

您的位置: 首页 >> 阅读文章

阅读文章

Selected Articles

 使用大字体察看本文  
阅读次数: 157

## 法の支配と国の不法行為責任----比較法制史の視点から--

### (Rule of Law and Tort Liability of State: From a Viewpoint of Comparative Legal History)

早稲田大学大学院法務研究科教授 岡田 正則 はじめに

第2次世界大戦後、日本は国家と社会を民主主義化するため、1947年5月に施行された日本国憲法とともに「法の支配」の理念を受け入れた。国家賠償制度も、その一環として、同憲法および1947年10月制定?施行の国家賠償法によって確立した。

しかし、国家が市民(私人)に対していかなる範囲で不法行為責任を負うのかという問題には未解明の部分が多い。とくに、現代国家がさまざまなサービスを市民に提供している点、そしてまた、行政事務の民間化(privatization)が進行する中で現代国家が新たな社会制御の責任を負うようになっていく点を考慮するならば、この問題の解明はますます重要になっている。加えて、日本の国家賠償制度とその理論の中には、旧来の国家責任免除論の影響がさまざまな形で残存しているため、この影響の克服も国家賠償法解釈の重要な課題となっている。

以下、日本の国家賠償法の形成過程と現状を検討する中で、現代国家における「法の支配」について考察を行うこととする。

#### 1. 法の支配と法治国家

##### (1) 伝統的な理解

20世紀前半まで、法の支配(rule of law)と法治国家(Rechtsstaat, rule by law)とは、対立的なものとして位置づけられていた。前者は、「議会在制定した実定法または司法裁判所が形成した判例法によって、国王を含む国家構成員が一元的に支配される」という英米法系の法理念であるのに対し、後者は、「国家も国家構成員も法律によって規律されるが、国家を規律する法律は私人間を規律する法律とは別種のものであり、そして、その法律は特別の裁判所によって適用される」というヨーロッパ大陸法系の法理念を指す、と理解されていた。あるいはまた、前者のいう「法」は「神」の代替として理性的な内容を持つことが前提とされるのに対し、後者のいう「法」は統治の手段であつて、その内容の是非は問題とされない、とも考えられていたのである。

##### (2) 近年の理解

しかし20世紀半ば以降、両者は急速に接近した。英米法系の国々は、政府と市民との間の法律関係に公共的な性質を認めて、私人相互間の場合とは異なる特有のルールを体系的に整備するとともに、行政事件に関する特別の訴訟手続を定めた。一方、大陸法系の国々は、行政手続法の制定など、行政過程の手続的適正さの確保を推進するとともに、行政裁判所の組織や裁判手続を司法裁判所の組織?手続に準じたものとした。こうして、これらの国々は、国家の基本原則として立憲主義を採用し、行政権の活動および行政救済に関して特有の法体系を有し、第三者的な裁判権によって権利救済を図る、という共通性をもつこととなつたのである。以上のような理由から、今日では、法の支配と法治国家とは、本質的に同じものとみなされるようになっていく。

更多▲

特聘导师

法学所导航

走进法学所

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

博士后流动站

学友之家

考分查询

专题研究

五四宪法和全国人大五十周年纪念专栏

最新宪法修正案学习与思考

公法研究

电信市场竞争政策

证券投资基金法

法律与非典论坛

### (3) 法の支配?法治国家と行政救済制度

国家（または政府）の活動によって私人の権利?利益が侵害された場合、その救済手続には、私人相互間の場合とは異なる2つの特有な要請が組み込まれている。第一に、当該活動の有する公共性に対して適切な考慮を払うという要請であり、第二に、紛争当事者間の力の不均衡を是正するという要請である。国家賠償制度は損害を填補する仕組みであり、それゆえその救済によって国家活動の公共性が阻害される事態はほとんど生じない。したがって、国家賠償制度の設計と運用にあたっては、第二の要請を重視することが肝要である。

