

国家賠償法一条の理念

西 埜 章

国家賠償法一条の理念 (西埜章)

1

一 損害賠償と損失補償

一 美濃部博士は、「行政権の作用に依り人民に財産上の損害を加へ而も其の損害が人民の負担に帰すべき事由の無い場合には、其の損害を賠償すべきことは正義の当然の要求と見るべきものであるが、併し其の賠償には法律上明白に二種を区別せねばならぬ。一は私法上の損害賠償であり、一は公法上の損失補償である」とされて、両者の区別を主として、損害賠償の原因が不法行為であるのに対して、「損失補償の原因となるものは常に適法な国家的公権の行使である」という基準によってなされた。そこでは、明らかに、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が対立させられていた。

ところが、この対立は、田中博士の所説になると、大分相対化されてくることになる。田中博士も、法治国家の特色から「国家公権力の行使に付て、概念的に、法的根拠を有し法に適合する所謂適法行為と、法的根拠を欠き法

に違反する所謂違法行為との区別が認め得られる」とされるが、損害賠償と損失補償の対立を、もはや本質的なものではなく、単に相対的なものにすぎないと捉えられた上で、「要するに沿革的には適法行為と不法行為との原理的対立を認めることが出来、実定法上にも之を承認して居るものがあるが、今や一の目標を目指して解釈論的にも、統一的な賠償理論の構成へ進みつつあること、又進まねばならぬことを注意する必要がある」と説かれてい⁽⁴⁾る。そして、さらに立法論としてではあるが、「従来の右の概念の対立を承認せねばならぬだけの十分の理由があるや否やは疑はしい。侵害行為の態様に従来の一面的な二の形態にはまらぬ様々の態様が認められるに至りつつあること、又損害賠償の問題を考察するに当り注意せられるべき被害者の立場からいって、侵害行為の適法なりや違法なりやによって、必ずしも全然異なる結果を認めることの理由のないこと等を考えると、立法論的には、少くとも、国家公権力によって人民の利益に侵害を加へる凡ての場合に付て統一的な原理を打立て、之を立法化する——統一的な法典にするか否かは別問題であるが——ことが適当であると同時に必要ではないかと考へられる」と主張⁽⁵⁾されている。田中博士の所説がすでに五〇年ほど以前に説かれていることを思えば、その賛否はともかくとして、発想の新鮮性に驚嘆せざるを得ない⁽⁶⁾。

二 田中博士の右の問題提起は、戦後、多くの研究者によって真剣に受け止められた。博士が提唱された「統一的な賠償理論の構成」と「被害者の立場に立つての理論構成」は、今や行政法学界の潮流となっている。その先駆的業績は、今村教授の『国家補償法』であり、次いで下山教授の『国家補償法』である。また、最近では、遠藤教授の『国家補償法上巻』がある。

まず、今村教授は、「国家補償法の問題は、国の活動により個人のこうむった特別の損失の填補を目的とするものとして、原因行為の適法性の如何に拘らず、共通の性格を有している。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ことは、論ずる迄もないことで、ここに、国家補償法としての統一的考察の必要も生じて来る」と説かれている。この点は、下山教授によって、さらに次のように強調される。すなわち、『国家補償法』という概念が、かりに成立するとすれば、それはまず、救済法体系の一環としてであり、損害填補の法としてである⁽⁷⁾。『損失補償・損害賠償あるいは結果責任にもとづく国家補償という区分が仮になりたつとしても、それは損害填補の社会的要請を充足するということが第一次的課題であり、その区分はその要請充足のための合理的便宜の方策の発見のためのもの、すなわち、第二次的要請を充足するためのものにすぎない』⁽⁸⁾と。今村、下山両教授によって説かれた右のような見解は、今日では一般的傾向をなしており、佐藤教授も、『行政庁の不法な行為によってもたらされた損害の賠償責任と適法な行為の結果発生する損失補償とは、それを支える基礎的理念において共通なものを有し、その意味で相対的なものであることを知りえよう。したがってある損害を不法行為責任の問題としてとらえるか、損失補償責任の問題としてとらえるかは、政策的便宜的なものであるにすぎない』⁽¹⁰⁾と説かれている。

三 これに対して、基本的には「損害填補法」として理解する立場を承認されながらも、行為規範性の観点から若干異なった見解を表明されるのは、遠藤教授である。教授は、「かりに損害填補ないし被害者救済が国家補償法の最も基本的な要請だとしても、これを強調することのみによって、それ自体の目標を達成する上に有効であろうか、また、国家補償法の性格としても、これのみにつきるのであるか⁽¹¹⁾」との疑問を提起された上で、次のように主張されている。「問題を具体化するうえで、欠かすことのできないもうひとつの重要な観点は行為規範性である。行為規範性は不法行為法や国家補償法にとって最も古い問題であった。しかし、同時に最も新しい問題である。ただし、この点の検討なくして、現代の課題である国家の責任の性格が明らかとはならないと考えるからである」⁽¹²⁾。「国家補償法に行為規範の側面から光をあてて、制度間、制度内における差異をきわだたせるようにしようとする

理由の第一は法解釈論を展開するうえでの必要である。個別の事情をより浮び上がらせることなくしては解釈論ができないからである。第二の理由は、制度間の差異を明らかにし、近時の新しい現象に位置づけを与えるとともに、新しい制度を構想する場合にも参考としようとするからである。……制度間、制度内における差異を明らかにする必要は、現代的諸問題に対する国家の責任がとわれ、一方において、それ自体として複雑な内容を加えつつある諸制度が濫立して全体として複雑な様相を呈していると同時に、他方において、包括的統一的な救済制度の提唱のみられる今日、特に強まっているといわなくてはならない」と。

遠藤教授の右の所説と傾向を同じくするが、筆者も以前に、損害填補の観点からのみアプローチすることに反対しつつ、「種々の補償制度を一定の法理により統一的に理解しようとすることは、確かに魅力的な試みであるに違いない。しかし、その魅力にとりつかれるあまりに、個々の補償制度の固有性を没却することは、補償制度自体を空虚にし、補償制度全体の展望を却って困難にする危険性がある。我々は、それ故、個々の補償制度間の差異を差異として認識しつつ、更にそれらを全体的視野に立って関連づけなければならないであろう」と述べたことがあり。現在においても、この考え方は基本的には変わっていない。

四 損害賠償と損失補償の接近・融合化は、学説上の支配的傾向である。しかし、両者の接近・融合化が侵害行為の適法・違法の区別を没却することによってなされるとすれば、そのような傾向には従うことはできない。いうまでもなく、「法律による行政」の原理は行政法の基本原理であるが、この原理は、国家補償法の領域においても重視されなければならないであろう⁽¹⁴⁾。行政訴訟と国賠訴訟とが制度目的を異にするにしても、このことが直ちに損害賠償と損失補償の相対化を導くものではないし、損害填補の観点の重要性は否定できないにしても、このことが侵害行為の適法・違法の区別を軽視することまで正当化するとは思われない。遠藤教授が指摘されるように、「国

家補償法は、損害填補の要否、被害者救済の要否の基準を内容とする法であつて、この基準は、損害填補や被害者救済を唱えるだけで「⁽¹⁵⁾でてこない」のであり、その意味で、各補償制度の固有性を基礎づける侵害行為の適法性・違法性は、依然として重要な機能を果しているといえるであらう。

損害填補の観点からなされる損害賠償と損失補償の相対化は、被害者の基本的人権尊重ということで、一見すると、憲法理念にも適合するかのように見受けられないではない。しかし、憲法の期待する国民は、単に補償されることで満足するような国民ではなくて、自己に対する侵害行為が法によって許されたものか否かということを常に問題とするような国民である。被害者の立場からすれば侵害行為の適法・違法は重要でない、との考え方は、現行憲法下における国民の主体的地位と一致しないであらう。そのことは、最近の公害訴訟における被害者側主張にしばしば見られるところである。そこでは行政の怠慢が追及されているのであつて、単に補償だけが求められているのではない。⁽¹⁶⁾ 基本的人権の尊重は、まさにこのような国民像を基礎にしてこそなされるべきである。

最近の文献や裁判例における損害賠償と損失補償の接近・融合化傾向は、国家補償法の展望を困難にしているように思われる。損害賠償と損失補償の区別についてどのように考えるかによつて、国家賠償法（「国賠法」と略す）の解釈の仕方が具体的に異ってくるか否かは、必ずしも明確ではないが、以下、右のような視点の下に、国賠法一条をめぐる若干の問題点について考察し、国家補償法体系再構成の足掛かりとすることにしよう。

