

国家賠償法 1 条における違法と過失

岩 橋 浩 文

要 旨

本研究は、国家賠償法 1 条における違法と過失の要件該当性の解釈をめぐる①違法性二元説と②違法性一元説がいかなる意味で異なるのかを明らかにした。

具体的には、行政法の 1 領域における裁判例を処分と処分以外に分けて考察した。

研究の結果、両説は、それぞれの理論的背景の下で、国家賠償法 1 条の違法性について、いかなる法を観念して、「法律による行政の原理を担保する行政救済制度」としての側面と「不法行為に基づく損害賠償制度」としての側面のいずれを重視しているか、という意味で異なっていた。また、前段の側面においては、民事不法行為法との相違点が重視され、後段の側面においては、民事不法行為法との共通点が重視されている、という意味でも両説は異なっていた。

こうして本研究では、両説がいかなる意味で異なるのかを明らかにした。

1. はじめに

1.1 違法と過失の見方

国家賠償法 1 条は、「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（傍点筆者）。」と規定する。

本条の「違法」と「過失」の要件該当性の解釈をめぐり、①行為の違法と過失を別々に判断する見方（以下「違法性二元説」と呼ぶ）と、②行為の違法と過失（＝公務員に課せられた職務上の注意義務の懈怠）も違法性に加える見方（以下「違法性一元説」ないしは「職務行為基準説」と呼ぶ）の対立が顕著である¹⁾。

本稿の執筆にあたり、匿名査読者の方々より多くの貴重な助言を頂いた。ここに感謝の意を表したい。

1) 参照、塩野宏『行政法Ⅱ〔第 6 版〕』（有斐閣・2019 年）333 頁、大橋洋一『行政法Ⅱ〔第 3 版〕』（有斐閣・2018 年）415-419 頁（図表）。

それは、①違法性二元説では、取消訴訟と国家賠償は共に違法な行政行為に対する救済手段として位置づけられ、両者でいう違法性は、行政行為の根拠法違反として統一的に捉えられている（違法性同一説）²⁾。また、②違法性一元説は、取消訴訟でいう違法と国家賠償訴訟でいう違法とは異なるという見解（違法性相対説）に立脚する³⁾。つまり、取消訴訟の基準とは別に、損害の填補を目的として、行為の違法と職務上の注意義務違反により、国家賠償法上の違法性を判断するという見解である⁴⁾。

さらに、③侵害行為の態様と被侵害法益の双方を違法性判断において勘案する見方（以下「相関関係説」という）がある⁵⁾。そして、学説の大勢は、①違法性二元説を支持する傾向にある（多数説）。

他方、判例の立場は、②違法性一元説（職務行為基準説）である。判例は、公権力の行使概念についての広義説の採用により、行政行為などの処分のみならず、行政指導や通達、情報提供行為、国公立学校における学校教育活動などの非権力的な活動や省令制定行為についても「公権力の行使」に含めて解釈してきた。こうして、国家賠償法1条の適用範囲は拡大されてきたのである。

1.2 問題設定

学説（多数説）は、判例の立場に対して批判的である⁶⁾。しかし、なぜ多数説は、国家賠償法1条の適用対象を判例のように拡大しようとししないのだろうか。その1つの要因として、多数説では、処分等の「狭義の公権力の行使」が違法に行われたケースについては、「法律による行政の原理」が厳密に適用されるべきであり、判例により拡大された部分については射程外としている可能性も考えられる⁷⁾。

しかし、処分とともに多様な行政作用が標準的に用いられている場合に、処分とそれ以外を

2) 参照、塩野・前掲注1) 332-349頁、藤田宙靖『新版 行政法総論 下』（青林書院・2020年）213-225頁、宇賀克也『行政法概説Ⅱ〔第6版〕』（有斐閣・2018年）448頁以下。

3) 参照、遠藤博也『実定行政法』（有斐閣・1989年）273-274頁。

4) 参照、宇賀克也・小幡純子編著『条解 国家賠償法』（弘文堂・2019年）118頁〔中原茂樹〕は、職務行為基準説においては、「国賠法上の違法性と過失が一元的に審査されることになる。これは、民事不法行為法において、違法性（民法709条にいう権利又は法律上保護される利益の侵害）と過失の要件が一元的に判断される傾向にあるのと共通の考え方であると解される。」とする。

5) 参照、遠藤・前掲注3) 273頁、同『国家補償法 上巻』（青林書院新社・1981年）166-175頁。

6) 参照、塩野・前掲注1) 349頁注5は、職務行為基準説の拡張的適用に対しては、学説上は批判が強いにもかかわらず、「学説との対話もなく、最高裁判所がその対象事項を拡大（もしくは一般化）しているのは、必ずしも珍しい例ではないが、日本法の発展にとり、好ましくない。」とする。

7) 参照、塩野・前掲注1) 345頁は「拡大された部分については民事不法行為法に類似する関係と同様の判断過程に服させるのが適切」とする。

区別して同法1条を適用してよいのであろうか。また、下級審の裁判例は、判例のとり②違法性一元説（職務行為基準説）で統一されているわけではなく、違法と過失を二元的に判断しているものもあり、処分以外の行政作用についても二元的判断を行うものがあられている⁸⁾。

そこで本稿では、多様な行政作用・行政の行為形式がみられる領域を対象として、国家賠償法1条における「違法」と「過失」の要件該当性の解釈をめぐる①違法性二元説と②違法性一元説（職務行為基準説）がいかなる意味で異なるのかを、その領域に関する多数の裁判例を取上げて明らかにする。

分析の対象領域は、行政法の主要な領域（租税法・社会保障法・環境法・都市法）⁹⁾のうち、都市法の領域、すなわち都市空間の開発や建築等に関する法の領域とする。その理由は、私人の財産権への影響が大きく、処分および処分以外に関する裁判例が比較的多く蓄積されているからである。

1.3 先行研究と本研究の意義

多数説と判例のとり説は異なっているが、昨今、行政法学において、判例のとり職務行為基準説の内容を改めて検討し、再評価する動きがある¹⁰⁾。また、判例の整合的理解を試みる見解¹¹⁾をはじめ、判例理論と多数説の相互認識および両説の課題を論じて立法論に及ぶもの¹²⁾などがある。

8) 参照、宇賀克也「職務行為基準説の検討」行政法研究創刊第1号（2012年）31頁。

9) 参照、原田大樹『例解 行政法』（東京大学出版会・2013年）第2部および414頁以下。

10) 参照、神橋一彦『行政判例と法理論』（信山社・2020年）251頁以下は、判例のとり職務行為基準説が前提とする「違法」概念とは何かを追究している（初出2010年、立教法学80号）。また、米田雅宏「国家賠償法1条が定める違法概念の体系的理解に向けた一考察——職務義務違反説の可能性（2・完）」法学82巻1号（2018年）60頁は、判例のとり職務行為基準説の体系的説明を試み、「国賠法の世界では、この一般的な違法抑止機能を“法治国家の要請”という言葉の中で論じているに過ぎない……国賠法1条の違法は客観的法規違反でなければならないという必然性は、ないと言えよう」とする。

