

論 説

# 国賠法1条1項にいう「公務員」の意味

長 尾 英 彦

は じ め に

- 1 問題の所在
  - 2 判例の内容
  - 3 検 討
- お わ り に

は じ め に

社会福祉法人が運営する児童養護施設に入所した児童が、同所に入所中の他の児童から暴行を受けて傷害を負い、脳機能障害等の後遺症が残った事件（いわゆる積善会事件）で、同施設職員の注意義務懈怠を理由として同福祉法人及び入所措置を行なった県に対して損害賠償請求がなされていた事案で、最高裁判所第1小法廷は平成19年1月25日、県の損害賠償責任（国家賠償責任）を認める一方で、同社会福祉法人は賠償責任を負わない、とする注目すべき判決を下した（民集61巻1号1頁。判例

## 2 (2) 国賠法1条1項にいう「公務員」の意味(長尾)

時報1957号60頁。以下「本判決」、「今回の判決」という<sup>(1)</sup>。

本判決は、地方公共団体より職務を委託された民間団体の職員が不法行為(本件の場合、不作為)により第三者に損害を与えた場合、当該職員が、国家賠償法1条1項にいう「(公権力の行使にあたる)公務員」に該当し、したがって職務を委託した地方公共団体が賠償責任を負う一方で、その場合には同民間団体は民法上の損害賠償責任(使用者責任、民法715条)を負わないとしたものと解される。このことは重要な意味をもつと思われる。なぜなら、周知のとおり、近年、国や地方公共団体の事務・業務が民間に委託・開放される場面が増加している状況にあって、そのような場合であっても国・地方公共団体は責任を免れる訳ではない、と釘を刺したことになるからである。同論点についての最高裁判決は初めてであり、そのような意味で本判決のもつ意義は大きいと思われる。

しかし、後述のとおり、同種の事案であっても、これまで必ずしも常に国家賠償責任が肯定されてきたわけではない。そうすると、その判断基準はどこにあるのか。また、「公務員」、「公権力の行使」といった概念をどこまで広げて解釈すべきなのか(することができるのか)、統一的な説明はなされていないように思われるが、そのことは問題にならないのか。これらについて若干の検討を加えたい。

### 1 問題の所在

国家賠償法1条1項は、「公権力の行使に当る公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によつて違法に他人に損害を加えたときは、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる」と定める。そして、この「公務員」とは、組織法上の「公務員」(国家公務員法、地方公務員法上の公務員。すなわち、正規の公務員)に限られず、たとえば、「公権力の行使を委託された者」であれば足りる、とか、「公務の執行を委

託されたものであれば足りる」と説明されている。<sup>(2)</sup>これは、同条の「公務員」の語が、つまるところ国・公共団体に責任を帰属させるための「機能概念」としてのものであり、正規の「公務員」であることとは無関係のものであるからだ、という理由によると思われ、実際、行政法の講義においてもそのような説明がなされる<sup>(3)</sup>(そして、それで納得している)ことが多いかと想像される。

筆者は、そうした解釈自体は間違っていないと考えるが、懸念されるのは、「公権力の行使」についてもこれも周知のとおり本来の「公権力」の意味よりはかなり広範なものまで含めて解釈する(いわゆる「広義説」)のが多数説であるから、<sup>(4)</sup>このように双方の概念をどんどん拡張していくと、結局、「公権力の行使に当る公務員」という要件は要件としての意味をなさなくなるのではないか、ということである。

他方、福祉施設といっても様々なものがありうる。たとえば、「保育」という業務は少なくとも「命令・強制」という意味での「公権力」の行使ではないであろう。本判決のような児童福祉法上の児童の養育・監護は、そういう要素がないとはいえないにしても、それを本質とするものとは、やはりいえないように思われる。筆者は、福祉に関する業務はそうした「公権力の行使」とは(本質的に)言いがたいが、それでも、本判決のように、職員の不法行為について国・地方公共団体の国家賠償責任の成立を認めてしかるべき場合はあると考える(後述)。ただ、その場合の理論構成をどのように試みるべきかは簡単ではない。

