

国の不法行為責任

松 尾 直

I は し が き

国の不法行為責任は、日本国憲法第17条の下におけるところの国家賠償法、その他の特別法等⁽¹⁾の制定によって立法化されてきたのであるが、これらの制度下における国の不法行為責任に関して、「行政の肥大とともに、国家賠償事件が増大すると考えられる⁽²⁾」と古崎慶長判事によって指摘されている。すなわち、現代社会では、国及び地方公共団体による行政作用が国民及び住民生活の広範囲な面に影響力を及ぼし得るところの積極行政が益々増大する傾向にあると一般にいえるように思われるのである。したがって、国及び地方公共団体の行政作用の増大は、これに伴うところの可成り多数の不法行為を生じ得るのであって、その結果として国及び地方公共団体の不法行為責任の問題が起るのである（以下本稿では、国の不法行為責任に、地方公共団体のばあいも含む意味で用いる）。

国の不法行為責任は、今村成和教授により「民事責任として発達した不法行為制度が、公権力の絶対性の観念を克服し得た所にはじまるものである⁽³⁾」とされており、また「不法行為制度の本質が違法な加害行為によって生じた不法な結果の事後的な是正を目的とし、いわば原状回復的作用をいとむにある⁽⁴⁾」と示されているところであるが、私人間における不法行為による損害賠償が、民法の適用によって国民と国家との関係に拡大されるべきことが学説上において主張され、かつ判例上においても採用されてきたのである。

次に、わが国では、戦後国の不法行為責任に関する一般法といえるところの国家賠償法の制定となったが、国家賠償についての最高裁判所の判例はまだきわめて少なく数件⁽⁴⁾にとどまっております、この点に関しては、「最高裁の指導的判例が数多く出され、それが判例法を形成することが切に望まれる⁽⁵⁾」とされ、さらに「国家賠償事件は、国又は公共団体の作用の広範囲にわたるため——たとえば、強制執行法、刑事訴訟法、租税法の解釈——に目が向けられ、国家賠償法の解釈が二の次になったり、置き忘れられたりされ勝ちである⁽⁶⁾」と古崎判事により指摘されており、今後検討されるべき課題であると思われる。

国の不法行為責任は、国家賠償として行政救済に位置づけられ、「行政上の不法行為に基づく損害賠償⁽⁷⁾」として日本国憲法第17条の下に国及び地方公共団体の賠償責任を国家賠償法に定めているが、これは、日本国憲法第29条3項に定めるところの「行政上の損失補償又は公法上の損失補償⁽⁸⁾」に対応するものである。

要するに、行政救済には、国家賠償と損失補償の両者が含まれており、前者は、国及び公共団体によるところの「不法行為」を前提とする賠償責任であるのに対し、後者は、国及び公共団体によるところの「適法行為」を前提とするところの補償責任であるものと解し得るのである。

なお、判例にとりあげられた事件よりみれば、行政上の損失補償が、農地買収に対する不服申立事件（最判昭和28年12月23日民集7巻13号1523頁）、損失補償請求事件（最判昭和44年7月4日民集23巻8号1321頁）等⁽⁹⁾であって、要するに経済的自由における財産権を中心としているのに対し、国の不法行為責任は、国家賠償法の条項からも解し得るように、経済的自由はもとより身体・精神的自由を含むところの広範囲の権利侵害を対象にしているのである⁽¹⁰⁾。国の不法行為責任及び損失補償が憲法上において明文化されたことは、基本的人権の尊重が規定されその内容を成す権利と自由を保障するための重要な役割が期待されているのである。

(1) 下山瑛二，国家補償法，現代法学全集13，昭和48年，17頁。消防法（6条3項），

国の不法行為責任

- 文化財保護法（41条，52条），郵便法（68条—75条），公衆電気通信法（109条），郵便貯金法（27条），郵便為替法（15条），郵便振替貯金法（16条），鉄道営業法（11条の2，12条，13条），刑事補償法（5条3項），国家公務員災害補償法（5条）等。
- (2) 古崎慶長，国家賠償の法理，ジュリスト判例展望，500号，1972年3月1日号，125頁。
 - (3) 今村成和，国の不法行為責任，公法研究11号，1954年，61頁。
 - (4) 同上。
 - (5) 広岡隆・室井力・塩野宏編，行政法判例改訂版，昭和50年，99頁以下。古崎慶長，前掲。最判昭和30年4月19日民集9巻5号534頁（公務員の個人責任を否定），最判昭和44年2月18日判時552号47頁（登記官のした仮処分登記の職権抹消について過失を否定），最判昭和45年8月20日民集24巻9号1268頁（国道上の岩石落下について2条の責任を肯定）。
 - (6) 古崎慶長，前掲，125頁。
 - (7) 同上，120頁。
 - (8) 田中二郎，行政法改訂版，法学叢書3，1970年，93頁。
 - (9) 同上。
 - (10) 広岡隆・室井力・塩野宏編，前掲111—114頁。
 - (11) 同上，99頁以下。

