

# ドイツ基本法 34 条 2 文における私人への求償

——指定管理者と児童養護施設の事案へ続く道——

松 塚 晋 輔

## 目 次

はじめに

1. 基本法 34 条の意義
2. 学生評議会事件
3. 非軍事的役務者事件
4. BSE 事件
5. ③に関する学説
6. エコ農業監視機関事件
7. ④に関する学説
8. 求償要件個別立法
9. ドイツの判例の整理分析
10. 日本法の考察

おわりに

## はじめに

2010 年連邦行政裁判所は、私的団体への権限委任に際し、州が求償要件を緩和させて私的団体が州の賠償責任を免れさせる協定の締結を私的団体に求めたケースで、私的団体は求償の故意重過失要件（基本法 34 条 2 文）を享受しないとしつつも、求償請求には法律の根拠があると判示した（整理上④の番号を付する）<sup>(1)</sup>。この判決が、日本の公の施設の指定管理者にかかる

賠償・求償問題と最判平成19年児童養護施設事件<sup>(2)</sup>の社会福祉法人にかかる賠償・求償問題に関わるのではないかと思ったことから調査を進めた。

まず、指定管理者の業務において第三者に損害が発生したため地方公共団体が賠償の責めを負った場合、地方公共団体は指定管理者に求償を請求することができるとする条項を条例<sup>(3)</sup>や協定・契約<sup>(4)</sup>で定めている例がある。これには重過失要件（国賠法1条2項）の適用がないのかという疑問がわく。

この点、指定管理者は国賠法1条の「公務員」に該当すると説明する学説があり<sup>(5)</sup>、そこでは、「指定管理者が軽過失で第三者に損害を与えた場合に地方公共団体は指定管理者に求償ができない」などと記述されている<sup>(6)</sup>。しかし、支払能力のある企業（指定管理者）が国賠法の公務員として重過失要件（国賠法1条2項）でしか求償を受けないとするのはおかしい<sup>(7)</sup>。このことは、私法人の責任の肩代わりとしての国家責任を無思慮に拡大してしまうことになる。

この指定管理者＝「公務員」説は、ドイツの判例の考え方に相当する。拙稿でも、以前、私法人そのものを国賠法上の公務員と見なして、私法人の職員による加害行為について、国・公共団体が私法人に求償する可能性を提示したことがある（ただし、ドイツの判例と同様、私法人への求償には故意重過失要件は通用しないとするのが適切ともする）<sup>(8)</sup>。しかし、この種の理論は判例で採用されていない。関連して、市立図書館の民間警備員による加害事案である横浜地判平成11年6月23日判例地方自治201号54頁で公務員とされたのは警備会社ではなく、その職員である。よって、求償を受ける者も、職員となる。また、団体や法人を「公務員」と見なすことに学説上批判がある<sup>(9)</sup>（この点は、最判平成19年児童養護施設事件と同じだろう）。

ところで、指定管理者を「公共団体」と見なす説がある<sup>(10)</sup>。この学説によると、指定確認検査機関（建築基準法）をも「公共団体」と見なすようである。私法人にも「公共団体」該当性を肯定できることが前提となっている。しかし、指定法人や指定機関にはこれら以外にも様々な類型がある（例えば、

道路運送車両法の指定自動車整備工場、道路交通法の指定自動車教習所、高圧ガス保安法の指定試験機関、指定容器検査機関など<sup>(11)</sup>。指定されたという構造から、その他の指定法人や指定機関にも「公共団体」該当性を認めるとすると、「公共団体」なるものが拡大（インフレ）しすぎてしまう恐れがある。反対に、同説は、最判平成 19 年養護施設事件での委託先たる社会福祉法人は「公共団体」でないとする<sup>(12)</sup>。「公共団体」がどこまで包摂するのかという疑問がある。ドイツでは私法人は職務責任法上（基本法 34 条、民法 839 条）の責任主体とならないというのが判例法理である<sup>(13)</sup>。この点、学説では、国家賠償法 1 条 1 項の公務員概念に指定管理者（の職員？）を該当させて、「設置者たる地方公共団体が賠償責任を負うこととなる」とするものが少なくない<sup>(14)</sup>。

最判平成 19 年児童養護施設事件は、県の措置を受けた児童養護施設入所児童の養育監護行為に当たる同施設職員は、公権力の行使に当たる「公務員」（国賠法 1 条 1 項）とした事例である。同判決では、児童養護施設における養育監護行為に当たる職員の不法行為責任は国賠法 1 条 1 項により専ら県が被害者（入所児童）に対して負担すると判示され、かつ、社会福祉法人の使用人責任（民法 715 条 1 項）が否定された<sup>(15)</sup>。国賠法 1 条 1 項が民法 715 条 1 項を押しのけた判決と評し得る。学説には、同最判に関し民法 709 条に基づく社会福祉法人（児童養護施設の主体）の責任の余地を示唆するものがある<sup>(16)</sup>。このような学説は理想論としては否定したくないが、同最判平成 19 年の論理は割と強固に思える<sup>(17)</sup>。

また、同最判でも、もちろん社会福祉法人を「公務員」（国賠法 1 条 1 項）にとらえて、対外的責任は本来、公共団体（地方公共団体）が負うが、内部求償は重過失要件のもと社会福祉法人が受けるという途が排除されたとは断定できない。しかし、指定管理者の場合と同様に、「公務員」（国賠法 1 条）に団体や法人を当てはめる点で批判がある。そこで、現実的妥当性に鑑みて、本稿はこの説にこだわらずに、私法人職員（自然人）の加害行為の場合には、

私法人職員への求償権行使の途を考察することに取れんすることとなろう。

本稿は上記の問題について、ドイツの判例に着目する。ドイツで公務の遂行を託された私人の不法行為のため国家が賠償を負担した場合、同私人への求償がどのように扱われるかに関する事例群である。日独の比較で、上記の問題に一定の解答が得られるのではないかと思われる。

## 1. 基本法 34 条の意義

基本法 34 条 1 文「何人も自らに託された公務の遂行において、第三者に負っている職務義務に反した場合、責任は原則として、その者が勤める国家又は団体がこれを負う。」

2 文「故意又は重過失のある場合、求償権が留保される。」

基本法 34 条 1 文によると民法 839 条 1 項<sup>18)</sup>と相まって、公務の遂行をする者は官吏と見なされ、賠償責任は国家又は団体（官吏が勤務するところの）が負担する。もっとも、私法的作用の場合、34 条 1 文は適用されず、求償も基本法 34 条 2 文ではとらえられない<sup>19)</sup>。

基本法 34 条 1 文の構図は日本の国家賠償法 1 条 1 項の解釈たる、公権力の行使を託された者は全て「公務員」とする通説<sup>20)</sup>と同じである。

基本法 34 条 2 文は対外的賠償負担者が加害者に対してする求償の規定である。これは国家賠償法 1 条 2 項に相当する。ただし、内部求償は命じられているだけでなく、留保されているにすぎない<sup>21)</sup>と解されている。つまり、基本法 34 条 2 文によっては、法律上の求償義務は実現しない<sup>22)</sup>。また、求償のための法的根拠が必要である。例えば、官吏身分法 (BeamtStG) や連邦官吏法 (BBG) がそれであり、官吏が雇用主に対し高権的領域では故意重過失でのみ責任を負わなければならないという規定である<sup>23)</sup>。

