

# 国の不法行為責任

西尾 昭

- 一 はしがき
- 二 国の不法行為責任の性質
- 三 公権力の行使
- 四 職務を行うについて
- 五 故意・過失
- 六 違法

## 一 はしがき

日本国憲法はその一七条において「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、國又は公共團體に、その賠償を求めることができる。」と定め、これに基づいて、国家賠償法が制定せられてい  
る。そして国家賠償法一条一項は「國又は公共團體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、國又は公共團體が、これを賠償する責に任ずる。」と規定する。  
ところが、この条項の解釈にかんし、國又は公共團體（以下この両者を「國」と総称する）の不法行為責任の性質、

「公権力の行使」の意義、「職務を行うについて」の範囲、「故意・過失」の内容、「違法」の意味、等について多くの異った解釈が出されており、その解釈の分かれる理由として、国の不法行為責任という問題が、もともと私法上の理論として発達してきた不法行為理論の上に立ち、しかも一方において、その原因となる加害行為が国の権力作用から由来していることがあげられる。即ち、本来私法上の理論であり、私人間の行為の規律として発展してきた不法行為理論を、私法上の行為とはその趣を異にする公法原理によって支配される国の権力作用に結びつけなければならない為に、国の責任の理論的根拠を、私法の理論に求めるか、または公法上のそれに基くか、という立場の相違が見解の多様性を産む原因であると考えられるのである。

又、これらについての判例も比較的乏しく、（これは国の加害行為が少いというのではなくて、その出訴が少いと、あるいは出訴しても立証の困難さ等の理由によって、原告勝訴事件として国の責任が認められることの少いことなどによると思われる）従って、これらの点にかんする判例の態度からしても、統一的、体系的な解答を十分に得ることができない現状である。

そこで、現在までに出されている諸家の学説を参考にしつつ、国家賠償法一条一項の法意を明かにするに当っては、前述の要件はそれぞれが互に結合して意味をもつから、これらを総合的に検討することが必要であると思われるが、とりあえずそれらの素材を生産するという意味において、前述の要件についてそれぞれの有する内容を個別的に考察して行くこととしたい。

## 二 国の不法行為責任の性質

おおよそ、公権力の行使としてなされた行為に関する国の責任は、国家賠償法の制定によって生じた責任であるが、

その責任の由来が果して私法上にいわれて来たところの不法行為責任におけると全く同様のものであるかどうかという点についてまず触れてみたい。

\* 即ち国定賠償法制定以前にあつては「官吏ノ行為ガ公法ノ適用ヲ受クヘキ国家ノ行為トシテ為サレタル場合ニハ国家ト第三者トノ關係ハ公法關係ナリ。故ニ右ノ場合ニ官吏カ第三者ニ損害ヲ加ヘタルトキ、之ニ依テ国家ト第三者トノ關係アリトセハ是レ又公法關係ナリ。従ツテ此ノ場合ニ於ケル国家ノ賠償義務ノ問題ハ全ク公法上ノ法理ニ依ル。(中略)然ルニ右ノ場合ノ国家ノ賠償義務ニ就テハ一般的ニ之ヲ認メタル法ノ規定ナシ。且法ノ規定ナクシテ当然ニ之ヲ認ムルヲ得ルニ非ス。故ニ右ノ場合ニハ一般的ニハ国家ノ賠償義務ナシト云フノ外ナク」(佐々木惣一 日本行政法論 総論 六七〇～二頁)又、「統治権の作用に付いては、仮令それに依り違法に他人の権利を侵害することがあつても、それは民法の意義に於いての不法行為に該当するものではなく、国家はそれに付き損害賠償の責に任ずるものではない」(美濃部達吉 日本行政法 上 三五〇頁)等とされていた。

国の不法行為責任は、もとより民事責任として発達してきた不法行為責任をその基礎とし、それが公法関係にもおし拡げられて、現在見られる国の責任となったことは明かであつて、国家賠償法の法文から見ても、「故意又は過失によつて違法に他人に損害を加えたときは」とあるのは、まさしく民法七〇九条「故意又は過失ニ因リテ他人ノ権利ヲ侵害シタル者ハ」に対応し「権利侵害」の觀念が、不法行為理論の発展に伴つて「違法」の觀念を以て理解されるに至つた結果を、\* 全く忠実に法文化したものの如くである。かように見るとき、国の責任は全く私法上においてそれが存在するのと同様の意義をもつて存している様であるが、国の作用の内、私經濟的作用は別として、権力的作用における不法行為責任の存在の根拠が、果して私法上におけると同一のものであるか否かについて一寸ふれてみたい。

\* 末川 博 権利侵害論 参照

凡そ公権力の行使に當つて、国が他人に損害を興えた場合に、国が相手方に対して損害を賠償すべきか否か、という問題は、私人相互間の作用から発生した損害の賠償とは自からその根拠を異にするのではないかと思われる。即ち

