

国家責任の一考察

松 尾 直

I はしがき

現代社会の進展は、国家責任の面においてもかなりの影響が認められ、従来の傾向よりみてその拡大と多様化が認められる。つまり、現代社会では、国家責任が重視される傾向にあり、かつて19世紀の西欧における国家無責任からの大きな進歩の跡がつかがわれるところである。しかし、近年の国際情勢からみるならば、国家責任は、その対応する問題に限定されるものであって、勿論一概にはいえないのである。ところで、国家の無責任性について、フランスのばあいであるが、リヴェロは、「公権力の無責任性 (l'irresponsabilité de l'Etat) は、19世紀前半における主権の必然的帰結として表われていたものである¹⁾。」としている。其の後に於いて、この様な国家の無責任が、「国家責任の承認²⁾」へと転換して行くのは、フランスにおけるコンセイユ・デタの判例に負うところが大きい。すなわち、コンセイユ・デタの判決としては、「1873年2月1日のブランコ判決³⁾」が、その契機となったものとして示されている。ブランコ事件は、ブランコ氏が自分の子に対して煙草工場の車輛による傷害が加えられた事件で、損害賠償の請求が求められたものであるが、法的に注目される点としては、「民法典第1382条、第1383条及び第1384条の規定の適用による市民責任を国家に求めた事件⁴⁾」であって、「フランス行政法の基礎を

1) Jean Rivero, *droit administratif, par Précis Dalloz*, Paris, 1980, p. 20.

2) *ibid.*, p. 271.

3) *ibid.*

4) Charles Debbasch, *institutions et droit administratifs 2-L'action et contrôle l'administration, par Preses Universitaires de France*, Paris, 1978, p. 244.

確立したもの⁵⁾」とされている。この事件について、権限裁判所は、「公役務において使用する者の行為によるところの特殊原因に基づく損害を生ぜしめたことに関して、国家に帰すものとなし得る責任は、特別の関係に属するものであり、民法典中で確立された財産管理の原則によるものではない。この責任は、一般的かつ確定的なものではなく、私的権利と国家的権利とを調和させるべき公役務の要求による必要性に対応すべきものとして、特別に定められる⁶⁾。」とされているのである。ここに非権力作用の分野において生ずる損害賠償は、行政上の規律によるものとなったのである。

また、現代国家においては、社会情勢の急速な進展に伴って、国家作用も拡大化の傾向がうかがえる。広く契約法領域における「不法行為責任領域の拡大⁷⁾」については、非権力的行政作用に関するものをも含めて、「科学技術の進歩と社会の機構の複雑化によって、契約関係における契約上の権利義務の内容を特定しにくい領域が増えている。たとえば医療事故において、契約責任によるときは、被害者は過失の立証を要しない反面、被害者の主張する医師の義務が医療契約の内容に含まれるかどうかの特定が難しい場合が生ずる。また食品・薬品事故においても、製造者と消費の間に契約関係が認められるのかどうか、契約上の義務違反があったといえるのかどうか明らかでない場合も生ずる。これに対して不法行為責任によるときは、特別法による無過責任の認められない領域でも、過失の前提となる義務内容を設定しやすい。このために契約関係にある原被告間においても、不法行為法にもとづく損害賠償の請求が多くなっている⁸⁾。」とされている。そのために、訴訟においても、公共事業に対して営造物責任訴訟や環境公害訴訟の増加が示されているのである。

とくに、国家作用の中においてみれば、行政作用の拡大は、従来の消極行政と対比される20世紀後半におけるところの積極行政として、第二次大戦後のサ

5) 下山瑛二『人権と行政救済法』三省堂、1979年、64頁。

6) Carles Debbasch, *ibid.*

7) 野村好弘・伊藤高義・浅野直人編著『不法行為法』学陽書房、1981年、35頁。

8) 同上。

ービス行政には多方面に及ぶ広範囲の作用として認められるであろう。このような現代国家における行政作用の拡大は、それらの作用によってもたらされるプラス面と同時に、マイナス面にも及ぶものであるといえる。そこで、行政作用においては、マイナス面の効果が発生したばあいにおける責任が、国家責任として注目されるべきものとなる。つまり、行政作用の拡大は、その副作用として、国家責任の拡大をもたらすものといえる。すなわち、現代社会における国家作用の拡大は、その効果として必然的に国民の権利を侵害し得る危険性または可能性を内包しているといえるであろう。