後述（後記③、④）のように、判例上基本法 34 条 2 文は、私人が責任法上の職務担当者として国家のため高権的に行為する場合でも、私人に適用さ

れないことがある。基本法 34 条は公勤務だけを念頭に置いており、被害者に支払能力ある債務者を呈する 1 文と違って、2 文を私人に適用する必要はないからである<sup>24)</sup>。

## 2. 学生評議会事件

最初に、求償が問われたものではないが、行政から大学会計にかかる権限を委ねられていた学生に対して、国家が賠償請求をすることが否定された事例を紹介する。

①連邦行政裁判所判決 1996 年 4 月 3 日では、職務義務違反を理由として大学又は大学の担い手たる国家が負担した経済的支出について、学生評議会構成員の個人責任は、大学行政における法関係の多層性と複雑性に考慮した具体的な法的根拠を要件とするとされた。そして、民法規定（委託関係や（積極的）債権侵害に関する規定）は、責任の理由付けとしては決して十分ではないと判断されたのである<sup>25)</sup>。以下判旨からは、いわば弱者たる学生が請求されることにブレーキをかけたいとする趣旨が伝わってくる。

責任の要件と範囲にかかる法律規定の強度と明確性には高い要求が設定されなければならない。この要請の理由は、学生が委員会の活動に拘束されなければならないこと、また、学生が名誉職活動をしていて、まだ教育期間にあり、たいていほとんど僅かな行政経験しか持ち合わせていないことである。最後に、学生が代表する委員会は固有の財産を持たず、個々の学生は通常固有の収入がない。…これが全体関係の中でどのように評価でき、このような観点がどのような方法で、例えば相当の過失を故意重過失に限定したり、短期時効その他の方法を用いたりして考慮しなければならないかに関しては、一般法原則に基づいて答えることはできず、立法者の統制が必要である（Rn.23）。

この判決で連邦行政裁判所は、民法規定による学生評議会のメンバーの責任を否定し、その際、評議会の名誉職的性格、教育的地位、乏しい行政経験、

自己収入の欠如、学生自治に立候補する学生意欲への危険を考慮したのである<sup>(26)</sup>。関連判例で、通学指導係を任された生徒がミスのため賠償請求された事案で、基本法34条により生徒でなく学校が責任を負うとした判決もある<sup>(27)</sup>。後に④では、高権的作用をする公勤務外の私人が通学指導係の生徒のような場合、基本法34条2文（故意重過失要件）が及ぶと解されている。

### 3. 非軍事的役務者事件

#### (1) 従事先に対する連邦の求償請求

求償権そのものが争点となる事案で、求償請求を制限しようとする判決が現れた。

②連邦通常裁判所判決1997年5月15日<sup>(28)</sup>は、非軍事的役務法（戦争忌避者の非軍事的役務に関する法律 Gesetz über den Zivildienst der Kriegsverweigerer = ZDG）上、非軍事的役務者<sup>(29)</sup>の民間従事先として公認されていたユースホステルにおいて、非軍事的役務活動に従事していた者が負傷したことで、連邦が損害を賠償した。そこで、連邦がユースホステル経営者に求償請求した事案である。連邦通常裁判所は、非軍事的役務者の民間従事先は基本法34条2文の求償権制限＝責任特権（すなわち、求償権が行為者の故意重過失へ限定されること）の享有を否定されないとした<sup>(30)</sup>。また、②は、権限委任で形成された行政法的債務関係上の契約侵害を認めている（Rn.12）。なお、従事先（の主体）が、権限受任者（ベリーエネ Beliehene）であることを前提にしている。

#### (2) 連邦に対する従事先の保険者の求償請求

類似判例で、非軍事的役務者がその職務に際して従事先の財産を棄損した場合（交通事故でドイツ赤十字の自動車を棄損）、従事先は国家と一体であるため、第三者のための職務義務違反の要件が満たされないとしたものがあ

る<sup>31)</sup>。結局、非軍事的役務者が従事先の自動車で引き起こした交通事故の後、自動車損害賠償責任の保険者等は、自己の権利からも譲渡された権利からも、事故に起因する請求権を連邦に対して主張することはできないとした。

### (3) 非軍事的役務者に対する従事先の求償請求

その後も類似判例で、不法行為又は職務責任ゆえに従事先が非軍事的役務者に損害賠償請求することは、非軍事的役務法 34 条<sup>32)</sup>の規定により排除されるとしたものがある<sup>33)</sup>。その際、非軍事的役務者の従事先には、非軍事的役務者への求償権はないとしている。もっぱら連邦にのみある権利ということである。また、(2)と同様、従事先は第三者でないという理解である。つまり、従事先と国家は統一体であるということである。

## 4. BSE 事件

③連邦通常裁判所判決 2004 年 10 月 14 日<sup>34)</sup>では、食肉衛生法による BSE テストの実施を市から委託されていた被告（民間試験所）がテスト結果を誤判定し、第三者の食肉が腐り、賠償を求められた原告州が求償の方法で、第三者の職務責任請求を充足するよう被告に請求した。

連邦通常裁判所は、まず民間試験所（独立の私企業）は BSE テストの実施に際し、民法 839 条、基本法 34 条 1 文の職務担当者（官吏）であると見なした。しかし、国家による求償が故意重過失に限定されるとする規定（基本法 34 条 2 文）は、独立して高権の事務を執行する行政補助者（当該私企業）には適用がないとしたのである<sup>35)</sup>。責任緩和の目的は行政の決断力を強化する点にあるが、この目的は、行政補助者として利用される私企業にはそもそも役割を有さないし、また、公勤務者に配慮する思考は適用の余地がないとした。

その後、差戻後原審は原告の請求を認めた<sup>36)</sup>。

被告は職務上予定されている食肉検査の執行に際し、民法 839 条、基本法 34 条の「公務の遂行において」行動していたのだから、原告は、当該職務義務の履行時の外部に対する過失について、職務責任の原則によって補填しなければならない (Rn.63)。

被告は契約侵害のため、第三者による正当な請求で生じ、かつ将来生じるであろう損害を原告に賠償する義務がある (Rn.33)。

## 5. ③に関する学説

### (1) 決断力について

元来、求償と配慮義務は対立する<sup>37)</sup>。官吏への求償は官吏への配慮を低減させるからだ。しかし他方で、独立の行政補助者（特に、受託企業）に対する配慮義務は存在しないから、それに基本法 34 条 2 文の求償制限は適用できない<sup>38)</sup>という指摘もできよう。つまり、決断力を促すという思考と公勤務者に配慮するという要請が規範であって、これは国法上の官吏、裁判官、兵士、非軍事的役務者、並びに公勤務上の被用者 *Angestellte* 及び労務者 *Arbeiter* だけに及ぶことである、ともいえる<sup>39)</sup>。かくして、目的論的には③（私企業は基本法 34 条 2 文を援用できないとした判決）は適切なものに見える<sup>40)</sup>。この議論は日本で求償が故意重過失要件（国賠法 1 条 2 項）とされているのが、公務員の萎縮効果を防止するためであるとする議論<sup>41)</sup>と等価である。

他方、③に対してはまず、「独立の私企業」が適切な区分基準であるのか疑いがあると指摘されている<sup>42)</sup>。

さらに、③に対する懐疑説によると、③の理由付けが説得的でないとする。もちろん、一定の作用を引き受けるか否かは行政補助者にとって自由であるが、引き受けた作用において、行政補助者の決断力が強まるか弱まるかが基本的問題である<sup>43)</sup>とする。よって、基本法 34 条 2 文は全ての高権的行政活動に意義があつて、誰が活動しているかは問わない<sup>44)</sup>。連邦通常裁判所のとつ