11) 参照、武田真一郎「続・国家賠償における違法性と過失について」成蹊法学88号（2018年）536-503頁は、国家賠償法における違法性の多元性を認めて、1.1で述べた①～③説がそれぞれ妥当する場合があるとする。また、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・2014年）149頁は、行政処分に代表される権力的な行政活動については、上記①説が採用されるべきとし、その他の行政活動については、上記②説の見方を容認する。さらに、阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』（有斐閣・2009年）501頁は、非権力的公行政作用には行為規範がないので、③相関関係説で判断の方が適切とする。なお、中川丈久「国家賠償法1条における違法と過失について」法学教室385号（2012年）72頁以下は、国家賠償法1条の違法を民法709条における権利利益の侵害という意味で捉え直そうとする。

12) 参照、仲野武志『法治国原理と公法学の課題』（弘文堂・2018年）368-392頁（初出2016年）。とりわけ憲法は、決して「近代行政救済法の原理」（根拠法令違反の処分は取り消されなければならない、また、根拠法令違反の処分によって生じた損害は賠償されなければならない。）をそのまま実現する法律の制定を明示的に要請しているわけではない、と指摘する（381頁）。

これらの先行研究では、膨大な判例・学説を分析対象として、行為の類型ごとに考察していることから、特定の領域において、①違法性二元説と②違法性一元説（職務行為基準説）がいかなる意味で異なるのかが示されていない。

本研究の意義は、それを都市法の領域（都市空間の開発や建築等に関する法の領域）について見出すことである。

1.4 分析枠組

本研究では、「国家賠償法1条」とは、本研究で扱う国家賠償法1条1項のことである。すなわち、同項は、その要件として「故意又は過失」を定めているが、故意が認定される事例は極めて少ないので、「過失」を主な対象とする。さらに、「国又は公共団体」を定めているが、都市法の領域に関する事務は主に公共団体が担っているので、「公共団体」を主な対象とする。また、同項に基づいて「作為責任」と「不作為責任」が問われるが、多数説は行政処分に主眼を置いているので、「作為責任」を主な対象とする。

また、国家賠償法1条における違法性は、①違法性二元説と②違法性一元説（職務行為基準説）の立場の違いを考える上で、「処分にかかわる違法性」と「処分以外にかかわる違法性」に区分する。

そして、本研究の対象となる裁判例を取上げて、違法性判断の方法などについて把握し(2.)、裁判例ごとおよび違法性の区分ごとに考察する(3.)。

2. 裁判例における違法性の判断・認定

本章では、都市法の領域に関する多数の裁判例（下級審を含む）を取上げ、網羅的ではないものの、1.4で述べた違法性の区分ごとに分けて、事案の概要、争点、判断・認定結果および違法性判断の方法¹³⁾について把握することとする。

2.1 処分にかかわる違法性

(1) 開発許可申請にかかる公共施設管理者の不同意通知（高松高判平成25年5月30日）

本件は、都市計画法30条に基づく開発許可申請を行うにあたり、公共施設管理者の同意を市長に対して求めたところ、不同意通知を受けたが、そのまま開発許可申請を知事に対して

13)「違法」については、根拠法違反か、行為の違法か、それとも職務上の注意義務違反か。また、「過失」については、違法とは別々か、それとも注意義務の懈怠か、に注目する。

行ったところ、前記同意書の添付がないとして開発不許可処分を受けたことにつき、(1) 不同意通知の取消し、および(2) 不同意による損害賠償を求めた事案において、請求(1)が認容され、請求(2)が棄却された事例である。

高松高判平成25年5月30日¹⁴⁾は、まず、本件不同意通知の適法性および同意しないことが裁量権の範囲を超え若しくはその濫用となると認められるかについて、原判決を引用して、被告「市においては、田浦町協議会の排水同意書添付があれば法32条の同意をする運用となっていたところ、本件施設の管理が事実上、同協議会に委ねられており、……前記のような運用そのものは不合理なものではない。しかし、排水同意書添付は法的に要求されたものでもなく、排水同意書の添付がないこと自体を理由として同意をしないことには合理性がない。」とした。

その上で、「本件では、管理上の支障についての相応の調査、検討を経た形跡は認め難く、むしろ、排水同意書の添付がない場合は必要書類の不備であるとの認識の下に法32条の同意をしなかったものと推認されるところ、そのような運用は、実質的に排水同意書の添付を義務化するものであり、法32条等の想定する公共施設管理者の裁量の範囲を超えるものといわざるをえない(傍点筆者)。」と判断し、「本件不同意通知には、裁量権の濫用ないし逸脱が認められ、違法である(傍点筆者)。」と判示した。

次に、過失の有無について、被控訴人「市においても利用している開発許可制度の解説書でも、……同意書添付まで義務付けるべきでないとの指摘がされており、公共施設の適正な管理の支障が認められるかについて検証、検討することなく、実質的に同意書添付を義務付ける結果となる前記のような運用について、法律解釈上相当の根拠があるとは認められず、小松島市長の本件不同意通知による同意をしない旨の処分に過失がないとはいえない(傍点筆者)。」として過失を肯定した。

したがって、市は、本件不同意通知による損害について国家賠償責任を負うとした。

しかし、損害の発生については、排水の「同意があっても、本件開発行為が許可されるかどうかは別途検討されるところであって、法32条の同意により直ちに許可が得られるものと認めるべき事情はない」ため、開発許可を受けられたことを前提とする損害の発生はこれを認めることができないとして請求を棄却した。

本判決では、市長がした不同意通知の違法性判断の方法として、まず、法的に要求されてい

14) 判例地方自治384号64頁。本件は、市の不同意通知の処分性を認めた上で、同処分を取消し、同意を義務付けた事例である。なお、最高裁は、上告棄却、上告不受理とした(最決平成26年1月17日D1-Law.com判例体系・判例ID28273691)。

ない排水同意書の添付を実質的に義務化した運用に、裁量権の濫用ないし逸脱を認めて違法としている。次に、過失の有無について、そのような運用については解説書でも否定され、法解釈上の根拠もないことから、過失がないとはいえないとして、違法性を肯定している。

(2) 偽装されていた構造計算書に基づく建築確認（最判平成 25 年 3 月 26 日）

本件は、ビジネスホテルの建築主（上告人）が取得した建築確認につき、その設計を行った一級建築士により構造計算書が偽装されていたことが発覚し、営業休止および改修工事を余儀なくされたため、被った工事費用・逸失利益等の損害につき賠償を求めた事案において、請求が棄却された事例である。

本件では、建築主が依頼した一級建築士により構造計算書に偽装が行われ、それを見逃したとして、次のア）からウ）の 3 点が主張されている。ア）開口部を有する耐震壁を 2 枚としてそれぞれ計算すべきところ、1 枚の耐震壁として計算されている。イ）1 階の剛性率は 0.6 以上ではなかったのに、すべての階の剛性率が 0.6 以上とされている。ウ）2 階の耐力壁に加わるせん断力の数値を 198 と手入力すべきところ、80 と手入力されていることである。

最判平成 25 年 3 月 26 日¹⁵⁾は、まず一般論として、建築士は建築士法に基づき当該計画が上記基準に適合するように設計を行うべき義務を負うことから、建築主事が負う職務上の法的義務の内容について、「建築主事は、当該計画が建築士により上記の義務に従って設計されるものであることを前提として審査をすることが予定されている」との前提を示した。

