

公務員個人の対外的不法行為責任 免責論の批判的検討

—— 修復的正義論及び法心理的分析をふまえて ——

松 本 克 美*

目 次

- I 問題の所在
- II 公務員個人責任否定論
- III 公務員個人責任肯定論
- IV 公務員個人責任追及の法心理
- V おわりに

I 問題の所在

1 八鹿（ようか）市立病院組合・過労・パワハラ自死事件

今から8年前の2007年に、組合 Y1（八鹿市立病院組合）の経営する市立病院に大学病院から派遣されて勤務する当時30歳の若い整形外科医 A が長時間の過重な勤務を強いられる中で、上司 Y2, Y3 から暴行・暴言を伴うパワーハラスメント（以下、パワハラと略す）を受け、精神的に追いつめられる中で、赴任からわずか2か月余りで自死に至るという痛ましい事件が発生した。A の両親 X1, X2 は、Y1 に民法715条ないし国賠法1条の不法行為責任または安全配慮義務違反の債務不履行責任を、また、パワハラを働いた上司である二人の医師 Y2, Y3 に民法709条の不法行為責任を追及して提訴した（以下、この事件を本件と略す）。

* まつもと・かつみ 立命館大学大学院法務研究科教授

1 審の鳥取地裁米子支判2014（平成26）・5・26判判1099号 5 頁¹⁾は、過重な勤務実態（自死前 4 週間の勤務外労働時間は174時間44分、単純計算で毎日 6 時間以上の超過勤務を続けていたことになる）とパワハラの実事（具体的には患者の前で拳骨で頭を殴る、「お前」呼ばわりする、手術中に「田舎の病院だと思ってなめとるのか」と暴言するなど）を認定した上で、Y1 と Y2, Y3, A との関係は、民営病院におけるのと同じく私的社会経済的作用の関係であるとして、公権力の行使がなされる関係にあらず、国賠法ではなく民法が適用されるとして、被告組合の民法715条の使用者責任と被告公務員らの民法709条の不法行為責任を認めた。また、A の死亡が自死であった点で過失相殺の規定（民法722条 2 項）を類推適用し、賠償額の 2 割を減じて公務災害認定による遺族補償一時金、葬祭料などを損益相殺して、総額約 8000万円の賠償請求を認めた。これに対して、両当事者が控訴して争われた控訴審では、1 審が認めた過失相殺規定の類推適用による減額は否定したものの、上記の Y1 と A らの関係は公権力の行使のある関係で、国家賠償法が適用されるとして、被告組合の国賠法 1 条 1 項の責任を認めたが、被告公務員 Y2, Y3 らの不法行為責任を否定し、1 億525万円余の賠償額を認めた（広島高裁松江支判 2015（平成27）・3・18 LEX/DB25540128）。

このように、認容された賠償額は 1 審を 2000万円以上上回ったが、原告らは、1 審が本件に民法を適用し、Y2 ら上司の公務員個人の不法行為責任を認めたのに対して、2 審が国賠法を適用して、公務員個人の責任を否定した点を不服として、現在、上告及び上告受理申立てをしている。筆者は、欠陥住宅全国ネットなどで10年来の面識がある原告側訴訟代理人である岩城穰弁護士²⁾から依頼されて、公務員個人の不法行為責任の成立につ

-
- 1) 本判決の判例評釈として、高橋奈々・判批・ジュリスト1480号（2015年）119頁以下。1 審では国賠法 1 条 1 項の「公権力の行使」が充たされないとして民法が適用されたため、この判例評釈では本稿のテーマである国賠法と公務員個人の不法行為責任の併存の可否の問題は検討されていない。
 - 2) 岩城穰弁護士（大阪弁護士会。いわき総合法律事務所）は、欠陥住宅被害全国連絡協議会（通称、欠陥住宅全国ネット）の事務局長を 7 年間にわたり務め、その関係で筆者も

いての意見書を執筆した。

2 本稿の課題と視角

筆者は、後述するように、国賠法1条によって公務員個人の不法行為責任が排斥されているとは考えておらず、民法709条の成立要件を充たすならば、公務員個人の不法行為責任が認められるべきという全面肯定説を支持する。従って、上記意見書執筆を引き受けることにやぶさかではなかったが、一つ気になることは、1審よりも2000万円近く賠償額が増額されたにもかかわらず、公務員個人の不法行為責任が否定された点を不服として上告及び上告受理申立てを行う原告の心情をどのように理解すべきかという点であった。

ところで筆者が所属する立命館大学では、法と心理の協働を学際的に発展させ、新たな理論の開発、社会貢献に資するための研究プロジェクトとして「立命館大学法心理・司法臨床センター」（以下、単にセンターと略す）を2013年度に設立した。このプロジェクトには、5つの研究グループが組織され、各グループリーダー（以下GLと略す）のもとそれぞれ8人前後の専任教員、研究員、院生等が構成員となっている³⁾。筆者はこのうち「被害者⁴⁾支援グループ」のGLをしている。岩城弁護士からの上記意見

ㄨ面識を持ったのであるが、同時に過労死弁護団全国連絡会議事務局次長や過労死等防止対策全国センター事務局長も歴任され、2014年に成立した過労死防止基本法制定にも多大な尽力をされている。なお本件の原告側訴訟代理人は、他に、林裕悟弁護士、中森俊久弁護士である。上告審では、この3人の弁護士以外に、全国の50名の弁護士が原告側代理人に加わっている。

3) このセンターには、他に4つのグループがある（「法心理の原理探求と新領域展開」GL・サトウタツヤ・文学部教授、「裁判員裁判の法心理」GL・稲葉光行・政策科学部教授、「司法臨床と治療的司法」GL・中村正・産業社会学部教授、「視覚に関する心理学的鑑定技術と法理」GL・篠田博之・情報理工学部教授）。センターの活動については、HP (<http://www.lawpsych.org>) を参照されたい。

4) ここで「被害者」とは、筆者の専門が民法であることもあり、「犯罪被害者」よりもっと広く、民事の不法行為の被害者を含む意味である。具体的には、これまでカネミ油症新認定訴訟や児童期の性的虐待被害などで時効・除斥期間の壁にはばまれていた被害者

書の執筆依頼に際して筆者が感じた上記の原告の心情理解のために、岩城弁護士、原告と相談して、センターが適宜に開催している「法心理・司法臨床セミナー」で、原告がなぜそこまでして被告公務員個人の不法行為責任の追及にこだわるのか、その率直な心情を吐露していただくことにした⁵⁾。

本稿は、このセミナーで筆者が得た知見、感想もふまえつつ、国賠法との関係で問題となる公務員個人の不法行為責任の成否の問題を後に述べるような修復的正義論及び法心理的な分析もとりいれながら論ずるものである⁶⁾。

なお付言すれば、公務員個人の不法行為責任の追及を最高裁まで争った

ゝ者たちにつき、なぜ長期間権利行使ができなかったのかを心理学的に分析するとともに、被害の特質に即した時効・除斥期間論を開発提供する活動などを行ってきた。その成果の一端は、法心理学会でのワークショップをまとめた松本克美・田籠亮博・森田安子・木戸彩恵・中村仁美・山口慶江・サトウタツヤ「損害賠償請求権と時効・除斥期間問題への法と心理からのアプローチ——訴訟係属中のカネミ油症新認定訴訟を中心に——」法と心理 14巻 1号71頁以下(2014年)などを参照されたい。

5) 2015年7月20日開催の第36回法心理・司法臨床セミナー「加害公務員個人の損害賠償責任追及の法心理」。岩城弁護士に訴訟の経緯について話していただいた後、原告(被害者Aさんの母親)に加害公務員個人の不法行為責任を追及するのはなぜか、その心情を率直に語っていただき、質疑を行った。企画趣旨については、センターの下記HP上に掲載しているので参照されたい(<http://www.lawpsych.org/home/di35huifaxinlisifalinchuangseminajiahaignongwuyuanerennosunhaipeichangzerenzhuijinfaxinli2015nian7yue20ri>)。

