

## 学位論文題名

国家賠償責任における「第三者関係性」論の研究  
—ドイツ「職務責任制度」における展開状況の分析を通して—

## 学位論文内容の要旨

日本の国家賠償法は、その条文構造上、代位責任構成に親和的である「公務員が、その職務を行うについて、故意または過失によつて」という文言と、自己責任構成に親和的である「違法性」という文言が混在している。そのため、自己責任と理解するにしても代位責任と理解するにしても無理が生じる。通説は、代位責任説に立ちながら違法性を客観的法規範違反と捉えているが、ここに生じた無理については、法構成と根拠が区別できることを前提に解釈を行っているように思われる。すなわち、代位責任構成を採用した上で違法性を客観的な法規範違反ととらえる学説は、その理念的な根拠については自己責任説だと説明する。しかし、なぜ根拠論と法構成論が区別されるのか、され得るのかについて詳細な説明はなされていない。本稿は、日本の国家賠償法1条の違法性の理解として判例が採用する職務行為基準説について、ドイツ職務責任制度における第三者関係性要件と比較検討することで、職務行為基準説の是非の問題の背後には国家賠償制度を自己責任構成と理解するか代位責任構成と理解するか態度決定が隠れていることを明らかにしようとしたものである。

第1章では、職務行為基準説とドイツ職務責任制度を比較検討するために、まず我が国の判例理論における違法性の展開を紹介した。在宅投票制度廃止違憲判決において一般化されることとなった職務行為基準説においては、違法性は、公務員の職務上の義務違反に読み替えられた。この読み替えによって日本の国家賠償法上の違法性はドイツ職務責任における第三者に対する職務上の義務違反要件に近似することとなった。ドイツにおける同要件は、代位責任構成に由来するものであることから、職務行為基準説を採用することは日本の国家賠償法を代位責任構成だと理解することの当然の帰結と言えるのではないかと推論し、職務行為基準説の是非の問題と国家賠償法の理解の問題の関係について検討を加えた。

次に、ドイツ職務責任制度と日本の国家賠償法を比較検討するに当たり、職務責任制度のプロトタイプについて第2章で検討を加えた上で、制度的問題状況を第3章と第4章で、判例発展の展開については第5章で紹介した。

日本の国家賠償法とドイツ職務責任制度の違いは「制度史に基づく違い」と「判例の発展に基づく違い」から考察され得る。「制度に基づく違い」は、さらに次の二つに分解できる。一つは、両国の制度の条文構成の違いであり、もう一つは、条文上課されている要件の違いである。日本国憲法17条は、プログラム規定であると解されており、同条から直ちに、国・公共団体の損害賠償責任を導き出すことはできない。憲法は、自己責任構成と代位責任構成の両方に開かれた規定である。更に、憲法を具体化した国家賠償法1条も、その条文からはいずれの構成を採用するかは必ずしも明らかではない。一方、ドイツ職務責任制度においては、ドイツ民法839条によってまず官吏の個人責任が明文化され、ヴァイマル憲法がドイツ民法839条で定められた官吏個人の責任を国が代位することを規定した。そのため、ドイツ職務責任制度は代位責任構成であり、自己責任構成であると考えすることは難しい。

このように、両国の制度は、まず条文の構成の面で異なっている。更に、両国の制

度は要件の面でも異なる。すなわち、日本の国家賠償法1条1項で課されている要件は、違法性のように自己責任構成に親和的な要件もあれば、故意・過失のように代位責任構成に親和的な要件もある。一方、ドイツ職務責任制度において課されているのは違法性ではない。公務員の第三者に対する職務上の義務違反が要件として課されているのである。このように両国の制度は、出発点において条文の構成の面でも要件の面でも異なっているが、日本の判例が職務行為基準説を採用することによって、違法性要件は、ドイツ職務責任制度のプロトタイプに接近する。他方、ドイツでは1981年に制定された国家責任法において、代位責任構成から自己責任構成へ転換されることとなった。ただし、1981年新国家責任法が失効した結果、現在でもドイツ民法839条とボン基本法34条に由来する職務責任制度が妥当し、代位責任構成が維持される結果となった。しかし、ドイツにおいてはその後も国家責任制度の改革は議論されており、とりわけ、現在では、自己責任構成を採用する共同体法の発展に伴い、ドイツ国内法も変革を求められている。このように、ドイツ職務責任制度は、代位責任構成から自己責任構成への転換途上にあるといえる。

