

Public Liability and Private Liability for the Privatization of Administrative Work

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2020-01-08 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/10.14945/00027005

公共サービスの民間化と公的責任の私的責任への移行（一）

石尾 賢 二

はじめに

公共サービスの民間化が地方分権化に伴い進められているが、その場合の地方公共団体の国家賠償責任が問題となっている。公共サービスと考えられる業務を行う民間機関の不法行為において、地方公共団体が国家賠償責任を負うのかについての裁判例があり、議論が存する。最判平成一九年一月二五日は地方公共団体の国家賠償責任を認める。それに対して、地方公共団体の国家賠償責任を否定する判決もいくつか見られる。

本稿は、このような場合に民間機関の責任を一次的と考えるべき場合が多いのではないか（社会福祉における措置制度から契約制度への移行）、また行政が民間機関に責任を移行する方法があるのではないかと考察するものである。公共サービスであったもの、新たな公共サービスを独立の業務として合理化する方法には、公的法人の民営化、独立行

政法人化等の方法があるが、私法人への業務の全面委譲も行われる。そしてそれらの場合に問題となるのは、行政が実施主体として関与する余地を残しているのか、その余地がなく、完全に委譲しているのかである。このような合理化を地方公共団体は自己の業務の拡大(地方公共団体の企業化)として行うのか、独立の主体が責任をもって行う業務として切り離したのかである(民間機関は公的支援・監督を受けるために重い責任を負うと解することができる)。どこまで切り離せるのが難しい問題であるが(本稿は自己責任システムを確立すべきという立場に立つ)、基本的な立場としては国家が関与しなければならない公的意思決定を要するもの(刑事事件、国際問題等)を除いて、私的な問題、例えば介護・扶養等の業務は切り離すことが可能と考える(これらについても後見的な監督責任は必要となる)。基本的に地方公共団体が自ら意思決定を行う事柄であるが、広く委託することができ、公的責任は残るとする考え方が狭くしか委託できないが、公的責任は残らないとする考え方がありうる。切り離す方法としても、従来の業務の全部譲渡、民間主体の新規業務の創設等を独立の主体に委ねるなどの方法によって独立の責任主体とする方法と民間の責任とするよう契約を用いて事務委託する方法、契約によって行政の免責を行う方法がある(一)請負・準委任の際に「民間事業者により第三者に損害が生じた場合、地方公共団体にも損害賠償の責任が生じる場合に備え、民間事業者に対して求償できるよう契約において定めることが重要であり、(二)指定管理者制度においても、民間委託と同様、地方公共団体が指定管理者に対して求償権を有することを協定において定めておくことが重要であり、(三)「再委託先の不法行為による損害賠償の訴えが、地方公共団体に対して提起される可能性があることから、再委託先の不法行為等の責任の所在を契約において明確にしておくことが必要であり、(四)「地方公共団体による求償を確実なものとするため、第三者への損害に備えた保険に加入することを委託先等に対して義務付けるなどの措置が考えられる」とさ

れる⁽¹⁾。独立主体化する場合は行政の影響が残るものと考えられる（人事面等）。国家賠償については公権力行使概念が重要であるが、新たな業務創設・区分については使用者責任の外観理論も問題となりうる。また、行政の監督責任を残すこともでき（例えば、医療法人、学校法人、公益認定された一般社団法人等に対する監督官庁の監督責任のよう）、規制権限不行使による責任も成立しうるが、その責任は被害が生じてからの後付けの責任となる（事前に指摘された問題に適切な対応ができたのか）。いずれにしても広範な委託が公的支援の下で認められ、その際に民間機関に重い責任を課すなど総じて行政権限の縮小の意義が勝る。

本稿はこれらの問題を取り上げるのであるが、議論の順番として、まず、国家賠償責任と使用者責任の関係を取り上げ、その後、団体法・契約法に基づく責任移行の問題を取り上げる。ただし、本稿において取り上げる行政法の議論は代表的なものに限定する。また、公共サービスも代表的なものに基づいて議論する。

一 問題の概観

地方分権化と共に行政の民間化が財政上の問題、地域自治の活性化目的等によって図られている。「①社会経済の実態との乖離、②タテ割り行政の弊害、③行政の肥大化、④いわゆる官尊民卑的対応⁽²⁾」といった行政の構造的な問題に對する行政改革が何十年にわたって問題とされ、省庁改革、規制緩和、民営化等一定の項目が実施されてきたが、財政問題は大きな問題であるために、さらに地方分権化、民間化による合理化が期待されている。

1 行政民間化の動き

昭和五六年に設置された第二次臨調は、地方行政改革として、「事務・事業の廃止や民間委託等の推進、組織・機構の統廃合、地方公社等の外郭団体の経営合理化、地方公務員定数の合理化」等広範な課題についての改革の必要性を提起し、「昭和六〇年に自治省が地方行政改革大綱を作成し、地方公共団体に対し、地方改革を推進するよう指導した」(定数、給与水準の微減)。平成六年一〇月、自治省が「地方公共団体における行政改革の推進のための指針」を通知し、平成七年五月に地方分権推進法が制定され、平成一一年七月地方分権一括法が成立する。「この改革により、国と地方の関係が上下・主従の関係から対等・協力の関係に変わり、機関委任事務制度の廃止や国の関与に係る基本ルールの確立などを実施し、地方分権型行政システム(住民主導の個性的で総合的な行政システム)が構築される。その後数次にわたり地方分権一括法が成立する(数多くの個別の事務・権限について、規制緩和(義務付け・枠付けの見直し)や権限移譲(都道府県→市町村、国→都道府県など)を実施)^④。

このような地方行政改革の進展において民営化・民間へ事務委託が進行する(民間委託等の推進、指定管理者制度等の活用等・自治体情報システムのクラウド化の拡大、公営企業・第三セクター等の経営健全化・地方自治体の財政マネジメントの強化、PPP/PFI手法の導入等の推進)^⑤。

「地方行政サービス改革の推進に関する留意事項について」平成二七年八月二八日は以下のように述べる。^⑥

一 行政サービスのオープン化・アウトソーシング等の推進として、「民間委託等の推進」-定型的業務や庶務業務を含めた事務事業全般にわたり、民間委託等の推進の観点から、改めて総点検を実施。業務の集約・大きくくり化、他団体との事務の共同実施など事務の総量を確保や仕様書の詳細化などの工夫を行い、委託の可能性を検証。指定管理

者制度等の活用―公の施設について、指定管理者制度を導入済みの施設も含め、管理のあり方について検証を行い、より効果的、効率的に運営。複数施設の一括指定や公募前対話の導入等の参入環境の整備や施設業務の部分的な導入等、幅広い視点から管理のあり方について検証。地方独立行政法人制度の活用―事務事業の廃止や民間譲渡の可能性を検討した上で自ら実施するよりも効率的・効果的に行政サービスを提供できる場合に活用を検討。BPRの手法やICTを活用した業務の見直し―事務事業全般に渡って、BPRの手法を活用した業務フローの見直しやICTの活用等を通じて業務を効率化。特に住民サービスに直結する窓口業務の見直しや職員の業務効率向上につながる庶務業務等の内部管理業務の見直しは重点的に実施。」

二 自治体情報システムのクラウド化の拡大として、「複数団体共同でのクラウド化（自治体クラウド）は、コスト削減、業務負担の軽減、業務の共通化・標準化、セキュリティ水準の向上及び災害に強い基盤構築の観点から、その積極的な導入を検討。情報システム形態やコストの現状について正しく認識するとともに、コストシミュレーション比較等を実施し、あわせて、業務負担の軽減、セキュリティの向上、災害時の業務継続性等についても考慮。」

三 公営企業・第三セクター等の経営健全化として、「公営企業については、中長期的な経営計画である『経営戦略』を策定し、経営基盤強化等の取組を推進。各水道事業及び下水道事業において、『経営比較分析表』の作成及び公表を推進。第三セクターについては、経営状況等の把握等に努め、財政的リスクを踏まえた上で抜本的改革を含む不
断の効率化・経営健全化に適切に取り組むことを推進。」

四 地方自治体の財政マネジメントの強化として、「公共施設等総合管理計画の策定促進―平成二八年度までに、長期的視点に立って公共施設等の総合的かつ計画的な管理を行うための計画を策定するとともに、公共施設等の集約化・

複合化等に踏み込んだ計画となることを推進。統一的な基準による地方公会計の整備促進―原則として平成二七―二九年度の三年間で、固定資産台帳を含む統一的な基準による財務書類等を作成し、予算編成等に積極的に活用。公営企業会計の適用の推進―平成二七―三一年度の五年間で、下水道事業及び簡易水道事業を重点事業として地方公営企業法の全部又は一部(財務規定等)を適用し、公営企業会計に移行。」

五 PPP/ PFIの拡大として、「公共施設等運営権制度の積極的導入や公共施設の維持更新・集約化等へのPPP / PFI手法の導入等を推進。PPP / PFIの導入に係る地方財政措置上のイコールフットディングを図る。公共施設等総合管理計画の策定を通じ、PPP / PFIの積極的活用の検討に努めるとともに、固定資産台帳を整備・公表を通じ、民間事業者のPPP / PFI事業への参入を促進。」

改革における行政の主導性については、自治体戦略二〇四〇構想研究会の報告書が出されている。地方創生として「まち・ひと・しごと創生基本方針二〇一九」が出されている。

以上のことから多様な分野で多様な方法での民間化が企図される。可能な範囲については、(一)法令に照らし、行政が自ら実行すべきものとされている業務はできず、(二)一般的に、『定型的・機械的』業務については、民間委託に適しているとされる一方、『裁量的・判断的』要素を相当程度含む業務については、法令上民間委託が可能であっても必ずしも民間委託に適さないものと考えられ、(三)地方公共団体の行う統治作用に深く関わる業務(公の意思の形成に深く関わる業務、住民の権利義務について定めたり、地方公共団体の重要な施策に関する決定を行うなど、住民の生活に直接間接に重大な関わりを有するような公の意思の形成に深く関わる業務)は、民間委託に適さない場合があり得る。「住民の権利義務に深く関わる業務、公による権力的な性格が強い業務として、民間委託ができないとさ

れてきたが、近年、守秘義務やみなし公務員規定などの必要な措置を講じることでは法令上民間委託が可能とされる例もある」。「利害対立が激しく、公平な審査・判断が必要とされる行為は、民間委託に適さないものと考えられる」。

多様な方法としては、公営企業・第三セクターの活用、独立行政法人の活用、電電公社・郵政等で用いられた民間営化手法もあるが、施設運用の民間委託（指定管理者）、社会保障関係、教育関係等個別事業の民間委託が実際には重要と考えられる（市場化テストによる広範な民間委託も企図される）。

