

論 說

国家賠償法における違法性をめぐる諸問題

西 埜 章

はじめに

国家賠償法一条における「違法性」をめぐって、理論的にも実際のにも緊要な課題が少なくない。本稿では、そのうち「違法性概念」⁽¹⁾と「既判力」に焦点をあてて考察することにする。

違法性概念については、最近、相対的違法性説が有力に主張されている。学説上だけではなく、裁判例においてもこの傾向は同じである。しばしば、相対的違法性説に依拠して国賠責任が肯定されている。相対的違法性説は、主として、国家賠償請求訴訟（国賠訴訟）と行政事件訴訟（行政訴訟）とがその制度目的を異にしていることを論拠としており、そして、このことが、同時に既判力の問題とも深く結びついている。それ故、本稿では、最初に国

賠訴訟と行政訴訟の異同を論じ、その後、に相対的違法性説について批判的検討を加えることにしたい。

抗告訴訟判決の国賠訴訟に対する既判力の問題に関しては、これまで余り掘り下げた研究がなされてこなかった。⁽²⁾しかし、水俣病認定遅延国賠訴訟を契機にして、近時いくつかの論稿が発表されている。既判力肯定説が学説・裁判例の大勢のようであるが、果たして疑問の余地がないものであろうか。学説を整理しながら、若干の私見を展開することにしたい。

(1) 違法性概念について、筆者は、以前に、「違法性概念の相対性を認めることは、無用の混乱を惹起し、法的安定性を害するおそれがある。少なくとも行政法の領域においては、法律による行政の原理から一元的・統一的に把握されるべきである」(「国家賠償法一条における違法性の判断基準について」法政理論一四卷二号一八頁)と述べたことがある。現在においてもこの考え方は変っていないが、説明不足であったことは否めない。ここで再度検討することにしたい。

(2) これまでの文献としては、古崎慶長・国家賠償法の理論二七四頁以下が貴重である。

一 国賠訴訟と行政訴訟の制度目的上の異同

国賠訴訟と行政訴訟が制度目的を異にするものであることについては、殆ど異論がない。ただ、両訴訟が制度目的を異にするとしても、両訴訟はともに法治主義の要素として行政救済制度を構成しているのであるから、そこ⁽¹⁾に

はこの側面からの共通性が見出されてよいはずである。従来は、国賠訴訟と行政訴訟の制度目的における異質性の面が強調される傾向が強かったが、両訴訟の関係をめぐる諸問題の解明のためには、その共通性の面にも注目されなければならない。

一 国賠訴訟と行政訴訟の異質性 学説上は、国賠訴訟が違法な行政作用による経済的損失の填補を目的としているのに対して、行政訴訟は行政処分⁽¹⁾の効力の否定を目的にしている、という点で大体一致している。有倉遼吉博士が、「行政処分の取消訴訟と損害賠償請求訴訟とは、その性格も趣旨目的も異っており、前者では行政行為の有効性の判断による処分の確定に重点があるのに対して後者では違法性の判断による損害の帰属に重点がある」と説かれ、乾昭三教授が、「国家賠償事件は、違法な行政処分の効力を争うものではなく、単に違法な行政処分の結果として生じた損害の賠償を目的としている」と説かれている⁽²⁾のがその代表的なものといえるであろう。

両訴訟が制度目的を異にすることは、実定法である国賠法と行訴法からも明らかであるから、この点についてはこれ以上詳論する必要はない。ただ、それは、次に述べるように、国賠訴訟は損害の填補を目的とするものではないが、決してそれに尽きるものではない、という留保付きであることに留意しておくべきである。

二 国賠訴訟と行政訴訟の同質性 国賠訴訟と行政訴訟が法治主義に不可欠の制度であるとしても、これだけでは両者の同質性を説くには不十分であろう。もう少し具体的な同質性が指摘されなければならない。筆者は、この意味での同質性について、別稿⁽⁴⁾において簡単に考察したことがある。そこでの結論は、次のとおりであった。すなわち、「違法責任説は違法性を責任根拠とするものであるから、そこには当然、違法行為に対する非難性が含まれている。法律による行政の原理に反する違法行為を、国家賠償請求手続を通じて問責することにより、国民は、

