから、指定法人制度を用いてその必要性に対処してきたという要因もあると考えられる。最近の第三次臨時行政改革推進審議会最終答申の中でも、特殊法人の改革の文脈で、指定機関または指定法人についての検討の必要性が指摘されている⁽⁶⁷⁾。

さて、このように指定機関をめぐる改革論議は、一貫して許認可権限の民間への委譲を基調としており、それを背景として、前述のように指定機関は増加の一途をたどっていることが示された。

第二節 指定機関をめぐる法規定⁶⁸⁾

第一節で見たように、現行法上多くの法律で指定機関制度が取り入れられているが、それらは多様な分野にわたってはいるものの、その規定上はかなりの共通性が見られ、指定機関をめぐる定型的な法規定、換言すれば「指定機関制度」とまとめてもいいほどの典型的規定群がおかれている。そこで以下では、多様な法律の中で取り入れられている一群の規定をいくつかの観点から分類整理して、次章の法学的検討の素材を示しておくことにする。⁶⁹⁾

一 指定機関の指定

1 行政庁の権限と指定

(1) 指定機関制度をめぐるもつとも基本的な法律の規定は、特定の行政権限が法律上定められた上で、行政庁が指定機関として指定する団体にそれを行わせることを授權する規定である。指定に先立つ行政庁の権限としては、典型的には、罰則による規制をかぶせた上での検査権限や、業務独占資格、名称独占資格などの付与の前提となる試験権限が法令上定められている。これら行政庁の権力的な権限の行使たる検査検定、試験などの業務を、指定した者に行わせる規定がおかれるのが典型例（例、宅建業一六の二、気象業務二四条の五など）である。

多くの法律では、法律により行政権限を与えられた行政庁と機関を指定する行政庁が同一であるが、機関委任事務の場合、当該権限を授權され委任を行う行政庁と機関を指定するそれが異なる例がある。（例、宅建業一六条による宅地建物取引主任者資格試験の実施は都道府県知事に機関委任され都道府県知事が実施するが、一六条の二によれば都道府県知事は、建設大臣の指定する者に試験の実施に関する事務を行わせることができる。）

こうした規定が置かれている場合は、行政権限が特定された上でその実施が指定機関に委任されたと解される。中には、指定機関にそれを行わせることを授權する規定に、「委任」という表題がつけられていたり（例、食鳥処理の事業の規制及び食鳥検査に関する法律二一条）、事務を行わせる行政庁を委任行政庁と呼んでいる規定（例、同二四条「委任都道府

県知事)もある。

(2) こうした典型的な規定以外では、国民に対して、政府機関とならんで主務大臣が指定した者の行う試験、検査等に合格することを直接に義務づけることによって、指定機関に政府機関と同様の権限が属していることをうかがわせる規定もある。例、輸出検査三、四および五条。

2 指定の要件

指定をするにあたっては、ほとんどの法律が指定を受けようとする者からの「申請」に基づき指定が行われることを定め、さらに指定の基準を置いている。例、輸出検査一四条、一六条、気象業務二四条の六。

指定の基準は、①民法第三四条により設立された法人であって、その役員、職員の構成が業務の公正な運営に支障を及ぼさないこと、当該業務以外の業務を行っているときには、それが当該業務の公正な遂行を害する虞がないことなどの法人としての要件、②特定設備の要件、③特定職員の配置の要件、④業務遂行の場所（事業所）の配置の要件、⑤特定業務遂行が過剰にならないことの要件などが置かれている。例、輸出検査一六条。業務の中立性確保、専門的能力確保の要件が重要視されている。

また、欠格事由が列記されることにより、指定基準を消極的に制限している規定もある。例、輸出検査一五条。

3 指定の公示

第三に、権限行政庁は、指定機関を指定したときは、当該機関名、住所、行わせる事務の範囲、事業所の所在地などを公示することが求められている（例、輸出検査一七、気象業務二四条の七）。このことは、法令上第一次的に権限配分された権限の所在を変更させるものとして当然のことである。権限委任の場合に、法律の根拠に基づき、かつ公示を必要とするときとされていることと対応する規定とみることができよう。

公示は、指定したときのみならず、業務の休廃止を許可したとき（例、輸出検査二二条二項、気象業務二四条の一五第

二項)、指定を取り消したとき(例、同二八条二項、気象業務二四条の一六第三項)、事業所の変更を認可したとき(例、輸出検査一九条二項)またはその届出を受理したとき(気象業務二四条の七第三項)および次項の行政庁の業務の再開のとき(同二四条の一七第二項)にも求められる。

4 指定による指定機関と行政庁の業務関係

(1) 指定による行政庁の事務の中止と再開

指定機関に事務を行わせることとしたときは、原権限庁は、当該事務を行わないとする規定が置かれ、一方で、指定機関が事務を休止したとき、その停止を命じられたときなどに、または天災その他の理由により事務実施が困難となったときなどに、原権限庁に事務の再開を義務づける規定が置かれることが多い。(例、気象業務二四条の一七、宅建業一六の二第二項と一六の一七、火薬類取締四五条の一七第一項)。

ここでも、行政機関の事務と指定機関の事務が同等の位置付けを与えられていることがうかがえよう。

(2) 事務の引き継ぎ

法は、指定により事務が委任され、また指定の取り消し等により原権限庁の事務が再開されるときに、その引き継ぎの規定を置いていることが多い。例、気象業務二四条の一七第三項。

二 指定機関の義務

以上のように、指定機関の指定を受けると、当該機関は通常の行政機関と同様の権限を遂行することが明らかとなるが、法は委任された権限の実施を確保するために、指定機関にさまざまな義務を課している。それには以下のようなものがある。

1 事務の実施義務

まず、指定機関は、委任を受けた事務を行うことが義務づけられる。例、輸出検査一八条。

2 事務の休廃止の制限

指定機関は、事務の休廃止についても制限を受ける。休廃止について許可を求めるものが多い。例、輸出検査二二条、気象業務二四条の一五。

3 名称、住所等の変更の届出義務、認可

指定機関の名称、事業所の変更についても、主務大臣の許可を要求したり、届出を要求しているものが多い。例、輸出検査一九条一項、気象業務二四条の七第二項。

4 秘密保持義務

指定機関の役員もしくは職員またはそれらの地位にあった者は、当該事務に関して知り得た秘密を漏らしてはならない義務を課せられている。例、気象業務二四条の七。秘密保持義務違反については、罰則による制裁が予定されている。例、気象業務四五条一項一号、火薬類取締四五条の一四第一項。

5 特定事務の実施体制

指定された特定の事務を実施するに際して、指定基準で定める器具その他の設備を備え、または特定の者に当該事務を実施させなければならないことを義務づける規定がある。例、輸出検査一八条二項、気象業務二四条の八。また、法律によつては、特定の事務を担当する指定機関の職員の登録を行っているものもある。例、輸出検査二五条。

6 帳簿の備え付け等の義務

指定機関は、帳簿を備え、特定の事項を記載することを義務づけられている。例、輸出検査二九条、気象業務二四条の一三。

三 指定機関の監督

法は、指定機関に対する監督行政庁のさまざまな監督権を法定して、監督庁によって指定機関がコントロールされるた

めの権限を設定する。それには、以下のようなものがある。

1 役職員の選任の認可と解任命令（勧告）

指定機関に対する組織面での規制として、法は、指定機関の役員または特定の職員の選任または解任を主務大臣の認可にかからしめている。例、輸出検査二三条、気象業務二四条の九第一項。また、法令違反、業務規定違反を理由とする解任命令の根拠も置かれている。例、輸出検査二四条、気象業務二四条の九第三項。

2 事業計画等の認可

指定機関は、毎事業年度開始前に、その事業年度の事業計画および収支予算を作成し、主務大臣の認可を受けなければならず、それを変更するときも同様である。例、輸出検査二二条、気象業務二四条の一一。

また、毎事業年度後にその年度の事業報告書および収支決算書の提出が義務づけられている。例、輸出検査二二条、気象業務同第二項。

3 事務規定の認可と変更命令

指定機関は、当該業務に関する規定（業務規定など）を定め、主務大臣の認可を受けなければならないという事前の統制が及ぼされている一方で、当該規定が当該業務の運営上不適切となったときには、その変更命令をすることができるものとされている。例、輸出検査二〇条、気象業務二四条の一一。

4 監督命令権

監督行政庁は、指定機関が、指定機関の指定の基準に適合しなくなったときに、指定機関がそれらの基準に適合するため必要な措置をとるべきことを命ずることができる（適合命令）。例、輸出検査二七条、気象業務二四条の一一四。

5 報告要求権

監督行政庁は、指定機関に対し、その業務または経理の状況に関し報告をさせることができる。例、輸出検査三九条二項。

6 立入検査権

監督行政庁は、その職員に、法律の施行に必要な限度において、指定機関の事務所、事業所等に立ち入り、業務の状況、帳簿書類等を検査させることができる。例、輸出検査四〇条二項。当然ながら、立入検査をする職員は、その身分を証する証明書を携帯し提示しなければならない（例、同三項）し、当該立入権限は、犯罪の捜査のために認められたものと解釈してはならないとする制限規定が設けられている（例、同四項）。

7 指定の取消（任意的、必要的）

監督行政庁は、法令違反、業務規定によらない業務遂行などがあつたときに、指定機関の指定を取り消すことができる。例、輸出検査二八条、気象業務二四条の一六第二項、火薬類取締四五条の一六第二項。法律によっては、指定の取消を監督行政庁に義務づけているものもある。例、気象業務二四条の一六第一項、火薬類取締四五条の一六第二項。

8 事務の停止命令

また、指定の取り消しでなく、一定の機関その業務の停止を命ずることも授權されている。例、輸出検査二八条、気象業務二四条の一六第二項。

9 監督に伴う手続—聴聞規定

監督庁は、特定の監督処分（例、解任命令、指定の取消、業務停止命令など）を行う場合に、聴聞を行うことを義務づけられている。例、輸出検査四三条一項。

四 指定機関の処分と行政不服審査

指定機関の行う事務のうち、処分と構成し得る決定、登録その他の活動については、監督行政庁に対して行政不服審査法による審査請求をすることができるものと定める規定がある。例、輸出検査四四条、気象業務二四条の一九。これらの規定は、当該指定機関の活動が行政処分として構成されていることを示す証左である。

五 指定機関の業務と手数料

指定機関の業務遂行につき、その業務を受けようとする者から、手数料を徴収することを指定機関に授権する規定、またはその者に指定機関への手数料の納入を義務づける規定がある。例、輸出検査四五条、気象業務二四条の二六第一項。

これらの手数料収入については、当該指定機関の収入としている規定がある。例、気象業務同第二項、火薬類取締四九条二項。

六 罰則による担保

(1) 指定機関の職員のうち当該業務に従事する者は、刑法その他の罰則の適用については、法令により公務に従事する者とみなされる。例、輸出検査二六条、気象業務二四条の一〇第二項。このことにより、当該機関の職務の遂行が、通常の行政活動と同様に、保護される一方、当該職員は公務員に適用される刑罰規定によりその行動が制約されることになる。

(2) 法律のほとんどが、指定機関の活動に対して、罰則による強力な制裁を予定している。業務停止命令違反（例、輸出検査四九条、気象業務四五条一項二号）、指定業務の無許可の休廃止（例、気象業務四八条一項二号、火薬類取締六一条の二第一号）、報告義務違反または虚偽報告（それぞれ同三号、同五〇条一号）、立入検査拒否、妨害または忌避（それぞれ同四号、同二号）、帳簿記載義務違反または虚偽記載（それぞれ同一号、同五一条一号）、秘密保持義務違反（例、気象業務四五条一項一号、火薬類取締五九条の二）などにつき、懲役または罰金の制裁をもつて規制を加えている。

以上が、指定機関をめぐる法律規定の概要である。重要なことは、指定機関をめぐる諸規定は、以上のようにひとつの型にまとめることができるような諸規定であるということである。本章では、このような諸規定をもつ指定機関制度が、増加している現状が示された。このように増加を続ける指定機関制度を例外として等閑に付することなく、行政法学の体系に位置付ける作業が、次章の課題である。

第三章 指定機関による行政の法的諸問題

まず最初に、本稿で対象とする指定機関制度を含む私人への行政権限の委任現象が従来の議論でどのように扱われているかを見ておこう。

行政法学の体系書の中で、私人への行政権限委任の問題にふれたものとしては、美濃部達吉「日本行政法上」がある。同書では、「委任行政」の例として私人にも行政権限を委任することができるとの旨の叙述があるが、その具体例としては、満州鉄道株式会社が鉄道附属地帯の行政を行う例があげられていた。⁽⁷⁶⁾ また、行政権の主体の説明において、国、公共団体と並ぶ、「その他国家的公権を与えられた者」として収用権をもつ私企業、学位授与権を持つ私立大学の例などがあげられていた。⁽⁷⁷⁾

田中二郎の一連の教科書⁽⁷⁸⁾の中でも、私人への権限委任が委任行政の説明中に登場するが具体例の指摘はない。また、杉村敏正は、行政法関係の権利能力者としての行政法上の主体間の法関係を説明する中で、私人（個人または私法人）も「例外的に、法律の定めにより行政を委任されることがある」とした上で、所得税法の規定により源泉徴収義務を持つ私人をその例として指摘している。⁽⁷⁹⁾

