

## 〔論 説〕

## 国賠法1条の違法性の多元性と補完性について

武 田 真一郎

## はじめに

筆者は前稿<sup>(1)</sup>において、「国賠法1条1項の違法性の意義についての学説には①公権力発動要件欠如説、②職務行為基準説、③相関関係説があるが、実際の裁判例には①のほか、最近は②によるもの（最高裁判決を含む）も増加しており、さらに③によるものも少なからず存在している」が、「国賠法1条の解釈については3つの考え方が併存しており、同条の違法性は多様であると認識することが、現在の裁判例の理解のしかたとして適切なのではないだろうか」という問題提起を行った<sup>(2)</sup>。

これに対して同条の過失については民法と同様に予見可能性を前提とする結果回避義務違反として理解されていることから、同条の違法性は多元的であるが過失は一元的であり、違法性についていずれの考え方をとるにせよ、過失の主張を周到に行うことが必要であるというのが前稿の結論であった<sup>(3)</sup>。この結論に変わりはないが、その後の検討により、同条の違法性については前記の三つの考え方が単に並立（併存）しているのではなく、相互に補完し合う関係にあるのではないかと考えるに至った。

より具体的には、①がうまく機能しない場合に②が機能し、①②のいず

---

(1) 武田真一郎「統・国家賠償における違法性と過失について」成蹊法学88号536頁（2019年）。

(2) 前掲注（1）、506頁参照。

(3) 前掲注（1）、505頁参照。

れによったとしても③の観点が必要となる場合があるということである。本稿ではこの点について検討することにした。

## 1 公権力発動要件欠如説（法令違反説）と裁判例

### (1) 公権力発動要件欠如説

前記①の公権力発動要件欠如説とは、「公権力発動要件の欠如をもって違法と解する説」<sup>(4)</sup>である。法律による行政の原理ないし法治主義の下では、公務員の行為は行為規範（法令）に基づいて行われるのだから、行為規範としての法令が定める公権力発動要件を欠いた行為（法令に違反した行為）が違法となるという考え方である。学説の多くは、法律による行政の原理に適合するとしてこの考え方を支持している<sup>(5)</sup>。

なお、「公権力発動要件の欠如」とは、公務員の行為規範としての法令の規定に違反していることを意味すると考えられるので、本稿では公権力発動要件欠如説を端的に「法令違反説」ということにしたい<sup>(6)</sup>。

学説の多くがこの考え方を支持するとともに、最高裁判例もかつては法令違反説に立っていたと考えられる。

### (2) 最高裁昭和61年2月27日判決（パトカー追跡事件）

本判決<sup>(7)</sup>は、Y県警のA巡査が運転するパトカーが時速約100kmで逃走するB車を追跡中にB車が赤信号を無視して交差点に進入したところ、交差道路を進行してきたC車と衝突し、C車がさらに対向車線を進行してきたX車と衝突して、C車の同乗者が死亡し、Xらが重傷を負ったという事例において、「およそ警察官は、・・・なんらかの犯罪を犯したと疑うに足りる相当な理由のある者を停止させて質問し、また、現行犯人を現認した場合には速やかにその検挙又は逮捕に当たる職責を負うものであつ

---

(4) 宇賀克也・国家補償法46頁（有斐閣、1997年）。以下、本書を「宇賀・国家補償法」という。

(5) 塩野宏・行政法Ⅱ〔第6版〕345頁（有斐閣、2019年）。以下、本書を「塩野・行政法Ⅱ」という。西荳章・国家賠償法コンメンタール165-166頁（勁草書房、2012年）。宇賀克也・行政法概説Ⅱ〔第5版〕447-459頁（有斐閣、2015年）。以下、本書を「宇賀・概説Ⅱ」という。

(6) 「公権力発動要件欠如」を単により短く「法令違反」と言い換えただけであり、その意味するところは同じである。

(7) 民集40巻1号124頁。後述の原判決も収録されている。

て（警察法2条、65条、警察官職務執行法2条1項）、・・・被疑者を追跡することはもとよりなしうるところであるから、警察官が・・・車両で逃走する者をパトカーで追跡する職務の執行中に、・・・第三者が損害を被った場合において、右追跡行為が違法であるというためには、右追跡が・・・不必要であるか、・・・追跡の開始・継続若しくは追跡の方法が不相当であることを要するものと解すべきである」が、本件では追跡の必要があり、A 巡査が具体的な危険性を予測できたとはいえ、追跡方法も特に危険を伴うものではなかったから、追跡行為は違法でないとして、Y の責任を認めた原判決を破棄・自判し、Y の責任を否定した。

本判決は、警察法2条<sup>(8)</sup>、65条<sup>(9)</sup>および警察官職務執行法2条1項<sup>(10)</sup>が警察官の行為規範であることを前提として、A 巡査の追跡行為はこれらの規定に違反していない、つまりこれらの規定に適合しており、公権力発動要件が欠如していないことを根拠としてA 巡査の追跡行為の違法性を否定している。よって、法令違反説に立っていると見える。

本判決については次の三つの問題があるように思われる。

第1は、A 巡査の追跡の違法性を判断する根拠とされた行為規範としての法令の規定がきわめて抽象的であり、どのような追跡が適法（公権力発動要件がある）とされ、どのような追跡が違法となる（公権力発動要件

(8) 同条は次のように規定している。

第2条 警察は、個人の生命、身体及び財産の保護に任じ、犯罪の予防、鎮圧及び捜査、被疑者の逮捕、交通の取締その他公共の安全と秩序の維持に当ることをもつてその責務とする。

2 警察の活動は、厳格に前項の責務の範囲に限られるべきものであつて、その責務の遂行に当つては、不偏不党且つ公平中正を旨とし、いやしくも日本国憲法の保障する個人の権利及び自由の干渉にわたる等その権限を濫用することがあつてはならない。

(9) 同条は次のように規定している。

第65条 警察官は、いかなる地域においても、刑事訴訟法（昭和23年法律第131号）第212条に規定する現行犯人の逮捕に関しては、警察官としての職権を行うことができる。

(10) 同項は次のように規定している。

第2条 警察官は、異常な挙動その他周囲の事情から合理的に判断して何らかの犯罪を犯し、若しくは犯そうとしていると疑うに足る相当理由のある者又は既に行われた犯罪について、若しくは犯罪が行われようとしていることについて知つていると認められる者を停止させて質問することができる。

が欠如する)のかを解釈することは困難と解されることである。本件のような事例以外でも、処分庁が行政処分をする場合の処分要件などを除くと公務員の行為規範となる詳細な法令の規定があることはむしろまれである。そもそも不法行為が成立する場合というのは千差万別であるから、公務員の行為が法令に違反して(公権力発動要件を欠如して)違法となる場合を予め法令で詳細に規定しておくことは不可能に近いであろう<sup>(11)</sup>。したがって、法令の規定やその解釈によって不法行為法上の違法性および国賠法上の違法性(以下「国賠違法」という)を判断することは、実際にはきわめて困難であると思われる。

