

## 公共施設と営造物責任

松塚, 晋輔  
久留米大学法学部助教授

<https://doi.org/10.15017/2298>

---

出版情報 : 法政研究. 69 (2), pp.197-218, 2002-10-30. 九州大学法政学会  
バージョン :  
権利関係 :

# 公共施設と営造物責任

松塚晋輔

はじめに

一 公共施設概念

二 公共施設と私人の施設を区別する基準

1 公用開始行為 (Widmung)

2 行政による影響力行使の基準

三 営造物責任について

1 概観

2 公共施設と営造物 (国賠法)

3 公営住宅と営造物 (国賠法)

4 国有林野と営造物 (国賠法) — 附論 —

おわりに

## はじめに

行政の担う交通事業、供給事業、劇場、ホール、スタジアム、図書館、学校、美術館、プール、市場、墓地等は公共施設<sup>(1)</sup> (öffentliche Einrichtung) の例であるが、最近では民営化・民間委託の流れの中で私人が同種施設の所有または管理を行っている場合が散見され、また今後もいっそう増加していくものと推測される。これらの施設で損害賠償問題が生じた場合、一体、誰がそれを負担するのか問題となることがある。つまり、そこでは当該施設が公共施設であるのか、国家賠償法二条の「営造物」に当たるのかといった論点が出てくる。

さて、営造物(国賠法)の概念については、国・公共団体によって公の目的に供せられた有体物、即ち公物であると理解されており、公共施設は営造物(国賠法)に該当することになる。しかし、通説は、営造物(国賠法)とは「直接」公の目的に供せられているものをいうとして、直接性を営造物(国賠法)概念に組み込むことで、同概念を限定しようとしている。ここにおいて、公共施設とこの直接性との関係が問われよう。

このように公共施設と営造物(国賠法)についてはまだ曖昧なところが残されており、それを明確にしなくてはならない。ただ、公物概念は一般に定着しているのでここでは詳述を避け、とりわけ公共施設の概念とその責任論をドイツとの比較を交えつつ進めてみたい。

## 一 公共施設概念

我が国で公共施設とは、行政主体が公共の福祉を維持増進するために、その利用に供される物的施設と、これを管理する人的施設を総合した概念である<sup>(2)</sup>とされる。

この点は、ドイツでも似たような定義が見られる。勿論、法律による確固とした定義付けがなされている訳ではないが、例えば、ノルトラインヴェストファーレン・ゲマインデ・オルドゥヌンク G O N W (一九九四年七月一四日) 八条一項によれば、ゲマインデは住民に経済的・社会的・文化的な配慮をするのに必要な公共施設を形成することとされている。ニーダーザクセン G O 二条一項二文(ゲマインデはその能力の範囲内で、その住民にとって必要な社会的、文化的及び経済的な公共施設を設置するものとする)、バイエルン G O 五七条一項、バーデン・ヴュルテムベルク G O 二二条一項二文一号も同様の規定である<sup>(3)</sup>。

その他、公共施設概念に關しドイツで論じられていることであるが、公共施設は固有の組織形態を必要とせず、公行政主体の手中にある物の總体 (Sachbegriff) であり、自治法 (G O) 上の公共施設概念は公営造物 (öffentliche Anstalt) よりも広いと言う。つまり、私法人の経営する企業が公的目的に仕えていても(例えば、市水道有限会社) 公営造物とはならないが、自治法上の公共施設にはなり得るのである<sup>(4)</sup>。勿論、公共施設は公物であるとされる<sup>(5)</sup>。

## 二 公共施設と私人の施設を区別する基準

ドイツでは公共施設が私人(公私混合の私法団体も含む)によって経営・管理されることがあるのだから、ある施設が公共施設であるのか、それとも私人の物であるのか問われることになる。続いてここで、この区別のためドイツで用いら

れている基準を概観しておきたい。

## 1 公用開始行為 (Widmung)

まず、一般的に公共施設を含む公物の成立は公物法による公用開始行為を要するということである。これによって施設が公的目的に拘束され、また一般の利用に開かれることになる。<sup>(6)</sup> なお、公道については、公用開始行為の形式と法的効果が道路法上完結的に規定されている。<sup>(7)</sup>

公用開始行為には行政行為、形式的法律、規則、条例によるもの以外に、慣習法によりなされる場合がある。例えば、通説では自然の力により公物として見なされる海岸がそれである。<sup>(8)</sup> また、公法上の協定による公用開始行為がある。隣接する二つのゲマインデが共同のプール施設や境界河川上の橋を建設し、その公共利用を規律する場合である。<sup>(9)</sup>

しかし、特段の定めのない限り、行政行為による公物の公用開始行為は形式を必要とせず、当該物が公的目的に貢献するものであるという官庁の意思が認識できることで十分である。但し、事実上存在する一般的交通を妨げないといった関係官庁の全くの不作為だけからは、公用開始行為を導くことはできない。<sup>(10)</sup>

また、公物の公用開始行為が立証されない場合、はるか昔からの時効効果というものが補充してくれることもある。これは当該物が公物であるということの反証可能な推定である。<sup>(11)</sup>

さて、こと公営ホール等の公共施設については、道路法のような規定が欠けているため、何が公用開始行為に当たるのかが問題となる。勿論、公用開始行為が、特別な条例により、あるいは議会の議決により明確化されている場合には、公用開始行為の存在は明らかである。<sup>(12)</sup> しかし、公共施設の公用開始行為に関しては、条例や議決という形式は不可欠ではないとされている。<sup>(13)</sup> つまり、このようなはっきりした形でなくとも、公用開始行為は暗黙裡に行われることがある(例えば、市営駐車場の事実上の開設<sup>(14)</sup>)。要するに、ゲマインデが当該施設を住民一般に利用せしめるといふゲマインデの意