(1) 美濃部達吉・日本行政法上巻三四三頁。

(2) 美濃部・前掲三五五頁。

(3) 田中二郎・行政上の損害賠償及び損失補償二〇八頁。

- (4) 田中・前掲二二二―二三頁。博士はそこで、O・マイヤーの損失補償理論に興味を示されている。
- (5) 田中・前掲二四四頁。
- (6) なお、戦後に公刊された新版行政法上巻(全訂第三版)二〇〇―二〇一頁にも同旨の叙述がある。
- (7) 今村成和・国家補償法四二頁。
- (8) 下山英二・国家補償法六頁。
- (9) 下山・前掲八頁。
- (10) 佐藤英善「食品・薬品公害をめぐる国の責任(1)」法律時報五一卷四号七九頁。高原賢治教授も、「損失補償と損害賠償を比較するとき、形式的相違としては、損失が公共事業の工事・施行によるものであること、そのために土地の収用・買収があったことの二点といえる。この二点の要件を具備した損失の填補が損失補償であり、そうでないのが損害賠償であるといえる。この場合違法性の存否は、今日ではそれほど大きな要素とはならないようになってきている」(財産権と損失補償一九三頁)と説かれている。そのほか、和田英夫・行政法講義上三三八―三四二頁、熊本信夫「国家賠償責任」野村||伊藤||浅野編・不法行為二五一―二五二頁等参照。
- (11) 遠藤博也・国家補償法上巻六頁。
- (12) 遠藤・前掲七三頁。
- (13) 西椋章・公法上の危険責任論三〇四頁。
- (14) 藤田宙靖教授は、「近代法治国の法理論体系の中で両制度の位置付けを考える場合には、やはり、原因となる行政活動が違法であるのか適法であるのか、ということは、理論的に問題とされざるを得ない」(行政法I(総論)一四二頁)と説かれている。
- (15) 遠藤・前掲一九一―二〇頁。
- (16) 白井皓喜弁護士は、「国は、いかなる損害賠償であっても、それを担保する能力を持っているけれども、被害の被害者

は、国の担保能力のみを旨にして国家賠償訴訟を提起しているのではなくて、むしろ、薬害を生じるような副作用のある新薬の製造を承認したことに対する国の責任を追及しているのである。国家賠償訴訟は、単に被害者を救済するのみではなく、当該公務員の責任を追及することによって、公権力の適正な行使を確保するという機能を現実にも果していることは明らかである。法の解釈において、裁判所の現実的機能を無視することは相当ではないから、国の責任を補償と解する説は、国の責任追及の面を軽視するものとして、妥当ではないといえよう」(「薬害と国家賠償責任」自治研究五〇巻四号六七頁)と主張されている。

二 責任根拠論

一 国賠法一条に基づく国の責任の合理的根拠については、これまで直接これを論じたものは殆ど見当たらない⁽¹⁾。ただ、損害賠償責任の本質についての代位責任説や自己責任説の論拠の中に、若干責任根拠について触れた箇所が見受けられるので、それらを参照しながら、従来の考え方を整理してみよう。責任根拠論は、次項以下で論ずる機能論や本質論等と密接に結びついており、まず最初に解明されるべき問題点である。

代位責任説を代表されるのは、田中博士と古崎判事である。田中博士は、「本条による国又は公共団体の責任は、公務員の責任に代る責任、即ちいわゆる代位責任の一種と考えられる。公務員の選任監督者としての責任ではない」とされて、代位責任の目的ないし理由として、国家賠償法案の立法理由である「被害者たる国民個人の基本的人権の擁護」をそのまま引用されている⁽²⁾。また、古崎判事は、「一条の立法形式は、西ドイツの職務責任法を母法としており、フランスの(公役務の過失による)責任法によったものではない……わが国の立法者は、これによ

らず、代位責任である西ドイツの職務責任法によって、一条の道具立てをしたことは、一条の責任が代位責任であると解する有力な根拠となる」と説かれて、ドイツの職務責任 (Amtshaftung) 制度史を概観されつつ、公務員個人の責任負担力だけでは被害者救済が不徹底であることが明らかとなったため、国が公務員に代位して賠償責任を負うものである、と主張されている。⁽³⁾ 確かに、ドイツ法における職務責任の構成は、国による責任引受け (Haftungsubnahme) であり、責任引受けの目的の第一は、被害者の保護であった。⁽⁴⁾ しかし、被害者救済は、職務責任制度の目的ではあっても、何ら責任根拠を示すものではない。問題なのは、何故に国が被害者を救済しなければならぬのか、である。これに対する解答は、おそらく代位責任説からは出てこないであろう。今村教授が、「この説(代位責任説、筆者注)によつては、国がなぜ責任を負うことになるのかという、責任根拠の問題は、依然として明らかではない。貧乏な公務員の責任を国が代わって引き受けてくれるのは、有難いことには違いないが、有難いこと、すなわち被害者に有利だというだけでは、理由にならない」と説かれているのは、適切な指摘といへべきである。⁽⁵⁾

国が公務員の個人責任を代位するにしても、代位の理由がなければならぬ。この理由を追究していけば、国にもそれだけの責任があるということになり、結局、自己責任に行き着かざるを得ないであろう。あえていえば、そもそも「代位責任」という言葉自体が疑義の多いものであるから、代位責任説と自己責任説を対立させるという従来の方法が反省されなければならないのである。⁽⁶⁾ そして、実は、このことを田中博士も最近になって半ば承認されていたのであって、そのことは博士の次のような説明の中に見出すことができる。すなわち、「本条による国の責任の性質については、最近では、国の自己責任だとする説の方が有力である。たしかに、国は公務員を使用して各種の国家活動をし、社会的利益をあげている反面、時には、その活動にあたって特定の者に損害を生ぜしめる危険

を内在しているのであるから、このような国家活動に伴う損害については、国が当然責任を負うべきである（自己責任又は危険責任という）ということもできるであろう。国の責任を認めた究極の根拠は、ここにあるといつてよい。しかし、……実定法の構造を全体としてみると、やはり、代位責任の考え方に立っていると考える方が穏当であろうと思われる。国にこういう責任を課している実質的な根拠は、自己責任説のあげているところのほか、国にその責任を負わせることが被害者の救済を図るうえからいつて遙かに有効であるという政策的理由にこれを求めることができる。⁽⁷⁾これによれば、代位責任説自体は維持されているものの、博士の所説を徹底すれば、自己責任説に行き着かざるを得ないことを示しているといえるであろう。この点において、下山教授が、「従来代位責任説といわれているものの実態は、自己責任を規定するものであり、ただその責任の成立要件を特定公務員の主観的条件の充足にかかわらずしているものを称しているに過ぎぬ」と述べられているのは、卓見といふべきである。⁽⁸⁾

代位責任説は被害者救済を制度の趣旨・目的とするものであるが、この説は、結局、国の責任根拠については何ら明示することができない。国の責任根拠を明示し得ないような賠償責任本質論は、本質論としては脆弱である。ただ、村上教授は、代位責任説に立たねながらも、責任根拠を「国民主権国家においては国または公共団体の機関に対する権限の授権は、いずれも公共の福祉のための必要を根拠とするものであり、その権限が違法に行使された場合における損害について、被害が充分填補されない可能性が存するとすれば、その権限の授権者であり、またその権限行使の受益者である国民もしくは住民全体の負担においてその損害の填補がなされるべきである」ということに求められている。責任根拠論としては注目すべきものがあるが、この責任根拠からすれば、むしろ自己責任説の方に結び付くのが自然であるし、また、責任根拠自体についても、権限行使が違法な場合に限定されているのが、一般的・抽象的であつて、国賠法一条の責任根拠というよりも、より広く国家補償全体の責任根拠であるとい

うべきであらう。

二 これに反して、危険責任主義に基づく自己責任説の説くところは、責任根拠から賠償責任の本質論を展開するものであって、本質論においてだけでなく、責任根拠論においても傾聴すべきものがある。危険責任に基づく自己責任説を代表されるのは、今村教授である。教授は、「国の責任の根拠を考えるならば、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⁽¹¹⁾」とされて、この危険責任の理論が現代社会において妥当すべき理由について、続けて次のように説かれている。「今日そのような行政活動は、日増しに増大している。国民は、それによって生ずる日常の危険にさらされており、しかも、それから逃れる術をもたないのである。したがって、国がその危険より生ずる責任を引き受ける必要性は、ますます大きくなっている。けれど、国民の生存権を保障し、個人の脆弱化した生活基盤を補い、国民生活の維持を図ることを国の責務としている現行憲法の下にあっては、国家賠償制度が、それにふさわしいものとして構成されるべきことは、むしろ当然の事理といわなくてはならぬ⁽¹²⁾」と。

