



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	フランス国家賠償責任法における役務のフォート認定の基準と方法（8・完）：国家賠償法一条一項の責任原理との比較の視点から
Author(s)	津田, 智成
Citation	北大法学論集, 75(1-2), 304[1]-210[95]
Issue Date	2024-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/92894
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_75_1-2_05_Tsuda.pdf



フランス国家賠償責任法における 役務のフォート認定の基準と方法（八・完）

—— 国家賠償法一条一項の責任原理との比較の視点から ——

津
田
智
成

目 次

序章…本稿の問題意識——役務のフォート認定の基準と方法——
第一節…これまでの研究の到達点と残存する課題

第二節…本稿の分析手法と構成

第一章…役務のフォートの判断基準としての義務違反

第一節…役務のフォートの判断基準

第一款…役務のフォートの行為不法的側面

第二款…役務のフォートの結果不法的側面

第二節…義務の判断基準

第一款…法規定

第二款…職務の性質

第三款…法の一般原則

第三節…小括——役務のフォートの行為不法的側面と結果不法的側面——

第二章…役務のフォートの類型論

第一節…論理的類型論

第一款…伝統的説明

第二款…現代的説明

第二節…経験的類型論

第一款…違法な法律行為

第二款…公務員の法的地位に対するフォート

第三款…さまざまな不作為

第四款…過誤・不手際・不注意

第五款…予防原則

第六款…役務の組織上の瑕疵

第七款…瑕疵ある情報

第八款…損害を生ぜしめる態度

(以上、六八卷二号)

(以上、六八卷五号)

(以上、七一卷一号)

(以上、七一卷五号)

第三節…小括——多様な形態をとる役務のフォート——

第三章…役務のフォートの評価方法

第一節…具体的評価

第一款…事件の諸状況

第二款…用いうる手段

第三款…損害の予見可能性

第二節…抽象的评价

第一款…公役務の組織編成ないし体制整備

第二款…行政客体の権利

第三節…小括——行為規範の指定を規律する諸要素——

第四章…結果債務理論

第一節…手段債務——注意義務——

第一款…一定の行動による義務の履行

第二款…一貫した懈怠又は異常な遅滞

第二節…結果債務——実効性確保義務——

第一款…結果債務の黙示的承認

第二款…結果債務の明示的承認

第三節…小括——行為規範の高度化と結果不法説的解釈——

終章…総括——役務のフォートと国家賠償法一条一項の諸要件——

第一節…役務のフォート概念の弾力性

第一款…「違法性＝フォート」テーゼ

第二款…役務のフォート理論と違法性同一説との関係

第三款…役務のフォート理論と違法性相対説との関係

（以上、七一巻六号）

（以上、七二巻三号）

（以上、七二巻六号）

第二節…行為規範の指定のあり方についての試論的考察

第一款…役務のフォート判断における義務の程度ないし範囲

第二款…国家賠償法一条一項の違法性又は過失のグラデーション

第三款…結果不法的要素の考慮のあり方

(以上、本号)

終章…総括——役務のフォートと国家賠償法一条一項の諸要件——

本稿においては、ここまで、フランス国家賠償責任法における原則的責任要件である「役務のフォート (*faute de service*)」の認定の基準と方法についての研究を行ってきた。その要点については、各章の小括において整理してきたとおりである。フランス国家賠償責任法と我が国の国家賠償法一条一項は、その責任規範の基本的な構造等に差異があることから単純に両国の要件論を比較することはできないものの、以下では、かかる差異に留意しつつ、本研究により得られた知見に照らして、主に我が国の国家賠償法一条一項における諸要件、特に「違法性」と「過失」に関する学説及び判例についての整理・検討を行うこととしたい。

第一節…役務のフォート概念の弾力性

本研究により明らかとなった役務のフォート概念の主たる特徴の一つは、その「弾力性」である。すなわち、第一章から第四章まで挙げてきた役務のフォートに関する諸判例を見ると、役務のフォート概念が、個々の事案に応じて、「権

利侵害」、「権限規範違反」、「故意」、「注意義務違反」、「結果債務違反」といったさまざまな形をもって認定がなされ、さらに、時には侵害される権利ないし法益の「要保護性」により、それが否定されていることがわかる。つまり、この概念は、まさに「多様な形をとる概念 (notion multiforme)」⁽¹⁾なのである。我が国の国家賠償法一条一項の諸要件との関連で言えば、役務のフォート概念は、「故意」、「過失」、「違法性」（又は「権利・法益侵害」）のいずれにも形態を変えうる、あるいはそれを包含しうる「弾力的」な概念であるといえよう。このことは、今日ではそのまま「フォート」と記されることが多い「faute」という単語に、どのような訳語を当てるべきか、というこれまでも種々議論のあった問題の解決の難しさをよく示している。ただ、これにあえて訳語を当てるとすれば、包括的な「不法」という訳語が最もその実体に近いのかもしれない。この点に関しては、かつて「faute」に「過失」という訳語が当てられることの多かった時代に、小早川光郎教授が、これに「不法」という訳語を当てていたことが改めて注目される。⁽²⁾本節においては、右のようなさまざまな形態のうち「権限規範違反」という形態をとる場合の役務のフォート理論に着目して、我が国においてその対立が顕著に語られている、いわゆる「違法性同一説」及び「違法性相対説」と、当該理論との関係を整理することを試みる。その上で、次節において行う試論的考察の背景にある問題意識を明確にすることとしたい。

第一款…「違法性」フォート」テーゼ

フランス行政法学において、役務のフォートは、しばしば「法律行為」と「事実行為」という分析枠組みに沿って整理されている（第一章第二節第一款・第二章第一節第二款一参照）。そして、前者が問題となる場合には、役務のフォートは、我が国の取消訴訟に相当する越権訴訟における「違法性 (illégalité)」との関係において論じられることとなる。

このようなフランスにおける「違法性」と「役務のフォート」の関係についての問題は、我が国における「取消違法」（取消訴訟における違法性）と「国賠違法」（国家賠償法一条一項の違法性）の関係についてのそれを想起させるものであるといえる。この問題に関しては前稿及び本稿においても繰り返し述べているように、現在のフランス法においては、「違法性はいかなるものであっても役務のフォートを構成する」というテーゼ（違法性Ⅱフォート）テーゼ）が確立されており、違法性の存在から直截的に役務のフォートが認定されている（第二章第二節第一款参照）。そこでは、実質的に問題となる行為の法律適合性（法的要件の充足の有無）が客観的に問われているということとなり、結果的に「権限規範違反」から役務のフォートが構成されていると解することができるのではないかと思われる。

ただし、この問題に関する両国の法状況には、いくつかの根本的な差異が存することに留意しておく必要がある。まず、フランス法においては、そもそも、そこで用いられている文言自体が異なっていることに加えて、越権訴訟における取消事由としての「違法性」（越権）と国家賠償請求訴訟における国家賠償責任の成立要件としての「役務のフォート」とは、理論上異なる平面に置かれるものであるという前提が発点となっている。また、このことから、我が国においては「公権力の行使」概念の拡大も相まって法律行為以外の事実行為についても、少なくとも形式的には「違法性」の有無を語る必要があるのに対して、フランス法においては事実行為については基本的に「違法性」の有無は問題とならない。さらに、フランス法においては、我が国の国家賠償法一条一項のように「違法性」と「過失」を分化させないという意味において「統一的帰責事由」⁽⁵⁾として役務のフォートを要件としているため、違法性を認定しつつも過失の不存在を理由に国家賠償請求を棄却するという解釈はできない。

第二款…役務のフォート理論と違法性同一説との関係

一 原理的な法思想に関する共通点

ところで、判例上、一般論として「違法性Ⅱフォート」テーゼが認められる論拠が明らかにされることはないものの、学説においては、その論拠として、「法治国家 (Etat de droit)」の観念や、我が国における法律による行政の原理に相当する「適法性の原理 (principe de légalité)」の観念が援用されている（なお、重大なフォート要件の適用範囲の縮小傾向からもわかるように、被害者救済の拡大を志向する、コンセイユ・デタの判例政策の基本的な方向性も、その背景にあるものと考えられる）。かかる学説につき、橋本博之教授は、次のような整理を行っている。「違法性とフォートの一致を強調する学説は、行政の行為規範違反という要素を重視する。役務過失の概念を行政に対して課される義務違反と位置づけるならば、適法性の原理から導かれる違法性と、行政賠償責任の要件たるフォートとが、重複すると考える必要性が増すであろう。違法性とフォートの一致を提唱したのが、客観法論者を代表するデュギイであったことは、このことを想起させる。さらに、この立場が、論理的に明晰であることも主張されている。「違法性Ⅱフォート」という図式そのものが明快であることに加えて、違法性の存在と行政賠償責任の不成立という「ずれ」について、役務過失以外の損害等の要件の問題と整理することにより、違法性・役務過失・賠償責任という三者の相互関係が明確になるとされる」〔傍点筆者〕。こうした解釈は、「取消違法」と「国賠違法」を同一のものと解する、我が国における「違法性同一説」〔公権力発動要件欠如説〕が志向する解釈と一定の共通点を有するものであるといえる。⁽⁸⁾

例えば、この説に立つ塩野宏教授は、「論理構成としても、行政行為がそれ自体の違法とは別に国家賠償法上の違法の概念を立てることに疑問がある。というのは、行政行為は法律に適合していることを要請され、また、その要請を充たしている限りで損害賠償法上の責任を負わない。……中心となるのは、客観的な法秩序に照らして国家行為が違法と評価されるかどうかである。現在の国家賠償法は国家の代位責任という法律構成をとり、その際、当該公務員の故意・

過失を違法のほかにつけ加えたのであるが、かかる仕組みを前提とするならば、国家賠償法上の違法は、行政行為のよう^⑧に国に対する行為規範が明確に存在するときはその規範の違反を意味し、当該公務員の過失として評価されるべきものはこれに入らず、端的に過失の問題として処理するのが素直な見方といえるであらう。また、このように解すること^⑨が、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し、国家賠償制度の有する違法行為抑止機能^⑩を効果的に働かすのに適していると思われる^⑪と述べている。また、藤田宙靖教授も、「国家賠償制度は、行政争訟制度と並び、「法律による行政の原理」そして「法治国家」の実現を担保するための制度として位置付けられることになるのであって、そこで前提とされる行政活動の「違法性」とは、本質的に、行政争訟制度において問題とされる行政活動の違法性と変わるものではないことになるはずである^⑫」との指摘を行っている。

さらに、西埜章教授も、「行為規範」は、行政の遵守すべき規範であり、行政作用の適法・違法を区別する重要な基準である……。その意味するところは、「法律による行政の原理」からして、一元的に把握されるべきであらう」、「違法であつても損害賠償責任が生じないことはあるが、それは過失、因果関係、損害の不存在等の問題とすべきである。法律による行政の原理からすれば、加害行為が法規（行為規範）に違反しているか否かが判断基準とされるべきであり、制度趣旨が異なるにしても、行政訴訟と国賠訴訟とで違法性概念が異なるというのは説明困難である。相対的違法性説の方が国賠訴訟の違法性が広く捉えられるというのであれば^⑬、その逆になることもあるということであれば、被害者救済の観点からしても疑問を払拭することができない^⑭」と述べている。最後に、宇賀克也教授も、①「裁判・立法といった特殊な分野に限定するのならばともかく、行政処分についてまで職務行為基準説を採用することは、国家賠償法の制裁・違法行為抑止・違法状態排除機能（適法状態復元機能）を著しく損なうことになる」こと、②「取消訴訟と国家賠償請求訴訟は目的を異にするから同一の用語が異なった意味をもちうるとしても、両者は共通の目的をもって

[8]

いるのであり、可能ならば、同一の概念として構成した方が混乱が生ぜず、国民にとって理解しやすい」こと、③「根拠規範、規制規範違反をもって国家賠償法上の違法とする法治国的国家責任論に立てば、根拠規範、規制規範違反自体によって国、公共団体に責任を負わせることにより親和的であり、立法論としても解釈論としても、過失要件の緩和を容易にしうる」こと、④「行政主体による侵害が公権力発動要件に適合したものであれば、行政法体系上は、損害賠償の問題ではなく、損失補償の要否の問題として考えるべきであって、公権力発動要件への適合の有無は、損害賠償の問題として処理されるべきか、損失補償の問題として処理されるべきかの分岐点として、きわめて重要な意義を持つ」ことなどを指摘している⁽¹³⁾。

このように見てくると、適法性（法治国家）原理と国家賠償制度とを理論的一貫性を持たせた形で結合させ、さらに、その論理的明晰性や実効的な被害者救済の要請をも重視した、フランス法における役務のフォート理論は、我が国の違法性同一説を比較法的な視点から一定程度後押ししうるものとして位置づけることが可能であるように思われる。ただし、その理論は、原初的に違法性とフォートを同一視するものというよりも、出发点としては両者は理論上異なる平面に置かれた概念として把握しつつも、「適法性を尊重する義務」（法令遵守義務）を媒介させることにより、結果的に⁽¹⁴⁾両者を重複する（役務のフォート判断における行為規範を権限規範と一致させる）ものとして解するものというべきであらう。例えば、前稿でも紹介したように、Benoit Camguilhem は、「違法性はいかなるものであってもフォートを構成する」という原則は、違法性とフォートの間の随伴関係（concomitance）に基礎を置くものである⁽¹⁵⁾とした上で、「違法性がフォートを引き起こすというより、違法性はフォートの徴表である。違法性の認定は、行政庁が自身に課せられた適法性を尊重する義務に違反したことを示す」ものであると述べている⁽¹⁶⁾。つまり、適法性の尊重は「結果債務（obligation de résultat）」であり、それゆえ、この適法性の尊重に対する違背は必然的にフォートを構成する⁽¹⁷⁾⁽¹⁸⁾というのである。

二 損害賠償請求訴訟に固有の観点からの調整

ところで、前述のように、我が国とは異なり「違法性」と「過失」が分化されておらず、フォートを統一的帰責事由とするフランス法において、こうした「違法性」フォート⁽¹⁸⁾テーゼを採用すると、個別の事案における具体的事情等を踏まえ、被害者に不法行為的な救済を与えるべきか（あるいは加害者に賠償責任を負わせるべきか）否かという損害賠償請求訴訟に固有の観点からの調整ができず、国家賠償責任が過剰に認められるおそれがあるのではないかという懸念も生じうる。そこで、フランス法においては、主に、単純に損害や因果関係が存在しないこと、さらには違法な法律行為が実体的に正当化される場合に賠償されるべき損害又は違法性ないしそれにより構成される役務のフォートと損害の間の因果関係が認められないことを理由として、国家賠償請求を棄却するという解釈をとることにより、その調整が図られている。つまり、右のような損害賠償請求訴訟に固有の観点からの調整は、主として損害や因果関係の要件において行われているのである。⁽¹⁹⁾

もっとも、かかる解釈を採用したとしても、客観的に法的要件を充足しない法律行為であっても、そこに予見可能性や結果回避可能性が十分に存しない場合には、結果的に行政に不能を強いることとなったり、それが損害や因果関係の問題に還元できないために、右のような損害賠償請求訴訟に固有の観点からの調整ができないという状況が生じるおそれがお存在することに留意する必要がある。こうした状況の発生は、重大なフォート要件が全盛の時代は、当該要件において右のような調整を行うことにより回避することができたため、問題として表面化してこなかったが、当該要件の適用範囲が縮小している今日においては、——それが極めて例外的な場合に限りながらも——看過できなくなる可能性もある。⁽²⁰⁾

これに対して、「違法性」要件とは別に「過失」要件を置いている我が国⁽²¹⁾においては、基本的に、宇賀教授が指摘し

ているように「損害の公正な分配に関わる法としての国家賠償法の特性は、この過失要件で斟酌すれば足り」、こうした問題が生じる可能性は相対的に低いものと考えられる。この意味において、少なくとも「形式的な」実定法の構造上は、日本法の方がフランス法よりも同一説的解釈をとりやすく、原則として行政処分については国賠違法を取消違法と異ならないものと捉え、上記のような損害賠償請求訴訟に固有の観点からの調整を過失判断（場合によっては損害又は因果関係判断）の次元において行うという解釈には、——過失概念自体も相当な弾力性を有していることも併せて考えると——十分な理論的合理性が認められようように思われる。行政訴訟制度の改善・充実を図ることや、国家賠償制度の過重負担を避けることの必要性ないし重要性は否定できないものの、右のような解釈が、関連する訴訟制度全体において各制度の実際上の欠缺や限界を補完し合い、多元的・多層的に法治国家原理の貫徹や実効的な被害者救済を実現することに適したものであるとすれば、帰責事由の分化を「活用」して当該解釈を採用することも、国賠違法の解釈に関する、ありうべき一つの「判例政策」と考えられるのではないだろうか。

三 裁判実務との乖離

もつとも、違法性同一説が、——論者によりその程度の評価は異なるであろうが——現在の裁判実務と一定程度乖離しているという現実的な課題を抱えていることは否定できない。少なくとも、違法性同一説に立つ論者らにより主張されているような、——フランスの「行政裁判官」には響くであろう——国家賠償制度における法治国家原理の貫徹、国家補償法の整合的構築、実効的な被害者救済の要請（違法性の認定による過失の推定の可能性等）といった論拠は、我が国の裁判官には現状あまり響いていないようである。そもそも、歴史的沿革という観点から見ると、国家賠償法一条一項における「違法性」は、民法七〇九条における「権利・法益侵害」に淵源があり、「違法性」という同一の文言が

形式的には用いられていても取消訴訟における「違法性」とはもともと異なるものということになる。⁽²⁷⁾この点に
 関しては、法律による行政の原理との関係をはじめとした、民事不法行為法にはない行政法的「特性」があるとも考え
 られるが、⁽²⁸⁾少なくとも現在の判例は、民事不法行為的な発想をベースとして違法性相對説により国賠違法を判断してい
 るものが多く、⁽²⁹⁾近年の判例はその傾向をより強くしているようにも見える（上記のような損害賠償請求訴訟に固有の観
 点からの調整を行う「主戦場」を違法判断の次元に設定することへの躊躇は見られない）。また、国家賠償制度が有す
 る違法行為統制機能等についても、判例上、そうした事実上の機能を国賠違法の解釈の次元に具体的な形で取り込もう
 とする姿勢は（少なくとも明示的には）見られない。⁽³⁰⁾⁽³¹⁾行政事件訴訟制度の機能不全や制度的欠陥がその背景にあるのだ
 とすれば、それは、本来的には、当該制度それ自体の改善等により解決すべき問題であり、国家賠償制度をその解決の
 場とすべきではないと捉える向きもありうるだろう。⁽³²⁾

ただし、仮に違法性相對説に立ったとしても、——かつてのフランス法がそうであったように——将来的に裁判実務
 において違法性同一説の論者らが主張しているような形で法治国家原理等を重視する立場がとられようになり、国賠違
 法の判断における行為規範を権限規範と結果的に全面的に一致させるような解釈が実現されるという展望が描けるので
 あれば、現在の判例の状況は、——その出発点に関する疑問は払拭されえないとしても——実質的な同一説的解釈が実
 現されるまでの「過渡期」として位置づけることも不可能ではないように思われる。しかし、こうした将来展望は、現
 在の判例の状況を考えると、おそらく樂觀的あるいは非現実的なものであり、見方によってはそのような解釈は国家賠
 償法一条一項の解釈論の限界を超えるものとして映るだろう。⁽³³⁾法治国家原理や被害者救済をどのような形で（例えば、
 どの訴訟類型において）、どの程度実現するかは、各国における、関連する法制度や社会通念、さらには裁判官の「良心」
 あるいは価値判断等に依存するのであり、そのあるべき姿は一樣ではない以上、同じ法治国家であるフランスにおいて

上記のような同一説的解釈がとられていることをもって直ちに我が国でも同じような解釈がとられるべきであるというような単純な議論ができないことは言うまでもない。もつとも、少なくとも、右のように国賠違法の判断における行為規範を権限規範と結果的に一致させるような解釈がなされる範囲が今よりも広がれば、実質的に違法性同一説と職務行為基準説（違法性相対説）の溝が一定程度埋まることは確かであるように思われる。したがって、判例との対話という観点からは、後者の立場を前提とした上でもなお、可能な限り、実質的に前者の立場に近い結論が導出されるような解釈論の構築を希求すること（も併せて行うこと）が、より生産的な議論を可能にするのやもしれない。⁽³⁴⁾ 筆者自身は、違法性相対説をとる判例の立場を支持するものではないが、その一方で、違法性同一説が目指すところの法治国家原理の貫徹や実効的な被害者救済の実現のあり方は必ずしも択一的なものではなく、よりプラグマティックなアプローチとして、判例の立場を前提として、そのあり方を論じることにも一定の意義があるのではないかと考えている。

第三款…役務のフォート理論と違法性相対説との関係

一 出発点に関する共通点

周知のとおり、近年の判例は、最一小判平成五年三月一日民集四七卷四号二八六三頁（奈良県民商事件）を「リーディングケース」⁽³⁶⁾として、行政処分が問題となる場合であっても、国賠違法を取消違法と異なるものと解し（違法性相対説）、それを「職務上の注意義務違反」と解する立場（職務行為基準説・職務義務違反説）を確立しつつある。⁽³⁸⁾

右平成五年最判の判決文においては、かかる立場をとる理論的根拠は明示されていないが、その調査官解説には次のような説明が見られる。すなわち、「行政処分取消訴訟における違法性は、行政処分の法的効果発生的前提である法的

要件充足性の有無を問題とするのに対し、国家賠償請求訴訟における違法性は、損害填補の責任を誰に負わせるのが公平かという見地に立つて行政処分の法的要件以外の諸種の要素も対象として総合判断すべきものであるから、国家賠償法一条一項にいう違法性は、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。したがって、右の違法性の有無は、行政処分の法的要件充足性の有無（取消訴訟における違法性）のみならず、被害利益の種類、性質、侵害行為の態様及びその原因、行政処分の発動に対する被害者側の関与の有無、程度並びに損害の程度等の諸般の事情を総合的に判断して決すべきものであらう⁽³⁹⁾。そして、こうした解釈をとる場合、過失判断において考慮される要素が違法判断においてほぼ考慮し尽くされることとなるため、両判断は実質的に一元的ないし重複的なものとなることが多い。この点に関しては、近年の判例の匿名コメントにおいても、職務行為基準説によると、違法性（職務上の注意義務違反）と過失の判断が基本的には一致することとなるとされている⁽⁴⁰⁾。

先にも述べたとおり、フランス法においては、越権訴訟における違法性と国家賠償請求訴訟における役務のフォートは、出発点としては理論上異なる平面に置かれるものと解されているため、この点においては、右のような違法性相対説の考え方と共通点があるといえる（ただし、先にも述べたとおり、現在のフランス法においては、役務のフォート判断における行為規範を権限規範と結果的に全面的に一致させるところまで高度化⁽⁴¹⁾させている点で異なる）。例えば、古典的な学説においては、越権訴訟と国家賠償請求訴訟の差異に関して、「違法性に関するサンクションである取消しは、硬直的で冷厳なサンクションであるのに対して、賠償責任に関するサンクションである賠償は、柔軟でニュアンスのあるサンクションである」、「違法性と賠償責任は、相互に独立し、還元不能な二つの概念であり、それらが複雑な法的状況の中に混在して現れたとしても、分析を行うことで、たちまち、そのもつれを解きほぐし、それぞれの

べきところに戻すことができる⁽⁴²⁾」との指摘が見られる。かつての判例においては、かかる理解に重心が置かれ、問題となる決定の効力を失わせるに足りる誤りが犯されていても（違法性があっても）、行政主体が公権力の賠償責任を生ぜしめるフォートを犯しているかどうかについて、違法性の評価とは独立した評価を行うことができるとされていたのである⁽⁴³⁾。この点に関しては、違法性相対説の主唱者である遠藤博也博士が、「適法性（legality; legalite）に関する法」（法的行為の要件・効果に関する法）と「責任（liability; responsibility）に関する法」（損害・損失の填補に関する法）の区別の有効性を指摘していたことが注目される⁽⁴⁴⁾。また、一定の場合に実質的に国賠違法（場合によっては過失）の要件が「統一的帰責事由」化されている点も、役務のフォート要件との類似点として指摘することができよう。この点に関しては、大貫裕之教授が、上記調査官解説の職務行為基準説の立場では、不法行為そのものの成否を判断する「総合的帰責判断要素」としての違法性が問われているとみてよい、との指摘を行っていることが想起される⁽⁴⁵⁾。つまり、そこでは、国家賠償責任を発生させるに足りる「違法性」の有無が問われているものと解される。

二 違法性相対説・職務行為基準説への理論的説明の付与

近年の学説においては、上記のような取消訴訟と国家賠償請求訴訟の目的や性質等の差異という視点を基礎として、あるいはそれを超えて、違法性相対説・職務行為基準説に、より深化させた理論的説明を付与しようとする試みが活発に行われるようになって⁽⁴⁶⁾いる。

1 「行政機関」と「公務員」の区別——まず挙げられるのは、近時の学説においてそれを基礎とした多くの議論を喚起している、神橋一彦教授の見解である。そこで、神橋教授は、主要な判例を基にした組織法的な考察を行った上で、取消違法と国賠違法が異なる論拠を「行政機関」と「公務員」の区別に求めている。すなわち、「取消違法の場合、問

題となるのは「行政庁」という「行政機関」の行為であり、そこにいう「違法」は、当該行政庁に権限を与える授權規範（権限規範）に照らした違法であり、その帰結は、当該行為の「無効」（取消・無効確認）ということになる。これに対して、国賠違法の場合は、そこで問題となるのは「公務員」という自然人の行為であって、違法判断は、当該公務員の職務上の行為規範であり、その帰結は、——国家賠償請求権の成立要件である——当該行為の「不法」ないし「違法」ということになる⁽⁴⁷⁾という整理をしている。