その上で、本件のア）については、耐震壁のモデル化に関する定めがなく、法定の要件に適合しないものとはいえない。イ）については、大臣認定プログラムにより計算された結果が記載されていたものであり、1 階の剛性率が 0.6 以上となることがあり得ないとはいえない。ウ）については、数値を計算する大臣認定プログラムは 100 種類以上あり、手入力する箇所は多種多様であるため、それらを逐一把握するのは困難であると判断した。

そして、「上記アないしウの各点のみから、本件建築主事が職務上通常払うべき注意をもって申請書類の記載を確認していればその記載から本件建築物の計画の建築基準関係規定との不適合を発見することができたにもかかわらずその注意を怠って漫然とその不適合を看過したものとは認められず（傍点筆者）」、本件建築確認が国家賠償法 1 条 1 項の適用上違法となるとはいえないと判示した。

本判決では、構造計算書の違法性判断の方法として、ア）については根拠法の定めがなく、イ）については剛性率 0.6 以上が根拠法違反の対象となるものの、その可能性を否定している。

15) 裁判所ウェブサイト。

また、ア) からウ) について、建築主事が負う職務上の注意義務の懈怠はないとして、違法性を否定している。

(3) 土地区画整理事業の換地処分に伴う清算金の算定（東京高判平成 17 年 2 月 9 日）

本件は、土地区画整理法に基づく土地区画整理を施行する市長が、控訴人らが所有する宅地につき換地処分を行う際の清算金の算定を誤り、これによって違法に損害を受けたとして、市に対して損害賠償を求めた事案において、請求が一部認容された事例である。

東京高判平成 17 年 2 月 9 日¹⁶⁾ は、「土地区画整理事業の遂行上、その施行者には、合理的理由がある範囲で、権利者間の均衡保持に必要な合理性追求のために、換地の方法、土地の評価方法、清算金の算定方法等において、合理的な範囲で裁量権を有する」とした。

しかし、清算金の額の算出にあたり、「専ら事業が施行された後の換地の価格に対して影響を与える事情を、従前地の評価において考慮することはおおよそ合理性を欠く」と判断した。

その上で、「本件における清算金の算定は、施行者に与えられたそのような裁量権の範囲を超えるものというべきであり、その違法の内容・態様・結果等にかんがみると、本件区画整理事業の施行者は、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かかる行為をしたものと評すべきであり、国家賠償法1条1項の適用上違法と評価されてもやむを得ないもの（傍点筆者）」と判示した。

本判決では、清算金算定の違法性判断の方法として、本件清算金の算定は裁量権の範囲を超えるもので違法であり、それには注意義務の懈怠もあるとして、違法性を肯定している。

(4) 安全認定の違法性が継承された建築確認（東京地判平成 26 年 2 月 4 日）

最判平成 21 年 12 月 17 日¹⁷⁾ は、新宿区で建設中のマンションにつき、東京都建築安全条例に基づく「安全認定が行われた上で建築確認がされている場合、安全認定が取り消されていなくても、建築確認の取消訴訟において、安全認定が違法であるために本件条例4条1項所定の接道義務の違反があると主張することは許されると解するのが相当である（傍点筆者）。」として建築確認を取消した。

本件は、その後、建築主が工事を続行できなくなり損害を被ったとして、安全認定およびそれに基づく建築確認をした新宿区などを相手取り、その判断に過失があったとして損害賠償を求めた事案において、請求が棄却された事例である。

16) 裁判所ウェブサイト。

17) 民集 63 卷 10 号 2631 号（新宿たぬきの森事件）。

本件では、すでに取消訴訟において安全認定の違法が確定していることから、公務員に過失があったか否かが主な論点になると考えられた。しかし、新宿区は、国家賠償法上の違法を争点とするために、条例の解釈をめぐる問題に持ち込んだ。

東京地判平成 26 年 2 月 4 日¹⁸⁾は、いわゆる旗竿状敷地において、敷地の竿の部分（路地状部分）でのみ道路と接道している場合、「例えば 8m の接道要件を充たすためには、路地状部分と道路との接道部分の幅員が 8m あるだけでは足りず、路地状部分の最狭部分において 8m の幅員がなければならないと解されている一方で、路地状部分の幅員が 8m ある場合には当該路地状部分に塀や門扉など障害物が設置され 8m の幅員にわたって通行可能な道路状空地が確保されていなかったとしても 8m の接道基準を充たし得ることが、裁判例、学説上一般的に承認された見解」¹⁹⁾である。それ故、同区の解釈にも「一応の合理性がある」として、同区職員が安全認定をしたことは過失とは言えず、建築確認に関しても同様に過失はないとした。

しかしながら、本来、上記の解釈が成り立つのは、路地状部分の最狭部分の幅員が 8m ある場合であり、本件ではそれを満たしていないため、本判決は前提条件を欠いている。

控訴審である東京高判平成 26 年 9 月 24 日²⁰⁾は、取消訴訟において、最高裁は路地状部分に 8m 幅員の「通路」が存在することを要件としていると解したのに対し、同区職員は、その通路を要件とせず路地状部分の敷地の最小幅員が 8m 以上であることを要件とするものと解した上で、安全上支障がないか否かの判断をしたものとした。

その上で、取消訴訟において違法と判断したことから、「直ちに本件訴訟において、当時の裁判例、学説、実務上の取扱い等に照らして、本件土地につき上記安全性を備えていると認めた被告区職員の判断に、事実の誤認や評価の誤り等裁量権の逸脱・濫用があり、その点に過失があったということはできない（傍点筆者）。」²¹⁾と判示した。

本判決では、安全認定の違法性判断の方法として、根拠法違反は法解釈の問題であり、取消訴訟において違法と判断したことから、直ちに区職員の判断に、裁量権の逸脱・濫用および過失があったとはいえないとして、違法性を否定している。

(5) 住宅地造成事業にかかわる認可等（徳島地判平成 17 年 8 月 29 日）

本件は、住宅造成地の斜面に築造された擁壁の損壊により建物が損壊し、損害を被ったとして、本件擁壁や建物にかかわる住宅地造成事業の施行・変更の認可等が国家賠償法上違法であ

18) 判例集未登載。

19) 阿部泰隆『国家補償法の研究 I』（信山社・2019 年）205 頁。

20) 判例集未登載。

21) 阿部・前掲注 19) 231 頁。

るとして、県と市に対し、損害賠償を求めた事案において、請求が棄却された事例である。

本件では、原告の建物が完成した後に、当初の認可時には法面の予定であった位置に変更認可を経て本件擁壁が築造されていた。

徳島地判平成17年8月29日²²⁾は、まず、県知事がした本件変更認可の違法性につき、変更認可の時点において、「ずさんな工事であるために災害等の発生の具体的危険性が生じていたなどの事情も認めるに足りないから、上記工事が違法な乱開発であると評価することはできず、被告県において、本件造成事業の工事の状況や現場等を調査することを怠ったということもできない（傍点筆者）」から、「被告県が本件変更認可をしたことは国家賠償法上違法であるとはいえない」と判示した。

次に、被告県が建築特例許可をしたことの違法性につき、被告県としては、住宅地造成事業に関する法律13条に基づく「建築特例許可の申請があった場合、担当者が現地に赴き、可能な限りの検分をした上、上記許可をしていたものの、このような検分については旧住造法上は予定されていない（傍点筆者）」ので、「県知事が本件建築特例許可をしたことは国家賠償法上違法とはいえない」と判示した。

