

文献研究・宇賀克也著『国家補償法』

橋本博之

- 一 はじめに
- 二 内容の紹介
- 三 違法性論
- 四 一般論と類型化
- 五 おわりに

一 はじめに

本稿は、宇賀克也『国家補償法』（有斐閣・一九九七年）を取り上げ、内容を紹介するとともに、若干の文献研究を行おうとするものである。著者である宇賀教授は、日本の行政法学界にあって極めて精力的な研究活動を展開されており、とりわけ、行政法研究者としてのキャリアの当初から国家補償法の領域について精緻な研究業績を多数公表されている。本書は、宇賀教授の研究成果を集成した国家補償法の新しい体系書であり、現在のわが国の国家補償法研究の水準を示す大作といえることができる。本書の中では、国家補償法の領域につき、比較法や歴史的沿

革、立法者意思から最新の判例・学説に至る膨大な情報が細大漏らさず処理され、多数の論点について極めて緻密な解釈論が展開されており、幾つかの重要な問題について将来の立法論まで提示されている。さらに、本書には、明晰で簡潔な記述、客観的な整理分析、多様な読者層の利用を想定した配慮など、「現代的」な法律学の体系書としてのひとつのあり方を示すかのような部分もある。⁽¹⁾ 何よりも、評者にとって、爾後宇賀教授の体系書を座右に備えて国家補償法の研究を行うことができるようになったことは、後学の一人として大きな喜びである。⁽²⁾

宇賀教授は、この法領域について、すでに著書『国家責任法の分析』（有斐閣・一九八八年）を公刊されている。この『国家責任法の分析』では、ドイツとアメリカの国家責任法を対象にした本格的な比較法研究が行われ、同時に、国家責任法に関する日本法の歴史的検討と立法論の提示がなされていた。右の書物に加えて、宇賀教授は、日本の国家補償法の解釈論について、論文ないし判例評釈という形態の研究業績をすでに約一〇〇篇公表されている。本書の「はしがき」において、宇賀教授は、「これまで、この分野で、論文、判例評釈をそれぞれ約五〇篇執筆し、また、行政実務家と共同の約三〇の委員会・研究会に参加してきた」と述懐される（i頁）。本書にはこれらの先行業績の集約という部分が多く見られるのであり、このようなスタイルの「体系書」のあり方は、それ自体が本書の本質を規定する特色であろう。いずれにしても、宇賀教授の膨大な先行業績のエッセンスが単一の書物に纏められたことは便宜であるし、行政実務レベルの研究会の成果等は一般の入手閲覧が困難な場合もあるので、本書に高い価値があることは明らかである。

以下、本稿では、まず本書の内容を簡単に紹介し（二）、次に、本書の中でも宇賀教授の主張が強く打ち出されている「違憲性」論の部分を検討し（三）、さらに、本書における「一般的考察」と「類型的考察」という整理の仕方から宇賀教授の思考方法の一端を考察する（四）⁽³⁾ こととしたい。

二 内容の紹介

本書は、序章「国家補償の意義と機能」に続いて、第一章「国家賠償」、第二章「損失補償」、第三章「国家補償の谷間」という全三章から構成されている。また、右の構成を記述の分量から見ると、第一章の部分が全体の頁数の七割強を占めている。⁽⁴⁾以下、順を追って各章の内容を紹介したい。

序章「国家補償の意義と機能」は、僅か六頁と非常に簡潔である。ここでは、本書全体に関するキーワードと言ふべき「統一的補償理論的思考」と「法治国的国家責任論的思考」という二つの概念が提示される。⁽⁵⁾同時に、これも本書の叙述において重要な役割を担うものとして、国家賠償には「被害者救済機能、損害分散機能」の側面と、「制裁機能・違法行為抑止機能・違法状態排除機能（適法状態復元機能）」の側面があるという基本認識が示される。そこから、国家賠償と損失補償の両方を包含する国家補償法概念が「統一的補償理論的思考」と結びつく一方、国家賠償の「制裁機能・違法行為抑止機能・違法状態排除機能（適法状態復元機能）」は「法治国的国家責任論的思考」と結びつき、この意味で国家賠償法は第一次的に行政争訟法と関連づけて（＝法治国原理担保手段として）考察されるべきこと、他方で、「統一的補償理論的思考」と「法治国的国家責任論的思考」は二者択一的なものではなく、本書で展開される解釈論ないし立法論は、右の二つの思考の両者を視野に入れてのこと等が説明される。序章の記述は、簡潔であるにもかかわらず論理展開にやや込み入った部分があり、評者は右の論理構成について必ずしも明確な理解を得たわけではないが、恐らく、本書では、国家賠償と損失補償を「統一的補償理論的思考」によりつつ考察する立場と、国家賠償を行政争訟法との関連を念頭に「法治国的国家責任論的思考」によって論じる立場（この場合は国家賠償と損失補償は「違法性」概念によって分離される）の両方が取り入れられることを明らかにしたものであろう。この点につき、高木光教授は、本書に対するコメントとして、「違法性について……説く

部分には法治国的国家責任論的思考に立つ研究者の気概が現れているが、統一的補償理論的思考をも視野に入れることによって行政救済法の多角的な発展を図ることができるとする柔軟な思考とのバランスが興味深い」と述べている。⁽⁶⁾ 高木教授が指摘するように、本書は、「法治国的国家責任論的思考」に基づく理論的求心力の高い議論と、「統一的補償理論的思考」を背景とする現実に即した柔軟な議論との「バランス」に特色があり、この「バランス」のあり様に対する評価が、本書の理論的骨格に与するか否かに関する読者の判断にも係わるであろう。⁽⁷⁾ なお、序章の記述を理解する重要な手掛かりとして、宇賀教授の「ドイツ国家責任法の理論史的分析」⁽⁸⁾と「国家責任の機能」⁽⁹⁾という二つの既発表論文が参照されるべきであろう。

