

基準認証制度

—その構造と改革—

きた しま しゅう さく
北 島 周 作

目 次

序章	はじめに～問題意識と関係用語等の定義	156
1章	基準認証制度の発生とその改革の契機	158
1-1	基準認証制度の発生	158
1-2	基準認証制度改革の契機	159
2章	基準認証制度の構造	162
2-1	基準認証制度の過程	162
2-2	基準認証制度の要素～政府認証のモデル	162
2-3	外部要素の介在とそれに伴う変化	165
3章	最近の基準認証制度改革～通産省の基準認証一括法	171
3-1	基準認証一括法の概要	172
3-2	公益法人要件の撤廃	172
3-3	第三者認証制度の導入	178
3-4	評価～第三者認証制度に対する非公益法人型指定機関の存在意義	181
4章	結びにかえて	183

序章 はじめに～問題意識と関係用語等の定義

(1) 問題意識

本稿は、主としてわが国における基準認証制度の構造とそこに見られる外部要素の介在¹、そして近時における基準認証制度の改革とその位置づけを対象とし、行政法の見地から整理を行い、問題点の洗い出しとその問題点に関して自分なりの回答を与えることを目的としている。従来、行政法学の分野において基準認証制度というのは全体としてあまり考察の対象となることがなく、もっぱら基準認証の過程における個別の行為の一部が行政法総論の中で扱われているにすぎない。確かに行政法各論の分野では、産業保安法や消費者法の領域において基準認証制度が取り扱われることもあったが、それは産業保安法や消費者法の中の個別法による制度として扱われるにすぎなかった²。国際経済法の分野で非関税障壁となる基準認証制度の改革が問題となることもあったが³、それは内外格差の撤廃という観点からの改革議論がなされるにすぎず、制度全体の改革とリンクして考えられるものではなかった。また本稿でも扱っているような基準認証制度の改革の問題を主として「私人による行政」といった問題意識で取り扱っているものがある⁴。これは本稿で扱っているものと特に外部要素の介在という点で対象として大きく重なるものがあるが、その問題意識は主として『私人の介在』という点にあるのであり、基準認証制度にとどまるものでもない。本稿では、そのような現状に鑑み、基準認証制度の全体構造を明らかにした上で、その進化型ともいえる外部要素の介在や現在行われている基準認証制度改革について扱うのである。そしてその切り口としては基準認証制度改革の契機と求められている役割を常に視野に入れる。

(2) 基準認証制度関係用語の定義

基準認証制度という分野は、前述したように個別法・個別行為によって別個に議論されてきたため、基準認証制度関係用語の定義について統一的なものは、ほとんどされてこなかったといっ

てよい。しかし本稿で制度全体を対象として論を進めていくにあたり、統一的な用語の定義をまったくしないで行うことは困難であり、またその都度、定義を行うというのも煩雑かつわかりにくいと思われるので用語のうち重要なものについて最初にまとめて定義をしておくことにする。

① 基準・規格

「基準」と「規格」という言葉がある。一般的な意味では法律用語辞典によると基準とは「物事を判断するための尺度となるもの」とされており、規格とは「物の形状、品質、等級、成分等について設けられる基準」とされている⁵。この定義によると基準のうち、技術的な(工学的・物理的な)ものの尺度をあらわすものを規格と読める⁶。それでは具体的に実定法における規格という言葉がどのように使われているかというと、日本工業規格(JIS)について定める工業標準化法では規格という言葉を実質的定義としては用いず、「工業標準」という言葉を用いて、鉱工業製品の種類・型式・品質・成分等並びに生産方法・設計方法等、建築物等の設計施行方法・安全条件を指している。また日本農林規格(JAS)を定める農林物資の規格化及び品質表示の適正化に関する法律では、農林物資の品位・成分・性能その他品質並びに生産の方法についての基準を、「規格」と呼んでいる⁷。注意すべきは、これらの法律においては規格という言葉が、基準のうち技術的な仕様を表す言葉であることに加えて、技術的な仕様の標準的なものを定めてそれに標準化することを目指す、すなわち「ある一定の仕様に仕様の共通化を行うこと」を目的としていることがうかがわれるということである。従って様々な便宜のために行うものであるから規格というものは基本的に強制されるものではないとされる⁸。一方で基準は法規において技術的な事項だけではなく、技術外事項も含む包括的な判断の尺度を示す用語として用いられるものであるが、特に標準化を企図しているものではない⁹。本稿で扱う基準認証制度は「標準化」を目的とするものだけを対象としているわけではないから、特に断りがな

い限り「基準」という言葉を用いることにする。なお強制にわたる基準・規格はそれぞれ、強制基準・強制規格とよばれ、任意のものは任意基準・任意規格とよばれることがあるが、当該基準等が強制か任意かは基準認証制度が審査の効果をどのようになっているかにより、この点での絞り込みは④基準認証制度で行うことにする。

② 検査・認証・試験

基準に適合しているか審査することを表す類似した言葉として検査と認証、試験という言葉がある。具体的な用例を見てみると、いわゆる基準認証制度といわれる制度においては、検査という言葉が用いられることが多く、検査をさせるために指定する機関として指定検査機関という語が使われることが多い¹⁰。一方で認証や試験という言葉が使われているものは少数派である。これらの実定法等の定めから最大公約数的に理解すると、「検査は基準に適合しているかどうかを調査し、適合性を審査すること」という、調査と審査という2段階の行為を含む言葉として使われていると思われ、それに対し認証は審査段階のみを表す言葉として用いられていることもあるが、検査と同様の意味で用いられることもあるように思われる。例えば一般に「第三者認証」という言葉を用いた場合、第三者は「認証」は審査だけではなく、調査も行うものを指すのが一般的であろう。試験は合格不合格の判定を通して、適合性の審査も行うものとして検査と同じ意味で扱われることもあるが、調査段階のみを表す言葉として用いられることもある^{11,12}。本稿においては、基準認証制度の過程のうち調査をする段階を試験、適合審査をする段階を適合認証、調査と適合審査をあわせて行うものを検査として統一する^{13,14}。これらはISO/IECガイド2に定義されているものとほぼ対応するものである。ISO/IECガイド2ではTesting(試験)を「該当する製品・プロセス・サービスの一つ以上の特性を、規定された手順に従って確定することからなる技術的な操作」とし、Inspection(検査)を「測定、試験又はゲージあわせを適宜利用した観測及び判断による適合性評価」という

ように定義している。ただInspection(検査)という用語の扱いに関しては、明確な定義、試験や認証との区別という問題についてISOにおいても長らく議論されていたところである¹⁵。しかしISO適合性評価委員会(ISO/CASCO)と欧州標準化機関(CEN/CENELEC)との合同作業部会(JWC)でなされた検討の大まかなコンセンサスとして、検査と試験の重要な違いとして、試験では対象品目の特性を確定することによって「事実の表明(Statement)」を行うのに対し、検査の場合には必ず「適合性の評定(Determination, 確定)」を行わなければならないとの見解にたっている¹⁶。

③ 指定機関・認定機関

指定法人は「特別の法律に基づき、主務大臣の指定を受けて特定の公共的、公益的事業を実施する公益法人」と定義されることがあるが¹⁷、公益法人に限定するか否かで相違があることがある¹⁸。本稿では指定機関の公益法人要件の撤廃を扱うことから、指定法人は公益法人に限定しない。指定機関はその指定法人の類型の一つとされているが¹⁹、単に指定法人のうち「検査・検定を業務とするもの」と定義するものもある²⁰。露木氏の研究によると指定機関とよばれるもののうち最大公約数ともいえる基本指定機関といえるものがあるとして、それは「試験、講習、検定等の実施に係る事務で、当該試験等の結果に基づき一定の処分が行われ、又は一定の法律効果が発生するもの」、 「一定のものの検査又は確認の実施に係る事務で、当該検査等を受けることが当該物の関係者に対し義務づけられ、それに違反した場合には罰則が科されるもの」という特徴が見られるという²¹。後述するように本稿の基準認証制度は、基本的に強制基準により基準認証が義務づけられているものを扱っている。本稿での指定機関は、断りがない限りこの基本指定機関制度の定義のごとく狭く限定したい。次に認定機関であるが、認定～(検査、試験等)機関という用語は第三者認証制度の導入にともなうにつくられた新しい意味を持つ用語であるように考えられる²²。これは欧米で第三者認

証 (Third Party Certification) を担う機関とされる英語の Accredited body, ドイツ語の Akkreditierte Stelle を和訳したもののようである²³。ISOなどの第三者認証機関については「認証機関」と訳し、「認証機関」を認定する機関を「認定機関」と訳するのが通常である²⁴。しかし本稿での第三者認証制度の考察がいわゆる基準認証一括法の分析を中心としており、同法では第三者認証機関について「認定～機関」という語で統一していること、指定～機関と比較をするにあたって認証という業務は双方が行っており紛らわしいこと、といった理由から本稿では第三者認証制度において認証行為を担う機関としての認定～(検査, 試験等) 機関を略して「認定機関」とよぶ。なお認定を与える機関についてはわが国の強制基準認証制度においては政府が行っており、民間機関を用いた例はまだないが、さしあたり「認定付与機関」とでもよぶことにする²⁵。

④ 基準認証制度

最後に基準認証制度について定義し、論文の射程を決めたいと思う。まず上記のように検査という語が調査と審査の2段階のプロセスを表す言葉として用いられているときの「検査制」について論じられたことがある。山内一夫教授は「検査制」を「一定の物に関わる使用, 移動, 運搬, 販売等の行為を一般的に禁止しておいた上で, 行政機関がそのものの事情を検査し, その事情が所定の基準, すなわち検査基準に適合すると判断すれば, その一般的禁止を解除し, 適合しないと判断すれば, その一般的な禁止を維持することとする制度をいう」とされている²⁶。この定義では3重の限定がなされている²⁷。すなわち判断の対象が「一定の物」であり, 判断が「基準に照らしたもの」に限定され, 検査の効果が禁止の解除・維持というものであるものに限定されている。本稿の目的は基本となる基準認証制度への外部的要素の介在, 介在にとどまらないタイプの制度について研究, 位置づけすることである。そのような観点からすると対象となる基本となる基準認証制度についてはある程度の絞り込みが必要であると感じる。

これらの限定のうち「基準に照らしての判断」という限定については, 山内教授は許可制との差別化のメルクマールとして使用されているようである。つまり「検査制」の検査基準は客観要件のみから構成されており「許可制」の許可基準のように公益要件についての裁量を有しないとして, 「検査制」を「許可制」から区別している。しかし「許可制」においても裁量がある場合もない場合もあり, 検査においても裁量がない場合が通例であるものの, 理論上は裁量のあるものを想定することは可能であるといわれている。そこで本稿も特に裁量がないものに限定することはしない²⁸。「検査の効果」については, 強制のものと任意のものとは処分性の問題などと絡み合い別に議論する必要があるが, 本稿では主に強制にわたるものを取り扱う。

1章 基準認証制度の発生とその改革の契機

1-1 基準認証制度の発生

(1) 目的・役割

行政法分野に限らず法学において基準認証制度を共通した構造を持つ制度として領域横断的に考察の対象とされたことは, ほとんどなかった²⁹。基準認証制度は個別法による制度として誕生, 発展し, その研究も個別法の分野においてなされてきた。その個別法の分野には, 消費者法, 産業保安法, 労働安全法等の分野がある。消費者法の分野における基準認証制度は, 政府による安全性・品質を確保するための事前審査の一手法として位置づけられている。このように消費者法によって政府が安全性・品質を確保することの根拠は, そもそもは行政の任務は第一には国民一般の安全を保証することにあるといういわゆる「夜警国家」の考え方にあるといわれるが, 消費社会においては, 事業者に比べて社会的に弱い存在である消費者の保護の必要性が経済学の領域によって主張されることがある³⁰。第一に消費者は製造者に比べると一般に商品に関して十分な情報を持たず, また情報を持っていたとしても十分にそれを評価することができないという「情報の非対称性」の問

題がある。情報の非対称性を利用することで製造者は機会主義的に行動をし、その結果として社会的に最適な資源配分が妨げられてしまうことになる。このような市場原理により社会的に最適な資源配分が実現されないことを「市場の失敗」というが、情報の非対称性は市場の失敗を引き起こすことになる³¹。また「外部性」による市場の失敗の問題があげられることもある。新規化学物質の規制や土壌汚染に関わる農業規制では、生体を媒介にするリスクが問題であるし、医薬品や農業・食品添加物などでも物質相互の複合作用や遺伝毒性など市場を経由しないリスクが不可避免的に生じるからである³²。消費者法の分野における基準認証制度は情報の非対称性・経済の外部性による市場の失敗に対し、消費者のために国が介入することで以上のような問題点を是正する制度としてとらえられているのである³³。このことは産業保安法・労働安全法の分野においても同様であり、産業保安分野では、主として産業活動によって生じる「外部性」の問題、労働安全分野では、主として使用者と労働者の「情報の非対称性」から生ずる市場の失敗³⁴の是正の必要性から生じてきた。しかし政府が直接規制を行う基準認証制度は、市場の失敗を是正する手法の中でも強いものと位置づけられてきた³⁵。また規制の効果自体についてその有効性に関して疑問を提示されることがある³⁶。これら弊害が生じ、それが規制によるメリットを上回ると考えられることから政府規制手段の一つとしての基準認証制度の撤廃や規制内容等の改革が唱えられることになるのである。

1-2 基準認証制度改革の契機

改革の契機については、それぞれの時代に「行政のスリム化」、「貿易障害の解消」が存在し、最近の改革については「競争原理の導入」という契機も取り入れられている。

(1) 基準認証制度改革の契機

① 行政のスリム化の要請

改革の契機の一つは行政のスリム化の必要性である。これは行政の守備範囲を見直し、民間の業

務対象としても十分可能な行政機能を民間に委ねることによって行政の負担を軽減するというものである³⁷。行政のスリム化の文脈で基準認証改革が本格的な議論がなされたものとして、第二次臨時行政調査会（以下「第二臨調」と略す）をあげなければならない³⁸。第二臨調は石油ショック後の財政危機の下で設置され、目標として「小さな政府」を掲げていた。このような基本方針をふまえて基準認証制度の分野においてもその最終答申において検査検定制度について「製品等の安全、品質保証の責任は、本来、製造者にあり、維持管理の責任は使用者にある。一方、検査・検定業務は、技術的・定型的な処理になじみやすい面が多く、民間能力を活用する余地が比較的大きい分野といえるので、一定の安全、品質水準を確保できる限度において、極力、民間の指定検査機関等の検査あるいは事業者等の自主検査にゆだねるものとし、行政機関は当該検査に係わる制度や基準の決定、指定検査機関等に対する指導監督に重点を指向する。」という方針を打ち出していた³⁹。その後の行政改革でもこの路線に沿った改革の方針が打ち出された⁴⁰。レーガン政権下のアメリカでは、主としてこのようなスリム化の契機によって基準認証制度改革が行われた。レーガン政権下のアメリカでは、それにともなって基準認証制度の分野においても規制改革が行われた。その一つに日本の消費生活用製品安全法のモデルになった⁴¹消費者製品安全法（Consumer Product Safety Act：CPSA）がある。1972年に制定されたCPSAでは当初、CPSC（Consumer Product Safety Commission）によって消費者製品の安全性についての強制基準（mandatory standard）が定められていたが、1981年の法改正で自主基準（voluntary standard）によっては十分危険を除去できないか自主基準に従うことが期待できないとCPSCが判断した分野の製品にのみ強制基準を定め、それ以外については自主基準によって規制を行うことになった⁴²。これは規則制定手続きにコスト削減を契機とする改革であり、政府が基準設定を行う分野を絞り込み、自主基準を活用すること

によって、政府の負担を軽減した⁴³。

② 貿易障害の解消

改革の一つの契機として貿易障害の解消というものがある⁴⁴。国際経済上の障壁が急速に低下し、経済のグローバル化ボーダレス化が進んでいるにもかかわらず、国ごとに製品の安全基準、検査等の手続等が異なることによって、それらが非関税貿易障壁となる問題である。わが国においては特にアメリカとの関係においてこれが問題となり、基準認証制度改革の契機となった。その改革の中でも特に大きな動きとして存在したのが、1986年に発表された「アクション・プログラム」とよばれる計画であった⁴⁵。このアクションプログラムの内容は制度の改革によって基準認証に関して国内外を無差別化することをめざすものである。具体的には対象品目の削減がある。これは規制対象となる品目を削減することによって外国製品の導入を容易にしようとするものである。これには本稿の改革の枠組みでは、政府認証をとっていたものを自己確認に移行させたものがある。次に試験結果の承認がある。これは外国機関の試験結果をできるだけ受け入れることによって外国事業者が日本国内で追加的な製品等の試験をする必要をなくすものである。本稿の枠組みでは試験データの受け入れがこれにあたる。また国際基準への合致がある。国内基準を国際的な基準に合致させることによって、海外で安全なものとして基準に合致している製品等が日本国内の基準に合致しないとして認証を受けられないことを防ぐものである。これは基準設定への外部要素の導入的性格を持つ⁴⁶。近年このような貿易障害解消が契機になって進められている基準認証制度改革には相互承認協定（MRA）による相互承認制度⁴⁷があり、輸出の際に輸出相手国で再び認証を行うことを不要とすることで手続等の簡素化及び費用の低減をし内外無差別化が図られている。この相互承認をすすめるにあたって、国内の（指定）認証機関が法律によってその法律の定める基準に従って指定されてきており、国際的な（指定）基準を満たしているわけではなかったことから相手国と認