た途（行政補助者に基本法 34 条 2 文の求償制限を拒むこと）は非生産的とする<sup>(45)</sup>。理由は、行政補助者が、私的領域におけるより高いリスクのあるような高権の事務を引き受けている場合、特に緊急措置に際し、まさに必要な決断力でもってその作用を実施しなくなるであろうということである（常に、求償を恐れる背景のもと）<sup>(46)</sup>。単純過失にかかる求償が可能となるのは、特別な事情ゆえ職務担当者の決断力が害されないことが正当化される場合である。権限受任者（ベリーエネ）が権限委任を拒否できるかも問われる<sup>(47)</sup>という。

## (2) 私企業は責任法上の官吏となるか

③も含めて連邦通常裁判所は、職務責任法（基本法 34 条、民法 839 条）上の官吏に私企業もなり得ることを明らかにしている<sup>(48)</sup>。しかし、これに対する批判的コメントがある。

私法人は、高権的権限を託されている（ausstatten）場合でも、官吏とはなり得ない一方、自然人のみが職務担当者となり得ることに注意しなければならない<sup>(49)</sup>とするのである。このことが意味するのは、私法上の個人商事会社（Einzelhandelsfirma）やその所有者（Inhaber）——商人——は、職務責任法の官吏となり得るといふ。一方、有限責任会社は職務責任法の官吏となり得ないとする<sup>(50)</sup>。

この官吏＝自然人説は、ドイツ判例ではないようだ。しかし、日本の判例とは親和的に思われる<sup>(51)</sup>。

## 6. エコ農業監視機関事件

④連邦行政裁判所判決 2010 年 8 月 26 日の事案では、求償権と法律の留保が問題となった。

原告はエコロジカルな農業に関する監視機関（Kontrollstelle）として活動する権限委任された私企業であって（Rn.39, Rn.43）、農業企業や農業加工事

業者についてエコロジカルな基準を遵守しているか審査し、事業者と製品を認証する。被告州の農業課は、原告の権限委任（Beleihung）を求める申請について、次のような附款（Beifügung）を付けて認めた。

「バイエルン州は、監視機関又はその履行補助者にその事務の履行において生じた損害の責任を負わない。監視機関は、その事務の履行において第三者に与えた損害につき、バイエルン州に対して補償請求を有さない。バイエルン州が請求された場合、監視機関はバイエルン州の責任を免れさせなければならない。加害行為が州営造物の指示の実施によるものであった場合、監視機関の責任は被害を受けた第三者に対して負わない。…」

連邦行政裁判所は、権限委任は法律により又は法律に基づいてのみ行われてよいと判示した。そして、立法者に留保されている権限委任の様式には、ベリーエネへの責任求償が単純過失の場合にもなされることの可否が含まれる（Leitsatz）という。紹介しよう。

BVerwG Urteil vom 26. August 2010 -3C 35/09- BVerwGE, 137, 377, juris

バイエルン州からエコロジー農業の監視機関（Kontrollstelle）の事務を委託されている原告は、ラントが責任事案で単純過失の場合にも原告に求償しようとしていることに反対している。

原告は、ドイツ全土でエコ農業の監視機関として活動している。原告は、農業企業と加工事業者をエコ農業基準の遵守について検査し、事業者と製品を認証している。原告はバイエルンではこの監視事務を、権限委任（ベライウング）に基づき実施していた（Rn.1）。

新たに授權を求める原告の申請に対して、被告の州農業局は付款（前記）を付して認めた（Rn.2）。

訴えにおいて原告は、損害の責任を完全に原告に引き受けさせる規定は、法律の授權がなければ許されないとする。損害賠償責任を完全に引き受けることは原告には受け入れられないという。このことは法律上の根拠なしに許されないとする（Rn.3）。

以下判示。

攻撃されている規定は法律の根拠を必要としたが、それが欠けている（Rn.9）。

基本法 34 条 2 文は法律留保の下にある（Rn.16）。

基本法 34 条 2 文は求償制限をしているが、これには異なる 2 つの目的がある。1 つは、職務担当者の決断力の強化であり、もう 1 つは、雇用者による被用者への配慮義務である。しかし、少なくとも配慮義務の視点は公勤務外の私人には、たとえ高権的に行動していても及ばないか、又は特別な保護を必要とする例外的な場合（例えば、交通指導の生徒や監視役の生徒）にしか及ばないであろう（Rn.22）。

立法者に留保されなければならない権限委任の様式には、ベリーエネの単純過失についても責任求償を認めることが入る（Rn.26）。

自動車専門家法 1971 年 10 条 4 項は、技術検査機関（個人として権限委任された専門家が働く機関）がそれぞれの州の責任を全て免れさせることを規定している。逆に、航空法 31e 条（2007 年）は、受託者に対し故意重過失に限定して、また一定の最高限度額の範囲でのみ求償を認めており、これらは憲法の通常型の中にとどまる（Rn.28）。

本件では責任規定に必要な法律上の根拠が欠けている。もちろん法律は、私的な監視機関にエコ監視の公務の独立的履行を委託し、同機関に必要な高権的権限を委任することを授權している。しかし、権限委任の様式、とりわけ内部の権限委任関係における責任配分に関して言及がない（Rn.29）。

## 7. ④に関する学説

### (1) 学説状況

④は、基本法 34 条 2 文は公勤務者のための規定であって、高権的に作用する私人に及ぼす誘因がないとする（Rn.19）。また、基本法 34 条 2 文の制限がベリーエネには適用がないとしつつ、求償要件を緩和するには、権限委任の根拠とともに、求償緩和の根拠も法律を要するとした。この点、③とは異なる。③では、基本法 34 条 2 文の制限が不適用であるのは同じだが（よって両者は矛盾しない）、求償緩和の法的根拠は問われていない。さしあたり、この差異は一方でベリーエネ、他方で行政補助者の事案の違いであると説明できるのであろう<sup>52)</sup>。

さて、④の議論は説得的とするもの<sup>53)</sup>、他方で驚くべきものと評するものもある<sup>54)</sup>。

特に、④の見解に対する詳細な批判（④批判説）にあっては、求償には十

分な法的根拠があるという。要するに、ベリーエネや行政補助者について、求償権は行政法的債務関係の義務違反から生じ得るとする説である<sup>55</sup>。この点、かつて③の評釈にも、求償請求の根拠は、土台となっている契約上の法関係から生ずる<sup>56</sup>とするものがあった。

もちろん、ベリーエネと行政主体との間にも債務関係があるかは明確でないが、少なくとも公法契約によって行政法上の債務関係を形成するようだ。それには、行政手続法 62 条<sup>57</sup>を介して民法 275 条<sup>58</sup>以下が適用される<sup>59</sup>とするのである。

