



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	「官民協働 (Public Private Partnerships) 」における「責任」分担の分析 : 制度の実体的考察
Author(s)	藤田, 大輔
Citation	北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル, 15, 83-113
Issue Date	2008-12-12
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/40085
Type	departmental bulletin paper
File Information	JRJ15_004.pdf



「官民協働(Public Private Partnerships)」における「責任」分担の分析

— 制度の実体的考察 —

ふじ た だい すけ
藤 田 大 輔

目 次

はじめに	85
I 官民協働の理論と実態	86
一 「官民協働」(Public Private Partnerships)の理論	86
(1) NPM理論	86
(2) NPM理論以後の「官民協働」(Public Private Partnerships)の成立 と展開	86
二 日本における官民協働の実態的動向	87
(1) 「官民分担」論(第一の民営化の波)	87
(2) 「官民協働」論(第二の民営化の波)	88
三 小括	89
II 「責任」分担を考える上での経済学から法学への示唆	89
一 他領域での「官民協働」研究	89
(1) 新制度派経済学とNPM・PPP～新制度派経済学の観点から～	89
(2) プリンシパル・エージェント理論	89
(3) 取引コスト理論	90
二 他領域での契約研究	91
(1) 新制度派経済学と契約理論の基礎知識	91
(2) 契約における経済学と法学の役割	91
(3) 法学の視点からの不完備契約	92
(4) 不完備契約と法学の役割	93
三 小括	93
III 第三セクターとPFIにおける「責任」分担	93
一 第三セクターにおける損失補償の問題	94
(1) 損失補償契約	94
(2) 第三セクターへの損失補償の実態	95

(3) 損失補償契約の問題点	95
二 ソフトな予算制約と債務調整等に関する調査研究会による事前問題の 対処.....	95
(1) ソフトな予算制約 (soft budget constraint)	95
(2) ソフトな予算制約・ハードな予算制約の望ましさ	97
(3) ソフトな予算制約の解決方法	97
三 PFI化した第三セクターと残された課題への対応	98
(1) 地方自治法232条の2の「公益」性の問題	98
(2) 日韓高速船事件 (控訴審・上告審)	99
(3) 第三セクターとPFI化された第三セクターにおける「責任」分担	100
四 小括	101
IV 社会福祉事業と「責任」分担～「措置から契約へ」を巡って～	101
一 措置制度の概要	101
(1) 措置制度の意義と問題点	101
二 社会福祉事業の契約化・市場化・営利化～社会福祉基礎構造改革～	102
(1) 社会福祉の契約化・市場化・営利化	102
(2) 社会福祉基礎構造改革の前後の差異	102
三 児童養護施設の予算制約	103
(1) 社会福祉法人と児童養護施設の現況	103
(2) 社会福祉法人の特色と予算制約	103
(3) 社会福祉法人への民間委託と国家賠償 (第一審・控訴審・上告審)	104
(4) 社会福祉事業における現行制度下での官と民の「責任」分担	105
四 小括	106
おわりに	107

はじめに

『「公共空間」は、決して中央の『官』の独占物ではない¹』という1997年の行政改革会議の最終報告が提出されてから、すでに約10年が経とうとしている。この間、1999年には「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」（以下、「PFI法」と呼ぶ。）、2006年には「競争の導入による公共サービスの改革に関する法律（公共サービス改革法）」（以下、「市場化テスト法」と呼ぶ。）が成立し、「官」と「民」による「公共空間」の実現が目指されている。だが、このような「公共事業部門」における「民間活力」²の利用という言葉は近年に見られる現象ではなく、1980年代の臨時行政改革推進会議（以下、「旧行革審」と呼ぶ。）の時代まで遡ることができる。旧行革審の1986年の最終報告では、「これからの社会変化の主導勢力は、公的部門よりは民間部門となることが期待されている」³と述べられている。この行政改革会議、旧行革審の両者の答申に注目すると、公共部門の領域に対して民間の資源を活用しようとした点において、着眼点は同様であると思われる。しかしながら、1980年代初頭から1990年代中盤にかけての「官民分担」論と1990年代末から現在まで継続されている「官民協働」⁴論では対象内容に決定的な違いがある。前者に言う「民間活力」とは、第三セクターに代表されるように官民の中間領域を念頭に置いたものである。これに対して、後者に言う「民間事業者の創意と工夫を適切に反映」とは、「公共サービスそのもの」をも視野に入れたものである⁵。そのため、本稿では、二者を混同しないように前者を「官民分担」と呼び、後者を「官民協働」と呼ぶことにする（カッコ付きでない官民協働については、「官民分担」と「官民協働」の両者を示すものとする）。

このような「官民分担」論、「官民協働」論の動きに対して、法学においても様々な議論が提示されてきた⁶。法学からの官民協働の論点は、①国家事務を民営化に適する事務と民営化に適しない事務に区分する、②民営化現象の類型論、③民営

化に対する規範的統制が主だった検討内容である。上記に示された諸論点を見て分かる通り、官民協働を論じる上で政府部門と民間事業者の責任分担は欠かすことの出来ない論点でありながら、経済学等の諸学問に比して責任分担のあり方について論じられた法学の論文⁷は多くはない。確かに、官民協働事業における責任分担は、個々の事例において詳細な分別を行う際に、経済学が法学よりも有効であることは否めない。だが、法学においても責任分担を考慮することは重要である⁸。なぜならば、第三セクター、PFI、社会福祉制度といった各々の制度から適切な責任分配を考える上では、制度の解釈や構造分析が必要となり、それらは法学が他学問に対して優位に立てる面であるからである。そこで、本稿では、日本における具体的な官民協働の諸事例から制度に着目して法学の観点から「官」と「民」における責任分担の適切なあり方を考察する。

問題の検討にあたり、まず、本稿での「責任」概念を示すこととする。ここにいう「責任」とは、「事業の実施にあたり、事業契約の締結時ではその影響を正確には想定できない、不確実性のある事由によって損失が発生する可能性」をさす。従って、本稿での「責任」とは、通常責任という言葉の範囲よりも射程は狭まっている。本稿では、次の順序で「官民協働」における「責任」分担の分析を行うこととする。まず、官民協働の背景及び理念、日本における官民協働の実践を示した上で（Ⅰ）、「責任」分担について研究が盛んである経済学の観点から法学への視座を与える（Ⅱ）。次に、制度検討にあたっては、行政が民間に委託する財の性質（事業の性質）の違いによって「責任」分担が変化するかを考慮した。一つ目に第三セクターとPFIを比較することとする。両者の比較は、「官民分担」論と「官民協働」論における「民間活力」を利用した象徴的な具体例であり、他分野の学問領域の先行研究においても比較検討されている分野であるため、取り上げることとした。具体的には、第三セクターにおいて問題となった近年の裁判例を素材としつつ、債務調整等に関する

調査研究会の議論を中心に「責任」分担のあり方について扱う（Ⅲ）。その後、二つ目の制度検討として社会福祉制度を扱う。周知の通り、措置制度は、1990年代末の社会福祉基礎構造改革により「措置から契約へ」と転換した。この転換によって「責任」分担のあり方が変化したか否かを民間委託と国家賠償という児童養護施設における国家賠償の裁判例から検討する（Ⅳ）。最後に、「官民協働」における「責任」分担を制度的に分析する結果をもとに、得られる行政法学上の意義について言及し、今後に残された課題を示すことにしたい（おわりに）。

I 官民協働の理論と実態

ここでは、「官民協働」とその周辺部の用語について整理することとする（一）。また、これらを整理した後に、わが国における「官民分担」から「官民協働」への転換の動きを説明することとする（二）。

一 「官民協働」(Public Private Partnerships)の理論

「官民協働」の理論は、イギリスのサッチャー(Margaret Thatcher)政権における一連の行政改革が基礎となっている。そこで、本稿では、サッチャー政権において行われたNPM⁹、それに続くPFI¹⁰・PPP¹¹といった行政手法や行政運営理論について論じる。

(1) NPM理論

NPM理論¹²は、1980年代半ば以降、イギリスなどのアングロサクソン系諸国を中心に行政実務の現場を通じて形成された行政運営理論である。この理論の中心は、いわゆる伝統的行政管理(Public Administration)から、民間企業における経営理念・手法さらには成功事例などを可能な限り行政現場に導入することを通じて、行政部門の質の改善・効率化・活性化を図ることにある。NPM理論の実践的手法として、PFI(Private Finance

Initiative)¹³・エージェンシー(Agency)理論・行政機関におけるバランスシートの作成・行政(政策)評価が存在する。

(2) NPM理論以後の「官民協働」(Public Private Partnerships)の成立と展開

PFIは、従来、公共部門が提供してきた公共サービスを、民間の資本を活用し提供する政策手法であり、1992年11月にイギリスにおいてノーマン・ラモント(Norman Lamont)大蔵大臣の提唱により導入された¹⁴。PFIは、1980年代以降の「市場原理の尊重・小さな政府」を志向する行政改革の取り組み、民間との競争導入、顧客の価値を重んじる思想(NPM理論)といった流れの延長線上に位置するものであり、10年来の行財政改革の成果や教訓を生かした制度である。

PFIと業務委託の最大の違いは、官が民間事業者から公共サービスを購入することである。すなわち、PFIでは、官と民が対等な関係であると位置づけられ、官民にはそれぞれ異なる専門性と強みがあることを認識した上で、それらを最適に組み合わせた官民のパートナーシップによる事業を実施する。PFIの概念の基本となるのは、VFM(Value For Money)の考え方である。国民にとっては公共サービスから得られる結果が問題となり、公共サービスは官と民のうち効率的に提供する主体が行うこととなる。それに加えて、公共事業の管理者は官であっても、実際にそれを実施・運営する主体は官である必要はない。リスクの負担に関しては、従来の官側が負担していた社会資本整備など公共事業に関連するリスクを民間側に可能な限り移し、民間が取れないリスクを官側が負うこととなる。

PPP理論は、1997年5月に誕生したイギリスのブレア(Tony Blair)政権が提唱した官と民との協働政策であり、PFIを含めたより広く柔軟な官と民の役割分担による協力体制を指す。イギリスのPPP委員会(The Commission on Public Private Partnerships)の最終報告が2001年取り纏められており、同報告では、PPPの実践は「効率化」だ

けではなく、「公共サービスの質的改善に基礎を置く評価が必要」と結論付けられ、「官と民との協働」が不可欠であると指摘している。そのため、PPPはPFI以外の形態も含む官民協働のすべてを指すと考えることが出来るとされている¹⁵。

以上のように、「官民協働」に関する一連の用語の概念と関連性を見てきたが、最後に民間化の用語について述べたい。民間化の提唱者であるマドセン・ピリー (Madsen Pirie 1988)¹⁶によれば、「民間化という用語」は、「1979年以前の政治や経済の文献にはあまり登場しておらず」、「この用語は、同年の保守党のマニフェストにも示されていない1980年代の一連の改革を示す新たな用語である」。「それにも関わらず、1980年代には急速に最も重要な用語となった。その用語は、100カ国以上に渡り影響を与え、イギリスから国外に広まっている。」と論じている。そして、サヴァス (E.S.Savas 1987)¹⁷は、「民間化は、財産の所有活動に関して、政府の役割を減少させる働きをする、あるいは、民間部門の役割を増大させる働きを持つのである。」と定義付けている。このように、民間化は1980年代以降の行政運営理論の実現のための具体的な手法の一つと位置づけることが出来るだろう。次節では、上記整理を踏まえて、わが国における官民協働の変遷を見ていくことにする。

二 日本における官民協働の実態的動向

本節では、1980年代以降の「官民分担」論の諸論点を取り上げ、行政改革会議を中心に概観した上で、残された問題点について1990年代後半以降の行政改革会議がどのように取り組み、「官民協働」を作り上げてきたかについて論じることとする。

(1) 「官民分担」論 (第一の民営化の波)

わが国における「官民分担」の議論の系譜は、1981年に設置された臨時行政調査会 (第二臨調)、旧行革審に遡ることが出来る。1983年3月に出された「行政改革に関する第5次答申 (最終答申)」¹⁸によれば、「現業等の政府直営事業や公社・公団

・公庫等の特殊法人等、いわゆる官業は、民業に対する補完のほか、行政の代行など幅広い機能」有するものであり、「公共性と企業性の調和という理念に基づき設置されている」。しかしながら、「現状はこの理念が十分に実現されず、非効率、不採算等の多くの問題を抱え、また社会・経済情勢の変化や民間活動の発達に伴い、官業としての存在理由を問われているものも少なくない」。このように、現業・特殊法人等については、問題の性質に応じて「経営形態の改革、官民の事業分野の調整、経営の合理化等抜本的な改革」を行う必要があると述べており、その後、実際に、日本専売公社、日本電信電話公社、日本国有鉄道の民営化、現業・特殊法人のあり方に取り組むこととなる。

また、同時期に、日本経済調査協議会によって組織された「官業と民業の役割分担に関する調査専門委員会」(篠原委員会)¹⁹が公表されている。この委員会の目的は、「経済的・社会的発展の歴史過程において、「官業でなければならない理由」が失われていることで、国民にとって「効率性と公正性を損な」っている主要な事例を指摘し、「官業と民業の役割分担に関する一般的な諸原則と、それに基づく官業改革の方向を示し」、「公企業・私企業のいずれであれ、現代の諸産業の活動が国民全体の利益に沿うよう有効かつ効率的」な制度案を提案することであった。ここでは、国鉄改革、電気通信、郵便貯金、簡易保険の完全民営化や民業への転換を促している。