証機関の相互承認をするに当たって制度上の障壁になり得ると指摘されてきたところであった⁴⁸。そのような指摘を受け通産省の基準認証一括法での基準認証制度の改正においては国際的に広く使用されている規格であるISO/IECガイドに準拠した指定基準⁴⁹を省令レベルで指定基準に取り入れるとされ⁵⁰、内外の認証機関の要件の整合化を図っている。これは相互承認の地盤を作るとともに、海外の認証機関の国内認証市場への参入を容易にし、国際競争を活発化させる効果も期待される。

③ 競争原理の導入

基準認証制度改革の契機になった要素のうちでもっとも新しい要素と思われるのは競争原理の導入である。競争原理という要素自体は古くは、第一次臨時行政改革推進審議会（第一次行革審）の「民間活力の発揮推進のための行政改革のあり方」（昭和60年2月12日）などにも「市場原理に基づく民間の創意工夫を生かした競争」という言葉で現れてきたところであったが⁵¹、これはあくまで行政のスリム化という文脈で行政機能を代替するために民間を活用することで活発化しようというものでアウトソーシングの意味合いを越えるものではなく、少なくとも基準認証制度に関しては積極的な競争やさらにすすんで市場（ビジネス、例えば認証ビジネス）の創出までも意図したものではなかった⁵²。競争原理の導入という概念が基準認証分野において行政のスリム化や貿易障害の解消の文脈からはなれて独立してあらわれたのは、おそらく現在の行政改革においてである。規制改革推進3カ年計画（平成10年3月閣議決定、平成12年3月再改訂）において、「認証・検査業務への競争原理の導入」がうたわれ、「可能な限りその業務について民間機関の活用を図るとともに、検査確認等の事務を行う主体についても、原則として公益法人以外の民間法人にも開放する等の見直しを行う」とされていた（同計画別紙2）。平成11年12月に行政改革推進本部規制改革委員会から出された「規制改革についての第2次見解」では「現在は、政府又は政府を代行するものに独占

的に検査業務を運営させることが一般的であるため、検査業務に独占に伴う各種の弊害（コストの上昇やサービスの低下等）が発生しがちであるほか、民間検査機関が十分に育たないことや、相互承認を進める際の障害となりかねない」という問題点が指摘されている。そしてこうした問題を解決するために「実際の検査検定業務は、能力を有し、かつ公正・中立な主体に広く委ねるべきであり」、これによって「現在の独占制と異なり、検査機関が複数存在することとなるため、検査機関同士で検査サービスの質やコストについて競争が行われ、より質の高い検査が低コストで行われるようになることが期待される」とされている。このような方針を受けて通産省の基準認証一括法において改革が行われ、現在各省庁でも公益法人要件の撤廃や第三者認証制度の導入が行われているところである。これらは従来 of 行政のスリム化、コストの削減を目的としたアウトソーシング的性格を明らかにこえており、この契機に基づく基準認証制度改革を考えるにあたっては、競争政策の見地からして当該制度において公正な競争が行われることができるかということも考えなければならないだろう。

(2) 変容と問題点

石油ショック後に現れた行政のスリム化の要請が契機となった指定機関の導入に始まり、貿易摩擦問題、競争原理の導入による認証機関の質・競争力の向上の必要性といった契機が加わり、現在の行政改革における基準認証制度改革につながっている。この3つの契機はそれぞれ独立していることもあるが、相重なって改革の契機となることがある。たとえば、第三者認証制度は、認証業務を行政の事務からはずすという点で行政のスリム化の要請に応えたものであると同時に、多数の民間の認定機関を制度的に予定し、その認証を義務づけているという点で認証機関の質・競争力の向上の要請にも応えている⁵³。相互承認は、内外の無差別化を図ることで貿易障害を解消することになるが、相互承認を導入するにあたって認証機関の基準の内外標準化が必要になることから結果的

に内外の認証機関の競争を引き起こし、検査等の質を向上させ、競争についていけないものが淘汰されていくことで競争力の向上にもつながるものである。これらの契機が相互に親和的に働くならば問題とはならないが、親和的に働かない場合には複数の要請が別方向に働くことで制度がいびつな構造を示すおそれがある。例えば外圧により非関税障壁の解消を強く意識しすぎたために、同一製品の基準認証において海外で行うものが国内で行うよりも有利になることもありうる。もう一つの問題点は、この基準認証制度はいわゆる「社会的規制」に属するものであるが⁵⁴、近年経済的規制を原則自由・例外規制とするのみならず社会的規制においても必要最小限として変化する時代の状況に対応すべきであるとされ、さらに「社会的規制といわれてもそれを鵜呑みにすることなく、既得権者の論理、特定供給者の側にたった論理、あるいは国民の自主性や自立を否定し、抑制する論理ではないかといった観点から、その規制の目的とコストや便益を見極め」るべきとされているところである⁵⁵。しかし社会的規制改革への要請が、貿易障害の解消のような外圧によるような場合、必要以上に緩和の方向に進んでしまうおそれも否定できないと思われる。規制の保護法益をおかしてしまうようなレベルにまで規制を緩和した基準認証制度とならないようにするのが改革の前提である⁵⁶。最後にそれぞれの契機の要請に従って改革がなされた場合に、改革後の制度につき不合理なものとならないように周辺制度も設計すべきである。例えば、競争による認証機関の質の向上の要請から公益法人要件の撤廃や第三者認証制度が導入された場合、既存の公益法人である指定機関の存在が問題となる。既存の指定機関は、公益法人としてその業務につき税制上の優遇を受けている場合もあり、新たに指定機関となったものと対等な競争関係に立っているとはいえないことがある。この点において公益法人制度等の改革も必要とされるところである⁵⁷。また政府の役割が縮小し、民間により規制が行われることになることと、いわゆる民規制の問題がさらに大きくなる可能

性がある。行政によれば必ずしも公正中立であるわけではなく、民間に委ねたとしても法の規定により公正中立性を確保することは十分可能なのであるが、法による民間機関の公正中立性の確保が必ずしも十分ではないと指摘されることもある⁵⁸。この点、少なくとも制度改革によって従来の認証機関が有していたレベルの公正中立性を保つとともに、競争阻害的な行為をしたときにそれを競争者が是正することができる法的な仕組みが整えられるべきである。

2章 基準認証制度の構造

多数ある基準認証制度とよばれる制度の多くは政府認証制度⁵⁹と呼ばれるすべての行為を政府が一貫して行う制度を基本とし、それに本来基準認証過程を担うよりほかの外部的な要素が介在することによって成り立っている。

2-1 基準認証制度の過程

基準認証制度のおおまかな過程は一般的に次のようになる。まず基準の設定行為がある。そしてその設定行為によって設定された基準に対して、認証を受けようとするものが認証の申し出を行う。申し出を受けた認証者は対象物が当該基準に適合しているかどうかを試験等によってデータを抽出して判断し、適合しているなら認証を与える。この認証行為によって各種の効果が生じる。この基準認証の過程で登場する行為は以下の通りである。(1)基準設定、(2)試験、(3)基準適合認証、これらは基準認証制度に不可欠な構成要素であると考えられ、これらの要素を誰にどのように担わせるかということを中心として考えていかねばならない。そこで次にこれらの行為を個別に解析し、次節以降で行われる議論の下地としたい。

2-2 基準認証制度の要素～政府認証のモデル

政府認証モデルを政府の行う要素ごとに細分し、それぞれの要素について従来の行政法学においてどのような位置づけがなされていたのかを考察することによって、後にあげる政府認証モデルに対

する外的要素の介在の意義を明らかにし、さらに基準認証制度改革による新しい基準認証制度の位置づけをするのに寄与させたい。ただ本稿の目的はあくまで制度の変化、制度間の比較であり、それぞれの要素の考察自体は手段であるため、それぞれに深くは立ち入らないこととする。

(1) 基準設定

本稿であつかう基準認証制度は、先に定義したように「認証を受ける者が、製品を市場に出すために必要な認証を申し出て、試験等を行い、認証者がそれを与える」ことを基本的な構造としており、またここでは政府による基準認証制度を考察しているので、ここでいう基準とは、「行政の判断基準」と位置づけることができる。行政法において行政の判断基準とされるのものには、法令によるもの、行政規則（訓令・通達）によるものがあるとされてきたところである⁶⁰。基準認証制度における基準とは、ほとんどの場合いわゆる技術的な基準である。そのため、法令の段階で詳細な基準が定められており、行政規則の段階にまでおろされることは少ないといわれている。また後述するような、基準の運用（特に認証段階）における外的要素の介在を視野に入れた場合、外部機関による基準の一律的な適用・運用を行うためには、法令段階で基準を定めておくべきであるといえる⁶¹。行政手続法には「審査基準」という概念がおかれているが、審査基準について行政手続法5条は「行政庁は、審査により求められた許認可等をするかどうかをその法令の定めに従って判断するために必要とされる基準（以下「審査基準」という。）を定めるものとする。」と規定している。これは「法令の定めに従って判断するために必要とされる基準」と定義されているから、法令自体に定められている許認可等の基準は「審査基準」にはあたらないと解されている⁶²。従って法令段階で定められていることが多い基準認証制度における基準に関しては多くの場合、行政手続法における審査基準には当たらないと考えられる⁶³。とはいえ、法令段階で定められていないものも存在することも考えられ、それについては審査基準と

して行政手続法が適用されることになる。基準認証制度の基準が法令段階のものもしくは行政規則段階のものであるとすると、これらの設定に当たっては、行政立法手続についての定めのないわが国においては、審査基準にあたる行政規則段階のものについて行政手続法の適用を受けるのみである。しかし行政手続法に置かれている規定は、基準の設定、具体化、公表を義務づける規定であり、基準を設定する行為に対する利害関係人等の参加を定めた規定ではない⁶⁴。

(2) 試験

試験とは、本稿では先に定義したように次の段階で基準適合認証を行うために当該製品の性能等のデータを抽出するための行為と位置づけられる。ここでは試験という行為の行政法における位置づけについて整理する。

行政法学において試験という行為がどこに位置づけられるかというとその果たしている機能という見地からおそらく事実行為としての性質を持つ行政調査の範疇に類するものと思われる。行政法学における行政調査は行政目的を達成するために情報を収集することを指すが⁶⁵、それはなんらかの不利益処分を行うための考慮要素を集めるための情報収集である場合が念頭に置かれ、その点では事後監視のための調査の方が行政調査という範疇で本来とらえられてきたものであるといえる。しかしこの事前試験が果たす役割は基準を満たさない製品等を市場に流通させないための調査というものであって、事後監視調査が基準違反の製品を市場から排除するための調査であることからこの二つの行為は事前事後の違いはあるが機能的には類似しているものといえる⁶⁶。行政調査という枠組みを処分を前提とした事後調査に限定するにしても、事前調査たる試験も当該法制度において基準適合認証を受けなければ当該製品を市場に出すことはできない仕組みとなっているのであれば、試験は市場参入許可という処分を備えた調査と等しくなるし、この二つは類似する性質を持つ。なお事前試験を基準適合認証という処分を行う権利を与えるための行政処分として構成する考え方も

あると思われる。確かに制度としては試験を基準適合認証の要件としているが、それは基準認証過程において事前試験はあくまで受検している製品等のデータを認証行為のために収集するためのものであり、そのデータに照らし合わせて基準認証行為を行うものである。換言すれば試験は基準認証行為の不可欠な考慮要素であり、試験結果に従って行われるのである。従って仮に試験を受けなかった場合には基準適合認証を受ける権利が与えられないのではなく、不可欠な考慮要素を欠くために基準適合認証の判断ができず、認証が拒否されると考えられる。とすればやはり事前検査を行政処分として構成することはできず、事実上の強制がなされた事実行為たる調査行為であると思われる⁶⁷。

(3) 適合認証行為

本稿で考察している基準適合認証制度においては定義においてあげたように、基準適合認証は当該製品等を市場に出すための必要条件とされている。逆に言うと基準適合認証を受けると当該製品を市場に出す権利を与えられることになる。これはあらかじめある行為を禁止しておき、それを解除するいわゆる「許可」にあたる行為であると位置づけることができるだろう⁶⁸。

(4) 政府による基準認証制度の位置づけ

政府による基準認証制度は以上のような諸過程から成り立っているのであるが、次に外部要素の介入について考察するための切り口として損害によるコストの一部を負担する制度としての位置づけを賠償責任の帰属主体の面から明らかにする。仮に基準認証制度が存在しない場合、製品等によって生じた損害の問題は民事法によって処理されることになるが、それに対し政府が基準認証制度をもって介入を行うのは、従来は警察規制であるとされてきたが、現在においては民事関係での処理のみでは問題解決が消化不良を起こすものであり、政府が積極的役割を果たさなくてはならないと考えられているということについては先に触れた。そのような積極目的を持った基準認証制度のもとでは、国に対する損害賠償請求制度である

国家賠償法にもとづく国家賠償制度は公務員の違法な行為に対する違法性の是正、損害の賠償という性格に加え、基準認証制度によってカバーされている範囲での損害に対するコストの一部負担をする機能を果たす制度であると位置づけられる。すなわち基準認証制度によって確保されるべき安全性が確保されない場合に制度の運営者である国が国家賠償制度を通して損害コストを一部負担することになると見ることができるとはならないかと考えられるのである⁶⁹。そのような視点をもって個別行為について考えていくと、まず基準設定行為の瑕疵について賠償責任を負うのかについては議論しなければならない。基準設定は(1)で述べたように行政の基準認証の際の判断基準となるが、多くの場合法律の委任を受けて命令として定められるものである。このような基準の設定行為は行政立法行為として処分性を持つものではないが⁷⁰、後に損害が発生したときなどその基準の適否について問題になることがある。後続の検査が適法に行われても、そもそも依拠する基準によっては損害が生じることがありうる。しかし因果関係のある損害を生じさせる基準を設定することがただちに国家賠償法上、違法であるといえるわけではない⁷¹。国家賠償法における違法性について多数説とされる「公権力発動要件欠如説」をとるとすると⁷²、基準設定行為の違法性を考える際に考慮されなければならないのは、当該ケースにおいて「どのような基準の設定が求められているか」ということである。これはおそらく委任をする法律の趣旨によるのだが、法律が(i)可能な限りの安全性をもつ基準をもとめているか、(ii)コストと安全性のバランスがとれた基準をもとめているか、(iii)標準として目安となる規格としての性質をもつ基準をもとめているか⁷³、などといった法律の趣旨によって基準の適否における国の責任の範囲は変わってくると考えられる。ただし(i)のような場合であっても絶対的な安全性を要求するのは不可能であるし、(iii)のような場合であっても全く安全性を無視するわけではなく、結局(ii)と同じく比較衡量がなされることになる。そして法律の趣旨に照

らして適切な基準であると認められれば基準設定に関しては国は損害に対して賠償責任の対象とならず、不適切な基準であるとされるならば国は違法な基準の設定について賠償責任の対象となると考えられる。すなわち法の趣旨において適法であるとされる基準は、その設定に置いて国が安全確保義務を負うかどうかを決定する分水嶺を決定する役割を果たすことになると考えられるのであり、負担した安全確保義務を満たした基準を設定する責任を有することになる⁷⁴。安全確保義務を満たさない基準を設定した場合には賠償という形でコストを負担することになるが、違法であるとされる基準を設定した場合、そのことにより国が賠償責任の対象となるかについて確認しておかなければならない。この点については、製造業者などの安全性に関する認識を誤らしめて、第三者に損害を与えたものであって基準の設定そのものから直接損害が生じたわけではない。しかし国の安全基準設定行為は、国民にその物質などの安全性を担保しているという認識をさせる効果を持ち、広い意味での行政指導の役割を演じており、その安全に関する表見性を生み出しているという意味で、それを信頼し、かつその信託を裏切られて被害を被った第三者は、救済の見地から行政庁との間に直接の法的関係を持つと考えてよいという見解があるが⁷⁵、むしろ設定された違法な安全基準と損害を生じさせた欠陥の間にこのような因果関係があれば、それによって損害が生じているのであるから(故意過失が認められることは必要だが)賠償責任認められると考えてよいと思われる⁷⁶。試験行為・適合認証行為についても同様にそれらの行為につき違法となる瑕疵があった場合に損害に対する賠償責任を負うと考えて問題はないと思われる。以上の構造を整理しておくと、まず行政が基準設定等の基準認証過程における行為をした場合に、その行為が法に照らして行政の作為義務を満たしていなかった場合(かつ故意過失が認められる場合)には製品等の損害によるコストを行政が負担することになる。一方作為義務と同じレベルかそれ以上の行為が行われていた場合、当該行