思を推論させる行為が存すれば、公用開始行為の存在を認めるのに十分であるとされる。<sup>(15)</sup> その際、公共施設に関する公用開始行為の存在を示す決定的要素とは言えないが、その徴憑と考えられている諸要素が次である。

① 例えば、条例によって施設の利用が規定されているという事実があれば、当該施設の公的性質を示す徴憑となる。<sup>(16)</sup> 具体的には、ゲマインデの行事や公益的な行事のため、当該施設が緊急に必要な場合、ゲマインデが施設の利用契約を解除する権限を有しているようなケースである。<sup>(17)</sup>

② ゲマインデが、当該施設に対して公的資金によりかなりの補助をしているならば、当該施設が公共施設であることの徴憑となる。<sup>(18)</sup> というのは、このような補助を、純粋に経済的な（収益を目的とする）経営体に対して行うことはできないからである。<sup>(19)</sup> しかし、行政の出資の程度が現実の支配関係について信頼できる情報を与えてくれるものではない。抛り所となり得るのは、公の手が当該私法団体の行為を目的的に規定することができるか、また公の手が私法団体の行為についての責任を引き受けなければならないかということであろう。<sup>(20)</sup>

③ 逆に、直接的または間接的な行政任務の履行という目的を持つことなく、専ら投資の目的で、つまり純粋に財政経済的理由から行われる私法人への行政主体による出資は、私法的組織行政（privatrechtlich organisierte Verwaltung）とは区別される。<sup>(21)</sup>

④ ゲマインデ施設の会計法による取扱は、施設の公的性格を肯定する徴憑である。<sup>(22)</sup>

⑤ 施設利用について公法上の使用料が徴収されているならば、公共施設としての徴憑である。<sup>(23)</sup>

⑥ 住民の中に、当該施設の利用について一般的な利用の範囲で請求権を有するという法意識が根付いている場合も、公共施設としての徴憑と考えられる。<sup>(24)</sup> つまり、一般に利用し得るゲマインデの施設は、公共施設であるという推定である。<sup>(25)</sup> この推定が破られるのは、ゲマインデの当該施設が私的施設——例えば、未利用地（Landgüter）、住宅建造物（浮浪者のための住宅建造物等を除く）、市庁舎の地下レストラン、ビール工場、砂利採取場——として経営されるべきである

ことをゲマインデが証明した場合だけである。<sup>(26)</sup> 故に、ゲマインデの私的施設という概念は狭くとらえられることになる。<sup>(27)</sup>

## 2 行政による影響力行使の基準

実際に裁判で公共施設たることの要件が示された例がある。つまり、公共施設の担い手に対するゲマインデの影響力によって、全ての住民に適切な条件で利用権が保障されている場合にのみ、ゲマインデの公共施設であるという見解である。<sup>(28)</sup>

### (a) 裁判例一

OVG Rheinl.-Pfalz, Beschl.v.12.9.1985<sup>(29)</sup>

N政党は、仮処分命令 (einseitige Anordnung) によって、S有限会社の経営する集会場を二日間党大会のために使用させることをN市及びS有限会社に義務付けるよう申請した。その少し前に、S有限会社は、N政党と締結した賃貸契約の解約を即時に告知した。結果的に、N政党の申請は以下の理由で認容された。

ラインラント・プファルツGO一四条二項の意味における「ゲマインデの公共施設」とは、ゲマインデ自身によって管理されている施設を指すのみならず、法的に独立の主体 (Träger) によって経営されている公共施設をも指す (ゲマインデが事実上この主体を統制し、その主体の決定を規定している場合)。S有限会社によって管理されている集会場はまさにそれである。S有限会社は、N市の包括的な統制下に置かれている。有限会社法五二条に基づくS有限会社の監査役会は、N市の市議会議員のみからなっている。その市長は職務上 (Kraft Amtes) 監査役会の長である。市長は少なくともS有限会社に任された重要な決定 (この決定には、第三者に集会場を貸すかどうかの決定も含まれ得る) に関わる。

この決定を裏から見れば、ゲマインデの出資に拘わらず、法的のみならず事実上においてもその決定をゲマインデの

統制下に置かれていないような施設は、ゲマインデの公共施設とは言えないことになろう。その場合、私的な施設であるから、当該施設の経営者は、憲法やGOに規定された住民の平等取扱を義務付けられないことになる。要するに、この場合におけるゲマインデの出資は、単なる財政財産に過ぎないと言えよう。従って、GOに規定されたゲマインデの公共施設であることの条件は、維持・管理が私人に委託されている際には、維持・管理に関連する決定がゲマインデに留保されているか、または個々にゲマインデが決定を下さなくても、少なくとも潜在的に決定権がゲマインデに留保されているかのいずれかであると結論できる。

なお、私的な施設経営者は、ゲマインデの影響力下にありつつも施設利用の許否を決めるのであるから、行政権限受任者であるかのような<sup>30)</sup>が、そうではなく、ゲマインデの欲することのみを行う、いわば単なる履行補助者であるとする見解もある。<sup>31)</sup>

(b) 裁判例二

同種の裁判例にバーデン・ヴュルテンベルク行政裁判所判決がある。但し、この事件では、一ゲマインデではなく、四つのゲマインデが公共施設を経営する会社の出資の大部分を占めている。この事件の争点は、被告たるゲマインデだけでは当該会社の経営を左右できない場合でも、その会社の経営する施設が公共施設であるのかというものである。

VGH Baden-Württemberg, Urt.v.23. 9. 1980, DVBl.1981, S.220ff.