右のように、今村教授は、責任根拠を危険責任に求められた。比較法的研究の成果を踏まえられたものであって、強い説得力を有し、田中博士もこれを承認されざるを得なかつたことは、前に述べたとおりである。しかし、これに対しては、危険責任という用語をこれだけ広い意味で使用してよいものかどうか、少なからず疑問が生ずる。私法上の危険責任であれ公法上の危険責任であれ、危険責任は本来限界づけられた範囲においてのみ成立し得るものであり、公権力活動を全体的に危険と観念したのでは、危険責任の意義を空虚なものにしてしまふのではなからうか⁽¹³⁾。なるほど、「違法な加害行為を伴う高度の危険が内在しており、国の活動は、それを承知のうえで行わ

れている」ことは否定できないであろう。しかし、これはいわば損害発生の「可能性」であり、このような可能性は、およそすべての人間活動が本来有しているものであるから、これをすべて危険と称することは、「危険」という言葉と相容れない。それ故、西ドイツにおける「公法上の危険責任」の主唱者であるE・フォルストホフは、公法上の危険責任の根拠に関連して、「社会関係と個人の生活態度の変化が、ますます拡張された危険責任の承認を強要するに従って、今日もはや殆どそのこと（危険責任法理を公法へ導入することに対する疑義、筆者注）については語られ得ない。危険状態は不断增加するが、危険を堪え忍ぶ個人の財産はますます減少した」と述べているのである。彼は、すべての公権力活動について危険責任法理の導入を主張しているのではない。

国賠法一条の責任根拠を危険責任に求める今村説は、結果責任の中の「危険責任」（原因行為の適法性の如何を問わない場合）と国賠法一条の責任とを、責任根拠の点において区別することは困難であろう。前者もまた、危険責任を責任根拠とするからである。今村説における危険責任法理は、国賠法一条について語られてはいるが、その妥当範囲はそこに止まるものではなく、広く結果責任全体をおおうものといえそうである。しかし、妥当範囲が広いということは、他面、その内容が一般的・抽象的であることを示すものであり、責任根拠としては、第一次的地位を保持することが困難となる。責任根拠が同一であれば、両者をその性格において本質的に区別することもできないから、国家補償法体系上、両者を異なった類型として扱うことは、説得力を半減することになりかねない。結果責任の中の「危険責任」が危険責任法理によって説明されることに異論がないとすれば、残りの国賠法一条の責任根拠は、従って、別に求められなければならないこととなる。

三 国賠法一条は、侵害行為の「違法性」を責任要件の一つとしている。そこで、この違法性に着目して、これを責任根拠とする見解を、ここで仮に「違法責任（Rechtswidrigkeitshaftung）」説と称しておくことにしよう。違

法責任説については、我国においては直接これを論じた文献は見当たらないが、ドイツにおいては、学説史上は一九三〇年頃の「法治国家的国家責任論」にまで遡ることができ、また最近では一九八一年の国家責任法(Saats-haftungsgesetz)の中にその表現を見出した。本稿はドイツの学説史を考察対象にするものではないから、ワイマール期における法治国家的国家責任論(あるいは法治国的国家責任理論)の主唱者としてH・フルラーとE・チャクシュの所説を、戦後の代表的論者としてD・ハースとW・ライスナーの所説を紹介しておくだけで十分であろう。

フルラーとチャクシュの見解は、相互に若干の相違が存するものの、両者ともに、法治国家原理に基づいて違法無過失の侵害行為に対する国の責任を肯認しようとした点において、共通していた。すなわち、立法者は、国民に適法な侵害の受忍を要求するが、法律上の根拠を欠く違法な強制が行なわれることを欲せず、この意思は、自由や財産権を侵害する違法な行政行為に結びついた補償義務の中に実体化されており、この補償義務は、法治国家の必然的相關概念である(フルラー)。公権力が限界を逸脱して国民に損害を与えた場合は、法治国家の最高原則を構成する行政の法律適合性を欠くが故に、国家は復元の義務を負わなければならない(チャクシュ)、と。両者の主張は、違法、無過失の侵害行為についてなされたものであるが、これは当時の論争点がそこに置かれていたからにすぎない。今日において責任根拠を考える際には、すべての高権的違法侵害行為について妥当性を有するといえるであろう。右の主張が立法論であるか解釈論であるかの論議は、ここでは重要でなく、ただ注目されるべきは、国の責任を当時すでに法治国家原理によって基礎づけようとする試みがなされていたということである。

次に、ハースの所説を紹介しよう。彼は、概略次のように述べている。⁽²⁰⁾高権的活動における国の適法行為と違法行為の間には、顕著な質的相違が存する。適法行為は憲法と公益に合致するが、違法行為は憲法を侵害し、公益に反する。それ故、適法行為の現象形式と法的効果から違法行為の法的効果を推論することは、適切とはいえず、異

なつた事實は平等原則によれば異なつた法的効果を有しなければならぬということとを誤認するものである。連邦通常裁判所は、収用類似の侵害行為という法形態を展開することによって、適法行為と違法行為との間の基本的な質的相違を消失せしめたが、この水平化は、結局、体系的明瞭性の欠如に帰するであろう。今日、すべての市民が裁判所に訴訟を提起することによって権力分立原理の抑制・均衡の機能を効果あるものにするができること、この権能を利用し、損害の発生防止に助力することは、市民の義務でもある。法秩序は、違法性の発生・存続・効果に耐えることができない。違法性を除去すべき国家の義務は、国家機関に認められた優越性から、なかならず國家的行為の適法性の推定の対として基礎づけられる。そして、この義務は、国家が法治国家であろうとする場合には、直接憲法から生ずるのであり、機関の過失の有無は問題にならない。従つて、基本法二〇条、二八条から、すべての国家的高権に対して、違法な侵害行為を除去すべき原則的義務が引き出され、それは基本法一九条四項と三〇条において前提とされている、と。

ライスナーの所説も、基本的視座はハースに近いといつてよい。ライスナーは、最近ハースだけが違法性の問題を国家補償体系上の標準にまで高めたと評価して、概略次のように説いている。⁽²¹⁾違法性の問題は、これまで独立に提起されることなく、未決定の状態に置かれていたが、これに対しては、「違法性の確定なくして賠償決定なし」という命題が立てられるべきである。違法性は、国家責任拡張の試金石であるばかりでなく、すべての体系の基礎をなしている。法治国家は、あらゆる場合に、違法性の問題を要求する。違法性の決定を回避しようとすることは、憲法の基本原理と一般的法律感情に反するものといわなければならない。平均的市民は、発生した損害の復元の際に加害行為が合法であつたか否かということは重要でない、ということを決して了承しないであろう。違法性の問題は、法倫理的要請として、あらゆる反対に逆らつても、提起されなければならない。なぜならば、その放棄

は、正義の追求を断念することになるおそれがあるからである。すべての加害行為は、それが人間の作為・不作為に關係している限り、適法か違法かのいづれかである。⁽²²⁾ 適法・違法の區別は、法的趣味の問題ではなく、理論的首尾一貫性に不可欠のものである。違法が復元されるということは、法治國家の検証を意味し、それ故に、適法・違法の區別は法的に重要な要請となる。将来の發展方向としては、無過失違法な加害事件から損失補償は退却すべきである。損失補償はすべての適法な高権的加害に対して、損害賠償は、過失の有無を問わずにすべての違法な高権的加害に対して与えられるべきであらう。客観的な違法性が賠償責任を導くのであり、結果↓過失↓違法性は、法的浄化の進展の軌跡である、と。

四 一九八一年七月二日に公布され、翌年一月一日より施行された西ドイツの國家責任法は、問題点の多かつた職務責任制度の改革を図り、併せて錯綜していた種々の補償法制度の整備統一を図った。今回の改革の眼目は、従来の地位責任的構成に代えて國の直接的・排他的責任を、過失責任に代えて無過失責任を定めたことにある。⁽²³⁾ 同法一条一項は、次のようにいう。「公権力が、他の者に対して負う公法上の義務に違反したときは、公権力の主体は、そこから生ずる損害に対し、本法に従つて責任を負う。」この基本的規定の立法理由は、委員会草案、参事官草案、政府草案等の段階において若干表現上の差異が見受けられるものの、終始一貫して強調されているのは、國の不法責任 (Unrechenschaft) は法治國家としての義務であるということである。⁽²⁴⁾ そこで、責任根拠は、違法性自体に求められており、同法は違法責任説に立つものといつてよい。⁽²⁵⁾ 我國の國賠法一条の責任根拠を考ふる際に、この考え方は大いに参考とされるべきであらう。⁽²⁶⁾ 責任根拠論については、各國の法制度間の相違を超越して、普遍的なものが認められてよいからである。