6) なお本件では、1審と2審とで判断が分かれた本件における「公権力の行使」要件の充足の有無の問題(民法が適用されるべきか、国賠法が適用されるべきか)、2審も認めている安全配慮義務違反の債務不履行責任と公務員個人の不法行為責任の成否の関係の論点もあるが、紙幅の都合と焦点を絞ることとの関係で、これらの論点についての言及は割愛する。筆者の執筆した本件における意見書においては、公立病院医師の上司と部下の間で問題となるハラスメントへの配慮義務は、民間病院における医師間のそれと異なるものではなく、従って、「公権力の行使」にはあたらず民法が適用されるとする1審判決の判断も合理的であること、また、被告病院組合の安全配慮義務違反の債務不履行責任とパワハラを行った上司個人の不法行為責任は併存し得ることを論じた。なお後者の論点については、国立大学法人の大学教員による学生へのセクハラ問題との関連で、国等の安全配慮義務違反の債務不履行責任と公務員個人の民法709条の責任は併存し得ることにつき検討した(松本克美「キャンパス・セクシュアル・ハラスメント訴訟と大学の教育研究環境配慮義務——大学と加害教員の責任の並存及び大学の処分の相当性をめぐって——」立命館法学300号, 2006年, 1170頁)。

事件は、本件に限らない。近時では、町立中学校での柔道部での練習中に頭部を打撲して死亡した男子生徒の母親が、中学校を管理する町と指導にあっていた保健体育講師兼柔道部顧問の男性個人に不法行為責任等を追及した事案がある。1審・大津地裁 2013（平成25）・5・14 判時2199号69頁、2審・大阪高判 2014（平成26）・1・31 LES/DB25502987は、町への請求を一部認容したものの、顧問の男性については、公務員は不法行為責任を負わないとの理由で請求を棄却した。そこで原告側が上告、上告受理申立てをしたのに対して、最高裁は、理由がないとして、上告棄却、上告不受理の決定をした（最決 2015（平成27）・2・2 LEX/DB25505883）。最高裁が同事件の上告審で三行半的決定を下したのは、公務員の個人責任については否定論で判例が確立していると考えているからであろう。しかし、本件を含めて近時の公務員個人責任追及の傾向には、従来言われていた被害者遺族の報復や私的制裁、事故防止といった論理では捉えきれない新たな意味付けを要する声（心情）が含まれているように思われる。筆者は、その声（心情）には、刑事司法で1970年代から論じられ始めた修復的正義、関係的正義に通じるものが含まれていると考えている。その意味で国家賠償法により国等の賠償責任が認められた場合の公務員個人の不法行為責任の成否の問題は、論じ尽くされた古い問題ではなく、まさに現代民事責任論の焦眉の課題の一つとして新たに浮上してきているのである。

本稿では、まず、判例・通説と言われてきた公務員個人責任否定論を検討し（Ⅱ）、次に公務員個人責任肯定論を検討する（Ⅲ）。次に、この問題について近時、刑事法分野で主張されている修復的正義論⁷⁾及び法心理的

7) 修復的正義、修復的司法という概念は、1970年代にアメリカにおいて、犯罪に対して刑罰を与えることによって正義を実現するという応報的正義にねざした伝統的刑事司法観に対して、犯罪者に罰を与えて刑務所に送っても犯罪者の更正は難しく（犯罪学校としての刑務所）、犯罪自体はなくなり（アメリカでは200万人以上の者が刑務所に収容されているという）、被害者にとっての被害の回復は無視されたままであるという実態への批判から、被害者の被害の回復に焦点をあて、加害者が自己の責任を自覚し被害者から赦しを得ること、それを社会が支援することこそが重要であるとの観点を前面に打ち出した正義観のことである。修復的正義については、その提唱者であるハワード・ゼア（西村春夫・♯

分析⁸⁾をふまえつつ、私見を論じ (IV)、最後に簡単なまとめを行いたい (V)。

II 公務員個人責任否定論

1 戦 前

(1) 国家・官吏の無答責の法理⁹⁾

1946年11月に制定され、翌年5月に施行された日本国憲法は、その17条で、国及び公共団体の賠償責任について次のように規定する。

〳細井洋子・高橋則夫監訳『修復的司法とは何か 応報から関係修復へ』(新泉社、2003年)、日本への紹介として、吉田敏雄『法的平和の恢復 応報・威嚇刑法から修復的正義志向の犯罪法へ』(成文堂、2005年)など。宿谷晃弘は、修復的正義は、刑事司法の分野にとどまらず、「人と人、人と自然、人と文化の、公正で持続的なつながりを形成していくという目的のために、対話・連帯・批判を通じて、一定の文化的秩序を構築し、人々の紛争を予防・転換することを試みるという理念と実践」であり、平和構築や環境保護の問題などにもかかわる理念・プロジェクトであるとする(宿谷晃弘・安成訓『修復的正義論序説』成文堂、2010年、4頁以下)。なお、修復的正義が「関係修復的正義」と訳される場合もある(西村春夫・細井洋子「図説・関係修復的正義：被害者司法から関係修復正義への道のりは近きにありや」犯罪と非行125号、2000年、5頁以下)。私見は、民事損害賠償の分野でも、修復的正義の実現という観点から、あらためて金銭賠償主義の現代的意義を検討してみる必要があると考えている(松本克美「除斥期間説と正義」『清水誠先生追悼論集・日本社会と市民法学』(日本評論社、2013年)527頁)。

8) 「法と心理学」は新しい複合的学問領域である。日本で最初に刊行された法と心理学のテキストでは、「法と心理学とは、法の分野に心理学の方法と知見を適用して、現実的または理論的問題について追及する学問分野である」とされている(藤田政博編『法と心理学』法律文化社、2013年、はしがき i 頁)。2000年には日本で「法と心理学会」が設立され、法科大学院で「法と心理学」関連の科目を設置するところも出てきた(筆者も立命館大学法科大学院の基礎・法学隣接科目として設置している「法と心理」の民法法部分を担当している)。本稿では被害者・遺族の心情(個々人の主観的感情というよりも、客観的に見受けられる心理的傾向)に焦点をあてた分析をするという意味で、法心理的分析という用語を使っている。

9) 国家無答責の法理については、岡田正則『国の不法行為責任と公権力の概念史：国家賠償制度史研究』(弘文堂、2013年)が詳細に検討していて参考になる。筆者も民法典との関係で検討した(松本克美「『国家無答責の法理』と民法典」立命館法学292号、2004年、1925頁以下)。

「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。」

この憲法の規定を受けて、1947年10月に国家賠償法が制定された。

1889（明治22）年に制定され、翌年施行された大日本国帝国憲法には、日本国憲法17条のような国家が賠償責任を負うことを直接に認める規定はない。大日本国憲法61条は、「行政官庁ノ違法処分ニ因リ権利ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟ニシテ別ニ法律ヲ以テ定メタル行政裁判所ノ裁判ニ属スヘキモノハ司法裁判所ニ於テ受理スルノ限ニ在ラス」と規定したが、ここで規定されている「行政官庁ノ違法処分ニ因リ権利ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟」についての包括的な特別法は結局制定されなかった。戦前に規定されていたのは、一定の官吏が故意又は重過失などにより他人に損害を負わせた場合の賠償責任を定めるいくつかの特別法であった¹⁰⁾。ただ、純粋に私的経済的な分野では、国や公共団体が民法上の不法行為責任を負うことはあった¹¹⁾。また官吏が職権濫用行為を働いた場合は私人たる個人の立場で不法行為責任を負うものとされた¹²⁾。結局のところ、戦

10) 公証人（公証人法6条——戦前の規定である。以下同様）、戸籍事務を管理する市町村長その他の官吏（戸籍法4条）、登記官吏（不動産登記法13条）、執達吏（民事訴訟法532条）の損害賠償責任を規定する特別法などである。前三者には故意・重過失が不法行為責任の要件とされ、執達吏の場合は「職務上ノ義務ノ違背」が要件であった。この点につき、乾昭三「国家賠償法」加藤一郎編『注釈民法(19)』（有斐閣、1965年）387頁、宇賀克也『国家補償法』（有斐閣、1997年）11頁など参照。

11) 大判1898（明治31）・5・27民録4輯5巻91頁は、鉄道工事の設計上の欠陥が原因で大雨の際に周辺に水害による損害が生じた事故につき、大審院は鉄道事業の利益は国庫に帰属するから、賠償責任も国庫が負うとして国の不法行為責任を認めている。その他、電話加入名義の違法な変更の承諾により損害を被った被害者が国に使用者責任に基づく損害賠償を認めた事案では、電話官庁による電話加入者の名義変更の承諾の問題は私法関係と同一の関係だからという理由で、国の使用者責任を肯定している（大判1936（昭和11）・6・8民集15巻11号928頁）。その他、乾・前掲注(10)386頁、岡田・前掲注(9)227頁以下（同書283頁以下は国を被告とした損害賠償請求訴訟等に関する大審院判決132件を紹介している）。