住民請求に署名した原告は、飛行場Dの離陸路・着陸路の二二〇〇メートルの安全地帯拡張(Sicherheitsausbau)に対して異議を申し立てた。被告市は、他の地域団体、商工会議所(HHK)及び私人とともに、飛行場Dの社員である。被告の市議会は、住民請求を認められないものとして拒否した。訴えを提起した原告は、第二審で以下の理由により勝訴した(S.220)。

被告の見解とは逆に、飛行場敷地を公共施設と見ることが、担い手としての特別な構造や、当該施設に対する被告の影響力可能性



の範囲の点で不可能となる訳ではない。GO二一条一項二文一号は、住民決定を求められるゲマインデが施設の単独の担い手であること、若しくは担い手の唯一の社員であることを前提としない。また、当該ゲマインデが、持分 (Geschäftsanteil) の多数を所有しているということも必要でない。むしろ、GO二一条一項二文に前提とされている、公共施設のゲマインデの帰属にとって必要なのは、本件のように、ゲマインデが他の地域団体とともに施設の (多数かつ間接的な) 担い手であることだ (S.221)。

飛行場敷地をGO二一条の意味での公共施設として見なすことは、被告及び行政裁判所の援用する原則 (ゲマインデは、公共施設の利用に関する決定を規定し、公衆による利用を保障することができなければならないという原則) と矛盾しない。この基準は行政裁判所によって、ゲマインデの公共施設と第三者の私企業・私的施設とを区分するために発展させられたものである (S.222)。

本件では本質的には多数の地域団体により経営される施設であり、その公的目的及び一般利用は疑問とならない。その持分を根拠に被告とV市とともに社員総会において多数の議決権を行使できる。合計二二二の議決権のうち二〇〇が四つの地域団体に帰属する。監査役会においても地域団体は多数を占めている。四つの地域団体は皆、その出資でもって専らGO一〇条二項及びラント・クライス・オルドゥヌンク (LKreis) 一六条の意味における公的任務を義務付けられている。よって、地域団体は、ゲマインデやクライスの住民が適切な条件の下施設を平等に利用できるようにする義務を法律上負っている。担い手としての特別な構造が存するため、被告が法的には利用について専ら決定することができなくても、住民の利用権の実現は縮減されることはない。むしろ、被告はその出資を根拠に、航空法規定、経営許可及び利用規則の枠内でその住民による飛行場の平等な利用を保障することができる。当法廷の見解からすると、右の法的な影響力行使の可能性 (影響力行使でもって、被告が単独で及び他の地域団体と共同して有限会社に命令する) の範囲からすれば、被告の飛行場敷地DをGO二一条一項二文一号の意味での公共施設と見なすことは正当化される。有限会社に地域団体でない社員が含まれていても、このことは妨げられない。このような事実でもって、施設から公的性格を抜き取り、施設の一般開放や施設の作用能力を縮減することは法的にはできない (S.222)。

このように本判決でも、公共施設か否かのメルクマールは、影響力行使の可能性があるかどうかにあることが確認された。本件では、持分の多数(本件では合計二二二のうち二〇〇)が被告を含む複数のゲマインデに所有されており、また監査役会メンバーの多数がこれらのゲマインデに占められているという二点によって、影響力行使の可能性が被告ゲマインデにあると見なされたのである。ここで注目すべきことは、被告のゲマインデ単独では影響力行使の可能性が著しく低いにも拘わらず、他のゲマインデと共同すれば十分な可能性があることと認定された点である。

(c) 裁判例三

連邦行政裁判所はその決定で、ラインラント・プファルツ上級行政裁判所決定と同じような基準をとっている。つまりその基準とは、少なくとも、ある施設がゲマインデにより追求されている公的目的のために事実上投入されており、ゲマインデが必要ならば施設の公的目的を経営に当たっている私法上の会社の意思に反して貫徹せしめることができる場合には、当該施設はゲマインデの公共施設であるというものである。<sup>(32)</sup>

しかし、別の連邦行政裁判所決定<sup>(33)</sup>のとする公共施設の条件は、ラインラント・プファルツ上級行政裁判所決定の条件とは異なる。この連邦行政裁判所決定は、ゲマインデの公共施設とは、生活配慮目的のために設立された施設であるとしか述べていないのである。尤も、この連邦行政裁判所決定が、ラインラント・プファルツ上級行政裁判所決定や連邦行政裁判所決定(註<sup>32</sup>)のような基準を否定するものでもないであろう。

(d) 裁判例の評価

行政が当該施設に影響力を行使できるかどうかによって、当該施設が公共施設とされるといのが、定着した判例であるが、これに対しオッセンビュールは次のような批評をする。<sup>(34)</sup>

ゲマインデがどれほど介入できるかによって、公共施設の成立を決めることは、原因と結果の逆転である。つまり、当該施設が公共施設であるから、利用許可請求権が住民に発生するのが本来であるのに、許可請求権が実現可能である

から、施設が公共施設であるという論理的筋道になっているのである。施設を公共施設たらしめるのは、許可請求権の実現可能性ではなく、専ら公用開始行為である、と。

公用開始行為が行われた場合にのみ、公共施設が成立するという考え方は非常に明快である。しかし、公用開始行為の存在が不明確な場合が少なくない。オツセンビュール自身もそのことを認めているが故に、ある施設を公共施設たらしめる諸徴憑について詳述しているのである。そうすると、オツセンビュールのこの見解からしても、当該施設経営者に対する行政の影響力行使の可能性が十分であるという事情は、公用開始行為の存在を肯定し公共施設の成立を認める必要十分条件ではないが、その要因であると言えるのではないか。

