

论 PPP 模式下国家赔偿责任的归属

——以日本最高法院裁判为例

On the Attribution of the State Liability under the PPP Model
in Japanese Law: Focusing on the Supreme Court Cases

孙铭宗

SUN Ming-zong

【摘要】 公私协力的研究与实践近来在我国形成一股旋风,随之而来的问题便是:部分行政任务移转由私主体执行后,如有侵权行为发生,国家赔偿责任应归属于何人。对此,日本最高法院依公私协力态样类型而有不同判断标准:执行层面的公私协力,提出任务、资金来源及权限三项考虑因素;决定层面的公私协力,则以受托事项是否原归属公部门的事务为断。但学者却以私主体的行为在法律上与公部门的权限、责任是否可分,提出不同判断标准。

【关键词】 公私协力 国家赔偿责任 私主体 指定机关

【中图分类号】 DF26 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206 (2017) 01-0061-09

Abstract: The research and practice of Public-Private Partnership has recently become a whirlwind. The following question is: after some administrative tasks are transferred to a private subject, if a tort to a third person happens, to whom should the state liability be attributed? In this regard, the Supreme Court of Japan has showed different criteria oriented to the different types of the Public-Private Partnership: in the case of the Public-Private Partnership on the enforcement aspect, three factors should be considered, i. e. the character of the task, the funding sources and the permission right; in the case of the Public-Private Partnership on the decision aspect, it depends on whether the entrusted matter originally belong to the public sector. However, some scholars take different factors into account, such as whether the act of private actor is legally separated from the permission right and responsibility.

Key words: Public-private partnership State liability Private actor Designated institution

【收稿日期】 2016-08-20

【作者简介】 孙铭宗,男,1976年7月14日生,广东国际战略研究院博士后,台湾行政法学会执行秘书,台湾政治大学法学院博士研究生,研究方向为行政法、社会法、食品安全。

一、前言

PPP 的研究在我国向来处于学理的引进与探讨阶段，虽有多位学者发表研究鼓吹数年，但似乎并未引起如欧美、日本等国的高度关注与应用热潮。2014年12月财政部与国家发改委公布了《政府和社会资本合作模式操作指南（试行）》、30个PPP示范项目及《关于开展政府和社会资本合作的指导意见》后，在中央政策的推波助澜下，河北、江苏、湖南等多省份也纷纷下发《关于推广政府和社会资本合作模式的实施意见》。可以说自2015年开始，从中央到地方都掀起了一波PPP的热潮，在PPP的运用越来越广泛的今天，因私主体执行公任务发生侵权案件时，其国赔偿责任究竟如何归属，与公部门自己执行有无不同？例如私主体在兴建公共设施过程中导致路过民众受伤，或是独居老人在政府委托经营的养老机构中被虐待致死，究竟应由公部门还是受托私主体担任国家赔偿的义务机关，其判断标准为何？这些都是在研究PPP的时候不可忽略的重要课题。

二、日本公私协力的发展态样

日本推行PPP模式的时间早于我国，30年前便已开始发展。1980年代初期受到英国民营化风潮的影响，为因应低经济增长与财政赤字增加，日本提出尊重市场原理及排除政府介入的口号；1990年代初期受到经济发展停滞影响虽一度终止民营化政策，但后期开始扩大民营化概念，并采多元民营化手法，尝试引进民间创意、专业与技术；21世纪以后，中央与地方政府将私主体力量导入多项独占公共服务领域，企图整合社会有限资源善加利用，以弥补公部门专业或服务供给的不足。^{〔1〕}因此日本对PPP模式的实践与研究当有重要意义，透过对其相关判决与学理的梳理，可了解日本在PPP模式下对于国家赔偿责任归属的观点与争点，对我国PPP模式研究应可提供另一种途径，具有相当的参考价值。但我国《国家赔偿法》并未如日本设有公共设施管理不当导致人民受到侵害的赔偿规定，因此本文的讨论仅以公权力行使导致人民受到侵害的类型为主。

依日本学者山本隆司的观察，公私协力的发展态样可分为“执行层面”与“决定层面”两种。^{〔2〕}日本最高法院涉及公私协力国家赔偿责任的裁判共有两例，分别为最高法院2007年1月25日判决与2005年6月24日裁定。前者涉及《儿童福祉法》中，儿童于养护设施内受到其他儿童暴力行为的责任认定，属于私化^{〔3〕}程度较低的“执行层