私人相互間における損害賠償の觀念が、原始的には防衛本能・報復本能の発動として見られ、永い歴史を通じて当然の事として認められてきたものであるの<sup>\*</sup>に対し、国と私人の間の關係においては、そうではない。これはいう迄もなく、「国」自体の觀念がどの様に受けとられて来たかという事によるのであって、少くとも法治主義以前の国家觀念の下においては、国による私人に対する行為については、損害賠償の問題は起りえなかつたのである。そこで、この問題は近代国家が法治国として存在することによって初めて起つて来ると考えられるのである。

\* 末川 前掲書 四頁以下

しかし乍ら、近代法治国においても私人に損害を与えた国の行為が、当然に国の責任を発生させるかということ、私法上の行為の場合におけるが如き当然の帰結として出てこない。即ち、主権の行使という側面においては、もともと私権に対する私人の行為による侵害にかんして問題となつた不法行為といった觀念は、少くとも、国が夜警国家的な消極的機能を果している限りは、国の責任として当然に生れないのである。何故ならば、この場合、国は市民社会的關係において、私人とは全く無關係の存在であり、国が市民社会的關係にタッチして来る場合は、市民社会的關係—私法關係と全く次元を異にしている権力的—絶對的なものとしてのみ、市民社会と接觸するのであり、又接觸する面も少かつたと思われる。従つて、国の公権力の行使は、私法的關係を排除する作用としてのみ現れるのであるから、私法的關係において存在する不法行為の觀念も主権の行使については排除されてしまうのである。<sup>\*</sup>従つて、帝国憲法下のわが国においても、国の行為は私經濟的作用として行われた場合にのみ民法の適用を受けるとして、初期においては、營造物の管理や、その事業の執行等、いわゆる管理作用と呼ばれる領域においてすら、国の責任は否定されてきたし、権力作用については前述の様に、この分野において国の責任を規制する法はなく、従つて国の責任は発生しなかつた。英国においても King can do no wrong として国の責任を一般に否定する原則が<sup>\*</sup>最近、つまり

一九四七年 Crown Proceedings Act が制定される迄続き、又、英国とはその成立の基盤を異にする米国においても、一九四六年 Federal Tort Claims Act がである迄は、sovereign immunity の觀念の下に国の賠償責任を一般的に認めなかったのである。そしてこれらの賠償責任にかんする一般法の制定された後においても、かなり広汎な、又重要な例外が存している<sup>\*\*</sup>のであって、国の無責任が君主の絶対権に基くもの、即ち、君主制<sup>\*\*</sup>封建制<sup>\*\*</sup>免責、共和制<sup>\*\*</sup>民主政<sup>\*\*</sup>責任肯定という公式は妥当しないといわなければならない<sup>\*\*\*</sup>。

\* 近代法における国の不法行為責任を否定する積極的な意義については、下山瑛二 国の不法行為責任の研究 一九頁以下に詳し。

\*\* H. Phillips; Constitutional Law, pp.437. et seq.

K. Davis; Handbook on Administrative Law, pp. 810.

\*\*\* 下山 前掲書 一四頁

これはフランスの場合においても同様である。もともと時期的に見て、フランスにおいては英米に比べてはるかに早く、二〇世紀初頭から、国の賠償責任は、判例上、一般的に認められてきたのであるが、その根拠は私法上の原理のそのままの承認ではなく、公法上独自の原理をもつものとして樹立されたのである。即ち、不法行為について定めるフランス民法一三八二条や一三八四条に基いているのではなく、人権宣言一三条によって確認せられた、「負担の前の平等」の原則と密接な関係をもつ行政法固有のものとして<sup>\*\*</sup>されているのである。又、ドイツにおいてはこの問題を立法的に解決し、ワイマル憲法一三一条が国の責任に関する一般的原则を確立したことにより、公務員がドイツ民法八三九条の要件を充たすときは、国が公務員に代つてその責に任ずることとなった<sup>\*\*\*</sup>。

\* Duez/Debeyre; Traité de Droit Administratif, p. 418

\*\* L. Rolland ; *Precis de Droit Administratif*, p. 357.

\*\*\* 田中二郎 行政上の損害賠償及び損失補償 一四〇頁以下

この様に、国の責任を認めた特別な法を制定するにしても、又、法によって國に民法上の責任を負担させるにしても、いずれも国の責任は私法上の責任の嫡出子として、私法理論から当然に流出して来るものではない。そうすると、現在認められる国の責任の存在の根拠としては何が考えられるであろうか。それは専ら社会政策的機能を果すものとして生れ、且つ存在するものであると考えられる。即ち、国の権力作用の増大の結果、公権力の支配する領域が増大し、国家が私権に干渉するという権能の代償として、國が一定の場合に責任を負わなければならないという、丁度私法において、報償責任といわれている理論と共通の基礎の上に立ち、それは社会保険的效果の実現というすぐれて政策的な目的を根拠として存在するものと思われるのである\*。

\* 今村成和 国家補償法 八九頁 参照 又、Dues/Debeyre も「公権力の責任は、同一の政治的集團のメンバーの間の公の負担の分配の問題として現れるのである。発生した損害を他人に対して賠償することを個人に余儀なくする私法の責任と大いに異るところである」(idem: p. 419) としている。

