

第10章 国家賠償訴訟

設問

中国人 X は、1974年、中国東北部の川で、浚渫船の機関手として、浚渫作業をしていたところ、旧日本軍が遺棄した化学兵器（イペリット）を引き揚げてしまい、手などがびらんし、今も深刻な後遺症を負っている。

なお、日中両国は、1972年に、日中共同声明を表明し、国交を正常化させ、1999年には、化学兵器禁止条約に基づく日中間の覚書により、旧日本軍の遺棄した化学兵器を廃棄し、無害化处理する合意をしている。遺棄化学兵器処理事業は、内閣府が所管しているが、遺棄化学兵器による被害に関しては何ら法令の定めはない。1974年事故当時は中国には国家賠償法はなかったが、現在では制定されている。

X は、1996年、国に対する損害賠償請求の訴えを起こした。

X の国に対する損害賠償請求は認められるか。

I 問題の所在

本件事案はあまり知られていないが、旧日本軍が製造していた化学兵器により、戦後、一般市民が日常生活の中で凄惨な被害を受けている。日本国内および中国で起き、将来もおそらく被害は続くと思われている。

旧日本軍は、戦前、海軍は神奈川県寒川の新相模海軍工廠で、陸軍は広島県の大久野島で大量に化学兵器を製造した。陸軍の大久野島で製造された化学兵器は、福岡県の曽根という工兵所で砲弾に充填され、中国等のアジア諸国

に配備された。とりわけ、対ソ防衛ということから、中国東北部に大量に配備された。

化学兵器に関する資料は終戦時焼却などされたため、資料はあまり残っていないが、不十分な資料によっても、少なくとも、旧日本軍は、約8,000トン近くの化学兵器を製造していた。約8,000トンの化学兵器は国内外に配備されたわけだが、現時点で発見され処理された化学兵器はごくわずかしかなので、日本国内と中国を中心に約8,000トン近くの化学兵器が戦後60年を経た今でもまだ地中や川、海中にある。戦後、こうした地中や川、海中にある化学兵器によって国内外で一般市民が日常生活の中で深刻な被害を受けるケースが続いている。

最近の例では、2003年、茨城県の神栖町で井戸水の中にジフェニールアルシン酸という毒ガス剤が混入し、その井戸水を飲んでいた住民が被害にあい、赤ちゃんが脳性麻痺になるなど深刻な被害をもたらしている。その毒ガス剤は、旧日本軍のものだと推定されている。

また、2002年、神奈川県寒川にある海軍の毒ガス工場の跡地で、高速道路の工事をしていた作業員が、イペリット被害にあう事件も起こっている。作業中に煙が出てきたが、作業を2、3日継続したところ、作業服に毒ガス（イペリット）が付着し、皮膚がびらんし、呼吸器障害等の症状を呈する被害を受け、作業員12人が入院するという事件が起こった。イペリットガスの入ったビール瓶が地中に埋められており、工事作業中に地中に埋まっていたビール瓶が割れ、被害が起こった。歴史研究者によれば、連合軍の本土上陸に対抗するために、鉄などの資材に不足していた旧日本軍が、イペリットをビール瓶に詰め、兵器として使用しようとしたと推定できるとのことである。

中国でも、2003年8月4日、旧日本軍の遺棄した毒ガス（イペリット）のために、チチハルで子供たちを含む多数の市民が被害を受け、1人死亡し、43名が入院するという事件が起きた。

チチハルには、516部隊という日本軍の化学兵器部隊がいたが、その地区から、毒ガス（イペリット）の液体の入ったドラム缶が5缶、団地の建築工

事現場から出てきた。このドラム缶に毒ガスの液体が入っているなど思いもよらずに、建築工事現場で作業をしていた多数の作業員が被害を受け、そのドラム缶を運んだりした多数の廃品業者が被害を受け、さらに、毒ガスが混入した土が整地のために中学校の運動場や民家の庭に運ばれたが、そこで遊んでいた子供たちが被害を受けた。

化学兵器に関しては、戦争の惨禍、とりわけ非人道的兵器である化学兵器が人類に残した消し去り得ない傷跡に反省し、1993年1月13日、パリで「化学兵器の開発、生産、貯蔵及び使用の禁止並びに廃棄に関する条約」（化学兵器禁止条約）が作成された。日本は同日署名し、1995年9月15日批准した。中国は、1997年4月25日批准した。同年4月29日、同条約が発効した。

化学兵器禁止条約1条3項により、日本は、旧日本軍が中国国内に遺棄したすべての化学兵器（遺棄化学兵器）を廃棄する義務を負っている。同条約4条6項により、廃棄の期限は同条約発効から10年後の2007年4月である。

そして、同条約の「実施及び検証に関する附属書」（検証附属書）第4部(B)15項により、日本は、「遺棄化学兵器の廃棄のため、すべての必要な資金、技術、専門家、施設その他の資源を提供する」ものとされている。

日中両政府は、化学兵器禁止条約に基づき、1999年7月30日、「中国における日本の遺棄化学兵器の廃棄に関する覚書」（99年覚書）を交わした。

同覚書の中で、日本は「旧日本軍のものであると既に確認され、及び今後確認される化学兵器」の廃棄を行うこと、そのための「すべての必要な資金、技術、専門家、施設及びその他の資源を提供する」ことを約束した（同覚書1項、2項）。

