

# ドイツの技術検査に関する 国家責任判例の 21 世紀現況

松 塚 晋 輔

## 目 次

はじめに

1. 耐空性検査員
2. 温室効果ガス排出取引法認証者
3. ヘッセン建築法検査専門家
4. 認証された監視機関（圧力容器検査）
5. まとめと考察

おわりに

## はじめに

本稿は、拙稿「ドイツにおける技術検査と国家責任——マイルストーンとしての連邦通常裁判所自動車専門家事件 1967 年判決」<sup>(1)</sup>に引き続き、民間による技術検査に国家責任が及ぶかについて、21 世紀現在のドイツの判例を中心に検討する。

概念として、技術検査とは、ある事物、設計又は現象について、物理学、化学、生物学、工学、数学、医学などの科学的手法で測定して、所与の基準や規格に適合しているかどうかを判定又は評価することをいうものと定義しておく。本稿では、簡単に検査又は検査行為ともよぶ。

前掲拙稿<sup>(2)</sup>では、次のことを確認した。

まず、一般論として、ドイツの判例上、民間の技術検査と行政の高権的な作用に相当密接な関連があれば、その検査行為は高権的とされ国家責任が及ぶと解されている<sup>(3)</sup>。私人に技術検査の委託が個別具体的になされた場合、当該私人は行政行為と密接に関わることとなって、国家責任規定たる職務責任規定（ドイツ民法 839 条 1 項、基本法 34 条 1 文）（日本の国家賠償法 1 条 1 項に相当）が適用される（行政庁から検査の委託を受けた建築技師の作用に関して、連邦通常裁判所④判決<sup>(4)</sup>）。行政庁から個別具体的な委託がなくとも、公認・指定・認定された専門家・検査員が、一定の民間監視団体（技術監視協会や DEKRA）に属しており、技術検査を実施している場合、職務責任規定が適用される（自動車交通許可法の自動車専門家・検査員で技術監視協会に属するものの検査作用に関して、連邦通常裁判所Ⓣ判決<sup>(5)</sup>。技術監視協会に属する公認の専門家による圧力容器の検査に関して、連邦通常裁判所Ⓡ判決<sup>(6)</sup>）。行政権限のない事業者及びそれに属する専門家・検査員の技術検査には職務責任規定の適用はない（行政権限を委任されていない事業者の内部の専門人員によるクレーン検査に関して、連邦通常裁判所Ⓢ判決<sup>(7)</sup>）。

これと併せて、ドイツの判例上、専門家の独立性について見ると、とりわけ典型的判例たるⓉ判決（自動車専門家の事案）がマイルストーンとなって、新たな技術検査の紛争ケースがこれに匹敵するか（比較可能か）どうかで、職務責任規定適用の可否が決められてきたことが観察された。その際、検査を実施する専門家や検査員は委託者（顧客）や所属組織との関係で独立している（あるいは第三者たる）ことが前提となっていると推測するに至った。これによって、ドイツの技術監視協会の自動車専門家による検査行為の過誤に職務責任規定が及ぶのに対して、日本の指定自動車整備事業者の検査員による検査行為の過誤に国賠法規定が及ぼないことを説明できると解している。

21 世紀に入り、技術検査に関するドイツの判例はさらに進展しており、Ⓣ判決を起点に専門家・検査員の検査作用について職務責任規定適用の可否

が論じられている。しかし、㊦判決の基準で職務責任規定を適用し難い事案も見られるに至っている。これら新事案のために、裁判所が㊦判決との比較可能性をいかに解釈し直そうとしているかを本稿では紹介したい。また、この分野におけるドイツの判例をいかなる統一的な基準で整理できるか、私見を交えて考察してみたい。

## 1. 耐空性検査員

さっそく、技術検査と国家責任に関するドイツ判例はどのように展開しているかを紹介する。はじめに、21世紀早々、微妙な判断を要した事案である。つまり、技術監視協会などの検査組織の被用者でない者が検査員となっているのである。連邦通常裁判所2001年判決は、航空機器検査令による航空機器の耐空性にかかる継続検査の中で、認定された航空技術会社がなした義務違反については、職務責任原則によって責任が決められるとした（Leitsatz）。航空機器の継続検査の場合、特徴的なことは、修理や変更をも行った同じ会社がしばしば航空機器の修理や変更に関する検査を実施することであるという<sup>(8)</sup>。

学説にも同様に、航空技術会社とその検査員が行う耐空性にかかる航空機器の継続検査は、技術監視協会やその検査員による検査作用（自動車専門家事案の1967年㊦判決）と比較可能であって、専門家は高権的に行動しており、両者は区別する必要はないと解している<sup>(9)</sup>。

気になることは、検査員が厳密な意味で独立第三者でない（修理業者の内部の従業員である）にもかかわらず、その検査行為が高権的であると認められたことである。判例上、内部従業員がクレーン検査を担当したケースで、その検査行為の高権性を否定したものがある（㊦判決）。それにもかかわらず、本判決は自動車専門家の㊦判決と比較できるとしている。その際、耐空検査員の検査組織が工場経営管理部 Werkstättenleitung とは独立していること

