

# 国家賠償制度に対する憲法上の要請

—— 比較法的アプローチからの試論 ——

渡 邊 互

## 目 次

1. 問題の所在
2. 無過失責任の法理における憲法上の要請
  - (1) 国家補償の関連法規
  - (2) 収用類似の侵害
  - (3) 犠牲補償請求権（狭義）
  - (4) 国家補償の根拠づけをめぐる議論
  - (5) 小括
3. 国賠法 1 条に対する憲法上の要請
  - (1) 判例における無過失責任への対応
  - (2) 判例理論の課題
  - (3) 憲法と国賠制度との関係
4. まとめ

## 1. 問題の所在

本稿は、国家賠償（以下、「国賠」という）制度を憲法上の要請という観点から考察することを目的とするものである。憲法 17 条は、公務員の不法行為による損害賠償について、これを「法律の定めるところにより」、国または公共団体に求めることができると規定しており、この規定をうけて国賠法 1 条が制定されたことは周知のとおりである。このことから憲法学は、憲法 17 条の趣旨は国賠法 1 条に現れているとして、国賠請求の要

件に関する検討を行政法学に委ねてきたということができよう<sup>1</sup>。しかし、憲法附属法律は、当然のことながら憲法の趣旨を実現したものである必要があり、その意味で憲法規範の内容形成が充分であるのかという観点から、国賠請求の要件に関する検討を加える必要があると考えられる。

こうした検討を試みるきっかけは、違法な公権力の行使による損害の賠償責任を定めた国賠法1条にいう「違法」（以下「国賠法上の違法」という）の概念をめぐる行政法学の議論にある。周知のとおり国賠法上の違法については、判例上、処分の違法を問題とする取消訴訟におけるそれとは異なり、公務員が職務上の注意義務に違反したことでであると捉える「職務義務違反説（職務行為基準説）」が有力となっている<sup>2</sup>。これは取消訴訟における違法概念との違いに着目して「違法性二元説」とも呼ばれるが、その一方、学説では国賠法上の違法を取消訴訟におけるそれと同様なものと見る「違法性一元説」が支配的である<sup>3</sup>。

違法性一元説は、国賠制度を行政法の基本原理である「法律による行政の原理」の一環として理解し、その理解から国賠法上の違法を把握しようとする試みであるということができよう。例えば、代表的な行政法学の概説書では、こうした考え方を国賠制度の歴史的展開のなかに位置づけながら、次のように説いている。

「論理構成としても、行政行為それ自体との違法とは別に国家賠償法上の違法の概念を立てることに疑問がある。というのは、行政行為は法律に適合していることを要請され、また、その要請を充たしている限りで損害賠償法上の責任を負わない。これに対して、行政行為が違法な場合においても、当初は主権無答責の法理、違法行為の国家帰属不能の理論によって、国家の損害賠償責任が否定されていたのであ

- 
- 1 参照、佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）358頁、野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法1（第5版）』（有斐閣、2012年）554頁。
  - 2 参照、神橋一彦「違法な法令の執行行為に対する国家賠償請求訴訟について」立教法学第75号（2008年）70頁。
  - 3 参照、神橋（註2）68 - 69頁。

る。しかし、この2つの法理が放棄されることになり、国家の行為が違法であれば、国家賠償の途が開かれることになったわけである。したがって、中心となるのは、客観的な法秩序に照らして国家行為が違法と評価されるかどうかである。<sup>4</sup>

以上に引用した見解は、これを素朴に受け取ると、公務員の故意・過失の有無にかかわらず違法な行為による損害に対して国家が賠償責任を負うことを説くものであるように思われるが、必ずしもそうした無過失責任主義に至るものではない。国賠法1条は、賠償責任の成立要件に公務員の故意または過失を要件としており、判例において職務上の注意義務違反がなかったとされるような公務員の行為については、違法性一元説に立った場合にも、結局、「違法無過失の行為」として賠償責任は否定されているからである<sup>5</sup>。したがって、現在までのところ違法性一元説は、少なくとも賠償責任の有無については解釈上の実益をもたない議論であり、もっぱら論理構成のレベルにおいて主張されているといわざるを得ないであろう<sup>6</sup>。

こうした理論状況は、国賠法という実定法を前提とした法解釈論としては、不可避なものと考えられるのかもしれない。しかし、「違法な国家活動に対して国家は賠償責任を負うという原則が、法律上、過失責任という要件によって修正を受けている」という考え方には、法学の議論としては論理の逆転が存在しているおそれがある。この逆転が生じるのは、その原

- 
- 4 塩野宏『行政法 [第5版補訂版]』（有斐閣、2013年）320頁。下線は引用者による。なお、この記述は、高木光「法律の執行」高木ほか編『行政法学の未来に向けて（阿部・古稀）』（有斐閣、2012年）27頁でも引用されている。同論文では、国賠法1章の解釈における代位責任説の立場から、引用した見解は「難解」であり、国賠法の解釈論としては自己責任説に立つものであり、「疑問」があるとされているが、国賠制度の歴史的展開という観点からは首肯できるというほかないであろう。
  - 5 参照、塩野（註4）、320頁。違法無過失の概念については、遠藤博也『国家補償法 上巻』（青林書院、1981年）191頁以下の記述を参照。
  - 6 参照、塩野（註4）、320、324頁。

則が憲法上の要請であると考えられる場合である<sup>7</sup>。国賠制度は、後に見るように、法律による行政の原理に加えて、憲法が規定する生命・身体に対する権利（13条）や財産権（29条1項）の保障、さらに平等原則（14条）などのひとつの現れであると捉えることができるのであって、これらの憲法上の権利や原則から導かれる要請に過失責任主義をとる国賠制度が十分に応えていない場合には、国家にはなんらかの対応をすべき義務が生じていると考えられる。

もっとも、これは必ずしも国賠法1条が規定する過失責任主義の根本的な転換を迫るものではない。後に見るように同条の解釈の枠内においても、過失を緩やかに認定することなどにより、実質的に無過失責任主義の方向へと接近する動向が判例上見られ、学説上も様々な理論構成が提唱されてきたことは、広く知られるとおりである<sup>8</sup>。本稿の検討は、これらの動向に憲法上の根拠があることを示す試みである。そのために、ドイツ連邦通常裁判所の判例において展開されてきた無過失責任の法理を憲法上の要請という観点から再検討すること、これが本稿の課題の一つである。

なお、この検討を通じて、上記の国賠法上の違法概念をめぐる論争を考察するうえでも有益な視角を得ることができると思われる。わが国の学説・判例における国賠法1条の解釈論には、ドイツの国家補償法における「職務責任」（Amtshaftung）という過失責任の制度に加えて、「収用類いの侵害」（Enteignungsgleicher Eingriff）、や「犠牲補償請求権（Aufopferung）」などの歴史的背景を異にするさまざまな無過失責任の法理に相当する考え方が混在しており、そのことが議論を混迷させていると考えられるからである。これらの制度や法理がなにを対象としており、相互にどのような関係に立つものであるのかを明らかにすることにより、違法概念についても、ふたつの見解の対立の意味が整理できるのではないかと考えら

---

7 参照、大石眞「立法と権限配分の原理（2・完）」法学43巻1号（1979年）79頁。

8 参照、藤田宙靖『第四版行政法（総論）【改訂版】』（青林書院、2005年）529-533頁。

れる。

以上のような問題意識から本稿では、ドイツにおける無過失責任の法理における憲法上の要請を明らかにした後、それを手がかりにわが国の国賠法1条をめぐる判例に検討を加え、その課題を明らかにすることにしたい。

## 2. 無過失責任の法理における憲法上の要請

ドイツの連邦通常裁判所 (Bundesgerichtshof) の判例は、上記の「収用類似の侵害」や「犠牲補償請求権」の法理などにより、違法無過失な侵害に対する国家または公共団体の責任を認めており、その経緯については、わが国においても、すでに1970年代から80年代にかけて秋山義昭、宇賀克也らの国家補償法研究者によって詳細な検討が加えられている<sup>9</sup>。もっとも、ドイツにおいても国家補償法の分野は、「全体として重層的で、隙間のある、見渡すことのできない対象を形づくっている」<sup>10</sup>といわれることすらあるように、これらの法理の生成の経緯は必ずしも平明ではなく、その解釈も一様とはいえない。そこで以下では、(1) ドイツの国家補償の関連法規を確認した後、(2) 収用類似の侵害および(3) 犠牲補償請求権の法理を筆者なりに整理したうえで(4) 違法無過失な侵害に対する補償の根拠に関する議論に検討を加えて行くこととしたい。

### (1) 国家補償の関連法規

ドイツ連邦共和国基本法(1949年制定・施行。以下、「基本法」という。)は、14条1項において財産権を保障し、同条3項において収用および補償に関する規定を置いている。同条3項は、「収用 (Enteignung) は、

---

9 秋山義昭「ドイツにおける国の無過失責任論(1)~(5)」北大法学論集25巻1号(1974年)、1-41頁25巻3号(1974年)63-96頁、26巻2号(1975年)107-132頁、28巻3号(1977年)1-35頁、31巻1号(1980年)107-133頁。宇賀克也『国家責任法の分析』(有斐閣、1988年)100-203頁。

10 Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2011, S. 659 (§ 25 Randnummer 1).