このような中で、1985年2月には、「民間活力の発揮推進のための行政改革のあり方」²⁰に関する答申がなされ、「民間活力の推進」を「最重要課題の一つ」と位置づけている。ここでは、「民間部門の私的活動はすべての分野において自由になっているのではなく、公的部門により様々な程度で、例えば独占的企業が営まれることにより完全に排除されたり、あるいは公共目的のために規制されたりしている。また、社会的弱者に対する保護や様々な社会的サービスの形で、公的部門の種々の給付を受けている」と、本来的に政府が行うべき、または行わねばならない施策、事務事業を

述べており、他方で、「公共の利益を目的とする活動も、公的部門の独占物ではなく、公益法人や公益信託といった形で、民意の発意に基づき公益目的が追求されたり、第三セクターのような形で公的部門と共同で事業を実施したり、公的部門の事業を受託して民間部門が私的な営利活動」を行う形態もあると論じており、官民協働の一類型として第三セクターの活用論²¹が挙げられている。

このように、1980年代から1990年代初頭にかけての「官民分担」論で議論されてきた事項は、①官業の非効率・赤字体質、②官業の民業圧迫、③官民事業分野の調整、④公的部門への民間参入であった。しかしながら、「官民分担」論では、行政サービス全般を含めた官と民との協働、公的部門を担うのに伴う参加ルールと公正の確保という視点が欠けていた²²。この結果、効率性・簡索性などの理念は、公共性を盾にした「精神論」²³により阻まれ、本来の目的を果たすことが出来ず、1990年代後半の行政改革へと課題を残すこととなる。

(2) 「官民協働」論（第二の民営化の波）

「官民分担」論では、不十分ながらも、官と民とのあり方が論じられてきた。だが、上記で論じてきたとおり、1980年代初頭の中曽根行革が「民間活力の推進のための行政改革」²⁴という官側の視点からのみの行政改革であった。これに対し、1990年代後半の橋本行革は、「行政も、政治も、そして民間各界も、それぞれが我が国の将来を見据え、一体となって、取り組むべき」²⁵改革であるとの認識に基づき政策が計画されている。

橋本元首相は、「行政改革の検討に当たって、まず、将来求められる国家・行政の機能を根本的に問い直すことが重要と考えており、その上で、複雑多岐にわたる行政課題に縦割行政の弊害を超えて国民本位の確かつ効率的に対応できる組織体制を作り上げなければならない」という「官民分担」論において議論されてきた前提を踏まえて、「現在の政府の業務を決まったものとして引き継ぐのではなく、大胆な規制の撤廃や緩和を進める

とともに、官から民・・・への業務・権限の委譲を行い、徹底した努力によって行政をスリム化し、こうした行政にふさわしい省庁体制や官邸機能を構築していくことが必要」であると述べている。さらに、「今回の改革は、行政だけを悪者にするということではなく、行政が現在既に背負いきれなくなった責任を、政治や民間も分担することが必要という認識も持って検討すべき」であり、「各界の連携も必要」という発言は「官民協働」論の萌芽とも伺える。実際に、当該会議において、「アウトソーシング」関係については、イギリスのエージェンシー制度を参考に「独立行政法人制度」が導入され、また「規制緩和」についても議論されている。

橋本行革の流れの中で、公的部門に対する官と民との垣根を取り除く、日本版「PFI法」が1999年に成立した。また、規制緩和の一環として、「建築基準法の一部を改正する法律」が成立し、翌年、2000年5月に指定確認検査機関制度が発足した。また、同年には、「独立行政法人通則法」が成立した。さらに、小泉内閣の下でも引き続き行政改革が行われ、同政権下では、「民間にできるものは民間にゆだねる」という標語の下、公営組織の法人化・民営化の一環として、地方自治法を改正し、2003年には指定管理者制度が成立している。さらに、2005年には道路関係四公団民営化、2007年には小泉内閣がスローガンとしていた「郵政民営化」が実現され、その第一歩として、日本郵政グループが発足した。そして、「官から民へ」から官と民との協働を目指した政策として、2002年には構造改革特別区域法、2006年に市場化テスト法が成立した。同法は、PPPの具体的な政策実現であり、従来の業務のアウトソーシング・事業の民営化・PFI・指定管理者制度といった各制度の対象分野が限定的なことや法律の規制等の制約もあり、官と民との協働が十分発揮できる素地ではなかったため、それを修正するための、横断的な公共サービスの改革を実施するために制定された法案である。このように、1980年代からの一連の行政改革を鳥瞰すると、現在、わが国において

は「官民協働」の制度が徐々に整いつつある現状にあるといえる。

三 小括

ここまでをまとめてみると、わが国における1980年代以降の行政改革は、単に、民間の活力を利用しただけの政策であった。典型的には、民間の安い人件費を活用するだけの旧来型の外部委託方式、民間のパフォーマンスを問うことなく固定の支払いを行う委託方式、競争を経ずして事業者を選定する発注方式、リスク分担が曖昧なままに事業を進める日本の三セク方式などが挙げられ²⁶、これら「官民分担」論は本質的な官民の関係を変革するものとしては力不足であった。その後、1990年代の行政改革では、国民価値の最大化としてNPM・PPPといった理論の下で、PFI法や市場化テスト法といった法制度が整い始め「官民協働」論の実現が目指されているのである。

II 「責任」分担を考える上での経済学から法学への示唆

法学から「責任」分担を考察する上で、先行する他分野の学問を参考にすることは重要である。経済学的観点からは官民協働を想定するにおいて、官と民がどのような行動形式をとり、どのようなことが問題となり、どう対処すべきかというモデルを提示してくれる (一)。次に、「責任」分担を分析するツールとして (一) の議論を踏まえつつ、契約理論を考察する。ここでは、モデルを簡単なもの (完備契約) から複雑なもの (不完備契約) に変化させていくことで、現実の契約モデルに近づける。そこで、経済学と法学の役割分担を考え次章の「責任」分担につなげる (二)。

一 他領域での「官民協働」研究

官側がどのような意図を持って「官民分担」と「官民協働」の差異化を政策に実現・策定するかを理解するために、NPMの経済学的背景を見ていくことで、法学では見落としがちな官と民の両方

の視点から問題を考えていく。

(1) 新制度派経済学とNPM・PPP～新制度派経済学の観点から～

NPM・PPPとは、公的部門に民間企業の経営理念・経営手法を可能な限り導入しようという新しい公共経営理論である。NPM・PPPは経済学的に見れば、取引コスト理論 (Williamson 1975)、プリンシパル・エージェント理論 (Jensen and Meckling 1976) などに代表される新制度派経済学にその理論的根拠を持つとされる²⁷。新制度派経済学とは、単一の理論ではなく、一連の理論群から構成されているものではあるが、すべての新制度派経済学のアプローチにおいては、何らかの形で、経済行為者に仮定された「限定された合理性 (bounded rationality)」が「損失」を引き起こすことを前提としている²⁸。これらの経済学的な理論展開は、1980年代以降の行政改革の推進力となった²⁹。以下では、NPMの基礎となったエージェントの選択とインセンティブに焦点を置くプリンシパル・エージェント理論と市場とヒエラルキーに焦点を置く取引コスト理論について検討した上で、法学へと議論をつなげたい³⁰。

(2) プリンシパル・エージェント理論

プリンシパル・エージェント理論とは、当該目的を達成するために権限を委譲するプリンシパル (依頼者) と権限が委譲され代行するエージェント (代理人) の関係に焦点を当てた理論である。この理論の本質は、エージェントの行為が、自分の効用のみならず、プリンシパルの効用水準にも影響を及ぼすことである。プリンシパル・エージェント理論を説明するためには、新古典派経済学と比較しながら説明する方が、この理論の本質を説明しやすいため、ここでは対比して説明を行う。

新古典派経済学では、人間の行動仮定として、①効用最大化仮説、②完全合理性の仮定が重要な役割を果たしている。このような状況下においては、将来の環境と行為者のありうる反応のすべてが事前に特定されるので、エージェントはプリン

シバルをだまして自己利益を追求することはなく、エージェントはプリンシパルの利潤最大化に従って行動することとなる。したがって、新古典派経済学では、プリンシパルの行動だけを観察すれば事足りることとなる。

しかしながら、プリンシパル・エージェント理論では、人間の行動仮定として、①すべての人間は効用最大化するが、その利害は必ずしも相互に同じではないという利害の不一致の仮定（AT1）、②すべての人間は情報収集、情報処理、情報伝達能力に限界があり、相互に同じ情報を持つとは限らないという情報の非対称性の仮定（AT2）が置かれている。そのため、プリンシパル・エージェント理論では、完全にコントロールされていないエージェントに対して自由裁量的な行動の余地が開かれることとなる。その結果、エージェントはプリンシパルの不備につけ込み、悪徳的に自己利益を追求するという機会主義的行動を起こす。

このような情報の非対称性、不完全性が存在する場合、プリンシパル・エージェント間の契約の前後において機会主義的行動が起こる場合が存在する。契約前については、契約履行に関する情報について、実際に業務を行うエージェントの方が圧倒的に優位であり、プリンシパルがこれらの情報に容易にアクセスできない状況では、エージェントは、情報の非対称性・不完全性を自らの利害のために活用しようとするインセンティブが働く。このような現象をアドバース・セレクション（逆選択）といい、プリンシパルとの契約前にエージェントが隠れた情報を持っている場合に生じる非効率な現象である。契約後については、契約の履行状況を事後的にチェックすることが、様々な不確実性が存在するために困難であるような場合が考えられる。プリンシパルはエージェントが契約を忠実に履行したかどうか検証することが難しいため、義務の遂行を行わせることが困難となる。このような現象をモラルハザードといい、プリンシパルとの契約後にエージェントが隠れた情報を持っている場合に生じる非効率な現象である。

プリンシパル・エージェント理論における機会

主義的行動からもたらされる非効率的なコストはエージェンシー・コストと呼ばれる。エージェントがこのような機会主義的行動に出ないようにプリンシパルが取りうる手段として、エージェントの利害をプリンシパルの利害に近づける方法が考えられる。利害を一本化させる、すなわち、行動の結果に連動させることが出来るのは、制度に組み込まれたインセンティブと制裁システムである。例えば³¹、履行状況を厳密にモニタリングする方法、エージェントの報酬を成果により変動する方法（インセンティブ契約）、制裁条項が挙げられる。しかし、この抑制方法自身がエージェンシー・コストを生むことになる。とくに、情報の不完全性・非対称性・不確実性の大きい分野では、エージェンシー・コストが大きくなり市場型システムコストが増大することとなる。

（3）取引コスト理論

取引コスト理論は、コース（Coase 1937）³²によって生み出され、ウィリアムソン（Williamson 1975）³³によって展開されている理論である。1937年のコースの論文の特徴は、①経済学取引とそれに伴う諸費用が分析の中心的な対象となり、②不確実性と限定された合理性を暗に示した議論となっている点にある。例えば、コースの考え方によれば、契約時に取引相手方を調査する調査コストや、取引後に取引が正常に履行されているかを観察するモニタリングコスト等、市場取引に関する一連のコストが市場取引コストとされる。また、同様に組織内取引コストも概念される。官僚組織内部においては、適切な人物を配置するために能力を測るためのコスト、職員が不正を行っていないかを確認する監察といった監視等のコストが考えられる。このような場合、限定された合理性のもとで最大効用を導出するよりも、「規則や慣例に順守し、しばしば前例を踏襲するなどの予測可能なあるいは確実性の高い選択を好む傾向」があり、「この傾向は状況が複雑になり不確実性が増すほど一層顕著」³⁴となる。

このコースの議論をさらに発展させたのがウィ

リアムソンである。ウィリアムソンは、コースの議論を体系化し、なぜ取引コストが発生するのかという基本問題について①限定合理性(TC1)、②機会主義(TC2)のような仮定を置いた。このような限定合理的で機会主義的な人間同士が取引をすることでコストが生じるのである。ウィリアムソンは、取引コストを節約するために、人間の機会主義的行動を抑止する様々な統治制度やガバナンス制度が展開されるということについて論じている。

また、取引コスト理論では、取引に関わる事前(ex ante)コストと事後(ex post)コストを峻別する。事前コストとは、資産特殊性や機会主義から派生する契約の事前準備、相互に騙し合いを防ぐための契約交渉、契約遵守などを含む契約を締結するためのコストである。事後コストとは、事後的な契約の瑕疵を是正し、契約の更新、契約の維持をするための再交渉といったコストである。このような取引コストは、財・サービスの取引に関する資産特殊性(特殊な投資の額・参入者数)、不確実性(情報の非対称性)・取引頻度の要件・複雑性(事情変更・予見可能性)によって大きく異なるのである。

二 他領域での契約研究

(一)では、プリンシパル・エージェント理論と取引コスト理論を使って、官民協働における契約・制度理論の問題点を挙げた。(二)では、新制度派経済学(特にプリンシパル・エージェント理論)を用いて契約理論を考察する。まず、契約理論のモデルの類型化を行い、経済学の視点から論じられている契約理論を法学の視点から論じる契約体系に近づけることとする。そのため、モデルを法的契約に近づけるために、①完備契約、②取引主体が完全合理的である不完備契約(incomplete contracts)、③取引主体が限定合理的(限定された合理性)または非合理的である不完備契約と場合分けを行う。そして、③の状況において経済学と法学との接点を見出す。最後に、ここでは「官民協働」における法的役割を示し、具体的な事例