かくして、権限委任をする行政主体とベリーエネの間には近接関係があり、責任の適切な配分の必要がある<sup>60</sup>というのである。

## (2) 反批判

これと対極にある説が以下である。

ベリーエネは公法団体とは監督上の関係にあるに過ぎない<sup>61</sup>。公法上の債務関係は権限委任のケースには存在しないので、職務義務違反の場合の求償権も、例えば債権侵害から生じることはない<sup>62</sup>。自動車専門家法を除いて、明らかに法律規定が欠けているから、求償権は、それが権限委任時、契約上明らかに合意された場合にしか存在しない。ベリーエネとベリーエネのために行為する者は国家組織に編入できないので、特に監督分野において、権限委任者との密接な勤務・忠実関係（これは、職務担当者を保護するため責任を委任者に責任移転することを正当化するような関係）が欠けている<sup>63</sup>。

## (3) 再反論

これに対し、④批判説は述べる。

権限委任関係の監督的性質のため債務関係が排除されるという思考は説得的でない。このような見方は、公法が常に行政の上位権力で特徴付けられるという不当な前提に立っている。結局、ベリーエネが高権的権限を行使する

にしても、債務関係の承認に反するものでない。しかし、このことは権限委任の場合、直接法律によって妥当するとは限らない。行政主体とベリーエネの間には、少なくとも権限委任が公法契約又は行政行為によって行われれば、行政法上の債務関係が存する<sup>64</sup>。

④批判説は続ける（以下）。

行政契約による権限委任は少なくとも任意に行われる。しかし、行政行為による権限委任も事前の申請に遡る。これらの場合、権限委任は行政補助者の私法的な任用と構造上、本質的に異なる。

民法の責任規定の適用にそうのが、広い会計的な独立性もそうである。ベリーエネは権限委任関係の形成に際し、何らかの行政主体の求償に関し費用リスク、及び保険の負担を担い得るならば、ベリーエネは私的な契約相手と似た状況にいる<sup>65</sup>。

④批判説は同事案について、私法上の契約との類似性が重みを増すとし、民法上の給付侵害規定の適用に分がある<sup>66</sup>と結論する。

## 8. 求償要件個別立法

求償そのものは特別法上の授權を要し、それは連邦官吏法、官吏身分法又は特別な州官吏法の規定に含まれている<sup>67</sup>。

④によると、法律の留保はベライウンクの可否（Ob）に関わるのみならず、その本質的な方式をも包摂する。従って、ベリーエネへの責任求償が単純過失の場合に認められるとしても、この法律の留保は妥当する。立法者は、権限委任の責任効果を法律で規定する必要性をこれまで考慮してきた（例えば、自動車専門家法 10 条 4 項<sup>68</sup>、航空法 31e 条<sup>69</sup>）とする<sup>70</sup>。

この例示に対する批判として、連邦行政裁判所の挙げる自動車専門家法 10 条 4 項は適切な例ではないとする説がある。なぜなら、この規定により責任を免ずる義務については、ベリーエネたる専門家が負うのではなく、技

術検査所 (Technische Prüfstelle) の運営を託された機関 (Stelle) が負うからである。つまり、このような状況に基本法 34 条 2 文がかかってこない<sup>(71)</sup>という。このことは、日本で私法人が国賠法 1 条 2 項の「公務員」に該当するかの解釈に有益な示唆を与えるであろう (後述)。

## 9. ドイツの判例の整理分析

ドイツの 4 つの判例を並べて比較することができる。①学生評議会事案、②非軍事的役務従事先事案、③ BSE 検査試験所事案、④エコ農業監視機関事案である。

①では、権限行使の学生に対する求償請求は行き過ぎであるという思考につながる。②では、非軍事的役務者の従事先たるユースホステルも求償制限たる故意重過失要件の適用を受けるとした。①と②は私人・私的団体であっても、典型的な利潤追求タイプでない点で共通しているだろう。

③と④は私企業の事案である。③では、国家から私企業への求償には故意重過失要件は不適用とされている。債権侵害を理由に、求償請求権があるとされた。④では、私企業への求償には法律の根拠が必要であるとされ、この法律の根拠がないので、求償権の行使はできないとされたのである。

③と④で表面的な矛盾が見られる。③の私企業は行政補助者のカテゴリーである。単純過失で求償請求できるとされた<sup>(72)</sup>。他方、④の私企業は権限受任者 (ベリーエネ) である。権限委任のためには法律の根拠規定を要し、求償請求する場合にも法律の根拠規定がある。おそらく、行政補助者かベリーエネかで、それぞれ法原則が異なると整理できるであろう (④はベリーエネの事案であることが強調されている)。

②と④も表面上対立する。②では行政法上の債務関係が成立しているとし、それを求償権の法的根拠としている (Rn.21)。同じく④でも債務関係はある (③も同様)。②では故意重過失要件のもとでのみ、ベリーエネたる私人への

求償請求が可能とされた一方、④では単純過失での求償は可能だが、そのための法律がなく不可能とされた。つまり、④ではベリーエネたる私人への求償について故意重過失要件を緩和するには、債務関係の法理では不十分と解されたものと整理できる。④では基本法 34 条 2 文が適用されなかったため、かえって求償には法律の根拠が強く求められたのかもしれない。

この 4 判例の整理は日本の求償問題を考える上で、有用な視点を提供してくれる。

## 10. 日本法の考察

指定管理者への求償に関して、施設の運営事務を指定管理者が受託している場合を（ここでは営造物管理責任は考えないことにする<sup>(73)</sup>）、ドイツの③と比較してみよう。私人の事実行為（例えば、社会福祉施設の運営事務<sup>(74)</sup>）である点で共通しているからである。③の考え方が示唆するのは、地方公共団体から指定管理者への求償には故意重過失要件が及ばないということである（求償要件緩和論）。もっとも、施設の運営事務で指定管理者の行う事実行為のうち、住民や利用者の法的地位に関わらないものはそもそも公権力の行使ではないので、民法による処理で足りる<sup>(75)</sup>。

一方、指定管理者が施設の使用許可まで委任されている場合<sup>(76)</sup>、④に接近する。権限受任者への求償事案である。この場合も求償要件緩和論は示唆的である。ただし、④では、権限受任者に求償を定める契約規定に法律上の授權根拠がないとされたが、日本の指定管理者についても求償するには授權根拠が必要とならないのであろうか。

これに関する 1 つの考え方として、日本の国家賠償法 1 条 2 項が求償権の直接的な根拠規定であると解すれば、これで十分である。しかし、これだと重過失要件がかかってくるので、単純過失でも求償権を発生させようとするならば、国賠法 1 条 2 項を適用なしとする必要がある。よって、指定管理者

は「公務員」（国賠法1条1項、2項）でないとし、指定管理者の職員が「公務員」だと解釈することにする。そうなると、ドイツのように他に求償（指定管理者に対する）の根拠規定を探すことになる。しかし、指定管理者への求償にかかるこの種の法律規定は見当たらない。もっとも、ドイツの学説では、ベリーエネと国家との行政法上の債務関係に、民法の債務法規定が適用されるとして、これを求償の根拠規定と位置付けようとする強力な主張がある（7.の④批判説）。指定管理者と地方公共団体との間にも、行政法上の債権債務関係を見出し得るのではないか（契約や協定が根拠）。国賠法1条2項が及ばない真空地帯という前提である。

最判平成19年児童養護施設事件では、養育監護行為という事実行為を託しているという点で、②非軍事的役務従事先事案と比較してみよう（②では、従事先ユースホテルも故意重過失要件の保護を享有するとされている<sup>77)</sup>。両事案には、利潤やリスクを計算して受託するか否かを定めることができるという企業の思考が、児童養護施設やユースホテルには有意でない（参照、②Rn.14）という要素が共通しているように思う。

