

公共サービスの民間化と公的責任の私的責任への移行(二・完)

メタデータ	言語: ja 出版者: 静岡大学人文社会科学部 公開日: 2020-06-17 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 石尾, 賢二 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.14945/00027520

公共サービスの民間化と公的責任の私的責任への移行（二・完）

石尾 賢 二

五 営造物に関する民間化の際の共同不法行為責任の考え方

ここまで、公共サービスの民間委託に関する責任問題として、国家賠償法一条の公権力行使に関する最高裁判例と近時の下級審判決（行政改革、地方分権において、民間化が積極的に行われ、国・地方公共団体の行為（措置処分等）でない限り、公権力行使ではないとされる）、およびその理論的問題（公権力行使か否かだけで説明することも困難である）を中心に見てきたが、民間化においては国・地方公共団体と実施主体の関係が問題となり、民間化によって地方公共団体が責任を免れるのか、共同不法行為責任が成立するのかが重要な問題となる（共同関係か、代理関係か、実施監督関係か等が問題となり、国家賠償責任と使用者責任の相違も問題となる）。さらに国等と受託者との間に一定の契約関係が認められる場合で公的義務の存続が認められるときに国・地方公共団体の免責可能性が問題となる。

国・地方公共団体と民間化による実施機関との共同不法行為が問題となる場合については、国・地方公共団体の施設利用から生じる国家賠償法二条の責任も問題となる。国・地方公共団体の施設が管理委託・利用権設定されるとき、あるいは国・地方公共団体の施設が譲渡されるときに、営造物責任の問題、あるいは工作物責任の問題、あるいはその双方の問題が生じる(営造物の瑕疵と公権力行使の区別も不明確なところがある)。工作物責任は工作物についての占有者責任と所有者責任であり、所有者責任は補充的責任であるが、無過失責任とされる。営造物責任は管理者責任であり、瑕疵責任は過失責任と類似するものと解されうる。共同不法行為責任事例として国と地方公共団体間の関係も問題となりうるのであるが、民間化においては、国・地方公共団体と民間の実施主体間の共同不法行為責任が、所有者と管理者の問題として問題となる(営造物責任と工作物責任の問題が併存しうるのか、公的施設が譲渡された場合にも国・地方公共団体に何らかの責任が残るのか)。その際に委託方法が問題となると共に行政事務の公共性が問題となる。すなわち、インフラ、例えば、線路、水道管、ガス管、電線、通信設備等の所有者と管理者、利用者が異なる場合に問題が生じ、国鉄などの民営化、水道事業、公共施設等の民間化(多様な方法が考えられる)など共同関与の方法によって責任のあり方が異なる。官民連携手法には従来型業務委託(個別委託、包括委託)、第三者委託、指定管理者、DBO、PFI、コンセッション等がある。施設所有との関係ではいわゆる上下一体方式か、上下分離方式かである(上下分離方式での免責可能性、上下一体方式での公的監督方法が問題となる)。

1 営造物責任概観

営造物責任とは、公の営造物の設置管理の瑕疵によって生じた損害に対して、国・地方公共団体が負う責任であり、

瑕疵（安全性欠如）責任であり、民法七一七条（工作物責任）と類似した性質を有するものであるが、財政的制約、予見可能性・結果回避可能性等様々な要因も考慮される（このために一条との区別も問題とされる⁽⁸³⁾）。学説上主観説、客観説、折衷説、義務違反説、营造物瑕疵説が主張され、類型的理論構成も主張される（この考え方は工作物責任の瑕疵の解釈論にも影響する⁽⁸⁴⁾）。被害回避可能性については、物的性状瑕疵の事案においてはであるが、最判昭和四五年八月二〇日民集二四卷九号一六八頁、最判昭和五〇年六月二六日民集二九卷六号八五一頁が、また、予見可能性については、大法院判決が、それぞれ抗弁説に立つことを前提とすると思われる説示をしていた⁽⁸⁵⁾。营造物責任については公共性も関連する（瑕疵、違法性判断等）。最判昭和五六年一月一六日民集三五卷一〇号一三六九頁は、空港共用行為に関する担当大臣の権限が私法的規制に服する空港管理権と公法的規制に服する航空行政権に分かれ、差止請求については両者を不可分一体に行使すべきものとするのに対して、損害賠償請求については公共的利益が一部住民の犠牲の上であり、影響調査・防止軽減対策なき拡張であるとして違法性を認める（差止については認めない）。公の营造物とは「国又は公共団体の特定の公の目的に供される有体物および物的設備を」いい、不動産だけでなく、動産、動物も含み、自然物も含まれる。私人の所有物も国・公共団体の管理があれば当てはまる。逆に、营造物ではない公物所有者の公物瑕疵に対する責任は工作物責任となる。营造物の設置管理主体は国・公共団体であり、日本国有鉄道、日本道路公団等も公共団体であるが、民営化後は七一五条、七一七条の問題とする判決がある。独立行政法人も公共団体とされる。民間委託された場合は地方公共団体の責任は残り、指定管理者等は七一七条責任を負うとするものがある⁽⁸⁶⁾。

二条二項において、他に損害について責めに任ずべき者がある場合は求償することができるとされる。三条におい

て、設置管理者と費用負担者が異なる場合、費用負担者も賠償責任を負うとされる。最判平成元年一〇月二六日民集四三卷九号九九頁は、事業施設に対し補助金を交付した国が国家賠償法三条一項の費用負担者に当たるか否かは、設置管理に瑕疵があるとされた個別的施設と複合的施設を構成する他の施設とを一体として補助金の交付がされたなどの特段の事情がない限り、当該個別的施設について、費用負担の割合等を考慮して判断すべきであるとする。最判平成二一年一〇月二三日民集六三卷八号一八四九頁は、私立中学教員の不法行為に対する費用負担者である県の損害賠償債務の履行に対して市に求償できるとする。

營造物責任と工作物責任の關係について、東京地判平成元年一〇月一六日判例タ七一一号二三八頁は、防空壕について、大戦中、旧海軍(国)の用務に供され、講学上のいわゆる公用物に当たると解されるが、右用務の性質上、右大戦の終了した昭和二〇年八月一五日をもって公用が事実上廃止されたものと解するのが相当であり、公用廃止かされた以上、国家賠償法第二条にいう公の營造物に当たるといふことはできないとするが、公用廃止後これを放置してきたという事実のみによつては被告国の本件工作物に対する占有が失われたものと解することはできず、人家からあまり離れていない位置に入口を有する本件防空壕への立入りを防止する措置を講じることなく長年にわたつて放置してきた点において、国は、その所有及占有に属する本件防空壕の保存に瑕疵があったものといふべきであるとして工作物責任を認める。東京地方裁判所判決平成四年一月二八日判例時報一四二一号九四頁は、ホームと電車の隙間の瑕疵を七一七条の問題とし、国鉄を債務承継した事業団を責任対象とするが、通常有すべき安全性は、工作物の設置保存者において通常予測することのできる用法を前提として定めるべきものであって、この趣旨における安全性に欠けるところがない場合には、工作物の通常の用法に即しない行動の結果事故が生じたとしても、右事故が工作物の設

置又は保存の瑕疵によるものであるということとはできないとする。

2 営造物責任に複数の者がかかわる場合

(1) 法律上の管理権を持たない事実上の管理者

営造物の設置管理の瑕疵について、所有者とは異なる事実上の管理者の営造物責任が問題となった事案がある。

最判昭和五九年一月二九日民集三八卷一〇一六頁は、「市内を流れる普通河川について市が法律上の管理権をもたない場合であっても、もと農業用水路であつた右河川が周辺の市街化により都市排水路としての機能を果たすようになり、水量の増加及びヘドロの推積等によりしばしば溢水したため、市が地域住民の要望にこたえて、都市排水路の機能の維持及び都市水害の防止など地方公共の目的を達成するために河川の改修工事をしてこれを事実上管理することになったときは、市は国家賠償法二条一項の責任を負う公共団体にあたる」とする。調査官解説は以下のよう述べる。「事実上の管理には、管理行為が一時的・部分的なものと、継続的・包括的なものが考えられる。」「一時的なものにあつては、当該管理行為に起因する損害についてのみ事実上の管理者に責任が生じるとみてよい場合が多いであろう。」「公共用物についての事実上の管理行為が一時的なものか、継続的なものかの区別は、実際には必ずしも明確ではない」。本件では公共用物の回復した修復などは継続的管理にあたりうるとして、事実上の管理者の国家賠償責任を認める。河川敷について、国有財産管理の一般原則と普通地方公共団体の固有事務としての河川管理が存するが、国有財産法九条三項等によって建設省の部局の長としての都道府県知事が管理者となるが、公共団体が条例を定めているときは国有財産法一条により国の管理権が排除され、公共団体が管理者となるとする説と無主物として地方

公共団体（一次的に市町村）の事務に属するとする説と国有財産であることを前提に国有財産法による財産管理とは別に地方自治法による市町村の機能管理事務が存するとする説があるとする⁽⁵⁶⁾。

このように複数主体がかかわる場合に実質を重視し、責任者を一人に特定すると考えられる（継続的事実上の管理者を責任主体とすることはそれ以外の者は責任を負わないものとする解される）。ただし、事実上の管理行為が一時・部分的な場合は管理行為に起因する損害についてのみ事実上の管理者が責任を負うということは、他の管理者がその他の管理行為について通常の營造物責任を負うことになる。すなわち一時的事実上の管理者に対して通常の管理者は補充的關係にあると考えられる（工作物責任における占有者と所有者の關係―ただし瑕疵の考え方は異なる）。

また、營造物責任が成立する場合、工作物責任は併存しないと考えられるが、事実上の管理者のいる場合に対象が工作物のとき、所有者の責任が残るのかは議論されうる。この点、一次的管理者の場合は通常の管理者に補充的責任が成立しうることから、事実上の管理者の場合も所有者責任（工作物責任）が補充的に成立すると考えることもできる（本件のように責任主体が国か地方公共団体かは被害者側からみれば差異はない）。

(2) 複数の法律上の管理権を認める場合

大阪高判昭和五二年二月二〇日判時八七六号一六頁は、「国・大阪府の谷田川の管理の瑕疵を肯認し、河川敷上家屋の立退交渉の困難なことや多額の費用を要することなどのため改修が遅れていたとしても、本件の場合、そのことをもって改修の遅れを正当化し、国家賠償法二条の責任を免れしめるだけの理由とはならないものと判断し、さらに、大東市に関しては大東市は地方公共団体の固有の権能に基づき、本件水路を事実上公共の排水路として管理している

から、これにつき国家賠償法二条の責任を負うべき立場にあるものとしたうえで、本件水害に關しては、少くとも甲路の土砂堆積が浸水時間を長期化せしめた原因の一つとなったものであり、かつ右土砂堆積はその管理上の瑕疵に基づくものと認めてその責任を肯認し、また、本件七月豪雨は、当時の谷田川流域の推定降雨相に徴し、不可抗力の抗弁を成立せしめるほどの天災性を認めることができない、と判断し、国、大阪府、大東市の責任の併存を認める（共同不法行為）。この事例は普通河川などのいわゆる法定外公共物について、国有財産であることを認め、これに対する地方公共団体の管理關係を明確にしたとされる。その後、大東水害訴訟差戻審（昭和六二年四月一〇日判例タ六三五号二〇四頁）は、瑕疵を前提とする両者の責任を否定する。⁽⁵⁷⁾この点、里道、水路等の法定外公共物は、地方分権改革の法定外公共物管理法制改革によって市町村に無償譲渡されている。⁽⁵⁸⁾

（3）費用負担者

東京高判平成三年四月二六日判例タ七七八号一五七頁では、河川管理者である国の国家賠償法二条、管理費用負担者である県の同法三条に基づく損害賠償責任が問題とされ、二級河川平作川の溢水による床上浸水の被害について、河川管理者である国の国家賠償法二条、管理費用負担者である県の同法三条に基づく損害賠償責任を否定する。下水道の溢水については、普通河川である下水道（都市排水路）の設置・管理に瑕疵はあるが、水害事故との間に相当因果關係がないとして、管理者である市の国家賠償法二条に基づく損害賠償責任を否定する。本判決は管理項目に基づく共同責任を肯定するものと解される。

このように河川について、管理行為の不明確な河川について事実上の管理者の責任を重視して単独責任とする判例

があると共に、複数の管理担当者が認められる河川についてそれぞれの役割を重視して共同責任を認めうるとする判例がある(それぞれの瑕疵自体は認められにくい)。

(4) 私人の所有物に公的管理者のいる場合

私人の所有物でも公的管理があれば營造物責任が認められる。山口地下関支判昭和四七年二月一日判時六六七号七一頁は、私人所有の給水管(公道の地下部分の漏水修繕は水道局が行う規定があった)について公共団体の事実上の管理を認める。松山地西条支判昭和五四年七月二〇日判時九四三号九九頁は、私有地の防火水槽について、当該地域唯一の防火施設であり、消防用水利施設と認められうるとして事実上の管理を認める。事実上の管理を否定した判例として、溜池について名古屋地一宮支判昭和六一年三月二四日判時一一九五号一二六頁、保安林について山形地判昭和六三年一月二六日判時一四五三号一二五頁、札幌地判平成元年一月一日判例自治七一七〇頁がある。とされる。福岡地判昭和五一年二月二六日判時八二〇号九九頁は市が地域住民団体に遊具等を無償貸与し、その維持管理費についても一部補助金を支出するなどしている児童広場が公共団体による開設がないとして公の營造物とはいえないとする⁽⁹⁾。これらの場合も第三者損害に対する所有者の責任については述べていない(保安林は七一七条二項、三項責任、児童公園事例の隣接地所有者設置の棒杭が工作物かは議論の余地があると思われるが、争われていない)。

(5) 指定管理者

また、指定管理者について、札幌地判平成二七年三月二六日判時二三一四号四九九頁は、球場の瑕疵について、球団

運営会社、球場指定管理者、球場所有者（市）の責任が併存し（控訴審は瑕疵を否定する）、球団運営会社、指定管理者に対して工作物責任、設置者に対して营造物責任を認める。業務仕様書において、指定管理者の各業務の実施にあたっては、利用者等の安全確保を第一に優先するとともに、サービス水準の維持・向上について十分に配慮する、事故の発生に備え、施設管理者として必要な保険に加入すると規定されている。民法七一七条一項にいう土地の工作物の設置又は保存の瑕疵、国家賠償法二条一項にいう营造物の設置又は管理の瑕疵とは、当該工作物又は营造物が通常備えているべき安全性を欠いていることをいい、これについては、当該工作物又は营造物の構造、用法、場所的環境及び利用状況等諸般の事情を総合考慮して、具体的かつ個別的に判断すべきであると判示する。市の营造物責任について、仮に、「設置の瑕疵」と「管理の瑕疵」とを区別して判断したとしても、従前設置されていた防球ネットは、本件事故当日に設置されていたとしても本件打球を遮断できたわけではないから、本件事故は本件ドームが被告ドーム又は被告ファイターズにより維持・管理されている間に生じた瑕疵にのみ起因するものではなく、元々設置の瑕疵があったものである。また、被告市は、被告ドームと、「札幌ドーム運営協議会」において、管理運営業務の状況の報告を受け、サービス水準の維持・向上に向けた協議を行ったりなどすることができたのであり、被告ファイターズは、本件ドームの利用について、被告ドームの指示に従うものとして、本件ドームの利用の承認を受けていたのである。そして、地方自治体が、指定管理者を置いたからといって、营造物の管理に関する責任を免れること自体、相当なものとはいえないとする。控訴審は、球場に設けられていた安全設備等に工作物責任ないし营造物責任上の瑕疵があったとは認められないが、球団運営会社は野球観戦契約に信義則上付随する安全配慮義務を尽くしたとは認められないとして、原審の判断を変更し、指定管理会社と市に対する上記各責任に基づく損害賠償請求をいずれも棄却す

る一方、球団運営会社に対する債務不履行(安全配慮義務違反)に基づく損害賠償請求を一部認容した。

(6) 概括

このように、営造物責任が成立する場合、管理者の実態に応じて複数の責任主体が認められうるとともに私人所有物については工作物責任が併存しうる。また公物について、営造物責任が認められない場合、工作物責任が認められる。工作物責任における所有者の責任は二次的・補充的とされる⁽⁶⁾。

民間委託において国・地方公共団体と民間団体の両者が公の営造物あるいは工作物にかかわる場合、両者の責任の関係が問題となる。共同責任となるのか、一次的責任・二次的責任となるのかである。その場合に施設を国有のままにしておくのか、民間に譲渡するのかが問題となる(上下一体方式か、上下分離方式か)。さらに委託方式が問題となる(業務委託、民営化、指定管理者、PPP/PFI、コンセッション(公共施設等運営権)等)。

3 個別分野における民間化と営造物責任

営造物についての民間化が問題となる場合として、いわゆる交通インフラが問題となる場合、水道等必需施設インフラが問題となる場合(電力・ガス・通信等を含む)、公園・社会福祉・教育などの公共施設が問題となる場合がある⁽⁷⁾。

（1）鉄道

国鉄は国鉄所有地の線路を利用し、私鉄は私鉄所有地の線路を利用する。最判昭和六一年三月二五日判タ六〇三号四八頁は、国鉄を公共団体である営造物法人とし、国鉄の施設物の設置または管理に瑕疵があったために他人に損害が生じたときは、国鉄は、国家賠償法二条一項に基づき損害賠償責任を負うとする。国鉄の赤字の増大に対して、民営化の議論は早くから行われたのであるが、労働組合の強い反対、政治の強い影響から混乱し、行政改革の流れとともにようやく分割民営化がなされる（累積債務処理、人員整理、国労解体等）。国鉄民営化においては線路等国有地を譲り受けた民営化法人が利用することになり、民営化法人が工作物責任を負うことになると解される（民営化前、国鉄は営造物責任を負っていた）。国鉄事業等を以下の一二承継法人が承継した（国鉄再建法による廃線区間のいくつかは自治体主導あるいは民間主導の第三セクター運営となる。無償貸与型と無償譲渡型があるが助成措置終了後の経営は厳しい）——JR北海道、JR東日本（二〇〇二年六月、完全民営化）、JR東海（二〇〇六年四月、完全民営化）、JR西日本（二〇〇四年三月、完全民営化）、JR四国、JR九州（二〇一六年一〇月、完全民営化）、JR貨物、JR通信（現・ソフトバンク）、JRシステム、新幹線鉄道保有機構（一九九一年一〇月、解散）、JR総研（二〇一一年四月、公益財団法人に移行）、日本国有鉄道清算事業団（一九九八年一〇月、解散）。国鉄の旅客部門は地域ごとに六社に分割、鉄道施設も旅客会社に譲渡した。貨物部門は旅客会社に線路使用料を支払う形になった。⁽⁶³⁾新幹線鉄道保有機構は、「新幹線鉄道に係る鉄道施設を一括して保有し、旅客鉄道株式会社（JR東日本、JR東海、JR西日本）に貸し付けることを目的として設立された」（三社の収益格差の調整—当初上下分離であった）。「旅客鉄道株式会社」の経営責任の一層の明確化と事業の運営に係る自主性の強化を」図り、「日本国有鉄道清算事業団の債務の償還等を確実

かつ円滑に実施し」、「日本国有鉄道改革法に定める日本国有鉄道の改革の進展を図るため」、「新幹線鉄道に係る鉄道施設の譲渡等に関する法律により、保有する施設を旅客鉄道株式会社に譲渡したことにより、一九九一年に解散した」⁶⁴。民営化以降に建設された整備新幹線については、建設を行った日本鉄道建設公団およびその後身の鉄道建設・運輸施設整備支援機構が施設を所有しており、運行するJR各社は「貸付料」の名目で線路使用料を支払っている⁶⁵。

合理化のための民営化がなされたのであるが、地域の公共交通の不採算性については、人口減少・少子高齢化のために問題の改善はなされていない(鉄道をバスに変えても窮状は変わらない)。そのために公的支援のあり方が再び問題とされている(地域交通の公共性)。

民営化前の問題については民営化会社が承継する。鹿児島地判平成一九年四月二十五日判時一九七二号一二六頁は、九州新幹線(鹿児島ルート)の軌道、架線及び高架橋などの鉄道施設の設置又は管理の瑕疵による損害について、国家賠償法二条一項所定の「公共団体」である鉄道建設・運輸施設整備支援機構を設置・管理の主体とする「公の営造物」に該当するものと認めるのが相当であるとした。「鉄建公団は、鹿児島ルートについて新八代駅から鹿児島中央駅までの区間の工事を先行して行うこととし、平成三年八月に本件鉄道施設の建設を開始したが、平成一四年一二月一八日に公布された独立行政法人鉄道建設・運輸施設整備支援機構法の規定により、平成一五年一〇月一日をもって解散することとなり、鉄建公団に帰属していた一切の権利義務は、国が承継した一部の資産を除き、同法等に基づいて設立された法人である」鉄道建設・運輸施設整備支援機構に承継された。

民営化後は分割された民営化法人がそれぞれ責任を負うことになるが、例えば、神戸から東京まで新幹線を利用する場合、JR西日本窓口において、JR西日本とJR東海両社と運送約款(旅客営業規則)に基づく契約した乗客が

J R東海区域の線路瑕疵によって損害を受けた場合にJ R西日本の契約責任（あるいは両社の契約責任）とJ R東海の不法行為責任を主張することになる。J R貨物を利用する会社が同様の線路瑕疵によって損害を受けた場合、J R東海が不法行為責任を負い、その線路を使用料を支払って利用するJ R貨物が契約責任を負う、あるいはJ R東海とJ R貨物が共同不法行為責任を負うと考えられる。

線路所有者と鉄道会社が異なる場合は、地下鉄や都内の直通運転でも同様に生じる（上下分離方式—この方式を進めるべきという意見もある）。「上下一体の鉄道会社は『第一種鉄道事業者』である。これに対し、他者のために鉄道施設を建設し譲渡、または鉄道施設を保有し貸し付ける会社は『第三種鉄道事業者』だ。『第二種鉄道事業者』は線路施設を持たない。第一種または第三種鉄道事業者から施設を借り、線路施設使用料を支払って運行する」⁽⁶⁾。

例えば、J R線路を他社が乗り入れる場合（他社がもっぱら利用する場合）、線路瑕疵による損害賠償責任について、どちらが補修を行うかによるが、民営化されたので、工作物責任と解するとき、所有者は補充的責任となるが、営造物責任と解するときは両社の責任の併存が考えられる。線路所有を国有のままにしておいたときは、線路の保守点検は国が行い、瑕疵に対する責任は国が負う。それに対して利用会社は利用料を支払うという仕組みとなる。

瑕疵の判断について、福岡高宮崎支判昭和六〇年一〇月三一〇日判タ五九七号七〇頁は、営造物の設置管理の瑕疵（通常有すべき安全性を欠く）とは「当該営造物を構成する物的施設自体に存する物理的、外形的な欠陥ないし不備によって」「危害を生ぜしめる危険性がある場合のみならず、その営造物が供用目的に沿って利用されることとの関連において危害を生ぜしめる危険性がある場合をも含み、また、その危害は、営造物の利用者に対してのみならず、利用者以外の第三者に対するそれをも含むものと解すべきである」とし、「国鉄は、およそ旅客運送人が旅客の安全運送を根

本的義務とされ、事故の発生を未然に防止できるより万全の措置を講じ、安全設備を具備すべき厳格な責任を課せられていることに鑑みると(商五九〇条一項など)、旅客の生命身体等の安全の確保を第一次的に考える必要のある鉄道施設の特質に照らし、同施設のうちでも、自動車ないし落石等の障害物が軌道上に転落し、列車の走行等に危険のある個所では、自らその鉄道施設内への転落防止施設等を設置するか、道路等の管理者との協議によつて転落防止措置を講じさせるか、あるいはそのような措置が講じられない場合は、車両等が軌道敷内に転落してきた場合でも、列車との衝突を防止し得るに足る保安上の防護施設を備えておく必要がある、これを欠くときには營造物たる鉄道施設の通常有すべき安全性を欠如しているというべきところ、右危険防止のための防護施設についても、およそ想像し得るあらゆる危険の発生を防止し得べきことを基準として抽象的、画一的にこれを決すべきではなく、既述のとおり当該鉄道施設の性質、構造、規模、用法、設置されている場所の地理的環境及び利用状況等諸般の事情を総合考慮して具體的個別的に判断する」とする。

民営化によつてすべての責任を民営化会社が負うべきと考えられるが(上下一体方式)、一体方式のように民営化会社所有にした場合には、保守費用は民営化会社負担であり、人員削減中の民営化会社においては保守を節約することになり、瑕疵が放置される可能性が生じる。その場合でも事故が起きた場合の責任についてに国から補助を受けることが考えられるが、そうであるならば、線路は国有のままにし、保守も国負担で行うほうが良いと思われる(上下分離方式―道路、空港、港湾などはそのようなやり方である⁽⁶⁷⁾)。事後的救済よりも、事前予防が重要とも考えられる。ただし、税金による事前予防を重視する場合は民営化前の依存状況の例もあり(合理化のための国鉄民営化⁽⁶⁸⁾)、上下一体方式、上下分離方式に競争原理を導入することによつてどちらが望ましいか考察した上で事後規制が優れることにも

なりうる。このように民営化前の責任のあり方と民営化後の責任のあり方が異なり、真に競争原理の機能する方式（事後規制重視）が取られなければならない。

また国鉄の公共性の意義が民営化会社にも引き継がれるのか問題となる。名古屋高判昭和六〇年四月一二日下民集三四卷一〇四号四六一頁は以下のように述べる。国鉄は「国が国有鉄道事業特別会計をもつて経営している鉄道事業その他一切の事業を経営」するものであつて（国鉄法一条）、総裁は内閣が任命し（二九条）、運輸大臣がこれを監督し（五二条）、更に監督上必要な命令をすること、報告を求めうること（五四条）、更には、運輸大臣が任命する監査委員によつて構成される監査委員会による業務監査の実施（一四条、一九条三項）、他の法令の適用について国鉄を国と、その総裁を主務大臣とみなす旨（六三条）まで規定されているのであつて、「国鉄法の趣旨を正当に理解すれば、国鉄は、公法上の法人として国と別個の主体性を付与されているとはいへ、実質的には、国が、従前、鉄道省又は運輸省によつて直接行使してきた公共輸送に関する行政権の一部を、『能率的な運営により、これを発展せしめ、もつて公共の福祉を増進すること』を期待して、国鉄に委ねて間接的に行使せしめているものといえるのであつて、このような基本的認識に立つて、国鉄が全国的に運営する新幹線鉄道を含む全鉄道網の公共的性格ないし使命が正当に理解されなければならない。」「新幹線鉄道において運転速度が特段に重要な意味を有することはいうまでもないが、在来線等を含めて考えてみても、運転速度、度数、発着時刻等が運輸行政上重要な意味を有することは、民営鉄道の運営を規制する地方鉄道法二二条の規定（同条により、列車の運転速度及び度数は監督官庁の認可事項とされている）に徴しても明らかなくとあり、これに対応する直接の認可規定が国鉄法等に存在しないが、当否判定の権限の行使が国鉄に委ねられ、監督官庁（運輸大臣）は、その届出を前提としてその権限を行使する（運輸行政権が段階的、間

接的に行使されることが組織法的に定められている)。「すなわち、国鉄に関しては、運輸省令として、一般的には日本国有鉄道運転規則が、また特に、新幹線鉄道については、新幹線鉄道運転規則が設けられ」、「国鉄は、あらかじめ運輸大臣に届け出ることにより運転速度その他実施に関する規定の制定及び変更をなしうることとされ(三条)、特に列車の運転については、線路及び電車線路の状態、車両の構造並びに列車保安方式の種類ごとに定められる最高速度の範囲内において(線区の最高運転速度は、新幹線運転取扱基準規程五四条により、一時間二一〇キロメートルと定められている)なしうる。「国鉄が法律により設立され、運輸大臣の特別な指示ないし監督に服する特殊な公法人であるところから、最高運転速度の設定等の実施の細目に関する運輸行政の権限が包括的に国鉄に委ねられ、最高時速を二一〇キロメートルとする運転速度が指示されている」。「それゆえ、原告らが、前記の諸法令、規則等の定めを度外視し、特段の運転保安上の理由もなにかかわらず、周辺居住者の個別的利益を基礎として、裁判手続により、新幹線鉄道の機能の達成実現に直接かかわる最高運転速度の低減を求めることは、現行運転速度の基礎として存在する規則、規程、換言すれば、運輸行政上設定された事項の取消又は変更を求めることと同旨に帰するのであつて」、かかる私法上の給付請求は不適法なものとして却下されるとする。

このような国鉄時代の公共性とそのための監督官庁の強い権限に対して、民営化後、鉄道営業法(事業者・利用者間の基本ルール)、鉄道事業法(鉄道事業とその公共性のための行政規制—鉄道免許、工事認可、運賃・料金の認可、運行計画、事故報告等)の適用を受けることになるが、国鉄改革法は「明確な経営責任の下において自主的に運営されること」を目的の一つとし、新たに旅客鉄道株式会社及び日本貨物鉄道株式会社に関する法律が制定された。「鉄道事業に係る利用者の利便の確保及び適切な利用条件の維持並びに事業地域の経済及び社会の健全な発展の基盤の確

保のために必要な事業経営』を行わせるため、改正附則により国土交通大臣が『新会社が配慮すべき指針』の公表、事業経営への指導及び助言、勧告及び命令を行う旨を明記し、一定の権限を保持し続けていた（代表者の選解任・事業計画の認可、命令権、みなし公務員規定等）。平成一三年法改正により、「本州三社は正式に本法の対象から外され、法律上民間会社と同等の扱いとなった。その後、本州三社は全株式を上場し、完全民営化を達成している」。新幹線は公共性が強く（公共事業）、全国新幹線鉄道整備法により、基本計画、整備計画が実施される⁽⁷⁾。

同一の法人が民営化前後で全く性質の異なる法人となり、責任態様も全く変わることの問題があると考えられるが、このように完全民営化後、監督官庁の権限が激減し、営利会社としての合理化を貫徹しうる状況の下で、上下一体化運営と営造物責任から工作物責任への移行により、自己責任化と責任厳格化のために事後責任が強調される問題として残る状況となった。あとで述べるように、純粹公共企業、競争的私企業、二本建てシステムという区分でいうと、民営化は競争的私企業システムとなり、上下分離では、二本建てシステムとなる。

（2）道路

道路は高速自動車国道（道路法五条）、一般道（国道（道路法五条）、都道府県道（道路法七条）、市町村道（道路法八条）、私道（道路法五条））があり、一般道にはさらに細かくいくつかの区別がある。高速自動車国道の道路管理は日本道路公団が行う。日本道路公団は、その通行又は利用について料金を徴収することができる道路の新設、改築、維持、修繕その他の管理を総合的かつ効率的に行うこと等によって、道路の整備を促進し、円滑な交通に寄与することを目的とする（日本道路公団法一条）。その後、首都高速道路公団、阪神高速道路公団、本州四国連絡橋公団の四つ

の公団が成立する(特殊法人)。道路公団については採算を度外視した高速道路建設への批判から特殊法人改革の一環として二〇〇四年に道路関係四公団民営化関係四法に基づき民営化され、施設の管理運営や建設については、東日本高速道路(NEXCO東日本)・中日本高速道路(NEXCO中日本)・西日本高速道路(NEXCO西日本)に、保有施設及び債務は他の道路関係四公団とともに独立行政法人日本高速道路保有・債務返済機構に分割・譲渡された⁽¹⁾。日本道路公団の民営化に際しては高速道路の保有組織と管理組織を別にする上下分離方式が取られた(国鉄民営化においては多くの場合に上下一体である)。

高速道路会社による道路整備の補完措置として、高速自動車国道に並行する一般国道自動車専用道路に国と都道府県が建設・管理費用を分担する方式(新直轄方式)、新たな直轄事業もある⁽²⁾。

一般道はもともと国の営造物であったが、新道路法によって国道は国の営造物、その他の道路は地方公共団体の営造物となった。指定区域外の国道の管理者は都道府県、政令市であり(地方分権による直轄国道の移管が進められている)、都道府県道は都道府県、市町村道については市町村が管理者である(国道以外は機関委任事務ではない)。一般道も道路財源が問題とされる(自動車重量税、自動車税、自動車取得税など道路特定財源であり、揮発油税も一般財源化されるまでは道路特定財源である⁽³⁾)。

一般道の瑕疵については管理主体が責任を負う(国・地方公共団体管理は営造物責任、私道は工作物責任―柵・舗装など工作物の設置が要件)。国道の多くについて管理主体は都道府県であり、都道府県が営造物責任を負う(国が工作物責任を負うかは議論されない)。最判昭和五〇年七月二五日民集二九巻六号一一三六頁は大型貨物自動車約八七時間駐車したままになつていたにもかかわらず、道路管理者がこれを知らず、道路の安全保持のために必要な措置を

全く講じなかった事実関係においては、道路の管理に瑕疵があるというべきであるとして費用負担者である国の責任を認める。また、道路法四二条の管理義務、四六条の処分が問題とされる。⁽¹⁵⁾

「人口減少や少子高齢化といった構造変化によって交通需要量が減少する中、現在の交通インフラを維持した場合、交通インフラの単位コストは大都市圏では下がるものもあるが、地方圏では高まる懸念がある。交通インフラの利用効率を高い水準に維持できるように、道路については、コンパクトシティ形成や交流人口の増加などの地域ごとのまちづくりと道路管理の整合性を高めていくことが一層求められ」、「また、港湾や空港については、集中化が有効であり、各地域の地理的条件なども踏まえつつ、効果的なネットワークを国として形成していくことが求められる」とされる。⁽¹⁶⁾

高速道路の瑕疵については、もともと日本道路公団が営造物責任を負っていたのであるが、民営化後、それぞれの会社が工作物責任を負う。その際、高速道路会社も管理運営だけで、施設保有者は日本高速道路保有・債務返済機構という上下分離方式であり、運行会社を含めると、上中下方式であるとされる。⁽¹⁶⁾ 国有でなく、独立行政法人所有とすることの意味、また、上下分離とすることの意味が問われなければならない。そして、上下分離方式において、営造物責任が併存するか、あるいは所有者の補充的工作物責任が存するか問題となる。

日本道路公団の責任について、東京高判平成五年六月二四日訟務月報四〇巻六号一一〇七頁は、日本坂トンネル火災事故において営造物責任を認める。最判平成二二年三月二日判タ一三二一七四頁は、日本道路公団の設置管理の瑕疵を認めなかった判決であるが、その承継会社を訴訟引受人とする。横浜地判平成二七年一月二二日判時二三〇九号九〇頁はトンネル天井崩落事故で遺族が中日本高速道路株式会社と道路に関する調査・設計・測量等を目的とする株式会社を七一七条などで訴えた事実案であり、瑕疵が認められる。会社役員の上法行為責任等は否定される（横浜地

判平成二八年二月一六日LLI/DB。

道路公団の民営化と責任のあり方については、同様に従前の公共性を民営化会社が引き継ぐのかも問題となる。高速道路の公共性について、最高裁は、大阪空港訴訟と同様に差止と損害賠償を区別する。供用関連瑕疵と言われ、瑕疵の他に違法性(受忍限度)が要求されるといわれる。^⑦