そして、「廃棄の過程で万一事故が発生した場合」に日本は「必要な補償を与えるため（日中）双方が満足する措置をとる」旨を約束した（同5項）。

化学兵器禁止条約および日中間の99年覚書に基づき、日本は遺棄化学兵器処理事業を実施している。

これは、中国国内の遺棄化学兵器（日本側推定で30万～40万発、中国側推定で200万発）を探查、発掘、回収し、不可逆的に無害化するという事業で、

数千億円規模の予算が投じられる内閣府所管の一大国家プロジェクトである。

しかし、一般の中国市民が日常生活の中で受けた凄惨な被害に対する補償や医療ケアは、何ら講じられていないし、もちろん、法令の定めもない。

国家賠償訴訟によって、中国の遺棄化学兵器による被害者たちを救済する途を開くことができるかが問われている。

II 判例

1 2つの判決

旧日本軍が遺棄した化学兵器による被害に基づき、中国の被害者たちが国を被告として損害賠償請求の訴えを起こした裁判が2つある。第1次訴訟と第2次訴訟である。2つの裁判の事件は、いずれも、旧日本軍が遺棄した化学兵器により、戦後、中国の一般市民が日常生活をしている中で深刻な被害にあった事件である。

日本軍毒ガス・砲弾遺棄被害賠償請求事件第1次訴訟は、原告らの被告国に対する1億9,998万円の損害賠償請求に対し、1億8,998万円を認容する判決を言い渡した（以下「9・29判決」という。東京地判平成15・9・29判時1843号90頁）。

事案の概要は、旧日本軍が日中戦争中に持ち込んだ毒ガス兵器や砲弾を終戦前後に遺棄・隠匿し、日本国がその後もこれを放置していたために、1974年、1982年、1995年に中国東北部でその毒ガス兵器や砲弾による事故が発生したが、その被害者ら（死亡者の遺族と負傷者本人）が日本国に対し損害賠償を求めた、というものである。

この事件は、1996年12月9日、13名（遺棄毒ガス負傷者6名、遺棄毒ガス死亡者の遺族1名、砲弾負傷者1名、砲弾死亡者の遺族5名）が提訴し、被害者1人につき2,000万円を請求した。判決は、毒ガスによる負傷者と砲弾の死亡者については請求全額を認容し、砲弾の負傷者については2,000万円の請求

に対し1,000万円を認容した。

他方、日本軍毒ガス・砲弾遺棄被害賠償請求事件第2次訴訟は、結果を回避する可能性がなかったという理由で原告らの請求を棄却する判決を言い渡していた（以下「5・15判決」という。東京地判平成15・5・15判例集未掲載）。この事件は、1997年10月16日、5名（遺棄毒ガス負傷者4名、砲弾負傷者1名）が提訴し、被害者1人につき2,000万円（ただし、2人については1,000万円）を請求した。判決は、中国政府に遺棄毒ガス兵器の回収を依頼しても、また、情報を提供しても中国政府の対応如何で効果が左右されることを理由に結果回避可能性を否定して請求を棄却した。砲弾による被害者については、日本政府に予見可能性がないとして請求を棄却した。

2 法律上の争点

本設問の法律上の争点は、①公務員の作為義務は法令によって規定されていなければならないか、②条理に基づく作為義務の要件、③予見可能性について、④結果回避可能性について、⑤事故が発生した時点で中国に国家賠償法はなかったし、成立した国家賠償法も慰謝料が認められていないが、相互保証の要件を満たすか（国家賠償法6条）、⑥不法行為から20年を経過しているので、除斥期間の経過により損害賠償請求権が消滅している（国家賠償法4条、民法724条後段）か、⑦原告らが主張する損害賠償請求権は、日華平和条約11条、サンフランシスコ平和条約14条(b)、日中共同声明5項により放棄されているか（請求権放棄）、⑧国家賠償法2条1項に基づく請求が認められるか、である。

3 2つの判決の判断

(1) 公務員の作為義務は法令によって規定されていなければならないか
被告国は、不作為が国家賠償法上違法と評価されるためには、特定の公務員が作為義務に違反することが必要であり、そのような作為義務が認められるためには、その前提として、その公務員にその行為を行いうる権限が認め

られる必要があり、原告らは、具体的な公務員ないし行政機関が、いかなる法律上の権限に基づき、法律上いかなる具体的作為義務を負っているのかを特定していないと主張した。

しかし、5・15判決、9・29判決のいずれも、公務員の作為義務が法令によって規定されていない場合にあっても、条理に基づきこれを行うことが義務づけられるとして、被告国の主張を排斥した。

5・15判決は、その実質的理由として、「公務員による違法な先行行為によって危険な状態が作出されているにもかかわらず、国家がその状態を解消する義務を公務員に負わせる法令を制定しないような場合に作為義務が発生する余地がないとすることは、法令を制定さえしなければすべて許されるというに等しい」ことを挙げている。

9・29判決は、「本件の毒ガス兵器や砲弾の遺棄は、国の公権力の行使として実行されたものであり、これによって人の生命や身体に対する危険な状態を作り出したものである。このような先行行為があるにもかかわらず、公務員の職務上の義務を定めた根拠規定がないという理由で、国にはその危険な状態を解消するための作為義務はないと考えることは、正義、公平にかなうものではない」と本件事案との関係で作為義務が法令によって定めることを不要としている。