### 三 営造物責任について

#### 1 概観

本稿のもう一つの課題である営造物責任についてであるが、我が国には国家賠償法二条があるのに対し、ドイツには物そのものに由来する責任の填補を目指す我が国の国賠法二条に相当する規定がない。そのため、公共施設の責任問題を解決するに当たって職務責任を用いざるを得ない故、当該施設の管理が基本法三四条に言う公務に含まれるか否かが争点となる。その際、公営造物や公共施設の利用に際して生じた損害について、その責任ルールは当該法関係の性質によって決まると言う<sup>(35)</sup>。営造物事務の国家的性質や、営造物が機能しているところの目的は、考慮されないとされている(なぜなら、行政は高権的性質の事務について、公法的形態でも私法的形態でも履行することを選択できるからである<sup>(36)</sup>)。国家の意思は利用関係の法的性質に現れるのであり、それを突き止めることが重要とされる。利用関係を公法的に形成していることの徴憑 (Indizien)、つまり職務責任原則の適用可能性として挙げられることは、公法上の規定 (Satzung) による利用

規制、行政上の手数料（私法上の対価ではない）の徴収、利用者に対する強制適用の可能性である。<sup>(37)</sup>

このような職務責任が及ばない営造物利用関係での損害における責任の隙間は、行政上の債務関係という構成により民法上の責任規定が補ってくれることがある。行政法上の債務関係の枠内における給付侵害に際しても、高権主体が取って代わるのは、その機関の故意・過失だけである。しかし、重要なのは、国家が民法二七八条の準用により履行補助者の過失についても賠償しなければならぬという点である。この意味での履行補助者には、国家がその契約義務を履行するため介在させた私企業も含まれる。<sup>(38)</sup> 補助者のために保証しなければならぬ (Einstehenmüssen) とすることで、私企業が高権的任務履行のため介在せしめられている場合に職務責任請求の際発生し得る責任の欠損は穴埋めできる。<sup>(39)</sup>

さて、ドイツに比べて日本の場合、当該施設が営造物（国賠法）に当たるか否かが主要な論点となる。

念のために、我が国の国賠法二条と民法七一七条の違いを確認しておこう。両者は内容的にかなり重なっているが、異なる点と言えば、土地上の工作物に限られるのか（民法）若しくは物という広い概念であるのか（国賠法）、並びに、占有者が第一次的に責任を負うのか（民法）若しくは占有者と所有者の区別をしないのか（国賠法）等である。勿論、営造物と工作物が一致する事例の場合、いずれかの規定が適用されるので、救済に欠けることはない。しかし、工作物に匹敵しない公物に関しては、当該物には国賠法しかあり得ないため、営造物（国賠法）の射程を確認する必要がある。<sup>(40)</sup>

このように、営造物（国賠法）性の判断をせざるを得ないが、その場合当該施設に公用開始行為があったかが、とりあえず営造物（国賠法）性を判断する基準として用いられることとなる。例えば、道路については公用開始行為が比較的明確に発見できる。しかし、私人による公共性の強い施設の経営の場合、それが営造物であるかどうかは、前示の公用開始行為の諸徴憑を利用することで、確定せざるを得ないのではないかと思われる。勿論、そもそもその諸徴憑はドイツでは賠償責任に係る公共施設・公物概念の確定のために用いられているものではない。<sup>(41)</sup> しかし、他に適切な指標もないのであるから、諸徴憑を重要な指標にして営造物（国賠法）該当性を判断せざるを得まい。

また付言したい論点として、我が国では国賠法二条の「公共団体」概念が明らかにされる必要がある。ある施設の設置・管理者が公共団体である場合、当該施設を公共施設と見なすことに傾くからである。判例上、特殊法人たる日本道路公団は公共団体とされている。<sup>(42)</sup>これに対して、J R、N T T等の政府出資の特殊会社は公共団体とは見なし難い。このような区分に関しては、行政主体のメルクマールとして、規約の改正権能が国会にあることや、意思決定機関の選任権能が大臣にあることに着目する学説<sup>(43)</sup>が提起され、注目される。

なお、ドイツでは公共施設や営造物の設置管理の瑕疵に基づく責任論は、職務責任と並行して、行政法上の債務関係に基づく賠償請求に対応する議論を見出す必要がある。但しその場合でも、ドイツでは刑務所（刑務所は公共施設ではないが営造物には当たると）における囚人に対する配慮義務は公法上の配慮関係を念頭に置くものではなく、付随的な義務であり、よって民法八三九条の職務義務に過ぎないと判示されている（BGHZ 21, 214(220f.)）。つまり、債務法規定を準用できないということである。故に、囚人と刑務所には公法上の債務関係が制限されるので、刑務所の管理責任は通常の過失責任（民法八三九条）ということになる。他方、我が国の場合、刑務所は営造物（国賠法）であるので、刑務所の物的瑕疵による損害については国賠法二条が適用されよう。従って、国家の責任が補足する範囲については、我が国のほうが重層的である。

## 2 公共施設と営造物（国賠法）

原龍之助氏によると、公共施設は国・公共団体が設ける施設であって、私人の設ける同種の施設は公共施設とは呼ばない。<sup>(44)</sup>しかし、公共性の強い施設・設備が私人により所有されている場合、私人のものであることを理由に、公共施設ではないとしてみようには問題がある（参照、名古屋地一宮支判昭四九年六月二八日判時七六三号七四頁）。他方で、やはり私人の所有しかつ管理する施設は通常公共施設とは呼ばない。私人の所有する公的な施設の場合、公用開始行為やその