このように児童養護施設事件は②と比較できるとしても、②と異なり、求償規定（国賠法1条2項）の射程が及ばないかもしれない。最判平成19年は、民法715条（使用者責任規定）により被害者が社会福祉法人に賠償請求することはできないとした。国賠法1条1項が民法715条を押しのけた格好である。しかし、児童養護施設のような事案では、国賠法1条2項（求償権）については問題とならず、社会福祉法人と地方公共団体との内部求償は民法によると解されないであろうか。最高裁判決では社会福祉法人を「公務員」（国賠法1条1項）と見なしていないから、「公務員」でない社会福祉法人にそもそも国賠法1条2項で求償することはできないという論理である。

その他、指定管理者を公共団体（国家賠償法1条1項）と見なす説<sup>78)</sup>は適切ではない。同説の考える、指定管理者の被害者に対する対外的賠償責任論には賛成しがたい。すなわち、「公共団体」の外延が日本語に反し広がりす



ぎるという問題がある。公権力の行使に関わる指定管理者職員の不法行為の場合、地方公共団体が責任を負うとする説<sup>79)</sup>が妥当であろう。このほうが、私人（指定管理者）を「公共団体」（国賠法）と無理に見なすことはない。最判平成 19 年児童養護施設事件の立場（国賠法 1 条 1 項は民法 715 条を排す）とも共存し得るだろう<sup>80)</sup>。そして、少なくとも指定管理者を「公共団体」や「公務員」と見なすことなく、地方公共団体（委託者）との内部関係で賠償・求償の必要に応えることができる。他方、企業活動の典型でないことに鑑み、②（連邦からユースホステルへの求償について故意重過失要件の適用があった事例）のように「公共団体」でない社会福祉法人の内部責任には重過失要件をかぶせることが考えられなくもない。その際、国賠法 1 条 2 項（重過失要件）を適用するやり方（社会福祉法人＝公務員）でなく、地方公共団体と社会福祉法人との協定によるやり方が考えられよう。

## おわりに

図 1 は、ドイツの判例における求償の相手方と求償要件（重過失）の通用性を図示したものである。図 2 は、日本の指定管理者と社会福祉法人（最判平成 19 年児童養護施設事件）について、同様に求償の関係を図示したものである（不確実な記述には？を付している）。これらの図を使って、まとめを述べたい。

ドイツの判例のように、指定管理者たる私法人自体が国賠法 1 条 1 項の公務員（官吏）に当たるとするならば、求償は当該私法人（国賠法 1 条 2 項の公務員になる）に対して行うことができる（図 1）。その場合、求償の故意重過失要件があるため、私法人（公務員）への求償は相当困難となるが、果たして私法人を自然人たる公務員と同じくらい保護する必要があるか疑問となる。よって、解釈によって公務員（2 項）は私法人を含まないとして、私法人への求償を過失要件に緩和することが考えられる。ドイツの判例（③④）

はこの求償要件緩和路線である。

他方、日本の判例のように、私法人ではなく自然人たる私人（職員）を責任法上の公務員と見なす場合（図2）、それへの求償も過失要件に緩和されるのか、ドイツには消極的判例（①）がある。

まとめると、指定管理者の職員（自然人）が国賠法1条1項の公務員に当たるならば、求償は当該職員（国賠法1条2項の公務員）に対して行うことになる<sup>81)</sup>（図2）。故意重過失要件は公務員（職員も）個人を保護する目的にあるとすれば、同要件は適切に機能する。求償要件を緩和する必要はない。他方、指定管理者は国賠法1条2項（故意重過失要件）の適用を受けなくなるので、それへの求償を単純過失要件としても法的問題はない。

次に、児童養護施設について見ると、ドイツ判例（図1）のように私法人をも公務員と見なす路線で最高裁判決を説明することも不可能でない。確かに、最判平成19年児童養護施設事件で、児童養護施設を経営する社会福祉法人（私法人）の職員は公権力を行使しているとされ、被害者への賠償責任は県が負い、社会福祉法人は賠償責任を負わないとされた。しかし、これは社会福祉法人も公権力の行使を担う公務員として理解すれば、社会福祉法人が対外的責任を負わないことを説明できるかもしれない。

しかしそうではなく、あくまで職員（自然人）だけが公権力を行使していると解するならば（図2）、内部責任に関して社会福祉法人も重過失要件の恩恵を受けるのか考える必要がある。そもそも、国賠法1条2項の求償問題は、職員＝公務員（国賠法1条1項）だけに関わるのであって、社会福祉法人は公務員（国賠法1条1項）でないとの前提に立つと、社会福祉法人に国賠法1条2項の便宜を享受させる必然性はない。

そうなると当面、社会福祉法人自身による重過失でなく単純過失（組織的過失などの論法により）で、地方公共団体が社会福祉法人に対して求償あるいは賠償を求めることができるかどうかは、両者の協定や契約の定めによる<sup>82)</sup>とするほうが、責任配分が明確で適切である。