(2) 条理に基づく作為義務の要件

原告らは、いずれの訴訟においても、被害を防止するための作為義務の具体的内容として、1つは、毒ガス兵器を回収する義務、2つは、情報を日本国内で収集して、遺棄・隠匿した場所の特定とか、どんな毒ガス兵器がどのあたりに配備されているか、駐屯地はどこなのか、そういったあらゆる情報を中国政府に伝える情報提供義務の存在を主張した。

5・15判決、9・29判決いずれにおいても、作為義務の要件について、①生命・身体に対する差し迫った危険性の存在、②予見可能性、③結果回避可能性の3つの要件を定立している。ただ、5・15判決は、先行行為の存在自体を要件としてあげており、4つの要件としている。9・29判決は、3つの要

件しか上げていない。その3要件の前提として、9・29判決は、国が積極的に危険を察知しているということ、その危険を除去するにあたっての情報について国が独占していて、国が最も知りうる立場にあったということ、この2つをあげて、作為が強く期待される立場にあったということを強調し、そのうえで、したがって、条理上、以下の3つの要件があれば作為義務が認められるという論法をしている。すなわち、単に先行行為のあるなしを要件に掲げるといっただけではなく、危険を形成した者は危険を除去しなければならないという考え方を取っているのではないかと思われる。危険をつくり出した責任というところになりに着目した作為義務論を展開している。

(3) 予見可能性について

予見可能性が抽象的では足りず具体的でなければならないとするのは、判例・学説とも一致している。

具体的予見可能性について、5・15判決、9・29判決のいずれも肯定している。いずれの判決も、具体的にどこに毒ガスが埋まっているというところまでの予見は求めていない。

いずれの判決も、具体的予見可能性の根拠として、旧日本軍の部隊が事件の発生した場所の近くに駐屯していたことをあげている。

どの程度の具体的予見可能性が必要かにつき、5・15判決は、「問題は、先行行為により生じた危険性についてそれが現実化するのを阻止すべき義務を負わせることができるか否かを論定するための前提としてどの程度の具体性を要求するかということであるから、先行行為の危険性とそれが現実化する因果の基本的な経過につき予見可能性が必要であり、かつ、それで足りるというべきである」とし、「本件においては、先に認定したとおり、中国に遺棄した毒ガス兵器の有する危険性が現実化するに至る基本的な経過に係る予見可能性は肯認できる」とした。9・29判決は、「結果発生についての予見可能性は、作為義務の発生の要件として考えるのであるから、現実には発生した事故につき、その時期、場所、被害の態様などまで具体的に予見できたことを必要とするものではない。先行行為によって作り出された危険性につき、

その危険が現実化して結果が発生するのを防止するために、一定の作為義務を負わせることができる程度に具体的な予見ができれば足りる」とした。

第1次訴訟も第2次訴訟も、毒ガス被害者だけでなく通常砲弾による被害者も原告になっているが、通常砲弾による被害者に対する判断は、9・29判決と5・15判決の結論は異なった。5・15判決は、通常兵器である砲弾による被害者原告については、具体的予見可能性を否定したが、9・29判決は、毒ガス被害者だけでなく、通常砲弾の被害者についても具体的予見可能性を認め、請求を認容した。9・29判決は、「日本軍が終戦時に弾薬倉庫を使用していた地域では、その付近に砲弾が残存していて、その砲弾の爆発により住民らの生命や身体に危険を及ぼす結果が発生することを予見することは、可能であったということが出来る」とした。「日本軍が終戦時に弾薬倉庫を使用していた地域」ということが具体的予見可能性を肯定する重要な根拠となっている。

(4) 結果回避可能性について

結果回避可能性については、9・29判決は肯定し、5・15判決は否定した。勝敗の分かれ目となったのが、結果回避可能性の存否の論点である。

5・15判決は、回収措置について、①我が国の主権が及ばない中国国内において、被告国が毒ガス兵器の回収活動を行うことは著しく困難であったこと、②中国政府は、毒ガス兵器の危険性をを認知しながら、自らの行政措置により対処してきたものと考えられ、このような中国政府の対応に照らせば、被告国が担当者を中国に派遣し、同国内において自ら回収活動をすることは著しく困難であったこと、③被告が回収・保管を依頼したとしても、これを行うか否かは中国政府の判断に委ねられるから、被告国がそのようなことを行うことが本件各事件の発生を回避するにあって有効な手段であったとは言えないこと、④毒ガス兵器を実際に回収することによって結果の発生を回避するためには、本件各事件に係るそれを除去しなければならず、その前提としては具体的な所在場所についてまで把握していなければならないことをあげ、回収措置による結果回避可能性を否定した。

調査・情報伝達措置については、①被告国が中国国内で調査活動を行うことは国家主権との関係で制限があること、②調査によっても毒ガス兵器が存在する場所をすべて把握できたわけではなく、被告国が調査を行うことが本件事件の発生を回避するために有効な手段であったとは言えないこと、③遺棄場所、毒ガス兵器の形状、大きさ、危険性、対処方法、治療方法等の周知について、被告国が自ら行うことには制限があり、中国政府を通じて行うとしても、中国政府の判断が介在することからすれば、その有効性の面で不確定な要素が多いことを挙げ、調査・情報伝達措置による結果回避可能性を否定した。

