

公務員の不法行為と国家賠償

安 保 克 也*

Illegal Acts by Public Officials and National Compensation

Katsuya Anbo*

Abstract

Prior to World War II, individual public officials in the UK and US, as well as in Japan, assumed responsibility for illegal actions on their part, but some failed to give the required compensation to their victims because the salary levels at the time made this impossible. It was only after the war that the national governments of these countries granted such compensation.

This article examines illegal acts by public officials from the point of view of government compensation and Article 17 of the Japanese Constitution.

The term *illegal acts* is used here only because it is customary and this usage is not based on any detailed examination of the acts themselves.

キーワード

公務員 不法行為 国家賠償 被害者の救済 第二次世界大戦

I はじめに

主権を絶対とした君主主権の下では、「主権は、過たず」という考え方は、決して不自然ではなかった。主権に過ちを認めるようでは、その主権は、絶対ではあり得ないからである。日本国憲法のように、実質上、国外のものによって憲法が制定された例外もあるが、主権者は、通常、憲法制定権者でもあり、その憲法制定権者によって設けられ、主権者のために行動する機関が、その他のものによって問責され、その主権者（の機関）に賠償をさせることができるという理論は、成立し得ない国家論であったのである。

近代立憲主義の祖国イギリスでは、17世紀後半、「議会における王」(King in Parliament) を主権者とする思想が、確立された。そのイギリスでは、「王は、悪を為し得ず」(the King can do no wrong)¹⁾ という憲法原則も、成育した。この「王は、悪を為し得ず」とは、

*あんぼ かつや：大阪国際大学現代社会学部准教授〈2008.9.28受理〉

- ① 王は、親ら公的な資格で振舞うことはなく、その官吏を通して振舞うこと
- ② 官吏は、違法な勅命の執行を拒むはずであること
- ③ 官吏は、その違法な行為を正当化するために、勅命を理由とし得ないこと

を意味した²⁾。そのようなイギリスでは、官吏の合法行為は、王の行為であるが、その違法行為は、悪を行わない王の行為ではなく、王の命令に背いた官吏自身の行為であることを意味した。それ故、王には、官吏の違法行為に対する賠償責任が、生じなかったが、官吏自身は、自らその違法行為の責任を負わなければならなかったのである。

主権無答責の思想とイギリスの伝統を承継した国民主権主義のアメリカ合衆国でも、以前は国家無責任の原則が、存在していた。イギリスは、国家無き国家 (stateless state) であって、もともと王をもってすべてとする、単独法人 (Corporation Sole) の「国家」である。イギリスでは、王とわが国という国家の観念が一体であり、王の無答責とは、外ならず、国家の無答責を意味していた。そのような王を有せず、国家という法人を認めるアメリカ合衆国においては、その王の無答責が、国家の無答責 (主権免責) となって現れたわけである。イギリスと同様、アメリカ合衆国でも、以前は、公務員個人が責任を負ったのである。英米において、公務員の不法行為に対して損害賠償が認められるようになったのは、第二次世界大戦後のことである³⁾。

大日本帝国憲法期、わが国でも、「国家も、過つもの」とする思想は、希薄で、公権力の作用については、国家無答責の原則が存在していた。それは、裁判所構成法の制定に際して、司法裁判所が国家賠償請求訴訟を受理するとする案を拒否する主張となって現れたのである (井上毅)。また、その原則は、行政裁判法16条の「行政裁判所ハ損害要償ノ訴訟ヲ受理セス」という規定や司法裁判所による行政機関の公権力作用についての不審理という法制として具現していたのである。

したがって、大日本帝国憲法期、当初、わが国では、官吏の権力の行使における不法行為について、官吏を相手にしても、賠償請求は原則としてできなかったのである。学界では、官吏個人の不法行為責任を認める学説も存在したが、実務上は、特別の定めがない限り⁴⁾、職権濫用の場合を除き、官吏も無答責とされたのである。しかし、英米法の世界では、「法の支配」 (rule of law) の原理が存し、官吏の不法行為を私人の不法行為と同様に、問責することができたのである。とりわけ、イギリスでは、「官吏の合法行為は、(国) 王の行為である」が、「官吏の違法行為は、(国) 王の行為ではない」とする思想が、官吏の違法行為の責任を官吏自身に負わせる制度として具現したのである。

これに対して、わが国では、大日本帝国憲法期に少しづつ、変化が現れたのである。判例では、当初、権力的行政行為と国家の管理として公益のために為される非権力的行政行為とが、区別されなかった結果、単に権力的行政行為についてだけではなく、非権力的行政行為についても、その不法行為について、問責し得ないものと考えられていたのである (明治43年板橋火薬製造所爆破事件判決)。しかし、大正5年、判例は徳島市立小学校の施設管理に対して土地の工作物の占有者・所有者の責任に関する民法717条を適用し、非権力的行政行為について⁵⁾、臣民を救済する道を拓いたのである。

大日本帝国憲法期になると、非権力的行政行為の不法行為については、使用者の責任

(民法715条)とか法人の不法行為(民法44条)に関する規定によって、賠償責任を問うことが可能となってきたのである。それでも、権力的行政行為によって権利を侵害された者に対する損害賠償は例外的であり、依然として、認められなかったのである⁶⁾。

それ故、公務員の不法行為に対する損害賠償について定める日本国憲法17条は、権力的行政行為によって権利を侵害された者に対して損害賠償請求の道を拓いたことに特徴を有するのである。

なお、日本国憲法17条は、わが国の憲法原案を起草した占領軍によるいわゆる総司令部案にはなく、衆議院の提案による規定であったのである。それ故に、その規定およびその規定に基づく立法は、占領軍の干渉なしに、わが国が主導的に作業をし得たが、その規定自体がもともと政府案ではなかったこともあって、憲法制定会議における政府側の見解表明には、断定的な姿勢に欠け、推量的な姿勢であったと思われる。

Ⅱ 日本国憲法17条

1 序論

占領軍総司令部案になく、日本側の主張が受け入れられて導入されることになった日本国憲法17条は、公務員の不法行為に対する損害賠償について定めた。憲法審議に際して、政府の見解によれば、その日本国憲法17条で公務員の「不法行為」という用語法がとられたのは、その意義を分析した結果ではなく、単に「使い慣れた言葉」であったからのものである⁷⁾。したがって、その「不法行為」ということばの本質については、精査を必要とする。

また、政府の見解によれば、「公務員の不法行為により、損害を受けたときは」という規定は、公法関係にも私法関係にも当てはまるということであった。そのような見解に立てば、公務員が、公務中、私法関係において不法行為を行った場合には、不法行為について定める民法709条の適用があるが、日本国憲法17条が存在する以上、その民法709条の廃止は、他に同様の立法がなされない限り、不可能ということになるのである。その場合、国家が賠償をする以上、被害者が公務員に対して賠償を請求することはできないとされたのである。

公務員の純粋の私法行為としての不法行為については民法709条の適用があり、公務員と被害者との関係は純粋な私法関係である。さらに、政府の見解においては、公務員の不法行為に対する賠償の程度と範囲は、法律に留保されているとされた。その場合、不法行為に公務員の無過失の責任を含むか否かの判断は、立法の裁量とされた。公務員に過失が無い場合にも不法行為と因果関係を有している範囲では、国または公共団体には賠償責任がある、と説明されている⁸⁾。

