

〈論説〉

里親の不法行為に係る地方公共団体の 賠償責任

高 梨 文 彦

I. 問題の所在

わが国における児童の社会的養護は、施設養護中心のあり方から里親あるいはファミリーホーム（小規模住居型児童養育事業）における家庭養護を中心としたあり方へと切り替わる、大きな転換点にある。2017年8月に厚生労働省（以下、厚労省と略す）の「新たな社会的養育の在り方に関する検討会」は「新しい社会的養育ビジョン」（以下「新ビジョン」と略す）¹を公表し、2017年3月時点で18.3%だった里親委託率を、3歳未満児については5年以内に75%に、3歳以上の未就学児については7年以内に75%に、そして学童期以降の児童については10年以内に50%に引き上げる、との数値目標を掲げた。既に2000年以降、里親に委託される児童数は一貫して増え続け、また受託の前提となる里親登録を受けた世帯数も2009年から増加傾向にあり、社会的養護全体に占める里親委託率は諸外国に比べて低いものの着実に向上してきている。²「新ビジョン」は、所管官庁としてこの流れを加速させ推進する意思を示したものと理解できよう。

「新ビジョン」が掲げる数値目標が達成された場合、直近の数値を用

いた厚労省の試算によれば、現在の約3倍にあたる2万人強の児童が里親あるいはファミリーホームに委託されることになるが³、2017（平成29）年度末の登録里親数は11,730世帯、ファミリーホームは347ヶ所であり⁴、受け入れ態勢の更なる拡充が当面の課題となる。里親名簿に登録されるのは、児童相談所（以下、児相と略す）設置自治体による研修を修了し、各自治体の児童福祉審議会への諮問を経たうえで首長により里親として認定された者である⁵。これは里親による家庭養護を一定水準に保つための仕組みであるが、里親委託の活用が急速に展開されるようになれば、里親希望者の能力や動機、熱意の多様化が進み、家庭養護の質に影響を与えることも懸念される⁶。

社会的養護において委託児童が被害者となる事件・事故が発生した場合の民事責任をめぐっては、社会福祉法人の運営する児童養護施設において入所児童が他の入所児童から受傷した事例につき、当該法人に児童を委託した県の賠償責任を認めた最一判平成19.1.25（民集61巻1号1頁、判時1957号60頁。以下、2007年最判という）がよく知られている。児童養護施設と里親はいずれも児童の社会的養護の主要な担い手であるが、里親家庭で事件・事故が発生した場合の賠償責任についても同様に考えるべきであろうか⁷。施設ではなく里親への委託が積極的に推進されようとしている今、この点を整理・検討し直しておきたい⁸。

1 <https://www.mhlw.go.jp/file/05-Shingikai-11901000-Koyoukintoujidoukateikyoku-Soumuka/0000173888.pdf>（2019年2月12日最終閲覧）

2 厚労省子ども家庭局家庭福祉課「社会的養育の推進に向けて」平成31年1月版23頁
（<https://www.mhlw.go.jp/content/000474624.pdf>）および厚労省ホームページ「里親制度等について」
（https://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/kodomo/kodomo_kosodate/syakaiteki_yougo/02.html）を参照（いずれも2019年2月12日最終

閲覧)。

- 3 第22回社会保障審議会児童部会社会的養育専門委員会(2017年12月22日)の「参考資料1」を参照。

https://www.mhlw.go.jp/file/05-Shingikai-12601000-Seisakutoukatsukan-Sanjikanshitsu_Shakaihoshoutantou/0000182473_2.pdf (2019年2月12日最終閲覧)

- 4 前掲(注2)「社会的養育の推進に向けて」2頁を参照。

- 5 厚労省雇用均等・児童家庭局長通知(2013年6月7日一部改正, 雇児発0607第8号)「里親制度の運営について」で示された「里親制度運営要綱」の「第3 里親制度の概要」を参照。また, 里親認定と里親登録の法的性質につき, 高梨文彦「児童福祉行政における里親の法的位置づけ」『朝日大学法学部開設三〇周年記念論文集』(成文堂, 2018年)275頁以下を参照。

- 6 現時点においても, 里親による委託児童への虐待は必ずしも珍しいことではない。里親あるいはファミリーホームで発生した虐待事例のうち, 事実が確認されたものが毎年10件前後あり, これは施設等も含めた社会的養護全体において事実が確認された虐待事例の10~20%程度を占めている。厚労省まとめ「平成28年度における被措置児童等虐待への各都道府県市の対応状況について」22頁

(<https://www.mhlw.go.jp/content/000348436.pdf>, 2019年2月12日最終閲覧)を参照。また, 里親家庭における委託児童への虐待事例について分析し, 里親・里子への支援体制を充実させる必要性を説くものとして, 河尻恵「被措置児童等虐待防止の制度化に至る経緯と事例報告を受けて」里親と子ども7号(2012年)102頁を参照。

- 7 2016年に社会保障審議会児童部会社会的養護専門委員会のワーキンググループが公表した「被措置児童等虐待事例の分析に関する報告」52頁

(<https://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-11900000-Koyoukintoujidoukateikyoku/0000174951.pdf>, 2019年2月12日最終閲覧)は, 2009年3月31日に発出された厚労省雇用均等・児童家庭局家庭福祉課長および社会・援護局障害保健福祉部障害福祉課長通知(雇児福発第0331002号・障発第0331009号)で示された「被措置児童等虐待対応ガイドライン」について, 施設内での虐待事例が想定されていて里親およびファミリーホームに関する記載が不十分であると指摘し, 家庭養護の推進に当たっては里親およびファミリーホームでの虐待発生の防止は喫緊の課題であるからガイドラインを見直すべきだ, と提

言している。

- 8 同様の問題意識からイギリスの最高裁判例を詳細に紹介するものとして、和田武士「英国における里親による虐待と自治体の法的責任」都市問題 109 巻 7 号（2018 年）67 頁がある。