9・29判決は、5・15判決を踏まえたうえで、①我が国の主権が及ばない中国国内において、毒ガス兵器や砲弾の回収や調査のような行為はできないという被告国の主張を排斥した。その理由として、第1に、被害が生じるのを防止するためには、日本軍が終戦時にどこに駐屯し、どこに弾薬倉庫を有していて、毒ガス兵器や砲弾をどのように遺棄したのかという具体的な情報を取得する必要があるが、その情報を取得できる可能性が最も高いのも、被告国であり、被害発生の防止のために、可能な限りの措置をとることが強く期待される立場にあったこと、第2に、実際に、終戦時における日本軍の部隊の配置や毒ガス兵器の配備状況、弾薬倉庫の場所、毒ガス兵器や砲弾の遺棄状況、各兵器の特徴や処理方法などについて可能な限りの情報を収集したうえで、中国政府に対し、遺棄兵器に関する調査や回収の申出をすることは可能であったこと、第3に、少なくとも、遺棄された毒ガス兵器や砲弾が存在する可能性が高い場所、実際に配備されていた兵器の形状や性質、その処理方法などの情報を提供し、中国政府に被害発生の防止のための措置を委ねることは可能であったことを挙げた。

また、中国政府に提供したうえで調査が実施されていれば、事故の発生を回避できた可能性はあったことを挙げ、できるだけ多くの場所で、できるだけ発見されにくい方法で遺棄隠匿し、関係の書類も焼却して、それで年月が経てば、遺棄兵器の存在する場所を具体的に把握することができなくなって、

結果回避の可能性がなくなり、作為義務が認められなくなるという考え方は採用できないという結論づけている。

(5) 相互保証について

5・15判決は、相互保証（国家賠償法6条）について論じていない。

9・29判決は、相互保証主義を採用した趣旨が日本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がないという公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とし、中華人民共和国国家賠償法2条1項、33条1項により外国人の国家賠償が認められていること、相互保証の程度についても、中国の裁判例では精神的被害に対する金銭賠償が肯定されていることから、相互保証の存在を認めた。

(6) 除斥期間の適用制限について

5・15判決は、結果回避可能性を否定して請求を棄却しており、除斥期間の適用制限については論じていない。

9・29判決は、次の理由で除斥期間の適用を制限した。

「本件においては、除斥期間の対象とされるのは国家賠償法上の請求権であって、その効果を受けるのは除斥期間の制度を創設した被告自身である。ところが、被告が行った行為は、国際法的に禁止されていた毒ガス兵器を中国に配備して使用していた旧日本軍が、国際的非難を避けるためポツダム宣言にも違反して、終戦前後に組織的にそれを遺棄隠匿したという違法な行為につき、戦後になっても被害の発生を防止するための情報収集や中国への情報提供をせず、1972年に中国との国交が回復された後も積極的な対応をしないで遺棄された毒ガス兵器を放置していたというものである。その行為には、わずかの正当性も認めることができない。

他方、原告ら中国の国民は、1986年2月に中華人民共和国公民出国入国管理法が施行されるまでは、私事で出国することは制度的に不可能であった。それにもかかわらず20年が経過したということだけで権利行使を許さないと

することは衡平を欠く。

これらの事情を総合すると、本件において被告が除斥期間の適用によって損害賠償義務を免れるという利益を受けることは、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適うというべきである」とした。

(7) 請求権放棄について

5・15判決は、被告国の請求権放棄の主張が一審の結審間近に行われたことから時期に遅れた防御方法だということで却下した。

他方、9・29判決は、却下はしなかったが、被告国の請求権放棄の主張を排斥した。被告国は、「戦争の遂行中に日本国及びその国民がとった行動から生じた中国及びその国民の請求権」(サン・フランシスコ平和条約14条(b)は中華人民共和国によって放棄されていると主張するが、本件で問題としているのは、日中共同声明(1972年)以降)の、それぞれの事故発生時までの継続的な不作為であるが、この不作為は、戦争の遂行中の行動ではないから、これによって生じた原告らの請求権は放棄されていないとした。

(8) 国家賠償法2条1項に基づく請求について

原告らは、いずれの訴訟についても、国家賠償法2条に基づく請求を行った。国家賠償法1条に基づく請求と国家賠償法2条に基づく請求は選択的關係とした。

国家賠償法2条の要件である「公の営造物」には動産も該当し、判例では、拳銃の暴発や警察犬が危害を加えたケースなどで「公の営造物」に該当するとしている。したがって、毒ガス兵器も「公の営造物」に該当するというのが原告側の主張である。

5・15判決は、外国に持ち込み、遺棄したまま放置されているという状態は、被告の用に供されているとみることはできないから「公の営造物」に該当せず、被告が事実上であっても管理しているとは言えないから「管理」の要件を欠くとした。5・15判決は、「公の営造物」に毒ガス兵器が該当することについては論じていないが、該当することを前提として論じているように思われる。

9・29判決は、国家賠償法1条の請求を認めているので、国家賠償法2条1項の請求については論じていない。

III 救済方法

私人が違法な行政活動によって損害を被った場合、その救済手段には2種類のものがある。1つは、その違法な行政活動を取り除くものであり、行政事件訴訟法が定めている取消訴訟と民事訴訟としての差止請求である。もう1つの手段は、私人が被った損害を金銭により填補するもの、すなわち損害賠償である。国家賠償法と民法に基づく損害賠償請求が考えられる。取消訴訟の要件はかなり厳しく判断されている現状の下で、行政訴訟制度による救済は有効に機能していない。被害者にとって、国家賠償制度は、最後の権利救済の手段というべきものである。