交告尚史教授は 筆者とはやや問題関心の方向は異なるが かなり以前において以下のような問題提起をされている。すなわち、交告教授は、「『者』を度外視して『公権力の行使』を判断するわけにはいかない場合もあるのではないかとし、「福祉行政においては様々な形で民間の施設が利用されているが、それらの施設で事故が発生した場合に、施設の経営者ないし従業員を公務員とみる余地はあるのかどうか」と述べられる。<sup>(5)</sup>交告教授の問題提起に即して見ると、従前の先例で、その理

#### 4 (4) 国賠法1条1項にいう「公務員」の意味(長尾)

解の仕方についてこれまで特に大きな議論のなかったようなものでも、実は、それほど問題は単純でなかったのではないかと改めて気づかされるところが多いのである。

そこで、最初に今回の「積善会事件」の事案と判決内容を見、そのポイントを散見した上で従前の類似の事件に関する先例を見てみることにしたい。

## 2 判決の内容

### [事案]

原告Xは、母親が病気のため家庭での養育が困難になり、児童福祉法27条1項3号に基づく入所措置(いわゆる「3号措置」)により、1992(平成4)年1月10日、被告Y<sub>2</sub>(愛知県)の委託を受けた社会福祉法人Y<sub>1</sub>(積善会)が経営する児童養護施設A(暁学園)に入所した。

X(事件当時、9歳)は、1998(平成10)年1月11日、Aの施設内で、Xと同じく3号措置により入所中の児童4名から暴行を受け、右不全麻痺、外傷性くも膜下出血等の傷害を負い、入院治療を受けたが、高次脳機能障害等の後遺症が残った。この暴行は、直前にA施設の職員から、上記4名のうちの1名がXを蹴るなどしたために注意を受けたことの腹いせとして、当該職員が事務室に戻った間に行なわれたものであった。

Xは、A施設の施設長及び職員等が監督義務、安全配慮義務を怠ったとして、被告Y<sub>1</sub>に対し使用者責任(民法715条)に基づき損害賠償を求めるとともに、Y<sub>2</sub>(県)に対しても国家賠償法1条1項に基づき同額の損害賠償を求めた。

1審判決(名古屋地判平16.11.12賃金と社会保障1387号42頁)は、養育監護行為が「公権力の行使」に該当し、本件職員は国賠法1条1項の「公務員」に該当する、として、Y<sub>2</sub>(県)の責任を肯定したが、他方、

Y<sub>1</sub>については、措置委託に関してY<sub>2</sub>の調査・監督・指導の下におかれており、Y<sub>2</sub>が賠償責任を負えばXの救済は果たされるとして責任を否定した。

ところが、控訴審判決（名古屋高判平成17.9.29賃金と社会保障1407号56頁）は、まず県（Y<sub>2</sub>）の責任について、

「[A施設]は、民間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、[同施設]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1条1項にいう公権力の行使に当たる。

したがって、入所児童を養育監護する[A施設]の職員等は、被告県のために公権力の行使たる公務の執行に携わる者として、国家賠償法上の公務員に該当し、被告県は、国家賠償法1条1項に基づき、[A施設]の職員である本件職員の前記過失により原告が被った損害を賠償する責任を負う」

として、1審の判断を維持するとともに、

「国賠法1条1項は、公権力の行使に当る公務員が、違法に他人に損害を与えたときは、『国又は公共団体が』賠償責任を負う」として、上記公務員との関係で、公務員個人の責任を排除したものにすぎず、それにより公務員個人の行為の違法性が消滅するものではないから、いわゆる組織法上の公務員ではないが、国賠法上の公務員に該当する者の使用者の不法行為責任まで排除するものとはいえない」として、Y<sub>2</sub>とともにY<sub>1</sub>の賠償責任をも肯定した。

Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>ともに上告した。

## [判 決]

最高裁判所第1小法廷は、養育監護行為の性質について、都道府県は

保護者が児童を虐待しているような場合には、親権者等の意思に反する場合であっても、家庭裁判所の承認を得て児童養護施設等に入所させる措置を採ることができること(児童福祉法28条)や、入所に要する費用等は都道府県の支弁とされ(同50条7号)、本人又は扶養義務者から負担能力に応じて(全部又は一部を)徴収することができること(同56条2項)、施設の長は入所児童の福祉のため必要な措置を採ることができること(同47条)などが定められていること等を根拠として、以下のよう

「 3号措置に基づき児童養護施設に入所した児童に対する関係では、入所後の施設における養育監護は本来都道府県が行うべき事務であり、このような児童の養育監護に当たる児童養護施設の長は、3号措置に伴い、本来都道府県が有する公的な権限を委譲されてこれを都道府県のために行使するものと解される。

したがって、都道府県による3号措置に基づき社会福祉法人の設置運営する児童養護施設に入所した児童に対する当該施設の職員等による養育監護行為は、都道府県の公権力の行使に当たる公務員の職務行為と解するのが相当である。」

「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709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715条に基づく損害賠償責任を負わないと解するのが相当である。」

このように、今回の判決は、県の賠償責任(国家賠償責任)を肯定する一方で、(職員の個人責任及び)当該施設[使用者]の損害賠償責任を否定した。

今回の判決との比較の対象としてとり上げるのは、以下の諸先例である。

広島地（福山支）判昭54.6.6.22判例時報947号101頁（いわゆる「春日寮事件」）

知的障害者援護施設に入所していた者が、生活指導・職業授産の一環として行なわれた農作業に出かけて行方不明となり、約1か月後に死体となって見つかった事件。

裁判所は、当該施設を経営する社会福祉法人の使用者責任（民715条）を認めるとともに、施設自体が市が設置したものであり、業務自体は市自らが行なう福祉事業の一環として把握できること、等を挙げ、当該施設の職員は「公権力の行使に当る公務員」に該当するとして市の国家賠償責任をも認定した。[以下、「判例」という。]

千葉地（松戸支）判昭63.12.2判例時報1302号133頁（「無認可保育所事件」）

私立の無認可保育所（但、運営費助成等の一定の行政の関与有）で発生した乳幼児の死亡事故について、裁判所は、当該保育所の経営者・職員は、市の公権力の行使を担当する国賠法上の公務員ではないと判示した（保育業務が「公務」か否かは明言していない）。根拠として、市の指導・監督は行政指導の域を超えておらず、保育業務は自主独立に行なわれているものであること等が挙げられた。[以下、「判例」という。]

浦和地（熊谷支）判平2.10.29公式判例集未搭載（「ハルム保育園事件」）

社会福祉法人が経営する幼稚園の園児が、他の園児の乗った三輪車と衝突して左眼を負傷した事故で、裁判所は、保母の過失を認定したが、町の国賠責任については否定した。裁判所は、当該社会福祉法人及び保母に特別の権限・義務が与えられていないとして、業務に公権力性を認めなかった。なお、この事件は、町、社会福祉法人、加害者の父母が各々和解金を支払うことにより解決した(町が支払った和解金は1000万円)。[以下、「判例」という]

神戸地(姫路支)判平9.11.17判例時報1648号86頁(「風の子学園事件」)

民間経営の不登校児収容施設において、園児がコンテナに監禁され、熱射病で死亡した事件で、裁判所は、同施設の経営者は市の「公務員」ではないとされたが、他方市の愛護センター関係者・市立中学校教諭(かつて園児が通学しており、同施設への入所を勧めた)の安全配慮義務違反は認定され、結果としては市の国賠責任は認められた。[以下、「判例」という。]

千葉地判平17.6.16公式判例集未搭載(「香取学園事件」)

社会福祉法人の運営する知的障害者更生施設に入所していた者が、数年間にわたり同施設の職員から暴行を受けたとして、当該社会福祉法人に賠償を求めるとともに、県に対しても国家賠償責任を主張した。しかし、裁判所は、県の国賠責任を否定した。裁判所は、「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(かどうか)」という判断基準を示した上で、本件の場合、(前述の児童福祉法上の「3号措置」のような)強制的な措置の規