このように、国家作用によって国民がその権利を侵害されたばあいは、国家による権利侵害に対する損害の填補がなされるべきところの制度的保障が、国家責任を具現するものとして必要化するのである。これらは、わが国のばあいでみると、いわゆる国家補償法として諸々の立法措置により規定されることとなったのである。国家作用による損失の填補につき、田中二郎博士は、「国家が其の作用により人民に損失を加え、而もそれが人民の責に帰すべき事由のない特別の犠牲である場合には、国家が其の損失を填補すべきことは、疑いもなく正義公平の原則の要求する所であり、私有財産制度を基調とし、自由主義、法治主義の原則を承認する現在の法律制度の下に於ては当然の帰結と考えられる⁹⁾。」されている。とくに、ここで注目されるべきことは、「国家が其の損失を填補すべきことは、疑いもなく正義公平の原則の要求する所¹⁰⁾」とされ、国家作用に起因する人民の損失に対する国家責任の根拠をもって正義公平の原則とされたことである。つまり、国家責任は、法の本質的な要求に由来するものとして位置づけられるのである。

また、フランスの大革命における1789年の人権宣言第13条には、「公の権力の維持のために及ぶ行政の費用のために、一般の課税は欠くことを得ない。それは、すべての市民間に、その能力に応じて平等に分配されるべきである。」

9) 田中二郎『行政上の損害賠償及び損失補償』酒井書店、1977年、5頁。

10) 同上。

と規定された。この規定は、「公の負担の前のすべてのものの平等¹¹⁾」の原則として、フランスにおける国家賠償責任の重要な根拠を構成するものであると解されている。この原則は、つまり平等な負担を目的とするものと解されるが、これに対する確認によりコンセイユ・デタの判例が形成されて行くことになったのである。なお、コンセイユ・デタに関しては、「一七九九年に、行政に従順な裁判官によって行政権を保護する意図で、ナポレオンによって創設された。当初は、コンセイユ・デタは行政権強化のための役割を果たし、自由主義者からは、英米の司法裁判所一元型が自由のために称賛され、行政裁判所の廃止が要求された。しかし、とくに一九世紀後半の第二帝制期より、コンセイユ・デタは、裁判機関としての独立性と人権擁護のための有効性を示すようになっていった。現在では、コンセイユ・デタが、行政権に対する市民の人権の擁護者であることは、世論や学説によって一般的に承認されているところである¹²⁾」とされており、フランスにおける国家補償における判例の発展が認められるのである。

一方、わが国の国家補償は、その内容に対する大別として田中二郎博士によると「従来一般には国家の為すべき損失填補の制度を二種にした。一は国家の適法行為に基く公法上の損失補償であり、他は国家の不法行為に基く損害賠償である。前者は一般公共の利益の為に個人の権利の侵害を必要とする場合で、国法は一面には一定の要件の之を許容すると共に、他面に於て、之に対して完全な補償を為すべきことを命ずるを通常とする。それは国法上認められた特別の犠牲であり、又正義の要求に基き国法上認められる補償制度であって、各国の法制は何れも原則として之を承認して居るのである。之に反して、後者は国家が違法に個人の権利を侵害した場合で、之に対して国家が如何なる責任を負ふべきやの問題に付ては従来著しく異論があり、一般的には、国家の特殊性を理由に、その賠償義務を否定する見解が強く主張されたのであった¹³⁾。」

