

# 指定確認検査機関の賠償責任主体性

松 塚 晋 輔

## 目 次

はじめに

- 1 最高裁決定平成 17 年 6 月 24 日
  - 2 裁判例の分類
  - 3 最判平成 19 年 1 月 25 日
  - 4 東京地方裁判所判決平成 25 年 3 月 22 日
  - 5 両責任の併存
  - 6 民事的構成
  - 7 ドイツとの比較
  - 8 日独比較の要点
- おわりに——まとめと展望

## はじめに

建築基準法が改正（平成 10 年法律 100 号）され、私人（例、株式会社）でも指定を受ければ、指定確認検査機関となり、建築確認を行い建築確認済証を交付できることになった（建基法 6 条の 2）。しかし、副作用として、耐震偽装事件なども発生し、行政法学者の多彩な議論を引き起こすものとなった。なかでも、指定確認検査機関による確認検査の過誤について誰が賠償責任を負担するのかという論争である。

本稿はこの論争について、関連する裁判例を整理し、学説の動向を見た上

で、試論を提示する。結論から言えば、指定確認検査機関の賠償責任は民法による解決が適切であるということである。これは、今日の学説の趨勢とは異なるものである。

## 1 最高裁決定平成 17 年 6 月 24 日<sup>(1)</sup>

(1) エポックメイキングだったのは、最高裁決定平成 17 年 6 月 24 日である。これは、指定確認検査機関による建築確認の損害賠償責任について多くの議論を引き起こした。この最決平成 17 年は、次のように判示した。

「指定確認検査機関による確認に関する事務は、建築主事による確認に関する事務の場合と同様に、地方公共団体の事務であり、その事務の帰属する行政主体は、当該確認に係る建築物について確認をする権限を有する建築主事が置かれた地方公共団体であると解するのが相当である。

したがって、指定確認検査機関の確認に係る建築物について確認をする権限を有する建築主事が置かれた地方公共団体は、指定確認検査機関の当該確認につき行政事件訴訟法 21 条 1 項所定の『当該処分又は裁決に係る事務の帰属する国又は公共団体』に当たるといふべきであって、原告人〔横浜市〕は、本件確認に係る事務の帰属する公共団体に当たるといふことができる。」

「また、本件会社は本件確認を原告人の長である特定行政庁の監督下において行ったものであること、その他本件の事情の下においては、本件確認の取消請求を原告人に対する損害賠償請求に変更することが相当であると認めることができる。」

(2) 行政事件訴訟法 21 条には「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」の文言がある。この最判平成 17 年が、市を「公共団体」と解して、市への損害賠償請求に変更することを認めたということは、指定確認検査機関を「公共団体」に含ませないと判断したようである。これは国

賠償法の「公共団体」概念にも影響する。もちろん、行政事件訴訟法上の公共団体と、国賠法上の公共団体とは意味が違うという解釈もあり得るが、特に理由もなく区別するべきではなかろう。とすれば、国賠法上、指定確認検査機関を公共団体と見なす立場を最高裁は否定していることになる。

最決平成 17 年は、原審の判断を是認している。原審東京高決平成 16 年 10 月 5 日は、原原審横浜地決平成 16 年 6 月 23 日が、「指定確認検査機関という建築確認事務の一部が帰属する新たな行政主体（公共団体）を創設したものとまで解することは到底できない」と判断したのと同じく、指定確認検査機関が公共団体であるとする見解を採用しなかったのである。

判例上の位置付けとしては、最決平成 17 年は、私人の公共団体（国賠法）該当性について、最高裁判決平成 19 年児童養護施設事件（後述）と同じく消極的判断を示したものといえよう。このような点に鑑みると、最高裁が将来、指定確認検査機関が公共団体（行訴法 21 条でも国賠法でも）たるとする立場を採用するとは考えにくい。

但し、指定確認検査機関が民法上の賠償責任を負う可能性は、最決平成 17 年では否定されていないと読むことができるのではなかろうか。

(3) 学説には、私人を「国又は公共団体」（行訴法 21 条）に含ませることができるとする立場（包含説）がある。これによると、「事務の帰属する国又は公共団体」の文言に過度に拘泥すべきでないという<sup>(2)</sup>。

とはいえ、単純に権限の委任委託先である民間法人が公共団体になるという論法には無理がある。米丸恒治著『私人による行政』も、指定行為を権限の委任にとらえ、「指定機関はあくまでも行政庁となり、行政主体として扱われるものではない」とする<sup>(3)</sup>。また、民間法人が公の施設の指定管理者として指定された場合、それは施設の利用に関する許可権限を委ねられるが、公共団体（国賠法 2 条）になるわけではなく、地方公共団体が国賠法 2 条の責任主体のままであるという学説がある<sup>(4)</sup>。最近の裁判例にも、国立大学法人が公共団体（国賠法 1 条）のままであるとするものがあり<sup>(5)</sup>、そこでも、

公共団体該当性について、公権力の行使（国賠法1条）の要素は勘案せずに認定しようとする態度がうかがえる。確かに、懲戒処分の権限を有する弁護士会を公共団体（国賠法1条）とした判決があるが<sup>(6)</sup>、弁護士会が公共団体であるというのは、処分権限があるからではなく、弁護士が強制加入団体であることで説明できる<sup>(7)</sup>。このように、権限の委任先が公共団体になるとは理解されていないのである。

そこで、包含説は、指定確認検査機関の特色をさらに際立たせて、その公共団体該当性を理由付けようとする。つまり、包含説は、国・公共団体と指定確認検査機関とは上下の行政官庁関係になく、指定確認検査機関に対する地方公共団体の監督権が弱いこと、指定確認検査機関が自ら手数料の額を定め徴収することができること（指定確認検査機関とドイツの手数料徴収官吏の相似性という比較法的見地も）、確認等の事務が本来の行政主体に帰属しているとはできないこと（委任ではなく新たな権限が指定確認検査機関に与えられたこと）等を根拠とする<sup>(8)</sup>。

(4) 手数料徴収官吏はプロイセン官吏責任法（1909年8月1日）1条3項やライヒ官吏責任法（1910年5月22日）5条1号によって職務責任規定の特権を受けることができず、個人責任を負担することになっている<sup>(9)</sup>。この点、ドイツの職務責任規定では、日本の国家賠償法1条1項と同じく、責任法上の官吏の賠償責任は国家に移転する（基本法34条1文）。そして、この責任移転を制限する場合、法律によってしかできないと解されている<sup>(10)</sup>。要するに、手数料徴収官吏であるとして、国家への責任移転が制限されるには（つまり手数料徴収官吏が個人責任を追及されるとするには）、法律の根拠があるというわけである。もちろん、個々に手数料徴収官吏に該当するか争われることがあるが、責任移転制限の法律が準用されるのかという争いである。このように、ドイツには根拠法律があるわけであって<sup>(11)</sup>、無から有を作る議論ではない。これに対して、日本の学説は、法律なしに解釈だけで、手数料徴収官吏に類似の法理をもたらそうという試みである。このような学説を唱

えるならば、法律の留保に照らしてそれが適切かどうか、まず検討する必要があると思う。

しかも、ドイツの連邦通常裁判所は、建築力学の検査技師（後述）については手数料徴収官吏に当たらないとしている<sup>12)</sup>。

(5) 包含説の欠点は、「公共団体」（国賠法）の外延が広がりすぎることである。

第1に、その結果として、国家賠償法1条が適用されると、個人責任否定の判例<sup>13)</sup>ゆえ、被害者にとって個人責任追及ができなくなる。もっとも、これを是とする見方もあれば、好ましくないとする見方もある。また特に、故意重過失の加害行為の場合には、個人責任追及を許容する学説が見られるところである<sup>14)</sup>。

第2に、一般に、公共団体は支払能力に問題がないということを前提にされているが、「公共団体」が民間法人である場合、支払能力に問題がないとはいえなくなってくる。国賠法を適用しようとする包含説では、個人責任の追及ができないので、指定確認検査機関の資力だけでは、被害者が救済されないリスクが高まる。個人責任追及を仮に認めようとしても、国賠事件において公務員の個人責任を否定する判例の壁を乗り越えるのは至難の業である。

他方、指定確認検査機関は建築主や住民に対して民法上の責任を負うと解すれば（後述）、指定確認検査機関のみならず、役員や被用者の責任を追及できるので、指定確認検査機関の資力によるリスクを比較的軽減できる。但し、今日、建築基準法上の指定確認検査機関は賠償保険への加入を義務付けられているので<sup>15)</sup>、資力の問題は通常生じないであろう。