行政作用法の分野では、行政行為についての説明の中で、私人も行政庁たり得ることが説明され、その事例として、弁護士会、中央競馬会などの事例があげられてきた。これらの例外的な事例については、争訟の対象についての説明の中でもあげられることがあったが、これらはいずれも極めてまれな例外のごとき説明がなされている。

このようにみても、一般には、本稿で扱う指定機関制度について言及するものはほとんどない。例外的に、遠藤博也「行政法Ⅱ（各論）」⁽⁸⁰⁾の中では、国家行政組織法、地方自治法とならんで機能的行政組織法の章を設けて、政府関係機関、自主的行政組織、非定型的行政組織の説明を行っている。その非定型的行政組織の中で、指定機関の例を民生委員、人権

擁護委員制度、公害防止管理者の設置の義務付けの例、船長、航空機機長、町内会などともに行政組織法の中に組み込んで説明している。また、阿部泰隆『行政の法システム（下）』⁽⁷⁵⁾の中では、事務の委託についての説明の中に若干の指定機関の事例についての言及がみられる。以上が、数少ない例外である。

第二章でみたように、現行法上、指定機関の制度を取り入れる法令が極めて多数にのほっており、指定機関が、一般の国民生活との関係でも重要な作用を営み、もはや例外として看過しえないような状況となっていることをかんがみると、もはやそれを例外扱いすることなく、指定機関制度をめぐる法律問題を組織法、作用法、救済法の分野にわたり総合的に明らかにする必要があるのである。⁽⁷⁶⁾⁽⁷⁷⁾以下では、指定（委任）行政庁―指定機関と指定機関―国民の二つの法関係に分けて、検討することしよう。

第一節 委任行政庁―指定機関間の法関係

一 行政庁による「指定」の法的性質と意義

1 前章で概観したように、現行法上の指定機関をめぐる規定は、まず通常の行政庁の行政作用法上の行政権限を前提とし、当該権限を、指定した私人に行使させることができるシステムを定めている。その法令上のポイントが指定行為であり、これをどのようなものとみるかがまず第一の問題である。

まず、指定行為により、法令上特定の行政庁に与えられた権限の移動があるか、さらに事務の移動があるかが問題となる。

指定された団体が、当該事務の帰属主体として扱われるのか、それとも当該事務の帰属主体は法律によりもともと権限を与えられていた通常の行政庁（原権限庁⇨委任行政庁）の帰属する行政主体のままで、指定機関は当該行政主体の行政庁として扱われ、原権限庁と指定機関がいわば上級行政庁と下級行政庁の関係と類似の関係となるのか、である。換言す

れば、指定機関が、特殊法人と同様に行政主体として扱われるのか、行政主体は国または地方公共団体などの通常の行政主体のままで、指定機関はその行政庁となるかの問題である。⁷⁸⁾

典型的な指定機関にあつては、原権限庁の権限自体は、私人の活動を権力的に規制し、または一般的に禁止した上で、個別的に禁止（規制）を解除する作用（指定試験機関、指定検査機関など）とみることができ、その限りでは、通常の行政法学の理解の上では、公権力の行使たる行政処分権限にあたるものが多い。

法令上は、主務大臣などの原権限庁が指定がなければ行使した権限と指定機関の権限とは同様の法的評価がされるべき権限であること、すなわち等置されていることが明らかである。それは、指定機関の行う業務と原権限庁の業務とで性質が異なるとする規定はなく、事務の中止、再開規定からわかるように両業務がまったくその性質上は同等であると考えられるからである。

さらに法令上、特殊法人や各種の自治権を与えられた同業者団体が法律により直接に権力的な権限を与えられているのと異なり（したがって行政主体とされているといえる）、指定機関は原権限庁の指定（＝委任）により権限を受任し、自らの名においてではあるが、行政主体の権限行使の目的のために（自らの目的のためではなく）権限行使を行うという違いがあるようである。指定機関に対し原権限庁の権限が委任され、それが自らの名において行使されると解する根拠としては、指定の「公示」の規定、法令上用いられていることのある「委任」文言、そしてさらに決定的なのは、指定機関の処分についての審査請求の規定（原権限庁が審査庁とされていることも重要である）⁷⁹⁾があげられる。そして指定機関との関係で処理された相手方私人の権利義務は、原権限庁の帰属する行政主体との関係で発生することになるわけである。

このように、「指定」行為は、「権限の委任」であり、「事務の移譲」ではない。したがって、指定機関はあくまでも行政庁となり、行政主体として扱われるものではない。この点では、指定機関は、いわば国の事務を機関委任事務として委任されて遂行する地方公共団体の機関と同様の立場に立つといつてもよいと思われる。⁸⁰⁾ 機関委任事務は、公共団体自らの

事務（自治事務）としては扱われず、機関委任事務にかかわつては、公共団体の機関と主務大臣とが下級庁と上級庁として扱われるのと同様である。

もちろん、前章で述べたように、指定に基づいて指定機関が遂行する権限が、行政処分権限ではなく、事実行為の遂行であることもあり、あるいは福祉サービスの供給である事例もあるが、その点については個別的な判断を要する。このような場合には、当該業務が法令上国家の独占的業務であれば格別、そうでないかぎりには、権限の委任ではなく、当該私人の活動規制の一態様と解されるべき場合もある⁽⁸¹⁾。ちなみに、ドイツにおいても、特許により委任される権限には、行政処分のような高権的な権限のみならず、単純高権的な権限も含まれるとされており⁽⁸²⁾、一方で、それが国家の権限でない場合には、当該私人の活動自体を国家の負担軽減的活動とみて特許を否定しているのと同様である⁽⁸³⁾。ドイツの技術監視協会などと異なり、指定機関の場合は、指定機関の処分についての審査請求規定があることが決定的根拠となつて、権限の委任がなされていると解することができる⁽⁸⁴⁾。

以上のように、法律上は、指定により行政権限が委任されると解することになる。

2 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るわけであるが、この指定機関の指定による権限委任も権限委任の一種として位置付けられるべき法現象であろう。行政庁の権限の委任が、下級行政庁のみならず、他の団体の機関に対しても行われ得ることを示すものとして、機関委任事務とならんで、指定機関への権限委任が位置付けられることにならうか。現行の機関委任事務の制度も、一つの行政庁から他の団体の機関に対して権限が委任される例である。その限りでは、いわゆる行政の「内部法」関係が「外部法」と交錯する現象として、自治体の機関は国その他の公共団体の行政機関たる地位とその団体固有の機関たる地位と二重の地位に立つことになると説明される。指定機関の場合は、権限を委任した行政庁の属する行政体の行政機関としての地位と私人としての地位と二重の地位に立つことになり、私人が私人の地位を保ちながら、権限の委任の法理が妥当する限りでいわゆる「内部法」

関係が私人の領域へと、外部法へと拡張することになる法現象だということができる。

既にこれまでの叙述から示唆されるように、行政組織法上の法関係を作り出す「指定」は、法システム全体から「権限の委任」行為となるが、これは、行政庁（原権限庁）が、もともとどの行政組織外の機関に対して、すなわち直接外部に対して指定に伴うさまざまな規律、法的規律を加える行為であって、公権力の行使たる行政処分である。⁽⁸⁵⁾ 指定、指定の取消、役員解任命等令等は、監督行政庁と指定機関との間で行われるが、対外的な行為である。後に述べる行政手続法が、それらの「処分」を行政庁と指定機関との間の一部の処分を除いて行政手続法の適用除外行為としていることも、当該適用除外から外されている一部の行為、すなわち「処分」については対外的な行政作用法上の行為として位置付けているわけであるから、このような説明が可能となることになる。

最後に、委任自体については、法令が配分した権限を私人に委任するものであるから、組織法的観点から法律の授権を要するとともに、指定機関に対しさまざまな義務を課し、規制を加えるものであることを根拠として、法律の根拠が必要である。

二 指定機関と行政組織法

1 機能的行政組織論

指定機関は、このようにして、権限を委任され、通常の行政組織ではないにもかかわらず、行政処分権限を含む行政作用を担当する組織として位置付けられなければならない。⁽⁸⁶⁾ 指定機関制度が行政組織の中に位置付けられるとすると、これは遠藤前掲書にいう「機能的行政組織」として位置付けられることが適切であろうと思われる。通常の行政組織ではないものが行政作用の担当組織として法的に行政作用に組み込まれることになるからである。指定機関については、それを行政組織として扱う必要はないとの異論も出得るが、指定機関は、通常の行政組織のように組織法的コントロールが及ばない組織であるにもかかわらず、通常の行政組織が担当する権限と全く同じ行政権限を行使するものであり、それが臨時的

一時的なものではなくかなり恒常的継続的に行われるものであることなどから、現行法上定着した制度として組織法の対象として扱う意義があるものと考えられる。

2 指定機関と従来の行政機関論

次に問題になるのは、わが国の現行の指定機関制度では、指定されて行政権限が委任されるのは自然人たる私人でなく、法人たる私人であり、指定された法人が行政処分権限を行使することになっている。⁽⁸⁷⁾とすると、行政権限を行使する行政庁の中に、法人たる行政庁があることになり、独任制行政庁、合議制行政庁と並ぶ、法人たる行政庁として指定機関は権限行使を行うということになる。法人たる行政庁も、その権限行使は自然人たる職員が行うことになるが、組織法上の権限の主体は、あくまでも法人そのものである。⁽⁸⁸⁾ただ問題は、当該法人内部の意志決定が当該法人の決定に委ねられていることから、当該法人の職員の行為を当該法人の行為として帰属させるための権限処理規則、事務処理規則などにより、法人内部で職員の行為を法人に帰属させるための規定を予めおくことになる。

三 指定機関の行政権限の監督

前章でみたように、指定機関に対しては、その組織上、活動上の権限監督が極めて強く及んでいる。これらの監督は、指定機関の行う活動が、法令上、行政権限の行使とされている活動であるが故に、及んでいるものとみると、権限委任に伴う立法的規制の在り方として一応の説明がつくことになるといえよう。

ドイツにおいては、私人への行政権限委任がなされると、特許者は委任行政庁の監督を受けるとされており、ここでは、合法性の監督、法的監督 (Rechtsaufsicht) のみならず、合目的性の監督 (Fachaufsicht) も及ぶと解されている。⁽⁸⁹⁾

わが国では、通常の行政組織内で上級・下級関係にない行政庁相互間または異なる行政主体間にわたる場合ですら、受任庁への指揮監督を及ぼすためには、そのための法律上の根拠を要するというのが支配的見解であろう。⁽⁹⁰⁾とすれば、ましてや指定機関に対する行政権限委任の場合は、私人に対して規制的な行政作用を行うものとして、法律の授權なしには、

指揮監督も及ばないと考える必要がある。委任にともない当然に指揮監督権が発生するわけではないが、行政権限またはそれに準ずる公共性の極めて高い活動として、その業務遂行をコントロールする必要があることから、法律により詳細かつ厳格な監督規定が創設されているものといえよう。

なお、後に述べるように、指定機関の活動が行政権限の行使であることから、その遂行に対して行政権のコントロールを確保していなければ憲法上問題があるという考慮からは、憲法論としては、指定機関に委任した活動について、行政権としての責任が及ぶほどの指揮監督権を及ぼした上で権限委任するものでなければ、違憲の疑いが生ずることになる。とすれば、指定機関に行政権限を委任する以上は、指揮監督権を法律により設けておかなければならないという要請が生ずるのではなからうか。このように憲法論的に指揮監督権の創設が求められることになれば、指定機関に対する指揮監督規定は憲法上不可欠の規定といえる。

指定機関はあくまでも私人であるが、指揮監督、コントロールを必要とする行政権限を受任して遂行する以上、必要不可欠な拘束を受けることが憲法上要請されることになるべきである。

四 行政手続法四条の問題点⁽⁹¹⁾

指定機関に対する監督にかかわってふれておかなければならないのは、行政手続法の適用除外の規定である。行政手続法は九三年一月一二日に公布されるに至ったが、制定されるまでの過程では、とりわけ第三条の処分適用除外についての議論がかなり激しく議論されてきた。しかし、四条については、第三条の適用除外に関心が集中したこともあって、ほとんど議論がなされないまま、制定に至ったといつてよい。同条は、指定機関制度との関係では、その法関係の評価にかかわる重要な規定を含んでいる。

すなわち、その第三条が、処分の性格からして適用除外とするものを列挙しているのに対し、第四条では、組織法的観点または権限監督の観点から適用除外とする作用が定められている。第四条は、第一項では、「国の機関又は地方公共団

体若しくはその機関に対する処分」でその固有の資格でそれらが名あて人となるものについて、手続法の適用を一般的に除外し、第二項では、いわゆる特殊法人についての監督処分につき、一部を除いて、第二章および第三章の規定の適用を除外している。これらは、行政組織法上の法関係またはいわば行政組織法上の法関係とみなされる法関係であることを理由とする適用除外事項である。

法はこれに続き、第三項で、次のような規定をおいている。

「行政庁が法律の規定に基づく試験、検査、検定、登録その他の行政上の事務について当該法律に基づきその全部又は一部を行わせる者を指定した場合において、その指定を受けた者（その者が法人である場合にあつては、その役員）又は職員その他の者が当該事務に従事することに関し公務に従事する職員とみなされるときは、その指定を受けた者に対し当該法律に基づいて当該事務に関し監督上される処分（当該指定を取り消す処分、その指定を受けた者が法人である場合におけるその役員の解任を命ずる処分又はその指定を受けた者の当該事務に従事する者の解任を命ずる処分を除く。）については、次章及び第三章の規定は、適用しない。」この条項は、要項案の段階では第三二第一として補則に入れられていたものであるが、手続法案の段階で、四条に入れられるに至ったものである。

