

# 国家賠償責任と違法

松 尾 直

## I はしがき

日本国憲法第十七条の規定には、「何人も、公務員の不法行為により、損害を受けたときは、法律の定めるところにより、国又は公共団体に、その賠償を求めることができる。」として、国家賠償請求権および国家賠償責任が定められる。すなわち、国家賠償責任は、公務員による不法行為が原因となり、国家賠償請求権に基づく賠償が求められ、その結果として国または公共団体が損害賠償責任を負担すべきことを定めるものである。

つまり、国家賠償責任は、国家賠償請求権に対するところの国家責任を定めたものであり、「憲法一七条の規定は、公法関係において生ずる国の責任を肯定したことに、重要な意味をもつ。<sup>1)</sup>」とされ、また「本条が国民の自由あるいは権利を保障する法的手段として高く評価されるべきである<sup>2)</sup>」とされる。さらに、この国家賠償責任は、国の賠償責任を広く認めたものであり、「本条は、国民の権利や自由が不法に侵害されたり奪われたときには、そのまま放置することなく可及的に救済することによって、国民の基本的な人権保障に実効あらしめようとする点に意義があるわけであるから、この侵害が、公法関係から生じようと、私法関係から生じようと区別しない趣旨である<sup>3)</sup>」といわれるところである。

---

注1) 今村成和『法律学全集9 国家補償法』有斐閣、1957年、83頁。

2) 下山瑛二「国家賠償」、『日本国憲法体系 第六巻 統治的作用』有斐閣、1978年、198頁。

3) 古崎慶長『国家賠償法』有斐閣、1984年、6頁。

一方、国家賠償責任が国の責任として重要な意義を有することは、これを求めるべきところの国家賠償請求権の位置づけにもかかっているものと思われる。すなわち、国家賠償請求権は、日本国憲法第三章国民の権利及び義務の中に定められるところの基本的人権である受益権または国務請求権として認められる。<sup>4)</sup>ただ、国家賠償請求権を基本的人権に含めて解することについては、「国または公共団体に対し、その公務員の不法行為による損害の賠償を求める権利（一七条）および刑事補償を求める権利（四〇条）——である。これらもやはり基本的人権に含まれると見るべきかどうかである。基本的人権の概念が人間性から論理必然的に派生する前国家的・前憲法的な性格を有する権利であることを考えると、これらを基本的人権に含ませることは、少しむりなような気がする。それらの規定を特に人権宣言の中に入れたことは、それらに基本的人権の性格を与えようとするのが、憲法制定者の意図だったことを示すと見るべきであるかも知れないが、人権宣言の中で規定することによってすべての権利が人権の性格をもつようになると考えることは、人権の本質的性格からいって、妥当でないだろう。<sup>5)</sup>」とされる。ここに示された見解では、日本国憲法第17条の規定に定める国家賠償請求権は、第40条の規定に定める刑事補償請求権とともに「基本的人権に含ませることは、少しむりなような気がする。<sup>6)</sup>」とされているところから、近代市民国家以降の古典的な人権宣言に明記された権利としての基本的人権の範囲に含まれないということになるであろう。

しかし、この見解に対して疑問視されるものも示されており、「わがくにの明治憲法体制の法意識が、権力的作用にもとづく損害賠償責任を損害填補の観点から把握せず、その行為の性質から処理していた限りにおいては、その賠償責任が憲法によって保障されるのでなければ、到底通常法によって処理