へ移る。

(1) 新制度派経済学と契約理論の基礎知識

「責任」分担を考える上で、重要となってくるのが、当該契約がどのような契約かということである。従来の経済学が経済問題を単なる市場取引と考えていたのに対し、最新の契約理論の経済学は、制度・慣習・法律といったものが経済に与える影響を分析している。これまでの契約理論は、情報の非対称性から生じるモラルハザードや逆選択の問題を主な対象としてきた。そして、完備契約理論では、分析対象として情報の非対称性から生じる損失を少なくする契約のあり方を念頭においてきたのである。しかし、現実の契約は完備契約理論の想定しているような契約ではない。なぜならば、完備契約理論では、あらゆる不確実性を排除するために、契約が複雑になってしまうため、取引コストが過大にかかってしまうからである。これに対して、最新の契約理論は、現実の契約が不完備契約であることを出発点として、契約が書かれていない、または単純な契約である状況を想定している。この契約が不完備である状況で、制度・慣習・法律といった要素がどのように契約を補完しているのか、または補完すべきかということを考えていくのが経済学の契約理論である。以下では、契約における経済学と法学の役割について考えていく。

(2) 契約における経済学と法学の役割

新制度派経済学はウィリアムソン(Williamson 1989)³⁵が述べたように「法学、経済学、組織学」を組み合わせた視点を活用している。今までは、経済学における契約に焦点を当ててきたが、法学はどのような役割を担っている、または担うことが期待されているのだろうか。まずは、取引主体が合理的であるという仮定に基づいて完備契約と不完備契約各々について考えてみよう。

まず、完備契約について考えてみる。完備契約の下では、契約のための作成・交渉コストがゼロであるため、当事者間で自由な契約交渉を行うこ

とが可能となり、結果、効率性の達成について法律の意義はさほど重要視されていない。この場合の法学の意義は、①権限の配分を明確にすること、②契約内容を保証すること、である。そのため、従来の経済学と法学の在り方は、両者の思考様式の違い³⁶や効率性が公平性かという判断基準の議論に終始していた³⁷。

しかしながら、本稿の目的でもある「責任」分担のように、現実の契約は多くが不完備契約であり、実際には不完備契約についての法学の意義を考えなければ意味が無い。このような不完備契約下では、コースの定理に従った最適な効率性を実現することは必ずしも適わない。不完備契約の理論は、コースやウィリアムソンによって創出された取引コスト理論の「直観の上に立てられ、多くの方向においてその直感的説明を定式化している。」しかしながら、「不完備契約の研究はまだ予備段階にあり、各論者の扱うモデルは統一されていないし、まだその理論の一般的基礎は確立されていない」³⁸とされながらも、ある程度のコンセンサスがあり、「本来、状態（state）に依存した契約を書いて効率性を確保すべき状況において、その必要な契約が十分に書けていない状況あるいは契約」³⁹と定義される。では、不完備契約の場合、法学はどのような意義を持っているかについて詳しく見ることにする。

不完備契約下で法学に期待されている役割は、2つ想定されている。1つは、法律が不完備な契約を補完するという役割である。この役割には、基本的なフォーマットとしての法律を規定することにより契約コストを節約する役割と、契約が書けないマイナス部分を法律が規定されていることで補うという役割がある。もう1つは、法律が規定することで契約や制度のあり方を標準化し、情報収集コストを抑えることが出来る利点がある。典型的には、当該契約において取引先（契約相手方）の会社について情報を知りたいとする。その場合、株式会社という会社形態がわかれば、組織構造は法規定によって明示されている（モデル化されている）ので、ある程度どのような会社かが

法規定から理解できるのである。

ここまでは、取引主体が合理的である場合を念頭にしてきた。だが、現実の契約では、新制度派経済学で何度も論じてきた限定された合理性を考察する必要がある。「非合理的あるいは限定合理的な判断しかできない経済主体の分析は理論的にはまだまだ発展途上であり、これからの検討課題」⁴⁰ではあるが、以下では、これに少しでも応えるため、法学の観点からの役割を考えていきたい。

（3）法学の視点からの不完備契約

（2）では経済学を主体として契約を捉えたが、（3）では法学を主体として考えてみる。そもそも、不完備契約はどのようにして起こるのだろうか。多くの場合、不完備契約は時間のズレによって生じる。つまり、契約締結時とその後にかかる事象（例えば、契約の義務履行）との間に時間のズレが存在するため、不確実性が生じることが主要因である。経済学での不完備契約の定義は、取引から得られるだろう利潤を決定する自然の状態（states of nature）が、すべての場合において直接的・間接的を問わず観察可能（observable）であるとはいえないので、効率性を達成するための条件を十分に書けていない状況または契約である。ここで重要な点が、経済学上の不完備契約では立証可能（verifiable）な契約と観察可能な契約を別問題として考えていることである。つまり、両当事者にとって変数は観察可能であるが、立証が不可能（unverifiable）である場合、裁判所やその他の第三者がこれらの変数の値を基に仲裁することができないため、効率性の達成を完全には実現していないことを意味する。

ここで経済学から法学に視点を変える際、1つ問題が生じうる。それは、フォーカスを当てる際に、経済学でいう不完備契約が権利義務の発生の条件に関する不完備契約であるのに対して、法学でいう不完備契約が義務に関する不完備契約であるということである。この点、本稿では不完備契約に関わる「責任」分担を政策論⁴¹として扱うこととするため、経済学と法学、両者の不完備契約は

同値である。すなわち、経済学に関する不完備契約は、契約が実現している現状の不十分な効率性をどのように改善するかという問題であり、法学に関する不完備契約は、解釈によって義務の存否を行う際、法的価値判断（効率性や分配の正義）に基づいて当該事案を判断し、契約の結果を改善するかという問題である。よって、政策論を述べる分においては、両者を区別する必要はない⁴²。以上の前提に立って、以下では、法学の視点から不完備契約を述べる。

（4）不完備契約と法学の役割

不完備契約において、経済学と法学の接点は、当該事案において裁判所が当事者の義務をどのように補うかという点にある。しかし、本来、経済理論による不完備契約は「裁判所におけるエンフォースは不完全なもの」（典型的な例として、情報が対称的な場合の不完備契約）⁴³であるがゆえに、当該当事者は「裁判所によるエンフォースを期待せず、契約が自律的に遵守されるための（self-enforcable）メカニズム」⁴⁴を導入する（「人質」hostage）⁴⁵という議論からすれば、「裁判所がいかに義務を設定するかという問題への回答は実は問題そのものにずれ」があることとなる。すると、当事者間での不完備契約における法学の役割は、「裁判所は当事者の実現しようとした関係をエンフォースすべき」であるという「非常に一般的な規範しか導かれない」のである。この点については、裁判所が事実認定・法律の解釈を行うことという権限を付与されている意味合いを考えると様々な議論の余地があろう。

ここで、裁判所の役割を説明するために、Property RulesとLiability Rulesを考えてみたい⁴⁶。Property Rulesとは、通常の市場取引の状況と似ており、当事者の合意がなければその権限が移転されない。つまり、取引条件は当事者間の交渉で決まることとなる。これに対して、Liability Rulesとは、裁判所が認定する損害賠償額を支払えばその権限を自らに移転できる。この場合、裁判所の役割は単に当事者の合意を強制するのみならず、

（疑似）取引条件を決定するという意味で独自の意義を持っている。さらに、取引コストが高くなるほど、Liability Rulesは意味を持つ。裁判所は「望ましい水準」を達成するように行動する、という意味で、公私協働の場面で当事者＝公共団体と民間事業者とは異なる第三者＝裁判所の役割を担っているのである。

上記、見てきたように、限定合理的な不完備契約において損害が生じた場合、当事者間関係が複雑であるほど、取引コストが増大するため、裁判所の役割が効率性を達成するために重要となる。このように、法学が限定された合理性の下での不完備契約についても一定の意義があることを確認できる。

三 小括

従来、経済学の契約理論は私法学の中で主に検討されて来ており、公法学においては少なからず見落とされてきた。しかしながら、「官民協働」論を考察する上で、契約理論を論じないことは、「官民協働」それ自体の理念背景を論じないことと同じである。そのため、この章では、経済学の観点から「官民協働」を語る上で背景となる、新制度派経済学のあらましについて語った後に、取引コスト理論、プリンシパル・エージェント理論を用いた契約理論のモデルから法学につなげる議論をした。第1章、第2章は総論としてのフレームワークであり、次章以降で各論として「責任」分担を具体的に論じ、アプローチの際には、ゲーム理論等のツールを使用する⁴⁷。

Ⅲ 第三セクターとPFIにおける「責任」分担

第3章、第4章では具体的な事例を挙げて「官民協働」における「責任」分担を見ていくが、まずは「官民協働」の範囲をここで説明しよう。「官民協働」という概念の下で把握されている行政現象は、ドイツ行政法学においては次のようなものが挙げられている⁴⁸。①都市開発フォーラム、②地区詳細計画案の共同策定、③汚水浄化連合構想、

④病院経営の民間委託、⑤社会福祉事業の民間委託、⑥排水処理有限会社設立構想（共同経営企業モデル）、⑦民間資金活用事業（PFI）と行政現象は多様であり、わが国における「官民協働」の範囲も同様に多様なものである。以下では、その中から、官民協働の代表的な事例を取り上げ、各法制度から「官民協働」における「責任」分担を検討する。

各章の位置づけとしては、第3章で第三セクター・PFIを取り上げ、経済学の概念であるハードな予算制約という望ましい形にするためにどのようなことが行われてきたか、または必要であるかについて検討する。法学との観点からすると、具体的には、第三セクターに対する補助の形としては、事前の取り決めとしての損失補償契約と事後的な対応である地方自治法232条の2の「公益上の必要」性の広範な裁量権が問題となってくる。このうち、前者に対しては損失補償契約の禁止という流れになっているが、後者についての問題に対しては、まだ検討がなされていない。そのため、後者の問題について官と民との「責任」分担、つまり地方自治法232条の2による損失補填が認められるか否かを前章までの議論と本章での議論をもとに考えていく。

第4章では、社会福祉事業を取り上げ、経済学の観点から適切な予算制約のあり方を考える。そして、ソフトな予算制約が望ましいか、ハードな予算制約が望ましいかという予算制約のあり方を考えた後、民間委託と国家賠償の問題から官と民との「責任」分担について考察する。

一 第三セクターにおける損失補償の問題

官と民を第一セクター、第二セクターと置くと、第三セクターとは、官と民との中間の位置に存在するセクターとなる。第三セクターは法的に概念が規定されているわけではなく、総務省による第三セクターの範囲⁴⁹は、①地方公共団体等の出資割合が25%以上の会社法法人及び民法法人（複数の地方公共団体の出資割合の合計が25%以上の法人も含む。）、②地方公共団体等の出資割合が25%

未満であっても、補助金、貸付金、損失補償・債務保証といった財政的支援を受けている会社法法人及び民法法人（100%出資の地方三公社（地方住宅供給公社、地方道路公社、地方開発公社）は含まない）としている。第三セクターの設立数の推移を見ると1980年代中頃から民活法やリゾート法といった地域整備法が設立されたため、急激に増え始め、1992年にピークを迎えている。第1節では、第三セクターの事前の取り決めである損失補償契約という問題点について第三セクターの概要とともに紹介する。

（1）損失補償契約

損失補償契約を論じるには、まず地方公共団体財政について説明する必要がある。地方公共団体の財政は、一般財政と特別会計から構成される普通会計、「地方公共団体の経営する公営企業、国民健康保険事業、老人保健医療事業、介護保険事業、収益事業、農業共済事業、交通災害共済事業及び公立大学附属病院事業に係る」公営事業会計、「地方独立行政法人」、「地方三公社」、「第三セクター」の各会計が密接に関連して構成されている。このうち、外部組織である第三セクターの債務が普通会計に転嫁されることを債務負担行為という。債務負担行為は、地方自治法第214条及び第215条で予算の一部を構成すると規定されており、債務保証行為と損失補償契約から成り立っている。

地方公共団体が行う債務保証については、「法人に対する政府の財政援助の制限に関する法律」（以下、「財政援助制限法」）第3条で、原則として、会社その他の法人の債務については、保証契約をすることができないとされる。ただし、総務大臣の指定する会社その他の法人の債務については、例外的に債務保証行為を認めているのである。これに対して、損失補償契約は、予算における債務負担行為として地方議会の議決を得る必要があるが、損失補償自体については制限がない。行政実例⁵⁰では、損失補償については同法の規制するところではないとし、会社その他の法人に対して地方公共団体が損失補償契約を締結することはでき

ると解していた。このように、債務保証行為よりも損失補償行為の方が行為制限がないため、損失補償契約が活用され、その結果、「普通会計への債務転嫁が発生する実態があることに留意」⁵¹すべきである。以下では、第三セクターへの損失補償の実態と問題について見ていく。

(2) 第三セクターへの損失補償の実態

第三セクターへの損失補償の実態を見た後、なぜ損失補償が行われやすいか考察する。第三セクター平成20年度6,706法人（平成19年度6,524法人）のうち、対外債務を負っている法人は1720法人、そのうち損失補償を受けている法人は489法人（同516法人）であり、全体の7.3%（同7.9%）に過ぎない。しかし、損失補償契約に係る債務残高は、約23,109億円（同約20,764億円）であり、対外債務総額51,555億円中、44.8%を占める。

