

タイトル	国家賠償責任の性格と公務員個人の対外的責任 - 森友学園・佐川事件を素材に
著者	秦，博美； HATA, Hiromi
引用	北海学園大学法学研究，61(1)： 67-115
発行日	2025-06-30

研究ノート

国家賠償責任の性格と公務員個人の対外的責任—— 森友学園・佐川事件を素材に

秦 博 美

目次

はじめに

- 一 森友学園・佐川事件の経緯
 - 二 判決内容
 - 三 国家賠償法1条1項の責任の性格
 - 四 国家賠償法1条2項の求償権
 - 五 公務員個人の対外的責任
- 終わりに

はじめに

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加えた場合、国等は国家賠償法（以下「国賠法」という。）1条1項に基づき損害賠償責任を負う。この場合に、当該公務員も個人として被害者に対して損害賠償責任を負うことになるのかについては明文の規定がない。最高裁判例は一貫して否定説をとってきたものの、公務員個人の損害賠償責任を否定する理由については示されていない。学説は、否定説のほか、肯定説、制限的肯定説、権限濫用（限定）説などがあるが、本稿が採り挙げる、いわゆる森友学園・佐川事件のようなケースにあっても、加害公務員は国等からの内部的な求償権の行使の相手方として責任を問われるにすぎず、対外的な個人責任は問題となる余地はないのであろうか。今回のような高級官僚の理不尽な犯罪行為に対しても、被害者や納税者である国民は拱手傍観せざるを得ないのであろうか。後述する京都市バス運転手の1000円横領事件に対する司法の峻厳さに対比しても釈然としないものを感じる。

以下、この問題について、国有地売却に関する決裁文書の改ざんを指

示したことを理由とする公務員個人の不法行為に基づく損害賠償責任を否定した大阪地裁判決、大阪高裁判決及び最高裁決定を素材に検討する。「一 森友学園・佐川事件の経緯」で事件の概略を、「二 判決内容」で大阪地裁判決、大阪高裁判決及び最高裁決定の概要を、「三 国家賠償法 1 条 1 項の責任の性格」で公権力行使責任の全体像を、「四 国家賠償法 1 条 2 項の求償権」で国は佐川氏に全額求償すべきことを、「五 公務員個人の対外的責任」で制限的肯定説が妥当であること及び本件事案では佐川被告のみが不法行為による損害賠償義務を負う理論的可能性すらあることを論証する。そして、「終わりに」で正義と人権の最後の砦である裁判所の裁判官に対する希望・要望を記しておきたい。

一 森友学園・佐川事件の経緯

大阪高裁判決（令和 5 年 12 月 19 日判例タイムズ 1527 号 70 頁）は、「事案の要旨」を次のように整理している。

「控訴人の夫である A は、近畿財務局の上席国有財産管理官として勤務していた平成 29 年 2 月以降、Z 学園に対する本件国有地の売却に関する本件決裁文書の改ざんを指示されてその作業に従事するなどし、同年 7 月上旬頃に鬱病を発症して平成 * 年 * 月 * 日に自殺した。

控訴人は、平成 29 年 2 月当時の理財局長であった被控訴人が、①本件決裁文書の改ざんを指示して A を自殺に至らしめたこと（故意による不法行為）、②A の死亡後、控訴人に対して改ざん指示の経緯に関する説明及び謝罪をすべき信義則上の義務に違反したこと（過失による不法行為）により、控訴人に対して精神的苦痛を与えたと主張して、被控訴人に対し、民法 709 条に基づき、損害賠償金 1650 万円及びこれに対する……遅延損害金の支払を求めている。」

損害賠償金 1650 万円の内訳は、慰謝料 1500 万円（改ざん指示について 1200 万円、説明・謝罪義務違反について 300 万円）及び弁護士費用 150 万円である。

森友学園・佐川事件の経緯についてやや詳しく説明するために、大阪地裁判決（令和 4 年 11 月 25 日判例タイムズ 1508 号 175 頁）の前提事実から概略引用する。

学校法人森友学園は、近畿財務局に対し大阪府豊中市所在の国有地（以下「本件土地」という。）を小学校の建設用地として一定期間借り受けた

上で買い受けることを要望した。最終的に、平成 28 年 6 月 20 日、売買契約を締結し、本件土地は森友学園に売却された。本件土地売却については、情報公開請求、国会議員からの資料要求等の動きがあり、平成 29 年 2 月 9 日には、「近畿財務局が売却額等を非公表」「売却額は同じ規模の近隣国有地の 10 分の 1」「本件土地に、今春、同学園が運営する小学校が開校予定」「同校の名誉校長は安倍首相の妻」などといった一連の報道がなされた。この案件は、国会審議でも連日取り上げられることになり、同月 17 日には、安倍内閣総理大臣から、本人や妻が、事務所も含めて、この国有地払下げに一切関わっていないことは明確にしたい旨の答弁があった¹。財務省で国有財産行政を所掌する理財局及び近畿財務局が国会等の対応に追われる中で、佐川事件が起きたのである。

財務省は、平成 30 年 3 月 12 日、理財局によって森友学園案件の決裁文書が改ざんされていたことを公表し、同年 6 月 4 日には、自らの調査結果を取りまとめた「森友学園案件に係る決裁文書の改ざん等に関する調査報告書」を公表した。それによると、理財局では、平成 29 年 2 月 21 日の国会議員団との面会を受けて、「森友学園に本件土地を貸し付けるに当たって作成された特例申請及び特例承認に係る文書について、政治家関係者（筆者注：安倍昭恵氏）に関する記載の取扱いが問題となり得ることが認識された。佐川被告は、財務省理財局の総務課長及び国有財産審理室長の報告に対し、「当該文書の位置付け等を十分に把握しないまま、そうした記載のある文書を外に出すべきではなく、最低限の記載とすべきであると反応した。被告からはそれ以上具体的な指示はなかったものの、総務課長及び国有財産審理室長は、これを受けて、将来的に当該決裁文書の公表を求められる場合に備えて、記載を直す必要があると認識した。……国有財産審理室の職員は、同月 26 日、近畿財務局の管

¹ 安倍首相は、平成 29 年 2 月 17 日の衆議院予算委員会で、追及の厳しさから解放されたい一心からか、学校法人「森友学園」が設立する私立小学校の認可や国有地払下げに関し、「私や妻が関係していたということになれば、首相も国会議員も辞める」と述べたと報じられている。2017 年 2 月 17 日付け毎日新聞 Web <https://mainichi.jp/articles/20170218/k00/00m/010/058000c> この答弁は非常に思いもので、管見ではこの発言が佐川氏の公文書改ざん指示の直接の引き金になったものと思われる。判決の事実認定で、この答弁に触れていないのは、訴状に当該記述がなかったためであろうか、あるいは、佐川氏の付度（過剰反応）を矮小化し、事件の全体構造を曖昧にする意図に基づくものであろうか。

財部の職員に対し、決裁文書の書換えを具体的に指示した。また、佐川被告は、同月 27 日、国有財産企画課及び国有財産審理室から、本件土地の売却決議書の内容の報告を受けた際、このままでは外に出せないと反応したことから、配下の職員の間では、記載を直すことになるとの認識が改めて共有された。また、被告から総務課長及び国有財産企画課長に対して、担当者に任せるのではなくしっかりと見るようにとの指示があり、指示を受けた両者は、記載内容を整えた上で被告の了解を得る必要があると認識した。」(下線筆者)とある。

原告の主張は、佐川被告の「改ざん指示は、財務省内における自らの保身と歟心を買うという私的な目的をもって故意に行われた……悪質な行為である」(下線筆者)というものである。「原告が主張する被告の行為は、財務省理財局長という立場を利用し職務上の命令として行った決裁文書等の改ざん指示であり、Aにうつ病を発症させて自殺に至らせたことについて故意であるというものである。」「組織的になされたものである。被告は、財務省の調査報告書……において、その方向性を決定づけた者で、問題行為の全般について責任を免れるものではないとされている。」

「理財局の国有財産審理室の職員は、平成 29 年 3 月 7 日から 8 日にかけて、近畿財務局に対し、決裁文書の書換え案を示した。近畿財務局の総括国有財産管理官の配下職員は、そもそも改ざんを行うことへの強い抵抗感があったこともあり、理財局からの度重なる指示に強く反発し」、「理財局の総務課長と近畿財務局の管財部長との間」の相談の結果、「近畿財務局においては、総括国有財産管理官の配下職員はこれ以上作業に関与させないこととしつつ、理財局が国会对応の観点から作業を行うならば、一定の協力は行うものと整理された。」

原告の主張は、赤木俊夫氏は、「決裁文書等の改ざんの強要により、……平成 29 年 2 月 26 日以降、継続的に極めて強い心理的負荷にさらされた。その結果、同年 7 月上旬にうつ病を発症し、平成*年*月*日に自殺するに至った。被告は、自らの改ざん指示によって国家公務員倫理法や国家公務員倫理規程を遵守してきたAのような国家公務員が強度の心理的負荷を受けることは少なくとも認識認容していたから、被告には故意が認められる。」(下線筆者)そして、心理的負荷の例として、①極度で恒常的な長時間労働や連続勤務への従事、②会計検査院への虚偽回答により懲戒処分を受ける恐怖、③改ざん後の文書等を開示するという

情報公開法の目的に反する行為、④決裁文書等の改ざんは、有印公文書変造及び同行使罪（刑法 155 条 2 項、158 条）や公用文書等毀棄罪（同 258 条）の構成要件に該当するため、強い後悔と自責の念にさいなまれる中、平成 29 年 12 月 25 日、大阪地方検察庁検事から電話で 20 分程度事情聴取を受け、刑事訴追を受け、有罪となる恐怖と闘わなければならなかった、⑤被告や後任の財務局長や財務大臣等が国会において森友学園案件に関して虚偽答弁を 139 回繰り返したことについて、これを止めることができず、虚偽であると説明できなかったことを挙げている。

原告の主張は、被告の不法行為責任の有無に関し、①決裁文書等の改ざん指示（争点 1）及び②説明義務及び謝罪義務の違反（争点 2）を挙げている。

被告国は、事件が第 1 審の大阪地裁に係属中の令和 3 年 12 月 15 日の進行協議期日において、原告の請求を全て認諾した。内訳は、遺失利益 6288 万 9107 円、死亡慰謝料 2800 万円、遺族固有の慰謝料 500 万円、葬祭料 150 万円及び弁護士費用 973 万 8910 円の合計 1 億 0712 万 8017 円及びこれに対する遅延損害金である。言うまでもなく、その原資は国民の税金である。

二 判決内容

1 大阪地裁判決

（1）争点 1（決裁文書等の改ざん指示）

地裁判決は、「公権力の行使に当たる国の公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によって違法に他人に損害を与えた場合には、国がその被害者に対して賠償の責めに任ずるのであって、公務員個人はその責めを負わないものと解すべきである」と述べ、昭和 30 年 4 月 19 日と同 53 年 10 月 20 日の最高裁小法廷判決を括弧書で引用した後で、「すなわち、国家賠償法 1 条 1 項は、その適用を受ける公務員の行為について、当該公務員個人は民法 709 条に基づく損害賠償責任を負わないとするものであると解される。」としている。「原告の主張する被告の改ざん指示行為については、国家賠償法 1 条 1 項に基づき国が損害賠償責任を負うかどうかが問題となる一方、被告個人は民法 709 条に基づく損害賠償責任を負わない。」と判示している。

「原告は、公務員の対外的個人責任を否定して民法 709 条に基づく被

害者の損害賠償請求権を剥奪するために必要な積極的な法的根拠としては、濫訴のおそれによる萎縮効果のみを検討すれば足り、公務員の地位や違法行為の性質、態様等を踏まえ、違法行為の抑止や権限濫用の防止の必要性が萎縮効果を上回れば、原則に戻って民法 709 条に基づく公務員の対外的個人責任を認めるべきであると主張する。」しかし、「違法行為の抑制や権限濫用の防止の必要性といたった我が国の不法行為に基づく損害賠償制度の目的とはいえないものを考慮要素としてする比較考量により民法 709 条に基づく公務員の対外的個人責任を認めるか否かを決するとする法的根拠は見出し難い。本件訴訟の経過に照らせば、そのように考えるべき実質的基礎もないといわざるを得ない。原告主張の考え方は採用することができない。」(下線筆者)²

「違法行為の抑制や権限濫用の防止の必要性」を「我が国の不法行為に基づく損害賠償制度の目的とはいえないもの」とする判示は、常識的に考えても目的論の把握がいかにも狭隘すぎる。例えば、宇賀克也教授は、「国家賠償には、被害者救済機能、損害の特定の者への集中を回避する損害分散機能のみならず、制裁機能・違法行為抑止機能・違法状態排除機能(適法状態復元機能)もあり、この点で、損失補償と異なる。」³と述べている。民法学者の内田貴教授も、「今日の不法行為制度の主たる目的ないし機能は、報復や制裁にはないというべきであろう。むしろ、被害者の救済(損害の填補)と将来の不法行為の抑止に重要な現代的機能がある。」(下線筆者)⁴と述べている。同教授は、「将来の不法行為を抑止する効果」について、「潜在的加害者が合理的に行動する限り、賠償責任が課せられることを考慮して、注意深く行動したり、危険な行為を控えると考えられるからである。」⁵とその意義を説明している。また、芝池義一教授も、「国家賠償制度は、国・公共団体の活動の違法などの非違を要件とするものであって、この点でこの制度は、制裁的機能ひいては公務執行の適正を担保し違法行為を防止する機能(適法性確保機能)を有

² 阿部泰隆教授は、判決について、「権限濫用説まで否定するという趣旨の明言はされていない。」と評している。「公務員の対外的個人賠償責任の有無について(一)」自治研究 100 巻 12 号 32 頁

³ 宇賀克也『行政法概説Ⅱ行政救済法〔第7版〕』(有斐閣、2021 年) 427 頁

⁴ 内田貴『民法Ⅱ 第3版 債権各論』(東京大学出版会、2011 年) 323・324 頁

⁵ 同・前掲注 (4) 327 頁

している」⁶と述べている。

畢竟^{ひっきょう}するに、我が国の不法行為に基づく損害賠償制度の目的は被害者救済にとどまるとする判決の立場は、民法学でも行政法学でも有力な見解とはいえず、否定説という結論が先にあり、その結論を導くために「強弁」しているとの印象を受ける。「違法行為の抑制や権限濫用の防止の必要性」も制度の目的に含まれると解することは、何ら制度の趣旨を不当に拡大するものではない。