〔1〕 参见林淑馨：“矫正机构PFI的课题与启示：以日本为例”，载《检证民营化、公私协力与PFI》，远流图书公司2013年版，第322页。

〔2〕 参见〔日〕山本隆司：“日本公私协力之动向与课题”，刘宗德译，载政治大学法学院公法中心编：《全球化下之管制行政法》，元照出版有限公司2011年版，第302页。

〔3〕 学者一般将privatize译为“民营化”，但此一用语较适用于政府机关转型为事业单位或法人形态的情形，偏向行政组织层面的观察；“私化”方能体现行政任务“由公至私”的过程，容纳所有“由官至民”的形态。相同见解请参见杜仪方：“公私协作中国国家责任理论的新发展——以日本判决为中心的考察”，《当代法学》2015年第3期，第39页。台湾地区学者请参见刘宗德：“公私协力与自主规制之公法学理论”，《月旦法学杂志》第217期（2013年6月），第44页。

面”；后者则涉及《建筑基准法》中，指定确认检查机关〔4〕（以下称“指定机关”）所为确认相关事务的损害赔偿认定，属于私化程度较高的“决定层面”。以下便以这两个裁判说明日本PPP模式下国家赔偿责任归属的相关讨论。

三、养护设施职员养育与监护行为视为公务员职务行为

（一）案例事实

儿童X的母亲因病而难以在家抚养X，爱知县（以下称“县”）基于《儿童福祉法》（以下称“儿福法”）第27条第1项第3款对X采取入所措施（以下称“第3款措施”），将其入所于社会福祉法人Y所经营的儿童养护设施。1998年，X受到设施内其他4名儿童的暴力行为而产生重度后遗症。X主张该设施的职员A对儿童的监督有过失，基于《国家赔偿法》（以下称“国赔法”）第1条第1项对县请求损害赔偿，基于《民法》第715条对Y请求侵权行为的雇用人责任。

第一审〔5〕肯认县的国赔责任，关于Y的雇用人责任，因A该当于《国赔法》第1条第1项的公务员而不负个人的侵权行为责任，故否定之。第二审〔6〕亦肯认县的国赔责任，关于Y的雇用人责任，认为《国赔法》第1条第1项规定仅排除公务员的个人责任，不会因此阻却公务员个人行为的违法性，而肯定该损害赔偿。

（二）摘录内容

驳回县的上诉。关于Y的上诉，撤销原判决中Y的败诉部分，并驳回X的控告。

“该法（《儿福法》，以下同）规定，国家及地方公共团体，与保护者共同负有让儿童身心健康成长的责任（该法第2条），为履行此责任，对都道府县课予设置儿童谘询所的义务（该法第15条），对无保护者或无法期待保护者提供适当养育、监护的儿童（以下称‘需要保护儿童’），都道府县接到儿童谘询所所长的报告后，应采取将其安置于儿童养护设施等措施（该法第27条第1项第3款），在保护者虐待儿童等情形，都道府县即使违背亲权人或监护人（以下称‘亲权人等’）的意思，仍得经家庭法院的认可后采取将该儿童安置于儿童养护设施等措施（该法第28条），都道府县以第3款措施将儿童安置于儿童养护设施时，除安置所需费用外，仍应承担安置后的养育，为了维持厚生劳动大臣基于该法第45条所订定的最低标准所需费用（该法第50条第7款），都道府县得从本人或其扶养义务人依其负担能力征收该费用的全部或一部分（该法第56条第2项），儿童养护设施长对无亲权人等的儿童行使亲权，对有亲权人等的入所儿童，关于其监护、教育及惩戒，得采取为该儿童的福祉而必要的措施（该法第47条）等。如此，关于有亲权人等的儿童的养育与监护，该法以国家或地方公共团体负监护责任为前提，具体规定都道府县对需要保护儿童具有的权限及责任，另一方面承认儿童养护设施长对入所儿童的监护、教育及惩戒得采取必要措施以保护该儿童的福祉。按上开该法

〔4〕 指定确认检查机关即所谓指定法人，系指受行政机关指定执行一定公共事务的法人，在日本最普遍制度化的公私协力形态即为指定法人制度，由指定法人实施检查并证明机器等物品符合安全技术标准的情形，极为常见。参见孙铭宗：“论日本公私协力的变革与动向”，《浙江学刊》2015年第4期，第157~158页。

