

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——

交 告 尚 史

一 は じ め に

本稿の目的は、国賠法一条一項の「公務員」性を判定する際に論者が採っている思考法を觀察し、それを明確に記述することである。従来、国賠法上の公務員は、「公権力の行使を委託された者」と解してよく、公務員法上の公務員である必要はないと説明されてきた。この理解には通説の地位が与えられている。⁽¹⁾

国賠法上の公務員が公権力の行使を委託された者であるとする、公権力の行使であるかどうかが決まりさえすれば、「委託された」ということに問題がない限り、「者」について何かを考える余地はないように見える。そうであれば、われわれは、結局「公務員」性の判定に神経を使う必要はなく、公権力の行使かどうかの判断に専心すればよいことになる。しかし、はたしていつでもそのような思考法で臨むことができるのであろうか。「者」を度外視して「公権力の行使」性を判断するわけにはいかない場合もあるのではないか。行政救済法を扱った或る水準の高い教科書で⁽²⁾

は、公務員性の判定に当たっても公権力の行使の概念が中核になると説明されている。教科書ゆえに全般に簡潔な記述であるが、「中核になる」という表現は重要な論点の伏在を示唆しているように思われた。

わたしのこのような問題意識は、本学で社会保障法を講ずる橋本宏子教授との語らいのなかから生まれてきたものである。橋本は、行政法学界の通説では福祉の領域に係わる裁判例の論理を説明しきれないのではないかと、と日頃抱いている疑念を吐露した。そこで、指摘された裁判例をいくつか読んでみたところ、公務員性の問題は実際にはそれほど単純ではないことを認識させられることになった。福祉行政においては様々な形で民間の施設が利用されているが、それらの施設で事故が発生した場合に、施設の経営者ないし従業員を公務員とみる余地があるのかどうか。この問題に直面して、わたしの思考は混乱に陥った。まだ何らかの提言をなすには程遠い状況にあるが、なんとか思考の筋道だけでも明らかにしておきたい。そのために、まずは本稿執筆の契機となった裁判例を提示し、続いて公務員性の問題に関する先行業績の思考法を探究する。社会保障法研究者は行政法学の成果に問題解決の拠所を求めようとしているが、総体的に見ると行政法研究者の方では社会保障法研究者の苦悩を十分に理解しているとは言えないのではないだろうか。この作業によって行政法研究者と社会保障法研究者の対話が促されることになれば幸いである。

註

- (1) 国賠法一条の公務員概念をこのように捉えた初期の文献として、雄川一郎「国家賠償法について」自治研究二四巻五号三四頁を挙げる事ができる。この論文は後に雄川『行政の法理』(有斐閣、一九八六年)に収録された。該当箇所は二六三頁。通説という評価については以下の書物を参照。今村成和『国家補償法』一〇三頁(有斐閣、一九五七年)。古崎慶長『国家賠償法』一〇八頁(有斐閣、一九七一年)。下山瑛二『国家補償法』九六頁(筑摩書房、一九七三年)。遠藤博也『国家補償法上巻』一五〇頁(青林書院新社、一九八一年)。阿部泰隆『国家補償法』八〇頁(有斐閣、一九八八年)。

(2) 塩野宏『行政法Ⅱ第二版』二二三頁(有斐閣、一九九四年)。

二 福祉行政に係わる裁判例の検討

1 春日寮事件判決(広島地福山支判昭和五四年六月二二日判時九四七号一〇一頁)

この判決は、春日寮という精神薄弱者収容施設における精神薄弱者の死亡事故につき、施設の指導員に過失があるとして、施設を経営する社会福祉法人およびこの法人に業務を委託している福山市の損害賠償責任を認めたものである。これは行政法研究者にもよく知られている事件であるから、事実関係の詳細は省略し、春日寮がどのような形で運営されているかについて簡単に触れるにとどめよう。春日寮は、福山市が福祉事業の一環として地自法二四四一条項、精神薄弱者福祉法一九条二項に基づいて設置した精神薄弱者援護施設である。ただし、福山市は、地自法二四四一条の二第三項、福山市春日寮条例により、その管理に関する業務を福山愛生会という社会福祉法人に委託している。

本判決は、まず、「公権力の行使」概念に関して広義説を採用し、福山市の行う社会福祉事業は公権力の行使に該当すると判断した。続いて、公務員概念については、国賠法の被害者救済の目的に照らすと、公務員の身分を有する者に限定せず、実質的に公務を執行するすべての者、したがって国または公共団体のために公権力を行使する権限を委託された者をすべて含むと解するのが相当だという一般論を展開した。そして、福山市から精神薄弱者の生活指導、職業授産の委任を受けた愛生会の被用者として現実に業務の執行に携わる職員は国賠法上の公務員に当たる、という結論を導いている。

この判決の論理を分析すると、まず福山市の社会福祉事業が公権力の行使に当たるという前提を確立し、公務員概念に関して通説の立場に立つことを明らかにしたうえで、委託を受けた社会福祉法人の被用者の公務員性を認めたと

いうことになる。公権力の行使に関して広義説を採ると、社会福祉事業を公権力の行使と捉えうることになるから、判決の論理展開には全く無理がない。

しかし、本件には施設自体が公の施設として設置されているという事情がある。福山市は、その施設の目的を効果的に達成するために必要がある（地自法二四四条の二第三項）と判断したがゆえに愛生会に管理運営を委ねたはずである。したがって、愛生会の日々の業務は、福山市の施設設置目的を実現するために遂行されているとみななければならぬ。したがって、福山市と愛生会との結びつきは強固であり、裁判所は、両者は実質的には民法七一五条一項にいう使用者と被用者の関係にあると判示した。こうした状況のもとでは、施設で遂行されている業務は市の公務であるとみることができであろう。

本判決は、あくまでこのような事情を念頭において読むべきである。本判決の結論だけを見て、福祉行政の領域でも公務員概念に関する通説が常に妥当すると思いつくのは危険である。行政が民間施設に措置委託をしている場合でも同様の結論になるとは限らない。橋本も、本件では市と受託者の間に緊密な関係が存することを認識すべきだという。そして、福祉サービスにおける国賠法の適用を判例上定着させるためには、民間施設への委託の形態の違いに着眼して思考しなければならぬと説く。⁽³⁾