為は、その行為によって生じた損害について賠償責任を負わないが、その行為を行うこと自体が前章で述べたような自由から生じる製品損害を抑制するものとして機能し、国は安全確保責任を果たしているといえるのである。基準認証過程の瑕疵行為につき国家賠償請求制度により国が（基準認証の仕組みを通して）製品等の損害のコストを一部負担する機能を果たすことになることは、「国が安全確保を行う」という基準認証制度の基本的な考え方が、国が検査実施責任をもち、製品損害を抑制するという面だけではなく、損害によるコストを一部負担することになるということも含むという面をも持つことを指す。これは損害に対する国の持つ損害コストの負担能力の点からも外部不経済によるコストを国民全体で負担するという意義も持つ。これは損害によるコストの負担を国民全体で負担することになるという意味で国家賠償法の趣旨に合致するものであると思われる。すなわち国が基準認証制度によって安全を確保するということは、制度によって情報の非対称性等の市場の失敗を是正すると同時に、生じた損害によるコストを国家賠償制度によって自らが引き受けるという意義をもつことになるのである。たしかに国に故意過失がない場合には国家賠償法によるコスト負担の仕組みは働かないことになるが、それはそもそも製品損害に対する救済制度ではなく公務員の違法行為に対する救済制度である国家賠償法の限界であって、その場合に製造者のみがコストを負担することもやむを得ないと思われる^{77,78}。

2-3 外部要素の介在とそれに伴う変化

前節であげた基準認証制度の基礎をなす政府認証のモデルは現在、その多くはそのままの形態ではなく、外部要素が入り込んでいる。本節ではその外部要素の介在について考察することにするが、考察の手順として、まずどのような外部要素が入り込んでいるのか実例をいくつか挙げて介在の状況を明らかにし外部要素との間の法関係を考える。

(1) 基準設定行為と外部要素

① 基準設定段階への導入の例

行政機関が基準を設定するにあたってその技術的基準のような科学的専門技術性が高い場合に外部の機関を活用して基準の設定を行うことが多い。外部の機関の活用については様々な形態のものがあるが、これらの事例を関与方法別にいくつかに分類することができる。(i)審議会への諮問のように法令の定めにより、意見を聞くことが定められているものがある。例えば、薬事法42条1項によると生物学的製剤その他の保健衛生上特別注意を要する医薬品について厚生大臣が、その製法、性状、品質等に関し、必要な基準を中央薬事審議会の意見を聞いてもうけることができるとされ、また同条2項では医薬部外品、化粧品又は医療用具について、必要な基準を中央薬事審議会の意見を聞いて厚生大臣がもうけることができるとされている⁷⁹。このような例は多く、他にも食品衛生法での食品、添加物、器具及び容器包装等の安全基準を設定する際の食品衛生調査会⁸⁰、電波法における電波の質、受信設備の条件、安全施設等の基準の設定の際の電波監理審議会なども同様の役割を果たす⁸¹。(ii)法令の定めによらずに原案等の作成に関与するものがある。消費生活用製品安全法では旧規定の3条において「主務大臣は、特定製品について、主務省令で、一般消費者の生命又は身体に対する危害の発生を防止するため必要な品質上の基準を定めなければならない」⁸²とされ、それをうけて通商産業省関係特定製品の安全基準等に関する省令によりこれを定めている。製品安全協会は消費生活用製品安全法に基づき消費生活用製品の安全性について学識経験を有するもの19人が発起人となり、通商産業大臣の認可を受けて設立された認可法人であるが、この基準については原案作成にあたり、国が製品安全協会に委託し同協会に設置した安全基準調査研究委員会で基準作成に関する基礎的調査および試験等を行い、また外国の規制状況、規格基準も十分調査研究して、基準の原案作成を行っている⁸³。また類するものに国際的な基準の整合性の観点から基準を作成す

る際に海外の有力な基準・規格を和訳し、実質的にそのまま国内基準とすることがある。(iii)法令等の定めによらず、運用において意見をきくものとされているものがある。特にその基準の設定が国際的な非関税障壁となりかねないものについては、その設定手続において事前に意図を公示し、海外事業者を含めた利益関係人に通報して意見を聴くというプロセスをとることはほぼ通例になっているようである⁸⁴。(iv)最後に新しい動きとして事業者が主務大臣の認可を受けて定める基準を強制基準とするものがある。電気通信事業法では電気通信機器について共通化された強制規格以外に、第1種電気通信事業者が郵政大臣の認可を受けて定める技術的条件を強制規格とするシステムがとられている。

② 基準設定段階における外部要素との法的関係

(i)(ii)(iii)の基準の設定において外部要素はあくまで関与するだけであって、実質的にはどうであれ基準の設定自体は行政が外部要素による意見を採り入れて法令等の手続に基づき主務大臣等が基準を定めるという形式をとっている。つまり主務大臣等の基準決定権者が行う基準策定の行政立法手続における要素として働いているにすぎない。ただ(i)は、その意見をどの程度考慮するかについて差異はあるが、それを省略することによって手続上の瑕疵が生じる可能性がある。(ii)(iii)については、(ii)については主として技術的な知識の補完という役割を果たし、(iii)については外部の意見を聞くことによって技術的知識の補完というよりもむしろ主として当該基準についての合意形成という役割を果たすと考えられるが、両者ともに法令等の定めによらないものであるから、内部的にはともかく外部に対しては手続への参加権を付与するものではなく基本的に手続的瑕疵は生じないと考えられる点に違いが生ずるにすぎない。(iv)においても認可という行為によって強制基準となるのであるから基準設定の権限は行政に留保されていると見るべきである。つまり現在の基準設定の仕組みはいずれも基準設定段階を外部要素に委ねるものとして、外部要素が定めた基準が制度における基準

としてそのまま自動的に取り入れられるというような形は取られてはいない。

③ 評価

このような外部的な要素を用いつつもあくまで行政組織内部で基準を決定する場合には基準決定における実施責任やそれによって生じた損害に対する賠償責任は基本的には外部に移動しないことになる。適合認証段階に行われる指定機関の活用などに比べて決定権限をアウトソーシングしないで内部に留保する分、コスト削減という面では制度改革の達成率は低くなると考えられる。それでも基準設定過程を行政組織内部で自前で行うのは、おそらく基準の設定行為は行政の専管事項であるという考えに基づくものであると思われるが、このことは技術的な基準について行政のみに選択裁量を与えているものであると評価することができる。これまでなぜ行政にこのような技術的基準の選択裁量が与えられているかについて議論がなされたことがある。田中二郎博士によると、「行政権は、全体として、法の下に国家公共の利益を実現することを本来の使命としており、十分にその使命を果たしうる様式の仕組みをととのえ、技術的・専門的な職員の訓練を行い、かつ、具体的条件において妥当な行政運営を図りうるよう、あらゆる判断の材料たる資料等を蒐集整理し、それをふまえて、政治的・具体的な決断を下すことを建前としている」⁸⁵とし、技術基準を選択する裁量権の根拠として「技術的・専門的な職員の訓練」と「判断材料としての資料等の蒐集整理」の2点をあげられている。下山瑛二教授はこれに対して「今日の技術的判断基準を樹立する場合に行政当局のみでかかる基準を設定する例はほとんどなく、専門家の援助を受けている。公務員のほとんどがジェネラリストであり、またスペシャリストとされうる公務員も、現在の技術領域が専門的に細かく分化している状況の下ではスペシャリストと目されうる領域はきわめて限定されている」として、田中博士の前提はかなり崩れていると指摘している。そして下山教授は、その正統性を専門家集団や住民の参加といった行政手続に求め、「合理的

な解決の途は、未だ満足すべきものになっていないことを承知している」としながらも、「現状においてとりうる最善の努力がなされ、その結果「手続法」的保障が用意されている場合には、一応その手続でえられた基準というものを裁判所が尊重する条件は充たされたものとしてもよいように思われる」としている⁸⁶。高木光教授は、「どの程度安全であれば十分安全であるか」という実際的な判断を、国会でもなく裁判所でもなく行政機関に委ねることを正当化するのは、「客観性」の担保という意味に理解するほかないと述べている。そして行政は、様々な手法、人的物的な手段を用いて個別的な安全性の判断が恣意に流れたり不合理になったりしないことができ、そのような手段の中で重視されるのが基準の策定であるとしている。しかし実際にはそのような行政組織上の合理的な役割分担がなされていないから、その代償措置として裁判所の審査密度を高く解するのであるという⁸⁷。これらの3つの見解は行政がなんらかの理由で技術的な基準を設定することができるということで一致しているように思われる。その理由の内容として田中博士は公務員の専門能力と行政の情報収集能力をあげているのであり、下山教授と高木教授は行政手続の存在をあげている。ただ田中博士と下山教授が科学技術的な絶対的正確性というものを念頭に置いているのに対して、高木教授はむしろ科学技術的な「正しさ」というものを相対化し、利益調整による基準としての客観性・妥当性の確保という側面を重視しているように思われる。日々技術が進歩する中で絶対的な科学技術的正確性というのが期待できず、また技術上の基準は安全性と経済的な可能性との妥協の産物という性格があり⁸⁸利害調整の必要性があると考えられる。ところで、この見解によると客観性を確保することができる手続を定めておきさえすれば、基準設定権限を行政外の要素に委任することも可能であるように思える。しかし基準認証制度が国が製品等の損害による外部不経済を是正し、一定の範囲でコストを負担する機能を果たしているという位置づけからすると、国による安全確保

の範囲を決定することになる基準の設定をするものについては政策的判断の必要性等もあり民主的な統制がなされていてしかるべきであるという考え方もでき、そのような考え方からも客観的手続を定めて基準の設定権限を指定機関のようなものに委ねることについては議論しておく必要がある。

(2) 試験行為と外部要素

次に試験行為における外部要素の介在について考察する。ただし本稿で扱っている試験行為とは適合認証行為を含まないものであるので、多数を占める適合認証行為と試験行為が一体となっているもの（本稿の定義でいう検査行為）については次の適合認証行為についての考察において取り扱うこととする。

① 試験段階への導入の例

試験行為だけについて外部要素が介在しているものとしては、外国試験機関のデータの受け入れがある⁸⁹。通商産業省は昭和59年電気用品取締法、計量法、ガス事業法、液化石油ガスの保安の確保及び取引の適性化に関する法律の関係省令の一括改正を行い、昭和58年の消費生活用製品安全法、同42年の高圧ガス取締法、同49年の化学物質の審査及び製造等の規制に関する法律、同55年の工業標準化法をあわせ所管法律8本全てについて、法令上外国の試験データの受け入れを開始した⁹⁰。通商産業省はこの受け入れの開始にあたり、「通産省所管基準認証制度に依る外国検査機関の活用のためのガイドライン」を作成し、申請に基づいてデータを受け入れる外国の指定試験機関の指定を行っている。指定された外国の試験機関は特定外国検査機関とされ、受検者の求めに応じて製品が基準に適合しているか試験を行う。受検者は特定外国検査機関の行った試験データを検査の申請書に添付することができ、審査を行う大臣は当該申請を審査する際に申請書に添付された試験データを審査し、信頼性を確認すれば受け入れるという仕組みをとっている⁹¹。

② 試験段階における外部要素との法的関係

上記のような外国試験機関は、基準認証制度を行う行政庁に対して、特定外国試験機関の行った

試験のデータは行政庁の審査において事実上、行政庁の試験を代替する役割を果たすが、当該データを受け入れるかどうかは本来試験をする権限を持つ行政庁に留保されたままである。受検者は特定外国試験機関と契約関係に立つと考えられるが⁹²、行政庁と特定外国試験機関は特別な法的関係に立つものではないと思われる⁹³。

③ 評価

ここで試験段階での外部要素の導入の例としてあげた外国試験機関の試験データの受け入れは法律の改正ではなく下位の省令等の改正によって行われたものである。この点についての内閣法制局のコメントは「大臣が技術基準適合性の最終判断権までも指定検査機関に委譲する場合には、法律上の手当を要するが、本件のように外国試験機関のデータを大臣又は法律上の指定検査機関が当該製品の技術基準適合性について判断する際にあくまでも参考として活用する場合には法律上の手当を要しない」ということであった⁹⁴。たしかに法制局のコメントの通り、試験データはあくまでも基準認証決定の判断材料として位置づけられるのであるから外国試験機関のデータを判断材料に使うこととしたからといって、そのことに対して法律上の根拠が必要となるわけではないだろう。小早川教授は行政処分先立つ調査について、「行政処分は、一般に、立法を誠実に執行し、その趣旨を個々の事案において実現すべき行政庁の任務の遂行として行われるのであり、事案の処理の基礎とされるべき事実疑いが存するときは、それについて調査検討し、その結果に基づいて事実を認定する、「行政庁の調査義務」が存在する」と主張されている⁹⁵。そして（証明責任・主張責任の問題と絡んで）調査義務の範囲で処分を適法ならしめる事実が合理的に認定可能であることが説明されなければならないと、この説明がないか又は不十分であるときは、その処分は適法とされてはならないとしている。ここでいわれている「調査」は先に分析した基準認証制度における「試験」と位置づけを同じくするものである。行政処分をする際に必要な事実を収集する行為として位置づけ

られているが、行政による処分にかかり必要とするものとして本稿でいう基準認証制度における試験も妥当すると考えられる。そこでこの論理を基準認証制度における試験と適合認証の関係にあてはめると、適合認証行為を適法ならしめるために行政庁は適合認証をするための事実を合理的に認定可能な程度の調査を行わなければならないことになる。原子炉等の包括的な安全性の調査が必要とされるような場合と違い、通常の基準認証制度においては明確な試験のポイントと基準が示されており、その範囲でのみ判断するのであるから試験は必ずしも行政庁自らが行わなければならないものとまではいえないと思われるが⁹⁶、調査義務を果たしているというために基準適合性を審査する際に材料となる事実が合理的に認定可能であるといえるためには受け入れる試験データが正確なものであることが担保されていなければならないと考えられる。具体的に検討すると、前述の「通産省所管基準認証制度に依る外国検査機関の活用のためのガイドライン」に規定されている外国試験機関の指定の要件は(1)長い伝統を有し、国際的に信頼性が確立している当該法律の規制対象品に関する基準、認証制度のもとで、認証機関又は、試験代行機関として相当程度の活動実績を有するもの（営利・非営利を問わず、超一流の外国試験機関を想定）については、申請に応じ、簡単な手続で指定する。(2)前記以外の場合、申請に応じ、当該外国試験機関の(i)技術的能力、(ii)経理的基礎、(iii)中立性を具体的に審査した上で判断する、とされている⁹⁷。このような基準は主として外国での実績に依拠しており、相手方の組織を審査することで一応の調査義務は果たしているものと考えられることができるだろう。しかしこれらの対象とされている基準認証制度では国内における試験データ入手は適合認証段階と結合したものであり、適合認証を行う指定検査機関が行う仕組みとなっている。となれば外国試験機関のデータを受け入れるためには、外国試験機関のデータが（通常行われる）国内の指定検査機関の試験と少なくとも同程度の正確性をもつものであることが望ましいと考

えられる。その点において国内の指定検査機関は指定基準と、省令レベルでのみ定められた外国試験機関の指定基準とは異なっていることが問題とならないか考えなくてはならない。ただし現時点での試験データの受け入れに関しては、最終的な受け入れの判断権限は認証権者に留保されており、妥当であると思われる。

(3) 適合認証行為と外部要素

次に適合認証行為と外部要素について検証するが、前述したように試験と適合認証行為は双方をあわせた「検査」という行為として外部要素に委ねられることが多い⁹⁸。

① 適合認証段階への外部要素の導入の例

まず指定機関を指定して基準適合認証業務を行わせる指定機関認証⁹⁹という制度がある。旧消費生活用製品安全法では、第一種特定製品につき継続して安全基準に適合する特定製品を製造する能力があるとして国の登録を受けた製造事業者（登録製造事業者）（同法8条）が、製造しようとする特定製品のモデルについて型式承認を受ければ、そのモデルについては国の検査・基準適合認証を受けることなく、自ら基準適合認証の表示を付することができるが（同法27条）、型式承認をするにあたって指定検定機関制度がとられている（同法24条の2）。指定機関は主務省令で定める区分に従って主務大臣によって指定されるが¹⁰⁰、指定の基準として同法32条の5の4において要件が定められている。その要件によると3号において「民法第34条の規定により設立された法人であって、その役員又は社員の構成が検定等の公正な実施に支障を及ぼすおそれがないものであること」とされており、指定機関を公益法人に限定している。

基準適合認証を受検者自らに行わせる例として自己確認という制度がある。例えば先ほどの旧消費生活用製品安全法の型式承認制度では、製造しようとする特定製品のモデルについて型式承認を受ければ、そのモデルについては国の検査・基準適合認証を受けることなく、自ら基準適合認証の表示を付できると規定されているが、

それに加えて26条に基準適合義務が課せられている。すなわち基準適合義務の下で事業者は製品を市場に出荷するのにあたり、自らが試験・基準適合認証を行うことになる。この自己確認は、指定機関は本来主務大臣が行う行政処分を行うのであるが、自己確認の場合には製品等の製造者が基準適合義務を守ることによって基準適合認証を受けることを免れるのであって自らが自らに対して行政処分を行うという形をとっているわけではない。つまりは基準認証制度による処分自体が免除されているととらえるべきである。