12) 以上の点をふまえて、郵便書留の紛失について国に損害賠償請求を求めた請求を棄却した大審院1924（大正13）・5・14法律新聞2275号20頁は「官吏カ職務ノ執行ヲ機会トシ

前においては国は権力的作用によって他人に損害を及ぼしても不法行為責任を負わず（いわゆる国家無答責の法理¹³⁾）、官吏個人も特別法で定められた例外的な場合を除き不法行為責任を負うことはなかったことになる。

実は、第二次大戦前は、他の近代国家においても、国家が不法行為責任を負うのは例外的であり、従って、国家無答責の法理は、その法的根拠付けは多様であるものの、ある程度普遍的に見られる¹⁴⁾。しかし、国家無答責の法理をとる国でも、官吏個人の不法行為責任を認めるのが原則であり、この点で、戦前日本は後者の責任も認めない点で特異である。すなわち、〈国家・官吏の無答責の法理〉が戦前日本の特徴なのである。

但し、このような理解は戦前の判例・通説によれば、そうなるということであって、戦前日本においても〈国家・官吏の無答責の法理〉への異説も存在していたことには注意が必要である。特に注意を喚起しておきたいのは、旧民法、明治民法のそれぞれの起草過程において、官吏の不法行為についても使用者責任が成立するという考えが表明されていた点である。この点を簡単に紹介しておこう。

▽シテ職權ヲ濫用シ故意ニ他人ノ私權ヲ侵害シタル場合ノ如キハ是レ固ヨリ官吏トシテノ行為ニ非シテ個人トシテノ行為ナルコト明ナルカ故ニ因テ損害ヲ生セシメタルトキハ民法第七百九条ニ依リ損害賠償ノ責ニ任スヘキコト当然ナリトス然レトモ官吏ノ職務上ノ行為ニ依リ他人ノ私權ヲ侵害シテ損害ヲ生セシメタル場合ニ於テ官吏ハ損害賠償ノ責ニ任スヘキヤ否ヤハ自ラ別個ノ問題タリ国家機関タル官吏ノ職務上ノ行為ハ或ハ公法行為タルコトアリ或ハ私法行為タルコトアリ若其レ其ノ職務上ノ行為カ私法行為ナルトキハ民法第七百九条ノ適用ヲ妨クヘキ事由ノ存セサル限り国家ハ賠償責任ヲ負フニ至ルヘキコト論ナシト雖其ノ職務上ノ行為カ公法行為ナルトキハ国家モ官吏モ共ニ賠償ノ責ニ任スヘキニ非ス蓋公法行為ニ対シテハ民法不法行為ノ規定ハ之ヲ適用スルヲ得ヘキニ非レハナリ」とする。

13) 但し、消防自動車の試運転中の人身事故や印鑑証明の過誤による損害など、事案によっては、そもそも当該行為が権力的作用にあたるのかどうか微妙な場合もあった。判例はこれらの事案につき権力的作用として国の責任を否定したが、当時の学説は批判的である。この点につき、岡田・前掲注(9)250頁以下。

14) この点については、阿部泰隆『国家補償法』（有斐閣、1988年）19頁以下、岡田・前掲注(9)71頁以下。

(2) 国家・官吏の不法行為に民法が適用されるという説

① ボアソナードの見解

旧民法の起草の中心となったボアソナードは、1875（明治8）年の時点で、日本への行政裁判制度導入の是非を検討していた井上毅からの「行政機関は、行政行為の結果個人が蒙った損失または損害に対し賠償をしなければならないか」という質問に対して、私人の側の損害の原因たる行為が権利の行使に際してなされた場合に、「当該行為それ自体において違法である（illégal en soi）か、あるいは、必要な注意あるいは慎重さを持って（avec les soins ou les précautions nécessaires）なされなかったとき」には民法の不法行為責任を負うと答えている¹⁵⁾。また、更に、その2ヵ月後になされた次の質問、「行政庁が、その不法行為の結果、損害賠償責任を言い渡されたとき、支払い義務を負うのは国家かそれとも行政官か」という質問に対しては、「行政庁の行為に瑕疵が存在する以上、その瑕疵を犯した者がその結果を引き受けねばならない」とした上で、官吏の不法行為がある場合の、国等の補充的責任につき論じている。「当該行為が上からの命令によってなされようと、それなしになされようと、国家、県、市町村は（行政行為をなした者の帰属に応じ）、自己の行為者の行為に対し補充的に（subsidiairement）責任を負う。その結果、国庫もしくは市町村の公庫が支払いをし、行為者が当該金庫に返済することになる」。そして、「以上すべては、民法第一三八二条、第一三八三条および第一三八四条の諸原則の確立された適用（l'application consacrée des principes du code civil）である」として、官吏の不法行為の問題には民法の原則が適用されることを明確に指摘している¹⁶⁾。

② 旧民法の使用者責任規定

その後、起草された旧民法財産編の原案では次のように規定していた。

15) 明治8年7月20日付けの質問。ボアソナード（吉川経夫訳）『ボアソナード答問録』（法政大学出版局、1978年）78頁以下、55頁以下。

16) ボアソナード・前掲注(15)80頁以下、56頁以下。

「第三百九十三條 主人及ヒ親方，工事，運送人又ハ其他ノ給務ノ企
人公私ノ事務所ハ其召使人，職工，使用人又ハ屬員カ己レニ委任セラレタ
ル職務ヲ行フニ際シテ加ヘタル損害ノ責ニ任ス」

これは、現行民法で言えば、使用者責任にあたる規定であるが、注目す
べきは、ここにある「公私ノ事務所」である。この中の「公ノ事務所」に
は、国家や地方公共団体を含むというのがボアソナードの起草趣旨であ
る¹⁷⁾。最終的に、旧民法の条文から、原案にはあった「公私ノ事務所」
の規定は削除された。法律取調委員会では、「官廳ガ償ウノハ困ル」とい
う意見（尾崎委員）や、「行政ノコトハ別」「官ガ償ウ，役人ガ償ウト云フ
コトハ別ニ細カイ法律ガ出来ナケレバナラス」という意見（南部委員）も
あったように異論が出されたことによるのであろうか¹⁸⁾。ただ、法律取
調委員会やボアソナードの基本的考えは、国家は官吏の不法行為について
民法上の使用者責任を負うのが「道理」「当然」としていたので、特別な
規定を設けなくても、国家への使用者責任の適用が可能と考えて、削除し
たと捉えることも可能なのである。現に、ボアソナードの弟子たちが残し
た注釈書には、草案にあった「公私ノ事務所」の文言を削除した趣旨を次
のように述べている。

「本條草案ニハ公私ノ事務所ハ其職員ノ加ヘタル損害ニ付キ其責ニ任ス
ル旨ヲ明言シタリシニ修正ノ際之ヲ削除シタリ然リト雖モ其意決シテ官署
ヲシテ無責任タラシムルニ在ラス此事タル法文ヲ待タスシテ自カラ明カナ
リト看做シタルニ由リ遂ニ削除ニ至リタルナリ蓋シ國府県其官廳モ義務成
立ノ事ニ関シテハ普通法ニ従ハサルヘカラス」¹⁹⁾

17) Boissonade, G., *Projet de Code Civil pour l'Empire du Japon, accompagné d'un Commentaire.*, 2.ed.t.II, des Droits Personnels ou Obligations, 1983 (復刻版。オリジナル版は1883年), p.290.

