

「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——

神 橋 一 彦

はじめに

第一節 職務行為基準説と行為不法説との関係

第二節 職務行為基準説における「違法」の捉え方

第三節 職務行為基準説と過失

おわりに

はじめに

一 本稿筆者は、先に、磯部 力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想Ⅲ』（平成二〇年）において、「行政救済法における違法性」の項を担当し⁽¹⁾、その中で国家賠償法一条一項にいう「違法」の概念（以下、『国賠違法』という。）について若干の考察を行った。この問題をめぐっては、既に別に「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」（平成二〇年）という論文を公にしているが⁽²⁾、問題自体、奥の深い問題を内包しているため、

この両論稿（以下、「前稿」という。）においては、問題を十分に論じ尽くすことはできなかった。また、これらの論稿で展開した見解について、その後再検討の要を感じた部分もある。そのような事情から、前二稿を一部敷衍する形でここに三たび稿を起こし、論究のさらなる掘り下げを試みることにし、併せて、磯部先生に献呈することとした次第である。

二 問題の所在について、簡単に整理しておくことにしよう。

国家賠償法一条一項は、文言上、故意・過失と並んで、「違法」を責任成立要件としている。同条がそのような文言になったのは、周知のように、国賠法制定当時における民法七〇九条（故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ権利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害スル賠償スル責任ス）をめぐる民法学説の影響を受けたものであるとされる。すなわち、民法七〇九条にいう「権利侵害」は、法規違反行為や公序良俗違反行為などと並んで「法律秩序」を破るがゆえに違法とされるべき行為の「徴表」として挙げられているに過ぎず、「権利侵害」は、「違法性」に置き換えられるべきだ、と主張されたわけである。いわゆる《権利侵害から違法性へ》という一連の学説の動きである。⁽³⁾そして国賠法一条が、民法七〇九条に基づく公務員の不法行為責任を国が代位する《代位責任説》を前提にしつつも、文言上このように「権利侵害」ではなく「違法」という語が用いられたのは、このような民法学説の影響を受けたためであって、そこに、民法七〇九条と国賠法一条とを別異に扱う姿勢はみられない、といわれているのである。⁽⁴⁾

確かに国賠法一条は、違法な「公権力の行使」に対する損害賠償制度について定めたものであるが、他方において、国家賠償制度自体が、裁判による行政統制としての一面をもっている。そのことを反映して、同じく国賠違法を論じるとしても、行政法（学）と民法（学）とでは、分析の基本的なスタンスが微妙に異なるようにも見受けられる。すなわち、行政法の側からは、国賠違法を論じるにあたっては「民事不法行為法の違法概念をストレートに

採用することには慎重でなければならぬ⁽⁵⁾」、あるいは「国家賠償法一条において、『違法』の概念は、民法不法行為理論において同じ言葉が持った意味、あるいは持たせられた機能とは異なるものをもっているというべきである⁽⁶⁾」とされる。これに対して、民法の側からすれば、国賠法一条の文言自体、民法七〇九条との違いを強調するために、「違法」という表現を使つたのではなく、立法当時の民法七〇九条の一般的理解を前提としたものであることに照らせば、「民法七〇九条と国賠法一条において、その文言のみに引きずられて違法性や過失といった概念について異なる理解をすることは適当ではない」との指摘もなされている⁽⁷⁾。

このように国賠違法をめぐっては、行政法学と民法学との間の共通理解は未だ十分に成立していないというべきであるが⁽⁸⁾、さらに問題なのは、学説そのものと判例との間の乖離が存在している点である。すなわち、改めて指摘するまでもなく、判例の採る《職務行為基準説》についてどのように考えるか、という問題がそれである。

この《職務行為基準説》をめぐっては、最高裁判例が、その適用を行政活動をめぐる国賠事件に拡大していることが指摘されるものの、それで一貫しているかといえ、違法と過失を二元的に判断している判例もあり、その点疑わしい。また、かような判例の考え方自体、国家賠償請求訴訟の法治主義維持機能を減殺するものである、という学説の批判も、もちろん傾聴すべきものをもっている。

三 ただ本稿筆者は、右のような批判・問題点とは別に、このような《職務行為基準説》がどのような思考の上に成り立っているのか、という問題は、それ自体考察に値するのではないかと考えている。すなわち、《職務行為基準説》が前提とする「違法」概念とは何か——確かにそれは、行政法学が通常前提とする「違法」概念とは必ずしも親和性がないかもしれないが、それでは、民法の不法行為理論と何らかの親和性があるといえるものなのだろうか。また、そこに国賠法一条が採ってきた代位責任的構成にかかわる理論的な問題が関係しているのではないか——そのような諸々の問題について、前稿において行つた考察を踏まえて、改めて整理してみたいというの

が、本稿の問題意識である。

四 以下本稿では、まず、国賠違法は基本的に行為不法説に立つて考えると、処分が客観的に法規に照らして違法とされ、その効力が否定されるいわゆる《結果違法》をどのように考えるかについて論じ(第一節)、《職務行為基準説》における「違法」の捉え方について、理論的な検討を加える(第二節)。その上で、《職務行為基準説》と、違法とならんで国賠法一条の責任要件である「過失」との関係について、若干の考察を行ってみたい(第三節)。

(1) 神橋一彦「行政救済法における違法性」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想Ⅲ 行政救済法』(平成二〇年)二三七頁以下。

(2) 神橋一彦「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(平成二〇年)六五頁以下。

(3) この点は、民法の不法行為法においては繰り返し言及されてきたところであるが、近時の概説書におけるものとして、前田陽一「債権各論Ⅱ 不法行為法」(平成一九年)二二三頁以下。

(4) 宇賀克也『行政法概説Ⅱ 行政救済法(第二版)』(平成二二年)三八九頁、前田前掲書(注(3))一五九頁以下。

(5) 宇賀前掲書(注(4))三八九頁。

(6) 遠藤博也『国家補償法・上巻』(昭和五六年)一六四頁以下。

(7) 窪田充見『不法行為法』(平成一九年)八七頁。

(8) 遠藤前掲書(注(6))一六三頁以下は、民法の不法行為学説の変遷を整理したうえで、それに応答する形で、国家賠償法一条において、文言上の理由以外に違法性を問題にしなければならぬ理由について検討する。

また本文で述べたような問題意識は、既に高木教授や、近時、武田教授によっても示されている(高木光「国家賠償における『行為規範』と『行為不法論』」「損害賠償法の課題と展望—石田喜久夫・西原道雄・高木多喜男先生還暦記念論文集・中」(平成二年)一三七頁以下、武田真一郎「国家賠償における違法性と過失について」成蹊法学六四号(平成一九年)四九四頁以下)。

第一節 職務行為基準説と行為不法説との関係

一 《職務行為基準説》が判例に登場したのは、個々の判例の解釈や位置づけについて議論があるものの、さしあたり、司法作用や立法作用の分野における国家賠償請求訴訟においてであった。すなわち司法作用については、刑事訴訟において無罪とされた者が国家賠償請求訴訟を提起した最（二小）判昭和五三年一〇月二〇日民集三二巻七号一三六七頁（いわゆる芦別国賠事件上告審判決）が、この種のリーディング・ケースとされるが、その他、立法作用については、立法不作為の違憲が問題となった最（二小）判昭和六〇年一月二一日民集三九巻七号一五二二頁（在宅投票廃止違憲訴訟上告審判決）などが挙げられる。

これらの判決で採られた《職務行為基準説》のポイントとしては、①これらの場合における国賠違法は、行為の結果に対する違法の評価と国賠違法とは区別されること（結果違法説の否定）、②「国家机关に対する行為規範と自然人たる公務員に課された職務義務とは異なるという手法」⁽⁹⁾がみられることが挙げられる。そして、昭和六〇年の在宅投票廃止違憲訴訟上告審判決が、国家賠償法一条にかかわる一般論の如き説示として、「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に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」としたのは、立法作用に対する国家賠償請求訴訟という特殊な事案において国賠違法一般を定式化することが妥当かどうか、当然問題視されるところではあるが、行政作用を含む国賠違法一般について、公務員に課された職務義務違反（行為規範違反）を基本に判断すること（すなわち、結果の違法とは切り離された形で国賠違法が判断されうること）を明らかにしたとも考えられる。

そして、このような《職務行為基準説》を行政作用に関する国賠事件に適用した最高裁判例が、著名な最（一

小) 判平成五年三月一日民集四七卷四号二八六三頁であつて、同判決は、「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つ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」として、取消違法が認められるとしても、それが直ちに国賠違法には直結しないことを示している。そして、行政作用についてこのような《職務行為基準説》を採る判例は、周知のように、ここ数年徐々に増加する傾向にある。

二 このように《職務行為基準説》は、国賠違法を《公務員の職務上の義務違反》、言い換えれば公務員の《職務上の行為規範》に対する違反として捉えるところに特徴がある。その意味で、《職務行為基準説》は、《行為不法説》の一つとして位置づけられるのである。

本稿筆者は、前稿において、《権限規範・行為規範の峻別》を手がかりに、取消違法と国賠違法では、行為の主体と適用される規範について少なくとも理論的には区別されるべきものがあることを説いた。すなわち、ここで要旨を繰り返して述べるならば、行政事件訴訟法三条一項は、抗告訴訟を「行政庁の公権力の行使に關する不服の訴訟」と定義しているのに対して、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當たる公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によつて違法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。」としている。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つて、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。⁽¹⁰⁾

しかしこのような整理を行ったとして、果たして国賠違法は、公務員の職務上の《行為規範》違反という観点のみで説明できるか、換言すれば、職務上の「行為規範」違反にすべて還元して一元的に説明することができるか、という問題がある。もし、国賠違法が、かように公務員の職務上の行為規範違反に還元して説明できるとするならば、むしろ《職務行為基準説》のほうが、国賠違法の本質を表現しているようにもみえる。しかしながら、それで国賠違法が一貫した形で説明できるかどうかについては、検討を要する。

行政活動の中でも国賠法一条が適用されるものには多様なものがあるので、ここではさしあたり、行政作用の中で中心的地位をしめる典型的な行政処分に限定して考えることにするが、ある公務員が「行政機関」（行政庁）としての立場で行政処分を行った場合、当該公務員は具体的にどのような「法的義務」を負うことになるのであろうか。もし公務員が行政庁としての立場で行政処分を行い、それが後に取消訴訟において違法とされ、取消された場合、違法性同一説の立場からいえば、それは国賠法一条の適用においても違法とされることになる。この場合、当該公務員は、どのような職務上の法的義務に違反したといえるのであろうか。すなわち、右に挙げた権限規範・行為規範の峻別に即していうならば、権限規範違反の行為（取消違法）がなぜ、公務員の行為規範違反（国賠違法）となるのか、という問題である。⁽¹¹⁾ また、仮に違法性相對説に立つとしても、取消違法の部分は違法性の判断要素として残るとすれば、これをどのように位置づけるかは、やはり同様に問題になるはずである。