Ⅱ. 里親による家庭養護と「公権力の行使」

社会福祉領域におけるサービス提供は民間事業者への委託なしには成立しないため、民間事業者が運営する施設における事件・事故に際し、委託した行政主体が国家賠償法（以下、国賠法と略す）に基づく賠償責任を負うか否かは、他の行政領域に先駆けて議論されてきた⁹。サービス提供の法形式に着目するなら、1990 年代末以来の社会福祉基礎構造改革によって社会福祉領域において主流となった、利用者と民間事業者との間の契約に基づいてサービスが提供され行政主体が費用を助成する方式については、その際に生じた不法行為についても行政主体が国賠責任を負うことはないものと解される。しかし児童福祉領域のように、行政が個々のサービス内容も決定する方式については、国賠責任の有無を判断するにはさらなる検討を要する¹⁰。その際、議論の焦点になるのは、不法行為の加害者である民間事業者の職員が国賠法 1 条 1 項にいう「公務員」に該当するか否か、である。もともと、同条項の「公務員」は行政組織法上の公務員のみを指すものでなく、加害行為が同条項の「公権力の行使」に該当するならば当該公権力の行使にあたる者を「公務員」と解するのが通説であるから¹¹、サービス給付が「公権力の行使」に含まれるかが争点となる。

(1) 2007 年最判の概要

この点につき初めて最高裁の判断が示されたのが 2007 年最判であった。本件は、児童福祉法（以下、児福法と略す）27 条 1 項 3 号に基づ

く措置（以下、3号措置と略す）に伴い児童養護施設に入所していた児童が、同じく3号措置に伴って入所していた他の児童から暴行を受け、それにより障害を負ったため、措置入所を行なった児相を設置する愛知県に対して国賠法1条1項に基づき賠償請求をした事案である。最高裁は、施設養護が「公権力の行使」に該当するか否かの判断にあたり、以下のように児福法の規定を列挙する（付番は筆者）。

- (a) 国及び地方公共団体は、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こと（児福法2条）
- (b) 都道府県は、要保護児童を児童養護施設に入所させるなどの措置を採るべきこと（児福法27条1項3号）、
- (c) 都道府県は、親権者又は後見人（以下、親権者等と略す）の意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に入所させるなどの措置を採ることができること（児福法28条）、
- (d) 都道府県が3号措置により児童を児童養護施設に入所させた場合、入所に要する費用のほか、入所後の養育に要する費用は都道府県の支弁とし（児福法50条7号）、都道府県知事は、本人又はその扶養義務者から、負担能力に応じて費用の全部又は一部を徴収することができること（児福法56条2項）、
- (e) 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（児福法47条1項）

最高裁は、これら施設入所に係る任務・資金・権限に関する規定に基づき¹²、国又は地方公共団体が保護者による児童の養育監護について後見的な責任を負い、他方で児童養護施設の長は養育監護についてその児童の福祉のため必要な措置を採ることを認められている、とする。そして「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」と結論付け、県の国賠責任を認めたのである。

(2) 2007年最判の考慮事項と里親による家庭養護

さて、児童養護施設と同じく上記(a)の任務の委託先となる里親について委託児童に対する不法行為を想定したとき、委託者となる児相設置自治体に国賠責任が生じると考えられるであろうか。管見の限り、里親委託をめぐって委託児童やその後見人、親権者から提起された国賠訴訟の先例は見当たらないから、2007年最判が示した考慮事項が妥当するか検討していきたい。まず、里親委託も3号措置を経て行なわれるものであり、(b)と(c)は児童養護施設への入所の場合と相違がない。また、里親委託に要する費用の徴収についても施設入所の場合と同じ条文が適用されるから、(d)も差異がない。

それに対し(e)については、児童養護施設の長が親権者等のない入所児童に対して親権を行なえる旨を指摘している点に相違がある。里親およびファミリーホームの運営者は、受託した児童に対する監護、教育、懲戒の権利を付与されている(児福法47条3項)ものの、児童養護施設を含む児童福祉施設の長とは異なり、当該委託児童に親権者等がない場合であっても親権を行なうものとはされていない。委託児童に親権者等がない場合、親権を行なうのは委託した児相の所長である(児福法47条2項)。懲戒権を除く親権のうち、居所指定権については児童の社会的養護の性質からみて委託中に問題になる場面を想定し難いが、職業許可権は委託児童がアルバイトを希望した場合等に問題になり得る¹³。もっともこれらの権利は、委託児童に対する日常的な監護、教育の権利に含めて考えることができるであろう¹⁴。

他方、親権のうち財産管理権や代理権は、委託児童が児福法の対象年

齢を超えて措置解除となったのちの経済的自立にも関わり得るものである¹⁵。しかし児童福祉施設の長が親権を行使し得るのは、親権者等のない児童に対し、親権者等があるに至るまでの間に限られており、そのような児童についてその福祉のため必要があるときは、児相の所長が家庭裁判所に対し未成年後見人の選任を請求しなければならない（児福法 33 条の 8 第 1 項）から、少なくとも制度的には、児童福祉施設の長による財産管理権および代理権の行使は暫定的なものに留まる。さらにこの規定自体、1951 年の児福法改正時に、戦前以来の福祉施設の長による広汎な親権行使に制約をかけることを目的として設けられたものである¹⁶。これらの点を考えれば、上記(e)も里親と児童養護施設の長の任務に本質的な違いをもたらすものではなく¹⁷、むしろ、双方とも児童の日々の養育に密接に関わる監護、教育及び懲戒の権限を付与されている共通性にこそ着目すべきであろう。