五 責任根拠を侵害行為の違法性に求める違法責任説は、右にみたように、学説としては必ずしも新しいもので

はない。我国において主張されていないのは、国賠法一条が過失責任主義を採用しているためであるように思われるが、後述するように、これは立法政策上の制限にすぎないのであるから、責任根拠論には関係しないというべきであろう。国賠法一条の責任根拠について違法責任説を唱えることは、何ら一条の文言に反するものではない。違法な公権力の行使は、法律による行政の原理に反し、それ故にすでに帰責事由たり得るのである。⁽²⁸⁾違法往こそがここでは決定的な役割を演ずるのであり、その意味において、適法行為に基づく損失補償とは截然と区別されなければならぬ。

違法責任説に対して予想される批判の一是、責任根拠としては一般的・抽象的すぎて、危険責任説と大同小異ではないか、ということである。しかし、違法責任説は、法治国家原理（法律による行政の原理）から直接導かれるものとして、違法行為に基づく損害賠償だけを基礎づけるものであるから、責任根拠としては十分具体的・限定的であるといえるであろう。予想される批判の二是、違法責任説に立ったとしても、それが解釈論として提唱される以上、国賠法一条の諸問題を首尾一貫して解明できるかどうか、ということである。これは、いわば違法責任説の有効性に対する疑問であるが、学説としての存立価値を問われるものであるから、これについては、次項以下で改めて検証することにした。

(1) 稲葉馨「行政法上の国家責任根拠論の考察」法学四二巻二七二頁以下、宇賀克也「ドイツ国家責任法の理論史的分析」法学協会雑誌九九巻四号三二頁以下が、一九世紀から二〇世紀にかけてドイツにおいて説かれていた国家責任の根拠論を考察しているのが注目されるが、国賠法一条の責任根拠については直接論じていない。

(2) 田中・行政上の損害賠償及び損失補償一五九頁以下。

- (3) 古崎慶長・国家賠償法一九三一一九四頁。
- (4) Vgl. F. Ossenbühl, *Staatshaftungsrecht*, 2. Aufl., 1978, S. 5.
- (5) 今村・行政法入門〔新版〕一六三頁。なお、稲葉・前掲七三頁参照。
- (6) 下山・前掲一五頁、森田寛二「公法学と『論議の蓄積志向』(一)」法学四五卷五号二三一一八頁参照。
- (7) 田中・新版行政法上巻〔全訂第二版〕二〇八頁。
- (8) 下山「国家賠償」日本国憲法体系六卷二五二頁。
- (9) このような批判に対しては、代位責任説の側から、代位責任と自己責任との対立は、実定制度上の法律的構成についての論争であって、責任根拠についての論争ではない、との反論がなされるかもしれない。しかし、もしそうであれば、代位責任説は賠償責任の「本質論」として主張されているものではない、ということ逆を証明することにならないであろうか。
- (10) 高田敏一・村上義弘「国家賠償責任の理論構成」現代損害賠償法講座六卷二五一—二五二頁。
- (11) 今村・行政法入門〔新版〕一六四頁。同旨、杉村敏正・全訂行政法講義総論(上巻)二七八頁、河上元康「国家賠償法における公務員の故意過失」司法研修所二〇周年記念論文集一卷民事(一)一三〇頁、小高剛「公務員個人の責任」現代損害賠償法講座六卷二九九頁等。
- (12) 今村・行政法入門〔新版〕一六四—一六五頁。
- (13) 伊藤肇子「国家賠償責任の要件としての、行為の違法性と行為者の故意・過失および両者の関係について」訟務月報一九卷八号一五二頁、西埜「西ドイツ国家責任法体系における公法上の危険責任について」公法研究四二号一七二頁参照。
- (14) 今村・行政法入門〔新版〕一六四頁。
- (15) Vgl. G. Katzenstein, *Entschädigungspflicht des Staates bei rechtswidrig-schuldloser Ausübung öffentlicher Gewalt*, 1935, S. 29f. 稲葉・前掲一〇頁、柳瀬良幹・行政法教科書〔再訂版〕一三二頁、西埜・公法上の危険責任論

- 八〇、二九五頁参照。
- (16) E. Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Band I, 9. Aufl., 1966, S. 334.
- (17) 勿論、危険責任という用語をどのような意味で用いるかは著者の自由であるから、このことは結局、用語の問題にすぎないといえないでもないが、「危険」という言葉を用いるからには、やはり限定的なものとして理解すべきであろう。フランス法における国の危険責任については、それが拡張されすぎたために、現在では「危険」責任という言葉になじまなくなっているのではないかとの指摘がある（この点に留意しななければならぬ（vgl. I. Richter, *Die Grundfragen der Haftung für 'faute de service' im französischen Staatshaftungsrecht*, 1965, S. 55, 105））。
- (18) 今村・国家補償法三頁。
- (19) H. Furler, *Das polizeiliche Norrecht und Entschädigungspflicht des Staates*, *Verwaltungsarchiv* 33 (1928), S. 406 ff.; E. Tschaksch, *Die öffentlichrechtliche Entschädigung bei schuldiors-rechtswidrigen Verwaltungsakten*, 1931, S. 47ff. なお、両者の所説については、すでに、秋山義昭「法治国家的国家責任論」*公法と経済法の諸問題*上三三三六—三三八頁、宇賀「ドイツ国家責任法の理論史的分析（三）」*法学協会雑誌*九九卷六号六九—七三頁に紹介がある。
- (20) D. Haas, *System der öffentlichrechtlichen Entschädigungspflichten*, 1955, S. 15, 54ff. 宇賀「ドイツ国家責任法の理論史的分析（四・完）」*法学協会雑誌*九九卷七号一〇—一四頁、西莖「ドイツにおける公権力の無過失違法侵害行為に対する損失補償の展開」*東邦大学教養紀要*五号五七—五八頁参照。
- (21) W. Leisner, *Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht*?, *VVDStRL* 20 (1963), S. 201ff. 西莖・前掲東邦大学教養紀要五号五五—五六頁参照。
- (22) ライスナーが、適法・違法の区別の基準として、「加害は、立法者によって意欲されている場合のみ、適法であり得る」(a. a. O., S. 207) と述べているために、結果不法説に立っているのではないかと誤解されがちであるが、O. von Hoffmann の批判に答えて、「行為が評価されなければならぬ」（*Die Handlung muß beurteilt werden*）」(a. a. O., S. 260) と述

べている点からすれば、必ずしもそのように断定できない面もある。ただ、行為不法説に立っているとみなしても、他の行為不法説論者とは大分隔たりがあることは否定できない。

(23) 宇賀「西ドイツにおける新国家責任法について」ジュリスト七六三号一二二頁以下が、この法律の紹介しており、また連邦憲法裁判所の違憲判決についても、宇賀「西ドイツ国家責任法の違憲判決について」ジュリスト七七九号五八頁が紹介している。

(24) 但し、過失の要素が全く排除されたわけではないことは、二条一項二文（金銭賠償について、注意義務を尽くしても回避できなかった場合の免責を定めている）をみれば明瞭であり、その意味で不徹底であるといわざるを得ない（vgl. B. Bender, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl., 1981, S. 54f. 宇賀・前掲ジュリスト七六三号一一八頁参照）。

(25) 政府草案における立法理由書は、国家責任法は、市民の権利保護を確実にし、高権力による不法とその損害結果の復元を法治国家にふさわしい調整ならしめることを目的としている」と述べている（Gesetzesentwurf der Bundesregierung, 1978, S. 25）。なお、政府草案については、芝池義一「西ドイツにおける国家責任法の改革」公法研究四二号一八一頁以下が紹介している。

(26) 今回の改革に方向付けをした第四七回ドイツ法曹大会（一九六八年）の決議は、「国家による不法に対する責任の基本思想は、責任が違法性それ自体に結合されているということであるべきである」として、端的にこのことを表明している（Verhandlungen des 47. DJT, Band I, 1968, Teil I, S. 145）。

(27) 秋山教授は、国家責任法のこのような考え方を我国に導入することについて、「無過失責任の一般的な要請として、法治国家的な国家責任の理論が、いたって有効・便宜的であることは否定しえないにしても、基本的には永い歴史的な経緯を基盤にした法制度を異にする外国の理論を一举にわが国に導入することは早計である。西ドイツのようにそれを憲法上の制度として具体化することなしには、法治国家の一面面として国家責任をも当然にひき出すことができるかどうかは、今後の十分な検討を要するであろう。また、法治国家そのものは、一つの原理ないしそれを採用する国家体制を指すものであるところから、その内容も必ずしも一義的ではなく、財政的考慮等の政策的理由によって、その実質的内容を変えうる面があるこ