こうして見てくると、国の責任は、その外形—法文の形式において私法上の責任と類似するものがあり、又、私法上の責任をそのまた國にあてはめているとしても、その根拠について、以上の様な相違がある限り、国の不法行為責任制度は、正に「実践にもとづく政策Vとして、近代法の基本的原理に、△妥協Vし、自らも妥協している論理にすぎない」\*ものであって、いわば養子とでもいふべき形において成立したものだといえるのではなからうか。

\* 下山 前掲書 五九頁

以上は、国の不法行為責任が認められに至った根拠に関する考察であって、国の責任は基本的には、私法において

認められている不法行為責任とは異ったものであることを見てきたのであるが、国の責任を認めるについての法上のテクニックとして、これを私法の原則に従わしめるか、また公法上のものとして独自の法理を立てるべきかは、それぞれの立法政策の問題であり、一般的に決められないが、わが国家賠償法において定める権力作用に基く国の責任の性質を見ると、これが公法上のものか、或いは私法上のものであるかについて論ずることは、賠償請求権の消滅時効に関し、公法上のものであれば会計法三〇条、並びにこれに依っている地方自治法二三三条に基いて五年となり、訴訟手続の面においても行政事件訴訟特例法八・九条の適用という問題が残るので少しくこの点についてのべる。

まず、これが公法上の関係であるとする説は、「公権力作用は、民法の予定する私経済作用とは性格を異にするから、一般法、特別法の関係は成立せず、(中略)むしろ公権力及び公営造物関係なる独自の法分野を本法が担当して私経済作用を担当する民法と対立しているもの<sup>\*</sup>」であるとし、或いは、「国家賠償法は、行政上の不法行為責任に関する一般法と見るべきもので、国または公共団体の損害賠償責任について、別段の規定のあるときは、まずその規定によるべきであるが、その規定のないときは国家賠償法により、国家賠償法に規定のないときは、補充的に民法の規定が適用されるものと解すべきであろう。」<sup>\*\*</sup>といい、又、国の賠償責任は、公益と私益を調節する公平の原則に基く公法関係上のもので、国家賠償法四条に、「国又は公共団体の損害賠償の責任については、前三条によるの外、民法規定による。」とあるのは、国家賠償法による国家責任のほかに、直接民法に基づく国家責任のあることを示すものであるとする。<sup>\*\*\*</sup>

\* 有倉遼吉 遂条国家賠償法解説(法律時報二五卷九号)

\*\* 原竜之助 行政法 九二頁

\*\*\* 田上穰治 行政法総論 一〇二・一〇九頁

これらに対して、私法上のものなりとする意見によれば、国家賠償法は、「民法に対する特別法の地位を占めるもの」ということができ、又本法による賠償請求の手續は、別段の定めのない限り、民法によるそれと同様に取扱われるべきであるとし、更に、国の責任の特殊性は「一般不法行為理論の発展の中で見出される特殊性なのであって、公法に特有の責任理論と見るべきでない。従って国家賠償法も、私法制度の中で、民法の特別法の地位にある」。「我が国家賠償法は、イギリス、アメリカの立法と同様に、国家を全く私人と同様の地位におく私法理論をとっている」。\*  
 国に対する「損害賠償請求の訴訟は、それが公権力の行使に起因し、国家賠償法に基く場合も、なお民事訴訟の性質を有し、公法上の当事者訴訟ではない、行政行為の効果は直接の関係なく、私益の保護が問題となるに止まる」。\*  
 等とされ、判例も、「損害賠償請求の訴は通常の民事訴訟で、公法上の権利関係に関する訴訟でもないことは明白である」。\*  
 としている。

\* 田中 二郎 行政上の損害賠償及び損失補償 一六五頁

\*\* 今村 前掲書 八九頁

\*\*\* 有泉 亨 公務員の不法行為と国家賠償（法律時報二九卷九号）

\*\*\*\* 雄川 一郎 行政争訟法 一一三頁

\*\*\*\*\* 東京高等 29・3・10 判決（高民集七卷二号一九〇頁）

私見としては、後説をとる。それは国の賠償責任は国の適法な行為の結果として発生したものではないということによるのである。即ち賠償責任を発生させた原因となった行為は、本来、法の認める範囲において、つまり適法な行為としてなされたものではない。従って、賠償責任は、不法行為としてなされた行為の法律的结果として発生するものではなく、その違法性の効果として生起するものである。故に、その不法行為が公法関係において現われたもので



あつても、その効果として生ずるところのものは、不法行為法に定める規定より発生するものであり、そこにおいて存在する当事者間の関係は、賠償関係という純粹に経済的な関係として存するのであり、かような関係は、当事者の一方が国である場合といえども、何ら公法の支配する領域ではない、と考える。

次に本条において国の負う責任は、被害者との関係において、当該行為に関する一次的の責任として存在するか否かについて見る。

凡そ、国の「行為」に基く損害は、必ず現実の自然人の行動を媒介とするのであるから、被害者は国と公務員との両者に対して請求権を有するか、逆に言えば、公務員もまた、民法九〇九条に定める賠償責任を負うかどうかという問題が起るが、その前に事実上の行為者たる公務員と、賠償責任たる国との関係をどの様に考えるか、という点について、国の賠償責任を自己責任と見るか、公務員の責任に代る代位責任と見るか、或いは又、公務員が民法四四条にいう「代理人」たる地位にある場合のみ自己責任となるか、という問題があるから、これについて触れてみる。

