

ドイツの職務責任規定における「官吏」の概念(二)
——基本法三四条、ドイツ民法八三九条と私人——

松 塚 晋 輔

はじめに

- 一 職務責任規定の概略
- 二 ベリーエネ(行政権限受任者)
 - 1 職務責任規定の適用の可否
 - 2 手数料徴収官吏
 - 3 私人の賠償責任主体性
 - 4 求償問題 (以上第三七号)
- 三 行政補助者
 - 1 事例——自然人を中心に——
 - 2 事例——私法人を中心に——
 - 3 道具理論
 - 4 公務と非公務 (以上本号)
- 四 ベリーエネの補助者
- 五 契約責任との関係
- 六 国家責任法上の論点

七 国家賠償法解釈への示唆
おわりに

二 行政補助者

1 事例——自然人を中心に——

（1）通学指導係の生徒、秩序維持係の生徒、その他の学校補助者

⑳ 通学指導係の生徒 OLG Köln, Urt. v. 19. Januar 1968⁽¹⁶⁾

K市におけるゼブラゾーンでは、通学指導係の生徒（被告）が他の生徒を通学路について誘導していた。当該地点で凍結時に、通学指導生の一人が停止指示棒を上げて帰途にあった生徒（原告）を横断させようと誘導したところ、原告が乗用車に巻き込まれた。運転手が起訴を免れたため、原告は運転手に対する損害賠償請求の訴えを取り下げ、被告に賠償を請求した。ラント裁判所は過失相殺をした上で認容したが、上級ラント裁判所は、次の理由により通学指導生の責任は基本法三四条により学校（高権主体）が負うものとして、訴えを全て斥けた。

職務担当者が官吏としての地位を有するか否かは、公務の遂行の存否について決定的なことではない。また、職務担当者の年齢もまた公務の遂行性を肯定することを妨げない。公務を委託された者には基本法三四条により国家の責任が代わって及ぶが、被告はそれに当たる。

通学指導生の制度は道路交通における重要な配慮の一つであり、それは高権的作用として解される。

通学指導生の指図や合図は道路交通令二条 (StVO) の保護を受けず、またその合図を無視することそれ自体は罰せられない

としても、通学指導生の指図に反することは通常、過失のそしりを受ける。

K市の教育局 (Schulamt) の回答によれば、当該横断歩道における通学指導生の指図は生徒にとっては拘束的なものである。また、通学指導生はその指図に反した生徒について校長に報告し、違反生徒には懲戒処分が及ぶこともある。

かくして、学校は通学指導生に、通学路上危険と接する生徒への世話を委ねることで、通学指導生に公の配慮の一部を委託したと言える。故に、通学指導生 (被告) はその通学指導作用の行使について基本法三四条の下にあり、被告に代わって高権主体が通学指導生の不適切な行為に関して賠償しなければならぬ。

また、通学指導生やその母にとって賠償請求されることは不当な要求であり、これを認めてしまうと、通学指導生制度の全体的な瓦解を来すであろう。

②1 秩序維持係の生徒 LG Rottweil, Urt. v.17. Dezember 1969⁽¹⁷⁾

原告 (社会保険主体) の被保険者である当時一三歳の生徒Mが、授業時間中に同学年の被告にポケットナイフで手を傷付けられた。当日担任教師は授業時間中埋葬式に行っており、被告にクラスの監督を任せていた。

原告はMに支払った給付の賠償を被告に請求した。その理由は、被告が民法八二三条⁽¹⁸⁾、八二八条⁽¹⁹⁾等により損害賠償の義務があり、また、被告は事故当時一四歳で、ポケットナイフのもたらす危険は容易に知り得たはずだというものである。

ラント裁判所は次の理由により、原告は被告に賠償を請求できないと判示した。

被告は一般の不法行為規定によって損害賠償の責を負わない。被告の責任は特別規定たる民法八三九条でのみ余地がある。しかしこの場合、民法八三九条により官吏に課される損害賠償義務は基本法三四条によって使用者がこれを負うことになる。

担任教師の委託で遂行されるクラスの監督に際して、被告は公務をまとい高権的作用を遂行している。

教師はその職務義務に当たる行為を生徒に任せただけの場合のみ、高権的作用が有効に委譲されたと言えるが、本件はそれに当たる。明らかに教師には、個々の生徒に対する監督・配慮義務があり、被告に委ねられたことを通じて、公務が被告に託されていることになる。職務の担当者、即ちここでは生徒が官吏的地位にあるかどうかは重要でない。基本法三四条の「官吏」は国家法上の意味の官吏のみならず、国家その他の公法団体により高権的作用を与えられた人を指すからである。

本件では生徒と学校の間には公法関係だけがあり、教師から生徒に監督義務が託されたことは、「公権力の委託」としてのみ理解される。その際、教師が委託する権限を有するか、またはそこに既に義務違反が存しないかは重要なことではない。なぜなら、ある措置の法的性質はその適法・違法によって変わるものではないからである。

また、官吏の個人責任を使用者に転嫁することは、資力のない官吏を保護する点にも理由がある。この保護を教師だけに与えて、教師から任務を託された生徒に与えないのは妥当でないであろう。

学説の反応であるが、通学路において交通安全を向上させたり、教師の不在時に規律を維持することは国家任務であるとし、⁽¹²⁰⁾ 判決に同調する。

一方、マルテンスは左のように両判決を批判する。

裁判所は、高権的権力の委譲が常に法律の根拠を有することを考慮していない。民主的・法治国家的憲法原理が無条件にそれを要請する。⁽¹²¹⁾ しかし、通学指導生に公法的権限が与えられているとはできない。住居から学校までの道路について学校の監督義務が及ぶものでないことを裁判所は見落としている。故に、通学指導生は他の通行者と同様に自らの行為について責任を負う。⁽¹²²⁾ 秩序維持係の生徒も含めて、学校経営における生徒の活用は法規範的特徴に關しては無である。秩序維持任務を履行していたとしても、当該生徒は基本法三四条の公務を遂行していることにはならない。職務責任原則によって判断されるのは専ら教師の行動であり、教師はその職務義務を免れることはできない。あるいは教師が、専ら生徒に行わせることによって、自ら職務義務違反の要件を満たすこともあろう。

さて、ベライウンクは形式的法律によってしかなし得ないのに、このような法律は存在しないとすマルテンスの右の説に対して、オッセンビュールは批判的見解を開陳する。

「公務の委託」は事実上の現象として評価しなければならず、故に委譲の態様・可否・法的効力は問題とならない。加えて、マルテンスの言う法律留保は、ベライウンクが些細な事例 (Bagatellfall) と解される場合には及ばないと指摘できる」と。因みに、フォルストホフも、非高権的な補助行為の委託については法律の根拠を要しないと⁽¹²⁵⁾している。

ツレークもマルテンスを批判して曰く、交通指導生の法状況には、明白な瑕疵がないから、委譲行為は取消可能に過ぎず無効ではない。よつて、高権的権限を行使する生徒の権限は法的に有効である⁽¹²⁴⁾、と。

また、キユールホルンは、次のような理由により通学指導生も秩序維持生もベリーエネではないとする。

いずれの場合にも、行政補助者たる生徒によつて行政行為が発給される訳ではない⁽¹²⁵⁾。それは特別権力関係内部での命令である。当該生徒はその行為に際しては公務の担い手である⁽¹²⁷⁾。当該生徒には高権的な強制的権限が委任されていないので、ここでは権限委任を語ることはできない。だが、行政補助者としての生徒の瑕疵ある行為については、民法八三九条、基本法三四条により国家の責任が及ぶことになる⁽¹²⁸⁾。

シュトーパーも、通学指導生や秩序維持生についてはベリーエネとは解釈しないが、それらには行政補助者の語は適切でなく、「職務補助者 (Amtshelfer)」の語を用いることを唱える。「職務補助者とは、職務主体から、自発性に基つき個々の高権的任務の遂行を託された者であり、補助機関として公行政主体に編入されつつ、他者の名で自立的に行動する私人を言う⁽¹²⁹⁾」。一方、行政補助者については、ツレーク説等を用いて、非独立の補助活動についての類型であるとする⁽¹³⁰⁾。かくして、通学指導生は高権的権限 (生徒に指図を発する権限)、即ち国家任務を遂行しているが、通学指導生は他人の名で権限を行使しているので、ベリーエネとは区別されると述べる。しかも、通学指導生は自立して職務を果たすので、行政補助者ではない⁽¹³¹⁾と言う。そこで、職務補助者という新概念が登場するのである。

このように学説の多数は、その道筋はどうであれ、通学指導生や秩序維持生を責任法上の官吏と見なそうとしている。右論者の争点は、ベリーエネと捉えるかどうかにある。

しかし、判例による過失の客観化を通じて、責任能力のない行政補助者（職務補助者を含む）の事例についても、当該行政補助者を任用した国家の組織担当者（Organswalter）の過失にすり替えることができるのではないかと論じられている。⁽¹³²⁾ 例えば、過失の客観化を行った判決が一九五八年に出されている。これは、教師が生徒に体育授業の補助をさせた事例である。⁽¹³³⁾ この判決は、生徒自身の官吏性を問うのではなしに、教師の監督責任に着目することで、原告の救済に貢献したものである。⁽¹³⁴⁾ ただ、この手法については、教師（または学校）の過失をどこまで客観化できるかに成功の鍵がある。

最後に、交通事故の事例を紹介する。

② 学校旅行において生徒を輸送した教師 BGH, Urt. v.12. Dezember 1991⁽¹³⁵⁾

原告の妻は被告ラントの教師である。妻が原告の自動車で、学校旅行として生徒が滞在する林間学校施設に向かう途中で、交通事故に巻き込まれた。当該運行は出張として認められていたが、妻は旅費の補填を放棄していた。原告が自動車の損害についてラントに賠償を求めた事件。

妻は運行において公務を遂行していた。なぜなら、判例では、ある者の一定の行為が公務の遂行として解されるか否かは、その者が行動していた本来の目的設定が高権的行為であるかどうか、また少なくとも当該目的設定と加害行為との間に、当該行為が高権的活動に属するとみなし得るほどに外的・内的関連が存するかどうかによるからである。

但し、妻が道路交通令に違反したことによって、第三者としての原告に対して負っている職務義務を侵害したとは言えないとして請求を斥けた。

当該判決は外的・内的関連性で高権的行為の幅を画定しようとする態度に出たものである。また、この事件は、身分上の官吏である教員が加害行為者の立場にあつたのであるが、オッセンビュールによると、学校遠足の際の付添人が親であっても、その行為は公務の遂行に当たるということをも意味する、とされる⁽¹³⁶⁾。なお、非官吏による車両運転が公務の遂行として見なされた事例はワイマール憲法時代に遡ることができる⁽¹³⁷⁾⁽¹³⁸⁾。

(2) 医師

②③ 囚人への医療を託された外科医 BGH, Urt. v.26. November 1981⁽¹³⁹⁾
 囚人が刑務所の医療施設で嘱託医 (Vertragsarzt) の医療措置を受け、また、クライスの病院で外科医の診断も受けて、同外科医が囚人の不同意にも拘わらず、刑務所に送還すべきとしたが、後の検査で大腸腫瘍が発見された。嘱託医が医療上の配慮を行っていたら、もっと早く癌の苦痛を捕捉できたはずだったとして、囚人が民法八三九条の職務義務違反を理由に慰謝料請求した事件。

原告の私的な委託で当外科医が行動したとは言えず、故に外科医の医療過誤もラントに帰属する。尤も、囚人は自らの費用で医者を呼ぶことができるが、本件では公的施設の医師 (Anstaltsarzt) ではなく嘱託医 (Vertragsarzt) が職権で囚人を別の医療機関の外科医に委託しており、区別されねばならない。つまり、本件では、国家に囚人への健康配慮義務があり、当外科医は囚人に対し強制的権限がないとしても、公的施設の医師の持つ作用を行使している。

医療以外の執行職員についても、職員は囚人が医師に自ら容体を訴えるであろうことを当てにしてよいとの認定は、囚人に対する国家の配慮義務と相容れない。

②④ 連邦国防軍の委託で兵士の治療を行う民間病院の医師 BGH, Beschl. v.29. Februar 1996⁽¹⁴⁰⁾

被告ラントの病院で医師（被告）が兵士の治療を行ったことは公務の遂行である。

兵士（原告の夫）の治療が、連邦国防軍と民間病院との私法関係に基づいて行われたことは重要なことではない。当該任務が遂行されているところの公的団体と、行政補助者との内部関係は、被害者との関係で行政補助者の行為を判断するのに重要ではない（S.2431f.）。

連邦国防軍の医師が兵士の診療・治療を民間病院の医師に依頼する場合、裁判例^{②③}と同様のことが妥当し得る（S.2432）。

医師に対する内容的な指揮監督の拘束性は、医療行為の性質上排除されるが、兵士の治療は公法上の勤務関係故になされる健康配慮を構成する。

②③では外部の公的施設の医師が、②④では民間の医師が責任法上の官吏と見なされた。そこでは、公的機関に勤務する者が外部（クライスの病院、民間病院）の医師に医療を託した際、本人の意思とは無関係に行われたことが決定的であったと解される。

医療行為は通常私法的行為であるから、⁽¹⁴¹⁾医師には民法八二三条や八三九条の請求が及んでくる。⁽¹⁴³⁾しかし、公務として認められる場合には、民法八三九条のみならず基本法三四条も適用され、賠償責任が行政主体に転嫁される。特に②④は民間医師の医療が公務に該当するとした判決であり、また医師の医療過誤が公の手に帰属せしめられている。⁽¹⁴⁴⁾

ところで、一九八一年国家責任法（後に連邦憲法裁判所により違憲とされた）は、国公立病院での医療について、患者の損害賠償請求が、専ら行政主体にのみ向けられることをその内容としている（一七条二項一文四号⁽¹⁴⁵⁾）。また、医師に対する求償権は、私法領域においても、故意・重過失の場合にのみ、行政主体に認められることが予定された（二七条⁽¹⁴⁶⁾）。この法律で注目されるのは、高権的行為にのみ国家責任が及ぶとしつつ、国家が高権的任務を履行しなければならぬ場合でも、国家責任が必ずしも及ぶのではない（一七条二項一文）という点である。医療に関して言えば、

捜査手続きにおけるアルコール測定目的で警察に委託された医師による採血、被拘禁者に対する強制的な栄養補給、身体的・精神的性状の確認等のための強制検診、強制的な治療等が、直接的に国家責任に従う。が、他方、保健所職員 (Gesundheitsämter)、嘱託医、社会保険主体の判定医 (Vertrauensärzte) 等による予防接種、レントゲン検査、学校保健、伝染病予防等は高権的性質を持つにも拘わらず、民法上の責任により処理されることとされた。⁽⁴⁷⁾ 但し、私法的に解決されるとしても、当該医師に代わって行政主体が賠償主体になることが明記されている(一七条四項)。

