庁　用

取扱注意

訟務資料　６５０－６２１
平　成　２２　年　３　月

国家賠償訴訟の手引

（第４版）

法務省大臣官房民事訟務課

国家賠償訴訟の手引（第４版）

法務省大臣官房民事訟務課

国家賠償訴訟の手引

（第４版）

はしがき（第４版）

本資料については，平成８年に初版を発行してから，平成12年及び平成18年に改訂版を出版し，前回の改訂から４年が経過した。

この間，社会的耳目を集める重要・大型事件が全国の裁判所に係属するとともに，国家賠償法に関しても多くの重要な判決が積み重ねられてきており，司法の一翼を担う訟務の役割の重要性はますます高まっている。

本資料は，これらの点を踏まえて修正・加筆し，第４版として発行するものである。

平成22年３月

法務省大臣官房民事訟務課

はしがき（第３版）

本資料は，平成８年に初版を発行し，平成12年に改訂版を出版してから６年が経過した。

この間，国家賠償法に関して，多くの重要な判決がなされた。また，郵政公社化，国立病院の独立法人化及び国立大学大学法人化などの改正等が行われた。

本資料は，これらの点を踏まえて修正・加筆し，第３版として発行するものである。

平成18年３月

法務省大臣官房民事訟務課

はしがき（第２版）

本資料の初版から４年が経過した。

この間，国家賠償法に関して，国の施策等をめぐる重要な判決がなされ，また，平成11年７月16日に「地方分権の推進を図るための関係法律の整備等に関する法律」が公布されたのを受け，本年４月から機関委任事務制度が廃止されたのに伴い，賠償責任の主体も変わることになった。

本資料は，これらの点について修正・加筆するとともに，初版の第１編・第２編を廃し，逐条的に解説した上で当該裁判例を紹介するよう改訂したものである。

平成12年３月

法務省訟務局民事訟務課

はしがき

国あるいは地方公共団体を被告とする国家賠償訴訟は，行政需要の多様化に伴い行政が国民のあらゆる生活関係に関与せざるを得ないような社会情勢を反映して，年々増加の傾向にある。これは国民の権利意識の高揚に伴うもののほか，行政に対する不満即ち行政サイドにいくら陳情，折衝してもらちがあかないとして，裁判所に提訴するといった事件も多く見受けられ，これが事件増に拍車をかけているように思われる。

ところで，訴訟の内容からみると，公務員の暴行に伴う事件であるとか道路の穴ぼこを原因とする事故に伴う事件のようないわば古典的な国家賠償訴訟のほかに，最近は，憲法上の争点を含む事件あるいは訴訟の結果いかんが国の政治，外交，行政及び財政等や地方公共団体の議会政治，行政等に重大な影響を及ぼす事件が少なくない。例えば，道路や空港等の公共施設又は公共事業について周辺住民が施設の利用制限や事業の差止めないし損害賠償等を求める訴訟，戦後補償に関する訴訟，あるいはスモンやエイズ等の医薬品・薬害訴訟等である。これらの訴訟においては，新しい法律問題あるいは医学，科学技術上の高度に専門的な問題を数多く含んでおり，その訴訟の追行に当たっては，国家賠償法の要件や論点とされているところを的確に把握しておく必要に迫られる。また，このことは国家賠償事件の多様化に伴って，法的問題点が多岐に上っていることからも裏付けられる。

そこで，本手引きは，初めて訟務を担当する方に，国家賠償訴訟の法的な争点等について理解を深めてもらうとともに国家賠償訴訟の実務の現状における到達点を明らかにすることを目的に作成したものである。第一編では，国家賠償法を逐条的に解説した上，その要件，問題点等を浮き彫りにするとともに，訟務時報に掲載された代表的な主張例及び協議事例等を登載した。第２編では，裁判例を類型別に分類・整理して登載した。今後の執務の参考となれば幸いである。

平成８年３月

法務省訟務局民事訟務課

凡　例

略語表

（略　語）	（判例集・雑誌の名称）
大審院民集	大審院民事判例集
民　録	大審院民事判決録
刑　録	大審院刑事判決録
民　集	最高裁判所民事判例集
刑　集	最高裁判所刑事判例集
裁判集民事	最高裁判所裁判集民事
高民集	高等裁判所民事判例集
行裁集	行政事件裁判例集
労民集	労働関係民事裁判例集
下民集	下級裁判所民事裁判例集
東高民報	東京高等裁判所判決時報（民事）
訟　月	訟務月報
交通民集	交通事故民事裁判例集
要旨集民訴	裁判例要旨集民事訴訟法
判　時	判例時報
判　タ	判例タイムズ
ジュリ	ジュリスト
判例自治	判例地方自治
判　評	判例評論
訟　時	訟務時報

引用・参考文献表（引用文献の略語については略称記載のとおり）

（著者名）	（書名・論文名，編者名）	（略　称）
【国家賠償法・不法行為法関係】		
秋山　義昭	国家補償法（現代行政法学全集７）	秋山・国家補償法
阿部　泰隆	国家補償法	
幾代通・徳本伸一	不法行為法	幾代・不法行為法
乾　昭三	国家賠償法（注釈民法⑭，加藤一郎編）	乾・注釈民法⑭
植木　哲	災害と法ー営造物責任の研究ー〔第二版〕	植木・災害と法
宇賀　克也	国家補償法	宇賀・国家補償法
遠藤　博也	国家補償法上巻，中巻（現代法律学全集61）	遠藤・国家補償法上巻，中巻
雄川　一郎	行政上の損害賠償（行政法講座三巻）	雄川・行政法講座三巻
雄川一郎・塩野宏・園部逸夫編	現代行政法大系６（国家補償）	
加藤　一郎	不法行為〔増補版〕（法律学全集22－Ⅱ）	加藤・不法行為
加藤　一郎	不法行為の研究	加藤・不法行為の研究
神長　勲	行政救済法（基本法コンメンタール・室井力編）	神長・行政救済法
古崎　慶長	国家賠償法	古崎・国家賠償法
古崎　慶長	国家賠償法の諸問題	古崎・国賠法の諸問題
古崎　慶長	国家賠償法の理論	古崎・国賠法の理論
古崎　慶長	判例営造物管理責任法	古崎・判例営造物管理責任法
塩野　宏	行政法Ⅱ〔第四版〕	塩野・行政法Ⅱ
四宮　和夫	事務管理・不当利得・不法行為中巻（現代法律学全集10）	四宮・不法行為
芝池　義一	行政救済法講義〔第三版〕	
下山　瑛二	国家補償法（現代法学全集⑮）	下山・国家補償法
田中　二郎	行政上の損害賠償及び損失補償	田中・賠償及び補償
西埜　章	国家賠償法	西埜・国家賠償法
西埜　章	国家補償法概説	西埜・国家補償法
西村宏一・幾代通・園部逸夫編	国家補償法大系１～４	国家補償法大系１～４
原田　尚彦	行政法要論（全訂第六版）	
平井　宜雄	債権各論Ⅱ	平井・債権各論Ⅱ
藤田　宙靖	行政法Ⅰ（総論）（第四版）	
藤山　雅行編	新・裁判実務大系25（行政争訟）	
村重　慶一編	国家賠償法（民事実務講座10巻）	村重・国家賠償法
村重　慶一編	裁判実務大系18（国家賠償訴訟法）	裁判実務大系18
村重　慶一編	現代民事裁判の課題⑩	民事裁判の課題⑩
村重慶一・宗宮英俊編	国家賠償訴訟の実務	国賠訴訟の実務
「国家賠償法研究会(1)～(10)」法令解説資料総覧12号～21号		
【その他諸法】		
阿部　泰隆	行政の法システム	
幾代通・徳本伸一補訂	不動産登記法〔第四版〕	幾代・不動産登記法
石井　忠雄	国家賠償訴訟入門	石井・国家賠償訴訟
岩本　信正	条解公証人法	
浦野　雄幸	判例不動産登記法ノート(3)	浦野・不動産登記法ノート
菊井　維大	強制執行法総論	菊井・強制執行法
塩野　宏	行政法Ⅲ〔第三版〕	
鈴木　潔	注解交通損害賠償法（鈴木潔・川井健・小川昭二郎・宮原守男編）	鈴木・交通損害賠償法
田中　二郎	行政法総論	
原　龍之介	公物営造物法〔新版〕（法律学全集13－Ⅱ）	原・公物営造物法
藤田　宙靖	行政組織法〔新版〕	藤田・行政組織法
賀金　敏明	新訂版 里道・水路・海浜（ー長狭物の所有と管理ー）	賀金・里道
吉川大二郎	民事訴訟法講座	吉川・民事訴訟法
総務省行政管理局編	逐条解説行政手続法〔増補新訂版〕	総務省・行政手続法
建設省河川法研究会	河川法逐条解説	建設省・河川法
建設省財産管理研究会	公共用財産管理の手引（第２次改訂版）	建設省・公共用財産管理
【法　令】		
地方分権一括法	地方分権の推進を図るための関係法律の整備等に関する法律（平成11年法律第87号）	
改正地方自治法	地方分権一括法による改正後の地方自治法	
旧地方自治法	地方分権一括法による改正前の地方自治法	

目　　次

第１　序　論 …… 1
　１　大日本帝国憲法下の国家賠償 …… 1
　　(1)　国家無答責の原則 …… 1
　　(2)　旧憲法下における国の損害賠償責任 …… 1
　　ア　権力的作用 …… 2
　　イ　非権力的作用 …… 4
　　ウ　私経済作用 …… 6
　　(3)　官吏個人の責任 …… 6
　２　日本国憲法の公布と国家賠償法の制定 …… 7
　３　国家賠償制度と他の制度との関係 …… 7
　　(1)　国家賠償と民法上の不法行為 …… 7
　　ア　国家賠償法１条と民法715条 …… 8
　　イ　国家賠償法２条と民法717条 …… 8
　　(2)　国家賠償法１条と損失補償 …… 9
　４　国家賠償法と裁判例 …… 12

第２　公務員の不法行為と賠償責任，求償権（第１条） …… 13
　１　本条の意義 …… 13
　２　国家賠償法１条の責任主体 …… 14
　　(1)　国又は公共団体 …… 14
　　ア　地方公共団体 …… 14
　　イ　公共組合 …… 19
　　ウ　特殊法人 …… 19
　　エ　独立行政法人 …… 19
　　オ　国立大学法人 …… 20
　　(2)　行政機関又は行政官署を被告とする損害賠償請求訴訟 …… 22
　　ア　行政機関 …… 22

イ　行政官署 …… 23
(3)　国又は公共団体が負う賠償責任の性質 …… 23
ア　自己責任説 …… 23
イ　代位責任説 …… 23
(4)　公務員個人に対する請求の可否 …… 24
ア　学　説 …… 24
イ　裁判例 …… 25
(5)　公務員個人に対する求償 …… 28
ア　意　義 …… 28
イ　求償権の消滅時効等 …… 29
3　公権力の行使 …… 29
(1)　意　義 …… 30
ア　学　説 …… 30
イ　裁判例（一般論を示したもの） …… 31
(2)　裁判例の類型別整理 …… 32
ア　「公権力の行使」が肯定された裁判例 …… 32
(ア)　検察・警察関係 …… 32
(イ)　登記・公証関係 …… 32
(ウ)　学校関係 …… 33
(エ)　医療関係 …… 35
(オ)　行政指導関係 …… 36
(カ)　証明・認証・登録事務等関係 …… 37
(キ)　その他 …… 38
イ　公権力の行使が否定された裁判例 …… 40
(ア)　裁判所関係 …… 40
(イ)　その他 …… 40
(3)　立法作用及び司法作用 …… 41
(4)　行政処分の取消訴訟等との関係 …… 43
(5)　民間委託と公権力の行使 …… 44

4　公務員 …… 45
(1)　意　義 …… 45
(2)　裁判例 …… 46
ア　公務員性を肯定した裁判例 …… 46
(ア)　医　師 …… 46
(イ)　執行官・民事調停委員等 …… 46
(ウ)　その他 …… 47
イ　公務員性を否定した裁判例 …… 48
(3)　委員会（合議制の機関） …… 49
(4)　加害公務員の特定 …… 51
5　「職務を行うについて」 …… 53
(1)　意　義 …… 53
(2)　公務員の行為と職務行為の認識 …… 57
6　違法性 …… 58
(1)　民法709条の権利侵害と国家賠償法１条１項の違法 …… 58
(2)　違法性判断の基準 …… 63
(3)　違法性の判断基準に関する判例 …… 66
[redacted] 70
7　故意又は過失 …… 71
(1)　故意・過失の意義 …… 71
(2)　判　例 …… 73
8　因果関係 …… 77
(1)　意　義 …… 77
(2)　訴訟上の因果関係の立証程度 …… 79
9　損　害 …… 81
(1)　損害について …… 81
(2)　積極的損害 …… 81
ア　入院治療に要する費用 …… 82
イ　葬儀等に関する費用 …… 82

ウ　弁護士費用 …… 82
(3) 消極的損害 …… 83
(4) 精神的損害（慰謝料） …… 84
(5) 損害の算定方法 …… 85
10 国家賠償法１条関係事件の主張例及び協議事例等 …… 87
(1) 主張例 …… 88
[redacted] 88 88 88 88 89 89 89 90 90 90
(2) 協議事例等 …… 91
[redacted] 91 91 92 93 93 94 95 95 95 95 95 95

[redacted] 96 96 96 96 96 96 97 97 97 97 97
11 国家賠償法１条関係の類型別裁判例 …… 97
(1) 国会関係 …… 97
ア　立法行為 …… 97
(ア) 国家賠償法１条の適用 …… 97
(イ) 違法性の判断 …… 97
(ウ) 内閣の法律案提出（不提出）の国家賠償法上の違法について … 104
イ　国会での質疑応答等 …… 105
(2) 裁判所関係 …… 107
ア　裁判官 …… 107
(ア) 国家賠償法の適用の有無 …… 107
(イ) 「違法性」の判断 …… 107
(ウ) 違法限定説に立つ裁判例 …… 108
(エ) 裁判官の職務行為の一部について国家賠償法の適用を制限する立場（適用制限説）に立つ裁判例 …… 110
(オ) 違法限定説又は適用制限説に言及することなく，裁判官の職務行為の適否を判断した裁判例 …… 111
(カ) その他 …… 111
イ　書記官 …… 112
ウ　執行官 …… 113

エ 調停委員 …… 115
(3) 検察，警察関係 …… 115
ア 無罪判決の確定と刑事司法手続の違法性 …… 115
(ア) 違法性の判断基準 …… 116
(イ) 職務行為基準説を採る場合の公訴提起の違法性の具体的判断基準ないし判断手法 …… 116
a 合理的理由欠如説 …… 117
b 一見明白説 …… 121
c 違法限定説 …… 122
d 訟務の立場 …… 122
(ウ) 公訴提起の違法性の判断資料 …… 122
(エ) 公訴提起の違法性の主張立証責任 …… 123
(オ) 公訴提起の違法性判断における有罪の嫌疑 …… 124
(カ) 公訴提起等の違法性に関するその他の裁判例 …… 126
a 違法性を肯定したもの …… 126
b 違法性を否定したもの …… 127
イ 公訴追行に関するもの …… 129
ウ 控訴に関するもの …… 129
エ 逮捕・勾留に関するもの …… 130
オ 家裁送致に関するもの …… 132
カ 不起訴処分に関するもの …… 132
キ 接見に関するもの …… 133
(ア) 刑事訴訟法39条３項本文の規定の合憲性 …… 133
(イ) 刑訴法39条の市民的及び政治的権利に関する国際規約適合性 …… 135
(ウ) 刑事訴訟法39条３項による接見指定権行使の要件 …… 136
(エ) いわゆる一般的指定の性質 …… 138
(オ) 書面による指定及び指定書の受領・持参要求の適法性 …… 138
(カ) 接見の指定をするか否か判断するまで弁護人等を待機させることの適法性 …… 139
(キ) 通知書制度の適法性 …… 139
(ク) 昼食時間中又は昼食時間終了直後の接見希望 …… 140
(ケ) 弁護人から接見の場所が存在しない検察庁の庁舎内での接見の申出を受けた場合の対応（面会接見） …… 140
(コ) 取調べ時の被疑者からの接見内容の聴取 …… 143
(サ) 取調べ時の検察官の冒動と接見交通権 …… 144
(シ) 浅井事件最高裁判決後の主な裁判例 …… 145
ク 捜査と弁護権に関するもの …… 147
ケ 論告に関するもの …… 148
コ 証拠品の保管及び還付に関するもの …… 148
サ 捜査・公判と名誉・プライバシー …… 149
シ 都道府県警察の警察官の行為と国の賠償責任との関係 …… 151
ス その他 …… 151
(4) 矯正関係 …… 152
ア 在監者に対する各種措置の適否についての基本的な考え方 …… 152
イ 矯正国賠の基本的裁判例 …… 153
ウ 矯正国賠の個別的裁判例 …… 156
(ア) 死刑確定者に対するもの …… 156
(イ) 接見に関するもの …… 157
(ウ) 図書の閲読，私本購入に関するもの …… 160
(エ) 信書に関するもの …… 160
(オ) 戒具に関するもの …… 161
(カ) その他 …… 162
(5) 登記関係 …… 165
ア 登記に関する事務 …… 165
イ 登記官の職務行為の公権力性について …… 165
ウ 登記官の審査義務の内容 …… 166
エ 登記官の過失 …… 167

オ　裁判例 …… 168
(ア) 登記官の調査事務に関するもの …… 168
(イ) 登記官が先例・通達に従って登記をした場合の過失の有無 … 172
(ウ) 公図に関するもの …… 173
(エ) 閲覧監視に関するもの …… 175
(オ) 登記官の過誤と損害との因果関係に関するもの …… 178
(カ) 印鑑照合についての参考裁判例 …… 180
(キ) その他 …… 185
(6) 公証関係 …… 186
ア　公証人と公証行為 …… 186
イ　公証人の審査権限 …… 186
ウ　裁判例 …… 188
(7) 戸籍関係 …… 191
ア　戸籍に関する事務 …… 191
イ　市町村長等の注意義務 …… 192
ウ　裁判例 …… 192
(8) 住民基本台帳関係 …… 194
ア　住民基本台帳ネットワークシステムについて …… 194
(ア) 住民基本台帳 …… 194
(イ) 住民基本台帳ネットワークシステム …… 194
イ　裁判例 …… 197
(9) 学校関係 …… 200
ア　学校について …… 200
イ　学校事故 …… 200
ウ　教師等の教育活動と公権力の行使 …… 201
エ　違法性及び故意・過失の認定について …… 201
オ　裁判例 …… 203
(10) 援護関係 …… 209
(11) 行政指導 …… 209

ア　行政指導とは …… 209
(ア) 行政指導の意義 …… 209
(イ) 行政指導の公権力性 …… 210
イ　裁判例 …… 210
(12) 公　表 …… 214
ア　公表とは …… 214
イ　裁判例 …… 215
(13) 規制権限の不行使の違法 …… 218
ア　はじめに …… 218
イ　規制権限不行使の違法について …… 218
(ア) 権限の存在 …… 219
(イ) 作為義務の存在 …… 220
(ウ) 反射的利益について …… 222
ウ　裁判例 …… 223
エ　類型別裁判例 …… 226
(ア) 薬事・医療関係 …… 226
a　スモン訴訟 …… 226
b　クロロキン訴訟 …… 228
c　筋拘縮症訴訟 …… 231
d　骨関節結核訴訟 …… 232
e　未熟児網膜症訴訟 …… 233
f　医　療 …… 234
g　MMR訴訟 …… 234
h　C型肝炎訴訟 …… 235
(イ) 食品衛生関係 …… 238
(ウ) 労働衛生関係 …… 245
(エ) 行政指導の不作為 …… 251
(オ) その他 …… 251

第３　公の営造物の設置管理の瑕疵に基づく損害の賠償責任・求償権（第２条）…… 257
1　本条の意義…… 257
2　公の営造物の概念…… 258
(1)　公の営造物の意義…… 258
(2)　公の営造物の範囲…… 258
ア　動産は公の営造物に含まれるか…… 258
(ア)　学　説…… 258
(イ)　裁判例（公の営造物に当たるとしたもの）…… 260
イ　自然公物は公の営造物に含まれるか…… 261
(ア)　自然公物の意義…… 261
(イ)　学　説…… 261
(ウ)　裁判例…… 263
ウ　普通財産は含まれるか，また，すべての行政財産が含まれるのか…… 265
(ア)　国有財産の分類及び種類…… 265
(イ)　地方公共団体財産（公有財産）の分類…… 265
(ウ)　学　説…… 266
(エ)　裁判例…… 267
エ　行政主体が管理権限を有しないものの行政目的から事実上管理しているものを含めるか…… 267
(ア)　学　説…… 268
(イ)　裁判例…… 268
オ　行政主体が何らかの規制権限を有しているものを含めるか…… 270
(ア)　肯定した裁判例…… 270
(イ)　否定した裁判例…… 270
カ　公の営造物であるか否かを一体的に判断した裁判例…… 271
3　設置又は管理の瑕疵…… 271
(1)　営造物の設置又は管理の瑕疵の定義…… 271

(2)　学　説…… 272
(3)　裁判例…… 272
ア　営造物の設置・管理瑕疵の定義…… 272
イ　事故発生が通常予測できない場合には，設置又は管理の瑕疵がない…… 273
ウ　事故発生の回避可能性がない場合には，設置又は管理の瑕疵がない…… 275
エ　供用関連瑕疵…… 277
オ　河川管理の瑕疵の判断基準…… 279
カ　設備の進歩と営造物責任との関係…… 283
キ　営造物責任と予算の関係…… 287
4　国家賠償法２条関係主張例及び協議事例…… 290
(1)　主張例…… 290
(2)　協議事例…… 290
5　国家賠償法２条関係の類型別裁判例…… 291
(1)　道路関係…… 291
ア　「道路」について…… 291
イ　裁判例…… 293
(ア)　道路のいわゆる穴ぼこ，段差等の形状の瑕疵に関するもの…… 293
a　瑕疵を肯定したもの…… 293
b　瑕疵を否定したもの…… 294
c　因果関係を否定したもの…… 296
(イ)　道路の陥没，路肩崩壊など道路の基本構造等の瑕疵に関するもの…… 296
a　瑕疵を肯定したもの…… 296
b　瑕疵を否定したもの…… 297
(ウ)　道路の側溝の機能・形状の瑕疵に関するもの…… 297
a　瑕疵を肯定したもの…… 297
b　瑕疵を否定したもの…… 298

(エ) 橋，歩道橋，トンネルなど道路と一体となってその効用を全うする施設の瑕疵に関するもの …… 299
a 瑕疵を肯定したもの …… 299
b 瑕疵を否定したもの …… 299
(オ) 消火栓，水道栓，マンホール等の付属物の瑕疵に関するもの …… 301
a 瑕疵を肯定したもの …… 301
b 瑕疵を否定したもの …… 302
(カ) 信号機，道路標識，防護柵，中央分離帯等の交通安全施設の瑕疵に関するもの …… 303
a 瑕疵を肯定したもの …… 303
b 瑕疵を否定したもの …… 304
c 因果関係を否定したもの …… 306
(キ) 道路工事に関するもの …… 306
a 瑕疵を肯定したもの …… 306
b 瑕疵を否定したもの …… 307
(ク) 落石，崩土，地滑り，雪崩，集中豪雨，路面凍結等の自然現象が加わって生じた事故に関するもの …… 308
a 瑕疵を肯定したもの …… 308
b 瑕疵を否定したもの …… 312
(ケ) 障害物の放置等第三者の行為に起因する事故に関するもの 313
a 瑕疵を肯定したもの …… 313
b 瑕疵を否定したもの …… 314
(コ) 道路公害 …… 315
(2) 河川関係 …… 325
ア 「河川」について …… 325
(ア) 河川の種類 …… 325
(イ) 河川の管理について …… 326
(ウ) 地方分権一括法による河川法改正と河川管理者 …… 326

イ 裁判例 …… 327
(ア) 水難事故に関するもの …… 327
a 瑕疵を肯定したもの …… 327
b 瑕疵を否定したもの …… 329
(イ) 水害に関するもの …… 333
(ウ) その他 …… 349
(3) 空港関係 …… 350
ア 空港について …… 350
イ 裁判例 …… 350
(4) 学校施設関係 …… 357
ア 学校施設が「公の営造物」に該当すること …… 357
イ 裁判例 …… 358
(5) 法定外公共用物について …… 362
ア 法定外公共用物 …… 362
イ 地方分権一括法施行前の法定外公共用物の機能管理権者と国家賠償法 …… 363
ウ 地方分権一括法施行後の法律関係について …… 365
エ 裁判例 …… 366
(6) その他 …… 368
ア 河川以外の水難事故 …… 368
イ スキー場の設置管理 …… 369
ウ 市営住宅・保養所の設置管理 …… 369
エ 公園施設の設置管理 …… 369
オ 裁判所庁舎の設置管理 …… 370

第4 賠償責任者，求償権（第3条） …… 371
1 本条の意義と立法趣旨 …… 371
2 費用負担者 …… 372
(1) 国家賠償法1条関係の費用負担者 …… 372

ア　機関委任事務の場合 …… 372
(ア) 意　義 …… 372
(イ) 裁判例 …… 373
イ　地方公共団体の事務を国の公務員が行った場合 …… 375
(2) 国家賠償法２条関係の費用負担者 …… 375
ア　裁判例 …… 375
イ　補助金交付者 …… 376
(ア) 意　義 …… 376
(イ) 補助金交付者に関するその他の裁判例 …… 379
3　求償関係 …… 379

第５　民法の適用（第４条） …… 381
1　本条の意義 …… 381
2　民法の不法行為規定の具体的な適用 …… 382
(1) 共同不法行為 …… 382
(2) 過失相殺 …… 382
(3) 消滅時効・除斥期間 …… 382
ア　裁判例 …… 383
(ア) 消滅時効の援用と権利の濫用 …… 383
(イ) 除斥期間の性質，援用の要否 …… 384
(ウ) 除斥期間と時効の停止に関する民法158条の適用の可否 …… 386
(エ) 除斥期間の起算点 …… 387
イ　協議事例 …… 390
3　失火責任法適用の可否 …… 391
(1) 問題点 …… 391
(2) 裁判例 …… 392

第６　他の法律の適用（第５条） …… 394
1　本条の意義 …… 394

2　具体例 …… 395
(1) 旧郵便法関係 …… 395
(2) その他 …… 398

第７　相互保証主義（第６条） …… 399
1　本条の意義 …… 399
2　相互保証主義の内容 …… 400
(1) 適用範囲 …… 400
(2) 外国人の範囲 …… 400
3　相互保証主義の具体的な問題点 …… 400
(1) 国家賠償法６条の相互保証主義規定の性質 …… 400
(2) 相互保証の有無・程度 …… 401
ア　相互保証の有無 …… 401
イ　相互保証の程度 …… 401
(3) 相互保証の時期 …… 403
4　国家賠償法６条の証明責任 …… 403
5　相互保証に関する裁判例 …… 406
(1) 大韓民国 …… 406
(2) 朝鮮民主主義人民共和国 …… 408
(3) 中華民国・中華人民共和国 …… 410
(4) ノルウェー …… 412
(5) ドイツ連邦共和国 …… 412
(6) イラン・イスラム共和国 …… 414
(7) アメリカ合衆国 …… 415
(8) ナイジェリア連邦共和国 …… 415
6　相互保証に関する調査・回答例及び協議事例 …… 415
(1) 調査・回答例 …… 415
(2) 協議事例 …… 415

第1　序　論

1　大日本帝国憲法下の国家賠償

(1)　国家無答責の原則

国の公務員が職務上違法に国民に損害を与えた場合でも国は賠償責任を負わないという原則を，国家無答責の原則という。国家無答責は，主権国家がその行動について責任を負うのは矛盾であるという考え方（主権免責の法理）あるいは「国王は悪を授権し得ない」（公務員は，適法行為をする権限しか与えられておらず，違法行為を行った場合には，職務の執行ではなく，当該公務員個人の行為とみなす。）という考え方などに基づくものとされている。もともと絶対王権の時代に生じた考え方ではあるが，必ずしも国民主権と相いれないというわけではない。例えば，アメリカ合衆国では，我が国の国家賠償法に当たる連邦不法行為請求権法が制定されたのは1946年であるが，同法自体，多くの例外を伴っており，違法な公権力の行使のすべてについて責任を負うことにはなっていない。また，君主制を採っているイギリスにおいては，1947年に我が国の国家賠償法に当たる国王訴訟手続法が制定され，国家無答責の原則が放棄されている。

大日本帝国憲法（以下「旧憲法」という。）下では，国又は地方公共団体の賠償責任に関する日本国憲法17条のような規定や，国家賠償法のような法律はなく，基本的に国家無答責の原則が採られていた。ただ，(2)以下に述べるとおり，旧憲法下でも，少なくとも国又は公共団体の私経済活動（作用）あるいは非権力作用のうち公の営造物の設置管理作用については，私人におけると同様の損害賠償責任が認められており，権力的作用以外の事例において，国家無答責の原則が貫徹されていたわけではない（塩野・行政法Ⅱ261ページ以下参照）。

(2)　旧憲法下における国の損害賠償責任

旧憲法下では，国家活動を公法関係と私法関係に分け，国を当事者とす

る訴訟のうち，公法関係のものは行政裁判所の管轄，私法関係のものは民事裁判所の管轄とされていた。そして，行政裁判法16条は「行政裁判所ハ損害要償ノ訴訟ヲ受理セス」と規定していたから，訴訟制度上，国又は公共団体の公法上の行為に関する損害賠償請求は不可能であった。

ア　権力的作用

公法上の行為の中でも，いわゆる権力的作用に関する限り，旧憲法時代を通じて，国の賠償責任が認められる余地はなかった。権力的作用とは，典型的には，警察権・司法権・軍政権・財政権等の公の権力の主体として命令し，強制する行政作用をいう（田中・賠償及び補償33ページ）。大審院の判例は，例えば，違法な租税の徴収及び滞納処分（後掲②），特許法による特許の付与処分（大審院昭和4.10.24判決・法律新聞3073），印鑑証明事務（大審院昭和13.12.23判決・大審院民集17-24-2689）等に基づく損害については，加害行為が権力的作用であることを理由に国の損害賠償責任を否定し，典型的な権力的作用に付随する行為についても同様の立場を採った（試運転中の消防自動車の交通事故（後掲①），秋山・国家補償法24～25ページ参照）。このような判例の態度は，学説によっても支持されていた（通説とされる。宇賀・国家補償法８ページ）。なお，最高裁判所も，旧憲法下での権力的作用による損害につき，国家賠償法施行以前は，一般的に国に賠償責任を認める法令上の根拠がなかったとして，国の賠償責任を否定した（後掲③及び④）。

①　大審院昭和8.4.28判決（大審院民集12-11-1025）

修理後の消防自動車の試運転中に交通事故を起こし，被害者が死亡した事案

「消防署ノ職務トスル消防事務ハ所論ノ如ク唯火災現場ニ於ケル防火作業ヲ指称スルモノト局限シテ解スヘキニアラスシテ一旦火災ノ発生スルヤ直ニ活動ヲ開始シテ防火作業ニ従事スルニ遑遑ナキ諸般ノ準備行為ヲ為スコトヲモ包含スルモノト認ムヘキカ故ニ平日消防用喞筒自動車ヲ修理整頓シテ之カ試運転ヲ為スカ如キモ亦消防署ノ任トスヘ

キ消防事務ノ一部ニ属スト做スヘキコト言ヲ俟タス従テ本件ニ於テ大阪府ニ設置セラレタル消防署ノ職員等カ原判示ノ如ク其ノ消防用喞筒自動車ヲ修繕シテ之カ試運転ヲ為セルハ即チ国家警察権ノ一作用トシテ該消防署ノ消防事務ヲ遂行セルモノニ外ナラスシテ自治団体タル大阪府所管ノ職務行為ト称スヘキニアラサルヤ勿論ナル」

②　大審院昭和16.2.27判決（大審院民集20-2-118）

町税滞納処分事務担当者が，Aに対する町税の滞納処分として，誤って，X所有の自動車に対して滞納処分，差押え及び公売を行い，Bがこれを競落した後，善意無過失の第三者Cに売り渡した結果，Xは，町税滞納処分事務担当者の違法，無効な手続によって当該自動車の所有権を失い，その価格相当の損害を被った事案

「国家又ハ公共団体ノ行動ノ中統治権ニ基ク権力的行動ニツキテハ私法タル民法ノ規定ヲ適用スベキニアラザルハ言ヲ俟タザルトコロナルヲ以テ，官吏又ハ公吏ガ国家又ハ公共団体ノ機関トシテ職務ヲ執行スルニ当リ不法ニ私人ノ権利ヲ侵害シ之ニ損害ヲ蒙ラシメタル場合ニ於テ，ソノ職務行為ガ統治権ニ基ク権力行動ニ属スルモノナルトキハ，国家又ハ公共団体トシテハ被害者ニ対シ民法不法行為上ノ責任ヲ負フコトナキモノト解セザルベカラズ。」

③　最高裁昭和25.4.11第三小法廷判決（裁判集民事3-225）

「国家賠償法施行以前においては，一般的に国に賠償責任を認める法令上の根拠のなかつたことは前述のとおりであつて，大審院も公務員の違法な公権力の行使に関して，常に国に賠償責任のないことを判示して来たのである。（当時仮りに論旨のような学説があつたとしても，現実にはそのような学説は行われなかつたのである。）本件家屋の破壊は日本国憲法施行以前に行われたものであつて，国家賠償法の適用される理由もなく，原判決が同法附則によつて従前の例により国に賠償責任なしとして，上告人の請求を容れなかつたのは至当であつて，論旨に理由はない。」

④ 東京高裁平成17.3.31判決＝中国人従軍慰安婦訴訟（訟月51-11-2913）〈最高裁平成17.11.18第二小法廷決定で維持〉

第二次大戦中に旧日本軍兵士により強姦等の損害を受けたとする中国人からの損害賠償請求につき，当該加害行為は，旧日本軍がその戦争目的を遂行する過程で組織的に行った違法行為であり，強制・命令を本質とする軍隊の活動に付随して行われた違法行為であるから，国の公権力の行使に当たるが，いわゆる国家無答責の法理により，国に損害賠償責任はないとした。

イ 非権力的作用

非権力的作用とは，国又は公共団体の活動の全体から，前述の権力的作用と後述の私経済作用とを除いたものであり，例えば，公共のためにする企業の経営，公物営造物の設置管理作用がこれに当たる（田中・賠償及び補償46ページ）。非権力的作用についても，国の賠償責任は否定されていたが（後掲①，②），徳島小学校遊動円木事件判決（後掲③）は，小学校校舎の管理作用のうち校舎の占有権は公法上の権力関係に属するものではなく，私法上のものであるとして，民法717条による賠償責任を肯定した。このように公の営造物の設置管理作用につき賠償請求を肯定する判決として後掲④，⑤がある。

① 大審院明治29.4.30判決（民録2-4-117）

県の監督下にある国有に属する河川について，県の監督下にある改修工事監督者が工事順序に反して工事を施工したため，洪水の際に，周辺の田の所有者が損害を被った事案

国は国家の機関たる「県知事ノ職務上ノ過失ニ因ル損害ヲ賠償スル責ニ任セス」

② 大審院明治43.3.2判決（民録16-169）

国家の行為の中で，主として公共の利益のためにするものは公法上の行為として公法の適用を受けるところ，砲兵工廠火薬製造所の火薬製造事業は公法上の行為であって，所員がその火薬製造に従事するのは国家の一機関として行動するものであるから，その行為によって個人に損害を加えても，国家は法令に特別の規定がない限り，私法上の責任を負わないとした。

③ 大審院大正5.6.1判決（民録22-1088）

小学校の校舎の遊動円木の支柱の腐朽ざ折により児童が死亡した事案

「本件小学校ノ管理ハ上告人主張ノ如ク行政ノ発動タルコト勿論ナレトモ其管理権中ニ包含セラルル小学校校舎其ノ他ノ設備ニ対スル占有権ハ公法上ノ権力関係ニ属スルモノニアラス純然タル私法上ノ占有権ナルノミナラス其占有ヲ為スニモ私人ト不平等ノ関係ニ於テ之ヲ為スニアラス全ク私人カ占有スルト同様ノ地位ニ於テ其占有ヲ為スモノナレハ之ニ因リ被上告人等ニ損害ヲ被ラシメタル本訴ノ場合ニ於テ原院カ民法七一七条ノ規定ヲ適用シタルハ毫モ不法ニアラス」

④ 大審院大正7.6.29判決（民録24-1306）

市が内務大臣の認可を受けてその公費をもって敷設する水道その他の設備は，市の営造物にして，市長は条例等に従いこれを管理すべきであるが，水道の設置及び管理は共に公権作用たる行政行為に属すると同時に，この水道設備に対する市の所有権又は占有権は，市が公法上の権力関係に立ってこれを有するものではなく，純然たる私法関係においてこれを所有し，これは，私人が土地の工作物を所有し及び占有することと同様の地位に立つ。したがって，市の水道工事が一定の設計に適合する施工をしなかったために，水利権を有する者に損害を加えたときは，民法の不法行為の適用があるとした。

⑤ 大審院大正13.6.19判決（大審院民集3-8-295）

市の下水道設備の一部であるポンプの運転によって隣接する家屋が音響振動等の損害を受けたとする者が，市に対してその賠償を求めた事案につき，市が内務大臣の認可を受けて工事を実施した下水道設備は，市の営造物にしてその設置管理が行政行為に属するものの，その

設備に対する市の所有権又は占有権は，純然たる私法関係においてこれを有し，これは私人が土地の工作物を所有し又は占有することと同様の地位に立つので，市が本件ポンプの設置につき相当の注意をすべきことを怠ったため，その使用により他人に損害を与えた場合には，私法の規定に従い，損害賠償の責任があるとした。

ウ　私経済作用

旧憲法下でも，国の私経済作用（私人と同様の立場でする取引行為等）に係る不法行為については，私人におけると同様に，民法上の不法行為責任が認められていた。

①　大審院明治31.5.27判決（民録4-5-91）

「鉄道事業ハ官設ノモノト雖トモ私設ニ係ルモノト同シク其利益ヲ国庫ニ納ムルモノナレハ工事若クハ運輸ニ関シ其担当者カ過失懈怠ノ所為アリテ他人ニ損害ヲ被ラシメタル場合ニハ国庫ニ於テ之カ損害ヲ賠償スヘキハ当然ナリ。」

②　大審院大正9.6.17判決（民録26-891）

汽車の転覆事故の事案につき，民法の不法行為法の適用を認めた。

(3)　官吏個人の責任

旧憲法下では，権力的作用に関する限り，官吏個人も原則として損害賠償責任を負わず，ただ，職権の濫用に当たるような特別の場合にのみ，個人責任が認められた。これは，職権の濫用に当たるような行為は，もはや職務執行行為とはいえず，単なる私人としての行為と評価されるという考え方に基づくものである。

ただし，以下に掲げる特別の規定は，例外的に官吏の個人責任を認めていた（これらの規定はいずれも国家賠償法の制定に伴い削除された。）。

①　登記官吏（国家賠償法の制定に伴う一部改正前の不動産登記法13条）

登記官吏カ其職務ノ執行ニ付キ申請人其他ノ者ニ損害ヲ加ヘタルトキハ其損害カ登記官吏ノ故意又ハ重大ナル過失ニ因リテ生シタル場合ニ限リ之ヲ賠償スル責ニ任ス

②　公証人（国家賠償法の制定に伴う一部改正前の公証人法6条）

公証人其職務ノ執行ニ付キ嘱託人其他ノ者ニ損害ヲ加ヘタルトキハ其損害カ公証人ノ故意又ハ重大ナル過失ニ因リテ生シタル場合ニ限リ之ヲ賠償スル責ニ任ス

③　戸籍吏（国家賠償法の制定に伴う一部改正前の戸籍法4条）

市町村長カ職務ノ執行ニ付キ届出人其他ノ者ニ損害ヲ加ヘタルトキハ其損害カ市町村長ノ故意又ハ重大ナル過失ニ因リテ生シタル場合ニ限リ之ヲ賠償スル責ニ任ス

④　執達吏（国家賠償法の制定に伴う一部改正前の民事訴訟法532条）

執達吏ハ債権者ノ委任ニ因リテ為ス行為及ヒ職務上ノ義務ノ違背ヨリシテ債権者其他ノ関係人ニ対シ損害ヲ生セシメタルトキハ第一ニ其責ニ任ス

2　日本国憲法の公布と国家賠償法の制定

日本国憲法は，17条において，「何人も，公務員の不法行為により，損害を受けたときは，法律の定めるところにより，国又は公共団体に，その賠償を求めることができる。」と規定した。これを受けて，国家賠償法（昭和22年10月27日法律第125号）が制定・公布され，即日施行された。

3　国家賠償制度と他の制度との関係

(1)　国家賠償と民法上の不法行為

国家賠償法は，権力的作用に基づく損害について従来の国家無答責の原則を排除して国又は公共団体の賠償責任を規定していることや国家利益を反映した独自の制度を採用していること（同法1条2項，6条）などにかんがみれば，民法とは異なる責任を創設的に規定した法律であると考えられる。しかし，その実質的内容に照らせば，国家賠償法1条は民法715条の使用者責任に，2条は民法717条の土地工作物責任に，それぞれ類するものであることは否定できない。これら各規定の文言を比較すると，要

件・効果において共通する部分がある一方，相違点も見られる。適用対象の相違等，性質上当然に異なる部分のほか，文言上，以下のような差が見られる。

ア　国家賠償法１条と民法715条

(ア) 民法715条１項ただし書は，「ただし，使用者が被用者の選任及びその事業の監督について相当の注意をしたとき，又は相当の注意をしても損害が生ずべきであったときは，この限りでない。」と規定して，使用者の免責を一定の限度で認めているが，国家賠償法にはこれに相当する規定はなく，国又は公共団体は，選任・監督に関して注意を尽くしたことを理由とする免責を主張することはできない。

ただし，使用者責任についても具体的事案の処理において，免責の主張が認められる例はほとんどないから，この点の相違は現実には余り意味がない。

(イ) 民法715条３項は，「前二項の規定は，使用者又は監督者から被用者に対する求償権の行使を妨げない。」としているところ，求償の要件については特段の限定をしていない。これに対し，国家賠償法１条２項は，国又は公共団体から行為者たる公務員への求償権の行使を，当該公務員に故意又は重過失があった場合に限定している。

ただし，民法715条３項に基づく求償も，諸般の事情に照らし，損害の公平な分担という見地から信義則上相当と認められる限度においてのみ認められる（最高裁昭和51.7.8第一小法廷判決・民集30-7-689，裁判集民事118-241，判時827-52，判タ340-157）ことに留意する必要がある。

イ　国家賠償法２条と民法717条

(ア) 民法717条は「土地の工作物」のみを対象にするが，国家賠償法２条の「公の営造物」は土地工作物に限定されない。裁判例では，後に詳述するように公用車等の一定の動産も公の営造物に該当するとされている。

(イ) 民法717条１項ただし書は，「ただし，占有者が損害の発生を防止するのに必要な注意をしたときは，所有者がその損害を賠償しなければならない。」と規定して，占有者の免責事由を定めるとともに，所有者には絶対的な責任を課している。これに対し，国家賠償法２条は，国又は公共団体が営造物を設置・管理していれば足り，それを所有しているか否かを問題としないし，所有しているからといって絶対的責任を負わされることもない（なお，国又は公共団体が所有していない物を公の目的に供している場合，これを「他有公物」という。）。

(2)　国家賠償法１条と損失補償

国家賠償法１条は，違法な公権力の行使による損害を対象とする。これに対し，適法な公権力の行使によって私人に損失を生ぜしめた場合は，損失補償の要否が問題となる。土地収用法68条，消防法29条３項等のように，損失補償についての明文規定がある場合にはそれによることになるが，規定がない場合には，憲法29条３項（「私有財産は，正当な補償の下に，これを公共のために用ひることができる。」）を直接の根拠として損失補償を求め得るかが問題になる。最高裁判所は，傍論でその可能性を肯定している（後掲①，②）が，具体的事案でこれを認めた最高裁判所判例はない。なお，憲法29条は直接には財産権の侵害を対象としているが，それ以外の利益侵害（例えば身体の侵害）にも適用ないし類推適用できるか，ということがいわゆる予防接種禍訴訟において問題となり，後掲③を始めとして幾つかの裁判例はこれを肯定したが，後掲④はこれを否定し，以後の裁判例はこの判断を踏襲する方向にある。また，訴訟法的には，国家賠償請求に損失補償請求を追加的に併合することは，一定の要件の下に許される（後掲⑤）。

①　最高裁昭和43.11.27大法廷判決（刑集22-12-1402，判時538-12）

河川付近地制限令４条による制限に関する事案

傍論で，直接憲法29条３項を根拠にして補償請求をする余地が全くないわけではないとした。

② 最高裁昭和50.4.11第二小法廷判決（判時777-35）

文化財保護法80条による現状変更行為の制限に関する事案

傍論で，公共のためにする財産権の制限が，一般的に当然受忍すべきものとされる制限の範囲を超え，特定の人に対し特別の犠牲を課したものである場合には，これについて損失補償を認めた規定がなくとも，直接憲法29条３項を根拠として補償請求をすることができないわけではないとした。

③ 東京地裁昭和59.5.18判決＝東京予防接種禍訴訟（訟月30-11-2011，判時1118-28，判タ527-165，後掲④参照）

いわゆる予防接種禍につき，憲法29条３項を類推適用し，損害賠償と同額の損失補償を認めた。

④ 東京高裁平成4.12.18判決＝東京予防接種禍訴訟（高民集45-3-212，訟月40-1-1，判時1445-3，判タ807-78，③の控訴審）

「憲法は，公権力の違法な行使によって生じた損害（財産的損害であると非財産的損害であるとを問わない。）については，憲法17条に規定を置き，それではまかなえない財産権に対する公権力による適法な侵害に対しては憲法29条３項で損失補償を定め，また，身体の自由や生命という非財産的利益に対する適法な侵害が憲法上許容されている刑事手続の場合について憲法40条に損失補償の規定を置き，全体として公権力の行使による個々の国民の利益侵害に対する損害填補について一つの体系を形作っているものと認められる。（中略）このように，法は予防接種を義務付けているが，予防接種の結果として重篤な副反応事故が生ずることを容認していないのであるから，客観的にみると（現在の医学でその結果を事前に具体的に予見できるかどうかは別として），ある特定個人に対し予防接種をすれば必ず重篤な副反応が生ずるという関係にある場合には（予見できないためその判断が事前にはできないとしても），当該個人に対して予防接種を強制することは本来許されないものであるといわなければならない。（中略）このような違法な強制の結果被害を

受けた個人が国に対して責任を問えるか否かは，前記のような現行憲法の体系の下では，本来，憲法17条の国家賠償の問題であるというべきである。仮に，被控訴人らのいうように，特別の犠牲という要件を充足さえすれば，損失補償請求権が生ずるとすると，一般の公権力の行使はすべて公共目的のため行使されるものであるから，その適用範囲は極めて広くなるおそれがあり，その外延は不明確となり，憲法の体系が崩されて国家賠償と多くの場面で競合し，国家賠償法が故意・過失という主観的要件を要求していることの意味を失わせ，実質上違法無過失責任を認めることに繋がりかねないのである。のみならず，もともと，生命身体に特別の犠牲を課すとすれば，それは違憲違法な行為であって，許されないものであるというべきであり，生命身体はいかに補償を伴ってもこれを公共のために用いることはできないものであるから，許すべからざる生命身体に対する侵害が生じたことによる補償は，本来，憲法29条３項とは全く無関係のものであるといわなければならない。したがって，このように全く無関係なものについて，生命身体は財産以上に貴重なものであるといった論理により類推解釈ないしもちろん解釈をすることは当を得ないものというべきである。以上のとおりであるから，憲法29条３項を，公権力の行使が適法か違法かを問わず，特別の犠牲が結果として生ずれば損失補償を命じた規定と解した上，予防接種被害も同様に特別の犠牲と観念し得るが故に，損失補償請求ができると解釈することはできないものといわなければならない。」

⑤ 最高裁平成5.7.20第三小法廷判決（民集47-7-4627，訟月40-9-2177，判時1474-68，判タ829-148）

国家賠償訴訟に損失補償請求を予備的，追加的に併合することは，予備的請求が主位的請求と被告を同じくし，その主張する経済的不利益の内容が同一で，請求額もこれに見合うものであり，同一の行為に起因するものとして発生原因が実質的に共通するなど，相互に密接な関連性を有するときは，上記予備的追加的請求は，民事訴訟法232条（現行民事

訴訟法143条）による訴えの追加的変更に準じて許されるとした（なお，本件では，上記追加的変更が控訴審でされたため相手方の同意を欠くとして，訴えが却下されている。）。

4　国家賠償法と裁判例

前述のような経緯で制定された国家賠償法であるが，極めて広範囲に及ぶ公務員の職務活動や国及び公共団体の営造物管理等に関する民事責任を規定する根拠法としてはわずかに６条からなる簡潔なものであるため，その具体的な適用状況を的確に把握するためには，多数に上る裁判例の分析が不可欠である。

そこで，以下においては，各条文ごとに，学説についてはその大まかな動向を示すにとどめ，裁判例については，実務上重要な意義をもつと考えられるものを多数収載し，理解に資することにした。

第２　公務員の不法行為と賠償責任，求償権（第１条）

> 第１条　国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員が，その職務を行うについて，故意又は過失によつて違法に他人に損害を加えたときは，国又は公共団体が，これを賠償する責に任ずる。
> ②前項の場合において，公務員に故意又は重大な過失があつたときは，国又は公共団体は，その公務員に対して求償権を有する。

（参照条文）

憲法17条　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。

民法709条　故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は，これによって生じた損害を賠償する責任を負う。

民法715条①　ある事業のために他人を使用する者は，被用者がその事業の執行について第三者に加えた損害を賠償する責任を負う。ただし，使用者が被用者の選任及びその事業の監督について相当の注意をしたとき，又は相当の注意をしても損害が生ずべきであったときは，この限りでない。

②　使用者に代わって事業を監督する者も，前項の責任を負う。

③　前二項の規定は，使用者又は監督者から被用者に対する求償権の行使を妨げない。

1　本条の意義

本条１項は，憲法17条によって，公務員の不法行為による国又は公共団体の損害賠償責任が規定されたことを受けて，公権力の行使に当たる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加えた

場合には，国又は公共団体に賠償責任があるとして，その責任を明らかにしたものである（なお，公務員個人の責任については24ページ参照）。

本条1項が適用され，国又は公共団体の責任が認められるためには，以下の要件が必要であり，その1つが欠けても本条の適用はない。

① 当該行為の主体が，国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員であること

② 公務員の職務行為であること

③ 当該職務行為に違法性があること

④ 公務員に故意又は過失があること

⑤ 被害者に損害が発生したこと

⑥ 公務員の行為と損害との間に因果関係が存在すること

また，本条2項は公務員個人の責任について，当該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，当該公務員に対して求償権を有するとしている。

2　国家賠償法1条の責任主体

(1)　国又は公共団体

国家賠償法1条1項が，「国又は公共団体が，これを賠償する責に任ずる」と規定していることから明らかなように，同項における責任主体は，当該公務員の属する国又は公共団体である。

「国」は，いうまでもなく，日本国を指す。

「公共団体」は，①地方公共団体，②公共組合及び③特殊法人に大別される（西埜・国家賠償法33ないし35ページ）。

ア　地方公共団体

(ア) 地方公共団体には，普通地方公共団体としての都道府県及び市町村並びに特別地方公共団体としての特別区，地方公共団体の組合，財産区及び地方開発事業団がある（地方自治法1条の2及び1条の3）。

(イ) 地方公共団体が処理する事務は，「地方分権の推進を図るための関

係法令の整備等に関する法律」（平成11年法律第87号）1条による地方自治法の改正の前後を通じて異なっているので（以下，改正前のものを「旧地方自治法」といい，改正後のものを「現行地方自治法」という。），参考のため，まず，旧地方自治法の時代から説明する。

旧地方自治法においては2条3項に例示されており，これは，固有事務，団体委任事務及び行政事務に分類されていた（旧地方自治法2条2項）。これとは別に，地方公共団体の長は，法律又はこれに基づく政令によってその権限に属するものとされた国及び他の地方公共団体等の事務を処理するものとされていた（旧地方自治法148条1項）が，これが機関委任事務である。この事務は，地方公共団体ではなく，その機関である長が国から委任を受ける点で前記の団体委任事務と異なり，都道府県知事及び市町村長等は，この事務に関する限り，国又は地方公共団体等の機関の地位に立ち，その事務の処理について主務大臣その他国又は他の公共団体等の行政機関の指揮監督を受ける（旧地方自治法150条等）。地方自治法又はこれに基づく政令に定めるもののほか，都道府県知事が処理すべき機関委任事務は旧地方自治法別表第三（同148条2項）に，市町村長が処理しなければならない機関委任事務は同別表第四（同条3項）に，それぞれ示されていた。

国家賠償法上，地方公共団体の事務に関する損害賠償義務の責任主体は，当該事務の帰属する地方公共団体である。これに対し，機関委任事務は委任者たる国に属するから，これに関する損害賠償義務を負うのも国である。もっとも，この場合でも，国家賠償法3条の規定に基づいて地方公共団体が損害賠償責任を負うことがあるのは別論である（後掲①）。

また，都道府県警察の警察権の行使は国の公権力の行使か都道府県の公権力の行使か，という問題に関して，最高裁判所は，警察官の行う交通犯罪の捜査は，検察官が自ら行う犯罪捜査の補助に係るものであるときのような例外を除き，都道府県の公権力の行使であるとした

（後掲②）。

①　東京高裁昭和27.12.6判決（下民集3-12-1739）

「主要食糧の管理は国民食糧の確保及び国民経済の安定を図る為め，政府が食糧管理法に基き国家的見地より行う国の行政事務であって各生産者に対する生産並びに供出数量の個別的割当の如きも，本来地方公共団体たる市町村の事務に属せず市町村長は都道府県知事が農林大臣の指示の下に定めた市町村別の農業計画に従い，その市町村の区域内に居住する生産者別の農業計画を定め，その生産並びに供出すべき数量を決定するのであるからもとより地方公共団体の機関としてではなく，国の委任に基づきその機関たる地位においてこれが事務を執行するものであることは多言を要しないところである。従って市町村長が都道府県知事並びに主務大臣の監督の下に供米割当等食糧管理に関する職務を行うことは公権力の行使であり，その行使に当って故意若しくは過失により違法に私人に損害を蒙らしめたときは，国家賠償法第１条の規定により先ず国が賠償の責を負うべきものであるが同法第３条によれば市町村も右職務の執行に当る市町村長及びその補助機関の給料を支払い，所要の費用を負担する者として国と並んで賠償の責に任ずべきことが明らかである。」

②　最高裁昭和54.7.10第三小法廷判決（民集33-5-481，訟月25-11-2772，判時941-3，判タ402-68）

「都道府県警察の警察官がいわゆる交通犯罪の捜査を行うにつき故意又は過失によって違法に他人に損害を加えた場合において国家賠償法１条１項によりその損害の賠償の責めに任ずるのは，原則として当該都道府県であり，国は原則としてその責めを負うものではない，と解するのが相当である。けだし，警察法及び地方自治法は，都道府県に都道府県警察を置き，警察の管理及び運営に関することを都道府県の処理すべき事務と定めている（警察法36条１項，地方

自治法２条６項２号（昭和44年法律第２号による改正前は同条５項２号）等参照）ものと解されるから，都道府県警察の警察官が警察の責務の範囲に属する交通犯罪の捜査を行うこと（警察法２条１項参照）は，検察官が自ら行う犯罪の捜査の補助に係るものであるとき（刑訴法193条３項参照）のような例外的な場合を除いて，当該都道府県の公権力の行使にほかならないものとみるべきであるからである。都道府県警察の警察官の行う捜査が司法警察職員としての職務にあたるものであることは，前記警察法及び地方自治法の規定の趣旨にかんがみると，その捜査が国の事務にあたるものとすべき根拠とするには足りず，また，検察官の一般的指示権又は一般的指揮権（刑訴法193条１項，２項参照）は公訴の遂行を全うするため又は捜査の協力を求めるためにされるものであるにとどまるものと解すべきであるから，このような権限が国の公務員である検察官に認められているからといって，都道府県警察の警察官の行う捜査を国の公権力の行使であるとすることはできない。公権力を違法に行使した警察官が警視正以上の階級にある者ではない場合，その者の任免及びその者に対する指揮監督の権限が国家公安委員会によって任免され法制上国家公務員の身分を有する警視総監又は道府県警察本部長によって行使されるものであることは，所論の指摘するとおりであるが，右の権限は，都道府県警察の職員として都道府県に置かれる警視総監又は道府県警察本部長（地方自治法180条の９第２項，第４項，警察法48条，55条１項，２項等参照）が，都道府県公安委員会の管理の下にある都道府県警察（警察法38条１項，３項参照）の本部の長として，その所属の警察職員につき行使するもの（警察法48条，55条３項参照）にほかならないものというべく，したがって，所論指摘のことがあるからといって，前記のように都道府県の処理すべき事務にかかる警察の事務を都道府県警察の警察官において執行すること（警察法63条参照）自体までが国の公権力の

行使にあたることになるものと解すべきではない。」

③　最高裁平成3.7.16第三小法廷判決（訟月38-3-473）

国と県がともに被告とされた事案につき，県に対する関係で知事の機関委任事務であることの主張があっても，これを国に対する関係で国の公権力の行使である旨の主張がないときは，知事の行為について，国の責任を問う趣旨ではないとした。

(ｳ) これに対し，現行地方自治法は，機関委任事務を廃止するのに併せて，前記の公共事務，団体委任事務，行政事務の分類を廃し，地方公共団体の処理する事務を自治事務と法定受託事務に振り分けた。自治事務とは，法定受託事務以外の事務をいうものとし（地方自治法２条８項），法定受託事務とは，「法律又はこれに基づく政令により都道府県，市町村又は特別区が処理することとされる事務のうち，国が本来果たすべき役割に係るものであって，国においてその適正な処理を特に確保する必要があるものとして法律又はこれに基づく政令に特に定めるもの」（同条9項１号）及び「法律又はこれに基づく政令により市町村又は特別区が処理することとされる事務のうち，都道府県が本来果たすべき役割に係るものであって，都道府県においてその適正な処理を特に確保する必要があるものとして法律又はこれに基づく政令により定めるもの」（同条９項２号）をいう。

自治事務とされたものについては，地方公共団体が，法令に反しない限りで条例を制定し，独自の基準に基づいてその事務を執行することになるから，これについての損害賠償責任は，当該事務を行う地方公共団体に属することになる。

法定受託事務については，基本的には国の法令に基づいてその処理を行う点やその処理の基準を国が定めることを認める点で従来の機関委任事務の場合と事務処理の内容はそれほど大きく変わるものではないとされるものの，法定受託事務自体は地方公共団体の事務とされたのであるから，法定受託事務に関する賠償責任も，その処理に当たる

地方公共団体（都道府県ないし市町村）に属することになる（ただし，国家賠償法３条の適用はあり得る。また，法定受託事務に対する国の関与行為自体が争われたときは，国が責任主体になり得る。）。

イ　公共組合

公共組合の定義は必ずしも明確とはいえないが，一般には，ある一定の公共的な目的のために，個人たる組合員によって設立された組合であって法人格を有し，かつ行政主体たる性格を持つものをいうとされる（藤田・行政組織法197ページ）。土地改良区，土地区画整理組合，国民健康保険組合，水害予防組合，農業共済組合，漁業共済組合等がこれに当たるとされる。

これら公共組合は，第三者又は組合員に対し，一定の限度で公権力を行使することが認められている。例えば，土地改良区による経費の賦課徴収（土地改良法36条，39条），換地処分（同法54条），農業共済組合による事務費の賦課徴収（農業災害補償法87条，87条の２），立入調査（同法97条）などである。

ウ　特殊法人

特殊法人の概念も明確ではないが，「法律により直接に設立される法人又は特別の法律により特別の設立行為をもって設立すべきものとされる法人」の中で，独立行政法人を除いたもののことをいうとされる（藤田・行政組織法178ページ）。特殊法人としては，日本たばこ産業株式会社，株式会社日本政策金融公庫，日本郵政株式会社等があるが，廃止や統合，独立行政法人への移行により，その数は著しく減少している（西埜・国家補償法31ページ）。

これらは，私経済活動を行うが，法律により公権力行使の権限を与えられている限りで国家賠償法１条の適用を受ける。その場合，当該特殊法人が損害賠償責任を負う主体となる。

エ　独立行政法人

独立行政法人とは，国民生活及び社会経済の安定等の公共上の見地か

ら確実に実施されることが必要な事務及び事業であって，国が自ら主体となって直接に実施する必要のないもののうち，民間の主体にゆだねた場合には必ずしも実施されないおそれがあるもの又は一の主体に独占して行わせることが必要であるものを効率的かつ効果的に行わせることを目的として，法律の定めるところにより設立された法人をいう（独立行政法人通則法２条）。

独立行政法人も公共団体に含まれることになろう（石井・国家賠償訴訟29ページ）。

オ　国立大学法人

国立大学法人とは，国立大学を設置することを目的として，この法律の定めるところにより設立される法人をいう（国立大学法人法２条１項）。従前，我が国では，国立大学は国家行政組織法上の行政機関として位置づけられていた（国家行政組織法８条の２の施設等機関）ところ，行政改革の一環として，国立大学についても独立行政法人通則法に基づく独立法人化が問題とされたが，教育研究機関としての大学の特色にかんがみ，新たに国立大学法人法を制定し，従来の各国立大学は，同法に定める手続によって設立された国立大学法人の設置する大学としての法的地位を得るに至った。なお，国立大学法人法と独立行政法人通則法とは，形式的には，特別法と一般法の関係に立つものではないとされる。また，国立大学法人を独立行政法人と区別したのは，教育研究という業務の特殊性を考慮した結果であって，その行政主体性について疑問が生じたためではなく，国立大学法人に係る情報公開，個人情報保護法制に関しては，独立行政法人とともに，独立行政法人等の保有する情報の公開に関する法律，独立行政法人等の保有する個人情報の保護に関する法律の適用があることなどからすると，国立大学法人についても，その行政主体性を認めることができると解されている（塩野・行政法Ⅲ91ページ）。

○　東京地裁平成21.3.24判決（判時2041-64）

国立大学法人が「公共団体」に当たるとされた事案

「国立大学法人の職員が公権力を行使する公務員にあたるといえるか否かについてみると，①国立大学法人の成立の際に存在していた国立大学の職員が職務に関して行った行為は，純然たる私経済作用を除いては一般に公権力の行使にあたると解されていて，本件のような大学院の委員会における活動も，すべて公権力の行使にあたると解されていたこと，②国立大学法人は，国立大学を設置し，これを運営することをその業務としており（国立大学法人法22条１項１号），その財政は別として，委員会における活動の実態等においては格別の変更はないこと，③国立大学法人等の成立の際に，現に国が有する権利又は業務のうち，各国立大学法人が行う国立大学法人法22条１項，29条に規定する業務に関するものは，国立大学法人がこれを承継することとされていること（国立大学法人附則９条）等を総合すると，国立大学法人は国家賠償法１条１項にいう『公共団体』にあたり，その職員が行う職務は純然たる私経済作用を除いては一般に公権力の行使にあたると解するのが相当である。」

カ　公共組合，特殊法人及び独立行政法人の行為については，当該行為の公権力該当性が肯定されれば，国家賠償法のいう「公共団体」に当たると通常解されており，公共組合，特殊法人又は独立行政法人の概念いかんはそれほど重要ではないとされる（宇賀・国家補償法32ページ）。

○　東京高裁平成19.11.29判決（判時1991-78，判タ1279-159）

弁護士会の懲戒についての責任の帰属が問題とされた事案

「弁護士は，その職務の性質が公共の利益に密接な関係を有することから，公益を保護するため，法律により一定の資格が要求されると共に，その職能にふさわしい業務を行うように種々の義務が課されているところ，弁護士法は，弁護士等の職務遂行の適正を確保するための監督及び制裁につき，国の機関の指揮，監督を受けるものではない弁護士会や日弁連にその機能を付与する弁護士自治の制度を採用し，

弁護士等に一定の事由がある場合，弁護士会または日弁連がこれに対する懲戒を行うことができるものとし，公の権能の行使として；広い意味での行政処分として懲戒を行うことを認めているものであり（最高裁判所大法廷昭和42年９月27日民集21巻７号1955ページ），弁護士会及び日弁連の行う懲戒手続は公権力の発動の性質を有するものであると考えられる。（中略）したがって，弁護士会は，法律による授権により公権力の行使を委ねられた所属の弁護士等につき懲戒をするものであり，弁護士会が行う懲戒手続は国家賠償法１条１項にいう『公共団体の公権力の行使』と解することができ，また，綱紀委員会及び懲戒委員会は弁護士会の懲戒権行使に関わる機関として法律上設置されたものであり，その委員長及び委員は国家賠償法１条１項にいう『公共団体の公権力の行使に当たる公務員』に該当するというべきである。」として，懲戒委員会委員長が個人として不法行為の責任を負うものではないとした。

(2)　行政機関又は行政官署を被告とする損害賠償請求訴訟

国家賠償責任の主体である国又は公共団体ではなく，行政機関ないし行政官署を被告として，損害賠償請求訴訟（国家賠償と称するかどうかはともかく）が提起されることが，実務上少なからずある。

ア　行政機関

行政機関（法務局長，税務署長等）は私法上の権利能力を有さず民事訴訟上の当事者能力を有しないから，これらを被告とする国家賠償請求訴訟は不適法であり，このような訴えは却下される。これに対し，法務局長なり税務署長であっても，その個人（自然人）を被告とする訴訟は不適法とはいえない（もちろん，請求に理由があるかどうかは別論である。）。訴状における当事者の表示が，被告を行政機関とする趣旨か，個人とする趣旨か，あるいは国ないし公共団体とする趣旨か，分明でないものも散見されるが，このような場合には，できる限り原告の意思を明らかにさせ，被告を特定し，明確にした上での訴状送達が望まれる。

○　京都地裁昭和46.8.26判決（判時653-102，判タ267-272）

京都市右京区長に名誉を毀損されたとする者が，国家賠償法１条１項，４条及び民法723条に基づき，同区長に対して謝罪広告及び謝罪文配布を求めた事案

「本件訴訟は，行政事件訴訟ではなく，民事訴訟である。行政機関としての京都市右京区長は，私法上の権利の主体たりうる資格（権利能力）を有しないから，民事訴訟において当事者能力を有しない。したがって，行政機関としての京都市右京区長は，謝罪広告掲載および謝罪文配付を請求する本件訴訟において，当事者能力を有しないから，本件訴訟は却下を免れない。」

イ　行政官署

行政官署（法務局，税務署等）を被告とする国家賠償請求訴訟が提起されることもあるが，行政官署も私法上の権利能力を有しないから，これを被告とする訴えは，不適法であり却下される（農林省につき東京高裁昭和27.7.3・要旨集民訴Ｉ441，国立大学につき大阪地裁昭和55.3.12・判タ424-155参照）。

(3)　国又は公共団体が負う賠償責任の性質

国家賠償法１条１項は，公務員の違法行為による損害を国又は公共団体が賠償すべき旨定めるが，公務員の行為による損害を，国や公共団体が賠償しなければならない根拠は何か。

同項に定める国又は公共団体の責任の性質については，次のとおり見解が分かれている。

ア　自己責任説

国又は公共団体は，自らの危険の対外的発現に対して直接に責任を負うものであって，加害公務員に代わってその不法行為責任を負担するのではないという見解であり，「国又は公共団体が，これを賠償する責に任ずる」という文言等をその根拠とする。

イ　代位責任説

加害公務員が負うべき損害賠償責任を国又は公共団体が代わって負うという見解であり，国家賠償法１条１項が加害公務員の故意・過失を要件としていること，選任監督上の注意を尽くしたことによる免責が認められないこと及び国家賠償法１条２項の求償権の存在等をその根拠とする。

代位責任説が通説であり，裁判例もおおむねこれによっていると考えられる（西埜・国家賠償法32ページ，西埜・国家補償法28ページ）。

㋐　札幌高裁昭和43.5.30判決（判時552-50）

代位責任説を明言した裁判例

「国家賠償法第１条による国又は公共団体の賠償責任が公務員の故意又は過失に基づく加害行為を前提としてその責任を代位するものであることは，上記条文からも明らかであって，これに民法715条のような免責の規定がないことから直ちに控訴人主張のような国又は公共団体の自己責任を定めたものと解することはできないばかりでなく，民法715条の被用者については勿論同法第44条の法人の責任負担の場合と雖も当該機関の行為に一般の不法行為の要件の存在を必要とするのであって，国又は公共団体の前掲損害賠償責任が担当公務員の故意過失を問わずその公務運営上の瑕疵により発生するとする控訴人の見解は，国家賠償法第１条の解釈上いまだ採用することができない。」

(4)　公務員個人に対する請求の可否

国又は公共団体が国家賠償法１条１項の責任を負う場合に，被害者は，民法709条等の規定に基づき，当該公務員個人に対して損害賠償を請求することはできないとするのが，判例・通説である。

ア　学説

否定説が通説であるが，反対説もある。

①　否定説

理由として，規定の体裁（「国又は公共団体が，これを賠償する責に任ずる」）のほか，国又は公共団体に十分な資力がある以上，資力

の乏しい公務員個人への請求を認める必要はないこと（被害者の報復感情の満足は損害賠償制度の目的ではない。），公務員個人への請求を認めると公務員の職務執行が萎縮し行政の停滞をもたらすおそれがあること，軽過失の場合に直接請求を認めることは国家賠償法１条２項の求償権の規定と齟齬すること，国家賠償法附則において従前認められていた登記官吏，公証人，戸籍吏等の個人責任に関する規定（前掲６ページ）が削除されたこと等を挙げる。

②　限定的肯定説

国家賠償法１条２項の公務員個人に対する求償権の場合と同様に，故意又は重過失のあるときにのみ公務員の責任を認める説である。

また，公務員が私利私欲を図ったような場合（このような場合もいわゆる外形標準説により国家賠償法１条１項に基づき国又は公共団体が責任を負うことは後述のとおり）には，個人の免責に疑問があるとの見解もある（塩野・行政法Ⅱ298ページ）。

③　肯定説

理由として，民法715条では被用者も使用者とともに賠償責任を負うのに，国家賠償法の適用がある場合には公務員は個人責任を負わないとする理由はないこと，国家賠償は，公務員の職権濫用に対する民衆による個別的監督作用を営むこと，被害者の報復感情を満たし得ること等を挙げる。

イ　裁判例

最高裁判所は否定説を採用していると考えられる（後掲①，②，⑤）。下級審裁判所の裁判例の中には限定的肯定説を採用したものがある（後掲③）が，控訴審判決ではこれが覆された（後掲④）。

①　最高裁昭和30.4.19第三小法廷判決（民集9-5-534，判時51-4）

県知事が行った町農地委員会の解散命令により名誉を毀損されたとする者が，県知事個人及び農地部長個人に対して損害賠償を求めた事案

「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って，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。従って，（中略）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」

同旨の裁判例として，最高裁昭和47.3.21第三小法廷判決（判時666-50，判タ277-138）がある。

② 最高裁昭和53.10.20第二小法廷判決＝芦別国賠訴訟（民集32-7-1367，訟月24-12-2555，判時906-3，判タ371-43）

刑事事件の捜査及び訴追に故意又は重過失があったとする者が，国並びに担当検察官及び警察官個人に対し，損害賠償と謝罪広告を求めた事案

「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。」

③ 東京地裁平成6.9.6判決＝日本共産党幹部宅盗聴事件（判時1504-40，判タ855-125，後掲④参照）

県警所属の複数の警察官によって組織的に電話の盗聴を受けた共産党幹部が，国，県及び警察官個人に対し，損害賠償を求めた事案

「本件盗聴行為がまさに被告県の職務として実行されたものであることについては同被告ら主張のとおりであるが，他方，本件盗聴は当初より違法であることが明白な行為であって，かかる行為についてまで，形式的に公務に該当することを理由に，公務としての特別の配慮を加えるべき理由が存するのかどうかについては強い疑問を感じざるを得ないところである。思うに，公務は，私的業務とは際立った特殊

性を有するものであり，その特殊性ゆえに，民事不法行為法の適用が原則として否定されるべきものであると解されるが，右の理は，本件のごとく，公務としての特段の保護を何ら必要としないほど明白に違法な公務で，かつ，行為時に行為者自身がその違法性を認識していたような事案については該当しないものと解するのが相当である。このように解しても，公務員の個人責任が認められる事案は，行為の違法性が重大で，かつ行為者がその違法性を認識している場合に限られるのであるから，損害賠償義務の発生を恐れるがゆえに公務員が公務の執行を躊躇するといったような弊害は何ら発生するおそれがないことは言うまでもなく，かえって，将来の違法な公務執行の抑制の見地からは望ましい効果が生じることさえ期待できるところである。」

④ 東京高裁平成9.6.26判決＝日本共産党幹部宅盗聴事件（訟月44-5-660，判時1617-35，判タ954-102，③の控訴審）

「公権力の行使に当たる国又は公共団体の公務員が，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，その公務員が属する国又は公共団体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である（中略）。このことは，国家賠償法1条が，1項において，国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員がその職務を行うについて違法に他人に損害を加えたときは，国又は公共団体が，その公務員に故意又は過失のいずれかがある場合でも，これを賠償する責に任ずるものとしながら，2項において，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旨を規定しているのみで，公務員に故意又は重大な過失があったときの公務員個人の他人に対する損害賠償責任について，何ら規定していないことからも明らかであるというべきである。国家賠償制度は，広い意味における不法行為制度の一環として，損害の填補を目的とするものであって，加害者個人に対する制裁等を目的とするものではな

いところ，国家賠償法１条を前記のように解しても，何ら被害者の救済に欠けることとなるものではないし，他面において，加害者個人に対する制裁等は，事柄の性質上，刑事訴追等別途の方法にゆだねられるべき筋合のものというべきである。」

⑤　最高裁平成19.1.25第一小法廷判決（民集61-1-1，判時1957-60，判タ1233-136，後掲３(5)(44ページ）参照）

社会福祉法人が設置運営する児童養護施設に入所している児童が他の入所児童から暴行を受けて傷害を負い，後遺症が残ったとして，県と社会福祉法人に対して損害賠償請求がされた事案

「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，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，国又は公共団体がその被害者に対して賠償の責めに任ずることとし，公務員個人は民事上の損害賠償責任を負わないこととしたものと解される（最高裁昭和28年(オ)第625号同30年４月19日第三小法廷判決・民集９巻５号534頁，最高裁昭和49年(オ)第419号同53年10月20日第二小法廷判決・民集32巻７号1367頁等)。この趣旨からすれば，国又は公共団体以外の者の被用者が第三者に損害を加えた場合であっても，当該被用者の行為が国又は公共団体の公権力の行使に当たるとして国又は公共団体が被害者に対して同項に基づく損害賠償責任を負う場合には，被用者個人が民法709条に基づく損害賠償責任を負わないのみならず，使用者も同法715条に基づく損害賠償責任を負わないと解するのが相当である。」

(5)　公務員個人に対する求償

ア　意義

国家賠償法１条２項は，「前項の場合において，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。」と規定しており，国又は公共団体が被害者に賠償を行った場合，加害公務員の故意又は重過失を要件として，同人に対して求償

権を取得する。これは，民法715条３項が，「前二項の規定は，使用者又は監督者から被用者に対する求償権の行使を妨げない。」と規定し，使用者から被用者に対する求償権を，特段の制限なしに認めているのとは異なる。このように求償権を制限したのは，軽過失でも求償し得るとしたのでは，公務員が萎縮し，職務の執行に当たって過度に慎重になって積極的な職務執行が望めなくなるおそれがあり，ひいては行政の停滞をもたらすという，政策的な配慮に基づくものとされている。

ここにいう「重過失」とは，一般人に要求される注意義務を著しく欠くこととされる。失火ノ責任ニ関スル法律（明治32年法律第40号）ただし書に規定する「重大ナル過失」について，「通常人に要求される程度の相当な注意をしないでも，わずかの注意さえすれば，たやすく違法有害な結果を予見することができた場合であるのに，漫然これを見すごしたような，ほとんど故意に近い著しい注意欠如の状態を指す」とする判例（最高裁昭和32.7.9第三小法廷判決・民集11-7-1203）があり，国家賠償法１条２項にいう重過失についてもこれと同様に解することができよう。

イ　求償権の消滅時効等

国家賠償法１条２項の規定に基づく求償権の消滅時効については，裁判例は見当たらず，学説は，債権の消滅時効に関する民法の一般原則により10年である（同法167条１項）とするのが多数である（宇賀・国家補償法87ページ，西埜・国家賠償法251ページ。これに対して，国家賠償請求権自体の消滅時効と同様３年であるとする説もある。)。

なお，国からの求償権を行使された当該公務員は，国が被害者に支払った損害賠償額と，それに対する支払日以降の法定利息を国に償還しなければならない。この求償債権は「国の債権の管理等に関する法律」（昭和31年法律第114号）の適用を受ける。

３　公権力の行使

(1)　意義

国家賠償法１条１項の責任が認められるためには，同条項が「公権力の行使に当る」と規定していることから，国又は公共団体の公務員の行為が，公権力の行使に当たることが必要である。

したがって，公務員の行為であっても，公権力の行使に当たらないものについては，国家賠償法の適用はない。しかし，それによって損害賠償請求の途が閉ざされるわけではなく，民法709条によって加害公務員に，また，同法715条によって国又は公共団体に，それぞれ賠償を求めることが可能である。したがって，公権力の行使に当たるか否かの区別の実益は，国又は公共団体にとってはさして大きくない(免責の有無や求償の範囲についての差は，条文上はともかく，実際にはほとんどない。)。実益として考えられるのは，費用負担者の責任（国家賠償法３条）が問題となるかどうかくらいであろう。他方，国家賠償法の適用があると，被害者からの公務員個人に対する請求はできないとするのが通説・判例であるから，この点で加害公務員への影響は大きい。

公務員の行為のうちいかなるものが，ここにいう「公権力の行使」に当たるかについては，以下のとおり見解が分かれている。広義説が判例・通説とされているが，具体的適用の場面では必ずしも明確とは言い難い場合もある。

ア　学説

①　狭義説

「公権力の行使」の文言を忠実に解し，国家統治権に基づく優越的な意思の発動たる作用（権力的作用）に限定する。国家賠償法制定当初の通説で，裁判例もこれによるものが多かった。

②　広義説（判例・通説）

「公権力の行使」を，純然たる私経済作用と国家賠償法２条が規定する営造物の設置管理作用とを除く，国又は公共団体のすべての作用とする。権力的作用のみならず，非権力的作用に属する公務員の行為

（例えば，行政指導，国土調査等）についても国家賠償法１条の適用があるが，純然たる私経済作用（医療行為，鉄道・交通事業，郵便・電信事業，運輸事業等）に属する行為については，民法を適用するという見解である。

③　最広義説

国家賠償法１条の適用範囲を権力的作用・非権力的作用に限らず，私経済作用に属する公務員の行為も含めて，公務員の行為全般に及ぶとする見解である。

通説・判例の広義説によると，私経済作用には民法709条，715条が適用される。もっとも，私経済作用か否かの基準は必ずしも明確ではない。例えば，医療行為は一般に私経済作用と解されているが，刑務所内の医療行為は，純然たる私経済作用とは言い切れないし，また，裁判所からの訴状等の送達をする行為（民事訴訟法99条）については，これが司法作用に属することは疑問の余地がなく，送達行為が執行官による場合は公権力性を肯定することに異論はない。

ところで，郵政民営化後の特別送達については，郵政民営化法等の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律（平成17年法律第102号）14条において，新たな資格制度として郵便認証司を設け，郵便認証司が郵便事業会社の行う特別送達の適正を認証することとされた（改正後の郵便法49条，58条)。そして，郵便認証司及び特別送達の業務に従事する者は，法令により公務に従事する職員と規定された（改正後の郵便法74条)。

イ　裁判例（一般論を示したもの）

①　京都地裁昭和47.7.14判決（判時691-57，判タ283-168)

京都市内の風致地区にガソリンスタンド建築用の土地の取得を計画していた者が，同市職員から事前相談形式による違法な行政指導を受けたとして損害賠償を求めた事案

「国家賠償法１条１項の『公権力』とは，国または公共団体の作用

のうち，純然たる私経済作用と，同法２条によって救済される公の営造物の設置・管理作用をのぞくすべての作用を指称すると解するのが相当である。」

② 東京高裁昭和52.4.27判決（高民集30-78）

クラブ活動中にけがをした者が，クラブ活動の指導監督である県立高等学校教諭の行為について，県に対して損害賠償を求めた事案

「国家賠償法１条にいう『公権力の行使』という要件には，国または地方公共団体がその権限に基づく統治作用としての優越的意思の発動として行う権力作用のみならず，国または地方公共団体の非権力作用（ただし，国または地方公共団体の純然たる私経済作用と，同法第２条に規定する公の営造物の設置管理作用を除く。）もまた，包含されるものと解するのが相当である。」

(2) 裁判例の類型別整理

ア 「公権力の行使」が肯定された裁判例

(ア) 検察・警察関係

① 警察官が飼犬にかまれている女性を救出する行為（長崎地裁佐世保支部昭和37.12.17判決・下民集13-12-2480）

② 警察官が取材記者に捜査結果を発表する行為（仙台地裁昭和38.5.22判決・下民集14-5-1011，訟月9-9-1090，東京地裁昭和49.6.20判決・判時762-59，判タ311-182）

③ 警察官がけん銃を使用する行為（大阪地裁昭和61.9.26判決・判時1226-89，判タ634-189）

(イ) 登記・公証関係

① 公証人の公証行為（京都地裁昭和37.4.11判決・下民集13-4-713）

② 登記事務（東京高裁昭和38.4.24判決・下民集14-4-792，訟月9-6-683，東京地裁昭和50.9.29判決・判時811-70）

③ 登記官の閲覧監視行為（広島地裁昭和43.3.6判決・訟月14-4-350，

判時540-65，東京地裁昭和48.5.30判決・下民集24-5～8-346，訟月19-8-65，判時704-36）

(ウ) 学校関係

① 公立学校教諭が校内非行事件の容疑者ないし関係人として生徒を取り調べる行為（福岡地裁飯塚支部昭和34.10.9判決・下民集10-10-2121）

② 公立学校の授業中の事故（宇都宮地裁昭和38.1.12判決・下民集14-1-1）

③ 公立学校が特別教育活動として行う水泳訓練（津地裁昭和41.4.15判決・下民集17-3・4-249，判時446-23，判タ190-154）

④ 公立学校の授業の一環として実施する清掃作業（福岡地裁昭和45.5.30判決・下民集21-5・6-755，判時621-67，判タ253-297）

⑤ 公立学校教諭の生徒に対する懲戒権の行使（福岡地裁飯塚支部昭和45.8.12判決・判時613-30，判タ252-114）

⑥ 公立学校教諭が，実験助手に対して実験準備をさせる行為（広島地裁昭和46.4.15判決・判時643-77，判タ264-244）

⑦ 公立学校教諭の夏期水泳訓練中の指導・監督行為（大阪地裁昭和46.7.14判決・判時649-65，判タ267-266）

⑧ 公立学校教諭が生徒に体罰を加える行為（前橋地裁高崎支部昭和47.9.7判決・判時680-24）

⑨ 公立学校長がする入学不許可処分（岡山地裁昭和48.3.30判決・判時726-88，判タ297-293）

⑩ 公立学校の実施する修学旅行（神戸地裁昭和49.5.23判決・下民集25-5～8-436，判時767-75）

⑪ 市教育委員会指導主事が同委員会の決定に基づき私立高等学校教諭に対してする退職勧奨（山口地裁下関支部昭和49.9.28判決・判時759-4，判タ322-275）

⑫ 公立学校における特別教育活動終了後の担当教師の監督行為（高

松高裁昭和49.10.31判決・下民集25-9～12-877，判時770-57)

⑬　公立学校教諭が校外活動として実施する登山旅行の引率（長野地裁昭和52.1.21判決・判時867-100)

⑭　校長が担任教諭が設けた落書コーナーの生徒の落書物をはぎとり，市教育委員会に報告し，更に市会議員に落書物を見せる行為（福岡高裁昭和51.2.25判決・判タ338-189)

⑮　公立養護学校のスクールバスの運行（横浜地裁昭和51.6.23判決・判タ347-228)

⑯　公立学校長の指揮の下で実施するＰＴＡの除雪作業（札幌地裁昭和51.12.16判決・判タ357-293)

⑰　公立学校教諭による夏休みクラスキャンプの引率（福島地裁昭和53.2.20判決・判時906-82)

⑱　特別区のする教育事務（東京地裁昭和54.3.28判決・判時921-18，判タ382-56)

⑲　地方公共団体の公立学校生徒に対する教育作用（長崎地裁昭和58.1.21判決・判時1075-146，判タ494-123)

⑳　航空大学校の学生に対する搭乗訓練（東京地裁昭和59.9.26判決・判タ537-275，交通民集17-5-1302)

㉑　公立学校教職員による特別教育活動・学校行事である運動会における指導監督（水戸地裁下妻支部昭和60.2.6判決・判例自治11-76)

㉒　公立学校教諭による修学旅行の際の引率監督行為（広島地裁呉支部昭和61.10.24判決・判時1226－102，広島高裁昭和63.12.7判決・判時1311-74)

㉓　公立工専の教員が山岳部員を春山登山に引率して指導する行為（東京高裁昭和61.12.17判決・判時1222-37，判タ624-254，判例自治29-25)

㉔　公立学校における教師の教育活動（最高裁昭和62.2.6第二小法廷判決・裁判集民事150-79，判時1232-100，判タ638-137，判例自治31-32)

㉕　公立学校における非常勤柔道講師の授業（名古屋地裁平成4.6.12判決・判時1465-128，判タ800-244)

(エ) 医療関係

①　陸上自衛隊の地区病院長が，自衛官を強度の精神障害者であると判断して病院に入院させる行為（熊本地裁昭和37.6.15判決・訟月8-6-1009)

②　刑務所等における医療行為（東京地裁昭和47.3.7判決・判時678-56，判タ278-311；大阪地裁昭和48.9.19判決・下民集24-9～12-650，判時720-40，東京地裁昭和49.5.20判決・訟月20-9-63，判時741-82，広島地裁平成2.6.29判決・判タ742-128，最高裁平成17.12.8第一小法廷判決・判時1923-26，東京高裁平成18.4.26判決・判タ1261-179)

③　厚生省公衆衛生局長通達に基づく勧奨予防接種（東京地裁昭和52.1.31判決・下民集38-1～4-50，判時839-21，判タ345-139，名古屋地裁昭和60.10.31判決・訟月32-8-1629，判時1175-3，判タ573-10)

④　「予防接種法及び結核予防法の一部を改正する法律」（平成６年法律第51号）による改正前の予防接種法に基づく予防接種（東京地裁昭和53.3.30判決・訟月24-5-923，判時884-36，高松地裁昭和59.4.10判決・訟月30-9-1598，判時1118-163，判タ521-264，判例自治8-72，福岡地裁平成元.4.18判決・判時1313-17，判タ699-61)

⑤　精神衛生法29条に基づく措置入院（福岡地裁昭和55.11.25判決・判時995-84，判タ433-52)

⑥　措置入院のための精神衛生鑑定医の精神鑑定ないし診療（大阪高裁昭和55.12.24判決・判タ444-124)

⑦　措置入院患者に対する治療及び管理行為（静岡地裁昭和57.3.30

判決・判時1049-91，判タ471-158)

(オ) 行政指導関係

① 税務署長が農協組合員に対し納税督励のための勧奨をする行為(盛岡地裁昭和30.9.13判決・下民集6-9-1993，訟月1-9-57)

② 市の風致課長が事前相談の形式でする行政指導（京都地裁昭和47.7.14判決・判時691-57，判タ283-168)

③ 玩具拳銃の製造，販売の中止勧告などの行政指導（東京地裁昭和51.8.23判決・下民集27-5～8-498，判時826-20，判タ339-154)

④ 通商産業局長が試掘権の登録通知をするに当たって操業注意事項と題する書面を交付する行為（大津地裁昭和53.3.20判決・訟月24-7-1385)

⑤ 東京都労働局の地方事務官が兼業内容を変更するかその事業を断念するよう勧告する行為（東京地裁昭和56.2.27判決・訟月27-9-1585，判時1013-51，判タ443-91)

⑥ 市の職員がゴルフ場造成計画の実行を翻意するよう勧告し，その事前審査申請書を受理しない行為（静岡地裁昭和58.2.4判決・判時1079-80，判例自治2-91)

⑦ 海上保安部及び各県の担当職員が，産業廃棄物を積載した傭船に対し，荷揚げ後の廃棄物の処理計画不明等を理由に，接岸及び荷揚げをしないよう行政指導する行為（大阪地裁昭和60.5.24判決・訟月32-3-495，判例自治12-107)

⑧ 厚生大臣が市町村に対してした予防接種を勧奨する旨の行政指導(東京地裁昭和61.3.14判決・訟月32-11-2602，判時1215-73)

⑨ 市の職員が宅地開発等指導要綱に基づく開発協力金の納付をするよう行政指導する行為(大阪地裁堺支部昭和62.2.25判決・判時1239-77，判タ633-183，判例自治61-63)

⑩ 県知事が国土利用計画法24条に基づき届出人に対してする行政指導（広島地裁尾道支部平成2.4.26判決・判例自治77-44)

⑪ 在監者から創作原稿の発送の申出を受けた拘置所の係官が，当該原稿の中身につき合計50か所を抹消するよう働きかけた行為（東京地裁平成3.3.25判決・判時1397-48，判タ769-126)

(カ) 証明・認証・登録事務等関係

① 大阪府知事に対する産汚物処理業許可及び産汚物処理場設置許可の申請書に添付する大阪市長の副申の作成行為（大阪高裁昭和31.3.19判決・下民集7-3-702)

② 陸運事務所の自動車登録に関する事務（東京地裁昭和31.7.25判決・下民集7-7-2011)

③ 建築主事が建築基準法６条に基づいて行う確認行為（山口地裁岩国支部昭和36.2.20判決・下民集12-2-320，山口地裁岩国支部昭和42.8.16判決・訟月13-11-1333)

④ 市町村の行う印鑑証明事務（長野地裁昭和33.12.24判決・下民集9-12-2587，名古屋高裁昭和34.3.16判決・高民集12-6-213，判時204-22，判タ94-46，高松高裁昭和34.10.30判決・下民集10-10-2313，福岡地裁小倉支部昭和39.11.6判決・判タ172-160，千葉地裁昭和48.2.28判決・判時716-86)

⑤ 市町村の行う資産証明書の作成交付事務（熊本地裁山鹿支部昭和39.5.26判決・下民集15-5-1201)

⑥ 日本自転車振興会が登録競輪選手に対して，出場あっせん保留及び選手登録削除の処分をする行為（東京地裁昭和47.12.25判決・下民集23-9～12-703，判時708-48，判タ298-393，東京地裁昭和49.6.27判決・行裁集25-6-694，判タ329-201)

⑦ 農業委員会の意見進達（東京高裁昭和50.6.26判決・東高民報26-6-101，判時793-51，判タ330-280)

⑧ 市町村が行う地方競馬における勝馬認定（着順判定）行為（金沢地裁昭和50.12.12判決・判時823-90)

⑨ 営林署長が国有林の一部の無料利用を承認する行為（長野地裁松

本支部昭和54.3.1判決・判時941-89)

(キ) その他

① 保安隊（自衛隊の前身）員が隊員のスキー訓練のためキャリアーを運転する行為（旭川地裁昭和34.3.31判決・訟月5-5-655)

② 旧警察予備隊員が部隊行進のため自動車を運転する行為（東京地裁昭和39.10.20判決・訟月11-2-254，判タ170-251)

③ 自衛隊学校の教官が柔道場で柔道の対戦をさせる行為（東京地裁昭和49.7.26判決・判時755-86，判タ312-247)

④ 消防団員が火災現場へ急行するために消防自動車を運転する行為(名古屋地裁昭和44.12.17判決・交通民集2-6-1793)

⑤ 市消防署の消火活動（秋田地裁昭和47.11.10判決・下民集23-9～12-616，判時695-101)

⑥ 非常勤の消防団員のする「しばやき」行為（岐阜地裁昭和56.7.15判決・判時1030-77)

⑦ 選挙管理委員会がする公職の候補者の氏名及び党派別の掲示（東京地裁昭和36.5.17判決・下民集12-5-1144，訟月7-5-1069，判タ121-61)

⑧ 選挙管理委員会が議員の当選の効力に関する異議申立てに対して審理し決定する行為（福岡高裁昭和38.4.26判決・下民集14-3-862)

⑨ 開票管理者がする投票の効力の決定（大阪高裁昭和42.5.30判決・下民集18-5・6-591，判時509-37，判タ209-204)

⑩ 選挙管理委員会の開票事務（山形地裁新庄支部昭和53.3.31判決・判時904-102)

⑪ 県企業庁がえん堤事業を行うえん堤について操作業務担当者が行った放流行為（横浜地裁昭和43.10.31判決・判時545-20)

⑫ 生活情報センター所長が取材記者に情報提供をする行為（東京高裁昭和54.2.22判決・判時925-68，判タ387-99)

⑬ 精神薄弱者援護施設における管理業務（広島地裁福山支部昭和54.6.22判決・判時947-101)

⑭ 水道企業団（公法人）が上水を供給するための送水管を敷設する行為（横浜地裁昭和55.1.31判決・判時966-87)

⑮ 弁護士会懲戒委員会が会員に対してする懲戒権の行使（東京地裁昭和55.6.18判決・下民集31-5～8-428，訟月26-11-1938，判時969-11，判タ419-121，同423-112)

⑯ いわゆる政令指定都市の区長が，弁護士法23条の2に基づく照会に応じて前科及び犯罪経歴を報告した行為（最高裁昭和56.4.14第三小法廷判決・民集35-3-620，判時1001-3，判タ442-55)

⑰ 市の職員による下水路の溢水を防止するポンプ場を維持管理する行為（横浜地裁昭和63.3.31判決・判時1285-101，判タ676-174，判例自治51-43)

⑱ 町が行う水道管埋設計画及びその工事（名古屋地裁平成3.5.30判決・判例自治94-85)

⑲ 市が行う給水契約の締結拒否及び下水道の使用の拒否（東京地裁八王子支部平成4.12.9判決・判時1465-106，判タ813-216，判例自治1091-73，福岡高裁平成7.7.19判決・判時1548-67，判例自治147-54)

⑳ 国の指定代理人の訴訟行為（東京地裁平成5.9.27判決・訟時230-147)

㉑ 国が賃借してアメリカ合衆国駐留軍用地として提供していた私有地について，従前の賃貸借期間が終了した後，国がアメリカ合衆国駐留軍に対する用地の提供を目的として占有した行為（那覇地裁平成13.11.30判決・民集57-19-1735，訟月48-11-2648，福岡高裁那覇支部平成14.10.31判決・民集57-10-1812，訟月49-6-1707，判時1819-51)

㉒ 指名競争入札における業者の指名回避行為（最高裁平成18.10.26

第一小法廷判決・判時1953-122，判タ1225-210)

イ　公権力の行使が否定された裁判例

(ア) 裁判所関係

① 廷吏が私用車による送達事務を終えた後の運転行為（京都地裁昭和47.7.8判決・訟月18-11-1700，判タ283-180)

② 裁判所から選任された鑑定人の鑑定行為（東京地裁昭和59.6.25判決・下民集35-5～8-349，訟月31-1-17，判時1122-34)

③ 執行裁判所から選任された評価人の評価行為（鹿児島地裁昭和59.12.26判決・訟月31-8-1763，判時1145-117)

④ 裁判官個人を被告とする訴訟において，被告とされた裁判官が個人としてこれに応訴する行為（前橋地裁平成15.7.25判決・判時1840-33，東京高裁平成16.2.25判決・判時1856-99)

(イ) その他

① 占領軍が主体となって行った火薬類の焼却作業に当たり，警察官が付近住民に対する避難を勧告する行為（最高裁昭和31.4.10第三小法廷判決・訟月2-5-88)

② 警察官が交通事故の処理を終わって帰庁後，警察署構内で惹起した人身事故（東京地裁昭和42.8.28判決・判時502-46，判タ214-231)

③ 自衛官による営内洗車場内での運転行為（東京地裁昭和45.11.2判決・判タ259-263，交通民集3-6-1709)

④ 海上自衛隊員が基地内において，上司の指揮命令の下で実施した炊事作業行為（東京地裁昭和52.5.27判決・判時878-84)

⑤ 自衛隊宿舎に宿泊している隊員の入浴行為（東京地裁昭和56.2.26判決・訟月27-7-1251，判時1009-96，判タ452-117)

⑥ 国の嘱託に基づいて国家公務員の定期健康診断の一環としての検診を行った保健所勤務の医師の行為（最高裁昭和57.4.1第一小法廷判決・民集36-4-519，訟月28-11-2147，判時1048-99，判タ473-133，

後掲４(4)⑤（52ページ）参照)

「レントゲン写真による検診及びその結果の報告は，医師が専らその専門的技術及び知識経験を用いて行う行為であって，医師の一般的診断行為と異なるところはないから，特段の事由のない限り，それ自体としては公権力の行使たる性質を有するものではないというべきところ，本件における右検診等の行為は，本件健康診断の過程においてなされたものとはいえ，右健康診断におけるその余の行為と切り離してその性質を考察，決定することができるものであるから，前記特段の事由のある場合にあたるものということはできず，したがって，右検診等の行為を公権力の行使にあたる公務員の職務上の行為と解することは相当でない。」

⑦ 公益法人（財団法人阪神・淡路大震災復興基金）の委託事務として行われた自立支援金申請を却下する市の通知（神戸地裁平成13.4.25判決・判例自治224-76)

(3) 立法作用及び司法作用

立法権及び司法権については，その作用の特殊性に照らし，一部には国家賠償法の適用を否定する見解もあるが，通説・判例はこれを肯定している。なお，立法権及び司法権の特殊な性質が国家賠償法１条１項の違法性判断（当該立法内容自体の違憲性の問題と議員の立法活動の違法性の問題を区別するいわゆる違法性二元論等）に大きく影響を及ぼしている。この点については，後記11(1)及び(2)（97ページ以下）を参照されたい。

まず，立法作用については，後掲①及び②の判決は，国家賠償法の適用自体は当然の前提としつつ，極めて例外的な場合に限り国家賠償法１条の違法性を認めるという解釈を採っている。

司法作用についても，後掲③の判決は，司法権の作用も国家賠償法の対象となることを肯定しつつ，その適用に当たっては，司法権の本質に由来する制約があるとし，司法権の本質を根拠に，裁判官による争訟の裁判について，国家賠償法上の違法の生ずる場合を極めて限定的にとらえるべき

ことを明らかにした。

（立法作用）

①　最高裁昭和60.11.21第一小法廷判決＝在宅投票訴訟（民集39-7-1512，訟月32-9-2002，判時1177-3，判タ578-51）

「国会議員の立法行為は，立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき，容易に想定し難いような例外的な場合でない限り，国家賠償法１条１項の規定の適用上，違法の評価を受けない」

②　最高裁平成17.9.14大法廷判決＝在外邦人選挙権訴訟（民集59-7-2087，判時1908-36，判タ1191-143）

在外国民の選挙権行使の機会が制限されているのに，これを是正しない立法不作為の違法が問われた事案につき，①判決に従いつつも，立法不作為が国家賠償法上違法と評価される場合として，「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や，国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり，それが明白であるにもかかわらず，国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには，例外的に，国会議員の立法行為又は立法不作為は，国家賠償法１条１項の規定の適用上，違法の評価を受けるものというべきである。」とし，「在外国民であった上告人らも国政選挙において投票をする機会を与えられることを憲法上保障されていたのであり，この権利行使の機会を確保するためには，在外選挙制度を設けるなどの立法措置を執ることが必要不可欠であったにもかかわらず，前記事実関係によれば，昭和59年に在外国民の投票を可能にするための法律案が閣議決定されて国会に提出されたものの，同法律案が廃案となった後本件選挙の実施に至るまで10年以上の長きにわたって何らの立法措置も執られなかったのであるから，このような著しい不作為は上記の例外的な場合に当たり，このような場合においては，過失の存在を否定することはできない。このような立法不作為の結果，上告人らは本件選挙において投票をすることができず，これによる精神的苦痛を被ったものというべきである。」として，国の国家賠償責任を肯定した。