目的論に限定した論述ではないが、櫻井敬子教授は、在外国民選挙権訴訟判決・最大判平成 17 年 9 月 14 日では、一人当たり 5000 円の慰藉料が認められたことを例に出し、「行政訴訟ではあえなく門前払いされてしまう案件が、これを金銭的な主張に組み換えて損害賠償請求訴訟として提起すると、よほどのことがない限り本案に入り、公務員の行為の違法性いかんという問題が正面から審理してもらえます。このようにして、損害額の多寡にかかわらず、国家賠償訴訟は違法行政を^{ただ}糾す機能を果たしてきたということができ」る（下線筆者）⁷と指摘している。5000 円とか 1 万円という名目的賠償額は、被害者救済の意味合いよりも、公務員の行為の違法性の糾弾の色彩が強いのである。

櫻井敬子・橋本博之教授は、次のように行政活動の司法統制の意義を強調している。「国家賠償を求める国民は、行政事件訴訟のように厳密な訴訟類型選択を問題にすることなく、損害賠償請求というシンプルな法律構成により出訴できる。このため、損害賠償制度は、行政活動の司法統制の場面で重要な役割を果たしている。損害賠償制度は、第一義的には行政活動に起因する損害の賠償による金銭面での救済を図るものであるが、違法な行政活動を排除し、将来的に違法な行政活動を抑止するという観点から、行政活動につき司法的チェックをする機能を果たすことが期待される。」⁸

筆者には、判決の方が「法的根拠は見出し難い」内容に満ちていると

⁶ 芝池義一『行政救済法』（有斐閣、2022 年）256・257 頁。岡田正則教授は、「単に公務員個人の賠償責任の追及によって被害者の報復感情を満足させるということではなく、事案の解明や違法の所在などの点で公務員個人の行為に焦点を合わせるべき場合が少なくないからである。」と説明している（『行政法Ⅱ 行政救済法』（日本評論社、2024 年）209 頁）。

⁷ 櫻井敬子『行政救済法のエッセンス（第 1 次改訂版）』（学陽書房、2015 年）208 頁

⁸ 櫻井敬子・橋本博之『行政法〔第 7 版〕』（弘文堂、2025 年）362 頁

感じる。また、本件訴訟の経過に照らして、「そのように考えるべき実質的基礎もない」の意味するところは、不明であるが、国の認諾を指しているのであろうか。

（２） 争点２（説明義務及び謝罪義務の違反）

「原告は、被告の改ざん指示行為の強度の違法性及びその結果の重大性に照らし、被告は、信義則上、原告に対して改ざんを指示した経緯の説明及び謝罪をすべき義務を負うと主張する。」しかし、「被告は、原告の主張する改ざん指示行為について損害賠償責任を負わない。そうである以上、Aの妻である原告に対し、道義上はともかくとして、当該行為について説明をしたり謝罪をしたりすべき法的義務が信義則上発生すると考えることはできない。」

２ 大阪高裁判決

原告の請求を棄却した大阪地裁判決に対して、原告は控訴し、令和5年12月19日に判決があり、控訴は棄却された。高裁判決に対する匿名コメントは、「本判決は、公務員個人の損害賠償責任を否定する理由について控訴人の主張に応答しつつ詳細に論じており、実務上参考になると思われる。」⁹としている。

（１） 争点１（決裁文書等の改ざん指示）

地裁判決は、特段「萎縮論」には言及していない。他方、高裁判決は、「公務員個人の損害賠償責任を否定する最高裁判例は変更されるべきものとはいえない」理由として、次のように、「萎縮論」を援用している。

「国賠法1条2項は、民法715条3項とは異なり、公務員に対する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ところ、これは、公務員が萎縮して適正かつ円滑な公務の執行がされないといった事態を防ぎ、ひいては国民生活に支障を生じさせないようにするという配慮に基づくものと解される。」「そして、公務員を萎縮させることなく適正かつ円滑な公務の執行を確保し、ひいては国民生活に支障を生じさせないようにするという観点は、国賠法1条1項が適用される場合に公務員個人の損害賠償責任を否定するべきか否かを検討する上でも、同様に考慮する必要があるものといえる。」（下線筆者）

⁹ 判例タイムズ1527号71頁

判決のロジックは、同条2項が「内部的」な求償権の行使を「故意又は重過失があった場合に限定している」ことを「萎縮論」の根拠として挙げ、そこから一気呵成に、同条1項の「外部的」な適用場合で、公務員個人の損害賠償責任を否定すべきか否かを検討する上でも、同様に考慮する必要があるというものである。明らかに論理の飛躍（断絶）があり、むしろ、加害公務員の対外的責任についても、内部的求償権の議論と同様、「故意又は重過失があった場合」に限られるとする論理（制限的肯定説）の運びの方が順接的であろう¹⁰。

判決は、「当裁判所は、控訴人の主張する制限的肯定説や権限濫用説は採用できず、公務員個人の損害賠償責任を否定する最高裁判例は変更されるべきものとはいえないから、本件についても、被控訴人による本件決裁文書の改ざん指示が存在したとしても、同行為には国賠法1条1項が適用される以上、公務員個人である被控訴人の控訴人に対する損害賠償責任は認められないものと判断する。」とし、その理由を次のとおり述べている。

「特に、最高裁昭和52年10月25日第三小法廷判決……は、高校教師が生徒に対して頭部を数回殴打するなどの懲戒権行使の限界を著しく逸脱した違法行為をしたという事実関係の下、公務員に故意又は少なくとも重過失がある場合には公務員個人の損害賠償責任を認めるべきであるとの上告理由に対して、公務員個人は損害賠償責任を負わない旨の判断をしたものであるから、最高裁は、公務員が職務権限の範囲を逸脱した行為をし、故意又は少なくとも重過失が認められる場合であっても、公務員個人の損害賠償責任を否定する立場であると解される。」（下線筆者）

裁判官は、「この憲法及び法律にのみ拘束され」、「その良心に従ひ独立してその職権を行」う（憲法76条3項）はずなのに、判決はマインドコントロールにかかったかのように、形式的に最高裁の見解・立場を単に紹介する（信仰告白？）にとどまり、また、以下に述べるように内容的

¹⁰ 阿部泰隆教授は、国賠法1条2項が「被害者が、……故意又は重過失がある公務員個人を訴えることを制限するまでの意味を持たないのである。」と述べている（前掲注（2）42頁）。津田智成准教授も「萎縮効果論……に基づき求償規定において明示された基準を一つの尺度として『軽過失』について免責を認めるという解釈には十分な合理性があるように思われる。」と述べている（「公務員の対外的賠償責任に関する試論的考察（五・完）」自治研究94巻4号112頁）。

にも適切であるとは考えられない。

判決が引用する最高裁判決は、高校教師が自らの職務の遂行上（少なくともその認識を有しつつ）、「懲戒権行使の限界を著しく逸脱した違法行為」をしたという、職務の延長線上に位置づけることが可能な、いわば「消極的逸脱という連続的」な事案において、制限的肯定説を最高裁として採用しないことを明示したにすぎない。これに対して本件事案は、高級官僚が時の政権の意向に付度して自らの保身のため、職務権限を積極的に利用（悪用・藉口）して、抵抗する部下に対して、決裁文書等の改ざんという犯罪行為を組織的に実行することを職務上の命令として指示したというものであり、職務権限の「積極的濫用という断絶的」な事案といえる。佐川事件は、職務権限を利用して（職務の執行を装う方法で）犯罪行為に及んだ警視庁巡査の強盗殺人事件（最終昭和 31 年 11 月 30 日民集 10 卷 11 号 1502 頁）に類似するケースであり、職務遂行の延長線上で生じた高校教師の懲戒権の逸脱とは明らかに事案を異にし、最高裁昭和 52 年 10 月 25 日第三小法廷判決は本件の判断に適切ではない。

なお、後述する阿部泰隆教授の認識に依拠して考察すると（五の五の（3）参照）、本件事案と前掲最高裁昭和 52 年判決の事案との相違点は、「本来的な職務の目的」のために行った行為であったか否かというメルクマールでも説明可能であり、いずれにしても、引用する最高裁判決は本件の判断に適切ではない。

後述するように、筆者は、本件事案では佐川被告のみが不法行為法上の損害賠償責任を負い、国は国賠法上の責任を負わない理論的可能性すらあると考えている。

付言すれば、私立高校教師の懲戒権行使の逸脱の事案であれば、民法 709 条により、軽過失の場合でも被害者との関係で教師個人の責任が問われることになる。国賠法 1 条 1 項の「公権力の行使」に関して「広義説」を採用することによる帰結ではあるものの、両者の齟齬を不問に付し、理論的説明のない最高裁の判断に安易に盲従すべきではない。下級審の裁判官は、最高裁判例に則り、無難に事件を処理する「マシーン」ではないはずだ¹¹。

¹¹ 他方、九州靖国訴訟に係る福岡地判昭和 63 年 2 月 1 日判例タイムズ 658 号 252 頁は、否定説が最高裁の確立した判例となっている以上、「審級制の訴訟制度の下
北研 61（1・76）76

判決は、「認定事実」の中で、「国は、令和3年12月15日の原審進行協議期日において、控訴人の請求を認諾した。その後、国（財務大臣）は、被控訴人に対して国賠法1条2項に基づく求償権を行使しない方針を明らかにした。」と事実認定しておきながら、求償権の行使が「十分に機能していないとすれば、それは各制度の運用を改善すべき問題である」としている¹²。前述したように、本件高裁判決は、国賠法1条2項の求償権の行使が「故意又は重過失」に制限されているのは「萎縮論」に配慮するためであると制度趣旨を述べ、そこから駆け足で、同条1項も同様に萎縮論の見地から公務員の対外的責任を否定する趣旨であるという結論を導いたばかりであった。

（２）争点２（説明義務及び謝罪義務の違反）

「一般に、公務員が違法行為をした場合、当該公務員が個人として違法行為の被害者に対して説明及び謝罪をすべき法的義務を負っているとは解されない。」本件についても、「上記説明及び謝罪をすべき法的義務を課すことまでは困難といわざるを得ない。」

においては、最高裁判所の有する判例統一機能及び法的安定性の観点からして、下級裁判所としては、最高裁判所の判例の趣旨に明らかに不合理な点があるなど特段の理由がない限り、右判例を尊重し、これに従うべき義務があることはいうまでもない。」と判示している。星野雅紀判事は、この判決を「一理ある総括をしたものといえるかもしれない。」としている（「公務員の個人責任」山田卓生編集代表・國圀和郎編集『新・現代損害賠償法講座 第4巻 使用者責任ほか』（日本評論社、1997年）309・311頁）。他方、阿部教授は、「法令解釈統一という機能も、個々の裁判を通じて事後的に発揮されるのであって、事前に一般的に統一を図るわけではない。」と指摘している（「公務員の対外的個人賠償責任の有無について（二）」自治研究101巻1号23頁）。本件事案の下級審判決は、事件の「個性」を何ら勘案することなく、最高裁の判例に毫も疑問を持つことなく、従順に従っているとの印象を持つ。

¹² 阿部泰隆教授は、「違法行為をした公務員に対する制裁、将来的な違法行為の防止、報復感情の満足、被害感情の回復による被害者救済等は、求償権の行使、懲戒処分及び刑事処分等によって実現することが本来的に予定されている」との考えを「本来の予定論」と呼び、その運用を改善すべきとの主張を「絵空事」として排斥している。「公務員の対外的個人責任の有無について（四・完）」自治研究101巻3号28・29頁

3 最高裁決定

最高裁第三小法廷（平木正洋裁判長）は、令和7年3月12日付けの決定で、上告棄却、上告審として受理しない判断をし、佐川氏の賠償責任を認めない判決が確定した。

（1） 上告

上告については、裁判官5人全員一致で、「民事事件について最高裁判所に上告をすることが許されるのは民訴法312条1項又は2項所定の事由に限られるところ、本件上告の理由は、違憲をいうが、その実質は単なる法令違反を主張するものであって、明らかに上記各項に規定する事由に該当しない。」と判示した（三行半判決）。

高裁判決は、控訴人の「国賠法1条1項が公務員個人の損害賠償責任を否定しているとすれば、これは憲法17条、14条、29条2項及び13条に違反するものである旨」の主張に対し、「公務員の違法行為により損害を受けた場合、公務員個人に損害賠償を求めることはできなくとも、国又は公共団体に損害賠償を求めることができるのであるから、加害者が公務員である場合とそれ以外の者である場合とで、被害者に対して不合理な差別的取扱いをするものとはいえないし、被害者の財産権や自己決定権に対して不合理な制約を加えるものとはいえない。そうすると、国賠法1条1項により公務員個人の損害賠償責任が否定されることは、憲法14条に違反しない」と判示している。そこでは専ら「被害者の救済」の見地から論じられているが、「加害者」である公権力の行使に当たる公務員が民間人とは別異に取り扱われることは、「不合理な差別的取扱い」に当たらないのかについては沈黙していた。

また、『註解日本国憲法』は、「財産権の内容は公共の福祉に適合するように定められうるが、それには法律によることが必要である。」「現在法律以外で独立に制限をなしうるものを求めれば、地方公共団体が法令に違反しない範囲において制定する条例があるのみである。」¹³と述べている。以上の古典的記述からも明らかなように、法律の明文の根拠なく、「判例」が解釈により、しかも、合理的理由・根拠を述べることなく、民法不法行為法上の損害賠償請求権という財産権を制限することは許されない（違憲）と考えるべきではないのか¹⁴。

¹³ 法学協会編『註解日本国憲法上巻』（有斐閣、1953年）568頁

¹⁴ 阿部泰隆教授は、「本来は、民法の原則により公務員個人も被告とすることがで

阿部教授は、「主権免責の法理が妥当するとされた明治憲法下でも権限濫用事案はその適用外で、公務員個人が賠償責任を負うとされていたのである。主権免責の法理を放棄することを宣言した憲法一七条が、公務員個人責任を後退させる趣旨であるとは理解できない。」¹⁵と憲法 17 条違反の可能性を指摘するが、同時に 29 条 2 項にも違反しよう。