ともみがせない」(前掲三四四—三四五頁)と説かれている(同旨、宇賀・前掲法学協会雑誌九九卷七号五三頁)。筆者もこの見解におおむね賛成であるが、ただ、ここで考察しているのは責任根拠論であり、責任根拠論については、実定法制度に必ずしも拘束されないように思われる。

(28) 筆者は、以前に、「違法行為の場合における補償原因は、違法行為に対する保証責任である。国民が国家権力に服従することを要求されるときは、反面において、国は瑕疵のない国家行為を国民に保証したものと理解される」(公法上の危険責任論二九—二頁)と説いたことがあるが、現在においては、より端的に、違法性それ自体の中に責任根拠を見出すべきであると考えている。

三 機 能 論

一 国賠法一条の機能については、従来より、損害填補的機能と監視的機能が⁽¹⁾挙げられてきた。そこで、違法責任説に立った場合にその機能がどこに見出されるべきか、明らかにされなければならない。機能論は、責任根拠論と並んで、国賠法一条の理念に関する中心的問題をなしている。

国賠法一条が損害填補的機能を有することについては、全く異論がない。それは、すでにみた今村、下山兩教授の『国家補償法』の基本的視点であり、また、古崎判事の『国家賠償法』や『国家賠償法の理論』⁽²⁾に一貫して流れる主張である。危険責任に基づく自己責任説も代位責任説も、ともに被害者救済のための理論であるから、このことはいわば当然のことといつてよい。ただ、損害填補的機能を有するとしても、それに止まるものか否かは、なお検討を要するであろう。民法不法行為法の領域においてであるが、山田教授が、「不法行為による損害賠償制度の

主要な目的は損害填補であるが、同時に加害者に対する制裁、一般的損害抑止機能もあわせもっている。こうした機能が被害者の救済と衝突する場合はありうるであらうし、その場合には救済を優先させるべきであるが、一般的にはこれらの機能と必ずしも衝突するわけではない⁽⁴⁾と説かれているのが、この際の参考になる。国賠法の領域において、しばしば、損害填補的機能と並んで、監視的機能が説かれてきた⁽⁵⁾。その声は、損害填補的機能の背後に隠れて必ずしも大きくはないが、その主要なものとして、遠藤、室井、小高、芝池、山本の諸教授の所説を挙げることができる。遠藤説についてはすでに紹介済みであるから、次に、室井、小高、芝池、山本説を紹介することにしよう。

二 まず、室井教授は、「国家賠償制度を単なる純粹経済的救済という趣旨からのみでなく、さらに一步を進めて『公務執行の適正を担保する機能』または行政に対する統制機能において理解しようとする決判（芦別国家賠償請求事件第一審判決、筆者注）の態度は、きわめて興味深く、評価すべきものと考ええる。そして、このような方向に国家賠償法を理解することは、国家責任の危険責任論的把握の方向を補強することにもなるであろう⁽⁶⁾」と説かれ、小高教授は、「国家賠償制度をもって法の支配を実質的に支えるものとみる立場からは、この制度の趣旨・目的を経済救済のみに限定すべきではなく、国または公共団体の公権力の行使に基づく被害者の救済を法的に強制することを通じて、予防的に損害の発生を防止し、補完的に職務執行の適正を確保する機能を営むものと考えなければならぬ⁽⁷⁾」と主張されている。芝池説も大体同旨であるが、より明確に監視的機能の側面を強調されている。すなわち、「国家賠償制度の形成及び運用には大別すると二つの方向が存在する。一つは、国家賠償を被害者救済の見地からとらえるものであり、他の一つは、国家賠償を国に対するいわばサンクションとみるものである。国家賠償法一条にはこの二つの見方のいずれもがみられる。すなわちそれは、国民の救済の見地から出発しつつ、国の責任の

要件の設定にあたっては、被害の内容よりは原因行為のあり方に着目し、違法性や過失をその要件とすることによって、国家賠償制度にサンクションの色彩をも与えているのである。……無過失責任の考え方は、一方では、国の責任の要件を緩和することによって、救済の可能性を拡げるものであるとともに、他方では、なおも違法性を国の責任の要件とする点においては、国家賠償制度にサンクション的役割を見出すものといえる。」⁽⁸⁾ 山本教授も、「日本国憲法のもとでは、その基本原理ないし憲法構造に照らし、それとよりよく適合調和するよう国家賠償制度の趣旨目的を理解選択すべきものと考える。そのような見地からすれば、この制度の趣旨目的を厳格に経済的救済に限定し、その他の要素をすべてその趣旨目的とするところではないと切り捨てていくことには疑問をもつ」とされて、民主的統制（国民の立場からの公務員の職務執行の適正の確保）の要素を加えるべきであると主張されている。⁽⁹⁾

裁判例においても、監視的機能を説くものが散見される。例えば、札幌地裁昭和四十六年十二月二十四日判決は、「国家賠償ないし不法行為に基づく損害賠償制度の趣旨を、被害者の純経済的救済という点のみに止めることなく、これに公務執行の適正を担保する機能をも営むものとして理解することは、必ずしも、右制度の趣旨を不当に拡大したものとはいえないと思われる」と判示している。

三 このように、損害填補的機能と並んで監視的機能も説かれているが、違法責任説に立った場合に、どのように考えられるであろうか。結論からいえば、監視的機能は、違法責任説に立つことによってこそ適切に説明できるように思われる。違法責任説は違法性を責任根拠とするものであるから、そこには当然、違法行為に対する非難性が含まれている。法律による行政の原理に反する違法行為を、国家賠償請求手続を通じて問責することにより、国民は、国家作用に瑕疵のないように監視しているものといえるであろう。別に行政争訟制度が存在するからといって、国賠法一条にこのような意味での監視的機能が否定されるべき理由はない。国賠法一条は、行政争訟制度とあ

いまって、あるいはそれよりもより広範に、違法な国家作用に対する監視的機能を有している。単に生じた損害が填補されればよいというものではなく、国家作用の適法・違法の区別を明確にし、違法な国家作用に対しては、これを糾弾することによってはじめて、法律による行政の原理は確保されるであろう。

監視的機能を強調することは、損害填補的機能を軽視するものでないことはいうまでもない。ただ、最近は、損害填補的機能が強調されすぎており、これが国賠法一条の機能のすべてであるかのように思われがちであるため、あえて本稿において監視的機能を浮き彫りにしたわけである。⁽¹¹⁾ 前述したように、現行憲法下においては、国民は主体的地位を有しているのであるから、国家作用の適正を監視することは、権利であると同時に義務でもあるといわなければならない。⁽¹²⁾ 国賠制度は、いわばこの監視の一つの重要な手段であり、それ故にこそ、無過失責任主義や過失の客観化が叫ばれても、国賠法一条の要件から「違法性」を排除すべきことは叫ばれないのである。⁽¹³⁾ 損害填補的機能だけを重視して、適法行為・違法行為の区別を曖昧にすることは、憲法の期待する国民像に反するばかりでなく、法律による行政の原理をも危うくするであろう。損害填補的機能と同時に、それと同等に、監視的機能が強調されなければならない。

監視的機能は、一般的損害発生抑止的機能でもある。国賠法一条が存在することによって、違法な国家作用の抑制が期待されるからである。ただ、いうまでもなく、この抑止的機能を有効に發揮させるためには、国民の側に、国家作用に瑕疵がないか否かを常に監視するという態度がなければならない。

(1) ここで「監視的機能」というのは、国家作用に瑕疵がないように国民が監視するという機能を指しているが、文献において「制裁的機能」(前掲小高論文、後掲芝池論文)、「権力規制訴訟的性格」(原田尚彦・行政責任と国民の権利九八頁)、「民

主的統制」機能(後掲山本論文)、「公務執行の適正を担保する機能」(後掲室井論文)などと呼ばれているものを含んだ広い意味で使用している。

(2) 例えば、同書二二六頁において、古崎判事は次のように説かれている。「国家賠償法を含む不法行為法は、現実が生じた損害の填補という機能があるのであるから、不法行為法を適用する裁判官の思考過程での判断基準は、『被告国に損害を填補させるのが衡平、妥当であり、そうしても不合理ではないかどうか』である。……被告に損害を填補させるのが衡平、妥当であるとの結論に達した場合、『過失』は、被告に損害を填補させるための単なる『道具概念』としてしか機能しない場合が生じる。すなわち、この場合には、被告に過失があったとしながら、その内容は、きわめて抽象的義務違反となり、無過失に近いものになる可能性がある。」

(3) 遠藤・前掲五頁参照。

(4) 山田卓生「過失責任と無過失責任」現代損害賠償法講座一卷九六頁。

(5) 機能論についての学説としては、小高、山本両教授の分類によれば、被害者に対する経済的救済に限る経済救済一元説、経済救済機能のほかに、職務の確実な執行保障機能を有するとする職務保障二元説と国民の行政に対する監督的機能を認める監督統制二元説がある(小高・前掲二九九―三〇〇頁、山本徳栄「国家賠償と公務員の個人的責任」法学新報七九卷二号一一四―一二〇頁)。

(6) 室井力・現代行政法の原理一四八頁。

(7) 小高・前掲三〇〇頁。

(8) 芝池義一「無過失責任と危険責任」行政法の争点一六四頁。同「都道府県警察が行う交通犯罪捜査と国の賠償責任」民商法雑誌八三卷一号一〇六頁参照。

(9) 山本・前掲二一七―二一八頁。

(10) 判例時報六五三三二頁(官別國家賠償請求事件第一審判決)。

(11) 遠藤・前掲一九頁參照。

(12) 國家機關の統制に關与すべき國民の義務については、vgl. Haas, a. a. O., S. 54ff.