（司法作用）

③　最高裁昭和43.3.15第二小法廷判決（訟月14-12-1343，判時524-48）

法廷等の秩序維持に関する法律に基づき過料の制裁決定を受けた弁護士が，国に対して損害賠償を求めた事案

「裁判官のなす職務上の行為について，一般に，国家賠償法の適用があることは所論のとおりであって，裁判官の行う裁判についても，その本質に由来する制約はあるが，同法の適用が当然排除されるものではない。」

④　最高裁昭和57.3.12第二小法廷判決（民集36-3-329，訟月28-11-2071，判時1053-84）

「裁判官がした争訟の裁判につき国家賠償法１条１項の規定にいう違法な行為があったものとして国の損害賠償責任が肯定されるためには，右裁判に上訴等の訴訟法上の救済方法によって是正されるべき瑕疵が存在するだけでは足りず，当該裁判官が違法又は不当な目的をもって裁判をしたなど，裁判官がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行使したものと認めうるような特別の事情があることを必要とする」

(4)　行政処分の取消訴訟等との関係

行政処分（行政事件訴訟法３条２項参照）が国家賠償法１条１項の「公権力の行使」に当たることに問題はない。

行政処分については，処分庁等による職権取消し，行政上の不服申立てによる取消し，抗告訴訟の判決による取消しないし無効確認判決があるまでは有効であるとされているが，処分の違法を理由に，国家賠償法に基づく損害賠償請求をするために，あらかじめ処分の取消し・無効の判決を得ておく必要はない（後掲判決）。

なお，行政処分の取消訴訟が確定した場合，これが同処分の違法を理由

とする国家賠償訴訟にいかなる影響を及ぼすかについては，平成16年度法務局訟務部付事務打合せ会（後期）の開催結果（訟時359別冊１ページ以下）参照。

○　最高裁昭和36.4.21第二小法廷判決（民集15-4-850，判時266-16），最高裁昭和42.9.14第一小法廷判決（民集21-7-1807，判時502-34）

行政処分が違法であることを理由として国家賠償の請求をするについては，あらかじめ当該処分について取消し・無効の判決を得なければならないわけではないとした。

(5)　民間委託と公権力の行使

民間委託により社会福祉法人等に公権力の行使がゆだねられることがあるため，民間団体の被用者の不法行為により第三者が損害を被った場合に，その被用者の行為が公権力の行使に該当するかが問題となる。

○　最高裁平成19.1.25第一小法廷判決（民集61-1-1，判時1957-60，判タ1233-136，前掲２(4)イ⑤（28ページ）参照）

都道府県による児童福祉法27条１項３号の措置に基づき社会福祉法人の設置運営する児童養護施設に入所した児童を養育監護する行為は国家賠償法１条１項にいう公権力の行使に当たるとされた事案

（当該児童養護施設は児童福祉法41条の児童養護施設であるところ）

「法（編注・児童福祉法）は，国及び地方公共団体が，保護者とともに，児童を心身ともに健やかに育成する責任を負うと規定し（法２条），その責務を果たさせるため，都道府県に児童相談所の設置を義務付け（法15条〔平成16年法律第153号による改正前のもの〕），保護者がないか又は保護者による適切な養育監護が期待できない児童（以下「要保護児童」という。）については，都道府県は，児童相談所の長の報告を受けて児童養護施設に入所させるなどの措置を採るべきこと（法27条１項３号），保護者が児童を虐待しているなどの場合には，都道府県は，親権者又は後見人（以下，併せて「親権者等」という。）の意に反する場合であっても，家庭裁判所の承認を得て児童養護施設に入所させるなどの措置を採ることができること（法28条），都道府県が３号措置により児童を児童養護施設（国の設置する施設を除く。）に入所させた場合，入所に要する費用のほか，入所後の養育につき法45条に基づき厚生労働大臣が定める最低基準を維持するために要する費用は都道府県の支弁とし（法50条７号），都道府県知事は，本人又はその扶養義務者から，負担能力に応じて費用の全部又は一部を徴収することができること（法56条２項），児童養護施設の長は，親権者等のない入所児童に対して親権を行い，親権者等のある入所児童についても，監護，教育及び懲戒に関し，その児童の福祉のため必要な措置を採ることができること（法47条）などを規定する。このように，法は，保護者による児童の養育監護について，国又は地方公共団体が後見的な責任を負うことを前提に，要保護児童に対して都道府県が有する権限及び責務を具体的に規定する一方で，児童養護施設の長が入所児童に対して監護，教育及び懲戒に関しその児童の福祉のため必要な措置を採ることを認めている。上記のような法の規定及び趣旨に照らせば，３号措置に基づき児童養護施設に入所した児童に対する関係では，入所後の施設における養育監護は本来都道府県が行うべき事務であり，このような児童の養育監護に当たる児童養護施設の長は，３号措置に伴い，本来都道府県が有する公的な権限を委譲されてこれを都道府県のために行使するものと解される。したがって，都道府県による３号措置に基づき社会福祉法人の設置運営する児童養護施設に入所した児童に対する当該施設の職員等による養育監護行為は，都道府県の公権力の行使に当たる公務員の職務行為と解するのが相当である。」

4　公務員

(1)　意義

国家賠償法１条１項の「国又は公共団体の公務員」は，公務員法上の公務員に限定されない。法令により公権力を行使する権限を与えられていれ

ば，身分上は全くの私人であっても，また，国又は公共団体からの報酬はなくとも，その公権力の行使については同項の適用があるとするのが判例・通説といえる。

このように，同項の公務員概念は，職務行為の公権力性によって画されるのであるから，「公務員」の要件は，当該行為が「公権力の行使」に該当するか否かの判断とは別個の，独自の意義を有しないともいわれている。

(2) 裁判例

ア　公務員性を肯定した裁判例

(ア) 医師

① 拘置所長の委託により被収容者を手術した開業医（大阪地裁昭和48.9.19判決・下民集24-9～12-650，判時720-40）

② 精神衛生法29条の措置入院者に対する関係における精神病院の医師及び看護士（福岡地裁昭和55.11.25判決・判時995-84，判タ433-52）

③ 精神衛生法による精神鑑定医（大阪高裁昭和55.12.24判決・判タ444-124）

④ 拘置所の非常勤嘱託医（札幌地裁平成元.6.21判決・判時1330-97，判タ710-151，松江地裁平成14.1.30判決・判タ1123-115）

(イ) 執行官・民事調停委員等

① 執行吏（東京地裁昭和26.7.31判決・下民集2-7-965）

② 債権者の委任を受けて代替執行を行う執行吏（最高裁昭和41.9.22第一小法廷判決・民集20-7-1367，訟月12-11-1508，判時463-30，判タ198-130）

③ 執行官の執行補助者として執行官の命令を受けて物件搬出に当たった私人（名古屋高裁昭和61.3.31判決・判時1204-112）

④ 民事調停委員（福岡地裁小倉支部昭和56.5.22判決・判タ449-271）

⑤ 補導委託受託者（浦和地裁平成8.2.21判決・訟月44-1-1，判時1590-114，判タ919-94）

「補導委託における受託者は，民間人であり，また，委託された少年に対し法的な拘束権を有するものではないが，補導委託は，健全な少年の保護育成という国家目的達成のために家庭裁判所が行う少年保護手続の中に民間人の活動を組み込んだ制度であって，委託を受けた少年は，家庭裁判所の終局処分としての公権力の発動を背景に，事実上相当程度の心理的強制を加えられており，受託者の下を自由に離れることができない状態に置かれているのであるから，補導委託中の少年に対する受託者の補導行為は，国家賠償法上は『公権力の行使』に該当するものと解すべきである。また，同法一条にいう『公務員』とは，組織法上の公務員に限らず，実質的に国又は地方公共団体のために公権力の行使たる公務の執行に携わる者を広く指すものと解すべきところ，補導委託における補導行為の右にような性質に鑑みれば，その受託者は，補導行為に関する限り，同法上の公務員というのを妨げないものと解される。」

⑥ 児童を児童福祉法27条１項３号に基づき民間施設に入所させた場合の当該養育監護に当たる施設職員（最高裁平成19.1.25第一小法廷判決・民集61-1-1，判時1957-60，判タ1233-136；前掲２(4)イ⑤（28ページ），３(5)（44ページ）参照）

(ウ) その他

① 非常勤の消防団員（秋田地裁昭和47.11.10判決・下民集23-9～12-616，判時695-101）

② 検察官が領置した任意提出物件の保管を私人である第三者に委託するいわゆる庁外保管における，その委託を受けた私人（東京地裁昭和49.3.18判決・下民集25-1～4-181，訟月20-7-52，判時748-74）

③ 市が開催する地方競馬の審判員として，市の要請により派遣された地方競馬全国協会職員（金沢地裁昭和50.12.12判決・判時823-90）

④　弁護士会の懲戒委員会の委員（東京高裁平成19.11.29判決・判時1991-78，前掲２(1)カ（21ページ）参照）

イ　公務員性を否定した裁判例

①　執行債権者（福岡高裁昭和31.3.26判決・訟月2-5-63）

②　執行吏から仮処分対象物件の保管を委託された第三者（最高裁昭和34.1.22第一小法廷判決・裁判集民事35-37，訟月5-3-370，同判決は，上記第三者が執行吏の補助機関に当たらないことを理由としている。）

③　精神衛生法29条に基づき精神障害者を収容していた精神病院の従業員（宇都宮地裁足利支部昭和50.12.23判決・下民集26-9～12-993，判時811-29，判タ332-170）

④　刑事事件における鑑定人（東京地裁昭和59.6.25判決・下民集35-5～8-349，訟月31-1-17，判時1122-34）

⑤　不動産競売事件における評価人（鹿児島地裁昭和59.12.26判決・訟月31-8-1763，判時1145-117。なお，京都地裁平成14.7.26判決・判タ1124-161は，評価人は，評価の前提として，執行裁判所に対して当然に調査義務及び報告書に記載して報告する義務を負っており，この点において公務員性を有するとする。）

⑥　特別区の心身障害者家庭奉仕員等派遣事業に基づき派遣された家政婦（東京地裁平成11.3.16判決・判時1702-113，判タ1086-241）

⑦　破産管財人（高松地裁平成19.4.9判決・公刊物未登載）

破産管財人の職務内容は，弁護士等が私経済作用として行う私的な債務整理等と本質的に異なるところはない。また，破産管財人の職務の遂行は，基本的に破産管財人の裁量的判断にゆだねられており，その自由裁量に属する事項については裁判所の監督権は及ばないとされるように，破産管財人が裁判所の下部機関ないし補助機関として一般的な指揮命令を受けるわけではない。さらに，破産管財人は，破産債権者や破産者に対する関係で，強制力を行使するなど一般的に執行機関としての地位を認められているわけでもない。よって，破産管財人は，国家賠償法１条１項にいう公権力の行使に当たる公務員には該当せず，同項を類推適用することもできないとした。

(3)　委員会（合議制の機関）

国又は公共団体の合議制の機関（委員会）が委員会としてした行為が問題となる場合，国家賠償法１条１項にいう公務員とは，当該委員会であるという見解と，意思決定に関与した個々の委員であるという見解とがある（古崎・国家賠償法111ページ以下）。後掲①，②，③，⑤の判決は前者の見解に立っていると考えられ，学説上この見解が有力とされる（古崎・前掲，宇賀・国家補償法36ページ，西埜・国家賠償法158ページ）。これに対し，④の判決は，後説を基本としていると考えられる。最高裁は，国会の立法行為について，⑥の判決のとおり，国会議員の行為を問題としている。

①　名古屋高裁金沢支部昭和32.10.9判決（訟月3-11-23）

公務員をもって構成する合議機関については，その合議体の性質上その行動は合議体を構成する公務員の意思活動の結果によるもので，その公務員の多数意思はすなわち機関の意思とみなされるのであるから，機関（市町村農業委員会）の行為は自然人たる公務員の場合と同様に解すべきであるとした。

②　福岡高裁昭和38.4.26判決（下民集14-4-862）

市選挙管理委員会は，市に属する地方公務員と解すべき選挙管理委員によって構成され，市議会議員の当選の効力に関する異議申立てを審理し決定する行為は，優越的な意思発動であるから，国家賠償法１条にいう公務員の行為に当たるとした。

③　大阪高裁昭和42.5.30判決（下民集18-5・6-591，判時509-37，判タ209-204）

同旨

④　札幌地裁昭和56.10.22判決（判時1021-25）

国会を構成する国会議員は，国家賠償法１条１項にいう国の公権力の

行使に当たる公務員であり，国会議員が故意又は過失（なお，国会のような公務員の合議制の機関については，議員意思の多数決による集約の結果である国会の意思判断を国会議員の意思判断とみなして，これにつき故意，過失を問題にすれば足りると解される。）により，かかる違憲，違法の立法不作為をなし，これによって他人に損害を生ぜしめたときは，被告たる国は，国家賠償法に基づきその損害を賠償する責任があるとした。

⑤　大阪高裁昭和58.7.29判決　（下民集33-5～8-1261，労民集34-3-525，判時1094-130，判例自治1-33）

市教育委員会は，国家賠償法１条の公務員であるとした。

⑥　最高裁昭和60.11.21第一小法廷判決＝在宅投票訴訟（民集39-7-1512，訟月32-9-2002，判時1177-3，判タ578-51，前掲３(3)①参照）

「国会議員の立法行為（立法不作為を含む。以下同じ。）が同項（編注・国家賠償法１条１項）の適用上違法となるかどうかは，国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であって，当該立法の内容の違憲性の問題とは区別されるべきであり，仮に当該立法の内容が憲法の規定に違反する廉があるとしても，その故に国会議員の立法行為が直ちに違法の評価を受けるものではない。」

⑦　最高裁平成17.9.14大法廷判決＝在外邦人選挙権訴訟（前掲３(3)②（42ページ）参照）；最高裁平成18.7.13第一小法廷判決（訟月53-5-1622，判時1946-41，判タ1222-135）

上記⑥と同様国会議員の立法行為についての事案

「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任を負うことを規定するものである。したがって，国会議員の立法行為又は立法不作為が同項の適用上違法となるかどうかは，国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であって，当該立法の内容又は立法不作為の違憲性の問題とは区別されるべきであり，仮に当該立法の内容又は立法不作為が憲法の規定に違反するものであるとしても，そのゆえに国会議員の立法行為又は立法不作為が直ちに違法の評価を受けるものではない。しかしながら，立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や，国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり，それが明白であるにもかかわらず，国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには，例外的に，国会議員の立法行為又は立法不作為は，国家賠償法１条１項の規定の適用上，違法の評価を受けるものというべきである。最高裁昭和53年（オ）第1240号同60年11月21日第一小法廷判決・民集39巻７号1512頁は，以上と異なる趣旨をいうものではない。」

なお，上記⑥は，国会議員の立法行為が違法の評価を受ける場合について，「国会議員の立法行為は，立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき，容易に想定し難いような例外的な場合でない限り，国家賠償法１条１項の規定の適用上，違法の評価を受けないものといわなければならない」と判示しており，違法評価の基準について，⑦の判示と文言上は異なるように見えるが，⑦の判決は，⑥の判決と異なる趣旨ではない旨判示している点に注意を要する。

(4)　加害公務員の特定

国家賠償を請求するためには加害公務員をどの程度特定することを要するかが問題となる。国家賠償責任の性質に関する前記の自己責任説に立てば特定は緩やかなもので良いとの結論に結びつき易いが，代位責任説に立っても，厳格な特定を要するものでもない。裁判例は，加害公務員の氏名等による特定までは必要ではないとの判断を示す傾向にある。

①　東京高裁昭和43.10.21判決（下民集19-9・10-628，訟月14-11-1246，判時536-18，判タ227-101）

国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員の違法な職務執行行為によって損害を被った者が国又は公共団体に対し損害賠償を請求するには加害者を特定することを要しないとした。

②　大阪地裁昭和44.5.20判決（判タ237-205）

集団対集団の場面における加害行為については加害者たる公務員個人の識別は必ずしも必要でなく，国又は公共団体所属の公務員により職務遂行上された有責の加害行為であることの特定で足りるが，加害者の所属集団の識別さえできないときは国又は公共団体の賠償責任は否定されるとした。

③　東京地裁昭和45.5.6判決（下民集21-5・6-636）

原告らそれぞれに対する加害者を個別に特定することができなくとも，加害公務員の属する集団及びそれが被告の組織機構に占める地位並びに行使された公権力の特定がされていれば足りるとした。

④　東京地裁昭和48.3.29判決（判時701-84）

機動隊員10名位の者が短時間に暴行を加えた上駆け去った場合に，被害者にその加害者を個人的に特定させることはほぼ不可能なことを要求するものであり，加害者が警視庁機動隊所属の警察官であることが認められれば，それ以上にその加害者が個人的に特定される必要はないとした。

⑤　最高裁昭和57.4.1第一小法廷判決（民集36-4-519，訟月28-11-2147，判時1048-99，判タ473-133，前掲３(2)イ(イ)⑥（40ページ）参照）

「国又は公共団体の公務員による一連の職務上の行為の過程において他人に被害を生ぜしめた場合において，それが具体的にどの公務員のどのような違法行為によるものであるかを特定することができなくても，右の一連の行為のうちのいずれかに行為者の故意又は過失による違法行為があったのでなければ右の被害が生ずることはなかったであろうと認められ，かつ，それがどの行為であるにせよこれによる被害につき行為者の属する国又は公共団体が法律上賠償の責任を負うべき関係が存在するときは，国又は公共団体は，加害行為不特定の故をもって国家賠償法又は民法上の損害賠償責任を免れることができない。」

もっとも，同判決は，「しかしながら，この法理が肯定されるのは，それらの一連の行為を組成する各行為のいずれもが国又は同一の公共団体の公務員の職務上の行為にあたる場合に限られ，一部にこれに該当しない行為が含まれている場合には，もとより右の法理は妥当しないのである。」とも述べており，一連の行為のいずれもが国又は同一の公共団体の公務員の職務上の行為であることを要求している。これは，中間に別の行為が介在するときには，結局責任の所在も不明確になる，ということによるものと考えられる（塩野・行政法Ⅱ274ページ）。

⑥　東京地裁昭和61.2.14判決（判時1207-81，判タ591-92）

警視庁機動隊員の暴行が警備活動に伴って故意に惹起されたことが証明されれば，氏名の特定までは必要がないとした。

5　「職務を行うについて」

(1)　意義

国家賠償法１条１項に規定する「その職務を行うについて」とは，平成18年法律第50号による改正前の民法44条１項（平成18年法律第48号による改正後の一般社団法人及び一般財団法人に関する法律78条）の「その職務を行うについて」及び民法715条１項の「その事業の執行について」と同義であるとされる。

したがって，加害行為が職務行為自体である場合はもちろん，職務遂行の手段としてされた行為や，職務の内容と密接に関連し，職務行為に付随してなされる行為も含まれる。また，客観的に職務行為の外形を有すれば足り，加害公務員の主観的な意図は問わない。要するに，客観的・外形的にみて，加害公務員の行為が社会通念上職務の範囲に属すると見られる場

合には本条が適用される（外形標準説）とするのが判例・通説である。もっとも，外形標準説の根拠が，外形に対する被害者の信頼の保護にあると考えるならば，外形標準説が一般的に妥当するといえるかについては疑問があり，また，民法上の不法行為について，取引行為と事実行為とで分けて考えるべきであるとの考え方があり（平井・債権各論Ⅱ234ページ），後掲②の判決についても，外形標準説を採る根拠や判断基準等を明らかにしていないため，その射程は必ずしも明らかではないとの指摘がある（塩野・行政法Ⅱ295ページ）。

①　福島地裁平支部昭和34.2.10判決（訟月5-3-402）

登記官吏である地方法務局の出張所長が私人間の売買をあっせんするように装って他人を欺罔し金員を騙取した場合において，その欺罔の一手段として登記済印及び歴印を押捺した内容虚偽の公文書を行使したときは，同出張所長の行為は，登記官吏の取扱う登記事務のどれかを行うについてされたものでないばかりでなく，行為の外形から見てもその職務を行うについてされたものと目することはできないとした。

②　最高裁昭和31.11.30第二小法廷判決（民集10-11-1502，判時95-11，判タ67-62）

非番の巡査が専ら自己の利を図る目的で，制服着用の上，警察官の職務執行を装い，被害者に対して不審尋問の上，被害者から提出させた金員を奪取する目的で，所持していた拳銃で同人を射殺した事案

「原判決は，その理由において，国家賠償法第１条の職務執行とは，その公務員が，その所為に出づる意図目的はともあれ，行為の外形において，職務執行と認め得べきものをもって，この場合の職務執行なりとするのほかないのであるとし，即ち，同条の適用を見るがためには，公務員が，主観的に権限行使の意思をもってした職務執行につき，違法に他人に損害を加えた場合に限るとの解釈を排斥し，本件において，X巡査がもっぱら自己の利をはかる目的で警察官の職務執行をよそおい，被害者に対し不審尋問の上，犯罪の証拠物名義でその所持品を預り，しかも連行の途中，これを不法に領得するため所持の拳銃で，同人を射殺して，その目的をとげた，判示のごとき職権濫用の所為をもって，同条にいわゆる職務執行について違法に他人に損害を加えたときに該当するものと解したのであるが，同条に関する右の解釈は正当であるといわなければならない。けだし，同条は公務員が主観的に権限行使の意思をもってする場合にかぎらず自己の利をはかる意図をもってする場合でも，客観的に職務執行の外形をそなえる行為をしてこれによって，他人に損害を加えた場合には，国又は公共団体に損害賠償の責を負わしめて，ひろく国民の権益を擁護することをもって，その立法の趣旨とするものと解すべきであるからである。」

③　大阪地裁昭和41.10.31判決（訟月13-6-669）

看守長が民事裁判の法廷において職務上知り得た原告の性格，素行等について偽りの証言をして，原告を侮辱し名誉を毀損して精神的損害を与えたとされた事案

「民事裁判においては日本の裁判権に服するものが証人として証言を求められた場合は原則としてその尋問に応じて過去の事実，状態につき自ら認識したところを供述することが義務付けられているのであるから刑務所の職員が裁判所によって証人として出頭を命ぜられ，法廷において証言した場合においても，それが本来の職務の範囲に属する行為でないことは明らかでありその証言の内容が過去の職務の執行上知り得たこと（刑務所の看守長として職務の執行中受刑者個人に関して知り得たこと）であったとしてもそれは職務の執行中ないし関連して知り得たというにすぎないことであって，その知り得たことに関して民事法廷において証言すること自体は裁判権に服するものの義務としてなされるものであって，本来の『職務を行うについて』とは関係のないところである。」

④　岐阜地裁昭和56.7.15判決（判時1030-77）

消防団の実施したしばやき行為が国家賠償法上の「職務を行うについ

て」に当たるかどうか争われた事案

「国家賠償法１条にいう『職務を行うについて』とは，当該公務員の職務行為自体及びこれと一体不可分の関係にある行為並びに職務行為と密接に関連し，客観的，外形的にみて社会通念上職務の範囲に属するとみられる行為を指すと解すべきである。（中略）そこで，（中略）本件しばやき実施のいきさつ，慣行，態様等を考え合わせれば，本件しばやきは，消防団員の職務行為と密接に関連し，客観的，外形的にみて社会通念上職務の範囲に属する行為にあたると認めることができる。」

⑤　東京高裁昭和61.8.6判決（判時1200-42）

道交法違反で被疑者を現行犯逮捕した警察官が，逮捕経緯等につき捜査機関の取調べに対して虚偽の供述をし，更に刑事裁判において偽証した行為について，警察官の職務行為に該当しないとした事案

「証人が尋問に応じて過去の事実につき自己の認識経験した内容を供述するのは，右に述べた日本の裁判権に服する者がひとしく負っている証言義務の履行にほかならないのであり，その証言内容が過去に警察官としての職務を執行する際に知り得た事項に関する場合であっても，右の事項につき証言すること自体は，警察官の職務の範囲に属する行為ということはできない。」「警察官が自己の職務を執行する際に知り得た事実につき他の捜査機関の事情聴取に応じて参考人として供述することは，警察官の職務とは関係のない個人的な行為であると結論せざるを得ない。」

⑥　内閣総理大臣が靖国神社を参拝する行為の職務行為性について，いずれも外形標準説を採用した上，大阪地裁平成16.2.27判決（判時1859-77），福岡地裁平成16.4.7判決（判時1859-123）及び大阪高裁平成17.9.30判決（訟月52-9-2979）は肯定し，大阪地裁平成16.5.13判決（判タ1151-252）及び東京高裁平成17.9.29判決（訟月52-9-2970）は職務行為性を否定した。なお，職務行為性を肯定した大阪高裁判決の上告審である最高裁平成18.6.23第二小法廷判決（訟月53-5-1615）は，損害賠償の対

象となり得るような法的利益の侵害があったとはいえないとして，上告を棄却した。

⑦　横浜地裁平成16.7.8判決（判時1865-106）

職場外の懇親会の席におけるセクハラ行為の違法性が争われた事案

「勤務時間外に職場以外の場所で私費によって行われる懇親会であっても，その会合に原則として職員全員が参加することが想定され，その会の主たる目的が飲食を伴う懇親の機会を得ることによって職員相互の親睦を深め，円滑な職務遂行の基礎を形成することにあるような場合には，職務内容と密接に関連し職務行為に付随してされ，かつ，社会通念上，外形的，客観的に見て職務行為の範囲内に属する行為といえるから，その懇親会は，同条項にいう『職務を行うについて』との要件を満たす」

⑧　東京地裁平成17.6.8判決（訟月53-5-1559，判時1918-32）

刑務所の被収容者による詐欺行為について，同人に携帯電話を差し入れたり，詐欺行為の被害者である別の被収容者の電話番号を教えるなどした刑務官の行為が，刑務官としての地位がなければ実行が不可能なものであったから，刑務官の職務と一体不可分の関係にあるとして，職務該当性が認められた。

⑨　京都地裁平成20.3.25判決（判時2011-134）

市の臨時職員が勤務中に得た住民の戸籍情報を知人に漏洩した場合において，外形標準説に立ちつつ，当該漏洩行為は，職務終了後自宅に帰宅した後に行われた行為であり，職務と時間的・場所的関連性が乏しく，また，漏洩した相手方との個人的つきあいを背景としてされたものであり，動機，原因と職務との関連性が認められないとして職務該当性が否定された。

(2)　公務員の行為と職務行為の認識

外形標準説の根拠を外形に対する被害者の信頼に求めると，被害者において加害公務員の行為が職務行為に属しないことを知っていたとき（又は

これを知らなかったことにつき重大な過失があるとき）は，国家賠償責任は生じないことになろう。次の裁判例は，このような考え方を採ったものであるが，前記1のとおり，国家賠償における外形標準説の理由付けが必ずしも明らかでないため，これを一般化できるかはなお疑問である。

○　和歌山地裁昭和49.8.26判決（訟月20-12-1）

被害者において，不動産競売手続における執行吏の行為がその職務権限の行使として適法にされたものではなく，前記権限を著しく逸脱して違法に行われたものであることを知っていたという事案

「外形上執行吏の職務行為と認められる場合であっても，相手方において，当該行為が執行吏の職務権限内において適法に行われるものではないことを知り，または少くとも重大な過失によってこれを知らないものであるときは，相手方は，これをもって執行吏が『その職務を行うについて』損害を加えたとして，使用者たる被告に対し損害賠償を求めることは許されないものと解すべきである。けだし，不動産競売手続を構成する執行機関および各関係人の行為は，それ自体公法上の行為と解すべきであることは前叙のとおりであるけれども，他面関係当事者間の実体的な法律関係に即して実質的に観察すれば，これを売買類似の行為として評価することができるのであり，競買申出人あるいは競落人の右手続における地位は，買主類似のものといえるから，その保護されるべき利益は，公正な競売手続に基づいて物件を確実に取得できるという信頼そのものである。したがって，利益が侵害されたとして損害賠償を請求するにおいては，民事上の取引行為による不法行為責任の場合（最高裁昭和42.11.2第一小法廷判決・民集21-9-2278，最高裁昭和44.11.21第二小法廷判決・民集23-11-2097の各判決参照）と同様の規律に服するものというべきであるからである。」

6　違法性

(1)　民法709条の権利侵害と国家賠償法1条1項の違法

ア　民法709条（平成16年法律第147号による改正前のもの）は，不法行為の成立要件として，「権利ヲ侵害シタル」と規定していたところ，判例は当初，この要件を文字どおり解していた（後掲①）。その後，いわゆる大学湯事件判決（後掲②）が，厳密な意味での権利侵害があった場合のみならず，権利といえなくとも「法律上保護すべき利益」の違法な侵害があれば不法行為が成立するとし，この判例を契機として，不法行為の要件としての「権利侵害」は「違法性」にとって代わられることとなった。

民法709条の違法性の判断基準については，被侵害利益の種類・性質と侵害行為の態様との相関関係において考察されるべきものであり，保護法益が強固であれば行為の不法性が小さくとも違法性が肯定されるが，保護法益が強固でないときは行為の不法性が大きくない限り違法性は肯定されないとするもの（相関関係説）が通説である。

①　大審院大正3.7.4判決＝桃中軒雲右衛門事件（刑録20-1360）

桃中軒雲右衛門が吹き込んだ浪速節のレコードの原盤の権利者が，レコードを複製して販売した者に対して，著作権が侵害されたとして損害賠償を求めた事案

音楽家が楽譜を用いて作曲した場合に，その楽譜が先人未発表の新旋律を表すものであるときは，その楽譜は音楽的著作物として著作権法の保護を受けられるが，我が国特有の音楽のように楽譜を用いないで新曲の創作をする場合において，作曲者が著作権を取得するには，その創意に係る新旋律が一種の定型をなしてその頭脳に深い印象を存し，そのことによって作曲家が随時随所にそれを反復できる可能性がある程度に熟していることが必要であり，演奏とともに消滅してしまい，演奏者の脳裏にその定型を残すことができないものは音楽的著作物として法律の保護を受けることができないとし，桃中軒雲右衛門の浪花節には独特の定型的旋律がないから，そのレコードについては著作権は成立せず，これを侵害しても権利の侵害にならず，不法行為は

成立しないとした。

② 大審院大正14.11.28判決＝大学湯事件（大審院民集4-670）

大学湯の名称で風呂屋をしていた者が，その建物の賃貸借契約終了の際に，その「老舗」を売ろうとしたところ，家主がそれを妨げたとして家主に対して損害賠償を求めた事案

民法709条は，故意又は過失によって法規違反の行為を行い，他人を侵害した者はそれによって生じた損害を賠償する責任がある，という程度の広い意味に解されるべきであるから，その侵害の対象は，所有権，地上権，債権，無体財産権，名誉権等のいわゆる具体的権利である必要はないが，法律上その侵害に対し不法行為に基づく救済を与える必要があると考えられる利益である必要がある。老舗（一種の営業権）は売買贈与その他の取引の対象となるから，そのような利益は我々の法律観念上不法行為に基づく損害賠償請求権を認めて保護する必要があるとした。

イ　国家賠償法１条１項の「違法」の意義

国家賠償法１条１項は，立法当時の民法709条に関する通説的見解を参照して，権利侵害に代えて違法性を要件としたものである。ただし，以下に見るとおり，その内容は必ずしも民法709条にいう違法性と同一ではない。

一般の不法行為においては，他人の権利を侵害すること自体が許されず，権利ないし法益の侵害があるときには原則として違法性が認められる。しかし，公権力の行使は，国民の権利に対する侵害を内包することが多いが，法の定める一定の要件と手続の下で国民の権利を侵害することが許容されているから，権利ないし法益の侵害があることをもって公権力の行使を直ちに違法とすることができないのはもちろん，その侵害の程度が大きいからといって，当然に違法性の有無の判断が左右されるとすることも不合理であり，相関関係説によることはできない。このことは，例えば，刑罰の執行を考えると容易に理解できる。したがって，

後掲ウ①の判決が述べるように，その適法・違法は，民法上の不法行為の違法性概念とは異なり，権利ないし法益の侵害があることを前提とし，さらに，その公権力の行使が，公務員の職務上の法的義務（公権力の行使に当たって遵守すべき行為規範）に違背するか否かで判断されるべきである（職務行為基準説）。

この点については，最高裁も，在宅投票訴訟判決（後掲ウ①参照）において，国家賠償法１条１項の違法が，公務員の職務上の法的義務違背であることを明らかにし，その後の在外邦人選挙権訴訟大法廷判決（後掲ウ②参照）においても，これと同様の判示をしており，最高裁が，職務行為基準説の立場に立つことは明らかである。

そして，上記違法性は，抗告訴訟において問題とされる公権力行使（行政処分）の違法性（行政処分の効力要件に関しての違法性）とも区別される（平成16年度法務局訟務部付事務打合せ会（後期）の開催結果（訟時359別冊１ページ以下参照））。すなわち，抗告訴訟において問題とされる行政処分の違法性の問題については，当該処分の効力を維持すべきかどうかという観点から，実体上又は手続上の要件を充足しているか否かが判断されるが，国家賠償法において問題とされる行政処分の違法の問題については，権利ないし法的利益を侵害された当該個別国民に対する関係において，その損害につき国に賠償責任を負わせるのが妥当かどうかという観点から，行為規範（職務上の法的義務）違背があるか否かが判断される。「個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背する」とは，このような意味である。したがって，職務上の法的義務であっても，専ら公益目的のものや，行政の内部的な義務等，個別の国民に対して負担する義務でないものに違背しても，国家賠償法上は違法とならない（後掲ウ③，④参照，訟時409-112参照）。

他方，違法性の要件は，国家賠償制度と損失補償制度とを分かつものでもある。公共のために私人の財産権を侵害するには正当な補償をしなければならず（憲法29条３項），このような補償を損失補償と称するが，

損失補償制度にあっては，公権力による権利侵害行為自体は（法律の根拠に基づく限り）適法であることが前提とされる。この点で，公務員の違法行為による損害をてん補する国家賠償法１条１項とは，制度の趣旨・性質が異なる（後掲ウ⑤参照）。

ウ　裁判例

① 最高裁昭和43.7.9第三小法廷判決（裁判集民事91-639，訟月14-9-1022，判時529-51，判タ224-146）

旧民事訴訟法649条１項・656条・657条（剰余の見込みのない場合の手続）に違反した強制執行について，債務者（所有者）に対する関係で違法となるかが問題とされた事案

上記各規定は，差押債権者・優先権者及び公益を保護する趣旨の規定であり，上記法条に違反した強制執行がなされても，債務者（所有者）に対する関係では違法でないとして，国家賠償法１条１項に基づく請求を棄却した。

② 最高裁昭和60.11.21第一小法廷判決＝在宅投票訴訟（民集39-7-1512；裁判集民事146-117，訟月32-9-2002，判時1177-3，判タ578-51）

在宅投票制度は在宅選挙人（例えば身体障害者）に対し投票の機会を保障するための憲法上必須の制度であり，これを廃止して復活しない立法行為は，在宅選挙人の選挙権の行使を妨げ，憲法に違反するもので，国会議員による違法な公権力の行使であり，これが原因で選挙において投票することができず精神的損害を受けたとする者らが国に対して損害賠償を求めた事案

「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。したがって，国会議員の立法行為（立法不作為を含む。）が同項の適用上違法となるかどうかは，国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であって，当該立法の内容の違憲性の問題とは区別されるべきであり，仮に当該立法の内容が憲法の規定に違反する廉があるとしても，その故に国会議員の立法行為が直ちに違法の評価を受けるものではない。」

③ 最高裁平成2.2.20第三小法廷判決（判時1380-94，判タ755-98）

「犯罪の捜査及び検察官による公訴権の行使は，国家及び社会の秩序維持という公益を図るために行われるものであって，犯罪の被害者の被侵害利益ないし損害の回復を目的とするものではなく，また，告訴は，捜査機関に犯罪捜査の端緒を与え，検察官の職権発動を促すにすぎないから，被害者又は告訴人が捜査又は公訴提起によって受ける利益は，公益上の見地に立って行われる捜査又は公訴の提起によって反射的にもたらされる事実上の利益にすぎず，法律上保護された利益ではないというべきである。したがって，被害者ないし告訴人は，捜査機関による捜査が適正を欠くこと又は検察官の不起訴処分の違法を理由として，国家賠償法の規定に基づく損害賠償請求をすることはできないというべきである。」

④ 東京高裁平成4.12.18判決＝東京予防接種禍訴訟（高民集45-3-212，東高民報43-1～12-85，訟月40-1-1，判時1445-3，判タ807-78）

予防接種による重篤な副反応により生命・身体を害されたとする者が憲法29条３項等に基づく損失補償等を求めた事案

判決要旨については，前掲第１の３(2)④（10ページ）参照。

⑤ 最高裁平成17.9.14大法廷判決＝在外邦人選挙権訴訟（民集59-7-2087，判時1908-36，判タ1191-143）

「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任を負うことを規定するものである。」

(2)　違法性判断の基準

ア　国家賠償法１条１項の「違法」の判断基準については様々な考え方が示されているが，いずれにしても，権利ないし法益が侵害されたことが必要である。したがって，国家賠償を請求する者が主張する利益が法律上保護されているか否かが検討されなければならない（筧康生「国家賠償法における反射的利益」貞家最高裁判事退官記念論文集・民事法と裁判（下）282ページ以下，都築弘「規制監督権限の不行使」民事裁判の課題⑩・国家賠償272ページ等参照）。判例上も，公務員が行政法規に違反した行為をしたとしても，当該個人の法律上保護された利益を侵害していない限り，当該個人との関係で違法性は否定されている（最高裁昭和43.7.9第三小法廷判決・裁判集民事91-639，判時529-51，最高裁昭和63.6.1大法廷判決・民集42-5-277，最高裁平成2.2.20第三小法廷判決・判時1380-94，このほか民法709条に関するものとして最高裁平成2.4.17第三小法廷判決・民集44-3-547）。これを後記の職務上の義務の観点から見れば，当該個人との関係では職務上の義務を負担していないということができる。

イ　民法709条における相関関係説では，侵害行為の態様（行為不法的側面）と被侵害法益（結果不法的側面）の双方に着目し，それらを総合的に判断する。これに対し，国家賠償法１条１項の「違法」は上記のとおり公務員が個別の国民に対して負う職務上の法的義務違背であるから，主として着目すべきは加害者たる公務員の行為となる（井上繁規・最高裁判所判例解説民事篇平成５年度377ページは，「国家賠償法１条１項にいう違法性は，（中略）行為規範違反性であると考えられる。」としている。なお，遠藤博也「国家補償法上巻」166ページ）。

ウ　法律による行政の原理によれば，違法性判断の前提となる公務員の職務上の法的義務は，原則として法令の規定によって生じることになるので，国家賠償を請求する者は，原則として，公務員の職務上の法的義務の内容を法令の根拠に基づいて特定する必要がある。

例外的に，法令において，職務上の法的義務の内容・程度が具体的に

定められていない場合でも，公権力の行使に当たって，相手方や第三者に不必要な法益侵害が生ずることを極力避ける義務（危険回避義務）が課せられており，「職務執行の必要性と予測される被侵害利益とを検討した上で，具体的事実関係の下で必要かつ相当な態様・程度の行動をとるべきもの」であり，この限度で職務上の法的義務が生じる場合があるとされる（加藤和夫・最高裁判所判例解説民事篇昭和61年度101ページ，後掲(3)⑤判決，なお，③，④判決もこのような違法性判断基準に依拠しているものと考えられる。）。また，条理を根拠に法的義務を認める判例もあるが，極めて例外的なものである（後掲(3)⑦参照）。さらに，先行行為に基づく作為義務違反の国家賠償責任が問題とされることがあるが，作為義務発生の要件として，少なくとも，危険の存在，予見可能性及び結果回避可能性が必要であると解すべきである（最高裁昭和61.1.22第一小法廷判決・民集41-1-17参照）。

エ　公務員が当該個人に対して負っていた職務上の義務に違反し，国家賠償法１条１項の「違法」が認められるためには，被侵害利益の種類・性質・内容，侵害行為の態様等が考慮されるべきものと考えられ，行政処分の違法性が認められるからといって，直ちに国家賠償法上の違法性が認められるわけではない（井上繁規・最高裁判所判例解説民事篇平成５年度377ページは，「行政処分取消訴訟における違法性は，行政処分の法的効果発生の前提である法的要件充足性の有無を問題とするのに対し，国家賠償請求訴訟における違法性は，損害填補の責任を誰に負わせるのが公平かという見地に立って行政処分の法的要件以外の諸種の要素も対象として総合判断すべきものであるから，国家賠償法１条１項にいう違法性は，行政処分の効力発生要件に関する違法性とはその性質を異にするものであり，究極的には他人に損害を加えることが法の許容するところであるかどうかという見地からする行為規範違反性であると考えられる。」とし，国家賠償法上の「違法性の有無は，行政処分の法的要件充足性の有無（取消訴訟における違法性）のみならず，被侵害利益の種類，

性質，侵害行為の態様及びその原因，行政処分の発動に対する被害者側の関与の有無，程度並びに損害の程度等の諸般の事情を総合的に判断して決すべきものであろう。」とする。後掲(3)⑧参照)。

そして，近時の最高裁判決は，国家賠償法１条１項の違法について，公務員が職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と当該行為をしたと認め得るような事情がある場合に限り違法の評価を受けるとする考え方を示している（後掲(3)⑧，⑩参照)。このような考え方によれば，違法性判断に過失の判断内容のほとんどが実質的に取り込まれることになるが，理論的には，飽くまでも別個のものである（後記７参照)。

行政処分等につき，行政庁の裁量が認められる場合については，裁量権の逸脱・濫用があり（行政事件訴訟法30条）行政処分として違法であるとしても，これが国家賠償法上違法とされるには，更に公務員の職務上の法的義務違背の有無が検討されなければならない（ただし，後掲(3)②参照)。

違法性の判断基準は，当該行為の性質が反映されることから，行為の類型によって違法性の判断基準を見るのが有益である。具体的には後記11（97ページ以下）を参照されたい。

(3)　違法性の判断基準に関する判例

①　最高裁昭和42.10.20第二小法廷判決(訟月13-12-1514)

付審判請求事件に関する送達報告書の作成に当たって，請求人を「被疑者」と誤記し，これを一件記録に編綴した事案

「右の者らにその行為にあたって（中略）上告人の権利，利益を害する意思が存したことは認められないし，しかも，右表示が誤記であることは（中略）明らかであり，かつ本件報告書はその性質上多数人の目にふれるものではないというのであり，（中略）右表示の誤りは客観的に見て上告人の権利，利益を侵害するものと認めるに値しない」

②　最高裁昭和53.5.26第二小法廷判決（民集32-3-689，判時889-9，判タ364-177)

県知事が，専ら個室付き浴場の開業を阻止する目的で，児童遊園地設置認可処分をすることは，行政権の著しい濫用によるものとして国家賠償法上違法であるとした。

③　最高裁昭和56.1.27第三小法廷判決（民集35-1-35，判時994-26，判タ435-75)

「(縮注・地方自治体の）施策が変更されることにより，（中略）所期の活動を妨げられ，社会観念上看過することのできない程度の積極的損害を被る場合に，地方公共団体において右損害を補償するなどの代償的措置を講ずることなく施策を変更することは，それがやむをえない客観的事情によるのでない限り，当事者の間に形成された信頼関係を不当に破壊するものとして違法性を帯び，地方公共団体の不法行為責任を生ぜしめるものといわなければならない。」

④　最高裁昭和60.5.17第二小法廷判決（民集39-4-919，裁判集民事145-1，訟月32-3-465，判時1156-49，判タ559-121)

「論告において第三者の名誉又は信用を害するような陳述に及ぶことがあったとしても，その陳述が，もっぱら誹謗を目的としたり，事件と全く関係がなかったり，あるいは明らかに自己の主観や単なる見込みに基づくものにすぎないなど論告の目的，範囲を著しく逸脱するとき，又は陳述の方法が甚しく不当であるときなど，当該陳述が訴訟上の権利の濫用にあたる特段の事情のない限り，右陳述は，正当な職務行為として違法性を阻却され，公権力の違法な行使ということはできない」

⑤　最高裁昭和61.2.27第一小法廷判決（民集40-1-124，判時1185-81，判タ593-34，交通民集19-1-1)

警察官のパトカーによる追跡を受けて，車両で逃走する者が惹起した事故により第三者が損害を被った事案

「右追跡行為が，国家賠償法１条１項の適用上違法であるというためには，追跡が現行犯逮捕・職務質問等の職務の目的を遂行する上で不必

要であるか，又は逃走車両の走行の態様及び道路交通状況等から予測される被害発生の具体的危険性の有無・内容に照らして，追跡の開始・継続若しくは方法が不相当であることを要する。」

⑥　最高裁平成元.11.24第二小法廷判決（民集43-10-1169，訟月36-5-739，判時1337-48，判タ717-87，判例自治74-17）

宅地建物取引業の免許の付与，更新の国家賠償法上の違法性が問われた事案

「法(編注・宅地建物取引業法)がかかる免許制を設けた趣旨は，直接的には，宅地建物取引の安全を害するおそれのある宅建業者の関与を未然に排除することにより取引の公正を確保し，宅地建物の円滑な流通を図ることにあり，監督処分権限も，この免許制度及び法が定める各種規制の実効を確保する趣旨に出たものにほかならない。」，「免許制度も，究極的には取引関係者の利益の保護に資するものではあるが，前記のような趣旨のものであることを超え，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」

⑦　最高裁平成3.4.26第二小法廷判決＝水俣病待たせ賃訴訟(民集45-4-653，訟月38-2-189，判時1385-3，判タ757-84，判例自治84-52)

水俣病に罹患したとする者が，熊本県知事に対して水俣病認定申請をしたにもかかわらず，長期間にわたり処分が留保され，その間不安定な地位におかれ精神的苦痛を被ったとして国に対して慰謝料を求めた事案

「一般に，処分庁が認定申請を相当期間内に処分すべきは当然であり，これにつき不当に長期間にわたって処分がされない場合には，早期の処分を期待していた申請者が不安感，焦燥感を抱かされ内心の静穏な感情を害されるに至るであろうことは容易に予測できることであるから，処分庁には，こうした結果を回避すべき条理上の作為義務があるということができる。そして，処分庁が右の意味における作為義務に違反したといえるためには，客観的に処分庁がその処分のために手続上必要と考えられる期間内に処分できなかったことだけでは足りず，その期間に比して更に長期間にわたり遅延が続き，かつ，その間，処分庁として通常期待される努力によって遅滞を解消できたのに，これを回避するための努力を尽くさなかったことが必要であると解すべきである。」

⑧　最高裁平成5.3.11第一小法廷判決（民集47-4-2863，訟月40-2-256，判時1478-124，判タ833-113）

「税務署長のする所得税の更正は，所得金額を過大に認定していたとしても，そのことから直ちに国家賠償法1条1項にいう違法があったとの評価を受けるものではなく，税務署長が資料を収集し，これに基づき課税要件事実を認定，判断する上において，職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と更正をしたと認め得るような事情がある場合に限り，右の評価を受けるものと解するのが相当である。」

⑨　最高裁平成9.9.9第三小法廷判決（民集51-8-3580，訟月44-12-2136，判時1631-57，判タ967-116，後掲11(1)イ①（105ページ）参照）

「国会議員が国会で行った質疑等において，個別の国民の名誉や信用を低下させる発言があったとしても，これによって当然に国家賠償法1条1項の規定にいう違法な行為があったものとして国の損害賠償責任が生ずるものではなく，右責任が肯定されるためには，当該国会議員が，その職務とはかかわりなく違法又は不当な目的をもって事実を摘示し，あるいは，虚偽であることを知りながらあえてその事実を摘示するなど，国会議員がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行使したものと認め得るような特別の事情があることを必要とすると解するのが相当である。」

⑩　最高裁平成11.1.21第一小法廷判決（判時1675-48，判タ1002-94，判例自治201-27，後掲11(7)ウ⑥（193ページ）参照）

市長が住民票に非嫡出子の世帯主との続柄を「子」と記載した行為の国家賠償法上の違法性が問われた事案

「市町村長が住民票に法定の事項を記載する行為は，たとえ記載の内容に当該記載に係る住民等の権利ないし利益を害するところがあったとしても，そのことから直ちに国家賠償法1条1項にいう違法があったとの評価を受けるものではなく，市町村長が職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と右行為をしたと認め得るような事情がある場合に限り，右の評価を受けるものと解するのが相当である。」

⑪　最高裁平成17.7.14第一小法廷判決（民集59-6-1569，判時1910-94，判タ1191-220）

「公立図書館が，（中略）住民に図書館資料を提供するための公的な場であるということは，そこで閲覧に供された図書の著作者にとって，その思想，意見等を公衆に伝達する公的な場でもあるということはできる。したがって，公立図書館の図書館職員が閲覧に供されている図書を著作者の思想や信条を理由とするなど不公正な取扱いによって廃棄することは，当該著作者が著作物によってその思想，意見等を公衆に伝達する利益を不当に損なうものといわなければならない。そして，著作者の思想の自由，表現の自由が憲法により保障された基本的人権であることにもかんがみると，公立図書館において，その著作物が閲覧に供されている著作者が有する上記利益は，法的保護に値する人格的利益であると解するのが相当であり，公立図書館の図書館職員である公務員が，図書の廃棄について，基本的な職務上の義務に反し，著作者又は著作物に対する独断的な評価や個人的な好みによって不公正な取扱いをしたときは，当該図書の著作者の上記人格的利益を侵害するものとして国家賠償法上違法となるというべきである。」

[redacted]

[redacted]

7　故意又は過失

(1)　故意・過失の意義

ア　「故意・過失」は，主観的責任要件である。

なお，国家賠償法1条1項に基づく責任の内容は故意と過失で差がなく，事案の解決のためには過失を認定すれば十分であるためか，裁判例上，故意責任を認定している事案は少ない。

イ　民法の不法行為法にあっては，故意とは，一定の結果の発生すべきことを意図して，又は結果の発生すべきことを認識ないしは予見しながらそれを容認して，行為をする心理状態をいう。

また，過失について，学説は，その結果を予見すべきでありながら，不注意のためそれを予見し得ない心理状態であるとする見解と，結果発生の予見可能性があったにもかかわらず，結果の発生を防止すべき措置を執らなかったという結果回避義務違反とする見解とに分かれている。この点，判例は，違法に他人に損害を生ぜしめるという結果について予見可能性があり，回避可能性があるにもかかわらず，結果回避のための行為義務を尽くさないことをいうとしている。後掲(2)③は国家賠償についてこの考え方に沿う判示をしている。

ウ　国家賠償法1条1項にいう「故意」，「過失」も，基本的には前記同様に考えればよいが，注意を要する点がある。「違法に他人に損害を生ぜしめるという結果」についての予見ないし予見可能性といっても，民法の不法行為にあっては，「違法に」ということは特に問題とならない。しかし，公権力の行使は，もともと国民の権利侵害を予定している場合が多く，このような場合には，「他人に損害を生ぜしめるという結果」

について予見があるのは当然であり，正に「違法に……結果」についての予見ないし予見可能性をもって故意・過失を判断すべきである。そして，国家賠償法１条１項にいう「違法」は，前記のとおり，公務員が個別の国民に対して負う職務上の法的義務違背であるから，国家賠償法１条１項の「故意」，「過失」は，むしろそのような違法性の認識ないし認識可能性ということになる。

エ　前記６(2)のとおり，職務行為基準説は，国家賠償法上の違法性について，職務上の法的義務に違背したか否かにより判断することから，違法性判断に故意・過失の判断が取り込まれ，違法性と故意・過失は，一元的に判断することとなるとの見解も考えられるところであるが，国家賠償法は，違法と故意・過失とを別個の要件として規定している以上，両者の判断は理論的には別個のものであり，二元的に判断するのが相当である。現に，最高裁判所平成19年11月１日第一小法廷判決（民集61-8-2733，訟月55-2-169）（後掲(2)⑦）は，いわゆる402号通達を作成・発出し，これに従った事務処理を行ったことについて，職務行為基準説の立場から，国家賠償法１条１項の適用上違法であるとした上で，当該担当者に過失があることも明らかであると判示しており，違法と過失とを別個に判断していると理解できる。

[redacted]

[redacted]

(2)　判例

① 最高裁昭和46.6.24第一小法廷判決（民集25-4-574，訟月17-8-1259，判時638-72，判タ265-137）

執行官による執行行為の過失が争われた事案

「ある事項に関する法律解釈につき異なる見解が対立し，実務上の取扱いも分かれていて，そのいずれについても相当の根拠が認められる場合に，公務員がその一方の見解を正当と解しこれに立脚して公務を執行したときは，のちにその執行が違法と判断されたからといって，ただちに右公務員に過失があったものとすることは相当でない。」

② 最高裁昭和49.12.12第一小法廷判決（民集28-10-2028，判時766-47，判タ318-224）

任意競売手続の配当に関し①と同旨

③ 最高裁昭和58.10.20第一小法廷判決（民集37-8-1148，訟月30-4-655，判時1102-48，判タ538-103）

瑕疵ある物件（貨物）を公売に付した税関長の過失が争われた事案

「その貨物に存した瑕疵により右最終消費者又はその他の者の生命，身体又は財産に損害が生じたとき（以下「最終消費者等の損害」という。），被害者が，右貨物を公売に付したことにつき税関長に過失があるとして，国に対しその損害の賠償を請求することができるためには，(1)右税関長が，法（編注・関税法）84条5項の規定により，当該貨物につき廃棄可能なものであるかどうか等を検査する過程で，その貨物に構造上の欠陥等の瑕疵のあることを現に知ったか，又は税関長の通常有すべき知識経験に照らすと容易にこれを知ることができたと認められる場合であって，右貨物を公売に付するときには，これが最終消費者によって，右瑕疵の存するままの状態で取得される可能性があり，しかも合理的期間内において通常の用法に従って使用されても，右瑕疵により最終消費者等の損害の発生することを予見し，又は予見すべきであったと認められ，(2)さらにまた，税関長において，最終消費者等の損害の発生を未然に防止しうる措置をとることができ，かつ，そうすべき義務があったにもかかわらず，これを懈怠したと認められることが必要であると解すべきである。」

④ 最高裁平成3.7.9第三小法廷判決（民集45-6-1049，訟月38-3-499，判時1399-27，判タ769-84，後掲11(4)ウ(イ)①（157ページ）参照）

拘置所長が，監獄法施行規則（平成3年法務省令第22号による改正前のもの，以下「規則」という。）120条及び124条の規定に基づき，未決勾留により拘禁された者（被勾留者）と14歳未満である被勾留者の姻親の孫（当時10歳）との接見を認めなかった事案

「本件処分当時までの間，これらの規定の有効性につき，実務上特に疑いを差し挟む解釈をされたことも裁判上とりたてて問題とされたこともなく，（中略）規則120条（及び124条）が右の限度において法（編注・監獄法）50条の委任の範囲を超えることが当該法令の執行者にとって容易に理解可能であったということはできないのであって，このことは国家公務員として法令に従ってその職務を遂行すべき義務を負う監獄の長にとっても同様であり，監獄の長が本件処分当時，右のようなことを予見し，又は予見すべきであったということはできない。」

⑤ 最高裁平成16.1.15第一小法廷判決（民集58-1-226，訟月50-10-3020，判時1850-16，判タ1145-120）

在留資格がない外国人からの国民健康保険被保険者証の交付申請に対し，国が発出した通知に従って国民健康保険法5条の「住所を有する者」に当たらないとして申請を認めなかった事案

「本件処分は，本件各通知に従って行われたものであるところ，（中略）社会保障制度を外国人に適用する場合には，そのよって立つ社会連帯と相互扶助の理念から，国内に適法な居住関係を有する者のみを対象者とするのが一応の原則であると解されていることに照らせば，本件各通知には相当の根拠が認められるというべきである。（中略）在留資格を有しない外国人が国民健康保険の適用対象となるかどうかについては，定説がなく，下級審裁判例の判断も分かれている上，本件処分当時には，

これを否定する判断を示した東京地裁平成６年（行ウ）第39号同７年９月27日判決・行裁集46巻８・９号777頁があっただけで，法５条の解釈につき本件各通知と異なる見解に立つ裁判例はなかったというのであるから，本件処分をした被上告人横浜市の担当者及び本件各通知を発した被上告人国の担当者に過失があったということはできない。」

⑥　最高裁平成17.4.19第三小法廷判決＝定者事件（民集59-3-563，訟月51-12-3288，判時1896-92，判タ1180-163，警察學論集58-8-73，後掲11(3)キ(ケ)①（140ページ）参照）

弁護人から検察庁の庁舎内にいる被疑者との接見の申出を受けた検察官が同庁舎内に接見の場所が存在しないことを理由として接見の申出を拒否した事案

「被疑者の逃亡，罪証の隠滅を防止することができ，戒護上の支障を生じさせないような場所が存在しないことを理由とする場合に限り，接見を拒否し得るものと解すべきである。」，「検察官は，例えば立会人の居る部屋での短時間の「接見」（以下，便宜「面会接見」という。）（中略）であってもよいかどうかという点につき，弁護人等の意向を確かめ，弁護人等がそのような面接接見であっても差し支えないとの意向を示したときは，面会接見ができるように特別の配慮をすべき義務があると解するのが相当である。（中略）検察官が，（中略）上記のような特別の配慮をすることを怠り，何らの措置を執らなかったときは，検察官の当該不作為は違法になると解すべきである」，「本件接見の拒否は，それ自体直ちに違法とはいえない上，これらの接見の申出がされた平成４年当時，検察庁の庁舎内における接見の申出に対し，検察官が，その庁舎内に，弁護人等と被疑者との立会人なしの接見を認めても，被疑者の逃亡や罪証の隠滅を防止することができ，戒護上の支障が生じないような設備のある部屋等が存在しないことを理由に拒否することができるかという点については，参考となる裁判例や学説は乏しく，もとより，前記説示したような見解（編注・検察官に特別の配慮義務を認める上記見解）が検

察官の職務行為の基準として確立されていたものではなかったこと，かえって，前記の事実関係によれば，甲地検では，接見のための専用の設備の無い検察庁の庁舎内においては弁護人等と被疑者との接見はできないとの立場を採っており，そのことを第１審強化方策乙地方協議会等において説明してきていること等に照らすと，Ｙ検事が上記の配慮義務を怠ったことには，当時の状況の下において，無理からぬ面があることを否定することはできず，結局，同検事に過失があったとまではいえないというべきである。」

⑦　最高裁平成19.11.1第一小法廷判決＝広島徴用工事件（民集61-8-2733，訟月55-2-169）

国の担当者が原子爆弾被害者に対する特別措置に関する法律等の誤った解釈に基づき通達を作成，発出し，これに従った取扱いを継続した事案

「担当者の発出した通達の定めが法の解釈を誤る違法なものであったとしても，（中略）国家賠償法１条１項にいう違法があったと評価されることにはならず，上告人（編注・国）の担当者が職務上尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と上記行為をしたと認められるような事情がある場合に限り，上記の評価がされることになるものと解する」，「402号通達を作成，発出し，また，これに従った失権取扱いを継続した上告人の担当者の行為は，公務員の職務上の注意義務に違反するものとして，国家賠償法１条１項の適用上違法なものであり，当該担当者に過失があることも明らかであ（る）」

8　因果関係

(1)　意義

ア　国家賠償法１条１項は，「故意又は過失によつて違法に他人に損害を加えたときは」と規定し，損害と加害行為との間の因果関係を要件としている。因果関係については，国家賠償法特有の問題はなく，民法の不

法行為法における議論がそのまま当てはまる。

イ　従来の通説は，加害行為と損害との間に相当因果関係が必要であるとし，民法709条における因果関係にも，同法416条が類推適用されると考えていた。

すなわち，まず，加害行為と損害との間に条件関係（Ａという事実がなかったならば，Ｂという事実も生じなかったであろうと考えられる関係。「あれなければこれなし」の関係などともいう。）がなければならないが，これだけで因果関係があるとすると，言わば「風が吹けば桶屋が儲かる」式に，因果の連鎖が無限に広がることになり，適当でない。例えば，交通事故で軽傷を負った者が，治療のため通院した病院内で伝染病にかかって死亡した場合，交通事故という事実がなければ入院することもなく，ひいては死亡という事実も生じなかったとして，交通事故と死亡との間に因果関係があるということになりかねない。そこで，因果関係の範囲を「相当な」範囲に限定することにし，その具体的基準として，債務不履行による損害賠償に関する民法416条を類推して，原則として通常生ずべき損害（通常損害）の賠償をもって足りるとしつつ，例外的に，当事者（加害者）が特別の事情によって生じた損害（特別損害）の発生を予見し又は予見すべかりしときには，前記特別損害についても賠償すべきものとしたのである。

ウ　これに対して，近時，このような民法416条の類推による相当因果関係説に疑問を呈する見解が有力になっている。この見解によれば，従前，相当因果関係と呼ばれていたものは，加害行為がなければ損害は発生しなかったであろうという事実的因果関係の問題と，事実的因果関係の存在を前提として，損害のうちどの範囲のものを被告に賠償させるのが相当かという法的価値判断としての損害賠償の範囲ないし保護範囲の問題とに分けて考えるべきとされる。そして，事実的因果関係の存否は，事実問題であるから証明の対象となり，原告にその主張立証責任があるのに対し，保護範囲は法的評価の問題とされる（平井・債権各論Ⅱ81ページ，同109ページ，幾代・不法行為法116ページ以下）。

(2)　訴訟上の因果関係の立証程度

医療過誤訴訟や公害訴訟などでは，因果関係（事実的因果関係）の存否が争われることが多い。このような事案における因果関係は，医学的・科学的に立証されるのがより正確であるということができようが，科学的に厳密な立証がもともと困難ないし不可能な事案も少なからずあり，限られた時間と物的・人的資源を用いて当面する紛争を解決すべき民事訴訟の在り方として，常にこのような立証を求めるのが妥当とも言い難い。

そこで，最高裁判所は，訴訟上の因果関係の立証は，一点の疑義も許されない自然科学的証明でなく，経験則に照らして全証拠を総合検討し，特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認し得る高度の蓋然性を証明することで足りるとした（後掲①）。注意すべきことは，訴訟上の因果関係の立証においては，必ずしも厳密な自然科学的証明は求められないが，だからといって自然科学的知見の必要性がいささかも減じるものではなく，最新の自然科学的知見に基づいてできる限りの主張立証が可能な限り尽くされるべきであるということである。

なお，近時，因果関係が科学的に解明されていない事案に対し，従来の因果関係論によるあるかないか（オール・オア・ナッシング）の二者択一の判断では妥当な解決が得られないことから，因果関係をオール・オア・ナッシングではなく，割合的にとらえようとする見解（割合的因果関係論）や，証明が証明度に達しない場合にも，その蓋然性（裁判官の心証の程度）に応じて部分的に責任を認めようとする見解（確率的心証論）なども唱えられている。これらの見解には種々の疑問があり，学説上も実務上も一般的に受け入れられているとはいえない（四宮・不法行為416ページ，平井・債権各論Ⅱ86ページ）が，後掲②の判決のように，これらによると解されるものもある。なお，これらの理論のよって立つ問題意識及び結論は，損害の認定における素因による寄与度減責（結果発生に対する被害者の寄与の度合いによって賠償額を減額するという見解）とも類似する。

① 最高裁昭和50.10.24第二小法廷判決＝ルンバール事件（民集29-9-1417，訟月21-11-2197，判時792-3，判タ328-132）

化膿性髄膜炎のため東大附属病院に入院し，治療としてルンバール（腰椎穿刺による髄液の採取とペニシリンの髄腔内注入）をしたところ，その15～20分後突然おう吐やけいれんの発作が起き，続いて右半身麻痺や言語障害，知能障害が発生し，後遺症として残ったとする者が，これはルンバール施術のショックによる脳出血が原因であり，担当医のルンバール施術又はその後の看護治療に過失があるとして，国に対して損害賠償を求めた事案

「訴訟上の因果関係の立証は，一点の疑義も許されない自然科学的証明でなく，経験則に照らして全証拠を総合検討し，特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認しうる高度の蓋然性を証明することであり，その判定は，通常人が疑いを差し挟まない程度に真実性の確信を持ちうるものであることを必要とし，かつ，それで足りるものである。（中略）本件発作は，上告人の病状が一貫して軽快しつつある段階において，本件ルンバール実施後15分ないし20分を経て突然に発生したものであり，他方，化膿性髄膜炎の再燃する蓋然性は通常低いものとされており，当時これが再燃するような特別の事情も認められなかったこと，以上の事実関係を，因果関係に関する前記一（編注・前段の因果関係の立証程度を指す。）に説示した見地にたって総合検討すると，他に特段の事情の認められないかぎり，経験則上本件発作とその後の病変の原因は脳出血であり，これが本件ルンバールに因って発生したものというべく，結局，上告人の本件発作及びその後の病変と本件ルンバールとの間に因果関係を肯定するのが相当である。」

② 大阪地裁平成6.7.11判決＝関西水俣訴訟（訟月41-8-1799，判時1506-5，判タ856-81，判例自治125-34，後掲11(13)エ(イ)⑨（244ページ）参照）

水俣病の罹患の有無が争われた事案

「本件は，因果関係を確率的に認定できる場合であると考えられるから，52年判断条件を満たさない患者について，直ちに請求棄却とするのではなく，高度の蓋然性はない場合であっても，証拠から認められる水俣病である可能性を量定して，それを損害賠償額に反映させるべきである。」

③ 最高裁平成18.6.16第二小法廷判決＝札幌Ｂ型肝炎訴訟（民集60-5-1997，訟月53-10-2757，判時1941-28，判タ1220-79，後掲第５の２(3)ア(エ)⑥（390ページ）参照）

国が実施した集団予防接種等の結果，Ｂ型肝炎ウイルスに感染したとする者らからの国家賠償請求について，集団予防接種等による注射器の連続使用によってＢ型肝炎ウイルスに感染した蓋然性が高く，このほかには感染の可能性の高い具体的事実はうかがわれないとして因果関係を肯定した（なお，一審（札幌地裁平成12.3.28判決（訟月47-2-235））は因果関係を否定し，二審（札幌高裁平成16.1.16判決（判時1861-46））は因果関係を肯定した。）。

9　損害

(1)　損害について

損害についても，国家賠償法特有の理論的な問題はなく，民法の一般理論に従う。損害の定義は必ずしも一定ではないが，「法益について被った不利益」とか，「もし加害原因がなかったとしたならばあるべき利益状態と，加害がなされた現在の利益状態との差」（このような考え方は「差額説」と呼ばれる。）などと説明されるのが一般である。損害は，財産的損害と精神的損害又は無形損害に分類され，また，財産的損害は，積極的損害と消極的損害とに分類される。

(2)　積極的損害

既存の財産が現実に減少するという形で受けた損害を積極的損害という。加害行為のゆえに被害者が何らかの財産的支出を余儀なくされた場合，現実に支出した全額が損害とされるわけではなく，損害額は，通常支払う

べき額の範囲にとどまる。具体的には，以下のような事案がある。

ア　入院治療に要する費用

①　最高裁昭和46.6.29第三小法廷判決（民集25-4-650，判時636-28，判タ265-99）

被害者の近親者が付添いをし，そのために付添費の支出を免れた場合の節約された付添費

「被害者が受傷により付添看護を必要とし，親子，配偶者などの近親者の付添看護を受けた場合には，現実に付添看護料の支払いをせずまたはその支払請求を受けていなくても，被害者は近親者の付添看護料相当額の損害を被ったものとして，加害者に対しその賠償請求をすることができるものと解するを相当とする。」

②　最高裁昭和49.4.25第一小法廷判決（民集28-3-447，交通民集7-2-286）

交通事故の被害者の近親者が看護等のため被害者の許に往復した場合の旅費

イ　葬儀等に関する費用

葬儀費用は，死亡事故と相当因果関係にある積極的損害である。人は早晩死ぬからといって，加害行為の有無にかかわらず支出すべきものであるとはいえないからである。

ウ　弁護士費用

弁護士費用は民事訴訟法89条の訴訟費用に含まれないと解されているため，一般には，勝訴当事者が負担した弁護士費用を敗訴当事者から取り立てる手だてはなく，せいぜい，提訴ないし応訴それ自体が不法行為に当たることを理由に，別途損害賠償請求をすることが考えられる程度である（それも認容されることはあまり多くはないであろう。）。これに対し，不法行為に基づく損害賠償請求訴訟の弁護士費用は，事案の難易，請求額，認容額その他諸般の事情を斟酌して相当と認められる範囲のものに限り，当該不法行為と相当因果関係に立つ損害として，加害者に賠償させることができると解されている。

○　最高裁昭和44.2.27第一小法廷判決(民集23-2-441，判時548-19，判タ232-276)

無効の根抵当権設定登記に基づく競売申立てが不法行為であるとして提起された損害賠償請求訴訟において，弁護士費用を併せて請求した事案

(3)　消極的損害

ア　消極的損害とは，加害行為がなかったとすれば被害者が得たであろう利益（得べかりし利益，逸失利益）をいう。その算定は，将来の予測に係るため，積極的損害のそれよりも一般的に困難ということができる。

判例は，逸失利益につき，被害者が現実に得ていた収入（未成年者等でそれが判明しない場合は，賃金センサス等の資料による。）及び稼働可能年数を基準として将来の全収入を推計し，中間利息を控除して現在の損害を算定する。中間利息を控除する計算式にはホフマン方式（単利計算法）とライプニッツ方式（複利計算法）及びこれらの改良型があるがそのいずれによってもよいとするのが判例である（交通事故の逸失利益算定については実務上統一化の動きがある・井上繁規ほか「交通事故による逸失利益の算定方法についての共同提言」判時1692-162，判タ1014-62)。

なお，最高裁昭和49年7月19日第二小法廷判決（民集28-5-872，判時748-23，判タ311-134）は，職業に従事していない主婦が交通事故によって死亡した場合の逸失利益について，主婦の家事労働が無償的なものではなく，もしこれを他人にゆだねるとすると相当の対価を伴うので，それに相当する逸失利益があるとしている。

イ　一時的に我が国に滞在し将来出国が予定されている外国人の逸失利益を算定する方法

○　最高裁平成9.1.28第三小法廷判決（民集51-1-78，判時1598-78，判タ934-216)

「一時的に我が国に滞在し将来出国が予定されている外国人の逸失利益を算定するに当たっては，当該外国人がいつまで我が国に居住して就労するか，その後はどこの国に出国してどこに生活の本拠を置いて就労することになるか，などの点を証拠資料に基づき相当程度の蓋然性が認められる程度に予測し，将来のあり得べき収入状況を推定すべきことになる。そうすると，予測される我が国での就労可能期間ないし滞在可能期間内は我が国での収入等を基礎とし，その後は想定される出国先（多くは母国）での収入等を基礎として逸失利益を算定するのが合理的ということができる。そして，我が国における就労可能期間は，来日目的，事故の時点における本人の意思，在留資格の有無，在留資格の内容，在留期間，在留期間更新の実績及び蓋然性，就労資格の有無，就労の態様等の事実的及び規範的な諸要素を考慮して，これを認定するのが相当である。」

(4)　精神的損害（慰謝料）

民法は，不法行為について，財産的損害とともに精神的損害の賠償を認めている（民法710条）。また，生命侵害の場合には，被害者固有の損害のほか，被害者の父母，配偶者，子からの慰謝料請求が認められる（民法711条）。

賠償の方法は，金銭賠償が原則である（民法722条・417条）が，名誉毀損の場合には，謝罪広告等名誉回復に適当な方法を採ることが認められている（民法723条）。

慰謝料額の算定は，両当事者の社会的地位・職業・資産・家族の状態，加害者の故意過失の程度，加害者の行為の倫理的非難に値する程度等すべての事情を考慮して，裁判官の裁量により決定される（後記(5)ウ参照）。また，このように算定に当たっての裁量性が強いことから，損害はあるが証明困難な財産的損害の賠償を慰謝料の形で補完的に解決する例（慰謝料の補完的ないし調整的機能）や公害訴訟等において全損害を一括して慰謝料として請求する例（後記(5)ウ参照）もある。

(5)　損害の算定方法

ア　一般論

○　最高裁昭和39.1.28第一小法廷判決（民集18-1-136，判時363-10）
いわゆる差額説を採ることを明らかにした事案

「民法上のいわゆる損害とは，一口に云えば，侵害行為がなかったならば惹起しなかったであろう状態（原状）を(a)とし，侵害行為によって惹起されているところの現実の状態（現状）を(b)とし，a－b＝XそのXを金銭で評価したものが損害である。そのうち，数理的に算定できるものが，有形の損害すなわち財産上の損害であり，その然らざるものが無形の損害である。しかしその無形の損害と雖も法律の上では金銭評価の途が全くとざされているわけのものではない。侵害行為の程度，加害者，被害者の年令資産その社会的環境等各般の情況を斟酌して右金銭の評価は可能である。その顕著な事例は判示にいうところの精神上の苦痛を和らげるであろうところの慰藉料支払の場合である。」

イ　後遺症による労働能力低下を理由とする財産上の損害の認定について，事故による身体の侵害すなわち労働能力の喪失自体を損害と観念する説（労働能力喪失説）ではなく，差額説を採ることを明らかにしたもの

①　最高裁昭和42.11.10第二小法廷判決（民集21-9-2352，訟月13-12-1521，判時505-35，判タ215-94）

国が，労災保険法により，交通事故の被害者に代位して，治療費・休業による損失・労働能力喪失による将来の得べかりし利益の喪失等の損害賠償を求めた事案

「損害賠償制度は，被害者に生じた現実の損害を填補することを目的とするものであるから，労働能力の喪失・減退にもかかわらず損害が発生しなかった場合には，それを理由とする賠償請求ができないことはいうまでもない。原判決の確定した事実によれば，Hは本件交通事故により左大腿複雑骨折の傷害をうけたが，その後従来どおり会社

に勤務し，従来の作業に従事し，本件事故による労働能力の減少によって格別の収入減を生じていないというのであるから，労働能力減少による損害賠償を認めなかった原判決の判断は正当であって，所論の判例に反するところもない。」

② 最高裁昭和56.12.22第三小法廷判決（民集35-9-1350，判時1031-123，判タ463-126）

通産省工業技術院の研究所に技官として勤務している者が，交通事故により傷害を受け，腰部挫傷後遺症（14級相当）を残したが，これは多分に心因性のものであって，上下肢の機能障害，運動障害はなく，事故前はかなり力のいる仕事をしていたが，事故後は座ったままでできる測定解析作業に従事し，給与面では格別不利益な取扱いは受けていないという事案

「かりに交通事故の被害者が事故に起因する後遺症のために身体的機能の一部を喪失したこと自体を損害と観念することができるとしても，その後遺症の程度が比較的軽微であって，しかも被害者が従事する職業の性質からみて現在又は将来における収入の減少も認められないという場合においては，特段の事情のない限り，労働能力の一部喪失を理由とする財産上の損害を認める余地はないというべきである。」

ウ　慰謝料額の認定

○ 最高裁平成6.2.22第三小法廷判決＝長崎じん肺訴訟（民集48-2-441，判時1499-32，判タ853-73）

「慰謝料額の認定は原審の裁量に属する事実認定の問題であり，ただ右認定額が著しく不相当であって経験則又は条理に反するような事情でも存するならば格別」であるという先例を確認しつつ，「しかし，ここで留意を要するのは，上告人らによる本訴請求は慰謝料を対象とするものであるが，物質的損害の賠償は別途請求するというのではなく，かえって他に財産上の請求をしない旨を上告人らにおいて訴訟上

明確に宣明し，上告人ら自身これに拘束されているのが本件であることである。したがって，上告人らは，被上告人の安全配慮義務の不履行に起因するところの，財産上のそれを含めた全損害につき，本訴において請求し，かつ，認容される以外の賠償を受けることはできないのであるから，本訴請求の対象が慰謝料であるとはいえ，他に財産上の請求権の留保のないものとして，原審が慰謝料額を認定するに当たっても，その裁量にはおのずから限界にあり，その裁量権の行使は社会通念により相当として容認され得る範囲にとどまることを要するのは当然である。」，「原審の認定した（中略）慰謝料額は低きに失し，著しく不相当であって，経験則又は条理に反し，右にみるような慰謝料額認定についての原審の裁量判断は，社会通念により相当として容認され得る範囲を超えるものというほかはない。」

エ　遅延損害金

⊙ 最高裁平成17.6.14第三小法廷判決（民集59-5-983，判時1901-23，判タ1185-109）

「損害賠償額の算定に当たり被害者の将来の逸失利益を現在価額に換算するについても，法的安定及び統一的処理が必要とされるのであるから，民法は，民事法定利率により中間利息を控除することを予定しているものと考えられる。このように考えることによって，事案ごとに，また，裁判官ごとに中間利息の控除割合についての判断が区々に分かれることを防ぎ，被害者相互間の公平の確保，損害額の予測可能性による紛争の予防も図ることができる。上記の諸点に照らすと，損害賠償の算定に当たり，被害者の将来の逸失利益を現在価額に換算するために控除すべき中間利息の割合は，民事法定利率によらなければならないというべきである。」

10　国家賠償法１条関係事件の主張例及び協議事例等

国家賠償法１条に関する国家賠償訴訟事件について，国の法的主張の事例

及び事件打合せ会等における協議事例を以下に掲げるので参考にされたい。

(1)　主張例

[redacted]

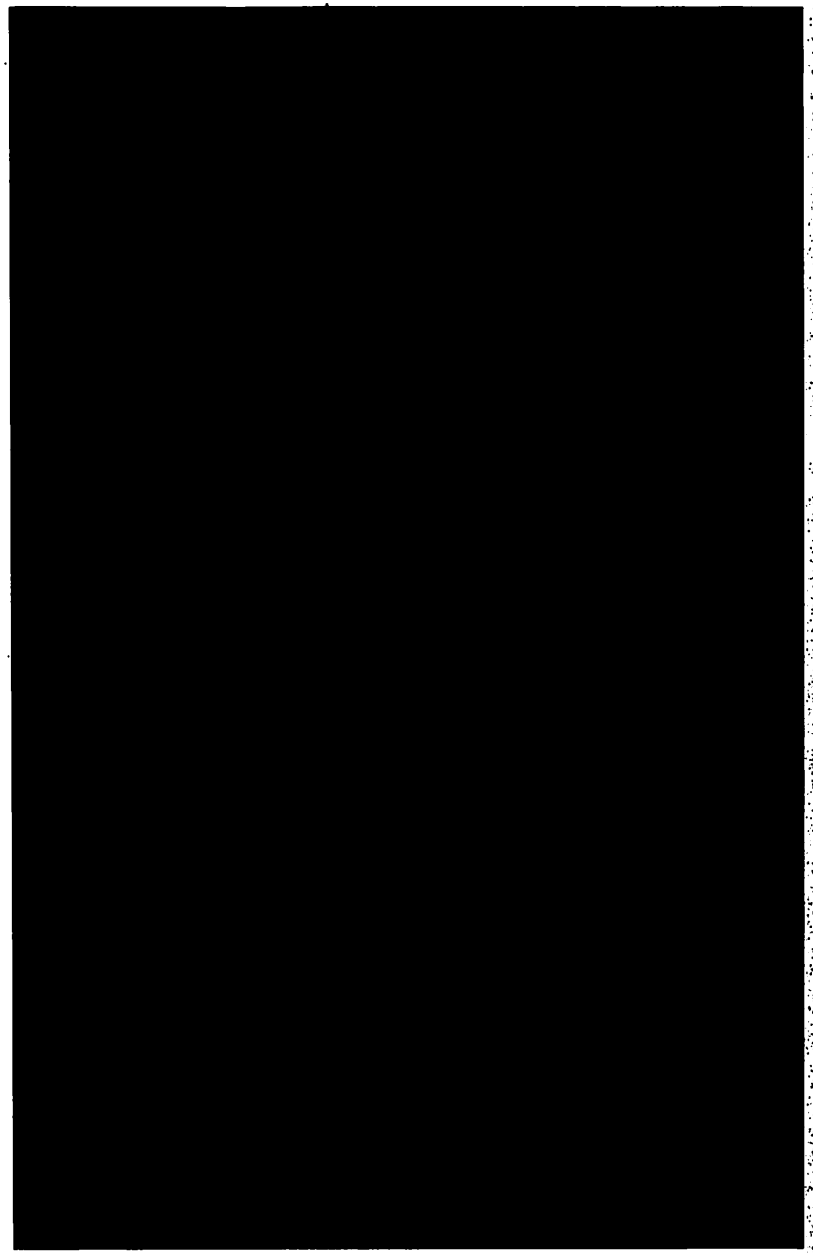
[redacted]

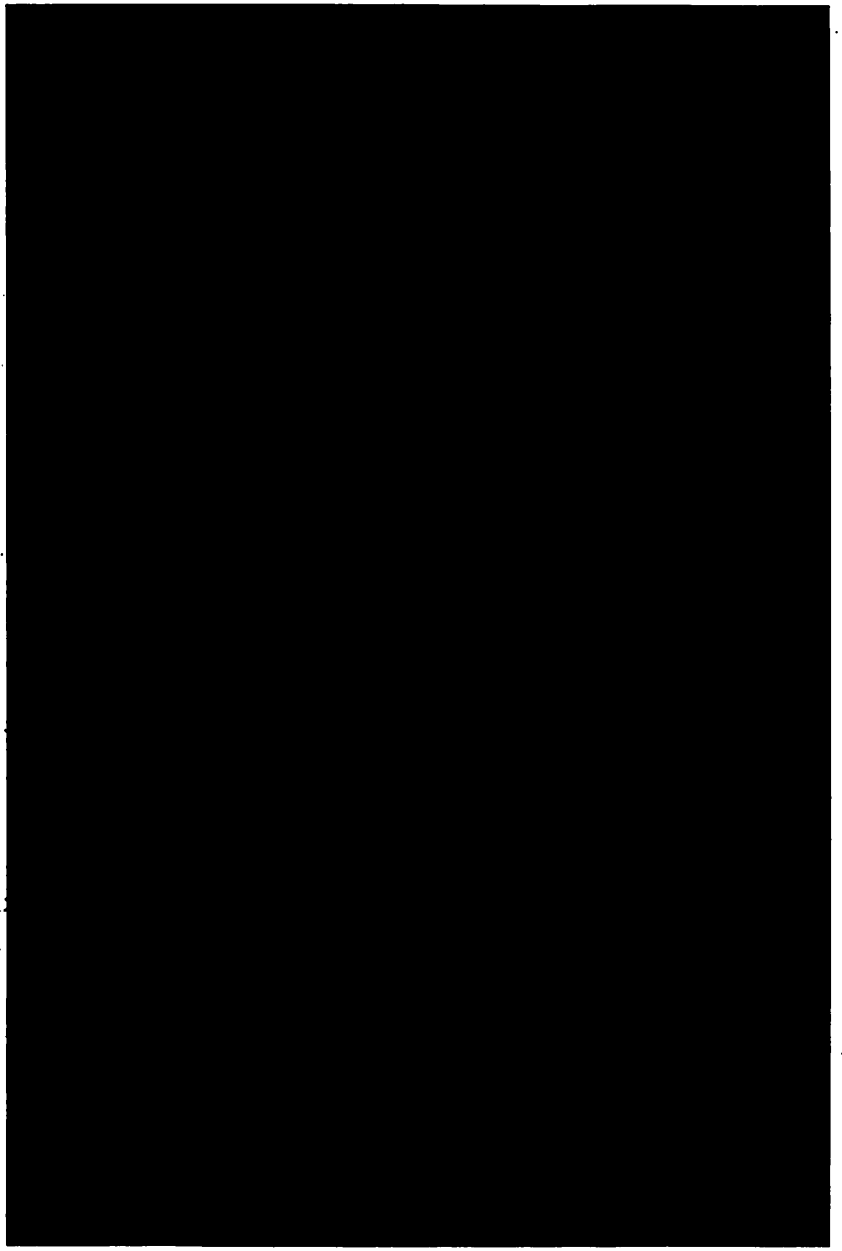
[redacted]

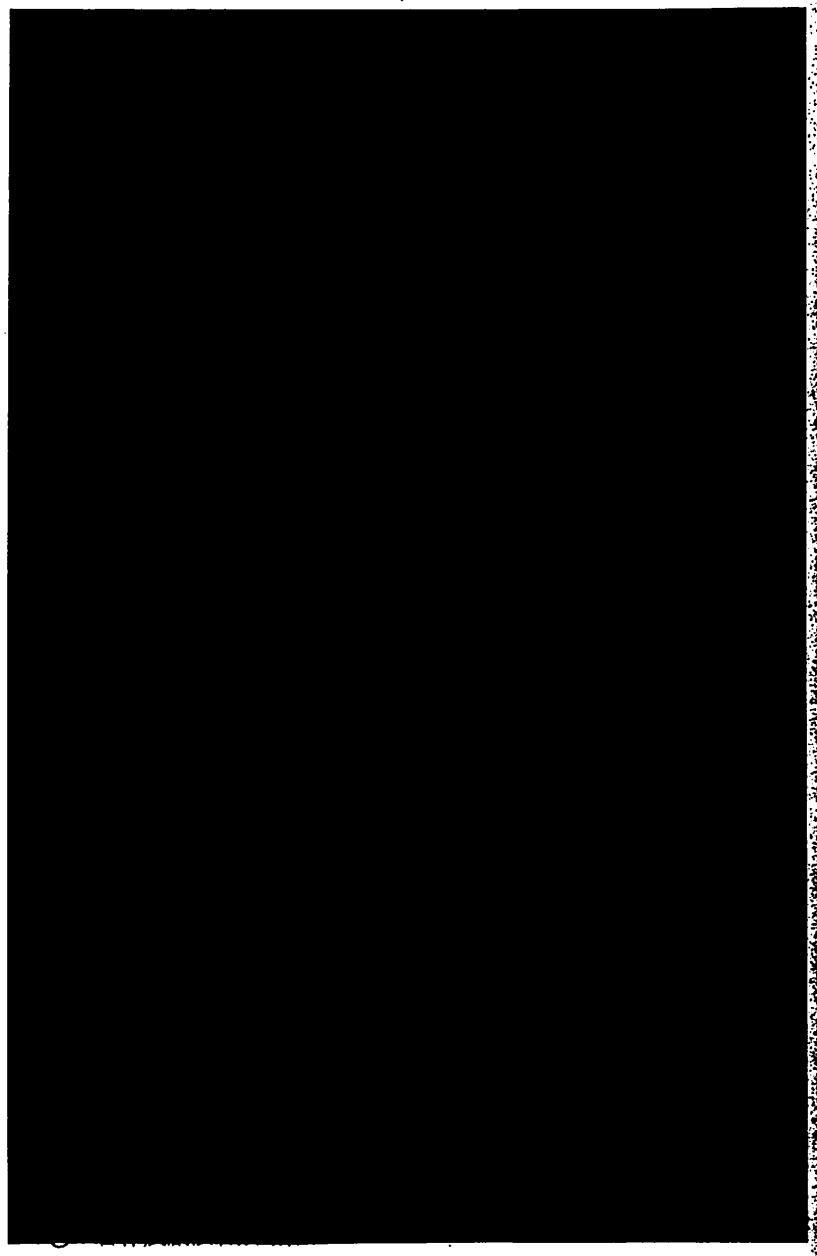
[redacted]

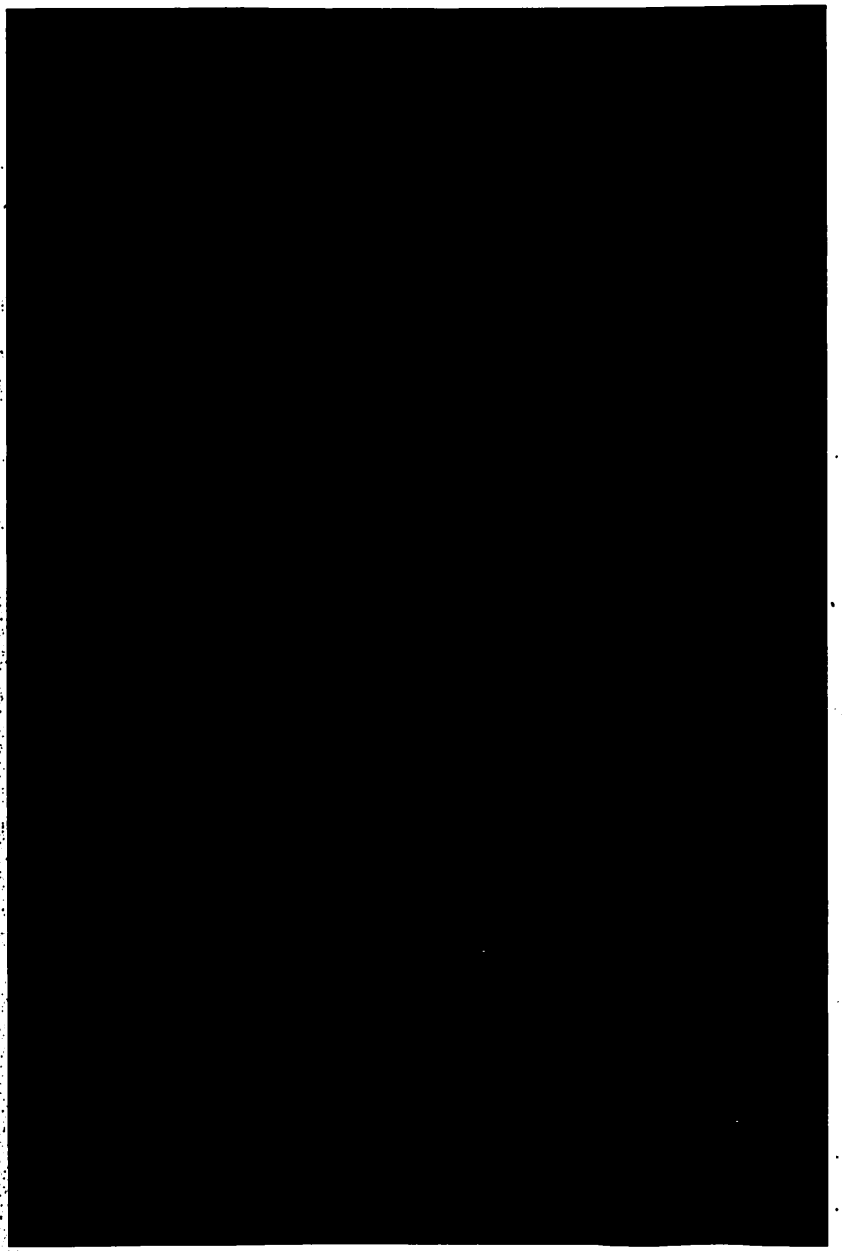
(2)　協議事例等

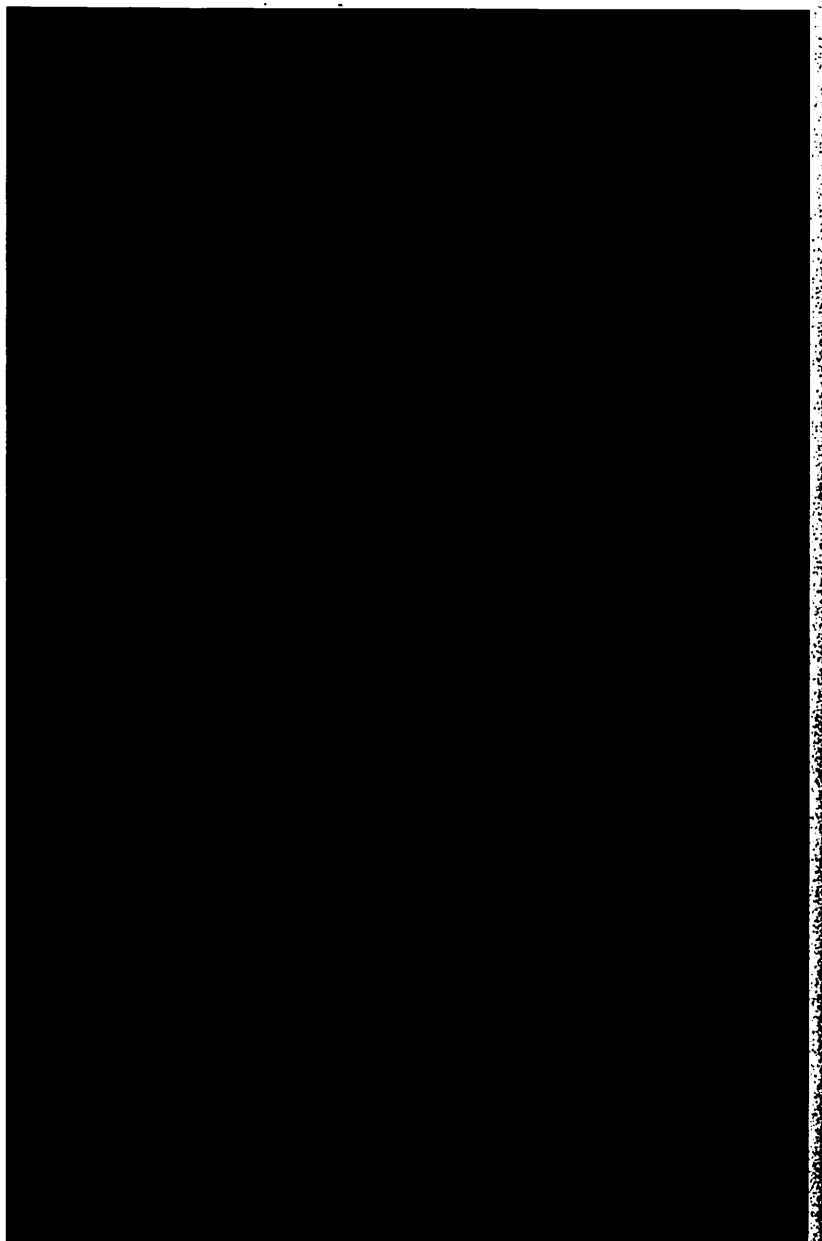
[redacted]













1　国家賠償法１条関係の類型別裁判例

(1)　国会関係

ア　立法行為

(ア)　国家賠償法１条の適用

立法行為（作為・不作為を含む）について国家賠償法１条の適用を肯定するのが通説・判例である。その根拠は，国家賠償法上，立法行為を除外する特別規定が設けられていないこと，また，特段除外すべき理由がないことにある。

(イ)　違法性の判断

立法行為の違法性に関しては，後掲①の在宅投票事件の最高裁判決以前の裁判例においては，立法の内容が違憲となる場合には，当該立法行為もまた当然違法になるとの立場を採っていた。

しかし，①判決は，立法行為（不作為を含む。）が国家賠償法1条1項の違法に当たるか否かの問題は，「国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であって，当該立法の内容の違憲性の問題とは区別されるべきであり，仮に当該立法の内容が憲法の規定に違反する廉があるとしても，その故に国会議員の立法行為が直ちに違法の評価を受けるものではない。」として立法内容の違憲性と立法行為の国家賠償法上の違法性とは別物であるとし，「国会議員は，立法に関しては，原則として，国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり，個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではない。」とした。そして，例外的に個別の国民に対する関係で法的義務違背の責めを負う場合として，「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず，国会があえて当該立法を行うというがごとき容易に想定し難いような場合」を示し，前記のような「例外的な場合でない限り，国家賠償法1条1項の規定の適用上，違法の評価をうけない。」と判示し，いわゆる違法性二元論を採用することを明らかにした。前記の理論は条例制定権を持つ地方議会にも妥当するであろう。後掲②ないし⑤判決は前記の判断基準によった一連の最高裁判例であり，⑥判決はこれを国会決議についても採用した判例である。

① 最高裁昭和60.11.21第一小法廷判決＝在宅投票訴訟（民集39-7-1512，訟月32-9-2002，判時1177-3，判タ578-51）

「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は，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。したがって，国会議員の立法行為（立法不作為を含む。以下同じ。）が同項の適用上違法となるかどうかは，国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であって，

当該立法の内容の違憲性の問題とは区別されるべきであり，仮に当該立法の内容が憲法の規定に違反する廉があるとしても，その故に国会議員の立法行為が直ちに違法の評価を受けるものではない。そこで，国会議員が立法に関し個別の国民に対する関係においていかなる法的義務を負うかをみるに，憲法の採用する議会制民主主義の下においては，国会は，国民の間に存する多元的な意見及び諸々の利益を立法過程に公正に反映させ，議員の自由な討論を通してこれらを調整し，究極的には多数決原理により統一的な国家意思を形成すべき役割を担うものである。そして国会議員は，多様な国民の意向をくみつつ，国民全体の福祉の実現を目指して行動することが要請されているのであつて，議会制民主主義が適正かつ効果的に機能することを期するためにも，国会議員の立法過程における行動で，立法行為の内容にわたる実体的側面に係るものは，これを議員各自の政治的判断に任せ，その当否は終極的に国民の自由な言論及び選挙による政治的評価にゆだねるのを相当とする。さらにいえば，立法行為の規範たるべき憲法についてさえ，その解釈につき国民の間には多様な見解があり得るのであつて，国会議員は，これを立法過程に反映させるべき立場にあるのである。憲法51条が，『両議院の議員は，議院で行つた演説，討論又は表決について，院外で責任を問われない。』と規定し，国会議員の発言・表決につき法的責任を免除しているのも，国会議員の立法過程における行動は政治的責任の対象とするにとどめるのが国民の代表者による政治の実現を期するという目的にかなうものである，との考慮によるのである。このように，国会議員の立法行為は，本質的に政治的なものであつて，その性質上法的規制の対象になじまず，特定個人に対する損害賠償責任の有無という観点から，あるべき立法行為を措定して具体的立法行為の適否を法的に評価するということは，原則的には許されないものといわざるを得ない。ある法律が個人の具体的権利利益を侵

害するものであるという場合に，裁判所はその者の訴えに基づき当該法律の合憲性を判断するが，この判断は既に成立している法律の効力に関するものであり，法律の効力についての違憲審査がなされるからといつて，当該法律の立法過程における国会議員の行動，すなわち立法行為が当然に法的評価に親しむものとすることはできないのである。以上のとおりであるから，国会議員は，立法に関しては，原則として，国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり，個別の国民に対応した関係での法的義務を負うものではないというべきであつて，国会議員の立法行為は，立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき，容易に想定し難いような例外的な場合でない限り，国家賠償法１条１項の規定の適用上，違法の評価を受けないものといわなければならない。」

② 最高裁昭和62.6.26第二小法廷判決(訟月34-1-25，判時1262-100，判タ658-85，後掲(ウ)参照)

国会ないし国会議員が，一般民間人被災者を対象として戦傷病者戦没者遺族等援護法と同等の立法をしなかったとしても，立法不作為などの違法の評価を受けるものではないとした。

③ 最高裁平成2.2.6第三小法廷判決＝西陣ネクタイ訴訟（訟月36-12-2242)

国会議員の立法行為の国家賠償法上の評価については，立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず，あえて当該立法行為を行うというように，容易に想定し難いような例外的な場合でない限り，国家賠償法１条の適用上，違法の評価を受けるものではないとし，本件立法行為の内容の適否につき，小売商業調整特別措置法違反訴訟において個人の経済活動に対する規制措置の合憲性の判断基準を示した最高裁昭和47年11月22日大法廷判決（刑集26-9-586）を引用して，積極的な社会経済政策の実施の一手段として

て，個人の経済活動に対し一定の合理的規制措置を講ずることは，憲法が予定し，かつ，許容するところであるから，裁判所は，立法府がその裁量権を逸脱し，当該規制措置が著しく不合理であることが明白な場合に限って，これを違憲としてその効力を否定することができるとした。その上で，本件立法行為は，原則として，当分の間，当時の蚕糸事業団でなければ生糸を輸入することができないとするいわゆる生糸の一元化輸入措置の実施及び所定の輸入生糸を同事業団が売り渡す際の売渡方法，売渡価格等の規制について規定しており，営業の自由に対し制限を加えるものではあるが，国家賠償法１条の適用上例外的に違法の評価を受けるものではないと判示して控訴人らの上告を棄却した。