また、高木光教授は、この神橋教授の整理を基礎としつつ、これを国家賠償責任の性質論と関連づけ、「取消訴訟においては、「行政庁」という「行政機関」の行為である「行政処分」は、「行政主体」に「帰属」するものとみられます。これに対して、国家賠償法一条の責任を、沿革や文理に従って「代位責任」と理解し、その構造に忠実な「思考実験」を行うと、公務員の「違法行為」（厳密には「行政処分」という「行為」とは区別された「職務行為」は、「公務員個人」（あるいは「職」）に帰属し、「責任」だけが「肩代わり」されるということになりそうです⁽⁴⁸⁾。「そして、「行政処分」の違法性は、「行政主体——私人」間を規律する規範^Ⅱ「外部法」に反するということを意味します。これに対して、「公務員個人」の「行為」の違法性は、「公務員——私人」間を規律する規範に反することを意味し、これが判例において、「職務上の義務違反」と表現されている⁽⁴⁹⁾との理解を前提として、「国家賠償法一条の責任を解釈論としても「自己責任」と構成することが正面から認められれば、公務員の「違法行為」もまた「行政主体」に「帰属」することになり、その「行為」の違法性は「行政主体Ⅱ私人」間を規律する規範^Ⅱ「外部法」（＝「行政作用法」）に反することを意味するという理論構成が可能になる⁽⁴⁹⁾」が、代位責任説をとりつつ違法性同一説的な立場に立つのは論理的に矛盾するのではないかという趣旨の指摘を行っている。

こうした整理ないし指摘は、国賠違法の判断枠組みそれ自体だけではなく、それを国家賠償責任の性質論と有機的に

関連づけた形で説明することも可能ならしめる点に大きな意義があり、特に現在のフランス法の仕組みとも整合的であるように思われる。すなわち、これらを前提とすると、現在のフランス法において、違法性と役務のフォートの関係について実質的に同一説的な解釈（神橋教授が言うところの「結果違法説」⁽⁵⁰⁾的な解釈）がなされているのは、序章でも紹介したとおり、役務のフォートが「直接的性格」を有する概念であること、つまり「行政主体」に課せられる義務に対する違反と解される自己責任的法律構成をとっているからであるということになるのである。ただ、古くから自己責任的法律構成をとるフランス法においても、かつては、形式的にも実質的にも違法性相対説と同様の解釈がなされていたのであり、右のような「行政機関」と「公務員」の区別が、必然的に、違法性同一説と違法性相対説との区別に「直結」することになるのかについては、なお検討の余地がある。⁽⁵¹⁾また、性質論自体についても、我が国の判例においては、公務員個人の不法行為というよりは組織体の不法行為に着目した、自己責任的法律構成に親和的な法解釈が行われることがある点に留意が必要であろう。⁽⁵²⁾とはいえ、少なくとも現在のフランス法の仕組み等を踏まえて考えると、この理論モデルが、違法性同一説と違法性相対説あるいは自己責任的法律構成と地位責任的法律構成の区別を論理的にも傾向的にも整合的な形で説明することを容易ならしめる点において、説得力に富んだものであることは確かであるように思われる。

2 権利・法益侵害としての違法性あるいは「処分をすること」の違法性——次に挙げられるのは、民事不法行為法の視点から国家賠償法一条一項の考察を試みている中川丈久教授の見解である。中川教授は、国賠違法を、民法七〇九条における権利利益（不法行為法上の保護法益）の侵害⁽⁵⁴⁾という意味で捉え直すことにより、多数の主要判例を分析した上で、それらを、①「全法令秩序に照らして、不法行為法上の保護法益にあたる「権利又は法律上保護された利益」が「侵害」されたかどうか、国賠法一条一項のもとで争われた事案」、②「特定の法律（および条例）における「法律上

の地位⁵⁵が侵害されたかどうか、国賠法一条一項のもとで争われた事案」、③「裁判所が被告の不法行為責任を問うこと自体が法制度上許されないとして、不法行為責任を否定する判決群」という三つの類型に分類している⁽⁵⁶⁾。そして、職務義務違反説と公権力発動要件欠如説の関係性について、「行政訴訟（とりわけ取消訴訟）における違法と、国賠一条訴訟の違法の概念の相互関係は、被害者たる原告がどのような権利利益を侵害する加害行為をとらえるか次第であるという観点から、かなり明確に整理できるように思われる。その限りで、行政法学説における公権力発動要件説と職務義務違反説の対立は、解消されるのではないだろうか」として、特に原告が②の類型の構成をして提訴する場合、公権力発動要件欠如説と「結果的に」同じことが実現されていると述べている⁽⁵⁶⁾。

また、米田雅宏教授は、この中川教授の思考枠組みを基本的に引き継ぎつつ、しかし「職務上の義務」という観点を重視して、⁽⁵⁷⁾「国賠法上で評価の対象となるのは、根拠法上定められた「処分」そのものではなく、「処分をすること（しないこと）」であって、根拠法上課せられている職務義務と国賠法上課せられている職務義務は基本的に異なるもの⁽⁵⁸⁾」であると解している。すなわち、定型的行政処分の法律上の効果を含む「処分それ自体」と、当該処分によってもたらされる事実上の効果をも含む「処分を行うこと」を区別することによって、違法性相対説の理論的説明を試みているのである。そして、職務義務違反説と公権力発動要件欠如説の関係性については、「裁判所が①法律（根拠法）が個別的・具体的・状況に適合して国賠法上の保護利益を保護していると判断する場合（保護法規が具体的な事例）には、法令違反⁵⁹」（根拠法上課せられている）職務義務違反⁶⁰（事実上）国賠法上課せられている職務義務違反（国賠違法）（+過失）を認定するという《自動モード》が働くが（いわゆる公権力発動要件欠如説と同じような処理）、②法律（根拠法）が個別的・具体的・状況に適合しておらず、想定していない損害発生・責任成否が問題となっていると判断する場合には、諸要素の衡量を行う必要があるゆえ、国賠法上課せられている職務義務違反⁶¹国賠違法（事実上過失を含む）を認定すると

いう『手動モード』が働く（職務義務違反説）という、『裁判官による論証方法の違い』としての整序の仕方」を提唱している。⁽⁵⁹⁾⁽⁶⁰⁾

両教授が提示する、これらの分析枠組みは、——裁判官が実際にそのような意識（上記①乃至③の類型又は「処分」と「処分をすること」の区別に対する意識）を明確に持つて判断しているかという主観はともかく——おそらくかなりの部分の国賠違法法に関する諸判例を整合的かつ体系的に説明することを可能ならしめるものとして、今日の学説による判例分析の到達点を示しているように思われる。学説の中には、判例が違法性同一説と違法性相対説を使い分けているという見解も見られるものの、上記のような学説の議論や、特に最近の判例の流れ等を踏まえて、過去の判例を「回顧的に」見ると、真に純粹にあるいは意識的に違法性同一説がとられた判例というのがどれほど存在するのか、という疑問も生じえよう。すなわち、判例は、基本的に、一貫して違法性相対説を前提に国賠違法法を判断しており、その中で、結果的に「違法性同一説をとった場合と同様の帰結になっているものが、それをとっているように見えるだけであるとの見方もありうるということである。⁽⁶¹⁾例えば、しばしば違法性同一説をとったものと解される、最判平成三年七月九日民集四五卷六号一〇四九頁及び最判平成一六年一月一五日民集五八卷一号二二六頁についても、これらの判決はいずれも、取消違法の存在を前提としたうえで、国賠違法法についての固有の判断をすることなく、直ちに過失の判断を行っているが、判決文を読む限り、少なくとも明示的には国賠違法法の認定はしていない。実際、この平成一六年最判の調査官解説においては、「本件処分をしたことが国家賠償法上も違法と評価されるかどうかについては触れずに」⁽⁶³⁾との記述があり、また、喜多村勝徳元判事も、この記述を参照しつつ、右両判決は、必ずしも違法性同一説をとったものというわけではなく、違法性相対説ないし職務行為基準説をとったものと解して差し支えないと述べている。⁽⁶⁴⁾ただその一方で、右平成一六年最判が、最近のいくつかの判例のように、明確に違法性相対説をとった上で、法令の解釈・適用の誤りに関する

規範的評価のための要素を違法判断において考慮することも解釈次第でとりえたにもかかわらず、これを過失判断において考慮していることなどに鑑みると、少なくとも、当該判例の前後の時期においては、最高裁においても違法性同一説のオプションが維持されていた、あるいはある種の揺らぎがあったとの見方もありえよう（現在もこのオプションが完全に放棄されているのかは定かでない）⁽⁶⁸⁾。

三 本稿における判例分析の視角

私見によると、以上のように判例の評価を困難なものとしている要因の一つは、裁判実務が、問題となる根拠法令の「予定」が解釈次第で可変的なものであることが少なくない中で、その時代の各個別の事案ごとに、当該事案における具体的事情等に応じて、違法性及び過失それ自体の独自の意義や両者の理論的關係等にそこまで（学説の関心ほど）こだわらずに、もっぱら損害の公平負担という観点から、当該被害者に不法行為的救済を与えるべきか否か、あるいは、国又は公共団体に賠償責任を負わせるべきか否か（換言すると、包括的な「不法性」の有無）を、——関連する先例を踏まえつつも——アドホックに判断することが多いからではないかと思われる⁽⁶⁹⁾。そして、そこでの判断は、個別の事案における具体的事情等を念頭に置いた、多分に「結果思考の法思考」⁽⁷¹⁾によるものであるため、判決文の上では形式的には根拠法令等からの演繹による行為規範の設定という「体裁」がとられるとしても、実際上は、帰納的性格や、場合によっては——その解釈により画された一定の限界を伴う——「フイクション性」⁽⁷²⁾を持ったものとなりうる。このような前提的理解によると、さしあたり取消違法との関係、特に問題となる加害行為の類型の区別や根拠法令の「予定」といった点に着目する正道のルートをとらずに、それに対する違反が国賠違法（又は過失）を構成する「職務上の（注意）義務」（権限規範とは区別された「国賠法上の」行為規範）の設定ひいては国家賠償責任の成否の判断に当たって裁判官の直

観ないし判断を左右する具体的事情等、ひいてはそれにより操作される当該義務の「程度」に着目した考察を行うことにも、一定の意義が認められうるのではないかと思われる（現在の判例の立場によると、定型的・典型的処分あるいは目的的利益が問題となる場合であっても、当該事案における具体的事情等によりその結論は可変的なものとなりうる⁽⁷⁴⁾）。こうした問題関心は、判例を体系的に説明しうる分析枠組みを提供することというよりは、むしろ違法性相対説・職務行為基準説をとる判例の立場の背景にある、実践的な思想あるいは価値判断を浮かび上げ、それによって従来の多くの学説とは異なる角度から国家賠償請求訴訟における裁判官の営為に対する解像度を上げ、それをもって右義務の程度の操作ないし国賠違法（又は過失）の判断に一定の枠づけが求められることを明らかにすることに向けられている。この意味において、先に紹介してきたような理論的に精緻化された分析と比較すると、相対的に体系性に欠けたプリミティブな（あるいは実験的な色彩を色濃く帯びる）考察となっていることは筆者自身も自覚しているところである。

ところで、裁判実務が行っている、右のような判断は、当該事案において発生した結果が、法的な保護に値するか、という被害者側の視点からの考慮と、そこで問題となる加害行為が、国又は公共団体に賠償責任を負わせるのに十分な非難に値しうるものであるか、という加害者側の視点からの考慮とが、相互に関連する形で行われているものと解される。このうち、裁判実務においては、後者の考慮、とりわけある種の「非難可能性」の有無の問題が重要な位置づけを有している（裁判官が重視する結論の「妥当性」を左右する重要な要素となっている）ように思われる。かかる裁判官の姿勢は、究極的には「法は不能を強いない」という原則（解釈論上は予見可能性や回避可能性等の問題に収斂する）や、萎縮効果の防止等の政策的配慮等により説明されうる。この点に関しては、判例における国賠違法及び過失判断を洗練された形で定式化した、次のような中川教授の整理から大きな示唆を受けている⁽⁷⁶⁾。すなわち、中川教授は、国賠違法の判断を「そもそも法的非難⁽⁷⁷⁾に値する加害行為があったのか否か、つまり賠償責任を負わせうる事態かどうかを見

極める作業である。ここでは、権利利益（不法行為法上の保護法益）の侵害という結果を生じさせないように行為する義務（ただし、一般的に遵守可能なはずの義務）の違反が、加害者に見られたかどうかを判定する」ものとして、また、過失判断を「賠償責任を負わせうる事態（権利利益侵害という結果）が生じていたことを前提として、当該事案においてはとくにその結果を回避することが不可能であつたとすべき事情はなかつたか、言い換えれば、当該事案においてはとくに遵守不可能な義務であつたかをみる」ものとして整理しているのである⁽⁷⁸⁾。

ただし、中川教授は、これに続けて「以上のように、さしあたり両者を区別しておいたうえで、例外的に、両者を完全に一体化させるほかない場面もある」（その例として不作為事例を挙げている）と述べている。他方、こうした一体的判断が例外ではなく、原則であるとする余地もあるように思われる（実際、最近の判例はそうのように理解できるものが少なくない⁽⁷⁹⁾）。いずれにせよ、右のような一体的判断が行われる場合には、判例における国賠違法（場合によっては過失）の実体は、実質的には「不法」の概念そのものとなっていると見ることもできるかもしれない（先に引用した神橋教授による記述も改めて参照⁽⁸⁰⁾）。なお、判例上、違法判断が「主戦場」となる傾向が見られる理由はさまざま考えられるが、行政活動については一定の権利・法益侵害を許容する根拠法令が存在する点に加えて、理論的には、違法概念が、他の過失概念等と比して、それらを包摂しうる相対的に操作性の高い「弾力的な」概念であり、また、実践的には、我が国の裁判官の思考の傾向として国賠違法を認定することへの慎重さが存する（ように見える）点などを挙げる⁽⁸¹⁾⁽⁸²⁾ことができるように思われる。

以上のように見てくると、違法性同一説と職務行為基準説（違法性相対説）の実質的な対立の原因は、後者の説自体にあるのではなく、裁判実務におけるその運用のあり方にあるともいえるのではないだろうか。次節においては、こうした問題意識に基づき、判例の立場を前提とした考察を行うこととしたい。

- (1) Jacques Moreau, *La responsabilité administrative*, Paris, P.U.F., 1986, p. 61 ; Voir également, Gilles Darcy, *La responsabilité de l'administration*, Paris, Dalloz, 1996, p. 88.
- (2) なお、この点に関しては、我が国の民法学においても古くから、フランス民法におけるフォート概念が、我が国の民法における「故意」や「過失」、さらには「違法性」をも含む複雑で広範な概念であることが指摘されていたところである（野田良之「フランス民法におけるfauteの概念」川島武宜編集代表『損害賠償責任の研究（上）』：我妻先生還暦記念（有斐閣・一九五七年）一一一頁以下、アンドレ・タンク／星野英一（訳）「不法行為責任におけるフォート（faute）の地位」法学協会雑誌八二巻六号（一九六六年）二二頁参照）。
- (3) 小早川光郎「公務員の不法行為と責任の帰属——フランス行政賠償責任法の一側面——」国家学会編『国家と市民 第一巻』（有斐閣・一九八七年）三三三頁以下。
- (4) 特に学校事故等が問題となる場合に過失一元的判断がなされることが多いことは周知のとおりである（宇賀克也『小幡純子編著「条解 国家賠償法」（弘文堂・二〇一九年）三二八—三三二頁〔角松生史〕参照）。
- (5) 橋本博之『行政訴訟改革』（弘文堂・二〇〇一年）一四三頁（初出…同「行政決定の違法性と損害賠償責任——フランスにおける行政賠償責任法理の展開を素材に——」成田頼明・園部逸夫・金子宏・塩野宏・小早川光郎編『行政法の諸問題（中）』：雄川一郎先生献呈論集（有斐閣・一九九〇年））。
- (6) Léon Duguitは、法律行為が問題となる場合、フォートは、本質的にもっぱら、公務員の権限を定める法律の侵犯、あるいは換言すると、公務員の越権により構成され、この越権は、国の賠償責任を基礎づけるのに完全に十分であるとしていた（Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. 3, 3^e éd., Paris, E. de Boccard, 1930, pp. 498-499）。
- (7) 橋本・前掲註（5）一六五頁。
- (8) ただし、論者によりニュアンスはあるものの、「公権力の行使」概念の拡大等を踏まえて、違法性同一説が妥当する範囲は一定の範囲に限定されるという理解が一般的になっている（山本隆司『判例から探究する行政法』（有斐閣・二〇一二年）五四四頁以下（原論文初出：二〇一〇年）、宇賀克也「職務行為基準説の検討」行政法研究一号（二〇一二年）四二頁以下、塩野宏「行政救済法（第六版）」（有斐閣・二〇一九年）三三三—三三四、三四五頁参照。宇賀・小幡・前掲註（4）二八二頁以下〔太田匡彦〕も併せて参照）。

- (9) フランス法においても、仮に損害や因果関係の不存在等により国家賠償責任が否定されたとしても、フォートを設定すること自体に、そこから行政が将来の教訓を学ぶ「教導的価値 (vertus pedagógicas)」等があることが、しばしば指摘されている（この点に関する最新の裁判例を紹介したものとして、拙稿「フランスにおけるコロナ禍と国家賠償責任」法学新報一三〇巻七・八号（二〇二四年）三四三頁以下参照）。小幡純子「フランス行政賠償責任における行政統制機能の一考察」フランス行政法研究会編『現代行政の統制——フランス行政法研究——』（成文堂・一九九〇年）一六三頁以下、久保茂樹「フランス国家責任法の一般理論についての再検討（四・完）」青山法学論集三四巻一号（一九九二年）五二頁以下、拙稿・北大法学論集六五巻二号二四二頁、拙稿・北大法学論集六五巻三号六二六頁も併せて参照。
- (10) 塩野・前掲註（8）三四一頁。さらに、「国家賠償請求訴訟においては、当該自然人たる公務員に課せられた職務義務（注意義務）のみならず、当該国家活動の法適合性も審理の中核となる。国家賠償法が代位責任の構成……をとっているからといって、国家賠償制度の本来の趣旨が見過ごされてはならない。その意味で、国家賠償法一条の違法性は、基本的には国家の権力的活動に課せられた法違反としてとらえるべきものである」とも述べている（同三四五頁）。
- (11) 藤田宙靖『新版 行政法総論（下）』（青林書院・二〇二〇年）二二三頁。他方、周到な理論的考察に基づき、相対説的解釈への一定の理解も示している（同二二二―二二三頁参照）。
- (12) 西埜章『国家賠償法コンメンタール（第三版）』（勁草書房・二〇二〇年）二〇一頁。
- (13) 宇賀克也『行政救済法（第七版）』（有斐閣・二〇二一年）四七二―四七四頁。その他、巨理格「公立保育所廃止・民営化訴訟における相対効的紛争解決の可能性——取消判決の第三者効及び国家賠償法上の違法性を中心に——」政策科学二三巻三号（二〇〇六年）二二九頁、小幡純子『国家賠償責任の再構成——营造物責任を中心として』（弘文堂・二〇一五年）三五二―三五五頁（初出：同「国家補償の体系の意義」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想Ⅲ 行政救済法』（有斐閣・二〇〇八年）、阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ：実効的な行政救済の法システム創造の法理論』（有斐閣・二〇〇九年）五〇〇頁、同『行政法再入門（下）（第二版）』（信山社・二〇一六年）二四五―二四七頁、福永実「国賠法一条の違法性」法学教室三六〇号（二〇一〇年）三九頁、山本・前掲註（8）五四―一五四頁、北村和生「国家賠償における違法と過失」高木光・宇賀克也編『行政法の争点』（有斐閣・二〇一四年）一四九頁、曾和俊文「国家賠償（一）国家賠償法一条の基本構造」法学教室四一六号（二〇一五年）六〇頁、村上裕章『スタンダード行政法』（有斐閣・二〇二一年）三二一―三三二頁

頁、芝池義一『行政救済法』（有斐閣・二〇二二年）三〇五頁以下等も併せて参照。

- (14) この点に関しては、我が国においても、国賠違法に関し、「適法な行為をすべき義務」や「法令遵守義務」について語られていることが注目される（宮田三郎『国家責任法』（信山社・二〇〇〇年）六四頁、神橋一彦『行政判例と法理論』（信山社・二〇二〇年）一九八頁以下（初出・同「違法な法令の執行行為に対する国家賠償請求訴訟について——行政救済法における『違法』性に関する予備的考察をかねて——」立教法学七五号（二〇〇八年）、大貫裕之「国家賠償法における違法性に関する覚書」大貫裕之・神橋一彦・松戸浩・米田雅宏編『行政法理論の基層と先端・稲葉馨先生・亘理格先生古稀記念』（信山社・二〇二二年）四〇七頁以下。稲葉馨「国家賠償法上の違法性について」法学七三巻六号（二〇一〇年）七九三―七九四頁、藤田・前掲註（11）二〇三頁も併せて参照）。

- (15) 拙稿・北大法学論集六五巻二四一―二四二頁。小幡・前掲註（9）一六四―一六五頁も併せて参照。

- (16) Benoît Camguilhem, *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif*, Paris, Dalloz, 2014, n.°440.

- (17) *Ibid.*

- (18) なお、Camguilhem は、そこで、加害者の意図を一切考慮することなく違法性を確認することのみによってフォートの認定がなされるという点において、違法性により構成されるフォートが客観的であることを指摘している。他方、違法性とフォートの間には常に違法行為を犯したことについて裁判官から行政に向けられる非難（*reproche*）が存するという点において、そのフォートは主観的でもあると述べている（*Ibid.*）。

- (19) この点に関しては、「違法性＝フォート」テーゼの本質ないしその背景にある思考枠組みを捉えた、次のような橋本教授による指摘が重要である。「フランスの行政法学説は、違法性とフォートが論理的に「ずれ」があるにもかかわらず事実上一定限度で一致するという理解から、両者は理論的には一致するのであるが、実際の行政賠償責任の成否という点で「ずれ」が生じるという理解へと、シフトしたと言える。その学説上の論拠としては、形式・手続の瑕疵に対する救済という実践的意味、理論としての明晰さ、さらに、裁判官の行政作用に対する法的評価の一元化、といったものと見ることができ、」「フランスの行政救済制度上、越権訴訟と全面審判訴訟の手続上の二元性は維持されているのであるが、それにもかかわらず、違法性とフォートの重複が強調される方向へと議論がシフトしたのは、問題設定に一定の枠づけがなされ

た帰結であるように思われる。すなわち、「違法性＝フォート」という等式を認める学説は、そこからはみ出してしまいう場合を議論の土俵から取り除いた上で、右の等式を正当化することを試みている。これは、フランス行政法における「判例分析的研究方法」と、「実益が感じられないにも拘らず抽象的な概念をうち立てることをしないという、法学説上の伝統的態度」の反映であるように思われる（橋本・前掲註（5）一六五—一六六頁）。

（20）このような問題点を鋭敏に指摘するものとして、府川蘭子「行政決定の違法性とフォートの再検討——違法性の『主観化』を契機として——」青山ローフォーラム五巻一号（二〇一六年）一一頁参照。

（21）かかる比較法的視点に関しては、府川・前掲註（20）三三頁も参照。

（22）宇賀・前掲註（13）四七三頁。北村・前掲註（13）一四七頁も併せて参照。

（23）なお、この「違法性」の概念自体が、常に「客観的」なものであるのか、についてはなお検討の余地がある。根拠法令自体に公務員の主観的な認識が織り込まれている場合はもちろん、そうでない場合であっても、——その当否はともかく——取消違法の判断の中に「過失的」な要素が入り込む場合がないとは言い切れないようにも思われる。この点については今後の検討課題としたい。

（24）損害要件については、宇賀・小幡・前掲註（4）一四五頁以下（原田大樹）参照。

（25）この場合には、「法は不能を強いない」という原則は、違法要件では問題とならないものと見ることとなるのではないかとと思われる（そのためには当該責任の性質に関する法律構成論の転換を要するとの見方もありえよう）。なお、——その具体例は挙げられていないが——「処分すること」によって生じた事実上の危険状態や行政主体が負うべき義務の範囲を確定する考慮要素には、過失要件だけで処理するには、あまりにも多様なものが含まれ、加重負担がかかってしまうことは否めない」との指摘もある（米田雅宏「国家賠償法一条が定める違法概念・再論——『職務上の義務』の重層構造から見たその体系的理解」行政法研究五一号（二〇二三年）一二二頁。また、この場合、同じ「違法」であるにもかかわらず、行政処分に関する国賠違法とそれ以外の事実行為等に関する国賠違法の判断方法には差異が生じることとなるが、一定の類型ごとに判断方法を使い分けること自体は必ずしも許容されないものではないように思われる。なお、現在のフランス法においては、越権訴訟における違法性との関係（法律行為）が問題となる場合には、単純なフォートの判断においては基本的に過失的要素等は考慮されない（当該要素等は重大なフォートの判断において考慮される）のに対して、それ以外

の場合には、単純なフォートの判断においても当該要素等が考慮される。

(26) 特に、塩野・前掲註(8) 三四九頁註(5) 参照。友岡史仁『行政情報法制の現代的構造』(信山社・二〇二二年) 八六一八八頁(初出…同「情報開示請求手続と国家賠償法上の違法性」日本法学七四卷二号(二〇〇八年))も併せて参照。

(27) 詳しくは、中尾祐人「国家賠償法一条一項の違法性(一)(二・完)——法制定過程における理解の受容と変化」自治研究九四卷五号、同六号(二〇一八年)参照。同「国家賠償訴訟による救済の可能性と限界——国家賠償法一条一項の違法性の観点から」法学教室五二二号(二〇二四年)二四頁以下も併せて参照。これに対して、芝池義一教授は、「法律の文言の解釈は、立法に携わった者の意図あるいは立法の経緯によって固定されるものではない」と述べている(芝池・前掲註(13) 三〇六頁)。

(28) 藤田・前掲註(11) 二一六―二一七頁、大貫・前掲註(14) 三九九頁以下参照。

(29) 中川丈久「国家賠償法一条における違法と過失について——民法七〇九条と統一的に理解できるか」法学教室三八五号(二〇一二年)七二頁以下参照。武田真一郎「国賠法一条の違法性の多元性と補完性について」成蹊法学九一号(二〇一九年)一五頁も併せて参照。