第2は、法令違反説は加害行為の違法性を問題とする行為不法説に立っており、加害行為の結果(損害)の違法性(結果不法)を考慮していないことである。国賠法の制定時には1条1項の違法性とは民法不法行為法の違法性と同じ意味とされていたが<sup>(12)</sup>、そうであるとすれば同項の違法性とは民法709条と同様に「他人の権利又は法律上保護される利益を侵害」することであったはずである。本件では第三者が死亡し、または重傷を負うという重大な結果が発生しており、加害行為が「他人の権利又は法律上保護される利益を侵害」したことは明らかであるが、本判決の判決文を読む限りではこの点がまったく考慮されていない。

国賠法を含む不法行為法は損害の公平な分担を目的とするのだから、賠償責任を認定する際に損害(結果不法)の程度や態様に着目することは不可欠なはずである。よって法令違反説をとる結果として行為不法のみが考慮され、損害(結果不法)の内容や程度を考慮しないことには強い疑問が残る。

第3は、違法性判断は過失判断に先行するので<sup>(13)</sup>、法令違反説によると加害行為が法令に違反していない(加害行為に公権力発動要件がある)と解釈されると当該行為は違法ではないことになり、過失判断をまったく行わずに賠償責任が否定されることである。本件もまさにこのような事例である。

---

(11) 民法709条や国賠法1条1項が統一要件主義をとり、不法行為の成立要件を抽象的に規定しているのも同じ理由であったはずである。

(12) 前掲注4、「宇賀・国家補償法」42頁参照。

(13) 過失責任主義の下では、違法な行為をした(違法な結果を生じた)ことを前提として、それについて過失があると損害賠償責任を負うことになる。

今日の民法不法行為法では違法性よりもむしろ過失が損害賠償責任の判断基準として重要な役割を果たしているが<sup>(14)</sup>、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とする過失判断は不法行為責任の判断基準としてきわめて有効に機能している。民法と同様に過失責任主義を採用した国賠法1条についても過失は有効に機能するはずである。特に本件のように公務員の行為規範となる法令の規定が抽象的である場合には、法令の解釈によって違法性を判断することには限界があり、むしろ過失判断が重要であると考えられる。それにもかかわらず抽象的な法令の解釈による違法性判断のみが行われ、過失判断が行われないとすれば、国や公共団体を免責する結果となる場合が多くなり、救済の実効性に問題が生じることになろう。

本件の原判決（および第一審判決）は違法性には特に言及せず、A 巡査の追跡に過失があったとしてY 県の責任を認めている<sup>(15)</sup>。原判決が違法性に言及していないのは、第三者の死亡および重傷という重大な結果（権利または法律上保護される利益の侵害）が発生しているのであるから、違法性が認められることは当然の前提となっていたと解される。国賠訴訟においても過失判断は重要な役割を果たすはずであり、それが必要であることは本件の最高裁判決と原判決を比較すれば明らかである<sup>(16)</sup>。

### (3) 最高裁昭和53年10月20日判決（芦別事件）

本判決<sup>(17)</sup>は、刑事事件で無罪判決を受けた原告らが逮捕・起訴・勾留などの刑事手続が違法であるとして国に国家賠償を請求したところ、「刑事事件において無罪の判決が確定したというだけで直ちに起訴前の逮捕・勾留、公訴の提起・追行、起訴後の勾留が違法となるということはない。

---

(14) この点につき、平井宜雄・損害賠償法の理論 324、377 頁（東京大学出版会、1971 年）参照。

(15) この点につき、前掲注 7 の原判決参照。

(16) もちろん本件でも A 巡査の追跡に過失がなければ県の賠償責任は否定されることになる。過失判断を行って過失を否定する方が、抽象的な法令の規定の解釈によって県の責任を否定するよりもはるかに説得的なはずである。また、警察法や警職法の規定は警察官の行為規範として、道交法とともに過失判断の基準となる。よって、過失判断を重視することによって法律による行政の原理をより貫徹することが可能となる。

(17) 民集 32 卷 7 号 1367 頁。

けだし、逮捕・勾留はその時点において犯罪の嫌疑について相当な理由があり、かつ、必要性が認められるかぎりには適法であり、公訴の提起は、・・・起訴時あるいは公訴追行時における各種の証拠資料を総合勘案して合理的な判断過程により有罪と認められる嫌疑があれば足りるものと解するのが相当であるからである」<sup>(18)</sup>として、刑事手続の違法性を否定し、過失判断を行わずに請求を棄却した。

本判決は職務行為基準説の先例とされることがあるが、逮捕・起訴・勾留などの刑事手続が法令（刑事訴訟法）の規定に違反していない（公権力発動要件が欠如していない）から違法ではないと判断していると解されるので、法令違反説（公権力発動要件欠如説）に立っていると考えられる<sup>(19)</sup>。

本件では逮捕・起訴・勾留などに関する刑事訴訟法の規定が公務員の行為規範となっていると解される<sup>(20)</sup>。これらの規定をみれば、被疑者が「罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由があるとき」、つまり相当な嫌疑があれば逮捕・起訴・勾留などをすることは許されるのであり、結果的に無罪となっても直ちに違法とはならないという趣旨は明確に読み取ることができる<sup>(21)</sup>。そもそも刑事訴訟は犯罪の嫌疑がある場合に裁判所に有罪かどうかの審判を求める制度であるから、逮捕・起訴・勾留などの刑事手続が裁判所の審判前に行われることは当然の前提とされている。このような刑事訴訟の構造からみても、有罪でなければこれらの刑事手続を行うことが違法となるとはいえないはずである。

このようにみると、本件は法令違反説が適切に機能した典型的な事例で

---

(18) 民集32巻7号1368頁。

(19) この点につき、前掲注5、宇賀・概説Ⅱ453頁参照。

(20) 逮捕については刑事訴訟法199条-202条、211条-217条、起訴については247条-270条、勾留等については57条-98条、203条-209条の規定が行為規範である。

(21) 例えば刑事訴訟法199条1項は、「検察官、検察事務官又は司法警察職員は、被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由があるときは、裁判官のあらかじめ発する逮捕状により、これを逮捕することができる。」と規定しており、同法60条1項は「裁判所は、被告人が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由がある場合で、左の各号の一にあたるときは、これを勾留することができる。」と規定している。よって、罪を犯して有罪である場合でなければ逮捕・勾留ができないわけではない。

あるように思われる。その理由は、まず第一に逮捕・起訴・勾留などの刑事手続に関する刑事訴訟法の規定が詳細であり、これらの規定に適合した逮捕・起訴・勾留などは違法でないことを解釈によって判断できることである。

さらに第二の理由は、刑事訴訟法のこれらの規定に適合した逮捕・起訴・勾留などは適法であり、結果的に無罪となったとしても被告人に受忍義務を課していると解することができることである。この点は刑事訴訟法の規定が詳細であることと密接に関連しているが、例えばパトカー追跡事件のような事例において、警察法や警職法の抽象的な規定が追跡行為によって死亡または負傷した第三者に受忍義務を課していると解することはとうていできないであろう。

不法行為が成立する要件は千差万別なので行為規範としての法令の規定が不法行為の成立要件を明確に規定することは困難であるが、不法行為の成立を否定する要件（違法阻却事由）は限定的であり、法令によって規定することはさほど困難ではない。本件でも行為規範である刑事訴訟法は、逮捕・起訴・勾留などが違法となって不法行為が成立する要件を規定しているのではなく、相当な嫌疑があれば逮捕・起訴・勾留などをすることができるとし、この場合には被疑者には受忍義務が生じるものとして、むしろ違法性が阻却される要件（相当な嫌疑があることである）を規定していると理解することができるのではないだろうか。