11) 雄川一郎「フランスにおける国家賠償責任」、『比較法研究9・10』有斐閣、1955年5月、68頁。

12) 中村睦男「近代市民社会と人権」、『基本的人権の歴史』有斐閣、1979年、81—82頁

13) 田中二郎、前掲。

とされている。つまり、ここでは、損失填補または国家補償の内容をもって、国家作用としての適法行為と不法行為の二者がその原因となるものとして二分されているのである。

一方、田中説による国家補償のいわゆる二分説に対して、今村成和教授は、いわゆる三分説を示されている¹⁴⁾。この見解では、国家補償に関する内容上の分類として、(1)適法行為に基いて合法的な結果（損害）を生ぜしめる場合、(2)違法行為に基いて不法な結果を生ぜしめた場合、(3)原因行為に対する非難に基かない点では適法行為の場合と同様であるが、結果の不法に基いて賠償責任を生ずる場合等に三分されているのである。これら三者の分類は、田中説の二分説と共通する点があるが、(3)原因行為に対する非難に基かない点では適法行為の場合と同様であるが、結果の不法に基いて賠償責任を生ずる場合に関してみれば、田中説にない点として認められる。ここでは、とくに「結果の不法行為」という所に力点が置かれていると考えられる。つまり、(3)の内容は、国家の結果責任を被害者国民の側から問うことになるであろう。すなわち、結果責任としては、他にも「原因行為たる国家活動の違法・適法と関係なく、発生した結果が不法であることに着眼して認められる損害の填補を、とくに結果責任にもとづく損害の賠償として考えることができる¹⁵⁾。」とされるものがある。

なお、このように国家補償を三者に分けたばあい、成文法上の根拠としては、次のものがあげられる。(1)適法行為に基づく損失補償としては、憲法第29条3項、土地収用法第68条以下、森林法第58条以下、農地法第51条以下、原子力基本法第21条等がある。(2)違法行為に基づく損害賠償としては、憲法第17条、国家賠償法第1条乃至第5条等がある。さらに、(3)結果責任に基づく損害賠償としては、憲法第40条、刑事補償法、国家公務員災害補償法、地方公務員災害補償法、消防法、警察官の職務に協力した者の災害給付に関する法律、水防法、文化財保護法、災害対策基本法等がある。結果責任に基づく損害賠償

14) 今村成和『国家補償法，法律学全集第9巻』有斐閣，1957年，2頁以下。

15) 杉村敏正編『行政法概説総論』有斐閣，1976年，194頁。

は、国家作用における原因行為の適法性と違法性に着眼せずに、ただ発生した結果の不法性を重視した点が、その特質であるといえるであろう。

このように、国家補償の区分は、実定法上においても一応可能であるが、被害国民という点には共通性が認められるから、「被害者の立場に立てば、原因行為の適法性の如何は問う所でない¹⁶⁾」とされることが重要であるといえよう。この点については、田中二郎博士も「むしろ両者が双方から接近し、いずれの場合にも、公平負担の見地から、被害者の損害の填補に重点を置いて、問題を解決しなければならない事情に立ち至っている。この両者を含めて統一的に理解しようとするのが最近の傾向といえよう¹⁷⁾。」とされており、公平負担の見地と被害者の損害填補において各説は一致するものと思われるのである。

II 行政の肥大化と国家責任

国家作用における行政の肥大化または拡大化の現象は、その効果として国家責任の拡大を伴うものと考えられ、ここで国家責任の背景となるべき行政の肥大化に関して若干の検討を加えておきたい。すなわち、行政の肥大化が生じて来た歴史的背景としては、議会政治が近代社会の中で変容して来た推移が認められる。すなわち、18世紀後半以降における欧米諸国では、市民革命を契機として市民階級によって議会政治が進展して来た。この結果、イギリスでは、議会万能主義が拡大し、議会の中の王が実現した。このような傾向は、ヨーロッパ諸国へも大きな影響を与え、19世紀以降には議会政治が自由主義体制の根幹となり、現代社会に引き継がれることになるのである。しかし、20世紀以降は、多くの課題が自由主義体制にも投げかけられるようになって来たのである。

カール・シュミットは、これら自由主義体制に対して、「自由主義の論理構造は、国家権力に対する内政上の論争に関するもので、国家権力が個人の私有財産を保護し、国家自身を制限して一つの『妥協』と国家的設備の『安全弁』