公共の福祉のためにのみ認められる。収用は、補償の方法と範囲を定める法律によるか、またはこれに基づいてのみ行うことができる。補償は、公共の利益及び当事者の利益を公正に考慮して決定するものとする。補償の額を理由として、争いのある場合は、通常裁判所への出訴の途が認められる。」と定めている。これは、わが国憲法における損失補償（29条3項）に対応する規定であることはいうまでもなく、ほぼ同様の定めは、ヴァイマル憲法（1919年制定・施行）153条<sup>11</sup>にも置かれていた。

公務員の不法行為による損害賠償責任について基本法34条は、「ある者が、その担当する公的職務を行うについて、第三者に対して負う職務義務（Amtspflicht）に違反した場合、その者が服務する国家又は団体は、その責任を負う。故意または重大な過失があった場合には、求償権は留保される。（以下略）」と規定している。これは、「職務責任（Amtshaftung）」と呼ばれる賠償責任を定めたものであるが、本条は、ドイツ民法典（1896年制定、1900年施行）839条1項の「公務員が故意または過失により第三者に対して負う職務義務に違反した場合、当該公務員は、それによって生じた損害を当該第三者に補償しなければならない。」という公務員の自己責任を定めた規定を受けて、その賠償責任を国家または団体が代位することを主旨として制定されたものである（やはりヴァイマル憲法の131条<sup>12</sup>に、ほぼ同様の条文が置かれている）。もっとも後に見るように、今日では、基本法34条は単なる民法上の責任の転換を規定したのではなく、憲法上の規定として職務責任の基本原則を定めたものとみる見解が有力で

- 
- 11 ヴァイマル憲法 153 条：「[1 項] 所有権は、憲法により補償される。その内容及び限界は、法律から明らかとなる。[2 項] 収用は、公共の福祉のために、かつ、法律上の根拠に基づいてのみ行うことができる。収用は、ライヒ法律に別段の定めのない限り、正当な補償のもとに行う。補償の額を理由として、争いのあるときは、ライヒ法律に別段の定めのない限り、通常裁判所への出訴が認められる。（以下略）」。
  - 12 ヴァイマル憲法 131 条：「公務員が、その担当する公権力の行使に当たり、第三者に対して負う職務義務（Amtspflicht）に違反した場合、その責任は、原則として、その者が服務する国家又は団体が負う。当該公務員に対する求償権は留保される。通常裁判所への出訴の途は閉ざされてはならない。（以下略）」。

ある<sup>13</sup>。

なお、基本法 34 条にいう「職務義務」の概念は、職務を行う者が雇用主である国家に対して負う義務であり、いわゆる行政の内部関係上のものであることには注意が必要である。したがって、「第三者に対して負う職務義務」とは、職務を行う者がある国民に対して一定の行動をとる、とらないという義務を国家に対して負っていることを意味する。この「今日では奇妙に思われる構成」には、もともと、公務員が自ら賠償責任を負うという、民法典 839 条に見られる職務責任の要件として定められたものであるという背景があることが指摘されている<sup>14</sup>。もっとも、公務員が国民に対して（つまり、外部関係においても）適法に職務を遂行すべき職務義務を負っていると考えれば、結局、職務義務違反と行政の違法性の概念とは、原則として重なり合うことになる<sup>15</sup>。

## (2) 収用類似の侵害

違法無過失な行為による侵害のうち、財産権の侵害に対する補償を根拠づけるのが「収用類似の侵害」の法理である<sup>16</sup>。連邦通常裁判所が、1952 年 6 月 10 日の判決<sup>17</sup>において収用類似の侵害という概念を導くために用いた論理は、今日では「いわんや論理」、「なおさら論理」（Erst-recht-

13 *Maurer* (Fn.10), S. 665 (§ 25 Randnummer 10).

14 *Maurer* (Fn.10), S. 674 (§ 26 Randnummer 16).

15 *Maurer* (Fn.10), S. 674 (§ 26 Randnummer 16). 参照、朝田とも子「ドイツ職務責任制度における『第三者に対して負担する職務義務違反』要件についての考察」北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル No. 14 (2007 年) 17 頁。

16 もっとも、個別法のなかに補償規定がある場合には、それが適用されることになり、この法理は、補償規定がない場合に初めて適用されることになる。Vgl. *Steffen Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl., 2013, S. 445 (§ 22 Randnummer 1135); *Steffen Detterbeck/Bernd Grzeszick/Hans-Dieter Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, S. 368 (§ 17 Randnummer 50). 個別法における補償規定については、vgl. *Fritz Ossenbühl/Matthias Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., 2013, S. 322.

17 BGHZ 6, 270

Schluss bzw. Logik) として広く知られるものであった<sup>18</sup>。すなわち、"財産権に対する適法な侵害に対して基本法 14 条 3 項が規定する収用補償が認められるのであれば、なおさら、違法な侵害に対して補償が認められるべきである"、と。

連邦通常裁判所は、上記判決において「ヴァイマル憲法 153 条または基本法 14 条を類推適用して当事者に補償請求権が発生するような収用類似の事実」という表現を用いている<sup>19</sup>。ここでは収用類似の侵害に対する補償は、基本法 14 条 3 項が規定する収用補償であると考えられているようにも思われる<sup>20</sup>。しかし、基本法に基づく補償という考え方は、1981 年 7 月 15 日の連邦憲法裁判所判決 (いわゆる「Nassauskiesung 判決」)<sup>21</sup> によって、成立し得なくなった<sup>22</sup>。同判決は、同条同項の「収用は、補償の方法と範囲を定める法律によるか、またはこれに基づいてのみ行うことができる」とする文言 (いわゆる Junktiv-Klausel) を根拠に、補償を定めていない法律に基づく収用は取消されるべきであるとして、基本法のみに基づく補償を認めなかったからである。

再び連邦通常裁判所の上記判決に戻ると、そこでは同時に「ライヒ裁判所の判決がプロイセン諸国のための一般ラント法序章 74、75 条を類推適用して、いわゆる犠牲補償請求権へと発展させた原則は、引き続き慣習法として有効である」という見解が示されている<sup>23</sup>。違法無過失な侵害に対する補償は、実はすでにヴァイマル憲法下においてライヒ裁判所 (Reichsgericht) の判決が認めていたところであった<sup>24</sup>。当時、根拠とされていたのは収用補償の規定ではなく、1794 年の「プロイセン諸国

---

18 Vgl. *Ossenbühl /Cornils* (Fn. 16), S. 262; *Maurer* (Fn. 10), S. 699. もっとも、erst recht という表現自体は、この判決では用いられていないが、その論理構造自体はすでにここにみることができるといってよい。