この規定も、第四条におかれていることから考へて、立法者は、指定機関に対する監督処分を、少なくとも特殊法人に対する監督作用と同程度に、いわば行政組織法上の内部的法関係とみなすような位置付けを行っていることになる。また、同条項は、この法関係全てを内部法関係として適用除外しているわけではなく、その私人としての地位に重大な影響を及ぼす作用は、適用除外を除外することによって、指定機関に対する権限監督の要請からする監督と私人たる地位との妥協的規律をしているということになる。

この点、ドイツの行政手続法では、特許者に対する法関係を適用除外とすることなく、指揮命令（Weisung）についても行政行為の対外部性の要件判断の問題として処理していることが参照されるべきである。特許者に対する指揮命令につ

いては、官吏に対するものと異なり、行政行為たることが承認され、手続法の規律対象とされているのである。⁽⁹⁴⁾
いずれにせよ、指定機関に対する指揮監督関係がすべて行政の内部法関係とはされていないものの、監督行政庁の側から見ると、内部法関係として包括的な支配関係へと傾斜しがちな法関係であることは注意されてよい。

五 監督処分と争訟

指定機関に対する監督処分は、あくまでも私人として独立の法人格を持った機関に対するものとして、行政処分性が肯定される。前述の行政手続法の適用除外規定は、手続法的な保障を付与するという点に限って適用除外をしているわけであり、そのことが直ちに監督行為の処分性を否定する根拠とはなり得ない。したがって、塩野論文でも認めているように、⁽⁹⁵⁾
行政争訟、取消訴訟の提起等の行政救済の機会が与えられることになろう。

六 指定機関の活動と損失補償

指定機関に委任されていた権限が、例えば行政的規制の必要性がなくなったことなどを理由として法令上廃止されることに、権限を受任して一定の経済的活動を営んでいた指定機関の権利利益が保護されるのか、損失補償を必要とするのかの問題が生じ得る。現行の指定機関制度に関して問題となったことはないようであるが、規制緩和、許認可制度の行政改革が行われれば当然問題となり得る。

この点、ドイツでは、検査権限を技術監視協会から州の検査機関に吸収した事件をめぐって、問題となった。⁽⁹⁶⁾ 裁判所は、結論的には検査権限の吸収（委任の撤回）自体は、許容する一方で、委任にともない生じていた協会の経済構造、地位に対する侵害については補償は必要と判断していた。

指定機関の場合でも、行政権限の委任を撤回することは許容されるが、撤回に際しては、指定機関の投下した財産権、経済的利益については、その私的な資本投下を保護する必要性から、損失補償が必要であるということになろう。

第二節 指定機関—国民間の法關係

一 指定機関の行為の法的性質

さて既に、指定機関に対し委任される権限の性質の箇所述べたように、指定機関の活動は、原権限庁が指定または委任以前に保有していた権限を委任されて行使するものである。とすると、指定機関の行為の性質も、原権限庁の行う、試験、検査、検定等の活動をどう評価するかにかかってくることになる。典型的な指定機関が行う検査、検定、登録などで、それを原権限庁が行うならば「行政処分」と解される行為であれば、指定機関のそうした行為も基本的に行政処分と解される⁽⁹⁸⁾。この点も前述のように、「指定機関の処分」に対して不服申立てを認める規定が入っていることから確認される。

なお、指定機関の中には、少数ではあれ、試験の不正受験者に対してその合格を取り消したり、受験を禁止または停止する権限を原権限庁に認めた上で、さらに指定機関にその職権を行わせているものがあり（例、宅建業一七条二項、気象業務二四条の一八第二項）、この場合は、指定機関が、不正行為の存否を判断して合格の取消等を決定するという公権力の行使、権利制限的行為を行うことになる。

指定機関は、本来的には私人であるが、このように、それが法令による権力的な規制を解除する権限、または権利制限を行う権限を委任されていることよって、その活動は法技術的に「公権力の行使」として構成されていることになるのである。

二 指定機関と行政手続法

指定機関の試験行為、検査行為、登録行為などに、行政手続法の適用があるのが次の問題である。

行政手続法要綱案においては、その第三四において、「国又は地方公共団体以外の者であつて、法律に基づき権限を与えられた者が、当該法律の規定に基づき行う処分の手続については、この法律の規定を準用するものとする」とされ

ていた。⁽⁹⁹⁾この規定にいう処分権限を持つ者の例としては、処分権限を持つ公団等の特殊法人および弁護士会などの職業的自治権を付与され構成員に対する懲戒処分が行政処分とされている団体が念頭におかれている。⁽¹⁰⁰⁾これらは、いずれも「法律に基づき権限を与えられている」点、法律により直接に権限を与えられている点で共通すると思われる。この点では、行政庁から権限を委任されて行使する指定機関が入るかどうかは問題となるはずであった。すなわち、指定機関は、通常の行政庁から指定を受けて処分権限を委任されることは前述したが、そこで指定機関が、行政手続法要綱案にいう「行政庁」として扱われることになるのか、公団等および弁護士会等と同様の公共的団体として行政手続法を今後準用される団体になるのかの違いである。前者であれば、特別の準用規定がなくとも、第三条の適用除外行為に該当しない限り、指定機関の権限行使には行政手続法の規律が及ぶことになる。後者であれば、準用規定がない限り手続法の規律は適用されない。

行政手続法（平成五年法律八七号）は、この点、前者の選択をしたといえる。すなわち、同法上は、行政庁または処分の規定規定の中で、「国家行政組織法（昭和二十三年法律第二百十号）第三条第二項に規定する国の行政機関…（以下略）」の処分という限定つきで行政処分の適用範囲を狭めていた要綱案と異なり、国の行政組織に関する限定が外され、当該限定は、文言の上では、行政指導の主体としてかかってくるにとどまっている（二条一項六号）。そこで、このように限定がはずされた「行政庁」に指定機関が入り、指定機関の処分についても、適用除外の条項にあたらぬ限り、行政手続法の規定が適用されることになるという解釈が可能となった。⁽¹⁰¹⁾つまり、手続法上は、指定機関の処分も、三条一項各号により適用除外されない限りは、行政手続法の手続的規律が及ぶものと解することができるわけである。

このようにみえてくると、指定機関の処分のうち、手続法三条一項一号により「専ら人の学識技能に関する試験又は検定の結果についての処分」が除外される外は、⁽¹⁰²⁾個別法に除外規定がないかぎり、手続法の規律をうけるという解釈をとることができる。

三 指定機関と行政救済

1 指定機関と行政不服審査

指定機関の権限行使については、前述のように、その処分につき、指定行政庁に対して、行政不服審査法による審査請求を予定している規定がほとんどである。これらの規定によれば、指定機関自体が処分庁として位置付けられ、その上級庁として、指定行政庁が特定されていることになる。そのほとんどは、主務大臣に対して審査請求をすることを認めるものである。こうした規定が置かれていれば、それによつて主務大臣等原権限庁に審査請求を提起することになる。

ここで問題となるのは、検査結果、試験の結果についての処分を除くという規定をおく法律があれば、その場合、どういふ処分に対し不服審査がそもそも可能なのである。一般に考えられるのは、試験の不実施、試験の申請書の不受理などの不作為の処分に対するものである。個別の事情から特定の申請者につきその検査、検定、試験などの申請を拒否する場合には、不服審査のルートで救済が図られることになる。

また、試験の不正受験等があったときに、合格の試験結果を取り消したり、受験を禁止または停止する権限を原権限庁に認めた上で、指定機関にその職権を行わせている前述の規定（例、宅建業一七条二項、気象業務二四条の一八第二項）の場合には、指定機関が行った合格処分の取消処分が、不服審査のルートにより争われることにならう。事実誤認、他事考慮などの裁量濫用にあたる事情があれば、行政不服審査のルートで救済されるべきケースも出てくると思われる。

なお、審査請求を認める個別の規定がない場合において、当該指定機関の活動の実質から処分性を認定して、指定機関または原権限庁に対して、異義申立てまたは審査請求が認められるかどうかについては、権限の内容を個別に判断するしかない。

2 指定機関と行政事件訴訟

指定機関の行為に対し、抗告訴訟による救済が認められるかについても、同様に、当該行為を個別的に処分性の基準に照らして判断することにより決する。指定機関の処分に対し不服申立てを認めまたは認めない規定があれば、それらは、

当該行為の処分性を当然前提としているものとして、そこでの処分性が肯定されることになる。この場合には、指定機関が被告となつて抗告訴訟が提起されなければならない。

なお、被告の選択に関しては、ドイツにおいて、特にテュフの公認専門官による試験および検査活動をめぐつて、違法な行政行為の取消訴訟または義務付け訴訟の被告を専門官個人にするか、法人たるテュフにするか、それとも原権限庁とするかはげしい議論があつた。⁽¹⁰⁾この点が明確でないことにより、相手方の権利保護の方法に困難が生ずることとなるが、日本の指定機関制度については、明示的に「指定機関の処分」について規定がおかれていることからして、指定機関たる私人を被告とすればよいのであるから、その問題点は解釈論上は解消するとみてよい。

なお、一般的に指定機関の行う処分につき抗告訴訟の対象性が承認されても、指定機関の処分の中には、司法審査が及ばないとされてきた処分も多いことが問題となる。すなわち、指定試験機関の活動の中には、人の専門技術的な能力を審査する試験の結果に関するものがあり、それらは法律上の争訟とはなり得ず、したがつて裁判所が審査することができないとされないかである。裁判例上は、宅地建物取引主任者試験の結果をめぐる処分について、司法審査の対象とならないと判断した判決がある⁽¹¹⁾。しかしこのような判断には問題があろう。というのは、技術的専門的な判断であつても、その可否の基準が適正に適用されているかどうかなど判断過程の審査は可能となることがあり得るし、また、周知のように試験などの技術的専門的な判断であつても他事考慮、事実誤認などの裁量権の濫越濫用がみられれば、それは行政事件訴訟法三〇条により違法として取り消されることがあり得ることを考慮すれば、試験などの結果についてもそれを一般的に司法審査の対象から排除することは許されないことにならう。

このように指定機関の処分について抗告訴訟により争うことが認められるとすれば、それによる相手方私人の権利保護も直截に認められることになる。裁判例の中では、輸出検査法上の指定検査機関が行つた検査結果をめぐつて、当該機関に対し名誉毀損に基づく損害賠償を請求したものがあつた⁽¹²⁾が、このような紛争は、輸出検査の結果についてであればその処

分に対する抗告訴訟のルートで争われることが適切であろう。

3 指定機関と国家賠償

指定機関に委任された権限が公権力の行使にあたり、当該公権力の行使を行う指定機関が指定機関に権限を委任した行政庁の属する行政主体の公務員であることが認められれば、指定機関が行った瑕疵ある権限行使により権利を侵害された国民は、権限を委任した行政主体を被告として、それに対し国家賠償請求権を主張することができる。指定機関は、行政主体の行政庁として活動を展開するのであるから、公務員性は容易に認定される。その活動の公権力性も同様であろう。

なおこの点につき、塩野前掲論文では、指定機関が自らの名前で権限行使し、それに際し手数料を徴収し、それを指定機関の収入とする規定があることから、当該指定機関自体が国家賠償責任を負うとの見解が述べられている。¹⁰⁾塩野論文では、指定法人が、特殊法人と同様、行政主体として扱われるとする考慮があつて、かかる解釈が展開されたと推察する。¹¹⁾

しかし、指定機関自らがその名で権限行使するといつ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、手数料を自らの収入として徴収するとしても、行政経費の獲得帰属の問題と国賠上の責任の所在とは異なり得ることを考えると、当該行政権限が元々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ことになる。この点は、機関委任事務についても同様であつて、機関委任された行政機関は自らの名前で権限行使し、地方自治法二二七条二項および三項によりみずからの収入として手数料を徴収するにもかかわらず、国家賠償責任は元々の権限帰属行政体である国が負うとされている解釈にも対応する。¹²⁾

この点、ドイツにおける特許者の活動と国家責任の所在についての議論でも同様である。すなわち、最近の判例でも、技術監視協会の専門官が行った活動により違法に権利侵害された私人は、専門官に権限委任した州に対して国家責任法の原則による損害賠償を求めることが認められており、特許者の活動については権限委任した行政主体の国家責任法上の責任が確立しているといつてよい。

最後に、指定機関として指定された法人とその使用者の関係での求償権の行使をどう法的に整序するかという問題は、理論的には残されることになる。国、指定機関たる法人、その役員という最低限三つの法主体間の損害賠償責任の配分を解明しなければならぬことになるが、さしあたり、国賠法上の求償権の処理は、行政主体と指定機関との間で、調整されることになる。

第四章 指定機関による行政手法とその問題点

第一節 指定機関による行政手法の限界

一 権力の国家独占原則と私人への行政権限委任の限界

前章で検討したように、指定機関の活動は、行政権限の行使を委任されて、自らの名前においてそれを行使するものであり、これらはドイツ流の表現をすれば、「指定機関による行政」ということができる。このような現象は、権限行使を委任する行政主体の側からみれば、ひとつの「行政手法」として実務上に定着しさらに拡大しつつあるということができよう。問題となるのは、このように拡大しつつある指定機関制度の憲法的限界はどこにあるのか、換言すればどのような権限まで指定機関に委任できるのかの問題である。

