

国家賠償法二条の理念

西 埜 章

はじめに

前稿「国家賠償法一条の理念」⁽¹⁾において、筆者は、「一般に、国賠法一条と二条の各責任は損害賠償としてまとめ説明されているが、国賠法一条を本稿で説いたような意味での違法責任として理解するとすれば、两条を同一の理念で捉えることは困難となるであろう。それでは、国賠法二条の理念は一条の理念とどのように相違するのだろうか。これは、錯綜している国賠法の解釈論にとつては、避けることのできない問題であるといつてよい」と述べた。現在、二条をめぐる種々の難問が山積しており、種々の見解が対立しているが、このような状況の出現は、結局、二条の理念が必ずしも十分に明確にされていないことに原因の一端があるように思われる。従来の文献は、「不法（違法）行為に基づく損害賠償」、あるいは単に「損害賠償」、「国家賠償」の項目の下に、一条の責任と二条の責任を合わせて論ずるといふ傾向が顕著であった。これでは、一条の理念をある程度説明できても、二条の

理念を鮮明にすることはできないであろう。本稿において、筆者は、状態責任、無過失責任、危険責任の三点を強調することにより、二条の理念を鮮明にすることを試みている。一見ただけでは、従来の学説と殆ど大差がないように見受けられるかもしれない。しかし、この理念を徹底すれば、「一条の責任と二条の責任を同一の範疇で捉えることはできない」という結論に至らざるを得ないであろう。これが、本稿の主題である。

状態責任、無過失責任、危険責任を本稿では広い意味において「二条の理念」として捉えている。従って、「理念」とはいっても、必ずしも厳密なものを指すのではなく、二条を支える基本原則といった程度のものを意味するにすぎない。一応、右の三つを区別して挙げてあるが、もとよりこれらは相互に密接に関連し合っている。二条をめぐる個別的問題は、二条の理念を明確にすることによって、自ずと解決の糸口を見出すことができるであろう。⁽²⁾二条の理念を明確にすることは、同時にまた、国家補償体系再構成の足掛りを得ることにもなりそうである。

(1) 法政理論一五卷二号三七頁。

(2) 国井和郎教授は、「瑕疵概念は責任の構造や性格の理解いかに規定されるものであって、われわれもこれを検討視野に収めなければなるまい」(「道路の設置・管理の瑕疵について」(二二)「判例タイムズ四六七号六頁)と説かれている。

一 行為責任と状態責任

一 従来の文献においては、一般に、国家補償の一類型として、「国家賠償」または「不法(違法)行為に基づく損害賠償」が論ぜられてきた。杉村章三郎博士が、国家補償を国家賠償と行政上の損失補償に区別されて、前者を「国または公共団体が、そのなした不法行為によって特定の国民に損害を与えた場合、国または公共団体がこれ

に對し金銭上の補填をなすことをいう^①と定義され、田中二郎博士が、国家補償を不法行為に基づく損害賠償と適法行為に基づく損失補償に區別されて、前者を「違法な行政作用によって人民の権利利益を侵害する場合」^②と定義されているのが、その代表的な例である。そして、そこでは、「国家賠償」または「不法行為に基づく損害賠償」は、さらに、公権力の行使に基づく損害の賠償責任（国賠法一条）と公の營造物の設置・管理の瑕疵に基づく損害の賠償責任（国賠法二条）に区分されている。このことは、国家補償体系を「適法行為に基づく損失の補償」、「違法行為に基づく損害の賠償」、「結果責任に基づく国家補償」に区分する三元説の立場においても、大体同様であるといつてよい。例えば、今村成和教授は、「違法な行為に基いて不法な結果を生ぜしめた場合においては、国家賠償又は国の不法行為責任の問題を生ずる。しかし、この場合においても、個人主義的責任原理に由来する過失責任を原則とし、無過失責任は、例外的にしか認められない。これらの場合を、本稿においては、違法行為に基づく損害の賠償と呼ぶことにする^③」と説かれて、「違法行為に基づく損害賠償」の項目の下に、「権力作用に基づく損害の賠償」と「公の營造物の設置管理の瑕疵に基づく損害の賠償」を取扱われている^④。

このように、国家補償体系を二元的に構成するにせよ、三元的に構成するにせよ、国賠法一条の責任と二条の責任が、ともに「国家賠償」または「不法（違法）行為に基づく損害賠償」の項目の下に一括して扱われているわけであるが、一括して位置づけることができるためには、当然のことながら、右両条の責任の間に共通性が認められなければならない。この共通性は、単に両者とも国賠法上の責任というだけでは足りず、本質的なものであることを必要とする。しかし、これまでの文献における説明では、この共通性は、必ずしも明確にされているとはいえないようである。これは、共通性が自明のものとされ、それ以上に説明を要しないと考えられていたためであるが、果たして自明であるか否か、改めて検討する必要があるであろう。国賠法二条の理念を明らかにするためには、不

可避の作業であるといつてよい。

二 従来の文献において、一般に、一条の責任と二条の責任が「国家賠償」または「不法(違法)行為に基づく損害賠償」の項目の下に合わせて説明されているのは、両者がともに「不法(違法)行為」に基づく損害の賠償であるということの主たる根拠とするものである。民法上の「不法行為」概念の下に土地工作物責任(民法七二七条)が包摂されてきているから、それと趣旨を同じくする国賠法二条の責任を不法行為に基づく損害賠償に包摂させることは、確かに、それ程不自然なことではないかもしれない。憲法一七条の「公務員の不法行為」について、今村成和教授は、これは人の行為に基づく場合と物の瑕疵に基づく場合の両者を含む概念であるとされ、その論拠として、「国の賠償責任を保障するに当って、両者を区別する理由はなく、又、国の活動は、自然人たる公務員の媒介なくしては不可能なのであるから、『公務員の不法行為』の語を、両者を含む広い意味のものと解しても、別段不自然ではない」と説かれている。しかし、憲法一七条は、公権力作用における国家無責任の原則を否定するために制定された規定であるから、そこでいう「公務員の不法行為」は、「公務員の職務としてなされるすべての違法行為をいう」と解すべきであろう。勿論、このことは、營造物管理責任が現行憲法上の要請ではないということと意味するものではなく、ただ、「不法行為」あるいは「違法行為」という概念は、本来「行為」の側面から捉えられるべきであるということの意味するにすぎない。このことを的確に論証しているのは、多田晶彦氏と谷五佐夫氏の所説である。

まず、多田氏は、民法の工作物責任について、次のように説かれている。「本来不法行為の帰属は、損害を発生せしめた違法な行為に対する非難性を根拠とするものではないか、と考えられるのであり、物の物権的支配というそれ自体違法性を持たない行為については、不法行為責任を問得べきいわれはないものと考えられるから、瑕疵