2 民間化と国家賠償責任、使用者責任

そのような中で民間化において公共サービスを委託された民間機関の違法行為について、地方公共団体の国家賠償責任を否定する事例がみられる。

どのような場合に国家賠償責任が認められるのかについては従来、公権力行使概念を中心とする国家賠償法の解釈問題としてとらえられている。従業員の不法行為に対する法人の責任は、指揮監督関係、職務行為の外観的把握など使用者責任の解釈問題としてとらえられる。国家賠償責任と使用者責任の相違は免責規定の有無（実際には免責されない）、求償制限規定の有無（使用者責任でも求償制限は認められている）であり、実際上の差異は小さい。使用者責任では個人責任も併存する（共同不法行為）のに対して、国家賠償責任では個人責任が認められないと解されている。複数主体がかかわる場合は共同不法行為責任とされうる（公的な監督を必要とする業務についての不法行為責任は規制権限不行使の国家賠償責任と行為主体の不法行為責任（使用者責任）の共同不法行為責任となる）。

国家賠償責任とは国、公共団体の公務員の違法な公権力の行使に対する国、公共団体の責任である。国・公共団体

の違法行為に対しては国家賠償責任と使用者責任が競合し、公権力の行使か否かで振り分けられるとする。⁸⁾

国家賠償については代位責任説と自己責任説があり、「過失の客観化、加害公務員の特定の緩和、組織過失の承認」等同様の結論をもたらしうるが、不作為責任の問題については自己責任説の方が説明しやすいと考えられる。⁹⁾

前提として責任主体は国、公共団体である。

公共団体は、地方公共団体、特別地方公共団体(特別区、財産区、地方公共団体の組合)の他に、公共組合(行政事務を行う社団法人―土地改良区、土地区画整理組合、水害予防組合、国民健康保険組合、農業共済組合等)、行政処分を行う職業団体(弁護士会、医師会)、特殊法人(日本放送協会、日本私立学校・共済事業団、日本中央競馬会、日本年金機構)、国立大学法人、独立行政法人も含まれると解される(これらの場合、公権力行使において当該団体自体が公共団体として国家賠償責任を負う¹⁰⁾)。認可法人(日本銀行、預金保険機構、日本赤十字社等)も含まれる(公権力行使局面はほとんどない)。民営化されたものは公権力行使の問題とされる。¹¹⁾

次に、加害者の公務員要件が問題となる。私人を補助機関とする(例えば、私人が都道府県との請負契約により車両移動に係る都道府県の職務に従事する、社会福祉法人の児童養護施設の長が入所措置の委託を受けた場合、職員は都道府県の職務に従事する)、私人に処分等をする権限を委任する場合(郵便認証司が内容証明・特別送達する場合¹²⁾)、指定確認検査機関が建築確認する場合等)も公務員に該当する。

そして、加害行為について公権力行使要件が問題となる。広義説は純粹私経済活動、営造物責任を除く行政活動を公権力の行使とする(非権力的活動を含む)。措置入院、措置入院患者に対する治療、学校での授業・課外活動、情報取得・公表・漏洩防止、予防接種、刑務所・拘留所での診療行為、国立大学法人教職員の行為等が当てはまるとされ

る。¹³ 最広義説は私経済活動も含むとする。それによると、国公立病院の医療行為、私立学校の教育活動、私経済活動（水道の給水停止、自衛隊員の炊事作業、私立保育園の保母業務、民間企業の警備活動等―指名競争入札の指名行為等、分収育林事業を含むとする事例はある）も含みうる。¹⁴

このように従来行政業務であったもの、新たに行政が進めようとする業務の民間委託において、公権力行使要件を中心に考察され、委託された団体等の責任に独立の主体としての責任が認められるか、委託した国・地方公共団体が主体であり、委託された団体等は従属的な主体としての責任となるか問題となる（委託内容・形態が影響する）。民間委託事例について委託された者を公共団体として国家賠償責任を問うことは委託された者の使用者責任を問うことと変わらない。問題となるのは委託した国・地方公共団体の責任を問うことである。

このような業務について、当該団体が公共団体として国家賠償責任を負うのか、国等が主体としての委託者として国家賠償責任を負うのか、負う場合に個人責任はどうなるのか。当該団体、国等が主体としての国家賠償責任を負わない場合に当該団体が主体としての使用者責任を負う（国等の使用者責任は生じないと解される）。その場合においても国・地方公共団体のかかわり方によっては共同執行者として両者が共同不法行為責任を負う、あるいは国等が規制権限不行使の国家賠償責任主体として共同不法行為責任を負うことになりうる。誰が責任主体となるべきであるのか（公的機関と民間の関係）が、民間委託の推進の中で、あらためて問われなければならないとともに委託形態による差異（主体としての地位も委託しうるのか）が問題となる（実質的問題と形式的問題）。民間委託において国・地方公共団体が責任主体となるかどうか重要な問題である。その際、使用者責任における外観理論が当てはまるのかも問題となる（外観から行政事務と考えられるものに対して国家賠償責任が成立するのか）。

ここで必要となる価値判断は、公的援助の下に安全な、安定した民間事業をもたらすべきか、受託した民間組織の自主独立を尊重し、自立した公的事業の民間化を促すべきかである。後者の立場が正しいと考える場合にはどのような委託形態が望ましいのかである（共同関係を残す場合もある）。その際、どのような契約関係に基づく公的事務の委託となるのか、事業全体を独立の法人に委ねることによって国・地方公共団体の責任を回避することができるか、また契約の効力に基づき事業執行者側に責任を移すと考えられるのか等契約の効力の問題が生じる。また、その場合に関連行政機関が責任を含めて民間組織に一任する形態が一般市民との間でも受け入れられることが必要とも考えられ（福祉・教育に関しては個人（家族）が主体となる）、行政の説明義務も必要となる。これらの問題を解決した後に国・地方公共団体が主体として責任を負う場合の個人責任はどうなるのかが問題となり、さらに、主体として負わない場合に国・地方公共団体が副次的な責任を負うのか問題となる。以下、これらの問題を扱う。

二 民間委託において地方公共団体の公権力の行使を認める二つの最高裁判決

1 最判平成一九年一月二五日民集六一巻一号一頁

(1) 事案の概要

家庭の事情から児童養護施設（A）に入所した児童（X）が入所中の児童四名から暴行を受け、傷害を負い、後遺症が残った事案について、職員には、Xの受傷につき、入所児童を保護監督すべき注意義務を懈怠した過失があったとして、Aの施設長及び職員による入所児童の養育監護行為は県（Y₁）の公権力の行使に当たると、Y₁は国家賠償

法一条一項に基づき賠償責任を負い、 Y_1 が国家賠償責任を負う場合も、 Y_2 はAの職員等による不法行為につき民法七一条に基づき使用者責任を負うと主張して、それぞれ損害賠償を求める事案である。

（2）原審での地方公共団体の責任

児童福祉法の責務を果たすために児童相談所が設置され、児童に対する三号措置が認められ、国・地方公共団体は、社会福祉法人等所定の施設に入所させることができる（養育・監護の委託）。社会福祉法人等には受託義務が課され、監護、教育及び懲戒に関し、その児童の福祉のため必要な措置をとることができる。「以上によれば、社会福祉法人における入所児童の日々の養育監護行為は、その個々の行為自体は、事柄の性質上、特別の権限によらずとも一般の親権者であれば誰でも行使し得る範囲と同一の私生活上の行為にほかならないものであるものの、その目的ないし内容においては、先に述べたところから明らかなように、保護者のない児童や保護者に監護させることが不適當であるなどの児童の福祉という高度に公共的な性格を有する行為であり、また、上記養育監護行為は、上記措置の実施等のために行うもので、国及び地方公共団体が負担する児童の育成責任を果たすことと密接不可分のものであり（国又は地方公共団体が設置した児童福祉施設に入所させる場合は、上記委託をするまでもないが、民間施設に入所させる場合は、上記委託をせざるを得ない）、いわば上記措置及び委託という枠組みの中の行為であると位置付けることができる」として地方公共団体の国家賠償責任を認める。

(3) 原審での社会福祉法人の使用責任

Y₂は、昭和三三年一二月に法四一条に基づく児童養護施設であるAを設置して、社会福祉事業を独立して行ってきたものである。そして、本件において、Y₂は、Y₁からXの養育監護を委託され、Aにおいて、これを行ってきたもので、本件事故は、上記養育監護中に発生したものである。そうすると、Aの職員Bは、Aの入所児童の養育監護というY₂の事業の執行について、児童らの監督上の注意義務違反に基づき、Xに損害を与えたものといえるから、民法七一条一項に基づき、Xが被った損害を賠償する責任があるべきである(なお、上記養育監護行為が、公権力の行使であることは、事業の執行であることを失わせるものではない)。

(4) 最高裁判決概要

最高裁は、「A学園は、民営の児童養護施設であり、その職員等は組織法上の公務員ではないが、同学園が被告県から委託されて行う入所児童の養育監護行為は、高度な公共的性質を有する行為であって、純然たる私経済作用ではないから、国家賠償法一条一項という公権力の行使に当たる」とした原審を維持したが、個人責任、使用者責任も肯定した点については否定する(国又は公共団体以外の者の被用者が第三者に損害を加えた場合であっても、当該被用者の行為が国又は公共団体の公権力の行使に当たるとして国又は公共団体が被害者に対して同項に基づく損害賠償責任を負う場合には、被用者個人が民法七〇九条に基づく損害賠償責任を負わないのみならず、使用者も同法七一条に基づき損害賠償責任を負わないと解するのが相当である)。

(5) 論点の概要（板垣勝彦・自治研究八四巻八号一三三頁による）⁽¹⁵⁾

この裁判の論点は二つある。①社会福祉法人である児童養護施設職員⁽¹⁶⁾の違法行為に国家賠償法が適用されるかと②国家賠償法が適用される場合に個人責任はどうなるかである。

①について、「公権力の行使を担う公務員に対して指揮監督権を有する機関が組織法上所属する団体とする考え方」と「その事務がほんらい帰属する団体を指すという考え方」がある⁽¹⁶⁾とされ、最高裁は後者の考え方を採るとする。すなわち、社会福祉法人と愛知県が措置委託契約を締結している点を愛知県の事務の代理執行とする。そして、公権力を行使する者について公務員概念は満たされ、民間委託（一、福祉サービス、二、検査・検定、三、司法・刑事司法・警備・行刑作用）の場合も同様とされる⁽¹⁷⁾。

