HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	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」要件についての一考察
Author(s)	朝田, とも子
Citation	北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル, 14, 1-33
Issue Date	2007-12-21
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/30320
Type	departmental bulletin paper
File Information	14_P1-33rev.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

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」要件についての一考察

朝田（あさだ）　とも子（こ）

目　次

序　章 …… 3
（1）問題の所在 …… 3
（2）論文の概要 …… 3
（3）これまでの議論 …… 4
第１章　日本の国家賠償責任法における「職務行為基準説」と「反射的利益論」 …… 4
第１節　国家賠償訴訟上の違法性 …… 4
（1）行為不法説 …… 5
（2）行為不法説と一元的違法性説 …… 6
（3）結果不法説と初期の相対的違法性説 …… 6
（4）「職務行為基準説」と後期相対的違法性説 …… 7
（5）在宅投票制度廃止違憲訴訟最高裁判決とその影響 …… 7
（6）小括 …… 7
第２節　国家賠償訴訟における「反射的利益論」に関する学説・判例 … 8
（1）否定説 …… 8
（2）肯定説 …… 8
（3）「反射的利益論」の国家賠償法上の位置づけ …… 9
第３節　まとめ …… 9
（1）判例における問題状況 …… 9
（2）在宅投票制度廃止違憲訴訟最高裁判決の示す「定式」とドイツ第三者関係性との関係 …… 10
第２章　ドイツ職務責任制度における職務義務と第三者関係性 …… 11
第１節　職務責任制度の基本構造 …… 11
（1）条文の構成 …… 11
（i）ドイツ民法823条とドイツ民法839条 …… 11

(ii) ドイツ民法839条と基本法34条 …… 11
(iii) 職務責任の要件 …… 12
(2) 職務責任制度の歴史的背景 …… 12
(i) 帝国官吏責任法が成立するまで …… 12
(ii) ワイマール憲法による規定 …… 13
(iii) ワイマール憲法下での保護範囲の拡大 …… 13
(3) 1981年の新国家責任法 …… 14
(4) ドイツ民主共和国国家責任法 …… 15
第2節 職務義務（Amtspflichit） …… 15
(1) 職務義務の意味 …… 15
(i) 法的義務と職務義務 …… 16
(ii) 職務義務と第三者関係性 …… 17
(2) 職務義務の根拠 …… 17
(3) 個別的な職務義務 …… 17
(4) 絶対的職務義務（Absolut Amtspflicht《Deliktische Eingriff》）
と相対的職務義務（Relative Amtspflicht） …… 18
(i) 相対的職務義務のメルクマールとしての「特別な関連」 …… 18
(ii) 相対的職務義務と制限された補償 …… 19
(iii) 絶対的職務義務 …… 20
第3節 第三者関係性 …… 20
(1) 第三者関係性の意味 …… 20
(2) 職務義務とその保護目的 …… 21
(3) 第三者関係性の判例による拡大 …… 22
(i) 国家監督についての第三者関係性 …… 22
(ii) 第三者関係性の拡大事例としての学校関係 …… 23
(iii) 絶対的職務義務と第三者関係性 …… 24
(4) 第三者関係性と主観的公権 …… 25
第3章 終章 …… 26
(1) 日本の国家賠償責任における相対的違法性説とドイツ職務責任制度
…… 26
(2) 危険防止責任と職務責任制度 …… 26
(3) 結びにかえて …… 27

序　章

(1) 問題の所在

日本の国家賠償法では、国家賠償責任の要件を、①「国又は公共団体」の「公権力の行使」にあたる「公務員」が、②その「職務を行うについて」、③「故意又は過失」によって、④「違法に」、⑤他人に「損害」を加えたこと、と定めている。しかし、判例・学説において、それ以上の要件、いわゆる「不文の責任限定要件」が課されることがある。「不文の責任限定要件」とは、具体的には、国家賠償責任における「反射的利益論」[1]の援用と、「職務行為基準説」[2]である。両者は「不文」であるにもかかわらず、判例においては、国側から頻繁に援用され、肯定されることさえ少なくない。上記の明文上の諸要件を満たし、損害と違法行為の間に因果関係が存在している場合に、何ゆえ、更に責任を限定すべき理由があるのだろうか。

ところで、ドイツの職務責任制度では、責任の要件として「公務員の第三者に対して負担している職務上の義務違反」が挙げられている。同要件は、①「職務上の義務違反」と②「第三者に対して負担している」の二つに分解することができ、それぞれ①「職務義務（Amtspflicht）違反」と、②「第三者関係性（Drittbezogenheit）」として判例、学説上議論されている。この二つの要件が主に問題とするのは、①公務員の責任範囲の画定と、②賠償を受けることのできる被害者の範囲の画定である[3]。これは、まさに、日本で上記の「職務行為基準説」と「反射的利益論」が主に担ってきた問題である。よって、ドイツの職務責任制度におけるこの２要件を検討することは、日本における上記の不文の責任限定要件の是非を問う上で非常に参考になると考える。

なお、我が国の「反射的利益論」・「職務行為基準説」とドイツにおける「公務員の第三者に対して負担している職務上の義務違反」要件を同視しうるかという問題は本テーマの根本にある問題であり、解明すべき問題である。この問題は、本項の以下の考察によって自ずと回答の糸口が与えられることであろう。

ところで、周知のように、ドイツの職務責任制度は、公務員個人の責任を国家が代位するという代位責任の構造を採用しているのに対し、日本の国家賠償法は、この点につき、代位責任か自己責任か明文上明らかではなく、また学説においても見解は分かれている[4]。通説的見解である代位責任説を支持する学説は、その理由として、ドイツの職務責任制度と日本の国家賠償法の類似性を挙げる[5]。しかし、雛形となったドイツの国家責任法においては、「第三者関係性」と「職務義務違反」の要件が明文で規定されているのに対し日本の国家賠償責任において「反射的利益論」、「職務行為基準説」は明文上規定されていない。したがって、上記の不文の２要件が日本の国家賠償責任に適用される背景には、ドイツの職務責任制度と日本の国家賠償責任制度が代位責任的構成という点で同質であるとの認識が学説上存在するのであり、仮に自己責任説に立脚すれば、上記の「不文」の２要件に対する評価も自ずと異なってくるのではないかと考えられる。このような意味で、我が国の「反射的利益論」と「職務行為基準説」と、ドイツにおける「公務員の第三者に対して負担している職務上の義務違反」を比較・検討することは、日本の国家賠償の本質論、すなわち、代位責任か自己責任かという問題の解明にも資すると考えられるのである。

(2) 論文の概要

第一章では、日本の国家賠償責任法における「職務行為基準説」と「反射的利益論」を検討する。まず、松川国家賠償訴訟控訴審判決[6]以来、国家責任を限定する機能を果たしてきた職務行為基準説が、在宅投票制度廃止違憲訴訟最高裁判決[7]で「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。」と定式化され（以下、「定式」とする。）、その結果も

たらされた混乱と弊害を検討する。更に、第２節では、国家賠償訴訟における「反射的利益論」に関する学説・判例を検討し、「職務行為基準説」と「反射的利益論」の比較検討を行う。第三節では、第二章への導入とし、日本における違法性の問題とドイツ国家責任法上の問題との相違点を述べる。

第二章は、ドイツにおける職務責任制度の構造を明らかにすることをその主眼とする。そのために、まず第１節において、ドイツ職務責任制度の根拠であるドイツ民法（BGB）839条１項とドイツ基本法（GG）34条の各条文の構造とその歴史的背景について検討する。そして第二節以降において、職務責任制度上の「第三者に対して負担する職務義務違反」という要件を、ドイツにおける判例、学説をふまえながら「職務義務違反」と「第三者に対して負担する義務」に分けてそれぞれ検討する。

(3) これまでの議論

第１章で検討する国家賠償法上の不文の要件である「職務行為基準説」と「反射的利益論」については、学説上、非常に活発に議論されている。「反射的利益論」について、稲葉教授は、そもそも国家賠償法の領域に「反射的利益論」を持ち込むべきではないとの見地から、学説・判例を網羅しながら、批判的検討を行われている[8]。一方、職務行為基準説については、宇賀教授によって職務行為基準説を含めたその周辺の用語の錯綜が指摘されている[9]。どのような理論を「職務行為基準説」と呼ぶのかについては、論者によって相違があり、後にも検討するように宇賀教授と、芝池教授、西埜教授では、その用語法が異なる[10]。このように、「反射的利益論」と「職務行為基準説」は、それぞれに詳細に研究されているが、両者の関係についてはあまり検討が及んでいないのではないかと考える。本稿は、在宅投票制度廃止違憲訴訟最高裁判決の示した違法性についての「定式」を題材にしながら、両者の関係の検討を試みている。

第二章で検討するドイツの職務責任制度についても、多くの先行研究が存在する。まず、宇賀教授が、著書『国家責任法の分析』でドイツの国家責任法を総合的に研究されている。また、「第三者関係性」と「職務義務」の問題についても、稲葉教授、西埜教授が具体的にかの地の判例・学説を分析されている[11]。ただし、「第三者関係性」と「職務義務」の両要件についてドイツでは、判例のカズイスティックな判断の集積であり、ドイツ学説はそれを網羅的に紹介しているだけのような様相を呈しているようである。したがって、この問題の考察には、かの地の判例を追っていく必要がある。本稿は、その手始めとして最近の重要な判例のいくつかを検討している。また、F.Ossenbühlが、カズイスティックな判例の理論化に果敢に望み「相対的職務義務」と「絶対的職務義務」という二つの概念を提唱しているのでその試みの意味についての考察も試みる。

第１章　日本の国家賠償責任法における「職務行為基準説」と「反射的利益論」

第１節　国家賠償訴訟上の違法性

民法709条においては、「他人の権利を侵害」したことが違法性の要件とされていたが、ここにいう、「権利」の概念を厳格に解すると、不法行為制度の救済の可能性が非常に狭くなる。よって、学説は、「権利侵害」をもって、「違法行為」の徴表にすぎない[12]とし、「権利侵害」に変わって「違法行為」が不法行為の成立要件とされた。このような違法性論が、国家賠償法１条に取り入れられた結果、国家賠償法上の要件として違法性が掲げられることとなった。よって、両者は基本的には同一の事を意味していると考えられている[13]。しかし、国家賠償責任は、基本的に民事不法行為責任を基礎としながらも、独自の特殊性を持つことが指摘され[14]、その特殊性故に、国家賠償法の違法性は民法709条のそれとは異なるというのが、行政法学者の一般的見解である[15]。

国家賠償法上の違法性についての基本的学説は、①行為不法説、②結果不法説、③相関関係説[16]に分

かれる。これらの見解の対立は、国家賠償制度の意義・機能についての理解の相違（国家賠償訴訟と取消訴訟の相違も含めて）によるものであると考えられている[17]。以下では、国家賠償法上の違法性と取消訴訟法上の違法性を一元的に捉える一元的違法性説と二元的に捉える相対的違法性説を踏まえながら、主に①行為不法説、②結果不法説を検討したい。

ところで後述するが、宇賀教授の分類によれば、行為不法説の中に「公権力発動要件の欠如をもって違法と解する説（公権力発動要件欠如説＝結果違法説[18]）と、公務員として職務上尽くすべき注意義務を懈怠した事をもって違法とする職務行為基準説の対立がある」[19]。そして、初期の行為不法説は、公権力発動要件欠如説を意味するのが一般的であった。その後、在宅投票制度廃止違憲訴訟最高裁判決において、最高裁が行為不法説の中でも職務行為基準説を採用したが、学説は、それに対して批判的であり公権力発動要件欠如説が一般的である。

(1) 行為不法説

行為不法説の一形態である職務行為基準説の名は、検察官の違法な公訴提起の違法性が争われた前掲松川国家賠償訴訟控訴審判決に関する原田教授の評釈[20]において、はじめて学説上現れたといわれている[21]。そこでいう職務行為基準説によれば、検察官の権力行使は「逮捕・勾留はその時点において犯罪の嫌疑について相当な理由があり、かつ、必要性が認められるかぎりは適法であ」ると理解される。これに対し、結果違法説は、無罪判決が確定すれば結果的に公訴提起は妥当でなかったことになるため、検察官の権力行使を当然に違法とすべきであると考える。松川事件を契機として、同種の事例である芦別事件判決[22]が、最高裁として初めて結果違法説を退けた上で、職務行為基準説を採用した[23]。芦別事件以降、同判決は同様の事件において踏襲されている[24]。

しかし、ここでいう職務行為基準説は、後の在宅投票制度廃止違憲訴訟最高裁判決でいう「職務行為基準説」とは区別され、「結果違法説」とともに行為不法説を意味する。そもそも、結果違法説と職務行為基準説の対立は、検察官の職務行為の違法性についての判断基準をどのように理解するかによるものであった[25]。すなわち、芦別事件判決が出された時点での結果違法説と職務行為基準説との差異は、法規範違反をどの時点で認めるか、という点において存在するのであり、国家賠償法１条にいう「違法」とは法規違反を意味するという点においては、芦別事件判決でいう「職務行為基準説」と「結果違法説」は一致しているのである。

すなわち、結果違法説は、国家賠償制度とは、検察官の不当な公訴権の行使によって国民が被る損害を補填しようとするものであると捉えている。よって、無罪判決が確定すれば結果的に検察官の公訴提起は妥当でなかったことになるので、国家賠償法上、当然に違法とすべきであると考える。これに対し、「職務行為基準説」は、検察官の職務の特殊性、すなわち、逮捕→起訴→判決といたる一連のプロセスにおいて要求される心証が異なることが法システムとして認められている特殊性から、無罪判決の確定だけで直ちに公訴提起が違法になることはなく、客観的に犯罪の疑いが十分にあり、有罪判決を期待し得るだけの合理的根拠がある限りたとえ無罪となっても違法性はないと考えるのである。よって、芦別事件判決でいう「職務行為基準説」と「結果違法説」は、行為不法説に立脚した理論であるといえる。

宇賀教授は、このことを前提に、「結果違法説」という用語が、「行為不法説」と対比して用いられる「結果不法説」と混乱して用いられていることを指摘し、「結果違法説」を「公権力発動要件欠如説」と名づける[26]。それに対し、西埜教授は、「結果不法説」と「結果違法説」とは同義であるとして、その学説名を「結果不法説」に統一することを提案する。教授は、「不法」と「違法」を区別する理由は見当たらないことをその理由としてあげる[27]。

結果違法説を結果不法説と同義であると捉え結

果不法説に統一することを提唱することと、行為不法説の中の結果違法説を公権力発動要件欠如説と呼ぶこととは矛盾するかに思われる。しかし、先にも述べたように、検察官は他の公務員と異なり、その職務の特殊性から異なった取り扱いがされると考えられるため、結果違法説は、国家賠償制度を検察官の不当な公訴権の行使によって国民が被る損害を補填しようとする制度であると考えることによって、行為不法説に立った上で結論としては結果不法説と同じ結果を導くのである。この点を捉えて「結果違法説＝結果不法説」が成り立つのである。一方で、検察官の職務の特殊性から、無罪判決が確定すれば結果的に公訴提起は妥当でなかったことになるので、当然に公権力発動要件が欠如しており違法となるとする考え方も可能となる。すなわち、行為不法説の一形態としての結果違法説を観念し、それを公権力発動要件欠如説と呼ぶことも同時に可能となるのである。