(2) 上告受理申立て

決定は、上告受理申立てについて、「本件申立ての理由によれば、本件は、民訴法 318 条 1 項により受理すべきものとは認められない。(改行) よって、上告受理申立てについて、本件申立ての理由によれば本件は民訴法 318 条 1 項の事件に当たるとの裁判官宇賀克也の反対意見があるほか、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり決定する。」と判示した。新聞報道では、宇賀克也判事は「上告を受理して審理すべきだ」との反対意見を付けたが、慣例により詳細な理由は記されていないと報じられている¹⁶。

民訴法 318 条 1 項は、上告受理の申立て事由として「原判決に最高裁判所の判例(……)と相反する判断がある事件その他の法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められる事件」¹⁷と規定している。裁判官宇賀克也の反対意見の趣旨は、同裁判官の教科書の記述から推測するに、佐川事件は権限濫用(限定)説の適用事例ということになり、警視庁巡査の強盗殺人事件では公務員(巡査)は被告となっていなかったので、新たに法令解釈について最高裁としての判断を示す必要があるという趣旨ではないかと思われる¹⁸。

きるはずなのに、……被害者の武器を剥奪したのである。したがって、これは被害者の損害賠償請求権という財産権を根拠なく奪う憲法二九条違反なのである。」と述べている。前掲注(12) 31 頁参照。

¹⁵ 同・前掲注(12) 30 頁

¹⁶ 判決文は、2025 年 3 月 31 日付け日本中学生新聞による。<https://note.com/chuushin/n/n150ca90c4527>。同月 14 日付け朝日新聞 Web <https://asahi.com/articles/AST3GC4TILO1ZM.html> など

¹⁷ 「法令の解釈に関する重要な事項を含むもの」とは、①これまで最高裁判所の判断がない解釈問題につきこれを示すべき場合、②最高裁判所の従前の判断を変更すべき場合などが挙げられている。裁判所職員総合研修所監修『民事訴訟法講義案(三訂版)』(司法協会、2016 年) 341 頁参照。

三 国家賠償法 1 条 1 項の責任の性格

1 憲法 17 条

戦後、憲法は 17 条で、「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。「17 条革命」ともいうべき画期的な転換であった。

憲法制定から間もなくの『註解日本国憲法』は、「従来わが国においては、この問題については、その公務員の不法行為が、国又は公共団体の経営する事業で経済的性質を有し、私人の事業と同様の性質を有するものの執行について成された場合は、国等も私人と同様の地位に立つものと考え民法第四四条或いは第七一五条の適用を認め、国及び公共団体の責任が肯定された。しかし、その不法行為が公権力の発動としてなされた場合は、民法の適用はないものとされ、責任を認められなかったのである。このことは従来わが国の法体系の上では、たとえ衡平の感情に反するものとはいえ、やむをえないこととし、理論上も実際上も承認されて来たのであった。本条はこの点について、国及び公共団体の責任が、私法上の行為のみならず、公権力の行使をも含む一切の国家行為について生ずることを定めたものであるが、その実質的な意義は従来国家の責任が認められていなかった公権力の行使における不法行為にも、その責任を導入した点に存するのである。」（下線筆者）¹⁸と説明している。

憲法 17 条は「国及び公共団体の責任」について規定しており、公務員の対外的賠償責任については触れていない。そこで、同条は、公務員の対外的賠償責任を追及することを「禁止」しているのか、「要請」しているのか、それとも立法政策に委ねている（「許容」している）のかということが問題になる。

同書は、国賠法の解釈で否定説（憲法解釈としては、禁止ないし許容説）を採っているが（389 頁）、植村英治教授は、「わが国の現行の不法行為法は、国その他資力の十分な者が責任を負う場合には他の者が責任を免れるという法制をとっているわけではない。したがって、公務員個人の責任については、『国が賠償責任を負うか』は本来的には無関係である

¹⁸ 伊藤眞『民事訴訟法 第 7 版』（有斐閣、2020 年）759 頁参照。

¹⁹ 法学協会編・前掲注（13）381 頁

と言わなければならない。」²⁰と正当にも述べている。詳細は後述するが、国賠法1条の解釈においても、重要な視角を提供していると考える。

2 国賠法1条1項

(1) 代位責任説と自己責任説

これまで、「公務員の不法行為について何故国が賠償責任を負うのかにつき、本来責任を負うべきは公務員であることを前提に、その責任を国が代位して負担するのだとする代位責任説と、公務員個人の責任とは関係なく、国の活動にともなう危険責任（公務員の過誤は国の過誤そのもの）を国が本来的に自らの責任として負担するのだとする自己責任説とがある。」²¹と説明されてきた。

宇賀克也教授は、「いずれの説を採っても、結論に影響するわけではなさそうである」が、「今日の国家賠償請求の多くが組織的決定を争うものである以上、多くの場合、自己責任説の方が実態に適合した理論構成であるといえることができる。」²²と述べている。そして、芝池義一教授は、国又は公共団体の責任を、従来有力であった代位責任説に依拠して理解することの問題点を次のように指摘している。①加害公務員の個人の責任を想定しこれを媒介することは迂遠である。②代位責任説の論理的な前提である加害公務員の個人責任は、戦前においてはごく限られた範囲においてのみ認められていた。③何故に国・公共団体が加害公務員に代位して責任を負うのかについての説明を与えるものではない（被害者の救済は、自己責任説にとっても基本的な要請である）²³。同教授は、「2条に基づく国・公共団体の責任と比較しても、1条に基づく責任を敢えて代位責任と解すべき理由は乏しいものと考えられる。」²⁴と述べている。

民法学者の潮見佳男教授は、「法1条1項を代位責任と捉えようが、自己責任と捉えようが、同項に基づく責任は、公権力の行使についての公務員の故意・過失行為を要件とする責任であることは明らかである。こ

²⁰ 植村英治「公務員個人の責任」ジュリスト993号163頁

²¹ 佐藤幸治『日本国憲法論〔第2版〕』（成文堂、2020年）393頁

²² 宇賀克也・前掲注（3）438頁

²³ 芝池義一・前掲注（6）295・296頁

²⁴ 同・前掲注（6）296頁

の点では、……法1条1項は、民法715条と基本的に同じ構造になっている。」²⁵との基本的認識を示している。

(2) 免責的代位説か非免責的代位説（責任併存）か

阿部教授は、「代位責任説は、不法行為は公務員に委託した公務の遂行の過程で生じたものであるから、国・公共団体がその賠償責任を引き受けるというだけのものである。それ以上に、公務員を免責させるという（免責的引き受けの）理論的根拠はな」く、国賠法が、被用者の責任を全面的に認め、使用者が免責的に引き受けることになっていない民法上の使用者責任と異なる制度を置いているという根拠は全くない」と述べている²⁶。

また、同教授は、国賠法1条と2条は、「民法七一五条と七一七条の特則を定めているはずであるが、実は、民法とほとんど違いはない。」国賠法は、「もともと戦前公権力無責任の法理が妥当して民法が適用されなかった公権力の行使の領域における権利救済の空白を埋めたものであるが、空白を埋めれば、そのような特則の意味がなくなる。その意味では、国家賠償法は、本来不要であり、むしろ、民法を多少修正して、民法を適用すればよかつたはずである。（改行）ただ、行政機関が法律を適用して行う行為については、法治行政の観点からその違法を論ずる必要があり、民法の違法性とは異なる発想が必要である。」²⁷との基本的認識を示している。

阿部教授の「違法性」の指摘は、国賠制度の目的論とも関係していると考えるが、民法学者の大塚直教授も、国賠法1条1項が条文上「違法性概念」を用いていることに関し、次のように「法治行政の観点」に言及している。「昭和二一、二二年当時の民法学説が七〇九条について違法性概念を用いることをほとんど問題なく認めていたことも理由の一つで」あろうが、「もっと積極的に、国家賠償法の下では、民法とは異なり、

²⁵ 潮見佳男『不法行為法Ⅱ〔第2版〕』（信山社、2011年）85頁。宇賀克也裁判官は、最高裁令和2年7月14日民集74巻4号1305頁の補足意見において、「代位責任説、自己責任説は、解釈論上の道具概念としての意義をほとんど失っているといつてよい」と述べている。

²⁶ 阿部泰隆・前掲注（2）46頁

²⁷ 同『行政法再入門（下）〔第2版〕』（信山社、2016年）233頁

被害者の権利が侵害されたというだけでは足りず、公務員が行為規範に違反したことがより重大な意味をもつからであると考えるのが適切であると思われ」る（下線筆者）²⁸。

四 国家賠償法 1 条 2 項の求償権

1 求償権の性格

潮見佳男教授は、公務員に対する求償権に関して、「民法では、使用者から被用者へ求償権の制限を危険責任の原理、報償責任の原理から正当化するものが多いのに対して……国家賠償法 1 条 2 項については、通説は、公務員の特殊性、すなわち、軽過失の場合にまで公務員に責任を負わせたのでは、公務員が職務行為について抑制的になり、事務執行の停滞をもたらすおそれがあることを挙げる。しかし、これに対しては、行政法学のなかでも、民法の法理と区別した観点から公務員の特殊性を強調することに対する批判があり、著者は、こちらの方に共感を覚える。」（下線筆者）²⁹と述べている。

筆者は、国賠法 1 条の解釈において、殊更に「萎縮論」「萎縮効果」なるものを唱え、公務員の対外的責任を不問に付すことは、形を変えた「特別権力関係論」の復活に等しいと考えているが、詳細は五の 2 の（3）で述べる。

1 条 2 項の求償権について、阿部教授は、「国又は地方公共団体などの権利として構成されており、求償しなければならないという義務としては、構成されていない。」と指摘しつつ、「しかし、地方公共団体は、債権はきちんと徴収しなければならない（地方自治法施行令 171 条～171 条の 7）。職員の賠償責任も、免除は例外的である（地方自治法 243 条の 2）。国の場合債務を免除するには法律によらなければならない（財政法 8 条）、たとえば会計法 41～45 条及び予算決算及び会計令 115 条、115 条の 2 は出納官吏の弁償責任を規定している。したがって、免除できる場合以外は、権利を有する以上は、行政機関は、その権利を行使する義務を負う。」³⁰と主張している。

²⁸ 宇賀克也・大橋洋一・高橋滋編『対話で学ぶ行政法』（有斐閣、2003 年）179 頁（大塚発言）

²⁹ 潮見佳男・前掲注（25）119 頁

阿部教授は同論文で、国会議員近藤正道氏が平成20年10月1日に提出した「求償権の行使」に関する質問主意書に対し、内閣総理大臣麻生太郎が答弁書で「国が国家賠償法第一条第二項に基づき求償権を取得した場合には、国の債権の管理等に関する法律（昭和三十一年法律第百十四号）第十条から第十二条まで、会計法（昭和二十二年法律第三十五号）第六条等の規定するところに従って、遅滞なく、求償権につき弁済の義務を負う公務員に対してこれを行行使すべきものである。」（下線筆者）³¹と答弁していることを紹介している。

答弁書は、「遅滞なく、求償権につき弁済の義務を負う公務員に対してこれを行行使すべきものである」と述べ、「義務」という文言はないがその趣旨を匂わせている。ただし、当該公務員が「求償権につき弁済の義務を負う」場合に「行使」を義務付けられるのであり、2で述べるように、[△]屁理屈でも当該公務員に「故意又は重過失」はなかったと理論構成できれば、求償権は発生せず、行使する義務はないことになる。

2 本件事案について

本件事案に関しては、令和4年5月23日付けの衆議院議員階猛氏の質問趣意書の八「国は佐川理財局長（当時）に対し、求償権を行行使すべきと考えるが見解を求める。」に対し、岸田文雄内閣総理大臣が次のような答弁書を衆議院議長に提出している。長いが全文引用する。

「お尋ねについては、令和四年二月二日の衆議院予算委員会において、鈴木財務大臣が『今回の訴訟において、赤木さんが当時、森友学園案件に係る様々な業務に忙殺をされ、本省からの決裁文書改ざん指示への対応を含め厳しい業務状況に置かれる中、国として安全配慮義務を十分に尽くせなかったこと、このことについて、国として責任を認め、認諾をしたものであります。赤木さんにつきましては、国といたしましても、赤木さんを含む森友学園案件に関わる職員の業務負担を軽減すべく、人

³⁰ 阿部泰隆「国家賠償法上の求償権の不行使からみた行政の組織的腐敗と解決策」自治研究 87 巻 9 号 4 頁。国又は公共団体の損害賠償金の原資は、結局のところ、国民又は住民の税金なのであるから、民主的に統制される必要がある。しかし、国には住民訴訟（地方自治法 242 条の 2）の仕組みがないので、加害公務員に対する責任追及を認めることは、国民の監督的作用にとって有効な手段となろう。

³¹ 同・前掲注（30）29・30 頁

員の追加配置でありますとか業務配分の見直し等を行ったほかにも、赤木さんの休職後におきましても、リハビリ出勤を開始するなど復帰に向けた配慮に努め、また、…文書改ざんにつきましても、赤木さんを含む近畿財務局職員の反発の後、本省理財局幹部と近畿財務局幹部との間で相談がなされまして、結論として、赤木さんを含む統括国有財産管理官の配下の職員の方々にはこれ以上作業に関与させないとされたところでございます。当時、業務負担の軽減等の対応がなされたということを申し上げたところでございます。以上を踏まえますと、国として安全配慮義務を十分に尽くせなかったといたしましても、重大な過失があるとは考えておらないところでございまして、求償権を有するとは考えていないところでございます。』（下線筆者）と述べ、また、同月十七日の同委員会第三分科会において、階猛分科員の『私は、佐川氏に故意又は重過失がないとは言えないのではないかと思いますけれども、この点、いかがでしょうか。』との質問に対し、同大臣が『重大な過失と故意のことですけれども、…赤木さんが、本当に御不幸なことで申し訳ないことではありますが、公務に起因して精神疾患による自死に至るような結果までもあらかじめ認容して一連の様々な問題行動が行われたとは考え難いということでありまして、個々の職員において、求償要件である故意又は、前にも述べておりますけれども、重過失に当たると言うことは困難ではないかな、そんなふうに考えております。』と述べたとおりである。』（下線筆者）³²

岸田文雄内閣総理大臣の答弁書は、鈴木財務大臣の令和4年2月2日の衆議院予算委員会における答弁と同月17日の同委員会第三分科会における答弁を巧妙に接合し、国は佐川氏に対する求償権を有しないと詭弁を弄するものであった。