第一章「国家賠償」は、叙述の分量として本書の大半を占めるだけでなく、違法性概念に関する記述をはじめ、質的にも本書の中心を成す部分である。全体は一四節に分けられ、戦前の国家賠償・官吏賠償制度(第一節)、国家賠償法の制定過程(第二節)という形で歴史的鳥瞰が行われた後、日本国憲法一七条と国家賠償法の関係が検討される(第三節)。次に、国家賠償法一条に関する解釈論が、「公権力の行使に関する国家賠償」に関する一般的考察(第四節)と類型的考察(第五節)の二節にわたって展開され、さらに、国家賠償法二条に関する解釈論が、「公の営造物に関する国家賠償」に関する一般的考察(第六節)と類型的考察(第七節)という形で考察される。右の四節が第一章の大きな部分を占めているが、続く各節でも、費用負担者(第八節)、民法の適用(第九節)、特別法の適用(第一〇節)、外国人への適用(第一一節)、安全配慮義務(第一二節)、損害賠償責任保険との関係(第一三節)、国家賠償請求訴訟上の問題(第一四節)という各論点について、極めて詳細で精緻な解釈論ないし立法論が展開されている。

第一章のうち、「公権力の行使に関する国家賠償」を扱う第四節及び第五節では、まず一般的考察と類型的考察という仕分けが注目されるが、この点については本稿四で後述する。一般的考察(第四節)においては、まず責任

の性質が論じられた後、国家賠償法一条一項の条文に沿う形で要件・効果が検討され、最後に求償権と公務員個人責任の問題が扱われる。右のような構成は、国家賠償法一条の解説として、極めてオーソドックスなものである。内容的には、国家賠償法一条一項の要件における違法性概念の部分の叙述に力点が置かれているが、違法性の問題については本稿三で改めて検討する。また、「反射的利益論」に関する考察は、損害要件の枠内で扱われている。⁽¹⁰⁾責任の性質については、立法論として自己責任説の採用が望ましいとされる点が注目されよう（二四頁）。立法論としては、「公権力の行使」という用語につき「公務の執行又は不執行」又は「公務の運営」のような表現をとるべきことが主張されているし（三一頁）、求償権行使を監視する制度の構築等も提言されている（八八頁）。類型的考察（第五節）の部分では、主として違法性概念に関して理論的検討が必要な類型を取り出す形で、立法、裁判、事実行為、行政権の不作为、計画（政策）変更の五類型について考察されている。

同じく第一章の中で、「公の営造物に関する国家賠償責任」も、一般的考察と類型的考察に分けられている。一般的考察（第六節）では、国家賠償法二条の意義に関する議論が整理された後、国家賠償法二条一項の要件である「公の営造物」と「設置又は管理」の瑕疵」について論じられる。この部分の記述の特色は、国家賠償法二条一項の解釈論について、国家賠償法一条一項との関係を意識した議論が展開されていることである。すなわち、国家賠償法二条一項の存在意義について、歴史的沿革に由来するもので理論体系上不可欠とは言えないとしつつも、国家賠償法一条一項に対する先進性が国家賠償法全体の解釈手法に影響を与えたとの認識が示される（二二二頁）。また、「公の営造物」概念の外延を論じる場合にも、国家賠償法一条との関係に度々言及され、「設置又は管理」の瑕疵」判断において考慮事由とされる要素は、国家賠償法一条において「不作为の違法」の判断要素とされるものと同じであり、国家賠償法一条と二条の連続性が意識されている。類型的考察（第七節）として掲げられているのは、道路事故、水害、転落事故、事業損失の四類型である。右の中で目新しいのは、空港騒音や道路騒音など一般

に「供用関連瑕疵」ないし「機能的瑕疵」とされる類型を「事業損失」という枠組みで整理していることである。その結果、「事業損失」類型について、賠償的構成と補償的構成の双方の検討や、差止請求に係る論点まで言及するなど幅広い考察をすることが可能になっている。

第二章は、「損失補償」の記述にあてられている。この章は、補償の意義と沿革(第一節)、補償の実定法上の根拠(第二節)、補償の要否(第三節)、補償の内容(第四節)、補償の時期(第五節)、補償の行政手続(第六節)、補償請求訴訟上の問題(第七節)から構成されている。ここでも、ドイツ法における理論の参照や、日本の法令・判例の精緻な分析といった本書の叙述上の特色が見られるほか、行政実務レベルに踏み込んだ問題点の指摘が多くなされている。補償の要否(第三節)について、宇賀教授は、①侵害行為の特殊性、②侵害行為の強度、③侵害行為の目的等の総合判断によって判別されるとし(四〇一頁)、右の三要素を軸に具体的論点の検討を進める。まず、③の要素が重視された立法例・判例を検討しつつ、③の基準が有効に機能しない例もあることを指摘する(四〇一頁以下)。次に、①の要素(侵害の特殊性)が問題になる例をとりあげ、他の法令による不許可処分による補償の要否についても論じる(四一一頁以下)。さらに、②の要素を念頭に置きつつ、公共減歩、行政財産の使用許可の撤回、部分的収用の問題が整理される(四一六頁以下)。この考察の最終部分で、特別の犠牲と内在的制約の線引きにより補償の要否を決めようとする「特別犠牲理論」の「オールオアナッシング的解決」の問題点を指摘しつつ、土地利用規制の分野を念頭に置きつつ「アナログ型補償理論」採用の可能性と、既存の補償理論を前提としつつ「政策的利害調整システム」を導入することの二つを提示している(四二八〜四三〇頁)。補償の内容(第四節)の部分については、現行法令の解釈論に加えて、行政実務を踏まえつつ幅広い視点からあるべき政策を明らかにするという記述が増える。これらの論述から、宇賀教授の立法政策に関する思考を読み取ることができる。