結局、結果違法説と公権力発動要件欠如説の住み分けが問題となるのは検察官の国家賠償責任が問題となる特殊事例であるため、そのような特殊事例では結果違法説が結果不法説と同義であり、一般的には、結果違法説は公権力発動要件欠如説を意味すると理解するのがよいのではないだろうか。

芦別事件最判でいう職務行為基準説にとどまらず、さらに公務員である裁判官の主観をも要件とすることによって違法性を限定したのは、ミシン事件判決[28]である。このような違法性を限定する意味での職務行為基準説は、事案の特殊性ゆえに導き出されたものであり[29]、一般的に違法性が限定されたとは考えられないであろう。

(2) 行為不法説と一元的違法性説

国家賠償法における違法性と取消訴訟における違法性を同じものであると解するのが一元的違法性説である。一元的違法性説は、「法律による行政の原理」の観点から、行政活動は、法律に基づいて、法律に従って行われなければならないのであるがそれに反して法律に違反した行政活動が行われれば、私人には、それを是正し原状回復を求める行政訴訟制度の途が開かれているのと同時に、その損害を金銭的にも補償してもらえる途が開かれていなければならないと考える。両訴訟における違法性が同じであることを前提に判示する下級審判決も存在する[30]。

国家賠償法上の違法性を行為不法説的に考える学説のうち、公権力発動要件欠如説を採る学説は、一元的違法性説に結びつく[31]。なぜなら、公権力発動要件欠如説は、法規範に違反する行為は違法であるとする考え方で[32]、一元的違法性説と同様、国家賠償法の機能は、法治国家原則を担保する制度であると理解するためである。

一元的違法性説にたつと、違法性と故意・過失を別個に判断することとなる。すなわち、裁判所は、行政行為の適法・違法を判断し、その上で、故意・過失の認定をするという二段階審査を行うことになるのである。このように、二段階審査をする判例も多数存在する[33]。松川事件をはじめとした、検察官に対する国家賠償訴訟が問題となる事例においても、違法と故意・過失の二段階審査が行われている。

(3) 結果不法説と初期の相対的違法性説

結果不法説は、法によって許容されていない結果を発生させた行為が違法であるとする考え方であり、国家賠償法の機能を、被害者の救済や損害の分散に重点をおき、侵害行為が適法か違法かは重要ではないと考える。この考え方は、初期の相対的違法性説と親和性がある。

そもそも、相対的違法性説は、初期の相対的違法性説と後期の相対的違法性説ではその意味が異なる[34]。初期の相対的違法性説によれば、抗告訴訟における違法性が、行政活動について定められた行為規範に対する違反を意味するのに対し、国家賠償法上の違法は、すでに生じた損害に対し、これをどのように補填させるかという観点から考えられるべきものであると考える。その結果、国家賠償法上の違法性が取消訴訟法上の違法性よりも広いと解されることとなる[35]。初期の相対的違法性

説に立つ判例も少なくない[36]。このように、結果不法説と初期の相対的違法性説は、法規範違反ではなく、生じた損害をいかにして負担するかに重点を置いており、両者には親和性がある。

(4) 「職務行為基準説」と後期相対的違法性説

一方、違法性を二元的に捉えた結果、取消訴訟法上の違法性よりも国家賠償法上の違法性が狭く解される危険性が、藤田教授により指摘されていた[37]。国家賠償法上の違法性を取消訴訟法上の違法性よりも狭く解する後期の相対的違法性説は、在宅投票制度廃止違憲訴訟最高裁判決で示された「職務行為基準説」によって、実現されることとなる。すなわち、在宅投票制度廃止違憲訴訟最高裁判決が示す「職務行為基準説」が、国家賠償法上の「違法性判断」を「職務上の義務違反」という概念に変換することによって、従来の客観的法規範違反としての違法と国家賠償法上の違法を区別したのである。そして、国家賠償法上の違法性の概念は「職務上の義務違反」に変換されることによって、故意・過失要件を違法性の中に取り込んだのである。その結果、国家賠償法上の違法性は取消訴訟法上の違法性よりも狭く解されることとなる。

(5) 在宅投票制度廃止違憲訴訟最高裁判決とその影響

在宅投票制度廃止違憲訴訟最高裁判決は、職務行為基準説を採用する根拠を立法の特殊性に求めず、職務行為基準説を一般化し、公務員の義務違反を違法性のメルクマールとして掲げた。そのことによって、もはや、芦別事件でいう職務行為基準説からかけ離れた新たな職務行為基準説が出現することになった。しかし、その変化は用語法には反映されず、職務行為基準説の意味する内容について混乱が生じている。職務行為基準説に降りかかったこのような混乱を避けるため、「定式」を異なった名で呼ぶ見解もある。芝池教授は、「定式」を義務違反的構成と呼び、国家賠償法一条の「違法性を法的義務違反と解する考え方である」[38]とする。以後、判例上常に職務行為基準説の立場が採られてきたわけではないが[39]、一般の行政処分について職務行為基準説を採用する判例も多数存在する[40]。

運転免許取消処分取消等請求事件判決[41]では、自動車運転免許取消処分が根拠を欠く瑕疵があるもので取消を免れないとしつつ、「国家賠償法上の違法性は、公務員が具体的状況のもとにおいて職務上つくすべき法的義務に違反したかどうかという観点から判断すべきものであり、したがって、行政処分がその根拠となる行政法規に定める実体的又は手続き的な要件を客観的に欠缺しているかどうかという瑕疵判断とは、その判断基準を異にしている」とする。同判決では、国家賠償法上の違法を「職務上の義務違反」とし、その結果、取消訴訟法上の違法性よりも国家賠償法上の違法性を狭く解しているのである。また、住民票非嫡出子続柄記載国賠訴訟最高裁判決[42]では、権力行為のみならず、市町村長の住民票に法定の事項を記載するという非権力的行為についても、「職務行為基準説」が妥当することが示された。

このように、在宅投票制度廃止違憲訴訟最高裁判決以降、裁判所は、「定式」を踏襲する傾向があり、「定式」を踏襲しない場合でも、職務行為基準説を採っているであろうと思われる判例が多数存在することがわかる。

(6) 小括

以上のように、〈芦別事件でいう職務行為基準説〉は、〈ミシン判決で違法性の判断に行為者の主観的様態が含まれるようになり〉、両判決がそれぞれ検察官や裁判官の行為であるという特殊性が十分認識されないまま、在宅投票制度廃止違憲訴訟最高裁判決によって一般の行政処分に関する違法性判断にも持ち込まれたのである。

元来、取消訴訟法上の違法よりも国家賠償法上の違法を広く解することを目して議論されてきた相対的違法性説は、逆手を取られ、二元的に解するからこそ国家賠償法上の違法が取消訴訟法上の違法よりも狭く解されるようになった。そして、

それを成功させたのが、義務違反的構成すなわち、「職務行為基準説」なのである。

第2節　国家賠償訴訟における「反射的利益論」に関する学説・判例

国家賠償責任の領域での「反射的利益論」は、被告である国又は公共団体側から頻繁に援用されてきた。例えば、東京スモン判決[43]の被告である国の主張は、次のようなものであった。「薬事行政における厚生大臣の権限は、医薬品製造業者に対する関係では、右目的の達成のために、製造業者の営業の自由を規制するものとして意義づけられるのであつて、この権限行使の結果、公衆衛生の向上および増進が図られるとともに、国民のうちの特定の個人も利益を享受することとなるが、それは右規制に伴う単なる反射的利益に過ぎない」。また、クロロキン薬害訴訟控訴審判決[44]、北陸スモン訴訟第一審判決[45]、カネミ油症事件小倉支部第一審判決[46]においても国側は同様の主張を行った。国の主張のように、抗告訴訟の領域で議論されてきた「反射的利益論」を国家賠償法の領域に持ち込むことは妥当か。この問いに対し、否定説と肯定説が対立している。

(1) 否定説

上記のような国側の主張は、造成宅地擁壁崩壊事件大阪地裁判決[47]やいわゆる「スモン九判決」[48]においてことごとく斥けられた[49]。国家賠償訴訟の領域に、「反射的利益論」を持ち込むことを否定する一つの論拠として、反射的利益が抗告訴訟の原告適格との関連で主に論じられてきた議論であることがあげられる。すなわち、取消訴訟で反射的利益論を議論する一つの理由は、原告適格を有する者の範囲を制限、画定することであるが、これは、取消訴訟が違法な公権力の行使を排除するためになされるものであるため、原告適格を有する者の範囲を制限することによって、濫訴を防止する必要があるからである。これに対し、国家賠償請求訴訟は、現実に損害を被った者が、事後その補償を求めて提起するものであり、濫訴防止の要求はそれほど高くはないのである。

(2) 肯定説

国家賠償法上の「反射的利益論」を是認する判例も少なくない[50]。前掲クロロキン薬害訴訟控訴審判決は、その一例であろう。一般的な行政行為についても、宅建業者の監督と国家賠償責任が問題となった宅建業法国家賠償請求事件[51]で、「反射的利益論」が是認されている[52]。同判決は、「(宅地建物取引業法は)…免許を付与した宅建業者の人格・資質等を一般的に保証し、ひいては当該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、かかる損害の救済は一般の不法行為規範等に委ねられているというべきであるから、知事等による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べきである。」と判示した。また、桶川女子大生刺殺事件国賠訴訟控訴審判決[53]や不起訴処分国家賠償請求事件判決[54]も、反射的利益論が国家賠償法上妥当することを前提としている。

芝池教授は、「反射的利益の対概念である法的保護利益とは、法によって保護される利益、すなわち、裁判によって保護される利益を意味するが、そこにいう裁判とは、必ずしも抗告訴訟に限られるものではなく、したがって、国家賠償訴訟もそこから除外されているわけではない」とし、国家賠償訴訟においても、反射的利益が妥当しうると考える。さらに、反射的利益の否定論がその根拠として掲げる抗告訴訟と国家賠償訴訟の相違については、「この二つの訴訟は裁判的救済としての共通点を有するのであり、この共通性に着目して、国家賠償訴訟の領域においても法的保護利益の観念を用い、それに当たらない利益を反射的利益と呼ぶことは可能であろう」と述べる[55]。

他方、学説においても、国家賠償訴訟における

「反射的利益」の意味内容についての争いが存在し、また、そういった保護されない利益を表現する際に「反射的利益」という語を用いることへの危惧を述べる見解が多数存在する[56]。しかし、少なくとも、国家賠償訴訟の領域においても、保護される利益と、保護に値しない利益との区別が存在するというのが、通説的見解であろう。

(3)「反射的利益論」の国家賠償法上の位置づけ[57]

国家賠償訴訟においても、「反射的利益論」の妥当する余地があり、それが本案審理の問題であるとしても、その意味が必ずしも明らかになったわけではない。「反射的利益論」の適用可能性を肯定する学説の中でも、それを、①損害論の問題であり、違法性判断とは別個の問題であるとする説、②違法性の問題として捉える説[58]、③因果関係と捉える説に分かれる。

①の見解に立つ学説には、以下のようなものが存在する。まず、宇賀教授は、国家賠償訴訟における「反射的利益論」を損害論の項目において説明されている。教授は、国家賠償法上の違法を、基本的に公権力発動要件の欠如として、取消訴訟における違法性と統一的に解する立場に立っておられるが、そのような立場からすれば、「保護規範の問題を違法性の認定の中に取りこむことは、必ずしも妥当ではなく、むしろ、生じた損害が、法的保護に値するものであるか否かの問題として処理されることになる。もちろん、保護規範外とされたときでも、現実には損害が生じるわけであるが、訴訟において救済される損害とそうでない損害とに分けられる」こととなる[59]。同様に、塩野教授も、「規制法が存在するにもかかわらず、国家賠償法上の保護の対象とならない事実上の利益があるということは認められよう」とした上で、国家賠償法上保護されない不利益を国家賠償法の要件のどこに当てはめるかの問題について、「規制権限が適法に行使されない場合については、法の保護する損害がなかったものとして処理するのが適当」であるとする[60]。

これに対し、芝池教授は、②の見解に立つと考えられる。教授は、「反射的利益」を、不作為責任が認められるための違法判断の付加的要件として検討している[61]。また、前掲宅建業法国家賠償請求事件も、「反射的利益論」を違法性の要件と捉えていると考えられている[62]。

反射的利益の問題を、③因果関係の問題と捉える説として、前掲桶川女子大生刺殺事件国賠訴訟第一審判決があげられる。同判決は、被害女性に対するビラ張り行為等の名誉毀損については、警察官らの捜査の懈怠との因果関係を認め、慰謝料の支払いを命じたが、警察官らの捜査懈怠と被害者が殺害されたこととの間に相当因果関係は認めがたいと判示した。また、藤田教授は、具体的事例によって検討すべきだとした上で、例えば、パトカー追跡事件[63]では、警察官の第三者である被害車両に対する責任について、実質的に問題となるのは、被害を被った第三者に対する「特別の安全配慮義務に対する違反の有無ということよりもむしろ、そもそも行為と損害との間に相当因果関係があるか否かという問題」であるとする[64]。

第３節　まとめ

(1) 判例における問題状況

「個別の国民に対して負担する職務上の法的義務」、すなわち、①職務上の法的義務に対する違反、及び②その義務が被害者個人に対して負う義務でなければならない、という二つの要件は、国家賠償法１条における「違法性」に関する最高裁の判断のキーポイントであると評されている[65]。

①職務上の義務に対する違反という要件とは、「公権力発動要件欠如説」で言うところの、「行政を拘束する法規範」を「職務上の義務」に置き換えていると考えられる。「公権力発動要件欠如説」によれば、公権力を発動するための要件が欠如しているにもかかわらず、公権力を行使したことが違法になる。不作為の場合には、処分の不発動要件欠如をもって違法と解され、違法性のメルクマールは、「行政を拘束する法規範に対する違反」となる。しかし、「定式」は、違法性のメルクマールとして「職務上の義務に対する違反」を

挙げる。「法規範違反」を「職務上の義務違反」と読み替えるためには、説得的な理由が必要である。にもかかわらず、在宅投票制度廃止違憲訴訟最高裁判決においては、この点について全く語られていない。法規範違反が義務違反に読み替えられた理由を探るとともに、そもそも義務違反要件が日本の国家賠償法において必要であるかを検討する必要がある。

次に、②その義務が被害者個人に対して行う義務でなければならないという要件は、保護範囲の外延の問題である。これは、いわゆる「反射的利益論」の問題である。すなわち、前述の「定式」によって、国家賠償法上の違法性に「反射的利益論」も持ち込まれたと考えられる。