性も、工作物の客観的屬性について求めるのではなく、設置・保存行為の不完全性⁷作為義務違反性に求められて然るべきものではなからうか。また、この立場を採ることによって、本条の責任が不法行為責任の一類型として規定されていることの体系的意味も素直に理解できるように考えられる。⁸「これと同じ視点から、谷氏も、国賠法の營造物管理責任について、次のように述べられている。「国家賠償法二条は本質的には、不法行為法の系列に属するものと見られるが、管理者の何らかの人的措置の失当がないのに拘らず管理者の損害賠償責任を認めることはできない。不法行為法の基本原理である近代個人責任主義においては、損害が一定の行為に起因すると考えられる場合にはじめて行為者に対してその損害につき不法行為の責任を問うことができることになっている。本条においてのみこの立場が放棄されたものとは到底考えるわけにはいかない。」⁹

右の多田、谷両氏の所説については、瑕疵概念を主観説的に理解する点に関して疑義が存するものの、「不法行為」概念を「行為」の側面から理解しようとする点においては、賛意が表されてよい。このような見方からすれば、「不法（違法）行為に基づく損害賠償」という用語が使用される場合には、行為の側面から国の責任が捉えられており、そして、この場合には、国賠法二条の責任もまた不法行為に対する責任として捉えられている、ということになるはずである。しかし、実際には、文献の大部分は、瑕疵概念について客観説に立っており、国賠法二条は行為の違法性を問題にするものではないと解しているのであるから、ここでは用語と内容との間に不一致がみられるとよいであろう。従来文献においては、この点が必ずしも明確に意識されないうちに、国賠法一条の責任と二条の責任が「不法（違法）行為に基づく損害賠償」の項目の下に包摂されるという状況であった。¹⁰

三 「不法行為」あるいは「違法行為」という概念は、行為の違法性を前提にしたものと解すべきである。それ故、国賠法二条の責任が行為の違法性を前提にしたものであるか否かが、問われなければならない。通説は、二条

の責任については、一条の責任とは異なり、行為の違法性は要件とされていないと考えている。一条の責任が行為責任、二条の責任が状態責任と呼ばれているのは、⁽¹¹⁾このためであろう。

この立場を代表されるのは、末川博博士である。博士は、民法工作物責任について、端的に次のように説かれた上、国賠法二条の責任についても同趣旨のことを述べられている。すなわち、「客観的な要件といわれている違法性は人の外部的な行為についての評価であると観られる。ところが、土地の工作物の所有者の責任が問題となるような場合には、別段所有者の行為がとりあげられているわけではないのだから、直ちに所有者の行為それ自体の違法性を認める余地はない。……だから、第七一七条によっては、無過失責任が認められると共に、不法行為一般の要求する如き違法性をも欠くところの特殊の責任が認められておるといことができる」、⁽¹²⁾「ここでは、やはり故意過失が必要でないばかりではなく、違法性さえも必要ではなく、ただ営造物の設置又は管理に瑕疵があったという⁽¹³⁾こと自体に責任の原因があるのである」と。

このような通説的見解に対しては、最近、二条の責任もま行為責任であって、行為の違法性を要件にしているとの見解が有力になってきた。瑕疵論における義務違反説（または義務違反論）の考え方がそれであり、これは、前述の多田、谷両氏の所説と系譜を同じくするものである。義務違反説については、別の機会に改めて検討する予定であるが、一条と二条の法文の相違からすれば、二条をも行為責任を規定したものと理解するのは困難であろう。営造物の設置・管理が公務員の行為によってなされざるを得ないにしても、⁽¹⁴⁾二条は瑕疵ある「状態」⁽¹⁵⁾を問題にして⁽¹⁶⁾いると解すべきであり、行為はここでは状態の背後に隠れていて表には出てこないのである。

ただ、通説の立場が是認されたとしても、そのような状態責任を「不法（違法）行為に基づく損害賠償」に含めることが妥当か否か、新たな問題となるであろう。なぜならば、二条の責任は、不法行為あるいは違法行為に基づ

くものではないことになるからである。それ故、通説の立場においては、従来殆ど問題のないものとして使用されてきた「不法（違法）行為に基づく損害賠償」という概念が再検討されなければならない。この点は、義務違反説に立てば、二条の責任もまた行為責任であるから、当然「不法（違法）行為に基づく損害賠償」の下に包摂されてよいことになり、体系上はすっきりすることになる。

- (1) 杉村章三郎・行政法要義下巻〔新版〕八二頁。
- (2) 田中二郎・新版行政法上巻〔全訂第二版〕二〇〇頁。
- (3) 今村成和・国家補償法二頁。なお、下山英二教授も三元説に立たれるが、今村教授と若干異なり、損害賠償法・損失補償法・特殊な国家補償に区別されている。しかし、国の「不法行為」責任の典型的把握として、「人の行為より生ずる責任と物より生ずる責任」を挙げられているから（国家補償法一三頁）、この点では実質的な差は余り存在しないように思われる。
- (4) 同旨、杉村敏正・全訂行政法講義総論（上巻）二七四頁以下、和田英夫・行政法講義上三三八頁以下等。
- (5) この点、兼子仁教授が、最近公刊された体系書『行政法総論』において、一条の責任と二条の責任を全く別個の編別の下に扱われているのは、その意図は異なるにしても、注目されるところである。
- (6) 今村・前掲八四頁。
- (7) 宮沢俊義著Ⅱ芦部信喜補訂・全訂日本国憲法二二一頁。古崎慶長判事も、次のように説かれている。「国家賠償法二条は、直接憲法一七条とは関係がない。なぜならば、憲法一七条は、公務員の不法行為による損害に対する国又は公共団体の賠償責任に関するものであるところ、二条一項は、公の営造物自体から生じた損害について適用があり、営造物の設置・管理に関し瑕疵のある行為をした公務員の不法行為を問題にしないからである」（国家賠償法二〇七頁）。
- (8) 多田晶彦「工作物責任」林良平Ⅱ中務俊昌編・判例不法行為法二六九—二七〇頁。
- (9) 谷五佐夫「公の営造物の設置・管理の瑕疵」林Ⅱ中務編・前掲二八二頁。

(10) 筆者自身もまた、この点を十分意識しないままに、かつて、「公法上の補償体系は、補償を要求する原因より分類するときは、適法行為に基づく損失の補償、違法行為に基づく損害の賠償及び危険状態から生じた損害の補償（公法上の危険責任）に区分される」（公法上の危険責任論一九二頁）と述べていた。

(11) 下山「道路管理の瑕疵②」行政判例百選Ⅰ二八一頁、原田尚彦「新判例評釈（ビニール公害訴訟第一審判決）」判例タイムズ三二〇号一〇五頁等参照。これに対する批判として、国井「道路の設置・管理の瑕疵について（一五）」判例タイムズ四八〇号二七頁参照。

(12) 末川博・権利侵害と権利濫用七五三―七五四頁。

(13) 末川「国家賠償法と民法とのつながり」法律時報二五卷九号五頁。

(14) 瑕疵論における客観説も、設置・管理が公務員の行為によってなされることを認めている。例えば、雄川一郎「行政上の損害賠償」行政法講座三卷二二頁、下山・前掲行政判例百選Ⅰ二八一頁、古崎慶長「营造物の管理の瑕疵の意義」行政法の争点一七〇頁等参照。