第三章は、「国家補償の谷間」について論じられる。まず、国家補償の谷間として想定される五つの局面(違法

無過失、規制権限の不作為、瑕疵の不存在、非財産的法益の侵害、特別の犠牲の不存在）を指摘し（第一節）、右の各類型につき解釈論による対応を具体的に考察する（第二節）。その上で、立法により国家補償の谷間を埋める方策として、無過失責任主義と過失の挙証責任の転換、結果責任と社会保障、租税優遇措置という三つの枠組みを示し、それぞれの可能性が検討されている（第三節）。

以上が、本書の内容のごく簡単な紹介である。本書は、国家補償法について、現在の問題状況を把握し、議論の水準を理解するために適正な情報を獲得するための極めて有効で使い勝手の良いアイテムである。⁽¹¹⁾すなわち、本書の第一の価値は、そこに凝縮された情報そのものがあり、本書の内容を精読した読者は、直ぐに、本書の記述が各論点に関する学界全体の議論の蓄積を巧みに取り込んでいることに気づかされる。この意味で、本書について紹介すべきことは、それぞれの読者が本書から必要に応じて必要な情報を引き出すべきであり、そのための工夫も十分になされているということに尽きるのかもしれない。

三 違法性論

本書全体を通して強く印象に残るのは、多面的な事柄を視野にいられた細密な叙述であり、一定の解釈論ないし立法論が打ち出される場合にも議論に偏りのないよう慎重な配慮がなされていることである。他方、客観的かつ価値中立的に見える本書において、宇賀教授は、国家補償法の体系的叙述を展開する基軸としての違法性概念に強い求心力を与えている。このことは、宇賀教授の主張を示すと同時に、現在の日本の行政法学界における有力な傾向性の反映という側面も強いと考えられる。⁽¹²⁾いずれにしても、本書を読解する場合に、違法性論が重要な鍵となるのは明らかである。

本書において、違法性の問題は、直接的には国家賠償法一条一項における違法性要件の解釈論として展開されて

いる。そして、違法性に関する宇賀教授の論述から読み取れるのは、第一に、国家賠償制度を法治国原理担保手段として位置づけた上で、日本の国家賠償法の「体系」を違法性概念を軸に組み立てて行こうとする一貫した意図であり、第二に、国家賠償法の違法性に関する現在の判例・学説上の議論を、用語法の見直しを含めて改めて整理し直そうという試みである。

宇賀教授は、自らの国家賠償法の違法性に関する見解を、「公権力発動要件欠如説」と呼ぶ。従って、本書の違法性論を読解するためには、まず「公権力発動要件欠如説」と称されるものの内容を確認する必要がある。宇賀教授は、国家賠償法の違法性に関する基本的学説を、結果不法説、行為不法説、相関関係説の三つに大別する⁽¹³⁾。そして、右の行為不法説の中で、公権力発動要件の欠如をもって違法と解する「公権力発動要件欠如説」と、公務員として職務上尽くすべき注意義務を懈怠したことをもって違法とする職務行為基準説があると整理する。右の位置づけを前提に、「公権力発動要件欠如説」とは、「行政処分のように、その発動要件が法令で明定されているものについては、その発動要件の欠如を国家賠償法上の違法と解し、この意味での違法を認識すべきであったにもかかわらず、認識しなかったことを過失と構成する」ことと敷衍される(四五〜四六頁)。

なお、右の「公権力発動要件欠如説」なる見解は、「行政処分」に関する国家賠償法上の違法をモデルとして想定するものであるが、「権力的事実行為」や「非権力的事実行為」、「行政処分の不作為」の違法についても「公権力発動要件欠如説」で理論構成することが可能と説明されている⁽¹⁴⁾。さらに、宇賀教授が「公権力発動要件欠如説」と呼ぶ内容は、(最高裁が職務行為基準説による判例を打ち出す以前という意味で)「従来の判例の大勢」であったという認識も示されている(四七頁)。

宇賀教授は、違法性に関する学説を右のように整理した後、違法性相對説への批判を座標軸にしつつ、最高裁判例の流れと対比する形で「公権力発動要件欠如説」の論陣を張る。本書の議論は、大要以下のように進められ