国家賠償法の適用範囲は、「公権力の行使」の意義をどう解するかにかかわる。

①命令、強制等の伝統的な権力作用とする説(狭義説)、②国または公共団体の作用のうち純粋な私経済的作用と国家賠償法2条の対象である営造物の設置管理作用を除くすべての作用とする説(広義説)、③純粋な私経済的作用も含める説(最広義説)がある。判例・通説は、行政指導や国公立学校における教育も「公権力の行使」に当たるとしており、広義説をとっている。この問題は、国家賠償法と民法上の損害賠償制度の守備範囲の問題であり、救済に資するかどうかとは関係しない。

国賠法が適用されることが最も多いのは、国・公共団体の行政権の行使により生じた損害の賠償が問題となる場合である。事件数は少ないが、立法権や司法権の行使により生じた損害についても国賠法が適用される。

国家賠償制度は、被害者の損害を填補する機能、つまり被害者救済機能を有しているとともに、国・公共団体の活動の非違を追及する機能、すなわち、過去の非違に対する制裁的機能ひいては将来における公務執行の適正を担保

し違法行為を防止する機能（適法性統制機能）をもっている。

さらに、国家賠償訴訟制度は、行政訴訟を補完する機能を有している。現在の裁判実務においては、行政訴訟なかでも取消訴訟の要件はかなり厳格に判断されており、このため行政訴訟制度による被害者の救済は必ずしも有効ではないのが現状である。そこで、被害者としては、いわば最後の権利救済の手段として、国家賠償制度を利用することになる。この意味で、現在の実務上、国家賠償制度は、行政訴訟制度の機能不全を補完する役割をもっているといえる（室井力・芝池義一・浜川清編『行政事件訴訟法・国家賠償法』396頁）。

加えて、国家賠償制度は、裁判を契機として、行政・立法に政策形成を行わせ抜本的な解決を図ることにもつながる。本事例のケースも、既に被害者が多数発生していること、将来被害の発生が継続するであろうことを考えると、政策形成がなければ抜本的解決とならない。国家賠償訴訟制度は、こうした抜本的解決を促す貴重な手段なのである。

国家賠償訴訟による救済としては、国家賠償法1条1項に基づく請求と国家賠償法2条1項に基づく請求がある。

本事例の救済としては、①化学兵器の遺棄行為を不法行為とみて損害賠償請求をなすこと、②遺棄行為を先行行為として作為義務違反が成立していることとみて、損害賠償請求をなすことが考えられ、損害賠償請求の根拠としては、国家賠償法1条1項と同法2条1項が考えられる。本事例では、不法行為から20年間を経過すると損害賠償請求権は消滅するという、いわゆる除斥期間の壁があるので、作為義務違反に基づく損害賠償請求を位置づけるのが、救済手段としては合理的である。

IV 憲法・行政法上の問題点

1 国家賠償法1条1項の要件

本事例の救済手段として、国家賠償法1条1項に基づく損害賠償請求が問題となる。

国家賠償法1条1項は、公務員の不法行為に基づく国または公共団体の責任を定めている。

要件は、①「国又は公共団体」の、②「公権力の行使」に当たる、③「公務員」が、④「その職務を行うについて」、⑤「故意又は過失」によって、⑥「違法」に、⑦他人に「損害」を加えることである。

本事例は、国の不作為が問題となるが、不作為が②「公権力の行使」に当たることについては争いがない。

公権力性が認められれば、その帰属主体が①「国又は公共団体」に当たるということになるのが一般である。

公権力性が認められれば、当該公権力を行使する者が③「公務員」とみなされることになる。ここでいう「公務員」は、公務員個人でなくともよい。組織としての行政主体の公務運営上の欠陥を過失とする組織的過失の考え方を判例も採用している。集団予防接種禍訴訟で厚生大臣の過失を認めた判決（東京高判平成4・12・18高民集45巻3号212頁）がある。また、たとえば、個々の国会議員の故意過失を問題にする必要はなく、国会自体の故意過失を論ずるをもって足る。

本事例のように、国の作為義務を法令で定めていないケースにおいても、条理に基づく国の作為義務を認めることはでき、作為義務の主体となる機関が「公務員」とみなされることになる。加害公務員を特定することが困難な場合には、加害公務員を特定する必要がない（最判昭和57・4・1民集36巻4号519頁）。

④「その職務を行うについて」の意義は、加害行為が職務として行われていなくても、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（外形標準説、最判昭和31・11・30民集10巻11号1502頁）ことにある。通常は、公権力性が認められれば職務行為関連性も認められることになる。

⑤「過失」は客観的注意義務違反と捉えられ、注意義務の内容は、標準的・平均的な公務員の能力が基準となる。判例は組織的過失を広く認めている。過失の有無の判断は、直接の加害公務員にとどまらず、当該権限の行使に関する職務執行の体制全体についてなされる（組織的過失）。

違法性と過失は、本来異なる観念であるが、過失が客観的な注意義務違反と解されることによって、一元的判断がなされることがある。過失または違法性のいずれかが存在すれば国家賠償責任が認められることがある。学校事故のようなケースでは、過失一元的判断がなされる（最判昭和62・2・6）。規制権限の不行使の場合には、不作為の違法の判断の中で予見可能性、結果回避可能性が検討され、違法一元的判断がなされることになる。