(15) 兼子教授は、これを「物理的危険状態」と呼ばれている（前掲三二六頁）。

(16) 杉村章三郎博士は、「職務責任は、損害の発生原因が公務員の行為に由来するものであって行為者の主観的要件を具備することを要するのに反し、管理責任は营造物の設置または管理に瑕疵の事実があることによって生じ公務員の行為を前提としないのを原則とする」（前掲八六頁）と説かれている。

二 国家補償体系上の位置づけ

一 一条が行為の違法性を要件にしているのに対して、二条がそれを要件にしないという立場に立った場合、次に問題となるのは、二条の責任の体系的な位置づけである。行為の違法性が要件とされていないからとい

て、二条の責任が適法行為に基づく損失補償に属することになるものでないことはいうまでもないが、①一条の責任とは別の共通性によって再び一類型にまとめられるのか、あるいは、②結果責任に基づく国家補償の類型に含められるのか、なお検討を要するところである。

二条の責任の体系的位置づけとしては、一応、右の二つの方法が考えられるが、まず①について、古崎判事は次のように説かれている。「二条は、客観的に判断して、营造物₁公物の安全性が欠如していることを違法と評価し、その欠如によって損害を被った被害者に対して損害賠償をする規定である。」₁これによれば、安全性が欠如している状態を違法と評価することによって、一条の責任との共通性が見出されることになる。これにやや近い見解は、末川博士の次の所説であろう。博士によれば、「工作物に瑕疵があるという状態は、それ自体が違法なのではなくて、損害を生じた後から、損害を他人に加えるような危険性があったという意味で、強いていえば、違法性が認められるにすぎない。」₂換言すれば、「その状態に基因して損害を生じたとか少くとも損害を生ずる虞れ（危険性）があるというように、損害の発生に関連せしめられて初めて違法という評価を受けるのである。」₃これらの見解は、相互に若干の相違が見られるものの、二条の責任をも何らかの意味で違法性に関連させることによって、一条の責任との共通性をそこに見出そうとするわけである。文献の多くはこのことを当然のこととしているように思われるが、₄このような見解に立った場合は、一条と二条とでは違法性の捉え方が異なってくるということになるであろう。

二 次に、前記②の方法について考えてみれば、二条は行為の違法性を問わないと解するわけであるから、二条の責任を「結果責任に基づく国家補償」の中に含めることも、全く不可能というわけではない。今村教授によれば、結果責任に基づく国家補償は、さらに、(イ)適法行為に基づいて不法な結果を生ぜしめた場合、(ロ)違法行為に基

づいて不法な結果を生ぜしめた場合、(イ)原因行為の適法性の如何を問わない場合、の三類型に分けられるが、二条の責任がこれらのいずれかに分類されるとすれば、おそらく(イ)の類型であろう。(ii)の類型は、一般に、「危険責任」(以下、括弧書きの場合は、この意味での危険責任を指す)と呼ばれており、これは「相手方を危険状態においたこと、又は、自己の作り出した危険状態に基いて相手方に損害を生ぜしめたことを帰責事由とするもので、故意過失はもとより、行為の違法性をも、責任要件とするものではない」という性質のものである。二条の責任は、行為責任ではなくて状態責任であり、しかも、危険責任主義を責任根拠としていると解する通説の立場からすれば、あるいは、二条の責任は「危険責任」であるとした方がつきりとした説明になるかもしれない。しかし、現在のところは、このような考え方をする者はいないようである。その理由は、「危険責任」にあつては、危険状態の形成に非難性が認められないのに対して、二条の責任にあつては、設置・管理の「瑕疵」が要件とされているために、この瑕疵が非難性を帯びるものと解されることにあるものと思われる。確かに、瑕疵が要件とされている以上は、後述のように、二条の責任は純粋な結果責任とはいえないであろう。しかし、責任の性質・根拠からすれば、「危険責任」にきわめて近いものであることは否定できない。

三 二条の責任の体系的位づけについての右の二つの見解のうち、いずれが妥当であるかは、結局、「違法性概念」の理解如何と「二条の立法趣旨」の理解如何にかかってくるであろう。

まず、違法性概念については、違法性をあくまでも人間の行為のみに関係するものとして理解するか、あるいは瑕疵ある状態もまた違法と評価することができるか、の考え方の対立として現われる。それ故、ここでは、瑕疵ある「状態」を違法と評価することが違法性概念に適合するか否かが問われることになる。結論からいえば、違法性判断は「行為」を対象にしてなされるべきであろう。「法律による行政の原理」からすれば、違法とは

行為が法規に違反することではなければならない。瑕疵ある状態は、あくまでも「状態」であって、行為は表には現われてこないのであるから、二条の責任においては、違法性は問題にならないと解すべきである。確かに、瑕疵ある状態を形成したのは、公務員の行為であるが、公務員の行為の違法性を直接追及するのであれば、一条の問題としなければならない。二条の責任は、一条とは異なり、行為の違法性を要件としていないことは、法文を見れば明瞭であろう。安全性を欠くような状態といえども、言葉の厳格な意味での違法とはいえないのである。末川博士は、先にも引用したように、「こういう場合においては、違法性は、人の行為について存することを要するのではなくて、工作物に瑕疵があるという状態について違法性が認められるのだという風に解することもできるであろう。しかし、工作物に瑕疵があるという状態は、それ自身が違法なのではなくて、損害を生じた後から、損害を他人に加えるような危険性があつたという意味で、強いていえば、違法性が認められるのにすぎない」と説かれて、やや妥協的な態度を示されているが、より徹底して、違法性不要論を主張すべきものであろう。このように理解してはじめて、「違法行為に基づく損害賠償」を「適法行為に基づく損失補償」と「結果責任に基づく国家補償」に對立させることができるのである。二条の責任は、それ故、違法行為に基づく損害賠償としてではなくて、結果責任に基づく国家補償の一類型として分類されなければならない。

四 同様の結論は、二条の立法趣旨からも根拠づけられるであろう。二条の立法趣旨については、大別すれば、二つの見方がある。民法七二七条の延長線上においてのみ捉える立場と国賠法二条の独自性を強調する立場である。

前者の立場を代表されるのは、加藤一郎教授である。教授は、「この营造物責任は、もともと公権力の行使の関係ではなく、私法上の責任と考えられていたので、国家賠償法のできる前から、民法七二七条が適用され、国ま