また、「判例の発展に基づく違い」とは具体的には次のようなものである。我が国の国家賠償法1条は違法性を要件と課しているが、この違法性の理解に関して、最高裁判所は職務行為基準説を採用し、違法性を国民に対する職務上の義務違反に置き換えている。そしてこの「国民に対して負担する職務上の義務」に公務員が違反するかどうかの問題はまさに、国家賠償訴訟における「反射的利益論」として議論されてきた問題である。このような日本の最高裁判所の違法性の理解は、客観的な違法概念から主観的要素を取り込んだ違法概念への置き換えと評することができる。これはドイツ職務責任制度のプロトタイプへの接近である。他方、ドイツ職務責任制度における要件は、官吏による職務義務違反要件と第三者関係性要件である。両要件とも、主観的要素を含んだものであるため、学説と判例は同要件の客観化に努めた。とりわけ、職務責任制度の弱点であると称される第三者関係性要件については、一般不法行為について定めたドイツ民法823条2項における議論を参照し、法主体の問題と保護法益の問題とに分解し議論することで精緻化しようとして試みている。そして、法主体の問題に関しては、行政訴訟における訴訟追行権(Klagebefugnis)が参照され、保護法益の問題に関しては、行政手続法48条にいう信頼保護の原則が参照されている。ドイツにおけるこのような議論は、代位責任構成である職務責任制度のもとにおいて、如何に保護範囲を拡大するかという試みといえる。同時に、他領域の議論を職務責任の領域へ単純に移植することは不可能であることから、代位責任構成の限界も明らかとされている。

このように、日本の国家賠償訴訟における違法性は、客観的な法規違反から義務違反へと展開しており、ドイツ職務責任制度のプロトタイプへと接近している。一方、ドイツでは義務違反要件の客観化と第三者関係性要件の精緻化によって職務責任成立要件の客観化が進んでいる。すなわち、両国の判例発展に基づく違いも、制度に基づく違いと同様、異なっているというのを超えて、「交差」しているのである。

日本の国家賠償法1条とドイツ職務責任制度の交差は、「制度史に基づく交差」と「判例の発展に基づく交差」という二重の交差によって複雑な様相を呈している。この二重の交差を明らかにすることで、職務行為基準説の是非の問題の背景には国家賠償法の理解への態度決定の問題が隠れていること、そして、代位責任構成を採用するドイツ法への日本法の接近は必ずしも望ましいものではないことを指摘した。

# 学位論文審査の要旨

主 査 教 授 亙 理 格  
副 査 教 授 山 下 竜 一  
副 査 准教授 米 田 雅 宏

学位論文題名

## 国家賠償責任における「第三者関係性」論の研究 —ドイツ「職務責任制度」における展開状況の分析を通して—

### 1. 本論文の概要

本論文は、国家賠償法（1条1項）上の違法性につき最高裁判例が採用する職務行為基準説の論理と問題点を明らかにするため、ドイツ職務責任制度（Amtshaftung）における「（官吏が）第三者に対して負っている職務上の義務」（*einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht*）、即ち「第三者関係性」要件との比較検討を試みるものである。元来ドイツの職務責任制度は、被害者たる第三者に対する官吏の個人責任を定めたドイツ民法典 839 条と当該個人責任の国による代位を定めたとされるボン基本法 34 条（及びそれに先立つヴァイマル憲法 131 条）という2段階で構成されるため、条文構造上、第三者関係性を要件に含む代位責任構成を採用するものと無理なく解し得るのに反し、我が国の国家賠償法1条は、ドイツの代位責任構成をモデルにしたと一般に解されてはいるが、その反面、同規定及びその前提となる日本国憲法 17 条自体から、第三者関係性や代位責任構成を採用するとの明確な意図を読み取ることはできず、自己責任構成を採用したと解する余地を残している。それにもかかわらず、我が国の国家賠償法上の違法性要件について、ドイツ職務責任制度上の第三者関係性と同様の法律構成を採用することは妥当なのか、これが本論文の問題関心である。

第1章では、我が国の国家賠償判例における違法性の展開が克明に跡付けられる。在宅投票制度廃止国賠訴訟判決（最一小判昭和 60・11・21）により一般化されることとなった職務行為基準説の下で、国家賠償法上の違法性は、公務員の職務上の義務違反に読み替えられ、公権力の行使に当たる公務員が被害者に対する関係で負担する職務上の義務に違反したか否かにより判断される。これにより、国家賠償法上の違法性の認定には、ドイツ職務責任制度における第三者関係性と同様の論理構成が要求されることとなる。

第2章では、ドイツの職務責任制度のプロトタイプを把握するため、職務義務違反及び第三者関係性の原初的意味の解明が行われる。ところが、プロトタイプとしての職務責任制度に対しては、様々な面からその転換を迫る作用が及ぼされる。かかる作用として、第3章では1981年の新国家責任法の制定及び失効の経緯を取り上げ、第4章ではEU法からの影響を論じ、更に第5章では、国家賠償判例の展開状況を論じる。以上のような多面的検討からの帰結として、日本の国家賠償法とドイツ職務責任制度は、前者が職務行為基準説を採用したことにより接近したかに見えるが、実際には、「制度史」と「判例の発展」という2つの軸を挟んで交差し、更に離反する傾向にあるというのが、本論文の見立てである。

