

〔論 説〕

続・国家賠償における違法性と過失について

武 田 真一郎

はじめに

筆者は、2007年1月に「国家賠償における違法性と過失について－相関関係説、違法性相対説による理解の試み」⁽¹⁾という論稿（以下「前稿」という）を発表した。前稿は、国家賠償法（以下「国賠法」という）1条1項にいう違法性は民法の不法行為法と同様に行為の不法性（違法性）と結果の不法性（違法性）を相関的に考慮する相関関係説によって適切に判断できるのではないか、同項の違法性は取消訴訟の違法性とは異なるのではないか、そして同項の過失は民法の不法行為における過失とほぼ同じ意味であり、国賠法についても過失判断の役割をより重視すべきではないかという問題意識に基づいていた。

前稿に対しては有力な学説による批判をいただいた反面で⁽²⁾、その後の詳細な研究には国賠法1条の違法性に関する最高裁判例は民事不法行為法と同じ判断枠組みによっているとして、筆者と同様な観点に立つものも現れている⁽³⁾。その他にも多くの論者によって多様な考え方が示されて

(1) 成蹊法学64号494頁以下(2007年)。

(2) 塩野宏・行政法Ⅱ〔第5版補訂版〕327頁(有斐閣、2013年)は、「国家賠償法の違法性を相関関係説で統一的に把握するのは、・・・国家賠償制度として周辺部分の事柄を一般化するものとして適切でない」とされている。以下、本書を「塩野・行政法Ⅱ」という。

(3) 中川丈久「国家賠償法1条における違法と過失について－民法709条と統

おり、最高裁判例も必ずしも一貫していないので、国賠法1条の違法性と過失の問題を明快に理解することはなかなか困難であるように思われる。

筆者は、結論としては前稿で提起した問題意識に大きな誤りはないと考えている。しかし、前稿には雑駁な点が目立ち、筆者の真意を十分に伝えることができたかどうかは甚だ心許ない。そこで、本稿では再度この問題について検討し、筆者の意図をより明確にするように努めることにしたい⁽⁴⁾。

1 民法における違法性と過失

本稿ではまず始めに民法の不法行為法における違法性と過失の考え方を概観する。それは民法学の成果から学ぶことにより、国賠法の解釈の参考とするためである。考察の対象はそれに必要な範囲に限るものとする。

(1) 違法性

民法709条は故意・過失とともに違法性を不法行為成立の要件としており、同条が規定する違法性とは「他人の権利又は法律上保護される利益を侵害」したことである。

周知のように、2004年に民法典が現代語化される前は「他人ノ権利ヲ侵害」したことが不法行為成立の要件とされていた。しかし、判例・学説は戦前からの長い論争を経て、権利侵害を要件とするのでは狭すぎるとして、権利として確立されたものでなくても法益の侵害があれば不法行為は成立すると解するようになった⁽⁵⁾。ここにいう法益の侵害とは、広く違法性のある行為を意味している。つまり、権利侵害という要件はより柔軟な違法性に置き換えられたのであり、現行の709条はこの解釈を明文化したものである。

一的に理解できるか」法学教室385号72頁、77-79頁（2012年）。以下、本稿を「中川・2012年」という。

(4) 筆者は、2018年7月刊行予定の「条解・国家賠償法」（弘文堂）のうち、1条の故意過失の項目を担当する機会を与えていただいた。本稿の過失に関する部分は同書の記述に基づき、一部を大幅に加筆訂正したものである。また、本稿では国会や裁判官の違法行為など特殊な不法行為には言及していないことをお断りしておきたい。

(5) この間の経緯につき、内田貴・民法Ⅱ〔第3版〕356-359頁（東京大学出版会、2011年）参照。以下、本書を「内田・民法Ⅱ」という。

民法709条の違法性の意味については、加害行為の不法性に注目する行為不法説と加害行為によって生じた結果の不法性に注目する結果不法説があるが、両者を相関的に考慮して違法性を認定する相関関係説が通説となった⁽⁶⁾。

相関関係説によると、「違法性は、被侵害利益の種類（物権的－人格権的－債権的）と侵害行為の態様（刑罰法規違反－取締法規違反－公序良俗違反等）との相関関係で判断される」ことになり、「被侵害利益が強固なものであれば、侵害行為の不法性が小さくても違法性が認められる」と説かれてきた⁽⁷⁾。

これまでの多くの学説は、この相関関係説によってまず違法性を認定し、さらに過失の有無によって損害賠償責任を認定してきた。このように違法性と過失を個別に判断する考え方を違法性・過失二元論といえることができるであろう。ところが、今日ではこのような考え方に対する批判が提起されている。

まず、相関関係説については、違法性の判断において実際に考慮されているのは侵害行為の悪性が強いかな否かということであり、実際の裁判例を見ると、同説のいうような法令違反や公序良俗違反などの侵害行為の態様が違法性判断において意味を持った例はほとんどないとされている⁽⁸⁾。そして、後述のように、今日の客観化された過失概念は行為義務違反（注意義務違反ないし結果回避義務違反）を問題とし、その際に法令違反や公序良俗違反、さらには被侵害利益の重要性も考慮されるので、違法性判断と過失判断はきわめて近接しているという⁽⁹⁾。裁判例においても、違法性が故意・過失とは区別された要件として意識的に使われることはなく、むしろ、「不法行為を肯定しあるいは否定するという最終判断の表現として使われることが多い」とされている⁽¹⁰⁾。

その結果として、民法における違法性と過失の関係については次の①か

(6) この点につき、前掲注(5)、内田・民法Ⅱ359頁、平井宜雄・債権各論Ⅱ不法行為21頁（弘文堂、1992年）参照。以下、本書を「平井・債権各論Ⅱ」という。

(7) 前掲注(5)、内田・民法Ⅱ359頁。

(8) 同書360頁。

(9) 同書360頁参照。

(10) 同書360頁。

ら③のような三つの考え方が存在している。

一つは、①過失一元論的な理解である。この考え方は、権利侵害が広く違法性のある行為（受忍限度を超えて他人の権利または法律上保護される利益を侵害した行為と解される）を意味すると理解された段階で違法性の役割は終わり、過失が不法行為責任を判断する重要な要件となったとしている⁽¹¹⁾。

もう一つは、これとは逆の②違法性一元論的な理解である。この考え方は、違法性は不法行為法による法的保護を与える必要があるかどうかという問題であり、結果回避義務違反としての過失と違法性を同一次元で衡量する必要があるとして、損害賠償責任の有無を違法性の段階で一元的に判断するものである⁽¹²⁾。この考え方はやや難解であるが、加害者側の考慮されるべき主たる事情は故意・過失（帰責事由）であり、被害者側の考慮されるべき主たる事情は権利侵害であるから、これらを同一の次元で公平に比較衡量して賠償責任の有無を判断すべきと主張していると解される⁽¹³⁾。

前記のように、裁判所は違法性ということばを「不法行為を肯定しあるいは否定するという最終判断の表現として使われることが多い」とされているが、②の考え方はこのような判例の状況を定式化したと見ることもできるように思われる。

これに対して、従来の通説である③違法性・過失二元論的な理解も有力である⁽¹⁴⁾。この考え方は、正当な権利行使が一定限度を超えることによって不法行為を構成するような事案では（公害事件などがこれにあたりと解される）、故意・過失のほかに違法性の概念が機能するので、違法性判断と過失判断が重複する場合があることを認めつつ、両者を異なる要件とすることには意味があるとしている⁽¹⁵⁾。

(11) 平井宜雄・損害賠償法の理論 324、377 頁（東京大学出版会、1971 年）参照。

(12) 前田達明・民法Ⅵ 2（不法行為法）73-74、119-123 頁（青林書院、1980 年）。以下本書を「前田・民法Ⅵ 2」という。潮見佳男・不法行為法Ⅰ〔第 2 版〕73 頁（信山社、2009 年）参照。

(13) 前掲注 (12)、前田・民法Ⅵ 2、122-123 頁参照。

(14) 幾代通・徳本伸一補訂・不法行為法 114 頁（筑摩書房、1993 年）。

(15) 前掲注 (5)、内田・民法Ⅱ 361-2 頁。

これらの三つの考え方のうち、②の考え方に対しては、違法性の意味を立法時の趣旨とは異なる意味に理解し、それに余りに大きな役割を担わせるという点で解釈論としては難点があるという有力な批判がある⁽¹⁶⁾。国賠法の解釈においては、職務行為基準説によって違法性一元論的な解釈が広がりつつあるが、これとは対照的である。

筆者はいうまでもなく民法の専門家ではないが、これまでの民法学では①の考え方が強い影響力を持っているように思われる。①の考え方は、違法性とは受忍限度を超えた損害を与えたことであるという簡明な基準を立てた上で、後述のような抽象化・客観化された過失概念（結果を予見すべきであったかどうかという規範的な観点からの予見可能性を前提として、結果回避義務違反を問う）を重視して不法行為責任を判断しており、筆者はこのような判断手法がきわめて効果的に機能していると考えている。