定がないこと、経営者も親権や監護・教育・懲戒権を持たないこと、  
国・公共団体の財政的・管理的援助がないこと、などを根拠とした。  
[以下、「判例」という。]

### 3 検 討

#### (1) 諸先例の比較

まず、施設の経営者、施設長、職員等が国賠法上の「公務員」と認定されるか否かはケースによるが、国家賠償責任の成否について言えば、「公務員」であるかどうかは必ずしも決め手になるわけではないことが推察される（判例では、施設の経営者は市の公務員ではないとされている）。裁判所としては、国家賠償責任を肯定するつもりならば「公務員」であることを認定すれば最も話は早いわけであるが、必ずしもそういうスタンスでないということは、国賠法1条上の「公務員」が全く形式的な（どうでもよい）概念ではないということである。それでは、どのような場合に「公務員」である、ということになるのか（「公務員」である、ということになれば、国家賠償責任は肯定されることになる）。それとも、もはや「公務員」概念にはこだわらずに、別の要件に組み換えて考えるべきだということなのであろうか。

今回の判決は、「入所した児童に対する当該施設の職員等による養育監護行為は、都道府県の公権力の行使に当たる公務員の職務行為と解するのが相当である」と述べた。これは、いささかもって回った言い方である（筆者は、そう感じるが）。すなわち、「当該施設の職員」が「公務員」であるとは言わずに（この点、控訴審判決とやや趣向が異なる）、「養育監護行為」が「（公務員の）職務行為」である、という言い方を（あえて）しているのは何故だろうか。

民間の施設の職員等を「公務員」と呼ぶのは、通常用語法からすれ

ば確かに無理がある。なるほど、上述の諸先例のうち、事件事故に関係した職員を「公務員」である、とはっきり肯定したのは、実は 判例だけであるが、前述のとおり、判例の場合は、当該施設自体は市が設置したものであった等の特別の事情があったのであり、その点を含んで考える必要がある。すなわち、そもそも市の施設・市の業務と言ってもいくらかの実態があったとも考えられるのである(判例、判例は「公務員」性を否定した上で、国賠責任も否定している。また、判例、判例で各々市、町の国賠責任を認めなかったことについては異論も十分ありうるところと思われる)。

こうしたことから、裁判所は、事件事故に関係した職員が「公務員」であるか否かということではなく、むしろ、その職務の内容・性質の方に重点を置いているのではないかということが推測されるのではないか。

もともと、国家賠償法1条の賠償責任が成立するための要件として、「公務員」たることは大きな意味を持っていない、というのが従来の理解であった。たとえば、芝池義一教授は、国賠法1条の「公権力の行使に当る公務員が」という要件は「公務を行うについて」と読めばよい、とされ、当該文言は「加害行為が公務の性格を有することを要求するものと理解すべきであり、加害者が公務員であるか否かを判断するよりは「加害行為が公務に当たるか否かを判断する方が直截である」と述べられる<sup>(7)</sup>。

また、宇賀克也教授は、「『公権力』のかわりに『公務』という文言を用いる方がよいと思われる」とされ、「公務員」とは「公務の執行を委託されたものであれば足りる」と述べられる<sup>(8)</sup>。

以上の両者の説明は、少々ニュアンスの差異はあるように感じられるものの、「公務員」たることではなく、仕事の内容・性質から「公務」といえるか否かを基準に考えていこうとする点では共通するものがあると思われる<sup>(9)</sup>。

もっとも、加害行為者が(正規の)公務員であれば、当該加害行為が

公務員としての職務と全く無関係のものであったような場合を除き、国賠責任は成立することになるであろうから、「(正規の) 公務員であるということ」は、その限りで一定の意味がある、ということになるのであるうか。

それでは、加害行為者が(正規の) 公務員でなかったので、仕事(職務)の内容・性質に着目して判断しよう、とした場合、どのような判断基準が考えられるのか。今回の判決に関連して公表された諸論考を参考にすると、たとえば以下のように整理されると見られる。<sup>(10)</sup>

