Kobe University Repository : Kernel

PDF issue: 2026-10-14

指定管理者による公の施設の管理と国家賠償責任の所在

角松, 生史

(Citation)
国民経済雑誌,222(1):49-68

(Issue Date)
2020-07-10

(Resource Type)
departmental bulletin paper

(Version)
Version of Record

(JaLCDOI)
https://doi.org/10.24546/E0042093

(URL)
https://hdl.handle.net/20.500.14094/E0042093

ISSN 0387-3129

国民経済雑誌

指定管理者による公の施設の管理と国家賠償責任の所在

角　松　生　史

国民経済雑誌　第222巻　第１号　抜刷
2020年７月

神戸大学経済経営学会

『国民経済雑誌』第222巻第１号（2020年７月），49-68

指定管理者による公の施設の管理と国家賠償責任の所在

角　松　生　史[a]

指定管理者による公の施設の管理によって第三者に損害を与えた場合，地方公共団体と指定管理者との損害賠償責任の分担はいかにあるべきか。本稿は，(1) 被害者救済を確実にするための地方公共団体の保障責任，(2) リスク分担を明確にすることによるモラル・ハザードの防止という二つの観点を踏まえた上で，国家賠償法１条・２条に関する裁判例及び学説の整理を試みた。

キーワード　　指定管理者，国家賠償法１条，国家賠償法２条

1　はじめに

地方自治法244条の２第３項以下に定める指定管理者制度は，2003年の地方自治法改正により導入されたものである。公の施設については，それ以前から，清掃・警備等の契約による業務委託に加えて，条例に基づき出資法人等に契約により管理事務を委託する「管理委託」制度が存在したが，行政処分である使用許可権限の委託の可否について争いがあった[1)]。これに対して指定管理者制度は，個々の施設に関する条例の定めと議会の議決を前提として，出資団体に限られない法人その他の団体を指定し，使用許可等も含めた管理権限を委任するものである[2)]。

本稿は，指定管理者による公の施設の管理によって，第三者（当該施設の設置者たる地方公共団体および当該指定管理者以外の者）に損害を与えた場合における，国家賠償法（以下，引用の場合を除き「国賠法」という。）に基づく損害賠償責任の所在について，裁判例・学説の整理を試みるものである。

この問題は，第一に，住民の福祉を増進する目的をもつてその利用に供するために地方公共団体が設けた公の施設（地方自治法244条１項）の利用に起因する損害について，被害者救済を確実にしなければならない―責任主体の無資力によって救済が妨げられることがあっ

a　神戸大学大学院法学研究科，kado@kobe-u.ac.jp

てはならない―という公共団体の保障責任[3]の観点から，第二に，地方公共団体と指定管理者との間のリスク分担を明確にすることで，事故防止に向けた両主体のインセンティブを調整し，モラル・ハザードを防止する観点から，実質的な重要性を有している[4]。

2010年の総務省通知[5]は，「指定管理者制度を活用した場合でも，住民の安全確保に十分に配慮するとともに，指定管理者との協定等には，施設の種別に応じた必要な体制に関する事項，リスク分担に関する事項，損害賠償責任保険等の加入に関する事項等の具体的事項をあらかじめ盛り込むことが望ましい」としている。また，多くの地方公共団体が，指定管理者制度運用に関するガイドラインを策定し，リスク分担の原則と損害賠償責任，指定管理者の賠償責任保険への加入について協定に盛り込むべきものとしている。例えば横浜市のガイドライン[6]は，「想定されるリスクを可能な限り明確にした上で，『リスクを最も良く管理することができる者が当該リスクを分担する』こと[7]」が基本原則だとした上で，リスク分担の「標準例」を掲げ，それを参考にして，個々の施設におけるリスク分担について，「各施設の特性を踏まえて，協定において必ず定めることとする[8]」としている。これは，リスク分担の明確化の重要性を示すものだと言えよう。

なおこの問題は，「複数の行政主体または行政と民間との間での協働的・複合的な活動による行政の多元化[9]」現象の下における公私の責任分担を検討する上で，指定管理者の場合に止まらない理論的広がりを持つものであるが，筆者の力量と準備の不足により，十分な検討はなしえない。また，検討対象は，民法不法行為法の特別法である国賠法上の責任に（民法上の責任との比較を踏まえた上で）基本的に限定し，公の施設の利用者との関係で生じうる可能性がある契約法上の債務不履行責任については検討対象としない。

2　国賠法１条に基づく損害賠償責任

2.1　「公権力の行使」の帰属

国賠法１条１項は，「国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員が，その職務を行うについて，故意又は過失によっ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。地方公共団体が設置した公の施設を指定管理者が管理する場合，本項に基づいて損害賠償責任を負うべき「国又は公共団体」が，地方公共団体であるのか指定管理者であるのかが，まず問題になる。

この点について，行政法学における一般的な考え方は次のようなものである。

> 「国家賠償法１条が適用されるかどうかは，同じく１条で規定する『公権力の行使』に当該加害行為が当たるかどうか先決事項で，これが決まれば，その公権力の行使をする団体が賠償責任を負うという仕組みになっているからである。したがって，国，地方

公共団体以外にも，公権力を行使する団体かどうかは，個別法によって定まってくることになる[10]」

この考え方は，第１に，問題とされる加害行為の「性質」に着目する。それが「公権力の行使」に該当すれば，国賠法１条１項に基づく責任が問題になり，該当しなければ民法715条１項（使用者責任[11]）に基づく責任が問題になる。つまり「公権力の行使」要件は，まずは国賠法ルートと民法ルートの「振り分け」のための要件である。その上で第２に，加害行為の「帰属」が問題とされる。上にいう「公権力の行使をする団体」が何か，すなわち，当該加害行為は「誰の」公権力の行使に当たるのかという問いが設定されるわけである[12]。

これだけでは話は終わらない。当該加害行為を，法主体としての公共団体に「帰属」させる媒介項が何なのかが問題になる。そのような媒介項としては，「事務」「権限」「組織」などが学説や裁判例によって用いられている[13]。

最高裁の判例は，「事務」に着目するものと通常理解されている[14]。例えば最高裁1979年７月10日判決は，都道府県警察の警察官の交通犯罪の捜査の場合に，国賠法１条１項に基づき責任を負うべき主体を都道府県としているが，その理由として，