ここで注目しておきたいのは、「私人への行政権限委任」を制限していると解釈されるドイツの基本法上の規定である。既に別稿で指摘したように、基本法三三三四項は、「高権の権限の行使は、継続的な事務としては、原則として、公法上の勤務関係及び忠誠関係にある公勤務に属する者に委任されなければならない」として、高権的な権限の官吏への「機能留保」の規定をおいており、それが「継続的な事務としては」および「原則として」の二つの文言の解釈として、「一時的」「例外的」な私人への権限委任を許容するものとして解釈される一方、行政権限を私人に対し「継続的」「原則的」に

委任することを制限するものとして機能してきた。そしてこのような行政権限の委任についての制限規定があることにより、最近では、権力的な権限とされてきた航空管制権限を国家以外の私法上の団体に委任する改革の違憲性が指摘され、形式的に基本法改正により解決が図られたわけである。¹⁵⁾ いずれにせよドイツでは、私人への権限委任に対して憲法上の限界があることが、基本法の具体的な規定との関係で確立しているといつてよい。

一方、日本国憲法の規定上は、ドイツ基本法三三条四項のように「私人への権限委任」を制限すると解釈できる規定があるかどうかについては従来議論されてきていないし、また規定上も特定の行政権限を明示的に国家ないしはその公務員に留保している規定は存在しない。

憲法上、特定の行政権限を国家に独占する規定がないとすると、例えばドイツの航空管制改革のように権力的な権限を私人に委任することの限界がないかのように思われるのではなからうか。この問題とのかかわりでは、憲法上の制限規定を持つドイツにおいてさえ、前述のように公権力の行使、実力の発動をも私人に委任するとみられる現象があること、また目をドイツから転じるとアメリカ合衆国などにおいては近時、国家権力による強制力の発動の典例である刑務所の民営化すら行われていること¹⁶⁾、を考慮にいれる必要がある。もちろんこれまで、公権力の行使は民間に委ねることは許されないとする主張がなかったわけではない¹⁵⁾。ただその憲法上の根拠は、明確に示されていない。私人に対する行政権限委任または行政活動の民営化の憲法的限界を明確にすることなしには、本来国家が独占しているはずの公権力の行使の民間委託や、私人による権力的な活動の拡大に対して歯止めが効かなくなると思われるのである。¹⁶⁾

指定機関による行政手法がどのような権限について許容されるのかどうかについては、日本国憲法上明文の規定がおかれない。しかしながら日本国憲法の基本原理として民主権原理がとられ、責任内閣制の下に国民より信託された公権力の行使については内閣が国会に連帯して責任を負うこととされているのが基本原則である。そこでは、国民の基本的人権との関係でも、国家の行政活動は内閣が連帯して責任を負うことのできる、すなわち指揮監督を行い責任を負うこと

のできる組織または公務員による行政が原則となつていふといえよう。国民にその意思に基づく自力執行を禁止し、緊急避難などの例外的場合を除き実力の発動を禁止する一方で、国家及びその司法組織および行政組織が公権力の行使を行う統治構造となつていふことができる。その意味では、わが国でも、権力の国家独占の原則が妥当しているといえよう。

このような権力の国家独占原則との関係では、私人による権力的な活動は、原則的に排除されることとなる。権力の国家独占原則は、まさしく実力の発動のみならず、法的な公権力の行使の活動にも基本的には妥当することになる。すなわち国民相互の間では、基本的にその自由権に基づく合意によってしか権利義務関係の形成が認められないとすれば、一方的に他の国民の権利義務関係を変動させる規制的作用は国家機関または行政機関の独占するところとなるし、それを解除する作用も、同様と解されるからである。

このような解釈の基礎としては、憲法全体の国民主権原理に基づく構造、憲法六五条、六六条三項、七二条があげられよう。公権力の行使の国家独占の原則が憲法上このように基礎付けられるとすれば、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ことになり、かかる観点から、現在多くの法律で採用されている指定機関制度も、個別具体的に、公権力の行使の国家独占原則の例外として認めるに値するかどうかの合理性を個別的に検討しなければならぬことにならう。

二 例外的な私人への権限委任と監督

この点にかかわつては、前述の指定機関に対する監督権限は、公権力の国家独占原則のコロラリーとして、例外的に委任した指定機関の活動に対する行政責任を確保するために不可欠のものとなるであろうし、かかる監督権限が確保されない状態で行政権限が行使されることがあれば、憲法上問題があることになる。この点で想起したいのは、問題の性質は異なるものの、内閣の指揮監督権から独立した行政委員会の合憲性についての議論である。^(四)特に公正取引委員会などのよう

に内閣から独立した機関を設けることについて違憲論が存在したことはつとにしられているが、ここでは、内閣のコントロールに服さない機関が行政権限を行使することが憲法と相容れないことが前提となっていたといつてよい。結論的には、人事面、予算面でのコントロールが及んでいることが最低限の条件となつてその合憲性が弁証された。

そこで、この統制枠組みを指定機関に適用するならば、指定機関は本来内閣の統制の下に服する行政機関ではないが、それが法律上行政機関のものとされているような行政権限を行使する以上は、内閣の指揮監督に服するよう手当てされていなければならないはずとなるのである。

このように指定機関に対する権限委任は、個別具体的な合理的根拠を検討した上で例外的にしか認められないことになるし、また、権限委任が例外的に認められるとしても、それに対しては、十分なコントロールが確保されなければならないことになる。それが現行憲法からも十分に解釈論として出てくるのではないであろうか。

第二節 指定機関による行政の問題点

次に、指定機関制度の利用の可否の政策的判断または現状の評価のために、公務員法上の公務員でない職員によつて、民間団体である指定機関が、権限を遂行することに伴う行政活動のさまざまな問題点を検討しておく必要がある。

従来、私人に対し行政活動を委ねる現象をめぐる問題点は、いわゆる事務、事業の民間委託の問題として、非権力的な行政の役務提供や、施設管理の民間委託をめぐる議論されてきた。⁽¹⁸⁾ 指定機関による行政活動は、それがいわゆる公権力の行使を行うという違いはあるものの、いずれも公務員でない職員が公共性の高い活動を行うものであることに関する問題点を有していると思われる。そこで、以下では、従来、民間委託をめぐる出されていた問題点を参考にしながら、指定機関による行政について解決されなければならない問題点を整理してみたい。なお、以下の諸問題点についての解答、検討は、当然ながら、指定機関の活動の実態を客観的に調査した上でなされなければならないものである。ここでは、さ

しあたり、指定機関による行政の手法を導入するにあたって解決されなければならない点を確認すると同時に、今後の個別機関の実証的な研究へ向けた調査研究課題を整理する目的で、さしあたり考えられる課題を列挙し、問題点を整理する作業を行うものである。

一 指定機関の事務遂行の中立性、客観性

指定機関は、原権限庁から行政権限を委任されて特定の業務を行うが、そのほとんどが民法上の公益法人の要件が求められているとはいえず、公務員による行政組織ではない。その権限遂行の上では当然のことながら、行政権限の行使である以上、行政機関が行政を行うにあたり課せられると同じ、平等原則、比例原則などの一般原則に拘束されることは、これを否定することはできない。基本権による拘束も当然に及ぶ。

しかし、指定機関の職員は公務員でないことから、制度的に私益により影響を受けやすい立場に置かれているといえよう。これらは、罰則の適用については「公務員」とみなされていることにより、公務員の受ける刑罰規定による拘束には同様に服すものの、罰則を課されるまでには至らない程度に、偏向していたりバイアスがかかっていることはあり得ると思われる。

さらに、見なし公務員規定と刑罰規定との関係では、さらに、ある職員が公務員とみなされるのかどうか問題になる場合もあり得る。⁽¹⁹⁾ すなわち、指定機関の活動の中には委任された権限の行使としての活動以外に当該法人の固有の活動があることから、公務員とみなされる活動とそれ以外の活動との区分が明確でないことも多いと考えられるのである。そうであれば、刑罰による制裁が予定されるとはいえ、当該機関の私的な活動かのごとき誤解を抱かれるなどのかたちで、職務遂行の中立性の確保についても曖昧となること⁽²⁰⁾があり得ることが指摘されなければならない。実際に、特定の職員の行為が収賄罪の構成要件を充足するかどうかで問題になった事案がある。

また、指定機関として指定されている団体が、規制対象たる民間企業の事業者団体であることもある。その場合、その事業者団体のアウトサイダーに対して、公平な事務遂行がなされるのか、差別的な取り扱いがなされないか、参入規制的な障害とならないかがチェックされなければならない。²²⁾

最後に、指定機関のほとんどは、民法上の公益法人たる団体であり、また法令上公益法人たることを指定の要件としている法令も多い。しかし、公益法人も営利的な活動を展開することがないわけではなく、その場合に、委任された活動と営利的な活動とがどのように区分されるのか、客観的に中立性を確保されるのかについての検討も必要となる。この点も、個別的な検討ぬきには結論を出し得ない。ただ、一般の公益法人についてかかる問題点を指摘する行政監察報告があること²³⁾にかんがみれば、ますます中立性、公益性を要求されるべき指定機関の活動については、より一層の営利活動、事業者団体としての活動からの受任活動の分離、中立性確保が求められるべきことは確認してよい。

二 行政の総合性、整合性

次に、行政作用は、全体として整合性を保ちながら総合的になされるべきであることは一般にはこれを否定できない。指定機関に権限委任せず、通常の行政組織が試験、検査、登録等の業務を行うとすれば、それら諸業務間での総合性が確保でき、規制の効果も総合的に高まるのではないかと期待できる。しかし指定機関に権限委任した場合は、監督庁が報告要求、資料提出要求権を駆使したとしても、その総合性、整合性の低下する懸念があるのではなからうか。

三 権利救済の十分性

第三に、指定機関による行政活動は、本稿の見解からすれば、第三章第二節で検討したように、通常の行政機関の活動と同様に、行政不服審査法、行政事件訴訟法または国家賠償法による権利救済の制度により救済を受けることのできるものでなければならぬ。しかし現実には、従来の議論の不十分性も手伝って、相手方私人が行政救済法の諸制度によって権利救済をうけることができることが共通の認識にはなっていないというのが現状であらう。とすると、一定の解釈が

共通認識にならない限り、相手方の権利保護については不安定かつ複雑な状況が存続することになる。また、特定の活動にかかわる当事者が複雑になることにより、責任の所在が不明瞭になるというマイナス面もあろう。ドイツでのテュフの専門官の活動をめぐる行政裁判の被告、国家責任の被告をめぐると議論の多様な状況は、この点についての危惧を強く抱かせる。この点では、国家賠償責任の所在、責任分担、争訟の当事者などについての共通認識が確立されることが必要である。

四 指定機関の透明性の欠如

第四に、透明性の問題がある。通常の行政機関の活動については、内閣を通じての国会の統制が及ぶことになる。しかし指定機関については、それが通常の行政組織の関連から切断されたところで活動を展開することから、ただちにはその活動についての情報が国民代表の目にふれないことになる。法令上は、第二章第二節でみたように、報告要求権や、立入検査権等を授権することにより、指定機関の活動に対する監督、情報収集手段の確保が図られているが、傾向的には、やはりその透明性において通常の行政組織が内閣を通じて国会の監視の下におかれているよりは低い状態にあると思われる。指定機関の活動の状況についても、本稿の作業の限りでは、統一的な調査、統計等が整備されていないこともこのような疑問を増幅させるところとなっている。⁽¹⁵⁾ 現在議論が進行中の「情報公開法」による情報公開の範囲に入るべきであると考えられるが、指定機関が通常の行政機関でないことから、その活動にかかわるプライバシー、秘密の問題などを理由としてその公開の範囲に入らないことも十分予想できるところである。

五 指定機関と「受益者負担」⁽¹⁶⁾

指定機関はその委任された活動にかかわって、自らの収入として国民から手数料を徴収する権限を与えられていることをみた。国民は、指定機関の行政活動の対価として手数料を徴収されるが、それが当該活動にかかわるサービスと対価の関係にあるものとして、一つの団体の収支計算において捉えられるならば、指定機関の活動の相手方に対する「受益者負

担」がますます進展する可能性が高いといえよう。

六 指定機関と行政の柔軟性

指定機関が、一旦行政庁より指定を受けて特定の活動を行うようになると、当該機関の活動、スタッフの配置、設備等との関係で、当該活動に対する当該指定機関の依存性が高まってゆく。指定機関の活動が受任した行政活動に依存するようになれば、当該活動そのものが固定的なものとなり、例えば検査、試験活動そのものに対する条件の変化により当該活動そのものを削減したり改革したりすることの桎梏となる可能性が出てくる。

すなわち、行政機関の場合は、行政活動の改革に伴う人員の移動、設備の変更については、まだその全体規模が大きいことにより、柔軟に対応することが可能である。しかし民間団体が特定の委任された活動に依存して活動を行うのであれば、できるだけその活動を確保しようとするであろうし、また当該活動の削減に対してはロビイングなどを通じて抵抗することも考えられるからである。規制行政の改革のために打ち出された指定機関の利用が、結果的に当該規制行政を既得権化し硬直的なものとし、国民生活に対する規制を結果的に増加させる可能性もなくなるのである。