[第1説]

委託された業務が「国又は地方公共団体が本来行なうべき業務(すなわち「公務」)」であれば、1条の要件を充たす、とする考え方。社会保障法の研究者に支持が多いとされる。たとえば、本稿でとりあげている福祉分野において国賠責任の成立の可能性は広くなるが、反面、それが無限定に広がるのではないかと、この懸念が提起される。

[第2説]

(権力的行政については従来解釈を維持するが) 非権力的行政については、「国又は公共団体が、受託者たる私人の委託業務について、公務員といえるほどに指揮監督をしていれば、要件を充たす」とする考え方。これによると、本件のような民間施設での事件事故の事例で国賠責任が成立する範囲は狭く限定される結果となることが予想されよう。

[第3説]

指揮監督関係だけを決め手とせず、業務遂行の独立性、関与・支

配の程度等、委託者と受託者との関係を個別的に考察し、柔軟に判断していこうとする考え方。

第2説は、今日、国や公共団体の業務が民間の団体・施設等に委託されるケースが非常に増加していることを考えると、現実的でない。また、本来は公によるべき業務であっても、行政主体側がそれを民間に出して指揮監督を放棄すれば責任は負わなくてすむ、というのでは、いかにも無責任ということになるのではないか。<sup>(11)</sup>たとえ日常的な業務が専ら受託者たる団体・施設の主体的な計算で行なわれていたとしても、国・公共団体から委託を受けている以上、全くの「自由」な活動というものがあろうのか、疑問である。

これに対し、第3説は、判例の中で言及された枠組のものと理解することができるが、現実的な妥当性も説得力もあると思われるので、今日では支持が多いのではないかと推測する。ただ、すでに指摘があるように、これは「ある種の総合判断であり、予測可能性の保障が不十分という弱点」<sup>(12)</sup>があるので、判断基準としてはもう少し詰めて考える必要があるように思われる。

## (2) 今回の判決の意義と課題

既述のとおり、今回の判決は、判例ほど明確な形ではないが、第3説の枠組に従って判断したものと見られ、結論もとりあえず妥当なものであると思われる。筆者も、結論自体に異議を呈するものではないが、課題も残されていると思われるので、その点と併せて私見を述べたい。

前述した諸事例に限って見てみても、その事故事件の内容・態様は様々である。普通に考えて、最も悪質と思われるのは であって、これは端的に職員による体罰・虐待として捉えてよい事案かと思われる。対して、 は(職員の不注意ということはあったにせよ)不測・不慮の事

故というべきもの、及び今回の判決は両者の中間的なもの、というようなイメージを筆者は有している(は、もちろん不慮の事故ではあるが、指導の一環としての施設外での活動中のものである点を汲んでのものである。今回の判決の事案も、もともと入所児童間のトラブルからきたものであるから、叱責された児童が報復に及ぶことは職員はある程度予測できたことかと思われる)。

このうち、判例中で示された基準(前述)自体はそれなりに首肯できるとしても、悪質さの程度の高いで、結果として国家賠償責任(この場合、県の責任)が認められなかったことについては、異論がありうるのではないであろうか。すなわち、委託をするにしても、それならそのような施設に委託をしたことについて責任はないのか、と問われる可能性があるからである(判例を想起・比較<sup>(13)</sup>)。「加害行為が、国・公共団体の活動に内在する危険の発現とみることができるかどうか」という基準により考える論者もあるが<sup>(14)</sup>、この基準自体も常に決定的とはいえない。確かに、入所者が職員により数年間にわたり暴行を受けるということは異常な事態であると思うが、知的障害者更生施設という、一種、「閉ざされた空間」としての特性を考えてみれば、全く想像を超えたありえない事件、と片付けられるであろうか(「内在する危険の発現」については後述する)。