に言及がされている。つまり、組織内部の独立性を強調することで、①判決との比較可能性を導こうとしていると読めるのだ。

これによって従来判例が進展したのか逸脱しているのか判断に迷う。しかし、この判決については、後にも上級ラント裁判所が同種の耐空性検査事案で踏襲している<sup>(10)</sup>。すなわち、連邦通常裁判所の判例上、——技術監視協会の検査員や専門家として行為する人に設定された原則と整合しつつ——航空機器の耐空性の継続検査で生じた義務違反については職務責任原則によって責めを負うことになるのであって、保有者や所有者自らなした検査委託も、高権的検査行為と航空機の修理・変更とのつながりもこのことと対立しない<sup>(11)</sup>、というのである。

⑥連邦通常裁判所判決 BGH, Urteil vom 22. März 2001 – III ZR 394/99 –, BGHZ 147, 169, juris

原告の操縦するグライダー（原告の属するクラブが所有）が着陸時、地面にぶつかり負傷した（Rn.1）。

同グライダーは前所有者が継続検査を被告2に行わせており、被告1（認定された航空技術会社）は被告2（検査許可を有しており、被告1のために働いていた）の署名（unterzeichnet）する継続検査証を交付（ausstellen）していた（Rn.2）。

原告は、被告に慰謝料等の支払いを求めている（Rn.3）。

原告の上告は効果がない（Rn.5）。

当法廷は、航空法規定を次のように解する。航空技術会社及びその検査員の行う航空機器の耐空性にかかる継続検査は、道路交通許可制度における技術監視協会及びその検査員の検査行為と比較可能である（Rn.11）

航空法によると、グライダーをも含む航空機が航行してよいのは、航行を認められた場合だけである。グライダーが管轄の連邦局から耐空性証明の発給で許可を得るのは、航空機器検査令によって社会安全確保

(Verkehrssicherheit) の証明が行われた場合だけである。必要な耐空性を航行許可 (Verkehrszulassung) の全期間確保するため、継続検査が規定されている (Rn.12)。

検査員は警察権を与えられていないので、特に継続検査のために航空機器の提示を強制することはできない。このこともまた、継続検査を公務の遂行と位置付けることに反するものでない。この種の強制的権限は、自動車の検査員も有することはない。すなわち、専ら許可庁のみが、有効な検査証や検査マークのない自動車の運用を禁止または制限する権限を持つ (Rn.18)。

耐空性の継続検査については、もちろん特殊性があって、航空機器の修理や変更との関連で検査がなされる場合、修理や変更をも行った会社が検査を実施するのである。しかし、このような事情があっても、航空機検査の法状況が自動車検査の場合とは違うと判断できることにはならない。差し当たって、航空機を修理する認定又は許可された航空技術会社が自ら継続検査を行う場合であっても、両作用領域の厳密な区分が可能である。というのは、航空技術会社の認定又は許可には十分な人的・技術的・組織的要件が必要であるということから（これには特に、工場経営管理部 Werkstättenleitung とは独立した検査組織が含まれる。航空機器検査令 LuftGerPO33 条2項、LuftGerPV 18条1項）、すでに高権的な技術検査と私法上の修理との明確な切れ目が前提となっているからである<sup>12)</sup>。

## 2. 温室効果ガス排出取引法認証者

温室効果ガス排出取引法 Gesetz über den Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen (Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz = TEHG) vom 8. Juli 2004 (BGBl. I S.1578) により認証者として行為する民間の専門人員又は専門機関は、職務責任法上の官吏であるとした連邦通常裁判所判決がある。

この判決も自動車専門家㊟判決に引き寄せている。認証者 (Verifizierer) は公的な指定を要するところ、指定には認証者の独立性<sup>13)</sup>が一応法律上の前提となっている。環境監査法 (UAG) 9条以下が引用されているところ、9条1項は、環境鑑定者の許可要件として、事務履行に必要な信頼性、独立性及び専門知識性 (4条1項、6条など) を挙げている<sup>14)</sup>。また、同じく引用されている営業法 (Gewerbeordnung) 36条1項は、公的に指定される専門家に、独立して事務を実施することの宣誓を求めている (一般法たる営業法の独立性要件)<sup>15)</sup>。この文脈からすると、自動車専門家の独立第三者性に類似する性質を、認証者が有していることが前提とされているのであろう。

しかし、判旨には、公的な指定だけで基本法34条1文の適用に至ることはないとも示されている。また、判決の文面上、認証者の独立第三者性を重要なものとして考慮していると読み込むことができない。よって、㊟判決への引き寄せは、他の要素を重視したものと解すべきであろう。

この点、本件において認証者による検査は、後に行政庁が排出を割り当てる際の要件となっている<sup>16)</sup>。判決では、このことが重視されているのかもしれない。実際、別事案の連邦通常裁判所判決は、温室効果ガス排出取引法の認証者を行政の決定を準備するものとして理解している (後掲㊠判決ヘッセン建築法事件 Rn.18)。

当然、本件は事前に行政庁が排出を許容するというシステムになっていない。しかし、排出権の数が認証者による認証に適合しないと、責任者には支払義務等のサンクション<sup>17)</sup> (高権性が強い) が課されていたことから、いずれにせよ裁判所が認証者を官吏と見なし職務責任規定を適用しやすかったのではないかと思うのである。