この点は、指定機関の資本投下、経済的利益を侵害するような指定の撤回が必要なときに、それに対する損失補償が必要であると解される点とあいまつて、ますます規制制度の固定化をもたらしなないかが懸念されるのである。

七 以上、指定機関による行政手法の問題点、検討されるべき点を述べてきた。これらの点にそつて、民間の指定機関の能力を活用することが、上述の諸論点を解決し、国民生活にとって法的に、また政策的に適切なものかいなかが、今後、客観的総合的に検証される必要があるであろう。公務員の「天下り」問題が議論されるが、指定機関が天下りの対象として温存、活用されていないかの検証も必要となろう。

おわりに

本稿では、非常に多くの法令で採用されている「私人による行政」の一手法、指定機関制度に限定して考察を加えてきた。指定機関の中には、例外的なものも含め極めて多数のものがあるために、典型的な指定機関制度に検討対象を限定して、法令上の規定の行政法的位置付けを試み、その憲法的な限界を見極め、またかかる行政手法がもたらす問題点を一般的ではあれ整理、検討する形で作業を進めてきた。解釈論を展開した部分では、十分な素材のない分野であったこともあり、必ずしも十分に説得的な論証ができていないところが多いと思われる。通常の行政作用とは異なる手法であるために、極めて技術的な解釈を提案した箇所もあったかもしれない。しかしこれは、かかる行政手法が現行法上多く用いられ、その法的統制が不可欠である以上は、ある程度不可避的なものと考えざるを得ないところでもある。このような法的統制を及ぼすことなしには、既に言い古された言葉であるが「行政の私法への逃避 (Flucht ins Privatrecht)」を放置することとなり、国民の権利救済の上でも極めて問題が多いと考えるからである。

また、やむをえず具体的な事例、あるいは具体的な法人による違いも捨象せざるをえなかったところがある。特に、第四章第二節で整理した問題点については、必ずしも論理的なものではなく、実証抜きの整理であるという誹りを免れないところもあろう。以上のような問題点については、本稿での一般的な作業を基礎にして、今後の具体的な調査研究により補うということにし、本稿の作業を締めくくりにする。

注

(1) 委任される対象が権限か事務かについては、厳密には論理的次元を異にする。論理的には、行政担当団体が担当する仕事が事務であり、特定の機関に対するその事務の担当の割り振りとそれに必要な手段(行政処分発給、契約締結、指導の実施など)の承

認となされたときにその担当者の機関としての活動の範囲・内容が決まるがその範囲・内容を権限と呼ぶといつてよいであろう。本稿では、指定機関の場合には、原則的に、事務の帰属はもともとの行政担当団体のままで、その実施の権限のみが指定機関に移るものとして把握している。とりあえずこのような整理は、例えば「機関委任事務」は、国の事務だがその権限が他の行政担当団体の機関に委任される事務であり、事務の帰属自体が移されるものではないとされることと対応する。「事務の移譲」とは異なる。「事務の委託」の場合も、そこに権限の委任が含まれることはあるが（全てが権限委任ではない）、事務自体の移動はないわけである。なお、ドイツにおける権限（Kompetenz od. Zuständigkeit）と事務（Aufgabe）との概念規定と相互関係については、むしろあたり Rupert Stetner, Grundfragen einer Kompetenzlehre, 1963, S. 31 ff., 154 ff. 及び Beilehungの対象が権限か事務かについての論争については、拙稿「私人による行政」論の「考察一西ドイツ行政法学における私人への行政権限委任」名法二二八号一五頁以下（一九八九年）以下、①と略す一参照。

(2) 本稿の作業のまとめの段階で、塩野宏「指定法人に関する一考察」芦部信喜占稀記念・現代立憲主義の展開 下（有斐閣・一九九三年）四八三頁以下が出されていることを知った。塩野論文は、本稿に先立ち本稿と同様の法現象を検討しているが、見解の異なるところもあり、若干の比較法的視点を加味し拙論を展開する次第である。

(3) 田中二郎・新版行政法中巻（弘文堂、全訂第二版、一九七六年）三頁では、周知のように、国家行政組織、地方自治行政組織、特殊行政組織の三分を示した上で、国家行政組織の説明の中で、例外的に公私の団体または私人が行政権限を委任されて行う行政を「委任行政」として説明しているが、具体例の指摘はなく、その法的統制の全体像も示されていない。同・行政法講義案（弘文堂、一九五〇年）一九頁、同・行政法中巻（有斐閣、一九五五年）二六頁でも同様である。

(4) 行政法学の基本的な思考枠組では、特に、国、地方公共団体など行政主体・行政担当団体と私人との区分が前提となり（この「行政主体」と「私人」との二元的思考については、さしあたり藤田宙靖・行政法Ⅰ（総論）（青林書院、第三版、一九九三年）一五頁以下、同・行政組織法講義案Ⅰ（良書普及会、一九九一年）四、三三頁など参照。）、その二面関係を行政作用法上の権利義務関係（外部法）と捉える（行政作用の直接の相手方以外の第三者との関係では、三面関係として捉えられるが、あくまでもその作用法上の重点は、行政庁とその直接の相手方といつてよいであろう）。ここでは、行政組織内部の法関係は内部法関係とされまたは行政組織法の議論の中で処理され、行政救済法上は、基本的に行政作用法上の権利義務関係についてのみ、換言すれば行政の対外的な法関係（外部法）についてのみ議論される（機関争訟は例外となる）。

内部法については、さらに槇重博「行政法における内部法とその法理」上智一六卷三号（一九七三年）、遠藤文夫「行政機関相互の関係」雄川一郎他編・現代行政法体系第七卷行政組織（有斐閣、一九八五年）一六三頁、多賀谷一照「内部法」論一公法五〇号二〇二頁以下（一九八八年）、平岡久「行政「内部法」に関する若干の考察」法雑三九卷三・四号五八一頁以下（一九九三

- 年)、高橋明男、「ドイツにおける行政法関係論の側面―法関係論との関連からみた行政『内部法』関係―」(阪法四三卷二・三
号三二三頁以下(一九九三年)など参照。
- (5) 行政救済法の議論の上では、様々な批判はあるものなおも制度的に行政行為および権力的な事実行為を対象とする抗告争訟制
度および国家賠償制度にその議論の力点がおかれていたといえようが、それら行政に特有な行政救済制度の存在を前提としてそ
の適用可能性を判断することが必要となる。
- (6) 拙稿・前掲①の他、「私人による技術監視」と「私人による行政」論(二・二・完)―西ドイツ技術監視協会と私人への行政権限委
任の制度―(名法二一九号一三三頁以下、一三二号二七一頁以下(一九九〇年)―同じく以下②)、「ドイツにおける『私人によ
る資金助成行政』の法的統制」(室井力先生還暦記念論集・現代行政法の理論(法律文化社・一九九一年)一二二頁以下―同じく
以下③)、「ドイツにおける航空管制組織改革」と「私人による行政」論―Privatisierung, Beleihungと基本法の制限を中心に―
(名法二四九号二二七頁以下(一九九三年)―同じく以下④)―参照。本稿は、これらの作業との比較で日本法における「私人によ
る行政」現象の典型例を検討する最初の作業である。
- (7) Beleihungを特許と訳している点については、米丸・前掲①(注一)一四三頁注一参照。
- (8) 鉄道特許の理論を歴史的に検討する作業として、岡崎勝彦「公企業の特許―理論成立史序説」(名法六七号一頁以下(一九七六
年)、同「公企業の特許理論の成立」(島法三六卷四号(一九九三年)、同「鉄道事業特許学説史(公私混合理論)―P・ラーバン
ト＝G・マイヤー論争に即して―」(名法二四九号一九頁以下(一九九三年)参照。
- (9) Wilhelm Reuss, Öffentliche Wirtschaftsverwaltung mit privatrechtlichen Gestaltungsmitteln, in: Staatsbürger
und Staatsgewalt, Bd. II, 1963, S. 255 ff., 284.
- (10) 米丸・前掲①(注一)一三六頁参照。
- (11) 米丸・前掲①(注一)注七八の文献の他「最近のものとして」Paul Stelkens/Heinz Joachim Bonk/Michael Sachs (Bearb.)
/Klaus Leonhardt (Mibegr.), Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 1993, Erl. z. § 1 Rdn. 135 ff.;
Hans Joachim Knack (Begr.), Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) Kommentar, 4. Aufl. 1994, Erl. z. § 1 Rdn.
7参照。
- (12) 最近では、航空管制組織改革の中で、私法上の有限会社たる航空管制会社にも行政手続法の適用を認める規定が入った。米丸・
前掲④(注六)二三三頁参照。改正後の航空法についての文献として、Max Hofmann/Edwin Grabherr, Luftverkehrsgesetz
Kommentar, 2. Aufl., St. I, Juni 1993「行政手続法の適用については」Erl. z. § 31d, Rdn. 5参照。
- (13) 米丸・前掲①(注一)注七九の文献参照。

- (14) 米丸・前掲①(注一)注八一の文献の他、前掲②(注六)注一一二、一一四、一一八の文献参照。ドイツでは、技術監視協会のような大規模な法人の場合でも、その活動については、権限委任された活動、すなわち特許者(Behelene)としての活動である限りで、その権限を委任した行政主体、すなわち協会の場合にはラント(州)が、国家責任法の原則による責任を負う(国家責任法の法源は、基本法三四条および民法八三九条である)。米丸・前掲②(注六)二七四頁以下、二八二頁、二八四頁参照。
- 私人への権限委任をめぐる国家責任の問題についての最近の文献として、Walter Frenz, Die Staatshaftung in den Belai-hungstatbeständen, 1991があるが、これは、通説判例とことなり、特許者の活動については第一次的には特許者が損害賠償責任を負い、副次的に特許した行政体が責任を負うとする解釈をとっている。最近の事例として、テュフの公認専門官の営業法二四条に基づく検査活動のうち压力容器命令(Druckbehälterverordnung v. 27. 2. 1980, BGBl. I S. 173)に違反したときのその活動の瑕疵を原因とする損害賠償責任は州が負うとした連邦最高裁判所判決がある。BGH, Urt. v. 25. 3. 1993, DOV 1993, S. 671 ff. 結局、Frenz, a. a. O. にてより主張された解釈は、最近でもとられていないように見える。ユウリッ、Ulrich Hübner, Haftungsprobleme der technischen Kontrolle, in: Technische Überwachung im Umwelt- und Technikrecht (UTR 4), 1988, S. 123も参照。
- (15) 米丸・前掲②(注六)で検討した。
- (16) その概要は、Verband der Technischen Überwachungsvereine e. V., Sicherheit und Umweltschutz, Geschäftsbericht 1992/93を参照。
- (17) 米丸・前掲②(注六)一三二号一七二頁以下参照。
- (18) 米丸・前掲②(注六)一三二号一七七頁以下参照。
- (19) 米丸・前掲②(注六)一三六頁、特に注三八、三九参照。
- (20) EC統合との関係で連邦政府が打ち出した規制緩和政策については、Deregulierungskommission, Marköffnung und Wettbewerb, 2. Bericht, März 1991(技術監視のドイツ、S. 95f.)やその後の状況については、Bundesministerium für Wirtschaft, Bericht über den Stand der Deregulierungspolitik in Deutschland, BMWi Dokumentation Nr. 329, Jan. 1993, S. 6 ff. 参照。技術監視をめぐる規制緩和政策については別途検討の必要がある。
- (21) 従来、テュフが独占的な検査権限、試験権限を行使してきた州の中でも、ザールラントにおいては、DEKRAという自動車検査活動を行う団体が検査権限を委任され独占が崩れている。BMW, Bericht a. a. O. (N. 20), S. 6。
- (22) 具体的な規定は、米丸・前掲②(注六)一四〇頁以下参照。
- (23) § 106 des Seemannsgesetzes v. 26. 7. 1957 (BGBl. I S. 713)。