なお、山代義雄は、国賠法上の公務員を公務員の身分を有する者に限定するという立場から、本判決の結論を批判している。⁽⁴⁾ 山代によれば、たとえば大月市インフルエンザ予防接種事件（東京地判昭和五二年一月三十一日判時八三九号二頁）では、大月市の委嘱を受けた医師が非常勤の特別職職員として接種に当たったから大月市が国賠法上の責任を負うのである。本件では、春日寮に勤務していたのは社会福祉法人の職員であり、公務員の身分を有しないから、福山市が責任を負うことはない。山代のこの考え方は地方公共団体の財政負担の増大を憂慮したものであるが、公務員の

身分を有するかどうかで機械的に結論を出すのは妥当ではないように思われる。公務を委託された者を公務員とみる通説では地方公共団体の負担が大きすぎるといふのなら、行政領域の特殊性を考慮したうえで、公務員の範囲を適度に絞り込む思考法を摸索すべきであろう。

2 無認可保育所事件判決（千葉地松戸支判昭和六三年一月二日判時一三〇二号一三三頁）

本判決は、松戸市内のある無認可保育所で乳児が就寝中に死亡したという事件に関するものである。やはり行政法研究者にもよく知られていると思われるので、事実関係の紹介は省略する。

本件にはいくつか争点があるが、本稿との関係では、当該無認可保育所の経営者と保育従事者（以下経営者等という）の公務員性が問題である。原告は、二つの観点から経営者等の公務員性を基礎づけようとした。まずは、松戸市が創設し運営している家庭保育福祉員制度の位置づけである。これは児童福祉法二四条但書に基づく制度であり、この制度のもとに家庭保育福祉員が従事していた保育業務は松戸市の公務であると主張した。第二の観点は、保育の委託という行為である。児童福祉法二四条によれば、保育に欠ける児童を保育所に入所させて保育すること、あるいはその他の適切な保護を加えることは市町村長の義務である。したがって、経営者等が遂行していた保育業務は、松戸市長がなすべき公務としての「適切な保護」の措置を委託されて行っていたものである。ゆえに、経営者等は公務を委託された者ということになり、国賠法上の公務員に当たるといふのが、原告の考え方である。

しかし、判決はこの主張に正面から答えてはいない。児童福祉法二四条に関する事務は現在では市町村の事務とされているが、本件事故当時は国の機関委任事務として市町村長が執行していた。したがって、経営者等の保育業務が児童福祉法二四条但書に基づく公務であったとしても、それは松戸市の公務とは言えないから、経営者等を松戸市の

公務員とみる余地はないとされた。

要するに経営者等は松戸市の公務員であるとの主張は容れられなかったのであるが、国賠法上の公務員は公権力の行使を委託された者であるという行政法学界の通説に従えば、原告の立論も十分成立しうるはずである。実際、宇賀克也⁽⁵⁾のように、無認可保育所の経営者を公務員とみて松戸市の国家賠償責任を導くことが可能だと説く論者もいる。その思考法に関しては次章で言及する。

3 ハルム保育園事件判決（浦和地熊谷支判平成二年一〇月二七日判例集未登載）

無認可保育所の保育従事者についてさえ公務員性を認める余地があるとすれば、認可を受けた私立保育所の保育が公務員と判定される可能性は高いと言えるだろう。しかし、ハルム保育園事件判決において、裁判所はその可能性を否定する論理を示した。この判決は行政法研究者にはあまり知られていないようなので、事実関係をも含めて詳しく紹介することにしよう。

〔事案の概要〕 被告育成舎は児童保育業務を目的とする社会福祉法人で、児童保育施設ハルム保育園を経営している。被告滑川町には公立保育所がなく、ハルム保育園に保育を委託している。原告Xの両親が昭和五四年一〇月ごろ滑川村村長（その後町制施行）に入所申請したところ、村長が入所決定をしたので、Xはハルム保育園に入園した。

昭和五六年三月九日、Xを含む三歳児が砂場で遊んでいたところ、四歳児クラスのAが三輪車を砂場に乗り入れ、そのハンドルをXの左眼に当て負傷させた。当時の状況では、三輪車に乗った園児が砂場に乗り入れて、そこで遊んでいる園児にけがをさせる危険があり、保母にはそれを未然に防止する義務があった（判決は保母の過失を認定）。

以下本稿の主題である公務員概念に関する両当事者の主張と判決文の該当箇所を示す。

〔原告の主張〕 児童保育事業は、滑川町の公的責任において、社会福祉事業の一環として行われるものであって、育成舎は、滑川町の委託によって滑川町の事業である児童の保育に当たっていた。したがって、本件における保母らの注意義務違反は、被告滑川町の公務員による職務上の過失に相当する。

〔被告滑川町の反論〕 育成舎は社会福祉法人として厚生大臣の認可を受けて保育所を設けているもので、保育所の管理運営について滑川町の指示監督に服するものではなく、独立に業務を行っているのである。したがって、保育所における保育業務は滑川町の業務ではない。

〔判決〕 Xが滑川村長の入所措置決定によりハルム保育園に入園したのは児童福祉法二四条の規定に基づくものといふことができる。

しかして、保育園における児童の保育は、資格を有する保母が専らその専門的な技術及び経験によって行う行為であって、児童の保育の具体的な内容及び方法等については保母もしくは保母を中心とする保育所に委ねられているところであって、児童の保育という行為は、一定の資格を有する保母もしくは保育所であれば誰でも提供できる役割を内容としており、これを担当する保母もしくは保育所が特別の権限を与えられたり義務を課せられたりする等によってその行為が全体として公権力行使作用のなかに組み込まれることもないのであるから、私立保育園の保母の業務それ自体は公権力の行使たる性質を有するものではないと解するのが相当である。

〔コメント〕 この種の裁判で市町村の国賠法上の損害賠償責任が追及されたのは本件が初めてではないかと言われている。しかし、本件は結局東京高裁での和解で解決した。その内容は、育成舎が一四一〇万円（うち三二〇万円は日本体育・学校健康センターからの給付金が充てられる）、滑川町が一〇〇〇万円、加害者の父母が一〇〇万円支払うというものである。保育の委託者である市町村が私立保育所で事故に遇った園児に一〇〇〇万円もの和解金を支払うという