(3) 救急車両の走行

(a) フランクフルト上級ラント裁判所判決

②⑤ 国家災害保護の車両を用いて従事するドイツ赤十字の補助者 OLG Frankfurt/M, Urt. v.2. November 1972⁽⁴⁸⁾
 一般車両進入禁止の道路で、ドイツ赤十字に補助者として動員された被告1の運転する病人搬送車(被告2であるラントに属する国家災害保護の車両で、ドイツ赤十字によって投入されていた)に巻き込まれた被害者の遺族が、損害賠償を請求した事件。
 被告1が事故の時、ラントに属する高権的作用を遂行していたのでないから、被告1を免責するような民法八三九条、基本法三四条の被告ラントの責任は存在しない。尤も、被告1がドイツ赤十字の構成員の資格で災害保護(連邦の高権的任務)の活動を行っていたのであれば話は異なる。災害保護制度の一部には、ドイツ赤十字がその通常の活動範囲からして相応しいため関与し得るが、その場合、ドイツ赤十字は高権的任務をも遂行することになる。しかし、被告1はドイツ赤十字の通常の任務範囲の中(負傷者の移送)で動員されたものである。よって、ドイツ赤十字固有の責任でなされる走行は、明らかに非高権的活動に属する目的に仕える。

右のフランクフルト判決は、グラザーによって、私法上のものと判断される例と解されている。⁽¹⁴⁹⁾ 判決では、災害保護の場合の病人搬送車の走行でない限り、当該補助者が高権的に活動しているとは言えないので、当該補助者が個人責任を問われる、とされているのである。

同じく、無報酬でドイツ赤十字のために救急業務・緊急業務の活動をした保険医（開業医）⁽¹⁵⁰⁾ についても、グラザーは医師の独立した行為であることを強調している。だが、この判決（ニーダーザクセン判決）は、損害賠償請求の事例ではない。察するに、独立の医師としての行動という判示部分が高権的性質を排除している、と読み込んだのであろう。

（b） 連邦通常裁判所判決

連邦通常裁判所は、次に見るように私人による救急車両の走行を高権的と判示した。ただこの事例は、オッセンビュールにより、ベリーエネの例として整理されているが（裁判例②もそれに当たる）、便宜上ここで紹介する。

②⑥ 民間組織によって救助活動に投入された救急車運転手 BGH, Urt. v. 21. März 1991⁽¹⁵¹⁾

T市（被告）では、救急医の動員について、クライスの司令所に緊急通報が入った場合、司令所が救助隊詰め所の救急車を呼び出し、原告（救急医として救急業務に動員される開業医）ら医師に報告する。もしこれらの医師を救急動員できない場合、別の病院の医師が動員を受ける。原告に救急業務執行の用意があれば、原告は救急車（当該救急車はドイツ赤十字から原告らに利用が任されている）で現地に赴き、医療行為を行う。救急車は市（被告）に帰属し、また、自発的な補助組織が病人輸送・救急業務のために被告に割り当てている救護人によって運転される。費用補填について原告は被告から各動員ごとに一〇〇ドイツマルク受け取る。

原告が救急動員に際して、救急車運転手の起こした交通事故だけがを負ったので、職務責任の観点から被告に賠償請求した事件。補助者についての職務責任が問われる場合には、補助者の行為が直接、責任団体の高権的任務領域に入るか否かが考察されなければならない。

救急業務は公法的に組織されている。そして、法上、救助隊詰め所は救助手段を整え、救急動員を行うことができるが、これらの任務の執行は自発的な補助組織や第三者に委託することができる。かくして、救急業務の遂行は全体的にも個別的にも高権的活動に含められる。救急動員における救急車の走行は基本法三四条の公務の遂行に当たる。⁽¹⁵²⁾

この判決が、私人による救急車の運行を高権的行為として評価している点で、⁽¹⁵³⁾ フランクフルト判決（裁判例⁽²⁵⁾）やニーダーザクセン判決（註⁽¹⁵⁰⁾）の延長線上には捉えきれない。この連邦通常裁判所判決に対しては、救助活動は医療活動の一部であるから高権的行為に当たらない⁽¹⁵⁴⁾ とする批判がある⁽¹⁵⁵⁾。他方で、ハウスナーのように、救急活動に、それが私的組織を含んでいても、職務責任規定の全面適用を主張する者もいる⁽¹⁵⁶⁾。

尤も、この連邦通常裁判所一九九一年判決は、ベリーエネの事例と解されており、フランクフルト判決等とは区別して論じなくてはならないかも知れない。現に一九九二年の連邦通常裁判所判決（BGHZ 118, 304 (306)）。参照、註⁽³⁸⁾）は、バーデン・ヴュルテムブルクでは救急活動は原則として非国家的私法的組織の手にあり、その場合公務の遂行に当たらないとしており、ラントの法制度の違いから一九九一年判決（裁判例⁽²⁶⁾）（因みに、これはノルトライン・ヴェストファーレンの事件である）とは明らかに一線を画している。勿論、一九九二年判決においても、当該私的組織が非軍事的役務法による公認を受けたことで、ベリーエネと見なされるのではあるが、当該私的組織が獲得する高権的権限は、まずは非軍事的役務者に対して行使される権限であり、当該私的組織が私法的行為をしていることを前提に判旨は書かれている⁽¹⁵⁷⁾。

故に、連邦通常裁判所が、救急車両を走行する私人について官吏性を積極的に認めるとは早合点できない。

なお、その後、さらに連邦通常裁判所は救急業務を託された者の官吏性を問うことに力点を置くよりも、委託した公法人の組織過失を問う判決を出した。⁽¹⁵⁸⁾ 個々の行為者が官吏（責任法上の）であるかどうかを問わないやり方である。これは、事例は異なるが、体育授業補助事件（註（133））と同じ思考方法と言える。

（4） その他

次の事例は、責任法上の官吏性が否定されたものとして解されている。⁽¹⁵⁹⁾

⑳ 執行裁判所の命令で競売により差押抵当権を換価する私人 BGH, Urt. v. 3. Juli 1964⁽¹⁶⁰⁾
差押抵当権を商人が、民事訴訟法八四四条による執行裁判所の命令に基づき競売を行ったことは、公的行為ではなく、私的な法律行為であり、即ち、物権として保障された請求権に関する売買契約、及び競落人への譲渡である。よって、当該請求権の取得には民法八九二条以下が適用される。私法主体に委ねられた換価行為（Verwertungshandlung）は原則として私法上の行為である。

これは損害賠償の事例ではない。が、私人の執行する競売による換価行為が私法的行為であるとされており、このことから、それを行う私人が責任法上の官吏ではないと位置付けられている。⁽¹⁶¹⁾

㉑ 道路交通許可令三条二項二号の診断機関 BVerwG, Urt. v. 28. November 1969⁽¹⁶²⁾
運転適性に疑問があるということで、医療・心理診断機関による鑑定の提出を求められた原告が、鑑定書提出の命令を争った

事件。

取消し得べき行政行為が存在しないので、本件取消しの訴えは認められない。道路交通許可令三条二項の当該命令は強制的に執行できるものではないからである。但し、命令に従わなかったならば、行政官庁は運転適性に対する疑問を根拠に、一定の場合、運転免許の剥奪に至ることがある。⁽¹⁶⁵⁾

グレーザーはこの行政裁判所の判決を、道路交通許可令三条二項二号の医療・心理診断機関が高権的任務を託されていないとされた事例群に整理している（つまり、責任法上の官吏性を否定）。判決はそのことを明確には言っていない。ただ、道路交通許可令三条二項の命令に関しては、本来の決定に先行し、その決定を準備する措置が問題となっている、⁽¹⁶⁶⁾と述べているに過ぎない。

この点の学説を見ると、ポウスカが、自動車運転に関しての技術検査所や公認の専門官・検査官の場合と異なって、医療・心理診断機関の所轄官庁による公認は高権的権能の委譲を意味しないとす。それは、当該機関の人的物的施設が必要を満たすことを確保しようとするものに過ぎない、⁽¹⁶⁶⁾という理由である。そして、医療・心理診断機関は、行政官庁に決定の準備のための鑑定を行うものであると述べる。

こうした法状況に照らして、医療・心理診断機関は高権的権限を委託されてはいないと解されているようだ。つまり、被検査人と診断機関の関係は専ら私法的性質を帯びるとされ、よって、鑑定の拒絶や実施との関連で被検査人に生じる損害賠償請求は、契約責任や不法行為責任に関する民法上の規定によって判断されると導かれているのである。⁽¹⁶⁷⁾

なお、裁判例⑦では、もし専門官が道路交通許可令二一条三文⁽¹⁶⁸⁾により必要な証明を発しなければ、自動車の製造業者は自動車運行許可官庁の運行許可を得られなかったと示されている。⁽¹⁶⁹⁾ 裁判例⑦のこの辺りの事情（つまり、専門官

による鑑定が許可発給にあたって決定的であるということ）が、医療・心理診断機関には欠けているので、このような機関は高権的行為ををするのではないと解釈されているものと推測される。⁽¹⁷⁰⁾ 現に、専門官や検査官が医療・心理診断機関と同じく同条同項に基づき鑑定を行う場合（同法三条二項三号）、それは高権的行為とは解されず、申請者との関係では私法上の契約責任や不法行為責任を問われるに過ぎないと言われている。⁽¹⁷¹⁾

これと同様に、道路交通許可令九c条の民間の診断医についても、公務を遂行していないと解釈できるとされている。⁽¹⁷³⁾
⁽¹⁷⁴⁾

②9 警察犬の管理者の息子 OLG Bamberg, Urt. v. 11. April 1973⁽¹⁷⁵⁾

警察犬の管理者（被告1）の息子（被告2）が、被告1の留守中、警察犬を連れていたところ、散歩中のM（原告に勤務する税関職員）にかみつき傷害を負わせた。Mが勤務できない間、原告（連邦）が棒給を支払ったことで、原告が被告に支払った額の填補を請求した事件。

被告2が自宅に留まれば、被告1の暗黙の了解で当該犬を世話できた。警察犬の世話は警察犬管理者に課された高権的行為の一部であり、職務全てを警察犬管理者の代理人に委譲した場合には、当該代理人にも同じことが言える。しかし、職務の一部だけが他者に委譲されたに過ぎない場合、話は異なる。全体的に見て、職務の当該部分に高権的性質を認めることはできない。むしろ、委譲された一部の職務を評価するにあたっては、当該部分が、それ自身を観察した場合、高権的職務遂行のメルクマールを有しているかどうかが重要である。これらの理由から判例がすでに、副次的な種類の非独立的な補助業務を、官吏の補助者に過ぎない者が引き受けた場合、公務の遂行というメルクマールが欠けていると認めている。

警察犬の世話に係る業務は勿論、高権的目的に仕えるが、それ自身観察すれば、単なる私法的性質の行為に過ぎない。従って、この領域での義務違反については、被告2が個人的に責任を負い、国家の責任（Staatshaftung）を援用することはできない。

我が国では国家賠償法二条の「営造物」概念が警察犬も含むと解されているので、結論は逆になった可能性⁽¹⁷⁶⁾がある。この意味で、国家の責任の射程がドイツより広いので、被害者救済に資する制度である。この判決で重視すべきことは、委託された事務の私人による執行が高権的目的を有していたとしても、当該事務が高権的行為の一部に過ぎない場合は、当該事務がそれ自身で高権的性質を有するか否かで、民法八三九条、基本法三四条の適用の有無が決められると述べられた箇所である。但し、この基準が必ずしも責任法上の官吏の外延画定に直結するかどうかは不分明である。というのは、グラザーやフィンケは本件判決を、「職務を『遂行するにつき』」(参照、基本法三四条⁽¹⁷⁷⁾、民法八三一条)という要件を具体化した判例としての位置付けをしており、官吏性云々の話でもなさそうに見える。しかし、「職務を『遂行するにつき』」という要件は民法八三九条には明文では見られない点に鑑み、先の基準を「職務を『遂行するにつき』」という文言の中に特化して解消してしまうのは如何なものであろうか。恐らく、そこまではグラザーらの記述からも読み取れない。

③⑩ 少年執行施設の名譽職員 OLG Celle, Beschl. v. 22. Juni 1984⁽¹⁷⁹⁾

少年執行施設の名譽職員である教育学学生が、少年施設長により爾後の職務従事を禁止された。同人は不服を申立てたが斥けられた。理由は、同人が地方選挙に際しドイツ共産党の候補者名簿に載るなど、同人の政治的社会的信条が司法執行の名譽職務と相容れないというものであった。同人が決定の取消しを求めて裁判所に申請した事件。

爾後の職務を禁止したことは違法である。職員は単に名譽職として、主に独立して自己責任で行動しており、決して執行施設の伸びた手 (verlängerter Arm) として行動しているのではない (公法的に活動しない)。特別な忠誠義務を課されている公勤務上の官吏や雇員というものではない。本件における政党政治活動が名譽職務の適格性を原則的に否定するものとは解されない。

本件もまた損害賠償の事例ではないが、執行施設の名譽職職員が行政の伸びた手ではないと述べられている。伸びた手、即ち、行政による指図・命令に常に従って与えられた事務を執行する技術的履行補助者というものに、当該名譽職職員は当てはまらないということである。しかし、当該名譽職職員がベリーエネとして見なされるということにはならないのであろうか、という疑問がわく。しかし、裁判所が、公法的に行動していないと摘示していることからすると、ベリーエネと解しているという推測は成立しないであろう。

その他の事例として学説では、連邦行政裁判所の判決をたよりに、力学検査に動員された民間技師について高権的行為をするものではない故、責任法上の官吏性を否定している。⁽¹⁸¹⁾

さらに学説は、何人も、現行犯の場合、当該犯罪者を拘束することができるが、一時的に拘束を行った者が補助官吏（つまり、基本法三四条の意味での職務担当者）と見なされることにはならない、⁽¹⁸²⁾と論じる。

2 事例——私法人を中心に——

これまでは、自然人が行政補助者とされた事例を紹介してきたが、次に団体、特に私企業が行政補助者である事例に焦点を絞ってみたい。

(1) レッカー企業

初期の裁判例は、車両のレッカーについて職務責任規定を適用しない説を採っていた。

③① レッカー企業 (1) OLG Nürnberg, Urt. v. 30. März 1966⁽¹⁸³⁾
 警察が私企業に自動車をレッカー移動させた際、自動車に損害が生じたとして市(警察)が、損害賠償を求められた事件。ニュルンベルク上級ラント裁判所は次のように論じた。