徴憑を通じて公共施設性を判断せざるを得ないのでなかろうか。

ところで、鬼ヶ城事件最判では、国賠法「三条一項所定の営造物の設置費用の負担者には、営造物の設置費用につき法律上負担義務を負う者のほか、この者と同等若しくはこれに近い設置費用を負担し、実質的にはこの者と当該営造物による事業を共同して執行していると認められる者であつて、当該営造物の瑕疵による危険を効果的に防止しうる者も含まれる」と判示されている。<sup>(45)</sup> 本件では、営造物（国賠法）であることが自明であり、その上で費用負担者も責めを負うとしたものである。しかしながら、逆は必ずしも真ではない。国が費用負担をしたからといって、ある施設が営造物となるわけではない。故に、公共施設としての徴憑②（前示）はあくまで徴憑に過ぎない。

基本的には、国・公共団体が費用を負担していてもかなり密接な関係がないと、私人の公的な施設が営造物（国賠法）とされることにはなるまい。つまり行政の管理が期待できることが必要であろう。<sup>(46)</sup> これはラインラント・プファルツ決定（前示）と同指向の考え方である。例えば他有公物としての道路は、所有者である私人にではなく行政側に管理権があるから、営造物（国賠法）として解される。<sup>(47)</sup> しかし、他方で、地方公共団体が地元の産業育成や雇用促進を目的として工場誘致についての補助金を民間企業に提供していたとしても、それは地方公共団体の当該企業に対する管理権までも発生させるものではないから、当該企業を営造物とは見なせない。児童公園の設置に地方公共団体から資金援助がなされていた事例で、住民自身が管理している場合は営造物と言えないとした判決もある。<sup>(48)</sup> 反対に、福山市愛生会事件<sup>(49)</sup> に関しては、当該精神薄弱者施設が条例によって市の施設として設立され、管理の実施だけが民間法人に委ねられているに過ぎないから（しかも、入所退所は市長が決定権を有していた）、営造物（国賠法）としての性格は維持されていたと思われる。

## 3 公営住宅と営造物（国賠法）

公共施設たる市営住宅は直接公の目的のために供されているのではないので、営造物（国賠法）には該当しないと述べた判決があり、通説も同意見である。<sup>(51)</sup>しかし、公物概念は、もともと、直接公の目的に供されることを定義として含んでおり、<sup>(52)</sup>同判示部分だけでは、なぜ公物たる公営住宅が営造物（国賠法）として扱われないか承伏しがたいところがある。<sup>(53)</sup>公営住宅は公物だから、概念上、直接公の目的に供用されているはずである。反対に、引揚者等を対象とした住宅援護のための収容施設は営造物（国賠法）とした判決がある。<sup>(54)</sup>

そこで、公営住宅の場合には、民間の同種施設との類似性があり、私法上の契約関係が存するとして<sup>(55)</sup>私経済活動の一環として見なされる結果、営造物（国賠法）性が否定されるのだという解釈はどうか。これはちやうど国賠法一条の公務員の公権力行使または職務に関して私経済活動を除外する思考と似ている。この論でいくと、公立病院もまた公共施設・公物ではあるが、民間病院と同様の法律関係を持つから（しかも、国公立病院医師の行為は「公権力の行使」（国賠法一条）にも当たらない）、営造物（国賠法）該当性を否定されることになる。ところが、神戸地裁は市立病院の面会コーナーにある椅子を営造物（国賠法）に該当することは明らかであるとし、その他の裁判例も公立病院を営造物（国賠法）と見ている。<sup>(57)</sup>要するに、公立病院施設もその備品も営造物（国賠法）ということである。

ここで、本来公営住宅を営造物（国賠法）でないとすることの意味を再度問い直す必要がある。実際、先の判決では、市は市営住宅の管理者として責めを負わないが、市道の管理者として国賠法二条の責任を負うとしている。従って、わざわざ市営住宅を営造物（国賠法）と見なさなければならぬ事例ではなかったのだ。察するに、公営住宅が営造物（国賠法）でないとする論拠は、公営住宅の管理はその各居住者に事実上ほぼ任されるのであり、それに起因する事故について法上の管理者たる公共団体が責めを負わされるいわれはないとの点にあるのだろう。例えば、公営住宅の居住者が自らの庭に樹木を植栽しているが、その枝が公営住宅の敷地外に飛び出しており、第三者の被害を招いたような場合、

当該居住者が民法七二七条により賠償義務を負うべきであろう。しかし、公営住宅の管理者が全く賠償責任を問われな  
 いとするのではなく、危険であることを知りつつ何ら対策を講じようとしなかった場合には、責任が生じる可能性はな  
 いだろうか。<sup>(58)</sup> その場合、国賠法二条（管理の瑕疵の責任）でいくのか、国賠法一条（過失責任）でいくのか、あるいは民  
 法七二七条（所有者責任）でいくのかは問題として残る。通説は国賠法二条を否定する（公営住宅は国賠法の営造物ではな  
 いので）。しかし、工事請負業者が河川区域内に設置した仮水路での溺死事故について、神戸地裁姫路支部は、業者の  
 工作物責任を認めるとともに、河川管理者（国）に関して当該工作物そのものの管理権がなくとも、仮水路の設置され  
 ていた河川部分全体を営造物（国賠法）と見ることができるとして、河川管理の瑕疵があったと判示した。<sup>(59)</sup> 公営住宅が  
 営造物（国賠法）であると仮定して、この判決を当てはめると工作物を設置した居住者の責任と並んで、公共団体も公  
 営住宅管理者として責任を負わされることになる余地がある。この場合、居住者の瑕疵はその個々の工作物に係るとい  
 う意味で具体的であるのに対して、公共団体の瑕疵は公営住宅を安全に保つ管理責任に関する抽象的なものとなる。し  
 かし、公共団体に生ずるこのような瑕疵責任は過大な責任を公共団体に発生させることにもなりかねない。それは公共  
 団体の管理の瑕疵が居住者のそれを包摂してしまう場合であろう。故に、公共団体の管理瑕疵があまり広く解されない  
 ようにすべきであり、それができるのであれば、公営住宅を営造物（国賠法）に含み得る余地がある。