この問題につき、本稿筆者は、前稿において、これを行為不法説の立場から、公務員の《行為規範》にすべて翻することを試みた。「すなわち一般に、行政機関のポストに就いている公務員が、根拠法令等の『権限規範』に違反して処分を行なった場合、当該公務員は、公務員の職務上の『行為規範』に違反したと評価されることになるが、それはさしあたり、公務員は一般的に法令遵守義務という職務上の『行為規範』（国家公務員法九八条一項、地

方公務員法三二条)があるからであつて、当該行政機関が行なつた処分は無効であるとともに、当該公務員の職務上の行為も違法(不法)と評価されることになるというべきである。従つて、ここに『権限規範』が法令遵守義務という職務上の『行為規範』を媒介として、内容的に職務上の『行為規範』と連動することになるわけである。』⁽¹²⁾

—そのような説明をかつて行つた。⁽¹³⁾ しかしながら、このような説明は、厳密に考えたときに一種、理論的な違和感を拭うことができないものである。

すなわち、確かに公務員は法令を遵守し職務を行う義務は負っているとしても、そのことが、取消訴訟においてある処分が違法とされたことから、それは国家賠償法上も違法であるという評価を導く際の媒介となりうるのだろうか。換言すれば、ある公務員が行つた行政処分が、取消訴訟において違法とされた場合、それはストレートに当該公務員は『法令遵守義務』に反したという結論を導くのであろうか。⁽¹⁴⁾ 若干、誤解を招く表現かも知れないが、『およそ公務員は、違法な行政処分を行つてはならない』という行為規範がありうるのだろうか。

例えば、在留資格を有しない外国人が国民健康保険法の被保険者証の交付を申請した事例について考えると、処分庁(及びその補助機関)の職にある公務員は、通達や裁判例などを参照しつつ関係法令を解釈することになるであろうが、その結果、通達に従つて、申請者には被保険者に該当しないとして拒否処分を行った場合、その後の取消訴訟において、国民健康保険法など法令の解釈により、申請者は被保険者に該当するとして、拒否処分が取消されたとする。しかし、処分庁の職にある公務員ほか処分に関与した公務員は、結果として違法な処分を行ったとしても、そのことから当然に法令遵守義務に違反したことにはならないであろう。結局は、処分当時、通達によって示された法解釈を否定する裁判例もないので、既存の通達に従つた法解釈をして、結果として後の取消訴訟において違法と判断される処分を行ったとしても、当該公務員には過失はないとされることがある

う。すなわち最高裁判例は、このような場合、「ある事項に関する法律解釈につき異なる見解が対立し、実務上の取扱いも分かれていて、そのいずれについても相当の根拠が認められる場合に、公務員がその一方の見解を正当と解しこれに立脚して公務を遂行したときは、後にその執行が違法と判断されたからといって、直ちに上記公務員に過失があったものとするとは相当ではない」としているのである（最（一小）判平成一六年一月一五日民集五八巻一号二二六頁）⁽¹⁵⁾。

すなわち、公務員が違法処分を行った場合、確かに法令解釈や事実認定（それに必要な調査なども含む）についての過失が問題となることはあるが、そもそも行った処分が違法かどうかは、事後の争訟（すなわち抗告訴訟や場合によっては、国家賠償請求訴訟）の段階において最終的に確定されることもあるから、《およそ公務員は、違法な行政処分を行ってほならない》という行為規範があるとまではいいえないのではないか。そうだとすると、違法性同一説における《取消違法Ⅱ国賠違法》という図式は、正確にいうならば、公務員の行為規範を前提とした《行為不法説》というよりも、《処分の違法という結果》そのものに着目した、換言すれば違法処分を一つの加害行為として取り扱う一種の《結果違法説》ではないか、ということができよう。⁽¹⁷⁾⁽¹⁸⁾ すなわち、違法といっても、公務員の職務上の行為規範（法的義務）違反に還元できない違法ということができよう。

また、判例における《職務行為基準説》も本節一においてみたように、もともとは司法作用、立法作用における《結果違法説》を否定する中で出てきたものであるから、そのような流れとも、その限りで平仄があうし、《職務行為基準説 vs 結果違法説》という図式自体もかなり一般的に採られているものである。そうなると問題は、司法作用や立法作用などの特殊な国家賠償請求訴訟においては否定された《結果違法説》的な見方が、行政処分においては、むしろ原則的な見方となるのか、ということである。仮に、違法性同一説を採らず、違法性相対説としての《職務行為基準説》を採ったとしても、行政処分が取消訴訟において違法とされた場合、国賠法一条の適用上も違

法となるケース自体を一般に否定するわけではないから、いずれにしてもこのような視点は不可欠である。

三 この問題を、行政処分について《職務行為基準説》を採った判例に即して、さらに検討することしよう。

東京地判平成元年三月二九日判例時報一三一五号四二頁は、昭和六〇年の在宅投票廃止違憲訴訟上告審判決において国賠違法についての一般的説示がなされたあと、そこで示された《義務違反的構成》ないし《職務行為基準説》をいち早く行政処分に適用した著名な判例であるが、この事例では、原告が「精神病者」という要件（道路交通法八八条一項二号）に該当するとの理由で行われた自動車運転免許取消処分について、「精神病者」の認定にあたって行われた医師の診断は誤ったものであり、それに基づいてなされた違法な処分であるとして、同処分の取消訴訟において、当該処分そのものは取消されたが、国家賠償請求訴訟においては、「国家賠償法上の違法性は、公務員が具体的状況の下において職務上尽くすべき法的義務に違反したかどうかという観点から判断すべきものであり、したがって、行政処分がその根拠となる行政法規に定める実体的又は手続的な要件を客観的に欠缺しているかどうかという瑕疵判断とは、その判断基準を異にしている」との理由により、請求が棄却されている。

この判決については、そこにいる公務員の「職務上尽くすべき法的義務」とは何かが明らかではない、換言すればそこには「適法に〔免許〕取消〔処分〕を行なう義務以外の義務があるのであるか」という疑問が呈される⁽¹⁹⁾。そこで問題は、そこにいる《適法に免許取消処分を行う義務》とは何か、より一般化していえば《適法に処分を行う義務》とは何か、である。

本稿の立場からすれば、確かに、何らかの《適法に処分を行う義務》はあるとしても、処分が結果として違法とされたことそのものは、公務員の職務上の義務違反に還元できない違法である。従って、《適法に処分を行う義務》というのは、処分の適法・違法自体とはさしあたり区別された、処分を行うにあたって公務員に課される何らかの法的義務ということになる。

この点について右の東京地裁判決にかかる事案をみると、そこで問題となっている公務員は、運転免許取消処分をするにあたって医学上の鑑定を行った指定医（道路交通法一〇四条四項）と取消処分を行った公安委員会（委員）の二者である。

まず、指定医については、臨時適性検査の「検査の方法については、「道路交通」法に特別の定めはなく、その方法は専ら指定医の裁量に委ねられている」とした上で、「精神病者の運転免許取消処分に係る臨時適性検査の実施は、迅速性を旨とし、ある程度の大量的な処理になると考えられる行政処分に関わるものであるから、限られた時間で限られた資料に基づいて行われるべきもの」であり、「その検査に当たっては、被検査者に面接し、問診することは欠かすことができないが、その他の資料については、一般的には、指定医が比較的迅速かつ容易に収集することができる範囲内のもので、診断に必要なものを収集すれば足りるもの」とした。そして取消訴訟においては、同医師が採用した資料が客観的に見ると正確性を欠くなどの点から、原告が「精神分裂病」であるとの同医師の診断を支えるには十分でないとされたが、国家賠償請求訴訟においては、右のような同医師の診断を不当とはいえないとしている。

次に、公安委員会（委員）については、①複数の医師に診断させなかったこと、②指定医の診断の経緯、根拠を調査するなどの検診結果の正否の検討を怠ったこと、③聴聞手続を経なかったことについて「職務上の法的義務に反したものとはいえない」としている。

すなわちこの判決は、処分に関与したそれぞれの公務員の職務行為を、そのプロセスに応じて複数の段階に分解した上で、結果として当該運転免許取消処分は違法であるが、決定に至るプロセスにおいては、関与したいずれの公務員についても職務上の義務違反はなかった、とするものである。換言すれば、《結果たる決定＝処分》は違法であっても、そこに至るまでのプロセスに関与した個々の公務員の行為には職務上の義務違反はなかった、という

わけであるが、このような構成は、確かに、司法作用や立法作用における（結果違法説を否定した）《職務行為基準説》を適用した判例の判断方法に近似するものであるといえよう。⁽²⁰⁾

もちろんこのような場合、取消訴訟において、処分は違法とされたわけであるから、国賠法一条の適用上も違法ではあるが、当該処分に関与した公務員には過失がない、という処理の仕方もありうるところである。⁽²¹⁾ただし、その場合の違法とは、さしあたり公務員の職務上の行為規範を前提としない違法ということになるであろう。

すなわち、このようにみてみると、国賠違法法において問題となる違法には、《公務員の職務上の行為規範違反に還元できる違法》と《還元できない違法》があることが明らかになるであろう。昭和六一年の在宅投票廃止違憲訴訟上告審判決において示された国賠違法法の定義が一般論として妥当するか否かにかかわらず、国家賠償法一条を代位責任説に立って理解する以上、《公務員の職務上の行為規範》との関わりについては、理論的にも留意すべきであるとおもわれる。⁽²²⁾

四 さらに、国賠法一条の違法において《義務違反的構成》を採るとしても、これを徹底させること、換言すれば「違法」判断をすべて《公務員の行為規範（法的義務）違反》に還元しつくすことはできない、というべきであろう。⁽²³⁾そして、右に述べたような《結果違法》は、行為不法・結果不法のいずれとも次元を異にする、その意味で国賠違法に特有のものである。また、《職務行為基準説》について《国賠違法Ⅱ取消違法＋職務上の注意義務違反》というわかりやすい図式によった場合、《取消違法》の部分は、公務員の職務上の行為規範を前提とした《行為不法》では説明できないということになる。⁽²⁵⁾

もつともいうまでもないことながら、右のような理論的な整理をしたとしても、行政処分を中心とする行政活動に関していえば、その根拠法規が明らかである場合、根拠規範違反の《結果違法》を国賠違法Ⅱ違法性の中心に据えなければならぬことには変わりがない。これは、国家賠償と損失補償を区別している現行国家補償制度の下に

においては、必然といふべきであるし、また、取消判決の既判力によって後訴たる国家賠償請求訴訟において蒸し返し防止の対象となるのも、この意味での《結果違法》であろう。⁽²⁸⁾ そうなると、国家賠償法一条の「違法」には、公務員の行為規範に還元できない《結果違法》と公務員が負っている何らかの職務上の義務違反という異質な「違法」が並存することになる。