確かに、すでに学説ではベルリンブランデンブルク上級行政裁判所にそって、行政庁の実務では報告作成時の瑕疵が全て提示義務違反と同列に扱われる点、サンクションの規定の体系にそぐわないとしていた<sup>18)</sup>。

やがて2015年になって連邦行政裁判所は、施設運用者が、検査済みの排

出報告の通りに排出権の数量を提示しておけば、支払義務は課されないとした<sup>19)</sup>。これによって、ようやく責任者に過誤がない場合、サンクションが課されないことがはっきりしたのである。

⊙連邦通常裁判所判決 BGH, Urteil vom 15. September 2011 – III ZR 240/10 –, BGHZ 191, 71, juris

原告はボイラーと後続燃焼装置を備えている (Rn.1)。原告は被告に、温室効果ガス排出取引法 TEHG による配分申請を認証するよう委託した (Rn.3)。

被告の認証した2回目の申請に基づいて、原告に排出権が割り当てられた (Rn.4)。

排出報告の認証について、原告は別の専門家に委託したところ、この専門家は、温室効果ガスの排出のデータが低すぎると報告した (Rn.5)。

そこで、環境連邦局 (Umweltbundesamt) は、原告に温室効果ガス排出取引法による支払いを課し、また原告が追加の排出権を提示しなければならないとした (Rn.6)。

原告は、被告が認証に際し誤ったとして、被告に賠償義務があると主張している (Rn.7)。

被告が使用量データの認証に際して、原告に対して負っている義務に反した場合、そこから生じる損害賠償請求について被告は請求の相手として適切でない。なぜなら、温室効果ガス排出取引法の規定により認証者として作用する専門の人又は機関の作用は、管轄する環境連邦局のための公務の遂行として特徴付け得るからである (Rn.11)。

温室効果ガス排出取引法の配分手続で作用する認証者は基本法 34 条 1 文と民法 839 条 1 項の公務を遂行している。連邦通常裁判所がすでに公務の遂行として特徴付けてきた専門家の事務と同様、認証者の事務は行政庁の高権的行為と密接に結びついている (Rn.15)。

施設の責任者は毎年、その作用で前年生じた排出に相当する排出権の数量を、管轄庁たる環境連邦局に届ける義務がある。排出権を得るため、施設運用者は環境連邦局に申請をしなければならない。配分申請のデータは、管轄庁によって告示された *bekannt gegeben* 専門機関によって認証されていなければならないのである。排出権は決定に基づき、責任者に配分される (Rn.17)。

その行為を連邦通常裁判所が公務の遂行として特徴付けた専門家と同様に、認証者は温室効果ガス排出取引法により作用するには、公的な指定 (*amtliche Bestellung*) を要する (営業法 36 条 1 項など)。もっとも、これだけで、基本法 34 条 1 文の適用に至ることはない (Rn.26)。

環境連邦局に固有の審査権限と最終決定が留保されていることと、温室効果ガス排出取引法による認証者の作用を公務の遂行として位置付けることは矛盾しない。専門家が行政庁の決定の結果に決定的な影響を与えていれば十分である。専門家が証明書 *Testat* を拒否すれば、環境連邦局による排出権の配分は原則として行われぬ。反対に、専門家が証明をすれば、申請者の申請の正確さは行政庁によって疑問視されず、抜き取り検査で点検されるだけである (Rn.27)。

### 3. ヘッセン建築法検査専門家

次のヘッセン建築法上の検査専門家に関する判決は、①判決 (行政から検査を委託されている民間建築技師の検査を高権的とした) の系統にはない。①判決とは異なり、本件検査専門家は行政でなく建築主から検査を委託されているからである。また、結論的にマイルストーンたるⓉ判決 (公認の自動車専門家の検査を高権的とした) からも弾き出されている。Ⓣ判決と異なり、法定の義務的な技術検査が高権的とされていないからである。

本判決は、ヘッセン建築法により安定性検査と建築監視を建築主から託さ



れた検査専門家は公務を遂行していないとしている（Leitsatz）。建築主と検査専門家の間には私法契約が締結されているわけである。この判決は、ヘッセン建築法領域では、建築行為の予防的コントロールから国家が一部撤退したことを強調している。

ヘッセン検査権限者・検査専門家令4条によれば、検査権限者や検査専門家になることができるのは、自己責任かつ独立して行為する者だけである。また、同条は、「独立して行為する」ことの意味を定義している<sup>20)</sup>。

しかし、連邦通常裁判所2016年判決は、検査専門家を職務責任規定上の官吏と見なさなかった。立法者意思が重視され、建築許可の制度の民営化・民間化によって同制度から国家が撤退し国家責任も消滅したと理解している。

一評釈も同判決を支持して、次のように指摘する<sup>21)</sup>。

ヘッセン建築法における履行民営化（民間化）（59条1項2文「建築監督の検査は行われぬ」）は、責任の民営化（民間化）であり、職務責任の排除となる。責任が私的領域に移転すると、被害者の請求する立場が悪化し得ることは（例えば、支払可能な債務者の喪失という点で）、受け入れるべき規制緩和の結果である。責任法は付随的性質のものであり、行政法による責任創設（又は責任廃止）に従うのである。憲法の枠（保護義務！）の中で、国家による責任引き受けを求める請求権はない。従来高権的に履行されてきた危険抑止の事務を民営化（民間化）した立法者の原則的決定が、少なくとも責任法上の帰属配分によって台無しにされることはあり得ない。公法規定を遵守・配慮するといった一般的義務でもって、建築物の設置に関し検査瑕疵に起因する高権主体への責任移転というものを正当化することは適切でない<sup>22)</sup>。