「警察法及び地方自治法は，都道府県に都道府県警察を置き，警察の管理及び運営に関することを都道府県の処理すべき事務と定めている（警察法三六条一項，地方自治法二条六項二号（中略）等参照（引用者注：条文は判決当時のもの。以下同じ。））ものと解されるから，都道府県警察の警察官が警察の責務の範囲に属する交通犯罪の捜査を行うこと（警察法二条一項参照）は，検察官が自ら行う犯罪の捜査の補助に係るものであるとき（刑訴法一九三条三項参照）のような例外的な場合を除いて，当該都道府県の公権力の行使にほかならないものとみるべきであるからである[15]。」

と述べている。個別法が定める国・都道府県・市町村間の事務配分規定を根拠に，「公権力の行使」の帰属を判定しているわけである。

第一次地方分権改革以前に存在した機関委任事務についても，同様の「事務帰属主体」説の発想がとられることで，例えば都道府県知事が国の機関として事務を遂行する場合には，賠償責任を負うのは国だと理解される[16]。「法人組織Ｍの機関ｐが，特定の事務については別の法人組織Ｎの機関として遂行するという論理[17]」を前提として，この場合にはＮが賠償責任の主体となるという考え方がとられていた。

国賠法１条１項の責任主体を判断するメルクマールとして「事務の帰属」に着目するこのような考え方について，２点指摘しておきたい。

第１に，この考え方は，主に国・地方公共団体といった典型的な行政主体間における責任分担が問題になる事例で形成されたものであり，指定管理者のような私的主体に公権力の行使が委ねられた場合を必ずしも想定したものではなかった。もっとも，東京地裁1980年６月18日判決は，弁護士法に基づき弁護士会が行う所属弁護士に対する懲戒処分について被懲戒弁護士が国に対して損害賠償を請求した事例において，懲戒委員を国賠法１条１項に言う「公権力の行使にあたる公務員」と解した上で「弁護士会」を「公共団体」とみなし，また，「弁護士会の懲戒権は，現行弁護士法においては弁護士の完全自治制度採用の一環として弁護士会の独自の権能と認め，しかも，その権限の行使にあたっても，弁護士の自治的懲戒制度を採用して，行政庁その他の国の機関の監督を受けないものとされていることからみると，右懲戒権の行使は，公共団体である弁護士会の公権力の行使に当たると解することができ（る）」として，国は損害賠償責任の主体にならないとしている[18]。

第２に，上で既に見たように，「事務の帰属」の判断に当たっては，個別法の定めによる事務配分規定をもっぱら参照している。このような判断手法によると，「国や公共団体に『事務』を配分する規定はあっても，私人に『事務』を配分する規定は想定し難い。そのため，事務の帰属を基準にすると，殆どの場合に国又は地方公共団体が国家賠償責任を負う結果になる[19]」ことになる。

2.2　２つの最高裁判例

私的主体に公権力の行使が委ねられている場合の国家賠償責任の所在に関係する最高裁の判断として，以下の２つが挙げられる。

2.2.1　最高裁2005年６月24日決定[20]＜裁判例①＞。

本件は，指定確認検査機関による建築確認が問題になった事案である。株式会社Ｙは建築基準法77条の18から77条の21までの規定の定めるところにより同法６条の２第１項所定の指定を受けた指定確認検査機関であるが，横浜市内におけるマンション（以下「本件建築物」という。）の建築計画についてＹが行った建築確認に対し，本件建築物の周辺に居住するＸが取消訴訟を提起した。しかし，本件建築物に関する完了検査が終了し，取消訴訟の訴えの利益が消滅したこと[21]から，行政事件訴訟法（以下「行訴法」という）21条１項[22]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横浜市に対する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た。この許可の可否が本件の争点である。すなわち，横浜市が行訴法21条１項にいう「当該処分（＝本件確認）に係る事務の帰属する……公共団体」に当たるかどうかが問題になる。

最高裁は，

(1) 建築確認の根拠法規である建築基準法６条１項の規定は，「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を確保することが，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，建築確認事務が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こと
(2) 建築基準法は，指定確認検査機関の確認及び確認済証の交付を建築主事の確認及び確認済証と「みなす」旨を定めていること（６条の２第１項）
(3) 建築基準法は，指定確認検査機関が確認済証の交付をしたときは特定行政庁に報告義務があること，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こと

を指摘した上で，

「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ということができる。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。」

とし，訴えの変更は相当であるとした。[23)]

2.2.2　最高裁2007年１月25日民集61巻１号１頁[24)]判決＜裁判例②＞

Xは，児童福祉法に基づく愛知県の入所措置により，社会福祉法人Yが運営する児童養護施設に入所していたが，他の児童から暴行を受けて傷害を負った。Xは，当該児童養護施設職員本件職員には，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，愛知県とYに対して損害賠償を請求した。

（県の国家賠償責任の肯定）

最高裁は，児童福祉法の規定を検討し，

(1) 児童福祉法は，国及び地方公共団体が，保護者とともに，児童を心身ともに健やかに育成する責任を負うと規定し，その責務を果たさせるため，都道府県に児童相談所の

設置を義務付け，要保護児童についての児童養護施設への入所措置権限（親権者等の意に反する場合もありうる）を定めていること

(2) 入所に要する費用及び入所後の養育について最低基準を維持するための費用は都道府県の支弁とし，都道府県の費用徴収権限も定められていること

(3) 児童養護施設の長は，親権者等のない入所児童に対して親権を行い，親権者等のある入所児童についても，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採ることができること

を指摘した上で，

「（児童福祉）法は，保護者による児童の養育監護について，国又は地方公共団体が後見的な責任を負うことを前提に，要保護児童に対して都道府県が有する権限及び責務を具体的に規定する一方で，児童養護施設の長が入所児童に対して監護，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採ることを認めている。上記のような法の規定及び趣旨に照らせば，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。」

として，愛知県の損害賠償責任を認めた。

（社会福祉法人の民法715条に基づく責任の否定）

一方，社会福祉法人Ｙの責任については，国賠法１条１項は公務員個人の民事上の損害賠償責任を免除したものであるという判例を前提とした上で，

「この趣旨からすれば，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，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。」

として，本件では児童養護施設の職員等（この場合「公務員」にあたる）による養育監護行為が被告県の公権力の行使に当たり，本件職員の養育監護上の過失によって原告が被った損害につき被告県が国賠法１条１項に基づく損害賠償責任を負うのだから，社会福祉法人Ｙは民法715条に基づく損害賠償責任を負わないとした。