(9) 塩野宏『行政法Ⅱ（第五版）』（平成二年）三一九頁以下。

(10) 神橋前掲論文（注（一））二四三頁。

(11) 藤田教授は、「真の問題」は、「同一時点における、同一行為の、法令によって定められた行為規範に対する同一内容の違反が、抗告訴訟においては違法と判断されるのに、国家賠償請求訴訟では違法と判断されない（あるいはその逆）、ということが（国家賠償は損害補填のための制度であるという理由に）認められ得るのか、というところにあると言わなければならないのである」とした上で、「これを認める理論的根拠を見出すことができない」とする（藤田宙靖『第四版行政法Ⅰ（総論）【改訂版】』（平成一七年）四九九頁）。

(12) 神橋前掲論文（注（二））七四頁以下。

(13) 本稿筆者は、前稿において、次のような疑問を述べた。本稿は、この疑問を受けて、若干の考察を展開しようとするものである。

「ただし、この点（公権力発動要件欠如説は、公務員の法令遵守義務を媒介にして、職務行為基準説に吸収されるか）についての理論的説明については、最終的結論を留保しておきたい。というのも、『公権力発動要件欠如説』として考えられてきたのは、上述のようなことではなく、『公権力発動要件』規範（本稿では、これを『権限規範』と位置づけた）に違反した行為は、およそ法的正当性を有さず、それは国賠法一条の適用上も『違法』と評価されるのだということではなかったか、という理解もありうるからである。現に『職務行為基準説』の問題点として、裁判実務においてこの考え方が採られた場合、公権力発動要件に欠如があるという意味での『違法性』は、判決文の表面には直接出てこなくなる可能性が高く、国家賠償制度の法治国原理担保機能を発揮させるためには、『公権力発動要件欠如説』のほうが適切である、という指摘がされているが、かかる指摘も、このような『違法』観と調和的と考えられる。ただし、かかる『違法』観は、むしろ立法行為や司法手続上の行為などについて論じられる『結果違法』的な見方を行政活動についても適用したともいえるのではないか。ただ、もしそうだとすると、そういう理解での『公権力発動要件欠如説』を『行為不法説』の範疇で捉えてよいか、という更なる疑問が生ずる。」（神橋前掲論文（注（一））二四六頁）。

(14) とりわけ公務員法上の法令遵守義務に違反するとすると、懲戒処分要件（国家公務員法八二条一項二号、地方公務員法二九条一項二号）に該当することになるが、そのように解するのは、一般的に過ぎて、やはり妥当ではなかった。従って、神橋前掲論文（注（二））八一頁・注

- (19) で示した見解も同様に、妥当でなかったということになる。
- (15) 公務員の法令解釈の誤りをめぐる過失については、平成一六年最判のほか、最(一小)判昭和四六年六月二四日民集二五卷四号五六七頁などがある。これらの判例については神橋前掲論文(注(2))九七頁以下参照。なお、公務員が通達に従って処分を行ったものの、通達に示された法解釈が誤りであるとして、当該処分が違法とされた場合、当該公務員には、職務命令としての通達に従う義務があったことと、過失ないし職務上の注意義務違反との関係が問題となりうるが、その点については注(53)参照。
- (16) 法律に基づいて行われる行政処分は、上位規範たる法律によって処分庁に一定の枠内でその定立が授權された下位規範といえることができるが、処分庁(とその補助機関)たる公務員は、一般に許容された解釈方法に従って、法律を解釈することによって授權の枠を確定し、下位規範たる処分を行うことになる。本文で述べたように、このような法律の解釈について、一定の過失ないし職務上の注意義務違反を論ずることはできるが、上位規範の下位規範に加える内容的制限は、下位規範の効力要件ではないので、上位規範に反する下位規範を除去すべき再審査手続が存在する場合には、「この内容的制限は下位規範の効力に解除条件を附するものであり、かかる手続の存在しない場合には単なる訓示規定にすぎない」とされる。いわゆる「裏からの授權」と呼ばれる議論である(長尾龍一「法理論における真理と価値」(昭和四一年)『ケルゼン研究 I』(平成一二年 二二頁以下))。この議論は、上位規範に違反する下位規範の効力の問題、すなわち下位規範による上位規範の「篡奪」(Usurpation)の問題であって、本文で述べたような、《およそ公務員は、違法な行政処分を行ってはならない》という行為規範の問題と同じ次元の議論ではないけれども、本稿で取り扱っている行為規範の問題にも思考のヒントを与えるものである。
- (17) 神橋前掲論文(注(1))一四六頁。
- (18) 「行為不法論」に立つ四宮教授は、「結果不法論」の理論的問題点として、「結果不法論によれば、ある行為が違法か否かは結果如何にかかりることになるが、それでは、行為が事後的に違法と判断されることになって、法律不遡及の原則に反することになる」とする(四宮和夫『不法行為』(昭和六〇年)二七九頁)。「結果不法論」と「結果違法論」は、次元の異なる議論であるが(第二節四参照)、《ある行為が違法か否かが結果如何にかかるとして行為規範を語ることはできないという点で、共通するものがある。
- (19) 芝池義一『行政救済法講義(第三版)』(平成一八年)二四五頁。
- (20) 宇賀教授は、「この判決は、行政処分につき明確に違法性相対説をとったのみならず、行政処分の国賠法上の違法判断に関して職務行為基準説を採用した点でも注目し値する」とした上で、「この判決は、行政処分の国賠法上の違法判断基準として職務行為基準説を採用する理由をなんら説明していない。この点は、右判決が依拠したおもわれる在宅投票最判の一般論の部分においても同様であり、ア・プリオリに職務行為基準説が持ち出されている」とする(宇賀克也「国家賠償の課題——違法性論を中心として」ジュリスト一〇〇〇号(平成四年)六六頁、さらに同判決につき、宇賀克也『国家補償法』(平成九年)五五頁以下、宇賀前掲書(注(4))三九六頁、四〇五頁、四〇六頁参照)。
- (21) 宇賀前掲書(注(4))四〇六頁。
- (22) 宇賀教授は、平成四年の論稿において、「被侵害法益に着目した結果不法説ではなく、行為不法説がとられるべき」であるととした上で、「行

為不法説の中で、結果違法説と職務行為基準説のいずれが選択されるべきであろうか」（傍点本稿筆者——以下、同じ）として次のように述べる。

「この場合の結果違法説は、取消訴訟上の違法と国賠法上の違法を同様に解するものであるから、違法性同一説につながり、後者は違法性相對説につながる。また、前者は違法性と過失の二元的審査をすることになるのに対して、後者は、一般的に言うて違法性二元的審査になると思われる。理論的にいずれか一方しか絶対に成立しえないというものではないが、筆者個人は、前者の説のほうが妥当ではないかと考えている。」（宇賀前掲論文（注（20））六七頁、なおその理由については、宇賀前掲書（注（4））四〇四頁以下も参照。）

右論稿においては、《結果違法説》違法性同一説、《結果違法説vs職務行為基準説》という図式が採られており、本稿もこれと同じ立場である。しかしながら、《結果違法説》は、本文において述べたように、公務員の行為規範違反に還元できない違法であるので、《行為不法》とは捉えない点が異なる。なお、宇賀教授は、その後の論稿において、《公権力発動要件欠如説》は、「一般に行政処分についての結果違法説とよばれるものに対応する」とし（宇賀前掲書（注（20））六一頁）、《行為不法説》の下に《公権力発動要件欠如説》と《職務行為基準説》「違法性相對説」の二つの説があると整理しているのは、周知のところである（宇賀前掲書（注（4））三九〇頁以下）。この点に関連して、《結果違法説》と《公権力発動要件欠如説》の用語法については、注（31）を参照されたい。

(23) ちなみに、昭和六〇年の在宅投票廃止違憲訴訟上告審判決において示された職務行為基準説（義務違反構成）は、ドイツの職務責任（Amtshaftung）の考え方に近似しているといえるが、ドイツにおいても、官吏が第三者に対して負担する「職務責任」とは具体的に何かが問題となる。オッセンビュール教授は、「職務責任」を類型化し、①適法な行為を行う職務義務、②権限及び手続に従った行為を行う職務義務、③瑕疵なき裁量行使を行う職務義務、④職務遂行に無関係な第三者に配慮する職務義務、④正しい情報提供、指導、勧告、警告を行う職務義務、⑤迅速な決定を行う職務義務、⑥一貫した行為を行う職務義務、⑦最上級裁判所の判例を尊重する義務を挙げている（Fritz Ossenbühl, Staatsaufsichtsrecht, 5. Aufl. 1998, S.43ff.）。そしてその中の「適法な行為を行う職務義務」（Amtspflicht zur rechtmäßigen Handeln）であるが、これは、憲法原則である行政の法律適合性の原則（基本法二〇条三項）に基づくもので、「国家任務を遂行する際に、法律と法を尊重し遵守することを求めるもの」であり、それは同時に、「不法な行為を行わない義務」でもある（ドイツ職務責任法における「職務義務」については、稲葉馨「国会議員の立法行為と国家賠償——西ドイツ職務責任法上の「第三者に対する職務義務違反」にかかわる考察を中心として——」熊本法学五八号（昭和六三年）、六四号（平成二年）、六七号（平成三年）、六九号（同）参照）。また宮田教授は、右のような職務義務のカタログを国賠法一条の「職務を行うについて」に関する説明の中で、日本法に即して取り入れていく（宮田三郎「国家責任法」（平成一二年）六四頁以下）。

(24) 稲葉馨『行政法と市民』（平成一八年）一三二頁。

(25) このことは、もう少し大上段の議論をするならば、国賠法一条の責任が、公務員個人の不法行為責任为国が代位するという代位責任説の構成では説明し尽くせないことからである、ということもあながち不当ではないようにおもわれる。この点について、自己責任説を採る今村教授

は、国賠法二条の「違法」と「公務員の職務上の義務違反」との関係について次のように指摘していた。

「……権力作用における国の賠償責任を、その自己責任と解するならば、公務員個人の責任とは拘りがないのであるから、ここにいう『違法』とは、国の有する公権力が限界をこえて行使されることを意味し、行為者たる公務員の職務上の義務違反を指すことにはならない。但し、公権力は、現実には公務員によって行使されるもので、その際、公務員は、第三者に対し、その限界をこえてはならないという職務上の義務を負担するものであるから、権力作用の違法と、公務員の第三者に対する職務上の義務違反とは、結局、同一事実を異った側面からとらえるものに外ならないのである。」(今村成和「国家補償法」(昭和三年)一〇八頁以下——傍点、本稿筆者)

本文で述べたことに即しているならば、「公権力の行使がその(法的)限界をこえてはならない」ことに注意しなければならないという注意義務はあるとおもわれるが、「結果として」公権力の行使がその(法的)限界をこえてはならない職務上の義務ということを想定することはできないのではないかと。むしろ、自己責任説の立場に立つならば、代位責任説の(理論的)限界(藤田前掲書(注〔II〕)四六八頁以下及び四八八頁・注(3)参照)として説明すべきものであったのではないかと、とおもわれる(なお解釈論上、代位責任説と自己責任説とで結論が異なるかについては、阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』(平成二年)四五〇頁以下参照)。