2 国家賠償法1条1項の「違法」の意義

不法行為法と同様、①被侵害法益の観点から違法性を認定する説（結果不法説）、②侵害行為の態様の観点から違法性を認定する説（行為不法説）、③侵害行為の態様と被侵害利益の双方を勘案する説（相関関係説）がある。行為不法説には、④公権力発動要件が欠けていることを違法とする説（公権力発動要件欠如説）、⑤公務員として職務上尽くすべき注意義務を怠ったことを違法とする説（職務行為基準説）がある。

結果不法説、職務行為基準説、相関関係説は、取消訴訟における違法と国家賠償法上の違法を異なるものととらえる（違法性相対説）。とりわけ、結果不法説、相関関係説は、国家賠償法上の請求を認めて救済範囲を拡大する傾向があり、国家賠償法上の違法を取消訴訟における違法より広く捉える。

公権力発動要件欠如説は、取消訴訟における違法と国家賠償法上の違法を同視する（違法性同一説）。

判例は、職務行為基準説を採用した。最判昭和57・3・12（民集36巻3号329頁）は、「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行使したもの認めうるような特別の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。訴訟法上の違法があったとしても、これにより直ちに国家賠償法上違法とは言えず、裁判官がその職務上の義務に違背した場合に初めて国家賠償法上の違法となるとしたのである。国家賠償法上の違法を限定する立場ということができる。

立法行為に関しても、最判昭和60・11・21（民集39巻7号1512頁）は、「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」とし、職務行為基準説を採用した。この事案は、在宅投票制度を廃止して復活しなかった行為（立法の不作為）が国家賠償法上違法かが争われたが、最高裁判決は、憲法には在宅投票制度の設置を積極的に命ずる明文の規定がないこと、憲法47条は投票の方法その他選挙に関する事項の具体的決定を原則として立法府である国会の裁量的権限に任せるものであることを指摘し、立法不作為の違法を否定した。

しかし、最大判平成17・9・14（判例集未掲載）は、「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」と判示し、立法の内容または立法不作為が憲法の規定に明白に違反する場合、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、国家賠償法上の違法と評価しうるとしており、従来の職務行為基準説に比し、結果を重視し違法性をより広く捉えているといえることができる。

なお、行政処分の国家賠償法上の違法については、判例は、公権力発動要件欠如説を採用する傾向がある（最判平成16・1・15民集58巻1号226頁など）。

3 本設問と規制権限不行使

不作為事案の典型である規制権限不行使の事案について考えてみる。規制権限を行使するか否かは、行政や立法の裁量に委ねられる。この考えによれば、規制権限を行使しなかったとしても、その不作為は違法とは言えないということになる。これが裁量論である。しかし、企業が薬害や公害により国民の生命や健康を害するとき、国が規制権限を行使して国民の生命や健康を守ることは当然である。規制権限の不行使が違法と評価される場合はあり得る。裁量論を克服する理論として、①裁量が一定の場合にはゼロに収縮して作為義務を生ずるとする理論（裁量権収縮理論）、②裁量が認められている場合にも不作為が裁量権の逸脱、濫用に当たるときには違法とする理論（裁量権濫用論）などがある。

重要なのは、いかなる場合に規制権限の不行使が違法となるかである。規制権限の不行使の違法を判断する際に考慮すべき要素として、①被侵害利益（重大な法益侵害の危険性があること）、②予見可能性（その予見が可能であること）、③結果回避可能性（その結果の回避が可能であること）、④期待可能性（権限の行使が期待できること）があげられる。

たとえば、薬害訴訟については、当時の医学的・薬学的知見のレベルからみて予見可能性や結果回避可能性が認められるかが問題となるケースが多い。最判平成7・6・23（民集49巻6号1600頁）は、当時のクロロキン網膜症に関

する医学的、薬学的知見の下では、クロロキン製剤の有用性が否定されるまでには至っていなかったものといえることができ、権限の不行使が著しく合理性を欠くとは認められないとした。

問題は、本事例を規制権限不行使の事案と考えてよいかである。

たとえば薬害等の作為義務論というのは規制権限行使の問題、つまり、薬剤を製造・販売する企業の活動の自由が基本にあって、それに対して国が国民の利益と安全を守るために、企業に対してその活動を規制できるかどうかの問題である。だから、規制権限を行使しないことが裁量を逸脱しているかどうかが問題となるわけである。

これに対して、設問の事案は、国自身が加害者であり、危険を作出しているという意味で、国は加害当事者的立場にある。いわば、公害問題で言えば、本件事案の国は、公害を流出している企業と同じ立場である。国自身が危険を作出しているのだから、国以外の誰かを守るべき利益はどこにもなく、したがって、国の裁量の働く余地はないのではないか。とりわけ、化学兵器という国際法上違反の非人道的兵器を製造し遺棄した行為が先行行為になっている本事例では、国に被害防止のためのより強い作為が期待されており、予見可能性、結果回避可能性の要件は緩和されると考えるべきであろう。

また、本事例の特徴は、被侵害利益が生命、健康という重大な法益という点である。このように重大な法益が侵害されているケースにおいても予見可能性、結果回避可能性の要件は緩和されると考えるべきである。