19 BGHZ 6, 270 (291).

20 Vgl. *Detterbeck* (Fn. 16), S. 445 (§ 22 Randnummer 1133).

21 BVerfGE 58, 300 (324).

22 BGHZ 90, 17; vgl. auch BGHZ 132, 181; 134, 30.

23 BGHZ 6, 270 (275 f.).

24 RGZ 140, 276 (281 ff.). Vgl. *Maurer* (Fn. 10), S. 715 (§ 27 Randnummer 20).

のための一般ラント法 (Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten)」序章に規定された「犠牲補償請求権 (Aufopferungsanspruch)」であった。同法は、共同体の福祉を促進する権利および義務に対する国民の権利および利益の譲歩 (74 条)、および「自己の固有の権利及び利益を共同体の福祉のために犠牲にすることを強制された者」に対する国家の補償義務 (75 条) を規定している。

こうして、収用類似の侵害に対する補償は、Nassauskiesung 判決以降も、犠牲補償請求権を根拠として存続することとなった。以上のような判例の展開に鑑みて、「収用類似の侵害は、理論上、収用から切り離され、独立している」<sup>25</sup> という説明もみられるようになり、「犠牲補償 (Aufopferungsentschädigung)」という概念のもとにこれを位置づける体系化の試みもある<sup>26</sup>。もっとも、だからといって、収用類似の侵害の法理が基本法 14 条と無関係であると考えられているわけではない。同条 1 項が規定する財産権の保障が補償の重要な根拠であることは、しばしば指摘されるところであり<sup>27</sup>、連邦通常裁判所も「収用類似の侵害は、基本法 14 条の財産権の保護から導かれる」旨を繰り返し述べている<sup>28</sup>。違法性に関わる部分を除けば、収用類似の侵害が認められる要件も構造的には収用のそれと同様であり、公共の利益を目的とした公法上の行為による財産権の侵害の結果、特別の犠牲が生じたことが必要とされる<sup>29</sup>。こうした要件

25 Bernd Grzeszick, in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., 2010, S. 979 (§ 45 Randnummer 66) mit Fn. 129. Vgl. Wolfgang Rüfner, in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 2002, S. 743 (§ 48 Randnummer 55) mit Fn. 159.

26 Vgl. Detterbeck/Grzeszick/Sproll (Fn. 16), § 17 Randnummer 6.

27 Maurer (Fn. 10), S. 754 f. (§ 27 Randnummer 87); Grzeszick (Fn. 25), S. 979 (§ 45 Randnummer 66); Manfred Baldus/Bernd Grzeszick/Sigrid Wienhues, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl., 2009, S. 111 f. (Randnummer 422 f.); Friedrich Schoch, Die Haftungsinststitute des enteignungs gleichen und enteignenden Eingriffs im System des Staatshaftungsrechts, in: Jura 1989, S. 529 (534). Vgl. Rüfner (Fn. 25), S. 743 (§ 48 Randnummer 57) mit Fn. 165.

28 BGHZ 76, 375 (385); 90, 17 (29 f.).

29 BGHZ 117, 240 (252). Vgl. Jürgen Papier, in: Münchener Kommentar zum

の存在は、見方を変えれば、収用類似の侵害が、その後の法理の発展にもかかわらず、基本的に収用と同様なものと位置づけられていることの証左とみることでもできよう。収用類似の侵害が、基本法 14 条 3 項の類推適用ではなくとも、14 条を根拠として、「収用と同じように」補償されると要約されることがあるゆえんである<sup>30</sup>。

さて、当初、違法無過失な行為について認められた収用類似の侵害の法理は、次第にその対象を拡大して行くことになる。連邦通常裁判所は、すでに上記の判決後まもない 1952 年 10 月 16 日に、違法有過失な行為についても収用類似の侵害であるとする判断を示している。この判断を導いたのは、違法な侵害による損害が補償されるという原則は、「当該侵害が有責になされた場合には……なおさら (erst recht) 適用を受けなければならない」という判示に明らかなように、やはり「なおさら論理」であった<sup>31</sup>。連邦通常裁判所は、その後の判決において、この論理をやや敷衍して、「権力的行為を違法な場合でも受忍することを強制された私人に……国家が活動する機関に責任があるという理由のみで、収用や犠牲の法思想から生じる補償請求権を認めないのは不合理である」とも述べている<sup>32</sup>。こうして、収用類似の侵害の対象は、職務責任のそれと重なり合うこととなったが、両者の請求は、いずれが優先・劣後するというものではなく、同時に行うことができるとするのが判例の立場である<sup>33</sup>。

さらに連邦通常裁判所は、収用類似の侵害における補償の要件である「特別の犠牲 (Sonderopfer)」は、すでに侵害の違法性によって生じているという見解を明らかにしている。違法な侵害による犠牲は、「法律上の一般的な犠牲の限界を超えており、平等原則の命じるところに従って補償

---

BGB, 6. Aufl., 2013, S. 2537 f. (§ 839 Randnummer 26); Detterbeck/Grzeszick/*Sproll* (Fn. 16), § 17 Randnummer 6.

30 *Maurer* (Fn.10), S. 715 (§ 27 Randnummer 20).

31 BGHZ 7, 296 (298).

32 BGHZ 13, 88 (93).

33 BGHZ 13, 88 (101).

すべき、特別の犠牲となるからである。」<sup>34</sup>。Hartmut Maurer は、この判例の展開には大きな意味があるとして、次のように解説を加えている。従来は収用類似の侵害が認められるためには、違法性のみを除いて特別の犠牲その他収用のすべての要件が充たされなければならないとされていたものが、違法性こそが特別な犠牲という本質的な要件であると考えられるようになった。こうして、「侵害の違法性にもかかわらず補償がなされる、というだけではなく、侵害の違法性ゆえに補償がなされる」ようになったのであり、「収用類似の侵害の法理は、国家機関の違法な行為を理由とする、有責性とは無関係の直接的な国家の賠償責任へと発達したのである」、と<sup>35</sup>。

なお、こうして現在に至った「収用類似の侵害」の国家補償法における位置づけは、以下のように図式化できるであろう。

適法な行政活動	違法な行政活動
収用補償	収用類似の侵害への補償 (過失責任および無過失責任)
	職務責任 (過失責任)

図：「収用類似の侵害」の国家補償法における位置づけ

### (3) 犠牲補償請求権（狭義）

上記のように、連邦通常裁判所の判例において収用類似の侵害の法理は、犠牲補償請求権によって根拠づけられている。共同体の福祉のために自己の権利利益を犠牲にした者への補償を内容とするこの請求権は、さらに適法な事業等の影響により周辺住民等に生じた損害である「収用的侵害 (Enteignender Eingriff)」(わが国でいう「供用瑕疵」に相当するもの) に対する補償の根拠ともなっている<sup>36</sup>。これらの法理は財産権の侵害を対

34 BGHZ 32, 208 (211 f.).

35 Maurer (Fn. 10), S. 716 (§ 27 Randnummer 22).

36 Vgl. Ossenbühl/Cornils (Fn. 16), S. 325.

象としたものであるが、そのほかの侵害については、犠牲補償請求権がいわば直接適用されることになる。これを狭義の犠牲補償請求権と呼ぶこともあるが、その対象とされてきたのは、基本法 2 条 2 項（「何人も、生命への権利及び身体の不可侵への権利を有する。人身の自由は、これを侵すことができない。」）の保護法益である生命、身体、人身の自由のみであるとされる<sup>37</sup>。これらの法益の侵害があった場合には、それが無過失なものであったとしても補償がなされるのが、犠牲補償請求権の法理の要求ということになるが、実際には、そうしたケースの大部分は法律により規律されており、この法理が直接適用される場面はあまりないといわれている<sup>38</sup>。法律による犠牲補償請求権の代表的な例としては、予防接種による障害、無罪の者の逮捕を理由とする補償があげられている<sup>39</sup>。

なお、この法理の内容および要件は、財産権を対象としないという点を除き、すでに見た同じ根拠を有する収用類似の侵害の法理と同様であるため<sup>40</sup>、これ以上、詳細には立ち入らない。

#### (4) 国家補償の根拠づけをめぐる議論

判例のいう犠牲補償請求権を支える基本法上の原則としては、収用類似の侵害については基本法 14 条 1 項の財産権の保障、狭義の犠牲補償請求権については同法 2 条 2 項の生命・身体・人身の自由への権利の保障があげられるが、これに加えて同法 3 条 1 項の平等条項から導かれる負担の公平の原則があるとみることができよう<sup>41</sup>。もっとも、犠牲補償請求権それ自体の対象は必ずしも憲法上の法益に限られていないことや、その後の判例における対象拡大の結果、収用類似の侵害の法理が「違法な行為に対する国家の賠償責任」へと発展したともいわれる状況に鑑みると、ドイツに

---

37 Vgl. *Maurer* (Fn. 10), S. 779 f. (§ 28 Randnummer 3).

38 Vgl. *Maurer* (Fn. 10), S. 780 (§ 28 Randnummer 5).

39 Vgl. *Maurer* (Fn. 10), S. 780 (§ 28 Randnummer 5).

40 Vgl. *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 16), SS. 343 - 346.

41 *Grzeszick* (Fn. 25), S. 979 (§ 45 Randnummer 66).