ところが、あえて②のように解すると、簡明化された違法性概念が複雑化するだけでなく、抽象化・客観化された過失概念が違法性のレベルでも適切に機能するのかどうかという点に疑問を感じざるを得ない。これに対して①または③の考え方によれば、抽象化・客観化された過失概念が本来の機能を発揮することができることになろう。

ただし、①や②のように違法性と過失の一元化が見られることは、国賠法1条についても同様なので注目すべきであると思われる。受忍限度を超えた損害が発生していて違法性の程度が強いほど、そのような結果を予見して損害発生を回避すべき結果回避義務も強く要請され、過失が認定されやすくなるはずであるから、このように違法性と過失が関連していることが一元化の要因となっているのではないだろうか。

(2) 過失

民法709条は過失責任主義をとっており、違法性とともにご意・過失を不法行為成立の要件としている⁽¹⁷⁾。このうち過失については⁽¹⁸⁾、民法の

(16) 同、361頁。

(17) 使用者責任を規定する民法715条は、国賠法1条1項とより構造が似ているが、民法715条も被用者に過失があることが不法行為成立の前提となっているので、過失責任主義であることに変わりはない。

(18) 本稿では故意について言及する余裕がないが、故意の意義については「結果の発生を認識しながらそれを容認して行為するという心理状態」と理解す

不法行為法の分野では次のように理解されている。

まず、過失の意義については、「一般に『過失』は、損害発生の予見可能性があるのにこれを回避する行為義務（結果回避義務）を怠ったこと」と定義するのが通説的な見解である⁽¹⁹⁾。

より厳密に過失の再定式化を試みる学説は、過失とは、①損害の発生を回避すべき行為義務に反する行為として定式化される、②この行為義務は加害者が損害発生の危険を予見しえたこと（予見可能性）が前提となるが、この予見可能性は予見すべきであったという規範的要素を含む、③この②の意味での予見可能性を前提として損害回避義務が生じ、具体的な加害行為がこの義務に従っていない場合に過失があると判断されるとしている⁽²⁰⁾。

判例を見ると、東京地判昭和53年8月2日（東京スモン判決）は、「民法709条所定の『過失』とは、その終局において、結果回避義務の違反なのであり、かつ、具体的状況のもとにおいて、適正な回避措置を期待しうる前提として、予見義務に裏付けられた予見可能性の存在を必要とするものと解する」と判示しているが⁽²¹⁾、この判示は前記の再定式化に適合しているとされている⁽²²⁾。

これらの見解によると、過失とは損害発生の予見可能性があるのに結果回避義務を怠ることであり、ここにいう予見可能性とは、必ずしも現実に予見できたかどうかという事実上の判断ではなく、予見すべきであったかどうかという規範的な判断であると解される。

かつては過失は加害者の内面の心理状態（注意義務違反）として理解されていた（主観的過失）が、今日では過失は予見可能性があるのに加害者が損害発生を回避するための措置をとらなかったこと（結果回避義務違反）として理解されている（客観的過失）。

るのが通説である（前掲注（5）、内田・民法Ⅱ 355頁）。故意不法行為を過失不法行為と区別するのは、故意不法行為については損害賠償の範囲を拡張すべき場合があること（同書 431頁）、ある種の不法行為は故意によってのみ成立すること（債権侵害など。同書 364頁）によるとされている（同書 356頁）。

(19) 前掲注（5）、内田・民法Ⅱ 339頁。

(20) 前掲注（6）、平井・債権各論Ⅱ 27-28頁（弘文堂、1992年）。

(21) 判時 899号 61頁、289頁。

(22) 前掲注（6）、平井・債権各論Ⅱ 28頁。

また、過失の判断基準も加害者にとって予見可能性があったかどうかではなく（具体的過失）、通常人にとって予見可能性があったかどうかが問われるようになっていく（抽象的過失）。抽象的過失においては、加害者の職業、年齢、地位に応じて予見義務・結果回避義務が考慮され、医師のように専門性の高い職業の場合には、これらの義務の程度は高度なものとなる⁽²³⁾。

このような過失の客観化・抽象化により、過失判断は厳格化している。最判昭和 36 年 2 月 16 日（輸血梅毒事件）⁽²⁴⁾は、東大病院に入院していた原告が手術の際に輸血を受けたところ、梅毒に感染していた者（売血者）の血液であったため、原告も梅毒に罹患したという事例において、「人の生命及び健康を管理すべき業務（医業）に従事する者は、・・・最善の注意義務を要求される」とし、「相当の問診をすれば結果の発生を予見し得たであろうと推測されるのに、敢てそれをなさず、・・・本件の如き事態をひき起すに至つたというのであるから、原判決が・・・注意義務違反による過失の責ありとしたのは相当」であるとして⁽²⁵⁾、採血時・輸血時には潜伏期のため血液検査をしても陰性を示す期間であったものの、医師が問診を尽くさなかったことに過失があると判示した。

本件では民法 715 条による責任が問われているが、公務員である医師に高度な注意義務（予見義務、結果回避義務）が認められた事例として注目される。

前記のように、過失とは予見可能性があるのに結果回避義務を怠ることであるが、この結果回避義務の根拠は、基本的には①「他人の権利又は法律上保護された利益」（民法 709 条）を侵害してはならないという一般的な結果回避義務（注意義務）であると解される⁽²⁶⁾。例えば、他人の所有物を破損してはならないというのはその典型的な例である。

この他に、②法令などの行為規範が結果回避義務の根拠となる場合がある。例えば、自動車を運転してスピードを出し過ぎ、運転操作を誤って他人に危害を加えた場合には、道交法 20 条の制限速度遵守義務が結果回避義務の根拠となり、受忍限度を超える騒音を発生させて他人の平穏な生活

(23) 前掲注 (5)、内田・民法Ⅱ 336-338 頁。

(24) 民集 15 卷 2 号 244 頁。

(25) 同 249 頁。

(26) より正確には受忍限度を超えて侵害してはならないということである。

を妨害した場合には、騒音に関する環境基準（騒音に係る環境基準・平成10年9月30日環告64。同告示は、住宅地の騒音の環境基準は昼間55デシベル以下、夜間45デシベル以下と規定している）の遵守義務が結果回避義務の根拠となると解される。

これらは同時に違法性の判断基準にもなると考えられる。つまり、民法の不法行為法では違法性判断の基準として、①他人の権利や法律上保護される利益を侵害してはならないという一般的な基準と⁽²⁷⁾、②法令に違反してこれらの権利や利益を侵害してはならないという二つの基準があると解される⁽²⁸⁾。

2 国賠法における違法性と過失

(1) 国賠法1条の違法性

前記1で見たように、民法709条における違法性とは、当初の要件であった権利侵害が解釈によってより柔軟な違法性に置き換えられたものである。現行の同条はその解釈を明文化したものであり、違法性とは「他人の権利又は法律上保護される利益を侵害」したことを意味する。

国賠法立法当時の1条1項の「違法」とは、「民法709条の解釈における『権利侵害から違法性へ』という判例学説の発展の成果を取り入れたものであり、違法を客観的要件、故意過失を主観的要件と解していた」のであり、「立法者が、国賠法1条1項の違法性と民法不法行為法の違法性とを異なったものと認識していた形跡は見つからない」とされている⁽²⁹⁾。そうだとすれば、立法当初の同項の違法性の意味は、民法709条と同様に、「他人の権利または法律上保護される利益を侵害」したことであったと解される。

そして、このような意味での違法性が認められる場合には、やはり民法

(27) より正確には受忍限度を超えて侵害してはならないということである。

(28) 国賠法の違法性についてはこのうち②が注目されることが多い。ただし、後掲、注(72)は、国賠法1条1項にいう違法性は「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性である」としており、このように広く解すると①も含まれる可能性がある。

(29) 宇賀克也・国家補償法42頁（有斐閣、1997年）。以下、本書を「宇賀・国家補償法」という。

709 条と同様に加害者に故意・過失が認められるかどうかを判断することが想定されていたことになる。

しかし、国賠法 1 条 1 項の違法性については、「国家賠償においては、民法上の不法行為とは異なる特有の問題があり、後者の違法性概念をストレートに採用することには慎重でなければならない」という考え方が主流となった⁽³⁰⁾。その結果として、同項の違法性の意味は民法 709 条とは異なると理解されるようになり、今日では (a) 公権力発動要件欠如説と (b) 職務行為基準説が有力となっている。ただし、民法不法行為法の考え方に近い (c) 相関関係説も存在する。

(a) の公権力発動要件欠如説とは、「公権力発動要件の欠如をもって違法と解する説」⁽³¹⁾である。法律による行政の原理ないし法治主義の下では、公務員の行為は行為規範（法令）に基づいて行われるのであるから、行為規範が定める公権力発動要件を欠いた行為（法令に違反した行為）が違法となるという考え方である。法律による行政の原理に適合するとして、学説の多くはこの考え方を支持している⁽³²⁾。

(b) の職務行為基準説とは、公務員が職務上尽くすべき注意義務を怠ったことを違法とする考え方である⁽³³⁾。この考え方によると、違法性の判断において過失判断と同様に注意義務違反が問題とされるので、違法性一元的判断がなされると指摘されている⁽³⁴⁾。