18) 法律取調委員会での議論の詳細につき、松本・前掲注(9)196頁以下で簡単に紹介した他、岡田・前掲注(9)165頁以下が詳細な紹介・分析を行っている。

19) ボアソナード調定・富井政章校閲・本野一郎・城数馬・森純正・寺尾亨『日本民法(明治23年)義解』(財産編第四卷人権及ヒ義務(下))(日本立法資料全集別巻114, 信山社, 1890年)712頁以下。

すなわち、国家等にも「普通法」が適用されるので、「公私ノ事務所」という文言がなくても国家府県が責任を負うのは当然だから、この文言を削除したと明言しているのである。

③ 明治民法典の起草過程における議論²⁰⁾

法典調査会では、使用者責任の規定をめぐり、憲法学者でもある穂積八束委員から、官吏の不法行為に対しても政府が損害賠償責任を負うのか否かという質問が出された。これに対する起草委員である兄の穂積陳重の回答は、特別法がなければ民法が適用され、政府が損害賠償責任を負うという回答である。法典調査会議事録での穂積陳重の発言は次の通りである²¹⁾。

「公ノコトデア^レルカラ夫故ニ一己人ニ其職務ノ執行ニ付テ非常ニ損害ガ生ジテモ是ハ御上ノコトデア^レルカラト言ツテソレハ償ナハヌ斯ウ云フノハ憲法ノ精神ニモ余程戻ルモノデア^レラウト思フ」, 「公益上是ハドウモ官吏ノ職務上ノコトデア^レルカラ過失ガアツテモソレハ賠償ヲサセヌ方ガ宜シイト云フコトハ是レハ例外デア^レツテツノ特別法ヲ以テ定ムベキ事柄デア^レル」, 「又民法ニ但政府ノ官吏ガ其職務ヲ執行スルニ對シテ加ヘタ損害ニ付テハ過失アリト雖モ其責ニ任ズゼト云フコトヲ只書き放シマシテハドウシテモ萬般ノコトニ當ルマイ成程今ノ大キナ公吏ニ付テハ固リ已ムヲ得ナイト云フ場合モアリマセウ又一己人一己人ニ付テモ已ムヲ得ナイト云フ場合モアリマセウ是レハ程度デ公益上一私人ニ迷惑ヲ掛ケルノハ良イコトデハナイガ已ムヲ得ズアルコトデア^レリマスカラ其分界ヲ附ケルニハ随分細カイコトモ要リマセウソレデア^レサウ云フコトハ特別法ニ譲ル方ガ宜イト云フ考ヘデア^レリマスソレガナケレバ本條ノ規定ガ當ルト云フコトデソレハ尚ホ勘考スベキコトデア^レル」

このように明治民法典の起草者穂積陳重は、その後の判例・通説のように「特別法がなければ国や官吏は不法行為責任は負わない」という考えと

20) 以下の点の詳細は、松本・前掲注(9)1969頁以下、岡田・前掲注(9)185頁以下。

21) 『法典調査会民法議事速記録五』（日本近代立法叢書5、商事法務研究会、1984年復刻版）343-344頁。

は全く正反対に、＜特別法がなければ民法が適用され、国や官吏が不法行為責任を負う＞と明言していた点は注目に値する。

すなわち明治民法起草時には、後の学説で次第に確立されてくるような公法・私法二元論にたつて＜民法は私法にしか適用されない＞と考えるのではなく、＜民法は社会の基本法として公法関係にも適用され得る＞と考えていたようにも思われるのである。

④ 学説における民法適用論

公法・私法二元論にたつて、国の権力作用については民法は適用されず、国家も官吏も不法行為責任を負わないという考え方は、公法学が民法の適用範囲を限定していくことで、自らの学問領域・公法の適用範囲を拡大・確立していく過程を反映したものと見受けられる²²⁾。他方で、民法学の中では、ポアソナードや穂積陳重のように、国家や官吏の不法行為には民法が適用されるべきという思想が細々とではあるが、しかし脈々と受け継がれてきたように思われる。とりわけ、戦前末期の1930年代になると次のような見解が現れているのが注目される。

「たとへ公の行政権の作用についても、民法に定むる不法行為の条件に該当する場合には、国家または公法人は賠償責任を負わねばならぬ。」(原龍之助²³⁾)

「不法行為は非法律的なる事実上の行為であるから、不法行為の関係か

22) 岡田・前掲注(9)は、公法私法二元論が日本の裁判例に浸透したのは、1890年代頃からで、民事事件＝私法事件、行政事件＝公法事件という考え方が定着していくが、大正期に入ると、これでは国の免責される範囲が広すぎるので、1916(大正5)年の徳島市立小学校遊動円棒事故事件判決(大判1916(大正5)民録22輯1088頁—民法717条の土地工作物責任の規定を適用して市の賠償責任を認める)以降、権力的作用＝民法は適用されず国等に責任なし、非権力的作用＝民法が適用され国等に責任あり得ると変遷し、更に、大判1941(昭和16年)・2・27民集20巻2号118頁(違法な滞納処分について町長と東京市の不法行為責任を否定)に至っては、更に免責の根拠を「統治権」に求めるようになったと分析する(239頁以下、結論は256頁に要約)。

23) 原龍之介「公企業主体の不法行為と賠償責任——判例の研究を中心として」民商法雑誌4巻6号(1936年)1174頁。

ら見れば、官公吏の行為が公法行為であると、私法上の行為であるとは関係なく、一步進めて云えば、官公吏の行為と、他の一人の行為と、何等区別して考える理由は無い。不法行為の観点から見れば、官公吏の行為は、官公吏としてでなく、個人として見られるのである。唯、官公吏の行為が適法なる権利行使の範囲内である場合には、仮令個人に損害を加えても、行為の違法が阻却されて、不法行為とならない。此の関係は、一人の適法なる権利行使が違法を阻却するのと全く同一である。そして其の権利濫用によって不法行為を構成することは、官公吏の公権濫用と、私人の権利行使の濫用との間に区別すべき何ものもないのである。」（宗宮信次²⁴⁾）

「要するに権力的作用に依る公法人の賠償責任を——非権力的な公行政の場合と区別して——私法の範囲から排斥せねばならぬ実質的理由は存しないと思う」「私権の侵害が違法に為された場合に私法規定に従って公法人に対する賠償請求を許すことが権力的作用の本質をどれだけ害するものであろうか」（三宅正男²⁵⁾）

2 国賠法立法過程での議論

戦後制定された国家賠償法1条1項は、条文の文言上は、公務員個人の不法行為責任が排斥されることを規定していない。民法715条は「ある事業のために他人を使用する者は……賠償する責任を負う」と、主語に「は」をつけているのに対して、国賠法1条1項は、「国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる」として主語に「が」をつけることによって、賠償責任の所在は「国又は公共団体」にあるのであって公務員個人にはな

24) 宗宮信次「判批・村吏員の村税滞納処分行為に因る不法行為上の責任」民商法雑誌6巻3号（1937年）514頁。

25) 三宅正男「判批・国家又は公共団体の責任——官公吏の権力的行動による私権の違法侵害の場合」判例民事法昭和16年度9事件（有斐閣、復刊版1954年）38頁（初出は法協59巻7号、1941年、1213頁以下）。

いことを示していると言われることがある²⁶⁾。確かに国賠法の立法過程における政府の見解には、公務員個人の不法行為責任は否定されるべきだとの見解があったことは確かなようである²⁷⁾。

しかし、「国又は公共団体だけが責任を負う」と明文で規定すべきかどうかとも検討された末に、結局は解釈に委ねるということで、「だけ」の文言は入れられなかったことに注意を有する²⁸⁾。このことを裏付ける事実として、国家賠償法案を衆議院の本会議に提案する前の衆議院司法委員会においては、公務員の個人的な賠償責任はどうなるのかという佐瀬昌三委員の質問に対して、政府委員である奥野健一司法事務官が、次のように答えていることを挙げることができよう。

「これは結局憲法十七条によって、国の賠償義務について規定を設けなければならぬという憲法の要請に従って、国の賠償責任について規定を設けたわけでありまして、その個人たる公務員は、しからば直接責任があるかどうかというようなことについては、本法は触れていないわけでありまして、これは結局解釈の問題として残るかと思います。すなわちこの場合に、個人たる公務員は直接第三者に対して国と併存して損害を負わなければならないのか、あるいは国がすべて責任を負担し、公務員たるものは、これは国家の行為であるのだから、個人としての責任は問われないというふうに解釈するのか、この点がいろいろ実は司法法制審議会等におきましても議論があって、そういう場合に国のみが責任を負担するのだいとい

26) 宇賀克也『行政法概説Ⅱ・行政救済法・第4版』（有斐閣、2013）441頁。

27) 国家賠償法案に関する総司令部政治部係官との会談録（第1回・昭和22年5月8日）では、総司令部のノゾトニー大尉からの「被害者は、国家又は公共団体と公務員とに対して一緒に訴訟を起こすことはできぬか」という問いに対して、「それはできない。そもそも、本法第一条第一項は、被害者は国家又は公共団体に対してのみ賠償を求め得べく、公務員個人に対して直接賠償を求めることはできない趣旨の規定である」と説明したとある（宇賀克也編『国家賠償法〔昭和22年〕・日本立法資料全集22』、信山社出版、2015年、54頁）。