日本国憲法17条の規定に基づいて、昭和22年10月27日、国家賠償法が公布され、即日、実施された。この法律には周知期間が置かれなかったが、このような権利救済立法は、実質的には立法ではないから、周知期間が置かれなくても不合理ではなく、違憲でもないのである。

昭和22年5月3日の日本国憲法の実施後、国家賠償法が実施されるまでの間の公務員の

不法行為による損害については、今日では、時効によって問題とならないが、国家賠償法は、その間に生じた公務員の不法行為による損害については、当初より、「従前の例による」と規定した（国賠附則6号）。したがって、日本国憲法施行後、国家賠償法が制定されるまでの間、日本国憲法17条は立法の指針に過ぎなかったが、今日では、その規定にいわゆる憲法の変遷（Verfassungswandlung）が生じ、その規定は現在、法的性質を有しているのである。なお、国家賠償法附則6項は公権力の発動が民事責任を生ずるわけではない、とする従前の考え方を一定時期の国家行為について踏襲したものと思われる。

公務員による損害が権力行政的または非権力行政的な公法関係から発生した場合、賠償請求権については、実体法として公法または民事の特別法が制定されることがあり、手続法としては、公法上の当事者訴訟を原則とする。その賠償請求権の除斥期間は、裁判の実務上、民法によって20年とされている（民法724条）。

国家賠償法は、公務員の不法行為による損害に対する賠償請求のための一般法であって、他に別段の定めがない限り、その法律が適用されることになる（国賠法5条）。

また、国家賠償法に規定を欠くことについては、民法の規定が、補充的に適用されるのである（国賠法4条）。

2 規定の性質

官吏が公権力の行使に際して賠償責任を負うことを定めたワイマール憲法131条⁹⁾は、当初立法の指針と解されたが、後に各ラントに国家賠償を認める立法措置が講じられていない場合にも、その規定によって直接に賠償を求め得ると解されるようになったのである。

ワイマール憲法131条の解釈が正しかったか否かはともかく、日本国憲法17条は、ワイマール憲法131条のように具体的に規定されていないから、それをワイマール憲法131条の場合と同様に解するわけにはいかないのである。日本国憲法17条は、公務員の不法行為に賠償責任を認めない立法が著しく合理性を欠く場合を除いて、もともと、立法の指針としての性格をもつ規定であったのである。少なくとも日本国憲法17条を根拠にして、直ちに、公務員の不法行為に対する損害賠償を請求し得るわけではなかったのである。その規定は、法制が十分に整っていなかった日本国憲法施行当時は、単なるプログラム規定でしかなかったが、国家状況が大きく変革している今日では、憲法の変遷が生じ、国家行為の合憲性の審査の基準となる法的性質をもつ規定となっている。

今では意味をなさなくなっているが、日本国憲法施行の日から国家賠償法施行の日までの賠償請求権を認めない国家賠償法附則6号が存在するにも関わらず、その間の公務員による不法行為について、民法の規定で救済されるべきと理解する説もあるようである。しかし、公務員の公権力の行使は、対等な私人と私人との間の交換の正義が前提となる民事の責任とは区別されるべきであるから、そのような説を支持するわけにはいかないのである。

3 不法行為の意味

日本国憲法17条が定める不法行為の意味については、必ずしも明らかではない。不法行

為は、英文憲法では、“illegal act”となっているから、民法の不法行為 (tort) と必ずしも一致することは必要ではなく、その意味の確定は、立法の裁量に属するものと思われる。したがって、不法行為という言葉は、「不法の行為」と規定されるべきである。公務員が賠償を負う場合を広く公務員の違法行為とすることは、民法的な不法行為とすること、さらに、公務員の行為の合法違法を問うことなく結果責任とすることも、立法によって選択し得るところである。ただ、日本国憲法17条が衆議院提案であることから、憲法制定議会における審議に際して、政府は自信をもった応答をしていないが、大臣の中には不法行為を従来の法律概念としての不法行為と同様に解していた者もいるのである¹⁰⁾。

国家賠償法1条は、過失責任主義を採用し、責任の要件を「故意又は過失」と規定しているが、これは日本国憲法17条の「不法行為」を立法により裁量的に定めたものである。

4 賠償責任の性格

日本国憲法は、公務員の不法行為の賠償責任の性格について、国家が公務員の責任を代位しているのか、それとも、国家の自己責任かを明らかにしていない。憲法制定議会では、公務員の不法行為について、公務員個人に対する賠償請求を認めないとした政府答弁がある¹¹⁾が、それは、多分に代位責任を示したものであった。しかし、少なくとも日本国憲法の規定からはそのことは不明で、これも立法によって明らかにするより外にないのである。

ドイツではライヒの土地登記簿法が代位責任を採用し、それがラントに広がり、1909年のプロイセン国家責任法も、代位責任主義に立った。ワイマール憲法やドイツ基本法(34条)¹²⁾も、代位責任を明示に規定しているのである。しかし、わが国の国家賠償法はこの点について必ずしも明らかに規定しているわけではなく、学説は代位責任説と自己責任説とに分かれており、下級裁判所判例でも意見は一致していないのである。

国家賠償法について、代位責任説の立場に立てば、国の賠償責任の成否は不法行為を行った公務員個人の判断能力や認識能力に大きく左右される可能性がある。公務員に不法行為が成立しない場合、被害者は救済されなくなるのである。これに対して、自己責任説の立場に立てば、国家は濫用の危険性のある公権力の行使を公務員に委ねた危険責任を負わされ、被害者は代位責任説以上に救済され得るのである。しかし、国家賠償法は使用者の選任・監督について無責任主義をとっており、また、その法律には公務員に対する求償権の規定が存在するから、国家賠償法の姿勢が日本国憲法17条の姿勢と一致するものとすれば、自己責任説を支持することはできないのである。要するに、日本国憲法17条は賠償責任の性格についても明確な態度をとっておらず、これを立法に委ねたものと思われる。

5 賠償の責任者

日本国憲法17条は、賠償の責任者を国または公共団体としているが、これに対して、公務員もまた、賠償責任を有するとする見解がある。自己責任説の立場からはそのような見解が生まれる余地はないが、代位責任説の立場からは公務員の責任を論ずる余地はあるのである。しかし、日本国憲法は公務員に個人責任が存することを示す規定の仕方をしてお

らず、公務員に責任が存するか否かは立法によって解決される外にはないのである。

なお、憲法定議会は公務員に対する賠償責任を否定し、また、最高裁判所も理由は明かではないが、公務員個人に対する直接責任を認めていないのである¹³⁾。

6 立法あるいは立法不作為との関係

日本国憲法17条が法的性質をもつ場合、立法の不作為が公務員の不法行為となるか否か、すなわち、国家賠償の対象となるか否かが問題となる。この場合、個々の国会議員は立法権の行使に参加するが、個々に立法権そのものをもつわけではないのである。立法権をもつのは個々の国会議員ではなく、国会だけである（憲法41条）。個々の国会議員の行為と国会のそれとは、二つのことなのである。立法権の不作為が不法行為となるとすれば、それを回避するために、立法権をもつ国会は、国会議員に対して投票行動を規制する権能を持たなければならないのである。国会の意思は、個々の国会議員が参加した多数決によって決定されるからだである。国会が立法をしなないということは、個々の国会議員の多数が立法の意思をもたないことを意味するのである。立法を求める少数の意思を国会の意思としない限り、国会は立法を命令し得ないのである。このような少数の意思を国会の意思とする憲法上の根拠はなく、民主主義の原理に違反するのである。司法が立法の不作為を違憲と判断しても、国会議員は発言表決について免責特権を有するから（憲法51条）、国会議員に対しては、いかなる強制もあり得ないのである。