最判平成七年七月七日民集四九卷七号一八七〇頁は、「騒音等がほぼ一日中沿道の生活空間に流入するという侵害行為によりそこに居住する被告人は、騒音により睡眠妨害、会話、電話による通話、家庭の団らん、テレビ・ラジオの聴取等に対する妨害及びこれらの悪循環による精神的苦痛を受け、また、本件道路端から二〇メートル以内に居住する被告人は、排気ガス中の浮遊粒子状物質により洗濯物の汚れを始め有形無形の負荷を受けていた」。他方、本件道路が主として産業物資流通のための地域間交通に相当の寄与をしており、自動車保有台数の増加と貨物及び旅客輸送における自動車輸送の分担率の上昇に伴い、その寄与の程度が高くなるに至っている」が、「本件道路は、産業政策等の各種政策上の要請に基づき設置されたいわゆるゆる幹線道路であって、地域住民の日常生活の維持存続に不可欠とまではいうことのできないものであり、被告ららの一部を含む周辺住民が本件道路の存在によってある程度の利益を受けているとしても、その利益とこれによって被る前記の被害との間に、後者の増大に必然的に前者の増大が伴うというような彼此相補の関係はなく、さらに、本件道路の交通量等の推移はおおむね開設時の予測と一致するものであったから、原告らにおいて騒音等が周辺住民に及ぼす影響を考慮して当初からこれについての対策を実施すべきであったのに、右対策が講じられないまま住民の生活領域を貫通する本件道路が開設され、その後実施された環境対策は、巨費を投じたものであったが、なお十分な効果を上げていないとまではいえない」。「本件道路の公共性ない

し公益上の必要性のゆえに、被告告人らが受けた被害が社会生活上受忍すべき範囲内のものであるということとはできないとする。それに対して、差止については、「本件道路の近隣に居住する原告人らが現に受け、将来も受ける蓋然性の高い被害の内容が日常生活における妨害にとどまるのに対し、本件道路がその沿道の住民や企業に対してのみならず、地域間交通や産業経済活動に対してその内容及び量においてかけがえのない多大な便益を提供しているなどの事情を考慮して、原告人らの求める差止めを認容すべき違法性があるとはいえないと判断した」原審を是認する。「道路等の施設の周辺住民からその供用の差止めが求められた場合に差止請求を認容すべき違法性があるかどうかを判断するにつき考慮すべき要素は、周辺住民から損害の賠償が求められた場合に賠償請求を認容すべき違法性があるかどうかを判断するにつき考慮すべき要素とほぼ共通するのであるが、施設の供用の差止めと金銭による賠償という請求内容の相違に対応して、違法性の判断において各要素の重要性をどの程度のものとして考慮するかにはおのずから相違があるから、右両場合の違法性の有無の判断に差異が生じることがあっても不合理とはいえない」とする。

日本道路公団が民営化されたのであるが、方法としては上下分離であり、施設自体は独立行政法人日本高速道路保有・債務返済機構保有であり、利用者と民営化会社が使用料を支払い、維持管理する。日本高速道路路保有・債務返済機構は道路を保有し、承継債務を返済し、民営化会社による道路の新設等について民営化会社を支援する。上下分離であるが、道路の安全性を保証せず、民営化会社の支援を目的とするものであり、民営化会社が公共性に対する役割を引き受けず、経済合理性というメリットのみを取得することも考えられ、このことを回避するために民営化会社に厳しい責任を課す、あるいは両者の責任の併存する場合も考えられなければならない。

(3) 空港

一九五二年航空法制定後、一九五六年空港整備法制定によって、空港の設置、管理、費用負担が定められる。国際航空路線のための第一種空港(羽田、伊丹は国交省管理、成田、関空、中部は空港会社管理)、主要な国内航空路線のための第二種空港(国交省管理、地方公共団体に管理委託可能)、地方的な航空運送のための第三種空港(地方公共団体管理)があり、整備費用について、第一種空港のうち羽田と伊丹は全額国費負担、第二種空港は国と地方公共団体が割合に応じて負担、第三種空港は国と地方公共団体が半々で負担する。二〇〇八年空港法が制定され、第一種と第二種が拠点となる空港とされ、空港会社が設置管理するものと国が設置管理するものと国が地方公共団体に管理を委託するものに分かれ、第三種が地方管理空港とされた。旅客貨物の取扱施設、燃料給油施設を空港機能施設、これらの建設管理を行う事業を空港機能施設事業として指定事業者に委託可能にした。⁽⁷⁸⁾

空港について国・地方公共団体・管理会社が管理し、費用負担が定められる。空港整備特別会計法によって受益者負担原則が取りいれられている。⁽⁷⁹⁾「空港については、七〇年に空港整備特別会計による空港整備事業が始まって以降、受益者負担による整備が行われており、投資額の推移は、道路や港湾とは異なっている。空港の公共投資額の高まりは、八〇年代後半から九〇年代半ばと、二〇〇五年以降に見られるが、前者は東京国際空港(羽田空港)の沖合展開・機能向上、後者は羽田空港の再拡張のために、財政投融資資金を活用した投資が行われたためである」。「こうした結果、交通インフラの粗ストック額は、九八年度から二〇〇九年度にかけて、道路は約四・五倍、空港は約三・五倍、港湾は約三倍と大幅に増加したが、投資の鈍化・減少を受け、二〇〇〇年代の増勢は鈍化している」とされる。⁽⁸⁰⁾

民営化された空港においては、所有者である国・地方公共団体と空港管理会社と航空会社が関与する。航空会社は

着陸料、ターミナルビル使用料などの空港施設使用料を空港会社に支払い、空港会社は国等に敷地使用料を支払い、施設の保守管理を行う（いわゆる上下分離方式である）。例えば、航空便を誘致したい自治体は空港使用料を安くしたり、無償にしたりするとされる。航空交通の公共性への依存である（国鉄と同様の赤字の累積である）。

国管理空港の民間委託手法として、国が土地等の所有権を留保しつつ、民間に運営権を設定し、航空系事業と非航空系事業を一体経営する手法、すなわち、運営権者が、国から公共施設等運営権の設定を受けることにより滑走路等の運営を実施、三セク等の株式を取得することによりターミナルビル等の運営を実施し、運営権者が、着陸料その他の収入を設定・収受し、これらの収入により事業実施に要する費用を負担する手法が考えられている。

関空・伊丹空港の民間委託手法（平成二四年七月、新関西国際空港株式会社は、国管理空港であった伊丹空港についても経営統合し、関空との一体運用を開始）として、新関西国際空港株式会社が土地等の所有権を留保しつつ（関空の土地については、新関西国際空港株式会社の子会社が保有し、空港会社の債務を一部承継する（高速道路と同様の上下分離））、民間に運営権を設定し、航空系事業と非航空系事業を一体経営する手法が考察されている（関空は鉄道・道路も上下分離である）。

国管理空港の民間委託においては、空港瑕疵について、空港会社の工作物責任、国の営造物責任、あるいは補充的工作物責任が成立しうる。関空・伊丹空港の民間委託においても上下分離方式であるが、空港瑕疵について、新関西国際空港株式会社の工作物責任が成立し、敷地所有会社は金融支援の意義のみを有する。

このような空港民営化においても公共性の二面性が問題となる。

最判昭和五六年二月一六日民集三五卷一〇号一三六九頁は、大阪国際空港での夜間の発着のための騒音被害に対

して近隣の住民が国に人格権等に基く差止と営造物責任に基づく損害賠償を求めた事案である。

原審において、空港供用行為に関する担当大臣の権限は「私法的規制に服する空港管理権と公法的規制に服する航空行政権」に分かれ、前者は差止請求になじむとされていたのを、最高裁は両者を不可分一体に行使すべきものとして不適法却下する。営造物責任については、本件空港の客観的性状から近隣被害が予想される中、被害の発生を防止するのに十分な措置を講じないまま継続的に使用させてきた空港の設置、管理に瑕疵があるものと認められた原審の判断は正当とした。また、騒音の違法性については受忍限度論が取られ、侵害行為の態様と侵害の程度、被侵害利益の性質と内容、侵害行為のもつ公共性ないし公益上の必要性の内容と程度等を比較検討するほか、侵害行為の開始とその後継の経過及び状況、その間にとられた被害の防止に関する措置の有無及びその内容、効果等の事情をも考慮し、これらを総合的に考察してこれを決すべきとし、空港の公共性の順位は低く(空港の便益は必要不可欠なものではない)、多数の被害住民の被害内容は広範かつ重大であり、公共的利益が一部住民の犠牲の上であり、影響調査・防止軽減対策なき拡張であるとして違法性を認める。

この判決については、差止に関する公共性と損害賠償に関する公共性の相違が強調される⁽⁸³⁾。

この点について、空港管理が民間委託される場合、不法行為における管理上の過失責任の問題となり、公共性と住民利益のどちらを重視するのかについて、民間に判断が委ねられるのか、航空行政を担うものとして公共性に基づく管理が必要とされるのか問題となり、後者の場合には、委託者である国・公共団体の監督責任も問題となる(空港の設置及び管理に関する基本方針)。民間にゆだねられる場合には航空行政的判断と権利行使の相当性判断が一致しうるのであるが、民間が行政事務を代替するものと考えられる場合には、大阪国際空港事件で見られたような差止に関する公

共性と損害賠償に関する公共性の相違が生じる。

また、先に述べた入国管理の際の警備会社の不法行為に関する判決は、国の責任に関して、上禁者の送還について、国は航空会社（警備会社）に審査場立入許可証を交付しているために何らかの関与をなしうるが、その許可を取り消すべき事情があったとはいえないとして国の責任を否定したのであるが、入国審査関係の業務についても航空会社に一任できるように判示する。

空港の公共性が民間化によって影響を受けるのであり、施設に関しては上下分離方式において施設管理の分担を利用料との関係で考える場合、瑕疵責任を事後的な解決として考えるべきか、予防を重視すべきか、考察されなければならぬ。空港の発着を航空政策の公共性問題として考察してきたことが影響するのである。空港の公共性は入国審査についても問題となる（前述）。但し、航空交通の公共性への依存の問題がある。

（4）水道

水道法制、水道行政について、内務省衛生局・土木局管轄から、一九五七年閣議決定により上水道は厚生省所管、下水道は建設省所管とされ（終末処理場は厚生省）、水道法、新下水道法が成立する。水道法により一、水道事業（計画始水人口五〇〇〇〇人以下の事業を簡易水道事業）、二、水道用水供給事業、三、専用水道が区別され、水道法では事業者の認可制、布設工事の監督、給水開始前の届出、料金変更の届出、水道技術管理者、水質検査、健康診断、衛生上の措置等水道の敷設・管理についての規制、水質基準、施設基準、認可基準、供給条件、給水義務等事業実施基準の整備がなされる⁽⁸⁴⁾。水道法施行より二〇年余りで水道普及率は八〇%を超える。給水量の急増と共に水資源開発が急

務となり、一九六一年水資源開発二法が成立する。また、ほぼ同時に水俣病も社会問題となり、一九七〇年水質汚濁防止法が制定される。一九七七年水道法改正により、国・地方公共団体の責務の明示、広域的水道整備計画の策定、簡易専用水道規制、水質検査施設整備等がなされ、また財政補助も増大していく。⁽⁸⁵⁾

水道事業は原則として市町村が行い(二〇一五年上水道事業一三四一のうち都道府県営二六、指定都市営二〇、市町村営一二〇二、企業団営等九六とされる)、独立採算を前提とする地方公営企業法が適用される(水道料金は総括原価主義であり、基本料金、従量料金から構成される⁽⁸⁶⁾)。水道法において水質基準、施設基準が規定される。水道供給約款において、受諾義務、常時給水義務、技術管理者の設置等が規定される(民間事業者も拘束される)。水道水給水契約は私法上の契約と解されるが、約款強制があり、民間事業者も自由に内容を定めることができないと解される(免責約款は個別に締結できないと解される―約款一般論によつて規制されるのではなく⁽⁸⁷⁾)。水道事業の経営課題として、給水人口の減少、一人当たり使用料の減少、維持更新投資・耐震化投資の巨額化、有利子負債、料金格差、料金収入規模に対して小規模事業者数が多いこと等が挙げられる。このために事業の広域化が検討される(事業統合、経営の一体化、管理の一体化、施設の共同化等検討される)。方式として、官官連携⁽⁸⁸⁾、官民連携⁽⁸⁹⁾がある。

水道施設は管造物(公物)であり、水道管は公物部分と私物部分に分かれる。公物は市町村有であり、地方公営企業が管理、あるいはその他多様な管理手法が議論される。

官民連携手法には従来型業務委託(個別委託、包括委託)、第三者委託、指定管理者、DBO、PFI、コンサルティングがある。それぞれ、定型業務(メーター検針、窓口・受付等)、専門知識・技能を必要とする業務(設計、水質検査、電気機械設備の保守点検)、付随業務(清掃、警備等)などの業務分担が問題となる。業務委託では民

間事業者が、仕様発注書（自治体の指示）に基づき運営し（最終責任は自治体）、コンセッションでは民間事業者が自由裁量で運営する（最終責任は自治体）とされる^①。

従来型業務委託では、運転管理（浄水場の運転監視）・設備保全（各電気設備の保守点検）・水質検査・管路管理（場外施設配管の漏水調査）・その他（薬品管理等）の業務が委託される。第三者委託は二〇〇一年水道法改正により創設され、技術的業務が委託される。指定管理者は水道事業者が所有する水道施設の管理業務を行う（二〇〇三年地方自治法改正以降、民間事業者等が議決を経て担当しうる）。DBOは「公共が調達した施設整備費を活用して」（性能発注）、「施設の設計、建設、運転、維持管理、修繕等の業務を一括して受託」する手法である。施設は公共が所有する。PFIは「民間事業者の資金、経営能力および技術的能力を活用して、施設の設計、建設、維持管理、運営等を行う手法である」。施設の所有形式により、BTO、BOT、BOOに分類され、対価支払い形態により、サービス購入型、混合型、独立採算型に分類される。コンセッションは、公共所有のまま運営を民間事業者が行うPFIの一類型である。二〇一七年水道法改正により地方公共団体が水道事業者のまま民間事業者に公共施設等運営権実施契約を締結することで利用できる（関係者の責務の明確化、広域連携の推進、適切な資産管理の推進、官民連携の推進、指定給水装置工事業者制度の改善^②）。

水道事業民間化した場合の水道水汚染等に対する責任関係について、どこに原因があったか、そこが誰の所有か（營造物責任か工作物責任か）、誰が管理しているのが問題となる。国・地方公共団体所有部分については營造物責任、その他については工作物責任であり、管理体制に関しては公権力行使に基づく責任あるいは不法行為責任の問題となる。それぞれ共同関係の考察が必要となる。

このような仕組みにおいて水道水の問題について判例は以下のように判示する。

神戸地尼崎支判昭和六一年一〇月九日判タ六二三号五二頁は、「Y(市)の責任として、(一)本件水道は公の営造物であり、水質基準所定のフッ素許容量以下にその含有量を減するため、フッ素除去装置を設置すべきところ、これを欠いていたから、浄水場等の設置管理に瑕疵がある(国賠法二条一項)、(二)水道業者として健康を害することのない飲料水を供給すべき義務を怠り、過フッ素濃度の飲料水を供給した過失がある(七〇九条)、(三)本件水道は土地の工作物であり、Yは、その占有、所有者であるから、その瑕疵について責任がある(七一七条一項)等主張した事案であり、「水道事業者としての注意義務を怠った過失があり、この過失は、水道水の供給という事業活動そのものについて、同事業者であるYの事業遂行上の義務違反であり、地方公営企業としての企業組織自体の活動ないし行為についての過失としてY自身に不法行為が成立し、Y自身が民法七〇九条の不法行為責任を負担するとした。」控訴審である大阪高判平成元年六月二〇日判タ七〇〇号一五八頁は、「Yは、昭和三九年頃から水不足等に対応し得る抜本的な水道事業計画を立て、多額の財政的負担をして同五二年に丸山ダムを完成させ、同五五年には丸山浄水場からの給水に全面的に切り替え遂にフッ素問題を解決するに至ったこと等を総合勘案すれば、本件水道水中に厚生省基準を相当程度越えるフッ素が含まれていたとしても、未だ本件水道の設置・管理に瑕疵があつたとはいえず、また、Yないしその担当職員に過失があつたとはいえないし、X主張の民法七一九条一項及び同法七一五条一項の主張も理由がないとして、原判決を取り消し、Xの請求及び附帯控訴を棄却した」。本件解説は七〇九条の過失責任と国賠二条の瑕疵責任は同質であると述べる。また、「三二名の原告が水道水中に過量のフッ素が含まれていたため斑状歯になつたとして宝塚市を相手に民法七〇九条、国賠法二条一項に基づき損害賠償を求めている別件訴訟(宝塚斑状歯訴訟)があると

ころ、大阪地裁は、昭和六二年三月二三日、厚生省基準を越える濃度のフッ素を含む水道水を供給したことにつき宝塚市に過失はないし、また、水道施設の設置・管理に瑕疵はないとして、原告らの請求を棄却する判決（判時一二三四号三頁）をした。」

横浜地判昭和五六年三月一九日判タ四四八号六七頁は、本件被害を「町道山口線の側溝中を流れる汚水や腸チフス菌が溜枡の上蓋及び溜枡から配水池に至る導水管に穴があいていたため混入し、滅菌装置によって十分滅菌されないまま、水が給水区域に給水され、腸チフスの集団発生が起つたと考え」、湯河原寮の汚水の排水施設である排水管等は土地工作物であり、被告銀行が占有、所有し、被告水道組合の水源から関係住民に飲料水を供給するための導水管、溜枡、配水池等の水道施設は土地工作物であり、水道組合が占有、所有していたとし、そして、本件配水池の構造が山側と海側の水槽を対流させることにより配水池全体の滅菌を行い、当時右二槽間が閉塞状態で放置されており、海側の水槽の水は滅菌されないまま自然流下で給水されていたとし、それぞれの工作物責任の問題とする。「民法七一条にいう土地工作物の瑕疵とは、その物自体が本来具えているべき安全性を欠くことを意味し、汚水の排水施設については、汚水を途中で漏出することなく、その処理施設等に送り込める性能を有していることが必要であると解するを相当とするが、その排水施設の構造、場所的環境等により要求される性能も異なると考えられるから当該排水施設に瑕疵があつたか否かは右諸般の事情を考慮して具体的、個別的に決定されるべきものである」。「湯河原寮の汚水の排水管と、本件溜枡とは交差していたのであるから汚水が町道山口線の側溝に排出されるまでの間において、右排水管から漏出し、本件溜枡内に混入しないような性能を有することが必要であるが、湯河原町における下水道、尿尿処理施設は整備されておらず、各家庭の台所、浴場等から出る雑排水、便所の浄化槽から出る汚染等は側溝や小河川に

より海に施されるというものであり、本件町道山口線の側溝も右のために利用される側溝の一つであったから、一旦右側溝に排出された汚水については、右側溝に間隙がありそこから漏出した汚水が本件溜枒内に混入することを防止できる性能まで必要とせず、本件においては排水管に破損等がありその部分から汚水が漏出し本件溜枒内に侵入したのではなく、側溝に間隙または欠落部があり、そこから漏出した汚水が混入したものであるうえ、本件においては、腸チフスの感染源が誰か、感染源が排出した腸チフス菌がいかなる経路で右側溝内に入ったかは不明であり、湯河原寮の排水管を通じて腸チフス菌が右側溝に入ったとも認められないから湯河原寮の排水施設の設置または保存に瑕疵があったとすることはできない」とする。本事例は工作物責任についても利用状況、財政上の理由から瑕疵を否定する判決であるが、民営化で工作物責任とする場合も同様と解されうる。

水道事業の民営化において、その手法が議論となる。基本的に従来の事業の合理化であり、新河川法による新規用水に基づく新規事業は少ないと考えられる分野であり、従来の体制との相違が問題となり、公的関与を減らすことが必ずしもプラスに働かない(新規事業による創造性が少ない)。所有関係について、事業財産を譲渡する、水道管・浄水施設は国公有のままにしておく、事業委託についても浄水、送水、配水を統合するのか、分離するのか、契約手続きはどう分けるのか、排水事業はどうするのか、地域的にどのように分けるのか等の問題がある(ここでも上下分離か、一体かの問題がある)。

水道事業を民間化する場合、経営の合理化が図られるのであるが、水は必需品であり、有限でもあるために、紛争が多発する、料金が高騰することが考えられるとともに、独占化の危険もある。また安全衛生面の確保が重要な意義を持つ商品である。従って、このような公共性のために公的規制が強く要請され、民間化、自由化する場合には多大

な懸念が生じる。実際に民営化を実施している国においても再公営化が議論されている。

水道の民間化を考察する場合、通信事業、エネルギー事業（規制産業）との比較が問題となる。電力、ガスにおいては民間事業者主体であるが、地方公共団体が実施する場合もある。石油は段階的に規制緩和される。一九九七年六月、「公正かつ自由な競争の確保のための五つの基本原則」（a. 新規参入・退出の自由、b. 取引先選択の自由、c. 取引条件の明確化・適正化、d. 公正競争の確保、e. 自己責任の徹底）を経て、石油業法廃止によって自由化がなされた後、元売の合併および関連する精製会社等の統合により、二〇一七年七月現在、我が国の石油精製・元売は、JXTG、出光・昭和シェルグループ、コスモ、太陽石油の四グループに集約される状況であり、独占性の問題は大きい⁽⁸⁾が、公的関与も少なく、ここでは取り上げない（石油製品需要は減少している）。

（5）電力

電力事業は電気事業法の規制の下にあり、民間主導の業界であるとしても、公的規制が強く、規制産業であり、自然独占であるために、公的主导による自由化がなされる（規制緩和）。この下で民間参入化による責任問題が公的規制の位置づけと共に生じる。

「電力産業は、発電、送電および配電の三つの部門によって構成される産業である。発電は、水力、火力（石炭、石油、天然ガス）、原子力および新エネルギー（太陽熱、太陽光、風力、地熱等）をエネルギー源として、これを電気エネルギーに転換する部門である。送電は、発電所から電気の需要地まで電気を高圧で輸送する部門である。配電は、高圧電気を中圧・低圧電気に変電して、需要家に配給する部門である」。

日本では「九地域に分けて各地域に一社の民営の発電・送電・配電統合企業が創設され、各社が地域独占供給権を持つ『九電力体制』」が行われた(現在は沖縄電力を併せて一〇社)——一般電気事業者。発電部門では九電力会社(約八五%)以外に「公営、私営の発電企業が存在し、その電気を電力会社に卸売販売している」(卸電気事業者——電源開発(電源開発促進法)、日本原子力発電、共同火力発電会社、公営電気事業者)。電力相互融通制度もある。自家発電企業もある。電力会社は卸電気事業者から購入し、自社発電分と併せて小売販売する⁽⁹⁶⁾。

電力については伝統的に上下一体方式による九電力の独占体制が取られ、その他の発電企業(卸電気事業者)もその体制に組み入れられていた。

旧電気事業法を引き継いだ一九六四年電気事業法は、使用者の利益保護、電気事業の健全な発展、保安の確保、公害の防止を目的とする。許可を受けた電気事業者は需要者に供給義務を負い、許可を受けて電気料金(公正報酬)の下での原価主義)等についての供給規定を定め(電気供給約款、電気供給条件)、事業監督・業務規制・保安規制に服し、公益事業特権を有する⁽⁹⁶⁾。異常湧水等により電気の需給上やむをえない場合、当社の電気工作物に故障が生じ、または故障が生ずるおそれがある場合、当社の電気工作物の修繕、変更その他の工事上やむをえない場合、非常変災の場合、その他保安上必要がある場合によって電気の供給を中止・制限した場合、損害賠償責任を負わない旨の約定がある(その他顧客に原因のある供給停止⁽⁹⁶⁾)。

従来体制に対して新規参入する者はなかった(自然独占⁽⁹⁷⁾)。その後、市場の活性化のための規制緩和が必要とされ、一九九五年に卸発電市場の自由化、特定電気事業の創設等を規定する電気事業法改正がなされた⁽⁹⁸⁾。二〇〇〇年には大口需要者への電力小売の自由化を規定する改正がなされた。小売り自由化は徐々に範囲を拡大し、二〇一二年「電

力システム改革の基本方針」が小売全面自由化、卸電力市場活性化、送配電部門の広域性・中立性の確保（送配電部門の法的分離）等が提言され、二〇一六年に小売自由化が行われ、二〇二〇年に発送電分離が決定された。⁹⁹⁾

原子力発電所については、一九七八年日本原子力発電の東海発電所をはじめとして、九電力が設置し、現在、三六基中九基が再稼働中である。

地域独占に対する競争の導入が意図され、そのために発送配電の分離がなされるのである。発電、送電、配電のそれぞれを別会社の競争に委ねることが可能となり、新たな責任問題が生じる。

この点は国が事業活動を行っていた事業を民間化する場合に上下一体方式で行うのか、上下分離方式で行うのかの議論があり、JRは一体化で行い、高速道路、空港は分離方式で行ったのであるが（異なる意味を持つものもある）、電力事業の規制緩和においても一体化は従来の九電力体制であり、新たに分離方式を可能とすることによって、競争がもたらされるが、安全性の疑念が生じ、事後責任と競争を経て適切な事業者の残存を待つことになる。

二〇一三年四月「電力システムに関する改革方針」においては、大きく分けて三つの改革を行うこととしている。第一は、需給のひっ迫や出力変動のある再生可能エネルギーの導入拡大に対応するため、二〇一五年を目的に「広域の運営推進機関」を設立し、広域系統運用の拡大を図ることである。これにより、従来の区域（エリア）概念を越えた全国規模での需給調整機能を強化しようとしている。第二は、家庭部門を含めた全ての需要家が電力供給者を選択できるようにするため、二〇一六年を目的に小売の全面自由化を行うことである。その際、需要家が適切に電力会社や料金メニュー、電源別メニューなどを選択できるよう、国や事業者等が適切な情報提供や広報を積極的に行い、また、スマートメーターの導入などの環境整備を図ることで、自由な競争を促すとしている。ただし、一般電気事業者

の料金規制は、実際に競争が進展していることを確認するまでの間、経過措置として継続するとしている。また、料金規制撤廃後も、需要家保護のため、最終的な供給保証を送配電事業者が行う等の措置を講じ、さらに、小売の全面自由化と併せ、発電の全面自由化等を行うとしている。第三は、発電事業者や小売電気事業者が公平に送配電網を利用できるように、二〇一八年～二〇二〇年を目途に送配電部門の中立性の一層の確保を図ることである。具体的には、一般事業者の送配電部門を別会社とするが会社間で資本関係を有することは排除されない方式(「法的分離」)を実施する前提で改革を進めることを提案している。この際、送配電事業については、引き続き地域独占とし、総括原価方式などの料金規制により送配電線等に係る投資回収を制度的に保証する予定である⁽¹⁰⁾。

電力部門の規制緩和、自由化により、垂直的統合が分離する可能性が生じているが、その際の責任のあり方が問題となる。あくまでも基本事業者をベースにした分離とするか完全分離とするかである。また、事業法もあり、政府提言も見られるように、公的関与の大きい分野であり、行政の監督責任等も問題となる。発電体制として原子力発電を主力とする体制であれば、現状に変化がないものと考えられ、公的関与と癒着の問題が重要となる。

民間化関連判決として、津地判平成二七年三月一九日LLI/DBは、ごみ固形燃料(RDF)発電所(県が企業庁に事業経営をさせ、同庁が被告に設計施工及び管理運営を発注)の貯蔵槽内のRDFが発熱・発火した第一次・第二次火災事故の発生と損害に関し、事業主体の県と、運営管理を受託した富士電機とが、事故処理費合計約五四億円を負担を求めて互いを訴えた訴訟である。「県側はRDF施設の整備事業計画で、「富士電機が裁量と責任で設計する」と規定しているにもかかわらず、防災や臭気、換気、防湿の対策に不備があった」と主張。温度の異常上昇などに對する適切な処理を怠った点や、発熱発火の原因とも言われるRDFの保管が不適切だった点などを指摘し、約

二二億五〇〇〇万円の支払いを求めた」。「企業側は、『県がRDF発電所に関する設計・施工契約と運転維持管理契約を守らなかったことが事故を招いた』と主張し、爆発直前の火災を『予見不可能だった』とする一方、爆発については『火事以降の原因究明や安全対策が十分でなかった』と認め、県との応分を合わせた約三一億四〇〇〇万円の支払いを求めている」。判決理由では、「企業側の過失として、貯蔵槽設備の不備についての調査や施設の改造等が不十分だった点、再発防止策が実効的なものとなっておらず、再発防止策が順守されてなかった点、外部倉庫に長期保管されていたRDFを貯蔵槽に投入した点、貯蔵槽内の異常発生措置が遅れた点」が指摘された。「県側の過失として、RDFの保管機能が不十分な保管設備の設置、企業からの消防署への出動要請の拒否、外部から見学时に企業に消火活動をさせなかった点などについて、企業庁の注意・保護義務違反などの過失があったとし」、基本的過失割合を第一次事故・被告五五％、原告四五％、第二次・被告八五％、原告一五％とした⁽¹⁰⁾。

原子力発電は、電力会社が行政を利用し進めていったために国との関係、国の責任が問題なる（電源立地地域対策交付金、原子力発電施設等立地地域基盤整備支援事業、エネルギー構造高度化・転換理解促進事業費補助金、自治体は税収増加⁽¹¹⁾）。原発裁判は事業者運営に対する国の責任という点で民間化における公的責任問題と関連する。

福島第一原発は、昭和三八年東京電力が、当地区を建設予定地に内定し、福島県知事に対し用地買収斡旋の正式依頼があり、福島県開発公社が買収実施し、地権者から承諾をとり、昭和四〇年に東京電力に引き渡す。昭和四一年、設置申請し、昭和四一年設置許可が降り、四二年九月、建設工事に着手、四六年三月完成し営業運転を開始した（その後増設されていく⁽¹²⁾）。

原子力損害賠償法は、事業者の無限定無過失責任（慰謝料は身体障害についてのみ認められると解される）とし（異

常に巨大な天災地変又は社会的動乱による免責あり)、事業者以外の責任を免ずる。事業者への責任集中により(無過失責任)、被害者は原子力損害による賠償の請求先を容易に認識でき、損害賠償措置により、事業者は国との補償契約により支払われる一事業所あたり最大一二〇〇億円の補償金を被害者に対する賠償のために利用することができ、損害賠償措置を超える賠償額が生じた場合、国からの援助による経営の安定が見込まれるため、事故後に生じた必要な事業資金については金融機関からの融資を受けることができる。

今回の原発事故の損害賠償については、地震による津波に起因する今回の原子力事故が原賠法の免責規定に該当するのか、免責の場合の国による被災者への救済はどのようなものか議論があり、一二〇〇億円の賠償措置は一定程度には機能したが、今回のような過酷事故による大規模な原子力災害には有効と言え難く、事故後に急遽制定された原子力損害賠償支援機構法により当面の原子力事業者に対する資金援助等の仕組みが構築され(我が国では事業者の賠償責任は無限とされているため、賠償措置額をはるかに超えた賠償負担は事業者の資力を大きく超過することとなつた)、原賠制度に基づき原子力事業者が一義的に責任を負うとする一方で、当初より国策として原子力発電を推進し、許認可に密接に関連してきた国家の責任についての考え方が議論された。⁽¹⁰⁾二〇一一年原子力損害賠償支援機構法に対して、「東電は、かたちのうえでは補償責任を負い、被害者への支払いを行う」が、「その原資は、機構を通じて国が出し、東電が電気料金から返納する。税金か電気料金の違いはあれ、利用者に負担が添加される。「東電は一見責任を負わされているようだが、株主、債権者は応分の負担を免れている。そして政府は、支援機構法によって『延命』された東電の背後に隠れ、資金援助をするのみで、前面に立って責任を果たそうとしていない」とされる。⁽¹¹⁾

原賠法では、原子力事業者に対して責任を集中しているため、これにより、国又は地方公共団体の責任が免除され

るかどうかとの議論がある。これは、責任集中の射程の問題ともなるが、上述のとおり、原子力事業者への責任集中の根拠が、被害者による賠償請求先の特定の容易化と関連事業者による資機材の安定供給等にあるのであれば、国又は地方公共団体まで免責とする趣旨は含まれていないと解することができる⁽¹⁰⁾と考えられる。

前橋地判平成二九年三月一七日判時二三三九号一四頁は、「福島原発事故により県外に避難した原告ら（一三七名）が、被告電力会社（相被告）は本件地震による津波は予見できたとし、被告国（被告）は相被告に対する規制権限を行使しなかったなどとして、平穏生活権を侵害されたとして、被告らに対し、損害賠償（一人当たり一一〇〇万円）を求めた事案であり、「被告らは、本件原発の敷地地盤面を優に超え非常用配電盤を被水させる具体的危険性を有する津波の到来を予見できたとし、相被告は、経済的合理性を安全性に優先させたと評されてもやむを得ない対応をとり、電源車の高台配備等の暫定的な対策さえ実施しなかった等とし、被告は、規制権限を行使して相被告に本件結果回避措置を講じさせるべきところ、同権限を行使しなかった違法性が認められる等として、一部原告らの請求を一部認容し、その余の原告らの請求を棄却した」。

京都地判平成三〇年三月一五日判時二三七五・三三七六合併号一四頁（福島第一原発事故により福島県、茨城県、栃木県及び千葉県から避難した者らの電力会社に対する原子力損害賠償法三条一項、民法七〇九条に基づく損害賠償請求と国に対する国家賠償法一条に基づく損害賠償請求⁽¹¹⁾）は、電力会社に対する原子力損害賠償法三条一項に基づく損害賠償請求を認めるが、慰謝料増額に値する重過失はないとして七〇九条責任を否定し（予見可能性、結果回避義務違反は認める）、電気事業法又は核原料物質、核燃料物質及び原子炉の規制に関する法律に基づく規制権限を行使しなかったことが国家賠償法上違法であり、国の責任を認める。そして、自主的避難について、居住区域によって判断基

準や考慮要素を設定し、避難時期、福島第一原発との距離、周囲の住民の避難状況、避難者自身が放射線の影響を懸念しなければならぬ特別の事情があるかどうか等を踏まえて、個別具体的に避難の相当性を判断し、避難後一定期間内(おおむね二年間)に生じた損害は相当因果関係があるとする。

(6) ガス

ガス事業はガス事業法の規制の下にあり、民間主導の業界であるとしても、公的規制が強く、規制産業であり、自然独占であるために、公的主導による自由化がなされる(規制緩和)。この下で民間参入化による責任問題が公的規制の位置づけと共に生じる。また、電力とのエネルギー競合において劣位にある問題もある。