(3) 2007 年最判が言及しなかった事項と里親による家庭養護

以上のように、2007 年最判が示した児童養護の目的や児童養護施設の長の権限は、施設入所のみならず里親委託も国賠法上の公権力の行使に含まれることを支持するものと捉えられる¹⁸。他方、2007 年最判が触れなかった点が、里親委託の事案と施設入所の事案との差異をもたらすか否かについても見ておきたい。

① 児童を受託する義務

第一審・名古屋地判平成 16.11.12（賃金と社会保障 1387 号 42 頁）および控訴審・名古屋高判平成 17.9.29（賃金と社会保障 1407 号 56 頁）は、児童養護施設が正当な理由がない限り措置入所を拒否できないこと（児福法 46 条の 2）をも公権力の行使への該当性を肯定する根拠の一つに掲げていたが、最高裁はこれに言及していない。里親委託は、家庭と同様の環境のもと特定の保護者との間に愛着形成を図りつつ養育することが目的であるから、個々の要保護児童に最も適した里親候補者が選定

される必要があり、児童委託に先立って入念なマッチングが行なわれることが期待されている。したがって登録里親にも、施設とは異なり受託する児童を選択する余地があり、厚労省雇用均等・児童家庭局長「里親委託ガイドライン」（2011年3月30日、雇児発0330第9号）5.(1)②では、具体的に委託を打診する際に里親候補者に対して受託を断ることができる旨を伝えるべきことを明記している。第一審においては、児童養護施設における養育監護の公共性の高さを示す項目の一つとして掲げられ、控訴審においては、児童委託に係る県と社会福祉法人との契約が通常の契約とは異なるものであることを示す要素として掲げられていた受託義務に、最高裁が言及しなかったことは、児童の受託義務を負わない里親が射程範囲に含まれることを肯定するうえで大きな意味を持つ。¹⁹

② 児童の委託先の選択可能性

また、被害者側が委託先を選択できるか否かが公権力の行使への該当性を判断する大きな要素だった、と指摘する見解もある。²⁰それによると、児童養護施設を児童側が選べない、または選べたとしても限定的であることが重視されることになる。しかし、新たに社会的養護の対象になる児童のなかには十分に自らの意思を表明できる年齢の者も含まれ、特に里親委託については事前のマッチングが行なわれること、また前掲「里親委託ガイドライン」5.(1)③が児童に対し里親委託を断ることができることも説明するよう定めていることを考えれば、児童が里親候補者を選択できないとは断じ難い。²¹そもそも2007年最判においては、その下級審から通じて、県と児童養護施設の法的関係や権限、あるいは県と児童の親権者等との関係について判示されており、委託される児童本人との関係について明示的に触れるところは、あえて挙げるとしても養育監護の客体としての側面に留まる。児童が自ら希望して選んだ委託先において被害に遭う場合もあるから、社会的養護における選択可能性によって国賠法の適用の可否を判断することの妥当性は、なお慎重な検討を要するであろう。

③ 養育監護行為の性質

2007年最判は、児童に対する監護、教育、懲戒という行為そのものについて特に触れるところがない。むしろ下級審が言及しなかった上記(c)や(d)を列挙することで、児福法27条および28条による措置がもつ強権的な側面と、児童養護施設の長に認められた委託児童に対する権限の特殊性を強調し²²、社会的養護は都道府県の事務であるから国賠法上の公権力の行使に該当すると端的に結論付けている。それに対し下級審はいずれも、日常の養育監護が特別に付与された権限によらずとも一般の親権者であれば誰でも行使できる内容の行為である旨を述べたうえで、私経済作用であることを明示的に否定した。近時、里親委託が積極的に推進されようとしているなか、施設養護に対する家庭養護の優位性が従来にも増して強調されているが²³、里親による養護が家庭という「私的な場で行われる社会的かつ公的な養育である」（前掲「里親及びファミリーホーム養育指針」5.(2)①）という特殊性は、委託者である県の責任に何らかの影響を及ぼすだろうか。

この点に関連して第一審は、児童養護施設への委託後も県が適切な養育監護を確保する責任を負い続けるとする根拠として、社会福祉法61条1項1号が国及び地方公共団体に対し、法律に基づく自らの責任を他の社会福祉事業を営む者に転嫁することを禁じている点を挙げていたが、社会福祉法にいう「社会福祉事業」に里親家庭の運営は含まれない。しかし、里親による家庭養護を施設養護と別異に捉えることはできないであろう。国家は原則として、生命・身体の危険など最低限の子どもの福祉に反する場合のほか家庭に対して介入してはならないが²⁴、少なくとも児福法の枠組みにおいては、実親を含む保護者の養育責任は、社会が児童の養育に対して負う責任の一部と捉えられる²⁵。まして里親は社会的養護という制度の一端を担う者であり、少なくとも委託児童との関係では里親家庭は純然たるプライベートな空間ではなく、家族を基本として「子どもの成長、福祉及び保護にとって自然な環境」（前掲「里親

委託ガイドライン」2.)であることを期待されつつも、そこで行なわれる養育監護行為とともに高度に公共的な性格を持つことになる。現実の施設養護と家庭養護とでは、職員と児童の数的関係など無視しがたい環境の違いがあるが、国賠法上の公権力の行使への該当性の判断要素としては、差異をもたらさないものと考えられる。

④ 児相設置自治体による指揮監督

民間への事務委託に係る不法行為責任については、国または公共団体による指揮監督の態様によって国賠責任の有無を判断するという考え方もあり得る。児福法46条は、同45条に基づく児童福祉施設の運営基準を維持するため、児童福祉施設に対し報告を求め、検査のための立入りを認めている。第一審は、社会福祉法人の賠償責任を否定するための前提として46条に言及し、指揮監督が予定されていることを以って加害行為をした法人職員をも公務員と別異に扱うことはできないと結論付けたが、最高裁は46条に言及していない。指揮監督関係については、事務を受託する私的主体の行為に公権力の行使としての性格を与える一要素とはなり得るが、それは通常の規制と質的に異なる規制である場合に限られ、46条による指揮監督は特に異質な規制とは言えない、との評価もある。²⁶

