

國家の不法行爲責任の本質

新井 隆 一

序

- 一 國家の不法行爲能力
 - 二 代位責任説の理論とその批判
 - 三 自己責任説の理論とその批判
 - 四 理論構成の公法的性格と私法的性格
 - 五 理論構成の類型
 - 六 國家賠償制度の歴史とその要請
 - 七 併合的責任説の理論とその検討
 - 八 中間的責任説の理論とその批判
- 結

國家の不法行爲責任の本質

序

國家は、公權力の主體であり、その公權力を行使する。公權力の行使は、法律上の力によつて基礎づけらるべきものであり、その法律上の力は、事實上の力によつて支えられるものである。

公權力の行使を基礎づける法律上の力は、つねに適法に、はたらくものとされる。しかし、法律上の力を支え、公權力の行使を實現する事實上の力は、必ずしも適法にのみはたらくものではない。公權力の行使は、ときに、國民の權利を違法に侵害することによつて、これに損害を生ぜしめることがありうる。この損害がなにびとによつて賠償さるべきかは、國家の不法行爲責任の本質と關連して定まるべきことである。それは、國家に不法行爲能力があるか否かという、國家の性格の法的構造につらなる問題でもある。すなわち、國家は自然人ではないからみずから直接に行爲をなすことをえない、それは自然人たるその公務員を通して行爲をなすものである、とされるところに、この問題が由來するからである。ここに、國家の不法行爲責任の本質をめぐつて、その理論の歸趨の岐れるゆえんがある。かくて、ここにおいて、學説は分かれて、代位責任説、自己責任説、併合的責任説、中間的責任説、と名づけられうる。國家の不法行爲責任の本質に關する理論としてのこれらの諸學説がわが國において顯在的に問題とされるにいたつたのは、國家賠償法第一條、ひいては、憲法第十七條の解釋をめぐつてであるが、それは、英米において、あるいは國王訴訟手續法 (Crown Proceeding Act, 1947)^(註一) および連邦不法行爲賠償請求權法 (Federal Tort Claim Act, 1946) の規定の解釋に關して、その責任の本質が問題にされていることと軌を一にするものであろう。また、獨佛において

は、あるいは制定法により、あるいは行政判例をもつて、ことが解決されているといわれているが、法學純理の問題としては、なおそこに底流のあることは、否定しえないことであろう。

(註一) Cf. H. Sreet, *Governmental Liability*, 1953, p.36ff.

(註二) 例えば、*ドイツ責任法* (Gesetz über die Haftung des Reichs für seine Beamten vom 22. Mai 1910) 第一條第一項。

Vgl. Fleiner, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrecht*, 1922, S.268.

(註三) Cf. H. Sreet, *op. cit.*, p.17ff. 雄川一郎「フランスにおける國家賠償」・比較法研究・九一〇號・五三頁以下参照。

一 國家の不法行為能力

國家は、これを法學的側面よりみるときは、一の法的主體である。國家を法的主體として觀念することは、國家を團體の概念のもとに推論することにもとづく。團體の概念は、團體的統一の法的關係を表現するための純粹に法的な概念であるから、國家は、すべての團體のごとく、その本質的概念として、法人格であり、その意味において、法人である。(註一)

國家が不法行為能力をもつか否かは、かくて、法人が不法行為能力をもつか否かの問題につらなる。この問題は、古く、私法の領域において、法人學說に争われたところであるが、その理論は、のちに、公法の領域においても、ならつて展開されることとなつたのである。すなわち、ロマニステンの通說(法人擬制說)にしたがえば、法人とその機關との關係も、自然人と自然人との關係におけるごとくに、代理關係が存しうるのであるから、國家の機關は、公

法および私法の領域における國家の代理人であり、機關の違法な行爲が國家の行爲でないのは、あたかも、授權に反して行動する代理人の行爲が授權者の行爲でないにひとしく、國家の不法行爲責任は、國家の不法行爲能力の問題ではなく、正義の要求にもとづく被代理人の責任の問題にすぎない、(註三)。これに對して、ゲルマニステンのいうところ（法人實在説）をきけば、國家の意思能力・行爲能力は、法の創造物ではなく、國家の有機體としての固有物であつて、法は、これを承認し限定するにすぎないから、國家は當然に不法行爲能力を有する、(註四)。しかし、このように、はじめ私法の領域において論ぜられた法人學説を公法の領域において類推展開して誤まりないか否かは、にわかには判断しがたいところである。けだし、そこには、法人の不法行爲能力の有無と國家の不法行爲能力の有無とを同一の法理をもつて論じうるか否かという、國家不法行爲論の全體系にわたる基本問題が、(註五)加えて、ともに國家の不法行爲能力を扱いながら、その結論の相反するゆえんは何かという兩説そのものについての根本的な疑問があるからである。このような相反する結論は、法人學説が、もと、法人の本質を語る前法律學的問題に關するものであるのに對し、國家の不法行爲能力の有無は、國家機關の擔荷者の不法行爲が國家の不法行爲とみられうるか否かという純法律學的問題に關するものであるにもかかわらず、これらが無條件に綴合しようとするところに起因するものといふ(註六)。えよう。

かつて學説がいかなる結論に達したとしても、國家に不法行爲能力がないものとして、外觀上國家の機關の權限内にある行爲が實は不法行爲であるにもかかわらず、その責任を國家に負わしめないのは、國家がそれ自體固有の社會的機能を營爲しているという事實にてらしても承認されるところではあるまい。それゆえにこそ、いまでは、一般

に、事實上、國家は一個の權力團體として社會的に存在し、制度上、その機關の權限に關する行爲の效果は、國家に歸屬するものとされているのである。かくして、國家の行爲といふとき、そこには、適法な行爲とならんで、違法な行爲もまた認識されなければならないこととなるのである。けだし、信義誠實の原則は、國家の行爲にもその適用をみるものであれば、^(註七)もし、國家の違法な行爲を是認せず、違法な行爲はすべて國家の機關の擔荷者の行爲であるとし、國家の行爲とされるものはすべて適法な行爲であると^(註八)するときは、信義誠實の原則の精神は、ここにおいて、有名無實のものと化してしまふからである。かりに、國家の不法行爲責任の理論において、國家の行爲はつねにすべて適法な行爲であり、違法な行爲はありえないという立場に據りながら、そこに國家機關の擔荷者の行爲とさるべき違法な行爲について國家またはその機關を被告としてその無効の確認または取消もしくは變更の請求をなしうる訴訟の制度を認めるという實際があるとすれば、體系ある法理としては、不合理であることはいふまでもない。それゆゑ、現在わが國において、行政事訴訟制度上かかる訴訟が是認されている以上、國家の違法な行爲の實在は否認しえないものとされているとみるべきであり、したがつて、國家は不法行爲能力をもつものと理解せざるえないこととなるのである。

國家に不法行爲能力があるということは、結局、國家の社會的實在性とその社會的機能からみて、はじめて承認されるところなのである。

(註一) Vgl. G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, Aufl. 3, 1914, S.182ff.; K. Melezer, Grundzüge der allgemeinen Staatslehre — auf Basis und unter Benutzung der Staatslehre Jellineks und unter Berücksichtigung der Lehren von

Kelsen, Menzel, Bernatzik zusammengestellt, Leipzig, 1926, S.13. (有食遼吉・小林孝輔・時岡弘共譯「一般國家學概要」一八頁) ;Kelsen, Reine Rechtslehre, 1934, S.133.