- (24) 航空法 (Luftverkehrsgesetz i. d. F. v. 14. 1. 1981, BGBI. I S. 61) の一九三条三項は「航空機の機長に機内の安全と秩序を維持するための必要な措置をいふことを授權し、搭乗者全員にその命令に従ふことを義務づけている。」の権限を行使する機長および前注の船長を特許者とするものとして、例え¹⁴⁾ Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr-Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder, 9. Aufl. 1986, S. 59 が、機長の権限については、各国法の概要を合¹⁵⁾ Edgar Ruhwedel, Die Rechtsstellung des Flugzeugkommandanten im zivilen Luftverkehr, 1964, S. 150 ff. 参照。
- (25) わが国の場合も、船長については特別の秩序維持権限を与え(船員法七、二五―二七条など)、また戸籍事務を補助する義務を課している規定(戸籍法五五条)がおかれている。航空機の機長についても、機内の秩序維持権限が与えられている(航空法七三、七三条の三)。
- (26) 警察行政を補助ないしは代行する私人の活動一般については、たとえば Christopf Gusy, Polizeirecht, 1993, S. 81 ff.; Rainer Honig, Tätigwerden von Privaten auf dem Gebiet der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, 1985; Heinrich Boge, Der Verwaltungshelfer im Polizeirecht-Die Rechtsstellung der Privatpersonen bei der Wahrnehmung von gefahrenabwehrenden Aufgaben, 1964; Christian-Dietrich Bracher, Gefahrenabwehr durch Private-Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zu den Grenzen der Übertragung von Aufgaben der Gefahrenabwehr auf Private und der staatlichen Zulassung privater Gefahrenabwehr, 1987; Lothar Mahlberg, Gefahrenabwehr durch gewerbliche Sicherheitsunternehmen, 1988 など参照。この点については、別稿を予定している。
- (27) 行政機関が民間の警備業者を使って秩序維持作用を遂行していることが国家の権力独占を侵さないかにつき連邦議会で質問されたことがある。連邦政府の回答として「国家の権力独占 (Staatliches Gewaltmonopol) と題する報告 (BT-Drucks. 12/5246: 12/5517; 12/5562) が出されている。その中で、民間警備業者も法律の根拠に基づき、権力的な権限を行使することが認められている。連邦政府によれば、「連邦軍の兵士および民間警備員による直接強制適用および特別権限行使に関する法律 (Gesetz über die Anwendung unmittelbaren Zwanges und die Ausübung besonderer Befugnisse durch Soldaten der Bundeswehr und zivile Wachpersonen v. 12. 8. 1965, BGBI. I S. 796; 略称 UZwGBW)」一条二項により直接強制権限をも授權されている例がある (12/5246, S. 5)。¹⁶⁾ なおこの例については、Mahlberg, a. a. O. (N. 26), S. 186 ff. も参照。ミンテンハン、ニューレンベルクおよびベルリンの各空港では、航空法二九一条一項三段にもとづいて高権的な権限が委任されている。また、ニーダーザクセンでは、州の「公共の安全と秩序に関する法律 (Gesetz über die Öffentliche Sicherheit und Ordnung; 略称 Nds S OG)」七三条により、個人を補助警察官吏として任命することが認められており、これまで限られた範囲ではあれそれが利用

- されたとされている。ラインラント・ファルツおよびザクセン・アンハルトの両州でも、それぞれ警察行政法九八条および公共の安全と秩序に関する法律八三条に基づいて私人に権力的な権限を委任することができる根拠が与えられているが、これまでのところ使用された例はないとされている。以上 BT-Drucks. 12/5517, S. 3. さらにこれらの州以外の状況については、Hönig, a. a. O. (Nr. 26), S. 74 f. 参照。
- ドイツでは、民間警備業者が、武器の携帯も認められているが、連邦政府によれば、具体的な武器使用回数の統計はない。民間警備業者に与えられた武器所持許可の数については、BT-Drucks. 12/5562, S. 3 ff. 参照。かなりの数の銃器の所持が許可されている。
- (28) わが国の警備業の場合は、特別の権限を与えられている訳ではないことは、警備業法八条にも定められている。なお、警備業者が行う施設警備については、成田頼明「行政サービスの民営化をめぐる諸問題」同著・地方自治の法理と改革（第一法規、一九八八年）一九三頁〔初出、ジュリスト六六一号、一九七八年〕でも、警察権の民間移譲と見るべきものではないとされている。
- (29) 米丸・前掲④（注六）参照。
- (30) 連邦鉄道改革のために、鉄道新秩序法の制定と、基本法改正が予定されている。前者については BT-Drucks. 12/4609 (neu)（議員提出）；BT-Drucks. 12/5014（政府提出）、後者については BT-Drucks. 12/4610（議員提出）；BT-Drucks. 12/5015（政府提出）参照。その概要については、米丸恒治「ドイツ連邦鉄道改革法案の概要」行財政研究一八号二五頁以下（一九九三年）、法案に先立つ鉄道改革の動きについては、桜井徹「EC市場統合とドイツ統一の中のドイツ連邦鉄道」同・縣公一郎編・EC市場統合と統一ドイツ（成文堂、一九九三年）一〇五頁以下参照。
- (31) 連邦鉄道改革法案は、九三年一月二日に、連邦議会を圧倒的多数で通過した模様である。Vgl. Süddeutsche Zeitung v. 3. 12. 1993.
- (32) 鉄道新秩序法第三条で定められる連邦鉄道交通行政法の四条に私人への行政権限委任の根拠規定が入っている。それによれば、「連邦の鉄道の施設および列車の技術的監督の事務は、連邦交通省令（Verordnung des Bundesministers für Verkehr）により、他の公的および私的制度（Einrichtung）にこれを委任する）とがなされる。」（BT-Drucks. 12/4609 (neu), S. 21）と定めている。これにより、連邦交通大臣の権力的な監督権限を、新たに株式会社として設置される「連邦の鉄道（Eisenbahn des Bundes）」にも委任することができる根拠が与えられている。
- (33) 米丸・前掲③（注六）、特に一三三頁以下参照。
- (34) 「行政手続法の諸規定の改正に関する法律案」（BR-Drucks. 401/88, S. 3；BT-Drucks. 11/3920, S. 3 f.）の二条に含まれていた。給付行政行為の趣及的撤回をも含む前回の法案については、米丸・前掲③（注六）一三七頁以下および米丸恒治「給付行政

- 行為の撤回の趣及効一補助金交付決定の撤回と返還請求についての日独比較一」行政社会論集四卷一頁六〇頁以下（一九九一年）参照。③執筆後の文献として、Marcus Helrich, Überlegungen zur rechtlichen Problematik einer Beilehung auf dem Wege haushaltsrechtlicher Regelungen, DÖV 1990, S. 553 ff. 参照。
- (35) 再提出された連邦財政法改正案については、BR-Drucks. 150/93（九三年八月一三日提出）参照。提案理由も法案も権限委任に関する限りは、ほとんど前回法案と変わりがない。
- (36) ノルトライン・ヴェストファーレン州では、連邦に先立ち州財政法（Landeshaushaltsordnung）四四条の改正が行われ（Gesetz zur Änderung der Landeshaushaltsordnung v. 18. 12. 1987, GVBl. NW S. 490 の一、九項（以下））、次の権限委任規定が入っている。
- 「私法上の法人は、国家の監督の下に出捐の分野での国家的事務を自らの名前でかつ公法上の行為形式で遂行する権限を、行政行為または契約により、与えられることができる。権限の付与および剥奪ならびに国家の監督の実施は、所管の大臣の権限とする。」
- ノルトライン・ヴェストファーレン州では、給付行政行為の撤回の趣及効の規定も既に行政手続法に導入されている。Vgl. § 49a VwVfG. NW. 以上については、Erwin Krämer/Jürgen Schmidt, Zuwendungsrecht Zuwendungspraxis, Ordn. 1, St. Juni 1993, Nordrhein-Westfalen A III を参照。
- (37) DARA については、米丸・前掲④（注六）二一八頁でふれた。
- (38) 連邦行政のレベルで私法上の行政組織が用いられている現象については、そのあたり、Armin Ditmann, Die Bundesverwaltung-Verfassungsgeschichtliche Grundlagen, grundgesetzliche Vorgaben und Staatspraxis ihrer Organisation, 1983, S. 87 f.; Dirk Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 15 ff.; Roman Looser, Die Bundesverwaltung in der Bundesrepublik Deutschland-Bestand, Rechtsformen und System der Aufbauorganisation-, Bd. 1, 2. Aufl. 1987, S. 143 ff.; ders., Wahl und Bewertung von Rechtsformen für öffentliche Verwaltungsorganisationen, 1988, S. 15 ff.; Hans J. Wolff/Otto Bachof/Rolf Stöber, Verwaltungsrecht II, 1987, § 104a, S. 420 ff.
- (39) 以上の他にも、登下校指導生徒、地域煙草掃察主任（Bezirkschornsteinfegermeister, dazu vgl. Wilhelm Surwald/Wolfgang Stehmer, Handbuch für das Schornsteinfegerwesen in Baden-Württemberg, 3. Aufl. 1983, S. 24 f. 煙草掃察主任の事例（以下））、猟区管理人などの例があげられるが、詳細は省略する。そのあたり、Wolff/Bachof/Stöber, a. a. O. (N. 38), § 104 Rdn. 2, S. 412 f. 参照。
- (40) 後述第四章第一節参照。

(41) こうした私人による行政現象の相互の手法を区分するためには、法令の一つ一つの条文毎に、どのような業務または権限を委任しているのか、どのような法的な統制が設けられているのかなどを検討してなされなければならない。ただ、本稿の叙述の上では、露木康浩「委託制度と指定機関制度に関する一考察」警察学論集四二巻一二号三八頁以下（一九八九年）でははその作業がなされており、また本稿に許された紙幅の関係からも、かかる検討は割愛せざるを得なかった。指定機関の条文一覧など既に作成した資料も含めて、残された課題としておきたい。

(42) 露木・前掲（注四一）三八頁。

(43) 塩野・前掲（注二）四九一頁の区分では、民間活動活用型指定法人にあたる。後注四八参照。

(44) 林修三他編・法令用語辞典（学陽書房、第六次改定版、一九八六年）三三三頁。同書の第五次改定版（一九八〇年）には、この項目は入っていない。

(45) 露木・前掲（注四一）でも、指定機関制度としてまとめられている。

(46) 手続法に先立つ要綱案ではその第三二第二に入っていた事項である。これについての用語解説として、臨時行政改革推進審議会事務局監修・行政管理研究センター調査研究部編・公正・透明な行政手続を目標して―臨時行政改革推進審議会「公正・透明な行政手続法制の整備に関する答申」全解説・資料（行政管理研究センター、一九九二年）四三頁参照。

(47) 塩野・前掲（注二）四八六頁では、正しくこの指定法人を考察対象としているわけであるが、指定法人なる用語は、実務上の用語であるとされている。指定法人の概念は、業務の実質的な内容を問わない形式的な概念であり、指定機関のそれ（四八八頁注一〇）は、特定の業務を前提とする概念で指定法人に包括される概念とされている。実際上は、指定機関として自然人が指定されている。権利能力なき社団が指定されている例はないようであるが、概念的にも、実定法上も（行政手続法四三項の文言は、法人以外の者も指定を受ける余地があることを示している）、これらが指定機関として指定される場合がないわけではないので、指定法人は必ずしも指定機関を包括する概念ではない。ドイツの公認の専門官の場合のように、特定の専門能力をもつ自然人を指定機関として指定するほうが適切な場合も立法論的にはないわけではないと思われる。

(48) 指定法人とされる法人の中には、法令上、「指定：機関」として扱われない法人も入ることになる。

例えば、道路交通法一〇八条の一三による「交通事故調査分析センター」、一四条の八による「都道府県道路使用適正化センター」、一四条の九による「全国道路使用適正化センター」などは、民法三四条の法人がかかる名称で指定されるものであるが、その指定を受けた者は、特定の業務を遂行するものとしてされている。同法五一条の二では、公安委員会が「指定車両移動保管機関」を指定して、一〇八条の四では、公安委員会が「指定講習機関」を指定して、それぞれ警察署長が行う違法駐車車両の移動もしくは保管に係る事務、または公安委員会が行う取消処分者講習もしくは初心者講習を行わせることができることと定

められている。

塩野・前掲(注二)四九〇頁以下では、指定法人を、指定法人の「業務を一旦行政事務とした上で、これを指定法人をして行わせるという趣旨にうかがわれる」例Ⅱ行政事務代行型と、「形式的に当該業務を一旦行政事務とすることなく、直接指定法人をして行わせしめている」民間活動活用型に区分しているが、基本的には「指定機関」は前者に、それ以外の指定法人は後者に分類されるように思われる。指定機関の場合は、第二章および第三章で論ずるように、かなり類型的な規定がおかれており、それをめぐる法関係も類似のものが多くことから、本稿では、特に特殊性の強い指定機関制度を対象を限定することにした。

なお、露木・前掲(注四一)四〇頁注五も、これら指定機関以外の指定法人の指定につき、それは指定により当該私人の社会的信頼を高めることにより、その業務の促進に資すること等として、指定機関の指定とその趣旨、性格を異にするものとしている。

(49) 指定機関か、指定法人かの問題は、同一団体を呼ぶ場合の単なる用語法の違いにとどまらず、検討の基本的な観点、具体的な解釈論的結論の違いをもたらすことも、必ずしも論理必然的ではないが有り得る。塩野・前掲(注二)論文との具体的な違いについては第三章で述べるが、予め大まかに述べるとすれば、本稿の立場は、指定機関の遂行する事務は、原権限庁が所属する行政担当団体の事務のまま、原権限庁が指定機関に権限を委任して行わせているものと解釈し法的に整序しようとする点である。塩野論文では、指定法人の指定とみて、本稿のように(ドイツ行政法上の *Beleihung* の基本的な枠組みと同じであるが)指定機関への権限の委任とみる必要はない旨が述べられているが(五〇四頁注二)、その結果、後述のように例えば国家賠償責任の主体が異なるという結論に至るのである。