公権力の行使について、広島地福山支判昭和五四年六月二二日は福山市自ら設置した精神薄弱者収容施設において、地方自治法二四四条の二第三項と福山市春日寮条例によって管理業務を委ねていた社会福祉法人の業務中の事故について、業務自体福山市自ら行う福祉事業の一環としてとらえられ、福山市が社会福祉法人と強固な結びつきをもって監督していることから公権力行使を認める。福岡地判昭和五五年一月二五日は措置入院を強制的な行政処分とし、入院から収容継続の全過程を通じて公権力行使が認められるとして病院内の医療行為を公権力の行使とする。千葉地松戸支判昭和六三年一月二二日は、運営費助成等で一定の行政の関与が認められる無認可保育所での事故を公権力の行使ではないとする。市の保育に欠ける児童の保育義務の執行と解することもできるが、市は保護者に無認可保育所をあつせんするにすぎず、契約締結は当事者に委ねられ、公務員性が否定されると解すべきとされる。浦和地熊谷支判平成二年一〇月二九日は認可保育園での事故も公権力の行使ではないとする（保母の保育行為の専門・技術性、

役務の内容から「特別の権限・義務」が与えられておらず、行為全体が公権力行使に組み込まれていないとする。それに対して、市町村の保育に欠ける児童の保育義務と保護者の申請による市町村の保育委託、私立認可保育所の拒否権の不存在、公的セクターの費用負担から委託を通じて組み込まれていると解する主張があるとする。浦和地判平成八年二月二一日は民間補導委託施設での試験監察中の事故の国家賠償責任を認める(少年保護手続きの中に民間人の活動を組み入れる)―個人責任は否定される。神戸地姫路支判平成九年一月一七日は、独立した不登校児収容施設での事故において、市との委託契約はなく、市は紹介したに過ぎないことから公務員認定しなかったが、私立愛護センター関係者・中学校教諭の安全配慮義務違反を認めた。東京地判平成一一年三月一六日は、特別区の心身障害者家庭奉仕員等派遣事業に基づき派遣された家事援助者の違法行為について、公権力を行使する公務員に当たらないとする(特別区の役割は費用助成にとどまり、事実上指揮監督権を及ぼせない)。千葉地判平成一七年六月一六日、控訴審(東京高判平成一八年七月二七日)は、知的障害者更生施設職員⁽¹⁸⁾の違法行為についての国家賠償責任を否定する(当該公共団体が当該業務の主体といえる程度に私人の業務に関与しているかという点について、社会福祉法人の自主性・独立性、知的障害者に対する日常的介助・支援の性質から否定する)。筆者はこの判断要因が優れているとし、判断要因を事務・業務の性質(私経済作用と管理作用を排除する)と国・公共団体の活動への組み込みの程度とする⁽¹⁹⁾。

②社会福祉法人の使用者責任を否定する点について、一、公務員の個人責任の排除については公務執行の萎縮を防ぐ、個人責任の必要がないことが根拠とされる。二、社会福祉法人職員の行為の高度の公共的性質・社会福祉法人の受諾義務・運営資金の大半の給付・公共団体の指揮監督権・損害填補の不安がないことから公務員と同等とされる。

三、個人責任が生じないために使用者責任も生じない⁽¹⁹⁾とされる。

2 最決平成一七年六月二四日裁判集民事二一七号二七七頁

（1）事実の概要

株式会社東京建築検査機構は、建築基準法七七条の一八から七七条の二一までの規定の定めるところにより同法六条の二第一項所定の指定を受けた者（「指定確認検査機関」）である。本件会社は、横浜市内に建築することが計画されていた大規模分譲マンションである本件建築物の計画が建築基準関係規定に適合するものであること等につき同項所定の確認をした。相手方らは、本件建築物の周辺に居住する者であるが、本件建築物が建築されることよって生命、身体の安全等が害されるなどと主張して、本件会社を被告とする本件確認の取消しを求める訴えを提起し、その後本件建築物に関する完了検査が終了し、上記訴えの利益が消滅したことから、行政事件訴訟法二一条一項の規定に基づいて、上記訴えを、本件確認の違法を原因として損害賠償を求める訴えに変更することの許可を申し立て、原々審は、これを許可した。

（2）判旨

建築物の建築について建築主事の確認を必要とする建築基準法六条一項の規定は、建築物の建築基準関係規定適合性の確保が、住民の生命、健康及び財産の保護等住民の福祉の増進を図る役割を広く担う地方公共団体の責務であることに由来するものであって、同項の規定に基づく建築主事による確認に関する事務は、地方公共団体の事務であり（同法四条、地方自治法二条八項）、同事務の帰属する行政主体は、当該建築主事が置かれた地方公共団体である。そして、建築基準法は、建築物の計画が建築基準関係規定に適合するものであることについて、指定確認検査機関の確

認を受け、確認済証の交付を受けたときは、当該確認は建築主事の確認と、当該確認済証は建築主事の確認済証とみなす旨定めている(六条の二第一項)。また、同法は、指定確認検査機関が確認済証の交付をしたときはその旨を特定行政庁(建築主事を置く市町村の区域については当該市町村の長をいう。二条三二号)に報告しなければならぬ旨定めた(六条の二第三項)上で、特定行政庁は、この報告を受けた場合において、指定確認検査機関の確認済証の交付を受けた建築物の計画が建築基準関係規定に適合しないと認めるときは、当該建築物の建築主及び当該確認済証を交付した指定確認検査機関にその旨を通知しなければならず、この場合において、当該確認済証はその効力を失う旨定めて(同条四項)、特定行政庁に対し、指定確認検査機関の確認を是正する権限を付与している。

以上の建築基準法の定めからすると、同法は、建築物の計画が建築基準関係規定に適合するものであることについての確認に関する事務を地方公共団体の事務とする前提に立った上で、指定確認検査機関をして、上記の確認に関する事務を特定行政庁の監督下において行わせることとしたことができる。そうすると、指定確認検査機関による確認に関する事務は、建築主事による確認に関する事務の場合と同様に、地方公共団体の事務であり、その事務の帰属する行政主体は、当該確認に係る建築物について確認をする権限を有する建築主事が置かれた地方公共団体であると解するのが相当である。

したがって、指定確認検査機関の確認に係る建築物について確認をする権限を有する建築主事が置かれた地方公共団体は、指定確認検査機関の当該確認につき行政事件訴訟法二一条一項所定の「当該処分又は裁決に係る事務の帰属する国又は公共団体」に当たるといふべきであって、原告人は、本件確認に係る事務の帰属する公共団体に当たるといふことができる。

（3）指定検査機関等の指定法人

指定確認検査機関・指定管理者等の指定法人（民法・会社法上の法人であっても、国・地方公共団体から指定を受けることで行政処分を行う権限を認められる）については、一、「指定確認検査機関ないしその職員を特定行政庁の所属する地方公共団体に帰属して公権力を行使する行政機関ないし職員であるとして」、建築確認を公権力の行使とする見方、二、指定確認検査機関と特定行政庁は別個の機関として、「特定行政庁の所属する地方公共団体の責任は指定確認検査機関に対する指示・監督権限の懈怠（規制権限不行使型の国家賠償）に限れるとする見方」があるとする（最決平成一七年六月二四日判時一九〇四号六九頁は前者を採るとされる³⁰⁾）。

その後、東京高判平成二二年三月二五日は「特定行政庁である都知事には包括的な監督権限も指定取消し権限も帰属しておらず」、提出資料では審査・検討しがたく、実質的な指揮・監督権がなく、都は公共団体とならないとする。横浜地判平成二四年一月三一日判時二一四六号九一頁も指定確認検査機関が行政とは独立して公権力の行使である建築確認業務を自己の判断で行っており、国家賠償法上の責任は指定確認検査機関が負うものとする³¹⁾。

指定確認検査機関職員の違法行為に対する特定行政庁の所属する地方公共団体の国家賠償責任について、当該地方公共団体の職員の違法行為としての責任と解するか、地方公共団体の監督機関の権限不行使責任と解するか相違し、分離的把握によって指定確認検査機関に一次的な責任を負わせること（例外的に地方公共団体に規制権限不行使の責任が生じる）が指定確認検査機関の無資力リスクを被害者に負担させることになるために（当初、損害保険の整備はなされていない）、被害者救済が一体的把握の背景にあるとする。その後損害保険の整備がなされ、協働の理念に立ち返れば、複数の主体が事務を分担して行う以上、事故への寄与度に応じて分担すべきとされる（一次的には事業者が

負担すべきとされる⁽²³⁾。

この点、一体的把握においても地方公共団体からの求償を確実にすれば同様とされるが（公務員に対する求償として、あるいは共同不法行為者間の求償として）、地方公共団体の一次的責任の根拠は困難とされる⁽²⁴⁾。

指定管理者の場合は一条と二条の両方が問題となり、一条については指定確認検査機関と同様の問題となるが、二条については営造物責任の問題として地方公共団体の責任となる（別途、指定管理者も公共団体として責任を負うと解することもできるが、いずれにしても占有者責任は負う。実際的には損害保険に加入が指定条件とされ、指定管理者が責任を負う旨約定される⁽²⁵⁾）。

このように指定確認検査機関と指定管理者の責任問題についても損害保険加入が条件づけられていると共に責任約定も行われると考えられるために、実際的には当該機関が一次的に責任を負い、地方公共団体の責任は二次的となり実際には責任を負わない運用がなされていると考えられる⁽²⁶⁾。

3 その他地方公共団体の国家賠償責任を認める類似の事例

(1) 大分地裁平成二四年一月一日L1

「県知事による措置入院決定に基づいて被告が設置する病院に入院した措置入院者に対する病院の医師等による医療行為は、公権力の行使に該当し、当該指定病院の医師は、国家賠償法一条一項にいう公権力の行使に当たる公務員に該当するから、担当医師の診療上の過失によって入院者が損害を被った場合には、その損害につき県が国家賠償法一条一項に基づいて賠償責任を負うことになり、被告が、診療契約に基づく債務の不履行、あるいは、使用者責任に基

づく損害賠償義務を負うことにはならないと」する。⁽²⁶⁾

(2) 千葉地方裁判所判決平成一九年二月二〇日L L I

「児童福祉法（平成九年法律第七四号による改正前のもの）二七条一項三号の措置に基づき社会福祉法人の設置する養護施設に入所した児童に対し、同養護施設の長が行った暴行等が、児童福祉施設の長の正当な懲戒権行使の範囲内とはいえず、不法行為を構成し、同養護施設の長の養育監護行為が県の公権力の行使に当たる公務員の職務行為であるとして、その不法行為につき県に国家賠償法一条一項に基づく損害賠償責任を認め」る。