2.2.3　検討

これら判決は，いずれも「事務」に注目する考察方法をとるものである。裁判例①は，まさに行訴法21条１項の文言にもある「事務の帰属」を正面から問題にした上で，建築基準法は「確認に関する事務を地方公共団体の事務とする前提」に立っているのであり，指定確認検査機関は，「特定行政庁の監督下」で当該事務を行うものだと捉えている。また裁判例②は，「都道府県の公権力の行使」を認定する上で，入所後の施設における養育監護が「本来都道府県が行うべき事務」であること，児童養護施設の長の権限は「本来都道府県が有する公的な権限」を委譲されたものと捉えている。

しかし，特に裁判例①で問題になる指定確認検査機関については，それが「公権力の行使を自己の権限として，自己の計算によって行うもの[25]」だという観点から，「公共団体」として損害賠償責任を認めるべきだという学説の批判は強い。「本来地方公共団体が行うべき事務」という考え方に代えて，公共団体の権限・責任と私的主体の行為とが可分か不可分か[26]という基準，「民間事業者に対して委託された任務が地方公共団体の任務の中にどの程度組み込まれていたか」という基準[27][28]が提唱されている。

板垣勝彦は，裁判例①に即して，（ア）「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，指定確認検査機関の行う建築確認は地方公共団体の国賠法１条の『公務員』の行う公権力の行使であるとの見方」＝「一体的把握」と，（イ）「あくまで指定確認検査機関は特定行政庁とは別個独立に建築確認を行う機関であるとして，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（規制権限不作為型の国家賠償）に限られるとする見方＝「分離的把握」とを対比する[29]。さらに板垣は，この「一体的把握」と「分離的把握」との対比を，板垣は，裁判例②など「事務を委託された民間事業者あるいはその職員」が登場する類型一般に用いている[30]。

2.3　指定管理者が管理する公の施設に関する国賠法１条に基づく損害賠償責任

2.3.1　裁判例

本稿の対象である，指定管理者が管理する公の施設に関して国賠法１条に基づく第三者に対する責任が問題になった事例としては，判例データベース LEX／DB で検索する限り[31]，以

下の裁判例のみが見いだされる。

（東京地裁2009年３月24日判決[32]）＜裁判例③＞

本件は，Ｘが朝鮮民主主義人民共和国を母国とする在日朝鮮人のための集会等のため東京都が設置管理する日比谷音楽堂の使用を申請し承認されていたが，右翼団体等の抗議などにより開催直前に一旦はその使用承認を取り消された（本件取消処分）ことで（その後取消訴訟の提起と執行停止決定で集会を開催することはできた），違法な取消処分によってマスコミ等から暴力的集団として扱われ社会的評価が低下したなどとして，東京都に損害賠償を請求した事例である。この事例において日比谷音楽堂の使用承認権限を有していたのは，東京都から指定された指定管理者Ｙであり，本件の使用承認処分も本件取消処分もＹによって行われたものである（取消訴訟の被告もＹであった）。

本判決は，被告東京都の責任を認めたが，その際，被告担当者の「指示」に職務上の義務違反があり，国賠法上の違法となるとしている。

> 「本件においては，原告を代表者とする本件実行委員会が申請した本件集会等に対して右翼団体から抗議行動があり，被告において，集会当日の日比谷公園周辺において一定の混乱が生じるであろうと予測したことに全く理由がなかったわけではないものの，日本国憲法及び地方自治法の下で，被告は，地方公共団体としてその公の施設である日比谷公園及び日比谷公園音楽堂の使用について，不当な差別的取扱いをしてはならないのであり，また，都知事，建設局長はもとより，所管課長以下のそれぞれの担当者（以下「被告の担当者ら」という。）は，憲法等に基づくわが国の法秩序を尊重し擁護する義務を負う者として，暴力をもって本件集会等を妨害しようとする者に屈するのではなく，妨害を排除して少数者の権利を保障することができるよう可能な限りの努力を尽くすべき職務上の義務を負っていることは明らかである。それにもかかわらず，被告の担当者らは，これまでに認定，説示したとおり，右翼団体の者による抗議活動によって日比谷公園の利用や管理に生じるであろう混乱を心配するあまり，上記のような地方自治体やその公務員に対して求められている立場について慎重かつ十分な検討をすることなく，本件取消処分をするよう指示するに至ったものであって，そのような判断は，日本国憲法や地方自治法や公園条例の趣旨に反するものであり，職務上の義務に違反するものであることが明らかであるから，違法なものといわなければならない。」（下線は引用者）

つまり本判決は，指定管理者Ｙによる本件取消処分を「加害行為」として，その違法に

よって生じた損害の賠償責任を問題にしているのではなく，東京都担当者の違法な「指示」により使用承認が取り消され，原告に損害が生じたことを問題にしている。ここでの加害行為は当該「指示」である。板垣の言う「分離的把握」[33]の構成がとられていることになる。一方本事件では，X はそもそも Y を被告としていない。Y の賠償責任を排除することまでが本判決の趣旨だとは言えない。

2.3.2　学説

総務省担当者の手によって大部分が執筆されている『指定管理者制度のすべて（改訂版)』は「公の施設の管理業務の執行にあたっての指定管理者の行為（暴行等）が原因で利用者に違法に損害が生じた場合には，国家賠償法第１条の規定により，設置者たる地方公共団体が賠償責任を負うこととなると解される」としている[34]。同書は，同条にいう『公務員』とは，公務員法上の公務員に限定されず，法令により公権力の行使（非権力的作用に属する行為を含む）の権限を与えられていれば，身分上の私人も含むとするのが，判例・通説である[35]」と述べるのみで，なぜ指定管理者ではなく地方公共団体が責任主体とされるのか，積極的理由を特に示していないが，おそらくは公の施設の管理業務は当然に地方公共団体の事務でありつづけるという考え方を前提とするものであろう[36]。

これに対して学説は，上記の指定確認検査機関（裁判例①参照）に対するものと同様の考え方から，批判的な見解が見られる。「指定管理者制度の趣旨や損害賠償責任保険加入の義務づけなどからすれば，損害賠償責任の主体性が肯定されてよい」ため指定管理者が「公共団体」に該当するという見解[37]，指定確認検査機関と同様「分離的把握」により指定管理者自身が「公共団体」として損害賠償責任を負担すべきであり，実質的に見ても施設の利用不許可処分に関係する損害賠償の責任は賠償額が高額に上ることは考えがたく，指定管理者の無資力リスクを被害者がおわされることはないとする見解[38]がある。また，自己責任説の考え方を前提として，指定管理者が「一定程度国や地方公共団体から独立し主体性を持って行政活動を行う」「自立した実態」に着目し，指定管理者に対して不法行為責任を請求することができるとし，当該責任は地方公共団体の国賠法１条に基づく責任（自己責任）と不真正連帯債務の関係に立つという見解もある[39]。