いずれにせよ、最決平成17年が、事案を包含説の方向で処理しようと思えば、事務の帰属する公共団体に該当するのが指定確認検査機関であると判断できたはずである。しかし、それをあえてしなかった点、公共団体の殻は硬いと読み取ることができるのではないか（私見）。

(6) 最決平成17年は、指定確認検査機関が特定行政庁の監督下にあったという。しかし、多くの学説は、監督に当たらないと解しているようである(但し、建基法77条の30は、大臣等による監督命令を規定している)<sup>(16)</sup>。例えば、「建築基準法上の監督規定が指定法人法制において際立って特徴的」とは言えず、「この程度の監督規定をもって事務が地方公共団体に帰属する論拠たり得るのだとすれば、本決定は国家責任法の平面における行政作用の単一性(Einheit)ともいうべき大前提に立脚している」<sup>(17)</sup>との論評がある。さらに、指定確認検査機関の確認検査についての特定行政庁による再検査(建基法6条の2第11号)も悉皆的なものでないことが指摘されている<sup>(18)</sup>。

## 2 裁判例の分類

最決平成17年に影響を受けながら、指定確認検査機関の過誤について次のような裁判例が出ている。

(1) 建築主事(公務員)の注意義務違反をたよりに、地方公共団体の国賠法上の責任を問う立場がある。

- ① この手法は他の立場と両立するが、この立場だけに依拠すると、行政側の監督権の限界ゆえ地方公共団体に責任を負わせることのできる事案は限られるであろう。
- ② 名古屋地判平成21年2月24日<sup>(19)</sup>は、建築主事の違法行為について国家賠償責任を肯定している(指定確認検査機関の行為にかかるものではない)。
- ③ 静岡地判平成24年12月7日<sup>(20)</sup>では、市に対する国家賠償請求について、不作為による賠償責任が認定され、市(国賠責任)との関係では3割の過失相殺がなされた結果、市は過失相殺後の金額を限度に、他の被告(民法上の責任)とともに部分的に連帯して損害賠償債務を負わされた。もっとも、指定確認検査機関の責任を代位するものではないことに留意すべ

きである。つまり、他の被告らは、10割の賠償責任を負っているのに対して、市の賠償責任の割合は低く認定されている。これは、市側が自らの過誤についての責任しか負っていないからであろう。

(2) 指定確認検査機関の確認事務の過誤それ自体を根拠に、事務の帰属する地方公共団体が国賠法1条の公共団体として責任を負うとする立場<sup>(21)</sup>がある。

① これは最決平成17年と親和するし<sup>(22)</sup>、最判平成19年1月25日（後述）とも整合性がある。しかし、この立場は、指定確認検査機関の職業倫理の欠如を招く可能性がある。指定確認検査機関は行政から独立して確認事務を実施しているにもかかわらず、地方公共団体に指定確認検査機関の過誤責任を帰属させることになってしまうからである。理論上は、指定確認検査機関を公務員（国賠法1条1項）とみなして、公務員の個人責任追及を可能とする見解<sup>(23)</sup>もある。しかし、個人責任追及の可能性は固まった判例上期待できまい。さらに、裁判例の分類（2）の立場の難点は、求償時の重過失要件である。この重過失要件を乗り越えること（求償要件緩和説<sup>(24)</sup>）ができるかが重要となる。

② ここでの立場の例として、横浜地判平成17年11月30日<sup>(25)</sup>がある。但し、過失は否定された。

③ 東京地判平成23年3月30日<sup>(26)</sup>では、指定確認検査機関の「確認検査員には、本件構造計算書の偽装を発見できなかったことについて注意義務違反があったとはいえないから」、地方公共団体への請求には理由がないとされた。最決平成17年を前提とした書きぶりである。

(3) 指定確認検査機関等の民法に基づく賠償責任を認めようとする立場がある。

① 奈良地判平成20年10月29日<sup>(27)</sup>は、建築確認検査機関の過誤は否定したが、指定確認検査機関の請負契約の金銭債務を保証した会社の保証責任を認めた。本件で、原告と設計・監理業務委託契約を締結した訴外会社が、構造計算書の作成を建築士に外注したのであるが、すでに破産



開始決定を受けているようである。

- ② 指定確認検査機関と建築主との確認検査業務委託契約に関する善管注意義務違反に基づいて、指定確認検査機関が債務不履行責任（民法上の契約責任）を負うとするものがある（東京地判平成21年5月27日）<sup>28</sup>。この事案には、地方公共団体側の過誤が認められない。この判決は、契約があるのだから指定確認検査機関は契約責任（国賠責任でない）を負うべきと構成して、地方公共団体の責任を不問にする途を開いたものといえる。最判平成19年（後述）によって、被用者個人が民法709条の損害賠償責任を負わないのみならず、使用者も民法715条の損害賠償責任を負わないと示されたことから、被告（指定確認検査機関）は直接的な責任を負わないと主張し、建築確認検査業務委託契約の成否が争点とされた。が、判決は、「公法上の関係と併存して」、同契約が締結されたことを認めた。そして、同判決は、最判平成19年については、「国家賠償法上の公務員とされる被用者の違法行為を理由とする使用者の民法715条に基づく損害賠償責任を否定したものであって、使用者である民間機関が、被害者に対して、直接に契約責任を負うかについては何ら述べておらず本件とは事案を異にする」と述べる。学説上、同様の見解として、「建築確認事務に係る過誤が指定確認検査機関のみに存する場合には、あくまで当該指定確認検査機関の債務不履行による過誤のみが問題となり、もっぱら同機関のみが契約責任として損害賠償責任を負うことになると解するべき」とする記述が見られる<sup>29</sup>。
- ③ 東京地判平成25年3月22日<sup>30</sup>は、正面から、指定確認検査機関は民法709条の不法行為責任を負うとともに、地方公共団体の国賠責任はないと判示する。同時に、最決平成17年をめぐっては、指定確認検査機関の確認に関して地方公共団体が行政事件訴訟法21条の「当該処分又は裁決に係る事務の属する公共団体」に当たるとしたものであり、指定確認検査機関の確認に関しての公権力の行使主体（国賠法）である



と判断したものではないとしている。また、本件、指定確認検査機関に対しては、債務不履行ではなく不法行為責任（民法709条）に基づく請求であった。この点、私見ではあるが、本判決と直前の東京地判平成21年との違いを大きく捉えるのは好ましくないと解する。契約関係がない場合（例えば、周辺住民が原告）、東京地判平成21年の法理は使えないからである<sup>31</sup>。従って、東京地判平成25年は自然な裁判例の展開と解すべきであろう。

しかし、東京地判平成25年の欠点は、行政処分（指定確認検査機関による建築確認）でありながら公権力の行使でない存在を認めなければいけないことである。理論的な整理が必要となる。

(4) 指定確認検査機関が公共団体（国賠法）に当たるとして、指定確認検査機関が賠償責任を負うとする立場がある。

- ① この立場では、公共団体（国賠法）に私人も該当し得るのかという批判を乗り越える必要がある。しかも、最判平成19年（後述）は、私人（使用者）も個人責任を負うことはなく、公共団体（国賠法）に私人（使用者）を含めないとした判決である。
- ② この立場をとるものとして、横浜地判平成24年1月31日<sup>32</sup>がある。これは、指定確認検査制度が、建築確認等の事務の主体を地方公共団体から民間に移行させ、指定確認検査機関が、自ら設定した手数料を収受し、自己の判断で建築確認業務を行って、行政とは独立して公権力を行使していることを根拠とする。もっとも、指定確認検査機関でなく、特定行政庁が属する地方公共団体が国賠責任を負うことがあるとしており、それは、特定行政庁が権限の行使を怠った場合であるという。

### 3 最判平成19年1月25日<sup>33</sup>

- (1) 最判平成19年1月25日児童養護施設事件は、重要な関連判決である。

判旨は次のように記す。

「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。」そして、「公務員個人は民事上の損害賠償責任を負わないこととしたものと解される(…)。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。」

(2) 最決平成17年では、指定確認検査機関を公共団体(行訴法21条1項)に含ませる解釈は採用されなかったし、また、最判平成19年では、社会福祉法人が公共団体(国賠法1条1項)とされることはなかった。こうしてみると、判例上、公共団体は私人を含まないという割と硬い殻なのであろう<sup>34)</sup>。この点、ドイツでも、職務責任の法理(日本の国家賠償法に相当)で賠償責任を負う団体に私人は含まれないというのが判例であり<sup>35)</sup>、参考となる。