本判決では、認可等の違法性判断の方法として、認可等の行為の違法については述べておらず、公務員に職務上の注意義務の懈怠はないとして、違法性を否定している。

(6) 開発許可により造成された宅地の陥没（名古屋高判平成28年7月28日）

本件は、地下に坑道などの空洞が多数存在する地区において、都市計画法に基づく開発許可により造成された宅地が陥没し、居住者が転居を余儀なくされたことに関し、上記開発許可等の際には陥没事故を予見することはできなかったとして、損害賠償請求が棄却された事例である。

名古屋高判平成28年7月28日²³⁾は、敷地の陥没の原因については、地裁と同様に地下の空洞が原因との見解を示し、地下に空洞があることを踏まえて開発許可の審査や完了検査に取り組むべきだとしている。

その上で、「事故原因を想定した上での技術的な対応策が許可条件とならざるを得ないことに照らせば、国家賠償法1条1項の『違法』を基礎付ける職務上の注意義務違反（予見可能性）が認められるためには、B開発区域に磨き砂の採掘跡（空洞）が存在することにより地表陥没

22) 判例地方自治 278号 72頁。

23) 裁判所ウェブサイト。なお、最高裁は、上告棄却、上告不受理とした（最決平成29年3月14日 D1-Law.com 判例体系・判例 ID28251103）。

が起こるかも知れないとの危惧感では足りず、ある程度の原因を想定した上での予見可能性が認められなければ、職務上の注意義務違反があったとはいえないというべきである（傍点筆者）。」と判示した。

本件では、30年近く陥没事故が発生していなかった事実を挙げ、現時点の学問・技術レベルでは予見できなかったとして、開発許可等の際における陥没の予見可能性を認めず、請求を棄却した。

本判決では、開発許可の違法性判断の方法として、当該許可の際には陥没の予見可能性が認められないので、職務上の注意義務違反はないとして、違法性を否定している。

（7） 都市計画法の要件不充足の既存宅地確認処分（大阪高判平成 12 年 12 月 22 日）

本件は、市街化調整区域内の土地について知事が行った違法な既存宅地確認処分²⁴⁾に基づいて建築された建築物により、その西側に居住する住民ら（被控訴人、原審原告）が日照、通風およびプライバシー侵害等の損害を被ったと主張し、処分を行った県（控訴人、原審被告）に対し、損害賠償を求めた事案において、住民の請求がすべて棄却された事例である。

本件では、本件建物が都市計画法に基づく市街化調整区域に位置しているため、本件処分を受けなければ建築することができないものであるにもかかわらず、違法な処分の結果、被害が発生したとして、本件処分の第三者である住民らが請求をしている。

大阪高判平成 12 年 12 月 22 日²⁵⁾は、国家賠償法 1 条 1 項の違法性について、「周辺住民には処分の無効確認又は取消請求などの行政訴訟における原告適格はない」といわざるを得ない。

しかしながら、処分の根拠法令が公益の実現を目的とし、第三者の権利利益の保護を図るものではない場合でも、「第三者に対する関係で国家賠償法上違法と評価される場合があり得る。」「その違法性の有無は、当該行政処分の法的要件の充足性の有無のほか、侵害された利益の種類、性質、侵害行為の態様及びその原因などを総合的に判断して決すべきと解される（傍点筆者）」との基準を示した。

その上で、本件では「敷地となっている北東側約 3 分の 2 以上及び南東側一部は既存宅地の要件を満たさない不適法なものであって、その要件不充足が著しい」。しかし、仮に適法な既存宅地確認処分がされ、この範囲に適法な建築物が建築されたとした場合の悪影響は、被控訴人は原則としてこれを甘受すべきものであり、「被控訴人ら宅の被害は、本件建物による現実の被害の程度を下回らないことが当然に推認されるから、本件処分が違法であることと被控訴

24) 都市計画法 43 条 1 項 6 号ロ（平成 12 年法律第 73 号による改正前のもの）。

25) 判例地方自治 218 号 66 頁。

人らの生活上の権利利益の侵害との間には直接の因果関係を欠く」と判断した。

そして、「本件処分が被控訴人らに対する関係で国家賠償法1条1項の違法性を備えるものということとはできない。」と判示した。

本判決では、既存宅地確認処分の違法性判断の方法として、当該処分の法的要件の不充足が著しいものの、侵害された利益と侵害行為の双方を総合的に勘案して、違法性を否定している。また、過失については、直接的には述べていない。

(8) 消防法の要件を満たさない除去命令とその公示（東京高判平成27年6月10日）

本件は、消防法に基づく危険物除去命令（5条の3第1項）の一部につき、除去命令の要件を満たさない物品にも除去を命じたものであり、その処分を公示する標識により弁護士である一審原告がその信用を毀損されたとして、都に対する賠償を求めたところ、命令の一部は違法であるが、損害賠償をもって慰謝しなければならないほどの損害が生じたとは認められないとして、原判決が一部取消された事例である。

東京高判平成27年6月10日²⁶⁾は、「本件処分を前提としてされた本件標識の貼付は、本件冊子及び南東側ロッカーの除去を求める部分に限って国家賠償法上も違法であり、処分行政庁に過失がある（傍点筆者）」と認めた。

その理由は、原判決を支持して、「本件冊子及び南東側ロッカーについては、消防法5条の3第1項所定の除去命令の要件を満たさないにもかかわらず、処分行政庁は、その解釈適用を誤り、これを満たすものと判断してその除去を命じたものであり、当該判断は、本件違反処理基準が挙げる例そのものに従ったともいい難いものであることをも勘案すると、職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく、漫然と職務を遂行したものといわざるを得ない（傍点筆者）。」。なお、「処分行政庁内部で協議をし、助言を受けたというだけでは、職務上通常尽くすべき注意義務を尽くしたとも、処分行政庁が相当の根拠をもって本件処分をしたのであるから処分行政庁の判断には過失がないともいうことはできない。」と述べている。

しかしながら、本件標識のうち、適法な処分に係る公示は行われざるを得ず、それと並列して違法な処分に関する公示が含まれているからといって、そのことにより、「本件処分のうち適法な処分のみが公示された場合と比較して、第1審原告の社会的評価が低下したとは認めるに足りず、損害賠償をもって慰謝しなければならないほどの損害が第1審原告に生じたとは認められない。」と判示した。

本判決では、除去命令とその公示の違法性判断の方法として、根拠法違反により国家賠償法

26) 裁判所ウェブサイト。

上も違法とし、別に過失を認めて、違法性を肯定している。

2.2 処分以外にかかわる違法性

(9) パチンコ店の出店を阻止する図書館条例の改正（東京地判平成 25 年 7 月 19 日）

本件は、原告らが所有する建物を賃借した上でパチンコ店を出店する準備を進めていたところ、被告市が条例を改正して隣接建物に図書館分館を設置したため、図書館から 50m 未満ではパチンコ店を営業できないとする都条例に抵触し、出店が不可能になり損失を受けたとして原告らが同市に対し、損害賠償を求めた事案において、請求が一部認容された事例である。