(c) の相関関係説とは、民法と同様に、行為の不法性（侵害行為の態様）と結果の不法性（被侵害利益の種類）を相関的に考慮して違法性を認定するという考え方である。国家賠償法についても相関関係説をとる見解は少なからず存在する⁽³⁵⁾。

(30) 同 43 頁。

(31) 同 46 頁。

(32) 前掲注 (2)、塩野・行政法Ⅱ 323-4 頁、後掲注 (36)、西塾・コンメンタール 165-166 頁、宇賀克也・行政法概説Ⅱ〔第 5 版〕447-459 頁（有斐閣、2015 年）。以下、本書を「宇賀・概説Ⅱ」という。

(33) 前掲注 (32)、宇賀・概説Ⅱ 430 頁。

(34) 前掲注 (32)、宇賀・概説Ⅱ 451 頁、北村和生「所得税更正処分と国家賠償責任」ジュリスト別冊・行政判例百選Ⅱ 467 頁、神橋一彦「行政救済法における違法性」磯部力・小早川光郎・芝池義一編・行政法の新構想Ⅲ 237 頁、243 頁（有斐閣、2008 年）。

(35) 相関関係説に立つと解される見解として、遠藤博也・国家補償法・上巻 166

これらの考え方については既に多くの研究があるのでここではこれ以上の言及はせず、後述の(3)でこれらの考え方と過失の関係を考察し、裁判例はその際に検討する。

(2) 国賠法1条の過失

国賠法1条1項の過失の意義については、違法性とは対照的に民法とは異なるとする見解は見当たらず、民法の過失と「ほぼ同じ定義が妥当する」とされている⁽³⁶⁾。よって、前記1(2)で見たように、過失とは「損害発生の見込み可能性があるのにこれを回避する行為義務(結果回避義務)を怠ったこと」⁽³⁷⁾であり、ここにいう見込み可能性とは「予見すべきであったという規範的要素を含む」⁽³⁸⁾ことになると解される。

最高裁は、次に見るように公務員の過失についてこのような考え方に立っている。

最判昭和47年5月25日⁽³⁹⁾は、少年院に入所していた少年が他の入所者の暴行を受けて死亡した事故につき、「原判示の事実関係に照らせば、本件の担当教官たる訴外B、同Cの両者に本件暴行の発生を防止すべき注意義務をつかさなかつた過失があるとした原判決の判断は正当である」⁽⁴⁰⁾として、担当教官の過失を認定した。

最判昭和43年4月19日⁽⁴¹⁾は、株主優待金に対する源泉所得税課税処分およびその滞納処分が別訴で取り消された場合において、「株主優待金が所得税法上利益配当に該当するものと解すべきか否かは、優待金の特殊な経済的法的性格からみて微妙な事実認定とこれに対する専門的な法律的判断を必要とする事項であつたところ、税務当局としては通常公務員に要求される注意義務を尽してこれを積極的に解しこの旨の通達を発して本件

頁(青林書院新社、1981年)、村重慶一・国家賠償研究ノート34頁(判例タイムズ社、1996年)、秋山義昭・国家補償法71頁(ぎょうせい1985年)がある。また、筆者(武田)の前稿も相関関係説によることを明記している。

(36) 西塾章・国家賠償法コンメンタール439頁(勁草書房、2012年)。以下、本書を「西塾・コンメンタール」という。

(37) 前掲注(5)、内田・民法Ⅱ339頁。

(38) 前掲注(6)、平井・債権各論Ⅱ27-28頁。

(39) 民集26巻4号780頁。

(40) 同782頁。

(41) 判時518号45頁。

各決定および滞納処分に及んだものであつて、この解釈の誤りをもつて一概に過失に基づくものとはいひ難いなどの理由により⁽⁴²⁾、税務当局（国税庁長官、国税局長、税務署長）の過失を否定した。

民法の不法行為法においては、前記 1 (1) で見たように、過失は個人の内面の注意義務違反よりも客観的な結果回避義務違反として認識されるようになり（過失の客観化）、また、加害者個人ではなく、通常人を基準として注意義務違反・結果回避義務違反を判断することにより（過失の抽象化）、過失判断は厳格化している。このような過失の客観化・抽象化は国賠法 1 条にも及んでいる。

最判昭和 58 年 10 月 20 日（欠陥ラケット公売事件）⁽⁴³⁾は、税関長が公売に付した貨物（ラケット）の欠陥により貨物の購入者（消費者）が負傷した事例につき、「税関長としては、公売に付した貨物の買受人との売買契約において、買受人に右瑕疵を補修すべき義務を負わせ、その履行の確保を図ること等をしうのみであり、税関長がかかる措置を講じたときには、当該事故につき結果回避義務を尽くしたものと解するのが相当」⁽⁴⁴⁾であるとし、税関長が当該貨物を公売に付したことについて過失があるのはこのような結果回避義務を尽くさなかった場合であるとして、客観化された過失概念を採用している。

また、株主優待金の課税に関する前記の最判昭和 43 年 4 月 19 日は、「通常公務員に要求される注意義務」を基準にして抽象化された過失概念を採用している。

以上のような過失の客観化・抽象化によって、国賠法 1 条の解釈においても、公務員の過失が厳格に問われ得るはずである。

前記 1 (2) で見たように、民法の過失における結果回避義務の根拠には、①一般的な結果回避義務と②法令などの行為規範の二つがあると考えられる。では国賠法 1 条の過失についてはどのように考えるべきなのだろうか。

国賠法 1 条の違法性については、行為不法であり、行為規範からの逸脱であるという考え方が有力である。公権力発動要件欠如説では、行為規範に違反して公権力の発動要件を欠いた公権力の行使が違法となる。職務行為基準説では、行為不法説であるとすれば、同様に行為規範によって義務

(42) 同 46 頁。

(43) 民集 37 卷 8 号 1148 頁。

(44) 同 1155 頁。

付けられた職務上の注意義務に違反する行為が違法となると解される。これらの考え方によれば、過失についてももっぱら②が問題となるように思われるが、そのように解する学説は見当たらず、判例も②だけでなく、①の場合があることを認めている（ただし、これらの判例は相関関係説に立っていると解される）。

最判昭和 62 年 2 月 6 日（中学校プール飛込事故事件）⁽⁴⁵⁾は、中学校のプールで飛び込みの練習中に生徒が全身麻痺の重傷を負った事故につき、「中学校の教師は、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」⁽⁴⁶⁾と判示して、担当教員の過失（注意義務違反）を認めた 1・2 審判決を支持した。本件のような授業中の事故については教員の行為の違法性や過失を判断するための明確な行為規範は存在しないが、本判決は重大な結果が発生したことを前提として、教員の一般的な注意義務違反に基づいて過失を認定したと考えられる。

同様に、学校事故については教員の一般的な注意義務（結果回避義務）違反に基づいて過失の有無が判断される傾向がある。最判昭和 58 年 2 月 18 日⁽⁴⁷⁾は、クラブ活動中の生徒のケンカによる負傷につき、立ち会っていなかった教員に過失がなかったと判示し、最判昭和 59 年 2 月 9 日⁽⁴⁸⁾は、体育の授業中に公然と行われた集団暴行によって生徒が傷害を受けたことにつき、教員には過失があると判示した。

少年院に入所していた少年が他の入所者の暴行を受けて死亡した事故につき、教官の過失を認定した前掲の最判昭和 47 年 5 月 25 日の原審である東京高判昭和 46 年 3 月 22 日⁽⁴⁹⁾は、「教官服務心得」（その性質は法規ではない行政規則と解される）をいわば行為規範として考慮し、過失を認めているが、仮にこのような服務心得がなかったとしても、前記の中学校プール飛込事故事件などの最高裁判決の考え方によれば、一般的な注意義務違反を理由として過失を認めることができると解される。

(45) 判時 1232 号 100 頁。

(46) 同 101 頁。

(47) 民集 37 卷 1 号 101 頁。

(48) 民集 141 号 165 頁。

(49) 判時 626 号 52 頁。

3 違法性と過失の関係

民法 709 条と国賠法 1 条 1 項のいずれもが過失責任主義をとっているが、違法な行為をした（あるいは違法な結果を生じた）ことについて過失があるかどうかを判断するという違法性・過失二元論に立てば、違法性が否定されれば過失判断は行われないことになる。また、民法の不法行為法では過失一元論的な考え方も有力となっているが、この場合は過失判断の重要性が高まることになる。これに対して国賠法では職務行為基準説による違法性一元論的な考え方が有力となりつつあり、この場合は違法性判断の重要性が高まり、過失判断の重要性は相対的に低くなるとも考えられる。

いずれの場合も過失判断のあり方は、理論的に先行する違法性判断のあり方に大きく影響されるはずである。しかし、国賠法の解釈についてはこのような違法性と過失の関係が必ずしも十分に解明されていないように思われる。よって、本稿ではこの点について判例を中心に検討することにした。