〔5〕 名古屋地方法院2004年11月12日判决。

〔6〕 名古屋高等法院2005年9月29日判决。

旨趣，基于第 3 款措施安置于儿童养护设施的儿童，安置后在设施的养育与监护本来系属都道府县应为任务，担任此种儿童养育与监护的儿童养护设施长，基于第 3 款措施受托本属都道府县所具有的公权限，而代都道府县行使之。因此，对基于都道府县所为第 3 款措施安置于社会福祉法人所设置、经营的儿童养护设施的儿童，该设施的职员所为养育与监护行为，应理解为相当于都道府县公权力行使的公务员职务行为。”

“按《国赔法》第 1 条第 1 项规定，担任国家或公共团体公权力行使的公务员，执行职务之际因故意或过失而对他人违法造成损害时，国家或公共团体应对该被害人负担国家赔偿责任，而认公务员个人并非负担民事上的损害赔偿赔偿责任。^{〔7〕} 依此旨趣，国家或公共团体以外的受雇人对第三人造成侵害，且其行为相当于国家或公共团体的公权力行使而国家或公共团体对被害人基于该项规定负损害赔偿赔偿责任者，此时应认不仅该受雇人个人不负《民法》第 709 条的损害赔偿赔偿责任，雇用人亦不负《民法》第 715 条的损害赔偿赔偿责任。”

（三）国家赔偿责任

本件系私人受地方公共团体委托对第三人提供社会福祉服务的过程中，发生事故而使该第三人受到损害的案件，^{〔8〕} 应属决定层面的公私协力类型。兹就受托人 Y 应否承担国家赔偿责任与民事责任，分别探讨如下：

关于《国赔法》的适用，广义说认为公共团体的构成成员或职员所为的职务行为属“公权力行使”，私经济作用则不属之。此一公权力行使的区分，是以行为性质作为判断标准。然而，公共团体所为职务行为相当于公权力行使的行为，如为私人所为，是否仍可认系属公权力行使？此系行为主体的性质对是否相当于公权力行使的判断具有何种影响的问题，就此学说尚未充分讨论。^{〔9〕} 下级审法院则认为，受托私人对第三人行使的作用具有强制性时，通常肯认该行为属公权力的行使，唯除此之外何时得肯认公权力行使的性质，尚无判决提出抽象判断标准。^{〔10〕}

本件判决的论理结构特色可归纳为以下内容：第一，法律上虽未明文规定在儿童养护设施对需要保护儿童所为的养育与监护行为系属都道府县的任务，唯最高法院斟酌儿福法诸规定及其意旨，肯认其属都道府县的任务。第二，判断是否相当于公权力行使时，法院对委托人（都道府县）的指挥监督权尚未赋予决定性意义；此判断应基于如下价值判断，即如仅视指挥监督权的存否而定，是否成立国赔责任不得任由与此有关之国家与都道府县的制度设计而定，恐有导致不当结果之虞。第三，关于受托私人的行为是否相当于公权力行使，本件判决提出任务、资金来源及权限此三项考虑因素，而未必仅重视该作用本身是否具有强制性因素；亦即，本判决肯认相当于公权力行使的对象，系基于《儿福法》第 27 条第 1 项第 3 款所订安置措施所为的“养育与监护行为”。该行为并非透过法律或基于法律的行政处分将权力性权限委托予私人的“公权力委托”，而系基于以县与 Y 间的措施委托契约为基础的“行政任务的委托”为之。因此，本判决判断是否相当于公权力行使时，考虑对需要保护儿童的措施《儿福法》所设的整体机

〔7〕 最高裁 1953 年 4 月 19 日判决·民集 9 卷 5 号 534 页；最高裁 1978 年 10 月 20 日判决·民众 32 卷 7 号 1367 页。