おける国家補償の内容は、「およそ違法な行政活動により生じた損害をすべて補償する」というような非常に広範なものと理解され得るのではないかとも思われるが、この印象は必ずしも正確とはいえない。そこで、無過失責任の法理のいわば輪郭を明らかにするために、一般的に国家補償の根拠を基本権保障や法治国原則に求める見解との比較を通じて、その位置づけを明らかにしておくことにしたい。

### 基本権による国家補償の根拠づけ

現在 15 版に至る行政法総論の概説書のなかで「国家補償」の章を担当する Bernd Grzeszick は、「職務責任および公務員の責任 (Amtshaftung und Beamtenhaftung)」に続く項を「基本権補償 (Grundrechtshaftung)」と題して、収用、収用類似の侵害、結果除去請求権などのテーマを取扱っている<sup>42</sup>。こうした構成は、これらの制度ないし法理による請求権は基本権とくに自由権から導かれたものであるという、彼の教授資格論文『権利と請求権——主観的公権からの国家補償法の再構成』<sup>43</sup> 以来の持論に基づくものであるが、同書には、基本権と国家補償法との関連を要説している記述がある<sup>44</sup>。

そこでは、「基本法は、前国家的な個人の自由を国家による侵害から基本権として保護している」という理解から、基本権は国家補償法にとっても意味を持ちうるとされる<sup>45</sup>。国家補償の請求は、基本権の侵害を理由とする「対応請求権 (Reaktionsanspruch)」として根拠づけることができるからである。この請求権の内容は、「違法な基本権侵害により変更された市民・国家間の自由の配分への対応」であるとされるが、これは、次のような前国家的自由の理解から導かれている<sup>46</sup>。すなわち、それは私的な

42 Grzeszick (Fn. 25), S. 979 (§ 45 Randnummer 66).

43 Bernd Grzeszick, Rechte und Ansprüche Eine Rekonstruktion des Staatshaftungsrechts aus den subjektiven öffentlichen Rechten, 2002.

44 Grzeszick (Fn. 25), S. 995 ff. (§ 45 Randnummer 118 ff.).

45 Grzeszick (Fn. 25), S. 995 f. (§ 45 Randnummer 118 f.).

46 Grzeszick (Fn. 25), S. 996 (§ 45 Randnummer 119).

自由、つまり「したいことをするということ (Beliebigkeit)」であって、それゆえに、その保護の内容もあらゆるものであり得る。法理論的には、したがって、自由の侵害のみならず、さらなる法的および事実的な侵害の結果も、国家が責任を負うべき個人の自由の制限であるということになる。国家は個人に対して、こうした憲法上の自由の配分を尊重するよう義務付けられているのであって、侵害への対応は、その時々具体的な状況のなかで請求権として表現されるのである<sup>47</sup>。以上のような考え方から、彼は、「基本権は、その効力において、特定の基本権侵害からの保護に限定されず、原則として違法な侵害からの包括的な保護を導くのであり、そのなかには国家補償法も含まれる」というテーゼを示し、すでに判例上認められている結果除去請求権 (Folgenbeseitigungsanspruch) をここに位置付けるとともに、原状回復や金銭の請求権が基本権から直接導かれるとしている<sup>48</sup>。

以上のような、補償の根拠を自由の保障に求め、その対象を一気にすべての基本権侵害へと拡大しようという議論は、Grzeszick 自身が認めるように判例において認められるところとはなっていない<sup>49</sup>。これは、Stefan Haack も指摘するように、自由権が、その制約を前提とした補償という制度を予定して構想されてはいないという事情によるものであろう<sup>50</sup>。この指摘は、同時に、自由権とは異なる財産権の特徴を浮き彫りにすることにもなるのであって、そもそも基本法 14 条によって根拠づけられた収用類似の侵害の法理は、その「独立性」が指摘されるようになった現在においても、やはり財産権という土俵のうえにある議論であることを忘れてはなるまい。もっとも、非財産的なものであっても生命・身体・人身の自由という法益の侵害については補償が認められることはいうまでもないが、

---

47 Grzeszick (Fn. 25), S. 996 (§ 45 Randnummer 120).

48 Grzeszick (Fn. 25), S. 996 (§ 45 Randnummer 122).

49 Grzeszick (Fn. 25), S. 997 (§ 45 Randnummer 124).

50 Stefan Haack, Entschädigungspflichtige Grundrechtseingriffe außerhalb des Eigentumsschutzes, in: DVBl. 2010, S. 1475 (1477 ff.).

これはドイツの国家補償法の体系上は「犠牲補償請求権」に分類されていることは、すでに見たとおりである。

#### 法治国原則による国家補償の根拠づけ

基本法 20 条 3 項が規定する法治国原則によって違法な国家活動による侵害に対する補償を根拠づけることは、この原則が適法な国家活動への要請を含むと考えられることから、ドイツでも有力な論者によって主張されている<sup>51</sup>。もっとも、この根拠づけが大きな射程をもつ議論として登場していることは、注目に値しよう。国家補償法の代表的研究者 Fritz Ossenbühl は、2013 年に 15 年ぶりに『国家補償法』<sup>52</sup> を改訂したが、その前年に発表した論文「忘れられた基本権保障」<sup>53</sup>（以下、「本論文」という）のなかで、年来の主張である国家の無過失責任を改めて説くとともに、その根拠を法治国原則に求める議論を展開している。その議論を検討する前提として、まず、本論文でも紹介されている法治国原則による根拠づけを説く見解を若干要約して示しておくことにしたい。

「実質的に理解された法治国原則は、国家の職務遂行者による権利侵害があった場合および国家権力による（憲法上）保護された法的地位の侵害があった場合には、『なんらかの方法で』賠償ないし補償を要求する。なぜなら、いずれの場合においても、法の優位に内在する正義は、私法上も公法上もその回復を要求するからである。公法上の補償の仕組みは、『法治国家の最終手段』とみることができる。国家による補償は、法治国家に必要とされる責任であり、国家権力の裁判所による統制および基本権である権利の保障を確保するために欠かすことのできない補完なのである。」<sup>54</sup>

---

51 Vgl. *Maurer* (Fn. 10), S. 664 ff.

52 *Ossenbühl/Cornils* (Fn.16).

53 *Fritz Ossenbühl*, Die vergessene Grundrechtshaftung, in: Festschrift Stern zum 80. Geburtstag, 2012, S. 535.

54 *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl., 1984, S. 855.