(註二) 中村宗雄「民法總則」七五頁以下・一〇一頁、宮澤俊義「憲法」三頁、美濃部達吉(宮澤補訂)「日本國憲法原論」二二頁以下、參照。

(註三) Vgl. E. Loening, Die Haftung des Staats aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten nach deutschen Privatrecht und Staatsrecht, 1879, S.106ff. 黒田覺「ウヰン學派の法律學とその諸問題」三六一頁以下・三八五頁以下、古崎慶長「國家賠償法の研究」・司法研究報告書・八輯三號・一二八頁以下、等參照。

(註四) Vgl. Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887, S.754ff. 黒田・前掲書三六〇頁以下、柳瀬良幹「行政行爲の瑕疵」二二頁以下、古崎・前掲書二一九頁、等參照。

(註五) Vgl. Kelsen, Über Staatsrecht, Zeitschrift für das privat- und öffentlichen Recht der Gegenwart, 1914, S.7. 古崎・前掲書二一九頁參照。

(註六) Vgl. Kelsen, aa.O. S.21. 黒田・前掲書三九八頁以下、柳瀬・前掲書四五頁、等參照。

(註七) 公法における信義誠實の原則については、例えば、税法に現われたそれについて、中川一郎「税法解釋の基本原理解」・税法學・七五號・一頁以下等參照。 Vgl. Forsthoef, Lehrbuch des Verwaltungsrecht, 1Bd., 1958, S.223.

(註八) Vgl. Kelsen, aa.O. S.78ff, Kelsen, Reine Rechtslehre, S.52ff.

二 代位責任説の理論とその批判

かつてケルゼンのらうごとく、不法行爲が國家の行爲たりえず、國家に不法行爲能力がないものとすれば、國家に關し不法行爲責任を否定しないかぎり、國家の不法行爲責任の本質は、その公務員に代つて (an Stelle des Beam-

② 國家が負擔する責任、すなわち、代位責任であると考えざるをえなくなる。

國家の不法行爲責任の本質を代位責任とするわが國の學者の一般は、民法における使用者責任の理論をその前提とし、これをその理論の根據として^(註一)いる。公務員もまた國家の使用人とみられないことはないから、それは、あなたがち誤まりであるとはいえないであらう。しかし、國家の不法行爲責任の理論に民法における不法行爲責任の理論を敷衍しようとする立場にたつとするならば、民法の理論が、法人の機關その他の代理人のなした不法行爲を法人の不法行爲とし、その責任を法人の自己責任としていることについてもまた、考究が及んでしかるべきものであらう。ただし、公務員に、機關關係にある機關の擔荷者たる公務員と機關關係にない機關の擔荷者たる公務員との區別のありうることは、行政法學の一般理論の示すところであるから、そこではむしろ、この區別の存在に注目して國家の不法行爲責任の理論を構成すべきが當然のことであらうからである。^(註四)すなわち、ここに、代位責任説の一般がもつ理論的缺陷を問えば、かかる公務員の法的性格の差異を無視して、國家の不法行爲責任を使用者責任の法理をもつて一律に理論構成するところにあるといふことができるであらう。しかし、このような理論的缺陷あることの指摘を避けるべく、機關關係にある機關の不法行爲を國家の不法行爲と認めつつも、機關關係にある機關の擔荷者たる公務員個人についても不法行爲は成立するものとして、公務員個人としての賠償責任を國家が代位するとの理論構成を採らうとする企圖もありえないではない。しかし、この理論構成は、機關關係にある機關の擔荷者たる公務員の機關としての行爲と個人としての行爲とを區別して考え、不法行爲はつねに後者に屬するという前提にたたなければならぬものであるが、その場合でも、適法な行爲は前者に屬するとみるのであらう。また、機關關係にある機關の不法行爲を國家の不法行

爲と認めるものとするならば、當該機關の擔荷者たる公務員の不法行爲は、當該機關としてのものであつて、個人としての不法行爲を考慮する餘地はありえないであらう。かくて、この理論構成については、行爲の歸屬關係について生ずるその矛盾を否定しえないこととなるのである。國家それ自體の不法行爲が成立しているとみられるにもかかわらず、その賠償責任を放置しておいて、その原因をなす公務員の賠償責任を國家に代位せしめる理論構成は、技巧にすぎた妥當ではない。^(註五)しかし、このような理論構成を採らないかぎり、代位責任の理論は、國家自體の不法行爲能力を積極的に否定することなくして構成されることができないのである。代位責任の諸學説は、かかる理論構成を採つて國家の不法行爲能力の問題を不問に附しているのか、または、國家の不法行爲能力を積極的に否定しているのか、必ずしも明らかではない。

代位責任説の一般と異なり、國家の不法行爲責任としての代位責任の獨自性を主張されようとする田中二郎教授の所説によれば、國家の不法行爲責任の本質は、『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』^(註六)という。それは、國家賠償法第一條にいう國または公共團體の責任が公法に獨自の代位責任であり、民法第七百十五條にいう使用者責任とは異なるとの意であらう。すなわち、使用者責任が被用者に對する使用者の選任監督上の責任であるに對して、國家の不法行爲責任が公務員に對する選任監督者としての國家の責任ではないとするものであらう。しかし、損害の發生なる事實が、公務員の不法行爲によるものであつて、國家の不法行爲によるものではないとの法的構成にたつて、國家賠償法第一條第一項にもとづく不法行爲責任の本質を代位責任であるとするならば、民法第七百十五條にいう使用者責任の法的構成もまたかくのごときものである。けだし、それは、被用者の選任監督

についての使用者の不注意を追求するものではなく、被用者のなした不法行為につき使用者の責任を問うものであるからである。そこに責任の対象となるものは、直接には、使用者の不注意にもとづいて発生せしめられた損害ではなく、被用者の不法行為そのものにもとづく損害であり、その本質は、代位責任であるといわざるをえない。すなわち、民法第七百十五條第一項但書の意味するところは、同項本文にいう使用者の損害賠償責任の法的性格を決定づける根據となるべきものではなく、使用者の損害賠償責任の免責事由についての創設的制限列挙規定にほかならないがゆえである。したがって、この點において兩者を區別して、國家の不法行為責任の特殊性を論ずることには賛成しがたいのである。しからば、田中教授の所説の特質は何かと問われれば、國家の不法行為責任は、いわゆる使用者責任というがごとき私法上の觀念をもつてしてはこれを律しえず、また、これから類推することもできないものである、といわれようとするところがあると答えられよう。これについて、有倉教授が、民法第七百十五條にいう使用者責任を代位責任であるとし、しかも、『選任監督の過失の存する點で一種の自己責任性が加味されている』^(註七)との見解をとられるのは、その法的構成を見誤まられることなく、しかも、民法第七百十五條第一項但書の規定の趣旨を活かされたものといふことができるであろう。今村教授は、有倉教授のこの見解を誤解されてか、『免責事由が存する一種の自己責任である』^(註八)という理由で、使用者責任を代位責任から區別しようとする考え方は正當ではない』^(註八)といわれるが、有倉教授は、前示のように、決して、それが自己責任であると斷定されているわけではないから、この批判は當を得たものとはいえないであろう。