(30) 拙稿「国家賠償制度の役割」法学教室五〇五号(二〇二二年)二五―二七頁参照。なお、仲野武志教授は、「およそ事実上の機能それ自体はいかなる意味でも理論的根拠たりえない」と述べている(仲野武志『法治国原理と公法学の課題』(弘文堂・二〇一八年)三八一頁(初出…同「統・法治国原理の進化と退化?——行政法における違法概念の諸相」宇賀克也『交告尚史編』『現代行政法の構造と展開』小早川光郎先生古稀記念(有斐閣・二〇一六年))。

(31) なお、——国賠違法の判断に関するものではないもの——固定資産の価格を過大に決定されたことによって損害を被った納税者が取消訴訟等の手続を経ずに国家賠償請求を行うことの許否が問題となった、最一小判平成二二年六月三日民集六四卷四号一〇一〇頁において、宮川光治裁判官は、その補足意見で、国家賠償法一条一項による国家賠償請求は、「憲法一七条を淵源とする制度であって歴史的意義を有し、被害者を実効的に救済する機能のみならず制裁的機能及び将来の違法行為を抑止するという機能を有している。このように公務員の不法行為について国又は公共団体が損害賠償責任を負うという憲法上の原則及び国家賠償請求が果たすべき機能をも考えると、違法な行政処分により被った損害について国家賠償請求をするに際しては、あらかじめ当該行政処分についての取消し又は無効確認の判決を得なければならないものでは

ないというべきである」と述べている。

- (32) 橋本博之『現代行政法』（岩波書店・二〇一七年）二四四頁参照。なお、中川教授は、「筆者はそもそも、国賠一条訴訟は法治主義を担保する役割にもなうべきであるとする行政法学説の一般的な考え方にも、再検討の余地を感じているが（法治主義は、国家による権利や自由の侵害を、原則的には事前に、阻止し是正することに意義があるのではないか。それは過失責任主義のもとで事後的救済のみをおこなう国賠一条訴訟に及ぶのか）……」との指摘を行っている（中川・前掲註(29) 九五頁。米田雅宏「国家賠償法一条が定める違法概念の体系的理解に向けた一考察（二・完）——職務義務違反説の可能性」法学八二巻一号（二〇一八年）六二―五九頁、鶴澤剛「公務員の職務上の義務と国家賠償の機能——公務員の法解釈を中心に」法学セミナー六九巻二号（二〇二四年）七九―八一頁も併せて参照）。また、中原太郎教授は、「法律による行政の原理の観点からの独自性は、判断枠組みではなく判断要素のレベルに見出されるにとどまる」と述べている（中原太郎「使用者責任と国家賠償責任——比較考察と横断的整理の試み」瀬川信久・能見善久・佐藤岩昭・森田修編『民事責任法のフロンティア』（有斐閣・二〇一九年）四五―頁）。

- (33) この点に関して、仲野教授は、判例理論から違法性同一説を見ると、その理解は、「もはや解釈論の限界を超えるというのであろう」とし、「国賠違法も過失も不法行為の帰責要件たる『人に課された規範』違反である以上、加害行為という結果を生じさせない義務違反は、国賠違法にも過失にもなりえないからであり、「保護法規（『私人の権利利益の保護を目的とする法令』違反をその回避可能性を問うことなく違法とみるのは、『法は不能を強いない』[lex non cogit ad impossibilia]の原則に反する）からである」と述べている（仲野・前掲註(30) 三八―三八二頁）。

- (34) この点に関しては、鶴澤剛教授による「違法の問題として処理するにせよ、過失の問題として処理するにせよ、公務員の職務上の義務がどのような構造を有するものかについて分析・検討することは、法治主義の実現・徹底という点で、重要な意義を有する」との指摘が注目される（鶴澤・前掲註(32) 八八頁）。

- (35) 現時点において筆者があらうべき解釈論として考える、国家賠償責任の性質論等も含めた体系的な理解は、宇賀・小幡・前掲註(4) 一五頁以下（山本隆司）における山本隆司教授の見解に近い（藤田・前掲註(11) 一九八頁以下、特に二二―二二三頁も併せて参照）。これは、今日の通説・判例とされる、いわゆる「代位責任説」の理論的限界や妥当性を問うことを前提とするものであるため、本稿においては、後述のような問題意識から、あえてこの点に立ち入ることはせず、

別稿にその機会を譲ることとした。

- (36) 「匿名コメント（最一小判令和四年九月八日判タ一五〇四号一八頁）」判例タイムズ一五〇四号二〇頁。
- (37) その起源については、宇賀・前掲註（8）八頁以下参照。
- (38) 最一小判令平成一八年四月二〇日集民二二〇号一六五頁、最一小判令平成一九年一月一日民集六一巻八号二七三三頁、最一小判令平成二〇年二月一九日民集六二巻二号四四五頁、最一小判令和四年九月八日判タ一五〇四号一八頁、最一小判令和五年一〇月二六日判タ一五一七号五四頁等参照。
- (39) 井上繁規「判解」最高裁判所判例解説民事篇・平成五年度（上）（一九九六年）三七七―三七八頁。岡田幸人「判解」最高裁判所判例解説民事篇・平成二二年度（上）（二〇一四年）三六五頁も併せて参照。
- (40) 前掲註（36）二〇頁。
- (41) 前稿でも引用したように、この点に関して、橋本博之教授は、「フランスでは、越権訴訟の違法と国家責任の違法は、厳密な理論上は相違するが、現実の判断として一致する、という見方から出発した議論が展開される。ただし、日本の判例実務による職務行為基準説は違法性を限定する方向にのみ機能しており、現状でフランス型理論モデルは日本の判例実務・行政法学説の双方と距離がある」との指摘を行っている（橋本博之「判例実務と行政法学説——方法論をめぐる一考察——」小早川光郎・宇賀克也編『行政法の発展と変革（上）』塩野宏先生古稀記念（有斐閣・二〇〇一年）三八三頁註（61））。
- (42) Louis Delbez, «De l'exercès de pouvoir comme source de responsabilité», *R.D.P.* 1932, p. 490.
- (43) François Gazier, concl. sur C.E. 30 juillet 1949, *Thibaut*, D. 1950, III, 110.
- (44) 遠藤博也『行政法スケッチ』（有斐閣・一九八七年）一二〇頁。なお、遠藤博士が、国賠違法を、「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」を内容とするものと解していたことは周知のとおりである（遠藤博也『国家補償法上巻』（青林書院新社・一九八一年）一六六頁）。
- (45) 大貫・前掲註（14）四一六頁。西田幸介「規制権限の不行使と国家賠償——『規制不作為違法定式』の判断構造」同編著『行政課題の変容と権利救済』（法政大学ポアソナード記念現代法研究所・二〇一九年）一四四―一四五頁、藤田・前掲註（11）二三四頁も併せて参照。
- (46) なお、本稿においては、判例及び学説の変遷ないし進展を踏まえ、近時の学説を主な検討対象としている。初期の学説

については、古崎慶長『国家賠償法』（有斐閣・一九七一年）一七一頁以下、下山瑛二『国家補償法』（筑摩書房・一九七三年）一七八頁以下、遠藤・前掲註（44）（一九八一年）一六二頁以下参照。

- (47) 神橋・前掲註（14）二五五頁（初出：同『職務行為基準説』に関する理論的考察——行政救済法における違法性・再論』立教法学八〇号（二〇一〇年）。小早川光郎「課税処分と国家賠償」稲葉馨『巨匠格編』『行政法の思考様式』藤田宙靖博士東北大学退職記念（青林書院・二〇〇八年）四二頁以下、神橋・前掲註（14）一九六頁以下、仲野・前掲註（30）三七八―三七九頁、藤田宙靖『行政機関』と『公務員』——国家賠償法一条一項の捉え方をめぐって』自治研究九五巻五号（二〇一九年）三頁以下、同・前掲註（11）二二―二二三頁も併せて参照。

- (48) 高木光「公権力発動要件欠如説」自治実務セミナー五〇巻四号（二〇一二年）七頁。

- (49) 高木光「法治行政論」（弘文堂・二〇一八年）九八頁（初出：同『法律の執行——行政概念の一断面』高木光『交告尚史』占部裕典『北村喜宣』中川丈久編『行政法学の未来に向けて』阿部泰隆先生古稀記念（有斐閣・二〇一二年）。ただし、神橋・高木両教授ともに、職務行為基準説が抱える潜在的な問題点も指摘している（神橋・前掲註（47）二七五、二八三―二八四頁、高木光「国家賠償における『行為規範』と『行為不法論』——パトカー追跡事件判決再考」石田・西原・高木三先生還暦記念論文集刊行委員会編『損害賠償法の課題と展望（中）』石田喜久夫・西原道雄・高木多喜男先生還暦記念論文集（日本評論社・一九九〇年）一五八頁以下参照）。

- (50) 神橋・前掲註（47）二五八頁以下参照。

- (51) 宇賀・前掲註（8）三三―三六頁参照。米田・前掲註（25）八九頁註（42）・（43）も併せて参照。

- (52) なお、遠藤博士は、制度的決定ないし組織的決定である行政処分における行政庁の場合、「名目上には独任型行政庁であるため、大臣や知事など、行政庁を構成する単独の公務員を名指して特定することが可能であるが、実際に決定したものが省庁などの行政組織であり、大臣や知事はこれら匿名の行政組織を代表するものであるにすぎないことは周知のとおりである。もちろん、具体的事実関係においては、実際の担当者の誰彼について手落ち、手抜きを指摘することが可能であるが、それも組織的決定の一環として評価されるべきであろう。ここでも行為者は組織体であって、個々の公務員個人ではないのである」と述べている（遠藤・前掲註（44）（一九八一年）一五二―一五三頁）。

- (53) 拙稿・北大法学論集六五巻五号一四九一頁以下参照。宇賀克也「国家補償法の課題」行政法研究二〇号（二〇一七年）

一〇七―一〇九頁も併せて参照。

(54) 武田・前掲註(29) 二七頁も参照。

(55) 中川・前掲(29) 七八頁以下。原田大樹「国家賠償」法学教室四五一号(二〇一八年) 九七―九八頁も併せて参照。

(56) 中川・前掲註(29) 九五頁。かかる見解については、公権力発動要件欠缺如説の主唱者である宇賀教授も好意的な評価をしている(宇賀・前掲註(13) 四六〇―四六一頁。宇賀「小幡・前掲註(4) 一二二頁(中原茂樹)も併せて参照」。なお、仲野教授は、上記の整理によると、「直接的な不利益・慰謝料等いずれも損害として主張された場合には、不利益処分の国賠違法は、直接的な不利益との関係では取消違法と一致し、慰謝料等との関係では取消違法と一致しないものとして判断されるはずであるが、必ずしもそのような判断がされるとは思われない」と述べている(仲野・前掲註(30) 三三四頁註(2)。

米田・前掲註(25) 九六頁註(65)も併せて参照。

(57) 米田・前掲註(25) 一一五頁註(130)参照。同八七頁以下も併せて参照。

(58) 米田・前掲註(25) 九六頁。同八五―八六頁も併せて参照。

(59) 米田・前掲註(25) 一〇九頁。

(60) このように「処分」と「処分をすること」を区別する米田教授の見解は、行政決定それ自体と、それとは区別される執行作用(執行された事実)とを区別する、フランス法の学説と一定の共通点が見られる。ここでは、「違法性」フォート」テーゼを否定していた学説に関する、簡にして要を得た橋本教授の整理を紹介しておくにとどめたい。「違法性とフォートの不一致を主張する学説は、越権訴訟と行政賠償責任訴訟(全面審判訴訟)の制度的二元性を、大前提としている。したがって、共通の行政決定が係争となっているように見える場合であっても、行政決定それ自体の違法性と、決定の執行たる事実行為に係る役務過失とは、あくまでも理論的平面が異なるものということになる。さらに、違法性と役務過失は、これを犯した行政活動に対するサンクションという点でも、「ずれ」が存在すると考えられてきた。すなわち、行政賠償責任訴訟における裁判官は、損害を被った人に金銭賠償を与えるべきか、という視点から判断を行うのであり、越権訴訟よりも具体的な事実関係を広く判断するものと考えられた」(橋本・前掲註(5) 一六四―一六五頁。同五一〇―一五一頁も併せて参照)。

(61) 高木光『行政法』(有斐閣・二〇一五年) 三六九頁、仲野・前掲註(30) 三七八頁、米田・前掲(25) 一一一頁参照。

(62) これに対して、最一小判平成一八年三月二三日集民二一九号九四七頁は、「熊本刑務所長の本件信書の発信の不許可は、裁量権の範囲を逸脱し、又は裁量権を濫用したものである」として監獄法四六条二項の規定の適用上違法であるのみならず、国家賠償法一条一項の規定の適用上も違法といふべきである」(傍点筆者)として、明確に国賠違法の認定をしている。なお、この判決の「匿名コメント」(判時一九二九号三九頁)は、「法令の解釈について、職務上尽くすべき義務を尽くしたとはいえず、また、……相当な資料に基づき合理的な判断過程を経て行われたものともいえない」ために国賠違法を肯定したものと解説しているが、仲野教授は、「そのような趣旨を判決文から読み取ることは困難である」と評している(仲野・前掲註(30)三七七頁註(29))。

(63) 福井章代「判解」最高裁判所判例解説民事篇・平成一六年度(二〇〇七年)九二頁。

(64) 喜多村勝徳「行政処分取消訴訟における違法性と国家賠償請求事件における違法性との異同」藤山雅行・村田斉志編『行政訴訟(新・裁判実務大系二五)』(改訂版)(青林書院・二〇一二年)六三五―六三六頁。

(65) 最一小判令和四年九月八日判タ一五〇四号一八頁、最一小判令和五年一〇月二六日判タ一五一七号五四頁。最一小判平成一九年一月一日民集六一巻八号二七三三頁、最一小判平成二〇年二月一九日民集六二巻二号四四五頁も併せて参照。

(66) 神橋教授は、上記平成一六年最判について、「ここで過失の問題として扱われている問題を、《公務員がその一方の見解を正当と解しこれに立脚して公務を遂行したときは、後にその執行が違法と判断されたからといって、そのいずれについても相当の根拠が認められる場合には、職務上通常尽くすべき注意義務を怠ったものとすることはできず……国家賠償法一条一項の適用上、違法の評価を受けるものではない》といった形で、違法の問題として論じたとしても、現在の判例を前提とする限り、あながち不当とはいえないのではないかとおもわれる」と述べている(神橋・前掲註(47)二八二頁)。また、同教授は、同判決と最一小判平成一九年一月一日民集六一巻八号二七三三頁とを対比させて、「法令解釈の誤りが問題となった事件について、《違法・過失二元的判断》に立つものと、職務行為基準説に基づきほとんど違法要件において判断するもの(過失要件は念押し程度の判断)とがあるが、その両者の間に、合理的区別があるかは疑わしい」という指摘も行っている(神橋一彦『行政救済法(第三版)』(信山社・二〇一三年)三七四頁)。なお、最一小判平成二五年三月二六日集民二四三三号一〇一頁における田原睦夫裁判官の補足意見は、「客観的な注意義務違反は、基本的には違法性の判断枠組みの中に吸収されるべきものと考えるが、国家賠償法一条における責任の有無を問うに当たって主観的な側面における

過失の有無を検討せざるを得ない場合があることは否めず」と述べ、その例として上記平成三年最判を参照している。

(67) 拙稿「判批『最一小判令和五年一〇月二六日判タ一五七号五四頁』」ジュリスト一五九七号（令和五年度重要判例解説）（二〇二四年）四六一四七頁参照。興津征雄「判批（同上）」法学教室五二三号（二〇二四年）一〇〇頁も併せて参照。

(68) この点に関しては、小早川光郎『青柳馨編著「論点体系判例行政法三」（第一法規二〇一六年）二〇八―二一〇頁（横田典子）も参照。なお、仲野教授は、上記平成三年最判の時点では、「処分の根拠法令違反こそが国賠違法であるという解釈もありえた」との指摘を行いつつ、その後の上記平成五年最判及び平成一九年最判の出現により、その見方が否定されたとしている（仲野・前掲註（30）三七八頁）。

(69) 拙稿「裁判官の心証形成の態様に着目した国家賠償及び損失補償の要件論に関する実験的考察（上）」法律時報九五巻四号（二〇二三年）一〇三一―一〇五頁参照。武田真一郎「異説・行政法——後衛の山から主峰を望む」（東信堂・二〇二二年）二五二頁も併せて参照。

(70) この点に関しては、神橋教授が、「国家賠償法は違法な国家行為に対する金銭賠償であるから、全体として『当該事案において原告が国家賠償法上保護に値するか否か』という結論的な価値判断が、判決理由そのものを支配することはやむを得ないところであろう。しかしながら、当然そこに裁判官の恣意専断が支配するという事態は、やはり避けなければならぬのであって、そうならないためには、一つにはもちろん、違法性同一説を採るにせよ、違法性相対説を採るにせよ、関係法令に即した違法（さらには過失）判断の理由付けが必要である。が、それと同時に、国賠法を解釈・適用する際にその前提となる諸概念（違法・過失など）について理論的に精緻な理解をえて、それが判断の前提にされなければならないとおもうのである。概念は思考の産物であるし、いうまでもないことながら、結論が先にある、それに向けて概念の操作（操作といわないまでも、不明確な概念の使用）が行われることは、望ましくない」との指摘を行っている点も注目される（神橋・前掲註（47）二八四頁）。

(71) 藤田宙靖『最高裁回想録——学者判事の七年半』（有斐閣・二〇二二年）一五一頁、二四四頁註（2）参照。拙稿・前掲註（69）一〇三一―一〇五頁も併せて参照。

(72) 根拠法令の「予定」に関する「フィクション性」を包括的な方向に極限まで進めた先に実質的な同一説的解釈の実現があるともいえる。ただし、この点に関しては、武田・前掲註（29）四頁、米田・前掲註（25）一〇〇頁以下も参照。

- (73) こうしたアプローチに、根拠法令の「予定」に着目した判例分析の重要性を否定する意図はない（それにより容易に国賠違法の判断ができる場合があることは確かである）。なお、米田教授は、「法令は、事実上職務義務違反判定の一考慮要素にはなっても、国賠法上の違法判断の決定的な基準になるわけではない」としている（米田・前掲註（25）一一〇頁）。
- (74) この点に関し、喜多村元判事は、「法律の定める要件を欠く行政処分であっても、一定の事情（被害者側の関与等）の下では、国家賠償責任を発生させるだけの違法性はないとするのが社会通念に合致しているのではなからうか」との指摘を行っている（喜多村・前掲註（64）六三七頁）。また、高橋滋教授は、「職務行為基準説は各種の判断要素の総合的な衡量に基づくものであることから、個々の判断においては複数の視点が関連し合っているため、一つの視点から判断を割り切れることは困難である」と述べている（高橋滋『法曹実務のための行政法入門』（判例時報社・二〇二一年）三一八頁（原論文初出・二〇一九年））。米田・前掲註（25）八五―八六、一〇四―一〇七頁も併せて参照。
- (75) この点に関しては、字賀・前掲註（8）四一頁も参照。
- (76) 中川・前掲註（29）七六頁。神橋・前掲註（47）二七六頁も併せて参照。
- (77) 例えば、最三小判平成二一年四月二八日民集六三卷四号九〇四頁は、小学校の教員Aが、他の児童への悪ふざけを続けていた児童を追いかけて捕まえ、その胸元を右手でつかんで壁に押し当て、大声で「もう、すんなよ」と叱った行為（本件行為）が体罰に当たるか否かが争われた事案について、「本件行為にやや穏当を欠くところがあったとはいえないとしても、本件行為は、その目的、態様、継続時間等から判断して、教員が児童に対して行うことが許される教育的指導の範囲を逸脱するものではなく、学校教育法二一条ただし書にいう体罰に該当するものではないというべきである。したがって、Aのした本件行為に違法性は認められない」との判示を行っているが、この判決について、中川教授は、「教師の行為が、禁止された行為に当たらず、行為態様の観点から、そもそも法的非難に値する（賠償責任を負わせうる）事態が生じているわけではないという趣旨と思われる」との見方を示している（中川・前掲註（29）八一頁）。なお、この判旨に反対の立場をとる評釈として、横田光平「判批」自治研究八七巻七号（二〇二一年）一二四頁以下参照。
- (78) なお、小早川光郎教授は、上記平成五年最判につき、「公務員の行為によって納税者に不利益が生じたことにつき、不利益を生じさせた側に損害賠償の責任を求めるべきかどうかという意味合いで非難可能性の有無が問題となる場面において、その評価の観点として、過失の観点と並んで違法性の観点が登場する」と述べている（小早川・前掲註（47）四三二頁）。

- (79) この点に関しては、中川教授も、「民法七〇九条が故意過失と権利利益侵害に分けて規定している以上、できるだけその二段階に分けて論じつつ、例外的に両者を一体的にし判断しえない場合にのみ一体化させるという複合的なアプローチ（三元的アプローチ）も、論理的には可能である。最高裁判決は（すくなくとも本稿で取り上げるものは）、こちらのアプローチに親和的であるように思われる」という慎重な記述をしていることに留意されたい（中川・前掲註（29）七六頁）。最小判平成二五年三月二六日集民二四三号一〇一頁における寺田逸郎・大橋正春両裁判官の補足意見も併せて参照。
- (80) この点に関しては、第一回国会衆議院司法委員会議録第四号及び同参議院司法委員会議録第一三三号における奥野健一政府委員の答弁（宇賀克也編著『国家賠償法（昭和二年）』（日本立法資料全集四二二）（信山社・二〇一五年）一三八頁、二九四―二九七頁）、藤田・前掲註（11）一二二頁も参照。なお、民法学においては、「違法性概念の必要性に対する理論的批判を援護する材料として」現実の裁判例における違法性概念の使われ方について、「裁判例で違法性という言葉が使われることは少なくないが、……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もない。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のである（「違法性がないから不法行為とはならない」というふうに）」との指摘が見られる（内田貴『民法Ⅱ 債権各論（第三版）』（東京大学出版会・二〇一一年）三六〇頁）。
- (81) 武田・前掲註（29）一三頁、米田・前掲註（32）五五―五〇頁参照。この点に関しては、瀬川信久教授が、民法上の不法行為判例を精緻に分析した上で、次のような整理を行っている点が示唆に富む（瀬川信久「民法七〇九条（不法行為の一般的成立要件）」広中俊雄・星野英一編『民法典の百年Ⅲ』（有斐閣・一九九八年）六二五―六二六頁）。「まず、不法行為の成立の判断は様々な考慮の複合体である。そこでの考慮には、(a) 被侵害利益の要保護性、(β) 侵害の回避可能性、(γ) 加害行為を正当化する事由（これには、正当防衛・加害行為の社会的有用性のような加害者側の利益と、被害者の承諾のような被害者側の事情とがある）、(δ) この正当化事由の認識可能性などである。権利（保護法益）・過失・違法性は、これらの諸考慮を行う枠であるが、どの概念も周縁が不明確で固定していない。そして極端を言えば、これらの一つによって、(a) (δ) の不法行為成立の判断全体を包摂できないわけではない。(ア) 権利（保護法益）を、過失ある違法な行為によって侵害されない地位と考えれば、権利侵害の判断に包摂できる。(イ) 過失を、他人の権利の違法な侵害と定義すれば、過失判断に包摂できる。(ウ) 違法を、過失によって他人の権利を侵害することだとすれば、違法性判断に包摂できる。それぞれの場合に、包摂する概念（ア）では権利・保護法益）は、包摂される概念（ア）では過失・違法性）よりも包

括的・抽象的なレベルで考えている」、「しかし、判例は、「権利」「過失」の概念を（ア）（イ）のように拡張していない。「権利」「法律上保護される利益」はあくまで被害者に帰属する利益（ α ）と捉え、例えば、「権利」の中で加害者にとつての予見可能性（ β ）を判断することはない。また、「法律上保護される利益」は、救済される利益を限定する機能を果たしている……。他方、「過失」では、加害者が当該侵害を回避できたか、回避すべきであつたか（ β ）を判断し、被侵害法益の要保護性（ α ）を判断しない。また、正当防衛・犯罪報道のように、侵害を認識していても他の利益のゆえに不法行為にならないとされないとき（ γ ）に、「過失」がないからだとは考えない。以上に対し、「違法性」は、行為とその結果に対する否定的な評価を広く意味し、侵害の回避可能性（ β ）を含めて、加害行為に対する否定的評価全般を包摂できる。さらに、被害者の受けた不利益に対する否定的評価（ α ）を「違法」と呼ぶことも可能である」。以上の整理から、瀬川教授は、「違法性概念が伸縮性に富む」ものであると指摘している。

(82) 芝池 前掲註(13) 三二二頁参照。なお、この点に関しては、フランス法においても、かつて判例上「違法性＝フォート」テーゼが確立されていない時代に、あらゆる越権をフォートとみなすことは、行政上の財政の疲弊及びかかる厳格さにより行政のイニシアチブに与える麻痺という観点から危険であると同時に、行政活動の非常な複雑さゆえに許容されるべき軽微な違法性が存在するため正義に反するとの指摘がなされていたところである (Prosper Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, Paris, A. Pedone, 1952, p. 255.)。

第二節 行為規範の措置のあり方についての試論的考察

本節においては、前節で示した整理や問題意識を踏まえた上で、比較法的な視点から、それに対する違反が国賠違法（又は過失）を構成する「職務上の（注意）義務」の設定ひいては国家賠償責任の成否の判断に当たって裁判官の直観ないし判断を左右する具体的事情等、ひいてはそれにより操作される当該義務の「程度」に着目して我が国の判例を分析す