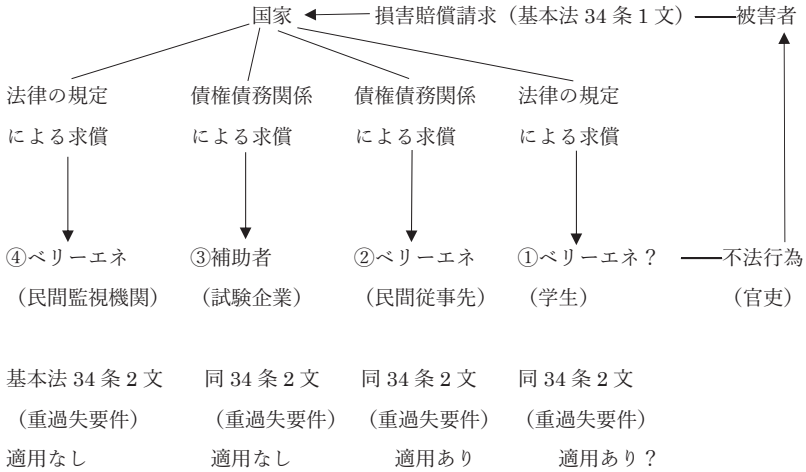


図 1

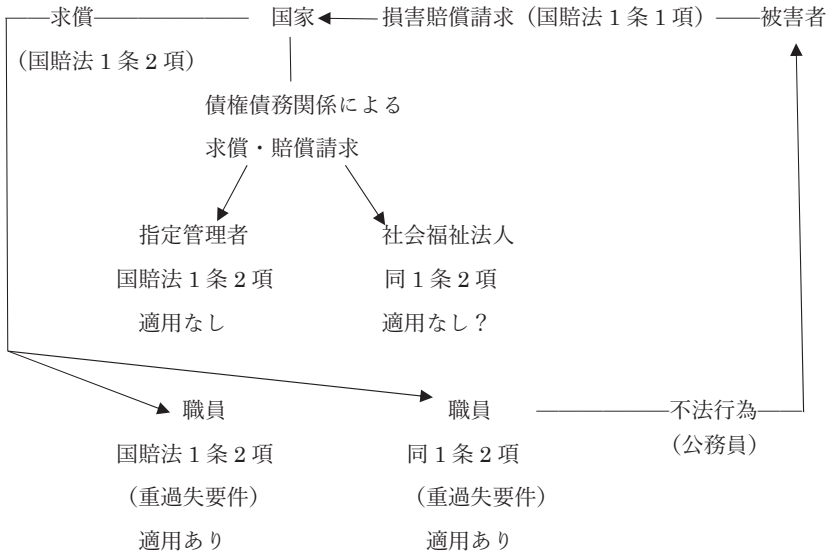


図 2

## 註

- (1) 日独比較において、指定機関や指定法人に対する国家からの求償を考える上で重要な判決でもある。
- (2) 最判平成19年1月25日民集61巻1号1頁。
- (3) まんのう町公の施設の指定管理者に関する条例21条。
- (4) 実務のガイドラインとして、「千葉市指定管理者制度運用ガイドライン（第2版）」37頁。<https://www.city.chiba.jp/somu/joho/kaikaku/documents/shiteiguideline.pdf>（閲覧2020年10月30日）。原田晃樹・松村亨「協働のツールとしての指定管理者制度—その可能性と制度上の課題—」四日市大学総合政策学部論集5巻1・2号75頁。しかも、この論文は、重過失でなく過失で指定管理者が対外賠償責任をも負うという協定の考え方を呈示している。同76頁。
- (5) 原田・松村・前掲註(4)75頁。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117頁。稲葉馨「公の施設法制と指定管理者制度」法学67号707頁。宮脇淳編著『指定管理者 問題解決ハンドブック』（東洋経済新報社、2019年）131頁（井口寛司執筆分）。ただし、171頁は異なる立場。PFIの事業者への求償については、斎藤徹史「PFI法と行政法」法学81巻6号756頁。
- (6) 松村・前掲註(5)117頁。
- (7) 松村・前掲註(5)117頁。岩本浩史「PFI方式刑事施設と賠償責任」鳥根県立大学総合政策論叢14号84頁。同文献は述べる。「公務員個人責任否定説の本質的な論拠は…公務員個人の萎縮防止…であると考えているが、それは『個人』であるから妥当するものであって、『法人』という組織体には妥当しない。「使用者が個人であるケースについてどのように考えるべきか、というのは重要な指摘であると思うが、人を雇って事業を行いうるほど資力があるのだから、萎縮防止に配慮する必要はない」。
- (8) 拙稿「指定機関の分類と責任」京女法学7号20頁。
- (9) 阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』（有斐閣、2009年）444頁。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）所収36頁。
- (10) 指定管理者が、違法な不許可処分で私人に損害を与えた場合、指定管理者は公共団体（国賠法1条）に当たるとする見解がある。大浜啓吉『行政裁判法行政法講義Ⅱ』（岩波書店、2011年）390頁。西埜章『国家賠償法コンメンタール第3版』（勁草書房、2020年）92-94頁。板垣勝彦「指定管理者制度15年の法的検証」『地方自治法の現代的課題』（第一法規、2019年）所収458頁（横浜法学28巻1号54頁以下）は分離的把握という。

- (11) 参照、拙稿・前掲註 (8) 7号 6-7 頁。
- (12) 西埜・前掲書註 (10) 117 頁。
- (13) 参照、Th. v. Danwitz, Art.34, in: Mangoldt / Klein / Starck, Grundgesetz Kommentar, Band 2, 7. Aufl., C.H. Beck, 2018, Rn.121; Walter Frenz, Die Staatshaftung in den Beleihungstatbeständen, Duncker & Humboldt GmbH, 1992, S.163.
- (14) 成田頼明監『指定管理者制度のすべて 制度詳解と実務の手引き改訂版』（第一法規、2009年）136 頁。同様に、稲葉・前掲註 (5) 706 頁。碓井・前掲注 (9) 34 頁。宮脇・前掲書註 (5) 170 頁。
- (15) 最判平成 19 年児童養護施設事件。「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。」
- (16) 増森珠美「時の判例」ジュリスト 1365 号 126 頁。菊池優太「私人の行為と国家賠償——民間との協働におけるリスク分担の諸相と対応」判例地方自治 396 号 9 頁。被害者救済のため、国の国家賠償責任とともに、「民間職員の使用者の賠償責任」を唱えるものとして、岩本・前掲註 (7) 84 頁。
- (17) 類例として、名古屋高判昭和 61 年 3 月 31 日 Westlaw Japan 文献番号 1986WLJ PCA03311008。
- (18) 「官吏が故意又は過失で、第三者に負っている職務義務に反した場合、当該官吏はそこから生じる損害を当該第三者に賠償しなければならない。官吏に過失の責めだけがある場合、被害者は別段の方法で賠償を得ることができない場合にのみ、当該官吏は請求され得る。」
- (19) Hans D.Jarass, Art.34, in: Jarass / Kment, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, 16. Aufl., C.H. Beck, 2020, Rn.11, Rn.31. 参照、Bernd Rohlffing, Amtshaftung, Universitätsverlag Göttingen, 2015, S.512; Elke Gurlit, Art.34, in: Ingo von Münch / Philip Kunig, Grundgesetz Kommentar, Band 1, 6. neubearbeitete Aufl., C.H.Beck, 2012, Rn.35.
- (20) 西埜・前掲書註 (10) 126 頁。
- (21) ④ Rn.18; Armin von Wachpfennig, Der Regress des Staates beim beliebigen Unternehmer, DVBl. 2011, S.1138. 同様に、Fritz Ossenbühl, Anmerkung, JZ 2005, S.570; Gurlit, a.a.O. (19), Rn.35.

- (22) Rohlfig, a.a.O. (19), S.513
- (23) Rohlfig, a.a.O. (19), S.512. 参照、Gurlit, a.a.O. (19), Rn.35.
- (24) Wachpfennig, a.a.O. (21), S.1138; ③ Rn.15; ④ Rn.19.
- (25) BVerwG, Urteil vom 3. April 1996, BVerwGE 101, 51, juris, Leitsatz.

学生評議会構成員たる被告が過失で義務に違反したとして、原告が一般の給付訴訟で損害賠償を請求している (Rn.1)。

被告は M 大学の学生評議会の構成員であり、学生評議会の提案で、大学管理者 (Leitung der Hochschule) から、評議会事務の支出証明書について物品・会計上の確定をする権限を得ていた (Rn.2)。

M 大学長は、印刷会社に支払われた会計総額を補うよう被告に文書で義務付けようとした。原告は行政裁判所に被告を相手取って、総額の半分を支払うことを求め提訴した (Rn.4)。

本件では、多層の利害状況と責任が、国家——大学——学生集会——学生評議会と構成員において存在する。このような法的に単純構造でない関係において、本質的な責任要件 (例えば、名誉職的活動をする学生の主たる責任、求償、国家と大学内の監視組織の共同責任、基準となる massgeblich 債務の程度及び時効について) に関し特別な法律規定の必要がある。このような本質的な責任問題の規定は、立法者によって行われなければならない。一般法原則を拠り所にするというのは、このような要請を誤認しており、実際には裁判官による規範定立である (Rn.22)。

- (26) Wachpfennig, a.a.O. (21), S.1144.
- (27) OLG Köln, Urteil vom 19. Januar 1968 – 2 U 11/67-, juris. 参照、拙著『民営化の責任論』(弘文堂、2003年) 60-61頁。
- (28) BGH, Urteil vom 15. Mai 1997 – III ZR 250/95 –, BGHZ 135, 341, juris.