(13) 芝池・前掲行政法の争点一六四頁參照。

四 損害賠償責任の本質論

一 國賠法一條の損害賠償責任の本質をめぐつては、周知のように、代位責任説・自己責任説・折衷説等の対立がある。代位責任説が通説・判例であるが、今村教授が、「權力作用に基く國の責任の性質を考へてみるならば、それが、危険責任の最も典型的な場合であることは、誰の目にも明かなことであろう。そうだとすれば、それは、公務員個人の責任とは拘りのないもので、國は、その危険の對外的發現に對して、直接に責任を負うべきものなのである」⁽¹⁾と説かれて以來、自己責任説も有力になりつつある。損害賠償責任の本質をどのように捉へても、現在では具体的な問題点についてそれほど大きな差が見出されなくなつてゐるから、この解明にはさして実益性は認められないし、また、これまで述べてきたところからすでに筆者の考へ方は明らかになつてゐるが、國賠法一條の体系的理解のために、ここで改めて私見を述べておくことにしよう。

二 結論からいへば、筆者は自己責任説が正当であると考えてゐる。ただ、同じく自己責任説に立つとはいつても、今村説とは異なり、危険責任に基づく自己責任を主張するものではない。前述したように、危険責任という概念は、もう少し限定的に使用されるべきである。

国賠法一条の責任根拠は、危険責任ではなくて、違法責任であると理解すべきである。法律による行政の原理からすれば、違法行為それ自体が非難されなければならないのであって、侵害行為の違法性がこの場合の国の責任を根拠づけるのである。このような考え方に立てば、国の責任を単なる代位責任であると捉えることは、当然疑義の多いものとなる⁽³⁾。故意過失ではなくて違法性を責任根拠と解する以上、国の責任はむしろ自己責任であると考え方が自然というべきであろう⁽⁴⁾。そして、このように解することは、現行憲法の精神によりよく適合するものであり⁽⁵⁾、それはまた国賠法一条の文言と決して矛盾するものではない。同法一条一項は公務員の故意過失を要件としてはいるが、このことは、「国の責任が本質的には無過失責任であるとしても、立法政策的に、責任範囲を限定することは、許されないことではない⁽⁶⁾」ということによって説明できる⁽⁷⁾。ただ、今村説のように、公務員の故意過失を「公務運営の瑕疵」の表現と解さなければ論理一貫しない⁽⁸⁾、というものではない。実定法が故意過失をもって責任範囲を画することにした以上、その妥当性には疑問が残るものの⁽⁹⁾、主観的責任要件と解しても必ずしも損害賠償責任の本質論と矛盾するものではないであろう⁽¹⁰⁾。従って、「自己責任説をとりながら、公務員の故意・過失や、違法の理解の仕方などでは、代位責任説のそれと全く同じものが多い⁽¹¹⁾」のは、当然ということになる。

(1) 今村・国家補償法九四頁。

(2) 遠藤・前掲二二八頁、原田・行政法要論〔改訂増補版〕二二六頁参照。

(3) 代位責任という言葉自体が、さらに代位責任—自己責任という対立自体が問題とされなければならないことについては、前述した。

(4) 西ドイツの新国家責任法一条は、このことを明言している。草案における立法理由は、「国家責任は、自己の不法に対す

る直接責任であり、引き受けられた、すなわち、職務担当者の責任から引き出された責任ではない。」(Reform des Staatshafungsrechts, Kommissionsbericht, 1973, S. 72)「基本法二〇条三項からの法治国家の要請の名あて人は公権力主体であるから、公権力主体が責任主体でもある」(Gesetzentwurf der Bundesregierung, 1978, S. 25)と述べている。このような基本的考え方は、我国における立法論としてだけではなく、解釈論としても十分参考にされ得るであろう。そうすることは、立法論と解釈論を混同するものではない。

(5) 高田敏教授は、憲法一七条について、「本条は、国または公共団体自身の責任を定めたものであって、公務員に代るそれらの責任を定めたものではない。」(「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)七五頁)と説かれている。なお、代位責任説は、思想的には、国家無責任の原則の系譜上にあるといえるであろう(宇賀「ドイツ国家責任法の理論史的分析(二)」法学協会雑誌九九巻五号八五頁以下参照)。

(6) 今村・国家補償法九六頁。

(7) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Grundgesetz, Kommentar, Lieferung 15 (1977), Art. 14, S. 53 は、「過失責任は、結局、違法責任の制限を意味するにすぎない」と説いている。

(8) 今村・国家補償法九六頁、同・行政法入門(新版)一六五頁。

(9) 国の責任を制限する主たる理由は、財政上の理由であると思われるが、この点については具体的に詳細に検討されたわけではなく、現在においては、おそらく説得力を欠くものといえるであろう。西ドイツの国家責任法改革の際の資料が、ここで参考にされるべきである(大内俊身「西ドイツにおける国家責任法改正の動向」司法研修所論集創立三〇周年記念特集号二五—二五三頁参照)。

(10) 村上教授は、「国家賠償責任の意義を先に述べたように、公共の福祉のため必要として授權された権限が、違法に行使された場合における損害は、その権限行使の受益者である国民または住民全体の負担に帰せしめるべきであると観念するなら

ば、このような理念には、非代位責任の理論構成の方が適切であるように思われる」とされながら、国賠法一条の文言から代位責任説を支持されている（高田川村上・前掲二四三—二四五頁）。しかし、本文で述べたように、国賠法一条の文言は責任要件を明示したにすぎず、賠償責任の本質を規定するものとはいえないであろう。

（11）古崎・国家賠償法一九五頁。

五 違法性論・過失論

一 国賠法一条の「違法に」の意味については、すでに別稿で検討したことがあるので、ここでは簡単に再論するに止めよう。違法責任説は、国家作用の違法性を責任根拠とする関係上、違法性をどのように把握するかは、この説にとって最も重要な問題である。ただ、これに対する解答は、違法責任説自体から半ば明らかになっているといつてよい。すなわち、違法責任説は、「法律による行政」の原理を理論的支柱にし、この原理に反するものを違法として性格づける。そこで、法律による行政の原理について考えてみれば、これは国家の「行為」が法律に基づいて行なわれなければならないことを命ずるものであるから、違法性は行為不法説に立って判断されなければならない、という結論に帰着する。違法性をめぐる従来の見解は、行為不法説と結果不法説が区別されずに混在して主張されていたために、その理解は必ずしも容易とはいえない状況であった。

違法責任説による行為不法説的理解に対しては、これは行政事件訴訟法（以下、「行訴法」と略する）における違法性の捉え方であつて、国賠法と行訴法は制度の趣旨・目的を異にするものであるから、国賠法上の違法性については結果不法説的理解が正当である、との批判が予想される。そして、このような批判は、おそらく最近の支配

の見解といえるであろう。国賠法における違法性の行為規範的性格を強調される遠藤教授にあつても、「この行為規範性は、処分ないし法的行為の効力発生要件に関する違法とは性質を異にすることに注意すべきである。やはり、究極的には他人に損害を加えることが法の許容するところであるかどうかという見地からする行為規範性である」と説かれている。しかし、制度目的を異にすることは、違法性概念を異なつて把握すべきことの十分な論拠といえるであろうか。国賠法がいかに損害填補の機能を有するといつても、国の責任が違法性を基礎とするものであつて、監視的機能を軽視することはできないから、この点からすれば、むしろ、行訴法上の違法性概念と国賠法上の違法性概念との間に、本質的な相違点を見出すことは困難である。両制度は、その序列はともかく、ともに違法性排除手段として理解されるべきものであろう。⁽³⁾ 両法域における違法性の相対化の主張は、一般にいわれるほどには説得力を有するものではない。