東京地判平成 25 年 7 月 19 日²⁷⁾は、「議員提案により異例の速さで本件条例改正を行ったことなどに照らすと、本件条例改正は、本件出店を阻止することが、その主たる目的ないし動機であったものと認めることができる。そうすると風営法 4 条 2 項 2 号及び風営法関連条例等の規定は、図書館施設の近隣地域内において良好な風俗環境を保全しようとするものであるところ、被告は、このような法の趣旨を逸脱してこれらの規定を利用することにより、本件出店を阻止したものであるべきである（傍点筆者）。」と判断した。また、パチンコ店等が既に 4 店舗存在しており、本件出店だけを阻止する合理的理由がないと指摘した。

その上で、「本件条例改正は、原告らの営業上の権利を侵害するものであり、原告らに対する関係においては、社会的妥当性を逸脱する行為として違法と解するのが相当である（傍点筆者）。」と判示した²⁸⁾。

本判決では、条例改正の違法性判断の方法として、条例改正は根拠法の趣旨を逸脱し、さらに、原告らの営業上の権利侵害および社会的妥当性を逸脱する行為として、違法性を肯定している。また、過失については、直接的には述べていない。

(10) 都市計画決定から 10 年経過後の再開発事業計画の変更（最判平成 10 年 10 月 8 日）

本件は、市施行の市街地再開発事業に係る都市計画に対し、当該区域に土地を所有していた地権者（上告人、被控訴人、原告）らが計画を信頼して行動したにもかかわらず、決定から 10 年余り経過した後、新たに就任した市長の下で事業計画が大幅に変更された結果、被害を被ったとして提起した損害賠償等の請求が棄却された事例である。

原審である仙台高判平成 6 年 10 月 17 日²⁹⁾は、上告人ら地権者の立場につき、「地権者は好

27) 判例地方自治 386 号 46 頁。

28) なお、2014 年 3 月 28 日に控訴審である東京高裁で、市が約 4 億 5 千万円を支払うことで和解が成立している。

29) 判例地方自治 141 号 72 頁。

むと好まざるとにかかわらず再開発事業に関わらざるを得ない立場に立つ反面、これによる開発利益を享受する機会をも得ること等の点において、いわゆる誘致企業の場合と異なる側面を有する」とした。

その上で、計画の変更が地権者との信頼関係を不当に破壊するものか否かについて、「既に都市計画の決定から10年余の間一貫して右事業に協力してきた被控訴人らは、その労苦と意図が結実しなかったばかりか、この先においても都市計画法55条による土地利用の制限を受けたまま右事業の完成を待つ結果となったことにより、相当の精神的苦痛を受けたこと」が察せられる。

しかしながら、そもそも再開発事業は長期間を要するものであり、「右土地利用の制限もこれを前提としたうえでの法規制であること及び前段の事情、さらには第4項に示した地権者の地位、立場等を勘案すれば、右精神的苦痛は未だ受忍の限度を超えていない」と判断した。

最判平成10年10月8日³⁰⁾は、原判決を支持して、「本件再開発事業の主要部分を成した原計画を変更したこと等から、上告人らがある程度の不利益を受けたことがうかがわれなければならないが、右の原計画変更の結果、上告人らが社会観念上看過することのできない程度の損害を被ったとは認め難く、右変更を違法なものということはできないとした原審の判断は、是認することができる(傍点筆者)。」と判示した。

本判決では、計画変更の違法性判断の方法として、計画変更行為により、社会観念上看過することのできない程度の損害を被ったか否かという点から、違法性を否定している。また、根拠法違反と過失については、直接的には述べていない。

(11) 許可申請を前提とする事前相談形式の行政指導(京都地判昭和47年7月14日)

本件は、風致地区の現状変更許可申請を前提とする事前相談形式の行政指導に違法性がないとして、国家賠償請求が棄却された事例である。

本件行政指導は、不動産業者から「ガソリンスタンドが出来れば本件土地を斡旋したいが、ガソリンスタンドが建つだろうか」との瀬踏みの問いに対し、被告市風致課長が、風致地区であるため「従来のガソリンスタンドの形式では許可を得ることが難しいと説明し、例示的に、本件土地の空地をみせないよう、北と西の角に建物を建て、適当な通路を作ったうえ、給油計量器を吊り下げ式にしたガソリンスタンドなどを教示し、一定基準に合わせてその建物の高さ、彩色、植樹などを周囲の風致に適合するよう配慮して設計するのであれば考慮してよい」と回答したものである。この時、ガソリンスタンドの設計図面は示されていなかったのも、同

30) 判例地方自治203号79頁。

課長の発言は一般的な教示にとどまっている。

原告は、ガソリンスタンドの建設は容易ではないと判断して本件土地の購入を断念したところ、別の企業がその土地を購入し、上記行政指導の諸条件を全く満たさない従来形式のガソリンスタンドが被告市の許可を得て建設され、開業したことから、違法な行政指導の結果、得べかりし利益を喪失し、同額の損害を被った旨主張した。

京都地判昭和 47 年 7 月 14 日³¹⁾は、同課長がした行政指導は国家賠償法 1 条 1 項の「公権力の行使」に該当するとした上で、本件行政指導の違法性について、「加害行為が違法であるかどうかは、被侵害利益の種類・性質と、侵害行為の態様との相関関係から判断し、被侵害利益が強固なものでない場合には、侵害行為の不法性が大きくなければ、加害に違法性がないと解するのが相当である（傍点筆者）。」との基準を示した。

その上で、「原告会社は、本件行政指導を受けた段階では、本件土地の所有権を取得していただけてではなく、売主に買受の申入れをまだしていない状態であった。そうすると、原告会社は、本件で被侵害利益であると主張する逸失利益の前提となる本件土地の所有権を取得していない以上、被侵害利益は皆無であったとしなければならない。」と判示した。

本判決では、行政指導の違法性判断の方法として、行為違法（侵害行為の性質・態様）と結果違法（被侵害利益の種類・内容）の双方を勘案して、違法性を否定している。また、過失については、直接的には述べていない。

(12) 指導要綱に基づく教育施設負担金を求める行政指導（最判平成 5 年 2 月 18 日）

本件は、市がマンションを建築しようとする事業主に対して指導要綱に基づき教育施設負担金の寄付を求め、約 1523 万円を納付した原告が、本件指導要綱は、これに従わない場合には水道の給水契約を拒否するなどの制裁措置を背景として義務を課すことを内容とするものであり、この行為は違法な公権力の行使に当たると主張して、予備的に納付額相当の損害賠償を求めた事案において、請求が認容された事例である。

最判平成 5 年 2 月 18 日³²⁾は、一般に「行政指導として教育施設の充実に充てるために事業主に対して寄付金の納付を求めること自体は、強制にわたるなど事業主の任意性を損うことがない限り、違法ということはできない。」との基準を示した。

しかし、本件「指導要綱は、法令の根拠に基づくものではなく、被上告人において、事業主に対する行政指導を行うための内部基準であるにもかかわらず、水道の給水契約の締結の拒否