(1) 公権力発動要件欠如説と過失

公権力発動要件欠如説とは、前記 2 (1) で見たように「公権力発動要件の欠如をもって違法と解する説」である。ここにいう公権力発動要件とは、公務員の行為規範としての法令の規定を意味すると解され⁽⁵⁰⁾、法令の解釈によって違法性を認定するのであるから、法律による行政の原理ないし法治主義に適合するとして、学説の多くはこの考え方を支持している⁽⁵¹⁾。

公権力発動要件欠如説は行為不法説であり、違法性・過失二元論である。後述の職務行為基準説が現れる以前は、多くの判例は公権力発動要件欠如説に立っていたと解される（ただし、相関関係説に立つと解される事例も少なくない）。実際の判例が公権力発動要件欠如説に立つことを宣明

(50) 法令の規定以外に条理や法の一般原則、さらには被侵害利益の重大性なども含むのかどうかは明らかでない。なお、後掲注 (72) は、国賠法の違法性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という見地からの行為規範違反性であるとしている。

(51) 前掲注 (31) 参照。

しているわけではないから、判例がこの考え方に立っているかどうかを判断することは必ずしも容易ではないが、本稿ではもっぱら行為規範（根拠法規）の解釈によって違法性を判断しており、結果の違法性に言及していないものを公権力発動要件欠如説と理解することにする。

(i) 過失判断がされなかった事例

公権力発動要件欠如説によると、加害行為に公権力発動要件が存在したと解釈されると当該行為は違法ではないことになり、過失判断を行わずに賠償責任が否定されることになる。その典型的な事例が最判昭和 61 年 2 月 27 日（パトカー追跡事件）⁽⁵²⁾である。

本件では、Y 県警の A 巡査が運転するパトカーが時速約 100km で逃走する B 車を追跡中に B 車が赤信号を無視して交差点に進入したところ、交差道路を進行してきた C 車と衝突し、C 車がさらに対向車線を進行してきた X 車と衝突して、C 車の同乗者が死亡し、X らが重傷を負った。1・2 審判決は A の過失を認定して Y の責任を認めたとしたが、最高裁は、「およそ警察官は、・・・なんらかの犯罪を犯したと疑うに足りる相当な理由のある者を停止させて質問し、また、現行犯人を現認した場合には速やかにその検挙又は逮捕に当たる職責を負うものであつて（警察法 2 条、65 条、警察官職務執行法 2 条 1 項）、・・・被疑者を追跡することはもとよりなしうるところであるから、警察官が・・・車両で逃走する者をパトカーで追跡する職務の執行中に、・・・第三者が損害を被つた場合において、右追跡行為が違法であるというためには、右追跡が・・・不必要であるか、・・・追跡の開始・継続若しくは追跡の方法が不相当であることを要するものと解すべきである」が、本件では追跡の必要があり、A 巡査が具体的な危険性を予測できたとはいえ、追跡方法も特に危険を伴うものではなかったから、追跡行為は違法でないとして、原判決を破棄・自判し、Y の責任を否定した。

本判決は、もっぱら追跡行為の違法性を問題としており、第三者が死傷したという結果の重大性を考慮していないので、行為不法説としての公権力発動要件欠如説に立っている。本件で警察官の行為規範となっているのは、警察法 2 条、65 条および警察官職務執行法 2 条 1 項である。これらの規定はいずれもきわめて抽象的であり、どのような追跡が違法となるの

(52) 民集 40 卷 1 号 124 頁。

かを解釈することは困難であるが、本判決はこれらの規定によって本件追跡には公権力発動要件があると認め、過失判断をせずに Y 県の責任を否定したと解される。

同様に、公権力発動要件欠如説に立って違法性が否定され、過失判断が行われなかった事例として、最判昭和 53 年 10 月 20 日（芦別事件）⁽⁵³⁾がある（本件は職務行為基準説に立つとされる場合もあるが、むしろ公権力発動要件欠如説に立っていると解される）⁽⁵⁴⁾。

本件では刑事事件で無罪判決を受けた原告らが逮捕・起訴・勾留などの刑事手続が違法であるとして、国に国家賠償を請求したところ、最高裁は「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には適法であり、公訴の提起は、・・・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からである」⁽⁵⁵⁾として、刑事手続の違法性を否定し、過失判断を行わずに請求を棄却した。

本件では逮捕・起訴・勾留などに関する刑事訴訟法の規定が公務員の行為規範となっていると解される。これらの規定や刑事裁判の構造を見れば、相当な嫌疑があれば逮捕・起訴・勾留をすることは許されるのであり、結果的に無罪となっても直ちに違法とはならないという趣旨は明確に読み取ることができる。

不法行為が成立する要件は千差万別であるから、行為規範によって不法行為が成立する要件を明確に規定することは困難であるが、不法行為の成立を否定する要件（違法阻却事由）は限定的であり、行為規範によって規定することはさほど困難ではないと思われる。本件でも行為規範である刑事訴訟法は、不法行為成立を否定する要件（相当な嫌疑があれば逮捕・起訴・勾留をすることができ、被疑者には受忍義務が生じる）を規定しているのであり、これを解釈によって明らかにすることは容易であったと思われる。

(53) 民集 32 卷 7 号 1367 頁。

(54) この点につき、前掲注 (32)、宇賀・概説Ⅱ 453 頁参照。

(55) 民集 32 卷 7 号 1368 頁。

よって、本件では行為不法説が適切に機能し、違法性がないことが明らかとなったので、過失判断をする必要もなかったと解される。ただし、検察官等が嫌疑がないことを知り、あるいは嫌疑がないことを予見できたような場合には、逮捕・起訴・勾留は違法となり、故意・過失の判断が必要となると解すべきであろう。

(ii) 過失が認められた事例

公権力発動要件欠如説に立って違法性が認められ、さらに過失判断が行われて過失が認められた事例としては次のようなものがある。

大阪高判昭和 55 年 1 月 30 日（大阪淡路ナイフ傷害事件の控訴審）⁽⁵⁶⁾は、スナックでナイフを取り出して他の客を脅すなどの行為をした A を X（スナック店員、原告）が Y 府警の警察官に引き渡したが、警察官が銃砲刀剣類所持等取締法（以下「銃刀法」という）24 条の 2 第 2 項に基づいてナイフを一時保管せず、A に返還して帰宅させたところ、A がスナックに戻って X をナイフで刺し、重傷を負わせた場合において、「A の行為が脅迫罪および銃砲刀剣類所持等取締法 22 条、32 条 2 号の罪に該当し、同人の周囲の事情から合理的に判断して再度他人の生命又は身体に危害を及ぼすおそれが認められるので、同法 24 条の 2 第 2 項により、・・・前記ナイフにつきせめて一時保管の措置をとるべきにもかかわらずこれをする事なく、これを携帯したまま A に帰ることを許した淡路警察署警察官の行為」は違法であり、「右警察官に過失があったというべきである」と判示した⁽⁵⁷⁾。

本件では、銃刀法 24 条の 2 第 2 項にナイフを一時保管することができるという明文の規定があるため、これが行為規範となり、公権力発動要件欠如説が適切に機能したと考えられる。ナイフを返還して帰宅させたことが違法であるのは、X が受傷することを予見できたからであり、本件では違法性判断と過失判断が重複している。本判決が過失の内容を具体的に示していないのは、違法性判断の段階で既に予見可能性が考慮されているからであろう。

なお、本件の上告審である最判昭和 57 年 1 月 19 日は、原判決の結論を支持したが、警察官がナイフを保管しなかったことが違法であるとしてい

(56) 判時 969 号 64 頁。

(57) 同 65～66 頁。

るので、むしろ不作為を違法と判断したと見ることもできる。上告審判決は過失に言及していない。

岡山地判平成 18 年 6 月 21 日⁽⁵⁸⁾は、産業廃棄物処理業者である X（原告）が A 社との間で土砂（改良土）を運搬する契約を締結したところ、Y 市（被告）の市長が本件土砂は産業廃棄物（汚泥）であり、廃棄物処理及び清掃に関する法律（以下「廃掃法」という）12 条 4 項（現行では 6 項）および同法施行令 6 条の 2 第 3 項（現行では 4 項）により、書面による契約を締結しなければならないのにこれをしなかったとして、同法 14 条の 3 第 1 号および 14 条の 6 に基づき、X に対し 10 日間の営業停止処分をしたが、同処分が別訴で取り消されたため、X が Y 市に国家賠償求をしたという事例である。

同判決は、別訴の既判力によって同処分が違法であることは争えないとした上、Y 市の職員が十分な調査をせず本件土砂を産業廃棄物と判断したこと、また、本件土砂の販売価格が同業者よりも安価であることをもって有価物でない判断したことには過失があるとして、Y の賠償責任を認めている（逸失利益、弁護士費用等として約 5568 万円を認容したが、信用低下による逸失利益と慰謝料は認めなかった）。

本判決は、営業停止処分が行為規範（廃掃法 14 条の 3 第 1 号）に違反していることが違法だとしているので、公権力発動要件欠如説によっていと解される（認容額が多額で結果の違法性も大きい）、この点は判決で言及されていない。ただし、産業廃棄物（汚泥）と有価物（改良土）を区別する明確な行為規範はないので、過失の根拠となっているのは一般的な結果回避義務違反としての調査義務違反だと考えられる。