る。すなわち、違法性相対説は元来結果不法説ないし相関関係説と結びついて学説上主張されたものであるが、最高裁判例の展開過程の中で行為不法説の中の職務行為基準説に基づく違法性相対説が判例上有力になった。しかし、判例の採る職務行為基準説は、（宇賀教授によれば）採用される根拠が何ら明らかにされていないのであり、理論的にも問題があるので、行為不法説の中の「公権力発動要件欠如説」で捉えるべきである、と。⁽¹⁵⁾そして、本書において、なぜ「公権力発動要件欠如説」が正当かという説明は、以下の如くである。まず、「行政処分について国家賠償法上の違法の問題を考えるに際して重視されるべきは、法律による行政の原理であり、従って、「被侵害法益に着目した結果不法説ではなく、行為不法説が採られるべき」である。そして、行為不法説の中で「公権力発動要件欠如説」と職務行為基準説を対比した場合に、前者を採るべき根拠は次の三つである。第一の根拠は、本書にしばしば登場する国家賠償制度の「機能」論であり、国家賠償制度が行政争訟制度とともに「法治国原理担保制度の一環」をなすことの帰結として、「行政処分についてまで職務行為基準説を採用することは、国家賠償法の制裁・違法行為抑止・違法状態排除機能（適法状態復元機能）を著しく損なう」からである。第二の根拠は、職務行為基準説を採った場合に、取消訴訟と国家賠償訴訟において違法性要件が一致しないのは不都合だからである。第三の根拠は、「行政処分についてまで職務行為基準説を採ること」が、国家賠償法一条一項の「もつとも中核的な適用領域」において、「過失要件の独立の意義を失わせる」からである（六一〜六四頁）、と。⁽¹⁶⁾いずれにしても、宇賀教授の論理の運びのポイントは、「法律による行政の原理の重視」に集約されている。

なお、右の論証部分は、あくまでも「行政処分」に関する違法性判断に関するものであり、「行政処分」から偏差のある類型を独立して論じることについては、慎重に留保されているように読める。例えば、立法に関する国家賠償法上の違法について、国家賠償請求訴訟の憲法訴訟・制度改革訴訟としての機能に注目すれば「公権力発動要件欠如説」が優れているとしつつも、職務行為基準説が成立し得ることを否定してはいない（二〇四〜二〇六頁）。

さらに、国家賠償法一条一項の「もつとも中核的な適用領域」が「行政処分」であるという本書の認識は、それ自体宇賀教授の立場の反映であることにも留意しなければならない。

本書が「公権力発動要件欠如説」と呼ぶ説において、「公権力発動要件」は明文の規定のみではなく、「平等原則、比例原則、権利濫用の禁止、信義則等の不文の法理によっても制約を受ける」とされる(六四頁)。右のような考え方は、宇賀教授の言う「公権力発動要件欠如説」が、違法性を行政の「行為規範違反」と把握するという意味で、過失一元的处理がなされる場合の過失判断とも共通性を持つという認識へと繋がってくる(六五頁)。さらに、「公権力発動要件欠如」行為規範違反」という図式からは、違法性判断における被侵害法益の評価の問題が改めて生じる。宇賀教授によれば、「行政処分」による国家賠償という場合には、事前に法令で明示された行為規範の中にすでに「被侵害法益も斟酌」されているので違法性判断に際して行為規範の有無のみを審理すれば良いことになる(六六頁)。これに対して、行為規範が明確でなく過失一元判断がなされる場合には、過失判断において、「裁判所が、個々の事例ごとに、被侵害法益等、諸般の事情を考慮して、事後的に行為規範を明示」することになる(六五頁)。また、行政による規制権限の不作为の違法性について、宇賀教授は、「裁量権収縮」理論に基づく解釈により作為義務発生を画定することを主張されるが、そこで作為義務発生の要件の第一として「被侵害法益の重要性」が掲げられている(一五七頁)。右の点につき、宇賀教授は、不作为の違法における裁量権収縮理論により「被侵害法益」を考慮することは、「いかなる場合に作為義務が生じるかという行為規範の設定の問題」であり、「公権力発動要件欠如説」と整合するという形で説明している(一六三頁)。

右に検討したように、本書では、違法性に関する「公権力発動要件欠如説」を軸に、「法治国的国家責任論的思考」に則った解釈論が展開される。その論述の中では、最高裁判例が採用した職務行為基準説、あるいは、結果違法説や相関関係説を採る学説が主張した違法性相對説といったものが否定的に評価される⁽¹⁷⁾。加えて、宇賀教授は、

国家賠償法の「損害の公正な配分」という要素については、違法性ではなく過失要件で斟酌すれば足りるとも説明される（六三頁）。さらに、本書では、国家賠償法二条一項における公の営造物の設置管理の瑕疵判断の考慮要素として、国家賠償法一条一項に係わる不作為の違法における考慮要素と同一のものが掲げられており、宇賀教授の違法性論は、国家賠償法二条一項の解釈論との連続性も与えられている（二五五頁以下）。また、本書は、損失補償の意義を論じる際にも、損失補償につき適法性のメルクマールを放棄することは国家賠償において違法性のメルクマールを放棄することにつながり、「国家賠償の法治国原理担保手段としての機能を損なうおそれがある」との考え方を示している（三六八頁）。

以上のような本書の違法性論を支える要石は、国家賠償法につき行政争訟法と並ぶ「法治国原理担保手段」としての「機能」を重視し、さらに国家賠償制度は「法治国の究極の根拠」として行政争訟法の機能不全を補うべきであるという「思考」にある。そして、本書の議論の骨格は、国家賠償法一条一項に「違法性」要件が存在する以上、国家賠償制度は「法治国原理の担保」という「機能」を發揮するべきであり、右の「機能」から「違法性」要件を行為規範違反たる「公権力発動要件欠如」と構成することを正当化するという流れを辿る。右の論理構成がトートロジーに陥らないためのポイントは、結局のところ、「法治国的国家責任論的思考」なり国家賠償制度の「機能」論の説得力にあるように思われる。従って、本書の違法性論の解釈論上の影響力は、判例ないし裁判実務家に対して右のような「思考」ないし「機能」を鍵とする論理を受容することにつき、どれだけ理論的説得ができるか否かによって左右されることになると思われる⁽¹⁸⁾。