28) 宇賀克也による当時の資料、立法案にかかわった我妻栄などの発言などからの指摘（宇賀・前掲注(27)9-10頁）。

う議論は大体多かったのでありますが、この点については非常に議論が分かれまして、結局その点は解釈問題にして、少なくとも憲法の要請によって、国家が責任を負担するというを明らかにすればよいではないかというので、この案に落ち着いたわけであります²⁹⁾。」

またその後の衆議院や参議院での法案の趣旨説明においても、公務員個人の不法行為責任の成立を排除する趣旨であるというような説明はされていないことから³⁰⁾、結局は、公務員の対外的個人責任の成否の問題は解釈に委ねられたと言えよう³¹⁾。なお、日本国憲法17条が賠償請求の相手方として「国又は公共団体」としか規定していないことをもって公務員個人責任否定の論拠の一つとして掲げる見解がある³²⁾。しかし、憲法17条の趣旨は、戦前に判例が否定していた権力的作用についても国等が賠償責任を負うことを宣言しただけであって、公務員個人の民法上の不法行為責任を積極的に否定する趣旨と捉えるのは無理があることは、前述した、憲法17条をふまえた国賠法制定過程で公務員個人責任肯定論も主張されていた経緯を見ても明らかであろう。

29) 衆議院司法委員会議録第6号（昭和22年7月28日）・宇賀編・前掲注(27)154頁。

30) 衆議院、参議院での国家賠償法案の趣旨説明については、宇賀・前掲注(27)227頁以下（衆議院会議録第22号・昭和22年8月8日）、350頁以下（参議院会議録第32号・昭和22年9月21日）参照。

31) 様々な立法資料を検討した宇賀は、公務員個人の不法行為責任については、「明確な法着はつけずに学説判例に委ねることにしたという見方も存在する。しかし、日本政府は、公務員の対外的責任は否定する趣旨であると理解し、GHQにもそのような説明をしている」とする（宇賀・前掲注(27)24頁）。しかし、政府が否定説にたっていたとしても、国会ではそのことが明確に論点として提示され承認されていたわけでもないのであるから、結局は「学説判例に委ねることにしたという見方も」存在するのではなく、客観的にはそのような「見方しか」存在しないのではないだろうか。乾昭三は、立法者としては公務員の不法行為責任否定論を考えていたようだが、「明文の規定がない以上、否定・肯定いずれにも解する余地がある」として肯定説を展開している（乾・前掲注(10)414頁以下）。

32) 安保克也「公務員の不法行為と国家賠償」大阪国際大学・国際研究論叢22巻2号（2009年）53-54頁。

3 判 例

判例は、公務員の個人責任否定説にたつと言われる。そのリーディング・ケースといわれる最高裁昭和30年判決³³⁾は次のように判示する。当該事案は、熊本県知事が原告の所属する農地委員会を解散させた命令は無効であることの確認と、この無効な命令により原告らが名誉を毀損されたとして熊本県知事らに慰謝料請求をした事案である。最高裁は、「右請求は、被上告人等の職務行為を理由とする国家賠償の請求と解すべきであるから、国または公共団体が賠償の責に任ずるのであつて、公務員が行政機関としての地位において賠償の責任を負うものではなく、また公務員個人もその責任を負うものではない。従つて県知事を相手方とする訴は不適法であり、また県知事個人、農地部長個人を相手方とする請求は理由がないことに帰する。のみならず、原審の認定するような事情の下においてとつた被上告人等の行為が、上告人等の名誉を毀損したと認めることはできないから、結局原判決は正当であつて、所論は採用することはできない」と判示した。

ただ、この判決は、公務員個人が不法行為責任を負わないと解すべき理由、論拠を何ら示していない。条文上は、「国又は公共団体が賠償の責めに任ずる」と規定しているので、公務員は対外的には不法行為責任を負わないという趣旨なのだという文理解釈をしているのであろうか。その後の最高裁は公務員の個人責任の問題について、この最判昭和30年を引用して、否定説に立ち続けている³⁴⁾。

なお下級審の裁判例においては、より実質的な否定説の論拠を述べるも

33) 最判昭和30・4・19民集9巻5号534頁。

34) 最判昭和1971(昭和46)・9・3判時645号72頁(有価証券偽造等の被告事件の無罪主張にかかわり検察官に損害賠償請求をした事案)、最判1972(昭和47)・3・21判時666号50頁(事案は不明。公務員に個人責任が問えなくても被害者に不利益がないので法の下での平等に反しないとする)、最判1977(昭和52)・10・25判タ335号260頁(県立高校生の自殺の原因が高校教師の違法な懲戒行為にあるとして県及び教師に損害賠償が請求された事案——自殺の予見可能性がないとして請求棄却)、最判1978(昭和53)・10・20民集32巻7号1367頁(声別国家賠償請求事件・これについては本文後述参照)。

のもある。例えば、山形地裁米沢支判 1975（昭和50）・3・28 訟月21巻5号987頁は次のように述べている。否定説の論拠を要領よく示しているので、少し長いがそのまま引用しておこう³⁵⁾。

「国家賠償法を含め、我が国の不法行為法は『損害なければ賠償なし』との原則に立ち、もつばら、損害の填補を目的としているのであつて、懲罰的賠償責任、名目的賠償責任等いわゆる制裁的賠償責任を認めてはいないものと解すべきであり、国又は公共団体という支払能力に不安のないものが責任を負担する以上、公務員個人に責任を負わせなくとも、損害の填補という目的が十分に達せられるのである。個人責任を認めることになれば、それは、制裁的機能が前面に出てくるのであり、被害者の報復感情を満足させることが中心になってしまうのである。刑事責任と民事責任とが明確に分化、峻別されるに至つた現在の法制においては、公務員個人に対する制裁目的は刑事責任の追求によつて果すべきものであるし、また、懲戒権の発動によつても、ある程度制裁的機能を果しうるのであるから、直接被害者に対する関係においては、損害の填補回復の充分性を中心に考えれば足りるのである。」

4 否定説の論拠

(1) 国家賠償責任の性質論との関係

公務員個人の対外的不法行為責任を否定する場合の理論的根拠の一つとして、国家賠償法1条の法的性質が代位責任を規定し、かつ、損害賠償の目的が損害填補にあるからであるということが挙げられる³⁶⁾。すなわち、国家賠償法は、不法行為をした公務員個人が責任を負うべきところをそれに代わって資力のある国又は公共団体が賠償責任を果たすことを規定した

35) 『判例コンメンタール・国家賠償法』（三省堂、1988年）は否定説の理由を詳しく述べた裁判例として、この判決を引用している（183頁、189頁——阿部泰隆執筆部分）。

36) 雄川一郎「行政上の損害賠償」田中二郎他編『行政法講座・第3巻・行政救済』（有斐閣、1965年）26頁、古崎慶長『国家賠償法』（有斐閣、1982年）197頁など。

特別法なのであるから、それによって公務員個人の不法行為責任は問えないことを前提としているという解釈である。

もっとも国賠法 1 条の国等の責任を代位責任と考えたとしても、民法 715 条の使用者責任と同様、個人責任との併存を論ずることは可能である³⁷⁾。従って、国家賠償責任を代位責任と解すことは、公務員個人の不法行為責任否定の決定的論拠とはならない。

(2) 実質的論拠

① 損害賠償制度の目的としての損害填補

否定説の最大の論拠は、資力のある国等により損害填補がなされるのだからそれで充分であるという〈損害賠償制度＝損害填補〉論である（前掲の山形地裁米沢支判参照）。確かに損害賠償制度の目的は損害填補にあると言われたら、それを否定する見解はないであろう。実際の訴訟でも、公務員個人の不法行為責任が必ず追及されるわけではなく、国等の国賠責任の追及しかなしていない訴訟も多いと思われる。その中には、判例が公務員個人の不法行為責任を認めないので、最初から個人責任追及を断念している場合もあるが、国等の賠償責任が認められればそれで充分であると考えている原告もいると思われる。その場合は、損害賠償請求訴訟の主眼は損害填補に置かれているということになろう。