三 民間委託の際の国家賠償責任を否定する近時の判例

1 東京地判平成一六年一〇月一四日判タ一一八八号二七一頁⁽²⁷⁾

(1) 事案の概要

Xらは、チュニジア共和国の国籍を有する男性であるが、来日のため、トルコ共和国の国営に係る航空会社であるY₂の航空機に搭乗して新東京国際空港に到着したが、入国管理局で入国拒否され、Y₂の航空機で送還されるまでの間、空港内の上陸防止施設で待機することになったところ、Xらを同施設に移送するまでの間、その警備を担当することになったY₃の従業員であるY₅ないしY₇に警備料等の支払を要求され、暴行を加えられたうえ、金銭を強取ないし喝取されたと主張して、国（Y₁）、航空会社（Y₂）、警備会社（Y₃）、同社の代表者（Y₄）、同社の従業員で、当該不法行為

の実行者 (Y_5 ないし Y_7) に、 Y_1 に対しては、国家賠償責任、 Y_2 に対しては、民法七一五条の使用責任、民法七〇九条の直接の不法行為責任ないし安全配慮義務違反、 Y_3 に対しては、民法七一五条の使用責任、 Y_4 及び Y_6 ないし Y_7 に対しては、民法七〇九条、七一九条の共同不法行為責任をそれぞれ理由として、各三六〇万円及びこれに対する遅延損害金の連帯支払を求めた。

(2) 判旨(判タ解説)

国際法上の問題を除いて、警備会社の使用者責任の成立は問題ないと考えられるが、国家賠償責任が生じる際の個人責任の問題もあり、国家賠償責任の有無が判断された。また、航空会社については「航空会社と警備会社との間に、民法七一五条所定の使用者責任を認め得るに足りる指揮・監督関係はな」く、航空会社自体の不法行為責任もないとした(一体性もなく、安全配慮義務違反もない)とされる。

国の責任について、「上禁者の送還については・・・、その送還までの間の警備(身柄の確保)を含め、権力作用ではなく、基本的に航空会社に責任があるのであって、その警備中に生じた本件加害行為につき、 Y_1 が国家賠償法一条所定の損害賠償責任を負う余地は原則としてない」とした。しかし、 Y_1 (入国管理成田支局ないし同支局長)が Y_3 に「審査場立入許可証」を交付しているため、この点に関連して、「 Y_1 が上禁者の送還及び送還までの警備について、航空会社ないし航空会社から委託を受ける警備会社に対して、何らかの関与をし、その関与を通じて航空会社ないし航空会社から委託を受ける警備会社が問題のある行動を取ったときにこれを是正する義務がある」ということができ、かつ、当該義務違反が認められる場合には、なお、その限りで公権力の行使としての・・・入管成田支局長の Y_3 に対す

る指揮・監督に係る義務違反を理由とする Y_1 の責任が問題となる余地がある」としたが、「本件において、入管成田支局ないし同支局長が Y_3 に対して前記許可を取り消すべきであったというためには、 Y_3 に対する許可を取り消してまで、 Y_3 が上禁者の警備に当ることを回避する必要があったということができそうな、その権限行使が制限されるべき事情が必要といわなければならない」ところ、本件では、そのような事情は認められなかった。

（3）空港管理

「日本の空港は、空港法に基づき、空港の果たしている機能と設置・管理主体によって区分されており、基本施設（滑走路、誘導路、着陸帯、エプロン）と附帯施設（排水施設、照明、護岸、道路、駐車場など）の工事費用や災害復旧費用の負担ルールなどが定められている。また、旅客ターミナルや貨物取扱施設、給油施設などは、空港を設置する国や地方公共団体が、建設・管理する者を指定して行わせることができる。二〇一三年には、民間の能力を活用した国管理空港等の運営等に関する法律（民活空港運営法）が制定され、国や地方公共団体が設置している空港の運営を、民間事業者に一体的に行わせることが可能となった⁽²⁸⁾。成田国際空港は、一九七八年五月二〇日に「新東京国際空港として開港し、二〇〇四年四月一日、成田国際空港株式会社法が施行され、空港を管理する新東京国際空港公団が、日本政府による一〇〇パーセントの出資で設立された成田国際空港株式会社に改組し民営化（特殊会社化）」された⁽²⁹⁾。

上陸拒否とは「入管難民法に基づき、外国人の入国を拒むこと。国内または国外の法令に違反し一年以上の懲役や禁錮刑などを受けた場合などは入国できない。速やかに国外へ退去しなければならず、その責任は原則として利用し

た航空会社や船舶会社が負い、費用を個人へ請求する会社が多い」。改正入管難民法は新たな在留資格を規定する。³⁰⁾

「入管法等の規定に抵触(違反)して退去強制手続の対象となった外国人(被摘発者か自ら出頭申告した者かを問わず)は、まず地方出入国在留管理局の警備担当部門において入国警備官による違反調査を受けることとなる。この場合は収容前置主義に基づき、一旦当該地方入管局に付設されている収容場への収容がなされ、続いて入国審査官による違反審査・認定、不服があれば特別審理官による口頭審理・判定、さらには法務大臣への異議申出という手続を踏むことになる。この際、出頭申告等で自ら早期の日本出国意思を明確にし、他に罪を犯した嫌疑もなく、かつ、逃亡等のおそれもない者については、出国命令手続に移行したり、即日仮放免など(形式的には収容するが)事実上収容せずに在宅のまま後日手続をする取扱いがなされる。それ以外の者については、数日で事案の終結が見込まれる者についてはそのまま収容場に留め置き送還手続となり、事案処理の見通しがつかない者(収容が中長期に及ぶと想定される者)についてはより設備等の整った入国者収容所に移送・収容されることとなる。」「入国者収容所の職員にとつて、他省庁あるいは法務省にあつても法務局等への異動は出向(人事交流)とみなされるのに対し、地方出入国在留管理局は出入国在留管理庁とともにいわば通常の人事異動の範囲内の官署として認識されている」³¹⁾。

JAL約款第一六条(B)(三)「通過国又は到達国への旅客の入国不許可により、会社が適用法令等によりその旅客を出発地又はその他の地点へ送還する場合には、旅客は、適用運賃、料金及び費用を支払わなければなりません。会社は、当該運賃、料金及び費用の支払に対し、旅客が会社に支払済の未搭乗区間の運賃等又は会社が保有する旅客の資金をもって充当することができます。なお会社は、入国拒否又は国外退去の処置がとられた地点までの運送につき収受した運賃等を払い戻しません」³²⁾。

空港業務は民間化されているが（空港管理法あるいは地方公共団体から民間への業務委託）、入国審査は国（出入国在留管理局）の判断である。上禁者は一旦上陸防止施設、その後収容場等に入る。上禁者に対する送還費用は航空会社負担とされ、上禁者に請求される。その他刑事事件については空港警察が扱い、特別な警備も存しうる。

上禁者の扱いについては、本来、公権力に基づくものと考えられるが、空港施設管理民間化から空港内ではそこが委託する空港警備会社の業務となる、あるいは航空上の警備として航空会社から委託された警備会社の業務となると考えられる（航空法に基づく保安検査は航空会社から警備会社に委託される）。

警備会社社員の不法行為に対して、警備会社は使用者責任を負う。空港管理会社の責任は指揮監督に基づく使用者責任となり（民営化のために国家賠償責任ではないと解される）、航空会社も警備会社に対する指揮監督の問題となる。空港警備の実態として空港管理団体と航空会社で役割分担があると考えられ、どちらかの責任となると考えられる。ただし、いずれにしても上禁処分としての公的性質から上禁者の扱いは公的性質を有すると考えられる。

航空会社自体、営利法人とはいえ公的規制、公的関与が大きい会社であるが、本来国、地方公共団体の業務としてとらえられうる航空業務（国際）は航空会社に委託され、空港業務も民間に委託される。実質的には航空会社の責任が大きいとされているが、入国、手荷物審査に関わるものは本来は国の安全に関わる業務である。

2 東京地判平成一九年一月二七日判タ二二七七号一二四頁⁽³³⁾

(1) 事案の概要

原告夫婦が自宅近辺で保育施設が見つからなかったために世田谷区（ Y_1 ）に保育ママ（ Y_2 ）を紹介され、保育契約

を締結し、見てもらっていたところ、 Y_2 の違法行為によって子供が傷害を負った。原告らは Y_2 に七〇九条、 Y_1 に国家賠償責任（ Y_2 が区の公務員）、使用者責任（ Y_2 が区の被用者）、規制権限不行使を理由とする国家賠償責任を追求した。

(2) 判旨

児童福祉法二四条一項の規定は、保育に欠ける児童の保護者からの申込みがあつた場合に、 Y_1 自らがこれを保育しなければならぬことを定めたものではなく、その体制を確保することを規定するものであること、このため、 Y_1 の保育ママ制度は、 Y_1 が、保育ママと乳幼児の保護者との間で直接締結される保育利用契約に基づく保育ママによる家庭内保育を、行政として支援して児童福祉の向上を図る制度であること、児童の保護者は、 Y_1 の紹介がなくとも保育ママによる家庭内保育を利用することができ、しかも、これは、保育ママと児童の保護者との間で直接締結される保育利用契約の履行として提供される役務であつて、それ自体は Y_1 の事務ではないこと、保育ママは、 Y_1 から保育ママとして認定されただけでは何らの報酬も金銭的補助も受けることはできず、保育ママが上記保育利用契約の履行により事業を開始することによって、 Y_1 から補助金が支給されるものであること、 Y_1 の保育ママ事業に対する運営費の補助は、あくまで別の事業主である保育ママに対する補助金であつて、雇用関係にある職員に対する給与などではないこと、保育ママによる Y_1 に対する各種の届出・報告は、補助金の適正な支払のためにされているものにすぎないこと、 Y_1 が実施する保育ママ、保育室及び認証保育所に対する保健師、看護師及び保育士の巡回指導は、児童の保育がより良く実施されるための行政指導であり、保育ママに対する職務命令や監督ではないことが認められるとする。したがって、 Y_2 は、保育ママとして、 Y_1 の公務を委託されてこれに従事しているものとは認定することができない。

Y₁の保育ママ制度は、保育ママという独立の事業者に対して、Y₁が補助金を支出するなどして支援する事業であつて、Y₁が児童の保育を直接するものではないこと、保育ママ事業に基づく保育は、Y₁の事務ではないことから、Y₂はY₁の事業に関する「被用者」ではないことが明らかである。

ただし、Y₁の保育課担当職員は、保護者とともに南野園長から、Y₂の保育中に乳児の顔にあざができたという事故が発生したことの苦情の申し出を受け、Y₂から合理的な回答を得ていないので調査すべきであつた。