この問題にかんし、国の責任は自己責任であるとする説は、国の不法行為責任とは無関係であり、民法七一一五条に見られる様な免責規定もなく、「国が公務員の行為について、絶対的に責任を負うべきもの」としていることは、単に公務員の不法行為責任を代って負担するというのではなく、公務員の行為に基く責任を国が当然に負担しなければならぬ事由の存することを、暗示するもので、国家賠償法一条が、△公務員に代って▽の語を用いていないし、又公権力の違法行使に基く損害については△国又は公共団体がこれを賠償する責に任ずる▽といわれていることも、国の直接の、且つ第一次的な責任を定めたものと解することができる<sup>\*</sup>としてゐる。

\* 今村 前掲書 九三頁

国の不法行為責任（公法研究 一一号）

柳瀬 良幹 行政法 一五六頁

これに対し、多説数は、代位責任と解し、「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」とするのである。

\* 田中 二郎 行政法 上 二五六頁

原 前掲書 九二頁

田上 前掲書 一〇六頁

なお、これらの外に、国の責任は、民法七一五条の使用者責任に該当する\*。との見解もあるし、又、「その公務員が民法四四条にいう代理人√たる地位にある場合すなわち行政庁たる地位にある場合は、法人自身の不法行為となり、しからざる場合は、民法七一五条と類似した代位責任と解すべきである」とするものや、「国又は公共団体は自己の機関の不法行為即ち自己自身の不法行為について一応自らその責を負うのであって、他人の不法行為に代って責を負うのではない。唯、公務員の不法行為が故意又は重大過失を意味するときには、それは機関行為としての品質をもち得ないから、機関理論の上からは公務員自身の責任の問題を生じる。しかし、国家賠償法は、この場合にも被害者たる行政客体が直接に公務員個人に対して賠償の請求をなすことを認めない。行政客体との関係においては常に国又は公共団体が責を負うのであって、従って、この場合は理論上国又は公共団体は他人に代ってその責を負うものである。」<sup>\*\*\*</sup>と見るもの等がある。

\* 我妻・有泉 債権法 五三一頁

なお、「使用者責任が選任監督上の責任であるとか、あるいは、そこに免責事由が存する一種の自己責任であるとかいう理由で、使用者責任から区別しようとする考え方は正当でない」(今村 国家補償法 九二頁)との見解があるが、使用者責任は一般には代位責任と呼ばれておらず、又、民法七一五条に定める使用者責任は、被用者の不法行為責任と重複して、別個に存在するものであるのに対し、ここで論ぜられている代位責任というのは、公務員の責任(厳密な意味での制定法上の責任

ではない)に代る責任であるという意味において用いられていると考えられるから、これを区別するのが妥当であろう。

\* 有倉 前掲論文

\*\*\* 渡辺宗太郎 日本国行政法要論 上 四五〇頁

ところで、代位責任説によれば、国の責任は公務員の責任に代る責任と觀念されているのであるが、ここにおいて国の責任にとって代られるところの公務員の責任とは一体何であろうか。およそ法上の責任は法によって定められたところに基いて発生することはいう迄もないことであるが、今ここで国家賠償法に基いて発生する国の責任を論ずるに当って、それが生ずるか否かについて一応考えられる民法七〇九条に基づく公務員の個人責任とは別個に、何等法的根拠の存しないものであるところの、国によって代位せられる公務員の責任というものを考えることはできない。要するに代位責任説は国の責任を説明するのに、公務員の責任という仮設を置き、それにとって代るべき国の責任という形をとるのであるが、国家賠償法の文言は、国がこれを賠償する責に任ずる、とあり、国の責任を説明するのに、敢えて一応公務員の責任が存在し、それに代位するものとして国の責任が生ずるといふ解釈は無用の迂路を辿るものといふべく、法の規定によって、直接責任が発生するという自己責任説が正しいと考えられる\*。しかしこの様に、国の責任が国家賠償法の規定によって直接認められるものであるとの立場をとる限り、自己責任なる用語もむしろ不用であつて、本来に定める要件が備わる場合においては、賠償責任は初めから国について発生していると端的に考えるべきである。又、国が公務員に対して求償権を有する、と第二項において規定されている結果、何かそこに国による公務員の責任の代位があるかの如くにも考えられるが、ここにいう求償権は、会計法四一条に定める出納官吏の弁償責任、あるいは予算執行職員等の責任に関する法律三条による予算執行職員弁償責任と同様、特に法が規定したことによつて内部的關係において責任の発生することを示す規定であつて、被害者との関連における責任の問題とは無関