このような観点によると、法令違反説が適切に機能するのは、行為規範となる法令の規定が不法行為の成立要件を規定している場合よりは、むしろ不法行為の成立を否定する要件（違法性阻却事由）を規定して被害者に受忍義務を課していると解釈できる場合であるように思われる<sup>(22)</sup>。

なお、刑事裁判で結果的に無罪になった場合の被害者に対する救済は基本的に損失補償の問題であると考えられる<sup>(23)</sup>。ただし、検察官等が嫌疑がないことを知り、あるいは予見できたような場合には、逮捕・起訴・勾留などは違法となり、国家賠償の問題となって故意・過失の判断が必要に

---

(22) もちろんこれは仮説であり、今後より多くの事例で検証することにしたい。この他に、生活保護の支給拒否処分のように、違法な処分が行われると生活保護受給権が侵害され、直ちに損害が生じるような場合にも法令違反説は適切に機能すると考えられる。違法な営業停止処分なども同様である。

(23) 刑事補償法がその内容について規定している。

なると解すべきであろう。

#### (4) 大阪高判昭和55年1月30日（大阪淡路ナイフ傷害事件控訴審判決）

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

本件では、銃刀法24条の2第2項にナイフを一時保管することができるという明文の規定があるため<sup>(25)</sup>、これが行為規範となり、法令違反説が適切に機能したと考えられる。このように詳細な行為規範が存在することは稀であると思われるが、本件で違法性が認定されたのは警察官に法令違反があっただけでなく、Xが重傷を負い、Xの権利または法律上保護される利益が侵害されたからであろう。警察官がナイフを一時保管しなかったとしても、だれも受傷していなければ違法性は問題にならなかったはずである。

また、本判決は、Aが「再度他人の生命又は身体に危害を及ぼすおそれが認められる」のにナイフを返還して帰宅させたことは違法であり、「右警察官に過失があったというべきである」と判示しており、違法性判断と予見可能性を前提とする結果回避義務違反としての過失判断が重複し

---

(24) 判時969号64頁、65-66頁。

(25) 同項は次のように規定している。「警察官は、銃砲刀剣類等を携帯し、又は運搬している者が、異常な挙動その他周囲の事情から合理的に判断して他人の生命又は身体に危害を及ぼすおそれがあると認められる場合において、その危害を防止するため必要があるときは、これを提出させて一時保管することができる。」



ている。

本判決は、公務員の行為規範となる法令の規定が明確であったとしても国賠法上の違法性を認定するためには権利または法律上保護される利益の侵害が必要であること、そして違法性判断と過失判断は重複する場合があることを示している。

なお、本件の上告審である最高裁昭和 57 年 1 月 19 日判決<sup>(26)</sup>は、原判決の結論を支持したが、警察官がナイフを保管しなかったことが違法であるとしているので、むしろ不作為を違法と判断したと考えられる。上告審判決は過失に言及していない。

## 2 職務行為基準説と公権力発動要件欠如説（法令違反説）

### (1) 最高裁平成 5 年 3 月 11 日判決（奈良民商事件）

本判決<sup>(27)</sup>は、所得税の増額更正処分を受けた原告が、別訴の取消訴訟によって前記処分が取り消されたので、国に対して国家賠償を請求したところ、更正処分が国賠法 1 条 1 項にいう違法があったという評価を受けるのは、「税務署長が資料を収集し、これに基づき課税要件事実を認定、判断する上において、職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と更正をしたと認め得るような事情がある場合」に限られるとし<sup>(28)</sup>、本件ではこのような場合に当たらないとして、前記処分の国賠法上の違法性を否定し、国の賠償責任を認めずに請求を棄却した。

このように公務員が職務上尽くすべき注意義務を怠ったことを違法とする考え方は職務行為基準説といわれている。この考え方の大きな特徴は、違法性の判断において過失の判断と同様に注意義務違反を問題としていることである。よって、違法性と過失の一元的判断が行われていると指摘されているが<sup>(29)</sup>、違法性と過失の一元的判断とは具体的に何を意味するのだろうか。次の (2) ではこの点について検討することにした。

(26) 民集 36 卷 1 号 19 頁。

(27) 民集 47 卷 4 号 2863 頁。

(28) 同 2868 頁。

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

## (2) 違法性と過失の一元的判断

筆者が前稿で言及したように、本件の控訴審判決<sup>(30)</sup>は、「当裁判所も課税処分において課税評価額の認定に過誤があったからといって、その過誤あることをもって、直ちに国賠法上も担当公務員に故意、過失があつて違法な処分となるものではなく、担当職員が資料の収集及びこれに基づく認定、判断において、職務上通常尽すべき注意義務を尽さず、過大認定となることを予見し乍ら、又は予見し得べかりしに拘らず、慢然と処分をなした場合に始めて国賠法一条の不法行為が成立するものと解する」<sup>(31)</sup>として、「担当公務員に故意・過失があつて違法な処分となる」かどうかを判断する過程で「職務上尽くすべき義務に著るしく違反した」かどうかを問題としていた。

そして、具体的には担当公務員が更正処分に際して売り上げを申告額の2倍と認定したにもかかわらず、必要経費等は増額せずに申告額を採用したため税額が過大になったが、このような結果となることは予見可能であったのだから、「その処分に当たった担当職員が職務上通常尽すべき義務に著るしく違反した違法な処分であったとみななければならない」<sup>(32)</sup>と判示したものと解される。

このようにみると、控訴審判決は理論的な意味での違法性判断に注意義務違反という過失と同様な判断基準を持ち込んだのではなく、公務員に注意義務違反が認められ、過失があるから違法な処分であると判断したと考えられる。

最高裁判決は控訴審判決と結論は逆であるが、判断枠組みは同じと考えられるので<sup>(33)</sup>、税務署長が「職務上通常尽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」に更正処分が国賠法上違法となるというのは、税務署長に注意義務違反が認められ、過失がある場合に違法となるという意味であると解される。本件では税務署長に注意義務違反が認められず、過失がないから更正処分は違法ではないとされたのであろう<sup>(34)</sup>。

---

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

(31) 同3000頁。

(32) 同。

(33) 最高裁判決には「職務上通常尽すべき注意義務」という文言を控訴審判決と異なる意味で使っているという判示はない。

以上のように、少なくとも最高裁平成5年3月11日判決においては、職務行為基準説の特徴である職務上の注意義務違反という判断基準は実は過失判断を意味していると考えられる。そうであるとすれば、ここでの注意義務違反の認定は、民法不法行為法と同様に、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の有無を判断すればよいことになる。仮に職務行為基準説をとる他の事例でも職務上の注意義務違反という判断基準が同じ意味で用いられているとすれば、職務行為基準説とは公務員に過失がある場合に国賠法上の違法性があるとする考え方といえることができるであろう。