Ⅱ 不法行為責任の根拠

日本国憲法第17条は，公務員の不法行為にもとづく国及び公共団体の賠償責任，つまり国家賠償を定めるが，本条の効力に関して，「第17条の規定のもつ抽象性と法律委任性からみて憲法第17条自体により直接賠償責任を負わない⁽¹⁾」とされ，また「本条の下に具体的な法律がない場合に，本条のみを根拠として国又は公共団体に対し賠償の訴えをなしうるか否かについては，前に述べたようにワイマール憲法第131条をはじめはそのような現行法的効力はなく，単に立法の指針に過ぎないとされたが，後に同条自身が直接に現行法的効力を有し，従って各ラントに立法のない場合でも同条のみに基いて賠償を求めうるというのが，確定せる判例となった。しかし本条はワイマール憲法のそれの如く具体的でなく，損害賠償の要件等はすべて法律に譲られているので，その法律

によって補完されない限りは、本条はいわゆる『立法者に対する命令』に止まるものと考えられる⁽⁴⁾とされている。一方、これらの説に対しては、「本条は、公務員の不法行為によって損害をうけた者が直ちに国または公共団体に対して賠償請求権を有することを保障した規定であって、決して単なるプログラムにとどまるものではない⁽⁵⁾」との説が示されている。さらに、前説については、「本条をプログラム規定と解し、立法者に対する命令と解する説が有力である⁽⁴⁾」とされているが、日本国憲法第17条については、「国家責任の具体的構成を法律に委任しており、したがって、法律によって国家責任を特殊の公法的責任として構成することも不可能ではない⁽⁶⁾」とされていることから、憲法第17条の趣旨を具体化するための法律として、国の不法行為責任に関する一般法として位置づけられているところの国家賠償法、その他の特別法等の立法化によって、法的効果を生ぜしめていることを確認すべきである。加えて、憲法の建前が、国及び公共団体による不法行為責任に対する賠償請求権を一般的に保障したことも注目されるのである。

次に、日本国憲法第17条の下に国家賠償法において、旧憲法下において認められなかった権力作用についての国家賠償責任の明文化されたことが注目される。すなわち、旧憲法では、国及び公共団体の賠償責任に関する規定が設けられず、また、旧憲法下における国及び公共団体の不法行為による賠償責任に関する一般的定めを設ける法規も存しなかったが、「個々の場合について特別に規定するものがあつたにすぎなかつたのである（郵便法、旧電信法、旧関税法など）⁽⁶⁾」とされ、しかも「若干の個別的事項についての定めはあつたが、それらはすべて、国の責任の軽減又は排除（当時の郵便法33条乃至40条、郵便為替法15条、郵便貯金法14条、電信法24条）を目的とするものであつた⁽⁷⁾」といわれる。

したがって、旧憲法の下における国の不法行為責任に関しては、主として判例の動向が注目されるのであるが、行政作用について国家権力が行使されるところの「純粹の権力的行政作用⁽⁸⁾」における国の賠償責任を否定するものであつた。ただし、国の不法行為責任について、「判例は、早くから国の私経済的

国の不法行為責任

活動については、これを営利事業とみて、そこから生ずる国の不法行為責任を認めてきた⁶⁰⁾」とされている。つまり、国家の私経済的活動は、私人間における活動と同様に解し、私法の規律を受ける領域として、民法の適用により不法行為責任が認められていたのである。

すなわち大審院判決について、「判例は、国又は公共団体の私経済的作用については、すでに明治31年に、民法の不法行為に関する規定の適用を認めていた⁶¹⁾」とされ、「鉄道工事ハ公益事業ニシテ且本件ノ鉄道ハ官設ニ係ルト雖モ其事業タル私設ニ係ルモノト同シク其利益ヲ国庫ニ収ムルモノナレハ工事若クハ運輸ニ関シ其担当者カ過失懈怠ノ所為アリテ人ニ損害ヲ被ラシメタル場合ニ於テハ国庫ニ於テ之レカ損害ヲ賠償ス可キハ当然ノ筋合ニシテ夫ノ公安ヲ維持スル為メ施行スル治水若クハ護岸工事ノ類ト同一ニ論スルヲ得サルモノトス（大審明治31年5月27日民ニ判、民録4輯5巻91頁）」と示されており、さらにまた、「本件松樹ハ鉄道沿線ニ散在スル樹木ヨリモ甚シク煤煙ノ害ヲ被ルヘキ位置ニアリテ且ツ其害ヲ予防スヘキ方法ナキニアラサルモノナレハ被告人カ煤煙予防ノ方法ヲ施サシテ煙害ノ生スルニ任セ該松樹ヲ枯死セシメタルハ其営業タル汽車運転ノ結果ナリトハ云ヘ社会観念上一般ニ認容スヘキモノト認めラルル範囲を超越シタルモノト謂フヘク權利行使ニ関スル適当ナル方法ヲ行ヒタルニアラサルモノト解スルヲ相当トス故ニ原院カ原告人ノ本件松樹ニ煙害ヲ被ラシメタルハ權利行使ノ範囲ニアラスト判断シ過失ニ因リ之ヲ為シタルヲ以テ不法行為成立スル旨ヲ判示シタルハ相当ナリ（大審大正8年3月3日民ニ判民録25輯356頁）⁶²⁾」としていずれも賠償責任を認めているのである。