(50) 本稿での作業は次のように行った。

① 現行法令の条文中の、「指定」と「機関」の文言を含む条文のリストアップ、② これらの中から、「指定試験機関」、「指定検査機関」などのような「指定：機関」という文言を含むものの選択(文部省学術情報センターから提供されている現行法令データベースを使用。なお、このデータベースには、省令以下の法規範は含まれていないので、法律、政令レベルでの作業しか行っていない。)③ 「指定：機関」なる文言が使われていない可能性もあるので、「指定」文言を含む条文の中の再チェック、④ 「指定」という文言もつかわれていない指定機関が存在する可能性はあるが、行政不服審査法による不服審査の排除または承認の規定が入っている条文を検索し、その中から指定機関に該当するものを抽出する形で再チェック、⑤ 「現行法規総攬」(第一法規)中の指定機関を指定する告示等のチェック、⑥ 指定機関についての規定が法律上導入された年月については、「現行法規総攬」の当該条文の改正年月日を参照。現行法を根拠にしての調査であるから、過去に指定機関制度があったにもかかわらず法改正で廃止されたものについては、調査していない。また、法律の根拠なく省令以下で、指定機関制度がとられているものがあ

るとすれば、それは調査していない。

さらに、このようにして作成されたリストから、生活保護法に基づく「指定医療機関」など、医療、療養サービスを提供する九件の「指定機関」については、除外してある。別途まとめて考察する必要があると考えたからである。以上の作業を行った結果が、表である。

- (51) 露木・前掲(注四一)四〇頁以下は、現行法上に採用されている「委託」制度と「指定機関」制度とを網羅的に整理し検討を加えている。
- (52) 現行法令データベースに収録されている法律の数は、一九九三年三月現在で一六五四件にのぼる。ちなみに、他の法規範の数は、憲法一件、政令一九三二件、勅令二一件となっている。
- (53) 総務庁行政監察局・許認可等の統一の把握の結果について(平成五年一月)による。これは、平成五年三月三十一日現在の計数である。省庁別計数については、資料一参照。
- (54) 同前。省庁別の計数は、資料二参照。
- (55) 規制緩和の推進の観点から見た検査検定制度の問題点については、総務庁行政監察局編・検査検定制度、規制行政の改善を目指して(大蔵省印刷局・一九九二年)参照。
- (56) この輸出品取締法における民間機関による検査が、ドイツにおける私人による行政現象、特に技術検査協会などの制度にならったのか、日本独自のものとして制度化されたのかについては、ここでは結論を留保せざるを得ないが、その規制の態様、民間機関の組み込み方などは、相当類似しているといつてよいであろう。
- (57) 倉地圭三「輸出取締法」金澤良雄編・貿易關係法(法律學体系コンメンタール篇二五)(日本評論新社・一九五六年)二九五頁。
- (58) 輸出取締法については、前注の文献のほか、川原英之・新輸出品取締法の解説と實際(港出版合作社・一九五三年)、農林大臣官房検査課編・輸出品取締法関係法令集(大文社、一九五二年)、通産省検査課編・輸出検査法詳解(港出版合作社・一九五八)、「新立法で輸出検査制度を強化―輸出品取締法は廃止―」時法三三九号二頁以下(一九五七年)、通産省貿易局検査デザイン課・輸出検査二〇年の歩み(一九七八年)三頁以下参照。
- (59) 塩野・前掲(注二)は、指定法人の増加がこの間の行政改革の動きにその要因を持つていたことを指摘している。四八九頁。筆者も、以前、技術監視協会の検討を行ったときに、この間の臨調行革の動きと検査機関の關係の分析の必要性について言及したことがある。米丸・前掲②(注六)一三一号三一六頁注二〇参照。不十分なものがら、規制緩和論との関わりで事業者団体たる指定法人、民間の検査検定制度の問題点を指摘したものとして、米丸恒治「企業規制改革の現状と行政責任」法科二一号七八頁(一九九三年)以下参照。

- (60) 昭和三十九年九月二九日「臨時行政調査会の答申」自研四〇巻臨一一号三三頁以下。
- (61) 同前一六一頁。なお、答申に先立つ、臨調第三専門部会第一分科会「許認可事務調査結果報告」(昭和三十八年一月二九日)自研四〇巻一五九頁でも具体例を挙げながら民間委員の提言がなされていた(一六九頁)。
- (62) 例えば、昭和五二年七月二七日の行政監視委員会「検査検定業務等の合理化方策についての答申」。
- (63) 臨時行政調査会「行政改革に関する第五次答申」第五章許認可等²許認可等の整理合理化(1)資格制度、(2)検査・検定制の箇所(臨調・行革審〇B会監修「日本を変えた一〇年」行政管理研究センター、一九九一年、四〇一頁以下)参照。
- (64) 同前四〇八頁。
- (65) 臨時行政改革推進審議会「公的規制の緩和等に関する答申」Ⅲ検査検定制・資格制度(前掲八〇三頁以下)など参照。なお、臨時行政改革推進審議会事務局監修・規制緩和一新行革審提言(ぎょうせい、一九八八年)収録の検査検定、資格関係の諸資料も参照。
- (66) 認可法人については、舟田正之「特殊法人論」雄川一郎他編「現代行政法体系第七卷行政組織(有斐閣、一九八五年)二六一頁以下、総務庁長官官房総務課編「公的法人の機能とその管理(行政管理研究センター、一九八七年)一頁、七一頁以下(一五九頁には昭和六二年現在の認可法人一覧が掲げられており参考になる。)」参照。
- (67) 臨時行政改革推進審議会・最終答申(一九九三年一月二七日)、「Ⅴ 公的金融、特殊法人の改革」3 特殊法人の改革」の「(一) 見直しの考え方」末尾参照。
- (68) 以下の現行法の個別規定については、露木・前掲(注四一)四〇頁以下も参照。
- (69) 例示は、指定機関制度の古いものとして輸出検査法、最も新しいものとして気象業務法、その他に適宜若干の法令をあげるのみに止めた。
- (70) 美濃部達吉「日本行政法上巻(有斐閣、一九三六年)四〇頁。
- (71) 美濃部・前掲一〇五、一〇六頁。また、これらは、国家の特別の監督に服し、特別権力関係におかれるものとされていた。一三七頁。なおこの法関係における特別権力関係の否定については、室井力・特別権力関係論(勁草書房、一九六八年)四一九頁参照。
- (72) 注二の田中二郎の一連の教科書の該当ページを参照。
- (73) 杉村敏正・全訂行政法講義総論(上巻)(有斐閣、一九六九年)五三頁。
- (74) 遠藤博也・行政法Ⅱ(各論)(青林書院新社、一九七七年)九四頁。なお、指定機関の制度は、非定型的行政組織にあげられるが、制度自体は、現行法上かなり定型的なものとなっているとすることができる。後述第二章第一節参照。
- (75) 阿部泰隆・行政の法システム(下)(有斐閣、一九九二年)六〇六頁以下。六一〇頁では、指定車両移動保管機関(道交)、指定

検査機関（輸出検査）の事例が挙げられている。

(76) 行政組織法を、行政作用法、行政救済法などとの関係でも考察することの重要性を指摘するものとして、室井力「行政組織法総論」雄川一郎他編・現代行政法体系第七巻行政組織（有斐閣、一九八五年）一五頁参照。

(77) ちなみにドイツの行政法関係の文献では、行政作用法上、行政救済法上の叙述でも、行政組織法の叙述でも、行政権限を委任された特許者（Beizahene）についての説明が入っている。行政組織法中の特許者の位置付けについては、後注八六参照。

(78) 周知のように判例では、特殊法人に対する主務大臣の監督作用の関係では、主務大臣と特殊法人の関係は「いわば上級行政機関と下級行政機関の関係」として扱われ、その間で行われた認可などの行為が処分性を持たないとされる。鉄建公団に対する工事計画の認可についての最判昭五三・一二・八民集三三巻九号一六一七頁、および道路公団についての神戸地判昭五四・一一・三〇行集三三巻一〇号一六四頁参照（こうした行政内部法的把握に対してはつとに批判が出されている。さしあたり、今村成和・人權と裁判（北海道大学図書刊行会、一九七三年）一八九頁以下（一番東京地判昭四七・一二・二三の評釈）、舟田正之「特殊法人の組織法的諸問題」公法五〇号二九頁（一九八八年）など参照）。しかし特殊法人の活動そのものは、法律上当該法人の事務とされており、当該法人は行政主体とされているのであって、国の事務を委任しているものとはみられない。

(79) 塩野・前掲（注二）四九四頁以下も、基本的には、委任の関係として、露木・前掲（注四一）一〇三頁以下では、指定が「行政事務の委譲」であるとす。その意味しているところは、権限の委任の内容であって、厳密な意味で事務自体が国家の事務でなくなり、純粋な私人の活動または事務となるとしているわけではないと思われる（権限の委任を事務の委任と呼ぶこともあることが考慮されるべきか）。事務が委譲された場合には、委譲された権限に基づき処分がなされることがあっても、原権限庁が審査庁となることは普通には考えられないのではないかと思われるからである。なお、手数料徴収についての規定については、後述する。

(80) または、地方自治法一五三条二項により、都道府県知事がその権限に属する事務の一部を市町村長に委任する場合も、他の団体の機関を指定して委任する（指定機関の場合は法人を指定するわけだが。）という点では、類似のケースと考えられようか。

(81) 指定機関以外の指定法人の場合には、この場合ににあたることが多いと思われる。塩野・前掲（注二）にいう「民間活動活用型」指定法人にあたる。

(82) 米丸・前掲①（注二）一二五頁など参照。

(83) 技術監視協会をめぐってはげしく争われたところである。米丸・前掲②（注六）一四八頁以下、二七二頁以下など参照。

(84) ドイツにおける航空法改正によって導入された権限委任規定の事例およびDARAの事例では、処分についての審査請求規定と同様の規定があるために特許たることに異論はないものと思われる。米丸・前掲④（注六）二二二頁以下、DARAについては

- 一三四頁注九参照。
- (85) 露木・前掲(注四一)一一〇頁以下は、法律行為的行政行為のうち特許にあたる行政処分とし、塩野・前掲(注二)四九八頁も、形式的行為にあたる行政処分と解している。
- (86) ドイツの文献で行政組織の叙述の中に特許者を位置付けているものとして、Wolff/Bachof/Stober, a. a. O. (N. 38), § 104, S. 411 ff.; Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 1990, S. 516 ff. (間接国家行政の中に位置付けられてゐる); Reiner Schmidt, Wirtschaftspolizei, Wirtschaftsverwaltungsorganisation, Wirtschaftsförderung, in: Norbert Achterberg/Günter Pütner (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht Ein Lehrbuch, Bd. I, Wirtschafts-, Bau-, Kultus-, Dienstrecht, 1990, S. 3 ff., 34 f.; Walter Rudolf, Verwaltungsorganisation, in: Hans-Uwe Erichsen/Wolfgang Martens (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 1988, § 56 II 3, S. 641; Hans-Wolfgang Arndt, Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: Udo Steiner (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1986, S. 685 f.; Günter Pütner/Bernhard Losch, Verwaltung durch Private und in privatrechtlicher Form, in: KurtG. A. Jeserich u. a. (Hrsg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. 5 Bundesrepublik Deutschland, 1987, 373 ff. など参照。日本の文献では、遠藤・前掲(注七四)九四頁以外に、古くは美濃部・前掲(注七〇)が行政権の主体として行政権限の受任者を位置付け(一〇五頁)、行政組織の叙述の中で、国家事務の受任者を国の機関たる者として説明していた(六六七頁)。
- (87) この点は、ドイツの場合は、テュフの専門官、地域煙突掃除主任などにあつては、自然人が特許者とされ、DARA、航空管制会社などにあつては法人が特許者とされているのと異なつてゐる。
- (88) 美濃部・前掲(注七)六六九頁では、法人に国家事務を委任している場合に、委任関係は国家と法人との間に生ずるとしている。あえていえば、指定法人の役員は、行政主体の行政機関たる指定機関のそのまた機関であるという法構造がとられている。「法人行政庁」という概念については、これまで述べる者がないが、法制度的にはかかる仕組がとられていることになる。
- (89) 米丸・前掲①(注二)一三五頁参照。論者によつては、法律の具体的な根拠がない場合でも、監督権限を承認している。①一五七頁注七五も参照。
- (90) 法律の根拠がなくとも委任にともない指揮監督権が認められるとする見解として、周知のように、佐藤功・行政組織法(有斐閣新版、一九七九年)二三四頁があるが、それも明示的に上級・下級の行政機関相互間以外の問題として議論しているわけではないし、また佐藤以外にかかる見解を主張する文献はみあたらないようである。
- (91) この度の「行政手続法(案)」の成立の過程については、既に多くの研究がある。本多滝夫「行政改革と行政手続法制定の課題」修道一五巻一号五七頁以下(一九九三年)(同論文注記の諸文献を参照)、村上順「行政手続法案史の概略」自治総研一九巻九号