(26) ここで、『処分の根拠法規』の意味内容について、注釈を加えておく。例えば、国賠違法と取消違法の異質性を主張する遠藤教授は、国家賠償法においては、いわゆる直接打撃型の事例において、処分要件が定められている場合に、「処分要件等には反しないものの、法益尊重、比例原則、信義則等々の条理法ないし不文の法に反するがゆえに違法とされることが普通であり、処分の法的効力を論ずる場合とは次元を異にしている」といわれることがある。その実質的根拠としては、損害の重大性や被害者救済に由来する「行為規範」であることが多いとする(遠藤前掲書(注〔6〕)七〇頁)。しかしながら、行政処分が問題となる場合、右に述べような根拠法規が定める処分要件のほかに、とりわけ裁量審査の場面においては、比例原則が問題となることはもちろん、法益尊重や信義則が実質的に問われることもありうる。従って、ここでいう『処分の根拠法規』——さらには、公権力発動要件欠如説にいう『公権力発動要件』も同様であろうが——には、このような比例原則などの不文法、さらには憲法原理が含まれる、その意味で広い意味での『根拠規範』であることは、当然の前提である。

(27) 遠藤前掲書(注〔6〕)一六五頁、宇賀前掲論文(注〔20〕)六六頁。

(28) 取消訴訟における判決の既判力の問題については、改めて検討したいと考えるが、取消訴訟の訴訟物である『処分の違法一般』との関係で問題となる『抽象的違法』(具体的違法)と『結果違法』概念との関係については、注〔31〕参照。

第二節 職務行為基準説における「違法」の捉え方

一 以上、国賠違法について『行為不法』『結果不法』『結果違法』という三つの違法概念を前提に考察してきた

が、そもそもこの三者はどのような関係に立つのであろうか。とりわけ、《結果違法》という類型を第三の類型として立てるとすれば、それはどのように定式化すべきか。この点については、今まで縷々論じられてきたところであるが、本稿では、一般の理解と異なり、《結果違法》は《行為不法》ではないという理解に立っているので、議論の混乱を避けるために、ここで改めて確認しておくことにしよう。

（29）
 いうまでもなく、国賠違法についていわれる《行為不法説》と《結果不法説》は、民法の不法行為法における理念型を転用したものである。すなわち、《行為不法説》が、「侵害行為の態様の観点から違法性を認定する」立場、あるいは「法規に違反する行為は違法であるとする考え方」であるのに対して、《結果不法説》は、「被侵害法益の観点から違法性を認定する」立場、あるいは「法の許さない結果を発生させた行為は違法であるとする考え方」をいうとされる。^{（30）}

二 まず、《行為不法説》においては、違法判断に際しては何らかの《行為規範》が前提とされることになるが、第一節においてみてきたように、国賠違法には——違法と過失の区分の問題はあるもの——《公務員の職務上の行為規範違反に還元される違法》と《公務員の職務上の行為規範違反に還元されない違法》^{（31）}《結果違法》とがある。いずれの要素も、行為不法説の下、《行為不法》の範疇で説明されてきたものであるが、前者の「違法」は、公務員が負っている職務上の行為規範に照らした評価という意味で、真正の意味での《行為不法》と呼びうるものであるのに対して、後者の「違法」は——典型的には行政処分に関する《取消違法》におけるごとく——行政機関（行政庁）の行為に対する根拠法令（権限規範）に照らした評価であり、公務員の職務上の行為規範に照らした評価ではない。

そのように考えると、《結果違法説 vs 職務行為基準説》は、違法判断の観点の違いとして成り立つ図式ではあるが、《行為不法説》内部の対立図式としては捉えられないということになる。行政作用については、《行為不法説》

内部の観点の違いとして、《結果違法説 vs 職務行為基準説》という形ではなく、一般的には《公権力発動要件欠缺説 vs 職務行為基準説》という図式で考え方の整理がなされているが、(ここでは、行政作用についての国賠違法については、《結果違法説》が《公権力発動要件欠缺説》と同義のものとして捉えられるという)用語の問題はあるにせよ、⁽³¹⁾《結果違法》は《公務員の行為規範違反に還元できない違法》であるから《行為不法》ではない。

改めて確認的というと、このように《結果違法》を《行為不法》として位置づけず、それとは別に観念するのは、《行為不法説》はそもそも、民法の不法行為法における学説ないし理念型であって、これを転用して国賠違法の分析においても用いるのは、代位責任説の下、国によって代位される(公務員の)不法行為責任の成立要件との関係で、違法性を分析するためだからである。そのような分析の本来の目的に照らして合目的と考えるから、《結果違法》を《公務員の職務上の義務違反 || 行為規範違反に還元できない違法》として捉え、《行為不法》としては位置づけないのである。

三 次に、《結果不法説》であるが、《行為不法説》が国賠違法に馴染みやすいのに対して、《結果不法説》については、《結果不法》なる概念を国賠違法一般の説明のための道具とみるか、あるいは何らかの解釈論的結論を導き出すための媒介とみるかによって、意味合いが違ってくるようである。

おそらく、国賠違法一般の説明の道具として《結果不法説》を採ることにについては、違和感が強いであろう。すなわち、国賠違法一般について《結果不法説》で説明するとすると、まず原則として《法益侵害 || 違法》とみて、あとは違法性阻却事由の有無を問うという図式で説明することになる。そうすると、行政活動の中でも、要件・効果が法律で明示的に規定された行政処分の場合などは、そのような根拠法令に照らして適法であることが、違法性阻却事由に位置づけられるわけで、かかる説明は、行政法の常識的な思考には合わないということになる。この点は、既に指摘されている通りである。⁽³²⁾

これに対して、パトカーの追跡事例のごとく、具体的な権限行使に関わる（行為）規範が（とりわけ要件・効果のような形で）必ずしも明示的に規定されていない場合、例えば、パトカーが逃走車両を追跡したところ、逃走車両が第三者の車両と衝突して、第三者に死傷者が生じた、といった場合、生じた法益侵害＝違法と考え、それを受けて違法性阻却事由を論ずるという論証の仕方がありうる。これを《結果不法説》というのであれば、それは、解釈論上の意義をもつということになるであろう。⁽³³⁾

さらに、何らかの行為規範に基づく違法判断を中心に、結果たる法益侵害も考慮にいれつつ国賠違法を論じる考⁽³⁴⁾え方もありうるが、これは一般には《相関関係説》として論じられているところでもある。この場合、法益侵害は《行為不法》の中に取り込まれることになる。一般に、国賠違法については、《行為不法説》が通説であるとされるが、そこで何らかの行為規範に対する違反に加えて「結果」たる法益侵害をどのように組み込むかは、大いに問題となるところである。すなわち、《行為不法》といつても《その時点での当該状況の下であれば、当該公務員にはこのような行為が要求されたであろう》という、いわば行政活動統制型の《行為不法》もあれば、当時の公務員に対して現実に何が要求されていたかということについて必ずしもとらわれず、結果たる法益侵害をも考慮した《行為不法》もありうるであろう。⁽³⁵⁾

四 これに対して、《結果違法》とは何か。既に述べたように、《結果違法説》は、もともと刑事裁判（司法作用）において無罪判決が確定された場合、それに至るまでの逮捕、起訴、有罪判決も国賠法一条の適用上違法となる、あるいは立法作用において、議会が制定した法律が違憲とされた場合（立法行為）、あるいは制定した法律が違憲であるにもかかわらずそのまま放置したとされる場合（立法不作為）、それに至る立法行為ないし立法不作為も、国賠法一条の適用上違法となる、という形で出てきたものである。

そしてこれに加えて、行政作用（行政処分）を念頭におきつつ、（それぞれの作用・手続の細かい差異は捨象して）

一般的な形で《結果違法》を概念構成するならば、次のようになるであろう。すなわち、ある一定の手続なりプロセスを踏んで行われる決定については、《当該手続ないし決定プロセスのあり方》と《その所産》「結果」としての決定内容》とでは、さしあたり別々の評価が可能である。《職務行為基準説》が採られる場合は、《決定プロセスに關与する公務員の行為に対する評価》と、《決定プロセスの所産》結果に對する評価》を分けるところに特徴がある。従って、このような《職務行為基準説 vs 結果違法説》という図式は行政作用についても適用されうるが、それは行政処分など一定の行政機関の決定が行われるものに、さしあたり限られることになろう。(このような行政機関の決定としては、行政処分のほかに、法規命令や訓令・通達等の行政規則の制定、⁽³⁶⁾場合によっては行政指導についても、可能性としてはありうるであろう。⁽³⁷⁾問題は、当該決定行為が、違法判断の対象となる加害行為として捉えられるか否かである。)つまり、《結果違法説》について問われる「結果」は、一定の決定プロセスの存在を前提に、プロセスの所産たる決定の内容を「結果」とみるわけである。そして、その決定の内容が、法の許すところであるかどうかについて評価するのが、《結果違法》である。ただし、かかる意味での《結果違法》は、行政処分について《職務行為基準説》が採られる場合においても問題となるが、《結果違法説》のごとく、《結果違法》「国賠違法」という形をとるのではなく、違法判断の一要素になるにとどまる。(もつともこれに対し、司法作用や立法作用において《職務行為基準説》が採られるときは、結果たる決定の違法と決定プロセスの違法は通常、切り離されるので、その場合、《結果違法》は、違法判断における考慮要素とはならない。)

従って、同じ「結果」といっても、そのような一定のプロセスを経た決定という構造にはない事実行為、例えば前出のパトカー追跡事例などにおいて問題となる「結果」は、加害行為(パトカーの追跡行為)を原因として、一定の因果関係を媒介にして生じた結果(法益侵害)であり、かかる結果(法益侵害)が、法の許すところであるか否かが問題となるわけであるが、そういった《結果不法》と右に述べた《結果違法》とは概念的に区別されること

になるのである。⁽³⁸⁾

五 このように、行政作用についても、行政処分のように、一定のプロセスを経た決定行為については、《結果違法》というものを観念できる。そして、行政処分の場合には、違法な行政処分が行われたときは、それは国家賠償法上も当然に違法であるとされてきたわけであり、《結果違法》がむしろ当然のこととして考えられてきたわけである。そして、《結果違法説》に立ってみるならば、違法な処分は一個の加害行為として、それ自身が違法判断の対象となる。

ただし、行政作用に関する国賠違法一般を、このような《結果違法》と公務員の《職務上の行為規範》違反のいずれかに収斂して論じることができないことも明らかである。すなわち、《結果違法》が、公務員の職務上の行為規範違反に還元できない以上、《職務上の行為規範》違反をもつて一元的に説明することには無理がある反面、他方で、《結果違法》のみで国賠違法を説明することにも無理がある。というのも、国家賠償法一条の適用範囲は広いので、法令上要件・効果が明文で定められていない事実行為（特に、《決定プロセスとそれを経た決定》）によらない事実行為）などについては——これを「公権力発動要件」規範と呼ぶか「職務行為」規範と呼ぶかはともかく——公務員が負っている何らかの行為規範違反抜きに説明できないことは明らかだからである。⁽³⁹⁾