そうこうするうちに、ほとんどのラントの建築法は、建築法上と建築技術上の検査を区分して、国家的な検査・監視の義務を簡易な手続において建築主や建築主から受託した専門家に移転させた<sup>23)</sup>ようである。

日本の学説には、国家が撤退した後も、国家に保障的な責任は残るとする論調があるところ<sup>24</sup>、これと上記評釈は相反しており、刺激的な論理である。

### ①連邦通常裁判所判決 BGH, Urteil vom 31. März 2016, juris

建築主から安定性検査と建築監視を委託された専門家は、民法 839 条 1 項 1 文、基本法 34 条 1 文の公務を遂行していない。ヘッセン建築法 2002 年によると、専門家の作用は建築監督庁の行政作用と密接に関連しておらず、行政庁の高権的作用の一部と見なし得ない (Rn.14)。

ヘッセン建築法 2002 年の改正で、建築監督庁の予防的な検査と監視が放棄され、国家の検査・監視義務が民間の専門家に移転した (Rn.15)。

従って、建築監督庁による高権的な建築技術検査に代わって、専門人員に委託することで技術的安全性にかかる建築法上の基準の遵守を保障するのは建築主の事務である。建築主が建築施設の技術的安全性の責任を負う。証明権者や専門家を、建築主は選んでそれに委託しなければならない。専門人員による証明や検査証明は建築主に交付され、その後、建築主から建築監督庁に提示されなければならない (Rn.16)。

建築技術証明が出され、又は証明書が検査専門家から得られ得る場合、ヘッセン建築法上、建築監督検査は行われぬ。建築許可手続が実施され、建築許可について決定されるとしても、建築技術要件の遵守に関して行政庁による決定は行われぬ。ラントの立法者意思では、国家が再度コントロールすることは余分なことである<sup>25</sup> (特別な資格を持つ専門人員が建築技術検査を実施する場合)。これに伴って建築監督庁の事務が限定される点において、専門家の検査作用は、予防的な保安行政庁の (ordnungsbehördlich) 作用と密接に関連しておらず、高権的分野に分類されることはない。特に、検査専門家は、建築庁のなす決定を準備するものではない (例えば、温室効果ガス排出取引法の認証者と異なる)。というよりは、検査専門家の専門的判断は、委託者たる建築主に対峙し独立して行われる (Rn.18)。

その他、検査専門家の行為は、建築監視の領域に及ぶ。これはヘッセン建築法によると原則として建築監督庁によって義務的裁量のもと執行されなければならない。しかし、ヘッセン建築法によれば、専門家は証明した文書に合致する建築実施を証明し、建築技術上の検査行為の範囲で建築監視をもしなければならない。その限りで、専門家は建築監督庁に代わって規定通りの建築実施に責任を持つ。その際、専門家は行政庁の高権的事務を執行していない。専門家は行政庁の手に組み入れられることもない。むしろ、専門家はこの関係でも建築主の義務・責任の範囲での作用にとどまる（Rn.19）。

当該行為は公法上の公認に基づいてのみ遂行してよいということでは、いまだ基本法 34 条 1 文の職務担当者性を正当化することにならない。専門家の資格要件やその作用態様に関する規定は、建築行為の予防的コントロールから国家が一部撤退したことの結果であり、また穴埋めである（Rn.22）。

ヘッセン建築法 2002 年の改革コンセプトによると、建築の関係人が建築技術上の要件を自己の責任で満たさなければならず、建築監督庁はその限りで高権的事務から放免されているが、このことが本事案と 1963 年 [④] 判決の事案とを分ける。当時のシュレスビヒ・ホルシュタイン・ラント建築法の規定によると、建築監督庁は力学検査の事務を負っており、その事務執行のため建築監督庁は検査技師を検査委託で利用していた。法廷は建築力学検査技師の行為を公務の遂行と位置付けた。しかし、本事案では公務の遂行はない（Rn.24）。

#### 4. 認証された監視機関（圧力容器検査）

21 世紀になり、容器事件の連邦通常裁判所⑥判決<sup>26)</sup>に反する判決が出てきている。デュッセルドルフ・ラント裁判所が、認証された監視機関は、監視を要する施設を装置製造物安全法 Geräte-und Produktsicherheitsgesetz = GPSG vom 6. Januar 2004 (BGBl. I S.2) により託されている場合、検査の実

施に際し、権限受任事業者として公務を遂行しないと示したのである（㊦判決 Leitsatz）。同判決は、当該検査は以前、公認された私的な専門家が実施していて、その行為は従来の判例では高権的だったと認識しつつも、製造物・装置安全の分野での法律改正により監視機関と専門家の法的地位が変わったことで、このことにはや縛られ得ないという。そして、装置製造物安全法で、監視を要する施設の分野において、人に連結するかつての技術検査制度（公勤務又は公認の専門家を持つ）は、組織に連結する検査制度（認証された監視機関を持つ）によって解消されたとするのである（Rn.23）<sup>27)</sup>。