「公権力の違法な行動の結果が、国民に修復不能な損害が発生したために、裁判所による第一次的な統制 [筆者注：行政訴訟] によっては、もはや除去できない場合、法治国原則は、第二次的な権利保護として適法な状態の回復、これが不可能な場合には、できる限り等価な状態をつくりだすことを要求する。これによれば、法治国家により理解された国家補償の本質は、毀損された法治国家性の回復を意味するのである。」「有責性を必要としない国家補償という高度な責任は、国家の権利保障の中核、つまり基本権において生じうる。ここで国家には憲法秩序のなかで最高の責任が生じる。この限りで基本法は国家の国民に対する保護義務を憲法レベルで根拠づけており、国民に特別な重要性をもつ保護範囲を保障している。国家補償法の第二次的権利保護は、この憲法上の価値秩序を同様に尊重しなければならない。」<sup>55</sup>

前者の見解は、本論文が献呈された Klaus Stern の大著からのものであるが、引用部分を見る限り、すでに基本法が規定する職務責任（「国家の職務遂行者による権利侵害があった場合」）および収用補償（「国家権力による（憲法上）保護された法的地位の侵害があった場合」）が、「実質的に理解された法治国原則」の表現であることをいおうとするもののようにも見え、国家の無過失責任を説くものであるかは定かではない。後者の見解を述べた Jochen Vogel は、国家の自己責任の原則に立つ 1981 年の国家補償法制定時の担当大臣であり、この見解は、より明確に、少なくとも基本権を対象とする限り法治国原則は無過失責任を要求していると述べている。なお、この国家補償法は、基本法が規定する連邦と州の権限規定に違反するとして 1982 年の連邦憲法裁判所の判決により違憲と判断され無効となっている<sup>56</sup>。

このことから知られるように、基本法はすでに職務責任および収用補

---

55 Jochen Vogel, Die Verwirklichung der Rechtsstaatsidee im Staatshaftungsrecht, in: DVBl, 1978, S. 657 (661 f.).

56 BVerfGE 61, 149. 本判決およびこれをめぐる議論の分析として参照、宇賀 (註 9) 237 - 268 頁。

償という国家補償制度を備えており、これらは法治国原則の現れとみることができるといえる。この原則がさらに一定の範囲にせよ国家の無過失責任を要求しているという立場に立つとき、国家補償法が存在しない現状において、現行法の解釈上、いかにしてこれを実現することができるのであろうか。Ossenbühl は、この問題に対して、「国家補償は、その根源つまり遺伝子型 (Genotyp) を法治国原則に有し、基本権のなかに、それを適用できる形態つまり表現型 (Phänotyp) を得る」<sup>57</sup> というテーゼに示されるように、国家補償の本来の根拠を法治国原則に求める立場から、おもに憲法制定過程に着目した検討を加えている。

そこで指摘されているのは、基本法の草案 (ヘレンキームゼー草案) を審議した議会的審議会 (Parlamentarischer Rat) における職務責任に関する規定をめぐる議論の経緯である。すなわち、職務責任に関する規定の審議のなかで Fritz Hoch 議員 (社会民主党) は、「徐々に明らかになってきたのは、この問題すべてが公務員法上の問題であるということではまったくなく、法治国家の問題であり、国家の全能に対する国民の保護という、本来、基本権に属する問題だということです。」という主張をしている<sup>58</sup>。これに続く議論は、議会的審議会の記録において、「管轄委員会 (Zuständigkeitsausschuss) は、職務責任の問題においては、法治国家の補償の一部を成す基本権が問題となっている……という認識に達した」と要約されており、その後の編集委員会 (Redaktionsausschuss) でも、この見解は基本的に維持されている<sup>59</sup>。しかし、これに続く基本方針委員会 (Grundsatzausschuss) において再び議論は公務員法的側面へと戻って行き、今日の職務責任規定が成立することになるといえる<sup>60</sup>。

この指摘に若干資料を補足すると、職務責任条項の「国家補償は法治国

---

57 Ossenbühl (Fn. 53), S. 546.

58 Ossenbühl (Fn. 53), S. 541.

59 Ossenbühl (Fn. 53), S. 541 f. unter Heranziehung von JöR N. F., Bd. 1, 1951, S. 327.

60 Ossenbühl (Fn. 53), S. 542 unter Heranziehung von JöR N. F., Bd. 1, 1951, S. 328 f.

家の問題であるという」問題意識に基づいて作成されたとされる案においても、「公務員ないし公務の遂行者が職務義務に反した時は、その雇用主である国または公共団体が賠償責任を負う」というヴァイマル憲法 131 条が規定する代位責任の基本構造は変わっていない。そのため一時は、「ヴァイマル憲法 131 条の原則は引き続き有効である。」という一文のみを経過規定として置くという提案がなされ、採択されることもあった。しかし、結局、「職務責任は一般的な法治国原則からのひとつの帰結である」という主張のもとに、現行とほぼ同じ、編集委員会案が採用されている<sup>61</sup>。こうした経緯を Ossenbühl は、「基本法 34 条に結びついた国家補償の問題と公務員責任の問題とを正しく区別することができなかった」と厳しく批判している<sup>62</sup>。

このような憲法制定過程の評価をもとに Ossenbühl は、基本法 34 条は国家の直接責任を規定しているという少数説<sup>63</sup>について、「許される憲法解釈の枠を超えたものとは言えない」という評価をするとともに、「公権力の担い手が国民に対して行った不法について責任を負わなければならないという表現は、法治国の憲法における基本原則として決して欠いてはならないものである」ことを、数少ない自明の理であると説く<sup>64</sup>。以上のような「国家の直接責任と無過失責任は、憲法が最低限提供しなければならない国家補償法の基準である」という前提からは、「基本法 34 条 1 項は、文言上、国家補償に有責性を予定していない。基本法 34 条 1 項が法治国家の表現であるのなら、国家補償は——失敗に終わった国家補償法におい

---

61 *Hans-Peter Schneider* (Hrsg.), *Das Grundgesetz: Dokumentation seiner Entstehung*, Bd. 10, 1974, S. 511 ff.

62 *Ossenbühl* (Fn. 53), S. 542.

63 *Ossenbühl* (Fn. 53), S. 543 unter Heranziehung von *Karl August Bettermann*, *Rechtsgrund und Rechtsnatur der Staatshaftung*, DÖV 1954, S. 299 ff.; *ders.*, in: *Die Grundrechte III/2*, 1959, S. 831; *ders.*, *Vom Sinn der Amtshaftung*, JZ 1961, 482 f.; vgl. auch *Heinz Joachim Bonk*, Art. 34 Randnummer 53, in: *Michael Sachs, Grundgesetz Kommentar*, 6. Aufl., 2011.

64 *Ossenbühl* (Fn. 53), S. 544.

で行われていたように——有責性に関係なく形成されなければならない。」という結論が導かれている<sup>65</sup>。

以上のような考え方からは、理論的には、基本法 34 条 1 項を根拠とした「基本権の侵害に対する国家の無過失責任」という結論が導かれることになり、その根拠づけこそ異なるものの、先にみた「基本権補償」と同様、補償の対象が根本的に拡大するという問題に遭遇することになるであろう。この点について Ossenbühl は、国家はあらゆる違法について責任を負わねばならないと述べているのではなく、その主張の趣旨は、憲法に「原則」が明示され、国家補償法の形成・発展の方向を示さなければならないという点にあるという<sup>66</sup>。そして、立法者が法治国原則の要請に答えていない現状では、司法が、その役割を果たさなければならないとする<sup>67</sup>。本稿のテーマである収用類似の侵害は、法治国原則という文脈においてとらえた場合には、ここに位置することになるであろう。

#### (5) 小括

これまでの検討から、違法無過失な国家活動による侵害に対する補償を要求する憲法上の根拠については、今日においても、その由来や方向性を異にするふたつの考え方が存在することが明らかになったといえよう。

一つは、連邦通常裁判所の判例における「収用類似の侵害」や「犠牲補償請求権」の法理に見られるように、補償の問題を基本権の保障と負担の公平という観点から捉え、基本的に収用補償と同様の要件のもとでその可否を決定して行くという考え方である。判例において、この法理の対象は違法有過失な国家活動にも拡大され、要件の認定についても重要な変化が見られるが、その根拠という点では、依然として収用補償のそれと基本的構成を同じくするといっていよい。

---

65 Ossenbühl (Fn. 53), S. 544.

66 Ossenbühl (Fn. 53), S. 544.

67 Ossenbühl (Fn. 53), S. 546 ff.

もう一つは、法治国原則や基本権保障を根拠として、およそ違法な侵害による損害に対しては、その対象や有責性の有無にかかわらず補償がなされることを求めるものである。この議論は、従来認められた補償の範囲を大きく拡大する可能性を秘めており、判例における「収用類似の侵害」の法理のそれとは基本的に異なる立場に立つものであることは、否定し得まい。しかし、収用類似の侵害を説く判例において「特別な犠牲」の要件が違法性によって充足されるとされたことは、この考え方への接近を示すものといえよう。