この和解は、この種の事故における新しい問題解決の方法として注目に値するという評価がなされている。⁽⁶⁾ さて、本稿の観点からは、「私立保育園の保母の業務それ自体は公権力の行使の性質を有するものではない」という判示が重要である。この文章は、「業務それ自体」という部分に着眼すると、業務の主体を度外視して保育業務そのものの性質を検討した結果こう判断されたという趣旨のようにも読める。しかし、この判決が述べているようなことは、公立保育所についても言えるのではないだろうか。公立保育所で発生した事故であっても国賠法一条の適用は認められないという趣旨なのであるか。そうではなくて公立保育所での事故ならば国賠法一条の責任が認められるという前提に立つと、本件では、業務の主体が市町村から独立した私立保育園であるという認識が裁判官の思考を強く支配したと理解せざるをえない。

註

- (3) 橋本宏子「在宅サービスと公的責任——民間委託の現状を中心に」神奈川法学二二巻一一頁(三四、三五頁)。
 (4) 山代義雄の「座談会・地方公共団体と国家賠償法一条」判例地方自治一一八号(平成五年索引・解説号)一一頁における発言(二五頁)を参照。
 (5) 宇賀克也「無認可保育所における事故の責任——千葉地裁松戸支部昭和六三年一二月二日判決」ジュリスト九二九号五〇頁以下。
 (6) この和解の内容と意義については、田村和之「私立保育園児事故の損害賠償責任の所在——ハルム保育園事件の和解成立の意義」保育情報一八〇号二頁以下を参照。

三 公務員性判定の思考法

1 社会保障法研究者の見解

ハルム保育園事件判決に関する社会保障法研究者の評釈を読むと、この判決が私立保育園における保育業務自体は公権力の行使に当たらないとし、結果として保母の公務員性を否定したことについては、批判的な立場もあれば肯定的な立場もある。批判的な立場の代表的論者は田村和之⁽⁷⁾であろう。田村の立論は、私立保育所で行われている保育業務も本来市町村の責任に属する業務であることを説くところから始まる。ハルム保育園事件で、被告が「保育所における保育業務は滑川町の業務ではない」と主張していたことを想起されたい。田村によればこの認識は誤りであるが、その理由は以下のとおりである。

社会福祉事業法は、国や地方公共団体が法律により帰せられた責任を社会福祉事業を經營する他の者に転嫁すること、およびこれらの者に財政的援助を求めるところを禁止している(五条一項一号)。一方、国や地方公共団体が、自己の經營する社会福祉事業について要保護者等に関する收容その他の措置を社会福祉事業を經營する他の者に委託することは許される(五条二項)。したがって、「保育に欠ける」児童の保育を市町村が私立保育所に委託することは、法の予定するところではある。しかし、その場合、市町村は、私立保育所に委託することによって、児童福祉法により帰せられた自己の責任を果たしているのである。田村の研究によれば、社会福祉事業法の制定に携わったある実務担当者は、民間の社会福祉事業経営者への委託がなされた場合でも、その事業はあくまで国または地方公共団体の責任で遂行されるという理解を示しているということである。

このことは、児童福祉法二四条の「市町村は、…児童の保育に欠けるところがあると認めるときは、それらの児童を保育所に入所させて保育する措置を採らなければならない。…」という規定の読み方と係わってくる。つまり、私立保育所に委託がなされた場合、市町村の責任はその児童を保育所に入所させたことによって果たされたと考えるのか、それともその後も存続すると考えるのかということである。前述の田村の見解に従えば、後者の立場を採ること

になろう。菊池馨実も、児童福祉法二四条にいう「措置」は、入所手続における行政庁の一定の認定判断を指すにとどまらず、入所後の日々の保育をも含むものだという理解を示している。⁽⁸⁾ わたしの見るところでは、この理解とハルム保育園事件判決の考え方は対蹠的である。ハルム保育園事件の裁判官は、育成舎における日々の保育業務は「措置」の枠には入らないものと考えているのではないか。

田村や菊池⁽⁹⁾は、以上のような認識を、国賠法一条の公務員を公務を委託された者と捉える行政法学の通説と結びつける。私立保育所も保育に欠ける児童の保育という公務を委託されているのであるから、国賠法上は公務員とみるこ
とができるというわけである。そこでは「公権力の行使」ではなくて「公務」という語が用いられているが、私立保
育所における保育業務も市町村の責任で遂行される事務なのだという意味あい⁽¹⁰⁾が込められているように思われる。

田村や菊池は、私立保育所の保母の公務員性を認める根拠として、さらに二つの実質的理由を挙げている。その一
つは、私立保育所の賠償能力が低く、市町村の方が損害填補の能力があることである。二つ目は、保育サービスは公
私いずれの保育所で提供されるにせよ、市町村の責任と負担で行われるべきものであり、したがって事故の救済の在
り方も公立と私立とで基本的に同一でなければならぬことである。

これに対して、堀勝洋は、市町村長が私立保育所の保育業務に対する指揮監督を法令上要求されていないので市町
村の国賠責任を問うことはできないという立場から、田村説を批判している。⁽¹¹⁾ 堀によれば、不法行為責任は故意過失
により違法に損害を加えた者の責任を金銭で追及する制度であるから、その責任とは無関係な資力の有無によって責
任の所在を判断すべきではない。また、公立保育所と私立保育所では使用者に違いがある以上、救済の責任が同一で
ないのは当然である。なお、堀自身の基本的な考え方については、また後で説明する。

2 通説的思考法

国あるいは公共団体の指揮監督が及んでいることを国賠法一条の公務員と判断するための必要条件であるとする
と、私立保育所の職員を公務員と捉えることは困難である。しかし、国賠法上の公務員を公権力の行使の委託を受け
た者と捉える通説からは、国ないし公共団体が受託者を指揮監督していることの必要性は、少なくとも論理的には出
てこない。⁽¹²⁾ 菊池は、指揮監督を重視すべきではないと強く主張している。⁽¹³⁾

