

## 地方公共団体との研究会 プレゼン資料

### 「公権力の行使」と市場化テスト

石川 敏行(専門委員)

2008/12/12/

1

### 出発点(与件)

- ◆ レジューメ引用の公サ法の条文(第2条第4項本文)を参照。
- ◆ そこにいう「行政処分」とは、法文では「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」という連語で使用されるのが通例(レジューメを参照)。
- ◆ また過去の折衝経験でも、公サ法の適用を免れるために、「公権力の行使だから」という理由が挙げられることが多い。

2008/12/12

2

## 報告の目的

- ◆ そこで本日は、以上の状況を前提に、
- ◆ ①「公権力の行使」という言葉の呪縛を解き、
- ◆ ②それが指し示す対象の本質に迫り、
- ◆ ③「公権力の行使」の正体を解明し、
- ◆ ④「公権力の行使」が真に公サ法の外壁(限界)となるのかを検証すること
- ◆ をもって、本報告の目的としたい。

2008/12/12

3

## 着眼点:「阻害要因」は何か

- ◆ 次に、「公権力の行使」が、なぜ公サ法の阻害要因となるのかについて分析してみる。
- ◆ その際の着眼点は、
- ◆ ①「公権力」だからダメなのか、それとも
- ◆ ②それを「行使」することがいけないのか。
- ◆ そのどちらなのかを、区別して考える必要があるだろう。
- ◆ 結論から言えば、②ではない。
- ◆ その理由は、次に示す国賠法の条文から明らか。

2008/12/12

4

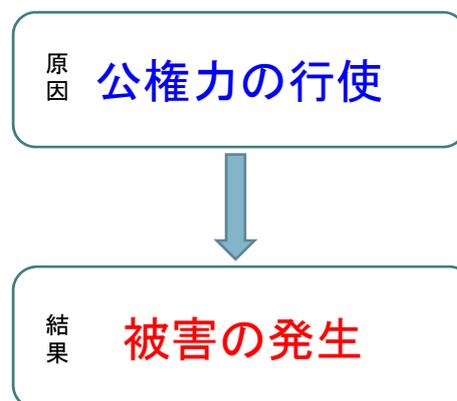
## ヒント：国賠法

- ◆ 国家賠償法の次の規定：
- ◆ 「国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によつて違法に他人に損害を加えたときは、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる。」(1条1項)
- ◆ 通説・判例によると、上記法文中の「**公務員**」とは、公務員法上の公務員には限られず、「公務の委任を受けた一切の者」を指す。
- ◆ つまり、公務員の身分を持たない私人であっても、**国賠法上は「公務員」と解釈される。**

2008/12/12

5

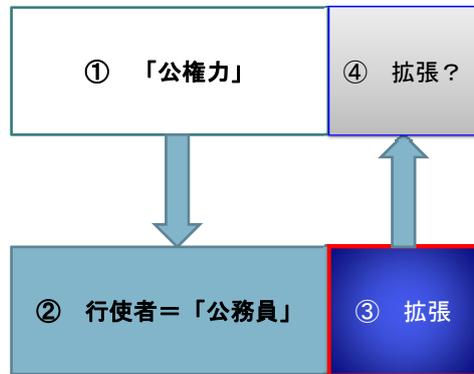
## 「原因」と「結果」



2008/12/12

6

## 「公権力」の拡張？



2008/12/12

7

## 「組織(設置)」と「作用(運営)」

	行政主体	民間企業
公法 (行政法)	①	②
私法 (民商法)	③	④

- ① 公設公営 = (通常の) 行政活動
- ② 公設民営 = 市場化テスト等
- ③ 民設公営 = PFI等
- ④ 民設民営 = (通常の) 企業活動

2008/12/12

8

地方公共団体との研究会（第4回）  
テーマ：「公権力の行使」と市場化テスト（未定稿）

石川 敏行（専門委員）

## 1 出発点——公サ法の「外壁（限界）」としての「公権力の行使」

・まず、下記の条文を参照。

### <公サ法の定め スライド2関係>

（定義）

第2条 中略

4 この法律において「公共サービス」とは、次に掲げるものをいう。

- 一 国の行政機関等の事務又は事業として行われる国民に対するサービスの提供その他の公共の利益の増進に資する業務（行政処分を除く。）のうち次に掲げるもの【以下略】