これは，第１に，業務遂行における指定管理者の主体性をどこまで重視すべきかという問題である。指定管理者制度は，従前の管理委託制度と比べ，包括的な業務執行権限を賦与されていることが特徴的だと言える[40]。他方で，指定管理者に委ねられた公の施設は地方公共団体が設置するものでありつづけるのであり，また，地方公共団体は，指定管理者に対して随時報告を求め調査する権限・指示を行う権限（地方自治法244条の２第10項），指示に従わないときその他当該指定管理者による管理を継続することが適当でないと認めるときにおける

指定取消・業務停止命令の権限（同条第11項）が与えられている。指定確認検査機関に対する権限と比べても強い権限だと言えよう。このような関係において，地方公共団体の責任が上記の「指示」等の権限の行使[41]あるいはその不作為に止まる「分離的把握」をとるのか，それを超えて指定管理者の責任を組み込む「一体的把握」をとるのかが論点である。

第２に，地方公共団体は，公の施設の設置者として，当該施設が果たすべき任務を引き続き負い続ける。この任務の観点からは，地方公共団体の上記の責任が「分離的把握」に止まるものであったとしても，利用者住民に対して保証的な責任を持ち続けると観念しうる。賠償保険の義務付けによって実質的意味が大きくないとしても，そのような把握には理論的意義がなお残るだろう。「解釈論の域を超える感があり，また法技術的に検討を要する点がなお多々残されている」と留保されつつ提案される公共団体の「単純保証責任」[42]の考え方の魅力は，その点にある。

3　国賠法２条に基づく損害賠償責任

3.1　「設置又は管理の瑕疵」

国賠法２条１項は，「道路，河川その他の公の営造物の設置又は管理に瑕疵があつたために他人に損害を生じたときは，国又は公共団体は，これを賠償する責に任ずる」と定める。

これについては，まず地方公共団体について，「設計，構造上で不完全な点がある場合や，維持，修繕や保管に不完全な点がある場合など，公の施設の設置又は管理において，通常有すべき安全性が欠けていたことが原因で，利用者に損害が生じた場合には，国家賠償法２条の規定により，設置者たる地方公共団体が賠償責任を負うことになる」という見解が支配的である[43]。

ついで，指定管理者の責任である。指定管理者が国賠法２条１項に基づき「管理の瑕疵」の責任を負うとするならば，指定管理者は同条にいう「公共団体」に当たることになる。また，民法717条１項[44]に基づき，「土地の工作物の占有者」として「保存の瑕疵」に対する責任を負うという構成も考えられる。いずれかの条文に基づき指定管理者が責任を負うべきことについては疑いがないため，仮に「管理の瑕疵」と「保存の瑕疵」の内容が同一だとすれば「解釈上の実益はあまりない」[45]と言われる[46]。

ただし，仮に「設置の瑕疵」と「管理の瑕疵」が明確に区別される，即ち前者は「営造物に元から存在している原始的な瑕疵」，後者は「営造物に発生した後発的な瑕疵」だと考えるのであれば[47]，議論の余地がある。地方公共団体は前者についてのみ，指定管理者は後者についてのみ責任を負う，即ち「管理の瑕疵」に関する限り，地方公共団体に損害賠償責任の追及ができないという解釈が成立する余地があるからである。もっとも，「設置」と「管理」に上のような明確な区別があるかどうかについては，否定的な見解が多い[48][49]。

また，上の「設置」と「管理」の区別を認めた場合でも，指定管理者による管理に不適切な点があった場合，上述の「分離的把握」に基づき，地方自治法244条の２第10項・11項に基づく指示・監督権限を適切に行使しなかったことについて―それを国賠法１条の責任と構成するか２条の責任と構成するかについては議論がありうるが―地方公共団体が責任を問われることは当然ありうる。[50)]

3.2　指定管理者が管理する公の施設に関する国賠法２条に基づく責任に関する裁判例

指定管理者が管理する公の施設に関する国賠法２条に基づく責任については，判例データベース LEX/DB で検索する限り，以下の裁判例のみが見いだされる。[51)]

（札幌地裁2015年３月26日判決[52)]＜裁判例④＞及び控訴審札幌高裁2016年５月20日判決[53)]）＜裁判例⑤＞

本件は，原告Ｘが，札幌ドーム（本件ドーム）においてプロ野球の試合を観戦中，ファウルボールが原告の顔面に直撃して右眼球破裂等の傷害を負った事故について，プロ野球球団・本件ドームの指定管理者・本件ドームの所有者である札幌市に対して損害賠償を請求した事例である。

１審（裁判例④）は，「本件事故当時，本件ドームに設けられていた安全設備等の内容は，本件座席付近で観戦している観客に対するものとしては通常有すべき安全性を欠いていたものであって，工作物責任ないし営造物責任上の瑕疵があったものと認められる」とした上で，指定管理者の工作物責任（民法717条１項）及び札幌市の営造物責任（国賠法２条１項）を認めている（球団の責任については以下省略する）。

これに対して控訴審（裁判例⑤）は，「本件当時，本件ドーム（特に本件座席付近）における上記内野フェンスは，本件ドームにおいて実施されていた他の上記安全対策を考慮すれば，通常の観客を前提とした場合に，観客の安全性を確保するための相応の合理性を有しており，社会通念上プロ野球の球場が通常有すべき安全性を欠いていたとはいえない」ため，本件ドームに民法717条１項ないし国賠法２条１項所定の「瑕疵」があったとは認められないとして，指定管理者及び札幌市に対する請求を棄却している。

裁判例④は，市の責任について，次のように判示する。

> 「被告市は，本件ドームは指定管理者である被告ドームが管理しており，被告市は管理の瑕疵による責任を負わない旨主張する。しかし，「設置又は管理の瑕疵」（国家賠償法２条１項）の要件について，仮に，「設置の瑕疵」と「管理の瑕疵」とを区別して判断したとしても，従前設置されていた防球ネット（中略）は，前記（3）アのとおり，

本件事故当日に設置されていたとしても本件打球を遮断できたわけではないから，本件事故は本件ドームが被告ドーム又は被告ファイターズにより維持・管理されている間に生じた瑕疵にのみ起因するものではなく，元々設置の瑕疵があったものである。また，被告市は，被告ドームと，「札幌ドーム運営協議会」において，管理運営業務の状況の報告を受け，サービス水準の維持・向上に向けた協議を行ったりなどすることができたのであり，被告ファイターズは，本件ドームの利用について，被告ドームの指示に従うものとして，本件ドームの利用の承認を受けていたのである（中略)。そして，地方自治体が，指定管理者を置いたからといって，営造物の管理に関する責任を免れるとすること自体，相当なものとはいえないのである。」