4) 橋本公巨『日本国憲法』有斐閣、1980年、313頁。平松 毅「国務請求権」、『憲法講義2 基本的人権』有斐閣、1982年、283頁。

5) 宮沢俊義『法律学全集4 憲法II〔新版〕』有斐閣、1980年、200頁。

6) 同上。

しえなかったというわがくにの特殊性があったことを忘却することはできない。そこでは損害填補責任を国が負うということ自体において、国の権力行使にたいする転換を迫ったという特殊日本的な政治的事情があったのではないだろうか。第二に、前述のごとく国の賠償責任は政策の所産であるが、その政策はいわゆる生存権・社会権といわれるものと無縁のものではない。したがって生存権・社会権を基本的人権の中に包摂し、人権概念の現代化をはかっている場合には、かかる賠償責任を基本的人権条項に入れても、不思議なことではないと考える。<sup>7)</sup>とされる。つまり、ここでは、わが国の国家賠償責任をもって「国の権力行使にたいする転換を迫ったという特殊日本的な政治的事情<sup>8)</sup>」および「生存権・社会権といわれるものと無縁ではない<sup>9)</sup>」として、国家賠償責任の沿革的かつ現代的意義が示されている。したがって、国家賠償請求権の基本的人権における位置づけは、十八世紀における市民革命時代における人権の古典的定義に限られて考察されるよりも、むしろ二十世紀における社会権を中心とした新たな、いわば現代的人権に拡大して解する必要性も認められるべきであろうと思われる。なんとなれば、人権それ自体が、国家の基本的政策として、国政の基本理念の具体化により規定されるところのものであり、現代国家における人権をより弾力的かつ拡大的に解するところに、その現実的意義が認められるものであろう。

また、このほかに先の見解により国家賠償請求権につき「厳格な意味での基本的人権には属しないと見るのをおそらく妥当としよう。<sup>10)</sup>」と示されたことに対し、「新憲法は、自由権的基本権を確保するための権利として、一七条の権利を基本的人権として導入したものとみられるからである。<sup>11)</sup>」として、国家賠償請求権をもって「自由権的基本権を確保するための権利<sup>12)</sup>」と認めら

---

7) 下山瑛二、前掲、243頁。

8) 同上。

9) 同上。

10) 宮沢俊義、前掲、201頁。

11) 古崎慶長、前掲。

12) 同上。

れている。その理由として、日本国憲法第十七条の規定につき「本条は、国民の権利や自由が不法に侵害されたり奪われたときには、そのまま放置することなく、可及的に救済することによって、国民の基本的人権保障に実効あらしめようとする点に意義があるわけであるから、この侵害が、公法関係から生じようと、私法関係から生じようと区別しない趣旨であるといえるからである。<sup>13)</sup>」とされている。つまり、国民の権利や自由への不法な侵害に対する被害者の救済に重点が置かれ、そのための基本的人権として位置づけられているものと解されるのである。さらに、日本国憲法第十七条については、「公務員が公権力の行使によって違法に他人に損害をくわえた場合、まず国または公共団体が、その公務員に代って賠償することを要するとし、基本的人権の保障を明らかにした。<sup>14)</sup>」とされる。

ところで、先の見解によって示された「自由権的基本権<sup>15)</sup>」については、「国民の権利や自由<sup>16)</sup>」ともされていることより、自由および平等によって代表されるところの自由権を中心とした諸々の人権として示されたものと解されるのである。すなわち、近代市民革命後の国家における人権の発展過程で、いわゆる一七八九年の人権宣言で名高いフランスにおいては、国家賠償請求権を認める根本的理由づけに、「公の負担の前のすべてのものの平等に結合する<sup>17)</sup>」として、「この原則の成文法上の根拠に人権宣言第十三条『公の権力の維持のために及び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、すべての市民の間に、その能力に応じて平等に分配されるべきである』が援用され<sup>18)</sup>」とされていることが注目すべきことであると思われる。つまり、フランスでは、人権宣言第十三条の規定に定める課税に関する平等の原則が、

---

13) 同上。

14) 伊藤 満『逐条憲法特講 上』有信堂高文社、1976年、141頁。

15) 古崎慶長、前掲。

16) 同上。

17) 雄川一郎「フランスにおける国家賠償責任」、『比較法研究 九・十号』1955年、68頁。

18) 同上。

国家賠償に援用されたものである。そこで、国家賠償請求権は、平等権に由来する内容のものであることがうかがわれ、平等の原則に結びつく側面をもつものであり、平等の原則を補完すべきところの表裏一体の関係にある人権として認められるところであろう。すなわち、十八世紀後半の市民革命時代における欧米諸国で成立した国家からの自由の政治思想に基づく自由権および平等権は、それらが消極的行政により形式的に保障された人権の域にとどまり、その結果として実質的な不公平を伴う側面を派生するところとなった。そこで、二十世紀にいたり現代国家は、これらの自由権および平等権を実質的に保障すべき必要に迫られて、新たな人権としての社会権および受益権さらに参政権の拡大を各国憲法において定めるところとなったのである。したがって、受益権に位置づけられる国家賠償請求権は、まさに現代国家において重視されるべきところの基本的人権として認められるところのものであろう。