基本法三四条の官吏概念は、国家法上の官吏概念と一致するものではないが、公的団体が私人に公務を託し、故に私人と公法関係に立つことを前提とする。しかし、国家または公法上の団体が民法に基づき私企業を介在せしめている場合、公権力を託す行為が欠落している。私企業と請負契約を締結しても、それは公権力または公務を託したことにはならない。故に、高権的任務の履行に個別に必要とされる私人の行為は、純粹に私経済的な性質を持ち、受託者たる私人と公の手との同列関係の中で行われる。この場合、受託者たる私人がドイツ民法八二三条の不法行為責任を被害者に対して直接負い、職務責任規定は適用されない(S. 62)⁽¹⁸⁴⁾。

右の判決は、職務責任原則の適用の要件として、受託者である私人が国家と公法関係にあることを要請したと言える。このような見解に批判的な論者の中から、職務責任を適用する説⁽¹⁸⁵⁾として、オツセンビュール説を紹介しよう。

技術的履行者たる私人の任務の法的性質が決定的に重要であつて、故に、私人が国家の(または、ゲマインデの)任務を直接的に遂行している場合、その私人は、職務責任法上の意味において、公務を遂行している。つまり、行政が行政任務の履行を独立した私人に託せば、国家の責任を問えなくなるといふ考えは否定されるべきである。⁽¹⁸⁶⁾ 故に、レッカーという事象が私的次元に移転しもはや公務の遂行の一部でない、と結論することは不適切である。「このよ
 うな議論は、『公務の遂行において』か否かに関して、警察とレッカー企業の関係が決定的なものでなく、むしろ警察と自動車保有者の関係が決定的である、ということをおぼれている。自動車保有者にとって、その自動車警察によつてレッカーされるか、私企業にレッカーされるかはどうでもよい。自動車保有者はいずれの場合にもレッカーから逃

れられないのである。いずれの場合でもレッカーは自動車保有者にとって高権的執行措置として行われる。警察が私企業を利用することで、執行措置がその高権的性質を失うものではない。レッカー企業は警察の履行補助者として行動する。勿論、代執行で形成された公法上の寄託関係の枠内でのみならず、職務責任の構成要件との関係においてもそうである。⁽¹⁸⁷⁾

さて、一九九三年連邦通常裁判所は、レッカー作業中の事故について職務責任規定を適用する説を採用するに至った。

③² レッカー企業（2） BGH, Urt. v. 21. Januar 1993⁽¹⁸⁸⁾

警察の委託で私企業の従業員（被告）がレッカー作業を行っていた場所に、自動車を運転してきた無関係の第三者（原告）が損害を被った事件。

委ねられる任務の高権的性質が強ければ、委託される作用と、官庁により履行されるべき高権的任務とのつながりが緊密であれば、また受託者である企業の有する裁量が小さければ、受託企業を責任法上の意味での官吏として見なすことが容易になる。このことからすると、公の手は、少なくとも侵害行政の領域では、私企業に私法契約によって当該措置の執行を委託したという理由で、その職務従事者の過失による職務責任から逃れることができない。つまり、委託された措置を執行行為として見なすことができるかどうかは、警察が自ら措置を執行するか、または第三者をしてそれを行わせるかに左右されない。故に、この第三者は、牽引される車両の所有者に対してのみならず、原告のような一般の通行者に対しても、履行補助者として活動する。⁽¹⁸⁹⁾かくして、被告の過失責任は、職務責任の適用により排除されるので、被告は原告に対して責任を負わない。

ニュルンベルク判決（裁判例③¹）の見解は、行政とその技術的補助者たる私人との関係が私法形態である場合、私人の行為が惹起した損害には職務責任原則は及ばないとするのであり、これに対し、オッセンビュールの説は、行政

と私人との関係が私法形態であっても、職務責任原則の適用を排除せず、私人が実質的に行政に代わって任務を直接的に遂行しているかどうかメルクマールになるとするものである。このように、ニュルンベルク判決が法形態に注目するのに対し、オッセンビュールは私人の任務の性質が重要であるとする。ここで、ニュルンベルク判決の見解を採ると、公の手が法形態選択の自由原則に基づき、随意に私人との法関係を公法形態若しくは私法形態とすることによって、任意に職務責任原則の適用を免れる可能性を公の手に開いてしまうことになってしまふという批判を受ける。他方、オッセンビュールの説は、行政と私人との関係を、私法形態であっても、一体的なものに見なし、行政の私法への逃避を阻止しようとするのである。これに対して、ニユルンベルク判決に与する論者は、次のような反批判を行う。つまり、オッセンビュールの学説が妥当するのは、私法上の責任規定が市民にとってかなり不利であることが明白な場合だけである、また、公の任務という実質的な基準よりも、公法上の法的根拠による法形態の基準のほうが分かり易いので、通説は法的安定性や法的明確性の点で優っている¹⁹⁰、と。しかし、この反批判の第一は、再び批判の対象となる。つまり、前述のように（前回号六三頁以下）、職務責任原則には、ドイツ民法八三一条一項二文による免責可能性がないことから、私人間の損害賠償制度よりも、被害者救済には優れているということである（但し、民法八三九条一項二文の補完性条項の適用問題が生じる）。反批判の第二については、確かに一理あるが、これは行政の恣意的な法形態の選択と表裏一体の関係にあることを心に留めておく必要がある。

さて、グラツペは、法形態を基準とせず、以下のように、技術的履行補助者たる私人の独立性をメルクマールにする¹⁹¹。

私人が高権担当者の指図や委託により、国家の名で独立せずに活動する場合には、職務責任原則の適用が考えられる。しかし、私人が、本質的には自己の利益のためにも、独立して活動する場合（国家からの委託があつたとしても、

当該私人に高権的権能が委譲されていないならば）、職務責任原則は及ばない。⁽¹⁹²⁾

けれども、この基準を実際の事例に当てはめてみると、独立性の有無が明らかでない場合が少なからう。⁽¹⁹³⁾ しかも、公の手が私人の活動に対する影響力の行使を自ら制限することで、職務責任を回避するという可能性もある。⁽¹⁹⁴⁾

連邦通常裁判所判決（裁判例⁽³²⁾）は、受託任務の性質、受託任務と高権的任務の緊密度、及び受託者の裁量の大きさを総合的に考慮して、職務責任規定の適用の可否を決するとした。受託任務の性質に着目する点は、オッセンビュールと同様である。また、本判決は、道具理論やグラッペ説のような独立の行政補助者と非独立の行政補助者の区別を、明確には採用していないが、他方で、受託者の裁量の大きさとという基準を維持している。受託者の裁量の大きさは、行政による影響力行使の程度に反比例するが、同じく、行政補助者が独立しているか否かということも、行政の影響力行使の程度によって決められるであろう。そうすると、連邦通常裁判所判決で、補助者の独立性という基準が放棄されたとは、きつぱりと断言できないのではなからうか。⁽¹⁹⁵⁾

我が国にも、独立的活動か否かの基準を全く無視することはできないとする学説がある。私人が受託任務を、自らの業務の一環として行い、その業務遂行に関して特に行政による命令・指導を受けていない場合にまで、行政が受託者の不法行為について責任を負わなければならないとするのは必ずしも合理的でないというものである。⁽¹⁹⁶⁾

（2） 源泉徴収義務者

③③ 源泉徴収義務者 BAG, Urt. v. 27. März 1958⁽¹⁹⁷⁾

原告は被告に勤務していた。被告が所得税につき少なくとも計算しそれを財務局に引き渡した。財務局がこの税額に関し被告に対

し処分を行ったのを受けて、被告は原告の給与の一部を天引きした。原告が、この徴収は認められず、また損害を被ったなどとして出訴した事件。

使用者の補填請求については、使用者に徴収の権利があるのだから、委託なしの事務管理 (Geschäftsführung ohne Auftrag) に関する規定¹⁹⁸を引き合いに出すことは誤りである。

所得税については、被用者と使用者が連帯債務者と解される。

あらゆる積極的契約違反と同じように、被用者に対する使用者の配慮義務違反もまた、過失で行われた場合には、使用者の損害賠償義務をもたらす。但し、このことは、誤って執行された源泉徴収の場合について、全ての源泉徴収あるいは全ての租税規定の誤った適用が使用者の責任を示すことにはならない。また、本件では損害が認められない。

右の諸判決で労働裁判所は、使用者の配慮義務は、所得税を正しく計算する義務をも含むので、過失により所得税その他の公課 (öffentliche Abgaben) を誤って計算した場合は、使用者は被用者に対して、そこから生じた損害について賠償する義務がある、とした。つまり、連邦労働裁判所は、国家ではなく使用者の責任を認めた訳である。

これに対しキュールホルンは次のように異論を唱える。¹⁹⁹

使用者は被用者の給与から所得税や社会保険料 (Sozialversicherungsbeiträge) を差し引くに際し、補助者 (Indienstgenommene) として単純行政作用を通じ国家任務の履行に関与する。行政補助者の加害行為について民法八三九条、基本法三四条による職務責任が及ばなければならない。なぜなら、使用者は行政への関与に際し公務の遂行として行動するからである。²⁰⁰

シユタイナーも、使用者の源泉徴収等の任務は、私人による行政任務の独立的遂行の典型例と見なさざるを得ない²⁰¹として、キュールホルンと同様、職務責任規定の適用を主張する。その際、次のように述べる。

使用者の配慮義務が、徴税任務の執行を使用者が誤ったことから生ずる被用者の請求についての根拠とはならない。使用者の労働法上の配慮義務が、国家税法の取り扱いに入り込む余地はない。従って、使用者の配慮義務が損害賠償請求の根拠となることはない。⁽²⁰²⁾

そして、シュタイナーは、源泉徴収に係る公法学の文献が労働法ではほとんど認識されておらず、その無関心は驚くべき (überraschen) ものである⁽²⁰³⁾とも記している。

私見であるが、連邦労働裁判所の判例は変更されていないようであり、⁽²⁰⁴⁾右の公法学説を一貫させることは、困難と思われる。ただ、問題となり得るのは、単純に使用者を職務責任規定上の「官吏」に該当しないと見るか、あるいは、該当すると前提しつつも、特別法たる税法諸規定が一般法たる職務責任規定を破ると解するのか、という点である。労働裁判所は、使用者と被用者を税法上連帯債務者であると判示しており、このことからすると、使用者を「官吏」であるとするのは強弁であろう。また、グラザーも、労働裁判所の見解に異を唱えることなく、高権的行為に当たらない例として使用者を整理して⁽²⁰⁵⁾おり、前者に与していると言える。

我が国も同じような状況にあるように見える。行政法学の文献では、支払者を国家賠償法一条の「公務員」と見るのが通説と言われる⁽²⁰⁶⁾。ところが、最高裁判所は、「給与等の受給者が、支払者により誤って所得税の源泉徴収をされた場合において、当該年分の所得税の額から右誤徴収額を控除して確定申告をすることはできない」と⁽²⁰⁷⁾している。この判決からすると、最高裁は源泉徴収義務者が国賠法上の「公務員」（換言すれば、税務署の補助者）と見なしていないように映る。

(3) 資金助成媒介者

③④ 資金助成媒介者 BVerwG, Urt. v.23. Juli 1958⁽²⁰⁸⁾

連邦大臣が難民銀行株式会社に連邦の特別財産から家屋難民や政治亡命者への信用供与額の利用を託した。信用受給申込者が所定の主要取引銀行を通じて申請をし、ラント信用委員会（被告）がそれに拘束力ある決定をして、主要取引銀行が当該決定を交付する。主要取引銀行が申請者と資金助成契約を締結した上で信用を供与し、主要取引銀行は必要な資金を難民銀行の支店から引き出す、ということになっていた。ラント信用委員会に申請を拒否された原告が抗告訴訟を提起した事件。

個々の信用に関する決定は金融機関によってではなく、この目的のために設立された機関（これは一般の法関係・経済関係に参加しない）によって行われる。難民銀行は勿論拒否権はあるが、独自の許可権限は持たない。個々に信用を許可する否かの決定は専ら被告による。従って、公法領域の行政は、連邦大臣による信用額の引渡で終わるのでなく、被告の決定で初めて終わる（S.183f.）。このような公法上の決定に係る紛争には行政裁判所への途が開かれる（S.184）。

この事例では、難民銀行株式会社と一般の銀行が資金助成媒介者として登場する。前者には一定の権限（拒否権）が与えられているが、信用供与の決定権はなく、これは官庁に留保されている。このため、決定をめぐる争いは公法上のものとなるとされた。他方、後者はただ技術的な媒介を行うだけである。

通説は、給付の付与が高権的に決定される第一段階（Ob）に、第二段階（Wie）として私法的に形成された執行・履行行為（例えば、消費貸借契約、保証契約）が続くような構成の場合、執行関係は私法により判断され、他方で、第一段階における公法上の義務違反の場合、高権主体が民法八三九条、基本法三四条により責任を負うことになる⁽²⁰⁹⁾。公法上の義務違反においては、国家法上の意味の官吏が行動しているか、公権力の行使を託された他の者が行

動しているかはどうでもいいこととされる⁽²¹⁰⁾。勿論、補完性条項（民法八三九条一項二文）や責任の排除（民法八三九条三項）は考慮される⁽²¹¹⁾。ところで、私法的行為であれば、通常、職務担当者の自己責任も問われことになるが、契約違反の場合にあつては、職務担当者の自己責任は生じることなく、専ら高権主体だけが契約当事者として賠償を義務付けられ得るといふ⁽²¹²⁾。

また、キュールホルンは、私的な資金助成媒介者が委託された審査任務・統制任務を執行行うに際し⁽²¹³⁾、単純高権行政として、故に民法八三九条の意味の公務の遂行として行動することになるとし、この任務を注意深く遂行することは資金助成媒介者の職務義務であり、媒介者は申請人に対しても当該義務を負っていると捉える。そして、資金助成交付という裁量決定が不完全な若しくは瑕疵ある要件審査に基づくのであれば違法であると言う。また、資金助成媒介者が（本来の）資金助成国家機関への要件事実の通知（Angaben）において違法過失があつたことで相手方に損害を与えた場合、国家が民法八三九条、基本法三四条に則り賠償責任を負う、と論ずる⁽²¹⁴⁾。

さらには、同一の資金助成行政の中にあつて、第一段階・第二段階それぞれに異なる責任制度が適用されるのは妥当でないとして、行政行為による資金助成許可の場合には両段階において国家責任の適用を唱える学説⁽²¹⁵⁾が見られる。尤も、二段階理論の適用されない資金助成行政もあり⁽²¹⁶⁾（消費的補助金）、そこでは職務責任が一元的に妥当しよう。