行政法研究者でもたとえば宇賀克也は、無認可保育所事件判決の評釈において、無認可保育所の経営者を公務員と
みて松戸市の国家賠償責任を導くことが可能だと述べている。⁽¹⁴⁾ そして、経営者を公務員とみることができれば、その
指揮監督下で業務に従事している家庭保育福祉員も公務員とみることができるといふ。宇賀の思考法はこうである。
公権力の行使に関して広義説を採れば、「公立」保育所における保育は公権力の行使だということになる。そして、国
賠法上の公務員は公権力の行使を委託された者であれば足りるから、無認可保育所の経営者等も公務員とみることが
できる。

宇賀の思考法の特徴は、公立保育所における保育業務を基点に置いていることである。たしかに、公権力の行使に
ついて広義説を採れば、公立学校における事故が国賠法に基づく救済の対象とされているのと同様に、公立保育所に
おける事故についても国家賠償責任を問えるということになるであろう。そこで、公権力の行使として評価されうる
保育業務を松戸市が無認可保育所へ委託したと言えれば、結局その無認可保育所は公務を委託された者ということに
なる。

一方、須藤典明判事は、意図的に指揮監督という要素を除外し、公権力の行使に関する判断と公務員についての判
断を一致させようとする。⁽¹⁵⁾ つまり、ある者の行為を公権力の行使と評価しうるときは、直ちにその者を公務員と捉え

ればよいという考え方である。須藤によれば、公務員が私人を監督しているのであれば、公務員自身の過失として問題にすることができると述べている。また、委託内容が高度な専門的知識を要するものであるときは、受託者の独立した活動を認めざるをえない。したがって、指揮監督がなされているかどうかを公務員性判定の決め手にするべきではないということになる。

ただし、須藤は、公権力の行使を権力性の強いものに限定すべしという立場である。この点は菊池の憂えるところであるが、須藤は学校事故は狭義説でも説明できると述べているので、保育所での事故を巡る事件をも国賠法一条の適用対象に含めているのかもしれない。なお、菊池は須藤説に批判的のようであるが、両者とも公権力の行使であるとの判断を公務員性の判定に直結させているので、本稿の観点から見ると、共通する思考法を採っているとと言える。

3 指揮監督関係の要否

純粹に論理的に考えると、前章で提示したような事件について通説的思考法で対応するのであれば、委託をした市町村が受託者たる保育所を指揮監督しているかどうかを問う必要はないはずである。しかし、問題は、本当にそのように割り切って考えることができるかどうかである。通説的思考法を採る字賀も、市町村と民間施設との関係に着眼し、それが緊密であれば、市町村に国家賠償責任を負わせることはより容易であるはずだと述べていることは注目されてよい。⁽¹⁷⁾

前述のように、堀は、市町村は私立保育所を指揮監督できる体制になっておらず、また実際に指揮監督をしていないから、市町村の国賠責任を問うことはできないという立場である。その前提は、優越的な意思の発動たる公権力の行使が委託された場合は、直ちに受託者を公務員とみてよいが、委託された業務がそのような公権力を行使するもの

でないときは、⁽¹⁸⁾国ないし公共団体が受託者をそれが公務員といえるほどに指揮監督しているのでなければならぬという二分論である。⁽¹⁸⁾この二分論の背後には、国・公共団体の指揮監督を離れて独立して業務を行っている私人の故意過失による責任まで国や公共団体に負わせるのは妥当でないという思想がある。そして、二分論を採れば、公権力の行使の概念に関して広義説や最広義説を採っても、国・公共団体の責任を正当な範囲に収めうるという利点を指摘する。このことは、堀が、山代と同様に、責任範囲の過度の拡大という危機意識を抱いていることを窺わせる。

加茂紀久男も通説には批判的のように見受けられる。指揮監督関係を伴わない「公務員」を認めると、行政主体は指揮監督も事後的な求償もできない者の行為について賠償責任を負うことになり、その当否については議論の余地があるという。⁽¹⁹⁾この叙述から推して、加茂は、「指揮監督の及ばぬところに賠償責任なし」という基本思想を堀と共有しているとみてよいであろう。

ところで遠藤博也の著書に、いかに公共性の高い行為であっても自己のために自らの営業や事業を営む者は、国賠法上の公務員とみることはできないという記述⁽²⁰⁾が見られる。私立保育所は一応営業目的で活動していると見られるから、そこで事故が発生した場合、遠藤説では国賠責任は否定されることになるかもしれない。実際にそういう結論になるかどうかは定かでないが、菊池は、遠藤説を意識して、公の目的と自己の営業目的は二律背反とは言いきれないと主張する。⁽²¹⁾また、私立保育所は正当な理由がなければ受託を拒めない（児童福祉法四六条の二）のであるから、自己の営業目的で活動するといっても、遠藤が例として引く許可清掃業者事件（大阪高判昭和四九年一月二四日判時七七四号七八頁）のように私人の申請に基づく場合とは事情が異なるという。なお、これは私人の活動目的に関する議論なので、指揮監督の要否とは観点を異にするかもしれないが、自己の営業目的で行動している私人に対しては指揮監督はそれほど及んでいないという関係が見られるであろう。したがって、関連する視点としておさえておく必要がある。

最後に、渡辺剛男の説くところ⁽²²⁾に耳を傾けてみよう。渡辺の見解で最も重要な点は、私人に委託された事務が公務の一部であるような場合に、その委託された事務自体が公権力性を有するかどうかの判定を求めるところにある。その判定の際、委託された事務自体が国民に対する強制的な契機を含むか否か、私人が専ら公の目的のためにその事務を遂行するのか、それとも自己の営業の一環として行うのか、さらには私人が国あるいは公共団体の指揮監督の下に事務を遂行するのか、それとも独立して自己の判断のもとに行うのかといった点が総合考慮される。したがって、この見解においては、指揮監督の有無は総合考慮を行うための一つの観点として位置づけられることになる。