そして、Y₁の保育課担当職員は、Y₂が、当該乳児に対する事故を報告する義務があるにもかかわらず、これを怠つており、しかも、平成一五年一〇月二〇日にY₂に対する巡回指導が行われているにもかかわらず、その際にも、Y₂から何らの報告もなかつたことを了知していたものと認めることができる。したがって、このような状況の下では、Y₁の保育課担当職員は、当該事情をすみやかに保育課長に連絡し、保育課長は、取扱要領九条に基づき、区要綱一三条の届出をするようにY₂を指導する義務があり、その届出内容を吟味して、その回答次第では、区長に対し、区要綱一七条の調査をするよう求めるべきであつたというべきである。Y₁の保育課長が、取扱要領四条に基づき、Y₂が保育ママとして不適当な事情が生じたものとして、保健福祉部長に報告しないことは、保育ママ制度を適正に運営するために与えられた上記保育課長の権限の不行使について、著しく不合理であるといわなければならない。

(3) 保育ママ制度（判決事実に基づく）

児童福祉法二四条一項は、市町村（特別区）が、保護者の労働又は疾病その他の政令で定める基準に従い条例で定める事由により、その監護すべき乳児、幼児又は第三九条第二項に規定する児童の保育に欠けるところがある場合（要

保育児童)において、保護者から申込みがあったときは、それらの児童を保育所において保育しなければならない、ただし、付近に保育所がない等やむを得ない事由があるときは、その他の適切な保護をしなければならぬと規定する。

保育ママ制度は、働く婦人とその児童の福祉の向上、児童の養育技能・経験を持つ家庭婦人の余暇活用及び社会活動の促進を目的に、保育所機能を保管する家庭内保育施設(認可外保育施設)として設けられた制度であるが、Y₁は、児童福祉法二四条一項ただし書の「その他の適切な保護」の方法として、昭和五五年四月一日に保育ママ事業を開始し、東京都は都費補助を行っている。昭和六二年の地方自治法改正により、保育所への入所事務が、従来の機関委任事務から区市町村の団体事務(現在の「自治事務」とされ、Y₁においても、以後、保育ママ事業を自治事務として行う。

区要綱には、以下の規定が存在する。

第三条 保育ママは、人格円満で、児童福祉に熱意をもち、かつ、次の要件を満たす者とする。①世田谷区内に住所を有する心身健全な者であること。②年齢は二五歳以上六〇歳以下であること。ただし、区長が特に認める場合は、六五歳に達した年度の三月三十一日まで延長することができる。また、保育ママとしての認定は五六歳以下であること。

③保育士、教員、助産婦、保健師又は看護師のいずれかの資格を有し、かつ保育経験を有する者。又は東京都が定める基準に基づき区が実施する研修により保育ママとしての必要な知識を修得した保育経験を有する者であること。④家族が健康でこの制度に理解があり、家庭環境が健全であること。⑤他に職業を有しないで、児童の保育に専念できること。⑥現に養育している就学前の児童がいないこと。

第四条 保育の用に供する施設は、次の要件を満たすものとする。①保育の用に供する施設は、保育ママ自身の居

宅であること。②育児専用室として、床面積九・九平方メートル（ただし、三人を超えて保育をする場合は、三人を超える児童一人につき三・三平方メートルを加算する。）以上の部屋を、原則として一階に有し、採光及び換気の状態が良好であること。③前号の部屋を二階以上に設ける建物は、耐火構造であり、かつ、避難設備を有するものであること。④衛生的な調理設備を有すること。⑤施設内に電話を設置すること。⑥施設及び設備は、保育上安全であること。

第六条①保育ママは、区長が別に指定する限度額以上の賠償責任保険に加入しなければならない。②保育ママは、児童の健康管理に常に細心の注意を払うとともに、緊急を要する場合のため、医師との連携を図らなければならない。

③保育ママは、年一回以上健康診断を受けなければならない。④保育ママは、常に受託児童の保護者と密接な連絡をとり、保育について、その保護者の理解と協力を得るよう努めなければならない。⑤保育ママは、受託に関連して知り得た個人の秘密を他に漏らしてはならない。

第九条①保育ママは、児童の心身の発達段階に応じた適切な保育を行うものとし、その保育内容には健康状態の観察、自由遊び及び昼寝等を含むものとする。②保育ママは、受託児童の健康管理には細心の注意を払い、負傷、疾病等の防止に努め、異常があると認められる場合には、速やかに保護者に連絡するとともに、医師の診療を受けさせる等適切な措置を講じなければならない。

第一三条 保育ママは、次に掲げる場合においては、速やかに区長に届け出なければならない。①児童を保育することができない事情が生じた場合、②児童に事故が発生した場合、③児童の保育利用契約をした場合及び利用契約の解除をした場合、④保育の用に供する施設を変更した場合。

第一四条 区長は、保育ママが次の各号にいずれかに該当すると認めるときは、保育ママの認定を取り消すことが

できる。①第三条及び第四条に定める事項のいずれかの要件を欠くに至ったとき。②その他、保育ママとして不適当な事由が生じたとき。

第一七条 区長は、保育ママに対し、保育内容等についての助言及び指導を行うとともに、必要に応じて報告を求め、又は職員を派遣し実地に調査させるものとする。

取扱要領規定

第四条③保育課長は、保育ママが保育ママとして不適当な事情が生じたと認めた場合は、速やかにその旨を保健福祉部長に報告すること。④保健福祉部長は、保育ママとして不適当と認め、認定を取り消したときは、保育ママ認定取消通知書を保育課長あて送付する。⑤保育課長は、保育ママ辞退承認書又は保育ママ認定取消通知書の送付を受けたときは、保育ママ備付け台帳から当該保育ママを削除するとともに、保育ママ辞退承認書又は保育ママ認定取消通知書を本人に送付し、保育ママ表示板を返還させること。⑥区要綱第一四条二号の「不適当と認められる事情の生じたとき」とは、次の場合をいう。a 保育ママ受託児童養育基準を著しく下回る養育を行い、かつ、区長の指導に従わない場合、b 保育ママ又はその家族が、成年被後見人又は被保佐人の宣告を受けたとき、又は禁錮以上の刑に処せられた場合、c その他区長が取消を必要と認めた場合。

第九条①保育課長は、保育ママに対し、要綱及び保育ママ受託時養育基準に沿うよう指導すること。②保育課長は、保育ママに対し、少なくとも一年に一回以上X線検査を受けるなど衛生管理に十分留意するよう指導すること(以下略)。④保育課長は、保育ママと保護者間に紛争が生じたときは、両当事者間で円満に解決するよう指導し、解決が困難なときは、速やかに保健福祉部長に報告すること。(以下略)

（4）保育制度

この判決は、区の委託する保育ママに対する区の選任・監督についての詳細な規定にも拘らず、不法行為責任を個人責任とする（区の規制権限不行使の責任は認める）。

また、私立保育園の保育の業務（浦和地熊谷支判平成二年一〇月二九日判例集未搭載）、無認可保育園での行為（千葉地松戸支判昭和六三年一月二日判時一三〇二号一三三頁）について地方公共団体の責任を否定した事例がある。⁽³⁴⁾

「保育所などの子育て支援業務における行政の役割は、①保護者の意思に基づく利用の申込みを受けて、市区町村が適切な利用調整を行うという局面と、②都道府県が個別の施設の監督を行うという局面へと別れ」、「保育所内で起きた事故の責任は第一次的に各保育所の設置者が負うことになり、都道府県が責任を負うのは、例外的に規制権限の不行使が認められる限度にとどまる」とされる。⁽³⁵⁾

公的保育から私的保育の流れがある。幼保一元化論から平成一八年に認定こども園が創設され、市町村が実施責任を負う制度から施設と利用者の直接契約制度が導入され、規制緩和・地方分権化と共に認可外施設の利用が増大した（企業参入が進む）。また家庭的保育事業の利用も図られ、併せて保育の民間化が図られた（利用者の負担増）。

平成二四年子ども・子育て関連三法は、一．認定こども園、幼稚園、保育所を通じた共通の給付（施設型給付）及び小規模保育等への給付（地域型保育給付）の創設、二．認定こども園制度の改善（幼保連携型認定こども園の改善等―幼保連携型認定こども園について、認可・指導監督を一本化し、学校及び児童福祉施設として法的に位置づける）、三．地域の実情に応じた子ども・子育て支援（利用者支援、地域子育て支援拠点、放課後児童クラブなどの「地域子ども・子育て支援事業」）の充実等を規定する。

平成二五年四月に「待機児童解消加速化プラン」を策定し、平成二五年度から平成二九年度末までの五年間で新たに五〇万人分の保育の受け皿を確保し、待機児童解消を図ることとしている(その後子育て安心プランとして継続)³⁶⁾。令和元年一〇月から幼稚園、保育所、認定こども園などを利用する三歳から五歳児クラスの子供たち、住民税非課税世帯の〇歳から二歳児クラスまでの子供たちの利用料が無料となる(幼稚園の預かり保育、認可外保育施設も保育の必要性により一定の範囲で無償化される)³⁷⁾。

保育の認可事業として、認可保育園、地域型保育事業(家庭的・小規模・事業所内・居宅訪問型保育事業)、幼保連携型認定こども園がある。「認可保育園(認可保育所)は、国が定めた認可基準(施設の広さ、保育士等の職員数、給食設備など)をクリアし、都道府県知事(政令指定都市市長、中核市市長を含む)に認可された施設」であり、補助金が拠出される。「公立認可保育園」は自治体が、「私立認可保育園」は社会福祉法人、NPO法人、株式会社などが運営する³⁸⁾。

認可外保育施設には、「ベビーホテル、駅型保育所、駅前保育所等のいわゆる無認可保育所の他、その他の法令や通知で規定された事業所内保育所、病院内保育所、へき地保育所(市町村が山間部等に設置)、季節保育所がある」。「児童福祉法第二四条による『その他の保護』を行う施設として公的に扱われる施設もある」。公的助成も認められ、公的指導も行われうる³⁹⁾。企業主導型保育事業が拡大している。

保育園の経営主体としては、国公立のもの、民間のもの(一般社団法人、営利法人、社会福祉法人など多様なものが認められる)がある。国公立の保育園は国家賠償責任を負うと解されうが、民間の保育園は認可未認可にかかわらず、使用者責任と解される。地方公共団体の主体としての国家賠償責任はなく、その際の地方公共団体の責任は規

制権限不行使に対する責任である。⁽⁴⁾

保育に欠ける者に対する保育の在り方は国の義務であるが、私立保育園に公務委託はなく（保育自体の公権力性も議論がある）、公務員性が認められない。国公立と私立の区別、認可と認可外の区別、無償利用と有償利用の区別などがあり、私立の認可外保育園についても児童福祉法の要請が働き、公的関与がみられるのであるが、利用契約は個人間の契約となり、責任も個人責任（使用者責任）となる。保育のニーズの拡大と共に保育施設等も増加しているが、認可を急ぐと質の問題も生じ、企業主導型保育園など自己責任のあり方も考慮されなければならない中で公的関与をどう考えるのか問題となる（保育所保育指針があり、報告義務が課され、自己評価、第三者評価も行われる）。近時の幼児教育無償化の影響としては利用できる者とできない者の区別の正当性が言われる。