一方、国又は公共団体の私経済的作用のほかのばあいについてみれば、「私法の規律を受けない公の行政の領域においては、「私法の規律を受けない公の行政の領域においては、民法の規定の適用はなく、不法行為責任は否定されざるを得なかった⁶³⁾」とされており、「明治の末年頃までは、公の行政作用であるという理由で賠償責任を否定された領域がかなり広がった⁶⁴⁾」といわれるが、判例に関しても、河川改修工事（大判明治29年4月30日民録2輯4巻117頁）、道路工事（大判明治40年2月22日新聞414号16頁）、火薬製造事業（大判明治

43年3月2日民録16輯169頁)等⁶⁰について賠償責任が否定されている。

しかし、判例は、権力的行政作用以外の領域では、つまり非権力的行政作用においては、次第に民法の適用によって国又は公共団体の賠償責任を認める方向へと進んで行ったようにかがわれる。すなわち、その契機となったのが、大正5年の大審院判決で、「小学校校舎其他ノ施設ニ対スル占有権ハ公法上ノ権力関係ニ属スルモノニアラス純然タル私法上ノ占有権ナルノミナラス其占有ヲ為スニモ私人ト不平等ノ関係ニ於テ之ヲ為スニアラス全ク私人カ占有スルト同様ノ地位ニ於テ其占有ヲ為スモノナレハ之レニ因リ被上告人等ニ損害ヲ被ラシメタル本訴ノ場合ニ於テ原院カ民法第717条ノ規定ヲ適用シタルハ毫モ不法ニアラス(大判大正5年6月1日民録22輯1088頁)⁶¹」として、校舎その他の施設に対する占有権について、民法第717条の適用を認め、「非権力的公行政の領域における施設の公益性を理由とする損害賠償責任の免責を否定した⁶²」ことが、以後の判例に影響を与えたものとして解し得るのである。

要するに、旧憲法の下における判例は、国又は公共団体の私経済的活動、及び非権力的公行政の領域における不法行為責任を認めるようになって民法が適用されたのであるが、しかし、権力的行政については、国又は公共団体の不法行為責任を認めず民法の適用が排除されていたのである。

わが国では、旧憲法下においての国家賠償に関する憲法、法規上の一般的規定が存しなかった結果として、裁判所における判例によって民法の不法行為責任が適用され、国の不法行為責任が次第に認められる方向へ進展してきたものと解することができる。一方、欧米諸国においても、判例によって国の不法行為責任が認められる方向へ進展してきたことが注目され、ここにわが国とのばあいとの共通する面が若干うかがわれるように思われる。

すなわち、イギリスでは、「国王は悪をなし得ず」という法理が以前において承認されたが、これは、主権を有する国王の無答責を示す原則として政治制度上における責任内閣制を確立せしめたところのイギリス型議院内閣制の根幹を成すものである。イギリスにおける責任内閣制は、1701年のジョージ1世以降、内閣が執政上の責任を負う建前となって制度化したものである。その結果

国の不法行為責任

として、公務員の国民に対する不法行為が生ずるばあいも、国家元首たるところの国王は責任を負うことなく、したがって国家としても責任を負うことなく、「公務員の不法行為を国家の行為とみなすことなく公務員個人の行為とみることと結びついて、公務員個人の不法行為に市民法が適用された⁶⁹⁾」しました、これらについては、イギリスのばあい「法律上王の不法行為は成立し得ず、不法行為者たる官吏個人が不法行為を欲したものと考えられることになる。このようないわば国王＝国家の無謬の論理の下に官吏の不法行為による国家の責任は否定され、官吏の個人的責任の基礎があたえられたことになるのである⁷⁰⁾。」とされている。しかし、イギリスにおいても、国の不法行為責任は、次第に認められる方向へ進展してきたようにうかがわれ、「1947年の国王訴追法⁷¹⁾」の制定により国の不法行為責任の原則が承認せられたといわれる。

次に、フランスでは、「古くは国家の行為につき権力行為と管理行為を区別し、前者については責任を認めていなかったが、後に判例はいわゆる公権力の行使に関する事項についても次第に責任を認め、国家責任に関する限り、この区別の意義は失われたものである⁷²⁾」とされ、しかも「ドイツにおいては一般的には成立し得なかった国家責任の公法的構成が判例によって成立した⁷³⁾」といわれる。