それでは、なぜ行政処分については《違法性同一説Ⅱ結果違法説》が一般に支持されてきたのかであるが、これはいうまでもなく、違法な行政処分については国民の権利救済は図られるべきであり、国家賠償請求訴訟は、抗告訴訟と並ぶ、あるいは抗告訴訟を補う権利救済制度であることに鑑みれば、違法な処分が行われた以上、「違法な処分」自体が一つの加害行為⁽⁴⁰⁾であって、あと故意・過失の問題はあるにせよ、「違法」要件の下で、処分に至るまでの決定プロセスについて個別の「公務員」の行為に分解して一つ一つ評価するという思考は、通常取られてこなかったことが挙げられよう。このことは、当初からある種自明のこととされてきたわけであり、例えば、行政作用

についての国賠違法を類型化し、典型的な行政処分の場合は、抗告訴訟制度の存在を前提に、国賠違法は《結果違法》として捉え、その他の《公務員の職務上の法的義務Ⅱ行為義務違反》については、過失で論じるという適切かつ捉え方も可能ではあつたはずである。ところが、そこに決定の内容そのものに対する評価と、その当該決定プロセスに関与する公務員の《職務上の法的義務》の問題を区別して違法性を判断するという手法を持ち込んだのが、行政作用における《職務行為基準説》であるということができよう。確かに、昭和五三年の芦別国賠事件上告審判決で示された《職務行為基準説》を、その後の平成五年の更正処分国賠事件上告審判決で示された《職務行為基準説》と連続して理解するか否かはともかく、昭和六〇年の在宅投票廃止違憲訴訟上告審判決とともに、三者とも、《結果違法説》を否定している意味において、理論的、内容的に共通点を有する。

しかしながら、そのような《決定プロセスとそれを経た決定》によらないその他の事実行為（パトカーの追跡など）については、ストリートに当該公務員の職務上の義務違反が問われることになる。それを当該行政機関についての行為（権限）規範とみれば、「公権力発動要件」であるということになるであろうし、それを公務員の行為規範としてみれば「職務行為」規範ということになるであろう。

繰り返しいうならば、違法な処分を行ったという「結果」そのものと、違法な処分を行うという「結果」を回避するようにすることは異なる。前者は、《結果違法》の問題であるが、後者は、いわば《結果違法回避義務》とも呼ぶべきものであり、この点は、過失の中で論じられるか、違法の中で職務上の注意義務として取り扱われることになる。この点については、第一節において論じたところである。

もっともそうだとすると、このような《結果違法回避義務》も違法の問題として論じられることになる、違法と過失の概念的区別は曖昧なものとなり、そこでは、違法の中で諸々の帰責事由が総合的に判断されることになるから、「違法」といっても、それは《国家賠償を認めるに値する違法だ》という程度の意味になる。その点について

は次の六で触れることになるが、民法の不法行為法の「違法性」概念に近似するものとなる。

六 このように《職務行為基準説》を採った場合、《取消違法》ないし《結果違法》は、国賠違法においては、判断の一要素ということになる。《国賠違法＝取消違法＋職務上の注意義務違反》という図式からしてもそのように考えられるが、ここでは、決定そのものが違法であったとしても、それに至るまでのプロセスに参与した公務員の行為は、ある程度分解、「分節化」⁽⁴²⁾して評価されることになる。

従って、前掲の平成元年東京地判のごとく、処分としては違法であるとしても、それに至るまでのプロセスに参与した公務員に《職務上の法的義務》の違反がないとすれば、国賠違法は否定されることになる。違法な処分が結果として行われれば、処分に至るまでのプロセスのどこかに問題があり、少なくともいずれかの公務員に《職務上の法的義務》違反があるはずである、というある種の推定が働くべきであって、分節化されたどの段階においても、義務違反は存在せず、国賠法一条の適用上違法ではない、と軽々に判断することは確かに問題であろう。例えば、平成元年東京地判の場合、処分庁は、公安委員会であるから、公務員としての公安委員（そしてその合議体としての公安委員会）に加えて、処分の前段階において関与した指定医の職務上の義務違反も問題となっている。しかし、この判決では、結果として違法な処分が行われたことと切り離して、《公務員が具体的状況の下において職務上尽くすべき法的義務》を尽くしたか否かを専ら論じ、いわば内部の機関（この場合は、公安委員会と指定医）において責任を分割して判断し、結果として、国賠責任を否定したわけである。このような複数の公務員が関与した行政決定（行政処分のみならず、法規命令等の行政立法法の制定改廃なども含む）に関する問題は、従来、一種の組織過失の問題として問われてきたところである（この点については、次の第三節で論じる）。おそらく、平成元年東京地判の判断に特徴があるとすれば、このように、処分に至るまでのプロセスを組織過失の観点から捉えられるべきところ、《職務行為基準説》を媒介にして個人過失のレベルに近い形に分解・解体した点にあるというべきであろう。

すなわち、処分に至るまでのプロセスをいかに分節化し、そのそれぞれにどのような職務上の法的義務を課すかによつては、(職務行為基準説に立つ判例のことばを借りていえば) 漫然と違法な処分に至らしめたことを、法的に追認する結果になりかねないおそれをはらんでいる。⁽⁴³⁾

七 このように《職務行為基準説》をめぐることは、行政決定に至るまでのプロセスを分節化して、個々の公務員の行動についてそれぞれの公務員が負う職務上の法的義務Ⅱ行為規範に照らして、違法判断を行うところの一つの特徴があるといえる。前述のように、少なくとも行政処分については、国賠違法を《公務員の職務上の法的義務Ⅱ行為規範違反》とは切り離して《結果違法》に限るという形で、類型的に扱う考え方もありえたところであるが、国賠違法は一般的に《公務員の職務上の法的義務Ⅱ行為規範違反》であるという考え方を行政処分についても及ぼすという選択が裁判実務(判例)においてなされた以上、かかる選択を前提にして、処分の根拠法規自体が、処分に至るまでのプロセスにおいて「重層的職務行為規範の仕組み」を採っていると解される場合、処分そのものの違法とは別途、かかる職務行為規範に照らして、国賠違法を判断することはありうる。すなわち、その限りにおいて「取消違法と国賠違法の不一致」は生じうるわけで、近時、小早川教授が、この点を指摘している。

すなわち教授は、平成五年の更正処分国賠事件上告審判決について、結論自体の妥当性については留保しつつも、問題となった所得税の申告に対する増額更正処分においては、「法定の課税要件が満たされるときはそれに応じた課税がされてよく、課税要件が満たされなるときはその課税はされてはならない」という規範(規範P)、「所得qがないときは公務員は更正xをしてはならない」(規範Q)、「公務員は、一定の要件rが満たされるときは、一定の所得qの存否をそれ自体として直接に認定できなくても、所得qが存在するものとして更正xをしてよい」(規範R)という三つの「職務行為規範」が想定される、とする。その上で、規範Pは租税法主義ないし法治主義(法律による行政の原理)それ自体に根拠を有するものであって、課税に関する現行制度の一連の局面のすべて

を通じて「一般に公務員が従うべき規範」として妥当しているとし、制度の仕組みとしては、税務署長、国税審判官、さらには裁判官など「それぞれの公務員が実際に行う職務行為についての職務行為規範に若干の差異を持たせることにより……全体として不適正な課税を抑止しつつ適正な課税を確保するという考え方は、ありうるところである」と指摘している。最終的に規範Pに違反するか否かは、(基本的には抗告訴訟において判断される)《結果違法》の問題ということになるが、そこに至るまでの「いわば所得税の課税に関する決定の過程を分節化」し、それぞれの段階に関与する公務員の法的義務を、国賠違法の中で論ずる、ということになるわけである。⁽⁴⁴⁾ ここで示された考え方を《職務行為基準説》と呼ぶことを拒んではないし、⁽⁴⁵⁾ まさにここでは《職務行為基準説》に基づく判断のありうべき一つのモデルを示しているといえよう。

いずれにしても、《行政決定とそこに至るまでのプロセス》が問題となる国家賠償請求訴訟において、決定プロセスを分節化してそのそれぞれにおいて公務員の職務行為基準(行為規範)を想定し、それを前提に国賠違法を論じることはありうるが、その場合には、右のような決定プロセスにかかわる法的仕組みを踏まえて、説得的に論じられなければならない。その意味で、《結果違法》のもつ意味を相対化して、決定プロセスについて恣意的な分節化や決定段階相互間での責任のキャッチボールがなされるとすれば、それが望ましくないことはいうまでもないことである。

八 このようにみえてくると、少なくとも《職務行為基準説》に立った場合の国賠違法、すなわち国家賠償法一条という「違法」は、《国家賠償に値する非難可能性》といった漠然とした概念として捉えられる可能性がある。そしてそこでは、「違法」と「過失」の区別をどのように捉えるべきか、という問題がある。この点については、次の第三節で多少検討するが、国賠違法を当該公務員の職務上の義務(行為規範)違反を前提に捉えるとする、⁽⁴⁶⁾ 「過失」もまた、何らかの職務上の注意義務違反であるとするならば、「違法」も「過失」もともに、《職務上の義

「務違反」として、その両者の区別が解消ないし相対化されてしまうのではないか、という問題が生じることになる。例えば、右に取り上げた平成五年の更正処分国賠事件上告審判決のような場合、「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」というのは違法性の加重要件として位置づけるのではなく、端的に「過失」の中で論じる、すなわち国賠違法を認めたいうえで、別に過失の有無を論じるべきであるという見方がある。要するに、「違法」と「過失」をどのように線引きするべきか、という問題である。

この点について、明瞭な線引きを提示することは困難であるが、取消違法（結果違法）は、今まで述べてきたように、国賠違法の中では、公務員の行為規範違反に還元できない、という意味において異質なものである。しかしながら、取消違法＝結果違法だけを「違法」で捉え、それ以外の要素をすべて「公務員の職務上の注意義務違反」として「過失」の問題として位置づけるのは、「過失」の要件ないし概念としては広すぎる感がある。例えば、そのように捉えると、パトカー追跡事例のような場合、追跡行為の必要性・相当性のような問題も過失の問題ということになるが、「過失」の捉え方としてはやはり広いとおもわれる。

そうすると、公務員の職務上の義務違反を「違法」と「過失」に分ける何らかの線引きが必要だということになるが、一つの考え方として、ある程度一般化しうる《行為規範》というものが一般的に想定され、かかる規範に照らして判断されるものを「違法」とし、そうではない個別的・具体的な事案における当該公務員の注意義務違反を「過失」と位置づけることが考えられよう。行為規範ないし注意義務に一般的なものと個別的なものを想定し、それに応じて、違法と過失を分けるわけである。場合によっては、個別的な注意義務が判例等の集積によって一般的な行為規範になることもあるであろう。⁽⁴⁶⁾