また、宇賀教授の提唱される「公権力発動要件欠如説」について、その学説としての評価も問題になる。現在の学説において判例による職務行為基準説の行政処分に対する拡大に対する批判が強いことは指摘できるけれども、違法性を「公権力発動要件欠如」とする宇賀説については、今後学説の中で議論が行われることになるであろう。⁽²⁰⁾

評者も、この点について深く考察する必要があると認識しているが、ここで十分な議論を展開する準備はなく、今後の研究課題としたいと考えている。

四 一般論と類型化

本書において、宇賀教授は、「公権力の行使に関する国家賠償」と「公の営造物に関する国家賠償」のそれぞれについて、「一般的考察」と「類型的考察」という形で二元的な叙述を行っている。この叙述方法自体が格別特徴的なものというわけではないが、宇賀教授が一般と類型という対比の中で何を論じているのかを読み取ることは、本書の基本的な思考枠組みの一端を浮かび上がらせるであろう。

まず、「公権力の行使に関する国家賠償」において「類型的考察」として掲げられているのは、「立法」、「裁判」、「事実行為」、「行政権の不作为」、「計画（政策）変更」の五類型である（第一章第五節）。この五類型の設定基準は、「違法性の判断について理論的に興味深い問題を包含している」類型とされる（六八頁）。従って、ここで「類型的考察」がなされる意味は、「一般的考察」（第四節）における違法性の説明をより詳しく補充し、そこで説明しきれない部分を節を改めて論じることにある。同時に、ここでの類型化は、国家賠償法一条一項の「公権力の行使」概念につき広義説が通説となり、同法の射程が行為規範が明確でない行政作用まで拡大したために統一的な違法概念の樹立が困難になっているという認識を背景に、通常の行政処分等とは異なる考察が必要な作用類型を抽出したという側面もある。例えば、「一般的考察」の部分において所得税更正処分の違法性に係る奈良民商最高裁判決が比較的詳細に検討されるのは（五七頁以下）、これが「行政処分」の国家賠償訴訟における違法性判断が問題になったからであり、典型的な「行政処分」から偏差のあるものについては「類型」論の中で扱うという形態になっている。さらに、ここで宇賀教授の抽出された「類型」は、実務ないし講学上リーディングケースとして取り上げられ

ることの多い最高裁判決に対応する形で構成されており、これらの有名判決を遺漏なく整理するために項目立てがなされたという側面も認められよう。

右の五類型のうち、「立法」と「裁判」は、国家賠償請求訴訟による法律による行政の原理の担保という「機能」の差異や、違法性限定説の採用といった観点から、特殊な類型として切り出すことになじむであろう。また、「事実行為」と「不作為の違法」は、行政作用の行為規範について解釈論上の操作が必要という点から、違法性論として特殊性を帯びた類型と言えよう。このうち、「不作為の違法」については、すでに行政法学上独立した論点として扱うことが定着していると思われるが、「事実行為」を類型として取り出したことは、本書の特色として掲げることができよう。⁽²¹⁾

本書で「事実行為」とされる類型は、さらに「権力的事実行為」と「非権力的事実行為」とに分けられる。前者については、違法性判断につき行政処分の場合と同様に「公権力発動要件」の欠如が問題となるが、事実行為については「行為規範が明示的に法定されているわけではない」ことから、解釈論上「事実行為の発動要件の定式化」を行うと説明される。後者については、主として行政指導に関する国家賠償の事例が扱われている。ここで評者が疑問を持つのは、「事実行為」類型を立てた場合に、学校事故につき過失一元的判断がなされるようなケースの理論的説明が、もう少し正面からなされるべきではないのかという点である。本書において、宇賀教授は、公権力概念に関する広義説の採用を説明する部分において、学校事故につき教師個人を訴訟の矢面に立たせない解釈ないし立法が可能ならば、国家賠償法一条の「違法概念・過失概念の多様性・不統一を解消するために、これを民法不法行為法の処理に委ねることも、十分考えられよう」と述べる（四五頁）。また、本書で故意過失を説明した部分では、事実行為による国家賠償請求につき、過失一元的判断がなされることについても言及されている（七〇頁以下）。「事実行為」類型を論じる箇所でも、パトカー追跡が第三者との関係で「実質的には、民法上の不法行為の場

合と同様に損害賠償責任が判断される」とか、因果関係自体が争われる場合には「実質的には、民法上の不法行為の枠組みで判断される」といった記述がある(一四六頁)。これらの点について、「事実行為」類型の問題として理論的に敷衍した説明があるならば、読者にとって宇賀説の理解がより容易になるのではなからうか。

なお、第五の類型である「計画(政策)変更」の部分では、「計画担保責任」とされる領域が扱われる。既存の判例をベースにしながら、責任の根拠について多角的な説明がなされ、他の四類型とはやや異質な記述となっている。いずれにしても、行政法体系上の位置づけについて議論されることの多い「計画(政策)変更」の問題を、違法性を座標軸にした類型のひとつとして扱っていることは、注目されることである。

「公の営造物に関する国家賠償」において「類型的考察」とされるのは、「道路事故」、「水害」、「転落事故」、「事業損失」の四類型である(第一章第七節)。この類型化は、国家賠償法二条一項の設置・管理の瑕疵に関する叙述としてオーソドックスなものである。本書では、「一般的考察」(第六節)の部分で、国家賠償法二条一項の瑕疵判断の基準について、国家賠償法一条一項の不作為の違法の判断基準と同じ四つの要素を設定し、「道路事故」と「水害」の種類の違いはその要素(とりわけ「期待可能性」要素)の相違にあるという形で説明されている(二五八頁)。