以上のように、違法無過失な侵害への補償には複数の憲法上の根拠があり得、そのいずれかを基本とするかにより、理論構成および結論には相違が生じてくることになる。しかし、今日では理論構成の如何にかかわらず、さまざまな憲法上の根拠から国家補償制度全体に対して無過失責任を認める要請が働いており、本稿において概観した議論は、なんらかの形で国家活動の適法性という憲法上の要請への対応を示しているという点に共通点を見出すことができよう。

### 3. 国賠法1条に対する憲法上の要請

わが国では、違法な国家活動による侵害に対する補償の問題は、個別法による場合を除き、国賠法1条の対象として取り扱われる傾向が強い。同条1項が代位責任的な構成をとっているためか、判例において有力な職務義務違反説には、ドイツの職務責任の考え方の影響が強くみられる。しかし、職務責任の対象は違法有責（有過失）な侵害に限られており、それが憲法上の要請に十分に応えるものでないと考えられていることは、すでに見たとおりである。こうした事情から、国賠法1条の解釈は、故意または過失を要件とする文言にもかかわらず、違法無過失な行為についても対応するという困難な課題に直面している、ということができよう。以下では、(1) 判例における無過失責任への対応を素描した後、(2) その課題を明らかにしたうえで、(3) これについて憲法上の要請という観点から検討を加えておくこととしたい。

(1) 判例における無過失責任への対応

周知のとおり職務義務違反説は、国賠法上の違法を「職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と行為を行ったこと」と定義しているが<sup>68</sup>、これは職務上の行為に何らかの違法性があることを前提に、国賠法上の違法があるといえるためには、さらに「職務上の注意義務違反（以下、「職務義務違反」という）」が必要であることを説くものである<sup>69</sup>。これは、ドイツの職務責任の制度にほぼ対応する考え方であるといえよう。判例の考え方には、上記のとおり違法性一元説からの批判があるが、この議論を考察する際に注意しなければならないのは、国賠法の解釈として、職務責任という考え方そのものを否定することが果たして合理的であるといえるのか、ということであると思われる。職務責任は、公務員等の違法有責な行為を対象とする明確な輪郭をもった制度なのであって、これが適用された結果、賠償責任が認められているケースに問題があるわけではあるまい。問題はむしろ、国賠法1条がドイツの職務責任に比べてはるかに広範な対象に適用されている結果、本来、職務責任が問題とされていないような事例にまで、この制度が適用されているケースにあるのではないか。以下では、こうした問題意識から、いくつかの判決について検討を加えてみることにしよう。

職務義務違反説を説いた判例として有名なものに、平成5年3月11日の最高裁判決がある<sup>70</sup>。本判決は、所得税更正処分がすでに取消されているにもかかわらず、職務義務違反がないことを理由に賠償請求を認めなかったものであるが、違法性一元説の立場から、所得税更正処分が違法である以上、国賠法上も違法の評価を受けるべきであるという批判がある<sup>71</sup>。もっ

68 例えば、最判平成5年3月11日民集47巻4号2863頁、最判平成11年1月21日最判裁判集民事191号127頁、最判平成18年4月20日最判裁判集民事220号165頁。

69 参照、神橋一彦「『職務行為基準説』に関する理論的考察」立教法学第80号（2010年）12頁。

70 最判平成5年3月11日民集47巻4号2863頁。

71 参照、藤田（註8）503頁。そのほか、行政判例百選【第6版】（2012年）227

とも、本件において原告側が問題としていたのは、「違法な更正処分がなされるに至ったのは、……税務署長が本件各更正処分をするに当り、原告の帳簿書類を一切調査をせず、又、右帳簿書類を調査しない以上、これに代る適切な反面調査をすべきであるのかかわらず、原告の得意先や仕入先について必要最低限度の調査もせず、合理的な推計手段を講じなかつたことに基因するものである」という点であり<sup>72</sup>、これが職務義務違反を問う趣旨であることは明らかであろう。換言すれば、本件で問題とされていたのは、もっぱら職務責任であり、最高裁は、その枠組みにしたがって事案を判断したにすぎないと見ることができる。したがって、かりにここで最高裁が一般的に国賠法上の違法について職務義務違反説を採用したと見て、これを「法律による行政の原理」などを根拠に批判するとするとすれば、それは必ずしも的を射たものとは言えないということになる。

もっぱら職務責任が問題とされているのとは異なり、その枠内での議論が必ずしも適切でないと考えられるケースでは、裁判所には国賠法の解釈上なんらかの対応が求められることになる。集団予防接種事故の賠償責任に関する諸判例<sup>73</sup>は、接種実施者に高度な注意義務を要求することにより過失をより広く認定するという解釈をとったものとして知られるが、そうした例として位置づけることができるのではないかと思われる。

たとえば、痘そうの予防接種により後遺障害が発生したとして賠償請求がなされた平成3年の判決において最高裁は、「予防接種によって……後遺障害が発生した場合には、禁忌者を識別するために必要とされる予診が尽くされたが禁忌者に該当すると認められる事由を発見することができなかったこと……等の特段の事情が認められない限り、被接種者は禁忌者に該当していたと推定するのが相当である」という立場から、「必要な予診

---

解説（北村和生）も参照。

72 奈良地判（第一審）昭和61年7月30日民集47巻4号2962頁。

73 東京高判平成4年12月18日高等裁判所民事判例集45巻3号212頁、大阪高判平成6年3月16日判例時報1500号15頁、東京地判平成13年3月28日判例タイムズ1168号141頁。

を尽くしたかどうか等の点について審理することなく、本件接種当時の上告人段が予防接種に適した状態にあったとして、接種実施者の過失に関する……主張を直ちに排斥した原審の判断には審理不尽の違法がある」としている<sup>74</sup>。これは、後遺障害が発生した場合には原則として過失が推定されるという立場をとったものと考えられる。

予防接種事故における補償は、ドイツでは先に見た自己の権利・利益を共同体の福祉のために犠牲にすることを強制された者の犠牲補償請求権の一環と位置づけられている<sup>75</sup>。むろん、わが国で同様の構成をとる必要があるわけではないが、過失の有無にかかわらず被害者を救済しなければならないという要請が働いているケースであると見ることができよう（たとえば、国家の保護義務によってこの要請を根拠づけることもできるであろう）。この要請に対して、上記の判例は、国賠法の問題として位置づけるなかで、過失の要件の認定を緩和するという方法で対応を図ったとみることができよう。

職務義務違反説の構成の特徴の一つに、公務員が職務義務を個別の国民に対して負担していること、というドイツの職務責任と同様の要件がある<sup>76</sup>。宅建業免許の付与・更新、規制委権限の不行使の違法性が問題とされた事件において最高裁は、宅建業法における業者の規制の趣旨が「取引の公正を確保し、宅地建物の円滑な流通を図る」ところにあり、免許制度がこうした趣旨を超え、「業者の不正な行為により個々の取引関係者が被る具体的な損害の防止、救済を制度の直接的な目的とするものとはにわかに解し難」く、「免許の付与ないし更新それ自体は、法所定の免許基準に適合しない場合であっても、当該業者との個々の取引関係者に対する関係

---

74 最判平成3年4月19日民集45巻4号367頁。

75 *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 16), S. 132.