V 論点に関する公正な基準

①被侵害利益（重大な法益侵害の危険性があること）、②予見可能性（その予見が可能であること）、③結果回避可能性（その結果の回避が可能であること）、④期待可能性（権限の行使が期待できること）についての判断は、機械的になされるべきでなく、憲法17条および国家賠償法制定の趣旨を踏まえ、被害者救済機能、適法性統制機能、行政訴訟補完機能がよりよく生かされる判断が

なされるべきである。そのためには、個々独立に要件の充足を判断すべきでなく、それぞれの要素を相互に密接に関連しているものにとらえ、違法性は総合的に判断されるべきである。被侵害利益が生命、身体など重要なものであれば、予見可能性は相当程度の危険の蓋然性で足り、このような場合には権限の行使が要請されると考えるべきである。被侵害利益がそれほど重要でなければ、予見可能性はより具体性が必要となると考えるべきである。結果回避可能性についても、法益が重大で、危険が切迫しており、他に適切な救済方法がなく期待可能性が高い場合には、権限の行使に多少の困難があっても、結果回避可能性を肯定すべきと言うべきである（宇賀克也「国家賠償(1)一公権力の行使に関する国家賠償」法学教室304号107頁参照）。

国民に対する危険の防止のための権限の行使を行政機関が怠った場合として、2つのタイプがある。権限を行使する行政、その権限行使によって権利利益を制限される者（被規制者）およびこの権限行使によって利益を受ける者（受益者）からなる3面関係である。たとえば、薬品・食品被害などの場合の、行政・事業者・住民の関係がこれである。ここでは、住民の安全の確保の見地から権限の行使が要請される場合においても、事業者の権利利益への配慮から、権限の不行使が正当化される可能性がある。

もう1つの法関係は、被規制者が存在せず、もっぱら行政と住民のような受益者からなる2面関係である。たとえば、野犬被害に関する関係がこれである。野犬は取締りの対象であるが、権利義務の主体ではなく、したがって、被規制者の権利利益の尊重という要請は働かない。3面関係においては、被規制者の権利利益の尊重の見地から、不作為が必ずしも違法ではないとする余地があるが、2面関係においては、被規制者の権利利益の尊重の要請が働かないだけ、不作為の違法の認められる余地は広いといえる（室井力・芝池義一・浜川清編『行政事件訴訟法・国家賠償法』418頁）。

本事例は、単なる2面関係というだけでなく、被害者・加害者の関係であり、被規制者の権利利益の尊重の要請が働かないにとどまらず、国の利益を考慮する必要は全くなく、不作為の違法の認められる余地はかなり広いとい

うことができる。そして、本事例は、生命や重大な身体侵害が予想され、私人が自ら危険を回避することが困難で、かつ情報を独占している行政の介入が強く期待される場合であるから、予見可能性は相当程度の危険の蓋然性があれば足り、当該権限の発動に多少の困難が伴っても、結果回避可能性はあると考えるべきである。

〔断状記載例〕

訴 状

平成〇〇年〇月〇日

〇〇地方裁判所 御中

原告ら訴訟代理人 弁護士 〇 〇 〇 〇 ㊤

〒000-0000 東京都〇〇区〇〇 〇丁目〇番〇号

原告 〇 〇 〇 (A)

〒000-0000 東京都〇〇区〇〇 〇丁目〇番〇号

原告 〇 〇 〇 (B)

〒000-0000 東京都〇〇区〇〇 〇丁目〇番〇号 (送達場所)

原告ら訴訟代理人 弁護士 〇 〇 〇 〇

TEL 〇〇(〇〇〇〇)〇〇〇〇 FAX 〇〇(〇〇〇〇)〇〇〇〇

〒100-8977 東京都千代田区霞ヶ関1丁目1番1号

被 告 国

代表者法務大臣 〇 〇 〇 〇

国家賠償請求事件

第1 請求の趣旨

- 1 被告は、原告Aに対し、金〇〇〇〇万円、並びにこれに対する平成〇〇年〇月〇日から各支払済みに至るまで、年5%の金員を支払え。
- 2 被告は、原告Bに対し、金〇〇〇〇万円、並びにこれに対する平成〇〇年〇月〇日から各支払済みに至るまで、年5%の金員を支払え。
- 3 被告は、各原告に対し、金5万円およびこれに対する平成8年10月21日か

ら各支払済みに至るまで年5分の割合による金員を支払え。
との判決、並びに第3項について仮執行宣言を求める。

第2 請求の原因

1 事件の概要

本件は、トンネル建設工事現場において稼働し、トンネル内外の各種粉じん作業によりじん肺に罹患したと主張する者（本件従事者）ら自身又はその相続人である原告らが、被告国に対し、国賠法1条による過失責任（規制監督権限不行使）等に基づき慰謝料等の支払を求める事案である。

2 基礎的事実関係

① じん肺について

じん肺は、粉じんを多量に相当期間吸引することにより肺に生じる線維増殖性変化等の疾病であるが、多くは、慢性かつ緩慢な経過で推移し、次第に呼吸困難等が発現し、肺機能障害等の症状が現れ、場合によっては合併症を併発するなどして死亡することもあるという極めて重篤な職業性疾病である。しかも、じん肺は、進行性疾患で職場を離れた後も進行する上、肺内の線維増殖性変化等のじん肺病変は不可逆性であって、現代医学では治癒が望めない疾病である。