すなわち、2月2日の鈴木財務大臣の答弁は、主に「本省からの決裁文書改ざん指示への対応を含め厳しい業務状況に置かれる中で、国として安全配慮義務を十分に尽くせなかったこと……について、国として責任を認め、認諾をしたものである」とし、「国として安全配慮義務を十分に尽くせなかったと……しても、重大な過失があるとは考えて」（下線筆

³² 「衆議院議員階猛君提出国家賠償法に基づく求償権行使の事例に関する質問に対する答弁書」（内閣衆質二〇八第六九号 令和四年六月三日）https://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_shitsumon.nsf/html/shitsumon/b208069.htm

者) いないとするものである。他方、同月 17 日の同答弁は、決裁文書改ざん指示に代表される「一連の様々な問題行為」の場面では、佐川氏において「公務に起因して精神疾患による自死に至るような結果」が発生することへの「故意」はなかったとするものの、「重過失」の有無については正面から答えることなく、「前にも述べておりますけれども」が指示していると思われる 2 月 2 日の安全配慮義務に係る答弁で「代用」させている。

換言すれば、2 月 2 日の答弁は、専ら契約法上の債務不履行責任である安全配慮義務違反の問題に焦点を絞り、「雇用主」である国に「重大な過失」があるとは考えていないとするものである。また、同月 17 日の答弁は、国賠法 1 条 2 項の求償権に関し、質問は決裁文書の改ざん指示をした佐川氏を指名してのものであったが、「個々の職員」において、赤木俊夫氏の自死という結果を認容していたとは考え難いので、「故意」はなかったとするものである。しかし、「重過失」の有無については正面からの答弁を巧妙に回避しており、岸田首相の答弁には数多の欺瞞があるというべきである。

それでは、犯罪行為を教唆する佐川氏の指示そのものは「公務に起因して精神疾患による自死に至るような結果」との関連で「重過失」はなかったといえるのか。各種報道によると、佐川氏自身は 2018 年 3 月 27 日の衆参両院の証人喚問で、自らの刑事訴追の可能性を理由に 50 回以上証言を拒否している。警察、検察の取り調べ、懲戒処分、会計検査院への対応等、現場で犯罪の実行行為を強制される職員がどれほどの心労を抱えるのか、最悪の場合、自死を選ぶ職員が出ることを容易に認識できたと筆者は考えるが、少なくとも「重過失」があったことは明白であろう。事案の悪質性から、本来国は全額を佐川氏に求償すべき事案である（筆者の見解では、国は佐川氏の損害賠償義務を果たして「代位」する義務があるかについてはかなり疑わしく、全額認諾した国は佐川氏に対し不当利得返還請求権を持つことになるのではなかろうか。ただし、国には別途安全配慮義務違反による損害賠償義務はあるように思われるが）。

阿部教授は、次のように総括している。「求償制度が機能するのは、……組織から逸脱し、組織も非難するケースである。(改行)これに対し、求償する行政機関が、組織一体で違法行為を行い、裁判になっても、自らの組織防衛のために臭いものに蓋をし、公務員には過失はなかったと

して抗争していたのであるから、……敗訴した場合も急に手のひらを返すように公務員に重過失があったと主張することは、組織の論理として許されない。行政主体と公務員個人は同じ穴の貉である。」³³

五 公務員個人の対外的責任

1 総説

国賠法1条は、「加害公務員個人が直接被害者に対して負う賠償責任については明確な定めを置いていない。そこで国賠法1条が適用される場合に国家賠償責任とは別に公務員個人の賠償責任を求めるか否か、また責任を認めるとしてその要件が問題となる」³⁴ことになる。

潮見佳男教授は、公務員の個人責任に関し次のように述べている。「国家賠償法1条1項による責任を代位責任と捉えることと、個人責任否定説とが論理的に直結するものではない。」と述べ、注で「民法715条1項に基づく使用者の責任を代位責任と捉えつつ、民法709条に基づく被用者の責任も肯定されることから明らかである。逆に、自己責任説に立つからといって、このことだけを理由に公務員の個人責任を否定すべきであるということにも、直ちにはならない。」³⁵と説明している。事実、自己責任説に立つ行政法学者は、公務員の個人責任を国等の責任とは無関係と考え、肯定しているようである³⁶。もはや、両説に道具概念としての役割はないというべきであろう。

芝池義一教授は、「傾向的には、代位責任説を採る説においては公務員個人の責任は否定され」、「自己責任説を採る説においてはこの問題は肯

³³ 阿部泰隆「公務員の対外的賠償責任に関する試論的考察（三）」自治研究94巻4号34頁

³⁴ 宇賀克也・小幡純子編著『条解国家賠償法』（弘文堂、2019年）151頁（横田光平執筆）

³⁵ 潮見佳男・前掲注（25）122頁

³⁶ 今村成和教授は、「国の責任を、国に固有の帰責事由がある自己責任と考えるならば、国が責任を負担するということは、公務員個人の責任とは無関係なことだから、後者に対しては、民法709の規定に基づき賠償請求ができることになる……が、代位責任説に立てば、国が責任を代位するのだから、公務員個人の責任はないことになる。」と述べている。『行政法入門〔第4版〕』（有斐閣、1990年）188頁。南博方教授も同旨である（『行政法（第6版）』（有斐閣、2006年）214頁）。

定されている」と述べ、前者として、田中、古崎、塩野、宇賀を、後者として、今村、杉村、下山、室井を挙げている³⁷。

中原茂樹教授は、現在では、最判昭和 30 年 4 月 19 日（農地委員会解散命令事件）と「芦別事件（最判昭和 53・10・20……）」を引用して公務員の個人的責任を否定するパターンが定着しており、若干の例外（……）を除き、否定説を採る裁判所の立場は確固たるものとなっている³⁸と評している。本件大阪地裁判決も定石どおりである。

藤田宙靖教授は、ここでの論点を次のように整理している。従来の通説は、国賠法 1 条が採用したのは、国又は公共団体の「免責的代位責任」であるとの解釈の下、公務員個人の賠償責任を認めてこなかったが、近時様々な異論が出されていると述べる。第一に、理論的に、「代位責任」の観念と公務員個人の責任の有無とは必ずしも論理必然的に結び付くものではなく、「非免責的代位責任」という構成も不可能ではない。第二に、「公務員が直接訴えられることによる業務への萎縮効果」「『クレーマー』等による濫訴の弊害の可能性」を防ぐという（何よりの）メリットも、当該公務員の職種・業務内容等によっては、問題の存否（出方）も必ずしも均一ではないとし、「違法行為が、当該公務員が全く私利・私欲のために意図的に行ったことが明らかな、極めて非道なものであるような場合にまで、一律に被害者からの訴追を許さない理由は無いのではないか」（下線筆者）という疑問を提起している。「その他、国又は公共団体に対する賠償請求を認めるだけでは、訴訟遂行上の便宜等から、被害者の救済上不充分である等々の指摘もある。」と述べている³⁹。

本件訴訟の地裁判決の依拠する「目的論」は、藤田教授のいう「その他」の論点に関わり、高裁判決が依拠する「萎縮論」は、同教授のいう「第二」の論点に関わり、そして、中原教授等によって「否定説を採る裁判所の立場は確固たるものとなっている」と評される国賠法 1 条の基本的論理構造が、藤田教授のいう「第一」の論点に関わっているのである。

2 否定説の問題点

判例は、ほぼ一貫して、公務員個人の対外的責任を否定する「否定説」

³⁷ 芝池義一・前掲注（6）337 頁

³⁸ 中原茂樹『基本行政法〔第四版〕』（日本評論社、2024 年）469 頁

³⁹ 藤田宙靖『新版 行政法総論（下）』（青林書院、2020 年）201・202 頁

に立っている。その根拠として、後述するように、形式的なもの（①及び②）と実質的なもの（③から⑥まで）が挙げられてきた⁴⁰。その中で有力な根拠として、⑤損害賠償制度の目的論（＋③）と⑥公務員の萎縮論が挙げられる。本件事案でも、大阪地裁は⑤（＋③）を、大阪高裁は⑥を主たる根拠として判断している。

匿名コメントで「公務員個人の損害賠償責任を否定する理由について控訴人の主張に応答しつつ詳細に論じて」と評される大阪高裁判決を見ても分かるのとおり、否定説は法理論的根拠が極めて脆弱で、いわゆる「萎縮論」⁴¹を合理的に論破できれば、判例変更も可能ではなかろうかと「愚考」するほどである。

（１）否定説の論拠

次に、否定説の各論拠を外観する。

①国賠法 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、同条 2 項で加害公務員に対する求償権を定めていること（民法 715 条は「ある事業のために他人を使用する者は、…」と規定している。）、②国賠法の制定に応じて、公務員個人の責任を定めていた公証人法 6 条、戸籍法 4 条等の規定が法の附則で削除されたことは、現行法下では公務員個人の責任を否定する趣旨である。

③国等が賠償責任を負う場合には、被害者救済に欠けるところはないこと、④公務員に対する制裁又は監督手段としては、国等による求償（国賠法 1 条 2 項）、行政上の懲戒処分・刑事責任の追及等の方法があること、⑤被害者の報復感情を満足させるために公務員個人の責任を認めることは国家賠償制度の目的を逸脱すること⁴²、⑥公務員個人の責任を認める

⁴⁰ 植村栄治・前掲注（20）162・163 頁参照。

⁴¹ 津田智成准教授も、「公務員個人が対外的賠償責任を負わなくとも問題がないというような消極的なものではなく、まさに当該賠償責任の免責を積極的に根拠づけるものであ」り、「積極的根拠となりうるのは、この萎縮効果論のみだということになる。」と評している。「公務員の対外的賠償責任に関する試論的考察（二）」自治研究 93 卷 11 号 105～107 頁

⁴² 阿部泰隆教授は、否定説に対する反論として挙げられる「復讐心」・「報復感情」の満足という表現は不正確であり、「謝罪などによる被害感情の癒し」と考えられている（前掲注（33）26・27 頁）。民法学者の松本克美教授は、修復的正義論、関係的正義論の観点から考察を加えている。森友学園・佐川事件の原告の心情は、まさに松本教授の次の指摘で説明が可能であろう。「訴訟を提起することによって真

と、公務員を萎縮させ果敢な職務執行の障害となるおそれがあることが実質的理由である。

①の文理解釈については、本件高裁判決も「国又は公共団体のみが責任を負うという趣旨をうかがわせるものの、決定的な証拠とはいいい難い。」⁴³と判示するところである。②については、一様に民法の規定によらしめる趣旨と解することもできるとの反論が可能である⁴⁴。

植村英治教授は、最高裁は実質的には③被害者救済（藤田教授がいう「その他」の論点）を重視しているように思われるが、次の理由により、「被害者保護の観点からは公務員個人の責任を認めることに少なからぬ意義が存する」と述べる。すなわち、「被告たる国は、一般に、示談はもとより裁判上の和解に応じることも少ないのみならず、敗訴しても上訴して争うことが多いし、裁判費用の負担もほとんど考慮する必要がない。これに対し、公務員個人が被告となる場合には、例えば、刑事責任の軽減を期待して損害賠償に積極的に応じること等が考えられる。それ故、被害者保護の観点からは公務員個人の責任を認めることに少なからぬ意義が存するのである」⁴⁵。

相を解明し、誰の責任でそのような被害が発生したのか、どのようにすれば、被害は未然に防止できたのか、加害者は自ら行った行為の意味を理解し真摯に謝罪の意を表しているのかを裁判過程の中で社会とともに共有化することによって、……負の心情から脱して、その被害の回復に前向きに取り組み、また、その被害の意味を社会化し、二度と同じような被害を出さないために役立てたいという心情も含まれていると考えられる」。「単に私的制裁や報復感情の満足などといった〈私的恨み〉の次元の個人的問題、周辺の問題に還元されない、まさに現代社会における正義のあり方を問う」のが「修復的正義論」とされる（「公務員個人の対外的不法行為責任免責論の批判的検討——修復的正義論及び法心理的分析をふまえて」立命館法学 361 号 788～790 頁参照。）。

⁴³ 判例タイムズ 1527 号 76 頁

⁴⁴ 真柄久雄「公務員の不法行為責任」雄川一郎＝塩野宏＝園部逸夫編『現代行政法大系第 6 巻』（有斐閣、1983 年）189 頁、加藤一郎編『註釈民法 19 債権 10』（有斐閣、1965 年）415 頁以下（乾昭三執筆）参照。

⁴⁵ 植村・前掲注（20）163 頁。阿部泰隆教授は、「判決の形成過程なり訴訟の実態に着目すると」、③に依拠する否定説は、「空理空論である」と述べている（前掲注（33）22 頁）。筆者の北海道庁時代の経験から述べると、地方自治体が和解や認諾をする場合は議会の議決事項となり（地方自治法 96 条 1 項 12 号・13 号）、議会論議では公金支出の正当性が厳しく議論されるので、完全に敗訴が予想される場合以外は徹底的に「抗戦」することになる（全力主義というらしい）。仮に、公務員個人だけが

本件訴訟でも控訴人は同様の主張をしたが、高裁判決は次のように述べ、控訴人の主張は採用できないとした。「控訴人が主張するような、現実的困難性が仮に存在するとしても、飽くまで事実上かつ相対的なものにとどまるから、これを重視すべきとはいえない。また、控訴人の上記主張は、実質的に、公務員個人は国又は公共団体に比べて組織的対応等ができないため、訴訟の相手方としてくみしやすいというのと変わりがなく、それ自体が公務員に対する萎縮効果を生じさせかねないものである。」

なるほど、控訴人の主張を「逆手」にとる高裁判決の論理構築は一応可能であろう。しかしながら、問題は、判決が金科玉条的に依拠する⑥の「萎縮論」「萎縮効果」なるものは、果たして法的に有意義なものとして認められるのかということである。この点については、(3)で詳述する。

(2) 阿部泰隆教授の体系的デッサン

他方、阿部教授は、近時、次のように骨太の体系的デッサンを行っている。

①憲法 17 条により国家無責任の法理が放棄された今日、公権力の行使について、民法が適用されないという法理は存続していない。→②官吏個人の対外的責任を否定する戦前の判例が有効に存続しているわけではない。→③国賠法が明示しなければ、被害者は公務員に対し民法 709 条に基づいて請求するという実体法上の権利を有するはずである。→④公務員というだけの理由で被害者に対する直接請求を免れることを許容する理由はない⁴⁶。