本判決は，十分な理由付けを伴わないものの，「指定管理者を置いたからといって，営造物の管理に関する責任を免れるとすること自体，相当なものとはいえない」という考え方―おそらくは国賠法1条についてと同様，「事務」の帰属を重視し公の施設の管理業務は当然に地方公共団体の事務でありつづけるという考え方を背景としているだろう―を前提としていること，また，設置の瑕疵と管理の瑕疵の区別の相対性を指摘している点で興味深い。

4 若干の考察

裁判例③及び裁判例④⑤は，指定管理者の管理する公の施設にかかる第三者に対する損害賠償について，国賠法1条，2条の責任が問題になるそれぞれ代表的な事案類型を示していると考えられる。1. で述べた（1）被害者救済を確実にするための地方公共団体の保障責任，(2) 地方公共団体と指定管理者との間のリスク分担を明確にすることによるモラル・ハザードの防止という二つの観点を踏まえて検討する。

4.1 国賠法2条1項―公の施設の利用者に生じた事故の類型

まず，後者の国賠法2条に基づく責任について見てみよう。前述のように，これが問題になる事例の典型は，裁判例④⑤のような，公の施設の利用者に生じた事故である。国賠法2条1項にいう「設置又は管理の瑕疵」は，判例上「通常有すべき安全性」の欠如と理解されている[54]。利用者との関係については，「公物としての機能管理」の観点が中心になる，即ち，「管理水準，通常有すべき安全性の中に，公物利用者が通常期待すべき安全性の水準が設定される[55]」。

そして，上述のように指定管理者が負うべき責任については，国賠法2条1項による構成と民法717条1項による構成の二つがありうる。後者の場合において，「設置又は保存の瑕疵」を「工作物が通常備えているべき安全性を欠いている状態」と捉え，「ここでの安全性

欠如の有無に関する判断は工作物の安全性に対する合理人の正当な期待を保護するという観点から，『その種の工作物としては，事故当時において，どれほどの安全性を備えるべきものであったか』という規範的評価を入れておこなわれる（規範的瑕疵概念[56]）」と理解するのであれば，国賠法２条１項でも民法717条１項でも「瑕疵」の有無に関する判断は変わらないことになる。そうすると，いずれの構成であっても，さしあたり指定管理者は損害賠償責任を負うべきであり，また，「瑕疵」の有無に関する判断は変わらないのだから，指定管理者の無資力リスクの問題さえ解決すれば，(1) 被害者救済の観点からは問題がないことになる。そして，上述（1.）のように地方公共団体が策定しているガイドラインに沿って損害賠償保険への加入を徹底すれば，この問題も解消される。

それでは，(2) モラル・ハザードの観点はどうか。指定管理者制度導入の趣旨は，以下のように説明されている。

> 「近年では，例えば，スポーツジム等の体育施設，集会スペース，美術館，福祉施設等において，公的主体以外の民間主体においても十分なサービス提供能力が認められる主体が増加しているところである。また，住民ニーズ自体が多様化しており，これらにより効果的，効率的に対応するためには，民間の事業者の有するノウハウを活用することが有効であると考えられる[57]。」

このような趣旨を前提とすれば，公の施設における事故に対する損害賠償は，民間事業者による「自己の計算[58]」による事業の費用の一部として組み込み，それによる市場の規律によるモラル・ハザードの防止に期待する方が基本的に合理的だと考えられる。

上記のように国賠法２条１項の責任と構成するか民法717条１項の責任と構成するかは別として，さしあたり指定管理者は損害賠償責任を負うべきであり，また，「瑕疵」の有無に関する判断は変わらない。従って，公の施設の利用者に生じた事故の類型において，指定管理者に関するモラル・ハザードの問題は生じない。

問題になるとすれば，むしろ地方公共団体の側のモラル・ハザードであろう。上述の裁判例④は「地方自治体が，指定管理者を置いたからといって，営造物の管理に関する責任を免れるとすること自体，相当なものとはいえない」としている。しかし，そこでいう「管理に関する責任」が，「公の施設の日常的管理に伴う事故防止費用および結果として事故が発生した場合の損害賠償費用の負担責任」という意味であれば，指定管理者を置く以上は，上記のように指定管理者自身に負担させることにむしろ合理性があるのであって，その責任を地方公共団体が直接に引き受けるべき理由は必ずしもない。

むしろ地方公共団体が問われるべき「管理に関する責任」は，(i) そもそも指定管理者を

置くことにしたことに合理性があるか（ii）適切な指定管理者を指定したか，また，求められる安全性の程度等について，指定管理者との間で協定等により適切に取り決めていたか（iii）当該施設に元から存在している原始的な瑕疵（上記の「設置の瑕疵」）はなかったかといった点であろう。これらの点についての地方公共団体に対する損害賠償請求がなされるとすれば，「分離的把握」をとった上で，（i）（ii）については国賠法１条，（iii）については国賠法２条で請求することになるだろう。[59)]

4.2　国賠法１条１項―公の施設の利用不許可処分の違法

裁判例③の事案のような，指定管理者の行う公の施設の利用不許可処分によって申請者が受けた損害賠償請求は，国賠法１条１項が問題になる典型的事例だと考えることができる。[60)] この類型について板垣勝彦は「やはり分離的把握により，指定管理者自身が国賠法１条の『公共団体』となって，損害賠償責任を負担すべきであろう」[61)]とする。これは指定確認検査機関に関する裁判例①に対して従来から寄せられてきた批判を踏まえた説得力がある主張であるが，なお慎重に検討すべき点がある。

第１に，指定確認検査機関が行う確認の業務の場合は，建築物の計画の適法性を審査して最終的に建築確認に至るプロセスこそがまさに私人たる検査機関のビジネスの本質的内容であり，建築主に対する関係でも，この審査による適法性と安全性の担保が，利用者から受け取る手数料の対価としてのサービス提供となっている。これに対して，指定管理者による公の施設の利用許可権限の行使は，確かに施設管理業務の一部ではあるが，「効果的・能率的な管理や住民サービスの向上」のために施設管理と一体的に行使することが認められたものであり，[62)] あくまで附随的なものと考えられる。そのため，利用許可権限の行使の過誤によって生じる損害賠償費用を，指定管理者の事業における「自己の計算」に組み込むべき必要性は，指定確認検査機関の場合と比べて弱い。