(3) 「指揮監督関係や権限委任の関係に考慮を払うことなく、もっぱら事務の責任が公共団体に帰属することを重視して国賠償責任の所在を判断したことは」、最決平成17年<sup>36)</sup>と最判平成19年は共通している<sup>37)</sup>とされている。他方で、最決平成17年について、「指定確認検査機関の指定によって、建築確認事務は指定確認検査機関に委任されると解するほかはない」<sup>38)</sup>とする指摘もある。しかし、最判平成19年の事案とは異なり、最決平成17年では、指定確認検査機関に関しては「私的組織(たる指定確認検査機関)の行為と(建築主事の置かれた)地方公共団体の権限、責任とは不可分であるとはいえない」<sup>39)</sup>のではなかろうか。

(4) 最判平成19年においては、民法上の責任について、「使用者も同法

715条に基づく損害賠償責任を負わない」と判示されている。一方、反対説は、職員等（国賠法上の公務員）の過失が受託団体における安全配慮義務等の組織的事情にも原因がある場合、民法715条に基づく賠償責任を受託団体が負うこともあると言う<sup>40)</sup>。しかし、最判平成19年は、公権力の行使に当たる公務員個人にも、その使用者にも民法上の責任（民法709条、715条）は問えないとする。つまり、指定確認検査機関の確認検査員が公権力の行使に当たっていると解すると、指定確認検査機関への国賠法のみならず民法上の責任（民法715条）も問えないことになるのであろう。

#### 4 東京地方裁判所判決平成25年3月22日<sup>(41)</sup>

(1) ここで、東京地判平成25年3月22日の判旨を詳しく見ておこう。裁判例の分類(3)③で見た重要判決である。裁判例の分類(3)②から同③に収斂していく可能性があるからだ。

##### ① 事実の概要

原告が、5階建て建物を建築するに際し、設計監理業務を受託した被告Y1（設計会社）が北側斜線制限規定に違反した設計をし、被告Y2（指定確認検査機関）がこれを看過して建築基準法（平成18年法律第92号による改正前のもので、以下「旧基準法」といい、改正後の建築基準法を「改正基準法」という）6条の2第1項所定の確認等をし、被告杉並区も指定確認検査機関に対する監督を怠り損害が発生したとして、被告らに対し、債務不履行（設計会社に）、民法709条（設計会社と指定確認検査機関に）及び国家賠償法1条1項（杉並区に対して）に基づいて損害賠償を請求した。

##### ② 原告の主張

指定確認検査機関による建築確認処分の事務は、公権力の行使ゆえ、当該事務の帰属する杉並区は、指定確認検査機関による建築確認処分事務の「違法それ自体を

理由として」, 国賠法1条1項の責任がある。

③ 杉並区の主張

杉並区は, 指定確認検査機関に対する包括的な監督権限等がなく, つまり, 具体的・実質的な指揮監督関係がないことを主張する。従って, 指定確認検査機関による建築確認処分について, 杉並区は公権力の行使の主体に当たらないという。

「旧基準法6条の2第3項, 改正基準法6条の2第10項の報告書に添付して送付される書類及び同法7条の4第6項の報告書に添付して送付される書類(同法施行規則4条の14)は, いずれも建築計画の概要を示すものに限られており」, 「本件斜線制限違反を発見することは全く不可能であるから」, 「杉並区長が原告に対し不適合通知を発することも不可能である。」

④ 判旨

Y1とY2に対する請求は一部認容された。以下, 杉並区に対する請求についての判断である。

「被告杉並区は, 指定確認検査機関である被告Y2に対し, 包括的な監督権限も指定の取消権限も有していない(改正基準法77条の30, 77条の35ほか参照)。また, 特定行政庁の権限ないし義務として, 指定確認検査機関への立入検査権限(改正基準法77条の31第2項), 上記指定をした国土交通大臣又は都道府県知事への報告義務(同条3項)及び指定確認検査機関への指示権限(同法77条の32第2項)が規定されているが, いずれも特定行政庁と指定確認検査機関との間の指揮監督関係を認める根拠とはならない。

そうすると, 被告Y2の行う建築確認検査事務に係る行為が, 国家賠償法1条1項の規定に関して被告杉並区の公権力の行使であるとする原告の主張は法的根拠を有しないものといわなければならない。」

(2) この東京地判平成25年と最決平成17年との衝突が想定される。とりわけ, 東京地判平成25年では, 最決平成17年と異なり, 行訴法21条の公共団体と国賠法1条1項の公共団体が不一致をきたすことになる。そこで,

衝突回避案として、以下のものが考えられる。

- ① 最初から国家賠償請求訴訟が提起された場合、民事訴訟のままであって、「行政事件訴訟法 21 条 1 項による行政事件訴訟から民事訴訟への訴え変更の場面とは無関係である」（東京地判平成 17 年 11 月 21 日<sup>42)</sup>から、最決平成 17 年の射程は限られている。
- ② 「最高裁は、指定確認検査機関の行った建築確認事務に係る損害賠償請求の相手方について、特定行政庁がこれに該当し得ると言っただけであり…、指定確認検査機関がこれに該当するともしないとも言っていない」<sup>43)</sup>として、事例の違いを摘示する。

補足してみよう。まず、最決平成 17 年では、公権力の行使の帰属主体という用語ではなく、行政処分<sup>44)</sup>の帰属主体の語が用いられている。また、行政事件訴訟法 21 条の条文も「公権力の行使」の語は用いていない。従って、公権力の行使に関する責任の帰属主体について、最決平成 17 年から読みとることの必然性はない。この東京地判平成 25 年も、最決平成 17 年に関して「指定確認検査機関の当該確認についての公権力の行使主体について判断したものではない」として、②に言及する。

## 5 両責任の併存

(1) 裁判例の分類 (4) と同方向の論者によって、指定確認検査機関の確認処分の過誤と特定行政庁の取消の過誤（指定確認検査機関の過誤の見落とし）とがある場合、①両者は国賠責任として不真正連帯債務の関係にあると説かれている<sup>44)</sup>。あるいは、裁判例の分類 (1) や裁判例の分類 (3) との関連では、②指定確認検査機関の責任（民法）と地方公共団体の責任（国賠法）は不真正連帯債務の関係<sup>45)</sup>とするものがある。

(2) 一般論として、指定確認検査機関と地方公共団体とが不真正連帯債務を負うのであれば、被害者は請求しやすいほうに請求するであろうから、ここでも地方公共団体が請求されることになろう。

しかし、地方公共団体の賠償義務が、書類の見落としのような過誤に由来する事例では、連帯債務は損害額の一部についてのみとなる場合がある（例、裁判例の分類(1)③）。この場合、被害者にとって無資力リスクがなくなるということにはならない。かくして、無資力リスク低減を期待する①の理論が、どれほど通用するかは不確かである。いずれにせよ、指定確認検査機関の加入する保険がどこまで保障してくれるかが大変重要である。

(3) 部分的にでも、指定確認検査機関と地方公共団体との連帯責任が生じる場合について、①の理論の下では、国賠法3条2項による求償の調整処理を導こうとする説（国賠法3条適用説）が提示されている。そもそも、国賠法3条適用説の提唱者は、被告が交換的に地方公共団体に変更されて、それに国賠責任が認められた場合を想定しているようである<sup>46)</sup>。その意味で、国賠法3条適用説は限定的であろう。しかし、必ずしも明確に限定せずに、被告の交換的変更でない場合にも、国賠法3条適用を及ぼすことにならないか気がかりである<sup>47)</sup>。そもそも、国賠法3条適用説からすると、求償の重過失要件（国賠法1条2項）が好ましくないということで、この重過失要件を回避するため、国賠法3条2項を持ち出す訳で、その場合、必然的に3条1項もついてくる。しかし、次のように、国賠法3条適用説にはいまだ疑問がある。

まず初めに、指定確認検査機関の建築確認は特定行政庁に報告され審査を受けることになっているが、ここでの審査の過誤があれば、地方公共団体の国賠責任（特定行政庁の責任の代位）が根拠付けられる<sup>48)</sup>。特定行政庁の選任監督者と費用負担者（国賠法3条1項）は地方公共団体であり、指定確認検査機関の入る余地はない。他方、確認検査員（国賠法3条適用説では、指定確認検査機関が公共団体に当たるので、確認検査員が公務員になる）<sup>49)</sup>の選任監督者と費用負担者（国賠法3条1項）は指定確認検査機関であり、地