（４）個人データ取り扱い業者

③⑤ 個人データを扱う興信所（有限会社） OVG Münster, Urt. v. 30. September 1980⁽²¹⁷⁾
顧客に信用についての決定を容易にする情報提供を行っている興信所（被告）が、連邦データ保護法三四条一項により、原告

のデータを蓄積している旨を原告に通知した。原告は当該データを受領する者及びその理由を通知するよう請求したところ、被告がこれを拒否したので、被告は情報開示するよう原告が行政裁判所に出訴した事件。

当事者間に公法上の係争が存在しないので、行政裁判所への出訴の途はない。原告も被告も私法上の人格である。例外的にのみ、両者間の係争は公法的性質を帯びる。つまり、国家が、自らに属する任務の遂行のため高権的権限の付与を通じて私人を用いる場合である。個人データを第三者に業として譲渡することそれ自身は、国家が履行のため私人を用いるところの国家任務であるとは言えない。本来、興信所等の行為は私法的領域に根ざしている。

本件では、連邦データ保護法が、本来的に私人の業務である個人情報やりとりを国家的な事務にするものでないことが述べられている。ごく自然な結論と思われる。しかし、私人が個人情報の処理を国家から委託されたような場合については、本判決の射程ではない。この点については、私法人等の非公的機関 (nicht-öffentliche Stelle) が高権的任務を履行している場合、連邦データ保護法上の公的機関と見なされることになっている (同法二条四項二文)。

連邦データ保護法 (七条一項) は、公的機関による個人データの不法・不正な処理について無過失責任が生じることを規定している。⁽²¹⁸⁾ かくして、公的機関から個人データの処理を委託された私人が、公的機関の個人データを不当・不正に用いた場合、過失の有無を問わず、公的機関に賠償義務が発生することになる。尚、一九九〇年以前の同法には、危険責任の規定がなかった。⁽²¹⁹⁾

我が国の場合、立法的解決はまだはかられていないので、行政の保有する個人情報の処理を委託された民間人がそれを不正に漏洩したような場合、いずれが情報の主体に責任を負うのか問題となる。

(5) 民間養護施設

⑳ 民間養護施設 BGH, Urt. v. 27. Oktober 1964⁽²⁰⁾

教育の難しい子供 (schwer erziehbares Kind) である原告 (一一歳) が、市青少年局 (Stadtjugendamt) の命令で被告の養護施設 (Kinderheim) (民間施設) に入れられた。原告が、当該施設で同入所者の G (一二歳) から傷害を受けたので、被告が監督義務を怠っていたとの理由で、民法八三二条により被告に損害賠償を請求した結果、賠償を義務付けられた被告が原告した事件。

決定的な要因は、被告が G の教育・監督に際し高権的権力によって行動したか否かである。しかし、被告の施設へ G を入所させたことが市青少年局の命令に基づいたものであるということは何ら示されていない。

仮に G が原告と同じく市青少年局によって入所させられていたとしても、被告の上告に理由がない。確かに、市青少年局が養護施設への入所でもって公的配慮の任務 (つまり、原則として高権行政に属する任務) を遂行していたと言える。しかし、これだけでは、被告が青少年の教育・監督に際し高権的作用を行っていると認めることはできない。なぜなら、公の手がそのような単純高権行政の任務のために私法手段を用いて、私法的関係に立つこともできるからである。このことは、市青少年局がその配慮する青少年を、私法主体の運営する養護施設に入所させるときに妥当する。この場合、通常、私法主体の作用も私法の領域で行われると言える。ここに、被告が高権的権能を委ねられていたというような特段の事柄が妥当する根拠は存しない。G と被告の関係が公法でなく私法の領域にあるとした原審の判断は正当なものとして是認できる。

これは民間の養護施設 (Kinderheim) での傷害事故について、民法八三九条は適用されないので、市青少年局は責任を負わないとした判決である。日本では、補導委託先において少年らのリンチにより傷害を受けた少年の事例があり、当該補導委託先が国家賠償法一条一項の「公務員」に該当すると判示された⁽²¹⁾。両者は対照的な結論となってい

る。特に右の事例が、職務責任適用の有無を論じる判旨部分では、被害少年への配慮責任には注目せず、加害少年の監督関係にのみ着目するのに対し、日本の例は、加害少年と被害少年に対する監督を区別せずに「公権力の行使」該当性を導いている。

尤も、我が国の事例は補導行為という公権力の行使が肯定されやすい性質のものであったのであろう。但し、補導委託の受託者はボランティアであり、受託者の身柄拘束権限は存在しないという点は留意されるべきである。

なお、ゲマインデの託児所に関してであるが、託児所が私法上の託児契約を締結した場合には、公的な生活配慮行政であるにも拘わらず、当該託児所は私法原則（民法八三一条一項一文、二七八条等）によってしか責任を負わないとする判決がある。⁽²²²⁾ 勿論それは公立託児所のケースではあるが、私立の託児所であっても職務責任の適用対象とならないことは推し量ることができる。⁽²²³⁾

(6) 建設請負企業等

(a) 下水路設置請負企業

③7 下水路設置請負企業 BGH, Urt. v. 18. Mai 1967⁽²²⁴⁾

被告（市）が建設企業をして下水路設置のため溝を掘らせたが、その際の契約には、建設企業は作業場の安全に必要なあらゆる措置を自らの責任でとるものとし、市がその措置をとらなかつたことから生じた損害については全て、企業が責任を負うという旨の条件が付されていた。被告の地下工事局（Tiefbauamt）の建築主任Wがケーブルの調査後、溝の最終的な流路（Verlauf）を確定した。建設企業による掘削作業で、原告のケーブルが切断されたので、原告が被告に損害賠償を請求した事件。

下水施設の設置・管理のための市の措置は公法上の生活配慮、よって単純高権行政に属す。建築主任Wの措置は高権的権限を

行使する。しかし、建設企業は私的な請負契約に基づき行動しており、公権力を行使していない²²⁵。

本件は、私企業が公権力を行使していないとしており、私企業による公務の技術的執行に関する後示の諸判決を見る際の典型例として評価できる。類似のケースとして、交通標識の維持について行政補助者が契約により技術的執行に携わっていただけであると認定し、行政補助者の官吏性を否定した事例がある²²⁶。内部求償が争われた事例²²⁷においても、行政が独立の私企業を介在させた場合、生じた損害については連帯して民法上の責任を負うことが示され、そして損害の寄与度としてゲマインデには三分の一としたものがある。

一方、職務責任が適用されない場合にあっても、原告が救済されることがある。連邦の委託でアウトバーンを建設していた民間の建設企業に係る事例²²⁸において、職務責任ではなく、民法上の犠牲請求（bürgerlichrechtlicher Aufopferungsanspruch）あるいは公法上の収用（収用類似）侵害による請求²²⁹が認められている。

犠牲請求等に至らなくとも、市の委託で公道に信号施設を設置する民間の電気会社が関わった事例²³⁰では、私企業の官吏性が否定されつつも、建築監督官による信号回路設計の瑕疵に過失が認められるとして、結果的に職務責任が適用された。

（b）道具理論の適用

次の判決は、市の委託で道路建設に当たる私企業について道具理論を適用し、市の責任を追及したものである。私企業は官庁の道具に過ぎず、私企業自体に過失もないが故、賠償責任は専ら市にあるという内容である。

③⑧ 道路建設請負企業 BGH, Urt. v. 7. Februar 1980²³¹

市（被告）が道路建設において、私企業をして道路敷地を掘らせたため、斜面にある住宅敷地にほぼ垂直に落ち込む斜面が接することとなった。土壌の崩落が生じたので、隣接地所有者である原告が被告に、コンクリート擁壁費用の賠償を求めた事件。

被告の官吏に過失はないとして、原告の職務責任請求を否定した原審の判断は適切でない。被告は道路建設措置の命令・執行に際し高権的権力の枠内で行動していた。被告が道路建設を私企業をして執行させた事実はこのことに影響を与えない。私企業は請負の際の被告の拘束的な指図に基づいて、道路建設に関しての被告の縦断面図に従うことを義務付けられていた。被告は高権的措置を道具若しくは手段を通じて行ったと見なし得る。私企業の行為が帰着する被告は、原告に対して負っている職務義務に違反した（S.1679）。

（c）「密接な関わり」基準

なお、道具理論以外にも、私企業を責任法上の官吏に含める手法として密接な関わりなるものが提示されている。

③9 ポンプ設計の技師 BGH, Urt. v.27. Januar 1994²³²

下水処理組合（被告）が下水ポンプ装置（これは被告の訴訟補助者が設計したものを維持していた。多量の雨のため洪水が発生し、被告が水をもはや処理し切れなくなつて、ポンプを停止せしめた（原告によればショートを防ぐために）。直後に水が下水坑から溢れ、原告の地所を襲った。原告は、洪水に際しポンプの保全が不十分であり、ポンプに瑕疵があったとして、賠償を求めた事件。

被告に対して原告が職務責任請求権を有するとは確定することはできない。被告が、ポンプ設計に責任を負う技師（訴訟補助者）の特殊専門知識を信頼することが許されるとする主張は重要である。訴訟補助者の責任が直接被告に負わされることにはならない。訴訟補助者は被告の職務担当者として高権的領域で行動しておらず、私法上の勤務または請負契約に基づいて被告に技術的給付をもたらしただけである。当時の状況では、訴訟補助者が高権的任務の執行に際し被告の道具として行動したに過ぎないと見なせるかどうかは明らかでない。また、訴訟補助者が責任法上の官吏とみなせるほど、訴訟補助者が被告の履行すべき高

権的任務と密接に関わっているとしたり、設計に際し限定的な固有の裁量を有していたとする具体的根拠はない（S.24f.）。

本件被告は下水除去の任務を負っているが、洪水防止の任務を負うものではないから（BGHZ 125, 19 (21f.)）、ポンプの機能的意義は限定されたものであることが察せられる。この点は措くとして、右判決では高権的任務との密接な関連という基準が述べられており、当該基準が私人の官吏性を量る一判断指標とされている。これは、判決文ではレッカー事件連邦通常裁判所判決（裁判例③²³³）を援用した旨記されているが、学校旅行判決（裁判例②²³⁴）にも類似する指標である。なお、オッセンビュールは本件評釈の中で、本件訴訟補助者が道具理論にいう道具に該当しないとされたことに同意している。²³⁴

その他の例として、ゲマインデと開発契約を締結した企業が、歩道橋設置費用を住民に求めて出訴したが認められなかった判決²³⁵について、グララーザーは、ゲマインデと開発契約を締結した私人が、職務責任法上、高権的権限を与えられていない事例としている²³⁶。

（d）まとめ

日本では、国家賠償法二条の営造物責任規定が存するため、右に見たような諸事例において官吏（責任法上の）云々にこだわる必要があまりない。しかし、ドイツでは、職務責任適用の可否が前面に出てくるため営造物責任に関しても私企業が官吏（責任法上の）に該当しないかが検討されなくてはならない。そこでは、請負企業が官庁の道具と言えるかということも官吏性を認定する際の基準である（道路建設請負企業事件・裁判例③⁸）。その他にも、組織法上の官吏自身の加害行為への加担という視点で過失を見出したり（例えば、信号設置電気会社事件・註（230））、行政官庁の指揮監督の懈怠が存在しないか探られることになる。

これらの救済基準のいずれをもすり抜けたのが、下水路設置請負企業事件（裁判例³⁷）、道路標識事件（註²²⁶）、そしてポンプ設計技師事件（裁判例³⁹）である。

3 道具理論

（1）意義

行政補助者がその高権主体（委託者）によって、指図その他の影響力行使の可能性を通じて指導・監督され得る程度が、高権主体（hoheitliche Hand）の道具と言えるまでに達しているかどうかを、職務責任適用に当たって考慮する見解、これを道具理論（通説）²³⁷という。これは、「公務」を画定する基準として、作用という要因でなく、公の手による取り込み（Ingerenz）という指標に着目する考え方であるが、この理論に立脚すると、「公務の遂行において」という構成要件メルクマールの作用的関連性によっては放棄されることになる。²³⁸

尤も、この道具理論は学説から批判を受けている。

オッセンビュールによると、被害者の観点からは、専門家としての私的補助者が国家の指図権限に従っていたかどうかはほとんど認識し得ない基準であり、適切な解決はこの基準を考慮することを得ない。その上、道具理論によれば、公の手は私人に全任務領域を指図から自由な形で委譲をすることによって、その課された任務の適正な履行の責任を免れ得ることになってしまう。²³⁹この点の裏付けとして、キュールホルンは、任務の適切な執行に配慮することは原則的に国家の事項であるから、相当の注意をもって（sorgfältig）行政補助者を選任することだけが国家の公法義務であるのではなく、行政補助者による業務の適切な執行を監督することも義務であると言う。²⁴⁰つまり、いったん私人

に委託すれば、責任逃れできるといふ論法を認めない⁽²⁴¹⁾という意味である。故に、道具理論は、「公務の遂行」の範囲を十分には画し得ないと結んでいる。

別の批判として次のものがある。パピアーやフィンケの理解によると、「高権的権限を委任されていない民間人」が責任法上の官吏となり、その行為が国家に帰属せしめられるのは、当該民間人が単なる行政の道具として行動している場合に限られる、というのが道具理論である⁽²⁴²⁾。そしてフィンケは、レッカー事件連邦通常裁判所判決（裁判例③②）の如く、当該任務の高権性の強弱や企業側の裁量の広狭によって、責任法上の官吏性を判断するという思考が採用されるに至っており、連邦通常裁判所が、将来、道具理論から最終的に解放たれ、第三者に対する高権主体のための公法義務を履行している者は全て、責任法上の官吏と見なすかが期待されている、と結論している⁽²⁴³⁾。

ところで、フィンケやパピアーの援用する二つの連邦通常裁判所判決（BGHZ 48, 98 註(228)；NJW 1971, S.2220 註(230)）は、当該事件に関しては道具性の審査をする必要なしとしたものであり、また両判決が、私人による「公務の遂行」と言えるのは、官庁の道具と言える場合においてだけであるとは明確には述べていない⁽²⁴⁴⁾。また、委託を受けた私企業について、官庁の道具たる場合に限定して職務責任規定を適用しようとする意味で道具理論を理解することは必ずしも適切とは言えない⁽²⁴⁵⁾。とりわけ、「高権的権限を委任されていない民間人」といっても、高権的権限に当たるかどうかの区別自体が困難な場合があり、そうした状況では道具性を職務責任適用の考慮事項とするのも不当には感ぜられない。要するに、私人の道具性が認められる場合を、基本法三四条、民法八三九条の適用を導く一つの要素と解する文脈で、道具理論を把握するのであれば、その有用性は否定されないと思われる。レッカー判決の基準（当該任務の高権性の強弱や企業側の裁量の広狭を、職務責任適用の際の考慮事項とする考え方）も道具理論を包摂したモデルとして見なすこともあながち誤りではないのではなからうか。例えば、裁量の余地のあり得ない「使者⁽²⁴⁶⁾」とし