第２に，確かに設置地方公共団体が個別案件毎に施設の利用許可・不許可処分の当否を判断することは必ずしも予定されていないが，[63)] まさに裁判例③の事案におけるように，地方自治法244条の２第10項に基づく指示によって個別案件に関与することは制度上否定されてはいない。指定確認検査機関の場合と比べても，指示・監督権限の「不行使」による懈怠のみならず，これら権限の「行使」による積極的な介入が行われる蓋然性も高いと考えられる。[64)]

もちろん明示の積極的「指示」が行われた場合は，分離的把握をとった場合でも，最終的な利用不許可処分とは切り離した「指示」という行為それ自体について国家賠償責任を追及できる（裁判例③はまさにそのような事例である）。従って，被害者救済の観点から見ても，モラル・ハザードの防止の観点から見ても，この点が一体的把握をとるべきだという結論に直ちに結びつくものではない。

一体的把握をとった場合，指定確認検査機関について指摘されているように（参照，2.2.3），指定管理者は被害者に対して直接賠償責任を負わず，公共団体が損害賠償を支払った場合の求償の可能性があるだけということになり，そのことが指定管理者のモラル・ハザードをもたらすことは理論的にはありうる。しかし，あくまで推測であり論証はできないが，施設の利用許可・不許可の判断が微妙な事案において，「損害賠償の可能性の有無によって指定管理者が当該事案を熟慮するかどうかが異なってくる」という蓋然性は必ずしも大きいものではないのではないか。この点で，「事故による損害賠償リスクと事前の事故防止費用の支出の関係」とは，状況が異なってくると思われる。おそらく施設の利用許可・不許可の判断が微妙な事案では，指定管理者は設置公共団体の判断を求めるだろう。また，損害賠償につながるような事案の発生は指定管理者の再指定の可能性に影響を与えるだろうから，そのことが，直接の損害賠償責任の有無以上に，指定管理者の行動に対する規律になると思われる。[65]

ただし，上のような明示の「指示」があり，地方公共団体と指定管理者のどちらが利用不許可処分について責任を負うべきかが明確な場合は，誰を被告として責任を追及すべきかもまた明確であるが，利用不許可処分に至る判断過程における両者の関与のあり方や帰責性が，少なくとも原告が損害賠償請求を提訴した時点では，不明確な場合もあるだろう。そのような場合，分離的把握と一体的把握のどちらの構成が，訴訟の過程で責任の所在を明らかにしつつ，（仮に処分が違法である場合）被害者救済を確実なものにできるかについて考えなければならない。この点については，訴訟法的な考察や，国賠法１条２項による求償の可能性[66]も踏まえた考察が必要となってくるだろう。

注

＊　本稿は JSPS 科研費 16H03681 及び 18H00796 の成果である。

1）稲葉馨「公の施設法制と指定管理者制度」『法学』67巻５号（2003年）685-714頁（691頁）。

2）全体として参照，成田頼明監修『指定管理者制度のすべて―制度紹介と実務の手引き（改訂版）』（第一法規，2014年）（kindle 版）。

3）包括的検討として，板垣勝彦『保障行政の法理論』（弘文堂，2013年）。

4）板垣勝彦「指定確認検査機関と国家賠償」『住宅市場と行政法』（第一法規，2017年）67-88頁（84頁）は，指定確認検査機関と国家賠償の問題について，「この問題の考察には，被害者救済とモラル・ハザードの抑止という視点が役立つ」と述べる。原田大樹「指定確認検査機関と国家賠償」『行政法学と主要参照領域』（東京大学出版会，2015年）291-311頁（293頁）は，「民営化された作用によって被害を受けた者の救済の観点」と「違法な建築確認等を防止するという違法行為抑止の観点」という「国家賠償制度の存在意義として語られる内容でもある２つの評価軸」を用いて検討すると述べる。

5）12月28日総務省自治行政局長通知（技術的助言）「指定管理者制度の運用について」（総行経第

38号）　http://www.soumu.go.jp/menu_news/s-news/01gyosei04_01000004.html（最終アクセス：2020年５月12日）

6）横浜市指定管理者制度運用ガイドライン【第13版】（2019年９月）　https://www.city.yokohama.lg.jp/business/kyoso/public-facility/shiteikanri/shiteikanrishaseido.files/0042_20190920.pdf（最終アクセス：2020年５月12日）

7）横浜市・前掲注(6)，17頁。

8）横浜市・前掲注(6)，18頁。同「標準例」では，利用者等への損害賠償について，志と指定管理者のどちらに帰責事由があるかによって分担するものとされている。

9）米丸恒治「行政の多元化と行政責任」磯部力／小早川光郎／芝池義一編『行政法の新構想Ⅲ』（有斐閣，2008年）305-322頁（307頁）。

10）塩野宏『行政法Ⅱ（第６版）』（有斐閣，2019年）320頁。

11）民法715条１項「ある事業のために他人を使用する者は，被用者がその事業の執行について第三者に加えた損害を賠償する責任を負う。ただし，使用者が被用者の選任及びその事業の監督について相当の注意をしたとき，又は相当の注意をしても損害が生ずべきであったときは，この限りでない。」

12）宇賀克也『行政法概説Ⅱ（第６版）』（有斐閣，2018年）418頁は，「公権力該当性が肯定され，その帰属主体が確定されれば，当該帰属主体が，ここにいう「国又は公共団体」となると通常解されている」とする。

13）国賠法３条の費用負担者の責任も射程においた上で学説を周到に整理するものとして，稲葉馨「国家賠償責任の『主体』に関する一考察（1）」『自治研究』87巻５号（2011年）25-42頁。なお，原田・前掲注(4)は，塩野・前掲注(10)を引用し（ただし同書第５版補訂版（2013年）の記述である），公務員が帰属する組織＝公共団体というのが「行政法学の標準的な理解」だとするが，塩野説はむしろ「権限」に注目し，「公権力の行使を自己の権限とし，自己の計算によって行うものか」（前掲書321頁注(1)）どうかを基準としているように思われる。

14）ただし，稲葉馨「国家賠償責任の『主体』に関する一考察（2）」『自治研究』87巻６号（2011年）34-53頁（36-38頁）は，公務員帰属主体説に立つのではないかとみられる裁判例，公権力＝事務帰属主体説と公務員帰属主体説とを「併用」しているのではないかと見られる裁判例もあるとする。