公権力発動要件欠如説でいうところの違法性とは、「法律による行政の原理」を担保する制度であり、取消訴訟法上の違法性と国家賠償法上の違法性を一元的に捉えている。これに対し「定式」が公務員の職務上の義務違反を違法の要件とし、更にこの違法性の概念に反射的利益論を組み入れることで、国家賠償法上の違法性は更に狭くなる。その結果、国家賠償法上の違法性を取消訴訟法上の違法性よりも広く解するべきだという初期の相対的違法性説とは異なり、国家賠償法上の違法性が、取消訴訟法上の違法性よりも狭く解されてしまうことになるのである。すなわち、従来、行為不法説は、一元的違法性説と親和性があり、学説も、行為不法説、一元的違法性説が通説的見解であった。しかし、「定式」によって、行為不法説を採りながら、後期相対的違法性説をとることが可能になったのである。行為不法説を採りながら後期相対的違法性説をとることへの疑問を投げかける宇賀教授は、一元的違法性説の立場から、国家賠償法における「反射的利益論」は損害論であると考えるのである[66]。

(2) 在宅投票制度廃止違憲訴訟最高裁判決の示す「定式」とドイツ第三者関係性との関係

西埜教授は、「定式」を「職務義務の第三者関係性を要件としたもの」と評している[67]。更に、「国家責任の成立要件としての違法性については、違法な侵害行為によって損害が発生しておれば十分であって、それ以上に第三者に対する職務義務違反の要件は必要ではない」とし、日本の国家賠償法へドイツ国家責任における第三者関係性を持ち込むことに反対した[68]。

本稿は、ドイツの職務責任制度上の要件である「職務義務違反」と「第三者関係性」を検討することにより、日本の国家賠償法上の違法性について次の2点を指摘する。第一に、違法性についての通説である行為不法説からも明らかなように、日本の国家賠償法上の違法性の根拠は、客観的法規違反である。すなわち、そこでいう法規には基本的に行政規則等の法規たる性質を有しないものは含まれない。もちろん行政規則の外部化は問題とされているが、これは例外的事情であり、原則として行政規則は裁判規範になりえるものではない。一方、ドイツの職務義務とは、本来は内部義務を意味し、それが外部化したため、行政規則はもちろんのこと、職務上の指示やその他の行政上の個別的な行動の結果によっても生じる。この点で、ドイツ職務責任法は日本の国家賠償法よりも責任の範囲、ひいては補償の範囲が広い。

第二には、国家賠償訴訟と取消訴訟との関係、ひいては国家賠償法の性質の理解に関わる問題である。ドイツでは、条文上、公務員の被害者に対して負っている義務への違反が要件とされ、取消訴訟における第三者の原告適格との類似性が論じられている。しかし、学説においては、国家賠償責任が結果責任的な性質を有しているとの指摘から、職務義務が被害者との関係で負わされていること、すなわち職務義務の第三者関係性は、取消訴訟の原告適格よりも広いことが指摘され、さらには、そもそも第三者関係性の喪失までも主張されている[69]。これは、日本の判例が歩んできた道に真っ向から反対するものである。ドイツ国家責任制度はこの点で、一元的違法性説をとる日本の学説よりも更に進歩的であると思われる。以下では、この二点について具体的に検討する事にする。

第２章　ドイツ職務責任制度における職務義務と第三者関係性

第1節　職務責任制度の基本構造

（1）条文の構成

以下では、職務責任制度を支えるドイツ民法839条と基本法34条について検討を加える。具体的には、まず、職務上の義務違反について定めるドイツ民法839条と、一般不法行為についての損害賠償を規定するドイツ民法823条を比較し、その後、現在妥当する基本法34条とドイツ民法839条の関係について概観を述べる。

ドイツ民法839条　職務上の義務違反による責任（1896年制定、1900年施行）[70]

(1) 公務員（Beamte）[71]は、故意又は過失により第三者に対して負担している職務上の義務（Amtspflicht）[72]に違反したときは、その第三者に対し、これによって生じた損害を賠償しなければならない。その公務員に過失のみがある場合においては、被害者は、他の方法で賠償を得ることが出来ないときに限り、賠償請求することが出来る。

(2) 公務員は訴訟における判決に際し職務上の義務に違反した場合においては、その義務違反が犯罪を構成するときにのみ、これによって生じた損害について責めに任ずる。この規定は、義務に違反して職務の執行を拒絶し、又は遅延したときは、妥当しない。

(3) 賠償義務は、被害者が法律上の手段の行使によって損害を防止することを故意又は過失により怠ったときは、生じない。

基本法34条　職務上の義務違反に対する責任（1949年施行）[73]

ある人が、自己に委託された公務（öffentliche Amt）の行使において、第三者に対して負担している職務上の義務に違反した時は、その責任[74]は、原則として[75]、その者が服務している国家又は団体が負う。故意又は重過失があるときは、求償を妨げない。損害賠償請求権及び求償については、通常裁判所への出訴の途が排除されてはならない。

（i）ドイツ民法823条とドイツ民法839条

ドイツ民法823条[76]以下では一般不法行為についての損害賠償義務が規定されている。ドイツ民法839条は公務員の職務上の義務違反についての責任を定めた規定であり、一般不法行為に対する特別規定としての性格を有している。よって、同時にその要件を満たしたときには、ドイツ民法839条のみが適用されることとなる。例えば、教師による生徒の不十分な監督の結果、生徒が第三者に損害を与えた事例であるハンブルク地方裁判所1991年４月26日判決[77]において、裁判所は、「学校の教師が生徒を監督するという義務は、原則的に職務義務であるため、ドイツ民法823条ではなく、ドイツ民法839条／基本法34条が適用される」とする。

ドイツ民法839条の救済対象は、一般不法行為よりも広いと解されている。なぜなら、ドイツ民法823条にいう「その他の権利侵害」には、財産それ自体（Vermögen als solches）[78]は含まれないが[79]、ドイツ民法839条は、ドイツ民法823条にいう権利侵害を要件としていないため、ドイツ民法839条では、財産それ自体への侵害も救済の対象となるからである。他方、責任を制限する規定として、公務員の保護を目的とするドイツ民法839条１項２文（補充性条項〔Subsidiaritätsklausel〕）[80]、２項、３項が存在する。

(ii) ドイツ民法839条と基本法34条

ドイツ民法839条は、公務[81]の行使と私法上の職務活動とを区別することなく、職務上の義務に違反した場合における公務員自身の責任について規定しているのみである。よって、同条文のみでは、国の国民に対する責任は生じ得ない。同条で規定された公務員自身の責任のうち、公務の行使については、基本法34条が直接適用され、公務員を使用する国又は公共団体がその責任を負う。つまり、基本法34条は、ドイツ民法839条で規定されている

公務員の責任を、国に肩代わりさせることを明示した条文である。また、基本法34条は、直接に適用可能な規定であり、拘束力のないプログラム規定又は国家目的規定ではない[82]。そのために、ドイツ民法839条で限定されていない「職務」の意味も、基本法34条が国に責任を引き受けさせるものを公務に限定しているため、結果的に限定される。以上から、ドイツ民法839条と基本法34条の両条文の定めによって、ドイツ職務責任制度が代位責任とされていることがわかる。そして、このような国家責任制度が、職務責任（Amtshaftung）制度と呼ばれるのである。

（iii）職務責任の要件

こうした両条文の関係を前提とした職務責任の要件は、以下のようである[83]。①公権力の行使であること、②職務義務が犯されていること（職務義務違反）、③（職務義務が）第三者に対して存在していること（第三者関係性）、④その結果損害が生じていること、⑤有責性、⑥責任排除、又は責任制限がなされていないこと。これらの要件のうち、②職務義務違反と、③第三者関係性は、「第三者に対して負担している職務上の義務（einem Dritten gegenüber obligende Amtspflicht）」という文言から導き出されたものであり、あわせて第三者性（Drittrichtung）[84]と呼ばれている。また、②職務義務違反要件で問題となるのは、侵害された職務義務が第三者保護効を有するか否かという問題である。そして、侵害された職務義務の第三者保護効が認められた場合、被害者が侵害された職務義務によって法的に保護されている人的範囲に属しているか、又は違反された職務義務の保護目的の外に存在している不利益を受けたにすぎないとみなされるか、これらの確認が必要である[85]。

本稿は、先にも述べたように、我国の在宅投票制度廃止違憲訴訟最高裁判決が示した「定式」の意味と妥当性を問うものであり、そこで示された要件、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」への違背、を特にその対象とする。上にみたドイツ職務責任の要件における第三者性のうち、②職務義務違反は、国家責任が問われるのは公務員が職務義務に違反した場合に限られることを意味し、日本の判例の「定式」における「職務上の法的義務」違反要件と類似する。そして、③第三者関係性は、誰が国家責任の請求権者であるかという問題であり、これは、「定式」のその義務が被害者個人に対して負う義務でなければならないという要件に類似する。

（2）職務責任制度の歴史的背景

上述したドイツ民法839条と基本法34条の関係をより深く理解するために、以下では、まず職務責任制度の歴史的背景を検討することにする。

（i）帝国官吏責任法が成立するまで

ドイツ職務責任制度が上述したような複雑な形をとるのは、その歴史的背景に由来する。国家が公務員の責任を負担する、という基本法34条に基づく現行の責任引受（Haftungsübernahme）理論は、思想的には、ローマ法の委任理論[86](Mandatstheorie)に基づいている。それに従えば、支配者に対して負っている内部的義務（職務義務）違反によって委任を超えた私人としての官吏（Beamte）は、私的なドイツ民法上の不法行為を犯したことになる。一方、公務を委任している国家やその支配者は、「王は悪事をなせず」という国家無答責の原則から導き出される不法無能力の故に、その責任を追及され得なかった。違法行為を行った官吏が個人的に賠償責任を負うこのような制度は、1794年のプロイセン一般ラント法（Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten）第10章第２節89条で明文化された[87]。しかし、このような、支配者に対して存在している内部的義務に違反し私法上の不法行為を犯した場合の責任規定は、ラント毎に定められていたため、官吏個人すらも賠償責任を負わないラントも存在した。

その後、1896年に制定され1900年に施行されたドイツ民法には、国家責任の規定はなかったが、前述のドイツ民法839条で、官吏の個人的・直接的な不法行為責任の原則が規定された。それまでは

ラント毎に規定されていた官吏の個人的・直接的な不法行為責任が、ドイツ民法839条によって規定された結果、帝国統一的に公務員の個人責任の原則が確立したのである。ドイツ民法839条よって、一方で国家の直接責任が否定されながら、他方で帝国統一的に公務員の自己責任を定めることによって国民が公務員によって引き起こされた違法な損害が補償されないという事態は回避されることとなったのである。更に、民法施行法77条は、「官吏に委託された公権力の行使において、官吏によって加えられた損害に対する国家……の責任に関する法律の規定、ならびに国家が責任を負うかぎりにおいて、被害者が官吏に対し、その損害賠償を要求する権利を除外するラントの法律の規定は、変更を受けない」[88]と規定した。その結果、公務員の保護のために、公務員の個人責任を国家に移行させるか否かは、ラント法の定めにその決定が委ねられたのである。

以上により、ドイツ全土にわたって公務員の個人的責任が、ドイツ民法839条に基づいて最低限保証された。そして、公務員の個人的損害賠償義務をその時々の公権力の主体に転換する権限がラントに与えられ、ラントはそれを様々に活用してきた。

そのような流れの中で、プロイセンは、1909年８月１日に、「公権力行使に際しての官吏の職務義務違反に対する国及びその他の団体の責任に関する法律（Gesetz über die Haftung des Staates und anderer Verbände für Amtspflichtverletzungen von Beamten bei Ausübung öffentlicher Gewalt）」を制定した。同法１条は、「国の官吏が、自己に委託された公権力を行使するに際して、故意または過失により、第三者に対して負担する職務上の義務に違反した場合には、ドイツ民法839条に規定された責任は、官吏に代わって国がこれを負担する」と規定する。これによって、公務員の自己責任と、その責任を国家が引き受ける制度が成立した。ライヒは、プロイセン法に続いて1910年５月22日帝国官吏責任法（Gesetz über die Haftung des Reichs für seine Beamten）を定めた[89]。同法１条は、プロイセン法１条の条文と異ならないものであった。このようにして、ドイツ法上、国家責任が定着したのである[90]。

(ii) ワイマール憲法による規定

前述のようにして法律上確立された国家責任法理は、1919年のワイマール憲法によって、憲法上定められることとなった。ワイマール憲法131条は次のように規定する。「官吏が委託された公権力を行使するにあたり、第三者に対して負う職務上の義務に違反した場合には、その責任は原則的に、その官吏を使用する国家または公共団体に属する。ただし、その官吏に対する求償権はこれを留保する。」ワイマール憲法131条は、ラントによってまちまちであった責任引受けルールを排除し、前述の職務責任制度をライヒ統一的に整備したのである。すなわち、ワイマール憲法が制定された結果、各ラントに存在していた国家責任法理は同条文に反しない限り存続するとされたが、抵触するものは失効し、国家責任規定を有さないラントには、憲法131条が直接適用されることとなった。そして、ドイツ帝国最高裁判所が、ワイマール憲法131条を直接的に適用可能な規範であるとみなしたことによって、ドイツ民法839条と相まって帝国統一的に妥当する「原則的」な公務員の個人責任の国家への責任転換が実現された[91]。

(iii) ワイマール憲法下での保護範囲の拡大

ワイマール憲法下では、裁判所によって、主に「官吏（Beamte）」[92]の概念の拡大、「公権力の行使（Ausübung öffentlicher Gewalt）」の概念の拡大、「第三者に対する職務上の義務」の拡大が果たされ、これによって被害者の救済範囲が広がった。

「官吏（Beamate）」の拡大とは次のようなものであった。1900年に施行されたドイツ民法839条と、上述の1919年ワイマール憲法131条は、両条文とも、その賠償責任の責任主体となる公務員を「官吏（Beamte）」と規定する。しかし、公権力の行使をする公務員は、官吏に限られず、職務責

任制度上の行為主体を官吏に限定すると不都合が生じるため、ライヒ裁判所（Reichsgericht）は、その官吏概念を拡大解釈した。これを受けて、後に1949年に施行されたボン基本法34条は、「官吏（Beamte）」に代えて「公務を委託された者（jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes）」と規定した。この結果、基本法34条は官吏概念についてドイツ民法839条、ワイマール憲法131条よりも広い範囲をその対象とした。このような、広い官吏概念をうけ、例えば、公権力の行使をする限り、官吏の身分を有する公立学校の教員のみならず、私法上の契約に基づいて公立学校での教育に従事している者も全て、職務責任制度上の官吏にあたると解されている[93]。

ワイマール憲法下で、被害者の救済範囲拡大のために、裁判所によって行われた概念の拡大の二つ目は、「公権力の行使（Ausübung öffentlicher Gewalt）」概念の拡大である。基本法34条にいう公務とは、ワイマール憲法131条の「公権力」（öffentlichen Gewalt）と同義であるとされている。ワイマール憲法131条に言う公権力概念には、命令権能や強制機能によってなされる官憲的活動（obrigkeitliche Betätigung）だけでなく、いわゆる単純な高権的行政（schlichte Hoheitsverwaltung）といわれるものも含むとするのがライヒ裁判所の確定した判例であった。つまり、伝統的な侵害行政（Eingriffsverwaltung）および給付行政（Leistungsverwaltung）が広くここでいう公権力に相当するのである。