とくに注目すべき点としては、フランスにおける国の不法行為責任に「無過失責任⁷⁴⁾」が採用されていることであろう。すなわち、「フランスにおける国家賠償責任は、客観的な行政運営上の瑕疵である『公務過失』に基づく責任を原則とし、さらに『危険責任』の考え方に基づく無過失責任を一定の場合にはあるがかなり広くふくんでいる⁷⁵⁾」ものとして、判例の傾向が、国家賠償における国家の過失責任より無過失責任へと発展してきたことが示されている。国の不法行為責任のフランスにおける背景としては、「19世紀前半においても、道路・運河のような『公土木』(Travaux publics)は伝統的な行政として存在し、共和暦8年(1800年)雨月28日法4条が、公土木に基づく補償および損害賠償が行政裁判管轄に属することを規定していた。とくに隣地に対する公土木の恒久的損害については当初から無過失国家責任が予定され、判例に

よってその責任がいっそう拡張されたのである。この公土木責任の法的性質論は必ずしも一定していないが、それが現代フランスにおける無過失国家責任法の形成にとって一つの貴重なモデルを提供した事実は否めない⁶⁴⁾とされ、フランスにおける「公土木」が国の不法行為責任に関して果たした重要性が指摘されている。なお、フランスにおける国の不法行為責任に関して、先に「無過失責任を一定の場合にはあるがかなり広く含んでいる⁶⁵⁾」とされたが、公土木については、「無過失責任は、公土木において、もっぱら第三者としての資格ある者について損害を生ぜしめたばあいに適用する⁶⁶⁾」とされており、その反面、「損害が使用者または関係者について生じたばあい、責任は過失に基づくものとする⁶⁷⁾。」としており、公土木の関係者等と第三者とで違った扱いをしている。なお、それらの社会的背景としては、「公役務の量が増え経済社会への国家介入が拡大していき、同時に社会連帯の観念が発達するにしたがって、公権力無責任の原則は維持されなくなった⁶⁸⁾」とされており、戦後のわが国のばあいと若干共通する部分があるように思われる。

このように、フランスでは、国家の賠償責任を公法の理論に立脚して、行政裁判所における「判例によって発展させて来たのであって、その責任の領域は他のいかなる国よりも広く認められている⁶⁹⁾」といわれるから今後わが国における国家賠償にとっても検討されるべきことであろうと思われる。

同時に、わが国の国家賠償が旧憲法下における判例上の努力により、ある程度の段階まで、国の不法行為責任を認める方向へ発展させてきたものを、さらに、日本国憲法及び国家賠償法、その他の特別法等により、国家賠償責任を明文化することによって、一層強力に国の不法行為責任を認める方向へと発展してきたことが重要な意義を有するものと解されるであろう。もっとも、わが国では、国家賠償については、フランスのばあいとかなり多くの制度上の差異が存することを無視できないのであるが、要するに、当該被害者となるべき国民の権利を救済することによって基本的人権の保障を実効ならしめ、もって国の不法行為責任を強力に認める方向へと発展してきたことにおいて共通の意義がうかがわれるのである。

国の不法行為責任

- (1) 有倉遼吉, 国家賠償・損失補償, 法学セミナー, 1956年11月号, 16頁。
- (2) 兼子一編, 註解日本国憲法上巻, 昭和31年, 387頁。
- (3) 高田敏, 国及び公共団体の賠償責任, 基本法コンメンタール, 憲法, 別冊法学セミナー, 1970年, 74頁。
- (4) 同上。
- (5) 雄川一郎, 行政上の損害賠償, 行政法講座第3巻, 行政救済, 昭和46年, 8頁。
- (6) 園部敏, 行政法論, 1969, 164頁。
- (7) 今村成和, 国家補償法, 昭和32年, 45頁。
- (8) 有倉遼吉, 前掲, 17頁。
- (9) 今村成和, 前掲, 45頁。
- (10) 杉村敏正, 徳島小学校遊動円棒事件, ジュリスト, 続判例百選, 1960年10月号, 16頁。
- (11) 石本雅男, 笠掛松, ジュリスト, 判例百選, 1960年4月15日号, 25頁。
- (12) 雄川一郎, 前掲, 8頁。
- (13) 同上。
- (14) 同上, 10頁。
- (15) 杉村敏正, 前掲, 16頁。
- (16) 同上, 17頁。
- (17) 高田敏, 前掲, 73頁。
- (18) 雄川一郎, 前掲, 4頁。
- (19) 高田敏, 前掲, 73頁。
- (20) 兼子一編, 註解日本国憲法上巻, 昭和31年, 385頁。
- (21) 雄川一郎, 前掲, 7頁。
- (22) J. M. Auby et R. Ducos-Ader; droit administratif, 1973, P.506.
- (23) 兼子仁, 行政上の危険に基づく過失責任, フランス判例百選, 1969年, 60頁。
- (24) 同上。
- (25) 同上。
- (26) J. M. Auby et R. Ducos-Ader; ibid., P.507.
- (27) ibid., P.506.
- (28) 兼子仁, 前掲, 60頁。
- (29) 兼子一編, 前掲, 386頁。