以下、阿部教授の体系的デッサンについて検討する。

ア 立法者意思

①に関しては、③とも関係するが、最高裁が一貫して否定説を採用しつつ、その理由を詳らかにしていないのは、立法者意思が否定説だったことが挙げられている。宇賀教授は、国賠法「1 条は、公務員個人責任

被告の立場に立たされ、訴訟で適正な公務執行だったのが争われているときは、国又は公共団体が訴訟参加することになろう（民事訴訟法 42 条）。救済に値する公務員が孤立無援となることは想定しづらい。

⁴⁶ 阿部泰隆・前掲注 (2) 40 頁参照。

を否定するという趣旨で立法されたことが明確であり、そうである以上（それが違憲であれば別として）、その立法政策としての妥当性についてまで論ずる必要はないと考えたことによるのかもしれない。」⁴⁷と指摘している。判例は、憲法 17 条の解釈で、公務員の個人責任について、「許容説」を採っているとの前提であろう（三の 1 参照）。

芦別事件最高裁判決（昭和 53 年 10 月 20 日）の調査官解説は、「立案者は公務員個人の直接責任は否定する見解をとられていたようである。」として、注（21）で、国家賠償法研究会「我国及び諸外国の国家賠償制度の概観」法令解説資料総覧一二号一二〇頁（小沢発言）を参照している⁴⁸。

立法者意思の使い方に関しては、阿部泰隆教授の的確な批判がある。すなわち、「国会での議論や附帯決議などでも、それが一般に理解されている法律の意味を更に強化する程度であれば適切かと思われるが、法律の文言から読めないことを補充（創造）することは、民主主義にも法治国家にも反する。何人も、行動するときに、法律を見るときも、立法過程まで見て、その議論を正しく理解しているわけではないから、それは行動の準則にはならない。」⁴⁹法解釈において、立法者意思を確認的に用いることは是認されるが、創設的に用いることについては慎重さが要求されるのである。

イ 官吏個人の対外的責任を「肯定」する戦前の判例

官吏個人の対外的責任を否定する戦前の判例が有効に存続しているわけではないという、阿部教授の②の指摘は当然として、「終わりに」で触れるように、戦前においても、権限逸脱、権限濫用の場合、例外的に官吏個人の対外的責任を認める判例があったことが指摘されている。

ウ 憲法 17 条、29 条違反

③に関しては、国賠法が、国民が加害公務員に対して有する損害賠償請求権を剥奪する明示の規定を設けた場合、直ちに、憲法 17 条、29 条等

⁴⁷ 宇賀克也『国家補償法』（有斐閣、1997 年）94 頁。同「国家賠償法案の立法過程」小早川光郎・宇賀克也編著『塩野宏先生古稀記念 行政法の発展と変革 下巻』（有斐閣、2001 年）303 頁以下参照。

⁴⁸ 法曹会編『最高裁判例解説民事篇（昭和 53 年度）』（法曹会、1982 年）477・481 頁（篠田省二解説）

⁴⁹ 阿部泰隆『行政法再入門（上）〔第 2 版〕』（信山社、2016 年）57 頁

に違反する違憲の立法ではないかが問われる。そのことを明示の規定によることなく、既存の条文の「解釈」で行うということは問題外の所行ということになろう。

(3) 一般的萎縮論、濫訴の萎縮論の合理性

制限的肯定説を採る阿部教授は、(1)の否定説の論拠の⑥一般的萎縮論、濫訴の萎縮論の合理性について、次のように説明している。「公務員は職種によっては、適法違法ぎりぎりの判断を迫られることがあるとともに、民間被用者よりも恨みを買やすく、訴えられるリスクが少なくないことを考慮し、公務員の責任を限定する求償権制限の趣旨からも、公務員には軽過失の場合には対外的な責任はないと解すべきであろう」⁵⁰

思うに、「公務員が軽過失の場合、対外的な責任はない」と解する制限的肯定説を採用する場合、一般的萎縮論なるものはその歴史的使命を果たし費えることになるはずである。しかし、制限的肯定説に対しては、次のように、「濫訴の萎縮論」の懸念が指摘されているのである。

高裁判決は、否定説に立つ現在の最高裁判例を前提とすれば、被告となった公務員個人の「応訴負担は限定的なものにとどまるといえる。一方で、故意又は重過失がある場合や悪質な職務権限の濫用等がある場合

⁵⁰ 同・前掲注(2)43頁。阿部教授は、「萎縮論が妥当するのは、せいぜいは違法かどうか微妙な公務で、判断を間違えても軽過失に過ぎない場合だけではないか。」(前掲注(33)31頁)と疑問を呈し、「萎縮効果は、あるとしても、一般化せず、現場の公務員の緊急対応事案に限定して考えるべきである。」(同32頁)と述べている。鈴木秀洋教授は、一般の公務員の大多数は判例法理を知らないのが実情であるので(萎縮効はフィクション)、公務員の個人責任を肯定しても萎縮効果に変化はない旨の主張(検証)をしている(『国家賠償法における個人責任再考—国家賠償法1条の公務員の対外責任に関して』明治大学公共政策大学院ガバナンス研究7号106～108頁)。確かに、教師、外勤警察官、ケースワーカーなど、広い裁量の余地をもって対象者と接触しながら職務を執行する職員に係る事案については妥当する議論であると思われるものの、指揮監督を受けながら組織的決定を要する事案に関しては、関係職員のうち一人でも判例法理の認識がある場合は妥当しないことになろうか。否定説に立つ西埜章教授は、萎縮効果論の批判的検討は「それぞれ説得力のある議論を展開しており、納得しうるもので」とし、「否定説の論拠として萎縮効果論をあげる必要はないものと考えている。」とまで述べている(『国家賠償法コンメンタール第3版』(勁草書房、2020年)871頁)。

に限るなどの要件を加えたとしても、公務員個人の損害賠償責任を認めるということになれば、上記要件に該当することを主張した上で、公務員個人を被告として提起される損害賠償請求訴訟が増加することが予想されるし、……応訴負担が増大し、ひいては公務員に萎縮効果が生じるおそれも十分にあり得る」と述べている。

宇賀克也教授も、制限的肯定説に対し同様の懸念を示している。すなわち、「問題は、制限的であれ、公務員個人責任肯定説を採用すれば、故意重過失が本当にあったのか否かにかかわらず、その存在を主張して公務員個人を被告とした訴訟が多数提起されることは必然と思われる点にある。すなわち、故意重過失のある場合に責任を制限しても、原告がその存在を主張しさえすれば、公務員が訴訟の矢面に立たされることになる」と、公務員は絶えず、かかる訴訟リスクを念頭に置かなければならないから」、萎縮論の解決にはならないというのである⁵¹。

高裁判決や宇賀教授の懸念する（濫訴による）「応訴負担」、「訴訟リスク」とはいかなるものなのか、高裁判決が描く訴訟の実態論を以下に紹介する。

公務員を被告とする「訴訟においては、立証可能性は乏しくとも、当該公務員が自己の利益を図ったり相手に損害を加えたりするなどの不当な目的で職権を濫用したなどと主張されることも少なくないことは当裁判所に顕著である。……主張内容等に照らすと、法的知識の不足等によるものだけでなく、嫌がらせや逆恨み等によるものもあるし、特定の公務員を対象に同様の訴訟を繰り返し提起したり、当該事案に係る公務員に対して順次訴訟を提起したりするといったことも見られる。……上記訴訟が提起された場合、被告となった公務員個人は、必要に応じて自ら費用を負担して弁護士に委任するなどして応訴する必要があるが、仮に請求が棄却されても、弁護士費用の敗訴者負担制度や公費負担制度は存在せず、不当訴訟を理由とする損害賠償請求訴訟で勝訴することも

⁵¹ 宇賀克也・前掲注(3)486頁。大橋洋一教授も制限的肯定説に対して同様の懸念を示している（『行政法Ⅱ 現代行政救済論 [第4版]』（有斐閣、2021年）410頁）。津田智成准教授は、「単純な萎縮効果論の限界については……制限的肯定説……をとる論者により批判がなされてきたが、その反論として提示された濫訴による萎縮効果論に対してはほとんど批判が見られない。」との認識を示している（前掲注(10)114頁）。

容易ではないから、支出した弁護士費用を回収するのは困難なことも多いと考えられる。」と実情（病理）をリアルに述べている。

実は、筆者も 40 年近く前の自治体職員時代、宅地建物取引業法の監督業務を担当していたとき、病的クレーマー（カスハラ）の標的にされたことがあったので、上記「訴訟の実態論」「萎縮論」は理解できないわけではない。幸い筆者自身は訴えられることはなかったが、他の行政分野の職員（複数）は本人訴訟で訴えられ、大変な心労を抱えながら日常業務に当たっていた。本人訴訟の手書きの訴状はおよそ要領を得ないものであった。訴えることで相手に恐怖心を与え、威圧することだけが目的の場合もあるであろうが、場合によっては行政に要求をのませることが目的になっている場合もある（筆者の場合、クレーマーの目的は取引相手の宅建業者に対する監督処分を発動させることにあった。）。当該クレーマーの訴訟を担当していた裁判官（単独）が要領を得ない原告に「訴えられる立場にもなってください」と説諭したところ、そのことを根に持ったクレーマーは、当該裁判官が右陪席として担当する別事件を傍聴し、傍聴席から当該裁判官をにらみ付け「威圧」していた。

しかしながら、判決が述べる訴訟の実態論（病理）は、なにも公務員に限ったことではなく、観点が余りに偏頗^{へん}すぎるように思われる。近年、相手の言論や運動を威圧したり、嫌がらせや見せしめのためにする「スラップ訴訟」が多々見られるところであり、応訴負担を理由とする「萎縮論」は特段公務員の世界に限られるものとはいえない。潮見教授も指摘するように、公務員の公務執行に対してのみ萎縮論を主張し、公務員を優遇することに果たして合理性はあるのだろうか。私立学校教師は公務員でない（！）というだけで、また、国公立病院の医師は公務員であり、使用者の弁済能力に問題はないにもかかわらず（？）、民法不法行為法上の責任を問われる。

加えて、「公務員が訴訟の矢面に立たされることになる」という訴訟リスクの内情に関しても、広中俊雄教授の次の指摘は正鵠^{こく}を射ていると考える。すなわち、「加害行為をした公務員は、国または公共団体に対する賠償請求訴訟が提起されれば、彼に故意または重大な過失がなかった場合でも、彼が被告に加えられているかどうかにかかわらず、法廷で本人尋問あるいは証人尋問により供述を要求されるという大変な精神的負担を伴う立場に立たされるのが普通なのであって、こうした面から『公務員が公務の執行を躊躇する』こととなる蓋然性は、国家賠償制度につ

きまとうのである」(下線筆者)⁵²。

筆者の訴訟実務の経験からいうと、証人として宣誓し(偽証罪が適用される)、反対尋問で追及を受けるときの緊張感は並大抵のものではない(とりわけ神経が繊細な場合)。判例のように否定説を採用したとしても、公務員個人が被告になっているかいないかにかかわらず、法治国家として、国民の裁判を受ける権利(憲法 32 条)を保障しつつ国家賠償制度を設営する限りにおいて、(提訴による)「訴訟リスク」は不可避である。そして、訴訟追行上の公務員個人の物心両面の負担は、否定説と(制限的)肯定説を比較しても「五十歩百歩であり受認せざるを得ない」ということになるのではなかろうか(ただし、公務員個人のみが被告となっている場合は本人尋問が実施されない可能性が大であるが、最低限、答弁書で認否と法的主張をする必要がある。))。

畢竟するに、公務員の不法行為責任に関し、「萎縮論」「萎縮効果」なるものを唱え、国又は公共団体を防波堤にして、公務員の対外的な不法行為責任を不問に付し、訴訟の場面でも「優遇」することに合理性は認められない。所論は、国民・住民の福祉の増進を図るため、法治主義を日々実践している国又は公共団体の公務員を「責任無能力」視することになるのではないか。広中俊雄教授が指摘するように、「人間は、法の世界で、権利の主体であると同時に義務＝責任の主体でもありうる」。その市民社会に生きる一人の公務員が「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、「彼が民法による不法行為責任を負うことは」当然のことなのである。そして、国賠法 1 条 2 項を手がかりにして、軽過失の場合は「法律関係の簡明化のため民法の不法行為の規定を排除する解釈を構成する余地があるにすぎない」のである。公務員の「個人責任を肯定することが彼を個人あるいは人間として尊重することになる」という視点を取り入れることは、『個人ノ尊厳……ヲ旨トシテ』解釈をするように命じた民法一条ノ二(注:現 2 条)、憲法 13 条前段の「すべて国民は、個人として尊重される。」の要請にも

⁵² 広中俊雄「盗聴警察官の個人責任を考える視点」判例時報 1529 号 22 頁。西埜章教授は、「全面的肯定説の中には、……日本共産党幹部宅盗聴事件一審判決の評釈の中においてではあるが、警察官の個人責任を肯定することが警察官を個人あるいは人間として、尊重することになるとの視点から、次のように説くものがある。」として、広中教授の当該論稿を紹介している(前掲注(50) 866 頁)。

合し、「市民社会の法の原理的要請を視野に入れた議論」⁵³といえるのである。

塩野宏教授は、「自己責任説との関係からいえば、……公務員はその際は国という装置の一部なのだから、公務員の責任もそれに吸収されて、個人としては責任を負わないという結論がなじむ。」⁵⁴と解説している。これに対し、阿部教授は、「民間会社の社員も、その会社の組織の一部であるが、その責任は、使用者の責任に吸収されるという考え方はまったく採られていない」にもかかわらず、『「公務員は国という組織の一部であるから、公務員の責任もそれに吸収されて、個人としては責任を負わない」という特別の結論が、明文の規定なくして、なぜ導かれるのか、まったく理解できない。」⁵⁵と鋭く指摘している。

筆者は、広中俊雄教授の深遠な指摘を受け、次のように考えている。国賠法1条の議論において、「公務員の特殊性」を強調し、その適正な公務の執行を保護する「萎縮論」を根拠にする否定説が現実を果たしている機能は、公務員を「責任無能力」視することによって、国又は公共団体に包摂してしまうことにあるのではないか。そこでは、①法律の明文規定によることなく、②公務の萎縮を回避するという公的な目的を達成するため、公務員は個人として対外的責任を負わないとされる。一見すると公務員にとっては有利な内容で、それは国民の権利行使を制限するものとも捉えられようが、公務員を市民社会のメンバーシップとしての規制（一般権力関係）に服せしめることなく、「個人の尊厳」（憲法13条）にもとる措置が採られているという意味では、かつての「特別権力関係論」⁵⁶と共通し、その形を変えた復活ともいい得る。