このような、損失補償契約が結ばれやすい原因として、地方公共団体の立場からすれば、①債務保証と異なり総務大臣を通さず、地方公共団体の議決だけでよいという手続きの簡索性、②現金支出がなく歳出を伴わない信用供与で済むこと、③将来の損失の可能性に対する措置であるため財政規律が甘くなること、が挙げられる。他方、融資先の金融機関としては、④第三セクターの経営悪化、特別調停等の清算業務においても債権カットに応じる必要性が低下するといったものであり、この契約は行政、金融機関の両者にとってメリットのある方法として位置づけられていた⁵²。以下では、この損失補償契約がどのような問題を引き起こしているかについて具体的な問題を検討したい。

(3) 損失補償契約の問題点

ここでは、第8回債務調整等に関する調査研究会で取り扱われた「かわさき港コンテナターミナル」⁵³事件を扱い、第三セクターの問題点を検討する。損失補償契約は、この判決において、財政援助制限法3条を潜脱するものであり違法であって、その違法な債務負担行為に基づいて締結された協定の効力は無効であるとされた。この判決では、

手続面において、損失補償契約という契約類型が法を潜脱するものであり、違法であるということを確認できるが、なぜ損失補償契約が問題となるかという実体面については論じられていない。実体面を考察する際、損失補償契約を考える上では、契約理論における「ソフトな予算制約」(soft budget)という概念を検討する必要がある。なぜならば、政府と金融機関の間で締結される損失補償契約は、政府と第三セクターとの間の関係にも深く結びついているからである。また後述する地方自治法232条の2の事後的補填についてもこれと同じことが指摘できる。以下ではこのソフトな予算制約という問題から政府と第三セクターの問題点を考え、官と民の「責任」分担について考えたいと思う。

二 ソフトな予算制約と債務調整等に関する調査研究会による事前問題の対処

損失補償契約の実体面の問題点としてソフトな予算制約という契約理論の考え方があることを先の節では示した。ここでは、ソフトな予算制約という問題点について言及した後、その問題点に政府がどのように対応しているか、そして、対応後に残されている課題は何か、について考えていく。

(1) ソフトな予算制約 (soft budget constraint)

ソフトな予算制約⁵⁴とは、本来、予算や評価基準に対して変更が認められないものの、公的企業・規制産業の場合、後になって損失を補填するといった形で事前に取り決められた予算が結果として緩くなることをいう。つまり、ソフトな予算制約では、事前の契約によってエージェントを規律づけることができず、プリンシパルの事後的な行動によってのみ、事前的なエージェントの行動を決定することとなる。そのため、社会的に効率的な資源配分を達成するためのインセンティブが阻害されるのである。この問題の原因は、①公的企業は恒常的に損失が発生すること、②政府の側に事後的に救済しようとするインセンティブが存在するからである。ソフトな予算制約が問題を複雑

にする理由は、問題が生じる時間の前後における最適な政策が異なる点になる。

ソフトな予算制約問題が対象とする概念は、プリンシパル・エージェント理論のモデルを用いると、プリンシパルがエージェントに対して両者の間で締結した契約内容についてコミットできない

モデルとされる。ここで、以下のような仮定をおいて具体的に考えてみよう。なお、ソフトな予算制約においては、プリンシパルとエージェントの手順が変わるため、エージェントがイニシアチブを握ることとなる。

(用語)

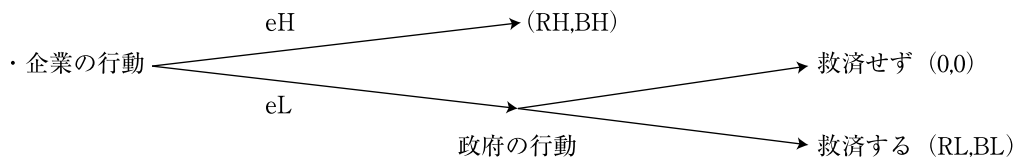
努力： e (effort), 努力水準高： H (High), 努力水準低： L (Low), 企業の収益： R (Return), 経営者の利益： B (Benefit)

(仮定条件)

- ① $RH + BH > RL + BL \cdots eH$ が選択される (社会的に見て eH を選ぶと利益が大きい)。
- ② $RH > RL > 0 \cdots eH$ が選択される (政府からすると eH を選ぶと利益が大きい)。
- ③ $0 < BH < BL \cdots eL$ が選択される (経営者としては eL を選ぶと私的利益が大きい)。

このような仮定を置いたとき、

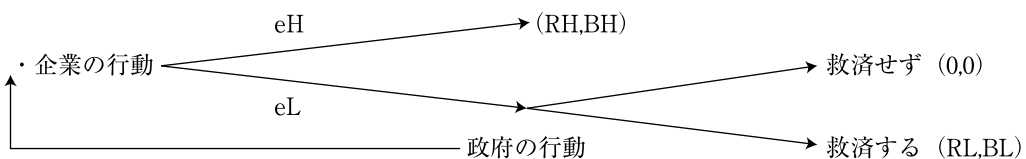
(Case1) : 企業がイニシアチブをとる場合⁵⁵



救済するかしないかの政府の行動の判断基準を、社会全体の利益、または政府の利益として考えてみると、政府は「救済する」を選択する ($\because RL + BL > 0, RL > 0$)。このような仮定の下では、企業は

政府が「救済する」ことを見越した上で、 eL の選択行動を取る。すると、企業としては、 eL の努力だけで BL を得ることができる。

(Case2) : 政府がイニシアチブをとる場合⁵⁶



※あらかじめ政府が「救済せず」を選択すれば、 eH が選択される。

他方、事前に政府が救済しないことを選んでおけば、企業はeLを選択すると0しか得られない結果となるため、eHを選択することとなる。

このように、モデル上は政府が事前に決定しておけば、企業行動はeHを選択するため、問題は生じないとされる。だが、実際の問題として、eLが選択されてしまった場合、政府の行動としては「救済する」を選択する方が最適となるので、救済することになってしまうだろう。以下では、このソフトな予算制約の問題を解決する手段を第三セクターの制度分析と絡めて検討していく。そのためには、まず、ソフトな予算制約とハードな予算制約(hard budget constraint)を比較する必要がある。どのような時も、ソフトな予算制約はハードな予算制約と比べて望ましくないのだろうか、以下では、この問題について論じていく。

(2) ソフトな予算制約・ハードな予算制約の望ましさ

上記では、ソフトな予算制約の問題について問題点を論じてきた。だが、ソフトな予算制約は、いかなるときもハードな予算制約と比べて望ましくないのだろうか、このことについての視点が上記の議論では不足している。ここでは、両者のメリット・デメリットについて考える。

両者を比較する上で、アドバース・セレクションとモラルハザードの問題を想定してみよう。アドバース・セレクションとモラルハザードの問題は契約の時間軸によって生じる問題の差であり、前者については、契約前の情報の非対称から生じる問題であり、後者については、契約後の情報の非対称により生じる問題である。

アドバース・セレクションの問題では、ハードな予算制約の方がソフトな予算制約よりも常に望ましいことになる。なぜならば、契約前に情報の非対称性を解消することで、望ましいプロジェクトだけが選ばれるので、ソフトな予算制約の問題がそもそも生じなくなるからである。

他方、モラルハザードの問題では、場合分けが必要となる。これは、努力水準(e)のコスト(c)

により変化する。ここでは努力コストをeLの場合0とおき、eHの場合cとおく。努力コストが事後的補填で達成される追加的便益よりも小さい場合、 $c < RL + BL$ (もしくはBL) ならば努力させることが望ましい。しかし、努力コストが事後的便益よりも大きい場合、 $c > RL + BL$ (もしくはBL) となると努力させることは望ましくない⁵⁷。結局のところ、モラルハザードの問題では、コストという観点からだけみれば、ケースによってどちらが望ましいか変わってくるのである。このように、ソフトな予算制約が望ましい場合もありうるが、第三セクターの制度分析を行う上では少数の事例としか成りえず、大多数の第三セクターの事例では、ハードな予算制約の方が望ましい。このソフトな予算制約が望ましい場合もありうるという議論は、第4章の社会福祉事業における社会福祉法人の場合について再度、問題設定を行う。以下では、ソフトな予算制約に対する問題解決を考えていく。

(3) ソフトな予算制約の解決方法

ソフトな予算制約の問題を解決する手段は主に2つある。1つ目は、民営化を行い市場メカニズムにさらす方法である。この手法は、わが国では規制緩和の一環として行われている。しかしながら、民営化に適しない事業については当然ながらこの手法は利用できない。2つ目は、政府(地方公共団体)の裁量権を縮小する手法である。この手法を用いると、自由に第三セクターに対して損失の補填をすることができなくなる。

「第三セクター等の資金調達に関する損失補償のあり方について(中間まとめ)」⁵⁸では、「損失補償以外の手段では目的が達成できない『特別の理由』」がない限り、新たに損失補償契約を締結することができないとして案が取りまとめられており、同研究会では損失補償という裁量権を統制することで、ソフトな予算制約という問題を解決する方向に向かっていることが伺える。さらに、第三セクターの失敗の主たる原因は、官と民の責任・リスク分担が不明確から生じるインセンティブ問題である。これは、経営危機となっても地方公

共団体が、「救済する」を選択するという思惑が企業行動にあるため、努力水準として低い努力水準（eL）が選択される結果であり、第三セクターの制度的欠陥となっている⁵⁹。そのため、同研究会では、この制度的欠陥である責任・リスク分担の不明確を改善するために、第三セクターのPFI化を推進し、契約の精緻化により責任・リスク分担の明確化を図っている⁶⁰。

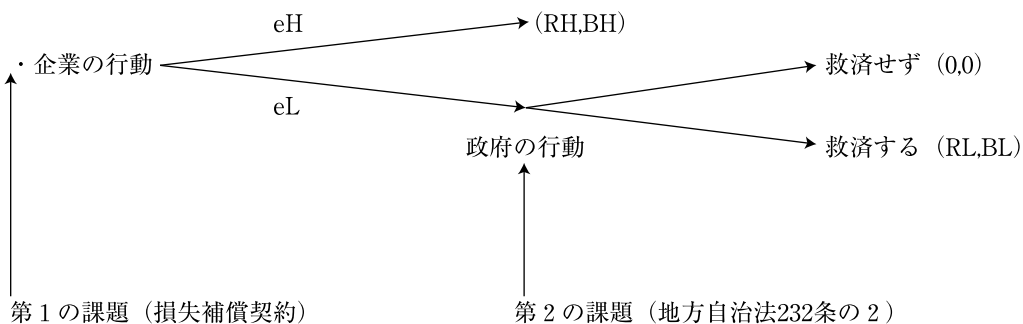
三 PFI化した第三セクターと残された課題への対応

前節までは、第三セクターに対する事前的な取り決めである損失補償契約の問題点について、ハ

ードな予算制約化を図ろうと対応する裁判例、政府の動きを見てきた。しかしながら、第三セクターは政府と民間からの出資から設立されており、第三セクターのPFI化を図り事前の規制を行ったとしても、第三セクターの経営が悪化した後、地方自治法232条の2による政府の事後的な補填という課題が残っており、これに対する対応は現在のところなされていない。

本節ではこの事後的な補填に対して、ハードな予算制約という望ましい形を実現するために、政府の裁量をどのように縮小していくべきかということを考えて行きたい。

（Case3）：論点を整理するための図



（1）地方自治法232条の2の「公益」性の問題

PFI化した第三セクターも含めた第三セクターに関する住民訴訟（地方自治法242条の2）で想定される時間軸は、上記図から見ると、2箇所ある⁶¹。第1に、先に論じてきた第三セクター設立時に官と融資者との間で締結される損失補償契約である。この場合は、政府はサンクコストを発生しないようにするため、企業が経営危機になったら「救済する」を選択することになる。そのため、あらかじめ「救済する」ことが企業としてはわかっている状態となる。第2に、第三セクターの経営危機時に政府が救済するか否かという場面における政府の贈与である。これは、損失補償契約と異なり、地方自治法232条の2「公益上の必要があ

る場合においては、寄付または補助をすることができる」により法定化されているものである。仮に政府の裁量が広く認められるため、演繹的に「救済する」を選んでいるのであれば、企業の行動は「救済する」ことを見越した上で努力水準eLを選ぶことになるため、第1の課題と同様の問題が生じることになる。

第1の課題については、「債務調整等に関する調査研究会」によって、損失補償契約が原則として締結されないことになったため、今後、大きな問題は生じないと思われる。すなわち、損失補償を制限することで、地方公共団体には、金融機関に対して事前に第三セクターに対する救済を約束する手段がない、ということであり、その分融資

が抑制されることとなる。しかしながら、その他の手段で第三セクターに何らかの支援をすることが求められ、結果として財政規律が緩むおそれが生じる場合という正にこの第2の問題が課題となってくる可能性は少なからずあろう。第三セクターの補償に関する問題は、今後、第2のレベルの課題にすべて集約されるだろう。そのため、この「公益上」の「必要」について裁判例を素材としてここでは裁量統制問題を考えていく。

(2) 日韓高速船事件(控訴審⁶²・上告審⁶³)