また、支配的見解によれば、取消訴訟において請求棄却の判決が確定すると、既判力によつて、国賠訴訟においてはこれに反する主張・判断が許されないことになる。⁽⁴⁾ しかし、国賠法における違法性と行訴法における違法性が異なるのであれば、このような考え方は首尾一貫していないといえるであろう。既判力に関する右のような考え方は、むしろ、両法域において違法性概念が一致しているという立場に立つてこそ、主張できるのではなからうか。

二 違法責任説は違法性を責任根拠とするものであるから、ここからすれば、故意過失が本質的要件でないことはいうまでもない。しかし、現行実定法が過失責任主義を採用している以上、この故意過失を違法責任とどのよう⁽⁵⁾に調和させるべきか、検討しておく必要がある。この点については、前述のように、「国の責任が本質的には無過失責任であるとしても、立法政策的に、責任範囲を限定するときは、許されないことではない」との説明が一応妥当であろう。⁽⁶⁾ 過失責任主義は、ここでは、違法責任を立法政策的に制約するものとして把握される。ただ、この立

法政策的制約は、社会通念によってその妥当性が評価されるものであるから、社会通念が変化すれば、これに対する改革の声が出てくることは避けられない。西ドイツにおける国家責任法の制定は、立法的改革の例であるが、立法的改革が困難である場合は、解釈論の展開によって実質的な改革が図られることになる。いわゆる「過失の客観化」(Objektivierung des Verschuldens)と呼ばれているものは、おおむね解釈論の展開によるものといつてよい。過失の客観化の傾向は、最近の殆どの文献や裁判例の中に見出されるが、広い意味では、次のような類型が考えられるであろう。すなわち、①過失を主観的な心理状態としてよりも、むしろ客観的な注意義務違反として捉え、注意義務の内容を高度化すること、②加害公務員の特定は必要でないとすること、③違法性と過失を統合すること、④過失の「一応の推定」の理論を採用すること、⑤過失を「公務運営の瑕疵」として捉えること、などである。

過失の客観化は、自己責任説・代位責任説を問わず主張されている。しかし、代位責任説がこれを主張することは、その基本的立場と一致するものであるかどうか、疑問がないわけではない。公務員の個人責任を前提にする以上、過失の客観化は代位責任の構成の趣旨に適合しないであろうし、また仮に適合しても、おのずからその理論的限界の存することを認めざるを得ないであろう。これに対し、危険責任に基づく自己責任説は、過失の客観化を進める上において、有効な理論的根拠を示している。権力組織に内在する危険を責任根拠とするから、国の責任は、公務員の主観的な故意過失とは本来関係しないものとして把握されるからである。しかし、このことから一足飛びに、故意過失を「公務運営の瑕疵」と解することには、実定法の文言に照らしてやはり躊躇せざるを得ない。過失の客観化は当然なされるべきではあるが、実定法が公務員の故意過失を要件にしている以上、ここから離れることはできず、前記の類型のうちでは、①④のような方法が採られるべきであろう。従って、この点では、代位責任

説の主張と大差ないように見受けられるかもしれないが、代位責任説に立っての過失の客観化が、その基本的立場と一致するかどうかに疑義が存することは、前述したとおりでである。違法責任説に立ってこそ、首尾一貫した主張となり得る。

- (1) 西塾「国家賠償法一条における違法性の判断基準について」法政理論一四卷二号一頁以下。
- (2) 遠藤・前掲一六六頁。
- (3) この点に関する西ドイツの学説の動向については、宇賀・前掲法学協会雑誌九九卷七号二頁以下参照。
- (4) 古崎・国家賠償法一八一―一八二頁、原田・行政法要論〔改訂増補版〕三〇八頁、遠藤・前掲一七七頁等参照。
- (5) 今村・国家補償法九六頁。
- (6) 高田教授は、「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、違憲とならう。そしてその場合、不法行為を違法行為と解するとすれば、本条（憲法一七条、筆者注）は無過失責任を定めたものとなるわけであって、国家賠償法一条一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といえよう」（前掲基本法コンメンタール憲法七四頁）と説かれているが、はたしてそこまでいえるかどうか疑問である。
- (7) 今村「国家賠償法（総論）」日本弁護士連合会昭和五二年度特別研修叢書七二二頁参照。
- (8) 今村・国家補償法九六頁。

六 公務員の個人責任論

一 国・公共団体のほかに、加害公務員自身もまた直接被害者に対して賠償責任を負担するかどうかについては、否定説・折衷説(制限的あるいは一部肯定説)・肯定説の対立があり、否定説が通説・判例である。一般に、代位責任説に立つ者は否定説を採り、自己責任説に立つ者は折衷説あるいは肯定説を採る傾向にあるようであるが、これは必ずしも論理必然的帰結とはいえない。⁽²⁾ 別個に検討を要する問題である。国賠法一条をもつばら損害填補的見地から理解する限り、被害者救済のためには、支払能力ある国・公共団体が賠償すれば十分であるから、通説・判例の見解は、この点では理論的整合性を有しているといえるであろう。従つて、損害填補的機能を重視されている今村教授が、「国家賠償法一条に基く責任は、国の自己責任であり、もともと、公務員の責任とは無関係なものと解するならば、国が責任を負担することと、公務員個人の責任とは、もとより別個の問題であり、従つて、原則論としては、国が責任を負担することによって、公務員の責任が排除せられるべき根拠は存しないというべきであろう。けれども、国家賠償法一条二項が、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」⁽⁴⁾とされて折衷説を支持され、同様に、下山教授が、「報復感情論を除いて全面肯定説がもつとも現行法上合理的である」⁽⁵⁾とされて肯定説に立たれているのは、やや一貫性に欠けるものがあるように思われる。⁽⁶⁾

これに対し、国賠法一条に制裁的機能あるいは職務執行の適正担保機能を期待する立場は、折衷説・肯定説の違ひはあるものの、公務員の個人責任を承認する傾向にある。室井教授が、折衷説の論拠として、「国家賠償制度を純粹経済救済の趣旨のみに限定して理解することは現行行政法としての同法の理解から排されること、および国または公共団体が損害賠償をするといつても、それは結局のところ国民または住民の税金その他によつてまかなわれるといふこと、その場合、同法一条二項で国または公共団体が、故意または重過失の公務員に対して求償権を有す

るといっても、それはあくまで行政の内部的問題であり、わが国の行政の現実においては求償権の行使についてもその適正を保障する制度ないし意識があまりであること⁽⁷⁾を挙げられ、また、乾教授が、肯定説の論拠として、「絶対主義の中にしみついた官僚の特権意識は一朝一夕に拭い去られるものではなく、これに真の公僕精神を体得してもらうには不断の国民の監視による以外にない。監視のひとつの表現方法として公務員に対する直接賠償請求がみとめられてよい。……国民があらゆる機会をとらえて国政の運用に最大の関心を払っている形態こそ望ましいのであり、ことにわが国では緊要である⁽⁹⁾」ことを挙げられるのが、その代表的例である。遠藤教授も、国賠法の行為規範的性格から、「著しい逸脱行為を抑止する行為規範的效果をもつ⁽¹⁰⁾」ということを、公務員の個人責任を認めるメリットの二つに数えられている。

裁判例においても、同様の論拠から折衷説に立つものが見出される。そのうち、東京地裁昭和四六年一〇月一日判決⁽¹¹⁾と札幌地裁昭和四六年一二月二四日判決⁽¹²⁾を次に紹介しておこう。前者は、「加害公務員に対する責任追求は、公務員に対する国民の監督的作用にとって極めて有効な手段であり、本来国民全体の奉仕者であるべき公務員が故意或は重大な過失によって国民の権利を侵害する場合にすら公務員個人に対する直接責任の追求を認めないのであれば、経済的充足だけでは満足されない国民の権利感情を著しく阻害する結果を招来するおそれがある」と判示し、後者も、「公務員による職務執行の適正は、同法(国賠法、筆者注)第一条第二項による求償権の行使、その他国家机关内部における規律によって、一応これを担保することが可能であるが、そのみでは必ずしも十分とはいえず、右のような場合に被害者たる国民から直接その責任の追及を許すことが、右の観点から必要であると認められる」と判示している。