方公共団体は出てこない。地方公共団体が確認検査員を監督しているということを国賠法3条適用説の論者は否定するはずであるので（参照，1（6）），地方公共団体が確認検査員の監督者とはならない。そうすると，特定行政庁と確認検査員それぞれの選任監督者と費用負担者が異なっていないのであるから，「費用を負担する者もまた，その損害を賠償する責に任ずる」（国賠法3条1項）という効果は生じないのではなかろうか。

このように，国賠法3条1項の文言上，選任監督者と並ぶ費用負担者について，地方公共団体は，確認検査員（国賠法上の公務員）に対して費用を負担しているものではない。仮に判決前における地方公共団体による賠償の支払いの可能性が，「その他の費用」<sup>50</sup>の負担に該当すると解してみると，将来，賠償義務を負担する可能性があるというだけで，「費用」負担者（3条1項）たる地方公共団体が賠償義務を負うことになる。しかし，これはトートロジーあるいは論点先取りとなる<sup>51</sup>。

もっとも，国賠法3条適用説の論者は，将来負うかもしれない賠償義務を「費用」に入れることは想定していないであろう。この点，学説には，地方公共団体は，国民一般に対する建築物の安全性を担保（連帯保証）する責任を有しており，特定行政庁に過誤がなくても，地方公共団体が賠償責任（対外的には全額負担）を負うとすべきという見解<sup>52</sup>が見られる<sup>53</sup>。しかし，「費用」（国賠法3条1項）に，このような担保責任に由来する賠償債務を含めることを，国賠法3条適用説は主張しないようである。

かくして，国賠法3条適用説の下で国賠法3条1項を論ずることに意味があるのだろうか。また，国賠法3条2項の要件は「前項の場合」であるのだから，前項をみたさないということで，3条2項も不適用にならないのだろうか。結局，国賠法3条適用説が国賠法3条2項の適用をもたらすだけならば，民法による求償と異なる意義はどのようなものなのか。

次に，国賠法3条1項の文言上，確認検査員の「選任若しくは監督」をした者及び「俸給，給与その他の費用」を負担した者は指定確認検査機関であ



る<sup>54</sup>。そして、「前2条の規定によつて国又は公共団体が損害を賠償する責に任ずる場合」（国賠法3条1項）という要件について、そもそも指定確認検査機関が公共団体（国賠法1条1項）といえるかがここでも当然問われる。私見では、私人を費用負担者（国賠法3条1項）と見なして賠償責任を負わせる、つまり公共団体性を認めることは困難<sup>55</sup>である。

以上の疑問点は、国賠法3条1項の文言の解釈をめぐるものであるが、国賠法3条適用説はこれについてどのように考えるのだろうか。

(4) 私見では、②が妥当であり、よつて、特定行政庁の過誤のため不真正連帯債務を負わされた地方公共団体は、国賠法3条ではなく民法に従つて、指定確認検査機関や確認検査員に求償すれば足りると解する（関連判決として、最判昭和63年7月1日民集42巻6号451頁）。

## 6 民事的構成

(1) 立案担当者は、指定確認検査機関による確認検査を、建築主との契約に基づく民事行為と解していたようである<sup>56</sup>。一方、学説上、民事的構成に反対する見解が主張されている<sup>57</sup>。しかし、立案者意思あるいは立法者意思を重視すると、指定確認検査機関の確認検査については、指定確認検査機関が単独で賠償責任を負うとする立場につながることになる。やはり、民営化後の国賠責任の行方は、民営化された制度の趣旨をも考慮すべきである<sup>58</sup>。

立案担当者の見解では、地方公共団体の賠償責任は第一義的には生じないため、原告にとって無資力リスクはやや高いかもしれない。しかし、国賠法は不適用だから、個人責任追及が可能であり、役員（会社法429条）や検査員（民法709条）を被告にする途が開かれることになる<sup>59</sup>。これによつて、無資力リスクはわずかでも低減される。この考え方は、指定確認検査機関の関係が民事的構成であるとする立案者の意図に反するものではなからう。

現在、賠償責任保険への加入をしていないと、指定確認検査機関として指定を受けられない運用になっており、被害者が無資力リスクを被る危険はほ

はないといわれる<sup>60</sup>。このように賠償責任保険の条件を設けたことで、政府が国民に負っている保障責任をすでに全うしているといえないだろうか。いつまでも行政（地方公共団体）の責任を云々するべきではないように思われる。要は、立法者が建築確認の制度を一部民間に放逐しようとしたということである<sup>61</sup>。反対に、裁判例の分類（2）では、民営化の意図が減殺されてしまう。

（2）もちろん、無資力リスクを払拭できなければ、被害者は地方公共団体を被告にしてくるであろう。しかし、それでも地方公共団体の負うべき責任には限度があるはずである。

この点においても、地方公共団体に対する賠償請求訴訟について考察してみたい。結論としては、行訴法 21 条 1 項で、地方公共団体に対する賠償請求訴訟に変更された場合、地方公共団体を被告とする訴訟では、指定確認検査機関の責任を代位して負う責任ではなく、それ固有の責任が争点になると解すべきである。その場合は、地方公共団体が、指定確認検査機関による確認検査を適切に再検査したか、指定確認検査機関に対して監督を怠っていないか、指定確認検査機関に必要な報告を求めたかなどが問われることになる<sup>62</sup>。この文脈で、5（1）で示した②の論理（指定確認検査機関は民法責任、地方公共団体は国賠責任）が通用することになる。

（3）指定確認検査機関の民法責任を正当化する根拠は何か。消極的な根拠としては、判例へのストレスが小さいことである。最決平成 17 年や最判平成 19 年を見る限り、国賠法上の「公共団体」概念は私人を取り込まない硬い殻と解される。よって、公共団体（国賠法）概念を拡張するより、公権力の行使（国賠法）概念を縮小させることで、指定確認検査機関の処分を国賠法の適用外に置くほうが現実的に見える。

次に、積極的な根拠としては、法制度上、指定確認検査機関が国・公共団体の側にいるのではなく、建築主・私人の側にいるということである（私見）。国民は特定の指定確認検査機関を一方的に割り当てられているのではなく、

自ら選択できるのである。この種の例は他にもあって、自治体が委託・紹介斡旋する民間の保育所やホームヘルパーなどである。そこでの事故については、被害者は民法責任を追及することになる<sup>63)</sup>。

他方、児童養護施設を児童側は選ぶことはできないし、できたとしても限定的である。弁護士会の懲戒委員を、懲戒を受ける弁護士は選択できない<sup>64)</sup>。地方競馬の審判委員に関しては、非常勤の公務員であること以外にも、審判委員を馬券購入者が選択できることはない<sup>65)</sup>。拘置所では医師を被收容者はあまり自由に選ぶことができない<sup>66)</sup>。これらの事例において、公務員性（国賠法）が認定されたことを、公権力性の強度だけで説明するのは困難である。むしろ、被害者側の選択可能性が、公務員性の可否を決める大きな要素であったと考える。

## 7 ドイツとの比較

(1) 連邦通常裁判所判決 1963年5月27日<sup>67)</sup>を頼りに、ドイツの建築確認の受任者（Beliehene）の責任が、職務責任規定で処理されていると紹介されている<sup>68)</sup>。但し、連邦通常裁判所判決 1963年から、指定確認検査機関に関する国賠事件への示唆を得ようとする場合、留意が必要である。

同判決の事案でもそうであるように、検査技師（権限受任者）と建築監督庁とは、協働して建築申請を処理するといった密接な関係にあると解される。というのは、同事案のシュレスビヒ・ホルシュタイン州では、外部（建築主など）には、建築申請について建築監督庁が決定を出すという構造であり、また、検査技師による安定性検査結果に関して建築監督庁は事後検査をする必要がないというものである。しかも、建築主が検査技師に委託できるという法構造での事例ではないのである<sup>69)</sup>。

これとは反対に、日本の指定確認検査機関は、自ら建築確認（処分）を行うことができるのであり、建築主事との協働的な建築確認という制度ではない。

なお、日本の建築主事については、一級建築士試験に合格した登録者で自治体職員である者の中から、市町村長・都道府県知事が建築主事として任命する（建基法4条6項）<sup>(70)</sup>。但し、建築主事の身分は、地方公務員であるから、権限受任者であるドイツ検査技師とは身分が異なる。

(2) 1990年代から国家に公認された検査専門家の制度を導入する州がある。この検査専門家には職務責任の法理が及ばない。検査専門家が建築主から委託を受けることができる場合、それは私法上の契約という関係である<sup>(71)</sup>。このような州では、検査専門家の導入に当たって、これは高権的作用をなすものでないと明文で規定しているところもあり<sup>(72)</sup>、解釈においても、検査専門家の過誤には職務責任（国家責任）の法理ではなく、私法の賠償責任規定を適用しようとするのが学説である。