〔8〕 山本隆司「私人の行為による国家賠償（1）」法学教室 342 号（2009 年）60 页。

〔9〕 同上，第 61 页。

〔10〕 原田大樹·本件判批·法政研究 74 卷 2 号（2007 年）122 页。

制，而依任务、资金来源及权限的三项因素为判断。^{〔11〕}

关于上述第一点，学者山本隆司提出如下批判：私人本来并无实现公益的民主正统性，原则上自由经营其事业；此种私人与公共团体间的关系，呈现复杂且多样的型态，法令亦未明示任务或任务之分配。在此种关系上，依该任务或任务是否“原属”公共团体而判断国赔偿责任是否成立，可能导致公共团体《国赔法》上的责任无充分理由地扩大，而且使私人负担国赔偿责任的弹性解释也变得困难。因此，宜如以下方式解读本件判决：亦即，县对需要保护儿童具有的具体权限与责任，与社会福祉法人对需要保护儿童所为的行为，二者法律上无法分开，因此，最高法院肯认社会福祉法人职员的行为系属县的公权力行使而肯定国赔偿责任。就此，县具有权限与责任，即使违背儿童及亲权人等的意思，仍对需要保护儿童采取安置措施；由此观点而言，在儿童养护设施的养育与监护行为，难以解为基于儿童（或其亲权人等）与社会福祉法人间的契约，而与县的权限与责任分开。此种行为，仍然基于县为保护儿童对其采取安置措施的权限与责任。如此，私人的行为，法律上与实现公益的公共团体其具体权限与责任密不可分，公共团体应对私人的行为负国赔偿责任。^{〔12〕}

以上述解读方法为前提，山本教授就本件的辐射范围指出：“社会福祉基础构造改革”之后，就采取“自立支持给付方式”或“照护保险方式”的社会福利给付而言，公共团体分配财产或服务及规范民间事业者的设施整备等的关系，和服务受给人与民间事业者签订服务利用契约的关系，二者虽完全分开，不过仍予以“切割”，因此此种制度为本件判决辐射所不及，原则上不得将民间事业者所为服务提供行为解为《国赔法》上的公权力行使。而且，地方公共团体受理保护者的“申请”后，经“选定”而为之私立保育所的保育（《儿福法》第24条），服务受给人与民间事业者间存在契约关系也比本件容易判断，故原则上不在本件判决的辐射范围内。^{〔13〕}

（四）民事责任

最高法院否定Y负《民法》上的雇用人责任，对此学说的看法不一。首先，在本件最高法院为何否定Y的雇用人责任，就此问题学说上有如下推测：亦即，最高法院担心的是，如在本件肯定雇用人的赔偿责任，则有可能与《国赔法》第1条第1项否定或限制公务员个人赔偿责任的意旨相冲突。肯认《民法》第715条第1项但书所定雇用人免责的情形极为少数，在此现状下，如广泛认定公务员（即民间事业者的受雇人）的过失，雇用人所负的赔偿责任可能变得过于严格。而且，使组织化程度甚低的团体或法人亦须负担与公共团体一样程度的赔偿责任，有违背否定公务员个人责任的意旨之嫌。再者，正在力推民间委托的现状下，如广泛肯定雇用人责任，易使民间事业者产生心理上的萎缩效应。^{〔14〕}

支持本件最高法院判决的见解认为：本件系损害赔偿的案件，应从有效救济被害人的角度思考，国家或公共团体如负损害赔偿责任，则对被害人的救济而言并无欠缺，故本件判决否定雇用人责任并无不妥，对民间事业者的制裁，应期待《国赔法》第1条第

〔11〕 同上，第122~123页。

〔12〕 参见前注〔8〕，第63页。

〔13〕 同上，第65页。

〔14〕 板垣勝彦·本件判批·自治研究84卷8号（2008年）156页。

2项所定的求偿权或许可的撤销等行政处分。^{〔15〕}

对此，反对见解则认为：行政委托是利用民间事业者的创意而实现“效率政府”的一种尝试，既然如此，有发挥创意空间（即专业技术上的裁量）的部门亦应承担责任。公、私部门形成协力关系时，应依各自扮演的角色分配责任，如本件判决般由公部门一律承担责任的解释，似有过于保护民间事业者之嫌。尤其令人担心的是，是否因免除民间事业者的责任而发生道德风险。例如，倘若设施长本身对儿童虐待的发生有过失，在其与被害人的关系上个人并无责任，仅有故意或重大过失时发生内部求偿问题而已，此种结果是否妥当，实有待商榷。^{〔16〕}