31) 判例時報 691 号 57 頁。

32) 民集 47 卷 2 号 574 頁。

等の制裁措置を背景として、事業主に一定の義務を課するようものとなっており、また、これを遵守させるため、一定の手続が設けられている。」。しかも、「給水契約の締結の拒否という制裁措置は、水道法上許されないもの」である。また、被上告人が教育施設負担金の納付を求めた行為も、市担当者が教育施設負担金の減免等の懇請に対し前例がないとして拒絶した態度とあいまって、「教育施設負担金を納付しなければ、水道の給水契約の締結及び下水道の使用を拒絶されると考えさせるに十分なもので」、事業主に従うことを余儀なくさせるものであり、「教育施設負担金の納付を事実上強制しようとしたものといえることができる（傍点筆者）。」と指摘した。

その上で、行政指導が市民の支持を受けていたことなどを考慮しても、「右行為は、本来任意に寄付金の納付を求めるべき行政指導の限度を超えるものであり、違法な公権力の行使であるといわざるを得ない（傍点筆者）。」と判示した。

本判決では、行政指導の違法性判断の方法として、行政指導の限度を超え、違法な公権力の行使に当たるとして、違法性を肯定している³³⁾。また、過失については、直接的には述べていない。

(13) 道路縦覧地図による誤った情報提供（京都地判平成23年3月30日）

本件は、市が建築基準法42条2項に該当する道路（以下「2項道路」という）として6区画の敷地で計7回の建築確認をしてきた道を、2006年に誤りだったとして、道路縦覧地図（市民の閲覧に供している道路の種別等を記載した地図）において「非道路」に修正したところ、建築可能な敷地と信じて土地を購入していた原告らが市に対して損害賠償を求めた事案において、請求が一部認容された事例である。

京都地判平成23年3月30日³⁴⁾は、市内における2項道路の指定は一括指定により完結している³⁵⁾ので、道路判定は、特定の道が既に一括指定がなされた2項道路に該当するか否かについての特定行政庁の認識を表明する事実上の行為であり、その結果を記載した道路縦覧地図については法令の規定に基づくものとはいえないとした³⁶⁾。

しかし、その一事により国家賠償法上の違法を免れることはできず、行政サービスの一環と

33) 参照、判例タイムズ861号（1995年）184頁は、「本判決は、開発指導要綱に基づく行政指導として行われた行為が国家賠償法上の違法な行為であることを認めた最初の事例」とする。

34) 裁判所ウェブサイト。

35) 最判平成14年1月17日民集56巻1号1頁は、一括指定は抗告訴訟の対象となる行政処分にあたる旨判示した。

36) なお、本件の後、2007年に改正された建築基準法施行規則10条の2は、特定行政庁に対し、2項道路などの指定道路図および指定道路調書を作成する場合の要領を示している。

して行われる情報提供に関する行為であっても、市職員が個別の市民に対する関係で、正確な情報を提供する義務等を負うものと解すべき場合があるとした。

その上で、本件職員の行為について、「被告指導課の職員には、個別の市民に対する関係で、道路縦覧地図への情報の記載を正確に行うべき職務上の義務が存するというべき」であり、行政サービスの一環としてなされているとしても、上記義務の存在を否定することはできないと判断した。

本件においては、基準時である昭和 25 年 11 月 23 日当時、地図および航空写真によると本件通路部分は田であって、そこに道は存在しない。職員は、平成 14 年頃、2 項道路の要件を明らかに満たさない本件通路を 2 項道路として道路縦覧地図に記載し、市民に提供したものと認められる。

したがって、「被告指導課職員の上記行為は、少なくとも過失により、道路縦覧地図への情報の記載を正確に行うべき個別市民に対する職務上の義務に違反したものというべきである（傍点筆者）。」と判示した。

本判決では、誤った情報提供の違法性判断の方法として、道路縦覧地図は法令の規定に基づくものとはいえないとしているので、根拠法違反はなく、事実上の行為として誤った情報を道路縦覧地図に記載し、市民に提供した点に、少なくとも過失により、職務上の義務に違反したとして、違法性を肯定している。

(14) マンション建設阻止を主導する市の行政活動（東京高判平成 17 年 12 月 19 日）

本件は、東京都国立市において、マンションの建設阻止を主導する市および市長の行政活動のうち、①当該建築計画を市長が漏えいしたこと、②都市計画法に基づき告示された市の地区計画および同区域内における建築条例の一部改正条例が制定されたこと、③市長が前記マンションを違反建築物と公言したこと、④市長が都建築主事に対し、前記マンションのうち高さが 20m を超える部分について、電気、ガスおよび水道の供給の承諾を留保するよう働きかけたことなどにより損害を被ったとして、市に対して損害賠償を求めた事案において、請求が一部認容された事例である。

東京高判平成 17 年 12 月 19 日³⁷⁾は、地区計画の決定および条例の制定自体をとらえて市の不法行為が成立すると解することは困難であるが、各行為を全体としてみれば、マンションの建築・販売の阻止を目的とする行為であり、かつ、その態様は市長に要請される中立性、公平性を逸脱し、急激かつ強引な行政施策の変更であり、また、異例かつ執拗な目的達成行為で

37) 判例時報 1927 号 27 頁。

あって、市または市長として社会通念上許容される限度を逸脱した違法な行為であるとして請求を一部認容した。

本判決は、一般論として、「第1審原告が営業活動の自由を保障されるのは当然であり、第1審被告らは地方公共団体又はその首長として、これを尊重すべき義務を負っている。また、地方公共団体及びその首長は一定の権力性を有し、首長は地方公共団体を代表する（地方自治法147条）ことなどから、行政目的を達成する上での中立性・公平性が要請されるものと解される。第1審被告らもこれらに沿った行為をする義務があるというべきである。」と述べた。

本件については、「地区計画及び条例の内容自体は有効・適法なものであり、その制定手続に瑕疵がないとしても、その制定主体である地方自治体ないしそれを代表する首長が、私人の適法な営業活動を妨害する目的を有していることが明らかで、かつ、他の事情とあいまって、地方公共団体及びその首長に要請される中立性・公平性を逸脱し、社会通念上許容されない程度に私人の営業活動を妨害した場合、違法性を阻却する事情が存しない限り、行為全体として私人の営業活動を妨害した不法行為が成立することがあるというべきである（傍点筆者）。」と指摘した。

その上で、「これらの行為について、個々の行為を単独で取り上げた場合には不法行為を構成しないこともあり得るけれども、一連の行為として全体的に観察すれば、第1審被告らは、補助参加人らの妨害行為をも期待しながら、第1審原告に許されている適法な営業行為すなわち本件建物の建築及び販売等を妨害したものと判断せざるを得ない（傍点筆者）。」と判示して、損害賠償請求を一部認容した。

本判決では、上述した①～④の違法性判断の方法として、それらを一連の行為として全体的にみて、社会通念上許容されない程度に私人の営業活動を妨害したとして、違法性を肯定している。また、過失については、直接的には述べていない。

3. 考察

本章では、これまで把握した違法性判断の方法をもとに、1.1で述べた①～③説への該当性について裁判例ごとに考察し（3.1）、その上で、違法性の区分ごとに違法性判断の結果や特徴について考察することとする（3.2）。

3.1 裁判例ごとの考察

裁判例（1）では、まず、法的に要求されていない排水同意書の添付を実質的に義務化した

運用により行われた不同意通知に、裁量権の濫用ないし逸脱を認めて違法としている。次に、そのような運用について、過失がないとはいえないとして、違法性を肯定している。この見方は、行為の違法と過失を別々に判断しているものの、根拠法違反ではない行為の違法と、公務員の過失を合わせて国家賠償法上の違法性を判断しているので、②違法性一元説（職務行為基準説）に立っているものと考えられる。