④ 最高裁平成5.9.10第二小法廷判決(税務訴訟資料198-813)

消費税法の制定の違法が問われた事案につき，①判決と同様の基準により判断した。

⑤ 東京地裁平成7.11.22判決＝戦後50年決議訴訟（判タ912-167)

衆議院本会議における「歴史を教訓に平和への決意を新たにする決議」（いわゆる戦後50年国会決議）により耐え難い精神的苦痛を被ったとして，国に損害賠償を求めた事案につき，国会議員の立法行為は，立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというがごとき，容易に想定し難いような例外的な場合でない限り，国家賠償法１条１項の適用上，違法の評価を受けず，本件国会決議は，国会議員が主体となり，衆議院の意思表明としてされたものである点で国会議員の立法行為と共通するから，本件国会決議も立法行為と同様に解すべきであるとした上で，本件国会決議は上記でいうところの例外的な場合に該当せず，違法でないなどとして請求を棄却した。

⑥ 最高裁平成7.12.5第三小法廷判決（判時1563-81，判タ906-180)

再婚禁止期間につき男女の差異を設けた民法733条の立法行為の

違法が問われた事案につき，①判決と同様の基準により判断した。

⑦　山口地裁下関支部平成10.4.27判決（判時1642-24，後掲⑧参照）

従軍慰安婦であったとする韓国人らが立法不作為等を理由として国家賠償を求めた事案について，①判決に依拠しつつも，立法不作為が日本国憲法秩序の根幹価値にかかわる基本的人権の侵害をもたらしている場合にも，例外的に国家賠償法上の違法をいうことができ，その人権侵害の重大性と救済の高度の必要性が認められる場合であって，国会が立法の必要性を十分認識し，立法可能であったにもかかわらず，一定の合理的期間を経過してもなおこれを放置したという要件があれば立法不作為による国家賠償を認めることができるとして，請求を一部認容した。

⑧　広島高裁平成13.3.29判決（判時1759-42，判タ1081-91，⑦の控訴審）

①判決と同様の基準によって判断し，⑦判決を取り消した。

⑨　東京地裁平成11.10.28判決＝在外邦人選挙権訴訟（判時1705-50，後掲⑬参照）

日本国外に居住する自国民の選挙権行使を可能にする立法措置を執らなかった立法不作為の違法が問われた事案につき，①判決と同様の基準により判断した。

⑩　熊本地裁平成13.5.11判決（訟月48-4-881，判時1748-30，判タ1070-151）

らい予防法により国立療養所に入所していた原告らが，厚生大臣が策定・施行したハンセン病の隔離政策の違法，国会議員がらい予防法を制定した立法行為又は平成８年まで改廃しなかった立法不作為の違法などを主張して損害賠償を求めた事案につき，昭和35年以降においては隔離の必要性が失われたとして，厚生大臣のハンセン病隔離政策の変換等を怠った違法を認めるとともに，①判決に依拠しつつ，遅くとも昭和40年以降に隔離規定の改廃をしなかった国会

議員の立法上の不作為の違法性を認めて，請求を一部認容した。

なお，同判決に対して，被告国は，政治的判断により控訴を断念するとともに，政府声明（平成13年５月25日閣議決定）において法律上の問題点（同判決は①判決に反するとともに民法724条後段の規定に反する）を指摘した。

⑪　東京地裁平成14.11.28判決（訟月49-8-2213，判タ1114-93）

郵便投票を自書に限る投票制度を改めなかった立法不作為の違法が問われた事案につき，①判決と同様の基準により判断した。

⑫　大阪地裁平成15.2.10判決（訟月49-8-2341，判タ1821-49）

郵便による投票方法の対象者を拡張する立法をしなかった立法不作為の違法が問われた事案につき，①判決と同様の基準により判断した。

⑬　最高裁平成17.9.14大法廷判決＝在外邦人選挙権訴訟（民集59-7-2087，判時1908-36，判タ1191-143，⑨の上告審）

在外国民の選挙権行使の機会が制限されているのに，これを是正しない立法不作為の違法が問われた事案につき，①判決に従いつつも，立法不作為が国家賠償法上違法と評価される場合として，「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や，国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり，それが明白であるにもかかわらず，国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには，例外的に，国会議員の立法行為又は立法不作為は，国家賠償法１条１項の規定の適用上，違法の評価を受けるものというべきである。」とし，「在外国民であった上告人らも国政選挙において投票をする機会を与えられることを憲法上保障されていたのであり，この権利行使の機会を確保するためには，在外選挙制度を設けるなどの立法措置を執ることが必要不可欠であったにもかかわらず，前記事実関係によれば，

昭和59年に在外国民の投票を可能にするための法律案が閣議決定されて国会に提出されたものの，同法律案が廃案となった後本件選挙の実施に至るまで10年以上の長きにわたって何らの立法措置も執られなかったのであるから，このような著しい不作為は上記の例外的な場合に当たり，このような場合においては，過失の存在を否定することはできない。このような立法不作為の結果，上告人らは本件選挙において投票をすることができず，これによる精神的苦痛を被ったものというべきである。」として，国の国家賠償責任を肯定した。

⑭　最高裁平成18.7.13第一小法廷判決（訟月53-5-1622，判時1946-41，判タ1222-135，前掲４(3)⑦（50ページ）参照）

精神的原因によって投票所に行くことが困難な者の選挙権行使の機会を確保するための立法措置を執らなかった事案について，国家賠償法上違法ではないと判断した。

(ウ) 内閣の法律案提出（不提出）の国家賠償法上の違法について

立法行為ないし立法不作為の国家賠償法上の違法に関連して，法律案を国会に提出する（提出しない）内閣の行為の違法性が併せて問題とされることがある。しかし，内閣の法律案提出（不提出）行為は，国会の立法行為に吸収されるから，内閣の法律案提出（不提出）行為自体の違法性を別個に観念する必要はないと考えられる。

○　最高裁昭和62.6.26第二小法廷判決（訟月34-1-25，判時1262-100，判タ658-85，前掲(イ)②参照）

「立法について固有の権限を有する国会ないし国会議員の前記立法不作為につき，国家賠償法１条１項の適用上違法性を肯定することができないこと前記のとおりである以上，国会に対して法律案の提出権を有するにとどまる内閣の前記法律案不提出についても，同条項の適用上違法性を観念する余地のないことは当然というべきである（る）。」

イ　国会での質疑応答等

立法行為以外の国会議員の活動，議院の法律案受理に関する行為が問題にされた事案に関する裁判例として，後掲①，②判決がある。①判決は，質疑応答については，国会議員に広範な裁量権を認め，違法限定説を採用している。

①　最高裁平成9.9.9第三小法廷判決（民集51-8-3850，訟月44-12-2136，判時1631-57，判タ967-116，前掲６(3)⑨（69ページ）参照）

国会議員が国会で行った質疑等によって名誉を毀損され，かつ，自殺に追い込まれたとする者の家族から慰謝料の支払を求められた事案

「国会議員は，立法に関しては，原則として，国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり，個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではなく，国会議員の立法行為そのものは，立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらずあえて当該立法行為を行うというごとき，容易に想定し難いような例外的な場合でない限り，国家賠償法上の違法の評価を受けないというべきであるが（中略），この理は，独り立法行為のみならず，条約締結の承認，財政の監督に関する議決など，多数決原理により統一的な国家意思を形成する行為一般に妥当するものである。これに対し，国会議員が，立法，条約の承認，財政の監督などの審議や国政に関する調査の過程で行う質疑，演説，討論等（以下「質疑等」という。）は，多数決原理により国家意思を形成する行為そのものではなく，国家意思の形成に向けられた行為である。もとより，国家意思の形成の過程には国民の間に存する多元的な意見及び諸々の利益が反映されるべきであるから，右のような質疑等においても，現実社会に生起する広範な問題が取り上げられることになり，中には具体的事例に関する，あるいは，具体的事例を交えた質疑などであるがゆえに，質疑等の内容が個別の国民の権利等に直接かかわることも起こり得る。したがって，質疑等の場面においては，国会議員が個別の国民の権利に対応した関

係での法的義務を負うこともあり得ないではない。しかしながら，質疑等は，多数決原理による統一的な国家意思の形成に密接に関連し，これに影響を及ぼすべきものであり，国民の間に存する多元的な意見及び諸々の利益を反映させるべく，あらゆる面から質疑等を尽くすことも国会議員の職務ないし使命に属するものであるから，質疑等においてどのような問題を取り上げ，どのような形でこれを行うかは，国会議員の政治的判断を含む広範な裁量にゆだねられている事柄とみるべきであって，たとえ質疑等によって結果的に個別の国民の権利等が侵害されることになったとしても，直ちに当該国会議員がその職務上の法的義務に違背したとはいえないと解すべきである。憲法51条は『両議員の議院は，議院で行った演説，討論又は表決について，院外で責任を問われない。』と規定し，国会議員の発言，表決につきその法的責任を免除しているが，このことも，一面では国会議員の職務行為についての広い裁量の必要性を裏付けているということができる。もっとも，国会議員に右のような広範な裁量が認められるのは，その職権の行使を十全ならしめるという要請に基づくものであるから，職務とは無関係に個別の国民の権利を侵害することを目的とするような行為が許されないことはもちろんであり，また，あえて虚偽の事実を摘示して個別の国民の名誉を毀損するような行為は，国会議員の裁量に属する正当な職務行為とはいえないというべきである。以上によれば，国会議員が国会で行った質疑等において，個別の国民の名誉や信用を低下させる行為があったとしても，これによって当然に国家賠償法１条１項の規定にいう違法な行為があったものとして国の損害賠償責任が生ずるものではなく，右責任が肯定されるためには，当該国会議員が，その職務とはかかわりなく違法又は不当な目的をもって事実を指摘し，あるいは，虚偽であることを知りながらあえてその事実を摘示するなど，国会議員がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行使したものと認め得るような特別の事情があることを必要

とすると解するのが相当である。」

②　最高裁平成11.9.17第二小法廷判決（訟月46-6-2992）

衆議院議員の地位にあった者が衆議院事務局に提出した法律案について，同事務局が「議員による法律案の提出には所属会派の機関承認を必要とする衆議院の先例が存在する」ことを理由に，受理法律案の取扱いをしなかったことによる損害賠償請求の事案につき，「右事実関係の下においては，本件法律案が受理法律案として取り扱われなかったことにより上告人が被ったと主張する損害の賠償を求める本件請求を棄却すべきものとした原審の判断は，正当として是認することができる。」として，上告を棄却した。

(2)　裁判所関係

ア　裁判官

(ア)　国家賠償法の適用の有無

裁判官の行う裁判に国家賠償法が適用されるかどうかについては，後記(エ)（適用制限説）のような当該手続の特殊な性格に基づく例外的な場合はあるが，最高裁昭和43年３月15日第二小法廷判決（訟月14-12-1343，判時524-48）は，「裁判官のなす職務上の行為について，一般に，国家賠償法の適用があることは所論のとおりであって，裁判官の行う裁判についても，その本質に由来する制約はあるが，同法の適用が当然排除されるものではない。」と判示し適用を肯定している。

(イ)　「違法性」の判断

a　昭和37年ころまでの裁判例では，確定裁判の事実誤認又は法令の解釈適用の誤りを理由とする国家賠償請求について，他の行政主体による公権力の行使の場合における判断手法と格別の区別をすることなく，前訴裁判の内容に立ち入ってその認定判断の適否及び故意過失の有無を判断するのが一般的であった（村上敬一・最高裁判所判例解説民事篇昭和57年度204ページ）。

その後，裁判官の職務行為について，最高裁昭和57年３月12日第

二小法廷判決（民集36-3-329，訟月28-11-2071，判時1053-84）が，「裁判官がした争訟の裁判に上訴等の訴訟法上の救済方法によって是正されるべき瑕疵が存在したとしても，これによって当然に国家賠償法１条１項の規定にいう違法な行為があったものとして国の損害賠償責任の問題が生ずるわけのものではなく，右責任が肯定されるためには，当該裁判官が違法又は不当な目的をもって裁判したことなど，裁判官がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行使したものと認めうるような特別な事情があることを必要と解するのが相当である」と判示したことから，違法性が認められるのは，上記の特別な事情がある場合に限定されると解する見解（違法限定説）が実務上定着している。

裁判官の職務行為について違法限定説を妥当とする根拠は，①裁判の終局性と完結性，上訴制度の存在等の裁判制度の本質，②良心に従った裁判と裁判官の独立の保障，③裁判行為の相対的性格等にあると解される。

b　最高裁平成元年３月８日大法廷判決（民集43-2-89，訟月35-12-2332，判時1299-41，判タ689-294，後掲(ウ)④参照）は，争訟の裁判ではない，裁判長のした法廷警察権の行使の違法に関し，「裁判長の措置は，それが法廷警察権の目的，範囲を逸脱し，又はその方法が甚だしく不当であるなどの特段の事情がない限り，国家賠償法１条１項の規定にいう違法な公権力の行使ということはできないものと解するのが相当である。」と判示しており，これは，前掲昭和57年判決と同様，違法性限定説に立ったものと解される（門口正人・最高裁判所判例解説民事篇平成元年度86ページ参照）。

(ウ) 違法限定説に立つ裁判例

①　東京高裁昭和60.5.17判決（訟月32-3-472，判時1159-98）

法廷等の秩序維持に関する法律に基づく裁判の違法が問われた事案につき，確定した裁判の不可争効は，裁判制度の本質からして当

該裁判手続における通常の不服申立方法によって争い得ないとするにとどまらず，他の裁判手続においても確定裁判自体の当否を争訟の対象とすることを原則として許さない趣旨と解すべきであり，確定裁判については，当該裁判官が違法又は不当な目的をもって裁判したことなど，裁判官が付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行使したものと認め得るような，確定裁判の不可争効（適法の確定）を覆すに足りる「特別の事情」がない限り，その違法を理由として国家賠償の請求をすることは許されないとした。

②　大津地裁昭和60.8.26判決（訟月32-5-939，判タ569-60）

弁論終結を行った訴訟指揮の違法が問われた事案につき，裁判官がした争訟の裁判について国の賠償責任が生ずるのは，上記争訟の裁判をした裁判官が，違法又は不当な目的をもって裁判をしたなど，その付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行使したと認め得るような特別の事情があることを要するとした。

③　大阪高裁昭和62.2.24判決＝御名御璽訴訟（訟月34-2-221，判時1227-51，判タ632-92。同旨，東京地裁平成12.2.29判決・訟月47-6-1267）

捜査差押許可状発付の違法が問われた事案につき，裁判官による捜索差押許可状の発付が国家賠償法上違法となるのは，違法又は不当な目的をもって裁判したなど，裁判官がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行使したと認め得るような特別の事情があることを要するとした。

④　最高裁平成元.3.8大法廷判決（民集43-2-89，訟月35-12-2332，判時1299-41，判タ689-294）

傍聴人が法廷内でメモを取る行為を裁判長が法廷警察権に基づき事前に禁止した措置の違法が問われた事案において，「法廷警察権の趣旨，目的，更に遡つて法の支配の精神に照らせば，その行使に当たっての裁判長の判断は，最大限に尊重されなければならない。

したがって，それに基づく裁判長の措置は，それが法廷警察権の目的，範囲を著しく逸脱し，又はその方法が甚だしく不当であるなどの特段の事情がない限り，国家賠償法１条１項の規定にいう違法な公権力の行使ということはできないとものと解するのが相当である。」とした。

⑤　東京高裁平成14.12.25判決（訟月49-10-2929）

上告審の判決が公職選挙法213条に照らし遅延したことを理由とする国家賠償請求事件において，「上記訓示規定の下で，最高裁判所第一小法廷が受理後100日を超えて判決を言い渡さないことが控訴人との関係で国家賠償法上違法であるというためには，迅速な裁判手続を要請する上記規定の趣旨を踏まえ，本件上告事件の処理にかかわる諸事情を併せ考慮した上で，同小法廷の本件上告事件の処理が何ら合理的な理由もなく放置され，迅速な処理がけ怠されている等の特段の事由があることを要する。」とした。

⑥　東京地裁平成16.3.17判決（判時1852-69，判タ1150-160）

逮捕状の発付の裁判の違法性についても，争訟の裁判と同様に，最高裁昭和57年３月12日第二小法廷判決（民集36-3-329，訟月28-11-2071，判時1053-84，前掲(イ)a）の説示が妥当するとした。

(エ)　裁判官の職務行為の一部について国家賠償法の適用を制限する立場（適用制限説）に立つ裁判例

①　最高裁昭和57.2.23第二小法廷判決（民集36-2-154，訟月28-7-1345，判時1037-101，判タ465-99）

「不動産の強制競売事件における執行裁判所の処分は，債権者の主張，登記簿の記載その他記録にあらわれた権利関係の外形に依拠して行われるものであり，その結果関係人間の実体的権利関係との不適合が生じることがありうるが，これについては執行手続の性質上，強制執行法に定める救済の手続により是正されることが予定されているものである。したがつて，執行裁判所みずからその処分を

是正すべき場合等特別の事情がある場合は格別，そうでない場合には権利者が右の手続による救済を求めることを怠つたため損害が発生しても，その賠償を国に対して請求することはできないものと解するのが相当である。」とした。

②　仙台高裁平成4.1.28判決（判時1424-58，判タ809-136，一審福島地裁いわき支部平成2.11.16・判時1373-121，判タ751-81）

執行官の現況調査の誤りにつき，上記①判決がいう「執行裁判所自らその処分を是正すべき場合等特別の事情がある場合」に該当するとした。

(オ)　違法限定説又は適用制限説に言及することなく，裁判官の職務行為の適否を判断した裁判例

①　最高裁昭和61.6.11第二小法廷判決＝北方ジャーナル訴訟（民集40-4-872，訟月33-7-1792，判時1194-3，判タ605-42）

雑誌の発売等の差止めを命じた仮処分決定の合憲性・適法性が問われた事案につき，雑誌等の事前差止めに係る仮処分命令の発令要件を定立した上，これによれば，当該仮処分決定に違憲・違法性はないと判示した。

②　最高裁平成6.12.6第三小法廷判決（訟月42-2-235，判時1517-35，判タ870-109）

配当異議訴訟の受理証明書が執行裁判所に提出されなかった場合に，執行裁判所が配当表どおりに配当手続を実施したとしても違法はないとした。

③　最高裁平成10.9.7第二小法廷判決（判時1661-70，判タ990-112）

本件逮捕状の請求及び発付につき明らかに逮捕の必要性がなかったということはできないとし，原判決を破棄し，請求を棄却した。

(カ)　その他

○　最高裁昭和41.4.22第二小法廷判決（民集20-4-803，訟月12-6-871，判時451-37，判タ193-90）

弁護士が提出した委任状の真正についての裁判所の調査義務が問題とされた事案

「基本的人権を擁護し，社会正義を実現することを使命とする（弁護士法１条１項）弁護士の地位にかんがみれば，弁護士はその依頼者から受任する際に慎重な代理権の確認を行う職責を持つものというべきであり，訴訟代理権の有無が職権調査事項であることはいうまでもないが，当該弁護士が自己の訴訟代理権を主張してこれにそう委任状を提出している場合には，裁判所としては，その代理権につき依頼者たる本人に対して一々確認しなくとも，その真偽を疑わせるような特段の事情のないかぎり，真正の代理権が存在するものとして取り扱えば足りるものというべきである。」とした上，原審認定の事実関係からすれば，債権者・債務者の双方を同一の弁護士が代理することはまれであるとしても，いまだ弁護士が提出した委任状を偽造であるかどうかを担当裁判官において疑ってみるべき注意義務があるといえるほどの特段の事情があるものとは到底認められないとした。

[redacted]

イ　書記官

①　最高裁平成10.9.10第一小法廷判決（判時1661-81，判タ990-138）

送達事務につき書記官の過失が問われた事案

「裁判所書記官は，原則として，その担当事件における送達事務を民訴法の規定に従い独立して行う権限を有するものである。受送達者の就業場所の認定に必要な資料の収集については，担当裁判所書記官

の裁量にゆだねられているのであって，担当裁判所書記官としては，相当と認められる方法により収集した認定資料に基づいて，就業場所の存否につき判断すれば足りる」

②　最高裁平成18.1.19第一小法廷判決（民集60-1-109，訟月54-12-2943，判時1923-41，判タ1202-264）

動産引渡請求権の差押えが競合した場合において，後行の差押事件が係属する執行裁判所には，配当手続の実施に備えて，後行事件の存在を先行の差押事件が係属する執行裁判所に知らせる民事執行手続上の義務があるとした。

③　名古屋高裁平成20.11.27判決（訟月55-8-2695，判タ1301-291）

上記①判決に従い，書記官が民訴法110条１項１号により行った公示送達を適法，有効とした（これを違法とした名古屋地裁平成20.5.16（判時2017-120）を取り消した。）。

ウ　執行官

執行官は，各地方裁判所に配置される裁判所職員（裁判所法62条１項）であり，民事執行法上の権限を含め執行官法１条において所掌事務が規定されているところから，これらの事務処理は国の公権力の行使に当たる。

執行官に関する裁判例は，不動産執行事件における現況調査に関するものが多い。現況調査は，執行裁判所の現況調査命令に従い，目的物件を特定し，その所在・占有状態等の現況を調査し，かつ，これを的確に報告するというものであるが，現況調査報告書は，売却基準価額の適正な決定の資料となるのみならず，買受けの申出をしようとする者の判断資料にもなる。このような現況調査を命ぜられた執行官の注意義務の内容程度についての一般論を述べたものとして後掲①の判決がある。

現況調査以外の執行官の注意義務については，後掲②，③の判決がある。

①　最高裁平成9.7.15第三小法廷判決（民集51-6-2645，訟月44-6-875，

判時1617-86，判タ953-96)

現況調査に当たり，町役場職員の案内指示により隣地である土地を目的土地と誤認し，その調査結果に基づいて現況調査報告書を作成したため，その記載を信じて土地を競落した者から損害賠償が求められた事案

「現況調査の目的に照らすと，執行官は，執行裁判所に対してはもとより，不動産の買受希望者に対する関係においても，目的不動産の現況をできる限り正確に調査すべき注意義務を負うものと解される。もっとも，現況調査は，民事執行手続の一環として行われなければならず，また，目的不動産の位置や形状を正確に記載した地図が必ずしも整備されていなかったり，所有者等の関係人の協力を得ることが困難な場合であるなど調査を実施する上の制約も少なくない。これらの点を考慮すると，現況調査報告書の記載内容が目的不動産の実際の状況と異なっても，そのことから直ちに執行官が前記注意義務に違反したと評価するのは相当でないが，執行官が現況調査を行うに当たり，通常行うべき調査方法を採らず，あるいは，調査結果の十分な評価，検討を怠るなど，その調査及び判断の過程が合理性を欠き，その結果，現況調査報告書の記載内容と目的不動産の実際の状況との間に看過し難い相違が生じた場合には，執行官が前記注意義務に違反したものと認められ，国は，誤った現況調査報告書の記載を信じたために損害を被った者に対し，国家賠償法１条１項に基づく損害賠償の責任を負うと解するのが相当である。」とした上，本件執行官としては，町役場職員の指示説明の正確性を検討すべきところ，同職員の指示をうのみにし，これを検討せず，また，不動産登記法17条地図の写しを携行していたにもかかわらず，上記地図の写しと現況との照合を十分にしていなかったとして，執行官の注意義務違反を認めた。

② 最高裁昭和37.3.22第一小法廷判決（訟月8-4-606)

有体動産の差押えに当たり，執行吏がその評価をなすに当たっては，

正当かつ妥当な方法をもってこれを実施し，また競売に当たっては，執行吏は特別の事情のない限りは差押物件が適正な価額で競落され，不当に債務者の利益を害することのないよう配慮し，注意して執行すべき義務があるとした。

③ 最高裁昭和37.9.18第三小法廷判決（民集16-9-1946，訟月8-10-1500)

執行吏が債務者所有の有体動産の仮差押えをした上これを第三者に保管させた場合には，仮差押債権者の申立ての有無にかかわらず執行吏の占有機関たる第三者をしてその有体動産が滅失毀損することなく適当な状態で保管させるよう適時適当の方法で監督注意する義務があるとした（ただし，当該事案については相当因果関係を否定)。

エ　調停委員

○　高松地裁平成15.1.20判決（訟月50-3-927)〈高松高裁平成15.9.19判決で維持，確定〉

「当該調停担当裁判官や調停委員は，当該調停における手続運営について広範な裁量権を有するというべきであるから，当該調停担当裁判官や調停委員がした手続の違法を理由に国家賠償を請求することは，これらの者が当事者に損害を加える目的で違法な手続をした場合など，実質的に見て，当該調停手続がもはやあっせんによる紛争解決のためになされたものと認めがたいような特段の事情がない限りは，許されない。」

(3)　検察，警察関係

警察官及び検察官が行った逮捕・勾留，取調べ，捜索・差押え・押収，接見拒否等の違法並びに検察官の公訴提起・維持及び上訴などの違法を理由とする国家賠償請求である。

ア　無罪判決の確定と刑事司法手続の違法性

刑事裁判で無罪が確定した場合に，刑事司法手続（捜査，公訴の提起・追行）の国家賠償法上の違法をどのように評価すべきかについて以

下の考え方がある。

(ｱ) 違法性の判断基準

① 結果違法説（原田尚彦・昭和45年重要判例解説ジュリスト482-27，村重・国家賠償法36ページなど）

無罪判決が確定した以上，捜査，公訴提起等は結果的に正当性を失い，国家賠償法上当然に違法の評価を受けるとする見解

② 職務行為基準説（判例）

公務員の職務行為は，その職務行為時を基準として，当該公務員が職務上の法的義務に違反していると認められる場合に限って，国家賠償法上違法と評価されるとの立場から，無罪判決が確定したというだけで直ちに逮捕・勾留，公訴提起等の刑事司法手続が国家賠償法上違法と評価されるものではないとする見解

○ 最高裁昭和53.10.20第二小法廷判決＝芦別国賠訴訟（民集32-7-1367，訟月24-12-2555，判時906-3，判タ371-43，後掲(ｲ)a(b)②の上告審）

「無罪の判決が確定したというだけで直ちに起訴前の逮捕・勾留，公訴の提起・追行，起訴後の勾留が違法となるということはない。けだし，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適法であり，公訴の提起は，検察官が裁判所に対して犯罪の成否，刑罰権の存否につき審判を求める意思表示にほかならないのであるから，起訴時あるいは公訴追行時における検察官の心証は，その性質上，判決時における裁判官の心証と異なり，起訴時あるいは公訴追行時における各種の証拠資料を総合勘案して合理的な判断過程により有罪と認められる嫌疑があれば足りるものと解するのが相当である。」

(ｲ) 職務行為基準説を採る場合の公訴提起の違法性の具体的判断基準ないし判断手法

a　合理的理由欠如説

検察官が証拠の評価を誤り，有罪判決を期待できる合理的な理由がないのに，公訴を提起した場合に，公訴提起は違法となるとする見解である。

合理的理由欠如説は，職務行為基準説の趣旨に沿った基準であり，特段の事情がない限り，検察官の他の行為についてもひとしく妥当すると解される。

最高裁は，前掲最高裁昭和53年10月20日第二小法廷判決（芦別国賠訴訟）を始めとして，公訴提起時における各種の証拠資料を総合勘案して合理的な判断過程により有罪と認められる嫌疑があれば足りる旨判示しており，合理的理由欠如説を採っているものと理解される。

(a) 最高裁判例

① 最高裁昭和53.10.20第二小法廷判決＝芦別国賠訴訟（民集32-7-1367，訟月24-12-2555，判時906-3，判タ371-43，後掲(b)②の上告審）

判決要旨は，前掲(ｱ)②参照

② 最高裁平成元.6.29第一小法廷判決＝沖縄ゼネスト訴訟（民集43-6-664，訟月36-1-110，判時1318-36，判タ704-160，後掲(ｵ)②の上告審(ｶ)b⑤参照）

「公訴提起時において，検察官が現に収集した証拠資料及び通常要求される捜査を遂行すれば収集し得た証拠資料を総合勘案して合理的な判断過程により有罪と認められる嫌疑があれば，右公訴提起は違法性を欠くものと解するのが相当である。したがつて，公訴の提起後その追行時に公判廷に初めて現れた証拠資料であつて，通常の捜査を遂行しても公訴の提起前に収集することができなかつたと認められる証拠資料をもつて公訴提起の違法性の有無を判断する資料とすることは許されないものと

いうべきである。」

③　最高裁平成2.7.20第二小法廷判決＝那須国賠訴訟（民集44-5-938，訟月37-1-6，判時1418-75，後掲cの上告審）

「刑事事件において，無罪の判決が確定したというだけで直ちに検察官の公訴の提起及び追行が国家賠償法１条１項の規定にいう違法な行為となるものではなく，公訴の提起及び追行時の検察官の心証は，その性質上，判決時における裁判官の心証と異なり，右提起及び追行時における各種の証拠資料を総合勘案して合理的な判断過程により有罪と認められる嫌疑があれば足りるものと解するのが当裁判所の判例（最高裁昭和49年(オ)第419号同53年10月20日第二小法廷判決・民集32巻７号1367頁）であるところ，この理は，上告審で確定した有罪判決が再審で取り消され，無罪判決が確定した場合においても異ならないと解するのが相当である。」

(b)　その他の裁判例（合理的理由欠如説の当てはめにおける判断手法も判示するもの）

①　東京高裁昭和45.8.1判決＝松川事件国賠訴訟（下民集21-7・8-1099，訟月16-8-851，判時600-32，判タ252-73）

「警察官又は検察官のした逮捕・勾留，公訴の提起・維持などの権力行使が違法である（中略）というためには，警察官又は検察官の判断が，証拠の評価について通常考えられる右の個人差を考慮に入れても，なおかつ行きすぎで，経験則・論理則からして到底その合理性を肯定することができない，という程度に達していることが必要である。」，「権力行使の違法が若し認められるときは，その態様自体からして，（中略）その原因が当該公務員の第三者に対する職務上の注意義務違反にあることを否定しえない場合が多いと考えられるから，多くの場合違法の態様・程度からして，少なくとも当該公務員の過失の存在

を推定しうる」

②　札幌高裁昭和48.8.10判決＝芦別国賠訴訟（訟月19-11-1，判時714-17，前掲(ア)②参照）

「逮捕・勾留は犯罪の嫌疑について相当な理由がないこと，または身柄拘束の必要がないことが明らかであること，すなわち逮捕・勾留をなすべき合理的根拠がないのに，これが行われたときは，法の許容する限界を超えたものとして違法性を帯びることになり，公訴提起，維持・追行は公訴事実について，証拠上合理的な疑いが顕著に存在し，有罪の判決を期待し得る可能性が乏しいこと，すなわち，公訴を提起し，これを維持・追行すべき合理的根拠がないのに，敢えてこれがなされたとき違法性を帯びることになる」が，「裁判官が審理の結果，犯罪事実につき証明なしと判断して無罪の判決をした場合でも，これによって直ちに警察官または検察官のした逮捕・勾留，公訴の提起および，その維持・追行などの権力行使が違法であるとはいえない。これらの権力行使が違法であるというためには，警察官または検察官の判断が，証拠の評価について通常考えられる右の個人差を考慮に入れても，なおかつ行き過ぎで，経験則，論理則に照らして，到底その合理性を肯定することができないという程度に達していることが必要である。（中略）国家賠償請求訴訟の審理をする裁判所の判断の対象は，警察官，検察官の証拠の評価についての判断が，経験則，論理則に照らして合理性を有しているか否かであり，このことは国家賠償法における違法性の有無の判断であり，同時に故意，過失の判断ともなる」

③　東京高裁昭和54.1.29判決（判時924-64）

「公訴を提起すべき合理的根拠がないのに，敢えて提起されたとき違法性を帯びることとなる。従って，刑事々件において

結果として無罪の判決が確定したというだけで直ちに公訴提起が違法であったということはできない。（中略）これが違法であると言うためには，検察官の証拠の収集に粗漏があるとか，同じ証拠に基づく判断でも検察官の判断が証拠の評価について通常考えられる前記の個人差を考慮に入れてもなおかつ行過ぎで，経験則，論理則に照らして到底その合理性を肯定することができないという程度に達していることが必要である。」

④　福岡高裁平成6.11.28判決（訟月41-6-1354，判例自治134-88，後掲(カ)b⑥参照）

「刑事事件において無罪の判決が確定したというだけで直ちに当該刑事事件についてされた逮捕，公訴の提起・追行が国賠法上違法となるものではなく，逮捕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限り適法であり，公訴の提起・追行はその時点において収集された証拠資料及び通常の捜査を行っていれば収集し得たと認められる証拠資料を総合勘案し，合理的な判断過程により有罪と認められる嫌疑があれば，当該公訴の提起・追行は適法である。また，その違法性判断においては，単に裁判所の証拠評価と結論を異にするだけでなく，右判断資料を基に検討して，証拠の評価についての個人差を考慮にいれても，警察官・検察官の判断が行きすぎであって経験則・論理則に照らして到底その合理性を肯定できない場合に当該公訴の提起・追行は違法となると解するのが相当である。」

⑤　東京高裁平成18.6.14判決（訟月53-5-1583，後掲ウ③参照）〈最高裁平成18.10.31第三小法廷決定で維持〉

「裁判官が有罪と認定するためには，罪となるべき事実について『合理的な疑いを容れない程度』の立証を要するものであるが，検察官の心証において有罪と認められる嫌疑とは，現に

収集した証拠資料及び通常要求される捜査を遂行すれば収集し得た証拠資料を前提に，検察官の訴訟活動により裁判官に有罪の心証を得させる見込みがあると判断するに足る嫌疑であり，また，合理的な判断過程によりこの嫌疑が認められるかどうかについては，検察官が職務上遵守すべき基準又は準則を前提に検討すべきものであり，刑事事件の審理を担当する裁判所の立場から検察官の嫌疑の当否を判断すべきものではない。」「犯罪者に適正な制裁を与えることを裁判所に求めることにより法秩序の維持を図ることを職責とする検察官の公訴の提起及び追行は，検察官の訴訟行為によって裁判官が上記の『合理的な疑いを容れない程度』にまで達する高度な犯罪の嫌疑ありとの心証を得て有罪の判断をするであろうとの予測的，可能的判断（心証）に基づいてされるものであるから，検察官が公訴の提起及び追行時に有すべき犯罪の嫌疑の程度は，単に判断資料の範囲のみならず，公判手続の中で形成される裁判官の心証の予測という点でも，裁判官の心証とは異なるものであり，その嫌疑の合理性は，検察官の職務を前提に検討すべきこととなる。そうすると，検察官による公訴提起等が国賠法上違法であると評価されるのは，一般的には，検察官による証拠資料の証明力の評価等について，通常考えられる検察官の個人差による判断の幅を考慮に入れても，有罪と認められる嫌疑がなく，経験則・論理則に照らし，公訴提起の合理性を肯定できない程度に達している場合に限られるものというべきである。」

b　一見明白説

違法というためには，行為時点における証拠資料等を評価するにつき，通常考えられる個人差を考慮に入れてもなお一見明白に行き過ぎと認められ，経験則・論理則に照らして到底当該判断の合理性を肯定できないという程度に達していることを要する（賓金敏明

「逮捕・勾留・起訴・有罪判決」裁判実務大系18・343ページ）とする見解である。この見解については，一見明白な不合理性を必要とする論拠が薄弱であるとの批判がある。

c　違法限定説

当該検察官が違法又は不当な目的の下に捜査及び公訴の提起・追行をしたなど，その付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行使したと認められるような特別の事情のあることが必要であるとする見解である。

○　仙台高裁昭和61.11.28判決＝那須国賠訴訟（高民集39-4-83，訟月33-8-2069，判時1217-34，判タ625-107）

有罪判決確定後に再審無罪判決があった場合の検察国賠について，検察官の行為につき国家賠償法上の責任が肯定されるためには，当該検察官が違法又は不当な目的の下に捜査及び公訴の提起追行をしたなど，その付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行使したと認められるような特別の事情があることを必要とすると解するのが相当であるとした。

なお，上記仙台高裁判決の上告審である最高裁平成2.7.20第二小法廷判決＝那須国賠訴訟（民集44-5-938，訟月37-1-6，判時1418-75，前掲a(a)③参照）は，違法限定説を否定した。

d　訟務の立場

[redacted]

(ｳ)　公訴提起の違法性の判断資料

○．最高裁平成元.6.29第一小法廷判決＝沖縄ゼネスト訴訟（民集43-6-664，訟月36-1-110，判時1318－36，判タ704-160，前掲(ｲ)a(a)②，後掲(ｶ)b⑤参照）

「公訴の提起時において，検察官が現に収集した証拠資料及び通常要求される捜査を遂行すれば収集し得た証拠資料を総合勘案して合理的な判断過程により有罪と認められる嫌疑があれば，右公訴の提起は違法性を欠くものと解するのが相当である。したがって，公訴の提起後その追行時に公判廷に初めて現れた証拠資料であって，通常の捜査を遂行しても公訴の提起前に収集することができなかったと認められる証拠資料をもって公訴提起の違法性の有無を判断する資料とすることは許されないものというべきである。」

（参考資料）河野信夫・最高裁判所判例解説民事篇平成元年度227ページ，中尾巧・警察学論集43-3-50

(ｴ)　公訴提起の違法性の主張立証責任

①　東京高裁平成11.4.26判決＝ピース缶爆弾事件（訟月46-3-937，判時1691-57）〈最高裁平成12.2.29第三小法廷決定で維持〉

「（編注・国家賠償法１条１項における）公権力の行使に当たる公務員の職務行為が違法であることについての主張立証責任は，同項に基づき国又は公共団体に賠償責任があると主張する者において負担するものと解するのが相当である。したがって，検察官の公訴の提起が違法であると主張して国に対し同項に基づく損害賠償を求める者は，公訴の提起が違法であったことについて主張立証責任を負担することになる。そのことは，無罪判決が確定した場合においても同様である（ただし，判決が無罪とする理由によっては，国において公訴の提起が違法でなかったことを根拠付ける事実を主張立証すべき事実上の負担が生じることはある。）。」

②　大阪高裁平成11.7.28判決＝番所事件（訟月46-6-2898，判時1711-83，判タ1039-117，後掲(ｵ)③の最高裁破棄差戻判決後の控訴審判決）

「公権力行使の違法は，国家賠償請求の権利発生の要件事実であるから，公権力の行使が本件公訴提起である場合，その違法性を基礎付ける具体的な事実については被控訴人（編注・一審原告）らに

主張立証責任があるものと解される。これを本件についてみるに，被控訴人らの本訴の主張に沿えば，被控訴人らが主張立証すべき事項は，本件公訴提起に際し，担当検察官に収集されていない特定の証拠資料が存在したこと，担当検察官が通常要求される捜査を遂行すれば右証拠資料を収集できたこと，及び本件公訴提起に際し，担当検察官が現に収集していた証拠資料と右通常要求される捜査を遂行すれば収集し得た証拠資料とを総合勘案して合理的に判断した場合，Ａに本件誤信が存在しなかったとは認められないことの各点である。」

(オ) 公訴提起の違法性判断における有罪の嫌疑

① 東京高裁昭和38. 2. 22（訟月9-5-582，判時399-50）〈最高裁昭和40. 1. 22第二小法廷判決で維持〉

「検察官は証拠に照し有罪判決を受ける見込のある犯罪事実につき公訴を提起すべく，しかも，訴訟の途中において公訴事実の同一性が害されない限り訴因罰条の変更をなし得るのであるから，公訴事実の同一性を害しない限り，いずれかの訴因で有罪判決を受ける見込が存在するときは公訴を提起するにつき検察官は一応注意義務を果たしたというべきである。」

② 東京高裁昭和58. 10. 20判決＝沖縄ゼネスト訴訟（訟月30-4-661，判時1094-3，判タ510-109，前掲(イ)a(a)②参照）

「公訴提起時の違法性を判断するについて，有罪と認められる嫌疑の有無は，公訴事実について検討しなければならないが，検察官は，起訴に際し特定した訴因を，その後の審理過程において，公訴事実の同一性の存する範囲内で変更することができるのであるから，原則として公訴事実の同一性の存する範囲内で変更されうる訴因についても，右検討をしなければならない」，「起訴時の訴因による犯罪行為と，その後変更されうる訴因による別個のそれとに著しい軽重の差があって，社会的非難の程度が異なり，例えば起訴時の訴因

による犯罪行為が重くその後変更されうる訴因によるそれが軽いとして，後者のみであれば検察官が起訴猶予と裁定すべきものであったり，起訴されても前者に比して審理の程度・期間，宣告される刑罰の種類・量刑に著しい差異がある場合には，右両者が，公訴事実の同一性があるため訴因の変更が許される可能性が存し，変更後の訴因について有罪と認められる犯罪の嫌疑がある場合であっても，起訴時の訴因について有罪と認められる嫌疑がなく，有罪判決を期待しうる合理的な理由がなければ，公訴の提起及びそれに続く公訴の追行については，検察官に過失があり違法となるものと解さなければならない。」

③ 最高裁平成5. 11. 25第一小法廷判決＝番所事件（訟月40-10-2401，前掲(エ)②，後掲(カ)b⑧参照）

「本件公訴提起時において，担当検察官が現に収集していた証拠資料及び通常要求される捜査を遂行すれば収集し得た証拠資料を総合勘案して合理的に判断すれば，Ａを有罪と認めることができる嫌疑があったということができるかどうかについても，明確に判断することができないものといわざるを得ない。そうすると原審は，本件公訴提起の違法性について十分な検討をせず，その具体的判断をしないまま，上告人の国家賠償法１条に基づく責任を肯認したものといわざるを得ず，原判決には，同条の解釈を誤った違法があるか，又は審理不尽，理由不備の違法があるというべきであり，右の違法は判決の結論に影響を及ぼすことが明らかである。」

④ 札幌高裁平成20. 7. 24判決（訟月55-2-200）

「副検事がした本件起訴は，公訴提起時において現に収集した証拠資料及び通常要求される捜査を遂行すれば収集し得た証拠資料を総合勘案して合理的な判断過程により起訴状記載の犯罪事実そのものに該当する罪につき完全に有罪と認められる嫌疑があったとはいえないものの，同犯罪事実と基本的事実関係を同じくする範囲内の

事実である公訴事実に該当する罪につき有罪と認められる嫌疑があるといえ，違法性を欠くものと解するのが相当である。」

(ｶ) 公訴提起等の違法性に関するその他の裁判例

a　違法性を肯定したもの

①　東京地裁平成2.6.12判決（判時1362-80，判タ727-238）

「横領罪の公訴事実についてなお証拠上合理的な疑いがあり，有罪判決を得る客観的合理的可能性は極めて乏しかったというべきであり，したがって，これを看過してなされた本件横領罪についての公訴提起はＡ検察官の過誤による違法なものであったといわざるを得ない。」

②　名古屋高裁平成19.6.27判決（判時1977-80）

「本件においては（中略）本件指紋が一審原告の犯人性を基礎付ける唯一の証拠と言ってよい状況にあったものである。しかるに（中略）本件指紋に関しては，一審原告の主張を排斥できる的確な証拠（約３年という時間の経過によって，エアコン取付工事の指紋は消失することの根拠）の発見には至らなかったこと，かえってその作業時に一審原告が付着させたと合理的に推認される指紋が他の作業部位から検出されていたこと，さらに油やパテの付いた指で印象された指紋がどの程度の拭き掃除によって消失することになるのかについての知見も確認されていなかったうえ，本件引き出しに係る被害者のふき掃除の概要について聴取しただけであったこと，以上を総合勘案すれば，証拠評価における検察官の個人差を念頭においたとしても，Ａ検察官の判断過程に合理性があるものとは認められず，本件公訴提起当時に前記公訴事実に関し，有罪判決を期待し得るだけの合理的根拠は客観的に欠如していたものと言わざるを得ない。」

③　宇都宮地裁平成20.2.28判決（判時2026-104）

「原告は重度の知的障害者であること，（中略）原告の自白が

有罪立証のための最重要証拠であったこと等の本件強盗事件の特殊性に鑑みると，自白の信用性について捜査を尽くすことは，本件において通常要求される捜査の範囲内であったというべきである。」と判示し，検察官が，上記捜査（原告の知的能力の調査，犯行再現，被害者による面通しなど）を行っていれば，原告の自白の信用性について大いに疑問を持ち，ひいてはその自白が虚偽であるとの判断に至った可能性が高く，また，本件強盗事件においては，原告の自白を除いた証拠資料によっては，原告が有罪と認められる嫌疑があるとはいえないとして，検察官の強盗事件についての公訴提起は違法とした。

b　違法性を否定したもの

①　東京地裁昭和62.12.14判決＝太平洋テレビ国賠訴訟（訟月34-6-1，判時1260-69，判タ654-82）

「公訴の提起が違法と認められない場合においては，公判における新たな証拠等により，右の程度の犯罪の嫌疑が存在するとは到底認め難くなったときは格別，そうでない限り，公訴の追行は違法ということはできない」

②　東京高裁昭和62.12.24判決＝都立富士高校放火国賠訴訟（訟月35-9-1683，判時1270-57，判タ653-238，判例自治44-71，後掲ウ②参照）

③　最高裁平成2.7.20第二小法廷判決＝那須国賠訴訟（民集44-5-938，訟月37-1-6，判時1418-75，前掲(ｲ) a (a)③参照）

④　東京地裁平成3.3.26判決（判時1400-74，判タ779-136）

⑤　東京高裁平成4.3.26判決＝沖縄ゼネスト訴訟（訟月38-9-1581，判タ787-72，前掲(ｲ) a (a)②の最高裁破棄差戻判決後の控訴審判決）

「公訴提起時において検察官が現に収集した証拠資料及び通常要求される捜査を遂行すれば収集し得た証拠資料を総合勘案すれ

ば，公訴提起当時，（中略）有罪と認められる嫌疑があるとした検察官の判断が合理的根拠を有しないものであったということはできない。そうすると検察官の本件公訴の提起は違法とはいいがたい。（中略）公訴の提起が違法でないならば，原則としてその追行も違法でない」

⑥　福岡高裁平成6.11.28判決（訟月41-6-1354，判例自治134-88，前掲(イ)a(b)④参照）

「検察官の判断が，行きすぎであって到底合理性を肯定できないというものではないことは明らかである。そうすると，被控訴人には誣告罪の公訴事実について有罪と認められる嫌疑があったのであるから，検察官のした公訴の提起が違法となることはなく，したがって，公訴の追行も違法となることはない。」

⑦　大阪高裁平成10.2.27判決（判時1633-37，判例自治184-75）

無罪が確定した強姦殺人事件の被疑者の公訴提起につき，本件起訴時における各種の証拠資料を総合勘案すると，検察官が有罪と認められる嫌疑があるとした判断過程に合理性がないとはいえず，本件公訴は違法性がないとした。

⑧　大阪高裁平成11.7.28判決＝番所事件（訟月46-6-2898，判時1711-83，判タ1039-117，前掲(エ)②，(オ)③参照）

有印私文書偽造，同行使事件で無罪となった被疑者の公訴提起につき，無罪の決め手となった証拠は，公訴提起時に作成されていたとは認められず，検察官においてこれらの収集に努めるべき状況にはなく，また，他の証拠等を考慮しても，被疑者が錯誤に陥っていると検察官が判断すべき状況があったとは認められないから，検察官の起訴に違法はないとした。

⑨　東京高裁平成11.9.29判決（判時1705-68，判タ1015-74，訟月46-11-3934）〈最高裁平成12.2.24上告棄却決定で維持〉

協同組合の金員を着服したとして，業務上横領の容疑で起訴され無罪が確定した者からの損害賠償請求につき，検察官の公訴の提起及び追行に違法性はないとした。

⑩　東京地裁平成11.11.26判決＝日石・土田邸事件（訟月46-1-1）

いわゆるピース缶爆弾事件，日石事件及び土田邸爆破事件について爆発物取締罰則違反等で起訴され，無罪が確定した者らからの損害賠償請求事件につき，警察官の逮捕状請求等並びに検察官の勾留請求，公訴の提起・追行及び控訴の提起・追行等に違法はないとした（控訴審は東京高裁平成13.12.25判決・訟月50-1-1）。〈最高裁平成16.11.26第二小法廷判決で維持〉

イ　公訴追行に関するもの

○　最高裁平成元.6.29第一小法廷判決＝沖縄ゼネスト訴訟（民集43-6-664，訟月36-1-110，判時1318-36，判タ704-160，前掲ア(ケ)，ア(カ)b⑤参照）

「公訴の提起が違法でないならば，原則としてその追行も違法でないと解すべき」

ウ　控訴に関するもの

①　東京高裁昭和49.6.27判決（訟月20-10-27，判時753-23）

第一，二審とも無罪判決がされた刑事被告事件について検察官の控訴提起が違法でなく，過失があるともいえないとした。

②　東京高裁昭和62.12.24判決＝都立富士高校放火国賠訴訟（訟月35-9-1683，判時1270-57，判タ653-238，判例自治44-71，前掲ア(カ)b②参照）

「証拠の価値判断については，事実の認定が，裁判官の自由心証に委ねられている以上，控訴審裁判所が第一審と同じ判断をするとは限らないのであるから，第一審の判断を不当とする検察官が，既に提出した証拠や新たに提出する証拠について上級裁判所の評価，判断を求めて控訴を提起し追行することは，それが明らかに不当であり，検察官に控訴権を付与した法の趣旨に反すると認められるような特別の場

合を除いては，検察官の権限に属する適法な行為というべきであって，（中略）本件における検察官の控訴の提起及び追行が右の特別な場合に当たるとは到底認めることができない。」

③　東京高裁平成18.6.14判決（訟月53-5-1583，前掲ア(イ) a (b)⑤参照，一審東京地裁平成17.5.16判決・訟月52-3-713）〈最高裁平成18.10.31第三小法廷決定で維持〉

「検察官の控訴の申立てあるいは控訴審における訴訟の追行が国賠法上違法か否かの判断基準についても，第一審の判断を不当とする検察官が，既に提出した証拠や新たに提出する証拠について上級裁判所の評価，判断を求めて控訴を申立て，追行することは，それが明らかに不当であり，検察官に控訴権を付与した法の趣旨に反すると認められるような特別の事情を除いては，検察官の権限に属する適法な行為というべきである。そして，公訴の提起が違法でないならば，原則としてその追行も違法ではないと解すべきである。本件のように，検察官が第一審の無罪判決を不当として控訴したものの，控訴審も第一審と同様の判断の下に控訴を棄却し無罪判決が確定した場合においても，その結果から直ちに検察官による上記控訴申立て及び追行が違法となるものではない。証拠の価値判断については，事実の認定が裁判官の自由心証に委ねられている（刑事訴訟法318条）以上，控訴審裁判所が第一審と同じ判断をするとは限らないのであり，第一審の無罪判決を覆して有罪判決を得る可能性があるとした検察官の判断過程に合理性がある場合には，控訴申立て及び追行は，検察官の控訴権を付与した刑事訴訟法351条１項の趣旨に何ら反するものではなく，被告人に明白なアリバイ証明があったとか，真犯人が検挙されてそれが間違いがないことが確認された等特別な事情が認められる場合を除いて，その権限を逸脱するものでもないから適法というべきである。」

エ　逮捕・勾留に関するもの

①　最高裁昭和41.10.21第二小法廷判決（裁判集民事84-655，訟月13-1-43）

強姦殺人事件の被疑者として勾留された者について，捜査の進行によりその血液型と被害者の膣内に残留した精液の血液型とが一致しないことが判明した以上直ちに釈放すべきであったとして，以後の数日間の勾留継続を違法とした。

②　最高裁昭和53.10.20第二小法廷判決＝芦別国賠訴訟（民集32-7-1367，訟月24-12-2555，判時906-3，判タ371-43，前掲ア(ア)②参照）

③　東京地裁平成2.6.12判決（判時1362-80，判タ727-238）

「被疑者の逮捕・勾留が違法であるというためには，逮捕・勾留の時点において，被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由がなく，又は被疑者について逮捕・勾留の必要性がなかったにもかかわらず，捜査当局として事案の性質上当然なすべき捜査を著しく怠り又は収集された証拠についての判断・評価を著しく誤るなどの合理性を欠く重大な過誤により，これを看過して逮捕・勾留がなされた場合であることを要する」

④　最高裁平成5.1.25第二小法廷判決（民集47-1-310，訟月39-10-1934，判時1477-49，判タ833-127）

「逮捕状の執行ができず，逮捕状の更新が繰り返されているにすぎない時点で，（中略）逮捕状の請求，発付における捜査機関又は令状発付裁判官の被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由があったとする判断の違法を主張して，国家賠償を請求することは許されない」

⑤　最高裁平成8.3.8第二小法廷判決（民集50-3-408，判時1565-92，判例自治155-80）

司法警察員による被疑者の留置についての国家賠償法１条１項所定の違法性の判断基準

「司法警察員による被疑者の留置については，司法警察員が，留置時において，捜査により収集した証拠資料を総合勘案して刑訴法203

条１項所定の留置の必要性を判断する上において，合理的根拠が客観的に欠如していることが明らかであるにもかかわらず，あえて留置したと認め得るような事情がある場合に限り，右の留置について国家賠償法１条１項の適用上違法の評価を受けるものと解するのが相当である。」

⑥　福岡高裁宮崎支部平成9.3.21判決(訟月45-1-1，判例自治169-86)

「当裁判所は，検察官が，警察の捜査が不適正と判断した場合において，その不適正を放置すると重大な法益侵害が発生するおそれが存在し，検察官の行為によりこれを正す（阻止）ことが可能である場合に限り，右不適正を正すべき作為義務が発生するものと解する」

オ　家裁送致に関するもの

○　東京高裁平成3.3.20判決（判時1385-56，判タ756-168，判例自治88-95)

「検察官が事案の性質上当然になすべき捜査を故意又は過失により怠り，その結果収集した資料の証拠評価を誤るなどして，経験則上到底首肯し得ない程度の不合理な心証を形成し，客観的には犯罪の嫌疑が認められないのに，少年法３条１項１号に該当するとして少年の被疑事件を家庭裁判所に送致したような場合には，その家庭裁判所への送致は違法になる」（ただし，本件家裁送致には違法はないとした。)。

カ　不起訴処分に関するもの

①　最高裁平成2.2.20第三小法廷判決（判時1380-94，判タ755-98)

判決要旨は，前掲６(1)ウ③（63ページ）参照。

②　大阪高裁平成4.1.30判決（訟時208-8)

犯罪被害者が検察官の行う公訴提起・追行によって受ける利益は，法律上保護された利益ではないとして，検察官の公訴提起・追行の違法を理由とする損害賠償請求を棄却した。

③　東京高裁平成11.6.21判決（公刊物未登載)

「刑訴法260条が，告訴等のあった事件につき不起訴処分をしたときに，速やかにその旨を告訴人等に通知すべきものとしているのは，付審判請求や検察審査会に対する審査請求の前提となる同法261条所定の不起訴理由告知の請求の機会を告訴人に与えること，ひいては検察官の恣意的な不起訴処分を抑制することを主たる目的とするものであって，告訴人等の私的権利ないし利益の保護を目的とするものではなく，また検察官の告訴人等に対する通知義務も，もっぱら公法上のものであるから，かりにそれに違背することがあったとしても，特段の事情のない限り，それが直ちに告訴人等の私的権利ないし利益に対する違法な侵害行為として不法行為を構成することはないというべきである。」

④　大阪高裁平成16.6.23判決（訟月51-6-1384)

「法（編注・犯罪被害者等の保護を図るための刑事手続に付随する措置に関する法律及び刑事訴訟法及び検察審査会法の一部を改正する法律）の制定ないし改正は，（中略）犯罪捜査又は刑事手続自体を，犯罪被害者等の権利又は利益の回復を目的とするものに変更したものではない。したがって，上記の法の制定ないし改正後も，犯罪捜査や刑事訴訟手続によって，被疑者・被告人に適正な捜査が行われ，適正な刑罰が課せられる結果として，犯罪被害者等の心情が癒される等の影響があるとしても，これが刑事訴訟手続の反射的ないし波及的効果であると解すべきことは，従来と同様であ（る)」

キ　接見に関するもの

(ｱ)　刑事訴訟法39条３項本文の規定の合憲性

○　最高裁平成11.3.24大法廷判決＝安藤事件（民集53-3-514，訟月46-6-2885，判時1680-72，判タ1007-106，判例自治194-97，(ｳ)④参照)

「右規定（編注・憲法34条前段）は，単に被疑者が弁護人を選任することを官憲が妨害してはならないというにとどまるものではなく，被疑者に対し，弁護人を選任した上で，弁護人に相談し，その

助言を受けるなど弁護人から援助を受ける機会を持つことを実質的に保障しているものと解すべきである。

刑訴法39条１項が，『身体の拘束を受けている被告人又は被疑者は，弁護人又は弁護人を選任することができる者の依頼により弁護人となろうとする者（編注・以下「弁護人等」という。）（中略）と立会人なくして接見し，又は書類若しくは物の授受をすることができる。』として，被疑者と弁護人等との接見交通権を規定しているのは，憲法34条の右の趣旨にのっとり，身体の拘束を受けている被疑者が弁護人等と相談し，その助言を受けるなど弁護人等から援助を受ける機会を確保する目的で設けられたものであり，その意味で，刑訴法の右規定は，憲法の保障に由来するものであるということができる（中略）。

もっとも，憲法は，刑罰権の発動ないし刑罰権発動のための捜査権の行使が国家の権能であることを当然の前提とするものであるから，被疑者と弁護人等との接見交通権が憲法の保障に由来するからといって，これが刑罰権ないし捜査権に絶対的に優先するような性質のものということはできない。そして，捜査権を行使するためには，身体を拘束して被疑者を取り調べる必要が生ずることもあるが，憲法はこのような取調べを否定するものではないから，接見交通権の行使と捜査権の行使との間に合理的な調整を図らなければならない。憲法34条は，身体の拘束を受けている被疑者に対して弁護人から援助を受ける機会を持つことを保障するという趣旨が実質的に損なわれない限りにおいて，法律に右の調整の規定を設けることを否定するものではないというべきである。

ところで，刑訴法39条は，（中略）３項本文において，（中略）接見交通権の行使につき捜査機関が制限を加えることを認めている。この規定は，（中略）被疑者の取調べ等の捜査の必要と接見交通権の行使との調整を図る趣旨で置かれたものである。そして，刑訴法

39条３項ただし書は，（中略）捜査機関のする右の接見等の日時等の指定は飽くまで必要やむを得ない例外的措置であって，被疑者が防御の準備をする権利を不当に制限することは許されない旨を明らかにしている。（中略）

刑訴法は，身体の拘束を受けている被疑者を取り調べることを認めているが，被疑者の身体の拘束を最大でも23日間（又は28日間）に制限しているのであり，被疑者の取調べ等の捜査の必要と接見交通権の行使との調整を図る必要があるところ，(1)刑訴法39条３項本文の予定している接見等の制限は，弁護人等からされた接見等の申出を全面的に拒むことを許すものではなく，単に接見等の日時を弁護人等の申出とは別の日時とするか，接見等の時間を申出より短縮させることができるものにすぎず，同項が接見交通権を制約する程度は低いというべきである。また，前記のとおり，(2)捜査機関において接見等の指定ができるのは，弁護人等から接見等の申出を受けた時に現に捜査機関において被疑者を取調べ中である場合などのように，接見等を認めると取調べの中断等により捜査に顕著な支障が生ずる場合に限られ，しかも，(3)右要件を具備する場合には，捜査機関は，弁護人等と協議してできる限り速やかな接見等のための日時等を指定し，被疑者が弁護人等と防御の準備をすることができるような措置を採らなければならないのである。このような点からみれば，刑訴法39条３項本文の規定は，憲法34条前段の弁護人依頼権の保障の趣旨を実質的に損なうものではないというべきである。」

(イ) 刑訴法39条の市民的及び政治的権利に関する国際規約適合性

○　最高裁平成12.2.24第一小法廷判決＝内田事件（裁判集民事196-84，訟月46-9-3665，判例自治205-73，後掲(ｼ)③の上告審）

「刑訴法39条３項の規定は市民的及び政治的権利に関する国際規約14条３項(b)及び(d)に違反するものでな（い）」

(ｳ) 刑事訴訟法39条３項による接見指定権行使の要件

① 最高裁昭和53.7.10第一小法廷判決＝杉山事件（民集32-5-820，判時903-20，判タ372-67）

「捜査機関は，弁護人等から被疑者との接見の申出があったときは，原則として何時でも接見の機会を与えなければならないのであり，現に被疑者を取調べ中であるとか，実況見分，検証等に立ち会わせる必要がある等捜査の中断による支障が顕著な場合には，弁護人と協議してできるかぎり速やかな接見のための日時を指定し，被疑者の防御のため弁護人等と打ち合わせることのできるような措置を採るべきである。」

② 最高裁平成3.5.10第三小法廷判決＝浅井事件（民集45-5-919，訟月38-2-276，判時1390-21，判タ763-150）

前掲①の杉山事件最高裁判決を引用した上で，「そして，右にいう捜査の中断による支障が顕著な場合には，捜査機関が，弁護人等の接見等の申出を受けたときに，現に被疑者を取調べ中であるとか，実況見分，検証等に立ち会わせているような場合だけでなく，間近い時に右取調べ等をする確実な予定があって，弁護人等の必要とする接見等を認めたのでは，右取調べ等が予定どおり開始できなくなるおそれがある場合も含むものと解すべきである。」とした。

（参考資料）新判例の射程距離について（訟時200-174）

③ 最高裁平成3.5.31第二小法廷判決＝若松事件（訟月38-2-298，判時1390-33，判タ763-177，判例自治89-67）

前掲②の浅井事件最高裁判決と同旨

④ 前掲(ｱ)の安藤事件最高裁大法廷判決

「刑訴法39条の立法趣旨，内容に照らすと，捜査機関は，弁護人等から被疑者との接見等の申出があったときは，原則としていつでも接見等の機会を与えなければならないのであり，同条３項本文にいう『捜査のため必要があるとき』とは，右接見等を認めると取調

べの中断等により捜査に顕著な支障が生ずる場合に限られ，右要件が具備され，接見等の日時等の指定をする場合には，捜査機関は，弁護人等と協議してできる限り速やかな接見等のための日時等を指定し，被疑者が弁護人等と防御の準備をすることができるような措置を採らなければならないものと解すべきである。そして，弁護人等から接見等の申出を受けた時に，捜査機関が現に被疑者を取調べ中である場合や実況見分，検証等に立ち会わせている場合，また，間近い時に右取調べ等をする確実な予定があって，弁護人等の申出に沿った接見等を認めたのでは，右取調べ等が予定どおり開始できなくなるおそれがある場合などは，原則として右にいう取調べの中断等により捜査に顕著な支障が生ずる場合に当たると解すべきである」

⑤ 最高裁平成12.2.22第三小法廷判決＝安藤事件（裁判集民事196-729，訟月46-9-3644，判時1721-70，判タ1040-117，判例自治210-76）〔前掲④事件で大法廷に論点回付されなかった残りの上告理由に対する判断〕

前掲安藤事件最高裁大法廷判決で定立された要件を当てはめて判示したものであり，弁護人が検察官にあらかじめ接見の申出を行った場合（事前連絡型）においても，当該弁護人が希望した日時には，「本件被疑者に対する確実な取調べ予定があって，上記希望に沿った接見を認めると，上記取調べを予定どおり開始することができなくなるおそれがあった」とし，このような場合に行われた接見指定は違法ではないと判示した。

⑥ 最高裁平成12.6.13第三小法廷判決（民集54-5-1635，判時1721-60，判タ1040-113）

弁護人を選任することができる者の依頼により弁護人となろうとする者から被疑者の逮捕直後に初回の接見の申出を受けた捜査機関が接見の日時等の指定に当たって採るべき措置について，「接見指

定の要件が具備された場合でも，その指定に当たっては，弁護人となろうとする者と協議して，即時又は近接した時点での接見を認めても接見の時間を指定すれば捜査に顕著な支障が生じるのを避ける事が可能かどうかを検討し，これが可能なときは，留置施設の管理運営上支障があるなど特段の事情のない限り，犯罪事実の要旨の告知等被疑者の引致後直ちに行うべきものとされている手続及びそれに引き続く指紋採取，写真撮影等所要の手続を終えた後において，たとい比較的短時間であっても，時間を指定した上で即時又は近接した時点での接見を認めるようにすべきであり，このような場合に，被疑者の取調べを理由として右時点での接見を拒否するような指定をし，被疑者と弁護人となろうとする者との初回の接見の機会を遅らせることは，被疑者が防御の準備をする権利を不当に制限するものといわなければならない。」と判示した。

(エ) いわゆる一般的指定の性質

前掲(ケ)③の若松事件最高裁判決は，一般的指定は捜査機関の内部的な事務連絡文書であって弁護人等に対し何ら法的な効力を及ぼすものでなく，違法ではないとした原審判断を是認している。

(オ) 書面による指定及び指定書の受領・持参要求の適法性

前掲(ケ)②の浅井事件最高裁判決は，「捜査機関が右（接見）日時等を指定する際いかなる方法を採るかは，その合理的裁量にゆだねられているものと解すべきであるから，電話などの口頭による指定をすることはもちろん，弁護人等に対する書面（いわゆる接見指定書）の交付による方法も許されるものというべきであるが，その方法が著しく合理性を欠き，弁護人等と被疑者との迅速かつ円滑な接見交通が害される結果になるようなときは，それは違法なものとして許されないことはいうまでもない。」と判示した。前掲(ケ)④の安藤事件最高裁大法廷判決も同旨。

前掲(ケ)⑤の安藤事件最高裁第三小法廷判決は，「弁護人の事務所，

検察庁及び被疑者が勾留されている警察署の位置関係など検察庁において接見指定書を受領しても右警察署に持参することが弁護人にとって過重な負担となるものではなく，弁護人が申し出た接見の日時までに相当の時間があるために，弁護人が検察庁まで接見指定書を受け取りに行くことにしても接見の開始が遅れることはなく，検察庁から弁護人の事務所に対してファクシミリで送付することができないなどの事情の下においては，接見指定書を交付する方法により接見の日時を指定しようとして，弁護人に対し検察庁において接見指定書を受領するよう求め，その間右指定をしなかった検察官の措置に違法があるとはいえない。」と判示した。

(カ) 接見の指定をするか否か判断するまで弁護人等を待機させることの適法性

前掲(ケ)③の若松事件最高裁判決は，「権限のある捜査官に対し右（編注・接見）の申出のあったことを連絡し，その具体的措置について指示を受ける等の手続を採る必要があり，こうした手続を要することにより弁護人等が待機することとなり又はそれだけ接見が遅れることがあったとしても，それが合理的な範囲内にとどまる限り，許容されているものと解するのが相当である。」と判示した。

○　最高裁平成16.9.7第三小法廷判決＝第2次若松判決（訟月51-9-2271，判時1878-88，判タ1168-109，後掲(シ)⑨の上告審）

代用監獄に勾留中の被疑者につき「接見等の指定に関する通知書」を発した検察官が，留置担当者から弁護人が接見の申出をしたことの連絡を受けて約40～45分後又は34分後に至って接見指定をしない旨の回答をしたことは違法とはいえず，また，上記被疑者について弁護人から接見の申出を受けた留置担当官が接見を開始させた直後に接見を中断させた措置は違法とはいえないとした。

(キ) 通知書制度の適法性

○　最高裁平成16.9.7第三小法廷判決＝第2次若松事件（訟月51-9-2

271，判時1878-88，判タ1168-109；後掲(ｼ)⑨の上告審）〈控訴審の判断を維持〉

代用監獄である警察署の留置場に勾留中の被疑者につき担当検察官が当該警察署長にあて送付した「接見等の指定に関する通知書」は，「弁護人等から接見等の申出があったときに接見指定をすることがあり得る旨を通知する捜査機関の内部的な事務連絡文書であって，検察官が接見指定権を適切に行使する機会を確保するとともに，接見交通権の行使と捜査の必要性との調整を図ることを目的として発出されるものであるから，その発出行為自体を違法ということはできない。」と判示した。

(ｸ) 昼食時間中又は昼食時間終了直後の接見希望

○　最高裁平成12.2.24第一小法廷判決＝内田事件（前掲(ｲ)参照）

「勾留の満期を控え，終日継続する可能性があり，その終了時刻を予測することが不可能であったことや，身柄拘束中の被疑者にとって食事及びその前後の休息の時間が重要であることなどにもかんがみると，上告人Ａの接見申出があった時点において，接見の日時を即時若しくは昼食時間中に指定し，又は午後の取調べの開始時刻を遅らせた上で右日時を昼食時間の終了直後に指定することは，取調べの中断等により捜査に顕著な支障を生じさせるものというべきであり，右時点において，Ｂ検察官が右日時を翌日に指定しようとしたことに違法があるとはいえない。」

(ｹ) 弁護人から接見の場所が存在しない検察庁の庁舎内での接見の申出を受けた場合の対応（面会接見）

①　最高裁平成17.4.19第三小法廷判決＝定者事件（民集59-3-563，訟月51-12-3288，判時1896-92，警察學論集58-8-73，前掲７(2)⑥（76ページ）参照）

「検察庁の庁舎内に被疑者が滞在している場合であっても，弁護人等から接見の申出があった時点で，検察官による取調べが開始されるまでに相当の時間があるとき，又は当日の取調べが既に終了しており，勾留場所等へ押送されるまでに相当の時間があるときなど，これに応じても捜査に顕著な支障が生ずるおそれがない場合には，本来，検察官は，上記の申出に応ずるものである。もっとも，被疑者と弁護人等との接見には，被疑者の逃亡，罪証の隠滅及び戒護上の支障の発生の防止の観点から制約があるから，検察庁の庁舎内において，弁護人等と被疑者との立会人なしの接見を認めても，被疑者の逃亡や罪証の隠滅を防止することができ，戒護上の支障が生じないような設備のある部屋等が存在しない場合には，上記の申出を拒否したとしても，これを違法ということはできない。そして，上記の設備のある部屋等とは，接見室等の接見のための専用の設備がある部屋に限られるものではないが，その本来の用途，設備内容等からみて，接見の申出を受けた検察官が，その部屋等を接見のためにも用い得ることを容易に想到することができ，また，その部屋等を接見のために用いても，被疑者の逃亡，罪証の隠滅及び戒護上の支障の発生の防止の観点からの問題が生じないことを容易に判断し得るような部屋等でなければならないものというべきである。」，「刑訴法39条所定の接見を認める余地がなく，その拒否が違法でないとしても，同条の趣旨が，接見交通権の行使と被疑者の取調べ等の捜査の必要との合理的な調整を図ろうとするものであることにかんがみると，検察官が上記の設備のある部屋等が存在しないことを理由として接見の申出を拒否したにもかかわらず，弁護士等がなお検察庁の庁舎内における即時の接見を求め，即時に接見をする必要性が認められる場合には，検察官は，例えば立会人の居る部屋での短時間の「接見」などのように，いわゆる秘密交通権が十分に保障されないような態様の短時間の「接見」（以下，便宜「面会接見」という。）であってもよいかどうかという点につき，弁護人等の意向を確かめ，弁護人等がそのような面会接見であっても差し支えな

いとの意向を示したときは，面会接見ができるように特別の配慮をすべき義務があると解するのが相当である。そうすると，検察官が現に被疑者を取調べ中である場合や，間近い時に取調べをする確実な予定があって弁護人等の申出に沿った接見を認めたのでは取調べが予定どおり開始できなくなるおそれがある場合など，捜査に顕著な支障が生ずる場合は格別，そのような場合ではないのに，検察官が，上記のような即時に接見をする必要性の認められる接見の申出に対し，上記のような特別の配慮をすることを怠り，何らの措置を執らなかったときは，検察官の当該不行為は違法になると解すべきである。」と判示し，上記の点につき，弁護人等の意向を確かめることをせず上記申出に対して何らの配慮もしなかったことが違法とされた（ただし，検察官の過失を否定して，請求は棄却。）。

② 名古屋高裁平成19.7.12判決（訟月54-7-1531，判時1997-66）〈最高裁平成20.11.4第三小法廷判決で維持〉

「面会接見ができるように特別の配慮をすべき義務は，接見のための設備のある部屋等が存在しないにもかかわらず，そのような設備のある場所での秘密交通権の補償された本来の接見を待たずに，弁護人等の要望により，かつ客観的にその必要性が認められる場合に限り，本来接見が予定されない場所で秘密交通権が十分保障されない短時間の接見を実施するという特別の内容のものである。したがって，検察官においては，短時間でその準備を行う必要があり，かつ，その実施につき罪証隠滅や逃亡のおそれ，戒護における支障の発生等の防止を担保できるような方法を確保する必要があるから，面会接見は，その性質上その実施場所や方法等において，おのずから一定の制約があるものといわなければならない。そして，それは秘密交通権が十分に保障されないことにつき弁護人の了承を得た上で実施されるものであるから，検察庁内のいかなる場所でどのような人の立会いや方法により面会接見を実施するかについては，上記

観点に照らしてこれをよく知る検察官に合理的な範囲で裁量権が認められるものと解すべきである。したがって，検察官において，面会接見ができるように特別な配慮をすべき義務があり，それに基づき面会接見を実施する場合には，その実施場所，立会人の人選，人数及び方法等が，即時実施の必要や被疑者の罪証隠滅，逃亡及び戒護上の支障の発生を防止する観点に照らしてその必要性又は合理性を欠き，裁量権の逸脱又は濫用にあたるような事情がある場合に限り，上記特別の配慮を怠ったものとして違法となるというべきである。」と判示して，検察官が１審原告に対し面会接見について特別の配慮を怠った違法があるということはできないとした。

(ｺ) 取調べ時の被疑者からの接見内容の聴取

○ 鹿児島地裁平成20.3.24判決（判時2008-3）

「刑訴法39条１項が被告人らが弁護人と立会人なくして接見することができると規定しているのは，被告人らが弁護人から有効かつ適切な援助を受ける上では，被告人らが弁護人に必要かつ十分な情報を提供し，弁護人から被告人らに適切な助言をするなど自由な意思疎通が捜査機関に知られることなくなされることが必要不可欠であると考えられることに基づくものであるが，これは接見内容が捜査機関に知られることになれば，これを慮って，被告人らと弁護人の情報伝達が差し控えられるという萎縮的効果が生じ，被告人らが実質的かつ効果的な弁護人の援助を受けることができなくなると解されることによるものである。そうすると，刑訴法39条１項の『立会人なくして』とは，接見に際して捜査機関が立ち会わなければ，これで足りるとするというにとどまらず，およそ接見内容について捜査機関はこれを知ることができないとの接見内容の秘密を保障したものといえ，原則的には接見後その内容を捜査機関に報告させることも許されないといえる。」と判示し，検察官及び警察官が，被告人らに対して接見内容を聴取した行為76件のうち54件につき，捜

査上必要不可欠な行為であったとは認められないし，他に弁護人の接見交通権侵害の違法性を阻却するような事情もないとして，弁護人の固有の接見交通権を侵害する違法なものとした。

(ｹ) 取調べ時の検察官の言動と接見交通権

① 横浜地裁平成20.10.24判決（訟月55-10-3023，判タ1290-145，後掲②参照）

勾留中の被疑者の取調べに当たっていた検察官が被疑者に対して「弁護過誤だな」などと述べて，弁護人の弁護方針に言及した行為について，取調べを担当する検察官という立場にある者が，弁護方針への批判を，取調べ中の密室で被疑者に告知するのは，弁護人と被疑者との信頼関係を破壊する言動と評価せざるを得ず，このような言動が放置されるならば，弁護人は，被疑者との信頼関係を維持することができなくなり，ひいて，被疑者との接見交通が，その実質を保ち得ない結果となることは明らかである上，上記告知行為について，捜査の遂行上の必要性，合理性も認めることはできないとして，検察官の被疑者に対する上記告知行為は，被疑者の弁護人である原告の固有の権利である接見交通権を侵害する違法なものとした。

② 東京高裁平成21.5.21判決（訟月55-10-3023，①の控訴審）〈最高裁平成21.10.27第三小法廷決定で維持〉

「検察官が取調べにおいて弁護人の弁護方針に言及することは，仮にその言及自体は必ずしも社会的相当性を欠くものであることが明白ではなかったとしても，当該言及についての被疑者の受取り方その他の事情の如何によっては，被疑者と弁護人との信頼関係を損なうという結果をもたらす可能性があり得るところであり，現にこれを損なう結果を伴う場合には，当該言及自体について，国家賠償法上，違法性を帯びるとの評価を受けることがあり得るものと解される」と判示しながらも，本件において，被控訴人である弁護人と

被疑者との信頼関係が破壊されるなどの事実を認めることはできないとして，これを違法として原告の請求を一部認容した上記①判決を取り消した。

(ｼ) 浅井事件最高裁判決後の主な裁判例

接見指定権行使の要件及び接見指定方法等について前掲(ｹ)②の浅井事件最高裁判決及び同③の若松事件最高裁判決と同一見解に立ち，当該事案につきそれぞれ判断している。

① 仙台高裁平成5.4.14判決（訟月40-5-930，判時1463-70，判例自治115-75）

検察官が弁護人の被疑者との接見について接見指定書の交付による指定方法を採ったことは相当であって，その指定方法が著しく合理性を欠き，弁護人の被疑者との迅速かつ円滑な接見交通を阻害したものとは認められないとした。

なお，一審原告らが上告したところ，上告理由第２点（刑訴法39条３項本文の違憲性）について論点回付されたが，前掲(ｱ)の最高裁平成11.3.24大法廷判決＝安藤事件（民集53-3-514，訟月46-6-2885，判時1680-72，判タ1007-106，判例自治194-97）は，原告らの上告を棄却し，その余の上告理由についても，前掲(ｹ)⑤の最高裁平成12.2.22第三小法廷判決＝安藤事件（裁判集民事196-729，訟月46-9-3644，判時1721-70，判タ1040-117，判例自治210-76）により，原告らの上告が棄却された。

② 札幌高裁平成5.5.19判決（判時1462-107，判タ818-269）

当該事案において，接見指定書の受領を求めたことを適法とし，接見時間を制限したことを違法とした。

③ 東京地裁平成5.12.7判決（判時1505-91，判タ847-159，判例自治123-90，後掲⑦参照）〈東京高裁平成7.9.11判決（訟月42-12-2866），最高裁平成12.2.24第一小法廷判決＝内田事件（訟月46-9-3665，判例自治205-73，前掲(ｲ)参照）で維持〉

弁護人が被疑者との即時接見を申し出たが，検察官が出勤途中だったため連絡がとれず，約１時間待たされたのは，検察官の違法な不作為に基づくものであるとして，請求を一部認容したが，検察官が接見の日時を昼食時間帯又は当日の取調べ終了予定後と指定しなかった措置を違法ではないとした。

④　広島高裁岡山支部平成6.4.26判決（訟月41-5-930）

弁護人が接見指定時刻より早い時刻に直接留置場を訪れて即時の接見の申出をした場合に，警察官が指定された時刻まで待つように言って即時の接見を拒否した行為につき，警察官の接見拒否は適切ではないものの，弁護人の対応にも問題があったとして請求を棄却した。

⑤　名古屋高裁平成7.10.18判決（訟月43-1-161）

接見指定について検察官と協議中の弁護人が留置係官の過誤に乗じて被疑者と接見したのを中止させた検察官の措置について，中止の時点で弁護人は申入れに係る接見の目的を達していたから，その後に検察官が弁護人に対し改めて接見指定をしなかった措置が違法とはいえないとして，これを違法として原告の請求を一部認容した一審判決を取り消した。上告審である最高裁平成12.3.21第三小法廷判決も，上記判決を是認した（訟月46-9-3678）。

⑥　東京地裁平成11.3.23判決(判タ1001-294)

起訴後の勾留中である被告人の弁護人たる原告が，東京地方検察庁において検察官から余罪の取調べを受けていた被告人との即時接見を申し出たところ，検察官にこれを拒否されたとして，国家賠償を請求した事案につき，被告事件の弁護人は余罪について身柄拘束を受けていない被告人と自由に接見する権利を有しているから，検察官としては可及的速やかに接見実現のための措置を執るべきであったのに，上記申出を無視して余罪の取調べを続けた検察官の行為は違法であるとして，原告の請求を一部認容した。

⑦　最高裁平成12.2.24第一小法廷判決＝内田事件（訟月46-9-3665，判例自治205-73，前掲(イ)参照，③の上告審）

弁護人からの被疑者との接見の申出に対し，検察官が，現に取調中であるとして即時の接見を認めず，接見指定権を行使しようとした措置は相当であり，また，昼食時間及び休息時間はそれ自体のために確保される必要があるとして，昼食時間及びそれに引き続く午後の取調べ開始前の時間帯に接見を指定しなかった措置は違法とはいえないとした。

⑧　大阪地裁平成13.2.23判決（判時1752-84）

弁護士である原告が，軽犯罪法違反で現行犯逮捕された被疑者らの勾留場所である警察署に接見に赴いたところ，警備していた警察官に阻止されたという事案につき，弁護人等から接見の申出があった時にはいつでも接見の機会を与えるべきであり，捜査の中断による支障が顕著な場合には，弁護人等と協議してできる限り速やかな接見のための日時を指定し，被疑者が防御のため弁護人等と打ち合わせることができるような措置を執るべきであるとした上で，警察官はできるだけ速やかな接見のための日時を指定するような措置を何ら執っていないことなどから，警察官の行為を違法として損害賠償を認めた。

⑨　京都地裁平成13.7.12判決＝第２次若松判決（訟月49-6-1635，判時1782-99，判タ1098-123，判例自治228-108，前掲(カ)，(キ)参照）〈大阪高裁平15.3.19判決で維持〉

検察官等の接見指定がされていない限り，弁護人等に接見を認めるか否かは監獄の長の独自の権限で決することができるから，検察官が監獄の長からの接見指定の有無の照会に対し速やかに回答しなかったとしても，そのことが弁護人との関係で違法となることはないとした。

ク　捜査と弁護権に関するもの

○　仙台高裁平成20.8.6判決（訟月55-4-1816）〈最高裁平成21.6.2第三小法廷決定で維持〉

被告人Ａの弁護人である原告が，捜査機関に対し，起訴後勾留中のＡに対する取調べには同意しない旨通告したにもかかわらず，捜査機関がＡの任意の取調べを行ったことにより，弁護人の固有の権利としての取調べ拒否権が侵害されたとして国家賠償法１条１項に基づく損害賠償を求めた事案において，「刑事訴訟における本来の当事者は被疑者・被告人であり，弁護人の刑事訴訟上の権利や権限も被疑者・被告人の権利に由来するものと解され，刑事訴訟法41条もこのことを前提とした上で，特別の定めのある場合に限って，刑事弁護人に独立行為権を認める旨規定しており，控訴人（原告）が主張する弁護権の実質化をその限度で図っているものと解することができるにとどまり，控訴人の主張する固有の弁護権，具体的には，弁護人の取調べ拒否権については，特別の定めのない以上，解釈によってかかる権利を認める余地はない。」と判示した。

ケ　論告に関するもの

○　最高裁昭和60.5.17第二小法廷判決（民集39-4-919，裁判集民事145-1，訟月32-3-465，判時1156-49，判タ559-121）

判決要旨は，前掲６(3)④（67ページ）参照

コ　証拠品の保管及び還付に関するもの

①　最高裁昭和38.1.17第一小法廷判決(裁判集民事64-1，訟月9-2-269)

公務員が公権力の行使によって私人の物件を保管するに至った場合，当該公務員は，その物件の保存を更に第三者に委託したと否とを問わず，常に善良なる管理者の注意をもって当該物件を保管すべき義務があるとした。

②　東京地裁昭和49.3.18判決(下民集25-1～4-181，訟月20-7-52，判時748-74)

検察官が刑訴法222条１項，121条１項によって，その保管を私人で

ある第三者に委託するいわゆる庁外保管の場合でも検察官の領置は継続するのであって，その委託を受けた私人のする保管は，それが検察官の領置行為を具体的に形成するものである意味において，公権力の行使たる性質を有し，その限りにおいて上記私人は，検察官の補助者として，国家賠償法１条にいう公務員に該当するものというべきであるとした。

③　名古屋地裁平成13.11.29判決（判時1788-78）

警察官が窃盗事件の捜査のため古物商を営む原告から骨董品等の任意提出を受けたが，その後，捜査資料として検察庁に送致され，検察官が，これを原告ではない元の所有者に還付したという事案について，原告の即時取得（民法192条）の成立を肯定するとともに，検察官が還付の処分命令を発したのは民法193条の回復請求権が許される２年の経過前であったが，実際の還付時期が２年を経過した後であったことから，還付行為を違法とした。

④　東京地裁平成20.12.5判決（訟月55-5-2076）

強姦等の事件で有罪判決を受けた原告が，検察官に対し，捜査の際に押収された証拠品である同事件の被害者の裸体や陰部等が撮影された写真のコピー等について還付を求めたところ，検察官が，これらを還付しない旨の処分をした事案において，原告は「刑事訴訟法222条1項，123条1項に基づく還付請求権を行使するものと思われるが，刑事訴訟法上の権利であっても，誠実にこれを行使し，濫用してはならないのは当然であるから（刑事訴訟規則１条２項），原告の還付請求権の行使が権利の濫用となる場合には，還付をしなかった検察官の処分は違法とはならないものというべきである。」と判示し，原告が上記処分留保証拠品について還付請求権を行使することは権利の濫用に当たるとして，これを還付しない旨の処分をした検察官の行為は違法ではないとした。

サ　捜査・公判と名誉・プライバシー

①　東京地裁八王子支部平成12.2.24判決（判時1743-83，判タ1031-285，後掲②参照）

検察官が，犯罪捜査に当たった警察官が被疑者の弁護人の所属団体及び所属政党を調査し，これを捜査報告書に記載したことを知った場合，削除あるいは書き換えさせるなどの指導の義務があるのに，これを怠り弁護士のプライバシーを侵害したと判示し，さらに，上記報告書を略式命令の請求を行う際に証拠として提出した検察官の行為も国家賠償法上違法であるとした。

②　東京高裁平成12.10.25判決（訟月49-7-1895，判時1753-50，判タ1046-296，①の控訴審）

警察官が被疑者の弁護人の所属団体及び所属政党を調査し，捜査報告書に記載した行為につき，上記行為が調査対象者の私生活の平穏を始めとする権利，利益を違法，不当に侵害するといったおそれのない方法によって行われるものである限り，当該弁護人のプライバシーを違法，不当に侵害するとはいえないとして，当該警察官の指導担当検察官の行為の違法性を否定したが，上記捜査報告書を略式命令の請求に係る証拠資料として裁判所に提出した行為により，捜査報告書が何人にも閲覧される状態に置かれ，上記弁護人のプライバシーを侵害したとして，検察官に職務上の義務違反があるとした。

（参考）　平成12年度部付事務打合せ会（前期）（訟時308-74）

③　東京高裁平成14.5.22判決（訟月50-6-1683）

控訴人を起訴猶予処分にした旨の次席検事の記者発表が名誉毀損となるか否かの判断基準については，最高裁昭和41年６月23日第一小法廷判決（民集20-5-1118，判時453-29，判タ194-83）の法理が当てはまるところ，犯罪捜査及び検察官による不起訴を含む公訴権の行使が，国家及び社会の秩序維持という公益を図るために行われるものであることを考慮すると，特段の事情のない限り，本件記者発表は，公共の利害に関する事実に係り，専ら公益を図る目的に出たものと認めるべ

きであり，本件犯行に係る被疑事実が真実であることを証明されたといえるかどうかはともかく，本件不起訴処分時及び記者発表時において，検察官が現に収集してきた証拠資料及び通常要求される捜査を遂行すれば収集し得た証拠資料を総合勘案して合理的な判断過程により本件犯行に係る被疑事実が存在すると信ずるについての相当な理由があったといえるから，次席検事には故意，過失がなかったとした。

（参考）　平成13年度部付事務打合せ会（前期）（訟時320-75）

シ　都道府県警察の警察官の行為と国の賠償責任との関係

○　最高裁昭和54.7.10第三小法廷判決（民集33-5-481，訟月25-11-2772，判時941-3，判タ402-68）

判決要旨は，前掲２(1)ア(イ)②（16ページ）参照。

ス　その他

①　大阪地裁平成12.5.25判決（訟月47-4-775，判時1754-102，判タ1061-98，後掲(4)ウ(エ)①（160ページ）参照）

検察官が拘置所長に対し，拘置所に勾留されていた被疑者・被告人とその弁護人との間の信書の内容を含む発受状況を照会したこと，検察官が拘置所長から得た同照会に対する回答書を裁判所に対する接見等禁止の請求の疎明資料として利用したこと及び検面調書の特信性を立証するための証拠として取調べ請求したことは，国賠法上違法であり，法律専門家たる当該検察官には過失があるとした。

②　東京地裁平成18.10.31判決（判時1968-107，判タ1276-50）〈東京高裁平成19.6.28判決及び最高裁平成20.5.1第一小法廷決定で維持〉

米国で起訴され，日本国とアメリカ合衆国との間の犯罪人引渡しに関する条約２条１項に基づき米国から引渡しを求められ，法務大臣が同法２条６号に規定された罪責立証の対象につき請求国法ではなく日本法上の犯罪事実であると解釈した上で，審査請求命令を出し，東京高検検事長が同高検検察官をして東京高裁に審査請求を行ったため，身柄を拘禁された原告が，東京高裁は，同法２条６号の罪責立証の対

象は請求国法上の犯罪事実とすべきとの判断をした上で，逃亡犯罪人を引き渡すことができない場合に該当するとの決定をしたことから，国が同法２条各号に定める引渡制限事由の存在が明らかであったにもかかわらず上記審査請求を行い，これに伴って原告の身柄を拘禁したことは違法であるとして国家賠償法に基づく損害賠償を求めた事案。

同判決は，逃亡犯罪人を引き渡すことができない場合に該当するとの決定が確定したというだけでは直ちに審査請求あるいはこれに伴う拘禁許可状の執行等が違法となるものではなく，法務大臣の審査請求命令が違法性を有するのは，当時の資料に基づき，引渡制限事由に該当することが明らかであるにもかかわらず審査請求命令を出した場合であるとするとともに，法務大臣の審査請求命令について，異なる法律解釈が可能であり，実務上その取扱いが確立しているとはいえず，これについて一般的な支持を得た見解も存在しない場合に，法務大臣が一定の解釈を正当としてこれに立脚して審査請求命令を出したときは，その解釈に相当の根拠が認められる限り，後にその解釈が正当ではないと判断されたとしても，審査請求命令が直ちに違法性を有するものではないと解されるとして，法務大臣が審査請求命令を出し，これにより原告が身柄を拘禁された行為につき違法はないとした。

(4)　矯正関係

ア　在監者に対する各種措置の適否についての基本的な考え方

矯正関係では，在監者に対する矯正職員の措置(例えば，懲罰処分や信書発信不許可処分等の行政処分を含む。)の違法を理由として国家賠償訴訟が提起される場合が多いが，包括的な拘禁関係であることから訴訟内容は多種多様である。在監者に対する各種措置の適否を考えるに当たっては，在監者の基本的人権の制約の根拠及び限界をどこにおくかということが重要である。基本的人権を制約するには，当然法律の根拠が必要であるが，この点については後掲イ①，②の判決は，監獄内においては，法によって許容された拘禁目的（逃走又は罪証隠滅の防止）を達

成するために必要かつ合理的な範囲内で身体的自由及びそれ以外の自由も制限され，また，監獄は多数の拘禁者を収容する施設でありこれらの者を集団として管理するために内部における規律及び秩序を維持し正常な状態を維持するため，身体的自由及びそれ以外の自由に一定の制限を加えられることもやむを得ないとする。そして，これらの自由に対する制限が必要かつ合理的なものとして是認されるかどうかは，前記目的のため制限が必要とされる程度と，制限される基本的人権の内容，性質，これに加えられる具体的制限の態様，程度等を衡量して決することとなる（後掲イ①，②判決参照)。

例えば，未決勾留における新聞紙，図書等の閲読の自由に対する制限措置の適法性判断基準については，後掲イ②の判決が，いわゆる相当の蓋然性説を採ることを明らかにするとともに，前記相当の蓋然性の存否の認定判断は，行刑施設内の諸事情に通暁し，かつ，専門的，技術的知識を有する行刑施設の長の裁量判断によるものとしている。また，受刑者とその親族でない者との信書の発受に対する制限措置の場合についても，後掲ウ(エ)②の判決が，前記のいわゆる相当の蓋然性説を採ることを明らかにしている。これに対し，死刑確定者の信書の発送に対する制限措置の場合については，後掲ウ(ｱ)①の判決が，「監獄法46条１項に基づく死刑確定者の信書の発送の許否は（中略）これを制限することが必要かつ合理的であるか否かを判断して決定すべきものであり，具体的場合における右判断は拘置所長の裁量にゆだねられているものと解すべきである。」として後掲イ②判決とは異なる適法性判断基準が当てはまると判示している。

イ　矯正国賠の基本的裁判例

①　最高裁昭和45.9.16大法廷判決（民集24-10-1410，訟月16-11-1275，判時605-55，判タ254-142)

「未決勾留は，刑事訴訟法に基づき，逃走又は罪証隠滅の防止を目的として，被疑者または被告人の居住を監獄内に限定するものである

ところ，監獄内においては，多数の被拘禁者を収容し，これを集団として管理するに当たり，その秩序を維持し，正常な状態を保持するよう配慮する必要がある。このためには，被拘禁者の身体の自由を拘束するだけでなく，右の目的に照らし，必要な限度において，被拘禁者のその他の自由に対し，合理的制限を加えることもやむを得ないところである。そして，右制限が必要かつ合理的なものであるかどうかは，制限の必要性の程度と制限される基本的人権の内容，これに加えられる具体的制限の態様との較量の上に立つて決せられるべきものというべきである。(中略) 喫煙の自由は，憲法13条の保障する基本的人権の一に含まれるとしても，あらゆる時，所において保障されなければならないものではない。したがつて，このような拘禁の目的と制限される基本的人権の内容，制限の必要性などの関係を総合考察すると，前記の喫煙禁止という程度の自由の制限は，必要かつ合理的なものであると解するのが相当であり，監獄法施行規則96条中未決勾留により拘禁された者に対し喫煙を禁止する規定が憲法13条に違反するものとはいえないことは明らかである。」

② 最高裁昭和58.6.22大法廷判決（民集37-5-793，訟月29-12-2236，判時1082-3，判タ500-89）

「未決勾留は，刑事訴訟法の規定に基づき，逃亡又は罪証隠滅の防止を目的として，被疑者又は被告人の居住を監獄内に限定するものであって，右の勾留により拘禁された者は，その限度で身体的行動の自由を制限されることを免れないのであり，このことは，未決勾留そのものの予定するところでもある。また，監獄は，多数の被拘禁者を外部から隔離して収容する施設であり，右施設内でこれらの者を集団として管理するにあたっては，内部における規律及び秩序を維持し，その正常な状態を保持する必要があるから，この目的のために必要がある場合には，未決勾留によって拘禁された者についても，この面からその者の身体的自由及びその他の行為の自由に一定の制限が加えられ

ることは，やむをえないところというべきである（中略）。そして，この場合において，これらの自由に対する制限が必要かつ合理的なものとして是認されるかどうかは，右の目的のために制限が必要とされる程度と，制限される自由の内容及び性質，これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を較量して決せられるべきである。」とした上，「未決勾留は，前記刑事司法上の目的のために必要やむを得ない措置として一定の範囲で個人の自由を拘束するものであり，他方，これにより拘禁される者は，当該拘禁関係に伴う制約の範囲外においては，原則として一般市民としての自由を保障されるべき者であるから，監獄内の規律及び秩序の維持のためにこれら被拘禁者の新聞紙，図書等の閲読の自由を制限する場合においても，それは，右の目的を達するために真に必要と認められる限度にとどめられるべきものである。したがって，右の制限が許されるためには，当該閲読を許すことにより右の規律及び秩序が害される一般的，抽象的なおそれがあるというだけでは足りず，被拘禁者の性向，行状，監獄内の管理，保安の状況，当該新聞紙，図書等の内容その他の具体的事情のもとにおいて，その閲読を許すことにより監獄内の規律及び秩序の維持上放置することができない程度の損害が生ずる相当の蓋然性があると認められることが必要であり，かつ，その場合においても，右の制限の程度は，右の障害発生の防止のために必要かつ合理的な範囲にとどまるべきものと解する。」とし，さらに，「具体的場合における前記法令等の適用にあたり，当該新聞紙，図書等の閲読を許すことによって監獄内における規律及び秩序の維持に放置することができない程度の障害が生ずる相当の蓋然性が存するかどうか，及びこれを防止するためにどのような内容，程度の制限措置が必要と認められるかについては，監獄内の実情に通暁し，直接その衝にあたる監獄の長による個々の場合の具体的状況のもとにおける裁量的判断にまつべき点が少なくないから，障害発生の相当の蓋然性があるとした長の認定に合理的な根拠があり，その

防止のために当該制限措置が必要であるとした判断に合理性が認められる限り，長の右措置は適法として是認すべきものと解するのが相当である。」と判示した。

ウ　矯正国賠の個別的裁判例

(ｱ) 死刑確定者に関するもの

①　最高裁平成11.2.26第二小法廷判決（判時1682-12）

死刑確定者の信書発送の不許可処分が争われた事案

「死刑確定者の拘禁の趣旨，目的，特質にかんがみれば，監獄法46条１項に基づく死刑確定者の信書の発送の許否は，死刑確定者の心情の安定にも十分に配慮して，死刑の執行に至るまでの間，社会から厳重に隔離してその身柄を確保するとともに，拘置所内の規律及び秩序が放置することができない程度に害されることがないようにするために，これを制限することが必要かつ合理的であるか否かを判断して決定すべきものであり，具体的場合における右判断は拘置所長の裁量にゆだねられているものと解すべきである。」

②　東京地裁平成6.12.13判決（訟月41-12-2925）〈東京高裁平成8.6.25判決（公刊物未登載），最高裁平成11.7.18第二小法廷判決（公刊物未登載）で維持〉

死刑確定者と親族（養親）との接見を一切認めなかった拘置所長の措置に違法はないとした。

③　東京地裁平成10.3.20判決（判タ983-222）

死刑確定者が，法務大臣が刑事訴訟法475条２項所定の６か月の期間内に自己に対する死刑の執行を命令しなかったことが国家賠償法上違法であるとして損害賠償を求めたのに対し，同条項はそれに違反したからといって特に違法の問題を生じない訓示規定であるから国家賠償法上の違法の問題を生じないとして請求を棄却した。

④　名古屋地裁平成18.1.27判決（判時1933-102，判タ1230-146）

死刑判決を受け上告中の未決拘禁者である原告が，拘置所長によって自己あてに差し入れられた文書の死刑執行方法を記述した部分を抹消された事案において，「本件抹消部分は，法律の性質を有する告示の一部であって，基本的に原告が閲読する権利を有すべきものであり，その内容も，死刑判決を受けた未決の被拘禁者である原告の心情に与える影響が大きいものとは認めがたく，また，本件抹消処分がなされた当時，原告の性向や行状に，特に不安定で，本件抹消部分を閲読することによって，大きな影響を受けることを予測させるような状況があったとも認められないのであるから，原告が本件抹消部分を閲読することによって，（中略）自殺や自傷行為に及んだり，拘置所内の規律及び秩序に放置することのできない程度の障害が生ずる相当の蓋然性があったと認めることは困難」として，拘置所長の裁量的判断には逸脱があり，その抹消処分が違法であるとした。

(ｲ) 接見に関するもの

①　最高裁平成3.7.9第三小法廷判決（民集45-6-1049，訟月38-3-499，判時1399-27，判タ769-84，前掲７(2)④（75ページ）参照）

「被勾留者も当該拘禁関係に伴う一定の制約の範囲外においては原則として一般市民としての自由を保障されるのであり，幼年者の心情の保護は元来その監護に当たる親権者等が配慮すべき事柄であることからすれば，監獄法が一律に幼年者と被勾留者との接見を禁止することを予定し，容認しているものと解することは，困難である。そうすると規則（編注・監獄法施行規則）120条（及び124条）は，原審のような限定的な解釈を施したとしても，なお監獄法の容認する接見の自由を制限するものとして，法（編注・監獄法）50条の委任の範囲を超えた無効のものというほかはない。そうだとすれば，規則120条（及び124条）は，結局，被勾留者と幼年者との接見を許さないとする限度において，監獄法50条の委任の範囲を超えた無効のものと断ぜざるを得ない。（中略）しかし，規則120条（及び