76 参照、最判昭和60年11月21日最判民集39巻7号1512頁（「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たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民に損害を加えたときに、国又は公共団体がこれを賠償する責に任ずることを規定するものである。」）。

において直ちに国家賠償法 1 条 1 項にいう違法な行為に当たるものではない」という見解を示している<sup>77</sup>。

これは、個別の取引関係者は、宅建業法の規制により取引の公正や宅地建物の円滑な流通が実現した結果として利益を受ける者に過ぎないのであって、公務員が職務義務上の義務を負担する者には当たらないという考え方を採るものということができる。しかし、その後、やはり業者に対する行政の監督責任が問われた事件の判決において、この反射的利益論に例外が示された結果、国賠請求が認められていることが注目される。以下の判示は、やや長いが、引用に値しよう。

「……国賠法の定める損害賠償制度は、公権力の行使に当たる公務員の行為によって国民が被った損害の公平な分担という理念に立脚する制度として規定されているのであって、当該公務員の行為が法令に基づく規制権限の不行使である場合において、その権限を定めた法令の趣旨、目的が国民の利益を一般的公益の中に吸収解消させて保護するものにすぎず、また、当該権限の内容、性質が規制の客体の有する営業の自由を可能な限り尊重する観点からの必要最小限度の客観的、外形的な規制にとどまるものであるとしても、具体的事情の下において、当該規制権限の不行使が許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くと認められ、その不行使により国民の受けた被害を当該国民のみに負担させるのが損害賠償制度の根幹を成す損害の公平な分担の見地からもはや許容し得ないようなときには、当該規制権限の不作为は、当該損害を受けた者との関係において、国賠法 1 条 1 項の適用上違法となるものと解すべきである。」<sup>78</sup>

本判決においても、国賠法上の違法性は「職務上の注意義務違反」であるとされているが、規制権限の不作为が違法と認められる根拠として、「損害の公平な分担の見地」という明らかにこれとは異なる要素が挙げら

---

77 最判平成元年 11 月 24 日民集 43 卷 10 号 1169 頁。

78 大阪地判平成 19 年 6 月 6 日判例時報 1974 号 3 頁。

れており、実質的に職務責任とは異なる角度から違法性の検討がなされているとみてよいであろう。こうした理論構成がとられた理由としては、本件の規制権限の不行使が違法性の強いものであり、かつて反射的利益論が述べられたのと同様の構造の事案であるにもかかわらず、賠償責任を認めるべきであるという考慮が働いたことが考えられよう。そのため本判決は、損害の公平な分担という、職務責任のそれとは異なる国賠制度の理念を前面に出したものと思われるが、ここには「負担の公平」というドイツの「収用類似の侵害」の法理における無過失責任論との共通点を見出すことができよう<sup>79</sup>。

以上に検討を加えた諸判決は、国賠法1条の解釈において職務責任の考え方を基本としながらも（ ）、事案の性質に応じて、これを無過失責任に近づけるというかたちで問題の解決を図ろうとしているものであると要約できよう（ 、 ）。その根拠については後に検討を加えることにしたいが、少なくとも現状は、そのために同一の条文のもとで理論的な体系化がされないまま様々な解釈が行われているという状況であろう。そのため場合によっては、職務責任が問題とされていないような事案にまで職務義務違反説が適用されてしまうという恐れがある。この点、「『職務義務違反説』は、少なくとも安易に一般の行政活動にまで適用されるものではあ

---

79 こうした考え方は、すでに田中二郎『行政法 上巻 全訂第2版』（弘文堂、昭和49年）201頁などにもみることができる。判例においては、野犬幼児咬殺事件判決（東京高判昭和52年11月17日高判民事判例集30巻4号431頁）における裁量権零収縮の法理の根拠を説く次の判示のなかにも同様の考え方がみられることは、すでに指摘される所であるが（藤田（註8）514頁）、最近の裁判例における次の判示（長野地判平成21年5月13日）も参照に値しよう。「国賠法1条1項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民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任に任ずることを定めるものと解される。そして、国家賠償請求訴訟における違法性は、損害填補の責任を誰に負わせるのが公平かという見地に立って行政処分の法的要件以外の諸種の要素も対象として総合判断すべきものであるから、国賠法1条1項にいう違法性は、行政処分の効力発生要件に関する違法性とはその性質を異にするものであり、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違反性であると考えられる。」（下線部は引用者）。

るまい」として、「『法律による行政の原理』の裏打ちとして国家賠償制度の機能を重視する」立場から、通常の行政行為に職務義務違反説を適用することを批判する見解は<sup>80</sup>、こうした問題点を指摘する意味を持っていると考えられる。そこで以下では、これまでの検討をもとに、職務責任の範囲という問題について理論的な検討を加えておきたい。

## (2) 判例理論の課題

職務義務違反説を前提とした判例の展開には、これを批判する違法性一元説の立場からは根本的な疑問があると考えられるのかもしれない。もっとも、判例が非常に広範な事例を国賠法1条の対象とするなかで、必ずしも職務責任的な考え方だけに支配されているわけではないことは、いま明らかにしたとおりである。また、やはり既に触れたように学説の議論は、賠償責任の成否について法解釈上実益をもったものではなく、もっぱら「違法性とはなにか」を追求することの意義には疑問がある<sup>81</sup>。むしろ、上記のような判例理論をひとまず前提として、たとえば「法律による行政の原理」といった観点から、そこにおける具体的な判断に批判的検討を加えて行くという方法が、議論としては生産的なのではないかと思われる。

先に検討した判例を念頭に置くと、国賠法上の違法をめぐる判断は、(1) 行政活動における「何らかの違法」の存在を前提に、(2) ある事例が職務責任を問うものであるか否かにより、(3 - A) そうである場合には職務義務説により、(3 - B) そうでない場合には、事案の性質に応じて、無

---

80 藤田(註8) 502 - 503頁。参照、塩野(註4) 324頁。

81 国賠法上の違法を定義することは不可能ではないにせよ、それに該当する行為には非常に多様なものがあり、これらをすべて包摂するためには相当に抽象的な概念を用いざるを得ないことになる。例えば、「公権力発動要件欠如説」は、国賠法1条が「公権力の行使」を対象としたものであり、「発動要件」のもとに、根拠規範だけでなくさまざまな法規範を理解するのであれば、違法の定義として決して誤りとはいえないことは確かである。しかし、このように捉えられた違法性が、個別の事件の解決にあたって常に有効性をもつのかは必ずしも明らかではない。参照、武田真一郎「国家賠償における違法性と過失について」成蹊法学 64号(2007年) 488頁。

過失責任に接近した考え方がとられることがある、と図式化できよう。後者の例としては、すでに見たように、公共の福祉のために犠牲になった者の救済という意味をもつ場合、負担の公平という観点から問題を捉えるべき場合などが挙げられる。こうした判断図式を前提とした場合、国賠法上の違法をめぐる議論における判例の課題は、法律による行政の原理から職務義務違反説を適用することを批判する上記の見解にかんがみると、行政行為についても無過失責任主義に接近した判断があり得るのかという点にあることになろう。

国賠法の制定当時、過失責任を要件とする民法上の損害賠償との根本的な相違は意識されていなかったことはすでに指摘されているとおりであり、実際、公務員の不法行為が民法上のそれと同質のものともみることができる場合は、少なからずあることは確かである<sup>82</sup>。しかし、民法が対象とする私人は、法に違反しない限り自由に行動することができるのに対して、行政機関として行動する公務員は、法に違反する行動が禁じられるのもちろんのこと、一定の場合には、法律の明確な授權なしには行動することは許されない。この「法律の留保」の原則が適用される行政活動こそが、行政に特有のものであるということが出来る。その典型的な例が行政行為(処分)であり、ここには民法上の不法行為の原理が、少なくとも全面的には適用されない十分な理由があるということができよう。法律の留保の原則が適用され、それゆえ明確な法律の根拠がある行政活動が、その根拠法に違反した場合、法律による行政の原理は、その行政活動が無効となることを求めるとともに、それによって損害が生じた場合には、これを補償することを命じることになるからである。このような文脈に位置付けられた「違法な行政活動」による侵害は、すでに違法であるゆえに、つまり公務員の過失という要件を必要とすることなく、賠償を認めるべきであるという結論に至るのである。

---

82 参照、中川丈久「国家賠償法1条における違法と過失について」法学教室 385号(2012年)74頁。

以上のような考え方に立つとき、例えば、ある行政処分が違法であるとして取消訴訟と国賠訴訟が併合提起された場合に、取消訴訟において違法を認めておきながら、公務員に職務義務違反がなかったとして賠償責任を否定することは、原則として許されないということになる<sup>83</sup>。その理論構成としては、さまざまなものが考えられるが、たとえば「公務員は行政処分を適法に行う職務上の注意義務を負っている」という理解をもとに、処分が違法であったときには、先に見た「過失（職務義務違反）の推定」が働くという考え方もあり得よう。これは、国賠法1条を「法律による行政の原理」の要請に従って無過失責任に近づける方向で解釈したということにほかならず、先にみた諸判例との共通点をここに見出すこともできよう。