ての補助者については、道具理論的把握に基づいて職務責任を適用してよいように解される。

(2) 通学指導生

さて、非独立性や道具性を認め得るものとして、パピアーは通学指導生を挙げる。それは高権的権限を与えられたベリーエネではなく、交通法上の行政行為を発令できず、ただ交通状況を指摘するだけの存在である。⁽²⁴⁷⁾

しかし、シュトーパーとシュタイナーは、通学指導生を道具理論では捉えきれないとする。通学指導生は具体的な交通状況に基づいて、委託された配慮的任務をどのように実施するかを独立して決定するので、通学指導生は単なる技術的な貢献以上のことを行うからである。⁽²⁴⁸⁾ シュトーパーによれば、通学指導生の立場は、ベライウンクと公勤務の中間にあると言う。⁽²⁴⁹⁾

(3) レッカー企業・建設請負企業等

レッカー企業に関して学説は、道具性を認めるのに消極的のようだ。

シュトーパーは「職務補助者」(職務主体から高権的任務の遂行を託され、独立して行動する者)という独自の概念を用いて、警察執行におけるレッカー企業も通学指導生と同様、職務補助者に該当し、官庁のための単なる技術的執行であることを見ることに否定的である。⁽²⁵⁰⁾ 同じく、パピアーも、警察に動員されたレッカー企業に道具理論を当てはめない。⁽²⁵¹⁾

その他についても、パピアーは、道路建設負担者によって公道の建設に際し委託された建設企業、交通信号機の設置・修理を託された電気会社、交通標識の補修を託された企業、及び公物の維持・清掃を託された民間会社には道具性を否定しなければならぬ。⁽²⁵²⁾ と述べる。これらは一般に個別の履行については、官庁の「伸びた手」と言えるほど

には、公行政主体の影響力や指示にさらされておらず、国家は民法（八三一条）上の責任を負うだけであるとする。

但し、損害が行政法上の債務関係（*verwaltungrechtliche Schuldverhältnisse*）の中で生じた場合（この場合、民法二七八条が準用される（*singemäß gelten*））は別である。⁽²⁵³⁾

これに対して、ベンダーは次のように述べる。

道路建設は単純高権行政活動であり、少なくとも、道路建設行政が自己の人的・物的手段を用いる場合無制限にそのものである。このような場合、計画や作業の指図・監督のみならず、その履行自体も高権的行為として判断される。しかし、このことはさらに、道路建設行政から私法的に委託された企業が行政補助者として行動する場合であっても妥当する。道具理論からしても、企業が官庁の定めた計画にそって道路を建設しなければならない場合、本来、作業遂行の種類と方法は高権担当者の公法的責任領域に帰属させられる意味で通常十分に定められていると言えないであろうか。⁽²⁵⁴⁾ただ、私人が外部との関係においても私法的行為だけをするよう義務付けられている場合には、職務責任は自ずと排除される。⁽²⁵⁵⁾

このように、ベンダーは道路工事の高権性から、官庁の確定した計画通りに道路建設を執行する場合について、職務責任の適用を主張する。⁽²⁵⁶⁾加えて、道具理論も援用しつつ、計画通りの執行を道具性の表れと広く解し、よって職務責任が排除される官庁（または受託企業）の私法的行為の範囲を狭めようとする点が、ベンダー説の主旨であると思われる。

4 公務と非公務

民法八三九条の「官吏」が基本法三四条の「託された公務の遂行」と結合したとき、職務責任原則が適用されるのであるから、「公務」とは何かが問われる。ここで、その学説状況を概観しておきたい。

通説的見解は、私法形態による国家任務の履行を公務の遂行として解さない。⁽²⁵⁷⁾ 例えば、「公」務の遂行（国家の公法義務の履行）と「非公」務の遂行（国家の民法義務の履行）の区分は、実際には、「外部に」現れる当該職務行為が直截に公法によって判断できるかどうかで行われると言う。⁽²⁵⁸⁾

ドイツではこのように、加害行為を公法私法へ分類する考え方によって、官吏性拡大による職務責任の無限定な拡大に歯止めがかけられているとも言える。

これに対して、キュールホルンは、公法形態での国家任務の履行か私法形態でのそれかを区別することは国家の責任に関する規定（Statshaftungsregelung）を適用するに当たって決定的な要因ではないとする。曰く、国家任務を公法形態で履行する権限だけが「公務」を表し、この権限が実際に行使されていたかどうかは問わない、⁽²⁵⁹⁾と。この標準は、同じく法形態を抛り所とする学説・裁判例の唱えるものと異なっている。キュールホルンは、行為関連的な責任法（Statshaftungsrecht）の職務概念から組織法的な職務概念への移行を主張しているのである。これによって、同責任規定（Statshaftungsregeln）を私法的手段による国家活動にも及ぼすことが法解釈上可能になる、⁽²⁶⁰⁾と言う。故に、国家が市民との行政私法的な給付関係における履行補助として介在せしめた私的補助者は、当該市民に対して公務の遂行として活動することになる。

キュールホルンのこの説は、通説と次のオッセンビュール説との中間的見解として位置付け可能に思われる。

オッセンビュールは、職務責任制度の適用問題を私人が国家（高権的）任務と非国家任務のいずれを遂行しているかによって定めるべきとする。⁽²⁶¹⁾ 国家任務と非国家任務の違いを見極めるのは困難であるとの批判に対して、オッセンビュールは、線引きの困難さなるものは様々な場合に存すると応える。そして具体的に、地方公共団体の老人ホームの建設・管理は直接高権的任務の履行に仕えるが、作用的思考法を首尾一貫させると、結果として、設置を請け負った建設企業の作業員から通行人が受けた被害までも職務責任の問題となりかねない、という例を挙げる。この問題設定に対しオッセンビュールは、老人ホームの建設は純粋に私的なプロジェクトでもあり、このような需要充足行政は国庫行政に分類され、職務責任から排除されると述べる。⁽²⁶²⁾ 交通信号施設の設置・管理の事例は確かにこの基準に取り組んだとする。そして一般的には、公法上の義務とされるものに対する違反が公の手の責任領域にあると結んでいる。⁽²⁶³⁾

ただ、最後の文を見ても、オッセンビュールの結論が結局、公法上の義務かどうかには帰着してしまっており、通説との異同がはつきりせず、彼の判断指標が明確であるとは言いがたい。

フレンツも当該行為が公法に属するか否かを主な基準とするが、それ自身高権的性質のない補助行為について、公務の遂行との密接な関係の基準でまかなわれ、故に、当該行為も高権的性質を帯びることがある、と述べる。つまり、当該行為がその目的・外的関連において高権的行為と密接に結合しており、当該行為を高権的行為に属するものと見なさざるを得ない場合には常に、民法八三九条が及ぶという訳である。⁽²⁶⁴⁾ パピアーも、独立的な履行補助者が公務を託されているかどうかについて専ら決定的な要因は、公権力主体の履行補助者として外部に明白な行為であるとする。⁽²⁶⁵⁾ 密接性の基準なるものは、学校旅行判決（裁判例⁽²²⁾）やポンプ設計技師判決（裁判例⁽³⁹⁾）で使われており、そして、パピアーの基準は警察犬判決（裁判例⁽²⁹⁾）⁽²⁶⁶⁾と相通じているように思う。しかし、「任務の密接な内的・外的結合」という基準は明確でないという批判がある。⁽²⁶⁷⁾

- (116) NJW 1968, S.655ff.
- (117) NJW 1970, S.474ff.
- (118) 民法八二三条「一項 故意または過失により、第三者の生命、身体、健康、自由、財産その他の権利を違法に侵害した者は、それにより生ずる損害を当該第三者に賠償することを義務付けられる。
二項 同様のことは、第三者の保護を目的とする法律に違反した者に適用がある。法律の内容により、当該第三者への侵害が過失がなくとも可能である場合、賠償義務は過失の存する場合にのみ生ずる。」
- (119) 民法八二八条「一項 七歳に満たない者は、他人に与えた損害について責任を負わない。
二項 七歳以上の者で、一八歳に満たないものは、他人に与えた損害について、加害行為の開始時に責任を認識するのに必要な弁識力を欠いていた場合には、責任を負わない。聾啞者にもこれを準用する。」
- (120) Thomas Kühorn, Haftung für die durch Verwaltungshilfe Privater entstandenen Schäden, Diss Regensburg 1972, S.71; Rolf Stober, Schüler als Amtshelfer, Diss Mannheim 1972, S.50f., S.72. 参照' Fritz Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S.19.
- (121) Wolfgang Martens, Übertragung von Hoheitsgewalt auf Schüler, NJW 1970, S.1029. 脚注におうつマルティンスは自説の論拠として、次のシムونس・ホルシタイン・ランナー一般行政法二四一条一項 (Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein vom 18. April 1967, Sammelblatt für Rechtsvorschriften des Bundes und der Länder, S.767) の規定を紹介している。
「自然人及び私法人並びに権利能力なき団体には、法律によって若しくは法律に基づいてのみ、公法的活動形式で履行するよう公行政の任務を委譲することができる。」
- (122) Martens (Anm. 121) S.1030.
- (123) Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, 10. Aufl., 1973, S.436.
- (124) Manfred Zuleeg, Beleihung mit Hoheitsgewalt, Verwaltungshilfe und privatrechtliches Handeln bei Schülern, DÖV 1970, S.629.
- (125) Kühorn (Anm.120) S.71. 参照' Martens (Anm.121) S.1030.

- (126) Kührhorn (Anm.120) S.72f.
- (127) Kührhorn (Anm.120) S.72; Ossenbühl (Anm.120) S.20.
- (128) Kührhorn (Anm.120) S.72. 他方、特別権力関係にない第三者が特別権力関係にある行政補助者によって被害を受けた場合も常に、当該第三者に対して負っている職務義務を補助者が侵害したことを意味する。被害者である第三者は、民法八三九条、基本法三四条によって、補助者を任用した国家・公法団体に対する損害賠償請求権を有する。Kührhorn (Anm.120) S.73.
- (129) Stober (Anm.120) S.94.
- (130) Zuleeg (Anm.124) S.631; Stober (Anm.120) S.88.
- (131) Stober (Anm.120) S.89ff.
- (132) Kührhorn (Anm.120) S.74; Ossenbühl (Anm.120) S.20; Zuleeg (Anm.124) S.631f. マルテンスもこのことを指し「摘ていふ」Martens (Anm.121) S.1030.
- (133) BGH, Urt. v.3. Juli 1958, VersR 1958, S.705
 被告ゲマインデのギムナジウムの生徒（原告）が、体育検査の際に上腕を骨折した。教師は体育の指導監督において注意措置を怠ったとして、原告が被告に損害賠償を求めた事件。
 当該教師は第一回の跳躍時に、補助者（生徒）に補助を行わせるのではなく、自ら原告の補助をするべきであった。
 当該教師が補助者として体格的にあまり適切と思われない者を選んだことは、安全性の意味と相容れない。体育教師に個々の生徒全てを監督することが期待できないという上告理由は斥けられる。なぜなら、本件のような体育検査時には、教師は個々の生徒の練習を注視すべきであり、また、近くにいた補助者が必要な注意を欠いていないかにも教師が目を配る場合、過大な要求とされるほどの重い行為とは言えないからである。
- 補助者たる生徒は、教師自らが監視する場合以上の注意を払う必要はなかった。故に、体育時に補助役を割り当てられた生徒が、学校から自己に託された職務を行使していないかどうか、その帰結として、生徒の懈怠が体育教師の義務違反と同様に学校の責任によって包含されないかどうかは審査する必要がない。
- (134) オッセンビュールも次のように述べる。「担任教師自身によって行われるクラスの監督は、明らかに公務の遂行である。担

任教師はこの任務を少しの間被告に委譲することで公務を委託した。教師がそのような授権の権限があつたか否かはどうでもよい。決定的なのは、職務担当者がその権限をその地位から導き出すことができるということである。担任教師が違法に生徒に監督を委譲したか、生徒の選任に際し必要な注意を尽くさなかつたならば、既に教師自身に職務義務違反があり、それは提起された職務責任請求権を発生させ得る」。Ossenbühl (Anm.120) S.20. 同様に Udo Steiner, Öffentliche Verwaltung durch Private, Habilitation Erlangen-Nürnberg 1975, S.139.

(135) NJW 1992, S.1227.

(136) Ossenbühl (Anm.120) S.18, Fn.41.

(137) 警察署長の委託でバスを運転する運転手 RG, Urt. v.4. April 1941, RGZ 167, 1
警察署長の要求で、第一被告(バス所有者)が、第二被告(運転手)とバスを手配した。第二被告が走行中、原告の車両と衝突したので、原告が第一被告と第二被告に損害賠償を求めて出訴した事件。
ライヒ政府の措置を確保するため、バスで輸送される警察隊が動員されたのである。当該運行は民法上の関係ではなく、警察職務上の運行であり、ワイマール憲法一三一条の意味における公権力の行使としてドイツライヒのために遂行された。バスが第一被告によって民法上の取り決めに基づいて手配されたか、あるいは法律に基づいてなされたかは、ワイマール憲法一三一条の適用の可否に関係がない。バス運転手としての第二被告は、ワイマール憲法一三一条の意味における「官吏」として見なすことができる。運転手は警察隊指揮者の命令的権力下にあつた(S.44.)。

ワイマール憲法一三一条、民法八三九条により、官吏に代位するライヒの責任は、不法行為の一般規定に基づく官吏への請求を排除する。第二被告に対する原告の損害賠償請求は根拠がない(S.10)。

また、ライヒが実際には警察隊を通じて自動車を所有者のように利用し、自らの計算とリスクで自動車を運行したのであるから、ライヒの責任だけがあり、第一被告の責任はない(S.13f.)。

因みに、軍隊のためにトラックで供給物資の輸送を行った民間人について公務の遂行にあつたことを認めた判決として、
OLG, Urt. v.13. Februar 1976, VersR 1976, S.1140.