ることにより、そこでの行為規範の措定ないし設定のあり方についての試論的な考察を行うこととしたい。この考察は、その過程において国賠違法又は過失にはある種の「グラデーション」があることを指摘するものであるが、その目的は、フランス法における重大なフォート概念に相当するような、（実質的な）「重大な違法」という新たな概念を我が国の実定法に持ち込もうとすることにあるわけではない。先にも述べたとおり、従来の多くの学説とは異なる角度から国家賠償請求訴訟における裁判官の営為に対する解像度を上げ、それをもって右義務の程度の操作ないし国賠違法（又は過失）の判断に一定の枠づけが求められることを明らかにすることに、その目的がある。この点に関しては、Michel Paillet が、重大なフォート要件が、役務のフォートに関する判例法理の、不可欠ではないにせよ少なくとも重要な特徴の一つであり、この重要性を無視すると、それと結びついたままである行政裁判官のアプローチを誤解するリスクを冒さざるをえないことになるとの指摘を行っていることが示唆的であろう。なお、筆者は、既に別稿⁽²⁾において、裁判官の心証形成の様態に関する分析軸を立て、右義務の「程度論」に着目した判例の検討を行い、そこで用いられている文言に注目することにより右のようなグラデーションの存在を指摘した。以下での記述やそこで参照・引用する判例や文献が、当該別稿におけるそれと部分的に重複することを最初に断っておくこととする。

第一款・役務のフォート判断における義務の程度ないし範囲

第一章から第四章まで挙げてきた役務のフォートに関する諸判例を見ると、行政に課せられる義務の「程度ないし範囲」が決して一律のものではなく各事案ごとに一定の軽重や広狭があることがわかる。この義務の程度ないし範囲を規律する考慮要素はさまざまである。例えば、①事件の諸状況、具体的には、時間的狀況及び場所的状況並びに問題とな

る役務に伴う困難性、②当該役務が用いうる手段、③損害の予見可能性といった要素（困難性以外の要素は困難性の要因としても位置づけられうる）は、多くの場合、行政主体に課せられる義務を減免し、ひいては役務のフォートを否定する方向において考慮される（第三章第一節参照）。他方、④役務の組織編成ないし体制整備や⑤行政客体の権利に着目した抽象的評価は、用いうる手段の不十分さ等による義務の減免を許さず、行政に課せられる義務を高度化すること（を可能ならしめる（第三章第二節参照）。また、特に不作為責任については、学説上、この義務の程度ないし範囲の問題が手段債務と結果債務という分析枠組みに沿って研究されている（第四章参照）。すなわち、そこでは、「一定の結果」を実現することまでは求められず、もっぱら当該結果の実現のために一定の注意を尽くすことが求められる「単なる注意義務」としての「手段債務」と、損害を生ぜしめる事故を避けるに至らせたであろう実効性のある行動をとること、あるいは行政客体の権利を実効的に保障することまで求められる「実効性確保義務」としての「結果債務」とが対置されるのである。さらに、前稿³でも紹介した「単純なフォート」と「重大なフォート」という区別の中にももちろん、このような義務の程度に関する問題を見出しうる。すなわち、序章でも紹介したように、フランス法においては、公役務に伴う困難性⁴等を根拠として、加重的要件である「重大なフォート」が一部の領域において適用されているのである。フランス行政法学においては、主にこの「重大なフォート」概念の存在ゆえに、伝統的に国家賠償責任の要件に関するグラデーションについて強い問題関心が寄せられ、この点に関する研究が活発に行われてきた。翻って我が国の議論状況を見ると、これまで取消違法との関係における国賠違法の判断枠組み論（あるいは「職務上の（注意）義務」の性質論⁵）に関する議論が豊富に蓄積されてきた一方で、こうした義務の「程度論」に着目した議論は相対的に少なかったのではないかと思われる。

他方、こうした行政に課せられる義務の程度ないし範囲の問題が、結果不法的要素の考慮と密接な関連性を有しう

することも指摘しておきたい。フランス法においては、原則として、役務のフォートは、行政主体の行為又は公役務の運営の態様の観点から評価され、「義務違反」ないし「行為規範違反」として認定されており、その判断に当たっては、行為不法説的解釈がとられているとすることができる（第一章第一節参照）。ただし、役務のフォートに関する判例の中には、被侵害法益の重要性を考慮することにより行政に課せられる義務ないし行為規範の高度化が図られている場合がある（第三章第二節参照）。かかる解釈は、純粹な行為不法説的解釈というよりは、結果不法的要素を行為不法に読み込んだ解釈であるということができる。また、かかる解釈を押し進める形で極限まで高度化された「結果債務」としての義務が行政に課せられる場合がある（第四章第二節参照）。この場合には、損害を生ぜしめる事故を避けるに至らせたであろう実効性のある行動、あるいは行政客体の権利の実効的保障という極めて高度な作為義務——実効性確保義務——が課せられることにより、形式的には行為不法説的解釈をとっているように見えるものの実質的には権利侵害即役務のフォートという純粹な意味での結果不法説的解釈に通ずる解釈がなされていると見ることもできるように思われる。要するに、形式的には行為不法説的解釈をとったとしても、解釈上の工夫あるいは操作により結果不法説的解釈が目指す帰結と同様の帰結を導出しうる可能性があるということである。さらには、一見すると義務違反ないし行為規範違反が存在しないように思われる場合に損害の重大性を考慮することにより役務のフォートを推認しているかのように見える判決も存在する（第一章第一節第二款参照）。かかる解釈については、結果不法的要素を行為不法に読み込んだ解釈というよりは、結果不法により行為不法を推認するような解釈（見方によっては相關関係説的解釈）との見方もあるのではないかと思われる。まさに以上のように多様な解釈を可能ならしめる点にもまた、役務のフォート概念の「弾力性」が見出されるのである。かかる役務のフォート概念の弾力性は、社会状況や行政活動、行政客体の法意識、行政主体と行政客体の法関係等の変化に国家賠償責任規範を柔軟に適応させることを可能ならしめるものであるといえる。

我が国においても、上記のように現在の判例の立場を前提として「職務上の（注意）義務」の「程度論」に着目する場合には、その判断における結果不法的要素の考慮のあり方に関心を向けることも一つの重要なポイントとなりうるように思われる。

第二款…国家賠償法一条一項の違法性又は過失のグラデーション

そもそも、我が国においては、国家賠償法一条二項が求償権の行使を「故意」又は「重大な過失」に限定することにより、その要件の加重を明示的に規定しているものの、同条一項は「違法」と「過失」について特に要件が加重される場合があることを定めているわけではない。また、判例も、このような要件の加重を明示的に認めることはしていない。さらに、学説においても、かかる要件の加重という視角からの分析が分野横断的になされるということは、ほとんどない。しかしながら、判例を分野横断的に観察すると、そこには、実質的に、「職務上の（注意）義務」の程度が軽減され、結果的に国賠違法（又は過失）の要件が加重されているようにも見える判決が存在する（後述のとおり、本稿はこうした要件の加重自体に否定的なわけではない）。すなわち、ここでは、当該加害行為の類型の特殊性や、当該事件における具体的事情等、例えば後述の「困難性」の要因等に鑑み、ある種の「非難可能性」の有無を厳格に問うことにより、その認定範囲を限定しているように見える文言が――場合によってはその要件の加重の実体を伴わない形で慣例的に――用いられているのである。⁽⁵⁾⁽⁶⁾そして、こうした傾向が見られる分野は、フランス法における、上記の重大なフォート要件が適用される分野と、少なくとも部分的に重なっているように思われる。

一 裁判・立法

まず注目されるのは、右のような文言が用いられている典型的な分野が、今日「職務行為基準説」と呼ばれる理論が最初期に現れた裁判・立法の分野であるということである。

例えば、裁判（判決）の国賠違法につき、そのリーディングケースである最二小判昭和五七年三月一二日民集三六卷三三三九頁は、「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つて是正されるべき瑕疵が存在したとしても、これによつて当然に国家賠償法一条一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つて裁判をしたなど、裁判官がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行使したものと認めうるような特別の事情があることを必要とする」〔傍点筆者〕との判示を行っている⁽⁹⁾。

また、立法（不作為を含む）⁽¹⁰⁾の国賠違法についても、そのリーディングケースである最一小判昭和六〇年一月二二日民集三九卷七号一五一二頁（在宅投票制度廃止訴訟）は、「国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではないといふべきであつて、国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うといふときは、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法一条一項の規定の適用上、違法の評価を受けないものといわなければならない」〔傍点筆者〕と判示している⁽¹¹⁾。同最判後の判例においては、当該要件が実質的に緩和されているとの見方が有力であるが、基本的な考え方は維持されているものと解される⁽¹²⁾。例えば、直近の最大判令和四年五月二五日民集七六卷四号七二頁（在外邦人国民審査権訴訟）は、「法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白

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その改廃等の立法措置を怠る場合などにおいては、議員の立法過程における行動が上記職務上の法的義務に違反したものととして、例外的に、その立法不作為は、同項の適用上違法の評価を受けることがあるというべきである」(傍点筆者)としている。

そこで問題となるのは、こうした国賠違法の認定範囲の限定が何故に正当化されるのかということであるが、これらの「特殊な」分野については、他の分野(特に行政処分等)と比して相対的に説明がしやすく、判決文においてもそれが明確にされているといえる。すなわち、例えば、裁判については、——論者によりその妥当性に関する評価は異なるが——①自由心証主義と法令解釈の相対性、②上訴制度の存在と判決の既判力、③裁判官の独立等が挙げられる。⁽¹⁹⁾また、立法については、上記昭和六〇年最判が明確に指摘するように、主として民主主義原理を前提とした立法行為の「政治的性格」等が挙げられる。⁽²¹⁾

こうした議論には、フランス法との一定の共通点が見られる。例えば、フランス法においても、裁判役務については、国家賠償責任の要件として重大なフォート(又は裁判拒否)が要求されているところ、久保茂樹教授が整理しているように、その責任制約根拠については、①司法官の独立及び精神の自由、②裁判役務利用者の非協力・役務の困難さ、③裁判役務に固有の保障の存在(上訴手段の保障)、④国家財政への配慮、⑤主権免責、⑥既判力等が挙げられている。⁽²²⁾この点に関しては、久保教授による次のような指摘が、本稿の問題意識との関係で重要であるため併せて紹介しておきたい。「裁判責任に関する重過失要件は、今日、司法・行政いずれの裁判所においても必要とされるに至っている。裁判判決のみならず広く警察活動にもみられる重過失の要求は、わが国の「職務行為基準説」を彷彿させる(fauteのレベルと違法性のレベルの差異はあるが)。このような要件の加重は、既判力の論理よりも、むしろ「プラティークな考慮」(オービー)に因るものと考えられよう」、「裁判責任の特殊性を、裁判役務の困難さのみに還元することは短絡的過ぎ

ようが、その特殊性を絶対視することもまた、行き過ぎであるように思われる⁽²³⁾。さらに、立法行為についても、——そこでは重大なフォート要件が適用されているわけではなく、また、憲法の規定等のフランス法特殊の事情があるため⁽²⁴⁾単純な比較はできないもの——立法行為につきフォートを明示的に認定することを避ける姿勢からは、民主主義原理（あるいは権力分立原則）を背景とした敬讓的な配慮を看取しうる。

以上の点に関して指摘しておきたいのは、——後述の他の分野にも関わることであるが——フランス法において重大なフォート要件が当初果たしていた役割に照らして見ると、右のような国賠違法法の認定範囲の限定が、被害者救済の観点から見ても、必ずしも一概に批判的に捉えられるものではないということである。前稿において紹介したとおり、「この重大なフォートという概念は、当初、公権力の無答責の原理を克服するための道具概念として機能していた。すなわち、二〇世紀初頭、行政裁判官は、権力行為による国家賠償責任に関して、あらゆるフォートについて賠償責任を認めるのではなく、重大なフォートが存する場合にのみ賠償責任を認めることにより、徐々にこの領域における賠償責任を定着させていった。つまり、この時代における重大なフォートは、公権力の無答責の原理を打倒し、国家賠償責任の成立範囲を拡張することにより、国家賠償責任の一般化を促進する役割を果たしていた⁽²⁶⁾。つまり、——当然このような重大なフォート概念と完全にパラレルに見ることはできないもの——特に我が国における右のような裁判・立法に関する判例法理については、その特殊性等に基づき安易に「一律の無答責⁽²⁷⁾という方向に解釈を進めるのではなく、その時代の法状況等に照らして国家賠償責任の成立範囲を限定することで一定の「バランス⁽²⁸⁾」をとりつつも不法行為的救済を通す可能性を残したものととして、積極的に評価する余地もありうるということである。なお、仮に、上記のような（少なくとも形式的には）厳格な判断枠組みを適用したとしても、そのあてはめにおける事実の評価ないし解釈の仕方次第でその認定範囲の拡大を図ることは必ずしも不可能ではない⁽²⁹⁾。

他方、フランス法においては、裁判役務の中でも、判決それ自体ではなく、判決の遅滞が問題となる場合には、重大なフォート要件が適用されず、単純なフォート要件が適用されていることに留意する必要がある。⁽³⁰⁾ 翻って我が国の裁判例を見ると、例えば、広島高裁岡山支判平成一五年六月一三日訟月五一卷五号一一三九頁は、判決言渡しの遅延を理由とする国家賠償請求事件について、「その判決言渡しについて、当該裁判官が違法又は不当な目的をもってこれを遅延したなど、裁判官がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行使したと認め得るような特別の事情がある場合には、当該裁判官の職務行為は、国家賠償法上違法の評価を受けるものというべきである」として、裁判判決（の内容）に関する右昭和五七年最判の解釈を踏襲した形の判断を行っている。⁽³²⁾ 単純なフォート要件の適用を認めた、フランス法の右判例は、欧州人権条約に大きな影響を受けたものであり、ここで、当該判例をもって右裁判例の当否を語るつもりは全くない。しかし、少なくとも一般論として、国賠違法（又は過失）の判断枠組み（特にその要件を実質的に加重するような判断枠組み）は、問題となる加害行為の類型等を包括的・一体的に捉えて適用するのではなく、——各事案に応じてその適用を正当化する理論的根拠の有無等を慎重に精査することにより——個別的に細分化した形で捉えて適用すべき場合がありうるということは指摘しておきたい（かかる指摘は、後述の他の分野にも妥当しうる）。⁽³³⁾

二 規制権限不行使

同じように他の分野と比較して相対的に国賠違法の認定範囲を限定しているように見える文言が用いられている分野として、いわゆる規制権限不行使が問題となる事例群を挙げることができる。⁽³⁴⁾

例えば、宅地建物取引業者に対する知事の監督処分権限の不行使の違法性が問われた訴訟において、最二小判平成元年一月二四日民集四三卷一〇号一一六九頁（宅建業事件）は、「当該業者の不正な行為により個々の取引関係者が損

害を被った場合であっても、具体的事情の下において、知事等に監督処分権限が付与された趣旨・目的に照らし、その不行使が著しく不合理と認められるときでない限り、右権限の不行使は、当該取引関係者に対する関係で国家賠償法一条一項の適用上違法の評価を受けるものではないといわなければならない」（傍点筆者）との判示を行っている（最二小判平成七年六月二三日民集四九卷六号一六〇〇頁（クロキン薬害事件）も同旨）。規制権限不行使については、同最判がリーディングケースとなり、最三小判平成一六年四月二七日民集五八卷四号一〇三二頁（筑豊じん肺訴訟）等が、「国又は公共団体の公務員による規制権限の不行使は、その権限を定めた法令の趣旨、目的や、その権限の性質等に照らし、具体的事情の下において、その不行使が許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くと認められるときは、その不行使により被害を受けた者との関係において、国家賠償法一条一項の適用上違法となるものと解するのが相当である」（傍点筆者）という一般的な判断枠組みを定式化し、それが直近の判例に至るまで踏襲されている。

こうした規制権限不行使の国賠違法の判断枠組みについては、いわゆる裁量権収縮論との関係（考慮要素論）や反射的利益論に着目した議論が豊富に蓄積されてきた一方、なぜ「著しく合理性を欠く」と認められるときに限定されるのか、シンプルに「合理性を欠く」と認められるときではないのか、といった問題意識が持たれることはあまりなかったのではないかと思われる。その要因の一つは、一般論としての規制権限行使に関する裁量の存在あるいはその広範さへの認識が、相当程度共有されたものとして存在することにあると考えられるだろうか。例えば、右平成元年最判には、右引用部の直前に、当時の宅建業法所定の要件の認定には「裁量の余地があるのであって、これらの処分の選択、その権限行使の時期等は、知事等の専門的判断に基づく合理的裁量に委ねられているというべきである。したがって、」（傍点筆者）との判示がある。⁽³⁷⁾かかる裁量の存在あるいはその広範さが直ちに、上記のような「著しく」という文言の付加を正当化する根拠となるかは議論の余地があるところであろが、——訴訟類型等が異なるため単純に比較することは

できないもの——取消訴訟における裁量審査、特にいわゆる「社会観念審査」において用いられている表現との類似性や、行政事件訴訟法において非申請型（直接型）義務付け訴訟の訴訟要件（同法三七条の二）⁽³⁸⁾が嚴格化されている趣旨等も併せて考えると、それが、一つの根拠として援用される可能性があることは少なくとも直観的には理解できるところである。他方、これとは別に（場合によっては関連して）、いわゆる「補足性の理論」を根拠とした正当化も考えられる。この理論は、宇賀克也教授の定義を借りると、「被害者である私人に対して第一次的に責任を負うべきであるのは加害者たる被規制者であり、加害者は危険責任（通常は企業であるので報償責任としての性格も有する）を負い、行政主体は、二次的、後見的な監督責任を負うにすぎないことを理由として、国家賠償責任を全面否定しようとしたり、その範囲を縮減しようとしたりするものである」⁽³⁹⁾（40）⁽⁴⁰⁾。このように行政主体が二次的、後見的責任を負っているに過ぎないという事情については、それを要件論の外側、つまり成立した国家賠償責任の（外部的あるいは内部的な）負担割合を確定するために考慮されるものとして位置づけることも当然可能であるが、要件論の枠組みの中に組み入れて考慮することも考えられる。例えば、宇賀教授は、「行政主体が二次的、後見的責任を負うということは、責任成立要件の期待可能性の考慮要素にはなるものの、国家賠償責任を全面的に否定する論拠とはなりえないと思われる」⁽⁴¹⁾と述べている。なお、上記平成七年最判は、「医薬品の安全性の確保及び副作用による被害の防止については、当該医薬品を製造、販売する者が第一次的な義務を負うものであり、また、当該医薬品を使用する医師の適切な配慮により副作用による被害の防止が図られることを考慮すると、当時の医学的、薬学的知見の下では、厚生大臣が採った前記各措置は、その目的及び手段において、一応の合理性を有するものと評価することができる」⁽⁴²⁾（傍点筆者）との判示を行って⁽⁴³⁾いる。

ここで想起されるのは、フランス法においても、かかる規制権限不行使という類型と相当程度重なる類型として考えられる監督行政役務につき、伝統的に、重大なフォート要件が適用されてきたということである⁽⁴⁴⁾。そして、当該要件の

正当化根拠として、自由裁量権の存在や監督行政役務に伴う困難性に加えて、右の補足性の理論と同様の考え方が挙げられている。すなわち、ここでは、問題となる損害の第一次的な原因が被監督者のフォートにあり、それを防ぐことができなかった監督行政役務の瑕疵は二次的な原因でしかないため、当該役務の責任を過度に容易に成立させないようにしようとする裁判官の意向があるなどといった指摘がなされているのである。ただ、こうした監督行政役務の特質については、——それを困難性の問題の中に完全に解消することはできないもの——当該性質があるがゆえに生じる、予見可能性や回避可能性等に関する困難性の問題（例えば、通常、関連する情報が被監督者の側に偏在していることから問題となるリスクの探知、あるいはそのための調査・検討が容易ではなく、また、規制権限の行使が被監督者の活動の自由を過度に制限することのないよう、その判断に当たり複雑な利益調整等が求められることなど）と関連づけて把握することも不可能ではない。⁽⁴⁵⁾なお、ここでも指摘しておきたいのは、この監督行政役務についても、今日、重大なフォート要件が一律に適用されるのではなく、事案によつては、単純なフォート要件が適用されることもあるという点である。つまり、特定の公役務の類型を包括的・一体的に捉えるのではなく、それを個別的に細分化した形で捉えることにより、個々の事案に応じて重大なフォート要件と単純なフォート要件を使い分ける仕組みとなっているということである。

ところで、我が国の判例が、規制権限不行使の国賠違法につき上記のように比較的嚴格に見える判断枠組みを採用しつつも、その結論として当該違法を認定しているものが極端に少ないわけではないという点にも留意する必要がある（筑豊じん肺訴訟、関西水俣病訴訟、泉南アスベスト訴訟、建設アスベスト訴訟⁽⁴⁶⁾）。そこではまず、「著しく」合理性を欠くというような判断枠組みに要件の加重性を見ることができ、仮に当該加重の実体がないのであれば、——国賠違法は限定的にしか認定してはならないというような認識の存在を疑わせないために——こうした修飾語を安直に「慣例として」用いることを見直すことも考えられるように思われる。他方、これとは別に、その要因の一つとして

考えられうるのは、当該違法を認定している判例で問題となっている「損害結果」、具体的には被侵害法益の重要性（特に健康、身体、生命の安全）や損害の重大性である。⁽⁴⁸⁾フランス法においても、重大なフォート要件が適用される場合にそれがどのような場合に認定されるのか、につきさまざまな議論がなされてきたところであるが、そこでは判例において損害結果の重大性が考慮される傾向にあることがつとに指摘されてきた。⁽⁵⁰⁾また、被侵害法益が重要なものであったり、損害が重大である場合には、そもそも重大なフォート要件の適用自体が回避される傾向にあるとの議論もある。⁽⁵¹⁾ただし、フランス法においても、こうした被侵害法益の重要性や損害の重大性は必ずしも絶対的な基準というわけではなく、場合によっては被害者の死亡というような重大な結果が生じていたとしても重大なフォート要件が適用されたり、その認定がなされないこともありうる。⁽⁵²⁾こうした結果不法的要素の考慮のあり方については、次款において改めて考察することとしたい。

三 行政処分等

1. 「漫然と」要件の意義——現在の判例・裁判例においては、問題となる加害行為の類型を問わず、⁽⁵⁴⁾国賠違法の判断における「職務上の（注意）義務」の設定に当たって、そこに「漫然と」という文言を付加したものが広く見られるようになってきている。この文言は、特に上記の裁判・立法の国賠違法の判断枠組みにおいて用いられている文言と比較すると、相対的に（実質的な）行為規範の緩和ないし要件の加重を示すものとしての明確性に欠けるものではあるが、本稿の問題意識からは特に注目されるものであるといえる。⁽⁵⁶⁾

そもそも、この「漫然と」という文言は、今日「少なくとも行政処分の違法を理由とする類型について」の「リーディングケース」となっていると評される、⁽⁵⁷⁾最一小判平成五年三月一日民集四七卷四号二八六三頁（奈良県民商事件）

において用いられたものである。すなわち、この平成五年最判において、最高裁は、「税務署長のする所得税の更正は、所得金額を過大に認定していたとしても、そのことから直ちに国家賠償法一条一項にいう違法があったとの評価を受けるものではなく、税務署長が資料を収集し、これに基づき課税要件事実を認定、判断する上において、職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と更正をしたと認め得るような事情がある場合に限り、右の評価を受けるものと解するのが相当である」(傍点筆者)という判断枠組みを定立した上で、「以上によって本件をみるのに、被上告人(筆者註・原告)は、本件係争各年分の所得税を申告するに当たり、必要経費につき真実より過少の金額を記載して申告書を提出し、さらに、本件各更正に先立ち、税務職員から申告書記載の金額を超える収入の存在が発覚していることを告知されて調査に協力するよう説得され、必要経費の金額について積極的に主張する機会が与えられたにもかかわらず、これをしなかったので、奈良税務署長は、申告書記載どおりの必要経費の金額によって、本件各更正に係る所得金額を算定したのである。してみれば、本件各更正における所得金額の過大認定は、専ら被上告人において本件係争各年分の申告書に必要な経費を過少に記載し、本件各更正に至るまでこれを訂正しようとしなかったことに起因するものということができ、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から、四八年分更正も含めて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」(傍点筆者)と判示したのである。⁽³⁸⁾

この平成五年最判について、筆者は、別稿において、裁判官の心証形成の態様に着目した上で、「この『漫然と』という文言がどの程度意識的に用いられているかは定かではないものの、この副詞が有する本来的な意味に照らすと、それは当該処分⁽³⁹⁾の違法性を認定することに対する裁判官の消極的な姿勢の『徴表』として見ることができ、そこでは少なくとも通常の違法性よりも加重された違法性が要求されている——実質的に「重大な違法」が要件とされている——の

ではないか⁽⁵⁹⁾」との仮説的な理解を示した。その上で、フランス法において重大なフォート要件の主たる正当化根拠とされる「困難性」という視点から「平成五年最判を翻って見ると、そこでは、原告が「本件係争各年分の所得税を申告するに当たり、必要経費につき真実より過少の金額を記載して申告書を提出し、さらに、本件各更正に先立ち、税務職員から申告書記載の金額を超える収入の存在が発覚していることを告知されて調査に協力するよう説得され、必要経費の金額について積極的に主張する機会が与えられたにもかかわらず、これをしなかった」という事情があったことが指摘されている点が注目される。すなわち、当該事案においては、正確な所得金額の認定を困難にする特殊な事情（被害者の非協力的態度等）が存在したということである。⁽⁶⁰⁾……このように問題となる行政活動の遂行を困難にするような事情は、裁判官をして当該賠償を否定する方向に直観を働かせる（その心証形成において違法性や過失の認定を躊躇させる）重要な要因の一つとなるのではないかと思われる⁽⁶¹⁾」との指摘を行った。

こうした理解及び指摘を行ったのは、フランス法においても、かつては、租税役務という類型一般について、重大なフォート要件が適用され、また、その主たる正当化根拠である「困難性」の要因として、納税者が納税義務を回避するために巧妙な対策をとったり、反抗的な態度をとったりすることなど（一般的な要因としては、時間的・場所的状況、用いする手段の不十分さ、被害者や関係者の行動、予見可能性等）が挙げられていたこと、つまり、こうしたフランス法の解釈と日本法のそれにある種の近似性を見たことが、その背景にあった。他方、フランス法においては、重大なフォート要件の適用が、租税役務という類型一般から、「租税の賦課又は徴収の手続」に限定され、続けて、個別の事件における「困難性」に応じて当該要件の適用の有無を判断するという含みのある仕組みへと転換し、最終的には、（同じように困難性を伴う他の公役務において当該要件が放棄されたことなどに鑑み）それが全面的に放棄されることとなったことに留意する必要がある⁽⁶²⁾。こうしたフランス法の動向から得られる示唆は、包括的・一体的に把握された特定の加害