このように違法性と過失を厳密に区別せず、過失があるから違法であるというように、違法性と過失を一元的に判断する傾向は民法不法行為法でも広く生じている。

有力な民法学説は、不法行為の裁判例においては、違法性が故意・過失とは区別された要件として意識的に使われることはなく、むしろ「違法性がないから不法行為とはならない」というふうに「不法行為を肯定しあるいは否定するという最終判断の表現として使われることが多い」と指摘している<sup>(35)</sup>。

この指摘によると、違法性の概念が不法行為成立を判断する要件として意識的に使われること、つまり独立した要件として機能することは少なくなっており、その意義が変容していることがうかがわれる。その理由としては、次の二つの点が考えられる。

第1は、違法性とは「他人の権利又は法律上保護される利益を侵害」すること（受忍限度を超えて他人の権利または法律上保護される利益を侵害することと解される）を意味すると理解された段階で違法性の役割は終わり、むしろ過失が不法行為責任を判断する重要な要件となったことである<sup>(36)</sup>。

実際に、多くの損害賠償請求事件の裁判例では権利または法律上保護さ

---

(34) 本件では原告（納税者）が資料提出に非協力的であったため、税務署長が収入や必要経費を認定するのに困難があったことが影響していると思われる。

(35) 内田貴・民法Ⅱ〔第3版〕360頁（東京大学出版会、2011年）。以下、本書を「内田・民法Ⅱ」という。

(36) この点につき、前掲注14、平井宜雄・損害賠償法の理論324頁、377頁参照。

れる利益が侵害されていることは明らかであり、相関関係説によって違法性を判断するまでもないと思われる。例えば、交通事故の場合には他人の生命、身体、財産が侵害されていることは通常は明らかであり、債務不履行による損害賠償請求の場合にも財産権（債権）が侵害されていることは明らかであろう。

第2は、過失が客観的に捉えられるようになったことにより、過失判断と違法性判断の内容が重複し、違法性と過失の融合が生じていることである。

前記の有力な学説は、「現在の通説のように過失を客観的に捉えると、それは何らかの行為義務に違反することであるから、そこでは行為態様が考慮されており、違法性判断と接近する。他方で、・・・被侵害利益も過失判断の要素となっている」<sup>(37)</sup>から、違法性に関する通説である相関関係説により、侵害行為の態様（行為不法）と被侵害利益の種類（結果不法）を相関的に考慮して違法性を判断すると違法性と過失はかなり重複し、むしろ両者の区別は困難になると指摘している。

確かに、過失とは予見可能性があったのに注意義務（結果回避義務）を怠ることであるから、行為義務違反としての行為態様（行為不法）が考慮されており、被侵害利益が重大であるほど結果を予見すべき義務も強く要請されるのであるから、被侵害利益の種類（結果不法）も考慮されることになる。その結果として過失判断と違法性判断が融合し、過失があるから違法性があり、不法行為となる、あるいは過失がないから違法性がなく、不法行為とはならないというように、違法性が「むしろ、不法行為を肯定しあるいは否定するという最終判断の表現として使われることが多い」という現象が生じることは十分に考えられる。

国賠法は民法不法行為法と同様に損害の公平な分担を目的としており、国賠訴訟は民法不法行為法の損害賠償請求訴訟と同じ民事訴訟として審理されるのであるから、このような現象が国賠法でも生じることは十分に考えられるであろう。現に職務行為基準説は、国賠法においても違法性と過失の融合が生じている結果として裁判例に現れるようになったのではないだろうか。次にこの点について検討する。

---

(37) 前掲注35、内田・民法Ⅱ 359-360頁。

### (3) 職務行為基準説と公権力発動要件欠如説（法令違反説）の補完性

前記1でみたように、国賠法1条の違法性は公務員の行為が行為規範となる法令に違反した（公権力発動要件を欠如した）ことであるという理解が有力であった。法令違反説によると、取消訴訟の違法性（取消違法）と国賠訴訟の違法性（国賠違法）はいずれも法令違反を意味しており、両者は同一であると理解されてきた（違法性一元説）。

ところが、職務行為基準説は公務員に職務上の注意義務違反がある場合に国賠法上の違法性があると考えられるのだから、ここでの違法性は必ずしも法令違反を意味するわけではなく、取消違法と国賠違法は異なることになる（違法性相対説）<sup>(38)</sup>。実際に最高裁平成5年3月11日判決（奈良民商事件）の事例では、取消訴訟において課税処分が違法として取り消されたにもかかわらず、国賠訴訟においては国賠違法は否定されて請求が棄却されている。学説上も法令違反説が有力なのに、なぜ判例は職務行為基準説をとるようになったのだろうか。

その理由として考えられるのは、法令違反説が適切に機能する場合は限定的であるのに対し、職務行為基準説によるとより柔軟に国賠違法を認定できることである。

前記1でみたように、法令違反説が適切に機能するのは最高裁昭和53年10月20日判決（芦別事件）のように法令が不法行為の成立を否定する要件（違法阻却事由）を詳細に規定している場合か、大阪高判昭和55年1月30日（大阪淡路ナイフ傷害事件控訴審判決）のように公務員の行為規範となる法令の規定がかなり詳細である場合に限られていた<sup>(39)</sup>。これとは逆に法令の規定が抽象的である場合には、公務員の加害行為の違法性を適切に判断できないことは最高裁昭和61年2月27日判決（パトカー追跡事件）が示している。

---

(38) 本件の調査官解説（井上繁規、法曹時報46巻5号120頁）は、「国家賠償法1条1項にいう違法性は、行政処分の効力発生要件に関する違法性とはその性質を異にするものであり、究極的には他人に損害を加えることが法の許容するところであるかどうかという見地からする行為規範違反性であると考えられる」として、取消違法と国賠違法が異なることを明記している。

(39) 前記1でみたように、このように法令違反説が機能する場合は限定的であるのは、不法行為が成立する要件は千差万別であり、あらかじめ法令によって詳細に規定しておくことが困難であるためであると考えられる。

また、最高裁平成5年3月11日判決（奈良民商事件）の事例では、法令の解釈によって更正処分を取り消すべきかどうか（取消違法があるかどうか）を判断することはできたが、更正処分が国賠法上違法となつて損害賠償責任が生じるかどうか（国賠違法があるかどうか）を判断することはできないため、税務署長に職務上の注意義務違反があつたかどうかを問題とする必要があつたと考えられる。

このように、法令違反説が適切に機能しない場合（おそらくは多くの場合）には他の考え方によることが必要となる。職務行為基準説のいう職務上の注意義務違反が何を意味するのかは必ずしも明らかではないが、法令を遵守すべき注意義務を怠ることと解すれば公務員に法令違反がある場合に国賠違法を認定できることになり、損害の発生を予見して損害発生を回避すべき注意義務ないし結果回避義務を怠ることと解すれば公務員に過失がある場合に国賠違法を認定できることになる。

後者の場合は職務行為基準説が理論的な意味での違法性だけでなく、違法性と過失を一元的に判断する機能を果たすことになるが、このような違法性と過失の一元的判断が民法不法行為法で広く行われていることは前記のとおりであり、同じ民事の不法行為訴訟である国賠訴訟でこのような一元的判断が行われることはむしろ自然なことであろう。

法令違反説が適切に機能する場合には同説によるとしても、それ以外の場合には職務行為基準説など他の考え方によることが必要となる。その意味で職務行為基準説と法令違反説は補完的であるといえることができるであろう。