## 2. 近代国家の法的編成と行政救済制度

### (1) 近代国家における行政救済制度の整備と国の不法行為責任

19世紀後半、欧米諸国において近代国家の法整備が進められた。国家と私人との関係が法律によって規律されるようになり、また行政裁判制度が創設される中で、国家も法人一般と同じように民事上の不法行為責任を負うべきか否かが問題となった。そして、国?公共団体（以下、両者をあわせて「国」という）の公務員が職務上違法に国民に損害を与えた場合でも国は責任を負わないという原則が、判例や法令で採られるようになった。これが国家無答責の原則と呼ばれる考え方である。フランスやドイツでは、公務員の違法行為は国家には帰属しないという法治主義の考え方に基づいて、国の賠償責任が免除されていた。またイギリスやアメリカでは、King can do no wrongの法理によって国王に裁判権は及ばない、あるいは主権の行為について責任は生じない、といった主権免責の考え方に基づいて、政府の責任が免除されていた。とはいえ、これらの考え方の帰結として、公務員個人が賠償責任を負うことになっていたのである。

20世紀に入って状況は変化した。ドイツは1910年のライヒ国家責任法によって、フランスもほぼ同時期の判例法によって国の賠償責任を認めるようになった。また、アメリカでは1946年の連邦不法行為請求権法によって、イギリスでは1947年の国王訴追手続法で、損害賠償に関する主権免責の考え方がおむね放棄された。

日本における国家無答責の原則は、これらの国々の免責理論とはかなり異なっていた。すなわち、日本の判例?通説は、国が違法行為の主体となりうることを認めた上で、その権力的作用について、統治権の行使であるという論拠を用いて、国と公務員個人の責任をいずれも否定したのである。そして、この考え方は、1947年の国家賠償法の施行まで維持された。

### (2) 日本における国家賠償制度の形成過程

大日本帝国憲法が制定される以前の時期、官吏の職務上の不法行為は法人の不法行為事件の一種として司法（省）裁判所で審判されていた。そして、1890年に同憲法や行政裁判法?裁判所構成法などが施行されてから数年後まで、大審院は官公吏の職務執行上の不法行為について国等の賠償責任を認める判断を示していた。

しかし、1890年代後半に公法私法二分論が裁判実務に浸透してくると、下級審において、行政処分起因する損害賠償事件を公法事件とみなして却下する判断もみられるようになった。そこで大審院は、損害賠償事件である限り司法裁判所の管轄に属する旨を判示した。一方、大審院は、官吏の職権行使による不法行為については民法を適用できないとして損害賠償請求を否定する判断を下すようになる。1910年の陸軍板橋火薬製造所爆発事件判決は、公益を目的とする国の作用は公法関係であり私法法規（民法）の適用を受けないという根拠づけを用いて、国の不法行為責任を否定した。

こうして大審院は、公益という根拠を用いて公共事業に関わる不法行為責任を免除しようとした。しかし、1916年の徳島市立小学校遊動円棒事件判決によって、方針を転換せざるをえなくなった。私人と対等の地位で行う公益目的の作用（非権力的作用）については、公益という根拠づけを用いることはできなくなったのである。この判決は民法717条（工作物責任）に基づいて公共団体の賠償責任を認めただのであるが、大審院は、この後、国の公共事業に対して709条（不法行為責任）を適用するようになり、非権力的作用に対して民法不法行為規定を適用する旨の判例を確立した。

一方、大審院は、権力的作用（法令が国の優越的地位を認めている作用）については、1916年判決の後も、国の不法行為責任を否定し続けた。著名な例が1935年の消防自動車試運転轢殺賠償請求事件判決である。この判決において、大審院は、警察権という「公法上ノ権力」の行使であることを理由として、私法規定の適用を排斥し、国の不法行為責任を否定した。このほか、特許附与の懈怠や印鑑証明の過失も権力的作用だと国?公共団体の責任が否定された。大審院は、最終的に1941年の判決（東京市等滞納処分賠償請求事件判決）で、美濃部達吉等の学説をふまえて、免責の根拠として「権力的作用」ととどまらず、「統治権」を援用した。

### (3) 官吏個人の責任

職務行為についての官吏個人の不法行為責任は、1890年代の判例や法典調査会の民法起草作業の中で民法709条を適用することとされていた。しかし、公法私法二分論の浸透にともなって、大審院

は、公法関係上の行為（権力的作用に限られない）については個人責任も免除する判断を下すようになった。ただし後に、職権濫用の場合には官吏個人の不法行為責任を認めることとし、その範囲をある程度広げていった。