では、児童養護施設に対する指揮監督と里親に対する指揮監督には質的な違いが見られるであろうか。児福法46条1項は、児童福祉施設とともに里親も報告徴収や立入検査の対象としている（里親の遵守すべき最低養育基準は同45条の2に基づく）。しかし、基準に達しない場合の改善命令等に関する46条3項、児童福祉審議会の意見を聴いたうえでの事業停止命令に関する同4項は、児童福祉施設のみを対象としている。里親については、児福法施行規則36条の44第2項が、児相設置自治体の長への報告義務を遵守しない場合と、養育最低基準や児童の就学義務に反する場合につき、里親名簿への登録を削除できる旨を定める。登録削除はすなわち児童委託を受け得る地位の剥奪であるから、児童養

護施設に比べてより強度の介入が予定されていると見ることもできる。その前提には、児童養護施設が地域住民からの児童養育に係る相談（児福法48条の2）等、児童の養育以外の事業をも担うことが予定されているのに対し、里親がもっぱら委託児童の養育のみを担うという、機能の違いがあるだろう。

また、下級審も最高裁も触れていないが、児福法30条の2は児童の保護について、児童福祉施設に対しても現に児童養護に当たっている里親に対しても必要な指示を行なう権限を、児相設置自治体の長に与えている。つまり児相設置自治体は、委託後も個々の児童に対する養育監護について具体的に関与することができるのであり、受託する施設や里親との間に強度の指揮監督権があると言えるかはともかく、児福法46条の規定と合わせ考えれば、施設や里親に独立性が認められていると言²⁷い難いのではないか。児童の社会的養護という事務が児相設置自治体に帰属することを以て国賠法上の公権力の行使への該当性が肯定されると2007年最判を理解するならば、公共団体の国賠責任を過大に拡げること²⁸に繋がる²⁹との懸念が示されている。そうした事態を避けるためには、児相設置自治体による具体的な関与を可能とする児福法30条の2と46条が、児相設置自治体の権限・責任と施設や里親による養育監護の不可分性を示しているがゆえに、公権力の行使に該当するのだと理解すべきであろう。

- 9 例えば、橋本宏子『福祉行政と法』（尚学社、1995年）第2章、交告尚史「国賠法一条の公務員」神奈川法学30巻2号（1995年）75頁など。
- 10 前田雅子「社会保障の法関係」ジュリスト増刊・行政法の争点（有斐閣、2014年）267頁を参照。
- 11 宇賀克也『行政法概説Ⅱ 行政救済法』（有斐閣、第6版、2018年）422頁を参照。
- 12 2007年最判の分析枠組みを「任務・資金・権限」という3つの考慮要素として整理したのは、原田大樹「判批」法政研究74巻2号（2007年）122頁であ

る。

- 13 施設養護においては、入所児童がアルバイトを希望した場合にその機会を設けることが、就労体験を積むための支援の一環と位置付けられている。厚労省雇用均等・児童家庭局長通知（2012年3月29日）「児童養護施設運営指針」第Ⅱ部1.(9)。他方、同時に発出された厚労省雇用均等・児童家庭局長通知「里親及びファミリーホーム養育指針」第Ⅱ部1.(12)は、社会性の獲得支援の指針を示す項目であるが、アルバイトその他の就労体験に言及していない。
- 14 身上監護権は民法821条～823条によって具体化されると理解すべきではなく、820条が抽象的に監護・教育の権利義務として定めていることを重視すべきとするものとして、窪田充見『家族法』（有斐閣、第3版、2017年）285頁を参照。また、監護教育に必要な範囲の懲戒および居所指定は820条の監護教育権の行使に含まれるので821条および822条は廃止すべきとするものとして、二宮周平『家族法』（新世社、第5版、2019年）235頁を参照。
- 15 入所児童との間に一般的な身分関係を有しない児童福祉施設の長に親権者と同様の財産管理権を付与することの問題点を指摘するものとして、大原利夫「児童福祉施設長の財産管理権について」矢嶋里絵ほか編『人権としての社会保障』（法律文化社、2013年）228頁がある。
- 16 児童養護施設の長に親権が付与されている経緯につき、許斐有「児童福祉法上の親権規定の成立・展開過程」淑徳大学研究紀要22号（1988年）43頁を参照。
- 17 この他にも個別法によって生ずる差異がある。例えば児童への予防接種につき、厚労省令である予防接種実施規則は5条の2第1項において保護者への説明と文書による同意の取得を義務付けているが、予防接種法2条7項は保護者を「親権を行う者又は後見人をいう」と定義しており、児童を養護している里親が同意を行なえるのは、児童に保護者がある場合で保護者の同意の有無を確認できないときに限られる（同規則5条の2第2項1号）。この点、実親等の親権者又は後見人がいない児童についても代わって親権を行使して同意を行なえる児童養護施設の長とは、権限の範囲が異なることになる。
- 18 里親が2007年最判の射程に含まれると述べるものとして、例えば、横田光平「判批」法学協会雑誌125巻12号（2008年）156頁、板垣勝彦「判批」社会保障判例百選（有斐閣、第5版、2016年）215頁等がある。他方、2007年最判は「一般的に過ぎる判示を行った」ため射程が明らかでないものとして、野田崇「判批」法学論叢165巻3号（2009年）145頁を参照。