行為の類型に、一般的な傾向として、見られる、困難性の要因となりうる事情が、当該類型の中より細分化された特定の類型や個別の事案においては存在しない場合があることなどを考えると、——当該事情により根拠づけられた——

一定の判断枠組みを特定の加害行為の類型に一律に適用することには疑問が呈される可能性があるということである。要するに、それは、「少なくとも、上記平成五年最判が示したような判断枠組みを、他の更正処分、あるいは租税行政活動一般、さらには他の行政活動の類型に、安直に一般化することの妥当性を疑わせうるものであるといえる」⁽⁶³⁾のである。

確かに、こうした判例の理解は、判決文に現れた表面的な字面に拘泥しているくらいがあり、また、そこに実体を超えた特別な意義を見出している可能性があることは否定できない⁽⁶⁴⁾。実際、その判断枠組みの定立に当たり右平成五年最判が参照され「漫然と」という文言が用いられている場合であっても、国賠違法が一概に否定されているというわけではなく、国賠違法を認定している判例も存在する。もともとそこで目を引くのは、これらの判例が、その判断枠組みに

おいては「漫然と」という文言を用いつつも、そのあてはめにおいては当該文言を（少なくとも形式的には）用いていないということである⁽⁶⁵⁾。これに対して、その判断枠組みの定立に当たり上記平成五年最判を参照し「漫然と」という文言を用いつつ国賠違法を否定した判例の多くは、そのあてはめにおいても当該文言を用いている⁽⁶⁶⁾。こうした傾向に着目すると、この「漫然と」という文言（や上記の裁判・立法の国賠違法の判断枠組みにおいて用いられている文言）からは、国賠違法の認定範囲ないし国家賠償責任の成立範囲を過度に拡張することなく（裁判官が考える）、⁽⁶⁷⁾ 妥当な範囲にそれを調整する必要があるという前提的な認識の下で、修飾のない「職務上の（注意）義務」（あるいは「客観的」結果的な「違法性や違憲性」）との関係である種の「ずれ」を創出ないし強調することにより、国賠違法の認定範囲を一定程度限定しようとする意図が看取されうるように思われる。つまり、判例において違法性相対説・職務行為基準説が（加害行為の類型を問わず）とられることとなった、あるいは現在進行形でとられているのは、それが、問題とな

る加害行為の類型の特殊性や個別の事案における具体的事情等に応じて——当該事案において発生した結果が法的な保護に値するかという被害者側の視点からの考慮と、そこで問題となる加害行為が国又は公共団体に賠償責任を負わせるのに十分な非難に値するかという加害者側の視点からの考慮を行った上で——上記義務の「程度」を操作することによって、国賠違法の判断の次元において、右のような調整を行うことを可能ならしめる「便利な枠組み」であつたからだと考えられるのである⁶⁹。

ここに、右のような裁判官による「プラグマティックな思考の産物」ともいえる職務行為基準説とフランス法における重大なフォート要件との、ある種の「機能的な同質性」を見出しうるように思われる。この点に関しては、フランス法における重大なフォート要件の機能をまとめた、北村和生教授による次のような分析が重要である。「重過失は、役務が困難等の理由で、賠償が認められにくい分野で、一定程度賠償を認め、一方、場合によっては、賠償に制限を加えるための裁判官の道具としての役割を果たすようになった。すなわち、行政裁判官は、一定の活動に重過失を要求し、その存在または不存在から賠償を認め、あるいは認めないことにより、私人の利益と行政の利益の調整を行う為の道具として、重過失を使っていると考えられる。これが、トゥルードの言う判例政策の道具 (instrument d'une politique jurisprudentielle) としての機能、すなわち、「賠償を与えるのが必要かどうかを決定するための手段として」、「行政裁判官は加重過失を使用しているのである」。公役務過失自体同様の柔軟さを有しているが、裁判官に一層判断の幅を与えたい時、重過失という要件が必要とされるのである⁷⁰」。

2. 「漫然と」要件の位置づけ——現代の行政活動、あるいは国家賠償請求訴訟において問題となりうる事案が極めて多様であることなどに鑑みると、「公務員」に課せられる「職務上の（注意）義務」が一樣とはならない（その結果として実質的に要件の「グラデーション」が生じる）ことは当然であり、こうした「漫然と」というような文言の付加（ひ

いては義務の程度の操作）自体が一概に否定されるべきものでないことについては多言を要しない。しかし、当該文言により、実質的に行為規範の緩和ないし要件の加重がなされている場合があるのだとすれば、それを正当化する理論的根拠（当該加害行為の類型の特殊性や個別の事案における具体的事情等）を明確にする必要があるだろう。そして、もし、かかる理論的根拠が存在しない場合や、あるいは、そもそも「漫然と」というような文言がある種の「決まり文句」に過ぎず、それ自体特別な意義を持たない（質的あるいは量的な差異をもたらさない）というのであれば、一定のバイアスを窺わせるような文言を濫りに用いることは避け、よりニュートラルな判断枠組みを立てることも十分に考えられるはずである。実際、国賠違法の判断枠組みの定立に当たって、上記平成五年最判に倣って「漫然と」という文言を用いる裁判例が多数見られることは確かであるものの、裁判例の中には、同最判を参照しつつも当該文言を用いていないものも複数ある⁽⁷⁾。

例えば、東京地判平成二九年三月二七日判タ一四五二号二二四頁においては、「都税事務所長が、本件不動産の固定資産税等を過大に賦課・徴収したことが国家賠償法一条一項にいう違法に当たるか否かは、固定資産税等を過大に賦課・徴収したという結果のみをもつて判断されるべきではなく、被告担当職員が、住宅用地の特例等の適用に関し、職務上通常尽くすべき注意義務を尽くしたか否かにより判断するのが相当である（最高裁判平成元年（オ）第九三〇号、第一〇九三号・同五年三月一日第一小法廷判決・民集四七卷四号二八六三頁参照）」との判示が見られる。また、仙台地判平成二二年九月九日LEX/DB 25436329、「本件のような課税処分において、課税要件事実の認定や課税実体法規の解釈に誤りがあったとしても、それをもつて直ちに国家賠償法一条一項にいう違法があったとの評価を受けるものではなく、当該課税に関与した担当職員において職務上通常尽くすべき注意義務を尽くさなかったと認め得るような事情がある場合に限り、違法の評価を受けるものと解するのが相当である（最高裁判所平成五年三月一日第一小法廷判決・

民集四七卷四号二八六三頁参照」との判示を行っており、さらに、確井光明教授もこの裁判例が「漫然と」との文言を用いていない⁽⁷²⁾ことを指摘している。なお、この仙台地判の上告審である第一小判平成二二年六月三日民集六四卷四号一〇一〇頁は、上記平成五年最判を参照していないが、「国家賠償法一条一項は、「国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によつて違法に他人に損害を加えたときは、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる。」と定めており、地方公共団体の公権力の行使に当たる公務員が、個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民に損害を加えたときは、当該地方公共団体がこれを賠償する責任を負う」との判示を行っており、そこでは「漫然と」という文言は用いられていない。この平成二二年最判については、高橋滋教授が、「最高裁判所は、職員に課される職務上の義務の内容として、「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」等のような職務義務を著しく緩める基準を示していない。取消訴訟等のルートを通じても過大認定に伴う財産的不利益の完全な償還を図ることはできないため、裁判所は、同じ職務上の義務違反の有無についても……〔筆者註…上記平成五年最判〕とは異なる基準を用いるのが適当であると考えたのであろう」⁽⁷³⁾〔傍点筆者〕との指摘を行っている点が注目される。

以上のように見てくると、職務行為基準説をとる裁判実務がそのベースラインとすべきは、上記昭和六〇年最判が一般論として提示しているような、「国家賠償法一条一項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民に損害を加えたときに、国又は公共団体がこれを賠償する責に任ずることを規定するものである」という、「漫然と」というような文言による、修飾のない形の判断枠組みなのではないだろうか（同最判が当該文言を用いていないことのみに着目するものであり、「個別の国民に対して負担する」という部分の当否はここではさておく）。これは、必ずしも、行政処分等の国賠違法の判断枠組みの定立に当たっても、

——例えば、最三小判平成二〇年四月一五日民集六二巻五号一〇〇五頁のように——立法行為に関する右昭和六〇年最判を参照すべきであるということを言わんとするものではなく、そこで上記平成五年最判を参照したとしても、右のようない修飾のない形の判断枠組みの定立は可能であるという理解によるものである（実際そうした裁判例があることは右に示したとおりである）。つまり、固定資産評価審査委員会の審査請求棄却決定に係る国賠違法の有無が問題となった（結論として肯定）最一小判令和四年九月八日判タ一五〇四号一八頁の評釈において既に述べたとおり、上記平成五年最判が「定立した判断枠組み（職務行為基準説）の核」となる部分が、国賠違法を職務上の注意義務違反（取消違法と異なるもの）と解することにあるのだとすれば、上記の文言〔筆者註…「漫然と」は必ずしもその必須の要素というわけではないのではないだろうか〕、「上記平成五年最判は、更正処分に当たり正確な所得金額の認定を困難にする特殊な事情（被害者の非協力的態度等）が存在した事案であつたため、当該文言を付加することにも一定の根拠や必要性、意味等があつたように思われるが、本判決を含め、上記の判例や裁判例において、よりニュートラルに『職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく判断したと認めうるような事情』といった形にするのではなく、これに「漫然と」という文言を付加するだけの根拠や必要性、意味等が同じようであつたのか、改めて検討の余地があるように思われる」。なお、この点に関しては、特に、同判決の評釈において、西本靖宏教授が、納税者の協力が必要である税務調査に関する事案と比較して、固定資産税の事案では、適切な調査を実施していれば容易に課税誤りに気づくことができる場合がほとんどであると指摘していることが示唆的であらう。⁽⁷⁵⁾

四 要件加重の正当化根拠としての「困難性」とその要因

ここまで挙げてきたような判例上の国賠違法の判断における特定の文言を、フランス法における重大なフォート要件

と（少なくとも部分的に）パラレルに見て、その要件を実質的に加重するものとして解することができるとしても、かかる要件の加重自体は全く否定されるものではない。⁽⁷⁶⁾ それどころか、フランス法においては、重大なフォート要件の主たる正当化根拠とされる「困難性」は単純なフォート要件が適用される場合であっても考慮されうものと解されているところ、形式的には単純なフォート要件が適用されている場合であっても、この「困難性」を考慮することにより実質的に重大なフォート要件が適用されているに等しいと評価されているような判例があることも踏まえて考えると、少なくとも予測可能性の確保という観点からは、こうした要件の加重を明確にする文言を用いることに積極的な意義を見出すことも不可能ではない。ただし、そこで求められるのは、裁判所が、上記のような文言を付加することを正当化する理論的根拠（当該行為類型の特殊性や個別の事案における具体的事情等）の有無を慎重に精査した上で、当該根拠がある場合にはそれを明確にすることにより、当該文言の使用を「秩序立った形で」行うことであろう。この点に関しては、山本隆司教授が、——本稿のように「漫然と」等の文言に要件の加重性を見ているわけではないが——「どのような法律構成であれ、賠償責任の要件を加重するには、解釈論・立法論の上で、事案類型の特徴という意味の個別事情により要件加重が十分正当化されなければならない」⁽⁷⁸⁾との指摘を行っていることが特に重要であるように思われる。

この点、一定の「包摂力」を有する、右の「困難性」という概念は、当該加害行為の類型の特殊性や裁量の存在あるいはその広範さというような根拠によつては十分に説明しきれない（実質的な）要件の加重を——場合によつてはそれらの根拠と関連づけながら——説明しうる、相当程度統合的な「説明概念」として用いられうる可能性がある。また、この概念は、先にも述べたとおり、ある種の「非難可能性」の有無を厳格に問う裁判官の姿勢とも整合的に結びつけられうる。というのも、予見可能性や回避可能性を前提とする「職務上の（注意）義務」違反を認定するに当たっては、客観的に適法な処分や結果回避のための措置等を行うことを困難にする事情等、換言すると、右の認定を行うことによ

る「非難」を躊躇させるような事情等があるか否か、ということが裁判官の心証形成においてその直観あるいは判断を左右する重要なポイントの一つとなっているのではないかと考えられるからである。ただ、この概念は、それ自体抽象的なものであるがゆえに、その有用性自体についての検証が必要なことに加えて、安直に国賠違法（又は過失）を限定する結果を招来するおそれもあるため、その要因（や要件の加重に必要とされる程度）を具体的な形で明確化していくことが求められる。⁽⁷⁹⁾

そこで、過去の判例・裁判例を手がかりにして、「一般論として」、こうした困難性の要因となりうる事情等を例示的に列挙してみると、以下のようなものが挙げられうる（これらは常に単独で困難性の要因となるわけではなく、場合によっては並立してあるいは相互に結び付いた形でその要因となりうる）。まず、その典型例として挙げられるのは、特定の処分や判断等に伴う（その性質や分量に比した）時間的制約という要素である。法律行為にせよ事実行為にせよ、緊急ないし迅速に、あるいは比較的短期間に、処分や判断等を行う必要がある場合には、当該時間的制約が、裁判官をして、「職務上の（注意）義務」を軽減し、ひいては国賠違法（又は過失）を否定する方向に直観ないし判断を働かせる要素となりうる。こうした「時間的制約」が明示的に指摘される行為類型としては、建築確認審査⁽⁸¹⁾、競売に係る現況調査⁽⁸¹⁾、警察官又は検察官による取調べ・警察官による搜索差押え・検察官による拘留請求等がある。こうした法律行為の他、遭難救助活動や、消防活動、集中豪雨や地震等の災害発生時の避難勧告・警報・応急措置等の、リスクが切迫した状況において緊急対応を余儀なくされるような事実行為も、その例として挙げられよう。⁽⁸⁷⁾次に、法令の解釈が問題となる際に、特に（後に主に最高裁により）「正しい」とされる見解をとることを妨げるような事情（とりわけ「誤った」見解を後押しするものとみなしうるような判例があったり、当該見解を裁判例や行政委員会が一致して支持していたような場合など）⁽⁸⁸⁾も、同じような直観ないし判断を働かせる要素となりうる（ここでは加害公務員の設定の仕方あるいは

審査権限の有無等も重要な問題となりうる⁽⁸⁹⁾。また、特定の処分の基礎となる事実の認定ないし評価、あるいは何らかの判断や措置を正確・適正に行うために、被害者（場合によっては第三者）の協力を得る必要がある場合に、当該処分あるいは判断が当該被害者等にとつて不利益的・侵害的・規制的なものであることなどから当該被害者等による十分な協力が期待できない、あるいは実際に十分な協力を怠った（よりストレートに適法な処分等を妨げる何らかの「非」が被害者等の側にある）というような事情についても同じことがいえる（そこで要求される心証の程度の問題も関連する）。さらに、地震等の自然災害⁽⁹²⁾、ストーカー等の第三者による（特に突発的な）加害行為⁽⁹³⁾、刑務所における受刑者の自殺等⁽⁹⁴⁾が問題となる場合のように、それによる結果の発生の予見（ひいては、それを前提とした結果回避）が困難であるという事情も、右のような直観ないし判断を働かせる要素となりうる。なお、我が国の判例においてはあまり表立って出てくることはないものの、用いうる手段が不十分な場合や、特に規制権限不行使の違法が問題となる場面で多く見られるように、高度に専門的な判断あるいは複雑な利益調整を要求される場合⁽⁹⁵⁾などについても同じことがいえる可能性がある。ただし、特定の加害行為の類型について一般的な傾向としてこうした困難性の要因となりうる事情等が見られることがあるとしても、個別の事案によつてはそれが存在しない場合（例えば、右の自殺の例で言えば、その兆候が明確にあった場合⁽⁹⁷⁾）などがありうることに鑑みると、それによつて実質的に要件が加重された判断枠組みを特定の加害行為の類型に一律に適用することについては慎重さが求められる（ここでは個別の事案における具体的事情等を考慮した調整が必要となる）。つまり、そこでは、右のような事情等が、①一定の行為類型に関する判断枠組みの定立、②当該個別事案における判断枠組みの定立、③あてはめのいずれの段階で考慮しうる、あるいは考慮すべきものなのか（当該事情等の射程ないし妥当範囲）を慎重に検討する必要がある。また、困難性の程度にはグラデーションがありうるため、それを右①・②の段階で考慮する場合には、それが一定の要件の加重を正当化するために十分なものであるの

か、という視点からの検討も併せて行う必要があるように思われる。この点に関しては、フランス法において、重大なフォート要件を適用した最近の判例である《Monnet 判決》が、情報機関の活動に内在する「特別な困難性（difficultés particulières）」（単純な困難性ではない）を指摘している点が注目される（第三章第一節第一款二4参照）。

五 「職務上の（注意）義務」の「程度論」へ

以上のような本稿の問題意識から特に重要かつ稀有な先行研究として挙げられるのは、「職務上の（注意）義務」の「程度」あるいはそれを左右する要因に着目した分析を体系的かつ実証的な形で行っている、仲野武志教授の研究である。まず注目されるのは、仲野教授が、「判例理論を前提とする立場の学説には、どのような類型の処分等及びどのような事例に、どの程度の注意義務が要求されるかを一般理論化することを通じて、予測可能性を保障することが求められる」⁹⁹との指摘を行っている点である。そして、仲野教授は、一〇〇以上に上る最高裁判例を網羅的に渉猟した上で、注意義務の程度に着目した、次のような整理を提示している¹⁰⁰。すなわち、まず、①根拠法令違反の処分等をしない高度の注意義務が要求される類型の処分等として、例えば、①事実認定・法令解釈ともにきわめて容易な類型の処分等、②根拠法令を所管する主務大臣が訓令通達を発し、法定受託事務の処理基準を定め、及び技術的な助言をする行為、③人の生命、健康又は精神的自由が害されるおそれのある類型の処分等であって、事実認定・法令解釈につき確信が得られるまでしなくてよいもの、を挙げている。また、②根拠法令違反の処分等をしない高度の注意義務が要求される事例として、①事実認定・法令解釈ともにきわめて容易だった事例、②人の生命、健康又は精神的自由が害されるおそれがあった事例であって、事実認定・法令解釈につき確信が得られるまでしなくてよいもの、③適正な判断の指針となる最高裁判例があった事例を挙げている。さらに、③根拠法令違反の処分等をしない高度の注意義務が要求されない類型の処分

等として、①事実認定が容易でないにもかかわらず、確信がなくともせざるをえない処分等（根拠事実がもつばら私人の支配領域にあり、その協力を得なければ的確な事実認定が困難であるにもかかわらず、平等原則上、一定の期日までにはせざるをえない更正処分、他の債権者との競合を回避するため迅速にせざるをえない差押処分、国家資格を有する私人が根拠事実の存在を保証すべきものとされ、審査の方法及び期間も制限されている（建築士の設計独占に係る）建築確認等）、②訓令通達、法定受託事務の処理基準又は技術的な助言に従ってされる処分等、③先例に従った画一的処理が不可欠な公証行為等を挙げている。最後に、④根拠法令違反の処分等をしない高度の注意義務が要求されない事例として、①国家資格を有する私人が根拠事実の存在を保証すべき立場で関与していた事例、②適正な判断の妨げとなる最高裁判例があった事例を挙げている^(四)。

こうした仲野教授の分析・整理は、——判例理論と違法性同一説との関係や裁量処分等と非裁量処分等の区別等を意識して行われたものであり、また、本稿のように上記のような特定の文言に注目したものではないが——義務の「程度論」あるいは「類型」と「事例」との区別に着目する基本的な問題意識や、当該問題意識により得られた判例の分析結果は、本稿の問題意識あるいは理解と一定程度重なっているように思われる。特に、右の整理の中には、先にその具体例を挙げた「困難性」という概念により説明が可能なのが複数見られる（ただし、より多角的な視点からこれを精緻化させている）。国賠違法法の判断が複雑に絡み合った多種多様な事情等を——場合によっては默示的に——考慮した上でなされることを踏まえて考えると、仲野教授が言うような「一般理論化」を厳密に行うことが極めて難しいことは確かであるものの、少なくともその主たる傾向を発見し、それに一定の枠づけを与えうるような理論枠組みを構築しようとする試みには小さくない意義が認められるのではないかと思われる。

ここまでの考察を一旦まとめると、以上のように実質的な要件の加重が疑われる特定の文言に着目した分析は、結局

のところ、形式的な観点から、解釈論上可能な範囲において、国賠違法（又は過失）の判断枠組みをより「ニュートラル」なものにすることを目指す試みであるともいえる。——フランス法における重大なフォート要件のような、そのグラデーションを明確化する概念を持たない我が国においては推論を重ねる困難な作業になるものの——こうした試みは、その結果として違法性同一説と職務行為基準説（違法性相対説）の対立を実質的に緩和するための、小さくはあるが、着実な一歩となるのではないかと思われる。ただし、上記のような文言への着目は、「職務上の（注意）義務」の「程度」（あるいは国賠違法又は過失のグラデーション）の存在を（筆者なりに）明らかにしようとするための端緒の一つでしかなく、より本質的に重要なことは、当該「程度」ないしそれを左右する具体的事情等（上記のような「困難性」の要因となりうる事情等）を整理することである（仮に上記のような特定の文言を端緒とした分析が、針小棒大な議論を展開するものとして当を得ないものとされたとしても、少なくともこうした整理を行おうとする試みの意義は失われないものと考ええる）。そして、かかる試みにおいて留意すべき一つのポイントとして考えられるのは、上記のような困難性の要因となりうる事情等が裁判官をして「職務上の（注意）義務」の程度を軽減（あるいはそれに対する違反の認定自体を否定）する方向に直観ないし判断を働かせる要素となることがありうるとしても、被侵害法益の重要性や損害の重大性等の結果不法的要素を考慮することにより、当該義務の程度（あるいはそれに対する違反の認定自体）が逆のベクトルで「調整」されうるという点である⁽¹⁶⁾。

第三款…結果不法的要素の考慮のあり方

一 結果不法的要素の考慮の意義

先にも述べたとおり、役務のフォートの判断に当たっては、被侵害法益の重要性や損害の重大性を考慮することにより、行政に課せられる行為規範を高度化させたり、その認定範囲自体を拡張したりするような解釈が行われている。そして、フランス法においては、被害者救済の拡大を志向する、コンセイユ・デタの判例政策の基本的な方向性により、こうした結果不法的要素の考慮が役務のフォートの認定範囲を広げる方向で機能していることが多い。ただし、こうした結果不法的要素の考慮は、特に被侵害法益が相対的に重要なものではない場合や損害の程度が軽微な場合には、それを限定する方向にも作用しうるものであることに留意が必要である。⁽¹⁰⁵⁾ 違法性同一説に立つ論者らが、少なくとも行政処分については相関関係説的解釈を安易に持ち込むべきではないと主張する背景には、こうした事情もあると考えられる。⁽¹⁰⁶⁾ なお、繰り返しになるが、違法性同一説に立った場合には過失判断の次元において損害賠償請求訴訟に固有の観点からの調整が行われることとなる。⁽¹⁰⁶⁾ 我が国においても、前節（第三款一）で紹介した前記平成五年最判の調査官解説において述べられているように、国賠違法の有無が、「被侵害利益の種類、性質」⁽¹⁰⁷⁾や「損害の程度」⁽¹⁰⁸⁾を含めた諸般の事情を総合的に判断して決すべきものとされているため、判例の立場を前提として「職務上の（注意）義務」の程度論⁽¹⁰⁹⁾に着目する場合には、その判断における結果不法的要素の考慮のあり方に関心を向けることも一つの重要なポイントとなりうるものと考えられる。

ところで、一般的に、職務行為基準説は、行為不法説をとるものとして解されることが多く、⁽¹¹⁰⁾ 本稿も基本的にそのような理解を前提としている。ただし、国家賠償請求訴訟における裁判官の基本的な視点の一つが、被害者の損害を填補

しその救済を行う必要があるか、あるいは被害者が法的な保護に値するかという点にあるものと考えられることや、まさに右の調査官解説等に鑑みると、いずれの事案においても結果不法的要素（特に損害の程度）を一切考慮していないということは考えにくく、少なくとも純粋な行為不法說的解釈がとられているわけではないのとは見方もありうるように思われる。⁽¹¹⁾ すなわち、職務行為基準説につき右のような一般的な理解が示されるのは、判決文中に、そもそも結果不法的要素を考慮した跡が明示的に現れることがあまりなく⁽¹²⁾（この点はフランス法においても同様）、また、根拠法令が当該結果の発生を法的に許容していることが明らかであったり、あるいは——それが明らかでない場合であつても——「職務上の（注意）義務」違反の判断において「非難可能性」の要素が相対的に重視される結果として暗黙の裡に総合考慮あるいは利益衡量による規範的評価の中で結果不法的要素がその劣位に置かれていることが多いからではないかとも考えられうるのである。⁽¹³⁾ つまり、判例上、結果不法的要素が考慮されていない（純粋な行為不法說的解釈を行っている）ように見える場合であつても、実際には「默示的に」当該要素が考慮されているものと解する余地もあるということである。⁽¹⁴⁾

もつとも、行為不法說的解釈と相関関係說的解釈、さらには後述のとおり結果不法說的解釈すら、各解釈間の差異は場合によっては実質的に相対的なものとなりうることに鑑みると、右のように職務行為基準説にどのような「ラベル」を貼るかという問題は、必ずしも本質的な問題ではない。——その適用範囲に関する当否はともかく——裁判実務が行政処分も含めて広く総合考慮型の理論としての職務行為基準説を採用していることを前提とすれば、そこでの結果不法的要素の考慮が実際上どのような形で行われているのか、あるいは、どのような形で行われるべきか、という点にこそ関心が向けられるべきであろう。私見によると、こうした結果不法的要素の考慮のあり方次第では、具体的には結果不法的要素の考慮の「充実」を図ることにより、場合によっては違法性同一説と職務行為基準説（違法性相対説）の対立