註

- (7) 田村の前掲論文(註(6))のほか、次の二著を参照されたい。田村『保育法制の課題』一四七頁以下(勁草書房、一九八六年)、同『保育所行政の法律問題・新版』一七二頁以下(勁草書房、一九九二年。初版は一九八一年)。
- (8) 菊池馨実「保育所入所をめぐる法律問題(上)」——小平市保育所入所訴訟控訴審判決を契機として「賃金と社会保障」一〇五—一四五頁(五六頁)。
- (9) 田村の見解に関しては、田村『保育法制の課題』(註(7))一四七頁を参照されるのがよいと思う。菊池の見解は、菊池「私立保育園児事故による市町村の損害賠償責任」賃金と社会保障一一三—一二九頁(三一頁以下)に明らかである。
- (10) 註(9)に掲げた両者の著作を参照。
- (11) 堀勝洋「私立保育所における事故について措置委託をした地方公共団体に損害賠償責任がないとされた事例(田中訴訟第一審判決)」季刊・社会保障研究二九巻一号一八六頁(一九〇頁)。
- (12) 阿部、前掲書(註(1))、八〇頁に次のような記述がある。「非常勤でも、給与を受けていなくとも、また、民間人でも、とにかく公権力の行使を委託されていれば、公務員に当たる。国はこの公務員に対して指揮監督することができるとは限らない。」
- (13) 菊池、前掲論文(註(9))、三三三頁参照。
- (14) 宇賀、前掲論文(註(5))、五二頁参照。

- (15) 須藤典明「『公権力の行使に当る公務員』の意義」『国家補償法大系2・国家賠償法の課題』六一頁(九一頁)(日本評論社、一九八七年)。
- (16) 菊池、前掲論文(註(9))、三二頁参照。
- (17) 宇賀、前掲論文(註(5))、五二頁参照。
- (18) 堀、前掲論文(註(11))、一八九頁参照。
- (19) 加茂紀久男、法曹時報三七卷二一〇号二六四頁(二八三頁)。これは、いわゆるレントゲン読影ミス事件判決(最判昭和五七年四月一日判時一〇四八号九九頁)の解説である。なお、園部逸夫・時岡泰編『裁判実務大系第一卷行政争訟法』四六〇頁(四六四、四六七頁)(加茂)(青林書院新社、一九八四年)も同旨である。
- (20) 遠藤、前掲書(註(1))、一五一頁を参照。
- (21) 菊池、前掲論文(註(9))、三三頁参照。
- (22) 渡辺剛男「公権力の行使にあたる公務員の意義」鈴木忠一・三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座6 不法行為訴訟III』五三頁(七〇頁)(日本評論社、一九八三年)。

四 ドイツにおける判例学説の展開

1 前提となる知識

ここで、ドイツの判例学説の状況を簡単に紹介することにした。その内容は本稿の関心事と直接結びつくわけではないが、少なくとも私人の公務員性判定に関する思考法を評価する視点が得られるように思う。

ドイツのいわゆる職務責任(Amtshaftung)、すなわち職務執行者(Amtswalter)の違法・有責な行為に対する国家の責任は、BGB八三九条と基本法三四条に基礎を置くものである。BGB八三九条は官吏(Beamte)の不法行為に関する規範であり、基本法三四条は官吏の個人責任を国家責任に転化させる規範であるが、職務責任の根拠として、両

者ともに引き合いに出される⁽²³⁾。

基本法三四条は、次のように規定している。「何人かが、自己に委託された公務の執行上、第三者に対して負う職務義務に違反したときは、原則として、この者を使用する国または団体が責任を負う⁽²⁴⁾。」「BGB 八三九条では官吏という語が用いられているが、国家に責任を帰属させた基本法三四条では「公務を委託された者」(Jemand, dem ein öffentliches Amt anvertraut ist) と表現されている。先に職務執行者という語を用いたが、この公務を委託された者のことである。

職務執行者は官吏の身分を有する者に限られるわけではなく、高権的に (hoheitlich) 行動する者はすべて職務執行者とされる。したがって、職務執行者という概念は、行為者の身分ではなく、その者が果たしている機能に着眼した概念である⁽²⁵⁾。

そこで問題は、私人が公務の執行に携わった場合に、BGB 八三九条、基本法三四条に基づく職務責任が認められることがあるのかどうかである。この問題は、最近では、「公権を委託された者」(Beliehene)、「行政補助者」(Verwaltungshelfer)、および「民間企業」(Privatunternehmer) の三つに区分して論じられるようになって⁽²⁶⁾いる。本稿にとって重要なのは最後の類型である。

2 民間企業への委託と国家責任

(1) 委託形式の重視——一九六六年レッカー車事件判決

行政補助者の場合は、私人はほとんど行政主体に従属する立場である。これに対し、民間企業が私法契約により行政主体から業務を委託されている場合は、その企業は行政主体から独立して活動する余地を有していると考えられる。

独立性の程度は事案によって異なるであろうが、ともかくそのような企業が発生させた第三者の損害について国または公共団体に賠償責任が生じることはあるのだろうか。この問題を考えるうえでまず取り上げるべきは、一九六六年三月二〇日にニュルンベルク高等行政裁判所が下した判決 (JZ 1967, S. 61) である。

〔事案の概要〕 原告は、知人に自分の車を貸した。その知人は、買物をしている間、市内のある駐車場に車を停めておいた。彼が車を離れている間に、パトロール中の警察官がその車のタイヤが完全に摩耗していることに気づき、民間のレッカー業者に警察本部の庭まで搬送させた。原告は、その間に車が損傷を受けたと主張している。

〔判決の要点〕 裁判所は、職務責任の成立を否定した。基本法三四条にいう職務執行者と評価されるためには、法人格を有する者が、ある者から公務を委託されて、その者と公法上の関係に入っていることが必要である。本件の場合、たしかに安全上支障のある車を移動させて一般の交通から排除するという目的自体は高権的である。しかし、ゲマインデは民法上の請負契約によって移動作業を委託したのであった。このような民法上の根拠に基づいて委託がなされたときは、公務が委託されたとはいえない。したがって、本件のレッカー業者は公務を委託された者とは言えないから、職務執行者に該当しないという論理である。

〔学説の評価〕 この判決の思考法の特徴は、ゲマインデが原告に対して損害賠償責任を負うかどうかの判定を、ゲマインデとレッカー業者の関係に着眼して行っているところにある。そして、まさにこの点が学説の批判を浴びた。ゲマインデとレッカー業者の関係が純粹に私法的な請負契約であるとしても、そのことはゲマインデと原告の関係にとつては重要ではない。警察官は原告と対等の立場で行動しているわけではないから、レッカー業者もまた原告と対等の立場で相対していることにはならない。牽引行為の正統性は、警察官の牽引せよとの指示に由来するのである。このように委託をしたゲマインデと原告との関係に着眼して考えれば、本件では職務責任を肯定するのが筋ではない