16) 今村成和、前掲、42頁。

17) 田中二郎『行政法上巻全訂第二版』弘文堂、1979年、201頁。

を提供する方法の秩序である¹⁸⁾。」と指摘している。私有財産の保護と国家の自己制限とは、国民が財産的損失を被ったばあいに関しても、適用できる理論として、自由主義体制の根幹に関するものであろう。しかし、20世紀の自由主義体制においては、議会制民主政治における議会の権限が後退を示し、それに対する行政部の国家作用における指導性が認められるが、これらは同時に国家責任を増大させる契機として見ることもできるであろう。

ファーグソンは、アメリカ連邦議会の動向を批判的見解で、「連邦議会の時間とエネルギーは、過度の地方第一主義、狭い党派心及び干渉的主張の故に、選ばれた重要でもない問題についてしばしば浪費される。したがって、重大な国家的問題が議会の舞台に登場して来るとき、連邦議会は、例えば国家に対し誠実に奉仕するとしても、それは極めて稀なことである¹⁹⁾。」として、現代における議会に関して積極的な期待を持っていないようである。

現代における議会制民主的政治は、少なくとも議会万能主義ではないが、解決を必要とする問題も多く、その反面として「行政国家²⁰⁾」といった概念が、近年も手島孝教授によって示されている。また、このほかにも、「現代は行政の時代であるが、同時に計画の時代であるといわれる²¹⁾。」のである。要するに、現代の国家には、近代社会における立法国家より、行政部主導型の行政国家へと変容して来た諸傾向が認められるのである。

さらに、行政国家に関しては、樋口陽一教授により「かつての議会中心主義＝『立法国家』にかわる行政権優越＝『行政国家』を、『国民主権の貫徹』というイデオロギーのもとで促進するものにほかならないのであり、法制上（フランス）あるいは事実上（イギリスや西ドイツでは議会選挙が事実上の首相公

18) Carl Schmitt: Der Begriff des Politischen, Duncker & Humblot, 1963, S. 69.

19) John H. Ferguson and Dean E. McHenry, The American system of Government, McGraw-Hill, 1961, p. 264.

20) 手島孝『行政国家の憲法問題』日本公法学会第38回総会報告, 1973年10月13日。遠藤博也『計画行政法』, 学陽書房, 1979年, 20—21頁。

21) 遠藤博也, 同上。

選として機能する。アメリカの大統領選挙も、法制上は大統領選挙である）の首長公選のメカニズムによって選挙民と行政権とを議会をとびこして直結させ、『権中枢たる行政権までの民主化』という直接民主主義の名において、行政権優越に正当性根拠をあたえるのである²²⁾。」として、欧米諸国における行政国家の進展が示されているのである。一方、わが国のばあいに関しては、「日本ははるかに（欧米諸国より）以前であり、行政権の強化をむしろ天皇制の強化として考えようとするものすらあり（天皇元首化論）、政権交代の現実的可能性を前提とする国民との直結によって行政権を強化しようとするどころか（首相公選論はよかれ悪しかれ少数派である）、政権交代の可能性自体を選挙法の改正でつぶしてしまおうという動きがあり、政権のゆくえは与党内での派閥間の離合集散によって決定づけられている²³⁾。」として、わが国の現状を批判されている。

なお、わが国においては、欧米諸国における立法国家から行政国家への発展過程をもって、そのまま適合させるための十分な要件を備えていない部分認められるであろう。もっともわが国においても、第二次大戦後における行政作用には、給付行政も拡大化の経過を見ることが出来るし、これに対する国家責任にも、不十分ながら一応の進展が、戦前との比較より認められるであろう。

戦後の行政裁判と人権に関して、下山瑛二教授は、「朝日訴訟、堀木訴訟あるいは各種の公害訴訟等、近時、行政訴訟が人の生存にかかわる社会問題として、日常の紙面をにぎわすことがとみに多くなってきている。しかも、かかる行政訴訟は、きわめて多方面に亘る行政にかかわる問題として提起されているのみならず、複雑且つ新奇な問題点を含んでいることも周知の事実である²⁴⁾。」とされている。もっとも、他面では、「行政裁判の重要性にもかかわらず、国民が前述のごとく裁判所へ提訴して人権を守ろうとする姿勢が、現在なお弱いことの一因は、従来の公法学の『基本的人権』にたいする姿勢にかかわりがあ