もっとも、《職務行為基準説》を採ると、場合によっては、《結果違法》のみならず、本来、過失の中でも論じら

れる《職務上の注意義務違反》のかなりの部分（場合によってはすべて）が、違法要件の中で論じられることもありえよう。もし、そのように違法性の中で多様な要素が判断にあたつて盛り込まれるとするならば、国賠違法も、民法の不法行為について論じられるのと同様、「実質的には、全体的評価の結論として当該行為が不法行為を構成するか否か——例えば、『不法行為性』とでもいうべきもの——を示すもの」⁽⁴⁷⁾に近くなるであろう。（職務行為基準説）によれば、《公務員が個別に国民に対して負担する職務上の法的義務》とされるから、いわゆる《第三者関連性》の問題があるが、その点についての論究は、本稿では省略する。）しかしながら、《公務員の職務上の行為規範（法的義務）に還元しうる違法》について、これを違法性と過失に分けて論じることが、右に述べたような理由から一定の意義があることであつて、これは、民法の不法行為において、故意・過失と並んであえて「権利侵害」を成立要件として立てる意義として「不法行為の成否の判断作用における一つの手掛かりとして、ないしは、そこでの思考の整理の便宜のために、この二つの側面の一応の区分けは、あつてもよいと思われる」とする指摘に倣うものでもある。⁽⁴⁸⁾⁽⁴⁹⁾

(29) 民法の不法行為理論において、この二つの説が何のために論じられているかについてここで多少確認しておく必要がある。不法行為理論について精緻な体系化を試みた四宮教授によれば、行為不法説（論）は、他人の「権利」を侵害する行為が違法とされるのは、「権利」侵害回避のための行為義務に違反する場合であつて、「行為の違法性を検討する段階において、加害者が一般的に妥当する行為義務に違反したか否かを問う」とされる。これに対して、結果不法説（論）は、「行為が違法なのは、原則として、『権利』侵害という結果の惹起またはその危険性による」とされ、「行為は、『権利』侵害という結果を生ぜしめたがゆえに、また結果発生への危険性ゆえに、法によっては是認されず、したがつてまた違法とされる」。そして、「権利」侵害は侵害行為の違法性の徴表であり、正当化事由の存在が証明された場合に始めてこの徴表でなくなるわけ、正当化事由が存しない場合は違法性が確定し、次に「有責性の検討」に入り、ここでは「違法な行為が加害者を責めることができるものであるか否かを、故意または過失によつて行為したか否か」という形で検討することになる。もっともこの両説の関係は、教授によれば、「理念型」として規定されたものであり、「それ自体としてはさほど実益のある議論ではない」が、不法行為責任の成否にかかわる基本的構成要件の具備・違法性判断・有責性判断という三者相互の関係、とりわけ違法性と有責性との関係を説明するために必要であるとされる（四宮和夫『不法行為』（昭和六三年）二七七頁以下）。すなわち、不法行為責任の判断枠組みに関する議論であつて、それ自体として、解釈論上大ま

な違いを導くものではない、ということであろう。確かに、戦後の不法行為法の代表的著作である加藤一郎『不法行為(増補版)』(昭和四九年)、幾代通「徳本伸一補訂『不法行為法』(平成五年)」などには、行為不法論、結果不法論への言及はみられない。なお、国賠違法を民法、刑法の違法論との比較で論じたものとして、村重慶一「国家賠償法における違法論」(昭和六三年)『国家賠償研究ノート』(平成八年)二四頁以下がある。

(30) 宇賀前掲書(注(4))三九〇頁以下、西笠章「国家補償法概説」(平成二〇年)四三頁。

(31) 宇賀教授によれば、《職務行為基準説 vs 結果違法説》の対立は、もともと逮捕・起訴等の刑事手続に関する違法についていわれてきたところであるが、そこでの《職務行為基準説》とは、《公権力発動要件欠如説》にほかならないとされる(宇賀前掲書(注(4))三九三頁以下)。ここでは、逮捕から公訴の提起そして判決に至るまでのプロセスが一体のものとして捉えられるのではなく、そのプロセス上の一つ一つの行為が独立した公権力の発動行為であり、逮捕は逮捕、公訴の提起は公訴の提起で、各行為それぞれについて要件に照らして違法が判断されるということが前提となっている。この観点から、刑事手続上の行為に関する《職務行為基準説》と行政作用における《職務行為基準説》の連続性を否定する(疑問視する)捉え方もある(注(41)参照)。

ここで用語の問題であるが、行政作用における《公権力発動要件欠如説》は、当初、《結果違法説》と称されていたものである(注(22)参照)。しかしながら、行政作用において「公権力発動要件」というのは、行政処分における処分要件の場合、行政機関の権限行使の要件(権限規範)を意味するものでもある。本稿においては、《結果不法》を《行為不法》と区別するという観点や、そこで問題とされるのは、《公権力発動要件が欠如したこと》ではなく、《結果》として当該処分等が違法であることである(言い換えると、個別の違法事由は何かという具体的な違法というよりも、当該処分等自体が違法であるという抽象的な違法が焦点となっている)という理由から、端的に当初用いられていた《結果違法》という用語を用いることにする。

これに関連して、処分取消訴訟における判決の後訴の国家賠償請求訴訟への既判力について検討した森田教授は、通説的な訴訟物論によれば、処分取消訴訟の訴訟物は、当該処分の違法一般、換言すると、当該処分が違法であることその自体ないし、当該処分が単に違法であることであるとし、これを処分の「抽象的違法」とし、処分の個々の違法事由である「具体的違法」と区別する。本稿の右の用語法は、この森田教授の用語法に示唆を受けるものであるが(森田寛二「処分取消訴訟の訴訟物と既判力論」法学五四巻一、二号(平成二年)、同「処分取消訴訟の訴訟物との同一性」成田頼明ほか編『行政法の諸問題・雄川一郎先生献呈論集・中巻』(平成二年)五一九頁以下)、教授は次のように述べる。

「いま、甲という『具体的』違法を基礎において処分取消訴訟が出され、これが確定した後で、『その処分の違法を理由とする国家賠償請求』訴訟が提起されたと仮定しよう。通説の見解から導かれるところにしたがえば、右取消判決の既判力は、当該処分の『抽象』的違法について生じ、甲という『具体的』違法については生じない。そして、当該国家賠償請求訴訟の被告は、当該処分には『抽象』的違法があるということに反する主張、言葉をかえていうと、当該処分が違法であることその自体に反する主張をすることはできない。」(法学五四巻一四八頁)。

- (32) 遠藤前掲書（注（6）一六四頁）。
- (33) 高木前掲論文（注（8）一四九頁以下参照）。
- (34) 芝池教授も、「結果不法の意味での違法性は、行為不法の意味での違法性に対して補充的なものとどまる」とし、被害結果の重大性から国賠違法が認められる場合、「取消訴訟においては、違法性判断は行為（行政処分）そのものについて行なわれるのが一般的考え方であるから、被害結果の重大性の考慮に基づいて認められる国賠違法は、取消違法よりも広いことになる。ただ、取消違法の認定においても被害結果の重大性の考慮が許されることもあるから、この点は国賠違法の広さを根拠づける決め手にはならない」とする（芝池前掲書（注（19）二四〇、二四三頁））。
- (35) 遠藤教授は、「国家賠償法における違法性は……行為規範性を内容とするものである」ことを強調し、「この行為規範性は、処分ないし法的行為の効力要件に関する違法とは性格を異にする」としつつ、「究極的には他人に損害を加えることが法の許容するところであるかどうかという見地からする行為規範性である」とする（遠藤前掲書（注（6）一六六頁）。確かにここでは「行為規範性」という言葉が用いられているが、ここにおいて行政活動統制的な観点での《行為不法》というよりも、一種の結果不法も考慮した違法評価であるようにもおもわれる。その意味で、遠藤教授の議論も、一種の「相関関係説」的な違法論であるといえよう（宇賀前掲論文（注（20）六三頁・注（23）武田前掲論文（注（8）四八七頁以下））。
- 近時の最高裁判例の中には、《行為不法説》的立場は堅持しつつも、右のような行政活動統制的な観点での《行為不法》を超えるものとおもわれるものがある。規制権限の不行使に関わる水俣病訴訟上告審判決（最（三小）判平成一六年一〇月一五日民集五八巻七号一八〇二頁）について、神橋前掲論文（注（1）二四二頁・注（9）参照）。
- (36) 第三節一で取り上げる最（一小）判平成一九年一月一日で問題となった、いわゆる「四〇二号通達」の発出のごとし。
- (37) 行政指導も、法的効果の有無にかかわらず、一つの行政決定であるとする、行政指導そのものの違法と、行政指導を行うまでのプロセスに関与した公務員の行為規範違反は分けて考えることも、望ましいかどうかはともかく、理論的には可能性がないではないであろう。
- (38) 宮田教授は、「結果不法説は行為がもたらした結果についての法的評価であり、行為と結果を一体と見るのに対し、結果違法説は行為そのもののについての評価といえよう」とする（宮田前掲書（注（23）七四頁））。
- (39) 次に本節八において述べるように、そのような法令上要件・効果が明文で定められていないような事実行為について、行為規範違反をすべて、過失の問題として論じることが、妥当ではないであろう。
- (40) もっとも、違法処分の効果そのものから損害が生じたことを理由に国家賠償請求訴訟を提起する場合は、本文のごとく、違法処分を一個の加害行為と捉えてそれに対して違法の判断を行うということになるが、《処分に至るまでのプロセス》といっても、そのプロセスの一コマをなす行為そのもの（例えば、正当な手続を踏まなかったことそのもの）が加害行為であるとされる場合には別論である。この場合は、処分自体は仮に適法であっても、その当該プロセス上の行為そのものが、国家賠償法上《加害行為》としてその違法性が問題となりうる（森田前掲論文

(注) (31) 法学五四卷二号九七頁。

(41) 宇賀前掲書(注(4)三九二頁以下。近時、稲葉教授も、当初の最(二小)判昭和五三年一〇月二〇日(芦別国賠事件上告審判決)における《職務行為基準説》を、「同判決は、無罪即違法という意味での『結果違法説』を斥け、『最高裁として初めて職務行為基準説をとることをあきらかにした』ものとして、『原義としての職務行為基準説』とし、「ところで昭和五三年検察国賠最判(芦別国賠事件上告審判決)は、その後、『取消違法と国賠違法は意味を異にする』という意味での『違法性相対説』ないし『違法性二元説』の立場に立つものとしてしばしば引照され、『職務行為基準説』が『違法性相対説』等と同義で用いられる……)と様相を呈することともなった」として、これを『違法性相対説』としての職務行為基準説」と称して区別する(稲葉馨「国家賠償法上の違法性について」法学七三卷六号(平成二二年)三八頁以下)。