### 3 職務行為基準説と相関関係説

#### (1) 相関関係説

民法不法行為法における違法性とは、民法709条が規定しているように「他人の権利又は法律上保護される利益を侵害」することである<sup>(40)</sup>。同条の違法性の意味については、加害行為の不法性に注目する行為不法説と加

---

(40) 同条はもともと権利侵害を違法性の要件としていたが、判例・学説は戦前からの長い論争を経て、権利侵害を要件とするのでは狭すぎるとして、権利として確立されたものでなくても法益の侵害があれば不法行為は成立すると解するようになった。この点につき、前掲注35、内田・民法Ⅱ356-359頁参照。

害行為によって生じた結果の不法性に注目する結果不法説があるが、両者を相関的に考慮して違法性を認定する相関関係説が通説となった<sup>(41)</sup>。

相関関係説によると、「違法性は、被侵害利益の種類（物権的－人格権的－債権的）と侵害行為の態様（刑罰法規違反－取締法規違反－公序良俗違反等）との相関関係で判断される」ことになり、「被侵害利益が強固なものであれば、侵害行為の不法性が小さくても違法性が認められる」と説かれている<sup>(42)</sup>。不法行為の違法性は被侵害利益の種類（結果の不法性）と侵害行為の態様（行為の不法性）のいずれか一方で決まるのではなく、両者の相関関係によって決まると考えられるし<sup>(43)</sup>、いずれか一方の程度が大きければ他方の程度が小さくても違法性が認められるので、両者を相関的に考慮することは合理的である。

国賠法の違法性についても、同法の制定時において1条1項の違法とは「民法709条の解釈における『権利侵害から違法性へ』という判例学説の発展の成果を取り入れたものであり、違法を客観的要件、故意過失を主観的要件と解していた」のであり、「立法者が、国賠法1条1項の違法性と民法不法行為法の違法性を異なったものと認識していた形跡は見つからない」とされている<sup>(44)</sup>。

そうだとすると国賠法1条の違法性の意味は、本来は民法709条と同様に「他人の権利又は法律上保護される利益を侵害」することであったはずである。民法不法行為法と国賠法はいずれも損害の公平な分担を目的としており、損害は「他人の権利又は法律上保護される利益を侵害」することによって発生するのだから、両者の違法性が同じであることはむしろ自然であるように思われる<sup>(45)</sup>。

(41) この点につき、前掲注35、内田・民法Ⅱ359頁、平井宜雄・債権各論Ⅱ不法行為21頁（弘文堂、1992年）参照。以下、本書を「平井・債権各論Ⅱ」という）。

(42) 前掲注35、内田・民法Ⅱ359頁。

(43) 違法な行為があっても違法な結果（損害）が発生しなければ賠償責任は発生しないのだから、不法行為法の違法性はむしろ結果（損害）と密接な関係にあると思われる。例えば時速40km制限の道路を時速100kmで暴走しても、事故が発生しなければ通常は賠償責任は生じないはずである。

(44) 前掲注4、宇賀・国家補償法42頁。

(45) しかし、公法学説は民法不法行為法の違法性と国賠違法は異なるとし、公権力発動要件欠如説（法令違反説）が有力である。前掲注5、塩野・行政法Ⅱ

そして前記のように不法行為の違法性は被侵害利益の種類（結果の不法性）と侵害行為の態様（行為の不法性）のいずれか一方で決まるのではなく、両者の相関関係によって決まるのだから（注43でみたようにむしろ結果の不法性と密接に関係している）、不法行為法としての国賠法1条の違法性も相関関係説によって判断できると考えられる。

民法不法行為法では相関関係説によって違法性を判断する際に取締法規違反などの法令違反が考慮されることはほとんどないとされているが<sup>(46)</sup>、国賠法では公務員の行為規範となる法令の規定が明確に規定されている場合もあるので、法令違反を考慮することによって相関関係説はより適切に機能することが期待できると思われる。

筆者はかねてより民法不法行為法と国賠法は損害の公平な分担を目的とする点で共通しており、いずれの違法性も「権利または法律上保護される利益」の侵害を意味するから、国賠違法も相関関係説によって判断できると考えている。実際にも相関関係説によって国賠違法を判断した裁判例は少なくないが、この点については前稿を参照されたい<sup>(47)</sup>。

## (2) 相関関係説の変容と再評価

前記(1)でみたように、民法不法行為法では違法性を相関関係説によって判断するのが確立された通説であるが、有力な学説は、実際の民事の損害賠償請求訴訟の裁判例では違法性が「故意・過失とは区別された要件として意識的に使われること」はなく、「違法性がないから不法行為とはならない」というふうには、「むしろ、不法行為を肯定しあるいは否定するという最終判断の表現として使われることが多い」と指摘していた<sup>(48)</sup>。

この指摘によると、違法性の概念が不法行為成立を判断する要件として意識的に使われること、つまり独立した要件として機能することは少なく

---

323-324頁、前掲注5、宇賀・概説Ⅱ447-459頁参照。その理由は、法律による行政の原理の下では国賠違法も法令違反として理解できるということであると考えられる。他方で、法律による行政の原理（法治主義）と国賠違法を関連付けることに懐疑的な見解も存在する。この点につき、中川丈久「国家賠償法1条における違法性と過失について－民法709条と統一的に理解できるか」法学教室385号72頁、73頁参照。

(46) 前掲注35、内田・民法Ⅱ360頁。

(47) 前掲注1、514-513、504-503頁参照。

(48) 前掲注35、内田・民法Ⅱ360頁。



なっており、したがって相関関係説もその意義が変容していることがうかがわれる。

その理由は、前記2(2)でみたように、第1に多くの事例では「権利又は法律上保護される利益」が侵害されていることは明らかであるため違法性を特に問題にする必要はなく、むしろ過失が不法行為責任を判断する重要な要件となったこと、第2に過失の客観化により、過失判断において行為不法と結果不法が考慮されるようになったため、過失判断と違法性判断の内容が重複して違法性と過失の融合が生じていることであった<sup>(49)</sup>。

ただし、権利利益の侵害が明らかであるために違法性を特に問題にする必要性がなくなったとはいえ、ここでの違法性はあくまでも「権利又は法律上保護される利益」の侵害を意味している。そして違法性に代わってより重要な不法行為の判断基準となった過失判断においては、相関関係説と同様に行為の不法性と結果の不法性が考慮されている。つまり、違法性と過失の融合によって過失判断の重要性が増大したとしても、違法性概念や相関関係説の意義が消失したわけではなく、不法行為成立の要件としてむしろ当然の前提となっていることに留意すべきであろう。

さらに前記の有力な学説は、ある種の不法行為すなわち「正当な権利行使が一定の限度を超えることによって不法行為を構成する事案においては、故意・過失とは別に『権利』や『法律上保護される利益』の侵害の要件は積極的な意味を持ちうる（従来は『受忍限度』という言葉で表現されることが少なくなかった）。むしろ、これらの要件こそが不法行為の成否を決する役割を演ずることが多い」ことを指摘している<sup>(50)</sup>。例えば、公害被害や精神的苦痛による慰謝料請求がなされる場合などがこのような事案に該当すると考えられるであろう。