### 3. 日本における国家賠償法の解釈をめぐる諸問題

#### （1）日本国憲法17条と国家賠償法の制定

第二次世界大戦後、「行政国家制から司法国家制への転換」という考え方の下で、日本国憲法は、行政裁判所を廃止し、行政事件の解決を司法裁判所に委ねた。国家賠償については、17条が「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、国又は公共団体に、その賠償を求めることができる」と定めた。この趣旨は、国家無答責の原則を否定するとともに、民法?国家賠償法などに基づいて広く損害賠償による救済の途を保障する点にあった（また、憲法40条は「何人も、抑留又は拘禁された後、無罪の裁判を受けたときは、法律の定めるところにより、国にその補償を求めることができる」と定めた）。

憲法17条を具体化する法律として国家賠償法が制定された。同法1条は、民法709条および715条と比べて、被害者からの賠償請求を認めやすくするとともに、国の使用者としての免責事由を排除した。また同法2条は、公の营造物の設置?管理の瑕疵に起因する損害について、国?公共団体の賠償責任を明確にするという趣旨で定められた。

#### （2）国家賠償と法の支配

被害者が国家賠償を得るためには、国家賠償法1条の要件を満たしていなければならない。ここでは4つの問題を論じることとしたい。

第一に、「国又は公共団体の公務員」という場合の「公務員」の範囲に関する問題である。日本では、行政事務の民間化にともなって、民間団体が「公権力の行使」を担当することも稀ではなくなってきた（建築確認、公の施設の使用許可など）。この種の公権力が違法に行使された場合、当該民間団体の職員を「公務員」とみなして、委任元の「国又は公共団体」が賠償責任を負うべきか、委任先の当該民間団体が民法715条に基づいて責任を負うべきかが、問題となっている。今後、委任の法的性質や事務の種類、違法行為の発生原因などについて、理論的な整理を行った上で、国と民間団体との間の責任配分が考察されるべきである。

第二に、国家賠償法における「公権力の行使」概念と行政事件訴訟法における「公権力の行使」概念との間に齟齬が生じている問題、およびこの結果として両法における「違法」の概念に混乱が生じている問題である。国家賠償法施行後、最高裁は、同法による救済の範囲を拡大するために、法的な効果を持たない活動（公的なサービス提供の行為など）に起因する損害についても国家賠償法1条を適用した。そして多くの学説もこれを支持した。しかし、この種の活動については、適法?違法を明確に判別するための法規範が存在しないので、一定の過失があれば違法があつたものとみなされることになった。このような解釈にともなって、両法における「違法」概念は別個のもの（違法相対説、違法二元説）という理解が判例?通説となった。そしてこの延長上で、判例は、「行政訴訟において公務員の違法行為が認定されても、私人に対する職務上の行為規範に違反しなければ国賠法上の違法にはならない」という職務行為基準説を採用している。この説は、「国家賠償が認められるのは、私人に対する国家の特別の義務規定に違反する行為を公務員が行つた場合に限られる」という第2次世界大戦以前の理解に近づいていると思われる。今後、理論史の視点から再検討すべき問題である。

第三に、国家賠償法6条に関わる国籍差別の問題がある。憲法17条は「何人」に対しても国家賠償を行うべきことを認めているにもかかわらず、国家賠償法6条は、賠償の対象者を日本国民および「相互の保証がある」外国人に限定している。最近、この規定を適用して日本国に対する中国人の国家賠償請求を棄却した高裁判決が出された（東京高判2005?6?23判時1904号83頁、劉連仁強制労働訴訟）。このような規定と運用の前提には、国家賠償請求権は「法の支配」に基づく当然の権利ではなく、国民であるという理由で付与される特権だ（したがって外国人には原則として国家賠償請求権は認められない）、という理解がある。今後、この規定の違憲性も含めて、検討されるべきである。