最高裁判所は、「国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の権利に対応した関係での法的義務を追うものではないというべきであって、国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けないものといわなければならない¹⁴⁾」とした。

しかし、平成17年9月14日、最高裁判所は、在外国民の選挙区選出議員等の選挙の投票権に係る訴訟事件において、「在外国民に投票をすることを認めないことについて、やむをえない事由があるということ¹⁵⁾」はできないとし、立法の不作為を認め、損害賠償を認めたのである。国会の立法の不作為は、特定の個人に対する処分とは異なるから、そのような最高裁判所の判断が正しいかについては、私見では支持するわけにはいかないと考える。立法の不作為の問題は、政治的責任の問題であると考えからである。

Ⅲ 国家賠償法

1 序説

国家賠償法案は、昭和22年7月7日、政府法案として提出された。それは先ず、衆議院の司法委員会に付託された。その法律案は原案のままその委員会を通過し、衆議院で可決された。その後、参議院に送られたが、参議院はこれに一部修正を行った。衆議院がその修正された回付案を審議し、これを可決したのは、昭和22年10月15日のことである。このようにして成立した国家賠償法が、昭和22年10月27日に公布され、即日施行されたのである。

国家賠償法は、附則を伴って、6条からなる法律である。この法律は、日本国憲法17条の性格や内容の解釈次第では、日本国憲法17条に反する可能性があるのである。というのも、日本国憲法が実施されて以降、国家賠償法が制定される以前の公務員の不法行為について、賠償を認めていないからである（国賠附則6号）。日本国憲法17条をプログラム規定と解する立場からは、違憲の問題は生じない。憲法制定議会において、政府はその規定のプログラム性を否定しなかったようである。

学説上はプログラム説が支配的であった。この説については、大日本帝国憲法から日本国憲法へと憲法が変わり、新たな憲法の下で、その憲法に基づく法制の樹立が間に合わなかったことを考慮して、その間の事情を合理化するために説かれた説もあったようである。しかし、国家賠償法が制定され、それが定着している今日、このような説を主張するような論者はいないようである。

また、最高裁判所はプログラム説に立たず、その規定を国家行為の合憲性の審査基準として用いているのである¹⁰⁾。最高裁判所の日本国憲法17条に対する姿勢は、日本国憲法施行間もなくの時期と国家賠償法実施後の時期との間に、憲法の変遷が生じた結果であると思われるのである。およそ憲法規定の内容は、憲法の改正をせずに、その性格が変化することは、あり得ることなのである。日本国憲法17条は、国家賠償法が制定されたことによって、プログラム規定であったものが、法的性質をもつものに変遷したものである。

2 公権力の行使に基づく損害の賠償責任

2.1 責任の本質

国家賠償法1条1項は、「国又は公共団体の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は、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる」と定める。ここで「国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員が、その職務を行うについて」「国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる」と規定されたのは、「国又は公共団体」が公務員の職務責任を代位することを示す規定の仕方である。同条2項で、公務員に不法行為（故意又は重大な過失）があった場合に、その公務員に対して国または公共団体の求償権が認められているのも、国家の責任が代位責任であることを示したものである。

しかし、日本国憲法17条は、単に公務員の不法行為に対して被害者による国または公共団体に対する損害賠償請求を認めるに過ぎないから、国家賠償法が国または公共団体の代位責任を定めたとしても、加害公務員が特定できない場合に、国または公共団体が免責されることを意味しないのである。要するに、公務員が執務中の不法行為によって加害をした場合には、国または公共団体は、損害賠償の責めを負うのである。

2.2 賠償責任者

公務員の公権力の行使に基づく損害の賠償責任を定める国家賠償法1条は、国または公共団体の賠償責任を定める。それ故、国は賠償責任者なのである。

公共団体とは、国によって存立の目的を与えられた法人（ここでは、公法人）であり、それには、日本国憲法が定める地方公共団体（都道府県・市町村、地方公共団体の組合、

財産区、地方開発事業団)の外に、公共組合、特殊法人がある。地方公共団体の公務員が、地方公共団体の職務を行った際、不法行為の要件が充足さえすれば、地方公共団体が賠償責任を負い、国家が賠償責任を負うわけではない。たとえば、都道府県警察の警察官がいわゆる交通犯罪の捜査を行うにつき違法に他人に損害を加えた場合、責めを負うべきは都道府県であるから、国に賠償責任はないのである。

次に、地方公共団体を除く公共団体は、それが「公権力」を行使する団体か否かによって判断される。そのうち公共組合とは、土地を基盤とすることなく特別の法律に基づき組合員(利害関係人)によって組織される公法上の社団法人をいう。土地改良区、土地区画整理組合、健康保険組合、弁護士会、弁理士会、司法書士会、行政書士会等が、それである。この公共組合は、通常、第三者との間に公法上の関係を持たないものである。しかし、その公共組合については、特別に組合員あるいは第三者に対して強制徴収、公用負担、立入調査等権力行使を認められることがある。弁護士会については、下級裁判所によると、弁護士の指導、連絡および監督に関する事務を行うことを目的とする法人であり、弁護士を強制加入させ、国からその管理の権能を委譲された公の団体であって、「公共団体」に属するとしたものがある¹⁷⁾。

特殊法人には、広義には、特殊会社等を含むものとそれらを排除したものととの広狭二義があるが、ここで特殊法人とは、通常、法律により直接に設立される法人または法律により特別の設立行為をもって設立すべきものとされる法人(総務省設置法4条15号)をいう。その特殊法人には、具体的には、公団(例、日本道路公団、日本鉄道建設公団)、事業団(例、日本私立学校振興・共済事業団、日本下水道事業団)、公庫(例、国民生活金融公庫、沖縄振興開発金融公庫)、金庫(例、商工組合中央金庫)、特殊銀行(例、日本政策投資銀行、国際協力銀行)等がある。この特殊法人に関する大部分の法律には、たとえば、「民法(明治29年法律第89号)第44条(法人の不法行為能力等)及び第50条(法人の住所)の規定は、公団について準用する」(日本道路公団法7条)の如き規定が設けられており、そのことが、大部分の特殊法人の行為について、国家賠償法1条の適用がないことを推測させるのである。たとえば、新東京国際空港公団法8条に、公団の不法行為について、民法44条の準用を規定しているにも拘らず、同法40条で不動産登記法および政令で定めるその他の法令については、政令で定めるところにより、公団を国の行政機関とみなすことを規定しているのである。公団が国家賠償法1条の「公共団体」に含まれる場合があることを推測させる規定である。

特殊会社については、特殊法人である新東京国際空港公団と関西国際空港株式会社との異同に着目し、国家賠償法1条の適用に関して、「実質的な観点」に鑑みて判断すべきとし、特殊会社の場合にも、同条の「公共団体」に含まれる場合があるかのように主張する論者もいる¹⁸⁾。