② 損害賠償制度のその他の機能の消極的把握

しかし、損害賠償請求は、損害填補が主目的であるとしても、それに尽きるものではない。肯定説の側からは、後述のように個人の不法行為責任追及をすることによる被害者の応報感情の満足や私的制裁、違法な公権力の行使の抑制・監視機能なども主張されてきた。これに対しては、民事損害賠償制度は刑事事件と違い被害者の応報感情を充たすものではないとか、私的制裁的な考え方は近代民法の原理と相容れないとか、応報・私的制裁的な目的は、むしろ国等からの故意・重過失ある公務員への求償や組

37) 古崎・前掲注(36)199頁の指摘。なお古崎自身は否定説。

織内部での懲戒などの処分，刑事罰の適用，損害賠償請求以外の民主的統制などにより達成されるべきとの反論が否定説からなされてきたところである（前掲・山形地裁米沢支判他³⁸⁾）。

③ 公務遂行の萎縮効の回避

損害賠償制度の目的が損害填補にあるとしても，損害賠償が実現されることによって，実質的に被害者やその遺族の応報感情や制裁的機能，不法な行為の抑止・監視機能が働き得るというその「機能」自体を否定することは，逆に困難ではないか。否定説のもう一つの論拠は，公務員個人の不法行為責任を認めると公務遂行にあたり不当な萎縮効が生じてしまうから，個人責任を認めるべきでないという〈萎縮効回避論〉である³⁹⁾。

④ 求償規定との関係

国賠法1条2項は，「公務員に故意又は重大な過失があったときは，国又は公共団体は，その公務員に対して求償権を有する」ことを規定する。否定説は，公務員個人に不法行為責任が対外的に成立するのであれば，故意または重過失の場合に限って，国等が求償権を有することと矛盾するとして，1条2項の規定を否定説の論拠として掲げる⁴⁰⁾。

38) 古崎・前掲注(36)は私的制裁機能に反対(200頁)，小林正明は，「公務員に対する個人責任を追及することを認めることによって，当該公務員に精神的・時間的・経済的な苦痛を与えるほかに，行政に対する統制・監督機能がより効果的に働く，とは考えられない」とするが(小林正明「公務員の個人責任」村重慶一編『裁判実務大系18国家賠償訴訟法』(青林書院，1989年)60頁)，「考えられない」理由を示してはいない。

39) 柳瀬良幹「判解」行政百選・増補版(有斐閣，1965年)145頁。なお萎縮効については後述Ⅲ2(3)で再論する。

40) 柳瀬・前掲注(39)は，国賠法1条2項の規定は，「被害者に対しては常に国だけが責任を負い，公務員は責任を負わないことを前提としてはじめて理解できる規定」だとする(145頁)。また古崎・前掲注(36)は，否定説の「弱さは，求償要件が故意・重過失であるのに，被害者に対しては，故意・軽過失の場合にも賠償責任を負わしめられる不均衡を論破できないことである」とする(199頁)。

Ⅲ 公務員個人責任肯定論

1 肯定説の位相

これに対して、国賠法は明文で公務員個人の不法行為責任を排除していないと解して、対外的にも公務員個人の不法行為責任が成立するとする見解も有力である。このうち、軽過失の場合も含めて公務員には民法上の不法行為責任（民法709条）が成立するという見解が全面的肯定説、国等の求償権との均衡から、故意・重過失ある公務員については対外的な不法行為責任を成立させて良いとする見解が制限的肯定説、故意の場合に限って公務員個人の対外的不法行為責任が認められるとする見解が加重制限的肯定説と呼ばれている⁴¹⁾。

2 肯定説の論拠

(1) 損害賠償制度の目的

損害賠償制度の目的が損害填補にあることは認めつつも、それ以外にも損害賠償の機能があることから、公務員個人の対外的不法行為責任を肯定する。公務員の職権濫用に対する「民衆の個別的監督作用」を果たすものとしての公務員個人に対する賠償請求⁴²⁾、私的な害意をもって職権濫用をなした公務員個人へ損害賠償請求を認めないことは「民衆の権利感情を損なう⁴³⁾」など。

近時、制限的肯定説にたつ窪田充見も、「不法行為責任には、少なくとも、反射的機能としては制裁としての機能が存在する。さらに、まさしく悪質な加害者の責任を追及することによって、被害者の感情が慰撫される

41) 近時の学説の整理について、西莖章『国家賠償法コンメンタール・第2版』（勁草書房、2014年）720頁以下。

42) 乾・前掲注(10)416頁。

43) 乾・前掲注(10)416頁。

といった機能も無視できないはずである（刑事学における修復的司法の考え方）」とする⁴⁴⁾。

同様に、公務員個人の不法行為責任を認めることに慎重な宇賀克也も、「公務員に故意重過失が在る場合にまで公務員個人を保護する必要はなく、被害者の報復感情の満足や権限濫用の防止を重視して直接に公務員個人に損害賠償請求を認めるべきとの主張は十分に傾聴に値するものであり、真に故意重過失がある場合には、そのように考えるべきであろう」とする⁴⁵⁾。

(2) 民法が排除されることの不当性

全面的肯定説は、民法の不法行為責任の成立要件を満たすのに、公務員だからという理由で対外的責任を免責するのは不当であり、保護しすぎであると主張する⁴⁶⁾。制限的肯定説、加重制限的肯定説も民法の適用を肯定するが、民法709条よりも責任を限定するのは、国賠法1条2項が故意・重過失の公務員に対して求償権を有することとの均衡を考慮する（制限的肯定説⁴⁷⁾）、少なくとも公務員に故意がある場合にも民法上の不法行為責任を否定するのは余りに不当という理由であろうか⁴⁸⁾。

44) 窪田充見『不法行為法・民法を学ぶ』（有斐閣、2007年）211頁。

45) 宇賀・前掲注(26)445頁。その他、近時、制限的肯定説を支持する見解として、曾和俊文「国家賠償(3)(下)行政の不作为と国家賠償、公務員の個人責任」法学教室419号(2015年)85頁。

46) 乾・前掲注(10)416頁。宗宮信次は、「新憲法の基本的人権の尊重、民主主義、公務員公僕の観念、人権蹂躪の防止、官僚的特権排除の精神などから見れば、公務員を別扱いにする理由を毫も発見しない。否、寧ろ公務員を別扱いにすることは、人は法の前に平等である精神（憲法14条）に反する」と指摘する（宗宮信次「国家賠償法」法學新報55巻7号(1948年)405頁。宗宮が戦前から官吏の不法行為に民法を適用すべきことを主張していた点は本文で先に述べた（II1(2)④）。

47) 今村成和は、「国家賠償法1条2項が、国の求償権の範囲を、公務員に故意又は重過失ある場合に限った趣旨からみて、少なくとも軽過失の場合に公務員が免責されることは、肯定しなくてはならぬ」とする（今村成和『国家賠償法』有斐閣、1957年）122頁。同旨として芝池義一『行政救済法講義・第3版』（有斐閣、2006年）272頁。

48) 当初、「加重制限的肯定説ぐらいがよいように感ずる」としていた阿部泰隆は、そのメ

(3) 公務遂行の萎縮効果への反論

職権濫用的ないし故意・重過失ある公権力の行使の場合には、むしろそのような不当な公権力の行使をさせないことが重要であるのだから、公務遂行の萎縮効果は責任否定の論拠とならないであろう。また、全面的肯定説からは、否定説に対して、そもそも普通の公務員の注意力をもってしても損害の発生が止められないのであれば過失がないということになるし、またその行為が公務員の自由裁量の範囲内の行為と認められるならば違法性がなくなり責任は問われないのであるから、公務員の公務に民法709条を完全適用しても何ら問題はないとする反論が加えられている⁴⁹⁾。

近時、注目されるのは、そもそも公務員は対外的に不法行為責任を負うことがないというような法理を10中8、9知っておらず、従って、そもそも萎縮効回避の効果は始めから存在しないという指摘である⁵⁰⁾。これに対して、職務執行について公務員個人として訴えられることのリスクを漠然と認識している場合と、実際に職場の同僚が被告として訴訟対策に奔走しているのを目の当たりにしたり、そのような状況が報道されることにより、訴訟リスクを切実なものとして認識した場合とでは、その影響はかなり異なると考えられることから、「公務員の大半が公務員個人責任の判例法を認識していないとしても、そのことから直ちに、公務員個人責任を肯定しても萎縮効果に変化はないとは必ずしもいえないように思われる」と