代位責任理論構成は、これを系譜的にさかのぼれば、「王は惡をなしえず The King can do no wrong」という、

いわば前世紀的なものの考え方に基盤があるといえるものである。このような國家の不法行爲能力の否定は、現實に國家が一の社會的組織體として活動する場合に生起する國家の存在と行爲とに起因する不法行爲とそれによつて生ずる損害の存在という事實とを否認せざるをえないこととなる。事實はいかにあろうとも、「王は惡をなしえず」の命題が絶対であるとの權威思想にもとづける權威主義理論によることを潔しとするならばいざしらず、いやしくも、民主主義の原理と法のもとにおける平等の原則とを是とするかぎり、このような命題の排除さるべきは、歴史の必然的要請であろう。かの傳統古き英國においてすら、なお制度上の致命的な多くの例外があるとはいうもの、(註九)ともかく、この歴史の趨勢にしたがつて、國王訴訟手續法の制定をみざるをえなかつたことは、注目に價するところである。しかし、(註一〇)ここでも、決して、王すなわち國家の不法行爲能力の肯定があつたのではない。それは、たかだか、國家無責任の原則の不徹底な部分的排除があつたにすぎないのである。このような國家の不法行爲能力の否定と損害賠償責任の部分的肯定をもつてして、はたして、膨大な權力と活動領域をもつ國家に起因して發生する國民の損害を充分に補填しうるかは、法理論の問題というよりはむしろ、現に損害を蒙つた國民の救済という事實の先行すべき問題である。(註一一)そこでは、何はともあれ、國民の損害が充分に補填されるためには、損害賠償能力の相對的無限的な可能性を必要とし、これを備える國家にその損害賠償責任を歸屬せしめることが合目的であるとの考え方に發展をみるにいたるのである。しかし、傳統的な不法行爲責任の法理によれば、責任は、損害發生の原因をなす不法行爲の行爲者にあり、その歸屬關係は、不法行爲者の行爲についての故意または過失なる歸責事由によるものとされている。このような傳統的な考え方から、國家の賠償責任に歸責事由の必要を認め、これを公務員についての國家の選任監督上

の注意の欠缺に求め、國家の不法行爲責任をこの歸責事由による代位責任であるとす所説が生まれることとなるのである。しかし、すでに述べたごとく、使用者の選任監督上の注意の有無は、使用者の代位責任の免責事由にすぎず、使用者責任の代位責任たる本質を表示するものではない。(註一三) いいかえれば、代位責任を語るべきとき、代位責任の歸屬關係は、具體的な歸責事由を要請しない。それは、不法行爲責任の歸屬の合目的性に求めらるべきものである。あえて、國家の不法行爲責任の代位責任としての歸責事由というべきものを求めるとすれば、それは、國家と公務員との間の任用關係ということに歸するのではないであろうか。この點については、民法の使用者責任の法理を國家の不法行爲責任に類推して代位責任とする所説は、これについて一應の説明をあたえているものといふことができる。すなわち、我妻・有泉教授によれば、『近代の大企業は、その人的・物的の施設において大きな危険を包藏し、それを擔當する各員の行動を通じてこの危険が外部に現われるのである』とされて、使用者の責任の根據を使用者自身のうちにおき、その理由を近代的大企業のもつ危険性におかれて、(註一四) このような危険性の包攝ということにおいては、公權力の行使の主體たる國家がもつとも典型的なものであらうとされるからである。しかし、この理論構成は、いわゆる危険責任 *responsabilité pour risque exceptionnel* の法理によるものではない。そこに論じられる危険性の問題は、公務員の不法行爲責任の國家による代位の理論的根據の基礎と過程とを明らかにすべきかぎりにおいて採られているものにすぎないのである。ただ、このような考察方法が、遠くかの危険責任の法理から源を發し、不法行爲理論の歴史的發展の一斷面を形成するものであることは否むべくもないところである。

(註一) 杉村章三郎「行政法要義下巻」九〇頁等、宗宮信次「國家賠償法」・法學新報・五五卷七號・一二頁、我妻榮・有泉亨

「債權法」・法律學大系コンメンタール篇・五三一頁、等参照。

(註二) ここに、機關關係とは、團體の機關によりその權限の範圍内においてなされた行爲が、涉外的に、その機關の行爲として妥當せず、直接その所屬する團體の行爲として妥當する法律關係をいうものである。有倉「行政法學」六〇頁参照。それゆえ、ここで、機關關係にある機關とは、その行爲が直接國家の行爲として妥當する機關をいう。行政廳はその代表的なものである。機關關係にない機關とは、その行爲が直接國家の行爲として妥當しない機關をいう。

(註三) ここにいう公務員とは、單獨制機關については、その機關の擔荷者たる公務員を指すことはいうまでもないが、合議制機關については、機關自體をいうものと解する。有倉「公法における理念と現實」二四六頁以下参照。

(註四) 有倉・前掲書二六三頁等、田上穰治「行政法總論」八一頁、柚木淳「官吏の不法行爲責任」・司法研究報告書・二六輯一三號・一三六頁、古崎・前掲書一三三頁、等参照。

(註五) 古崎・前掲書一三三頁、等参照。

(註六) 田中二郎「行政上の損害賠償及び損失補償」一六九頁以下参照。

(註七) 有倉・前掲書二六三頁参照。

(註八) 今村成和「國家補償法」・法律學全集9・九二頁。

(註九) この法律の立法趣旨は、國家と私人とを平等の地位におくことにあるといわれる(下山瑛二「國家賠償」・法律學體系法學理論篇47・一〇〇頁参照)。それは、英米法の原則といわれる「法の支配 Rule of Law」にもとづくものであろう。この原則に近代的な意味を賦與したダイシーによれば、法の支配の概念は、正式な法の絶對的優位または支配と法の前の平等と憲法もまた通常の法の結果たることを意味し、それは結局、「私法原理の支配」であり、これを國家の不法行爲責任につとてみれば、その制度の私法的制度化を意味したものとみて差支えあるまい。 Cf. A.V. Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 9th ed., 1962, p.179.

(註一〇) Cf. G. Williams, Crown Proceedings, Preface, p.43; H. Street, op. cit., p.36.

(註一一) Vgl. Forsthoef, a. a. O. S.282.