一方、日本国憲法第十七条の規定に定める国家賠償請求権は、第二十九条三項の規定に定める損失補償請求権および第四十条の規定に定める刑事補償請求権とともに国家責任の原則に立脚するところの国家補償を構成し、「国民の権利や自由が不法に侵害されたり奪われたとき<sup>19)</sup>」に対する救済を定めたものである。そこで、国家賠償請求権は、人権の救済という立場を実効あらしめるための権利として、日本国憲法第十三条の規定に「自由及び幸福追求に対する国民の権利」として定められるところのいわゆる幸福追求権および第十四条の規定に定める「法の下での平等」を補完するための基本的人権として認める必要性もあらうと思われるところである。

このようにして、日本国憲法に定められるところの国家賠償請求権の基本的人権における法的性質上の位置づけには、見解において相違がうかがわれる。もっとも、二者の見解は、国家賠償請求権を基本的人権におけるいわば現代的人権として包括する点では共通性を有するものではなからうかと思わ

---

19) 古崎慶長，前掲。

れるのである。<sup>20)</sup>

次に、日本国憲法第十七条の規定に基づき制定された国家賠償法においては、第一条の規定により公務員の不法行為と国家賠償責任を定め、また第二条の規定により公の営造物の設置または管理の瑕疵と国家賠償責任を定める。すなわち、国家賠償法第一条および第二条の規定は、国家賠償責任を生ぜしめた加害原因を、公務員としての人の行為と公の営造物としての物の瑕疵とに分けて定めたものであり、日本国憲法第十七条の規定に定める「公務員の不法行為」を具体的に定めた内容を有している。なお、日本国憲法第十七条の規定に定める「公務員の不法行為」に基づく国家賠償は、「違法行為に基く損害の賠償<sup>21)</sup>」として、不法行為をもって違法行為と同意義に解されている。一方、国家賠償法第一条の規定における公務員の不法行為と賠償責任では、「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、公務員としての人の「違法」とされる行為が、公務員の不法行為として、同法第二条の規定に定める公の営造物の設置または管理の「瑕疵」と対比されるものである。

## II 国家責任と違法

国家責任は、合法または違法による国家作用を原因として、国民の権利が侵害された結果に対し、国家にその損害の填補を負担させるべき責任であり、「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。<sup>22)</sup>」とされ、制度的保障が国家補償法として認められる

---

20) 拙著『日本国憲法の法理と現実』高文堂出版社、1984年、75頁。

21) 今村成和、前掲。

22) 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。

ところである。また、国家責任は、国家無責任と対比されるものであり、「近代法における国家『無』責任の法政策原理<sup>23)</sup>」に対するところの「法政策の転換と国家責任制度の確立<sup>24)</sup>」として示されている。

すなわち、国家無責任について、「英米の伝統的な考え方は、いわゆる『王は悪を為しえず』(King can do no wrong)の法理により、王に対しても、国に対しても賠償を求めないものとされてきた。<sup>25)</sup>」とされる。このような近世における絶対君主制の国家無責任は、国王主権が主権の絶対不可侵性として、国家主権の無責任を根拠づけていたものとみられる。そこで、国家の無責任は、「国の自己責任の否定(主権の無責任)<sup>26)</sup>」として示されており、イギリスにおける近世絶対君主制より名誉革命後の近代制限君主制を経て、二十世紀前半にいたるまで認められてきたもので、「国家無責任の原則が長く支配した。<sup>27)</sup>」といわれる。また、フランスでは、ジャン・ボーダンの主権論に立脚した近世絶対君主国家の国家無責任が、大革命時代の第一共和制以降も継承され、「公権力の無責任性<sup>28)</sup>」たるべき主権の必然的帰結として十九世紀前半まで認めてきたものとされる。<sup>29)</sup>つまり、国家無責任の原則は、十九世紀前半乃至二十世紀前半頃までにわたり、フランス、イギリスなどの国家で認められてきたところの永年の伝統的制度であったといえるであろう。