2.3 公権力の行使

公権力の行使の意味も、必ずしも明らかではない。これを狭義に解し、権力的行政作用のみを意味するとする説もあるが、最高裁判所は、これを広義に解している。たとえば、公立学校における教師の教育活動も、それに含めているのである¹⁹⁾。

最高裁判所は、都道府県による児童福祉法27条1項3号措置に基づき社会福祉法人の設置運営する児童擁護施設に入所した児童に対する当該施設の職員による養育監護行為は、都道府県の公権力の行使に当たる公務員の職務行為と解している²⁰⁾。

さらに、伝染病予防行政の一環として集団予防接種の重要な施策として国の細部にわたる指導の下で、自治体により実施された予防接種についても、強制であったか勧奨であったかに関係なく、公権力の行使に当たるとされた²¹⁾。

最高裁判所が「公権力の行使」と明言しているわけではないが、「図書、記録その他必要な資料を収集し、整理し、保存して、一般公衆の利用に供し、その教養、調査研究、レクリエーション等に資することを目的とする施設」であり、社会教育のための機関であって、国および地方公共団体が国民の文化的教養を高め得るような環境を醸成する施設としての公立図書館の職員が、閲覧に供されている図書を著作者の思想や信条を理由とする不公正な取扱いによって廃棄することは、当該著作者の人格的利益を侵害するものとしている²²⁾。このように、最高裁判所は、直接公益を目的とする行政作用も、「公権力の行使」に含まれると解しているのである。

裁判官のなす職務上の行為には、一般に国家賠償法の適用があり、裁判官が行う裁判についても、その適用は排除されないのである²³⁾。

最高裁判所は、国会議員の立法行為または立法不作為について、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反する例外的な場合でない限り、国家賠償法1条の適用上違反の評価を受けないとしているが²⁴⁾、そのような例外的な場合については、容易には想定し難いとしている。しかし、衆議院小選挙区選出議員および参議院選挙区選出議員の選挙における投票に関する事件について、「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにも拘わらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合には、国会議員の立法行為又は立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるものというべきである²⁵⁾」としながら、国政選挙上、在外選挙制度を設けることが必要不可欠であったにも拘わらず、10年以上の長きにわたって何等の立法措置も執られなかったという理由で、立法の不作為を認め、損害賠償を認めたのである。それでも、精神的原因によって投票所に行くことの困難を理由とした者に対する投票制度の拡大の問題については、判決と同じ基準に立ちながらも、精神的原因の問題は多種多様であり、身体障害の場合と異なり、投票所に行くことの困難さと結びつくものではなく、長期に立法問題となったものではない等の理由から、立法の不作為の違法はないとしたのである²⁶⁾。

町議会による辞職勧告決議等も「公権力の行使」に属するから、これを名誉毀損として国家賠償法に基づいて争うことは、「法律上の争訟」（裁判所法3条1項）に属し、裁判所の審判権に服するのである²⁷⁾。

民法414条2項等の代替執行については、それが債務者のなすべき作業の内容を代わって行なう者が債権者自身であろうと債権者が委任した第三者であろうとあるいは債権者が委任した執行吏であるに関わりなく、債務者の意思を排除して国家の強制執行権を実現

する行為であるから、「公権力の行使」であるとされているのである²⁸⁾。

2.4 公務員

国家賠償法上の公務員は、身分上の公務員に限られず、公権力を行使することを委ねられた者をいう。名古屋高裁では、公務員とは、「単に組織法上の公務員のみならず実質的に公権力の行使たる公務の執行に携わる者を広くいう²⁹⁾」と述べている。ここでの公務員は、その（国家公務員法および地方公務員法上の）身分あるいは報酬等の有無とは無関係である。また、刑法にいう公務員に比して、範囲は広いのである。

組織法上の公務員ではないものに公権力の行使が委託される場合としては、以下のような場合が挙げられる。

① 法が定めている場合である。たとえば、懲戒を行う弁護士会（弁護士法56条2項）の弁護士³⁰⁾、源泉徴収義務者（所得税法181条）、精神保健指定医（精神保健及び精神障害者福祉に関する法律18条）などである。

② 行政行為による場合である。たとえば、任意提出物件を刑事訴訟法221条によって領置き、その保管を私人である第三者に保管させた場合の私人³¹⁾、市の要請により市が開催する地方競馬の審判員として地方競馬全国協会によって派遣されたその協会職員³²⁾などである。

③ 契約行為に基づく場合である。たとえば、確認事務を委託された法人（道交法51条の8）と契約して確認事務を行う者、拘置所の委託により拘置所内で医療行為に当たった開業医³³⁾などである。

最高裁判所によれば、保護者がいないか、または、保護者による適切な養育監護が期待できない児童（要保護児童）については、都道府県は、児童相談所の長の報告を受けて児童養護施設に入所させるなどの措置を採る（児童福祉法27条1項3号）が、この場合の養育監護は、本来、都道府県の事務であるから、社会福祉法人が設営した児童擁護施設に要保護児童が3号措置により入所した場合のその法人の職員による養育監護行為は、都道府県の公権力を行使に当たる公務員の職務行為である³⁴⁾、と判示している。

国家賠償を求めるに際して加害公務員が特定されなければならないか否かについては、「公権力の行使」として「不法行為」がなされたことが明確であれば、公務員が特定されることは、必ずしも必要ではないのである。デモに際して、警察機動部隊の行き過ぎた発砲行為によって被害者が出た場合、その被害者に対する発砲警察官を特定する必要はないのである。

下級裁判所においては、その公務員について、それを特定することなく、たとえば、ドミニカ移住政策が問題となった事件において、外務省および農林省の担当職員と共に、外務大臣および農林大臣について職務義務違反があったとした事例がある³⁵⁾。立法の不作为が争われた事件においては、国会議員という抽象的な複合概念が、問題とされたのである³⁶⁾。これに対して、下級裁判所には、国会のような合議制機関の場合には、個々の議員を問題とせず、国会自体に注目したものがある³⁷⁾。

2.5 職務を行う

ここで「職務を行う」とは、権限を有する公務員が、主観的にその権限を行使する意思を持って職務を行う場合に限られないのである。公務員が、自己の利益を図るために、客観的に職務執行の外形を備える行為をし、それによって、他人に損害を加えた場合も含まれるのである。したがって、警察官が自己の利益を図るため職務執行を装い、被害者に対して不審尋問を行い、犯罪の名義でその所持品を預かり、しかも、連行の途中これを不法に領得するため所持していた拳銃で同人を射殺した場合、国家賠償法1条の「職務を行う」に該当する³⁸⁾。下級裁判所には、「職務を行う」について、「純然たる職務執行行為のみならず」「社会常識上通例関連する行為を行う場合も含む」と解したものがある³⁹⁾。「職務を行う」ことの中には、行為の外に、不作為も含まれるのである⁴⁰⁾。

権限を有する公務員については、事物管轄や土地管轄の問題がある。この問題については、被害者のそれらに関する理解度や認識度によって左右され、被害者に公務員の土地管轄あるいは事物管轄の問題に対する理解や認識の有無あるいは程度のいかんによって判断されるべきなのである。