が実質的に緩和される可能性もあるように思われる。⁽¹⁶⁾ 本稿で見てきたフランス法の判例の動向を見てもわかるように、現代の民主的法治国家においては、一般的に、法的な保護に値するものと考えられる権利・法益の範囲は、時代の変遷とともに拡大される傾向にあり、そうした傾向を忠実に反映した形の考慮が十分になされれば、——その速度はともかく基本的には——自ずと「公務員」に課せられる行為規範は相対的に高度なものとなっていくはずである（当然、前記の「困難性」の要因となりうる事情等により逆のベクトルでの調整も行われうるため一辺倒に高度化されていくわけではない⁽¹⁷⁾）。そのためには、——個別の事案における具体的事情等に注意を払いつつも——特に典型的な重要法益についてはある程度一貫した形で考慮を行うことに加えて、その他の法益についても、右重要法益と無暗に比較してそれを相対化させることを避け、その時代における法状況や社会状況等に照らして見た当該法益の保護の必要性等を可能な限り個別的かつ柔軟に評価する（換言すると解釈論上可能な範囲において当該法益を保護する規範の構築を模索する）という姿勢が肝要となるのではないかと思われる。権限規範とは区別された国賠法独自の行為規範を觀念する職務行為基準説には、理論上、こうした法的な保護に値するものと考えられる権利・法益の範囲に対する法意識等の変遷に合わせて、時代的制約等から権限規範が必ずしもその保護を想定していたものとはみなし難い権利・法益の保護を実現するような解釈を可能ならしめるポテンシャルがあるとの見方すらありえよう。

問題は、現在の裁判実務においては、多くの場合、国賠違法又は過失判断における総合考慮あるいは利益衡量（特に結果不法的要素の考慮）が實際上ブラックボックス化しているという点である（この点はフランス法も同様である）。特に、判例の中には、その結論を導くために最低限必要なあるいは当該結論にとって有利な方向に働く考慮要素だけを明示的に挙げて判断枠組みの定立ないしあてはめを行っているものも少なくない。⁽¹⁸⁾ このようなクローズドな判断手法は、学説による当該判例の事後的な検証を極めて困難なものとし、場合によっては、その総合考慮あるいは利益衡量に

当たり裁判官が過度に恣意的な判断を行うことを許すおそれもある。裁判実務が行政処分も含めて広く総合考慮型の理論としての職務行為基準説を採用するのであれば、実務上の限界はあるにせよ、判決文において、可能な限り、その思考の過程をより、オープンな形で示すことが期待される（例えば、国賠違法を肯定するにせよ否定するにせよ、当該結論にとって不利な考慮要素を挙げたとしても、総合考慮あるいは利益衡量により、当該結論が正当化されることは十分ありうるはずであるし、さらに言えば、そこで、その「考慮要素」としての法的要件の充足の有無が常に明示的に考慮されることになれば、違法性同一説が指摘する懸念も一定程度解消されることになろう）。ただし、そこでの判断は、あるべき不法行為的救済の範囲という視角から行われる裁判官による規範的な価値判断としての性格が多分にあるため、学説が理論的にそのあり方を論じることが難しいことは確認しておく必要がある。実際、国家賠償責任の成立あるいは不成立という結論だけを見たときに、学説において多数の論者が一致して判例のそれを批判しているものといえるのはそれほど多くないように思われる（特に違法性同一説の立場から違法性を認定すべきであったとされる判例も結局過失で否定されていたであろうと評されているものも少なくない⁽¹⁹⁾）。よって、その結論だけを見ると、裁判官による右の規範的な価値判断は一般的に妥当なものとなっている、あるいは少なくとも理解できないものではないとの見方もありえよう。⁽²⁰⁾

二 結果不法的要素の考慮による行為規範の高度化

序章でも紹介したように、我が国の学説においては、国賠違法の解釈について、行為不法説解釈と結果不法説解釈とが対立するものとして捉えられることが少なくない。しかし、学説の中には、この両解釈の差異が相対的なものであることを示唆する論者もいる。例えば、北村教授は、「結果不法説によると、民法不法行為法における相關関係説のように、

被害者に生じた損害の重大性を考慮して違法性を判断することになる」とした上で、「もともと、行為不法説を妥当とすることは、結果不法説的な理解、すなわち被侵害法益の重要性を国家賠償法の違法判断から放逐すべきことを意味するものではない。国家賠償法には被害者救済の機能も重要なものであり、また、たとえ行為不法説を採用しても、重要な権利については、それを保護する厳格な義務が公務員に課せられると考えることもできる。したがって、結果不法説的な違法理解も一定の役割を果たす……。また、……職務行為基準説による違法性相対説を採用すれば、職務上尽くすべき注意義務違反の判断においては、被侵害利益の性質や重要性が考慮されることになる。このように考えれば、結果不法説的な見解は、実質的には一定の影響を有すると考えるべきである」〔傍点筆者〕と指摘している。また、神橋一彦教授も、「国家賠償と損失補償の谷間」の問題に関して、「判例は行為不法説に立っているといつてよいが、重大な法益侵害が生じている場合（例えば、生命、身体、安全が損なわれるような場合）には、過失ないし職務上の注意義務違反のレベルを高度にして、違法無過失という評価を回避する（すなわち、損害賠償制度の枠内で救済する）」ということも考えられ、国家賠償と損失補償の境界も流動的であるといえる」〔傍点筆者〕と述べている。なお、武田真一郎教授は、過失判断に関してではあるが、「損害が重大である場合には損害発生を予見すべきであるという規範的判断が強く働き、結果回避義務が厳しく問われるはずである」との指摘を行っている^{〔13〕}。

要するに、被侵害法益の重要性や損害の重大性等の結果不法的要素を行為規範に読み込むことにより行為規範を高度化させることにより、場合によっては、形式的には行為不法説的解釈をとりつつも結果不法説的解釈が目指す帰結と同様の帰結に達しうる場合がありうるということである。そして、かかる解釈を押し進め、フランス法における「結果債務」のように行為規範が極限まで高度化されると、実質的には純粹な意味での結果不法説的解釈に通ずる解釈が実現されうることとなる。この意味において、行為不法説的解釈と結果不法説的解釈の差異は相対的なものであるともいえる

のである。ただし、この点については、行為不法説的解釈における結果不法的要素の読み込みをどのような形であるいはどのような範囲で行うのか、また、そもそもこうした読み込みを行う解釈に限界がないのか、具体的には当該要素が行為規範の設定からその違反の認定に至るまでのプロセスの中のどの段階で考慮しうるのか、あるいはすべきなのか、など検討すべき課題は少なくないように思われる。さらに、極めて例外的にせよ、損害の重大性を国賠違法（又は過失）の判断に、直截的に、反映させるような解釈が実現できないか、という点も検討の余地があるように思われる。この点に関しては、次のような芝池義一教授の指摘が特に注目される。「国家賠償の被害者救済機能に照らすと、被害が重大なものである場合には、国家賠償法上の違法性があると判断できることもあると思われる。すなわち、結果不法説にいうところの違法性が妥当する余地があると考えられる。この意味の違法性が妥当するのは、とくに法規範に対する違背の意味での違法性の有無を一義的に判断できない場合である。後者の違法性が存在しないことが明白である場合には、それにもかかわらず結果の重大性から違法性を肯定することは困難であろう」⁽¹²⁵⁾「確かに取消訴訟と国家賠償訴訟との役割の違いに着目すると、取消違法と国賠違法は必ずしも一致しないとする違法性相対説は間違ではない。機能主義の見地から見ると、訴訟が異なれば、そこにおける違法性の判断に差異が出てくることはあるのである。しかし、国家賠償訴訟では、行政内部的な規範に対する違背が国賠違法として認められ、国賠違法の判断において被害結果の重大性が考慮されることもあることからすると……、国賠違法は取消違法よりも広く、あるいは取消訴訟で違法が認められなくても国家賠償訴訟で違法が認められる余地があると考えられる」。

以上のような理解との関係で一つの鍵となりうるものと考えられる点として、右のような結果不法的要素の考慮と、「組織的違法」あるいは「組織的過失」との関係性について若干付言しておきたい。⁽¹²⁶⁾先にも述べたとおり、フランス法においては、特に被害法益が重要であり、損害が重大である場合に（ただし、これが絶対的な基準というわけではな

い)、補充的な評価方法として、「抽象的評価」と呼ばれるアプローチがとられることがある(第三章第二節参照)。かかるアプローチがとられる場合には、「具体的評価」と呼ばれるアプローチにおいて、一般的に、行政に課せられる義務を減免し、ひいては役務のフォートの存在を否定する方向に働く具体的な諸要素(用いうる手段の不十分さ等)が捨象され、組織編成ないし体制整備上の瑕疵が問われる(実質的に予見義務や結果回避義務が高度化される)ことになる。つまり、裁判官は、こうした「組織上のフォート」を問題とすることにより、行政に対して相対的に高度な義務(場合によっては実質的に「結果債務」と見ることができような義務)を課すことができるのである。したがって、公役務の組織編成ないし体制整備に関する考慮は、行政に課せられる義務を高度化し、ひいては役務のフォートの存在を肯定する方向に働くものであるといえる(第三章第三節参照)。この点に関しては、我が国の判例及び裁判例においても、実質的に組織的過失が問われている事案の多くは、そこで問題となっている被侵害法益が重要で、かつ損害が重大である場合であり、また、そこでは比較的高度な義務ないし行為規範が「公務員」に課せられているものが目立つことが注目される。⁽¹⁷⁾ただ、基本的に判例が国賠違法又は過失判断につき「結果論的な」思考方法から距離を置いていることは明らかであり、また、そこからは絶対的な基準と言えるほどの裏付けは得られないため、ここでは、(形式的には行為不法説的解釈の形態がとられていたとしても)結果不法的要素の考慮と組織的違法あるいは組織的過失の間には、一定の有意な相関関係のようなものがあるのではないか、また、こうした組織的な観点からの判断(あるいは加害行為に至るまでの行政過程を巨視的な観点から見た判断)を結果不法的要素の考慮の要請が特段強くなくとも(例えば、被害者が死亡しているケースのように被侵害法益が重要であり損害が重大である場合でなくとも)拡大していく余地がないか、との問題意識を示すだけにとどめたい。⁽¹⁸⁾

三 裁判実務あるいは判例分析に求められる視点

先にも述べたとおり、結果不法的要素の考慮という点に着目した判例の分析には難しさがあるものの、そこで注目される一つの判例として、最二小判平成八年三月八日民集五〇巻三号四〇八頁が挙げられる。本件は、京都市屋外広告物条例違反で現行犯逮捕された原告が、およそ四四時間にわたり警察署に留置されたことについて国家賠償請求訴訟が提起された事案である。この判決において、最高裁判所は、「司法警察員による被疑者の留置については、司法警察員が、留置時において、捜査により収集した証拠資料を総合勘案して刑法二〇三条一項所定の留置の必要性を判断する上において、合理的根拠が客観的に欠如していることが明らかであるにもかかわらず、あえて留置したと認め得るような事情がある場合に限り、右の留置について国家賠償法一条一項の適用上違法の評価を受けるものと解するのが相当である」という判断枠組みを定立した上で、本件においては、本件留置を継続した措置については、「国家賠償法一条一項の違法性を肯定するために必要とされる事情、すなわち合理的根拠が客観的に欠如していたことが明らかであるにもかかわらず、あえて留置を継続したと認め得るような事情はなかったものというべきである」⁽¹⁰⁾（「傍点筆者」として違法性を否定した。

かかる多数意見との対比において注目されるのは、河合伸一裁判官による反対意見である。すなわち、河合裁判官は、「留置は基本的人權たる身体の自由を直接かつ現実に侵害するものであるから、留置を担当する捜査機関は不必要にこれを継続することのないよう常に注意すべきことが求められる。したがって、留置の必要性が消滅し、かつ、逮捕後の留置についての前示の事情を考慮してもなお、捜査機関においてその消滅を認識し得たし、認識すべきであったと認められる場合は、国家賠償法一条一項に該当すると解するのが相当である（「傍点筆者」という判断枠組みを定立した上で、本件の事実関係においては、原告を釈放しなかったことを国家賠償法一条一項における違法と評価するか、あるいは故

意・過失の問題として処理するかもかく、いずれにしても国家賠償責任を認めた原審の判断は正当として是認することができると結論づけている。そして、右のような多数意見の判断枠組みについては、「裁判所に対して審判を求める意思表示たる検察官の公訴提起については妥当するとしても、そのような特質を有しない逮捕後の留置には妥当しない」と考⁽¹²⁾える。したがって、右基準に基づき原判決には国家賠償法一条一項の解釈適用を誤った違法があるとする多数意見には賛成できない」〔傍点筆者〕と述べているのである⁽¹³⁾。

この判決における多数意見と反対意見を比較して見ると、両者が定立した判断枠組みにおいて捜査機関に課せられている義務の程度が明らかに異なることがわかるであろう。特に注目されるのは、傍点を付した部分において多数意見が「客観的明白性」を要求しているのに対して、反対意見が、かかる要件の加重を明確に否定している点である。むしろ反対意見は、「留置は基本的人権たる身体⁽¹⁴⁾の自由を直接かつ現実に侵害するものであるから、留置を担当する捜査機関は不必要にこれを継続することのないよう常に注意すべきことが求められる」として、被侵害法益の重要性を考慮することにより、捜査機関に課せられる義務を相対的に高度化させているのである。ここで留意すべきは、河合裁判官が、決して被侵害法益の重要性一辺倒の考慮を行っているわけではなく、「捜査機関は、逮捕した被疑者を留置する必要があると史料するとき⁽¹⁵⁾は一定時間内これを留置することができるとされているが、留置の必要性が消滅したときは、制限時間内であっても、直ちに被疑者を釈放しなければならない。そして、留置の必要性があるというためには、当該事案の罪質及び軽重、証拠収集の状況と見込み、被疑者の年令及び生活状況等を総合的に考慮して、罪証隠滅のおそれ等が具体的かつ客観的に存在し、それとの対比において被疑者の身柄の拘束を継続することが正当であると認められることを要すると解すべきである」、「もともと、留置を継続する要件としての必要性が客観的に消滅したときに捜査機関が被疑者を釈放しないことが、直ちに国家賠償法一条一項の責任を発生せしめると解することは相当でない。けだし、右責

任発生の有無は同法自体の立場からこれを決すべきであるし、また、逮捕後の留置については、それが捜査活動の初期にされるものであり、捜査機関は事案の解明が流動的な段階で比較的短時間の間に前記必要性の存否を判断しなければならぬなどの事情があるからである」〔傍点筆者〕として、当該判断に伴う（本稿が言うところの）「困難性」も考慮しているということである。つまり、ここでは、当該考慮がなされた上でもなお、——被害法益の重要性も考慮すること——「職務上の（注意）義務」の程度を調整することにより——その結論として国家賠償責任が認められるべきものと解されているのである。このことから示唆されるのは、——その当否はともかく（結局は個別の事案における具体的事情等による）——結果不法的要素の考慮が国賠違法を限定する方向の解釈に歯止めをかける「ブレーキ」として機能しうること（換言すると、要件の加重を回避したり、その認定自体を肯定する方向に働きうるということ）、しかしながら、判例上その総合考慮ないし比較衡量において右のような「困難性」等に鑑み「非難可能性」の有無を厳格に問う傾向があるように見えるため、その実体や妥当範囲等を具体的な形で説明していく必要があるということである。

この判決に関して特に注目されるのは、大橋洋一教授が、「とくに違法性一元説（筆者註：職務行為基準説）が国家賠償による救済を実質的に限定することはないのか、といった観点からの検討が必要である」、「具体的課題として、例えば最判一九九六〔平成八〕年三月八日……において、警察官による留置について「客観的明白性」が要件として付加された理論的根拠などが明らかにされる必要がある⁽¹³⁾」との指摘を行っていることである。ここまで繰り返し述べてきたとおり、この平成八年最判のように裁判官が「職務上の（注意）義務」の程度を操作し、それに幅を持たせること自体は全く否定されるものではないものの、そこでは、問題となる加害行為の類型等を包括的・一体的に捉えて適用するのではなく、——各事案に応じてその適用を正当化する理論的根拠の有無等を慎重に精査することにより——個別的に細分化した形で捉えて適用すべき場合がありうるということを改めて想起させておきたい。つまり、河合裁判官が、多

数意見の判断枠組みについて、「検察官の公訴提起」には妥当するとしても「逮捕後の留置」には妥当しないと述べていることから示唆されるように、問題となる加害行為の類型の特殊性や個別の事案における具体的事情等に応じて、また、場合によっては結果不法の要素に十分な注意を払いつつ、その行為規範を精緻に措定ないし設定していくことが求められるのではないかと考えられるのである。

以上の考察の要点をまとめると、現在の判例の立場を前提とする限り、その分析に当たっては、「職務上の（注意）義務」の「程度」ないしそれを左右する具体的事情等を個別の事案に応じて整理していくこと、また、そこでの行為規範の措定ないし設定における結果不法の要素のあり方に関心を向けることが重要であるように思われる。一方だけでは片手落ちであり、双方向からの分析が求められる。私見によると、こうした判例分析の視角は、結果的に、職務行為基準説をとる裁判実務における国賠違法の判断枠組みの「ニュートラル化」を解釈論上可能な範囲で実現し、場合によっては、違法性同一説と職務行為基準説（違法性相対説）の対立を実質的に緩和することに資する可能性があるものと考えられる。また、ここでは、裁判実務に対しては、「職務上の（注意）義務」違反の判断における総合考慮あるいは利益衡量の「オープン化」を求めつつ、学説の立場からも、その総合考慮あるいは利益衡量の構造の「プログラム化」を試みることは必要ではないかと思われる。⁽¹⁵⁾

当初は、本章において、右のような問題意識に照らして、裁判例、特に上告不受理等によりその判断が維持されたものも含め、網羅的に判例・裁判例を渉猟し、より具体的かつ実証的な形でそれを整理・分析することを予定していたが、もっぱら筆者の能力的限界から、膨大な数に上る裁判例を十分に処理しきれず、粗削りな形で検討の方向性を示すにとどまった感は拭えない。読者からの批判を仰ぎつつ、今後改めて検討を深めていくことしたい。

- (1) Michel Paillet, *These* 1980, n° 429.
- (2) 拙稿「裁判官の心証形成の態様に着目した国家賠償及び損失補償の要件論に関する実験的考察（上）」法律時報九五巻四号（二〇二三年）一〇二頁以下。
- (3) 拙稿・北大法学論集六五巻二五二頁以下参照。
- (4) 北村和生「フランス行政賠償責任における重過失責任（一）」法学論叢一二七巻四号（一九九〇年）七三頁、拙稿・北大法学論集六五巻二五二―二五八頁参照。
- (5) 拙稿「裁判官の心証形成の態様に着目した国家賠償及び損失補償の要件論に関する実験的考察（下）」法律時報九五巻五号（二〇二三年）一一二頁参照。
- (6) フランスの判例と比較すると、我が国の判例においては、こうした国賠違法（又は過失）の認定に対して「消極的な（あるいは、後ろ向きな）行為規範の立て方を行うものが相対的に多いように思われる。これに対して、フランスの判例においては、「適切」あるいは「実効的」に行動する義務のような、積極的な行為規範の立て方が行われることすらある。ただし、こうした観察は、あくまで形式的な観点からのものであり、実質的に見るとそう変わらない判断がなされていることも少なくない。
- (7) その嚆矢ともされる、検察官による公訴提起に関する最二小判昭和五三年一〇月二〇日民集三三巻七号一三六七頁については、宇賀克也・小幡純子編著「条解 国家賠償法」（弘文堂・二〇一九年）二六一頁以下（興津征雄）参照。そこで興津征雄教授が指摘しているように、「公権力発動要件欠如説と職務行為基準説（一般）との対立は、ここでの問題に影響を与えない」（同二六九頁）。
- (8) 西野喜一元判事は、「誤った裁判によって当事者が被る損害のうちには、上訴で原裁判が是正されても回復できないものがある」ということは明らかであるなどとした上で、この傍点部分を「極力柔軟に解釈すべき」である（それにより「判例の変更なしで、妥当な結果を導出できる」との指摘を行っている（西野喜一「司法に関する国家賠償」村重慶一編『国家賠償（現代裁判法大系二七）』（新日本法規出版・一九九八年）二七頁）。
- (9) 例えば、本判決については、「裁判という特殊な事例におけるものであったため、違法性を特に限定する違法性限定説が採用されている」（傍点筆者）との評価もなされている（宇賀克也『行政救済法（第七版）』（有斐閣・二〇二一年）四五四

頁。

- (10) 立法行為と立法不作為の区別に着目する近時の研究として、齊藤正彰「立法国賠における逸脱型と懈怠型」北大法学論集七三巻五号(二〇二三年)七一九頁以下参照。新井謙士朗「判批(最大判令和四年五月二五日民集七六巻四号七一頁)」法学協会雑誌一四一卷五・六号(二〇二四年)四六八―四六九頁も併せて参照。

- (11) 千葉勝美裁判官は、「この判示は、国会議員の行為が国家賠償法上の違法となり得るすべての場合につき一般論を展開したのではなく、違法となり得る場合は極めて限定的にとらえるべきであるという見解を強調する趣旨で、当然にあるいは即時違法となるような典型的なしかも極端な場合を示したものである」(傍点筆者)と述べている(最大判平成二七年二月一六日民集六九巻八号二四二七頁における補足意見)。

- (12) 最大判平成一七年九月一四日民集五九巻七号二〇八七頁(在外邦人選挙権訴訟)、最大判平成二七年二月一六日民集六九巻八号二四二七頁(再婚禁止期間訴訟)。判例の展開や関連する文献等につき、詳しくは、宇賀小幡・前掲註(7)一八八頁以下(宇賀克也)参照。

- (13) 杉原則彦「判解」最高裁判所判例解説民事篇・平成一七年度(下)(二〇〇八年)六五七―六五八頁、稲葉馨「立法行為国家賠償判例の再検討」西田幸介編著『行政課題の変容と権利救済』(法政大学ポアソナード記念現代法研究所・二〇一九年)一二二頁以下(原論文初出・二〇一七年)、西埜章『国家賠償法コンメンタール』(第三版)(勁草書房・二〇二〇年)三五八―三五九頁、宇賀・前掲註(9)四五六頁、朝田とも子「判批(最大判平成一七年九月一四日民集五九巻七号二〇八七頁)」斎藤誠『山本隆司編『行政判例百選Ⅱ』(第八版)(有斐閣・二〇二二年)四五三頁参照。

- (14) 最大判平成一七年九月一四日民集五九巻七号二〇八七頁は、同最判が示した判断枠組みとの関係において、上記昭和六〇年最判が「異なる趣旨をいうものではない」としている(大石和彦「判批」長谷部恭男『石川健治』六戸常寿編『憲法判例百選Ⅱ』(第七版)(有斐閣・二〇一九年)四一五頁も併せて参照)。

- (15) 山崎友也教授は、本判決が、明白性の要件を先例に比して緩やかに判断していることを指摘している(山崎友也「判批」法学教室五〇六号(二〇二二年)六〇頁参照。巽智彦「判批(同最判原審)」判例時報二四八七号(判例評論七五〇号)(二〇二一年)一二三―一二四頁も併せて参照)。

- (16) 佐々木雅寿教授は、「約一〇年の不作為は主要な考慮要素ではないと解されることから、本判決は、約一〇年の不作為が

なければ違法判断をしないという立場ではないと理解しうる。最高裁は、許容される期間の長さは、必要とされる立法措置の内容や困難性等に依りて変化すると考えていると解される」と述べている（佐々木雅寿「判批」判例時報二五六三号（判例評論七七五号）（二〇一三年）一二〇頁）。

(17) 塩野宏『行政救済法（第六版）』（有斐閣・二〇一九年）三三五―三三六頁参照。

(18) 特に批判的な評価を行うものとして、芝池義一「判批」民商法雑誌八七巻五号（一九八三年）七三六頁以下参照。

(19) 詳しくは、宇賀小幡・前掲註（7）二二八―二三一頁（岩橋建定）参照。村上敬一「判解」最高裁判所判例解説民事篇・昭和五十七年度（一九八七年）二二三―二四頁、寶金敏明「有罪確定判決」村重慶一編『国家賠償訴訟法（裁判実務大系一八）』（青林書院・一九八七年）二八八―二八九頁も併せて参照。

(20) 「国会議員の立法行為は、本質的に政治的なものであつて、その性質上法的規制の対象になじまず、特定個人に対する損害賠償責任の有無という観点から、あるべき立法行為を指定して具体的立法行為の適否を法的に評価することとは、原則的には許されないものといわざるを得ない」（上記昭和六〇年最判）。

(21) この点に関しては、泉徳治「判解」最高裁判所判例解説民事篇・昭和六〇年度（一九八九年）三七七―三七八頁も参照。

(22) 久保茂樹「裁判判決と国家責任」フランス行政法研究会編『現代行政の統制——フランス行政法研究——』（成文堂・一九九〇年）二〇七頁以下。

(23) 久保・前掲註（22）二一四頁。北村和生「フランス行政賠償責任における重過失責任（二・完）」法学論叢一二八巻一号（一九九〇年）九一―九二頁も併せて参照。

(24) 詳しくは、伊藤洋一「ヨーロッパ法とフランス国家責任法」日仏法学二二号（一九九八年）七四頁以下、府川繭子「フランスにおける立法に起因する国家賠償訴訟の新局面——条約違反の法律をめぐって——」早稲田法学会誌五八巻二号（二〇〇八年）五一―頁以下、同「フランスにおける憲法違反の法律に起因する損害の国家賠償責任」早稲田法学九四巻四号（二〇一九年）五一―頁以下参照。

(25) 拙稿・北大法学論集六五巻三三―三六二頁参照。

(26) 拙稿・北大法学論集六五巻二二―二五三―二五四頁。北村・前掲註（23）六三頁、府川繭子「行政決定の違法性とフォートの再検討——違法性の『主観化』を契機として——」青山ローフォーラム五巻一号（二〇一六年）一七頁も併せて参照。