国家作用に瑕疵のないように監視しているものといえるであろう。別に行政訴訟制度が存在するからといって、国賠法一条にこのような意味での監視的機能が否定されるべき理由はない。国賠法一条は、行政訴訟制度とあいまって、あるいはそれよりもより広範に、違法な国家作用に対する監視的機能を有している。」

右のような意味での国賠訴訟の監視的機能については、必ずしも意見が一致しているわけではない。これを全面的に否定する者はいないであろうが、これを重視することに対しては異論が多いであろう。下山瑛二教授が、「私的考え方からすれば、この救済方法には、国家活動を直接チェックする機能が付与されているとする考え方にはならない。かかる機能が間接的に存在することは、毫も否定しないが、過去の損害に対する救済措置が将来の行政活動に直接チェック・システムとして働くという保障は必ずしもない⁽⁵⁾」と説かれているのが、その代表的な例である。国賠訴訟と行政訴訟の異質性を強調すればするほど、同質性については、特に監視的機能については軽視せざるを得ないことになる。しかし、国賠訴訟が違法な公権力の行使に基づく損害賠償責任の追及を目的とするものである以上、この公権力行使の「違法性」を度外視して、単に損害が填補されればよいと解することには躊躇せざるを得ない⁽⁶⁾。違法行為に対しては、「法律による行政」の原理からして、その是正措置が講じられるべきであり、国賠訴訟においても、この面が軽視されてはならないであろう⁽⁷⁾。

(1) 高田敏教授は、「実質的法治国においては、すべての行政救済が法治主義の構成要素をなすのでなければならぬ。単に行政訴訟のみでなく一般に行政争訟が、さらに国家補償その他の権利救済制度が、法治主義の要素としての行政救済を構成することになったのである」(「現代における法治行政の構造」渡辺宗太郎先生古稀記念・行政救済の諸問題四七頁)

と説かれている。なお、藤田宙靖「法治主義と現代行政」長尾田中編・現代法哲学(3)七〇頁参照。

- (2) 有倉「逐条国家賠償法解説」法律時報二五卷九号一九頁。
- (3) 乾「国家賠償法」加藤編・注釈民法(19)四一一頁。
- (4) 「国家賠償法一条の理念」法政理論一五卷二号二二頁。
- (5) 下山・現代行政法学の基礎二一〇頁。
- (6) 我国の文献においてしばしば導入が図られている西ドイツの「収用類似の侵害行為」(enteignungsgleicher Eingriff)の法理は、侵害行為が違法であっても収用と同様に特別の犠牲を課する場合には、相手方に損失補償請求権を肯定しようとするものであるが、このような考え方は、侵害行為の適法・違法の区別を曖昧にし、すべてを補償の問題にしてしまう点で、疑義が多いというべきであろう。この意味において、連邦憲法裁判所の一九八一年七月一五日の決定(BVerfGE 58, 300 (324) = NJW 1982, 745)が、「法律上、補償請求権の根拠が存在しない場合には、行政裁判所で侵害行為の取消を請求しなければならないのであって、取消を求めずに法律上認められていない補償を請求することは許されない」と判示したことに注目されるべきである(この決定については、宇賀克也「西ドイツ国家責任法の違憲訴訟」法学協会編・法学協会百周年記念論文集二巻四九四頁、成田頼明「予防接種健康被害救済制度の法的性格について」田上穰治先生古稀記念・公法の基本問題四六三頁参照)。ところが、一九八四年一月二六日の連邦通常裁判所の判決(NJW 1984, 1169)は、依然として収用類似の侵害行為の理論に固執して、概略次のように判示している。すなわち、収用類似の侵害行為を原因とする損失補償請求権についての連邦通常裁判所の判例は、結論からみれば、法学において広範な賛成を見出した。ドイツ法律会議の第四一回大会と第四七回大会における討論も、国家責任法政府草案の理由書と連邦議会の法務委員会報告書も、財産権への国の違法な侵害行為に対する損失補償の必要性が一般的に存在するということを認識させる。それ故、