(3) 例えば、ノルトライン・ヴェストファレン州の制度を解説する文献によると以下の通りである。

建築主は、検査技師にする（optieren）か、あるいは国家に公認された専門家（staatlich anerkannter Sachverständiger）を通じて証明（Nachweise）を提示するかを、通常、選択できる。国家に公認された専門家は、建築主と直接の契約関係に立ち、専門家は建築主に、一定の建築法規定が遵守された旨の証明書を交付する。

検査技師は高権的事務の立場の中で行動するが、立法者は、証明の提出について建築主に移転させた。建築主は自ら、諸規定が遵守されたことを証明するため、建築監督庁に証明書（Bescheinigung）を提出するのである。

国家に公認された専門家は、一般民事法、具体的には第1に請負契約法によって責任を負う。これによると、責任は、単なる過失の場合にもすでに発生する<sup>(73)</sup>。

(4) このようなドイツの検査技師や検査専門家と比べると、日本の指定確認検査機関は行政庁とは遊離して行政処分を行うことができていると解される。民営化・民間化の効果が一層際立っているのである。

## 8 日独比較の要点

日本の建築主事と指定確認検査機関、そしてドイツの検査技師と公認された（検査）専門家について、それぞれ必要と思われるものを以下に列記してみたい。但し、後者はシュレスビヒ・ホルシュタイン州（SH）、ノルトライン・ヴェストファレン州（NW）及びザクセン州（Sa）におけるものであり、ドイツの文献で紹介されているものの中から著者が任意に選んだ。

ここで気付くことを挙げてみたい。第1に、これら検査技師と（検査）専門家の制度下でも、建築監督庁が建築申請について決定・検査するのに対し、日本の指定確認検査機関は自ら建築確認処分を行う。つまり、指定確認検査機関は比較して強い権限を有しているということである。

第2に、SHとNWの検査技師と（検査）専門家には、許認可や建築日誌等の閲覧が常に保障されるという明文規定があり、強い権限として位置付けられよう。

第3に、いずれの検査技師も建築監督庁の専門監督（合目的性コントロールも含む<sup>(74)</sup>）に服するのに対し、日本の指定確認検査機関に対して行政庁には強い監督権はないといわれている。

### ①日本の建築主事

- ・地方公共団体の吏員のうちから、市町村長または都道府県知事が命ずる（建基法4条6項）。
- ・長・知事の指揮監督に服する（4条1項、2項、5項）。
- ・建築確認を行う（6条1項、4項）。行政処分として位置付けられる（94条1項）。
- ・完了検査を行う（7条4項、5項）。
- ・中間検査を行う（7条の3第4項、5項）。
- ・所有者・建築主等に報告を求め、検査・質問をできる（12条5項、6項）。

## ②日本の指定確認検査機関

- ・国土交通大臣または都道府県知事により指定された者である（6条の2第1項）。
- ・国土交通大臣または都道府県知事により監督命令（77条の30）、質問検査等（77条の31）を受ける。特定行政庁による不適合通知（6条の2第11項）や指示（77条の32第2項）を受ける。
- ・建築確認を行う（6条の2第1項）。行政処分とみなされる（6条の2第1項、94条1項）。後に特定行政庁による再確認があるが、悉皆的なものでない（6条の2第11号）。
- ・完了検査を行う（7条の2第4項、5項）。
- ・中間検査を行う（7条の4第3項、4項）。

③SHの検査技師（Prüfingenieure）<sup>(75)</sup>

- ・検査技師は、安定性の専門分野で公認されている（SH規則1条2項）。
- ・安定性検査技師（Prüfingenieure für Standsicherheit）は、建築監督庁の委託により自己責任で検査事務を履行する（SH規則2条1項）。
- ・最上級の建築監督庁の専門監督（Fachaufsicht）に服する（SH規則2条1項）。
- ・建築申請については建築監督庁が決定する（SH建築法64条1項）。安定性検査技師による検査結果を、建築監督庁は事後検査する必要なし（SH規則2条1項）。
- ・安定性証明の検査等に、建築監督庁は（建築局や）安定性検査技師を用いなければならない（SH規則13条1項）。
- ・安定性検査技師は建築技術証明の適正を検査し、検査報告書にて証明書を出す（SH規則13条7項）。安定性検査技師が建築技術証明（Nachweise）を検査したら、所定の要件は検査されない（SH建築法70条6項）。
- ・建築監督庁は完了検査（Bauzustandsbesichtigung）を安定性検査技師

に委託できる (SH 規則 13 条 2 項)。

- ・安定性検査技師は建築 (Bauausführung) を監視する (SH 建築法 78 条 2 項, SH 規則 13 条 8 項)。
- ・建築監視の中で, 許認可, 建築日誌等の閲覧が常に保障されなければならない (SH 建築法 78 条 7 項)。

④ SH の検査専門家 (Prüfsachverständige)

- ・検査専門家は, 防火, 技術施設及び土砂土地建築の専門分野で公認されている (SH 規則 1 条 3 項)。
- ・検査専門家は義務の範囲で独立しており, 委託者の指図に拘束されない (SH 規則 2 条 2 項)。
- ・建築申請については建築監督庁が決定する (SH 建築法 64 条 1 項)。
- ・検査専門家は建築主の委託で, 建築法上の要件を検査し, 証明書を出す (bescheinigen) (SH 規則 2 条 2 項)。
- ・防火検査専門家は防火証明の適正を検査し, 証明書を出す (SH 規則 19 条 1 項)。
- ・登録の防火検査専門家が防火証明を検査し証明書を出したら, 所定の要件は検査されない (SH 建築法 70 条 6 項)。
- ・防火検査専門家は防火証明の点で建築を監視する (SH 建築法 78 条 4 項, SH 規則 19 条 1 項)。
- ・建築監視の中で, 許認可, 建築日誌等の閲覧が常に保障されなければならない (SH 建築法 78 条 7 項)。

⑤ NW の検査技師

- ・力学検査技師は, 最上級の建築監督庁に公認された者である (NW 規則 21 条 3 項)。
- ・検査技師は, 検査の適正について下級の建築監督庁に責任を負う (NW



規則 28 条 7 項)。

- ・検査技師は、最上級の建築監督庁の専門監督に服する (NW 規則 21 条 4 項)。
- ・建築申請については建築監督庁が決定する (NW 建築法 68 条 8 項 [簡易許可手続], 72 条 2 項)。
- ・下級の建築監督庁は安定性証明等の検査を検査技師に委託できる。検査技師は検査委託をやむを得ない理由でしか拒絶できない (NW 規則 27 条 1 項, 3 項)。
- ・建築監督庁は完了検査を行う (NW 建築法 82 条 1 項)。下級の建築監督庁は完了検査の一部を検査技師に委託できる (NW 規則 27 条 2 項)。
- ・建築監督庁は建築を監視する (NW 建築法 81 条 1 項)。建築監視の一部を検査技師に委託できる (NW 規則 27 条 2 項)。
- ・監視を委託された者には、許認可、建築日誌等の閲覧が常に保障されなければならない (NW 建築法 81 条 4 項)。

⑥ NW の国家に公認された専門家 (staatlich anerkannte Sachverständige)

- ・専門家は、安定性、防火、土砂土地建築及び防音・耐熱の専門分野で国家に公認される (NW 建築法 85 条 2 項 4 号 [規則への委任], 建築法により国家に公認された専門家に関する規則 Verordnung über staatlich anerkannte Sachverständige nach der Landesbauordnung (2014) 1 条 3 項<sup>(76)</sup>)。
- ・建築申請については建築監督庁が決定する (NW 建築法 68 条 8 項 [簡易許可手続], 72 条 2 項)。
- ・防音・耐熱の証明を公認の専門家は作成または検査する。安定性証明を公認の専門家は検査する。公認の専門家は、防火適合の証明書を出す (参照, NW 建築法 68 条 2 項 [簡易許可手続])。
- ・建築主が公認の専門家の証明書を提出すると、建築監督上の要件充足性

が推定される。安定性と防火について、証明と建築計画の検査に関する証明書が必要である。建築監督庁は証明書の内容を再検査する義務はない（NW 建築法 72 条 6 項）。

- ・公認の専門家が証明書を出した建築計画の完成の届出に伴って、建築物が建築中、抜き取り検査により、証明通り設置されたことに公認の専門家が了知したことの証明書が公認の専門家によって提出されなければならない。その限りで、完了検査は行われない（NW 建築法 82 条 4 項）。
- ・公認の専門家の証明書がある場合、建築監視は行われない。この場合、公認の専門家が、建築計画が証明書通り実施されているかどうかを抜き取り検査で統制する kontrollieren（NW 建築法 81 条 1 項）。