本判決は、経営破綻した第三セクターの処理に関する地方自治法232条の2を適用した初めての事案である。地方自治法232条の2が「普通地方公共団体は、その公益上必要がある場合においては、寄附又は補助することができる。」と規定している。このように、公益上の観点から自治体の補助金交付に制限をかけているのは、住民が負担した租税等の資金を用い、住民の信託を受けて地域の住民福祉を図ることを目的とする地方公共団体が、民事法領域における一般の私人のように、その主観的な意思に基づき自由に無償給付を行いうる立場にはないからである⁶⁴。補助金交付の公益性判断が難しいのは、公益上の必要があるか否かを一義的に決めることができないことである。この一義的に決めることができないことが、公益性の解釈が必要以上に拡張解釈され、無益な補助金が交付される危険性を内在させている⁶⁵。これに対し、裁量統制を行おうと学説からの動きが見られるが、補助金の事業の性質によって判断枠組を具体的に検討する動きまでは、まだなされていないのが現況である。

本判決に先行する事案として、「公益上の必要」について判断基準を示した初の最高裁判決⁶⁶がある。この先行事案では、町により条例によって建設された地方自治法244条1項に定める公の施設への赤字補填が問題となった。当該施設は委託契約により、町の出資を基本財産として設立された権利能力なき社団である振興協会が、管理・運営を行っていた。「公益上の必要」性の判断基準に関

しては、控訴審では、町が振興協会に対し「補助金を交付することには、原則として、地方自治法232条の2に定める公益上の必要が認められるべきである」としており、最高裁でも判断が踏襲されている。滝井繁男裁判官の反対意見があるが、これは補助金の交付につき議会の議決という手続面が欠けている点を指摘しているのにとどまり、補助金の交付に対する「公益上の必要」に関する実体面を批判する意見ではない。

そこで本判決を見てみると、控訴審・上告審共に、「公益上の必要性に関する判断に裁量権の逸脱又は濫用があったか否かは、当該補助金交付の目的、趣旨、効用及び経緯、補助の対象となる事業の目的、性質及び状況、当該地方公共団体の財政の規模及び状況、議会の対応、地方財政に係る諸規範等の諸般の事情を総合的に考慮した上で検討することが必要である」としている。まず、目的・性質については第三セクター方式による地域の活性という実態があるので、公益性のある事業であると認められている。次に、第一補助金については、「公益上の必要」性を「市政に対する社会的信頼を保持」することから認めている。第二補助金については、連帯保証人が内部者であること、金融機関に十分な資力があり、金融不安を惹起することがないことが第一補助金との相違であり、本件控訴審では、これに加えて減額交渉を行わなかったことにより、裁量権の逸脱があるとした。その後、本件上告審では、控訴審のように実体的な判断を行わず、手続面を重視しており、特に議会による審議と可決から「公益上の必要」性を判断している。だが、このような最高裁の法廷意見に対して、才口千晴裁判官の反対意見は、当該第2補助金は国民(住民)価値の最大化を図っていないため違法であると述べている。その際、議会による補正予算に対する承認があったとしても、裁判所が公益上の必要性の有無について独自の判断をすることを妨げるものではないと論じている。

このように地方自治法232条の2の「公益上の必要」についての一連の裁判所の判旨を見てみると

公益性の判断基準が異なっていることが理解できる。公益上の必要性の認定についての判断基準の相違は、損失の補填について、当事者で判断することが望ましいのか、裁判所が判断することが望ましいのか、という一般的な問題に置き換えることができる。この問題は、第2章の第2節で論じた不完備契約と法学の役割という問題と対応関係にある。つまり、本件最高裁の法廷意見等に見られる判断からすれば、裁判所の役割は当事者の実現しようとした関係をエンフォースすべきという非常に一般的な規範であり、裁判所の判断は手続の適正を審査するだけとなる。しかしながら、才口裁判官の反対意見等に見られる判断⁶⁷では、第三者たる裁判所が望ましい水準を設定するという役割を担っているため、裁判所が公益性について議会とは別に判断することができると考えているのである。この点に関して、後者の考え方が妥当であると考ええる。すなわち、裁判所の審査が手続的審査に過ぎないと、経営危機時の行政の対応は「救済する」を選ぶこととなり、裁判所としては手続が適正に行われているのか否かという判断しかないため、経営者の努力水準は低いもの（eL）となり、ハードな予算制約を実行するための担保が欠けることになってしまう。裁判所が自ら望ましい基準を設定することで「救済しない」という選択肢が明示的となり、経営者のインセンティブを高いもの（eH）に持っていくことができるのである。よって、住民訴訟のように住民を含めた当事者間関係について考える場合、裁判所が自ら水準を設定する方が望ましいのである。

以下では、第三セクターとPFI化された第三セクターではどのように「責任」分担が異なるのかについて論じていく。

（3）第三セクターとPFI化された第三セクターにおける「責任」分担

地方自治法232条の2の「公益上の必要」性を判断するに当たっては、①当該事業の公益性、②事業後の補填に対する「公益上の必要」性を考え、その後、①と②を満たしていれば、当該支出につい

ての手続きが適正かを判断することとなる。

第一に、第三セクターの場合、第三セクターの設立目的・趣旨からすれば、①については、当該事業が地域の活性化のために行われているかという判断枠組みとなる。そして、②については、当該補助金を支出することが地域の活性化を維持するために重要な役割を担うかが「公益上の必要」要件の判断基準となる。よって、官と民の「責任」分担の範囲は、①と②の両方の要件を満たし、支出行為について手続きが適正であると判断されたのならば、官の「責任」となる。それ以外の場合では、民の「責任」となる。

第二に、PFI化された第三セクターの場合、PFI事業の目的・趣旨からすれば、①については、当該事業が公共サービスの効率性を高める事業であるかという判断枠組みとなる。そして、②については、当該補助金を支出することが住民サービスの価値の最大化となるかが「公益上の必要」要件の判断基準となる。具体的な手法としては、費用便益分析が利用できるだろう。よって、官と民の「責任」分担の範囲は、①と②の両方の要件を満たし、支出行為について手続きが適正であると判断されたのならば、官の「責任」となる。それ以外の場合では、民の「責任」となる。

このように、第三セクターとPFI化された第三セクターでは、地方自治法232条の2の要件の内容が前提となる各々の目的・趣旨の違いから異なってくる⁶⁸。つまり、「事業主体がいかなる出資形態をもつ事業体であるかにかかわらず、PFIは民間活力や資金を今まで以上に活用できる事業方式の総称と捉えることができる。したがって、第三セクターが事業主体となる事業であっても、従来型の公共事業方式とは異なる効率的な事業方式によって民間活力が活かされ、安価で質の高いサービスが提供されるかぎりPFIと呼ぶべきである。すなわち、第三セクターは事業主体の定義であるのに対して、PFIは事業方式の定義である」⁶⁹という考え方からすると、官と民の「責任」分担の範囲も第三セクターとPFI化された第三セクターでは、各々変わる事となる。

四 小括

本章では、第三セクターに関するソフトな予算制約の問題をハードな予算制約にするため、どのようなことが行われているのか、また行われるべきなのかという点について考えてきた。問題となる点は、2点存在し、それを解決するには、行政の裁量を統制することが課題であった。1点目の事前の保証たる損失補償契約については、政府の債務調整等に関する調査研究会により現在、原則、禁止となるとりまとめがなされた。しかしながら、2点目の事後の救済たる地方自治法232条の2による補填に関しては検討がなされておらず、行政による救済に対する裁量統制を考える必要があった。そのため、事後の補填に関する裁判所による裁量統制の判断基準を示し、官と民の「責任」分担の範囲を明確にした。

今後、第三セクターの設立に関しては、PFI化することが要求されているので、「公益上の必要」の判断に当たってはPFI化された第三セクターの基準が使われることが増えることとなるだろう。

IV 社会福祉事業と「責任」分担～「措置から契約へ」を巡って～

第4章では社会福祉事業における「責任」分担を考察していく。社会福祉法制の分野では、1980年代の「官民分担」の時代から「受益と負担」という論理の下に、福祉の減量化政策が図られており、1990年代半ばの「官民協働」の時代では市場競争メカニズムを重視し、選択権を保障して競争することがサービスの質をもたらしという論理を媒介した顧客主義が行われている⁷⁰。本章では社会福祉事業における官と民との「責任」分担が「措置から契約へ」という変革の中で変化したのか否か、そして、官と民の「責任」の分担範囲はどのようなかということ捉えることとする。そのため、第1節では、わが国の社会福祉事業を理解するために措置制度の概要を述べ、第2節では、措置制度の問題点を改善するために行われた社会福祉基礎構造改革の政策の中身である社会福祉事業の契約

化・市場化・営利化について論じる。その後、第3節では、社会福祉業務の中の1分野である児童福祉の児童養護施設について焦点を当てる。まず、児童養護施設の経営主体である社会福祉法人の特色について説明した後、それらによって運営されている児童養護施設の予算制約の問題について考える。次に、この予算制約のモデルを使って、民営児童養護施設の職員の過失と国家賠償責任について争われた最一判2007（平成19）年1月25日（民集61巻1号1頁）の裁判例を素材として官と民の「責任」分担を考える。

一 措置制度の概要

わが国の社会保障は措置制度とともに発展してきたものである。そのため、社会保障を語る上で、措置制度をはじめに語らなければならない。この節では、措置制度の意義及び問題点について説明する。

(1) 措置制度の意義と問題点

措置制度では、サービスを必要とする希望者の申出や申請を契機として、サービスを必要とする人に対して措置権者（地方公共団体またはその長）が職権処分により受給要件を認定して給付内容を決定する。措置決定によって、行政は受給資格者に措置を実施する義務を負うこととなり、サービスは行政が直接給付するか、社会福祉法人等に措置委託して提供を行う。その措置費用は本人またはその扶養義務者からその所得に応じて負担金を徴収し、残余を租税財源で賄うという構造である。

国家による福祉の公的責任を果たすという役割の反面、措置制度に内在する問題点⁷¹として、以下のものがあげられる。措置決定の行政処分としての権力性が強調され、利用者の法的地位は従属的であり、そのため措置の実施は職権主義によるとして申請権が否定され、サービスを受ける権利は措置の実施の結果に生じる反射的利益に過ぎないとされた。また、措置制度では提供するサービスの内容は行政が一方的に決定する仕組みとなっており、供給量の不足を理由とするサービスを拒否

する行政裁量が広範に認められていた。

社会福祉基礎構造改革は、このような問題の解決を図るものであった。以下では、社会福祉基礎構造改革を理解するために、社会福祉事業の種類を説明する。その後、社会福祉法制の変容について、1990年代後半の行政改革の流れの中で行われた社会福祉の契約化・市場化・営利化という現象を論じていく。

二 社会福祉事業の契約化・市場化・営利化～社会福祉基礎構造改革～

1990年代の半ばからの社会福祉法制の変容は、契約化・市場化・営利化の3つの側面を有している⁷²。当然ながら、この3つの概念は「公私協働」と深い関係を持っている。以下では、社会福祉事業の種類について説明した後、変容をより明確に示すため各々の側面から制度の変更を見ていくこととする⁷³。

(1) 社会福祉の契約化・市場化・営利化

「措置から契約へ」という社会福祉基礎構造改革の流れは、児童福祉法に基づく保育所入所における直接契約方式の導入に端を発するといわれる⁷⁴。1994年1月の保育問題検討会報告書では、措置制度の存続維持と直接契約方式の導入の両論が併記されたため、1997年6月の児童福祉法改正では措置制度自体は維持されつつも、一方で保護者と市町村との契約の仕組みがとられた。その半年後の1997年12月には、介護保険法が制定され、高齢者福祉分野における直接契約方式の採用が実現した。さらに、1998年6月には中央社会福祉審議会社会福祉構造改革分科会に中間まとめ⁷⁵において支援費方式への転換が提言され、「社会福祉の増進のための社会福祉事業法の一部を改正する等の法律案」の成立と共に、支援費制度導入によって2000年には障害者福祉サービス利用の法律関係も契約化された。さらに、2005年には障害者自立支援法制定に伴う児童福祉法の改正によって、児童福祉施設の利用までもが契約化された（児童福祉法21条の6）。

次に、社会福祉の市場化について説明する。社会福祉事業は上記で述べたように、法制度や各個別法によって従来、事業者の参入規制がなされてきた。しかしながら、介護保険法の成立に伴い、サービス事業者の参入規制の撤廃という方向性に向かっている。同法においては、サービスの提供主体となる要件は「法人であること」で、「営利」「非営利」は問わない。これにより、介護サービスの分野では供給主体が多様化した。また、「官から民へ」の流れの中で、2000年には保育所の民営化も進み、2003年の地方自治法244条の2の改正による指定管理者制度の導入によりこの流れは一層強まっている。

最後に、社会福祉の営利化であるが、介護保険法、障害者自立支援法（2007年）では、サービスを商品として定型化し、サービス利用の見返りに伴う応益的自己負担へと変化した。

(2) 社会福祉基礎構造改革の前後の差異

このような契約化・市場化・営利化の流れは、先に示した措置制度の問題点への対応を試みたものである。社会福祉基礎構造改革では、行政による給付の決定行為を職権主義から申請主義へと行政行為形式を変更した。そして、介護保険に見られるように、居住サービスへの民間法人の参加により、介護ビジネスが拡大した。

さらに、施設サービスについても限定的ながら、2002年には構造改革特別区域法により、株式会社が特別養護老人ホームへの参入することができることとなった。このように、本改革では、福祉サービスを市場化することで事業競争者を増やし、サービス量の拡大を狙うことで、利用者の受給権の強化に努めている。また、このような市場競争を経ることでサービスの質の改善にも努めようとしている。さらに、契約化することで、サービス利用者が提供者に対してどのようなサービスを受けることができるのかというサービスの決定に対する決定権を利用者に認めたのである。