（公共サービス改革法2条4項本文）

・結果、仮に「公共サービス」に該当しても、「行政処分」たる性質を有する業務は、そもそも公サ法の対象から除外されている。言葉を換えると、「行政処分」は公サ法の外壁（限界）となっている。

・次に、「行政（庁の）処分」という語は、「公権力の行使」とリンクして、法文では使用されることが多い。

### <参考：「公権力」「国権」「権力」の語義 スライド2関係>

#### 公権力

国家（又は公共団体）がその統治権に基づき、私人に対して優越的な意思を発動する権力。法令を定め、法的争いを裁断し、あるいは国民に命令し、強制することがその例であるが、国と私人とが対等の立場に立つ私法上の法律関係（物品の売買など）はこれに含まれない。実定法上、「公権力の行使」という用例がある（国賠1、行審1・2等）。→国権、→権力

#### 国権

国家権力を指す。①統治権又は国家の主権の意（憲9①・41、財3）。②国家の統一的な意思力という意味で用いられることもある。国家は相矛盾した意思をもつことはあり得ないのでこの意味での国権は唯一不可分であり、立法、司法、行政の区分はその作用を別個の機関に行わせたにすぎないと説かれるのはその例。

#### 権力

支配者が被支配者に服従を強制する力。通常は、国家が有する政治的権力を指し、究極的には物理的強制力に裏打ちされる。物理的強制力という側面では暴力と同じであるが、その行使については当事者によって正当性が承認されている点で異なる。法律と権力との関係については、権力発動が法によって規定されているという面と法律が権力によって規定される面とがある。

（出典：有斐閣 『有斐閣法律用語辞典 [第2版]』）

## <「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」 スライド2関係>

### 例1：行政手続法

#### (定義)

第2条 この法律において、次の各号に掲げる用語の意義は、当該各号に定めるところによる。【中略】

二 処分 行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為をいう。(2条2号)

### 例2：行政不服審査法

#### (この法律の趣旨)

第1条 この法律は、行政庁の違法又は不当な処分その他公権力の行使に当たる行為に関し、国民に対して広く行政庁に対する不服申立てのみちを開くことによつて、簡易迅速な手続による国民の権利利益の救済を図るとともに、行政の適正な運営を確保することを目的とする。(1条1項)

### 例3：行政事件訴訟法

#### (抗告訴訟)

#### 第3条

2 この法律において「処分の取消しの訴え」とは、行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為【略】以下単に「処分」という。)の取消しを求める訴訟をいう。(3条2項)

(※1) 最後の用例からも明らかなように、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」は、「処分」と略されることが多い。

(※2) ただし注意すべきは、法令用語としての「処分」には、「非難・制裁」の意味はない。なぜなら、「処分」には①不利益処分(「制裁」の意味を含む)の他に、②許認可等の利益を付与するもの(申請に対する処分=利益付与処分)もまた含まれるからである(行政手続法の第2章と第3章の見出しを参照)。

(※3) つまり、法令用語としての「処分」とは、取消争訟(取消訴訟+行政不服申立て)の対象となる行為というだけの意味、言葉を換えれば価値中立的・技術的な意味合いしか持たないことに注意。

(※4) なお、「公権力の行使」という語は、現在およそ1800本存在する法律のうち、上記3法律を含めた28法律で使用されている(行政改革推進法、公益通報者保護法、マンション建替え円滑化法、行政手続オンライン化法、密集市街地防災街区整備促進法、政党助成法、行政手続法、大都市地域住宅及住宅地供給促進特別措置法、新都市基盤整備法、沖縄復帰特別措置法、都市再開発法、河川法、国税通則法、行政事件訴訟法、行政不服審査法、住宅地区改良法、とん税法、高速自動車国道法、道路整備特別措置法、関税法、土地区画整理法、道路法、連合国財産補償法、公職選挙法、文化財保護法、地方税法、地方自治法、国家賠償法)。今回は、時間の関係で、用例の個別分析にまでは立ち入れなかった。他日を期したい。