かというのである。⁽²⁷⁾

(2) 道具理論 (Werkzeugtheorie) の登場——一九七一年信号機判決

上記のレッカー車事件判決では、裁判所は、私人を取り込む際の法形式を重視した。これに対して B G H は、時を移さずして道具理論なるものを展開した。その内容は、たとえば一九七一年六月一四日のいわゆる信号機判決 (NJW 1971, S. 2220) に確認せよ。

〔事案の概要〕 ある民間の電気会社がゲマインデから委託されて信号機の取り付けをしたところ、その際の配線ミスが原因となって交通事故が発生した。この配線ミスは、設置を請け負った業者とゲマインデ建設局の職員の過失に起因するものであった。

〔判決の要点〕 結論としては控訴審裁判所も B G H も職務責任を認めしたが、前者が業者は公行政に取り込まれた私人として自ら公務を遂行したと捉えたのに対し、後者は建設局職員の過失 (配線の構想段階でのミス) に着眼した。その際 B G H は次のように述べた。「官庁が特定の関係において民間企業の活動を自己の活動と同様に受け入れ、かくてその企業が高権的任務の遂行に際してあたかも官庁の道具として行動したにすぎないと見られねばならぬほど、官庁が当該民間企業の作業実施に影響を及ぼしうる場合にのみ、基本法三四条、B G B 八三九条に基づく公共団体の責任が発生する。」これが道具理論と呼ばれる考え方であるが、この理論のもとで公共団体の責任が認められる状況を念頭に浮かべてみると、民間企業の立場は行政補助者のそれに近いものになっていると言えるであろう。なお、B G H は、原判決は業者を道具と見うるような事情を認定していないと判断した。

〔学説の評価〕 この道具理論もまた学説の批判を受けることになった。まず第一に、官庁の道具と言えるほどに取り込んだ場合にしか公共団体が責任を負わないとなると、公共団体は民間企業に対する影響力を自ら縮減することで

責任を免れてしまうのではないかという危惧が表明された⁽²⁸⁾。第二に、官庁が民間企業にどれほどの影響力を行使しているのかは外部からはよく分からないので、原告が責任の所在を正しく認識しえなくなるおそれがあるという指摘がなされた⁽²⁹⁾。

(3) 道具理論の変容——一九九三年レッカー車事件判決

BGHは、一九九三年一月二二日の判決 (JZ 1993, S. 1001) で、やはりレッカー移動に関係する事件を解決した。この判決は道具理論の最新の動向を示すもののように見受けられるので、少し詳しく見ておくことにしよう。

〔事案の概要〕 ある晩遅く一台の車が側溝に落ちて破損したまま放置されていたので、警察官は民間のレッカー業者であるK社に車の移動を依頼した。このとき、ノルトライン州ヴェストファーレン州とその業者との間に文書による合意が成立した。これにより、「契約会社」は、市の警察本部長により同市の街区における移動すべき車両を内外の物品を含めて運搬し、収容し、保管し、維持することを委託された。K社が運転手として勤務していたYに移動作業を任せたと、Yはその晩のうちにレッカー車で事故現場に赴いた。幾度か移動を試みて失敗したYは、レッカー車にワイヤーロープを結びつけて、それで事故車を引き上げることにした。その作業をしていると、原告Xの運転する自動車が接近してきた。Xが作業現場に到達したとき、レッカー車は反対車線に在り、レッカー車と事故車を連結するロープが斜めに延びていて、Xの進行すべき車線がそれによって遮断されていた。警察官が作業場所の安全確保に従事していたが、Xの車が路上に伸びたロープに突っ込んだために、車の屋根の梁が切断され、Xは重傷を負った。

〔判決の要点〕 XはYと保険会社を相手どって訴えを提起し、物的損害と逸失利益および慰謝料を請求した。第一審、控訴審ではXの請求のかなりの部分が認められた。しかし、BGHはYの上告を完全に認容した。本件では職務責任が成立するのでY個人は責任を負わないとされたのである。判決理由のなかで最も重要な部分は以下のとおりで

ある。

公務の執行のために私法契約によって民間企業を動員する事例には様々なものがあるけれども、執行される公務の性質、その公務と委託された活動の内容的な近接度(Sachnähe)の違い、および官庁の義務の範囲内へ民間企業を取り込んでいく場合によって区別することができる。公務の高権的性質が強く前面に出れば出るほど、そして委託された活動と官庁によって執行されるべき任務との結合が密接になればなるほど、当該民間企業が国家責任法上の官吏とみなされやすくなる。したがって、公共団体は、いずれにせよ侵害行政の範囲内では、原則として、特定の措置を委託した形式が私法契約であるからといって職務責任を免れることはできない。

〔学説の評価〕 ここで一九六六年のニュルンベルク高等行政裁判所判決を思い起こしてみると、そこでは官庁が業者に業務を委託した法形式が私法上の契約であったために、国家責任が否定されたのであった。それに対して本件では、BGHは、移動措置について責任のある警察と傷害を負った原告との関係に着眼した。そして、K社に対する委託が私法契約に基づいていたという事実はYが国家責任法の意味での官吏として行動したかどうかの評価にとって意味のない事柄であると判示した。この判示内容は、ニュルンベルク高等行政裁判所の判決に対する学説の批判に込えたものとなっている。

ところで、本件に関しては、BGHが従来の道具理論を本件にそのまま適用していたならば、おそらく国家責任は認められなかったであろうという指摘がある。なぜなら、本件では、レッカー業者は警察官の具体的指示に基づいて行動したのではなく、⁽³⁰⁾ 独立して作業を実施していたからである。しかし、BGHは、Yには法的に見て自由な決定の余地はほとんど残されておらず、Yの地位は行政補助者のそれに近いものであったと評価した。