ともあれ、ラント裁判所は、正当化理由として法改正を重視している。よって、この下級審判決が連邦通常裁判所の従来の判例を覆そうとするものではなかろう。むしろ、別の系統の判例に取り込めると解される。すなわち、連邦通常裁判所判決<sup>28)</sup>に、1978年、民間の検査機関の検査行為を高権的なものとしなかった事案がある<sup>29)</sup>。これによると、大学機関は連邦大臣によって告示された検査機関として、家財装置の製造者に私法契約に基づき検査証明書を交付し、これによって、当該装置が技術的作業装置法の要件に適合するかどうか管轄庁自身の確認を行わない契機となっている場合、検査機関は高権的に行動しない（Leitsatz）とされていた<sup>30)</sup>。㊦判決については、法改正の結果、こちらの判例系統に整理できることになったのであろう。そして、この判例系統の延長線上に、前掲㊧判決もあると解されるのではないか。要するに、この判例系統は、行政の介入がないか又は行政の撤退した分野に、職務責任も及ばないとする判決群なのである。

#### ㊦ LG Düsseldorf, Urteil vom 26. April 2011 – 2 b O 94/10 –, juris

原告は家財企業の所有者であり、その家財工場では、圧縮空気で働く機械のため圧力容器付きのコンプレッサーが稼働している。これは監視を要する施設であって、装置製造物安全法上の監視機関による定期検査を受ける（Rn.2）。

E 有限会社は装置製造物安全法上の認証された監視機関であり（Rn.3）、E社から託された専門家は、圧力容器の検査を実施した（Rn.5）。

原告は専門家の過誤を理由にE社に対して損害賠償を求め、ラント裁判所に出訴した（Rn.6）。

原告の請求には理由がない（Rn.15）。

E社は権限受任事業者として公務を遂行していなかった（Rn.21）。

この検査は以前、公認された私的な専門家が実施していて、その行為は従来の判例では高権的なものと捉えられていた（㊦判決BGH 25. März 1993, III ZR 34/92; OLG Karlsruhe, Urteil vom 19. Oktober 2006, 12 U 154/06, juris）。製造物・装置安全の分野での法律改正により監視機関と専門家の法的地位が変わったことで、このことにもはや拘束され得ない。装置製造物安全法で、監視を要する施設の分野において、人に連結するかつての技術検査制度（公勤務又は公認の専門家を持つ）は、組織に連結する検査制度（認証された監視機関を持つ）によって解消された（Rn.23）。

認証された監視機関は、監視を要する施設の検査時、従業員や第三者を危険にさらす瑕疵が見出された場合、行政庁に報告することを事業安全令によって義務付けられているだけである。しかし、これは専ら実効的な危険防止の利益のために行われ、認証された監視機関による高権的な監視事務を理由としない。さらに、認証された監視機関は決して監視権限を行使しないし、固有の決定権もない。専ら管轄行政庁が、運用者の権利に干渉し得る決定をなすことができる。認証された監視機関の責任は専門家による調査に限定され、認証された監視機関の検査結果は運用者にも行政庁にも拘束的でない（Rn.24）。

さらに、認証された監視機関は行政の構成要素としてでなく、運用者の義務範囲の中で行動する。このことは第1に、運用者がどの認証された監視機関をどんな理由で決めるのか運用者が選択できることから明らかである。技術監視協会ラインラント以外にも認証された監視機関がある。認証された監

視機関も、どんな条件で委託を受けるかどうか自ら決める。また、従来の専門家と違って、認証された監視機関は国家に定められた手数料に縛られない(Rn.25)。

## 5. まとめと考察

民間の技術検査が後の許認可等の行政行為と密接に関連しているならば(いわば市場流通・企業活動等の承認を既定する行政行為)、当該技術検査は高権的であるとされている(㊦㊧㊨㊩㊪判決)。当該技術検査が行政決定に組み込まれているからであり、その場合、職務責任規定が適用される。㊦㊧㊨㊩㊪判決は、技術検査が許可の前提であった事案である。この点、民間の検査証明を行政行為そのものと見ることまで必要ない<sup>31)</sup>。

しかし、行政行為と密接に関連しているかという判断はた易くない。この点、㊩判決は自動車専門家事件㊧判決を媒介項の如く用いて、それとの比較可能性を強調している。㊧判決は判例として確固たる地位にあり、技術検査分野の判決で頻繁に引用されている。自動車交通許可法の専門家・検査員は民間の技術監視協会に所属しているものの、その検査行為を高権的とし、職務責任規定を適用した判決である。このマイルストーンたる㊧判決と比較可能であれば、検査行為の高権性を肯定できるのである。しかし、㊩判決の検査員は、㊧判決の自動車専門家のように、技術検査だけを行うのではなく、修理をも行う業者の従業員である。そこで、㊩判決は、修理業者内部での検査組織の独立性を強調することで、何とか自動車専門家の独立第三者性に近付けたように思われる。

㊦㊧㊨㊩㊪判決については、民間検査機関による検査行為が行政決定を準備していると、別事案で連邦通常裁判所(㊫判決)自身が整理している。また、検査(認証)の結果で行政によるサンクションが決められるので、その検査は行政の高権的作用と相当密接に関連している。