15）最判1979年７月10日民集33巻５号481頁。

16）ただし，小早川光郎「機関委任事務と国家賠償法１条」南博方先生古稀記念『行政法と法の支配』（有斐閣，1999年）１頁以下（5－6頁）は，加害行為をした公務員が「国の公務員であれば国が，公共団体の公務員であれば当該公共団体が，それぞれ責任を負うとする」考え方が，最も平明かつ適切な読み方であり，国の機関委任事務の場合も，本来，この読み方で行くべきだった」とする。

17）山本隆司『判例から探究する行政法』（有斐閣，2012年）591頁。

18）東京地判1980年６月18日判例時報969号11頁。

19）山本隆司「私人の行為による国家賠償を巡る諸問題」藤山雅行／村田斉志編『新裁判実務体系25行政争訟（改訂版）』（青林書院，2012年）618-628頁（625頁）。

20）最決2005年６月24日判時1904号69頁。

21）参照，最判1984年10月26日民集38巻10号1169頁。ただし同判例では，工事が完了すれば，完了検査の検査済証交付前であっても訴えの利益は消滅するとされている。

22）行訴法21条１項「裁判所は，取消訴訟の目的たる請求を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対する損害賠償その他の請求に変更することが相当であると認めるときは，請求の基礎に変更がない限り，口頭弁論の終結に至るまで，原告の申立てにより，決定をもつて，訴えの変更を許すことができる」。

23）本文に述べたように，この決定は直接国家賠償法上の責任主体について述べたものではなく行訴法21条１項の訴えの変更の可否に関するものである。行訴法の立案過程の議論も紹介した上で，本決定は損害賠償責任の所在に関する議論の余地を残しているとするものとして，長谷川佳彦「本件評釈」『法学論叢』161巻１号93-107頁（100頁）。

24）最判2007年１月25日民集61巻１号１頁。

25）塩野・前掲注(10)，321頁注(1)。参照，前掲注(13)。

26）山本・前掲注(17)，592頁。山本は裁判例②の場合を「責任混合型公私協働」（同上・589頁），裁判例①の場合を「責任移動型協働」（同上・607頁）と位置づけるが，最高裁は，後者の場合においても，「みなす」という法律構成と是正権限に着目して，法的不可分性を認めていると理解する。

27）板垣・前掲注(4)，75頁。

28）もっとも原田・前掲注(4)，303頁は「最高裁が用いている事務帰属の基準は，民間への権限委任や委託をめぐる実定法のしくみの解釈結果を総括する修辞概念として機能しているにとどまっているとの見方も可能である」と述べる。

29）板垣・前掲注(4)，72-73頁，宇賀克也／小幡純子編『条解国家賠償法』（弘文堂，2019年）41頁（板垣勝彦）。

30）板垣・前掲注(4)，73頁。

31）「指定管理者」＋法条「国家賠償法」で検索すると（2020年４月５日），本文で挙げた裁判例の他に（1）東京地判2006年６月８日判時1944号163頁及びその控訴審東京高判2007年11月28日判時2002号149頁，（2）さいたま地判2009年11月26日判時2081号60頁（3）津地判2018年11月15日判自治454号13頁及びその控訴審名古屋高判2019年５月30日判自治454号９頁がある。しかし（1）は，中野区が保育園に指定管理者制度を導入したことで非常勤保育士の再任用を拒否したという事案において区に対して損害賠償が請求されているものであり，指定管理者の責任が問題になる余地はない。(2）の事案は指定管理者とは無関係である（被告代表者市長の発言中に登場するだけである)。(3）は，原告が，伊賀市の公の施設の指定管理者の募集に対して応募した原告が指定管理者候補として選定されなかった旨の通知を受けたため，同通知の取消しを求めるとともに，同通知による損害賠償を請求した事案であり，地方公共団体及び指定管理者以外の第三者に対する責任を問題とする本稿とは無関係である。

32）東京地判2009年３月24日判時2046号90頁。

33）板垣・前掲注(4)，79頁。

34）成田監修・前掲注(2)，位置番号 No. 747-749。

35）成田監修・前掲注(2)，位置番号 No. 749-752。

36）同旨，「実務と理論　指定管理者が管理する施設内での事故の賠償責任は誰が負うのか」『自治

実務セミナー』2010年２月号12-15頁（14－15頁）。

37）西埜章『国家賠償法コンメンタール（第２版）』（勁草書房，2012年）91頁

38）板垣・前掲注(29)，49頁。ただし，ここで問題にされているのは施設の利用不許可処分に関係する損害賠償であり，施設で事故が起きたときには裁判官の釈明権を行使して国賠法２条の観点を示唆すべきだとされている。もっとも，暴行事例のような場合まで２条責任として処理できるかは議論の余地があるだろう。

39）松村亨「国家賠償法上の公務員概念と指定管理者の責任」自治研究88巻12号101－122頁（113頁，119頁）。松村は団体である指定管理者を公務員としても捉えた上で，個人責任否定の法理は，萎縮が考えにくい指定管理者の場合には及ばないと考えているようである。

40）業務委託の事例で地方公共団体の責任可能性を認めた事例（結論は否定）として，横浜地判1999年６月23日判例地方自治201号54頁。

41）上記の東京地裁2009年３月24日判決はこのような「指示」を捉えて東京都の責任を認めたものである。

42）山本・前掲注(17)，616頁。参照，原田・前掲注(4)，306頁

43）成田監修・前掲注(2)，位置番号745-747。同旨，板垣・前掲注(29)，48頁

44）民法第717条「①土地の工作物の設置又は保存に瑕疵があることによって他人に損害を生じたときは，その工作物の占有者は，被害者に対してその損害を賠償する責任を負う。ただし，占有者が損害の発生を防止するのに必要な注意をしたときは，所有者がその損害を賠償しなければならない。

２（略）

３　前二項の場合において，損害の原因について他にその責任を負う者があるときは，占有者又は所有者は，その者に対して求償権を行使することができる。」

45）板垣・前掲注(29)，49頁。

46）また，設置者たる地方公共団体が国賠法２条に基づく損害賠償を支払った場合でも，国賠法２条２項に基づき，指定管理者に対する求償が可能である。板垣・前掲注(29)，49頁。