② 適合認証段階における外部要素との法的関係

指定機関は多くの場合、本来、法律により権限を与えられた主務大臣等に代わって試験＝データ収集と適合認証行為を行う。その介在は主務大臣等による指定行為を通じて行われるが、主務大臣等と指定機関の法的関係を考えるにあたり指定行為の位置づけが問題となる。本稿で対象としている指定機関制度においては主務大臣等の行う公権力の行使たる基準適合認証行為を指定機関が行う法的仕組みをとっているが¹⁰¹、これを公権力の行使をともなう行政事務を指定機関に委任しているものと解されることがある。塩野教授によると、業務自体が公権力の行使という方法による行政事務であり、この委任は事務の委任であって、指定機関は自己の権限として当該行政事務を行うことになり、そのことは同時に当該作用法上に定められた私人の国に対する義務もこれによって果たされることになるとしている。そしてこのことは、指定機関の行為につき相手方に不服がある場合には、指定権限を有する主務大臣に審査請求をすることができるという定めがおかれ、指定機関が行政不服審査法上の原処分庁として位置づけられる場合や、指定機関が私人に対して行う事務については私人からの手数料を徴収することが認められるがその収入は当該指定機関に帰属することとされている場合にはより明確になっているとする¹⁰²。これに対して米丸教授は基本的に委任であるとしながら、指定行為によって権限が委任されているにとどまり、そのため指定機関は行政主体として

行為を行っているわけではない、つまり権限の行使が委ねられているにすぎず、行政事務自体は移動しないと主張する¹⁰³。その根拠には、指定機関の行う業務と原権限庁の業務とはその性質上全くの同等と考えられること、指定の「公示」の規定、法令上用いられることのある「委任」の文言、指定機関の処分についての審査請求の規定の存在をあげている。ここで、後述するような競争原理の導入を行ったものではない旧来型の指定機関制度を用いる根拠は、主に行政コストの削減という契機によるものであることに注意するべきである。これはもっぱら行政側の事務負担軽減のための制度であるといつてよいのであり、そういった制度の持つ趣旨からは検査業務を行い安全を確保する義務は一次的にはいまだ主務大臣等に課されているとみるべきである。すなわち、旧来の指定機関制度は、民間に行わせることで主務大臣等では行えない迅速・正確・低コストな意思決定、執行を可能にすることを目的としてつくられたものであり、その安全確保という業務自体は国の事務であると考えられるべきである。ただし、詳しくは後述するが米丸教授においては「委任」という語を厳格に介し、権限の「付与」と区別されているようであるが¹⁰⁴、指定機関に対する委任が、行政組織法における「委任」とは性質が異なるものであることは後述の監督の問題からも認められているところであり、ここでの権限行使の委任は、主務大臣等が法令に従って行政事務を行う「権限の所在を決定する形成行為」と広く解することにする。

③ 評価

指定機関制度の問題点については指定機関組織の合憲性が指摘されることがある。塩野教授はドイツと同様¹⁰⁵公権力の行使は国家に独占され、わが国の行政組織法論においても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のが基本的な前提であるとする¹⁰⁶。米丸教授も同様に日本国憲法の基本原理として国民主権原理がとられ、責任内閣制の下に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、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）組織又は公務員による行政が原則となっているといい、そして指定機関制度について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に検討する必要があると指摘する¹⁰⁷。塩野教授のこの個別の立法例の合理性や国家関与のありかたの検討によると、現行法制では組織の民主的統制については固有の規律をおいておらず、それは個別法が民法で定める以上に組織構成につき詳細に規定すると民法上の法人を用いるという指定法人の基本的前提に背馳するためであり、結局試験、検査等の行政的裁量の余地のない客観的業務であり、民主的コントロールの特別の手段を講ずる必要がないことに根拠を求めている。一方で業務に対する統制に関しては指定行為からは指定法人に関する指揮監督権を導き出すことはできず¹⁰⁸、個別法の規定によることとなるとする。これはつまり国と指定機関の間の指揮監督関係とそれからくる指定機関の合憲性は個別法による規定に委ねられているということを示す¹⁰⁹。それに加えてここで注目しなければならないと思われるのは、従来型の指定機関の指定基準の中で個別法の多くが「民法34条に基づく法人であること」という公益法人要件を課していることである。そして公益法人は民法67条1項で「法人ノ業務ハ主務官庁ノ監督ニ属ス」とされており、主務官庁の監督を受けることとなっている。指定機関が公益法人である場合には個別法に基づく指揮監督だけではなく、公益法人としての監督についても考えねばならないだろう¹¹⁰。

先ほどの指定行為の性質に対する見解の相違は、適合認証業務に対する賠償責任の所在の問題という点であらわれてくる。本稿では改革による責任の移動という意義をとらえているため、このことは非常に重要な問題となる。基準適合認証行為は国家賠償法1条の「公権力の行使」の要件を満たす性質の行為であると考えられるのであるが、政府認証の場合に国が賠償責任を負うのが明らかであるのに対して、指定機関制度をとった場合に賠

償責任を国が負うのか、指定機関が負うのかという問題がある。この問題につき国家賠償法において賠償責任を負う「国又は公共団体」とは公権力の帰属主体、すなわち行政主体であると一般的に考えられており¹¹¹、それにもとづき議論が展開されている。塩野教授によると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を国家賠償責任を負う理由としているが、これは塩野教授は事務の効率は国に帰属するものの事務自体は自己の権限で行うのであり行政主体であることの理由としてもそれらをあげており、つまりは指定機関が行政主体であるから賠償責任を負うと主張されているのであろう。それに対して米丸教授の説によるとあくまで国に国家事務が帰属し、その実施権限を委任しているにすぎないから国が国家賠償請求の対象となる¹¹²。塩野説に対しては、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、手数料に関しては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うるとし批判している。これについては前述のような旧指定機関制度設置の目的からして米丸教授と同じく国の事務であると解するべきであり、国が賠償責任を負うことになると考えられる。このように考えると賠償責任の主体の移動も生じないため、賠償責任の面については政府認証が行われる場合と変わらないことになる。逆に言うと基準認証制度はそもそも国民の安全確保を国民の自己責任ではなく国の手によって確保するという目的から発生したものである。製造物責任では資力がない製造者の製品等による損害が生じた場合に救済されないことから、基準認証制度を通じて損害の発生を防止し、損害に対しても一定の範囲で国が賠償責任を負うものとしても機能している。指定機関制度は行政コストの削減を主として目的としているが、そのコストの削減は安全確保行政を行う上で国が支払う賠償コストまでをも削減することを目的としているものと考えべきでないという点からすると基準認証事務の主体は国であるべきである。

(4) まとめ

以上、政府認証モデルをもとにした基準設定、検査、基準適合認証の3段階における外部要素の介在について検討してきた。そこにある特徴としては、基準認証制度においてとられてきた外部要素の利用が、事務の委託や権限の委任等により外部要素を活用するものであり、事務の帰属主体を変更するものではないということである。そしてそのような制度には、外部要素の導入にいたった制度改革の契機となった行政コストの削減や非関税障壁の撤廃といったものは、基準認証制度が誕生した「製品の瑕疵によって生じる『外部不経済』等を国家の手によって解消」し、一定の範囲でコストを国が負担するというシステムを修正するというものではなかったことということが背景にあると考えられる。

3章 最近の基準認証制度改革～通産省の基準認証一括法¹¹³

通商産業省は政府による基準認証制度改革の動きを受けて、産業構造審議会に基準認証部会を設置し、基準認証制度のあり方についての議論を行い、平成11年に自己の所管する基準・認証関連法律の改正を行った（第145回国会提出、8月2日成立、同6日公布）。この改正では新しい基準認証の形である第三者認証制度の導入が盛り込まれ、指定機関制度に関しても公益法人要件の撤廃がなされた。これらには前章でみた単なる基準認証制度に外部の要素を活用すること以上の意義がみられると思われる。これは現在の基準認証制度改革が、規制改革論の中で競争原理の導入という新しい改革の指導原理を注入され、行われていることと関係する¹¹⁴。基準認証一括法は通産省所管の基準認証制度について行われたものであるが¹¹⁵、他省庁においても類似した改革が検討されているところである¹¹⁶。しかしそれらはまだ改革途中であり、まとまった形で法改正が終了しているのは現時点では基準認証一括法しかほぼ存在しないところであるので、ここでは基準認証一括法における

公益法人要件の撤廃，第三者認証制度について取り扱い，適宜他の制度改革について触れることにする。

3-1 基準認証一括法の概要

この法律改正の目的は、「事業者の安全確保能力の向上による事故の減少をふまえ，従来政府が中心となって行ってきた基準・認証制度に基づく規制について，官民の役割分担を見直し，民間の能力を活用した制度を構築することにより，規制を合理化しつつ消費者の安全等の維持・向上を図ること」であるとされている。そしてそのための方法として，(1)「事前規制の合理化」と(2)「検査・検定等の業務への民間能力の活用」，(3)「事後措置の充実」の3本の柱を掲げている。(1)「事前規制の合理化」では，基準の確認について政府が行っている検査・検定等について可能な限り事業者による自己確認への移行または「自主保安を導入する。危険性により事業者に民間第三者機関による検査・確認等を受けることを義務づける制度を創設する。必要な分野については政府認証を存続するが，この場合でも極力指定代行機関に制度を開放するとしている。(2)「検査・検定等の業務への民間能力の活用」では検査・検定を行う政府の指定代行機関を公益法人に限定することなく，今後は民間第三者機関及び指定代行機関について中立性等の一定の要件が確保されることを前提に民間企業の参入を可能とするとしている。そして(3)で(1)(2)の合理化措置に対応して罰則の適正化などで安全性を担保するとしている。簡単にいうと(1)(2)の実施によって，第三者認証制度，指定検査機関の営利法人への開放，自己確認制度を導入し，それでは安全性の面で懸念があるため(3)の措置によって安全性を確保しようというのである¹¹⁷。

3-2 公益法人要件の撤廃¹¹⁸

(1) 概要

従来の基準認証制度においてとられていた指定機関制度においては，指定機関は公益法人であることが要件とされていることがほとんどであった。

基準認証一括法はこの点において一部の法律において指定機関の公益法人要件を撤廃し，株式会社等のいわゆる営利法人の参入を可能にした。具体的には計量法140条における指定校正機関の指定要件，揮発油等の品質の確保等に関する法律17条の13における指定分析機関の指定要件などから，「民法第34条の規定により設立された法人」という公益法人要件が削除されている。なお第三者機関制度が導入されたものについても第三者機関の認定要件において公益法人要件が課せられておらず，また高圧ガス保安法で新しく導入された指定輸入検査機関の指定要件などにおいても公益法人要件は課せられなかった¹¹⁹。もっとも例えば火薬類取締法における火薬類製造保安責任者の指定試験機関のように公益法人要件が課せられたままのものもある(同法45条の6，3号)。これらの公益法人要件の撤廃関係の改正は技術力の向上した営利法人の参入を可能にし，複数の検査機関の競争を引き起こすことによって検査技術の向上，検査コストの削減を達成することにあるとされている。従来指定機関制度において公益法人要件が課せられていた理由としてあげられていたのは検査技術力の確保，検査の中立公正性の担保，検査業務の継続性のためのある程度の財務基盤の必要性といったものがあつた¹²⁰。これらの理由が公益法人要件を課すことによって実際に確保されていたのか。また本改革による開放によって公益法人要件がなくなることで確保されなくなるものであるのかについて検討し，最後に公益法人要件が撤廃されることについての法的な意義について述べることにする。そのために民法に定められた公益法人制度の内容とその運用状況についてまず調査する必要がある¹²¹。

(2) 公益法人制度の沿革と特色

我が国において公益法人制度が明確な形であらわれてきたのは明治29年の現行民法制定においてである。民法34条において「祭祀，宗教，慈善，学術，技芸其他公益ニ関スル社団又ハ財団ニシテ営利ヲ目的トセサルモノハ主務官庁ノ許可ヲ得テ之ヲ法人ト為スコトヲ得」と規定し，公益法人の

定義とその設立の要件を定めている¹²²。つまり公益法人の設立は営利会社の設立が商法に基づき準則主義によっているのとは異なり、主務官庁の許可が必要とされており、その許可は主務官庁の自由裁量によるものとされている¹²³。公益法人の設立に関しては公益性と非営利性の問題が議論されてきた。民法の多数説によると「公益ニ関スル」とは、単に営利を目的としないという消極面を備えるだけでは足りず、積極的な意味での公益、すなわち社会全般の利益、不特定多数者の利益をはかるものでなければならないとされている¹²⁴。次に「営利目的」とは単に利益をあげる事業を目的としているのではなく、当該法人の構成員に利益を分配する目的であることであると理解されている¹²⁵。つまり公益法人とは、不特定多数の利益を図る活動を行い、得た収益を法人の構成員によって分配せず、法人の活動に再投資するものであると考えられてきた。そして設立された公益法人は民法67条1項に規定されているように法人の業務について主務官庁の監督を受けることとされている。

(3) 公益法人要件の実益性～公益法人の設立許可と指導監督の点からの検討

次に公益法人要件が、かねてより主張されてきたような機能を果たすことが制度上、保証されてきたものであるかどうか検討する。まず公益法人はその設立が主務官庁の許可により、指導監督を受けていることがあるが、そのことから中立性等が確保されるのかというアプローチをとることにする。前述のように公益法人の設立許可は主務官庁の自由裁量に委ねられているとされているが、その点に関しては批判が強く、昭和46年12月行政管理庁が行った「公益法人の指導監督に関する行政観察結果に基づく勧告」に基づき、政府は公益法人監督事務連絡協議会を設け、翌年公益法人設立許可審査基準等に関する申し合わせを行い、設立許可基準について各省庁の基準を統一的に整備、改善を行った。そして平成8年9月には昭和61年12月の「公益法人の運営に関する指導監督基準」と一本化し、整理・強化した「公益法人の設立許

可及び指導監督基準」(以下、単に設立許可及び指導監督基準とする。)が閣議決定されている¹²⁶。この設立許可及び指導監督基準によると公益法人は、目的、事業内容、名称、機関、財務会計、株式保有、情報公開の大別して7つの点から審査されることとされている。この設立許可及び指導監督基準とその運用指針¹²⁷は必要条件ではないが、公益法人が備えているべき一応のモデルを示すと考えられる。そこでこの運用指針を参考にし、これらの基準の内容を示しながら、指定機関に必要とされる性質を満たすために、公益法人であることに実益があったか否かを検討していくことにする¹²⁸。

(1. 目的)において公益法人は、積極的に不特定多数の者の利益の実現を目的とするでなければならず、特定の範囲の個人・団体等を対象とするものであってはならないとされている。この基準は、民法34条の「公益に關スル」という文言を具体化したものである。特定の利益に偏らず不特定の利益を目的とすることで公益法人が中立性を備えているということに資するかもしれないが、実際には例えば、同じくプロスポーツ興業を主たる事業としながらプロ野球が株式会社形態で行われているのに対して、相撲は公益法人たる財団法人日本相撲協会によって行われているなど、この「公益目的」はかなり緩やかに解釈されている場合もあり¹²⁹、また公益目的の達成のために収益事業を行うことも認められているため、設立の目的が不特定多数の利益であるからといって直ちに中立性等を導くことは難しいだろう。

(2. 事業)の基準においては、公益事業は法人の目的に照らし適切な事業であり、その規模が総支出の2分の1以上であること。対価を伴う公益事業については当該法人の健全な運営に必要な額以上の利益を生じないようにすること。付随的に行う収益事業については規模が総支出額の2分の1以下にとどまり、業種は風俗関連営業や高利の融資事業のような公益法人の社会的信用を傷つけるものではなく、その利益は法人の運営に必要な額を除き公益事業のために使用すること、と定

められている。これらの基準によって公益法人の事業の中心は公益目的の事業として制約され、付随的に収益事業が行われることを認めながらも¹³⁰その内容・規模について制約が加えられることになる。これらの制約は公益目的を標榜し、実質的に営利事業を行うことを阻止することを目的としている。また実際には公益事業のみでは法人の健全な運営が困難なために収益事業が行われることを容認しているが、内容を制限することで公益法人全体の社会的信用を損なわないようにされている。指定機関が高い社会的信頼性を要求されていることを考えると、この収益事業の内容の制限が行われていることは公益法人要件の必要性に若干寄与するところもあるように思える。ところで公益法人が指定機関として行う検査等の事務がどの事業にあたるか考えてみると、検査等は（実質的に受けるのはある業種からのものだけとはいえ）それらを受けることを希望する不特定多数の者を対象として行うものであるから公益事業にあたることになる^{131,132}。そこで公益法人が行う検査等の事務は公益事業としての制限、特に対価としての手数料収入について運営に必要以上の利益を出さないという制限を受けることにもなると考えられるが、手数料に関しては指定機関について定めている個別法の中で定められているため、あまり意味をなさない。

（3. 名称）の基準においては、公益法人の名称は、法人の目的及び実態を適切に表現した社会通念上妥当なものであることを規定しているが、これは公益法人全体の社会的信頼性の確保に寄与する。