124条）は明治41年に公布されて以来長きにわたって施行されてきたものであって（中略），本件処分当時までの間，これらの規定の有効性につき，実務上特に疑いを差し挟む解釈をされたことも裁判上とりたてて問題とされたこともなく，裁判上これが特に論議された本件においても第一，二審がその有効性を肯定していることはさきにみたとおりである。そうだとすると，規則120条（及び124条）が右の限度において法50条の委任の範囲を超えることが当該法令の執行者にとって容易に理解可能であったということはできないのであって，このことは国家公務員として法令に従ってその職務を遂行すべき義務を負う監獄の長にとっても同様であり，監獄の長が本件処分当時右のようなことを予見し，又は予見すべきであったということはできない。」

② 東京高裁平成7.8.10判決（訟月42-7-1783，判時1546-3）〈最高裁平成10.10.27第三小法廷判決で維持〉

在監者とジャーナリストとの間の取材を目的とする接見を不許可とした処分は，監獄の長として通常要求される職務上の法的義務の内容に照らして，その職務上の義務に違背するところはなく，過失は認められないとした。

③ 最高裁平成12.9.7第一小法廷判決（裁判集民事199-283，訟月47-2-327，判時1728-17，判タ1045-109）

接見時間を30分以内と定めた監獄法施行規則121条本文の規定及び接見につき刑務所職員の立会いを要する旨定めた規則127条１項本文の規定は憲法13条及び32条，Ｂ規約14条に違反しない。拘禁中の懲役受刑者が提起した民事訴訟の訴訟代理人と当該受刑者の接見を30分以内に制限し，また，接見に刑務所職員の立会いを条件とした刑務所長の処分は，裁量権の範囲を逸脱，濫用したものとはいえないとした。

④ 大阪高裁平成17.1.25判決（訟月52-10-3069）〈最高裁平成19.4.13

第二小法廷決定で維持〉

刑事弁護人が，拘置所に勾留中の被告人との接見に当たって，刑事事件の証拠物であるビデオテープを持参したビデオ再生機付テレビで再生しながら接見をしたい旨申し出たところ，拘置所職員が同ビデオテープを事前に検査しなければ接見に際してこれを再生することは許可しないとしたことは，弁護人の接見交通権を侵害するとした。

⑤ 最高裁平成20.4.15第三小法廷判決（民集62-5-1005，訟月55-4-1799，判時1858-79）

「旧監獄法（編注・平成17年法律第50号による改正前のもの）45条２項は，（中略）接見の対象となる受刑者の利益と施設内の規律及び秩序の確保並びに適切な処遇の実現の要請（中略）との調整を図るものであることが明らかである。受刑者との接見を求める者（中略）の固有の利益と規律及び秩序の確保等の要請との調整を図る趣旨を含むものと解することはできない。したがって，旧監獄法45条２項は，親族以外の者から受刑者との接見の申入れを受けた刑務所長に対し，接見の許否を判断するに当たり接見を求める者の固有の利益に配慮すべき法的義務を課するものではないというべきである。また，弁護士及び弁護士会が行う基本的人権の擁護活動が弁護士法１条１項ないし弁護士法全体に根拠を有するものであり，その意味で人権擁護委員会の調査活動が法的正当性を保障されたものであるとしても，法律上人権擁護委員会に強制的な調査権限が付与されているわけではなく，この意味においてＡ刑務所長には人権擁護委員会の調査活動の一環として行われる受刑者との接見の申入れに応ずべき法的義務は存在しない。（中略）以上によれば，Ａ刑務所長の本件各措置（編注・受刑者からの人権救済の申立てを受けた弁護士会である被上告人から調査の一環として被害状況を目撃したとされる他の受刑者との接見を求められたのに対し，これを許さな

かった措置）について，国家賠償法1条1項にいう違法があったということはできない。」

(ウ) 図書の閲読，私本購入に関するもの

① 最高裁昭和55.12.19第二小法廷判決（訟月27-3-552）

未決勾留者の閲読不許可処分が争われた事案において，行刑及び未決拘禁に関する通達は，その記述いかんによっては収容者に閲読させることにより無用の誤解を与え，ひいては不安，動揺の原因となるから，集団公安事件関係の被告人らのように概して反抗的な者に前記通達類の閲読を許すときは，前記被告人らはその趣旨を曲解し規律違反行為に出ることが予想されるとして，刑務所長がした前記通達類を登載した雑誌「闘争と弁護」の閲読不許可処分を違法とした原判決を破棄差し戻した。

② 東京地裁平成15.2.17判決（判時1837-25，判タ1133-133）

制限保管量を超える領置物の保管を受けている被収容者が衣類臥具以外の者の購入をする場合の許否の判断は，監獄の長の合理的な裁量にゆだねているとの一般論を述べながら，その裁量権の行使に当たっては，適当な宅下げ先の有無，在監期間の長短等の個別具体的な事情はもちろんのこと，当該被収容者の法的地位（死刑囚であること等）をも考慮してこれを行うべきであるとした。

(エ) 信書に関するもの

① 大阪地裁平成12.5.25判決（訟月47-4-775，判時1754-102，判タ1061-98，前掲(3)ス①（151ページ）参照）

拘置所職員が拘置所に勾留されていた被疑者・被告人とその弁護人との間の信書につき，混入物の存否や実際に弁護人との間の信書であるか否かを確認する目的でその内容を閲読することは刑事訴訟法39条1項に反しないが，その内容の要旨を記録化したこと及び拘置所長が同記録を検察官の照会に応じて回答した行為は国家賠償法上違法であるとした上，法律専門家でない拘置所長が同行為が違法

であることを知ってこれに応じた処理をすることは極めて困難な状況にあったとして過失はないとした。

② 最高裁平成18.3.23第一小法廷判決（訟月54-4-823，判時1929-37，判タ1208-72）

憲法21条の趣旨，目的にかんがみると，受刑者のその親族でない者との間の信書の発受は，受刑者の性向，行状，監獄内の管理，保安の状況，当該信書の内容その他の具体的事情の下で，これを許すことにより，監獄内の規律及び秩序の維持，受刑者の身柄の確保，受刑者の改善，更生の点において放置することのできない程度の障害が生ずる相当の蓋然性があると認められる場合に限って，これを制限することが許され，その場合においても，その制限の程度は，上記の障害の発生防止のために必要かつ合理的な範囲内にとどまるべきものと解するのが相当であり，監獄法46条2項も，上記要件及び範囲でのみその制限が許されることを定めたものと解されるから，憲法21条，14条1項に違反するものでない。原審の適法に確定した事実関係によれば，刑務所長は，受刑者のその親族でない者との間の信書の発受は特に必要があると認められる場合に限って許されるべきものであると解した上で，本件信書の発信については，権利救済又は不服申立て等のためのものであるとは認められず，その必要性も認められないと判断して，これを不許可にしたというのであるから，上記要件を考慮しないで不許可としたことが明らかであり，裁量権の範囲を逸脱し，又は裁量権を濫用したものとして監獄法46条2項の適用上違法であるのみならず国家賠償法1条1項の適用上も違法というべきであるとした。

(オ) 戒具に関するもの

① 大阪高裁平成8.10.30判決（訟月44-2-178，判時1589-58，判タ941-139）〈最高裁平成10.4.10第二小法廷判決で維持〉

勾留中に拘置施設外の病院で眼科の診察を受けた者が，両手錠や

腰縄をむき出しにした状態で病院の廊下や診察室を歩かせた拘置所職員らの行為により名誉が侵害されるなどの精神的損害を被ったとして，損害賠償を求めた事案につき，拘置所職員らが，被控訴人を拘置施設外の病院に護送するに当たり，逃走等の事故防止のため，手錠・腰縄を使用したこと自体は正当な職務行為であり，何ら違法視されることではないが，一般外来患者らに手錠が容易に見え，両手錠・腰縄付で護送されていることが一見して分かる護送行為は，やむを得ない特段の事情がない限り違法たるを免れないとした上，護送職員が被控訴人の前後を挟んで歩き，後ろの職員が片手を被控訴人の腰背部に密着させたのが，被控訴人の名誉感情に配慮したものであるにしても，その光景は病院待合室等にいる者にとって「異様」と映るものであることは否めず，手錠を隠す手段がない以上，被控訴人が両手錠・腰縄付で護送されていることは一見して明らかであるから，被控訴人の名誉感情に対する配慮としては十分なものとはいえないとして，損害賠償責任を認めた。

②　東京高裁平成10.1.21判決（判時1645-67，判タ980-292）

革手錠の使用につき，手錠の使用は戒護の目的達成のための必要最小限度の範囲，方法において使用されなければならないところ，本件における両手後ろの方法による手錠の使用及び継続は，本件刑務所長にゆだねられた裁量権の範囲を超え，又はその濫用があったとした。

③　東京高裁平成13.2.15判決（訟月48-9-2075）

保護房拘禁の要件と手錠使用の要件とは異なり，保護房拘禁中に手錠を使用する必要性がある場合もあり得るところ，保護房拘禁中に手錠を使用することを禁止する規定はないから，保護房拘禁中に手錠を使用することは許されるとして，原告には，職員に暴行に及ぶおそれがあり，職員が房外に出る際やその後に保護房を開扉する職員に対して暴行を加えるおそれもあったと認められること等から

すると，監獄法19条１項，同法施行規則50条１項に規定する手錠の使用の要件があり，その使用態様も合理的であり，違法はないとした。

④　東京地裁平成14.6.28判決（判時1809-46，判タ1117-235）

刑務所職員が，保護房内に寝具を入れた時刻以降もなお受刑者に革手錠の使用を継続したことは，刑務所長に与えられた合理的な裁量の範囲を逸脱し，違法であるとした。

(カ)　その他

①　大阪高裁平成10.2.27判決（判時1647-112）

収容者が学術雑誌の領置を願い出たにもかかわらず，その領置を求める理由に疎明がないとしてこれを領置せずに廃棄したことにつき，雑誌といえども，私的財産であり，法令の根拠なしにそれを本人の意思に反して処分することは許されず，法務大臣訓令である「収容者に閲読させる図書，新聞等取扱規程」は，閲読後の雑誌につき原則として廃棄することができると定めているが，これは，本人の同意のあることを前提として初めて監獄法施行規則と適合的に解釈することができるものといわなければならず，本件では，収容者が領置を求めているから，廃棄の同意を撤回したものといわなければならず，他に施設の規模，構造上あるいは保安上廃棄をしなければならない特別の事情もないとして，控訴人の願い出を許可せず廃棄した拘置所長の処分が裁量権を逸脱した違法なものであるとした。

②　最高裁平成15.9.5第二小法廷判決（裁判集民事210-413，訟月51-12-3252，判時1850-61，判タ1146-218）

弁護人が，刑事法廷において被告人との意思疎通のためメモ書きを交換する方法をとろうとした際，拘置所職員がそれを制止し，裁判官がメモ書きによる意見交換の方法を具体的に指定するなどした事案において，拘置所職員の行為，裁判官の訴訟指揮等の違法性を

否定し，被告人と弁護人との信書の開披閲読を認める監獄法等の規定が秘密交通権に対する必要かつ合理的な範囲の制限であるとした原判決を是認し，監獄法50条，同法施行規則130条は，憲法34条，37条，21条に違反しないとした。

③　名古屋高裁平成20.4.16判決（公刊物未登載）〈一審名古屋地裁平成19.1.26判決（判時1974-164，判タ1297-148）を維持〉

「差入物品が弁護人等から被告人等に対する書類であっても，当該書類等が真実弁護人等からのものであるか否か，当該書類等の中に第三者からの書類等が混入されていないかどうか，さらには，当該書類等の中に，危険物や禁制品等が混入されていないかどうかを確認する必要があることは否定できないところ，仮監は，被告人等を，裁判所到着から開廷までの間及び閉廷から拘置所へ向けて出発するまでの間，一時的に待機させる場所であり，被告人を出廷させるために必要な最低限の要員が配置されているのみで（中略），検査のための設備も配置されていない。（中略）このような物的人的制約があることを考慮すれば，（中略）仮監において，検査を要する物品について，原則として接見時の物の授受を認めないこととすることはやむを得ないことである。そうすると，本件通知規定が違法な規定であるということはできない。（中略）控訴人（編注・弁護人）が本件文書の差入れを申し出たのに対し，本件職員（編注・拘置所職員）は，「ここは仮の接見場所であるので，文書の差入れはできません。」「A拘置所へ行っていただかないと文書の差入れはできません。」などと述べているが，本件職員は（中略）物品の差入れの許否を決定する権限を持っているものでないから，物品の差入れを拒否したと認めることはできない。（中略）本件文書は，（中略）文書の体裁，趣旨からして明らかに戒護上の検査をする必要がないとまでいうことは困難である。したがって，本件職員の言動は違法ではない」

(5)　登記関係

ア　登記に関する事務

登記に関する事務は，法務局若しくは地方法務局又はその支局若しくは出張所に勤務する法務事務官であって，法務局又は地方法務局の長が指定したものが登記官として，これを取り扱うものとされている（不動産登記法9条，商業登記法4条）。登記官は，登記簿の管理，登記事項証明書等の交付，地図等の閲覧，登記申請書等の受付，調査及び土地建物に関する実地調査，本人確認調査，登記簿への記入等のあらゆる場面で適正迅速な処理が求められており，登記官がその職責を果たすことにより，登記制度は維持されている。

ところで，平成16年6月18日に公布された不動産登記法（平成16年法律第123号，以下「新法」という。）は，登記の正確性を確保しつつ，国民の利便性の一層の向上を図り，不動産登記制度を高度情報化社会にふさわしい制度にするため，旧不動産登記法（明治32年法律第24号，以下「旧法」という。）を全面的に改正した。旧法の申請手続は，書面による申請に限られ，権利に関する登記については，出頭主義（旧法25条1項）が採られていたが，新法では，申請の方法として，書面による申請のほか，オンラインによる申請を導入し，出頭主義を廃止した（不動産登記法18条）。そして，出頭主義廃止によっても登記の正確性が害されないようにするため，登記官による本人確認調査義務が明確化された（同法24条）。また，オンラインでは情報と媒体とが切り離されて送信される以上，特定物である登記済証自体をオンラインで利用できないため，旧法において本人確認情報として用いられていた登記済証の制度に代えて，登記識別情報の制度が導入された（同法21条，22条）。

イ　登記官の職務行為の公権力性について

国家賠償法1条にいう「公権力の行使」についての通説・判例によれば，登記官が行う登記等の行為もこれに含まれる（東京高裁昭和38.4.24判決・下民集14-4-792，訟月9-6-683，古崎・国家賠償法126ページ，

宗宮英俊「国家賠償法1条関係訴訟の類型・行政関係」国賠訴訟の実務471ページ)。登記相談についても，登記行政の一環として行われている以上，公権力性を肯定してよい（樋口哲夫「登記」裁判実務大系18・385ページ)。

ウ　登記官の審査義務の内容

(ア) 旧法においては，登記官は，登記申請書及び添付書類（登記済証，委任状，印鑑証明書等）並びに登記簿等の形式的資料によって，当該申請が申請者ないし代理人によってされたものか否か，申請内容が認められるか否かを形式的に審査（書面審査の原則，形式的審査主義）すればよく，それ以上に申請内容に対応した実体関係が真実存在するか否かを積極的に審査する義務はないとされていた（幾代・不動産登記法166ページ)。

(イ) しかし，上記アのとおり，新法においては，出頭主義の廃止に関連する改正事項として，新設された24条に登記官の本人確認調査義務を規定した。この規定は，オンライン申請と書面による申請の別を問わず，また，登記識別情報の提供の有無を問わず，横断的に適用される。これにより，登記官には，登記の申請がされた場合には，当該申請が却下事由のない適正なものであることを調査確認して登記簿に記録する権限と責任がある。この規定は，一般的に登記官の実質的審査権を認めたものではなく，登記原因の真実性の判断は，申請人が提供した登記原因証明情報によって行うことを前提とし，本人確認に限って，実質的審査権を認めたものである。

ところで，登記官の本人確認調査義務の要件は，「申請人となるべき者以外の者が申請していると疑うに足りる相当な理由があると認めるとき」という絞られた要件であり，このような要件に該当する事実が存在する場合には，調査権限を行使するのは登記官の義務というべきだからである。また，調査の対象は，飽くまでも「申請人となるべき者以外の者が申請しているかどうか」という事実であり，申請に係

る登記原因が真実に合致しているかどうかではない。したがって，登記官の調査権限は，申請人又はその代理人等に対し，出頭を求めるだけでなく，必要な情報の提供を求めることが含まれる。例えば，電話で運転免許証の写しを求めたり，申請人の生年月日や本籍等について質問をすること等が考えられる。また，新法24条2項では，申請人等が遠隔地に居住しているときは，他の登記所の登記官に調査を嘱託できるとしている。

なお，登記官の調査権限行使の結果，申請人となるべき者以外の者が申請していると認められるときは，新法25条4項の規定により申請権限のない者による申請として，却下される。

(ウ) ただし，不動産の表示に関する登記については，登記官に実質的審査権が認められている（実質的審査主義，不動産登記法25条11号，29条，不動産登記事務取扱手続準則60条，幾代・不動産登記法167ページ)。表示に関する登記は権利に関する登記の客体である不動産の客観的・物理的な現況，位置及び範囲等を登記簿に記載し公示することによって取引の安全を図る制度であることから，登記官に職権で登記する権限（同法28条）及び実地調査権が認められている（同法29条)。

エ　登記官の過失

登記官の過失の有無の判断の前提となる注意義務の程度については，一般的には「当該職務をするについて要求される知識と能力をもった忠実な平均的登記官に対し，具体的な場合に，どのような態度をとることが社会通念上期待されるかという法的評価を経て，登記官の過失の有無が判断されるのである」（古崎・国賠法の理論125ページ）とされ，また，法令の解釈，適用に関しては，「登記官として当然知っているべき関係法令（この中には，独立の権限機関としての登記官の知っているべき法令以外に，法務大臣の監督に服する行政官として遵守すべき通達，回答等の先例も包含される。）を知らなかったとか，一般的な登記官としての必要な実務上の知識経験を欠き，その結果登記に関する法令の解釈，

適用を誤り法令に違反した場合には，当該登記官に過失ありとされる。（中略）登記官の事実認定事項（申請書の添付書類についての形式的審査における書面の真否性，実地調査における地目等の認定等々）に関しては，一般的標準的登記官の経験則（この中には，事実認定に関する通達・回答等の先例及びその先例の解釈も包含される。）が基準となる。」（浦野・不動産登記法ノート422ページ）と指摘されている。

オ　裁判例

(ア) 登記官の調査事務に関するもの

旧法においては，登記官の書面審査における注意義務の程度については，「真正なることの積極的心証を得るまでの必要はなく，明白に疑わしいもの，登記官の通常の注意をもってすれば偽造であることが容易にわかるものを看過しないだけの注意は要求されるが，そこまでである。」（幾代・不動産登記法149ページ）と解されていた（後掲①ないし③判決）が，上記のとおり，登記官の本人確認調査義務が規定されたことにより，本人確認に限って，実質的審査権が認められた。また，実質的審査が必要とされる表示の登記に関する裁判例として，後掲④，⑤の判決がある。

① 最高裁昭和43.6.27第一小法廷判決（民集22-6-1339，訟月14-9-1009，判時523-38，判タ225-87）

偽造の登記済証に基づく登記申請を受理した事案

「所論登記済証は，その作成された日付として記載された昭和22年9月6日当時官制上存在していなかつた東京区裁判所麹町出張所受付第5301号と記載され，同庁印が押捺されていた旨の原審の認定は，その挙示する証拠により首肯できる。そして，当時本件登記の所轄登記所の官制上の名称が東京司法事務局麹町出張所であることに鑑みれば，押捺された庁印の印影自体からまたは当時の真正な印影と対照することにより，登記官吏は容易に右登記済証が不真正なものであることを知りえたはずであり，かかる審査は登記官吏として当然なすべき調査義務の範囲に属する旨の原審の判断は正当である。」

② 大阪高裁昭和57.8.31判決（訟月29-3-377，判時1064-63，判タ480-108）

「不動産登記事務の迅速な処理の要請に鑑み，登記官は，提出された申請に関する書類の形式的適法性を，申請書のほかその添付書類そのものにとどまらず，これらと既存の登記簿，印影の相互対照などによって，その審査をする権限を有するものとされているが，右調査の過程において，右各書面の外形上，申請人ないし申請の内容につき容易に疑いを抱かせるような事情が看取できるような場合，ないし，これが必ずしも容易でない事項であっても，捜査官からの当該登記申請が虚偽である旨の連絡があったような場合には，不動産登記制度における権利変動の公示の重要性から，かかる特段の事情のない通常の場合以上に，その登記申請についての審査をより慎重にし，不真正な書類に基づく登記申請を却下すべき注意義務があるものと解され，かかる注意義務の加重は形式的審査権と何ら矛盾するものではない。」

③ 東京地裁昭和60.9.24判決（訟月32-6-1121）

「登記官において常に右登記済印等の各印影と真正なそれとを相互対照すべき義務があるとはいえず，通常は提出された登記申請書及びその添付書類と登記簿の記載とを対照検討するとともに，当該登記済証の各印影自体についてその様式，形態及び刻印文言等を総合的に観察し，登記官として真正な各印影についての正確な認識を含む職務上の経験に基づいて右印影の真否を判断すれば足り，その際何らの疑義が生じ又は疑義を持つべかりし場合に右印影の相互対照を行うべき義務があり，それをもって足りるというべきである。」

④ 東京高裁昭和63.1.28判決（訟月35-1-1）

登記官が地積を約60倍及び約200倍とする各地積更正登記申請につき，土地家屋調査士が作成した地積測量図及び実地調査書並びに隣地所有者の承諾書及び同人の印鑑証明書等の添付書面の内容等に照らし実地調査の必要性はないと判断して，実地調査を省略して地積更正登記をした事案

「不動産登記法は，同法50条１項にいう右『必要アルトキ』の意義について具体的に定めていないから，登記官が不動産の表示に関する事項について自ら調査することを要するか否かは担当登記官の合理的裁量に委ねられているものと解され，不動産の表示に関する登記の申請書の添付書類等により，不動産の現況を把握することができ，当該申請にかかる登記事項が不動産の現況に照らして十分正確であると認められる場合には，登記官が重ねて当該不動産の表示に関する事項について調査をする必要性は存しないものというべきである。」

⑤　大阪高裁平成3.4.26判決（判時1399-48）

「本件各土地の分筆申請に際して提出されたＢ測量図は，正規の土地家屋調査士によって作成されたものではないうえ，不動産登記法81条ノ２，同法施行細則42条ノ４第１項により記載することが必要とされている4617番３と分筆によって生ずる4617番328の各隣地の地番が欠けていること，分筆される７筆の土地の公簿面積がほぼ同じであるのに，Ｂ測量図では，本件各土地を含む７筆の土地が，残地である同番３の範囲に比べて極端に狭い形状・範囲として表示されていることなどの不自然なところがあること，また，本件各土地の分筆申請の日から約40日余り前に，同番３の土地の面積を僅か32平方メートルから約340倍近くの１万1019平方メートルに更正する旨の更正登記がなされていること等からすれば，本件各土地の分筆申請を受けた登記官としては，右分筆申請が現実に符合するか否かについて実質的審査を行う注意義務があったものというべく，ま

た，右実質的審査を行えば，本件各土地の分筆申請は，実体に符合しないものとして，不動産登記法49条10号により却下すべき関係にあったものというべきである。しかるに，弁論の全趣旨によれば，本件各土地の分筆申請を受けた登記官は，右実質的審査を怠り，これをなさずに本件各土地の分筆申請を受理して，本件各土地を分筆したことが認められるから，右登記官には，その公権力の行使につき，過失があったものというべきである。したがって，被控訴人らがこれによって被った後記損害について，控訴人は国家賠償法１条１項による賠償責任がある。」

⑥　最高裁平成5.7.19第二小法廷判決（訟時226-11）

二重登記が存在する土地の一方の登記を登記官が職権で抹消しなかった措置には違法は認められないとした。

⑦　大阪高裁平成6.1.27判決（訟月41-4-641）

抵当証券の発行につき，登記官の鑑定評価書の評価内容についての審査義務を否定した。

⑧　福岡高裁平成12.5.26判決（金融商事判例1098-20）

登記官が抵当権設定登記をする際，債権額を2580万円とするべきところを誤って2580円と登記してしまったとしても，抵当権者は過誤登記の更正登記手続をするための手段を有しているから，更正登記手続をすることができないことが明らかにならない限り，損害の発生を一義的に確定できないとして，国家賠償請求を棄却した。

⑨　千葉地裁平成12.11.30判決（判時1749-96）

偽造の登記申請委任状による登記申請につき添付された印鑑証明書がコピーであり，日付の表示に不審な点があるのに，これを看過して登記を受理した登記官に過失があるとして，土地の買受代金名下に金銭を詐取されたものに対する国家賠償責任を認めた。

⑩　大阪高裁平成14.10.8判決（判タ1121-139）

不実の登記名義人表示変更登記及びＡへの所有権移転登記を経た

各土地について，無権利者からこれを買い受ける契約を締結して代金をへん取されたとする者が，登記官には，不実の登記名義人表示変更登記申請において，住民票又は戸籍附票の他に納税証明書の添付が必要であるのにこの提出を求めず，評価証明書で登記を実行した過失があるなどとして，損害賠償を求めたのに対し，公課証明書と評価証明書とは，不動産の所有者がだれであるかについての証明力，権利推定力の点において優劣の差はないから，登記官が評価証明書をもって足りるとした点に過失はなかったとした。

⑪　東京高裁平成14.12.10判決（判時1815-95）

不動産業を営む会社が，土地売買を装う者らに預金小切手を詐取され被害を被ったのは，所有権移転登記手続を担当した登記官が，提出された登記済証が偽造であることを看過したためであるとして，損害賠償請求訴訟を提起したのに対し，提出された登記済証に登記済印番号が記載されていないことを看過した登記官に注意義務違反があるとしたものの，登記官は，設定された調査完了予定日までに，調査を完了し，その翌日である補正日までに，申請を適法なものと認めれば記入・校合までの手続を行い，申請を不適法なものと認めれば却下の手続を行えば足りるから，本件においては，登記官は補正日として申請人に了知された日までに却下の手続を行えば足りるとした。

(ｲ)　登記官が先例・通達に従って登記をした場合の過失の有無

登記官は独立してその権限を行使できるものの，法務大臣の指揮監督を受ける立場にもあるから，登記事務を処理するに当たっては，法務省民事局長等が発する通達・先例等に従って，その職務を執行することを要する。この場合，登記官の依拠した通達・先例の法解釈又は指導監督者の指示なりが，結果的に誤っていた場合，登記官の職務執行に過失があるといえるか否かが問題となる。

○　最高裁昭和44.2.18第三小法廷判決（判時552-47）

「登記官吏が右司法省民事局長回答にもとづく従来の取扱例にしたがって本件仮処分記入登記抹消をしたことが，前記のとおり違法であるにしても，当該登記官吏が職務上要求される法律知識，経験法則にもとづいて，右取扱例にしたがうことが違法であると判断することは期待し難いから，登記官吏につき職務義務の懈怠もなかったというほかなく，したがって故意又は過失を認めることはできない。」

(ｳ)　公図に関するもの

a　旧土地台帳付属地図（以下「公図」という。）は，もともと地租徴収の基礎資料とする目的で明治初期の地租改正事業の成果として，あるいは明治中期の全国地押調査事業の成果として作成されたものであり，その作成に当たっては，まず，地元住民・戸長・総代人等の素朴かつ未熟な測量技術を用いて，一筆ごとの筆限図を作成し，これをつないで字限図・村限図等を作成し，これを当時の官吏が現地に赴いて確認するという手順を踏んだものといわれている。

したがって，公図は必ずしもこれに基づいて現地を復元することが可能なものではないのであり，このことは，広く一般に認識されている。

公図は，明治22年制定の土地台帳規則（明治22年3月22日勅令第39号）及びこれを引き継いだ昭和22年制定の土地台帳法（昭和22年法律第30号）に基づく課税台帳たる土地台帳の付属図面として税務官署において保管管理されてきた。その後，昭和25年の地方税法の施行と時期を同じくする土地台帳法の一部を改正する法律（昭和25年法律第227号）が施行され，同法施行規則（同年法務府令第88号）２条１項の規定により，公図は税務官署から法務局，地方法務局及びその各支局・出張所に移管され，以来，公図は登記所に備える地図とされた。

ところが，昭和35年の不動産登記法の一部を改正する等の法律

（昭和35年法律第14号）の施行に伴い，右土地台帳法が廃止され，同年３月31日付け法務省令第10号「不動産登記法施行細則の一部を改正する法務省令」の16条において，土地台帳施行細則も廃止された結果，公図は登記所の内部資料として登記所で保管が継続されることとなり，便宜的に従来どおり一般の閲覧等に供されていたが，これは旧法の17条の規定による地図が整備されるまでの暫定的措置にとどまるものであって，公図には同法21条１項の適用がなかった。その後，近年に至り国土調査法20条１項の規定により登記所に送付された地籍図等を除き，旧法の17条，18条で規定し，想定する厳密な測量と調査を経て作成された図面の早期備付けが望めないところから，公図には同法17条地図に規定する地図（いわゆる17条地図）が整備されるまでの間，当該土地に関して作成した図面としての機能が期待されるところとなり，平成５年の不動産登記法の一部改正により同法24条ノ３の規定が新たに設けられて，同規定により同法17条の規定により作成された地図が備えられるまでの間，これに代えて同地図に準ずる図面としての性格が付与されたものである。

なお，いわゆる17条地図及び地図に準ずる図面については，新法の14条に規定されている。

b　公図の性格については，公図を便宜的に閲覧に供していた当時においても，「当初租税の徴収を目的として作成されたという沿革的理由から必ずしも精度の高い地図ではないが，単なる私人が作製したものではなく，国が関与して作製したものであり，不動産に関する権利関係を公示する官署である登記所において閲覧の用に供されていることから，不動産登記法17条所定の地図が整備されていない地域においては，各筆の土地の位置，形状，境界線，面積等の概略を明らかにする一応権威のある資料として，現実の不動産取引に際して広く利用されているものということができる。」とする裁判例がある（後掲②判決）。

①　東京地裁昭和59.1.30判決（判時1129-85）

法務局備付けの公図に土地の境界の記入が漏れていたことと，境界を誤認して取引をしたこととの間に相当因果関係がないとした。

②　東京地裁昭和63.10.27判決（訟月36-10-1775，判時1297-68，判タ705-144）

町がその費用負担で行った公図の複製作業の過程で地番の表示に誤りが生じた場合において，前記複製作業が登記所の公図複製作業の一環としての意味を持つようなときは，登記官は町から交付された地図を新公図として備え付けた際に，新公図が旧公図の記載内容と一致しているか否かを照合し，地番表示の誤りを発見した場合には，これを職権で訂正した上，その訂正内容を町に通知すべき義務があるから，登記官が前記照合及び通知を怠った場合には過失があるとした。

(ｴ)　閲覧監視に関するもの

登記官の閲覧監視義務について裁判例は，登記事務は国家が行う公証行為であって，これを監督する登記官は国の公権力の行使に当たる公務員に該当し，不動産登記制度は，国が公簿により不動産に関する権利関係を公証，公示して不動産取引の安全に資するものであるから，これに従事する登記官は，いやしくも不正記入が行われることがないように厳重に登記簿を保管する責務があるとして，登記官の極めて高度の注意義務を認めている。

なお，新法の閲覧の対象は，地図等又は登記簿の付属書類となっている（不動産登記規則202条，不動産登記事務手続準則139条）。

①　仙台高裁昭和63.1.27判決（訟月35-2-181，判時1267-44，判タ674-151）

「登記官は，その保管にかかる登記簿を常に瑕疵なき状態において保持する責務があり，たとえ，部外の第三者の巧妙，隠密裡の犯

行により，登記簿に不法な改変が加えられる場合であっても，このような改変は，これを未然に防止し，また事後的にも発見除去に努めなければならないというべきである。（中略）登記官において，閲覧中の監視を厳重にし，少なくとも，閲覧の前又は後にでも準則で明示する例示方法のとおり当該登記簿の枚数確認すればもちろん，更に当該部分の登記簿の外形を点検することにより，登記用紙の抜取り後，その用紙を元に戻すまでの間に，その異常を発見することは容易に出来た筈であり，登記官がこれらの処置をしなかった点は過失を免れない。」

② 東京高裁昭和63.10.24判決（訟月35-4-631，判時1297-44，判タ705-139）

「不動産に関する権利関係等を公示し，不動産取引の安全と円滑を図るという不動産登記制度の果たすべき役割の重大性にかんがみると，登記簿の管理が厳重かつ慎重な注意の下になされなければならないことはいうまでもなく，この要請は，事務の繁忙や迅速な事務処理の必要性を理由としていささかも軽減されるものではない。そして，登記官は，登記簿を閲覧させるに当たっては，閲覧場所を登記官の面前の常時監視できる場所に設置するなど適切な監視態勢をとることにより，閲覧者が登記簿の偽造などをしないように厳重に監視すべき注意義務を負っているといわなければならない。しかし，もとより法は不可能な義務の履行を要求するものではなく（例えば，多数の閲覧者の一挙手一投足を常時監視するようなことは，実際上不可能であり，法の要求するところではない。），国家賠償法１条１項の過失の存否を判断するに当たっては，以上のような一般的な要請を前提としながらも，当該個別的，具体的な状況の下において最善，適切な監視態勢がとられ，監視義務が尽くされたかどうかを検討すべきである。」

③ 東京地裁平成2.4.17判決＝野村事件（訟月37-6-961，判時1349-76，判タ724-272，後掲④参照）

登記簿が閲覧中に抜き取られ改ざんされたことにつき，不正行為の実行者，時期，方法及び態様等が具体的に明らかになっていない場合における登記官の登記簿閲覧監視義務違反の有無については，不正行為の防止という観点から一般に要求される程度に達する閲覧監視態勢を執っていたか否かを，不正行為が行われる頻度，不正行為防止措置の有効性の程度，その措置を実施することによるデメリット，実施のために必要な人的・物的手当の内容，当該登記所における事務繁忙の程度，人的・物的状況，増員の現実的な可能性等を総合的に考慮し，社会通念に従って判断すべきであり，一般に要求される程度に達する閲覧監視態勢が執られていた場合には，他に不正行為を現実に防止し得たはずの具体的な閲覧監視義務の違反を主張，立証しない限り，登記官に閲覧監視義務の違反があるとはいえないとした。

④ 東京高裁平成3.4.30判決＝野村事件（訟月37-11-2071，判タ765-194，③の控訴審）〈最高裁平成6.10.27第一小法廷判決で維持〉

登記所の閲覧監視の不十分さが犯人をして本件土地の登記簿から登記用紙を抜取り・改ざんすることを可能にさせたとし，登記官の閲覧監視上の過失を認めた。

⑤ 東京地裁平成3.9.30判決＝横田建設事件（訟月38-5-818，判時1420-95，判タ789-152，後掲⑥参照）

登記簿が閲覧の際に抜き取られ改ざんされたことにつき，その実行行為者，時期，具体的方法及び態様が明らかでない場合に，不正行為が行われたことのみから直ちに登記官に過失があったものとすることはできないが，不正行為当時の当該登記所における閲覧監視態勢が，当時の具体的状況下において不正行為の防止という観点から一般的に要求される程度に達しない不十分なものであれば，登記官の閲覧監視義務違反を推認でき，逆に一般的に要求される程度に

達した場合は，不正行為を現実に防止し得たはずの具体的閲覧監視義務が主張，立証されない限り登記官に閲覧監視義務違反があったとはいえないとした。

⑥　東京高裁平成4.10.28判決＝横田建設事件（訟月39-7-1299，判タ809-127，⑤の控訴審）〈最高裁平成6.10.27第一小法廷判決で維持〉

登記官に閲覧監視について不動産登記法施行細則，不動産登記事務取扱手続準則等に定める職務上の義務に違反する過誤が認められ，前記過誤の存在する時期に登記用紙に対する不正記入や改ざんが行われた場合には，特段の事情のない限り，登記官又はこれを補助する登記所職員等に閲覧監視義務違反の過失があるものと推定すべきであるとした。

(オ) 登記官の過誤と損害との因果関係に関するもの

裁判例の分析については，寳金敏明・「登記事務をめぐる国家賠償請求と相当因果関係」昭和57年度行政関係判例解説597ページ参照。

①　名古屋地裁昭和57.2.10判決（訟月28-6-1105）

「原告らは（中略）土地登記簿の記載内容を斟酌することなく，専らAの言動を信頼して，同人に（中略）金員を貸付けたものというべきであるから，仮に（中略）Aによって土地登記簿に不実記載がなされたことにつき法務局担当職員に過失があり，また，同職員が不実記載があることを看過して登記簿謄本を作成交付したことに過失があったとしても；それら過失と原告ら各自のAに対する金員の貸付およびそれによって生じた損害との間に相当因果関係の存在を肯認することは困難である。」

②　大阪高裁昭和57.5.7判決（訟月28-12-2233）

「Xの子Aは，対税上，Xの名義を借用し，Bとの間において右根抵当権設定契約を締結したうえ，手形貸付をしたことが認められ（中略），真実の右根抵当権設定者及び手形貸付者は右Aであるというべきであるから，（中略）Xに損害が発生したとするXの主張

には理由がない。（中略）仮にXがBとの間において右根抵当権設定契約を締結し，手形貸付をしたものであるとしても，X主張の損害と本件登記簿との存在との間には，次の理由により，相当因果関係がない。（中略）Xは本件登記簿に記載された2015番の土地を見分したのではなく，それと異なる2015番の1の土地を見分したのであり，しかも，公図上2015番の土地の記載もなく，前記2015番の1の土地の状況からして，同土地と2015番の土地とを混同しやすい状況にもなかったから，2015番の土地にB所有の宅地が存在すると信ずることと，右地番と別個の地番の土地をBの所有地であると信ずることとの間には直接の関係はなく，また，別個の地番の土地を右2015番の土地と誤信したのは全く右Xらの責によるものであって，本件登記簿の記載とは直接の関係がない。従って，本件登記簿の存在（編注・旧登記簿からの移記の際，表題部表示欄を誤って記載し，現実には存在しない土地が表示されていたもの）とXが2015番の1の土地に手形貸付債権を担保する価値があると判断してBに手形貸付をしたこととの間には，相当因果関係がない。

③　東京高裁昭和58.12.19判決（訟月30-6-946，判時1107-75，判タ521-139）

所有権移転登記申請を受理しながら登記簿への登記事項の記入を遺漏した登記官の過誤と，これを奇貨として元の所有者が問題の土地を第三者に二重譲渡したこととの間の相当因果関係が争われた事案

「本件土地について，登記官が本件登記申請を受理したにもかかわらず，その登記をすることを遺漏したという前判示の過誤が被告Nの本件不法行為の誘因となり，ひいて原告の本件土地所有権喪失の遠因となったものと認めうるが，かかる登記の遺漏があれば，譲渡人がこれに乗じて当該物件を第三者に二重に譲渡し，その登記を経由することにより譲受人の当該物件に対する所有権を喪失させる

といった所為に至ることが通常の事象である（かかる結果の発生に高度の蓋然性がある）とは経験則上もたやすくこれを認めえないところであるから，登記官による本件登記の遺漏と原告の本件土地所有権喪失の結果とは相当因果関係を欠くものというほかなく（もとより本件の場合登記官において登記遺漏後17年余の後にこれが第三者に二重に譲渡されるといった特別な事情があることを予見しえたと認むべき証拠は全く存しない。），原告の被告国に対する請求は，その余の点を判断するまでもなく失当として棄却を免れない。」

④　仙台高裁昭和60.6.26判決（訟月32-3-547）

登記簿及び公図の記載を信頼し金員を貸し付けたことによる損害と登記簿及び公図の記載との間に因果関係が争われた事案

「公図は，（中略）土地の位置関係や形状，広狭等を知るための，あくまでも参考資料として公開し，閲覧，謄写に供されているものと解するほかはないから，公図に表示された土地の位置関係や形状，広狭等が現地の実際と符合するや否やの判断は専ら公図を利用する者の調査と検討に委ねられるべきものであり，公図と実際との間に相違があっても，特段の事情がない限り，公図を備置し，閲覧，謄写を許した法務局や国にはこれについて何らの責任を負うべき筋合はないというべきである。」

⑤　東京高裁平成8.11.27判決（判時1590-67）

抵当権設定仮登記等について抹消予告登記をすべきところ，仮登記欄に朱線を引きこれが抹消されたかのような外形を作出した登記官の過失と，当該登記が抹消されたと考えて当該不動産を担保に貸付をした者が当該不動産の競売手続において配当を受けられなかったこととの間に相当因果関係があるとした（過失相殺８割）。

(ｶ) 印鑑照合についての参考裁判例

後掲①，②は登記官に関するものではないが，印鑑照合について最高裁判所の考え方を示すものとして参考になろう。登記官に関するものとしては後掲③，⑤，⑦がある。

裁判例の分析について，古崎慶長・「判例印鑑登録証明国家賠償責任法」参照。

①　最高裁昭和46.6.10第一小法廷判決（民集25-4-492，判時634-3，判タ265-101）

金融機関の印鑑照合についての注意義務が争われた事案

「銀行が当座勘定取引契約によって委託されたところに従い，取引先の振り出した手形の支払事務を行うにあたっては，委任の本旨に従い善良な管理者の注意をもってこれを処理する義務を負うことは明らかである。したがって，銀行が自店を支払場所とする手形について，真実取引先の振り出した手形であるかどうかを確認するため，届出印鑑の印影と当該手形上の印影とを照合するにあたっては，特段の事情がないかぎり，折り重ねによる照合や拡大鏡等による照合をするまでの必要はなく，前記のような肉眼によるいわゆる平面照合の方法をもってすれば足りるにしても，金融機関としての銀行の照合事務担当者に対して社会通念上一般に期待されている業務上相当の注意をもって慎重に事を行うことを要し，かかる事務に習熟している銀行員が右のごとき相当の注意を払って熟視するならば肉眼をもっても発見しうるような印影の相違が看過されたときは，銀行側に過失の責任があるものというべく，偽造手形の支払による不利益を取引先に帰せしめることは許されないものといわなければならない。」

②　最高裁昭和50.5.27第三小法廷判決（金融法務事情756-30）

印鑑証明書の交付に際して，申請書に押捺された印影と印鑑登録原簿に押捺されている印影とが肉眼照合により疑義がないと認められた場合には，更に拡大鏡を使用したり，印鑑の呈示を求めるなどを行うべき注意義務を負うものではないとした原審を維持した。

③　東京地裁昭和52.7.12判決（判タ365-296）

登記官の印鑑照合についての注意義務が争われた事案

「登記官は，申請書が適法な登記申請の権利，義務者又はその代理人であるか否か，登記申請書及び添付書類が法定の形式を具備しているか否か等を審査しなければならないが，その審査に当たっては，申請のために提出された書面自体の点検はもとよりのこと，これと登記簿，印影等の比較対照によって，各書面の形式的真否を判定し，明白に不真正な書類に基づく申請であるとの疑いが存する場合はこれを却下すべき注意義務を負うけれども，登記官の注意義務はまた右の程度に止まるというべきである。（中略）登記申請が代理人によってなされる場合には，その権限を証する書面の提出が要件とされているから，登記官がその形式的真否を審査すべきことはいうまでもなく，とくに申請書類中に印鑑証明書が添付されているときは，代理権限証書の真否を判定する有力な手段として，これに押捺された印影と印鑑証明書に押捺された印影とを照合すべきことは，前記１（編注・不動産登記申請の申請書には一定の事項を記載して，申請人が署名捺印することを要する（不動産登記法36条１項）から，代理人によって登記をするときは代理人の署名押印を要し，本人のそれは不要であるけれども，他方，本人発行の代理人の権限を証する書面には本人の署名捺印を要する。そして，所有権登記名義人が「登記義務者」として登記申請をするとき等一定の場合は，自然人ならば住所地の市町村長もしくは区長の証明を得た印鑑を代理権限証書に押捺し，かつ，印鑑証明書を申請添付書類として提出しなければならない（同法施行細則42条，同条の２）のであって，かかる登録済印鑑の押捺及び印鑑証明提出の要請が，もとより登記義務者本人の同一性ないしその効果を確認し，虚偽の登記の発生を予防するための手段であることはいうまでもない。）に述べたところに照らして明らかであるが，右照合義務の具体的内容及び程度は，前記のような登記官の審査権の消極的性格，大量の登記申請

に迅速に対応しなければならない事務の実情等に鑑みれば，右両印影を肉眼で対照して両印影の大きさ，型，字体等に差異がないかどうか検討し，疑わしい場合はさらに拡大鏡や印鑑対照検査機等を用いて検査を尽くすことをもって足りるというべきである。」

④　東京高裁昭和54.1.31判決（判時917-56，判タ383-103）

地方自治体職員が行う印鑑証明事務に関する印鑑照合についての注意義務が争われた事案

「印鑑証明書の発行事務を担当する控訴人（編注・地方自治体）の職員は，右事務を処理するにあたり，右間接証明方式によるときにおいても慎重な注意を払うべき職務上の義務があるというべきであるが，この場合，右職員は，申請人が本人又はその代理人であることを確かめるため，申請書及び委任状に押捺されている印影と印鑑登録票のそれと同一性を照合するについては，両印影を肉眼によりその大きさ，型状，字体等を詳細に検討してその同一性を確認すれば足り，疑いをさしはさむべき特段の事情のないかぎり拡大鏡等を使用する精密な照合をする必要はないものというべきである。」

⑤　大阪地裁昭和56.1.16判決（訟月27-6-1069，判時1015-99，判タ449-266）

登記官の印鑑照合についての注意義務が争われた事案

「登記官は，登記申請があった場合には，申請書が適法な登記申請の権利，義務者またはその代理人であるか否か，登記申請書および添付書類が法定の形式を具備しているか否か等を審査しなければならず，その審査にあたっては，添付書類の形式的真否を添付書類，登記簿，印影の相互対照等によって判定し，これによって判定し得る不真正な書類に基づく登記申請を却下すべき注意義務があることは明らかであり，右印影の相互対照等の方法としては，原則として登記官が両者の印影を肉眼により近接照合してその彼此同一性を判別することで足り，右により疑義が生じた場合にのみ，拡大鏡を使

用し，あるいは，両者を重ね合わせたうえ照明透視するなどのより確度の高い精密な方法により彼此の同一性を審査すべき注意義務が存すると解される。」

⑥　東京高裁昭和58.6.20判決（判時1085-59）

印鑑証明事務につきいわゆる間接証明方式が採用されている場合において，申請人が本人であること又は代理人に代理権があることの確認のためにする印鑑照合に際しては，肉眼によりその同一性を判定すれば足り，疑いを差し挟むべき特段の事情のない限り，拡大鏡等を使用して精密な照合までする必要はないとした。

⑦　広島高裁平成6.2.24判決（公刊物未登載）

登記官の印鑑照合についての注意義務が争われた事案

「印鑑の照合は，原則として近接照合することで足り，同一性を疑うに足りる事情のあるときには，更に拡大鏡を使用して一層慎重に調査すべきであるところ，本件において同一性を疑うに足りる事情はなかったし，肉眼で一見しただけでは，その差異を認識し得ることは，極めて困難な実情にあったから，控訴人のいう『一定の限度を超える印影の差異』には当たらない。」

⑧　東京高裁平成17.7.20判決（訟月53-3-774）

「登記官は，登記申請書類や印鑑登録証明書が真正なものか否かを審査するに当たっては，同証明書の外観，記載事項，内容，様式等を確認した上，権限のある発行機関によって作成されている外観を呈しているか否かを審査すべきものと解される。そして，その場合の審査は，登記官が，その職務を遂行していく中で獲得した知識，経験を踏まえて行われることが期待されているし，また，必要なことであるということができる。」そして，市が印鑑登録証明の様式変更について，当該地方法務局の支局長あてに通知し，関係所属に周知を依頼していることなど本件における具体的な事情からすれば，本件登記申請については，慎重に審査する必要があると認められる

「特別な事情が重なっている上，登記申請の審査に当たり，印鑑（登録）証明書は，登記義務者又は登記申請人の登記申請の意思を確認する唯一の手段であり，かつ，必ず添付することを要し，他の物で代替することはできない性質のものであることに照らせば，より慎重に審査を行うことが求められていたということができ，本件印鑑登録証明書についても，登記官としての知識，経験を踏まえて，自ら，その大きさ，形，様式，用紙などについて，不審なところはないかどうか検討しなければならなかったということができる。」

したがって，本件各登記申請の審査を担当した登記官において，本件各登記申請当時における正規の印鑑登録証明書と明らかに異なる本件印鑑登録証明書に不審を抱くことなく，正規の印鑑登録証明書であると軽信したことは過失があると判示した（ただし，損害が認められないとして，控訴を棄却した。）。

(ｷ)　その他

①　大阪高裁平成7.7.18判決（訟月43-1-137）

登記申請書の添付書類が偽造であることを発見した登記官において，前記偽造の事実を申請人等に告知すべき義務の存否が問題とされた事案

「登記官に，条理上の義務として，登記申請の背後にある原因関係に起因する危険を防止するという目的から，原告主張（編注・登記官は申請書類の偽造の事実を申請人又はその代理人に告知すべきである。）の条理上の義務が生じるためには，少なくとも，具体的事実関係の下において，申請人個人では，その危険を回避することが，不可能もしくは著しく困難であり，登記官にその保護を求めることが条理上やむを得ないと認めるに足りる特別の事情の存することが必要である。」

②　知財高裁平成20.9.30判決（判時2024-133，判タ1285-267）

国が，第三者の著作物である土地宝典（複数の公図を選択して接

合し，広範囲の地図として一覧性を高め，現況に合わせて，公図上は単に分筆された土地として表示されている複数の土地をそれぞれ道路，水路，線路等として分かりやすく表示し，さらに，各公共施設の所在情報や，各土地の不動産登記簿情報である地積や地目情報を追加表示をしたもの）を各法務局に備え置いて利用者に貸し出すとともに，民事法務協会に各法務局内にコインコピー機を設置することを許可し，コインコピー機を用いた利用者による無断複製行為を放置していたことにつき，土地宝典の貸出しを受けて複製した者及び民事法務協会とともに，共同不法行為者として，土地宝典の著作権を譲り受けたと主張する者に対し，著作権（複製権）侵害の損害賠償義務を負うとされた。

(6)　公証関係

房村精一・公証事務上の問題点(上)(下)―最近の裁判例を中心として―（民事法情報98-38，同99-37）参照

ア　公証人と公証行為

公証人は，法務大臣に任免され，その監督を受け（公証人法11条・15条・74条），公証人法及びその他の法令に従い国の作用としての公証行為を行うもので，国家公務員法上の公務員ではないものの国家賠償法１条における公務員である。

公正証書とは公証人が公証人法及びその他の法令の定めに従い，法律行為その他の私権に関する事実について作成した文書である（公証人法１条参照）。

公証人が公正証書を作成する行為も，国家賠償法１条の公権力の行使に当たる（後掲イ最高裁平成9.9.4第一小法廷判決参照）。

イ　公証人の審査権限

公証人法26条では，公証人は，法令に違反する事項，無効の法律行為及び無能力によって取り消すことを得べき法律行為について証書を作成することはできないと定められている。また，公証人法施行規則13条１

項では，公証人は，法律行為につき証書を作成し，又は認証を与える場合に，その法律行為が有効であるかどうか，当事者が相当の考慮をしたかどうか又はその法律行為をする能力があるかどうかについて疑いがあるときは，関係人に注意し，かつ，その者に必要な説明を求めたりしなければならないとされている（公証人法26条，33条，同法施行規則13条参照）。これらの規定の解釈について，公証人に実体的審査まで要求しているものと解する見解と，形式的審査で足りると解する見解とがあるが，後者の見解が通説となっている(菊井・強制執行法70ページ，吉川・民事訴訟法1013ページ，岩本信正・条解公証人法36ページ)。形式的審査権の根拠としては，現在の公証人制度下においては，公証人に実体的審査まで要求することは不可能であること，法律行為の法令違反，無効，取消等の実体的問題は，最終的には判決を待って明確になるものであること，公正証書に基づく強制執行に対する請求異議の訴えにおいては，当該公正証書自体の成立の瑕疵についても異議がいえること（民事執行法35条）などが挙げられている。

公証人の審査権限の有無及び範囲については，次の判例がある。

○　最高裁平成9.9.4第一小法廷判決（民集51-8-3718，訟月44-6-885，判時1617-77，判タ953-86，後掲ウ⑥参照）

「公証人法（中略）は，公証人は法令に違反した事項，無効の法律行為及び無能力により取り消すことのできる法律行為について公正証書を作成することはできない（26条）としており，公証人が公正証書の作成の嘱託を受けた場合における審査の対象は，嘱託手続の適法性にとどまるものではなく，公正証書に記載されるべき法律行為等の内容の適法性についても及ぶものと解せられる。しかし，他方，法は，公証人は正当な理由がなければ嘱託を拒むことができない（同法３条）とする反面，公証人に事実調査のための権能を付与する規定も，関係人に公証人の事実調査に協力すべき事を義務付ける規定も置くことなく，公証人法施行規則（中略）において，公証人は，法律行為に

つき証書を作成し，又は認証を与える場合に，その法律行為が有効であるかどうか，当事者が相当の考慮をしたかどうか又はその法律行為をする能力があるかどうかについて疑いがあるときは，関係人に注意し，かつ，その者に必要な説明をさせなければならない（13条１項）と規定するにとどめており，このような法の構造にかんがみると，法は，原則的には，公証人に対し，嘱託された法律行為の適法性などを積極的に調査することを要請するものではなく，その職務執行に当たり，具体的疑いが生じた場合にのみ調査義務を課しているものと解するのが相当である。したがって，公証人は，公正証書を作成するに当たり，聴取した陳述（書面による陳述の場合はその書面の記載）によって知り得た事実など自ら実際に経験した事実及び当該嘱託と関連する過去の職務執行の過程において実際に経験した事実を資料として審査をすれば足り，その結果，法律行為の法令違反，無効及び無能力による取消し等の事由が存在することについて具体的な疑いが生じた場合に限って嘱託人などの関係人に対して必要な説明を促すなどの調査をすべきものであって，そのような具体的な疑いがない場合についてまで関係人に説明を求めるなどの積極的な調査をすべき義務を負うものではないと解するのが相当である。」

ウ　裁判例

①　東京地裁昭和46.7.2判決（下民集22-7・8-731）

公証人が，公正証書を作成するに際し，嘱託代理人の権限の確認方法を採らなかったことに過失があるとして争われた事案

「公証人法28条，31条，32条によれば，公証人は，公正証書を作成するについて嘱託人と面識がない場合には印鑑証明書の提出その他これに準ずべき確実な方法により人違いでないことを，代理人によって嘱託された場合には，代理人の権限を証すべき書面のほか代理人についても同様な方法によって人違いでないことを，また，代理人と面識あるときでも，代理人の権限を証すべき書面が私署証書であるときは

その証書のほか本人の印鑑証明書を提出させる等の方法で右証書の真正なことを確認すべき義務のあることは明らかである。」

②　大阪高裁昭和56.1.30判決（判時1009-71）

公証人が，証人を立ち会わせず遺言公正証書を作成したところ，後日，判決で無効とされた場合には，公証人に重大な過失があり違法であるとした。

③　東京地裁昭和60.7.8判決（訟月32-5-900）

公証人が嘱託人確認のために印鑑登録証明書の印影と公正証書に押なつされた印影との照合をするについては，肉眼による平面照合によりその同一性を確認すれば足り，嘱託人らの挙措態度や印影自体等に疑いを差し挟むべき特段の事情のない限り，折り重ねによる方法や拡大鏡を使用する方法などのより精密な方法による照合をするまでの義務はないとした。

④　大阪地裁堺支部平成5.5.26判決（訟時225-11）

公証人が，遺言公正証書を作成するに当たって，証人につき欠格事由の有無を確認しなかった点に注意義務違反があるとした。

⑤　札幌高裁平成7.5.10判決（判タ884-169）

公正証書における準消費貸借の原債務に，割賦販売法30条の３の規制を受けるものが含まれていないかを確認すべきであったかについて「一般に，ある事項に関する法律解釈につき異なる見解が対立し，実務上の取り扱いも分かれていて，そのいずれについても相当の根拠が認められる場合に，公務員がその一方の見解を正当と解しこれに立脚して公務を執行したときは，のちにその執行が違法と判断されたからといって，直ちに右公務員に過失があったものとすることは相当でないというべきである（最判昭和46年６月24日民集25巻４号574頁）。この見地に立って本件をみるに，割賦販売法30条の３は昭和59年の改正により設けられ，同年12月１日から施行された規定であるところ，右の改正を受けて，昭和60年に簡易裁判所裁判官の協議会が，各地方毎

に高等裁判所の主催で開催され，現下の問題点が協議されたことは当裁判所に顕著なところである。そして，『割賦購入あっせん業者に対する立替金債務を新たな消費貸借の目的とした場合，30条の３の適用があるか』という問題が東京高裁，札幌高裁及び高松高裁で開催された各協議会に提出された。協議の結果は，右規定は当初の立替金払契約における合意の効力を制限するのみであり，履行期の到来した債務の弁済について新たに締結される契約については当事者間の自由にゆだねてよいとする意見もあったが協議員の多数は積極説であった（民事裁判資料171号95ページ参照）。他方，Ｎ信販株式会社は平成４年当時においても消極説に基づく実務処理を行っていたことが認められる。（中略）右の事実，殊に期せずして３箇所の協議会において本問が協議されたということは，本件公正証書が作成された昭和60年当時，本問について肯定説，否定説が全国の簡易裁判所で対立し，実務上の取り扱いも分かれていたことを推認させるものであるということができる。とすれば，いずれにしても，消極説に従ったＴ（編注・公証人）に過失はなかったというべきであるから，所論の確認義務もないというべきである」とした。

⑥　最高裁平成9.9.4第一小法廷判決（民集51-8-3718，訟月44-6-885，判時1617-77，判タ953-86，前掲イ参照）

本件事実関係の下では，本件準消費貸借契約が割賦販売法30条の３の規定に違反するという具体的疑いが生じたとはいえないとして，原判決を破棄し，請求を棄却。

⑦　東京高裁平成21.6.24判決（公刊物未登載）

「捨印は，一般的には契約書を作成した一方当事者が相手方に同契約書の記載内容の訂正の権限を与えるものということができるが，その訂正範囲については，自ずから限界があり，当事者間に成立した契約内容を変更することなく，誤字，脱字，その他の誤記等の明白な誤りについての訂正の権限を付与したものと考えるのが，当事者の合理

的な意思であるというべきである」，「本件委任状において二重線によって抹消されているのは，債権者の表示であるところ，強制執行認諾文言のある公正証書作成の嘱託のための委任状の債務者作成部分における債権者の記載は，債務者の利害にとって極めて重要な意味を持つものであって，その訂正は，誤字，脱字，その他の誤記等の明白な誤りの範囲を大きく逸脱するものであることが明らかである。ところが，本件委任状においては，抹消箇所に控訴人の押印がされていない（中略）。このような外観は，いったん作成された本件委任状が後になって，控訴人のいない場で訂正された可能性が高いことを強く推認させるものであり，控訴人がこのような訂正を承諾していたかどうかについて具体的な疑いが生じるというべきである。（中略）公証人は，被控訴人Ａや被控訴人Ｂ（編注・本件委任状に代理人として記載され，本件公正証書の作成の嘱託をした相被控訴人会社代理人ら）に口頭で事情聴取をするのみでは足りず，控訴人に照会して確認するか，又は控訴人が債権者を相被控訴人Ｃとする公正証書作成の嘱託をするための権限を被控訴人Ｂに付与していることを示す客観的な資料の提出を求める等の積極的な調査をすべき義務があったというべきである。そうすると，Ｄ公証人には，必要な調査を怠って本件公正証書を作成するという違法な職務執行があり，また，上記の一般的な公証実務（編注・捨印による訂正がされている場合は非常に慎重な運用がされていること）に照らすと，過失があったということができる。」

(7)　戸籍関係

ア　戸籍に関する事務

戸籍に関する事務は，市町村長及び特別区の区長等がこれを所掌し（戸籍法１条１項），人の身分関係に関する届出の受理，戸籍簿への記載，戸籍謄抄本の交付等を行う公証事務である。従来，戸籍事務は，国がその事務処理を国の機関としての市町村長等に委任している機関委任事務とされていたが，「地方分権の推進を図るための関係法律の整備に

関する法律」（平成11年法律第87号）により改正された戸籍法（平成12年４月１日施行）により，市町村が処理を行う法定受託事務（地方自治法２条９項１号）となった（同法１条２項）。

戸籍に関する事務が国家賠償法１条の公権力の行使に当たることは異論がない（小田・裁判実務大系18・419ページ）。

したがって，戸籍事務処理が違法になされ市町村長等又はその補助者である戸籍事務担当者に故意，過失があるときは，上記改正戸籍法の施行前は国が，施行後は市町村が，それぞれ国家賠償法１条の責任を負うことになる（18ページ(ウ)参照）。

イ　市町村長等の注意義務

市町村長が戸籍事務を取り扱う上で負う職務上の注意義務の程度については，戸籍事務に従事する者としての知識，経験を前提とする職務上の注意義務であるから，一般の市民よりも高度であり，過失の有無を判断するには平均的戸籍事務従事者に期待される職務能力が基準となる（古崎・国家賠償法154ページ）。

ウ　裁判例

①　仙台高裁昭和42.6.26判決（訟月13-9-1049）

町吏員が，新戸籍編製の際，養子縁組事項の移記を脱漏したことは違法であるとした。

②　東京地裁昭和48.8.20判決（判時719-48，判タ300-250）

区吏員が，他人の出生届を原告のものとして登載記入したことは，違法であるとした。

③　大阪地裁昭和53.2.27判決（訟月24-3-435，判時903-72，判タ362-248）

日本の女と妻の氏を称する婚姻をして新戸籍を得た韓国人が，日本人妻と離婚届を提出した際，市の吏員が，前記戸籍を全部消除することなく，前記韓国人について離婚による新戸籍を編製したが，その後，前記戸籍を職権で消除したことは違法であり，過失があるとした。

④　札幌地裁昭和55.12.12判決（判タ449-269）

市吏員が，戸籍抄本を作成する際，戸籍簿の一部を脱落した抄本を作成交付したことは違法であるとした。

⑤　神戸地裁平成4.9.10判決（判時1460-117，判タ808-180；判例自治109-9）

市の区役所の職員が，民法795条（昭和62年法律第101号による改正前のもの）に違反する養子縁組の届出を受理して戸籍に記載した後，補正を求めたが原告が応じなかったため，届出書を返戻したが，戸籍の記載はそのままになっていたところ，その後，戸籍が再製された際，養子縁組の記載を消除したこと等に過失があるとした。

⑥　最高裁平成11.1.21第一小法廷判決（判時1675-48，判タ1002-94，前掲６(3)⑩（70ページ）参照）

市長が，非嫡出子の住民票の世帯主との続柄を「子」と記載したことは，「長男」「二女」などと記載される嫡出子と扱いを異にするものであって違憲・違法であるとして，市長に対して国家賠償が請求された事案について，市長は国が定めた住民基本台帳事務処理要領に基づいて前記記載を行ったものであり，また，前記事務処理要領の定めが明らかに住民基本台帳法の解釈を誤ったものともいえないことからすれば，市長の行為に国家賠償法１条１項にいう違法はないとした。

⑦　大阪高裁平成18.7.18判決（訟時384-45）

帰化申請の相談を受けた法務局担当者が，相談者から，父母が過去に日本国籍を有していたとの事情を聴取し，これを証する戸除籍謄抄本を提出されたにもかかわらず，関係箇所の確認を行わなかったか漫然と行った結果，極めて容易に発見し得るような戸籍記載の重大な過誤（本来であれば日本国籍を喪失していなかったのに除籍の記載がされていたこと）を見過ごしてこれを訂正させる機会を逸したことは，職務上の注意義務に違反したものとして，国家賠償法１条１項の適用上違法となるとした。

⑧　東京高裁平成19.5.30判決（訟時391-41）

戸籍において，嫡出子と嫡出でない子との区別が明確になるように記載すること自体は，憲法に違反する不合理な区別ではなく，個人のプライバシー権を侵害する違法な行為であるとはいえない。戸籍法施行規則（平成16年11月1日公布施行法務省令第76号）及び法務省民事局長通達（同日付け法務省民一第3008号）による取扱いの対象を本人の現在の戸籍のみとし，除籍や従前の戸籍は対象としないこととされたが，同規則及び同通達の取扱いは行政上の裁量権の逸脱又は濫用に当たらないとした。

(8)　住民基本台帳関係

ア　住民基本台帳ネットワークシステムについて

(ア)　住民基本台帳

住民基本台帳とは，市町村（特別区を含む。以下同じ）において，住民の居住関係の公証，選挙人名簿の登録その他の住民に関する事務の処理の基礎とするとともに住民の住所に関する届出等の簡素化を図り，あわせて住民に関する記録の適正な管理を図るため，住民に関する記録を正確かつ統一的に記載した公簿である（住民基本台帳法1条）。

(イ)　住民基本台帳ネットワークシステム

住民基本台帳法（以下「住基法」という。）の改正（平成11年法律第133号）により導入された住民基本台帳ネットワークシステム（以下「住基ネット」という。）の概要は以下のとおりである。なお，上記住基法改正法のうち，住民票コードの記載，電気通信回線を通じた本人確認情報の通知，提供等に関する規定は平成14年8月から，また，住民票の写しの広域交付，転出転入特例，住基カード等に関する規定は平成15年8月から，それぞれ施行されている。

a　住民票コード

①　住民票の記載事項として，新たに住民票コード（番号，記号その他の符号であって，総務省令で定めるもの）が定められている（住基法7条13号）。

住民票コードは，無作為に作成された10けたの数字と1けたの検査数字（住民票コードを電子計算機に入力するときの誤りを検出することを目的として，総務大臣が定める算式により算出される数字）からなるものであり，全国を通じて重複しないように指定されている（同法施行規則1条）。

②　都道府県知事は，総務省令で定めるところにより，当該都道府県の区域内の市町村の市町村長（なお，同法38条1項により，政令指定都市においては，政令で定めるところにより，区を市と，区の区域を市の区域と，区長を市長とみなすこととされている）ごとに，当該市町村長が住民票に記載することのできる住民票コードを指定し，これを当該市町村長に通知する（同法30条の7第1項）。

上記の指定及び通知について，都道府県知事は，総務大臣の指定する者（以下「指定情報処理機関」という）に行わせることができる（同法30条の10第1項柱書，1号）。なお，総務大臣は，財団法人地方自治情報センター（以下「センター」という。）を指定情報処理機関に指定した（センターとは，昭和45年5月1日設立され，地方公共団体における電子計算組織による情報処理を推進し，地方行政の近代化に寄与することを目的とする法人であり，住基ネットにかかわる事務を行う機関である。）。

b　住基ネットの概略

住基ネットは，地方公共団体の共同システムとして，住民基本台帳のネットワーク化を図り，それまでは各市町村内で利用されてきた住民基本台帳の情報を共有することにより，全国的に特定の個人情報の確認ができる仕組みを構築し，市町村の区域を越えて住民基本台帳に関する事務処理を行うものである。

住基ネットにおいては，本人確認情報を，市町村に設置されている住民基本台帳事務の電子計算機（以下「既存住基システム」という）から，橋渡しをするための電子計算機（コミュニケーションサーバ。以下「ＣＳ」という）に，電気通信回線による送信又は媒体の利用により渡して保存し，電気通信回線等を通じて本人確認情報の通知を受けた都道府県知事が，これを都道府県に設置された電子計算機に保存するものであり，この本人確認情報が，電気通信回線等を通じて，国の機関又は法人，他の都道府県，当該都道府県の区域内の市町村等の機関に提供されることとなる（なお，現在，47都道府県知事すべてが，住基法30条の10に基づき，本人確認情報処理事務を指定情報処理機関に行わせることとしている。）。

c　都道府県知事の委任を受けたセンターは，県下の市町村に対して11けたの数字からなる住民票コードを指定し，各市町村（以下「各自治体」という）は，それぞれ，住民票コードを住民票に記載し，平成14年８月５日以降，住民に対し，郵便等で，住民票コードを通知した。

d　各自治体は，改正された住基法に基づき，各自治体がそれぞれ有し，データベース化している上記住民票情報を入力し，住民らに関する個人情報が記録された既存の電子計算機を，総務省が全国市町村に統一仕様で配布した住基ネットシステム専用のＣＳに接続し，これを電気通信回線を通じて県が使用している電子計算機に接続した。

e　以上の住基ネットの構築の結果，各自治体，都道府県，センターは，住民らの本人確認情報を各自治体らが運用するコンピュータネットワーク上において保有することとなり，他の都道府県，その区域内にある市町村，国の一定の機関・法人などは，法別表や条例が定める事務の処理に関しては，住民らの同意なく，本人確認情報の提供を受けることができることとなった。

なお，住民基本台帳に記録されている者は，その者が記録されている住民基本台帳を備える市町村の市町村長に対し，自己に係る住民票に記載された氏名及び住民票コードその他政令で定める事項が記録されたカード（住基カード）の交付を求めることができる（住基法30条の44）。

イ　裁判例

①　最高裁平成20.3.6第一小法廷判決（民集62-3-665，訟月54-11-2924，判時2004-17，判タ1268-110）

「憲法13条は，国民の私生活上の自由が公権力の行使に対しても保護されるべきことを規定しているものであり，個人の私生活上の自由の一つとして，何人も，個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表されない自由を有するものと解される」

「住基ネットによって管理，利用等される本人確認情報は，（中略）いずれも個人の内面に関わるような秘匿性の高い情報とはいえない。（中略）住基ネットによる本人確認情報の管理，利用等は，法令等の根拠に基づき，住民サービスの向上及び行政事務の効率化という正当な行政目的の範囲内で行われているものということができる。住基ネットのシステム上の欠陥等により，外部から不当にアクセスされるなどして本人確認情報が容易に漏えいする具体的な危険はないこと，受領者による本人確認情報の目的外利用又は本人確認情報に関する秘密の漏えい等は，懲戒処分又は刑罰をもって禁止されていること，住基法は，（中略）本人確認情報の適切な取扱いを担保するための制度的措置を講じていることなどに照らせば，住基ネットにシステム技術上又は法制度上の不備があり，そのために本人確認情報が法令等の根拠に基づかずに又は正当な行政目的の範囲を逸脱して第三者に開示又は公表される具体的な危険が生じているということもできない。なお，原審（大阪高裁平18.11.30判決（訟月53-6-1835，判時1962-11））は，（中略）住基ネットにより，個々の住民の多くのプライバシー情報が

住民票コードを付されてデータマッチングされ，本人の予期しないときに予期しない範囲で行政機関に保有され，利用される具体的な危険が生じていると判示する。しかし，（中略）行政個人情報保護法（編注・行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律）は，行政機関における個人情報一般についてその取扱いに関する基本的事項を定めるものであるのに対し，住基法30条の34等の本人確認情報の保護規定は，個人情報のうち住基ネットにより管理，利用等される本人確認情報につきその保護措置を講ずるために特に設けられた規定であるから，本人確認情報については，住基法中の保護規定が行政個人情報保護法の規定に優先して適用されると解すべきであって，住基法による目的外利用の禁止に実効性がないとの原審の判断は，その前提を誤るものである。また，（中略）システム上，住基カード内に記録された住民票コード等の本人確認情報が行政サービスを提供した行政機関のコンピュータに残る仕組みになっているというような事情はうかがわれない。」

「そうすると，行政機関が住基ネットにより住民である被上告人らの本人確認情報を管理，利用等する行為は，個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表するものということはできず，当該個人がこれに同意していないとしても，憲法13条により保障された上記の自由を侵害するものではないと解するのが相当である。また，以上に述べたところからすれば，住基ネットにより被上告人らの本人確認情報が管理，利用等されることによって，自己のプライバシーに関わる情報の取扱いについて自己決定する権利ないし利益が違法に侵害されたとする被上告人らの主張にも理由がないものというべきである。」

②　東京高裁平成19.11.29判決（判例自治299-41）

住基ネットについていわゆる住民選択制を採用していた杉並区が，住民全員ではなく，通知希望者のみの本人確認情報を住基ネットによって送信した場合であっても，都はこれを受信する義務がある旨を主

張して，東京都に対し受信義務の確認及び同義務違反の損害賠償，並びに国に対し東京都に適切な指導を行わなかったこと等による損害賠償を求めた事案において，以下のとおり判示し，受信義務確認の訴えを法律上の争訟（裁判所法３条１項）に当たらないとして却下し，損害賠償請求を棄却した原判決を維持した。

「住基ネットを使用したデータの送受信は，住基法に基づく住民基本台帳事務の適正な実施及び住民に関する記録の適正な管理等のために行う行政事務である。したがって，（中略）その送受信に関し市町村が都道府県を訴訟の相手方として本人確認情報の受信義務の確認を求めることは，住基法の適正ないし住民基本台帳事務の適正な実施を求めるものにほかならないから，地方公共団体の主観的な権利利益の保護救済を目的とするものということはできない。」

「住基法30条の５第１項及び第２項が，都道府県知事に本人確認情報を送信するか否かについて，市町村長に裁量権を付与しているとは到底考えられない。（中略）市町村長は，住民が通知を希望しているか否かを問わず，都道府県知事に対し，漏れなく当該住民に係る本人確認情報を送信する義務があるといわなければならず，（中略）これを怠った市町村長の行為は違法といわざるを得ない。そして，控訴人が求めているのは，杉並区民のうちの通知希望者に係る本人確認情報のみの通知（送信）という住基法30条の５第１項及び第２項の定める要件に適合しない違法な通知（送信）の受信であるから，被控訴人東京都は，同条第３項の規定に従い，送信された本人確認情報を磁気ディスクに記録する義務（受信義務）を負わないと解すべきである。」

「杉並区民のうちの通知希望者のみに係る本人確認情報の送信を前提とする横浜方式による住基ネットへの参加は違法というべきであるから，被控訴人国が被控訴人東京都に対し，横浜方式による住基ネットの参加について必要な協力をするよう適切な指導助言をしなかったことは何ら違法ではなく，また，被控訴人国が控訴人に対し，横浜市

に対する対応と異なった対応をしたことも違法ではない。」

(9)　学校関係

ア　学校について

学校とは，生徒等の被教育者に対し一定の課程により継続的にかつ系統的に教育を行うものとして学校教育法等の法令に基づき設立された施設であり，その人的構成（教師等の学校関係者とこれから教育を受ける生徒等から成る。）及び物的設備（校舎，校庭及び校具等のいわゆる学校施設）の総体をいう（齋藤隆「学校事故に関する国家賠償」民事裁判の課題⑩256ページ)。

学校には，学校教育法にいう「学校」（幼稚園，小学校，中学校，高等学校，中等教育学校，特別支援学校；大学及び高等専門学校，同法１条）のほか，専修学校（同法124条），各種学校（予備校，外国語学校及び看護学校等，同法134条）や，特別法に基づく学校（保育所・児童福祉法39条，警察大学校・警察法27条，防衛大学校・防衛省設置法14条，放送大学学園・放送大学学園法等）がある。

イ　学校事故

学校事故において，国家賠償法が問題となるのは，国公立学校であるが，平成16年４月１日から国立大学は法人化され（国立大学法人法６条），国立高等専門学校は独立行政法人に移行したため，法人及び独立行政法人移行前は国家賠償法の適用が問題となるものの，移行後は，私立学校（私立学校法３条）と同様に民法が適用されることになる（参照：独立行政法人通則法２条，51条，国立大学法人法35条，同法附則４条，独立行政法人国立高等専門学校機構法２条，同法附則３条)。

学校事故は，国家賠償法１条が適用される人的構成の面（学校関係者の行為又は過失）から生じたものと，同法２条が適用される物的設備の面（学校施設の設置又は保存に関する瑕疵）から生じたものに分けられる（国家賠償法２条に関する詳細は357ページ(4)参照)。

また，独立行政法人移行前の国立大学，国立高等専門学校及び公立学

校と生徒の在学関係は入学許可という行政処分によって発生する法律関係であり，この法律関係に伴う一定の管理作用に付随する義務として信義則上の安全配慮義務が生ずるとして，学校の生徒に対する安全配慮義務違反が問われるケースもある。

ウ　教師等の教育活動と公権力の行使

教師等の教育活動に関連した事故について，国家賠償法１条が適用されるかどうかは，当該教育活動等が「公権力の行使」に当たるかどうかである。この点につき，最高裁昭和62年２月６日第二小法廷判決（裁判集民事150-75，判時1232-100，判タ638-137，判例自治31-32，後掲オ⑥参照）は，「国賠法１条１項にいう『公権力の行使』には，公立学校における教師の教育活動も含まれるものと解するのが相当であ」るとして，国公立学校における教師の教育活動が公権力の行使に当たることを明らかにしている。

エ　違法性及び故意・過失の認定について

国家賠償法１条の責任が認められるか否かについては，教師等の学校関係者の行為に違法性（職務上の法的義務違反）及び故意過失が認められるかどうかが主な争点である。教師等の学校関係者が生徒等に対して保護監督義務を負っていることは，「学校の教師は，学校における教育活動によって生ずるおそれのある危険から児童・生徒を保護すべき義務を負っている」（最高裁昭和62.2.13第二小法廷判決・民集41-1-95，判時1255-20，判タ652-117，後掲オ⑦参照)，「学校の教師は，学校における教育活動により生ずるおそれのある危険から生徒を保護すべき義務を負っており，危険を伴う技術を指導する場合には，事故の発生を防止するために十分な措置を講じるべき注意義務があることはいうまでもない。」（前掲最高裁昭和62.2.6第二小法廷判決・裁判集民事150-75，判時1232-100，判タ638-137，判例自治31-32）とする判例から明らかである。

次に，職務上の注意義務違反の有無（裁判例上，過失の有無として判断される例が多い。）を判断する場合は，「作為による不法行為の場合に

は，結果発生に向けられた因果関係を行為者自ら作出するものであるから，危険性を内包するような作為をする場合，結果の発生を予見し，これを回避するに必要な措置を講ずることは比較的容易であり，したがって，注意義務違反を肯定することはさほど困難ではない。ところが，不作為の場合には，第三者（生徒間事故のような場合）若しくは被害者自身（自招事故のような場合）又は自然現象（登山における天候の急変等）によって結果発生に向けられた因果の流れが既に作出されているのであるから，そのような因果の経過を遮断し，結果発生を回避すべきことを要求し得るか否かが問題になるところ，この作為義務は，法律上具体的に規定されているわけではないので，行為者の立場，置かれている状況を基にして，結果発生の蓋然性及び予見可能性の程度，結果回避の容易性等の諸般の事情を総合的に検討して，学校教育法等の教師の教育活動の根拠法令の趣旨に徴しこれを課すことが相当であるか否かという観点から決するほかなく，その判断はしばしば微妙である。」（前掲齋藤・民事裁判の課題⑩264ページ）とされている。この点について，小学校の生徒に関する判例は，「小学校の体育の授業中生徒が事故に遭った場合に，担当教師が，右義務の履行として，右事故に基づく身体障害の発生を防止するため，当該児童の保護者に右事故の状況等を通知して保護者の側からの対応措置を要請すべきか否かは，事故の種類・態様，予想される障害の種類・程度，事故後における児童の行動・態度，児童の年令・判断能力等の諸事情を総合して判断すべきである。」（前掲最高裁昭和62.2.13第二小法廷判決・民集41-1-95，判時1255-20，判タ652-117）としている。

また，注意義務の判断は，「学校教育にかかわって生じる事故には，正課授業中の事故や学校行事中の事故のように学校の教育活動そのものが内在させる危険性が顕在化して生じる事故（教育内在型事故）と休憩時間・放課後などにおける生徒間の喧嘩・暴行事故のように教育活動とは直接係わりのない場面で生じる事故（教育外在型事故）があり，教育

内在型事故においても，授業そのものに内在する危険が顕在化して生じる事故（授業内在型事故）とそうでない事故がある。そして，教師等学校側の負う注意義務の内容・程度はそれぞれ場面により異っている。」（伊藤進＝織田博子・学校事故・ジュリ993号89ページ）。

オ　裁判例

裁判例については，伊藤進，織田博子・「実務判例 学校事故」三省堂参照

① 最高裁昭和52.10.25第三小法廷判決（裁判集民事122-87，判タ355-260）

「Yの右懲戒行為（編注・高校生が，授業中の態度や過去の非行事実につき担任教師から3時間余にわたり応接室に留めおかれて反省を命ぜられた上，頭部を数回殴打されたもの）は，担任教師としての懲戒権を行使するにつき許容される限界を著しく逸脱した違法なものではあるが，それがされるに至った経緯，その態様，これに対するAの態度，反応等からみて，Yが教師としての相当の注意義務を尽くしたとしても，Aが右懲戒行為によって自殺を決意することを予見することは困難な状況にあった（中略）。以上の事実関係によれば，Yの懲戒行為とAの自殺との間に相当因果関係がない」

② 最高裁昭和58.2.18第二小法廷判決（民集37-1-101，判時1074-52，判タ492-175）

「課外のクラブ活動が本来生徒の自主性を尊重すべきものであることに鑑みれば，何らかの事故の発生する危険性を具体的に予見することが可能であるような特段の事情のある場合は格別，そうでない限り，顧問の教諭としては，個々の活動に常時立会い，監視指導すべき義務までを負うものではないと解するのが相当である。」

③ 最高裁昭和58.6.7第三小法廷判決（判時1084-70，判タ500-117）

小学校5年生の児童が放課後，担当教諭の許可を得て教室に居残り，図工ポスターを作成していた際，同級生が飛ばした画鋲つき紙飛行機

が左眼にあたって負傷した事案につき，担当教諭が放課後児童に学習の許可をする場合であっても，高学年生は相当の自律能力，判断力を有するのであるから，危険の発生を予測できる特段の事情がない限り，放課後まで付き切りで監督する義務まではなく，上記担当教諭に監督上の過失はないとした。

④　最高裁昭和58.7.8第二小法廷判決（判時1089-44，判タ506-81）

県立高校のラグビー部の顧問兼監督である教諭が，自校のラグビー部と社会人のチームが練習試合をする際に社会人チームの人員不足を補うため，その場に居合わせた他の県立高校のラグビー部員に社会人チームへの参加を要請し，それに応じた生徒にそのポジションを指定した試合において当該生徒が死亡した事故につき，当該教諭は死亡した生徒の参加に関して公権力を行使するものではなかったとした。

⑤　大阪地裁昭和61.5.14判決（判時1217-88，判タ617-105）

国立大学のヨット部が開催したヨットスクールにおけるヨット転覆事故につき，ヨット部から大学当局に届出された活動計画について一見して明らかな安全対策上の不備があったとはいえないから大学当局には責任はないとした。

⑥　最高裁昭和62.2.6第二小法廷判決（裁判集民事150-75，判時1232-100，判タ638-137，判例自治31-32）

公立中学校の水泳の授業である飛び込みの練習中に，プールの底に頭部を衝突させて頸椎骨折，頸髄損傷の障害を負った事案

「学校の教師は，学校における教育活動により生ずるおそれのある危険から生徒を保護すべき義務を負っており，危険を伴う技術を指導する場合には，事故の発生を防止するために十分な措置を講じるべき注意義務があることはいうまでもない。本件についてこれをみるに，（中略）助走して飛び込む方法，ことに助走してスタート台にあがってから行う方法は，踏み切りに際してのタイミングの取り方及び踏み切る位置の設定が難しく，踏み切る角度を誤った場合には，極端に高

く上がって身体の平衡を失い，空中での身体の制御が不可能となり，水中深く進入しやすくなるのであって，このことは，飛び込みの指導にあたる担当教諭にとって十分予見しうるところであったというのであるから，スタート台上に静止した状態で飛び込む方法についてさえ未熟な者の多い生徒に対して右の飛び込み方法をさせることは，極めて危険であるから，（中略）担当教諭には注意義務違反があったといわなければならない。もっとも，同教諭は，生徒に対して，自信のない者はスタート台を使う必要はない旨を告げているが，生徒が新しい技術を習得する過程にある中学校３年生であり，右の飛び込み方法に伴う危険性を十分理解していたとは考えられないので，右のように告げたからといって，注意義務を尽くしたことにはならないというべきである。」

⑦　最高裁昭和62.2.13第二小法廷判決（民集41-1-95，判時1255-20，判タ652-117）

小学校の児童が体育の授業としてのサッカーの試合中に至近距離から蹴られたボールで眼部を直撃されたため，その１年余り後に網膜剥離により失明した事案

「上告人は，本件事故当時12歳の小学校６年生であつて，本件のような事故に遭つたのちに眼の異常を感じた場合にはその旨を保護者等に訴えることのできる能力を有していたものというべきところ，本件事故後，上告人には外観上何らの異常も認められず，上告人も眼に異常がないと言明していたのであり，しかも，上告人が異常を感じてもあえてこれを訴えないことを認識しうる事情があったものとは認められないのであるから，もし，のちに上告人が眼に異常を感じたことを訴えたときには保護者等が適宜の措置を講ずることを期待することで足りたものというべきである。したがって，Ｉ教諭が，本件事故に基づく身体障害の発生を未然に防止するため，保護者に事故の状況等を通知して保護者の側からの対応措置を要請すべき義務を負っていたも

のと解することはできない。」

⑧　那覇地裁昭和62.2.25判決（訟月33-12-2979）

「国立大学における国と学生との間の在学関係は，国立大学長の入学許可という行政処分により発生する法律関係と解すべきである（中略）。右行政処分により発生した国立大学の在学についての法律関係は，大学における教育，研究目的達成という一定の目的のため管理作用を伴うものであるから，信義則等により，その法律関係に内在し又は付随するものとして，事業主体としての国及びその事業遂行を掌る大学当局は，学生の生命，身体，健康についての安全配慮義務を負うものと解される。」

⑨　最高裁平成2.3.23第二小法廷判決（判時1345-73，判タ725-57）

無理な山岳登山の結果，雪崩に遭い，学生ら７人が死亡した事故の引率教官の過失が問われた事案

「学校行事も教育活動の一環として行われるものである以上，教師が，その行事により生じるおそれのある危険から生徒を保護すべき義務を負っており，事故の発生を未然に防止すべき一般的な注意義務を負うものであることはいうまでもない。本件高等専門学校の本件山岳部春山合宿が学校行事として行われたこと，いずれも山岳部顧問であるO助教授及びN講師が公務出張により同合宿の引率指導をしていたことは原審の適法に確定したところであり，その他原審の適法に確定した事実関係の下において，O助教授及びN講師には，同合宿に参加した学生をその実施により生じるおそれのある危険から保護すべき注意義務があったものとした原審の判断は，正当として是認することができる。（中略）原審の事実認定は，原判決挙示の証拠関係に照らし，正当として是認することができ，右事実関係の下において，本件春山合宿に参加した者が雪崩に遭難して死亡したことにつき，O助教授及びN講師に注意義務違反があったとした原審の判断は，正当として是認することができる。」

⑩　最高裁平成9.9.4第一小法廷判決（判時1619-60，判タ955-126）

私立中学校の生徒が課外クラブ活動としての柔道部の回し乱取り練習中に負傷した事故について，顧問教諭に指導上の過失はないとした。

⑪　横浜地裁平成10.2.18判決（判時1664-101，判タ1008-133）

市立小学校４年生の児童が校外学習として実施された「山賊ラリー」中に転倒して傷害を負ったことにつき，担当教諭に注意義務違反はないとした。

⑫　札幌高裁平成10.2.24判決（判例自治179-55）

公立高校のボクシング部の高校生が練習中に倒れ，硬膜下出血により死亡した事故につき，顧問教諭の指導上の過失はないとした。

⑬　大阪高裁平成10.5.12判決（判時1664-68，判タ987-174）

市立中学校の剣道部員が剣道の練習後防具を収納する際に竹刀でホッケー遊びをしたところ，同竹刀がすっぽ抜けて他の部員を直撃して左眼を失明させた事故につき，指導教諭に監視，監督義務を怠った過失を認めた。

⑭　神戸地裁尼崎支部平成11.3.31判決（判タ1011-229）

県立高校の野球部員がバッティング練習中に防球ネットの損傷のため打球を受けて負傷した事故につき，指導教諭は自ら防球ネットの損傷の有無を確認するか，あるいは野球部員に対し絶えず確認し損傷がある場合には必要な補修をするように指導すべき注意義務があるのにこれを怠ったとした。

⑮　神戸地裁姫路支部平成12.1.31判決（判時1713-84，判タ1024-140）

市立小学校の教師から体罰を受けた小学校６年生がその１時間後に自殺した事案につき，教師の安全配慮義務違反と自殺との間に相当因果関係があるとした（ただし，被害者の心因的要因を考慮して死亡による損害の５割の賠償を命じた）。

⑯　神戸地裁平成12.3.1判決（判時1718-115）

私立中学校体育祭でのムカデ競争の練習中に生徒が転倒し受傷した

事故につき，指導教諭が目標タイムにとらわれて競技特有の危険性に配慮した練習方法を採るべき注意義務に違反したとした。

⑰　浦和地裁平成12.3.15判決（判時1732-100，判タ1098-134）

県立高校の山岳部員が合宿登山中に熱射病で死亡した事故につき，引率教師には救護措置義務違反があるとした。

⑱　大阪地裁平成13.3.26判決（判時1769-82，判タ1072-124）

高校２年生が水泳授業において潜水で水泳中，溺れて死亡した事故について，担任教諭に安全配慮義務違反があるとした。

⑲　東京地裁八王子支部平成15.7.30判決（判時1834-44）

都立高校生が水泳授業中に逆飛び込みをし，プール底に頭を強打し死亡した事故につき，指導教諭に安全配慮義務違反があるとした。

⑳　東京高裁平成15.10.1判決（訟月50-7-2043）

生徒及びその保護者と国及び中学校を設置する地方自治体との間の私法上の契約関係の存在を否定し，教科用図書の内容に関する債務不履行及び不法行為を理由とする請求を棄却した。

㉑　奈良地裁平成15.10.8判決（判時1840-49）

国立大学附属小学校の児童が，学校給食用の強化耐熱ガラス製食器を片づける際に誤って食器を床に落とし，飛び散った食器の破片で右目を受傷した事故につき，同食器を学校給食用食器として採用したことについて小学校側に過失はないとした。

㉒　大阪地裁平成17.11.4判決（判時1936-106）

市が設置する小学校に就学していた原告が，教師の給食指導による虐待及び小学校長の児童に対する安全配慮ないし保護義務違反により，以前から罹患していた外傷後ストレス障害（PTSD）を再発して不登校状態になった等と主張した事案につき，小学校長には，原告の状態，配慮すべき事項について，十分な聞き取りを行い，自閉的特徴と併せて，教師に周知する体制を整えるべき義務があるのにこれを怠った過失があるとした。

㉓　最高裁平成20.4.18第二小法廷判決（判時2006-74，判タ1269-117，判例自治306-73）

公立小学校の教室内で，児童が頭上でベストを振り回した際にこれが別の児童の右眼に当たり，当該児童が負傷した事故につき，教室内にいた担任教諭に児童の安全確保等について過失はないとした。

(10)　援護関係

○　東京高裁平成19.6.21判決（訟月53-11-2995）

中国残留邦人に対する国の早期帰国実現義務や自立支援義務は，政治的責務であり，法的義務とはいえないし，仮に，そのような法的義務があるとしても，国はその責務を果たすために種々の政策を講じてきており，その政策の立案・実行が著しく合理性を欠くものとまではいえず，国家賠償法上違法とはいえないとした。

(11)　行政指導

ア　行政指導とは

(ア)　行政指導の意義

行政指導については，行政需要への機敏な対応，行政活動の弾力性の確保，行政目的の円滑な達成などの点からその意義を否定することはできないが，一方では，その濫用が法治主義の空洞化をもたらすおそれがあること，行政の透明性を阻害することなどの批判があったことから，これまでの裁判例において広く認められている考え方を踏まえて，行政手続法（平成６年10月１日施行）中に行政指導の定義を定めるとともに，行政指導を行う場合の遵守すべき一定の規定が設けられた経緯がある（総務省・行政手続法32ページ参照）。

行政指導とは，「行政機関がその任務又は所掌事務の範囲内において一定の行政目的を実現するため特定の者に一定の作為又は不作為を求める指導，勧告，助言その他の行為であって処分に該当しないものをいう」（同法２条６号）とされている。したがって，行政指導に携わる者は，当然にその行政機関の任務又は所掌事務の範囲を超えて行

政指導はできず，また，行政指導は，相手方の任意の協力を得て一定の行為が実現されるために行われるものであって，国民の権利を制限し又は国民に対し義務を課すような，法律上の強制力を有するものでもない。飽くまでも相手方の任意の協力を前提として，その求めた行為の実現を図ろうとするものであるから，行政指導に従うか否かは相手方の自由であり，当該行政指導に従わなかったとしても，不利益な取扱いをしてはならない（同法32条）。

行政指導は，行政の客体である国民に対して行われる。前記の国民とは，一般私人である国民はもちろん，会社等の私企業，財団等の法人，その他の任意的団体あるいは法人格を有しない団体等を含むものである。

したがって，一つの行政機関が他の行政機関に対して行う指示・勧告や国の行政機関が地方公共団体に対して行う指示・勧告等は，行政指導には入らない。

また，国又は公共団体が行政上の目的を達成するために行う作用であるから，行政機関が国民と対等の立場に立って，私人間に認められているものと同様な売買・請負等の契約を締結し，これに基づいて行うような行為は，行政指導には含まれない。

このように，行政指導は，国民の権利・義務，法律上の地位に直接かつ具体的な影響を及ぼすものでない行政庁の事実上の行為であり，しかも，それに応ずるか否かは国民の自由な意思によるものであるから，手続・形式違背があったとしても，直ちに行政指導それ自体が違法とされる余地は少ないと思われる。

(イ) 行政指導の公権力性

行政指導が国家賠償法1条にいう公権力性を有するか否かについては，通説たる広義説に立つ限り行政指導はすべて「公権力の行使」に該当する（関哲夫「行政指導」裁判実務大系18・501ページ）。

イ　裁判例

① 最高裁昭和56.7.16第一小法廷判決（民集35-5-930，判時1014-59，判タ450-70）

「被上告人市の水道局給水課長が上告人の本件建物についての給水装置新設工事申込みの受理を事実上拒絶し，申込書を返戻した措置は，右申込みの受理を最終的に拒否する旨の意思表示をしたものではなく，上告人に対し，右建物につき存する建築基準法違反の状態を是正して建築確認を受けたうえ申込みをするよう一応の勧告をしたものにすぎないと認められるところ，これに対し上告人は，その後1年半余を経過したのち改めて右工事の申込みをして受理されるまでの間右工事申込みに関してなんらの措置を講じないままこれを放置していたのであるから，右の事実関係の下においては，前記被上告人の水道局給水課長の当初の措置のみによっては，未だ，被上告人市において上告人に対し不法行為上の損害賠償の責任を負うものとするには当たらないと解するのが相当である。」

② 最高裁昭和57.4.23第二小法廷判決（民集36-4-727，判時1054-75，判タ479-74）

行政指導を行って車両制限令12条に定める大型車両の区道通行認定を約5か月留保した措置につき，前記認定留保は行政裁量の行使として許容される範囲内にとどまるかどうかが争われた事案

「道路法47条4項の規定に基づく車両制限令12条所定の道路管理者の認定は，同令5条から7条までに規定する車両についての制限に関する基準に適合しないことが，車両の構造又は車両に積載する貨物が特殊であるためにやむを得ないものであるかどうかの認定にすぎず，車両の通行の禁止又は制限を解除する性格を有する許可（同法47条1項から3項まで，47条の2第1項）とは法的性格を異にし，基本的には裁量の余地のない確認的行為の性格を有するものであることは，右法条の改正の経緯，規定の体裁及び罰則の有無等に照らし明らかであるが，他方右認定については条件を附することができること（同令12

条但し書)，右認定の制度の具体的効用が許可の制度のそれと比較してほとんど変わるところがないことなど勘案すると，右認定に当たって，具体的事案に応じ道路行政上比較衡量的判断を含む合理的な行政裁量を行使することが全く許容されないものと解するのは相当でない。これを本件についてみるのに，原審の適法に確定したところによれば，被上告人の道路管理者としての権限を行う中野区長が本件認定申請に対して約5か月間認定を留保した理由は，右認定をすることによって本件建物の建築に反対する付近住民と上告人側との間で実力による衝突が起きる危険を招来するとの判断のもとにこの危険を回避するためということであり，右留保期間は約5か月間に及んではいるが，結局，中野区長は当初予想された実力による衝突の危険は回避されたと判断して本件認定に及んだというのである。右事実関係によれば，中野区長の本件認定留保は，その理由及び留保期間から見て前記行政裁量の行使として許容される範囲内にとどまるものというべ（きである)。」

③　最高裁昭和60.7.16第三小法廷判決（民集39-5-989，判時1168-45，判タ568-42，判例自治12-96)

「建築確認申請に係る建築物が建築計画どおりに建築されると付近住民に対し少なからぬ日照阻害，風害等の被害を及ぼし，良好な居住環境あるいは市街環境を損なうことになるものと考えて，当該地域の生活環境の維持，向上を図るために，建築主に対し，当該建築物の建築計画につき一定の譲歩・協力を求める行政指導を行い，建築主が任意にこれに応じているものと認められる場合においては，社会通念上合理的と認められる期間建築主事が申請に係る建築計画に対する確認処分を留保し，行政指導の結果に期待することがあったとしても，これをもって直ちに違法な措置であるとまではいえないというべきである。もっとも，右のような確認処分の留保は，建築主の任意の協力・服従のもとに行政指導が行われていることに基づく事実上の措置にとどまるものであるから，建築主において自己の申請に対する確認処分

を留保されたままの行政指導には応じられないとの意思を明確に表明している場合には，かかる建築主の明示の意思に反してその受忍を強いることは許されない筋合いのものであるといわなければならず，建築主が右のような行政指導に不協力・不服従の意思を表明している場合には，当該建築主が受ける不利益と右行政指導の目的とする公益上の必要性とを比較衡量して，右行政指導に対する建築主の不協力が社会通念上正義の観念に反するものといえるような特段の事情が存在しない限り，行政指導が行われているとの理由だけで確認処分を留保することは，違法であると解するのが相当である。」

④　最高裁平成5.2.18第一小法廷判決(民集47-2-574，判時1506-106，判タ861-183，判例自治112-53)

市がマンションを建築しようとする事業主に対して指導要綱に基づき教育施設負担金の寄付を求めた行為が違法な公権力の行使に当たるとされた事例

「指導要綱制定に至る背景，制定の手続，被上告人が当面していた問題等を考慮すると，行政指導として教育施設の充実に当てるために事業主に対して寄付金の納付を求めること自体は，強制にわたるなど事業主の任意性を損なうことがない限り，違法ということはできない。」としながらも，本件指導要綱に基づく寄付金の納付を求めた行為は，これに従わない事業主には水道の給水を拒否するなどの制裁措置を背景としており，本来任意に寄付金の納付を求めるべき行政指導の限度を超え，違法であるとした。

⑤　東京高裁平成5.10.28判決（訟月40-9-2249，判時1483-17，判タ863-173)

厚生省の通知（「産業廃棄物処理業の許可事務遂行上の留意事項について」）に基づき都道府県の窓口等でされた違法な行政指導により損害を被ったとの主張につき，同通知の示した解釈は法の正しい解釈とはいえず，これを受けた行政指導も違法であり，厚生省の担当官に