- 19 最高裁が受託義務に言及しなかったことの意義を指摘するものとして、山本隆司『判例から探究する行政法』（有斐閣、2012年）595頁、横田・前掲（注18）156頁を参照。他方、中野妙子「判批」法政論集226号（2008年）272頁は、児福法以外の社会福祉各法に基づき設置される福祉施設の長には児童福祉施設の長のような権限が委譲されないことから、最高裁は公権力の行使への該当性を施設長の権限から判断するべきではなく、受託義務こそ考慮要素とすべきであったとする。
- 20 松塚晋也「指定確認検査機関の賠償責任主体性」京女法学6号（2014年）18頁。建築基準法上の指定確認検査機関による不法行為につき、利用者は検査機関を自ら選択できるのだから民法上の責任を追及すべきであると論ずることとの対比で、2007年最判に言及している。
- 21 例えば、井上寿美・笹倉千佳弘「児童養護施設における里親支援の実態」大阪大谷大学教育学部幼児教育実践研究センター紀要8号（2018年）22頁は、児童養護の担当職員の語りから、委託先が決まっていた児童の意思に基づき里親委託を取り止めた事例があることを紹介している。
- 22 これに対し横田・前掲（注18）151頁は、最高裁判決は児童にとって養育監護がどのような行為であるかを判断するものとするが、私見では、最高裁が着目しているのは養育監護行為ではなく前段階の措置と委託の性質である。
- 23 「新ビジョン」に対しては、里親委託推進という政策目標が先に立ち、社会的養護の主たる担い手として児童養護施設で積み上げられてきた実践への正当な評価がなされておらず、むしろ各児童に適した環境を整えるための社会的養護の多様性を損ないかねない、との批判がある。例えば、浅井春夫ほか編『〈施設養護か里親か〉の対立軸を超えて』（明石書店、2018年）所収の各論稿、全国児童養護問題研究会『「新しい社会的養育ビジョン」に対する意見』（2017年9月、子どもと福祉11号〔2018年〕97頁に掲載）を参照。なお、里親委託率が現在よりさらに低迷していた時期に刊行された和泉広恵『里親とは何か』（勁草書房、2006年）234頁以下は、しばしば施設養護と里親養護を対立の構図で捉えて里親養護の利点を強調する議論が展開されることを示しつつ、そうした対立の構図をひとまず放棄することの重要性を指摘している。
- 24 横田光平「児童虐待への国家介入」法律時報90巻11号（2018年）38頁を参照。
- 25 許斐有『子どもの権利と児童福祉法』（信山社、増補版、2001年）91頁を参照。なお、児福法の2016年改正では、法の理念を示す1条と2条も児童の権

利に関する条約の精神に沿うよう改正され、新たに2条1項として保護者に児童育成の第一義的責任があることが明記された一方、国及び地方公共団体が保護者とともに負う責任に関する従前の2条は同条3項となった。現2条1項の「第一次的責任」は具体的な義務を導くものではない、とするものとして、横田・前掲（注24）39頁を参照。

26 山本・前掲（注19）590頁を参照。

27 児福法30条の2と46条との関係につき、46条による規制の目的は主として施設等の適切な運営の確保、30条の2による指示は児童そのものの適切な処遇の確保にあるとするものとして、桑原洋子ほか編『実務注釈児童福祉法』（信山社、1998年）195頁〔加藤佳子〕を参照。

28 橋爪幸代「第一審判批」季刊・社会保障研究41巻3号（2005年）289頁を参照。

29 山本・前掲（注19）592頁、板垣勝彦『保障行政の法理論』（弘文堂、2013年）545～547頁を参照。

Ⅲ. 「公務員」たる里親の個人責任

前節でみたように、児童養護施設と里親が委託児童に対してもつ権限、児相設置自治体による規制のあり方には若干の相違があるものの、国賠法上の公権力の行使への該当性の判断に相違をもたらすようなものではない。したがって里親委託における委託児童に対する不法行為については、児相設置自治体が賠償責任を負うことになる。しかし、今後想定される里親委託の拡大に伴って生じるであろう家庭養護の担い手と質の多様化を見据えると、なお検討すべき事項が残されている。

損害を填補し被害者の救済を図るという点からは、児相設置自治体に国賠責任が認められることで目的は達せられる。とりわけ、児童の社会的養護においては、児童養護施設を運営する社会福祉法人も個人として名簿に登録している里親も、多くは財政的基盤が脆弱であることが想定されるから、2007年最判が持つ意味は極めて大きい。他方で、国賠責任が認められると最判昭和30.4.19（民集9巻5号534頁）により公務

員本人の個人としての賠償責任は否定されることになり³⁰、2007年最判の事案でも第一審から、加害行為者たる社会福祉法人職員の賠償責任が問われることはなく、使用者である社会福祉法人について民法715条に基づく賠償責任の有無が争点となった。不法行為制度の従たる目的として抑止機能と制裁機能が含まれるとすれば³¹、家庭養護の質の確保の必要性からも、実際に養育監護にあたる者の責任は再考されるべきである。

(1) 家庭養護における使用者の賠償責任

2007年最判は、被用者の加害行為が公権力の行使に該当して国又は公共団体が国賠償責任を負う場合には、被用者個人のみならず使用者も賠償責任を負わない、と判示した。その理由付けは淡泊だが、結論を同じくする第一審は、民法715条が使用者に賠償責任を代位させる趣旨であることを理由に、施設職員が個人責任を負わない以上、使用者たる社会福祉法人も責任を負わないとしている。これに対し控訴審は、公共団体が国賠償責任を負うこと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、社会福祉法人の賠償責任を肯定していた。この点に係る2007年最判の結論について強く批判する者は限られているが³²、児童の社会的養護が公私の協働によって実現されるものであることに鑑みると、非営利であっても任意に固有の目的のために協働する私人の賠償責任については、むしろ控訴審の考え方が適切であり、行政に全面的に賠償責任を負わせるには更なる理由付けが必要となる、として2007年最判の射程を区切るべきとする論者もある³³。

里親については個人として名簿に登録され、児童を受託するものであるから、使用者の賠償責任の有無はそもそも問題にならない。それに対しファミリーホームは、里親と共通の養育指針に基づく家庭養護の担い手であると同時に第二種社会福祉事業に位置付けられ、原則として養育者たる個人（夫婦）による運営を基礎としつつ、1人以上の補助者を職員として置かなければならず³⁴、外部の人材を雇用すれば養育者が使用者