22) 樋口陽一『近代立憲主義と現代国家』勁草書房、1973年、327—328頁。

23) 同上、328—329頁。

24) 下山瑛二、前掲、9頁。

ようにおもわれる²⁵⁾。」とされていることも、併せて考えるならば、これらは、今後もなお重視すべき意義を含んでいるように思われるのである。

Ⅲ 国家機関の義務と責任

国家機関の義務と責任は、国家責任に関して、その前提となり、またその内容を構成するばあいもあるが、公務員の義務と責任を中心とするものである。すなわち、国家機関は、国家が法治国家として存立されている以上、その構成員としての公務員はもとより王にあっても、国法上と義務と責任を負担すべき立場に置かれることがある。

法治国家における「法の支配²⁶⁾」は、イギリスで発達したものとして知られている。とくに、マグナ・カルタについては、「一二一五年にイギリスのパロンが連合して国王ジョンをしてマグナ・カルタに署名させたが、それは新しい立法でなく、既存の法の確認の文書であった。そして国王は、自分が法義務に反したときはパロンに抵抗の権利があることを認め²⁷⁾」、その結果として国王が違反を改めなかった場合には改められるまで、「朕に苛責と強圧を加うべきものとする（六一条）ことに同意したのであった²⁸⁾。」とされる。

さらに、マグナ・カルタと国王との関係については、「封建領主たちが国王との協約という形でマグナ・カルタを戦いとり、そして常に国王によるその遵守が要求されたことの背景には、国王といえども法の下にあるという思想——人々の古き慣習に基礎を置く法、臣民の間だけでなく国王にも適用される法の至高性の思想——が常に存していたのである。一七世紀の二度の革命は、この『法の支配』の伝統が蹂躪されようとしたのに対する抵抗であり、その成果が議会主権の確立と同時に『法の支配』の原理の回復、確立であったわけであ

25) 同上、10頁。

26) 佐藤功『日本国憲法の課題』学陽書房、1976年、173頁。

27) 樋口陽一、前掲、306—307頁。

28) 同上。

る²⁹⁾。」とされている。これらのマグナ・カルタに由来する法の支配は、国王をもって法の支配下に位置づけられ、また国家における義務と責任を負担した伝統の確立として注目されるのである。

また、フランスにおいても、1791年から92年にかけての「制限君主制³⁰⁾」が、大革命下において成立した。これは、「旧い絶対君主制が、高等法院の革命と人民の抵抗の二つの圧力の下に崩壊した結果である。後日、憲法制定国民会議は、三部会が解消の結果として付与された名称であるが、名高い人権宣言の中で、新しい政治哲学の原理を提示した。1791の憲法は、宣言によって表明されたところの日常生活における偶発的事実にも対応されるように配慮される³¹⁾。」と規定された。とくに、1791年憲法の前文には、王権の制限に関して、「王は、自然法または憲法に違反するとされるいかなる宗教上の祈願その他の契約も、承認されるべきではない³²⁾。」と規定されており、ここにも王に対する法への義務づけが認められる。

さらに、王権の制限に関し、1791年憲法においては、第2章第1節第4条に「王は、即位または成年に達したときに、立法部において『国民及び法律に対し誠実であり、1789年、1790年及び1791年を通じて、憲法制定国民会議により制定された憲法擁護し、法律を施行させるため王に委任された全ての権限を行使する。』旨の宣誓を、国民に対して行うものとする。但し、立法部が集会していないとき、王は、宣誓が明記されたところの宣言を公表するものとし、また、立法部の再集会で直ちに宣誓を繰り返すものとする。つまり、この第4条には、王に対する憲法の擁護義務を規定するものである。

また、同憲法第2章第1節第5条には、「立法部の召集があった1カ月後に

29) 佐藤功, 前掲。

30) Maurice Duverger, *Les constitutions de la France*, Presses Universitaires de France, 1959, p. 42.