たは公共団体の責任が認められていた。国家賠償法は、それを明確にしただけであつて……、その内容は民法七一条と同一であり、ただ、土地の工作物が国または公共団体の設置し管理するものか、私人のものであるかによつて、適用条文が違つてくるにすぎないと見るべきである」と説かれてゐる。義務違反説を主張される国井、植木兩教授が、同じくこの立場に立たれることはいうまでもない。国井教授は、「賠償責任が法的制裁に属し、法的な非難原因を必要とする以上、右の理論的発想は正当であり、義務違反論はこうした意味において、体系的調和を保つてゐる、と確信する」、「裁判所の基本的立場は明らかに、道路管理責任を不法行為責任と捉えるものと評価できる。これは民事責任の基本觀念をいささかも崩さず、かつ、国家賠償法二条の置かれた体系的位置に適合する」と主張されてゐる。植木教授も、前者の立場に立たれた上で、後者の立場を代表される古崎判事の所説を次のように批判されてゐる。「最近、古崎判事は、従来一貫して国賠法二条を民法七一条の延長線上に捉えてきたのを、兩者の連統性よりも、むしろ国賠法を損失補償との關係で捉え、国賠法二条の無過失責任構成を維持しようとする。……しかしこのような理論の修正は、同氏が年来から主張される国賠法一条⁽¹¹⁾過失責任説へ微妙な影響を及ぼさずにおかないし、なによりも、義務違反説に対する本質的な譲歩につながる」と。

五 これに対して、国賠法二条の独自性を強調する立場に立たれるのは、末川博士、乾教授、古崎判事等である。まず、末川博士は、「そのような責任を認めることの根拠は、ここでは、損害を被害者だけに帰せしめることが公平ではなく、むしろ国家や公共団体が——従つてその構成員全員が——損害を分担すべきだというようないわば社会連帯の思想が裏づけをしてゐるものとみてよいであらう。そしてそれは、あたかも諸般の社会保障制度をつらぬいてゐる思想に共通するところのものである」と説かれてゐる。同様に、乾教授も、「さらに進んで、管理者が国や公共団体であればこそ、かえつて一般市民の場合より營造物の瑕疵に基づく損害について重い責任があるこ

とを認めたと解すべきである。換言すれば、本条は国家を市民と同列に置く市民法的な考え方を貫徹したばかりでなく、被害者たる個々の市民と国家との関係をその特殊性において認識しようとする社会法的な考え方をふくんでいる。したがって、本条の解釈にあたつては、もっぱら民法七一九条を類推するだけでなく、被害者たる個々の市民と強力な国家との実質的不平等や国家が市民の福祉を配慮すべき役割を考えなければならぬ⁽¹³⁾と述べられている。古崎判事は、より明確に、国賠法二条を単に民法七一九条の延長線上でのみ捉えることに反対されて、右の乾説を支持されつつ、「二条のこの特殊性を正確に把握することが、二条を解釈する姿勢として要求されるのである⁽¹⁴⁾」と主張されている。同判事は、また、別の論稿において、植木、国井説を批判されて、「二条には、前述したように被害者の可及的救済という積極的役割があり、これが二条の立法趣旨でもあつて、七一九条の立法趣旨とは無関係です。最近、七一九条の立法趣旨を二条に持ち込む考え方が唱えられていますが、賛成できません⁽¹⁵⁾」、植木、国井助教授は、民法学者ですから、どうしても、民法不法行為の枠組みで二条をみていますが、今村成和先生をはじめとする行政法学者は、国賠法と損失補償とを国家補償の枠組の中で説明しますので、両者の枠組が大変違います。国家補償の枠組は、どちらかといえば無過失の構成ですから、義務違反の考え方に批判的にならざるを得ません⁽¹⁶⁾」と説かれている。

六 このように見方の対立があるが、国賠法二条の独自性を認める後説の立場が支持されるべきであろう。村上義弘教授は、後説に対して、「私は、このような考え方の基礎となつている国家観を全く支持できない。この国家観は、君主制のオール・マイティの権力国家観と、しかもその国家観と根は同じくしながら、それでいてその対極をなす、オール・マイティの福祉国家観との何とも為体の知れない混合的国家観であつて、そのような国家観は少なくとも立憲民主制を基本原理とする日本国憲法の下においては無縁であるべき国家観であるからである。このよ

うな国家観の下では往々にして無限の能力と無限の財力を有する万能の国家なるものが想起されがちであるが、そのような観念的国家観に基づいて、高度の営造物責任が結論づけられているとすれば、根本的に誤った考えといわなければならない⁽¹⁷⁾と厳しく批判されているが、立憲民主制を基本原理とする現行憲法下においてこそ、後説の妥当性が認められなければならない。それは国家観とは無縁ではないにしても、後説の立脚する国家観は、現行憲法の基礎にある国家観である⁽¹⁸⁾。また、田中博士は、昭和一二年に発表された論文において、「仮令公の管理権の対象となつて居るものであつても、実質的には私の工作物の設置管理と格別の差異なく、類似の法律関係には同一の規定を類推適用することが法の精神に合し、衡平の原理に副ふ所以である⁽¹⁹⁾」と説かれたが、これは国賠法二条のような規定が存在しなかつた時代に書かれたものであり、また、二条の対象の主要部分を占める道路・河川についてみれば、民法上の土地工作物と「類似の法律関係」が認められないではないが、その規模と機能の点において顯著な差異が存し、従つて、「類似の法律関係には同一の規定を類推適用することが法の精神に合し、衡平の原理に副ふ⁽²⁰⁾」とは必ずしもいえないのである。

国賠法二条と民法七二七条との密接な関係は否定できないが、国賠法には国賠法の立法趣旨が認められなければならない。国賠法の立法趣旨は、一条と二条によつて相違している。一条の立法趣旨が、前稿⁽²⁰⁾で述べたように、違法行為に対して違法責任を追及することにあるのに対し、二条のそれは、行為の違法性を問ふことなしに、危険性の高い営造物から生じた損害を填補することにあると考えるべきである。なるほど、二条は、「設置・管理の瑕疵」を要件としてはいるが、この要件は、二条の責任の性質からすれば、本質的なものではない。むしろ、二条の責任は、本質的には結果責任であつて、ただ二条は、「設置・管理の瑕疵」という要件を付加することによつて、国の責任を制約しているのである。この制約は、一条における「故意過失」と同様に、立法政策的な制約であると

いってよい。この制約が現在においても妥当性を有しているか否かについては、なお別個の検討を要するところであるが、学説・判例における二条の責任範囲拡張の傾向は、右の制約を次第に緩和し、実質的には結果責任に向いつつある。この傾向は、二条の責任の性質からして、当然歓迎されるべきであらう。⁽²¹⁾

二条の責任が本質的には結果責任であるとすれば、その国家補償体系上の地位は自と定まることになる。営造物の支配は一種の危険状態の形成であるといつてよいから、二条の責任は、「結果責任に基づく国家補償」の中の前記「危険責任」に近いものとして位置づけられるであらう。「結果責任に基づく国家補償」の内包と外延は必ずしも明確ではないが、すくなくとも「危険責任」と称されている類型は、違法行為に基づく損害賠償と適法行為に基づく損失補償から区別されなければならない。二条の責任は、この「危険責任」と並んで存在し、広義の『危険責任』の中に包摂されることになる。⁽²²⁾ただ、本来の「危険責任」の場合には非難性が認められないのに対して、二条の責任には「瑕疵」が要件とされているために、現時点ではこの点が顕著な相違として残っているが、前述したように、瑕疵による制約は立法政策的制約と解すべきであるから、この相違は、非本質的なものとして、二条の体系上の位置づけに際しては考慮される必要はない。