の立場に立つこともある。第一審に対しては、社会福祉法人には福祉事業について自主性や創意工夫が重視されるべきであること、福祉事業の公共性の高さの観点から社会的信用力を担保するために設立された法人であることから、社会福祉法人の使用者責任を認めるべきであったとの批判があるが、³⁵個人（夫婦）を事業者として想定するファミリーホームについて後者はそのまま当てはまらない。2007年最判によって、ファミリーホームの養育者の使用者責任も否定されるものと考えられる。

(2) 虐待事案の「職務行為関連性」

国賠法1条1項は「職務を行うについて」加害したことを国賠責任の成立要件としているため、加害行為が少なくとも職務と関連性を有することが求められる。裁判例におけるこの要件の扱いは必ずしも明確ではないが、加害行為が職務遂行そのものとは言えない場合や職務権限を逸脱している場合についても、客観的に職務行為の外形をそなえる行為であれば関連性が肯定されている。³⁶里親による懲戒や指導の行き過ぎによる加害については、児童の養育監護という受託の目的と加害行為との関連性を認めやすいものと思われるが、意図のかつ悪質な虐待の事案については関連性に疑問の残るケースもあり得よう。

児童の社会的養護における虐待行為をめぐる賠償請求訴訟の事案として、例えば千葉地判平 19.12.20 (2007WLJPCA12209006) は、3号措置に基づき社会福祉法人の運営する児童養護施設に入所していた児童に対し、同施設の所長が体罰や精神的圧迫を加える数々の暴行を行っていた事例である。国賠請求の被告となった千葉県は、所長の行為はいずれも入所児童に対する養育監護の一環とはいえず職務行為関連性がないと主張した。これに対し同裁判所は、「職務を行うについて」に該当する行為は、外形的にみて加害公務員の行為が職務行為の外形を有すれば足りると解され、所長による暴行行為は、養護施設内で入所児童に対し施設長ないし職員という立場を前提として行われたものであるから、外形

上、養護施設職員が入所児童に対して養育監護を行うにつきなされたものと認められるとして、職務行為関連性を肯定している。ここでは、加害行為の態様に加え、加害者の地位・立場や、それをどのように利用したかが考慮要素とされている。個々の児童について養育監護を行なう者としての里親の立場は、児童養護施設の長と変わらないから、家庭養護における暴力やネグレクトにも職務行為関連性は認められることになるだろう。

それでは性的虐待のような、養育監護という目的から隔たりの大きい、もっぱら加害者の私欲のために行なわれる行為についてはどうか。児童養護ではなく児童保育における事件であるが、東京地判平 22.11.25 (2010WLJPCA11258001) は、区立保育園に在園していた児童に対する保育士のわいせつ行為につき、児童の実父母が区への国家賠償請求をせずに当該保育士に対してのみ民法 709 条に基づいて賠償請求した事案である。これに対し東京地裁は、当該わいせつ行為について「公務員である保育士が、その職務である午睡当番中に園児の身体や衣類に触れることは、外形上公務員が職務を行うについてなした行為」とみるのが相当としたうえで、職務の執行に当たった公務員個人は被害者に対して責任を負うものではなく、区に対して国賠請求をすべき事案であるとの被告側の主張を採用し、訴えを不適法として却下している。このような刑事責任を問われる可能性の高い行為であっても、保育士が保育の現場で行なったものであれば国賠請求の対象となるのであり、その点は、児童を養育監護する者として行政による登録を受け、行政から児童を受託して養護する里親についても、変わらないであろう。

(3) 養育監護にあたる者の個人責任

もっとも、性的虐待を含む深刻な虐待事案についても国賠法上は「公務員」である里親が「職務を行うについて」なした行為であるから、児相設置自治体が国賠責任を負うのであり里親本人は賠償責任を負わな

い、との結論には若干の違和感を禁じ得ない。そこで最後に、加害行為をした里親個人に賠償責任が生ずる余地はないのか、検討しておきたい。

前述のとおり里親による不法行為に係る国賠訴訟の裁判例は見当たらないが、虐待事案について里親が民法に基づき賠償請求を受けた事案が公刊されている。東京地判平 25.9.27 (2013WLJPCA09278004) は、被告である里親が委託されていた児童に暴行を加えて死亡させたとして、実親が損害賠償を求めて提訴した事件であり、東京地裁は暴行死の事実を認定して被告に対し損害賠償の支払いを命じた。判決文には、実親が児相および乳児院の勧めに応じて里親委託を承諾したことが認定されているが、里親委託した東京都の不法行為責任については触れられておらず、里親に対する裁判とは別に東京都との間で和解が成立した、あるいは協議を試みたことを示す記載も見られないことから、原告はそもそも東京都の不法行為責任を問うことを想定していなかったものと考えられる。本件は過失による事故ではなく、児童を死に至らしめるほどの意図的かつ苛烈な虐待であることから、被告の行為に職務行為関連性があると主張することは難しいと判断したのかも知れない。

仮に本件における被害児童の実親が東京都の国賠責任を追及していたとすれば、同じく児童養護に係る 2007 年最判やその論理を踏襲した千葉地判平 19.12.20、そして児童保育における性的虐待に職務行為関連性を認めた東京地判平 22.11.25 に鑑みて、里親委託した東京都に賠償責任が認められるのが整合的であろう。しかしそれでは、不法行為制度の従たる目的である抑止機能と制裁機能が作動しない。この場合において抑止・制裁の機能がまず作用すべきは、実際に児童の養育にあたる「公務員」たる里親に対してである。委託児童への虐待は里親としての欠格事由に該当するため、虐待事案を引き起こした者は当然ながら委託を解除されるにとどまらず里親名簿から消除される等の行政的対応を取られることになるが（児福法 34 条の 20）、不可逆的な児童の成長に携わり支