本件判決は、独立して活動する民間企業の行為について国家責任が認められるかどうかという問題について、三つ

の判定基準を示した。これに対してヴェルテンベルガーは、侵害行政の領域については、執行されるべき公務と委託された活動の内容的な近接度の違いおよび官庁の義務の範囲内へ民間企業を取り込んでいる度合という基準は不要だと主張している。⁽³¹⁾ 官庁と原告との間に行政法関係があり、官庁がその行政法関係に基づく義務を遂行するために民間企業を動員しているときは、原則として国家責任を認めるのが首尾一貫しているというのである。この説では、民間企業が市の老人ホームや市役所を建設している際に損害賠償事件が発生すれば、そこで適用されるのはやはり私責任法である。単なる建設事業の場合は、公共団体が市民に対して公法上の義務を負っているわけではないからである。

先に述べたように、道具理論に関しては、公共団体が民間企業にどの程度の影響を及ぼしたのかは外部からは分かりにくいし、この理論を認めると、公共団体が指揮権を留めずに業務を委託することで責任を回避できてしまうという批判があった。そこで、公共団体による民間企業の取り込みを基準とするのではなく、民間企業が高権的任務を遂行しているかどうか(機能連関的思考法)⁽³²⁾で判断すべきだという見解⁽³³⁾が出てくる。オッセンビュールはこの見解を支持している。そして、機能連関的思考法を徹底して実践すれば、自治体の老人ホームの建設に際して発生する損害のすべてが職務責任のもとに置かれることになるという。なぜなら、自治体の老人ホームの建設・管理は、高権的任務の遂行に資する事実行為だからである。

註

- (23) 宇賀克也『国家責任法の分析』八一頁以下(有斐閣、一九八八年)を参照。
 (24) 宇賀、前掲書(註(23))、八三頁〜八四頁註(1)の訳に従った。
 (25) F. Ossenhühl, Staatshaftungsrecht, 4. Aufl., München, 1991, S. 14.

(26) 註(25)に掲げたオッセンビュールの書物の第二版(一九七八年)では、こういう区分は明確になっていない。多くの書物を比較検討したわけではないので確言はできないのであるが、最近手にした学生向けの概説書でも同様の区分がなされていた。Vgl. II. Wüstenbecker, Staatshaftungsrecht, Münster, 1992, S. 11.

ここで簡単に用語の説明をしておく、「公権を委託された者」とは、法律により、あるいは法律に基づき行政行為または行政契約により、特定の高権的権限を自己の名で行使する資格を付与された私人のことである。たとえば、警察権を与えられた私人として、航空機操縦士、船長、猟場の管理人、田園監視人および森林監視人などが挙げられる。他の権限の例では、社会保険制度運営者の保険検査医、公共職業安定所の医師、戦争犠牲者援護局の契約医、高権的任務への協働を求められた建築静力学の検査技師、宗教教育の委託を受けた聖職者などがある。オッセンビュールが前掲書(第二版でも第四版でもよい)でとくに詳しく説明しているのは、「技術監査協会」(Technische Überwachungsverein; TÜV)の例である。ノルトライン・ヴェストファーレン州では車両鑑定士や検査士が地区ごとに技術監査協会という民法上の団体を結成しているのであるが、そこに所属する車両鑑定士の証明行為が公務の遂行なのかどうか問われた。

次に行政補助者であるが、これは、国または公共団体に完全に従属し、その職務の執行を助ける者と定義されている。オッセンビュールの書物には、教育現場に係わる例が二つ引かれている。ひとつは「通学指導生徒(Schülerlotse)」で、通学路で生徒らが横断歩道を渡る際に世話をする生徒のことである。もうひとつは「教室の紀律維持を任された生徒」(Ordnungsschüler)で、担任の教師が生徒の一人にクラスの監督を依頼して葬儀に出かけたという事例を用いて説明されている。なお、先に参照を求めたヴェュステンベッカーの概説書には、交通事故の処理に当たっている警察官が、交通整理にまで手が回らないので、通行人の一人に短時間の交通整理を依頼した、という例が挙げられている。

(27) D. Medicus, Anmerkung über OLG Nürnberg, Urteil v. 30. 3. 1966 und AG Düsseldorf, Schiedsurteil v. 20. 7. 1966, JZ 1967, S. 61(S. 64). なお、本判決は、本件ではゲマインデが基本法三四条によって責任を負わしめられるのではなく、レッカー業者が BGB 八二三条に基づく不法行為責任の枠内で直接責任を負うのだと判示した。これに対してメディクスは、それでは損害の填補を期待できないことが多いのではないかと述べている。

(28) F. Ossenbühl, Probleme der Amtshaftung bei Versagen von Ampelanlagen, Jus 1973, S. 421(S. 423). M. Nothhoff, Die Haftung von Trägern öffentlicher Gewalt für durch Handlungen Privater verursachte Schädigungen, NVwZ 1994, S. 771(S.

772).

- (29) Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 4. Aufl., S. 22; Nothhoff, a. a. O., S. 772.
- (30) T. Württemberg, Anmerkung über BGH, Urteil v. 21. 1. 1993, JZ 1993, S. 1001 (S. 1004).
- (31) Württemberg, a. a. O., S. 1004.
- (32) これに対して、たとえばクライスルは、やはり民間企業が高権的活動にどの程度包接されているかを重視すべきだと説く。民間企業に自由な決定の余地がかなり残されているときは、国家責任を認めるべきではない。侵害行政の領域であっても、必要とされる従属性が欠けているために国の責任を基礎づけられないような事例が出てくる可能性はある。公共団体が民間企業を動員している場合に常に職務責任を認めたいのであれば、正しい選択は独立して行動する民間企業の取り込みを禁止することである。S. Kreis, Die Haftung des Staates für den Einsatz privater Unternehmer, NVwZ 1994, S. 349 (S. 351f).
- (33) Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 4. Aufl. S. 22f.