七 このような考え方は、従来の一般的見解からすれば、おそらく甚だ唐突で論理的飛躍の大きなものとして批判されるかもしれない。しかし、国賠法二条の責任は、民法七七一七条の延長線上においてのみ捉えられるべきではなく、前述のように、独自の立法趣旨によっても支えられるべきものであるとすれば、民法の工作物責任と必ずしも歩調を合わせなければならないというものではない。二条に関する近時の学説や判例が国の責任範囲を次第に拡張していくようにしているのは、無意識的にせよ、このことを前提にしているものといえるであらう。⁽²³⁾それは、二条の責任を単に不法行為に基づく損害賠償責任としてではなくて、むしろ「結果責任」の一類型として把握する方向

に動いていることを示しているように思われる。

植木教授は、「国家賠償法は損失補償法ではない。従来の国賠法研究は、行政法学者によって占められていたといっても過言ではない。その結果、国賠法は行政法学者の問題関心に即して捉え直されたため、損害賠償責任としての本質が次第に稀薄化されるに至った。ただし、国賠法は、国家補償法の一環として再構成され、損失補償法や刑事補償法とパラレルに捉えられる傾向にある。しかし、国家賠償法は、その名が示す通り、国または公共団体の違法行為に伴う損害賠償責任を定めたものであり、他の適法行為を前提とした損失補償法や刑事補償法と同列に論じえない側面をもつ」と批判されている。しかし、二条が違法行為に伴う損害賠償責任を定めたものといえないことは、前述したとおりであり、また、二条の責任を適法行為を前提とした損失補償等に含めようとしているわけではない。大川之氏も、同様に、「瑕疵があるという判断は、まず営造物の設置管理者の行為の違法性の判断ではないであろうか。そうでないとすれば、国家補償と国家賠償の区別もまた曖昧なものにならざるを得ないのである」と考えられる⁽²⁵⁾と説かれているが、国家賠償と国家補償を対立させられる点はともかくとして、二条の責任を適法行為に基づく損失補償に分類しようとしているわけではないから、この批判もまた適切とはいえないであろう⁽²⁶⁾。

(1) 古崎・国家賠償法二二頁。川添清吉教授も、「違法の対象は必ずしも人の行為なることを要せず、その他の容態についても違法性を認め得るものである。……設置・保存に瑕疵ある工作物を所有すること自体に違法性を認めた民法の規定は決して不当ではないと思う」(「不法行為と違法性」青山法学論集九巻一号一三九頁)と説かれている。

(2) 末川・前掲法律時報二五巻九号五頁。

(3) 末川・権利侵害と権利濫用七五四頁。

(4) ただ、一条と二条の各責任を合わせて一類型にするのであれば、「不法(違法)行為に基づく損害賠償」とするよりも、

- 単に「損害賠償(法)」(下山・国家補償法一三頁以下、遠藤博也・国家補償法上巻九九頁以下等)あるいは「国家賠償」(杉村章三郎・前掲八二頁以下、原田・行政法要論〔改訂増補版〕二〇九頁以下、藤田宙靖・行政法Ⅰ(総論)三三〇頁以下、成田頼明ほか・現代行政法二七八頁以下等)とすべきであろう。
- (5) 今村・前掲三頁。
- (6) 今村・前掲一三〇—一三二頁。
- (7) 西莖「国賠法一条における違法性の判断基準について」法政理論一四巻二号四頁以下参照。
- (8) 末川・前掲法律時報二五巻九号五頁。
- (9) 加藤一郎・不法行為〔増補版〕一九四頁。下山教授の見解も、この加藤説に近い。教授は、国賠法一条と民法七一七条とは本質的に異ならないと説かれている(国家補償法一一五頁)。
- (10) 国井「道路の設置・管理の瑕疵について(一一)」判例タイムズ四五二号二四頁、三〇頁。
- (11) 植木哲・災害と法三九頁。
- (12) 末川・前掲法律時報二五巻九号五頁。
- (13) 乾昭三「国家賠償法」加藤一郎編・注釈民法(四)四一八頁。
- (14) 古崎・国家賠償法二〇八頁。
- (15) 古崎「国家賠償法二条に関する諸問題」日本弁護士連合会特別研修叢書〔昭和五二年度〕七二九頁、七三三頁。
- (16) 木村実教授や原田尚彦教授の見解も、この立場に加えることができるであろう。木村教授は、「公の営造物の概念を広く解し、瑕疵の意義たる営造物の通常有する安全性なる概念をさらに徹底して解すると、国家賠償法二条にいう損害賠償は、損害賠償的性格を離れて特殊な保険に類する性格に近くなるが、この解釈は、国家賠償理論の究極の理念として妥当であろう」(「営造物の設置・管理の瑕疵」法学教室第二期(二五五頁))と説かれている。また、原田教授は、「国賠法二条は、こ

の意味では、不法行為つまり管理者側の落度をとがめてその責任を追及する制度というよりも、いまや营造物の利用者が偶然にこうむった損害を公の手で連帯して填補する社会保障的な色合いを増しているようにさえ見える。極論すれば、国賠法二条は、その無過失責任主義の故に、〃不法行為の形式をまとった社会保障かといった機能を営むに至っているといっても過言ではない」(『行政法要論〔改訂増補版〕一三二頁)と述べられている。そのほか、兼子・前掲三三五頁参照。

(17) 村上義弘「判例批評」判例評論二四七号三〇頁。

(18) 古崎判事は、「二条の裁判例は、同教授(村上教授、筆者注)のいわれる国家観とは無縁であることだけは、間違いない」(『国家賠償法二条による瑕疵責任の限界』季刊実務民事法一号五四頁)と主張されている。

(19) 田中・行政上の損害賠償及び損失補償五〇頁。

(20) 西莖・前掲法政理論一五卷二号一頁以下。

(21) このような考え方に対しては、二条の責任の独自性を別の観点から捉えて、逆に責任範囲を制限的に解しようとする立場も見受けられる。村上教授は、「公の营造物については事は左様に簡単ではない。財源は主として税金による。……公の营造物は道路一つを例にとってみてもわかるようにそれが山間の危険な所を走っているからといって容易に廃止したり、使用禁止にしようものではない。そのような悪条件もしくは制約の下にある公の营造物については、私的な工作物についてより、通常備うべき安全性の度合についてはより一層慎重な判断が望まれる」(前掲三〇頁)と説かれ、中路義彦検事も、「国賠法のあるべき機能を検討するに際し、被害者救済の源資が国民一般の負担にかかる税金であることは決して軽視してよいものではないといわなければならない」(『水害と营造物管理責任』昭和五四年行政関係判例解説六九二頁)と主張されている。