サービス利用に関する措置制度と契約制度の最大の違いは、措置権者である地方公共団体がサー

ビス提供を媒介する役割を担うか否かである。措置制度では、行政直営による現物給付原則を前提としており、措置委託契約は社会福祉法人等に対する委託という法形式をとっていた。一方、社会福祉基礎構造改革により導入された利用者とサービス提供者との直接契約の場合には、行政の役割は事業者の質・量の確保とサービスの対価たる利用料の一部助成という現金給付となっている。

三 児童養護施設の予算制約

本節では、社会福祉事業の1分野である児童福祉の児童養護施設に焦点を当てる。児童養護施設は、主に社会福祉法人によって経営されており、この社会福祉法人が社会福祉事業全体を考える上では重要なアクターであるため、大多数が社会福祉法人によって経営されている児童養護施設を論点として選んだ。ここでは、社会福祉法人の特徴と児童養護施設の現況について説明した上で、社会福祉法人へ民間委託されている児童養護施設の予算制約の問題を考えてみる。その後、この予算制約のモデルを使って、児童養護施設の民間委託と国家賠償の論点が問題となった裁判例を取り上げ、官と民の「責任」分担について考える。

(1) 社会福祉法人と児童養護施設の現況

社会福祉法人は、1951年の社会福祉事業法によって、民間社会事業者への規制と助成の仕組みとして成立した。社会福祉法人は、国または都道府県知事（指定都市及び中核市の長を含む）の認可によって設立される公益法人に対する特別法人である。社会福祉法人は、民法の公益法人に比べて、その設立、法人の機関、解散、公の監督等について厳格な規制が課せられている一方、税制面での優遇措置もある⁷⁶。

児童養護施設だけに焦点を当ててみると社会福祉法人の役割の重要性という傾向は顕著である。平成17年度全国に児童養護施設は全国で558件あるが、このうち公立が9.9%（55件）、私立が90.1%（503件）で、私立に対する社会福祉法人の割合は実に98%に上る（493件）。さらに、実際の運営状

況であるが、公営は3.8%（21件）、市営は96.2%（537件）で、市営に対する社会福祉法人の割合は98.1%（527件）となる⁷⁷。では、児童養護施設の役割について見てみよう。児童養護施設は、児童福祉法41条の規定にあるように、「保護者のない児童、虐待されている児童その他環境上養護を要する児童」が入所する施設であり、保護者の健康上、経済上の理由（保護者の死亡、保護者の離婚、保護者の拘禁など）で児童が監護を受けられない状況、保護者の下で児童を置いておくのが不適切な場合（保護者による遺棄、保護者による虐待など）に児童相談所の判断により児童を入所させるのである。このような児童養護施設は、第一種社会福祉事業の範囲に属し、入所者（児童）の権利を重視するために、施設経営は原則として国、地方公共団体または社会福祉法人となっている。

以下では、児童養護施設＝社会福祉法人として社会福祉法人の特色と予算制約の問題について考えていく。

(2) 社会福祉法人の特色と予算制約

社会福祉法人は、その制度設立当初は、民間団体や個人といった篤志家による特定の人々に対する救済事業であった民間社会事業の系譜を受け継ぐものであった。このような社会福祉法人の最大の特徴として挙げられるのが、「所有権なき法人」⁷⁸であることである。社会福祉法人への出資者は、設立者が四分の一で、国・地方自治体が四分の三であるが、前者は寄付の形式であるのに対し、後者は助成金の形式を採っている。このため、結果的に社会福祉法人は資産の所有者が存在しないこととなる⁷⁹。このように、所有権を社会福祉法人に置かないことは、経営者の利他的なインセンティブを期待するための規制であるが、「社会福祉法人の所有権を排除することで、経営者に利他的なインセンティブを期待する現行の制度は、きわめて楽観的なものである」⁸⁰という指摘は正にその通りであろう。原則として、経営者も利己的に行動すると考えるのが合理的であり、非営利性ゆえに利他的に行動すると考えるのは例外的状況であ

る。そこで、ここでは、社会福祉法人であってもPPP等の考え方から利己的行動を行うとする。以下では、現行制度下における社会福祉法人の問題点について考えていく。

利己的に行動するとしたときの児童養護施設の問題は、サービスの利用者たる児童らに対して、行政から与えられた限られた予算・物的制約の下で、最良のサービスを提供することを行うインセンティブが経営者に存在しないことにある。このような状況となるのは、児童養護施設の施設運営が行政の事前的規制によってのみ決定されるからである。事前的規制とは、あらかじめ一定の基準を満たすと考えられる事業者のみに事業の参加を認め、それ以外の事業者を参入規制する方法であり、児童養護施設の規制はこの事前的規制に当たる。これに対し、事後的規制はモニタリング等の監視をする方法である。一見すると、社会福祉法人に対する規制・監督面で、最低基準等の外形的基準を設けてサービスの品質保証を行っているかのように見られるが、実際、児童養護施設での虐待⁸¹が起こる点、また起こった後であっても経営者自身の利害にほとんど影響を与えていない点から見れば、事後的規制はほとんど行われていないと見るべきであろう。このような状況下では、契約後（児童養護施設の経営に参入した後）の情報の非対称性が起こり、モラル・ハザードの問題が生じる。つまり、努力水準は常に低い方向へ向かい、事業サービスの質は低いものとなる。さらに、行政側に、社会福祉法人は潰せないという意識が働いている。そのため、努力水準は低い方（eL）が選択され、努力水準を高める（eH）ためには多大なコストがかかる。

モラル・ハザードのモデルでは、第3章で論じたように、努力コストが事後的な利益よりも大きい場合は、努力させることは望ましくない。現行の参入規制が行われている制度下では、社会福祉法人のあり方は、ソフトな予算制約・ハードな予算制約どちらが望ましい結果かということについて、本稿ではこれ以上、立ち入らないこととする⁸²。そのため、以下では、両方を考慮するため、

ソフトな予算制約の場合とハードな予算制約の場合に分けて考える。

（3）社会福祉法人への民間委託と国家賠償（第一審⁸³・控訴審⁸⁴・上告審⁸⁵）

本判決の論理構成は、2つの論点から成り立っている。1点目は、児童福祉法に基づく措置によって、社会福祉法人に委託された場合における国家賠償法1条1項の適用有無の論点である（論点1）。2点目は、国家賠償法1条1項に基づく責任が認められる場合における使用者責任の有無が論点となる（論点2）。これらを順に検討する。

（i）論点1について

社会福祉法人に委託された場合における国家賠償法1条1項の適用において、従来の裁判例と本判決を比較して、本判決が特徴的な点が2点挙げられる。1点目は、「公権力の行使」の該当判断に際して、指揮監督を重視しない点である。従来、特に福祉施設に関する裁判例においては、指揮監督が「公権力の行使」の判断枠組とされていたことから、この点は注目されるだろう。「国や地方公共団体」が「指揮監督を留保するかしないかは自由であり」、「指揮監督を放棄すれば責任を免れる」という点において「指揮監督の存在を唯一の決め手にしてしまうと、結果の妥当性を欠く」という考慮が働いたという可能性を指摘できる⁸⁶。2点目は明文根拠がないにもかかわらず（二審判決ではこれを明示しており、正面からこの問いに答えている）、児童福祉法の「規定及び趣旨」の観点から、「入所後施設における養育監護は本来都道府県が行うべき事務」であるとした点である⁸⁷。これらの点が、本判決の適用の際の特色といえるだろう。

（ii）論点2について

本判決の使用者責任を論ずるうえでは二審判決との対比を行った方が、明確に論じられると考えるので、以下では必要に応じて二審の理論構成も論じる。公務員個人が被害者に対して賠償責任を負うべきであるか否かについては、最高裁が否定する立場⁸⁸に立っており、その点において本件で目

新しい点はない。

むしろ、本件で問題となる点は、公共団体の賠償責任が肯定されたことにより、公務員個人の賠償責任が否定された場合においても、使用者である被告社会福祉法人の賠償責任が肯定されるべきであるか否かである。原告側（一審、原告の主張より）は、被告社会福祉法人の「児童らに対する養育、監護等の行為」には、「児童福祉法に基づく措置という公務としての側面」と「教育方針の独自性に基づく私的行為の側面」との2つが「併存」と主張し、二審においては、「社会福祉事業を独立して行ってきたもの」であることを重視した上で、「国賠法1条1項は、・・・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」として、「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まではいえない」と判示した。これに対して、最高裁は、特段の理由を挙げることなく、国賠法1条1項の「趣旨からすれば、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、・・・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」として原判決を破棄したのである。

(4) 社会福祉事業における現行制度下での官と民の「責任」分担

(3) では、本判決の論理構成を追ってきたが、(4) では、各々の予算制約の場合における官と民の「責任」分担について範囲を示し、本判決がどちらの対場に立った判決であるかを考察する。そのため、ここでは、国家賠償責任と使用者責任の関係という論点（論点ii）について考えていく。

最高裁法廷意見は、国家賠償法1条1項の適用を認めたが、使用者責任（民法715条）の適用を否定している。それに対し、高裁判決では、国家賠償法1条1項の適用を認めるとともに、「賠償責任とは不真正連帯の関係」であるとして使用者責任の存在も認めた。判決の背景にあるものが、ソ

フトな予算制約か、ハードな予算制約か、という場合分けが必要となるので、場合分けをしながら民間委託における国家賠償と使用者責任の関係について論じる。

ソフトな予算制約を背景とするならば、国家賠償責任は認められるが、使用者責任は認められない。なぜならば、委託先の経営者に責任があるとしても金銭的賠償である「責任」は認められないからである。すなわち、官が「責任」を全てとることとなる。

一方、ハードな予算制約を背景とするならば、被害者たる第三者の金銭面の填補という救済の実効性からすれば、国家賠償は認められるだろう。ここで問題となる点は、国家賠償法1条1項の射程についてである。参入規制がなされている社会福祉事業においては、ソフトな予算制約となるときであれば、国家賠償法1条1項の射程も参入規制がなされている社会福祉事業に限定されるが、ハードな予算制約となるときであれば、参入規制が撤廃された事業（他のハードな制約の事業）まで国家賠償法1条1項が適用されるかについて考察しなければならない。この点、社会福祉基礎構造改革によって、措置（現物給付）から契約（現金給付）に変化したのが、行政の責任は、変容・高度化したのに過ぎないので、「直接契約の場合も国家賠償責任の追及」も可能であるという指摘⁸⁹が妥当であろう。

さらに、ハードな予算制約の場合はソフトな予算制約の場合とは異なり、責任に基づく詳細な「責任」分担が求められる。すなわち、官による内部求償という問題である。この点、官と民の適正な「責任」分担が行われないと、「公共団体が賠償を行った後に、受託者に対して求償する可能性を確保しなければ、受託者のモラルハザードが発生する可能性も否定できない」⁹⁰こととなり、ハードな予算制約が維持できなくなってしまう。そこで、国または地方公共団体が、措置委託先に求償する法的手段、つまり、職員等と受託者を「公務員」と構成する国賠法1条2項に基づく内部求償を行わなくてはならない。この際、「法人たる

民間事業者の直接の賠償責任を否定し、かつ公務員個人と同様に故意または重大な過失の場合」のみ求償を求めるのは、「合理的ではない」ので、「解釈」または「立法的」対応を含めて、議論する必要があると指摘があるのはもっともな意見⁹¹である。以上をまとめると、ハードな予算制約においては、官と民の「責任」分担は、国家賠償による損害填補を行った後に内部求償を行い求償の割合を決めることとなる。

もっとも、行政が懈怠によって内部求償を行わない場合、原告が委託先の「責任」を追及できる法的手段も考えられる。一般的な法的手段は、安全配慮義務違反が考えられる⁹²。安全配慮義務に関しては、リーディングケースとして自衛隊と国との関係で安全配慮義務を認めたものがある⁹³。この判決の中で、最高裁によれば、「国は、公務員に対し、・・・公務員の生命及び健康等を危険から保護するよう配慮すべき義務（以下「安全配慮義務」という。）を負っているものと解すべき」であり、「安全配慮義務は、・・・特別な社会的接触の関係」に基づく、「信義則上負う義務」であるとして、債務不履行責任による損害賠償請求を肯定している。本件において、被告愛知県（一審、被告愛知県の主張より）は「児童相談所長等による養護施設等の長に対する措置委託の本質は、私法の適用又は準用を受けるべき公法上の契約の申込みであるとされている。また、この契約は、もっぱら児童のすべての生活面にわたっての養育、監護、教育を委託（準委任）するものであるが、その性質は児童に代わってする契約というよりは、むしろ都道府県を要約者、施設の長を諾約者、児童を受益者とする、いわゆる第三者のためにする契約とされるのである」と主張しているが、上記判例からすれば、措置委託によって施設に入所している児童と施設の関係にも「特別な社会的接触の関係」が認められ、安全配慮義務の適用可能性が生ずる⁹⁴。

従来、安全配慮義務と不法行為を比較した場合、「消滅時効については、債務不履行の構成の方が不法行為の構成より」、消滅時効の関係で「被害者

にとり一般的には有利」となると時効の面が特徴として挙げられていた⁹⁵。しかし、本判決では、国家賠償法1条1項の責任が成立した場合、「使用者も同法715条に基づく損害賠償責任を負わない」としたことから、安全配慮義務による法的手段構成が重要となったといえる。