過失があったとして，国の責任を認めた。

⑥　横浜地裁平成18.4.18判決（判時1937-123）

走行中の大型トレーラーから車輪が脱落し，歩行者を死亡させた事故について，地方運輸局長には，新たにハブを自動車検査の検査項目に定めるという条理上の行政指導をすべき作為義務は認められず，そのような行政指導をしなかったという不作為は国家賠償法上違法と評価される場合には当たらないとした。

(12)　公表

ア　公表とは

公表とは，広義では行政が保有する情報を公開することをいい，狭義では，義務の不履行あるいは行政指導に対する不服従があった場合に，その事実を一般に公表するというものを指す（阿部泰隆・演習行政法(上)362ページ)。公表により個人の名誉ないしプライバシーが侵害される場合もあり，国家賠償を請求されることもある。

公表は，国家賠償法の「公権力の行使」に該当すると考えられる（反対，東京地裁昭和54.3.12判決・判時919-23，判タ380-44)。

一般に，公表を行うこと自体は非権力的事実行為であるから，これについて法律の根拠は不要と考えられ，法律上の根拠を欠くからといって直ちに国家賠償法上の違法性を認めることはできない。なお，行政機関の保有する情報の公開に関する法律（情報公開法）５条１号ロ，７条は，公益上の理由による受動的情報公開についての法律上の根拠となるものであるが，これらの規定は，行政による積極的な情報の公表の場合にも参照されるべきであろう（阿部泰隆「行政の法システム」(下)新版443ページ)。

民法上の不法行為に該当する名誉毀損に関しては，その行為が公共の利害に関する事実に係り，専ら公益を図る目的に出た場合には，摘示された事実が真実であることが証明されたときは，違法性がなく，仮に前記事実が真実であることにつき証明されなくとも，その行為者においてその事実を真実と信ずるについて相当の理由があるときは，故意・過失がなく，不

法行為は成立しないとする最高裁昭和41年６月23日第一小法廷判決(民集20-5-1118）があり，行政機関による公表についてもこの法理によった裁判例が多い（津地裁昭和63.7.21判決・判時1300-108，その控訴審である名古屋高裁平成2.12.13判決・判時1381-51，東京高裁昭和62.3.31判決・判時1239-45，大阪高裁昭和60.6.12判決・判時1174-75，東京高裁昭和59.6.28判決・判時1121-26，いずれも警察官の捜査状況の公表に関するものである。前記法理を採用していない裁判例として後掲②，③がある。)。しかし，この法理は，私人間における表現の自由と名誉権との調整を図るための法理であり，表現の自由を持たない行政機関による公表については適用できないとの指摘がある（山田卓生「行政当局による公表と名誉毀損」ジュリ789-81)。公表の違法性の判断は，国家賠償法の一般の判断基準によって判断されるべきものであろう。すなわち，公表行為については，信用毀損や経済的利益の侵害の結果が生じたからといって直ちに違法性を肯定することはできず，これが違法であると認めるには，当該具体的事情の下で，当該公表が職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然とされたと認め得るような事情があることを要すると解すべきであり，不必要又は不相当に他人の信用や経済的利益を侵害した場合に初めて違法と評価されるものというべきである(最高裁平成5.3.11第一小法廷判決・民集47-4-2863，同平成11.1.21第一小法廷判決・判時1675-48，同昭和60.5.17第二小法廷判決・民集39-4-919)。

イ　裁判例

①　大阪地裁昭和57.3.30判決（判タ475-123）

「そもそも『警察は，個人の生命，身体及び財産の保護に任じ，犯罪の予防，鎮圧及び捜査，被疑者の逮捕，交通の取締その他公共の安全と秩序の維持に当たることをもつてその責務とする。』そしてその『活動は，厳格に』右の『責務の範囲に限られるべきもの』である（警察法第２条)。それ故，警察職員が犯罪捜査の結果を公表することは，常に違法であるとは断じ得ないけれども，いやしくも被疑事件につき犯罪成立

の心証を得ない場合にあつては，かりに被疑者の行為につき反倫理性を認めたとしても，これを外部に公表することは，特段の事情がない限り警察の公共安全，秩序維持という本来の使命を逸脱するものとして許されないと解するのが相当である。」

②　青森地裁昭和49.10.15判決（判時772-86）

「本件詐欺事件のように公益性の強い事案につき，逮捕の事実を公表することは，その目的，方法が相当であるならば許容されると解すべきところ，（中略）本件公表はその目的，方法に照らし相当であり，何ら違法な点はない」

③　山口地裁昭和56.10.1判決（訟月28-1-14）

国土利用計画法24条の勧告に従わなかったため，同法26条に基づき勧告内容を公表し，新聞記者に勧告に至る経過等を発表した行為が問題とされた事案

「法26条は公表の手段・方法については特別の定めをしておらず，公表が社会一般の批判を通じて勧告の実効を確保しようとするものであることからして，新聞・テレビ・ラジオ等のマスコミを通じて，勧告内容を積極的に国民に周知させる措置を講じることも許されるものというべく（中略）本件勧告の内容が記者発表されたからといって，何ら違法なものではないというべきである。」

④　東京高裁平成14.5.22判決（訟月50-6-1683）

別件刑事事件で起訴猶予処分となった者が，検察庁の次席検事が起訴猶予処分に付したことを発表したことによって，社会的地位，信用，名誉を著しく毀損されたとして，謝罪広告の掲載及び慰謝料の支払を請求した事案について，別件刑事事件は社会的な関心の高い事件であり，国民の知る権利に奉仕し，検察に対する信頼を確保するためには，被疑者である控訴人を不起訴処分にしたことや同人の犯行は認定できるが，公訴の必要性がないことを公表する必要性があり，また，公表の内容も通常行われている程度のものであり，公表方法も相当であったから，次席

検事が行った記者発表は違法ではないとした。

⑤　東京高裁平成15.5.21判決（訟月53-2-205，判時1835-77）

厚生大臣が，腸管出血性大腸菌Ｏ－157に起因する学童らの集団下痢症について，かいわれ大根が原因食材とは断定できないものの，その可能性も否定できないとの中間報告を受け，記者会見を通じて公表したことから，日本かいわれ協会及び生産者が，原因究明やかいわれ大根の販売促進活動に要した費用等の損害，信用毀損等による損害等について，国に対し，損害賠償請求した事案につき，中間報告及び最終報告の疫学的判断及び結論に不合理な点は認められず，違法であるとはいえないとして原告らの請求を棄却した原判決を変更し，中間報告に不合理な点は認められないとした原審の判断自体は是認したものの，中間報告の公表の方法には違法があるとして，かいわれ大根の商品としての評価，信用が毀損されたことによる損害賠償を認めた（本判決及び後掲⑥判決につき，国が上告受理申立てをしたが，最高裁平成16.12.14第三小法廷決定は，いずれの事件も不受理としたため，確定した。）

⑥　大阪高裁平成16.2.19判決（訟月53-2-541）

⑤と同様の事案につき，本件各公表は，国民のための情報提供という面では正当な目的があったと認められるが，本件調査は，基礎データの信頼性に限界があるなどの問題があり，原因食材を特定するというところまでの正確性，信頼性を有するものとはいえず，中間報告については，その時点で厚生大臣が記者会見を行う緊急性，必要性は認められず，最終報告については，公表する時期としては相当であったといえるものの，その内容は原因食材が解明されたかの如き誤解を招きかねない不十分なものであって相当でなく，被控訴人（一審原告）の名誉，信用を害する違法な行為であるとして損害賠償を認めた。

⑦　東京地裁平成19.2.27判決（公刊物未登載）

外務省担当官が，原告の所持していた旅券について真正な公用旅券であることを知っていたにもかかわらず，意図的に又は容易に知り得たの

に注意義務を怠り，同旅券が偽造の外交旅券であると公表した行為により，原告の社会的評価が低下し，精神的苦痛を被ったとして，国に対して損害賠償請求した事案につき，公務員が個人に関する情報を公表することにより，当該個人の社会的評価が低下したとしても，それを公表することが行政上の目的に照らして相当であり，その情報に摘示された事実が真実であるときは，公務員が職務上の注意義務を尽くしたものとして違法性を欠き，その情報に摘示された事実が真実であることが証明されない場合であっても，公務員が注意義務を尽くし調査検討した結果，当該事実を公表したときは違法性を欠くとした。

(13)　規制権限の不行使の違法

ア　はじめに

国・公共団体が直接の加害者ではないが，国・公共団体が有する規制権限や監督権限(以下「規制権限」という。)を適切に行使していれば国民に損害が発生・拡大することを防止できたにもかかわらず，その行使を怠ったために，損害が生じたとして，国又は公共団体の国家賠償責任が主張される事例が相当数に上っている。例えば，薬事・医療関係では，スモン訴訟，クロロキン訴訟，筋拘縮症訴訟，骨関節結核訴訟，未熟児網膜症訴訟，C型肝炎訴訟等が，食品衛生関係では，カネミ油症訴訟，水俣病訴訟等が，労働衛生関係では，マンガン訴訟，じん肺訴訟，クロム訴訟，アスベスト訴訟等があり，その他川崎公害訴訟，豊田商事訴訟等で規制権限の不行使が問題とされている。

イ　規制権限不行使の違法について

このような行政の不作為による責任が問われる場合においては，行政による直接的な加害行為による場合とは異なり，通常は，損害や危険を生ぜしめる直接の原因は，自然現象や第三者などにあり，国等がこれらの損害や危険の発生を防止しなかったという点に責任の根拠を置くものである上，その危険の種類，被侵害利益，問題となる具体的状況は千差万別であるため，具体的事実に即した責任の根拠ないし責任要件等につ

いての理論構成には慎重な検討を要する。基本的には，次に述べる視点から考察されるべきである。

(ア)　権限の存在

既述のとおり，国家賠償法１条は，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めに任ずることを規定するものであり，職務上の法的義務が発生しているか否かが問題となる。

ところで，公務員による規制権限の行使は，多かれ少なかれ国民の権利・利益・自由に対する侵害を伴うことになる。このように国民の権利・利益・自由に対する侵害となり得る行政権の行使については，行政による恣意的運用を防止するため，法律の根拠が必要である（法治主義ないし法律による行政の原理）。すなわち，国民の権利・利益・自由を侵害することが予想される行政活動は，法律によって具体的な権限が付与されて初めてこれを行使することができるのであり，法律の根拠なしにこれを行使することは許されない（ただし，法律の根拠があるといえるためにどの程度の定めが必要とされるかという問題がある。）。したがって，職務上の法的義務を認めるための前提として，公務員に一定の規制権限が付与されていることが必要とされるべきであり，その権限が付与されていない場合には，原則として，その不行使が，国家賠償法上違法とされることはない。すなわち，法律により規制権限が与えられていない場合については，公務員の規制権限の不行使は政治的責任にとどまり法的責任を生ずることはないが，極めて例外的に，国民の生命，身体，財産に対する差し迫った重大な危険が発生し，行政機関が一次的に危険排除に当たらなければ国民の保護が図れない場合には，条理によって作為義務が認められるにすぎないとする見解が有力であるとされる（塩崎勤・最高裁判所判例解説民事篇昭和57年度34ページ，古崎・国賠法の理論102ページ）。

また，法律の規定によって規制権限が与えられているか否かが明確でない場合（昭和54年改正前薬事法について医薬品の安全性確保のための承認取消権等の権限の有無等）や，抽象的な権限が与えられているにすぎず，具体的な場面でどのような行政上の措置を講じることができるかが明らかでない場合もあり，このような場合は，当該法律の趣旨・目的，規定された規制権限の内容及び発生（行使）要件等を慎重に検討して，具体的場面における具体的な規制権限の有無が判断されることになる。

(イ) 作為義務の存在

次に，公務員に一定の規制権限が付与されているとしても，そのことから直ちに，その権限の不行使が国家賠償法上違法と評価されることにはならない。不作為が違法となるためには，上記規制権限不行使によって損害を受けたと主張する特定の国民との関係において，当該公務員が規制権限を行使すべき義務（作為義務）が認められ，上記作為義務に違反することが必要である。

①規制権限行使の要件が法定され，上記要件を満たす場合に権限を行使しなければならないとされているときは，上記要件を満たす場合に作為義務が認められることになる。しかし，②多くの場合，公務員の規制権限に関する法規は，具体的場面において一定の規制権限の行使を公務員に許容するにとどまり，一定の行政権の行使を義務付けていない。この場合に，公務員は，一定の行政権を行使するか否か，行使するとしていかなる措置を講ずるか，いつこれを行うかについて裁量（効果裁量）をもつから，直ちに一定の時期に一定の権限を行使することが義務付けられることにはならない。これを行政便宜主義という。また，③法律が，規制権限行使の要件を具体的に定めず，要件の充足について行政庁が最終認定権をもつ場合もある。このような場合には，その要件が存在するか否かについて，公務員に裁量（要件裁量）が認められているとも考えられるから，この場合も，直ちに作為

義務は生じない。

上記②，③のような事例において，どのような場合に，公務員の規制権限の不行使が国家賠償法上違法とされるかについて，次の３説がある（山下郁夫・最高裁判所判例解説平成７年度民事篇599ページ）。

a　裁量権収縮論

一般に規制権限の行使が公務員の裁量にゆだねられている場合（法令上権限のみが規定され，権限行使を義務付ける規定がないときは，一般的にこのように解されるであろう。）であっても，具体的事情の下で一定の要件を満たしたときには，公務員の裁量の幅が収縮して零になるものと解し，規制権限の行使が義務付けられ，その規制権限の不行使は被害者に対する関係では，国家賠償法上違法と評価されるとする見解である。裁量権収縮の要件としては，①国民の生命，身体に対する侵害の危険の切迫性，②上記危険の認識（予見）可能性，③規制権限行使による結果回避可能性，④規制権限行使以外に結果の発生を回避し難いこと（補充性），⑤規制権限行使に対する国民の期待のあることがあげられることが多いが，学説・裁判例によっては上記要件の一部のみを挙げるものもある。

b　裁量権消極的濫用論

行政庁の規制権限の不行使がその裁量の範囲を逸脱し，裁量権の濫用に当たる場合には，上記規制権限行使が義務となり，権限不行使が違法と評価されるとする見解である。いかなる場合に裁量権の逸脱，濫用と認められるかについては，一般的な要件を示すものと，一般的な要件を示さずに当該事案の具体的事情の下で逸脱，濫用の有無を判断するものとがある。

c　「規制権限の不行使が著しく合理性を欠くこと」を要件とする見解

規制権限の行使に裁量が認められる場合には，原則として作為義務は生じないが，具体的事案の下で，規制権限を行使しないことが

著しく合理性を欠くと認められる場合には，規制権限行使の作為義務が認められ，権限不行使は違法となるとする見解である。いかなる場合に権限不行使が著しく合理性を欠くかについては，要件は特に示されておらず，個別事案ごとに具体的事情の下で判断されている。この見解とｂの要件を定立しない見解との差異はほとんどないと考えられる。後掲ウ④の最高裁平成元年11月24日第二小法廷判決，同⑤の同平成７年６月23日第二小法廷判決は，この立場に立つものとされる。

ｄ　検討

規制権限の行使が違法か否かを，一定の要件により固定的，定型的に判断するのは相当でない。そして，規制権限の行使を行政庁の裁量にゆだねた法の趣旨・目的がまず尊重されなければならない。そうすると，ｃの見解に立ち，規制権限の行使を行政庁の裁量にゆだねた法の趣旨，目的，裁量の幅の大小，規制の相手方及び方法についての法の定め方を前提として，規制権限不行使の前後にわたる一切の事情を評価の対象とし，規制権限の不行使が著しく合理性を欠くと評価される場合に限って，国家賠償法上の違法性が認められるべきである。

(ｳ)　反射的利益について

公務員の規制権限の不行使が被害者と主張する者に対する関係で国家賠償法上違法と評価されるためには，その者が主張する具体的利益がその権限の根拠を定める行政法規において保護されていることが必要である。行政法規の目的が専ら公益を保護しているにすぎない場合は，上記規制権限を行使することによって利益を受けることがあったとしても，それは反射的にもたらされる事実上の利益（反射的利益）にすぎず，法律上直接的に保護される利益ではない（福岡高裁平成2.9.26判決・訟月37-5-939参照）。このように保護法益の侵害と認められない場合には，当然に国家賠償法上の違法も認められない。職務上

の義務の観点からいえば，そのような場合は，被害者と主張する者に対する関係で，その主張に係る利益を保護すべき行為規範を認めることができないので，公務員が個別の国民に対して職務上の法的義務を負担することはないということになる（徳岡治「行政法規の保護範囲と行政権限不行使の違法性」新・裁判実務大系25・487ページ参照）。

ウ　裁判例

①　最高裁昭和46.11.30第三小法廷判決（民集25-8-1389，判時653-84，判タ271-177）

土地区画整理事業施行者が仮換地を指定し，その使用開始日を別に定めることなく，従前の土地の使用を禁止した場合において，施行者が土地区画整理法77条に基づき上記仮換地上に存在する第三者所有の建物を移転し又は除却する権限を行使せず，土地所有者が長期間にわたり仮換地を現実に使用することができないため損害を被ったときは，施行者の前記建物の移転除却を怠った不作為は違法であるとした。

②　最高裁昭和57.1.19第三小法廷判決（民集36-1-19，判時1031-117，判タ460-91）

「Ａの本件ナイフの携帯は銃砲刀剣類所持等取締法22条の規定により禁止されている行為であることが明らかであり，かつ，同人の前記の行為が脅迫罪にも該当するような危険なものであつたのであるから，Ｂ警察署の警察官としては，飲酒酩酊したＡの前記弁解をうのみにすることなく，同人を警察に連れてきたＢらに対し質問するなどして『スナックＣ』その他でのＡの行動等について調べるべきであつたといわざるをえない。そして，警察官が，右のような措置をとつていたとすれば，Ａが警察に連れてこられた経緯や同人の異常な挙動等を容易に知ることができたはずであり，これらの事情から合理的に判断すると，同人に本件ナイフを携帯したまま帰宅することを許せば，帰宅途中右ナイフで他人の生命又は身体に危害を及ぼすおそれが著しい状況にあつたというべきであるから，同人に帰宅を許す以上少なくとも

同法24条の２第２項の規定により本件ナイフを提出させて一時保管の措置をとるべき義務があつたものと解するのが相当であつて，前記警察官が，かかる措置をとらなかつたことは，その職務上の義務に違背し違法であるというほかはない。」

③　最高裁昭和59.3.23第二小法廷判決＝新島砲弾訴訟（民集38-5-475，判時1112-20，判タ524-99，判例自治3-103）

東京都下新島海岸でたき火に投じた旧陸軍の砲弾の爆発により死傷した事案

「警察は，個人の生命，身体及び財産の保護に任じ，犯罪の予防，鎮圧及び捜査，被疑者の逮捕，交通の取締その他公共の安全と秩序の維持に当たることをもつてその責務とするものであるから（警察法２条参照），警察官は，人の生命若しくは身体に危険を及ぼし，又は財産に重大な損害を及ぼす虞れのある天災，事変，危険物の爆発等危険な事態があつて特に急を要する場合においては，その危険物の管理者その他の関係者に対し，危険防止のため通常必要と認められる措置をとることを命じ，又は自らその措置をとることができるものとされている（警察官職務執行法４条１項参照）。もとより，これは，警察の前記のような責務を達成するために警察官に与えられた権限であると解されるが，島民が居住している地区からさほど遠からず，かつ，海水浴場として一般公衆に利用されている海浜やその付近の海底に砲弾類が投棄されたまま放置され，その海底にある砲弾類が毎年のように海浜に打ち上げられ，島民等が砲弾類の危険性についての知識の欠如から不用意に取り扱うことによつてこれが爆発して人身事故等の発生する危険があり，しかも，このような危険は毎年のように海浜に打ち上げられることにより継続して存在し，島民等は絶えずかかる危険に曝されているが，島民等としてはこの危険を通常の手段では除去することができないため，これを放置するときは，島民等の生命，身体の安全が確保されないことが相当の蓋然性をもつて予測されうる状況のもとにおいて，かかる状況を警察官が容易に知りうる場合には，警察官において右権限を適切に行使し，自ら又はこれを処分する権限・能力を有する機関に要請するなどして積極的に砲弾類を回収するなどの措置を講じ，もつて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解するのが相当である。してみれば，（中略）新島警察署の警察官を含む警視庁の警察官は，遅くとも昭和41，２年ころ以降は，単に島民等に対して砲弾類の危険性についての警告や砲弾類を発見した場合における届出の催告等の措置をとるだけでは足りず，更に進んで自ら又は他の機関に依頼して砲弾類を積極的に回収するなどの措置を講ずべき職務上の義務があつたものと解するのが相当であつて，前記警察官が，かかる措置をとらなかつたことは，その職務上の義務に違背し，違法であるといわなければならない。」

④　最高裁平成元.11.24第二小法廷判決（民集43-10-1169，訟月36-5-739，判時1337-48，判タ717-87，判例自治74-17）

宅地建物取引業者に対する宅地建物取引業法65条２項による業務停止ないし同法66条９号による免許取消しの処分は「その要件の認定に裁量の余地があるのであつて，これらの処分の選択，その権限行使の時期等は，知事等の専門的判断に基づく合理的裁量に委ねられているというべきである。したがつて，当該業者の不正な行為により個々の取引関係者が損害を被った場合であっても，具体的事情の下において，知事等に監督処分権限が付与された趣旨・目的に照らし，その不行使が著しく不合理と認められるときでない限り，右権限の不行使は，当該取引関係者に対する関係で国家賠償法１条の適用上違法の評価を受けるものではないといわなければならない。」とした。

⑤　最高裁平成7.6.23第二小法廷判決＝クロロキン第１期訴訟（民集49-6-1600，訟月42-10-2341，判時1539-32，判タ887-61，後掲エ(7)b①参照，③の上告審）

昭和54年改正前の薬事法下で，厚生大臣は，特定の医薬品を日本薬局方から削除し，又はその製造の承認を取り消すなどの権限を有するとした上で，「医薬品の副作用による被害が発生した場合であっても，厚生大臣が当該医薬品の副作用による被害の発生を防止するために前記の各権限を行使しなかったことが直ちに国家賠償法１条１項の適用上違法と評価されるものではなく，副作用を含めた当該医薬品に関するその時点における医学的，薬学的知見の下において，前記のような薬事法の目的及び厚生大臣に付与された権限の性質等に照らし，右権限の不行使が許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くと認められるときは，その不行使は，副作用による被害を受けたものとの関係において同項の適用上違法となるものと解するのが相当である。（中略）厚生大臣が（中略）薬事法上の権限を行使してクロロキン網膜症の発生を防止するための措置を採らなかったことが，薬事法の目的及び厚生大臣に付与された権限の性質等に照らし，その許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くとまでは認められず，国家賠償法１条１項の適用上違法ということはできない。」と判示した。

エ　類型別裁判例

以下は裁判例を類型別に分けたものであるが，事実関係，法律関係，責任根拠及び論理が千差万別であることに注意を要する。

(ｱ) 薬事・医療関係

a　スモン訴訟

① 金沢地裁昭和53.3.1判決（訟月24-2-237，判時879-26，判タ359-143）

「厚生大臣は，日本薬局方に収められていない医薬品（編注・その医薬品は局方に収められていないが，その中のある成分が局方に収められている医薬品も含む。）（中略）について，製造等の許可申請があったときは，その申請にかかる医薬品について全体としての安全性，有効性を審査する義務がある」，「或物質を医薬

品として公認するには，その物質のもつ，人体に対する有効作用と危険作用を比較衡量する必要があり，（中略）これを使用する場合のことを考えると，有用性は，更に適応性，使用量，使用期間等の面から立体的に判断されなければならない。」，「厚生大臣としては，医薬品の安全性確認のためには，無方式による実質的審査義務を負っているというべく，（中略）当該具体的事案のもとで適切と考えられるあらゆる方法をとることが可能であり，また，このような方法を駆使することによって，審査に万全を期する法律上の要請があった」，「厚生大臣の医薬品の安全性確認についての注意義務は，その時代における最高の学問的水準に拠ったものでなければならない」，「厚生大臣の本件製造許可，輸入又は製造承認は，キノホルム剤が，医薬品として使用される場合の安全領域をはるかに逸脱した範囲にまで有効性を公認しており，社会観念上著しく妥当性を欠いたものというべく，医薬品の有用性を判断する場合の裁量権の範囲を逸脱した違法な処分というべきである。（中略）右違法な処分をしたことについて，当時の厚生大臣には過失があったと認定するのが相当である。」

② 東京地裁昭和53.8.3判決（訟月25-1-13，判時899-48，判タ365-99）

「国民の生命・身体・健康に対する毀損という結果発生の危険があって，行政庁において規制権限を行使すれば容易にその結果の発生を防止することができ，しかも行政庁が権限を行使しなければ結果の発生を防止できないという関係にあり，行政庁において右の危険の切迫を知りまたは容易に知り得べかりし情況にあって，被害者ー結果の発生を前提ーとして規制権限の行使を要請し期待することが社会的に容認され得るような場合（中略）には，規制権限を行使するか否かについての行政庁の裁量権は収縮・後退して，行政庁は結果発生防止のためその規制権限の行使を義務

づけられ，したがってその不行使は作為義務違反として違法となる」，「本件においては基準時（昭和42年11月1日）以後において規制権限不行使の違法が認められる」

③　福岡地裁昭和53.11.14判決＝福岡スモン訴訟(訟月25-3-566，判時910-33，判タ376-58)

旧薬事法（昭和23年法律第197号）の規定そのものと法体系，薬務行政例，医薬品と国民のかかわりあい，国民の国の薬務行政に対する期待と信頼，医薬品の特質等を総合的に考慮すると，国家賠償法1条による責任を負う前提での国の医薬品安全確保義務と，それを介して国民の個々人の生命・健康の保全を図るべき義務は，各時代における国内の医学・薬学の最高の学問水準により得られた科学的知見を基に考えられなければならないとした上で，欠陥医薬品による副作用被害が発生した場合には，そのことだけで当該医薬品の国民への供給を可能ならしめた国の過失が事実上推定され，そのような副作用の発現が国に要求される注意義務を尽くしても，全く予見し得なかったことを国において主張・立証しない限りは上記推定は覆らないとした。

④　新潟地裁平成6.6.30判決（訟月43-1-1，判タ849-279)

旧薬事法上，厚生大臣に医薬品の安全性確保のための権限は付与されており，この権限を行使しなかったことは著しく不合理であるとした。

b　クロロキン訴訟

①　東京地裁昭和57.2.1判決＝クロロキン第1期訴訟（訟月28-9-1697，判時1044-19，判タ458-187，後掲③，⑤参照)

(a)薬事法の定めるところにより厚生大臣の行う薬事行政は，基本的には消極的な警察取締作用であるが，医薬品の適正な規制によって個々の国民の受ける利益は，単なる反射的利益ではなく，国家賠償法上保護された法的利益であるところ，昭和54年法律第

56号による改正前の薬事法は，厚生大臣に対し，特定の医薬品を薬局方に収載し，又はその製造承認を行うに当たり，自ら積極的に資料を収集して当該医薬品の一般に知られていない副作用の有無等を調査する義務や，薬局方収載又は製造承認済みの医薬品について副作用の追跡調査を行う義務等を課してはいないと解されるが，条理上，厚生大臣には，後日副作用のあることが判明したとき，改めて有用性を再評価し，有用性が否定される場合には，当該医薬品を薬局方から削除し，又はその製造承認の全部又は一部を撤回する権限並びに有用性が否定できない場合には，製造業者らに対し，使用者に向けて当該副作用の適正な警告指示措置等を採るよう命ずる権限がある。(b)医薬品の安全性確保に関する厚生大臣の規制権限を行使するか否かは，本来同大臣の自由裁量に属するが，例外的に，①既に重篤で無視できない副作用により国民の生命，身体，健康が現に侵され，将来もその危険性があることを厚生大臣又はその補助機関が認識した場合で，②当該医薬品の製造業者らが自らの第一次的で固有の義務を怠り自発的に結果回避措置を講ずることなく放置し，そのため結果回避には厚生大臣の規制権限の発動以外にあり得ない事情に至り，③そして国民も厚生大臣の上記権限の行使を信頼・期待している状況にあるときは，厚生大臣に上記裁量の余地はなく，一義的に規制権限の客観的に適正な行使が義務付けられ，その適切な行使をしないときは，職務上の義務違反となるとした。

②　東京地裁昭和62.5.18判決＝クロロキン第2期訴訟（訟月34-2-327，判時1231-3，判タ642-100，後掲④参照)

「薬事法は，基本的には消極的な警察取締法規としての性格を有しているものと見ざるを得ない。（中略）同法の定めるところにより厚生大臣の行う薬事行政も，基本的には消極的な警察取締作用と観念し位置づけざるを得ない。（中略）薬事法に基づく医

薬品の適正な規制によって個々の国民の受ける利益は，単なる反射的な利益ではなく，国家賠償法上保護された法的利益に該当する」，「薬事法には，医薬品それ自体の安全性の確保に関し厚生大臣の具体的な権限及び責務を定めた明文の規定は全くない。（中略）薬事法は，厚生大臣に対し，特定の医薬品を日本薬局方に収載し，又はその製造の承認を行うにあたり自ら積極的に資料を収集して当該医薬品の一般に知られていない副作用の有無，程度等を調査する義務や，薬局方収載又は製造承認済みの医薬品について副作用の追跡調査を行う義務等を課してはいないものと解するのが正当であ（る。中略）。厚生大臣は，（中略）個別の根拠規定の有無にかかわらず，製薬会社の行う医薬品の製造・販売に関し随時指導勧告をなし得る立場にある。（中略）薬局方収載時又は製造承認時に知られていなかった副作用が後日判明した場合については，厚生大臣の規制の権限を定める明文の規定はない。（中略）状況如何によっては，厚生大臣が製薬業者に対し被害回避のため必要最小限度の指導勧告をなすことが国民に対する義務でもあり，それを怠るときは損害賠償義務を負うこととなる例外的な場合がある」，「いわゆる行政指導は原則として行政庁の裁量に委ねられているばかりでなく，（中略）製薬業者の営業の自由等とのかね合いから，慎重かつ控え目になされるべきであ（る）」，「副作用回避の義務を負うのは，医薬品を製造，輸入，販売する製薬会社であり，それを使用する臨床医師である。厚生大臣のこの点における役割は後見的なものであり，その義務は製薬会社の義務に対する補充的なものであって，（中略）製薬会社が必要な措置を講じないで放置し，製薬会社の自主的な措置をもはや期待し得ず，国民の健康保持の見地から看過し得ない事態が生じていることが明らかになった時に初めて，厚生大臣が適切な措置をとるべき義務が発生する」，「厚生大臣が，クロロキン網膜症の存在

を認識していたにとどまらず，その発生を容認しながら，作為に出なかったという事実を認めるに足る証拠はない。（中略）厚生大臣に同症回避措置を怠った義務違反があるとはいえないから，その過失も認めるに足りない」

③　東京高裁昭和63.3.11判決＝クロロキン第1期訴訟(訟月34-12-2561，判時1271-3，判タ666-91，①の控訴審)

②とほぼ同旨の理由で，①判決を取り消し，国に対する請求を棄却した。

④　東京高裁平成6.9.13判決＝クロロキン第2期訴訟（訟月41-11-2715，判時1505-17，判タ862-159，②の控訴審）

旧薬事法上，厚生大臣は医薬品の安全性確保義務を負担し，かつ，明文の規定はないが，一定の限度で承認後も規制権限を有するとしつつ，上記権限の不行使が違法となるのは，権限付与の趣旨・目的に照らしその不行使が著しく不合理であると認められる場合に限られるとして，②判決に対する控訴を棄却した。

⑤　最高裁平成7.6.23第二小法廷判決＝クロロキン第1期訴訟（民集49-6-1600，訟月42-10-2341，判時1539-32，判タ887-61，①，③の上告審）

判決要旨はウ⑤（225ページ）参照

c　筋拘縮症訴訟

①　福島地裁白河支部昭和58.3.30判決（訟月29-10-1853，判時1075-28，判タ493-166）

乳幼児期に大腿部への頻回筋肉注射を受けたことにより，いわゆる大腿四頭筋短縮症に罹患したとする患者及びその両親からの損害賠償請求につき，製薬会社には，筋肉注射剤の製造・販売をするに際し，結果発生予見義務違反及び結果発生回避義務違反の各過失を肯定したが，国には，筋肉注射剤の製造承認をするに際し，製薬会社に対し，その筋組織傷害性に関する使用上の指示・

警告をなすべき義務を課して製造承認すべき義務及び上記製造承認後，本件最終注射年月日までに筋肉注射剤の筋組織傷害性を公表し，製薬会社に対し上記同様の指示・警告をなさせるべき義務並びに医師法24条の２に基づき医師に対し筋肉注射の副作用を警告し，その使用方法につき適切な指示をすべき義務はなかったとして，国の過失責任を否定した。

② 東京地裁昭和60.3.27判決（訟月31-12-2919，判時1148-3，判タ555-121）

薬事法は，厚生大臣に対し，医薬品の製造承認時はもとよりその後においても安全性確保のため適切な措置を講ずべき権限と義務を付与しているが，厚生大臣には筋拘縮症の発生が差し迫った具体的な危険を予見し得る可能性があったことを肯定することはできないので，国には責任がないとした。

③ 名古屋地裁昭和60.5.28判決（訟月32-2-213，判時1155-33，判タ563-202）

衛生取締法規である薬事法は厚生大臣に対し，医薬品についての安全確保を国民に対する義務として定立していると解し得ないが，医薬品の副作用を知り，あるいは容易にこれを知ることができたときには，条理上安全確保義務を負うとした上で，本件においては厚生大臣に上記義務を懈怠したことを認めることはできないので国には責任がないとした。

d　骨関節結核訴訟

① 広島地裁尾道支部昭和60.3.25判決（訟月31-10-2285，判時1158-32，判タ554-87，後掲②参照）

骨関節結核に罹患したとする患者本人ら及び死亡者の相続人らが，罹患により死亡若しくは関節等の機能傷害等の損害を被ったのは，知事及び保健所長が骨関節結核の予防及びまん延防止のための有効適切な措置を講ずべき作為義務を怠ったためであるとして，国及び広島県に対し損害賠償を求めた事案につき，骨関節結核の罹患が，病院における治療行為の際に注射器具若しくは注射液に結核菌が付着若しくは混入し，その関節注入によって結核感染を起こしたいわゆる接種感染の疑いが濃厚なものと認められたが，県知事及び保健所長は，地域住民の結核感染等による生命・身体に対する危害の発生が相当の蓋然性をもって予測できる場合は，条理上結核の発病，病状悪化を未然に防止すべき作為義務を負うが，本件においては，県知事及び保健所長において，骨関節結核の差し迫った危険を容易に知り得たときとは認めることができないから，これらの者が結核予防行政面における行為義務を負う場合に当たらないとした。

② 広島高裁平成6.3.29判決（判タ870-141，判例自治128-76，①の控訴審）

「都道府県知事又は保健所長が結核の集団発生の切迫の具体的危険性を認識し得，その発生又は被害の拡大防止のためには，都道府県知事又は保健所長が緊急の措置を取るしか方法がなく，また，それを取り得ると認められる場合には，明文の規定はなくとも結核予防法全体の趣旨又は条理により，右措置を取ることが都道府県知事又は保健所長の個別の国民に対する職務上の義務として要請され，その義務のけ怠は不作為の違法と評価され，国及び地方公共団体は，国家賠償法１条１項（中略）の責任を負うことになる」，「Ａ県知事又はＢ保健所長に本件患者らに対する法的な作為義務のけ怠，不作為の違法があったと認めることはできない。」

e　未熟児網膜症訴訟

○ 東京地裁平成元.7.21判決＝東京未熟児網膜症集団訴訟（判時1334-21）

未熟児網膜症に罹患して失明し，又は重篤な視力傷害を残存し

た患児及びその両親らが，国等に損害賠償を請求した事案

「厚生大臣には医薬品の副作用に関する安全性の確保に関する権限につき明文の規定がなく，したがって，安全性を確保する法的義務も負わないのが原則ではある。(中略) 国民の生命，身体，健康に対して具体的な危険（中略）が切迫していて，厚生大臣がこの具体的な危険を知り，又は容易に予見し得る状況にあり，厚生大臣において右の如き行為をすれば容易に結果の発生を回避することができ，かつ，厚生大臣がそのような行為をしなければ他に結果の発生を回避することができない場合であって，国民が厚生大臣にそれを期待しているときには，厚生大臣には，条理に基づき例外的に右の如き行為をする法的権限が生じ，かつ，これをする法的な義務を負うに至る」が，本件の未熟児に対する酸素の投与，保育器の使用に関しては当時いまだそのような状況になかったから，国の責任を認めることはできないとした。

f　医療

○　東京地裁平成11.6.30判決（訟月47-7-1754，判タ1007-120，判例自治195-62)

いわゆる富士見産婦人科病院事件により被害を受けたとする原告らからの国家賠償請求につき，厚生大臣及び県知事の権限行使の適否につき被害発生の予見可能性，結果回避の可能性に関する諸般の事情，規制される側の諸般の事情，権限行使に積極・消極に作用するその他の諸般の事情を具体的かつ総合的に考慮した上，厚生大臣及び県知事が上記病院における「乱診乱療」について認識又は予見することができたということはできず，厚生大臣及び県知事において，上記病院に対して立入検査をし，その余の徹底的な調査をすべき作為義務があったとも認められないとした。

g　MMR訴訟

○　大阪高裁平成18.4.20判決（判時1949-38)

厚生大臣が製造承認し，任意接種の方法で実施されていた，乾燥弱毒性麻しんおたふくかぜ風しん混合ワクチン（MMRワクチン）の接種による被害につき，薬事法に基づく規制権限（緊急命令）不行使がその許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くと認めるべき医学的・薬学的知見が存在していたとは認められず，予防接種制度について，MMRワクチンの導入から一時見合わせ措置が執られるまでの政策的判断が裁量の範囲を逸脱し，著しく合理性を欠くものとまでは認められないが，ワクチン製造者に承認を受けた製造方法を遵守させる点についての厚生大臣によるワクチン製造者に対する指導監督は不十分であり，指導監督義務違反による副反応の発生による被害の結果について予見可能性があるから，国の過失責任が認められるとした。

h　C型肝炎訴訟

厚生大臣が承認し，製薬企業が製造販売した血液製剤（フィブリノゲン製剤，第Ⅸ因子製剤）の投与によってC型肝炎ウイルスに感染したとする患者又はその遺族らが，適応症を先天性疾患に限定しないで承認し，その後も承認取消権限を行使しなかった権限不行使の違法，医師等に肝炎リスクを周知徹底すべく製薬企業に指示警告させる指導権限の不行使の違法を主張して，国等に損害賠償を請求した事案

①：大阪地裁平成18.6.21判決＝大阪C型肝炎訴訟（訟月53-12-3445，判時1942-23)〈控訴審で和解により終了〉

「非加熱フィブリノゲン製剤の適応を先天性低フィブリノゲン血症に限定しなかった厚生大臣の規制権限不行使については，昭和62年4月時点では，その時点における医学的，薬学的知見の下において，（中略）もはや当該権限の不行使がその許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くと認めることができるから，その不行使は，副作用による被害を受けた者との関係において国家

賠償法１条１項の適用上違法となるものというべきである。」

「加熱製剤は，昭和62年４月当時における医学的・薬学的知見の下において，後天性低フィブリノゲン血症に対して有効性及び有用性を認められなかったのであるから，その限りで，厚生大臣は，その製造を承認してはならなかったというべきである。（中略）加熱フィブリノゲン製剤の適応を先天性フィブリノゲン血症に限定せず，有用性のない加熱製剤の製造承認をしたのであるから，このような厚生大臣の行為は，その職務上の法的義務に違反し，国家賠償法１条１項の適用上違法というべきである。」

② 福岡地裁平成18.8.30判決＝福岡Ｃ型肝炎訴訟（訟月54-1-1，判時1953-11）〈控訴審で和解により終了〉

「厚生大臣は，ＦＤＡ（編注・米国食品医薬品局）の承認取消しが公示（編注・昭和53年１月のフィブリノゲン製剤承認取消し）された後，（中略）非加熱フィブリノゲン製剤の有効性及び有用性について調査，検討を行い，遅くとも昭和55年11月までには本件非加熱フィブリノゲン製剤の適応を先天性低フィブリノゲン血症に限定すべきであった。（中略）厚生大臣は，再評価の結果を待つまでもなく，本件非加熱フィブリノゲン製剤の製造，販売業者である被告会社らに対し，緊急安全性情報を配布するよう被告会社らに行政指導すべき義務があった。ところが，厚生大臣は，これらを怠った職務上の義務違反があり，国賠法上，違法というべきである。」

③ 東京地裁平成19.3.23判決＝東京Ｃ型肝炎訴訟（訟月54-9-1705，判時1975-52）〈控訴審で和解により終了〉

フィブリノゲン製剤及び第Ⅸ因子製剤の後天性疾患に対する有用性を認め，適応を先天性疾患に限定しなかった違法を否定した。

フィブリノゲン製剤に係る指示警告させる指導権限の不行使につき，昭和62年の非加熱フィブリノゲン製剤による肝炎発生を受

け，加熱製剤に早急に切り替えるという方針は，事態の収拾策として是認できないわけではないが，加熱フィブリノゲン製剤は医薬品として看過し難い副作用リスクを伴う可能性がある一方で，適応症例は少数にとどまることから，厳格に適応が遵守されなければ，副作用リスクがいたずらに拡大するおそれがあるところ，医療現場においては非Ａ非Ｂ型肝炎を軽い疾患と考えており，既に適応外使用が拡大していることが疑われるなどの状況にあったのであるから，製薬会社をして，加熱フィブリノゲン製剤による肝炎感染の危険性，非Ａ非Ｂ型肝炎の重篤性及び適応症遵守の３点において，緊急安全性情報に匹敵する程度の強い指示・警告をさせるべきであったにもかかわらず，厚生大臣はこれを看過したもので，加熱フィブリノゲン製剤の供給開始（昭和62年４月20日以降）から緊急安全性情報配布完了（昭和63年６月23日）までの間における権限不行使の違法があるとした。

第Ⅸ因子製剤に係る指示警告させる指導権限の不行使につき，昭和59年１月１日以降の製薬会社の過失を認めたが，国については，当時，第Ⅸ因子製剤による副作用被害の発生について差し迫った危険性を抱かせるような具体的状況はなかったとして，その責任を否定した。

④ 名古屋地裁平成19.7.31判決＝名古屋Ｃ型肝炎訴訟（訟月54-10-2143）〈控訴審で和解により終了〉

フィブリノゲン製剤及び第Ⅸ因子製剤の後天性疾患に対する有用性を認め，適応を先天性疾患に限定しなかった違法を否定した。

フィブリノゲン製剤につき昭和51年４月以降，第Ⅸ因子製剤につき同年12月以降，肝炎感染の危険性等を添付文書に明確な表現・表示方法をもって記載させる措置を怠った違法があるとした。

⑤ 仙台地裁平成19.9.7判決＝仙台Ｃ型肝炎訴訟（訟月54-11-2571）〈控訴審で和解により終了〉

フィブリノゲン製剤及び第Ⅸ因子製剤の後天性疾患に対する有用性を認め，適応を先天性疾患に限定しなかった違法を否定した。

フィブリノゲン製剤に係る指示・警告させる指導権限の不行使につき，昭和53年時点における添付文書の記載は副作用情報の提供として足りており，昭和62年４月時点において，厚生大臣が製薬会社に対して副作用情報の提供及び適応内使用への注意喚起の発出を内容とする緊急命令を発しなかったことはなお裁量の範囲内にあり，それ以後においても，厚生大臣は製薬会社に対してその時々に応じた行政指導を講じたといえるとして，権限不行使の違法を否定した。

第Ⅸ因子製剤に係る指示・警告させる指導権限の不行使を否定した。

(イ) 食品衛生関係

① 大阪高裁昭和55.3.14判決＝ふぐ中毒死訴訟（訟月26-8-1285，判時969-55）

ふぐ料理により中毒死した事故につき，厚生大臣らに上記事故の発生を予防するための規制権限行使義務違反があるとして，損害賠償を求められた事案につき，ふぐ中毒は，人の生命，身体に対する危害という重大な危険を伴うものではあるが，具体的な危険の発生がひっ迫しているわけではなく，行政庁の権限行使を待たなければ私人の側の努力で危険を回避することが困難な状況にあるとは認められないこと，兵庫県及び神戸市においてふぐ中毒事故の発生を予防するため，昭和41年ころから，ふぐを取扱う業者に対する指導，監督を強め，ふぐを取扱う業者には必ず保健所へ届け出ることを励行させ，ふぐの有毒臓器は一切販売，提供してはならない旨指導し，毎年１回ふぐの調理のための講習会を開催し，ふぐ調理に携わる者を対象に受講させ，神戸市においては各種調査に当たる食品衛生監視員をして併せて業者の指導に当たらせるなど，上記の指導内容を

徹底させていたこと等を認定した上，国には，ふぐ中毒事故防止のため食品衛生行政上与えられた権限を必要に応じて適切に行使し，対策を講じていたものと認められ，適切な権限の行使を怠ったとか，あるいは，その権限の不行使が違法と評価され，国家賠償法１条に該当するというような特段の事実関係は認められないとした。

② 福岡高裁昭和59.3.16判決＝カネミ油症第１陣訴訟（訟月30-8-1291，判時1109-24，判タ520-93）

ポリ塩化ビフェニール（ＰＣＢ）の混入した食用油を直接経口摂取したか，あるいは経口摂取した母親から胎盤又は母乳を通じて摂取したことにより，ざ瘡様皮疹，色素沈着などの皮膚症状ほか眼脂過多，頭痛（頭重感）等の全身性疾患に罹患したとする患者本人及びその相続人らが国等に損害賠償請求をした事案につき，本件事故発生当時，国がＰＣＢの持つ人の健康に対する危険性の切迫した状況を容易に知るべきであったとはいえず，また，本件油症事件発生まで食用油脂製造業界において食品事故が発生した例は乏しく，まして熱媒体が食用油に混入するという事故は予想外のことであって，熱媒体の混入の危険が切迫していると考えられる状況にはなかったとして，一審原告らのＰＣＢの生産と使用に関する規制権限不行使の違法及び本件油症事件発生までの食用油脂製造業を営業許可業種に指定しなかった違法及びカネミ倉庫に対する食品衛生法上の規制権限不行使の違法の主張を否定した。一方，食品衛生法上の権限の行使，不行使は原則として行政庁の自由裁量に属するが，飲食に起因する衛生上の危害の発生防止について行政庁は積極的な行政責任を負い，もし食品の安全性を疑うべき具体的な徴表が存するときはもちろん，それに連なる蓋然性の高い事象が存する場合には行政庁は自由裁量の余地はなく規制権限を予防的に行使する法律上の義務を負うとした上で，食品の生産流通を職務とする農林省係官が，自己の職務を独自に執行中であっても，その過程で食品の安全性を疑

うような事実を探知し，その安全性に相当な疑いがあれば，食品衛生業務を本来の職務としないとはいえ，これを所管の厚生省等に通報し，権限行使の端緒を提供する義務を負うとした。

③　福岡地裁小倉支部昭和60.2.13判決＝カネミ油症第３陣訴訟（訟月31-9-2031，判時1144-18，判タ548-81）

国の行政機関所属の公務員は自己本来の職務を独自に執行中であっても，その過程において自己の職務と密接に関連する他の行政機関の所掌事務の円滑，適切な処理のため必要不可欠であると認められる事実を了知したとき，又は了知し得べかりしときは，他の行政機関に対し，当該事実の通報連絡，意見聴取，事前聴取，覚書交換等適宜具体的場合に即応した連絡調整を図るべき義務を自己本来の職務ないしこれに準ずるものとして当然負担し，その限りにおいて，各行政機関所属の公務員は有機的に一体として連携すべきことが予定されているというべきであり，国家賠償法１条の「公務員がその職務を行うについて」の「職務」中には自己本来の職務行為はもとより，適宜具体的場合に応じて必要とされる連絡調整義務もこれに含まれるものと解され，連絡調整が必要とされる状況下において，公務員が故意又は過失によって違法に連絡調整を怠り，その結果，他人に損害を加えたときは，国は国家賠償法上の損害賠償責任を免れないとした。

④　福岡高裁昭和61.5.15判決＝カネミ油症第２陣訴訟（訟月33-5-1055，判時1191-28，判タ604-35）

本件油症事件発生の昭和43年以前においては，ＰＣＢは産業界はもとより社会一般においてはさほど毒性の強い物質とは認識されておらず，環境汚染問題にしても，外国の先駆的研究者の指摘は既になされていたと見ることはできるとしても，少なくとも我が国において世間一般の注目をひき本格的な調査研究が始められたのは昭和45年以降であったから，それ以前である昭和43年当時国にＰＣＢの

環境や人体に対する危険性についての調査研究義務を課すことはできず，したがって，国がＰＣＢのもつ人の健康に対する被害発生の差し迫った危険を容易に知り得べき状況にあったとすることはできないし，また，鶏の大量へい死事故の調査に関与した農林省出先機関及び農林本省の各担当公務員に，食品衛生担当行政庁への連絡通報懈怠等があったとはいえないとした。

⑤　熊本地裁昭和62.3.30判決＝熊本水俣病３次第１陣訴訟（訟月33-11-2605，判時1235-3，判タ635-121）

不知火海沿岸に居住し又は居住していた原告又はその被相続人らが，チッソ株式会社の水俣工場の廃水中に含まれるメチル水銀によって汚染された魚介類を継続して摂取したため水俣病に罹患したと主張し，直接の加害行為者であるチッソ株式会社に対しては民法709条に基づき，国及び熊本県に対しては，食品衛生法，漁業法，水産資源保護法等に基づく規制権限を行使しなかったことが違法であるとして国家賠償法１条及び３条に基づき損害賠償を請求した事案につき，各種法規が行政庁に規制権限を与えているが，行使するか否かにつき法律上の制約がなく，行政庁の裁量にゆだねられているときには，行政庁が規制権限を行使しなかったとしても直ちに違法とはなり得ないが，(a)国民の生命，健康に対する重大な具体的危険が切迫していること，(b)行政庁が危険を知っているか又は容易に知り得る状態にあること，(c)規制権限を行使しなければ結果発生を防止し得ないことが予想されること，(d)国民が規制権限の行使を要請し期待し得る事情にあること，(e)規制権限を行使すれば容易に結果発生を防止することができることの各要件を充足するときは，行政庁の裁量の余地がなくなり，当該規制権限の不行使は国家賠償法上の違法となるとした。その上で，国及び熊本県は，昭和32年９月ころから遅くとも昭和34年11月ころまでには，上記５要件を充足する事態にあったことを認識すべき状況にあり，しかも，食

品衛生法，漁業法，熊本県漁業調整規則等による規制権限を有し，かつ，その行使の要件をも充足していたとして，上記各法規を適用してできる限りの予防措置を執るべき法的義務が存在していたにもかかわらず，この義務に反し，原告ら患者らに損害を与えたのであるから，国には賠償責任があるとした。

⑥　東京地裁平成4.2.7判決＝東京水俣病訴訟（訟月38-11-1987，判時（平成４年４月25日号-3），判タ782-65）

食品衛生法，漁業法，水産資源保護法，熊本県漁業調整規則，公共用水域の水質の保全に関する法律及び工場排水等の規制に関する法律に基づく，魚介類の販売，漁獲等の禁止，排水規制等につき，厚生大臣等にはその権限がなく，又は権限行使の要件を充足しておらず，さらに，緊急避難的に新たな規制権限が生じることもなかったから，国には責任がないとした。

⑦　新潟地裁平成4.3.31判決＝新潟水俣病２次第１陣訴訟（訟月39-4-577，判時1422-39，判タ782-260）

新潟水俣病に罹患したとする未認定患者らが，国に対して行政指導による作為義務違反，排水規制権限の不行使等を理由として，国家賠償法１条に基づき損害賠償を求めた事案につき，当時水俣病について得られていた知見や企業側の対応等からして，国が加害工場に対して排水規制のための行政指導をする合理的根拠がなかったから，国が行政指導をすべき義務があったとはいえず，また，昭和34年11月当時や同36年当時において，汚染物質は特定されていなかったこと，工場から汚染物質であるメチル水銀が排出されていることは明らかではなかったこと，有機水銀化合物の分析定量方法は確立されていなかったこと，総水銀についての分析定量により水質基準を決定したとすれば，水俣病の原因物質ではない無機水銀化合物の排出を規制して，必要な程度を超えて水質基準を決定することになりかねなかったことなどから，国が，同工場に対する排水規制をすることもできなかったとしても違法ではないとした。

⑧　京都地裁平成5.11.26判決＝京都水俣訴訟（訟月40-11-2581，判時1476-3，判タ838-101，判例自治120-72）

国の責任に関し，昭和34年11月末ころには，(a)水俣病の原因物質はある種の有機水銀化合物であると特定され，(b)その排出源がチッソ水俣工場であることも，断定はできないものの高度の蓋然性をもって認識でき，(c)汚濁物質の分析定量も総水銀としてであれば可能であったから，水質基準の設定は可能であり，その他の水質保全法及び工場排水規制法上の権限行使のための要件も充足されていたとし，当時のチッソ水俣工場の排水により国民の生命，健康の安全が脅かされていることが明白にして切迫しているという状況下では，「経済企画庁長官においては，昭和34年12月末までに，水俣湾及び水俣川河口付近の公共用水域のうち水俣病の原因物質を含むと思料される総水銀がチッソ水俣工場の工場排水から排出され公衆衛生上重大な影響がもたらされている水域を指定水域として指定し，かつ，同水域に排出される排水から工業技術院東京試験所のジチゾン比色法によって総水銀が検出されるべきではないという水質基準を定立すべき作為義務が発生していたものと認めるのが相当である。」，「内閣において，工場排水法２条２項に基づき，政令でチッソ水俣工場のアセトアルデヒト酢酸製造施設を『特定施設』と定め，かつ，その主務大臣を通産大臣と定めるべき作為義務が発生していたものと認めるのが相当である。」，「経済企画庁長官による水質基準の設定，内閣による特定施設のいずれにおいてもアセトアルデヒド製造施設が対象とされることはなかったのであり，（中略）被告国の対応は遅きに失するものであって，水質二法による前記各作為義務を履行したのものとは到底認められない。（中略）被告国には水質二法に基づく工場排水の規制権限の行使を怠った過失があり，昭和35年１月以降に不知火海の魚介類を摂食して水俣病に罹患した

者に対しては，損害賠償責任を負うと解するのが相当である。」とした。また，県の責任に関しては，「昭和34年11月末当時の諸般の事情に徴すると，水俣病という前代未聞の重大な公衆衛生上の被害が発生しておりその被害拡大防止のためにはもはや一刻の猶予も許されない状況にあったものであるから，かかる緊急事態においては，当該法規の直接の保護目的が個々の住民の生命，健康の保護にない場合であっても，当該規制権限行使の要件が充足されており，当該規制権限の行使が被害の発生及び拡大防止に有効であって，かつ，他にとるべき手段がない場合には，公務員は右規制権限を行使し得るのみならず，これを行使すべき職務上の法的義務があるものと解するのが相当である。」，「熊本県知事において，昭和34年11月末ころには熊本県知事には，調整規則32条に基づく規制権限を行使すべき作為義務が発生していたものであるところ，（中略）新たな除外施設の設置を命じ，又は既存の除外施設の変更を命ずるのに必要期間は長くとも一か月間とみるのが相当であるから，熊本県知事において，遅くとも昭和34年12月末までに調整規則32条２項所定の除外設備設置命令等の排水規制権限を行使すべき作為義務が発生していたにもかかわらず，これを怠った過失があるものと認めるのが相当である。」とした。

⑨　大阪地裁平成6.7.11判決＝関西水俣訴訟（訟月41-8-1799，判時1506-5，判タ856-81，判例自治125-34，前掲８(2)②，後掲⑩参照）

熊本県水俣市周辺に発生した水俣病に関して，国及び熊本県の公務員に食品衛生法（昭和47年法律第108号による改正前のもの），漁業法（昭和37年法律第156号による改正前のもの），水産資源保護法，熊本県漁業調整規則（昭和26年熊本県規則第31号），公共用水域の水質の保全に関する法律，工場排水等の規制に関する法律，毒物及び劇物取締法（昭和39年法律第165号による改正前のもの）及び労働基準法に基づく規制権限の不行使に違法はないとした。

⑩　最高裁平成16.10.15第二小法廷判決＝関西水俣訴訟（民集58-7-1802，訟月51-9-2323，判時1876-3，判タ1167-89，⑨の上告審，後掲第５の２(3)ア(エ)④（389ページ）参照）

「国又は公共団体の公務員による規制権限の不行使は，その権限を定めた法令の趣旨，目的や，その権限の性質等に照らし，具体的事情の下において，その不行使が許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くと認められるときは，その不行使により被害を受けた者との関係において，国家賠償法１条１項の適用上違法となるものと解するのが相当である。（中略）同年（編注・昭和34年）12月末には，主務大臣として定められるべき通商産業大臣において，上記規制権限（編注・公共用水域の水質の保全に関する法律及び工場排水等の規制に関する法律（いわゆる水質二法）に基づく規制権限）を行使して，（中略）必要な措置を執ることを命ずることが可能であり，しかも，水俣病による健康被害の深刻さにかんがみると，直ちにこの権限を行使すべき状況にあったと認めるのが相当である。また，この時点で上記規制権限が行使されていれば，それ以降の水俣病の被害拡大を防ぐことができたこと，ところが，実際には，その行使がされなかったために，被害が拡大する結果となったことも明らかである。（中略）昭和35年１月以降，水質二法に基づく上記規制権限を行使しなかったことは，上記規制権限を定めた水質二法の趣旨，目的や，その権限の性質等に照らし，著しく合理性を欠くものであって，国家賠償法１条１項の適用上違法というべきである。」

(ｳ)　労働衛生関係

①　大阪地裁昭和57.9.30判決＝大東マンガン訴訟（訟月29-4-599，判時1058-3，判タ479-226，後掲②参照）

マンガン精錬所の元従業員らが，劣悪な作業環境の下で長年多量のマンガン粉じんを曝露した結果，マンガン中毒及びじん肺に罹患

したとして，事業主に対しては主位的に安全配慮義務違反による債務不履行，予備的に不法行為を理由として，また国に対しては監督機関である大阪労働基準局及び守口労働基準監督署の旧労働基準法上の規制権限の不行使の違法を理由として，それぞれ損害賠償を求めた事案につき，旧労働基準法の労働安全衛生関係の法規の適用により個々の労働者の受ける利益は，いわゆる反射的利益ではあるが，反射的利益でも違法に侵害された場合には損害賠償義務が発生することがあり得るとした。その上で，旧労働基準法及び労働安全衛生法において国の監督機関に与えられている権限を行使するか否かは監督機関の裁量事項であって一般的に違法の問題は生じないが，人間の生命，身体に対する危険が切迫し，かつ，継続していること，監督機関において，上記の危険の切迫し，継続していることを知っているか，又は容易に知り得ること，監督機関において，その権限を行使すれば容易にその結果の発生を防止することができる関係にあり，監督機関が権限を行使しなければ結果の発生を防止し得ないという関係にあること，被害者の結果の発生を前提として，監督権限の行使を要請し，期待することが当時において社会的に容認される場合であることの各事項を充足する場合には，裁量の範囲を著しく逸脱し，著しく合理性を欠くこととなり，不作為の違法として，国家賠償責任を負うとした。

② 大阪高裁昭和60.12.23判決＝大東マンガン訴訟（訟月32-7-1561，判時1178-27，判タ582-47，①の控訴審）

「労働条件，労働者の安全衛生，労働災害の防止は第一次的には使用者の義務とされ，国は後見的立場において使用者の右義務履行を監視し，場合によっては罰則を背景としその圧力によって違反行為の発生を未然に防止し，またこれを終息させるべく行政指導を行うものである。（中略）労働基準監督行政の性質からして，行政官庁による右諸規定（編注・旧労働基準法54条等）に定められた権限

の行使は，その合理的な裁量に委ねられたものと解するのが相当である。また，右労働基準監督行政の性質及び国としては労働災害補償保険法に基づき労災保険を管掌運用することにより労働災害に対する行政的救済を図っていること並びに安全衛生と労災防止については労働者もこれに努めるべきものであること等を併せ考えると，（中略）労働基準監督機関に原告ら主張のような行政上の措置ないし行政指導をなすべき義務を労働者との関係において直接に認めることはできない。（中略）被告の監督機関の作為義務又は監督権限不行使の違法は認められないから，（中略）国家賠償法1条1項に基づく損害賠償責任はない」

③ 札幌地裁昭和61.3.19判決＝札幌クロム禍訴訟（訟月33-1-1，判時1197-1）

クロム酸塩等の製造，運搬の過程において，長期間劣悪な作業環境の下で多量の六価クロム粉じんに被曝し，これを吸入した結果，皮膚障害，上気道障害，胃腸障害等の身体障害に罹患し，あるいは肺がん等に罹患し死亡したとして，雇用主会社に対しては，不法行為及び安全配慮義務違反による債務不履行を理由として，また，国に対しては，労働安全衛生行政に携わる公務員が労働安全衛生に関する行政権限を行使すべき作為義務に違反したとして，国家賠償法1条に基づき損害賠償を求めた事案につき，労働安全衛生行政に携わる公務員の権限不行使が国家賠償法上違法になる要件として，(a)私人の加害行為が存在すること，(b)当該公務員が上記加害行為の成立（結果発生）を防止・回避することを可能にする行政上の措置を執り得る権限を行使する権能を有していたこと，(c)当該公務員が上記行政権限等を行使するについて特段の法的制約等がなかったこと，(d)当該公務員が上記行政権限等を行使しなかったこと，(e)上記行政権限不行使の時点において，当該公務員が上記行政権限等を行使すべき作為義務が存したこと，(f)当該公務員が加害原

因行為に起因して被害が発生したことが必要であるとした上，本件においては(a)ないし(d)の要件は充足されるが，(e)の作為義務を認めるべき状況が存在したとは認められないから，労働安全衛生行政に携わる国の公務員に権限不行使の違法はないとした。

④　長野地裁昭和61.6.27判決＝長野じん肺訴訟（訟月33-2-423，判時1198-3，判タ616-34）

原料の石綿及びスフから石綿糸，石綿布，パッキン類等の石綿製品を製造する会社の元従業員及びその相続人らが，石綿製品製造工程において発生する石綿粉じんを吸入したことによってじん肺に罹患して重篤な症状に陥り，一部の者は死亡するに至ったとして，会社に対しては，安全配慮義務違反による雇用契約上の債務不履行及び不法行為による損害賠償を，国に対しては，労働基準監督機関の監督権限不行使が国家賠償法上違法となるとして国家賠償法１条による損害賠償を求めた事案につき，行政庁が法令上の権限を具体的に行使すべきかどうか，あるいはどの時期にどのような方法を選択するかは，原則として行政庁の裁量判断にゆだねられているのであって，国家賠償法上は違法の問題は生じないが，行政庁が権限を行使しなかった場合において，法令が行政庁の権限を授権した意味自体が無意義となるような事態が生ずる特殊例外的な場合には，裁量の範囲を著しく逸脱し，著しく合理性を欠くものとして，行政庁にはその権限を行使すべき法的義務があるというべきであり，上記の特殊例外的な場合がどのような場合であるかは，当該具体的な事実関係の下において，被侵害法益の重大性及び侵害の切迫性，予見可能性，回避可能性，期待可能性等の諸事情を総合的に考慮して判断すべきである，とした上で，本件の場合について検討すると，監督機関が執ってきた監督上の措置以上のことをしなかったことをもって，その監督権限の行使につき裁量の範囲を著しく逸脱し，著しく合理性を欠いたということはできないとした。

⑤　札幌地裁平成11.5.28判決（訟月46-7-3065，判時1703-3，判タ1014-63，後掲⑧参照）

炭坑で坑内作業に従事し，多量の粉じんを吸入した結果，じん肺に罹患したのは，国において炭鉱労働者にじん肺が多数発生することを認識し，その発生を防止する義務があるにもかかわらず，何ら具体的な規制権限を行使しなかったためであるなどとして国家賠償法１条による損害賠償を求めた事案

「行政庁に規制権限の行使の裁量があるが故にその権限の不行使はいかなる場合にも国賠法上違法とならないとまで断ずることは相当ではなく，不行使が問題とされた当該具体的事情のもとにおいて，一定内容の規制権限を行使しないことが，法律が規制権限を行政庁に授権した趣旨を全く没却する事態を招来するといえるような場合には，当該規制権限の不行使は，著しく合理性を欠き，裁量の範囲を逸脱するものとして，違法であると評価される余地がある（中略）被告国における規制監督権限が，その根拠となる法の目的を十二分に実現するものと評価し得る程度に行使されたとは言い難い部分があるものの，（中略）その不作為が，違法とされる程度にじん肺対策を放擲していたものと解することはできず，したがって，原告らが主張する被告国の規制監督権限の不行使は，著しく不合理なものとして裁量権を逸脱し違法の程度に至っているということはできないから，被告国が，原告ら従業員に対する関係において，国賠法上の責任を負うとは認められない。」

⑥　福岡高裁平成13.7.19判決＝筑豊じん肺訴訟（訟月51-4-821，判時1785-89，判タ1077-72，後掲⑦，第５の２(3)ア(エ)②（387ページ）参照）

「行政庁が規制権限を適正に行使しなかったことにより，法令が行政庁に権限を授権した趣旨・目的を没却するような事態が生じる場合には，行政庁は，個々の労働者との関係でも規制権限を行使す

べき法的義務を負うに至り行政庁がそれにもかかわらず，規制権限を行使しなかった場合，その規制権限の不行使は著しく合理性を欠き，裁量権を濫用したものとして，当該労働者に対する関係でも義務違反となり，違法との評価を免れない」とした上で，福岡県下筑豊地区の炭坑で粉じん作業に従事した元従業員がじん肺に罹患したことについて，通商産業大臣が省令制定権限を適切に行使せず，昭和35年３月のじん肺法の制定後もけい酸質区域指定制度を保持し続け，非指定区域における適正な粉じん対策の推進を阻害した行為は，許容される裁量の限度を逸脱して著しく合理性を欠くとした。

⑦　最高裁平成16.4.27第三小法廷判決＝筑豊じん肺訴訟（民集58-4-1032，訟月51-4-799，判時1860-34，判タ1152-120，⑥の上告審，後掲第５の２(3)ア(エ)③（388ページ）参照）

炭鉱におけるじん肺発症につき，「通商産業大臣は，遅くとも，昭和35年３月31日のじん肺法成立の時までに，前記のじん肺に関する医学的知見及びこれに基づくじん肺法制定の趣旨に沿った石炭鉱山保安規則の内容の見直しをして，石炭鉱山においても，衝撃式さく岩機の湿式型化やせん孔前の散水の実施等の有効な粉じん発生防止策を一般的に義務付ける等の新たな保安規制措置を執った上で，鉱山保安法に基づく監督権限を適切に行使して，上記粉じん発生防止策の速やかな普及，実施を図るべき状況にあったというべきである。そして，上記の時点までに，上記の保安規則の権限（省令改正権限等）が適切に行使されていれば，それ以降の炭坑労働者のじん肺の被害拡大を相当程度防ぐことができたものということができる。本件における以上の事情を総合すると，昭和35年４月以降，鉱山保安法に基づく上記の保安規制の権限を直ちに行使しなかったことは，その趣旨，目的に照らし，著しく合理性を欠くものであって，国家賠償法１条１項の適用上違法というべきである。」とした。

⑧　札幌高裁平成16.12.15判決＝北海道石炭じん肺訴訟（訟月52-2-525，判時1901-71，⑤の控訴審）

前掲⑦と同一の判断を示し，国（通商産業大臣）の責任を肯定

⑨　東京地裁平成18.7.7判決＝東京トンネルじん肺訴訟（訟月55-3-319，判時1940-3，判タ1221-106，後掲第５の２(3)ア(7)③（383ページ）参照）〈控訴審で和解により終了〉

トンネル建設工事におけるじん肺発症につき，労働大臣は，遅くとも，昭和61年末ころには，湿式さく岩機と防じんマスクの使用を重畳的に義務付け，コンクリート吹き付け作業時にエアラインマスクの使用を義務付け，粉じん測定及びそれに対する評価を義務付ける内容の省令を制定すべきであったのにこれを怠ったとし，国家賠償法１条１項の違法を認めた。

(エ)　行政指導の不作為

前掲(7)ａ③の福岡スモン訴訟判決，同ｈ③の東京Ｃ型肝炎訴訟判決，(イ)⑥の東京水俣病訴訟判決，(ウ)①の大東マンガン訴訟判決，後掲(オ)⑨の豊田商事大阪訴訟判決，同⑩の川崎大気汚染公害一次訴訟判決等

(オ)　その他

①　大阪地裁昭和49.4.19判決（下民集25-1～4-315，訟月20-9-5，判時740-3，判タ318-284）

「本件事故発生当時には，Ｂ擁壁はきわめて不完全な状態にあり，これを放置するときは崩壊するおそれが著しく，もし崩壊すれば下部住宅地のみならず，その居住者の生命にも危害が及ぶ危険のあることが明らかであって，前記宅造法の趣旨目的に照らすと，その状態はまさにＢ擁壁につきその所有者らに対し同法16条所定の改善命令を発し，行政代執行法による代執行の措置によってでもその命令の実効を期し，危険を除去すべき場合に当るとみるのが相当であり，Ａ県知事がこれをしなかったのは著しく合理性を欠き，違法であるというべきである。」

② 高知地裁昭和49.5.23判決＝高知ビニール公害訴訟（下民集25-5～8-459，訟月20-8-13，判時742-30，判タ309-217）

土佐湾内に漁業権を有する原告らが，南国市所在の１級河川後川の放水路から放出される農業用ビニール等の廃棄物により漁場を侵されて被害を受けたのは，廃棄物処理義務に違反して廃棄物を放置した結果であるとして，国家賠償法１条に基づき，南国市等に対して損害賠償を求めた事案につき，市の全域についての汚物の収集，処分は清掃法によって当該市に課せられた法律上の義務であり，この事務を合理的範囲を逸脱して怠った結果，第三者に損害を与えたときは，故意，過失の認められる以上，国家賠償法１条により損害賠償責任を負うものと解されるとした。

③ 東京高裁昭和52.11.17判決（下民集30-4-431，判時875-17，判タ361-235）

４才の幼児が買い物に行く途中で３頭の野犬に襲われ，死亡したという事案につき，本件は条例に基づき野犬を捕獲，抑留ないし掃討する権限を有する知事が上記権限を適切に行使しなかった作為義務違反によるものであるとした。

④ 広島高裁岡山支部昭和55.9.16判決（訟月27-1-160）

隣家の建物が，建築基準法所定の建築確認を得ることなく，かつ，建ぺい率を超過して建築され，隣家の日照，通風を阻害していることにつき，知事が工事停止命令，除却命令あるいは行政代執行をする措置を執らなかった義務違反の不作為を理由に県に対し損害賠償を求めた事案につき，行政庁の裁量判断に属する事項の不作為の違法性の有無は，合理的裁量の範囲を著しく逸脱した場合に限るべきであって，違反建築物に対し是正措置命令を発し，これに従わない場合，代執行による強制措置を執るか否かは，行政庁の裁量判断にゆだねられているとした上で，違反建築物を代執行するための行政代執行法２条の要件は，防火・防災上極めて危険であると認められる場合を指し，隣家の日照，通風，衛生を害するにすぎない場合は，上記要件には該当しないから，代執行しなかったことが著しく不合理であるとはいえないとした。

⑤ 高知地裁昭和59.3.19判決（判時1110-39，判タ524-170）

高知市比島山の北斜面が崩壊し，10名が死亡した災害事故につき，死亡した者の遺族及び自ら受傷した者らが，県及び市に対しては国家賠償法１条に基づき，損害賠償を求めた事案につき，県及び市には，災害前に住民に対して崩壊地の具体的危険性を知らしめて十分な警戒を促す権限を行使すべき義務があったのに，これを怠った過失があるとした。

⑥ 神戸地裁昭和61.3.28判決（訟月32-12-2835，判時1202-104，判タ616-110）

７歳の幼児が，猟犬に咬みつかれ死亡したのは，知事が事故現場付近につき，鳥獣保護及狩猟ニ関スル法律10条に基づき銃猟禁止区域に指定しなかったからであるとして，国家賠償法１条に基づき損害賠償を求めた事案につき，本件事故現場付近において狩猟期間中，格別人の往来が多いとは認められないことからすれば，少なくとも猟犬による咬傷死亡事故という観点から見る限り，猟犬の管理を狩猟者にゆだねられているだけでは到底人身への危険を防止し得ないような特段の事情を認めるに足りず，人の生命，身体に対する差し迫った危険があったとはいえないから，県知事が本件事故現場付近を銃猟禁止区域に設定しなかったといっても裁量権限の不行使が著しく合理性を欠くとまではいえないとした。

⑦ 東京地裁平成4.4.22判決＝豊田商事東京訴訟（訟月38-10-1813，判時1431-72，判タ788-93）

いわゆる豊田商法により被害を受けたとする原告らが，被害の原因は豊田商法が独占禁止法，不当景品類及び不当表示防止法等に違反する行為であったにもかかわらず，豊田商事に対して排除措置命

令その他の措置を執らなかった公正取引委員会の公務員及び豊田商法による被害の発生を予見していたにもかかわらず公正取引委員会に情報を提供して上記権限の行使を促すなどの措置を執らなかった通商産業省の公務員の各不作為の違法であるとして，国に対して損害賠償を求めた事案につき，公正取引委員会の職員である公務員において豊田商事に対して排除命令その他の措置の規制の権限を行使しなかったことが，原告らに対する関係において著しく不合理であるということはできず，原告らに対し，権限を行使すべき作為義務を負っていたと認められないし，また，通商産業省が自ら認識し又は認識し得た情報を公正取引委員会に伝達して，その職権発動を促したとしても，これによって公正取引委員会がその権限を行使すべき作為義務を負うに至る余地はなかったなどからして，通商産業省の公務員が，原告らとの関係で，公正取引委員会に対する通報・協力義務を負っていたとはいえないとした。

⑧　奈良地裁平成5.2.9判決（訟月39-10-1944，判例自治112-80）

宅地造成等規制法13条２項の措置命令及び砂防法35条の代執行をしなかった知事の不作為に違法はないとした。

⑨　大阪地裁平成5.10.6判決＝豊田商事大阪訴訟（訟月40-7-1385，判時1512-44，判タ837-58）

いわゆる豊田商法により被害を受けたとする原告らからの国家賠償請求につき，警察庁，公正取引委員会，法務省，通商産業省，経済企画庁の各庁に権限行使の義務はないとした（大阪高裁平成10.1.29判決・公刊物未登載も同旨）。

⑩　横浜地裁川崎支部平成6.1.25判決＝川崎大気汚染公害１次訴訟（訟月43-8-1741，判時1481-19，判タ845-105，後掲第３の５(1)イ(ｺ)④（318ページ）参照）

神奈川県川崎市内にある国道等を走行する自動車からの排出ガス及び企業が操業する工場等からのばい煙等によってぜんそく等の疾

病に罹患したとする原告らからの損害賠償請求等につき，国には，条理，先行行為，ばい煙規制法に基づく排出規制権限行使の義務はないとした。

⑪　東京地裁平成6.4.26判決（訟月41-5-964，判タ878-181）

原告所有の船舶が北九州市若松区沖を航行中，第２次大戦末期に米軍が投下した機雷の爆発により破損した事故につき，海上自衛隊には機雷の掃海業務等の権限を行使する義務はないとした。

⑫　東京地裁平成20.7.31判決（判時2026-25）

放送局の記者であった者が，取材のために搭乗したヘリコプターが航空障害標識未設置の送電線に接触して墜落したため，死亡した事故について，国は，少なくとも航空事故調査報告書等から，航空障害標識未設置の送電線が全国に少なからず存在すること，及びそれが航空機やヘリコプターと送電線との接触事故の一因となり得ることは認識し得たものということができるが，航空法上，国土交通大臣には航空障害標識設置義務者に対する調査権限や同標識の設置を命ずる権限は規定されていないし，それらの義務についても規定されてはいないのであるから，どのような場合に航空障害標識の設置状況について調査をしたり，その設置を指導するかについては，国土交通大臣に広範な裁量権が認められており，その権限不行使が国家賠償法上違法となるのは，その不行使が許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くと認められる場合に限られるとした上，本件事故までの時点において航空障害標識未設置の送電線について調査をし，対応策を講じていなかったことが，国土交通大臣に権限が付与された趣旨目的に照らし，許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くものであったと断定することはできないとした。

⑬　大阪高裁平成20.9.26判決＝大和都市管財訴訟（訟月55-6-2195）

近畿財務局長は，抵当証券等の売買等を行う訴外Ａ社に対する抵当証券業規制法上の本件更新登録に際して，新たな抵当証券購入者

の被害の発生を防止するため，その人的物的制約の下で，同法上のあらゆる監督規制権限を適時かつ適切に行使して，新たな被害の発生を防止すべき注意義務があり，具体的には，本件更新登録の許否を判断するに当たり，Ａ社が更新登録許否事由に該当していないかについて慎重に審査すべき職務上の注意義務を負っており，また，それに先立つ平成９年検査においては，同法上の調査権限を適切に行使して，同社の財務状況の実態を慎重に検査すべき職務上の注意義務を負っていたにもかかわらず，近畿財務局は，上記のような適切な調査によれば容易に認定できたはずの本件貸付金の架空性や抵当証券受取利息の未収受を認定して更新登録拒否事由を認定することも回避して，あえて漫然と本件更新登録をしたものであり，これは，いわば監督規制権限の恣意的不行使ともいえるもので，その過程は不可解というしかなく，裁量逸脱の程度は著しいというほかないなどとして，近畿財務局長による本件更新登録は，本件更新登録後にＡ社から抵当証券を購入することにより被害を受けた個々の国民との関係において，国家賠償法１条１項の適用上，違法となると解すべきであるとした。

第３　公の営造物の設置管理の瑕疵に基づく損害の賠償責任・求償権（第２条）

> 第２条　道路，河川その他の公の営造物の設置又は管理に瑕疵があつたために他人に損害を生じたときは，国又は公共団体は，これを賠償する責に任ずる。
> ②前項の場合において，他に損害の原因について責に任ずべき者があるときは，国又は公共団体は，これに対して求償権を有する。

（参照条文）

民法717条①　土地の工作物の設置又は保存に瑕疵があることによって他人に損害を生じたときは，その工作物の占有者は，被害者に対してその損害を賠償する責任を負う。ただし，占有者が損害の発生を防止するのに必要な注意をしたときは，所有者がその損害を賠償しなければならない。
②前項の規定は，竹木の栽植又は支持に瑕疵がある場合について準用する。
③前２項の場合において，損害の原因について他にその責任を負う者があるときは，占有者又は所有者は，その者に対して求償権を行使することができる。

１　本条の意義

本条は，国又は公共団体（地方公共団体あるいはその他これに準ずる行政主体については14ページ参照）が設置・管理する公の営造物に関して生じた損害についての国又は公共団体の賠償責任を定めている。

本条が適用され国又は公共団体の責任が認められるためには，以下の要件が必要である。

①　公の営造物であること
②　公の営造物の設置・管理に瑕疵があること

③　損害が発生していること

④　公の営造物の設置・管理の瑕疵と損害との間に因果関係があること

なお，国家賠償法１条は過失が要件となっているが，国家賠償法２条は過失は要件となっていない。

○　最高裁昭和45.8.20第一小法廷判決＝高知落石訴訟（民集24-9-1268，訟月16-11-1272，判時600-71，判タ252-135）

「国家賠償法２条１項の営造物の設置または管理の瑕疵とは，営造物が通常有すべき安全性を欠いていることをいい，これに基づく国および公共団体の賠償責任については，その過失の存在を必要としないと解するを相当とする。」

２　公の営造物の概念

(1)　公の営造物の意義

国家賠償法２条１項にいう「公の営造物」とは，国又は公共団体により，直接公の目的のために供用される個々の有体物及び物的施設をいう。民法717条の「土地の工作物」の概念を包含し，それよりも広いと考えられている。同項に「道路・河川」を明記したのはこれらが「土地の工作物」に該当するかどうか疑義があったために，特に例示されたものである。

(2)　公の営造物の範囲

民法717条は「土地の工作物」に限定しているのに対して，国家賠償法２条１項には前記のように限定する旨の規定がなく，「公の営造物」の方が広い概念であるところから，具体的にどのようなものが「公の営造物」に当たるかが問題となる。

以下事例を分けて検討する。

ア　動産は公の営造物に含まれるか

(ア)　学説

①　積極説（通説）

「民法717条は土地工作物に限定されているので，本条の場合も

動産はふくまれないという有力な反対があるが，通説は動産もふくまれると解している。反対説は，国や公共団体が設置・管理しているからといって民法より重い責任を課することの合理性を疑うのであるが，国家賠償法と民法とは必ずしも同一の目的をもつものでなく，法文の字句も異なるのだから，民法の解釈と歩調を合わせる必要はない。」（乾・注釈民法(19)419ページ，同旨・古崎・国家賠償法214ページ，塩野・行政法Ⅱ299ページ）

②　消極説

「この営造物責任は，もともと公権力の行使の関係ではなく，私法上の責任と考えられていたので，国家賠償法のできる前から，民法717条が適用され，国又は公共団体の責任が認められていた。これは，それを明確にしただけであって（中略），その内容は民法717条と同様であり，ただ，土地の工作物が国または公共団体の設置し管理するものか，私人のものであるかによって，適用条文が違ってくるにすぎないと見るべきである。（中略）下級審の判例にも，動産にこれを適用した例がみられるが，国や公共団体が設置・管理しているからといって民法上よりも重い責任を課することの合理性は疑わしい。」（加藤・不法行為194ページ）

③　折衷説

「国有又は公有の動産も，ここにいう公の営造物に含まれるが，その範囲をどこまで拡大しうるかについて異論がある。多数説は，自動車・航空機・船舶・警察官のピストル・警察犬もこれに含まれるとする。（中略）しかし，警察犬や警察官のピストルがここにいう営造物の概念に含まれるかどうかは問題である。これらのピストルや警察犬の管理使用の瑕疵については，厳重な注意義務を課することによって，むしろ，国家賠償法第１条によって処理すべきであろう。」（原・公物営造物法198ページ）

車両，拳銃等については，「当該動産を使用する『人』の行動が

むしろ問題となり，国家賠償法１条で処理する方が適切な場合もあると思われるが，当該動産自体に危険性が存し，それ自身の物的瑕疵から損害が生じたような場合には，２条の公の営造物の瑕疵として扱うことも妥当性を有すると考えられよう。」（小幡純子「『公の営造物』の意義」・国家補償法大系２・174ページ）

(イ) 裁判例（公の営造物に当たるとしたもの）

① 車両

a 警察署所属の公用車（札幌高裁函館支部昭和29.9.6判決・下民集5-9-1436，判時40-11）

b 国鉄の信号通信区に備え付けられた輸送用自動車（鹿児島地裁昭和31.1.24判決・下民集7-1-91）

c 公用のため借用して使用中の自動２輪車（旭川地裁昭和35.1.22判決・訟月6-2-315）

d 営林署所属のフォークローダー（東京地裁昭和46.8.27判決・判時648-81，判タ267-250）

e 市の移動図書館用自動車（千葉地裁松戸支部昭和50.7.2判決・交通民集8-4-996）

② 臨海学校の飛込み台（東京高裁昭和29.9.15判決・高民集7-11-848，判時40-15）

③ 公共下水道工事現場の資材（東京地裁昭和47.1.28判決・判時677-71）

④ 刑務所作業工場に備え付けられた洗濯用脱水機（福岡地裁昭和35.6.28判決・訟月6-8-1510）（福岡高裁昭和37.3.19判決・訟月8-4-597，判タ130-100）

⑤ 公立中学校における技術科の教具用電気かんな（広島地裁三次支部昭和42.8.30判決・下民集18-7･8-899，判時519-79）

⑥ 営林署の刈込機（東京地裁昭和46.8.27判決・判時648-81，判タ267-250）

⑦ 郵便局の職員用いす（東京地裁昭和48.12.21判決・労民集24-6-610，判時731-97）

⑧ 自衛隊機（東京地裁昭和53.2.20判決・判時906-69）（東京高裁昭和54.10.18判決・下民集33-5～8-1031，訟月26-1-75，判時942-17，判タ397-52）（東京地裁昭和55.2.18判決・判時957- 69）

⑨ 自衛隊の砲弾（東京地裁昭和56.3.26判決・判時1013-65，判タ449-287）

⑩ 中学校の備品である地図掛棒（東京地裁昭和60.11.20判決・判タ614-95）

⑪ 警察官の拳銃（大阪高裁昭和62.11.27判決・判時1275-62，判タ669-183，判例自治44-64）

⑫ 町有温泉の温泉供給装置（仙台地裁昭和50.3.28判決・判時795-80，判タ325-257）

⑬ 公衆電話ボックス（東京地裁昭和54.12.27判決・判時964-82）

⑭ 国立大学の定期健康診断で用いられた脚力測定器械（甲府地裁平成8.3.5判決・判タ931-209）

イ 自然公物は公の営造物に含まれるか

(ア) 自然公物の意義

自然公物とは人工公物に対する概念である。

「『自然公物』とは，普通，自然の状態のままで，すでに公共の用に供せられる実体を備えている物をいう。河川，湖沼，海浜などがその例である。『人工公物』とは，行政主体において，人工を加え，かつ，これを公の目的物に供用することによって，はじめて公物となるものをいう。運河，公園などがこれである。」（原・公物営造物法67ページ）

人工公物が「公の営造物」に入ることは問題がないが，自然公物については説が分かれる。

(イ) 学説

①　積極説（通説）＝人工を加えなくても「公の営造物」としてその瑕疵を問える。

「公の営造物は，土地の工作物よりも広いものであって，自然公物も含む。法文自体が河川を例示しているが，このほか港湾，海水浴場などがこれに含まれる。」（遠藤・国家補償法中巻462ページ）

「堤防等の治水施設を全く備えない河川については，社会通念上当然治水施設を設けるべきであるのにかかわらずこれを備えないような場合であれば，そこから生ずる危険は社会通念上合理的に受忍されるべき範囲を超え，行政主体の負担とするのが妥当であるから，その氾濫による損害はやはり河川という営造物の設置・管理に瑕疵があるものと考えるべきである。」（雄川・行政法講座三巻21ページ）

「雄川説に賛成する。自然のまま河川に堤防などを設けないで放置しておくことは，河川の安全性に欠くわけで，堤防などの施設をしてはじめて，設置・管理の問題が生じるとは考えない。勿論河川法の河川というのは，１級河川，２級河川である（河川法３条）が，これら河川法の指定のない河川は，河川法による管理を必要としなくても，最少限普通財産の管理として，その安全性を確保することが，当然要求されてよい。」（古崎・国家賠償法225ページ）

②　消極説＝自然のままで放置されているものは「公の営造物」とはいえない。

「国賠法２条が適用されるのは，原則として，堤防その他の工作物がある場合に限られ，河川を放置したことによっては，責任は発生しない。」（加藤・不法行為の研究36ページ）

「用語の本来の意味や立法の沿革にかんがみるとき，自然のままの状態で一般の自由使用に供されている海面，海浜地，湖沼，山岳，渓流などはそれ自体は『営造物』の範ちゅうに入らないというべきであろう。」（寶金・里道370ページ）

(ｳ)　裁判例

①　千葉地裁昭和49.3.29判決（判時753-67，後掲ウ(ｴ)①参照）

県所有の普通財産である池沼に児童が転落死した事故について，自然公物も公の営造物に属するが，本件池沼は原野の状態であり，公の営造物であったとはいえないとした。

②　京都地裁昭和50.11.20判決（訟月21-13-2659）

国定公園内の海水浴場に地元観光協会が設置した飛込台から飛び込み負傷した事故について，国家賠償法２条にいう公の営造物とは，自然公物は一切含まないとか人工を加えたものに限ると解する必要はないが，国家主権が及んでいるとか自然公園法により規制しているからという程度の権限にとどまるものについては含まれないと解するのが相当であるから，本件飛込台のあった神崎海水浴場が若狭湾国定公園内にあったからといって，その設置管理に何の関与もしていない被告らをもってその賠償責任者となすことはできないとした。

③　広島地裁呉支部昭和54.4.25判決（下民集33-1～4-404，訟月25-8-2131，判時936-101，後掲④参照）

国立公園内を散策中，突然通路の表土が陥没したため傷害を負った事案につき，陥没地点の通路部分自体は，国有地であるが，事故当時，温泉会社の作業員が泉源管理のための通路として国から使用許可が与えられていたもので，公衆の用に供されていた道路ではないから，公の営造物に当たらないとした。

④　広島高裁昭和57.8.31判決（訟月29-3-388，判時1065-144，③の控訴審）

国立公園事業の一環として国が設置した遊歩道は公の営造物に当たるとした上で，前記遊歩道の設置，管理の瑕疵につき，およそ危険な場所を伴う国立公園の公園事業を施行し，遊歩道や展望台を設置する場合には安全かつ適当な場所，方法を選択することはもとよ

り，人が容易に立入りができるような危険な場合には，立入りができないような施設若しくは立入禁止を明示する表示板を設置する等して，観光旅行者の事故防止に努める責務があり，国家賠償法２条の立法趣旨が危険責任に由来するものと解されることをも併せ考えると，同条にいう営造物の設置又は管理の瑕疵には，設置された営造物ばかりでなく，設置すべき施設を設置しなかった場合をも含むと解するのが相当であるとした。

⑤　東京地裁昭和55.1.31判決（判時956-25）

児童がボートから海中に転落死した事故につき，本件海水浴場は，普通地方公共団体である被告が遊泳区域を画し，人的・物的施設を配置して，海水浴場として開設し，利用者に供したものであるから，被告が設置・管理する公の営造物ということができるとした。

⑥　大津地裁昭和55.8.6判決（下民集33-1～4-536，訟月26-12-2092）

国家賠償法２条にいう公の営造物とは，行政主体により特定の目的に供用される建設物又は物的設備をいうものと解されているところ，琵琶湖の真野浜水泳場といわれる付近一帯はそれが自然に存在するままの状態で一般公衆の自由な使用に供してきたものにすぎず，現在まで同所に何らの建設物も物的設備も設置，管理してきたことはないのであるから，同水泳場は国家賠償法２条にいうところの公の営造物ではないとした。

⑦　広島高裁平成11.9.30判決（訟月46-9-3598）

国立公園内を縦断して設置されている遊歩道から斜面を下って湯だまりに入浴したＡが，噴出する有毒ガスを吸引して死亡したのは，公の営造物である湯だまり一帯の設置管理に瑕疵があったためであるとして，Ａの相続人らが，国，県及び町に対し損害賠償を求めたのに対し，自然そのものが公園となり，自然をあるがままに維持，管理し，自然の景観，自然現象を鑑賞，観察するための利便を供し

ている場合には，指定地区そのものではなく，上記目的のために設置される園路，卓ベンチ，休憩所，保護柵等が公の営造物とされるものであり，人工の加わっていない自然の石や岩で囲まれた湯だまりは，自然観察ないし探勝の対象にすぎず，公の営造物とはいえず，また，公園内の遊歩道等の設置・管理にも瑕疵はないとして，請求が棄却された。

ウ　普通財産は含まれるか，また，すべての行政財産が含まれるのか

国有財産法上の普通財産は，直接には行政目的に供されていない国の私物（例えば住宅敷地として民間に有料で貸し付けてある国有地）をいい，公の用に直接供し，あるいは供すると決定された各種の行政財産とは異なるため，本条にいう「公の営造物」と解することができるかという問題がある。

(ｱ)　国有財産の分類及び種類

①　行政財産＝次の財産をいい，その管理は各省各庁の長が行う（国有財産法５条参照）。

a　公用財産＝国において国の事務，事業又はその職員の住居の用に供し，又は供するものと決定したもの（同法３条２項１号）

b　公共用財産＝国において直接公共の用に供し，又は供するものと決定したもの（同法３条２項２号）

c　皇室用財産＝国において皇室の用に供し，又は供するものと決定したもの（同法３条２項３号）

d　企業用財産＝国において国の企業又はその企業に従事する職員の住居の用に供し，又は供するものと決定したもの（同法３条２項４号）

②　普通財産＝行政財産以外の一切の国有財産をいい（同法３条３項），その管理は財務大臣が行う（同法６条参照）。

(ｲ)　地方公共団体財産（公有財産）の分類

①　行政財産＝普通地方公共団体において公用又は公共用に供し，又

は供することと決定した財産（地方自治法238条4項前段）

②　普通財産＝行政財産以外の一切の公有財産（同238条4項後段）

(ウ) 学説

①　通説

「公の営造物」とは，国又は公共団体により直接公の目的のために供される個々の有体物及び物的施設をいい，基本的には行政法学上の「公物」の概念に近いものであり，公物ではない普通財産は含まない。

もっとも，上記のように解した上で，公物であるかどうかの判断において，行政機関による事務処理上の管理区分を尊重するか，それとも専らその物の実際の機能・効用に着目して「国又は公共団体が直接公の目的に供している有体物」であるか否かということを基準として判断するかという問題がある（後者の説として宇賀・国家補償法244ページ）。後掲(エ)②判決は後者の立場を採用した。

次に，通説の中でも，「直接」公の目的に供される必要があるとして，直接性の要件で「公の営造物」の範囲を限定する見解がある。古崎・国家賠償法215ページは，直接に公の目的に供されない未墾地，鉱山，国有林，都道府県市営住宅，有価証券などは，「公の営造物」ではないとする（なお，宇賀・判タ735-154ページ参照）。後掲(エ)③判決はこの立場を採用したものと見られる。

②　少数説

普通財産も含まれる。

「公の目的に供されるか否かによって，国家賠償法か民法かと適用法規を異にすることは，いたずらに問題を煩雑にし，国民の救済を拒む結果に陥るおそれがあるから，国または公共団体の所有する物または管理する物はすべて本条の適用を受けると解する。」（乾・注釈民法(19)419ページ）

「行政財産と普通財産の区分は，財産管理上の区分であって，財

産管理者と被害者との間の不法行為要件の有無を判定する標識にするのが妥当であるかどうかすこぶる疑問である。」（下山・国家補償法110ページ）

(エ) 裁判例

①　通説による裁判例

千葉地裁昭和49.3.29判決（判時753-67，前掲イ(ウ)①参照）

国家賠償法2条1項にいう公の営造物とは，国又は地方公共団体により，公の目的に供用される有体物をいい，国又は地方公共団体の所有物であっても，公の目的に供用されない物（例えば国有財産法3条または地方自治法238条3項（当時）にいう普通財産）には，同条の適用はないとした。

②　実質的判断による裁判例

東京高裁昭和53.12.21判決（判時920-126，判タ384-99）

市が事務処理上普通財産として管理しているものであっても，農業用，防火用として利用されているため池は，公の営造物に当たるとした（この裁判例は，「公の目的」に供されているか否かは行政機関による区分に拘束されず，現実の使用状況によって決したものである。）。

③　行政財産のうち国有林野は公の営造物から除かれるとした裁判例

長野地裁松本支部昭和54.3.1判決（判時941-89）

国有林野は，行政財産（公物たる財産）であり，広義には治山，営林事業等を通して国民の福祉に寄与するものではあるが，「直接」に公の目的に供されるものということはできないから公の営造物には当たらないとした。

エ　行政主体が管理権限を有しないものの行政目的から事実上管理しているものを含めるか

この点については，学説判例とも事実上管理しているものも含まれるとする。なお，事実上管理をしていると主張する場合，管理主体が国又

は公共団体である事実は，原告が主張すべき請求原因事実であるから，事実上の管理を推認させるに足りる具体的な事実の主張立証責任も，原告にある。

(ア) 学説

「単に国または公共団体が事実上管理する状態にあれば足りる。賃貸借その他の権限に基づいて管理している場合はもとより，必ずしも権限に基づかない場合でも管理の事実状態があればよい。」（乾・注釈民法(19)419ページ，古崎・判例営造物管理責任法249ページ）

(イ) 裁判例

① 徳島地裁昭和46.2.8判決（訟月17-5-803）

道路供用開始処分がなくても事実上道路として使用されているときは，公の営造物に当たるとした。

② 山口地裁下関支部昭和47.2.10判決（判時667-71）

給水管の所有者が私人であっても，市がこれを事実上管理している以上，公の営造物に当たるとした。

③ 大阪地裁昭和49.4.25判決（ジュリ569-6）

道路が一般交通の用に供せられていなくても，沿線の民家の車両や農耕用車両が事実上通行している場合には，当該道路は公の営造物に当たるとした。

④ 名古屋地裁一宮支部昭和49.6.28判決（判時763-74）

私人所有の防火水槽に市が給水設備を設けて事実上管理している場合，同防火水槽は，公の営造物に当たるとした。

⑤ 大阪高裁昭和52.12.20判決＝大東水害訴訟判決（訟月24-4-711，判時867-16，判タ357-159，後掲3(3)オ(ア)，キ(ア)参照）

「国賠法2条の立法趣旨に鑑みれば，（中略）地方公共団体がその固有の権能に基づき，かかる法定外公共物に対する公の管理を及ぼしている事実が存する場合には，その管理責任が法令上義務付けられたものであると否とに拘らず，同条の適用を受けるものと解すべきであって，その場合右管理が事務管理に過ぎないこと，およびそれが具体的な法令上の根拠に基づく行政事務でないため管理権限に制約が存することは，その妨げとならない。」

⑥ 仙台高裁昭和53.3.27判決（判時900-74，判タ366-195）

土地改良区が管理している用水溝を町が事実上管理している場合，土地改良区と町が共同して用水溝の管理責任を負うとした。

⑦ 大阪地裁昭和53.9.27判決（下民集33-1～4-321，判時935-82，判タ371-119）

土地改良区が管理している用水路が拡幅され，その部分も事実上管理している以上，土地改良区も管理責任を負うとした。

⑧ 松山地裁西条支部昭和54.7.20判決（判時943-99）

国家賠償法2条にいう公の営造物には，国又は地方公共団体の所有に属さない場合でも，国又は地方公共団体が事実上管理しているものも含まれるものと解されるとした。

⑨ 最高裁昭和59.11.29第一小法廷判決（民集38-11-1260，判例自治10-92，後掲5(5)エ①（366ページ）参照）

子供が水死した溝が河川法の適用又は準用のない普通河川であり，市においてこれを管理する旨の条例がない場合でも，国家賠償法2条の公の営造物の管理者は，必ずしも当該営造物について法律上の管理権ないし所有権，賃借権等の権原を有している者に限られるものではなく，事実上の管理をしているにすぎない国又は公共団体も同条にいう管理者に含まれるものと解するのを相当とし，これまで事実上管理してきた事実が認められる限り当該市が賠償責任を負うとした。

⑩ 最高裁平成4.3.3第三小法廷判決（判時1453-125，判タ815-140）

溜池の堤塘工事を施行した地方公共団体が，当該溜池を事実上管理しているものとはいえないから，国家賠償法2条1項の責任は負わないとした。

(ｳ) なお，国家賠償法２条に関する事件については，管理主体がどこにあるかを明らかにする必要がある。都道府県が法定受託事務として道路や河川等を管理している場合の被告は，法定受託事務が地方公共団体の事務であるところから，都道府県である。ただし，国が費用を負担している場合は，国も国家賠償法３条の費用負担者としての責任を負う場合がある。

オ　行政主体が何らかの規制権限を有しているものを含めるか

(ｱ) 肯定した裁判例

○　大阪地裁昭和46.12.7判決（下民集22-11･12-1157，判時662-66，判タ272-167，後掲(ｲ)①参照）

県が国の補助を受けて造成した国立公園内の周遊路を歩行中，架け橋から足を踏み外して転落し重傷を負った事案

「右周回路はあくまで国立公園に属し，被告国（厚生大臣）が右周回路の設置管理について無権限となる筋合いはなく，却って国立公園の計画，事業決定，その廃止，変更，一般的事業執行等の権限は被告国（厚生大臣）が有する（中略）。そうすれば，国家賠償法２条による営造物（本件周回路）の設置管理の責に任ずるものであると認めるべきである。」