(42) 小早川光郎「課税処分と国家賠償」稲葉馨・巨理格編「行政法の思考様式」藤田宙靖博士東北大学退職記念(平成二〇年)四三二頁で用いられている表現である。

(43) 本判決について問題なのは、職務上の法的義務違反が違法の中で論じられるか過失の中で論じられるかではなく、まさにこの点であろう。さらに、平成元年東京地判の場合は、別途取消訴訟において、当該処分(運転免許取消処分)の取消判決がなされていたために、結果違法たる当該処分自体の違法は問題とならなかったが、仮に、処分自体に対する抗告訴訟が提起されず、国家賠償請求訴訟のみが提起された場合、処分に至るまでのプロセスが分解され、個々の行為については公務員の職務上の法的義務違反はなかったとして、(処分そのものが適法であるか否かはともかく)といった判決がなされることも考えられないではない、といった危惧もありうるであろう(宇賀前掲論文(注(20)六五頁、同前掲書(注(20)五五頁は、東京高判昭和五四年九月二七日判例時報九三九号二六頁を例にとり、この点を指摘する)。

(44) 小早川前掲論文(注(42)四二五頁以下)。

(45) 小早川教授は、「本稿(小早川論文)が取った立場も、ことによっては、『職務行為基準説』であるかもしれない」とする(小早川前掲論文(注(42)四三六頁・注(16)16)。また、公権力発動要件欠如説との関係について、「取消訴訟において処分が違法性が認められるときは国家賠償法上の違法性も認められる——その意味で、『取消違法』と『国賠違法』の不一致は生じえない——との立場をとる学説のなかには、これらをすべて『公権力発動要件の欠如』として捉えるべきだとするものがある(宇賀……)。そのような言い方は、それ自体としては可能であろう。しかし、少なくとも、本稿で考えているように公務員の従うべき職務行為規範の複雑な構造が問題となる場合に、単に『公権力発動要件』という用語を用いることで、そこでの職務行為規範の構造の具体的な分析が不要になるものではない」とする(同・四三六頁・注(15))。

《公権力発動要件(規範)》と《職務行為規範》がどのように異なるかという問題であるが、本文において述べたように、行政機関の権限行使に関する規範を《公権力発動要件(規範)》とし、公務員の職務上の法的義務に関する規範を《職務行為規範》と考えることができるが、《公権力発動要件規範》が、取消違法の如く、その行為の効力否定の要件とされる場合(結果違法)はともかく、国家賠償請求訴訟が問題となる多くの場合(特に法的効果を伴わない事実行為の場合)は、機関を担当する公務員が、《公権力発動要件(規範)》を遵守することは、すなわち《職務行為規範》と考えることができるので、内容的には同じものと考えることができよう。例えば、《パトカーの追跡は、必要性・相当性の範囲

内で行うべし」という規範は、行為不法的な観点からみれば、比例原則の一表現とみることも可能であるが（稲葉馨・人見剛・村上裕章・前田雅子『行政法』（平成一九年）三九頁以下（稲葉））、これは、特定の警察官という機関に着目すれば、《公権力発動要件規範》とみることができるもの、その機関（職）にある公務員Aにとつては《職務行為規範》と捉えることができる。すなわち、このような場合、《公権力発動要件規範》は、《職務行為規範》に内容的に吸収されるといえ、この両者を特に区別して観念する必要はないようにおもわれる。宮田教授も、公権力発動要件欠如説と職務行為基準説は、「多くの場合一致するということができる」とする（宮田前掲書（注（23））七四頁）。

(46) ドイツにおける職務責任制度（基本法三四条、民法典八三九条）においても、「職務義務」（Amptliche）が類型化・カタログ化されて論じられている（注（23）参照）。「職務義務は、全ての想定しうる法源（憲法、法律、法規命令、自主立法（Satzung）、慣習法、法原則及び行政規則）から生じうるものであるが、通常、判例を通じて具体的な形をとって形成されるものである。」（Ossenbühl a.O. (Fn. (23)), S.42.）

(47) 幾代＝徳本前掲書（注（29））一三三頁。

(48) 幾代＝徳本前掲書（注（29））一四四頁。武田教授は、「民法の不法行為法の分野で過失が重視されてきたのは、予見可能性を前提として注意義務違反ないし結果回避義務違反を問題にするという規範的な判断枠組が判断基準としてきわめて優れているからであった」とし、「国家賠償の分野でも個別の状況を考慮に入れて予見可能性の有無を判断し、これを前提として通常の公務員を基準として客観化された注意義務違反ないし結果回避義務違反を問うという判断枠組は、損害賠償責任の判断基準としてきわめて有効に機能するのではないだろうか」と指摘する（武田前掲論文（注（8））四五七頁）。

(49) 本稿においては、規制権限の不行使についての国家賠償請求訴訟については、直接には扱わなかった。さしあたりこの点については、最高裁判例が、裁量取縮論を採らず、裁量権消極的濫用論を採っているのは、《ある機関が一定の行為をすべきであったか》という行政統制的なアプローチというよりもむしろ、《ある公務員が一定の行為をしなかったことは、法が許容するところであるか》という損害賠償法的なアプローチを採るものであるといえよう。すなわちそこでは、「違法」判断の下で、さまざまな行政側の免責的な事情（例えば、処分を行わなかったが、その代わりに行政指導を行った最低限の対処は行っていた、など）——最（二小）判平成元年一月二四日民集四三卷一〇号一六九頁（宅建業法事件））を考慮することになるわけであるが、そこには、本文で述べたような民法の不法行為法的な違法性観に近いものがあるといえよう（さらに第三節注（50）参照）。これらの点も含め、規制権限の不行使については、今後の課題としたい（野呂充「不作為に対する救済」公法研究七一号（平成二二年）一七四頁以下、及び「野呂充委員会報告に対する青井未帆会員のコメント」同二〇八頁以下、青井未帆「立法行為の国家賠償請求訴訟対象性・再論」信州大学法学論集一二号（平成二二年）一頁以下参照）。

第三節 職務行為基準説と過失

一 一般に指摘されているように、《職務行為基準説》を採った場合、従来は「過失」要件において扱われてきた職務上の注意義務違反が「違法」要件において扱われることになるが、とりわけ本稿における以上の考察から注目されるのは、「過失」においては組織過失の問題として論じられてきた問題が、《職務行為基準説》においては、行政決定に至るまでのプロセスの分節化の程度によっては、限りなく個人過失を論じるのに近づくことがありうるのではないか、という点である。⁽⁵⁰⁾この点は、既に第一節において取り上げた平成元年東京地判において顕著に見られる点である。もつともこの点は、仮に《結果違法》の考え方をとって、職務上の注意義務違反の問題を過失要件において論じたとしても、同じ問題は生じうるであろう。

従って、《職務行為基準説》を採ったからといって当然に、決定プロセスの分節化が詳細になり、特定の公務員個人の注意義務違反（実質的には「過失」と同じ）を問う方向になるとは限らない。また、実際の判例をみても、従来、《職務行為基準説》を採る判例は、《結果違法》を認めながらも、そのプロセスに関与する公務員の職務上の義務違反を否定するという形で、いわば「違法」判断を制限するものが多かったが、近時は、《結果違法》を認めたうえで、さらに違法要件の中で公務員の職務上の注意義務違反も認め、国賠請求を認容する判例も出ている。前稿においても取り上げた最（一小）判平成一九年一月一日民集六一卷八号二七三三頁（四〇二号通達事件上告審判決）がそれで、同判決は、《職務行為基準説》をとりながらも、通達の作成、発出及びそれに基づく取扱いの継続について「公務員の職務上の注意義務に違反する」ものとして、これを国家賠償法一条一項の適用上違法なものとしている。結論のみを引用すると、次のようになっている。

「以上によれば、四〇二号通達を作成、発出し、また、これに従った失権取扱いを継続した上告人の担当者の行為は、公務員の職務上の注意義務に違反するものとして、国家賠償法一条一項の適用上違法なものであり、当該担当者に過失があることも明らかであって、上告人には、上記行為によって原告らが被った損害を賠償すべき責任があるといふべきである。」

ここでは、通達を「作成、発出し、また、これに従った失権取扱いを継続した」国の担当者の行為、すなわち通達という一般的規範の定立（とその後の取扱い）が、加害行為として取り上げられ、それについて「違法」が判断されている（すなわち、個別の対応が問題となっていないわけではない）。正確にいうならば、通達そのものが違法であるという《結果違法》を前提として、《通達の発出に至るまでの行為》にかかわる公務員の職務上の義務違反と、《その後の通達改正（改善の検討も含む）の不作為》にかかわる公務員の職務上の義務違反に分けられることになる⁽⁵¹⁾とおもわれる。そして「当該担当者に過失があることも明らかであって」と「過失」にも言及しているが、「職務上通常尽くすべき注意義務」のほかに「過失」要件で別個論じることがありうるかは不明である。このような例は、他にもみられるところであるが、判決文においてよくみられる「特段の事情がない限り……」といった留保と同様、「職務上通常尽くすべき注意義務」に違反し、国家賠償法上違法であることについて念押し程度の意味かもしれない⁽⁵²⁾。いずれにしても、担当者が誰であったとか、具体的にどのような関与をしたかはことさらに問われてはいない。

二 しかし事例によっては、かなり詳細なところまで、担当公務員の特定が問題となる場合がないではない。

最近の判例を一つ挙げると、情報公開条例に基づいて、特定の食料費支出に係る公文書の開示を求めたところ、「交際的な懇談」にかかる食料費支出については、その相手方名称を開示することによって、当該相手方との円滑

な関係が損なわれるおそれがあるから条例の非開示理由（事務事業に関する情報で、開示することによって、関係当事者間の信頼関係が損なわれると認められるもの又は県の行政の公正もしくは円滑な運営に著しい支障が生ずることが明らかなもの）に該当するとの審査会答申を受けて、実施機関（知事）が一部非開示決定を行ったが、後に取消訴訟において、同決定は違法であるとして取消された事案について、国家賠償請求訴訟が提起されている。最（一小）判平成一八年四月二〇日裁判所時報一四一〇号八頁の事案がこれであるが、同判決は、まず一般論として「条例に基づく公文書の非開示決定に取消し得べき瑕疵があるとしても、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、公務員が職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と上記決定をしたと認め得るような事情がある場合に限り、上記評価を受けるものと解するのが相当である」として《職務行為基準説》を採る。その上で、「本件答申は、その当時においては相応の理由を有していたものというべきであるし、本件答申の趣旨に沿って、開示請求の対象となった文書のうち『交際のな懇談』に係る懇談の相手方に関する情報を非開示とし、本件各文書についても、その記載内容から『交際のな懇談』に係るものであるとした県財政課職員の判断も、必ずしも不合理なものとはいえないというべきであって、本件各決定に係る判断に関与した職員が職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と上記判断をしたと認め得るような事情があったとは認められない」としている。

ただ問題となったのは、本件対象公文書が一部非開示決定の後に、対象公文書に記載された相手方との行事は実際に先行われておらず、実態は、情報収集のため県職員が国の幹部職員とのゴルフを伴う懇談を実施するための費用捻出であって、本件対象公文書自体が虚偽文書であったことが判明した点をとどのように捉えるかという点であった。実際に本件対象公文書が公開されたのは、虚偽が判明し、さらにその後、一部非開示決定に対する取消判決が出た後であるが、この点について、法廷意見は、「一般的に、担当職員において請求に係る全文書の内容の真否