そして、三つ目の概念の拡大は「第三者に対する職務上の義務」である。これは、本稿のテーマであり、本章の第二節（職務義務）と第三節（第三者関係性）で詳しく検討する。

以上のように、ドイツ民法の制定によって最低限の保証として国家全体に公務員の個人的責任が認められ、更に、ワイマール憲法131条によって、それが国家に転化されることになり、判例上その範囲は拡大されていった。しかし、そこでは、国家の自己責任は認められておらず、責任引受け制度は維持された。なぜなら、ドイツでは、国家責任を否定し、官吏個人の責任を肯定する「官吏個人のドグマーティク」が伝統的に根強く存在し、それ故に直接国家に責任を負わすことは形式上非常に難しかったからである。そのため、ドイツ民法839条が公務員の責任を根拠付け、国がその責任を肩代わりすることによって、国家の国民に対する補償を手厚くする一方で、違法行為を国家に直接帰属させることを回避させてきたのである。そして、判例によって拡大された国家責任の引き受け範囲をうけ、1949年のボン基本法34条が、その内容を変えることなくこの職務責任制度を継承した。その結果、現象形態として「国家責任肯定、官吏責任否定」が存在する一方で、内在的論理としての「国家責任否定、官吏責任肯定」[94]が存在することとなった。

（3）1981年の新国家責任法

前述のとおり、ドイツの国家責任法制は、代位責任主義に立脚した職務責任法（Amtshaftungsrecht）であったため、確かに、ワイマール憲法下で裁判所による救済範囲の拡大は行われたものの、やはりその限界は否めない。そのため、判例・学説によって、それを是正するために努力が図られ、その結果、収用類似の侵害に基づく補償（Entschädigung aus enteignungsgleicher Eingriff）、犠牲類似の侵害に基づく補償（Entschädigung aus aufopferungsgleicher Eingriff）、結果除去（Folgenbeseitigung）の請求権が判例によって認められてきたといわれている[95]。しかし、判例法による救済の限界と理論的錯綜が生じ、それらを是正するために新国家責任法が1981年に制定されることとなった。同法は、その第１条１項において「公権力が、他者に対して負う公法上の義務に違反した時は、公権力主体は、そこから生ずる損害に対して、本法に従って責任を負う」[96]と、客観的義務違反に対する責任について規定し、国家の自己責任構成をとることを明記した。更に、国家の第一次的（primär）責任を認め[97]、２条２項で、基本権が侵害された場合には過失責任も克服され、無過失責任が採用された。

また、過失責任を克服したことにより客観的義

務違反が国家責任の要件とされたことは、本稿の見地からは重要である。すなわち、ドイツ民法839条は、「故意又は過失により第三者に対して負担している職務上の義務に違反したとき」を要件としていた。この結果、後述するが、公務員の国家に対する職務上の義務といった内部関係における義務がその要件とされ、外部関係に存在する義務と一致しないことが問題であると考えられ、学説によって、この点が克服されてきた。しかし、新国家責任法が、「職務上の義務違反」ではなく、「公法上の義務違反」という外部法関係における客観的義務違反を要件としたため、条文においても、この問題の解決が図られたのである。

このように、新国家責任法はドイツ民法839条・基本法34条によって認められる職務責任制度に比べると非常に画期的であった。しかし、1981年11月、バイエルン州など５州が共同して、新国家責任法の連邦・州間の立法権の管轄分配に関する憲法適合性を問うて、連邦憲法裁判所に、抽象的規範統制を申し立てた。そして、新国家責任法は、1982年10月19日、連邦憲法裁判所の無効判決を受けて失効した。その結果、国家責任の分野では、従来のドイツ民法839条・基本法34条の二段構えの職務責任制度が現在も適用されている[98]。

(4) ドイツ民主共和国国家責任法

1981年国家責任法は、「公権力が他者に対して負う公法上の義務に違反」することを責任の要件としているのであるから、第三者関係性に関しては全く変更しなかったことになる。一方、1969年５月12日のドイツ民主共和国国家責任法１条１項、２項は、次のように規定していた[99]。

第１条　責任の諸要件

（1）国家活動の遂行の際に、国家機関（staatlich Organ）又は国家施設（staatliche Errichtung）の従業員（Mitarbeiter）又は受託者（Beauftragte）によって、市民や市民の個人的な所有権に違法に与えられた損害に対して、その時々の国家機関や国家施設は責任を負う。

（2）国家機関や国家施設の従業員又は受託者に対する被害者の損害賠償請求権は排除される。

この条文から、ドイツ民主共和国国家責任法は、ドイツ民法839条・基本法34条とは異なって、損害が第三者に向けられた職務義務違反に由来するか否かに関わらず、違法な国家活動の遂行に由来する損害に対しても直接的な国家責任を定めている。同法は、1990年の統一条約によって、東ドイツ地域の新しい連邦州への参加の効果発生を持って、連邦法とみなされることとなった[100]。統一条約は次のように定められている[101]。

ドイツ民主共和国の以下の権利は、以下の条件をもって効力を有したままである。

1988年12月14日法（GBl.I.Nr28.S.329）によって変更された1969年３月12日の国家責任法（GBl.I.Nr5.S.34）は、以下の条件をもって、州法として存続する。

ａ）前文は削除される。

ｂ）１条１項は、次のように維持される。

国家活動の遂行の際に、国家機関又は自治体組織（kommunale Organ）の従業員又は受託者によって、自然人や法人に、その財産や権利に関して違法に与えられた損害に対して、その時々の国家機関や自治体組織は責任を負う。

なお新連邦州のうちザクセン - アンハルト州では、補償請求権規制に関する法律１条１項において、ドイツ連邦共和国法すなわち民法839条・基本法34条を継承したが、これを後退であると評し、むしろ、旧東ドイツ法に由来する新しい連邦州における上のような規制こそが、旧連邦州に即座に導入されるべきであり、ドイツ民法839条の規定は破棄されるべきであると考える論者もいる[102]。

第２節　職務義務（Amtspflichit）

(1) 職務義務の意味[103]

ドイツ職務責任法上、国家賠償責任の成立要件として課されているのは、違法性ではなく有責な

職務義務（Amtspflicht）違反である。そして、先にも述べたように、職務義務違反は、一般的な民事の不法行為とは異なって、絶対的な権利または保護法益の侵害ではなく、第三者に対して公務員に課された勤務義務（Dienstpflicht）の不履行である。すなわち、第三者に対する職務義務は、勤務義務から導き出され、それゆえ、一般的不法行為の損害賠償構成要件とは異なる[104]。

このドイツ民法839条にいう職務義務を職務担当者（Amtswalter）と国家との関係に関連付けるか、国家と第三者との外部的関係に関連付けるかについては争いがあった[105]。従来、職務義務は、職務担当者と国家との関係に関連付けられていた。すなわち、公務員はあらゆる被雇用者と同様に、雇用者に職務義務（Amtspflicht）を負っている[106]。それゆえ、職務責任（Amtshaftung）の要件である職務義務違反は、外部関係に存在する国家の国民に対する法的義務（Rechtspflicht）に対する違反を意味するのではなくて、国家の内部関係に存在する職務担当者の雇用者である国に対する職務義務（Amtspflicht）の違反を意味した。法的義務違反とは、国家不法を犯すことを意味し、そのような行政行為は、行政手続法42条２項[107]、行政裁判所法（Verwaltungsgerichtordnung）113条１項[108]の意味で違法であるとされた[109]。これに対し、職務義務は、公行政の標準的な内部法から生じる。内部法には、行政規則（Verwaltungsvorschrift）と同様に個別の指示（einzeln Weisung）も含まれる。しかし、それらには法規的性質が欠けているため、市民・国家間の外部関係においては、それらによって公権力の法的義務を根拠付けることが出来ない。よって、内部法違反は、国家の違法行為とはならないこととなるのである[110]。

（i）法的義務と職務義務

法的義務と職務義務が一致しない事によって、次のような問題が生じる。例えば、国家が職務担当者に対して違法な指示を出し、職務担当者がそれに従った場合、公務員は自己に対して存在する勤務義務、すなわち（法的義務を含まない狭義の）職務義務に従ったのであり、たとえ当該公務員の違法な行為によって国民に損害が生じたとしても、職務責任は生じないことになる[111]。一方、国家が職務担当者に違法な指示を出し、職務担当者がその違法な指示に従わなかった場合、公務員の行為がたとえ適法であったとしても、当該公務員の有責な行為によって国民に損害が生じたとすれば、職務責任が成立することとなる。なぜならば､公務員が行政規則又は個別指示に違反すると職務義務である服従義務に違反することになるからである[112]。すなわち、職務に関連した公務員の職務義務に違反することが必ずしも国家的不正（staatliche Unrecht）となるわけではなく、逆に、職務義務に違反することなしに、国家的不正を犯しうるのである。国家的不正が犯され、その結果損害が生じた場合も、救済の対象となるべきであるにもかかわらず、このような職務責任制度によれば、それらの損害は救済されないことになる。それゆえ、法的義務と職務義務が一致しないことは不都合であった。

この、職務義務違反と国家的不正の不一致は学説によって克服されてきた。学説は、国家が国家的不正を行わないという法的義務に拘束されていることに注意を払うべきであるとし、適法な任務の遂行が職務義務であると解することによって、職務義務違反と公務員の外部の第三者に対する自己責任を架橋した[113]。言い換えれば、内部関係における狭義の職務義務の一部は同時に、外部の第三者に対する広義の職務義務として公務員に課されていることになるのである[114]。すなわち、適法な行動を行うという職務義務が存在するため、どのような違法な行為も、職務義務違反を意味するのである[115]。よって、内部規範を遵守しているとしても（すなわち、狭義の意味での職務義務を遵守しているとしても）、客観的違法行為は、基本法34条の意味においての「職務義務」違反を意味し、被害者は国家責任を追及することができる。逆に、内部規範違反であるが客観的に適法である場合には、責任を認める必要はないと考えられている[116]。また、判例は、職務義務とは、雇用者又

は勤務先に対して存在している内部的義務ではなく、外部関係における公法上の法的義務である[117]とする[118]。その結果、使用者に対して負っている服従義務違反もそれだけでは職務義務違反を意味しないこととなる[119]。このように、法的義務と職務義務の相対化によって、旧来の専門用語に基づいて相互に排他的であった職務義務と法的義務の概念は、職務責任法上の一貫した法的構成要件（Gesetzestatbestand）となったのである[120]。

(ii) 職務義務と第三者関係性

ここで、「第三者に対して負担している職務上の義務」から導き出される職務義務違反要件と第三者関係性要件の関係を検討する。両者を一元的に捉えるか二元的に捉えるかには争いがある[121]。両者を二元的に捉えると、「職務上の義務」とは、本来の意味である内部的な法的義務違反を意味することとなるため、救済の不十分さを導くこととなる。そして、それを防ぐため、内部法と外部法の相対化が起こるのである。

これに対して、両者を一元的に捉え、「第三者に対する職務義務違反」要件を外部に向けられた違法責任を意味するという見解が主張された[122]。しかし、そのような考え方は、移行された公務員責任と間接的に組み込まれた国家責任としての職務責任の本質と一致しない。すなわち、「第三者に対する職務義務違反」要件は、本来的には、公務員が国家に対して負っている職務上の義務に違反した結果、第三者に損害が生じた場合、国家が責任を負うという趣旨である。それが、上述のように法的義務と職務義務の相対化によって実質的には内部規範違反と外部規範違反が区別されなくなったとしても、形式上は代位責任の形を採っている。それゆえ1981年の国家責任法が大きく自己責任構成へと舵を切ったのである。ところが、「第三者に対する職務義務違反」要件を一元的に捉えると、法的義務と職務義務の相対化の必要性はなくなる。国家が国民に対して直接義務を負っていると解することとなる。しかし、このように解すると、実質的に国家責任を自己責任説構成として捉えていることになり、これは、ドイツ国家責任法の形式からは外れる事になる。よって、通説によれば、両要件を二元的に捉え、内部における職務義務違反と外部における職務義務違反の厳格な分離を放棄することによって、代位責任制度に立脚しながら、救済範囲が広げられているのである。

(2) 職務義務の根拠

職務義務と法的義務の相対化によって、職務義務は、行政・市民間の権利と義務を考慮して考えられている。それゆえ、職務責任請求権を根拠付けることができるような職務義務は、解釈によって、外部法的性質いかんを問わずすべての規範レベル（憲法、法律、通達、条例、行政規則《verwaltungsvorschrift》[123]）から生じうる[124]。更に、最終的には、職務義務は職務上の指示やその他の行政上の個別的な行動の結果生じる[125]。

(3) 個別的な職務義務

遵守されるべき職務義務は、判例によって発展させられてきたが、その内容は、広範囲にわたるとともに非常に多様である。T.Danwitzは、多様な職務義務の中でも下記の義務関係を強調した[126]。

①適法な行為を行う職務義務
②権限の範囲内、又は手続に適した行動を行う職務義務
③瑕疵のない裁量決定を行う職務義務
④比例原則に従った行動を行う職務義務
⑤最上級審の判決を遵守すべき職務義務
⑥関与しない第三者を保護する職務義務
⑦正確な情報、指示、警告を与える職務義務
⑧迅速な事案決定（Sachentscheidung）を行う職務義務
⑨一貫した行動を行う職務義務

判例が認める様々な職務義務の内容から考えると、職務義務を認定する判断要素として、行政による適法性への違反に対するサンクションという意味合いが、何よりも重要であることがわかる[127]。そして、上記の個別的な職務義務のうち、制度的

な考慮の際に、②、③、④、⑤、⑥の諸義務とは、①の適法な行動を行うという一般的な職務義務の事実領域に特有の形態として理解されるべきであり、更に、⑦、⑧、⑨の諸義務は、一般的に認められるというよりは、個別事例において特別に求められる職務義務であると考えられている[128]。

また、Papierも、具体的に次のような職務義務を挙げる[129]。

①違法な介入の回避についての職務義務
②行政規則と個別的指示から生じる職務義務
③不文律の職務義務としての職権濫用（Amtsmissbrauchs）の禁止

更に、Rüfnerは、次のように述べている。違法な介入（予防統制の分野における許可の違法な拒絶は、これに該当する）は、通常、職務義務違反の構成要件を満たす。また、一般に、秩序にかなった取扱は、職務義務の一部に属し、決定は理由なく遅延されるべきではない。意味なく、市民に損害を与える手続は避けられるべきである。関係者を損害から守るために、犯された瑕疵は、可能な限り治癒されるべきである。行政庁の行動は、首尾一貫したものであるべきであり、適法な事前の行動によってもたらされた市民の正当な期待は裏切られるべきではない。公務員は、市民が法に対して無知であるために損害を被るという、「傍観」（sehenden Auges）を許容してはならない[130]。