次に、近代国家における国家無責任の原則が崩され国家責任へと移行するのは、国家作用の非権力作用の部分より認められてくることになるのである。すなわち、「フランスにおいては、国家責任は公法上の法理として発展した。それは、いわゆる公役務の過失(*faute de service public*)に基づく賠償責任の法理を中心としている。<sup>30)</sup>」とされる。なお、フランスでは、「一九世紀前半

---

23) 下山瑛二，前掲，200頁。

24) 同上，207頁。

25) 伊藤 満，前掲，145頁。

26) 下山瑛二，前掲，201頁。

27) 同上。

28) Jean Rivero, *droit administratif, par Précis Dalloz*, Paris, 1980, p. 271.

29) *Ibid.*

30) 雄川一郎「行政上の損害賠償」、『行政法講座第三巻 行政救済』1971年，6頁。

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、共和暦八年(一八〇〇年)雨月二八日法四条が、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。<sup>31)</sup>とされ、国家責任への方向づけが示されていたものとみられる。また、「フランスの国家責任の法理は、これを巨視的に観察すれば、ドイツにおいては一般的には成立し得なかつた国家責任の公法的構成が判例によって成立したものと考えることができるであろう。これを可能ならしめたのが、行政裁判所たるコンセイユ・デタの衡平の考慮に基づく法の創造であつた。すなわち、正義衡平の要請が判例によって実定法的原理に転化せしめられ、実定法的な肉付けを与えられたのである。<sup>32)</sup>とされていることが注目されるべきであろう。

とくに、フランスでは、一八七三年二月一日のブランコ判決が名高く、「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、特別の關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。<sup>33)</sup>」とし、また「公共役務に関する国の賠償責任は、行政裁判所の管轄に属し、私人間の關係を規律する民法の適用を受けないとする原則を樹てた。<sup>34)</sup>」とされている。このようにして、国家の非権力的作用については、フランスにおけるコンセイユ・デタの行政裁判により、国家責任を承認する方向へと展開されたものであり、「フランス行政法の基礎を確立した<sup>35)</sup>」といわれるゆえんである。

一方、国家の権力的作用については、「国家の権力的作用の発動がつねに合法的でなければならぬという法治国的要請から、その発動のうち合法的なも

---

31) 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』有斐閣、1969年、60頁。

32) 雄川一郎、前掲、6—7頁。

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

34) 今村成和、前掲、21頁。

35) 下山瑛二『人権と行政救済法』三省堂、1979年、64頁。



のだけを国家作用とする観念が生じ、ひいては、その違法行為について、トレーガーたる公務員の個人責任のみを追及しようという法認識は、損害の発生についてこれを放置しえず、何人かが責任を負うて填補せねばならぬという社会意識の下では、独自の領域を固執することが困難となってきたのも当然であろう。<sup>36)</sup>」との理由づけがなされて、国家責任制度が権力的作用の分野で確立するためには、何らかの法政策原理の転換が必要とされたことが指摘されている。<sup>37)</sup> すなわち、国家責任は、初めに非権力的作用の分野において国家無責任の修正として確立し、その後により権力的作用の分野においても責任が認められる方向へと展開してきた傾向がうかがわれるのである。このように、国家責任が国家無責任に対する修正として展開してきた傾向は、フランスをはじめとした西欧各国においても共通の傾向と認められるようであり、わが国もまたこれと同様の方向を辿ってきたものと認められるのである。

次に、わが国における国家責任と違法については、日本国憲法第十七条の規定に定める公務員の不法行為と国および公共団体の責任が、「明治憲法下における国家無責任の原則を否定し、国家責任の原則をうたったものとして画期的な意義をもつものである。すなわち、明治憲法時代においては、憲法上はもちろん、今日の国家賠償法のごとき一般法の形でも、国の損害賠償責任を定めた規定は存在せず、かえって、行政裁判法一六条は『行政裁判所ハ損害要償ノ訴訟ヲ受理セス』としていたがため、かりに公務員の不法行為により損害をこうむることがあっても、私人は、個別の特別法の規定の存在する場合のほかは、民法七〇九条以下の不法行為の規定にもとづき司法裁判所に救済を求めるしか途がなかった。<sup>38)</sup>」とされる。つまり、大日本帝国憲法の下では、公権力の行使に基づく損害について国家責任の規定が定められておらず、したがってこれを否定するものと解されていたのである。これに対して、