(註二) 今村・前掲書九二頁参照。

(註三) 國家賠償法第一條の責任は、民法第七百十五條の使用者責任のごとく、選任監督上の注意の有無による免責事由の定めもなく、直接の加害者たる公務員がその責任上國家と併存することもないのであるから、これらの存在を認める使用者責任の制度の不徹底性は排除されている。使用者責任の制度が、これらの存在をもつがゆえに、『不徹底のせしりを免れないであろう(我妻・有泉・前掲書五七〇頁)』としても、それは、今村教授の指摘するような使用者責任の代位責任理論構成のつみではない(今村・前掲書九四頁参照)。それらの缺陷は、國家賠償法が克服したように、立法政策と立法技術のうえに、いかようにも修補しうるものなのである。すなわち、民法第七百十五條但書の規定は創設規定であつて、これなくして使用者の代位責任が免除される場合はないのであるから、この但書ゆえの使用者責任の不徹底性は、その代位責任理論構成のもたらす缺陷ではない。

(註四) 我妻・有泉・前掲書五七〇頁参照。

三 自己責任説の理論とその批判

國家の不法行為責任を自己責任と理論構成する思考の基礎はと問えば、國家が不法行為責任を負担する根據は、國家の社會的實在性にもとづくものであつて、その責任は、國家が現實に果している社會的機能に對して、問題とされるものである、との答を得ることになるであらう。(註一) これをいいかえれば、國家の行為はその機關の擔荷者たる公務員を通して實現さるべきものゆえ、(註二) 國家の不法行為は公務員の職務行為という形式でとらえられるものであるから、その責任は、公務員の不法行為を國家が代つて負擔するという建前にいたものではない、(註三) ということになるのである。これについて、今村教授は、『國の不法行為責任は、國の權力組織の不法な發動に基くものであるから、當然に、國

の自己責任と認められなくてはならぬ』と表現し、代位責任説を強く否定されて、『この説は傳統的な國家無責任の

觀念とは調和し得ても、結局において、國が賠償責任を負擔することの根柢は、遂に説明し得ない』と云ひ、自己責

任理論構成をもつて説明しうる「國が賠償責任を負擔する根柢」に、危険責任の理論を採られ、フランスにおける公

務過失の理論をかりて代位責任理論構成の必然性のないことを主張されている。しかし、國家の不法行爲責任が、『國

の權力組織の不法な發動に基くものである』としても、その「不法な發動」がもと公務員のなすところであるとすれ

ば、いかにして、公務員のなすところが「國の權力組織の不法な發動」となり、國の不法行爲となるかの説明のない

かぎり、『當然に、國の自己責任』であるとはいえないのではないであろうか。これに對しては、自己責任説は、

國家は一の權力團體であり、それは、『個人の權利の侵害の爲めの實力組織に外ならないから、その不法な發動によ

り、違法な加害行爲の行われる大きな危険性をその中に包含している。』國家の責任は、『まさに、このような、自己

に内在する危険性に基くもの』であるから、國家が一の權力團體としての社會的存在であり、國家の不法行爲が事實

上認識されるかぎり、それがもとなにびとのなすところであるかを問う必要はない、と應える。けだし、自己責任説

がここに危険責任の法理をもちだす理由は、損害補填の充分性と容易性の満足の可能性にある。しかし、代位責任説

においても、責任代位の理論的根柢には、損害補填について同様の要請がなされているのであるから、この點につい

て、代位責任説に對して自己責任説の特殊性を強調することは、當を得たものではない。

山田準次郎教授は、『國家公共團體の責任は、自己の不法行爲に對する責任であつて他人に代つてその責に任ずる

代位責任ではない』と説かれ、今村教授はこれを自己責任説の範疇に入れておられるが、この所説は、その前提とし

(註四)

(註五)

(註七)

(註六)

(註八)

(註九)

(註一〇)

(註一)

て、『機關たる公務員の行爲より發生する効力は假令それが不法行爲であつても事柄がその權限に屬する事柄であり、公務員が善意で行つた行爲である以上國家公共團體の名において發生するものである』^(註一)と述べられている。この所説は、公務員すなわち機關ということをも前提とする點において、後にあげられる中間的責任説と同じ缺陷を包藏するものである。また、山田教授は、公務員が悪意で行つた不法行爲について、『この場合には公務員の行爲は私人の行爲となり、従つて國家公共團體において責任を負うべきではなく、公務員たる私人の不法行爲となる』^(註二)と附言されている。しかし、國家賠償法第一條第一項は、善意、惡意を問わず、公務員の故意または過失による不法行爲について國または公共團體が賠償責任を負うことを定めているものと解せられるのである。このような理解にたつてこの所説をみるとき、それは、國家賠償法第一條の解釋としても、現實に國民の損害の補填を満足せしめないという點においても、重大な缺陷をはらむものといふることとなるであろう。例えば、判例は、非番の巡査が制服制帽を着して通行人に不審訊問をなしその金品を奪わんとして失敗しこれを射殺した事件について、公共團體の賠償責任を認めているが、^(註四)この事件をこの所説をもつて判斷すれば、その巡査の行爲は明らかに惡意あるものであるから、公共團體に賠償責任が存しないということになるであろう。しかし、この問題は、公務員の善意・惡意を判斷の基準として論ぜらるべきものではなく、公務員の行爲が職務執行行爲とみられるか否かの問題であつて、^(註一五)外觀上一應職務執行行爲とみられるならば、公務員自身の利益を目的とする場合をも含むものと解さるべきものであらう。

(註一) 今村・前掲書九二頁參照。

(註二) 有倉「行政法學」六〇頁、美濃部・前掲書三七頁、佐々木惣一「改訂日本國憲法論」二四八頁以下、等參照。Vgl.

國家の不法行爲責任の本質

G. Jellinek, a.a.O. S.560ff.; K. Malzer, a.a.O. S.52. (有倉・小林・時岡共譯・前掲譯書八二頁)

(註三) 今村・前掲書九二頁、下山瑛二「損害賠償——國家の不法行為責任と公務員」・ジュリスト・一三〇號・三九頁、等參照。

(註四) 今村「國の不法行為責任」・公法研究・一一號・六六頁。

(註五) 今村・前掲論文・公法研究・一一號・六六頁。

(註六) 今村・前掲論文・公法研究・一一號・六五頁參照。

ここらう危険責任は、不法行為の歸責事由として性格づけられるものである。行為の適法性のいかんを問わないいわゆる例外的危険 *risque exceptionnel* に對する責任であるといわれるかのフランスにおける危険責任とは、顯在的に、相異なる性格のものであり、不法行為責任の一種として過失以外に危険を根據として無過失責任を認める理論にもとづくものであつて、行為の違法性を前提としているものである。しかし、兩者は、本質において異なるところはない。石本雅男「民事責任の研究」九八頁以下參照。

(註七) 今村・前掲論文・公法研究・一一號・六七頁參照。なお、雄川・前掲論文・比較法研究・九一一〇號・六八頁、渡邊宗太郎「佛國における國家責任問題の趨勢」・法學論叢・二〇卷一號・一五九頁、古崎・前掲書三五頁、等參照。Cf. H. Street, op. cit., p.16ff., 58,68ff.

(註八) 今村・前掲論文・公法研究・一一號・六五頁參照。

(註九) 田中・前掲書一五一頁以下參照。

(註一〇) 山田準次郎「行政法」一三五頁以下。

(註一一) 今村・前掲書九三頁參照。

(註一二) 山田・前掲書一三五頁。

(註一三) 山田・前掲書一三五頁。

(註一四) 東京地方裁判所昭和二八・六・二〇判決・判例時報・四號・三頁參照。

(註一五) 有倉「公法における理念と現實」二五八頁以下參照。

四 理論構成の公法的性格と私法的性格

代位責任説は、傳統的な不法行為責任理論としての個人の過失責任理論構成のみをもつてしては、經濟の發達とそれにとまなう企業の規模の擴大化とその活動範圍の擴張等によつて、必然的に發生する企業の包藏する危險から生ずる損害を充分に補填しえないという缺陷を排除することを企圖して生まれたものである。他方、自己責任説は、フランス判例法理論の沿革から明らかなように、もともと、過失責任理論構成にもとづくものである。もつとも、そこにいう過失は、いわゆる公務過失 *faute de service public* であつて、それは、國家の不法行為とその責任の相關關係を示す歸責事由に用いられたものである。しかし、このような過失責任理論構成をもつてするのみでは、國家活動の對象たる國民相互間の經濟的衡平の要求と國民の權利保護の要請とが満足されえないことは必然であり、危險責任理論構成が、ここに、公務過失の理論の補充的役割をもつて登場する必要があるであつたのである。すなわち、ここでは、「公の負擔の前の各人の平等 *l'égalité des individus devant les charges publiques*」の原則が基調をなし、したがつて、國家活動にもなつて發生する損害は、國家活動が公益のためになされるものであり、それによる公の負擔の平等の破壊は、全體の利益による負擔に還元されて補償さるべきであるとの觀念にもとづくものである。