えることを任務とする者として、虐待行為自体が抑制されるよう刑事責任のみならず個人として民事責任を負わせるべきではないか。国や公共団体に国賠責任が認められる場合の加害公務員の個人責任について、学説はいくつかの見解に分かれているが、³⁷ 国賠法1条2項の求償権の発生要件と同じく「故意又は重大な過失」がある場合については、³⁸ 里親や児童養護施設職員に個人責任を負わせる可能性を認めるべきである。少なくとも東京地判平25.9.27の認定事実のように、およそ児童養護の担い手としての職務遂行の意思があるとは言い難い者による苛烈な虐待事案については、里親や児童養護施設の運営者の民事責任が児相設置自治体の国賠責任と並び立つものと理解することで、決してあってはならない³⁹ 被措置児童への虐待の抑止にわずかでも繋げるべきではないか。

- 30 もっとも、行政主体が国賠責任を負う場合でも加害公務員本人が賠償責任を負う余地については、学説上なお論究の対象となっている。例えば、松本克美「公務員個人の対外的不法行為責任免責論の批判的検討」立命館法学361号(2015年)211頁、津田智成「公務員の対外的賠償責任に関する試論的考察(一)～(五・完)」自治研究93巻9号～94巻4号(2017年～2018年)を参照。
- 31 西埜章『国家賠償法コンメンタール』(勁草書房、第2版、2014年)34～36頁は国賠制度の機能につき、被害者救済機能と並列する重要なものとして、国家作用に瑕疵のないよう監視する機能を挙げる。
- 32 中野・前掲(注19)270頁は、第一審の評釈のうち、社会保障法学の立場からの評釈においては批判的見解が多いのに対し、行政法学の立場からの評釈では肯定的に捉える見解が多い、と対比的に整理している。
- 33 米丸恒治「行政の多元化と行政責任」小早川光郎ほか編『行政法の新構想Ⅲ行政救済法』(有斐閣、2009年)321頁を参照。また、行政活動の受託者の使用者責任の免除は妥当性を欠くと述べるものとして、野田・前掲(注18)146頁。
- 34 厚労省雇用均等・児童家庭局長通知「小規模住居型児童養育事業(ファミリーホーム)の運営について」(最終改正平成24年3月29日、雇児発0329第7号)の第七を参照。

- 35 橋爪・前掲（注28）289頁。
- 36 国賠法1条1項の「職務を行うについて」の意義について学説と判例を整理したものとして、山田健吾「最判昭和31.11.30（民集10巻11号1502頁）判批」行政判例百選Ⅱ（有斐閣，第7版，2017年）470頁を参照。
- 37 学説を整理したものとして、津田・前掲（注30）「（五・完）」自治研究94巻4号（2018年）110頁以下を参照。
- 38 加害公務員に故意又は重過失がある場合には個人としての賠償責任を問う可能性を認めるべきとする近時の論稿として、曾和俊文「国家賠償(3)（下）行政の不作为と国家賠償，公務員の個人責任」法学教室419号（2015年）85頁を参照。
- 39 松本・前掲（注30）235頁は，公務員個人の不法行為責任の追及は「その被害の意味を社会化し，二度と同じような被害を出さないために役立てる」という文脈で捉えるべきだと述べる。

IV. 里親制度を運用する者の責任のあり方

国賠制度の抑止・制裁の機能が作用すべきもう一方は，里親に委託する児相設置自治体である。2007年最判により，3号措置に基づく施設や里親の養育監護における不法行為については国賠請求の対象になることが明らかとなったが，一般家庭でも当然に行なわれる養育監護がなぜ公権力の行使に該当するのか，説得的な理由は示されていない。児相設置自治体には，委託後において里親家庭に対する指導を行う権限と，委託に際して児童に適した里親を選定する義務（児福法11条1項2号へ(3)(4)(5)）があるが，その前提として，里親候補者を適切に確保する義務がある。里親名簿への登録を希望する者には厚労大臣が定める基準を満たした課程による研修を行ない，研修修了者のうち「養育についての理解及び熱意並びに要保護児童に対する豊かな愛情を有している」者で「経済的に困窮していない」者（児福法施行規則1条の35第1号，第2号）に限って登録し，登録後も，これらの要件に適合しなくなったと判明した者を名簿から削除しなければならない（同施行規則36条の44）。こ

のように、里親については適切な委託先を確保する責任が児相設置自治体に課せられているのであり、今後の里親委託拡大に向けていっそう重みを増していくであろうこの責任も、⁴⁰里親委託の公権力の行使への該当性を支える根拠として考慮されるべきである。

ここで留意すべきは、委託児童に対し民法上の扶養義務がある親族（主に祖父母、兄姉）が里親として児童委託を受ける、親族里親の扱いである。複数ある里親のカテゴリーのうち、親族里親は最も一般的な養育里親とは異なり、当該児童に限って委託を受けるものであるが、里親への委託率が高い諸外国の例を見れば、里親委託を短期間に拡大するためには、わが国においても親族による養育に依存せざるを得ないのが現実である。「新ビジョン」本文編Ⅲ 1.6) (19頁)も、家庭復帰が困難な児童について、永続的な家族関係をベースにした家庭という育ちの場を保障するために児相が優先的に検討すべき養育体制として、親族・知人による養育（親族里親、親族・知人による養育里親、里親制度に基づかない親族・知人による養育、親族・知人による養子縁組）を挙げて⁴¹いる。もっとも、親族・知人による養育が児童への「永続的な」家庭環境⁴²の提供に繋がるかは、状況次第であろう。現在、親族里親となる者については「経済的に困窮していない」という要件が設けられていない半面、民法上の扶養義務を負っていることから、一般的な生活費や医療・教育に要する経費は支給されるものの里親手当が支給され⁴³ない。また、養育里親では受講し修了することが里親登録の必須要件となっている里親研修も、親族里親については任意である。「新ビジョン」は、親族里親を希望する者に対する研修のあり方については、特に触れるところがない。