実際、裁判例には、公営住宅に付属の設備等を営造物（国賠法）とするものが見られる。例として、県営住宅内の遊  
 園地のブランコを営造物（国賠法）とした判決がある。<sup>(60)</sup> 但し、本件では住宅入居者のみならず、近隣者も当該ブランコ  
 を利用しており、県もこれを禁止等していなかったことに照らすと、通常の公園等のブランコと同じく営造物（国賠  
 法）に含めるのが自然であったのかも知れない。

同じく、市営住宅の排水用の溜池については営造物（国賠法）に含まれるとした判決がある。<sup>(61)</sup> この事案では、この溜  
 池が市営住宅以外の者にとっても利用されているという事実認定はない。故に、ブランコとは異なる性質の施設である。



その他、市営住宅敷地内の防火用水槽も営造物（国賠法）であると解されている。<sup>(62)</sup>

このように見てくると、公営住宅については、居住者に事実上管理が任されるような範囲の物については営造物（国賠法）ではないと判例は考えているようである。他方、公営住宅の居住者に専ら管理が任されていないような物（例、ブランコ、防火用水槽、排水用溜池）は営造物（国賠法）の扱いとなろう。右のように解すれば、公営住宅の営造物該当性に係る判例は統一されていないとの批判はかわせよう。<sup>(63)</sup>

#### 4 国有林野と営造物（国賠法）——附論——

公共施設の例とはされていないが、裁判例によると、行政財産としての国有林野は営造物（国賠法）でないとされている。<sup>(64)</sup> 行政財産としての国有林野は「治山、営林事業等を通して国民の福祉に寄与するものではあるが、直接公の目的に供されるものということとは出来ないから」というのが理由である。これは通説に従ったものと思われる。本件は、建設業者（被告）が国有林野内に国（被告）から無料利用承認を得て寄宿舎を建設したが、宿泊中の従業員が土砂災害により死亡した事例である。確かに国に管理権があるが、国による林野の管理が土砂災害を全て防止するということまで要求できないと通説・裁判例は解しているのではなからうか。他方、飛驒川バス転落事件名古屋高判では、道路（営造物）そのものではなく、人的措置を講じなかったことに瑕疵があったとして（交通規制すべきだった）、営造物責任を認めている。<sup>(66)</sup> いずれも土砂災害の事例であるが、国有林野は営造物（国賠法）でないとして、公権力行使の違法性（国賠法一条）が問われた。行政財産としての国有林野が営造物（国賠法）でないというのは、「直接」公共の用に供されていないというのが理由である。しかし、公営住宅の排水用溜池や防火用水槽については、公営住宅が営造物（国賠法）でない（通説）とされつつも、「直接」公共の用に供されているものと解した事例（前示）や、支笏洞爺国立公園内の登別温泉地獄谷について観光施設であっても（即ち、公共性が弱い）、営造物（国賠法）性を前提にした事例がある。<sup>(67)</sup> このような公

共性にかかる直接性要件に対しては、基準として曖昧過ぎると批判できよう。従って、むしろ国有林野の場合、土砂災害を全く防止するような管理が期待できないが故に、国有林野を営造物（国賠法）概念から除外し、国賠法一条で処理するという決断が裁判・通説に見られるとしたほうが納得しやすい。尤も、本件国有林野が営造物（国賠法）と解されていたら、管理に瑕疵があったとされ得たのではないか。実際、同判決では、国が利用承認した行為を公権力の行使であるとして国賠法一条による原告の請求が認められている。

結局、自然公物は営造物（国賠法）に当たらないという考え<sup>(68)</sup>があり、批判は多いが、国賠法二条の「営造物」や「管理」の射程を決めるに当たって、判例上自然公物か人工公物かが勘案されていると思われる。行政財産たる国有林野を含む自然公物は公営住宅の際の理由（管理は賃借人に任されている）と多少違つて、事故防止のための十分な管理が物理的に期待できないので（河川も同様）、営造物（国賠法）と見なさないと解しているのではなからうか。但し、国有林野といえども、その中に国が設置した公物（遊歩道、休憩所等）に関しては、国に管理を期待できるのであるから、営造物（国賠法）性を否定されることはない。他方、河川については営造物であることが国賠法二条に明示されているが、河川管理の瑕疵要件を厳格にすること<sup>(69)</sup>で国有林野の管理責任との結果的な均衡が保たれている。

## おわりに

最後に結論をここで述べさせて頂く。

前示のように、営造物（国賠法）概念が問題となる諸事例を整合的に位置づけようとする、営造物（国賠法）該当性を公物概念だけを用いて決するのは無理であることが分かる。つまり、（直接）公の目的に供せられている有体物という要件だけでなく、その物に管理が期待できる場合に営造物（国賠法）性が肯定されているように思われる。この指標

は特に私人の所有または管理する公的な施設についてその営造物（国賠法）該当性を見極める際の判断基準として機能するであろう（これはドイツの影響力を行使できるかという基準に対応する）。

かくして、管理が期待できるかを営造物（国賠法）性判定に組み込むのであるから、国賠法二条の「営造物」と「管理」を分節的に解釈するよりも、両者を関連づけてそれぞれの施設について「営造物」該当性を探るほうが合理的ではないか。<sup>(70)</sup> これまで先人たちが営造物責任を個々の領域ごとに法律文言に照らして分析してくれたが、今後それを有機的に関連づけ総合していく作業がよりいっそう求められよう。