このような事案では過失判断に先立ち、相関関係説によって被侵害利益の種類（結果不法）と侵害行為の態様（行為不法）を相関的に考慮して、違法性つまり「権利又は法律上保護される利益」の侵害があったかどうか

---

(49) 注意義務違反としての過失は、行為義務違反としての行為不法を考慮することになり、注意義務の前提となる予見可能性は被侵害利益が重大であるほど強く要請されるので、結果不法も考慮することになる。その結果として、過失判断において相関関係説と同様に行為の不法と結果の不法が考慮されることになる。

(50) 前掲注35、内田・民法Ⅱ362頁。

を判断する必要がある。

以上のように、民法不法行為法においては違法性と過失が融合し、過失判断の重要性が増大しているが、引き続き違法性概念と相関関係説は不法行為成立の要件として重要な機能を果たしており、過失判断を補完している。この事実は国賠法の解釈・適用にどのような影響を与えるのだろうか。

前記2(3)でみたように、国賠訴訟において職務行為基準説がとられるようになった背景には、民法不法行為法と同様に違法性と過失の融合ないし一元的判断の傾向が存在した。そうだとすれば職務行為基準説が有力となりつつある国賠訴訟においても、民法不法行為法と同様な違法性概念(権利利益の侵害)と相関関係説(結果不法と行為不法の考慮)が一定の(あるいは重要な)役割を果たしている可能性がある。

これは職務行為基準説と相関関係説が補完的な関係に立つことを意味すると考えられる。国賠訴訟においても「正当な権利行使(権限行使)が一定の限度を超えることによって不法行為を構成する事案」が存在すると思われるが、特にこのような事案においては相関関係説が重要な役割を果たすのではないだろうか。次にこの点を含めて職務行為基準説と相関関係説の関係について検討する。

### (3) 職務行為基準説と相関関係説の補完性

国賠法においては職務行為基準説に立つ裁判例が増えているが、この考え方は「職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と」職務行為をした場合、つまり職務上の注意義務違反が認められる場合に損害賠償責任が生じるというものである。職務上の注意義務違反というのは、公務員の行為規範となる法令の規定が明確であれば法令違反を意味することになり、それ以外の場合には過失を意味することになると考えられるので、職務行為基準説によると法令違反説よりも柔軟に賠償責任を認定することができる。

しかし、職務上の注意義務違反という基準だけであらゆる場合に損害賠償責任を適切に判断できるかどうかは疑問であり、相関関係説的な観点が必要となる場合も少なくないと思われる。以下、これまでの裁判例を素材として考えてみたい。

前記の最高裁昭和61年2月27日判決(パトカー追跡事件)<sup>(51)</sup>は、法令

違反説に立ち、警察法2条、65条、警察官職務執行法2条1項により警察官は被疑者を追跡することができるのであり、追跡行為が違法であるというためには、右追跡が・・・不必要であるか、・・・追跡の開始・継続若しくは追跡の方法が不相当であることを要するものと解すべきであるとした上で、本件追跡は違法であるとはいえないとして、過失判断をせずに県の責任を否定した。前記の法令の規定はきわめて抽象的であり<sup>(52)</sup>、どのような追跡行為を適法と認めているかを解釈することはできず、またこれらの規定が第三者に被害の受忍を義務付けていると解することもできないであろう。

そこでこの事例に法令違反説ではなく、職務行為基準説を当てはめてみると、警察官が「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」追跡行為をしたかどうか（注意義務違反があるかどうか）が問われることになる。この場合において、具体的な判断基準がないまま漠然と（あるいは漫然と）注意義務違反が問われるとすれば、職務行為基準説が適切に機能することは期待できないであろう。

ここで注意義務違反を問う前提となるのは、第三者の死傷という違法な結果が発生していることではないだろうか。警察官の追跡行為は本来は法令で認められた正当な権限行使であるが、まさにそれが一定の限度を超えることによって不法行為を構成する場合がある。よってまず始めに追跡行為が違法となって不法行為を構成するかどうかを判断する必要があり、ここで相関関係説が機能を発揮することになる。

結果の不法性については、本件では第三者の死傷という重大な被害（結果）が生じている。行為の不法性については、追跡行為それ自体には法令に根拠があるので一定の正当性が認められるとしても、道路交通法や比例原則からみれば不法性がないとはいえないと思われる。そして両者を相関的にみれば受忍限度を超えた権利利益の侵害が生じており、違法性があるというべきであろう。

このように違法性が認定されたとすれば、次に第三者の死傷という違法な結果（損害）が発生する予見可能性があったかどうかを判断し、これが認められればさらに注意義務違反ないし結果回避義務違反（過失）を問う

---

(51) 民集40巻1号124頁。原判決も収録されている。

(52) 前掲注8-10参照。

ことにより、法令違反説よりはるかに緻密な判断が行われるはずである。もちろん警察官に注意義務違反（過失）が認められなければ県の賠償責任は否定されるのだから、地方公共団体に過剰な賠償責任を負わせることにはならないであろう。

このようにみると、本件のような事例ではまず相関関係説によって違法性（権利利益の侵害）を認定し、次に職務行為基準説によって注意義務違反を判断する（または過失判断を行う）ことが必要なのであり、相関関係説が職務行為基準説を補完しているといえることができる。

職務行為基準説の典型的な例である前記の最高裁平成5年3月11日判決（奈良民商事件）は<sup>(53)</sup>、所得税の更正処分が別訴の取消訴訟で取り消されたとしても、更正処分が国賠法1条1項にいう違法があったという評価を受けるのは、「税務署長が資料を収集し、これに基づき課税要件事実を認定、判断する上において、職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と更正をしたと認め得るような事情がある場合」に限られるとし<sup>(54)</sup>、本件ではこのような場合に当たらないとして、前記処分の国賠法上の違法性を否定して請求を棄却した。

前記2(2)でみたように、本判決は更正処分をした税務署長には過失がないから国賠法上は違法ではないと判断したと考えられる。取消訴訟で本件処分が取り消されたのは、更正処分に際して売り上げを申告額の2倍と認定したにもかかわらず、必要経費等は増額せずに申告額を採用したため税額が過大になったからであった。必要経費等も増額すべきことは予見可能であったはずなので、本判決が税務署長に注意義務違反がない（過失がない）と判断したことには疑問が残る。実際に原判決は税務署長に注意義務違反（過失）があるとして賠償責任を認めていた<sup>(55)</sup>。

もっとも、本件では更正処分が取り消されたことによって過払い分の税額は還付されるはずであり、税額そのものについては損害が填補されている。よって国賠訴訟の対象となった損害は慰謝料および営業損失である<sup>(56)</sup>。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

---

(53) 民集47巻4号2863頁。

(54) 同2868頁。

(55) 同3000頁。

(56) ただし最判平成22年6月3日民集64巻4号1010頁のように、出訴期間経過後に国賠訴訟によって課税処分の違法性を争うような事例では、損害は過

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、相関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。両者を相関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よう。