31) *ibid.*

32) Maurice Duverger, *Constitutions et documents politiques*, Presses Universitaires de France, 1968, p. 5.

33) *ibid.*, p. 12.

において、王が前条の宣誓を行わないとき、または王が宣誓後にこれを取消したとき、王は、退位したものとみなされる³⁴⁾。」と規定する。つまり、この第5条には、第4条に規定する宣誓に関する王の義務違反に対する制裁として、王の退位を規定したものである。

さらに、同憲法第2章第1節第6条には、「王が国民に対抗して軍隊の長となりまたは武力を指揮するとき、もしくは王がその名において実施すべき作戦で明白な行為により防衛をなさぬときには、王は、退位したものとみなされる³⁵⁾。」と規定する。つまり、この第6条では、国民に対する王による軍事上の反逆行為の禁止が規定され、これに違反するばあいは、王の退位を規定したものである。

これら、フランスの1791年憲法に規定される条項の背景としては、この憲法がフランス革命という政治上の変革過程の下で制定され、その影響を多く受けているものと考えられるのである。また、この憲法は、大革命において一旦は君主制を制限君主制として存続させ、以後の共和制下における憲法と対比されるものとして近代憲法史においても重視されるべきものと思われる。

さらに、この1791年憲法は、ヨーロッパ大陸において最初に制定された近代憲法として、周辺諸国に及ぼした影響も認められる。とくに、この憲法は、王に対して国民と憲法に対する重大な義務づけを規定し、かつそれらの義務違反に対しては、王の退位にかかわる宣言が示されていることが注目されるであろう。すなわち、王は、国家の命運と動向にかかわり得る地位に立つものである。したがって、王は、内政上の革命、変革等または外国との諸関係に関して、国家に与える大なる影響力を有し得る地位に在り、よって国民の生命と財産を危機に向わしめる可能性を有する。そこで、王は、憲法を誠実に擁護すべき義務を負担し、国民の安全を維持すべき重責を負うことが必要視されたのである。

これらフランスの1791年憲法が周辺のヨーロッパ諸国に与えた影響として

34) *ibid.*

35) *ibid.*

は、「第四条に見られる即位の際の国王の宣誓に関する規定は、その後、ベルギー憲法（一八三一年）を経て、一九世紀のドイツ諸邦の憲法にも広く見られることとなった。わが明治憲法が最良の模範とした一八五〇年のプロシア憲法にも、第五四条二項国王は両議院合同会の前において、王国憲法を遵守し犯すことなく、且つ憲法及び法律に従って国政を行うべきことを宣誓するとの規定があった³⁶⁾。」とされている。したがって、これからみても、フランスの1971年憲法に規定するところの国王の憲法に対する宣誓義務は、ヨーロッパにおいて多大の影響力を有していたものと認められるであろう。

さらに、わが国における天皇に関して見るならば、大日本帝国憲法は、その告文に「朕カ現在及将来ニ臣民ニ率先シ此ノ憲章ヲ履行シテ愆ヲサラムコトヲ誓フ」と定められ、天皇によって憲法が擁護されることを宣誓したものと解し得るのである。このほか、上諭の末尾には、「朕カ在延ノ大臣ハ朕カ為ニ此ノ憲法ヲ施行スルノ責ニ任スヘク朕カ現在及将来ノ臣民ハ此ノ憲法ニ対シ永遠ニ従順ノ義務ヲ負フベシ」と規定されたのである。この上諭については、「臣民に遵守を命ずることに重点が置かれ、また天皇はその憲法遵守を国民に対して誓うのではなく、天皇自身に対し、また皇祖皇宗に対して誓うものとされていた、といてよい³⁷⁾」とされているのである。