国家責任法の立法者もまた、判例によって展開された収用類似の侵害行為をその責任体系の中に吸収したのである。前記連邦憲法裁判所の決定 (BVerfGE 58, 300 = NJW 1982, 745) は、収用類似の侵害行為の法制度を放棄するというきつかけを与えるものではない。連邦憲法裁判所の決定によれば、基本法一四条三項から直接的には財産権への違法な侵害行為を原因とする損失補償請求権は導き出され得ない。しかし、犠牲思想 (Aufopferungsgedanke) は、基本法一四条三項の意味における公用収用が問題になっていないところでは、十分な請求権の根拠を示している、と。

(7) F・シェーンは、スイス法についてであるが、国家責任と行政訴訟の共通の機能として、①適法性解明機能 (Abklärung der Rechtmäßigkeit) ②回復的機能 (repressive Funktion oder Wiedergutmachungsfunktion) ③予防的機能 (präventive Funktion) を挙げてゐる (F. Schön, Staatshaftung als Verwaltungsrechtsschutz, 1979, S. 41ff.)。

二 相対的違法性説 (その一)

国賠訴訟における違法性概念と行政訴訟における違法性概念が同じであるか否か、ということがここでの問題点である。学説の対立しているところであるが、ここでは仮に、両訴訟における違法性概念が異なるという見解を相対的違法性説、同じであるという見解を一元的違法性説と呼んでおくことにする。

相対的違法性説の中には、精確にいえば、二つのやや内容の異なったものが含まれている。その一は、国賠訴訟

と行政訴訟とでは違法性概念が異なるという見解であり、その二は、違法性の判断は根拠法令に対する関係と被害者に対する関係によって異なるという見解である。ここでは、まず、前者について検討することにしよう。

一 学説・判例（一） 国賠訴訟と行政訴訟とでは違法性概念が異なるという意味での相対的違法性説は、最近多くの文献において主張され、また、裁判例の中にもしばしば見出されるところである。

代表的学説としては、下山教授と佐藤英善教授の所説を挙げることができる。下山教授は、「国賠請求事件と行政事件では、訴訟目的が異なるので、その違法性の概念が異なってくる。そこから両事件では違法合法の範囲にズレができてくる」と説かれている⁽¹⁾。また、佐藤教授も、「国家賠償訴訟制度は、それ自体抗告訴訟における行政行為の「効力」やその結果もたらされる違法状態の除去を問題とするものではない。公権力の行使によってもたらされた損害の填補が制度の終局的目的なのである」とされて、違法性概念の相対性を主張されている⁽²⁾。

さらに、右の所説とは方向性は異なるが、藤田宙靖教授の所説もこの立場に属するものといえるであろう。藤田教授は、「行政行為の違法性ということは、いわば行政庁の行為の側から眺めた問題であるのに対して、国家賠償請求の場合には、侵害の違法性とは、いわば被害利益の側から眺めた問題となるという違いがあるのではなからうか、ということです。……国家賠償請求の場合には、取消訴訟の場合のように、まず行政行為の適法性、つまり行政行為が法定の行為準則に適應しているかどうかということのみならず審査するのではなく、国民が受けた被害というものが果たして市民法上の原理からして受忍されるべきものであるかどうかという、そちらの方向からアプローチしていつて、果たして賠償を認めるべきかどうかということを検討すればよいということになるのではないか、と思われる⁽³⁾」と述べられている。

次に、この立場に立つ裁判例を二つ紹介しておこう。行政訴訟における違法性概念が正面から問われている事件ではないが、国賠訴訟における違法性概念と対比しながら述べているので、参考にはなるであろう。