（4. 機関）の基準においては、当該法人の健全かつ継続的な管理運営を可能とするとの観点から様々な事項を定めている。中でも、理事のうち同一親族、特定の企業の関係者、所管する官庁の出身者が占める割合は、それぞれ理事現在数の3分の1以下にし、なた同一業界の関係者が占める割合は、理事現在数の2分の1以下とするとの定めがあるが、運用指針によると親族・企業等についての制限は法人の運営がこれらの者や特定

関係団体の利益のために行われることを防ぐためであるとされる。同一業界の出身者に関する制限は、法人が積極的に不特定多数の者の利益の実現ではなく、その業界のみの利益や親睦を目指すものとなることを防ぐためであるとされている。官庁出身者についての制限は官庁出身者が公益法人の理事の多数を占めることにより、当該公益法人が所管する官庁と一体となって活動し、実質的な行政機関として機能することを防ぐためとされる。前二者は公益法人の公正中立性を確保することに寄与するし、後者は民間による自発的な公益活動性というものを確保することに寄与するだろう。しかし現実にはこのような理事数の中立性が確保されている例はそれほど多くはなく¹³³、また指定機関として公益法人を指定する際に個別法の指定基準において「その役員又は社員の構成が検定等の公正な実施に支障を及ぼすおそれがないものであること」と定められているのが一般的であり¹³⁴、公益法人自体で組織構成的公正性が確保されている必要性はそれほど高くないだろう。

（5. 財務及び会計）の基準によると公益法人は設立目的の達成等のため、健全な事業活動を継続するに必要な確固とした財政的な基礎を有し、適切な会計処理がなされなければならないと定められている。具体的には社団法人については会費収入や財産の運用収入等、財団法人については寄付財産の運用収入や賛助金収入等の恒常的な収入があることが要求されている。基本財産の管理運用については常識的な運用益が得られ、利用価値が生じる方法でなされることとされており（5(4)）、運用指針によると外貨建債券等の価値の変動が著しい形や利子又は利用価値を生じない現金のような形で管理運用をすることは不適切であるとされている。運用財産の管理運用についても元本回収の可能性が高くなるべく高い運用益が得られる方法で行うこととされている（5(5)）。また返済期限が1年以上になる長期借入れを行う場合には収支予算書に明記し、理事会及び総会の承認を得る等の措置をとるとともに、所管官庁への届け出等を行うことと定められている（5(6)）。このよ

うに公益法人の財務及び会計について規定されていることは指定機関として機能する場合には、その事業を安定して長期にわたって継続していくのに必要な財産的基礎を確保することに資するものと考えられる。ただしこの点についても個別法においても指定基準において「業務を適確かつ円滑に行うに必要な経理的基礎を有するものであること」と規定されているのが通常である¹³⁵。

(6. 株式の保有等)の基準によると公益法人は公開市場を通じる等ポートフォリオ運用であることが明らかな管理運用等である場合や財団法人において基本財産として寄付された場合を除き、原則として営利企業の株式保有等を行ってはならないとされている(6(1))。そして株式を保有する場合であっても、当該営利企業の全株式の2分の1をこえる株式の保有を行ってはならず(6(2))、また株式保有を行っている場合(全株式の20%以上を保有している場合に限る)については、毎事業年度の事業報告書に当該営利企業の概要を記載することが要求されている(6(3))。運用指針によると公益法人は、積極的に不特定多数の者の利益の実現を目的とする非営利法人であることから営利企業を設立してはならず、したがって公益法人の理事が当該公益法人を代表して営利企業の設立発起人となったり、当該営利企業の出資を行うことがあってはならないとされる。この基準は公益法人の中立性を確保することに資するであろう。

(7. 情報公開)の基準において、公益法人は、積極的に不特定多数の者の利益の実現を目的とする、非営利の法人であり、日本の社会経済において重要な役割を担うとともに、相応の社会的責任を有していることから、自らの業務及び財務等に関する情報を自主的に開示する必要がある(運用指針)との考えから、業務及び財務等に関する資料を主たる事務所に備えておき、原則として、一般の閲覧に供することと規定されている。これは公益法人の事業の透明性を確保するのに役立つと思われる。個別法における指定機関についての定めには、このような一般人に対する情報の開示義務について定められている例はない。ただし主務

官庁に対する報告義務については定められているので、主務官庁に対する情報公開法による情報開示請求によって同様の資料を入手することができるだろう¹³⁶。

以上のように設立許可及び監督基準から公益法人要件を課するということが制度的に実益があったかについて考察してきたが、公益法人要件支持者が主張する公益法人が備える公正中立性、財務基盤の安定による事業の継続可能性というメリットについては確かに肯首できる部分もあると思われるものの¹³⁷、指定機関について定める個別法においても指定基準としてもそのような要素は審査されることになっており、いわば公益法人としての審査と指定機関としての審査の2重の審査を受ける構造になっているといえる。したがって単に中立公正性等を備えた指定機関を選出するだけであるならば、少なくとも公益法人要件を課す必要はなく指定する段階でこれらの要素を備えたものを選べばよいと思われる。実際に運用基準が適切に運用されておらず¹³⁸、基準を満たした理想的な公益法人がさほどないことを考慮すると、なおのこと指定機関として指定する段階で審査すれば足りるだろう。その中であえて公益法人要件を課すこと自体の実益について考えてみると、3点ほどあるようにおもわれる。まず1つは、指定する際の行政の側における法人情報収集事務を省くことができるという効果があると思われる。すなわち前述したように公益法人は、主務官庁によって包括的に監督がなされており、その事業内容・財務状況等は建前として主務官庁によって把握されていることとなっているから、指定機関に指定する際にそれらの事項について審査をおこなう上で公益法人以外について行うのよりも豊富な情報をもって指定のための審査をおこなうことができると考えられるのである。ただこの点に関しては公益法人の主務官庁が指定機関を指定する官庁と同一の場合に効果を発揮するものと思われる。第2点としては、公益性の標榜が高度の社会的信頼性を付与するということがある。すなわち実態はともかく公益法人は高度の社会的信頼性を有してい

ることは否めないと思われる。それは設立許可及び監督基準において組織的な社会的信頼性が保たれるための基準が入れられていることもあるし、民法34条の2に「社団法人又ハ財団法人ニ非ザルモノハ其名称中ニ社団法人若クハ財団法人ナル文字又ハ此等ト誤認セシムベキ文字ヲ使用スルコトヲ得ズ」と規定されており、公益法人でなければ社団法人・財団法人といった名称を冠することができないため、指定機関が公益法人を名乗った場合、それは主務官庁から許可を受け、指導監督を受けていることを示すことになり、公益法人の検査等を受けるものに対して行政機関の持つ社会的信頼性を与えることになると思われる¹³⁹。ただしこれは単なるイメージの問題であって、長年にわたって誠実な中立的な業務の実施によって営利企業が社会的信頼性を築くことは十分可能であるし、実際にそのようなイメージを持った営利企業は多く存在するだろう。3つ目として公益法人に関しては解散の自由がないことから、それが基準認証事業から退出することが規制されることになり、基準認証事業の永続性につながるというものである¹⁴⁰。しかし公益法人であっても基準認証業務だけを取りやめることもあるし、業務の持続性をもった株式会社は多数存在するところである。また基準認証市場への参入者が多数いれば事業からの退出の自由を認めてもさしつかえがあるとは限らない。

(4) 公益法人要件の撤廃と競争原理の導入

ではなぜ実際にはさしたる実益も存在しないにもかかわらず、公益法人要件が課されていたのであろうか。そのひとつの理由として「公益国家独占主義」¹⁴¹ともいえるべき「公益性」に対する考え方が存在すると思われる。そして国が行うものは「公」的なものであり、そのようなそもそも国が行う公的なものは国が関与した公益法人によっておこなわれてしかるべきであるというものである。もう一つの理由として、公益法人要件を課することは、その法律が当該基準認証制度においては競争原理を採用していないとの意思表示をしていたという意義があると考えられる。すなわち

指定機関を制度の上で営利を追求しないものとされている公益法人に限定することによって、指定機関同士が競争を行わないことを前提としている基準認証制度を採用しているということが明確になるという意義がある。最初に述べたように、本来公益法人の非営利性は営利活動をしなく「収益を構成員に分配しない」ことにすぎず必ずしも「非競争的」であるとは限らないが、非営利は非競争的であると誤解されてきたことがある¹⁴²。そしてそういった意義を持っていた公益法人要件を撤廃するという事は当該基準認証制度に競争原理を持ち込むということの意味するのではないかとこのことを考慮しなければならない¹⁴³。確かに公益法人要件が撤廃されたからといって指定機関の業務に競争原理が持ち込まれたとはただちにいえるわけではない。しかし同時にこれまでは手数料令で定められていた手数料が自由化されていたり、指定の際に基づいていた需給調整条項通達が撤廃されたとすれば、制度に新たに競争原理が持ち込まれたと考えてよいのではないだろうか¹⁴⁴。また、逆に公益法人要件が課されている間は、公益法人制度の趣旨からいって競争原理が持ち込まれていないともいえるだろう。すなわち、公益法人要件がある場合は競争原理がもちこまれておらず、公益法人要件が課されていない場合には法律の他の条項を考慮して競争原理が持ち込まれている可能性があるといえる。基準認証一括法における改革では手数料の自由化等が伴っており、競争原理が持ち込まれていると考えてよいと思われる。では当該基準認証制度に競争原理が持ち込まれているということはどのようなことを意味するのであろうか。この点、白石忠志助教授は「競争政策法」という体系を主張されている¹⁴⁵。それによると、戦前はもとより戦後に至っても長くの間、競争政策の重要性が日本の法体系全体において意識されることは少なく、その中で独占禁止法が制定され、「競争」という価値を日本に組み込もうとする活動が続けられてきたが、その活動の構図は「独禁法対非独禁法」という「対決の構図」であった。しかし近年競争政策の重要性を

人々が享有するに至り、このような対決の構図では日本の競争政策法は把握できなくなっており、独禁法以外の法律においても、競争政策の考え方を取り入れようとする動きがあちこちでみられるようになった。このような状況下で現在においてはもう、「独禁法対非独禁法」という対決の構図ではなく、競争政策というものを独禁法それ自体よりも一段高いところに持ち上げ、その政策が多くの人に反映されていると把握する枠組みをとるほうが、適しているというのである。この考え方は一次的には他の法律(民法、行政法その他)においても独禁法の適用を排除すべきではなく、(当該法律における競争の考え方にもとづき)適宜独禁法を適用していかなければならないということの意味していると思われるが、それにとどまらず、独禁法において蓄積された競争に関する考え方を蓄積させた競争政策に関する法体系のようなものが存在し、それが反映されなければならないということも意味していると思われる¹⁴⁶。この考え方を公益法人要件の撤廃等により競争原理が導入された当該基準認証制度を定める法律を解釈する場合にあてはめると、一次的には競争的な基準認証制度の法関係は独禁法によって規律されるということを目指すのであるが、二次的にはそれにとどまらず(この場合指定機関同士の)公正な競争が行われることを担保するような制度をとるものとなるように解釈するべきであると思われる。競争政策の一部をなすものとして基準認証制度を定める法律を位置づけることによって、法律の解釈がどのように違ってくるかという、さしあたり行政主体の所在の解釈にあらわれてくるようにおもわれる。すなわち指定機関が行う検査業務は競争的に行われるものでなければならぬとする、このように競争的に行われるためには自己の行為として行い、行為に対して自己責任を負うものであるものと考えなくてはならないように思われる。なぜならある行為を競争的に行う際にはリスクと利益を考量して行うのが通常であり、利益に対するリスクについての責任を負わなければ競争は機能しないと考えられるからである。そこで

制度をそのような競争環境となすためには権限行使だけでなく、検査事務自体が委任されており、指定機関が行政主体として自己の事務としての検査業務を行っている」と解釈し、行為に付随する賠償責任等も負わせなければならないと考えられる。こうして旧来の競争原理の働かない基準認証制度における議論では制度の趣旨からして行政は検査についての権限を委ねたにすぎず、賠償責任によるコストの負担は行政が負うとしたところ¹⁴⁷、今度は逆に競争原理を導入したという制度の趣旨から指定機関が検査事務について一次的に賠償責任を負うことになる。指定機関の議論において権限行使の委任であるとした米丸教授も、基準認証一括法に先立ち公益法人要件が撤廃された建築基準法の指定確認検査機関制度の説明において¹⁴⁸、従来の指定機関と異なり指定確認検査機関の場合は国家賠償法上の公共団体として自ら損害賠償責任を負うものと解するとされている¹⁴⁹。ただしその理由として指定確認検査機関の場合は権限の委任ではなく付与であって、建築主事の処分権限と指定機関のそれが相互排他的又は代替的ではないことから、原権限庁の権限は変化を受けることなく、指定によって、新たに指定確認検査機関に行政処分権限が与えられたものといえ、指定機関は指定により自らの事務として行政処分権限を与えられながら建築確認等の業務を営むことをあげている。これはすなわちこの場合には原権限庁により、(例えば弁護士会のごとく)独自の事務を与えられたということと説明されているのであるが、そもそも従来の指定機関においても指定機関に委任しながらも原権限庁も当該権限を行使する場合も存在していたところであり、指定確認検査機関の場合にだけ特にこのような理由付けを行うことは無理がある。建築基準法の解釈においても指定確認機関同士が競争的な関係に立っていることが指定行為の性質の転換の根拠となるべきであろう¹⁵⁰。ただこのような考え方は、個別法の明文の規定を上回るものではなく、個別法の規定により部分的に修正されることがあるのは当然である。例えば検査の実施については、従来の指定機関と

同様に法律によって検査事務の執行を通常義務づけられているが、完全な競争主体を念頭におくと自己の判断で事務を執行するものであると考えられるから、執行を義務づけられているという点において競争原理は修正されていると考えられる。

以上は競争原理を導入した改革立法の趣旨にもとづく法解釈の変化についての議論であった。規制改革において市場における競争の導入を推進させ、指定機関制度を活発化させる一方で、競争原理による指定機関制度についての考え方の修正は必然的に国家がうけもつ基準認証制度における責任を後退させるということになる。このことは「国による安全確保」と「損害コスト負担」という基準認証制度を導入した本来の趣旨にそぐわないものであるように思われるが、国が検査責任を自らに課すことによって製品損害によるコストを一定の範囲で負担することになるという意義について、現代においては賠償能力等の支払い能力面については要件に定めるなり損害賠償責任保険等を利用する等の「損害が填補される仕組み」を整えることによっても可能になっており¹⁵¹、国自身が負担する必然性はすでになくなったということだろう。コストの国民全体の負担という意義についても損害によるコストは検査価格等をへて最終的には製品価格に上乗せされることを考えると製品等の使用者が負担することになるので妥当であると考えられる。

3-3 第三者認証制度の導入

(1) 概要

従来の基準認証制度においては、一般に基準認証過程に純然たる私的第三者を用いることはほとんどなかった。純然たるというのは行政の権限を授権されていたりしない、純粋な私人としての第三者という意味である¹⁵²。前章であげたようにこれまでに形成されてきた基準認証制度において制度に対する外部的要素の介在は著しいものがあるが、そのほとんどが基本となる政府認証を機能的に代替するものにすぎないのであって、それ以上のものではなかった¹⁵³。その点で私人である第三

者を行政の機能の代替としてではなく用いていると評価することができる基準認証一括法で導入されたいわゆる第三者認証制度は我が国において新しい試みであるといえる。以下、制度の概要、認証制度を担う認定機関と政府との法関係、今後の展望について考察する¹⁵⁴。

(2) 制度の内容

基準認証一括法において第三者認証制度が導入されたのは、消費生活用製品安全法、液化石油ガスの保安の確保および取引の適正化に関する法律、火薬類取締法、電気用品取締法、ガス事業法に導入された。ここではこのうち消費生活用製品安全法を例に制度の内容を説明したい。

消費生活用製品安全法において第三者認証制度が導入されたのは特別特定製品の認証の分野においてである。従来の特別特定製品の認証においては指定機関制度がとられていた¹⁵⁵。すなわち旧4条において販売制限がなされ、販売または販売の目的で陳列するためには、第一種特定製品として主務大臣または主務大臣が指定する者（指定検査機関）が行う検定を受け、これに合格したものと表示がなされている必要があるとされていたところである¹⁵⁶。それに対して今改正で導入された第三者認証制度は以下のような仕組みをとる。まず4条1項において旧法の場合と同様に販売制限の規定がおかれ、「特定製品の製造、輸入又は販売の事業を行うものは、第13条の規定により表示が付されているものでなければ、特定製品を販売し、又は販売の目的で陳列してはならない」とされている。表示に関する13条では特別特定製品の場合には「11条2項と12条1項の規定による義務を履行したときは、当該特定製品に主務省令で定める方式による表示を付することができる」とされている。その11条2項の義務とは技術基準に適合しているか「検査を行い、その検査記録を作成し、保存」する義務であり、12条1項の義務とは「届出事業者は、その製造又は輸入に係る…特定製品が特別特定製品である場合には、当該特別特定製品を販売するときまでに、……主務大臣の認定するもの又は主務大臣の承認する者の次