ところが、監督統制的機能を認めながら、公務員の個人責任を否定する立場も存する。小高教授は、「国家賠償

制度の中に公務員に対する国民の監督的作用を認めるといふ見解については、それが直接に公務員の職務遂行における綱紀肅正を目的とするものであるならば、はたして現実にもその機能を發揮しうるかは疑問があるといわざるを得ない。……公務員に対する監督は被害者の権利救済をはかる過程、ないしはその回復を契機として行なわれるものと考えなければならぬ。具体的には、国または公共団体を被告とする訴訟の判決理由の中で加害公務員の公権力の行使が違法であったことが明らかにされ、それに基づいて国または公共団体が加害公務員に対する求償権を行使し、あるいは公務員に対する監督、制裁の制度により、別途懲戒責任を追及することによって行なうべきものと考えられる⁽¹³⁾と説かれている。

二 このように、公務員の個人責任について見解の対立があるのであるが、違法責任説の立場からすれば、どのように考えられるであろうか。違法責任説は、監視的機能をも重視するのであるから、一見すると、折衷説あるいは肯定説に親しみやすいように思われなくてもない。しかし、問題はそれ程単純ではなく、監視的機能を認めることは、当然に公務員の個人責任を認めるということにはつながらないであろう⁽¹⁴⁾。かつて、O・マイヤーが公務員の個人責任を公権力の濫用を予防するために固持したことは、広く知られているところであるが、監視的機能はそれ以外においても十分考えられるところである。例えば、公務員に対する求償や懲戒処分等によっても、この機能は十分期待されるであろう⁽¹⁶⁾。それ故、これに対する解答は、違法責任説の理論的基礎にまで遡ることによってなされなければならない。

前述のように、違法責任説は、違法性それ自身が責任根拠であり、公務員の故意過失は立法政策的制約にすぎないものと理解する。この点からすれば、違法行為を行った国に損害賠償責任を負わせることの中に、すでに監視的機能が認められるということになり、公務員の個人責任を肯定することは、この国の賠償責任の本質に適合しない

といわなければならない。西ドイツの国家責任法が、一条一項において違法責任を定めながらも、その三項において「義務違反をなした者は、被害者に対して責任を負わない」と定めているが、これは、排他的国家責任 (auschließliche Staatshaftung) を導入したことにより、公務担当者の個人責任を否認したものであり、この際大いに参考とされるべきである。また、東京地裁昭和五二年三月二八日判決が、「公務執行の適正を担保するといふ面においても、公務員の違法行為を理由として国又は公共団体に賠償責任を追及し得ること自体、さらに国又は公共団体が当該公務員に求償し、また懲戒を課することができることからすれば、必ずしも当該公務員に賠償責任を認めなくとも前記目的は充分に達成される」ことを論拠の一つとして、否定説に立つて判示していることにも、注目されなければならない。

美濃部博士が、「官吏でも公吏でも弁護士でも凡て公務に従事する者は、其の公務の執行につき故意又は重大な過失に因り違法に第三者に財産上の損害を加へた場合にのみ、個人として損害賠償の義務を負ふのである」と述べられたのは、国家無責任の原則の支配していた明治憲法下においては、確かに有意義であつた。しかし、国家無責任の原則が放棄された現行憲法下においては、公務員の個人責任の肯定により民主的統制を図ることは、必ずしも憲法の期待するところとはいえないであらう。⁽²⁰⁾ 民主的統制は、公務員の個人責任を肯定することによつてではなく、むしろ、国の違法責任を承認し、公務員の個人責任を克服することによつてこそなされなければならない。以上に述べたところは、主として国家賠償の責任根拠論・機能論からの帰結である。実定法上の根拠としては、通説・判例の説くところがおおむね妥当であるといつてよい。

(1) 佐藤立夫「国家賠償と賠償責任の負担者」憲法判例百選Ⅱ二九頁参照。

- (2) 乾昭三「国家賠償法」注釈民法(10)四一五頁、山本・前掲二〇―二二二頁、小高・前掲二九九頁、下山・国家補償法二四六一―二四七頁参照。
- (3) 例えば、東京地判昭和五二年三月二八日判例時報八七五号六九頁は、「賠償能力の観点からすれば、国又は公共団体が賠償責任を負うことよって、被害者に対する損害填補という本来の目的は完全に達成されるのであるから、賠償能力のより乏しい公務員の賠償責任を重複して認める必要はない」と判示している。
- (4) 今村・国家補償法一二二頁。
- (5) 下山・国家補償法二五八頁。
- (6) 遠藤・前掲七六頁参照。
- (7) 室井・前掲一四九頁。
- (8) 同旨、山本・前掲一一四頁以下、原野翹「警察および防衛」室井編・現代行政法入門(2)一二七頁。
- (9) 乾「国家賠償と賠償責任の負担者」民商法雑誌三三卷三九九―一〇〇頁。
- (10) 遠藤・前掲二二三頁。
- (11) 判例時報六四四号二二頁。
- (12) 判例時報六五三号二二頁。
- (13) 小高・前掲三〇〇―三〇一頁。
- (14) 小高・前掲三〇〇頁参照。
- (15) 宇賀・前掲法学協会雑誌九九卷六号六七頁、稲葉・前掲二〇二―二〇三、一〇八頁、西莖・公法上の危険責任論六九頁参照。
- (16) 有倉遼吉「逐条国家賠償法解説」法律時報二五卷九号二二頁、小高・前掲三〇〇―三〇一頁、宇賀・前掲法学協会雑誌九

九卷七号四七頁参照。

(17) 排他的国家責任の導入により、公務担当者の個人的外部責任は必要ないものとされたわけであるが、立法理由書 (Gesetzentwurf der Bundesregierung, 1976, S. 38) によれば、そのほか、賠償責任を追及されるのではないかとの心配から公務担当者の決断意欲がそがれることのないようにする、という理由が加えられている。このような立法理由は、我国においても否定説の論拠の一つになっているが、考慮に値するものといえるかどうか、すこぶる疑問といわなければならない。なお、宇賀・前掲ジュリスト七六三号一一四頁参照。

(18) 判例時報八七五号六九頁。

(19) 美濃部・前掲三四九頁。

(20) 小高教授は、「公務員の個人責任は、公務員の不法行為について国を登場させることができなかつた国家無責任の原則を維持した時代の損害填補の仕方であつたともいえるので、国家賠償制度の合理的発展の経過から見て難点がある」(前掲三〇〇頁)と述べられているが、的確な指摘といふべきである。

七 今後の課題——むすびに代えて

これまでに述べてきたことを要約すれば、国賠法一条の国の責任は違法責任説によって理解されるべきであるということ、すなわち、国の責任の根拠は国家作用の違法性自体の中に存在し、これは「法律による行政」の原理からの帰結であるということ、また、違法性を責任根拠と解すれば、国賠法一条の機能は単に損害填補的機能に止まるものではなく、それに加えて国家作用に対する国民の監視的機能もまた重視されなければならないということ、

になるであろう。そして、このような基本的立場から、国賠法一条をめぐる若干の問題点について検討したわけであるが、説明不足あるいは論理の飛躍と思われる点が少なくなかったであろうことを、筆者もまた認めざるを得ない。特に、「法律による行政」の原理から直ちに違法責任を導き出すというのは短絡的すぎるという批判は、確かに予想し得るところである。しかし、現行憲法の法治国家構造に照らして考えれば、違法責任説は解釈論としても十分成立余地があるのではないかとの確信は捨て難い。この点を煮詰めることが、筆者の今後の課題である。

違法責任説は、損害賠償と損失補償を侵害行為の違法・適法という基準によって区別するという立場と表裏一体であるから、両制度の相対化には当然批判的とならざるを得ない。損害賠償と損失補償は、その理念を全く異にするものと解するわけである⁽¹⁾。本稿で考察したのは、損害賠償のうちの国賠法一条の理念だけであったが、今後さらに検討を要するのは、①損失補償の理念、②結果責任（公法上の危険責任）の理念、③損害賠償・損失補償・結果責任を包摂した「国家補償」の理念であり、そして、これら以上に検討されなければならないのは、④国賠法二条の理念である。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て説明されているが、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、両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であろうか。これは、錯綜している国賠法の解釈論にとっては、避けることのできない問題であるといつてよい。

(1) 下山教授は、柳瀬教授が損害賠償と損失補償を明確に区別される（柳瀬・前掲二三〇—二三三頁）ことに対して、「柳瀬教授の説は、これまでの制度的考察を基準として批判しうることく、わが国の特殊性をもっともよく反映した説ともいへべきもので、填補責任の見地からではなく、行為の性質からその区分を主張しようとするものであり、損害賠償についてこの

説をとることはこの制度の趣旨を無視するものといえよう」(下山・前掲「国家賠償」二四七頁)と批判されている。しかし、兩制度の相対化は、現行憲法の理念に照らして疑義があることは、前述したとおりである。