#### ⑦ Sa の検査技師

- ・検査技師は、安定性と防火の専門分野で公認される（Sa 規則 13 条）。権限受任者として高権的権力の行使において活動する<sup>77)</sup>。
- ・検査技師は自己責任で独立して活動する（Sa 規則 17 条）。
- ・検査技師は最上級の建築監督庁の専門監督に服する（Sa 規則 14 条 1 項）。
- ・建築監督庁は、許可を要する建築物について検査する（Sa 建築法 64 条）。
- ・検査技師は、建築監督庁または建築主の委託で建築監督上の検査事務を履行する（Sa 規則 14 条 1 項, 15 条 1 項）。
- ・安定性検査技師は安定性証明の適正を検査する（Sa 規則 26 条 3 項）。
- ・検査技師は完了検査を委託される（参照, Sa 建築法 88 条 2 項 1 号 [規則への委任]）。
- ・建築監督庁は建築を監視する（Sa 建築法 81 条 2 項）。検査技師は建築監視を委託される（参照, Sa 建築法 88 条 2 項 1 号 [規則への委任], Sa 規則 15 条 3 項）<sup>78)</sup>。安定性検査技師は自ら検査した安定性証明の点で建築を監視する（Sa 規則 26 条 4 項）。防火検査技師は自ら検査した防火証明の点で建築を監視する（Sa 規則 30 条 1 項）。

- ・ 建築監視の中で、許認可、建築日誌等の閲覧が常に保障されなければならない（Sa 建築法 81 条 4 項）。

#### ⑧ Sa の検査専門家

- ・ 検査専門家は、技術施設と土砂土地建築の専門分野で公認される（Sa 規則 13 条 1 項）。
- ・ 検査専門家は自己責任で独立して活動する（Sa 規則 17 条）。
- ・ 建築監督庁は、許可を要する建築物について検査する（Sa 建築法 64 条）。
- ・ 検査専門家は、建築主等の委託で、建築法上の要件を検査し証明書を出す（Sa 建築法 88 条 2 項 2 号 [規則への委任]、Sa 規則 14 条 2 項）。
- ・ 検査専門家は高権的な検査事務を履行しない（Sa 規則 14 条 2 項）。

SH 建築法 = Landesbauordnung für das Land Schleswig-Holstein (2009) <sup>(79)</sup>

SH 規則 = Landesverordnung über die Prüffingenieurinnen oder Prüffingenieure für Standsicherheit sowie Prüfsachverständigen - Schleswig-Holstein (2008) <sup>(80)</sup>

NW 建築法 = Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (2014) <sup>(81)</sup>

NW 規則 = Verordnung über bautechnische Prüfungen (2014) <sup>(82)</sup>

Sa 建築法 = Sächsische Bauordnung (2004) <sup>(83)</sup>

Sa 規則 = Durchführungsverordnung zur SächsBO (2004) <sup>(84)</sup>

## おわりに——まとめと展望

(1) 本稿では、指定確認検査機関の国家賠償法 1 条の公共団体性について検討した。そして、国賠法適用事件では加害者に対する個人責任追及が判例上不可能であることと、国賠法上の「公共団体」概念は私人を取り込まない硬い殻であることを前提にして、試論を構成した。結果、指定確認検査機関の建築確認についての責任は、民事的構成を是としたのである。また、公共

団体（国賠法）概念を拡張するより、公権力の行使（国賠法）概念を縮小させるほうが、判例へのストレスは小さいように思われる<sup>85)</sup>。さらに、立法者が建築確認制度の民間解放や行政任務の放棄という意図を持っていたのであれば、その意思は尊重されるべきである。

他方、指定確認検査機関を公共団体（国賠法）に含ませる説にあっては、さらに国賠法3条適用による責任分担を提唱する。指定確認検査機関への求償（国賠法1条2項）の際に支障となる重過失要件を回避するためである。しかし、国賠法3条適用説は、判例上の硬い公共団体要件を乗り越える必要がある上に、いまだ条文解釈上の疑問点がある。

あるいは、指定確認検査機関を公務員（国賠法1条1項）とみなして（参照、裁判例の分類（2）①）、公務員の個人責任追及を可能とする見解もある。しかし、個人責任について長年消極的な判例がこれを認めるか疑問である。むしろ、国賠法1条2項の求償要件緩和説をとったほうが妥当と思われる（私見）。

結局は、指定確認検査機関の民法責任と地方公共団体の（特定行政庁の過誤に起因する）国賠責任は、不真正連帯債務として、民法上の求償処理をすればよいと思われる。

（2）国賠法適用を排除する裁判例の分類（3）③では、公権力の行使の実質を伴わない新たな行政処分が存在が予言されていると思われる<sup>86)</sup>。このような公権力の行使でない行政処分を整理する場合、2つの立場がある。

第1に、行訴法3条と国賠法1条とにおいて公権力の行使の語は同じでも、両者の概念はそもそも別次元のものという理解をしておくという立場である。こうしておけば、公権力の行使（行訴法）でない行政処分を議論する意義はない。

第2に、公権力の行使（国賠法）でない指定確認検査機関の行政処分を、公権力の行使（行訴法）にも当たらないとし、両概念を、広狭はあっても（個別事案の解決上）、同次元のものと理解する立場である。これを形式的行政

処分<sup>87)</sup>の枠内で論じることができるかどうかはさらに検討を要する。確かに、これまで学説も権力性のない行政処分の観念は容れてきた<sup>88)</sup>。しかし、公権力の行使（行訴法）でない行政処分というここでの観念は、理論的な整理にとどまらず、国賠法1条の適用を左右するという実定法解釈とも連動している。ちなみに、公権力の行使（行訴法）でない行政処分というものを想定することは、行訴法3条2項の文言の上で、国語的には許容されているのではなかろうか<sup>89)</sup>。

この種の議論は、本稿とは別の論点を多く含むものである。本稿では、指摘に留めておきたい。

## 注

- (1) 判時 1904 号 69 頁。
- (2) 山本隆司『判例から探究する行政法』（有斐閣、2012 年）606 頁。米丸恒治「指定確認検査機関がした建築確認の損害賠償責任主体」民商法雑誌 133 巻 4 = 5 号 864 頁以下。安本典夫『都市法概説』（法律文化社、2008 年）130 頁以下。見上崇洋「最新判例批評」判例評論 568 号 175 頁。
- (3) 米丸恒治『私人による行政』（日本評論社、1999 年）344 頁。
- (4) 例えば、碓井光明「政府業務の民間開放と法制度の変革」江頭憲治郎・碓井光明編『法の再構築 [ I ] 国家と社会』（東京大学出版、2007 年）34 頁によると、「地方公共団体の『公の営造物』の設置管理に瑕疵があったことによる損害は、指定管理者の指定に係りなく、当該地方公共団体が国家賠償法 2 条の賠償責任を負う」とされる。
- (5) 東京地判平成 21 年 3 月 24 日判例時報 2041 号 64 頁。名古屋高判平成 22 年 11 月 4 日裁判所ウェブサイト。神戸地判平成 25 年 6 月 28 日労働判例ジャーナル 22 号 30 頁。判例評釈として、山本隆司「行政判例研究 592」自治研究 89 巻 4 号 114 頁以下。
- (6) 東京地判昭和 55 年 6 月 18 日下民集 31 巻 5 ~ 8 号 428 頁。東京高判平成 19 年 11 月 29 日判タ 1279 号 159 頁。整理したものとして、小幡純子「国家賠償法の適用範囲について（上）——民間委託等官民協働による行政活動をめぐって——」法曹時報 64 巻 2 号 250 頁以下。
- (7) 松塚晋輔「公共団体とは何か——国家賠償法との関係で——」久留米大学法学 48 号 78 頁以下。
- (8) 塩野宏『行政法Ⅱ第 5 版補訂版』（有斐閣、2013 年）303 頁以下。塩野宏『行政法Ⅲ

第4版』（2012年）165頁以下。米丸恒治「建築基準法改正と指定機関制度の変容」政策科学7巻3号264頁以下。「従来の指定機関と、指定確認検査機関とで、前者は国等の行政主体が損害賠償責任を第一次的に負うが、後者は指定確認検査機関が自ら負う」とする。米丸・前掲政策科学265頁。