このように本件でも相関関係説は職務行為基準説を補完する、あるいはこれを代替するということができるはずである<sup>(57)</sup>。

#### 4 公権力発動要件欠如説（法令違反説）と相関関係説の補完性

職務行為基準説と相関関係説の補完性については前記 3 (3) のとおりであるが、同様に法令違反説と相関関係説についても補完的な関係が認められる。

前記の大阪高裁昭和 55 年 1 月 30 日判決（大阪淡路ナイフ傷害事件控訴審判決）<sup>(58)</sup>では、警察官が銃刀法 24 条の 2 第 2 項<sup>(59)</sup>に基づいてナイフを一時保管せず、A に返還して帰宅させたところ、A が X をナイフで刺して重傷を負わせたという事案につき、警察官がナイフを保管せずに帰宅させた行為は違法であり、過失があるとして大阪府の賠償責任が認められた。

本件では行為規範となる法令の規定が明確であり、法令違反説が適切に

---

払い分の税額となる。

(57) 更正処分などの課税処分も本来は法令に基づく適法な権限行使であるが、それが一定限度を越えると国賠法上違法となると考えられる。本件のように取消違法が認められても直ちに一定限度を越えることにはならないが、それは取消違法と国賠違法が異なるからであろう。

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

(59) 同項については前掲注 25 参照。

機能した事例であるようにも思われる。しかし、前記1(4)でみたように、警察官が銃刀法24条の2第2項に基づいてナイフを保管しなかったとしても、だれも負傷していなければ損害は発生しておらず、大阪府に賠償責任が生じる余地はなかった。つまり、本件でも警察官が銃刀法に違反してナイフを保管しなかったという行為の不法性とXが重傷を負ったという結果の不法性を相関的に判断することによって違法性（権利利益の侵害）が認められるのであり、法令違反よりもむしろXの重傷という損害の発生が損害賠償責任を判断する上で決定的な重要性を持っていると考えられる。

このように行為規範となる法令の規定が明確であり、法令違反説が機能する場合であっても相関関係説は法令違反説を補完し、またはこれを代替するということができる。

## 5 具体的検討：君が代不起立国賠訴訟

これまでの検討によると国賠訴訟では職務行為基準説に立つ裁判例が増加しているが、「正当な権利行使（権限行使）が一定の限度を超えることによって不法行為を構成する事案」については、注意義務違反を問題とする前に相関関係説によって違法性（権利利益の侵害）を判断する必要があることがうかがわれる。

東京高裁平成31年3月14日判決<sup>(60)</sup>は、このような事案の典型的な例である。本稿の最後に本件について検討しておくことにしたい。

本件では東京都の公立学校の教員であった原告ら（X1およびX2）が卒業式等の式典において国旗に向かって起立し、国歌を斉唱することを命ずる職務命令に従わなかったため、被告（Y、東京都）の機関である教育委員会（以下「都教委」という）から停職6月の懲戒処分を受けた。Xらが本件処分の取消しと国家賠償を請求する訴えを提起したところ、第1審判決はX1に対する処分の取消請求を認容し、X2に対する処分の取消請求を棄却し、国賠請求はいずれも棄却した。Xらが控訴したところ、本判決は第1審判決の各判断を支持してXらの控訴をいずれも棄却した。

第1審判決は、X1の処分取消請求について、X1には最高裁平成24年

---

(60) 平成29年（行コ）209号。判例集未搭載。本件は上告中である（2019年9月現在）。筆者は弁護士から依頼を受け、本件について最高裁に提出する意見書を作成した。本稿は同意見書の内容を基にさらに検討を進めたものである。

1月16日判決<sup>(61)</sup>が指摘する停職処分を選択することの相当性を基礎付ける具体的事情が認められないにもかかわらず、専ら卒業式等における不起立行為による懲戒処分の回数が増えられたことを理由に形式的に懲戒処分を加重したものと推認されるから<sup>(62)</sup>、本件処分は裁量権を逸脱してされた違法な処分であるとして、請求を認容した。

X1の国賠請求については、行政処分が違法であるからといって直ちに国賠法1条1項の違法が肯定されるわけではなく、その違法が肯定されるのは公務員が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られ、また、同項の故意過失については、法令の解釈につき異なる見解が対立してよるべき明確な判例学説がないときは、公務員がその一方の解釈に立脚して公務を執行し、後に違法と判断されたとしても直ちに過失があったとすることはできない（最高裁昭和46年6月24日判決）とした上、本件処分の当時（平成20年3月31日）は前記最高裁平成24年1月16日判決は出されておらず、不起立行為に対する処分の量定の違法性については下級審の裁判例も判断が分かれていたこと、非違行為を重ねた場合に懲戒処分を加重するという考え方は一般的にみて合理性がないということなどから、都教委が職務上尽くすべき注意義務を尽くさずに本件処分を行ったものとは認めることができないとして、請求を棄却した。

本判決は、X1の国賠請求につき<sup>(63)</sup>、第1審判決と同様に職務行為基準説に立ち、概ね第1審判決と同じ理由によって請求を棄却した。

本判決および第1審判決（以下、単に「本判決」という）はいずれも注意義務違反を問題とし、かつ過失がないとしているので、都教委（その職員を含む）に過失がないから本件処分は国賠法上違法ではないと判断したものと思われる。しかし、本件ではXらの重要な権利利益（思想および良心の自由、人格的利益など）が侵害された可能性があるにもかかわらず

---

(61) 民集65巻4号1855頁。

(62) 第1審判決が認定した事実によると、都教委は同種の非違行為を繰り返した職員に対しては処分を加重するという方針をとり、X1の不起立に対して2004年4月に戒告処分をした後、減給10分の1、1月、減給10分の1、6月、停職1月、停職3月と処分を加重し、そして2008年3月に本件の停職6月の各懲戒処分を行った。

(63) X1の取消請求についてはYからの控訴はなされていない。

本判決はこの点について検討を行っておらず、注意義務違反（過失）についてもその前提となる予見可能性を検討していない。つまり、本判決は職務行為基準説によったために審理の対象があいまいになっているという印象を免れない。

公務員に対する懲戒処分は法令に根拠があり、本来は処分権者の適法な権限行使である。ところがそれが一定限度を超えると違法となるのであり、まさに本件は「正当な権利行使（権限行使）が一定の限度を超えることによって不法行為を構成する事案」に当たるのではないだろうか。したがって、相関関係説によって違法性判断を行う必要があったと考えられる。

相関関係説によって本件の違法性を判断するとどのような結果となるだろうか。まず結果の不法性については、X1は教育者および一個人として国旗・国歌に対して強い否定的評価を抱いているのだから、これらを尊重する意味を持つ儀礼的所作（起立斉唱）の強制によってX1は思想および良心の自由を侵害されたこと<sup>(64)</sup>、X1は6か月にわたり教壇に立つ機会を失うことによって教員としての人格的利益を侵害されたことが認められるであろう。

行為の不法性については、都教委は非違行為を繰り返した職員には単純に処分を加重するという方針をとっていたが、この方針に基づく本件処分は裁判所によって違法と判断されて取り消された。他方でX1には不起立行為以外に非違行為はなく、X1の不起立行為によって式典の進行や学校の規律に具体的な障害は生じなかったことが判決によって認定されている。

以上の結果の不法性と行為の不法性を相関的に考慮すれば、X1には受忍限度を超えた精神的苦痛が生じており、本件処分には国賠法1条1項という違法性があると評価できると考えられる。