なお、このほかに上諭の中程の部分についてみるならば、「朕ニ我カ臣民ノ権利及財産ノ安全ヲ貴重シ及之ヲ保護シ此ノ憲法及法律ノ範囲内ニ於テ其ノ享有ヲ完全ナラシムヘキコトヲ宣言ス」と定められたのである。上諭のこの部分では、天皇は、国民の権利及び財産を保護すべきであることを宣言しているのである。したがって、この部分は、国民の権利保護の義務づけが天皇に対してなされているものと解するならば、上諭の末尾部分における大臣及び国民への義務づけに対応するものと思われる。なお、上諭のこの部分を、フランスの1791年憲法の第2章1節第五条乃至第六条の規定と対比して見るならば、フランス

36) 佐藤功, 前掲, 174—175頁。

37) 同上, 176頁。

のばあいの特徴は、国王が国民に対して憲法への義務履行を宣誓し、かつ義務違反につき国王の退位を明記する。つまり、フランスでの1791年憲法は、国王に対して憲法上の重い責任を課していることになる。ところが、日本のばあいは、天皇が神靈に対して憲章（告文の末尾）の義務履行を示しているに止まったものである。しかし、大日本帝国憲法においても、天皇は国民の権利を保護すべきことが上諭に規定されているのであるからこの点における天皇の責務は注視されるべきものではなかろうかと思われるのである。

次に、日本国憲法は、第99条の規定に「天皇又は摂政及び国務大臣、国会議員、裁判官その他の公務員は、この憲法を尊重し擁護する義務を負ふ。」と定めて、天皇、公務員等に対し憲法の尊重擁護義務を明記しているのである。この第99条について、宮澤俊義博士は、「他の諸国の憲法では、君主その他の公務員がその就任に当って憲法の忠実な遵守を国会の前に誓う、という類の規定であるが、本条もそれと同じ趣旨を有するものである³⁸⁾。」とされているのである。

なお、日本国憲法第99条の出典と認められているアメリカ合衆国憲法には、第2条1節8項で「大統領は、その職務の遂行を開始する前に、次の宣誓または確約をしなければならない。『私は、合衆国大統領の職務を誠実に遂行し、全力を尽して合衆国憲法を維持、保護、擁護することを厳粛に宣誓する。』」と定めており、また第6条3項で「元老院ならびに代議院の議員、各州議会の議員及び合衆国ならびに各州のすべての行政官及び司法官は、宣誓または確約により、この憲法を支持すべき義務を負う。」と定めているのである。アメリカ合衆国憲法では、公務員に対して合衆国憲法の維持、支持等の義務とその義務に対する宣誓または確約が規定されているのである。これに対して、日本国憲法のばあいは、公務員に対して憲法の尊重擁護の義務を規定するに止まり、その義務の宣誓または確約が憲法上規定されていないのである。そこで、日本国憲法下においては、法律、政令等の規定により、公務員に対して憲法尊重擁

38) 宮澤俊義『日本国憲法、法律学体系コメンタール篇1』日本評論新社、1959年、820—821頁。

護の義務を規定しているのである。

次に、公務員は、日本国憲法第99条の規定により、憲法尊重擁護の義務を負うものであるが、判例には、「国政運用の衝にある公務に対し、憲法遵守・擁護義務を明示しているが、これは、道義的要請であり、公務員が行なった個別的・具体的な私法上の行為の効力を規制するものではない（水戸地判，昭和52年2月17日，判例時報842号）」としたものがある。つまり、公務員の憲法尊重擁護の義務は、判例上でみたところであるが、これを道義的義務として認めているに止まるのである。これに関して、「憲法尊重擁護の義務は、一般の法律の場合と同じようには強制されるものではない。しかし、実は、そうであるが故に、公務員や国家機関には、憲法を尊重し擁護する政治的・道義的責任がそれだけ強く要求されるのである。それは憲法に対する誠実の要求であるといつてよい³⁹⁾。」とされていることも、公務員にとって重要であると考えられるのである。