(138) 学校事務の協力者のケースは、その他にも左の例がある。

学校のバザー時にグリル使用を託された民間人 BGH, Urt. v.25. September 1979, NJW 1980, S.289

基礎学校がクリスマススイブ・バザーを催し、基礎学校教師（妻）の夫（被告）が協力を求められ、グリルの使用を学校の同僚から託された。被告が操作中に、原告らがけがを負ったため、ゲマインデ傷害保険組合が原告に治療を施したが、原告が被告に慰謝料を求めた事件。

生徒は教師等を原因とする危険に対して保障されており、立法者意思によれば、法律上の傷害保険主体にのみ填補の請求をすべきで、学校で働く従業員に請求すべきではない。このことは、基本法三四条による教員についてのラントの責任を排除するためでもある。

被告はバザー中にグリル装置を使用していた時、基礎学校の「事業構成員（Betriebsangehöriger）」であった。勿論、学校の構成員ではないが、学校事業に編入されていた。

これは、基本法三四条、民法八三九条の直接的な事例ではないが、特別法（ライヒ保険法）の存在により基本法三四条が排除される旨が言及されている。ということは、特別法がなければ、基本法三四条の適用があり、本件被告に代わってラントが賠償責任を負うという論理が残っているであろう。

(139) NJW 1982, S.1328f.

(140) NJW 1996, S.2431.

(141) Hans-Jürgen Papier, § 839, Rn.163, in: Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Bd.5, 3.Aufl., 1997.

(142) 参照、註(118)。

(143) Stefan Schlosshauer=Selbach, Staatshaftung und Arzthaftung, NJW 1982, S.1306. 参照、Hans-Joachim Glaser, §17, Rn.11, Staatshaftungsrecht, in:Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd.4, 11. Aufl., 1985. 但し、オッセンビュールは次のことを指摘する。「官吏たる医師は、当該医師に弁済能力がある (liquidationsberechtigt) としても、入院治療に際しての医療過誤については、民法八三九条のみにより不法行為責任を負う。このことから、当該医師は被害者に対し民法八三九条一項二文（補完性条項）によって病院の担い手へ請求するよう指示することができ、それが私法

上の責任を負うことになる」。Ossenbühl (Anm.120) S.39.

(144) ワイマール時代に類似の事例が存在する。以下、要約である。

RG, Urt. v.4. März 1992, RGZ 168, 388

ライヒ勤労奉仕隊に所属する原告が勤務中けがをしたので、嘱託医として奉仕隊員の医療を託された被告がこれを治療したが、被告が適切な処置をしなかったとして、原告が賠償請求した事件。

立法者の意図によれば、勤労奉仕隊の関係は専ら公法的性質を帯び、奉仕隊員の権利と義務は官憲的権力行使に当たる。

このことは、奉仕隊員の有する無料の医療請求権にも妥当する。故に、被告は原告の治療において勤労奉仕隊の職務義務を履行していたのであり、その限りで、ワイマール憲法一三一条の意味の「官吏」として行動していた (S.390f.)。

(145) 国家責任法 (Staatshaftungsgesetz vom 26. Juni 1981) (BGBl. I, S.553) 一七条「一項 私法関係への関与から生ずる行政主体 (Träger) の責任は、法律に別段の定めのない限り、私法関係に適用される規定による。」

二項 次の各号に定める場合において、行政主体の責任は高権的行為についても私法の規定のみによって責任を負う。
.....

四号 被治療者の意思に反して行われる治療を除く、医師又は歯科医師の治療
.....

四項 行政主体が一項及び二項に掲げた行為を行わせしめる者は、被害者に責任を負わない。その者が当該行為を行政主体のために行った場合における当該行政主体が、その者に代わって責任を負う。」

(146) 参照 Schloschauer = Selbach (Anm.143) S.1310.

(147) Glaser (Anm.143) §17, Rn.10f.

(148) VersR 1973, S.1124f.

(149) Glaser, §839, Rn.123, BGB, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd.4, 11. Aufl., 1985.

(150) 無報酬のドイツ赤十字のために救急業務・緊急業務の活動をした保険医 (開業医) LSG Niedersachsen, Urt. v.14. April 1978, VersR 1979, S.821

ドイツ赤十字救助活動のため救急医の資格において、救急車を管理する開業医 (原告) が、ドイツ赤十字の救助隊詰め所

(Reifungswache) を通じて、梗塞患者のところへ行くよう呼び出された。その際、原告が、その夫の運転する救急車に同乗中、交通事故に遭ったが、事故の補償を給付されなかった事件。

ライヒ保険法 (Reichsversicherungsordnung) 五四一条によれば、原告は、医師が独立して職業活動を行っている場合、保険の対象とならない。原告が、ドイツ赤十字の要請やドイツ赤十字との協定に基づいて行動していても、独立の医師としての行動であることには変わりはない。なぜなら、原告の救急業務や救急医としての動員もドイツ赤十字から報酬を支払われることはないし、独立の地位が保たれ、また原告が救急車の管理者であるからだ。

(151) NJW 1991, S.2954=VersR 1991, S.1054.

(152) 判旨は次のように続く。

ライヒ保険法適用の問題に関連してであるが、原告が救急医として動員される場合、被告市に対して個人的・経済的従属関係にあるのではない。なぜなら、原告が個別に救急依頼に応ずるか自由に決定する権利を留保しているため、個人的従属は成立しないからである。また、各動員に対する費用補填が原告の被告に対する経済的従属を形成し得るものでもない。原告は独立の業務の一つである救急動員を開業医として執行する。その際、原告が、救急業務組織から利用を任された技術的・人的な補助手段を用いるということは、原告の行為を判断するのに重要な意味を持たない。

この判旨部分は、ライヒ保険法適用に関して、救急医は救急動員を独立の業務として執行するとしており、ニーダーザクセン判決と同じ思考をとっている。

(153) Papier (Anm.141) Rn.162.

(154) この点、高権的性質を示さない自発的消防隊の事務執行の事例として、特に顕著な例がある。これは明らかに消防隊の私経済的利益が関係した事例である。

有償で機材を運搬する自発的消防隊 Bay OLG, Urt. v.6. Juni 1989, BayVBl. 1989, S.571
巨大な機械を購入した原告が、市（被告）の消防隊に依頼して搬送せしめたところ、当該機械が損壊したため、賠償請求した事件。

被告の自発的消防隊は原告の機械を積み込む際に、法律上の義務的任務を履行していたとは言えない。なぜなら、事故ま

たは緊急時における公益的な技術的補助ではないからである。

- (155) Corin Bloch, Zur Amtshaftung bei rettungsdienstlichem Notarzteinsatz, NJW 1993, S.1513 (1514f.).
- (156) 하우스ナーは、ベリーエネによる救急活動の履行、私人による国家代替行為における救急活動の履行、及び技術的履行補助者による救急活動の履行に区分して、いずれも職務責任規定を及ぼすべきと主張する。但し、私的な救急活動企業 (Privater Rettungsdienstunternehmer) だけは職務責任の適用を容れないとする。Helmut Hausner, Staatshaftung im Rettungswesen, MedR 1994, S.435ff.
- (157) にも拘らず、非軍事的役務者の行為が第三者に高権的措置として認識されているのは、高権的任務と加害行為が密接な客観的関係を示しているがためである。BGHZ 118, 304 (310f.).
- (158) BGH, Urt. v.12. November 1992, BGHZ 120, 184
- 被告である保険医組合 (公法人) は、救急車業務の従事について開業医Bを指定したが、後に取り消した。このようになさなか、脳出血となった原告に医師Pが最初に処置を講じ、救急司令所 (Rettungsleitstelle) に連絡した。救急司令所が同所に配属されている医師Tに連絡し、Tが原告のところに救急車で駆け付け、二〇分かかって司令所の病院に運んだが、後遺症が残った。Bであればすぐ救急措置をとり得たとの理由で、原告が被告を相手取って、慰謝料を請求した事件。
- 本件の如く救急医療業務 (Notarzdienst) と一般的な医師の緊急業務 (allgemeiner ärztlichen Notfalldienst) とは区別を要する。救急医療業務は救急業務の一つである。バイエルンでは、救急業務は公法的に組織されており、救急業務の執行は私的な補助組織に託されている。被告の任務は救急業務の公法的組織に編入されている。勿論、救急医療と救急業務は概念的・法的に区別される。しかし、救急医療は機能的に救急業務に組み込まれており、被告は基本法三四条の公務を遂行することになる (S.186ff.)。救急業務の中で救急車動員に必要な救急医を利用する被告の法的義務は、ライヒ保険法三六八条以下から生ずる (S.189)。
- (159) これは主にグララーザーの整理による。Glaser (Anm.149) Rn.79. 裁判例⑭⑮⑯もここに整理することができよう。
- (160) JZ 1964, S.772.
- (161) Glaser (Anm.149) Rn.79.
- (162) BVerwGE 34, 248.

- (163) 参照、BVerwGE 11, 274.
- (164) 道路交通許可令 (Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 6. Dezember 1960) (BGBl. I, S. 898) 二条二項「車両若しくは牛馬の運転者が車両若しくは牛馬の運転に不適合であると解する理由が存する場合、行政官庁は、前項の決定若しくは運転免許剥奪の決定を準備するため、状況に応じて、精神的若しくは身体的適性に関して、次の各号いずれかに掲げるものを提出するよう命ずることができ、又は、必要のあるときには、右の掲げるものうち複数のものを命ずることができる。
- 一号 公的医療機関医師若しくは専門医師の証明書
 - 二号 公認の医療・心理診断機関の鑑定書
 - 三号 車両走行についての公認の専門官若しくは検査官の鑑定書
- なお、当該規定は一九九八年に削除された。VO v. 18. August 1998 (BGBl. I, S. 2214).
- (165) BVerwGE 34, 248 (250). 参照、Hans Thierfelder, Zur Anforderung eines Gutachtens gem. § 3 Abs. 2 StVZO, NJW 1967, S. 240f.
- (166) Wolfgang Bouska, Die Stellung der Zulassungs- und Überwachungsorgane des Straßenverkehrs, DAR 1964, S. 150.
- (167) Bouska (Anm. 166) S. 151. メンケンも、医療・心理診断機関の鑑定について、左に見るように、私的なものと見ている *とらへども*。Eugen Menken, Die Rechte des Betroffenen bei der medizinisch-psychologischen Fahreignungsbeurteilung, DAR 1980, S. 225.
- 当事者が診断を受けると決めたならば、当事者は公認された医療・心理診断機関を自由に選択することができ、当事者と鑑定人の間には鑑定契約が締結される。このことから、鑑定人は法的にはただ当事者へのみ義務付けられていると言える。故に、当事者は、鑑定書が直接行政官庁に送付されることに必ずしも同意しなければならない (S. 226)。鑑定人は職務上刑罰でもって守秘義務を課されているので、鑑定書を当事者の同意なしに第三者に送付することは認められない。鑑定書は専ら当事者のものである。当事者がそれを見た後、行政官庁に提出するかどうかは、高度に個人的な事柄である。特に、消極的な内容の鑑定書を当事者は自らに留めておくことが許される (S. 227)。

- (168) 道路交通許可令 (StVZO in der Fassung der Bekanntmachung vom 6. Dezember 1960) (BGBl. I, S. 898) 一条「(一文) 車両が許可される車両形式に属さない場合、製造者若しくは他の使用権者は行政庁(許可機関)に運行許可を申請しなければならない。(二文) 許可義務のある車両については、当該官庁に申請とともに車両証書若しくは付随車証書 (ein Kraftfahrzeug- oder Anhängerbrief) を提出しなければならない……。(三文) 当該証書には、当該車両が適正に記述され現行規定に適合する旨を、公認の自動車交通専門官が記していなければならない。(四文) ……」
- (169) 専門官が許可について自ら発給または拒絶する訳でないとしても、専門官が鑑定を出し、証明を発し、またはそれを拒否したときに、許可に関する決定が現実化する、とされている。BGHZ 49, 108 (112). その他、BGH, NJW 1973, S. 458; OLG Köln, NJW 1989, S. 2065. 参照、米丸恒治『私人による行政——その法的統制の比較研究——』(日本評論社、一九九九年) 一一一頁以下。これらと類似の事例として、BGHZ 18, 110があるが、当該原告に対しては、第三者に対する職務義務違反が存しないとして、請求が斥けられている。
- (170) シュタイナーも、専門官の確定が、法律の執行に対して決定的となっている場合、専門官の地位・作用は国家法上のものとして評価されると述べる。Steiner (Anm, 134) SS. 130-133.
- (171) Bouska (Anm. 166) S. 150. 当該鑑定は、三条二項の医療・心理診断機関等による鑑定以上の法的意味を与える必要がないとする。
- (172) 道路交通許可令 (一九八二年一月二七日) (BGBl. I, S. 1533) 九c条「二項 クラス二の運転免許を申請する者は、医師によるその健康状況の診断を受け、それについて様式一一による証明を提出しなければならない。
二項 当該証明書は、申請人の自動車運転の適性に対する危惧を抱かせ、運転免許の発給の前に更に受診する理由を与えるような身体的若しくは精神的能力の障害が存在するか否かを示すものでなければならない。」
当該規定は、一九九八年に削除された。VO v. 18. August 1998 (BGBl. I, S. 2214).
- (173) Glaser (Anm. 149) Rn. 79.
- (174) 逆に、裁判例^⑬では運転適性の診断に関する事例であるにも拘わらず、公務の遂行が認められている。これは根拠条文の違いに由来するものである旨判示されており、道路交通許可令が直接拠り所となる事例ではなく、シュレスビヒ・ホルシュティン公衆衛生業務法があったために、公衆衛生制度の中で高権的に当該任務が遂行された事例であると解されたからのよ

うである。

シュレスビヒ・ホルシュタイン公衆衛生業務法 (Gesundheitsdienst-Gesetz Schleswig-Holstein vom 26. März 1979, Sammelblatt für Rechtsvorschriften des Bundes und der Länder)

「一条 この法律の意味における公衆衛生業務とは、公衆衛生制度における公法的任務の遂行であり、それと関連する診断行為を含む。但し、社会保険、扶助行政 (Versorgungsverwaltung)、営業監督、警察及び行刑における医療業務、災害防止における保健業務の組織及び施設の医療的任務、食料品、たばこ製品、化粧品その他の必要物資の流通における任務、畜殺動物検査及び食肉検査、その他獣医制度の任務は除く。」

「五条 一項 この法律その他の法規定が意図している場合、公衆衛生官庁は公衆衛生上の危険を防止及び回避し、公衆衛生上の環境保護を履行し、並びに公衆衛生の補助をしなければならない。公衆衛生上の危険は、特に、衛生上の必要が満たされないことで発生し得る。この法律の意味での衛生の必要が満たされるのは、関係人の健康上の侵害若しくは被害が危惧されることのないような関係が存する場合である。一一一条、一二一条又は一四一条から一七一条までの規定により施設を運営する者は、衛生上の必要を満たさなければならない。一一一条又は一五一条により施設を運営する者は、その他当該規定による法規命令の要請を満たさなければならない。……」

- (175) VersR 1974, S.293.
- (176) 参照、古崎慶長『国家賠償法』(有斐閣、一九七一年)二二五頁、園部逸夫監・西椋章著『国家賠償法』(青林書院、一九七七年)二八五頁、塩野宏『行政法Ⅱ第二版』(有斐閣、一九九五年)二五八頁。
- (177) 参照、Prodromos Dagoglou, Art.34, in: Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Zweitbearbeitung, 1970, Rn.99ff.
- (178) Glaser (Anm.149) Rn.86; Harald Vinke, §839, Rn.73, BGB, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd.5/2, 12. Aufl., 1998.
- (179) NStZ 1984, S.480.
- (180) BVerwG, Urt. v.27. Oktober 1978, NJW 1979, S.731

公認の建築力学検査技師 (amtlich anerkannter Prüfingenieur für Baustatik) は、自分以外に、建築監督官庁が建築計画の力学的検査のために民間の技師をも動員したことを不服として、民間技師に力学的検査の委託を行う権限が官庁にないことの確認を求めた事件。

公認の技師においても民間技師においても同じ技術的・法的規定に従って検査は実施されるけれども、このことは、官庁に動員された民間技師がベリーエネとして高権的に行動していることを意味しない。民間技師の検査行為は「自己の責任と権限で」行われているのではないからである。公認の技師が自己の責任と権限で検査をしていることは明文で規定されている。これに対し、民間技師は検査のために動員され得るに過ぎないのである。従って、「建物の」安定性の証明に関する決定は、官庁に任されており、官庁は民間技師の提案に拘束されることもないし、また公認の技師の場合のように、官庁は「明白な不確定さ」に限定された統制で満足してはならない。このような専門家の行為は本来、高権的性質を有するものではない。結論として、本件民間技師への委託は、基本法三三条四項（憲法上の作用配分）に抵触しない。

(181) Glaser (Anm.149) Rn.79.