係な規定である。

\* 代位責任という語が、国の責任は公務員の「選任監督」者としての責任でない事を示す為のみ用いられているならば正しい。

\*\* 磯崎辰五郎 行政法（総論） 二二二頁

なお、国の責任を民法七一五条と同じく、一種の使用者責任であるとの考えは、民法七一五条における使用者の責任と、被用者の責任との関係が連帯債務、又は不真正連帯債務と見られ、<sup>\*</sup>重疊の関係にあるとされるのに比べて、国家賠償法における国と公務員の責任の関係は、前者が後者を吸収しているものと考えられるから適当でない。また、国の責任を公務員が国の機関としての地位において行動した場合と、然らざる場合に分けるのも妥当でなく、前述の通り、後の場合においては代位さるべき責任が存せず、前の場合についても、国家賠償法は、国の責任を生ぜしめる根拠となった公務員の行為を、国の機関としての公務員の行為、従って国の行為、という意味において捉えずに、広く公務員一般の行為として見ているのである。元来、論理上からいえば、公務員による違法行為は、すべて国家行為としての品質をもちえないのであるにも拘らず、賠償法においてかかる場合においても国に責任を帰せしめるのは、それが論理上国の行為でないものであっても、違法行為が国の行為に密接に関連してなされたものであるという理由に基づくのである。<sup>\*\*</sup>従って、国の責任をこの様に捉えるとき、公務員の行為を国の機関の行為と見、国の機関なるが故に国に責任が発生するとの構成は不用であり、又公務員の軽過失に基く違法行為が何故に国の機関行為となり重過失が重過失又は故意の場合に別個のものとなるのかその根拠に乏しい。又、以上の如き区別は、公務員に対する求償権別自体が根拠を欠くものである以上、求償権の発生根拠は別に考えられなければならないのであって、これは全く法の規定によって生じたものであり、軽過失の場合が除かれているのは、公務員の行動を萎縮せしめない為の政策的配

慮に基くものである。

\* 加藤 一郎 不法行為 一八八頁

\*\* 柳瀬 良幹 行政法講義 二一六頁

さて元に戻って、国の責任と関連する問題として、被害者は行為者たる公務員個人に対しても賠償の請求をなするか、換言せば、公務員は個人として民法七〇九条による責任を負うかどうか、についてであるが、この点については、国の責任を自己責任と見、代位責任と考えるいづれの立場からも問題が起りうるものであり、これは両説が論じているのは共に国家賠償法における国の責任についてであって、公務員が個人として民法上の責任を負うか否かの問題とは区別されるものであることよりして当然である。そしてこの点について、判例並びに多数説は、公務員の民法上の責任を否定しており、<sup>\*\*\*</sup>この場合公務員の個人責任は、その行為が国の公権力の行使としてなされている以上、公務員の行為は、正に国そのものの行為であり、その結果についての責任は国の責任として存在するから、この場合、公務員個人について民法七〇九条に基づく責任は国の責任の中に吸収されたものとして始めから成立しないのである。

\* 自己責任説に立つとしても、「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、従って、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るべき根拠は存しないというべきであろう。」（今村 前掲書 一二二頁）との見方があり、代位責任説によつても、「被害者は、国又は公共団体に対してのみ、賠償を請求し得るのか、それとも、公務員個人に対しても同時に賠償を請求し得るのかが問題」となる。

\*\* 最高 30・4・19 判決（民集九卷五号五三四頁）

\*\*\* 田中 二郎 行政法 中 三九六頁

渡辺 前掲書 四五〇頁

柳瀬 良幹 行政法 九九頁

国の不法行為責任

加藤 前掲書 一八八頁

これに対し、公務員の個人責任を認める見解によれば、いづれも軽過失の場合にはその責任は発生しないとしている。<sup>\*</sup>これは国家賠償法一条但書において、軽過失の場合、国の求償権が生じないことと、民法上の責任とを混同しているところから由来するものと思われるのであるが、ここで問題にしている公務員の個人責任は、前から何度も繰返している様に、民法七〇九条に基く責任であって、国家賠償法に定める求償権の発生要件とは何等の関係もないのである。従って、かかる場合、当該公務員の個人的行為に関する責任は民法七〇九条に定める要件を充足することによって発生するのであり、同条の解釈としては、軽過失で足りると<sup>\*\*</sup>されているのであるから、仮に、その個人責任を認めるというのであれば、当然軽過失の場合においても責任が生ずるものであることは明かであり、行為者が公務員たる属性をもつという理由で、民法七〇九条の意味が変るものではないのである。

\* 今村 前掲書 一二三頁

田上 前掲書 一一一頁

\*\* 我妻・有泉 前掲書 五三七頁

加藤 前掲書 七五頁

### 三 公権力の行使

公権力の行使に関しては、「公権力」の範囲如何が問題となる。即ち、公権力の行使を広義に解して、国家行為の中、純然たる私経済作用を除いた行為を指すものと、<sup>\*</sup>狭義に解して、統治権に基く優越的な意思の発動たる作用を指すもの<sup>\*\*</sup>があるが、ここにいう公権力の語は専ら後者の意味を指すもの<sup>\*</sup>と考える。つまり、国の賠償責任に関して、