## 2 分析——「公権力の行使」がなぜ阻害要因となるのか

- ・ところで、国賠法（国家賠償法）には、スライド5にその全文を示したような定めが存在している（1条1項）。
- ・同法は1947(昭和22)年に制定された法律であるが、そこにいる「公務員」とは公務員法上の公務員（公務員たる身分に立つ者）には限られず、広く「公務の委任を受けた一切の者」という意味である、と理解されている。つまり、公務員ではない私人であっても、国家賠償法上は「公務員」と解釈されるのである（その結果、行為者ではなく使用者〔国又は公共団体〕が賠償責任を負うことになるから、公金の支出をジャスティファイすることができる）。
- ・このように、国賠法が「公権力の行使の私人への委任」という現象を既に想定していたと推測されるのは、まことに興味深いところである。
- ・以上の考察から、結果（＝公権力の行使〔原因〕から発生した被害の補填）に於いて、つまり損害賠償による現状回復を図るという観点からは、「公権力の行使」を（権限を付与・委任された）私人が為しても全く問題がないことが、国賠法の定めから確認できる（「原因」「結果」については、スライド6に描いた図を参照）。
- ・このことから逆に発想すると、（権限を付与された）私人が行使する「公権力」は、行政が行使する「公権力」と全く同じものなのであろうか（スライド7に描いた図を参照）。ひょっとすると、「公権力」は——図に振った丸数字のような思考をたどって——拡張されているのではないかと、という疑問も湧いてくる（今回はこの点には立ち入らない）。
- ・ともあれ、これまでの考察から、阻害要因は「結果」にはない以上、「原因」にある、と言えそうである。「原因」とは、スライド6の図から明らかなように、「公権力」ということになる。
- ・言葉を換えれば、公権力は国家（行政）の専権事項なのか、という問題である。結論から言えば、この問は否定される。なぜなら、昨今の例でも、（施行順に）①建築基準法の指定検査確認機関による「建築確認」、②地方自治法の指定管理者による公の施設の「使用許可」、そして③道路交通法の駐車監視員による「放置駐車車両の確認及び標章の取付け」などに照らすと、「行使」ばかりではなく、「公権力」（の少なくとも一部）が私人に割譲された、と解する余地も絶無ではないように思われる。
- ・ところで、「公権力の行使」の語は、exercice de la puissance publique（仏）、Ausübung der öffentlichen Gewalt（独）の訳語として明治年間に日本に導入され、その後定着したようである。
- ・戦前の日本では、国家のみが公権力の行使が可能であり、府県は不真正自治体であった（地方官官制によれば、「知事ハ内務大臣ノ指揮監督ヲ承ケ内閣又ハ各省ノ主務ニ付テハ内閣総理大臣又ハ各省大臣ノ指揮監督ヲ承ケ法律命令ヲ執行シ部内ノ行政事務ヲ管理ス」とされていた（第5条））。
- ・また、町村に至っては「地方団体」と呼ばれ、「公権力の行使」は全く認められていなかった。2000(平成12)年4月1日に改正された旧地方自治法所定の（旧）自治事務の3区

分（固有事務、団体委任事務、行政事務）のうちの最後の「行政事務」が、日常の語感（＝行政が行う仕事）とは遠く隔たって「権力事務」を意味していたのは、このような戦前の法制度の名残りである（「行政事務」は、戦前は包括的に府県知事に機関委任されていたものが、1947(昭和22)年に地方自治法の制定の際、地方公共団体の事務に「配属替え」されたもので、内容面では「公権力の行使」としての取締作用、つまり警察作用を意味する、と解せられていた）。

- ・ 以上見た沿革からも明らかなように、かつては国家に専属していた「公権力」は、戦後は一方では地方公共団体に、また他方では私人にも少なくともその一部が分け与えられるに至った、と解せられる。
- ・ しかし、そもそも「公権力」は国家に専属するものなのであろうか？
- ・ 戦前はいざ知らず、戦後に関しては、次のような日本国憲法前文の規定を忘れてもらっては困る。