4 東京地判平成三〇年二月一四日LLI/DB

（1）事案の概要（判決文の抜粋）

本件は、 X_1 が放課後に本件小学校の校庭でボール遊びをしていたところ、そのボールが同校庭で指導員として従事していた Y_1 に当たり、 Y_1 から暴行を受け、本件暴行により、加療約六週間を要する頸椎捻挫及び頭部打撲の傷害を負い、本件暴行及びその後の被告区の不誠実な対応により、機能的胃腸症及び心的外傷後ストレス障害（PTSD）、双極性障害等の傷害を負ったことを主張し（その他両親 X_2 X_3 の損害も主張する）、原告らが、①被告区（ Y_2 ）に対し、 Y_1 による校庭の安全管理行為が国家賠償法上の「公権力の行使に当る公務員」の「職務」に当たることを理由とした国家賠償法一条一項に基づく請求及び本件暴行後の Y_2 の対応が違法であるとして不法行為による損害の賠償、② Y_1 に対

し、不法行為による損害の賠償、③Y₁の雇用主である被告会社(Y₃)に対し、使用者責任に基づく損害の賠償を請求した事案である。Y₃は、一般労働者派遣事業等を目的とする株式会社であり、本件事件当時、本件事業に関して、本件小学校の放課後の校庭開放における児童の安全管理業務を被告区から受託していた者である。

(2) 争点

問題となったのは加害者の不法行為についての国家賠償責任である(教育委員会の事後の対応は問題ないとされる)。国家賠償責任が成立する場合に個人責任が否定される(議論がある)と使用者責任も否定される。

派遣元会社の使用者責任の成立については、事実上指揮監督できないのであるが、免責が認められない。派遣先会社は指揮監督関係を有する限り使用者責任を負う。派遣元会社は、派遣先会社の当該具体的業務の特殊性に応じた知識、知能、経験等を有することのほかに、より一般的な適性ともいえるべき勤勉、誠実に業務を遂行することができる。派遣労働者を派遣すべきであることとされ(東京地判平成一五年一月二二日判時一八五〇号七〇頁―緊急多数の必要性から本件ではこの義務を負わない)、派遣元会社の使用者責任については、派遣労働者は、派遣元会社との間で雇用契約を締結して、派遣元会社の指揮監督を受ける労働者となったものであり、その雇用関係を維持しつつ、派遣元会社の命令によって一時的に派遣先会社の下に派遣され、その指揮監督下で労働することになったのであるが、労働の対価である賃金は派遣元会社から支給される一方で、派遣元会社は派遣先会社から派遣料の支払を受けて派遣労働者の労働により利益を得ていたものである。このような派遣元会社と派遣労働者との関係からすれば、派遣労働者が派遣先会社に対し不法行為を行った場合には、派遣元会社は民法七一五条が被用者の加害行為につき責任を負わせること

としている使用者に当たると解するのが相当である。派遣先会社が派遣労働者を指揮監督していたことは、派遣元会社の使用者責任を否定するものではなく、過失相殺において斟酌されるべきものであるとされる（前掲東京地判平成一五年一〇月二二日）。

（3）本件における国家賠償の成否（以下、L11解説より抜粋）

Y₁の公務員該当性について、「国家賠償法上の『公務員』とは、組織法上の公務員たる身分を与えられた者に限らず、国又は公共団体のために公権力を行使する権限を与えられた一切の者のことをいい、そのような権限を委託された私人もこれに含まれる」（「当該私人の行為が本来国又は公共団体の行うべき事務に関するものであることを要する」）。公権力の行使について、「事務の委託が公的な権限の委譲を伴うといえるか、公権力の発動を背景とすることで事実上の強制力を有するか否か、公的機関による強制的権力的作用の過程に密接不可分に組み込まれて、当該私人が公権的作用の一部を代替していると評価できるか否か、当該私人の独立性主体性が乏しく公的機関ないし公務員の手足として活動していると評価できるか否かなどを総合して、『国又は公共団体のために公権力を行使する権限を与えられた』か否かを判断すべきである。」本件については、「Y₃は、Y₂から、Y₂でなければ本来有さないような公権的な権限を委譲されているわけではなく、その他事実上の強制力を有しているとは認められないし、本件事業の遂行に必要な資機材はY₃の負担で確保するものとされたり、指導員が災害等で被った事故についてY₂は責任を負わないとされていること、一般労働者派遣業等を目的とするY₃にとっては、本件委託契約に基づき安全指導員を派遣すること自体が独自の事業であると解されること等に鑑みれば、Y₃の独立性主体性が乏しくY₂の手足として活動しているとは評価し難い。」した

がって、Y₁は公権力を行使する公務員とはいえないことから、Y₂は責任を負わないとした。

この点について解説は以下のように述べる。

公権力の行使には非権力行為も含まれ(広義説)、「学校における事件との関連では、最二小判昭五八・二・一八民集三七巻一号一〇一頁において、課外活動中に、部員と生徒が喧嘩したことで生徒が左眼を失明した際に、顧問が立ち会い監督をしていなかったことについて、国家賠償法を適用するには顧問の予見可能性があったかを審理しなければならぬ」として原審に差し戻しているが、本件に国家賠償法が適用されることが前提とされていることから、課外活動における顧問の監督義務違反が、公権力の行使にあたると思われる事例がある。「民間警備会社の従業員による行為を公権力の行使とみなかった事例がある(東京地判平一六・一〇・一四判時一九〇一号七七頁)。これは、私経済活動として広義説においても公権力の行使にあたらぬと考えられているが、最広義説では私経済活動も公権力の行使と考えられることや、そもそも私経済活動概念が不明確であることから、再考の余地はありうる」。「児童養護施設に措置入所していた児童を養育監護する職員の行為(最一小判平一九・一・二五民集六一巻一号一頁)について、知事の関与の強いことから、職員の行為が公権力の行使にあたるとした事例がある。また、市立図書館の警備員の暴行についても、公権力の行使とされた事例がある(横浜地判平一一・六・二三平九(ワ)二〇八五・判自二〇一号五四頁)」。本件の事業は地方公共団体の監督義務について、Y₃に委託したと見ることができ、Y₁の業務は公権力の行使と考えることができ、国家賠償法に基づいてY₂が責任を負うべきと考えられるとする。「これまでの判例・裁判例においては公的権限を委譲したかどうかという視点ではなく、本来国や公共団体が行うべき行為が委譲されたかが問題とされていると考えられる。前掲東京地判平成一六年の民間警備会社の事例においては、日本への上陸を禁じられた者

をどのように扱うのかという取り扱い方については、国家の権力活動ではないとされているのであって、警備会社に公的権限が委譲されているかどうかが問題とされていたわけではない。本件では、今回の開放が地方自治体の業務であるとされており、その際に生徒の安全確保が要請されることは当然であるのであるから、その業務の一環における事件について、地方自治体も責任を負うべきだったのではないかと考えられる。「そもそも公権力の行使概念が拡張されてきたのも、国や公共団体の責任を拡張するためだったのであって、今回のように『公的権限が委譲されたかどうか』という視点で判決を下すのは、これまでの動向に反するのではないか。本件も、公共団体の責任をも認めるべきであったといえよう」。

（4）本件は放課後子どもプランに基づくものである

本件事実には以下の記述がある。「ア．文部科学省及び厚生労働省の連携の下、平成一九年度から、放課後等の子どもたちの安全で健やかな活動場所の確保を図るため、総合的な放課後対策として実施する『放課後子どもプラン』ガイドラインが創設された。イ．特別区を含む各市町村は、これを受けて、各教育委員会が主導して、全ての小学校区において文部科学省が実施する「放課後子ども教室推進事業」、厚生労働省が実施する『放課後児童健全育成事業』を一体的あるいは連携して実施する総合的な放課後対策（放課後子どもプラン）を推進することになった。この事業の計画の策定主体は市町村であるが、同計画に基づく事業の実施は、市町村、社会福祉法人その他の者が行うものとされ、その事業経費は、国から都道府県・指定都市・中核市に補助金として交付されていた。ウ．被告区は、『放課後子どもプラン』ガイドラインに基づき、平成二〇年度以降、区内の各小学校において、本件事業を開始し、学校で低学

年の授業が終わった午後二時頃から午後五時まで、児童の安全と指導監督を兼ねる指導員として大人二名を配置して、放課後の校庭開放を実施していた。「被告区は、本件事業の実施に当たり、被告会社との間で、板橋・常盤台地区の本件小学校ほか六校の小学校の校庭に指導員を派遣、配置し、児童の安全管理や事故の未然防止指導の職務を被告会社に担当させることを内容とする委託契約を締結しており、本件事件当時も、被告会社との間で、契約期間を平成二四年四月一日から平成二五年三月三十一日までとする上記内容の委託契約を締結していた」。

「放課後子どもプラン」（平成一九年度創設）とは、「各市町村において、教育委員会が主導して、福祉部局と連携を図り、原則としてすべての小学校区で、放課後等の子どもたちの安全で健やかな居場所づくりを進め、『放課後子ども教室推進事業』（文部科学省）と『放課後児童健全育成事業』（厚生労働省）を一体的あるいは連携して実施する総合的な放課後対策（放課後子どもプラン）を推進」するものである。市町村（教育委員会と福祉部局の連携）が計画策定し、市町村、社会福祉法人、特定非営利活動法人等が実施する。「行政、学校、社会教育、福祉の各関係者及び学識経験者等で構成される『推進委員会』を設置し、プランの実施方針、指導者研修の企画、事後検証・評価等、域内におけるプランの総合的な在り方を検討」する。「コーディネーター、安全管理員、放課後児童指導員等の事業関係者の資質向上や情報交換・情報共有を図るための研修の合同開催・基本的に教育委員会が主管部局となるが、都道府県の実情に応じて福祉部局が主管部局となっても差し支えない。」市町村における事業の実施は、「余裕教室の利用や小学校敷地内での実施を基本とし、体育館、保健室等の学校諸施設の弾力的な活用に努めることとするが、現に公民館や児童館など小学校外で事業を実施している、余裕教室が無いなどの場合に、地域の実情に応じて小学校外で実施しても差し支えない。各小学校区毎に、学校や関係機関・団体等との連絡調整、活動プログラムの企画・策定等を行うコー