また、「転落事故」類型については、右の四要素による瑕疵判断の「一段下の細目的判断事項」である基準(「当該営造物の構造、用法、場所的環境及び利用状況等の諸般の事情を総合考慮して具体的個別的に判断す」という基準)が、一般的基準として有効に機能する類型として整理される(三〇二〜三〇三頁)。「事業損失」類型については、四要素の総合的斟酌で瑕疵の有無を判断するという枠組み自体が維持しえない異質な類型として設定される(二六四〜二六五頁)。すなわち、宇賀教授は、供用関連(機能的)瑕疵につき「安全確保義務の問題ではなく、ニューサンスの問題であり、同じような判断枠組みで考えるわけにはいかない」と述べており(二六〇頁)、本書の「事業損失」における記述は、「公の営造物に関する国家賠償」の「類型的考察」の部分に置かれているものの、内容的に

は国家賠償法二条一項の一般的説明の枠を超えた多角的な考察を含む内容となっている。

以上から、本書における類型化とは、国家賠償法一条一項の違法性ないし同二条一項の設置管理の瑕疵という基本的要件に関する分析を前提に、国家賠償の適用領域が拡大された結果として右の要件に関する一般論に乗り切れない部分を独立して検討するという意味を持つことになる。従って、本書に言う「一般的考察」と「類型的考察」とは、一般論の定立が困難ないし一般論の意味が希薄な部分について類型化して論じるという形で緊張関係にある。評者としては、本書の基本的スタンスが、一般論の定立を志向する（おそらくは国家賠償法の領域を限定する方向性を持つ）のか、本書の言う「類型的考察」を志向するのかについて、理論的な説明がなされる必要があるのではないかと考える。そうでなければ、「一般的考察」と「類型的考察」という枠組みの設定は、国家賠償に関する事象を漏れなく記述するための単なる便宜ということになりかねないのであり、敢えて著者の一考を煩わすことができればと考える。⁽²²⁾

五 おわりに

最後に本書の叙述全般に関する疑問を一点だけ述べると、本書では、「判例」として説明がなされる場合に、最高裁判決と下級審判決の比重の違いが明確でない部分が見られるのではなからうか。もちろん、本書では、理論的ないし実務上重要な最高裁判決についてその意義や射程に関する必要十分な記述がなされてはいるが、論述の流れの中で、裁判実務における最高裁判決の持つ意味合いが必ずしも読み取り難い部分がある。⁽²³⁾確かに、本書における宇賀教授の立論を前提にするならば、国家賠償に関する裁判例は、下級審も含めて日本の法治主義の実際を映し出すことになり、法律による行政の原理を支柱とする行政法体系の中で重要な研究素材としての意味を持ち得ることになる。しかし、本書における宇賀説と裁判実務のスタンスには一致しない部分も見られるのであるから、評者

は、実務の側との対話を促進するという意味でも、審級による比重を前提にした「判例」の記述が必要ではないかと考える。⁽²⁴⁾

以上で、大変に雑駁なものではあるが、本書に関する紹介と若干の考察を終了する。ここまで紹介してきたころにも、評者の力不足による数々の誤読・誤解が存することをおそれ、著者である宇賀教授のご寛容を願うのみである。また、膨大な内容を持つ本書の一部のみを切り出して評者の主観的な考察を行ったことについても、宇賀教授および読者の方々のご批判を賜うことができれば幸いである。

今回、敢えて宇賀教授の大著について紹介を試みようと考えに至ったのは、評者の次のような問題意識による。評者は、かつて宇賀教授の論文「ドイツ国家責任法の理論史的分析」を初めて精読した時から、その精緻な分析に圧倒されつつもドイツ的思考方法にやや「違和感」を持ち、恐らくこれと対比されるべきフランス行政賠償責任法の理論的背景の一端を探ろうと試みたことがある。⁽²⁵⁾ また、評者は、右の研究過程で、フランスにおいて、取消訴訟の「違法性」と賠償責任の「役務過失 (faute de service)」は伝統的には理論的峻別がなされていたが、実質面から両者を一致させる方向で議論が進展したことを知り、一篇の論文を執筆してみた。⁽²⁶⁾ しかし、フランスの場合、行政賠償の核心となる要件は「役務過失」であり、また、行政賠償制度の歴史的発展の性格もあって、「法治国的国家責任論的思考」の如き議論が正面に出ることはないものであり、行政賠償責任の理論モデルはドイツとは相違に異なる。他方、日本の学説においても、例えば下山瑛二教授の「『故意・過失』と『違法』を切り離さず、責任成立要件として捉える」という枠組みや、遠藤博也博士による国家補償法を「責任に関する法」として「適法性に関する法」と一応区別されたものとして位置づける試みなどは、⁽²⁷⁾ 本書の宇賀教授の見解とは理論的な立脚点が異なっている。さらに、本書の紹介としてすでに言及したように、現在の日本の最高裁判決による違法性論もまた、宇賀教授の理論枠組みから隔たった部分がある。評者は、このような問題状況の中で、日本の行政法学の動向を代

表するであろう宇賀教授の国家補償法の「体系」が、それとは異なる理論枠組みとの関係でどのような意義を持つのかにつき考えを深めたいと望んでいるのであり、この拙い紹介をひとつの契機として、宇賀教授をはじめとする方々からご示唆を賜うことができれば幸いである。