(ｲ) 否定した裁判例

①　大阪高裁昭和48.5.30判決（訟月19-12-67，判時717-56，(ｱ)の控訴審）

県が国の補助を受けて造成した国立公園の周遊路の設置，管理の瑕疵が問われた前掲(ｱ)の事案につき，国家賠償法２条に基づく国の責任を否定し，３条の費用負担者としての責任を認めた。

②　京都地裁昭和50.11.20判決（訟月21-13-2659）

若狭湾国定公園神崎海水浴場の沖合に設置されていた地元観光協会が設置し，管理する飛込台から海水浴客が飛び込んで傷害を負った事案

「国家賠償法第２条にいう公の営造物とは，（中略）自然公物は一切含まないとか人工を加えたものに限ると解する必要はないが，国家主権が及んでいるとか自然公園法により規制しているからという程度の権限に止まるものは含まないと解するのが相当である。」

カ　公の営造物であるか否かを一体的に判断した裁判例

①　名古屋地裁昭和55.9.11判決＝新幹線訴訟（判時976-40，判タ428-86，後掲②参照）

「物的設備が営造物としてその目的を達するためには，不動産及び動産が有機的に結合し一体として機能する必要があると考えられるし，新幹線の場合，列車を除いたその余の物的設備のみでも，また列車のみでも，営造物としての機能を果すことはできない関係にあるから，このようなときに列車のみを切離して別異の法理にしたがわせることは妥当でなく，列車を含めた全体を一個の物的設備とみるのが相当である。」

②　名古屋高裁昭和60.4.12判決＝新幹線訴訟（下民集34-1～4-461，判時1150-30，判タ558-326，①の控訴審）

「東海道新幹線鉄道の施設及び車両が一体となって『公の営造物』に該当することについては，当裁判所の判断も原審と同一である。」

３　設置又は管理の瑕疵

(1)　営造物の設置又は管理の瑕疵の定義

国家賠償法２条１項の「設置又は管理」とは，民法717条の「設置又は保存」と同義であり，また，同条項の「瑕疵」とは，「営造物が通常有すべき安全性を欠いていることをいう」とされている。「設置」と「管理」については明確な区別があるわけではないが，設置の瑕疵とは，設計の不備，材料の粗悪など設計，建造に不完全な点がある場合などの原始的瑕疵をいい，管理の瑕疵とは，その後の維持，修繕や保管に不完全な点がある場合

などの後発的瑕疵をいうとされている。設置者と管理者が異なる場合や同条２項の求償権を行使する場合に，設置と管理の区分が意味を有する。

(2)　学説

ア　客観説（通説）

「瑕疵とは，営造物＝公物が通常備えるべき性質または設備を欠くこと。すなわち，本来の安全性に欠けている状態をいう。（中略）設置・管理の瑕疵は客観的に，営造物の安全性の欠如が，営造物に内在する物的瑕疵，または，営造物自体を設置し管理する行為によるかどうかによって決める。」（古崎・国家賠償法218ページ）

イ　義務違反説

「国家賠償法２条にいう瑕疵とは，営造物それ自体の性状において欠陥ある場合はもちろん，それだけに限らず，危険防止のための措置についての不備ないし欠陥をも含み，つまるところ設置・管理者が負うべき安全確保義務の違反と理論構成することができる。」（國井和郎「道路の設置・管理の瑕疵について」・判タ326-19）

「営造物の設置または管理の瑕疵は，損害防止措置の懈怠・放置に基づく損害回避義務違反であり，この損害回避義務は，それぞれの設置・管理者の主観的事情とは一切関係なく，営造物の危険性の程度と被侵害利益の重大性の程度との相関関係のもとで客観的に決定される違法性要素としての注意義務であり，客観的注意義務である。」（植木・災害と法162ページ）

(3)　裁判例

ア　営造物の設置・管理瑕疵の定義

①　最高裁昭和45.8.20第一小法廷判決＝高知落石訴訟（民集24-9-1268，訟月16-11-1272，判時600-71，判タ252-135）

「国家賠償法２条１項の営造物の設置または管理の瑕疵とは，営造物が通常有すべき安全性を欠いていることをいい，これに基づく国及び公共団体の賠償責任については，その過失の存在を必要としないと解するのを相当とする。」

②　最高裁昭和53.7.4第三小法廷判決＝神戸防護柵訴訟（民集32-5-809，判時904-52，判タ370-68，後掲イ①参照）

営造物が通常有すべき安全性を欠くか否かの判断は，「当該営造物の構造，本来の用法，場所的環境及び利用状況等諸般の事情を総合考慮して具体的，個別的に判断すべきものである。」とした。

イ　事故発生が通常予測できない場合には，設置又は管理の瑕疵がない

①　最高裁昭和53.7.4第三小法廷判決＝神戸防護柵訴訟（前掲ア②参照）

道路に設けられていた防護柵から子供が転落し死亡した事案

「上告人の転落事故は，（中略）本件道路及び防護柵の設置管理者（中略）において，通常予測することができない行動に起因するものであったということができる。したがって，右営造物につき本来それが具有すべき安全性に欠けるところがあったとはいえず，（中略）通常の用法に即しない行動の結果生じた事故につき，設置管理者としての責任を負うべき理由はない。」

本件判決は，瑕疵の存否について，前掲ア②のように，当該営造物の構造，用法・場所的環境及び利用方法等諸般の事情を総合考慮して具体的個別的に判断したことから，その後の裁判例においては，前記瑕疵判断方法が一般に採用され，また，本判決後は，通常予想される事故であるか否かが問われるようになった。

②　最高裁昭和55.7.17第一小法廷判決（訟月26-12-2091，判時982-118，判タ424-69，後掲５(2)イ(7)b①（329ページ）参照）

防護柵を乗り越えて，川に転落し死亡した事案

「本件事故は河川管理者（中略）において通常予測することができない（中略）異常な行動によって発生したものであって，（中略）本件河川の管理に瑕疵があったものということはできない。」

幼児の水難事故の場合には，河川管理者による事故発生の予見可能

性の判断要素として，事故現場付近が子供の遊び場として常態化していたかどうか（危険の存在），河川改修工事により危険が増加したかどうか（危険の作出）等が判断の重要な要素となっている。

③　最高裁昭和55.9.11第一小法廷判決（判時984-65，判タ428-63）

港湾施設を建設工事中の埋立地内の道路を夜間走行していた自動車が道路前方の岸壁から海中に転落し水死した事案

「公の営造物の設置又は管理の瑕疵とは，営造物が通常有すべき安全性を欠くことをいうのであるが，当該営造物の利用に付随して死傷等の事故の発生する危険性が客観的に存在し，かつ，それが通常の予測の範囲を超えるものでない限り，管理者としては，右事故の発生を未然に防止するための安全施設を設置する必要があ」る。本件事故は，事故発生の危険性が客観的に存在し，この危険性が通常の予測を超えるものではないとして，設置・管理の瑕疵を肯定した。

④　最高裁昭和60.3.12第三小法廷判決（判時1158-197，判タ560-127）

4歳9か月の男児が貯水槽に転落し水死した事案

「本件事故は通常予測することのできない上告人らの子Hの行動によって発生したものであって，本件貯水槽の設置又は管理に所論の瑕疵があったものということはできないとした原審の判断は，正当として是認することができる。」

⑤　最高裁平成5.3.30第三小法廷判決＝テニスコート審判台訴訟（民集47-4-3226，判時1500-16，判タ856-19）

幼児が，町立中学校のテニスコートの審判台に上って遊んでいたところ，これが転倒し，その下敷きになって死亡した事案

「公の営造物の設置管理者は，本件の例についていえば，審判台が本来の用法に従って安全であるべきことについて責任を負うのは当然として，その責任は原則としてこれをもって限度とすべく，本来の用法に従えば安全である営造物について，これを設置管理者の通常予測し得ない異常な方法で使用しないという注意義務は，利用者である一

般市民の側が負うのが当然であり，幼児について，異常な行動に出ることがないようにさせる注意義務は，もとより，第一次的にはその保護者にあるといわなければならない。（中略）本件事故時Aの行動は，本件審判台に前部階段から昇った後，その座席部分の背当てを構成している左右の鉄パイプを両手で握って審判台の後部から降りるという極めて異常なもので，本件審判台の本来の用法と異なることはもちろん，設置管理者の通常予測し得ないものであったといわなければならない。そして，このような使用をすれば，本来その安全性に欠けるところのない設備であっても，何らかの危険が生ずることは避け難いところである。」

ウ　事故発生の回避可能性がない場合には，設置又は管理の瑕疵がない

①　最高裁昭和50.6.26第一小法廷判決（民集29-6-851，判時785-49，判タ325-189，後掲5(1)イ(ケ)b①（314ページ）参照）

県道の工事箇所において，工事関係者が設置していた工事標識板，バリケード及び赤色灯標柱が通行車両によって倒されていたことが原因で自動車事故が発生した事案

「本件事故発生当時，被上告人において設置した工事標識板，バリケード及び赤色灯標柱が道路上に倒れたまま放置されていたのであるから，道路の安全性に欠如があったといわざるをえないが，それは夜間，しかも事故発生の直前（約1時間前）に先行した他車によって惹起されたものであり，時間的に被上告人（国）において遅滞なくこれを原状に復し道路を安全良好な状態に保つことは不可能であったというべく，このような状況のもとにおいては，被上告人の道路管理に瑕疵がなかったと認めるのが相当である。」

②　最高裁昭和50.7.25第三小法廷判決（民集29-6-1136，判時791-21，判タ327-183，後掲5(1)イ(ケ)a①（313ページ）参照）

国道中央に故障した大型貨物自動車が87時間放置され，これに原付自転車が衝突し被害者が死亡した事案

「本件事故現場付近は，幅員7.5メートルの道路中央線付近に故障した大型貨物自動車が87時間にわたって放置され，道路の安全性を著しく欠如する状態であったにもかかわらず，当時その管理事務を担当する橋本土木出張所は，道路を常時巡視して応急の事態に対処しうる看視体制をとっていなかったために，本件事故が発生するまで右故障車が道路上に長時間放置されていることすら知らず，まして故障車のあることを知らせるためバリケードを設けるとか，道路の片側部分を一時通行止めにするなど，道路の安全性を保持するために必要とされる措置を全く講じていなかったことは明らかであるから，このような状態のもとにおいては，本件事故発生当時，同出張所の道路管理に瑕疵があったというほかはない。」

なお，回避可能性の要件の位置づけについて，これが積極的な要件か消極的な要件かの議論があるが，後掲③の判決は，回避可能性があったことが設置及び管理に瑕疵を認めるための積極的要件ではなく，消極的要件（抗弁）であるとしている（田中・最高裁判所判例解説民事篇平成７年度（下）708ページ以下）。

③　最高裁平成7.7.7第二小法廷判決＝国道43号線騒音訴訟（民集49-7-1870，訟月43-12-3169，同43-12-3187，判時1544-18，判タ892-124）

一般国道43号線及び阪神高速道路大阪神戸線の沿線住民が，自動車の騒音，振動及び排気ガスにより睡眠妨害等の被害を受けているとして，国及び阪神高速道路公団に対し，損害賠償等を求めた事案

「所論は，要するに，本件道路の設置又は管理に瑕疵があったとするには，財政的，技術的及び社会的制約の下で上告人らに被害を回避する可能性があったことが必要であるのに，この点の判断をしないまま，右の瑕疵を認めた原判決には，判断遺脱の違法又は国家賠償法２条１項の解釈適用を誤った違法があるというものである。国家賠償法２条１項は，危険責任の法理に基づき被害者の救済を図ることを目的として，国又は公共団体の責任発生の要件につき，公の営造物の設置

又は管理に瑕疵があったために他人に損害を生じたときと規定しているところ，所論の回避可能性があったことが本件道路又は管理に瑕疵を認めるための積極的要件になるものではないと解すべきである。」

エ　供用関連瑕疵

(ｱ) 従来の裁判例においては，営造物の設置又は管理の瑕疵として認められているものは，「物的性状瑕疵」すなわち営造物を構成する物的施設自体に存する物理的，外形的な欠陥ないし不備であったが，後掲の大阪空港公害訴訟最高裁昭和56年12月16日大法廷判決は，大阪空港を離着陸する航空機による騒音によって周辺住民に健康被害を生ぜしめていることが，営造物の設置又は管理の瑕疵に当たるか否かが争われた事案について，営造物の設置又は管理の瑕疵には，当該営造物が供用目的に沿って利用されることとの関連において危害を生ぜしめる危険性がある場合，すなわち「供用関連瑕疵」も含まれることを明らかにした。

本来，空港施設そのものは静的なものであり，通常，それ自体は何ら危害を加えるものではないところ，これを施設本来の用法に従って供用すること，すなわち，飛行機の航行及び離着陸によって騒音が発生することから，飛行機の航行に空港施設を供用していることとの関連において瑕疵があるとされたものである。

○　最高裁昭和56.12.16大法廷判決＝大阪空港公害訴訟（民集35-10-1369，訟月28-7-1273，判時1025-39，判タ455-171，後掲５(3)イ③（351ページ）参照）

「国家賠償法２条１項の営造物の設置又は管理の瑕疵とは，営造物が有すべき安全性を欠いている状態をいうのであるが，そこにいう安全性の欠如，すなわち，他人に危害を及ぼす危険性のある状態とは，ひとり当該営造物を構成する物的施設自体に存する物理的，外形的な欠陥ないし不備によって一般的に右のような危害を生ぜしめる危険性がある場合のみならず，その営造物が供用目的に沿って

利用されることとの関連において危害を生ぜしめる危険性がある場合をも含み，また，その危害は，営造物の利用者に対してのみならず，利用者以外の第三者に対するそれをも含むものと解すべきである。（中略）ところで，本件空港の供用のような国の行う公共事業が第三者に対する関係において違法な権利侵害ないし法益侵害となるかどうかを判断するにあたっては，上告人の主張するように，侵害行為の態様と侵害の程度，被侵害利益の性質と内容，侵害行為のもつ公共性ないし公益上の必要性の内容と程度等を比較検討するほか，侵害行為の開始とその後の継続の経過及び状況，その間にとられた被害の防止に関する措置の有無及びその内容，効果等の事情をも考慮し，これらを総合的に考察してこれを決すべきものである。」

(イ) 大阪空港公害訴訟最高裁大法廷判決に従ったその後の主要な裁判例

① 名古屋高裁昭和60.4.12判決＝新幹線訴訟（下民集34-1～4-461，判時1150-30，判タ558-326，前掲２(2)カ②参照）

② 福岡地裁昭和63.12.16判決＝福岡空港騒音訴訟（訟月35-12-2197，判時1298-32，判タ685-43，後掲③，④，５(3)イ④参照）

③ 福岡高裁平成4.3.6判決＝福岡空港騒音訴訟（訟月38-7-1236，判時1418-3，判タ781-83，②の控訴審，後掲④，５(3)イ⑤参照）

④ 最高裁平成6.1.20第一小法廷判決＝福岡空港騒音訴訟（訟月41-4-532，判時1502-98，判タ855-103，③の上告審，後掲５(3)イ⑥参照）

⑤ 最高裁平成5.2.25第一小法廷判決＝厚木基地騒音１次訴訟（民集47-2-643，訟月40-3-423，判時1456-32，判タ816-113）

⑥ 最高裁平成5.2.25第一小法廷判決＝横田基地騒音１・２次訴訟（訟月40-3-441，判時1456-53，判タ816-137）

⑦ 大阪地裁平成7.7.5判決＝大阪西淀川大気汚染公害2次ないし4次訴訟（訟月43-10-2491，判時1538-17，後掲５(1)イ(コ)⑤参照）

⑧ 最高裁平成7.7.7第二小法廷判決＝国道43号線騒音訴訟（訟月43-12-3169，同43-12-3187，判時1544-18，判タ892-124，前掲ウ③参照）

なお，④及び⑤は，最高裁判所として民事特別法２条の前記「瑕疵」について，国家賠償法２条１項の「瑕疵」と同様に解する旨を判断した。

オ 河川管理の瑕疵の判断基準

(ア) 河川管理の瑕疵の判断基準を明確に示したのは，後掲の大東水害訴訟最高裁昭和59年１月26日第一小法廷判決である。同判決は，都市河川におけるいっ水型水害をめぐって河川管理瑕疵の有無が争われた事案について，河川管理の瑕疵の判断については，河川管理の特殊性及び治水事業における財政的，技術的及び社会的制約を考慮して，諸般の事情を総合的に考慮し，前記の諸制約の下での同種・同規模の河川の管理の一般水準及び社会通念に照らして是認し得る安全性を備えていると認められるかどうかを基準として判断すべきであるとした。

また，この判決は，河川管理の瑕疵の有無について，一般的な判断基準（諸般の事情を総合考慮し，諸制約の下での同種・同規模の河川管理の一般水準及び社会通念に照らして是認し得る安全性を備えていると認められるかどうか。）を示すとともに，改修途中の河川についての判断基準（すなわち，まず，改修計画自体が上記の見地から見て合理的か否かを検討し，次に計画自体は合理的であったとしても，計画後の事情の変更に基づき，早期の改修工事を施行しなければならない特段の事情が存したか否かを検討する。）を示した。

○ 最高裁昭和59.1.26第一小法廷判決＝大東水害訴訟（民集38-2-53，訟月30-7-1126，判時1104-26，判タ517-82，判例自治1-96，後掲キ(ア)参照）

「我が国における治水事業の進展等により（中略），河川管理の特質に由来する財政的，技術的及び社会的諸制約が解消した段階に

おいてはともかく，これらの諸制約によっていまだ通常予測される災害に対応する安全性を備えるに至っていない現段階においては，当該河川の管理についての瑕疵の有無は，過去の発生した水害の規模，発生の頻度，発生原因，被害の性質，降雨状況，流域の地形その他の自然的条件，土地の利用状況その他の社会的条件，改修を要する緊急性の有無及びその程度等諸般の事情を総合的に考慮し，前記諸制約のもとでの同種・同規模の河川の管理の一般水準及び社会通念に照らし是認しうる安全性を備えていると認められるかどうかを基準として判断すべきであると解するのが相当である。そして，既に改修計画が定められ，これに基づいて現に改修中である河川については，右計画が全体として右の見地からみて，格別不合理なものと認められないときは，その後の事情の変動により当該河川の未改修部分につき水害発生の危険性が特に顕著となり，当初の計画の時期を繰り上げ，又は工事の順序を変更するなどして早期に改修工事を施行しなければならないと認めるべき特段の事由が生じない限り，右部分につき改修がいまだ行われていないとの一事をもって河川管理に瑕疵があるとすることはできないと解すべきである。」

(イ) 大東水害訴訟最高裁判決に従ったその後の裁判例

① 鹿児島地裁昭和59. 3. 23判決＝鶴田ダム水害訴訟（訟月30-9-1511，判時1108-18，判タ524-111）

② 岐阜地裁昭和59. 5. 29判決＝長良川（墨俣）水害訴訟（訟月30-10-1751，判時1117-13，判タ529-369，後掲⑪，⑭参照）

③ 最高裁昭和60. 3. 28第一小法廷判決＝加治川水害訴訟（民集39-2-333，訟月31-12-3099，判時1149-54，判タ555-98，後掲５(2)イ(イ)②参照）

④ 横浜地裁横須賀支部昭和60. 8. 26判決＝平作川水害訴訟（訟月32-7-1359，判タ566-73，判例自治19-62，後掲⑯，５(2)イ(イ)③参照）

⑤ 静岡地裁浜松支部昭和60. 9. 30判決＝太田川水害訴訟（訟月32-6-1136，判タ574-37，判例自治31-68，後掲５(2)イ(イ)④参照）

⑥ 大阪高裁昭和62. 4. 10判決＝大東水害訴訟差戻審（訟月33-10-2464，判時1229-27，判タ635-204，判例自治30-7，前掲(7)，後掲５(2)イ(イ)⑥参照）

⑦ 大阪地裁昭和62. 6. 4判決＝平野川水害訴訟（判時1241-3，判例自治34-54，後掲５(2)イ(イ)⑦参照）

⑧ 岡山地裁昭和62. 8. 7判決＝新成羽川ダム水害訴訟（訟月34-5-889，後掲５(2)イ(イ)⑧参照）

⑨ 東京高裁昭和62. 8. 31判決＝多摩川水害訴訟（訟月34-3-443，判時1247-3，判タ648-66，後掲⑫，⑬，５(2)イ(イ)⑨参照）

⑩ 名古屋高裁平成元. 3. 29判決＝志登茂川水害訴訟（訟月36-5-693，判時1312-3，判タ694-225，判例自治67-66，後掲５(2)イ(イ)⑪参照）

⑪ 名古屋高裁平成2. 2. 20判決＝長良川水害訴訟（訟月37-2-341，判時1346-7，②の控訴審，後掲⑭，５(2)イ(イ)⑫参照）

⑫ 最高裁平成2. 12. 13第一小法廷判決＝多摩川水害訴訟（民集44-9-1186，訟月37-4-669，判時1369-23，判タ746-110，⑨の上告審，後掲⑬，５(2)イ(イ)⑬参照）

本判決も，大東水害最高裁判決の基準に依拠しながら，改修・整備済み河川の有すべき安全性，改修・整備後新たに危険の予測が可能となった場合の瑕疵の有無の判断方法等を判示した。

⑬ 東京高裁平成4. 12. 17判決＝多摩川水害訴訟差戻審（訟月39-8-1479，判時1453-35，判タ806-77，⑫の差戻審，後掲５(2)イ(イ)⑭参照）

⑭ 最高裁平成6. 10. 27第一小法廷判決＝長良川水害訴訟（訟月42-9-2062，判時1514-28，判タ867-114，⑪の上告審，後掲５(2)イ(イ)⑱参照）

⑮ 名古屋高裁平成7. 12. 27判決＝水場川水害訴訟（訟月43-11-2953）

⑯　最高裁平成8.7.12第二小法廷判決＝平作川水害訴訟（民集50-7-1477，訟月44-2-157，判時1580-31，判タ21-75，④の上告審，後掲５(2)イ(イ)⑳参照）

(ウ)　ダムの設置管理の瑕疵について

ダムからの放流等によって損害が生じた場合，その原因が何かによって，国家賠償法１条が適用されるか，同法２条が適用されるかが決せられる。すなわち，ダムの操作方法や洪水調節容量等を定めたダム操作規則等の規定内容の瑕疵は，国家賠償法２条１項の営造物の設置管理の瑕疵に当たるが，それとは関係のないダム操作の過誤は国家賠償法１条の問題になるにすぎず，設置管理の瑕疵には該当しないとされる。後掲判決もこの立場に立つものであろう。

①　高松高裁平成6.8.8判決＝長安口ダム水害訴訟（訟月41-10-2525，判時1511-17，後掲②，５(2)イ(イ)⑰参照）

「ダムの操作方法や洪水調節容量等の規定内容が安全性を欠くものであれば，そのダムは恒常的に他人に危害を及ぼす危険性のある状態で供用されることになるのであるから，かかる操作規則等の瑕疵は，営造物の設置又は管理の瑕疵に当たると解するのが相当である。」

「国家賠償法２条１項の営造物の設置又は管理の瑕疵とは，営造物が通常有すべき安全性を欠き，他人に危害を及ぼす危険性のある状態をいうのであり，被控訴人らの主張するような営造物管理者の事故発生時における当該営造物管理の過誤は，国家賠償法１条の問題となるにとどまるというべきである。」

②　最高裁平成10.3.27第二小法廷判決＝長安口ダム水害訴訟（訟月45-2-293，①の上告審，後掲５(2)イ(イ)㉑参照）

前掲①の判決を是認し，県が制定した多目的ダムの操作規則，操作細則が水害当時合理性を欠いていたとはいえないとして，ダムの設置・管理の瑕疵を否定し，また，洪水時における多目的ダムの管

理事務所長の操作に過失がないとした。

③　東京高裁平成15.1.29判決＝裾花ダム水害訴訟（判例自治251-56）

裾花川の溢水による水害の発生が，同河川に設置された多目的ダムの設置又は管理の瑕疵，同河川の管理の瑕疵，ダム管理事務所長のダム操作上の過誤によるものとは認められないとして長野県及び国に対する国家賠償請求を棄却した。

カ　設備の進歩と営造物責任との関係

①　最高裁昭和61.3.25第三小法廷判決＝点字ブロック訴訟（民集40-2-472，判時1190-3，判タ603-48）

「国家賠償法２条１項にいう設置又は管理の瑕疵とは，営造物が通常有すべき安全性を欠く状態をいい，かかる瑕疵の存否については，当該営造物の構造，用法，場所的環境及び利用状況等諸般の事情を総合勘案して具体的個別的に判断すべきものである（中略）。そして，点字ブロック等のように，新たに開発された視力障害者用の安全設備を駅のホームに設置しなかったことをもって当該駅のホームが通常有すべき安全性を欠くか否かを判断するに当たっては，その安全設備が，視力障害者用の事故防止に有効なものとして，その素材，形状及び敷設方法等において相当程度標準化されて全国的ないし当該地域における道路及び駅のホーム等に普及しているかどうか，当該駅のホームにおける構造又は視力障害者の利用度との関係から予測される視力障害者の事故の発生の危険性の程度，右事故を未然に防止するための右安全設備を設置する必要性の程度及び右安全設備の設置の困難性の有無等の諸般の事情を総合考慮することを要するものと解するのが相当である。」

②　東京地裁平成2.3.13判決＝日本坂トンネル東京訴訟（訟月37-5-775，判時1338-21，判タ722-84，後掲③参照）

「国家賠償法２条１項にいう営造物の設置又は管理の瑕疵とは，営

造物が通常有すべき安全性を欠如していることをいうが，右の安全性の欠如とは，当該営造物を構成する物的施設自体に存する物理的，外形的欠陥ないし不備によって他人の生命，身体又は財産に対し危害を生じせしめる危険性がある場合のみならず，その営造物の設置・管理者の不適切な管理行為によって右の危害を生じせしめる危険性がある場合も含むものと解すべきである。そして，当該営造物が有料高速道路上のトンネルであり，そのトンネル内において車両の衝突事故等に起因して生じた火災が後続の車両に延焼した場合に，後続車両の損害との関係において右トンネルが安全性を欠如していたかどうかの判断は，トンネルの構造（長さ，幅員，内部構造等），右事故当時における当該トンネルの交通量，交通形態（一方交通又は対面交通のいずれか），通行する車両の種類，その積載物の種類ことに易燃物等危険物の輸送の状況，過去の事故の態様・原因，長大トンネル一般における事故の発生の態様・原因等に照らし，右トンネル内において発生することの予見される危険に対処するための物的設備・人的配備及びこれらの運営体制，消防署及び警察署等の他の機関に対する通知及びこれらの機関との協力体制並びに高速道路の利用者に対する当該危険が発生したことの通知・警告についての物的設備・人的配備等（以下，これらをまとめて「トンネルの安全体制」という。）が，右危険を回避するために合理的かつ妥当なものであったかどうかに基づいてするのが相当であると解すべきであり，そして，右合理性及び妥当性を判断するに当たっては，当該トンネルが設置された当時におけるトンネルの安全体制についての技術水準及び技術的実施可能性のみに基づいて判断すべきではなく，設置後当該事故時までにおけるトンネルの安全体制についての技術水準及び技術的実施可能性をも考慮して判断することを要するものと解すべきであり，これらを考慮して判断すべき場合においては，高速道路上のトンネル内において車両の衝突事故等によって生じた火災による危険は，自然災害によるものではなく，現代

社会の技術によって生じた技術的危険というべきものであることに鑑みると，トンネルの安全体制を構成する物的設備に関する技術の進歩向上によりこれを改修ないしは更新することによって当該危険の回避がより一層確実に可能となることが明らかであるときには，右改修ないしは更新をすることが必要であるというべきであって，そのために当該トンネルの設置者において負担することが必要となる費用あるいはその予算上の制約のあること等によって左右されるものではないというべきである。」

③　東京高裁平成5.6.24判決＝日本坂トンネル東京訴訟（訟月40-6-1107，判時1462-46，判タ825-75，②の控訴審）

「そして，前記の法令及び行政上のトンネルの設置基準並びに第一審被告の暫定基準，標準仕様及び設置要領が定められた経緯及び弁論の全趣旨によると，これらがそれぞれ定めたトンネルの防災設備等は，いずれも昭和40年代において技術的に実施可能となっていたものであることが認められるところ，本件トンネルの供用開始時に既に右暫定基準等に基づき設置された物的設備等については，第一審被告として，前記のような防災目的に沿った合理的運用及びそのための体制の整備を図る必要があることはいうまでもない。また，供用開始時には設置されていなかったが，その後の技術の進歩等により標準仕様及び設置要領にその設置が定められるようになった物的設備等については，これをすべてのトンネルに直ちに設置しなければ法律上要求される安全体制を欠くことになると一律にはいえないけれども，他方，その設置基準の定めが原則的，標準的な性格のものであるからといって，これを設置するかどうかが専ら第一審被告の都合に委ねられてよいものではなく，諸般の事情からみて防災目的を達成するために高度に有用であると判断される設備については，速やかにこれを設置して合理的な運用を図る必要があるものというべきである。本件事故当時における本件トンネルの防災設備の設置及び運用が以上に述べたところを下回

っていた場合には，長大トンネルにおいて火災の発生又はその延焼を防止し，右火災及び延焼によって生じる後続車両の乗員等の生命，身体又は財産等を侵害する危険を回避するための合理的かつ妥当なトンネルの安全体制を欠いていたものと認めるべきであり，本件トンネルは長大トンネルが通常具有すべき安全性を欠如し，その設置・管理に瑕疵があることになると解するのが相当である。このことは，第一審被告が高速道路上の火災につき消防法上特別の地位に立つものでないこと，また，トンネルの安全体制は，道路管理者たる第一審被告のみによって確保されるものではなく，道路管理者，道路利用者，警察，消防各機関等が一体となって確保しなければならないものであることによって，なんら左右されるものではない。」

④　大阪高裁平成17.6.14判決（判時1935-65）

視覚障害を有する被控訴人が，裁判所庁舎の玄関に設置されている階段（以下「本件階段」という。）において，足を滑らせて転倒し傷害を負ったとして，国家賠償法２条１項に基づく損害の賠償を求められた事案

「公の営造物の設置又は管理に瑕疵があるか否か，言い換えれば，それが通常有すべき安全性を欠くか否かを判断するには，（中略）具体的な当該営造物の構造，用法，場所的環境及び利用状況，安全設備の標準化や普及の程度，必要性等諸般の事情を総合考慮して個別具体的に判断すべきものである。そして，その際に，行政上の努力義務とされる整備基準の内容等をも考慮に入れることは，むしろ当然のことである。（中略）上記判断は，前示のとおり，法制や社会の変化，国民の意識ないし期待水準の高まりや，これに応じた身体障害者のための安全設備の整備普及の実情などをも踏まえているものである（中略）本件階段に点状ブロックや滑り止めのシートを設置することは，それほど困難なことではなく，早期に対処することも十分に可能であったと認められる（中略）。以上のとおりであるから，本件階段の設

置又は管理に瑕疵があるとした原審の判断は，正当である。」

キ　営造物責任と予算の関係

(ｱ)　自然公物である河川の管理についての瑕疵の存否の判断に際しては，人工公物である道路やその他の営造物とは異なる特質及びそれに基づく財政的，技術的及び社会的諸制約が考慮される。

○　最高裁昭和59.1.26第一小法廷判決＝大東水害訴訟（民集38-2-53，訟月30-7-1126，判時1104-26，判タ517-82，判例自治1-96，前掲オ(ｱ)参照）

「河川は，本来自然発生的な公共用物であって，管理者による公用開始のための特別の行為を要することなく自然の状態において公共の用に供される物であるから，通常は当初から人工的に安全性を備えた物として設置され管理者の公用開始行為によって公共の用に供される道路その他の営造物とは性質を異にし，もともと洪水等の自然的原因による災害をもたらす危険性を内包しているものである。したがって，河川の管理は，道路の管理等とは異なり，本来的にかかる災害発生の危険性をはらむ河川を対象として開始されるのが通常であって，河川の通常備えるべき安全性の確保は，管理開始後において，予想される洪水等による災害に対処すべく，堤防の安全性を高め，河道を拡幅・掘削し，流路を整え，又は放水路，ダム，遊水池を設置するなどの治水事業を行うことによって達成されていくことが当初から予定されているものということができるのである。この治水事業は，もとより一朝一夕にして成るものではなく，しかも全国に多数存在する未改修河川及び改修の不十分な河川についてこれを実施するには莫大な費用を必要とするものであるから，結局，原則として，議会が国民生活上の他の諸要素との調整を図りつつその配分を決定する予算のもとで，各河川につき過去に発生した水害の規模，頻度，発生原因，被害の性質等のほか，降雨状況，流域の自然的条件及び開発その他土地の利用の状況，各河川の安全度の均

衡等の諸事情を総合勘案し，それぞれの河川についての改修等の必要性・緊急性を比較しつつ，その程度の高いものから逐次これを実施していくほかない。また，その実施にあたっては，当該河川の河道及び流域全体について改修等のための調査・検討を経て計画を立て，緊急に改修を要する箇所から段階的に，また，原則として下流から上流に向けて行うことを要するなどの技術的な制約もあり，更に，流域の開発等による雨水の流出機構の変化，地盤沈下，低湿地域の宅地化及び地価の高騰等による治水用地の取得難その他の社会的制約を伴うことを看過することはできない。しかも，河川の管理においては，道路の管理における危険な区間の一時的閉鎖等のような簡易，臨機的な危険回避の手段を採ることもできないのである。河川の管理には，以上のような諸制約が内在するため，すべての河川について通常予測し，かつ，回避しうるあらゆる水害を未然に防止するに足りる治水施設を完備するには，相応の期間を必要とし，未改修河川又は改修の不十分な河川の安全性としては，右諸制約のもとで一般に施行されてきた治水事業による河川の改修，整備の過程に対応するいわば過渡的な安全性をもって足りるものとせざるを得ないのであって，当初から通常予測される災害に対応する安全性を備えたものとして設置され公用開始される道路その他の営造物の管理の場合とは，その管理の瑕疵の有無についての判断の基準もおのずから異なったものとならざるをえないのである。この意味で，道路の管理者において災害等の防止施設のための予算措置に困却するからといってそのことにより直ちに道路の管理の瑕疵によって生じた損害の賠償責任を免れうるものと解すべきでないとする当裁判所の判例（最高裁昭和45.8.20第一小法廷判決・民集24巻9号1268ページ）も，河川管理の瑕疵については当然には妥当しないものというべきである。」

(イ) 道路については，学説上は，財政的制約は考慮しないとする説が多

い（古崎・国賠法の理論210ページ）。しかし，道路についても特別な事情があれば財政的制約を考慮すべきであるとする見解もあり（藤原淳一郎「道路事故への国・公共団体の賠償責任」現代行政法大系6・108ページ，なお，東京高裁昭和63.10.19判決・訟月35-5-769，判時1289-23を参照），判例の趣旨も，他の回避手段の有無，予算措置に困却する程度，理由を問わないで，「予算措置に困却すること」自体を免責事由にすることはできないとする趣旨と解すべく，財政限界を一切認めないとの趣旨に解すべきものではあるまいとの指摘もある（富越和厚・最高裁判所判例解説民事篇平成2年度476ページ）。

① 最高裁昭和40.4.16第二小法廷判決＝仙台市道穴ぼこ訴訟（判時405-9）

「地方公共団体が予算の範囲内で道路の管理をすれば道路に瑕疵があっても（中略）道路の管理の瑕疵があるとはいえないとの所論は，採用できない。」

② 最高裁昭和45.8.20第一小法廷判決＝高知落石訴訟（民集24-9-1268，訟月16-11-1272，判時600-71，判タ252-135）

「本件道路における防護柵を設置するとした場合，その費用の額が相当の多額にのぼり上告人県としてその予算措置に困却するであろうことは推察できるが，それにより直ちに道路の管理の瑕疵によって生じた損害に対する賠償責任を免れうるものと考えることはできないのであり，その他，本件事故が不可抗力ないし回避可能性のない場合であることを認めることができない旨の原審の判断は，いずれも正当として是認することができる。」

＜参考＞

判決評釈…鈴木重信・最高裁判所判例解説民事篇（上）昭和45年度308，古崎慶長・判評141-20，下山瑛二・ジュリスト臨時増刊「昭和45年度重要判例解説」482-30，潮海一雄・民商法雑誌64-6-1069

③　神戸地裁昭和61.7.17判決＝国道43号線騒音訴訟（訟月33-6-1313，判時1203-1，判タ619-139）

「もっとも，道路など当初から通常予想される危害に対応する安全性を備えたものとして設置されるべき営造物の管理についての損害賠償請求の場合には，財政的・経済的な制約の存することは，損害賠償責任を免れる理由とはなり得ないものである。」

④　東京高裁昭和63.10.19判決＝越前海岸高波訴訟（訟月35-5-769，判時1289-23）

「財政的，技術的な諸制約のもとでの海岸保全施設の設置，管理の一般的水準及び社会通念に照らし是認することのできる通常有すべき安全性を備えていたものと認めるのが相当であ（る）。」

4　国家賠償法２条関係主張例及び協議事例

(1)　主張例

[redacted]

(2)　協議事例

[redacted]

[redacted]

5　国家賠償法２条関係の類型別裁判例

(1)　道路関係

道路は，国民生活と切り離せない存在であることから，発生する事故の態様は多面的で，かつ，件数も多い。その中でも道路を利用する自動車又は歩行者にかかわるものが多くを占める。そのほかに道路利用者以外の第三者に損害が発生する場合もあり，道路を走行する自動車がもたらす騒音・排気ガス等の被害をめぐる道路環境訴訟も提起されている。

道路に関しては，国家賠償法２条が，道路の設置又は管理に瑕疵があれば，道路管理者が損害賠償責任を負う旨を規定している。

ア　「道路」について

(ア)　道路法に定められている道路は，高速自動車国道，一般国道，都道府県道，市町村道（道路法３条）であり，これらが国家賠償法２条に規定されている「道路」の典型である。これ以外に道路法の適用のな

い認定外道路として法定外公共用物である道路がある。この中には，森林法４条２項４号による林道，自然公園法２条６号による自然公園道路などがあるが，これらの道路はそれぞれ各法令によって設置・管理がなされており，管理主体がその瑕疵による国家賠償責任を負うことになる。このほかに，狭義の法定外公共用物としての里道（りどう。アカミチ，赤線とも呼ばれている。）があるが，その問題については，後述する（後記(5)参照）。

(ｲ) 道路が公の営造物である要件として，道路が完成していることを要するかどうかが問題となる。この点につき，水路についてであるが，「(公の営造物たるためには）厳格な意味においては，それが当該物自体として完成していること及び直接公の目的に供されるものであること並びに国又は公共団体の公用開始行為がされたことを要するものというべきであるが，国賠法２条が公の営造物の設置又は管理の瑕疵により生じた損害の社会的な分担を目的として設けられた規定であることにかんがみるときは，（中略）たとえ営造物として未完成であり，一時的・仮設的に設けられた物的設備であっても，実質的に見てそれが完成後の営造物に準じた機能を発揮して現に公の目的に供されている場合には，右の営造物にあたる」（千葉地裁昭和53.12.4判決・判時925-101）とする裁判例もあり，道路についても完成していることは要件とはならないであろう。もっとも，改良工事の途中でいまだ未舗装であり，また，道路法に基づく供用開始の告示はされておらず，事実上も一般の交通の用に供されていなかった道路につき，公の営造物には当たらないとした裁判例もある（大阪地裁昭和60.10.3判決・訟月32-6-1161，判タ599-58)。

なお，道路法の適用がある道路については；法律上道路管理者による供用開始決定（公物を成立させるための行為であり，その意思表示は，一般公衆に対して行う性質上，公示によって行われる。(道路法18条)）により公衆の利用に供せられ，国道，県道，市町村道等として

公物管理がされることになる。供用開始がされていない道路であっても，公の営造物であることを否定できないとするのが裁判例である（浦和地裁昭和61.11.26判決・判時1222-101，判タ648-220）。

(ｳ) 地方分権一括法による道路法改正と道路管理者

従前，一般国道のうち指定区間外国道の維持，修繕，その他の管理は機関委任事務として都道府県知事が行うこととされていたが，機関委任事務が廃止され，都道府県又は政令指定市の法定受託事務とされることになった（地方分権一括法415条による改正後の道路法12条，13条，改正地方自治法２条10項及び別表第１，改正後の地方自治法施行令)。その場合，国家賠償法２条の「管理」の主体も，都道府県又は政令指定市になる。

イ　裁判例

一般的な事故態様の分類に従った主要裁判例は，次のとおりである。

(ｱ) 道路のいわゆる穴ぼこ，段差等の形状の瑕疵に関するもの

a　瑕疵を肯定したもの

①　最高裁昭和40.4.16第二小法廷判決＝仙台市道穴ぼこ訴訟（判時405-9)

幹線道路の市道上に自然沈下によって円形上の穴が生じていたところ，原動機付自転車に乗った被害者が，穴に前輪を落輪させ横転した事案につき，市道上の穴の放置に管理瑕疵を肯定した。

②　東京地裁昭和43.10.8判決（訟月14-11-1240，判タ227-202)

都道の未舗装部分と舗装部分の境目の辺りにくぼみがあったところ，バイクに乗った被害者が，くぼみに突っ込み転倒して死亡した事案につき，破損箇所の放置に管理瑕疵を肯定した。

③　大阪地裁昭和45.12.22判決（判時624-62，判タ260-292)

国道のアスファルト舗装上に自然損傷による穴があったところ，自転車に乗った被害者が，穴に前輪を落輪させ転倒して受傷した事案につき，穴の放置に管理瑕疵を肯定した。

④　東京地裁昭和47.4.10判決（判タ282-363）

区道上の下水管埋設工事のため舗装部分が切り取られ仮復旧された部分が，陥没してすり鉢状の穴ぼこができていたところ，原動機付自転車に乗った被害者が，前輪を穴ぼこに落輪させてバランスを失い死亡した事案につき，道路の管理に瑕疵を肯定した。

⑤　千葉地裁昭和51.1.30判決（交通民集9-1-156）

県道に約20センチメートルの高低差のある舗装された本道と未舗装の歩道があったところ，被害者が貨物自動車を運転中，対向車とすれ違う際に車を左に寄せ過ぎた結果，未舗装部分に落輪しあわててハンドルを回したところ中央線を越えて対向車と正面衝突し，死亡した事案につき，道路の設置管理瑕疵を肯定した。

⑥　大阪地裁昭和51.2.26判決（交通民集9-1-264）

国道（管理者国）の本舗装と簡易舗装との接続部分には段差があったところ，被害者が普通乗用自動車を運転中，段差にのめり込みくぼみにハンドルをとられ，道路わきの石垣に激突して受傷した事案につき，道路の設置管理瑕疵を肯定した。

⑦　東京地裁昭和58.10.25判決（判時1096-78）

高速道路上の路肩部分に亀裂はく離による4ないし6個のコンクリート片と，これに続く2箇所の穴ぼこがあったところ，自動二輪車に乗った被害者が，これらを避けきれず，路面に投げ出され転倒して受傷した事案につき，高速道路の管理瑕疵を肯定した。

⑧　東京地裁昭和63.6.23判決（判タ682-106）

都道の歩道上に舗装工事の竣工検査のための供試体を採取した跡の穴が放置されていたところ，被害者が，この穴につまずいて転倒し受傷した事案につき，道路の管理瑕疵を肯定した。

b　瑕疵を否定したもの

①　京都地裁昭和54.4.10判決（高民集33-3-162，判時942-91，判タ387-93）

府道上に穴ぼこがあったところ，自転車に乗った被害者が，対向してきたバスを避けようとして穴ぼこに突っ込み，バランスを失ってバスと接触して転倒し，れき死した事案につき，本件道路は山間部にあり，交通量も少なく，かつ，人家もないところであって，いわゆる本舗装ではなく，アスファルトの簡易舗装であり，道路の両側は非舗装部分すなわち土の部分からアスファルトに食い込む形で穴ぼこが生じていたものである。そうすると，このような道路の地理的条件，構造，利用状況及び穴ぼこの位置形状を考慮すると，本件事故の発生が前記穴ぼこの存在をもって道路管理に瑕疵があるものということはできないとして，道路の管理瑕疵を否定した。

②　札幌高裁昭和54.8.29判決（訟月26-3-382）

国道上に圧雪のはく離による陥没があったところ，被害者が貨物自動車を運転中，走行路面の陥没部分に落ち込み，対向車線を進行してきた貨物自動車と衝突した事案につき，陥没部分は圧雪のはく離によって発生したものであるが，陥没の発生から事故発生に至る時間的間隔が極めてわずかしかなかったとして，道路の設置管理瑕疵を否定した。

③　大阪地裁昭和59.7.24判決（判タ537-218，判例自治6-122）

府道の蓋がある側溝部分と道路部分には，6.5ないし10センチメートルの段差があったところ，自転車に乗った被害者が，側溝部分から道路部分に上がろうとしてバランスを失い，進行中の自動車の左側後輪にれき過されて死亡した事案につき，道路の構造，利用状況に照らしても段差の存在自体が自転車等の通行にとって具体的危険性を有するものとはいえず，路側帯の幅員等からして道路全体の構造としては通常の運転方法による自転車走行にとって必要な安全性を具備している上，本件事故は，自転車操作上の不手際によって転倒したことによるもので，段差の存在が直接の

原因となったものではないとして，府道の設置管理瑕疵を否定した。

④　東京地裁八王子支部平成10.1.21判決（判例自治178-100）

補修工事により舗装表面が切削された道路を自動二輪車を運転して走行中の者が，アスファルトが斜面状に擦り付けられたマンホール蓋との間に生じた約５センチメートルの段差によって転倒して負傷した事故について，道路の管理瑕疵を否定した。

c　因果関係を否定したもの

○　名古屋地裁昭和48.1.17判決（判タ302-251）

国道が未舗装部分でへこんだ状態になっていたところ，被害者が普通乗用者を運転中，このへこんだ部分を避けた直後，ハンドルを切りそこね，グリーンベルトを乗り越えて反対車線に出て対向車両と正面衝突して同乗車が死亡した事案につき，道路の管理瑕疵は肯定したものの，本件事故は被害者がへこんだ部分は無事に避けて通過したものの，被害者の異常なスピードの出しすぎ，前方不注意，運転操作の誤りが原因で発生したものであるとして，事故との因果関係を否定した。

(イ)　道路の陥没，路肩崩壊など道路の基本構造等の瑕疵に関するもの

a　瑕疵を肯定したもの

①　佐賀地裁昭和43.3.28判決（訟月14-6-616）

最大積載量を超過した砂を満載した貨物自動車が県道を通行中，路面が軟弱であったため路肩が崩壊して貨物自動車が崖下に転落し，受傷した事案につき，道路の設置管理瑕疵を肯定した。

②　大阪地裁昭和57.4.23判決（下民集33-1～4-727，判時1059-111）

市道の路肩にき裂が生じていたところ，被害者がそれに気付かずに足を踏み入れた結果，路肩が崩れて転落し受傷した事案につき，道路の設置管理瑕疵を肯定した。

③　札幌地裁平成10.12.14判決（判時1680-109）

高速道路を走行中の自動車が，飛び出した野生のエゾシカと衝突し，車両が破損した事故につき，エゾシカの侵入を防ぐ防護設備を設置しなかったことが高速道路の通常備えるべき安全性を欠くものであるとして，道路の設置管理瑕疵を肯定した。

④　鹿児島地裁平成20.1.29判決（公刊物未登載）

道路地下に存した空洞の防空壕に集中豪雨による雨水が流入したため道路が陥没し，通行した自動車が転落して運転手が死亡した事案につき，道路管理者であるA県は，事前調査により本件防空壕が現存し得ることが予見可能であったなどとして，道路の管理瑕疵を肯定した。

b　瑕疵を否定したもの

①　神戸地裁姫路支部昭和52.8.8判決（訟月23-9-1547）

舗装部分６メートル，その左右に未舗装の路肩部分0.3～0.5メートルの国道において，被害者が大型貨物自動車を運転して大型バスとすれ違う際，左側の路肩に進入したところ，路肩が崩壊したため転落して自車が大破した事案につき，車両はすれ違いの場合であっても路肩を通行することは許されないとして，道路の設置管理瑕疵を否定した。

②　大阪高裁平成19.8.31判決（公刊物未登載）

道路上で工事を行っていたクレーン車が，同車から張り出したアウトリガの一部がかかっていた保護路肩が破壊されて崖下へ転落して全損した事故について，保護路肩は車道及び硬路肩を保護することを目的とするものであり，本来車両の通行を予定していないことなどから，道路の設置管理の瑕疵を否定した。

(ウ)　道路の側溝の機能・形状の瑕疵に関するもの

a　瑕疵を肯定したもの

①　大分地裁昭和47.7.21判決（判時689-98，判タ286-356）

県道端の蓋のない溝において，自転車に乗った被害者が摂氏80度の温泉による熱湯の湯気で視界が遮られ溝に転落して受傷した事案につき，溝の設置管理瑕疵を肯定した。

② 東京高裁昭和55.3.19判決（判時964-59）

国道に蓋のない側溝があったところ，自転車に乗った被害者が，自転車もろとも側溝に転落して死亡した事案につき，溝の設置管理瑕疵を肯定した。

b 瑕疵を否定したもの

① 高松高裁昭和60.11.19判決（訟月32-7-1531，判時1180-68）

国道の側溝の一部が蓋のないまま放置されていたところ，自動二輪車が，この部分に落輪して転倒した事案につき，歩道・路側帯と車道の区別のある道路においては，車両は原則として車道を通行しなければならないこと，市街地区域内の舗装道路でも，蓋のない側溝や一部だけ蓋のある側溝は珍しいものではないこと，事故当時進路前方の見通しは良く，前方注意義務を尽くしていれば，蓋のない側溝部分の発見は極めて容易であったこと，事故は被害者の運転上の過失が直接の原因となって生じたものであること，事故発生までこの蓋のない側溝に転落した事故は発生していないことなどからして，事故現場の側溝の一部が蓋のないままの状態で，かつ，同所に防護柵又は警告標識を設置するなどして側溝に車両が転落するのを防止する格別の措置が講じられていなかったとしても，本件道路が通常有すべき安全性を欠き，瑕疵があるとはいえないとして，側溝の設置管理瑕疵を否定した。

② 大阪地裁堺支部平成2.3.22判決（判時1346-112）

失明した被害者が付添者と市道を歩行中，被害者が走行車両と接触しそうになったため，付添者が被害者を押したところ，蓋のない側溝に転落し受傷した事案につき，付添者がろうばいの余りとはいえ，被害者を側溝部分の方に押しやるというようなことは，

通常予測し得ないとして，側溝の設置管理瑕疵を否定した。

③ 大阪高裁平成7.4.27判決（判例自治142-99）

被害者が自転車に乗って農業用水路に接する市道を進行中，蓋のない部分から同水路に自転車もろとも転落し，頭部打撲により死亡した事案につき，当該部分から転落する危険は少なく，また，転落事故が生じた場合に死亡等の重大な事故に至る可能性は高くないとして，蓋のない部分を蓋のないままにしておき，その周りにガードレール，フェンス等の転落防止施設を設けていなかったことをもって市道の設置管理上の瑕疵とはいえないとして，市道の設置管理瑕疵を否定した。

(エ) 橋，歩道橋，トンネルなど道路と一体となってその効用を全うする施設の瑕疵に関するもの

a 瑕疵を肯定したもの

① 名古屋地裁昭和49.12.16判決（判時773-115，判タ322-206）

市道の橋の手前で幅員が急激に狭くなり，かつ，右にカーブしている状況であったところ，被害者が自動車を運転して橋の親柱に衝突して死亡した事案につき，道路の設置管理瑕疵を肯定した。

② 東京地裁平成2.3.13判決＝日本坂トンネル東京訴訟（訟月37-5-775，判時1338-21，判タ722-84，前掲３(3)カ②参照）

高速道路（設置管理者道路公団）の日本坂トンネル内の車両追突事故によって火災が発生し，後続車両に延焼して車両と積み荷が焼かれ損害が発生した事案につき，トンネルの設置管理瑕疵を肯定した。

b 瑕疵を否定したもの

① 名古屋地裁昭和47.9.22判決（訟月18-12-1826，判時682-7，判タ282-153）

横断歩道橋を利用している歩行者が，横断歩道橋の設置によって，道路を平面的に横断する利益を侵害されたとして，慰謝料を

請求した事案につき，横断歩道橋の設置は道路の設置管理の瑕疵を否定した。

② 最高裁昭和55. 12. 11第一小法廷判決（判時991-76，判タ434-166）

道路と川との境を見誤って走行したため川に転落したというのではなく，道路前方のカーブに気付いて急制動の措置を執ったため，川に転落した事例について，道路と川の境の見分けがつかないことに対する安全設備としてガードレールの設置を必要とするには別段の事情を要するところ，原審の認定した事実関係のみからはガードレールを設置しないことが道路の設置，管理の瑕疵に当たるとした判断には法令の解釈適用の誤り，理由不備の違法があるとして，原判決を破棄差戻した。

③ 盛岡地裁平成元. 5. 18判決（判タ764-160）

村道上のコンクリート製橋（幅員４メートル）において，照明灯，ガードレール及び幅員減少標識がなかったところ，原動機付き自転車に乗った被害者が，橋から転落して死亡した事案につき，事故現場付近において，照明灯，ガードレール及び幅員減少標識がなくとも，電信柱，草むらの状況，路面の着泥状況等から，容易に幅員減少箇所に接近していることを認識し，橋の中央部を通過することができたはずであるとして，道路及び橋の設置管理瑕疵を否定した。

④ 仙台高裁秋田支部平成元. 12. 25判決（訟月36-9-1565）

県道の橋りょう（木造）を，被害者が普通乗用車を運転して走行中，スリップして車止めや欄干を破壊して橋下の湖に転落し水死した事案につき，被害者の一方的過失に起因するものであるとして，橋の設置管理瑕疵を否定した。

⑤ 高知地裁平成10. 5. 11判決（判時1671-118，判タ995-128）

国及び市が管理する橋の欄干の破損箇所から通行人が転落して

溺死した事故につき国及び市の管理責任が追及された事案

「欄干は歩行者等の転落を防止し，歩行者等の生命，身体の安全を護る構造物であり，（中略）市の中心部に位置し，昼夜歩行者もあるが，被告Ａ市は，本件欄干を（中略）破損したまま約12日間放置し，なんら転落事故防止のための措置をとっていなかったのであって，同被告の営造物の管理には瑕疵があったものというべきである。（中略）本件欄干のうち国道護岸部分とＢ橋の部分は，物理的，視認的に区別でき，被告らは自らの管理境界区分内の構造物を，それぞれ管理していたものと認められ，被告国には被告Ａ市管理区分内の本件欄干破損箇所，すなわち，Ｂ橋欄干の破損に関する管理責任はないものと判断するのが相当である。」

⑥ 東京地裁平成10. 9. 4判決（判時1671-78）

都道の排水設備の設置管理の瑕疵につき，排水容量に関する限り，管理者の設置，管理，設計水準自体が不合理と認められるような特段の事情が存しない以上，同基準に適合した道路排水設備であれば，営造物が通常備えるべき安全性を有するものと解すべきところ，本件では上記が不合理であることの主張，立証はなく，上記設計基準を満たすものと認められるとした。

(オ) 消火栓，水道栓，マンホール等の付属物の瑕疵に関するもの

a 瑕疵を肯定したもの

① 大阪地裁昭和46. 7. 30判決（判時647-70）

被害者の運転する小型乗用車が，農業用排水路の堤防（設置管理者土地改良区）上の未舗装の道路の水たまりに入り，道路横の地面から６センチメートルほど突出していた市の水道管の水道栓に前部バンパーを衝突させ，同乗者が受傷した事案につき，土地改良区の道路管理瑕疵及び市の水道栓の管理瑕疵をいずれも肯定した。

② 函館地裁昭和47.1.28判決（判タ276-316）

市道交差点付近のマンホールの蓋が，地表から約４センチメートル突出し，マンホールの周囲にへこみがあったところ，被害者が普通乗用車を運転中，自動車の底が右蓋に激突して受傷した事案につき，道路の設置管理瑕疵を肯定した。

③ 京都地裁平成13.5.7判決（判時1760-123）

舗道上の敷設された排水溝の上の鉄製の蓋が反り返り段差が生じていた部分につまずいた歩行者が転倒し傷害を負った事故につき，道路管理者である市は，このような障害物を速やかに修復し，危険警告の標識を掲示するなどの要請があるのに，そのような措置を講じていなかったとして，歩道の管理瑕疵を肯定した。

④ 福岡高裁平成15.7.15判決（判時1835-88，判タ1156-197）

中学生が国道の側溝に設置された集水ますに転落死亡した事案で，集水ますのグレーチング蓋が固定されていなかったことは，国道の設置管理の瑕疵に当たるとした。

⑤ 横浜地裁平成15.9.12判決（判時1851-133）

水道管の漏水によりガス管が破損した事案で，市の水道管の管理に瑕疵があったとした。

⑥ 京都地裁平成20.6.18判決（公刊物未登載）

被害者が，原動機付き自転車を運転中，里道上の水位観測孔の鉄製蓋（内径約17センチメートル）が外れていたことにより転倒して負傷した事案で，里道を原動機付き自転車等が通行することは容易に予想されるなどとして，里道の管理瑕疵を肯定した。

b 瑕疵を否定したもの

○ 最高裁昭和52.2.3第一小法廷判決（訟月23-2-224）

国道の歩道上にガス会社が設けた水取りボックスが設置されていたところ，地表から2.4センチメートルの段差があったために，被害者がこのくぼみにつまずいてよろめき，蓋のない側溝に足を

踏み込んで受傷した事案につき，くぼみ及び上蓋のない側溝が，一般歩行者の歩行に危険なものとは考えられないし，現下の道路事情の下では，この程度のくぼみ及び上蓋のない側溝は珍しいものではなく，本件事故の発生は通常予測し得なかったとして，道路の設置管理瑕疵を否定した。

(カ) 信号機，道路標識，防護柵，中央分離帯等の交通安全施設の瑕疵に関するもの

a 瑕疵を肯定したもの

① 最高裁昭和48.2.16第二小法廷判決（民集27-1-99）

南北に通ずる道路と東西に通ずる２本の近接した道路とがほぼ直角に交わる交差点のほぼ中央に電車の軌道が敷設されているなどの複雑な構造を有する交差点において，東西に通ずる道路上の車両の進行を規制するとともに，交差点の北側の横断歩道上を西から東に向かう歩行者の歩行をもかねて規制するものとして東側に信号機が設置された場合に，横断歩道の西端から信号機の設置位置までの距離が約30メートルあり，同西端における信号機の見通し角度が正面から右約47ないし55度であったなどの事情があるため，一般の歩行者にとって前記信号機が横断歩道の歩行をもかねて規制するものであることを容易に認識できないときは，前記信号機は，横断歩道の歩行者の歩行をも規制するものとしては，不適当な位置に設置されていたものというべきであるとして，信号機の設置瑕疵を肯定した。

② 東京高裁昭和48.7.20判決（高民集26-3-226，判時716-45）

国道と交差する無人の踏切で，被害者の運転する普通乗用車が無人踏切に気付かず，電車と衝突して運転者と同乗者とが死亡した事案につき，国道上に踏切の存在を示す道路警戒標識を設けなかったことに，国道の設置管理瑕疵を肯定した。

③ 福岡地裁昭和52.4.21判決（判時875-83）

信号機が故障して停止していたところ，被害者が軽乗用自動車を運転して赤信号で停止したが，信号機の故障を知り本件交差点に進入したとき，青信号を確認して本件交差点に進入した普通貨物自動車と衝突し，被害者が受傷した事案につき，信号機の管理瑕疵を肯定した。

b　瑕疵を否定したもの

①　東京高裁昭和51.4.21判決（判時822-48，判タ344-247）

高速道路（管理者道路公団）のパーキングエリアの中央分離帯に張られた金網フェンスが，しばしば破られたり乗り越えられたりしていたところ，被害者が小型乗用車を運転中，金網フェンスの大きな穴から道路に飛び出した者を避けようとしてフェンスに衝突し，被害者と同乗者が受傷した事案につき，金網フェンスは，高さ，強度において通常十分に立入り防止の機能を発揮しており，かつ巡回によって，車道に人がいれば立ち退かせ，金網に損傷があれば遅滞なく修理をし得る態勢にあった等として，フェンスの管理瑕疵を否定した。

②　東京高裁昭和54.10.25判決（下民集33-1～4-490，訟月26-1-85，判時949-61，判タ406-119）

高速道路（管理者道路公団）に，高さ1.2メートルの鉄製ガードレールが設けられていたところ，大型貨物自動車が上り車線を走行中，後車輪１個が脱落して飛び出し，下り車線を進行していた貨物自動車を運転する被害者に当たって死亡した事案につき，中央分離帯は，その目的，用法及び利用状況等から見て安全性に欠けるところはなく，本件事故は通常予測することができないものであるとして，中央分離帯の設置管理瑕疵を否定した。

③　札幌地裁昭和60.9.9判決（判時1183-130，判例自治28-65）

被害者の運転する普通乗用車が，パトカーに追跡されたため，高速で逃走中，国道から分岐した市道に入り，行き止まりの直線

市道を突き抜けて川に転落し水死した事案につき，分岐点先の市道は見通しのよい直線道路で，その付近に居住する者の生活道路であり，専ら車両が通過するために利用されている道路ではないこと，最高速度が時速30キロメートルに指定されていることなど，本件道路及びその周辺状況からみて，分岐点の市道の先端が行き止まりである旨の標識を欠いても，直ちに本件道路が通常有すべき安全性を欠く状態をもたらすものではないとして，国道の管理瑕疵を否定した。

④　大阪高裁昭和61.1.31判決（判時1211-59）

県道が，右カーブする下り勾配で路面が湧水によりシャーベット状に凍結していたところ，被害者が軽四輪自動車を運転中，凍結部分でスリップして河川敷に転落して死亡した事案につき，防護柵の設置を強く要請されていた場所でもなく，本件は被害者がスピードを出しすぎて，運転操作を誤って路外に逸脱転落した事故であるから，道路に防護柵がなかったとしても，本件道路が通常有すべき安全性を欠いていたとはいえないとして，県道の設置管理瑕疵を否定した。

⑤　東京地裁昭和61.7.22判決（判タ616-134）

都道を横断中の被害者が，普通貨物自動車にはねられて即死した事案につき，都道の事故現場に信号機，横断歩道又は交差点に準じた何らかの警戒標識を設置していなかったことをもって，歩行者の安全確保の点で道路が通常有すべき安全性を欠いていたとはいえないとして，道路の設置管理瑕疵を否定した。

⑥　福岡地裁大牟田支部平成19.9.11判決（公刊物未登載）

交差点における自動車事故によって被害者が死亡した事案について，事故現場付近は平たんで見通しがよく交通頻繁とまではいえないことなどからすると，道路の利用者が通常の注意義務を怠ることなく通行する限りは，信号機や道路標識その他の交通規制

がなくても交通事故の発生する危険性が高い道路であったとまではいえないとして，道路の管理瑕疵を否定した。

c　因果関係を否定したもの

○　大阪地裁昭和54.9.13判決（下民集33-1～4-472，判時947-95，判タ404-128）

歩行者が横断中車にはねられ死亡した事案につき，交差点に設置された信号機の表示時間の配分が不適切であるため，交差点内で事故を惹起せしめる危険性が高い点で信号機の設置管理瑕疵があるが，歩行者が青信号で横断を開始した事実が認められないとして，事故との因果関係を否定した。

(ｷ)　道路工事に関するもの

a　瑕疵を肯定したもの

①　徳島地裁昭和42.7.28判決（訟月13-10-1201，判時522-75）

国道の側溝補修工事をしたものの，被害者方の下水排水口を新側溝に接続しなかったため，被害者方の下水排水が家屋に浸水した事案につき，道路の設置管理瑕疵を肯定した。

②　岡山地裁昭和48.10.1判決（判時736-72）

市道下の下水管埋設工事中，請負人が開溝を掘削して間もなく，被害者方の建物の基礎地盤が沈下し建物の損傷が生じた事案につき，道路の設置管理瑕疵を肯定した。

③　東京地裁昭和60.5.20判決（判タ562-118）

市道に下水道工事のための穴が掘削されていたところ，被害者が泥酔状態で帰宅途中，バリケードなどの安全設備がなかったためにこの穴に落ち込んで死亡した事案につき，道路の設置管理瑕疵を肯定した。

④　大阪地裁昭和60.11.21判決（判タ615-72）

歩道新設工事のため路側帯を含めた路面が掘削され，車道部分の一部に掘削部分に接して安全柵が設けられた国道において，自転車に乗った被害者が安全柵の道路中央側を走行中，貨物自動車とすれ違う際平衡を失って転倒し自動車にひかれて死亡した事案につき，道路の設置管理瑕疵を肯定した。

b　瑕疵を否定したもの

①　京都地裁昭和48.4.13判決（判タ306-244）

国道のアスファルト舗装工事をしていた現場において，全域にわたり赤色保安灯を配置していたところ，被害者が大型貨物自動車を運転中，この赤色保安灯を見分けながら東進し，工区間の終わりの辺りで工事用のアスファルト乳剤散布代用車と衝突して大破した事案につき，国道の工事施行区間を標示する方法は，十分講じられており，道路として通常具有すべき安全性に欠くところはなく，事故は専ら被害者の無謀運転によるものであるとして，道路の設置管理瑕疵を否定した。

②　大阪高裁昭和58.9.30判決（判時1102-73，判タ511-142）

道路公団が自動車道を開通させたところから，町が町道を閉鎖したため，食堂と釣り堀を営む原告の顧客が減少したとしてその損害を求めた事案につき，町道が閉鎖された経緯，原告の苦情申し入れに対する道路公団の対応，原告の営業開始時における自動車道の設置による町道閉鎖の予測可能性，自動車道の公共性等諸般の事情を総合勘案すると，顧客の来店が妨げられ，売上げの減少を来したとしても，その損害は社会生活上受忍すべき範囲内のものであるとし，また，上記主張の事実は，自動車道の設置の瑕疵に当たらないとした。

③　東京高裁昭和61.10.29判決（判タ641-181）

国道の改築工事をしたところ，沿線でレストラン及びビジネスホテルを経営している原告が，同工事により営業上の損害を被ったとして損害賠償を求めた事案につき，本件道路工事の公共性，工事の経過，道路工事によって今後多大の利益を享受できること，

そもそも原告が本件道路から受ける営業上の利益は道路設置に伴う反射的利益であることなどを理由として，道路の管理瑕疵を否定した。

(ﾉ) 落石，崩土，地滑り，雪崩，集中豪雨，路面凍結等の自然現象が加わって生じた事故に関するもの

a　瑕疵を肯定したもの

① 最高裁昭和45.8.20第一小法廷判決＝高知落石訴訟（民集24-9-1268，訟月16-11-1272，判時600-71，判タ252-135）

被害者が貨物自動車の助手として同乗し，本件事故発生地点にさしかかったところ，突然右側山地が，幅約10メートル，高さ約2メートルにわたって崩壊し，助手席上部を直径約1メートル，重さ約400キログラムの岩石が直撃したことにより，被害者が即死した事案

「国家賠償法2条1項の営造物の設置または管理の瑕疵とは，営造物が通常有すべき安全性を欠いていることをいい，これに基づく国および公共団体の賠償責任については，その過失の存在を必要としないと解するを相当とする。（中略）本件道路には従来山側から屢々落石があり，さらに崩土さえも何回かあったのであるから，いつなんどき落石や崩土が起こるかも知れず，本件道路を通行する人および車はたえずその危険におびやかされていたにもかかわらず，道路管理者においては，「落石注意」等の標識を立て，あるいは竹竿の先に赤い布切をつけて立て，これによって通行車に対し注意を促す等の処置を講じたにすぎず，本件道路の上記のような危険性に対して防護柵または防護覆を設置し，あるいは山側に金網を張るとか，常時山地斜面部分を調査して，落下しそうな岩石があるときは，これを除去し，崩土の起こるおそれのあるときは，事前に通行止めをする等の措置をとったことはない，というのである。（中略）かかる事実関係のもとにおいては，

本件道路は，その通行の安全性の確保において欠け，その管理に瑕疵があったものというべきである旨，本件道路における落石，崩土の発生する原因は道路の山側の地層に原因があったので，本件における道路管理の瑕疵の有無は，本件事故発生地点だけに局限せず，（中略）本件道路全般についての危険状況および管理状況を考慮にいれて決するのが相当である旨，（中略）その他，本件事故が不可抗力ないし回避可能性のない場合であることを認めることができない旨の原審の判断は，いずれも正当として是認することができる。」

② 名古屋高裁昭和49.11.20判決＝飛騨川バス転落訴訟（高民集27-6-395，訟月20-13-33，判時761-18，判タ318-121）

集中豪雨による土砂崩落によって道路の前後を封鎖された観光バス2台が，停車位置の山側にあった沢に発生した土石流の直撃を受け飛騨川に転落し乗客らが死亡した事案につき，原審は，本件事故は，不可抗力というべき土石流の発生を直接の原因とし，それに国道の設置・管理の瑕疵，バス運行関係者の過失が関連競合して発生したと判断した上，不可抗力が原因に寄与している程度は4割とし，国の責任を6割として損害賠償責任を認めた。本判決は，「国道41号は，その設置（改良）に当たり，防災の見地に立って，使用開始後の維持管理上の問題点につき，詳細な事前調査がなされたとは認め難く，そのため崩落等の危険が十分に認識せられなかったため，その後における防災対策や道路管理上重要な影響を及ぼし，防護対策および避難対策の双方を併用する立場からの適切妥当な道路管理の方法が採られていなかったもので，国道41号の管理には，交通の安全を確保するに欠けるところがあり，道路管理に瑕疵があったものといわなければならない。そして，本件事故は右管理の瑕疵があったために生じたものであるから，被控訴人（編注・国）は国家賠償法2条により本件事故によ

って生じた損害を賠償すべき義務がある。」とした。

③　大阪高裁昭和50.12.23判決（判時809-56）

国道の両側にブルドーザによる除雪が積まれ，その雪解け水が凍結していたところ，被害者の運転する大型貨物自動車がスリップして対向車の保冷車と正面衝突して被害者が死亡した事案につき，道路の管理瑕疵を肯定した。

④　大阪高裁昭和51.3.25判決（訟月22-4-1015）

被害者の運転する大型貨物自動車が，山岳道路である国道の凍結によりスリップして道路左側の側溝に落輪し，被害者と同乗者が下車して点検中，同様にスリップした後続の普通貨物自動車が衝突した事案につき，道路の管理瑕疵を肯定した。

⑤　鹿児島地裁昭和51.3.31判決（判時828-74）

台風による豪雨のため県道の法面，路肩，道路敷の一部が崩壊し，のり面下の民家が崩壊した事案につき，道路の管理瑕疵を肯定した。

⑥　和歌山地裁昭和51.9.30判決（判時850-85）

県道が台風によって陥没していたところ，被害者が軽四輪自動車で走行中，上記陥没箇所に転落して死亡した事案につき，道路の設置管理瑕疵を肯定した。

⑦　津地裁昭和52.3.24判決（訟月23-3-460，判時853-13）

国道（設置管理者国，費用負担者県）が集中豪雨によって決壊し，崩落した土砂によって国道の下方100メートルにある家屋５棟が倒壊して原告ら５名が死傷した事案につき，道路の管理瑕疵を肯定した。

⑧　静岡地裁昭和55.4.25判決（下民集33-1～4-501，判時986-96）

被害者が普通乗用車を運転して通行中，県道が集中豪雨によって突如陥没して崩壊したため，６メートル下の沢底に落下し死亡した事案につき，道路の設置管理瑕疵を肯定した。

⑨　奈良地裁昭和61.3.7判決（判時1189-74，判タ616-142）

大雨のため造成地から流入した土砂が市道上に堆積して泥土と化していたところ；普通乗用自動車がこれを避けるため運転を誤り，停車中の普通乗用自動車に追突し，この車のそばにいた被害者が受傷した事案につき，市道の設置管理瑕疵を肯定した。

⑩　広島地裁平成2.8.31判決（判時1368-101）

急勾配かつ路面凍結した町道を被害者が運転する大型特殊貨物自動車が走行中，スリップして後退し，駒止め１基を破壊して８メートル下に転落して大破した事案につき，本件町道は，道路構造令に適合しない急勾配である上，カーブで西側路側が切り立った崖になっており，その上，冬季には積雪が多く凍結する箇所でスリップ事故の発生が予測されたとして，道路の設置管理瑕疵を肯定した。

⑪　新潟地裁平成3.7.18判決（判時1402-100，判タ772-156）

上信越高原国立公園清津峡内の歩道（設置者県，管理者村）を，被害者が歩行中，落石に当たって死亡した事案につき，歩道の設置管理瑕疵を肯定した。

⑫　札幌地裁平成13.3.29判決（判時1755-135）

国道のトンネル出入り口付近の岩盤が崩落し，通行中の路線バス等がその下敷きとなって乗客らが死亡したいわゆる豊浜トンネル事故について，このトンネルには非常通報装置が設置されていたが，その緊急時の利用方法の周知が欠如しており，国による本件トンネルの管理に瑕疵があることにつき当事者間に争いがないとして，死亡した乗客らの遺族からのトンネルを管理する国に対する損害賠償請求を認容した。

⑬　東京高裁平成19.1.17判決（判タ1246-122，後掲５(6)エ②（369ページ）参照）〈最高裁平成21.2.5第一小法廷決定で維持〉

国立公園内の遊歩道付近において，観光客が，ほぼ無風状態に

おいて落下したブナの木の枝の直撃を受け，負傷した事案につき，本件ブナが，自然維持タイプ地区に生育していた天然木であったとしても，観光客が多数参集する場所において観光客の頭上を枝葉が広く覆った形で生育していたのであるから，管理者（県）には周到な安全点検が求められていたところ，本件ブナは高老木であり落枝が予測できたのであるから，本件事故前の管理者による年1回約3時間の安全点検は，危険木の発見，除去という点では，時期的，時間的，内容的に極めて不十分なものであったとして，県の遊歩道の管理の瑕疵を肯定した原判決（東京地裁平成18.4.7判決，判時1931-83，判タ1214-175）を維持した。

b　瑕疵を否定したもの

①　東京地裁昭和52.8.25判決（訟月23-10-1695，判時885-149，判タ365-395）

国道が凍結しアイスバーン状態になっていたところ，被害者が運転する普通乗用車が，跨線橋の下り勾配に差しかかったところでスリップし，対向車線を走行中の車と衝突して被害者と同乗者が死亡した事案につき，事故当時，運転者が道路の具体的状況に応じ通常要求される運行上の注意を払いさえすれば危険発生のおそれはなかったとして，道路の管理瑕疵を否定した。

②　熊本地裁昭和60.7.3判決（訟月32-5-859，判タ567-230）

営林署職員の乗車したマイクロバスが，土石流に押し流されて川に転落して職員が死亡した事案につき，本件災害現場で土石流が発生することを予測することは困難であったから，その防護施設等を設置しなかったからといって，林道の安全性に欠けていたとはいえないなどとして，林道の設置管理瑕疵を否定した。

③　福島地裁会津若松支部平成21.3.23判決（[illegible]，後掲5(6)エ③（370ページ）参照）

尾瀬地域内の木道の歩行者が，落下してきたブナの枝の直撃を

頭部に受けて死亡した事案につき，構造，用法，場所的環境，利用状況等を総合的に考慮すると，本件木道については，強い風雨等の悪天候といった例外的な条件下における事故の発生まで防止できる程度の安全性を備えていることが必要であるとはいえず，本件事故は例外的な条件下で発生したもので，木道の管理に不十分な点があったとは認められないとして，設置管理の瑕疵を否定した。

(ケ)　障害物の放置等第三者の行為に起因する事故に関するもの

a　瑕疵を肯定したもの

①　最高裁昭和50.7.25第三小法廷判決（民集29-6-1136，判時791-21，判タ327-183，前掲3(3)ウ②（275ページ）参照）

被害者が，午前6時ころ原動機付自転車で国道を運転中，中央線付近に約87時間前から放置されていた故障車（大型貨物自動車）に激突して即死した事案（一審は道路管理の瑕疵を否定，二審は道路管理の瑕疵を肯定）

「道路管理者は，道路を常時良好な状態に保つよう維持し，修繕し，もって一般交通に支障を及ぼさないように努める義務を負うところ（道路法42条），同国道の本件事故現場付近は，幅員7.5メートルの道路中央線付近に故障した大型貨物自動車が87時間にわたって放置され，道路の安全性を著しく欠如する状態であったにもかかわらず，当時その管理事務を担当するH土木出張所は，道路を常時巡視して応急の事態に対処しうる看視体制をとっていなかったために，本件事故が発生するまで右故障車が道路上に長時間放置されていることすら知らず，まして故障車のあることを知らせるためバリケードを設けるとか，道路の片側部分を一時通行止めにするなど，道路の安全性を保持するために必要とされる措置を全く講じていなかったことは明らかであるから，このような状況のもとにおいては，本件事故発生当時，同出張所の道路管

理に瑕疵があったというほかはなく，してみると，本件道路の管理費用を負担すべき上告人は，国家賠償法2条及び3条の規定に基づき，本件事故によって被上告人が被った損害を賠償する責に任ずべきであ（る）。」

② 京都地裁昭和59.10.12判決（判タ545-191）

市道上に置かれていたプロパンガスボンベ2本に，自動車が衝突し，漏れたガスに引火炎上して隣家を延焼させた事案につき，市道の管理瑕疵を肯定した。

b 瑕疵を否定したもの

① 最高裁昭和50.6.26第一小法廷判決（民集29-6-851，判時785-49，判タ325-189，前掲3(3)ウ①（275ページ）参照）

県道の工事箇所において，工事標識板，バリケード及び赤色灯標柱が本件事故の直前に他車によって倒され，赤色灯が消えてしまっていたところ，自動車の運転者がこれらの障害物に気付き，あわててハンドルを右に切って衝突を免れたが，ハンドルを左に切り直すことができず，道路下に転落し，そのため助手席に同乗していた被害者が死亡した事案

「本件事故発生当時，被上告人において設置した工事標識板，バリケード及び赤色灯標柱が道路上に倒れたまま放置されていたのであるから，道路の安全性に欠如があったといわざるを得ないが，それは夜間，しかも事故発生の直前（1時間）に先行した他車によって惹起されたものであり，時間的に被上告人において遅滞なくこれを原状に復し道路を安全良好な状態に保つことは不可能であったというべく，このような状況のもとにおいては，被上告人の道路管理に瑕疵がなかったと認めるのが相当である。」

② 東京地裁昭和59.11.13判決（判時1165-130）

国道を走行中のダンプカーのダブルタイヤの間に挟み込まれた石が跳ね飛び，これが後続の大型貨物自動車のフロントガラスを

突き破って運転中の被害者に当たり死亡した事案につき，本件石は，事故現場に放置されていたものではなく，上記国道以外の場所で挟み込んだものをたまたま事故現場で跳ね飛ばしたものであるから，もともと上記国道の管理の瑕疵が問題とされる余地はなく，仮に本件石が事故現場道路上に放置されていたとしても，本件石が出現してから事故発生までの時間がわずか40分以内という短時間であることからみて，被告国が遅滞なくこれを発見の上除去し，道路を安全良好な状態に復することは，およそ不可能であったとして，国道の管理瑕疵を否定した。

(ｺ) 道路公害

道路公害訴訟においては，供用関連瑕疵の存否が問題となり，違法性の有無すなわち，受忍限度を超えているかどうか，自動車排出ガスによって健康被害が生じたか否かなどが争点となる。

① 神戸地裁昭和61.7.17判決＝国道43号線騒音訴訟（訟月33-6-1313，判時1203-1，判タ619-139，後掲③，⑥参照）

一般国道43号，高速神戸西宮線及び同大阪西宮線の沿道に居住し，又は居住していたとする者など149名が，本件道路を走行する自動車の騒音，振動，排気ガス等により被害を受けているとして，国及び阪神高速道路公団に対して本件道路の供用の差止めと将来請求を含めた損害賠償を求めた事案

「営造物の設置又は管理の瑕疵とは，営造物が通常有すべき安全性を欠如していることをいい，通常有すべき安全性とは，営造物が，その設置目的との関係において，通常予測し，かつ回避可能な，他人に危害を及ぼす危険性を有していない状態をいう。右にいう他人に危害を及ぼす危険性のある状態とは，当該営造物に物理的・外形的欠陥が存する場合のみならず，それが供用目的に沿って利用されることとの関連において危害を生じさせる危険性のある場合をも含み，また，その危害は，営造物の利用者のみならず利用者以外の第

三者に対するそれをも含むのである。右の供用目的に沿って利用されることとの関連における危険性とは，当該営造物の利用の態様及び程度が一定限度内にある限りにおいてはこれに危険性がなくとも，右限度を超える利用によっては危害発生の危険性が生じる場合をいい，そのような利用に供される限りにおいて右営造物の設置，管理には瑕疵があるということができる。したがって，右営造物の設置・管理者において，右のような危険性があるにもかかわらず，これについて特段の措置や適切な制限を加えないままこれを違法に利用に供し，他人に現実の危害を発生させたときは，右設置・管理者においてそれが予測不可能な事由によるものでないことを主張・立証しない限り，同条項による損害賠償責任を免れないものである。右の供用の違法性は，当該供用によって被るとされる被害が社会生活を営む上において受忍すべきものと考えられる程度（受忍限度）を超えるか否かによって決せられるべきものであ」る。「もっとも，道路など当初から通常予想される危害に対応する安全性を備えたものとして設置されるべき営造物の管理についての損害賠償請求の場合には，財政的・経済的な制約の存することは，損害賠償責任を免れる理由とはなり得ないものである。」とした上，本件の「瑕疵の存否」について，「騒音による睡眠，会話，精神に対する影響並びに排ガスによる精神に対する影響に限定して受忍限度を判断するのが相当であるが，本件に表れた一切の事情を総合考慮すれば，少なくとも本件道路（現在の車道端）からの距離が20メートル以内の範囲内では一律に受忍の限度を超える違法な侵害状態が存在し，本件道路の供用行為は，原告らのうちその居住地の全部又は一部が右の範囲内にある者との関係においては，違法なものであり，本件道路の設置管理には瑕疵があるものというべきである。」として，既発生の損害について一部の賠償責任を認めたが，将来の請求については，「本件における侵害行為が将来にわたっても現在のままの状態

で継続するか否か並びにこれによって原告らの受けるべき損害の有無及び程度は，本件沿道やその他において，今後被告らやその他の者によって実施される諸方策の内容及び実施状況，原告らの個々に生ずべき種々の生活状況の変動等の様々な要因によって左右されるべき性質のものであり，しかもその侵害行為については，前記のような極めて多岐にわたる検討を経由して，原告らにおいて受忍限度を超える侵害を受けているものと判断される場合にのみ損害賠償責任が生じるのであるから，現時点でこれを明確かつ具体的に把握することは到底不可能であるというほかはない。」として不適法却下した。

② 大阪地裁平成3.3.29判決＝西淀川大気汚染公害第一次訴訟（訟月37-9-1507，判時1383-22，判タ761-46）

大阪市西淀川区に居住する住民ら117名が，相被告企業らの操業並びに同区内を走行する一般国道２号，同43号を設置管理する国及び阪神高速大阪池田線，同大阪西宮線を設置管理する阪神高速道路公団の各道路の供用により排出された硫黄酸化物，窒素酸化物，浮遊粒子状物質により慢性気管支炎，気管支ぜん息，ぜん息性気管支炎又は肺気腫に罹患したとして，環境基準値を超える上記大気汚染物質の排気差止めと損害賠償を求めた事案につき，相被告企業らに対する損害賠償請求については，昭和50年初期ころまでに発症している者については西淀川区の高濃度の二酸化硫黄，浮遊粉じんと慢性気管支炎，気管支ぜん息及び肺気腫との因果関係が推定できるとして，原告患者中63名の請求を一部認容したが，被告国及び阪神高速道路公団に対する損害賠償請求については，環境大気中の二酸化窒素が単独あるいは他の物質との複合のいずれの場合においても原告疾病の発症との因果関係を認めるには至らないとして請求を棄却し，差止請求については，請求が特定されていないから不適法であるとして訴えを却下した。

③　大阪高裁平成4.2.20判決＝国道43号線騒音訴訟（訟月39-3-349，判時1415-3，判タ780-64，①の控訴審，後掲⑥参照）

差止請求については，請求は特定されているから，訴えは適法であるが，被害はいまだ受忍限度を超えていないとして，請求を棄却した。過去の損害賠償請求については，騒音，排気ガス，振動等による健康被害は否定したものの，騒音による睡眠妨害，会話妨害，精神的影響，また，排気ガス中の浮遊粒子物質による洗濯物の被害を始めとする有形無形の負荷等の共通被害としての生活妨害と認めた上，騒音につき，居住敷地におけるLeq（等価騒音レベル）が65デシベル（A）以上の者については道路からの距離の遠近にかかわらず，Leqが60デシベル(A)を超える距離については上記距離が20メートル以内の場合に，また，排気ガス中の浮遊粒子状物質につき，上記距離が20メートル以内の者について，いずれも受忍限度を超える被害が生じており，国，阪神高速道路公団は共同不法行為者として国家賠償法2条1項の責任を負うと判示した。

④　横浜地裁川崎支部平成6.1.25判決＝川崎大気汚染公害1次訴訟（訟月43-8-1741，判時1481-19，判タ845-105）

川崎市川崎区又は同市幸区に居住する住民らが，大気汚染物質を排出した企業14社及び産業基盤の整備・拡大をし，企業による排出の規制をけ怠した国や本件地域内を走行する国道1号，同15号，同132号及び同409号を設置・管理する国及び高速横浜羽田空港線を設置・管理する首都高速道路公団に対し，相被告企業らの操業及び道路の供用により排出された大気汚染物質を原因として健康被害を受けたとして，共同不法行為として原告らの居住地あるいは勤務地に環境基準値（ただし，窒素酸化物については昭和53年7月改訂前の旧基準値）を超える大気汚染物質が到達することの差止め及び損害賠償を求めた事案につき，差止請求については，原告らが主張する違反状態を認識することが困難であり，また，その方法又は態様が

特定していないから不適法であるとして却下し，相被告企業らに対する損害賠償請求については，原告らの請求を一部認容したが，産業基盤の整備・拡大をし，企業による排出を規制しなかった国の責任については，国の行為が相被告企業らの排出行為と直接に結び付くものではなく，また，明確な規制基準を容認する根拠がないことを理由に，また，国及び首都高速道路公団の道路に関する責任については，本件各道路からの二酸化硫黄の排出量は，相被告企業らの排出量の1パーセントにも満たないこと，相被告企業らの排出行為と本件道路からの排出につき関連共同性も認め難いことから，本件道路から排出される二酸化硫黄と原告らの健康被害との間には相当因果関係を認めることができないとした上で，二酸化窒素と原告らの健康被害との因果関係も認めることができないとして，請求を棄却した。

⑤　大阪地裁平成7.7.5判決＝大阪西淀川大気汚染公害第2次ないし第4次訴訟（訟月43-10-2491，判時1538-17，ジュリ1081-32）

大阪市西淀川区に居住する住民ら432名が，同区内を走行する一般国道2号，同43号を設置管理する国及び阪神高速大阪池田線，同大阪西宮線を設置管理する阪神高速道路公団に対し，上記各道路を走行する自動車が同区及びその周辺に企業が立地操業する工場群とともに主要汚染源となって排出する大気汚染物質により健康被害を受けたとして，環境基準値（ただし，窒素酸化物については，昭和53年7月改訂前の旧基準値）を超える窒素酸化物，浮遊粒子状物質の排出差止め及び総額85億9694万円の損害賠償を求めた事案につき，上記各道路からの自動車排気ガスの大気汚染に対する影響度は同区内で20パーセント，道路沿道では汚染全体の約35パーセントになるとした上で，損害賠償請求については，昭和46年度から昭和52年度までの時期においては，主として工場等から排出される二酸化硫黄と自動車排気ガスに含まれる二酸化窒素が相加的に影響して道路沿

道の住民の健康に悪影響を及ぼしたと推定され，上記時期に国道43号及び阪神高速大阪池田線の道路端から50メートル以内に居住し，指定疾病が発症又は増悪したと認められる患者に対しては，その侵害行為を違法というべきであるとして，国に対する原告16名（合計4665万9997円）及び公団に対する原告５名（計1892万円）の請求を認め，また，差止請求については，道路端から150メートル以内に居住している原告らについては，請求は適法と認められるものの，道路の公共性にかんがみると差止めの必要性は認められないとして請求を棄却し，その他の原告らについては，請求が不適法であるとして訴えを却下した。

⑥　最高裁平成7.7.7第二小法廷判決＝国道43号線騒音訴訟（訟月43-12-3169，判時1544-18，判タ892-124，③の上告審）

将来分の損害賠償請求については訴えを却下し，過去分の損害賠償請求については，①原審の認定事実からすれば，自動車から発せられる騒音，排気ガス等により一審原告らが受けた被害は，本件道路の公共性ないし公益上の必要性のゆえに社会生活上受忍すべき範囲内のものであるということはできず，本件道路の供用が違法な法益侵害に当たり，国及び阪神高速道路公団は国家賠償法２条１項に基づく損害賠償義務を負うべきである，②国・公団において本件道路の供用に伴い一審原告らに被害が生じることを回避する可能性がなかったとはいえないとした原審の認定は相当である，③居住地における屋外等価騒音レベルを主要な基準，本件道路端と居住地との距離を補助的な基準とした上で，この基準を満たす一審原告らが受忍限度を超える損害を受けたとした原審の判断方法は正当であるとし，差止請求については，本件道路の近隣に居住する一審原告らが現に受け，将来も受ける蓋然性の高い被害の内容が日常生活における妨害にとどまるのに対し，本件道路が地域間交通や産業経済活動に対して多大な便益を提供しているなどの事情を考慮すると，一審

原告らの求める差止めを認容すべき違法性があるとはいえないとした原審の判断は正当であるとして，国・公団の上告及び一審原告らの上告を共に棄却した。

⑦　横浜地裁川崎支部平成10.8.5判決＝川崎大気汚染公害２次ないし４次訴訟（訟月45-12-2135，判時1658-3，判タ988-74）

川崎市川崎区又は同市幸区に過去又は現在において居住又は勤務し，公害健康被害の補償等に関する法律に定める指定疾病（慢性気管支炎，気管支ぜん息又は肺気腫）の認定を受けた患者ら又はその相続人らが，本件地域内を走行する国道１号，同15号，同132号，同409号及び神奈川県道高速横浜羽田空港線並びにこれと接続する神奈川県道及び川崎市道が自動車の走行の用に供されたことにより排出された大気汚染物質を原因とする健康被害を受け，また，受け続けているとして，前記各国道を設置・管理する国及び前記神奈川県道高速横浜羽田空港線を設置・管理する首都高速道路公団に対し，環境基準を超える二酸化窒素及び浮遊粒子状物質の排出の差止めを請求するとともに，神奈川県道及び川崎市道を設置・管理する神奈川県及び川崎市と被告らの間に共同不法行為が成立するとして損害賠償を求めた事案につき，差止請求については，原告らの差止請求そのものは請求が特定され，強制執行も可能であるから適法であるが，差止基準は合理性がなく，本件道路からの大気汚染物質の排出に差し迫った危険性はなく，本件道路の有する公共性を犠牲にしてまでも本件道路からの大気汚染物質の排出の差止めを認める緊急性がないとして棄却し，損害賠償請求については，①本件地域では，昭和44年ころから昭和49年ころまでの間は二酸化窒素及び二酸化硫黄により，昭和50年ころ以降は二酸化窒素を中心に浮遊粒子状物質及び二酸化硫黄の相加的作用により本件地域に居住する者に対し指定疾病を発症又は増悪させる危険性があった，②本件道路からの大気汚染物質の排出は社会通念上全体として一個の行為と認められる

程度の一体性があり，被告らの設置・管理する道路の大気汚染物質の排出のみならず，本件道路すべてからの大気汚染物質の排出に関連共同性が認められる，③昭和44年以降に本件道路の道路端から50メートル以内の沿道地域に居住する患者原告及び死亡患者らの指定疾病の発症又は増悪という被害は本件道路との関係で受忍限度を超えており，違法である，④大気汚染以外の因子がある場合にも大気汚染の影響は否定できないので，大気汚染以外の因子により発症又は増悪したとの反証がない限り，沿道の原告らの指定疾病の発症又は増悪と本件道路からの沿道地域への大気汚染との間に因果関係が認められるとして，請求を一部認容した。

⑧　津地裁平成11.5.11判決（訟月47-9-2523，判タ1024-93）

国道バイパスの建設及び供用に伴って発生する大気汚染及び騒音により健康被害が発生するおそれがあるとして，同バイパスの建設予定地に隣接する地域に居住する住民らが提訴した人格権に基づく建設の差止めを求めたのに対し，同バイパスの建設及び供用による被害の程度は受忍限度内のものであるとして請求が棄却された。

⑨　神戸地裁平成12.1.31判決＝尼崎公害訴訟（訟月47-8-2041，判時1726-20，判タ1031-91）

本件は，尼崎市内及びその周辺地区に居住又は勤務し，公害健康被害の補償等に関する法律に定める指定疾病（気管支ぜん息，慢性気管支炎，肺気腫，ぜん息性気管支炎及びこれらの続発症）の認定を受けた患者及びその相続人らが，同地域内を走行する国道2号及び43号を設置・管理する国及び高速大阪西宮線を管理する阪神高速道路公団に対し，上記各道路の供用により走行する自動車から排出された大気汚染物質（二酸化窒素・浮遊粒子状物質等）により健康被害を受けたとして，Xらの居住地において，環境基準値（二酸化窒素については旧環境基準値）を超える二酸化窒素及び浮遊粒子状物質の排出の差止めを求めるとともに，損害賠償を求めた事案につ

き，①尼崎市内においては，国道43号と高速大阪西宮線とは2階建構造になっており，両者の道路排煙が不可分一体となって，国道43号沿道の局所的な大気汚染を形成しているとして，上記各道路の管理者である国及び阪神高速道路公団に，国家賠償法2条1項に基づく共同不法行為責任が認められる，②尼崎市で過去に測定されたレベルの二酸化窒素と公害健康被害の補償等に関する法律（以下「公健法」という。）に定める指定四疾病の発症又は増悪との間に因果関係が認められない，③国道43号沿道50メートル以内に存在する自動車由来の浮遊粒子状物質について，公健法に定める指定四疾病のうち，慢性気管支炎及び肺気腫の発症又は増悪との因果関係は否定されたが，国道43号沿道50メートルの範囲内に居住又は通勤していた者の気管支ぜん息又はぜん息性気管支炎の発症又は増悪との因果関係は認められるとして，請求が一部認容され，差止請求につき，国道43号沿道50メートル以内に居住し，かつ，気管支ぜん息に罹患している原告らについて，国及び阪神高速道路公団は，同原告らの居住地において1日平均値0.15mg／m³以上の浮遊粒子状物質が測定される大気汚染を形成してはならないとの限度で差止請求を認容した。

⑩　名古屋地裁平成12.11.27判決＝名古屋南部大気汚染公害訴訟（訟月48-2-163，判時1746-3，判タ1066-104）

過去又は現在において名古屋市，愛知県東海市及びその周辺地域のうち公害健康被害の補償等に関する法律に定める第一種地域に居住又は勤務し，同法及び名古屋市条例による指定疾病（気管支ぜん息，ぜん息性気管支炎，慢性気管支炎及び肺気腫並びにこれらの続発症）の認定を受けた患者又はその相続人らが，本件地域内を走行する国道1号，23号，154号及び247号を設置・管理する国及び本件地域内に工場，事業所を有する会社10社に対して，本件各道路及び本件地域内の本件各工場が主要汚染源となって排出する大気汚染物

質により健康被害等の損害を受け，また受け続けているとして，それらの居住地において，環境基準値（二酸化窒素については旧環境基準値）を超える大気汚染物質の排出の差止めを求めるとともに，共同不法行為に基づき損害賠償を求めた事案につき，①名古屋市内，愛知県東海市内及び周辺地域のうち公害健康被害の補償等に関する法律に基づき第一種地域として指定されていた地域全般の濃度レベルの二酸化窒素及び浮流粒子状物質と同法に定める指定疾病の発症又は増悪との間の因果関係はいずれも否定し，②名古屋市内，愛知県東海市内及び周辺地域のうち公害健康被害の補償等に関する法律に基づき第一種地域として指定されていた地域内の国道沿道の二酸化窒素と住民の同法の指定疾病の発症又は増悪との間の因果関係は否定したが，③ディーゼル排気粒子（ＤＥＰ）を中心とする自動車排出ガスによる国道23号沿道に対する汚染と同沿道20メートル以内に居住する住民の気管支ぜん息の発症・増悪との間の因果関係を認め，損害請求の一部を認容し，差止請求につき，国は，国道23号沿道20メートル以内に居住し，かつ，気管支ぜん息に罹患している原告１名に対し，国道23号を自動車の走行の用に供することにより，排出する浮遊粒子状物質につき，同原告の居住地において，１時間値の１日平均値0.159mg/m³を超える汚染となる排出をしてはならないとした。

⑪　東京地裁平成14.10.29判決＝東京大気汚染公害１次訴訟（訟月49-2-377，判時1885-23）〈控訴審で和解により終了〉

東京都23区内に過去又は現在，居住又は勤務し，公害健康被害の補償等に関する法律に定める指定疾病に罹患したとする者あるいはその相続人らが，国道，都道及び首都高速道路を設置管理する国，首都高速道路公団，東京都及び本件各道路を走行する自動車を製造・販売する自動車メーカーに対し，自動車から排出される大気汚染物質が主要汚染源となって健康被害等の損害を受けているとして，

人格権又は環境権に基づく環境基準値を超える二酸化窒素及び浮遊粒子状物質の排出差止め及び国家賠償法１条１項及び２条１項等に基づく損害賠償を求めた事案につき，①東京都23区全域の大気汚染と健康被害（気管支ぜん息，慢性気管支炎及び肺気腫並びにこれらの続発症）の発症及び増悪との間の因果関係は否定したものの，②当該道路の昼間12時間の自動車交通量が４万台を超え，大型車の混入率が相当高い幹線道路の沿道50メートル以内に居住している者につき，自動車排出ガスと気管支ぜん息の発症又はその症状の増悪との間の因果関係の存在が認められるとして，損害賠償請求を一部認容し，差止請求について，一定の数値を超える汚染濃度に一定期間曝露した場合は，高度の蓋然性をもって気管支ぜん息の発症，増悪等の健康被害が発生するとの信頼すべき知見はないとして差止請求を棄却した。

(2)　河川関係

国家賠償法２条１項には，道路と同様に河川を例示的に掲げ，河川の設置又は管理に瑕疵があれば，河川管理者は損害賠償責任を負担する旨を規定している。なお，河川管理の瑕疵の判断基準については，前記３の(3)オのとおりである。

ア　「河川」について

(ア) 河川の種類

河川法の対象となる「河川」とは「公共の水流及び水面」（同法４条１項。なお，水流及び水面とは，流水とその敷地との統合体を意味する。）を指し，具体的には，河川や湖沼のような自然の水流，水面のほか，公共の用に供された水路や貯水池のような人工の水流，水面も含んでいる。また，河川法はこのような公共の水流，水面のすべてを対象とするものではなく，１級河川，２級河川及び準用河川の指定の手続を経たもののみをその対象としている。

１級河川とは，国土保全上又は国民経済上特に重要な水系で政令で

指定したものに係る河川で国土交通大臣が指定したものをいい（河川法4条1項），河川管理者は国土交通大臣である（同9条1項）。

2級河川とは，1級河川以外の水系で公共の利害に重要な関係にあるものに係る河川で，都道府県知事が指定したものをいい（同法5条1項），河川管理者は都道府県知事である（同法10条1項）。後記地方分権一括法による改正前は，2級河川の管理は，機関委任事務であって，国の事務として地方公共団体の機関である都道府県知事に委任されていた。したがって，その事務の執行については，主務大臣である建設大臣の指揮監督を受けていた（旧地方自治法146条，同150条）。