判例では、「職務を行う」ということの意味が、広く解釈され、そのことによって、国民の権益を擁護し易くなっているが、その理由は、必ずしも明らかではない。それが国民の権益擁護のためであれば、客観的な職務執行の外形という要件も不要であると説く考え方も、不可能ではないと思われる。判例の立場は、客観的な職務執行の外形がない場合には、被害者にも自由主義社会の日常生活における自己の防衛責任があることを考慮し、客観的な職務執行の外形を要件とすることにより、そのような被害者に対する国家の責務を軽減したものかも知れないと推測する。

2.6 故意または過失

国家賠償が認められるためには、公務員に故意または過失がなければならない。ここで故意とは、自己の行為が一定の結果を生ずることを認識し、かつ、その結果を認容することをいうのである。下級裁判所では、「当該公務員が職務を執行するにあたり、当該行為によって客観的に違法とされる事実が発生することを認識しながらこれを行う場合⁴¹⁾」をいうとしている。しかし、公務員が「客観的に違法とされる事実が発生すること」をまで認識している必要があるか否かは、一考を要するのである。なぜならば、そのような認識がなくても、個々の国民の権益を侵害することを認識している場合があり得るからである。たとえば、飛行訓練を命じられた軍機が、「客観的に違法とされる事実が発生すること」までは認識していないが、自己の飛行行為が騒音により住民の権益を損なうことがあり得ることを認識している場合、などが挙げられる。

つぎに、過失とは、何らかの事実を認識あるいは予見すべきであったにも拘らず、注意を怠り、認識あるいは予見しなかった心理状態をいう。最高裁判所も、法令の適用解釈につき、争いがある学説の一つを採択したような場合でも、過失とはならないとしているようである⁴²⁾。下級裁判所によれば、国会のような合議制機関のような場合には、個々の国会議員の故意過失を問題にする必要は必ずしもなく、議員の統一的意思活動である国会自体の故意過失を論ずるをもって足りるということである⁴³⁾。

民主主義原理に基づいて発言表決の自由をもつ国会議員（憲法51条）によって組織される国会のような合議機関の行為について、果たして故意過失を論ずることが可能かは、疑問を禁じ得ないのである。たとえば、違憲判断をされた立法をした国会には、その立法行為に過失があったという理論は、一見、合理的に思えるのである。しかし、そのように司法によって違憲とされた立法がなされても、国会と司法の意見の衝突の発生を意味するに過ぎないのである。司法については、判例の変更があり得るから、後に判例が変更され、国会と司法との意見が一致することも、あり得ないことではないからである。

公務員の故意あるいは過失によって「不法行為」が発生した場合、国家に対してそのような行為を営んだ公務員に関する選任監督上の過失責任が、発生するわけではない⁴⁴。公務員が「不法行為」を営んだ場合、国家は法的にはその代位責任を負うが、その選定監督は、政治的責任に留まるのである。

2.7 違法性

国家賠償が認められるには、公務員の行為が違法でなければならない。下級裁判所の裁判例には、国家賠償法1条1項における違法とは、「厳密な法規違反のみを指すのではなく、当該行為（不作為を含む）が法律、慣習、条理ないし健全な社会通念等に照らし客観的に正統性を欠くことを包含する」というように説いたものがある⁴⁵。たとえば、海浜に打ち上げられた旧陸軍の砲弾により人身事故が生じた場合、警察官が未然に防止する措置をとらなかったことは、職務上の義務に違背し違法ということである⁴⁶。

また、教科用図書の検定は文部科学大臣の裁量権に属するが、文部科学大臣の検定可否の判断が、諮問機関である教科用図書検定調査審議会の看過しがたい過誤に基づいてなされた場合には、裁量権の範囲を逸脱した違法が存するとされるのである⁴⁷。

同様に最高裁判所によれば、村が特定の工場の誘致を決定した後、新たに就任した村長が工場建設に協力を拒否する方針をとることによって、工場建設予定者に損害を与えることは、違法な加害行為に当たるとのことである⁴⁸。

さらに最高裁判所によれば、「公害に係る健康被害の救済に関する特別措置法」および公害健康被害補償法に基づいて患者認定申請をした者が相当期間内に応答処分されることにより、焦燥、不安の気持ちを抱かされないという利益は、内心の静穏な感情を害されない利益として、不法行為法上の保護の対象になる。認定申請を受けた処分庁には、不当に長期間にわたらないうちに応答処分をすべき条理上の作為義務があり、その作為義務に違反したというためには、客観的に処分庁がその処分のために手続き上必要と考えられる期間内に処分ができなかったということだけでは足りず、その期間に比して、さらに長期間にわたり遅延が続き、かつ、その間、処分庁として通常期待される努力によって遅延を解消できたのに、これを回避するための努力を尽くさなかったことが必要であるとしている⁴⁹。最高裁判所は、条理上の作為義務違反となるための要件を示したのである。

2.8 損害

損害賠償請求権を行使するためには、もとより損害が存在しなければならない。この場合、損害には、人や物に直接に発生する場合（積極損害あるいは直接損害）と人や物に付随的に発生する場合（消極損害あるいは間接損害）とがある。たとえば、警察官の誤った

発砲により人の身体が損なわれた場合、治療費や入院費等は前者に属するが、その間、行商ができなかったことにより得ることができなかった利益は後者に属する。

しかし、国や公共団体の政策によって恩恵を蒙っていた利益(法の反射による利益)が、政策の変更によって不利益な状態が生まれたとしても、その不利益を損害と解することはできない。たとえば、交番の廃止によって以前に比し治安が悪くなったとしても、その治安の悪化は、特定の個人の権益侵害とはならないのである。

2.9 相当因果関係

公務員の不法行為と損害との間には、相当の因果関係が存在しなければならないである。その場合、訴訟上の因果関係の立証は一点の疑義も許されない自然科学的な証明ではなく、経験則に照らして全証拠を総合して検討し、特定の事実が特定の結果の発生を招来した関係を是認し得る高度な蓋然性を証明することである。その判定は通常人が疑いを差し挟まない程度に真実性の確信を持ち得るものであることを必要とし、かつ、それで足りるのである⁵⁰⁾。最高裁判所は、市選管職員の過失、党派別掲示の誤記がなされ選挙が無効となり、再選挙がなされた場合、再選挙の選挙活動費用と損害の間には相当因果関係はない⁵¹⁾と判示している。

2.10 求償権

公務員の不法行為による加害行為が生じた際、公務員に故意または重大な過失があった場合には、国または公共団体は公務員に対して求償権を有するのである（国賠法1条2項）。

国家賠償法1条2項は、賠償の主体を国家または公共団体とし、公務員に対しては賠償責任を課していない。公務員の故意または重大な過失による損害に対しても、国家または公共団体の責任とし、その場合、国家または公共団体に対して求償権を認めているだけなのである。公務員の軽過失に対しては、国家または公共団体に求償権はないが、これは、軽過失に対して求償権を認めると、公務員がその職務の遂行に際して萎縮あるいは躊躇し、事務の執行が停滞することを恐れるか、あるいは、公務員の職務の遂行には、常に軽過失は伴うもの等といった理由からである。