⁵³ 同・前掲注（52）23頁

⁵⁴ 塩野宏『行政法Ⅱ〔第六版〕行政救済法』（有斐閣、2019年）353頁

⁵⁵ 阿部泰隆・前掲注（2）47頁

⁵⁶ 田中二郎博士は、その主な狙いを「特別の法律上の原因に基づいて一旦その関係が成立すると、法治主義の原則が排除され、いちいち、法律の規定によることなく、特定の公的な目的を達成するために必要な限度において、『特別権力』によって規律されうるものとするにであった。」（下線筆者）と説明していた（『新版 行政法上巻 全訂第2版』（弘文堂、1974年）90頁・91頁）。阿部教授は、現行の判例の下では、「公務員は治外法権並みに安全地帯にいる。そこで、公務員は安心して、組織的に違法行為を行うのである。」（下線筆者）と表現している（前掲注（33）28・29頁）。

森友学園・佐川事件の最高裁決定を受けて危惧することは、組織の決定に従っておけば、あるいは組織的に行動していれば、「個人の賠償責任」は問われないという「風潮」が強まり、法治主義が空洞化することである。他方、京都市交通局のバス運転手のように個人的に行動する場合は司法によって適切に保護されない。公務員には「個人として」組織から自立し、研修等によって自己研鑽を重ね、自律的に業務を遂行するという意識改革が必要なのである。

(4) 否定説を採用できない理由のまとめ

筆者は、解釈論上の根拠と実質的妥当性に関する次の五つの理由から「否定説」を採用することはできないと考えている。①日本は（ドイツと異なり）国又は公共団体が責任を負えば公務員はその責任を免責されるという法制度は採用していないこと、②明文の例外規定がなければ、原則規定である民法不法行為法が適用されること、③解釈の根拠として、いわゆる立法者意思を用いることは問題であること、④解釈の根拠として、「一般的萎縮論」「濫訴の萎縮論」を援用することは過剰反応であり、合理性は認められないこと、⑤公務員に、不法行為をしても免責される特権を与えることは、一見優遇しているように思えるが、「個人の尊厳の原則」（憲法 13 条）にもとり、また、違法行政に対する抑止効果がなくなり、法政策的にも妥当でないこと、である⁵⁷。

3 肯定説か制限的肯定説か

藤田宙靖教授は、『『議論のスタートラインは公務員の対外的賠償責任が“生じる”かどうかではなく、“免責される”かどうかにあるのであって、その免責を積極的に正当化しうる根拠がない限り元々存在していた民法 709 条に基づく公務員の対外的賠償責任あるいは被害者の損害賠償請求権が“残る”ことになるのである』という津田智成准教授の指摘が、まさに的を射たものであることになる』と指摘している⁵⁸。

津田准教授は、藤田教授が肯定的に紹介する論稿の「前提的理解」を次のように描いている。①「『代位責任説』の解釈によれば、国家賠償法一条一項に基づく国家賠償請求が成立するためには加害行為を行った公

⁵⁷ 阿部泰隆・前掲注 (2) 38 頁参照。

⁵⁸ 藤田宙靖・前掲注 (39) 204 頁

務員個人の被害者に対する民法七〇九条に基づく不法行為責任が成立していることが前提となる」→②「法理論上は、なぜ当該対外的賠償責任が免責され、同条に基づく被害者の損害賠償請求権を剥奪しうるのであるかを積極的に根拠づける必要がある」→③「もしそれができないのであれば原則に立ち返り当該対外的賠償責任が“残る”ことになる」⁵⁹

上記立論からは、2の否定説批判が「不発」に終わったとしても、否定説が肯定説・制限的肯定説に勝利したことを意味しない。

(1) 肯定説

潮見佳男教授は、個人責任否定説への疑問を次のように網羅的に指摘し、肯定説を支持する⁶⁰。

①国賠法1条1項による責任を国・公共団体の自己責任と捉えた場合には、これとは別個に公務員個人の民法709条に基づく損害賠償責任を肯定することに何ら困難はない。付言すれば、そのことは代位責任説の場合も同じである。

②私人の不法行為に関する民法715条の使用者責任では加害行為者自身も709条に基づき損害賠償責任を負わされるのに、国家賠償責任では公務員が被害者に対する直接責任を負わないというのでは権衡を失する(公務員個人の萎縮・公務の適正な遂行の妨げを強調し、また公共部門の特殊性を理由とするのは成り立たない。公務員優遇のための論理である。)。全く同感であるが、高裁判決は合理性の極めて疑わしい萎縮論に専ら依拠している。

③否定説が前提としているドイツ法的な有責性の意味での過失理解は、今日の民事過失論(客観的過失論)では、ほぼ克服されている。宇賀克也教授は、「違法な行政処分についての過失は、……個々の公務員の主観を基準としたものではなく、平均的公務員を基準として客観的に判断されるべきである。」⁶¹とする。

④求償権の制限は内部関係における求償制限(最終的負担部分の決定)に関するルールであって、対外的責任を拘束するものではない。

⑤軽過失があったにすぎない加害公務員が被害者に賠償した場合に

⁵⁹ 津田智成・前掲注(41)97頁。津田准教授は、「ここで問題となっているのは、国家賠償法に基づく民法七〇九条の適用制限規範の解釈である」としている(同頁)。

⁶⁰ 潮見佳男・前掲注(25)122・123頁

⁶¹ 宇賀克也・前掲注(3)474頁

は、この公務員から国・公共団体に対する逆求償の余地を残しておけばよい⁶²。思うに、加害公務員が国・公共団体と相被告の場合は、「両者が連帯して金※※※円を支払え」という判決主文になるので、「逆求償」の議論は基本的には公務員だけが被告のケースと訴訟外で問題となり得るものであろう。組織の一員である公務員が国又は公共団体に逆求償するという事態はなかなか想定できないこと（実効性）、公務員が被告に加わるかどうかなどで煩雑な処理になることから、後述する制限的肯定説に「分」があるように思われる。

⑥そもそも、故意・重過失ある加害公務員に対する求償が現実に機能しているとはいえないため、故意・重過失ある加害公務員に対する免責を認める結果となっている。

潮見教授の指摘する以上の諸点を考慮すれば、加害行為をした公務員の民法709条に基づく個人責任（損害賠償責任）を否定する理由は見出し難く、基本的に支持すべきものといえる。

津田准教授が主張し、藤田教授も支持するように、論証責任は公務員の個人責任を否定する側にあるのであって、肯定する側にあるのではない。国賠法1条1項は特別法として民法不法行為法の特例を定めているという前提に立つ限り、否定説の論証が成功しない限り、民法の原則に戻り、加害公務員は単独で、あるいは国又は公共団体と併存的責任（不真正連帯債務）を負うということになるのである。

（2） 制限的肯定説

大浜啓吉教授は、「国が賠償責任を負担することと公務員個人の責任とは別個の問題である。むしろ、公務員は適法に公務を遂行する義務があるにもかかわらず、自らの責任で違法に他人の権利を侵害したのであるから、個人的な賠償責任が生ずるのは当然のことといわなければならない。」「ドイツのように公務員の直接責任を明文で否定する立場を採用することは一つの方法である。しかし、このような免責的代位責任を採用することはあくまで立法政策としてであり、解釈論としては、「こうした条文のないわが国の国家賠償法の下では、原則に帰って公務員の賠

⁶² 田井義信教授は、逆求償について、「これを明確に認めた判例は下級審を含めて存在しない。しかし、学説では……認めるべきであるとするものがかなり多い。」と述べている。「求償」山田卓生編集代表・國岡和郎編集・前掲注（11）135頁

償責任を肯定すべきである。」(下線筆者)と明瞭に述べている。そして、国賠法1条2項の求償権とのバランスから、「故意又は重過失の場合と外形理論が適用になる場合に限って、直接責任を肯定すべきだと考える(制限肯定説)。」と述べる⁶³。

筆者も次の三つの理由から、国賠法の解釈としては制限的肯定説に優位性があり、妥当であると思料する。①現代の複雑高度化した行政運営と公務員は未知の領域にも果敢に職責を果たす必要があり、軽過失の場合でも対外的責任が問われることは酷であること、②国賠法1条2項の求償規定という実定法上の手がかりがあること、③肯定説がいう「逆求償」は理論上の可能性にとどまり、組織の一員である公務員にそれを求めることは、「実効性」が極めて低いこと。

その場合、公務員個人は、「軽過失」の場合、内部的にも外部的にも不法行為責任は問われないことになり、民法の特例としてその妥当性が問われることになる。その点、民法学者の鈴木禄弥教授は、国賠法1条2項に対応して、「公務員に故意または重過失がないかぎり、直接加害者たる公務員への被害者の直接の賠償請求も許されない(ただし、判例は、公務員個人はおおよそ責任を負わない、とする、……)。」⁶⁴と述べ、②を手掛かりに制限的肯定説を支持している。

近藤卓也准教授は、「国家賠償責任と公務員の個人的責任を択一的な関係でとらえる判例の立場からして、国家賠償法が当初想定されていたよりも拡張的に適用されれば、その分だけ後退を迫られる公務員の個人責任の領域で不都合が生じやすくなる。」と述べている。具体的には、①「公権力の行使」要件について、立法者意思である狭義説ではなく、広義

⁶³ 大浜啓吉『行政裁判法 行政法講義Ⅱ』(岩波書店、2011年)448頁。阿部教授は、「むしろ、故意、重過失で違法行為を行うことこそが公務の適切な運営を妨げるので、その責任を追及することこそが、公務の適切な運営を増進する」と常識論的に述べる(前掲注(33)23頁)。芝池教授は、「個人責任の制度を求償権の制度の機能不全を補完するものと見ると、その要件も「故意または重過失とする考えが穏当であろう。」と述べている(前掲注(6)338頁)。

⁶⁴ 鈴木禄弥『債権法講義 四訂版』(創文社、2001年)54頁。川井健教授も制限的肯定説が正しいとされる(『民法概論4(債権各論)』(有斐閣、2006年)445頁)。広中俊雄教授は、「この解釈は、損害補填の観点からは無用でも公権力の適正な行使の確保という観点から必要との判断に立脚したものといえよう。」と述べる(『債権各論講義〔第6版〕』(有斐閣、1994年)475頁)。

説が採用された結果、例えば、公立学校と私立学校とで教職員の個人的責任を追及できるか否かで不均衡が生じていること、②「職務を行うについて」の解釈として外形標準説が採用されたことで私利私欲による職権濫用行為についてまで加害公務員を対外的に免責するという、およそ受け入れ難い帰結に至っていることを指摘している（福岡地判昭和63年2月1日判タ658号252頁）。他方で、③本来的に公務員に対する制裁機能あるいは違法行為抑止機能を期待されていたはずの求償権は、実際にはほとんど行使されていない⁶⁵。

いずれにしても、国家賠償責任と公務員の個人的責任を択一的な関係でとらえる論理必然性は認められない。常識的に考えても、阿部泰隆教授が指摘するように、「故意による違法行為は、職務に関して行われているから公務であると同時に、民法709条の私人としての行為でもあると捉えれば（行為の2面性）、国家賠償と公務員個人の被害者への賠償責任の両方を認めることができる（フランス法の考え方、個人過失であっても同時に公役務の瑕疵になるという責任の競合なり重複、阿部・国家補償32頁）。」⁶⁶のである。

なお、宇賀克也教授が制限的肯定説に対し、「公務員は絶えず、かかる訴訟リスクを念頭に置かなければならないから」、萎縮論の解決にはならないという指摘をしていること、しかしながら、かかる訴訟リスクは、国家賠償制度を設営する限り避けることができないことについては、2の（3）で既述したとおりである。

4 権限濫用（限定）説

個人責任否定説に立つ場合でも、公務員がその私利私欲のために不法行為をした際に、外形標準説により国家賠償責任が認められる場面では、加害公務員個人の免責がそのまま認められるかどうかは疑問の余地があるとし、個人責任を認めるべきであるとする見解がある。

例えば塩野宏教授は、国賠法の通常の適用場面では、公務員個人は被害者には直接責任を負わないという最高裁判例の立場は、支持されるべきものとする。しかし他方、「外形標準説（……）」により、公務員がその私利私欲のために不法行為をした場合にも国家賠償を認めるように国家

⁶⁵ 近藤卓也「判批」別冊ジュリスト『行政判例百選Ⅱ [第8版]』469頁

⁶⁶ 阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』（有斐閣、2009年）440・441頁

賠償法が拡大適用されると、公務員個人免責がそのまま認められるかどうかは、疑問の余地がある。つまり、解釈により本来法が予定していた範囲よりも国家賠償の範囲が広がったのであるから、そのことからすると法が本来予定していたシステム（この場合には公務員の被害者に対する免責）が、そのままには働かなくなるという見方が成り立つ。⁶⁷と述べている。

植村栄治教授は、「公務員に職務執行の意思が全くないような場合には公務員を保護する必要はないのであって、公務員個人の責任を肯定しなければならない。かかる場合であっても公務員の行為が職務執行の外形を備えるときは国家賠償法1条1項が適用され国は賠償責任を負うとするのが判例であるが、かかる場合にまで、国が責任を負うからとの理由で公務員個人の責任を否定するのは全く不合理と言わなければならない」⁶⁸と述べ、注で、真柄久雄教授の現代行政法体系6巻193頁の記述を次のように引用している。「最高裁判決によっても、『故意の職権濫用』等の場合にはなお公務員個人の責任を肯定する余地があることを指摘している。（改行）確かに、最高裁が公務員個人の責任を否定した七件の事例の中には、故意の職権濫用に該当するような例が見いだされるわけではなく、職務執行の外形が存するに過ぎない場合にまで公務員個人の責任を否定するのが最高裁の立場であると言い切つてよいかには多分に疑問が残る。」

芝池義一教授も同様の指摘を行っている。「加害行為が悪質であり、もはや公務と評価できないときには（例えば強盗殺人行為）、本来は国家賠償法1条1項の適用はなく、この種の行為（国賠法適用外行為）については、民法709条により公務員の個人責任が認められることになるはずである」（下線筆者）として、東京高判昭和61年8月6日判例時報1200号42頁の警察官不当逮捕偽証工作事件をこのような判断をした判