このほか、公務員は、その憲法上の義務として、憲法第15条2項に「すべて公務員は、全体の奉仕者であつて、一部の奉仕者ではない。」と規定されることから、国民全体の福利のための奉仕者としての公務を負担するものである。したがって、公務員は、国民の中における一部特定者に奉仕すべきではないのであるが、この点はとくに一般職の公務員に求められている義務である。判例上においてみれば、「一般職公務員は、全体の奉仕者であり、政治的に中正の立場を堅持すべきものであるから、政治活動を制限した国家公務員法一〇二条の規定は憲法に違反しない（最大判，昭和33年3月12日，刑集12巻3号）」としたものがある。この判例は、公務員の政治活動の制限が合憲であるとしたものである。公務員の政治活動を制限することについては、他の判例でも昭和33年4月16日（最大判，刑集12巻6号），昭和33年5月1日（最判，刑集12巻7号）等において合憲と判断しているのである。ただ、最高裁判例においては、いわゆる全通中郵便事件として知られる昭和41年10月26日（最大判，刑集

39) 佐藤功，前掲，180頁。

20巻8号)の判決は、「もはや抽象的一般的な『公共の福祉』や『全体の奉仕者』ということによって公務員の労働基本権の制限を根拠づけるべきではなく、公務員の労働基本権は、ただ職務の内容に応じて私企業の労働者と異なる制約を内包するにとどまり、公労法適用の現業公務員に対しては、争議行為の禁止に違反しても、刑事制裁をもって罰すべきではない⁴⁰⁾」とされている。公務員の政治活動の制限に関する判例は、下級裁判所にも多く認められる。政治活動に対する制限の可否は、当該事件における公務員の職務内容に対応出来る現実的かつ合理的な判断が必要であろうが、今後の判例もまだ曲折があるものと思われる。

IV 国家の責任

国家の責任は、主として国民に対し為された適法または不法な国家作用が原因となって、国民に損失または損害を与えたばあいに生ずるものである。これらの国家作用は、国家機関によるものであり、その内容が権力的作用と非権力的作用に分けられる。

このうち、国家機関の権力的作用により国民に損害を生ぜしめたばあいについては、わが国における戦前と戦後でかなり大きい違いが認められる。すなわち、大日本帝国憲法下においては、「原則として民法の規定の適用を排除するのは公法行為=権力説の論理を大前提とする『国家無責任の原則』のイデオロギーであるということであり、それはもはや明治憲法の『外見的立憲主義』=天皇制的官僚行政主義思想の現わといれわざるをえないであろう⁴¹⁾。」と指摘されている。つまり、大日本帝国憲法下におけるばあいの国家責任に関しては、「権力説の論理を大前提⁴²⁾」としており、国家の権力的作用による国民の国家

40) 室井力『現代行政法の原理』勁草書房、1973年、245頁。

41) 和田英夫『国家権力と人権』三省堂、1979年、137頁。

42) 同上。

責任が認められず、これをもって「国家無責任の原則⁴³⁾」とされるものと解されるのである。

また、本来国家の非権力的作用とされる事件についても、国家の責任が認められるまでには、判例上の厳しい曲折の経過があり、民法に規定する不法行為責任を根拠として、ようやく国家の不法行為責任が認められるようになったのである。すなわち、「判例は、まず、公の行政であっても非権力作用であって純粋に私的経済的な活動（私経済作用）については、これを営利事業とみなして、つとに民法の不法行為の規定の適用を認めていた。他方、公物・营造物の設置・管理の瑕疵にもとづく損害賠償については、初期の段階においては民法の適用を否定していたのであるが、大審院が大正5年の画期的な徳島市立小学校遊動円棒事件判決（大正5・6・1民録22・1088）において、民法717条を適用して市の賠償責任を認めて以来、次第に民法の適用が肯定されるようになった。ただし、こうした判例の態度は、必ずしも定着したものではなかった⁴⁴⁾。」とされている。

一方、戦後のわが国では、日本国憲法において、国及び公共団体の賠償責任（第17条）をはじめ、私有財産の正当な補償（第29条3項）及び刑事補償（第40条）が基本的人権を構成するものとして規定されるにいたった。なお、国家作用に基づく賠償または補償の責任が国家に対して求められるのは、適法行為に基づくばあいと不法行為に基づくばあい大別されるが、最近では結果責任の理論が加えられるようになったものである。

43) 同上。

44) 村上義弘・東條武治編『行政法と現代社会』嵯峨野書院、1982年、187頁。