原告と従事先が非軍事的役務の形成と実施に際して協働する本件態様と方法は、権限委任行為で形成される行政法的債務関係の承認を正当化する (Rn.8)。

当法廷の見解によれば、私的な従事先主体を責任特権から除外することはできない。民間従事先主体とドイツ連邦共和国の間に、権限委任によって形成された行政法上の債務関係を認めるにしても、契約侵害の法的効果が、いきなり債務法の一般規定から読み取ることができるということは意味しない。むしろ、官吏法や法定の事故保険法での類似事案について、どんな基準で保障されているかを考慮しなければならない (Rn.14)。

被告の責めに帰する従事先の上司の行為を重過失と評価した原審に瑕疵はない (Rn.16)。

原告にとって事故の結果生じた支出を全て、被告に転嫁することは適切でない。むしろ、権限委任で形成された行政法的債務関係は、求償請求を損害の一部（従事先が責めを負うべき負担部分に相当する部分）に限定することを求める（Rn.21）。

- (29) 非軍事的役務者も責任法上の官吏である。参照、③ Rn.17; Gurlit, a.a.O. (19), Rn.12.  
 (30) 参照、拙稿「民営化と救済法——不法行為における公務員・公共施設と、受託者との責任配分について——」比較憲法学研究 20 号 106 頁。  
 (31) OLG Köln, Urteil vom 15. Juli 1997 – 7 U 215/96 –, juris.

非軍事的役務者は、普通の国民の如く、従事先と対峙することはない。むしろ、国家と従事先官庁とは一体であり、第三者のための職務義務の違反というメルクマールが欠けているのである（Rn.2）。

重過失のある場合、常に保険者は求償できるという一般的原則はない。本件のような事案で、従事先に、非軍事的役務者又は被告〔連邦と思われる〕に対する請求権がないというのは、当法廷にとって全く説得的に思えない。例えば、非軍事的役務法 6 条の請求、従事先と被告との公法的債務関係の侵害ゆえの請求、又は（可能ならば）被告と従事先との公法的委託関係ゆえの請求に言及できるかもしれない。とりわけ公法的債務関係ゆえの従事先の請求権（非軍事的役務法 34 条によって第三者補填の中で非軍事的役務者に求償を求める請求権）に言及できるかもしれない（Rn.3）。

しかし、本件では上記の言及とは無関係に、すでに求償請求権は原告にはない。なぜなら、事故を引き起こした非軍事的役務者の行為が重過失として見なし得ないからである。一般自動車保険約款（AKB）によると資格ある運転手に対して原告が求償請求できるのは、運転手に故意または重過失の責めがある場合だけである（Rn.5）。

- (32) 34 条 1 項「非軍事的役務者が故意又は重大な過失で、自ら負っている義務に反した場所、そこから生じる損害について、当該非軍事的役務者が事務を履行しているところの使用者 Dienstherr に対して賠償しなければならない。複数の非軍事的役務者が共同で損害を発生させた場合、連帯債務者として責めを負う。」  
 (33) Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 13. Dezember 2006 – 6 U 64/06 –, juris.

原告はクリニックを経営しており、非軍事的役務に際し役務を行っていた被告に対して、原告の自動車の損害について賠償を求めている（Rn.1）。

原告の損害賠償請求は、非軍事的役務法 34 条の規定によって排除される（Rn.18）。

判例上、この権利は原則として連邦だけに属するということで一致している（Rn.19）。

民法 839 条に基づく従事先による職務責任請求は排除される（Rn.21）。

非軍事的役務者はその従事先に、通常の国民の如く対峙しているのではなく、むしろ国家と従事先は統一体である。よって、第三者に対する職務義務の違反というメルクマールが欠けているのである (Rn.23)。

判例では、場合によっては、連邦に対する従事先の請求は、第三者補填の中で非軍事的役務法 34 条に基づく非軍事的役務者に対する連邦の内部求償権を援用することを、公法上の債務関係から認められる。場合によっては、連邦は従事先との関係で、あたかも連邦がこの求償権を援用したかのように取り扱われるであろう (Rn.32)。

しかし、本件でこのことは別段の判断を正当化しない。なぜなら、原告は自己の権利に基づき請求しているのであって、連邦のための任意の訴訟的地位に立つのでないからだ (Rn.33)。

(34) BGH, Urt. v. 14. Oktober 2004, -III ZR 169/04-, BGHZ 161, 6, juris

被告は責任特権 Haftungsprivileg (基本法 34 条 2 文) を援用できない (Rn.12)。

しかしながら、被告は BSE テストを実施評価する際、職務担当者や官吏 (民法 839 条、基本法 34 条 1 文) として見なされる (Rn.13)。

被告は勿論、権限受任者ではない。被告は独立の行政補助者であった (Rn.14)。

独立の私企業には、故意重過失への求償制限は妥当しない (Rn.15)。

責任法上の官吏について基本法 34 条 2 文により内部責任を憲法上制限することは、第 1 に、特に緊急措置に際して、決断力 (Entschlußfähigkeit und Entschlußfreudigkeit) を促すこと、第 2 に、公勤務者への配慮要請に基づいている。(Rn.17)。

行政の決断力と勢い (Schlagkraft) を強化しようという、責任制限の目的は、行政補助者として編入されている私企業にはそもそも働かない。このような事情において、とりわけ配慮思考に余地はない。非独立の職員と違って、企業は事業の種類や範囲を自ら決めることができる。責任リスクを免れ、そのコストを対価に組み入れ、あるいは、企業にとってリスクが高すぎるのであれば、業務の引き受けを見合わせることは、企業の自由である (Rn.18)。

(35) 同様に、④エコ農業監視機関事件。私人が責任法上の意味での職務担当者として高権的に行動していたとしても、基本法 34 条 2 文は当該私人に適用されない (Rn.19)。

(36) OLG Stuttgart, Urteil vom 19. April 2005 - 1 U 74/03 -, juris. 当事者の契約関係は雇用契約ではなく、請負契約である (Rn.36)。被告は原告に対し、契約侵害のため損害賠償の責任を負う (Rn.39)。

(37) Jarass, a.a.O. (19), Rn.31.

(38) Gurlit, a.a.O. (19), Rn.35. 参照, Jarass, a.a.O. (19), Rn.31.