另一方面，亦有见解指出：本件判决仍未否定对私人行为适用《民法》第709条规定的可能性，应以下列解释方式，在一定范围内仍适用该条规定。亦即，依民间事业者的业务内容及组织型态，有指挥监督方面的懈怠导致加害行为发生或组织体系的瑕疵时，在与个别被害人的关系上可认定有过失。但是，《国赔法》第1条的基本思想在于，将赔偿责任集中于组织化程度极高的公共团体而分散损害，且该赔偿责任与公务员个人的赔偿责任予以分开，不得采取根本违反此制度意旨的解释。因此，一定程度上扩张民间事业者责任的成立要件虽可肯认，唯仍不得将其扩张到与公共团体一样的程度，而应考虑受托业务的性质、与公共团体分配角色的态样及民间事业者的组织型态等因素而设定其要件。

四、指定机关所为的建筑基准确认，归属委托的地方公共团体事务

（一）案例事实

Y公司系依《建筑基准法》第77条之18至21规定受该法第6条之2第1项所指定的指定机关。Y基于该条规定，对预定在横滨市内兴建的公寓（以下称“本件建筑物”）的计划为符合建筑基准相关规定的确认。对此，本件建筑物的邻近居民X等人主张该确认违法，对Y提起本件确认的撤销诉讼。然而，本件诉讼系属中，已为本件建筑物的完工检查，因而撤销诉讼的诉讼利益消灭，X等人遂依《行政诉讼法》第21条第1项，声请法院许可将原诉讼标的变更为对横滨市请求因本件违法确认行为而生的损害赔偿诉讼。第一审（横滨地方法院2004年6月23日裁定）予以许可，第二审（东京高等法院2004年10月5日裁定）亦同。

（二）摘录内容

驳回抗告。“依《建筑基准法》规定，该法的前提在于，确认建筑物的计划适合建筑基准相关规定。此属地方公共团体的事务，而在特定行政机关监督下使指定机关进行该确认的相关事务。既然如此，指定机关所为的确认事务，与地方公共团体的建筑主事所为的确认，皆属地方公共团体的事务，而该事务归属的行政主体，应解为对该确认标的建筑物有为确认权限的建筑主事所属的地方公共团体。因此，就指定机关所为的确认行为，对标的建筑物有权限确认的建筑主事，应解为《行政诉讼法》第21条第1项所定‘该处分或裁决的事务所归属的国家或公共团体’，故抗告人确为本件确认事务所归

〔15〕 西埜章·本件判批·民商法雜誌136卷6号（2007年）68页。

〔16〕 参见前注〔14〕。

属的公共团体。而且，考虑 Y 在特定行政机关及抗告人的首长之监督下作成本件确认与其他有关情形，应认可将本件确认的撤销请求变更为对抗告人的损害赔偿请求。”

（三）国家赔偿责任

本件裁定认为，指定机关所为的确认事务，归属于对该建筑物有建筑确认权限的地方公共团体（即其建筑主事），以此为前提，肯认将本来对指定机关提起的撤销诉讼变更为对地方公共团体的国赔诉讼；由此可知，本件的直接判断对象，在于可否依《行政诉讼法》第 21 条第 1 项为诉之变更。该项规定，行政处分的撤销诉讼得变更为以处分或裁决相关事务归属的国家或地方公共团体为被告的损害赔偿或其他请求。而为判断是否得依该项规定为诉之变更，先须认定该处分相关的国赔责任归属于何人，因此，本件裁定实包含国赔责任归属主体的认定〔17〕。

对本件裁定，学说大致给予消极评价。首先，关于指定机关行使公权力所生的损害赔偿赔偿责任，本件裁定如同前揭判决重视事务的归属主体为何，唯如采此种判断方式，无法适当把握公共团体与私部门间复杂且多样的关系，而且法令上并无明文规范与公私协力有关的事务分配，因此有过度扩张公共团体“事务”及国赔责任范围之虞。〔18〕 塩野宏教授也认为，指定机关虽接受国家委托执行公权力事务，但二者间尚未成立上下隶属的行政机关关系，该指定机关是以自己名义行使公权力，并且有权收取费用作为自我收入。故此，因该公权力的行使发生损害时，应认该指定机关作为《国赔法》上的公共团体成为赔偿责任主体，事务的终极归属及其主体并非具有重要意义。〔19〕