↘後、「制限的肯定説に改説する」ことを明言し、その理由として、「公務員に重過失があれば、国家から求償されてもやむをえないところであるから、被害者から直接に請求されてももともとであって、被害者に直接に賠償する義務を免れることができるのは不当である」ことを挙げている（阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』有斐閣、2009年、441頁）。

49) 宗宮・前掲注(46)405頁。

50) 鈴木秀洋は、自らが自治体で訴訟実務に関する講師をしてきた経験や聞き取り調査、東京23区における研修講師の際のアンケート及び公共政策大学院での講義を通じて確認した事実をもとに、本文で指摘したような事実をあげ、「萎縮効はフィクションである」と結論づけている（鈴木秀洋「国家賠償法における個人責任再考——国家賠償法1条の公務員の対外的責任に関して」明治大学大学院・ガバナンス研究7号、2011年、105-107頁）。

の疑問が呈されている⁵¹⁾。しかし、本件事件におけるような部下に対するパワハラ行為が不法行為に当たる場合では、むしろ、そのような行為をすれば個人の不法行為責任を問われることが現場に知られることによって、＜不法行為の萎縮効＞が生まれるのであるから、決して不当な結果がもたらされるのではなく、むしろ被害発生防止の見地から良い結果がもたらされると評価できよう。

IV 公務員個人責任追及の法心理

1 修復的正義の観点からの金銭賠償の意味の再把握

とりわけ生命、身体、健康やその他の人格的利益の重大な侵害がなされた場合に、金が欲しくて損害賠償請求訴訟をしているのではないという原告の声が良く聞かれる。本件の原告もそうである。金銭を得たいことが目的の訴訟であるならば、国や公共団体の賠償責任が認められれば足りるはずである。

日本の不法行為責任の法的効果である損害賠償は金銭賠償主義が原則である（民法722条1項、417条）。原告がどのような思いで提訴するのであれ、不法行為責任の追及は、具体的には「金いくらを支払え」という請求の趣旨にならざるを得ない。それでは、なぜ金銭賠償が原則であるのか。

明治民法典の起草者・穂積陳重があげた理由は、損害を測定するに「最も便利」だからということである⁵²⁾。この点は、現代の民法学においても、「商品社会においては、損害を測定するに金銭よることが最も便宜であるし、損害の具体的回復は被害者の選択に委ねることが合理的であるということからも正当視される⁵³⁾」と評価されているところである。この

51) 宇賀・前掲注(26)444頁。

52) 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書3 法典調査会・民法議事速記録三』（商事法務研究会、1984年）80頁。

53) 澤井裕『テキストブック・事務管理・不当利得・不法行為・第3版』（有斐閣、2001年）110頁。

ように金銭はどのような物とも交換できる普遍的尺度である点に特徴がある。しかし、そのような金銭の普遍的な性格が、例えば生命などのようにかけがえのない損害の回復手段と看做されることに対する市民の（或いは原告自身の）嫌悪感や抵抗感を生み出すのもまた事実である。

近時は、こうした金銭賠償主義の意義と限界をふまえつつも、あらたな視点から金銭賠償主義を捉え直す見解が主張されている点に注意を喚起したい⁵⁴⁾。すなわち、生命や健康などのかげがえのない価値を毀損された場合に、いくら金銭が払われたからといって、失われた生命や健康が戻ってくる訳ではない。しかし、それでも、被害者となった者と加害者となった者の間の人間関係、社会関係、或はそのようなことが起こってしまった地域や組織が何らかの意味で修復を果たすためには、加害者自らがかけ替えのないものを失わせてしまったことを自覚し、そのことを被害者に真摯に謝罪し、赦しを乞うことが最低限の条件となる⁵⁵⁾。金銭の支払いはそのような〈償いの象徴〉としてなされるべきなのであって、〈金を払えば良いのだろう〉とか〈金を払って済ます〉ものではない。

また、本件原告がそうであるように、公務員個人の不法行為責任を追及し、〈償い〉を求める原告の心情の中には、訴訟を提起することによって真相を解明し、誰の責任でそのような被害が発生したのか、どのようにすれば、被害は未然に防止できたのか、加害者は自ら行った行為の意味を理解し真摯に謝罪の意を表しているのかを裁判過程の中で社会とともに共有

54) 阿部昌樹「法的思考様式と日常的道德意識」棚瀬孝雄編『現代の不法行為法』（有斐閣、1994年）28頁以下、和田仁孝「交渉的秩序と不法行為訴訟」同上所収、松本克美「法と心理の交錯——民事法の観点から」二宮周平・村本邦子編『法と心理の協働——女性と家族をめぐる紛争解決へ向けて』（不磨書房、2006年）24頁以下。

55) 修復的正義論で重視される点である。修復的正義論の提唱者のハワード・ゼアは、修復的正義——被害の回復にとって重要なことは、まず加害者が自ら与えた傷と損害を認めることであり「加害者が罪を償う努力をするとき、たとえ部分的であったにせよ、それは『私が責任をとります。あなたは何も悪くない』と被害者に対して告げたことになる」と指摘する（ハワード・ゼア著・森田ゆり訳『責任と癒し 修復的正義の実践ガイド』築地書館、2008年、20頁以下）。

化することによって、被害を受けたというそれ自体は至極もつともな負の心情から脱して、その被害の回復に前向きに取り組み、また、その被害の意味を社会化し、二度と同じような被害を出さないために役立てたいという心情も含まれていると考えられる⁵⁶⁾。公務員の個人責任の追及は、かくして〈報復感情〉や〈応報〉〈制裁〉といった単なる私的な怒りや恨みの感情とは別の、こうした〈経済的損害填補にとどまらない被害回復とその社会化〉の文脈で捉え直されるべきである。

公務員の個人責任否定論者である小林正明（論文執筆当時・札幌地裁裁判官）は、「報復感情あるいはいやがらせのために公務員個人に対し訴えを提起している、と理解できる事例が多い。そのために公務員個人の責任を肯定する必要がある、とは思えない」とする⁵⁷⁾。これに対して、地方自治体の職員として、また研修担当者として訴訟実務にも数多くかかわってきた鈴木秀洋は、これと対照的に、「真実を知りたい」「当該公務員の謝罪と個人及び組織の再発防止を求めたい」といった動機から訴えを提起することは例外的な事象ではないことを指摘し、公務員の個人責任を肯定すべきことを主張している⁵⁸⁾。

この鈴木説や筆者のように制裁よりも被害の修復、回復を重視する考え方は、前述したいわゆる修復的正義ないし関係的正義を重視する考え方⁵⁹⁾であって、公務員への個人責任の追及は、単に私的制裁や報復感情の満足などといった〈私的恨み〉の次元の個人的問題、周辺の問題に還元

56) 近年のトラウマ研究の進展は、PTSD等の深刻なトラウマからの回復において裁判が有する意味につき、悪いのは相手（加害者）であって自分（被害者）ではないことを確認し、裁判を通じて、被害にあったことに共感しサポートしてくれる社会とのつながりを回復し、自己のエンパワーメントにつながる側面があることを指摘する研究があり、注目される（ジュディス・L・ハーマン（中井久夫訳）『心的外傷と回復・増補版』みすず書房、1999年、332頁以下）。

57) 小林・前掲注(38)61頁。

58) 鈴木・前掲注(50)96頁。

59) 修復的正義論については、前掲注(7)参照。なお本文中で引用したように窪田充見も修復的司法にふれている（Ⅲ2(1)）。

されない、まさに現代社会における正義のあり方を問う核心的な問題を内包しているのである。

2 加害行為に対する償いと公務員の対外的不法行為責任

原告が加害行為をした公務員個人の対外的不法行為責任を追及する目的が、このような加害行為の〈償い〉を求める点にあるのであれば、いくら国や公共団体が賠償金を支払ったとしても、直接の加害行為をした公務員自らが不法行為責任を負わないですむような法的処理は、原告の声に全く耳を貸さない不当な処理となってしまう⁶⁰⁾。

しかも、加害者が公務員ではなく民間人であれば当然に負うべき不法行為責任を、公務員であるからという理由で問われないというのであれば、原告にとってのこの結論の不当感は倍加されることになる⁶¹⁾。まさに、宗宮が早期に主張しているような法の下での平等（憲法14条）に違反する違憲な解釈と評価できよう⁶²⁾。