裁判例（2）では、イ）について、根拠法違反の対象となる点があるものの、「あり得ないとはいえない」としてその可能性を否定し、ア）からウ）について、建築主事が負う職務上の注意義務の懈怠はないとして、違法性を否定している。この見方は、公務員の注意義務の懈怠を合わせて国家賠償法上の違法性を判断しているので、②違法性一元説（職務行為基準説）に立っているものと考えられる³⁸⁾。

裁判例（3）では、換地処分 of 清算金の算定は裁量権の範囲を超えるもので違法であり、注意義務の懈怠もあるとして、違法性を肯定している。この見方は、根拠法違反ではない行為の違法と、公務員の注意義務の懈怠を合わせて国家賠償法上の違法性を判断しているので、②違法性一元説（職務行為基準説）に立っているものと考えられる。

裁判例（4）では、最高裁が取消訴訟において安全認定を違法と判断していたが、新宿区の法解釈にも「一応の合理性がある」として、根拠法違反を法解釈の問題として否定し、同区職員の判断に裁量権の逸脱・濫用および過失があったとはいえないとして、違法性を否定している。この見方は、公務員の過失を合わせて国家賠償法上の違法性を判断しているので、②違法性一元説（職務行為基準説）に立っているものと考えられる。

裁判例（5）では、造成事業にかかわる認可等の行為の違法は問わず、公務員に職務上の注意義務の懈怠はないとして、違法性を否定している。この見方は、公務員の注意義務の懈怠を合わせて国家賠償法上の違法性を判断しているので、②違法性一元説（職務行為基準説）に立っているものと考えられる。

裁判例（6）では、開発許可により造成された宅地の陥没について、職務上の注意義務違反（予見可能性）が認められないとして、違法性を否定している。この見方は、公務員の過失を合わせて国家賠償法上の違法性を判断しているので、②違法性一元説（職務行為基準説）に立っているものと考えられる。

裁判例（7）では、根拠法違反の既存宅地確認処分につき、当該処分の法的要件の不充足が

38) 参照、米丸恒治「建築確認による建築主の損害と国家賠償責任」宇賀克也ほか編『行政判例百選Ⅱ〔第7版〕』（有斐閣・2017年）454-455頁は、本判決は「最高裁が建築確認についても職務行為基準説に立って違法性の判断をすることを明らかにした最初の判決」であるとする。

著しいものの、侵害された利益と侵害行為の双方を総合的に勘案する見方により違法性を否定しているので、③相關關係説に立っているものと考えられる。

裁判例(8)では、消防法に基づく除去命令の要件を満たしていない命令部分とその公示につき、根拠法違反により国家賠償法上も違法とし、別に過失を認めて、違法性を肯定している。この見方は、行為の違法と過失を別々に判断しているので、①違法性二元説に立っているものと考えられる。

裁判例(9)では、パチンコ店の出店を阻止する条例改正行為について、根拠法の趣旨を逸脱し、さらに、原告らの営業上の権利侵害および社会的妥当性を逸脱する行為として、違法性を肯定している。これは、民法の不法行為(709条)の要件たる「権利侵害」(被侵害利益が権利又は法律上保護される利益)の有無を重視したものと考えられる。また、過失については、直接的には述べていない。これは、条例改正行為について、公務員の注意義務の懈怠を問にくいことが背景にあると考えられる。これらを勘案すると、公務員の過失を合わせて国家賠償法上の違法性を判断しているので、②違法性一元説(職務行為基準説)に立っているものと考えられる。

裁判例(10)では、再開発事業計画変更の結果、社会観念上看過することのできない程度の損害を被ったか否かという点から、違法性を否定している。また、根拠法違反および過失については、直接的には述べていない。そして、計画変更により侵害された利益と、計画変更という侵害行為の双方を総合的に勘案する見方により違法性を否定しているので、③相關關係説に立っているものと考えられる。

裁判例(11)では、風致地区における許可申請を前提とした事前相談における行政指導の違法性につき、行為違法と結果違法の双方を勘案する見方により違法性を否定しているので、③相關關係説に立っているものと考えられる³⁹⁾。

裁判例(12)では、教育施設負担金の納付を事実上強制しようとした行政指導が、本来任意に納付を求めるべき行政指導の限度を超えるものであり、違法な公権力の行使に当たるとして、違法性を肯定している。また、過失については、直接的には述べていない。この見方は、公務員の過失を合わせて国家賠償法上の違法性を判断しているので、②違法性一元説(職務行為基準説)に立っているものと考えられる。

裁判例(13)では、事実上の行為として誤った情報を道路縦覧地図に記載し、市民に提供した点に根拠法違反はないが、少なくとも過失により、職務上の義務に違反したとして、違法性

39) 参照、阿部・前掲注11(行政法解釈学Ⅱ)497頁。

を肯定している。この見方は、根拠法違反ではない行為の違法と、公務員の過失を合わせて国家賠償法上の違法性を判断しているので、②違法性一元説（職務行為基準説）に立っているものと考えられる。

裁判例（14）では、市の一連の行為を全体的にみて、社会通念上許容されない程度に営業行為を妨害したとして、違法性を肯定している。また、過失については、直接的には述べていないが、これは、過失の要件の具備を認めるまでもなく、憲法が保障する営業の自由の重大な侵害に当たることから、悪質な一連の行為として捉えたのであろう。また、その背景には、条例改正などの行為について、公務員の注意義務の懈怠を問いにくいことがあると考えられる。これらを勘案すると、根拠法違反ではない行為の違法と、公務員の過失を合わせて国家賠償法上の違法性を判断しているので、②違法性一元説（職務行為基準説）に立っているものと考えられる⁴⁰⁾。

3.2 違法性の区分ごとの考察

上記の考察を踏まえて、違法性の区分ごとに違法性判断の結果や特徴について考察する。

第1に、処分にかかわる違法性〔裁判例（1）～（8）〕では、1.1で述べた3つの説のうち、①違法性二元説に立つ見方が1例、②違法性一元説（職務行為基準説）に立つ見方が6例、③相関関係説に立つ見方が1例であった。

まず、①説に立つ見方をしている1例では、根拠法違反と過失が別々に判断・認定され、違法性が肯定されていた（裁判例（8））。

次に、②説に立つ見方をしている6例について以下に述べると、違法性が肯定されていたのは、2例であった（裁判例（1）（3））。行為の違法については、この2例で裁量権の逸脱・濫用が認められ、過失については、6例とも違法性に加えた見方がとられていた。そして、行為の違法があっても注意義務違反がないため、「違法ではない」となっているか、という点については、6例とも該当しなかった。また、根拠法違反が法解釈の問題として否定されたり（裁判例（4））、あるいは、職務上の義務の充足が中心に置かれ、根拠法要件の存否には深く立ち入らずに否定されたりしていた（裁判例（2）（4））。

さらに、根拠法違反を認めた上で、③説の見方により、違法性が否定されていた（裁判例（7））。

40) なお、条例制定に関する関連判例として、個室付浴場業の開業阻止を主たる目的としてされた知事の児童遊園設置認可処分が「行政権の著しい濫用」によるものとして違法性が肯定された事例がある（最判昭和53年5月26日民集32巻3号689頁）。