項の規定による検査（以下「適合性検査」という。）を受け、かつ、同項の証明書の交付を受け、これを保存しなければならない。……」とされている。これに定められた「主務大臣の認定する者」とは同法2章3節に定められている認定検査機関のことであり、「主務大臣の承認する者」とは同法2章4節に定められている承認検査機関のことを指している¹⁵⁷。以上が消費生活用製品安全法における特別特定製品に用いられている第三者制度の枠組みであるが、これを簡略化して書くと、まず製造、輸入、販売の禁止を行い、自己による技術基準への適合確認とその記録・保存義務を果たし、第三者検査機関による検査（＝試験と基準認証）に合格し証明書を得心ることによって、製造、輸入、販売に必要な表示を得ることができるという仕組みであるといえる。次にこの仕組みの詳細を分析することにすが、制度の性質上政府認証と比較するよりも検査段階を第三者が行うという点で共通する指定機関と比較を行った方がその特徴が明確になると思われるので¹⁵⁸、公益法人要件のある従来の指定検査機関と第三者検査機関の比較を通して制度の特徴を示すことにしたい。

(3) 第三者認証制度の位置づけ—指定検査機関と認定検査機関の差異から

① 適合認証行為の効力

まず指定検査機関と認定検査機関の行う基準適合認証行為に差異があるかどうかを考察する必要がある。指定検査機関の認証行為が行政行為の許可の性質を持つことはすでに述べた。指定検査機関は行政庁から権限の委任を受けて行政行為を行っていた。それに対して認定検査機関の行う認証行為はどのような性質を持つものなのであろうか。第三者認証制度は、それを受けることによって行政上課された義務が履行されたことになるという効果を生む。法改正を行った通産省は、「指定機関の行為が伸ばされた公の手であり、行政行為としての性質をとるのに対して、認定検査機関の行為は私的な行為そのものである」との説明をしている¹⁵⁹。これらから判断すると第三者認証制度といわれる制度においては、認証業務は行政の

事務となされていないことがわかる。すなわち第三者認証制度においては製造者が技術基準に適合するかどうかを検査し、適合性を維持する義務が課せられているのであり¹⁶⁰、基準適合性を確保する責任・義務を第一次的に製造者等が負っているということが明示されている。従って認証は行政の事務ではないからそれを行う権限を委任されることもないし、それが行政に帰属することもない¹⁶¹。この第三者認証制度は製造者・国以外の第三者が介在するという点において指定機関制度と類似した構造を持つが、指定機関制度の延長というよりもむしろ基準適合義務が課せられた自己確認制度の延長であるといえる。ただその違いは法的義務を履行するのに自己確認だけでよしとするか、第三者による認証まで求めるかである。

② 指定行為と認定行為

次に指定検査機関と認定検査機関が基準適合認証行為を行う検査機関が、どのような行為によって基準認証過程に組み込まれるのかを考察する。先に述べたように指定検査機関は「指定」行為によって指定検査機関となり、そしてその指定行為は権限の委任としての性質を持つ行為である。一方で認定検査機関は、主務大臣の「認定」という行為によって認定検査機関となるが、この認定行為はいかなる性質を持つものであるか問題となる。指定検査機関の場合と異なり認定検査機関になることによって当該検査機関の行為が、（権限の委任を受けて）行政権限の行使をしているとは考えられない。というのは①で述べたように認定機関が行う行為は私的な行為にとどまり、その私的な行為を実施することが課せられた義務を履行することになるという形を取っているからである。とすると認定行為はこのような私的な行為に法的な義務を履行させるような性質を与えるものと位置づけられる¹⁶²このような意味で「認定」行為に類似した仕組みがとられている最近の制度として、先に成立した住宅の品質確保の促進等に関する法律における、「指定」住宅性能評価機関制度がある。指定住宅性能評価機関は私人との契約により住宅の性能評価を行うが、作成した住宅性能評価

書の記載内容について一定のみなし規定が設けられており、指定された機関が作成することによって評価書は一定の法的効力を持つことになるという仕組みがとられている¹⁶³。

③ 責任面での差異

以上のような認定機関と（従来の）指定機関の制度的な位置づけの差異の帰結として責任の帰属の差異が生じることになる。指定機関のなす検査検定に基づく基準認証行為は（本稿の対象範囲では）公権力の行使たる行政処分としての性質を持つため、基準認証に対する賠償責任は行政主体である国が負うことになることは前述した¹⁶⁴。それに対し認定機関の行為は私的な行為であるから国は認定機関の基準認証に関してそのような行政主体としての責任を負うことはない¹⁶⁵。第三者認証制度において基準適合義務は製造者に課されているところであるから、基準適合義務違反によって生じた損害に関する責任は直接的には製造者が自己責任として民事上の不法行為責任等を自己の責任として負うことになると考えられる¹⁶⁶。認定機関は製造者とは契約関係にあるから基本的にその契約関係に基づいて責任を負うことになると考えられる。ただどのような契約関係を結ぶかは当事者間の自由であるから、競争にさらされる認定機関は多くの中から自らを選択してもらうために、事故発生による損害に対して積極的に損害賠償責任を引き受ける契約を結ぶことも期待されているところである¹⁶⁷。

④ 認定機関と免除型指定機関の区別

以上は、従来型の公益法人たる指定機関との差異の考察をすることによって認定機関の特徴を説明してきた。指定機関が行政の事務の執行を担当しその行為は行政処分としての性格を持つとされているのに対し、認定機関は私的な業務を私的な行為として行うものとして制度設計され作り上げられてきたが、ある機関が認定機関であるか指定機関であるかを判断することはそれほど容易なことではないことに注意しなければならない。それは従来「指定機関」として疑問なくみなされてきたもののなかにも認定機関と類似するものが存在

し、それらは認定機関の登場において法的な位置づけを再考されなければならなくなっているからである。そこでここでは限界領域における指定機関と認定機関を区別することを試みることにする。

強制基準認証制度における指定機関は、権限の委任を受け、行政事務としての基準認証という処分を行うものであるとされてきた。そしてその処分性が行政の権限行使を行う指定機関の特徴であった。従来指定機関とされてきたものの中にもこの処分性が不明確なものがある。指定機関の検査をうけることによって主務大臣等による検査が免除されるような仕組みをとっているような場合には、その検査が主務大臣の処分の代行的な性格を持ち処分性をもつものであるかどうか明確ではない場合がある¹⁶⁸。このようなものを「免除型の指定機関」と名付けることにするが、これらは処分を行うものである指定機関と私的な行為を行う認定機関の限界領域として存在すると考えられるのである。それは、免除型の指定機関も認定機関も、当該制度において製造者等が検査を受けることを義務づけられており、検査に合格することによって市場に製品等を送り出すことが可能となるという効果が生じるという点では違いがないようにみえるからである¹⁶⁹。確かに免除型の指定機関も行政処分を行うものであると明らかにいえる場合がある。その検査等の行為に対して行政不服審査法に基づく不服の申し立てをすることができる旨の定めがあるような場合には、当該検査等は行政処分であるといえる。しかしこのような定めがない場合については、当該検査等が行政処分であるとは直ちにいえまいだろう。また第三者認証制度においては製造者等に（一次的な）基準適合義務が課されているのが通常であるが、仮に基準適合義務に関する明示の規定がないからといって、ただちに第三者認証の仕組みをとっていないとまではいうことはできない。この両者の区別という点については以下のように考えるべきであろうと思われる。指定機関制度と第三者認証制度の根本的な違いは、指定機関制度が行政主体によって安全を確保する制度であるのに対し、第三者認証制

度は基準適合義務が定められ自己責任に基づく安全確保制度である。そのため製品等による損害の責任は指定機関制度の場合は検査等の違法に関する限り国・指定機関が負うのに対し¹⁷⁰、第三者認証制度の場合は検査ミスがあっても認定機関は少なくとも基準適合義務違反に関しては一次的な責任を負わない。なぜなら第三者認証制度に置いて基準適合に関する一次的な責任を負っているのはあくまで受検者であって、認定機関はそれを確認するにすぎないからである。行為の処分性の有無が明示されていない場合には、この点を両者を区別するメルクマールとするべきである。免除型の指定機関とされてきたものについては、例えば建築基準法における指定確認検査機関のようなものは、建築主事による建築確認処分を免除する行為と位置づけられているが、この制度においては国および指定機関が安全確保義務を負う仕組みをとっていると見るべきであり、従って認定機関ではないと考えるべきである¹⁷¹。逆に言うところのこのような観点からすると、制度の性格を明確にするために立法を行う際に安全確保義務の所在を条文で明示しておくべきである。

3-4 評価～第三者認証制度に対する非公益法人型指定機関の存在意義

第三者認証制度と指定機関制度は以上のような差異を持つのであるが、2つの制度の大きな差異として、損害によるコストの負担における国の役割の違いというものが存在した。すなわち従来の指定機関制度においては国が違法な基準認証過程の行為につき賠償責任という形で損害のコストを一部負担するのに対し、第三者認証制度においては、基準適合義務は製造者である事業者に課されており、損害のコストは事業者が民事の不法行為責任等により負担することになっていた。ここで考えておきたいのは、指定機関相互に競争原理が導入されていると見られる公益法人要件が撤廃された新しい指定機関制度（以下、非公益法人型指定機関制度とする）の第三者認証制度に対する位置づけである。非公益法人型指定機関制度におい

ては先に述べたように競争原理導入の趣旨からして指定機関自身が損害賠償責任を負うと解せられるべきであるとされていることである。一方では第三者認証制度においても一次的には事業者が、二次的に認定機関がコストを負担する仕組みとなっている。つまり第三者認証制度と非公益法人型の指定機関の間には国以外の主体が損害コストを負担しているという共通点がある。ここに非公益法人型の指定機関においては従来の指定機関制度の意義であった支払い能力のある国がコストを負担するという意義は薄れているのである。果たして非公益法人型指定機関制度は、第三者認証機関に対して「行政事務」を行う「行政主体」であり、自ら基準適合責任を負うという違いを持つにすぎなくなる。行政改革推進本部規制改革委員会「規制改革についての第2次見解」によると、政府又は政府を代行する者によって基準認証制度が行われることの主要な理由として、「政府に検査能力がある」と「政府が公正中立である」との2点が上げられてきた。検査能力に関しては今日においては日本企業の多くはすでに国際的にも技術的能力を高く評価されている実態があり、多くの分野において事業者が政府を上回る検査能力があると考えられているし、政府や地方自治体が検査検定を行う場合において、検査検定を行うために必要とされる能力や資格が客観的に明確にされていない状況で、単にその職にある者が、検査検定を行うという事例もあると指摘されている。第2の政府の公正中立性に関しては政府の実際の行動が公正中立であるかどうかを検証した結果ではなく、単に国民を庇護する主体を政府と観念し、かつ、そもそも政府は公正中立であるべきとの前提に立って、その公正中立性を受け入れているにすぎないと指摘されている¹⁷²。これは基準認証を行政事務として行うことへのアドバンテージに疑問符をつけるものである。このような状況では、指定機関制度を維持しておくデメリットの方が大きい。デメリットの一つには先にあげたように公権力を行使するものとして憲法上の要請から様々な法律上の拘束がかけられている指定機関制度は

業務の柔軟性という面で不利であるという点がある。以下基準認証一括法による改正における指定機関と認定機関の法律上の指定（認定）要件や義務についての新規定と旧規定の定めを比較してみる。第一に認定機関には、標準的な指定機関に課されている検定等を行う者の知識経験や検定等に使用する機械等に「主務省令で定められたもの」という要件が課されていないことがあげられる¹⁷³。これはおそらく産業構造審議会基準認証部会の答申「今後の基準・認証制度のあり方について」¹⁷⁴で提唱された技術基準の「性能規定」化の促進を受けたものであると思われる。回答申においては、いわゆる「仕様規定」では技術基準がこれらの仕様を具体的に規定する形を取ることが要求されており、それ以外の仕様・試験方法をとることができないとされており、技術進歩に柔軟に対応し、製品の製造又は施設の設置等の多様化を促進することにより民間事業者の技術革新のインセンティブを高め、安全レベルの向上及び産業活力の活性化を図るためには、必要な安全上の水準を具体的な数値及び構造等で縛ることはできるだけさけることが適当であるとされている。これは認定機関の行う検査認証行為が私的な行為と位置づけられていることを考えると、試験のための機器や方法を拘束されている指定機関と比べると私的機関としての能力を生かすための環境整備的な意味を持つ¹⁷⁵。第二に各機関が負っている義務・監督に関しては、指定機関、認定機関ともに主務大臣に対して義務を負っており、そしてそれに従わない場合に指定・認定は取り消されることになる¹⁷⁶という構造に関しては同様であるが、負っている義務・監督の内容について両者の間には差異がある。まず、業務規定の内容についてはともに省令で定められた事項とされているが、認定機関の場合は主務大臣への届出をすることで足りるが、指定機関の場合には認可を受けなければならず、不適当になった場合変更命令を受ける可能性がある¹⁷⁷。指定機関においては主務大臣は法律の規定等の違反に対して役員、検定員の解任命令を出す旨の規定がおかれている¹⁷⁸。第三に指定機関の役員及び

職員は、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職員と見なすという規定（いわゆるみなし公務員規定）がおかれている¹⁷⁹。もちろんこれらは基準認証一括法における認定機関と非公益法人型指定機関とを比較したものにはすぎず、指定機関制度をとっているからといってすべてにこのような法的規制がかけられる必要はない。これらは伝統的に指定機関とよばれるものの多くに対して課せられてきたが、必ずしも必要条件というわけではない。役職員の解任命令等の規定について、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違憲の疑いが生じるとする見解が見られるが、その場合であっても機関内の人事関係への関与はそのようなコントロールの手段の一つであり、他の規定と総合的に見て十分なコントロールが及んでいれば、存在してなくても違憲とまではいえないと思われる¹⁸⁰。従ってそのような人的関係への関与規定は指定機関の必要要件であるとはまでは思われない。みなし公務員規定についても、主として刑法の分野で論じられてきたところであるが、かかる規定を盛り込むことのもっとも大きな意味は¹⁸¹刑法及び刑法以外の罰則において、公務員が犯罪公正要件の主体又は客体として現れる場合に、その公務員と同じ扱いを受けることを意味する。例えば、主体としてはみなし公務員が賄賂を受受すれば刑法197条の収賄罪が成立し、職権を濫用すれば刑法193条の公務員職権濫用罪が成立する。客体としては、みなし公務員に暴行又は脅迫を加えて職務の執行を妨害すれば、刑法95条1項の公務執行妨害罪が成立し、賄賂を供与すれば刑法198条の贈賄罪が成立するとされている。このみなし公務員規定の効果指定機関の場合にあてはめて考えてみると、指定機関の職員はその職務の実行につき公務の従事者として保護される一方で統制もされ、検査検定等の業務も公務として保護されることとなる¹⁸²。このようなみなし公務員規定が入れられる理由としては、みなし公務員とされる者が本来の公務員と同じに扱われるべき実質を備えているからであるといわれている¹⁸³。そうすると行政事務である

指定機関の業務には公務としての保護は親和的であるが、民間の業務である認定機関の検査検定等の業務を公務執行妨害罪や収賄罪によって担保することには違和感がある。しかし逆にいうと実際に公共的な業務を行っていても、このようなみなし公務員規定を入れて公務員と同様に扱うことにするかどうかは立法政策に属するものであって、行政事務の行使権限を委任され実行している指定機関だからといって必ずしもみなし公務員規定を入れなければならない積極的な理由もない¹⁸⁴。このように指定機関にとってのみなし公務員規定は必ずしも必要条件ではなかったと考えられるが、一方で行政手続法4条3項において「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もとづきその全部または一部を行わせるもの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っては、その役員）又はその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……適用しない」との定めがあるが、これは指定機関が行政上の事務における権限を行使している場合は、その限りにおいて国等と当該指定機関の関係とはいわば行政庁内部の関係と見ることができるから、指定機関に対する監督上の処分については本法の適用が除外されたと説明されている¹⁸⁵。この規定から読みとれるのは、本稿で対象とした処分性を持つ基準認証行為を行う典型的な指定機関とされるものには「みなし公務員規定」と「役職員の解任命令」規定が付されていると一般的に認識されていることである¹⁸⁶。このような一般的な指定機関観と憲法からの一定レベル以上の民主的コントロールの要請と相まって指定機関制度が作られる場合に上記のような統制規定が入れられることになる。また第三者認証制度をとることによって従来行政事件であった基準認証に関する紛争が民事訴訟によって処理されることになる。第三者認証制度において、私立学校による卒業認定、学位授与の類推によることが考え

られるとして、その場合には民事法上果たして私立大学を被告として学位授与請求権を行使できるかどうか検討を要するところであるとの見解があるところであるが¹⁸⁷、このような関係についてはむしろ事業者団体等の行う私的な基準認証の問題から考えた方が対象となる素材も多く有益であると思われる。当該関係は基準を満たすか否かを試験し、満たす場合には基準認証をするという契約関係であるとする基準認証を付与される地位の確認を求める訴え等を起こすことは可能であると思われる。

上記のような検査機関の業務の柔軟性や民事訴訟が使用できることを視野に入れて競争原理を導入した指定機関制度として維持しておく実質的な必要性を考えておく必要がある。昨今の規制改革において制度的メリットが明確ではない非公益法人型の指定機関制度が数多く導入されたのは、（私的な想像の域をでないが）将来的に第三者認証制度を導入するための経過措置的なものではなからうか。