60) 鈴木秀洋は、「修復的關係を目指す上で、対外的個人責任免責の法理の存在が、現実には、裁判過程での被害者感情の慰撫を難しくしている」ことを指摘する（鈴木・前掲注(50)96頁）。

61) 近時の裁判例で見れば、飲食店の従業員が上司である店長から暴行や嫌がらせ、私生活などへの不当な干渉などを受け、過重勤務も加わって自死に至った事件で、この上司の不法行為を認定し、会社に使用者責任、及び安全配慮義務違反の債務不履行責任を認め、上司個人にも不法行為責任を認め、また代表取締役には会社法上の責任を認め、それぞれ約2900万円の損害賠償債務を連帯して支払えという判決が下されている（サンチャレンジ事件・東京地判2014（平成26）・11・4 LEX/DB25522939）。民間企業であれば不法行為にあたるパワハラを働いた個人は、このように何千万円もの損害賠償責任を連帯して負われるのである。

62) 宗宮・前掲注(46)405頁。なお最高裁は、かつて、公務員個人が不法行為責任を負わなくても被害者は不利益を被らないから、法の下での平等に反しないとした（前掲注(34)の最判1972年）。このような判決理由こそ、被害者にとっては経済的損害填補がなされれば十分であって、公務員個人の不法行為責任を認めることは不要であるとするドグマ（経済的損害填補で充分ドグマ）にとらわれた考え方である。本稿で繰り返し指摘しているように、被害者や遺族は、経済的損害填補のみを求めているのではないから、公務員個人の不法行為責任を追及しているのである。

3 公務員に故意・重過失ある場合に対外的責任を否定する論拠の不合理

私見は公務員の行為（不作為を含む）が民法709条の要件を満たすならば、対外的にも不法行為責任を成立させるべきと考えるが、少なくとも故意・重過失ある場合にも対外的責任を否定するとするならば、それは不合理きわまりないと考える。

なぜなら、国家賠償法1条2項は、公務員に故意又は重大な過失があったときは、国又は公共団体は、その公務員に求償権を有することを規定する。「求償権を有する」という文言から、権利があるだけで、それを行使するか否かは原則として裁量に任されるというように解すべきではない。なぜなら、いやしくも当該公務員に故意または重大な過失があったことが判明したならば、国・公共団体に求償権が成立するのであるから、特別な理由がない限り⁶³⁾、求償権は行使されるべきであって、これを行使しない方が違法と言えるからである⁶⁴⁾。故意または重過失ある公務員には原則として国や公共団体から求償がなされるのであれば、始めから、当該公務員が被害者との関係で対外的不法行為責任を負うことにして、どのような問題が生ずるのであろうか。故意・重過失ある場合にでさえ公務員の対外的不法行為責任を全面否定する見解は、国や公共団体の求償権の行使が実際にはなされないことを前提にしているのであろうか。

63) 乾・前掲注(10)413頁は、「求償権の行使を受けた公務員の故意または重過失のほかに、国または公共団体の物的施設の瑕疵や指導監督上の過失が認められるときは、過失相殺の理論を類推適用し、あるいは共同不法行為者間における負担部分の問題と考えて、求償権は制限を受ける」ことも指摘する。民法715条3項の使用者責任成立の場合の使用者から被用者への求償権についても、信義則上制限されるべき場合があることを認めるのが判例であり（最判1976（昭和51）・7・8民集30巻689頁）、国等から故意・重過失ある公務員への求償権が信義則上あるいは乾説のように過失相殺の規定の類推的等により特別に制限されるべき場合もあり得るかもしれない。しかし、それは例外であって、原則としては故意・重過失ある公務員に対して求償権は行使されるべきであって、行使してもしくなくても賠償金を支払った国等の全面裁量に任されていると解すべきではあるまい。

64) 近時、阿部泰隆「国家賠償豊穡の求償権の不行使からみた行政の組織的腐敗と解決策」自治研究87巻9号（2011年）3頁以下がこの問題を詳論する。

4 職権濫用的な公権力の行使と公務員個人の不法行為責任

なお、判例は国等が国賠法 1 条 1 項の賠償責任を負う場合には、公務員個人の不法行為責任を問えないとしつつも、公権力の行使が職権濫用にあたるような場合にまで、そのような個人責任否定論を貫徹させるべきとしているのかは不明であるとする見解がある⁶⁵⁾。

これに対しては、無罪判決確定後に、違法な逮捕・勾留・公訴提起がなされたとして国とともに、それらにかかわった公務員個人の不法行為責任が追及された芦別国賠訴訟事件・最高裁 1978 (昭和53)・10・20 民集32巻 7号1367頁は、「公権力の行使に当たる国の公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によって違法に他人に損害を与えた場合には、国がその被害者に対して賠償の責に任ずるのであって、公務員個人はその責を負わないものと解すべきことは、当裁判所の判例とするところである」としていることから、職権濫用の場合であっても公務員の個人責任を否定するのが判例の立場であるとする反論がある⁶⁶⁾。

しかし、他人に損害を与えることにつき故意があっても、それが適法であると誤信している場合は、職権濫用とは言えない場合もあり得る。例えば、立ち去ろうとする者が犯人だと思って相手が負傷することを厭わず暴力をもって引き止めた場合（単に故意のある場合）と相手が犯人でないことを知りながら、犯人に仕立て上げるために暴力をもって引き止めた場合（職権濫用的な場合）とでは、相手を負傷させる点の故意は同じでも、正当な公権力の行使か否かという点では明らかに異なる。そう考えれば、最高裁として、職権濫用事案において、国等の国賠法 1 条の責任を認めつつ、職権濫用を働いた公務員個人の不法行為責任の併存も認めることがあり得ないのかについて、正面から判断していないとも評価し得る。本件における被告上司らのパワハラ行為は、職務に際してなされた不当なハラスメン

65) 真柄久雄「公務員の不法行為責任」雄川一郎・塩野宏・園部逸夫編『現代行政法体系・第 6 巻』（有斐閣、1983年）194頁、阿部・前掲注(14)72頁など。

66) 西埜・前掲注(41)722頁。

ト行為であって、「明らかな不法行為を含む激しい言動」（1審認定）であり、上司の立場を利用した職権濫用的行為そのものとも評価できる。従って、この観点からも、被告公務員ら個人の不法行為責任の成立が認められて然るべきである。

V おわりに

本件1審判決が認定したように本件の被告公務員らの行為は「社会通念上許容される指導又は叱責の範囲を明らかに超えるもの」として不法行為にあたとされたパワハラ行為であり、過重な勤務体制にいた被害者を自死に追い込むほど激しい不法行為であった。民間病院であれば当然に個人としての不法行為責任が成立し、使用者と連帯して損害賠償義務が課される事案である。にもかかわらず、民間病院と勤務医師との間の法的関係と性質上異なる点があることを理由にして、「公権力の行使」にかかわる不法行為であり、国家賠償法1条1項が適用されるから、被告公務員の不法行為責任は問えないとする原判決の論理はあまりに形式的であり、原告に対してはもちろんのこと、市民感覚的にも到底説得力を有しないであろう⁶⁷⁾。

公務員の萎縮効もフィクションでしかないとの指摘もされるなかで、民事損害賠償請求訴訟の役割も単なる損害填補の観点からのみ捉えるだけでは現代社会において不十分である。公務員個人の不法行為責任の追及を単なる私的な恨みや報復感情によるものであると決めつけることも実態にそぐわない。失われたかけがえのない命を前にして、加害者個人も不法行為責任を負うことにより、加害行為に向き合い、被害者及びその遺族・家族に真摯な償いをするようになるのであり、そのような責任を果たさせるこ

67) なお本件上告受理申立て理由書には、本件の舞台となった病院関係者や被害者を知る市民などから、被告公務員個人の不法行為責任を認めないのは不当である旨の80通の意見書が付されている。

とこそが、司法に求められているのである。公務員の対外的責任免責論は、現代社会において求められるこのような修復的正義、関係的正義の実現を無視し、それを大きく阻害するものでしかない。

国等が賠償金を払うのだからそれで良いとする〈経済的損害填補で充分ドグマ〉の殻を破り、司法の最後の砦としての最高裁が良識ある判断を今こそ示すべきである。