(27) なお、我が国における国家無答責の法理については、岡田正則『国の不法行為責任と公権力の概念史——国家賠償制度史研究』（弘文堂・二〇一三年）六〇頁以下（初出：同「明治憲法体制確立期における国の不法行為責任（二）」（五・完）——国家無答責の法理と公権力概念——」南山法学二八巻四号、二九巻二号、三〇巻一号、三一巻一・二号、三一巻三号（二〇〇五～二〇〇七年）が詳しい。

(28) この点に関して、最二小判昭和四三年三月一日日集民九〇号六六五頁は、「裁判官のなす職務上の行為について、一般に国家賠償法の適用があることは所論のとおりであって、裁判官の行う裁判についても、その本質に由来する制約はあるが、同法の適用が当然排除されるものではない」との判示を行っている。

(29) 前掲註（8）・（15）・（16）参照。なお、フランス法においても、重大なフォート要件が法定されている司法警察役務の領域において、その認定を緩和する傾向が見られる（第二章第二節第三款一参照）。

(30) 拙稿・北大法学論集六五巻二号二六〇―二六一頁参照。

(31) 本判決は、その根拠を次のように説明している。「この点、判決言渡しの遅延については、当事者に不服申立ての用途が認められていないことから、訴訟手続内で不服申立制度が確立している裁判内容や手続に関する違法や過誤を理由として国家賠償を求める場合とはいささか場面を異にするとも考えられる。しかしながら、判決書の完成の時期を左右する要素としては、当事者の主張や証拠評価の難易（記録や論点の多寡を含む）、判例・参考文献等の調査・入手の難易、他事件の審理・判決との時間調整の難易、合議の難易（合議事件の場合）等が考えられるところ、これらのうちのいかなる要素が判決書の早期作成に障害となったかの点を、国家賠償請求の可否を審理する裁判所が、証拠によって、あるいは当該事件の受訴裁判所を構成する裁判官の証人尋問によって明らかにするというようなことは、裁判官の自由な心証や合議の秘密を害するおそれがあり、許容されないことは明らかである。そうすると、判決言渡しの遅延を理由とする国家賠償請求においても、裁判内容の過誤等を理由とする国家賠償請求と同様、国家賠償責任が肯定されるためには、「当該裁判官が違法又は不当な目的をもって裁判したなど、裁判官がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行使したものと認めうるような特別な事情があることを必要とする」（昭和五七年三月最高裁判決参照）との、極めて例外的、かつ、裁判官の自由心証や合議の秘密を離れても立証可能な明確な基準によらざるを得ないと考えられる」。

(32) この点に関しては、西埜・前掲註（13）四〇五―四〇六頁も参照。

- (33) なお、常岡孝好教授は、上記昭和五七年最判について、「本判決の法理は、裁判官が行う司法行政事務には及ばないであろう」と述べている（常岡孝好「判批」斎藤＝山本・前掲註（13）四五五頁）。
- (34) 詳しくは、宇賀＝小幡・前掲註（7）三九七頁以下（戸部真澄）、西埜・前掲註（13）二六三頁以下参照。
- (35) 第二小判平成一六年一〇月一五〇日民集五八卷七号一八〇二頁（関西水保病訴訟）、第一小判平成二六年一〇月九日民集六八卷八号七九九頁（泉南アスベスト訴訟）、第一小判令和三年五月一七〇日民集七五卷五号一三五九頁（建設アスベスト訴訟）。
- (36) 第二小判令和四年六月一七日民集七六卷五号九五五頁（福島第一原発訴訟）。筆者による同判決の評釈として、拙稿「判批」ジュリスト一五七九号（二〇二三年）八六頁以下参照。
- (37) この種の判例における裁量審査につき、山下竜一「権限不行使事例の構造と裁量審査のあり方」曾和俊文＝野呂充＝北村和生＝前田雅子＝深澤龍一郎編『行政法理論の探究 芝池義一先生古稀記念』（有斐閣・二〇一六年）五六三頁以下参照。
- (38) この点に関しては、野呂充「不作為に対する救済」公法研究七一号（二〇〇九年）一七八―一八〇頁も参照。
- (39) 宇賀・前掲註（9）四六七頁。原田尚彦『行政法要論（全訂第七版補訂二版）』（学陽書房・二〇一二年）二九九頁も併せて参照。
- (40) 類似の発想は、作による加害行為の類型においても見られる。この点については、建築主事による建築確認につき国賠違法の有無が問われた第三小判平成二五年三月二六日集民二四三号一〇一頁、大槻達也「判批（東京高判平成二六年五月一五〇日LEXDB 25504213）」自治研究九二巻一号（二〇一六年）一三五、一四一―一四三頁参照。
- (41) 宇賀・前掲註（9）四六八頁。島村健「判批（第一小判令和三年五月一七日民集七五卷五号一三五九頁）」論究ジュリスト三七号（二〇二一年）一八〇―一八一頁も併せて参照。
- (42) この点に関しては、「かかる危険」〔筆者註〕直接的には被規制者の活動を規制・監督して社会に造出される危険〕の防止は被規制者が第一次的に責任を負い、被害者も自ら回避努力をすべきであり、また、行政がこうした危険を全面的に防止することは、その肥大化と国民の自由の喪失を招き、実際上も困難であるが、被害者が危険の存在を知り得ないことも多く、その防止、救済を行政に期待する社会的な要請に対処を迫られる」との指摘も注目される（篠原勝美「判解（第二小判平成元年一二月二四日民集四三巻一〇号一六九頁）」最高裁判所判例解説民事篇・平成元年度（一九九一年）四一四―四一五頁）。

- (43) この点を批判するものとして、桑原勇進「判批」法学協会雑誌一一四巻六号（一九九七年）七四四頁参照。
- (44) 拙稿・北大法学論集六五巻二五九―二六〇頁参照。
- (45) なお、違法事由としての評価の誤りの類型につき重大なフォート要件が適用される場合について、評価の権限（裁量権）と関連づけて当該要件を論じるJean-Jacques Thouroudeの議論を紹介する、北村・前掲註（23）九〇―九一頁も参照。
- (46) なお、この分野における判例や裁判例において、「結果論的な思考」が広く見られることを指摘するものとして、戸部真澄「予防原則と国家賠償」行政法研究一一号（二〇一五年）一五〇頁以下参照。また、神橋一彦教授は、「行為不法の基準となる行為規範といっても、結局は事後的救済である国家賠償において論ぜられる『行為規範』であるから、行為規範のレベルをどの程度に設定するかは、救済の問題と微妙に関連することは否めないと思われる」と述べている（神橋一彦『行政救済法（第三版）』（信山社・二〇一三年）三五―三五二頁）。
- (47) この点に関しては、「著しく合理性を欠く」か否かという判断基準に対しては、行政庁のある程度の違法を許し、著しい違法のみを問題にするものであり、行政庁に対して寛大すぎるとの批判がある。しかし、「著しく合理性を欠く」という表現は、行政訴訟や行政処分の違法を理由とする国家賠償請求訴訟において、行政行為の違法性の判断基準について判断を示す場合、裁量権の逸脱、濫用と同義で用いられることが多い。すなわち、行政庁に裁量の認められる場合には、右裁量の戦囲にとどまる限りにおいては、不当の評価はあっても違法の問題を生じることはない。これに対し、右裁量の戦囲を逸脱し、あるいは裁量権を濫用したと認められる場合には、違法の評価を受けることになる。この後者の場合に「著しく合理性を欠き、裁量の戦囲を逸脱する」などの表現が用いられている。したがって、右表現は、行政庁の違法を著しく違法とそこまで至らない違法とに区別して、後者について行政庁の責任を問わないという趣旨ではない。本判決の前記表現は、「その許容される限度を逸脱して」と付加することにより、右の趣旨をより明確にしたものと考えられる（「傍点筆者」との指摘が特に注目される（山下郁夫「判解（最二小判平成七年六月二三日民集四九巻六号一六〇〇頁）」最高裁判所判例解説民事篇・平成七年度（下）（一九九八年）六〇五頁註（16））。
- (48) この点に関しては、野呂・前掲註（38）一七七頁も参照。
- (49) これに対して、上記宅建業事件で問題となった損害は財産的損害であり（橋本博之「判批」法学教室一一六号（一九九〇年）一〇七頁参照）、また、――根拠法令の保護法益はともかく――前掲註（36）で挙げた福島第一原発訴訟で問題となっ

た損害は主として避難に係る精神的苦痛であった。ただし、クロロキン製剤を服用した患者らがその副作用であるクロロキン網膜症に罹患したことにつき、厚生大臣による規制権限不行使の違法性が問われた、上記クロロキン訴訟において最高裁はそれを否定している。この判決について、磯部哲教授は、「クロロキンの適応症に腎炎やてんかんを含めていた国は他になかったことのほか、厚生省の当時の製薬課長が報告を受けて以降の対応はあまりにも遅く「不徹底で緩慢」（控訴審の判タ六六六号九四頁匿名コメント）と指摘されるほどであり、著しく合理性を欠いていたと見ることも可能と思われる」と述べている（磯部哲「判批」甲斐克則＝手嶋豊編『医事法判例百選（第二版）』（有斐閣・二〇一四年）二七頁。宇賀克也「判批」判例時報一五五五号（判例評論四四六号）（一九九六年）二〇八頁、府川繭子「判批」斎藤＝山本・前掲註（13）四四七頁も併せて参照）。なお、上記宅建業事件に関しては、その損害の防止のために被害者側にも相応の「自助努力」が求められるという側面は確かにあるものの（篠原・前掲註（42）四一三頁参照）、こうした自助努力性の考慮にも一定の限界はありえよう（この点に関しては、大阪高判平成二〇年九月二六日訟月五五卷六号二一九五頁、及びその評釈として、下山憲治「判批」早稲田法学八四卷四号（二〇〇九年）九六―九七頁、中嶋直木「判批」東北法学三四号（二〇〇九年）三五〇―三五二頁、斎藤誠「判批」神田秀樹＝神作裕之編『金融商品取引法判例百選』（有斐閣・二〇一三年）一八一頁、小幡純子「判批」河上正二＝沖野眞己編『消費者法判例百選（第二版）』（有斐閣・二〇二〇年）一五九頁参照。西埜・前掲註（13）三三三―三三五頁も併せて参照）。

(50) 詳しくは、北村・前掲註（23）七七頁以下参照。なお、フランス行政法学において、重大なフォートが、それに違反するだけでフォートが「重大」と評価されるような重要な義務に違反した場合と、性格から見たフォート、つまり、瑕疵の程度が高いとされるがゆえに、フォートが重大とされる場合に分けられるという分析が存することにつき、同七八頁参照。

(51) Voir: Jean-Jacques Thouroude, *La faute qualifiée dans la responsabilité administrative*, Th. Caen, 1974, pp. 87 et s.; Hélène Muscat et Christine Pailard, « La responsabilité administrative de l'État à l'heure de la covid-19 », sous la direction de Guillaume Le Floch, *Covid-19, approches de droit public et de science politique*, Boulogne-Billancourt, Berger-Levrault, 2021, p. 279; Voir également, Vadin Jeanne, « La carence fautive », *R.F.D.A.*, 2023, p. 375.

(52) その例の一つとして『Monnet 判決』が挙げられる（第三章第一節第一款二四参照）。この判決については、北村和生「フランスにおけるテロ防止権限の不作為と行政賠償責任——二〇一八年のコンセイユ・データ判決を中心に」法と政治七二卷

一号（二〇二一年）四一七頁以下が詳しい。

(53) 以上の点に関しては、兼子仁教授が、規制不作為責任の場合、「関係公務員の個人的注意義務違反ではなく、機関全体としての権限行使に関する『組織過失』（ドイツの Organisationsverschulden、フランスの役務過失 *faute du service*）」が「過失の客観化」という正当な方向において、同時判定されている」との指摘を行っている点も注目される（兼子仁『行政法学』（岩波書店・一九九七年）二〇五頁）。この点に関しては、本節第三款二（最終段落）も併せて参照。

(54) この文言は、立法行為に関する裁判例においても用いられることがある（東京高判令和二年六月二五日判時二四六〇号三七頁）。

(55) なお、最三小判昭和三年七月九日民集一一卷七号一二〇三頁は、「失火ノ責任ニ関スル法律」但書の「重大ナル過失」を、「通常人に要求される程度の相当な注意をしないでも、わずかの注意さえすれば、たやすく違法有害な結果を予見することができた場合であるのに、漫然これを見すごしたような、ほとんど故意に近い著しい注意欠如の状態を指すもの」（傍点筆者）と定義している。

(56) この点に関して、武田真一郎教授は、後述の最一小判平成五年三月一日民集四七卷四号二八六三頁等を念頭に、「職務行為基準説をとるといずれも国賠法上の違法性は否定されており、この説は事実上取消訴訟で違法とされた処分の国賠法上の違法性を否定する機能を果たしている。その原因の一つは、職務行為基準説のいう職務上の義務違反を判断する基準がきわめて不明確だからではないだろうか。各判例が示している注意義務の判断基準は、漫然と当該行為をしたとはいえないという程度の漠然としたものであるが、漫然と当該行為をしない限りは違法性がないというのであれば、国賠法上の違法性が認められる場合はきわめて限定されることになろう」との指摘を行っている（武田真一郎『国家賠償における違法性と過失について——相關関係説、違法性相対説による理解の試み——』成蹊法学六四号（二〇〇七年）四七七・四七六頁）。また、稲葉馨教授は、同平成五年最判等の違法性相対説を採用する最高裁判決において、「何故『職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすることなく漫然』と処分をしたと認め得るような事情がある場合に限って、国賠違法との評価を受ける』ことになるのか、という点について説明（らしきもの）を見出すことはできない」と述べている（稲葉馨『国家賠償法上の違法性について』法学七三卷六号（二〇〇九年）八〇一頁）。

(57) 「匿名コメント（最一小判令和四年九月八日判タ一五〇四号一八頁）」判例タイムズ一五〇四号二〇頁。

(58) この「漫然と」という文言の直接的な淵源は、上記平成五年最判の原審である大阪高判平成元年三月二八日訟月三五卷九号一七二二頁に求められる。すなわち、大阪高裁は、「被控訴人〔筆者註…国〕は……、課税処分が国賠法上も違法（公務員の職務上の法的義務違反）といえるためには、納税者に対し誤認による損害を甘受させることが著しく不当と認められる様な重大な誤認がある場合であつて、且つ課税要件の欠缺が処分時の資料からみて、何人の判断によつても一見して明瞭に不合理であるほど明白な場合でなければならぬところ、本件各処分に至る経緯……に徴し、又、所得の過少申告に際しては収入金額を除外するが、経費はむしろ過大に申告されることが普通であることに照らし本件各処分において売上上の増加を把握し乍ら経費につき申告額そのままを採用したことに違法性はないと主張する」〔傍点筆者〕とした上で、「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つたからといって、その過誤あることをもつて、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、漫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」、「従つて、処分が限られた資料の下においてなされた結果、客観的に過誤を来たした場合には、処分当時、右限られた資料に基づいて処分するにつき止むを得ない事情があるときは、当該資料から通常職務担当者として何人も到達し得る判断に基づく限り、故意、過失ありとはいえないが、当該資料からも当然考慮すべき事実を安易に見逃してなされたときは、国賠法上も過失があるものといわなければならない」〔傍点筆者〕と判示している。このように、本件訴訟においては、国側が違法性の認定について極めて加重された要件を求めたのに対して、大阪高裁は、行政側の主張の趣旨を部分的に受け入れる形で（あるいは穏当な形に修正して）「漫然と」という文言を用いたものと推察される。

(59) 拙稿・前掲註（2） 一〇六頁。

(60) この点に関しては、山本隆司教授による「過失相殺法理による違法性の阻却」という視点からの分析が注目される（山本隆司「判例から探究する行政法」〔有斐閣・二〇一二年〕五三四―五三七頁（原論文初出…二〇一〇年））。

(61) 拙稿・前掲註（2） 一〇七頁。

(62) 別稿でも述べたとおり、「前記平成五年最判と同様の事案が今日のフランスにおいて問題となった場合には、租税役務のフォート自体は認定した上で……、被害者のフォートによる賠償責任の減免を行うというような処理がなされる可能性が

考えられる」(拙稿・前掲註(5)一一二頁註(44))。なお、大貫裕之教授は、「行政処分発動に対する被害者側の関与の有無、程度」は過失相殺で考慮できる事情であるとしている(大貫裕之「国家賠償法における違法性に関する覚書」大貫裕之・神橋一彦・松戸浩・米田雅宏編『行政法理論の基層と先端・稲葉馨先生・亘理格先生古稀記念』(信山社・二〇二二年)四一五頁)。この点に関しては、「損害の発生に被害者側の関与があるような場合(平成五年最判はそのような事案である)、違法性の問題として処理するよりも、過失の問題として処理する場合の方が、過失相殺は別にして、賠償責任自体は肯定されるという結論に傾きやすいのではなからうか」という喜多村勝徳元判事による指摘も注目される(喜多村勝徳「行政処分取消訴訟における違法性と国家賠償請求事件における違法性との異同」藤山雅行・村田斉志編『行政訴訟(新・裁判実務大系二五)(改訂版)』(青林書院・二〇一二年)六三七頁)。

(63) 拙稿・前掲註(5)一一二頁。なお、この点に関しては、山本・前掲註(60)五三五―五三六頁、宇賀克也「職務行為基準説の検討」行政法研究一号(二〇一二年)二五―二七頁、米田雅宏「国家賠償法一条が定める違法概念の体系的理解に向けた一考察(二・完)」職務義務違反説の可能性」法学八二巻一号(二〇一八年)五九―五七頁も併せて参照。

(64) 比較的明確化された重大なフォート概念すら単純なフォート概念との差異の相対性がつとに指摘されている(北村・前掲註(23)八六―八八頁参照)。

(65) 最小小判平成一九年一月一日民集六一巻八号二七三三頁、最小小判令和四年九月八日判タ一五〇四号一八頁参照。他方、裁判例の中には「漫然と」という文言をあてはめにおいて用いて国賠違法を認定しているものも存在する(例えば、東京高判平成二二年八月二五日判時二〇九八号四五頁、東京高判平成二六年五月一日LEX/DB 2650213、大阪高判平成二九年九月一日判時二三六六号一二頁、大阪高判令和元年二月一七日判時二四三八号二七頁等参照)。

(66) 最小小判平成二一年一月二二日集民一九一号一二七頁、最小小判平成二五年六月二六日金法一六八五号五三頁、最小小判平成二五年三月二六日集民二四三三号一〇一頁も併せて参照。

(67) この点に関しては、芝池義一教授が、「違法性があるが、過失がないという理由で責任を認めない判決を下すと、国・公共団体の措置の非を半分は認めてしまうことになるが、職務行為基準説は、こうした評価を避ける論法とも感じられる。さらに職務行為基準説は、裁判において「拒否の論理」の役割を果たしてきたという印象がある(もともとこの役割につ

いては近年変化が生じており、最判二〇〇七〔平一九〕・一一・一「在韓被爆者国賠事件のように、職務行為基準説をとりつつ原告の請求を認容する判決が現れている」との指摘を行っている点が注目される（芝池義一『行政救済法』（有斐閣・二〇二二年）三一二頁。下山憲治「国家賠償請求訴訟による救済」現代行政法講座編集委員会編『現代行政法講座Ⅱ 行政手続と行政救済』（日本評論社・二〇一五年）三三三頁も併せて参照）。これに対して、米田教授は、「しかし、本稿は、職務義務違反説は「違法性限定」や「拒否の論理」から中立的な理論構成であると理解するものである」と述べている（米田雅宏「国家賠償法一条が定める違法概念・再論——『職務上の義務』の重層構造から見たその体系的理解」行政法研究五一号（二〇二三年）一一二頁註（118））。

〔68〕 高木光「国家賠償法一条における広義説」自治実務セミナー五一巻一号（二〇二二年）八頁、米田・前掲註（63）五二頁、三七・一三六頁註（145）参照。藤田宙靖「新版行政法総論（下）」（青林書院・二〇二〇年）二二二頁も併せて参照。

〔69〕 なお、この点に関しては、米田教授が、「公務員の心証度の緩和」という視点からいくつかの判例を分析した結果として、「職務義務違反説は、（警察・検察官による捜査活動・検察活動の刑事司法手続など）特別な国家行為だけではなく、典型的な行政処分や即時強制のような事実行為の国賠違法の判断にも適用されるものである」、「従来の学説は、職務義務違反説の妥当範囲を典型的な行政処分と特別な国家行為で区別していたが、両者は、職務義務違反説の妥当範囲による区別ではなく、求められる心証度の違い、つまり高度の調査・検討義務が課せられ十分な心証度が要求されるケース（原則的事例）と、高度の調査・検討義務が要求されず心証度の緩和を許容する特別な事情が存在しうるケース（例外的事例）で区別される」という、「従来の学説の通説的な説明」とは異なる理解を示している点が示唆に富む（米田・前掲註（63）六二頁。後掲註（79）・（101）も併せて参照）。ただし、同教授は、その後の論文において、当該分析を部分的に修正している点に注意されたい（米田・前掲註（67）八六・一八七、九二・一九四頁）。

〔70〕 北村・前掲註（23）八九頁。

〔71〕 大阪高判平成九年四月一五日訟月四四卷八号一四六一頁、東京高判平成二四年一〇月三一日LEXDB 2548345、および、たま地判令和二年一〇月一四日判自四八七号四五頁等参照。

〔72〕 碓井光明『固定資産税評価精義』（信山社・二〇二三年）三九三頁。

〔73〕 高橋滋『法曹実務のための行政法入門』（判例時報社・二〇二一年）三一二頁（原論文初出：二〇一九年）。

(74) 拙稿「判批」民商法雑誌一五九巻四号(二〇二三年)五二一―五二二頁。

(75) 西本靖宏「判批」ジュリスト一五八三号(二〇二三年)(令和四年度重要判例解説)一八一頁。なお、浦野正幸「国税」村重・前掲註(19)五二〇―五二一頁においては、徴収関係の過失認定の基準は課税処分のとそれと比較して「緩やかになっているように思われる」「これは、滞納処分においては、課税処分と異なり、過去の歴史的事実が問題となることは少なく、処分時の財産の状態が問題となるため、税務職員がその注意義務を尽くせば正当な判断が比較的容易であると認められるからと思われるが、そうとすれば、別異の解釈が可能な法律問題や事情の複雑な事実認定などその適否の判断が微妙な事案においては課税処分の場合と同様に考えてよいと思われる」との指摘がなされている。

(76) フランス法においても、その適用範囲は非常に限定されているものの、今なお重大なフォート要件は維持されている。なお、先にも紹介したとおり、フランス法においても、問題となる行政決定が越権訴訟において違法と判断されるものであったとしても、重大なフォートが存在しないことを理由に国家賠償責任が否定される場合がありうる(第二章第二節第一款二2参照)。

(77) この点に関しては、北村・前掲註(23)八八―八九頁も併せて参照。

(78) 宇賀Ⅱ小幡・前掲註(7)三二頁(山本隆司)。なお、この点に関しては、高橋信行教授が、「この論争(筆者註…違法一元説(公権力発動要件欠如説)と違法二元説(職務行為基準説)との間の論争)に立ち入ることは避けるが、一言だけ述べておくと、問題の本質は、「一元説か二元説か」という点ではなく、「請求認容要件を限定するか否か」という点にあると考えられる。この観点から見ると、国家賠償があくまで補完的な救済手段であることや、財政負担を必要とすることに鑑みると、何らかの形で請求認容要件を限定することも許容されると考えられる」と述べている点も注目される(高橋信行「判批(仙台地判平成二〇年七月一日LEX/DB 2814945)」季報情報公開・個人情報保護三二号(二〇〇九年)三九頁)。

(79) この点に関しては、「調査、検討義務ないし心証度の緩和を正当化する理論的根拠と法的根拠を明確にすることがなお試みられなければならない。心証度の緩和を安易に認めれば、事実認定やその評価がルールになるおそれがあるからである」という米田教授の問題意識が想起される(米田雅宏「国家賠償法一条が定める違法概念の体系的理解に向けた一考察(一)——職務義務違反説の可能性」法学八一巻六号(二〇一八年)九七四頁)。

- (80) 東京地判平成二二年七月三一日判時二〇六五号八二頁、名古屋高判平成二二年一〇月二九日判時二〇二二号二四頁等参照。
- (81) 東京地判平成一三年三月二三日 Westlaw Japan 2001WLJPCA03230011、仙台地判平成一三年一二月二五日 LEX/DB 28071734、名古屋地判平成一四年五月一七日 Westlaw Japan 2002WLJPCA05179004、大阪高判平成二五年四月一八日訟月六〇巻四号七六八頁等参照。第三小判平成九年七月一五〇日民集五一巻六号二六四五頁も併せて参照。
- (82) 横浜地判平成八年五月八日判時一六〇六号六八頁、広島高判平成九年一二月二六日判タ九七九号一〇四頁、東京高判平成一三年一二月二五日訟月五〇巻一第一頁、東京地判令和二年一〇月二二日 LEX/DB 25586564、東京地判平成一六年七月二八日 Westlaw Japan 2004WLJPCA07280004、東京地判令和二年一〇月二二日 LEX/DB 25586564等参照。
- (83) なお、登記官の審査に関しても、比較的古い裁判例の多くにおいて、「大量の登記申請に迅速に対応しなければならない事務の実情等」（東京地判昭和五二年七月二二日判タ三六五号二九六頁）が明示的に考慮されている（京都地判昭和四九年九月二〇日訟月二〇巻一二号八頁、大阪地判昭和五九年一二月二六日判タ五四六号一六四頁、名古屋地判昭和六一年五月八日判時一二〇七号八九頁、浦和地判平成四年一二月二七日訟月三九巻八号一四四一頁、千葉地判平成一二年一二月三〇日判時一七四九号九六頁等参照）。字賀＝小幡・前掲註（７）三四八頁以下〔北島周作〕も併せて参照。
- (84) 京都地判平成二九年一二月七日判時二二七三三三三九五九頁参照。
- (85) 大阪地判平成二八年一〇月二七日交民四九巻五号一二九〇頁、さいたま地判平成二二年五月二八日 LEX/DB 2543402等参照。
- (86) 神戸地裁姫路支判平成二五年四月二四日判タ一四〇五号一一〇頁、盛岡地判平成二七年二月二〇日訟月六二巻一三三八頁、仙台地判平成三〇年三月三〇日判時二二九六号三三三頁、仙台高判平成二四年一二月一二日判自三七五号七六頁等参照。
- (87) 警察官によるパトカー追跡（第一小判昭和六一年二月二七日民集四〇巻一第一二四頁）や武器使用（東京高判平成二二年一二月一六日判時二〇七七一号五四頁）にもこうした側面がありうる。
- (88) 第三小判平成二〇年二月一九日民集六二巻二四四五頁、第一小判令和五年一〇月二六日判タ一五一七号五四頁等参照。
- (89) 北村和生「判批（大阪高判平成二七年一〇月一三日判時二二九六号三三〇頁）」判例時報二二二七号（判例評論六九七号）（二〇一七年）一六一頁、神橋・前掲註（46）二二〇頁参照。
- (90) 第一小判昭和五三年七月一〇日民集三三巻五号八二〇頁、第一小判平成五年三月一一日民集四七巻四号二八六三頁、最