3 営造物の設置あるいは管理の瑕疵と賠償責任

3.1 営造物

国家賠償法2条は、公の営造物の設置または管理の瑕疵によって他人に損害を生じた場合の国または公共団体の賠償責任を定める。

公の営造物とは、道路、河川、港湾、水道、下水道、官公庁舎などの公の目的に供されている有体物（公物）をいう。国または公共団体が管理しているものでも、公用に供されていないものは、公の営造物に含まれない。それ故、国が有する普通財産によって生じた損害は、民法717条によって賠償されることになる。

設置の概念に当てはまらない自然公物もまた、公の営造物に属する。通説や判例によれば、公用車や拳銃等の動産も公の営造物に含まれるのである。

3.2 設置または管理と瑕疵

最高裁判所によれば、設置や管理は法律上の管理権や所有権等の法律上の権限が存することを必要とせず、公物について行政主体が事実上管理している状態があればよいのである⁵²⁾。

設置または管理の瑕疵とは、「営造物が通常有すべき安全性を欠き、他人に危害を及ぼす危険性のある状態」をいい、「かかる瑕疵の成否については、当該営造物の構造、用法、場所的環境及び利用状況等諸般の事情を総合考慮して具体的個別的に判断」されるのである⁵³⁾。その場合、必ずしも行政主体の営造物の安全管理に対する義務違反の状態が存することを要しないのである。たとえば、公の営造物自体には欠陥がなく、その通常利用に問題がなくても、その利用の態様および程度によって他人に危害を及ぼしている場合には、「瑕疵」があることになるのである。空港の夜間利用を認めることによって騒音被害を与える場合が、該当するのである⁵⁴⁾。なお、そのような場合にも、あくまでも「瑕疵」の存在が要件となっているから、単に損害が発生したという事実だけでは国家賠償法2条の問題ではない。国家賠償法2条は、決して結果責任主義をとっているわけではないのである。

公の営造物の設置および管理の瑕疵の場合、自然公物と人工公物とにおける瑕疵は、区別される必要がある。自然公物の場合、財政的・技術的・社会的な諸制約を受け、設置といった概念が存在せず、他に危害を及ぼさない管理を想定した設置という計算がし難いからである。これに対して、人工公物の場合、他に危害を及ぼさない管理の仕方を想定した計画設置と過去の事実や経験を踏まえた実績に基づく設置が可能であり、自然公物に比して、管理の方法も容易である。判例も両者の区別を認めているようであり、道路や空港等の場合、河川等の場合に比してより積極的に瑕疵の存在を認める傾向にある⁵⁵⁾。河川の場合も、上流域から下流域まで人為化しているいわゆる都市型河川の瑕疵については、自然公物である河川と峻別して論ずる必要があると思われる。

3.3 瑕疵と損害の関係

瑕疵と損害との間には、相当の因果関係が存在しなければならない。営造物利用者の責めに帰す行動による損害や不可抗力による損害と営造物の瑕疵との間には、相当因果関係はないのである。幼児がガードレールによじ登り転落した事故の場合、営造物の通常の利用に即しない行動の結果生じた事故は、営造物の設置または管理の瑕疵と損害との間に因果関係があるとはいえないのである⁵⁶⁾。

瑕疵と損害を論ずる場合、公の営造物の設置または管理における公務員の過失の存在は、必要とされていないのである⁵⁷⁾。公務員の公権力の行使における行為や過失による損害に対しては国家賠償法1条による救済があり、国家や公共団体の合法的な行為による損失に対しては日本国憲法29条3項による補償がある。しかし、国家や公共団体の違法・無過失の行為から損害が生じた場合、被害者だけが負担を有することになる。その法的な空白を埋めるために設けられたのが国家賠償法2条である。

また、土地の工作物の設置または保存の場合には占有者に対して免責事由が認められている（民法717条1項但書）が、公の営造物の設置や管理の場合、占有者に対する免責事由は、認められていない。

4 費用負担者の責任

4.1 序説

国家賠償法3条は、公務員の選任もしくは監督または公の営造物の設置もしくは管理に当たる者と公務員の俸給、給与その他の費用または公の営造物の設置もしくは管理の費用を負担する者とが異なるときの真の責任の所在について明示に規定することなく、その責任の所在と関係なく、先ずは、両者に賠償責任を認め、被害者の救済を容易にした規定である。

4.2 求償権

国家賠償法1条1項の場合、他に損害の原因について有責者がいるときは、国または公共団体は、これに対して求償権を有する。その国家賠償法2条2項における求償の対象は、公務員だけではなくその他の者にも及ぶ。公務員に対して求償権を行使するとき、公務員に軽過失よって損害が生じた場合には問題となり得るが、国家賠償法2条2項は何ら規定していない。しかし、国家賠償法1条2項との均衡上、公務員を問責し得ないものと解されるのである。

4.3 費用負担者の責任

国や公共団体が費用負担者となり得ることは、言うまでもないのである。旧地方自治法は、機関委任事務を認めていた。国と地方公共団体は、それぞれ独立した法人格を有しているが、地方公共団体の機関（都道府県知事、市町村長）が、その機関委任事務を執行する場合があった。この場合、地方公共団体の機関の事務については、国家が、責任の主体であった。身分については、地方公共団体が、責任を負っていた。

また、機関委任事務の費用については、原則として地方公共団体が、これを負担した（旧地自法9条）。ただし、国が全部または一部を負担する事務も、少なくなかったのである（旧地自法10条）。たとえば、義務教育職員の給与に要する経費とか、予防接種ならびに予防接種を受けたことによる疾病、障害、および死亡について行う給費に要する経費等がある。現在、機関委任事務については廃止されている。

それでも、公の営造物について、国と地方公共団体が、絡み合う場合がある。たとえば、一般国道について、新設または改築は原則として国土交通大臣が行い（道路法12条）、その維持・修繕その他の管理は政令で指定する区間（指定区間）については、国土交通大臣、その他の部分については都道府県知事が行う（道路法13条1項）のである。費用については、国道の新設または改築を行う場合、国が3分の2、都道府県が3分の1を負担し、都道府県知事が新設または改築を行う場合、国と地方公共団体が、それぞれ2分の1を負担するのである（道路法50条1項）。国道の維持、修繕その他の管理に要する費用は、原則として、指定区間について国が10分の5・5、都道府県が10分の4・5を負担し、指定区間外の国道に係るものは、都道府県が負担するのである（道路法50条2項）。

これら国と地方公共団体が複雑に関係し合った場合に、被告となる責任主体を定めたのが国家賠償法3条である。その1項では、その責任の主体を「公務員の選任若しくは監督又は公の営造物の設置若しくは管理に当たる者」と「公務員の俸給、給与その他の費用又は公の営造物の設置若しくは管理の費用を負担する者」と定めている。この場合、費用負

担者には、当該営造物の設置費用につき法律上負担義務を負う者のほか、この者と同等もしくはこれに近い設置費用を負担し、実質的にはこの者と当該営造物による事業を共同して執行していると認められる者であって、当該営造物による危険を効果的に防止しうる者も含まれる、と解すべきである⁵⁸⁾。