以上から明らかなことは、個々の義務によって、「職務義務」の法的な構成要件から演繹的に推論することが重要なのではなくて、むしろ、事例に応じた判決の発展の結果が重要であるということだ[131]。そして、具体的に職務義務を検討する際には、従前の判例を判断基準とすることになる。ただし、長い間の判例によって、遵守されるべき職務義務についての蓄積されてきた基準（Kanon）は、広範囲にわたり膨大であるが、それだけが全てであると誤解するべきではないとの指摘もある[132]。

(4) 絶対的職務義務（Absolute Amtspflicht《Deliktische Eingriff》）と相対的職務義務（Relative Amtspflicht）

F.Ossenbühlは、職務義務をその性質によって、特別な関係における相対的職務義務（Relative Amtspflichten in Sonderbeziehungen）と、絶対的職務義務（Absolute Amtspflicht）とに分けて検討する[133]。相対的職務義務とは、ある種の特別な関係（besondere Beziehung）が市民に対して存在する義務であり、絶対的職務義務は、すべての国民に対して抽象的一般的に存在している義務だとされている（その広狭は個別事例で異なる）。これらの職務義務が特有の第三者関連性（Drittbezogenheit）を有しているわけではない。第三者関係性や職務義務の存否を検討する際には、まず、相対的職務義務があるか否かを検討し、もし特別な関連性が欠けていて遵守されるべき相対的職務義務が存在しない場合には、絶対的職務義務の可能性を検討することとなる[134]。相対的職務義務は、ある種の特別な関係が市民に対して存在する義務であり絶対的職務義務とはある程度区別されるが、完全に区別しうるものではなく、相対的職務義務は絶対的職務義務に近づきつつあることが指摘されている[135]。

(i) 相対的職務義務のメルクマールとしての「特別な関連」

「特別な関連」の存在は、相対的職務義務のメルクマールである。言い換えれば、相対的職務義務違反が問題となる際の「第三者」とは、とりわけ、高権主体と緊密な接触における「特別な関係」あるいは「特別な結びつき（Sonderverbindungen）」が存在する個人である。そのような「特別な関係」又は、特別な結びつきは、とりわけ行政手続の開始、あるいは、公法上の債務関係（Schuldverhältnissen）や特別権力関係（besonderes Gewaltverhältnisse）に基づいて確立される。例えば、債務関係、在監関係、公法上の施設利用関係などが考えられる[136]。

具体的事例として、教師と生徒の関係がある。

学校関係の事例での相対的職務義務の根拠は、学校経営の特徴や学校共同体から導き出される。そして、そのような職務義務は、教師に生徒を損害から守ることを義務付ける[137]。よって、生徒は、明白に職務義務によって保護される「第三者」に該当することとなる。例えば、連邦通常裁判所は、教師の生徒に対する職務義務違反が問題となった次のような事例[138]で、教師の職務義務違反を認めている。

〔事案の概要〕

原告は基礎学校[139]の生徒であり、被告は、州とその学校で教師をしていた教師である。1992年秋頃、猿の絵が描かれたポスターを被告教師が教室に張り出し、これを見ながら次のように言った。「この絵はとても美しい。この絵に名前を付けよう。この猿の絵をA（原告の名前）と名づけましょう」。その発言に対し、クラスの生徒はみんなで笑った。更に、1993年１月19日、被告は二人の女生徒が原告に宛てた原告をからかった内容の手紙をクラスのみんなの前で読み上げた。その結果、原告は、クラスの皆の嘲笑にさらされ、翌日から、精神的に不安定となり、学校へは行けなくなった。

原告は、被告教師が授業中ひどく原告の感情を害し続け、教育者としての義務に違反し、その結果、原告は精神的な又は他の健康上の損害を被ったと主張し、被告教師に対し1600マルク、州に対し97428マルクを請求した。下級審は、教師に対し1600マルクの慰謝料を、州に対し64584マルクの慰謝料を認めた。

〔判旨〕

「教師の生徒に対する配慮義務や保護義務は公務員の一般的職務義務よりも広い。なぜなら、生徒は通学を義務付けられており、その結果、教師には、学校にいる間、他の基本法上の法益への侵害から生徒を保護すべきであるのと同様に、健康や財産に関する損害から生徒を保護する義務が生じるからである。教師は、基本権を侵害する行動を取るべきでないし、そのようなことが許容されるべきでもない。それゆえ、教師は、生徒の人格権が侵害されることに関わってはいけない」。「この事件において、生徒に宛てられた侮辱的な手紙を教師が読み上げることは、それよって教師が生徒をクラスの嘲笑にさらしたのだとすれば、職務義務違反となる」。

(ii) 相対的職務義務と制限された補償

相対的職務義務が「特別な関係」を要求することによって、職務義務が広範にその目的方向性を限定されると、事情によっては、被害を部分的にしか補償できないということになりうる。例えば、公共道路で、安全な状態を維持するという職務義務は、交通機関利用者の生命や健康や所有物といった法益（Rechtsgüter）を被害から守ることに局限される。よって、交通機関の利用者は、交通渋滞によって時間がロスすることを甘受しなければならず、それによる損害は不法行為法上保護されない[140]。また、タクシー運転手に対する運転免許証の付与又は延長のために、国の医療施設に勤務する医師によって行われる身体又は精神についての検査は、乗客運送のため行われる。よって、医師の職務義務は、乗客運送を遂行するための肉体上又は精神上の安全性を確保することを主眼としている。よって、基本的にタクシー運転手本人に対して負うものではない。連邦通常裁判所1994年５月５日判決[141]は、次のように述べる。

〔事案の概要〕

タクシーの運転手であった原告（訴訟中に死亡し、その地位は子供に相続された）は、1946年に肺結核を患ったが、1984年と1985年のＸ線検査の際に、その病気は、全治していると判断された。1987年４月、被告である郡（Kreis）の医師は、原告に対し、乗客を運送するための自動車の運転について必要な身体又は精神上の適正があることを示す証明書を交付した。被告の肺結核予防を担当する医師は、レントゲン写真を診断した際に、肺結核の疑いをかけたが、その肺結核は拡張性を持った肺結核であるが、はっきりとした伝染性のない良性のものであり、おそらく、1984年の診断と比べても変化が無く、監視の必要がないと診断し

た。そして、この所見に基づいて、その後、被告の側から原告に対し診察を受けることを勧めることはなかった。

しかし、医師の診察の時点で、原告はもうすでに肺癌を患っており、最終的には原告を死に至らしめる肺癌は、1989年３月のはじめに発見された。原告は、1987年４月、肺に病的な変化が診断されていなければならず、そのことを原告に伝えるべきであり、もしそうであったとすれば、適切な治療が可能であったはずだとして、職務責任にのっとって被告に対し賠償を請求した。

〔判旨〕

「診察は、一般的な健康状態の確認を目的にしているのではなく、運転証明書の所有者が、車によって人を運送するのに適しているかどうかの審査を目的にしているのみである。」よって、そのような健康証明書の発行によって、例えば、病気が判明しなかったり、不利益を受ける者に伝わらなかったりした場合でも、職務義務に違反とはいえない。ただし、「問題となるレントゲン撮影の分析評価が、必要な入念さを持たずして行われた場合､職務義務違反を肯定することができる」。しかし、本件では医師がそのような入念さを持たずにレントゲンの分析を行ったということは出来ず、職務義務違反とはならない。

このような職務義務の相対性を捉えて、相対的職務義務と呼ぶかどうかは別としても、職務義務が相対的であることは多くの論者も認めるところである。そして、職務義務が相対的であるがゆえに、国家賠償請求権の与えられる被害者の範囲は少なからず制限されることとなる。また、前述のとおり、第三者関係性と職務義務違反を一元的に捉えるか二元的に捉えるかに争いがあるが、相対的職務義務を観念する際には、必ず「特別な関係」存否が問題となる。この点から、少なくとも相対的職務義務を観念する際には、両要件は一元的に捉えられることとなる。

(iii) 絶対的職務義務

上述のとおり、F.Ossenbühlの考え方によれば、特別な関連性が欠けている場合、侵害されうる相対的職務義務が存在しないことになる。そのような場合には、絶対的職務義務の存否を検討することになる。それゆえ、絶対的職務義務の場合、第三者関係性は、相対的職務義務とは異なった判断基準によって判断されうるのである。他の判断基準とは、例えば公務の本質や公務の危険性、特に公共体の特別な影響可能性といった事実上の事情のことであると考えられている[142]。とはいうものの、絶対的職務義務の内容について、F.Ossenbühlは、具体的判例を挙げ紹介するにとどまり、その理論的内容をこれ以上明らかにはしていない。先にも述べたように、職務義務や第三者関係性の理論化は判例のカズイスティック故に不可能であると言われており[143]、個別事例の検討によるところが大きい。したがって、F.Ossenbühlの相対的職務義務と絶対的職務義務の分類は、それに抵抗する一つの試みであるように思われ、常に妥当する概念か否かについては、より詳しく検討する必要があると思われる。

第３節　第三者関係性

(1) 第三者関係性の意味

職務責任制度上の責任成立要件として掲げられているのは有責な職務義務違反であるが、実際には、有責で違法な職務義務違反が前提とされている。すなわち、補償の対象となる「職務義務違反」とは、職務義務違反によって損害を被ったというだけでは足りない。法の趣旨や目的によって導き出された職務義務が国家や公共の保護のみではなく、個々人の保護という利益を課されたものであり、その職務義務が違反されたとき、初めて、違法な職務義務違反（職務責任制度上の構成要件としての職務義務違反）が存在することになる[144]。

第三者関係性は、誰が国家賠償の請求権者であるかという問題であり、無関係な第三者の損害を排除するための責任限定機能を有する[145]。ドイツ民法839条１項同様、基本法34条１項も第三者関係性の要件を前提としている。このことは、基本法19条４項１文[146]における一般的な出訴の保障と明

らかにパラレルであると言われている[147]。

職務義務における「第三者」とは、原則として、行政庁の加害措置に対する訴訟資格が当然与えられるべき者[148]であり、ドイツ民法823条１項において挙げられた権利や法益の主体である。その他の人には、職務義務違反が多かれ少なかれ不利益に働いたとしても賠償義務は生じない。つまり、原則的に、ドイツ民法839条から導き出される損害賠償請求権は、違反された法規範の保護目的に関する不利益が及んだ被害者が、人的物的に含まれている限りでのみ生じる[149]。これ以上の、第三者関連性の定式化は、判例のカズイスティック故に不可能とされているが、「第三者」の判断基準について、事実に即した解決のため次のような要素が考えられている。

F.Ossenbühlは、次のような要素を提案する[150]。①職務義務が一般的に第三者効を有するか否か、②被害者が保護される人間範囲に含まれるか否か、③保護範囲に含まれる人間の当該具体的利益や法益が職務義務の第三者効に含まれるか否か。

同様に、T.Danwitzは次の諸要素を挙げる[151]。①違反された職務義務が一般的に第三者保護効を示すかどうか、②被害者が保護される人的範囲に属しているか否か、③違反された法又は法益が、第三者保護効によって把握されるかどうか。このように、違反された職務義務の第三者方向性（Drittgerichtetheit）の画定に対するこうした審査基準が、明確に示される一方で、判決がその理由付けに際し形式主義的に陥っていることが批判され、また、一貫性がないとも批判されているのがドイツにおける現状である[152]。

(2) 職務義務とその保護目的

職務義務が、国家や公共の保護のみではなく、個々人の保護という利益を課されているのは、どのような場合であろうか。この点についてのリーディングケースとして、ドイツ気象庁の警告義務の第三者関連性事件に関する連邦通常裁判所1995年２月16日判決[153]が挙げられる[154]。

〔事案の概要〕

1984年７月12日の夕方、ミュンヘン・リーム空港[155]で、激しいヒョウによって空港に停泊していたルフトハンザ旅客機が被害を被った。ドイツルフトハンザ株式会社は、問題となっている機体に保険をかけていた。原告である機体保険会社は、当該機体の保険者であった。原告は、被告である国に、ドイツ気象庁による最初の激しいヒョウ警報が違法に遅れたことによって、保険者が損害を被ったとし、損害賠償を請求した。もし、適法に警報がなされていたならば、機体を駐機庫に移動する事ができ、機体に損害を被らなかったであろうことがその理由である。

〔判決判旨〕

航空安全連邦機構の任務と組織構成は、航空安全連邦機構についての法律で定められており、その任務は、航海と飛行の際に特に気象上の安全を保証することである。同法３条２項では、航空安全連邦機構の任務の遂行は、「公務（öffentlicher Dienst）」であると明確に定められている。このことは、国家責任法が適用可能であると認めるに足りる根拠となる。

そして、ドイツ民法839条１項にいう保護される『第三者』は、次のような一般原則に基づいて認められるべきである。すなわち、「常にそうだとはいえないが、まさに被害者の利益を引き受けるという目的を職務義務が有している場合、被害者は、第三者の範囲に含まれる。職務義務が、当該規定の目的によって根拠付けられる場合や、被害者の利害が、公務の目的や法的規定に基づいて保護されるべき場合にのみ、損害賠償義務が被害者に対して存在する。これに対して、たとえ職務義務が多かれ少なかれ他の人間に対して不利に働いたとしても賠償義務は根拠付けられない。『第三者』が保護される場合、違反された職務義務と、被害を被った第三者との間には、特別な関係（besondere Beziehungen）が存在する」。

「航空安全連邦機構の職務義務は、第三者の個人的利益に存在しているというよりもむしろ、飛行に際しての気象上の援助という航空監督として存在している。」よって、「ドイツ気象庁の警告義

務は、飛行に対してのみ保証すべきであり、保険会社に対する職務義務を根拠付けない。」

この判決は、職務義務が国家や公共の保護のみではなく個々人の保護という利益を課されているといえるための判断基準として、上記のような保護規範理論[156]を示し、職務義務の射程を定式化した判例であるといわれている。保護規範理論によれば、職務義務の画定に際しては、当該法律の趣旨・目的が勘案されることとなる[157]。

(3) 第三者関係性の判例による拡大

第三者関係性は、判例・学説において拡大されつつある。以下では、判例による第三者関係性の拡大を具体的に検討する。国家の監督義務の中でも、「技術的企業の国家的監督」については、個々の市民に対しても第三者関係性が認められてきた事例である[158]。一方、「経済監督（Wirtschaftsaufsicht）」については、1970年代末までは、第三者関係性が認められてこなかった。しかし、この領域についても、価格証券事件において連邦通常裁判所が、第三者関係性を認めるに至った。よって、以下では、経済監督についての第三者関係性の拡大を検討する。その後、職務義務の外延と第三者関係性について、学校関係の判例を、そして最後に、先に述べたような絶対的職務義務が認められる場合の第三者関係性を検討する。