- (9) 参照、松塚晋輔『民営化の責任論』（成文堂、2003年）47頁以下。
- (10) Sven Kreuter, Die Staatshaftung für Gebührenbeamte in den neuen Ländern, LKV 2007, S.542. 国家への責任移転の制限は、連邦法または州法によってはできるが、一般的授權に基づく条例によってはできないことについては、参照、Hans D. Jarass, Art.34, in: Hans D. Jarass / Bodo Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, 11. Auflage, München 2011 Rn.22.
- (11) 指摘するものとして、板垣勝彦『保障行政の法理論』（弘文堂、2013年）541頁。
- (12) 参照、松塚・前掲『責任論』52頁。
- (13) 例えば、最判昭和30年4月19日民集9巻5号534頁。最判昭和53年10月20日民集32巻7号1367頁。
- (14) 参照、西埜章『国家賠償法コンメンタール』（勁草書房、2012年）619頁以下。
- (15) 保険制度については、参照、板垣勝彦「保障国家における私法理論——契約・不法行為・団体理論への新たな視覚——」行政法研究4号113頁以下。
- (16) 例えば、米丸・前掲民商865頁は、指定確認検査機関による確認を、特定行政庁の監督下で行ったものというのは疑わしいとする。金子正史「指定確認検査機関のした建築確認の法的問題（下）」自治研究82巻10号47頁。山本・前掲『行政法』612頁は、建基法改正後も、確認審査報告書だけでは特定行政庁が建築物の計画を審査するのに不十分であるとする。板垣・前掲『保障行政の法理論』541頁は、「指定確認検査機関に対する監督権が形骸化している」という。
- (17) 仲野武志「行政法4」平成17年度重要判例解説44頁。
- (18) 金子正史「指定確認検査機関に関する法的問題の諸相（2）」自治研究81巻7号9頁。同様に、仲野・前掲44頁。
- (19) 判時2042号33頁、判タ1301号140頁。
- (20) 判時2173号62頁。
- (21) 学説では、見上・前掲175頁が、「公共団体の本来的な責任がある事務であり、指定確認検査機関に対しては求償的な請求のできる関係ということを出発点として考えるべき」という。
- (22) 高石直樹・平成17年度主要民事判例解説（判タ1215号）287頁。
- (23) 例えば、金子・前掲自治研究82巻10号49頁以下。

- (24) 国賠法1条2項では、求償権は「公務員」が故意重過失のあった場合に制限されるが、身分上の公務員でない者への求償の場合、故意重過失に限定する必要もないとする説である。金子・自治研究82巻10号52頁。山本・前掲『行政法』600頁。松塚晋輔「民営化と救済法」比較憲法学研究20号120頁。求償要件緩和説に好意的なものとして、確井・前掲36頁。松塚晋輔・行政判例百選I第6版15頁。Ulrich Stelkens, Amtshaftung und Regress bei Schädigungen durch Verwaltungshelfer, JZ 2004, S.660.
- (25) 判例地方自治277号31頁。
- (26) 判時2126号73頁。
- (27) 判時2032号116頁。
- (28) 判時2047号128頁,判タ1304号206頁。批判として、西莚章『国家賠償法コンメンタール』（勁草書房, 2012年）106頁。
- (29) 鎌野邦樹「最新判例批評」判例評論615号185頁。
- (30) LEX/DB インターネット文献番号25511700。
- (31) 鎌野・前掲185頁も、「周辺住民や当該建築物の取得者等は、建築確認事務に係る過誤について、指定確認検査機関に対し申請者としては損害賠償責任を追及することはできず、同機関に対しては国家賠償法（指定確認検査機関による建築確認も同法1条1項にいう公務員による公権力の行使に当たると解される。）または民法上の不法行為責任を追及するほかないであろう」と述べる。
- (32) 判時2146号91頁。また、「指定確認検査機関は、行政とは独立して、公権力の行使である建築確認業務を行っているのであって、指定確認検査機関の行った建築確認に瑕疵がある場合には、その国賠法上の責任は指定確認検査機関自身が負う」と判示する。
- (33) 民集61巻1号1頁。
- (34) ちなみに、米丸・前掲『私人による行政』344頁によると、「指定機関はあくまでも行政庁となり、行政主体として扱われるものではない」とされている。
- (35) 参照、Fritz Ossenbühl / Matthias Cornils, Staatshaftungsrecht, 6., neubearbeitete Auflage, München 2013, S.115; Elke Gurlit, Art.34, in: Ingo von Münch, Grundgesetz Kommentar, Band 1, 6., neubearbeitete Auflage, München 2012, Rn.34. 松塚・前掲『責任論』54頁。
- (36) 山本・前掲『行政法』609頁は、最決平成17年は最判平成19年と同じように、「公共団体（建築主事の置かれる地方公共団体）が私的主体（指定確認検査機関）を指揮監督する関係は重視していない」という。



- (37) 参照, 岡田正則「社会保障・社会福祉判例研究」賃金と社会保障 1445号 74頁。但し, 最決平成 17 年は, 「行政事件訴訟法 21 条 1 項に関する判断であって国賠法の公務員要件に関する判断ではないこと, 狭義の公権力の行使に関する判断であること, 事務(広義の『公権力の行使』)の委託関係が存在しないことなどの点で本件とは異なる」という。
- (38) 金子・前掲自治研究 81 卷 7 号 11 頁。反対, 米丸・前掲民商 864 頁。
- (39) 中原太郎「国家賠償責任と使用者責任(2)——近時の国家賠償責任論が民法理論に示唆するもの——」法学 75 卷 1 号 24 頁。
- (40) 岡田・前掲 75 頁。
- (41) LEX/DB インターネット文献番号 25511700。
- (42) 判時 1915 号 34 頁。
- (43) 鎌野・前掲 183 頁。その他, 板垣勝彦「行政判例研究 934」自治研究 89 卷 6 号 145 頁。秋山靖浩・消費者法判例百選 157 頁。鈴木庸夫「指定確認検査機関の責任と法構造」辻山幸宣編『耐震偽装の政府責任:建物の安全の制度設計』(公人社, 2006 年) 12 頁。同じ言及として, 東京地判平成 17 年 11 月 21 日。「最高裁決定は, 訴え提起当初は指定確認検査機関を被告とする建築確認の取消しを求める行政事件訴訟として係属した事件を行政事件訴訟法 21 条 1 項の規定により損害賠償請求に訴えを変更する場合に, 当該指定確認検査機関の確認に係る建築物について確認をする権限を有する建築主事が置かれた地方公共団体は, 同条項にいう『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』にあたり, すなわち訴えの変更には被告の変更を伴い, 地方公共団体が損害賠償請求の訴えの被告となる旨を示したものにすぎない。」同じく, 横浜地判平成 24 年 1 月 31 日判時 2146 号 91 頁。
- (44) 米丸恒治「行政の民営化・民間委託と行政救済法」法律時報 79 卷 9 号 40 頁。板垣・前掲自治研究 149 頁。参考までに, 指定管理者と地方公共団体について不真正連帯債務の関係とする説として, 松村享「国家賠償法上の公務員概念と指定管理者の責任——判例理論を踏まえて」自治研究 88 卷 12 号 119 頁。
- (45) 金子・前掲自治研究 82 卷 10 号 52 頁は, 民法の責任(指定確認検査機関)と国賠法の責任(地方公共団体)との連帯責任を論じる。鎌野・前掲 186 頁。
- (46) 米丸・前掲民商 866 頁。米丸・前掲法律時報 40 頁。小幡純子「官(公)と民の役割分担」法律時報 81 卷 2 号 68 頁。阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』(有斐閣, 2009 年) 447 項以下。参照, 金子・前掲自治研究 82 卷 10 号 48 頁。
- (47) 鎌野・前掲 186 頁は, 国賠法 3 条適用説ではないが, 過誤がなくとも地方公共団体の責任を肯定するものであり, 国賠法 3 条 1 項と結合して, 無限定な国家責任をもたら