Ⅲ 公権力の行使と国家賠償

日本国憲法第17条に定めるところの国及び公共団体の賠償責任の規定を受けて、国家賠償法第1条1項は、公権力の行使に当る公務員がその職務を行うについて、故意又は過失によって違法に他人に損害を加えたばあいに、行政上の不法行為による損害賠償として国家賠償を定める。

すなわち、まず国家賠償法第1条1項には、国家賠償責任の要件として「公権力の行使に当る公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によって違法に他人に損害を加えたとき」と定められており、この規定は、日本国憲法第17条に定められるところの「何人も、公務員の不法行為により、損害を受けたとき」との規定に対応しており、この憲法第17条の一般的原則を具体化したものであると思われる。要するに、国家賠償法は、その全条項が日本国憲法第17条を根拠として制定された法律であって、憲法に定める国の不法行為責任を国家賠償法各条項において具体化しているのであるが、その中でも同法第1条1項は、憲法第17条の法文に最も直接的に結びつく意味内容を内包しているものと解し得るのである。

また、国家賠償法第1条1項に規定するところの「公権力の行使」に関しては、法文の解釈についての学説が狭義説・広義説・最広義説の三者による対立があるとされている⁽⁴⁾。このうち、狭義説については、「もっぱら戦前に損害責任を否定されてきた領域をカバーするのが国賠法1条であると考え、1条の文言にしたがって、権力的要素に着目するものである⁽⁵⁾」といわれるように、権力の行使をして国家統治権に基づく優越的な意思の発動たる作用に帰するものとする。権力的要素を含む不法行為に対し国家賠償法第1条1項が適用されることから、「旧憲法では否認されてきた警察職員、自衛隊員（軍人）、検察庁職員、収税官吏等の優越的な行政職務作用が、もはや賠償責任を免れないこととなった⁽⁶⁾」として、国家賠償の一般的制度化⁽⁴⁾により国家権力に対する国民の権利を広く保障する趣旨が認められる。これに対して、広義説は、「所

国の不法行為責任

謂行政管理作用にもとづく損害（ただし、行政管理作用のうち、公物营造物の設置管理の瑕疵にもとづく損害については国賠法の明文の規定があり、問題なし）にも、国賠法1条を適用すべきであるとするのが立法の趣旨に合致する⁽⁶⁾といわれる。要するに、旧憲法下における国家賠償が非権力的公行政作用を対象としていたのに対して、日本国憲法下における国家賠償法の制定により、非権力的公行政作用から権力的行政作用にその範囲を拡大したものと解し得るのである。なお、最広義説については、「国家活動全体を包摂する⁽⁶⁾」ものとされており、また判例上では、「最判昭和41年7月14日最高裁判集84巻33頁は、旭川開発建設部職員が、築堤のため他人所有の土地の土砂を無断採取した事案について、判示旭川開発建設部職員は、公権力の行使に当る公務員であり、本件土砂採取の行為を河川工事の職務の執行としてなした⁽⁷⁾」ことに関し、「土砂採取の行為が公権力行使であるかのような判断を示した。しかし、この判断は、最広義説をとらなければできない。それでは、最高裁は、最広義説をとるか。答は否である。最判昭和44年2月6日民集23巻2号195頁は、水虫治療上の過誤の事案について、民法715条の適用を肯定した⁽⁸⁾」とされており、最高裁判所の判例が定まっていないのである。したがって、「公権力の行使の意義についての最高裁の判決は、まだ必ずしも明確でない⁽⁹⁾。」と解すべきであろう。

次に、国家賠償法第1条1項に規定する「公務員が、その職務を行うについて」に関しては、「職務を行うについて」が比較的問題が多いとされているように⁽¹⁰⁾、この点の解釈には狭義説と広義説の二者に分けられている⁽¹¹⁾。狭義説は、「職務行為自体を構成する行為（違法な行政処分、人違いの逮捕の如し）」⁽¹²⁾とされており、きわめて少数であるのに対し、広義説が、今日ほとんど通説をなしているとされている⁽¹³⁾。「公務員の職務行為の範囲⁽¹⁴⁾」に関し、最高裁判昭和31年11月30日第2小法廷判決（民集10巻11号1502頁）では、国家賠償法第1条について「同条は公務員が主観的に権限行使の意思をもってする場合にかぎらず自己の利をはかる意図をもってする場合でも客観的に職務執行の外形をそなえる行為をしてこれによって、他人に損害を加えた場合には、国又は公共団体に損害賠償の責任を負わしめて、ひろく国民の權益を擁護することをもっ