ガス事業は、一般ガス事業(六五%)、簡易ガス事業(一%弱)、LPガス販売事業(三四%強)とあり、「一般ガス事業は、ガス事業法に基づく許可を受けた一般ガス事業者が供給区域を設定し、その供給区域内の利用者に対し導管によりガスを供給する事業であり、都市部を中心に、規模の経済性を活かし、一定規模の効率的な導管網を敷設することにより発達してきた。」¹⁰⁾「導管等に係る設備投資コストが大きく、規模の経済性が働くことを主な要因として自然独占性を有しているため、一般ガス事業者にはその供給区域での独占供給を認めるとともに、独占に伴う弊害から利用者を保護するため、料金その他の供給条件について経済産業大臣の認可を受ける(同法第一七条)などの規制が課せられている。また、正当な理由がなければガスの供給を拒んではならない義務(同法第一六条)も課せられている。」¹¹⁾

一九六九年以降液化天然ガスが主流となる。

「天然ガスの九七%を占める輸入LNGはLNG一次受入基地で受け入れられた後、気化器において気化され、都市

ガス用として熱量調整・付臭が施された上で、導管により需要地に輸送される。LNG基地から遠方の需要地には、タンクローリーや内航船、鉄道貨車で輸送し、現地基地（サテライト基地）で気化・供給する場合もある。」

「一般ガス事業者の数は、全国で二〇九（二〇一三年一月現在）あり、そのうち公営事業者が二八（約一三％）である。戦後七五であった事業者数は、人口増加と都市化に伴い、一九五五年頃から急速に増加して一〇〇を超え、一九七六年に最も多くなり二五五となった。その後、主に市町村合併による公営事業の統合・譲渡があったために減少している。一方、需要家数は、天然ガスの導入により高压導管でより大規模かつ効率的な供給が行えるようになったこともあり、一九八〇年の約一、七〇〇万件から二〇一二年で約二、九〇〇万件に増加している。」

「東京ガス、大阪ガス、東邦ガスの三社は、供給区域内やその周辺に複数の大規模なLNG一次受入基地一を保有し、三社合計で一三万kmを超える導管網を通じて、二、〇〇〇万件以上の需要家にガスの小売りを行っている。また、周辺的一般ガス事業者などに相当規模のガスの卸売りも行っている。」

「北海道ガス、仙台市ガス、静岡ガス、広島ガス、西部ガス及び日本ガスは、LNG一次受入基地を保有し、主にそれにつながる導管網を通じてガスの小売り及び卸売りを行う点で、①の大手三社と同様であるが、LNG一次受入基地が一又は二カ所に限られ、保有する導管網の規模や販売量等で大手三社と差がある。これら六事業者で一般ガス事業の販売量の一割弱を占める。」

ガス導管で卸を受ける業者は、上記の「事業者と導管がつながっており、これらの事業者から導管を通じてLNG気化ガスや国産天然ガスの卸供給を受け、自社の導管網を通じてガスを販売する事業者で、全国に一一九ある（うち公営事業が二二）。需要家の密度が高いこと、国産天然ガスが近隣（新潟県、千葉県）で産出することを背景に、七五

事業者が関東甲信越地域に集中している。事業規模を見れば、従業員数、導管網の規模及び販売量で②と同様の規模を有する事業者から、小規模事業者まで多様である。これらの事業者で一般ガス事業の販売量の二割弱を占める。」

タンクローリーで調達する業者は、「供給区域がLNG受入基地やそれとつながる導管網から離れているため、タンクローリーや鉄道貨車によりLNGを輸送して調達し、現地で気化して自社の導管を通じてガスを販売する事業者で、八一ある(うち公営事業者が五)。従業員一〇〇〜一〇〇〇人の比較的小規模の事業者が多い。これらの事業者で一般ガス事業の販売量の二割弱を占める。」

以上のような状況で、「ガス機器開発・普及拡大や新たな用途開発等の市場拡大に向けた活動は」、「近年では、石油等のエネルギーの代替として産業用の需要が伸びたことや、ガスコージェネレーションの導入が進んだこと等により、一般ガス事業における天然ガス利用はこの二〇年で約三倍に増加している。」シエールガス革命もある。

「一方、家庭における厨房、給湯等の従来型のガス利用は、今後減少する可能性がある。」「人口減少や高齢化、生活習慣の変化により調理の機会が減少すること、高効率機器の普及により利用量が減少することが挙げられる。」

「二九八〇年代から提案され始めたオール電化住宅は、オール電化により電気料金が割引されることや、燃焼機器を用いないこと、ガスを引かないために住宅の建設費用が抑えられること等の利点から普及している。新築市場ではオール電化率が三〇%を超え、地域によっては六〇%を超えている。」

電力に比べて利用方法の便宜性、原油の影響の強さなどで劣っているようであるが、電力の補完としても、災害に對する強さの点でも(原発に比べて)、水素社会の基盤インフラとしても有用であり、受入れ基地の合理化・第三者利用、導管整備(延伸、貯蔵機能の活用)、導管事業者整備(卸供給事業に関する規制の廃止、導管部門の法的分離

（二〇二二年）、託送制度の導入と見直し（同時同量制度）、公営ガス事業者の民間化、小売全面自由化（二〇一七年）などが図られている。¹⁰⁾

ガス供給約款において、承諾義務、供給義務、施設保安義務を規定し、災害・感染症等の不可抗力、工作物の故障、修理実施、ガス漏れの恐れ、その他法令の規定による供給制限・中止の場合、または顧客原因による供給停止の場合に損害賠償責任を負わない旨規定する。¹¹⁾

電力に比べて柔軟性で劣るものの既存の施設の合理的な利用を目指して、自由化が検討されている。

所有と利用の分離により、託送業務が生じ、導管所有者とは別に卸供給事業者、導管利用事業者、小売事業者がそれぞればらばらに活動することも可能であるが（新たな導管設置利用も考えられる）、新規参入事業者としてはそれらを統合して、従来のガス事業者と対抗することになると考えられる（そうすると対抗できなくなりそうである）。所有と利用の分離によってそれぞれに業者を区別するメリットとしては導管貯蔵機能と同時同量制度の見直しによる柔軟な導管利用と貯蔵基地の柔軟な利用の可能性を広げることであるが、所有者の権限が強く、利用者の権利強化の必要性が生じると共に安全性問題が生じ、事故が生じた場合でも安全問題に対応可能な業者の選別に耐えなければならぬ。

電力自由化、ガス自由化により、双方の顧客の奪い合いが生じているが、資源の有限性の観点からはどちらかが完全に優位となることは避けるべきであろう。

設備の共同利用による責任のあり方が問題となる。最判平成二年一月六日裁判集民事一六一号九一頁は以下のよう
に判示する。「(一) 本件ガス消費設備は、本件建物の外壁に沿って集合装置を取り付け、ここにガスボンベを設置し、ボンベのバルブから本件高圧ゴムホースで導管に、導管でベーパーライザーに、それぞれ接続するという構造の

ものであって、一体としてその機能を果たすものである、(二) 導管は、下端を地中に埋め、上端を本件建物の軒下に固定した鉄製パイプ、本件建物の外壁及び本件建物に隣接する作業場建物の外壁にそれぞれ金具で固定されていた、(三) ペーパーライザーは、本件建物内玄関前に打たれたコンクリート上に置かれ、コンクリート面にビスを埋め込んで固定されていた、(四) 本件高圧ゴムホースは、ねじと充てん剤で接続されているもので比較的容易に着脱することができるものではあるが、一年から数年程度の期間にわたり導管との接合を同一にしたまま使用されるものである。「本件ガス消費設備はそれ自体一体として民法七一七条一項にいう土地の工作物に当たり、本件高圧ゴムホースはその一部をなすものとした原審の判断は、正当として是認することができる、原判決に所論の違法はない」。「本件ガス消費設備は、上告人(供給者)が所有するもので被上告人会社(利用者)に無償で貸与していたものであり、専ら上告人がその保守、管理及び操作を行うことが合意され、上告人の従業員はガスボンベ取替えのため定期的に集合装置の設備してある場所に入入りし、被上告人らもこのことをあらかじめ許諾し」、「上告人は、保守、管理及び操作に関しては本件ガス消費設備に対し直接的、具体的な支配を及ぼしていたから、民法七一七条一項に規定する占有者に当たるとした」原審を是認した。

仙台高判平成三〇年六月七日判時二四二一号二六頁は、「控訴人が、営業していた百貨店の地下一階で発生した爆発事故に関し(被控訴人が都市ガスを供給する地中埋設管からガスが漏えいしている)、ガス会社の被控訴人に対し、①都市ガス供給契約上の債務不履行に基づき、②不法行為、使用者責任又は工作物責任に基づき、選択的に損害賠償金の支払を求めた事件につき」、控訴審は、「爆発の原因につき、継手部を含む地中埋設管の設置又は保存に瑕疵があったとは認められず(通常の地震では想定できないほどの強い力が、地震の強い揺れによって作用したことによると認

められ、継手部を含む地中埋設管の設置又は保存に瑕疵があったとは認められない。被控訴人に工作物責任に基づく損害賠償責任はないとし、被控訴人がガス警報器発報の通報に対し直ちに適切な処置をすべき義務を怠り、点検担当者の指導、教育を怠っていたとも認められず、債務不履行、不法行為又は使用者責任のいずれの責任原因によっても被控訴人に損害賠償責任はないとし、原判決を相当として控訴を棄却した」。

(7) 通信

電電公社は「全国に電話ネットワークを効率的に建設する目的で」、「一九五二年に発足して、国による監督と保護のもとに、電気通信設備の整備・拡充に従事してきた」公法人（特殊法人）であり、主要構成員である経営委員会委員は政府によって任命され、予算は国会の議決を経て、決算は国会の審査を経て、料金も国会の議決を経る料金法定制度であった。⁽¹¹⁾

一九八五年三月までの日本の通信事業は、政府（郵政省）により、国内電話は日本電信電話公社（一九五二年電気通信省所管の国内国際電気通信業務は、公法上の特殊法人とし設立された日本電信電話公社）、国際電話は国際電信電話株式会社（一九五二年国際電信電話株式会社（KDD）法に依り郵政省管轄の特殊会社として設立された国際電信電話株式会社）がそれぞれ郵政省の外郭団体として独占する形で事業を営んでいた。⁽¹²⁾

「電話回線はコンピュータ通信通信用のデジタル情報を音声と同種の機械音に変換して伝送することにも利用できる」（データ通信⁽¹³⁾）。一九七一年データ通信回線利用制度の創設以後、「コンピュータとの結合による新たな通信サービスの利用が徐々に進み」、「通信衛星といった大容量かつ経済的な通信メディアの出現、インターフェース技術の進

歩など電気通信分野の技術革新に伴い、「高度化・多様化する利用者のニーズにきめ細かく対応することが求められるとともに、来るべき高度情報社会の形成過程において社会先導的役割を果たす電気通信事業の効率化・活性化のための適切な法制度および事業主体の再編・改革が必要」となってきた⁽¹⁶⁾。

データ通信分野での柔軟性の欠如から、電電公社の機構改革が企図され(行財政改革の推進に伴う特殊法人の整理合理化においても)、一九八五年テレコム改革が実施された。電電公社の法的独占を規定した公衆電気通信法が廃止され、電気通信事業法が施行され、電電公社はNTTに改組された(分割はされなかった⁽¹⁷⁾)。基本方針は以下である。

「一・電気通信分野における今後の需要動向、技術進歩等に柔軟に対応しうるよう、全分野への新規参入が可能な制度を創設し、民間活力の積極的活用を図る。二・競争原理の導入に伴い、VAN(付加価値通信)事業を含め、民間の創意工夫を生かした多種多様な事業形態が出現するものと想定されることから、電気通信事業全般に関する体系的な法制度の下で、事業形態の多岐性に柔軟に対応できる仕組みとする。三・国民生活に必要な電気通信サービスの確保、通信の秘密及び安全性・信頼性の確保、非常・災害時の重要通信の確保等、電気通信事業の公共性に基づく要請については、競争原理が有効に機能するなかで達成されるよう所要の措置を講ずる。四・民間の創意工夫、技術の進歩が電気通信の発展に最大限活かされるよう、最も公共性の高い事業分野についても、電気、ガス、交通その他の公益事業に関する規律を限度とし、他の事業分野については、それぞれの事業形態に応じた規制は必要小限にとどめる。五・電気通信の自由な利用を促進するため、電気通信回線の利用、端末機器の設置及び自営電気通信設備の使用に関する制限規定を設けない⁽¹⁸⁾」。

電気通信事業法によると、電気通信事業者は自ら通信回線設備を保有する第一種電気通信事業者(NTT、KDD、

NCCなど」と回線設備を借用して付加価値通信サービスを提供する第二種電気通信事業者（プロバイダ・付加価値通信網提供会社・情報サービス会社・機械警備を行う警備会社など）に大別される（NTT、KDDは特別法により特別に監督される）。郵政省は、参入・料金・サービス規制等第一種電気通信事業全体に実質的に関与する。

NTT法、KDD法を伴う自由化の改革の仕組みは航空、鉄道と同様とされる。「特定の特許法人（特殊会社）が、組織法上、特別の法的地位にありながら、事業法（航空法あるいは鉄道事業法）による規制の下で、他の競争事業者との競争に参与する」という点で同様の二本立てシステム（競争と基幹）であるとする。「一般に、従来の『公益事業』の標識としてあげられていた『法的独占』と『公衆の必要性』のためのサービスの二点を備える企業を『公共企業』と呼ぶとすると、規制産業」には、一方では、法律上完全な独占を付与する『純粹公共企業』タイプと、他方で、事業法上、複数の競争的私企業を同列に置いて規制する『競争的私企業』タイプがある」とされ、これら二つのタイプの間、「二本建システム」（「公共企業と競争的私企業の同時併存許容システム」）があるとされる。⁽¹⁸⁾

一九九八年一月一日に国際電信電話会社法が廃止され、特殊会社ではなくなり、他社の国際通信への参入も自由となった。⁽¹⁹⁾長距離電話事業について、NTTとNCC（第二電電、日本テレコム、日本高速通信）の競争が始まるが、NCCはNTTの市内のネットワークに依存する（NTTの市内回線を利用しなければ、NCCの長距離回線を利用できない）。競争が可能であるのはNTTの市内料金の低水準が市外料金に依存していたことと長距離伝送技術の発展可能性にあった。⁽²⁰⁾

NCCは、二〇〇〇年一月一日に第二電電（DDIは京セラとともに一九八七年から一九九一年にかけて、関西セルラー電話、東北セルラー電話、四国セルラー電話など、関東・東海・甲信以外でDDIセルラー系地域会社を設

立し(その後のau)、順次、自動車電話サービスおよび携帯電話サービスをスタートさせた⁽¹⁰⁾を存続会社としKDDと日本移動通信(IDO、一九八七年に、トヨタ自動車・東京電力・中部電力を中心に設立され、関東・東海・甲信地区で、自動車電話サービスおよび携帯電話サービスをスタートさせた⁽¹⁰⁾)を合併、株式会社ディーディーアイ(後にKDDI株式会社)が発足した。

NTTにおいては携帯電話事業が一九九一年にNTTドコモとなり、一九九九年には独占禁止法の改正によりNTT本体が持株会社となり、事業部門がNTT東日本・NTT西日本・NTTコムユニケーショonzに分割された。

現在、情報通信産業は通信業、放送業、情報サービス業、インターネット付随サービス業、映像・音声・文字情報制作業、情報通信関連製造業、情報通信関連サービス業、情報通信関連建設業、研究の九業種であり、一般に伝送インフラ事業者(NTTグループ、ソフトバンクグループ、KDDIグループ、ケーブルテレビ系グループ、電力事業者系グループ、MVNO)、プラットフォーム事業者、コンテンツ事業者、通信端末事業者に分かれる。

電気通信事業法は一九九七年改正において、多様な事業者の参入促進、自由な料金設定を可能にするため、参入規制の緩和として、需給調整条項の廃止・外資規制の原則撤廃がなされ、料金規制の緩和として、料金の認可制から届出制、プライスキップ制度の導入がなされ、ネットワークを借りやすくして多様な事業者による自由な事業展開を促進するため、固定系への接続ルールの導入として、接続約款の認可制の導入、アンバンドルの義務化がなされる。

一九九八年「高度情報通信社会推進に向けた基本方針」として、自由で安全な情報通信が確保される社会(脆弱性の克服、情報の自由な流通と民間の自由な活動の確保、情報通信に関する安全性、信頼性とプライバシーの確保、国

内の治安、防災、安全保障への配慮）等を目指すとし、高度情報通信社会の構築に向けた官民の役割として、「①民間部門の役割（新たな情報通信関連技術の活用に伴い刻々と変化する市場のニーズの的確な捕捉、製品やサービスの機動的な提供、潜在的なニーズの顕在化を促す製品・サービスの開発・提供、電子商取引に関するルールの形成やガイドラインの作成）、②政府の役割（高度情報通信社会の構築に当たり、民間部門の自由な取組みのための、諸制度の柔軟な見直し、不必要な規制の緩和、公正有効競争条件の整備、基礎的・先端的な研究開発の推進、基盤整備に対する公的支援等、ネットワークを利用した犯罪等不正行為への対策、地域間格差や高齢、身体障害等に起因する個人間の格差の是正、政府の情報化の推進、情報通信関連調達の改善等、各省庁、地方公共団体等の連携、情報化による行政事務の効率化や行政サービスの向上）」とする。^②

二〇〇一年改正において、自由・迅速な事業展開の促進、セーフティネットの整備のため、約款規制の緩和として、契約約款の認可制から届出制、接続協定の認可制から届出制、ユニバーサルサービス交付金制度の導入、紛争処理制度の導入がなされ、移動系への接続ルールの導入として、接続約款の届出制、禁止行為規制の導入として特定の事業者に対する不当に優先的・不利な取扱いの禁止等がなされる。二〇〇四年改正において、自由な事業展開の促進のため、参入許可制廃止として、許可制から登録・届出制がなされ、料金・約款の事前規制原則撤廃がなされ、利用者保護の推進として、事業の休廃止の周知義務化、提供条件の説明義務、苦情等の処理の義務化がなされ、紛争処理機能の拡充として、対象の拡大（コンテンツプロバイダーとの紛争）、安全・信頼性規律の強化がなされ、移動系の接続ルールの強化として、接続会計の導入、固定系の公正競争ルールの強化として、機能分離の導入等がなされ、二〇一六年改正において、利用者保護ルールの拡充として、書面交付・初期契約解除制度の導入、不実告知等の禁止、勧誘継

続行為の禁止、代理店に対する指導等がなされ、移動系接続ルールのさらなる強化として、携帯電話網の接続ルールの充実。グループ化・寡占化への対応として、登録更新制の導入、禁止行為規制の緩和、卸制度の整備として、卸業務の事後届出制がなされた。⁽¹⁸⁾二〇一九年改正は、携帯電話の通信料金と端末代金の完全分離、行き過ぎた囲い込みの是正、勧誘の適正化等を規定する。二〇一〇年六月改正放送法は、放送停止事故の防止等、安全・信頼性の確保、放送の公共的役割の十全な発揮という観点から、放送設備に対する技術基準、設備に起因する重大な事故の報告等に関する規定を設け、総務省では放送事業者に対して放送設備を適切に維持することを義務づけるとともに、重大な事故の発生時にはその原因を明らかにして再発防止を徹底させる等、積極的な取組を推進している。⁽¹⁹⁾

電気通信事業の特性として公共性⁽²⁰⁾(国民生活や社会経済活動に必要不可欠であり、国民必需のサービスを提供する公益事業としての高い公共性)があり、自然独占性、即ち、規模の経済性(事業規模が大きいほど競争上有利)や、ネットワーク外部性(加入者が多いほど競争上有利)により、独占に向かいやすい構造があるとされる。

利用者料金その他の提供条件については、累次の規制緩和を経て、原則として事前規制がかかっているが、全国における適切、公平かつ安定的な提供が確保されるべき電気通信役務等の役務について一定の規制を置き、利用者間の利益を阻害しているときは、料金の適正性を担保するため、契約約款変更命令や業務改善命令を課することができる。

固定通信では、加入者回線系の設備(光ファイバ等)を経由して通信することが不可欠であり、移動通信(端末・基地局間の無線アクセスネットワークと基地局・インターネット間の有線コアネットワークから成る(5Gでは大容量データがやり取りされる)では、高いシェアを占める事業者が、他の事業者に対し強い交渉力を保持している。このため、電気通信事業法では、主要なネットワークを保有する特定の事業者に対して、指定電気通信設備制度等を課

している。固定通信は、加入者回線を経由しなければ利用者同士の通信が成り立たないネットワーク構造となっているため、電気通信事業法では、他の事業者の事業展開上不可欠な設備（加入者回線等）を「第一種指定電気通信設備」として総務大臣が指定し、当該設備を設置する事業者に対し、当該設備との接続に関する接続料及び接続条件の公平性・透明性や、接続の迅速性を確保するための規律を課している。第二種指定電気通信設備制度は、基地局回線及び移動体通信役務を提供するために設置される電気通信設備について、相対的に多数のシェアを占める者が有する「接続協議における強い交渉力」に着目し、接続料等の公平性・透明性、接続の迅速化等を担保する観点から非対称規制として設けられた制度である。⁽¹⁰⁾「特定の地域の同種の伝送路設備の電気通信回線の数のうちに占める割合が大きい」「指定電気通信設備」に指定された設備は、他の電気通信事業者への開放が義務付けられる（いわゆる「ドミナント規制」）。具体的には相互接続時の技術的条件やアクセスチャージ等を定めた接続約款を作成し、総務大臣の認可を得なければならぬ。指定電気通信設備には固定電話に関する第一種と携帯電話に関する第二種があり、開放義務が課せられる場合は、総務省令電気通信事業法施行規則に規定⁽¹¹⁾される。

電気通信事業法におけるユニバーサルサービス（基礎的電気通信役務・国民生活に不可欠であるため、あまねく日本全国における提供が確保されるべき電気通信サービス）には、固定電話、公衆電話、緊急通報が該当し、また、NTT法により、電話（国民生活に不可欠な電話の役務）の提供の責務をNTT（持株・東・西）に対して規定し、NTT東西だけでは日本全国の電話網の維持が困難となっていることを踏まえ、接続事業者から応分の負担を求める制度（電気通信事業法によるユニバーサルサービス交付金制度）を設けている。通信サービスを提供する上での基盤となる電気通信設備について、サービス中断等の事故が発生した場合、国民生活や社会経済活動に深刻な影響を与えか

ねないため、安全・信頼性確保のための規律を課している。強制基準である事業者共通の基準として、予備機器、停電対策、耐震対策、防火対策、停電対策等を決め、自主基準である事業者ごとの特性に応じた基準として、業務管理者の職務、組織内外の連携事故の報告、記録、措置、周知等を置き、ガイドラインである努力目標として、全ての電気通信事業者の指標となる基準として、ソフトウェアの品質検証、事故状況等の情報公開ネットワーク運用管理(運用基準の設定、委託保守管理)等を置く。事故の影響度に応じ、期限内に所定の様式で報告を課す^⑧。

「デジタル経済においては、データが価値創出の源泉となるとともに、ICTが経済活動の根本となるコスト構造を変革。時間・場所の制約を超えた活動を可能とする『市場の拡大化』が進むとともに、規模の制約を超えてニッチ市場を成立させるという『市場の細粒化』も進んでいる」。「新たなコスト構造に適したビジネスモデルを構築したICT企業があらゆる産業に進出し、従来のビジネスモデルを成り立たなくさせる『デジタル・ディスプレイ』(デジタルによる破壊)も引き起こしている。あらゆる産業の伝統的なプレイヤーは、「ICTを事業のコアと位置付け、ICTと一体化することでビジネスモデル自体を変革する『デジタル・トランスフォーメーション』が必要となっている」。「ICTについても、補完的な改革を行うことで、デジタル経済の進化の先にSocietas.Oを実現し、医療・教育・農業等様々な分野でのSDGsへの貢献等、単なる経済発展にとどまらない社会的課題の解決を実現することが可能」。企業におけるICTのコア業務への位置付け、ビジネスモデルの変革に当たり、自前主義を脱してスタートアップ企業等との協調によるオープン・イノベーション、大企業等によるM&Aの活性化、テレワーク等、時間・場所の制約を超えるデジタル経済に即した働き方改革の必要性がある。「デジタル経済の中で、ICTの活用による取引先の多様化・商圏の拡大、遠隔地での仕事の受注、機械による人手不足の補完等が」地方にとつてのチャンスとなる(1

CTインフラの整備やデータの活用取組―5GはIoTのインフラとなり、暮らしや産業、医療、災害対応等のあらゆる分野において活用することで、地方の課題解決が期待される。AI等の新たなICTを、人間の様々な能力を「拡張」（手足の機能、視覚・聴覚、理解・習得能力等を向上）、強化するものと捉える。^⑩

「情報通信技術やデータを活用して第三者にオンラインのサービスの『場』を提供し、そこに異なる複数の利用者層が存在する多面市場を形成し、いわゆる間接ネットワーク効果が働くという特徴を有する『デジタル・プラットフォーム』を提供する事業者」がデジタル・プラットフォーム事業者であり、デジタル・プラットフォームは、ネットワーク効果、低廉な限界費用、規模の経済などの特性を通じて拡大し、独占化・寡占化が進みやすいとされていること、データの集積・利活用が進展することにより、競争優位を維持・強化する循環が生じるとされていること、消費者の個人情報等の取得・利用に対して懸念する声があることから、優越的地位の濫用では、自己の取引上の地位が取引の相手方である消費者に優越しているデジタル・プラットフォーム事業者が、取引の相手方である消費者に対し、その地位を利用して、正常な商慣習に照らして不当に不利益を与えることは、該当取引の相手方である消費者の自由かつ自主的な判断による取引を阻害する一方で、デジタル・プラットフォーム事業者はその競争者との関係において競争上有利となるおそれがあり、このような行為は、公正な競争を阻害するおそれがあることから、不公正な取引方法の一つである優越的地位の濫用として、独占禁止法により規制されると指摘する。どのような場合に公正な競争を阻害するおそれがあると認められるのかについては、問題となる不利益の程度、行為の広がりなどを考慮して個別の事案ごとに判断することになる。^⑪

通信事業については自由な利用が求められ、固定通信でも移動体通信でも指定電気通信設備制度が行われ、多様な

業者参入が必要とされるのであるが、寡占状態である。設備・業務は公共的性質を有し利用者保護が求められるが、免責条項の効力が認められる。

電電公社の責任を問う東京高判平成二年七月二二日判タ七三三四号五五頁は以下のように述べる。「昭和五九年一月一日、Y(被告・被控訴人)世田谷電話局管内世田谷通り地下の通信用ケーブル専用溝(洞道)内で火災が発生し、洞道内の電話ケーブルが焼損したため、加入電話回線等が最長一〇日間不通になり、同電話局利用者の通信が途絶した。そこで、地元の飲食店主X(原告・控訴人)らは、電話が不通となったため出前や注文が減少し多大の営業上の損失を被ったとし、Yに対し、営業損害、慰藉料等総額四七〇〇万円の損害賠償を請求した」(公衆電気通信役務提供契約の債務不履行責任、国家賠償法一条一項の責任、使用者責任、营造物責任、工作物責任)。Yは、公衆電気通信役務の不提供には、公衆電気通信法一〇九条が排他的に適用されるから、Xらの請求は主張自体失当であるなどと論じた。控訴審は、「一〇九条の規定がXらの主張する民法及び国家賠償法の各規定に優先して排他的に適用されるものと解した」。「その根拠として、(一)公衆電気通信法一〇九条は、国賠法五条にいう別段の定めにあたること、(二)公衆電気通信法一〇九条の規定は、債務不履行による場合と不法行為による場合とは何ら区別していないから、債務不履行の場合でも民法の一般規定に対する特別規定に当たること、(三)公衆電気通信法一〇九条の限定賠償制度は、可能な限り低廉な料金で良質な電気通信役務を公平に提供しようとする趣旨にそうものであること、(四)損害賠償額の制限は、合理的配慮をしたうえのやむをえない措置であって、著しく不合理なものではないことを」挙げる。「本判決は、故意又は重大な過失がある場合にも、公衆電気通信法一〇九条が排他的に適用すべきであるとしたが、その理由として、(一)故意又は重過失と単なる過失を区別することは必ずしも容易でないこと、(二)利用者に対する賠償事務

は公平かつ迅速に処理されるべきであること、(三) 賠償額の制限が無意味に近いとはいえないことなどを挙げてい
る」。被害者救済の観点から、故意又は重大な過失の場合にも適用してしかるべきかどうか疑問がなくはないとする。

公衆電気通信法一〇九条は、公社が公衆電気通信役務を提供義務不履行において、電報の遅れ、内容相違、電話不
通に限り賠償責任を負うとし、損害額も限定する。電気通信事業法は報告義務を課すだけで、損害賠償規定を置か
ない(二八条)。通信事業者は免責条項を置く。例えば、ソフトバンクデータ通信免責条項は以下である。第四八条
(責任制限) 当社は、データ通信網サービスを提供すべき場合において、当社又は協定事業者の責めに帰すべき理由に
よりその提供をしなかったときは、そのデータ通信網サービスが全く利用できない状態(当該契約に係る電気通信設
備による全ての通信に著しい支障が生じ、全く利用できない状態と同程度の状態を含みます)にあること
を当社が知った時刻から起算して、第三七条(定額利用料の支払義務)第二項第二号の表の一欄に規定する時間以上
その状態が連続したときに限り、データ通信網契約者の損害を賠償します。ただし、協定事業者が協定事業者の契約
約款に定めるところによりその損害を賠償する場合又はデータ通信網サービスについて、無線の特性に起因する事象
により全く利用できない状態となる場合は、この限りでありません。二前項の場合において、当社は、データ通信網
サービスが全く利用できない状態にあることを当社が知った時刻以後のその状態が連続した時間(第三七条(定額利
用料の支払義務)第二項第二号の表の一欄に規定する時間の倍数である部分に限りません)に対応する当該データ通信
網サービスに係る料金表第一表(料金)に規定する定額利用料を発生した損害とみなし、その額に限り賠償します。
三前項の場合において、全く利用できない状態が連続した時間に対応する料金額の算定に当たっては、料金表通則の
規定に準じて取扱います。四 当社の故意又は重大な過失によりデータ通信網サービスの提供をしなかったときは、前

三項の規定は適用しません。^⑩

また、プロバイダ責任制限法は、ウェブページや電子掲示板などでの情報の流通によって権利侵害が発生した場合に、それによって生じた損害やその防止措置によって生じた損害について、一定の条件のもとプロバイダ等は賠償の責任を負わないとする。

郵便法六八条、七三条の免責・責任限定規定の効力について、差押命令送達遅延事例である最判平成一四年九月一日判タ一一〇六号六四頁は「当該行為の態様、これによって侵害される法的利益の種類及び侵害の程度、免責又は責任制限の範囲及び程度等に応じ、当該規定の目的の正当性並びにその目的達成の手段として免責又は責任制限を認めることの合理性及び必要性を総合的に考慮して判断すべきである」との基準を設定し、郵便業務従事者の故意又は重大な過失によって損害が生じた場合に、不法行為に基づく国の損害賠償責任を免除し、又は制限している部分は、憲法一七条に違反して無効であり、さらに、特別送達郵便物については、右に加え、郵便業務従事者の軽過失によって損害が生じた場合に、国家賠償法に基づく国の損害賠償責任を免除し、又は制限している部分も、憲法一七条に違反し、無効であると判断して、原判決を破棄し、本件を原審に差し戻した(郵便法は改正される)。

このように情報通信は郵政省外郭団体の独占事業から、その発展性のために自由化が要請され、サービス提供者、設備管理者等多くの業者が関係するが、固定通信業者の子会社、ソフトバンク等の独立事業者の子会社等、寡占状態である。そして、接続障害などが生じた場合、サービス提供者の免責条項で片付けられるように思われる(事業の発展性から公共性が緩和される)。電電公社の時代には公共性から国家賠償責任が認められており、免責条項はなかった(公衆電気通信法一〇九条の責任制限はあった)。事業の発展性から公共性の意義が変化した分野であり、寡占状態

での個々の業者の責任を明確にすべきであり、免責条項の効力を明確にすべきである。

（８）社会インフラに関する民間化における責任の特色

インフラの民間化について営造物責任、工作物責任が問題となりうる。営造物とされる場合は設置管理者の瑕疵に對する責任となり、費用負担者も責任を負う。工作物については一次的に占有者、二次的に所有者（無過失責任）が責任を負う。その際に民間化手法が問題となる。また、それぞれ免責条項の効力も問題となる。

交通、水道、エネルギー、情報通信等の社会全体に有用な事業について、公的事业の場合と私的事业の場合があり、インフラも公的所有の場合と私的所有の場合がある。公的事业については、行政改革、地方分権から合理化が要請され、民間化が検討されている。その際、インフラ所有と一体で行うのか、分離するかの問題となる。私的事业についても公的影響が強く、独占状態があるが、ここでも発展のための自由化が要請され、規制緩和が検討されている。その際もインフラについて一体とするのか、分離するかの問題となる。

上下一体型は合理的と考えられるが、施設の維持補修、安全性については自己責任となる。そのために安全性が重視される分野に不適切な面がある。

上下分離型は施設維持管理が公的に行われ、安全性に手厚いために予防が重視される分野、事前規制の必要な分野に有益であると考えられるが、二度手間であり、異なる目的の上下分離もあり、効率性、迅速な発展性に欠ける面があると考えられる。また、国・地方公共団体は委託先の責任を重くすることで免責されるかも問題となる。

このような民間化手法が問題となると共に分野ごとの公共性の検討が必要になる。

国鉄民営化(上下一体型)において鉄道の公共性が引き継がれるのか、瑕疵について安全性(予防)を重視すべきか問題となると共に運行面において新幹線訴訟にみられる公共性の二面性をどう考えるのか問題となる。さらに地方不採算交通の公共性をどう考えるのかも問題となる(民営化し、不採算路線を廃線するのか、民営化せず、不採算路線を継続するのか)。

高速道路の民営化(上下分離型)においても公共性をどう考えるのか問題となり、安全性(予防)を重視すべきか、四三号線訴訟にみられる公共性の二面性をどう考えるのか問題となるが、新規道路開発のメリットは少なく、抑制すべきであり、従前の体制の合理化が主たる問題となる。

空港の民営化(上下分離型)についても公共性をどう考えるのか問題となり(入国に関する問題もある)、安全性(予防)を重視すべきか、大阪国際空港訴訟にみられる公共性の二面性をどう考えるのか問題となる。その際、管理における合理化の要請と航空交通・出入国警備等の公共性が関連する。新規空港の独立運用による航空交通の発展性をどう考えるのかも関わる。

水道民営化(上下分離型)において公共性をどう考えるのか問題となり、必需品でもあり、安全性が重視される(新規事業における創造性の意義は少なく、旧来の体制の合理化の意味が大きい)。有限資源であり、独占状態も生じやすく、公共性が重視される分野と考えられ、合理化のために民間化が必要であるが、危険性もあり、手法が問題となる(諸外国の民営化事例においても再公営化がなされうる)。

電力事業については民間主導の事業であるが、独占性が問題となり、規制緩和が実施される。その際も公共性が問題となり、主要企業が公共的役割を果たすのか、国・地方公共団体が後見的に介入するのか、どちらを重視すべきか

問題となる。原発訴訟では救済が重視され、公的責任が不明確となっている。さらなる民間化がなされる場合に同様に上下分離か一体化が問題となるが、発電事業において公的支援に基づく原子力発電が主流である限り、創造的改革はなされない。