(i) 国家監督についての第三者関係性

第三者関係性の拡大は学説において主張され、古くから技術的企業の国家的監督は、公共の利益と並んで利用者の保護に仕えることが認められてきた[159]。すなわち、第三者関係性が認められるのは、秩序に反した企業監督によって、危険に晒されている公共の利益を享受する者や利用者であって、事業者は財産的危険に晒される可能性があるが第三者関係性があるとは認められない。

従来認められなかった第三者関係性が認められた画期的な判決が、保険企業や銀行などの「経済監督」に関する判決である価格証券事件（連邦通常裁判所1979年２月15日判決）[160]である。この事件の争点は、国の銀行監督の目的は、銀行業務が適切に行われ、経済全体への不利益を回避することのみなのか、それとも、個々の預金者を保護することも含むのかであった。事案の概要は次のとおりである。

〔事案の概要〕

原告は、1971年８月８日にHTG社の資力について、監督庁に照会し、HTG社の同意がなければその情報を提供できないとする回答を得た。その後、原告は、価格証書（Wetterstein-Wertbriefe）[161]を５万マルク購入した。翌年、監督庁の調査により、価格証書の発行が、金融機関法上の許可が必要な業務であるとみなされたため、許可を受けていなかったHTG社は、この業務を続けることが出来なくなった。その結果、原告は５万マルクの損害を被ることになった。原告は、無許可の銀行業に対する連邦信用制度監督庁の規制義務違反とその前提となる調査義務違反を主張した。

〔判旨〕

「ドイツ民法839条の意味での『第三者』の範囲に個別の被害者が属するか否かは、少なくともそれらの被害を引き受けることを、当該職務義務がその目的として有しているか否かに基づいて答えられる。」

「信用制度は、営業法上の特別法であり、営業活動によって生ずる危険を除去するという、営業法上の利益を守ることを目的とするものである。…それゆえ、同法６条１項[162]によって可能とされている、個々の金融機関に対する監督は、本質的に個別経済企業の特別警察的なコントロール（spezialpolizeiliche Kontrolle einzelner Wirtschaftsunternehmen）である。」「銀行監督の目的規定は、預金者保護（Einlegerschutz）の傾向において、それゆえ、警察的な（秩序法上の）一般条項（Generalklausel）によって規制される。公の安全又は秩序を脅かす危険を一般公衆あるいは個人から取り除くという警察（秩序官庁）の義務[163]は、今日の見解によれば、権利保護という包括的な任務（Auftrag）を意味する。この任務は、個人の権利や法益の保護も、共同体、そして共同

体の規範や制度保護をも含む。よって、個人はもはや単に－反射的に（reflexartig）－「一般公衆」を超えて保護されるのみではない。警察的保護を必要とする個人の重要な利益が危険にさらされている場合には、警察に対する活動への授権は、むしろ、このような個人の重要な利益の保護にも仕えるべきである。」

「以上に従って、個別事例において警察官庁が危険に晒されている個人利益の保護のために介入することが義務付けられる場合、それは、ドイツ民法839条にいう、保護された第三者に対して公務員が負う職務義務である。

この判決は、個人がもはや単に、反射的に、一般公益の保護を通じて保護を受けるにとどまるものではないとし、銀行監督の目的規定が個々の預金者も保護の目的としているとし、経済監督についての第三者関係性を認めた画期的な判決である。一方、この判決の後、連邦議会は、1984年に金融機関法 6 条を改正して 3 項を加え、銀行監督は「公益にのみ」資するということを明確に定めた。F.Ossenbühlは、このような立法の結果、銀行監督についての責任法上の意味についての争いがなかったことにされうるか否かは、正当に疑われるべきであるとし、金融機関法 6 条 3 項による第三者関係性の排除は、基本法34条違反の可能性があると指摘している[164]。

そして、同法改正後、連邦通常裁判所2005年 1 月20日判決[165]では、金融機関法 6 条 4 項が、ヨーロッパ共同体法憲法に反するか否かが争われた。この判決で、連邦通常裁判所は、同規定が、ヨーロッパ共同体法や憲法に反しないとした。この判決に対し、T.Danwitzは、その評釈で「公益にのみ」と明示したとしても「第三者保護」が明確に排除されない限り、個々の預金者は保護の対象になるべきであると主張している[166]。

(ii) 第三者関係性の拡大事例としての学校関係

先にも述べたように、保護規範理論がいう「特別な関係」が存在することは、F.Ossenbülの分類によれば、相対的職務義務が存在することを意味する。そして、そのような「特別な関係」又は特別な結びつきは、とりわけ行政手続の開始､あるいは公法上の債務関係や特別権力関係に基づいて確立され、学校関連の事件では、教師と生徒の間には、特別な関係が存在し、教師の生徒に対する職務義務は認められる。例えば、ハンブルク地方裁判所1991年 4 月26日判決[167]は、生徒が学校外の第三者に対して損害を負わせた事例であり、教師の学校外の第三者に対する職務義務が問題となった。この事件で、ある生徒は、学校から1キロ以上離れたレジャープールで授業として自由遊泳を行った帰路で、原告の車の屋根に登り、その結果車の屋根を破損した。この時教師は生徒達を監督してはいなかった。裁判所は、学校行事の道程における教師の生徒に対する監督責任を認め、教師が生徒に対して負っているそのような職務義務に違反した結果、生徒が学校外の第三者に損害を被らせた場合、損害賠償義務があると判示した。この他、球技、スポーツの練習、学校行事に類似するものによって危険にさらされた交通関係者や通行人等が教師の職務義務によって保護される第三者として考えられる[168]。

このことは、学校活動が学校外で行われることもあり、そのような行事では必ず学校外の人間と接触する可能性を有していることによる。それゆえ、教師は、生徒が他人に健康上の損害を加えないということ、その他、たとえば生徒による暴行によって第三者の個人的領域に介入しないこと、第三者の財産を損なわないこと、交通規則を無視しないことなどに留意すべきであるとされている。よって、教師は学校範囲外の人間、すなわち、監督している生徒に対する職務義務によって危険にさらされうる人間に対しても職務義務を負っているのである[169]。

同様に、学校での安全の確保が学校全体の職務義務であるため、両親が、父母会議に参加するために学校を訪れる場合は、生徒のみではなく両親に対しても職務義務が存在する。例えば、通常連邦裁判所1987年12月10日判決[170]では父母会議に参加した両親への職務義務違反が認められた。事案

は次のとおりである。

〔事案の概要〕

原告は、1984年１月中旬に、ギムナジウムの保護者集会に参加するために、被告である郡の設置している学校を訪れた。原告は、7500マルクの毛皮のコートを着て学校へ行き、他の保護者の冬用コートと同様、他の保管場所が無かったので、コート掛けのついている学校のフロアにそのコートを掛けておいた。そして、集会が終わった時には、その毛皮のコートはなくなっており、建物のドアには鍵がかけられていなかった。

〔判旨〕

「学校に携帯した物の安全な保管の可能性について配慮を行う職務義務は、以下の場合に限り、保護者集会に参加した保護者に対して学校側に存在する。すなわち、学校に持参した物の保管を行うことへの配慮が、持ち主である保護者には不可能であり、集会の間、自分の手元で管理することが期待できない場合であり、それゆえ、保護者が学校側の代理人に、安全な保管を要求することができる場合にだけである」。

このように、学校共同体の性質から導き出される教師の職務義務は、第一義的には生徒に対して存在する。そして、教師の生徒に対する職務義務が存在することから、教師の職務義務の外延は本来は存在しない生徒の保護者等にまで広がる。このように、相対的職務義務は、公務と特別な関係が認められる者のみならず、その職務義務の性質などから、更に特別な関係が認められる者と関係する人間に対しても観念されうるのであり、外延をもった概念である。同様に、連邦通常裁判所1982年２月１日判決[171]は、在監者が商品を注文した際の刑務所職員のブリーフコントロールに関する職務義務について、在監者のみならず、当該商品の販売人も当該義務によって保護される第三者とする。

(iii) 絶対的職務義務と第三者関係性

相対的職務義務が存在しない場合、絶対的職務義務の可能性を探ることとなる。絶対的職務義務の例として、建築法分野の判例である連邦通常裁判所1989年12月21日判決[172]が参考になる。同事件では、公務員の職務義務が主に公益に仕えることの例外として、生命や健康が危険にさらされている者については第三者関係性が認められるとされた。

〔事案の概要〕

原告は、集合住宅等の建築についてのプロジェクトの策定や実施に従事している団体である。被告は、ゲマインデである。この事件で問題となった建築詳細計画（Bebauungsplan）を設定する際に、被告はリューネブルクの産業監督庁に意見を求めた。この計画が設定する範囲には、工業地域が存在し、その地域の一部には、連邦インミシオン防止法に基づいて許可を必要とする施設が存在していた。そのため、産業監督庁は、1979年６月１日に、対象地域に密集した住居建築を行うことに対する危惧を表明した。その結果、被告は商業監督庁に改定した計画を提示した。それに基づけば、工業地域に隣接した土地から40メートルの範囲には建物を建てず、そこから60メートルの範囲には、工場所有者等の住居または、周辺に重大な影響を及ぼさない工場との混合建築を許されることとなる。産業監督庁は、40メートルの範囲には建物を建てず、60メートルの範囲には、工場所有者等の住居のみ許されるという条件の下賛成した。

1979年、被告は産業監督庁の条件を聞き入れることなく、本件計画を決定した。その許可手続において、県庁（Bezirksregierung）は産業監督庁と同様の懸念を示し、被告は、許可の申請を空間的に制限し、計画道路の一部の混合地域の申し立てを撤回した。このような空間的な制限によって、本件計画は、1980年10月14日に許可され、1981年３月に公告された。原告は、1981年７月８日と1981年10月23日に計画地域の開発を引き受け、自身に義務付けられている措置を実行に移し建築も準備した。ところが1982年２月に商業地域の工場主によって提起された規範統制訴訟に対してリューネブルクの上級行政裁判所は1983年１月28日判決によって、計画の一部の無効を確認した。

原告は、本件建築詳細計画の一部無効を理由に、無駄に費やした費用と、将来生じるであろう損害に関する被告の賠償義務を求めた。

〔判旨〕

「連邦建築法１条６項に規定されている計画指針（Planlungsleitlinien）は、秩序付けられた都市計画の発展を保証するという目的に仕える。」それゆえ、計画を行っているゲマインデの議会の構成員の義務は、第一に公共に対して存在し、個々の計画関係者である市民に対する職務義務は、原則的には生じない。「しかし、計画関係者の個別の利益を保護するという一般的な保護目的から導き出された義務は、建築詳細計画の際に、安全な住居関係と就業関係についての要求に対して注意を払うべきであるという要請に関しては存在する。これらの要請は、公共の保護にのみ仕えるべきではなく、その時々の建築詳細計画によって関係する具体的な計画地域に住むであろう人々の保護をも意図している。これらの人々は、地面や土地の性質から、生命や健康に対する危険が彼らを脅かさないということを期待しうるに違いない。この人的範囲は、それゆえ、『第三者』であり職務義務の名宛人である」。「このことは、計画が、優先的に公共に仕えるという原則の例外である。この例外は、生命や健康の法益のぬきんでた意義から正当化される。」

本件原告は、保護される「第三者」の範囲に属さない。「なぜなら、原告は、検討ミスによって損害を加えられた土地を自身が住むために購入したのではなくて、適した建築物を再び売却するために手に入れたからである。」

このように、特別な関係が存在しない場合でも、第三者関係性が認められる余地があることは疑いようがない。しかし、建築法関係や、対生徒を除く学校行政、そして刑事訴追の際に実践的に重要な特殊性が強調されるべきである[173]とする学説もあり、F.Ossenbühlも学校行政や建築法関係、刑事訴追等については個別に判断する。よって、このような絶対的職務義務が事例横断的に妥当するかは必ずしも明らかではない。

同様に、第三者関係性が原則的には認められない事例であっても、職権濫用（Amtsmissbrauch）の場合は、認められるべきであるという論者もいる。Rüfnerによれば、違反された法規範の保護目的に関する万一の不利益が、人的物的に保護される利益に含まれているか否かに関わらず、市民に対する職権濫用は、常に市民に対する職務義務違反として評価されるべきであり、その際には第三者関係性は認められる[174]。

（4）第三者関係性と主観的公権

取消訴訟における主観的公権を考える際に議論されている保護規範理論の基準と、第三者関係性の判断基準が類似していることが指摘されている[175]。主観的公権の判断と第三者関係性判断は類似した課題設定をもっているが、両者が一致すると言い切るのは難しい。すなわち、主観的公権と違って、国家責任法上の職務義務は、抽象的一般規制によって立法者や政省令制定者の側から区別することにおいて認められえないが、勤務上の個別指示から、あるいは職務の「性質」から生じえる[176]。すなわち、内部に向けられた職務義務と外部に向けられた法的義務の間の、伝統的で問題のある区別が、取消訴訟における主観的公権と国家責任における第三者関係性の間に重大な相違を形成するのである。そして、こうした区別がある以上、主観的公権と職務義務の第三者関係性にドグマティックな関連性があるとはいえない。

また、実践的な法の適用に際して、二つの法制度の機能的相違が非常にさらにより重大である。すなわち、取消訴訟は法律に違反した行政活動を是正し原状回復を求める行政訴訟制度であるのに対し、職務責任構成要件における第三者性は、責任法上の妥当性の考慮の観点から判断される。それのみならず、更に、職務責任の適用範囲を拡張するために、違反された職務義務の第三者性のメルクマールという責任限定機能に対する重大な意味の喪失を認めるべきであるといわれている[177]。

第３章　終章

（1）日本の国家賠償責任における相対的違法性説とドイツ職務責任制度

前述の通り、ドイツ職務責任制度においては、従来、公務員は国家に対して内部的な職務上の責任を負うと考えられていた。学説・判例は、国家の国民に対する法的義務に対しても公務員が責任を負うと理解することで、職務義務の意味を拡大し、被害者の救済を図った。

一方、日本の国家賠償責任制度においては、国家賠償制度を、行政訴訟制度と並び、「法律による行政の原理」の実現を担保するための制度として位置づけ、そこで前提とされる行政活動の「違法性」を、本質的に行政訴訟制度において問題とされる行政活動の違法性と変わるものではないと考える行為不法説・一元的違法性説が通説である。すなわち、一元的違法性説によれば、違法性は国家と公務員の内部関係には結びつけられず、国家賠償法は「法律による行政の原理」を担保するための制度として、外部関係においての違法な行為のみをその対象とする。これに対し、相対的違法性説は、損害を国民全体で負担することによって補償をいきわたらせることを目的としているため、国家と公務員の内部関係における違法な行為もそれによって損害が発生したとすれば、補償の対象になると考える。これは、ドイツの国家責任制度が目指す方向性に合致する。すなわち、ドイツ国家責任制度においては、救済対象の拡大のために、内部関係にのみ存在していた責任の根拠を外部関係にも広げることを行った。逆に、日本の国家責任制度における、相対的違法性説は、外部関係における違法性のみでは補償が不十分であることから内部関係にも責任根拠を求めることによって、救済対象の拡大を試みたのである。しかし、後期相対的違法性説は、その違法性を限定的に理解することで、国家賠償法上の違法性を取消訴訟法上の違法性よりも狭く理解することを可能にした。そして、違法性を限定的に理解する際に用いられたのが、職務行為基準説である。すなわち、同説によって、違法性が内部的な職務上の義務違反に限定されることによって、通説である行為不法説が主張する客観的な法規範違反よりも、違法性の概念が狭くなったのである。これは、ドイツ職務責任制度が長年抱えてきて、学説によって克服された欠陥を日本の国家賠償法に持ち込んだと言えるだろう。