代位責任説の理論構成は、これを英米法系にみると、私法理論における不法行為理論に基調をおいて、使用者責任の危險責任理論構成ないし報償責任理論構成を包攝する企業責任の法理の國家活動への類推から構成されたものである。(註一)これに對して、自己責任説の理論構成は、フランス法系の判例理論からも知られるように、公法の理論として

發展したものであるといわれる。^(註二)しかし、そこにおいても、『いかなる法典にも妨げられず、民法によつても拘束されずに、行政裁判所は、行政上の責任の原則を創造する自由があつた。もちろん、それは、私法の原則を考慮したものであつて、その理論の出発點が過失すなわち公務過失にもとづいた責任であつたことは、驚くには當らない』^(註三)と、ストリートがいみじくも指摘しているごとく、私法おける不法行爲の法理が潜在していることは、否むことができないであらう。

實定法の解釋上、現在、國家の不法行爲責任を代位責任理論構成をもつて制度化しているとされている西ドイツの國家賠償制度については、さきに、田中教授が指摘されているように、その性質そのものは、公法的なものと考えられていたようである。^(註四)しかし、かつて、ギールケは、民法の規定する法人の責任の觀念は、法人の本質から生ずる原則の表象であつて、その法人が國家であるか否かということ、したがつて、加害行爲の實現にたずさわつた國家機關の擔荷者が公務の執行中であつたか否かということは、その原則とは無關係であり、民法上の不法行爲の規定は、國民がこれに對する國家の適法な職權行爲についての法律上の作爲請求權の過失による侵害にもとづく私法上の損害賠償請求權を有することを認めているのであり、それゆゑに、國家の不法行爲とその機關の不法行爲との同一なることは、その不法行爲が公法上のものであるか否かということによつて變るところのものではない、國家は、その機關の擔荷者が公權力の行使によつて違法に損害を生ぜしめた場合には、私法上の損害賠償責任を負担しなければならないとし、公務執行中という構成要件を捨象することによつて、私法を適用すべきことを主張しているのである。^(註五)

現に、ソヴィエトにおいては、國家の賠償責任は、當初から、民法典のうちにおいて認められているところである。

けだし、そもそも、社會主義のもとにおいて、市民社會は社會の政治的組織として認識される國家と異別の存在ではなく、公的利害と私的利害とは結合されているから、ソヴィエト法體系に公法と私法との區別の必要のないこと、またしたがって、ソヴィエト民法は、社會主義社會における財産的關係の關與者たる地位における國家の機關と市民との法的狀態を決定し、個人と不可分な非財産的價值における權利關係の規制に關する諸規定を包含しているから、それは、社會における財産的關係を形成するかぎり、市民も機關も組織體も、その意味においては國家も、その適用をうくべきことが知られるのである。^(註六)

(註一) Cf. H. Street, op. cit., p.36. 下山・前掲書六九頁以下參照。

(註二) Cf. A.V. Dicey, op. cit., p.328ff.; H. Street, op. cit., p.56ff.

(註三) H. Street, op. cit., p.58.

(註四) 田中・前掲書一五三頁參照。

(註五) Vgl. Gierke, *Privatecht*, S.532. なお、長濱勇吉「官、公吏、國家、公法人の不法行爲責任について」・司法研究・二

六輯二三號・二三頁、下山「國家賠償」一〇三頁、等參照。

(註六) ロシア共和國民法典第四百三條乃至第四百五條參照。

Cf. Gosovski, *Soviet Civil Law*, I, 1948, p.291. 福島正夫「ソヴィエト法における國家賠償」・比較法研究・七號・二九頁以下、エス・エス・ストデニキン(稻子恒夫・溪内謙共譯)「ソヴィエト行政法」二四二頁以下、參照。

東獨憲法が國家賠償についての規定をもたないことも、同様の立場にあるものとして理解されるであろう。しかし、ユーゴスラヴィア連邦人民共和國憲法第四十一條および朝鮮人民民主主義共和國憲法第二十五條は、國家賠償制度についての定めをなしており、ポーランド人民共和國憲法第七十三條は、國家機關に對する苦情處理要求提出權のみを認めている。

國家の不法行爲責任の本質

五 理論構成の類型

國家の不法行爲責任は、これを、代位責任説の理論をもつて構成すると、自己責任説の理論をもつて構成するとかかわらず、それが、損害の補填という事實において表象するときは、兩者の相異が歩みよりをみせて現象するといふことに、ここで着目しておかなければならないであろう。いいかえれば、國家の不法行爲責任の理論と實際とのめざす方向が、充分にして容易な損害賠償の實現にあるとするならば、代位責任説の理論構成の背後にある公務員の個人の責任の第一次的、直接的かつ國家の責任との併存的追求の理論と實際とが排除され、國家に關する特定の免責事由が剪除されなければならないということである。

わが民法第七百十五條は、被用者に對する選任監督についての使用者の注意を使用者の免責事由と定めているが、報償責任の原理の可及的な實現を期すべく、判例も學説もともに、大企業における使用者について、この免責事由の存在を容易に認めず、使用者の責任を追求する傾向を示している。^(註一)しかし、法人の機關の擔荷者個人または被用者個人の責任については、民法上の通説・判例は、それが法人または使用者の責任と併立することを認めている。^(註二)このことには、これを法人の不法行爲にみるとき、機關の不法行爲は法人の不法行爲となり、その責任は法人の責任とされるにもかかわらず、何ゆゑに機關の擔荷者個人にも責任があるとの理論構成が採られうるかとの疑問はあるが、^(註三)法人の機關擔荷者の職務行爲が機關としての行爲であると同時に擔荷者個人の行爲である二面性をもつものとし、これが被害者保護という結果において優れていることを理由として、疑問を解決している。^(註四)しかし、これを使用者責任にみ

るとき、報償責任の原理からして、不徹底のそしりが生ずることは否めないところである。かの疑問の解決の理由は、この非難に對する應答の理由でもなければならぬであらう。國家の不法行爲責任の場合にも、これらの疑問や非難は、當然に存在したのである。しかし、これらに應えるためには、國家の不法行爲責任の法理は、個人責任の併存を排除する方向に發展をみなければならぬのである。わが國家賠償法は、これらの傾向と發展の方向とに歩調を合わせ、そこでは、國または公共團體について免責事由を設けず、公務員個人の責任は、第一次的・直接的にはまつたく否認しさられているのである。