4章 結びにかえて

以上、本稿ではわが国の基準認証制度の状況と改革の現状について行政法理論の観点から位置づけてきた。最初に述べたようにわが国の法律学において基準認証制度全体を考察の対象としたものはほとんど存在せず、消費者法などの個別の領域において扱われるか、行政法学においては個別の行為について扱われるにすぎなかった。それに対して本稿では、それらの個別に扱われていたものを集積し、改革による制度の位置づけの変化など制度としての全体像を描き出そうと試みてきた。制度改革がまだ途上であることもあり、その試みは成功したとはいえないかもしれないが、少なくとも制度における現状とその問題点については洗い出せたと思われる。なお今回は国内を中心に扱ったが、このような基準認証制度（とその改革）への関心は経済のグローバル化とあいまって世界的な傾向といえ¹⁸⁸、改革の進捗にあわせさらなる研究が必要であると思われる。また本文ではあま

りふれることができなかつたが、制度改革により生まれた新しい制度の構成物と旧制度の遺物との関係について留意する必要がある。例えば、建築基準法では制度改革により指定確認検査機関と従来の建築主事制度が併存することになったが、建築主事による確認の手数料は、行政庁の確認コストを下回っており、コストに見合った手数料は現行の3～5倍ほどという見方がある¹⁸⁹。このような状況では適正な競争は期待できない。通常の企業間競争の場面ではこのような場合、サービスの不当廉売として是正される局面であるが、建築主事の行う業務が法定の公権力の行使たる行政処分であるとする、通常の企業間競争のように手数料の変更を命じることができるかは議論しなくてはならない。今回の改正の多くが、本文で述べたように競争原理の導入に主眼があることを考えると、制度として適正な競争が可能である仕組みを整えておかななくてはならず、また運用によって問題点の修正が必要となってくると思われる。

- 1 本稿では「外部要素」という言葉を頻繁に使うが、政府認証モデルが存在し、そのモデルに介入する政府外の要素を念頭に置いているものである。
- 2 消費者法の分野では基準認証制度は規制行政の一つとして消費者の安全保護のための制度として具体的な制度の解説がなされていることが多い。大村敦志『消費者法』233頁。長尾治助『レクチャー消費者法』178頁など。特に消費者法の領域では消費者との関係が重点に置かれているため、行政と基準認証を受ける者との関係などについて考察されることは少ない。
- 3 国際経済法の分野で貿易障害の観点からの基準認証制度の改革について扱っているものとして、松下満雄『国際経済法』261頁以下など。そのほかこのような観点から日米の基準認証制度を比較したものとして日本貿易会貿易研究所『基準認証制度の日米比較』
- 4 代表的なものに米丸恒治『私人による行政』。指定法人制度について、塩野宏「指定法人に関する一考察」『現代立憲主義の展開 下』494頁、露木

康浩「委託制度と指定機関制度に関する一考察(上)(下)」警察学論集42巻12号40頁、43巻1号98頁

- 5 法令用語研究会編『有斐閣法律用語辞典第2版』
- 6 多賀谷一照「規格と法規範」『公法学の法と政策』429頁によると、製品の規格は元来技術的仕様であり、製品を製造するに当たって、その規格を用いる場合にはその規格通りに製造しなければならないものであるとする。
- 7 多賀谷・注(6)427頁。
- 8 小野寺眞作・稲垣道夫編著『第三者検査』23頁(小野寺眞作執筆分)では、規格の特性が技術的な規則とは異なって強制でないことは、規格の作られ方や自由社会の基礎と関係しているとし、規格を強制型にすると、進歩を妨げ、与えられた技術的解決策を強いるという危険を起すことになるとする。そして国がある規格を強制型のものとすることもあるが、これは安全に関わるものに限られるとする。
- 9 なお常岡孝好編『行政立法手続』(高木光執筆分)85頁では、技術基準とは行政が一般的な形でルールを定めたもののうちその内容が工学に関わるものであるとしている。
- 10 検査機関という語が使われているものとして火薬類取締法における指定完成検査機関・指定保安検査機関、高圧ガス保安法の指定輸入検査機関・指定保安検査機関、消費生活用製品安全法の認定検査機関など多数あるが、いずれも調査と審査という2段階の行為を含むものであると思われる。
- 11 郵政省の『電気通信機器の基準認証制度に関する研究会報告書(案)』(平成12年7月13日)24頁において、「試験」と「認証」の概念の区別を行っており「試験」は「技術基準に適合しているかどうかを確認するために必要なデータを収集する過程」としている。なお「認証」は「収集されたデータに基づいて技術基準に適合していることについて判定を行い、その結果を公にする」ものとしている。
- 12 多賀谷・注(6)432頁では「検査」は、ある物品等が基準に適合することを、測定・観察・試験により明らかにすることであり、これに対し「認証」

- は、本来、製品・方法・サービスが一定の要求事項に適合することを、第三者が文書によって保証することを意味する」とし、区別している。
- 13 従って調査だけをする機関は「試験機関」、適合審査だけをする機関は「認証機関」、調査と適合審査双方をする機関は「検査機関」と呼ぶことになる。
- 14 類似した言葉に「検定」という言葉がある。前掲『有斐閣法律用語辞典』によると「一定の基準の下にあるものを検査し、これがその基準に合致しているかどうかを確定又は認定すること、又はその行為。基準に合致しているかどうかの認定等を併せて意味する点において、「検査」とは異なる」とされるが、「検査」という言葉も実際には適合審査をも含まれる意味で使われていることが多く、本稿における定義では検査と検定にほとんど差異はないことになる。ただし「検定」における適合審査には事実関係等の「有権的解釈」を意味する「認定」という要素も含まれていると解されるので、民間の事務として扱われている第三者認証制度において「検定」という言葉を用いるのは不適當であると思われる。実際に消費生活用製品安全法においては、指定機関制度がとられていたときには「指定検定機関」という語が使われていたが、第三者認証制度にかわって「認定検査機関」という語が使われるようになっていく。
- 15 日本機械輸出組合『機械産業における基準・認証の国際的動向と相互承認協定(MRA)』10頁。
- 16 日本機械輸出組合・注(15)26頁。
- 17 注(5)『有斐閣法律用語辞典第2版』。
- 18 塩野・注(4)487頁は「民法上の法人」としているが、同509頁において「民法34条の法人に対して…」と書かれており、公益法人のことを指していると思われる。
- 19 厳密には指定機関には個人も含まれると考えられ、完全に一類型となるわけではない。
- 20 塩野・注(4)488頁。
- 21 露木・注(4)下98頁。
- 22 通商産業省のいわゆる基準認証一括法では、第三者認証機関は「認定～機関」という語に統一されている。
- 23 米丸恒治「基準・規格と検査制度の動向」行財政研究40号32頁。
- 24 ISO/IECガイド2。多賀谷・注(6)441頁でも同様に訳している。なお工業標準化法や電気通信事業法では、本稿における認証を「認定」としており、混同を防ぐためにも改正が必要であると思われる。
- 25 なお山本隆司「公私協働の法構造」『公法学の法と政策』541頁は、国が工業製品等の安全審査において私的組織、機関、鑑定人を行うAccreditierungを「信任」と訳している。島村健「エコマークとエコ監査」国家学会雑誌112巻3・4号176頁は、エコ監査において第三者認証を行う環境監査人を「公認」環境認証人と訳している。
- 26 山内一夫「行政行為論に対する批判とその再構成」学習院大学法学部研究年報vol. 19, 499頁。
- 27 小野寺・注(8)54頁(高木光執筆分)
- 28 従って強制基準認証制度は許可制の一類型とされる。美濃部達吉『日本行政法下巻』134頁では、自動車の車両検査や汽罐取締令の汽罐検査を警察許可と位置づけている。
- 29 山内・注(26)499頁が「検査制度」として扱っているくらいである。
- 30 大村・注(2)20頁。
- 31 竹中康治「情報の非対称性」植草益編『社会的規制の経済学』158頁。情報の非対称性はモラルハザードや逆選択といった問題を引き起こす。
- 32 岸井大太郎「社会的規制と消費者—安全確保に関する法規制を中心に—」岩波講座現代の法13『消費生活と法』37頁。
- 33 目的の変化により法の目的規定が改正されることもある。例えば薬事法は1979年改正において「品質、有効性及び安全性を確保することを目的とする」とされた。
- 34 奥西好夫「労働安全衛生規制」植草・注(31)235頁。
- 35 他の手法として司法的手法や市場による対応などがある。竹中・注(31)177頁。
- 36 竹中・注(31)178頁。
- 37 島恭彦ほか編『行政改革』142頁以下。
- 38 それ以前にも(第一次)臨時行政調査会答申の

- 「許認可等の改革に関する意見」において、国の許認可権限の一部を地方公共団体及び民間団体への委譲が提言されていた。
- 39 (第二次) 臨時行政調査会「行政改革に関する第5次答申」(昭和58年3月14日)。
- 40 例えば、臨時行政改革推進審議会(第二次)「公的規制の緩和に関する答申」(昭和63年12月)では、臨調最終答申の基本路線を踏襲したものとなっている。なお行政改革関係の資料等については臨調・行革審OB会監修『日本を変えた十年』を参照した。
- 41 大村・注(2)239頁。
- 42 15 U.S.C 2058 (f) (3) (d)
- 43 Geraint Howells, Consumer Product Safety, at 218, なお1981年の改正について, Elliot Klayman, Standard Setting Under the Consumer Product Safety Amendments of 1981 - a Shift in Regulatory Philosophy, 51 George Washington Law Review 97
- 44 貿易障害の見地から改革をあつかったものとして松下・注(3)261頁。河野公洋「わが国の基準認証制度・上下」貿易と関税1991年9月号50頁, 10月号52頁。
- 45 「アクション・プログラム」については、ほかに市場開放問題研究会編『行動計画「アクション・プログラム」』, 松下満雄「貿易摩擦の解消と「行動計画」の評価」商事法務1052号302頁。このような貿易障害解消の面からの改革への動きは、それ以前より第二臨調の答申やガットなどでも見られたところである。松下・注(3)262頁。
- 46 他に指摘されたものに基準等の作成過程の透明性確保, 検査期間の短縮化などがある。これらは基準認証制度の改革と直接関わるものというより、むしろ国内外の行政手続法制の格差を埋めるものとして位置づけられるだろう。当時の日本の基準認証手続の不透明さを指摘するものとして注(3)『基準認証制度の日米比較』3頁。
- 47 試験データレベルではなく、認証レベルの相互承認である。相互承認自体は第二臨調の頃から提唱されてきたものである。
- 48 社会的規制研究会『これからの社会規制』92頁。
- 49 宇賀克也「電気通信機器の基準認証制度の改革」NBL696号17頁。
- 50 平成11年6月11日, 衆議院商工委員会・奥田建政府委員発言。
- 51 (第一次) 臨時行政改革推進審議会総合調整問題等小委員会民間活力推進方策研究会「民間活力の発揮推進のための行政改革の在り方」(昭和60年2月12日)
- 52 電気通信等の公益事業の分野への競争的参入などに関しては、比較的早くから考えられてきたところである。古城誠「規制緩和」法学教室193号93頁。
- 53 第3章を参照。
- 54 「社会的規制」という言葉につき注(48)『これからの社会規制』5頁以下。
- 55 行政改革委員会「規制緩和の推進に関する意見(第1次)」(1995年12月)
- 56 宇賀・注(49)20頁は、電気通信機器の基準認証制度につき、国民の生命、安全に重大な危害を及ぼすおそれがあり、その保護法益に関する危険性を増大させないことが改革の前提であるとする。
- 57 平成12年10月28日に自民党の行政改革推進本部から発表された「公益法人改革案」によると2005年度末までに検査や資格認定などの国の業務を代行している公益法人を「独立行政法人」に、営利事業を行う法人を「営利法人」、業界団体等を「中間法人」に移行させるとしている。、民法上の「公益」の定義にあった事業をしている法人だけを「公益法人」として存続させるとしている。
- 58 大橋洋一『対話型行政法学の創造』220頁では建築基準法に導入された指定確認検査機関制度について指定確認検査機関の中立性が確保されているかには疑問があり、「制度留保」の点から要請される民間検査機関の中立性を担保する規定をおく要請を立法者は果たしていないとする。
- 59 郵政省『電気通信機器の基準認証制度に関する研究会報告書(案)』
- 60 塩野宏『行政法I(第二版増補)』84頁。
- 61 阿部泰隆『行政の法システム(上)』94頁。

- 62 宇賀克也『行政手続法の解説（第二次改訂版）』80頁。
- 63 小野寺・注(8)（高木光執筆分）54頁によると、通例裁量の要素のないものであるとしている。
- 64 命令段階の基準設定手続につき、塩野・注(68)263頁。行政手続法研究会第一次報告要綱案（ジュリスト810号53頁）においてはアメリカの制度にならった命令制定手続の整備が提案されていた。
- 65 神長勲「行政調査」『現代行政法体系2 行政過程』313頁。
- 66 金子宏『租税法（第二版）』457頁は、所得税法234条1項に定められた職員の質問検査権による質問検査を公権力の行使を内容とする事実行為である行政調査にあたるものであるとしている。
- 67 藤田宙靖『第三版行政法I（改訂版）』300頁は、間接強制を伴う質問や検査を下命ととらえ、一種の行政行為とその実行行為という考え方もできるとする。それに反対、森田寛二『行政機関と内閣府』142頁。
- 68 美濃部・注(28)134頁。山内・注(26)499頁は、裁量の余地のない点で許可制と区別するが、そのような区別の必要性のないことについては前述した。
- 69 従って現在では、その積極的役割から国の基準認証制度によって得られる利益が単なる反射的な利益ではないと考えられていることを前提に議論を進める。下山瑛二『国家基準の民事責任』147頁。
- 70 厚生大臣のした食品の成分規格の規定及び食品添加物の指定が法規範の定立行為であって取消訴訟の対象となる行政処分にあたらないとしたものに、東京地判平成9年4月23日判時1651号39頁。
- 71 結果即違法となるいわゆる「結果違法説」をとれば損害を発生する基準は違法ということになる。
- 72 宇賀克也『国家補償法』46頁ここではその是非については論じない。
- 73 「規格」という用語の意味については序章を参照。
- 74 ただし生命身体の侵害などに直接深刻にかかわってくる薬剤等の安全基準については、それを健康権とよぶかはともかくとして安全な基準を定める作為義務が認められるような場合がある。水質基準設定の作為義務について争われたものにつき、京都地裁平成5年11月26日判タ838号101頁。
- 75 下山・注(69)147頁。
- 76 通商産業省産業政策局消費経済課編『製造物責任法の解説』102頁。同旨答弁、衆議院商工委員会会議録平成6年6月3日18頁通商産業省清川政府委員発言、参議院商工委員会会議録平成6年6月20日4頁通商産業省清川政府委員発言。
- 77 このような問題はいわゆる「国家補償の谷間」の問題として議論されてきたところであるが、ここでは触れない。
- 78 国が基準認証に関し責任を負うことは事業者の責任をなくすものではないが、両者の責任の配分については争いがある。国が基準認証制度によって一次的な安全確保を行い、支払い能力の面からコストを負担しているとする、最終的な損害負担者は事業者であり、国等は事業者に求償できるべきである。白井皓喜『行政訴訟と国家賠償』222頁
- 79 中央薬事審議会の役割について、厚生省薬務局編『逐条解説薬事法（新版）』136頁。
- 80 食品衛生法25条2項は「食品衛生調査会は、前項に規定する事項（食品添加物公定書に関する事項等）に関し、厚生大臣に意見を述べることができる」とする。
- 81 電波法99条の11の電波監理審議会への必要的諮問事項に当該基準が含まれている。電波法においては電波監理審議会を通しての利害関係人への意見聴取手続も存在する。
- 82 なおいわゆる基準認証一括法による改正で「品質上の基準」は「技術上の基準」になっている。
- 83 通商産業省産業政策局監修『消費者保護大事典 産業と消費者保護』293頁
- 84 松下・注(3)267頁。東京ラウンドにおいて成立した「貿易の技術的障害に関する協定」では、規格制定に当たり、国際規格がない場合、又は、それと異なる規格で貿易に大きな影響を与える場合には、制定前にこれを公告し、ガットを通じて他の加盟国へ通知しなければならないとされ、それにもとづき国内の基準認証制度においても当該手