⁶⁷ 塩野宏・前掲注（54）353・354頁。ただし、塩野教授は自らの立場を「権限濫用（限定）説」に分類されるべきものとは認識していないようである。

⁶⁸ 植村栄治・前掲注（20）163頁。他方、否定説に立つ小林正明判事は、「権限濫用等により職務行為と認められない場合には、国等の責任を否定して公務員の個人責任を肯定し、外形上なお職務行為と認められる場合には、国等の責任を肯定して公務員の個人責任を否定するのが論理的には一貫する。」と述べている（「公務員の個人責任」村重慶一編『裁判実務体系第18巻 国家賠償訴訟法』（青林書院、1987年）62頁）。

決として挙げる⁶⁹。上記判決は、犯罪捜査から公判廷までの一連の行為についても「職務上の行為」と「個人的な行為」に分けられると判示する。そして、警察官自身が捜査機関の取調べに対し虚偽の供述をし、かつ刑事裁判で偽証したことは、同人の警察官としての職務を行うについてした行為＝「職務上の行為」に該当しない「個人的な行為」なので、国賠法1条1項の責任はなく、民法七〇九条の損害賠償責任を負うとした。

続けて、同教授は、「ところが、悪質な行為についても国家賠償責任が肯定されることがある（代表例は、最判1956〔昭31〕・11・30である。……）。このとき個人責任がどうなるのかという問題があるが、一般的には個人責任否定説を採るとしても、この場合には本来は個人責任が認められるのであるから、国家賠償責任を認めるときにも、同時に上記のように個人責任をも認める余地があるのではないと思われる」（下線筆者）とし、雄川、塩野、兼子、宇賀、稲葉、大浜、中原、原田を同説として紹介している⁷⁰。

また、中原茂樹教授も「国賠法1条が適用される場合、加害者である公務員個人は被害者に対して賠償責任を負わないのが原則であるが……、被害者救済のために、外形標準説により同条の適用範囲が拡大された部分に関しては、公務の萎縮を防ぐという公務員個人の免責の趣旨が及ばないから、公務員個人も賠償責任を負うと解すべきである（塩野・行政法Ⅱ354）」（下線筆者）と述べ、最判昭和31年11月30日の警視庁巡査の管轄外での強盗殺人事件の事案では、被害者の遺族は、強盗殺人事件を惹起した警視庁の巡査に対しても賠償請求し得るとする⁷¹。

⁶⁹ 芝池義一・前掲注(6)339頁。警察官が不当逮捕等の事実を隠蔽するため、高校時代の友人を虚偽の目撃者に仕立てて、捜査機関に対する虚偽の供述、公判廷でも虚偽の証言をするように工作し、友人がそのとおり実施したが、被告人が刑事事件において偽証工作等の事実を立証したことにより、無罪の言渡しを受けた。無罪となった被告人が東京都、当該警察官及びその友人に対して損害賠償を求めた事案である。星野雅紀「公務員の個人責任」山田卓生編集代表・國冨和郎編集・前掲注(11)305～307頁参照。

⁷⁰ 同・前掲注(6)339頁。阿部泰隆教授は、権限濫用説を「単なる故意を超えて、権限を濫用して私利私欲を図ったなどの場合には、判例の否定説の射程範囲外として公務員個人の対外的責任が発生する」（下線筆者）と説明している（前掲注(2)37頁）。

⁷¹ 中原茂樹・前掲注(38)422頁

芝池教授は、否定説においても公務員の個人責任が問われる類型の「最大公約数」を次のように総括している。「個人責任の肯定説と否定説が対立するのは、故意・重過失の要件を充たし、かつ国賠法適用外行為というほどには悪質ではない行為についてであり、ごく限られた場面であることに注意をする必要がある。」⁷²

では、芝池教授のいう「国賠法が適用外になる悪質行為」（民法不法行為が適用され、公務員の個人責任が問われる。）のメルクマールは何か。これからの論述部分も包括して表現するなら、「私利私欲のためにした不法行為」（塩野宏）、「職務執行の意思が全くないような場合」（植村栄治）、「故意の職権濫用」（真柄久男）、「本来的な職務の目的のためではない行為」（阿部泰隆）などが挙げられる。これらは、いずれも佐川氏の決裁文書等の改ざん指示の性格を表すものといえ、結果、否定説を採用する判例の立場でも、佐川氏の個人責任を問わなければならないという理路をたどるべきものである。

植村栄治教授は、「公務員個人の責任を否定することの正当性は、公務員を賠償請求から保護することによって円滑な公務執行の実現を図る点に求めるほかはない」と理解するならば、「公務員の行為が保護に値しない場合には公務員個人の責任を肯定するのが当然の帰結である」⁷³と述べている。このような「比較考量」の考えに基づく原告の主張に対し、地裁判決は、「違法行為の抑止や権限濫用の防止の必要性」は「我が国の

⁷² 室井力・芝池義一・浜川清編著『コンメンタール行政法Ⅱ【第2版】行政事件訴訟法・国家賠償法』（日本評論社、2006年）550頁（芝池義一執筆）。芝池・前掲注（6）340頁は、「故意重過失説に即して説明すると」という補足を付した上で同様の記述を行っている。津田智成准教授も「全面的肯定説を除けば、いずれの説をとっても公務員の対外的賠償責任が認められるのは極めて例外的かつ限定的な場合のみであり、その差異は相対的なものにすぎない。」としている（前掲注（10）123頁）。もっとも、こうした理解に対しては、九州靖国訴訟に係る福岡地判昭和63年2月1日判例タイムズ658号252頁は、「公務員がその職務を行なうにつき（その行為が客観的に職務遂行の外形をそなえていれば足りる）、故意又は過失により違法に他人に損害を与えた場合には、……」（下線筆者）と判示し、外形標準説が適用されるような事例についても公務員の対外的賠償責任を否定するのが最高裁の確立した判例となっていると解しているように見える裁判例も存在する。津田智成・前掲注（10）121頁、星野雅紀「公務員の個人責任」山田卓生編集代表・國圀和郎編集・前掲注（11）309頁参照。

⁷³ 植村栄治・前掲注（20）163頁

不法行為に基づく損害賠償制度の目的とはいえない」との独自の見解に立ち、「比較考量」を峻拒し、佐川被告の個人責任を否定している。これでは、高裁判決が否定説の拠り所とする「萎縮論」なるものは実態のない砂上の楼閣と化すのではないのか。

5 本件事案について

芝池教授らの認識では、公務員の加害行為が故意重過失要件を充たすにとどまらず、さらに進んで特別に悪質なものである場合（例えば強盗殺人行為）には、「当然に」民法 709 条により公務員の個人責任が認められることになる。しかし、今回の最高裁判決は、そのような場合においても、公務員個人の責任を否定するものであることを、躊躇することなく判示したことになる。反対意見を書いた宇賀克也裁判官を除いては、裁判官として悩み苦しんだ形跡は見られない。

阿部教授は、次のような理論的可能性を指摘している。「組織内部の命令は狭義説でいう公権力ではないと解することも可能である。そうであれば、佐川氏の行為はそもそも、国家賠償法の適用を受けず、民法の不法行為の問題となり、佐川氏を被告とする損害賠償請求訴訟は民法七〇九条に基づいて実体審理されなければならない。」⁷⁴

筆者は、本件の場合、国の国賠法上の責任を追及することは難しいのではないかと考えている。先ず、阿部教授がその可能性を指摘するように、そもそも「公権力の行使」には該当しないと考える筋道がありそうである。仮に「公権力の行使」に該当するとしても、後述するように信賴法理の適用事例ではないように思われる。

阿部教授は、本筋の議論では、本件事案では国の賠償責任と佐川氏個人の賠償責任が併存するとし、次のように述べている。「佐川氏の改ざん指示は、公務員の職務上の行為にとどまるものではない。これは職務行為の外形を有するので、国が賠償責任を負担するのは当然であるが、職務外の（職務として許容すべからざる）完全に私人としての行為であるから、個人の違法行為であることを免れない。」（下線筆者）⁷⁵

筆者は、次に述べるように、本件事案において外形理論を適用するこ

⁷⁴ 阿部泰隆・前掲注 (11) 21 頁。ただし、同教授は、「以下は、この説が妥当しないとの仮定の下で検討する。」として論を進めている（同頁）。

⁷⁵ 同・前掲注 (2) 38 頁

とは困難ではないかと考えている。

(1) 職務行為関連性と外形理論

警視庁巡査の強盗殺人事件（最判昭和31年11月30日民集10巻11号1502頁）では、警察官の正当な職務遂行行為であるとの被害者の「信頼」を保護するために、取引行為の不法行為のための理論である「外形標準説」「外形理論」を採用して、東京都の国賠責任を認めた。

山田健吾教授は、警視庁巡査の強盗殺人事件に関し、「『公務員』の加害行為が、職権を濫用して行われた場合、職務権限を逸脱している場合や職務遂行そのものではない場合でも、本件最高裁によれば、当該行為が『客観的に職務遂行の外形をそなえる行為』であれば職務関連行為に該当する。」⁷⁶と述べている。ただし、その場合でも国又は公共団体が無条件で国賠責任を負うわけではない。宇賀克也教授は、「実際には職務として行われたものではなくても、職務の外形を備えている場合に職務行為関連性を認めるのが外形標準説である。」と述べ、同事件に関し、「この事例においては、当該警察官が、制服制帽を着用しており、拳銃も携帯していたからこそ、相手方も信頼して、金銭等を預けたと考えられるので、外形標準説を適用する地盤は存在しないわけではなかった。他の条件が全く同一と仮定して、この事件において、当該警察官が、職務質問を装わず、いきなり射殺したとすれば、外形標準説を適用することは困難となろう。」（下線筆者）⁷⁷と述べている。

もっとも、調査官解説は、巡査の行為は違法な公権力の行使であるが、「巡査が容疑者に対し不審尋問をし、その所持品を検査し、これを連行し、その金品を証拠品として預り所持する行為は、警察官に許された適法な職務行為と見るべきものであり、……巡査の行為を客観的に観察するときは、行為の外形上一応適法な職務執行行為があると見ることができ。」と述べ、「拳銃発射の行為も、警察官が一般に拳銃を所持しており必要ある場合その使用が許されているのみでなく、前記一連の行為と密

⁷⁶ 山田健吾「判批」別冊ジュリスト「行政判例百選Ⅱ〔第8版〕」459頁

⁷⁷ 宇賀克也・前掲注(3)446・447頁。潮見教授も「ここで外形標準説を説くのであれば、事実行為を対象とし、かつ、『職務行為である』との外形に対する信頼が問題とされているという意味で捉えなければならない。」と述べている（前掲注(25)96頁）。芝池教授は、「外形主義の他の事例への拡張適用は、考えにくい。」とする（前掲注(6)304頁）。

接不可分の関係にあつて、社会観念上はこれをあわせて一個の行為と見
得るものである」とし、「行為の客観面」を強調している⁷⁸。

本件事案では、佐川被告の決裁文書改ざん指示を「正当な職務遂行行為」であると信賴して、それに従った者は誰一人いまい。外形理論は、「客観的外形」に対する相手方の信賴を保護しようとする理論であるから、相手方に悪意・重大な過失があった場合には、使用者（国）に対してその損害の賠償を請求することができないはずである（最判昭和 42 年 11 月 2 日民集 21 卷 9 号 2278 頁）⁷⁹。極論すれば、国賠法 1 条の適用において、佐川被告の不法行為責任を国が代位すべき「前提」を欠いているともいえ——財務大臣の国会答弁（四の 2 参照）では、雇用主の債務不履行責任である「安全配慮義務」違反の観点を強調しているようであるが——被告国が行った進行協議期日での全額認諾の国賠法上の法的根拠もかなり怪しくなってくるのではなからうか。

もっとも、雄川一郎教授は、「公務員がその職務の執行に関係のない全くの個人的行為によつて第三者に損害を蒙らせた場合」も「その行為が外形上職務の執行と区別し得ず、そのために被害者がその公務員の行為を職務行為と同視してこれに服従することを余儀なくされるような場合は、行政主体の責任を生ずることがある（筆者注：昭和 31 年 11 月 30 日民集 10 卷 11 号 1502 頁）。そのような場合は、両者の責任は競合すると考えられる。」（下線筆者）⁸⁰と述べている。佐川氏は、保身に加えて（自らが考える）組織防衛のため、職務の執行に藉口して決裁文書の改ざんを指示したのであり、「職務の執行に関係のない全くの個人的行為」と評価される余地がある。その上で、赤木氏らが「服従することを余儀なくされ」たのは、正当な職務行為だと「信賴」したからではなく、業務命令として無理矢理「強制」されたからである。そのような場合にも国が国賠法 1 条の責任を負い、「両者の責任は競合する」というのが雄川教授の論旨であろうか。

⁷⁸ 法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇昭和三十一年度』（法曹会、1968 年）217 頁（大場茂行解説）

⁷⁹ 川井健『民法案内 13 事務管理・不当利得・不法行為』（勁草書房、2014 年）88・89 頁

⁸⁰ 雄川一郎「行政上の損害賠償」田中二郎・原龍之介・柳瀬良幹編『行政法講座第 3 卷』（有斐閣、1965 年）26 頁

(2) 佐川氏の名誉と「特別権力関係論」

津田智成准教授は、大阪地裁判決に対して、「本件改ざん等については、それが組織的になされている点など、實際上、Y氏個人に責任を負わせることを裁判官に躊躇させる事情があることは確かであるとしても、財務省自身も、その行為が重大であり、Y氏がその方向性を決定づけたことを認めていることなどに鑑みると、理論的には、従来の判例の射程が本件には及ばないと解する余地もある（基本的に公務員の対外的賠償責任を否定する立場をとる宇賀克也教授〔現・最高裁判所判事〕も、判例の射程が明確でないことや、例外的にそれが肯定されうる場合があることを指摘している……）。」⁸¹と述べていた。