東京高判平成 5 年 10 月 28 日⁽⁵⁹⁾では、元請業者から建築物の解体を請け負った X（解体業者）が、廃掃法 14 条 1 項ただし書きにより、「事業者がその産業廃棄物を自ら運搬し、又は処分する場合」に該当し、X は産業廃棄物処理業の許可を要しないにもかかわらず、厚生省（当時）の通達に基づいて許可を受けるように都から行政指導を受けたため、許可申請のための費用の出費を余儀なくされたとして、Y（国）に国家賠償を請求した訴えにつき、誤った法令の解釈に基づいて誤った通達を発した厚生省

(58) 判時 1961 号 133 頁。

(59) 訟月 40 卷 9 号 2249 頁。

の担当者には過失があったとして、Yの賠償責任が認められている。

本件では廃掃法14条1項が行為規範となっており、これに違反したことが違法とされているので、やはり公権力発動要件欠如説に立っている。後述の(iii)で見るとように法令解釈の誤りについては過失が否定される傾向があるので、本判決が過失を認めたことには注目すべきであろう。

(iii) 過失が否定された事例

行政処分の違法性を理由に国家賠償が請求された事例では、基本的に行為規範(処分の根拠法規)は明確なので、その解釈によって客観的に違法性を認定することができるが(特に取消訴訟で処分が取り消された場合には処分は違法と判断されたことになる)、違法性が認められて過失判断がなされても、結果的に過失が否定される場合が少なくない。

前掲の最判昭和43年4月19日⁽⁶⁰⁾は、株主優待金に対する源泉所得税課税処分およびその滞納処分が別訴で取り消された場合において、課税処分および滞納処分は違法であるとしても、税務当局が通常公務員に要求される注意義務を尽して課税処分および滞納処分をしたのであるから、法令解釈の誤りをもって一概に過失に基づくものとはいえないなどの理由により、税務当局の過失を認めなかった。

この他にも、東京高判昭和29年3月18日⁽⁶¹⁾では、当時の厚生大臣がした皇居外苑使用不許可処分が違法とされたが故意・過失が否定され、大阪地判昭和30年3月14日⁽⁶²⁾では、税務署長のした財産税の更正決定および滞納処分が違法とされたが故意・過失が否定され、東京地判昭和44年7月8日⁽⁶³⁾では、当時の通産大臣による輸出不承認処分が違法とされたが故意・過失が否定されている。

また、最判平成3年7月9日(監獄法施行規則無効事件)⁽⁶⁴⁾は、当時の監獄法施行規則120条および124条が監獄法50条の委任の範囲を超えて無効であり、同規則12条に基づく接見不許可処分が違法であるとしたが、刑務所長には同規則が無効であることを予見すべきであったとはいえないから、過失があったとはいえないとした。

(60) 前掲注(41)。

(61) 高民7巻2号220頁。

(62) 下民6巻3号468頁。

(63) 行集20巻7号842頁。

(64) 民集45巻6号1049頁。

以上の事例のように、行政処分や政省令が違法であるのにこれを看過した場合の過失とは、処分や政省令が法令に違反して違法であり、公権力発動要件を欠いていることを認識すべきであったにもかかわらず、認識しなかったことを意味している⁽⁶⁵⁾。これは一般的な結果回避義務違反というよりは、法令を遵守すべき注意義務（法令を適切に解釈すべき注意義務）違反に近いと解される。

このような注意義務違反は、問題となった法令の解釈が明確であるか、確定されていれば認定されやすくなり、逆に明確でなく、確定されていなければ認定されにくくなると解される。しかし、公務員は自己の権限に属する法令を第一次的に解釈適用する権限と責任を有するのであるから、法令解釈の誤りによる損害発生を予見し、これを回避すべき高度な注意義務（結果回避義務）を負っていると解することも可能であろう。

(2) 職務行為基準説と過失

職務行為基準説とは、公務員が職務上尽くすべき注意義務を怠ったことを違法とする考え方である。この考え方によると、違法性の判断において過失の判断と同様に注意義務違反が問題とされるので、違法性一元的判断がなされると指摘されている⁽⁶⁶⁾。

最判平成 5 年 3 月 11 日（奈良民商事件）⁽⁶⁷⁾は、所得税の更正処分を受けた原告が、別訴の取消訴訟によって前記処分が取り消されたので、国に対して国家賠償を請求したところ、所得税の更正処分が国賠法 1 条 1 項という違法があったという評価を受けるのは、「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」に限られるとし⁽⁶⁸⁾、本件ではこのような場合に当たらないとして、前記処分の国賠法上の違法性を否定し、国の賠償責任を認めなかった。

課税処分が別訴の取消訴訟で取り消されれば通常は納付済みの税額は還付されるから、国賠訴訟の損害は慰謝料など税額以外について発生し、違

(65) この点につき、前掲注 (32)、宇賀・概説Ⅱ 430 頁参照。

(66) 前掲注 (34) 参照。

(67) 民集 47 卷 4 号 2863 頁。

(68) 同 2868 頁。

法性と過失もそのような損害について判断されることになる⁽⁶⁹⁾。本件でも請求を一部認容した控訴審判決⁽⁷⁰⁾は、損害として慰謝料（10万円）を認めている。取消訴訟で争われているのは課税処分が法令に適合していないことによる税額それ自体の損害であるが、国賠訴訟で争われているのは慰謝料など税額以外の損害である⁽⁷¹⁾。前者の違法性は課税要件の認定を誤ったことによって発生するが、後者の違法性は受忍限度を超えた精神的苦痛を与えたことによって発生するのだから、主張・立証すべき内容は異なっており、違法性も異なっていると考えられる⁽⁷²⁾。また、前者について過失は問題とならない。

控訴審判決⁽⁷³⁾は、「当裁判所も課税処分において課税評価額の認定に過誤があったからといって、その過誤あることをもって、直ちに国賠法上も担当公務員に故意、過失があつて違法な処分となるものではなく、担当職員が資料の収集及びこれに基づく認定、判断において、職務上通常尽すべき注意義務を尽さず、過大認定となることを予見し乍ら、又は予見し得べかりしに拘らず、慢然と処分をなした場合に始めて国賠法一条の不法行為が成立するものと解する」とした上、「売上原価、消耗品費、給料賃金の項において売上の二倍の増加に基づき更正処分をなすに拘らず、申告額そのままを採用したことによって右各費目〔筆者注：消耗品費、給料賃金である〕の過少認定となり、それが本件過大認定に反映した部分は、その処分に当たった担当職員が職務上通常尽すべき義務に著しく違反した違法な処分であったとみななければならない」と判示した⁽⁷⁴⁾。つまり、「職務上尽

(69) 本件において、課税処分の取消訴訟の違法と国賠法の違法は異なることにつき、小早川光郎「課税処分と国家賠償」行政法の思考様式（藤田宙靖博士東北大学退職記念）420頁、425頁以下参照（青林書院・2008年）。

(70) 大阪高判平成元年3月28日民集47巻4号2976頁。

(71) ただし、最判平成22年6月3日民集64巻4号1010頁のように、出訴期間経過後に国賠訴訟によって課税処分の違法性を争うような事例では、国賠訴訟の違法性は基本的に課税要件の認定を誤ったことによる違法性となる。

(72) 本件の調査官解説（井上繁規、法曹時報46巻5号120頁）は、「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」としている。

(73) 大阪高判平成元年3月28日。民集47巻4号2976頁に掲載されている。

(74) 民集47巻4号3000頁。

くすべき義務に著るしく違反した」かどうかは「担当公務員に故意、過失があって違法な処分となる」かどうかを判断する過程で問題とされていたのであり、控訴審判決は本件処分をした公務員には過失があるから違法な処分であると判断したものと解される。

最高裁判決は、結論は控訴審判決とは反対に違法性がないとしたが、判断枠組みそのものは控訴審と同様であると考えられる。よって、「奈良税務署長がその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事情は認められない」ので、税務署長に過失がないから「本件各更正に国家賠償法一条一項にいう違法があったということは到底できない」と判断したのではないだろうか。

そうだとすれば、本判決は理論的な意味での違法性の判断に過失と同様な職務上の注意義務違反という判断基準を採用したわけではなく、過失がないから損害賠償責任を否定するという意味で違法性を否定したと理解することができるであろう。前記 1 (1) で見たように、民法の損害賠償請求訴訟では、違法性が故意・過失とは区別された要件として意識的に使われることはなく、むしろ、「不法行為を肯定しあるいは否定するという最終判断の表現として使われることが多い」とされているが⁽⁷⁵⁾、同じ民事訴訟である国賠訴訟でも同様な傾向が生じていることは十分にあり得ると思われる。

最判平成 11 年 1 月 21 日判時 1675 号 4 頁（住民票続柄記載事件）は、市長が X1 と X2（いずれも原告）の続柄を住民票に「子」と記載した行為（当時は嫡出子については長男・長女、二男・二女などと記載し、非嫡出子については子と記載していた）が違法であるとして、Y（市）に国家賠償を請求した訴えにつき、本件では、市長は「職務上尽くすべき注意義務を尽くさず漫然と本件の続柄の記載をしたということはできない」として、記載行為の違法性を否定し、Y の賠償責任を認めなかった。