註

- (1) 公共施設概念の有用性を説くものとして、岡田雅夫「公共施設に関する一考察」公法研究五一号（一九八九年）二六四頁以下。
- (2) 原龍之助『公物營造物法〔新版〕』（有斐閣、一九八五年）三六二頁。
- (3) Niedersächsische Gemeindeordnung in der Fassung vom 22. August 1996; Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. August 1998; Gemeindeordnung für Baden-Württemberg in der Fassung vom 24. Juli 2000. また、ラインンンナ・トフマルンゴ一四条二項は、住民の公共施設利用権を定めつつある。Gemeindeordnung in der Fassung vom 31. Januar 1994.
- (4) Hans-Jürgen Papier, Recht der öffentlichen Sachen, 3. Aufl., 1998, S.28; Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht II, 5. Aufl., 1987, § 98 I 1h.
- (5) Peter Badura, Zulassung zu öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde und Verwaltungsprivatrecht, JuS 1966, S.19.
- (6) Badura (Anm.5) S.19.
- (7) Badura (Anm.5) S.19f.
- (8) Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., 1974, § 56 II c.
- (9) Wolff/Bachof (Anm.8) § 56 II d.
- (10) ProVGE 94, 143 (145). 参照 Wolff/Bachof (Anm.8) § 56 II e3.
- (11) Wolff/Bachof (Anm.8) § 56 II f; Papier (Anm.4) S.43.

- (21) Fritz Ossenbühl, Rechtliche Problem der Zulassung zu öffentlichen Stadthallen, DVBl.1973, S.290.
- (21) Badura (Anm.5) S.18; Wolfgang Knies, Die Überlassung gemeindlicher Räume an politische Parteien, BayVBl.1968, S.230.
- (14) OVG Münster, Urt.v.23. 10. 1968, NJW 1969, S.1077.
- (15) Badura (Anm.5) S.18; Knies (Anm.13) S.230.
- (19) OVG Münster, NJW 1969, S.1077.
- (17) 参照' OVG Nordrhein-Westfalen, Urt.v. 24.2.1969, JZ 1969, S.512.
- (18) OVG Münster, NJW 1969, S.1078; OVG Nordrhein-Westfalen, JZ 1969, S.512.
- (19) OVG Münster, NJW 1969, S.1078; OVG Nordrhein-Westfalen, JZ 1969, S.512.
- (20) Dirk Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S.10; Wolff/Bachof/Stober (Anm.4) § 104a I 2b)bb).
- (12) Wolff/Bachof (Anm.4) § 104a I 4c.
- (22) OVG Nordrhein-Westfalen, JZ 1969, S.512.
- (23) Urteil des Hessischen Verwaltungsgerichtshof, vom 17.8.1951, DVBl.1951, S.737.
- (24) Urteil des Hessischen Verwaltungsgerichtshof, DVBl.1951, S.738; Ossenbühl (Anm.12) S.290.
- (25) OVG Münster, NJW 1969, S.1077.
- (26) OVG Münster, NJW 1969, S.1077; OVG Nordrhein-Westfalen, JZ 1969, S.512; Urteil des Hessischen Verwaltungsgerichtshof, DVBl. 1951, S.738; Ossenbühl (Anm.12) S.290.
- (27) Urteil des Hessischen Verwaltungsgerichtshof, DVBl. 1951, S.738.
- (28) Ernst Pappermann, Prozessuale Fragen im Rechtsstreit politischer Parteien auf Überlassung gemeindlicher Räume, JZ 1969, S.489; Knies (Anm.13) S.232. クニースは'固有会社(ゼマインデ)が全出資を所有している私法上の会社)を扱っては'ゼマインデの影響力行使の可能性は十分であるが'公私混合の会社については'会社法上の抑止的な少数株主(Sperrminorität)が存在するため'影響力行使の可能性は十分ではなかつた。'
- (29) DÖV 1986, S.153. 類似の裁判として' VGH Bad.-Württ., Beschl.v. 6.8.1968, BWVBl.1969, S.10.
- (30) Ossenbühl (Anm.12) S.294.
- (31) Knies (Anm.13) S.232; Pappermann (Anm.28) S.489; VGH Bad.-Württ., BWVBl. 1969, S.10f. 政党(NPD)の地方支部が市営ホールの使用許可を申請したが'市営ホールの管理会社に拒否された事件で'バーデン・ヴェルテンベルク行政裁判所は'次の理由で当該管理会社は行政権限受任者ではないとした。

市営ホールの所有者は市であり、市は管理会社（市が二六パーセント出資している有限会社）と市営ホールの賃貸借契約を締結している。この賃貸借契約によると、賃借人は市営ホールを政党にも使用を認めなければならぬが、禁止された政党には、市営ホールを使用させてはならず、疑わしい場合は、事前に賃借人の同意を得なければならぬとされている。市は管理会社への行政権限委任を行っていない。ただ会社契約と賃貸借契約が存在するだけであり、その契約から、管理会社が行政権限委任を受けているということは読み取れない。しかも、行政権限委任の存在を示す法規範や行政行為が欠けている。