第四に、上記第二で述べた「公権力」概念にかかわる問題であるが、いくつかの判例は、国家賠償法1条にいう広義の「公権力の行使」についても国家活動の権力性（狭義の「公権力の行使」としての性質）を認めて、司法裁判所による救済を拒絶する判断を示している（最判1993?2?25民集47巻2号643頁?厚木基地騒音訴訟の騒音差止請求部分、最判2002?7?9民集56巻6号1134頁?宝塚市パチンコ店規制条例訴訟、最大判2005?1?26判時1885号3頁?外国籍公務員管理職選考受験訴訟など）。学説は「行政行為の公権力性と言っても、それは実定法規範が、私人の権利主張行為には通常見られない特殊の効果を与えている、と言うだけのことであり、実定法規範の定めを離れて、先天的に公権力性の有無を論ずることはできない」（藤田宙靖）という認識を共有していると思われるのに対し、最高裁は、戦前の大審院と同様に、実定法規範を超越した国の統治権にその根拠を見出している。この点も、理論史の視点から再検討すべき問題だといえよう。

## 結語

以上、日本の国家賠償法制の問題を「法の支配」という視点から検討してみた。1995年に施行された中国における国家賠償制度をも視野に入れた比較法的な検討は、今後の課題である。

### 《資料》

#### 国家賠償法

(昭和22年10月27日?法律第125号)

第1条(公務員の不法行為と賠償責任、求償権) 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、故意又は過失によつ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。

2前項の場合において、公務員に故意又は重大な過失があつたときは、国又は公共団体は、その公務員に対して求償権を有する。

第2条(営造物の設置管理の瑕疵と賠償責任、求償権) 道路、河川その他の公の営造物の設置又は管理に瑕疵があつたために他人に損害を生じたときは、国又は公共団体は、これを賠償する責に任ずる。

2前項の場合において、他に損害の原因について責に任ずべき者があるときは、国又は公共団体は、これに対して求償権を有する。

第3条(賠償責任者、求償権) 前二条の規定によつて国又は公共団体が損害を賠償する責に任ずる場合において、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が異なるときは、費用を負担する者もまた、その損害を賠償する責に任ずる。

2前項の場合において、損害を賠償した者は、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を有する。

第4条(民法の適用) 国又は公共団体の損害賠償の責任については、前三条の規定によるの外、民法の規定による。

第5条(他の法律の適用) 国又は公共団体の損害賠償の責任について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。

第6条(相互保証) この法律は、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、これを適用する。

#### 附則

1この法律は、公布の日から、これを施行する。

2から5まで(省略)

6この法律施行前の行為に基づく損害については、なお従前の例による。

#### <参考文献>

?日本法哲学会編『現代日本社会における法の支配--理念?現実?展望』(法哲学年報2005)有斐閣、2006年

?渡辺康行「『法の支配』の立憲主義的保障は『裁判官支配』を越えるか--『法の支配』論争を読む」岩波講座『憲法1?立憲主義の哲学的問題地平』岩波書店、2007年、53頁

?塩野宏「法治主義と行政法--日本における展開」自治研究83巻11号3頁(2007年)

?岡田正則「行政処分?行政行為の概念史と行政救済法の課題」法律時報79巻9号15頁(2007年)

?岡田正則「明治憲法体制確立期における国の不法行為責任(1)?(5?完)」南山法学28巻4号1頁?31巻3号49頁(2005?2007年)

#### <本報告の要旨>

19世紀後半、欧米諸国において近代国家の法整備が進められる過程で、国の公務員が職務上違法に国民に損害を与えた場合でも国は民法上の不法行為責任を負わないという法理(国家無答責の法理)が、判例や法令で採られるようになった。フランスやドイツでは違法行為の国家不帰属という法治主義の考え方に基づいて、またイギリスやアメリカでは主権免責の考え方に基づいて、国の損害賠償責任が免除されていた。とはいえ、これらの国々は公務員個人の賠償責任を認めていた。

20世紀前半にこの法理はおおむね克服された。日本も類似の経過をたどつたが、日本の免責法理は次の点で特殊であつた。すなわち、日本の判例?通説は、国が違法行為の主体となりうることを認めた上で、その権力的作用について、統治権の行使であるという論拠を用いて、国と公務員個人の責任をいずれも否定した点である。この結果、1947年に制定された日本の国家賠償法は、二重の課題を抱えることになった。第一に、現代国家が市民に対していかなる範囲で不法行為責任を負うのかという一般的な問題の解明、第二に、旧来の免責理論が現在の法解釈や制度にどのように混入しているのか、および、

これをどのように克服すべきかという問題の解明、である。本報告では、このような日本の国家賠償法の形成過程と現状を検討する中で、現代国家における「法の支配」について考察を行うこととする。

[返回](#)

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720