- 一頁（一九九三年）、青木康・平成五年法 行政手続法の解説（ぎょうせい、一九九三年）第一部など参照。行政手続法案に対する対案として、行政手続法要綱案対案研究会「行政手続法要綱案に対する対案」行政財研究一三〇七頁以下（一九九二年）、および同誌所収の論稿参照。また、この間の各種要綱案等の比較を試みているものとして、阿部泰隆ほか「行政手続法諸案の比較検討（一、二）」民商一〇八巻四・五号二九三頁、一〇九巻二号一五二頁（一九九三年）も参照。行政手続法をめぐる資料については、さしあたり総務庁行政管理局編・行政手続法の制定にむけて―新しい行政スタイルの確立―（ぎょうせい、一九九〇年）、臨時行政改革推進審議会事務局監修・前掲（注四六）参照。また、田村達久「行政手続法案の解説と問題点」自治総研一九巻八号三〇頁以下（一九九三年）も参照。
- (92) 塩野・前掲（注二）五〇一頁以下では、四条関係（要綱案三二第二）についての経緯と適用除外の評価が述べられている。
- (93) 臨時行政改革推進審議会事務局監修・前掲（注四六）二〇頁参照。解説は、三二頁。
- (94) Vgl. Stelkens/Bonk/Sachs, a. a. O. (N. 11), § 36 Rdn. 85 ff., 90, S. 694 ff.
- (95) 塩野・前掲（注二）五〇三頁。
- (96) 米丸・前掲②（注六）二九三頁以下参照。ヘッセン国事裁判所の判決（Staatsgerichtshof für das Land Hessen, Urt. v. 7. 10. 1949, Verw.Rspr. Bd. 2, S. 136 ff.）と、連邦通常裁判所の判決（BGH, Urt. v. 30. 19. 1957, BGHZ 25, S. 266 ff.）とがある。
- (97) 検査・検定、資格試験、登録などは、その多くが検査合格、検定合格、試験合格したときにはじめて特定の行為を罰則を受けることなく行える行為であるが、そうであれば、許可という評価もできる。なお、最近では、検査制、能力検定制を、許可制とは別に位置付ける者もある（山内一夫・行政法（第一法規、一九八六年）一五七、一五九頁）。この点では、総務庁行政監察局が許認可等を統一的に把握するために行っている調査に際しての区分でも、認定、検査、登録等は、「特定の事実や行為が、予め定められた基準等を満たしているか否か審査・判定し、これを公に証明する行為」等と説明されている（総務庁行政監察局・前掲注五三、一頁）。しかしこれらは、合格、登録等がないと一定の職業活動、販売等を禁止されている場合にそれを解除するという作用でもあり、行為の形態から相対的に区分はできるものの、法的な規制のかぶりかたでは許可であるともいえるのである。
- (98) 塩野・前掲（注二）五〇三頁と同旨である。
- (99) 臨時行政改革推進審議会事務局監修・前掲（注四六）二〇頁。同項については、解説は付されていない。用語解説については、次注参照。
- (100) 臨時行政改革推進審議会事務局監修・前掲（注四六）四三頁。
- (101) 弁護士会等の行う懲戒処分については、用語解説の中では、本文中で述べたとおり公共的団体の例で挙げられているが、要綱案自体

- においては、その「[注記]」の1で要綱案第三の適用除外事項に加えさらに個別法で適用除外されるべき事項として挙げられている。要綱案の解説（前掲（注四六）二五頁）参照。これによれば、弁護士会等の行う処分は、行政庁として適用除外されない限りは手続法の適用の対象になるはずの処分とされていることになる。見解は分かれるであろうが、要綱案自体は、その「第3適用範囲」の1において、「[国の行政機関（国家行政組織法（昭和三十三年法律第二二〇号）第三条第二項に規定する国の行政機関として置かれる機関及び…（以下略）」なる範囲の限定をしているので、これを前提とする限り、要綱案の解説で挙げられる弁護士会は不適切な事例ということにならう。その限りで、同所四五頁の用語解説の方が適切ということにならうか。
- (102) 弁護士会の処分については、行政手続法の適用除外を定める「行政手続法の施行に伴う関係法律の整備に関する法律」（平成五年法律八九号）三三条、四四条により、行政手続法の適用が除外された。これは、かかる除外条項がなければ行政手続法が適用される処分であることを意味すると解されるから、行政手続法上は、その処分庁に、「国家行政組織法（昭和三十三年法律第二百十号）第三条第二項に規定する国の行政機関…（以下略）」というしほりはなくなっていると解してよい。このことは、指定機関についても、同様にしほりがなくなっていること、すなわち指定機関も処分庁に含まれることの根拠とならう。
- (103) 要綱案についての審議過程では、郵政省から「試験、検定又は検査の結果に係る処分」等の除外要求が出されているが、一一号のような範囲にとどまった。前掲書（注四六）一一三頁参照。
- (104) 米丸・前掲①（注一）一三六頁、米丸・前掲②（注六）二七九頁以下および二八六頁参照。なお、テュフをめぐる状況については、Dirk Ehlers, Der Beklage im Verwaltungsprozess, in: Hans-Uwe Erichsen/Werner Hoppe/Albert v. Mutius (Hrsg.), System des Verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, FS für Ch.-Fr. Menger zum 70. Geburtstag, 1985, S. 379 ff., insb. 387 ff. を参照。ネージュは、特許者自体を被告とする場合（テュフの場合は、公認専門官自体が被告となる）権利保護を与えるために被告選択を柔軟にすることが述べられている。
- (105) 大阪地判昭四八・七・二六訟月二〇巻四号八一頁。合格不合格の判定が、もっぱら学問的技術的見地より判断されるべきものであって、事柄の性質上試験を実施した機関の最終的判断に委ねられるべきであるとして、当該争訟が法律上の争訟にあらず司法審査の対象とならないと判示している。
- (106) 大阪高判昭四七・一一・三〇高民二五巻四号四〇六頁、判時七〇〇号一〇一頁。
- (107) 塩野・前掲（注二）五〇四頁。
- (108) 塩野宏・行政法Ⅱ（有斐閣、一九九一年）二二三頁注一では、弁護士会が行う懲戒活動とそれをめぐる国家賠償責任の主体について、それが自らの権限であるか（その場合、弁護士会が公共団体として扱われる）、他から委任された権限であるか（もととの権限が帰属する主体が責任主体となる。）により責任主体が異なる旨述べられているが、塩野・前掲（注二）五〇四頁では

正しく、前者と解釈されたわけであるが、本稿の立場では、後者と解すべきであることになる。指定機関は、行政庁であり、行政主体とはならないと解するからである。

(108) さしあたり、園部逸夫・現代行政法の展望（日本評論社、一九六九年）五七頁以下、阿部泰隆・国家賠償法（有斐閣、一九八八年）五五頁など参照。

(110) Vgl. BGH, Urt., a. a. O. (N. 14).

(111) 米丸・前掲①（注一）一三七頁以下。

(112) 米丸・前掲④（注六）二二五頁以下。

(113) 第一章三、③の事例参照。

(114) 刑務所の民営化については、行政法学的検討はなされていないようである。アメリカにおける民営刑務所については、刑事政策的な観点からのものとして、藤本哲也「アメリカにおける刑務所の民営化と受刑者の権利」新報九六巻一一・一二号六四七頁以下（一九九〇年）〔同著・刑事政策の最新動向（青林書院、一九九一年）一二七頁以下所収〕、竹村典良「民営刑務所（Private Prison）」藤本哲也編・現代アメリカ犯罪学事典（勁草書房、一九九一年）一五二頁以下（比較法雑誌二〇巻四号五九頁以下、一九八七年）、菊田幸一「民営刑務所・在宅拘禁と電子モニタリング」アメリカにおける過剰拘禁対策 朝倉京一他編・八木國之先生古稀祝賀・刑事法学の現代的展開（下巻）刑事政策編（法学書院、一九九二年）二二九頁以下およびこれら掲記の文献参照。藤本・前掲二二八頁以下では、刑務所の民営化をめぐり、ステイト・アクション理論を適用して民営刑務所の活動に対する憲法的統制を及ぼす判決が紹介され検討されているが、一旦民営化されて民間団体が国家的機能を営んでいる現象に対する法的統制の試みとして、本稿の問題意識からしても非常に興味深い。なお、菊田二四一頁によれば、一九八四年以降、三〇以上の民営刑務所があるほか、地方の拘留所（Jail）を委託するものも現れているといわれている。「刑罰権の民営化」という基本問題が後回しにされ（二四一頁）、現実が先行していることの問題は重大であると思われる。

(115) 微妙な違いはあるが、例えば、成田・前掲（注二八）一九二頁、塩野・前掲（注二）四九七頁、阿部・前掲（注七五）六〇八頁以下など。

(116) 現在のところ、警察権限の民間委託、刑務所の民営化などの議論はないが、古くは、建築主事の建築確認を建築士に委ねることなどが提言されていた（「許認可事務調査結果報告」前掲（注六一）一六九頁）。検査検定、試験などの定型的な業務と行政裁量の広範に認められる処分権限との境界も必ずしも明確に区分できるわけではない。

(117) 行政委員会の合憲性をめぐっては、さしあたり市原昌三郎「行政委員会と内閣の責任」行政法の争点（有斐閣、一九八〇年）一二〇頁以下、および同掲記の諸文献参照。

- (118) 従来の行政事務、事業の民間委託についての文献として、成田・前掲(注二八)、佐藤英善「行政的役務の種類と民間委託」青木宗也他編、全日本自治体労働組合監督・新版自治体労働者の権利(労働旬報社、一九八二年)二六六頁以下、晴山一穂「民間委託の法律的問題点―行政責任・行政の公共性をめぐって―」『住民と自治』編集部編・民間委託批判―その実態とたたかひの方向(自治体研究社、一九八五年)六四頁以下、室井力「民間委託の法律問題―行政法からみた限界」青木宗也他編・自治体における民間委託・派遣・臨職の法的検討(総合労働研究所、改訂版、一九八六年)七〇頁以下など参照。また、本稿で扱う公権力の行使とかわる権限の民間委託については、特に、阿部泰隆・行政の法システム(下)(有斐閣、一九九二年)六〇六頁以下参照。
- (119) このいわゆる「みなし公務員」については、さしあたり大塚仁他編・大コンメンタール刑法第一卷(青林書院、一九九一年)一〇二頁以下(古田佑紀)参照。みなし公務員規定の効果は、刑法上は、公務執行妨害罪、職務強要罪の客体としてその活動が保護され、公務員職権濫用罪、収賄罪の主体となりその活動が規制されるという二面で現れる。なお、同第四卷(同、一九九〇年)九〇頁(頃安健司)、同第七卷(同、一九九一年)三三三頁以下(河上和雄)も参照。
- (120) 九三年一月三日の新聞報道(毎日、日経等)で、通訳案内業の試験の出題委員が試験問題を漏洩していた事件が報道された。通訳案内業の試験は、通訳案内業法五条の二により、運輸省所管の特殊法人である国際観光振興会(国際観光振興会法による特殊法人)に委任することができるとされ、同協会が実施している。同会は、特殊法人であるが、指定機関と同様の定めが通訳案内業法上おかれており、同会を特定して試験権限が委任されている。指定法人の場合は、特殊法人よりさらに私的な色彩が強い団体であることを考えると、指定機関の職員または委任権限にかかわるスタッフに対する統制の欠如を物語る一証拠ともとられかねないような事件ではないだろうか。
- (121) 裁判例の中では、指定機関の職員が収賄、業務上横領の罪に問われた事件として、東京地判昭三八・一〇・三一判タ一五九号一三〇頁がある。本件では、輸出検査法上の指定機関として指定された財団法人日本機械金属検査協会の嘱託職員が問題となっている。
- (122) この点については、公正取引委員会の事業者団体問題研究会がまとめた事業者団体の活動についての報告書が参照されるべきである。公正取引委員会事務局経済部団体課編・事業者団体の活動と独占禁止法―開放性・無差別性・透明性・国際的整合性等を求めて―(商事法律務研究会、一九九三年)、特に一〇七頁以下で述べられている事業者団体と行政との関係について参照されるべきであろう。
- (123) 総務庁行政監察局・公益法人の現状と課題(大蔵省印刷局、一九九二年)参照。
- (124) 行政裁判の被告については、専門官か、テュフか、行政庁か、またはそれらが選択的に対応するのかの議論があるし、国家責任

の主体についても、権限を委任した州か、テュフか、など議論がある。Vgl. Ehlers, a. a. O. (N.104). 裁判例も必ずしも統一されているわけではない。

(125) なお、総務庁行政監察局編・前掲(注五五)では、行政監察の対象となった若干の規制行政の中に、指定機関による行政活動についての断片的な情報が得られる。例えば、水道法上の指定検査機関について二五頁、高圧ガス取締法上の指定試験機関について六五頁、電気事業法上の指定検査機関につき七八頁、電気用品取締法上の指定検査機関につき九三、九五頁、輸出検査法上の指定検査機関につき一〇〇頁、輸出品マゼイン法上の認定機関につき一〇三頁、船舶安全法による指定検査機関につき一〇七、一一三頁、電波法上の指定検査機関につき一三〇頁及び指定証明機関につき一四〇頁、放射線障害防止法による指定運搬物確認機関、指定運搬方法確認機関につき一六五頁参照。なお、指定機関ではない民間法人の検査を行政庁の許認可の事前を受けることを指導されるものとして、建築基準法三八条による建設大臣の認定の事例がある(同書一五〇頁)が、指定機関制度と、自主検査制度との中間にある現象として今後検討が必要である。

(126) ここでいう「受益者負担」の法学的概念については、福家俊朗「『受益者負担』の法的論理」都市問題研究三六卷一一二号一〇五頁以下(一九八四年)、手数料負担の問題点については、同一一二頁参照。

(補注) 注三〇でふれたドイツ連邦鉄道改革法案は、本稿校正時には既に成立しており、一九九四年一月一〇日には、ベルリンで、ドイツ鉄道株式会社(Deutsche Bahn AG)設立の書類が同社の取締役社長(ハイントツ・テュル)に対し手渡されたとされている。Vgl. Presse- und Informationsamt der Bundesregierung, Bulletin v. 12. 1. 1994, S. 9.