代位責任説の理論構成は、もと「王は惡をなしえず」の原理にいたものであり、それゆえに、國家に代位責任としての損害賠償責任を容認するにいたりながら、なお、幾多の例外を残すべく努力したのである。代位責任を認めるにいたつた沿革をみれば、その理由は、被害者の救済の充分性と容易性(註五)とにあり、それは、これをさかのばれば、正義と公平の理念の實現と、問題の國民の法感情への適合とにあるといふことができるのである。(註六)これに對して、自己責任説の理論構成は、もと公務過失の存在を要件とする過失責任主義にたつ自己責任から出發して、被害者の損害補填の充分性と容易性とへの方向をめざし、危険責任主義ないし無過失責任主義にたつ自己責任にいたつたものである。

このようにみると、代位責任説の理論構成と自己責任説の理論構成とが、異なるところに理論的かつ制度的出發點をおき、異なるた發展の過程をたどつたにもかかわらず、不法行爲理論一般の歩みと同調して、結局において、被害者の損害の充分かつ容易な補填という、いわば、國民の側にたつ國家賠償、という問題點に到達しているのである。(註七)ここに、わが國家賠償法第一條の解釋として、こと國家による損害賠償という點に關しては同一の結果に達するもの

であるようでありながら、責任の本質について、異なる見解が発生した理由があるのであろう。

ここに、國家の不法行為責任の本質については、一義的かつ決定的な理論構成をあたえることのできないことが知られるであろう。ただし、制度は、その制度目的のもと、幾多の要素の立體的な交流と融合とによつて發展しゆくものであるからである。それゆえに、國家の不法行為責任も、諸々の國家不法行為責任制度において、それぞれ相異なつて現象するものであり、そこにその理論構成の類型を見だして、あるいは代位責任といひ、あるいは自己責任といふのである。

(註一) 我妻・有泉・前掲書五七四頁参照。なお、大審院判決のうち、明治四〇・一〇・二〇判決・民錄一〇五三頁、大正二・

二・五判決・民錄五七頁、大正三・六・一〇判決・刑錄一一五七頁、大正六・一〇・二〇判決・民錄一八二二頁、等参照。

(註二) 我妻・有泉・前掲書四四頁、大審院昭和七・五・二七判決・民集一〇六九頁等、参照。

(註三) 我妻「民法總則(民法講義1)」一四五頁参照。

(註四) 中村・前掲書一一三頁、我妻・前掲書一四五頁、等参照。

(註五) Vgl. Forsthofer, a.a.O. S.282; 田中・前掲書一五一頁参照。

(註六) 田中・前掲書一四〇頁参照。

(註七) Cf. Deming-Changing Law, p.68ff; Friedmann, Law and Social Change, p.78. 下山「國の不法行為責任の研究——イギリス法を中心として」八八頁以下参照。

六 國家賠償制度の歴史とその要請

國家賠償制度の沿革を明治憲法のもとのが國のそれみるに、國家の不法行為能力のあることは認められていた

が、これにともなう損害賠償については、國家の作用を權力作用と非權力作用とに區別し、前者にともなう損害に關しては、法律に別段の定めのないかぎり、國家に賠償責任がないとされてきたのである。もつとも、そのはじめにさかのぼれば、國家の損害賠償責任は、官吏の不法行爲に對する公法人の責任に關する一般法の欠缺のゆえに、また、それが「公共の利益」^(註一)、「公法行爲」または「公法關係」ないし「行政行爲」または「行政關係」なるがゆえに、否定されていたのである。このような趨勢のなかにも、國家の私經濟作用についての責任は、民法における不法行爲理論によつて、つとに認められていたのである。^(註二)しかし、非權力公行政にもとづく國家の損害賠償責任については、大正五年にいたつてはじめて、肯定されるにいたる端緒をみたのである。^(註三)それでもなお、非權力作用を權力作用と説明する餘地はありえたから、非權力作用全般が完全に國家賠償の範疇に入つたとはいへなかつたのである。^(註四)このような不備不完は、やがて補われなければならないものであつた。それは、判例理論の背後を流れる傾向であり、學說理論の進展してきた潜在的趨勢でもあつたといえる。しかし、實際の試みとしては、國家の損害賠償責任を權力作用についても肯定すべきであるとの主張は、ほとんどなされなかつたようである。わが國の法制、學說・判例がしばしば類比せられる西歐資本主義國家のうちでも、國家の權威性のとくに強力であるといわれるドイツにおいてさえ、國家賠償責任制度が、實定法をもつて是認されてきたのである。このような、わが國の國家賠償制度の特殊な性格については、『わが國の絕對主義的國家權力の狂暴性によつてのみ説明しうるところ』^(註五)であるときいわれている。しかし、國家の損害賠償責任の範圍をいささかでも擴大しようとする企圖は、少くとも學說の多くの傾向がたどつてきた態度であり、そのような判例もみられないではなかつた。^(註六)とはいへ、戰爭の歴史とまでいわれる昭和の歴史のうえにおい

ては、問題の根本的解決にいたるまでにことを成熟せしめる餘地をあたえることはできなかつたのである。

第二次世界大戦におけるわが國の徹底的敗北は、國民主權主義の政治體制を不完全ながらも一舉に生起せしめたのである。そこでは、中央集權主義は地方分權主義に、警察國家主義は法治國家主義に、官僚行政主義は民主行政主義に、行政國家主義は司法國家主義に、その變革をみたのであつた。かつての天皇の官吏は、國民全體の奉仕者に變り、民主主義の原則にもとづく基本的人權尊重主義は、國家活動上の最も重要な課題となつた。このようなことの相關關係からは、必然的に、公務員による國民の權利と自由との侵害に對する救済の充分性と容易性が要請せられ、そこにいたるべき途の開かれるのは當然である。

わが憲法第十七條の規定は、國家賠償制度のこのような歴史のうえにたつて、その要請に應えるものにほかならなうのである。

- (註一) 大審院明治二九・四・三〇判決・大民錄二輯四卷一一七頁、東京控訴院明治三九・九・一七判決・法律新聞三八三號四頁、大審院明治四〇・二・二二判決・大民錄一三輯一四八頁、大審院明治四三・三・二判決・大民抄錄三八卷八六四九頁
 (板橋火藥製造所事件)、等參照。
- (註二) 大審院明治三一・五・二七判決・大民錄四輯五卷九一頁、等參照。
- (註三) 大審院大正五・六・一判決・大民錄一〇八八頁(德島市立小學校遊動圓棒事件) 參照。
- (註四) 東京控訴院昭和五・三・二五判決・法律新聞三一〇號一七頁參照。
- (註五) 下山「國家賠償」一一九頁參照。
- (註六) 大審院昭和七・八・一〇判決・法律新聞三四五三號一五頁、等參照。

七 併合的責任説の理論とその検討

日本國憲法第十七條は、「公務員の不法行爲により、損害を受けたときは」、「國又は公共團體に、その賠償を求めることができる」と定めている。すなわちここでは、公務員による不法行爲と損害の發生とが要請されている要件であり、したがつて、法律に別段の定めのないかぎり、公務員による不法行爲にともなう損害の發生が、國家の賠償責任の負擔の直接の要件とみらるべきものである。公務員による不法行爲は、その法的性格上、これを、公權力の行使に當る公務員による不法行爲と、しからざる公務員による不法行爲とに區別することができる。後者すなわち私經濟作用に屬する公務員による不法行爲については、憲法第十七條の規定の範圍内において、民法の規定が適用されて不都合のないところである。わが國家賠償法第四條の規定は、このことを前提とするものとみて差支えないであらう。^(註二)國家賠償法第一條は、それゆえに、公權力作用に屬する公務員による不法行爲についてのみ規定をおけば足りたのである。しかも、ここでは、すでに述べたように、國家の不法行爲責任の理論に、顯在的であれ、潜在的であれ、私法の理論が認められることにかんがみて、私法の理論にならつて、公務員による不法行爲を故意または過失によるものとしたこと、從來私法理論において民法第七百九條にいう不法行爲の要件たる「權利侵害」を「違法性」の徵表とみていたことにもとづいてそれを明文化したこと、公務員による不法行爲が「職務執行中」のものであることのほか、憲法第十七條に定める要件に、さらに何ものをも附加されなかつたのである。