これと異なり、裁判例⑥は建築力学検査官の官吏性を肯定しているが、他方、本判決の場合では、民間の技師であることが決定的な要因であろう（事実、民間技師と公認の技師の違いが自己の責任と権限で検査しているか否かにあることが判旨に表れている）。

(182) Wilhelm Weimar, Kann Geschäftsführung ohne Auftrag in Ausübung von Hoheitsgewalt erfolgen?, RiA 1964, S.19f.

(183) JZ 1967, S.61.

(184) 判決は続けて言う。

従って、自動車のレッカー移動で公共の安全を維持するという高権的任務を履行するため、警察は自らのレッカー車を確保するか（この場合、レッカー移動そのものは、直接的な高権的権力の行使である）、あるいは個別にレッカー移動を私企業に託すという高権的権力の間接的行使を行うことができる（この場合、警察は高権的権力の行使を私企業に託しておらず、公務を託したとは言えない）。

(185) Fritz Ossenbühl, Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 29, S.196ff.;

Ossenbühl, Problem der Amtshaftung bei Versagen von Ampelanlagen, JuS 1973, S.421ff.; Burkhard Tiemann, Privatisierung öffentlicher Verwaltungstätigkeit, BayVBl. 1976, S.267; Dirk Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, Habilitation Erlangen-Nürnberg 1984, S.506; Dieter Medicus, Anmerkung, JZ 1967, S.64. メディクスも、ニュルンベルク上級ラント裁判所判決を批判して言う。レッカーの権限は、警察官吏のレッカー命令からしか導かれず、そのみに基づいて、レッカー企業は活動するのである、と。

(186) Ossenbühl (Anm.185) JuS, S.423. 同様「*Papier* (Anm.141) Rn.136.

(187) Ossenbühl (Anm.120) S.21f.

(188) JZ 1993, S.1001ff. 事件の内容は以下である。

警察官がK会社に、側溝に落ちた事故車両の引き揚げを委託した。ラントとK会社との間には、書面による合意がなされており、それに基づき、「契約会社」は、警察署長によって移動させられなければならない車両を、規定の範囲で、牽引・収容・保管・維持することを委託された。K会社は、雇用している被告1に引き揚げを託し、被告1は、被告2の賠償責任保険がかかっているレッカー車で引き揚げに当たった。警察官が現場の安全確保に従事していたが、通りかかった原告の自動車は、作業中の牽引ロープに引っかかり、原告の車両が損傷を受け、かつ原告が重傷を負った。損害賠償等を求めた原告の訴えは、ラント裁判所及び上級ラント裁判所で、そのほとんどが認められたが、連邦通常裁判所は、被告1の上告を全て認容し、被告2の上告を一部認容した。

(189) このことは、警察官が現場に居合わせず、また現場の安全確保を行っていないとしても、妥当すると連邦通常裁判所は述べ、故に、官吏が通行者のために、車両引き揚げを監視し、安全措置をとる義務を負っていたことに鑑みれば、被告を高権的な執行行為に帰属せしめることが可能であるとす。このことから、被告が、引き揚げ作業の際に、限定的な裁量しか持っていないかたと帰結している。JZ 1993, S.1002.

(190) Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., 1992, § 25, Rn.56.

(191) Jürgen Grabbe, Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Aufgaben, Diss Köln 1979, S.117.

(192) グラッペは具体例として、既存の加入義務や利用義務がある場合でも、私的なごみ処理企業には職務責任を排除しようと

する。なぜなら、私的なごみ処理企業は、高権的権能を委譲されておらず、また委託の範囲でごみ処理の技術的履行を、本質的に独立しつつ規律するからである。

(193) 先のニュルンベルク判決について、グラッペの見解からすると、技術的補助者たるレッカー企業が、独立して自己の利潤のためにレッカー作業を行うとも言えるし、あるいは公の手の個別的な指図に従って非独立的に作業を行うとも言えるので、明確な結論が出てこないという批判があろう。

(194) 参照、Ossenbühl (Anm.185) JuS, S.423.

(195) ヴュルテンベルガーは、本件は独立の行政補助者と非独立の行政補助者の誤った区別を放棄したものであると評釈する。Thomas Württenberger, Anmerkung, JZ 1993, S.1003. この評釈は、警察官が現場で安全確保を行っていないにもかかわらず、職務責任規定が妥当するという連邦通常裁判所の判旨を捉えてなされていると思われるが、独立性・非独立性が大きく問われなかったのは、侵害行政の私人による履行であったことが重要な要因であろう。さらに進めて言えば、一九九三年判決から読み取れることは、侵害行政の具体的履行が私人に託される場合、私人に対して行政の影響力行使があるうとなかろうと、私人の裁量が広かろうと狭かろうと、また私人による任務履行が独立して行われていようとそうでなかろうと、行政は職務責任規定の適用を免れないとも考えられる。なお、パピアーは一九九三年判決には道具理論の残滓が見られるとする。Papier (Anm.141) Rn.136.

(196) 大坪憲三『国家賠償法詳解』（港出版合作社、一九五七年）五〇頁以下。参照、遠藤博也『国家補償法上巻』（青林書院新社、一九八四年）一五一頁。

(197) BAG AP Nr.1 zu §670 BGB.

(198) 参照、ドイツ民法六七七条「他人のために事務をなす者で、当該他人から委託を受けておらず若しくはそのための権利を有していないものは、当該事務の主体の利益が当該主体の現実の意思若しくは推測しうる意思に鑑み欲するようなかたちで、当該事務を管理しなければならない。」

(199) Kühhorn (Anm.120) S.87.

(200) またキュールホルンは、金融機関が投資利益の支払に当たって税金を天引きする場合、「行政任務の遂行のために動員されている」と憲法裁判所が認識したことにも言及している（但し、第三者による損害賠償の訴えの事例ではないが）。

- Kührhorn (Anm.120) S.87. BVerfGE 22, 380 (381).
- (201) Steiner (Anm.134) S.191.
- (202) Steiner (Anm.134) S.195, Fn.896.
- (203) Steiner (Anm.134) S.192f., Fn.886. ハハハ言ハ公法学の文献とは、 Hans Peter Ipsen, Gesetzliche Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben, in: Festgabe für Erich Kaufmann, 1950, S.141ff.; Forsthoff (Anm. 123) S.179f.
- (204) 同様の判決として次のものがある。
 BAG, Urt. v.24. Oktober 1958, BAG AP Nr.7 zu §670 BGB
 原告はラント劇場のオーケストラメンバである。財務局 (Finanzamt) が所得税等の未納入分を被告ラントに請求したので、被告が原告にこの税額分の補填を求めた。原告がこの請求を根拠のないものとして出訴した事件。訴えは全審級で斥けられたが、次のことが判示された。
 使用者が所得税等を誤って計算した場合、被用者にそのことから生じた損害を賠償しなくてはならないということは否定されない。というのは、原則として使用者の配慮義務には、所得税を適正に計算する義務も含まれるからである。但し、租税規定の誤った適用が全て、使用者に過失として帰せしめられることにはならない。
 ついでながら、使用者の源泉徴収義務が憲法に反しないとした例として、 BFH, NJW 1963, S.2191. 参照、 BVerfGE 22, 380.
- (205) Glaser (Anm.149) Rn.79. 他にも、裁判例と同じく使用者の賠償義務を認めるものとして、 Günter Felix, Anmerkung zum Urt. des BAG v.24. Oktober 1958, BAG AP Nr.7 zu §670 BGB.
- (206) 古崎・註(176)一〇八頁、下山瑛二『国家補償法』(筑摩書房、一九七三年)九六頁以下。参照、西椋章四五頁以下。但し、大坪憲三氏によれば、源泉徴収に当たる会社の役員は、国の指揮監督に服していないので、公務員とは見なし難いと言う。大坪・註(196)五〇頁。
- (207) 最三小判平四年二月一八日民集四六卷二号七七頁。
- (208) BVerwGE 7, 180. 同じく公法と私法が交錯する事件として次のものもある。

BVerwG, Urt. v.23. Januar 1962, BVerwGE 13, 307 (309ff.)

原告は国民銀行を通じて緊急援助基金から緊急援助委員会の許可決定に基づき建設貸付金 (Aufbaudarlehn) を得た。原告が満期となった利子・償却の分割払いをしなかったため、国民銀行が消費貸借の解約告知をし、支払い命令を行った。執行が無駄に終わったため、国民銀行は請求権を負担調整銀行に譲渡した。請求権の管理を託された調整局 (Ausgleichsamt) が、原告に債務等が弁済されなければ、強制徴収する旨通知した。調整委員会 (Ausgleichsausschuss) が当該決定を確認し、それに対する訴願が斥けられたので、原告が確認と裁決の取消を求めて出訴した事件。その理由は、消費貸借契約に基づく返還請求が私法的性質のもので、この性質は請求権が負担調整銀行に譲渡されても変わらず、よって、公法上の返還請求の決定は、消費貸借許可の取消があった場合にしか下されない (また下されてもいない) ということである。

資金助成の許可のみならず、建設貸付金の準備行為も公法的性質を持つ。建設貸付金に関して私的な金融機関を介在させる規定においては、調整基金が貸し主として、調整官庁が許可者として認識されており、消費貸借規定の変更 (特に、支払猶予、償却、担保の評価) 全てに両者を介在させている。消費貸借の付与と同様、その返還請求もまた調整基金によって公法上形成される。しかしこのことによって、消費貸借が銀行との私法上の契約に基づいて支給されるように、銀行と受給者の法関係の中で私法上の請求権が発生し得ることは否定されない。利子の請求が民事訴訟の形式で行われたり、銀行が解約告知の後あるいは満期の後に貸付金を通常裁判所において請求することは可能である。そのことから生じる措置や法的帰結が公法関係に直接影響を与えるにしても、さらに返還請求が調整官庁の側から主張されることは妨げられない。

(209) Manfred Zuleeg, Die Rechtsform der Subvention, 1965, S.76; Glaser (Anm.149) Rn.95; Kühnhorn (Anm.120) S.97; Hans J.Wolff/Otto Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., 1974, §23 II b4.

(210) Zuleeg (Anm.209) S.76.

(211) Zuleeg (Anm.209) S.76. 石井昇教授も同様に、ドイツ民法八二九条一項二文の補充性要件のため、資金助成行政をめぐる損害賠償責任は、被害者が別の方法で賠償を得られるのであれば、それによることになるので、被害者は第一次的には、契約上の債務不履行責任等を追及すべきことになる」と説明されている。石井昇『行政契約の理論と手続』(弘文堂、一九八七年)二〇三頁。

- (212) Zuleeg (Anm.209) S.76f.
- (213) 私人が独立して資金助成決定を行う具体例については、参照、米丸・註(169)二〇一頁以下。
- (214) Kührhorn (Anm.120) S.94.
- (215) ヤロプスは、このことを一九八一年国家責任法の解説書の中で論じている。Rainer Jacobs, Staatshaftungsrecht, 1982, Rn.134.
- (216) BVerwG, JZ 1969, S.69. 参照、Zuleeg (Anm.209) S.11; 米丸恒治「資金助成行政の行為形式論(二)——西ドイツ行政法学および裁判例の理論とその問題点——」名古屋大学法政論集一〇八号(一九八六年)二六一頁。
- (217) NJW 1981, S.1285.
- (218) 参照、村上裕章「ドイツにおける民間個人情報の立法的保護」田村喜之編『情報・秩序・ネットワーク』所収(北海道大学図書刊行会、一九九九年)一六五頁。
- (219) 参照、藤原静雄「ドイツの個人情報保護制度」堀部政男編『ジュリスト増刊情報公開・個人情報保護』所収(有斐閣、一九九四年)二九一頁。
- (220) VersR 1965, S.48.
- (221) 浦和地判平八年二月二一日判タ九一九号九四頁。
- (222) KG, Urt. v.20. September 1973, VersR 1974, S.368. その他、参照、OLG Celle, Urt. v.15. April 1977, NJW 1977, S.1295.
- (223) 日本の事例で、国賠法一条の公務員性が否定されたものとして、市の家庭保育福祉員制度により紹介された無認可保育所の保母(千葉地松戸支判昭六三年二月二日判時一三〇二号二三三頁)、村長の入所措置決定により入所先とされた私立保育園の保母(浦和地熊谷支判平二年一〇月二九日判例集不登載)がある。参照、拙稿「民間委託後の事故に対する賠償責任の行方——国家賠償法一条の『公務員』概念について——」中村康志編『久留米大学公開講座』二十一世紀に向かっの『変革』所収(九州大学出版会、一九九九年)一一一頁以下。
- (224) VersR 1967, S.859.
- (225) 本判決は続けて次のように記す。

原審は、Wの指図に従ったということで建設企業の過失を否定した。しかし、本件契約がケーブル発見時のWの指図によって、地下工事が掘削前のケーブル捕捉について専ら管轄し責任を負うというように事実上修正された、とする原審の判断は誤りである(S.860)。