一般に責任が認められなかったのは国の行為のうち、権力関係における作用、即ち権力作用についてであって、国の私経済的作用の場合にはもとより、非権力的作用である管理作用についても、私人と同様の立場において、民法上の責任が認められてきたのであり、専ら問題となったのは国の権力作用に基づいて生じた損害に関する賠償責任であった。そして現代社会において国の権力作用の増大に伴う国民の損害の処理の為に、かかる場合にも国の責任を認めようとする一般的傾向に依りて作られたのが、正にこの特別法としての国家賠償法一条であり、民法によってカバーされない部門についての特別の定めである。従つてここでのいう公権力の行使とは、国の作用の中、従来より民法上の責任を発生させるものとして取扱われていた私経済作用並に管理作用以外のものを指す趣旨であると思われる。またここにいう権力作用は単に行政作用におけるのみならず、立法・司法作用をも含むものであり、直接に命令強制する場合だけでなく、例えば確認・公証・通知・受理等の準法律行為的行政行為も、優越的地位が認められた行政権の主体のみがなしうる行為であるから、ここにいる権力作用であると考えられる。\*\*\*\*

\* 高橋 貞三 行政法論 九六頁

有倉 前掲論文

園部 敏 行政法論 一九二頁

\*\* 田中 二郎 行政法 上 二五五頁

磯崎 前掲書 二二二頁

田上 前掲書 一〇四頁

\*\*\* しかし、實際上、立法・司法作用において現れた不法行為の例は見当らない。なお地方議会の議決にかんして、村議会における議員の議決権の行使は国家賠償法一条一項の公権力の行使に当る公務員がその職務を行う場合と当るとした判決がある。(新潟地方 25・9・18判決△判例体系 行政法八六九頁▽)

\*\*\* 田中 二郎 行政法総論 二一七頁

## 国の不法行為責任

なお、それが公権力の行使に当るか否かについて問題になるのは、教育の作用、公物管理作用であって、教育の作用にかんして、判例は、官公立学校の教育と生徒との関係は、公権力の行使を要素としない公法上の行為であり、学校教育は、いわゆる非権力作用に属する、<sup>\*</sup>としているが、学校教育が全面的に一切の権力作用と無関係ではなく、通常は権力の行使を伴わないが、例えば、退学処分等の如き場合を見ても、なお権力作用の存すること明かである。従って学校教育が一般に権力作用に基いて行われることがないということを以て、直ちに権力作用でないとはいえず、その個々の場合に照らして、その作用を決めるべきことはいうまでもない。なお、公物の使用許可にかんして、判例<sup>\*\*\*</sup>はそれが公権力の行使であることについて特に論ぜず、当然のものと見ているが、この点も前記同様、その個々の場合についてその性質が判断せられる。従って公権力の行使は、国家目的の実現が、その客体の同意を必要としない場合を広く含むと解せられる。<sup>\*\*\*</sup>

\* 東京地方 28・11・21判決（下民集四卷一七四〇頁）

\*\* 東京高等 28・9・15判決（高民集七卷一八四八頁）

\*\*\* 東京高等 29・3・18判決（高民集七卷二二〇頁）

\*\*\* 渡辺 前掲書 四七八頁

今村 前掲書 一〇二頁

#### 四 職務を行うについて

かつて、警察官が職務執行を装って財物を領得し、人を射殺した場合、果してそれが「職務を行うについて」なされた行為と見なされるか否かについて、最高裁判所は、「公務員が主観的に権限行使の意思をもってする場合に限ら



ず自己の利をはかる意図をもってする場合でも、客観的に職務執行の外形をそなえる行為をしてこれによって、他人に損害を与えた場合には、国又は公共団体に損害賠償の責を負わしめ<sup>\*</sup>るべきであるとし、職務行為の外形を有するが、実際には、行為者の個人的目的のために行われた行為までも「職務行為」に含ませている。このケエスはその行為が職務行為か否かのボオダラインに位するものであるが、学説においてもこれを広く解して、民法四四条の「其ノ職務ヲ行フニ付キ」並びに同法七一五条「其ノ事業ノ執行ニ付キ」ということが、その「職務を行うため」よりは広く、又「職務を行うに際して」より狭く、客観的に事業の範囲内と見られるところを指すとされるのと同様に、外形上職務に関するものと認められる場合、<sup>\*\*\*</sup>或いは通常の事実的関連を有する場合を指すとして<sup>\*\*\*</sup>いるが、これに対し、狭義に解するものは、その行為が正当な職務行為と離るべからざる関係にあることを要する、<sup>\*\*\*\*</sup>となし、或いは、公務員が直ちにその行為をなすことが職務であると考ふる行為で職務行為を仮装した加害行為を含まず、<sup>\*\*\*\*\*</sup>特定の公務員の職務の範囲内に属する行為である、<sup>\*\*\*\*\*</sup>等とするが、狭義に解するを妥当とする。