控訴審判決は市長の行為は違法であるが過失がないとしていたが、最高裁判決は市長の行為に職務上尽くすべき注意義務を尽くさなかった過失はなく、過失がないから違法ではないと判断したと解することもできるのではないだろうか。

以上の二つの事例では、最高裁判決の文面を見る限り、違法性一元的判

(75) 前掲注 (5)、内田・民法Ⅱ 360 頁。

断が行われて違法性が否定され、過失判断は行われていないように見えるが、違法性が認められて過失判断が行われた事例がある。

最判平成19年11月1日（在外被爆者訴訟）⁽⁷⁶⁾では、国（被告、上告人）の職員が日本国外に移住した者については原爆二法（原子爆弾被爆者の医療等に関する法律および原子爆弾被爆者に対する特別措置に関する法律）に基づく健康管理手当等の受給権は失権する旨を定めた通達（402号通達）を发出し、失権の取り扱いを継続したことが違法であるとして、日本国外に居住する在外被爆者（原告）が国家賠償を請求した。

本判決は、前記の法解釈が違法となるのは「上告人の担当者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」に限られるとしたが、「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」⁽⁷⁷⁾であるとして、国の賠償責任を認めている。

このように見ると、職務行為基準説による「違法性一元的判断」とは、①違法性判断において過失判断と同様に注意義務違反が問題とされているという理解と、②注意義務違反が認められない場合に、過失がないから損害賠償責任を否定するという意味で違法性がないという表現が使われている（逆に、注意義務違反が認められる場合に、過失があるから損害賠償責任を認定するという意味で違法性があるという表現が使われている）という理解があり得ることになる。

いずれの場合もそこでの注意義務の程度は、「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」当該行為をしたことになるが、実際には①と②では大きな違いが生じるのではないだろうか。

前記2(2)で見たように、違法性と過失の二元的判断が行われた場合には、過失は客観化・抽象化され、予見可能性を前提とした結果回避義務違反が問われており、ここでの予見可能性には損害発生を予見すべきであるという規範的な意味も含むのであるから、結果回避義務の程度はかなり高度である。その結果として、加害者の責任は厳格に追及されている。②の場合は、注意義務の意味は過失判断のそれと同じであるから、職務行為

(76) 民集61巻8号2733頁。

(77) 同2751頁。

基準説をとったとしても、加害者の責任は厳しく問われることになるであろう。

これに対して①の場合には、実際に違法性判断において注意義務違反が問題となるが、予見可能性を前提とした結果回避義務違反という過失判断の枠組が違法性のレベルで適切に機能するかどうかは明らかでなく、加害者の注意義務の程度は大幅に緩和される可能性がある。

そうだとすれば、多くの裁判例が職務行為基準説に立つようになっているとしても⁽⁷⁸⁾、被害者としては違法性とは別に結果回避義務違反としての過失を主張・立証し、加害者の責任を問う必要がある。それによって注意義務違反は過失判断の場合と同じ意味を持つことになり、過失があるから違法であると判断されて、国や公共団体の損害賠償責任が厳しく問われる可能性は高まることになろう。

もとより職務行為基準説によるとしても過失責任主義であることに変わりはなく、実際に在外被爆者訴訟の最高裁判決は職務行為基準説に立ちながら違法性・過失二元的判断を行っているのであるから、この点からも加害者の過失を主張しておく必要があることは明らかである。

(3) 相関関係説と過失

相関関係説とは、行為の不法性（違法性）と結果の不法性（違法性）を相関的に考慮して違法性を認定するという考え方である。本稿では、公権力発動要件欠如説または職務行為基準説のいずれでもなく、結果の違法性も考慮したと思われる事例を相関関係説と考えることにする。

前記の最判昭和 61 年 2 月 27 日（パトカー追跡事件）⁽⁷⁹⁾の第 1 審である富山地判昭和 57 年 4 月 23 日⁽⁸⁰⁾は、詳細に警察官（A 巡査）の過失を認定し、県（Y）の賠償責任を認めている。本判決は、① A 巡査は交通事故発生 of 具体的危険を十分に予測できたはずであり、また、B 車の車両番号を確認したのだから無線手配等によって取り締まりが可能であったのに、突如 U ターンして時速 100km で逃走を開始した B を 3km 以上にわたって追跡したこと、② その後も B は必死で逃走を続け、赤信号を無視して右折車線から左折するなど危険で乱暴な運転を続けたのだから、A

(78) この点につき、前掲注 (36)、西埜・コンメタール 155 頁参照。

(79) 民集 40 卷 1 号 124 頁。

(80) 民集 40 卷 1 号 124 頁に掲載されている。

は一般市民に損害が生じることを予想して直ちに追跡を中止すべきであったこと、③ A は他の車両に危険を知らせるべきであるのに本件事現場の手前でサイレンの使用を中止したことなどから、A に過失があったとした。

本判決は違法性には言及していないが、どのような追跡が許されるのかを明確に授權した行為規範は存在しないので（最高裁判決が言及している警察法 2 条、65 条、警職法 2 条 1 項はきわめて抽象的であり、具体的な行為規範とはいえないであろう）、追跡行為の違法性を法令の解釈によって判断することはできなかつたと思われる。むしろ、第三者である一般市民が死傷するという重大な結果を生じているので、違法性が認められることは当然の前提となっていたと考えられる。控訴審も第 1 審判決を支持した。

この他に、前記の最判昭和 62 年 2 月 6 日（中学校プール飛込事事件）⁽⁸¹⁾を始めとする学校事故に関する裁判例は、いずれも違法性については特に言及せずに、比較的詳細に過失判断を行っている。学校事故についても教員等の行為規範となる明確な法令の規定はないと思われるので、賠償責任を認定する上では一般的な結果回避義務違反としての過失判断が重視されたと考えられる。

このように相関関係による場合には、違法性・過失二元的判断が行われ、違法性判断においては結果の重大性が考慮されるとともに、過失判断においては客観化・抽象化された過失論が機能を發揮して妥当な結論に至ることが期待できる。

4 組織的過失

加害者の結果回避義務違反を過失ととらえる従来の過失論は、加害者が特定の個人であることを前提としている。しかし、現代社会では企業活動や行政機関の職務遂行はいずれも組織体によって行われるのが通例であり、他人に損害を与えたときに、その原因を特定個人の過失に帰することができない場合が増加している。例えば、公害事件の原因が特定個人の過失によるとは言い難いであろう。そこで、組織的過失の概念が提唱されており、国や公共団体の行政活動に起因する過失についても組織的過失とし

(81) 判時 1232 号 100 頁。

て理解すべき場合があると考えられている⁽⁸²⁾。

行政組織の組織的過失の具体的内容については、企業の組織的過失を参考として定義すると、「組織内部で損害発生を防止するための指揮監督義務および連絡通報義務を怠ること」であり、「その性質は高度に客観化され、無過失責任に近い」と考えられる⁽⁸³⁾。つまり、組織的過失とは、上級機関から下級機関に対する指揮監督義務違反または下級機関から上級機関に対する（もしくは行政機関相互の）連絡通報義務違反を意味している。裁判例の中にもこのような考え方に立つと見ることができるものがある。

東京高判平成 4 年 12 月 18 日⁽⁸⁴⁾は、予防接種の後遺障害に対する国家賠償請求につき、厚生大臣（当時）は、「予防接種業務の実施主体である市町村長を指揮監督し、接種を実際に担当する医師や接種を受ける国民を対象に予防接種の副反応や禁忌について周知を図るなどの措置をとる義務があったというべきである」⁽⁸⁵⁾として、これらの義務を怠った点に過失があると判示した。

本判決は、前記の義務のうち、上級機関から下級機関に対する指揮監督義務を怠った点を重視して厚生省の組織的過失を認めたものと解される⁽⁸⁶⁾。その後も予防接種事故については、同様に組織的過失が認定されている⁽⁸⁷⁾。

カネミ油症事件の福岡地裁小倉支判昭和 60 年 2 月 13 日⁽⁸⁸⁾（小倉 3 次訴訟）は、国家行政組織法 2 条 2 項が国の行政機関相互の連絡調整義務を定めていることを前提として、食用油と同一工程で製造されていたダーク油（家畜飼料用）に PCB が混入していることを知った農林省（当時）の

(82) 前掲注 (2)、塩野宏・行政法Ⅱ 323 頁、前掲注 (32)、宇賀・概説Ⅱ 425 頁参照。

(83) 武田真一郎「国家賠償における組織的過失について」愛知大学法学部法経論集 159 号 45 頁、63 頁。

(84) 判時 1445 号 3 頁。

(85) 同 119 頁。

(86) 前掲注 (29)、宇賀・国家補償法 74 頁は、本件は組織的過失を認めた典型的な事例であるとしている。

(87) 福岡高判平成 5 年 8 月 10 日判時 1471 号 31 頁、大阪高判平成 6 年 3 月 16 日判時 1500 号 15 頁参照。

(88) 判時 1144 号 18 頁。

職員（本省および出先機関職員）には食品を所管する厚生省（当時）への通報義務があると認め、「食用油による被害発生の危険を具体的に知り得べき状況にありながら、違法に、その規制権限を有する食品衛生所管庁たる厚生省等に対する通報連絡義務を怠った過失は免れない」⁽⁸⁹⁾と判示した。