---

36) 下山瑛二「国家賠償」、『日本国憲法体系 第六巻 統治の作用』有斐閣、1978年、208頁。

37) 同上。

38) 遠藤博也『現代法律学全集61 国家補償法 上巻』青林書院新社、1981年、99—100頁。

日本国憲法第十七条の規定では、公権力の行使についても国家責任を認めるところとなったのである。

なお、「国家無責任の法理が支配していた場合、それが各国の特殊性に蔽われていたとしても、その原理は近代法の基本原理から発しうるのであったため、基本的には同一でありえたが、国家責任の法理の場合は、その『修正』原理として立ちあらわれるために、各国の具体的実定法構造は、よりその国の『特殊性』、すなわち、『法政策』原理によって、種々なる差異がもたらされるということである。<sup>39)</sup>」とされることも、わが国の場合を含めて注目されるところであろう。

### III 国家賠償上の違法

国家賠償法第一条の規定で公務員の不法行為として「違法に他人に損害を加えたとき」と定められる「違法」は、「文言の解釈について、民法の権利侵害と同義に解するもの（狭義説）と、これに一条固有の意義を与えようとするもの（広義説）との対立がある。<sup>40)</sup>」とされている。このような違法に関しての見解の対立において狭義説によるところの「法令に違反すること」が違法にあたるのに対し、広義説より「単なる法規違反を指すのではないとするのが通説のようである。もしこの場合に、その解釈が法規と切り離して『違法』概念を構成するのであるならば、これまで考察してきたがごとき填補責任の観点を貫く解釈となり、あえて異論をさしはさむ余地はないと考える。<sup>41)</sup>」とされる。この点については、「今日では、公務員は、法令にもとづかないで事実上職務行為をしているからである。その例として、いわゆる

---

39) 下山瑛二「国家賠償」、『日本国憲法体系 第六巻 統治の作用』有斐閣、1978年、209頁。

40) 古崎慶長、前掲、170頁。

41) 下山瑛二「国家賠償」、『日本国憲法体系 第六巻 統治の作用』有斐閣、1978年、250頁。

行政指導を挙げることができる<sup>42)</sup>とされている。なお、広義説の解釈については、「客観的に正当性をもたない場合として、裁量権の行使を誤った不当の場合をも含ませるのであれば、広義説に賛成できない。<sup>43)</sup>」との批判がある。また、「裁量権の範囲内の行為である限り、法によって許された行為と解するの外なく、当・不当は、不法行為法上の問題ではないのである。<sup>44)</sup>」ともいわれる。

そこで、「裁量権の行使を誤った不当の場合をも含ませる」ことへの批判は、国家賠償法第一条の規定に定める「違法に」をもって「厳格な法規違反を指すのではなく、その行為が客観的に正当性を欠くことを意味する。<sup>45)</sup>」とされており、また「裁量処分において裁量を誤った不当処分の場合も、本法による違法の認定については包含せられるものと解する<sup>46)</sup>」とされるものに対するとみられる。しかし、行政救済の主要な目的であるべき被害者の人権救済を優先させる見地よりみるならば、やはり「裁量権の行使を誤った不当の場合」による損害についても救済を考慮すべきであろうと思われるのである。

さらに、国家賠償法第一条の規定に定める「違法」に関しては、「国が瑕疵ある権力作用に基く損害の賠償責任を負担すべきことを定める<sup>47)</sup>」とされたうえで、「権力作用にあつては、法は、積極的に法益の侵害を認め、又ある場合には、それをやむを得ないものとして認めている。このような法の根拠をもたない限り、公権力による法益侵害行為は、常に違法である。けだし、公権力による法益侵害には常に法の根拠を要することは、法治主義の当然の帰結だからである。<sup>48)</sup>」とされている。すなわち、この見解によれば、公務員による権力作用につき法治主義の原則を適用すべきものと示されており、戦前か