\* 最高 31・11・30判決（民集一〇卷一一号一五〇二頁）

\*\* 加藤 前掲書 一七七頁

我妻・有泉 前掲書 五七二頁

総合判例研究叢書 民法四 二七五頁

\*\*\* 田中 二郎 行政法 上 二五五頁

有倉 前掲論文

同上 前掲書 一〇四頁

\*\*\*\* 内閣法制局 法制意見総覧 一一五二頁

\*\*\*\* 柳瀬 前掲書 一五五頁

## 国の不法行為責任

\*\*\*  
磯崎 前掲書 二二二頁  
\*\*\*

\*\*\*  
渡辺 前掲書 四四八頁  
\*\*\*

即ち、先にも触れたように、論理的に見て、違法な行為は、公務員の正当な権限外の行為であるから、当然国に責任が発生するとは考えられないのであるが、権限附与の結果それが違法に行使される事実上の可能性が存する為にかかる危険性がある限り、権限を附与した反面の責任、いわゆる報償責任的性格を有する責任を国に負わしているであつて、その結果、違法行為に対して国が責任を負う事になるのである。従つて、公務員の違法職務行為は、当然に適法職務行為の半面としてなされた行為、即ち、その行為が本来は適法な職務行為としてなされたものであるが、その過程において、故意・過失があつた為に違法な結果を生じた行為に限定されるのであつて、単に外形上職務行為を仮装して、初めから自己の利益を目的としてなされた行為は本来の権限行使ではなく、それとは無関係な行為であるから、この様な行為を職務上の行為といふことはできない\*。従つて頭書の判例は妥当性を欠くと思われる。

\* フランスにおいては、官吏の *faute personnelle* (職権乱用) の場合は *faute de service* (職務上の過失) と異なり、官吏が民法一三八二条以下の責任を負う。そしてその区別として、加害行為が *impersonnel* である場合は後者であり、公務を利用してなされた行為は前者である等とされるが、その限界の基準はニュアンスの問題であり、一義的に定めることは困難であるとされている。

(Laubadère ; Manuel de Droit Administratif, p. 120.)

## 五 故意・過失

ここにいう故意・過失は、民法に定める不法行為における故意・過失に相当するのであり、これは公務員個人に關

する主観的要件として、国の責任を発生せしめる一要件となっているから、国の責任は過失責任主義に基いて構成されている。<sup>\*</sup>

<sup>\*</sup> ほとんどの学説はこの立場に立つ。 田中 前掲書 一〇六頁 渡辺 前掲書 四四九頁 有泉 前掲論文 等。

ここにおいて、国の責任の本質が自己責任であると見る立場においても、国の責任は、現実には、国に作用を行う公務員の主観に掛り、それを責任発生要件として、この要件が充足された時、直接国の責任が発生するものであると考えられる。つまり、公務員個人の責任を根拠として、その責任を国が代って負うという代位責任の構成に対し、公務員についての主観的要件の存在は、公務員の責任発生条件としてではなく、それとは無関係に、いわば、それを「通り越して」国の責任を生ぜしめる条件となる、と見るとき国の責任が自己責任であるということ、公務員に関する主観的要件の存在の必要とは、抵触しないのである。

かように、故意・過失の存在を要件とするいわゆる過失責任主義に対して、国の責任は本質的に無過失責任であり、ここにいう「故意・過失」とは、公務員個人の責任とは拘りのない、従って客観的に捉えられた公務運営のある様相を指すもので、これを公務運営の瑕疵の表現としてとらえ、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為の基準であるとして、全くこれを客観化し、フランス法にいわゆる公役務の瑕疵 (faute de service public) の如く解する立場がある。<sup>\*</sup>

<sup>\*</sup> 今村 前掲書 九六・一一二頁

ところで、この公役務の過失なる観念は、個別的に確認された公務員の過失の観念を要せず、役務が行われるに当たって、匿名の (anonyme) 不法な行為が明らかにされれば十分で、瑕疵が役務について判断され公務員について判断

されるのではない<sup>\*</sup>とされるものであり、それが不可欠であることが当然と思われる方法から外れた不備のある役務にかんする瑕疵で、その瑕疵が、公務員の個人的過失の結果たることがあつても、その瑕疵は、この公役務の瑕疵とは別個のものである<sup>\*\*</sup>と觀念されているものである。

\* Duez/Debeyre ; idem, p. 421.

\*\* Rolland ; idem, pp. 361. 362.

たしかにこの様な觀念は、「わが実定行政法の進歩的・民主的解釈を進める上に、不可欠な基準を提供しており」、「わが憲法一七条とその実定法規たる国家賠償法との間に生じうべき理論的ギャップを充填し解明する上に、極めて有益な示唆を与えずにはおかない<sup>\*</sup>」のであつて、かかる見解は国民の救済により役立つことは当然であるし、民法等においても立証の困難などの理由から、挙証責任の顛倒といった形で過失の客觀化が示されており、この必要は、相手方が国である場合はなおさら大きいことは容易にうなずける。しかしかかる要求から直ちに、わが国家賠償法一条の解釈として、国の責任が公務員の主觀的要件とは無關係に発生すると解することは、「公務員が、その職務を行うに ついて故意又は過失によつて」という法文のある限り、いかにも無理であつて、解釈によつて客觀的過失の線に近づけるにしてもそこには限界がある。従つて、フランスにおいて明文の規定なきところに、コンセイユデタの自由な法創造的機能に基いて生れた法理を以てわが成文の法を律することのできないのは当然であり、成文ある限り、この問題の解決を判例の發展に俟つこともできないし、かような原則は「何らかの立法的手段を必要とするということになる<sup>\*\*</sup>」のであつて、正にこの点は国家賠償法の欠陥であるともいふのである<sup>\*\*\*</sup>。従つて、皇居外苑使用不許可処分に基づく損害賠償請求の訴において、「公務員が自ら適法なりとの判断にもとずいてした行為が違法であつたときは、その判断についての過失の有無を問題にすべく、たんに違法行為がなされたとの事実自体によつて、直ちに故意・過失ある