(22) 筆者は、以前に、国家補償体系を、①適法行為に基づく損失の補償、②違法行為に基づく損害の賠償、③危険状態から生じた損害の補償(公法上の危険責任)に区分していた(公法上の危険責任論一九〇頁以下)。そこでは、③の類型を、西ドイツにおいて学説上「公法上の危険責任」と呼ばれている比較的狭い責任類型に限定して捉えていたのであるが、現在にお

いては、二条の責任をもこの③の類型に加えて再構成すべきではないかと考えている。

(23) 従って、村上教授が、裁判例の傾向について、「通常備うべき安全性の方の水準を、事故の結果からみて、いろいろな理由をつけてレベル・アップしておいて、営造物の管理に対しては無過失責任の名の下に、不可抗力の抗弁以外はほとんど認めないというのは全の片手落ちであり、バランスを失した議論であり、結局営造物の瑕疵責任を瑕疵責任以外のものに変質せしめ、結局結果責任へと意識的にせよ無意識的にせよ導いている」(前掲一九頁)と説かれているのは、筆者の本文で述べたような見解からすれば、二条の趣旨に適合しているとはいえないように思われる(なお、古崎・前掲季刊実務民事法一 号五三頁参照)。

(24) 植木・前掲一二頁。

(25) 大川の「道路等をめぐる国家賠償に関する諸問題」法律のひろば一九卷一二号三七頁。

(26) 古崎判事は、この大川氏の批判に対して、「客観説をとったからといって、二条が違法行為に対する国家賠償であることをやめ、適法行為に対する損失補償になるものではない」(国家賠償法三二二頁)と反論されている。ただ、これでは、二条の責任が違法行為に対する賠償責任であるということになるから、論旨がやや不明であるといえるであろう(国井「道路の設置・管理の瑕疵について」(一四)「判例タイムズ四七五号」三三頁参照)。

三 無過失責任性

一 通説によれば、一条が過失責任主義を採るのに対して、二条は無過失責任主義を採っている。田中博士が、「公の営造物の設置管理の瑕疵に基づく損害については、国又は公共団体は、他にその損害について責に任ずべき者がある」と否とにかかわらず、また、その損害の発生を防止するに必要な注意をしたと否とを問わず、これを賠償

する責に任ずる……。この意味において、無過失損害賠償責任を定めたものといふことができる」と説かれ、末川博士が、「国家賠償法は、公の営造物の設置又は管理に瑕疵があつたために他人に損害を加えたら、國又は公共団体は、故意過失というふうなもの有無にかかわらず、賠償責任を負わねばならないことを定めているのであつて、過失責任によらず、いわゆる無過失損害賠償責任あるいは結果責任を認めているのである」と説かれているのが、その代表的な例であるといつてよい。そして、古崎判事が、かつて、「二条の責任の本質を、無過失責任と解することに異論はない」と述べられたように、これまでは、二条が無過失責任主義を採用したことについては、殆ど当然視されていたような状況であつた。せいぜい、「いちおう無過失責任ないし結果責任といふことができる。ただし、瑕疵を要件としているから、純粹の無過失責任ではない」とか、「設置・管理の」瑕疵でなければならぬから、絶対的無過失責任ではない」として、若干の留保が付されていたにすぎない。

二 ところが、最近になつて、右の無過失責任説は、瑕疵論についての義務違反説の側から種々の批判を受けるに至つた。ここでは、そのうち、植木教授と須田弁護士の見解を紹介しておこう。

植木教授は、次のように説かれている。「通説」『客観説』が、営造物責任の限界事例として設定する基準は、違法性要素としての過失判断と全く同一である。そうであるとすれば、『客観説』の本質は、その無過失責任性が大きく変質していることを知りうる。それにもかかわらず、『客観説』の無過失責任としての独自性を主張するならば、それは、無過失責任というマジックワードに対する一種の信仰に近いものであり、科学的な根拠を喪失しているように思われる。」「営造物責任を無過失責任として捉える最大のメリットは、営造物責任の限界事例をはじめ、いわゆる不可抗力を含めて、損害の回避可能性の有無にかかわらず、営造物の設置・管理者の責任を問うるものでなければならぬ。このような効果を果たしえない無過失責任論は、無過失責任としての体をなしておら

ず、実質的には、過失責任論となんら変わるところのものではない、といわなければならない。⁽⁹⁾

須田弁護士も、若干異なった観点からではあるが、以下のように述べられている。「客観説の論者のほとんどは、国賠法二条の責任は無過失だとされる。国賠法二条が何ゆえに無過失責任を定めたものと解するのか、その根拠は危険責任をあげる以外あまり説かれていない。しかし、危険責任から即無過失責任が帰結されるわけではない。過失責任をとるか無過失責任をとるかはつまるどころ立法政策の問題であらう。⁽¹⁰⁾」

三 右のような批判は、通説がこれまで二条の無過失責任性を自明のこととして、その根拠・限界等について余り論究しなかったことに對し反省を迫るものとして、評価されるべきであらう。しかし、植木説について検討すれば、なるほど通説は不可抗力を認めてはいるが、無過失責任であることが論理必然的に不可抗力等の抗弁を一切許容しないものであるか否か、なお検討を要するところである。森島昭夫教授が、義務違反説に對して、「問題は、……無過失責任なるものが不可抗力や限界事例を認めてはいけないのか、という点だが、植木助教授は議論の出発点でこれらの点をやや一方的にきめつけたうえで客観説を批判しているうらみがある⁽¹¹⁾」として疑問を提起しておられるように、無過失責任であることが不可抗力等の抗弁を一切排除することになるとは思われない⁽¹²⁾。そのことは、無過失責任主義を採りながら、不可抗力等を免責事由にしている公衆電気通信法一〇九条一項⁽¹³⁾や原子力損害の賠償に関する法律三条一項⁽¹⁴⁾等をみれば明瞭である。無過失責任主義を採用した上で、何を免責事由とするかは、いわば立法政策の問題であるといえるであらう。従って、通説が不可抗力等の免責事由を認めているとしても、そのことが直ちに無過失責任性と矛盾するものではない。

次に、須田説について検討すれば、確かに、「危険責任から即無過失責任が帰結されるわけではない。過失責任をとるか無過失責任をとるかはつまるどころ立法政策の問題であらう⁽¹⁶⁾」⁽¹⁶⁾ということはいえそうである。しかし、通

説は、二条の責任根拠が危険責任であるから無過失責任であるといっているのではなくて、二条は無過失責任を定めたものであり、その責任根拠は危険責任であるといっているにすぎない。すなわち、危険責任から直ちに無過失責任性を導き出しているのではなくて、無過失責任性をあくまでも国賠法二条という実定法上の規定を根拠にして導き出しているのである。

四 二条が無過失責任を規定したものであるか否かについては、右のように見解の対立がある。これに対する解答は、結局、「設置・管理の瑕疵」の解釈如何にかかってくるが、「瑕疵」をどのように捉えるかは、二条の立法趣旨や国家補償体系上の位置づけ等から自ずと定まってくることになるであろう。