ディネーターを配置、学習活動やスポーツ・文化活動、地域住民との交流活動等の様々な活動機会の提供や、放課後児童クラブ対象児童に対する現行水準と同様のサービス（適切な指導員の配置、専用のスペースの確保等）の提供^①である。

このプランは平成二七年「放課後子ども総合プラン」として推進が図られ、平成三二年「新プラン」が策定され、数値目標の確保、行政の役割が強化される。

市町村の体制、役割等として、「市町村は、地域の实情に応じた効果的な放課後児童クラブ及び放課後子供教室の実施に関する検討の場として、『運営委員会』を設置する。その際、市町村の教育委員会と福祉部局が連携を深め、学校の教職員や放課後児童クラブ、放課後子供教室の関係者との間で共通理解や情報共有を図るとともに、学校施設の使用計画や活用状況等について、十分に協議を行い、教育委員会と福祉部局の双方が責任を持つ仕組みとなるよう、適切な体制づくりに努めることが必要である」。「①主な構成員 行政関係者（教育委員会及び福祉部局）、学校関係者、PTA関係者、社会教育関係者、児童福祉関係者、学識経験者、放課後児童クラブ関係者、放課後子供教室を含む地域学校協働活動関係者、学校運営協議会関係者、地域住民等。②主な検討内容 教育委員会と福祉部局の具体的な連携方策、小学校の余裕教室等の活用方策と公表、活動プログラムの企画・充実、安全管理方策、ボランティア等の地域の協力者の人材確保方策、広報活動方策、放課後児童クラブ及び放課後子供教室実施後の検証・評価等」。都道府県の体制、役割等として、「都道府県は、市町村において円滑な取組促進が図られるよう、管内・域内における放課後児童対策の総合的な在り方についての検討の場として、『推進委員会』を設置する」。「①主な構成員は行政関係者（教育委員会及び福祉部局）、学校関係者、PTA関係者、社会教育関係者、児童福祉関係者、学識経験者、放課後児童クラブ関

係者、放課後子供教室を含む地域学校協働活動関係者、学校運営協議会関係者等、②主な検討内容は教育委員会と福祉部局の具体的な連携方策、都道府県内における放課後児童クラブ及び放課後子供教室の実施方針、安全管理方針、人材確保及び質の向上のための従事者・参画者の研修の企画・充実、広報活動方策、事業実施後の検証・評価等」。「従事者・参画者の研修等―都道府県は、放課後児童クラブにおける放課後児童支援員となるための研修のほか、管内・域内の各市町村が実施する放課後児童クラブの従事者(放課後児童支援員、補助員)・放課後子供教室の参画者(地域学校協働活動推進員、協働活動支援員、協働活動サポーター等)の資質向上や、両事業の従事者・参画者と小学校の教職員等との間での情報交換・情報共有を図るため、合同の研修を開催する」⁴³⁾。

学校施設の活用に当たっての責任体制の明確化として、「放課後児童クラブ及び放課後子供教室は、学校施設を活用する場合であっても、学校教育の一環として位置付けられるものではないことから、実施主体は、学校ではなく、市町村の教育委員会、福祉部局等となり、これらが責任を持って管理運営に当たることがある。その際、事故が起きた場合の対応や、例えば、教室不足等により放課後児童クラブ及び放課後子供教室に転用したスペースを学校教育として使用する必要性が生じた場合の移転先の確保とスペースの返還などの取決め等について、あらかじめ教育委員会と福祉部局等で協定を締結するなどの工夫により、学校施設の使用に当たって、学校や関係者の不安感が払拭されるよう努める必要がある」⁴⁴⁾。

このプランの実施として地方公共団体が放課後活動の管理・警備を委託した場合の責任問題の考え方である。学校責任として、あるいは学校施設管理責任としての国家賠償責任ではなく、教育委員会から放課後子どもプランとしての学校施設の管理を委託された派遣労働者の業務が公権力行使であるのかどうかの問題とされる。またその際に選任

監督についての責任はどのようなものか（派遣の場合は派遣元の選任で足りるか、個々の派遣労働者の選任に関わるのか、監督については事後的な問題指摘に対する規制権限不行使の問題で良いのか）、受託者の不法行為に対する委託者の責任はどのようなものか、業務委託も同様かなど教育委員会の関わり方が問題となる。

4 その他問題となる事例

民間委託において公権力行使の否定されたその他の事例として「市の許可を受けた業者の行う汚物の収集・運搬・処分（大阪高判昭和四九年一月一日四日判時七七四号七八頁）がある。⁽¹⁴⁾

「知的障害者厚生施設の入所者が職員から暴行を受けた事案」で、千葉地判平成一七年六月一六日は、「私人が公共団体等の公権力を行使しているというためには、公共団体等が本来自己において行う業務を私人に委ねている場合や公共団体等の処分の執行を私人に委ねている場合など、当該公共団体等が当該業務の主体といえる程度に私人の業務に関与している必要がある」とし。社会福祉法人の広範な権限、独立性等から県の責任を否定する。⁽¹⁵⁾

社会福祉法人の設置する障害者更生施設に県の援護委託措置により入所した知的障害者の保護訓練（鹿児島地判平成一八年九月二九日判タ一二六九号一五二頁）についても県の責任が否定される。⁽¹⁶⁾

国立大学法人については大学に国家賠償責任を認めた事例と認めなかった事例がある。

神戸地方裁判所平成二七年六月一二日L1Iは、「被告大学（国立大学）の大学院保健研究科教授であった原告が、同科研究科長の被告Yのハラスメントで人格権が侵害され、重度ストレス反応、抑うつ状態に陥ったとし、被告Yと被告大学に対し、不法行為及び国家賠償法に基づく賠償を求めた事案」において、「被告Yの一連の行為は、自己の権

限を利用した原告に対する侮辱的発言、嫌がらせを繰り返すもので、権限を濫用した人格権侵害行為としてハラスメント行為であり、違法有責な不法行為に当たり、保健学研究科長として公権力を行使した際のものであるとし、被告大学の国家賠償法上の賠償責任を認めたが、被告Yの個人の賠償責任は否定¹する。同旨金沢地判平成二九年三月三日労働判例一一六五号二一頁、高松高判平成三二年四月一九日LLI、大学院生へのアカハラについて神戸地姫路支判平成二九年一月二七日判タ一四四九号二〇五頁。

岐阜地方裁判所判決平成二一年一月一六日は、「国立大学法人は、法令上、行政処分の権限が明示されていないこと、国立大学法人について独立行政法人通則法五一条が準用されず、同法人の設置、運営する大学の職員は公務員ではないこと、私立の学校法人と学生との間の在学契約と国立大学法人と学生との間の在学契約とに何らの差異も見いだせないことからすると、国立大学法人は、国家賠償法一条一項にいう「公共団体」にあたらなないと解される。そうとすると、国立大学の職員である教員の教育活動及びこれに関連する行為が不法行為を構成する場合に、国立大学を設置、運営する国立大学法人が国家賠償法に基づく損害賠償責任を負う余地はなく、同法人は民法七一条に基づく損害賠償責任を負い、また当該教員個人は不法行為の相手方に対し民法七〇九条に基づく損害賠償責任を負うというべきである」とする。

神戸地判平成二九年八月九日LLIは、上司のパワハラに対して国立大学法人化以前は国家賠償法により、以後は使用者責任により損害賠償を認めるとする。

四 民間委託の際の国家賠償責任についての考え方

国家賠償責任追及のためには、公権力行使要件の他に「国・公共団体」、「公務員」要件が必要であるが、公権力行使概念が中心であり（公的な権限の委譲を伴うか、公権力の発動を背景とし、事実上の強制力を有するのか、当該私人が強制的権力作用の一部を代替しているか、評価できるか、当該私人が公的機関の手足として活動していると評価できるか等の総合判断）、公権力を行使する者が公務員と解され、国・地方公共団体の公務員として行為したとされる（当該団体が公共団体として国家賠償責任を負う場合も考えられうる）。公権力の行使外については七一五条の問題となる。その場合も加害者の所属が問題となる（国・地方公共団体の使用者責任か所属団体の使用者責任か）。

また、国・地方公共団体あるいは所属公共団体の国家賠償責任の問題として考える場合には個人責任の問題が生じる。使用者責任だけを問う場合は個人責任が認められるが、国家賠償を問う場合には個人責任が否定されうる（求償も相違する）。両方問う場合はどちらかしか成立しなくなる。効果面でのそれぞれの矛盾点に対する疑問が生じる。⁽¹⁷⁾ 国・地方公共団体の行為としての個人責任が生じると解されるときは個人の所属する団体の使用者責任との関係も問題となる。職員の責任を公務員の責任として一次的と考え、二次的に所属団体の責任が生ずると考えるのかである。

この問題を共同不法行為の問題としてとらえる場合、どのような共同関係であるのかが問題となる。国・地方公共団体の行為としてと所属団体の行為として両者の責任が生じる関係にあるのか、独立に事業を分担する関係にあるのか、所属団体の実施する事業に国・地方公共団体が後見的にかかわる（監督）ことになるのか等多様な関係が考えられる。地方公共団体と第三セクター・独立行政法人・民営化法人の関係、地方公共団体と業務委託契約の相手方との

関係である。包含関係の場合、両者の積極的な関与が図られている場合、規制権限不行使のみの問題とされる場合がある(ここで参考となるのが、使用者責任の競合事案である)。

民間委託による不法行為について公権力行使を認める事例と認めない事例がある。認める事例は措置処分、建築確認処分の公的性質を重視する(措置制度は契約制度に移行している)。国家賠償責任を否定する事例において、放課後子どもプランに基づく事業の際の民間の警備業務、上禁者の処遇に関する民間の警備業務、児童福祉法二四条の下での保育ママ制度に基づく業務を公権力行使ではないとする(事業全体の委託)。

国・地方公共団体が自らの事務を社会福祉法人などに委ねる場合、社会福祉法人ないしその職員が行った行為を公務員が行った行為とみて、地方公共団体の国家賠償責任を認めるという一体的把握と社会福祉法人が独立して福祉サービスを行う主体として責任を負い、地方公共団体の国家賠償責任は監督義務懈怠の場合にのみ認められるとする分離的把握があるとされる⁽⁴⁸⁾。社会福祉サービスについては、一、「国や地方公共団体からの業務の委託であれば、委託元の行政の国家賠償責任を認めるといふ説」、二、「委託される業務を優越的な意思発動である業務とそれ以外の業務に二分し、前者については委託元の行政の国家賠償責任を生じさせるが、後者の場合には行政による『指揮・監督』がある場合のみ、委託元の行政の国家賠償責任を認めるとする二分説」、三、「三号措置において都道府県が要保護児童に対して有する具体的な権限・責任と社会福祉法人の行為とが法的に不可分なこと(組み込みの程度が強いこと)を根拠に」国家賠償責任を認めたとする説(総合考慮説)「受託された任務の性質、受託された任務と高権的任務の緊密さ、受託者の裁量の大きさ、立法趣旨など」を総合考慮するとする⁽⁴⁹⁾がある。民間委託の際の公権力行使について、一、国民に対して強制的な契機を含むか、私人がもつばら公の目的のために事務を行うのか、自己の営業・