ものと推断すべきではない」<sup>\*\*\*</sup>「検察官、裁判官がその職務を行うにつき事実の誤認、法令の不知、誤解があつても、その不注意又は怠慢等の事実のない限り、過失があるといふことはできない」<sup>\*\*\*</sup>との結論に到達するのは当然である。

\* 和田 英夫 行政法解釈への一試論（綜合法学一卷四号）

\*\* 山田準次郎 欠陥を残す国家賠償法（綜合法学一卷五号）

\*\*\* 立法に当って「民法の原則と平仄を合はす」等の理由からブレエキがかけられたとする。（有倉 前掲論文 参照）

\*\*\* 東京高等 29・3・18判決（高民集七卷二号二二〇頁）

\*\*\* 東京地方 28・9・15判決（判例体系 行政法九二五頁）

## 六 違 法

ここにいう違法とは、法の認めない範囲における法益の侵害をいう。従つて民法七〇九条において、権利侵害といふ語によつて表わされる違法とその基礎を同じくする。

ところで、この「違法」における「法」が何を指すかについて広狭二義あり、厳密な法規をいうものではなく、客観的な正当性を意味する<sup>\*</sup>、と説く立場と行政権の客体に対して効力ある一般の法令を指すと見るものとがあるが、民法上一般に認められている公序良俗の觀念<sup>\*\*\*</sup>の如きは、私的自治の認められる範囲に限定されるもので、公権力の行使は法治主義の下においては、当然法の定める要件に従つてのみ行われるものであるから、法に定める要件を離れて、それ以外のものを法とみなす必要はなく、ここにいう法とは厳密な意味における法令を指すものであると考えられる。

\* 田中 前掲書 二五六頁

有倉 前掲論文

\*\* 磯崎 前掲書 二二二頁

\*\*\* 我妻・有泉 前掲書 五四二頁

もとより、ここにおいては条理法等の不文法も法である限り、これらに対する違反は違法と考えられる。従って裁量行為においても、裁量行使の当否については、裁判所は審理できないが、その行使が裁量権の限界を超えた場合は条理法に対する違法を構成すると考えられるから、これについて審理できるということは、裁判例においても一致した見解となっている\*。

\* 行政事件訴訟年鑑 昭和二十八年 一九頁

従って条理法の内容をなすものは何かということによって、事実上公序良俗等と呼ばれているものをも含む結果となることもあるであろう。

また、違法の観念の中に、行政組織内部の規律たる訓令の違反をも含むとする見解\*があるがここにいう違法は、行政主体と客体との間において一般的効力を有する法令に対する違反を指すことを前述の通りであるから単に行政組織内部においてのみ拘束力をもつ訓令・職務命令等に対する違反を含まないと解する\*。

\* 渡辺 前掲書 四四九頁

\*\* 柳瀬 前掲書 一五六頁

なお、国に対する損害賠償請求訴訟において、行為の違法性に関して、その行為が現に効力あるときは、先ずその行為の取消を請求すべきであるとする説があるが、この立場によると、「行政処分が当然無効の場合に当らず、また、その取消を求めらるるにもすでに出訴期間を経過している場合には、右処分による損害賠償を請求することはできない\*」\*という結論になる。

\* 田上 前掲書 一〇五頁

\*\* 福岡地方 26・2・28判決（行集二卷二号三〇五頁）

ところが取消の判決があれば、当該行政処分が違法であることについて既判力が出るが、取消の判決がなくても、その行政処分が違法であれば、国家賠償の請求訴訟でその違法を主張できると解すべきであると考えられる。即ち行政処分取消訴訟においては、処分の効力が争われ、行政行為の違法性自体が訴訟物となるのに対し、賠償請求訴訟にあっては、私法上の請求権が訴訟物であり、両訴はその目的を異にし、賠償請求訴訟における審理において処分の違法性を判断できない理由はなく、これはまた、先決問題の訴訟が河川法六一条、砂防法四四条において特別に認められた場合にだけ存することからも明らかであるが故に、行政処分が出訴期間を経過し確定した後であっても、処分の違法を原因として損害賠償の訴を提起することは差支えないと解されるのである。

\* 行政事件訴訟特例法逐条研究 一〇五頁

\*\* 徳島地方 31・12・24判決（行集七卷一二号二九四九頁）

\*\*\* 金沢地方 28・2・2判決（判例体系 行政法九一七頁）