準用河川とは，河川法中2級河川に関する規定が準用される河川であり，市町村長が指定し，河川管理者は市町村長である（河川法100条1項）。市町村長も，国の機関として河川の管理を行い，建設大臣及び都道府県知事の指揮監督権に服していた（旧地方自治法150条）。

普通河川とは，公共の水流，水面であっても，河川法の適用又は準用がなく，地方公共団体（一般には市町村）が条例等により公共物として管理を行っているもので，法定外公共用物と呼ばれている（後記(5)参照）。

(イ) 河川の管理について

河川の管理とは，「河川について，洪水，高潮等による災害発生の防止，適正な利用及び流水の正常な機能の維持を図るため総合的な管理を行うことである。具体的には，河川工事，河川の維持，河川管理施設の操作等の事実行為及び河川使用の許可，河川に影響を及ぼす行為の制限，監督処分，費用負担命令，公用負担等の行政処分であって，公共用物としての河川の保全及び改良並びにその利用の確保及び増進並びにこれらに付随して行われる一切の行為を指す。」（建設省・河川法57ページ）

(ウ) 地方分権一括法による河川法改正と河川管理者

従前，1級河川の指定区間内及び2級河川の管理は都道府県知事が，

準用河川の管理は市町村長が機関委任事務としてこれに当たってきたが，地方分権一括法による機関委任事務の廃止に伴い，1級河川の指定区間内及び2級河川の管理は都道府県が法定受託事務として処理し，準用河川の管理は市町村が自治事務としてこれを処理することになった。上記管理者がそれぞれ国家賠償法2条の「管理」の主体ということになる。なお，準用河川の用に供される国有地は無償で市町村に貸し付けられたものとみなされる。

イ　裁判例

(ア) 水難事故に関するもの

a. 瑕疵を肯定したもの

① 東京地裁昭和50. 6. 30判決（下民集26-5～8-548，判時803-97）

公共階段が設置されている川の護岸（防潮堤）において，被害者（6歳）が，昇降口が開いたままの同階段を上って護岸から川に転落して死亡した事案につき，護岸の管理瑕疵を肯定した。

② 名古屋地裁昭和55. 3. 28判決（判時975-73，判タ431-148）

堤防（管理者県）の天端が市道（管理者市）となっていたところ，被害者（2歳）が，堤防に出てつくし採りをしていて誤って川に転落して死亡した事案につき，県には川の管理瑕疵を，市には市道の管理瑕疵をそれぞれ肯定した。

③ 東京地裁昭和56. 7. 27判決（訟月27-12-2208，判時1023-74）

はしけ業者が陸地への出入りに必要な木製はしご及び鉄製はしごを護岸（防潮堤）に設けることを都が黙認していたところ，被害者（4歳）が，木製はしごを上って護岸天端に至り，更に護岸の河川側の鉄製はしごを降りて水際から川に転落して水死した事案につき，都の護岸の管理瑕疵を肯定した。

④ 大分地裁昭和60. 3. 12判決（判時1168-133，判タ559-188，判例自治20-52）

1級河川の河川敷に砂利採取業者が掘削した砂利採取跡に生じ

ていたプール状の水たまりに，被害者（４歳）が転落して水死した事案につき，国の河川管理瑕疵を肯定した。

⑤　大阪地裁昭和62.7.17判決（判時1284-111）

左岸道路から水面までがコンクリート護岸壁となっている１級河川において，護岸に侵入することを防ぐ措置を講じていなかったところ，被害者（９歳）が同護岸壁の斜面を歩行中誤って転落して水死した事案につき，府知事のコンクリート護岸の管理瑕疵を肯定した。

⑥　大阪高裁昭和62.9.9判決（判時1266-27）

１級河川の帯工底部及び根固ブロックの下の河床がえぐられ，帯工上流側で水深約３メートルに達していたところ，被害者（７歳）が，河原に遊びにきて，この深みに転落して水死した事故につき，河川管理瑕疵を肯定した。

⑦　長崎地裁昭和63.2.23判決（判時1278-114，判タ663-157，判例自治46-35）

２級河川の災害復旧工事中にもかかわらず護岸天端にガードレールが設置されていなかったところ，被害者（２歳）が，護岸に沿った道路から川に転落して水死した事案につき，県の河川管理瑕疵を肯定した。

⑧　浦和地裁平成元.4.26判決（判時1343-97，判タ716-73，判例自治73-77）

河川改修工事中にもかかわらず，金網フェンスなどが張られず，杭と杭の間に３ないし４本の鉄線が張られていたにすぎない状態の河川において，被害者（４歳）が，改修工事部分と未改修工事部分との境目から川に転落して水死した事案につき，河川の管理瑕疵を肯定した。

⑨　佐賀地裁平成4.7.17判決（判タ801-138）

都市化が進み子供の遊び場となっていたにもかかわらず，十分

な転落防止用の設備がされていなかった排水機場の導水路において，被害者ら（３歳，６歳）が足をすべらせる等して深みにはまり水死した事案につき，機場の管理瑕疵を肯定した。

⑩　神戸地裁姫路支部平成13.4.23判決（判時1775-98，判タ1136-151）

一級河川の低水敷（河床）で遊んでいた３歳の幼児が誤って河川浄化工事のために設置された仮水路に転落して溺死した事故について，幼児でも容易に理解できる立入禁止標識を設置するなどの措置を講ずる必要があり，仮水路を設置した工事者に土地工作物の設置・保存に瑕疵が，国には河川管理の瑕疵があったとして，幼児の両親からの損害賠償請求を認容した。

b　瑕疵を否定したもの

①　最高裁昭和55.7.17第一小法廷判決（訟月26-12-2091，判時982-118，判タ424-69，前掲３(3)イ②（273ページ）参照）

堤防には，鉄製欄干と有刺鉄線が張られ，転落防止と川に降りることを禁止する標識のある２級河川において，被害者（６歳）が，前記欄干を乗り越えて川に転落して死亡した事案につき，本件事故は河川管理者である府知事において通常予測することができない被害者の異常な行動によって発生したものであるとして，河川の管理瑕疵を否定した。

②　水戸地裁昭和56.3.10判決（訟月27-7-1256）

１級河川の堰頭首工（管理者土地改良区）には，頭首工と左岸との間に魚道があったところ，被害者（５歳）が，魚道に降りてその水深部に転落して水死した事案につき，本件せき付近は人の集まる施設や子供の遊び場としての施設等は全くなく，かつせき付近の流水域が禁漁区に指定されていること，本件事故前に転落事故はなかったこと等から，転落事故が発生するおそれがあると通常予想されなかったとして，せきの管理瑕疵を否定した。

③　東京地裁昭和57.5.10判決（下民集33-1～4-744，訟月28-12－2239，判時1067-69）

国が設置管理をしている柳瀬川の堤防の東側の公団住宅に居住する被害者（５歳）が，堤防に下りて高水敷（河原）から流水路に転落した事案につき，本件堤防は，新座団地ができたことにより従前よりは多数の人々が利用することになったと思われるものの，公道として一般大衆に利用されているわけでもないし，構造的に見ても，堤防天端において堤防法面へ転倒する可能性は少ないものと思慮されるし，仮に転倒しても堤防法面にとどまり，流水路部分に直接転落入水することは到底考えられないから，水難事故の防止という観点からみて，堤防自体が危険なものとは認められないとして，国の河川管理瑕疵を否定した。

④　名古屋地裁昭和58.11.14判決（判時1122-136，判タ519-204）

２級河川（管理者県知事）の堤防天端に設置されているコンクリート小段の上で遊んでいた被害者（10歳）が，同小段上から転落して水死した事案につき，堤防の構造は治水のために合理的であり，はい上がり設備等がないことも，その存在が破堤の原因となり得ることからやむを得ないもので，本件堤防の構造自体が通常有すべき安全性を欠いているとは認められず，また，付近が人家密集地でないこと，人の通常の生活・行動の場に接着していないこと，及び人があえて本件堤防天端より斜面を経て小段に至り，更に同所で転落の危険のある行動をとることは通常予想し得ないものいうべきであるとして，堤防の設置管理瑕疵を否定した。

⑤　仙台高裁秋田支部昭和61.10.25判決（訟月33-8-2039）

１級河川（管理者県知事）において砂利採取業者が無許可で川底を掘削して取水用の深みを設けていたところ，被害者ら（８歳，７歳）が，河原に遊びにきてこの深みに落ち込んで水死した事案につき，河川管理者において砂利採取業者による河床掘削を予見

することは不可能であるとして，県知事の河川の管理瑕疵を否定した。

⑥　東京地裁昭和61.12.23判決（判タ644-177，判例自治37-46）

国が設置管理し，被告県が費用負担している１級河川の堤防天端から，遊びにきていた被害者（５歳）が川に転落して水死した事案につき，本件河川の場所的環境，利用状況等諸般の事実にかんがみると，本件転落事故当時富士川に防護施設や警戒標識等が設置されておらず，また，富士川の法面等の構造についての広報活動がされていなかったからといって，富士川が河川として通常有すべき安全性を欠いていたということはできないとして，河川の管理瑕疵を否定した。

⑦　東京高裁昭和62.12.24判決（訟月34-8-1654，判時1270-90，判タ667-169）

堤防天端から石段によって容易に平場（低水護岸）に出ることができ，また平場と水路の高低差が２メートル前後ありながら転落した場合に，平場にはい上がる設備もなく，更に十分な転落防止施設がなかった１級河川において，被害者（４歳）が，平場で遊んでいて川に転落して水死した事案につき，平場が日ごろ住民の多数集合する場所となっていたり，子供たちの恰好の遊び場になっていたわけでないから，通常有すべき安全性を欠いていたわけでないとして，堤防の設置管理瑕疵を否定した。

⑧　東京高裁昭和63.10.27判決（判タ707-103）

旧江戸川の左岸堤防において，堤防をまたぐ形で昇降用階段があり，その下降階段の先にコンクリート製の平場があったところ，被害者（５歳）が，この平場から川に転落して水死した事案につき，本件現場の危険防止措置等からして，河川管理施設自体の安全性に欠けることはないとした上，自然公物たる公共用物に当たる河川は，元来，その管理目的に抵触しない限り，公衆一般の自

由な使用に供されるべきものであるが，河川は水死等の水難事故の危険性をその本来の性質として内包しているものであることにかんがみると，その自由使用に通常伴う河川の危険も，本来，利用する者（幼児等についてはその保護者）の負担に帰すべきものといわなければならないとし，本件事故は，祖父の立入りの際，これに触発されて立ち入ったことによって発生した事故であるとして，河川の設置管理瑕疵を否定した。

⑨　東京地裁平成3.3.25判決（訟月37-8-1367，判タ768-74，判例自治90-81）

国と県が管理している１級河川の堤防から，被害者（２歳）が，川に転落しておぼれ，重い後遺障害を負った事案につき，河川の管理に瑕疵があったというためには，当該土堤付近が頻繁に人の通行の用に供され，あるいは子供の遊び場として常時利用されている状況の下において，被告らが護岸工事等によって土堤部分に人為的に手を加えた結果，土堤部分からの転落事故が生ずる危険性が従前より増大したことが必要であるというべきであるところ，そのような事情は認められないとして，河川の設置管理瑕疵を否定した。

⑩　仙台高裁秋田支部平成4.4.15判決（公刊物未登載）

付近に交通公園のある河川で水遊びをしていた被害者（８歳）が深みに落ち込み水死した事案につき，本件事故現場付近で保護者なしに河川の中央部に入っていく子供たちはほとんどいなかったことからすれば，本件河川につき通常有すべき安全性を欠いていたものとまではいうことはできず，本件事故は被害者の通常予測することのできない無謀な行動に起因するものであるとして，河川の管理瑕疵を否定した。

⑪　浦和地裁平成10.1.30判決（判例自治179-98）

駐車場で遊んでいた幼児が転落防止用フェンスの隙間からすり

抜けて農業用水路に転落して溺死した事故につき，上記用水路の管理に瑕疵があったとは認められないとした。

(イ) 水害に関するもの

①　最高裁昭和59.1.26第一小法廷判決＝大東水害訴訟（民集38-2-53，訟月30-7-1126，判時1104-26，判タ517-82，判例自治1-96，後掲⑥参照）

昭和47年７月の豪雨により，大阪府大東市に居住する被害者71名が，床上浸水を被ったことにつき，前記床上浸水は，被害者の居住地域の西側を流下する１級河川谷田川からのいっ水と，前記居住地域内及びその付近を流れる３本の用排水路が疎通能力を欠いたため発生したものであるとして，谷田川の管理者である国，河川管理費用の負担者である大阪府及び前記用排水路の事実上の管理者である大東市に対し損害賠償を求めた事案につき，一審判決は，被害者らの主張を容認して，請求のほぼ全額を認容し，また，二審判決も谷田川の未改修部分に客観的な安全性の欠如があるとし，危険の除去・回復にどの程度の社会的費用を要するかといった要素を全く考慮の外に置くことはできないとしながらも，前記改修の遅れが物理的・社会的にやむを得なかったものとは認められないとして，損害の一部を減額し，大東市の責任を否定したほかは，一審の判断を是認した。本判決は，前掲３の(3)オ(ア)（279ページ）のとおり判示した上，本件谷田川の改修計画の実施状況が，河川管理の一般水準及び社会通念に照らして特に不合理とは認められない余地が十分にあり，また，未改修部分の工事を他に先がけて実施しないことが管理の瑕疵といい得るためにはそれ相当の特段の理由がなければならないとし，原判決が，単に一般的に水害発生の危険性があるにすぎない未改修部分の存在をとらえて河川管理に瑕疵があったと判断したのは，国家賠償法２条の解釈適用を誤ったものである旨判示し，原審に差し戻した。

② 最高裁昭和60.3.28第一小法廷判決＝加治川水害訴訟（民集39-2-333，訟月31-12-3099，判時1149-54，判タ555-98）

決壊した堤防の背後に応急的に仮堤防を築造したところ，翌年の豪雨により，仮堤防が決壊し，被害を被ったことから，河川管理に瑕疵があるとして損害賠償を求めた事案

「本件仮堤防は，向中条，西名柄地区のショートカット工事に伴う本堤防が完成するまでの期間，すなわち，昭和41年の出水期の後半から昭和42年の全出水期間中の出水に対処する目的で，応急対策として短期間に築造され臨時に存置された仮施設であるところ，このような性格の仮堤防が有すべき断面・構造は，河川法13条の趣旨に則つた一定の技術的水準に基づき後背地の安全を保持する効用を果たすべき本堤防の断面・構造と同一でなければならないものとするのは相当ではないというべきである。（中略）本件仮堤防を設置するに当たり，築堤材料に砂丘砂を単一使用したこと及び築堤材料の点を除く断面・構造を旧堤防又は在来堤防と同じくしたことは，姫田川合流点の下流における過去の水害の発生状況，本件仮堤防の存置期間等から予測しうべき水害の危険の発生を防止して後背地の安全を確保したものといえるのであつて，時間的，財政的及び技術的制約のもとでの同種・同規模の河川に同趣旨で設置する仮堤防の設計施工上の一般水準ないし社会通念に照らして是認することができるから，本件仮堤防の断面・構造は安全性に欠けるものではなく，河川管理の瑕疵があるとは認められないものというべきである。」

③ 横浜地裁横須賀支部昭和60.8.26判決＝平作川水害訴訟（訟月32-7-1359，判タ566-73，判例自治19-62，後掲⑳参照）

台風の影響による豪雨によって平作川（管理者国，費用負担者神奈川県）及び吉井川ほか３本の水路（管理者横須賀市）がいっ水し，床上浸水の被害を受けた被害者らが，河川等の設置管理に瑕疵があるとして損害賠償を求めた事案につき，平作川自体の設置管理の瑕

疵の有無については，諸般の事情の総合的考慮と諸制約の下での同種・同規模の河川の管理の一般水準及び社会通念に照らして是認し得る安全性を備えていると認められるかどうかを基準として判断すべきであり，一般的な判断基準，並びに改修計画に基づいて改修中の河川については，その改修計画が全体として格別不合理と認められない場合には，未改修部分につき水害発生の危険性が特に顕著となり，早期の改修計画を施行しなければならない特段の事由が存在しない限り河川管理の瑕疵があるとすることができないとした上，前記各判断基準からして，本件水害の発生につき国，県の平作川の管理に瑕疵がないとした。また，吉井川等の水路の設置管理の瑕疵の有無については，公共下水道の管理の目的につき，下水道管理の目的は，健全な都市機能としての雨水等の排除あるいはそのための機能維持等に主眼があり，加えて，河川の場合に比べて，自然公物的性格も極めて少ないことから，公共下水道の管理の瑕疵の判断基準としては，大東水害訴訟最高裁判決（①の判決）が示した河川管理の瑕疵についての法理が直ちにそのまま妥当するものではなく，下水道事業計画が実施されていても，健全な都市機能に最低限必要な排水機能を有しないで，都市の市民生活の受忍限度を超える浸水被害を生ずるおそれのある程度に前記機能の欠如，欠陥があるときは，公共下水道の設置，管理に瑕疵があるとするのが相当であり，具体的には，予見不可能な雨量等特別の原因がある場合を除き，都市の市民生活に重大な，又は相当の影響を与える程度の床上，床下浸水被害を生ずるような排水機能の欠陥を有するときは，上記の受忍限度を超え，公共下水道の設置，管理に瑕疵があると認めるのが相当であるとした上，上記判断基準に従って判断した結果，横須賀市の設置管理に瑕疵が認められるが，前記水路からのいっ水については，通常期待されている機能を超えていたから，結果回避義務上の責任を問えず，さらに，上記いっ水と浸水被害との間に社会的，

有意的相当因果関係を肯定することができないとした。

④　静岡地裁浜松支部昭和60.9.30判決＝太田川水害訴訟（訟月32-6-1136，判タ574-37，判例自治31-68）

豪雨により太田川（管理者国，費用負担者静岡県）の堤防が各所でいっ水破堤，道路の冠水が生じ，建物，動産の流失の被害を受けた被害者らが，被害の原因は破堤箇所付近の改修の放置等によるものであるから，河川の管理に瑕疵があったとして損害賠償を求めた事案につき，河川の管理の瑕疵の有無については，大東水害訴訟最高裁判決（①の判決）の基準によるべきであるとした上，太田川の改修計画並びにその実施の状況について格別不合理なものがあったとは認められないし，改修計画が全体として格別不合理なものと認められないときは，その後の事情の変動により当該河川の未改修部分につき水害発生の危険性が特に顕著となり，当初の計画の時期を繰り上げ又は工事の順序を変更する等して早期の改修工事を施行しなければならないと認めるべき特段の事由が生じない限り，改修がいまだ行われていないとの一事をもって河川管理に瑕疵があるとすることはできないとした。

⑤　東京地裁昭和61.3.18判決＝石神井川水害訴訟（訟月32-11-2633，判時1224-44，判タ638-209）

台風のもたらした集中豪雨により，石神井川がはん濫して被害を受けた被害者らが，河川の管理に瑕疵があったとして損害賠償を求めた事案につき，水害の原因が台風の影響による異常な豪雨という不可抗力によるものであり，同河川の管理は一般水準及び社会通念に照らして是認し得る安全性を備えている上，その改修実施計画には合理性があり，上記改修計画を変更して水害発生部分につき早期の改修工事を施行しなければならない特段の事由も認められないとして，本件河川の管理瑕疵を否定した。

⑥　大阪高裁昭和62.4.10判決＝大東水害訴訟差戻審（訟月33-10-246

4，判時1229-27，判タ635-204，判例自治30-7，①の差戻審）

国家賠償法２条の瑕疵について，前掲①の判決を踏まえて，河川管理の特殊性を認め，河川管理の瑕疵に関する判断基準に従い，既に改修計画が定められ，これに基づいて現に改修中である河川については，上記計画及びその実施が全体として合理性を備えており，特に不合理と認められないときは，その後の事情の変化により当該河川の未改修部分につき水害発生の危険性が特に顕著となり，当初の計画の時期の繰上げ又は工事の順序の変更を要するなどの早期の改修をしなければならない特段の事由が認められない限り，たとえ人口密集地域を流域とするいわゆる都市河川の管理の実施においても，未改修部分につき改修が行われていなかったという一事をもって，河川管理に瑕疵があったとすることはできないとした上，寝屋川水系及び谷田川の改修計画並びにその状況は，一応合理性・整合性を備えており，特に不合理・不釣合なものがあるとは認められないので，本件では未改修部分につき早期の改修工事を施行しなければならないと認めるべき特段の事由はなかったとして，本件河川等の管理瑕疵を否定した。

⑦　大阪地裁昭和62.6.4判決＝平野川水害訴訟（判時1241-3，判例自治34-54）

昭和57年８月上旬の豪雨により寝屋川流域で床上浸水等の被害を受けた被害者らが，国と大阪府に対しては，１級河川平野川の設置・管理の瑕疵及び河川管理者の過失，大阪市に対しては，下水道及び市町抽水所設置・管理の瑕疵があったとして，損害賠償を求めた事案につき，国と大阪府の河川の管理責任について，大東水害訴訟最高裁判決（①の判決）の判断基準を引用し，河川管理責任の特殊性を肯定した上，平野川等の改修計画及びその実施状況には格別不合理な点は認められず，未改修部分若しくは平野川等について特に優先して早期に改修工事を施工しなければならないと認め得る特

段の事由の存在は認めるに足りないとして管理責任を否定した。また，大阪市の下水道施設の設置管理の責任については，まず，下水道の性質について，下水道は河川とは異なり人工的な公共用物であり，道路等と同様，当初から通常予測される災害に対応した安全性を備えたものとして設置され公用開始されているものであるとし，公共下水道施設が通常有すべき安全性を備えているというのは，計画上予定される雨水流出量を抽水所で集水した上で，全量河川等に放流することができ，内水滞留を生じさせない機能を具備していることを意味するとした上，大阪市は，本件下水道施設整備の進展の度合いに対応して，余剰雨水による浸水を防止するに足る施策を計画実施すべきであり，かつ，本件においては上記浸水防止措置の実施が不可能であったと認めるに足りないとして，管理瑕疵を肯定した。

⑧　岡山地裁昭和62.8.7判決＝新成羽川ダム水害訴訟（訟月34-5-889）

昭和47年７月に１級河川である高梁川及びその支流である成羽川がいっ水したことにより損害を被ったとする被害者らが，上記いっ水は成羽川上流に設けられた新成羽川ダムの洪水時における放流操作ミスが原因である等として，ダム管理者である中国電力株式会社に対しては，民法709条若しくは同法715条及び同法717条に基づき，また，河川管理者である国に対しては国家賠償法１条及び同法２条に基づき損害賠償を求めた事案につき，国に対する国家賠償法１条に基づく請求については，操作規程に不備・欠陥は認められず，河川法52条は，河川管理者に，洪水発生時の緊急時において利水ダムを活用して災害発生の防止等を図るためダム設置者に対する指示権限を与えたものであり，洪水調節のための指示義務を定めたものと解されないとした。また，国家賠償法２条に基づく責任については，大東水害訴訟最高裁判決（①の判決）を踏まえ，河川管理の特殊性

及び財政面等の諸制約があることを認めた上で，成羽川の改修状況，岡山県内の全体の４水系の改修状況との比較，過去に発生した水害の規模・発生頻度，被害の性質，成羽川の流域の地形等の自然条件や地勢等の社会的条件による改修の緊急性の有無，程度等々の諸事情を総合して検討すると，本件河川の設置・管理に瑕疵があったと認められないとした。

⑨　東京高裁昭和62.8.31判決＝多摩川水害訴訟（訟月34-3-443，判時1247-3，判タ648-66，後掲⑬参照）

昭和49年９月に東京都狛江市内の多摩川左岸において発生した水害によって家屋を流失した被害者らが損害賠償を求めた事案につき，(a)改修工事完了河川部分において要求される安全性の程度について，工事実施基本計画に基づく工事が完了している河川部分であったとしても，通常予測し，かつ，回避し得るあらゆる水害を未然に防止するに足りる治水施設を完備した河川に当たるとはいえないし，理想的な河川管理の状態が実現されるまでには更に多くの改修工事を必要とするものであり，現段階においては改修の不十分な河川に該当するものといわざるを得ず，したがって，上記河川部分の備えるべき安全性としては，河川管理の特質に由来する諸制約の下で一般に施行されてきた治水事業による河川の改修，整備の過程に対応する過渡的な安全性をもって足りるとし，(b)改修工事完了河川の管理瑕疵の判断基準について，工事実施基本計画に基づく工事が完了している河川部分の管理の瑕疵の有無は，大東水害訴訟最高裁判決（①の判決）が示した河川管理の瑕疵の有無に関する一般的判断基準，すなわち過去に発生した水害の規模，発生の頻度，発生の原因，被害の性質，降雨状況，流域の地勢その他の自然的条件，土地の利用状況その他の社会的条件，改修を要する緊急性の有無及びその程度等諸般の事情を総合的に考慮し，財政的，技術的及び社会的諸制約の下での同種・同規模の河川の管理の一般的水準及び社会通

念に照らして是認し得る安全性を備えていると認められるかどうかを基準として判断すべきであり，(c)許可工作物に内在する欠陥により河川の安全性が損なわれている場合における河川管理の瑕疵の有無についての判断基準は，いわゆる大東水害訴訟が示した河川管理の瑕疵の有無に関する一般的判断基準と異なるものではないとし，(d)設置当時に必要な技術的基準を満たしていた工作物が，設置後の技術の進展により最新の技術的水準に適合しなくなった場合においても，技術的後進性を放置すれば災害の発生することが具体的かつ明白に予測される場合は格別，当該工作物がその一般的水準及び社会通念に照らして是認し得る安全性を備えている場合には，最新の技術的基準に適合しないからといって，直ちにこれに適合するよう改善措置を講ずべき必要性はなく，(e)本件被災箇所のせきや取付護岸等の改修工事を実施しない場合に災害が発生するであろうことを当時の河川工学上の知見から予測することは困難であったから，上記改修工事の未着手をもって河川管理の瑕疵とはいえないなどとし，上記被災箇所は同種・同規模の河川管理の一般的水準及び社会通念に照らしても是認し得る安全性を備えていたとして，本件河川の設置管理瑕疵を否定した。

⑩　徳島地裁昭和63.6.8判決＝長安口ダム水害訴訟（訟月36-4-485，判時1276-3，判タ669-244，判例自治48-55，後掲⑰，㉑参照）

昭和46年８月30日，徳島県を襲った台風による集中豪雨によって１級河川那賀川がはん濫し，浸水被害を受けた住民らが，浸水の原因は上流にある長安口ダムから一時に大量の放流を行うなどのダムの管理の瑕疵が原因であるとして，ダム管理者である国と管理費用を負担している徳島県に対して損害賠償を求めた事案につき，洪水時におけるダムの管理瑕疵について，ダム管理事務所長は，放流量が流入量にほぼ追いついた時点で，貯水池の水位が既に洪水に備えて維持しておくべき予備放流水位を超えていたにもかかわらず，これを下げようとせず，１時間余にわたって流入量に等しい量の放流，自流放流を続けていたと認定した上，ダムの管理，運営について万全を期するためには単に組織体制を整備し，操作規則等によって必要事項を定めておくというだけでは足りず，ダムの操作に当たる関係者について日ごろから実際に具体的な洪水を想定した上での訓練を積ませ，研究を重ねさせるなどして，実践的な操作技術を体得させておくことが必要不可欠であるところ，本件において，洪水時に前述のような事態を招いたのは，当時，長安口ダムの管理について上記の点に欠けるところがあったからであるとして，ダムの管理瑕疵を肯定した。

⑪　名古屋高裁平成元.3.29判決＝志登茂川水害訴訟（訟月36-5-693，判時1312-3，判タ694-225，判例自治67-66，後掲⑮参照）

昭和49年７月の集中豪雨により，建物等に浸水等の被害を受けた被害者が，本件水害の原因は，津市北部を流れる志登茂川の管理に瑕疵があり，無堤地帯から多量の水がいっ水したためであるとして，河川管理者である国に対しては国家賠償法２条に基づき，管理費用を負担している三重県に対しては国家賠償法３条に基づいて損害賠償を求めた事案につき，既に改修計画が定められ，これに基づいて現に改修中の河川の管理についての瑕疵の有無については，上記計画が，当該河川に過去に発生した水害の規模，発生の頻度，発生原因，被害の性質，降雨状況，流域の地形その他の自然的条件，改修を要する緊急性の有無及びその程度等諸般の事情を総合考慮し，財政的，技術的，社会的諸制約の下で同種・同規模の河川の管理の一般水準及び社会通念に照らして合理性を有するか否かを判断して，これが格別不合理なものでないときは，その後の事情の変動により当該河川の未改修部分につき早期に改修工事を施工すべき特段の事由が生じない限り，上記部分につき改修がいまだ行われていないとの一事をもって河川管理に瑕疵があるとはいえないとした。

⑫　名古屋高裁平成2.2.20判決＝長良川水害訴訟（安八・墨俣の両訴訟）（訟月37-2-341，判時1346-7，後掲⑱参照）

昭和51年９月の台風の影響による集中豪雨により，長良川右岸堤防が決壊し，岐阜県安八郡安八・墨俣地区において住宅，農作物等に被害を受けた被害者が，本件水害の原因は，１級河川である長良川の管理に瑕疵があったためであるとして河川管理者である国に対して損害賠償を求めた事案につき，河川管理の瑕疵の判断基準は大東水害訴訟最高裁判決（①の判決）を引用した上，河川管理の瑕疵があったというためには，破堤の危険性が予測可能であって，更に回避可能であったか否か，更には危険回避措置を執らなかったことが財政的制約など河川管理の諸制約から見てやむを得ないものであったか否かを検討する必要があるとした上で，本件は，国において丸池が押堀であることを認識し，又は認識し得べかりしであったからといって，浸潤線の上昇を予測できたものとは考えられず，また，丸池が押堀であることから本件破堤個所にパイピイグ孔の存在を疑うべき相当な理由もないので，河川管理の方法，実態に照らせば，パイピイグの存在の可能性まで予測し，これを防止するに足りる河川の改修工事を行うべきであるとはいえず，更に河川管理の水準及びその制約にかんがみれば，対策を講じなかったことが河川管理の瑕疵に該当するとはいえないとして，安八訴訟については，国敗訴部分を取り消して住民らの請求を棄却し，墨俣訴訟については，住民らの控訴を棄却した。

⑬　最高裁平成2.12.13第一小法廷判決＝多摩川水害訴訟（民集44-9-1186，訟月37-4-669，判時1369-23，判タ746-110，⑨の上告審，後掲⑭参照）

大東水害訴訟最高裁判決（①の判決）の示した河川管理の瑕疵の判断基準が河川一般に適用されることを確認した上で，(a)河川の備えるべき安全性は，一般に施行されてきた治水事業の過程における

る河川の改修・整備の段階に対応する安全性をもって足りるとし，(b)工事実施基本計画に準拠して新規の改修・整備の必要がないものとされた河川の安全性とは，同計画に定める規模の洪水における流水の通常の作用から予測される災害の発生を防止するに足りる安全性をいい，(c)整備後に新たな水害発生の危険が予測可能となった場合の河川管理の瑕疵の有無は，過去に発生した水害の規模，発生の頻度，発生原因，被害の性質，降雨状況，流域の地形その他の自然的条件，土地の利用状況その他の社会的条件，改修を要する緊急性の有無及びその程度等諸般の事情並びに河川管理における財政的，技術的，社会的諸制約を当該事業に即して考慮した上，上記危険の予測が可能となった時点から当該水害発生時までに上記危険に対する対策を講じなかったことが河川管理の瑕疵に該当するかどうかによって判断すべきであるとした。(d)本事案の災害発生原因が許可工作物である多摩川に設置された宿河原せきの構造と密接に関連することから，許可工作物が存在する場合の河川管理の瑕疵の判断方法については，当該河川部分の全体について判断すべきであるとし，(e)許可工作物又はこれと接続する河川管理施設のみを改修・整備する場合においても，財政的，技術的及び社会的諸制約があるが，その程度は，広範囲にわたる河川流域に及び河川管理施設を改修・整備する場合に比較して通常は相当に小さいというべきであるとした。その上で，原審の判断は，本件せき及びその取付部護岸を含む全体としての本件河川部分の有すべき安全性について，具体的事業に即して前記判断基準を適用して審理すべきであるのに，これをすることなく本件河川管理の瑕疵を否定したものであって，国家賠償法２条１項の解釈適用を誤り，ひいては河川の管理の瑕疵についての審理を尽くさなかった違法があるといわざるを得ない等として，原判決を破棄し，本件を原審に差し戻した。

⑭　東京高裁平成4.12.17判決＝多摩川水害訴訟差戻審（訟月39-8-1479，

判時1453-35，判タ806-77，⑬の差戻審）

(a)本件せき及びその取付部護岸等は，設置当時はともかくとして，本件災害時においては，当時の一般的技術水準からみて計画高水流量規模の洪水に対して十分安全な構造と評価し得ない状態となっており，これを放置すれば堤内災害が発生する危険性があり，過去の被災事例等から得られた知見及び当時の河川工学ないし防災技術上の水準を併せ見ると，河川管理者が事前に適切な防災上の措置を採ることが期待され，(b)その結果遅くとも昭和46年当時には，上記災害発生の予測をすることは可能であったと認められ，(c)昭和46年当時の一般的技術水準から見ても，また財政的，社会的見地から見ても，国が本件災害を回避するための措置を講じることは十分可能であり，かつ，時間的にも余裕があったと認められるとして，国の河川管理瑕疵を肯定した。

⑮　最高裁平成5.3.26第二小法廷判決＝志登茂川水害訴訟（判時1469-32，判タ828-138，判例自治114-95，⑪の上告審）

既に改修計画が定められ，これに基づいて現に改修中である河川については，上記計画が全体として格別不合理なものと認められないときは，早期の改修工事をしなければならないと認めるべき特段の事情が生じない限り，河川の管理瑕疵はないとした大東水害訴訟最高裁判決（①の判決）の河川管理の瑕疵の判断基準により，本件河川の全体計画は合理的なものであり，当初の計画の時期を繰り上げるなどして早期に改修工事をしなければならない特段の事由が生じたものとは認められないとした原審の判断を是認し，上告を棄却した。

⑯　最高裁平成5.4.22第一小法廷判決＝鶴田ダム水害訴訟（公刊物未登載）

昭和47年７月の豪雨の際，川内川がはん濫し，家屋等を流失する被害を受けた被害者らが，被害の原因は，鶴田ダムにつき，ダムの

洪水調節容量，一定量の放流及び洪水調節方式等のダムの設置管理に瑕疵があったからであるとして損害賠償を求めた事案につき，国が，鶴田ダムの設置に当たって想定した治水計画に基づき，その洪水調節容量を4200万立法メートルと設定し，その後，本件災害時まで上記容量の増加措置を執らなかったことが不合理であったとは解されず，本件災害の翌年に上記容量が増加されているからといって，国の同ダムの設置ないし管理に瑕疵があったとはいえないとして，請求を棄却した原審の判断を維持し，上告を棄却した。

⑰　高松高裁平成6.8.8判決＝長安口ダム水害訴訟（訟月41-10-2525，判時1511-17，⑩の控訴審，後掲㉑参照）

ダムの管理方法や洪水調節容量等に係る規則等の内容が適正を欠くものであれば，危険な状態でダムが供用されることから，操作規則等の瑕疵は，営造物等の設置又は管理の瑕疵に当たるとした上で，多目的ダムなど洪水調節を目的とするダムの洪水調節容量の通常有すべき安全性の有無は，当該河川の特性，河川全流域の自然的，社会的条件，関連費用の経済的特性等あらゆる観点から総合的に判断して，河川管理上，その容量を拡大することが必要不可欠であることが明らかであり，これを放置することが我が国における河川管理の一般的水準及び社会的通念に照らして河川管理者の怠慢であることが明白であるといえるような事情があったか否かを基準として判断するのが相当であるところ，長安口ダムの洪水調節容量は，百年確率洪水水流量を基礎とした合理的なもので，治水安全度に欠ける不当な容量とは認定できず，また管理事務所長のダム操作に関する判断も，当時の気象状況等に基づくなどそれ相当の根拠に依拠してされたものであって不当とはいえないとし，ダム管理に瑕疵が存したなどとして国に対する請求の一部を認めた原審の判断を破棄して，被控訴人らの請求を棄却した。

⑱　最高裁平成6.10.27第一小法廷判決＝長良川水害訴訟（訟月42-9-206

2，判時1514-28，判タ867-114，⑫の上告審）

堤防の改修の基本となった木曽川上流改修計画及び木曽川水系工事実施計画に格別不合理な点はないこと，破堤以前に起こった計画高水流量と計画高水位を大幅に上回る洪水の際には堤防は安全に流下させていたことから，堤体部分には瑕疵は認められず，また，仮に，本件破堤箇所の地盤に難透水性層の不連続があり，これが破堤の原因であったとしても，基礎地盤の改修，整備は過去における災難時の異常現象等によって欠陥のあることが明らかとなっているなど特段の事情のある場合に実施されるものであるところ，本件堤防の基礎地盤には特段の事情が認められず，特段の措置を講じないことが河川管理の瑕疵に当たるとはいえないとして，原審の判断を維持し本件上告を棄却した。

⑲　大阪地裁平成8.5.31判決＝日置川殿山ダム水害訴訟（判時1614-97，判タ929-121）

河川管理者がダム設置者に対し，防災教育訓練及び警報器の点検を指示・指導すべき義務があると認めるべき法令上の根拠はなく，また，河川法52条は，ダム設置者に対し，積極的に洪水調整をなすよう指示すべき義務を認めたものではなく，河川管理者に対し，洪水による災害が発生し，又は発生するおそれが大きいと認められる場合において，災害の発生を防止し，又は災害を軽減するため緊急の必要があると認められるときにダム設置者に対して必要な措置を執るべきことを指示することができる権限を付与した規定であると解すべきであって，上記権限不行使が社会通念上著しく不合理である場合に初めて違法となるところ，本件では権限不行使が著しく不合理であるとはいえないとして，請求を棄却した。

⑳　最高裁平成8.7.12第二小法廷判決＝平作川水害訴訟（民集50-7-1477，訟月44-2-157，判時1580-31，判タ921-75，③の上告審）

本件水害発生時において改修計画に基づいて現に改修中であった

平作川について，普通河川の管理の瑕疵の有無は，河川管理における諸制約の下で同種同規模の河川の管理の一般水準及び社会通念に照らして是認し得る安全性を備えているかどうかを基準として判断すべきであるところ，既に定められた改修計画が，全体として過去の水害の発生状況その他諸求の事情を考慮し河川の管理の一般水準及び社会通念に照らして，格別不合理なものと認められないときは，早期の改修工事を施行しなければならないと認めるべき特段の事由が生じない限り，水害発生時点においてより高度な段階の改修がいまだ行われていなかったことをもって河川の管理に瑕疵があるとすることはできないとした。また，水害発生の時点において既に設置済みの河川管理施設（パラペット開口部）の安全性の点については，上記施設が，設置の時点における技術水準に照らして，予定する規模の洪水における流水の通常の作用から予測される災害の発生を防止するに足りる安全性を備えているかどうかによって判断すべきであるところ，本件においては，上記瑕疵の有無と損害との間に因果関係がないことは明らかであるとして，結論において一審判決を維持し，控訴を棄却した原審の判断を是認し，上告を棄却した。

㉑　最高裁平成10.3.27第二小法廷判決＝長安口ダム水害訴訟（訟月45-2-293，⑩の上告審）

長安口ダムの操作規則，操作細則は同ダムの洪水調節容量を690万立方メートルと設定した点を含めて本件当時合理性を欠いていたということはできないから，上記ダムの設置ないし管理に瑕疵はなく，また，管理事務所長の降雨等の予測判断も不合理とはいえないから，同所長のダム操作に過失はないとした原審の判断を維持し，上告を棄却した。

㉒　長野地裁平成13.3.9判決＝裾花ダム水害訴訟（判例自治221-69，後掲㉔参照）

一級河川のいっ水による水害の発生は，河川に設置されたダムの

設置・管理の瑕疵やダムの操作上のミスによるものであるとして，被害を受けた住民が国及び県に対して損害賠償を求めたのに対し，ダムが通常有すべき安全性を欠くものとは認められないとして設置・管理の瑕疵を否定し，ダムの操作についても著しく不合理なものとは認められないとして，請求を棄却した（なお，ダムの操作等については，国家賠償法１条の問題であると判示している。）。

㉓　東京高裁平成15.1.29判決＝裾花ダム水害訴訟（判例自治251-56，㉒の控訴審）

河川の溢水による水害につき，ダムの設置又は管理の瑕疵，河川管理の瑕疵，ダム操作上の過誤をいずれも否定した。

㉔　東京高裁平成17.7.6判決＝群馬県大川事件（公刊物未登載）

本来的に災害発生の危険性を内包している河川の特質及び危険を回避するための治水事業に伴う諸制約の下で，過去に発生した水害の規模・頻度，被害状況，降雨条件や流域の地形その他の自然的条件，土地の利用状況その他の社会的条件，改修を要する緊急性の有無やその程度等諸般の事情を総合的に考慮すると，被控訴人（国）の当該河川の改修計画やその実施状況等には，格別不合理な点は認められず，改修途上にあるとはいうものの，おおむね適正な河川管理が行われているものと評価でき，被控訴人（国）の本件河川についての河川管理に瑕疵があったとは認められないとした。

㉕　名古屋地裁平成20.3.14判決＝新川洗堰事件（判時2024-58，判タ1289-99）レ

新川洗堰は，洪水時の水流をその流域内に完全に制限してはん濫を防止することをその本来的機能とする本堤（いわゆる堤防）とはその性格を異にする越流堤の一種であり，同洗堰が堤防としての安全性を欠いていたとする主張は前提を欠くとして，同洗堰の瑕疵を否定した。また，庄内川（新川と同一水系の本川である。）については，新川洗堰からの越流により新川が破堤する危険性は相当程度

あったが，新川洗堰が庄内川の洪水を調整するために築造されたという沿革及び現状，庄内川と新川で過去に発生した水害の規模，発生の頻度，発生原因等を総合考慮すれば，新川洗堰を閉鎖せず各河川の改修を行ってきた河川管理は，財政的，技術的及び社会的制約の下で同種・同規模の河川管理の一般水準及び社会通念に照らして是認し得ないとまではいえないなどとして，庄内川の管理瑕疵を否定した。

(ｳ)　その他

①　広島高裁平成10.9.11判決（判タ989-104）

山間から流れる河川の川水が湾内のあさり貝養殖場に流出し，養殖中の稚貝が死滅するなどの被害が生じても河川の設置又は管理上の瑕疵があるとはいえないとした。

②　横浜地裁小田原支部平成21.1.9判決（判時2035-113）

国が管理する堤防を自転車で走行中に公道に転落した事故について，河川は，本来自然発生的な公共用物であって，自然の状態において公共の用に供される物であるから，通常は当初から人工的に安全性を備えた物として設置される道路その他の営造物とは性質を異にし，洪水等の自然的原因による災害の危険性を内包している状態で管理せざるを得ないという事情があり，そのため，河川の設置管理の瑕疵を判断するに当たっては，かかる事情を踏まえる必要があるものの，本件においては，被告（国）が，本件堤防を築造し，それらの天端を管理用通路として利用に供していたところ，本件事故が生じたのであるから，河川の有する本来的な危険が顕在化したことによって生じたものとはいえず，上記の制約を考慮する必要性は相当程度小さいというべきであり，本件堤防と公道との間にある段差の存在が自転車等の通行にとって危険性を有し，また，本件堤防からの転落事故を防ぐための設備を設けることが河川の設置管理上困難であったともいえないから，本件事故は，本件堤防の管理の瑕

疵によるものということができるとした。

(3)　空港関係

ア　空港について

空港周辺に居住する住民が，航空機の離着陸等に伴う騒音によって被害を受けたとして，空港管理者に損害賠償等を求める訴えを提起する例がある。

空港には，国土交通大臣が設置・管理する（例外として成田国際空港は，成田国際空港株式会社が，関西国際空港は関西国際空港株式会社がそれぞれ設置及び管理している。また，中部国際空港は，中部国際空港の設置及び管理に関する法律４条１項により指定を受けた者が設置及び管理している。）国際航空路線に必要な飛行場である第一種空港（空港整備法３条），主要な国内航空路線に必要な飛行場である第二種空港（なお，国土交通大臣は管理上適切であると認めるときは，申請により地方公共団体に管理させることができる。）（同法４条），地方公共団体が設置・管理する地方の航空運送を確保するために必要な飛行場である第三種空港（同法５条）がある。

イ　裁判例

①　大阪地裁昭和49.2.27判決＝大阪空港公害訴訟（訟月20-5-59，判時729-3，判タ306-117，後掲②，③参照）

大阪国際空港の周辺住民らが同空港に離着陸する航空機から生じる騒音等により身体的・精神的被害，日常生活の妨害等の損害を被ったとして，同空港の使用の差止めと損害賠償を求めた事案につき，空港周辺における航空機騒音による被害は，深刻かつ複雑であり，住民の受忍限度を超えるものであるから，空港を設置管理している国は，上記の住民に対して精神的損害（慰謝料）を賠償する責に任ずべきであるとして，過去の損害賠償請求の一部を認容し，４ランクによる賠償金を是認した。しかし，将来の損害賠償請求については，慰謝料算定の基礎となるべき事実ないし条件の未確定を理由にこれを否定した。

また，差止め請求については，住民の日常生活に深刻な影響をもたらす航空機騒音が継続的かつ反復的に行われている場合には，不法行為による損害賠償請求のほか差止請求も認められる旨述べ，差止めの根拠を物権と同様に保護されるべき人格権に求めることができるとして，夜10時から翌朝７時までの間は空港を離着陸に使用させてはならないとした。

②　大阪高裁昭和50.11.27判決＝大阪空港公害訴訟（訟月21-13-2668，判時797-36，判タ330-116，①の控訴審，後掲③参照）

国に対する航空機の騒音等の差止請求訴訟が民事訴訟になじむかどうかについて，国が事業主体である本件空港の設置管理上の瑕疵ないしその供用によって生じている事実状態がその周辺の住民である原告らの私法上の権利を侵害しているとして，その侵害状態の排斥を求めるものであるので，本件差止請求を私法上の請求と解すべきであるとした上で，空港を毎日午後９時から翌日午前７時までの間，緊急やむを得ない場合を除き，航空機の離着陸に使用させてはならないとした。国家賠償法２条にいう営造物の設置管理の瑕疵とは，営造物が通常有すべき安全性を欠いていることをいい，その安全性は利用者以外の第三者に対する安全性を含むと解すべきであるとした上で，航空機の騒音等による損害賠償請求について，国家賠償法２条の適用を是認し，原告らの被害は空港の設置管理の瑕疵によって生じているものであるとし，また，将来の慰謝料についても，過去から現在まで長期間にわたり権利侵害の状態が継続している本件のような場合には，近い将来に侵害又は損害の発生が止む蓋然性のあることを被告によって立証されない限り，将来にわたって同様の侵害状態及び損害の発生が継続するものと推定すべきであり，請求権発生の基礎たる事実関係を現時において確定し得るとして，請求の一部を認容した。

③　最高裁昭和56.12.16大法廷判決＝大阪空港公害訴訟（民集35-10-1369，訟月28-7-1273，判時1025-39，判タ445-171，②の上告審，前掲３(3)

エ(7)（277ページ）参照）

(a)空港の差止請求については，差止請求の趣旨を本件空港の設置管理主体たる国に対し，通常の民事上の請求として不作為の給付請求を訴求するものと解した上で，本件空港の離着陸のためにする供用は，運輸大臣の有する空港管理権（公権力の行使をその本質的内容としない非権力的な権能）と航空行政権（航空法その他航空行政に関する法令の規定に基づき運輸大臣に付与された航空行政上の権限で公権力の行使を本質的内容とするもの）とが共に運輸大臣に帰属していることに着目し，本件空港の離着陸のためにする供用は，上記２種の権限の総合的判断に基づいた不可分一体的な行使の結果であり，上告人らの上記請求は，不可避的に航空行政権の行使の取消変更ないしその発動を求める請求を包含することとなるから，行政訴訟による訴求の可否はともかくとして，民事訴訟の手続により前記差止めを訴求することは不適法であり，(b)国家賠償法２条にいう営造物の設置管理の瑕疵には，当該営造物を構成する物的施設自体に存する物理的，外形的な欠陥ないし不備によって他人に危害を与える危険性がある場合のみならず，営造物がその供用目的に沿って利用されるに際し，その利用の態様，程度が一定の限度を超えたため，利用者又は第三者に対して危害を生ぜしめる危険性がある場合も含まれ，(c)損害賠償請求における侵害行為の違法性判断の方法については，本件空港の供用のような国の行う公共事業が第三者に対する関係において違法な権利侵害ないし法益侵害となるかどうかを判断するに当たり，侵害行為の態様と侵害の程度，被侵害利益の性質と内容，侵害行為のもつ公共性ないし公共上の必要性の内容と程度等を比較検討するほか侵害行為の開始とその後の継続の経過及び状況，その間に採られた被害の防止に関する措置の有無及びその内容，効果等の事情をも考慮し，これらを総合的に考察してこれを決すべきであり，(d)危険への接近の理論の適用要件としては，①侵害行為の存在についての認識を有しながらそれによる

被害を容認して居住したこと，②その被害が精神的苦痛ないし生活妨害の程度にとどまり，直接生命，身体にかかわるものでないこと，③侵害行為に本件空港のように相当程度の公共性が認められる場合であることを掲げ，これらの要件を充足する場合には，実際の被害が入居時の侵害行為からの推測を超える程度のものであったとか，入居後に侵害行為の程度が格段に増大したというような特段の事情が認められない限り，そのような入居者において上記侵害を受忍しなければならないとし，(e)将来の損害賠償請求については，将来における被害状況を予測するには不確定な要素が多く，現在において的確な判断をすることは不可能であると判示した上で，差止請求については訴えを却下し，また，将来分の損害賠償請求については訴えを却下し，空港Ｂ滑走路供用開始後に入居した住民２名の過去の損害賠償請求を破棄差し戻したが，その他の上告人の過去分の損害賠償請求については空港の設置・管理に瑕疵があるとして原審の判断を維持した。

④　福岡地裁昭和63. 12. 16判決＝福岡空港騒音訴訟（訟月35-12-2197，判時1198-32，判タ685-43，後掲⑤，⑥参照）

空港整備法２条所定の第二種空港として運輸大臣が設置・管理する福岡空港に離着陸する民間航空機，自衛隊機，米軍機による騒音，排気ガス，ばい煙，振動等により，日常生活の妨害及び精神的，身体的被害を被っているとする周辺住民らが，国に対し，いわゆる環境権，人格権に基づき，同空港を毎日午後９時から翌朝10時までの間一切の離着陸に使用させることの禁止を求めるとともに国家賠償法２条１項等に基づき損害賠償を求めた事案につき，差止請求に係る訴え及び将来の損害賠償請求に係る訴えはいずれも却下したが，過去の損害賠償請求については一部を認容した。

⑤　福岡高裁平成4. 3. 6判決＝福岡空港騒音訴訟（訟月38-7-1236，判時1418-3，判タ781-83，④の控訴審，後掲⑥参照）

(a)民事上の請求として民間航空機の離着陸のためにする国営空港

の供用の差止めを求める訴えは，一審判決と同様に，運輸大臣の有する航空行政権の行使の取消し，変更ないしその発動を求める請求を含むことになるから，狭義の民事訴訟から除外されており，不適法であるとし，(b)自衛隊機の離着陸のためにする国営空港の供用の差止めを求める訴えも，一審判決と同様に，統治行為論ないし政治問題として司法裁判所の判断事項に属さないから不適法であるとし，(c)米軍機の離着陸のためにする国営空港の供用の差止めを求める訴えは，一審判決と同様に外交交渉の義務付け訴訟であって，民事訴訟上の請求として不適法であり，また，統治行為論ないし政治問題として司法裁判所の判断事項に属さないから不適法であるとし，(d)過去の被害の損害賠償請求については，人格権の権利性を認めた上で，民特法２条，国家賠償法２条１項の立証責任については，請求を受ける者において免責事由である不可抗力の抗弁として，危害発生の予見可能性及び回避可能性の不存在を主張，立証すべきであり，請求する者としては，前記空港の供用による危害の発生のみを主張，立証すれば足りるとし，また，航空機騒音等に基づく全員の共通する最小限度の被害に基づく損害賠償を請求する場合については，上記被害の立証に当たって，各人別にそれぞれ個別的被害の立証をする必要はなく，一部の平均的住民について最小限度の共通の被害が立証されれば，他の者も同種同様の被害が立証されたものというべきであるとした上，ＷＥＣＰＮＬ値（357ページ（注）参照，以下「W値」という。）80以上の地域に居住する者について航空機騒音等による被害が受忍限度を超えているとして損害賠償を認めたが，将来の損害賠償請求に係る訴えについては不適法として却下した。

⑥　最高裁平成6.1.20第一小法廷判決＝福岡空港騒音訴訟（訟月41-4-523・532，判時1502-98，判タ855-103，⑤の上告審）

一審原告らの上告については，「本件空港は，空港整備法２条１項２号にいう第二種空港であって，同法４条１項の規定により運輸大臣

が設置し，管理するものであるところ，このような本件空港において民間航空機の離着陸の差止めを請求することは，民事上の請求としては不適法であるとした原審の判断は，正当であり（最高裁昭和51年(オ)第395号同56年12月16日大法廷判決・民集35巻10号1369頁参照），右判断に所論の違法はない。また，自衛隊の使用する航空機（以下「自衛隊機」という。）について，その離着陸の差止めを請求することは，防衛庁長官にゆだねられた自衛隊機の運航に関する権限の行使の取消変更ないしその発動を求める請求を包含することになるものであるから，行政訴訟としてどのような要件の下にどのような請求をすることができるかはともかくとして，民事上の請求としては不適法であるというべきであり（最高裁昭和62年(オ)第58号平成５年２月25日第一小法廷判決・民集47巻２号643頁参照），自衛隊機に関して本件差止請求に係る訴えを不適法とした原審の判断は，結論において正当として是認することができる。次に，原審が適法に確定したところによると，本件空港に係る被上告人とアメリカ合衆国軍隊（以下「米軍」という。）との関係は条約に基づくものであるから，被上告人は，条約ないしこれに基づく国内法令に特段の定めがない限り，米軍の本件空港の使用を制限し得るものではなく，関係条約及び国内法令に右のような特段の定めはない。そうすると，上告人らが米軍の使用する航空機の離着陸等の差止めを請求するのは，被上告人に対してその支配の及ばない第三者の行為の差止めを請求するものというべきであるから，その請求は，その余について判断するまでもなく，主張自体失当として棄却を免れない（前記第一小法廷判決）。しかしながら，右請求に係る訴えを不適法として却下した一審判決を取り消して請求を棄却することは不利益変更禁止の原則に触れるから，右却下部分に対する控訴は棄却するほかなく，原判決は結局において相当である。」と判示して上告を棄却した。

また，一審被告国の上告については，「原審は，本件において被上

告人らが請求するところは，被上告人らはそれぞれさまざまな被害を受けているけれども，本件においては各自が受けた具体的被害の全部について賠償を求めるのではなく，それらの被害のうち被上告人ら全員に共通する最小限度の被害，すなわち，一定限度までの精神的被害，睡眠妨害，静穏な日常生活の営みに対する妨害及び身体に対する侵害等の被害について各自につきその限度で慰謝料という形でその賠償を求めるものであるとした上，右趣旨に沿って被害の発生とその内容について検討を加えたものである。右のような請求及び判断の方法が許されることは，当裁判所の判例（最高裁昭和51年(オ)第395号同56年12月16日大法廷判決・民集35巻10号1369頁参照）の趣旨に照らして明らかであり，右の点及びその他の所論の点に関する原審の認定判断は，原判決挙示の証拠関係に照らして是認することができる。（中略）原審の認定した航空機騒音による会話，電話の聴取及びテレビ・ラジオの視聴等に対する妨害，思考，読書，家庭における学習等知的作業に対する妨害及び睡眠妨害並びに精神的苦痛が法的に保護された利益の侵害になることはいうまでもなく，本件空港の供用行為が第三者に対する関係において違法な法益侵害となるかどうかについては，侵害行為の態様と侵害の程度，被侵害利益の性質と内容，侵害行為のもつ公共性ないし公益上の必要性の内容と程度等を比較検討するほか，侵害行為の開始とその後の継続の経過及び状況，その間に採られた被害の防止に関する措置の有無及びその内容，効果等の事情も考慮し，これらを総合的に考察して判断すべきものであるところ（前記大法廷判決参照），原審の適法に確定した事実関係の下においては，右のような総合的な考察をした上で，上告人の本件空港の供用行為が被上告人らに対する関係で違法となるとした原審の判断は，正当として是認することができ，論旨は採用することができない。（中略）原判決は，昭和52年１月１日以降に本件空港周辺地域に転入した者についていわゆる危険への接近の法理を適用して慰謝料基準額から２割の減額をした

ものと解されるところ，所論は，右法理を適用する場合には全額の免責が認められるべき旨，また，昭和27年４月以降の転入者についても右法理を適用すべき旨を主張するが，この点に関する原審の認定判断は，原判決挙示の証拠関係及びその説示に照らして是認し得ないものではない。」と判示して上告を棄却した。

（注）ＷＥＣＰＮＬ(Weighted Equivalent Continuous Perceived Noise Level＝加重等価継続感覚騒音レベル）値

ＩＣＡＯ（国際民間航空機構）によって提唱された航空機騒音の評価の単位。ある期間（通常１日）に観測されるすべての航空機について，まず，一機ずつの騒音量を測定し，これに基づいて全航空機による騒音量を時間ごと(通常１時間ごと)にパワー平均し，これに時間帯や季節を考慮した一定の補正を施したものである。なお，パワー平均とは，デシベル単位で表された数値の平均を求める場合に，単純に算術平均するのではなく，デシベル値をいったんパワーに換算してその平均をとり，その値を再びデシベル値に換算することをいう。

(4)　学校施設関係

ア　学校施設が「公の営造物」に該当すること

学校教育法施行規則１条１項は「学校には，その学校の目的を実現するために必要な校地，校舎，校具，運動場，図書館又は図書室，保健室その他の設備を設けなければならない」と規定しているところから，これらを総称して学校施設と呼ばれている（学校施設の確保に関する政令２条１項参照)。

国家賠償法２条の「公の営造物」とは，国又は公共団体によって直接に公の目的に供用されている有体物又は物的設備をいうものであるが，学校施設が「公の営造物」であってその設置又は管理の瑕疵が事故の原因であるときは，国家賠償法２条により設置者たる国又は公共団体が損害賠償責任を負うことになる。一方，「土地の工作物」であってその設置又は保存の瑕疵が事故の原因であるときは民法717条により占有者又は所

有者が損害賠償責任を負う。国立学校，公立学校の場合における学校施設は，国家賠償法２条にいう「公の営造物」に該当するので，設置者たる国又は公共団体が責任を負うことになるが，私立学校の学校施設には国家賠償法の適用がないから，民法717条に基づき，占有者又は所有者たる学校法人又はその他の私人が責任を負うことになる。

イ　裁判例

①　大阪地裁昭和51.2.27判決（判時827-86，判タ340-254）

小学校４年生の男児が，休日に他の４名の学童と施錠していない体育館に入り，鬼ごっこ遊び中，控室にある天井に通じる固定鉄ばしごを登り天井裏に入った際，天井板を踏み破り転落して死亡した事案

「公の営造物の設置または管理の瑕疵とは，当該営造物の通常の利用者の判断能力や行動能力，設置された場所の環境等を具体的に考慮して当該営造物が本来備えるべき安全性を欠いている状態をいうのであり，小学校の体育館のごとき施設については，これを利用する児童の危険状態に対する判断力，適応能力が低いことを考えれば，特に高度の安全性が要請されているといわなければならない。（中略）本件天井板の材質が児童の体重を支えることができないものであり，しかも学校側の度々の注意にもかかわらず依然として右鉄ばしごで遊ぶ児童が存在し，過去に本件と同種の事故が生じていたことなどからすると児童が右鉄ばしごを登って天井裏に立入る危険が予測されたのであるから，児童が天井裏に入ることができないような措置を講じておくべきであり，このような措置が講じられていなかった以上その管理に瑕疵があったといわなければならない。」

②　札幌地裁昭和53.12.1判決（判時936-107，判タ398-142）

小学校２年生の児童が，休み時間中教室内に設置されていた丸型石炭ストーブで暖をとっていたところ，付近で遊んでいた同級生２人がもみ合った拍子にその１人に激しく衝突され，これに押されてストーブの上の蒸発皿に右腕を突っ込み，熱湯で火傷を負った事案

「国家賠償法２条１項にいう営造物の設置，管理の瑕疵とは，当該営造物が，その種類に応じて通常有すべき安全的性状又は設備を欠いていることであると解するを相当とするが，本件についてこれをみるに，本件ストーブ（ストーブ上の蒸発皿はこれを一体としてみる）は，判断力が未だ十分でなく，危険な行動に及びがちな小学校低学年（１，２年）向きの教室内に設置されたものであり，生徒の中には勢い余って学校側の設けた白線を超え，或いは他の児童をして超えせしめ，その結果ストーブに接触する者がでることは当然予想すべきであるから，被告としては，学校側をして児童に対し口頭ないし書面で注意を与える等の指導を行わせる外に，殊に低学年の児童については，児童らが直接ストーブの一部に接触することのないよう物理的な設備を施すべきであって，右設備を欠く場合は，ストーブの設置，管理に瑕疵があるものといわざるを得ない。しかるに，本件ストーブには右のごとき設備は何ら設置されていなかったのであるから，被告には，本件ストーブの設置，管理に瑕疵があ（る）。」

③　大阪地裁昭和56.2.25判決（判タ449-272）

高校１年生の水泳部員がプールの浄化装置の取水口から足が抜けなくなり水死した事故につき，本件プールの使用者が高校生であるとしても，本件被害者のように義務教育修了直後で中学生と大差のない者もおり，かつ精神的発達には個人差が大きい点からすると，上記の危険のある本件プールの取水口に防護柵を設けず，また，取水口に足を挿入して取水口をほぼふさぐとポンプの吸引力が増し，足が抜けなくなる危険があることを校長らが格別警告しなかったという上記プールの設置・管理に瑕疵があったことによって生じたものであるなどとして損害賠償請求の一部を認めた。

④　広島地裁昭和56.6.22判決（判時873-79）

小学校４年生の男児が，放課後に防護柵のない旧校舎屋上に登り，級友と遊んでいた際に墜落し死亡した事案

「公の営造物の設置または管理の瑕疵とは，当該営造物が通常有すべき安全性を欠くことをいい，それは利用方法，目的等に照らし具体的客観的に判断されるべきものである。従って，本件の如く判断力，適応能力が低く危険な行動に及びがちな児童が利用する小学校校舎においては，特に高度の安全性が要請されているといわなければならない。（中略）本件については学校は放課後も校庭を児童のために開放しているのに，校庭から事故現場である旧校舎屋上へ出るための工事中の新校舎屋上までの階段には通行止めの設備がなされておらず，また，新校舎屋上と旧校舎屋上との間の遮断壁も完全でなく，腹ばいならば通りぬけが可能であったことからして市には校舎の設置・管理上の瑕疵がある。」

⑤　最高裁昭和56.7.16第一小法廷判決（判時1016-59，判タ452-93）

児童公園で１人遊びをしているうちに，小学校内に設置されているプールの周りに張られていた高さ1.8メートルの金網フェンスを乗り越えて，プールに転落し水死した事案

（一審判決は，幼児がフェンスを乗り越えるような通常予想されないようなことがあっても，これを防止し得ないことをもって直ちにプール施設の安全性に欠けるところがあったとはいえないとしたのに対し，二審判決は，本件プールの位置関係からみて，プールが児童公園で遊ぶ幼児に誘惑を与えることは容易に看取し得るところであり，金網フェンスそのものも忍び返しがないため幼児でも金網を手がかり足がかりとして容易に乗り越えられる構造であったし，それが予測を超えた行動であったとすることもできないとして，本件プールの設置管理瑕疵を肯定した。）「右事実関係のもとにおいて，小学校敷地内にある本件プールとその南側に隣接して存在する児童公園との間はプールの周囲に設置されている金網フェンスで隔てられているにすぎないが，右フェンスは幼児でも容易に乗り越えることができるような構造であり，他方，児童公園で遊ぶ幼児にとって本件プールは一個の誘惑

的存在であることは容易に看取しうるところであって，当時３歳７か月の幼児であった亡Kがこれを乗り越えて本件プール内に立ち入ったことがその設置管理者である上告人の予測を超えた行動であったとすることはできず，結局，本件プールには営造物として通常有すべき安全性に欠けるものがあったとして上告人の国家賠償法２条に基づく損害賠償責任を認めた原審の判断は，正当として是認することができる。」

⑥　松山地裁八幡浜支部昭和60.1.25判決（判時1156-129，判タ552-215）

中学校校舎２階廊下の窓付近で同級生とふざけ合っているうち，窓の外側に押されて転落し，重傷を負った事案

「本件校舎は，中学校校舎であり，その施設の設置，管理においては，中学生の発育ないし行動態様に応じた安全性を有すべきであることは論をまたないところ，２階廊下の外側に面する窓の腰壁の高さについては，同所からの生徒の転落事故が発生することのないよう十分な高さを確保する必要があり，仮に建物の設計上，右の高さを低くとどめざるを得ない場合には，手すりを設けるなど転落防止設備を設置して安全上の配慮をなすべきである。（中略）本件腰壁の高さが61センチメートルの高さしかなかったことは，生徒の転落防止の面からみて，その安全上なお配慮を欠いていたといわざるを得ず，本件校舎は，この点において中学校校舎として本来具有すべき安全性を欠いていたもので，その設置管理に瑕疵があった。」

⑦　神戸地裁平成10.2.27判決（判時1667-114），金沢地裁平成10.3.13判決（判時1667-124，判タ988-173）

いずれも，市立中学校の生徒が学校に設置されたプールにおける水泳の練習中に，飛び込み底に頭を打ち付けて重傷を負った事故につき，飛び込み台の高さ，プールの水深などによれば，飛び込み台から飛び込みを行うプールとしての通常有すべき安全性を欠いた瑕疵があると

認め，請求の一部を認めた。

⑧　静岡地裁沼津支部平成10.9.30判決（判時1678-123）

町立小学校の5年の生徒が同行に設置されたプールで遊泳中に排水溝に吸い込まれて溺死した事例につき，国家賠償法2条に基づく町の責任は認めたが，県の町に対する指導監督責任を否定した。

⑨　東京地裁平成11.6.29判決（判タ1032-155）

国立大学の学生が校舎のひさし部分から転落して負傷した事故につき，ひさし部分の設置又は管理に瑕疵があったとして国の責任を認めた。

(5)　法定外公共用物について

ア　法定外公共用物

法定外公共用物たる道路すなわち「認定外道路」の代表格とされるのが里道である。狭義の法定外公共用物としての里道（明治8年7月8日地租改正事務局議定・地所処分仮規則一章処分方綱領8条で地引絵図中に着色することとされ，道路は赤く着色された。そのため，アカミチ，赤線と呼ばれている。）は，公図（旧土地台帳施行細則2条1項の規定に基づき登記所に備え付けられていた地図を指す。）上赤い帯状の線で表示されているもので，その由来は，明治9年6月8日太政官達第60号により道路を国道，県道，里道に分類したことにさかのぼる。その後，旧道路法（大正8年4月施行）時代に，建設省の指導の下に重要な里道は市町村道に認定する作業が進められ，認定されなかった残りが現在も里道と呼ばれているのである（寶金・里道99ページ以下参照）。

次に，河川法や下水道法など河川管理に関する特別法の適用ないし準用のない河川，運河，公共用悪水路，井溝，堀などを一般に普通河川と呼んでいる。普通河川の代表格は，青線（前記地所処分仮規則によって，河川等は青く着色された。）であり，明治初年に官有地に編入され(明治7年11月7日太政官布告第120号地所名称区別改定は，官有地第三種の土地として，「河海湖沼池澤溝渠堤塘（中略）其他民有地ニアラサルモ

ノ」を挙げている。），公図上，無番地の青塗りの長狭線で示されている。重要な河川については，旧河川法（明治9年4月7日法律第71号）が適用されたが，普通河川についてはその適用はなく，現行の河川法においても同様である（以上の詳細については，寶金・里道137ページ以下）。

このような里道・普通河川の管理主体については，地方分権一括法による改正前は，法定外公共用財産の管理に関する法規である国有財産法9条3項が，「国有財産に関する事務を，政令の定めるところにより，地方公共団体又はその吏員に取り扱わせることができる。」と定めている一方で，旧地方自治法2条3項2号にも，原則として市町村が処理すべき自治事務の一つとして「道路（中略）等を設置し若しくは管理し，又はこれらを使用する権利を規制すること」を挙げており，これら2つの規定が存在したところから，それらの管理主体が国（建設省所管国有財産部局長として機関委任を受けた都道府県知事）か地方公共団体（市町村）かにつき，見解が分かれていた。

法定外公共用物の管理には，財産管理と機能管理がある（寶金・里道232ページ以下）。財産管理とは，所有者としての財貨的管理であり，国有財産たる法定外公共用物と隣接する民有地との境界を確定する行為などは，その例である。一方，機能管理とは，いわば公共用物としての機能を維持するための管理であり，公共性を維持，増進するための管理である。例えば，里道を人や車が円滑に通れるように補修したりする行為を例としてあげることができる。

イ　地方分権一括法施行前の法定外公共用物の機能管理権者と国家賠償法

国家賠償法適用の前提として，法定外公共用物の機能管理権の主体はだれか，その場合に，財産管理権者の国家賠償法の立場はどうなるかということが問題になる。

地方分権一括法による改正前の法律関係を見ると，旧地方自治法2条2項は，「普通地方公共団体は，その公共事務及び法律又はこれに基づ

く政令により普通地方公共団体に属するものの外，その区域内におけるその他の行政事務で国の事務に属しないものを処理する。」と規定し，同条３項２号は「公園，運動場，広場，緑地，道路，橋梁，河川，溜池，用排水路，堤防等を設置し若しくは管理し，又はこれらを使用する権利を規制すること。」としており，国有財産法１条が，「国有財産の取得，維持，保存及び運用並びに処分については，他の法律に特別の定のある場合を除く外，この法律の定めるところによる。」と規定しているところ，旧地方自治法の上記規定は，この「他の法律」に当たると解することが可能かといった点が問題となった（諸説については，寳金・里道237ページ以下，平田浩・最高裁判所判例解説452ページ以下）。この点について，後掲最高裁昭和59年11月29日第一小法廷判決は，旧地方自治法の前記規定が市町村の機能管理権を法律上基礎づけるものとはいえないとした。行政解釈は，この最高裁判決を前提とし，旧地方自治法から直ちに法律上の機能管理権があるとまではいえないとの立場に立ちつつも，「財産管理は，国有財産法により敷地所有者である国の委任を受けた国有財産部局長たる知事が行っているが（機関委任），公共物としての機能管理権限は国にはなく，機能管理は，旧地方自治法２条２項の規定により，地方公共団体の固有事務として，同条４項の規定により，原則として市町村がその行政区域内のものを管理する行政責任があると解する。」（建設省・公共財産管理52ページ）としていた。

このような立場に立って，国家賠償法との関係を検討すると，①里道・普通河川について，地方自治体がいわゆる公物管理条例を設けているときに，当該地方自治体に管理責任がある，②そのような公物管理条例がない場合であっても，当該里道・普通河川を事実上管理している地方自治体がある場合には，それが管理責任を負う，③単に所有者であって，財産管理権しか有しない国については，直ちに「設置・管理者」に該当するということはできないということになろう。国家賠償法は，所有者，占有者という実体法上の地位に着目して責任を定めたものではなく，設置・管理といった作用に着目して責任者を定めたものと考えられるから，このような見解には相応の根拠があるといえよう（宇賀・国家補償法233ページ，寳金・里道398ページ）。上記最高裁判決後の多くの下級審裁判例もこのような立場に立っているものと考えられる（後掲エ②以下の裁判例）。

ウ　地方分権一括法施行後の法律関係について

法定外公共用物については，地方分権推進委員会からその財産管理・機能管理について問題点が指摘され（第４次勧告），関係省庁の協議検討を経て，地方分権推進計画（地方分権推進法８条）において，「いわゆる法定外公共物のうち，里道，水路（溜池，湖沼を含む。以下同じ。）として，現に公共の用に供しているものの道路法，河川法等の公物管理法の適用若しくは準用のない公共物で，その地盤が国有財産となっているものについては，その財産を市町村（都の特別区の区域内にあっては，当該特別区とする。以下同じ。）に譲与し，機能管理，財産管理とも自治事務とするものとし，機能を喪失しているものについては，国において直接管理を行うものとする。」とされた（地方分権推進計画別紙一の（116），（521））。

そこで，地方分権一括法113条による改正後の国有財産特別措置法５条１項５号により，国土交通大臣の所管に属する法定外公共用物たる河川及び道路については，国が当該用途を廃止した場合において市町村が河川等又は道路の用に供するときには，当該地方公共団体に対し，譲与することができるとされた（地方分権一括法附則54条１項が市町村による譲与申請について定めている。）。この規定に基づいて原則として平成17年３月31日までに譲与がされ，その譲与された法定外公共物については，機能管理，財産管理とも自治事務となった。そして，上記の譲与手続が完了した後は，公共用物としての機能を喪失しているもの（機能喪失財産）については，基本的に国が財産管理事務を直接執行することになった。ただし，地方分権一括法110条による改正後の国有財産法９条

３項は，「国有財産に関する事務の一部は，政令で定めるところにより，都道府県又は市町村が行うこととすることができる。」，同条４項は，「前項の規定により都道府県又は市町村が行うこととされる事務は地方自治法（中略）第２条第９項第１号に規定する第１号法定受託事務とする。」と規定し，上記の政令により，地方分権一括法施行後譲与が行われるまでの間については，里道・水路等の財産管理は，都道府県が法定受託事務として，執行することとしていた。譲与されるまでのその機能管理については，それが条例等の法令上の根拠に基づくものであればもちろん（同法附則159条参照），事実上の管理である場合も市町村が処理する法定受託事務に当たらない事務である以上，市町村が，自治事務として処理することになる（地方自治法２条８項）。

以上からすると，譲与後は当然のこととして，譲与前であっても，国家賠償法２条の「管理」の主体は，機能管理権者たる市町村ということになるものと考えられる。

なお，平成17年３月31日までに市町村に譲与されなかった法定外公共用物のうち財産特定が困難等のやむを得ない事情がある場合には，平成17年３月31日をもって原則として一括して用途廃止され，同年４月１日以降，国が普通財産として直接管理することになるから（前掲大蔵省理財局長通知５(3)），その時点で，原則として「公の営造物」に該当しなくなるものと考えられる。

エ　裁判例

①　最高裁昭和59.11.29第一小法廷判決（民集38-11-1260，判例自治10-92，前掲２(2)エ(イ)⑨（269ページ）参照）

普通河川を事実上管理する市が国家賠償法２条１項の責任を負う公共団体に当たるか否かが争われた事案について，「地方自治法２条３項２号は，（中略）地方公共団体の事務を例示しているにすぎず，右の規定から直ちに地方公共団体がその区域内の普通河川を法律上管理することとなるわけのものではなく，普通河川の管理条例を定めていない上告人を普通河川である本件溝渠の法律上の管理者であるとすることはできない。しかしながら，国家賠償法２条にいう公の営造物の管理者は，必ずしも当該営造物について法律上の管理権ないし所有権，賃借権等の権原を有している者に限られるものではなく，事実上の管理をしているにすぎない国又は公共団体も同条にいう管理者に含まれるものと解するのを相当とする。（中略）そして，このことは，国又は京都府が本件溝渠について法律上の管理権をもつかどうかによって左右されるものではない。」と判示した。

②　奈良地裁昭和57.3.26判決（訟月28-11-2093，判タ475-133）

通行人が用水路に転落して死亡した事故について，地方自治法２条３項２号又は水道法に基づく固有の管理事務として管理，使用しているとして市の管理責任を認め，国，県の責任については，機能管理を含まないことを理由に賠償責任を否定した。

③　新潟地裁昭和61.5.23判決（判例自治26-57）

国有の灌漑用水路に児童が転落した事案につき，土地改良法による管理委託を受けていた土地改良区を工事施工者たる県とともに損害賠償の責任主体とし，財産的管理を行うにすぎない国については行政的管理権限を有しないとして国の責任を否定した。

④　千葉地裁松戸支部昭和62.3.20判決（判例自治41-40）

堤とうのような国有財産である法定外公共用物の管理権は，国有財産法，地方自治法等により，財産権は都道府県知事に，機能管理権は知事ないし市町村に属するものであり，これに反する管理権は成立する余地はないとして，堤とうの管理権が慣習的に土地改良区に帰属するとの主張が認められなかった。

⑤　大阪高裁昭和62.4.10判決＝大東水害訴訟差戻審（訟月33-10-2464，判時1229-27，判タ635-204）

「控訴人大東市は，地方自治法２条２項の規定による地方公共団体の固有事務として同条４項の規定により，当該行政区域内の法定外公

共用物に対し，いわゆる機能管理を行う権限を有すると認められ，前記管理条例が存在しなくても，右権限に基づき本件水路の管理を行うことができるものである」としたが，一方で，「控訴人大東市は本件水路に対し規模と能力に応ずる範囲内において第一次的機能管理の権限を有するが，その機能管理は原則として対象物に対する維持，補修等に限られ，処分又は改造を行なう権限は有しない」。

⑥　大阪地裁堺支部平成6.3.30判決（判例自治130-82）

農業用用水路の設置者ではなく，底地の所有者に止まり，かつ，機能維持管理責任を負っていない国は，用水路についての営造物責任を負わないとした。

(6)　その他

ア　河川以外の水難事故

①　最高裁昭和53.12.22第三小法廷判決（判時916-24）

１歳７か月の幼児が用水溝に転落して水死した事案

「原判決は，要するに，本件事故現場の本件用水溝は原判示のような護岸壁の高さや水深からいって通常の幼児や成人にとってその生命，身体に危険を生じさせるようなものではなく，このような営造物の管理者は被害者のような１年７月程度の乳幼児が保護者の監護を離れたために生ずべき事故を予見してその防止のための措置を講ずべき義務を負担しているものとは解し難いとの理由により，本件用水溝に対する被上告人らの管理の瑕疵を否定する旨判断したものであると解されるところ，右判断は，正当として是認することができる。」

②　最高裁昭和58.10.18第三小法廷判決（判時1099-48，判タ513-141）

特別史跡に指定されている大阪城の外堀でザリガニ取りをしていた満９歳の小学生が堀に転落して死亡した事案

「本件事故は，被害者の無軌道な行動に起因するものと認められ，ことに本件外濠及びこれに接する石垣が大阪城公園の一部であるとともに，いわゆる特別史跡に指定されている大阪城跡内にあること等諸

般の事情に照らすとその構造及び場所的環境から通常予測される入園者の石垣からの不用意な転落事故の危険を防止するための設備としては，本件の柵ないしウバメガシの生垣をもって足りるというべきである。」

イ　スキー場の設置管理

○　東京地裁平成10.2.25判決（判タ984-135，判例自治184-23）

スキーヤーが村営のスキーコース途中の人工構造物である橋から転落死亡した事故につき，本件の橋はスキーコースに要求される通常有すべき安全性を備えておらず，設置・管理に瑕疵があると認めた。

ウ　市営住宅・保養所の設置管理

①　熊本地裁平成11.8.27判決（判時1696-131）

市営住宅の６階の自宅バルコニーの柵の一番下の隙間から一歳半の幼児が転落した事故につき，居住者に管理がゆだねられている住宅としての特質等から，同住宅の設置，管理上の瑕疵がないなどとして市に対する国家賠償請求を棄却した。

②　東京地裁平成13.5.11判決（判時1765-80）

東京都の特別区が設置した保養所において，高齢者が客室内の45センチメートルの段差を踏み外して転落し，受傷した事故について，このような段差があれば昇降にある程度の危険が伴うから，十分な安全確保の対策を講ずる必要があり，客室の設置，管理に瑕疵があるとして，損害賠償請求を認容した。

エ　公園施設の設置管理

①　名古屋高裁金沢支部平成15.2.19判決（判タ1141-166，判例自治250-33）

小学生が箱ブランコと地面の間に挟まれて受傷した事故につき，市による箱ブランコの設置又は管理に瑕疵があったとした。

②　東京高裁平成19.1.17判決（判タ1246-122，判例自治288-41，前掲(1)イ(ク)a⑬（311ページ）参照）〈最高裁平成21.2.5第一小法廷決定

で維持〉

十和田八幡平国立公園内の奥入瀬渓流において，県が設置した遊歩道上に国有林であるブナの枯れ枝が落下し，観光客が受傷した事故に関し，県につき，公の営造物である遊歩道の設置管理の瑕疵があったとして国賠法2条の責任を認め，上記ブナの木の所有者である国につき，竹木の支持に瑕疵があったとして民法717条2項の責任を認めた。

③　福島地裁会津若松支部平成21.3.23判決（訟時413-109，前掲(1)イ(ｲ)b③（312ページ）参照）

日光国立公園尾瀬地域内（当時）において，県が設置した木道上に国有林であるブナの枝が落下し，頭部に直撃を受けた観光客が死亡した事故に関し，落枝の主たる要因は通常とは異なる悪天候下での強風によることなどを考慮し，県につき，木道の設置管理の瑕疵は認められないとして国賠法2条の責任を否定し，上記ブナの木の所有者である国につき，竹木の支持に瑕疵があったとは認められないとして民法717条2項の責任を否定した。

オ　裁判所庁舎の設置管理

○　大阪高裁平成17.6.14判決（判時1935-65，前掲3(3)カ④（286ページ）参照）

裁判所庁舎敷地内の屋外の階段で視覚障害者が足を滑らせて転倒し傷害を負った事故について，階段には，その起点及び終点に点状ブロックを，各段先端付近に段鼻ないし滑り止めのシートを敷設していなかった点においてその設置管理に瑕疵があるとした。

第4　賠償責任者，求償権（第3条）

> 第3条　前2条の規定によつて国又は公共団体が損害を賠償する責に任ずる場合において，公務員の選任若しくは監督又は公の営造物の設置若しくは管理に当る者と公務員の俸給，給与その他の費用又は公の営造物の設置若しくは管理の費用を負担する者とが異なるときは，費用を負担する者もまた，その損害を賠償する責に任ずる。
>
> ②前項の場合において，損害を賠償した者は，内部関係でその損害を賠償する責任ある者に対して求償権を有する。

1　本条の意義と立法趣旨

(1)　本条1項は，国家賠償法1条及び2条の規定によって，国又は公共団体が損害賠償の責任を負う場合において，同法1条における公務員の選任若しくは監督に当たる者と公務員の俸給，給与その他の費用を負担する者とが異なるとき，また，同法2条における公の営造物の設置若しくは管理に当たる者と公の営造物の設置若しくは管理の費用を負担する者とが異なるときは，費用を負担する者もまた損害賠償責任を負う旨を明らかにしたものである。

(2)　本条は，国家賠償法の制定の経緯（後注参照）からみて，公務員の選任若しくは監督者又は公の営造物の設置若しくは管理者と費用負担者のいずれをも被告にすることができるとすることにより，被告を間違えた場合の不利益（例えば，被告を間違えて提訴したために請求が棄却され，その間に消滅時効が完成してしまった場合等）を被害者に負わせないようにするための便宜的，救済規定であるとされている。

(注)　本条が国会に提出されたときの原案は，「費用を負担する者が，その損害を賠償する責に任ずる」としていたが，参議院において，「費

用を負担する者もまた」と改められた。

その修正理由として，①費用負担者のみでなく公務員の選任監督権を有する者，又は公の営造物の設置，管理者に対しても，損害賠償を負わせることが，理論上からいっても，また，公務員に職務上の注意義務を喚起させる点からいっても当然であること，②外部から見た場合，費用負担者と管理権者とがはっきりとわからないことがあるので，そのいずれに対しても請求できることとした方が被害者の権利保護に役立つこと，③費用負担者の費用中には賠償金というような異常時の費用は予定されていないこと，④費用負担者の資力が薄弱である場合等によっては，被害者が十分な満足を得ることができないこと，の4点が挙げられている。

2　費用負担者

(1)　国家賠償法1条関係の費用負担者

国家賠償法1条関係の費用負担者は，公務員の俸給，給与その他の費用を負担する者である。

ここで規定している「その他の費用」には，人件費以外の事務の管理執行に要する経費も含まれるとするのが通説である。

また，費用負担者には，いわゆる負担金（地方財政法17条）を支出している者も含まれるとされる。

ア　機関委任事務の場合

(ア) 意義

「機関委任事務」とは，地方分権一括法施行（平成12年4月1日）前において，都道府県知事，市町村長等が国の機関として処理する事務をいう（前記14ページ参照）。

機関委任事務については，主務大臣は事務の監督権者（旧地方自治法150条，国家行政組織法15条参照）となり，都道府県等は，所属の公務員の給与等を支給する者であるから，同法3条の費用負担者にな

る。

(イ) 裁判例

① 東京高裁昭和27.12.6判決（下民集3-12-1739）

「市町村長が都道府県知事並びに主務大臣の監督の下に供米割当等食糧管理に関する職務を行うことは公権力の行使であり，その行使に当って故意若しくは過失により違法に私人に損害を蒙らしめたときは，国家賠償法第1条の規定により先ず国が賠償の責を負うべきものであるが同法第3条によれば市町村も右職務の執行に当る市町村長及びその補助機関の給料を支払い，所要の費用を負担する者として国と並んで賠償の責に任ずべきことが明らかである。」

② 熊本地裁昭和43.5.23判決（訟月14-9-981）

「自作農創設特別措置法，農地調整法に基づく農地の買収，売渡その他の自作農創設事業ならびに農地関係調整の事務が国の公権力により強制する国の行政事務であり，市町村農地委員会は国の行政機関として前記各法律の規定により与えられた職務権限を有し国の公権力を行使するものであって，その意味において市町村とは独立した機関であることは同被告の主張するとおりである。然し乍ら，農地調整法第15条ノ17（昭和26年法律第89号による削除前）により，市町村は市町村農地委員会に関する費用を負担すべきものとせられていたのであり，原告の同被告に対する本訴請求の原因は，国家賠償法第3条第1項の規定に基づき費用負担者としての賠償責任がある」

③ 最高裁昭和46.11.30第三小法廷判決（民集25-8-1389，判時653-84，判タ271-177，後掲第5の2(3)ア(ア)①（383ページ）参照）

「国家賠償法1条，3条に基づき，本件土地区画整理事業の費用の負担者たる上告人において，A市長の違法な不作為により被上告人の被った損害を賠償すべき義務を負うべきものとした原判決の判断は，正当として是認することができる。」

④　大阪地裁昭和53.2.27判決（訟月24-3-435，判時903-72，判タ362-248）．

「Ａ区長は被告国の機関としての職務上の注意義務を怠った過失により違法に本件離婚届を受理して第２戸籍を編製したものであるから，被告国は国家賠償法１条に基づき，被告Ｂ市はＡ区長の給与の負担者として同法３条に基づき，各自Ａ区長が第２戸籍を編製して原告を日本人として取り扱ったために原告が被った損害を賠償する義務がある。」

⑤　札幌地裁昭和57.10.26判決（民集45-4-392，訟月29-6-1003，判時1060-22，判タ484-180）

「被告Ａが国の公権力の行使に当たる公務員として本件種痘を実施したこと及び被告Ｂ市が被告Ａの給与を負担する者であることは，原告らと被告Ｂ市との間において争いがない。そして，被告Ａに，その職務として本件種痘を実施するについて過失があったというべきことは，前記四説示のとおりである。したがって，被告Ｂ市もまた，国家賠償法３条１項により，本件事故による損害を賠償する義務があるといわなければならない。」

⑥　山口地裁下関支部平成14.5.20判決（判時1806-62）

二級河川に設置された農業用水取水用の堰の可動扉が開き，下流に貯留水が流れ，シジミ漁をしていた者が溺死した事案

「河川管理者たるＡ県知事ないしその補助者であるＢ土木建築事務所の関係職員らの前記不作為は，過失ある違法な行為であり，当該不作為と本件事故発生との間に因果関係もあるというべきであった，かつ，同県知事らの管理権限は，被告国の機関委任事務たる木屋川の河川管理としてのそれであるから，被告国は，国家賠償法１条１項に基づき，本件事故によって生じた後記損害を賠償すべき責任を負う。木屋川の河川管理を行うＡ県知事及びその補助者であるＢ土木建築事務所の関係職員らに対し，俸給，給与を支給しているのは被告Ａ県であるから，本件は，国家賠償法３条１項にいう，公務員の選任若しくは監督に当たる者と公務員の俸給，給与その他の費用を負担する者とが異なるときに該当する。（中略）被告Ａ県は，その余の点につき判断するまでもなく，同法３条１項に基づき，本件事故によって生じた後記損害を賠償すべき責任を負う。」

イ　地方公共団体の事務を国の公務員が行った場合

○　最高裁昭和54.7.10第三小法廷判決（民集33-5-481，訟月25-11-2772，判時941-3，判タ402-68）

「都道府県警察の警察官がいわゆる交通犯罪の捜査を行うにつき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おいて国家賠償法１条１項によりその損害の賠償の責めに任ずるのは，原則として当該都道府県であり，国は原則としてその責めを負うものではない」

しかし，都道府県警察職員のうち，警視総監（都），警察本部長（道府県）その他警視正以上の階級にある者については，法制上は国家公務員とされているところから，これらの者が都道府県警察の事務を行うときは，国は，給与等の支給者として，国家賠償法３条の費用負担者となる。

(2)　国家賠償法２条関係の費用負担者

国家賠償法２条の費用負担者とは，公の営造物の設置又は管理の費用を負担する者である。

例えば，地方分権一括法による法改正前において，都道府県知事などが国の機関委任事務として国道や１級河川の管理を行う場合（道路法13条，河川法９条），国家賠償法２条に規定する設置・管理者は国であるが，地方公共団体が管理のための費用を負担している場合には，当該地方公共団体が国家賠償法３条の費用負担者となる。

ア　裁判例

(ｱ)　国道の管理に関するもの

○　最高裁昭和45.8.20第一小法廷判決＝高知落石訴訟（民集24-9-12

68，訟月16-11-1272，判時600-71，判タ252-135）

「本件事故は道路管理に瑕疵があったために生じたものであり，上告人国は国家賠償法2条1項により，上告人県は管理費用負担者として同法3条1項により損害賠償の責に任ず（る）。」

(イ)　橋の管理に関するもの

○　岡山地裁昭和38.6.7判決（下民集14-6-1118）

「被告（県）が芦田橋の管理費用の負担者であることは，当事者間に争いがないから，被告は，本件事故によって生じた損害を賠償すべき義務がある」

(ロ)　河川の堤防等の管理に関するもの

○　東京高裁昭和56.10.21判決（下民集32-9～12-902，同33-1～4-571，訟月28-1-26，判時1018-29，判タ458-44）

「本件下高関の堤防はその設置についての瑕疵は認め難いが，その後の維持管理につき，第一審被告県知事には河川管理者として水防上の責任を尽さなかった瑕疵があったというほかなく，第一審被告国はその管理の主体として，第一審被告県は管理費用の負担者として国家賠償法2条及び3条の規定に基づき右管理瑕疵につき責を負うものというべきである。」

イ　補助金交付者

(ア)　意義

国は，その施策を行うため特別の必要があると認めるとき又は地方公共団体の財政上特別の必要があると認めるときに限り，当該地方公共団体に対して，補助金を交付することができることとされている（地方財政法16条）。そこで，補助金交付者が国家賠償法3条1項の費用負担者に当たるか否かが問題となる。

この点につき，最高裁昭和50年11月28日第三小法廷判決（後掲①判決）は，①営造物の設置費用につき法律上負担する義務を負う者と同等若しくはこれに近い費用を負担し，②実質的に事業を共同して執行

していると認められ，③営造物の瑕疵による危険を効果的に防止し得る場合は，補助金交付者も費用負担者となるとしている。

また，複数の営造物によって構成される複合的な施設の場合は，瑕疵があるとされた個別の施設について上記の基準を当てはめて費用負担者であるか否かが検討される必要がある（後掲②判決）。

①　最高裁昭和50.11.28第三小法廷判決（民集29-10-1754，訟月21-12-2521）

国が地方公共団体に対し，国立公園事業としての周回路に関する設置費用の2分の1近くを負担していた事案

「同法（編注・国家賠償法）3条1項所定の設置費用の負担者には，当該営造物の設置費用につき法律上負担義務を負う者のほか，この者と同等もしくはこれに近い設置費用を負担し，実質的にはこの者と当該営造物による事業を共同して執行していると認められる者であって，当該営造物の瑕疵による危険を効果的に防止しうる者も含まれると解すべきであり，したがって，公の営造物の設置者に対してその費用を単に贈与したに過ぎない者は同項所定の設置費用の負担者に含まれるものではないが，法律の規定上当該営造物の設置をなしうることが認められている国が，自らこれを設置するにかえて，特定の地方公共団体に対しその設置を認めたうえ，右営造物の設置費用につき当該地方公共団体の負担額と同等もしくはこれに近い経済的な補助を供与する反面，右地方公共団体に対し法律上当該営造物につき危険防止の措置を請求しうる立場にあるときは，国は，同項所定の設置費用の負担者に含まれるものというべきであり，右の補助が地方財政法16条所定の補助金の交付に該当するものであることは，直ちに右の理を左右するものではないと解すべきである。」

②　最高裁平成元.10.26第一小法廷判決（民集43-9-999，訟月36-5-710，判時1336-99，判タ717-96）

国立公園内に県が架設した吊り橋のワイヤーが切断し，登山者が転落した事故につき，国が上記吊り橋を含む国立公園内の道路に対し自然公園法26条に基づき交付した補助金額が，上記吊り橋及び道路の全体に対する国の補助金割合が50パーセントに達するが，上記吊り橋に限定した場合には25パーセントにとどまる事案

否定…補助金割合25パーセント

「国が，自然公園法14条２項により地方公共団体に対し国立公園に関する公園事業の一部執行として特定の営造物を設置することを承認したうえ，同法25条により右地方公共団体が負担すべきものとされているその設置管理（補修を含む。）の費用について同法26条に基づく補助金を度々交付し，その額が右地方公共団体の負担額と同等又はこれに近い額に達している場合には，国は，当該営造物についての費用負担の点においては国家賠償法３条１項にいう費用負担者に当たるものということができる（最高裁昭和48年(オ)第896号同50年11月28日第三小法廷判決・民集29巻10号1754頁参照）。しかしながら，この場合，当該公園事業に関する施設が，社会通念上独立の営造物と認められる複数の営造物によって構成される複合的な施設（以下「複合的施設」という。）であって，その設置管理に瑕疵があるとされた特定の営造物が右複合的施設を構成する個々の施設（以下「個別的施設」という。）であるときは，当該個別的施設と複合的施設を構成する他の施設とを一体として補助金が交付された場合などの特段の事情がない限り，右費用負担者に当たるか否かは，当該個別的施設について費用負担の割合等を考慮して判断するのが相当である。けだし，地方公共団体は，自然公園法14条２項に基づく承認を受けて執行する国立公園に関する公園事業施設について補助金の交付を申請する場合には，特定の施設ないしその部分についての設置，補修工事等を特定して申請し，国は，右申請を受けて，国家的観点から個別にその必要性を判断して補助するか否かを

決定すべきものとされているのであり，また，国が補助金の交付を通じて地方公共団体に対し具体的に危険防止の措置を要求することができるのは，補助金が交付された設置，補修等の工事の範囲に限られるからである。」

(イ) 補助金交付者に関するその他の裁判例

① 東京地裁昭和53.9.18判決（下民集33-1～4-285，訟月25-2-343，判時903-28，判タ377-103）

国立公園内に県が設置した自然歩道事業に対し，国が自然公園法26条に基づき補助金を交付した事案

肯定…補助金割合35パーセント

② 大阪地裁平成元.1.20判決（訟月36-2-175，判時1304-25，判タ695-125，判例自治61-41）

肯定…補助金割合60パーセント（ただし，45パーセントの間接補助をした国については否定）

③ 広島地裁平成10.3.24判決（判時1638-32，判タ988-215，判例自治181-71）

広島新交通システムの建設に対し補助金を交付した事案

否定…補助金割合総事業費の約25パーセント

3　求償関係

(1) 国家賠償法３条２項は，公務員の選任・監督者と費用負担者あるいは公の営造物の設置・管理者と費用負担者のいずれかが被害者に対して損害の賠償をした場合は，内部関係でその損害を賠償する責任のある者に対して求償権を行使することができることを規定している。

(2) 内部的な負担関係については，賠償費用の負担割合が法令で定められている場合（例えば，食品衛生法26条６号は，国と地方公共団体の分担割合を２分の１ずつと規定している。）にはこれに基づくことになり，費用の分担割合が法令で定められている場合（道路につき道路法49条以下，

河川につき河川法59条以下）は，賠償費用も，これに準じて負担することとなる。

このような法令上の規定がない場合に，だれが最終的な責任者となるかについては，「公務員の選任若しくは監督に当たる者，公の営造物の設置若しくは管理に当たる者」であるとする管理者説と，その費用を負担する者であるとする費用負担者説との対立があるが，費用負担者説が通説とされ，内閣法制局意見も同様である（前田正道編・法制意見百選266ページ）。

(3)　補助金交付者については，費用負担者となる場合であっても，究極の負担者とはならないとする説（鈴木・交通損害賠償法342ページ）と，補助金交付者であっても，費用負担者に該当するとされた場合には，費用の分担割合が法令で定められている場合と同様と解する説（矢代利則・演習法律学大系3行政法（上）421ページ）とがある。

(4)　裁判例

○　最高裁平成21年10月23日第二小法廷判決（裁判所時報1494-303）

「市町村が設置する中学校の教諭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生徒に損害を与えた場合において，当該教諭の給料その他の給与を負担する都道府県が国家賠償法1条1項，3条1項に従い上記生徒に対して損害を賠償したときは，当該都道府県は，同条2項に基づき，賠償した損害の全額を当該中学校を設置する市町村に対して求償することができるものと解するのが相当である。」

第5　民法の適用（第4条）

> 第4条　国又は公共団体の損害賠償の責任については，前3条の規定によるの外，民法の規定による。

1　本条の意義

(1)　本条は，国又は公共団体の損害賠償の責任について，民法の規定の適用があることを明らかにしているが，これは，次の2点を内容とするとするのが通説である。

①　公権力の行使及び公の営造物の設置・管理についての損害賠償については，国家賠償法を適用するほか，民法の規定（例えば，非財産的損害の賠償（710条），生命侵害による親族に対する慰謝料（711条），共同不法行為（719条），正当防衛・緊急避難（720条），胎児の損害賠償請求権（721条），過失相殺（722条・418条），名誉毀損（723条）及び損害賠償請求権の消滅時効（724条）のように不法行為に関する制度的技術的規定）を補充的に適用する。

②　国又は公共団体の活動のうち，国又は公共団体の公権力の行使によるもの及び公の営造物の設置管理の瑕疵によるもの以外から生じた損害，例えば私経済作用によるものについては，民法の不法行為の規定を適用する。

(2)　本条にいう「民法」には，民法の附属法規を含むとするのが判例である。

(3)　裁判例

①　東京地裁昭和32.5.14判決（下民集8-5-931，判時118-6）

「右法条（編注・国家賠償法4条）は，（中略）公権力の行使に当る公務員の加害行為による損害についてまで民法不法行為の規定を競合的に適用できることを認めたものではないと解するのが相当である。」

② 最高裁昭和34.1.22第一小法廷判決（訟月5-3-370）

「国家賠償法4条のいわゆる民法の規定によるとは，損害賠償の範囲，過失相殺，時効等につき，民法の規定によるとの意味であって，所論のように民法657条，665条の寄託関係をも斟酌すべしという趣旨ではない。」