---

42) 古崎慶長、前掲、171頁。

43) 同上、172頁。

44) 今村成和、前掲、108頁。

45) 田中二郎『新版行政法 上巻 全訂第2版』弘文堂、1979年、206頁。

46) 有倉遼吉「逐条国家賠償法解説」、『法律時報第二五卷九号』日本評論社、1953年、20頁。

47) 今村成和、前掲、107頁。

48) 同上。

ら知られるところのいわゆる侵害留保説の見地との関連もうかがわれるようである。したがって、権力作用については、作用の瑕疵として国家の賠償責任を重視すべき方向づけがなされ、その結果として被害者国民の人権救済にかなうものと解されるように思われる。また、権力作用は、国家賠償法第一条の規定に「公権力の行使」として定められるが、非権力作用との関係でみるならば、「公務員の職務行為のすべてについて、国家賠償法一条が適用されるわけではなく、『当該公務員に委託された公権を行使する職務を行うについて』同条が適用されるとしななければならない。そうでないと、公務員の私経済活動——たとえば、備品の購入、請負の発注など——にも一条が適用されることを肯定することになる。しかし、公務員の私経済活動については、民法四四条・七一五条の適用で十分である。<sup>49)</sup>」とされている。なお、「公務員の私経済活動<sup>50)</sup>」がこの場合に除外されていることに関しては、学説上「公権力の行使」が、「私経済作用をのぞくすべての公行政作用をさすものとする<sup>51)</sup>」広義説にあたるものと示されている。そこで、国家賠償法第一条の規定については、「非権力的作用が公権力の行使にふくまれないとしたところで、もちろんこれについては国家無責任だというわけではなく、私経済作用同様に、民事不法行為法その他民事法による救済をなすべきだというだけであって実際上の違いはあまりない。<sup>52)</sup>」とされている。

さらに、国家賠償上における違法について、「ある法益の侵害がゆるされた行為であるかどうかは、単に、明文の規定のみによって律せられるものではない。法の運用に際して適用される、人権の尊重、権力濫用、信義誠実、公序良俗などの諸原則は、当然に、その判断の基準となる。<sup>53)</sup>」とされるところから、「不文の法の存在<sup>54)</sup>」も違法性として示されることになる。この点につ

---

49) 古崎慶長『国家賠償法の理論』有斐閣、1983年、5頁。

50) 同上。

51) 遠藤博也、前掲、145頁。

52) 同上、146頁。

53) 今村成和、前掲。

54) 同上、108頁。

いては、「違法を、厳密な意味での法令に違反した場合に限る至当性はない。<sup>55)</sup>」ともいわれており、広義説の見地によるものであると解される。とくに、近年注目されているのは、行政指導であり、これを国家賠償法第一条の規定にある「公権力の行使」にあたるものと解した判例がある。すなわち、福岡スモン判決第一審判決（福岡地判昭和53年11月14日、判例時報910号33頁以下）では、行政指導の不実施をもって違法と認めているのである。この場合からも、公権力の行使における違法の基準となるべきところの法を、「人権の尊重、権力濫用、信義誠実、公序良俗などの諸原則<sup>56)</sup>」の見地にたって解するならば、その妥当性が認められるように考えられるところである。

#### IV 過失責任と無過失責任

国家賠償法第一条の規定には、公務員の不法行為と賠償責任の責任成立要件<sup>57)</sup>として、「故意又は過失によって違法に他人に損害を加えたとき」を定める。同法第一条の規定については、「過失責任をとっている。この点で民法七〇九条の一般の民事不法行為責任の場合と異ならない。<sup>58)</sup>」とされ、また「民法七〇九条には、『故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ権利ヲ侵害シタル者ハ』と規定しているが、解釈上、『権利侵害』が『違法』と同意義に解されている<sup>59)</sup>」として「国家賠償法一条は、この民法の解釈を採用し、権利侵害ではなく違法性を成立要件とした。<sup>60)</sup>」といわれる。そこで、国家賠償法第一条の規定に「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」と定められるところから、過失責任の解釈が注目されるところである。