さないであろうか。参照，山本・前掲『行政法』616頁。

- (48) 米丸・前掲民商 864 頁以下。
- (49) 参照，長谷川佳彦「判例研究」法学論叢 161 巻 1 号 101 頁。
- (50) 「費用」については，参照，西塾・前掲 998 頁以下。
- (51) すなわち，「費用」の中に賠償債務が含まれるということになるとして，国賠法 3 条 1 項を読み替えてみると，確認検査員の選任監督者たる指定確認検査機関と，賠償責任を負担する地方公共団体とが異なるときは，賠償責任を負担する者もまた，「その損害を賠償する責に任じる」となってしまう。
- (52) 鎌野・前掲 186 頁。地方公共団体は，「たとえ自己に過誤（過失）がなくても，『連帯保証人』として損害賠償債務全額の賠償を免れず，ただ，内部関係において，賠償した全額を『主たる債務者』である指定確認検査機関に求償できると考えるべきではないか」という。
- (53) なお，山本・前掲『行政法』616 頁は，公共団体が私的組織の国家賠償義務を単純保証するという解釈を，「解釈論の域を超える感」があると記述する。
- (54) 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行政救済法』（有斐閣，2008 年）320 頁。
- (55) 参照，山本・前掲『行政法』616 頁。
- (56) 建築行政研究会編『改正建築基準法のポイント』（ぎょうせい，1998 年）。「指定確認検査機関が行う建築確認は，建築主と指定確認検査機関との間の契約に基づく民事行為であり，民法を初めとする民事法によって律されることになる。また，建築主事の建築確認を受けるか，指定確認検査機関による建築確認を受けるかどうかはあくまでも建築主の選択に委ねられている。」参照，鎌野・前掲 185 頁。
- (57) 山本・前掲『行政法』607 頁は，指定確認検査機関の建築確認が，契約に基づく民事行為であって，民事法によって規律される，と述べることは「ミスリーディングな説明と言わざるを得ない」とする。その他，米丸・前掲政策科学 263 頁。参照，見上・前掲 175 頁。
- (58) 松塚・前掲『責任論』154 頁。
- (59) 個人責任追及を排除する国家賠償法にならって，被用者責任の追及も排除しようとする見解は，判例上認められていないし，学説にも異論が強いようである（参照，中原太郎「国家賠償責任と使用者責任（3）——近時の国家賠償責任論が民法理論に示唆するもの——」法学 77 巻 2 号 11 頁）。
- (60) 板垣・前掲自治研究 149 頁。
- (61) 米丸・前掲法律時報 40 頁も，「従来型の指定機関と異なり，権限委任はなく，もとも

との建築主事の確認権限に加えて、民間参加が認められ、民間業務が創出された（そしてそれに確認行為に伴う処分権限が付与された）」とする。また、米丸・前掲民商864頁は、「国土交通大臣の指定を受けて業務を営んでいる指定確認検査機関に対して、特定行政庁として何らかの事務委任または権限委任がなされていると見ることは困難である」とする。

- (62) 参照、米丸・前掲法律時報40頁。基本的には指定確認検査機関が損害賠償責任（国賠責任）を負うが、指定確認検査機関の建築確認は特定行政庁の審査を受けることになっており、この審査の過誤については、地方公共団体の国賠責任になるとする。
- (63) 松塚・前掲『責任論』14頁以下、159頁以下。千葉地松戸支判昭和63年12月2日判時1302号133頁。浦和地熊谷支判平成2年10月29日判例集不登載。東京高判平成12年6月14日賃金と社会保障1292号13頁。
- (64) 東京地判昭和55年6月18日下民集31巻5～8号428頁。東京高判平成19年11月29日判タ1279号159頁で、懲戒委員会の委員は公務員（国賠法）とされている。
- (65) 金沢地判昭和50年12月12日判時823号90頁で、審判委員は公務員（国賠法）とされている。
- (66) 大阪地判昭和48年9月19日下民集24巻9～12号650頁で、被收容者の治療を行う民間医師は、公務員（国賠法）とされている。
- (67) BGHZ, 39, 358.
- (68) 米丸・前掲政策科学265頁は、「参考までに」、ドイツの公認検査技術者（＝検査技師）の連邦通常裁判所の判例に触れている。その他、紹介するものとして、山本隆司「工業製品の安全性に関する非集権的な公益実現の法構造——ドイツ法・ヨーロッパ法の場合——」ジュリスト1245号71頁。板垣・前掲『保障行政の法理論』541頁。
- (69) 同様に、NW規則27条3項。参照、Bernhard Bellinger, Die Haftung des staatlich anerkannten Sachverständigen, Der Prüflingenieur, 1999, S.58. もっとも、ザクセン州では、検査技師は、建築主からの委託によっても建築監督上の検査事務を履行する。Sa規則14条1項。
- (70) 参照、安本・前掲109頁。
- (71) Bellinger, a.a.O., S.58.
- (72) SH規則2条2項「検査専門家は、高権的な建築監督の検査事務を履行しない。」その他にも、Sa規則14条2項。
- (73) Bellinger, a.a.O., S.58f.
- (74) 他方、単なる法的監督（Rechtsaufsicht）の場合、合目的性コントロールは行われない。参照、Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Auflage, 2004, §23, Rn.59.

- (75) 連邦通常裁判所判決 1963 年 5 月 27 日の際の法令は改正されているので、現行の法令の紹介とする。
- (76) [https://recht.nrw.de/lmi/owa/pl\\_text\\_anzeigen?v\\_id=720031106092333787#det218663](https://recht.nrw.de/lmi/owa/pl_text_anzeigen?v_id=720031106092333787#det218663), 閲覧 2014 年 4 月 7 日 13 時。
- (77) Christoph Degenhart, Bauaufsichtliche Tätigkeit der Prüffingenieure als Ausübung öffentlicher Gewalt – Zur Geltung der Ausnahmeregelung in Art. 2 Abs. 2 lit. i der Dienstleistungsrichtlinie für Prüffingenieure nach § 14 Abs. 1 DVOSächsBO –, ZfBR 2008, S.759.
- (78) Degenhart, a.a.O., S.759.
- (79) <http://www.gesetze-rechtsprechung.sh.juris.de/jportal/?quelle=jlink&query=BauO+SH&psml=bsshoprod.psml&max=true&aiz=true#jlr-BauOSH2009rahmen>, 閲覧 2014 年 4 月 7 日 13 時。
- (80) <http://www.gesetze-rechtsprechung.sh.juris.de/jportal/?quelle=jlink&query=BauStPr%C3%BCfIngV+SH&psml=bsshoprod.psml&max=true&aiz=true#jlr-BauStPrüfIngVSH2008rahmen>, 閲覧 2014 年 4 月 6 日 12 時。
- (81) [https://recht.nrw.de/lmi/owa/pl\\_text\\_anzeigen?v\\_id=5820031106092333838](https://recht.nrw.de/lmi/owa/pl_text_anzeigen?v_id=5820031106092333838), 閲覧 2014 年 4 月 7 日 13 時。
- (82) [https://recht.nrw.de/lmi/owa/pl\\_text\\_anzeigen?v\\_id=720050120105339187](https://recht.nrw.de/lmi/owa/pl_text_anzeigen?v_id=720050120105339187), 閲覧 2014 年 4 月 7 日 12 時。
- (83) beck-online.DIE DATENBANK ウェブサイト, 閲覧 2014 年 4 月 11 日 21 時。
- (84) beck-online.DIE DATENBANK ウェブサイト, 閲覧 2014 年 4 月 11 日 21 時。
- (85) 典型的な公権力の行使であっても、「救済手続の排他性や当該行為の根拠法の趣旨などを理由に国家賠償が認められない事例がある」。高田敏編著『新版行政法』（有斐閣、2009 年）349 頁（川内劷執筆部分）。
- (86) これとは反対に、小幡純子「建築基準法と耐震構造偽装事件」学術の動向 2006 年 6 月 60 頁は、指定確認検査機関の建築確認を、公権力の行使が委ねられたものと解する。同様に、山本・前掲『行政法』614 頁、619 頁。
- (87) 原田尚彦『行政法要論全訂第 7 版補訂 2 版』（学陽書房、2013 年）387 頁。
- (88) 岡田雅夫『行政法学と公権力の観念』（弘文堂、2011 年）242 頁注（41）は次のように記す。「行政行為の権力性は、今日認められているように、法技術的なものであり、行政権自身の権力性とは直結しない」と。
- (89) 行政事件訴訟法 3 条 2 項「処分その他公権力の行使」中の「処分」には、「その他」の用語法からして、「公権力の行使」ではない行政処分が含意されているように思わ

れる。もちろん、公権力の行使に含まれる行政処分も存在するわけで、「処分」というのは公権力の行使たるものと、そうでないものに分類できるかもしれない。但し、若干の解釈的操作は必要となる。というのは、3条1項は抗告訴訟を「公権力の行使に関する不服の訴訟」と概括的に定義しているからである。また、南博方・高橋滋編『条解行政事件訴訟法第3版補正版』（弘文堂，2009年）36頁（高橋滋執筆部分）は、行政事件訴訟法3条1項の「公権力の行使」概念が、「2項のそれとは別個に独自の意義をもつケースは稀である」としている。