前述の二条の立法趣旨や国家補償体系上の位置づけからすれば、二条は「瑕疵」の存在を責任要件としているものの、この瑕疵は、営造物が通常有すべき安全性を欠く状態を意味するものとして、「過失」とは明確に区別されなければならない。そして、ここでは、義務違反説の対立概念とされている「営造物瑕疵説」の再評価こそがなされるべきであろう。植木教授が、「客観説」は、それらがメルクマールとする物的瑕疵・瑕疵の客観的判断・無過失責任を体系的に相互に関連づけて追及していけば、必然的に営造物瑕疵説に至る」と説かれているのは、的確な指摘といえるべきである。しかし、営造物瑕疵説に対して、「かかる学説は、最早理論というものはほど遠い存在となるであろう」とされているのは、営造物瑕疵説に対する批判としてはいささか酷であろう。

「瑕疵」は本来物的欠陥を意味する言葉であり、その瑕疵は設置・管理によって生ずるものであるから、必ずしも営造物瑕疵説が法文を無視しているとは思われない。たとえそうであったとしても、法文無視という点では、「過失」と「瑕疵」の同一性を主張する義務違反説もまた大同小異である。瑕疵概念については、別の機会に改めて考察する予定でいるので、ここでは一応の方向付けをするに止めておくが、営造物瑕疵説に立って瑕疵概念を理

解すれば、二条の責任は当然無過失責任として捉えられることになるであろう。

- (1) 田中・新版行政法上巻〔全訂第二版〕二〇九頁、同・行政上の損害賠償及び損失補償一七二頁。
- (2) 末川・前掲法律時報二五卷九号四頁。
- (3) そのほか、有倉暹吉「逐条国家賠償法解説」法律時報二五卷九号二二頁、雄川一郎「行政上の損害賠償」行政法講座三卷一九頁、古崎・国家賠償法の理論二〇二頁等参照。
- (4) 古崎・国家賠償法二〇八頁。
- (5) 乾・前掲四一七頁。
- (6) 古崎・国家賠償法の理論一九九頁。
- (7) 純粹な、あるいは絶対的な無過失責任ではないといっても、これは「無過失責任」の定義如何によるであろう。森島昭夫教授によれば、無過失責任には二つのタイプがあり、その一は、民法七一七条の工作物責任のように、設置・保存の瑕疵が責任要件となっている場合であり、その二は、原子力損害賠償法のように、一定の行為と損害発生との間に因果関係があるときには直ちに賠償責任があるとされる場合である(「無過失責任」月刊法学教室三二号五七頁)。
- (8) 植木・前掲一五八頁。
- (9) 植木・前掲一八四頁。
- (10) 須田政勝「水害と国の責任」全国公害弁護団連絡会議編・公害と国の責任二八九頁。
- (11) 森島「工作物責任」月刊法学教室一六号二七頁。
- (12) 田代暉氏は、義務違反説に立たれながらも、「国家賠償法二条が、立法当時、無過失責任と考えられていたことについてであるが、無過失責任といっても、その内容は多岐にわたっており、全くの結果責任ではなくて、不可抗力の場合には免責を認めるのがよつうである。……これを無過失責任ということに妨げはないものと考える」(「国家賠償法二条にいう瑕疵に

ついて」民事研修三二二号三三—三四頁」と説かれている。

(13) 但書において、「損害が不可抗力により発生したものであるとき、又はその損害の発生について利用者に故意若しくは過失があったときは、この限りでない」と定めている。

(14) 但書において、「その損害が異常に巨大な天災地変又は社会的動乱によって生じたものであるときは、この限りでない」と定めている。

(15) そのほか、水質汚濁防止法二〇条の二、大気汚染防止法二五条の三、鉱業法一一三条等参照。

(16) 須田・前掲二八九頁。

(17) 国井・前掲判例タイムズ四六七号七頁参照。

(18) 木村実「道路の欠陥と賠償責任」ジュリスト五四三号三五頁、同「国家賠償法二条をめぐる判例の動向」ジュリスト五八一号五五頁、同「营造物の設置・管理の瑕疵」法学教室第二期四一五五頁等参照。

(19) 植木・前掲四九頁。なお、遠藤博也教授は、「伝統的客観説はやや营造物瑕疵説に近いところに位置している」(国家補償法上巻二三三頁)と理解されている。

(20) 植木・前掲一八八頁。

(21) 須田・前掲二八七頁参照。

四 責任根拠

一 二条の責任根拠が危険責任主義であることについては、殆ど異論がない。そして、このことは、二条を民法七二七条の単なる延長線上においてのみ捉えることに反対する立場においても同様である。この点に関する限り

は、国賠法二条と民法七一七条は同一に扱われているといつてよい。乾教授が、「このように、営造物管理者の責任を重くした根拠は、やはり危険責任の考え方に求めることが妥当であろう。すなわち、危険物を管理し所有する者は、危険物の所有・管理を社会から許されたのであるから、危険の防止につくすべき注意義務があり、危険物から生じた損害について絶対的な責任を負わなければならない」と説かれ、古崎判事が、「二条の責任の根拠は、営造物の設置・管理をし、または瑕疵を生ぜしめた人（管理権者または第三者）の行為それ自体にあるのではなく、他人に損害を生ぜしめるような危険な欠陥のある営造物を公の目的に供していること自体にあると考える」と説かれて⁽²⁾いるのが、その代表的なものといえるであろう。ただ、責任根拠を危険責任主義だけで説明できるか否かについては、若干異論がないではない。例えば、谷弁護士は、「本条の無過失責任の根拠を問題にする場合、右に掲げた学説のあげることく危険責任がその根拠であることを否定することはできない」とされながらも、「危険責任、行政機構の老天性・複雑性、無過失責任の保険的機能、報償責任のいずれか一つだけで無過失責任を根拠づけることは無理であり、危険責任を根幹としてこれらの根拠が結びあつて無過失責任を支えていると考えられる」と述べられて⁽³⁾いる。

このように、二条の責任根拠を危険責任主義だけで説明できるか否かについては若干見解が分かれているものの、危険責任主義が主たる責任根拠であることについては異論はない。そして、このことは、国家補償体系を三元的に構成される今村教授にあつても同様である。教授によれば、二条の責任は「営造物に内在する危険の発現」であり、例えば「道路に内在する危険に基く損害」というものは、全体の負担に帰するという意味で国が負担するといふ考え方を示したものである⁽⁴⁾。