五 おわりに

前章でごく僅かながら比較法的知見を得ることができたので、これを踏まえて公務員性判定の思考法について若干の検討を試みてみたい。ここまで叙述を進めてきてまず気づくことは、指揮監督の存在を要求する考え方が結構根強いということである。堀や加茂は、指揮監督の及ばぬところに責任なしという考え方のようである。一方、ドイツには道具理論というものがあることが分かった。オッセンビュールによれば³⁴、この理論にもやはり「責任は損害をもたらす行為に影響を与える者にのみ帰することができる」という思想が根底にある。

ドイツでは、指揮監督が及んでいたかではなく、どれほど影響力が及んでいたかという表現をする。あるいは、B GHの一九九三年判決の表現では、官庁が自己の義務の範囲内に民間企業をどれほど取り込んでいたかと問うている。そう問うてみても結局指揮監督が及んでいたかと言うのと実質的な差はないかもしれないが、大切なのはどの程度民

間企業の活動を縛っていたかであるから、ドイツ風の表現の方が適切である。指揮監督が及んでいたかというだけでは、どの程度指揮監督が及んでいたかの検討がおろそかになるおそれがある。

実質的に見て、ドイツ法に学ぶべきは、やはり一九九三年判決の思考法であろう。この事件自体は、移動作業に当たった作業員は作業方法について自律的に判断していたとはいえず、通行者の目には作業員と警察官が一体として映ったにちがいない事件である。したがって、企業に大幅な行動の自由が認められている事案を解決する際に直接参考にする事件ではない。また、福祉行政に関する事件でこの思考法がいかなる結論を導くのかは定かでない。しかし、ともかく企業が官庁の義務の範囲内にどれほど取り込まれていたかを唯一の決め手とするのではなく、三つの要素の総合考慮によって判定するという基本的な思考の枠組は参考になると思う。この点、わが国の指揮監督を要求する論者はどう考えているのであろうか。渡辺は総合考慮派と思われるが、委託された事務自体の公権力性を判定しようとしているところが気にかかる。やはり、国や地方公共団体が本来遂行すべき事務と委託された事務との関係に目を向ける必要があるだろう。

道具理論に関しては、それに対する否定的評価をわれわれ自身もよく検討してみなければならない。とくに、国や公共団体は指揮監督権を留保せずに委託してしまえば責任を免れるのかという点である。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るかというのでは、いかにも行政に都合のよい論理である。たしかに、指揮監督の存在を要求する論者は国や公共団体の責任を妥当な範囲に収めることを意図しているわけで、そのこと自体は評価しなければならない。しかし、指揮監督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。保育所行政に関して言えば、保育業務は本来公的責任において実施されるものだという前提が受け容れられるならば、それを私立保育所の自律的な活動に委ねたからといっ

て、事故が発生した場合の責任を市町村が免れるということにはなるまい。わたしは、この前提に関する田村の主張には説得力があると思う。

さて、では次に通説的思考法の方に目を向けてみよう。この思考法では国賠法上の公務員を公権力の行使の委託を受けた者と捉えるわけであるが、ドイツでもやはり同じような思考法が展開されている。オッセンビュールの説く機能連関的思考法がそれである。ただし、これは道具理論の内容をきちんと評価したうえで提示されている思考法である。わが国では、指揮監督の存在を重視する論者と通説的思考法を採る論者が未だ十分に議論を闘わせていないのではないだろうか。⁽³⁵⁾

尤も全く議論がなされていないわけではなく、たとえば下山瑛二は、国は指揮監督を欠く者の行為についてまで責任を負う必要はないという見解を念頭に置き、国賠法一条の適用を排除するならば民法によっていかに救済しうるかを検討しなければならぬと説いた。⁽³⁶⁾ たしかに民法で十分救済されるのなら、国賠法に固執することはないかもしれない。この観点は極めて重要と思われるので、本稿の趣旨に沿って、福祉行政に係わる事件の評者がどのように考えているのかを探っておくことにしよう。まず指揮監督を重視する立場の堀は、前述のように、市町村は私立保育所を指揮監督していないので市町村が責任を負うことはないという見解である。したがって、私立保育所での事故の場合に追及しうるのは、保母の個人責任と使用者である保育所の責任のみということになる。そして、その際保育所は賠償保険の制度によって対応すべきだというのが堀の構想⁽³⁷⁾である。これに対して、菊池は、民間保険は強制ではないので、これを前提にして立論すべきではないと反論した。⁽³⁸⁾

このような対立に接すると、わたしには判断の前提となる知識がないので、自己の無力を嘆かざるをえない。社会保障法学界の研究成果を吸収したうえで、いつの日か実のある提言をしたいと思う。

註

(34) オッセンビュール自身は「取り込み理論」(Ingerenztheorie)と云う呼称を推す。Vgl. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 2. Aufl., S. 14.

(35) 通説的思考法に則って書かれた論稿をいくつか参照したのであるが、指揮監督を重視する思考法を特別に取り上げて論評を加えているものは案外少なかった。わが国のいわゆる通説は、裁判例の蓄積が量的にも質的にも不十分なところで展開されてきたために視野が幾分狭くなっているのではないだろうか。私人の公務員性を論ずる際に引用される事件をいくつか拾ってみると、たとえば、検察官が領置物件の保管を私人に委ねた事件(東京地判昭和四九年三月一八日判時七四八号七四頁)とか、執行官が仮処分決定の執行としての動産撤去作業に被告の従業員を従事させた事件(名古屋高判昭和六一年三月三十一日判時一二〇四号一一二頁)などは、関係した私人を公務員の補助者と見ることのできる事件である。地方競馬全国協会から金沢市に派遣された地方競馬の審判委員の着順判定ミスが問題になった事件(金沢地判昭和五〇年一月二二日判時八二三号九〇頁)では、競馬の開催を公権力の行使とみる以上、その中核を担う審判委員は公務員であると言えそうである。しかも、審判委員は執務委員長である金沢市農林部長の指揮系統に入ってしまうので、組織への取り込みという観点からも問題は生じない。また、前出の大月市インフルエンザ子防接種事件の子防接種担当医は非常勤の特別職職員であったし、精神薄弱者運転免許取消事件(津地判昭和五五年四月二四日判時九九四号九四頁)において精神薄弱者であるとの診断をした指定医は、公安委員会とは別個の独立して公権力の行使に当る公務員と解するのが相当とされた。こうしてみると、これらの事件では、国や公共団体との結びつきが強固であったり、もともと法律で特定の権限を与えられていたりして、公務員性を認めやすい私人が問題になっていると言える。

(36) 下山、前掲書(註(1))、九六〇九七頁。

(37) 堀、前掲論文(註(11))、一九〇頁。

(38) 菊池、前掲論文(註(9))、三三三頁および三四頁。