- (32) BVerwG, Beschl.v. 21.7.1989, NJW 1990, S.135.
- (33) BVerwG, Beschl.v. 29.5.1990, DÖV 1990, S.977(978).
- (34) Ossenbühl (Anm.12) S.293.
- (35) Fritz Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl., 1998, S.38; Hans-Jürgen Papier, § 839, Rn. 154f., in: Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl., 1997.
- (36) Ossenbühl (Anm.35) S.38f.
- (37) Ossenbühl (Anm.35) S.39.
- (38) 例えば、BGHZ 54, 299; BGHZ 61, 7. 両事例において、行政は公共施設を設置するため私企業を介在させている。判旨については、参照、拙稿「ドイツの職務責任における『官吏』の概念(三・完)——基本法三四条、ドイツ民法八三九条と私人——」久留米大学法学(一五周年記念)四三三号註(296)、(299)。
- (39) Ossenbühl (Anm.35) S.358.
- (40) 木村実「営造物にかかわる賠償責任」雄川一郎・塩野宏・園部逸夫編『現代行政法大系6 国家補償』所収(有斐閣、一九八三年)六八頁。
- (41) また、ドイツの営造物責任論から日本が学び取れることは少ないとも言われる。大橋洋一「公物法の日独比較研究」同『法学の構造的変革』所収(有斐閣、一九九六年)二三九頁。
- (42) 例えば、日本坂トンネル事件。東京高判平五年六月二四日判時一四六二号四六頁。
- (43) 山本隆司「行政組織における法人」小早川光郎・宇賀克也編『塩野宏先生古稀記念行政法の発展と変革上巻』所収(有斐閣、二〇〇一年)八七二頁。参照、田中二郎『新版行政法中巻全訂第二版』(弘文堂、一九七六年)二二三～二二七頁。
- (44) 原・註(2)三六二頁以下。
- (45) 民集二九卷一〇号一七五四頁。評釈として、下山瑛二「地方公共団体の執行する国立公園事業の施設に対し補助金を交付した国が国家賠償法三条一項にいう公の営造物の設置費用の負担者にあたるとされた事例」民商法雑誌七四卷六号一四〇頁。

- (46) 市が事実上管理する私人所有の防火水槽を営造物(国賠法)とした事例として、名古屋地一宮支判昭四九年六月二八日判時七六三号七四頁。参照、最一小判昭五九年一月二九日民集三八卷二一号一二六〇号。
- (47) その裏返しとして、未だ明確な公用開始行為がなされていなくとも、道路としての形態を備え事実上道路として使用に供されていた場合には、道路管理権を有する国・公共団体は国賠法二条一項の適用を免れないであろう。徳島地判昭四六年二月八日訟月一七卷五号八〇三頁、浦和地判昭六一年一月二六日判時一二二二号一〇一頁。
- (48) 福岡地判昭五一年二月二六日判時八二〇号九九頁。
- (49) 広島地裁福山支判昭五四年六月二二日判時九四七号一〇一頁。
- (50) 名古屋地判昭五五年三月二八日判時九七五号七三頁。
- (51) 古崎慶長『国家賠償法』(有斐閣、一九七一年)二二五頁、有倉遼吉「逐条国家賠償法解説」法律時報二五卷九号二二頁。
- (52) 原・註(2)六三頁、田中・註(43)三〇五頁。
- (53) 西埜章『国家賠償法』(青林書院、一九九七年)二八二頁。
- (54) 神戸地伊丹支判昭四五年一月一二日判タ二四二号一九一頁。
- (55) 例えば、東京高判昭四〇年一月二二日判タ一八七号一七三頁。
- (56) 参照、阿部泰隆・兼子仁・村上順著『判例コンメンタル〈特別法〉国家賠償法』(三省堂、一九八八年)一九九頁。
- (57) 神戸地判平八年八月一二日判タ九三五号一一〇頁。その他、名古屋地判昭四七年八月二四日判時六九三号七二頁、長野地諏訪支判昭五〇年六月二五日判タ三二九号一八〇頁。
- (58) 実際の事例では、市営住宅居住者の植栽している樹木が道路上に僅か一五センチメートル余り伸びており、それにぶつかって怪我をした通行人が、民法七一七条により管理者たる市に賠償を求め、また道路管理者に対しては国賠法二条により賠償を求めた事件があるが、神戸地裁は原告の不注意であるとして訴えを棄却した。神戸地判昭六〇年二月二八日判時一一六〇号一三八頁。
- (59) 神戸地姫路支判平一三年四月二三日判時一七七五号九八頁。
- (60) 長野地判昭五九年三月一九日判例自治六〇巻一号五八頁。その他、東京地判昭五八年二月二四日判時一〇七二号一二二頁は、公営住宅の団地内のテニスコートに設置されていた日覆いの鉄製骨組が営造物(国賠法)であることを前提にしている。
- (61) 水戸地判昭四七年二月二九日判時六七三号七二頁、判タ二七六号二二三頁。
- (62) 福岡地八女支判昭五五年四月三〇日判時九八九号七四頁。
- (63) 西埜・註(53)二八一頁。参照、小幡純子「国家賠償法二条の再構成(上)」上智法学論集三七卷一―二号(一九九三年)一一五頁。

- (64) 長野地松本支判昭五四年三月一日判時九四一号八九頁。参照、東京高判昭五六年一月三日判時一〇二八号。
- (65) 古崎・註(51)二一五頁、有倉・註(51)二二頁。
- (66) 名古屋高判昭四九年一月二〇日判時七六一号一八頁。
- (67) 広島高判昭五七年八月三一日判時一〇六五号一四四頁。
- (68) 大坪憲三『国家賠償法詳解』(港出版合作社、一九五七年)二二〇頁。
- (69) 例えば、大東水害最判はその試みの一つと位置づけられる。民集三八卷二号五三頁。
- (70) このような思考は、小幡教授や木村教授の見解とも通じていると思われる。小幡純子『公の営造物』の意義「西村宏一・幾代通・園部逸夫編『国家補償法大系2 国家賠償法の課題』所収(日本評論社、一九八七年)一九〇頁、木村・註(40)六八頁。