ガス事業も同様に民間主導の事業であり、独占性が問題となり、規制緩和が実施される。ガス事業自体の発展性も問題となり、その際も公共性が問題となり、主要企業が公共的役割を果たすのか、国・地方公共団体が後見的に介入するのか、どちらを重視すべきか問題となり、さらなる民間化がなされる場合に同様に上下分離か一体かが問題となる。

電気通信分野では当初の公共団体の独占事業から、民営化を経て、完全に民間主導の分野となり、さらなる民間化による発展が企図され、自由が最も重視される分野となるが、独占・寡占状態は存する。安全性も重視されるべきであるが、自由な発展のために一体型、事後責任・自己責任型が望ましいと考えられる。莫大な損害が生じる可能性があり、責任限定法もあり、免責条項も置かれ、その効力が重要な問題となる。

このように分野ごとに公共性の意義が異なり、事前予防を重視すべきか、事後責任を徹底すべきか考察することになるが、原則的には完全民間化による事後責任システムで行うべきである（事故の重大性から事前予防の重視されるべき分野は認められるが、依存をもたらし（原子力発電等）、それも含めて自己責任対応が取られるべきである）。

また、交通面の統合的民間化として以下のように言われる。「平成一四年以降、国から地方への権限移譲、財源移譲、規制緩和による国の管理体制の緩和により、自治体と地方交通事業者が地域公共交通施策を考えることになり、平成二五年に交通政策基本法が制定され、人口減少、少子高齢化の加速度的進行において、公共交通事業の厳しさが加速

する中、平成二六年地域公共交通活性化・再生法改正により地方公共交通網再編計画策定が可能となり(骨太の方針でも謳われている)、財源不足の中で官民連携による工夫が要求されている。運行事業者と投資者である設置者を同一とする独立採算制運営(大都市圏では民設民有民営(民営化)が望ましいとされる)だけでなく(鉄道については利用者減少のためにインフラ部分のコストを民間事業者の内部留保で賄うことが困難となり、事後的に税金で補填する『みなし公設民営』事例も散見され、地域公共交通活性化・再生法制定後は公有民営も認められる)、インフラ部分の公有が施設持続の観点から望ましいと(欧米のように)考えられ、平成二七年から国の産業投資資金投入も可能となったが、税金で購入した資産の中途処分等機動的運用が困難となる。地域交通サービスを公共サービスとして公有営方式を維持するあるいは委託料固定で民間事業者のインセンティブを図る民間委託方式も考えられる。資金調達方法においても、車両のオーナーシップ制、購入型クラウドファンディング、交通事業者へのリース等多様な工夫も考えられる。インセンティブを与える補助金制度改革も考えられている。また、公益事業として税制上の優遇を受けて利益を投資家に配当するローカルマネジメント法人も考察されている。総合的に検討するためにPPPを含む地域交通連携スキーム(諸種の公共交通事業者・自治体の連携による複数交通事業者の連携プラットフォームの構築)も考察されている⁽¹⁸⁾。

「社会インフラ整備に関する最近の考え方」に共通するポイントを整理すると、第一は、『選択と集中』の徹底である。公共投資の実施における国と地方の役割分担をより明確にし、民需誘発効果や投資効率などを踏まえつつ、整備を行うことが重要との指摘である。国は、全国的な見地から必要とされる基礎的・広域的事業に集中し、国際競争力を強化するインフラ(ハブ空港・ハブ港湾など)や、民需誘発効果、投資効率の高い社会インフラを選択し、集中投資す

る。また、ICTを用いた社会インフラ自体の生産性向上の取組も重要となる。地方は、地域に密着した事業、地域の特色を生かした事業を行うが、その際も、コンパクトシティの形成八四など、地方における戦略の明確化や優先順位付けが求められる。第二は、民間資金を一層活用することである。整備・運営の効率化や提供されるサービスの質的向上だけでなく、民間による社会インフラ整備・運営により、財政負担の軽減が見込める事業については、民間資金を積極的に活用することが重要である。第三は、アセットマネジメント・リスクマネジメントの改善である。アセットマネジメントとは、社会インフラを資産ととらえ、中長期的な視点から、社会インフラのライフサイクル全体にわたって効率的かつ効果的に維持管理・運営することである。情報の整備・活用、長寿命化計画の策定、コスト面・安全面からの最適な維持管理手法の導入などの取組が求められる。また、大震災などを踏まえて、巨大災害からの国家のリスクマネジメント（ナショナル・レジリエンス）の観点からの脆弱性評価、ICT活用によるモニタリングなどを通じて効率的なアセットマネジメントを推進していく必要がある⁽¹⁸⁾。但し、問題は依存の排除である。

（9）公共施設一般

公共施設の瑕疵については营造物責任が問われる（地方自治法二四四条の二により利用規定が条例で定められる―指定管理者についても）。公共施設の民間化において、所有権を譲渡した場合（民営化も）は所有者と占有者の工作物責任となる。譲渡前の瑕疵については营造物責任を引き継ぐとされる。独立行政法人が引き継ぐ場合はその营造物責任と解されうる。業務委託においては营造物責任が存続する（建物管理も委託する場合は異なる―受託者の占有者としての工作物責任、あるいは公的管理を引き継ぐ者としての营造物責任、この場合、国・地方公共団体の工作物責任

が残るのか議論が生じる)。この場合も上下分離・一体の区別が有益であるが、インフラとその運営をめぐる民間化による上下分離・一体の議論とは異なり、公的関与が強く残りうる(教育・福祉分野)。

また公共施設等の全体を把握し、長期的な視点をもって、更新・統廃合・長寿命化などを計画的に行うことにより、財政負担を軽減・平準化するとともに、公共施設等の最適な配置を実現する公共施設等総合管理計画が実施されている(地方公共団体による「公共施設等総合管理計画」の策定)。

公共施設等総合管理計画に基づく老朽化対策の推進イメージとして、一・公共施設等の管理については、長期的視点に立った老朽化対策の推進、適切な維持管理・修繕の実施、トータルコストの縮減・平準化、計画の不断の見直し・充実、二・まちづくりについては、PPP/PFIの活用、将来のまちづくりを見据えた検討、議会・住民との情報及び現状認識の共有、三・国土強靱化については、計画的な点検・診断、修繕・更新の履歴の集積・蓄積、公共施設等の安全性の確保、耐震化の推進が^⑭いわれる。総合管理計画策定にあたっての留意事項として、一・行政サービス水準等の検討(当該サービスが公共施設等を維持しなければ提供不可能なものであるか(民間代替可能性)など、公共施設等とサービスの関係について十分に留意することが必要である)、二・公共施設等の実態把握及び総合管理計画の策定・見直し、三・議会や住民との情報共有等、四・数値目標の設定、五・PPP/PFIの活用について(公共施設等の更新などに際しては、民間の技術・ノウハウ、資金等を活用することが有効な場合もあることから、総合管理計画の検討にあたっては、PPP/PFIの積極的な活用を検討されたい等)、六・市区町村域を超えた広域的な検討等が挙げられている^⑮。さらに「インフラ長寿命化基本計画」(平成二五年)も参照される。

（10）公園

「都市公園の魅力向上を図るための官民連携手法としては、地方自治法に基づく指定管理者制度、都市公園法に基づく設置管理許可等、PFI法に基づくPFI事業のほか、CSRの観点からの企業協賛など多岐にわたる」。「指定管理者制度は公共施設の管理を包括的に実施するための権限を指定管理者に付与する仕組みであり、多くの地方公共団体に導入されている手法である。一方、指定管理者制度の運用に際しては、都市公園法により、公園管理者（地方公共団体）のみが行う事務も存在していることに留意する必要がある」。指定管理者制度とは別に個々の施設について設置管理許可制度もある（指定管理者が新たに施設を設置する場合も必要）。「また、PFIについては、国土交通省都市局が平成二四年四月に策定した『都市公園法運用指針（第二版）』において、『PFIにより行われる民間事業者による都市公園の整備と管理は、公園管理者と民間事業者との間で交わされる契約に基づき、公園施設の建設や維持管理の事実行為を民間事業者に行わせるものであり、法的な権能が付与されるものではない』としており、公園施設の管理運営を行おうとする場合は別途、指定管理者制度や設置管理許可制度等を適用する必要がある」。「従前の管理委託や業務委託は、行政があらかじめ定めた仕様に沿って発注する方法（いわゆる『仕様発注』）であった。これに対して、指定管理者制度の場合、行政は必要とされるサービスの水準（要求水準）のみを民間事業者に提示し、具体的な工法や実施手順については民間事業者の提案に委ねるという方法（いわゆる『性能発注』）が可能となる。このため、民間の発想を生かした経営効率化の手法の導入や利用者に対する接客やサービス提供のノウハウの発揮等により、民間事業者の能力を最大限に引き出し、公共サービスの質の向上が期待できる」。

「都市公園内において、公園施設以外の工作物や施設等を設置しようとする場合は、公園管理者の許可を取得する必

要がある。都市公園法第七条では、「都市公園の占用が公衆のその利用に著しい支障を及ぼさず、かつ、必要やむを得ないと認められるものであつて、政令で定める技術的基準に適合する場合に限り」占用を認めており、具体的な占用物件としては、電柱、電線、変圧塔や競技会や集会、展示会、博覧会などの催しの実施のための仮設工作物が規定されている。「都市公園において物品の販売・頒布を行う場合、催しのために都市公園の全部又は一部を独占して利用しようとするときは、各地方公共団体の条例に基づき、あらかじめ公園管理者の許可を得る必要がある」。

PFIは、民間資金等の活用による公共施設等の整備等の促進に関する法律による公共施設の整備、運営維持管理に係る制度である。「PFIを活用することで、民間事業者の資金調達のもと、長期間にわたる都市公園の整備及び運営維持管理について、民間事業者に実施させることが可能となる。ただし、公園施設のうち、利用料金施設について、PFI事業者を利用料金を徴収させる場合には、PFI事業者を、別途指定管理者として指定する必要がある。また、公園施設を活用して収益事業を実施する場合には、PFI事業者に対し、別途設置管理許可を与える必要がある」。「PFIのメリットは、指定管理者制度のメリットとして挙げた『民間事業者のノウハウを生かしたサービスの質の向上』『行政の経費削減』に加え、民間へのリスク移転が図られる点が挙げられる」。「従来、公共施設の整備・運営を伴う事業においては、契約で定められた業務の履行責任は受託者側にあるが、リスクが発生した場合の責任は、基本的に監督責任者である行政が負う。特に、我が国でPFI導入以前にテーマパークやリゾート施設等の整備運営で多く用いられた出資法人による事業手法（いわゆる第三セクター方式）においては、地方公共団体と出資法人等の役割分担が明確でなかったため、事業が円滑に進まなかったケースも見られた。一方、PFIの場合、管理運営の主体は基本的にPFI事業者（SPC）となるため、サービス提供に伴うリスク（需要変動、物価変動、利用者ニーズの変化等）

の大半は民間に移転されることになる。さらに、このリスク移転の範囲を民間事業者との事業契約において明確に定めるため、『官民の責任分担が不明確』という課題も改善されることが期待される。ただし、事業期間中に発生しうるリスクには、民間事業者によって適切にコントロールできるものと、不可抗力や政策変更のように民間事業者には予見・対応しがたいリスクが存在する。全てのリスクを民間事業者へ一方的に移転するのではなく、それぞれのリスクの性質を踏まえて、双方で適切に分担することが望ましい^④。

営造物責任の瑕疵の内容について、最判平成五年三月三〇日判タ八五六号一九七頁は、「幼児が町立中学校のテニスコートの審判台に上って遊んでいたところ、これが転倒し、その下敷きになって死亡したという事故につき」、設置管理者の通常予測し得ない異常な方法による営造物の使用によって生じた事故に対する設置管理者の責任が否定されるべきとされる。「被害者の営造物の使用方法が問題となる場合に先ずもって留意されるべきは、その使用方法を、営造物の場所的環境及び利用状況に即して判断した場合に、本来の用法の範疇で把握し得るのか、異常な用法として把握するしかないのか、その把握の仕方」であるとされる（同旨最判昭五三・七・四民集三二巻五号八〇九頁）。鹿児島地判平成八年一月二九日判タ九一六号一〇四頁は、重さ一四二キログラムのサッカーのゴールを倒して移動させようとしたことにより生じた死亡事故について、「多目的広場は、出入りが自由であったもので、ゴールが転倒しないよう地面やフェンスに固定して保管しておく必要があるところ、ゴールを倒してから移動させるという方法は、ゴールの取扱いとして通常予想されるものであるとして、その設置又は管理の瑕疵を認めた」。

関係者の共同責任について、盛岡地判昭和五三年一月二日判時九三五号九二頁は、観光コースでの高波死傷事故について、観光バス会社と県の共同不法行為責任を認める。バスガイドについては、「当日の波浪の状況に鑑み、被害

者らの一行を事故現場の方へ案内すれば高波により不測の事故が起こり得ることを危惧し、他に安全な回遊コースがないかどうかを確かめるなどして、その一行を事故現場附近へ案内誘導することを避けるべき業務上の注意義務があり、過失があったとする。また、県の責任について、港湾施設であっても観光コースとして利用されていた場合、「高波による危険な事態が発生するのを防止するため、その管理者において、臨港道路附近に、そこが港湾施設であることを明示し、観光客が回遊路のコースと誤信して右港湾施設内へ進入しないよう注意を促すための標示、立札等を設置するか、少なくとも、本件事故当時の如く風雨波浪注意報が発令されている時には、右港湾施設内に立ち入ることを禁止する標識等を設置することが、その安全管理として必要で」あるとして過失を認める。

福岡高判平成一二年八月三〇日判タ一一〇四号一七二頁は、「溪流公園内において崖上からの落木により入園者が死亡した事故について」、「公園利用者の安全について配慮すべき義務がある本件公園の設置、管理者は、本件事故現場について、落石、落木の可能性のある危険箇所として立て札を立てて注意を喚起したり、あるいは立入禁止にするなどの措置をとるべきであった」として設置者の村と管理者法人の安全配慮義務違反責任、村の营造物責任を認める。その際、ここが「福岡県の県行造林であり、森林看守人が置かれていることなどから、そこでは民間とは比較にならないほど高度の管理が行われているものと信じていたものであり、県行造林地域内から枯木の幹が落下してくることは予見できなかった」との主張は認められていない。また、県の責任について、「事故現場南側崖上の原生林は、急傾斜地であつて人が分け入るのが危険であるため植林除外地となつており、とりわけ、本件事故現場南側崖近くは分け入つて管理するのは不可能であり、一般人の立ち入りも予定していないのであるから、右原生林内に枯れ木ある本件樹木が存在していたとしても、通常有すべき安全性を欠いていたということはできず、民法七一一七条の竹木の栽植又

は支持に瑕疵があったとはいえず、「本件事故時の状況では、右原生林の崖下に位置する本件事故現場に本件公園の入園者が近づく可能性があり、それとの関係で入園者の安全性の確保の問題が生ずるが、この問題は正しく本件公園の設置、管理者にかかる問題であって、右原生林の崖下に本件公園が設置されたからといって直ちに右原生林内の樹木の所有者に民法七一七条の無過失責任が生ずるものではない」とされる。

浦和地判平成三年一〇月二五日判タ七八〇号二三六頁は、小学校四年生の生徒が埼玉県秩父市の県立「美の山公園」への遠足に参加し、遊んでいるうち、高さ約四メートルの崖から転落し、死亡した事例において、公園設置管理者である埼玉県に対して、転落を防止するための手段（具体的には、例えば崖の部分に土を入れ、上部斜面から引き続くゆるやかな斜面にするとか、崖の上辺に沿って転落防止柵ないし樹木の植込みを設置するなどの措置）を講ずべき公園管理上の注意義務があるのにこれを怠ったとして、营造物の設置管理の瑕疵による損害賠償責任を肯定し、小学校（大宮市）の責任について、遠足に行く同公園の下見が十分であったとはいえないとして、引率の教師の過失による損害賠償責任を肯定した（転落死亡した児童にも過失があるとし、県との関係では二割、市との関係では五割の過失相殺をした）。

横浜地判平成一三年一二月五日判時一七七四号九八頁は、「市の公園に設置されたゆりかご型ブランコを揺らして遊んでいた低学年の児童が転倒し、ブランコの底部と地面の間隔が狭く、その底部に挟まれて負傷した事故につき」、「幼児や児童が通常予想される遊び方をする過程で生命や身体に重大な危害を及ぼすおそれのあるものを製造・販売することは、遊具というものの性質に照らしても許されない」、そして九歳程度の児童であっても揺らし続けると四〇度以上で揺動することができ、カゴを押すために前進した児童が転倒した場合は、約九〇キログラム（カゴに児童が乗っ

ている場合は、その児童の体重が加算される。)のカゴの底部と地面との間に挟まれて重大な傷害を被るおそれのある危険な構造・形状であったこと(その危険性も高い)、そして、児童が本件ブランコのような構造・形状のゆりかご型ブランコを両側から押し続けて揺動させて遊ぶことは通常予想される使用方法であることは、このような遊具の専門的な製造・販売業者である被告Bにとっては十分予見可能な事柄であったとして製造販売者の責任を認め、「被告藤沢市が、安全な遊具としてみどりの広場において設置・管理し、児童の使用に提供していた本件ブランコは、低年齢の児童であっても両側からカゴを揺らし続けると四〇度以上に揺動し、カゴを揺らす過程で前進した児童が本件ブランコの中心付近に至り、速やかな後退に失敗して転倒した場合」、「児童が、約九〇キログラムまたはそれ以上の重量のカゴの底部と地面との間に挟まれて重大な傷害を被るおそれのある危険な構造・形状であったのであるから、本件ブランコは通常有すべき安全性を欠いていたもの」として市の営造物責任を認める。

営造物について、設置管理者と観光業者・学校・遊具製造販売業者との共同不法行為が認められ、所有者の工作物責任との関係も問題とされる(工作物責任は無過失責任であるが、否定する事例がある)。公園運営の民間化において、指定管理者等の営造物責任・工作物責任において、共同不法行為責任が問題となり、公共性の意義が関連する。

公共施設の営造物責任の考え方、設置管理の瑕疵についての考え方については公共性概念が重要となる(教育福祉施設については後述)。それぞれの施設の持つ公共性の意義が重要であるために、瑕疵認定も公共性に基づくものものとなる(公園管理は民間への全面委託が可能と考えられるが、所有者責任の問題が残る)。このような公共性の意義の把握は公権力行使についても重要であり、統一的に把握されうる。そもそも事業実施者との共同不法行為責任を考える場合も公共性の意義が重要である。民間化においても同様である。自己責任か公共性重視か、事後責任重視か、事

前予防重視かである。

六 教育・福祉分野事業の民間化における公共性の意義

1 教育

教育での市場原理の導入（学校を競争的環境に置く）として、公立学校内での学校選択制、中高一貫教育の導入、構造改革特区制度（教育規制緩和―株式会社学校）、指定管理者制度が検討され、そのための評価制度も検討されてきた。⁽⁸⁾ 公設民営学校として、公立学校民営化、特区での公私協力学校が行われている。チャータースクールとは、保護者、地域住民、教師、市民活動家などが、その地域で新しいタイプの学校の設立を希望し、その運営のための教員やスタッフを集め、その学校の特徴や設立数年後の到達目標を定めて設立の申請を行うものであり、認可された場合、公的な資金の援助を受けて設立される。⁽⁹⁾ コミュニティ・スクール（学校運営協議会制度）とは、学校と地域住民等が力を合わせて学校の運営に取り組むことが可能となる「地域とともにある学校」への転換を図るための有効な仕組みである。⁽¹⁰⁾ また、生涯学習関係機関のコーディネーターとしての教育行政機関と民間教育事業者との連携も企図されている。⁽¹¹⁾ 先に述べたように子育て支援として子育て安心プラン、放課後総合子どもプランも企図されている。

そもそも公教育の私教育化が可能かも検討されうる。公教育の費用面での優位性なくし、競争を導入する、公立学校の民間化により費用負担を軽減することができるかである。この場合、教育の公共性（義務教育制度の意義、教員資格制度・教育内容の公的検定制など質の問題）の柔軟化、自由化が可能かが問題となる。

教育施設運営においても、教科指導面等においても担当者には公共性の観点から多くの義務が課されているところ、民間間においてそれらの点がどうなるかが考察されなければならない。私立学校において同様の問題が存するのであるが、大多数が私立学校に変わることも考えられ、再度、多様な教育に関する義務の意義が考察されなければならないとともに、教育外の問題としても義務の存在が考察されなければならない。このためにまず教育制度を見る。

(1) 教育法制^⑤(作成責任者・徳永保、分担者・神代浩・北風幸一・淵上孝「我が国の学校教育制度の歴史について」) 明治五年に学制が公布され、全国の教育行政の文部省統轄が明示された(全国を八大学区、二五六中学区、五万三七六〇小学区に分け、区ごとに各一校設置する計画)。明治一二年教育令は「学区制」を廃止し、町村を基礎に小学校設置。明治一四年「小学校教則綱領」制定、明治一五年頃から全国的に教育が統一化。教科書は、当初文部省及び師範学校で翻訳編集。その後教科書の認可制度開始(一六年)。明治一四年中学校教則大綱、明治一七年中学校通則。

教員について、明治五年東京に直轄の師範学校設立、明治六・七年各大学区に官立師範学校を設置、明治一〇年頃から府県の師範学校が整備、明治一三年各府県に師範学校設置義務化、明治一四年師範学校教則大綱により師範学校の教則を統一。

明治一九年小学校教員免許規則により、原則として師範学校卒業、教員資格検定合格者、ただし、戦前を通じて小学校の授業は多数の代用教員により担当。

文部省の普通学務局は公立学校管理、編集局は教科書の編集を行う。府県(地方長官、学務課長)の役割・権限は、町立学校の設置・廃止等の認可、小学校教則を編成・施行、各種規則の制定、学務委員の選任、学務委員の申

請に基づき町村立学校教員を任命することである。学務委員は。町村内の学校事務を幹理（府知事・県令の監督）する。教育財政は、受益者負担原則である。学制発布当時は国庫補助制度があったが、改正教育令で廃止、教育費財源の不足は授業料に転嫁し、就学率が減少する。

明治一九年帝国大学令、師範学校令、小学校令、中学校令制定各学校種別の規程を整備し、我が国学校制度の基礎が確立する。

明治二〇年頃から小学校令・中学校令の改正、実業学校令、高等女学校令、専門学校令の制定により学校制度を整備し、小学校の義務制実現する。高等師範学校の拡充中等教育の拡充に合わせてその教員養成を拡充。

明治二三年教育勅語発布。明治一九年教科書検定制創設（小学校令）、明治三六年国定教科書制度確立（小学校令）。

明治二三年地方学事通則・小学校令により教育は市町村の固有事務ではなく国の事務であることが明確化。

明治三三年の小学校令により尋常小学校の授業料原則廃止。

大正六年中等教育目的規程を改正し、「特ニ国民道徳ノ養成ニカムベキモノトス」を追加する。

大正七年大学令により官立大学や総合大学のほかに公立・私立の大学や単科大学を認めた。帝国大学の拡大、官立単科大学の設置がなされていく。官立の医学専門学校も医科大学化、専門学校の大学昇格もなされていく。

大正七年高等学校令も改正し、高等科三年、尋常科四年の七年制を原則。公立・私立も可。

大正一一年～昭和三年までに一五の臨時教員養成所を設置。大学や専門学校で所定の単位を修めた者に無試験で中等学校・高等学校の教員免許授与（大正八年）。

大正一五年地方官制改正内務部に置かれた学務課を廃して学務部が新設、視学官には学務部長を充てるとされた。大正七年「市町村義務教育費国庫負担法」成立。市町村立尋常小学校の正教員及び準教員の俸給の一部を国庫が負担(定額補助)、その後経済上の困難のため地方財政が窮乏し、教育費の増額が要求され一二年同法を改正して国庫負担増額、その後昭和五年の改正まで数回増額。

昭和一四年青年学校(中等教育学校に進学をせずに勤労に従事する青少年に対して社会教育を行う)義務制実施。

昭和一六年「国民学校令」、昭和一八年「中等学校令」は、国民学校等の皇国民の基礎的錬成を目的とし、教育内容を改革。

戦後、連合軍総司令部の指導・監督と教育刷新委員会の建議により、軍国主義や極端な国家主義を排除し、戦後教育改革の枠組を形成。日本国憲法に国民の「教育を受ける権利」、保護者の「教育を受けさせる義務」、また、大学の自治と関連して「学問の自由」を規定。これに基づいて教育基本法を制定(教育勅語は排除・失効)。小中高大を基本とする単線型の学校制度へ転換。教員免許制度を創設し、教員養成系大学以外でも教員の資格を取得できる開放制を採用。地方教育行政機関として教育委員会制度を導入(住民の教育行政への参画)、その一方で中央教育行政機関としての文部省は存続。戦前の帝国大学、大学令に基づく大学のほかに高等学校、高等専門学校、医学専門学校、師範学校等を一括して新制大学へ移行。

学校教育法を制定(昭和二二年)。教育の機会均等の実現、学制の単純化(六・三・三制の単線型学校制度の確立)、義務教育の普及向上と義務教育年限の九年間への延長。新制小中学校は昭和二二年に発足。新制中学校は学年進行で昭和二四年に完成。昭和二三年度に学齢に達した盲・聾児に盲・聾学校への就学を義務付ける。

学習指導要領を発表（昭和二二年）。教育課程審議会を設置（昭和二四年）。学習指導要領を改訂（昭和二六年）。教科書は従来の国定教科書から検定制度化。昭和二三年教育要領発表。

新制高等学校が発足（昭和二三年）、学区制・男女共学制・総合制の三原則（後に修正）、私立学校はこの三原則外教育課程の特色は選択教科制と単位制。全日制課程の他に定時制・通信制課程を設置。

教育公務員特例法を制定（昭和二四年）、国立・公立学校の教員について職務と責任の特殊性に基づく特例を規定。全国的な教職員組合が結成。

教育委員会を設置（昭和二三年から都道府県と五大市に設置、その他の市町村は昭和二七年からの全面設置）。

文部省設置法を制定（昭和二四年）、初等中等教育局、大学學術局、社会教育局、調査普及局、管理局の五局編成。権限はできるだけ地方に委譲、専門的・技術的な指導・助言・援助、教育の基準設定とこれを裏付ける財政援助が主な任務。

義務教育費国庫負担制度が廃止され、地方財政平衡交付金に吸収（昭和二五年）。

新制大学が発足（昭和二四年）、国立七〇校、公立一七校、私立八一校で発足、国立大学は一都道府県一大学が原則（地域格差の是正が目的）。二〜三年制の短期大学が暫定的に発足（昭和二五年）。私立学校法を制定（昭和二四年）。

昭和二七年以降、占領下の教育政策を見直し、初等中等教育における国の権能の強化（学習指導要領の法規命令化、義務教育費国庫負担制度の復活、全国学力調査の実施）、教育委員会制度を公選制から首長・教育委員会の二元制度に移行し、首長への予算原案送付権を廃止、教職員の安定的供給による資質向上を図るため、県費負担教職員制度を創設するとともに、教職員の任命権を市町村教育委員会から都道府県教育委員会へ移管、教職員の政治的行為を抑制す

るため、「義務教育諸学校における教育の政治的中立の確保に関する臨時措置法」(中確法)の制定及び「教育公務員特例法」の一部改正を行い、教職員の政治的行為の制限を国家公務員並みに強化するとともに、勤務評定を実施、教育公務員特例法制定により大学の教員人事を評議会・教授会の議に基づくものとする。

公立義務教育諸学校の学級編制及び教職員定数の標準に関する法律(義務標準法)を制定(昭和三三年)、公立高等学校の設置、適正配置及び教職員定数の標準等に関する法律(高校標準法)を制定(昭和三六年)し、当該標準の到達に必要な地方負担分の財源を地方交付税により確保。

大学設置基準(文部省令)を制定(昭和三十一年)、大学設置に必要な教員数や校地・校舎等の施設についての最低基準を規定。国立学校特別会計(昭和三九年)を、国立大学入学定員の急増に対応し、大学設置基準に基づいて安定的かつ計画的に校舎整備を行うために創設。このことにより、決算剰余金を財源とすること、国立大学附属病院の整備について財政融資資金による長期借入金を財源とすること、人口集中地域からの移転に際して跡地売却金を財源とすることなどができるようになった。

高度経済成長後の経済・社会活動の複雑・高度化に伴い必要とされた知識量の増大を、学校教育の質を上げることに対応、小中学校の教育内容の拡大・改善とそのための関連施策の実施。学習指導要領改訂による教育内容の増大及び現代化(教育内容の一層の向上)、学級編制基準の引下げ、教職員定数の改善。教員の資質向上のためのいわゆる「人材確保法」制定とこれに基づく教員給与の改善、現職教員の再教育。管理体制の強化を通じた学校教育の質の担保のため、教頭の法制化と主任制を導入。大学教育の質の向上と大学改革の試み、高度な専門的人材需要への対応のため、無医大県解消に向けた医科大学の新設、技術科学大学の設置。学生運動・大学紛争への対策としていわゆる「臨

大法」を制定大学の管理機能の強化・新たな教育研究組織の導入を目的とした筑波大学を設置。私立大学の定員を超える学生受入れの常態化を改善するため、高等教育計画による量的規制の強化と私立大学等に対し学生実数に応じた施設整備のための経常費補助を開始。

その後、多様な見直しがなされている。「基礎基本の重視」「自己教育力の育成」規定、総合的学習の時間の創設、学校週五日制の段階的導入、高校の教育内容を多様化するための総合学科設置、大学受験者の負担軽減のための大学センター試験の実施など。

その後も多様な見直しがなされている（昭和五二年学習指導要領改訂―ゆとりある充実した学校生活の実現Ⅱ学習負担の適正化（各教科等の目標・内容を中核的事項にしぼる）、平成元年改訂―社会の変化に自ら対応できる心豊かな人間の育成（生活科の新設、道徳教育の充実）、平成一〇年改訂―基礎・基本を確実に身に付けさせ、自ら学び自ら考える力などの「生きる力」の育成、平成二〇年改訂―「生きる力」の育成、基礎的・基本的な知識・技能の習得、思考力・判断力・表現力等の育成のバランス⁽⁴⁾）。

平成一〇年三月に閣議決定された「規制緩和推進三か年計画」において、文部省としては、教育改革の観点を中心に幅広く検討を行い、二八項目を教育関係の規制緩和事項として盛り込んだ（教科書の採択制度の改善等、教科書検定制度の透明化、大学における秋季入学の導入の促進、学位授与機構による単位累積加算制度の本格的検討、大学以外の教育施設等における学修の単位認定制度の見直し等）。地方分権推進計画に盛り込まれた事項は、教育長の任命承認の廃止、社会教育関係職員の設置の義務付けの廃止、緩和、文化財関係の権限委譲の推進、機関委任事務制度の廃止、各種の国の関与の縮減等である。⁽⁴⁾

平成一五年国立大学法人法制定、平成二一年独立行政法人の廃止、民営化、移管等に伴い国立大学法人も見直しの対象となる。平成二七年に国立大学協会がまとめた国立大学法人の直面する問題点としては、運営費交付金、附属病院、施設整備費補助金、寄付金税制、競争的資金、制度・規制の六項目が取り上げられている¹⁶⁾。

平成二五年国家戦略特別区域法附則第二条第四項一により、公立学校の運営を民間に委託する道がひらかれた。「学校法人設立による公私協力学校公設民営とは、国や地方公共団体が施設を設置しその運営を民間に委託することであり、保育園や介護福祉施設等での活用が進んでいる。従来『公』が行ってきた業務について、『民』のノウハウをいかし効率的な管理・運営を行おうとするものである。公設民営学校の設置については、これまで私立学校に限られており、地方公共団体が校地・校舎等を提供し、民間と連携・協力して学校法人を設立する方式で行われてきた。制度として二通りの方式があり、一つは、構造改革特区において高等学校及び幼稚園を対象に『公私協力学校設置事業』として特例を認める方式四であり、もう一つは特区の制度を利用しないものである¹⁷⁾。「公立学校の運営については、定型的な処分行為である警備、清掃、給食を民間委託する例はあるものの、包括的な委託は認められてこなかった」。

『公立学校教育は、設置者である地方公共団体の『公の意思』に基づき実施されるものであること、入退学の許可や卒業の認定等の公権力の行使と日常の指導等が一体として実施されるもの（公権力の行使と単なる事実上の行為との切り分けが困難）であること、等を踏まえれば、これを包括的に委託すること（包括的に委託しつつ、なおこれを公立学校教育と位置付けること）は困難』であるとの法制的整理がなされてきた。したがってこれまでは、公立学校については、公設民営化が認められてこなかった¹⁸⁾。国家戦略特区における公設民営化実施について、「現在の公教育は画一的な部分があり、不登校や発達障害の児童生徒等を含む『全ての子供たちにチャンス、可能性を提供するような

十二分な公教育が行われていない部分がある』ため、『既存の公立学校では十分に対応できない部分について民間ノウハウや活力を導入しながら公設民営を行う』との見解が明らかにされた。これに対し、『義務教育というのは、そもそも規制ではなくて国の責任であり』、『この国の責任をどう全うしていくかという議論が必要』であるとの指摘がなされた。さらに、現行制度下においても、公私協力学校の設置による民間活力の導入や、学習指導要領等の教育課程の基準によらない特別の教育課程の編成・実施を可能とする教育課程特例校制度を活用した特色ある教育の実施が可能であることから、あえて国家戦略特区において義務教育を民間開放の対象とすることの意味が問われた⁽¹⁰⁾。

主体の多様化に関して、学校設置者として一条校については、国・地方公共団体・学校法人・財団法人（特別支援学校、幼稚園）・学校設置会社・学校設置非営利法人であり、非一条校（専修学校・各種学校）については、進学校法人・財団法人・株式会社・社団法人・医療法人・社会福祉法人・宗教法人・個人である⁽¹¹⁾。

（2）実施主体と教育内容

学校法人（公益法人）は私立学校を設置運営する主体であり、学校法人を設立しようとする者は、寄附行為において、その目的、名称、設置する私立学校の種類、名称等所定の事項を定めた上、文部科学省令でさだめる手続（私立学校法施行規則第二条等）に従い所轄庁の認可を受ける（私立学校法第三〇条）。所轄庁は当該学校法人が設置する私立学校に必要な施設及び設備又はこれらに要する資金並びにその経営に必要な財産を有しているかどうか、寄附行為の内容が法令の規定に違反していないかどうか等を審査した上で認可を決定する（同法第三十一条―大学設置・学校法人審議会又は私立学校審議会の意見を聴く）。学校法人には、役員として、理事五人以上、監事二人以上を置かなけれ

ばならない(学校法人の公共性を高めるため各役員について、その配偶者又は三親等以内の親族が一人をこえて含まれない)。学校法人の業務の決定は寄附行為に別段の定めがないときは、理事の過半数をもって行われ、一般に、基本財産の処分等の重要事項については理事総数の三分の二以上の特別決議が必要であり、一定の重要事項については、あらかじめ評議員会の意見を聞かなければならない⁽¹⁸⁾。