て、その立法の趣旨とするものと解すべきである」としている。この最高裁判決は、国家賠償法第1条1項の「職務を行うについて」に関する広義説中の一部分を成するものであると思われるが、「民法715条の外形標準説を、国家賠償法1条の解釈にも採用することを宣言した指導的判例⁶⁹⁾」とされ、しかも「国家賠償法1条についても、外形標準説をとることは是認されなければならない⁷⁰⁾。」と評価されている。ただし、この最高裁判決の正当性を結果としては認めながらも、その理由づけに関しては、「何故法律は行政主体が賠償責任を負うべき場合を『公務員が客観的に職務執行の外形をそなえる行為』をなしたときに限っていると解されるのか、更に理解できない⁷¹⁾」との批判が示されているのが注目される。しかし、本質的には、国家賠償法第1条と民法第715条の関係について、「国家賠償法第1条が、民法第715条と異なって実定法化された所以は、民法第715条でカバー出来ない側面をこの規定の適用によって補いうるものと解したためである⁷²⁾」とされることから、被害者の救済の範囲を拡張した立法趣旨が見受けられるのであって積極的に判断すべきものと思われる。

一方、日本国憲法第17条には、国の不法行為責任の要件として「公務員の不法行為」と規定するものに対応するところの国家賠償法第1条1項には、公務員が「故意又は過失によって違法に損害を加えたとき」と規定されており、両者の関係を検討しておく必要があると思われる。

すなわち、日本国憲法第17条に定める「不法行為」に関しては、「民法上の不法行為と同義と解する立場がある（国会での国家賠償法案審議に際しての政府委員説明）。この立場によれば、本条は過失責任主義を採用したことになる⁷³⁾」といわれる。これに対して、日本国憲法第17条に定める不法行為は、「かならずしも民法でいう『不法行為』と同一の観念ではなく、ひろく、違法な行為を指すものと解すべきであろう⁷⁴⁾」とされるもの、及び日本国憲法第17条の不法行為をもって「漠然たる『不法行為』の意味であり、民法の不法行為のように精密な内容を有するものではない⁷⁵⁾」とされている。要するに、後説は、いずれも「不法行為」の意義に関して、日本国憲法第17条に規定する不法行為

国の不法行為責任

の方が、民法第5章第709条以下のばあいよりも広く解されていることになろう。つまり、日本国憲法第17条の不法行為は、民法におけるばあいのように、すなわち民法第709条「故意又ハ過失ニ因リテ」のように明示されておらず、したがって、故意・過失によって不法行為の内容を限定することなく、無過失のばあいも含めているように解される。

ところで、日本国憲法第17条に定めるところの不法行為の意義を、広義説で解釈するばあいにおいて、本条の「不法行為」が「法律の定めるところにより」との規定の適用から、「本条にいう『不法行為』の内容、損害の範囲、賠償責任の要件、公務員に対する求償権などは、法律で定むべきものとする趣旨である⁸⁰⁾」とされ、さらにまた不法行為の「内容をどう定めるかは、もっぱら立法政策の問題であって、法律で無過失責任や危険責任を定めることが許されないわけではない⁸¹⁾」とされている。一方、これらの見解に対しては、「本条の『不法行為』は憲法上一定の意味を与えられ、法律は単にそれを具体化するものであるにすぎない。とすれば、憲法の定めた不法行為以外のものを賠償責任の要件として法律によって付加することは、憲法で保障された国民の賠償請求権を法律により制限することになり、違憲となろう。そしてその場合、不法行為を違法な行為と解するとすれば、本来は無過失責任を定めたものとなるわけであって、国家賠償法1条1項が過失責任主義を採用し『故意又は過失』を要件としているのは、本条の精神に反していることになるのではないか⁸²⁾」として、国家賠償法の上位規範であるところの憲法によって、すでに「不法行為」の意義が確定されており、無過失責任の原則もそこに含まれていると解されているように思われる。

なお、日本国憲法第17条の「不法行為」に関しての立法論と解されるものに「本来の不法行為から不法を削除して、無過失損害を認めるべきであり、このことはエネルギー利用の発達につれてわれわれの社会の大きな問題になるであろう⁸³⁾」と指摘されたことは、国家賠償法に関して検討の余地を示すものとして、国の不法行為責任における無過失責任の重要性を改めて検討すべきことに通ずるものと思われるのである。

- (1) 古崎慶長, 前掲, 120頁。
- (2) 宮田三郎, 学説判例事典行政法, 1974年, 144—145頁。
- (3) 和用英夫, 行政法, 1970年, 324頁。
- (4) 下山瑛二, 前掲, 52頁。「行政上の不法行為責任に関する一般法」。
- (5) 宮田三郎, 前掲, 145頁。
- (6) 下山瑛二, 前掲, 102頁。
- (7) 古崎慶長, 前掲。
- (8) 同上。
- (9) 宮田三郎, 前掲, 146頁。
- (10) 雄川一郎, 前掲, 12頁。
- (11) 下山瑛二, 前掲, 106頁。古崎慶長, 前掲, 121頁。
- (12) 下山瑛二, 前掲。
- (13) 同上。
- (14) 柳瀬良幹, 公務員の職務行為の範囲, 行政判例百選増補版, ジュリスト, 1965年, 140頁。
- (15) 古崎慶長, 前掲。
- (16) 柳瀬良幹, 前掲。
- (17) 下山瑛二, 前掲, 97頁。
- (18) 高田敏, 前掲, 74頁。
- (19) 清宮四郎, 憲法事典, 昭和41年, 131頁。
- (20) 兼子一, 前掲, 388頁。
- (21) 宮沢俊義, 日本国憲法, コンメンタール篇, 昭和34年, 231頁。
- (22) 清宮四郎, 前掲。
- (23) 高田敏, 前掲。
- (24) 牧野英一, 憲法運用の実際, 法律時報, 昭和36年12月号, 130頁。