② トンネル建設工事について

トンネル建設工事は、地山を掘り起こす掘削作業、掘り起こした岩石を処理するズリ処理作業、支保部材により地山を支持する支保工建込み作業又はNATMにおけるコンクリート吹き付け、ロックボルトの打設作業という掘削関連作業と掘削面を被覆するための覆工作業を繰り返してトンネルを建設していくものであるが、これらのうち、削岩、爆破、ズリの積み卸し及びコンクリート吹き付けの各作業は、発じんが多く、特に高温で乾燥した切羽においては多量の粉じんが発生し、広範囲に坑内を汚染し、肺胞に蓄積を起しやすい数 μm 程度の微細粉じんを吸入する危険性が高いなど、典型的な粉じん作業である。

3 被告国の国賠法上の責任について

① 省令制定権限不行使の違法について

旧労基法及び安衛法は、労働者の生命・健康に対する危険を防止し、労働者の健康を保持することも目的としているところ、安衛則等による基準設定は、直接的には事業者の国に対する義務内容を具体化するものである

が、同時に、労働者の労働環境を規制する重要な法規範になるものであり、また、本件従事者らが罹患したじん肺は、前記のとおり進行性・不可逆性の極めて重篤な職業性疾病であり、患者の肉体的・精神的苦痛は甚大で、その被害は極めて重大であるところ、これを防止するためには、トンネル建設工事現場における粉じん曝露を予防する以外には対処方法はないという特徴を有するものである。

そこで、じん肺被害が問題になった時点におけるトンネル建設工事に係るじん肺被害の実情に関する被告国の担当者の認識状況、じん肺の発症経緯に関するその時点の医学的知見等の下において、旧労基法ないし安衛法の目的、性格及び安衛則等の制定権限の性質等に照らし、労働大臣が、原告ら主張内容の省令を制定する権限を行使しなかったことが、その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認められるときには、同権限の不行使は、本件従事者との関係においても国賠法1条1項の適用上違法となるというべきである。

② 被告国の担当者の認識状況

戦後の労働安全衛生行政における最大の行政課題は、古くから金属鉱山労働者に多発して当時も甚大な被害を及ぼしていたけい肺の撲滅であったところ、トンネル建設工事従事者が行っていた掘削等の粉じん作業は、金属鉱山労働者の作業内容と同じであった。そして、トンネル建設工事に係るじん肺の発症については、戦前から指摘され、昭和23年以降実施されたけい肺巡回検診や、昭和30年以降実施された政府けい肺健診の結果、トンネル建設業のけい肺有所見者数が多数であり、しかも、最も重い症状の比率が全産業よりも相当高く、短期間に罹患して増悪する可能性が高いことなどが判明し、被告国の担当者は、じん肺国際専門家会議において、「ざい道建設事業において、比較的短期間粉じんにさらされることによってけい肺が発生すること」について注意を促す旨の決議がなされていたことなども認識していたのであるから、そのころには、トンネル建設事業に対する対策の重要性と緊急性を認識させるに足りる事実も明らかになっていた。

そうすると、じん肺法が施行された昭和35年4月ころには、被告国の労働安全衛生行政の担当者において、トンネル建設工事作業場が大量の粉じんの発生する作業場であって、その作業従事者が長期間多量に粉じんを吸入してじん肺を発症する危険性が高く、これを防止するためには、早急に、衛生環境の改善措置等の粉じん吸引防止の措置を採る必要性が高いと認識

していたか、あるいは容易に認識することができた。

4 損害について

じん肺に罹患したことによる肉体的・精神的苦痛は、極めて重大であるところ、慰謝料額の算定に当たっては、管理区分に応じた段階的な健康管理措置が規定されていること、法定合併症の認定がある場合及び管理4については、一律に療養すべきものとした上、労災給付が支給されていることからすれば、管理区分の上昇、合併症の発症に応じた評価をするのが相当である。

そこで、本件従事者らの慰謝料の基準金額は、本件従事者1名当たり、①管理2で合併症のある者1500万円、②管理3イで合併症のある者1800万円、③管理3ロで合併症のある者1900万円、④管理4の者2300万円、⑤じん肺死の者2600万円、とするのが相当である。

5 短期消滅時効

一般人において、労働大臣の不作為が不法なものであることを知ることは、被告国の関与が間接的であり、その事情が多種多様で極めて広範囲に及ぶことからすれば、極めて困難であるから、原告らがこれを知ったのは、筑豊じん肺福岡高裁判決言渡し後に、弁護士等の専門家の助言等の関与を受けた後である平成14年1月18日ころと認めるのが相当である。したがって、被告国の消滅時効の抗弁は理由がない。

6 よって、原告らは、被告に対し、請求の趣旨記載の判決を求める。

証拠方法

追って、口頭弁論において提出する。

付属書類

- | | |
|---------|----|
| 1 訴状副本 | 1通 |
| 2 訴訟委任状 | 2通 |

〔演習問題〕

1 知事から宅建業の免許を受けた者が、不動産取引において顧客 X から受けた手付金を流用するなどの不正行為をし、X に損害を与えた。X は、知事が免許を付与した行為に基づき地方公共団体に対し損害賠償請求ができるか。知事が免許を取り消さなかった不作為に基づき地方公共団体対

し損害賠償請求ができるか。

2 クロロキン製剤は、胃疾患、てんかん、間接リウマチ等の治療に使用されていた。ところが、昭和34年頃から昭和50年までの間、クロロキン製剤を服用していた人が、その副作用によって、クロロキン網膜症になった。患者や家族は、誰に対しいかなる請求ができるか。

(南 典男)