（2）危険防止責任と職務責任制度

前述の通り、国家賠償法の領域でも「反射的利益論」は跋扈しており、学説上厳しく批判されるところではあるものの、「反射的利益論」を是認する裁判例は後をたたない。先にも述べたように、学説による批判にはさまざまな主張が存在し、国家賠償法においても「反射的利益論」が妥当する余地が考えうるとしても、少なくとも、危険管理責任の分野においては「反射的利益論」は妥当しないと考える学説が有力に主張されている[178]。行政の危険防止責任が問題となる事例を、阿部教授は次のように分類する[179]。まず、第一に、自然界に存在する危険について行政の防止責任が問題となる場合である。例えば、一連の野犬咬死事件や新島漂着砲弾爆発事故などである。次に、他の人間活動による加害行為を防止するための行政活動が問題となる場合である。これには、許可制度による私人の活動を事前規制する場合と、私人が自由に活動した結果生じる加害行為について行政の側から積極的に規制権限を発動するべきである場合とが考えられる。どの類型においても、国の責任を肯定する判例と否定する判例の両方が存在し、それ自身詳しく検討されなければならないが、少なくとも、裁判所は国の責任を認めることに対しては非常に消極的な態度を示していることは周知の事実である。

一方ドイツでは、上述の通り、かなり早い段階から、技術的企業の国家監督については、健康、所有物が危険にさらされている人間の第三者関係性は認められてきた。そして、建築分野の判例からも明らかなように、健康や生命などの最も重要な法益が危険にさらされる場合には、例外的に第

三者関係性が広く認められる。更に、学説は、財産的侵害に対しても保護が与えられるべきだと主張している[180]。また、Schenkeは、憲法上の保護義務（Schutzpflichten）を社会国家原理から導きだす[181]。そして、違反された規定が公益のみを目的としているか否かは重要ではないと考える[182]。このように、日本で言う危険防止責任の対象となるような事例のみならず、ドイツではより広く第三者関係性を認める傾向にある。

一方、日本では、最高裁は、前掲宅建業法国家賠償請求事件において国家賠償責任を否定した。更に、銀行監督が問題となった事例[183]では、「大蔵大臣は銀行業務の適正をはかるために必要な監督をするべき義務があるのに、銀行に対する業務の検査等の監督を怠ったことによって損害を被った」として国家賠償法第一条に基づいて賠償を求めた原告に対し、福岡高裁は次のように述べ、国の責任を否定した。すなわち、大蔵大臣の銀行法上の規定に基づく行政監督権によって「国民が利益を受けるとしても、その利益は、単なる反射的利益にすぎないものであつて、大蔵大臣は、…特定の個人の利益保護のため特定の個人に対してその権限を行使すべき義務を負うものではない」。

このように、ドイツ職務責任制度における第三者関係性は、日本の国家賠償制度に比べて非常に広く認められている。換言すれば、日本の国家賠償制度の雛型であるドイツ職務責任制度は、条文上で責任制限規定を設けているにもかかわらず、その問題点が指摘され、それを克服するために判例、学説は努力を重ねてきた。そして、その結果、生み出されたのが連邦・州間の立法権限の分配問題によって失効してしまった新国家責任法である。一方、条文上、そのような規定を持たない日本の国家賠償法は、不文の要件である「反射的利益論」と「職務行為基準説」によって不必要に責任の限定を行い、補償が十分なされてはおらず、雛形であるドイツ国家責任法の変化にキャッチアップするどころか、変化する前のドイツ職務責任法にしがみつくことしかできていない。

(3) 結びにかえて

最後に、新国家責任法によって、自己責任説に転換したドイツ職務責任制度と、ドイツ職務責任制度を雛型にして、代位責任説をとっているといわれている日本の国家賠償制度について残された課題と共に若干の検討を加えたい。

ドイツが新国家責任法を制定したのは、職務責任制度の構造的な欠陥を是正するため、違法無過失の国家活動による損害について、国家に補償義務を課す「特別犠牲補償」法制度との理論的錯綜が挙げられる。すなわち、職務責任制度と「特別犠牲補償」など他の制度を総合的に検討しなければ、被害者の救済の全体像をつかめたとは言えず、本稿のみでは不十分である。

また、「第三者関係性」については、全体としてはカズイスティックで理論化は難しいといわれているが、問題領域ごとに検討することで、その領域ごとの理論化の可能性はある[184]。そういった、領域ごとの検討が「第三者関係性」の更なる検討には必要不可欠であり、また興味深いところでもある。特に、建築法の領域では,判例の蓄積もあり取消訴訟と国家責任の類似性を詳しく検討する必要がある。それは、ドイツ国家責任法の根本に関わる問題であり、ドイツ民主共和国国家責任法が第三者関係性を要件とせず、結果責任的であることもあわせて検討に値する。

ただ次のことは言えるだろう。ドイツの学説において第三者関係性を広げる努力がなされ、判例も広げつつある。また、ドイツ民主共和国国家責任法においても第三者関係性は要件とされず、それが理想の姿であると学説上評価されているのである。このような第三者関係性構成を「職務行為基準説」によって採用している日本の判例は、その根拠をすでに失っているのではないだろうか。

1「反射的利益論」の理解の仕方によって、国家賠償責任における「反射的利益論」を不文の要件と解するか否かに違いが出るが、ここでは通説的見解に従って、不文の要件の意味で用いる。

[2]「職務行為基準説」は、様々な意味の変遷を経て、在宅投票制度廃止違憲訴訟判決で示された考え方に落ち着いたと考えられている。しかし、「職務行為基準説」の意味が混乱して用いられていることから、芝池教授は同定式を「義務違反的構成」と呼ぶ。室井力・芝池義一・浜川清編『コンメンタール行政法Ⅱ　行政事件訴訟法・国家賠償法〔第2版〕』（日本評論社、2006年）532頁〔芝池義一〕。

[3] H.Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht , 15.Aufl., 2004, S.665.

[4] 代位責任説を採る学説として、古崎慶長『国家賠償法』（有斐閣、1971年）191頁以下など。自己責任説を採るものとして、兼子仁『行政法学』（岩波書店、1997年）203頁など。

[5] 例えば、藤田宙靖『行政法Ⅰ［第4版改訂版］』（青林書院、2005年）485頁。藤田教授は、「わが国の国家賠償法はむしろ、ドイツ法の、国の代位責任を認めるシステムと類似の構造を以ってでき上がっている」と述べている。

[6] 東京高判昭和45年8月1日判時600号32頁。

[7] 最1小判昭60年11月21日民集39巻7号1512頁。

[8] 稲葉馨「国賠訴訟における『反射的利益論』」菅野喜八郎＝藤田宙靖編・小嶋和司博士退職記念『憲法と行政法』（良書普及会、1987年）597頁以下。

[9] 宇賀克也『国家補償法』（有斐閣、1997年）67頁。

[10] 芝池・前掲書（注（2））532頁以下、西埜章「職務行為基準説の批判的検討」明治大学法科大学院開設記念論文集169頁。

[11] 稲葉馨「国会議員の立法行為と国家賠償（一）～（四）」熊本法学58号1頁以下、64号1頁以下、67号1頁以下、69号157頁以下、西埜章『注解法律学全集7　国家賠償法』（青林書院、1997年）65頁。

[12] 内田貴『民法Ⅱ（第2版）』（東京大学出版、2007年）337頁。

[13] 遠藤博也『国家補償法（上巻）』（青林書院新社、1981年）164頁以下。

[14] 遠藤・前掲書（注（13））164頁以下。

[15] 村上義弘「行政権の行使における違法と国家賠償法上の違法－国家賠償法一条の『違法の意義に関する一考察』」西村宏一他『国家補償法体系2』（日本評論社、1987年）、遠藤・前掲書（注（13））62頁。すなわち、民法分野では、私人間においては、権利侵害は即違法と解されるのに対し、行政法分野においては、法治主義の原則が働き、「たとえ、国民の権利を侵害するような行政活動であっても、それが適法に行われるのであれば、違法ではない」（北村和生「国家賠償における違法と過失」行政法の争点〔第三版〕78頁以下。）とされ、民事上の違法性が国家賠償法上の違法性よりも広いと考えられている。他方、私人間では私的自治の原則が妥当し、私法法規は任意法規であるのに対し、行政法令は強行法規である（芝池・前掲書（注（2））528頁）。その結果、国家賠償法上の違法は、民事上の違法に比べて、より広く根拠法規やそれ以外の様々な規範に違反したことが違法の要件であると考えられている。

[16] 被害者の救済や損害の分散機能も認めつつ、それと同時に、制裁機能や違法状態排除機能を重視する③相関関係説によれば、国家賠償法上の違法性は、侵害行為の性質・態様と被侵害利益の種類・内容とを相関的に考慮して判断されることになる。秋山義昭『国家補償法　現代行政法学全集⑦』（ぎょうせい、1985年）71頁以下。

[17] 宇賀・前掲書（注（9））42頁以下、芝池・前掲書（注（2））528頁等、秋山・前掲書（注（16））70頁以下。

[18] 宇賀教授は、結果違法説を公権力発動要件欠如説と呼ぶ。前掲書（注（9））46頁、47頁。

[19] 宇賀・前掲書（注（9））46頁。この見解に対し、西埜教授は、結果不法説と結果違法説は同義であるとして、学説名を結果不法説に統一して使用すべきだと主張する。西埜・前掲書（注（10））169頁以下。

[20] 原田尚彦「判批」ジュリ482号27頁。

[21] 西埜・前掲書（注（10））170頁。

[22] 最2小判昭和53年10月20日判時906号3頁。

[23] 小田中聰樹「判批」『刑事訴訟法判例百選〔第

七版〕1998年』83頁。

24 例えば、沖縄ゼネスト警察官殺害事件・最１小判平成元年６月29日民集43巻６号664頁、弘前大学教授婦人殺害国賠訴訟・最２小判平成２年７月20日民集44巻５号938頁。

25 西埜・前掲書（注（10））180頁以下。

26 宇賀・前掲書（注（9））61頁、67頁。

27 西埜・前掲書（注（10））180頁以下。

28 最２小判昭和57年３月12日民集36巻３号329頁。

29 宇賀・前掲書（注（9））53頁。

30 西埜・前掲書（注（11））61頁。

水俣病認定業務遅延国賠訴訟（熊本地判昭和58年７月20日民集45巻４号807頁。）では、「国賠法１条１項の違法と行訴法３条５項の違法とを別異に解すべき理由を見い出し得」ないと判示されている。

31 藤田・前掲書（注（5））495頁。

32 西埜・前掲書（注（11））57頁以下。

33 例えば、最３小判平３年７月９日判時1399号27頁、ココム事件東京地裁判決・東京地判昭和44年７月８日行裁例集20巻７号842頁、大阪地判昭和63年５月27日行裁例集39巻５＝６号365頁等。

34 国賠法上の違法性と取消訴訟上の違法性を場合分けをして論じる論者も多い。宇賀・前掲書（注（9））78頁以下、芝池義一『行政救済法講義〔第３版〕』（有斐閣、2006年）243頁以下。芝池教授は、国賠違法は取消違法と一致するという命題が妥当する場合が少なくないとしたが、常に一致するともいえないとし、国賠違法が取消違法より広く認められる可能性として次のような場合を想定する。①行政内部的な規範に対する違背が国賠違法として認められる場合、②被害結果の重大性から国賠違法が認められる場合。

以上のように、国家賠償法上の違法性とは、一つには、行為不法説が考えるように客観的法規への違背であるため、取消訴訟において行政処分の違法が認められる場合、国家賠償訴訟において違法の存在を否定することは難しい。他方、国賠違法が取消違法より狭い可能性として、義務違反的構成の可能性をあげる。義務違反的構成については後に検討する。

35 下山瑛二『国家補償法』（筑摩書房、1972年）136頁。

36 千葉県野犬咬死事故損害賠償請求事件控訴審判決・東京高判昭和52年11月17日判時875号17頁は、「行政庁の権限行使そのものの合法、違法ではなく、その不行使によつて生じた損害の賠償責任の有無が問題となつている本件では、損害賠償制度の理念に適合した独自の評価が要求されることはいうまでもない。」と判示している。

37 藤田宙靖「法治主義と現代行政」現代法哲学三（1983年、東京大学出版会）81頁。

38 芝池・前掲書（注（2））532頁。

39 例えば、最３小判平成３年７月９日民集45巻６号1049頁。

40 最２小判平成３年４月26日判時1385号３頁、最１小判平成５年３月11日民集47巻４号2863頁、最３小判平成９年９月９日民集51巻８号3850頁、最大判平成17年９月14日民集59巻７号2087頁、札幌地判平成５年７月16日判時1484号115頁、広島高判平成６年３月29日判タ870号141頁、熊本地判平成13年５月11日判時1748号30頁、東京地判平成18年６月７日判時1937号３頁、福岡地判平成17年10月14日判時1916号91頁など。

41 東京地判平成元年３月29日判時1315号42頁。

42 最１小判平成11年１月21日判時1675号48頁。

43 東京高判平成２年12月７日判時1373号３頁。

44 東京高判昭和63年３月11日判時1271号３頁。

45 金沢地判昭和53年３月１日訟務月報24巻２号237頁。

46 福岡地小倉支判昭和53年３月10日判時881号17頁。

47 大阪地判昭和49年４月19日判時740号３頁。

48 金沢地判昭和53年３月１日判時879号26頁、東京地判昭和53年８月３日判時899号48頁、福岡地判昭和53年11月14日判時910号33頁、広島地判昭和54年２月22日判時920号19頁、札幌地判昭和54年10月５日判時950号53頁、京都地判昭和54年７月２日判時950号87頁、静岡地判昭和54年７月19日判時950号199頁、大阪地判昭和54年７月31日判時950号241

頁、前橋地判所昭和54年８月21日判時950号305頁。

[49] 例えば、東京スモン訴訟において裁判所は、次のように判示する。「『反射的利益』およびこれに対立するものとしての『法的に保護された利益』という一対の概念は、取消訴訟その他の抗告訴訟（行政庁の公権力の行使に対する不服の訴訟）において、“訴えの利益”の有無を判定する基準としての役割を担う技術概念にほかならず、本件の如き行政庁の“不法行為”を理由とする国家賠償請求事件においては、行政庁の処分にその遵守すべき行為規範の違反があつて、当該違法行為と原告の主張する損害との間に不法行為上の相当因果関係が認められれば足り、処分の相手方でない者に取消訴訟の原告適格が認められるか否かの問題と、承認申請手続上の第三者たる個々の特定人に損害を生じた場合の不法行為の成否とは、論理上、直接の関連を有するものではない」。