要するに、処分に関して、②説に立つ見方における行為の違法は、根拠法違反のように厳密には解されておらず、また、根拠法違反だけでは判断されていなかった。よって、①説の根拠法違反が必ずしも前提とされているわけではなく、国家賠償法特有の見方により違法性が判断されており、その違法性は、①説よりも緩く解されていると考えられる。

第2に、処分以外にかかわる違法性〔裁判例（9）～（14）〕では、②違法性一元説（職務行為基準説）に立つ見方が4例と、③相關関係説に立つ見方が2例であった。

上記のうち、②説に立つ見方をしている4例について以下に述べると、4例とも違法性が肯定されていた。行為の違法については、営業の自由の侵害を認めたものが2例（裁判例（9）（14））、行政指導の限度を超えたと認めたものが1例（裁判例（12））、職務上の義務違反を認めたものが1例（裁判例（13））であった。過失については、4例のうち、違法性に加えた見方が3例（裁判例（9）（12）（14））、違法とは別に認めたものが1例（裁判例（13））であった。違法性に加えた見方の3例では、権利侵害や不法性が大きな行為の場合には、過失について明確に述べないまま違法性が肯定されていた。そして、行為の違法があっても注意義務違反がないため、「違法ではない」となっているか、という点については、4例とも該当しなかった。また、職務上の義務の充足が中心に置かれ、根拠法要件の存否には深く立ち入っていないか、という点についても、4例とも該当しなかった。

要するに、処分以外に関して、とりわけ②説に立つ見方により、権利侵害や不法性が大きな行為の場合には、過失について明確に述べないまま違法性が肯定されていた。よって、②説に立つ見方における「職務上の注意義務違反」は、権利の侵害や不法性が大きな行為の場合には、要件の具備を認めるまでもない、と解されている可能性があると考えられる。

4. むすび

本稿は、国家賠償法1条における「違法」と「過失」の要件該当性の解釈をめぐる①違法性二元説と②違法性一元説（職務行為基準説）がいかなる意味で異なるのかを、行政法の1領域における多数の裁判例を取上げ、「処分にかかわる違法性」と「処分以外にかかわる違法性」に分けて明らかにしてきた。

その結果、まず、①違法性二元説は、行政行為を対象として、理論的根拠を「法律による行政の原理」（処分は根拠法令に違反してはならない）およびこれを担保する「近代行政救済法の原理」（根拠法令違反の処分によって生じた損害は賠償されなければならない）に求めているので、根拠法違反の処分により生じた損害の賠償という法律上の効果とともに、当該処分の

職権取消を促し、その繰返しを自制させる事実上の機能を有している⁴¹⁾。

次に、②違法性一元説（職務行為基準説）は、行為の違法と職務上の注意義務違反による損害の填補を目的としているので、理論的には公権力の行使（広義説）を対象として、損害抑止機能を有している。

このように、国家賠償法1条の違法性をめぐり、「法律による行政の原理を担保する行政救済制度」としての側面（民事不法行為法との相違点）と、国家賠償の有する「不法行為に基づく損害賠償制度」としての側面（民事不法行為法との共通点）のいずれを重視するか⁴²⁾により、基本的に異なる機能を有している。そして、これらの側面の本質には、国家賠償法1条における違法性の趣旨を、“いかなる法”を観念して捉えているか、という点での違いがあると考えられる。

この点について、有力な見解によると、国家賠償責任における違法性は、損害賠償法上の違法性、すなわち責任に関する法における違法性であって、行政処分の効果発生の前提要件に欠けるところがあるため是正措置をとるべき局面で問題となる適法性に関する法における違法性ではない旨指摘されている⁴³⁾。

そうすると、適法性に関する法における違法性の趣旨は、「法律による行政の原理を担保する行政救済制度」としての側面を重視するもので、①違法性二元説の理論的な背景や対象と通底する。また、責任に関する法における違法性の趣旨は、「不法行為に基づく損害賠償制度」としての側面を重視するもので、②違法性一元説（職務行為基準説）の理論的な背景や対象と通底する。

以上から両説は、それぞれの理論的背景の下で、国家賠償法1条の違法性について、適法性に関する法を観念して「法律による行政の原理を担保する行政救済制度」としての側面と、責任に関する法を観念して「不法行為に基づく損害賠償制度」としての側面のいずれを重視しているか、という意味で異なっている。また、前段の側面においては、民事不法行為法との相違点が重視され、後段の側面においては、民事不法行為法との共通点が重視されている、という意味でも両説は異なっているといえる。

上記の結論は、両説の立場の違いを考える上で、国家賠償法1条における違法性を、処分にかかわるか否かを基準として2つに区分し、それぞれに対象となる裁判例を分けて、裁判例ごとおよび違法性の区分ごとに考察し、その上で、両説の理論的な背景、機能、対象および違法

41) 参照、仲野・前掲注12) 380-381頁。

42) 参照、宇賀・小幡・前掲注4) 103頁〔中原茂樹〕。

43) 参照、遠藤・前掲注3) 273頁。

性の趣旨等を対比したことにより得られたものである。

こうして、本研究では、国家賠償法1条の違法性をめぐる①違法性二元説と②違法性一元説（職務行為基準説）がいかなる意味で異なるのかを、多少なりとも明らかにすることができたであろう。

今後は、行政法学における他の主要な領域についても分析を重ねることにより、違法な行政活動に対する国家賠償の全体像を照射することが理論的には展望され得るであろう。

参考文献

- 藤田宙靖『新版 行政法総論 下』（青林書院・2020年）。
- 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・2014年）。
- 宇賀克也・小幡純子編著『条解 国家賠償法』（弘文堂・2019年）。
- 西埜章『国家賠償法コンメンタール〔第3版〕』（勁草書房・2020年）。
- 大橋洋一『行政法Ⅰ〔第4版〕』（有斐閣・2019年）。
- 神橋一彦『行政判例と法理論』（信山社・2020年）。
- 神橋一彦『行政救済法〔第2版〕』（信山社・2016年）。
- 阿部泰隆『国家補償法の研究Ⅰ』（信山社・2019年）。
- 藤山雅行・村田斉志編『行政争訟〔改訂版〕』（青林書院・2012年）。
- 仲野武志『法治国原理と公法学の課題』（弘文堂・2018年）。
- 山本隆司『判例から探求する行政法』（有斐閣・2012年）。

Summary

Illegality and Negligence in Article 1 of the State Redress Act

Hirofumi IWAHASHI

This study clarified in what sense the two theories regarding the interpretation of illegality and negligence in Article 1 of the State Redress Act differ. Therefore, the court cases in one area of administrative law were divided into two types.

As a result of the study, the two theories considered different law regarding the illegality of Article 1 of the State Redress Act under their respective theoretical backgrounds. In addition, the two theories differed in terms of which of “(1) the aspect of ensuring the principle of administration by law and (2) the aspect of the damage compensation system” was emphasized. In the previous aspect, the difference from the Civil Tort Law was emphasized. On the other hand, in the latter aspect, the commonality with the Civil Tort Law was emphasized. In this sense as well, the two theories were different.

This study clarified in what sense the two theories differ.