学校教育法第二条において、学校の設置主体としては、国、地方公共団体及び学校法人に限定されているが、特区においては、地方公共団体が、教育上又は研究上「特別なニーズ」があると認める場合には、株式会社あるいは実績のあるNPO法人に学校の設置を認める。その際、学校の公共性、継続性・安定性を確保するため、必要な要件を株式会社に課すとともに、情報公開、評価の実施、セーフティネットの構築など必要なシステムを整備するとされる⁽¹⁹⁾。

教育内容について、二〇〇六年には、教育基本法の改正を経て、約四〇年ぶりに全国一斉学力テストが復活するとともに、学校教育法が改正され、文部科学大臣の定めるところにより、学校の自己評価が義務付けられ、「学区制の廃止によって高校選択の幅の拡大と同時に、競争が激化し」、小中学校における学校選択制度により、「受験競争の開始も低年齢化し」、「公教育に対する国家政策の影響は強まっている」とされる。「学校教育法の改正を受けて、二〇〇七年には、学校法も改正され、文部科学省に『教科』ではなく、『教育課程』の決定権限を与え、地方教育委員会を迂回して、文部科学大臣が全国の学校に対して、学力テストに基づく評価を直接に行うルートが確保された。また、教育職員の職位が階層化され、校長が、他の教員に対する指揮命令権限を有することが明確にされ、教員も主幹教諭、指導教諭、教諭に細分化された。教育職員免許法も改正され、一〇年ごとの免許更新制度により、教育職員の専門職としての地位も大幅に低下した」。地方分権の推進と地方交付税制度の改革により、「義務教育費の国庫負担分は、地方

交付税交付金の一部として、国から各地方公共団体に交付されているため、地方交付税法の実質的な廃止と連動させて、国の義務教育費の支出が削減されることになる。そして「市場化」と呼ばれる公教育改革の特徴は、利用者の自己選択と自己責任、教育機関の自律的経営と競争を介して、公教育制度全体が、序列的・階層的に再編されようとしている点にある」とし、第一に、学校選択制と学力テスト導入により、「一斉学力テストの結果を『自治体序列』として公表し、下位の自治体では学力向上施策が集中的に行われ」、現実には自己責任の下に「出身家庭間の経済格差が、そのまま教育格差につながるようになり」、第二に「断片的な情報の記憶を偏重する試験制度と過度な競争によって、学校教育が受験対策としての性格を強め、学校生活の荒廃と子どもへの不安・ストレスを高め」、第三に、「公教育に対する国庫支出が削減された結果、教育財政が公教育の基本的水準を維持するのを困難にし、学校の教育力を強化するために必要な教職員の増加や人学級は一貫して拒まれ続けた」とされる。^⑧

教育事業も公的事業（国民皆学）として発展するが、当初から私立学校の創設も認められていた（ただし、学校法人に限られていた）。行政改革。教育改革として多様な改革が企図されてきた（地方分権による国庫支出の削減もなされている）。教育主体も学校法人に限定されない（特区）。教育内容についても指導要領、検定制度によって一定の質の確保が要請されるが、裁量の余地は私学の方が大きい。教員も免許制により、質の確保が図られる。懲戒免職・分限免職解雇において公立・私立学校教員免許は剥奪される。教育内容・資格についても改革がなされてきている。

（3）教育判例

このような改革において、教育に関する裁判所判断が再度問題となる。

検定について、最判平成九年八月二九日判タ九五八号六五頁は以下のように述べる。小中高等学校では、原則として文部大臣の検定を経た教科用図書(教科書)を使用しなければならないとされ(学校教育法二二条一項、四〇条、五一一条)、この検定を行うための手続、基準等を規定するものとして教科用図書検定規則、高等学校教科用図書検定基準などが設けられている。検定は、原稿本審査、内閣本審査及び見本本審査を経て行うこととされている(検定規則五条)。「文部大臣は、原稿本審査に当たり、教科書として適切であるかどうかを教科用図書検定調査審議会に諮問し、その答申に基づいて合格不合格の決定を行うが、右合格の条件として修正意見を付することもできる(検定規則九条)。

また、検定審議会は、教科用図書検定審査内規(昭和五三年教科用図書検定調査審議会決定)第一、三に基づき、修正意見として指摘するには至らないが、訂正、削除又は追加などの措置をした方が教科書としてより良くなると認められるときは、これを改善意見として指摘する。検定の審査は、教育基本法に定める教育の目的、方針などに一致していること、学習指導要領に示す教科の目標に一致していること、政治や宗教についてその取り扱いが公正であること、の『基本条件』を満たしているかどうか、教科書において取り扱う範囲が学習指導要領に示す目標及び内容になっていること、程度が生徒の心身の発達段階に適切していること、選択及び扱いが学習指導を進める上に適切であること、組織、配列及び分量が学習指導を有効に進める上からみて適切に考慮されていること、誤りや不正確なところがないこと、一面的な見解だけを十分な配慮なく取り上げているところがないことなどの『必要条件』に照らして適切であるかどうか審査するものであるが(検定基準第一章)、新規検定における具体的な合否の判定は、原則として修正意見相当箇所の欠陥の程度に応じて減点方式で評定するものであり、一〇五〇点満点で八〇〇点以上のものが合格又は条件付合格となる。また、改訂検定については、個々の改訂箇所ごとに合否を判定する。条件付合格については、その

後修正意見に従った修正が行われたと認められたときに内閣本審査合格となり（検定規則一三条）、最終的には見本審査において図書として必要な要件を備え完成されたとき合格となつて（検定規則一四条）、一連の審査手続は終了する」とする。

最判昭和五一年五月二一日判タ三三六号一三八頁の旭川学力テスト事件解説では以下のように述べられている。教基法一〇条の解釈の前提として、憲法による公教育制度の觀念の考察が必要となるが、基本的には、国の教育内容決定権能を認め、これを制約するものとして、親の教育の自由、私学教育の自由、教師の教授の自由等が存在する。「教育行政機関の権限は、単に教育の外的事項に限られることなく、教育内容についても許容される目的のために必要かつ合理的と認められる規制を施すことができる」とし、「何が、許容される『必要かつ合理的』な介入であるかについて」、「教育の自主性の尊重、教師の自由な創意工夫の尊重、教育の地方自治の原則等を強調しているところからすれば、『必要かつ合理的』か否かの審査はかなり厳格に行われるべきことを示したと考えられる」。「この点に関連して、学習指導要領の法的効力につき、本判決は、本件当時の中学校学習指導要領は、全体としてみた場合、教育政策上の当否はともかくとして、少なくとも法的見地からは、必要かつ合理的な基準の設定として、その効力を是認することができる、とした」。「学習指導要領は、中学校についていえば、学校教育法三八条、一〇六条により文部大臣に与えられた『教科に関する事項』を定める権限に基づき作成されたものであるが、文部大臣は『教科に関する事項』としてどの程度のことまで定めうるのか」について、「教育における機会均等の確保と全国的な一定の水準の維持という目的のために必要かつ合理的と認められる大綱的な基準」にとどめられるべきだとし、本件当時の中学校学習指導要領は、詳細にすぎない点もあるが、全体としてみれば、右の基準内にとどまるとした。」

教員の義務として、公務員には地方公務員法において、法令等と上司の命令に従う義務、職務専念義務が課され、信用失墜行為の禁止、秘密を守る義務が課され、政治的行為が制限され、争議行為が禁止され、営利企業等の従事制限等が課され、教育公務員特例法において、兼職及び他の事業等の従事に関する規定、公立学校の教育公務員の政治的行為の制限規定が置かれ、研修制度が実施される。

入学式の国歌斉唱の際に「君が代」のピアノ伴奏を行うことを内容とする校長の職務命令に従わなかったことを理由に戒告処分を受けたことに対して、職務命令が思想及び良心の自由を保障した憲法一九条に違反すること等から上記処分は違法であると主張して、その取消しを求めた事案である最判平成一九年二月二七日判タ一二三六号一〇九頁の解説は以下のように述べる。「Xは、『君が代』が過去の日本のアジア侵略と結び付いており、これを公然と歌ったり、伴奏することはできない、また、子どもに『君が代』がアジア侵略で果たしてきた役割等の正確な歴史的事実を教えず、子どもの思想及び良心の自由を実質的に保障する措置を執らないまま『君が代』を歌わせるという人権侵害に加担することはできないなどの思想及び良心を有するとしている」。「問題は、本件職務命令によりXの内心に反する外部的行為を強制することがXの思想及び良心の自由の侵害となるのかという点にあると思われる」。第一に、本判決は「入学式の国歌斉唱の際のピアノ伴奏を拒否することは、Xの歴史観ないし世界観と不可分に結び付くものとはいえず、本件職務命令が直ちにこれ自体を否定するものではない」。「第二に、本判決は、入学式の国歌斉唱の際に『君が代』のピアノ伴奏をするという行為自体は、音楽専科の教諭等にとって通常想定され期待されるものであって」、「本件職務命令は、Xに対して特定の思想を持つことを強制したり、これを禁止したりするものではなく、特定の思想の有無について告白することを強要するものでもなく、児童に対して一方的な思想や理念を教え込むことを強制するも

のとみることもできない。」第三に、本判決は、公務員が全体の奉仕者であると定める憲法一五条二項に加え、地方公務員について職務専念義務等を定める地方公務員法三〇条及び上司の職務上の命令等に従う義務を定める同法三二条を挙げて、Xが地方公務員として職務命令等に従わなければならない立場にあることを指摘し、また、『郷土及び国家の現状と伝統について、正しい理解に導き、進んで国際協調の精神を養うこと。』を小学校教育の目標とする学校教育法一八条二号の定めや、『入学式や卒業式などにおいては、その意義を踏まえ、国旗を掲揚するとともに、国歌を斉唱するよう指導するものとする。』とする小学校学習指導要領の定めを挙げて、本件職務命令はこれらの趣旨にかなうとした上で、「本件職務命令の目的及び内容が不合理とはいえない旨判示している」。

授業や課外活動における教師の注意義務について（最判昭和五八年二月一八日民集三七卷一号一〇一頁、最判昭和五八年六月七日裁判集民事一三九号一一七頁、最判昭和六二年二月六日裁判集民事一五〇号七五頁）、公立と私立とは差がないと解される（国家賠償と使用者責任の相違はあり、個人責任について差異が生じうるが）。

逆に私立学校の自主性について以下のように判決がある。最判平成八年七月一八日裁判集民事一七九号六一九頁は、普通自動車運転免許の取得を制限しパーマをかけることを禁止とする校則について、私立学校は、建学の精神に基づく独自の伝統ないし校風と教育方針によって教育方針によって教育活動を行うことを目的とし、生徒もそのような教育を受けることを希望して入学するものであり、修徳高校は、清潔かつ質素で流行を追うことなく華美に流されない態度を保持することを教育方針とし、それを具体化するものの一つとして校則を定めている、修徳高校が、本件校則により、運転免許の取得につき、一定の時期以降で、かつ、学校に届け出た場合にのみ学習の受講及び免許の取得を認めることとしているのは、交通事故から生徒の生命身体を守り、非行化を防止し、もって勉学に専念する時間を確

保するためである、同様に、パーマをかけることを禁止しているのも、高校生にふさわしい髪型を維持し、非行を防止するためである、というのであるから、本件校則は社会通念上不合理なものとはいえず、生徒に対してその遵守を求める本件校則は、民法一条、九〇条に違反するものではない

最判平成二十一年二月一〇日判タ一三一八号九四頁は、学校案内等に記載された論語に依拠した道徳教育が実施されなかったことに対して生徒の親が私立中学校に債務不履行・不法行為に基づく損害賠償を請求した事案であり、親が子を入学させる学校を選択する際に考慮した教育内容や指導方法が子の入学後に変更されたとしても、特段の事情がない限り、学校選択の自由の侵害はなく、そのような期待、信頼が法律上保護される利益に当た余地があることは認められるが、①それが私法上の権利といい得るような明確な実体を有するものではなく、②学校教育における教育内容等の決定や変更は、教育専門家であり当該学校の事情にも精通する学校設置者や教師の裁量にゆだねられるべきであり、「学校による生徒募集の際に説明、宣伝された教育内容等の一部が変更され、これが実施されなくなったことが、親の期待、信頼を損なう違法なものとして不法行為を構成するのは、当該学校において生徒が受ける教育全体の中での当該教育内容等の位置付け、当該変更の程度、当該変更の必要性、合理性等の事情に照らし、当該変更が、学校設置者や教師に上記のような裁量が認められることを考慮してもなお、社会通念上是認することができないものと認められる場合に限られる」と判示した(債務不履行責任も否定する)。在学契約の性質について、学納金返還訴訟である最判平成一八年一月二七日民集六〇巻九号三五九七頁は入試の合格者と大学との間の在学契約は、消費者契約に該当し、いわゆる不返還特約(入学金を除く授業料等に関するものに限定する)は、在学契約の解除に伴う損害賠償額の予定又は違約金の定め の性質を有するとし、平均的な損害を超える部分が無効とされるとする。

学校の設置管理の瑕疵について、大阪地判昭和五一年二月二七日例タイムズ三四〇号二五四頁は、「公の营造物の設置または管理の瑕疵とは、当該营造物の通常の利用者の判断能力や行動能力、設置された場所の環境等を具体的に考慮して当該营造物が本来備えるべき安全性を欠いている状態をいうのであり、小学校の体育館のごとき施設については、これを利用する児童の危険状態に対する判断力、適応能力が低いことを考えれば、特に高度の安全性が要請されているといわなければならない」とする。東京地判平成二三年九月一三日判時二一五〇号五五頁は、小学生が床に投げ飛ばされ、頭蓋骨折等の傷害を負った事案について、施設のフローリングが文教施設の一般教室やロビー、廊下、通路、階段等やスポーツ施設のエアロビクスルームやランニングコース等の床面に用いられるものとして、設置管理の瑕疵を否定する。

公立学校においては教育内容、校則等が定型的であるが、私立学校においては教育内容、校則等について自由が認められる。この点について私立学校の学生からは教育内容についての意見が出ることになりうる（学力テスト、指導要領等の拘束性、入試制度をどう考えるか、問題解決学習PBL、アクティブ・ラーニング）。

公立学校の教師は定型的な教育方針等に従わなければならないか問題となり（国歌国旗問題）、私立学校教員のこの義務の存否が問題となる。これらの問題においては私立学校においては在学契約や教師の勤務契約上の問題としても生じうる（公立学校は定型的であるために契約が観念されにくい）。公立学校は国家賠償であり、私立学校は七〇九条、あるいは契約責任である（国家賠償と使用者責任の相違の正当化は困難である）。これらの定型的な面に関する相違は義務教育においてはなおさら大きいと考えられる。公立の私立化がなされる場合にはどちらが望ましいかという問題が生じることになる。

保育園も問題となる。幼児に対する国の義務をどう考えるかである。幼稚園は学校教育法上の学校である(義務教育ではない)が、保育園は異なる。ただし、三歳以上の保育園児については幼稚園教育要領との整合性を図った保育所保育指針に基づき、「教育」を行うという運用がなされている⁽¹⁰⁾。保育園についても民間が主導的であるが、国公立もあり、公的規制は存する。認可保育園(児童福祉法上の都道府県認可)については社会福祉法人か公的法人が実施主体として行政指導されていたが、平成一二年になくなる。短時間勤務の保育士の導入、小規模保育園の設置促進、賃貸方式の許容、会計処理の柔軟化、延長・休日・夜間保育、特定保育がなされている。認可外施設に対しても都道府県の指導監督は行われる⁽¹¹⁾。認定こども園(都道府県が条例で定める認定基準を満たすものは、知事から「認定こども園」の認定(施設の設備及び運営に関する基準)を受けられることができる(認定こども園法第四条))は教育基本法の学校の定義に基づき、幼児期の学校教育を行うこと(幼稚園機能)、児童福祉法等に従い、保育の必要な子供の保育を行うこと(保育所機能)、地域の事情や保護者の要請により、必要な子育て支援事業を行うことができる。認定こども園には四つのタイプがある―幼保連携型、幼稚園型、保育所型、地方裁量型⁽¹²⁾。認定こども園法で、幼保連携型認定こども園が教育基本法第六条に基づく「法律に定める学校」である。

塾などの制度外の教育についても公的規制が必要か問題となる(塾は経産省所管である。文科省は学校教育と塾の併存を容認する。学校との連携も図られる場合がある(AO入試等)。消費者庁が行政処分が出されうる)。学習塾が教育行政の一貫を担うのか、教育行政が学習塾の自由度に影響されるのか問題となる⁽¹³⁾。

多様な教育問題として保育園問題があり、公的関与が問題となる。幼稚園は学校教育法の規制があるが、保育園は三歳以上についての指導のみである。認定こども園の扱いが様々であるのも問題となる。放課後の学校利用について

も民間の問題であるが、公的方針の下でのことであり、公的施設を利用する場合もある（前述）。これらの場合に働く女性支援という公共性の意義をどう考えるのか問題となる。

教育は教員資格者による公教育中心に実施されるが（学校法人も公的監督の下で実施する）、学校教育法の下での教育改革が求められ、民間化の実施がどのようになされるのか問題とされ（公私協力学校・公設民営学校設置は可能であるが、どのような場合に行政が設置を考えるのか、また、それを拡大し、学校教育を民間化するか問題となる）、その場合には学校の教育内容、教育方針と学生、教員の関係が問題となる。主体として学校法人を想定する場合はその公共性も認められるが（指導監督の実施）、それ以外の主体を教育主体として考える場合の公共性も問題となる。民間化においても学校法人に委託する場合とそうでない場合がある。教育制度外の教育の問題もある。保育園、放課後支援の問題もある（教育の質は保証されない^⑤）。これらにおいて教育の公共性をどうとらえるのか問題となる。

2 社会保障と社会福祉

社会保障改革として、厚労省は以下のように述べる。国民皆保険・皆年金の達成から半世紀が過ぎ、少子高齢化が進展し、雇用環境の変化、貧困・格差の問題など、社会が大きく変化している。社会保障給付費の総額は、この二〇年で倍以上に増え、今後も高齢化の進行に伴って、増加が見込まれ、財源としての公費のうち四割強が国債で賄われ、将来の世代に過重な借金を背負わせる。社会保障制度の改革とともに、負担を先送りしないために財政健全化を同時達成する「社会保障と税の一体改革」が必要である。全世代対応型の社会保障への転換と財源となる消費税の充当先を現在の高齢者向けの三経費から子育てを含む社会保障四経費に広げることとする。各分野の方向性として、子ども・

子育て分野では、すべての子どもの成長を見守り支え、女性の活躍を成長政略の中核とし、新制度とワークライフバランスを両輪とする社会の形成、医療・介護分野では、病院完結型から地域完結型への移行、地域の病床、在宅医療・介護の充実(川上から川下のネットワーク化)、本人の移行と生活実態に合わせた切れ目のない生活支援サービス、住まい提供のネットワーク(地域包括ケアシステム)の実施、公的年金制度分野では、現状は破綻しておらず、社会経済の状況の変化に応じたセーフティネット機能の強化、長期的な持続可能性の維持強化である。⁽¹⁶⁾

(1) 福祉制度史

社会事業の公的制度化として、実質的には、第一次大戦後の不況による生活困窮者に対する公設市場、簡易食堂、職業紹介事業、公共土木事業等から、軍事救護法に基づく救護課から社会課、社会局とそれに伴う所管事項の拡大に始まる。地方で社会事業行政組織が作られ、民間の慈善救済施設も増加する(中央慈善協会(社会事業協会)も創設される)。戦時中の国民の生活の安定と人的資源の養成・育成を図るため内務省社会局、衛生局を中心に厚生省が創設される(一九三六年方面委員令、一九三七年軍事扶助法、保健所法、母子保護法、一九三八年社会事業法、国民健康保険法、一九三九年少年救護法、一九四〇年国民体力法、国民優性法、一九四一年医療保護法、労働者災害扶助法、勤労者年金保険法、一九四二年国民医療法、戦時災害保護法)。一九三八年社会事業法によって「私設社会事業の範囲を定め、経営者に届け出義務を課すことや予算の範囲内で補助金を交付すること、社会事業経営への税制措置」が規定された。⁽¹⁷⁾

第二次大戦後、戦前の体制を母体としつつ、a. GHQの指導の下に進められる(一九四五年戦災孤児保護対策要

綱、生活困窮者緊急生活保護要綱、一九四六年旧生活保護法、一九四七年児童福祉法、保健所法、一九四八年優性保護法、少年法、民生委員法、医師法、消費生活協同組合法、一九四九年厚生省設置法、身体障害者福祉法、一九五〇年精神衛生法、生活保護法、一九五二年社会福祉事業法）、対日講和条約後、社会保障・社会福祉関係法が再編された（一九五二年戦傷病者戦没者遺族支援法、母子福祉資金貸付法、一九五三年日雇労働者健康保険法、社会福祉事業振興会法、一九五四年厚生年金保険法）。

b. 高度経済成長の展開に伴う産業社会、地域社会、家族社会の変貌により社会保障・社会福祉関係法が展開する（一九五六年売春防止法、一九五七年原子爆弾被爆者医療法、一九五八年国家公務員共済組合法、国民健康保険法、一九五九年国民年金法、一九六〇年精神薄弱者福祉法、身体障害者雇用促進法、薬事法、一九六一年通算年金通則法、児童扶養手当法、一九六三年老人福祉法、一九六四年母子福祉法、一九六五年母子保健法、一九六六年特別児童扶養手当法、一九六七年公害対策基本法、一九六八年原子爆弾被爆者特別措置法、一九六九年同和对策事業特別措置法、公害健康被害者救済特別措置法、一九七〇年心身障害者対策基本法、一九七一年勤労青少年福祉法、児童手当法、勤労婦人福祉法、一九七二年老人福祉法改正）。

c. 低経済成長政策への移行と福祉見直し論に伴う社会保障・社会福祉関係法の動揺と混乱の時期があり（一九七三年公害健康被害補償法、一九七四年雇用保険法、一九八〇年犯罪被害者等給付金法、一九八一年出入国管理・難民認定法）、行財政改革に伴う社会保障・社会福祉行財政の合理化に至る（一九八二年老人保健法、一九八三年健康保険法改正、一九八四年国民年金法改正、児童扶養手当法・児童手当法改正、国の補助金整理合理化臨時特例法、医療法改正法、一九八五年老人保健法改正、機関委任事務整理合理化法、国の補助金臨時特例法、男女雇用機会均等法、派遣

労働法、一九八六年精神保健法、社会福祉士・介護福祉士法、一九八七年国民健康保険法改正、一九八八年国民年金法改正等、民間事業者による老後保健・福祉施設整備法、障害者の雇用の促進等に関する法律、ゴールドプラン、一九九〇年社会福祉関係八法の改正、社会福祉事業法改正、一九九一年育児休業法、一九九三年障害者基本法、一九九四年エンゼルプラン、新ゴールドプラン、ハートビル法、高齢者雇用安定法改正、地域保健法、一九九五年精神保健福祉法、高齢社会対策基本法、一九九六年母体保護法、一九九七年精神保健福祉士法、介護保険法、障害者雇用促進法改正、一九九八年知的障害者福祉法、一九九九年地域福祉権利擁護事業、成年後見制度、労働者派遣法改正、地方分権一括法、ゴールドプラン二一、新エンゼルプラン)、バブル崩壊後、高齢化社会に伴う社会福祉構造改革の実施、社会福祉制度を措置制度から契約制度(支援費制度)、地方分権推進(二〇〇〇年社会福祉法、児童虐待防止法、二〇〇一年高齢者の居住の安定確保に関する法律、DV防止法、ハンセン病補償法、二〇〇二年身体障害者補助犬法、ホームレス自立支援法、二〇〇三年少子化社会対策基本法、次世代育成支援対策推進法、医療観察法、労働者派遣法改正、二〇〇四年発達障害者支援法、高齢者雇用安定法改正、障害者基本法改正、少子化対策大綱、児童虐待防止法改正、二〇〇五年介護保険法改正、障害者自立支援法、高齢者虐待防止法、二〇〇六年学校教育法改正、高齢者の医療の確保に関する法律、認定こども園法、二〇〇七年労働契約法、更生保護法、児童虐待防止法改正、地域福祉権利擁護事業から日常生活自立支援事業、二〇〇八年児童福祉法改正、二〇〇九年ハンセン病問題基本法、二〇一〇年日本年金機構、子ども・子育てビジョン、二〇一一年高齢者の居住の安定確保に関する法律改正、職業訓練の実施等による特定求職者の就職の支援に関する法律、障害者虐待防止法、障害者基本法改正、二〇一二年社会保障改革推進法、障害者総合支援法、国民年金法等改正、子ども・被災者支援法、子ども・子育て支援法、二〇一三年社会保障制

度改革プログラム法、生活保護法改正、障害者差別解消法、障害者雇用促進法改正、生活困窮者自立支援法、二〇一四年まち・ひと・しごと創生法、母子及び父子並びに寡婦福祉法、二〇一五年介護保険法改正、二〇一七年社会福祉法改正、児童福祉法改正、障害者総合支援法改正、介護保険法改正、二〇一八年生活困窮者自立支援法改正、生活保護法改正、子ども・子育て支援法改正、働き方改革関係法、二〇一九年児童虐待防止対策体制総合強化プラン、障害者雇用促進法改正。現在、子育て支援、高齢者就業支援、疾病・介護予防、年金・労働・医療・介護等社会保障全般にわたる持続可能な改革の検討の他に生涯現役活躍社会、個人の自由な選択を支える社会保障、現役世代の負担上昇の抑制、負担の公平化を目指す全世代型社会保障改革が進行している。

d. 主要な経緯として、我が国の社会保障制度においては、一九六一年に全ての国民が公的医療保険や公的年金による保障を受けられる国民皆保険・国民皆年金制度が実現した。その後、正規雇用・終身雇用・完全雇用や、核家族・専業主婦の標準世帯モデルなどを前提に、高度経済成長期において給付改善など基本的枠組みの整備がなされ、一九七三年は「福祉元年」と位置付けられるなど、諸制度の拡充がなされる。平成に入り、バブル崩壊後の我が国経済の停滞に加え、少子化・高齢化がそれぞれ顕著となったことから、社会保障の危機が指摘されるようになった。これに対し、各分野における改革がなされたが、その後も非正規雇用の増加を始めとする雇用基盤の変化、単身高齢世帯の増加などの家族形態の変化、そして急速な少子高齢化といった人口構成の大きな変化等により、給付や負担をめぐる世代間・世代内の不公平性、社会的なニーズに応じたサービスの充実・強化の必要性、将来世代への負担の先送りといった課題が指摘されてきた。一九八九年消費税の導入と併せたゴールドプラン策定（高齢者の保健福祉サービスの増加）、福祉関係八法改正、二〇〇〇年介護保険法施行（措置から契約）、障害者福祉サービスの措置から契約への移行（支援費

制度)・利用者の権利擁護・福祉サービス事業経営の透明化・地域福祉の推進等の社会福祉基礎構造改革関連法、二〇〇六年障害者自立支援法(身体・知的・精神についての公費負担医療制度の一元化)が制定される。こうした状況を踏まえ、二〇〇八年、社会保障国民会議では、社会保障の機能強化に関する具体的提言がなされ、また、翌二一年の安心社会実現会議においては、社会保障(年金、医療・介護、次世代育成)、雇用、教育の連携による安心社会への道筋が示された。最近の動向として、二〇一二年社会保障改革推進法、二〇一三年障害者総合支援法の施行がなされ、二〇一五年子ども・子育て支援制度が施行された。二〇一二年オレンジプランは二〇一五年新・オレンジプランに改定されている。二〇一四年医療介護総合確保推進法は住まい・医療・介護・予防・生活支援が一体的に提供される地域包括ケアシステムの構築を目指す^⑩。高度成長期に蓄積から拡充されるが、低成長期に見直され、バブル崩壊後、行政改革、地方分権改革に合わせた合理化が図られるが、少子高齢化・人口減少問題の影響は大きい。

社会福祉の展開過程は、一・選別的福祉から普遍的福祉、二・施設福祉中心から在宅・地域福祉優先、三・行政主導の措置から利用者の主体的選択、四・公的部門の独占的画一的供給から行使の多元的な主体による参加型供給へと移行している^⑪。医療保険給付、年金保険給付、福祉サービス給付等の社会保障給付費は年々増え続け、少子化社会における問題が生じる(少子高齢化社会)^⑫。

(2) 現行制度

社会保障には、社会保険、公的扶助、社会福祉、公衆衛生、医療(高齢者医療も二〇〇八年から移行する)がある(恩給、戦争犠牲者援護も含まれる)。住宅対策、雇用対策も含まれうる。

社会保険制度は、保険料の拠出に対して保険事故が生じた場合に給付を受ける強制保険制度であり、医療、年金、労災、雇用の四分野で実施され、二〇〇〇年には介護分野で実施された。

公的扶助は生活保護制度である。

社会福祉は、児童福祉事業、障害者福祉事業、高齢者福祉事業、母子・父子・寡婦福祉事業等がある（措置から契約へ移行）。措置制度として、地方公共団体が対象者を社会福祉施設に入所措置する（地方公共団体が措置の実施者である）。地方公共団体が委託費として、対象者の生活費及び施設の事務費を施設に支払い、施設が入所を受託した対象者にサービスを提供する、対象者本人やその扶養義務者に対して、負担能力に応じた費用を徴収する仕組みであった。支援費制度は、サービス利用者が提供者と対等の立場に立って、契約に基づいてサービスを利用できるようにすることであり、サービスの利用者が自らの意思によって自由にサービスを選ぶことができ、行政は福祉サービスの利用料を支援する。自立支援法は、障害者の福祉サービスを一元的に提供する体制を確立し、障害者の就労を促進すること、地域の限られた資源を活用できるように規制緩和を行うこと、公平なサービス利用のために、手続きや基準の透明化・明確化を図ることを目的とする。⁽⁶⁾

公衆衛生は疾病予防、保健指導、生活環境整備などであり、医療は医療従事者養成、医療機関設置等である。⁽⁶⁾

社会保障の内容として、所得保障、医療保障、社会福祉サービスがある。所得保障は社会保険方式による所得保障、児童手当、子ども手当等の社会手当、最低生活費保障のための生活保護の三つに分けられる。医療保障は保健サービス（公衆衛生対策、環境衛生対策、健康増進対策）、医療供給体制整備、疾病による所得減少の補填と治療費の保障である。社会福祉サービスは保護を要する児童・障害者、介護を要する高齢者等社会的援助を必要とする者の保護、サー

ビス提供である(施設サービスと在宅サービス⁽⁶⁵⁾)。

社会保障は、個人的リスクである、病気・けが・出産・障害・死亡・老化・失業などの生活上の問題について貧困を予防し、貧困者を救い、生活を安定させるために国家または社会が所得移転によって所得を保障し、医療や介護などの社会的サービスを給付する制度を指す。社会保障という言葉は社会福祉と同義で使われることも多いが、公的には、社会福祉の他に公衆衛生をも含む、より広い概念である⁽⁶⁶⁾。

社会保障は財源として社会保険(財源のすべてが保険料ではない―年金・医療・介護・労災・雇用)と税収が用いられ、社会福祉事業、公衆衛生事業が行われる。社会保険においては公費負担、応能保険料によって給付反対給付均等原則は崩れている⁽⁶⁷⁾。費用について保険制度のある場合は半分ほど保険料負担となり、残りを公費負担、利用料負担となる。保険制度のないものは公費負担であるか。措置から契約への転換、地方分権化が行われている。社会保険、税収利用のために福祉事業等に公的関与が必要となる。福祉施設については助成金制度もある。

皆保険・皆年金制度が実施されているが、高度成長期に蓄積がなされ、低成長期の福祉のあり方が再考され(今までの蓄積を活用か節約か)、行政改革、地方分権、民間化が行われ、福祉制度が再考され(措置から契約)、少子高齢化問題への対応が急務となる。このような状況での国・地方公共団体の意義(公共性)が問題となる。

国と地方の役割分担について、国は全国的な制度・政策の立案と年金・労働保険事業、都道府県は医療施設と福祉施設の規制などの専門的・広域的な行政(「医療供給の規制・計画、保健所の設置(公衆衛生事業)、医療施設・福祉施設の規制、広域の社会福祉法人の認可、障害認定(更正相談所)、郡部における生活保護、児童相談所の設置)、市町村は医療・介護保険事業、在宅福祉事業の規制などの住民に身近な行政(「国民健康保険事業、後期高齢者医療事業

（ただし広域連合で処理）、介護保険事業、在宅福祉事業の規制、各種福祉施設の入所措置（保有も含む）、市部における生活保護）を行う。地方分権改革進展により、一九八六年に機関委任事務の整理合理化（福祉施設の入所措置が団体事務となる）・福祉施設の入所措置補助率削減、一九九〇年福祉八法改正（在宅福祉事業の法定化、老人・身体障害者入所措置の町村移譲、老人保健福祉計画策定）、一九九九年第一次地方分権改革（一括法―機関委任事務の廃止、地方事務官制度の廃止（国民年金の権限を国に移譲）、地域福祉計画策定、必置規制の見直し（福祉事務所現業員配置基準を標準数に）、市への権限移譲、知的障害者の入所措置の町村移譲）、二〇〇〇年介護保険法（措置から契約）、二〇〇四年三位一体改革（補助金削減、交付税抑制、税源移譲―公立保育所運営費の一般財源化、児童扶養手当、児童手当の国庫負担率削減）二〇一一年第二次地方分権改革（一括法―福祉施設の最低基準の条例委任、介護保険事業者の指定基準を条例委任）が行われる⁽⁸⁾。

国の機関には旧社会保険庁の業務を移管された日本年金機構と全国健康保険協会がある（その他、福祉医療機構、年金積立金管理運用独立行政法人、社会保険診療報酬支払基金等）。自治体機関には保健所、福祉事務所、各種相談所、地域包括支援センターがある。都道府県、政令指定都市、中核市、保健所政令市の設置する保健所には医師、保健師、薬剤師、栄養士等が配置され、医療と公衆衛生に関する専門的広域的業務（精神保健福祉、健康づくり、対物保健業務）を行う（母子保健、老人保健は市町村保健センターに移行）。市と一部町村、都道府県（郡部）に置かれる福祉事務所は、生活保護、母子家庭・児童扶養手当の業務を行う。各種相談所には児童相談所、身体障害者更正相談所、知的障害者更正相談所、精神保健福祉センターなどがある。市町村は介護保険法の地域包括支援センターを置く⁽⁹⁾。実施主体は、医療分野は民間事業者（医療法人等）が多く（自由開業性）、公的医療機関は少ない。営利企業の参入

は禁止され、供給・価格規制があり。混合診療が禁止されている。福祉分野も民間事業者(社会福祉法人等)が多く、施設サービスに営利企業の参入が規制されている(介護保険導入後、在宅サービスについて規制緩和)。民間実施主体と行政の関係には、一、委託(児童自立支援施設・養護老人ホーム等への入所措置)、二、準市場(公的財源で給付が行われる市場の内部に多主体間の競争を取り入れる)、三、民営化(民間主体から個人が自己の財源で自由に購入するもの)があるとされる。「行政は費用負担、許認可による事業者規制、基準設定による基準確保、供給確保のための地域計画の策定などを行うとともに、利用者のニーズの確認、権利擁護、情報提供など」を行う(公的責任¹⁰⁾。