すなわち、この場合の過失責任については、「国家賠償法が、過失責任主義

---

55) 古崎慶長『国家賠償法』有斐閣、1984年、172頁。

56) 今村成和、前掲、107頁。

57) 下山瑛二『現代法学全集13 国家補償法』筑摩書房、1973年、178頁。

58) 遠藤博也、前掲、181頁。

59) 古崎慶長『国家賠償法』170頁。

60) 同上。

(当該公務員の故意・過失を要件とする)をとり、その責任の本質は、代位責任であると理解するから、国又は公共団体の賠償責任の成立要件として、公務員の主観的責任要件としての公務員の故意・過失の存在することが必要であると考えている。その理由は、一条の『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』の文言を没却することはできないし、わが国の母法で代位責任をとる西ドイツの職務責任法でも、公務員の故意・過失を、主観的責任要件と解釈しているからである。<sup>61)</sup>として、国または公共団体の当該公務員に対する代位責任の見地より公務員の主観的責任要件としての故意・過失が必要とされている。なお、国家賠償法第一条の規定に定める故意・過失については、「『故意・過失』と『違法』を切り離さず、責任成立要件として捉える<sup>62)</sup>」とされているように、違法と故意・過失を併せて検討しておく必要がうかがわれるのである。すなわち、同法第一条の規定では、「故意又は過失によって違法に他人に損害を加えたとき」と定められるが、「ことに国賠法一条関係の事案においては、『故意・過失』と『違法』の関連から、むしろこの『客観化』の問題をより深く検討せねばならないものとおもう。<sup>63)</sup>」とされていることが注目される。そこで、国家賠償における過失責任は、単なる過失とし個別的に解すべきものではなく、むしろ違法および人権救済の見地より総合的に検討される必要があると思われる。

国家賠償上の過失についての見解には、先に示されたところの「公務員の主観的責任要件としての公務員の故意・過失<sup>64)</sup>」として、「わが国の母法で代位責任をとる西ドイツの職務責任法でも、公務員の故意・過失を、主観的責任要件と解釈している<sup>65)</sup>」とされることである。また、最高裁判所判決においても、国家賠償法につき「一条によれば、国又は公共団体が被害者に損害賠償の責任を負う場合は、公務員がその職務を行うについて故意又は過失に

61) 同上、152頁。

62) 下山瑛二『現代法学全集13 国家補償法』178頁。

63) 同上、179頁。

64) 古崎慶長『国家賠償法』152頁。

65) 同上。

より違法に他人に損害を加えたことを要件としている（最判，昭和二八年一月一〇日，民集七卷一一七七頁）」とされる。これらの解釈においては，過失につき公務員の主観的責任要件と国家の代位責任との関係より，過失責任を厳格かつ限定的に認めようとする傾向がうかがわれるようであり，その結果として人権救済の範囲および配慮が狭く解されるであろうと思われる。

一方，国家賠償上の過失についての見解には，公務員の主観的責任要件として公務員の故意・過失の存在を必要とする見解をもって一般的であると認めたとうえで，「かかる主観的要件として『過失』の存在を強調する主張にあっても，『過失』の客観化を認めざるをえぬ傾向にある。このことは，民法においてつとにあらわれている傾向であるが，国賠法においても当然この傾向を反映せざるをえないのに拘らず，若干の立遅れがみられる。<sup>66)</sup>」と指摘して，「『過失』要件の客観化が方向づけられているのである。<sup>67)</sup>」このほかに，国または公共団体の代位責任を認める見解に対して，「国の自己責任と考える限り，故意過失の問題は，職務上の義務違反に対する公務員個人の認識の如何にあるのではなく，もっぱら違法な権力作用の発生原因を客観的に評価し，国の責任範囲を限定するための基準となるものにほかならないのである。もちろん，違法行為が，公務員の主観的な故意過失によって行われたことが明らかにされれば，それによって，右の要件は満足される。公務員が責任能力を欠く場合においても，客観的に見て，通常，公務員に対して要求される注意力を欠いた為めに行われた行為であると認められれば，そこに，過失を認定することを妨げない。<sup>68)</sup>」といわれる。