最高裁判所においては、国が補助金を交付した国立公園事業の施設が複合的な施設である場合に国家賠償法3条1項の費用負担者が問題となった事件で、設置管理に瑕疵ある特定営造物が複合的施設を構成する個々の施設であるとき、国がその規定の費用負担者か否かは、個別的施設と複合的施設を構成する他の施設とを一体として補助金が交付された等の特段事情がない限り、当該個別的施設について費用負担の割合等を考慮して判断すべきとされている⁵⁹⁾。

なお、国家賠償法3条1項の場合において、損害を賠償した者には、内部関係でその損害を賠償する責任ある者に対して求償権があるのである(国賠法3条2項)。

5 民法およびその他の法律の適用

5.1 民法の適用

国または公共団体の損害賠償の責任については、国家賠償法1条ないし3条の規定による外、民法の規定による(国賠法4条)。したがって、損害賠償の範囲、過失相殺、時効等国家賠償法の規定にない場合には、民法の規定によることになるのである⁶⁰⁾。より具体的には、不法行為により生じた債権を受働債権とする相殺の禁止(民法509条)、慰謝料(民法710条)、生命侵害に対する慰謝料(民法711条)、心神喪失の責任能力(民法712条)、共同不法行為(民法719条)、正当防衛および緊急避難(民法720条)、損害賠償請求権に関する胎児の特例(民法721条)、損害賠償の方法および過失相殺(民法722条)、名誉毀損における原状回復(民法723条)、不法行為による損害賠償請求権の消滅時効(民法724条)があるが、民法715条1項但書きが適用されないことは、論ずるまでもないのである。

5.2 他の法律の適用

国または公共団体の損害賠償の責任については、民法以外の他の法律に別段の定めがあるときは、その定めるところによるのである(国賠法5条)。

民法以外の法律の例としては、国税徴収法112条2項等があるが、日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力および安全保障条約に基づき日本国内にあるアメリカ合衆国の陸軍、海軍または空軍の構成員または被用者が、その職務を行うについて、日本国内において、違法に他人に損害を加えたときについては、「日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約第6条に基づく施設及び区域並びに日本国における合衆国軍隊の地位に関する協定の実施に伴う民事特別法」が適用されるが、これは、国家賠償法とは無関係である。

6 相互保証

国家賠償法は、外国人が被害者である場合には、相互の保証があるときに限り、適用される(国賠6条)。相互保証主義は、衡平の原則を具体化したものであって、たとえば、

わが国民が外国でその政府に損害賠償を請求できる場合に、わが国におけるその国の在留者も、わが政府に対して賠償を請求できることを意味する。衡平の原則に基づく相互主義は、賠償請求権の要件についても同様であることを要求するが、相互保証が確認される場合、わが国が他国に比してその要件を緩和しても、違憲ではないのである。

日本国憲法17条は、「何人」に対しても、国家賠償請求権を認めるが、国家賠償請求権は、日本国憲法11条および97条にいう永久不可侵の基本的な人権ではないから、ここで「何人」とは、文字通りの意味を有せず、法律で定められたすべての人を意味するものと思われる。相互保証の下で、その「何人」には、当然に法人も含まれる。賠償請求権を行使する外国人は、賠償請求権が日本国憲法によって保障された権利ではないから、自国が相互主義をとっていること、あるいは、日本国民に対して賠償請求権を認めていることを立証しなければならないのである。

国家賠償法6条は、無国籍の者に対して当然に賠償請求権の付与を予定しているわけではないが、日本国憲法17条の「何人」ということばには、できるだけ広く賠償請求権を保障する趣旨が含まれていると解されるべきであり、また、無国籍者に対して賠償請求権を保障しても、所属国家が無い以上、衡平の問題は生じないから、ここで外国人に無国籍者も含まれると解しても、違憲ではないのである。

なお、下級裁判所判例には、これまで、韓国⁶¹⁾、ノルウェー⁶²⁾、ドイツ⁶³⁾、アメリカ合衆国⁶⁴⁾との間に、相互保証を認めた事例が、確認される。また、下級裁判所判例には、被害者が同時に二つの異なる法律制度に服しているような地位にある場合には、そのうちの一つが相互保証制度をとっていれば、国家賠償法6条の保障があるとされた例がある⁶⁵⁾。

IV おわりに

日本国憲法は、公務員による合法あるいは不法の行為に基づいた侵害行為に対して、前者については、財産の侵害と刑事手続きにおいて無罪の判決を受けた場合の補償を定め、後者については、立法にかなりの裁量を与えながら、「不法行為」についてのみ賠償を定めている。その後者の場合、どのような場合に賠償するかについては、立法の裁量によっているから、たとえば、公務員の無過失によって他の権益を毀損した場合については、国家賠償法は、それに対応するための規定をなんら設けていない。そのため、日本国憲法下、不都合が存在する点を指摘した。

日本国憲法の不備として、国または地方公共団体の施策あるいは計画に伴い、人々に不利益な変化が生まれた場合についても、なんらそれに対応する規定が、置かれていないのである。たとえば、山村を潰してダムを造る場合、私有財産を有するダム予定地内の人々には、正当な補償がなされるが、その周辺に残った人々には、なんら補償規定が設けられていないのである。ダム予定地周辺の人々の職場あるいは主要な取引の顧客が、ダム予定地の山村内にあった場合、その人々は職場や顧客を失うことになる。このような人々は、生活の手段などに大きな損失的が起きているにも関わらず、私有財産を奪われたたわけでないために、正当な補償は受ける法的な権利がないのである。このような問題に対しては、国家賠償法では対応できないことは明らかである。したがって、憲法改正を踏まえた立法政策が必要となるのである。

注

- 1) “Nihil enim aliud potest rex in terris.....nisi id solum quod de jure potest” (Bracton).
- 2) Guy I. Seidman, “The Origins of Accountability: Everything I Know about the Sovereign’s Immunity, I Learned from King Henry III”, 49 St. Louis U.L.J.393, at 438 (Winter 2005).
Public Administration Select Committee, Session 2002–2003, Press Notice No.12によれば、大権には、女王の憲法上の大権 (the Queen’s Constitutional Prerogative) と王位 (国王) の法的な大権 (the legal Prerogative of the Crown) および大臣の大権あるいは執行権 (Ministerial Prerogative or Executive powers) があり、「国王は悪を為し得ず」という原則は、「国王は、明示の文言あるいは必然的な含みが存在する場合を除けば、制定法には拘束されない」という原則と共に、王位の法的な大権に関わる原則である。
- 3) イギリスでは、Crown Proceeding Act, 1947、アメリカ合衆国では、Federal Tort Claims Act, 1946。
- 4) 例として、執達吏などが挙げられる。
- 5) 大判大正5年6月1日『民録』(22輯)、1088頁。法学協会『註解日本国憲法(上巻)』(有斐閣、1953年) 89頁。
- 6) 前掲書5)、381頁。
- 7) 司法大臣木村篤太郎の答弁、清水伸編著『逐条日本国憲法審議録第2巻(増訂版)』(原書房、昭和51年) 375頁。
- 8) 前掲書7)、木村篤太郎の答弁376頁、378頁、380頁、383頁、387頁など。
- 9) Weimarer Verfassung Artikel 131 Verletzt ein Beamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so tritt die der Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder Körperschaft, in deren Dienste der Beamte steht. Der Rückgriff gegen den Beamten bleibt vorbehalten. Der ordentliche Rechtsweg darf nicht ausgeschlossen werden. Die nähere Regelung liegt der zuständigen Gesetzgebung ob.
- 10) 前掲書7)、木村篤太郎の答弁390頁。
- 11) 前掲書7)、木村篤太郎の答弁387頁。
- 12) Grundgesetz Artikel 34 Verletzt jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so tritt die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht. Bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit bleibt der Rückgriff vorbehalten. Für den Anspruch auf Schadensersatz und für den Rückgriff darf der ordentliche Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden.
- 13) 最判昭和30年4月19日『民集』(9巻5号)、534頁。
- 14) 最判昭和60年11月21日『民集』(39巻7号)、1512頁。
- 15) 最判平成17年9月14日『民集』(59巻7号)、2087頁。
- 16) たとえば、最判昭和60年11月21日『民集』(39巻7号)、1521頁。
- 17) 東京地判昭和55年6月18日『下民集』(31巻5–8号)、428頁。
- 18) 園部逸夫監修、西埜章『国家賠償法』(青林書院、1997年) 36頁。
- 19) 最判昭和62年2月6日『判例時報』(1232号)、100頁。
- 20) 最判平成19年1月25日『民集』(61巻1号)、1頁。
- 21) 最判平成18年6月16日『民集』(60巻5号)、1997頁。
- 22) 最判平成17年7月14日『民集』(59巻6号)、1569頁。
- 23) 最判昭和43年3月15日『判例時報』(524号)、48頁。
- 24) 最判昭和60年11月21日『民集』(39巻7号)、1511頁。
- 25) 最高裁判所は、両議院の比例代表選出議員の選挙に限定し、衆議院小選挙区選出議員および参議院選挙区選出議員の選挙における投票を認めていない公選法附則8項の両議院の比例代表選出