他方で、これと並行する判例系統がある。連邦通常裁判所2016年検査専門家事件①判決<sup>32)</sup>であり、同判決は、ヘッセン建築法の検査専門家は公務を遂行しないとしている。つまり、法律上、市場流通・企業活動等の承認を、民間による技術検査が既定してしまう場合でも、必ずしも民間の検査員の行為が高権的とはされていないのである<sup>33)</sup>。要するに、技術検査の高権性を判定する際に、市場流通・企業活動等承認の既定性だけでは決定打とならない。もっと突っ込んで、民間の技術検査が行政行為と密接に関連（あるいは行政行為を準備）していなければ、その検査行為は高権的とは見なされない。ただし繰り返すが、行政行為との密接な関連と言っても抽象的で、具体的ケースの判定が難しいことがある。

ここで思考実験として、許認可を付与又は剥奪・停止・拒否するという、肯定であつと否定であつと積極的な行政決定を技術検査が準備するならば、当該技術検査は高権的と評価するといった具体的な整理方法を考えてみる。逆に、技術検査後、行政が何もしないのであれば、当該技術検査は高権的とはならないということである。

例えば装置製造物安全法の技術検査の関連判決では、認定された検査機関が当該装置のために検査証明書や検査証を交付したら、管轄庁は通常、技術的作業装置の安全検査を放棄するような定め（行政規則）がある場合、検査機関の高権的行動が正当化されることはないとしている。この種の規則では、行政が民間の検査に代わる検査を自ら実施しないのは、不要な二重検査を避けているだけであると言われている<sup>34)</sup>（同旨、①判決Rn.18）。

この種の事案では、技術検査がもたらすのは、事後に行政決定がなされないということだけである。技術検査があつたからといって、何らかの積極的な決定を行政がするという手続は組まれていないのである。この分野については、行政が放任放置しているといえる。従って、このような技術検査は高権的とは見なされないこととなる（ゆえに職務責任規定は不適用）。

しかし、このような具体論も、行政による放任放置のケースをうまく整理

できない。そもそも、民間の検査があれば、行政は再検査をしないという消極的な行政決定をしているからである。もちろん、判例は、行政が検査をしないのは不要な二重検査を避けるためであると言って、行政による決定でなく放任放置であることの傍証にしようとしている。しかし、それは職務責任規定を適用しないための辻褃合わせのように聞こえる。㊦判決の事案でも、行政決定を準備していないとはパーフェクトに説くことができないと思われる。結局、正当化には他の基準を持ってくるしかない。つまり、検査員が委託者（顧客）や所属団体との関係で第三者である又は独立しているという独立第三者性の基準を用いることになる。この独立第三者性の基準は、㊦㊧判決で用いられている。

㊦判決は、一方で検査専門家の検査が建築主（委託者）に対峙して独立して行われるとしているが（Rn.18）、検査員が所属団体内で独立しているなどの言及はない。検査員の独立性に力点が置かれていないこと<sup>35)</sup>、また検査行為が行政決定の準備とは言い難いこと、この2つの事由から、高権性が否定されたと整理できるかもしれない。

同様に、クレーン検査事件㊦判決は技術検査の高権性を否定しているが、制度上、当該技術検査が許可の前提ではないと認定している<sup>36)</sup>。また、検査担当者が検査対象物（クレーン）の運用者の内部従業員である点、独立第三者性が疑わしい。

その他、専門家や検査員に支払われる手数料の意義について、㊦判決は、「従来の専門家と違って、認証された監視機関は国家に定められた手数料に縛られない」とする。専門家や検査員のための手数料が国家により定められていれば、その行為に職務責任規定を適用する要因となり得るようだ。しかし、手数料規定だけで、職務責任規定の適用不適用を決するのも妙である。

さらに、職務責任規定たる基本法34条によると、国家は求償権を有する。しかし、国家が専門家や検査員に求償できるという明文規定の不存在も、職務責任規定の適用か一般民法不法行為規定かを分ける決定打となっていない



(⊙判決 Rn.29)。

## おわりに

最後に、私見から考察してみるに、人が行政の側で働くならば（このことは、権限受任者であろうと行政補助者であろうと変わりはない<sup>37)</sup>、その者を官吏と見なして職務責任規定の適用を容れてよい<sup>38)</sup>。本稿では、行政行為の準備をしている民間の検査は高権的であるとする判例傾向を読み取った。このことは、専門家や検査員が行政側に立っていることの現れでもある。行政の高権的作用と相当密接に関連しているからである。

しかし、専門家や検査員の行為が、行政の側か私人の側かを見極める場合、行政行為との関連性（行政決定の準備）という基準では、個別の事案の判定が困難なこともある。よって、併せて他の基準をも持ってくるしかない。その際、専門家や検査員の独立性（又は第三者性）という基準は、専門家や検査員が行政の側か、又は委託者＝私人の側で働くのかを判定する基準になる。検査員に独立性がなければ、検査員と私人を切り離せないのだから、職務責任規定の適用を導くのは無理だろう。もちろん、検査員の独立性の認められる事案でも、一般の契約責任規定が適用されることはあり得る（①判決 Rn.18, Rn.30）。しかし、独立性がなければ、少なくとも職務責任規定の適用は否定されてよかろう。かくして、考慮事項の次元で、独立性基準には、行政行為との関連性と並ぶ強い通用性を見出すのである。