親族による養育は、児童にとっては生活環境の激変の回避やスティグマの軽減等のメリットもあるが、養育者にとっては受託期間の長期化や実親との葛藤などによる負担が大きいといったデメリットもある。親族里親への児童委託の場合、まず児童との同居という実態があり、経済的

支援のため後付けで親族里親名簿への登録と委託が行なわれるケースが一定割合を占めるであろう⁴⁴。親族ならではの負担の緩和、そして児童福祉の専門的従事者による委託後のサポートが疎かになれば、養育の質が保たれない恐れがある⁴⁵。この点につき、児相設置自治体の管理・監督責任が明確にされなければならないし、国賠責任もそれに見合った形で問われるべきではないだろう⁴⁶。

※ 本稿は科学研究費・基盤研究（C）（研究課題番号：15K11935、研究代表者：遠藤隆幸）の助成を受けた研究成果の一部である。

40 「安易な里親制度への依存は、里親制度の拡充を難しくさせるとともに、里親による児童虐待をはじめ、里親のもとで子どもが健やかに育つことを困難にすると考えられる。そこで、里親制度を拡充する政策方針を打ち出す以上、里親による養育を手厚く支援・補完する体制を、市町村レベルで構築し、その養育水準を確保するため定期的な監視をしていくなど、個別的できめ細やかな対応が求められる」。吉田幸恵『社会的養護の歴史の変遷』（ミネルヴァ書房、2018年）263頁。なお、厚労省が示すモデルでは、里親名簿への新規登録を希望する者に対する研修は、基礎研修と認定前研修を合わせて、講義3日間および実習3日間とされている。前掲（注2）「社会的養育の推進に向けて」44頁を参照。

41 イングランドのキンシップケア（親族または親しい知人による養護）の制度と政策を参考にわが国の親族里親制度のあり方を検討するものとして、増田幸弘「イングランドにおけるキンシップケアに関する法制度と政策」本澤巳代子先生還暦記念『家族法と社会保障法の交錯』（信山社、2014年）431頁がある。増田は、諸外国においてキンシップケアに対して肯定的評価が与えられていること、国連の「児童の代替的養育に関する指針」が拡大家族または家族の親しい友人による養護を第一に目指すべきとしていることから、わが国においても里親委託に際しては児童と密接な関係にある者への委託を第一選択とするよう法定化すべきであると述べる。また、アメリカの里親制度において親族ケアの割合が高い要因や親族ケアに対する評価について、園井ゆり「第2章 アメリカにおける里親家族研究」『里親制度の家族社会学』（ミネルヴァ書房、2013年）95-104頁を参照。

42 里親委託の割合が高い欧米において里親家庭をたらいまわしにされる児童が

- 存在する事実から、里親支援と里親家庭の外部からの透明性の確保を慎重に議論すべきだと指摘するものとして、土田美世子「第7章 レジデンシャルワークの専門性」村井龍治ほか編『現代社会における「福祉」の存在意義を問う』（ミネルヴァ書房、2018年）151頁を参照。また、アメリカにおいて多数に上る里親に対して支援・監督体制が充分でないことから生じている問題についてまとめたものとして、池谷和子「アメリカにおける里親制度」東洋法学 57 巻 2 号（2014年）87-89頁を参照。
- 43 里親手当の金額は2017年度に引き上げられ、養育里親の場合、1人目の委託児童につき月額86,000円、2人目以降は1人あたり月額43,000円が加算される。前掲（注2）「社会的養育の推進に向けて」117頁を参照。
- 44 例えば、東日本大震災において両親を失った震災孤児は、多くが親族里親および親族による養育里親（おじ・おば等の3親等の親族）により養育されることになったが、宮城県では、既に震災孤児を養育している家庭に対して児相職員が里親登録を勧めた結果だという。そうした勧めにも関わらず里親登録を「辞退」したケースが約2割あったこと、登録した親族里親からも里親会主催の研修会にほとんど参加しなかったとされていることにも目を向けるべきであろう。山崎剛「親を亡くした子どもたちの支援」世界の児童と母性 73 号（2012年）57-58頁を参照。
- 45 アメリカにおける親族ケアを題材に、親族が委託児童とのつながりを保つ受け皿として機能すると同時に、非親族による里親とは異なるリスクを生み出す可能性もあることを論ずるものとして、原田綾子「児童虐待への対応における親族の位置づけ」比較法学 43 巻 3 号（2010年）89-98頁を参照。園井ゆり「第1章 里親家族研究の展開」前掲（注41）19-24頁は、親族里親制度の積極的活用が要保護児童の養育に有効であると述べるとともに、経済的支援の拡充と里親研修の義務化の必要性を指摘する。
- 46 里親の里子に対する虐待について、里親の選定や研修にあたった自治体の賠償責任を認めたイギリスの最高裁判例（アームズ事件：Armes v Nottinghamshire County Council [2017] UKSC 60；[2017] 3 WLR 1000）では、虐待者が両親または他の家族構成員である場合については、自治体に賠償責任を課すことに否定的な見解が示されている。和田・前掲（注8）73頁を参照。他方で、公刊からやや時間の経った文献ではあるが、イギリスの里親制度においても親族里親は一般の里親とは扱いが異なり、里親認定が簡略で再審査も定期的に行われない仕組みを採用する自治体があることを示すものとし

里親の不法行為に係る地方公共団体の賠償責任

て、津崎哲雄「第1章 イギリスの里親制度(1)」湯沢雍彦編『里親制度の国際比較』（ミネルヴァ書房、2004年）10-12頁を参照。