違法性が認められれば次に過失判断をする必要がある。過失とは損害発

---

(64) 思想および良心の自由はもっとも重要な基本的人権であり、公務員は全体の奉仕者であることや多数決原理によって安易に制限できないことは言うまでもない。ただし、最高裁判例ではこの権利の意義の解明が放置されていると指摘されている。戸松秀典・憲法191-192頁（弘文堂、2015年）参照。なお、職務命令や懲戒処分が違憲でなければ国賠法上違法とならないわけではない。



生の予見可能性を前提とする結果回避義務違反であり、予見可能性には予見すべきであるという規範的判断が含まれる<sup>(65)</sup>。民法と国賠法の過失が異なるとする見解は見当たらず、違法性が多元的であるのに対して過失は一元的である。

本件ではX1に生じた損害は、思想および良心の自由という基本的人権の侵害ならびに教員として教壇に立つ機会の喪失という人格的利益の侵害によって生じた精神的苦痛である。これらは個人の存立の根本に関わる重要な権利利益であり、教育の場においては特に尊重されなければならない。よって、東京都の教育について広範な権限と責任を有する都教委は、学生・生徒や教職員の思想および良心の自由や人格的利益を侵害することのないように高度な注意義務を負っているというべきである。

また、地方公務員法27条1項は「すべて職員の分限及び懲戒については、公正でなければならない」と規定し、処分権者が公正原則および比例原則に基づいて処分を行うことを義務付けている。教育行政に広範な権限と責任を有する都教委は、本件のような単純な加重を行えば公正原則および比例原則に違反し、X1の思想および良心の自由や人格的利益を侵害する結果となることは当然に予見できたはずであり、また予見すべきであったといえる。それは確立された判例や学説を待つまでもないことである。よって、本件処分をした都教委には過失があったといえよう。

次に、X2の処分取消請求については、第1審判決は、X2は過去に不起立行為による4回の懲戒処分と不起立行為以外の非違行為（卒業式における国旗掲揚妨害、研修の進行妨害等）による3回の懲戒処分を受けていること、本件不起立行為に至る前に勤務時間中にトレーナー（「強制反対日の丸 君が代」と記載されていた）の着用を続けるなど学校の秩序や規律を乱す行為を行ったことなどから、停職処分としたことに裁量権の逸脱濫用はないとして、請求を棄却した。本判決は、学校の規律や秩序の保持等の必要性和処分による不利益の内容との権衡の観点から、6月の停職処分を選択することの相当性を基礎付ける具体的な事情があったものと認めることができるので、本件処分に裁量権の逸脱濫用はないとして、第1審判決を支持した。

X2の国賠請求については、第1審判決は、本件停職処分は適法である

---

(65) 前掲注41、平井・債権各論Ⅱ27-28頁参照。

から違法な公権力の行使ということではできないとして、請求を棄却した。本判決は、第1審判決を引用して第1審判決を支持した。

ここでまず明らかになるのは、懲戒処分が違法とされたX1については職務行為基準説がとられ、処分が違法であっても職務上の注意義務違反はないから賠償責任はないとされたのに対し、懲戒処分が適法とされたX2については職務行為基準説がとられず、処分が適法だから国賠法上の違法性はないとして、法令違反説的な違法性一元説がとられていることである。職務行為基準説によるのであれば、取消違法と国賠違法は異なることになり、違法性相対説をとることになるのだから、処分が適法であるとしても職務上の注意義務違反の有無を審理して賠償責任を判断しなければならないはずである。本件とかなり事案は異なるが、実際に同一の公権力の行使について取消違法は否定されたが国賠違法が認められた事例は存在する<sup>(66)</sup>。

本件の国賠請求が「正当な権利行使（権限行使）が一定の限度を超えることによって不法行為を構成する事案」であることは、X2についても変わりはない。よって、本件処分がX2の権利または法律上保護される利益を侵害し、国賠法上の違法があるかどうかは相関関係によって判断する必要があると考えられる。

相関関係説によれば、結果の不法性については、X2の思想および良心の自由や人格的利益は重要であり、これらが侵害されたとすれば強い不法性があることはX1の場合と同様である。行為の不法性については、懲戒処分に裁量権の逸脱濫用はないとされたので相応の正当性は認められるが、都教委が単純な加重をしたことについてまで正当性があるとするには飛躍があると思われる。また、X2の側にも学校の規律や秩序を乱すような非違行為があったことが認められるが、これによって本件処分の国賠法上の違法性がすべて阻却されるかどうかは疑問であり<sup>(67)</sup>、結果の不

---

(66) 最高裁平成28年12月8日判決・民集70巻8号1833頁は厚木基地における航空自衛隊機の運航に係る防衛大臣の公権力の行使に裁量権の逸脱濫用はないとしたが（取消違法を否定）、同日に言い渡された他の判決（最高裁判所裁判集民事254号35頁）は同基地における航空自衛隊機等の運航に起因する騒音被害に対する国賠請求を認容している（国賠違法を肯定）。

(67) この事情は違法性を阻却するのではなく、過失相殺をすべき事情に当たると考えられる。

法性と行為の不法性を相関的にみて慎重な利益考量が必要であろう。

以上のように、最近の裁判例が職務行為基準説をとるのであれば取消違法が否定された場合にも国賠違法の有無を判断する必要があり、その際には相関関係説が補完的な役割を果たすことになる。

## おわりに

本稿ではごく限られた事例を検討したに過ぎないが、国賠法1条1項の違法性に関する三つの考え方は次のような関係に立つと推測できるのではないだろうか。

①法令違反説（公権力発動要件欠如説）は、法令の規定によって国賠違法（特に違法阻却事由）の有無を解釈できる場合に適切に機能する。そのような場合は実際には多くない。

②職務行為基準説は、法令違反がある場合と注意義務違反（過失）がある場合のいずれでも機能し得る。これは民法不法行為法で違法性と過失が融合し、過失があるから違法であるというように違法性概念が使われている状況と対応している。

③相関関係説は、前記①②のいずれの考え方をとる場合にも「正当な権利行使（権限行使）が一定の限度を超えることによって不法行為を構成する事案」において、結果の不法性と行為の不法性を相関的にみて違法性（受忍限度を超えた権利利益の侵害）を判断する役割を果たす。その意味で①と②を補完している。

ここでの違法性（国賠違法）は、法令違反そのものよりもむしろ「権利または法律上保護される利益の侵害」を意味している。法令違反があっても権利利益の侵害がなければ賠償責任は発生しないからである。

このように考えるのであれば、当初から③によって違法性を判断し<sup>(68)</sup>、違法性が認められれば過失の有無を判断するのと同じ結果となる。しかし、相関関係説によって国賠違法を判断できるという考え方は広く支持されているとはいえ、判例も②によるものが主流となりつつある。よって、③が②と①を補完すると考えることが国賠法1条1項を適切に解釈適用する上でむしろ有効な提言となると思われる<sup>(69)</sup>。

---

(68) 相関関係説は行為の不法性を判断する際に法令違反も考慮するのだから、法令違反説の観点を取り入れているといえる。

(69) 少なくともこのように考えることによってより妥当な結果となる事例があ

国賠法1条の違法性の多元性と補完性について

今後はさらに多くの事例を検討することにより、前記の推論が正しいかどうかを検証することにしたい。

---

ることは間違いないであろう。