さらに、「公務員」性を否定し国家賠償責任を否認した<sup>(15)</sup>についても、別途の考慮の余地は十分あるように思われる。なるほど、保育という業務は本来「公」の手によらなくともできるものかもしれない。しかし、今日のが国の現実(教育、医療等と同様に)それが国民一般に広く共通の(普遍的な)関心事でありながら、民間に依存しなければならない部分が(余りに)大きく、そこから、国・公共団体はそうした施設に対して補助金等によりしっかり支援していかなくてはならない立場にあるものと解される。国・公共団体はそもそも知らん顔ができる立場にはないのである。

そうすると、国・公共団体が、指揮・監督を放棄していれば、お金を出していなければ賠償責任を免れるというのは、いかにも不条理な結果であるということが明白であるし、今日の状況にも適合していないことになる。第3説が呈示する諸基準は、一定程度参考にはなるうが、筆者には不十分に思われてならない(「公共団体が当該業務の主体といえる程度に」という要件は、強すぎる)。

筆者は、公共性のある業務(公務)であれば、たとえ民間の施設に委託されたものであっても、事故事件が発生した場合は国・公共団体は基本的に国賠責任を免れない、とする第1説が、それほどおかしい考え方であるとは思えない。「委託」は、法律上明確な形式によるものでなくとも構わない。そうすると、国賠責任を負う場合が広がりすぎないか、という批判が予想されるのであるが、もとより、公務の遂行と全く関係のない、職員の個人的・主観的行為については、当然、国家賠償の対象とはならない。これは、職員が「公務員」か否かではなく「職務行為関連性」の問題として論じられる要素であって、前述の「内在する危険の発現」という要素はここに吸収されることになる。ただ、いやしくも施設の中で発生した事件事故を考えて見ると、特にそれが職員の勤務時間中のものであれば、(国・公共団体が)国家賠償責任を免れることは難しくなるう<sup>(16)</sup>(但、筆者は、これはやむをえないことと考える。後述)。

### (3) 政策的考慮

理論上は、被害者が十分な賠償を受けられるならば、国家賠償責任でも、施設の使用者責任でも(あるいは、職員の個人的な賠償責任でも)いいのである。筆者がなぜ国家賠償責任の成立範囲を拡げようとするかといえは、その方が救済が確実に果たせると期待できるからである<sup>(17)</sup>。

もしも国家賠償責任が否定されれば、たとえば当該施設自身が高額の賠償金を負担することとなるのであり、それにより施設自体の運営が立

ち行かなくなるなどした場合、利用者、関係者及び地域にとってもおおよそプラスにはならないのではないか。<sup>(18)</sup>

1審判決(及び、今回の判決)に対しては、「社会福祉法人の自主性・自立性」を否定することになるのではないかと、との疑問が提示されうる。<sup>(19)</sup>正直言って、これは難しいところであるが、本稿ではとりあえず、西埜章教授が示唆されるように、「(損害賠償の事案であるから)被害者救済の観点から解決されるべきものである」<sup>(20)</sup>との見解に従っておきたいと考える。

#### (4) その他の論点

事件事故に関係した職員個人の賠償責任も否定されている。これは、国賠法1条の解釈において、公務員個人の賠償責任が否定されることと平行に考えられよう。もっとも、この点に関しては、職員の職務がモラル・ハザードに陥るのではないかと、という懸念がありうる。<sup>(21)</sup>ただ、筆者は、職員が何かあった場合の責任を恐れて業務に対して消極化するデメリットの方がより大きいと思われる。職員に対する責任追及は別の手段に委ねるべきであろう。

#### お わ り に

施設の使用者責任が一律に否定されるべきかどうかは、もちろん問題である(この点を指摘する文献は少なくない)。<sup>(22)</sup>また、金銭賠償のみならず「事実関係をもっと明らかにしてほしい」、「再発防止についての方針を示してほしい」といった被害者側の要望もありうるところである。あまりに反社会的で悪質な場合は刑事制裁もありうるとしても、最も必要とされるのは被害者側の納得できる(金銭面も含めて)解決である。これについては引き続き模索がなされるべきである。

[註]