職務の一環として行うのか、国・公共団体の指揮監督の下に行われるのかなどを総合して判断すべきと解する学説、二、組織的に損害を分散するという国家賠償制度の趣旨、違法行為を抑制するという趣旨、国・地方公共団体と私人が利害関係者などのような法的関係に立つか、行政過程が複雑になる際に被害者を救済する必要性等を総合考慮して判断すべきとする学説、三、本来国・地方公共団体が行うべき業務を私人に委ねたこと（法律、行政行為、契約）を要件と解する学説等があるとされる^⑩。

公権力の行使は国・公共団体の意思に基づくものであり、国・公共団体は公権力の行使ではないものとしての公共サービスの民間委託が可能である。民間責任のあり方としては委託形態、受託組織形態が影響する。空港業務については、国家の業務としての入国管理業務と共に警備については航空会社との役割分担という観点があり、空港という公物管理については民間委託がなされ、空港法人化による民営化、あるいは民間団体への管理委託（指定管理者）がなされ、それぞれの責任関係が問題となる。保育については国の責務とする規定が存し、必要性も拡大しているが、保育自体は公権力行使ではないとされる。教育については、直接教育自体に国公立学校としてかかわるとともに、私立学校に後見的に関与する。間接的な教育に対しても間接的にかかわる（学童から放課後子どもプラン）。保育、教育に対しては国の積極的関与が要請されるのであるが、一定の範囲での民間への完全委託が認められうる（ここで取り上げた事例では公権力の行使ではないとされる（監督責任は生じうる）。また委託業務に関して、事業全体が独立の運営となるもの、いくつかの団体と共同で実施されるもの、個別の事業委託となるものか問題となる。事業分野についても、社会保障分野、病院、保育園、教育分野等の相違が問題となるとともに、どの程度の公的関与が必要であるのか、監督機能でよいのか問題となる（治療、保育は公権力の行使ではないとされうる）。委託方法についても、独立

行政法人にするのか、民営化で行うのか、個別契約（請負、委任、業務委託）にするのか、派遣労働者で行うのか問題となる。合意による責任移転、公的業務としてとらえるべき業務の免責を伴う委託は可能かも問題となる（保険の強制）。

国・地方公共団体等の委託機関の国家賠償責任とするのか（その場合に実施機関の責任が生じるのか）、実施機関の責任とするのか、実施機関と委託機関の共同不法行為とするのかが問題となり、それぞれの規定の解釈、国家賠償規定の「公共団体」「公務員」「公権力行使」、公務員の個人責任、規制権限不作為の解釈、共同不法行為と使用者責任、求償が問題となる。委託元の国・地方公共団体が国家賠償責任を負うのかは関与の度合いによる。これについては被害者保護という観点（外觀理論）よりも、委託元の意味が重要である。公権力の行使という責任設定は、自らの意思によって責任回避の可能性が認められることでもある。どのような共同関係を築くのかも公共団体等の意思に基づく。

委託方法として、国・地方自治体が自己の業務を第三セクター・独立行政法人等独立の法人に委ねる（さらにその後民営化する）、民間に業務委託する、部署自体を民営化する等の場合に国・地方公共団体の関与の度合いにより、国・地方公共団体が責任を負うのか、当該団体が責任を負うのか、両者が責任を負うのかが問題となる。当該団体の国・地方公共団体との関係を考察する場合に国・地方公共団体の一部として考察する（指揮・監督関係）か、別個の主体として国・地方公共団体との関係を考察するか、当該団体と国・地方公共団体が共同不法行為関係にある（国・地方公共団体は単に監督する立場にすぎない場合も）と考えるかである。⁵¹それぞれ社会福祉のあり方（措置から契約）、地方分権化政策が影響する。分権化によって自主的判断の増えた地方公共団体の他の団体に業務執行を委ねる場合に多様な方法が考えられるが、地方公共団体の統制を重視するか、当該団体の自主性を重視するかである（共同関係を

設定するのか、完全に委託するのか。

以下、多様な委託形態（委託先・委託方法）とそれぞれの相違、多様な共同関係について、また契約の効力について考察する。

〈注〉

- (1) 地方公共団体における民間委託の推進等に関する研究会報告書（概要） http://www.soumu.go.jp/main_content/000156781.pdf
- (2) 田中一昭『行政改革』（現代行政法学会全集一〇）五頁（松田隆利）。
- (3) 田中一昭前掲書二〇七頁以下（福井良次）。
- (4) https://www.cao.go.jp/bunkensuishin/doc/jirei30_h27_hyoshi_4.pdf#search=%27%E5%9C%B0%E6%96%B9%E5%88%86%E6%A9%E6%8E%A8%E9%80%B2%E6%B3%95%27
- (5) 平成二九年八月七日（月）総務省自治行政局行政経営支援室「地方行政サービス改革について」file:///C:/Users/ishio/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bwe/TempState/Downloads/uploads_public_archive_0000039779_00_01【総務省講演】
地方行政サービス改革について%20(1).
- (6) 地方行政サービスの推進に関する留意事項について（助言通知概要） www.soumu.go.jp/main_content/000374976.pdf file:///F:/地方行政サービス改革の推進に関する留意事項について%20.pdf
- (7) 地方公共団体における民間委託の推進等に関する研究会報告書（概要） http://www.soumu.go.jp/main_content/000156781.pdf

- (8) 宇賀克也・小幡純子編著『条解国家賠償法』(二〇一九)五七頁(大橋洋一)。
- (9) 宇賀克也・小幡純子編著前掲書二六―二七頁(山本隆司)。
- (10) 宇賀克也・小幡純子編著前掲書三五―三九頁(板垣勝彦)。
- (11) 西莖章『国家賠償法コンメンタール』(第二版)一〇三―一〇四頁。
- (12) 宇賀克也・小幡純子編著前掲書八一頁以下(仲野武志)。
- (13) 宇賀克也・小幡純子編著前掲書六三頁以下(大橋洋一)。
- (14) 宇賀克也・小幡純子編著前掲書七〇頁以下(大橋洋一)。
- (15) 以下は板垣勝彦・自治研究八四卷八号一三三頁による。本件評釈としては武田真一郎・判時一九七八号一七五頁、横田光平・法協一二五卷一二号二七八九頁、岡田正則・法セミ五二卷八号一一七頁、原田大樹・法政研究七四卷二号三五六頁。野田崇・法学論叢一六五卷三号一三六頁、中野妙子・法政論集二二六号二六三頁、西莖章・民商一三六卷六号七一頁、杉原丈史・早法八三卷四号二二九頁等がある。
- (16) 板垣勝彦前掲一三九頁。
- (17) 板垣勝彦前掲一四〇―一四一頁。
- (18) 板垣勝彦前掲一四一頁以下。
- (19) 板垣勝彦前掲一五二頁以下。
- (20) 宇賀克也・小幡純子編著前掲書四一頁以下(板垣勝彦)。
- (21) 宇賀克也・小幡純子編著前掲書四五頁(板垣勝彦)。
- (22) 宇賀克也・小幡純子編著前掲書四六―四七頁(板垣勝彦)。

公共サービスの民間化と公的責任の私的責任への移行（一）

- (23) 宇賀克也・小幡純子編著前掲書四七―四八頁（板垣勝彦）。
- (24) 宇賀克也・小幡純子編著前掲書四八―四九頁（板垣勝彦）。
- (25) 宇賀克也・小幡純子編著前掲書四九―五〇頁（板垣勝彦）、前掲地方公共団体における民間委託の推進等に関する研究会報告書（概要）。
- (26) 宇賀克也・小幡純子編著前掲書五〇―五一頁（板垣勝彦）。
- (27) 阿部浩己・判例評論五六七号一六四頁。
- (28) <https://ja.wikipedia.org/wiki/日本の空港>
- (29) <https://ja.wikipedia.org/wiki/成田国際空港>
- (30) <https://www.tokyo-np.co.jp/article/national/1st/201904/CK2019042002000262.html>
- (31) <https://ja.wikipedia.org/wiki/入国者収容所>
- (32) <https://www.jal.co.jp/inter/carriage/index.html>
- (33) 戸部真澄・自治研究八五卷一―号一二五頁。
- (34) 宇賀克也・小幡純子編著前掲書七二頁（大橋洋一）。
- (35) 宇賀克也・小幡純子編著前掲書五四頁（板垣勝彦）。
- (36) 経済・財政一体改革推進委員会第二〇回社会保障ワーキング・グループ待機児童解消に向けた取組 <https://www5.cao.go.jp/keizai-shimon/kaigi/special/reform/wgl/290425/shiryou2.pdf>
- (37) <https://www8.cao.go.jp/shoushi/shinseido/outline/index.html>
- (38) <https://sugoi.florence.or.jp/1298/>
- (39) <https://ja.wikipedia.org/wiki/認可外保育施設>

- (40) 宇賀克也「無認可保育所における自己の責任」ジュリ九二九号五〇頁は、公務委託の認定は困難であり、規制権限不行使も認定困難なため保険などの措置の必要を述べる。
- (41) 文部科学省生涯学習政策局長「放課後子どもプラン」の推進について（平成一九年）。
- (42) 「新・放課後子ども総合プラン」http://www.mext.go.jp/b_menu/houdou/30/09/_icsFiles/afieldfile/2018/09/14/1409159_2.pdf
- (43) 前掲「新・放課後子ども総合プラン」。
- (44) 宇賀克也・小幡純子編著前掲書七二頁（大橋洋一）。
- (45) 宇賀克也・小幡純子編著前掲書五五頁（板垣勝彦）。
- (46) 宇賀克也・小幡純子編著前掲書七二頁（大橋洋一）。
- (47) 田上富信・私法判例リマックス三七・二二頁以下。
- (48) 宇賀克也・小幡純子編著前掲書五〇頁（板垣勝彦）。
- (49) 宇賀克也・小幡純子編著前掲書五一頁以下（板垣勝彦）。
- (50) 西埜章前掲書一〇七―一〇八頁。
- (51) 理論的問題について、國井和郎「使用者と不法行為責任」私法四二二号二六頁、村上義弘「最近の食品・薬品公害訴訟における国の賠償責任とその交錯」同五一頁。