また本稿では触れなかったが、検査義務を負う業者が専門家、検査員、指定機関の選択の余地があるかどうか、基準の1つとなり得る。施設運用者（委託者）が公認・指定・認定された監視機関の中から選択する自由があるならば、同監視機関を監督の一部として捉えることはできない<sup>39)</sup>からである。判例にも、選択余地を重視するものがある<sup>40)</sup>。このような委託者（私人）の選択可能性は、選択された検査員や検査機関が、行政から切り離され、私人

の側に立っていることを映しているように思われる。

## 注

- (1) 京女法学 15号1頁以下。
- (2) 京女法学 15号16頁では、行政権限の委任先を団体であるように記していたが、団体も個人も委任先となるような記述に本稿では訂正している。参照、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。もっとも、検査の権限や事務が団体に託されているものもある。BGH, Urteil vom 14. Oktober 2004 – III ZR 169/04 –, BGHZ 161, 6, Rn.2, juris. OLG Karlsruhe, Urteil vom 19. Oktober 2006 – 12 U 154/06 –, Rn.23, juris.
- (3) ㊦判決 S. 444. ㊧判決 Rn.7. ㊨判決 Rn.18. 後掲㊩判決 Rn.9. 後掲㊪判決 Rn.13. 後掲㊫判決 Rn.13.
- (4) ㊬判決 BGH, Urteil vom 27. Mai 1963 – III ZR 48/62 –, BGHZ 39, 358, juris.
- (5) ㊭判決 BGH, Urteil vom 30. November 1967 – VII ZR 34/65 –, NJW 1968, S.443.
- (6) ㊮判決 BGH, Urteil vom 25. März 1993 – III ZR 34/92 –, BGHZ 122, 85, juris.
- (7) ㊯判決 BGH, Urteil vom 14. Mai 2009 – III ZR 86/08 –, BGHZ 181, 65, juris.
- (8) 参照、Siegmar Kemm, BGH EwIR 839 1/02, S.204.
- (9) Wolfgang Schlick, Grundprobleme des Amtshaftungsrechts dargestellt anhand der Rechtsprechung des BGH, Teil 1, AL 03/2015, S.252. 技術監視協会とその専門家と同じように、航空機器の社会生活安全確保の検査において航空技術会社とその検査員が作用している。Zimmerling in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 839 BGB, S.23.
- (10) OLG Koblenz, Urteil vom 10. September 2008 – 1 U 1600/07 –, juris.
- (11) Rn.14. 正しい請求相手は、被告の整備事業者の「任用団体」（許可権者）たる連邦である（Rn.16）とする。
- (12) 判決は続けて、検査を公務の遂行と解することで、航空技術会社への修理と継続検査の委託で前面に出る業務全体の私法的性格が無視されることは懸念されないという（Rn.19）。検査機関と委託者との民事契約関係性については、参照、原田大樹『自主規制の公法学的研究』（有斐閣、2007年）192頁。
- (13) 独立性が委託者たる私人から技術検査員を切り離す論拠となることは、参照【おわりに】。
- (14) Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 761/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. März 2001 über die freiwillige Beteiligung von

Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung (EMAS) (Umweltauditgesetz - UAG) vom 4. September 2002 (BGBl. I S.3490).

同法4条1項「環境鑑定者は、規則 (EG) Nr. 1221/2009 により、5条乃至7条に挙げる要件を満たす場合、その事務の履行に必要な信頼性、独立性及び専門知識を有するものとする。…」

同法6条1項「環境鑑定者は、規則 (EG) Nr. 1221/2009…により必要な独立性を示さなければならない。」

- (15) 営業法36条1項「鋳業、外洋漁業及び沿岸漁業を含む経済分野、並びに園芸及びブドウ栽培を含む農林業における専門家として行為する者又は行為しようとする者は、ラント政府の定めた機関又はラント法律上管轄の機関によって、一定の専門分野で専門家による給付が必要であり、その者がこのために特別な知識を示し、またその者の適正に問題がない場合、当該専門分野について公的に指名され得る。その者は、専門家の事務を独立して、指示を受けず、個人的に、良心に則り及び不偏不党に履行し、並びにその鑑定が適切になされることについて、宣誓しなければならない。…」
- (16) 技術検査が、後の許可などの行政決定の要件となっていない事案として、OLG Hamm, Urteil vom 27. Juni 1990 - 11 U 51/90, NVwZ 1990, 1105f. すなわち、自動車の社会的安全性の確認は、自動車の一般走行の許可に関する無条件の前提である一方、装置安全法には、技術的作業装置の流通や設置についてこのような一般的予防的コントロールの定めがない、と述べる。同じく、BGH, Urteil vom 9. Februar 1978 - III ZR 160/75 -, juris.
- (17) 温室効果ガス排出取引法18条1項1文「義務者が6条1項による義務に従わない場合、管轄行政庁は、責任者が排出権を提示していない排出済みの二酸化炭素量1トンごとに100ユーロの…支払義務を確定する。」
- (18) これが結論として説得的であるとする学説として、Markus Ehrmann, Fehler des Sachverständigen im Emissionshandelsrecht, NVwZ 2012, S.1153.
- (19) BVerwG, Urteil vom 4. August 2015 - 7 C 8/15 -, BVerwGE 152, 346, juris. これによると、施設運用者がある年度の4月30日までに、検査済みの排出報告に記された当該年度の排出に合致する排出権の数量を提示した場合、温室効果ガス排出取引法(2004年)6条1項の提示義務に違反はない。管轄行政庁が、その時点以後に、検査済みの報告書での排出総量があまりにも低く記されていたことを見出した場合もまた同じである。このような場合、同法18条1項1文の支払義務は課されてはならない(Leitsatz)。
- (20) Hessische Prüfberechtigten- und Prüfsachverständigenverordnung (HPPVO) vom