これらの場合における国または公共団体の自己責任と代位責任に関しては，「自己責任の立場よりするならば，行政作用の『客観的な瑕疵』が存在すれば足り，原告の立証も容易になるに反し，これを代位責任と解し，主観的過失責任主義と解する立場よりすれば，原告の立証責任は重くなり困難となる。

---

66) 下山英二『現代法学全集13 国家補償法』179頁。

67) 同上。

68) 今村成和，前掲，112—113頁。

しかし、この制度の趣旨から考えれば、過失責任主義をとつてもなおそれを特定公務員の主観的要件とのみ解する必要はなく、また、『警察官の排除行為の適否』が問題になった場合のごとく、個人を特定することの出来ぬ集団組織の場合にも、反対に、『公務員』たる身分をもつものの行為たることが認定されうれば足りるとすべきであろう。<sup>69)</sup>とされる。つまり、公務員による違法の公権力の行使より人権を救済するためには、過失責任を公務員の主観的責任要件にのみ限定すべきではないということになるであろう。

なお、「個人を特定とすることの出来ぬ集団組織<sup>70)</sup>」にも関連するように解される判例としては、「裁判所、拘留所のいずれに責任があるかは暫くおき、ともあれ、この拘留が国家機関たる何人かの過失によって理由なく半ヶ月間延長されたことは疑い得ない（東京地判、昭和二七年一月二二日、下級民集三卷一―二号一〇八頁）」とされたものがある。すなわち、過失による加害者としての公務員が複数の場合は、過失責任を公務員の主観的構成要件に限定すべきであるとする代位責任の見解から、被害者を救済するための方策が充分解明され得ないようにうかがわれることになろう。これに関しては、「個人を特定することの出来ぬ集団組織の場合にも、反対に『公務員』たる身分をもつものの行為たることが認定されうれば足りるとすべきであろう。<sup>71)</sup>」とされていることにつき、示唆に富むとされている<sup>72)</sup>ことから、その妥当性が認められるところであろう。

次に、公務員の公権力の行使に故意・過失がなく違法の結果を生じ国民に損害を与えた場合は、国または公共団体に無過失責任が認められるべきであるかについて、「被害者は、現行法のもとで、どのようにして救済されるかが、国家賠償の重大課題である。<sup>73)</sup>」と指摘されているのである。そこで、国家賠償法第一条の規定上この点について、「公務員の主観的要件として故意・過失

69) 下山瑛二「国家賠償」、『日本国憲法体系 第六卷 統治の作用』251―252頁。

70) 同上。

71) 同上、252頁。

72) 古崎慶長『国家賠償法』152頁。

73) 古崎慶長『国家賠償法の理論』13頁。



を要求している<sup>74)</sup>と解する見地より、公務員の無過失違法行為に対して、損失補償による解決策が示され、財産上特別の犠牲を被ったものにつき「直接憲法二九条三項を根拠にして、補償請求をする余地が全くないわけではない（最判、昭和四三年十一月二七日、刑集二二卷一二号一四〇二頁）」との示唆もあり、「公務員の無過失違法行為の結果により被った損害は、財産上特別の犠牲といえるから、国家賠償法一条ではなく、憲法二九条三項による損失補償として、被害者救済の道が拓かれているとしなければならない。<sup>75)</sup>」とされている。これは、被害者の救済についての有効な一方策であるとうかがわれる。ただ、被害者の救済を主目的とすべき行政救済では、国家の違法行為に基づく国家賠償に対して、国家の合法行為に基づく損失補償が示されるところである。したがって、国家賠償に関しては、やはり公務員の過失が主観的要件を充足しない場合であっても、「国家活動にあつては、国民に対して損害を与えた場合に、一応客観的な過失要件に該当すれば違法性があり、責任成立要件を充足するものと考え、その上で、責任が阻却される要件として、国家活動の正当事由・免責事由を立証せねばならぬということであろう。この場合には『故意・過失』と『違法性』は統合されてくる。<sup>76)</sup>」とされることが、被害者の救済として国家賠償上の趣旨に合致するであろう。

---

74) 同上。

75) 同上，14頁。

76) 下山瑛二『現代法学全集 13 国家補償法』179—180頁。