最後に、裁判所がどちらの予算制約を背景として判決をしたかについて考えてみたい。使用者責任に関する最高裁と二審との判断の差異は、二審においては、「社会福祉事業を独立して行ってきたもの」であることを重視し、専門性から賠償責任を肯定したと思われる。一方、最高裁においては、委託先（本件では被告社会福祉法人に当たる）の賠償責任を肯定すると、受託者になりうる者がいなくなるという政策的判断が働いたため否定されたと思受けられる⁹⁶。すなわち、最高裁では、参入規制がされている施設では、「独立」は名目的なものであり、努力コストに見合った事業の質が高められず、結果として児童養護施設における措置委託はソフトな予算制約によって運営されているという考えが背景にあるのだろうと経済学的な考え方からは、推察される。一方、二審では、「独立」がなされているという事実の下、努力コストに見合った事業の質が高められるため、ハードな予算制約によって運営されているという考え方が背景にあると推察される⁹⁷。しかし、私見からすると、今まで見てきたように、児童養護施設に対する考え方は、仮に最高裁がこのような背景に立っているとするならば、最高裁の考え方が正しいと思われる。また、「措置から契約へ」と社会福祉制度は変革したが、本論点を見る限りでは官と民の「責任」範囲の変動は見られない。

以上が、現行制度下における児童養護施設における官と民の「責任」分担である。

四 小括

本章では、我が国の社会福祉制度を措置制度、社会福祉基礎構造改革という歴史の流れから見てきた。そして、「措置から契約へ」と変化する中で、どのようなことが変化したかを契約化・市場

化・営利化というキーワードから論じた。こうした中で、社会福祉事業の重要なアクターを担っていた社会福祉法人と行政の「責任」分担に関する役割は変化したのかという問題を設定し、予算制約のモデルを作り、具体的な判例から両者の「責任」の範囲を考えた。

おわりに

本稿が残した課題は多岐にわたるだろうが、少なくとも以下の諸点は強調されるだろう。

第1に、官と民との「責任」分担にフォーカスを当てて絞ることで、近年、法学において議論が盛んである官民協働の議論についてNPMやPPPといった行政管理論の理論背景や日本の行政改革の歴史を説明し、「官民協働」の背景となる考え方である新制度派経済学と法学、少なくとも公法学の架け橋を試みた。さらに、官と民の協働では、契約関係が重要であるのに、従来、私法学と異なり、公法学の分野ではその視点が見落とされがちだった。そこで、契約理論を用いて、法と経済学という視点から官と民の「責任」分担を分析した。また、不完備契約における法学の役割についてサーベイ(survey)を行った。

第2に、公法学、特に行政法学では従来より第三セクターに関する先行研究は進んでいたものの、緻密な契約であるPFIに対しての研究は経済学等に比べて必ずしも進んでいるとは言えなかった。そのため、PFI化された第三セクターという経営主体を持ち出すことで、従来の第三セクターとPFIの比較を行った。比較の際、契約理論の予算制約という手法を用いることで損失補償契約と地方自治法232条の2の問題を明確に浮かび上がらせ、後者の問題に対して第三セクターとPFI化された第三セクターでは、裁量統制基準がどのように異なるかを示した。

第3に、児童養護施設のモデルを作り、ソフトな予算制約とハードな予算制約における民間委託と国家賠償の官と民の「責任」分担を明らかにした。そして、判例の考え方の背景に予算制約が存

在していることについて判決を比較し、仮説を立てた。また残された課題としては、以下のようなものがある。

第1に、PFI、市場化テスト、指定管理者制度について、各々を個別法としてみるのではなく、官民連携の手法の法的関係について複合的に考えていかなければならないだろう。次に、PFIの事業を計画するのは政府であり、事業者へのサービスの対価は税金で賄われるため、サービスの供給量が必ずしも最終需要者(国民)の需要と合致するとは限らない。この意味でPFIは万能ではなく、発注側(政府)が効果の乏しい公共支出を削減するという意志をもって、契約や入札に先立って十分な需要の調査を行わなければ、供給が課題になる可能性は残り、長期的に十分な支出の削減も出来ない。また、PFI事業の受け手が事業から撤退することで、公共サービスが受けられない可能性もある。これらの場合に、どのような法的手段をとることができるのか。加えて、本稿では補助金の支出につき、清算型か再生型かの区別をしなかったが、このことを論じる必要もあるだろう。

第2に、本稿では児童養護施設を題材に社会福祉法人と行政の「責任」分担について考察したが、予算制約のモデルでは詳細な数値検討を行っていない。また、児童養護施設以外の社会福祉事業についても、本稿で示したような考察で正しいか、ということについても各々法制度を検討しつつ、モデルを組み立てていく必要がある。

第3に、公法学、とくに行政法学から「官民分担」から「官民協働」となることで、どのような変化が現れたかを示す個々の具体的研究は本稿を含めなされているが、総論としてどのように変化したのか、を示した研究はない。これは、まだ「官民協働」の実践・研究ともに中途の段階であることが最大の理由であろうから将来の課題としたい。

最後に、法学がフィクションによって複数の可能な現実(realities)のうちの1つを提供し、それによって「現実」を牽引する技術であるとする

ならば⁹⁸、現実を追認することはあっても、現実から極端に乖離することは避けなければならない。

「官民協働」は我が国が増分主義の時代から減分主義の時代へと転換する中で、限られた資源を有効に利用するために取り入れられた政策であるが、公共事業の代用として公共の範囲を拡大するという増分主義時代の遺物ともいえる考えが散見され、現実との乖離が見受けられる。官民協働における法学の立場としては、抽象的な「公益」という議論を具体化することで、新たな官民の関係の中で、否応なしに市場と接する行政に対する裁量統制が重要な課題なのである。

1 行政改革会議・最終報告（1997年12月）

<http://www.kantei.go.jp/jp/gyokaku/report-final/>

2 臨調・行革審OB監修『臨調・行革審－行政改革2000日の記録』（行政管理研究センター・1987年）486頁によれば、「民間活力」とは、「民間部門の各主体に備わる本源的なエネルギーであるとし、「①私企業などの市場原理に基づく競争、創意工夫の努力、②個人や家庭の自立・自助の能力、③近隣・地域等の社会集団における互助・連帯の力」の3つの力を例示している。

3 地方自治制度研究会編「行政改革関係資料集」月刊地方自治昭和63年3月号別冊付録（1987年）142頁。

4 PPPは「公私協働」と訳されることが多いが、ここでは官と民という主体による協働にフォーカスをあてるため、「官民協働」と訳す。

5 宮脇淳編著・株式会社富士通総研PPP推進室著『PPPが地域を変える』（ぎょうせい・2005年）11頁。

6 官民協働について述べられた法学の文献は、1980年代中頃から様々な論文が存在するが、以下、主だったものを挙げておく。公法学的観点からは、成田頼明「行政サービスの民営化をめぐる諸問題」同『地方自治の法理と改革』（第一法規・1988年）192頁、角松生史『「民間化」の法律学』国家学会雑誌102巻11＝12号（1989年）69頁、畠山武道「官

民分担論」ジュリスト1082号（1996年）16頁、大脇成昭「民営化法理の類型論的考察：ドイツ法を中心として」法学研究66巻（1999年）285頁、米丸恒治『私人による行政：その法的統制の比較研究』（日本評論社・1999年）、山本隆司「公私協働の法構造」碓井光明・小早川光郎・水野忠恒・中里実編『金子宏先生古稀祝賀論文集 公法学の法と政策 下巻』（有斐閣・2000年）531頁、亘理格「フランスのPFI的手法－『公役務の委任』（delegation de service public）を素材に－」会計検査研究 25巻（2002年）119頁、松塚晋輔著『民営化の責任論』（成文堂・2003年）、晴山一穂『行政法の変容と行政の公共性』（法律文化社・2004年）、亘理格「公私機能分担の変容と行政法理論」公法研究巻（2003年）188頁、坂井宏介「政府・非営利組織間の協働関係：その理論的考察」九大法学第91号（2005年）45頁、小林武・見上崇洋・安本典夫編『『民』による行政：新たな公共性の再構築』（法律文化社・2005年）、岸本太樹「公的任務の共同遂行（公私協働）と行政契約（一）～（四・完）」自治研究（第一法規）第81巻3号91頁・第81巻6号132頁・第81巻12号111頁・第82巻4号126頁（2005年～2006年）、山本隆司「私法と公法の＜協働＞の様相」日本法社会学会編『現代における私法・公法の＜協働＞』（2007年）16頁、原田大樹『自主規制の公法学的研究』（有斐閣・2007年）。私法学的観点からは、内田貴「民営化（privatization）と契約（一）～（六・完）」ジュリスト1305号118頁・1306号70頁・1307号132頁・1308号90頁・1309号46頁・1311号142頁（2006年）、吉村良一「民法学から見た公法と私法の交差・協働」立命館法学312号222頁（2007年）。

7 もっとも、山本・注（6）「公私協働の法構造」538頁では、官民協働の構造を法的に分析するために「責任」の概念を多角的に批判するものとして、H.C.Röhl, Die Verwaltung, Beiheft2（1999）, S.33ff.を挙げている。

8 碓井光明「政府行政の民間解放と法制度の変革」江頭憲治郎・碓井光明編『法の再構築〔I〕国家と社会』35頁では、「政府部門の責任と民間事業

者の責任の問題が意識的に論じられるようになってきた」と述べている。

⁹ NPM (New Public Management) とは、民間の経営手法を公的部門に応用した公的部門の新たなマネジメント手法である。

¹⁰ PFI (Private Finance Initiative) とは、社会インフラの建設・維持管理・運営を民間主体で行おうという新しい手法である。

¹¹ PPP (Public Private Partnerships) とは、官と民の連携・協働によって公共性の高いプロジェクトをよりよく進めていくという手法である。

¹² NPMという用語の起源は、Christopher Hoodとされている。Christopher Hood and Michael Jackson (1991), *Two Administrative Philosophies: From the Leading Edge and the Lumber Room, "Administrative argument,"* Dartmouth, 177-197.

¹³ わが国のPFI実施状況(2007年9月現在)をみると、1999(平成11)年9月にPFI法が施行されて以来8年が経過したが、その間、PFI事業は実施方針公表済みのもので289件となっており、ここ数年は年間40~50件程度の増加が見られる。また、実施方針公表済みの事業数のうち既に施設の供用が開始された事業(運営段階に至っている事業)は157件と全体の半数を超えるようになり、PFI事業の多くが運営段階に移行しつつある状況である。なお、事業費の総額(公共負担にかかる集計値)では約2兆4千億円に達している(2007年11月第15回PFI推進委員会の会議資料http://www8.cao.go.jp/pfi/iinkai/shiryo_a151.pdf)。

¹⁴ 第一勧業銀行国際金融部編『PFIとプロジェクトファイナンス』(東洋経済新報社・1999年)12頁。

¹⁵ 野田由美子『PFIの知識』(日本経済新聞社・2003年)21頁によれば、「PPPとは、公共サービスの提供において、何らかの形で民間が参画する手法を幅広くとらえた概念で、PFI手法のほかに、部分民営化やアウトソーシング、行政財産の商業施設利用などの手法が含まれ」とされている。

¹⁶ Madsen Pirie(1988) "*Privatization,*" Wildwood House, 3.

¹⁷ E. S. Savas (1987) "*Privatization : the key to better*

government," Chatham House Publishers, 3.