佐川事件は明らかに、財務省理財局長という「行政機関」の地位にある「公務員」佐川宣寿氏の個人犯罪である。佐川氏は部下の報告に対し、自らの地位・職責では判断できる事項ではないと判断し、上司である事務次官クラスまで判断を仰ぐこともできたであろう。しかし、彼は自らの「名誉」を守るために「敢えて」そうしなかった。彼は、上司を悪事に巻き込み、迷惑を掛けたくないという「組織防衛」の義務感も勿論あったであろう。また、このレベルの判断は「局長」の職責の範囲内であり、安易に上司に話をあげることは自らの「能力不足」「調整不足」を露呈することにもなると判断をしたのであろう。佐川氏は、今回の悪事の全ての責任を、理財局長の地位にある公務員として引き受ける覚悟をしたのである。数多の法治主義の理解に欠ける事案に事欠かない政権のもと

⁸¹ 津田智成「国家賠償制度の役割―森友公文書改ざん国家賠償訴訟」法学教室 505号 29頁。同准教授は、「実際に問題となりうる故意による加害行為、例えば、警察官による拷問や証拠の捏造、全く必要性が認められない暴行、あるいは上級機関による公文書偽造や盗聴行為等の犯罪行為の指揮・命令等を想起したとき、かかる行為について免責を認めてもおお濫訴による萎縮効果論が通用しうるとの解釈にはわかに是認しがたい。」（下線筆者）と指摘していた（前掲注（10）123頁）。また、同准教授は、筆者下線部分に関してフランス法では、上級機関の地位にある公務員は「いかなる命令を受けることなく自身のイニシアチブにより右命令を行ったとして個人的フォートが認定される」のに対し、指揮・命令に従った公務員は、故意による犯罪行為という重大なフォートを構成するものであっても、「個人的な利益を追求したものではな」く、「また職務の執行の中で役務において付与された手段に基づいて行われたことものである」「ことを考慮することによって個人的フォートの認定」は否定されることを紹介している（「公務員の対外的賠償責任に関する説論的考察（四）」自治研究 94 巻 2 号 113・114 頁）。

で、局長まで出世した佐川氏ではあるが（後に論功行賞で国税庁長官に栄達することになる。）、この時期、なぜ、この種のクレイジー案件に自分が巻き込まなければならないのかという恨み節も言いたくなかったであろう⁸²。しかし、ほぼ同時期、他省庁の同じ「局長」級の役職にありながら官僚として筋を通し、時の政権から「左遷」された人物もいたのである⁸³。

広中俊雄教授の指摘を踏まえるなら、理財局長として「職責」を全うした佐川氏を「責任無能力」視し、国の庇護の下に置くのではなく（形を変えた「特別権力関係論」）、彼個人の損害賠償責任を認めてやること、彼を市民社会の自立・自律した構成員として遇し、その名誉を守ることになると思料する。

佐川事件は、加害行為の悪質性から、個人責任の肯定説と否定説が対立する事案ではなく、否定説においても個人責任が追及される権限濫用（限定）型の事案ということになる⁸⁴。百歩譲って判例変更が適わないと

⁸² 最高裁決定を受けて、赤木雅子さんが出したコメントの中に、次のような印象的な件（くだり）があった。（政権の犠牲になった？）「佐川さんは気の毒だと思います。でも、本当のことを話して欲しいと思っています。佐川さんに対する訴訟はこれで終わりですが、佐川さんが本当のことを話してくれるように、私は働きかけを続けたいと思います。」2025年3月31日付け日本中学生新聞（前掲注（16））

⁸³ 総務省の大臣官房審議官だった平嶋彰英氏（立教大学特任教授）は、2014年、菅義偉官房長官からふるさと納税に関し、「自治体に寄附する上限額の倍増などを指示され」たが、「自治体から寄附者への返礼品が高額化し、競争が過熱する懸念があった」ので、「総務省通知と法律で一定の歯止めをかける提案をし」たが、菅長官は「通知のみでいい」と述べた。「その8カ月後に、自治大学校校長に異例の転出とな」った。2020年9月11日付け朝日新聞 Web. <https://www.asahi.com/articles/ASN9C3HB9N97UPQJ009.html> 40年以上前の話になるが、平嶋氏は旧自治省採用後北海道庁に出向され、道庁職員有志の自主的勉強会である「行政法研究会」の「顧問」を引き受けていただき、指導を受けたことが思い出される。

⁸⁴ 神奈川県警の警察官による日本共産党幹部宅盗聴事件に係る東京地判平成6年9月6日判例時報521号40頁は、公務の「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お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

しても、「状況の中で彼が考える最善の形で職責を全うした」佐川氏の名譽を守るためにも、「事例判例」⁸⁵として彼個人の賠償責任を認める判断をすべきであったと考える。

(3) 権限濫用（限定）説と「本来的な職務の目的」

阿部泰隆教授は、本件と前掲日本共産党幹部宅盗聴事件の異同を次のように指摘している。盗聴事件では、「警察官は、故意に違法行為を行っているので、制限的肯定説の立場からすると、公務員の免責は当然許されないということになるが、その違法行為は、あくまで本来的な職務の目的のため（犯罪の嫌疑を明らかにするため）に行われているため、権限濫用説を採れば免責される可能性がある。これに対して、本件の佐川氏の行為は、本来的な職務の目的のために行われたものではない。」ここで、「本来的な職務の目的」とは、「国会議員からの確認等を受けて、本来は、応接録の存否を確認した上で、残っている応接録があるならば、求めに応じて提出し、その場合に生じ得た一つ一つの質問に対して丁寧に答弁していくべきであった。」とする財務省の調査報告書（平成 30 年 6 月 4 日）を指している⁸⁶。

この文脈でいうと、決裁文書が十全ではないので、佐川氏が、国会審議の充実を期し、より詳細・正確にすべく、「改ざん」を指示した場合は、日本共産党幹部宅盗聴事件判決の射程が及び、個人責任を問われない可能性が高い。他方、「文書が公開されて安倍政権を揺るがすことになり、

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。」と判示している。しかし、控訴審の東京高判平成 9 年 6 月 26 日判例時報 1617 号 35 頁は、「国家賠償制度は、……加害者個人に対する制裁等を目的とするものではない」として、警察官の賠償責任を否定した（確定）。

⁸⁵ 法理判例が一般法理を示し法律と同等の規範性が認められるのに対し、事例判例は、当該事例と同様の事情があった場合に初めて適用される法理を明らかにするものである。畑佳秀「民事判例の『実践的』読み方について——判決文等の形式面から読み取れること——」東京大学法科大学院ローレビュー Vol.13（2018.11）46 頁参照。

⁸⁶ 阿部泰隆・前掲注（12）21・22 頁。ここでの「本来的な職務の目的」というメルクマールは、高校教師の懲戒権行使の逸脱事例について教師個人の損害賠償責任を否定した最判昭和 52 年 10 月 25 日を援用する大阪高裁判決に対する批判となり得る（二の 2 の（1）参照）。

ひいては自分の責任が問われることを回避しよう」として、改ざん指示が行われた場合には、判決の射程が及ばず、佐川氏の個人責任が問われることになる。

阿部教授は次のように結論づける。「本件は、共産党幹部宅盗聴事件とは異なり、過去の判例の射程が故意による不法行為にまで及ぶと解したとしても、判例変更の必要なく佐川氏の免責が否定されることになる。」⁸⁷「本件では、政権の意向を忖度して行ったので、たぶん政権の庇護の下に責任を否定してもらえだろうと期待し、違法行為を白昼堂々と故意に行ったのである。公務員に対外的個人責任があれば、これは萎縮した可能性が高い。その方が国民主権国家・法治国家における正しい法の運用である。」⁸⁸

終わりに

真柄久雄教授は、「判例が、『故意の職権濫用』という旧憲法下での『職務外』不法行為理論（もっとも、それは国家無責任法制下でのせめてもの被害者救済の拡張という実践的意図・性格をもって主張・承認されたことではあったが）すら捨て去ってしまったかにおもわれる点は、問題である。国は、そのような『著しい逸脱行為』をも予想しうべき組織体として、自己責任を負うべきであるといえても、その故に公務員自身の免責が認められるかどうかはまた別問題である。少なくとも公務員の『故意の職権濫用』の場合には、これを『職務外』の行為として公務員自身の直接責任を認めるべきであり、それが同時に『職務を行うについて』加えた損害であるとして国の賠償責任が認められるという場合には、両者の責任の競合を認めるべきである。そして、このことは、最高裁判決によっても、必ずしもはっきりと否定されているとばかりはいえないようにおもわれる。」⁸⁹と述べていた。

⁸⁷ 同・前掲注（12）22頁

⁸⁸ 同・前掲注（33）32頁

⁸⁹ 真柄久雄・前掲注（44）193・194頁。阿部泰隆教授も「戦前の判例でも、職務外の行為、また、形式上職務行為に属しても職権を濫用し故意に他人の私権を侵害する場合には、もはや官吏の行為ではなく、私人として賠償責任を負う。」と指摘している（前掲注（2）52頁）。今村成和博士も「職務外の行為に付ては勿論、形式上職務行為に属するものに付ても、職権を濫用し故意に他人の私権を侵害する場合に

この真柄教授の指摘は、およそ40年前のものであり、しかも、権威ある有斐閣の『現代行政法体系』に収められているものである。各審級の裁判官はそれさえ意に返さないほど「超然」としているのであろうか。国賠法制定に際し、民法不法行為法の改正は行われていない。どのような法理論によって、旧憲法下でも一部認められていた国民の公務員に対する損害賠償請求権という財産権を剥奪することができるのであろうか。およそ根拠なり説明のない最高裁判例を漫然と「墨守」する先例踏襲判決に如何ほどの意義があるのであろうか。

阿部泰隆教授は、日本の法制度とその運用の病理として、「先例病」を挙げている。「上告人が判例をいくら批判しても、最高裁は、これこれは当裁判所の先例とするところであるとして、先例の妥当性を示すことなく、問答無用である（処分性、原告適格など無数）。それどころか、下級審は、本件は先例とは異なるとしていくら説明しても、先例を拡張解釈して相手にしないことが多い。」というのである。「判例の射程範囲については種々議論がある……が、昔特定の事件を念頭において忙しい間に当事者の主張を見て判断したものである……から、『最高』裁判事とはいえ、神ならぬ人間には将来を見通した一般法理を創造することなどできるわけがないので、できるだけ狭く解釈すべきであり、裁判官には、不合理な先例を克服する工夫こそが求められるのである。」⁹⁰

真柄教授は40年以上前に、「否定説をとる判例の立場は確定しており、しかも、それによって被害者救済の範囲が狭められるというわけでもないのであるから、今後、余程のことがない限り、判例の大幅な変更ということはまず考えられない。」⁹¹と述べていた。筆者には、森友学園・佐川事件は「判例の大幅な変更」を促す「余程のこと」に該当する事案に思われ⁹²、判例変更の絶好のチャンスであったにもかかわらず、裁判官

は、最早官吏としての行為でなく、私人の行為なることを理由として官吏の賠償責任を肯定するのが例であった」と指摘している（『国家補償法』（有斐閣、1957年）46・47頁）。

⁹⁰ 阿部泰隆・前掲注（49）16・17頁

⁹¹ 真柄久雄・前掲注（44）193頁

⁹² 阿部教授は、「本件は、前代未聞の組織的文書改ざんであり、その動機は、森友学園への廉価売却という違法行為の疑惑追及を免れるため（財務省『調査報告書』二六頁もこれを認める。さらには安倍元首相へ責任追及の手が及ばないようにするため）であろう」と述べている（前掲注（12）16頁）。

(裁判所)⁹³の勇気と覚悟の無さで時機を逸してしまったと考える。「判例の大幅な変更」は無理としても、「事例判例」という手法で個人責任を認める判断もあり得たのではないか。丁寧な阿部泰隆意見書が書証として控訴審の段階で出されていたにもかかわらず、十分に考慮されることなく、結論ありきで従来の公式に漫然とあてはめ(先例病)、仲間内で落ち着きの良い「無難な」結論を出してしまったといえる⁹⁴。

本稿執筆中に、「1000円着服→退職金1200万円不支給は適法 市バス元運転手の敗訴確定」というニュース⁹⁵に接し、怒りが湧いた。記事によると、京都市バスの元運転の男性(58)は、2022年2月、乗客から受け取った1000円札を運賃として処理する精算機に納めず、制服のポケットに入れて着服。市交通局が業務点検でドライブレコーダを確認して発覚した。最高裁第1小法廷(堺徹裁判長)は、公金の着服は重大な非違行為で、1人で乗務する運転手には運賃の適正な取扱いが強く求められると指摘。着服でバス事業に対する信頼は大きく損なわれるとし、1993年から約29年間の勤務に見合う1200万円の退職金全額を不支給とした処分に「裁量権の逸脱はない」と結論づけた。23年7月の京都地裁判決も不支給を適法としたが、筆者には、着服金額が少額で、被害弁償もされていることから、懲戒免職は適法としつつ、退職金には給与の後払いや生活保障の側面もあり、全額不支給は社会通念上妥当性を欠くとして、処分を取り消した24年2月の大阪高裁判決の方が真っ当な人間の下した判決に思える。最高裁の判断は、形式論を絵に描いたものであり、最高裁の5人の裁判官はこれまでの人生の中で拾得物を領得したり、友人

⁹³ 阿部教授は、「憲法原理に沿って、行政から独立して正義を実現する裁判所」と表現している(前掲注(12)16頁)。

⁹⁴ 阿部教授は、大阪高裁判決に対し、「私見に対して十分に反論しているとは感じられず、その論拠には全く納得できない。政権にあまりにもすり寄って、司法権の独立を放棄し、民主主義、法治主義に反する判断だと思う。」と述懐している(前掲注(12)24頁)。

⁹⁵ 毎日新聞 2025年4月17日 Web など。<https://mainichi.jp/articles/20250417/k00/00m/040/337000c> 因みに佐川氏は、平成30年3月9日、3か月間20%の減給処分を受け、依願退職したが、その後、停職3か月の懲戒処分に相当するものと判断され、退職手当から相当額を減額された。その場合でも、4500万円ほどの退職金を手にしている(はずである)。2018年6月5日付け日刊スポーツ新聞 Web <https://www.nikkansports.com/general/nikkan/news/201806050000144.html>

国家賠償責任の性格と公務員個人の対外的責任 ― 森友学園・佐川事件を素材に
から借りた書籍などを返却しそびれた経験は皆無なのであろうか。森友
学園・佐川事件の判断と通底する司法の「冷酷さ」を感じる。二つの判
決は、市井の人の痛みが分からないという点で共通している。