の調査をすることは義務付けられておらず、文書の記載内容に基づいて迅速に開示等の決定を行うことが予定されているもの」とし、「本件条例の規定等から、県財政課の職員が、請求に係る多数の文書の記載内容の真否の調査を行わずに上記判断をしたことが、職務上通常尽くすべき注意義務を怠ったものということはできない」とする。この事案では、虚偽とされた本件対象公文書は財政課の職員によって作成されたものであり、結果的に取消された一部非開示決定の判断を実際に行ったのも同じ財政課の職員であるが、文書作成時と非開示決定時とは職員の異動もありうるところである。法廷意見は、そもそも職員には対象公文書の真実に関する審査義務はない、として違法性を否定しているのであるが、これについては、泉徳治裁判官反対意見が注目される。泉裁判官反対意見は、最（二小）判昭和五七年四月一日民集三六卷四号五一九頁を引用しつつ、「行政処分は、知事等の独任機関たる行政庁の名義で行われる場合であっても、実際には、行政庁を支える行政組織体の組織的決定として行われるものであって、国家賠償法一条一項の『公務員』の故意又は過失の存否も、行政組織体を構成する公務員を全体的にとらえて、組織体として手落ち手抜きが存したかどうかという観点から検討すべきである。すなわち、当該行政処分を實際に担当した個別具体的な職員の故意過失のみを問題とするのではなく、行政庁を支える行政組織体の構成員たる公務員を全体的にとらえて故意過失が存するか否かを判断すべきである」とした上で、「国家賠償法一条一項の規定に基づく損害の賠償を請求する上において、上記『公務員』を具体的に特定する必要がないことは、いうまでもない」としている。すなわち、「公文書の管理から開示までの一連の行為に関与した公務員を全体的にとらえて、故意又は過失の有無を検討すべきである」というわけである。この泉裁判官反対意見には、横尾和子裁判官が同調しており、判決自体が際どい意見の差で出されたことが窺えるが、改めて、組織的決定と職務行為基準説の適用との関係の問題点を浮き彫りにするものである。

三 既に述べたことの繰り返しになるが、「職務上の注意義務違反」を違法の問題として扱うか、それとも過失

の問題として扱うかについて、裁判実務（判例）上、合理的線引きを見出すことは難しい。

例えば、「ある事項に関する法律解釈につき異なる見解が対立し、実務上の取扱いも分かれていて、そのいずれについても相当の根拠が認められる場合に、公務員がその一方の見解を正当と解しこれに立脚して公務を遂行したときは、後にその執行が違法と判断されたからといって、直ちに上記公務員に過失があったものとすることは相当ではない」というのは、上掲の判例を初めとした最高裁判例（最（一小）判平成一六年一月一五日民集五八卷一号二二六頁―第一節二）の探るところであるが、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》⁽³³⁾とすることも、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。

またこれに関連して、近時、最（三小）判平成二〇年二月一九日民集六二卷二号四四五頁は、メーブルソープの写真集が、関税定率法により輸入禁制品とされる「風俗を害すべき書籍、図画」等（二二条一項四号）に該当する旨の通知が違法とされた事案において、国家賠償請求については、同じ作者の同一写真を含む写真集につき、同要件に該当するとした最高裁判例があることに鑑み、同判例は、対象も処分時にも異なるので、本件通知の違法とは抵触しないとしつつも、「本件写真集が本件通知処分当時の社会通念に照らして『風俗を害すべき書籍、図画』等に該当すると判断したことに相応の理由がないとまではいい難く、本件通知処分をしたことが職務上通常尽くすべき注意義務を怠ったもの」ということはできないとして、国賠法一条一項の適用上、違法の評価を受けるものではない、としている。おそらく、右の違法判断においては、処分に至るまでの判断のプロセスはすべて、評価の対象となっておりとおもわれるので、過失で判断しうる事項（処分に至るまでのプロセスにかかわる諸事情）も概ね違法の

判断の中に取り込まれている、といつてよいであろう。⁽⁵⁴⁾

(50) この点については、高木教授が、既に平成二年の論稿において「職務義務違反論」について論じた際に指摘していたところである。教授は、「最高裁判所のとる職務行為基準説は、『行為不法論』的発想を示す側面と、『個人責任』的な発想を示す側面がある」とし、芦別国賠事件、パトカー追跡事件などの最高裁判決には「公務員の側からみて誠実に職務をしている限り、なるべく国家賠償法上違法という『否定的』評価をすべきではないというニュアンスがあらわれているように思われる」とする。その上で次のように指摘する。

「しかしながら、このような発想は、公務員の個人責任から出発し、それを国家・公共団体が代位するという『職務責任』の考え方からすれば自然なものであるが、個人責任が否定されている法制のもとでなお個人責任にこだわっているきらいがある。筆者は、多くの論者と同様に、国家賠償法は、むしろ組織体ないし全体としての行政の活動の結果被害が生じたこととらえ、どのような場合にそれを国・公共団体の負担とすべきかという観点から要件を構成すべきものであると考えている。確かに、違法という『否定的』評価をうける職務遂行に支障が生じるといふ危惧には理由がないわけではない。しかし、当該公務員個人に非があったかどうかを明らかにするのが国家賠償訴訟の目的ではないことを、原告・被告・裁判所が確認していればそのような弊害は生じないといふべきであろう。」（高木前掲論文（注（8））一五八頁以下）

(51) 神橋前掲論文（注（2））一〇八頁以下。

(52) ただし、職務行為基準説的な考え方をとりつつも、過失に実質的な意味をもたせている判例もある。抗告訴訟（執行停止）において違法とされた処分（集会施設使用許可取消処分）に対する国家賠償請求訴訟に関する東京地判平成二二年三月二四日判例時報二〇四六号九〇頁では、当該処分決定に至るまでのプロセスにおける判断過程について、それに関与した公務員の判断を「職務上の義務に違反するもの」として「違法」として論じ、その間の付随的、周辺の事情（処分に至るまでのさまざまな対応のあり方）については、「過失」の問題として実質判断を行っている。

(53) 下級行政機関の職にある公務員が、上級行政機関の発した通達や職務命令に従って処分などを行った場合、その通達等に示された法的見解が違法であった場合、当該処分は違法であるが、処分庁たる公務員には《職務上の法的義務違反》は認められない、ということになりかねない。その場合には、処分庁たる公務員の処分ではなく、第三節一で取り上げた四〇二号通達事件上告審判決（最（二小）判平成一九年一月一日）におけるように、《通達の作成・発出》（その後の取扱いの継続）を加害行為として論じるほかにないであろう。要するに加害行為が何か、そしてそれに対応して当該行為を行う権限は誰にあるかが、過失なり職務上の注意義務を論じる前提である（神橋前掲論文（注（9））一八三頁以下）。稲葉教授は、本稿筆者の右前稿の議論を紹介し、このような問題は、ドイツ職務責任論において論じられてきた《違法性（Rechtswidrigkeit）と職務義務違反（Amtspflichtverstoß）との不一致可能性》の問題であると指摘する（稲葉前掲論文（注（41））四二頁）。

(54) ちなみに同判決には、国賠法一条一項の適用上違法であるという判示に加えて、「当該担当者に過失があることも明らかであった」といっ

た、念押し的な表現はなされていない。

おわりに

一 以上、《職務行為基準説》に関して、雑駁ながら理論的な検討を行った。

本稿における本稿筆者の疑問の出発点は、以上の議論からも明瞭なように、極めて単純なものである。すなわち、国家賠償法一条一項の「違法」は、基本的に、公務員の職務上遵守すべき行為規範を基準として評価されなければならぬ。その意味では、《行為不法説》が支持されるべきであろう。また、違法判断の対象が「公務員」の行為だとするならば、(行政法学の通説に反して)むしろ《職務行為基準説》のほうが国賠違法の本質を表現しているようにおもわれる。しかしながら、《行為不法》といっても、従来《行為不法》の下に語られてきた違法には、性格が異なるものが含まれており、とりわけ《違法な行政処分を行った場合、それは国賠法上も違法となる》という、ある種自明のものとされてきた命題は、行為規範の違反で説明できるか。すなわち《結果として違法な行政活動を行ってはならない》という行為規範はありえないのではないか——このような疑問をどのように考えればよいか。そこでは、《行為不法・結果不法》の範疇とはまた異質の《結果違法》というものをどのように考えるべきか、という問題を立てなければならぬのではないか——本稿の出発点となった疑問を改めてまとめれば以上のようなものである。今までの国賠法一条をめぐる学説上の議論の蓄積を考えれば、本稿で論じたことの多くは既に論じられてきたことでもあり、本稿にささやかながら何らかの独自性があるとすれば、右のような疑問に発して、今まで行われてきた議論をもう一度なぞり直したということになるのかもしれない。

本稿における考察を通じて改めて感ずることは、国賠法一条責任にかかわる《代位責任的構成》は——今まで指

摘されてきたことではあるが——さまざまな点で元々《フィクション》を含んでおり、そのことがさまざまな解釈論上の問題を生じさせているのではないか、ということである。その一つが、本稿で論じたように、今まで国賠法一条の「違法」として論じられてきたものの中には、《公務員の行為規範違反に還元できるもの》と《還元できないもの》結果違法》が並存（混在？）しているのではないか、そしてそのような並存を前提に国賠違法を考えていくべきではないか、という点である。この二つの《違法》の関係をどのようにとらえるかであるが、違法性要件においてこの二つの並存を認める限り、《結果違法》が認められる場合には、国家賠償制度の法治主義維持機能や被害者救済機能を重視しつつ、《公務員の行為規範違反》とのバランスを考えながら解釈論を組み立てていくことになるのであろう。その場合、第三節で述べた《組織過失》をどのように考えるかという問題は、改めて検討する必要があるのかもしれない。⁵⁵⁾

二 本稿筆者は、国家賠償法一条の運用には、今以上の理論的客観化が必要であると考えている。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らう。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ないのであって、そうならなかったためには、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、結論が先にあって、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。その意味で、本稿及び前二稿における検討は、本稿筆者にとって、国家賠償法研究のひとつの手がかりをうる試みにとどまるものである。今回、改

めて問題の広がり、関連する文献の蓄積を感じた次第である。取り上げるべき判例・文献につき、考察のバランスを欠いた点もあるとおもわれるが、その点は今後の課題として、引き続き、個別の判例などの具体的なケースについての検討なども踏まえて、研究を深めていきたい。

本稿で展開した議論が、国家賠償法一条の違法性の議論に寄与するところがあるか否かは、定かではないが、以上のように、『行政法の新構想』に寄稿した論稿において疑問は疑問として残した点について、改めて考察を行ったということで、本稿を閉じることとし、併せて、本稿筆者の力量不足に由来する考察の至らざる点、また疑問がさらに疑問を生んだ点については、今後の検討を期するというところで、磯部先生のお許しを願いたいとおもう。

(55) 西塾教授は、「過失の客観化」として、「注意義務の高度化」「加害公務員の不特定」「組織過失」「違法性と過失の統合」の四点を挙げる

(西塾前掲書(注(30))八二頁以下)。