### <日本国憲法 前文>

日本国民は、正当に選挙された国会における代表者を通じて行動し、われらとわれらの子孫のために、諸国民との協和による成果と、わが国全土にわたって自由のもたらす恵沢を確保し、政府の行為によつて再び戦争の惨禍が起ることのないやうにすることを決意し、ここに主権が国民に存することを宣言し、この憲法を確定する。そもそも国政は、国民の厳粛な信託によるものであつて、その権威は国民に由来し、その権力は国民の代表者がこれを行使し、その福利は国民がこれを享受する。これは人類普遍の原理であり、この憲法は、かかる原理に基くものである。われらは、これに反する一切の憲法、法令及び詔勅を排除する。

(前文第1段)

- ・ 以上の明文規定からも明らかなように、「公権力」は主権と同義か、又は主権から流れ出てくるものだと考えられるが、いずれにせよ主権は国民に由来するものであり、政府に主権者としての国民から信託されたものに過ぎないということを、この際、再確認しておきたい。

### 3 むすび——「公権力」は阻害要因とはならない

- ・ もっぱら時間の関係で、考察の結論に入る。
- ・ 以上の考察から、「公権力」又は「公権力の行使」だという理由（だけ）では、公共サービス改革法の対象にならない、という理屈は絶対に出てこない。
- ・ むしろ逆に、国民から信託された「公権力」だったら、国民に「お返し」しても全く問題はないだろう。元々の持ち主の手に戻るだけなのであるから。
- ・ ちなみに昔、「公企業の特許」という議論が盛んにされていた時代があった（戦前から昭和40年代ぐらいまで？）。

### <参考：「公企業の特許」「特許」「許可」>

公企業の特許

法令によって国に留保された公企業の経営権の全部又は一部を、財政・経済上その他の理由から他の者に賦与する行為。電気・ガス事業の特許、鉄道事業の特許などがその例であり、警察上の制限を解除するだけの営業の許可と対比される。近年、国の経営権の独占という理論構成を採る必要性について疑問を呈する説も現れている。

#### 特許

①行政法学上、形成的行為といわれる行政行為の一つであり、特定の者に対して、権利や権利能力を設定する行政機関の行為を意味する。法令上、軌道法（大10法76）のように「特許」という語が用いられている例もあるが、鉱業権の設定、公有水面の埋立ての免許、公企業の免許等、講学上の特許でありながら、特許以外の語が使われているものも少なくない。②特許法に基づいて一定の要件を満たす発明の特許権として保護することができるものと確認して証明する行為。

#### 許可

①行政法上は、法令による特定の行為の一般的禁止（不作為義務）を特定の場合に解除し、適法にこれを行うことができるようにする行政行為をいう。法令上は、許可以外の語も用いられている。許可は、権利の設定ではなく、不作為義務の解除にとどまるものであり、特別の権利を設定する「特許」や他人の行為の法律的効力を補充する「認可」と異なる。許可を要する行為を許可を受けないときは、処罰の対象となることはあっても、その法律的効力が当然に否定されるわけではない。②民法6条には、法定代理人が未成年者に営業を許す場合にこの語が用いられているが、これは、未成年者の個々の法律行為についての同意と同じ性質をもつものと解されている。

（出典：有斐閣 『有斐閣法律用語辞典 [第2版]』）

- ・「公企業の特許」とは、元々はドイツ法の *Beleihung des Unternehmens* を直訳として成立したようである。
- ・その結果、日本では上記「法律用語辞典」の語義説明にあるような、「とても大げさ」な定義になってしまった。
- ・「公企業の特許」を受けた者を *Beliehener* という（「特許者」＝行政権限あるいは行政事務・行政作用を委任された者の意味）が、母法ではもっと身近な、例えば市町村が行うゴミ収集を代行する民間会社、煙突掃除人、民間車検業者、電化製品などが一定の安全規格に適合していることを確認する第三者機関（TÜV）、船舶の船長などが、*Beliehener* の例である。
- ・しかも、公共サービス改革法のスキームに拠れば、市場化テストに付される「公共サービス」は決して私人に移ってしまうわけではなく、行政（国・地方公共団体）の手に留保される。
- ・そうであれば尚更のこと。「公権力の行使」というだけでは、市場化テストの阻害要因にはならないということが、本報告からまずは明らかになったと思われる（スライド8も参照）。

以上