¹⁸ 臨調・行革審OB監修、前掲(註(2))251頁。

¹⁹ 日本経済調査協議会編『年次報告』(日本経済調査協議会・1983年)83巻3号。

²⁰ 臨調・行革審OB監修、前掲(註(2))481頁。

²¹ 宮本憲一・自治体問題研究所第三セクター研究会編『現代の地方自治と公私混合体』(自治体研究社・1992年)。

²² 畠山、前掲(註(6))18頁。

²³ 行政改革会議・最終報告、前掲(註(1))。

²⁴ 臨調・行革審OB監修、前掲(註(2))482頁。

²⁵ 行政改革会議第1回議事録概要(1997年11月)
<http://www.kantei.go.jp/jp/gyokaku/1203dai1.html>

²⁶ 野田由美子『民営化の戦略と手法』(日本経済新聞社・2004年)32頁。

²⁷ Christopher Hood (1991) "A *PUBLIC MANAGEMENT FOR ALL SEASONS ?*," Public Administration, Vol.69 Spring:5参照、これら、新制度派経済学を確立した人物としてBlack(1958)、Arrow(1963)、Niskanen(1971)らを挙げている。新制度派経済学には、この他、上記2つの理論と相互関係的な理論として所有権理論(Alchian 1965)がある。3つの理論の関係について、詳細に述べられたものとして、Williamson, O. E.(1990) "A *Comparison of Alternative Approaches To Economic Organization* ," Journal of Institutional and Theoretical Economics, 146:61-71. もっとも、3つの理論の関係については、菊澤研宗『組織の経済学入門』(有斐閣・2006年)10頁によれば、論者によって異なる。代表的な考え方として、Williamsonは、所有権理論を基礎として事前の制度設計に関心を持っているのが、プリンシパル・エージェント理論であり、事後の制度設計に関心を持つのが、取引コスト理論として指摘している。また、Picot, A., Hdietl and E. Frank(1997) "*Organization : eine Ökonomische Perspektive,*" Schaffer-Poeschel Verlag. 邦訳として丹羽安治・榊原研五・田川克生・小山明宏・渡辺敏雄・宮崎徹訳『新制度派経済学による組織入門—市場・組織・組織間関係へのアプローチ』(白桃書房・1999年)特に79-81頁では、所

有権理論を基礎として取引コスト理論とプリンシパル・エージェント理論が相互補完的であることを指摘している。これに対して、菊澤は3つの理論が相互に集合的な交わりのあることを指摘している。

28 Simon, H. a.(1961) “*Administrative Behavior : A Study of Decision-Making Processes in Administrative Organization*,” 2nd ed., Macmillan. 邦訳として松田武彦・高柳暁・二村敏子訳『経営行動』（ダイヤモンド社・1965年）。

29 前掲、Christopher Hood（註（27））6。

30 本稿では「はじめに」で論じたように、「責任」の焦点を絞って議論しているので、行為者のリスク性向は変数とならない。そのため、プリンシパル・エージェント理論と取引コスト理論の両者を論じつつ、分担問題にあたることができる。

31 神戸伸輔『入門ゲーム理論と情報の経済学』（日本評論社・2004年）189頁。もっとも、神戸が論じるように、リスク回避的な代理人の場合、リスク回避とインセンティブはトレード・オフの関係にあるので、リスクを減らすインセンティブ契約が重要となる。

32 Coase, R. H. (November 1937) “*The Nature of the Firm*,” *Economica*, 4 :386-405. Williamson, O. E.(1975) “*Markets and Hierarchies : Analysis and Antitrust Implications*,” Free Press. 邦訳として浅沼万里・岩崎晃訳『市場と企業組織』（日本評論社・1980年）。

33 わが国の法学におけるウィリアムソン研究の初期の研究として内田貴『契約の再生』（弘文堂・1990年）165頁があげられる。

34 大住莊四郎・上山信一・玉村雅敏・永田潤子共著『日本型NPM』（ぎょうせい・2003年）42頁。

35 Williamson, O. E. (1989) “*Transaction Cost Economics*,” Ch.3 R. Schmalensee and R.D.Willing(eds.), *Handbook of Industrial Economics*, Vol.1, North-Holland:143.

36 平井宜雄『法政策学〔第2版〕－法制度設計の理論と技法』（有斐閣・1995年）では、経済学が目的＝手段思考様式をとるのに対して、法学はそ

れと異なる法＝正義思考様式に基づくと論じている。また、内田貴「管見『定期借家権構想』」NBL606号（1996年）6頁では、経済学が事前、法学が事後を重視する傾向が強かったと述べている。

37 柳川範之・藤田友敬「会社法の経済分析」三輪芳朗・神田秀樹・柳川範之編『会社法の経済学』（東京大学出版会・1998年）9頁。

38 ベルナル・サラニエ著、細江守紀・三浦功・堀宣昭訳『契約の経済学』（頸草書房・2000年）170頁。

39 柳川範之『契約と組織の経済学』（東洋経済新報社・2000年）177頁。

40 前掲、柳川（註（39））88頁。

41 ここでいう「政策論」とは、「裁判所の判断も政策的に判断すべき」という意味ではなく、「裁判所の判断」も結局は、政策的に考慮されるという意味である。

42 Gergen, M. P.(1992) “*The Use of Open Terms in Contract*,” *Columbia Law Review* vol.92.

43 当事者間ではすべての変数が観察可能であるが、そのうちいくつかの変数は契約に含まれていない状況であり、裁判所や第三者はこれらの変数の値を基に仲裁することが出来ない場合である。

44 井上健一「不完全契約」本郷法政紀要1巻（1993年）63頁。

45 Williamson, O. E. (1983) “*Credible Commitments : Using Hostage to Support Exchange*,” *American Economic Review*,73:519-540.

46 松浦好治『「法と経済学」の原点』（木鐸社・1995年）。

47 この分野での法学の先行研究として、Douglas G. Baird, Robert H. Gertner, Randal C. Picker (1994) “*Game theory and the law*,” Harvard University Press.わが国における先行研究として、太田勝造「法律学のための『ゲームの理論』の基礎」小島武司編『法交渉学入門』（商事法務研究会・1991年）、森田修「ウィリアムソンの契約理解について」社会科学研究48巻1号、森田修「ゲーム理論と契約法」社会科学研究49巻3号。とりわけ、

森田修「ウィリアムソンの契約理解について」社会科学研究48巻1号が詳しくWilliamson(1975・1979・1985)について検討している。

48 前掲、岸本(註(6))第81巻3号94頁。

49 総務省「第三セクター等の状況に関する調査結果」(2007年12月27日):調査時点は2007年3月31日現在のものである(しかし、平成19年度の資料がない部分もあるため、原則として、平成18年度を利用する。最新の平成19年度の資料がある場合、括弧付きで説明する)。

2006年12月27日資料(平成18年度版) http://www.soumu.go.jp/s-news/2006/pdf/061227_3_00.pdf

2007年12月27日資料(平成19年度版) http://www.soumu.go.jp/s-news/2007/pdf/071227_2_00.pdf

総務省「地方公営企業の民営化、第三セクターについて」(2006年3月27日) http://www.soumu.go.jp/menu_03/shingi_kenkyu/kenkyu/saimu_chousei/pdf/070327_1_si3.pdf

50 新自治用語辞典編纂会編『新自治用語辞典』(ぎょうせい・2000年)によれば、1950(昭和25)年6月7日。

51 宮脇淳「損失補償と第三セクター」PHP政策研究レポート114号(2007年)2頁

52 前掲、宮脇(註(51))2頁。

53 横浜地裁判平成18年11月15日(判タ1239号177頁)、同調査研究会の資料としてhttp://www.soumu.go.jp/menu_03/shingi_kenkyu/kenkyu/saimu_chousei/pdf/070719_1_si3.pdf

54 ソフトな予算制約の議論を始めたのは、Kornai, J.(1979)“Resource-Constrained versus Demand-Constraint Systems,” *Econometrica*,47(4):801-820.であるが、ここでは、特に、ソフトな予算制約のツールを用いてわが国の第三セクター問題を論じている赤井伸郎『行政組織とガバナンスの経済学』(有斐閣・2006年)、特に第5章「第三セクターのガバナンスの経済分析」を参照している。

55 前掲、柳川(註(39))95頁参照。

56 前掲、柳川(註(39))96頁参照。

57 Besfamille, M. and B. Lockwood (2004) “Are Hard Budget Constraints for Sub-National Governments

Always Efficient,?” The Warwick Economics Research Paper Series, No.717.

<http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/economics/research/papers/twerp717.pdf>

この論文では、ハードな予算制約が必ずしも望ましくない事例を詳細に説明している。

この他にも、前掲、柳川(註(39))144頁、前掲、赤井(註(54))53頁でソフトな予算制約とハードな予算制約のトレードオフについて論じている。

58 債務調整等に関する調査研究会(第11回)2007(平成19)年10月17日 http://www.soumu.go.jp/menu_03/shingi_kenkyu/kenkyu/saimu_chousei/pdf/071017_1_si1.pdf

59 具体的な推計結果については、前掲、赤井(註(54))116-160頁参照。

60 もっとも、2003(平成15)年12月の「第三セクターに関する指針」において、資金調達方式としては、プロジェクト・ファイナンス方式によるべきとするなど、同研究会以前にも、ソフトな予算制約について制約を課そうという動きが伺える。

61 もっとも、碓井光明『公的資金助成法精義』(信山社・2007年)336頁において述べられているように、「経営の破綻した法人に対して、その存続を図るために残債務に充てる資金を補助するのも、赤字補填の性質をもつので、広義の損失補償に含めることもできる」ため、損失補償の時間軸における場合分けをしていると考えてよい。

62 広島高判2001(平成13)年5月29日、判時1756号66頁。

63 最一判2005(平成17)年11月10日、判時1921号36頁。

64 碓井光明「補助金」雄川一郎・塩野宏・園部逸夫編『財政〔現代行政法体系10〕』(有斐閣・1984年)225頁。

65 松本英昭『逐条地方自治法〔新版第3次改訂版〕』(学陽書房・2005年)749頁。

66 最二判2005(平成17)年10月28日、民集59巻8号2,296頁(「陣屋の村」補助金住民訴訟)。

67 岸本太樹「補助金交付の公益性」ジュリスト

1313号（2006年）53頁においても才口反対意見と同様の判断を行っている。

68 この点、碓井光明『公的資金助成法精義』（信山社・2007年）316頁では、地方自治法232条の2の規定の趣旨を考慮することに注目している。もちろん、本文中の判断でも同条の趣旨を考慮した上で、当該事案の支出の種類・目的により「公益上の必要」性が変わっていることをここで明記しておく。

69 赤井伸郎・篠原哲「第三セクターの設立・破綻要因分析—新しい公共投資手法PFIの成功にむけて」日本経済研究44号（2002年）141頁。

70 社会保障法制の変革と「官民協働」の関係について、社会保障の先行研究はさほどない。問題関心は異なるが、高島拓哉「NPMと福祉改革への具体化」総合社会福祉研究26号（2005年）22頁が先行研究として挙げられる。

71 加藤智章・菊池馨実・倉田聡・前田雅子著『社会保障法〔第3版〕』（有斐閣・2007年）240頁。

72 横山寿一『社会保障の市場化・営利化』（新日本出版・2003年）。

73 本多滝夫「社会保障行政における公共性問題」山口定・中島茂樹・松葉正文・小関素明『現代国家と市民社会—21世紀の公共性を求めて—』（ミネルヴァ書房・2005年）182頁。

74 原田大樹「福祉契約の行政法学的研究」法政研究69巻4号（2003年）765頁。

75 中央社会福祉審議会社会福祉構造改革分科会「社会福祉基礎構造改革について（中間まとめ）」
<http://www1.mhlw.go.jp/houdou/1006/h0617-1.html>

76 厚生労働省 社会福祉法人
<http://www.mhlw.go.jp/bunya/seikatsuhogo/shakai-fukushi-jigyoku3.html>

77 厚生労働省統計表データベースシステム
http://www.dbtk.mhlw.go.jp/IPPAN/ippan/sko_K_Nyuuryoku

78 八代尚宏『規制改革』（有斐閣・2003年）61頁。

79 解散時の残余財産が、他の社会福祉法人に寄付されない限り国に帰属するのは、社会福祉法人が「所有権が不明な法人」であるからである。

80 前掲、八代（註（78））63頁では、「建設業を営む者が、高コストの社会福祉法人を設立し、自らの建設会社でその建設を請け負えば、土地や施設費の四分の一を寄付してもなお利益をあげることは可能であり、何ら違法ではない」等の理由を挙げている。

81 児童養護施設での虐待で有名な事件としては、恩寵園事件がある。

82 この点、現時点では実証研究が不足しており、本稿において結論は保留とせざるを得ないが、実証的に明らかにすることが重要であり、また、裁判所はそういう事実認定をすべきであろう。

83 名古屋地判2004（平成16）年11月12日、判例集未登載。

84 名古屋高判2005（平成17）年9月29日、判例集未登載。

85 最一判2007（平成19）年1月25日、民集61巻1号1頁。

86 交告尚史「国賠法一条の公務員」神奈川法学30巻2号（1995年）98頁。

87 原田大樹「民間委託と国家賠償責任」法制研究（九州大学）74巻2号（2007年）357頁参照。

88 最三判昭和30年4月19日（民集9巻5号534頁）

89 原田、前掲論文（註（87））358頁。

90 原田、前掲論文（註（87））362頁。

91 碓井光明「政府業務の民間解放と法制度の変革」『法の再構築 〔I〕国家と社会』碓井・江頭編（東京大学出版会・2007年）36頁。

92 同様の指摘として、本件一審判決の評釈であるが、大曾根寛「児童養護施設における間の暴行・傷害と損害賠償の責任主体」賃金と社会保障1387号（2005年）36頁。なお、第三者による加害の場合は、下森定「国の安全配慮義務」下森定 編『安全配慮義務法理の形成と展開』（日本評論社・1988年）255頁において、「使用者の責任を不法行為責任構成で処理することも不可能ではないが、債務不履行構成による方がより説得的である」と論じている。

93 最三判1975（昭和50）年2月25日 民集29巻2号143頁。

94 大曾根、前掲論文(註(92))363頁。

95 宇賀克也『国家補償法』(有斐閣・1997年)369頁。

96 原田、前掲論文(註(87))361頁では、「二審判決と本判決との判断の分かれ目は、社会福祉法人と施設職員とを一体的に把握した上で社会福祉法人の経営の独立性を重く見たか(二審判決)、社会福祉法人を一旦埒外に追い出して「公共団体—公務員」の関係に注目したか(本判決)にあると思われる」と述べている。解釈論的にはこのような考えがあるだろうが、その背景には、政策的判断が存在すると思われる。

97 ここで一つ注意しなければならないのが、「独

立」性の有無から判断することである。「独立」性がないから公営企業と同様となり、ソフトな予算制約となる。一方、「独立」性を有するから民営企業となり、ハードな予算制約となるという単純な二分法は誤りである。なぜならば、公営企業であっても、損失填補をする論理必然性は存在しないからである。

98 来栖三郎『法とフィクション』(東京大学出版会・1999年)。

(ふじた だいすけ 札幌簡易裁判所裁判所事務官)