[50] 警察官の権限不行使が問題となった、警官ナイフ保管懈怠事件・最3小判昭和57年１月19日判時1031号117頁や、新島漂着砲弾爆発事故事件上告審判決最２小判昭和59年３月23日判時1112号20頁では、警察法二条に照らし、警察は、個人の生命、身体及び財産の保護に対する責務があるため、「砲弾類の爆発による人身事故等の発生を未然に防止することは、その職務上の義務でもある」と述べ、反射的利益か否かについて明言されていないが、当該事件の原告が主張している法益が反射的利益ではないと判断したと考えられる。また、判例は、「反射的利益」という語を用いることは少なく、むしろ「事実上の利益」という語を使うことが多いが、同じ意味であると考えられる。（北村和生「行政権限不行使に対する司法救済」ジュリ1310号35頁以下。）。

[51] 最２小判平成元年11月24日民集43巻10号1169頁。

[52] 宇賀・前掲書（注（9））75頁。

[53] 東京高判平成17年１月26日判時1891号３頁。

[54] 最３小判平成２年２月20日判時1380号94頁。

[55] 芝池・前掲書（注（34））263頁以下。

[56] 詳しくは、稲葉・前掲書（注（8））参照。

[57] 詳しくは、稲葉・前掲書（注（8））参照。

[58] 原田尚彦「薬害と国の責任」判時899号13頁。ただし、ここでは不作為の事例が念頭に置かれている。北村・前掲論文（注（50））参照。

[59] 宇賀・前掲書（注（9））75頁以下。

[60] 塩野宏『行政法Ⅱ〔第４版〕』（有斐閣、2005）281頁。

[61] 芝池・前掲書（注（34））263頁以下。

[62] 宇賀・前掲書（注（9））78頁。

[63] 最１小判昭和61年２月27日民集40巻１号124頁。

[64] 藤田宙靖『第三版行政法Ⅰ（総論）〔再訂版〕』（青林書院、2000年）480頁。

[65] 藤田・前掲書（注（5））500頁。

[66] 宇賀・前掲書（注（9））78頁。

[67] 西埜・前掲書（注（11））65頁。

[68] 西埜・前掲書（注（11））66頁。

[69] Thomas von Danwitz, in : S.Christian（Hrsg.）, Kommentar zum Grundgesetz, 2005, S.878ff.

[70] 椿寿夫・右近健男『注釈ドイツ・不当利得・不法行為法』（三省堂、1990年）160頁以下参照。

[71] ドイツ民法839条にいう「公務員」の原語は、「Beamte（官吏）」である。しかし、公権力を行使する公務員は「官吏」に限られず、現在ではドイツ民法839条にいう「官吏」は、公権力を行使する公務員全てであると考えられているため、「公務員」と訳することにした。

[72] 本稿においてAmtspflichtは職務義務と訳している。しかし、ドイツ民法839条、基本法34条を訳す上で、職務義務と訳すと意味がわかりづらくなるため、ここでは職務上の義務と訳している。

[73] 高田敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集』（信山社、1994年）224頁参照。

[74] 責任とは、ドイツ民法839条によって公務員が負う責任を意味するとされている。

[75] 国又は団体の責任を制限する特別法も可能であり、その場合には、ドイツ民法839条によって、公務員自身が責任を負うことになる。

[76] ドイツ民法823条［損害賠償義務］（1）故意又は過失により他人の生命、身体、健康、自由、所有権又はその他の権利を違法に侵害した者は、その他人に対し、これによって生じた損害を賠償する

義務を負う。

77 NJW 1992, S. 377.

78 純粋の財産損害、財政的損害、取引損害と呼ばれる財産それ自体の侵害による損害の賠償も認められることとなる。椿他編・前掲書（注（70））160頁。

79 椿他編・前掲書（注（70））176頁以下参照。

80 本項は、公務員に全ての有責な行為について個人責任を負わせることを避ける目的で定められた。しかし、基本法34条の成立後、同条が適用される場合には、公務員は個人責任を負わないので、現在では重要ではないとされている。

81 基本法34条にいう「公務」は、ワイマール憲法131条でいう「公権力（öffentliche Gewalt）」と同義であるとされている。椿他編・前掲書（注（70））161頁。

82 Bonk, in : S.Michael（Hrsg.）, Grundgesetz Kommentar, 3.Aufl., 2003, S.1154.

83 Thomas von Danwiz, in : S.Christian（Hrsg.）, Das Bonner Grundgesetz, 2000, S.1091.

84 H.Maurer, a.a.O.（Anm.3）, S.665

85 T.v.Danwitz, a.a.O.（Anm.69）, S.885.

86 宇賀克也『国家責任法の分析』（有斐閣、1989年）11頁の訳に従った。

87 W.Rüfner, in : Hans-Uwe Erichsen（Hrsg.）, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12.Aufl., 2002, S.671.

88 民法施行法77条の訳は、結城忠「ドイツの学校法制と学校法学　第５回学校事故補償法制の構造（1）」季刊教育法138号78頁に従った。

89 宇賀教授は、「1910年５月22日法は、はじめて、ライヒの一般的な国家責任を肯定した点で、その意義は決して小さくないが、ドイツにおける国家責任制度の基本構造の決定という観点から見れば、画期的意義は、むしろ、1909年８月１日のプロイセン法に存するといえる」とし、プロイセン法の成立過程を詳細に検討している。宇賀・前掲書（注（86））77頁。

90 Bonk, a.a.O.（Anm.82）, S.1157.

91 Bonk, a.a.O.（Anm.82）, S.1157.

92 官吏とは、日本の「公務員」とは異なっている。日本の「公務員」に当たる語は、「öffentliche（r）Bedienstete（r）」であり、「öffentliche（r）Bedienstete（r）」には、Beamte（官吏）、Richter（in）（裁判官）、Angestellte（r）（官吏）、Arbeiter（in）（労働者）が含まれる。そのうち、Angestellte（r）、Arbeiter（in）は、私法上の契約によって公務に服するものをいう。

93 私立学校の教員による学校事故の場合には、前掲ドイツ民法823条１項によって、教員個人が賠償義務を負う。すなわち、被害者は教員個人を直接被告とできる。更に、使用者に、教員の選任や監督に際して注意義務違反があった場合には、ドイツ民法831条によって使用者責任が生じる。結城忠「ドイツの学校法制と学校法学　第６回学校事故補償法制の構造（2）」季刊教育法139号47頁参照。

94 詳しくは、宇賀・前掲書（注（86））参照。

95 宇賀・前掲書（注（86））237頁以下、宇賀克也「西ドイツにおける新国家責任法について」ジュリ763号112頁。

96 宇賀・前掲書（注（86））225頁。

97 すなわち、ドイツ民法839条１項では、被害者が他の方法で賠償を受けることができない場合だけ、国家責任が発生するという補充性条項（Subsidiaritätsklausel）が存在した。これは、公務担当者が損害賠償責任に対して不安を抱き、消極的な公務の遂行になることを防ぎ、円滑な公務の遂行を期して定められたものである。国家の直接責任、すなわち、自己責任構成をとることで、補充性条項は失効し、国家の第一次的責任が認められたのである。

98 詳しくは宇賀・前掲書（注（86））参照。

99 Vgl., Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5.Aufl., 1998, S.623.

100 Reinhard Hörstel, VersR1996, S.547.

101 Vgl., F.Ossenbühl, a.a.O.（Anm.99）, S.627.

102 R.Hörstel, a.a.O.（Anm.100）, S.547.

103 稲葉教授は、「職務義務」のカタログとして、ドイツの学説における分類を詳説されている。稲葉馨「国会議員の立法行為と国家賠償（2）」熊本

法学64号３頁以下。

104 W.Rüfner, a.a.O.（Anm.87）, S.698.

105 H.Jarass ,Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland ,6.Aufl., 2002, S.690.

また、Maurerは、「職務担当者の内部的職務義務と、国家の外部的法的義務の違いは、今日ではまったく意味を成さない。」とする。H.Maurer,a.a.O.（Anm.3）, S.663.

106 W.Rüfner, a.a.O.（Anm.87）, S.698.

107 行政手続法42条２項「法律に別段の定めがない限り、行政行為または行政行為の拒否、あるいは不作為により権利が侵害されている旨を原告が主張する場合にのみ訴えは許容される」。

108 行政裁判所法113条１項「行政行為が違法であり、原告がそれにより権利を侵害されている場合、裁判所は行政行為及び異議決定が問題になる場合は異議決定を取り消す」。

109 T.v.Danwitz, a.a.O.（Anm.69）, S. 882.

110 H-J.Papier, in H.Roman（Hrsg.）, Grundgesetz Kommentar, 2005, Art.34（Schrifttum 1998）, S.71

111 例えば、他の行政庁による同意が必要であるにもかかわらず、その同意がない場合や、職務担当者が拘束力を有した就業上の指示に従った結果､市民が請求権を有している行政行為を行わない場合などが考えられる。この場足、就業上の義務に応じて行動した公務員は職務義務に反して行動してはいない。

112 H-J.Papier, a.a.O.（Anm.110）, S.72.

113 H.Maurer, a.a.O.（Anm.3）, S.663.

114 P.Reinert, in H.Roth（Hrsg.）, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch（Band2）, 2003, S.1366.

115 H.Jarass, a.a.O.（Anm.105）, S.694. ; T.v.Danwitz, a.a.O.（Anm.69）, S.879.

116 Bonk, a.a.O.（Anm.82）, S.1177.

117 ただし、このような職務担当者の職務義務を外部関係における公法上の法的義務へと読み替えるのは、職務責任制度においてのみで行政法の全領域に妥当するものではない。

118 Bonk, a.a.O.（Anm.82）, S.1177.

119 Papier, a.a.O.（Anm.110）, S.72.

120 T.v.Danwitz, a.a.O.（Anm.69）, S.879.

121 T.v.Danwitz, a.a.O.（Anm.69）, S.880.

122 T.v.Danwitz, a.a.O.（Anm.69）, S.883.

123 行政規則は、広く、大臣通達、就業規定、要綱等などを含めた意味で用いられることもある。F.Ossenbühl, a.a.O.（Anm.99）, S.60.

124 T.v.Danwitz, a.a.O.（Anm.69）, S.879. ; P.Reinert, a.a.O.（Anm.114）, S.1366. ; Papier, a.a.O.（Anm.110）, S.73.

125 T.v.Danwitz, a.a.O.（Anm.69）, S.880.

126 T.v.Danwitz, a.a.O.（Anm.69）, S.880.

127 T.v.Danwitz, a.a.O.（Anm.69）, S.880.

128 T.v.Danwitz, a.a.O.（Anm.69）, S.880.

129 Papier, a.a.O.（Anm.110）, S.74.

130 Rüfner, a.a.O.（Anm.87）, S.703.

また、稲葉教授もH.Engelhardtの議論を紹介されている。稲葉・前掲論文（注103））22頁以下。

131 T.v.Danwitz, a.a.O.（Anm69）, S.880.

132 T.v.Danwitz, a.a.O.（Anm.83）, S.1102.

133 F.Ossenbühl, a.a.O.（Anm.99）, S.59.

134 F.Ossenbühl, a.a.O.（Anm.99）, S.62.

135 F.Ossenbühl, a.a.O.（Anm.99）, S.59.

136 F.Ossenbühl, a.a.O.（Anm.99）, S.61.

137 F.Ossenbühl, a.a.O.（Anm.99）, S.61.

138 NJW 1998, S.995.

139 日本でいう小学校。

140 F.Ossenbühl, a.a.O.（Anm.99）, S.69.

141 NJW 1994, S.2415.

142 F.Ossenbühl, a.a.O.（Anm.99）, S.62.

143 T.v.Danwitz, a.a.O.（Anm.69）, S.882.

144 T.v.Danwitz, a.a.O.（Anm.69）, S.882f.

145 F.Ossenbühl, a.a.O.（Anm.99）, S.59.

146 基本法19条４項１文「何人も、公権力によって自己の権利を侵害されたときは、出訴するとこができる」。高橋和之編『新版　世界憲法集』（岩波書店、2007年）180頁。

147 T.v.Danwitz, a.a.O.（Anm.69）, S.881.

148 行政秩序法42条２項。

149 Rüfner, a.a.O.（Anm.87）, S.703. ; T.v.Danwitz, a.a.O.（Anm.69）, S.884.

150 F.Ossenbühl, a.a.O.（Anm.99）, S.58.
151 T.v.Danwitz, a.a.O.（Anm.69）, S.883.
152 T.v.Danwitz, a.a.O.（Anm.69）, S.883.
153 BGHZ 129,S.23.
154 Papier, a.a.O.（Anm.110）,S.80.
155 1992年 5 月にミュンヘン国際空港が開港した時に閉鎖され、現在は存在しない。
156 Bonk, a.a.O.（Anm.82）, S.1181.
157 Papier, a.a.O.（Anm.110）, S.80.
158 稲葉・前掲論文（注103））19頁。
159 詳しくは、稲葉・前掲論文（注（103））参照。
160 BGHZ 74,144.
161 訳は稲葉・前掲論文（注（103））19頁に従った。
162 連邦信用制度監督庁が監督を行うという一般任務規定。
163 プロイセン警察行政法第14条に規定されている。
164 F.Ossenbühl, a.a.O.（Anm.99）, S.63f.
165 JZ, 2005, S.724ff.
166 JZ, 2005, S.729ff.
167 NJW 1992, S.377ff.
168 F.Ossenbühl, a.a.O.（Anm.99）, S.61.
169 F.Ossenbühl, a.a.O.（Anm.99）, S.61.
170 NJW 1988, S.1258.
171 NJW 1983, S.627ff.
172 BGHZ 110, S.1ff.
173 T.v.Danwitz, a.a.O.（Anm.69）, S.886.
174 Rüfner, a.a.O.（Anm.87）, S.703.
175 T.v.Danwitz, a.a.O.（Anm.69）, S.882.
176 T.v.Danwitz, a.a.O.（Anm.69）, S.884.
177 T.v.Danwitz, a.a.O.（Anm.69）, S.884.
178 阿部泰隆『国家補償法』（有斐閣、1988年）185頁以下。ただし、危険官吏責任についても、保護範囲の問題は生じ、場合分けして考えるべきであるとする。
179 阿部・前掲書（注（178））128頁。
180 VersR 1996, S.550.
181 Schenke, Schadensersatzansprüche des Versicherungsnehmers bei der Verletzung staatlicher Versicherungsaufsichtspflichten in Festschrift für Egon Lorenz ,S.492.
182 Schenke, a.a.O.（Anm.181）, S.489.
183 福岡高判昭和53年 7 月 3 日判タ370号107頁。
184 T.v.Danwitz, a.a.O.（Anm.69）, S.886.

（あさだ　ともこ　北海道大学法学研究科博士後期課程 1 年）