まず「制度史に基づく違い」について。両国の制度間にある条文構造上の差違（上述）及び責任成立要件面での差違（特に、日本の国家賠償法では違法性、ドイツ職務責任制度では第三者に対する職務上の義務違反）にもかかわらず、職務行為基準説の採用は、確かに日本の国家賠償責任のドイツ職務責任制度への接近を意味する。ところが、ドイツでは、1981年の新国家責任法制定により、一旦は自己責任構成への転換へ舵が切られた後、同法が失効したため、現在も職務

責任制度が維持されてはいるが、その後も国家責任法改革が継続的に論じられる一方、自己責任構成を採用するEU法判例の影響をも受けた結果として、今や、職務責任制度を維持したままでの対応には限界があることが明らかにされる。

他方、「判例の発展に基づく違い」について。我が国の判例理論が、職務行為基準説の採用により違法性認定の制限へと向かったのに対し、ドイツの判例理論は、第三者関係性要件の柔軟化により救済範囲を拡げる方向を辿ってきた。とりわけ、職務責任制度の弱点とされてきた第三者関係性については、行政訴訟における訴訟追行権（Klagebefugnis）に関する判例理論の参照や信頼保護原則の援用を通して、職務上の義務違反認定の幅を拡げる方向へ新たな展開を示しているとされる。以上により、今日のドイツ国家責任法は、職務責任制度及びその背後にある代位責任理論を今後とも維持すべきか否かをめぐる選択の岐路に立っていることが、明らかにされる。

## 2. 本論文についての評価

本論文は、ドイツ国家責任法における職務責任制度を、法制度の展開、EU法からの影響、国内判例理論の展開という3つの側面に即して包括的分析を加えた力作であり、以下の3点にわたって、国家賠償法理論の発展に少なからず寄与するものである。

第1に、本論文は、ドイツの職務責任制度の展開過程を踏まえた現時点での全体像を、それが直面する課題と将来展望とともに明らかにした点で、今日のドイツ国家責任法の理解にとって不可欠の基礎文献となる。ドイツ国家責任法の研究書として、既に宇賀克也『国家責任法の分析』（1988年）があり、その第1部「ドイツの国家責任法」は1981年新国家責任法とその失効までをカバーした理論史研究であるが、1981以降のドイツ国家責任法が直面する問題状況を対象とした本格的な研究文献は、今日まで存在しない。職務行為基準説が我が国の判例で一般化する時期が1985年以降であることにも鑑みると、ドイツ国家責任法の転換点である1981年を境にそれ以前と以後を俯瞰して本論文が示した分析結果には、高い価値が認められる。

第2に、本論文は、職務行為基準説に立脚した我が国の判例理論に対する内在的理解と批判的分析によって、有益な比較法的参照例を提供する。本論文は、職務行為基準説の考え方がドイツ職務責任制度における第三者関係性と共通性を有することを明らかにする一方、当のドイツでは、法制上の展開、EU法からの影響及び国内裁判所による判例形成を通して、プロトタイプとしての職務責任制度から離反する方向を辿っているのに反して、条文上は職務責任制度とは無縁であった我が国の国家賠償制度が、職務行為基準説を採用し一般化する方向に向かうことにより、プロトタイプとしての職務責任制度に接近することの問題性を指摘する。実証的な比較法研究に裏打ちされた批判的視点の提示として、優れている。

第3に、本論文は、職務行為基準説のロジックは代位責任構成に親和的であるとの近時注目されている議論を手がかりに、職務行為基準説に対する批判的分析から、更にその先にある代位責任構成に対しても批判の目を向けようとする。この点で本論文は、代位責任構成という我が国の国家賠償法学上の通説に挑戦し、国家責任法論の核心に迫ろうとする意欲的な研究成果である。

他方、審査担当者からは、(1)ドイツ職務責任制度の限界と直面する課題を指摘する部分から、我が国の職務行為基準説及び代位責任構成に対する批判へと展開する際の議論の進め方について、より精緻化を図るべきではないかとの注文、(2)理解し難い文章表現や同じ解説や主張の繰返しが見られるとの指摘等がなされた。確かに、論理展開及び文章表現に未だ荒削りな箇所が残っているが、これらの難点の多くは、本論文が扱う主題の複雑さ故に何度も章や節の組み換えや文章表現の修正を余儀なくされたことに起因しており、上述のような本論文の学術的価値を減ずるものではないと思われる。

以上により、審査担当者全員一致で合格との判定に至ったものである。