### (3) 憲法と国賠制度との関係

冒頭でも述べたように、国賠制度はさまざまな憲法上の要請のもとにあり、実定法上、それに十分に答えていない制度のみしか存在しない場合には、国家にはなんらかの対応をすべき義務が生じていると考えられる。本稿で検討を加えた国賠法1条を無過失責任に接近して解釈することは、こうした対応のひとつであるとみることができるが、最後に、憲法と国賠制度との関係について若干の指摘を加えておきたい。

まず、基本的な問題として、憲法17条は「法律の定めるところにより……賠償を求めることができる」と規定しており、賠償請求の要件を法律に委ねている。そして、国賠法が過失責任主義を規定している以上、それが憲法上の要請になるのではないか、という疑問があるかもしれない。しかし、このように憲法の規定がすべて法律によって内容を形成されていると考えることは、憲法が国賠請求権を補償した意味をいわば空洞化させてしまう恐れがある。本条が予定する法律の規定は、いかなるものでも構わないわけではなく、一定の内容を備えたものである必要がある。したがって問題

---

83 参照、藤田（註8）502頁。

は、国賠法1条が規定する過失責任主義を本条が要求する国賠制度としてどのように評価するのか、という点にある。この問題については、従来、憲法学説においても十分な検討が加えられたことはなかったように思われる。

憲法制定史には、この点に関連する次のような経緯が存在する。本条は、「帝国憲法改正草案」には存在しないものであったが、その審議を行った第90回帝国議会において刑事補償(40条)などとともに入議院から提案され、修正を受けることなく成立したものである。その背景としては、明治憲法下において公権力の行使による損害賠償責任が認められていなかったという事実があるのは、周知のとおりである。本条に関する貴族院の審議のなかで、牧野英一は、本条が民法709条の不法行為と同様の過失責任に加えて、無過失責任をも規定したものの否かについて質している<sup>84</sup>。牧野の質疑は、本条には故意・過失という文言が含まれていないことに起因するものであると思われるが、結論からいえば、衆議院において、無過失責任に関する議論はなされておらず、政府も、こうした経緯にかんがみて「直接には無過失損害賠償は問題の外になる」という答弁をするにとどまっ

---

84 清水伸『逐条日本国憲法審議録 第2巻(オンデマンド版)』(有斐閣、2012年)377頁以下。「所謂無過失損害賠償責任と云うものが、不法行為と云う概念に入るか入らないか、斯う云う疑いがあるのであります。」「これは余程これからの立法上重大なる問題でございまして、若しこの不法行為には民法709条だけのもので無過失損害賠償は入らぬと云う御見解になりますと云うと、憲法の運用上無過失損害の時には、個人は常に泣き寝入りをしなければならぬと云うことになる訳であります。」「そこでこの不法行為と云う言葉を御使いになりますと、公法、私法に亘って公務員の行為は、不法行為の場合にのみ国家の賠償責任を生じて、無過失責任の場合は入らぬ、斯う云うようなことになる虞れがないものでございましょうか。物の道理の上から考えまして、国家が賠償責任を負わねばならぬ限りに於ては、不法行為たるか否とを区別しないと云う方針で進んだ方がどう云うものでございましょうか。」「この憲法の修正第17条の御積りでは矢張り故意、過失を要件とした行為の場合に限る、そう云う御積りで、無過失責任は含まぬと云う御積りでありますか。若し無過失責任を含まぬという御積りでおやりになるとすると、私法を含むと称せられるこの規定に於て、将来は今現にやって居る私法上の無過失損害賠償も与えられないと云うことになって、却ってこの憲法改正の趣旨に反くことになると斯う思いません。』。

ている<sup>85</sup>。こうした経緯からみて、本条は過失責任について規定していることは疑いなく、その意味で国賠法1条の規定は本条の趣旨に見合ったものと考えられよう。しかし、同時に、以上のような制定経緯からは、本条以外の憲法規定も考慮に入れつつ、賠償責任の要件や範囲を決定して行くことが憲法の解釈として許容されていないとは考えられないであろう。

この点、わが国の国賠制度も、憲法における生命・身体に対する権利(13条)や財産権(29条1項)という基本的人権の保障および平等原則(14条)を根拠とするものであると位置づけることができる。そして、これらの法益の違法な侵害に対する補償について、上記の判例におけるように無過失責任に接近した解釈を導くことは、憲法上の要請にもとづく解釈、つまり憲法適合解釈とみることができよう。これに対して、「法律による行政の原理」から一般的な無過失責任を導くことは、本稿で検討を加えたドイツでの議論にかんがみても、その要件や範囲が現在のところ不明確であり、また、過失責任を前提とした憲法17条の制定過程に照らしても疑問が残らざるを得ない。

ただし、法律の留保の原則が適用される行政活動については、無過失責任への接近が認められるというのが上記の結論であった。ここからは、この原則が果たして憲法上のものであるのかという疑問が生じるかもしれない。この問題について筆者は、かつて検討を加えたことがあり、詳細は別稿によらざるを得ないが、その結論のみを示すなら、法律の留保の原則は、「権利・自由に対する制限・侵害は、法律によらなければなしえない」という内容をもつ憲法上の原則であると考えられる<sup>86</sup>。こうした理解に立つ限り、法律の留保の原則に違反する行政活動(処分)について、無過失責任主義に接近した国賠法1条の解釈を加えることには、憲法上も十分な理由を認めることができることになる。

---

85 清水(註84)378頁。

86 参照、渡邊互「ふたつの『法律の留保』について」憲法論叢15巻31-52頁(2008年)。

#### 4. まとめ

以上、本稿ではドイツにおける無過失責任の法理における憲法上の要請を手がかりに、わが国の国賠法1条をめぐる判例に検討を加え、その課題を明らかにしてきた。最後に、その結果を再構成して示すことで、本稿のまとめにかえることとしたい。

(1) わが国では違法な国家活動による侵害に対する補償の問題は、すべて国賠法1条の対象として取り扱われる傾向が強い。これは、国賠法制定時にドイツ民法典839条やワイマール憲法の規定を参考に職務責任の制度を取入れたものの、慣習法を根拠として判例上認められた無過失責任の法理を取入れることはできなかったという事情によるものであろう。その結果、国賠法1条は、ドイツに比べて非常に広範な問題を対象とすることになり、それに対応するためにわが国独特の解釈が発達する一方、職務責任が問われていないような事案についても、職務義務違反説が適用されるという問題が発生することとなった。

(2) 国賠法1条の違法性をめぐる議論は、こうした状況のひとつの現れとみることができ、それゆえ、違法性を一義的に定義することは相当に抽象的な概念を用いにくいと難しいであろう。判例の判断枠組を維持する限り、その事例が職務責任を問題としているものかを判断することが必要であり、そうである場合には職務義務違反、そうでない場合には、取消訴訟と同様、より広い違法概念によることになる。後者の場合には国賠法1条の解釈は、無過失責任主義へと接近することになる。

(3) わが国の国家賠償法をめぐる議論は、ドイツのそれと比較した場合、憲法上の要請から切り離されて形成されていることに特徴がある。これは、上記のように広範な対象をもつ国賠法1条の解釈において、その方向性が見いだせない結果、いわば過剰な職務義務説の適用が生じる要因となっているように思われる。それぞれの事案において、いかなる点が問題となっているのかを、憲法規範との関連で明らかにして行くことにより、国賠法1条の解釈の適切な方向性を見出すことができるように思われる。

## 論 説

(4) ここにいう憲法規範には、「法律の留保の原則」が含まれていると考えられる。わが国の違法性一元説の問題意識は、現行の国賠法の解釈として、法律の留保の原則に違反した行政処分について、無過失責任主義に接近した国賠法の判断を要求するという点に結実すべきであると考えられる。