これらの規定をみるに、それは、公務員による不法行爲が存し、その結果、特定の國民に損害が發生したとき、こ

れについての賠償の責任が當該公務員に歸せずして、その公務員の屬する國または公共團體に歸するということを表現するものであつて、これをそのままに理解すれば、國または公共團體の責任の本質は、代位責任と考えられても問題はないようである。しかし、代位責任説の理論構成は、國の不法行爲能力を否定しないかぎり合理的ではない。このような不合理を満足せしめるためには、國家の不法行爲能力の否認に基礎をおいてはじめて合理性を内包するにいたると考えられる代位責任説の理論構成よりも、國家それ自體の不法行爲能力の認容に基礎をもつ自己責任説の理論構成が支持されようとしている趨勢は存在している。しかし、いずれにしろ、あるいは代位責任説といい、あるいは自己責任説というも、行政法學の一般理論によれば、公務員の法的性格を、機關關係にある機關の擔荷者たる公務員と機關關係にない機關の擔荷者たる公務員とに區別することになるものであるから、あるいは、代位責任説が機關關係にない機關の擔荷者たる公務員による不法行爲にともなう國家の責任のみならず、機關關係にある機關の擔荷者たる公務員による不法行爲にともなう國家の責任をも代位責任をもつて論じ、あるいは、自己責任説が機關關係にある機關の擔荷者たる公務員による不法行爲にともなう國家の責任のみならず、機關關係にない機關の擔荷者たる公務員による不法行爲にともなう國家の責任をも自己責任をもつて論ずることによつて、國家の不法行爲責任をいれずかに劃一的に理論構成しようとすることは、わが國家賠償法の解釋として無理のあるところであることも否定しえないところであらう。

憲法第十七條の規定は、公務員による不法行爲が公權力の行使に當つている場合において生じたものであるか否かについて、いかなる區別もなしていない。その區別をなすべきか否かは、もつぱら立法政策の問題であり、國家の賠

償制度の歴史につらなる問題である。現行のわが國家賠償の制度は、直接に不法行爲をなした公務員が、その際に、公權力の行使に當つていたか否かによつて、國家賠償法が適用されるか、民法が適用されるか、という區別を生ずるとの法理を、その歴史にかんがみて是認し、採用しているのである。それゆゑに、公務員による私經濟作用に屬する不法行爲については、公務員が機關關係にある機關の擔荷者であるか否かによつて、憲法第十七條の規定の範圍内において、民法第四十四條の規定が適用されるか、民法第七百十五條の規定が適用されるか、という差異を生じ、公權力の行使に當る公務員による不法行爲については、國家賠償法第一條の規定が適用されることとなるのである。このようにみると、民法と國家賠償法との間には、一般法・特別法の關係は成立しないものと解さるべきである。ただし、公權力作用は、民法の豫定する私經濟作用とはまつたくその法的性格を異にするからであり、したがつて、國家賠償法は、公權力作用と公の營造物についての國家賠償に關する獨自の法分野を擔當し、私經濟作用についての國家賠償に關する法分野を擔當する民法と對立するものと解せらるべきがゆゑである。(註五) 國家の不法行爲が公權力作用に屬するものであらうと私經濟作用に屬するものであらうと、國家賠償關係における事象は共通の場合にあるものであることにかんがみるときは、公權力作用に屬する不法行爲についても、私經濟作用に屬する不法行爲についてと同じく、公務員が機關關係にある機關の擔荷者であるか否かによる區別がなされるべきことは、體系的理論的要請として認められねばならぬところのものであらう。もつとも、これについては、反對説がないではない。わが國家賠償法をみて、それを、英米の立法にならつて、國家と私人とを同列におく私法理論によるものと解し、(註六) 民法と國家賠償法との關係を、一般法と特別法との關係とするのである。しかし、かりにこのように解するときは、國家賠償法には公務員の法的性

格について何らの定めがないのであるから、むしろ、その理論構成を民法の理論によつてなすべきことが當然のものとなるであろう。民法の定めるところによれば、不法行爲につき、公務員の法的性格の相異に應じて、適用されるべき規定したがつてその取扱ひの異なるごとく、國家賠償法の適用に當つても、これに従つて然るべきであり、それがこのような場合に要請される統一ある體系的な解釋といひうるものであろう。もし、國家賠償法の適用に當つて、公務員の法的性格についての區別の必要がないといわんとするときは、ひとり憲法第十七條に、「公務員」とのみあつて、これについて何らの限定も區別も(註七)ないと語るのみならず、國家賠償法と民法との規定の關連において、その理由が明らかになければならない。

立法論によるときは知らない。そのときは、憲法第十七條の規定には、公務員の法的性格に何らの限定も區別せず、一律に取扱ひ、あるいは代位責任説、あるいは自己責任説が主張されうるであらう。しかし、わが國の現行の法制度における憲法第十七條の規定のもとにおける法理論として、こと國家の不法行爲責任について、民法と國家賠償法との統一ある體系的な解釋と適用とを意圖するものは、ここに、憲法第十七條にいう「公務員」を、その法的性格にもとづいて區別して論じなければならぬ必要があり、そこに、これを區別して論ずる併合的責任説(註八)とよばれる理論構成が導き出されざるをえない根據があることを知るであらう。それは、決して、民法理論のみからの單純な推論の結果でもなければ、それからもたらされた結論でもない。ことは、國家の法人性と、法人の不法行爲責任の法理および使用者責任の法理、しかして、行政法學の一般理論とからする結果と、わが國家賠償制度における國家賠償法と民法との規定の統一ある矛盾なき解釋理論とその適用との結果とが、國家の不法行爲責任理論の發展の方向に背馳せず、

憲法第十七條の規定の解釋理論に包攝可能なることから生ずる結論であるといいうるであらう。

併合的責任説によれば、機關關係にある機關の擔荷者たる公務員による不法行爲は、國家の不法行爲であること、したがつて、そこに生ずる損害賠償責任は、當該公務員には歸せずして、國家それ自體の負擔すべきものであること、すなわち、それは、まさしく、自己責任理論構成であり、これに對して、機關關係にない機關の擔荷者たる公務員による不法行爲は、國家の不法行爲ではなく、そこに生ずる賠償責任は國家の負擔すべきものではない、それは當該公務員に歸すべきものであつて、國家はこれを代位して負擔するにすぎない、責任の代位されるゆえんは代位責任理論一般のよるところと同じである、とする。このように、併合的責任説は、自己責任理論構成と代位責任理論構成との併合的理論構成によつて形成されるものである。