再者，对本件最高法院裁定，学说见解强烈质疑最高法院忽略《建筑基准法》上指定机关制度之旨趣：

第一，该制度的最大基础在于，指定机关对建筑主以自己的名义交付确认证书或拒绝之，如其交付确认证书，则除非地方公共团体采取使其失效的措施，否则指定机关所为处分的法律效力及于建筑主等人，本件裁定忽略此一制度结构。尤其，与本案件相反，指定机关拒绝交付确认证书时，《建筑基准法》并未规定地方公共团体应参与该程序，如采最高法院见解，则有可能此情形下建筑主以拒绝处分违法为理由请求国家赔偿的被告亦成为地方公共团体，此种结果是否妥当，实有疑问。〔20〕

第二，指定机关制度的意旨在于，减轻地方公共团体对确认检查的劳力而将重点移至事后审查，为此目的，将事前的确认检查事务任由民间事业者竞争，并缩短建筑主确认检查所需时间，因此，该制度上，地方公共团体并非做成事前的最终决定。而且，在该制度中，地方公共团体建筑主事的确认检查权限仍然存在，但在多数指定机关参与的市场上，民间事业者亦作为其营利活动进行建筑确认检查业务，在此制度结构上，公共团体与指定机关间并无权限委托关系，由此观点来看，尚难认为地方公共团体与指定机关间的权限与责任在法律上密不可分。〔21〕

〔17〕 山本隆司「私人の行為による国家賠償（2）」法学教室 343 号（2009 年）90～91 页。

〔18〕 同上，第 93～94 页。

〔19〕 塩野宏『行政法Ⅱ 第 4 版』（有斐閣、2008 年（補訂））273 页、同「指定法人に関する一考察」『法治主義の諸相』（有斐閣、2001 年）468 页。

〔20〕 参见前注〔17〕，第 94 页。

〔21〕 米丸恒治・本件判批・民商法雑誌 133 卷 4・5 号（2006 年）283 页；参见前注〔17〕，第 95 页。

第三，在指定机关制度上，指定机关对自己所为的确认检查应自行负责，公共团体的责任则在于接受指定机关报告后指正其检查错误，由此观点来看，指定机关应负主要责任，公共团体的责任则应限于次要责任。惟如本件裁定，将指定机关或其检查员视为“公务员”，且将事务的归属主体解为公共团体，则得对指定机关基于《国赔法》第1条第2项规定求偿的情形，仅限于指定机关有故意或重大过失时，此种责任分配结果有违背指定机关制度原来设计之嫌。^{〔22〕}

总而言之，地方公共团体并无理由对指定机关所为的行为负国赔偿责任，其所负责的范围，应限于监督过失或在审查程序中的审查错误等起因于其本身行为的责任。^{〔23〕}

五、结论

米丸恒治教授认为：《国赔法》是建立在单纯的行政模型之上而订定规范，尤其该法第1条规定系设想由国家或公共团体及其公务员所为的侵权行为之古典性规定。在该条之下，“公务员”概念解为包含行政事务的受托人，藉此种弹性解释而实现行政事务委托时的国赔偿责任之扩张，此种解释方式，行政机关委托民间事业者处理事务，但仍在行政的责任之下执行该事务，采取这种模式时，为救济被害人发挥其功能。^{〔24〕}然而，将民间事业者的受雇人视为公务员，而由行政来全面负担其加害行为所生责任，且行政得向其求偿的情形仅限于其有故意或重大过失者，依此种赔偿模型，在行政与民间事业者间无法实现适当的责任分配。这是因为，民间事业者在其营利或非营利的固有业务中使用且监督其受雇人，且有可能做出加害行为。^{〔25〕}公私协力，系公与私相互调整其目的或关心的差异而共同达成目的之现象，既然如此，其过程中所生损害之赔偿，亦应以共同负担赔偿责任为基本原则。基此观点，应回归到侵权行为责任的基本原则，而按个案检讨共同侵权行为责任的成立与否。此时，公与私的各行为人，对与各角色与责任有关的损害，在其得预测与回避该结果的范围内，按其过失比例分担该损害所生的责任。具体而言，民间事业者的受雇人引起损害时，其于执行业务的过程中如有故意或过失，该事业者亦应负作为雇用人的损害赔偿义务。而且，该受雇人该当于《国赔法》第1条的“公务员”而国家或地方公共团体负有国家赔偿责任时，此国赔偿责任与该民间事业者所负的雇用人责任间，因在公私协力的案件中一般存在关联共同性而成立共同侵权行为，二者成为不真正连带债务关系而分担赔偿责任。^{〔26〕}