二 二条の責任根拠については、筆者もまた右の危険責任主義を正当と考えている。ただ、二条の責任根拠を危

危険責任に求めた場合に、やや問題となるのは、二条の責任を一条の責任と結果責任に基づく国家補償の中の「危険責任」から責任根拠の点において如何に區別するのか、ということであろう。一条の責任根拠を「過失責任」や「違法責任」⁽⁸⁾に求める立場に立てば、一条と二条とは明らかに責任根拠において區別され得るが、一条の責任根拠をも危険責任に求める立場に立った場合は、二条を責任根拠の点において區別することは困難となる。例えば、今村教授は、一条の責任根拠について、「国の責任の根拠を考へるならば、それは究極において、損害の発生が、国家組織に内在する危険の発現であることに基づくといつてよい。そこで、このような立場から、国の責任を明らかにしようとする説を、通常、危険責任の理論という」⁽⁹⁾と説かれているから、教授の見解では、一条の責任も二条の責任もともに危険責任ということになる。なるほど、一方は「権力組織に内在する危険の発現」であり、他方は「営造物に内在する危険の発現」であるとされてはいるが、危険責任という点では本質的に相違するものではない。

ただ、今村教授は、一条と二条の各責任を違法行為に基づく損害賠償の下にまとめられているから、この点では論旨は一貫しているといえそうである。しかし、一条の責任根拠を危険責任に求めることには、前稿⁽¹⁰⁾で述べたように疑義があるし、また、その場合には、結果責任に基づく国家補償の中の「危険責任」と一条・二条の責任根拠とがどのように區別されるのかとの新たな問題が生ずることになる。危険責任という概念は、確かに多義的である。それは、必ずしも責任根拠だけを意味するものではないかもしれない。しかし、責任根拠から離れた危険責任は存在し得ないであろう。今村教授が危険責任という用語を使用される場合、そこではやはり、責任根拠の意味で使用されているものと考えなければならぬ。そして、今村教授の説かれる危険責任法理は、広く、違法行為に基づく損害賠償と結果責任に基づく国家補償に妥当性を有するものである。⁽¹¹⁾国家補償の類型化は、責任根拠だけを基準にしてなされるわけではなく、種々の観点からの類型化が可能であるが、そのうち最も重要なのは、責任根拠からす

る分類であろう。この点からすれば、危険責任の用語は、厳密に狭く限定して使用されなければならない。危険責任の「概念の純化」が必要である。

三 二条の責任根拠を危険責任とし、責任根拠の観点から国家補償を類型化するとすれば、二条の責任は、ここでもまた、結果責任に基づく国家補償の中の「危険責任」と並んで位置づけられることになる。両者は、ともに危険責任を責任根拠としており、この点において区別され得ない。これによつてはじめて、責任根拠からする体系化が整然とするであろう（以下、このような考え方を「危険責任説」と称することにする）。

二条の責任を、このように、責任根拠の観点から「危険責任」と同列に扱うべきであるとした場合、二条の適用範囲は当然それに見合った範囲に限定されてくることになる。例えば、「営造物」の概念は、比較的狭く理解されることになるであろう。営造物概念の過度の拡張は、危険責任の趣旨に適合しないからである。雄川教授が、「危険責任の思想を適用すべき場合は、自ら限界がある筈であつて、それ自体危険を内包するような物でなければならぬのではなからうか。……営造物の概念は本来ある限定をもつものであつて、いわゆる公物をすべて包含することはできず、常識的な意味での物的施設に一応限定されるものではないかと考えられ⁽¹²⁾」と説かれているのは、的確な指摘といわなければならない。ただ、このような考え方に対しては、営造物概念を拡張し続けている通説の側から、厳しい批判が予想されるところであろう。⁽¹³⁾しかし、危険性の余り高くない動産などをも営造物概念に包摂することは、危険責任性を稀薄にし、一条と二条の区別を不明瞭にするおそれがある。動産の管理から生ずる損害については、原則として、二条ではなくて一条を適用し、管理者の行為の違法性、故意過失の有無を問題にすべきであろう。被害者救済の観点から二条の適用範囲を拡張することには、その意図は是認できるとしても、責任根拠からする限界が存することを認めざるを得ない。

- (1) 乾・前掲四一七頁。
- (2) 古崎・国家賠償法の理論二〇二頁。
- (3) そのほか、今村・人權叢説二七二頁、雄川・前掲一九頁、末川・前掲法律時報二五卷九号五頁、兼子・前掲三二六頁等参照。
- (4) 谷・前掲二七九—二八〇頁。
- (5) 古崎判事も、「七一七条も二条も、危険責任の考え方が中心ではあるが、危険責任だけで一元的に構成することは困難ではなからうか」(国家賠償法二〇八頁)と説かれている。
- (6) 今村・人權叢説二七二頁。同・行政法入門(新版)一六七頁、同・国家補償法一二三頁参照。
- (7) 山田準次郎・国の無過失責任の研究三頁以下参照。
- (8) 西埜・前掲法政理論一五卷二号七頁以下参照。
- (9) 今村・行政法入門(新版)一六四頁。同・国家補償法九六頁参照。
- (10) 西埜・前掲法政理論一五卷二号一〇—一一頁。
- (11) 西埜・前掲法政理論一五卷二号一二頁参照。
- (12) 雄川・前掲二〇頁。
- (13) 兼子教授は、「現代行政は物的手段を増大・多様化せしめ、行政使用物・行政管理物が国民生活に多大のかわりをもたらしたり、それとともにそれにとまらぬ物理的危険が国民生活上の被害を生ずるおそれも大となっており、行政がその物的手段について危険責任を負うべき場合は必ずしも物の規模の大小にはよらないと考えられよう。こんにちの行政主体は、非権力行政や私経済行政をふくめて、その行政上管理し使用する物について一般に物理的危険責任を負うべきで、国賠法二条一項はその趣旨で行政主体一般に固有な公法上の賠償制度を規定したものと条理上解釈してよいであろう」(前掲三二六頁)と説かれている。

むすび

国賠法二条をめぐる問題点としては、营造物概念、瑕疵概念、一条と二条の關係、免責事由等があるが、これらの諸問題の解答は、結局、二条の理念を何に求めるか、さらには、二条を国家補償体系上何処に位置づけるかによって、異なってくることになる。従来論争は、これらの基点が十分に明確にされないままになされていたように思われる。本稿においては、二条の理念の独自性を強調することによって、今後右諸問題を考察する際の足掛りを得ようとした。二条の責任を結果責任に基づく国家補償の中の「危険責任」と並べて位置づけたことについては、多くの批判があるかもしれない。一条と二条の責任とともに「不法（違法）行為に基づく損害賠償」として位置づけるのが従来通説であるから、これからすれば、一条の責任と二条の責任を別個の類型に属するものと捉える本稿の立場は、著しく奇妙に映ることであろう。しかし、同一の法律上に規定された責任であるからといって、その性質・位置づけが同一であるとは限らない。一条の責任と二条の責任は、同じく国賠法上の責任であるとはいっても、その性質は異なるのであるから、国家補償体系上の位置づけが異なってくるのは当然といふべきである。

今後の課題としては、当面次の二点が挙げられる。その一は、本稿で述べたような基点に立って、瑕疵概念を検討し、免責事由等を明確にすることによって、危険責任説の正当性を個別的問題において検証することであり、その二は、「結果責任に基づく国家補償」という類型を危険責任説の観点から再検討することである。それによって、国家補償体系の再構成もまた進展することになるであろう。