- (1) 今回の判決に関する解説・評釈は極めて多数公表されているが、本稿の執筆においてはさしあたり、主として以下のものを参照させて頂いた。増森珠美・ジュリスト1365号(2008)124頁, 原田大樹・九州大学法政研究74巻2号(2007)117頁, 杉原丈史・早稲田法学83巻4号(2008)239頁, 板垣勝彦・自治研究84巻8号(2008)133頁, 西埜章・民商法雑誌136巻6号(2007)53頁, 岡田正則・賃金と社会保障1445号(2007)70頁, 岩寄勝成・判例地方自治310号(2007)96頁, 野呂充・受験新報2007年5月号22頁。
- (2) 塩野宏『行政法 〔第四版〕行政救済法』(有斐閣, 2005)274頁, 室井力・芝池義一・浜川清(編)『コンメンタール行政法 行政事件訴訟法・国家賠償法〔第2版〕』(日本評論社, 2006)517-518頁, 藤田宙靖『行政法 (総論) 第四版』(青林書院, 2003)474頁, 遠藤博也『国家賠償法 上巻』(青林書院, 1981)150-151頁, 宇賀克也『国家責任法の分析』(有斐閣, 1988)440-441頁, 同『行政法概説 行政救済法〔第2版〕』(有斐閣, 2009)386-387頁, 芝池義一『行政法総論講義〔第3版〕』(有斐閣, 2006)234-235頁, 同『行政法読本』(有斐閣, 2009)362頁。
- (3) 阿部泰隆『国家補償法』(有斐閣法学教室全書, 1988)80頁は, 責任を(国・公共団体に)帰せしめるための「媒介となる技術的概念」であるという。また, 同81頁は, 「立法論としては, 『公務員』という用語を用いることは適切でない」とする。
- (4) 行政指導について, 京都地判昭47.7.14判例時報691号57頁, 学校教育活動について, 最2小判昭62.2.6判例時報1232号100頁(横浜市立二中プール事故)は, 「公権力の行使」としている。
- (5) 交告尚史「国賠法1条の公務員 福祉行政における雇用委託に着目して」神奈川法学30巻2号(1995)75頁[75-76頁]。
- (6) 交告尚史・同前[78頁], 同・判例評論462号27頁[30頁]。この評釈は, 浦和地判平8.2.21判例時報1590号114頁に関するものである。この判決は, 家庭裁判所の決定により民間補導委託施設で試験観察中の少年が, 同施設収容中の少年から集団暴行を受け受傷した事故について, 当該施設の管理者(=補導委託の受託者)に過失があるとして国賠責任を認めた。この措置は, 家裁の決定という司法作用の形式に基いた, いわば国家権力の発動そのものとしての活動とみるべきこともあってか(そうした点で, 本稿では直接とりあげてをしなかったが), 判決は, 「その受託者は, 補導行為に関する限り[国賠法上の]公務員というを妨げないものと解され