社会福祉分野は、国・地方公共団体が実施主体となる他には主として社会福祉法人が主体となる(施設入所を伴う第一種社会福祉事業は、利用者への影響が大きいため、上記団体しか実施できないが、在宅支援事業である第二種社会福祉事業は任意に実施可能)。「社会福祉法人とは、昭和二六年に制定された社会福祉事業法(平成一二年、社会福祉法に全面改正)により創設された、「社会福祉事業を行うことを目的として、社会福祉法の定めるところにより設立された法人」(二二条)であり、「平成一八年の改正前の民法第三四条に基づく公益法人から発展した特別法人であり、「公益性」と「非営利性」の両面の性格を備えている」。「日本国憲法第八九条で規定している「公の支配に属しない慈善又は博愛の事業に対する公金支出禁止規定」を回避するために制度化されたのが、社会福祉法人制度」である。「社会福祉法人は地域福祉の充実・発展という『公共性』、利潤を目的としない『非営利性』、事業の持続という『安定性』を特徴」とする。「株式会社とは異なり営利目的での社会福祉事業を展開でき」ないが、税制や補助の面で優遇される¹¹⁾。平成二八年改正社会福祉法において、社会福祉法人の公益性・非営利性を踏まえ、法人の本旨から導かれる本来の役割を明確化するため、「地域における公益的な取組」の実施に関する責務規定が創設された¹²⁾。また、地域福祉推進団体

として全国に社会福祉協議会が設置される。

社会福祉法人はその経営する社会福祉事業に支障がない限り、公益事業及び収益事業を行うことができる（社会福祉法第二六条）。例えば、介護保険法に規定する居宅サービス事業、有料老人ホームを経営する事業、法人の所有する不動産を活用して行う貸ビル、駐車場の経営等。指導監査について、厚生労働省において統一基準（指導監査要綱等）を示し、国及び地方公共団体が所管している社会福祉法人の業務及び財産の状況について指導監査を実施する。利用者に対する質の高いサービスの提供に資するよう、福祉事業者が提供する福祉サービスを公正・中立な第三者機関が専門的・客観的に評価する「福祉サービス第三者評価制度」を実施する。⁽¹⁶⁾

社会福祉を担う者について、国家資格制度として、社会福祉士及び介護福祉士法による社会福祉士、介護福祉士、精神保健福祉士法による精神保健福祉士、児童福祉法による保育士、保健師助産師看護師法による保健師、助産師、看護師、栄養士法による栄養士、管理栄養士、理学療法士及び作業療法士法による理学療法士、作業療法士、介護保険法による介護支援専門員、訪問介護員等、社会福祉法による社会福祉主事、知的障害者福祉法による知的障害者福祉司、児童福祉法による児童福祉司等、身体障害者福祉法による身体障害者福祉司などがある。

社会福祉法人制度の近時の動きとして、一九九七年介護保険法の成立によって、介護が、保健医療サービスと福祉サービスを総合的に受けられるサービスとして再構築され、「行政がサービスの対象者と内容を定める措置制度から、利用者がサービスを選択して自らの意思に基づき利用する仕組み（契約制度）へと変更され、介護サービス事業は、サービス選択の保障を図るため、多様な経営主体により提供されることとなった。サービスの種類や内容の多様化も進み、社会福祉の共通基盤制度の見直しとして、平成一二年「社会福祉基礎構造改革では、①自主的な経営基盤の強

化、②福祉サービスの質の向上、③事業経営の透明性の確保を内容とする社会福祉法人の経営の原則が法定され、これに伴って社会福祉法人が行う収益事業で得た利益の充当先の拡大や、第三者評価の受審の努力義務化、福祉サービスの利用を希望する者その他の利害関係人に対する財務諸表の閲覧の義務付け等の改革が行われた⁽¹³⁾。二〇一六年改正⁽¹⁴⁾では、一・経営組織のガバナンスの強化(理事・理事長に対する牽制機能の発揮、財務会計に係るチェック体制の整備―議決機関としての評議員会を必置、役員・理事会・評議員会の権限・責任に係る規定の整備、親族等特殊関係者の理事等への選任の制限に係る規定の整備、一定規模以上の法人への会計監査人の導入等)、二・事業運営の透明性の向上(財務諸表の公表等について法律上明記―閲覧対象書類の拡大と閲覧請求者の国民一般への拡大、財務諸表、現況報告書、役員報酬基準の公表に係る規定の整備等)、三・財務規律の強化①適正かつ公正な支出管理の確保②いわゆる内部留保の明確化③社会福祉事業等への計画的な再投資―再投下可能な財産額がある社会福祉法人に対して、社会福祉事業又は公益事業の新規実施・拡充に係る計画の作成を義務づけ)、四・地域における公益的な取組を実施する責務(社会福祉法人の本旨に従い他の主体では困難な福祉ニーズへの対応を求める―社会福祉事業又は公益事業を行うに当たり、日常生活又は社会生活上支援を要する者に対する無料又は低額の料金で福祉サービスを提供することを責務として規定、利用者負担の軽減、無料又は低額による高齢者の生活支援等)、五・行政の関与の在り方として所轄庁による指導監督の機能強化、国・都道府県・市の連携の推進等が図られた。

このような制度変更に対応して、自己責任の強化が図られるのであるが、依然として、行政との関係が存続し、共同関係のあり方が問題となる。国に依存するのか、民間事業者に依存するのか、家族に依存するのか。弱者(障害者、高齢者、貧困者)の生活を隔離的に保障するのではなく、一個人として尊重し、共通理解を図らなければならず、家

族の意義を第一義と考える場合が検討されなければならない。

（3）福祉制度と国家賠償責任問題と民間化

福祉制度において民間化を問題とする事例が多いが、前述のように、措置処分であるのか否かで公権力の行使か否かが分かれる。行政は福祉に関して公共性の観点から強い介入を求められ、共同関係の検討が必要である。ただし、介護保険制度創設（税方式とは異なる社会保険方式）、地方分権化（機関委任事務から法定受託・自治事務、さらに法定受託事務の軽減化）、措置から契約、医療を含む地方でのトータルケア等福祉事業の民間化が推進され、公的責任についても、国から地方公共団体、さらに民間責任への移行が企図されている（公的責任としては社会福祉法人等の監督責任に限定される）が、新たな連携も企図される（地域包括支援センター）。

福祉施設に関する营造物責任事例として、東京地八王子支判平成二〇年五月二九日判タ一二八六号二四四頁は以下のように述べる。平成一六年一月当時、被告小金井市（ Y_1 ）の設置する小学校の特別支援学級に通学していた小学三年生の X_1 は、自閉症児であり、担任教諭である Y_3 の注意にもかかわらず、体育倉庫へと入ってしまった。「 Y_3 は、 X_1 の入った倉庫の扉を開け、倉庫内にいた X_1 に対し、倉庫に入ってはいけないと言ったでしょう。そんなに入っていたかったら入っていなさいと叱責した上、倉庫の扉を閉め、扉の前で X_1 が出てくるのを待っていたが、 X_1 が出てこなかったため、扉を開けたところ、倉庫内に X_1 の姿がなく、その後、 X_1 は、顔面から出血しながら本件学校一階の昇降口から校舎内へと入ってきたところを発見され」、オトガイ部裂傷、顎関節症、歯牙骨折等の傷害を負った。 X_1 とその両親である X_2 、 X_3 は、 Y_1 、 Y_2 （校長）、 Y_3 に対して不法行為責任（債務不履行責任）、 Y_1 に対しては国家賠償責任（一条と二条）

を求めた。Y₃による閉じこめ行為については、「特別支援学級の担任教諭は、障害を持つ児童一人一人の行動の特質に対し日頃から注意し、自ら危険行為に出るおそれのある児童については、かかる結果の発生を回避すべく十分な指導や配慮をすべき義務があり、X₁に自閉症児の特徴である危険認知能力や判断能力が乏しい面があることを認識しており、閉じこめ行為によってX₁に不安や混乱が生じて、X₁が倉庫から脱出するために窓から外に出ることは十分予見可能であったと判断した(公権力の行使のためにY₁に国家賠償責任がある、また在学契約類似の法律関係における被告市の履行補助者であるY₃に安全配慮義務違反が認められるから、Y₁は、この点について債務不履行責任を負う)。「Y₁及びY₂の安全配慮義務違反の点につき、公立小学校を設置する公共団体や校長に一般的な安全配慮義務があることを前提に、学校教育法八一条が、特別支援学級を設置できる旨規定し、学校教育法施行規則一四〇条二号が『特別の指導を行う必要がある』ものの中に『自閉症者』を規定していることに鑑みれば、特別支援学級の設置されている学校の校長及び当該地方公共団体は、自閉症児をはじめとする知的障害を有する児童の安全を確保すべき高度の注意義務を負う旨判示し、また、X₁らの国賠法二条一項の营造物の設置又は管理に瑕疵があったとの主張に対しては、营造物の設置又は管理に瑕疵があったと認められるかどうかは、当該营造物の構造、用法、場所的環境及び利用状況等諸般の事情を総合考慮して具体的個別的に判断すべきであるところ、特別支援学級を併設する学校においては、健常児に比べて危険認知能力に乏しい児童も在籍していることから、これらの特別支援学級の児童が日常使用する施設については、特に高度の安全性が要請されるというべきである旨判示したが、結論としてはY₁及びY₂に安全配慮義務違反はなく、また营造物の設置又は管理の瑕疵はない旨認定した」。校長であるY₂について、代理監督者として民法七一五条二項に基づく個人責任も否定された(国家賠償責任が認められる場合に公務員の個人責任が否定されるためとする)。

3 社会福祉の個別分野

(1) 医療

a. 医療保険・病院制度

医療保険制度は、被用者の保険（民間の健康保険、船員保険、公務員の各種共済）、非被用者の国民健康保険、後期高齢者の後期高齢者保険があり、強制加入による国民皆保険がなされている。疾病、負傷等の保険事故に対して保費者から保険医療機関に支払いがなされる（患者の一部負担）。医療諸法、療養担当規則を遵守し、診療報酬は「診療報酬の算定方法」に基づき算定される。財源は保険料、公費負担、保費者間の財政調整である（二〇一五年医療保険制度改革法により国保の財政運営単位は市町村から都道府県に拡大される）。「非正規雇用の増大による雇用基盤の変化、医療の高度化による医療費の増加、高齢化と若年人口の減少による人口構成の激変と現役世代の負担増、格差の拡大による医療保険制度の財政基盤の弱体化、という近年の状況の変化に対応するための医療保険制度の機能強化が必要」とされる⁽¹⁷⁾。医療費は保険料約四九%、公費約三九%、自己負担等約一二%である⁽¹⁸⁾。

医療は資格を有する医師等によって行われる。医療機関には病院と診療所があり、開設規制がある。医療施設設置主体は、国、地方公共団体、独立行政法人、地方独立行政法人、国立大学法人、日本赤十字社、済生会、社会保険関係団体、医療法人、個人、その他（公益法人、学校法人、社会福祉法人、会社等）である⁽¹⁹⁾。

「病院の配置は都道府県の医療計画に基づいて行われ、医療法に基づく都道府県知事の許可を必要とする。ベッド数が過剰な場合は開設許可を与えないことも可能であり、需要調整がなされている。多くの病院は、医療法の非営利原則に基づき、地方公共団体、独立行政法人、事務組合や日本赤十字社などの公的組織以外には、医療法人（他には各大

学医学部の付属病院(大学病院)、社会福祉法人、宗教法人、協同組合など)を中心とした非営利組織(公益法人)にしか設立が認められず、会社組織は例外的に福利厚生を目的とした一部企業(ほとんどは大手企業の「健康保険組合」が運営している)や国の特殊法人が管轄した病院を引き継いだJR、NTT、日本郵政などが設立した病院(設立企業関係者以外の一一般の部外者も診察してもらえることが前提)が存在する。ただし例外として、歴史的な経緯(戦前から営まれているなど)から株式会社として運営されている病院がある(麻生飯塚病院や大阪回生病院など)。「個人病院」は非法人立病院(個人事業主)の病院である。⁽⁸⁾ 保険診療には保険医療機関の指定が必要となる。

医療水準(「新規の治療法の存在を前提にして検査・診断・治療等に当たることが診療契約に基づき医療機関に要求される医療水準であるかどうかを決定するについては、当該医療機関の性格、その所在する地域の医療環境の特性等の諸般の事情を考慮すべきであり、右治療法に関する知見が当該医療機関と類似の特性を備えた医療機関に相当程度普及しており、当該医療機関において右知見を有することを期待することが相当と認められる場合には、特段の事情がない限り、右知見は当該医療機関にとつての医療水準である」最判平成七年六月九日民集四九卷六号一四九九頁)について、各種「診療ガイドライン」(診療上の重要度の高い医療行為について、エビデンスのシステムティックレビューとその総体評価、益と害のバランスなどを考量して、患者と医療者の意思決定を支援するために最適と考えられる推奨を提示する文書)が作成されている。⁽⁹⁾

b. 医療制度改革

「少子高齢化、医療技術の進歩、医療に対する国民の意識の変化や医療分野に関する規制改革の観点等、医療をめぐる最近の状況を踏まえ」、二〇〇五年三月に「これからの医療経営の在り方に関する検討会」が、「医療法人に関し、国

民に信頼される医療提供体制の担い手として効率的で透明な医業経営の確立に向け、改革を推進するよう最終報告書を取りまとめた」。(一) 効率性を高める方策として、①経営管理機能の強化、②外部委託の活用・共同化の推進、③附帯業務規制の緩和(二) 透明性を高める方策として、①病院会計準則の見直し等、②経理情報の公開推進、③医療に関する情報提供の推進(三) 安定性を高める方策として、①資金調達手段の多様化、②国庫補助・政策融資などの公的支援の在り方、③経営安定化のための支援策などについての対策を講ずるよう厚生労働省に対し提言している」。

社会医療法人は二〇〇六年医療法改正で制度化された地域住民にとって、不可欠な救急医療等確保事業を担う非営利性・公益性の高い法人である。「公益性の高い医療」として、①休日診療、夜間診療等の救急医療、②周産期医療を含む小児救急医療、③へき地医療・離島医療、④重症難病患者への継続的な医療、⑤感染症患者への医療、⑥筋萎縮性側索硬化症(ALS)など継続的な在宅医療を必要とする患者への医療、⑦災害医療、⑧精神救急医療、⑨心神喪失等で重大な加害行為を犯した者への医療および観察等に関する法律にもとづく指定医療機関が実施する医療、⑩患者の早期社会復帰につながる医療連携等が挙げられている。「従来、上記のような『公益性の高い医療』の担い手は各地の自治体病院だったが、赤字体質が指摘されて久しい自治体病院だけで上記のような医療の提供を存続させることが難しくなってきた。こうした中、自治体病院に代わって公益性の高い医療を担う法人として位置づけられているのが『社会医療法人』だ。国は、医療から介護、福祉に至る広範な医療を提供している医療法人を『社会医療法人』と認定して『公益性の高い医療』にも取り組んでもらうことで、地域医療存続を狙っている。社会医療法人として認定されるためには組織としてみだりな中立性を保つために、経営体制への要件(同一親族内での役員選出への制限など)や、公益性の高い医療に取り組むための医療提供体制の構築が求められるなど、かなりハードルの高い要件が設けられて

いる。ただしその分、自治体病院に回されていた公費を投入されたり、税制上の優遇措置を受けられるようになったりするなど、メリットは大きい。また、ケアハウスや知的障害者施設など児童入所施設の設置・運営や身体障害者療護施設など障害者入所施設の設置・運営といった第一種社会福祉事業に加え、通常の医療法人では取り組めない『収益業務』にも取り組めるようになるなど、通常の医療法人では着手しづらい領域への進出も認められている⁽⁸⁶⁾。

平成二七年医療法改正による地域医療連携推進法人とは「医療機関相互間の機能分担及び業務の連携を推進し、地域医療構想を達成するための一つの選択肢としての、新たな法人の認定制度」であり、「複数の医療機関等が法人に参画することにより、競争よりも協調を進め、地域において質が高く効率的な医療提供体制を確保する⁽⁸⁷⁾」。

介護保険と地域医療体制を同時に見直す二〇一四年地域における医療及び介護の総合的な確保を推進するための関係法律の整備等に関する法律は、「①平均在院日数が長い、②病床数が多い、③病床あたり医師数・看護師数が少ない、④人口当たり医師数も少ないという特徴があり、これら要素の解消」の課題、介護従事職員や養護施設の不足状況に對して「効率的かつ質の高い医療提供体制」と「地域包括ケアシステムを構築することを通じ、地域における医療及び介護の総合的な確保を推進するため、医療法、介護保険法等の関係法律について所要の整備等を行う⁽⁸⁸⁾」。病床機能報告制度を実施し、都道府県が地域医療構想を策定する。

二〇一六年新公立病院改革ガイドラインは、「公立病院改革の究極の目的は、公・民の適切な役割分担の下、地域において必要な医療提供体制の確保を図り、その中で公立病院が安定した経営の下でへき地医療・不採算医療や高度・先進医療等を提供する重要な役割を継続的に担っていくことができるようにすることであり」、「医師をはじめとする必要な医療スタッフを適切に配置できるように必要な医療機能を備えた体制を整備するとともに、経営の効率化を図り、

持続可能な病院経営を目指すものとする。国においても、医師不足の課題について、医師確保支援等を行う地域医療支援センターの機能を法律上位置付けるとともに、地域医療介護総合確保基金を都道府県に設置し、医療従事者の勤務環境改善に取り組む等、引き続き各般の措置を総合的に講じていく」として、医療法に基づき都道府県の策定した地域医療構想（公立病院・民間病院を含めた各地域の医療提供体制の将来の目指すべき姿）に基づき取組みとの整合的実施を目指す（「公立病院に期待される主な機能を具体的に例示すれば、①山間へき地・離島など民間医療機関の立地が困難な過疎地等における一般医療の提供、②救急・小児・周産期・災害・精神などの不採算・特殊部門に関わる医療の提供、③県立がんセンター、県立循環器病センター等地域の民間医療機関では限界のある高度・先進医療の提供、④研修の実施等を含む広域的な医師派遣の拠点としての機能などである」）。「医療介護総合確保推進法においては、地域包括ケアシステムの構築を目的の一つに掲げており」、「特に、中小規模の公立病院にあつては、介護保険事業との整合性を確保しつつ、例えば、在宅医療に関する当該公立病院の役割を示す、住民の健康づくりの強化に当たつての具体的な機能を示すなど、地域包括ケアシステムの構築に向けて果たすべき役割を明らかにすべきである」¹⁰⁷。

c. 医療行為に対する責任

公立病院等は公共団体であるが、医療行為が公権力の行使ではないとして国家賠償責任を負わない。最判昭和五七年四月一日民集三六卷四号五一九頁は、「レントゲン写真による検診及びその結果の報告は、医師が専らその専門的技術及び知識経験を用いて行う行為であつて、医師の一般的診断行為と異なるところはないから、特段の事由のない限り、それ自体としては公権力の行使たる性質を有するものではない」とし、「検診等の行為が上告人の職員である医師によつて行われたものであれば、同人の違法な検診行為につき上告人に対して民法七一五条の損害賠償責任を問疑す

べき余地が「あるとして国の使用者責任の余地があるとするが、本件では「検診等の行為が林野税務署長の保健所への嘱託に基づき訴外岡山県の職員である同保健所勤務の医師によつて行われたものであるとすれば、右医師の検診等の行為は右保健所の業務としてされたものというべきであつて、たとえそれが林野税務署長の嘱託に基づいてされたものであるとしても、そのために右検診等の行為が上告人国の事務の処理となり、右医師があたかも上告人国の機関ないしその補助者として検診等の行為をしたものと解さなければならぬ理由はないから、右医師の検診等の行為に不法行為を成立せしめるような違法があつても、そのために上告人が民法の前記法条による損害賠償責任を負わなければならない理由はない」とする。

医療過誤の際の不法行為責任、契約責任、説明義務(免責)について公立病院と私立病院に差がない。措置入院に對しては委託者が国家賠償責任を負う。措置でない場合、使用者責任となる(共同不法行為問題がある)。医療水準は地域で広く実施されている医療方法であるが、医療技術の進展にそぐわない面もある(責任面においては医療の進歩に對しては慎重な対応となる)。社会医療法人は公共性が高いが、責任水準は緩和される。

公立私立にかかわらず、医療保険が適用されるが、活動主体に制限がある。医療法人、社会福祉法人、NPO法人には、行政庁の監督責任がある。都道府県、保健所設置市・特別区には医療安全支援センターが置かれる。国民健康保険団体連合会も審査を行う。但し、国民皆保険制度は依存を生じさせる。

公立病院の経営は苦しく、民間の合理化を取り入れるべきとされるが、地域包括ケアシステムの推進が図られており、地域医療連携推進法人、社会医療法人制度が成立し、地域医療、救急医療、難病医療、災害医療等公共性の高い医療で採算の低いものについて、医療の確保が要請されている。このような医療体制での責任問題を考察する場合、

地域医療等の公共性の点から、国、地方公共団体の責任を積極的に認めるべきか、地域全体としての民間の包括的なケアの実施を主目的とするために、責任面でも民間責任を基本とするのか問題となる。

（2）介護

a. 介護保険制度

以前、高齢者介護は老人福祉制度と老人保健（保険医療）制度の二本立てであった。老人福祉サービスは公的扶助制度の中の被保護者に対する救済的なものとして始まり、また措置制度として行政がサービス提供を決定する等「システム全体が行政の強い統制下におかれていた」（従来、福祉サービスは入所型施設の整備に偏っていた）。一方、医療保険制度では高齢者が社会的入院として介護の代わりに入院サービスを利用するケースが一九七三年老人医療費原則無料化を契機に激増した（医療機関の適正・効率的な利用に反し、老人医療費の急増をもたらした）。老人保健施設(8)の創設等も医療保険財源で対応された。

高齢化社会の到来（寿命の伸長）、家族の介護機能の低下（就業構造の変化、核家族化）。地域の希薄化と共に高齢者福祉制度は重要な課題となり、ゴールドプラン、新ゴールドプランを経て、老人福祉法の介護サービスへの不満、老人保健法の老人医療への不満から、利用者自身のサービス選択、民間活力の活用、在宅介護重視による介護保険制度が成立する（二〇〇〇年実施）。財源は利用者負担一割と保険料（五〇％）と公費（五〇％）である。(9)二〇〇六年改正は、要支援者への給付を「予防給付」として創設し、要支援者のケアマネジメントを、「地域包括支援センター（介護予防支援事業所）」で実施し、市町村ごとの「地域支援事業」を実施し、介護保険施設など施設等の食費・居住費を

保険給付の対象外(全額自己負担)とし、地域密着型サービスの創設、介護サービス情報の公表、負担能力を細かく反映した第一号被保険者の保険料の設定などを行った。地域支援事業は、介護予防事業、包括的支援事業(介護予防ケアマネジメント業務、総合相談支援業務、権利擁護業務及び包括的・継続的ケアマネジメント支援業務)等であり、要介護状態又は要支援状態となることを予防するとともに、要介護状態となった場合、地域において自立した日常生活を営むことができるよう支援する。介護予防特定高齢者施策は、①特定高齢者把握事業、②通所型介護予防事業、③訪問型介護予防事業、④介護予防特定高齢者施策評価事業である。^(四)二〇〇六年高齢者の医療の確保に関する法律、高齢者虐待防止法、二〇〇八年後期高齢者医療制度が実施される。

施設として、入所型施設(原則として地方公共団体か社会福祉法人が運営)には一九六三年老人福祉法により発足した特別養護老人ホーム(介護保険法制定後は介護老人福祉施設でもある)、戦前の養老院、戦後の養老施設の流れをくむ養護老人ホーム(老人福祉法)、一九九〇年老人福祉法改正による老人デイサービスセンター(介護保険法制定後、通所介護事業所)、一九八六年老人保健法による老人保健施設(介護保険法制定後、介護老人保健施設)、介護療養型医療施設があり、通所型・訪問型サービスとして、訪問介護(ホームヘルプ)、訪問入浴介護、訪問看護、訪問リハビリテーション、通所介護(デイサービス)、通所リハビリテーション、短期入所生活介護(ショートステイ)、特定施設入居者生活介護、福祉用具貸与及び特定福祉用具販売、小規模多機能型居宅介護、認知症対応型共同生活介護(グループホーム)、居宅介護支援事業があり、地方自治体、社会福祉法人だけでなく、一定の基準を満たせば、民間企業、NPO法人等の法人が運営可能である。^(五)

保険適用されるのは指定事業者であり、二〇〇六年指定介護老人福祉施設の人員・設備・運営に関する基準の改正

により、指定介護老人福祉施設は、事故の発生防止のための指針を整備する、事故が発生した場合・それに至る危険が生じた場合に事実が報告され、その分析を通じた改善策を従業員に周知徹底させる体制を整備、事故は発生防止のための委員会・職員研修を定期的実施、サービス提供による入居者の事故発生を市町村・家族に連絡し、必要な措置を講ずる、事故の状況・処置についての記録などを整備することになる。二〇〇九年事業者に法令遵守等の業務管理体制整備が義務づけられる。二〇一二年地域の自主性を高めるための立法により、人員基準等が条例で定められる。

b. 医療介護連携（地域包括ケアシステム）

サービスの利用者数が約三倍となり、重度の要介護者や医療ニーズの高い高齢者の増加、介護力の弱い単身世帯や高齢者のみ世帯の増加などへの対応、介護人材の確保のために医療、介護、予防、住まい、生活支援サービスを切れ目なく提供する「地域包括ケアシステム」の実現を図る。二〇一一年改正は、医療と介護の連携の強化等（定期巡回・随時対応型訪問介護看護、複合型サービス、市町村による介護予防・常生活支援総合事業）、介護人材の確保とサービスの質の向上、高齢者の住まいの整備等（サ高住供給促進等）、認知症対策の推進を行った。⁽¹⁸⁾

持続可能な社会保障構築と安定財源確保に向けた中期プログラムに基づく社会保障制度改革推進法の成立後、介護サービスの効率化・重点化、保険料負担の増大の抑制を図る医療介護総合確保推進法に基づく二〇一四年改正は、地域包括ケアシステムの構築と費用負担の公平化を図る（予防給付（介護予防訪問介護、介護予防通所介護）の地域支援事業移行、特別養護老人ホーム（介護老人福祉施設）の機能明確化、低所得者の保険料軽減・高所得者の負担増等）。サ高住の住所地特例、地域密着型通所介護の創設、居宅介護支援事業所の指定権限の市町村への委譲がなされる。⁽¹⁹⁾

二〇一五年新・オレンジプランは①認知症への理解を深めるための普及・啓発の推進、②認知症の容態に応じた適

時・適切な医療・介護等の提供、③若年性認知症施策の強化、④認知症の人の介護者への支援、⑤認知症の人を含む高齢者にやさしい地域づくりの推進、⑥認知症の予防法、診断法、治療法、リハビリテーションモデル、介護モデル等の研究開発及びその成果の普及の推進、⑦認知症の人やその家族の視点の重視を図る⁽⁸⁾。

二〇一七年医療介護総合確保推進法は、地域包括ケアシステム深化推進として、一．自立支援・重度化防止に向けた保険者機能の強化等の取組の推進、二．医療・介護の連携の推進等、三．地域共生社会の実現に向けた取組の推進等を実施する。介護保険制度の持続可能性の確保としては、一．二割負担者のうち特に所得の高い層の負担割合を三割とする、二．介護納付金への総報酬割の導入がある⁽⁹⁾。事業者の人員、設備、運営に関する基準等も見直され、サービス提供責任者の責任明確化、情報共有、共生型・共用型の利用促進、介護医療院基準等の改訂による利用促進、医療機関との連携促進、身体拘束の適正化等が図られる。地域密着サービスについて多様な事業の連携が企図される(事業者は、事業を運営するに当たっては、地域との結びつきを重視し、市町村、他の地域密着型サービス事業者又は居家サービス事業者、さらに保健医療サービス・福祉サービスの提供者との連携に努めることとされている⁽¹⁰⁾)。そして、都道府県・政令市・中核市が指定・監督を行うサービス、市町村が行うサービス(地域密着型サービス)の内容が定められている⁽¹¹⁾。

地域包括ケアシステムの実施主体は、市町村であり、在宅医療・介護連携推進事業等地域支援事業について地域包括支援センター、地域ケア会議を設置し、多方面と連携を図り、実施する(一．地域の医療・介護資源の把握、二．在宅医療・介護連携の課題の抽出と対応策の検討、三．切れ目のない在宅医療・介護の提供体制の構築推進、四．医療・介護関係者の情報共有の支援、五．医療介護連携に関する相談支援、六．医療介護関係者の研修、七．地域住民

への普及啓発、八、在宅医療・介護連携に関する関係市区町村の連携^⑧）。

c. 介護事例

神戸地伊丹支判平成二一年一月一七日判タ一三二六号二三九頁は、入所者が二度転倒骨折した事案で、契約書に、事業者は、利用者に対する介護サービスの提供に当たって、万一事故が発生し、利用者の生命・身体・財産に損害が発生した場合は、不可抗力による場合を除き速やかに利用者に対して損害を賠償する旨の特約条項（第一九条一項本文）が存在し、契約条項から不可抗力を立証しない限り責任を負うとされる。過失相殺については、「被害者は認知症に罹患しており、成年後見人も選任されていたのであるから、精神上的の障害により、事理を弁識する能力を欠く常況にあったといえ、通常人と同様に、重過失や過失を問うことはできないというべきである。また、原告と被告は、原告が認知症にあり、要介護状態にあることを前提に、本件契約を締結しており、被告が原告に対し、本件契約上、対価を得て介護サービスを提供する立場にあるのであるから（疾患を有する患者に対応する医療契約と類似した性格がある）、契約関係にない事故の場合と同様には、過失相殺の類推や素因の存在を理由に損害賠償責任を減額するのは相当ではないし、本件全証拠によっても、同減額をすべき特別の事情があるとまでは認められない」とする。

東京地判平成二九年二月一五日判タ一四四五号二一九頁は、認知症対応型共同生活介護サービスを提供するグループホーム（Y）の二階の居室の窓から地上に転落して受傷したA（当時九三歳）及びその長女であるXが、本件施設には居室の窓からの転落を防止するための措置が講じられておらず、設置又は保存の瑕疵があるなどと主張して、Yに対し、工作物責任、債務不履行責任又は不法行為責任に基づき、損害の賠償を求めた事案であり、民法七一条一項にいう工作物の設置又は保存の瑕疵とは、工作物が通常有すべき安全性を欠いていることをいい、当該工作物の構

造、用法、場所的環境及び利用状況等諸般の事情を総合考慮して具体的個別的に判断すべきものである(この点は営造物責任の瑕疵と同様の判断基準とされる)と述べた上で、一般的に、本件施設のように認知症対応型共同生活介護サービスを提供するグループホームにおいては、認知症高齢者が帰宅願望によって窓から脱出を試みて転落する危険性が高いため、このような事故を防止するために、施設の設定又は保存について十分な措置を講じるべきであると認められ、本件ストッパーについて入居者の転落事故を防止するための窓の開放制限措置として十分な措置が講じられていたとはいえず、認知症対応型共同生活介護サービスを提供するグループホームとして、通常有すべき安全性を欠いており、設置又は保存の瑕疵があったものと認められるとして、工作物責任を肯定した。「身体拘束ゼロへの手引き」高齢者ケアに関わるすべての人に「」においては、人権擁護の観点から問題がある身体拘束その他の行動制限の具休例として、体幹や四肢をひもで縛ったり、両手にミトンを付いたり、つなぎ服を着せたりすることのほかに、自分の意思で開けることのできない居室等に隔離することなどが挙げられているが、本件窓に鍵を使わなければ容易に取り外すことのできないストッパーを設置したとしても、本件居室の入口には外側から鍵がかけられていない以上、入居者の移動の自由は制限されていないとする。

介護保険制度のもたらした大きな変化である「措置から契約へ」は、公的責任から私的責任(自己責任)への転換である。ただし、介護事業の主体は社会福祉法人が多く、公的性質を持つ(一般民間事業者が主体となることのできる事業は拡大している)。

介護制度は財源の半分を保険料とするが、介護保険制度以前の医療保険制度の下での老人保健制度での介護の運用と同様に事業費の増大、自己負担・公費負担の増大が懸念され、近時の予防重視、医療との統合、地域包括ケアは費

用削減の意味を有しうるが、費用増加（自己負担増加）の可能性もある。医療と同様に依存性の問題がある。

介護制度について、より本人の希望に沿った介護、綿密な介護、地域連携のある介護が望ましいために、多様な介護手段を統合する地域包括ケアシステムが市町村を主体として実施されている。契約としての介護制度に公的主導による配慮をもたらす制度である。市町村が主体として計画し、それによって医療と介護の二つの組織が連携し医療介護を実施する、介護施設が医療を実施する、医療施設が介護を実施する等介護と医療の統合がなされる。この制度が費用削減のために利用されることが期待される。

介護事故において責任主体は各事業主体となる（予防のために介護事業者開設要件、介護福祉士資格が必要とされる）。社会福祉法人が多いであろうが、公共団体、その他の民間法人もありうる。そしてそれぞれの責任主体である団体の性質に応じて責任が異なるのか、不法行為責任と契約責任とではどうか問題となる（介護サービス事業者には、法令遵守等の業務管理体制の整備が義務づけられている）。「措置から契約」により一般的には医療と同様に公権力行使ではないと解される。社会福祉法人についてはその公的性質が問題となるが、社会福祉法人制度も改革されている。ただし、国・地方公共団体の後見的関与はあり、共同不法行為責任は成立しうる（監督官庁の監督義務、国民健康保険団体連合会審査、高齢者虐待防止法に基づく地域包括支援センター実施事業、苦情処理対応など、公的責任の明確化が必要である⁽²⁰⁾）。市町村が各主体間の共同責任体制を構築することについての責任を負うことが生じるかも問題となる。公共性の問題である。介護目的が医療か、自立支援か、家族介護の扶助にすぎないのかが問題となる。公的に質の確保を要請すべきか（介護水準の設定）、自主に委ねるべきかである。

また、施設所有者には施設瑕疵に対する問題が別個に生じうる。その場合には管理者の性質によって营造物責任で

あるか、工作物責任であるか問題となる。また、各主体間の連携の問題があり、共同不法行為責任が生じうる。

七 民間化の法技術と公共性の考え方―民間の独立責任制・事後責任制が望ましいのか

1 国家賠償責任、使用者責任、工作物責任と国・地方公共団体の責任

国家賠償法一条の責任は国・公共団体において公務員が公権力を行使する場合に問題となる。公権力の行使とされる場合に加害者である公務員に責任追及はできなくなると解される(重過失の時は求償が可能であるが)。公権力の行使ではないとされる場合は公共団体においても使用者責任の問題となり、加害者との共同不法行為となる(求償は信義則により制限される)。被用者の職務上の不法行為に対する責任の成立という点で実質的な相違点はないが、このような個人責任についての扱いの相違は公務員の特殊性と解されている。監督官庁の監督義務不履行については共同不法行為責任が成立すると解される。营造物の設置管理に瑕疵がある場合は营造物責任となる(瑕疵責任と過失責任は同視されうる)。营造物ではない場合は工作物責任となる(所有者責任は補充的責任・無過失責任である)。