公務員の不法行為と国家賠償

議員の選挙に限定した部分を「憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反するもので無効」であるとした部分は、従来行われた在外法人の比例代表選出議員の選挙が無効の規定によって行われたことにもなり、矛盾であると思われる。

- 26) 最判平成18年7月13日。 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20060714085943.pdf>。
- 27) 最判平成6年6月16日『判例時報』(1502号)、96頁。
- 28) 最判昭和41年9月22日『民集』(20巻7号)、1367頁。
- 29) 名古屋高裁昭和61年3月31日『判例時報』(1204号)、112頁。
- 30) 東京地判昭和55年6月18日『下民集』(31巻5号-8号)、428頁。
- 31) 東京地判昭和49年3月18日『下民集』(25巻1号-4号)、181頁。
- 32) 金沢地判昭和50年12月12日『判例時報』(823号)、90頁。
- 33) 大阪地判昭和48年9月19日『下民集』(24巻9号?12号)、650頁。
- 34) 最判平成19年1月25日。 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20070125144348.pdf>。
- 35) 東京地判平成18年6月7日『判例時報』(1937号)、3頁。
- 36) 最大判平成17年9月14日『民集』(59巻7号)、2087頁。
- 37) 札幌地小樽支判昭和49年12月9日『訟務月報』(21巻1号)、7頁。
- 38) 最判昭和31年11月30日『民集』(10巻11号)、1502頁。
- 39) 広島地呉支判昭和34年8月17日『下民集』(10巻8号)、1686頁。
- 40) 最判昭和59年3月23日『民集』(38巻5号)、475頁、最判昭和60年11月21日『民集』(39巻7号)、1512頁、最大判平成17年9月14日『民集』(59巻7号)、2087頁等を参照。
- 41) 熊本地裁昭和58年7月28日『判例時報』(1086号)、33頁。
- 42) 最判昭和44年2月18日『民集』(23巻2号)379頁。
- 43) 昭和49年12月9日札幌地小樽支判・『訟務月報』(21巻1号)、7頁。
- 44) 古崎慶長『国家賠償法(復刊版)』(有斐閣、1999年)153頁。
- 45) 最判昭和51年5月31日『判例時報』(843号)、67頁。
- 46) 最判昭和59年3月23日『民集』(38巻5号)、475頁。
- 47) 最判平成5年3月16日『民集』(47巻5号)、3483頁。
- 48) 最判昭和56年1月27日『民集』(35巻1号)、35頁。
- 49) 最判平成3年4月26日『民集』(45巻4号)、653頁。
- 50) 最判昭和50年10月24日『民集』(29巻9号)、1417頁。
- 51) 最判昭和45年10月30日『判例時報』(611号)、27頁。
- 52) 最判昭和59年11月29日『民集』(38巻11号)、1260頁。
- 53) 最判昭和59年1月27日『民集』(35巻1号)、35頁。
- 54) 最判昭和56年12月16日『民集』(35巻10号)、1369頁。
- 55) 最判昭和50年7月25日『民集』(29巻6号)、1136頁、最判昭和60年3月26日『民集』(39巻2号)、53頁、最判平成2年12月13日『民集』(44巻9号)、1186頁、最判平成5年3月26日『判例時報』(1469号)、32頁。
- 56) 最判昭和53・7・4『判例時報』(863号)、52頁。
- 57) 最判昭和45年8月20日『民集』(24巻9号)、1266頁。
- 58) 最判昭和50年11月28日『民集』(29巻10号)、1754頁。
- 59) 最判平成元年10月26日『民集』(43巻9号)、999頁。
- 60) 最判昭和34年1月22日『民集』(15巻2号)、244頁。より具体的には、民法509条(不法行為により生じた債権を受働債権とする相殺の禁止)、同710条(財産以外の損害の賠償)、同713条(責任弁識の能力無き状態にあった者の無答責)、同719条(共同不法行為者の責任)、同720(正当防衛および緊急避難)、同721条(損害賠償請求権に関する胎児の権利能力)、同722条(損害賠償の方法および過失相殺)、同723条(名誉毀損における原状回復)および同724条(不法行為に基

づく損害賠償請求権の期間の制限)である。

- 61) 東京地判昭和32年5月14日『下民集』(8巻5号)、931頁, 京都地判昭和48年7月12日『判例時報』(755号)、97頁, 名古屋高判昭和51年9月30日『判例時報』(836号)61頁等を参照。
- 62) 東京地判昭和44年10月25日『訟務月報』(15巻10号)、1185頁。
- 63) 東京地判昭和51年5月31日『判例時報』(843号)、67頁。
- 64) 東京地判平成14年6月28日『判例時報』(1809号)、46頁。
- 65) 東京地判昭和32年5月14日『判例時報』(755号)、97頁。

参考文献

- ・青山武憲『新訂憲法』(啓正社、2000年)
- ・宮沢俊義『日本国憲法(新版)』(有斐閣、1971年)
- ・青山武憲、安保克也『行政法』(一学舎、2007年)
- ・室井力他編『行政事件訴訟法・国家賠償法(第2版)』(日本評論社、2006年)
- ・原田尚彦『行政法要論(全訂第六版)』(学陽書房、2005)
- ・塩野宏『行政法Ⅱ(第四版)』(有斐閣、2005)
- ・宇賀克也『国家補償法』(有斐閣、1997年)
- ・古崎慶長『国家賠償法研究』(日本評論社、1985年)
- ・木川統一郎他編『新・実務民事訴訟法講座(6)』(日本評論社、1983年)
- ・田上穰治『行政法総論(再全訂版)』(有信堂、1965)