Wが建築主任として権限の範囲内で、契約条項を適用し、または独断で指図を行い、建設企業がそれに拘束されていると感じたならば、建設企業に対する過失の批判は当たらない。このことは契約の法的変更を意味しないが、事実上の理由から、建設企業に対する過失のそしりは当たらないとも言えよう。しかし、このことは全てWの誤解を招く行為のあったことが前提であろう。

職務責任の請求以外に、収用類似侵害の請求もあり得よう。この請求は、公の手の高権的侵害を前提とする。その際、建設企業に対する市の影響力が強くなるにつれ、ますます建設企業に対する過失のそしりは当たらなくなり、ますます市の行為が固有の高権的侵害と解されることになる。但し、原審ではこの点についても十分な確認が行われていない(S.861)。

(226) BGH, Urt. v. 29. November 1973, DVBl. 1974, S.285

市(被告)の委託で建設企業が交差点を建設していた。請負契約の中で、建設企業は、建設現場で交通安全確保・交通規制のために必要な措置を自己の責任で執行し、必要な許可は公安局(Amt für öffentliche Ordnung)に求めることを義務付けられていた。迂回路が必要となり、公安局の命令で、建設企業が交通標識を設置したが、取り外されたことで、原告が他車と衝突した。原告は、市に建築現場で交通標識の検査を怠った点で義務違反・過失があったとして、損害賠償を請求した事件。

交通標識の維持(これは行政行為と解される)は、建設企業に課された交通安全確保義務の中にはない。建設企業は本来的に、建設現場の通交止めと表示に限られる。命令を内容とする交通標識を形成・設置・維持する義務は、これとは区別される。この義務は判例によれば交通安全確保に含まれるが、ラント法律により高権的な職務義務として官庁等の機関・被用者に課されている。

請負契約に基づいて道路交通官庁の命じた交通標識の点検について配慮しなければならない建設企業が、責任法上の官吏と同様に行動しているということはできない。道路建設負担者(Träger der Straßenbaulast)は、法律上職務義務とされている公法上の安全確保義務を私法契約により第三者への効力を伴って他者に委譲できない。よって、当該任務の履行に

関する契約上の取り決めは、契約当事者間の内部関係だけに関わる。

当該契約義務の履行に際し、建設企業が、交通標識の設置に関する道路交通官庁の命令を事実上遂行していても、高権的に行動していることにはならない。なぜなら、建設企業は官庁の技術的な遂行機関に過ぎないからである。

当該行為について建設企業を「任用」したことは、建設企業をして、公行政にのみ属する特別な権限の担い手としたのではなかった。このような権限は、通説によれば、法律によつてのみ、または法律に基づき行政行為若しくは行政契約によつてのみ委譲することができる。

このように、建設企業とその労働者は、点検行為に際して責任法上の「官吏」とみなされ得ないので、市の責任を建設企業に勤務する人夫頭（Schachmeister）の瑕疵ある行為でもって根拠付けることはできない（S.286）。

市は事故の前日建設現場の標識を点検していたので、（客観的な）職務義務違反であるとの批判は当たらない。道路が瑕疵や危険を常に完全に伴わないことを要求することはできない。人の認識で認められる危険に対して前もって配慮されていれば、交通安全確保義務は通常果たされたといえる（S.287）。

(227) BGH, Beschl. v.23. Februar 1984, NVwZ 1984, S.677 (677)

ゲマインデ（被告）から私企業が下水道の建設を委託され、原告の賠償責任保険により保障されている技師には、総合計画と建設指導が課されていた。工事完了後、下水道付近の建物に地盤沈下と亀裂の被害が生じ、私企業、技師及びゲマインデが、建物所有者に賠償するよう判決が下った。建物所有者に全損害額を支払った原告が、ゲマインデに全額の求償を求めて出訴した。控訴審で請求の三分の一だけ認められた原告が、連邦通常裁判所に上告したのが本件。

ゲマインデは、独立の企業を単なる道具や手段として利用することなく介在させることで私法の次元に立ち、民法によつてのみ責任を負う。

技師と被告は外部関係において民法八四〇条により連帯して責任を負う。民法四二六条一項の内部求償においては、民法二五四条の原則が準用され得る。

控訴審には、原告に不利となるような法的瑕疵は認められない。

(228) 連邦の委託でアウトバーンを建設していた民間の建設企業 BGH, Urt. v.15. Juni 1967, BGHZ 48, 98

連邦の委託でアウトバーン建設の執行に携わっていた私企業が多量の粉塵を巻き上げ、隣接地の借り主である原告が連邦

及びラントに賠償を請求した事件。

アウトバーンの建設は明らかに重要な公務であり、高権的性質のものである。本件では、連邦が私企業をして建設作業を実施せしめているので、当該企業は専ら私経済行為を行っているとと言える。

被請求人を決めるに当たって、近隣法上の補償請求か収用侵害による補償請求かを確定する必要はない。ここで、連邦は妨害者 (Störer) であり、建設行為の監督を課されているラントも同じく妨害者である。また、連邦とラントは同様に受益者と見なされる。連邦はアウトバーンの所有者として利益を享有している。そして、ラントは、基本法九〇条によって連邦の委託で連邦アウトバーンを管理することとされているからである (S.106ff.)。

従って、両被告に対する請求は正当なものである (S.108)。

本稿の関心である職務責任の問題との関連では、請負企業が専ら私経済的活動を行っているとの文言に鑑み、当該企業は責任法上の官吏とはされていないようだ。

類似の事例で次のものもある。

市の道路・ホール建設工事を担う民間の建設企業 BGH, Urt. v.10. November 1977, BGHZ 70, 212

理髪店を営んでいる原告が、市(被告)の道路・ホール建設工事の間、収入が激減したとして、市に賠償請求した事件 (S.213f.)。

市は通常他の建築主と同じく私法の領域で行動する。建築物が公の目的に仕えるということで、建設措置が高権的行為となる訳ではない。高権的行為として認めることができるのは、警察措置や警察許可で執行される措置だけである (S.216)。

原告の営業が被った影響はそれ単独では補償請求を生ぜしめるものではない (S.222)。しかし、全状況を勘案すると、被告の諸措置が通常を越えて影響を与えていたかも知れないということを見過すことはできない。判例によれば、公の手は道路作業の実施に際して近隣者の利益を考慮しなくてはならず、その点で被告に瑕疵があったのであれば、原告に対する道路作業による影響は、補償義務のある収用侵害の一部たる可能性がある (S.223)。

(229) 犠牲補償や収用侵害による請求については、参照、宇賀克也『国家責任法の分析』(有斐閣、一九八八年)二七五頁以下。

(230) 市の委託で公道に信号施設を設置する民間の電気会社 BGH, Urt. v.14. Juni 1971, NJW 1971, S.2220

市（被告）の委託で電気会社が設置した信号施設が誤った表示をして、事故が発生した事件。

電気会社が、信号施設設置に際して、市の高権的任務の補助のために市によって引き入れられた私人として、公務を遂行し、故に市が電気会社の行為について民法八三九条、基本法三四条により責任を負わなければならないという認定は是認できな（S.2221）。

電気会社が信号施設に瑕疵ある回路を備え付けた場合、電気会社は、被告の交通規制が不適切に行われたことの準備をなしたものであるが、電気会社は自ら交通を規制しているのではない（S.2221）。

しかし、信号施設の回路の下書きが、被告の建築監督官（Baurat）により十分に計算されず、瑕疵の付随したまま電気会社に引き渡された点に鑑み、被告は原告に損害賠償を支払わなければならない。最終的な回路・信号施設が電気会社によって製造されたとしても、このような事情の本件事故に対する原因性は存在する。なぜなら、回路設計図の瑕疵が発見されないであろうことは、被告にとって予測可能なことであるからだ（S.2221）。

その他、本件判決は次のように記す。

被告の損害賠償義務は、原告に開かれた別段の賠償可能性（民法八三九条一項二文）によって排除されるものではない（S.2221）。電気会社等に対する原告の損害賠償請求（その法的根拠として民法八二三条が援用され得る）を、被告は主張することができない。なぜなら、原告は、このような請求が自己に生じているか否か、また、どれほどの見込みで主張し得るかについて見通すことができないからである。これは、電気会社と被告の法関係がどのように形成されているかにかかってくる。被告と電気会社の契約を知らない原告にとって、電気会社が被告の作成した下書きを正しく点検しなくてはならなかったかどうかは判断できな（S.2222）。

(231) NJW 1980, S.1679 (1679f.).

(232) BGHZ 125, 19.

(233) その他 BGH, NJW 1991 S.2954.

(234) Ossenbühl, Anmerkung, JZ 1994, S.787.

(235) BGH, Urt. v.8. November 1973, BGHZ 61, 359

原告は、「私法的」とされる開発契約（Erschließungsvertrag）をゲマインデと締結し、計画道路（歩道を含む）の設置

を引き受けた。開発契約二一条では、個々の土地希望者への開発費の割当は、ゲマインデではなく当該企業に託される、とされた。原告は、開発の中で設置した道路に接する土地所有者（被告）に、歩道設置費用の一部を補填するよう請求した事件。

連邦通常裁判所の判例によれば、連邦建設法一二三条三項の開発契約は公法に分類せしめられる。しかし、原告は被告に対し、開発契約から導かれる公法上の請求を行うことはできない。開発契約は、ゲマインデに代わって開発費用の徴収を原告に認めるような規定を含んでいない。いずれにせよ、これは、ゲマインデの公課高権（Abgabenhohheit）の譲渡不可能性のため認められないであろう。

原告はゲマインデとの開発契約の履行のため給付をしたことで、ゲマインデが土地所有者に負っている任務を遂行した訳であるから、被告に対する原告の不当利得返還請求権は成立しない。ゲマインデを通じてのみ原告の給付は被告を利用するのであって、原告が直接被告に給付をしたのではない。

- (236) Glaser (Anm. 149) Rn. 79. 但し、本件は損害賠償の事例ではなく、ゲマインデの受託者が第三者に費用の補填を求めた事例であるから、第三者から当該受託者への請求が問題となっているのではない。その意味で、当該受託者を職務責任法上の官吏と見なす余地は完全には拭い去れないかも知れない。なぜなら、当該私人が被告に負っているゲマインデの任務を遂行したと判決が述べているからである。

- (237) 参照 Ossenbühl (Anm. 120) S. 21; Papier (Anm. 141) Rn. 133; Bernd Bender, Staatshaftungsrecht, 1974, Rn. 428; Glaser (Anm. 149) Rn. 77.

- (238) 参照 Ossenbühl (Anm. 120) S. 21. 道具基準は責任の帰属を構成しよとするものではなく、私人そのものを職務担当者として見なすべからざるものなり。Kührhorn (Anm. 120) S. 120, Fn. 362.

- (239) Ossenbühl (Anm. 120) S. 23; Kührhorn (Anm. 120) S. 11; Walter Frenz, Die Staatshaftung in den Belehungstatbeständen, Diss München 1992, S. 105, Fn. 49.

- (240) Kührhorn (Anm. 120) S. 117f. 参照 Forsthoff (Anm. 123) S. 544.

- (241) Ehlers (Anm. 185) S. 505.

- (242) Papier (Anm. 141) Rn. 133; Vinke (Anm. 178) Rn. 53.

- (243) Vinke (Anm.178) Rn.54.
- (244) このことは、フィンケの挙げる NJW 1980, S.1679 裁判例^⑧についても同じである。
- (245) 交告尚史教授も、次のように道具理論を批判される。
 「指揮監督権を留保するかしないかは自由であり、しかも指揮監督権を放棄すれば責任を免れられるというのでは、いかにも行政に都合のよい論理である。……指揮監督権の存在を唯一の決め手にしてしまうと、結果の妥当性を欠く場合が出てきてしまうのではないだろうか。」交告尚史「国賠法一条の公務員——福祉行政における民間委託に着目して——」神奈川法学三〇巻二号（一九九五年）九八頁。
- (246) 我妻栄『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』（岩波書店、一九六五年）三二八頁。
- (247) Papier (Anm.141) Rn.134.
- (248) Steiner (Anm.134) S.248. 職務遂行の独立性等からすると、ベライウンクと言えそうである。しかし、ベライウンクに
 より生徒に委託された独立的な公務の観念は、通学指導事務の組織に適合しない、とする。Steiner (Anm.134) S.248.
- (249) Stober (Anm.120) S.196. 尤も、シュトバーは、通学指導生が教師の「伸びた手」であると表現しており、「伸びた手」という用語については、機械的技術的執行だけを指すとは捉えていないようである。Stober (Anm.120) S.119.
- (250) Stober (Anm.120) S.92.
- (251) Papier (Anm.141) Rn.135.
- (252) Papier (Anm.141) Rn.135. 同旨 Vinke (Anm.178) Rn.53.
- (253) Papier (Anm.141) Rn.135.
- 民法八三一条「一項 ある事務のために他人を使用する者は、その他人が事務の執行につき第三者に対して違法に加えた損害を賠償する義務を負う。但し、使用者が被用者の選任に際し、及び、使用者が機械若しくは器具を装置し又は事務の執行を指揮しなければならぬ場合には、その装置若しくは指揮に際し、取引に必要な注意を用いたとき、又はこの注意を用いても損害が生じたであろうときは、賠償義務は生じない。
 ……」
- 民法二七八条「債務者は、その法定代理人及びその債務の履行のために使用した者の過失について、自己の過失における

のと同じ範囲で責任を負わなければならぬ。……」

- (254) Bender (Anm. 237) Rn. 164.
- (255) Bender (Anm. 237) Rn. 428.
- (256) 参照' Glaser (Anm. 149) Rn. 77.
- (257) Papier (Anm. 141) Rn. 142f.; Wolff/Bachof (Anm. 209) 9. Aufl., 1974, § 23 II b4; Maurer (Anm. 190) § 25, Rn. 56; Christian Finckh, Öffentliche Unternehmen und Staatshaftung, Diss München 1995, S. 101.
- (258) Bender (Anm. 237) Rn. 435.
- (259) Kührhorn (Anm. 120) S. 147.
- (260) Kührhorn (Anm. 120) S. 147.
- (261) Ossenbühl (Anm. 120) S. 24.
- (262) なお、日本では、老人ホームの事例は公営であれば国家賠償法二条の問題となろう。そこでは、建設中の公共施設が「營造物」と言えるかどうかは措くとして、「公務」性が指標となることはない。
- (263) Ossenbühl (Anm. 120) S. 25.
- (264) Frenz (Anm. 239) S. 143. 参照' BGHZ 29, 38 (41f.).
- (265) Papier (Anm. 141) Rn. 136.
- (266) 裁判例²⁹⁾では、当該事務それ自身を観察した場合、高権的性質を有するか否かという基準を持ち出している。
- (267) Ossenbühl (Anm. 120) S. 35.