民間化においては方式による相違が問題となる。公企業、公営企業については被用者である公務員の業務上の不法行為について当該法人が国家賠償責任を負う。独立の法人の事業とする場合、適用条文の相違と共に、当該法人の存続が問題となる。例えば、公社とは「公共の目的を担保するために、必要な公的管理支配の下に独立の経営体として高度の自主性を有する公企業の経営体として、国の全額出資により設立された特別の法人」とされ、独立採算制と考(題)えられるものの、国・地方公共団体の財政面の裏付けがあり、国・地方公共団体が廃止しない限り、存続しうる。た

だし、民営化された場合は国・地方公共団体の存続支援は必ずしも保証されない。第三セクターにおいては公私両者の責任が問題となるが、私法人が公法人に依存する問題がある。民間における使用者責任の場合は当該団体の資産のみが引き当てとなり、同様に政策判断から金融機関の支援が見込まれる場合も生じうるが、基本的に破産によって消滅する。民間委託において民間の責任と国の責任が生じうるが、国の責任回避は可能か問題となる。業務委託する場合は委託者として国家賠償責任を負うのであり、受託者の使用者責任と共同不法行為責任となりうるが（この点、国家賠償責任について公務員の個人責任が生じないとされることから、受託者の個人責任が生じないとする判例がある（措置処分の事例）が、共同実施者とみることもできる）、措置ではない場合に包括的に委託する場合に受託者の使用者責任のみ生じるとされる（この場合に国・地方公共団体に責任が生じないのは免責特約であるのかも問題となる）。この場合も委託内容によっては国・地方公共団体に責任が残らうる（保険強制の問題もある）。また、社会福祉法人等の公益法人に対しては公的監督責任もある。

多様な責任が考えられるが、国・地方公共団体の責任（共同責任）の認定が重要である。共同責任のあり方として共同実施者、実施者と監督者、主たる実施者と従たる実施者など多様な関係が考えられる（費用負担者の責任規定もある）。法人同士の関係であるが、現実の行為者と法人の関係も問題となる。国・地方公共団体の共同責任は公共性の問題でもある（特に、教育・福祉について）。また、公的主体としての外観が残る問題もある（簡保問題）。

同様の民間化による責任問題は営造物瑕疵の場合も生じる。この場合、営造物か否かがまず問題となる。営造物の場合は営造物責任となり、営造物ではないとされる場合は工作物責任が問題となる。営造物か否かは国・地方公共団体の管理があるのかないのかによるとされる。工作物責任については一次的に占有者責任であり、所有者責任（無過

失責任)は二次的責任である。国・地方公共団体の管理下にある営造物の瑕疵によって営造物責任が問題となるのであるが、瑕疵についての判断は総合判断であり、国・地方公共団体が管理に過失のない場合には瑕疵がないとされる。管理下にないとされる場合は工作物責任となる。河川などの自然対象については管理下であり、営造物責任の問題となるが、管理の瑕疵が認められにくい(財政的制約)。

ここでも民間化の形態によって責任が相違すると考えられ、例えば、公共団体、行政機関を民営化する場合は独立の法人となり、営造物ではないと考えられうる。民間法人の業務として切り離す場合も同様である。これらの場合、責任態様が大きく変わることになる。これに対して、第三セクターの場合は問題が複雑となる。対象物の管理主体が国・地方公共団体であるのか、民間団体であるのか問題となり、民間管理の場合は営造物責任ではないとされうるが、国・地方公共団体の工作物責任(所有者責任)が生じうる。業務委託の場合は代理関係が生じ、指定管理者、PFIにおいても一定の関係が残ることから、同様に国・地方公共団体の管理であるのか、民間団体の管理であるのか問題となり、民間団体管理とされる場合には国・地方公共団体の工作物責任が問題となる(指定管理者の際に地方公共団体の営造物責任を問題にする判例がある)。これらの場合には共同責任となりうる。ただし、業務委託の場合に免責条項が機能するかも問題となる(工作物責任は無過失責任であるが、その際に免責条項が機能するかも問題となる。逆に原発の場合、無過失責任が機能しないとも考えられる―国税による補填を前提とする特別法措置)。

民間化における営造物責任について上下一体型・上下分離型の区別も問題とされる。この点は個別に検討されうる。国鉄は民営化されているので、鉄道瑕疵に対する責任は工作物責任となる。上下一体型と考えられるためである。道路公団民営化においては上下分離型であるが、国・地方公共団体の管理はなく(維持補修は民営化団体が行う―この

ことは不必要な工事の実施の促進ともなる（依存性）、工作物責任の問題となる。空港民営化も上下分離型であり、国・地方公共団体の維持補修のための营造物責任が考えられうる（道路と同様の上下分離型もある）。水道は民営化が検討されているが、同様の問題となる。

このようなインフラの上下分離型を考える場合には、電力・ガス・通信などの民間主体のもの、民営化されたものについての責任関係も考察する必要がある。福祉施設・インフラの公共性問題があり、過疎地域の採算性の取れない所のインフラ問題もある。また、インフラの民間化における独占性・依存性の問題を考察しなければならない（公共性のための公的支援を利用し、形式的公的規制を置くことで依存することによる独占状態）。

民間化については行政改革の意義と地方分権化の意義も関係する。合理化、地方の主体化のための責任関係のあり方である。民間化における国・地方公共団体の責任の併存の問題について、行政事務としての公共性は存続するのか（事前チェックが必要とされるのか）、事後責任体制である民間責任に移行させるべきであるのか（国・地方公共団体は免責規定等を要するのか）について、以下、国家の役割、公共事務、実施主体、委託方法、共同関係、公共性をみていく。

2 国家の役割

明治国家以来、国家の役割は産業振興から、帝国主義、軍国主義、敗戦後の国力回復、資本主義発展の矛盾の解消としての社会政策へと変遷する。

明治政府は、移転、職業の制限を撤廃し、株仲間制度も廃止し、田畑勝手作を認め、田畑永代売買禁止令を廃し、

関所を廃止し、伝馬制度を廃止し、津留を廃止し、米麦の輸出禁止を解き、生糸などの輸出制限を解除した。また、秩禄処分と地租改正を行った。さらに新貨幣制度を実施した。近代産業の育成として、国立銀行制度を創設し、官営鉄道を敷設した。海運については政府の保護助成策が取られた(三菱)。郵便事業、電信事業も官営で行われた。幕府と藩の砲兵工廠、造船所、鉱山は官営とされた。紡績業でも官営工場が創設された(内務省⁽²⁶⁾)。

一八七〇年創設された工部省はこれらの鉄道、電信、電話、鉱山、重化学工業を実施した。内務省は綿紡績・製糸・毛織物等を管轄し、北海道開拓使は農牧業・ビール・精糖等を管轄した。一、旧幕府から官収したのものとして、軍事施設、造幣局、二、諸藩から官収したのものとして、鉄道、印刷局、郵便、電信、三、自ら創設したものとして、造船、化学、製糸、紡績、その他の工場、鉱山が官営事業として行われた。自ら創設したものはその後、諸外国に対して経済的に対等な立場に立つべく殖産興業(一、樹芸、牧畜、農工商業の奨励、二、山林保存、樹木栽培。三、地方取締の整備、四、海運の開発―具体的には、一、農業改良とその発展助長政策、二、製糸。紡績工業を近代化し、輸出増進に資する(官営模範工場の設置、紡機補助等)、三、海運業の保護助成、四、外商の中間搾取を排除し、直輸出貿易会社による輸出増進。五、博覧会、共進会の事業開催の奨励による勸業振興)が最優先事項であり、その他の政策は劣位に置かれた⁽²⁶⁾。

不換紙幣増発によるインフレに対して紙幣整理が行われた(売葉印紙税、米商会所株式取引所仲買人税、醤油税、菓子税などの新税創設、酒造税、煙草税の増税を伴うと共に国費の一部を地方費に移す歳出削減を伴った)。

国立銀行を整理し、統一兌換制度を実施し、一八八二年日本銀行が創設された。紙幣流通量が激減し、正貨準備が激増し、物価が下落した(デフレ政策⁽²⁶⁾)。

このように産業政策として交通・通信など公益的意義を有する産業、製鉄、紡績などの主要産業は国営企業から発展した。国営のまま存続したものがあがるが、官営鉱山、官営工場は払い下げられ（一八八〇年工場払下概則が四年後に廃され、緩い条件で払い下げられた）、政商型の企業が発展する（三菱、三井等はその後財閥となる）。国立銀行は普通銀行に転換される⁽²⁸⁾。その後、一九〇一年官営八幡製鉄所が創設され、一九〇六年鉄道国有化が行われる⁽²⁹⁾。

一八八九年市町村制以降、公営上水道・電気・都市交通がみられる⁽³⁰⁾。

戦前期には、「リスクの多い植民地開拓、辺境開発、特定産業振興や事業統制などへの民間資本の導入を、国家資本の参加でもって促進しようとする特殊会社」（南満州鉄道株式会社、日本製鉄株式会社等）。「戦時統制経済下に、軍事化による産業再編成や金融資本の補強を目的に。非営利的経営を行う営団や金庫」（住宅営団、産業設備営団、南方開発金庫、戦時金融金庫等）が創設される（戦後、これらの多くはアメリカの占領政策によって解体、再編成され、消滅あるいは民間主導の経済発展に吸収される⁽³¹⁾）。国営による事業の独占的發展と民営化による依存的發展と依存に基づく独占化とともに国策会社が生じたのである。

戦後、公企業部門は縮小され、公益事業部門における官庁企業の公共企業体化として三公社五現業が成立する。一九四九年、大蔵省専売局、運輸省鉄道総局改組により、日本専売公社、日本国有鉄道が発足し、一九五二年、電気通信省の改組により、日本電信電話公社が発足した。占領政策として、「公企業形態の適用による経営の自主化、効率化への志向」だけでなく、「公務員法改正という労働問題における政治的意図」が影響したとされる。その他、公団、事業団、公庫、金庫、特殊銀行、営団、特殊会社等の特殊法人も「政府が行う事業のうち企業の経営になじむもので、通常の行政機関に担当せしめたのでは、制度上の制約から能率的経営を期待できないがゆえに、特別法によって独立

の法人を設け、公共性を担保するに足る特別の監督を行うとともに、その他の面では経営の自主性と弾力性を認め、能率的経営を行わしめるもの」として創設された。戦前からの官庁企業は、郵政事業、国有林野事業、印刷事業、造幣事業、アルコール専売事業の五現業として継承され、地方公営企業としては、水道事業(簡易水道を除く)、工業用水道事業、軌道事業、自動車運送事業、地方鉄道事業、電気事業、ガス事業の法定七事業の他に簡易水道事業、病院事業、観光施設事業、宅地造成事業、公共下水道事業などの広範な事業が行われる⁽²⁰⁾。社会福祉事業は高度経済成長と共に拡大していく。

全体的な動きとして、国家主導の産業発展から国営企業の民営化、政商の財閥化が生じ、戦後、経済民主化による財閥解体、独占禁止法制定がなされるが、傾斜生産方式、オーバーローンによる設備投資による国家が主導的役割を有する高度経済成長がもたらされた(公害問題も生じる)。それと共に社会福祉も拡大する。その後の経済成長の陰りと共に、公企業の非採算性、特殊法人問題が生じ、行政改革が主張され、実行されてきた(公法人の民営化等)。金融経済の役割が増え、土地バブル、株式バブルとその崩壊があり、景気動向の特殊な動きもあったが、低成長に変わりなく、さらなる改革が図られ、近時においては地方分権化もなされている。それと共に、福祉に対する考え方も変化する。措置から契約へ、地域全体でのケアという考え方となっている。行政改革の運用として、非正規雇用の問題もある。民営化、規制緩和による新たな構造形式も問題とされる。

地方分権とは、第一次分権改革(平成七年〜十一年)として、国と地方の関係を上下・主従から対等・協力へ(機関委任事務制度の廃止、国の関与の基本ルールの確立)、第二次分権改革(平成一九年以降)として、権限移譲等(国↓地方六六事項(実施率六九%)、都道府県↓市町村一一三事項(六七%))、義務付け・枠付けの見直し(九七五事項

（七四％）等がなされる。改革の進め方は、一．提案募集方式の導入（個々の地方公共団体から全国的な制度改正の提案を広く募る方式）、二．手挙げ方式の導入（個々の団体の発意に応じ選択的に移譲する方式）、三．政府の推進体制の整備（地方の提案を恒常的に受け止め、スピード感を持って実現を図る体制）、四．効果的な情報発信（SNSの活用、地方の優良事例発信、全国シンポジウムの新規開催など）とされる。^④

3 行政事務

国専管事務としては、「国際社会における国家としての存立に関わる事務」（外交、防衛、国籍、出入国管理など）。「内政については原則として、地方が企画立案から管理執行までを一貫して担う。但し次に該当するものは、例外として国が企画立案から管理執行までを直接担う。①全国一律に規律しなければ、重大な支障が生じる国民の諸活動に関する事務」（司法（基本法制を含む）、通貨、金融、公正取引など）②「事業規模や成果、影響等が全国に及び、国が一括して担う方が明らかに合理的・効率的なもの」（航空管制、海難審判、気象予報など）③「国の内部管理に関わるもの」（国有財産管理、国家公務員制度など）「国専管事務についても、わが国の主権の侵害や国民生活に重大な支障を及ぼさない範囲で、地方独自の施策を可能とする（例・関税制度の特例、地域通貨など）」。

地方委託（受託）事務は、「国の専管事務のうち、国民の利便性や国の行政組織の簡素化の観点から、道州または市町村に事務の執行を委託するもの」であり、「国政選挙の管理、旅券交付など」がある（法定受託事務は廃止し、ごく例外的な事務のみ該当）。

地方事務のうち全国共通事務として、「地方が担う事務のうち、次に該当するものは全ての道州または市町村が実施

することとし、かつ必要最低限度の範囲で全国統一した制度、執行基準、執行手続などを定める。①各地方の対応の相違が、国民の基本的人権の保障、福祉の向上などに重大な支障を生じる恐れのあるもの」「義務教育(年限、無償の範囲、到達すべき教育内容等)、労働基準(八時間労働制、最低賃金制、労働安全等)など」②「各地方の対応の相違が、円滑な国民生活や企業活動に重大な支障や混乱をもたらす恐れのあるもの」「食品表示(表示すべき内容、規格等)、自動車交通(道路運送車両の安全構造、交通標識等)など」③「緊急時において共通の対応をしなければ、国民の生命・財産に重大な損害が生じる恐れのあるもの」「警察・広域防災(感染症予防のための全国的対応、同時多発テロへの対応等)など」。地域振興事務として、「上記以外のすべての事務。実施する・しないの選択、及び実施する場合の企画立案から管理執行まで全て地方の意思と責任に委ねる」。「この事務について、国は立法をしない(できない)」「(国と地方の事務区分や国と地方の立法の関係を基本法に明記することで、国の立法権を抑制する)」⁴⁰⁾。

このような公的事務は、国、地方公共団体が主体となって行うほかに公法人、特殊法人、独立行政法人、地方公営企業、地方独立行政法人、第三セクター等が行う(民間払い下げ、民営化、民間委託も行われる。公益法人も国家的政策の寄与者とも考えられる)。

公法人、特殊法人については合理化が問題となっていた(赤字、天下り、民業圧迫等)。平成一三年一月一八日に特殊法人等改革推進本部・行政改革推進本部合同会議において「特殊法人等整理合理化計画」が策定され、一六三の特殊法人及び認可法人を対象に、事業及び組織形態の見直し内容を個別に定めるとともに、各特殊法人等に共通的に取り組むべき改革事項が掲げられた。⁴¹⁾ 合理化の実施方法は行政改革、地方分権の進展とともに変化する。

4 実施主体と国・地方公共団体の関わりに基づく責任の考え方

国・地方公共団体の国家賠償責任については賠償責任が法人財産を超えることがない（補填可能―税に基づく）。法人の国家賠償責任については、当該法人が責任主体となり、国・地方公共団体の責任は併存しないと解され、独立採算制であるが、出資者が国・地方公共団体であるために、最終的に国・地方公共団体が責任を負い、その後、国・地方公共団体が法人を廃止する判断を行うことになる。

三公社とは日本国有鉄道、日本専売公社、日本電信電話公社の三公共企業体をさし、五現業とは郵便（郵政省）、国有林野（農林水産省）、印刷・造幣（大蔵省）、アルコール専売（通産省）の五事業部門をさす。これらの職員には、公共企業体等労働関係法が適用され、争議行為の禁止、組合員の資格制限等の制約が設けられた。行財政改革の一環として、国営事業の民間経営移管（民営化）が行われ、一九八五年日本専売公社は日本たばこ産業株式会社（JT―タバコ専売廃止、樟脳専売制は一九六二年に廃止、塩専売制は一九九七年に廃止され、公益財団法人塩事業センターに移管）、日本電信電話公社は日本電信電話株式会社（NTT）に移行、一九八七年日本国有鉄道は六つの旅客会社と貨物会社などに分割移行した。また、アルコール専売事業は一九八二年新エネルギー総合開発機構に移管された。⁽²⁵⁾

郵政事業は日本郵政公社へ、造幣事業および印刷事業は、それぞれ独立行政法人造幣局、同国立印刷局へ組織変更され、さらに日本郵政公社は二〇〇七年一〇月に民営化されて日本郵政グループとなった。また二〇一二年、国有林野事業は特別会計から一般会計に移管され国営企業ではなくなった。⁽²⁶⁾

営団、公庫、財団としては以下のものがある。

東京の地下鉄を運営してきた帝都高速度交通営団は二〇〇四年東京地下鉄株式会社（東京メトロ）に継承された。⁽²⁷⁾

勤労者のための住宅。宅地供給を行う日本住宅公団は一九八一年住宅・都市整備公団、一九九九年都市基盤整備公団を経て、地域振興整備公団の地方都市開発整備部門と統合して二〇〇四年都市再生機構へ移管された⁽²⁰⁾。日本道路公団は前述。愛知用水公団は一九六八年水資源開発公団が承継する⁽²¹⁾。農地開発機械公団は一九七四年農用地開発公団(現・国立研究開発法人森林研究・整備機構森林整備センター)が承継した⁽²²⁾。政府系金融機関として多数の公庫が存在したが、経営主体の変化はまたないものの、多く民営化される。

地方公共団体においては、外郭団体、地方公社、地方公営企業が用いられる。

地方公営企業法の適用を受ける地方公営企業(上水道、地下鉄・バス、電気、ガスなどの諸事業)の財務機構上の特徴としては独立採算制、複式予算、発生主義会計、単年度予算制度の制限緩和、移用、流用が幅広く認められ、また労務機構上では団体協約締結権が認められているなど、一般行政部門の事業活動と異なっている⁽²³⁾。地方公営企業法全部当然適用事業は、水道事業(簡易水道を除く)、工業用水道事業、軌道事業、自動車運送事業、鉄道事業、電気事業、ガス事業であり、一部当然適用事業(財務規定適用)は、病院事業である。任意適用事業は、簡易水道事業、港湾整備事業、市場事業、屠畜事業、観光施設事業、宅地造成事業、公共下水道事業である⁽²⁴⁾。一般行政事務に要する経費が権力的に賦課徴収される租税によって賄われるのに対し、公営企業は、提供する財貨又はサービスの対価である料金収入によって維持される。その性質上公営企業の経営に伴う収入をもって充てることが適当でない経費及びその公営企業の性質上能率的な経営を行ってもなおその経営に伴う収入のみをもって充てることが困難である経費については、地方団体の一般会計又は他の特別会計において負担する(それ以外の経費については、公営企業の経営に伴う収入をもって充てる⁽²⁵⁾)。

外郭団体は「行政目的（都市整備、産業振興、福祉増進、文化振興等）を達成するために、民間の経営体を活用しながら、地方自治体の業務を補充・代替する」。

昭和四〇年以降、「地域開発事業、都市再開発事業を筆頭に、交通・流通・観光・レジャー・マスコミ・通信などの諸事業において」。第三セクターが成立している。地方公共団体財政健全化法施行以後、「第三セクター等の経営健全化等に関する指針」も出されている。現下の社会経済情勢等を踏まえれば、第三セクター等が有する以下のような長所を踏まえ、これまで以上に地域の再生や活性化に取り組む事業主体として、有効に活用することが望ましい（地方公共団体の圏域を超えた活動・民間企業の立地が期待できない地域における事業実施・公共性、公益性が高い事業の効率的な実施⁽²⁸⁾）。第三セクターは失敗事例が多いといわれる。公的支援への依存が原因と考えられる（「計画は外注、資金調達も『役所まかせ』、失敗しても救済⁽²⁹⁾」）。

独立行政法人は、国・地方公共団体の支援は必ずしも保証されないが、運営費交付金など民営化された場合に比べて補助が厚い。内部監査の他に主務官庁が中期計画等の業務監査、会計監査（会計監査人監査）を行う。また、国・地方公共団体の関わり方においては共同不法行為責任を国・地方公共団体は負いうる（共同執行者あるいは監督責任として）。地方独立行政法人も同様である。

独立行政法人制度は、「国が行っている行政の一部を分離し、これを国と別の法人格を持った法人に行わせるものであり、その狙いとするところは、公共性、透明性、自主性を重視しつつ、自己責任の徹底、企業会計の採用、デイスクロージャー、業績給与性の導入等により、組織運営の改革と職員の意識改革を行い、効率的・効果的な業務執行を図ることに」あり、制度設計において、「事前の関与・統制を極力排し、事後チェックへの移行を図ることとされ、主

務大臣の監督、関与を必要最小限のものとするという方針が⁽²⁸⁾とられた。平成二六年改正において、独立行政法人を公務員型の特定行政法人と非公務員型の一般独立行政法人のいずれかとする仕組みを改め、業務の特性に応じてマネジメントを行うため、①中期目標管理法、②国立研究開発法人、③行政執行法人に分類することとし、法人の内部ガバナンスを強化するとともに①②の役職員の報酬・給与等の基準を国家公務員、民間企業、当該法人の業務の実績、職務の特性、雇用形態等を考慮するものとして弾力化した⁽²⁹⁾。

地方において同様の制度が可能か検討され、独立採算制を前提としないこと、渡し切りの交付金による運営、長期借入金・債券発行の原則禁止などが公営企業型の地方独立行政法人には当てはまらず、地方独立行政法人として独立の制度が創設された⁽³⁰⁾。公営企業型地方独立行政法人と地方公営企業の主要な相違を、「単年度の予算統制に代えて中期目標、中期計画による「目標による管理」の仕組み(組織目標を自ら立て自らの行動を目標達成に向けて律していく組織マネジメントの手法)を採用したこと、これに対応して第三者評価を介在させた事後の事業評価の仕組みを導入したこと、業務の性質等に依じて役職員の身分が非公務員型となる場合を認めたこと⁽³¹⁾とした。

社会福祉法人も独立採算であり、国・地方公共団体による法人としての支援はない(福祉施設等の助成金制度はある)。内部監査の他に国・地方公共団体(地方分権)が厚生労働省の指導監査実施要領・指導監査ガイドラインに基づく指導監督(一般監査・特別監査)、会計監査(会計監査人監査)を行う。国・地方公共団体の関わり方においては共同不法行為責任を国・地方公共団体は負いうる(共同執行者あるいは監督責任として)。社会福祉法人法改正により、ガバナンス強化、透明性向上、財務規律強化、地域において公益的な取組を実施する責務が課され、行政の関与の在り方が見直される。

学校法人（私立学校）には助成制度があり、内部監査の他に所轄庁には報告書提出・立入検査権限があり、不適切な運営等に対する措置命令等が可能であり、監督責任が生じうる（公立と私立では利用者の費用負担が異なる）。

公益法人は主務官庁の公益認定によって認められ、税制優遇があり（独立行政法人、社会福祉法人等も公益法人として税制優遇がある）、実際に認定を行った主務官庁の合議制機関（公益認定等委員会）が外部監査も実施し、監督責任が生じうる。

公的な財政支援の存する団体もある。財政支援と監督が結びつく。また、公共性に基づく優遇税制等の財政優遇と公的監督が結びつく。そして、公的監督に服する法人については監督官庁との共同不法行為責任が生じうる。財政支援の広狭、監督官庁の監督の範囲の広狭がある。また、公的監督制度については形骸化の問題もある。公共的活動を行うことのできる法人については、特殊法人問題と同様の問題（非合理性、天下りなど）が生じうる。また、独立の法人業務とする場合、民営化で生じている問題が問題となる（簡保のノルマによる不正販売問題とそれの際の公的外観の利用）。公的な背景を利用した詐欺的な取引の横行に対して、公共団体の外観に基づく共同責任の可能性はある（そのため国・地方公共団体との共同責任が厳しく問われなければならない）。

業務委託の場合は代理関係が生じうる。これらの場合には共同責任となりうる。ただし、業務委託の場合に免責条項が機能するかも問題となる。

公法人には依存性の問題があり、独立行政法人等公益法人にも支援のあり方等依存性の問題がある。純粹に民間法人の業務として独立させることが望ましい（事後規制）と考えられるが、今まで実施してきた既得権益、独占性の問題がある。

公的機関が行う業務については、公的機関が行うことができる業務、公的機関が行わなければならない業務があり、この区別がまず問題となると共に、そもそもすべて国家が行う必要のないものであるのか問題となる（公共性）。

また、民間と競合するもの、民間の業務を公的機関が行う場合がある（鉄道・道路、通信、郵便等については迅速な全国展開のために、紡績等については輸出産業としての育成のために、製鉄等については軍事産業を含む基礎的資材の確立のために国家主導で行われた）。これらは純粹に民間化によって民間法人と同視されるべきである（公的外観責任は生じうる）。

国・地方公共団体のなすべき教育福祉業務について国、地方公共団体が実施する以外に独立の法人が行う方法として、公法人、特殊法人、社会福祉法人等公的法人が行うものがある。その場合は資金援助と監督責任が存し、共同責任が生じ、また監督業務の形骸化の問題、資金援助の濫用の問題がある（特殊法人問題の再発）。

従って、民間に委託できるものについては、新しい事業として完全に民間法人として実施する、業務全体を民間法人に譲渡する、包括委託することが望ましい。ただし、国・地方公共団体がしなければならぬ業務はあり、公共性の点で強い関与が要求されるものもある（予防のための事前規制と実質的な監督義務）。

5 業務委託

業務委託による民間化が行われる場合、従来公権力行使であった業務の委託であるので、公権力行使としての性質をそのまま引き継ぐと考えられるが、業務全体の法人化・民営化が可能なように、委託によって業務の性質が変わると解することもでき、そのように判断されていると考えられる（ただし、措置による委託は公権力行使となる）。ま

た、業務委託による民間化がなされる場合、營造物責任はそのままであると解されるが、民間化により公的管理がなくなる場合も生じうる。公的管理がなくなる場合も国・地方公共団体に責任は所有者としての工作物責任を二次的に負うと解される（一次的には管理者である占有者）。ただし、上下分離型・一体型の問題はある。これらの場合も共同不法行為責任が問題となり、責任分担、免責条項の効力、保険強制、外観責任が問題となる。

「業務領域の整理、民間委託の導入にあたり、民間委託の実現可能性と効果を確認するため、各業務について、『専門性』、『定型性』の二つの軸で分類し、四つの領域に整理する」とされる（市が直接実施すべき業務として、「①法令によって実施主体が地方公共団体または地方公務員と義務付けられている業務、②義務や負担を課し、権利を制限する行為、または強制力をもって執行する行為を含む業務（公権力の行使にあたる業務）、③政策の企画立案、条例・規則の制定など、行政の意思決定に関わる業務、④市民の生命や安全に関する危機管理や緊急対応に関わる業務」とされる）。一、「専門・非定型業務」は「政策企画業務を筆頭に、業務に対して高度な専門性を有するとともに、自治体の理念に基づいて一貫性をもって行われるべき業務である。これらの業務は自治体のアイデンティティを保つ根源であり、自治体業務の根幹である。これらを外部化すれば、行政自体のあり方や行く先を行政自身が主体的に考えられなくなる可能性があり、行政の責任意識もあいまいになる恐れがある。したがって、当該業務については、引き続き自治体職員が自ら取り組むべきである（政策立案、シテイセールス、人材・組織マネジメント、予算編成等）」。二、「専門・定型業務」は「行政特有の専門性が求められるものの、定型的な処理を繰り返す業務である。先進的な自治体で外部化の事例が増加しているが、依然として「直営」が多く、嘱託・臨時職員の導入で対応しているケースも多い。現在、事務系職員の多くが担当している。本業務を外部化する場合、受け皿となる民間事業者は限定的であると考え

られるが、広範囲に外部化することができれば、大きな財政効果が得られる可能性が高いことから、今後、この領域にある業務について、民間委託の導入を積極的に検討していくものとする(戸籍・住民基本台帳事務、窓口業務、国民健康保険業務、介護保険業務、会計管理業務等)」。三、「単純・非定型業務」は「行政特有の専門性が認められないが、臨機応変な対応が求められる業務である。一般的に、嘱託・臨時職員への移行が主流であったが、近年は、コールセンターや総務事務センターの導入等、民間委託を展開するケースがある。また、スケールメリットを考慮すると、基礎自治体の業務量だけでは、効率的な外部化が困難な場合がある(ホームページの作成・運営、給与事務業務、庁舎案内、電話応対等)」。四、「単純・定型業務」は「行政特有の専門性は求められず、概ね定型的な処理を着実に繰り返さなければならない業務である。既に民間の受託領域が成熟しており、外部化が広く展開されている(集計・入力・台帳整備等データ管理、清掃、公用車運転、封入封緘発送等)」。

「民間委託を導入することは、公共サービスの提供主体(プレーヤー)を民間事業者委ね、行政はその管理・監督(マネージャー)の役割を担うことである。マネージャーとして、市は、事業の目的、範囲、品質、費用、リスク等を適切に把握するとともに、プレーヤーとなる民間事業者に対して、公共サービスの目的の理解等に関する助言や問題点等に対する監視や指導を行う必要がある。そこで、市では、「マネジメントサイクル」の視点を取り入れ、事業のPDCAサイクルを確立・徹底し、最適な事業管理を行うことよって、民間事業者を効率的・効果的に活用し、良質かつ安全な公共サービスの提供を図るものとする」。民間事業者決定の際には広く情報提供を依頼する手続き(RFI)を実施し(市場化テストによる官民競争入札も問題となる)、「外部化により責任の所在があいまいにならないよう、運営時の事故が発生した場合のリスク分担等について、市と受託者の責任範囲を明確にしなければならない。委託業務

においては、派遣業務と異なり、市職員は、現場の管理監督者を除く他の従事者に直接指揮監督することは許されないことから、まずは、現場の指示系統、連絡系統の確立が求められる。市職員は、労働関係法令の理解と遵守を徹底し、過度な干渉による「偽装請負」の発生を防止する観点から、フロアレイアウトについても、パーティーションにより受託者の執務場所を物理的に分離する等の工夫を施すほか、休憩所やロッカーを確保する等により、受託者が創意工夫を発揮できる環境を確保しなければならない。また、現場の管理監督者だけでなく、その補助者の機能強化や、市の指導や調整の相手方となる本社部門との円滑な連絡体制を求めていく必要がある⁽²⁰⁾。地方公共団体の責任分担、免責条項、保険強制、損失補償条項が問題となる。

行政改革としての民営化、特殊法人改革、さらに地方分権と地方公共団体による業務委託の経緯があるのであるが、無駄を省くことによる地方への押し付けと地方の委託における地方の責任免除の必要性、その結果としての民間委託と考える場合には公的責任の排除はもたらされない。そもそも民間実施がなされるべき業務と考える場合は公的責任は廃除される。方法としては業務全体を独立の法人が行う、業務全体を類似業務を行っている法人が行うことになる。業務委託において委託者が法律関係から外れる場合の例として、例えば、信託においては受託者と受益者の関係が残り、委託者は外れる。ただし、一部委託としては地方公共団体に責任が残る（指定管理制度）。PPP/PFIにおいても同様である。これらの場合、地方公共団体の保険強制、損失補償条項を要することになりうる。

また、業務委託においても、公的なバックアップがありそうな外観を持ちながら公的責任がないとすることから詐欺的な業務の横行する恐れが生じ、委託者の外観責任が生じうる（使用者責任における外観理論）。派遣会社への委託も人材の確認という点で同様の責任が生じる。

公共団体は自らの意思で公権力行使ではないとすることができ(法人化、全面委託)、保険強制、損失補償を課すことと公的責任を果たすと考えられる。教育福祉を中心とする公共性の考え方が問題となり、住民の要望等により、監督責任を加重する方法が考察されなければならない。

6 共同不法行為責任問題

共同使用者責任について、最判平成三年一〇月二五日民集四五巻七号一一七三頁は、「複数の加害者の共同不法行為につき、各加害者を指揮監督する使用者がそれぞれ損害賠償責任を負う場合においては、一方の加害者の使用者と他方の加害者の使用者との間の責任の内部的な分担の公平を図るため、求償が認められるべきであるが、その求償の前提となる各使用者の責任の割合は、それぞれが指揮監督する各加害者の過失割合に従って定めるべきものであって、一方の加害者の使用者は、当該加害者の過失割合に従って定められる自己の負担部分を越えて損害を賠償したときは、その超える部分につき、他方の加害者の使用者に対し、当該加害者の過失割合に従って定められる負担部分の限度で、右の全額を求償することができるものと解するのが相当である」とし、「一方の加害者を指揮監督する複数の使用者がそれぞれ損害賠償責任を負う場合においても、各使用者間の責任の内部的な分担の公平を図るため、求償が認められるべきであるが、その求償の前提となる各使用者の責任の割合は、被用者である加害者の加害行為の態様及びこれと各使用者の事業の執行との関連性の程度、加害者に対する各使用者の指揮監督の強弱などを考慮して定めるべきものであって、使用者の一方は、当該加害者の前記過失割合に従って定められる負担部分のうち、右の責任の割合に従って定められる自己の負担部分を越えて損害を賠償したときは、その超える部分につき、使用者の他方に対して右の責

任の割合に従って定められる負担部分の限度で求償することができるものと解するのが相当である」とする。

請負契約において注文者の指図に基づき請負人が第三者に損害を与えた場合、注文者は不法行為責任を負う（請負人も不法行為責任を負う）。注文者の指図に過失がないときは負わない（使用者責任とは異なる）。最判昭和四五年七月一六日民集二四卷七号九八二頁は、注文者と請負人の関係において、注文者側で監督員を現場に派遣し、損害防止に必要な指示が可能であったにもかかわらず、指示しなかったとしても、請負人側で自己の責任で事故防止措置を講ずると約し、自主的判断で岩石の切り捨てし、第三者に損害が生じたとき、注文者の指図に過失があったことにはならないとする。