18. Dezember 2006 (GVBl. I S. 745), zuletzt geändert durch Art. 3 der Verordnung vom 24. November 2010 (GVBl. I S. 484).
- (21) その他の評釈として、Itzel, jurisPR-BGHZivilR 9/2016 Anm. 1 は、民営化された分野では、今後出訴に際して、それぞれ妥当しているラント法規定を考慮しなければならないとする。同旨、Itzel, Anmerkung, NZBau 2016, S.561. 同判決に懐疑的な評釈として、Andreas Ebert, Die hoheitliche Tätigkeit privater Sachverständiger, NZBau 2017, S.714; Michael Halstenberg, Die Haftung der Prüflingenieur und der Prüfsachverständigen, DS 2017, S.93.
- (22) Matthias Cornils, Anmerkung, NJW 2016, S.2660.
- (23) Fischer, jurisPR-PrivBauR 8/2016 Anm. 1, juris.
- (24) 参照、鎌野邦樹「最新判例批評」判例評論 615号 186頁。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角」行政法研究 4号 102頁以下。小幡純子「官（公）と民の役割分担——行政法における最近の変化」法律時報 81巻 2号 68頁。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）313頁以下。
- (25) 同じ考えを採用するものとして、OLG Hamm, 1990, a.a.O., NVwZ 1990, S.1105 (1106).
- (26) 同種の判例として、OLG Karlsruhe, 2006, a.a.O.
- (27) 参照、Bernd Wiebauer, Staatshaftung für private Wirtschaftsüberwachung, DVBl. 2011, S.209.
- (28) BGH, 1978, a.a.O.
- (29) 評釈として、Johannes Backherms, Die Haftung der Prüfstelle im Rahmen des Maschinenschutzgesetzes, GewArch 1979, S.121. これによると、本事案では、権限委任（Beleihung）のための形式的要件（法律により又は法律に基づいて行うことができる）が欠けており、当該検査機関は、行政庁の技術的履行補助として国家的決定過程に組み込まれているという。なお、検査機関が国家事務を独立して履行することが、権限受任者の立場には必須であると言及している（Backherms, a.a.O., S.120.）。
- (30) 同様の判例として、装置安全法による装置安全点検のための検査機関は、高権的に行為していないとした判決がある（OLG Hamm, 1990, a.a.O., NVwZ 1990, 1105f.）。この事案では、装置安全法の一般行政規則によると、装置について検査機関が検査証明書を交付し又は検査証を交付すれば、管轄庁は原則として技術的作業装置の検査を放棄するとなっていたが、このような規定から、検査機関の高権的行動について十分な手がかりは出てこないとされたのである。
- (31) 参照、㊸判決 S.444. OLG Karlsruhe, 2006, a.a.O., Rn.18.

- (32) BGH, Urteil vom 31. März 2016, juris.
- (33) その他の例として、胸部インプラント製品について、技術監視協会が検査後、CE表示を付与した結果、市場流通が可能となる法制度下においても、その検査実施や表示付与が高権的とはされていない。拙稿「ドイツの指名機関に関する今日の法律問題——CE表示の判例を素材にして——」京女法学10号55頁以下。
- (34) OLG Hamm, 1990, a.a.O., NVwZ 1990, S.1105 (1106).
- (35) ちなみに、Wiebauer, a.a.O., S.212は、企業の検査機関の場合に、国家責任を求めるのは馬鹿げていると述べる。この場合、組織的に区分できる企業の部署が、同企業の運用している要監視の施設を引き受けているのである。言い換えると、施設運用者が自ら検査機関を自己責任で設け、雇用されている労働者への指示権をも持つ。このような場合、国家責任が意味するのは、自己の影響下で引き起こされた損害を事業者が国家に転嫁できるということである（S.212）。
- (36) その他、BGH, 1978, a.a.O.; OLG Frankfurt, Urteil vom 15. Juni 2000 – 1 U 25/99 –, juris.
- (37) 行政補助者については、参照、Rolf Stober, Privatisierung öffentlicher Aufgaben Phantomdiskussion oder Gestaltungsoption in einer verantwortungsgeteilten, offenen Wirtschafts-, Sozial- und Sicherheitsverfassung?, NJW 2008, S.2306f.
- (38) 同様の思考として、拙著『民営化の責任論』（成文堂、2003年）164頁。そこでは、源泉徴収義務者が税務署側（行政）か納税者側（私人）かを論じた。
- (39) Wiebauer, a.a.O., S.211.
- (40) Wiebauer, a.a.O., S.211は、例として、BGH, 1978, a.a.O.をも挙げる。以前の技術監視協会と違って、認証された監視機関は互いに競争している。その他、㊦判決 Rn.24. ㊧判決 Rn.25.