47）参照，前掲注(38)，14頁

48）遠藤博也『国家補償法（中巻）』（青林書院新社，1983年）473頁（「この区別は必ずしも明確ではない。というのは，管理の概念がきわめて広いものであって，原始的な設置の瑕疵をそのままに放置していることそれ自体が管理の瑕疵とみることができるほか，設置の瑕疵によって生じた危険をさけるための避難措置を講ずることも管理の問題であるから，設置の瑕疵は同時に管理の瑕疵であることが珍しくない」）。同旨，稲葉馨「国家賠償法２条の『公の営造物の設置又は管理』について」『情報社会の公法学―川上宏二郎先生古稀記念論文集』（信山社，2002年）391-415頁（397頁），西埜・前掲注(37)，839頁。稲葉・同上は，「また，設置者と管理者とが異なり，被害者に対してその一方のみが損害賠償責任を負う場合もしくは求償権の行使（中略）が問題となる場合を除いて，『設置』と『管理』を区別する実益もない」とするが，指定管理者が置かれている場合はまさに設置者と管理者とが異なる事例であるから，もし区別が明確であれば「実益」はあることになる（ただし稲葉はこの区別は明確ではないとしている）。

49）そもそも国賠法２条１項は，「設置又は管理」の瑕疵について，国または公共団体の責任を認めているのだから，地方公共団体自らが管理していない場合であっても，「他者の行為に対する

責任」として設置管理者の管理の瑕疵の責任を負うべきだという解釈も文言上成り立たないとまでは言えないだろう。

50）前掲注(38)，14頁は２条の責任として構成する。

51）本文に加えて，判決文に指定管理者が登場する国賠法２条関係の判決として岡山地判2001年７月19日判例時報2126号95頁がある。本件は，夜間に自転車を運転して市道を走行していたXが，橋のたもとにある遊歩道へ降りる階段から転落して頭部を打ち，遊歩道から用水路に転落して溺死した事故（以下「本件事故」という。）について，Xの相続人ら及び保険会社が，市及び県を被告として損害賠償を請求したものである。判決は，問題となった通路・遊歩道・階段（本件親水施設）について，被告である県と市は共同の責任主体としての地位を有していたとした上で，本件親水施設は通常有すべき安全性を欠いていると評価され，その設置管理に瑕疵があったとして被告らの連帯責任による損害賠償責任を認めた。本件においては関連施設（おかやまファーマーズ・マーケット・サウスヴィレッジ）を指定管理者（合併特例区）が管理しているのだが，判決は，「指定管理者が管理する関連施設には本件親水施設は含まれない」としているため，指定管理者の責任は結局問題にならなかったことになる。

52）札幌地判2015年３月26日判時2314号49頁。

53）札幌高判2016年５月20日判時2314号40頁。

54）「国家賠償法２条１項の営造物の設置又は管理の瑕疵とは，営造物が通常有すべき安全性を欠き，他人に危害を及ぼす危険性のある状態をいい（中略），かかる瑕疵の存否については，当該営造物の構造，用法，場所的環境及び利用状況等諸般の事情を総合考慮して具体的個別的に判断すべきものである（中略）」（最判1984年１月26日民集38巻２号53頁）。

55）宇賀克也／小幡純子編『条解国家賠償法』（弘文堂，2019年）446頁（小幡純子）。その場合，利用者側の利用方法との関係で発生する損害と，利用者側の回避不可能な損害類型とを区別できる。参照，小幡純子『国家賠償責任の再構成―営造物責任を中心として』（弘文堂，2015年）279頁。

56）潮見佳男『不法行為法Ⅱ』（信山社，2012年）255頁。

57）成田監修・前掲注(2)，位置番号 No. 527-530。

58）参照，前掲注(25)。

59）本文では利用者に生じた事故を問題にしたが，公の施設の設置・管理の瑕疵により利用者以外の第三者に損害が発生した場合も問題になる。例えば（i）公の施設の建物が倒壊して通行人に被害を与えた場合や（ii）道路や空港の利用が近隣に対してもたらす騒音被害等（「供用関連瑕疵」と呼ばれる類型）の場合である。(i)については，国賠法２条１項の「管理者」として又は民法717条１項の「占有者」として指定管理者が損害賠償責任を負うのは利用者に対する事故の場合と同様であり，事業の費用の一部として組み込むことが合理的であることも同様である。(ii)については，（そもそも指定管理の対象となる公の施設についてそのような被害が問題になることがあるかはともかくとして），当該公の施設の運用のあり方の基本に関わる問題として，地方公共団体自身が責任を負うことが妥当だと思われる。

60）参照，板垣・前掲注(29)，49頁（ただし裁判例③には触れていない）。なお，公の施設の利用許可・不許可は行政処分とされているから，ここでは民法の適用は考えがたい。

61）板垣・前掲注(29)，49頁

62）成田監修・前掲注(2)，位置番号 No. 557-559

63）板垣・前掲注(29)，49頁

64）板垣・前掲注(29)，49頁は，「実質的にみても，施設の利用不許可処分に関係する損害賠償の内容は慰謝料が主であり，施設で事故が起きた場合のように賠償額が高額に上ることは考えがたく，指定管理者の無資力リスクを被害者が負わされることはない」ことも分離的把握の論拠としてあげる。しかし，逆に施設の利用を「許可」したことにより第三者に対して損害をもたらした場合を考えれば，この論拠は必ずしも妥当しない。仮想例であるが，公の施設で集会が開かれることによって，人の生命，身体又は財産が侵害され公共の安全が損なわれる「明らかな差し迫った危険の発生が具体的に予見され」（参照，最判1995年３月７日民集49巻３号687頁（泉佐野市民会館事件)），当該危険を回避し，防止することの必要性が集会の自由に優越するため不許可とすべきであったにもかかわらず指定管理者が集会を許可したため，結果として人の生命・身体・財産に甚大な損害が生じたという場合を想像してみよう。もっとも損害賠償保険によって無資力リスクの問題を解決することはこの場合でも可能であるから，このことは分離的把握を「否定」すべき論拠にはならない。

65）分離的把握をとって指定管理者に第一次的損害賠償責任を負わせることが公共施設の利用許可・不許可の判断に影響を与えるとした場合，それによって「許可すべき事案を不許可にする」「不許可とすべき事案を許可する」という２種類の誤った判断のどちらの可能性が高いかも，検討に値する。

66）下山憲治「経済行政における国家補償の法理」首藤重幸／岡田正則編『経済行政法の理論』（日本評論社，2010年）307-326頁は，「公権力の行使たる同一の加害行為を争点とした責任分担論である求償権を中心とした清算の議論」の重要性を指摘し，「公的任務遂行者の多元性が認められる現在では，目的論的に，国家賠償法１条２項を解釈することも必要になる」とする（321-322頁)。