最判平成二〇年四月二四日民集六二卷五号一一七八頁は、チーム医療の構成員の責任について述べる。「一般に、チーム医療として手術が行われる場合、チーム医療の総責任者は、条理上、患者やその家族に対し、手術の必要性、内容、危険性等についての説明が十分に行われるように配慮すべき義務を有するものというべきである。しかし、チーム医療の総責任者は、上記説明を常に自ら行わなければならないのではなく、手術に至るまで患者の診療に当たってきつた主治医が上記説明をするのに十分な知識、経験を有している場合には、主治医に上記説明をゆだね、自らは必要に応じて主治医を指導、監督するにとどめることも許されるものと解される。そうすると、チーム医療の総責任者は、主治医の説明が十分なものであれば、自ら説明しなかつたことを理由に説明義務違反の不法行為責任を負うことはないというべきである。また、主治医の上記説明が不十分なものであつたとしても、当該主治医が上記説明をするのに十分な知識、経験を有し、チーム医療の総責任者が必要に応じて当該主治医を指導、監督していた場合には、同総責任者は説明義務違反の不法行為責任を負わないというべきである。このことは、チーム医療の総責任者が手術の執刀

者であったとしても、変わるところはない。」「上告人は自ら一郎又はその家族に対し、本件手術の必要性、内容、危険性等についての説明をしたことはなかったが、主治医である丁木医師が上記説明をしたというのであるから、丁木医師の説明が十分なものであれば、上告人が説明義務違反の不法行為責任を負うことはないし、丁木医師の説明が不十分なものであったとしても、丁木医師が上記説明をするのに十分な知識、経験を有し、上告人が必要に応じて丁木医師を指導、監督していた場合には、上告人は説明義務違反の不法行為責任を負わないというべきである」。

請負、委託、委任、チーム医療の場合にそれぞれ別個の責任設定が可能であり、上位者としての包括的責任を負わないとすることが可能である(免責条項とは異なり、誰かが責任を負う)。

公権力行使事例において、国の公権力行使とされる場合は単独責任となるが、資力の問題はなく、公法人の単独責任とする場合も同様である。公権力行使が認められない場合、職務行為のときは加害者の所属する法人の使用者責任となり、その場合に国等を共同実施者と考える余地があるのか問題となる(ここで見た共同使用者責任事例が参考となる。措置処分においてそう考えられるが、国の責任を認める際には共同不法行為責任とはならないとされる)。また、業務管理体制についての監督制度のある場合、公共性を有する法人については国等の監督責任が併存するが(共同不法行為責任)、形式的にすぎないという問題があり、住民の要望等による厳格化が要請される。社会保険制度においても保険適用等についての審査団体があり、権限強化すべきであり、ここでも住民の意見が必要となる。

営造物責任の場合、管理者としての国等の責任があるが、民間化方法においては上下一体においては工作物責任の問題となり、上下分離において共同不法行為責任が存しうる(私人所有物について営造物責任が成立する場合も共同不法行為責任が問題となりうる)。

民間化方法も影響するが、第三セクター方式において企業が国に依存し、合理化が図られにくい面が指摘される。公益的法人等に完全移譲する場合、国等の監督責任が残り、その場合は監督責任の形骸化の問題となり、強化の問題となる（公共性が住民の意見等に基づき実施される）。それに対して完全譲渡した場合に監督責任が問題とされない事例もある（放課後事例、空港事例）。業務委託の場合は共同関係が残ると考えられるが、理論的問題があるとともに、責任分担を認める、保険を付ける、免責特約を付けることによる国等の責任回避が認められうる。

7 公共性問題

行政事務について、合理化と地方分権化と民間化が問題となっている。

国の役割として、歴史的には産業発展のための主体としての活動、産業支援、インフラ整備、エネルギー規制等があり、国が主体となってきたもののいくつかは払下げられ、いくつかは民営化がなされ（民間に委ねるべきと共に合理化等の行政改革の要請もあり、さらに地方分権化が要請される）、民間主導のエネルギー分野については独占の問題があり、規制緩和が必要とされる。福祉分野では高度成長下の進展、低成長下の再考、少子高齢化での見直しが図られる。

本来、国・地方公共団体の事務である新規事務を実施する場合、あるいは旧来の事務を委託する（合理化する）場合に法人に委ねる方法（法人の運営を合理化（民営化）する方法と第三セクターを設ける方法と独立行政法人等を設立する方法）と民間と業務委託契約を行う方法がある。

民間化の問題を考えるうえで、問題の区別が必要である。一つは国鉄など本来、民間事業として行われるべき事業

が、迅速な国家発展のために国営事業とされてきたのであるが、その合理化のために民営化が問題となる場合である。同様の問題として、交通面での空港事業の拡大と不採算性の問題がある。広域性から発展に公的支援を要するが、エネルギー等は私人主体の事業でもあり、公私混在のあり方が異なる(独占規制)。もう一つは地方分権の下で、社会福祉などの地方移譲が行われているのであるが、地方財政の財政難のために民間移譲するという問題である。地域包括ケアとしてコミュニティ活動を積極的に取り入れる意義もある。

そしてそれぞれについて民間化方法として、公企業の民営化、独立行政法人等の公益・非営利法人を事業者とする方法、営利法人を事業者とする方法、契約による民間委託方法があり、前者は独立関係、後者は共同関係を考察する。

法人には、公的関与の大きな法人と少ない法人がある。公法人、特殊法人の問題としては、不採算業務の拡大が挙げられてきた。従来事務を同様に行う公法人の合理化として民営化が行われている。独立採算制がとられるのであるが、民営化の内容が問題となり、依然として公的支援は存すると考えられ(民間の金融機関への支援依頼)、国・地方公共団体がどこまで支援するのか、完全な民営化が可能かも問題となる(業務によっては公的支援が必要となる)。

独立行政法人は、従来の公法人、特殊法人を合理化するものであり、計画と実施確認という点での実効性が図られるとともに、独立採算制である(独立採算制については負債に対する公的支援があると考えられるために、国・地方公共団体がどこまで支援するのかの判断となる―業務によっては公的支援が必要となる)。独立行政法人は業務の確認、監督などの制度がある。社会福祉法人、学校法人、公益法人も同様である。

しかし、公的支援の存する法人については特殊法人問題と同様の問題の成立が予想され(支援が多いために非効率となる、天下一・癒着があるなど)、共同実施方法である第三セクター、指定管理者、業務委託、PFI、コンセッ

シオンにおいても同様である。そのために独立の営利法人、非営利法人に委ねるべきとも考えられる。

また、民間法人業務とする場合に共同関係が問題となり、共同実施者であるのか監督責任であるのか、事務に応じて考察される。措置処分は公共事務であり、業務委託契約となる（措置から契約へ）。公共性が必要な事務は共同実施とされる。広範な被害が予想される事業については事前責任を厳格にすべきとも考えられるが（共同責任）、事後責任で対応可能とも考えられる（単独責任）。責任分担が可能な場合と免責条項の効力による場合の区別が必要である。

監督制度の下では監督官庁の監督責任が生じるが、形骸化・マニュアル化していないか問題がある。

独立行政法人に公的支援があるが、それが国・地方公共団体の責任の根拠となるか問題となる。一般に費用負担者の責任が認められる。

このように公的支援の大きな団体、監督の厳しい団体と国・地方公共団体との共同責任の可能性が大きい（事前規制が必要とされる）。監督の形骸化、特殊法人問題の継続性から国・地方公共団体との共同責任は厳しくとらえられなければならない（監督実施方法は住民等が決定すると考えるべきである）。

また公共利益を有するインフラについて、公的管理の必要性がいわれ（事前管理の必要性）、上下分離方式の必要性がいわれる。そもそも公共性の二面性も問題とされる（実施における公共性と責任における公共性）。ただし、事業の発展性、資源の有限性の問題から、事業に応じて公共性は異なる（通信分野は弱く、水道分野は有限性から強く、電力分野は原子力を基本とする限り強い）。また、設備補修が全国規模であり、重要なので国の管理としたのか、利益確保のために国が維持したのかも問題となり、インフラの公共性にも相違があるが、総じて全面的民間委託、上下一体管理が是認されうる。不採算事業についての国家主体の経済活動は依存をもたらずために、民間化では上下一体方式

が望ましい。通信などのインフラの瑕疵の責任についても、電電公社民営化で変化したように、莫大な責任をもたらすものであるが、免責約定が認められうる(郵便法免責規定の効力を否定する判決があるが、一般に故意・重過失についての免責条項は認められない)。

あらゆる行政事務の民間化は可能か、行政は責任を回避することができるか、どのように責任分担を実施するのか、免責条項の効力はどうか等共同責任の問題を考える場合は公共性の問題を考察しなければならぬ。

このように民間化において共同関係を考察する場合、民間化方法が影響し、法人化、民間法人への全面委託か、一部業務委託か等の民間化方法による責任関係の相違が問題となるが、国・地方公共団体の責任については基本的には当該事業の公共性の問題とともとらえることができ、公共性を維持すべき事務については公的責任が残るために、施設管理についても、公的監督による公権力行使についても責任問題が生じうる(共同責任)。広範な被害が予想される事業については事前責任を厳格にすべきとも考えられるが、事後責任で対応可能とも考えられる。

教育の公共性については特区での民間化において、教員資格は要求されるのか、教育内容の公共性は要求されるのか問題となり、検定制度、学力テスト、国歌国旗事例が私立ではどうなるか、それに対して私立の校則・教育内容が在学契約としての程度の拘束力を持つのか(国公立と私立の相反する拘束性をどう考えるのか)、公立学校を私立に転換することが無制限に認められるのか、過疎地での教育をどうするのか等の問題として生じうる。そもそも教育の公共性がどの程度認められるのか(教育水準、平等性等—国家の尊重等の政策的公共性ではない)、自由はどこまで認められるのかである。

福祉制度の公共性が民間化においてどの程度要求されるのか、公的資格が要請されるのか、公的水準が設定される

のか、公的監督を認めるべきであるのか、措置から契約への移行において問題とされなければならない。病院事業と介護事業の技術水準（公共性）と税・保険・自己負担の関係（採算性）の比較が必要である。高齢者、子育てに対する公的支援のもつ公共性は弱者保護ではなく、女性就業支援とも考えられる。その際、介護、子育てを家族の問題と考える場合は家族支援となり、就業者の減少となる。どちらの公共性を重視すべきかである。

現在は国を挙げて利益を得る必要があるのか（経済は帝国主義的な広がりが必要とするのか、統制が必要なのか）、国は対等に企業活動を行うのか、国家主導で利益を図る場合もエネルギー産業のように収益の見込める産業において企業主導で適正な規制により国家利益を図る手法もある。諸外国との競争に勝つためには必要かもしれないが、依存、癒着の問題が生じる。今日の金融主導の経済においても同様である。

国家的支援の必要な事業、支援しなければならない事業が別個に考察される。教育は国家事業か問題となる。画一的教育が必要か、教育水準の公的維持が必要か、国家方針を教育に取り入れるべきか、あるいは教育は自由にゆだねることができるかである。

社会福祉においても、弱者保護は国の義務であり、国は社会福祉に積極的に実施すべきか、社会福祉事業で国がしなければならないことは何か、監督責任でよいのか、医療水準についての公的保障を行うべきか。介護水準を設定すべきか、社会福祉も自由経済に委ねることができるのか、すべて民間化可能か、福祉は家族の責任か、国は家族の金融支援でよいのか、女性の就業支援を考慮すべきか問題となり、措置から契約への移行の意義の検討が必要である。また支援方法についても保険と税の相違は何か考察されなければならないと共に自己負担の根拠を明確にしなければならない（国民全員が負担を負う問題なので国民全員が金銭的負担を負うべきとするのか、その場合の負担方法を従

前の税方式から考えるのか、新たな財源として保険方式で調達するのか。福祉として国民の負担を無限定に正当化することはできない(原発事故処理の場合のように)。福祉を理由とする国民への依存を正当化することはできない。

そして、国・地方公共団体の責任を考える場合に、公共性の意義が問題となり、共同実施すべきか、どの程度監督実施すべきか、介護保険、国民健康保険などの公的保険制度は公的責任の根拠となるか、自己責任制度に転換すべきか問題となり、公的関与を要請される理由、内容を明確にし、責任を明確にしなければならない(最終的には国民負担となる)。

基本的に自己責任、家族の責任と考える場合(前提として減税がまずなされなければならない)、自己責任制度はどのように実現すべきか、公的事業の全部譲渡、全部委託(公益法人ではなく、非営利法人・営利法人か)、責任分担、免責条項となるのか、自己責任、事後責任体制でよいのか問題となる。ただし、公共性のための共同実施による責任の併存、公的支援・監督責任(公益法人等の計画業務会計監督体制としての事前責任体制)が必要な事例もあり、住民の要求に基づき公的責任を明確にする必要があると共に、公的外観責任は回避できない。

実施主体の問題で考える場合、今までの国家主体の経済発展のためのシステムがもたらした依存性が問題となり、公的性質を持つ法人に委ねることは望ましくない(これらは行政改革というのではなく、行政依存性の問題である)。行政事務の点で公共性から依然として公的事務が存するのであるが、教育についても自由選択性をためす可能性はある。福祉についても家族主体と考える限り、公的主体性(公共性)は補助的なものとなる(福祉における家族主体性)。事前チェックシステムを重視するのか、事後責任を重視するのかが、被害の重大性の点では事前チェックシステムを重視すべきであるが、何重に作成しても形骸化する恐れが強く、基本的には事後責任を重視すべきであり、そ

のために個々の責任関係を明確にすべきである（住民自身がチェックすべきである）。共同関係を考える場合、公共団体との共同関係では依存性の問題となり、公的監督の意義が明確にされるべきである。公共性は依存をもたらし、雇用関係もこの依存性に基づき、さらに金融依存がこれらの関係を支援するために、自己責任・事後責任を基本とすべきである。

〈注〉

- (52) 宇賀克也・小幡純子編著『条解国家賠償法』四七四頁以下（木村琢磨）。
- (53) 小幡純子『国家賠償責任の再構成』（二〇一五）二四八頁以下、植木哲「工作物責任・营造物責任」法学教室一二三号五八頁。
- (54) 判例タイムズ八九二号一五二頁
- (55) 宇賀克也・小幡純子編著・前掲書四四八頁以下（伊藤智基）。
- (56) 平田浩「本件解説」『最高裁判所判例解説民事篇昭和五九年度』四四四頁。
- (57) 大阪府の管理瑕疵について、河川管理における瑕疵の有無は、当該河川が諸般の事情よりみて河川管理の一般水準及び社会通念に照らして是認しうる安全性を備えているか否かの観点から判断されるべきとされる（過渡的安全性を備えていた）。また大東市の管理は、地方公共団体の固有事務としての管理であつたというべきであり、地方自治法二条六項により都道府県が市町村を包括する広域の行政事務につき権限を有すること並びに前記のように大阪府知事が国有財産部局長として本件水路に対する財産管理を行うものであることに照らし、大東市は本件水路に対し規模と能力に応ずる範囲内において第一次的機能管理の権限を有するが、その機能管

理は原則として対象物に対する維持、補修等に限られ、処分又は改造を行う権限は有しないのであり（同条七項参照）、たとえ流水に対する管理権を有するものとしても、そのために本件水路の改修工事等を行うについては、国有財産部局長である大阪府知事との協議を経ることが必要となると解されるのであり、更に地方自治法二条四項、五項の規定に照らせば、控訴人大東市の行う本件水路の管理は、前記のとおりその規模及び能力に応じて処理すべく、かつ原則として議会の議決を経て策定された総合的、計画的行政運営の基本構想に基づいて実施されなければならないとされる。

- (58) 宇賀克也・小幡純子編著・前掲書四六四頁以下（伊藤智基）。
- (59) 宇賀克也・小幡純子編著・前掲書四六四頁以下（伊藤智基）。
- (60) 所有者責任の補充性について、松本克実「土地工作物責任における〈第一次的所有者責任・第二次の占有者責任論〉の可能性」立命館法学二〇〇八年五・六号（三二一・三二二号）四五八頁。
- (61) 安藤陽「第三セクター鉄道の成立・展開・課題」社会科学論集一四二号一頁。
- (62) <https://ja.wikipedia.org/wiki/国鉄分譲民営化> 国鉄清算事業団は国鉄遊休地の処分で債務を返済し、職員の再就職先を斡旋する業務が主だった。長期債務の総額は約三七兆円。JR東日本、JR東海、JR西日本が約六兆円を引き取り、新幹線鉄道保有機構も約五兆五〇〇億円を引き取った。残りの約二兆五〇〇億円を国鉄清算事業団が引き受けた。国鉄清算事業団は解散し、業務は日本鉄道建設公団が引き継いだ。現在は独立行政法人 鉄道建設・運輸施設整備支援機構となっている。 https://www.imedia.co.jp/business/articles/1704/07/news021_5.html
- (63) https://www.imedia.co.jp/business/articles/1704/07/news021_5.html
- (64) <https://ja.wikipedia.org/wiki/新幹線鉄道保有機構>
- (65) <https://ja.wikipedia.org/wiki/線路使用料>

- (66) <https://www.immedia.co.jp/business/articles/1612/02/news040.html>
- (67) https://www.immedia.co.jp/business/articles/1704/07/news021_5.html
- (68) <https://ja.wikipedia.org/wiki/新直轄方式>
- (69) <https://ja.wikipedia.org/wiki/旅客鉄道株式会社及び日本貨物鉄道株式会社に関する法律>
- (70) <http://red.zero.jp/simi/riyosha/siryo/teudohoseido4.html>
- (71) <https://ja.wikipedia.org/wiki/日本道路公団>
- (72) <https://ja.wikipedia.org/wiki/新直轄方式>
- (73) <https://www.immedia.co.jp/business/articles/1612/02/news040.html> 特定道路財源をネグする争いについて、参照：武藤博己『道路行政』（二〇〇八年）一九二頁以下。
- (74) 小幡純子・前掲書二六四頁以下、宇賀克也・小幡純子編著・前掲書五〇四頁以下（松本充郎）。
- (75) https://www5.cao.go.jp/j-wp/wp-je13/h03_03.html
- (76) <https://www.immedia.co.jp/business/articles/1612/02/news040.html>
- (77) 小幡純子・前掲書二六四頁以下、宇賀克也・小幡純子編著・前掲書五〇四頁以下（松本充郎）。
- (78) 岩見宣治・渡邊正己『空港のはなし』（改訂版）一三九頁以下。
- (79) 岩見宣治・渡邊正己・前掲書一四四頁以下。
- (80) https://www5.cao.go.jp/j-wp/wp-je13/h03_03.html
- (81) https://www.immedia.co.jp/business/articles/1612/02/news040_3.html
- (82) 平成二九年二月 国土交通省航空局空港経営改革推進室「空港経営改革について」空港経営改革の概要（コンセッションスキームの

- 概要) <https://www.mlit.go.jp/common/001181167.pdf>
- (83) 澤井裕「大阪国際空港事件」公害・環境判例百選一二二頁。
- (84) 「近代日本水道百年の歩み」編集委員会『近代日本水道百年の歩み』(昭和六二年)二二〇頁。
- (85) 「近代日本水道百年の歩み」編集委員会前掲書一二二頁以下。
- (86) 地下誠二監修・日本政策投資銀行編者『水道事業の経営改革』(二〇一七年)一二頁以下。
- (87) 正木宏長「水道事業の民間化の法律問題」立命館法学三二七号二頁。file:///F:/水道事業の民間化の法律問題%20.pdf
- (88) 地下誠二監修・日本政策投資銀行編者前掲書二二頁以下。
- (89) 地下誠二監修・日本政策投資銀行編者前掲書一二二頁以下。
- (90) 地下誠二監修・日本政策投資銀行編者前掲書一二三頁以下。
- (91) <https://yamba-net.org/49174/>
- (92) 地下誠二監修・日本政策投資銀行編者前掲書一二三頁以下。
- (93) <https://www.noe.jitg-group.co.jp/binan/document/part01/chapter02/section07.html>
- (94) 植草益編『講座・公的規制と産業「電力」四頁以下(植草益)』二〇頁以下(井手秀樹・森本宜久)。
- (95) 植草益編前掲書四頁以下(植草益)、『一二五頁以下(伊藤成康)』。
- (96) 東京電力電気供給約款。<https://www.tepco.co.jp/ep/company2/pdf/280101kyouku000-j.pdf>
- (97) 植草益編前掲書四頁以下(植草益)、『一二五頁以下(伊藤成康)』。
- (98) 中村政雄監修『電力自由化をめぐるQ&A』(平成一三年)二二頁。
- (99) <https://ja.wikipedia.org/wiki/発送電分離>

- (100) https://www.w5.cao.go.jp/j-j/wp/wp-jc13/h03_03.html
- (101) <http://anzendaichi.blog.shinobi.jp/事例%EF%BC%88%BF%BC%9B%ガス%BF%BC%89%EF%BC%BB%昔%EF%BC%BD%E3%80%82003%8月14日%E3%80%80%三重県桑名>
- (102) https://www.men.go.jp/shingikai/enecho/denryoku_gas/genshiryoku/pdf/015_03_00.pdf
- (103) <file:///F:/原子力発電所建設の経緯と現状.pdf>
- (104) http://www.jait.or.jp/ja/seisaku/genbai/genbaitou_series50.html
- (105) 除本理史『原発責任を問う』（二〇一三年）一一頁。
- (106) <http://www.aec.go.jp/jicsu/NC/senmon/songai/siry005/siry05-5.pdf>
- (107) <file:///F:/福島原発事故避難者訴訟京都地裁判決の検討.pdf>
- (108) <file:///F:/ガスマ事業の現状%20.pdf>（経済産業省二〇一三年）、以下の引用も総合資源エネルギー調査会基本政策分科会ガスマ改革小委員会の資料であるこの文献に基づく。
- (109) 野村宗訓・草薙真一「電力・ガス自由化の真実」（二〇一七年）八七頁以下（草薙真一）。「ガスマ改革」木船久雄・西村陽・野村宗訓編著『エネルギー政策の新展開』（二〇一七年）一九頁以下。
- (110) 大阪ガス・一般ガス供給約款。 <https://home.osakagas.co.jp/price/menu/clause/pdf/clause.pdf>
- (111) 奥野正寛・鈴木興太郎・南部鶴彦編『日本の電気通信』三頁（鈴木興太郎・南部鶴彦）。
- (112) <https://ja.wikipedia.org/wiki/国際電信電話>
- (113) 奥野正寛・鈴木興太郎・南部鶴彦編前掲書四頁以下（鈴木興太郎・南部鶴彦）。
- (114) 舟田正之「電気通信事業における独占と競争」根岸哲・舟田正之・石村善治・稗貫俊文著『通信・放送・情報と法（現代経済法講

座九) 八二—八三頁。

- (115) 奥野正寛・鈴木興太郎・南部鶴彦編前掲書四頁以下(鈴木興太郎・南部鶴彦)。
- (116) 林秀弥「電気通信事業法制の誕生」総務省情報通信政策レビュー11号1頁。file:///F:/電気通信事業法制の誕生%20.pdf
- (117) 舟田正之前掲「電気通信事業における独占と競争」116—117頁。
- (118) <https://ja.wikipedia.org/wiki/国際電話>
- (119) 奥野正寛・鈴木興太郎・南部鶴彦編「日本の電気通信」一頁以下(鈴木興太郎・南部鶴彦)。
- (120) <https://www.weblio.jp/content/KDDI>
- (121) <https://www.weblio.jp/content/KDDI>
- (122) <https://www.kantei.go.jp/it/981110kjhon.html>
- (123) file:///F:/電気通信事業法について.pdf.
- (124) <https://www.soumu.go.jp/johotsusintokei/whitepaper/ja/h28/html/n264500.html>
- (125) https://www.soumu.go.jp/main_content/000580688.pdf
- (126) file:///F:/電気通信設備の接続に関する現状と課題.pdf
- (127) <https://ja.wikipedia.org/wiki/電気通信事業>
- (128) file:///F:/電気通信事業法について.pdf
- (129) <https://www.soumu.go.jp/johotsusintokei/whitepaper/ja/r01/summary/summary01.pdf>
- (130) 公正取引委員会「デジタル・プラットフォーム事業者と個人情報等を提供する消費者との取引における優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」のメモ、https://www.jfrc.go.jp/houdou/pressrelease/2019/dec/191217_dpjgl_21.pdf

- (131) <file:///F:/ソフトバンクデータ通信網サービス契約約款%20.pdf>
- (132) https://www.doj.jp/pdf/investigate/etc/pdf/book1506_01.pdf
- (133) 社会ヤンホク https://www5.cao.go.jp/jj/wp/wp-jc13/h03_03.html
- (134) https://www.soumu.go.jp/main_content/000286228.pdf
- (135) https://www.soumu.go.jp/main_content/000286228.pdf
- (136) <file:///F:/官民連携による都市公園魅力向上ガイドライン%20.pdf>（国交省）
- (137) <file:///F:/官民連携による都市公園魅力向上ガイドライン%20.pdf>（国交省）
- (138) 河野和清編著『現代教育の制度と行状』（二〇一七年）二二七頁以下（河野和清）。
- (139) <https://ja.wikipedia.org/wiki/チャーター・スクール>
- (140) https://www.next.go.jp/a_menu/shotou/community/index.htm
- (141) https://www.next.go.jp/b_menu/shingi/chousa/shougai/002/roushin/980302.htm#01
- (142) 石川 https://www.nier.go.jp/04_kenkyu_anna/pdf/kenkyu_01.pdf などの引用（年号が用いられていない）。
- (143) https://www.next.go.jp/a_menu/shotou/news-cs/idea/1304372.html
- (144) https://www.next.go.jp/b_menu/hakusho/html/hpad199801/hpad199801_2_007.html
- (145) <https://ja.wikipedia.org/wiki/国立大学法人>
- (146) 小林美津江「公立学校運営の民間への開放」立法と調査三五〇号八六頁 https://www.sangin.go.jp/japanese/anna/chousa/rippou_chousa/backnumber/2014pdf/20140303086.pdf
- (147) 松原茂仁「学校法人とマネジメント」経営戦略研究vol.27 一八一頁以下。

- (148) https://www.mext.go.jp/a_menu/koutou/shinkou/07021403/001.htm
- (149) https://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/chukyō/chukyō4/gijiroku/attach/1411966.htm
- (150) 岡田昭人「教育の市場化」<https://www.academia.edu/35021540/教育の市場化.docx>
- (151) https://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/chukyō/chukyō3/siryō/_icsFiles/afieldfile/2011/03/23/1303354_5.pdf
- (152) https://www8.cao.go.jp/shoushi/shinseido/meeting/review/wg/youho/k_1/pdf/ref4-5.pdf
- (153) <https://ja.wikipedia.org/wiki/認定こども園>
- (154) https://kotobank.jp/word/学習塾_460339 (山野井敦徳)。
- (155) 可知悠子『保育園に通えなからんや』(二〇一〇年) 一一六頁。
- (156) <https://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunisuite/bunya/hokabunya/shakahoshou/kaiaku.html>
- (157) 清水教恵・朴光駿編著『よくわかる社会福祉の歴史』(二〇一一) 二二頁(清水教恵)、佐藤進『社会保障と社会福祉の方と政策』(一九九〇年) 三四頁以下。
- (158) 以下、<https://ja.wikipedia.org/wiki/社会福祉の年表>、佐藤進『社会保障と社会福祉の方と政策』(一九九〇年) 四四頁以下の引用である。
- (159) https://www5.cao.go.jp/keizai-shimon/kaiji/minutes/2019r/1219/shiryō_02.pdf
- (160) <file:///F:/社会保険制度改革の課題と今後の展望.pdf>、福田素生・稲沢公一・岡部卓・尾形裕也・駒村康平・石渡和美・小林理・伊藤正子・池本美和子『社会保障・社会福祉』(系統看護学講座)(二〇一九年) 一二頁以下(福田素生)。
- (161) 福田素生・稲沢公一・岡部卓・尾形裕也・駒村康平・石渡和美・小林理・伊藤正子・池本美和子前掲書一五頁(福田素生)。
- (162) 福田素生・稲沢公一・岡部卓・尾形裕也・駒村康平・石渡和美・小林理・伊藤正子・池本美和子前掲書一〇頁以下(福田素生)。

- (163) <https://www.dinfne.jp/doc/japanese/resource/jiritsu-report-DB/db19/024/report/report02.html>
- (164) 福田素生・稲沢公一・岡部卓・尾形裕也・駒村康平・石渡和美・小林理・伊藤正子・池本美和子前掲書八頁（福田素生）。
- (165) 福田素生・稲沢公一・岡部卓・尾形裕也・駒村康平・石渡和美・小林理・伊藤正子・池本美和子前掲書八頁以下（福田素生）。
- (166) <https://ja.wikipedia.org/wiki/社会保障>
- (167) 西村淳編著前掲書一九頁以下（西村淳）。
- (168) 西村淳編著『社会保障の基礎』（二〇一六年）二七八頁以下（西村淳）。
- (169) 西村淳編著前掲書二八一頁以下（西村淳）。
- (170) 西村淳編著前掲書二八三頁以下（西村淳）。
- (171) <http://www.city.kiyose.lg.jp/s031/040/040/030/gaiyou1.pdf>
- (172) https://www.mhlw.go.jp/file/05-Shingikai-12601000-Seisakutoukatsukan-Sanjikanshitsu_Shakaihoshoutantou/0000169130_5.pdf
- (173) <https://www.caog.go.jp/sasshin/kisei-seido/meeting/2012/rogi/life/121128/item1.pdf>
- (174) <https://www.mhlw.go.jp/file/04-Houdouhappyou-12004000-Shakaiengokyoku-Shakai-Fukushikibanka/000050269.pdf>
- (175) <https://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-12000000-Shakaiengokyoku-Shakai/0000155170.pdf>
- (176) 西村淳編著前掲書一四四頁以下（田中伸至）。
- (177) <https://www.mhlw.go.jp/stf/shingi/2f9852000001g187-atr/2f9852000001g15n.pdf>
- (178) <https://www.jmedj.co.jp/journal/paper/detail.php?id=11624>
- (179) 西村淳編著前掲書一四四頁以下（田中伸至）。
- (180) <https://ja.wikipedia.org/wiki/病院>

- (181) 福井次夫・山口直人監修『Minds 診療ガイドライン作成の手引き2014』三頁 https://minds.icqhc.or.jp/s/about_guideline
- (182) <https://www.mhlw.go.jp/topics/bukyoku/isei/igyuu/igyouteikei/kenoutukai/9kai/5.pdf>
- (183) 大上信幸「社会医療法人と社会福祉法人の将来像」五九頁、六一頁以下。 <https://www.u-hyogo.ac.jp/mba/pdf/SBR/4-2/051.pdf>
- (184) <https://careem3.com/contents/lab/social-medical-corporation.html>
- (185) <https://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-10800000-Iseikyoku/000205204.pdf>
- (186) 上林陽治「地域における医療及び介護の総合的な確保を推進するための関係法律の整備等に関する法律」http://jichisoken.jp/publication/researchpaper/114/No.114_183-199.pdf
- (187) <file:///F:/新公立病院改革ガイドライン%20.pdf>
- (188) 福田素生・稲沢公一・岡部卓・尾形裕也・駒村康平・石渡和美・小林理・伊藤正子・池本美和子前掲書九〇頁以下（福田素生）。
- (189) 清水教恵・朴光駿編著『よくわかる社会福祉の歴史』（二〇一一）七四頁（西川淑子）。
- (190) https://www.mhlw.go.jp/topics/2007/03/dl/tp0313-1a-05_01.pdf
- (191) 全国社会福祉協議会『よくわかる社会福祉施設』（第四版）一七頁以下 <https://www.fukushi-work.jp/work/detail.html?rid=5&cid=3>
- (192) https://www.mri.co.jp/knowledge/pti_related/rojinhoken/diaBou00000qwp6-art/h24_05c.pdf
- (193) <https://www.wam.go.jp/content/wamnet/pcpub/top/appContents/kaigo-seido-0904.html>
- (194) <https://www.wam.go.jp/content/wamnet/pcpub/top/appContents/kaigo-seido-0904.html>
- (195) https://www.dcnr.gr.jp/pdf/kensyu/r_h28suishin_tebiki.pdf
- (196) <https://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-12300000-Routkenkyoku/k2017.pdf>
- (197) <file:///F:/地域密着型サービスの概要.pdf>（大和田修好）

- (198) <file:///F:/増城密著型サービスの運用.pdf> (大和田修好)
- (199) 厚生労働省統計会「図説国民衛生の動向二〇一六／二〇一七」一一頁。
- (200) 新・社会福祉士養成講座13『高齢者に対する支援と介護保険制度(第五版)』(二〇一六年)一〇九頁(筒井孝子)。
- (201) <https://www.kantei.go.jp/jp/singi/swahoriryu/dai6/6siryou6.pdf#search>
- (202) 有沢広巳監修・山口和雄・服部一馬。中村隆英・宮下武平・向坂正男編『日本産業史(一)』(一九九四年)一八一—三〇頁。
- (203) 遠山嘉博『現代公企業総論』(昭和六二年)一〇六頁
- (204) 坂入長太郎『日本財政史概説』(平成三年)八五頁以下。
- (205) 有沢広巳監修・山口和雄・服部一馬。中村隆英・宮下武平・向坂正男編前掲書一八一—三〇頁。
- (206) 有沢広巳監修・山口和雄・服部一馬。中村隆英・宮下武平・向坂正男編前掲書一八一—三〇頁。
- (207) 遠山嘉博前掲書一〇七頁。
- (208) 遠山嘉博前掲書一〇七頁。
- (209) 遠山嘉博前掲書一〇八一—〇九頁。
- (210) 遠山嘉博前掲書一〇九—一一〇頁。
- (211) https://www.cao.go.jp/bunken-suishin/doc/260624_soukatsutorenbou-gaiyou.pdf
- (212) <http://www.pref.osaka.lg.jp/attach/3220/00014502/200603siryo21.pdf>
- (213) <https://www.gyokaku.go.jp/jimukyoku/tokusyuu/gourika/index.html>
- (214) マイナビ求人 <https://kotoobank.jp/word/三公社五現業-513364>
- (215) 日本大百科全書(森本三男) <https://kotoobank.jp/word/三公社五現業-513364>

- (216) ブリタニカ国際大百科事典小項目事典 <https://kotobank.jp/word/公企業-61698>
- (217) <https://ja.wikipedia.org/wiki/帝都高速度交通営団>
- (218) <https://ja.wikipedia.org/wiki/愛知用水公園>
- (219) <https://ja.wikipedia.org/wiki/農地開発機械公園>
- (220) <https://ja.wikipedia.org/wiki/日本住宅公園>
- (221) 宮脇淳編集代表・蛭子准史編著『外郭団体・公営企業の改革』(二〇〇九)。
- (222) http://www.soumu.go.jp/main_content/000178063.pdf
- (223) <file:///F:/第二セクター改革等先進事例集.pdf>
- (224) <https://toyokeizai.net/artcles/-/86198?page=3>
- (225) 細谷芳郎『図解地方公営企業法』(第三版) 三三七頁。
- (226) 細谷芳郎前掲書三四二―三四五頁。
- (227) 細谷芳郎前掲書三三九頁。
- (228) 細谷芳郎前掲書三四二頁。
- (229) <https://www.city.otsu.lg.jp/material/files/group/115/minikanitaku-guideline.pdf>
- (230) <https://www.city.otsu.lg.jp/material/files/group/115/minikanitaku-guideline.pdf>