Ⅳ 賠償責任の負担者

国家賠償法第1条1項は、国家賠償の責任について、公務員が「故意又は過失によって違法に他人に損害を加えたときは、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる」と規定し、公務員の不法行為に關しての過失責任を明示しており、民法第715条のばあいと同様に過失責任主義の立場を前提とするものである。しかし、国と公共団体の責任に關しては、公務員の監督上において過失

国の不法行為責任

がなくとも責任を負わせるべきものとする無過失責任主義の立場がとられており、民法第715条のばあいと異なるのが注目されるのである。

賠償責任の本質については、代位責任説と自己責任説とによる学説上の対立が認められる。すなわち、代位責任説は、国家賠償法第1条について、「立法者の意思と行政主体の公務員への求償権の規定（同法1条2項＝公務員に故意又は重過失あった場合）は、民法715条のアナロジーによる代位責任説を支持するものと思われる⁽⁴⁾」とされ、国又は公共団体の賠償責任を、公務員の不法行為責任に代って負担するものと解して通説の立場といわれる。なお、最高裁判所の判例では、「公務員が主観的に権限行使の意思をもってする場合にかぎらず自己の利をはかる意図をもってする場合でも、客観的に職務執行の外形をそなえる行為をして、これによって他人に損害を加えた場合には、国又は公共団体に損害の責を負わしめて、ひろく国民の權益を擁護することをもって、その立法の趣旨と解す（昭和31年11月30日、最判、民集10巻11号1502頁）」としており、代位責任か自己責任かについての判断は明示されていないが、加害公務員についての不法行為責任を国家責任の成立要件としていることにより代位責任の立場を採用しているようにいわれる⁽⁵⁾。一方、自己責任説は、国又は公共団体に認められる損害賠償責任について、「本質的には、違法に行使される可能性のある権限を授権したことの結果に対する危険責任（無過失責任）であって、国または公共団体が直接に負担する自己責任であるから、本来、公務員個人の不法行為責任とは無関係である⁽⁶⁾」とされている。

このように、学説上の対立が生じていることに関しては、「ドイツの国家責任法1条の規定のような『官吏に代って』という文言が国家賠償法にはないからである⁽⁴⁾」として「結局いずれの考え方が現行の国家賠償制度をもっとも合理的に説明しうるかという視点から評価すべきものであろう⁽⁵⁾」といわれるだけに、今後も解釈上において充分検討される必要がうかがわれる。しかし、通説および最高裁判所の判例を中心としてみるならば、「わが国の実定法上、なお公務員の不法行為、すなわちその故意過失及び違法性を前提としているものと見ることができるから、原則として代位責任と見るべきである⁽⁶⁾」とするの

が解釈論としては妥当であろう。

次に、日本国憲法第17条は、公務員の不法行為による損害について、国又は公共団体に、その賠償を求めることができると定めており、国又は公共団体の国家賠償責任が存する。さらに、憲法第17条を受けて、国家賠償法第1条1項は、公務員による公権力の行使に基づく不法行為の損害が生じたばあいに、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずると規定しており、被害者からの賠償請求によって国又は公共団体が賠償責任の負担者となるのである。

しかし、国家賠償法第1条2項には、公務員に故意又は重大な過失があったときは、国又は公共団体は、当該公務員に対しての求償権を有すると規定するが、公権力の行使に基づく不法行為の損害を生ぜしめたところの当該加害公務員に対しても、被害者が賠償請求をすることができるかに関しては、憲法および国家賠償法に明文規定がないので、加害公務員の不法行為に対する個人責任についての学説、判例等の動向が注目されるのである。

国家賠償における公務員の個人責任についての学説は、否定説、折衷説、肯定説等の三説に分かれて鋭く対立しているといわれる⁹⁾。

まず、公務員の個人責任についての否定説によれば、「国又は公共団体が被害者に対して責任を負い、公務員は直接に責任を負うことはない（附則2項—5項に被害者に対する公務員の責任を定めた公証人法第6条以下の規定を削除しているのはこのことを示す）。既に完全な賠償能力ある行政主体が責任を負う以上、更に公務員にも責任を負わしめることは被害者にとってその必要がないとともに、又一応の注意を以てしては或る程度の誤を避け難い公権力の行使に当る公務員にとって、苟くも過失に依って損害を加えたときは必ず賠償の責を負うべきものとするはその職務執行を萎縮せしめる虞あるために、かく定められている¹⁰⁾」とされる。