続が導入されている。基準・認証制度の改善に関する関係省庁連絡会議編『日本の基準・認証制度』に掲載の諸制度を参照。

- 85 田中二郎『新版行政法上巻全訂第二版』295頁。
これは司法権の行政の第一次判断権の尊重の説明として述べられているものであるが、行政の技術基準の選択裁量権を根拠づけるものとしても考えることができると思われる。
- 86 下山瑛二「行政事件における紛争解決過程「技術的裁量論」」都立大法学会雑誌24巻1号25頁
- 87 高木光『技術基準と行政手続』25頁
- 88 阿部・注(61)94頁。
- 89 この海外のデータ受け入れの議論においては「検査データ」という語が使われているが、これは本稿における試験のことであるから、混同を防ぐため、本文では「検査」という語を適宜「試験」に置き換えている。
- 90 平田竹男「高い評価を受けている通商産業省の基準認証制度の改善(2)」JCAジャーナル1985年4月号22頁。この検査データの受け入れは主として外国試験機関を念頭に置くものである。
- 91 具体的な仕組みは、注(84)『日本の基準認証制度』の掲載されている制度を参照。
- 92 行政指導により国内指定検査機関に外国試験機関と相互に試験データを受け入れる契約を結ぶように指導することがある。液化ガス器具等の型式承認制度につき、注(84)『日本の基準認証制度』50頁。
- 93 このような事実上の関係は、行政がある事業に対して推薦を行ういわゆる推薦行政と共通するものがある。指定法人による事業の推薦における問題点について総務庁行政監察局「指定法人等の指導監督に関する行政監察結果報告書」(平成9年9月)。
- 94 平田・注(90)22頁
- 95 小早川光郎「調査・処分・証明」『行政法の諸問題(中)』251頁。
- 96 「厚生大臣は無方式による実質的審査義務を負い、申請者が提出した資料に限らず、必要があれば資料の提出命令、自ら国内外の文献の収集、調査、各種試験の実施などをしなければなら」ないとしたものに金沢地判昭和53年3月1日判タ359号143頁。原子力発電所の安全審査についても「原子力委員会又は審査会自らが資料を収集し調査研究した上でその安全性を確認しなければならないものではない」とするものに松山地判昭和53年4月25日判タ362号124頁。阿部・注(61)124頁。
- 97 平田・注(90)23頁には試験データを受け入れることとした機関としてアメリカのUL(旧電気用品取締法関係、消費生活用製品安全法関係)、ドイツのTÜVバイエルン社(消費生活用製品安全法関係)などがあげられている。
- 98 試験機能だけ政府に残し、基準適合認証だけを外部機関を使用するということも理論的には考えられるのであるが、国内法を調査した限りにおいてそのような仕組みをとっている制度はみられなかった。
- 99 法令上では「指定確認機関」、「指定試験機関」などと表現されるが、混同を防ぐため一般的にあらわす場合には単に指定機関と表現することにした。なおわが国における指定機関制度導入の経緯については米丸・注(4)332頁に詳しい。
- 100 消費生活用製品安全法旧4条1項、旧32条5の2
- 101 露木・注(4)下98頁。
- 102 塩野・注(4)494頁。
- 103 米丸・注(4)343頁。
- 104 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264頁。
- 105 周知のようにドイツでは基本法33条4項において「高権的権限の行使は、恒常的任務として、原則、公法上の勤務関係・忠誠関係にある公勤務に属する者に委託されなければならない」とする、高権的権限の行使に関する官吏留保ともとれる規定がおかれているところである。
- 106 塩野・注(4)497頁。
- 107 米丸・注(4)357頁。
- 108 塩野・注(4)501頁。指定法人は自己の名において公権力を行使する限りで処分庁となり、法技術的な意味で代理関係にあるわけではないから代理関

- 係論から指揮監督権を導き出すことはできず、また行政官庁法論における権限の類推が可能と思われるが、それによると権限の委任は権限の委譲であって、そのことから委任庁の受任庁に対する指揮監督権が当然生ずるものではないとされているところであり、指定行為により当然に指定官庁の指定法人に対する監督権が生ずるわけではないとする。
- 109 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すれば、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のでなくては、違憲の疑いが生じるとし、指定機関に対する指揮監督規定は憲法上不可欠の規定であるとされる。米丸・注(4)347頁。
- 110 仮に公益法人であってはじめて指定機関が行政組織的に妥当なものとなるとすれば、指定機関制度における公益法人要件の撤廃は法治主義に反するものとなる。
- 111 ただし費用負担者と選任監督者の責任分配の問題について、最判昭和54年7月10日民集33巻5号481頁。宇賀克也「国家賠償法における費用負担者の概念(一)(二)」自治研究66巻6号32頁，7号21頁。
- 112 米丸・注(4)354頁。
- 113 技術上の基準への適合の確認に関する手続等の合理化のための通商産業省関係の法律の一部を改正する法律。以下、基準認証一括法と省略する。
- 114 2章参照。現在の行われている規制改革につき、平成12年3月30日再改定「規制改革推進3か年計画」参照。
- 115 通産省においても引き続き基準認証制度改革は行われている。通商産業省「基準認証制度及び業務独占資格等に係る見直しの中間公表について」(平成12年4月21日)
- 116 各省庁の基準認証制度改革については、行政改革推進本部規制改革委員会「規制改革についての第2次見解」(平成11年12月14日)
- 117 通商産業省「通商産業省の基準・認証制度の整理及び合理化に関する法律の概要」
- 118 公益法人要件の撤廃は、農林物資の規格化及び品質表示の適正化に関する法律(JAS法)などでも行われ、郵政省の電気通信機器の基準認証制度においても撤廃の方向にある。JAS法の改正については時の法令1611号4頁。電気通信機器の基準認証制度の改革については宇賀・注(49)17頁を参照。
- 119 火薬類取締法に導入された指定完成検査機関、指定保安検査機関の指定要件に関しても同様に公益法人要件は課せられていない(同法45条の25)。
- 120 郵政省報告書・注(11)では、公益法人要件の撤廃による競争の促進に当たって考慮すべき事項として、「現在公益法人要件により担保している認証機関の公正中立性は引き続き厳格に求められる」とされている。
- 121 公益法人については概況調査が総理府によって昭和61年から実施されている。また勧告等の諸資料を掲載しているものとして、総理府編『平成11年版公益法人白書』。
- 122 もっともこのうち宗教、学校、社会福祉、医療に関する法人については特別法が制定されて民法から独立したので、この定義は広義の公益法人の定義といえる。
- 123 公益法人である医師会の社団法人設立許可について主務官庁の広範な裁量に任されているとした判決について、最判昭和63年7月14日判時1297号29頁。
- 124 我妻栄『新訂民法総則』136頁。
- 125 松本丞治「公益法人、営利法人ノ類別」法学協会雑誌22巻1号55頁。このように解釈するのは収益事業によってあげた利益を公益活動に使う団体を公益法人とするためであると指摘されている(倉沢康一郎「営利社団法人の意義」慶應法学44巻207頁)。営利要件について2重基準を含むものとして解釈するものとして、能見善久「公益団体における公益性と非営利性」ジュリスト1105号50頁。
- 126 その後、同基準は平成9年12月に一部改正されている。
- 127 「公益法人等の指導監督等に関する関係閣僚会議幹事会申し合わせ」(平成8年12月，平成9年12月，

平成10年12月一部改正)。

- 128 この基準は近年整備されたものであり、それ以前は公益法人に関する設立許可要件は各省庁が定め、指導監督はほとんど行われていなかった(総務庁行政監察局編『公益法人の現状と問題点』39頁)。しかし理想的な公益法人の備えるべき要件として、これを基準として公益法人要件の意義について考察する。
- 129 これは昭和46年に設立許可基準が制定される以前は各省庁により個別に基準が存在し、公益が緩やかに解されていたためである。
- 130 付随的に行われる収益事業については、公益法人の目的を実現するための事業とすう趣旨を広く解釈すれば、あくまで付随的な活動として行うことは認められている(法務省における有権解釈昭和35年10月7日付民事甲第2571号)。
- 131 正確にいうと公益法人の設立目的に関係し不特定多数の者を対象として行う事業である場合である。なお設立目的と関係ない場合は収益事業となる。
- 132 平成7年3月の公益法人等指導監督連絡会議による「公益法人の設立許可について」によると「国又は特殊法人から委託される事業を主たる事業とすることを予定している新規の公益法人に対する設立許可は、真にやむを得ない場合を除き厳に抑制するものとする」とされ、指定機関となることを主たる目的とする公益法人の新規設立は抑制される方向が窺える。これはいわゆる行政補完型公益法人に対する批判を受けたものと思われる。行政補完型の公益法人の問題点について、森泉章『公益法人の現状と理論』20頁。
- 133 総理府編『平成11年度公益法人白書』
- 134 例えば消費生活用製品安全法旧32条の5の4, 3号。
- 135 例えば消費生活用製品安全法旧32条の5の4, 5号。
- 136 一方、本基準においては公益法人の財務会計面での主務官庁への報告義務についての基準はみあたらないが、各府省令によって定められているところである。また民法67条の主務官庁による監督

についての定めがあり、監督事項の中に財産状況の監督も含まれているとされ、同条3項には「主務官庁は、いつでも職権を持って法人の業務及び財産の状況を検査することができる」との定めがある。これらの財務会計関係の監督は昭和60年9月に定められた「公益法人会計基準」が存在し、それに従ってなされる。

- 137 なお公益法人の利点の1つとして主張される「高度の技術水準の保有」に関して、公益法人の設立運営上技術水準について要求されるものではなく、公益法人であることが必ずしも高度の技術水準の保有につながるとはいえないだろう。
- 138 昭和60年当時においては公益法人の監督はほとんど行われていなかったのが実状である。総務庁編・注(28)39頁。
- 139 星野英一「民法典の100年と現下の立法問題(下の一)」法学教室212号57頁。
- 140 八代尚宏・伊藤隆一「安全の規制改革」八代尚宏編『社会的規制の経済分析』259頁。
- 141 星野英一『民法のすすめ』96頁。
- 142 八代尚宏「規制改革の一層の推進を」公正取引607号4頁は、単に資金調達の手段が異なるにすぎないとする。
- 143 そもそも公益法人要件がかされていなかったものなどは別途考える必要がある。
- 144 八代・注(40)258頁によると、制度の運用においても個々の分野ごとに単一の検査機関が独占的に検査業務を行っていたり、複数存在しても担当する地域又は品目による分担関係や、事業計画で各々の検査業務量が調整される形になっていたという。
- 145 白石忠志『独禁法講義第2版』185頁以下。
- 146 行政法分野における適用の例として、いわゆる大阪バス協会事件(平成7年7月10日審決判時1535号43頁)における道路運送法と独禁法の関係を意識されているようである。白石忠志『独禁法講義(初版)』184頁。
- 147 米丸・注(4)354頁、塩野・注(4)504頁。
- 148 ただし建築基準法における指定確認検査機関が指定機関にあたるかどうかについては疑いがある。それについては後述の第三者認証制度の該当部分

- を参照。
- 149 米丸・注(104)264頁。
- 150 米丸教授も、「営利的な動機で自らの責任において手数料を徴収することから考えても、もはや確認等の事務自体が、元々の行政体に帰属しているとはいえない状況となっていると解されるからである」と述べられている。米丸・注(104)265頁。
- 151 建築基準法の指定確認検査機関について、建設省主導で保険会社に商品開発を要請した経緯があるようである。日経アーキテクチュア1999年3月22日号33頁。
- 152 供給者を第一者、購入者を第二者とし、それ以外のものを第三者とすると行政も第三者に含まれることになるが、我が国では行政の立場がしばしば第三者と見なされてきており、行政以外の（私人である）第三者に評価をゆだねることは積極的にはなされない傾向があるとされる。小野寺・注(8)14頁（小野寺眞作執筆部）。なお本稿中では第三者とは特に断りのない限り行政を含まないものとする。
- 153 実質的に規制の撤廃と見ることができ自己確認は単なる外部行為の介在であるかどうかは議論の余地がある。
- 154 現時点で日本に導入された第三者認証制度について詳しく扱ったものはほとんどない。わずかに扱っているものとして八代・注(140)247頁、塩野宏「規制緩和と行政法」成田頼明ほか編『行政の変容と公法の展望』221頁、宇賀・注(49)17頁、伊藤進ほか『テキストブック消費者法』193頁。
- 155 正確に言うと消費生活用製品安全法は今改正で第一種特定製品および第二種特定製品を廃止し、新たに「特別特定製品」を定義している。従来指定機関制度がとられていたのは、第一種特定製品の認証においてのみであった。
- 156 免除型の仕組みをとっているときに指定機関制度をとっているものといえるかどうか問題については後述する。
- 157 認定検査機関と承認検査機関の違いは、認定検査機関が国内にある事業所により適合性検査を行うおうとする者を対象としているのに対して、承認検査機関は外国にある事業所により適合性検査を行うおうとする者を対象としている。両者の位置づけはほぼ同様であるが、立ち入り検査をする場合において差異があり、国内の認定検査機関と違い、承認検査機関については強制立ち入り検査を定めた規定はおかれていない。以下指定検査機関との比較では特に断らない限り、第三者検査機関を認定検査機関に統一して扱うこととする。
- 158 多くの第三者認証制度が指定機関制度を元に行っていることも比較を行う理由である。
- 159 通商産業省見解、平成11年3月「指定代行機関と第三者機関の相違について」
- 160 具体的な法において認証業務が行政事務とされているか否かについては若干の検討が必要となる場合がある。これについては後述する。
- 161 ただしこのような私的な行為について、制度において法的効果を有することから公権力の行使であり、処分性を有すると考える見解もある。確かに弁護士会のように私的主体においても公権力を委ねられる場合があるが、そのような場合には当該行為自体が公権力の行使としての性格を有する規定があるのであって、第三者認証制度のように私的な行為が制度において法的効果を持つものとして扱われるものとは局面を異にする。
- 162 田中・注(85)123頁。
- 163 住宅の品質確保の促進等に関する法律6条
- 164 公益法人が撤廃された競争的な指定機関制度に関しては指定機関自身が行政主体となり、責任を負うのが相当であることはすでに述べた。
- 165 ただし認定機関を認定した責任や安全基準の設定責任などは第三者認証制度の枠組みにおいても変わらず負うことになる。
- 166 八代・注(140)264頁
- 167 八代・注(140)265頁
- 168 このようなタイプの規定がなされているものとして後述する建築基準法における指定確認検査機関などがある。
- 169 実務でも指定機関と認定機関の区別は明確につけられてはいない。例えば、建築行政研究会編集『改正建築基準法のポイント』14頁においては、

- 免除型指定機関の指定確認検査機関の行う建築確認等は「建築主と指定確認検査機関との契約に基づく民事行為であり、民法をはじめとする民事法によって律される」と説明されている。
- 170 公益法人要件が撤廃された指定機関制度の場合には指定機関が負う。
- 171 道路交通法上の指定自動車教習所制度は指定自動車教習所の卒業証明書を有する者に対して運転免許試験の一部を免除するものであるが(97条の2, 1号)、これは従来指定機関制度とは異なるとされてきた。これはおそらく大卒者の公務員試験等における教養試験免除などと同様の性質をもつと見られていたからであると思われるが、教習所の卒業検定合格は後の基準適合を保證する趣旨のものではなく、一次的な基準適合義務は自動車運転者=受検者が負っていると解されているからであると見ることもできる。
- 172 以上の議論につき、行政改革推進本部規制改革委員会「規制改革についての第2次見解」(平成11年12月14日)を参照。
- 173 これは非公益法人型指定機関においても維持されている。例えば火薬類取締法上の指定完成検査機関につき、火薬類取締法45条の25など。
- 174 平成11年3月産業構造審議会基準認証部会答申「今後の基準・認証制度のあり方について」
- 175 なお答申においてより安全性が必要とされるものについては指定機関・仕様規定をとり、できるものについて第三者機関・性能規定をとるべきである、という制度的な位置づけをしているために、それぞれがセットとして定められることは考えられるであろう。
- 176 消費生活用製品安全法26条、火薬類取締法45条の34。
- 177 消費生活用製品安全法22条、火薬類取締法45条の29。
- 178 火薬類取締法45条の31。
- 179 消費生活用製品安全法旧32条の5の13など。
- 180 米丸・注(4)347頁は、明確にはいえないものの日本国憲法の下でもドイツ基本法33条4項にある「権力の国家独占原則」が妥当するとし、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のでなければ、違憲の疑いが生じることになる、とする。
- 181 伊藤榮樹ほか編『注釈特別刑法第一卷 総論編』278頁(佐藤文哉執筆分)
- 182 刑法7条では公務に従事するものを公務員としているが、逆にみなし公務員規定によってみなし公務員が従事する検査検定等の業務が公務として保護されることになる。公務として保護されると、その妨害は公務執行妨害罪を構成することとなる。最判昭和53年6月29日刑集32巻4号86頁。
- 183 伊藤・注(88)280頁
- 184 関西国際空港株式会社法に基づく関西国際空港株式会社と新東京国際空港公団のように同様の公共的な業務を行っていてもみなし公務員規定が入れられているものと入れられていないものがある。みなし公務員規定の有無は業務の性質よりもむしろ機関自体の性格によって決定されてきた傾向があるとするものに伊藤・注(88)280頁
- 185 総務庁行政管理局編『行政手続法の逐条解説』87頁。
- 186 塩野・注(4)499頁においても行政事務代行型指定機関の場合は、職員に対するみなし公務員規定が一般的であるとされている。
- 187 塩野・注(54)226頁。
- 188 特に市場統合が進められているECでは貿易障害の解消の見地から基準認証制度の改革への関心が高く、EC域外との相互承認協定締結にも積極的である。
- 189 日経アーキテクチュア1998年3月23日号112頁。