一小判平成一五年六月二六日金法一六八五号五三頁参照。最二小判平成九年三月二八日集民一八二号八五五頁、最一小判平成二七年三月五日集民二四九号一四一頁、福岡高判平成二七年二月二三日訟月六一卷一〇号一八七九頁も併せて参照。

なお、被疑者ないし被告人が虚偽の供述や証拠隠滅の工作等を行うことも少なくない、司法警察官による逮捕、検察官による公訴提起、裁判官による刑事裁判の判決等の刑事司法作用もこの類型に整理しうる（例えば、逮捕状の請求等につき国賠違法を否定したものととして、東京高判平成一七年一〇月二七日判時一九二九号四五頁参照）。この点に関しては、フランス法においても、一般に裁判役務の利用者は役務に協力的ではなく自己の利害次第では虚偽を申し立てることさえあり、裁判機能の行使は「極端な困難さとそれに固有の過誤の危険」を伴うという指摘がなされている（久保・前掲註（22）二〇八頁参照）。

(91) 宇賀・前掲註（63）二七―二八頁参照。

(92) 最二小判令和四年六月一七日民集七六卷五号九五五頁、高松高判昭和六三年一月二二日判時一二六五号三一頁、札幌高判平成二七年七月七日判時二二八〇号四六頁等参照。

(93) 東京高判平成一七年一月二六日判時一八九一号三頁参照。佐賀地判令和三年二月一九日 Westlaw Japan 2021WLJPCAO2196011も併せて参照。なお、犯罪捜査と反射的利益論との関係につき、高橋正人「檢察活動と国家賠償——取消訴訟との交錯を中心として——」東北法学三四号（二〇〇九年）三三三頁以下、角松生史「犯罪捜査・公訴権の行使に関する国家賠償請求訴訟と『反射的利益』論」佐藤幸治・泉徳治編『行政訴訟の活発化と国民の権利重視の行政へ』滝井繁男先生追悼論集（日本評論社・二〇一七年）一七五頁以下参照。

(94) 福岡高判平成二二年一月二六日判タ一三五七号九八頁参照。東京高判平成一六年四月二八日判時一八六六号四四頁も併せて参照。

(95) 例えば、千葉地判平成二九年九月二二日消費者法ニュース一一四号二二四頁においては、予見可能性の程度と結果回避義務に関して、「以上のとおり、経済産業大臣において、O・p・10mの津波の発生を予見することは可能であったといえるが、……結果回避義務との関係で、予見可能性の程度は当然に影響し得るところであり、仮に、確立された科学的知見に基づき、精度及び確度が十分に信頼することができると試算が出されたのであれば、設計津波として考慮し、直ちにこれに対する対策がとられるべきであるが、規制行政庁や原子力事業者が投資できる資金や人材等は有限であり、際限なく想定し得るリ

スクの全てに資源を費やすことは現実には不可能であり、かつ、緊急性の低いリスクに対する対策に注力した結果、緊急性の高いリスクに対する対策が後手に回るといった危険性もある以上、予見可能性の程度が上記の程度ほどに高いものでないのであれば、当該知見を踏まえた今後の結果回避措置の内容、時期等については、規制行政庁の専門的判断に委ねられるというべきである（「傍点筆者」との判示が見られる。この点に注目した稀少な先行研究として、清水晶紀『環境リスクと行政の不作為』（信山社・二〇二四年）一九二頁以下（初出…同「福島原発事故をめぐる規制権限不行使に対する国家賠償責任の成否——五地裁判決が示唆する『行政リソースの有限性』論のインパクト」自治総研四七六号（二〇一八年）参照。その他、人員が限られた中での対応であることが考慮されている裁判例として、東京地判平成二一年六月二九日 Westlaw Japan 2009WLJPCA06298021、大阪地判平成二四年一月二〇日 LEX/DB 25444860、仙台地判平成三〇年三月三〇日判時三三九六号三二頁等参照。

(96) 大阪地判平成六年七月一日訟月四一巻八号一七九九頁、仙台地判平成一九年九月七日訟月五四巻一一号二五七一頁、大阪高判平成二三年八月二五日訟月五八巻九号三〇八九頁等参照。東京地判平成八年六月一七日判タ九二三号一一七頁も併せて参照。

(97) 東京地判平成一七年一月三一日判タ一一八一号二〇一頁参照。第三者による加害行為につき、最三小判昭和五七年一月一九日民集三六巻一号一九頁、大阪高判平成一八年一月一二日判時一九五九号四二頁も併せて参照。

(98) 例えば、法令の解釈の誤りが同じように問題となる場合であっても、「誤った」見解につき一致が見られる場合と、その見解が分かれている場合（「正しい」解釈をとる見解も一定程度ある場合）とでは、「正しい」解釈をとることにしている困難性の程度は明確に異なるだろう。さらに言えば、後者の場合にあっても、その見解が八（誤）二（正）程度の割合で分かれているのか、二（誤）一八（正）程度の割合で分かれているのかといった、その割合によっても困難性の程度に差異が生じうる。なお、株主優待金が所得税法上利益配当に該当するか否かの解釈に係る過失を否定するに当たり、「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的判断を必要とする」ことを指摘するものとして、最二小判昭和四三年四月一九日集民九〇号一〇三三頁参照。

(99) 仲野武志『法治国原理と公法学の課題』（弘文堂・二〇一八年）三八六頁（初出…同「続・法治国原理の進化と退化？」—行政法における違法概念の諸相」宇賀克也Ⅱ交告尚史編『現代行政法の構造と展開：小早川光郎先生古稀記念』（有斐閣・

二〇一六年)。高橋滋『行政法(第三版)』(弘文堂・二〇一三年)二八八頁も併せて参照。

(100) 仲野・前掲註(99)三八六―三八七頁。

(101) この点に関しては、国賠違法あるいは過失判断を主たる対象とした研究ではないものの、薄井一成教授による、「調査検討義務の程度」という視点からの分析も示唆的である。薄井教授は、「行政庁は、当該行政庁として通常の資質能力を有する者の判断に照らして合理的な確信が得られるまで、事務処理の基礎となる事実の存否につき、調査や検討を続けなければならない」という、「調査検討義務の程度」の原則的なルールがあるとしつつも、「最高裁は、行政庁が「合理的な確信」に至る前のいわば「一応確からしいとの心証」により決定を下すことを、以下の類型において許容する」としている。すなわち、その類型として、①「行政庁が短期間のうちに大量の決定を下さなければならず、その期間内に事務処理の基礎となる事実を認定することが、公益及び行政コストの観点から、事実上困難な場合」、②「私人が自己に有利な事実に関する資料を整えておくことがさして困難ではなく、またその資料により当該事実を明らかにすることが可能でありかつ容易であるにもかかわらずそれを行わなかった場合」、③「私人の重要な利益が重大な危険にさらされており、その危険を除去するために、行政庁が迅速・果敢な決定を下さなければならぬ場合」を挙げている(薄井一成「申請手続過程と法」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想Ⅱ行政作用・行政手続・行政情報法』(有斐閣・二〇〇八年)二七六―二七八頁)。この類型論に基づき国賠違法の判断枠組みについて検討した、米田教授は、その検討のまとめとして、「国賠法一条の違法は、原則として、行政機関の公務員が法適用に当たり十分な調査・検討義務を尽くすことなく実体的真実に反する行政決定を行ったこと(適法な行為を行う職務上の義務に違反したこと)を意味するが、実際にこれに該当するか否かは、調査・検討義務の完全な履行を公務員に課すことに困難な事情が存在していたか否かという観点から、判断される」と言うことができる」との指摘を行っている(米田・前掲註(63)六三頁)。他方、「職務上の義務は、あくまで適法な行為を行うことを指向して定立されるものであり……、裁判所によって事後に審査されることを理由に、最初から行政機関の公務員は軽い心証度に基づく暫定的な決定で許されるというわけでは、決してない。行政機関と裁判所の両者の違いを殊更に強調することによって心証度の軽減を安易に認めることのないよう、注意が必要である」とも述べている(同六三頁)。

(102) 最小判昭和四七年五月二五日民集二六卷四号七八〇頁、東京高判平成一三年一二月二五日訟月五〇卷一号一頁、東京

高判平成二九年二月二三日判時二三五四号七四頁等参照。

(103) 当然、あるべき不法行為的救済の範囲は各国ごとに異なりうるため、仮にそうした作用が現実にあつたとしても一概に批判できるわけではない。

(104) なお、米田教授は、相關關係説的な理解を基本的に積極的に評価しつつも、それを民法学から直輸入することの危険性も指摘している（米田・前掲註（63）五一頁）。

(105) なお、この点に関しては、作為型の行政処分については、規制権限不行使や事実行為と比較すると、それにより直接的に国民の健康・身体・生命の安全が大きく害されるというような事例が相対的に起きにくい、あるいは少なくともこれまでの判例においては多くない点を指摘しておきたい。

(106) この点に関して、北村教授は、「過失の判断は、損害賠償法に必要な被侵害利益や被害者側の事情などの具体的な諸条件の利益考量等の機能を果たすことになろう」と述べている（北村和生「国家賠償における違法と過失」高木光・宇賀克也編『行政法の争点』（有斐閣・二〇一四年）一四九頁。宇賀克也『国家補償法』（有斐閣・一九九七年）六五・六六頁、一六三・一六四頁、北村和生「判批（最一小判平成五年三月一日民集四七卷四号二八六三頁）」斎藤山本・前掲註（13）四三九頁も併せて参照）。

(107) なお、原田大樹教授は、「国家賠償法は今後とも、行政法と民事法の交錯領域として、相互の学問的連携を深めるべきであり、そのような方向性からすれば、行政法学は要件の独自性を主張するのではなく、権利利益の内容面での独自性を強調する方向性をとることが望ましいのではないか」と述べている（原田大樹「国家賠償」法学教室四五一号（二〇一八年）九七頁）。

(108) この点に関しては、下山憲治教授も、「損害賠償訴訟では被害発生を前提とした上で加害行為の法的評価を行うのであるから、一方で名あて人に対する権限行使の適法性確保と共に、他方で第三者たる被害者の人権・権利保障も法治主義の要請である。そのため、国賠法の「違法」というフィルターをつうじた個別法の解釈とそれに基づく評価にあたって、被害発生という結果の側面をまったく無視することはできないものと思われる」と述べている（下山・前掲註（67）三二六頁。秋山義昭「国家補償法」（ぎょうせい・一九八五年）七一頁、大浜啓吉『行政裁判法』（岩波書店・二〇一一年）四〇四・四〇七頁、高橋・前掲註（73）三三三頁以下も併せて参照）。

- (109) この点に関しては、特に神橋一彦『行政判例と法理論』（信山社・二〇二〇年）二六七―二六八頁（初出…同『職務行為基準説』に関する理論的考察——行政救済法における違法性・再論』立教法学八〇号（二〇一〇年））参照。
- (110) 拙稿・前掲註（2）一〇二―一〇五頁、特に一〇四頁参照。
- (111) この点に関し示唆的な指摘を行うものとして、神橋・前掲註（109）二四五頁（初出…同『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 行政救済法』（有斐閣・二〇〇八年））参照。
- (112) （実際のあるいは想定される）損害の重大性や結果の重大性を明示的に考慮するものとして、広島高判平成六年三月二九日判タ八七〇号一四一頁、神戸地判平成一七年三月二五日LEX/DB 28101221、大阪高判令和三年一月九日判自五〇〇号三一頁等参照。
- (113) この点に関しては、稲葉・前掲註（56）八〇一―八〇二頁も参照。
- (114) 例えば、最一小判昭和六一年二月二七日民集四〇巻一号一二四頁（バトカー追跡事件）については、その原審や第一審との対比において、結果不法的要素（特に第三者の死亡という重大な結果）を考慮していないものと解されることもあるが、仮にそれを考慮していたとしても、総合考慮による国賠違法の判断の中で、萎縮効果等も考慮した上で、追跡行為に係る行為規範違反の判断における「非難可能性」の要素が消極的に解釈され（そしてそれが重視され、結果不法的要素を考慮してもなお違法性を認定すべきものとは評価されなかった可能性もあるように思われる。なお、太田匡彦教授は、追跡行為について、「逃走者との関係では比例原則に従った追跡を許しつつ、第三者との関係では（通常の不法行為責任と同じく）結果回避義務に従った追跡を求めると、かなりの困難を伴い現実的とは言い難い要請の下での追跡を公務員に求めるか、十分な追跡が行えなくなる可能性も存在しよう。また、比例原則において、公権力行使の必要性・相当性を考える際の一要素として第三者ひいては社会全体に対して当該公権力行使が与える悪影響（被害）を考慮することは当然に求められる（危険を生じさせている対象者が受ける不利益だけに考慮要素を限定する必要はない）」との指摘を行っている（宇賀・小幡・前掲註（7）二九六頁（太田匡彦）。遠藤博也『実定行政法』（有斐閣・一九八九年）二二五―二二六頁も併せて参照）。フランス法においても、いかに生じた結果が重大であろうとも、当該事案における具体的事情等（特に当該役務に伴う困難性）が考慮され、役務のフォートが否定されることはありうる。
- (115) なお、武田教授は、上記平成五年最判について、「違法な更正処分によって原告が受けた精神的苦痛や営業損失がそれほ

ど重大であったとは考えにくいので、本判決は税務署長がそのような損害の発生までも予見すべきであったとはいえないとして、注意義務違反を否定したとみることもできるであろう」。「これに対して、相關関係説によって違法性を判断することも可能である。本件では過払い分の還付により税額自体の損害はなく、違法な更正処分によって精神的苦痛を受けたとしてもその程度は小さいと思われるので、結果の不法性は小さいと考えられる。税務署長が売上額の認定を誤り、違法な更正処分をしたとしても、本件では原告が税務調査に非協力的であったことがその一因となっており、行為の不法性も大きいとはいえないと考えられる。両者を相關的にみれば原告に受忍限度を超えた精神的苦痛（権利利益の侵害）があったとはいえず、本件ではそもそも違法性（損害）がないということができるであろう」との指摘を行っている（武田真一郎「国賠法一条の違法性の多元性と補完性について」成蹊法学九一号（二〇一九年）二〇―二二頁。阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ…実効的な行政救済の法システム創造の法理論』（有斐閣・二〇〇九年）四九九頁、山本・前掲註（60）五三七頁も併せて参照）。

(116) この点に関しては、武田教授が、「国賠法の違法論が複雑化しているのに対し、相關関係説に立つて過失の役割が重視されている民法の不法行為理論が有効に機能しているとすれば、その理由を検証して国家賠償に應用できるかどうかを考えると、みることには意義があるはずである。さらに、民法の不法行為論を国賠法に應用することが法治国原理を担保する機能と両立しないのかどうか、むしろそのような機能を促進することがあり得るのではないかという問題も検証に値するものと思われる」（武田・前掲註（56）四九二頁）との問題意識に基づき、結果不法的要素の考慮や過失要件の活用等に関して、さまざまな示唆に富む分析を行っている点が注目される（特に、武田・前掲註（56）四六五頁以下、同「続・国家賠償における違法性と過失について」成蹊法学八八号（二〇一八年）五〇八頁以下、同・前掲註（115）一四頁以下参照）。

(117) なお、この点に関して注目される近時の裁判例として、刑事施設に収容されている者が収容中に受けた診療に関する保有個人情報開示の全部を開示しない旨の決定について国賠違法の有無が問われた事案において、「本件決定により医療記録の開示を受けられないことにより、人の生命及び健康の維持という最も重要な人格的利益が侵害されるといえ、同利益が侵害されることによる精神的苦痛は看過できないものであり、また、医療上の措置に関する情報は、本来的に医療を受けた個人が知るべきであって、本人が望めば開示することが相当な性質の情報であることは明らかであるから、被収容者の診療記録の開示の可否については、相当程度に慎重に検討すべき職務上の義務が存在するといえるべきである」（「傍点筆者」との

判示を行っている東京高判令和四年四月七日LEX/DB 25592204が挙げられる。

- (118) その近時の例としては、最二小判令和四年六月一七日民集七六卷五号九五五頁（福島第一原発訴訟）が挙げられる。これに批判的な評釈として、山下竜一「判批」環境と公害五二卷二号（二〇二二年）九頁以下、大塚直「判批」Law and Technology 九九号（二〇二三年）八七頁以下、桑原勇進「判批」ジュリスト一五八三号（令和四年度重要判例解説）（二〇二三年）五三頁以下、清水晶紀「判批」新・速報判例解説Watch 三三三号（二〇二三年）三〇九頁以下、下山憲治「判批」判例時報二五七〇号（判例評論七七号）（二〇二三年）一二六頁以下等参照。

- (119) なお、木村琢磨教授は、「いずれにしても、職務行為基準説と公権力発動要件欠如説の対立は、基本的には理論構成の違い（故意・過失を違法性と別個に認定するかどうかの違い）にすぎず、損害賠償責任の成否に関する結論には実質的な違いが生ずることは少ないと考えられる」と述べている（木村琢磨『ブラックティス行政法（第三版）』（信山社・二〇二二年）三三二頁）。

- (120) 判例を全体として見たときに、それが「被害者側にとって有利な解釈の努力」（遠藤・前掲註（114）二二三頁）を行うことにより、国家賠償責任の成立範囲を徐々に拡張してきたことは確かであるように思われる。なお、この点に関連する「補償代替型国家賠償」の考え方につき、小幡純子『国家賠償責任の再構成——営造物責任を中心として』（弘文堂・二〇一五年）三六三―三六四、三六六―三六九頁（初出：同「国家補償の体系の意義」磯部・小早川・芝池・前掲註（111）、拙稿・前掲註（5）一一六―一一七頁参照。宇賀・小幡・前掲註（7）三八四―三八五頁（田尾良介）も併せて参照。

- (121) 北村・前掲註（106）（二〇一四年）一四六―一四七頁。なお、異智彦准教授も、「そもそも、法国的国家責任論が重視する「行為の不法」自体、被侵害法益等の考慮を通じて「結果の不法」を織り込んだものであるから、「行為の不法」と「結果の不法」との対立関係を強調するのは妥当でない」と述べている（異智彦「書評 小幡純子著『国家賠償責任の再構成——営造物責任を中心として——』季刊行政管理研究一五一号（二〇一五年）七九頁。宇賀・小幡・前掲註（7）七〇四頁〔異智彦〕も併せて参照」）。

- (122) 神橋・前掲註（46）四一一頁。

- (123) 宇賀・小幡・前掲註（7）一四〇頁（武田真一郎）。

- (124) 芝池義一『行政救済法講義（第三版）』（有斐閣・二〇〇六年）二四〇頁。

- (125) 芝池・前掲註(67) 三二三頁。遠藤博也『国家補償法 上巻』（青林書院新社・一九八一年）一七〇頁以下、武田・前掲註(56) 四六〇頁以下も併せて参照。
- (126) この点に関しては、山本・前掲註(60) 五四三―五四四頁も参照。
- (127) 東京高判平成四年二月一八日高民集四五卷三三二頁、最一小判平成一八年六月一六日民集六〇卷五号一九九七頁、仙台高判平成三〇年四月二六日判時二三八七号三一頁等参照。ただし、この最後の平成三〇年仙台高判（大川小学校津波避難訴訟）については、（少なくとも形式的には）校長等の個人の行動（特にその予見可能性）を問うている点において理論的あるいは現実的な問題点を抱えていることが指摘されている（近藤卓也「津波被害と国家賠償」行政法研究三〇号（二〇一九年）三〇三頁以下、板垣勝彦「リスク社会と行為規範の設定——大川小学校の惨劇が遺したもの」ジュリスト一五四二号（二〇二〇年）一〇二―一〇三頁参照）。この点に関しては、日本国憲法一七条あるいは国家賠償法一条一項の建付けからすると解釈論上の限界に触れるおそれはあるものの、「組織的」過失の法理をより徹底して地方公共団体それ自体の過失を問うような解釈論を構築できないか、検討の余地があるように思われる（芝池・前掲註(67) 三三二―三三三頁、本註平成一八年最判参照）。なお、同判決に関しては、特に、下山憲治「国賠訴訟における違法・過失判断と津波避難訴訟・原発事故訴訟」論究ジュリスト三〇号（二〇一九年）一二五―一二六頁、齋藤健一郎「大川小学校津波訴訟控訴審判決の教育法的分析——教育条件整備の義務としての安全確保義務と組織的過失——」商学討究七一巻一号（二〇二〇年）二二頁以下、藤田宙靖「大川小学校津波被災訴訟始末——「上告不受理決定」（最高裁）の意義——」日本學士院紀要七七巻一号（二〇二二年）三五頁註(11)も併せて参照。
- (128) 東京高判平成二一年二月一六日判時二〇七一号五四頁、最一小判令和四年六月一七日民集七六巻五号九五五頁における菅野博之裁判官の補足意見参照。高木光「国家賠償における『行為規範』と『行為不法論』——パトカー追跡事件判決再考」石田・西原・高木三先生還暦記念論文集刊行委員会編『損害賠償法の課題と展望（中）』…石田喜久夫・西原道雄・高木多喜男先生還暦記念論文集（日本評論社・一九九〇年）一六〇―一六一頁も併せて参照。
- (129) この点に関しては、最一小判平成一八年四月二〇日集民二二〇号一六五頁における泉徳治裁判官の反対意見参照（飯島淳子「行政組織とその構成員の責任に関する一考察」法学八一巻六号（二〇一八年）六七〇―六七二頁も併せて参照）。なお、神橋教授は、最一小判平成一九年一月一日民集六一巻八号二七三三頁について、「通達発出に関わる組織的な過失と

いふべきことがら、「担当者が職務上通常尽くすべき注意義務」違反という形で問題となっている」と評している（神橋・前掲註（46）三六五頁。高木光「違法性相対説」自治実務セミナー五〇巻八号（二〇一一年）一三頁も併せて参照）。同最判においては、「上告人（筆者註・国）の担当者の発出した通達の内容が法の解釈を誤る違法なものであったとしても、そのことから直ちに同通達を發出し、これに従った取扱いを継続した上告人の担当者の行為に国家賠償法一条一項にいう違法があつたと評価されることにはならず、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り、上記の評価がされることになるものと解するのが相当である」としつつも、「原爆三法の統一的な解釈、運用について直接の権限と責任を有する上級行政機関たる上告人の担当者が上記のような重大な結果を伴う通達を發出し、これに従った取扱いを継続するに当たっては、その内容が原爆三法の規定の内容と整合する適法なものといえるか否かについて、相当程度に慎重な検討を行うべき職務上の注意義務が存したものである」と（傍点筆者）との判示がなされている（東京高判令和四年四月七日LEX/DB 25592204も併せて参照）。この点に関しては、阿部泰隆教授が、「組織として行った行為については、組織として責任を負うべきであるから、その違法、過失は相当程度客観化されるべきである」、「相当の慎重な根拠」を要求している判例も、過失責任主義の範囲内で、組織過失の方向へと歩んでいるように思われる」との指摘を行っている点が特に注目される（阿部泰隆『国家補償法の研究Ⅰ：その実践的理論』（信山社・二〇一九年）一九四―一九五頁（初出・同「一般の公務員の法令解釈に関する職務上の義務違反（過失又は違法性）の判例分析と組織過失への移行の提唱」自治実務セミナー五三巻一〇号（二〇一四年）。梶哲教「判批」斎藤＝山本・前掲註（13）四四一頁も併せて参照）。

(130) こうした解釈論と国家賠償責任の性質論との関係につき、おそらく筆者と類似の方向の問題意識を有するものとして、高木光『法治行政論』（弘文堂・二〇一八年）三〇二―三〇三頁（初出・同「省令制定権者の職務上の義務——泉南アスベスト国賠訴訟を素材として」自治研究九〇巻八号（二〇一四年）参照）。

(131) この点に関しては、井上繁規「判解」最高裁判所判例解説民事篇・平成八年度（上）（一九九九年）一五九頁以下、特に一六四頁も参照。

(132) 村重慶一「警察に関する国家賠償」同・前掲註（8）四五頁も参照。

(133) 多数意見に批判的あるいは反対意見に好意的な見解として、西瑛章「判批」判例時報一五八二号（判例評論四五五号）（一

九九七年）二〇三頁、桑原勇進「判批」自治研究七四卷一二号（一九九八年）一一八頁、阿部・前掲註（115）四六九頁参照。
この判決に関しては、橋本博之「判批」法学教室一九三号（一九九六年）一六一頁、斎藤誠「判批」ジュリスト一一一三
号（平成八年度重要判例解説）（一九九七年）四五頁も併せて参照。

（134）大橋洋一『現代行政救済論（第四版）』（有斐閣・二〇二二年）四〇二頁。

（135）米田・前掲註（67）一一三頁参照。なお、こうした本稿の問題意識から一際注目される近時の研究として、土井翼「行政機関による公表に関する法的規律の批判的再検討」一橋法学一九卷二号（二〇二〇年）五七五頁以下、特に六一五頁以下参照。

※なお、本稿の執筆に当たっては、JSPS 科研費14J04923・18K12621、公益財団法人野村財団国際交流助成（研究者の海外派遣）、公益財団法人末延財団在外研究支援奨学生事業の助成を受けた。