否定説に対して、折衷説（一部肯定説）と肯定説（全部肯定説）の二者は、要するに何らかの内容で公務員の責任を肯定する立場であるが、これらについては、「被害者の人権擁護の徹底＝経済的救済はむしろのこと、目にあまる公務員の職権濫用に対する歯止めを、加害者たる公務員個人に対する損害賠償請

国の不法行為責任

求権に期待することによって人権の防禦を図るとい背景がある⁽⁹⁾」とされることを注目すべきであろう。

折衷説（一部肯定説）は、公務員の個人責任を故意又は重過失のばあい限り肯定する。したがって、その他のばあいとなる軽過失については、公務員の責任を否定することになる。すなわち、「国家賠償法第1条2項が、国の求償権の範囲を、公務員に故意又は重過失ある場合に限った趣旨からみて、少なくとも軽過失の場合に公務員が免責されることは、肯定しなくてはならぬ。そうでなければ、この規定は無意味に帰するからである。しかし、故意又は重過失ある場合については、その免責を認むべき理由に乏しいように思われる⁽¹⁰⁾」とされている。このほか、肯定説（全部肯定説）では、公務員の個人責任は軽過失のばあいも免責すべき合理的根拠がなく、微小であれば警告の意味で徹底的に追究されるべきであるとしている。

上記三説のうちでは、否定説が通説であり最高裁判所も通説の立場をとっているものとみられている⁽¹¹⁾。すなわち、最高裁判所は、最判昭和30年4月19日民集9巻5号535頁において「公権力の行使に当る公務員の職務行為に基づく損害については、国または公共団体が賠償の責に任じ、職務の執行に当った公務員は、行政機関としての地位においても、個人としても、被害者に対しその責任を負担するものではない」との判決要旨によって当該公務員の賠償責任を否定しているのである。この最高裁判決は、国家賠償における賠償責任の負担者を国または地方公共団体に限定することによって、公務員が行政機関として、また個人としての地位においても賠償責任の負担者となるものではないことを明示した初めての最高裁見解として注目されているのである。ただし、この最高裁の判例では、公務員の責任に関して「その理由は必ずしも明らかではないし、かつまた、国家賠償法第1条1項の国家責任の成立するいかなる場合にも公務員の個人責任を否定するものといえるかどうかは必ずしも明白ではない⁽¹²⁾」といわれている。

その他、公務員の個人責任については、「大体論として判例の立場は通説の立場に近いが、最高裁と下級裁との間では必ずしもその見解が統一されている

とはいいい難い⁶⁰⁾」ともされており、下級裁判所の判決には、一部肯定説をとるものが見受けられる。

すなわち、下級裁判決としては、「公務員が故意に職権濫用行為をなし、之がため他人に損害を及ぼしたものとすれば、その公務員個人としても不法行為責任を負担すべきである（昭和37年5月17日大阪高判）」としているものがある。また、他の下級裁判決においても、「加害公務員に故意又は重大な過失があったときは自らも民法第709条の規定による責任を負担せざるをえず、そのような場合の加害公務員と国又は公共団体の責任は不真正連帯債務の関係に立つものと解するのが相当である（昭和46年10月11日東京地判）」としているものがある。さらに、芦別国家賠償請求事件第一審判決（昭和46年12月24日）について「国以外の公務員個人に対しても被害者に対する直接の損害賠償責任を認めている点において、判決例としては、数少ないものの一つになっている⁶¹⁾」とされており、「現行法の解釈論としては、国家賠償法第1条2項の求償権の限定規定をあわせ勘案しつつ、公務員の個人責任は、故意または重過失のある場合にかぎって認めるのが妥当であろう⁶²⁾」といわれる点も注目すべきことであると思われる。

したがって、このように学説および判例の動向をみると、最高裁判所の先に掲げた判決は、其他に出された下級裁判所の全ての判例に対して必ずしも強力な影響を与えたものとも断言できないように見受けられ、なお今後も解釈上の争いが生じうるであろうと思われるのである。そこで、留意しておくべきこととしては、公務員の不法行為によって受けた被害者の損害を救済し、かつそのような不法行為の原因、実状等についても、最も適正妥当な見地から解釈論を確立していくことであろうと思われるのである。

- (1) 和田英夫，前掲，324—325頁。
- (2) 宮田三郎，前掲，143頁。
- (3) 杉村敏正，全訂行政法講義総論上巻，昭和48年，279—280頁。
- (4) 宮田三郎，前掲。
- (5) 同上。

国の不法行為責任

- (6) 有倉遼吉, 前掲。
- (7) 古崎慶長, 前掲, 123頁。
- (8) 柳瀬良幹, 行政法教科書, 昭和49年, 136頁。
- (9) 宮田三郎, 前掲, 153頁。
- (10) 今村, 国家補償法, 昭和32年, 122頁。
- (11) 宮田三郎, 前掲, 152頁。
- (12) 室井力, 現代行政法の原理, 1973年, 143頁。
- (13) 山本正太郎, 学説展望, ジュリスト300号, 1964年, 95頁。
- (14) 室井力, 前掲。
- (15) 同上。