本判決は、前記の義務のうち、下級機関から上級機関に対する連絡通報義務および行政機関相互の連絡通報義務を重視している。本判決は農林省職員の連絡通報義務違反を認定しているが、実質的には農林省の組織的過失を認めたものといえよう。ただし、カネミ油症事件・小倉第2次訴訟の福岡高判昭和61年5月15日⁽⁹⁰⁾は、前記の連絡通報義務の存在を否定し、農林省職員の過失を否定している。

なお、国賠法1条の賠償責任は代位責任と解されることから、過失判断に際しては原則として加害者を特定することが必要である。最判昭和57年4月1日（税務署結核事件）⁽⁹¹⁾は、税務署で実施された健康診断に際して原告に結核の陰影があることが通知されなかった場合において、加害者を特定することは要しないが、国または公共団体が賠償責任を負うのは、「一連の行為を組成する各行為のいずれもが国または同一の公共団体の公務員の職務上の行為に当たる場合」に限られるとして⁽⁹²⁾、本件では地方公務員である医師の行為が介在していたことから、国の賠償責任は認められなかった。

本件のような事例についても、実施責任者である税務署長の指揮監督義務違反および健康診断の実施に従事した職員の連絡通報義務違反として組織的過失ととらえれば、過失の認定は可能であったと解される。

このように近年の行政活動は組織的に行われている点に着目して、組織的過失という観点から国家賠償責任を認定しようとする考え方においては、違法性よりも過失に重点が置かれている⁽⁹³⁾。予防接種や家畜飼料の検査など組織的過失が問われた事例では、重篤な副作用や食品への毒物混

(89) 同55頁。

(90) 判時1191号28頁。

(91) 民集36巻4号519頁。

(92) 同523頁。

(93) 国賠法1条の解釈では行為不法が重視される傾向があるが、「組織的違法」という概念は提唱されていない。

入により重大な被害が発生している。ところがこれらの事例については公務員の行為規範としての法令の規定が明確でないため、行為の違法性を法令の解釈によって認定することは困難である。よって、指揮監督義務違反および連絡通報義務違反（これらの義務は結果回避義務より厳格であると解される）に基づく組織的過失が、賠償責任の判断基準として機能を発揮しているのではないだろうか。

5 不作為と過失

国賠法 1 条の賠償責任については、公務員が規制権限を行使しなかったことが違法であるとして、不作為に対する損害賠償責任が問われる事例が少なくない。この場合も国賠法 1 条 1 項が適用されるのだから過失責任主義の原則は変わらないはずである。

実際に、不作為に対する国家賠償請求の初期の事例である最判昭和 46 年 11 月 30 日（建物不除却事件）⁽⁹⁴⁾は、市長が仮換地上の建築物の除却をしなかったために原告（被上告人）の使用収益を妨げた場合において、市長には土地区画整理法 77 条 1 項、都市計画法 15 条 1 項および行政代執行法 2 条に基づいて当該建築物を除却し、土地の使用収益を妨げないようにすることは市長の職務上の義務であったとして、「市長は、過失により右義務を怠った違法な不作為のため、被上告人に対し、・・・損害を与えたものというべきである」⁽⁹⁵⁾と判示している。

本判決は、市長には建物を除却して損害の発生を防止する注意義務があったとして、これを怠った不作為を過失としてとらえている。法令によって規制権限を付与された公務員は、その権限を適切に行使して損害の発生を防止する注意義務ないし結果回避義務を負っているはずである。このように理解することは法律による行政の原理に適合し、過失責任主義をとった国賠法 1 条の立法趣旨にも適合すると思われる。ひいては、公務員の違法な不作為による損害の発生を防止する機能を果たすことが期待できるであろう。

最判昭和 59 年 3 月 23 日（新島爆弾事件）⁽⁹⁶⁾は、漂着した旧日本軍の砲弾類を警察官が回収しなかったことは「その職務上の義務に違背し、違法

(94) 民集 25 卷 8 号 1389 頁。

(95) 同 1396 頁。

(96) 民集 38 卷 5 号 475 頁。

であるといわなければならない」⁽⁹⁷⁾と判示した。前記の建物不除却事件では行為規範となる法令の規定が明確であったのに対し、本件では砲弾類を回収する権限を定めた明文の規定はないが、本判決は警察官には回収する職務上の義務があることを前提としている。そして、本判決は特に過失に言及していないが、警察官の過失を認定した第1審判決を是認しているので、やはり回収を怠った不作為を過失としてとらえていると解される。このような考え方を不作為過失説または注意義務違反説と呼ぶことができるであろう。

ところが、周知のようにその後の最高裁判決は公務員の不作為による賠償責任について異なる考え方をとっている。

最判平成元年11月24日（宅建業事件）⁽⁹⁸⁾は、詐欺的な取引行為を反復していた宅建業者に対して知事が営業許可取消などの規制権限を行使しなかったことが「監督処分権限の趣旨・目的に照らして著しく不合理であるということではできない」から、「国賠法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではない」と判示した⁽⁹⁹⁾。このように権限の不行使が著しく不合理である場合に限り違法となるという考え方は裁量権消極的濫用論⁽¹⁰⁰⁾と言われているが、最判平成7年6月23日（クロロキン事件）⁽¹⁰¹⁾などその後の最高裁判決によって踏襲されている。

これらの最高裁判例のうち、最判平成16年10月15日（水俣病関西訴訟）⁽¹⁰²⁾および最判平成16年4月27日（筑豊じん肺事件）⁽¹⁰³⁾は、権限の不行使を違法と判断したが、過失には言及していない。しかし、いずれも原判決は過失を認定しており、最高裁は原判決の過失判断を是認したと解される。

裁量権消極的濫用論によると、権限の不行使が著しく不合理でない限り

(97) 同482頁。

(98) 民集43巻10号1169頁。

(99) 同1177頁。

(100) 不作為を指摘されている行為が裁量行為ではなく非裁量行為の場合には（欠格事由が生じた者に対する許可処分を取り消さない場合など）、権限を行使しない裁量が認められるわけではないから、むしろ消極的権限濫用論とすることが適当であるように思われる。

(101) 民集49巻6号1600頁。

(102) 民集58巻7号1802頁。

(103) 民集58巻4号1032頁。

は違法性が否定され、過失判断は行われなくなるが、違法性が認められると過失判断がなされるのだから、過失の主張・立証は周到に行っておく必要がある。その際に、結果が重大で損害額も大きいときは違法性が認められる傾向があるので（新島爆弾事件、水俣病関西訴訟、筑豊じん肺訴訟）、結果の不法性（違法性）を主張するべきであろう。

そして、公務員には適切に権限を行使して損害発生を防止する結果回避義務があるのにこれを怠った過失があると主張することにより、むしろ違法性が推定され、権限の不行使が著しく不合理であると判断される可能性も高まると思われる。

6 検討

(1) 違法の多元性

以上の本稿の考察によると、国賠法 1 条 1 項の違法性の意義についての学説には①公権力発動要件欠如説、②職務行為基準説、③相関関係説があるが、実際の裁判例には①のほか、最近は②によるもの（最高裁判決を含む）も増加しており、さらに③によるものも少なからず存在している。このように 3 つの考え方が併存しているのは、それぞれの事例においてその考え方がとられる理由があるからではないだろうか。

①の公権力発動要件欠如説は、当該事件において公務員の行為規範となり、あるいは解釈の指針となる法令の規定が明確である場合には適切に機能することが期待できる。裁判所としても堅実な解釈を行うことができるし、それは法律による行政の原理にも適合することになる。

前記 3 (1) (i) の大阪高判昭和 55 年 1 月 30 日（大阪淡路ナイフ傷害事件の控訴審）およびその上告審である最判昭和 57 年 1 月 19 日は、銃刀法 24 条の 2 第 2 項が適切な行為規範となったため、①の考え方がうまく機能した典型的な事例である。また、前記（同）の最判昭和 53 年 10 月 20 日（芦別事件）は、刑事訴訟法に規定された刑事裁判の構造が解釈の指針となって①の考え方が適切に機能した事例であるが、この場合の法令の規定はいわば違法阻却事由として機能している。不法行為の成立要件は多様であり、法令によって予め明確に規定することは困難であるが、違法阻却事由は限定的であるから、法令によって予め規定したり、法令から解釈することはより容易であると思われる。

しかし、そのような法令の規定が存在しないか、不明確である場合に

は、いわば無い袖は振れないことになり、法令の解釈によって適切に違法性を判断することは困難となる。不法行為が発生する状況は千差万別であり、損害賠償責任を判断する基準を予めすべて法律で明確に規定しておくことは不可能に近いが、民法709条や国家賠償法1条1項が統一要件主義をとり、不法行為の成立要件をきわめて抽象的に規定しているのもそのためであろう⁽¹⁰⁴⁾。実際にも、ごく一部の例外を除き、個々の行政法規は損害賠償責任の判断基準となることを意図して制定されているわけではないと思われる。