③ 東京地裁昭和61.7.30判決（判時1232-127）

「公権力の行使に当たる公務員がした違法行為を原因とする損害賠償請求については，専ら国賠法が適用され，民法の不法行為責任の規定は国賠法4条によるもののほかは適用されないものと解するのが相当である。」

2　民法の不法行為規定の具体的な適用

(1)　共同不法行為

○ 金沢地裁昭和53.3.1判決（訟月24-2-237，判時879-26，判タ359-143）

「本件において，問題とされる各キノホルム剤については，被告会社らの申請にもとづく，被告国による製造，輸入の許可，承認により，被告会社らによって製造，輸入，販売が行なわれ，流通に置かれたという関係が認められる。したがって，右被告国の製造，輸入の許可，承認行為と，被告会社らによる製造，輸入，販売行為は，いずれの行為も本件被害発生について，不可欠のものであると認められ，この意味で，まさに，密接不可分であって，これらを一体の行為として評価し得るものである。右のとおりであるから，被告国と被告会社らは，民法719条，国家賠償法4条により，共同不法行為者として各自連帯して，その賠償の責に任ずべきものである。」

(2)　過失相殺

○ 鳥取地裁昭和51.12.16判決（判時863-92）等

(3)　消滅時効・除斥期間

ア　裁判例

(ア) 消滅時効の援用と権利の濫用

① 最高裁昭和46.11.30第三小法廷判決（民集25-8-1389，判時653-84，判タ271-177，前掲第4の2(1)ア(イ)③（373ページ）参照）

「国家賠償法に基づく普通地方公共団体に対する損害賠償請求権は，私法上の債権であって，公法上の債権ではなく，したがって，その消滅時効については，（中略）民法145条の規定が適用される（る）」

② 東京高裁平成15.5.27判決＝横須賀じん肺訴訟（訟月50-7-1971）〈最高裁平成16.4.8第一小法廷決定で維持〉

「時効の利益を受ける債務者は，債権者が訴えの提起その他の権利行使や時効中断行為に出ることを妨害して債権者において権利行使や時効中断行為に出ることを事実上困難にしたなど，債権者が期間内に権利を行使しなかったことについて債務者に責むべき事由があり，債権者に債権行使を保障した趣旨を没却するような特段の事情があるのでない限り，自由に消滅時効を援用することができるというべきであり，時効にかかる損害賠償請求権の発生要件該当事実が悪質であったこと，被害が甚大であったこと，事実関係が複雑であるとか，法律構成が困難であるとかの事情で単に債権者において権利行使や時効中断行為に出ることが事実上困難であったこと，債権者と債務者の社会的・経済的地位や能力等は，債務者が消滅時効を援用することを権利の濫用とさせる事情とはいえない。」

③ 東京地裁平成18.7.7判決＝東京トンネルじん肺訴訟（訟月55-3-319，判時1940-3，判タ1221-106，前掲第2の11(13)エ(ウ)⑨（251ページ）参照）〈控訴審で和解により終了〉

トンネル建設工事において粉じん作業に従事していた労働者がじん肺に罹患したことについての国の規制権限不行使に基づく国家賠償法上の損害賠償請求権の消滅時効の起算点について，①本件じん

肺患者らが民法724条前段の「損害を知った」といえる時点は，最終の行政上の決定（管理区分の決定）を請けた時，②上記①の後に法定合併症の行政上の認定を受けた時，③上記①若しくは②の後に，じん肺を原因として死亡した場合には，死亡時と解するのが相当である。また，本件じん肺患者らが，国の規制権限不行使が国家賠償法上の違法な行為に該当すると知り，民法724条前段の「加害者を知った」といえる時点は，筑豊じん肺訴訟の控訴審判決が言い渡され，それが広く報道された時点（早くとも平成13年7月19日ころ）と解するのが相当と判断した（同旨・松山地裁平成19.3.30判決（公刊物未登載））。

④　東京高裁平成19.7.26判決＝横須賀爆雷保険代位訴訟（公刊物未登載，訟時392-120参照）

「控訴人（編注・国）の責任原因とされる行為が爆雷埋設土地の譲与の際の告知すべき事項の不告知という第三者からは認識し難い不作為の形態で行われたことからすると，本件爆雷をめぐる経緯その他の事情について，事情を知る者から教示を受けたり，何らかの公権的判断が示されるなどの特段の事情がない限り，本件爆雷に関する事実に全く関与していないAや被控訴人が上記不作為の事実やそのことが義務違反であると評価すべきことを認識し得たとは認め難く，本件においては（中略）前記の特段の事情があったとは認められない。」

(イ) 除斥期間の性質，援用の要否

①　最高裁平成元.12.21第一小法廷判決（民集43-12-2209，訟月36-12-2210，判時1379-76，判タ753-84）

「民法724条後段の規定は，不法行為によって発生した損害賠償請求権の除斥期間を定めたものと解するのが相当である。（中略）裁判所は，除斥期間の性質にかんがみ，本件請求権が除斥期間の経過により消滅した旨の主張がなくとも，右期間の経過により本件請

求権が消滅したものと判断すべきであ（る）」

②　東京地裁平成7.7.27判決＝上敷香韓人虐殺訴訟（訟月42-10-2368，判時1563-121，判タ894-197）

「民法724条後段の規定は，不法行為によって発生した損害賠償請求権の除斥期間を定めたものと解するのが相当である。（中略）裁判所は，20年の期間の経過により権利消滅の効果が法律上画一的に生ずるとの除斥期間の性質にかんがみ，請求権が除斥期間の経過により消滅した旨の主張がなくても，右期間の経過により請求権は消滅したものと判断すべきであり，したがって，信義則違反又は権利濫用の法理を適用する余地はないと解すべきである。」（東京高裁平成8.8.7判決（訟月43-7-1610）も同旨。）

③　東京地裁平成13.7.12判決＝中国人強制連行訴訟（訟月49-10-2815，判タ1067-119）

「除斥期間の制度の適用が，いったん発生したと訴訟法上認定できる権利の消滅という効果に直接結びつくものであり，しかも消滅の対象とされるのが国家賠償法上の請求権であって，その効果を受けるのが除斥期間の制度創設の主体である国であるという点も考慮すると，その適用に当たっては，国家賠償法及び民法を貫く法の大原則である正義，公平の理念を念頭に置いた検討をする必要があるというべきである。すなわち，除斥期間制度の趣旨を前提としてもなお，除斥期間制度の適用の結果が，著しく正義，公平の理念に反し，その適用を制限することが条理にもかなうと認められる場合には，除斥期間の適用を制限することができると解すべきである。」

④　福岡地裁平成14.4.26判決（訟月50-2-363，判時1809-111，判タ1098-267）

除斥期間を適用することは，正義，公平の理念に著しく反し，その適用を制限するのが相当であるとされた（相被告企業の賠償責任を認定）。

⑤　東京地裁平成15.3.11判決（訟月50-2-439）

第二次世界大戦中の中国人の強制連行・強制労働の違法を理由とする損害賠償請求について，「民法724条後段は，被害者の保護と加害者と目される者の利益の調整の上に立って，不法行為をめぐる法律関係の速やかな確定を図ることを意図して，20年という除斥期間を定めたのであるから，（中略）広く法の正義・公平の観点から，その適用を制限すべきものと解することは相当でない。すなわち，民法は，上記の利益の調整の上に立って，20年という期間を除斥期間として定めることが法の正義・公平に合致するとの立法政策の下に，同法724条後段の規定をおいたのであるから，かかる実定法の規定が存在するにもかかわらず，（中略）正義・公平の観点から改めて除斥期間の規定を適用することの具体的妥当性を探求すべきであるという見解は，実定法の解釈の域を出るものという他はない」とした。

⑥　東京地裁平成15.9.29判決＝毒ガス２次訴訟（訟月50-11-3146，判時1843-90，判タ1140-300）

除斥期間を適用することは，著しく正義，公平の理念に反し，その適用を制限することが条理にかなうとされた。

（参考）平成２年訟務座談会（訟月36-1別冊-67）

戦後補償関係訴訟担当者事務打合せ会（訟時233-159）

(ｳ) 除斥期間と時効の停止に関する民法158条の適用の可否

①　最高裁平成10.6.12第二小法廷判決＝東京予防接種禍訴訟（民集52-4-1087，訟月45-5-954，判時1644-42，判タ980-85）

「不法行為の被害者が不法行為の時から20年を経過する前６箇月内において右不法行為を原因として心神喪失の常況にあるのに法定代理人を有しなかった場合において，その後当該被害者が禁治産宣告を受け，後見人に就職した者がその時から６箇月内に右損害賠償請求権を行使したなど特別の事情があるときは，民法158条の法意

に照らし，同法724条後段の効果は生じないものと解するのが相当である。」

②　東京高裁平成12.12.6判決（訟月47-11-3301，判時1744-48，判タ1066-191）〈最高裁平成15.12.25第一小法廷決定で維持〉

①の射程範囲につき，極めて限定された事実関係の下で，文言どおりの法規の適用が法全体を支配する正義・公平の理念に著しく反するものと判断し，民法158条の定める期間の範囲内で権利行使をすることを許容したものであり，被害が甚大であること，あるいは権利行使が困難であることを理由として除斥期間の延長を容認するものではないとした。

③　最高裁平成21.4.28第三小法廷判決（民集63-4-853）

殺人事件の加害者が殊更に死体を隠匿するなどしたため，被害者の相続人の死亡の事実を知り得なかった場合において，相続人確定時から６か月内に権利が行使されたなど特段の事情があるときは，民法160条の法意に照らし，不法行為に基づく損害賠償請求権は除斥期間により消滅しないとされた（注：本判決は，国が当事者となった事案ではないが，参考までに掲載する。）

(ｴ) 除斥期間の起算点

①　東京高裁昭和33.10.21判決（下民集9-10-2137，判時171-14，判タ87-96）

「同法（編注・国家賠償法）に基く国又は公共団体に対する損害賠償請求権の消滅時効については，民法第724条が適用せられるのであり，（中略）『加害者を知る』とは，（中略）国家賠償法に基く国又は公共団体の損害賠償責任については，被害者が国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員としての不法行為であることを知れば，加害者を知ったものであると解するのを相当とする。」

②　福岡高裁平成13.7.19判決＝筑豊じん肺訴訟（訟月51-4-821，判時1785-89，判タ1077-72，後掲③，前掲第２の11(13)エ(ｳ)⑥（249

ページ）参照）

「民法724条後段は，『不法行為ノ時』を除斥期間の起算点と定めているところ，これを加害行為がなされた時と解する見解があるが，このように解すると，加害行為後長期間を経て初めて損害が顕在化する場合には，被害者の救済に悖ること甚だしく，極端な場合には，損害が発生する以前に，除斥期間が満了してしまうという不当な事態さえ生じかねないから，上記見解は採用できない。そうすると，『不法行為ノ時』とは，『不法行為の構成要件が充足されたとき』，すなわち，『加害行為があり，それによる損害が，客観的に（被害者の認識に関係なく）一部でも発生したとき』と解するべきである。そして，前述のとおり，じん肺の病変の性質に照らすと，管理二，管理三，管理四の各行政上の決定に相当する病状に基づく各損害及びじん肺を原因とする死亡（共同原因死を含む。）に基づく損害は，その各決定あるいは死亡の時点において，それぞれの損害が発生したとみるべきであるから，結局，除斥期間の起算点も，最終の行政上の決定を受けた日あるいはじん肺を原因とする死亡の日と解するべきである。」

③　最高裁平成16.4.27第三小法廷判決＝筑豊じん肺訴訟（民集58-4-1032，訟月51-4-799，判時1860-34，判タ1152-120，②の上告審，前掲第２の11(13)エ(ｳ)⑦（250ページ）参照）

「民法724条後段所定の除斥期間の起算点は，『不法行為ノ時』と規定されており，加害行為が行われた時に損害が発生する不法行為の場合には，加害行為の時がその起算点となると考えられる。しかし，身体に蓄積した場合に人の健康を害することとなる物質による損害や，一定の潜伏期間が経過した後に症状が現れる損害のように，当該不法行為により発生する損害の性質上，加害行為が終了してから相当の期間が経過した後に損害が発生する場合には，当該損害の全部又は一部が発生した時が除斥期間の起算点となると解すべきで

ある。なぜなら，このような場合に損害の発生を待たずに除斥期間の進行を認めることは，被害者にとって著しく酷であるし，また，加害者としても，自己の行為により生じ得る損害の性質からみて，相当の期間が経過した後に被害者が現れて，損害賠償の請求を受けることを予期すべきであると考えられるからである。これを本件についてみるに，前記のとおり，じん肺は，肺胞内に取り込まれた粉じんが，長期間にわたり線維増殖性変化を進行させ，じん肺結節等の病変を生じさせるものであって，粉じんへの暴露が終わった後，相当長期間経過後に発症することも少なくないのであるから，じん肺被害を理由とする損害賠償請求権については，その損害発生の時が除斥期間の起算点となるというべきである。」

④　最高裁平成16.10.15第二小法廷判決＝関西水俣訴訟（民集58-7-1802，訟月51-9-2323，判時1876-3，判タ1167-89，判例自治259-48，前掲第２の11(13)エ(ｲ)⑩（245ページ）参照）

「民法724条後段所定の除斥期間は，『不法行為ノ時ヨリ二十年』と規定されており，加害行為が行われた時に損害が発生する不法行為の場合には，加害行為の時がその起算点となると考えられる。しかし，身体に蓄積する物質が原因で人の健康が害されることによる損害や，一定の潜伏期間が経過した後に症状が現れる疾病による損害のように，当該不法行為により発生する損害の性質上，加害行為が終了してから相当の期間が経過した後に損害が発生する場合には，当該損害の全部又は一部が発生した時が除斥期間の起算点となると解するのが相当である。（中略）本件患者のそれぞれが水俣湾周辺地域から他の地域へ転居した時点が各自についての加害行為の終了した時であるが，水俣病患者の中には，潜伏期間のあるいわゆる遅発性水俣病が存在すること，遅発性水俣病の患者においては，水俣湾又はその周辺海域の魚介類の摂取を中止してから４年以内に水俣病の症状が客観的に現れることなど，原審の認定した事実関係の下

では，上記転居から遅くとも４年を経過した時点が本件における除斥期間の起算点となるとした原審の判断も，是認し得るものということができる。」

⑤　東京高裁平成16.12.15判決＝中国人慰安婦１次訴訟.（訟月51-2813）

第二次世界大戦中，中国国内における日本軍の拉致監禁，強姦等を違法とする損害賠償請求において，本件は，最高裁平成16年４月27日第三小法廷判決でいう「加害行為が終了してから相当の期間が経過した後に損害が発生する」性質の不法行為とは解されず，遅くとも昭和20年８月15日の太平洋戦争終結時点で，控訴人らの損害の全部又は一部が発生したことが明らかであり，仮に，本件各行為によるＰＴＳＤが，身体に蓄積する物質が原因で人の健康が害されると同様に控訴人らの精神状態が害され，この程度が日々増大したとしても，ＰＴＳＤによる損害は，少なくとも昭和20年８月ころには，少なくともその一部が発生しているといわざるを得ないとした。

⑥　最高裁平成18.6.16第二小法廷判決＝札幌Ｂ型肝炎訴訟（民集60-5-1997，訟月53-10-2757，判時1941-28，判タ1220-79，前掲第２の８(2)③（81ページ）参照）

Ｂ型肝炎を発症したことによる損害は，その性質上，加害行為が終了してから相当期間が経過した後に発生するものと認められるから，除斥期間の起算点は，加害行為（集団予防接種等）のときではなく，損害の発生（Ｂ型肝炎の発症）のときであるとした。

（参考）Ｂ型肝炎ウイルスの無症候性キャリアに係る損害賠償請求権の除斥期間の起算点について（訟月55-1別冊-25）

イ　協議事例

[redacted]戦後補償関係訴訟担当者事務打合せ会[redacted]

[redacted]

[redacted]

3　失火責任法適用の可否

(1)　問題点

「失火ノ責任ニ関スル法律」（明治32年法律第40号）は，「民法第七百九条ノ規定ハ失火ノ場合ニハ之ヲ適用セス但シ失火者ニ重大ナル過失アリタルトキハ此ノ限ニ在ラス」と規定しており，これは，民法709条に対する特別規定であると解されている。

なお，失火責任法の立法趣旨は，「火事については，住民すべてがお互いに注意すべきであること，類焼者を出すことは木造家屋が建てこんでいるという社会事情にもよること，また失火者は自らの財産をすべて焼失するのが通常であるのに，さらにこれに類焼者の莫大な損害をも賠償させるということは，いささか酷であるという理由から古来わが国では失火者には損害賠償責任を負わせない慣習が存在したことによるものである。」（秋田地裁昭和47.11.10判決・下民集23-9～12-616，判時695-101）と説明されている。

そこで，失火責任法が，国家賠償法４条に規定する民法に該当するか否

かが問題となる。すなわち，国家賠償法１条１項は，故意又は過失を要件としている一方，失火責任法は失火の場合には重過失を要件としているところから，失火責任法が，国家賠償法４条に規定する「民法」に該当しないことになると，失火者が公権力の行使に当たる公務員である場合に，軽過失のときでも当該国又は公共団体は被害者に対して責任を負うのに対して，失火責任法が，国家賠償法４条に規定する「民法」に該当することになると，特別法は一般法に優先するため，失火者が公権力の行使に当たる公務員である場合，軽過失のときは当該国又は公共団体は被害者に対して責任を負わず，当該公務員が重過失があるときにのみ国又は公共団体が被害者に対して責任を負うことになる。

(2)　裁判例

①　最高裁昭和53.7.17第二小法廷判決（民集32-5-1000，判時905-11，判タ372-81）

「国又は公共団体の損害賠償の責任について，国家賠償法４条は，同１条１項の規定が適用される場合においても，民法の規定が補充的に適用されることを明らかにしているところ，失火責任法は，失火者の責任条件について民法709条の特則を規定したものであるから，国家賠償法４条の『民法』に含まれると解するのが相当である。また，失火責任法の趣旨にかんがみても，公権力の行使にあたる公務員の失火による国又は公共団体の損害賠償責任についてのみ同法の適用を排除すべき合理的理由も存しない。したがって，公権力の行使にあたる公務員の失火による国又は公共団体の損害賠償責任については，国家賠償法４条により失火責任法が適用され，当該公務員の重大な過失のあることを必要とするものといわなければならない。」

②　最高裁平成元.3.28第三小法廷判決（判時1311-66，判タ697-75，判例自治58-30）

「消防署職員の消火活動が不十分なため残火が再燃して火災が発生した場合における公共団体の損害賠償責任について失火ノ責任ニ関スル法

律の適用があることは，当裁判所の判例（最高裁昭和53年７月17日第二小法廷判決・民集32巻５号1000頁参照）とするところであり，いまこれを変更する必要はないというべきである。」（なお，本判決は裁判官全員一致の意見であったが，同判決に付されていた伊藤裁判官の意見要旨は次のとおりである。）

「本件上告を棄却すべきであるとする多数意見の結論には賛成するが，その理由として，消防署職員の消火活動が不十分なために残り火が再燃して火災が発生した場合についても失火ノ責任ニ関スル法律（以下「失火責任法」という。）の適用があるとした点に同調することができない（中略）。消防署職員であってもその宿直の際に火を失し火災を発生させたような場合については失火責任法が適用されると考えるが，火災の消火活動に出動した消防署職員の消火活動が不十分なため残り火が再燃して火災が発生したような場合には，失火責任法にいう『失火』には当たらず，同法の適用はないと解するのが相当であ（る）。」

第６　他の法律の適用（第５条）

> 第５条　国又は公共団体の損害賠償の責任について民法以外の他の法律に別段の定があるときは，その定めるところによる。

１　本条の意義

(1)　本条は，国家又は地方公共団体の賠償責任を軽減又は加重する特別の定めがある場合に，その特別法を優先適用し，国家賠償法及び民法はその範囲で適用が除外されることを明らかにした規定である。

責任加重型の例としては，消防法６条３項，国税徴収法112条２項等があり，責任軽減型の例としては，郵便法68条ないし75条があるが，後掲２(1)④の最高裁大法廷判決の違憲判決を受け，郵便法の一部改正が行われた。

(2)　裁判例

①　東京地裁昭和49.6.27判決（行裁集25-6-694，判タ329-201，後掲②参照）

「右（編注・国家賠償法）５条にいう『別段の定があるとき』とは，同条の規定の文理および趣旨・目的からみて，国または公共団体の損害賠償責任の要件および効果につき，国家賠償法１条ないし４条による場合よりもこれを加重ないし軽減する規定が民法以外の他の法律に定められている場合を指すと解するのが相当である。」

②　東京高裁昭和49.9.25判決（東高民報25-9-154，①の控訴審）

「国家賠償法第５条にいう『民法以外の他の法律に別段の定があるとき』とは国または公共団体の損害賠償責任について，民法の規定を適用するのでは，不適当な場合があるので，民法以外の他の法律で別段の定めをしているものをいうのである。現行法上の例としては，無過失責任

を定めたもの（消防法第6条3項，文化財保護法第41条，第52条等）や，責任の範囲または賠償額を軽減したり定型化したりしているもの（郵便法第68条ないし75条，鉄道営業法第11条の２，第12条，第13条等）等がある。国賠法第５条が予定しているのは，右のように民法以外の法律によって民法ないし国家賠償法に対し，特別の定をしている場合である。」

２　具体例

(1)　旧郵便法関係

第68条（事由及び金額）郵政大臣は，この法律に基づく省令の規定に従つて差し出された郵便物が次の各号の一に該当する場合に限り，その損害を賠償をする。

１　書留とした郵便物の全部又は一部を亡失し，又はき損したとき。

２　引換金を取り立てないで代金引換とした郵便物を交付したとき。

３　小包郵便物（書留としたもの及び省令で定めるものを除く。次項において同じ。）の全部又は一部を亡失し，又はき損したとき。

②　前項の場合における賠償金額は，次のとおりとする。

１　書留（第58条４項の規定によるものを除く。次号において同じ。）とした郵便物の全部を亡失したとき。

申出のあつた額（第58条第３項の場合は，同項の省令で定める額を限度とする実損額）

２　書留とした郵便物の全部若しくは一部をき損し，又はその一部を亡失したとき

申出のあつた額を限度とする実損額

３　第58条第４項の規定による書留とした郵便物の全部又は一部を亡失し，又はき損したとき

第58条第４項の省令で定める額を限度とする実損額

４　引換金を取り立てないで代金引換とした郵便物を交付したとき

引換金額

5　小包郵便物の全部又は一部を亡失し，又はき損したとき

省令で定める額を限度とする実損額

第73条（損害賠償の請求権者）損害賠償の請求をすることができるものは，当該郵便物の差出人又はその承諾を得た受取人とする。

① 水戸地裁昭和51.11.19判決（判タ357-289）

郵便はがきが，郵便局の窓口において名宛人でなく代理人に手交されたことによって損害が生じたとする者が国に対して賠償を求めた事案

「郵政事務官が郵便物の配達について過失があり，これによって損害を加えたときに国家賠償法1条ないし３条の適用がないことは，その業務の性質から明らかであり，又右の場合の損害に関して規定する郵便法第６章損害賠償の各条規は，国家賠償法第５条の特別の規定に当ることは同法の目的，その規定の位置，内容からみて明らかである。すなわち，憲法17条に国及び公共団体の賠償責任について規定するけれど，これが賠償責任の制限について合理的理由がある限り許されるものと解するところ，郵便法は，郵便の役務をなるべく安い料金で，あまねく，公平に提供することによって公共の福祉を増進することを目的（同法１条）として制定されたものであり，大量の郵便物を限られた施設や人員で，迅速，公平に，しかも誰れでも容易に利用し得る安い料金で処理するに当たっては，郵便物が亡失，或は棄損する等の事態が全く生じないようにすることは不可能であり，これによって生ずるすべての損害について賠償していたのでは，その処理や支払いに多額の費用を要すること明らかであって，ひいてはこれが料金にはねかえり，一般利用者の負担を重くすることになり，前記の法の目的にそわないことになる。従って郵便法68条は，国が責任を負う事由や金額を特に制限するため設けられたものと解する。」

② 最高裁昭和56.1.30第二小法廷判決（判時996-66，判タ437-103）

「郵便職員の争議行為に起因する本件書留郵便物の配達の遅延により

上告人に生じた損害につき，郵便法第６章の諸規定に照らし被上告人の上告人に対する損害賠償責任を否定すべきものとした原審の判断は相当であり，その過程に所論の違法はない。」

③ 東京地裁昭和62.11.30判決（判時1282-136）

国が郵便物を取り扱うに当たり生じた損害の賠償については，郵便法68条の規定が存在するところ，上記規定は郵便事業が国の独占事業として大量の郵便物をなるべく安い料金であまねく公平に送付することによって公共の福祉を増進しようとするものである（郵便法１条参照）ことにかんがみ，その反面において郵便物の取扱いに当り生じ得べき損害の賠償につき国が賠償すべき場合と賠償すべき額を限定的かつ定型的に定め，もって郵便事業の円滑，迅速化を図る趣旨のものであると解するのが相当である。したがって，同条は国家賠償法５条にいう「別段の定め」に該当し，国は郵便法68条に限定列挙された場合にのみ，同条により賠償の責任を負うものと解すべきであるとした。

④ 最高裁平成14.9.11大法廷判決＝七福産業事件（民集56-7-1439，訟月49-1-109，判時1801-28，判タ1106-64）

「法（編注・郵便法）68条，73条の規定のうち，書留郵便物について，郵便業務従事者の故意又は重大な過失によって損害が生じた場合に，不法行為に基づく国の損害賠償責任を免除し，又は制限している部分は，憲法17条が立法府に付与した裁量の範囲を逸脱したものであり，同条に違反し，無効である。（中略）法68条，73条の規定のうち，特別送達郵便物について，郵便業務従事者の軽過失による不法行為に基づき損害が生じた場合に，国家賠償法に基づく国の損害賠償責任を免除し，又は制限している部分は，憲法17条に違反し，無効であるというべきである。」

上記判決を受けて，郵便法の一部改正が行われ（平成14年法律第121号），平成14年12月４日から施行されている（同法附則２項により，改正前の損害についても，賠償請求ができるものがある。）。

(2)　その他

○　東京高裁平成2.7.12判決（判時1355-3，判タ734-55）

旧公衆電気通信法109条に関するもの

「公衆電気通信法109条は，電気通信役務の不提供によって生じた利用者の損害に対する電電公社の賠償責任につき，請求権発生の要件を定めるとともに，賠償すべき損害の限度額を定め，これを加入電話加入者についていえば，損害が不可抗力により発生したものであるとき，又はその損害の発生について利用者に故意・過失があったときを除き，当該加入電話により通話ができなかった場合に，利用者が電話取扱局に対する通知をした日以後引き続き5日以上の不通につき，当該不通日数に対応する電話使用料及び付加料金の5倍に相当する金額を限度として利用者に生じた損害を賠償することとし（中略），利用者側で電話通信役務の不提供につき電電公社の故意・過失を主張立証をしなくとも損害賠償がされるとする一方で，その賠償すべき範囲を実損害額いかんにかかわりなく実損害額のうちの一定額に限定していたものであるから，同条の規定がその文言に徴し国家賠償法5条にいう別段の定めに当たることは明らかである。」

第7　相互保証主義（第6条）

> 第6条　この法律は，外国人が被害者である場合には，相互の保証があるときに限り，これを適用する。

1　本条の意義

本条は，外国人が日本国内において国家賠償法1条又は2条に規定する損害を受けた場合，その外国人の本国で日本人が同様の損害を受けたときに，被害者である日本人がその国又は公共団体に対して損害賠償を請求する権利が認められているときに限り，その外国人に対して国又は公共団体は同法1条又は2条に規定する損害賠償責任を負う（相互保証主義）旨を明らかにしたものである。

本条の立法趣旨は，我が国の国民に保護を与えない国の国民に我が国が積極的に保護を与える必要はないという衡平の観念に基づくものである。

相互保証主義の採用が，憲法17条の「何人も」との規定に違反しないかについては，「相互主義は，そもそも国家主義的な思想に基づくものとされており，また，外国人個人には過酷な条件となり得るものである（外国人への不利益な差別であり，外国人間でも国籍により待遇に差が生じ得るが，外国人は，個人ではさしあたり本国の法律状態を変えようがない）といった点において，それ自体の合理性，更には，わが国憲法の採用する国際（協調）主義の理念及び国際社会での個人の基本的人権尊重の発展状況（世界人権宣言，国際人権A規約，B規約の成立等）との整合性が問題になるであろう。今後立法政策の当否を検討するに当たっては，考慮されてしかるべき点である。」（鈴木康之「相互保証」裁判実務大系18・76ページ）との批判的な意見もあるが，通説は合憲と解している。

2　相互保証主義の内容

(1)　適用範囲

本条は，国家賠償法1条又は2条の要件に当たる場合に適用されるのであるから，同条の適用範囲外と解されている国又は公共団体の私経済作用，国又は公共団体の普通財産の設置又は管理の瑕疵による損害賠償については，適用されないことになる。

(2)　外国人の範囲

外国人とは，日本国籍を有しない者をいい，自然人のみならず外国法人も含まれる。無国籍者については，相互保証が考えられないので，日本人と同様に扱われる。また，日本国と外国の二重国籍者については，外国人ではなく，外国国籍の二重国籍者については，そのうちのいずれかの外国が日本人に対する損害賠償請求権を保証していればよい（東京地裁昭和32.5.14判決・下民集8-5-931，判時118-6，後掲5(2)①参照，京都地裁昭和48.7.12判決・判時755-97，判タ299-338，後掲5(2)②参照，古崎・国家賠償法254ページ，神長勲・行政救済法63ページ，鈴木・裁判実務大系18・78ページ）。

難民の地位に関する条約の適用を受ける難民（出入国管理及び難民認定法2条3号の2）については，我が国に3年間居住した後は，難民の地位に関する条約7条2項により，立法上の相互主義（その外国人の本国が自国民に同様の権利を与えることを条件とすることを国内法により定めることをいい，国家賠償法6条も相互主義を定めたものである。）が適用されないとして，一定期間居住した難民に対して相互主義の適用を免除している（民事月報36巻11号20ページ）。

3　相互保証主義の具体的な問題点

(1)　国家賠償法6条の相互保証主義規定の性質

国家賠償法6条の規定が，相互保証があることを外国人の賠償請求権取得の要件とする権利根拠規定なのか，それとも，相互保証がないことがその権利発生を否定する権利障害規定なのかが問題となる。

この点については，権利根拠規定と解する説（鈴木・裁判実務大系18・83ページ，佐藤英善「法令解説資料総覧13号」208ページ），権利障害規定と解する説（乾・注釈民法(19)433ページ）があるほか，相互保証の有無は外国人の権利能力の問題であり本案前の問題と解する説（古崎・国家賠償法の理論249ページ）もある。

国家賠償法6条は，「この法律は，外国人が被害者である場合には，相互の保証があるときに限り，これを適用する。」と規定しており，この文言からすれば，相互保証があることをもって外国人の賠償請求権の取得要件としているものと考えられ，したがって，権利根拠規定と解するのが自然であろう。

なお，この点は，後述する相互保証の主張・立証責任と関連する。

(2)　相互保証の有無・程度

ア　相互保証の有無

相互の保証があるという場合は，外国人の所属国（母国）において，我が国と同様に外国人に対する国家賠償が認められる場合でなければならないが，その賠償の根拠は，国家賠償法等の法律の明文に限られず，法律に代わる条約，協定，あるいは解釈，判例によって認められていればよい。その場合，相互保証の有無の判断は，関連条約・協定，その外国の実定法あるいは判例法に即して行うことになる（神長・行政救済法63ページ）。

イ　相互保証の程度

諸外国の国家賠償制度は，国により一様ではなく，責任を負うための要件の定め方は様々であり，賠償の額を定額化している国家もある。そこで，相互保証があるといえるには，どの程度の保証があればよいのかが問題となる。

(ア)　この点については，次のような学説がある。

①　その外国法に定める要件の範囲内でのみ本法の適用を認める説

「外国法に定める要件が，逆に厳重である場合，たとえば，重過失を要件とする場合には，国又は公共団体は，外国人に対し，わが国の公務員が軽過失によって加えた損害について，わが国の国家賠償法で責任を負わない。また，（中略）諸外国制度で，国の賠償責任の例外を設けている場合（たとえば，司法に関するドイツ，イギリス，アメリカ各国の責任の制限や免除），わが国は，外国人に対し，この制限や免除の範囲では責任を負わない。」（古崎・国家賠償法254ページ）。

「被害を受けた外国人の本国法が，日本人に対し，法律上，わが国の国家賠償法と同一か又はそれより緩和された要件のもとに賠償責任を負う場合は，わが国の国家賠償法がそのまま適用されてよいことについては異論がない。これに対し，外国法の要件の方が厳しい場合（たとえば重過失に限る場合）についてはやや問題で，国際主義の建前からこのような場合にも国家賠償法の適用あるものと解すべしとの見解もある。しかし，相互保証の趣旨からすると，外国法の要件を満たさない部分については，国家賠償法による責任は生じないと解すべきであろう。」（秋山・国家補償法132ページ）。

② 外国における要件の範囲を緩和して判断する説

「外国法の定める要件とわが国家賠償法の要件との間には，ふつう多少とも相違があるが，その差異を考慮すべきか否か，問題となる。（中略）しかし，要件の差異を強調することは，いたずらに救済を困難にするばかりである。成文法については通常の文理解釈を施せば足り，判例や学説による制限は無視してもよいであろう。明文の制限規定が存する場合でも，できる限り本法の適用をみるように解釈すべきである。」（乾・注釈民法(19)433ページ）。

また，「外国において，公権力の行使につき，国又は公共団体は責任を負担しないが，同じ責任を公務員個人が負担するものとしている場合が問題となる。賠償責任の主体が，国又は公共団体か個人

かという点は，やはり重要な点における相違と考えられるので，この場合は，相互保証がないと解するのが相当であろう。」（鈴木・裁判実務大系18・81ページ）とし，重要な要件が同一か否かを基準として判断する見解もある。

(イ) 相互保証主義の趣旨が，日本人が外国で保護を受けない場合との均衡において，我が国が前記外国の国民に保護を与えないとするものである以上，相互保証の有無は，当該事実関係と同一の事実関係において日本人が同等以上の保護を与えられるかという観点から決せられるべきものと思われる。

(3) 相互保証の時期

相互保証の存在がいつの時点において存在することを要するのかについては，不法行為時を基準とすべきであり，その後，相互保証を欠くに至った場合でも，いったん発生した賠償請求権には影響を受けないものと解する見解（鈴木・裁判実務大系18・82ページ）と，被害者保護の立場から請求権行使時に相互保証が存在すればよいとする見解（古崎・国賠法の理論245ページ）がある。

後掲5(3)③判決は，当該不法行為の時点において，当該国の国家賠償法により損害賠償の請求ができるかどうかを基準にしたものと解されている（平成17年行政関係判例解説207ページ）。

4　国家賠償法6条の証明責任

(1) 相互保証の主張・立証責任をどちらが負担するかについては，被害者である外国人が負担するとする説と相手方である国又は公共団体が負担するとする説がある。

① 被害者が負担するとする説（佐藤英善・法令解説資料総覧13号208ページ）

② 国又は公共団体が負担するとする説

「外国人の国家賠償請求権を原則として否定し，相互の保証があるこ

とを条件としてのみ許容しているとみれば，被害者が相互の保証があることを立証しなければならないことになる。しかし，被害者にとってかなりの負担となるおそれがあるから，むしろ外国人にも内国人と同様に国家賠償請求権があると認め，相互の保証がない場合にかぎり国際的衡平という点から請求を拒絶できると考えて，国または公共団体に相互の保証がないことを立証させるべきであろう。もっとも，裁判所は当事者からの主張・立証をまたず職権によって相互の保証の有無を調査できると考える余地もある。」（乾・注釈民法(19)433ページ）。

(2)　相互保証の性質については，前記3(1)で述べたとおり，相互保証があることが賠償請求権取得の要件であるとする権利根拠規定説が妥当であり，また，証拠等との距離においても，当該外国人は領事等を通じて当該外国の法に接することが可能であるから，被害者である外国人が証明責任を負うものと解される。

(3)　裁判例

裁判例では，国家賠償法6条は，権利取得の要件を定めているものと解することは一致するものの，権利根拠規定であるとして被害者側が証明責任を負うとするもの（後掲①）と，権利障害規定であるとして，加害者側である被告国等が証明責任を負うとするもの（後掲②，③）に分かれている。

①　東京地裁昭和47.6.26判決（判タ285-266，後掲5(3)①参照）

「国家賠償法6条は，外国人に対して相互保証の存することを条件として同法上の請求権を与えたもの，すなわち同条は外国人にとって同法上の権利根拠規定と解するのが相当である。」

②　大津地裁昭和49.5.8判決（訟月20-9-49，判時768-87，交通民集7-3-697）

「原告らは本件につき国家賠償法6条の適用をみるものとして本訴請求をしているので，朝鮮において日本人に対する相互保障規定の存否が問題となるところ，同条の規定の仕方のみからみると，同条は原則として外国人の国家賠償請求権を否定し，相互の保障のある場合にのみ例外的に右請求権を認めるものの如くみえ，従って，被害者側において，右相互保障の存在を立証しなければならないかのようにみえる。然し乍ら，元来国家賠償法は憲法17条を受けて規定されているものであるが，右憲法17条が公務員の不法行為につき『何人も』賠償請求権を認め，右に『何人も』とは直接には日本国民を指称するものとしても同条の存する憲法第3章『国民の権利義務』の章においては憲法が『国民』と『何人も』とを使い分けているうえ，憲法前文の国際主義をも併せ考えれば，国家賠償法6条は，むしろ，原則的には外国人にも国家賠償請求権を認め，例外的に，国又は公共団体において相互の保障のないことを立証した場合に限り同法の適用を排除するものと解するのが相当である。殊に，本件請求の同法2条1項は私法的色彩の濃厚な規定であること，被害者側に相互保障の立証を課すことの被害者側の負担をも考えれば右のように解するのが合理的でもある。しかして，その場合相互保障規定の存否は，国家賠償請求権の存否の前提問題であって，適用すべき外国法の確知の問題ではないから，職権探知事項ではないと解すべきである。すると，本件においても，被告国は原告らの同法の適用を争うと答弁するのみで，何ら朝鮮において相互保障の規定の不存在についての立証がないから被告国は本件損害賠償義務を免れない。」

③　大分地裁昭和60.2.20判決（判時1153-206）

「相互保証の存在の立証責任について考えるに，国家賠償法は，憲法17条を受けて規定されたもので，同条項は公務員の不法行為に対し『何人も』賠償請求権を認めており，また憲法前文が国際協調主義を採用する旨を唱えていることを考慮すれば，国家賠償法6条は原則的に外国人に対しても賠償請求権を認め，例外的に国または公共団体において本国法では相互保証のないことを主張立証した場合に限り，同法の適用が排除されるものと解される。右のように解することは，国家賠償法1条が私法である民法709条の特別規定とされていること，不法行為の被害者

の救済が容易になることからして合理性がある。なお，相互保証主義の有無は，適用すべき外国法の確知の問題ではなく，事実の存否の問題であるから，職権探知事項ではないと解される。そこで本件についてみるに，〈証拠略〉によれば，イギリスにおいては，地方自治体が，その公務員の過失により損害を被った者に賠償責任を負うこと，この責任は，敵国人（イギリスと戦争中の国の国籍を有する者またはその国に自由意思で住居を設け若しくは仕事をしている者）を除いて，いかなる外国人に対しても負うことが，判例により普通法（コモン・ロー）として確立されていることが認められる。しかし，我が国の国家賠償法1条とイギリスの普通法との間に，賠償責任を生じる過失の程度に相違があるか否かについては，被告においてなんらこれを立証しないから，本件訴訟では右の点の相違はないものとして取り扱う外なく，我が国が現在イギリスと戦争中でないことは公知の事実であるから，イギリスには相互保証が存することになる。」

5　相互保証に関する裁判例

(1)　大韓民国

①　名古屋地裁豊橋支部昭和50.12.15判決（判時812-90，判タ338-240，後掲②参照）

「1967年3月3日に公布された大韓民国の国家賠償法によれば，同法5条1項前段において，『公共の営造物の設置もしくは管理に瑕疵があるため，他人の財産に損害を生ぜしめたときは，国又は地方公共団体がその損害を賠償する責任がある』旨規定し，同法7条において『この法は，外国人が被害者である場合には，相互の保証があるときに限り適用される』旨規定している。そうすると，原告らは，わが国の国家賠償法の適用を受けることができるものと解される。もっとも，韓国国家賠償法の5条1項後段には『この場合，他人の生命もしくは身体を害したときは，3条の基準により賠償をする。』と規定しており，同法3条等によれば賠償額の定額化傾向が看取されるけれども，右は単に賠償額を定めるための基準にすぎず，いまだ同国の国家賠償法が同法5条に定める『公共施設等の瑕疵による損害賠償の責任要件』などを，わが国の国家賠償法の規定する要件よりも著しく厳重にするものとは認められないから，前記基準が存在することによって，韓国の国家賠償法とわが国の国家賠償法との間に，たとえ若干の保護の差等があるとしても，前記相互の保証の存在を認定するうえで，その妨げとなるものではないと解する。」

②　名古屋高裁昭和51.9.30判決（判時836-61，判タ345-225，交通民集9-5-1225，①の控訴審）

「1967年3月3日法律第1899号によって制定公布された大韓民国の国家賠償法は，道路，河川その他公共の営造物の設置もしくは管理に瑕疵があるため，他人の財産に損害を生ぜしめたとき又は他人の生命もしくは身体を害したときは，国又は地方公共団体がその損害を賠償する責任を負い（同法5条1項），外国人が被害者である場合には，相互の保証があるときに限りこの法律は適用されることになっている（同法7条）。ただ同法3条，9条および同法施行令（1967年4月13日大統領令第3005号，1970年2月25日大統領令第4664号）によると，同国の国家賠償制度は，審議会主義をとり，また賠償額を定額化しており，しかもその賠償額がわが国における現今の賠償額と比較していささか低額であり，わが国の国家賠償制度と右の点において差異がある。しかしながらかかる差異があっても国家賠償法6条の相互の保証があるときに該当するものと解するに何らの妨げとはならないから，被控訴人はわが国の国家賠償法により損害の賠償請求をなしうる者というべきである。」

③　大阪地裁昭和53.2.27判決（訟月24-3-435，判時903-72，判タ362-248）

「大韓民国国家賠償法7条は，相互保証の規定であるから，原告は，本件についてわが国の国家賠償法6条，1条によって請求できる筋合で

ある。なお，大韓民国国家賠償法は定額賠償制度を採用しているが，その運用の実際を知りえないので，この点を度外視して判断を進めることにする。」

④　大阪高裁昭和54.5.15判決（下民集33-1～4-439，判時942-53，判タ414-101）

「控訴人らの本国法である大韓民国の国家賠償法には日本の国家賠償法2条，6条と同趣旨の規定があり，賠償審議会の審議前置等その取扱いに多少の差異があっても，いたずらに権利救済を困難にすべきではなく，本件についても国家賠償法6条の相互の保証があるときに該ると解するのが相当であり，これを左右するに足りる資料はない。」

⑤　岡山地裁平成元.2.15判決（判例自治61-37）

「原告の本国法である大韓民国の国家賠償法には，日本の国家賠償法1条，6条と同旨の規定があることは明らかであるから，日本の国家賠償法6条の相互保証があるときに該当すると解するのが相当であり，日本の国家賠償法によって，原告の賠償請求権の有無を判断して妨げないというべきである。」

(2)　朝鮮民主主義人民共和国

①　東京地裁昭和32.5.14判決（下民集8-5-931，判時118-6）

「朝鮮には国家賠償法6条の相互の保証があるかどうかが問題になる。朝鮮において朝鮮民主主義人民共和国政府と大韓民国政府とが対立していることは前述のとおりであるが，この両政府はそれぞれ別個の法律制度をもちこの法律は少くとも朝鮮の北半分または南半分において実効性を担保されているものと認められる。これらは一国内において対立し互に他を否認し合っている政府が維持する法律制度であるという点においては，2つの国家のまたは一国内における法域を異にする2つの地方の法律制度と全く同じであるとはいえないが，しかしそれぞれの地域において実効性を担保された別個の法律制度であるという点においてはいずれも同様である。他方国家賠償法第6条に規定する相互の保証の有無は，

被害者である外国人に本来適用される統一的な法律制度毎に決定しなければならないものであり，国籍はただこの法律制度を判定するための通常の手段に過ぎない。そして被害者が何らかの理由により同時に2つの異なる法律制度に服するような地位にある場合には，一方の法律制度において相互の保証があるならば，他方にはこれがなくとも，国家賠償法第6条の相互の保証はあるものと解するのが相当である。当裁判所の調査によれば，大韓民国政府の維持する法律の一つとして1951年9月8日公布施行された国家賠償法があり，これによれば公務員がその職務を行うにあたり，故意または過失により法令に違反し，他人に損害を加えたときは，国家または公共団体はその損害を賠償する責任があり（同法第2条第1項），この法律は外国人が被害者である場合には相互の保証があるときに限り適用される（同第5条）こととなっており，この法律は少なくとも，大韓民国政府の支配する朝鮮の南半分において実効性をもっているものと認められる。そして前記のように大韓民国政府も朝鮮民主主義人民共和国政府も全朝鮮民族を自国の国民であると主張しているのであって，このようなことは国家状態として異常なことであるがこのような特殊な状態にある現在においては，朝鮮人である原告は，そのいずれを支持するかを問わないで，両政府がそれぞれ維持する2つの法律制度に服しなければならない地位になり，大韓民国政府の維持する右国家賠償法の適用を受けるものといわなければならない。したがって，本件の場合国家賠償法第6条の相互の保証があるものと解することができる。」

②　京都地裁昭和48.7.12判決（判時755-97，判タ299-338）

「ところで，わが国の国家賠償法6条は，被害者が外国人であるときは，相互の保証のあることが必要である。（中略）朝鮮は，北鮮と南鮮とに分裂した異常な事態にあり，わが国は，北鮮政府を法律上も事実上も承認していない。そうすると，朝鮮には，全領土を支配する統一的政府と統一的法規がないのであるから，北鮮と南鮮とを二国とみる限り，

朝鮮人は二重国籍者とみることができる。そこで，国家賠償法6条の相互の保証との関係では，大韓民国国家賠償法7条に相互保証の規定があるから，本件について，わが国の国家賠償法によって原告らの賠償請求権の有無を判断して妨げない。もっとも，大韓民国国家賠償法は，定額賠償制度を導入しているので，わが国の国または地方公共団体の国家賠償責任も，相互保証の規定がある限り，朝鮮人が被害者の場合，定額賠償で足りると解するのが相当である。しかし，大韓民国国家賠償法の運用を詳にし得ないので，本件が定額賠償で足りるとしても，それがどれだけであるのか判然としない。そこで，この点は度外視して判断を進めるほかない。それが被害者保護のためである。」

③　広島地裁福山支部平成4.4.30判決（判例自治104-76）

「原告甲野が朝鮮籍を，原告乙野が韓国籍をそれぞれ有していることは前記のとおりであるところ，原告らはわが国の国家賠償法によって本件請求をしている。したがって，本件請求には同法6条の主張が当然含まれていると解するのが相当である。そこで，検討するに，朝鮮，韓国といういわゆる分裂国家の場合には，いずれか一方の政府の法令上相互の保証があれば，原告らがいずれの政府を支持するかを問わず，同法6条にいう相互の保証があると言うべきである。してみると，同法6条の相互保証の関係では，大韓民国国家賠償法7条に相互保証の規定があるから，原告乙野については勿論のこと，原告甲野も，その請求権の有無をわが国の国家賠償法によって判断するのに何ら妨げはない。」

(3)　中華民国・中華人民共和国

①　東京地裁昭和47.6.26判決（判タ285-266，前掲4(3)①参照）

「中華民国憲法24条は，『およそ公務員で，違法に人民の自由又は権利を侵害した者は，法律によって懲戒をうけるほか，刑事および民事の責任を負わなければならない。損害を受けた人民は，その受けた損害について，法律により，国家に対しても賠償請求することができる』と規定しており，この規定に基づき我が国の国家賠償法のような法律が制定

されてはいないが，解釈上，同法28条，184条，186条により損害を蒙った者は国又は公共団体に対し民事訴訟を提起し，その賠償を請求できることが是認されており（中華民国最高法院民刑庭総会民国50年（1961年）第2次会議における決議参照），外国人に対しても，ほぼ同様の解釈が認められている（同国渉外民事法律適用法9条参照）。従って，本件における原告も，我が国の国家賠償法を適用して，その保護を請求できるものと解すべきである。」

②　東京地裁平成15.9.29判決＝毒ガス2次訴訟（訟月50-11-3146，判時1843-90，判タ1140-300）

「国家賠償法6条は，外国人が被害者である場合には，相互の保証がある時に限り適用すると規定している。この相互保証主義を採用した趣旨は，日本の国民に保護を与えない外国の国民には日本が積極的に保護を与える必要はないという衡平の観念に基づくものであるから，相互保証の時期については，外国人に対して国家賠償法に基づく損害賠償請求を認める時，すなわち，裁判の口頭弁論終結時に相互保証が存在すればよい。」

③　東京高裁平成17.6.23判決（訟月52-2-445，判時1904-83）

先の大戦中に日本に強制連行され，強制労働を強いられたが，過酷な労働に耐えかねて逃亡し，昭和33年2月まで北海道の山中での生活を余儀なくされたとする中国人の遺族が，国に対して強制連行，強制労働による精神的損害について民法に基づく損害賠償請求，戦後の救護義務違反について国賠法に基づく損害賠償請求をした事案につき，後者の国賠法に基づく請求に関して，国賠法6条の立法趣旨は衡平の観念に基づくとし，「その事案について，我が国の国家賠償法では損害賠償を請求できるが，当該国の国家賠償法では損害賠償の請求ができないというのであれば，衡平とはいえないことになる。」とした上で，「中国民法通則121条以下には国家賠償責任に関する規定が設けられており，中国国家賠償法には我が国の国家賠償法1条と同旨の規定がある。中華人民共和国

は1949年（昭和24年）に成立したが，中国民法通則が施行されたのは1987年（昭和62年）１月１日（1986年４月１日公布）であり，中国国家賠償法が施行されたのは1995年（平成７年）１月１日である。（中略）結局のところ中国では中国民法通則の成立前に国家賠償を認める法律は制定されず，『国家無責任の法理』が妥当していたとされていること，中国における『『民法通則』の執行の貫徹に係る若干の問題に関する意見（試行）』（1988年１月26日最高人民法院裁判委員会討論採択）196条では『1987年１月１日以後に受理する事件について，民事行為が1987年以前に発生している場合は，民事行為発生時の法律及び政策を適用する。当時の法律及び政策に具体的規定のない場合は，民法通則に照らして処理することができる。』とされ，民事行為発生時の法律及び政策が存在する場合には，法律の不遡及が原則とされていることが認められる。（中略）そうすると，上記の期間（編注・本件事案における公務員の違法行為期間）においては，中国においては政策として国家無答責の法理が存在し，当然のことながらその期間に中国の国家公務員の違法行為によって日本人が被害を受けても，中国に国家賠償を認める法的根拠は存在しなかったものであり，我が国と中国の間には国家賠償につき相互の保証があったということはできない。」と判示した。

(4)　ノルウェー

○　東京地裁昭和44.10.25判決（訟月15-10-1185）

「被告国は，訴外会社に対し，国家賠償法第２条第１項，第６条，『日本国とノルウェーとの間の通商航海条約』（昭和32年10月14日条約第18条）第２条ｅ，第４条１にもとづいて，右損害を賠償する義務がある。」

(5)　ドイツ連邦共和国

○　東京地裁昭和51.5.31判決（判時843-67，判タ344-256）

「１　本訴はわが国の国家賠償法１条１項に基づく損害賠償請求事件であるところ，原告がドイツ連邦共和国法人であることは当事者間に争

いがないので，まず，ドイツ連邦共和国と日本国との間に同法６条にいわゆる相互保証があるか否かについて検討する。ドイツ連邦共和国基本法34条は，『何人かが自己に委託された公の職務の行使につき第三者に対して負う職務義務に違反するときは，その公務員を使用する国または団体が原則として責任を負う。故意または重大な過失につき求償権が留保される。損害賠償請求権および求償権に対しては，司法裁判所に出訴する権利が排除されてならない。』と規定して国家賠償責任制度を採用することを明示し，また，『日本国民に対するドイツ連邦共和国の責任についての告示（1961年９月５日）』は，被害者が日本国民である場合，ドイツ連邦共和国の賠償責任につき日本の立法により相互保証があることを明言している。従って，一般的に右両国間にはわが国の国家賠償法６条にいわゆる相互保証があるものということができる。

２　しかしながら，外国人が被害者の場合，その外国人が国籍を有する外国においては，法律に規定された国家賠償責任の発生要件がわが国の国家賠償法と対比して厳重であるため，あるいは，国家賠償責任の制限・免除等の例外規定が存在するため，同一の事実関係のもとでも当該外国が日本国民の被害者に対して賠償責任を負わないときには，わが国の国家賠償法６条の規定の趣旨・目的に照らし，わが国は外国人に対し賠償責任を負わないものと解される。

３　そこで，さらに進んで国家賠償責任に関するドイツ連邦共和国及び日本の各立法を比較検討するに，ドイツ連邦共和国においては，確定した判例により，前叙の同国基本法34条の規定に基づく国または団体の責任範囲は，ドイツ民法839条に基づく公務員自身の責任範囲にかぎるとされているところ，右ドイツ民法839条は，『公務員が故意または過失によってその第三者に対して負担している職務に違反したときは，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。公務員に過失の責任のみしかないときには，被害者が他の方法で賠償できない場合だけ賠償請求できる（以上１項）。公務員が争訟事件の判決にあたっ

てその職務に違反したときは，その義務違反が裁判所の刑事訴訟手続の方法で科せられるべき公の刑罰を受ける場合にかぎり，これによって生じた損害について責任を負う。義務に違反して職権の行使を拒絶し，またはこれを遅延したときは本項の規定を適用しない（以上２項）。被害者が故意または過失により法律的手段の行使によって損害発生の防止を怠ったときは，賠償責任は生じない（以上３項）。』と規定している。

右規定によると，裁判官の判決言渡の遅延については，わが国の国家賠償法１条１項と同一要件のもとに国家賠償責任の発生することが明らかである。なお，前叙のとおりドイツ民法839条１項後段は公務員に過失責任のみが存する場合において，また，同条３項は被害者が損害発生の防止を懈怠した場合について，それぞれ一定の要件のもとに賠償義務が生じない旨規定しているが，本件被告は，右各例外規定に定められた要件事実の存在について何ら主張・立証していない。従って，本件においては，わが国の国家賠償法１条１項に規定された各要件事実の存否について判断すれば足りることに帰着する。」

(6)　イラン・イスラム共和国

○　東京地裁平成13.6.26判決（判タ1124-167）

「イラン・イスラム共和国民事責任法11条は，政府，自治体又は団体の職員により，故意又は過失により損害を与えた場合には，当該職員が補償すべき責任を負う旨規定しており，原則として，政府，自治体又は団体に対する法的責任は規定されていないことが認められる。

しかし，（証拠略）によれば，イラン国内の弁護士が，民事責任法11条により裁判所から損害賠償を命じられた公務員が賠償をしない場合には，イラン・イスラム共和国憲法171条が，裁判官の不法行為につき，一定の要件で国に賠償責任を負わせる趣旨に則り，政府が公務員個人に代位して被害者に対し賠償金を支払った上で，公務員に対して求償権を行使した事例があったとの見解を示していること，証拠（口上書）において，イラン外務省は，民事責任法には外国人による賠償請求権の行使を制限する規定はなく，外国人も内国人と同等の保護を受けられる旨回答しており，他に特段の反証がないことからすれば，本件において，イランとわが国との間には，国家賠償法６条にいう『相互の保証』があるというべきである。」

なお，上記判決は，原告の請求を一部認容したものの，控訴審において原判決取消，請求棄却となり，上告審でも上告不受理・上告棄却となっているので，注意されたい（訟時387-35）。

(7)　アメリカ合衆国

○　東京地裁平成14.6.28判決（判時1809-46，判タ1117-235）

国家賠償法６条が憲法17条及び14条１項に違反しないとされたとともに，アメリカ合衆国国籍を有する者につき国家賠償法６条の相互保証があるとされた。

(8)　ナイジェリア連邦共和国

○　東京地裁平成19.3.29判決（判タ1256-72）

「調査嘱託の結果によれば，ナイジェリア連邦共和国においては，国家賠償法が制定され，外国人も同国（連邦政府），州等に対して，損害賠償請求訴訟を提起することができることが認められるから，日本人の被害者に国家賠償請求権が認められている。したがって，本件において国家賠償法６条の相互保証が認められ，原告は，国家賠償法の適用を受けることができる。」

6　相互保証に関する調査・回答例及び協議事例

(1)　調査・回答例

国家賠償に関する外国立法例（訟月15-4-515）

[redacted]

(2)　協議事例

[redacted]

索　引

● 大審院

大審院明29. 4.30 …… 4
大審院明31. 5.27 …… 6
大審院明43. 3. 2 …… 4
大審院大 3. 7. 4(桃中軒雲右衛門事件) …… 59
大審院大 5. 6. 1 …… 5
大審院大 7. 6.29 …… 5
大審院大 9. 6.17 …… 6
大審院大13. 6.19 …… 5
大審院大14.11.28(大学湯事件) … 60
大審院昭 4.10.24 …… 2
大審院昭 8. 4.28 …… 2
大審院昭13.12.23 …… 2
大審院昭16. 2.27 …… 3

● 最高裁

最高裁(三小)昭25. 4.11 …… 3
最高裁(三小)昭30. 4.19 …… 25
最高裁(三小)昭31. 4.10 …… 40
最高裁(二小)昭31.11.30 …… 54
最高裁(三小)昭32. 7. 9 …… 29
最高裁(一小)昭34. 1.22 …… 48, 382
最高裁(二小)昭36. 4.21 …… 44
最高裁(一小)昭37. 3.22 …… 114
最高裁(三小)昭37. 9.18 …… 115
最高裁(一小)昭38. 1.17 …… 148
最高裁(一小)昭39. 1.28 …… 85
最高裁(二小)昭40. 4.16(仙台市道穴ぼこ訴訟) …… 289, 293
最高裁(二小)昭41. 4.22 …… 111
最高裁(一小)昭41. 6.23 … 150, 215
最高裁(一小)昭41. 9.22 …… 46
最高裁(二小)昭41.10.21 …… 130
最高裁(一小)昭42. 9.14 …… 44
最高裁(二小)昭42.10.20 …… 66
最高裁(一小)昭42.11. 2 …… 58
最高裁(二小)昭42.11.10 …… 85
最高裁(二小)昭43. 3.15 … 43, 107
最高裁(一小)昭43. 6.27 …… 168
最高裁(三小)昭43. 7. 9 …… 62, 64
最高裁(大)昭43.11.27 …… 9
最高裁(三小)昭44. 2.18 …… 172
最高裁(一小)昭44. 2.27 …… 83
最高裁(二小)昭44.11.21 …… 58
最高裁(一小)昭45. 8.20(高知落石訴訟) …… 258, 272, 288, 289, 308, 375
最高裁(大)昭45. 9.16 …… 153
最高裁(一小)昭46. 6.10 …… 181
最高裁(一小)昭46. 6.24 …… 74
最高裁(三小)昭46. 6.29 …… 82
最高裁(三小)昭46.11.30 …… 223, 373, 383
最高裁(三小)昭47. 3.21 …… 26
最高裁(二小)昭48. 2.16 …… 303
最高裁(一小)昭49. 4.25 …… 82
最高裁(二小)昭49. 7.19 …… 83
最高裁(一小)昭49.12.12 …… 74
最高裁(二小)昭50. 4.11 …… 10
最高裁(三小)昭50. 5.27 …… 181
最高裁(一小)昭50. 6.26 … 275, 314
最高裁(三小)昭50. 7.25 … 275, 313
最高裁(二小)昭50.10.24(ルンバール事件) …… 80
最高裁(三小)昭50.11.28 … 376, 377
最高裁(一小)昭51. 7. 8 …… 8
最高裁(一小)昭52. 2. 3 …… 302
最高裁(三小)昭52.10.25 …… 203
最高裁(二小)昭53. 5.26 …… 66
最高裁(三小)昭53. 7. 4(神戸防護柵訴訟) …… 273
最高裁(一小)昭53. 7.10(杉山事件) …… 136

最高裁(工小)昭 53. 7. 17……392
最高裁(二小)昭 53. 10. 20(芦別国賠訴訟)……26, 116, 117, 131
最高裁(三小)昭 53. 12. 22……368
最高裁(三小)昭 54. 7. 10……16, 151, 375
最高裁(一小)昭 55. 7. 17……273, 329
最高裁(一小)昭 55. 9. 11……274
最高裁(一小)昭 55. 12. 11……300
最高裁(二小)昭 55. 12. 19……160
最高裁(三小)昭 56. 1. 27……67
最高裁(二小)昭 56. 1. 30……396
最高裁(三小)昭 56. 4. 14……39
最高裁(一小)昭 56. 7. 16(行政指導)……211
最高裁(一小)昭 56. 7. 16(学校施設)……360
最高裁(大)昭 56. 12. 16(大阪空港公害訴訟)……277, 351
最高裁(三小)昭 56. 12. 22……86
最高裁(三小)昭 57. 1. 19……223
最高裁(二小)昭 57. 2. 23……110
最高裁(二小)昭 57. 3. 12……43, 91, 107
最高裁(一小)昭 57. 4. 1……40, 52
最高裁(二小)昭 57. 4. 23……211
最高裁(二小)昭 58. 2. 18……203
最高裁(三小)昭 58. 6. 7……203
最高裁(大)昭 58. 6. 22……154
最高裁(二小)昭 58. 7. 8……204
最高裁(三小)昭 58. 10. 18……368
最高裁(一小)昭 58. 10. 20……74
最高裁(一小)昭 59. 1. 26(大東水害訴訟)……279, 287, 333
最高裁(二小)昭 59. 3. 23(新島砲弾訴訟)……224
最高裁(一小)昭 59. 11. 29……269, 364, 366
最高裁(三小)昭 60. 3. 12……274
最高裁(一小)昭 60. 3. 28(加治川水害訴訟)……280, 334
最高裁(二小)昭 60. 5. 17……67, 148, 215
最高裁(三小)昭 60. 7. 16……212
最高裁(一小)昭 60. 11. 21(在宅投票訴訟)……42, 50, 62, 98
最高裁(一小)昭 61. 1. 22……65
最高裁(一小)昭 61. 2. 27……67
最高裁(三小)昭 61. 3. 25(点字ブロック訴訟)……283
最高裁(二小)昭 61. 6. 11(北方ジャーナル訴訟)……111
最高裁(二小)昭 62. 2. 6……34, 201, 204
最高裁(二小)昭 62. 2. 13……201, 202, 205
最高裁(二小)昭 62. 6. 26……100, 104
最高裁(大)昭 63. 6. 1……64
最高裁(大)平元. 3. 8……108, 109
最高裁(三小)平元. 3. 28……392
最高裁(一小)平元. 6. 29(沖縄ゼネスト訴訟)……117, 122, 129
最高裁(一小)平元. 10. 26……377
最高裁(二小)平元. 11. 24……68, 222, 225
最高裁(一小)平元. 12. 21……384
最高裁(三小)平 2. 2. 6(西陣ネクタイ訴訟)……100
最高裁(三小)平 2. 2. 20……63, 64, 132
最高裁(二小)平 2. 3. 23……206
最高裁(三小)平 2. 4. 17……64
最高裁(二小)平 2. 7. 20(那須国賠訴訟)……117, 122, 127
最高裁(一小)平 2. 12. 13(多摩川水害訴訟)……281, 342
最高裁(二小)平 3. 4. 26(水俣病待たせ賃訴訟)……68
最高裁(三小)平 3. 5. 10(浅井事件)……93, 136, 138

最高裁(二小)平 3. 5. 31(若松事件)……136, 138, 139
最高裁(三小)平 3. 7. 9……75, 157
最高裁(三小)平 3. 7. 16……18
最高裁(三小)平 4. 3. 3……269
最高裁(二小)平 5. 1. 25……131
最高裁(一小)平 5. 2. 18……213
最高裁(一小)平 5. 2. 25(厚木基地騒音1次訴訟)……278
最高裁(一小)平 5. 2. 25(横田基地騒音1・2次訴訟)……278
最高裁(一小)平 5. 3. 11……69, 215
最高裁(二小)平 5. 3. 26(志登茂川水害訴訟)……344
最高裁(三小)平 5. 3. 30(テニスコート審判台訴訟)……274
最高裁(三小)平 5. 4. 22(鶴田ダム水害訴訟)……344
最高裁(二小)平 5. 7. 19……171
最高裁(三小)平 5. 7. 20……11
最高裁(二小)平 5. 9. 10……101
最高裁(一小)平 5. 11. 25(番所事件)……125
最高裁(一小)平 6. 1. 20(福岡空港騒音訴訟)……278, 354
最高裁(三小)平 6. 2. 22(長崎じん肺訴訟)……86
最高裁(一小)平 6. 10. 27(長良川水害訴訟)……281, 345
最高裁(三小)平 6. 12. 6……111
最高裁(二小)平 7. 6. 23(クロロキン第1期訴訟)……222, 225, 231
最高裁(二小)平 7. 7. 7(国道43号線騒音訴訟)……276, 279, 320
最高裁(三小)平 7. 12. 5……101
最高裁(二小)平 8. 3. 8……131
最高裁(二小)平 8. 7. 12(平作川水害訴訟)……282, 346
最高裁(三小)平 9. 1. 28……83
最高裁(三小)平 9. 7. 15……113
最高裁(一小)平 9. 9. 4(公証人)……186, 187, 190
最高裁(一小)平 9. 9. 4(学校施設)……207
最高裁(三小)平 9. 9. 9……69, 105
最高裁(二小)平 10. 3. 27(長安口ダム水害訴訟)……282, 347
最高裁(二小)平 10. 4. 10……161
最高裁(二小)平 10. 6. 12(東京予防接種禍訴訟)……386
最高裁(二小)平 10. 9. 7……111
最高裁(一小)平 10. 9. 10……112
最高裁(一小)平 11. 1. 21……70, 193, 215
最高裁(二小)平 11. 2. 26……156
最高裁(大)平 11. 3. 24(安藤事件)……133, 136, 138, 145
最高裁(二小)平 11. 9. 17……107
最高裁(三小)平 12. 2. 22(安藤事件)……137, 138, 145
最高裁(一小)平 12. 2. 24(内田事件)……135, 140, 145, 147
最高裁(三小)平 12. 2. 29(ピース缶爆弾事件)……123
最高裁(三小)平 12. 6. 13……137
最高裁(一小)平 12. 9. 7……158
最高裁(大)平 14. 9. 11(七福産業事件)……397
最高裁(二小)平 15. 9. 5……163
最高裁(一小)平 15. 12. 25……387
最高裁(一小)平 16. 1. 15……75
最高裁(一小)平 16. 4. 8(横須賀じん肺訴訟)……383
最高裁(三小)平 16. 4. 27(筑豊じん肺訴訟)……250, 388, 391
最高裁(三小)平 16. 9. 7(第2次若松事件)……139
最高裁(二小)平 16. 10. 15(関西水

俣訴訟) …… 245, 389
最高裁(三小)平17. 4.19(定者事件) …… 76, 140
最高裁(三小)平17. 6.14 …… 87
最高裁(一小)平17. 7.14 …… 70
最高裁(大)平17. 9.14(在外邦人選挙権訴訟) …… 42, 50, 63, 103
最高裁(二小)平17.11.18(中国人従軍慰安婦訴訟) …… 4
最高裁(一小)平17.12. 8 …… 35
最高裁(一小)平18. 1.19 …… 113
最高裁(一小)平18. 3.23 …… 160
最高裁(二小)平18. 6.16(札幌B型肝炎訴訟) …… 81, 390
最高裁(二小)平18. 6.23 …… 56
最高裁(一小)平18. 7.13 …… 50, 104
最高裁(一小)平18.10.26 …… 39
最高裁(一小)平19. 1.25 …… 28, 44, 47
最高裁(一小)平19.11. 1(広島徴用工事件) …… 72, 77
最高裁(一小)平20. 3. 6 …… 197
最高裁(三小)平20. 4.15 …… 159
最高裁(二小)平20. 4.18 …… 209
最高裁(三小)平21. 4.28 …… 387
最高裁(二小)平21.10.23 …… 380

● 高等裁判所

東京高裁昭27. 7. 3 …… 23
東京高裁昭27.12. 6 …… 16, 373
札幌高裁函館支昭29. 9. 6 …… 260
東京高裁昭29. 9.15 …… 260
大阪高裁昭31. 3.19 …… 37
福岡高裁昭31. 3.26 …… 48
名古屋高裁金沢支昭32.10. 9 …… 49
東京高裁昭33.10.21 …… 387
名古屋高裁昭34. 3.16 …… 37
高松高裁昭34.10.30 …… 37
福岡高裁昭37. 3.19 …… 260
東京高裁昭38. 2.22 …… 124
東京高裁昭38. 4.24 …… 32, 165
福岡高裁昭38. 4.26 …… 38, 49
大阪高裁昭42. 5.30 …… 38, 49
仙台高裁昭42. 6.26 …… 192
札幌高裁昭43. 5.30 …… 24
東京高裁昭43.10.21 …… 52
東京高裁昭45. 8. 1(松川事件国賠訴訟) …… 118
大阪高裁昭48. 5.30 …… 270
東京高裁昭48. 7.20 …… 303
札幌高裁昭48. 8.10(芦別国賠訴訟) …… 118
東京高裁昭49. 6.27 …… 129
東京高裁昭49. 9.25 …… 394
高松高裁昭49.10.31 …… 33
名古屋高裁昭49.11.20(飛騨川バス転落訴訟) …… 309
東京高裁昭50. 6.26 …… 37
大阪高裁昭50.11.27(大阪空港公害訴訟) …… 351
大阪高裁昭50.12.23 …… 310
福岡高裁昭51. 2.25 …… 34
大阪高裁昭51. 3.25 …… 310
東京高裁昭51. 4.21 …… 304
名古屋高裁昭51. 9.30 …… 407
東京高裁昭52. 4.27 …… 32
東京高裁昭52.11.17 …… 252
大阪高裁昭52.12.20(大東水害訴訟判決) …… 268
仙台高裁昭53. 3.27 …… 269
東京高裁昭53.12.21 …… 267
東京高裁昭54. 1.29 …… 119
東京高裁昭54. 1.31 …… 183
東京高裁昭54. 2.22 …… 38
大阪高裁昭54. 5.15 …… 408
札幌高裁昭54. 8.29 …… 295
東京高裁昭54.10.18 …… 261
東京高裁昭54.10.25 …… 304
大阪高裁昭55. 3.14(ふぐ中毒死訴訟) …… 238
東京高裁昭55. 3.19 …… 298
広島高裁岡山支昭55. 9.16 …… 252
大阪高裁昭55.12.24 …… 35, 46
大阪高裁昭56. 1.30 …… 189
東京高裁昭56.10.21 …… 376
大阪高裁昭57. 5. 7 …… 178
広島高裁昭57. 8.31 …… 263
大阪高裁昭57. 8.31 …… 169
東京高裁昭58. 6.20 …… 184
大阪高裁昭58. 7.29 …… 50
大阪高裁昭58. 9.30 …… 307
東京高裁昭58.10.20(沖縄ゼネスト訴訟) …… 124
東京高裁昭58.12.19 …… 179
福岡高裁昭59. 3.16(カネミ油症第1陣訴訟) …… 239
東京高裁昭59. 6.28 …… 215
名古屋高裁昭60. 4.12(新幹線訴訟) …… 271, 278
東京高裁昭60. 5.17 …… 108
大阪高裁昭60. 6.12 …… 215
仙台高裁昭60. 6.26 …… 180
高松高裁昭60.11.19 …… 298
大阪高裁昭60.12.23(大東マンガン訴訟) …… 246
大阪高裁昭61. 1.31 …… 305
名古屋高裁昭61. 3.31 …… 46
福岡高裁昭61. 5.15(カネミ油症第2陣訴訟) …… 240
東京高裁昭61. 8. 6 …… 56
仙台高裁秋田支昭61.10.25 …… 330
東京高裁昭61.10.29 …… 307
仙台高裁昭61.11.28(那須国賠訴訟) …… 122
東京高裁昭61.12.17 …… 34
大阪高裁昭62. 2.24(御名御璽訴訟) …… 109
東京高裁昭62. 3.31 …… 215
大阪高裁昭62. 4.10(大東水害訴訟差戻審) …… 281, 336, 367
東京高裁昭62. 8.31(多摩川水害訴訟) …… 281, 339
大阪高裁昭62. 9. 9 …… 328
大阪高裁昭62.11.27 …… 261
東京高裁昭62.12.24(都立富士高校放火国賠訴訟) …… 127, 129
東京高裁昭62.12.24(水難事故) 331
仙台高裁昭63. 1.27 …… 175
東京高裁昭63. 1.28 …… 169
東京高裁昭63. 3.11(クロロキン第1期訴訟) …… 231
東京高裁昭63.10.19(越前海岸高波訴訟) …… 289, 290
東京高裁昭63.10.24 …… 176
東京高裁昭63.10.27 …… 331
広島高裁昭63.12. 7 …… 34
名古屋高裁平元. 3.29(志登茂川水害訴訟) …… 281, 341
仙台高裁秋田支平元.12.25 …… 300
名古屋高裁平 2. 2.20(長良川水害訴訟) …… 281, 342
東京高裁平 2. 7.12 …… 398
福岡高裁平 2. 9.26 …… 222
名古屋高裁平 2.12.13 …… 215
東京高裁平 3. 3.20 …… 132
大阪高裁平 3. 4.26 …… 170
東京高裁平 3. 4.30(野村事件) 177
仙台高裁平 4. 1.28 …… 111
大阪高裁平 4. 1.30 …… 132
大阪高裁平 4. 2.20(国道43号線騒音訴訟) …… 318
福岡高裁平 4. 3. 6(福岡空港騒音訴訟) …… 278, 353
東京高裁平 4. 3.26(沖縄ゼネスト訴訟) …… 127
仙台高裁秋田支部平 4. 4.15 …… 332
東京高裁平 4.10.28(横田基地騒音

件)…… 178
東京高裁平 4.12.17(多摩川水害訴訟差戻審)…… 281,343
東京高裁平 4.12.18(東京予防接種禍訴訟)…… 10,63
仙台高裁平 5. 4.14…… 145
札幌高裁平 5. 5.19…… 145
東京高裁平 5. 6.24(日本坂トンネル東京訴訟)…… 285
東京高裁平 5.10.28…… 213
大阪高裁平 6. 1.27…… 171
広島高裁平 6. 2.24…… 184
広島高裁平 6. 3.29…… 233
広島高裁岡山支平 6. 4.26…… 146
高松高裁平 6. 8. 8(長安口ダム水害訴訟)…… 282,345
東京高裁平 6. 9.13(クロロキン第2期訴訟)…… 231
福岡高裁平 6.11.28…… 120,128
大阪高裁平 7. 4.27…… 299
札幌高裁平 7. 5.10…… 189
大阪高裁平 7. 7.18…… 185
福岡高裁平 7. 7.19…… 39
東京高裁平 7. 8.10…… 158
東京高裁平 7. 9.11…… 145
名古屋高裁平 7.10.18…… 146
名古屋高裁平 7.12.27(水場川水害訴訟)…… 281
東京高裁平 8. 8. 7…… 385
大阪高裁平 8 10.30…… 161
東京高裁平 8.11.27…… 180
福岡高裁宮崎支平 9. 3.21…… 132
東京高裁平 9. 6.26(日本共産党幹部宅盗聴事件)…… 27
東京高裁平 10. 1.21…… 162
札幌高裁平 10. 2.24…… 207
大阪高裁平 10. 2.27(検察国賠)… 128
大阪高裁平 10. 2.27(矯正国賠)… 163
大阪高裁平 10. 5.12…… 207
広島高裁平 10. 9.11…… 349
東京高裁平 11. 4.26(ピース缶爆弾事件)…… 123
東京高裁平 11. 6.21…… 132
大阪高裁平 11. 7.28(番所事件)…… 123,128
東京高裁平 11. 9.29…… 128
広島高裁平 11. 9.30…… 264
福岡高裁平 12. 5.26…… 171
東京高裁平 12.10.25…… 150
東京高裁平 12.12. 6…… 387
東京高裁平 13. 2.15…… 162
広島高裁平 13. 3.29…… 102
福岡高裁平 13. 7.19(筑豊じん肺訴訟)…… 249,387
東京高裁平 13.12.25…… 129
東京高裁平 14. 5.22…… 150,216
大阪高裁平 14.10. 8…… 171
福岡高裁那覇支平 14.10.31…… 39
東京高裁平 14.12.10…… 172
東京高裁平 14.12.25…… 110
東京高裁平 15. 1.29(据花ダム水害訴訟)…… 283,348
名古屋高裁金沢支平 15. 2.19… 369
東京高裁平 15. 5.21…… 217
東京高裁平 15. 5.27(横須賀じん肺訴訟)…… 383
福岡高裁平 15. 7.15…… 302
東京高裁平 15.10. 1…… 208
札幌高裁平 16. 1.16(札幌B型肝炎訴訟)…… 81
大阪高裁平 16. 2.19…… 217
東京高裁平 16. 2.25…… 40
大阪高裁平 16. 6.23…… 133
札幌高裁平 16.12.15(北海道石炭じん肺訴訟)…… 250
東京高裁平 16.12.15(中国人慰安婦1次訴訟)…… 390
大阪高裁平 17. 1.25…… 158
東京高裁平 17. 3.31(中国人従軍慰安婦訴訟)…… 4
大阪高裁平 17. 6.14…… 286,370
東京高裁平 17. 6.23…… 411
東京高裁平 17. 7.6(群馬県大川事件)…… 348
東京高裁平 17. 7.20…… 184
東京高裁平 17. 9.29…… 56
大阪高裁平 17. 9.30…… 56
大阪高裁平 18. 4.20…… 234
東京高裁平 18. 4.26…… 35
東京高裁平 18. 6.14…… 120,130
大阪高裁平 18. 7.18…… 193
東京高裁平 19. 1.17…… 311,369
東京高裁平 19. 5.30…… 194
東京高裁平 19. 6.21…… 209
名古屋高裁平 19. 6.27…… 126
名古屋高裁平 19. 7.12…… 142
東京高裁平 19. 7.26(横須賀爆雷保険代位訴訟)…… 384
大阪高裁平 19. 8.31…… 297
東京高裁平 19.11.29(弁護士会の懲戒)…… 21,48
東京高裁平 19.11.29(住基ネット関連)…… 198
名古屋高裁平 20. 4.16…… 164
札幌高裁平 20. 7.24…… 125
仙台高裁平 20. 8. 6…… 148
大阪高裁平 20. 9.26(大和都市管財訴訟)…… 255
知財高裁平 20. 9.30…… 185
名古屋高裁平 20.11.27…… 113
東京高裁平 21. 5.21…… 144
東京高裁平 21. 6.24…… 190

● 地方裁判所

東京地裁昭 26. 7.31…… 46
盛岡地裁昭 30. 9.13…… 36
鹿児島地裁昭 31. 1.24…… 260
東京地裁昭 31. 7.25…… 37
東京地裁昭 32. 5.14…… 381,400,408
長野地裁昭 33.12.24…… 37
福島地裁平支部昭 34. 2.10…… 54
旭川地裁昭 34. 3.31…… 38
福岡地裁飯塚支昭 34.10. 9…… 33
旭川地裁昭 35. 1.22…… 260
福岡地裁昭 35. 6.28…… 260
山口地裁岩国支昭 36. 2.20…… 37
東京地裁昭 36. 5.17…… 38
京都地裁昭 37. 4.11…… 32
熊本地裁昭 37. 6.15…… 35
長崎地裁佐世保支昭 37.12.17…… 32
宇都宮地裁昭 38. 1.12…… 33
仙台地裁昭 38. 5.22…… 32
岡山地裁昭 38. 6. 7…… 376
熊本地裁山鹿支昭 39. 5.26…… 37
東京地裁昭 39.10.20…… 38
福岡地裁小倉支昭 39.11. 6…… 37
津地裁昭 41. 4.15…… 33
大阪地裁昭 41.10.31…… 55
徳島地裁昭 42. 7.28…… 306
山口地裁岩国支昭 42. 8.16…… 37
東京地裁昭 42. 8.28…… 40
広島地裁三次支昭 42. 8.30…… 260
広島地裁昭 43. 3. 6…… 32
佐賀地裁昭 43. 3.28…… 296
熊本地裁昭 43. 5.23…… 373
東京地裁昭 43.10. 8…… 293
横浜地裁昭 43.10.31…… 38
大阪地裁昭 44. 5.20…… 52
東京地裁昭 44.10.25…… 412
名古屋地裁昭 44.12.17…… 38
東京地裁昭 45. 5. 6…… 52
福岡地裁昭 45. 5.30…… 33
福岡地裁飯塚支昭 45. 8.12…… 33
東京地裁昭 45.11. 2…… 40
大阪地裁昭 45.12.22…… 293
徳島地裁昭 46. 2. 8…… 268

広島地裁昭46. 4.15 …… 33
東京地裁昭46. 7. 2 …… 188
大阪地裁昭46. 7.14 …… 33
大阪地裁昭46. 7.30 …… 301
京都地裁昭46. 8.26 …… 23
東京地裁昭46. 8.27 …… 260
大阪地裁昭46.12. 7 …… 270
東京地裁昭47. 1.28 …… 260
函館地裁昭47. 1.28 …… 302
山口地裁下関支昭47. 2.10 …… 268
東京地裁昭47. 3. 7 …… 35
東京地裁昭47. 4.10 …… 294
東京地裁昭47. 6.26 …… 404, 410
京都地裁昭47. 7. 8 …… 40
京都地裁昭47. 7.14 …… 31, 36
大分地裁昭47. 7.21 …… 297
前橋地裁高崎支昭47. 9. 7 …… 33
名古屋地裁昭47. 9.22 …… 299
秋田地裁昭47.11.10 …… 38, 47, 391
東京地裁昭47.12.25 …… 37
名古屋地裁昭48. 1.17 …… 296
千葉地裁昭48. 2.28 …… 37
東京地裁昭48. 3.29 …… 52
岡山地裁昭48. 3.30 …… 33
京都地裁昭48. 4.13 …… 307
東京地裁昭48. 5.30 …… 33
京都地裁昭48. 7.12 …… 400, 409
東京地裁昭48. 8.20 …… 192
大阪地裁昭48. 9.19 …… 35, 46
岡山地裁昭48.10. 1 …… 306
東京地裁昭48.12.21 …… 261
大阪地裁昭49. 2.27(大阪空港公害訴訟) …… 350
東京地裁昭49. 3.18 …… 47, 148
千葉地裁昭49. 3.29 …… 263, 267
大阪地裁昭49. 4.19 …… 251
大阪地裁昭49. 4.25 …… 268
大津地裁昭49. 5. 8 …… 404
東京地裁昭49. 5.20 …… 35
高知地裁昭49. 5.23(高知ビニール公害訴訟) …… 252
神戸地裁昭49. 5.23 …… 33
東京地裁昭49. 6.20 …… 32
東京地裁昭49. 6.27 …… 37, 394
名古屋地裁一宮支昭49. 6.28 …… 268
東京地裁昭49. 7.26 …… 38
和歌山地裁昭49. 8.26 …… 58
山口地裁下関支昭49. 9.28 …… 33
青森地裁昭49.10.15 …… 216
名古屋地裁昭49.12.16 …… 299
仙台地裁昭50. 3.28 …… 261
東京地裁昭50. 6.30 …… 327
千葉地裁松戸支昭50. 7. 2 …… 260
東京地裁昭50. 9.29 …… 32
京都地裁昭50.11.20 …… 263, 270
金沢地裁昭50.12.12 …… 37, 47
名古屋地裁豊橋支昭50.12.15 …… 406
宇都宮地裁足利支昭50.12.23 …… 48
千葉地裁昭51. 1.30 …… 294
大阪地裁昭51. 2.26 …… 294
大阪地裁昭51. 2.27 …… 358
鹿児島地裁昭51. 3.31 …… 310
東京地裁昭51. 5.31 …… 412
横浜地裁昭51. 6.23 …… 34
東京地裁昭51. 8.23 …… 36
和歌山地裁昭51. 9.30 …… 310
水戸地裁昭51.11.19 …… 396
札幌地裁昭51.12.16 …… 34
鳥取地裁昭51.12.16 …… 382
長野地裁昭52. 1.21 …… 34
東京地裁昭52. 1.31 …… 35
津地裁昭52. 3.24 …… 310
福岡地裁昭52. 4.21 …… 303
東京地裁昭52. 5.27 …… 40
東京地裁昭52. 7.12 …… 181
神戸地裁姫路支昭52. 8. 8 …… 297
東京地裁昭52. 8.25 …… 312
東京地裁昭53. 2.20 …… 261

福島地裁昭53. 2.20 …… 34
大阪地裁昭53. 2.27 …… 192, 374, 407
金沢地裁昭53. 3. 1 …… 226, 382
大津地裁昭53. 3.20 …… 36
東京地裁昭53. 3.30 …… 35
山形地裁新庄支昭53. 3.31 …… 38
東京地裁昭53. 8. 3 …… 227
東京地裁昭53. 9.18 …… 379
大阪地裁昭53. 9.27 …… 269
福岡地裁昭53.11.14(福岡スモン訴訟) …… 228
札幌地裁昭53.12. 1 …… 358
千葉地裁昭53.12. 4 …… 292
長野地裁松本支昭54. 3. 1 …… 37, 267
東京地裁昭54. 3.12 …… 214
東京地裁昭54. 3.28 …… 34
京都地裁昭54. 4.10 …… 294
広島地裁呉支昭54. 4.25 …… 263
広島地裁福山支昭54. 6.22 …… 39
松山地裁西条支昭54. 7.20 …… 269
大阪地裁昭54. 9.13 …… 306
東京地裁昭54.12.27 …… 261
横浜地裁昭55. 1.31 …… 39
東京地裁昭55. 1.31 …… 264
東京地裁昭55. 2.18 …… 261
大阪地裁昭55. 3.12 …… 23
名古屋地裁昭55. 3.28 …… 327
静岡地裁昭55. 4.25 …… 310
東京地裁昭55. 6.18 …… 39
大津地裁昭55. 8. 6 …… 264
名古屋地裁昭55. 9.11(新幹線訴訟) …… 271
福岡地裁昭55.11.25 …… 35, 46
札幌地裁昭55.12.12 …… 193
大阪地裁昭56. 1.16 …… 183
大阪地裁昭56. 2.25 …… 359
東京地裁昭56. 2.26 …… 40
東京地裁昭56. 2.27 …… 36
水戸地裁昭56. 3.10 …… 329
東京地裁昭56. 3.26 …… 261
福岡地裁小倉支昭56. 5.22 …… 46
広島地裁昭56. 6.22 …… 359
岐阜地裁昭56. 7.15 …… 38, 55
東京地裁昭56. 7.27 …… 327
山口地裁昭56.10. 1 …… 216
札幌地裁昭56.10.22 …… 49
東京地裁昭57. 2. 1(クロロキン第1期訴訟) …… 228
名古屋地裁昭57. 2.10 …… 178
奈良地裁昭57. 3.26 …… 367
静岡地裁昭57. 3.30 …… 35
大阪地裁昭57. 3.30 …… 215
大阪地裁昭57. 4.23 …… 296
東京地裁昭57. 5.10 …… 330
大阪地裁昭57. 9.30(大東マンガン訴訟) …… 245
札幌地裁昭57.10.26 …… 374
長崎地裁昭58. 1.21 …… 34
静岡地裁昭58. 2. 4 …… 36
福島地裁白河支昭58. 3.30 …… 231
東京地裁昭58.10.25 …… 294
名古屋地裁昭58.11.14 …… 330
東京地裁昭59. 1.30 …… 175
高知地裁昭59. 3.19 …… 253
鹿児島地裁昭59. 3.23(鶴田ダム水害訴訟) …… 280
高松地裁昭59. 4.10 …… 35
東京地裁昭59. 5.18(東京予防接種禍訴訟) …… 10
岐阜地裁昭59. 5.29(長良川(盤俣)水害訴訟) …… 280
東京地裁昭59. 6.25 …… 40, 48
大阪地裁昭59. 7.24 …… 295
東京地裁昭59. 9.26 …… 34
京都地裁昭59.10.12 …… 314
東京地裁昭59.11.13 …… 314
鹿児島地裁昭59.12.26 …… 40, 48
松山地裁八幡浜支昭60. 1.25 …… 361

水戸地裁下妻支昭60. 2. 6 …… 34
福岡地裁小倉支昭60. 2.13(カネミ油症第3陣訴訟) …… 240
大分地裁昭60. 2.20 …… 405
大分地裁昭60. 3.12 …… 327
広島地裁尾道支昭60. 3.25 …… 232
東京地裁昭60. 3.27 …… 232
東京地裁昭60. 5.20 …… 306
大阪地裁昭60. 5.24 …… 36
名古屋地裁昭60. 5.28 …… 232
熊本地裁昭60. 7. 3 …… 312
東京地裁昭60. 7. 8 …… 189
大津地裁昭60. 8.26 …… 109
横浜地裁横須賀支昭60. 8.26(平作川水害訴訟) …… 280, 334
札幌地裁昭60. 9. 9 …… 304
東京地裁昭60. 9.24 …… 169
静岡地裁浜松支昭60. 9.30(太田川水害訴訟) …… 280, 336
大阪地裁昭60.10. 3 …… 292
名古屋地裁昭60.10.31 …… 35
東京地裁昭60.11.20 …… 261
大阪地裁昭60.11.21 …… 306
東京地裁昭61. 2.14 …… 53
奈良地裁昭61. 3. 7 …… 311
東京地裁昭61. 3.14 …… 36
東京地裁昭61. 3.18(石神井川水害訴訟) …… 336
札幌地裁昭61. 3.19(札幌クロム禍訴訟) …… 247
神戸地裁昭61. 3.28 …… 253
大阪地裁昭61. 5.14 …… 204
新潟地裁昭61. 5.23 …… 367
長野地裁昭61. 6.27(長野じん肺訴訟) …… 248
神戸地裁昭61. 7.17(国道43号線騒音訴訟) …… 290, 315
東京地裁昭61. 7.22 …… 305
東京地裁昭61. 7.30 …… 382
大阪地裁昭61. 9.26 …… 32
広島地裁呉支昭61.10.24 …… 34
浦和地裁昭61.11.26 …… 293
東京地裁昭61.12.23 …… 331
那覇地裁昭62. 2.25 …… 206
大阪地裁堺支昭62. 2.25 …… 36
千葉地裁松戸支昭62. 3.20 …… 367
熊本地裁昭62. 3.30(熊本水俣病3次第1陣訴訟) …… 241
東京地裁昭62. 5.18(クロロキン第2期訴訟) …… 229
大阪地裁昭62. 6. 4(平野川水害訴訟) …… 281, 337
大阪地裁昭62. 7.17 …… 328
岡山地裁昭62. 8. 7(新成羽川ダム水害訴訟) …… 281, 338
東京地裁昭62.11.30 …… 397
東京地裁昭62.12.14(太平洋テレビ国賠訴訟) …… 127
長崎地裁昭63. 2.23 …… 328
横浜地裁昭63. 3.31 …… 39
徳島地裁昭63. 6. 8(長安口ダム水害訴訟) …… 340
東京地裁昭63. 6.23 …… 294
津地裁昭63. 7.21 …… 215
東京地裁昭63.10.27 …… 175
福岡地裁昭63.12.16(福岡空港騒音訴訟) …… 278, 353
大阪地裁平元. 1.20 …… 379
岡山地裁平元. 2.15 …… 408
福岡地裁平元. 4.18 …… 35
浦和地裁平元. 4.26 …… 328
盛岡地裁平元. 5.18 …… 300
札幌地裁平元. 6.21 …… 46
東京地裁平元. 7.21(東京未熟児網膜症集団訴訟) …… 233
東京地裁平 2. 3.13(日本坂トンネル東京訴訟) …… 283, 299
大阪地裁堺支平 2. 3.22 …… 298

東京地裁平 2. 4.17(野村事件) …… 176
広島地裁尾道支平 2. 4.26 …… 36
東京地裁平 2. 6.12 …… 126, 131
広島地裁平 2. 6.29 …… 35
広島地裁平 2. 8.31 …… 311
福島地裁いわき支平 2.11.16 …… 111
東京地裁平 3. 3.25(在監者) …… 37
東京地裁平 3. 3.25(水俣事故) …… 331
東京地裁平 3. 3.26 …… 127
大阪地裁平 3. 3.29(西淀川大気汚染公害第一次訴訟) …… 317
名古屋地裁平 3. 5.30 …… 39
新潟地裁平 3. 7.18 …… 311
東京地裁平 3. 9.30(横田建設事件) …… 177
東京地裁平 4. 2. 7(東京水俣病訴訟) …… 242
新潟地裁平 4. 3.31(新潟水俣病2次第1陣訴訟) …… 242
東京地裁平 4. 4.22(豊田商事東京訴訟) …… 253
広島地裁福山支平 4. 4.30 …… 410
名古屋地裁平 4. 6.12 …… 35
佐賀地裁平 4. 7.17 …… 328
神戸地裁平 4. 9.10 …… 193
東京地裁八王子支平 4.12. 9 …… 39
奈良地裁平 5. 2. 9 …… 254
大阪地裁堺支平 5. 5.26 …… 189
東京地裁平 5. 9.27 …… 39
大阪地裁平 5.10. 6(豊田商事大阪訴訟) …… 254
京都地裁平 5.11.26(京都水俣訴訟) …… 243
東京地裁平 5.12. 7 …… 145
横浜地裁川崎支平 6. 1.25(川崎大気汚染公害1次訴訟) …… 254, 318
大阪地裁堺支平 6. 3.30 …… 368
東京地裁平 6. 4.26 …… 255
新潟地裁平 6. 6.30 …… 228
大阪地裁平 6. 7.11(関西水俣訴訟) …… 80, 244
東京地裁平 6. 9. 6(日本共産党幹部宅盗聴事件) …… 26
東京地裁平 6.12.13 …… 156
大阪地裁平 7. 7. 5(大阪西淀川大気汚染公害2次ないし4次訴訟) …… 278, 319
東京地裁平 7. 7.27(上敷香韓人虐殺訴訟) …… 385
東京地裁平 7.11.22(戦後50年決議訴訟) …… 101
浦和地裁平 8. 2.21 …… 46
甲府地裁平 8. 3. 5 …… 261
大阪地裁平 8. 5.31(日置川殿山ダム水害訴訟) …… 346
東京地裁八王子支平10. 1.21 …… 296
浦和地裁平10. 1.30 …… 332
横浜地裁平10. 2.18 …… 207
東京地裁平10. 2.25 …… 369
神戸地裁平10. 2.27 …… 361
金沢地裁平10. 3.13 …… 361
東京地裁平10. 3.20 …… 156
広島地裁平10. 3.24 …… 379
山口地裁下関支平10. 4.27 …… 102
高知地裁平10. 5.11 …… 300
横浜地裁川崎支平10. 8. 5(川崎大気汚染公害2次ないし4次訴訟) …… 321
東京地裁平10. 9. 4 …… 301
静岡地裁沼津支平10. 9.30 …… 362
札幌地裁平10.12.14 …… 297
東京地裁平11. 3.16 …… 48
東京地裁平11. 3.23 …… 146
神戸地裁尼崎支平11. 3.31 …… 207
津地裁平11. 5.11 …… 322
札幌地裁平11. 5.28 …… 249
東京地裁平11. 6.29 …… 362

東京地裁平11. 6.30 …… 234
熊本地裁平11. 8.27 …… 369
東京地裁平11.10.28(在外邦人選挙権訴訟) …… 102
東京地裁平11.11.26(日石・土田邸事件) …… 129
神戸地裁平12. 1.31(尼崎公害訴訟) …… 322
神戸地裁姫路支平12. 1.31 …… 207
東京地裁八王子支平12. 2.24 …… 150
東京地裁平12. 2.29 …… 109
神戸地裁平12. 3. 1 …… 207
浦和地裁平12. 3.15 …… 208
札幌地裁平12. 3.28(札幌B型肝炎訴訟) …… 81
大阪地裁平12. 5.25 …… 151, 160
名古屋地裁平12.11.27(名古屋南部大気汚染公害訴訟) …… 323
千葉地裁平12.11.30 …… 171
大阪地裁平13. 2.23 …… 147
長野地裁平13. 3. 9(裾花ダム水害訴訟) …… 347
大阪地裁平13. 3.26 …… 207
札幌地裁平13. 3.29 …… 311
神戸地裁姫路支平13. 4.23 …… 329
神戸地裁平13. 4.25 …… 41
京都地裁平13. 5. 7 …… 302
熊本地裁平13. 5.11 …… 102
東京地裁平13. 5.11 …… 369
東京地裁平13. 6.26 …… 414
京都地裁平13. 7.12(第2次若松判決) …… 147
東京地裁平13. 7.12(中国人強制連行訴訟) …… 385
名古屋地裁平13.11.29 …… 149
那覇地裁平13.11.30 …… 39
松江地裁平14. 1.30 …… 46
福岡地裁平14. 4.26 …… 385
山口地裁下関支平14. 5.20 …… 374
東京地裁平14. 6.28(矯正国賠) 162
東京地裁平14. 6.28(国賠法6条の相互保証) …… 415
京都地裁平14. 7.26 …… 48
東京地裁平14.10.29(東京大気汚染公害1次訴訟) …… 324
東京地裁平14.11.28 …… 103
高松地裁平15. 1.20 …… 115
大阪地裁平15. 2.10 …… 103
東京地裁平15. 2.17 …… 160
東京地裁平15. 3.11 …… 386
前橋地裁平15. 7.25 …… 40
東京地裁八王子支平15. 7.30 …… 208
横浜地裁平15. 9.12 …… 302
東京地裁平15. 9.29(薬ガス2次訴訟) …… 386, 411
奈良地裁平15.10. 8 …… 208
大阪地裁平16. 2.27 …… 56
東京地裁平16. 3.17 …… 110
福岡地裁平16. 4. 7 …… 56
大阪地裁平16. 5.13 …… 56
横浜地裁平16. 7. 8 …… 57
東京地裁平17. 5.16 …… 130
東京地裁平17. 6. 8 …… 57
大阪地裁平17.11. 4 …… 208
名古屋地裁平18. 1.27 …… 156
東京地裁平18. 4. 7 …… 312
横浜地裁平18. 4.18 …… 214
東京地裁平18. 7. 7(東京トンネルじん肺訴訟) …… 251, 383
大阪地裁平18. 6.21(大阪C型肝炎訴訟) …… 235
福岡地裁平18. 8.30(福岡C型肝炎訴訟) …… 236
東京地裁平18.10.31 …… 151
名古屋地裁平19. 1.26 …… 164
東京地裁平19. 2.27 …… 217
東京地裁平19. 3.23(東京C型肝炎訴訟) …… 236
東京地裁平19. 3.29 …… 415
松山地裁平19. 3.30 …… 384
高松地裁平19. 4. 9 …… 48
名古屋地裁平19. 7.31(名古屋C型肝炎訴訟) …… 237
仙台地裁平19. 9. 7(仙台C型肝炎訴訟) …… 237
福岡地裁大牟田支平19. 9.11 …… 305
鹿児島地裁平20. 1.29 …… 297
宇都宮地裁平20. 2.28 …… 126
名古屋地裁平20. 3.14(新川洗堰事件 …… 348
鹿児島地裁平20. 3.24 …… 143
京都地裁平20. 3.25 …… 57
京都地裁平20. 6.18 …… 302
東京地裁平20. 7.31 …… 255
横浜地裁平20.10.24 …… 144
東京地裁平20.12. 5 …… 149
横浜地裁小田原支平21. 1. 9 …… 349
福島地裁会津若松支平21. 3.23 …… 312, 370
東京地裁平21. 3.24 …… 20