- (1) 本書は、有斐閣『法律学大系』という新しいシリーズの一卷として刊行されており、内容的に右シリーズの企画編集の趣旨を反映しているものと思われる。
- (2) 本書が刊行された直後に、西莖章『国家賠償法』（青林書院・一九九七年）が公刊された。こちらも、国家賠償・損失補償の領域において多数の重要な研究業績を残されている西莖教授の手による極めて詳細な大著であり、日本の国家賠償法の研究水準を示している。同書では、個別文献の引用が丹念になされるところにも、宇賀教授の本書の内容をもすでに取り込んだ緻密な考察が展開されている。
- (3) 本書について、保木本一郎「紹介」法学教室二〇四号（一九九七年）一二七頁がある。
- (4) 宇賀教授自身は、各章の分量の割合について、行政法の教科書の「標準的割合」と対応したものであり、本書を副教材として用いる学生への配慮もあると述べている（ii頁）。右の説明の意味するところは評者には必ずしも明らかではないが、本書において何らかの「標準的」なのが前提とされていることを窺わせる記述である。
- (5) ドイツ的な「統一的補償理論的思考」の問題点については、例えば、参照、綿貫芳源「国家責任の法理についての疑問」『田中二郎先生追悼論集・公法の課題』（有斐閣・一九八五年）六六九頁以下。
- (6) 高木光「学界展望・行政法」公法研究五九号（一九九七年）四〇五頁。
- (7) 高木教授が国家賠償法の違法性論を理論的に検討する場合の基本認識については、高木光「国家賠償における『行為規範』と『行為不法論』—パトカー追跡事故判決再考」『石田喜久夫・西原道雄・高木多喜男先生還暦記念論集（中）・損害賠償法の課題と展望』（日本評論社・一九九〇年）一三七〜九頁を参照。
- (8) 『国家責任法の分析』三頁以下。
- (9) 『高柳信一先生古稀記念論集・行政法学の現状分析』（勁草書房・一九九一年）四二三頁以下。
- (10) 反射的利益論については、参照、稲葉馨「国賠訴訟における『反射的利益論』」『小島和司博士東北大学退職記念・憲法と行政法』（良書普及会・一九八七年）五九五頁以下、桑原勇進「いわゆる危険防止責任について—基本権保護義務の立場からの試論」東海法学一八号（一九九七年）一二頁以下など。宇賀教授は、「反射的利益論」を違法性要件の問題とする判例があることを認めつつ、国家賠償法上の違法性を抗告訴訟のそれと統一的に解する立場から、保護規範の問題を違法性要件ではなく損害要件に含めるとする（七八頁）。宇賀説と同じ方向性を示す見解と

して、参照、塩野宏『行政法Ⅱ(第二版)』(有斐閣・一九九四年)二四八頁。

(11) 本書の判例索引・事項索引は詳細であり、これらのインデックスの使いやすさも本書の大きな特色と言えよう。

(12) 例えば、塩野宏教授は、国家補償を含む行政救済法において「国家行為の適法性の問題」が常に重要な要素であることを指摘する。塩野・前掲書三頁。さらに、塩野教授は、「法律による行政の原理の支配する行政過程と国家賠償制度とを整合的に結合し、国家賠償制度の有する違法行為抑止機能を効果的に働かす」ことを重視した解釈論を展開されている。同二四四頁以下。本書を支える基本的枠組みは、右の塩野教授の立場とほぼ合致していると言えよう。

(13) 宇賀教授の三分法に対する批判として、芝池義一『行政救済法講義』(有斐閣・一九九五年)二二二頁。

(14) 本書は、不作為の違法性について、「規制権限の不作為」と「申請に対する不作為」に場合分けして説明する。「規制権限の不作為」については、行政便宜主義を克服するための「裁量権収縮」理論を肯定的に評価し、解釈論的に作為義務が生じる要件として、①被侵害法益の重要性、②予見可能性、③結果回避可能性、④期待可能性の四つを掲げる(一五四頁以下)。「申請に対する不作為」については、不作為の違法確認訴訟と国家賠償訴訟の違法性の関係につき水俣病認定待たせ賃訴訟を中心にした議論が、相当期間の問題に関連して処分留保の事例を中心にした議論が、それぞれ展開されている(一七八頁以下)。

(15) 本書において、違法性一般に関する判例分析は、ほぼ時間軸に沿って展開される。これを要約すると以下の如くである。まず、検察関係に関する芦別判決(最判昭和五三年一〇月二〇日・民集三二卷七号一三六七頁)は、無罪判決Ⅱ違法という結果違法説を否定して「公権力発動要件欠如説」を採用した(ただし、この判決が「職務行為基準説」であると説明されたことから、用語法の混乱が生じた)。次に、裁判に関する最高裁判決(最判昭和五七年三月一二日・民集三六卷三号三二九頁)は、裁判という特殊な領域に関してではあるが、「公権力発動要件欠如説」とは区別されるものとしての職務行為基準説を採用した。さらに、立法に関する在宅投票判決(最判昭和六〇年一月二一日・民集三九卷七号一五二二頁)は、立法作用の特殊性を問わずに職務行為基準説を一般化し、その後、更正処分に関する奈良民商判決(最判平成五年三月一日・民集四七卷四号二八六三頁)などで、行政処分一般にまで職務行為基準説が拡張されつつある、と。

(16) 職務行為基準説の一般化については、過失要件との関係で、「客観的責任要件としての違法性とは独立に主観的責任要件としての故意過失を定めた立法者意思と乖離し」、「文理解釈としても」問題があるという論述もある(七三頁)。