- る」と判示している。同評釈 [29頁] は、この事例では (少年の補導委託という役務を) 「民間人に委ねるといよりは、家裁が行う少年保護手続に民間人の活動を『組みこむ』制度として捉えている」と評している。
- (7) 芝池義一・前掲 (註2) 『行政法総論講義 [第3版]』234-235頁, 同『行政法読本』362頁
- (8) 宇賀克也・前掲 (註2) 『国家責任法の分析』440-441頁
- (9) 原田・前掲評釈 (註1) 364頁は、今回の判決について、「公務の遂行」に加えて「公的な権限が委譲された」ことを要件とする「二段階判断」(判例時報1957号60頁 [62頁]) のものとし、その例として、芝池義一・前掲 (註2) 『行政法総論講義 [第3版]』234-235頁を挙げて、宇賀克也・同前と「好対照」と解説されているが、芝池教授は同所において、「加害行為が『公権力の行使』に当たれば、同時に公務の要件も充たされる」(傍点引用者) と述べておられるのみであるので、上述のような「二段階判断」を要求される趣旨であるのか、筆者には確認できない。筆者は、むしろ両教授の考え方は類似しているように受け取れる。ただ、芝池教授は、自身の説は「公権力」の範囲を拡大しようとするものではない、との点で宇賀教授と異なる旨を述べておられる [238頁註(2)]。
- (10) 学説の整理の仕方として、4つに分ける説もある。たとえば、岡田正則・前掲評釈 (註1) 73頁は、(a) 組織法上の「公務員」説、(b) 権力的行為担当者説、(c) 指揮監督関係説、(d) 公務受託者説に分類した上で、今回の判決は (d) であるとする。
- (11) 交告尚史・前掲論文 (註5) 98頁、板垣勝彦・前掲評釈 (註1) 156-157頁。
- (12) 板垣勝彦・同前149頁。なお、杉原文史・前掲評釈 (註1) 244-245頁は、「権力性の弱い事務でも指揮監督だけを決め手としない」判断方法として評価しているように見られる。
- (13) 施設の内容について、「市が入念に調査することを怠った」(板垣勝彦・同前145頁) 責任を挙げるならば、なぜ ではダメなのか、ということになるであろう。
- (14) 芝池義一・前掲 (註2) 『行政法総論講義 [第3版]』236頁
- (15) 「無認可保育所事件」に関する宇賀克也教授の解説、ジュリスト929号(1989) 50頁を参照。
- (16) 世田谷区のヘルパーによる金銭着服事件において、区の責任が否定された(東京地判平11.3.16判例時報1702号113頁) のは、「公務員」性の問題というよりも (区の正規の公務員の行為ならば国賠責任が認められるかと問われれば、そうではなさそうに思われるので)、職務行為関連性の問題

18 (18) 国賠法1条1項にいう「公務員」の意味(長尾)

ではないかと考えられる。

(17) 西埜章・前掲評釈67-68頁

(18) 同旨, 杉原丈史・前掲評釈(註1) 250-251頁。杉原氏は、「むしろ, 法人の経営基盤を充実させる」ことの必要性を説く。

(19) たとえば, 1審判決に対する評釈である大曾根寛・賃金と社会保障1387号(2005) 28頁 [39頁] は、「[施設の職員] 個人の不法行為責任を否定し, 彼らの自由な裁量による人間的な対応に期待しつつも, 法人の組織としての責任は強く意識させなければならない」と述べ, 今回の事件について  $Y_2$  (県) と  $Y_1$  (積善会) との共同不法行為の成立可能性を検討される。

(20) 西埜章・前掲評釈(註1) 68頁

(21) 板垣勝彦・前掲評釈(註1) 157頁

(22) 板垣勝彦・同前158-159頁

公式判例集に搭載されていない判例の内容については, 本稿中に引用した諸文献の紹介・言及に負っている。

# 愛知県に賠償命令

## 味噌園暴行 最審判決 施設の責任は認めず

愛知県東海市の民間児童養護施設「味噌園」に入所していた少年が、別の少年四人から暴行を受

け障害が残ったのは監督として、施設と県を相手に約一億七千七百円の損害賠償を求めた訴訟の上告審判決が二十五日、最高裁判所一小法廷であった。才口千晴裁判長は、県と施設の双方に賠償責任を認め、二審名古屋高裁判決の通り、施設の責任を認め

た部分を破棄、県のみに支払いを命じた一審名古屋地裁判決が確定した。判決理由で、才口裁判長は「県から委託を受けた施設の職員が、児童福祉法に基づいて入所した

極めて残念な結果 愛知県児童家庭課の結果 県の主張が認められず、極めて残念な結果だ。厚生労働省と今後の対応を検討していき

て、「国や都道府県が賠償責任を負う場合、職員を雇用する施設などは賠償責任を負わない」との初判断を示した。判決によると、当時九歳だった少年は一九九八年一月十一日、当時十五歳の少年四人に施設内の部屋で頭や腹に暴行を受け、手足に後遺症が残った。一審は、県のみに賠償を命令。被害少年側と県の控訴を受け、二審は県と施設の双方に賠償を命じた。