山本隆司教授认为：关于《国赔法》上“公权力行使”宜如何界定，应由适用《国赔法》的法律效果出发，订立其判断标准及要件：第一，由国家或地方公共团体承担损害赔偿义务，无异于由全体纳税人分担；第二，依最高法院见解，为损害原因行为的私主体免除其损害赔偿义务。如此，因违法行为而生损害时，“公权力行使”具有以租税承担责任且对行为人赋予免责效果的性质，原则上应限于地方公共团体的构成成员或职

〔22〕 参见前注〔21〕米丸恒治文，第286页。

〔23〕 同上，第283页；参见前注〔17〕，第95页。

〔24〕 米丸恒治「行政の多元化と行政責任」磯部力＝小早川光郎＝芝池義一編『行政法の新構想Ⅲ』（有斐閣、2008年）312页。

〔25〕 同上，第312～313页。

〔26〕 同上，第314页。

员作为职务以实现公益为目的而为的行为。亦即，私人的行为例外可认为“公权力行使”的情形，必须是公部门委托其执行以实现公益为目的的行为，^{〔27〕}且可解为公部门已决定因该私主体的违法行为发生损害时自行承担责任人。

因此，检讨PPP模式下私主体因执行行政任务而致第三人受到损害时，其赔偿责任究应如何归属，似可归纳判断标准如下：一、私主体的行为在法律上与公部门的权限、责任密不可分，公部门应对私主体所为的行为负国赔偿责任。此时，依私主体的组织形态、受托业务性质及与公部门分配角色的态样，私主体亦对因指挥监督的懈怠或组织体系的问题所生的损害，依《民法》§709规定可能负损害赔偿赔偿责任。^{〔28〕}二、私主体的行为在法律上与公部门的权限、责任可分时，于下列情形下，私主体作为组织对该行为负国赔偿责任：其一，法律以明文规定该行为为公权力的行使；其二，按私主体所为的行为性质或公部门监督私主体的强度，该行为可解为公权力的行使。^{〔29〕}此时，委托公权力行使的公部门，对私主体的国赔偿责任负有单纯保证人的责任（《民法》§446以下）。

参考文献

- [1] 林淑馨．矫正机构PFI的课题与启示：以日本为例[M] // 验证民营化、公私协力与PFI. 远流图书公司，2013.
- [2] [日] 山本隆司．日本公私协力之动向与课题[M] // 政治大学法学院公法中心．全球化下之管制行政法．刘宗德，译．台北：元照出版有限公司，2011.
- [3] 杜仪方．公私协作中国家责任理论的新发展——以日本判决为中心的考察[J]．当代法学，2015（3）.
- [4] 刘宗德．公私协力与自主规制之公法学理论[J]．月旦法学杂志，217.
- [5] 孙铭宗．论日本公私协力的变革与动向[J]．浙江学刊，2015（4）.
- [6] 刘宗德．公私协力所生国家赔偿责任归属之研究[J]．行政法学研究，2015（1）.
- [7] 最高裁1953年4月19日判决·民集9卷5号[A].
- [8] 最高裁1978年10月20日判决·民众32卷7号[A].
- [9] 山本隆司．私人の行為による国家賠償（1）[J]．法学教室，2009，342号.
- [10] 原田大樹．本件判批[J]．法政研究，2007，74，2.
- [11] 板垣勝彦．本件判批[J]．自治研究，2008，84，8.
- [12] 西埜章．本件判批[J]．民商法雜誌，2007，136，6.
- [13] 山本隆司．私人の行為による国家賠償（2）[J]．法学教室，2009，343.
- [14] 塩野宏．行政法Ⅱ[M]．第4版．有斐閣，2008.
- [15] 指定法人に関する一考察[M] // 法治主義の諸相．有斐閣，2001.
- [16] 米丸恒治．本件判批[J]．民商法雜誌，2006，133，4，5.

（责任编辑：于文豪 赵建蕊）

〔27〕 依台湾地区学者主张，且须私主体对其所执行的任务为公权力已有客观认识。刘宗德：“公私协力所生国家赔偿责任归属之研究”，《行政法学研究》2015年第1期，第8页。

〔28〕 参见前注〔17〕，第100页。

〔29〕 参见前注〔3〕杜仪方文，第42页。