前記3(1)(i)の最判昭和61年2月27日(パトカー追跡事件の上告審判決)は、警察法2条、65条、警察官職務執行法2条1項のような抽象的な規定を行為規範としたために①の考え方が適切に機能せず、結論も妥当性を欠くことになった典型的な事例であろう。

また、前記3(2)の最判平成5年3月11日(奈良民商事件)のように、取消訴訟(行政処分)の違法性と国賠法の違法性は異なる場合があるので⁽¹⁰⁵⁾、処分庁の行為規範となる法令の規定(処分基準)が明確であるとしても、その規定によっては国賠法の違法性を適切に判断できないことがある。このような場合にも①の考え方は適切に機能しない(実際に同判決は②の考え方によっている)。

そこで、①が機能しない場合には他の考え方によることが必要となり、②や③のような考え方がとられるのではないだろうか。

②の職務行為基準説は、「職務上の注意義務違反」という過失判断に類似した判断基準によっているが、職務上の注意義務違反という規範的な判断を採用することにより、行為規範としての法令の規定が不明確であるために法令違反そのものを認定できない場合でも、より柔軟に損害賠償責任を判断できることになると思われる。

上記の最判平成5年3月11日(奈良民商事件)は、②の考え方によった典型的な事例である。今後とも②による裁判例は増加することが予想さ

(104) この点については、前掲注(6)、平井・債権各論Ⅱ9-13頁参照。

(105) 同判決により、少なくとも実務的には取消違法と国賠違法は異なるとされたのであり、違法性一元説ではなく、違法性相対説が採用されたと解される。取消判決の既判力によって後の国賠訴訟においても当該処分が違法として取り消されたことが立証を要しない顕著な事実となる。取消判決の既判力の効果はこの点にあり、国賠訴訟の違法性に及ぶわけではないと思われる。

れるが、前記3(2)で見たように、この考え方は職務上の注意義務違反がないから過失はなく、よって違法ではない(あるいは職務上の注意義務違反があるから過失があり、よって違法である)という意味で違法という語を使っている可能性がある。そうであるとすれば、被侵害利益が重大であるほど結果の予見義務および結果回避義務は厳しく問われて過失が認定されやすくなり、過失が認定されれば違法と判断される可能性が高まるのであるから、原告は違法性とは別に過失の主張・立証も周到に行う必要がある。

③の相関関係説は、民法の不法行為法と同様な考え方によるものである。行政法学の立場からは国賠法の独自性を理解しない考え方としてあまり評判はよくないが、裁判例には意外なほどこの考え方に立つと解されるものがあり、結論も妥当であるように思われる。裁判所としても通常の民事訴訟と同様な考え方を採ることになり、審理がしやすいのではないだろうか。

前記3(3)の富山地判昭和57年4月23日(パトカー追跡事件の第1審判決)は③の考え方によった典型的な事例と解されるが、その結論は①によった最高裁判決よりもはるかに妥当であろう。また、前記(同)の最判昭和62年2月6日(中学校プール飛込事件事件)も③の考え方によったと解されるが、その結論は妥当である。

このように見ると、現在の国賠法1条の裁判例には①から③の考え方が併存しており、それは裁判所(特に最高裁)がその事件でその考え方を採ることが適切であると考えていたからであると思われる。もとよりどのような法解釈をとるかは裁判所の専権事項であり、これら①から③の考え方が併存していることが法令解釈の矛盾抵触を生じているともいえないであろう。そうであるとすれば、国賠法1条の解釈については3つの考え方が併存しており、同条の違法性は多様であると認識することが、現在の裁判例の理解のしかたとして適切なのではないだろうか。

(2) 過失の一元性

前記3(2)で見たとおり、過失とは損害発生の予見可能性があるのに結果回避義務を怠ることであり、ここにいう予見可能性とは必ずしも現実に見てきたかどうかという事実上の判断ではなく、予見すべきであったかどうかという規範的な判断である。ここでの規範となるのは、法令の規

定のほか、他人の権利または法律上保護される利益を侵害してはならないという一般的な規範であり、被侵害利益が重大であるほど結果回避義務は強く要請される。

以上のように過失を理解することについては、違法性の考え方が多様であるのとは対照的に、民法および国賠法のいずれにおいても異論は見当たらない。よって違法は多元的であるのに対し、過失は一元的存在であるということができるであろう。そして、今日では過失は抽象化・客観化されており、このように構成された過失概念は損害賠償責任を認定する判断基準としてきわめて効果的に機能している。そうであるとすれば、違法性についてどのような考え方を採るにせよ、国賠法に基づく損害賠償責任を適切に認定するためには、過失の主張・立証を周到に行うことが必要ではないだろうか。

民法709条と国賠法1条1項はいずれも過失責任主義を採っており、これは組織的過失や不作為に対する賠償責任が問われる事例でも同様であるから、過失を周到に主張・立証することはもとより必要なはずである。

また、今日では民法と国賠法のいずれにおいても違法性と過失には重なり合う部分があると認識されており、その結果として両者を一元的に理解することも提唱されている。その理由としては、前記1(1)で見たように、受忍限度を超えた損害が発生して違法性の程度が強いほどそのような結果を予見して損害発生を回避すべき結果回避義務が強く要請され、過失が認定されやすくなることが考えられる。つまり、結果(損害)の重大性を考慮することによって違法性と過失は密接に関連するのであり、それは損害の公平な分担という損害賠償制度の目的から見ても当然の帰結といえるのではないだろうか。

国賠法は損害賠償制度であるにもかかわらず、違法性については行為不法説が有力であるために、結果の重大性が十分に考慮されない可能性があることに筆者は旧稿でも強い疑問を感じていたが、過失を十分に主張・立証することにより、この問題は相当程度解消されることになる。

特に、職務行為基準説を採る場合には、違法性判断において職務上の注意義務違反が問われることになるが、前記3(2)で見たように、違法判断と過失判断が一元化していると形式的に理解して過失の主張・立証を簡略にするのではなく、違法性のそれとは別にむしろ周到に行う必要がある。

おわりに

本稿の結論は、国賠法 1 条の違法性は多元的であることを前提として、むしろ一元的な過失を周到に主張・立証することにより、損害の公平な分担という国賠法の理念を適切に実現することができるのではないかということである。これはきわめて複雑化している国賠法の違法性に関する議論に対し、筆者が示すことができる一つの簡明な提案である。

旧稿には「相関関係説、違法性相対説による理解の試み」という副題を付けたが、本稿では省略した。その理由は、まず違法性相対説については、取消訴訟の違法性と国家賠償の違法性が異なることはもはや学説・判例で承認されており⁽¹⁰⁶⁾、あえて言及する必要はないと考えられるからである。相関関係説については、違法性について多様な考え方が併存していると認識するのであれば、特定の考え方を標榜する必要性はないと思われるからである⁽¹⁰⁷⁾。

とはいえ、国賠法の違法性を判断する際に法令の解釈とともに結果の不法性（違法性）を考慮することは不可欠であり、このような考え方ともっとも親和性があるのは相関関係説であろう。相関関係説に対する公法学説の批判は、違法性を民法と同様に理解することにより、法治主義や法律による行政の原理との関係が不明確になり、国賠訴訟を通じてこれらの原理原則を実現する役割がおろそかになるという点にあると思われる⁽¹⁰⁸⁾。

しかし、相関関係説はもともと行為不法として法令違反を考慮することを前提としているのであるから⁽¹⁰⁹⁾、法令違反が適切に考慮されれば法律による行政の原理が没却されることにはならないであろう。民法の裁判例では違法性の判断において法令違反が考慮されることはほとんどないとき

(106) 前述の最判平成 5 年 3 月 11 日（奈良民商事件）、注（69）および（72）参照。

(107) このほかに、相関関係説は公法学説としてはあまり評判がよくないので、この説を標榜することは遠慮すべきでないかという自主規制も働いている。

(108) 前掲注（3）、中川・2012 年 73 頁はその理由について、「『行政行為それ自体の違法とは別に国家賠償法上の違法の概念を建てること』への抜きがたい疑問が共有されることが多く、『法律による行政の原理の支配する行政過程と国家賠償制度とを整合的に結合』するべきだ」という考え方が強調されるからである」としている。

(109) 本稿 1（1）および前掲注（5）、内田・民法Ⅱ 359 頁参照。

続・国家賠償における違法性と過失について

れているが⁽¹¹⁰⁾、むしろ相関関係説は国賠訴訟で本来の機能を発揮する可能性を秘めているのかも知れない。

いずれにせよ、国賠訴訟において過失の主張・立証が周到に行われ、過失判断が厳格化すれば、公務員は国民に対して違法な結果を生ずることのないように注意義務を果たし、適切に権限を行使するように努めるであろう。それは行政活動の適法性を確保し、ひいては法律による行政の原理の実現に資することになるはずである。

(110) 本稿 1 (1) および同書 360 頁参照。