- (39) Christian Waldhoff, Öffentliches Recht – Staatshaftungsrecht, JuS 2006, S.571. 同様の判例として、④ Rn.19.
- (40) Ossenbühl, a.a.O. (21), S.571.
- (41) 参照、岩本・前掲註 (7) 84 頁。
- (42) Ossenbühl, a.a.O. (21), S.571.
- (43) Rohlfing, a.a.O. (19), S.549. 同様に、Wachpfennig, a.a.O. (21), S.1138. 権限委任の場合、国家の配慮義務は関係ないが、決断力の強化は関係する。
- (44) Wachpfennig, a.a.O. (21), S.1138.
- (45) Rohlfing, a.a.O. (19), S.549f.
- (46) Rohlfing, a.a.O. (19), S.550.
- (47) Wachpfennig, a.a.O. (21), S.1138.
- (48) ③ Rn.13; Jarass, a.a.O. (19), Rn.10. これに関する例は、参照、拙著・前掲書註 (27) 74-88 頁。
- (49) Rohlfing, a.a.O. (19), S.550f. 参照、Gurlit, a.a.O. (19), Rn.13.
- (50) Rohlfing, a.a.O. (19), S.551.
- (51) 最判平成 19 年 1 月 25 日児童養護施設事件、浦和地判平成 8 年 2 月 21 日補導委託事件 WestlawJapan 文献番号 1996WLJPCA02210001、福岡地判昭和 55 年 11 月 25 日措置入院患者自殺事件 WestlawJapan 文献番号 1980WLJPCA11250003、名古屋高判昭和 61 年 3 月 31 日代替執行補助事件 WestlawJapan 文献番号 1986WLJPCA03311008。これらは個人を「公務員」と見なした事例である。
- (52) ③は、被告はベリーエネではなく、行政補助者だとする。参照、Christian Waldhoff, a.a.O. (39), S.571.
- (53) Timo Hebler, Regressmöglichkeiten gegenüber Beliehenen, JA 2011, S.559 (560).
- (54) Günther Kiefer, Die Beleihung: (K)ein unbekanntes Wesen?, NVwZ 2011, S.1301.
- (55) Danwitz, a.a.O. (13), Rn.123; Rohlfing, a.a.O. (19), S.547.
- (56) Waldhoff, a.a.O. (39), S.571.
- (57) 行政手続法 62 条「…。[2 文] 民法の規定は補充的に準用される。」
- (58) 民法 275 条「給付義務の排除
- 1 項 給付の請求は、これが債務者又は何人にも不可能である場合、排除される。
  - 2 項 債務関係の内容と信義誠実の要請に鑑み、給付が債権者の給付利益と著しく不均衡となる費用を要する場合、債務者は当該給付を拒むことができる。債務者に求めることができる努力を定める場合、給付の障害について債務者の責に帰すべきものかどうかも考慮されなければならない。

3項 さらに、債務者は、給付を個人として行わなければならない、かつその給付に対する障害と債権者の給付利益を較量して当該給付が債務者に求め得ない場合、当該給付を拒むことができる。

…」

- (59) Wachpfennig, a.a.O. (21), S.1141. 同様に、公法契約で権限委任が行われれば、行政手続法 62 条 2 文によって、民法の規定、つまり民法 275 条も準用される (Rohlfing, a.a.O. (19), S.547.)。これらの規定が適用されるならば、法律上の根拠として十分である。これを前提にすると、連邦行政裁判所には、エコ監視機関の権限委任が具体的に形成されていたかを調べるきっかけが十分あったはずであるという。Rohlfing, a.a.O. (19), S.547.
- (60) Wachpfennig, a.a.O. (21), S.1142.
- (61) Frenz, a.a.O. (13), S.164
- (62) Frenz, a.a.O. (13), S.166.
- (63) Frenz, a.a.O. (13), S.167.
- (64) Wachpfennig, a.a.O. (21), S.1142.
- (65) Wachpfennig, a.a.O. (21), S.1144. 同様に、Rohlfing, a.a.O. (19), S.547 は言う。権限委任された監視機関は自ら料金を徴収する。よって、監視機関は、自身で形成した価格に基づいてこの作用を行うので、皆も認める通り、私法契約との類似はもっともである。このため、民法 275 条以下、給付侵害法に関する民法規定を適用することが正当化されるように解され、さらに結果として、法律の根拠 (法律の留保) の必要は充足されると見なし得よう。
- (66) Wachpfennig, a.a.O. (21), S.1145. 参照、Rohlfing, a.a.O. (19), S.547.
- (67) Rohlfing, a.a.O. (19), S.513; Frenz, a.a.O. (13), S.163f.
- (68) 自動車専門家法 Kraftfahrersachverständigengesetz - KfSachvG) 10 条 4 項「技術検査所の運営を託された機関は、専門家、検査員又は補助員がそれらに任された事務の履行において生ぜしめた損害を理由とする第三者のあらゆる請求について、当該技術検査所が作用する地域の州を免れさせなければならない。」
- (69) 航空法 Luftverkehrsgesetz (LuftVG) 31e 条「第三者の請求による国家責任の場合、…受託した者は、故意または重過失に際して、連邦から、連邦交通デジタルインフラ省が連邦財務省との合意で確定した限度額まで求償を求められ得る。…法規命令を根拠に受託した者が故意又は重過失の行為で発生させた損害について第三者から連邦が請求されている場合、連邦は受託者に、連邦防衛省が連邦財務省との合意で確定した限度額まで求償を請求することができる。…」

- (70) 学説による解説として、Stefan Liebler, Haftungsrückgriff auf einen Beliehenen, jurisPR-BVerwG 4/2011 Anm.1, juris. 参照、Rohlfing, a.a.O. (19), S.566.
- (71) Kiefer, a.a.O. (54), S.1302.
- (72) 行政主体は行政補助者にいつ求償請求できるのかという問いに関して、行政補助者の関係根拠が契約であれば、契約侵害を理由に求償請求は可能だとするものとして、Ulrich Stelkens, Amtshaftung und Regress bei Schädigungen durch Verwaltungshelfer, JZ 2004, S.660.
- (73) 営造物の管理の瑕疵責任（国賠法 2 条 1 項）は、指定管理者と地方公共団体いずれも賠償責任を負うことになると解される。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）所収 308 頁。拙稿「私企業による公共施設管理責任のドイツ判例研究」碓井光明・稲葉馨・石崎誠也編『西塾章先生・中川義朗先生・海老澤俊郎先生喜寿記念 行政手続・行政救済法の展開』（信山社、2019 年）所収 441-443 頁。
- (74) 参照、広島地福山支判昭和 54 年 6 月 22 日精神薄弱者施設春日寮事件 WestlawJapan 文献番号 1979WLJPCA06220001。
- (75) 関連して、そもそも公の施設の警備業務が公権力の行使と言えるか疑問となろう。参照、横浜地判平成 11 年 6 月 23 日判例地方自治 201 号 54 頁。
- (76) 東京地判平成 21 年 3 月 24 日日比谷公園音楽堂事件 WestlawJapan 文献番号 2009WLJPCA03246001 では、指定管理者による使用承認を、都の指示により指定管理者が取消したことで、都が国賠請求された事案である。
- (77) ただし、この事案には、連邦の非軍事的役務者が、連邦と行政法的債務関係にある従事先に勤めている事情がある。非軍事的役務者の判例に対して、日本の児童養護施設事案では、施設の職員は同施設プロパーの被用者であって、比較に際して留意すべきである。
- (78) 参照、註 (10)。
- (79) 註 (14)。同様に、松村・前掲註 (5) 112 頁。
- (80) 松村・前掲註 (5) は、指定管理者の損害賠償責任（民法）と地方公共団体のそれ（国賠法）との連帯責任を主張する。しかし、連帯責任構成は最判平成 19 年児童養護施設事件と相いれない。よって、指定管理者の事務で公権力の行使に当たらない部分においてのみ、地方公共団体との連帯責任構成を認めるとするほうが判例との整合性がとれるかもしれない。
- (81) 求償の相手方（国賠法 1 条 2 項）は個人単位の特定を要するものとして、宇賀克也・小幡純子編『条解国家賠償法』（弘文堂、2019 年）86 頁（仲野武志執筆部分）。

- ⑧2 参照、岡田正則「民間児童養護施設における養育監護行為の過失と都道府県の損害賠償責任」賃金と社会保障 1445号 75頁。指定管理者との協定については、参照、原田・松村・前掲註(4) 75頁。宮脇・前掲書註(5) 71頁。

本研究は JSPS 科研費 JP19K01306 の助成を受けたものです。