(17) 違法性二元論の骨子を集約する記述として、参照、遠藤博也『実定行政法』(有斐閣・一九八九年)二〇六頁以下。宇賀教授によれば、遠藤説は、相関関係説による違法性相対説として整理される(四九頁)。

(18) 裁判実務家側の見解の一例として、寛康夫氏は、次のように述べている。「私は、国家賠償法一条一項の『違法』は、民法七〇九条、七一五条における場合と基本的に同義であるが、法が公権力に私人と異なる権限と義務を与えたことよって、違法内容が異なったものに変容する、と考える。すなわち、その違法性について、行政法規等公法によつて付与された権利、義務の範囲にとどまる限り、違法の問題を生じない。その意味で……適法性は、国家賠償法上の『違法』の外延を画しているといえる……。しかし、行政法規等の公法規定に違反していたということが、直ちに、国家賠償法上の『違法』の問題を生じるものではない。それが『違法』評価を受けるのは、当該公務員が国民との関係において

職務上の義務に違反したか否かによるべきである。」寛康夫「登記官の閲覧監視義務と国家賠償法の違法」『香川最高裁判事退官記念論文集・民法と登記（上）』（テイハン・一九九三年）二二六頁。右の寛氏の見解の論理構造は、本書に示された宇賀教授のそれとは大きく隔たっているように思える。

(19) 塩野・前掲書二五一頁、藤田宙靖『第三版行政法Ⅰ（改訂版）』（青林書院・一九九五年）四七五頁など。

(20) 例えば、芝池教授は、国家賠償法上の違法性につき「行為不法の意味での違法性と結果不法の意味での違法性という二重の意味を持つ」とされ、「取消違法と国賠違法との関係」について、「取消違法があれば国賠違法も認められる」ことを当然のこととして確認した上で、「国賠違法と取消違法とは常に一致するともいえない」とされる。芝池義一「国家賠償法における違法性」法と民主主義二七六号（一九九三年）一三〇～一四頁、同・前掲書二〇五頁以下。

(21) 本書では、「不作為の違法」（なかでも「規制権限の不作為」類型）について、「裁量権収縮の理論」に基づく解釈論が展開されており、この点も、本書の重要な特色である。「裁量権収縮」論に対する批判的コメントとして、例えば、藤田・前掲書四八一頁以下を参照。なお、本書において、「裁量権消極的濫用論」を採ったとされる裁判例につき理論的説明を加える箇所（二六〇～二六二頁）の内容には、興味深いものがある。

(22) 国家賠償に関する「類型化」につき、例えば、原田尚彦教授は、「原型タイプ」と対比しつつ、「保護不十分型」、「信頼破壊型」、「違法摘発型」に分けた類型化を行っている。原田尚彦「国家賠償責任―統一化のなかの多様化・類型化―」『行政判例の役割』（弘文堂・一九九一年）二四三頁以下。原田教授の論旨には「原型タイプ」との偏差に基づくという意味で本書の見解と類似する点もあるが、宇賀教授が常に「法治国的国家責任論的思考」に基づく「違法性」概念に求心力を持たせた議論を志向するのに対して、原田教授は「類型的考察」の側に比重を置いて新しい国家賠償法制の再構築を志向するという方向性の違いが見られる。また、小幡純子教授は、公の営造物の管理について、公物管理法の特色がいかなる形で反映するのかという理論的視角を導入した類型化を試みられている。小幡純子「国家賠償法二条の再構成（上）・（下）」上智法學論集三七卷一・二号（一九九三年）八三頁、同三八卷二号（一九九四年）一頁。小幡教授は、例えば、「供用関連瑕疵」を損失補償ないし事業損失との類似性を念頭に類型化するという点で宇賀教授と同一の見解を採られているが、小幡教授の論文では国家賠償法二条の解釈論の理論的「再構成」を志向するための「類型化」という意図が明確に示されている。

(23) 学説の判例研究において審級間の違いが意識されない場合があることの問題については、夙に園部逸夫博士が指摘されるところである。例えば、参照、園部逸夫『裁判行政法講話』（日本評論社・一九八八年）一二五頁。

(24) この点は、国家補償法の領域において理論的「体系」化の作業を行う方法論の問題に係わるであろう。夙に、藤田宙靖教授は、「国家賠償法一条の解釈をめぐって行政法学がなすべきこと」につき、「法解釈のあり方、方法、についての原則を確立し、このような一貫した原則の下にこれらの素材を体系付けることである」と指摘されている。藤田・前掲書四六四頁。また、評者は、フランス行政法学の方法論に関する考察から、右と同様の問題意識を得るに至っている。拙稿「行政判例と行政法学の交錯」日仏法学二〇号（一九九五年）一頁以下。

(25) 拙稿「フランス行政法における全面審判訴訟の位置づけ（一）」（三）『国家学会雑誌二〇二巻七・八号、同二一・一二号（一九八九年）、同

- 一〇三卷一・二号(一九九〇年)。行政賠償責任訴訟は全面審判訴訟の最も重要な構成要素であり、評者には、右論文の基本的な問題意識のひとつとして、訴訟類型論という角度からフランス行政賠償責任法の理論的枠組みを探究したいという意図があった。
- (26) 拙稿「行政決定の違法性と損害賠償責任―フランスにおける行政賠償責任法理の展開を素材に―」『雄川一郎先生献呈論集・行政法の諸問題(中)』(有斐閣・一九九〇年)六七七頁以下。
- (27) 下山瑛二『国家補償法』(筑摩書房・一九七三年)一七八頁。
- (28) 遠藤・前掲書二〇五頁以下。