(註一) ここに「公權力」とは、一方、私經濟作用を除き、他方、公の營造物の設置または管理の場合を除く、すべての行政作用を意味する。有倉「公法における理念と現實」二五七頁以下參照。

(註二) 有倉・前掲書二七二頁以下參照。

(註三) 有倉・前掲書二五九頁以下參照。

(註四) 末川博「國家賠償法と民法のつながり——無過失責任にからんで——」・法律時報・二五卷九號・四頁、末川「權利侵害論」、等參照。

(註五) 有倉・前掲書二七二頁參照。なお、佐々木・前掲書四四五頁、等參照。

(註六) 有泉「公務員の不法行爲と國家賠償」・法律時報・二五卷九號・九頁參照。なお、古崎・前掲書一四頁、今村・前掲書八九頁、法學協會「註解日本國憲法」三八九頁、等參照。

(註七) 今村・前掲書九三頁、等參照。

國家の不法行爲責任の本質

(註八) 有倉教授、田上教授、柚木氏、古崎氏等がこれに屬する。二(註四)参照。古崎氏は、この所説を、折衷説、と稱するが、それは、代位責任説と自己責任説との妥協的、調節的、折衷的理論ではなく、代位責任理論と自己責任理論との併合的理論構造による独自の理論構成であるから、この名稱は適切ではない。なお、八(註一)参照。

八 中間的責任説の理論とその批判

代位責任説と自己責任説とのいうところに満足せず、しかも併合的責任説と理論構成を異にする所説に、中間的責任説がある。^(註一)

渡邊宗太郎教授は、これについて、『國又は公共團體は自己の機關の不法行爲即ち自己自身の不法行爲について一應自らその責を負ふのであつて、他人の不法行爲に代つて責を負ふのではない。唯、公務員の不法行爲が故意又は重大過失を意味するときには、それは機關の行爲としての品質をもち得ないから、機關理論の上からは、公務員自身の責任の問題を生じる。しかし、國家賠償法は、この場合にも被害者たる行政客體が直接に公務員個人に對して賠償の請求をなすことを認めない。行政客體との關係においては常に國又は公共團體が責を負ふのであつて、従つて、この場合は理論上國又は公共團體は他人に代つてその責を負ふものである。國家賠償法が、國又は公共團體が賠償の責をとつた場合に、公務員に故意又は重大な過失があつたときには、國又は公共團體は、その公務員に對して、求償權を有する、と規定する所以である』^(註二)と説かれる。ここにおいて、渡邊教授は、公務員すなわち機關、という措定にたつて論をすすめておられるようである。^(註三)なぜなら、そのように解しないかぎり、この所説にしたがえば、機關關係に

ない機關の擔荷者たる公務員による不法行爲については、被害者の損害の補填の途はないということになり、いちじらしい缺陷が見出されざるをえなくなるからである。この缺陷を排除しようとすれば、公務員の法的性格について、機關關係にある機關の擔荷者たる公務員であるか否かという區別をしない理論的缺陷が他方に露呈せざるをえないこととなるのである。この所説は、結局、國または公共團體の賠償責任の本質を原則として自己責任、例外として代位責任であると把えており、^(註四)それが、國家賠償法第一條第一項の規定を、確認規定と創設規定との二性格を併備するものと讀み、その理論的根據を國家賠償法第一條第二項の求償權の發生要件として定められた公務員の故意または重大な過失に求めていることは、注目に價するものであらう。しかし、この求償權の規定あるがゆえに、國家賠償法第一條第一項にいう國の責任に代位責任を認めうるものではない。けだし、この求償權の規定は、公務員が國家の内部に潜在して個人的責任を免かれうることとなる結果、その行爲が恣意にながれ、公務員の職務執行の忠實性と國家に對する職務精勵に缺けるところのないように政策上の要請から設けられたものと解せられるのであつて、その必要性は、國の責任が自己責任であると代位責任であるによつて異なるものではないからである。

(註一) 今村教授は、中間説という名稱をつけて、有倉教授の所説と渡邊教授のそれとを一括しておられる(今村・前掲書九三頁參照)が、この兩説は、公務員の法的性格の理解において相異があるうえに、前者が、公務員の法的性格に根據して理論を構成しているのに對し、後者が、その理論構成の基礎を求償權の發生要件たる故意または重大な過失においているという、根本的差異があるのであるから、これらを一括することは便宜にしても賛成しえないところである。

(註二) 渡邊宗太郎「全訂日本國行政法要論・上卷」四五〇頁。

(註三) 今村教授も、渡邊教授のこの所説における公務員の性格をそのように理解されている。今村・前掲書九三頁參照。

(註四) 今村教授は、この點、渡邊教授の所説が『國の賠償責任の佛蘭西法的構成と類似しており、私見に最も近いが、國の責任を危険責任と解する立場に徹底すれば』渡邊教授のような『區別を認める必要はないと思う』といわれている。今村・前掲書九四頁參照。

(註五) ドイツ官吏法 (Deutsches Beamtengesetz vom 26. 1. 1937) 第二十三條參照。第一回國會參議院司法委員會における政府の説明・昭和二年七月二六日同委員會會議錄參照。

結

併合的責任説に實益がない、ということとは、有倉教授によつても、つとに、指摘されているところである。(註一)
そこにいう實益の有無は、民法第四十四條と第七百十五條との間に存することを選任監督についての免責事由の有無という相異の存否について語られているものである。それゆえに、わが國家賠償法のごとく、制度上、國家の免責事由について何らの定めのないかぎり、被害者たる國民の側からみれば、損害賠償請求の相手方には、國家のみが顯在して公務員がたちあらわれる餘地がないから、被害者の救済という點においては、代位責任説というも、自己責任説というも、併合的責任説というも、中間的責任説というも、ここにいう實益について、優劣のあるところではない。けだし、免責事由の定めのあるときは、代位責任理論構成によれば、國家が免責されるとき公務員の本來の責任を復活してこれに責任を負擔せしめる餘地がありうるから、自己責任理論構成による場合に、責任の主體を失うのに比較して、實益があるといえるが、免責事由の定めのないときは、公務員が責任の主體として顯在する餘地がないから、

兩者いずれの理論構成を採るも、何らの差異なきがゆえである。

これらの諸學説のいずれにその採るべき實益があるかを論ずるとすれば、それは、國家の不法行爲責任の本質にかかる法學純理の問題として、また、國家賠償制度に關する立法論を語るに當つても、現行の制度の運用を論ずるに當つても、その中心課題となり、ひいては、國家賠償制度の制度目的、したがつて、その指導理念に仿らなり、『被害者たる國民の保護に重點を置くか、國庫の保全にとらわれるか』^(註一)という二律背反する要請の交錯を整理し、その解決への途を用意する基礎として、判斷さるべきことである。このような意味において、すでに考察したところからこれらの諸學説をみると、併合的責任説が、わが國の國家賠償制度の現段階を的確に把握し、その發展の過程を示し、わが國家賠償法における國家の不法行爲責任の適切な解釋と運用を用意するものとして、他の諸學説に比較してすぐれるものをもつものといふことができるであらう。それは、ただ、『精緻にみえて』^(註二)と敬遠される理論上の技巧のみの所産ではないのである。

(註一) 有倉・前掲書二六三頁參照。

(註二) 有倉・前掲書二五九頁。

(註三) 今村・前掲書九三頁。

(昭和三五年二月二八日稿)