① 千葉野犬幼児咬殺事件において、東京高裁昭和五二年一月一七日判決⁽⁴⁾は、「同じく権限の不行使といつても、それが問題となる場合に依りて不行使に対する評価の基準やその方法にも差異が生じてくるのは当然であつて、とくに行政庁の権限行使そのものの合法、違法ではなく、その不行使によつて生じた損害の賠償責任の有無が問題となつている本件では、損害賠償制度の理念に適合した独自の評価が要求されることはいうまでもない。……このように解することは、不作為を含む行政庁の権限行使そのものの合法、違法という行政法固有の問題でなく、損害の公平な分担を理念とする現代の損害賠償制度のもとで右責任の有無が問題となつている本件の場合にもつともよく適合するものといふべきである」と判示している。

② 福岡スモン訴訟において、福岡地裁昭和五四年一月一四日判決⁽⁵⁾は、被告国の自由裁量論に基づく主張に対して、「右の議論は、義務づけ訴訟において、いかなる場合に行政権力に対する作為請求権を法的に求めうるかの要件として考えられているものであつて、これを、無批判に、不作為を違法と主張してなす国家賠償請求訴訟に持ち込むことは当を得たものといえないことは、両訴訟のもつ性格の相違からも明白であらう」と判示している。

二 学説・判例(二) 右の考え方によれば、通常は、国賠訴訟における違法性の方が広く捉えられるであろうから、被害者救済という国賠制度の趣旨によりよく適合しているように見受けられないでもない。しかし、仔細に検討すれば、この意味での相対的違法性説は、国賠訴訟における違法性を生じた「損害結果」に重点を置いて判断しているといつてよさそうである。そうであるとすれば、そのような違法性の判断方法あるいは判断基準自体が妥当であるか否かが問われなければならない。これは、いわば結果不法説と行為不法説の対立である⁽⁶⁾。学説も裁判

例も、この点を必ずしも明確にしているわけではないし、また、結果不法説と行為不法説の区別自体もそれほど明確ではないが、相対的違法性説に立つ論者は、どちらかといえば、結果不法説に近い立場に立っているといえるであろう。次に、最近の文献においてこの点について明言している代表的所説を紹介しておくことにする。

まず、結果不法説に立脚されるのは、石橋一晃弁護士である。石橋弁護士は、「違法性は、被害があれば足りる。違法性としては結果無価値を考えればよいのであって、行為無価値を考える必要はない」と説かれて⁽⁷⁾いる。これに對して、行為不法説に近い立場に立たれるのは、阿部泰隆教授である。阿部教授は、「行政行為の違法を理由とする国家賠償請求では、少なくとも一般的には、まず行政行為が行為規範に適合しているかどうかを審査すべきで、右のようなアプローチには賛成できない。たとえば、課税処分が違法であるとして提起された国家賠償請求においては、所得や財産権が侵害されたかどうかが争点ではなく、課税処分が税法の要件を充たすかどうか争点のはずである。この点では取消訴訟でも国家賠償訴訟でも変わりはない。……違法性の判断は取消訴訟と国家賠償訴訟で同じである。国家賠償訴訟も不法行為訴訟であるからとしてその違法性判断に被侵害利益の性質と侵害行為の態様の相関関係論を持ち出す向きがあるが、公権力行使の法規適合性をめぐって争われる国家賠償訴訟では、被侵害利益の性質や侵害行為の態様はもともとの公権力行使を授權する法律の要件の定め方において配慮されているのであるから、相関関係論に従って判断すべきものではなく、取消訴訟におけると同様に要件法規への適合性を判断すればよいのである」と主張⁽⁹⁾されている⁽¹⁰⁾。

このように、違法性概念をめぐって結果不法説的考え方と行為不法説的考え方⁽⁸⁾が対立しているのであるが、この事情は、ドイツ法やスイス法においても大体同じである。参考のために、スイス法においてそれぞれの立場を代表

するものとして、F・シエーンとH・R・シュヴァルトツェンバッハの所説を一瞥しておくことにしよう。

F・シエーンによれば、「連邦国家責任法」⁽¹¹⁾は、意識的に私法上の実務に依拠し、従つてまた、その違法性概念を受けついでいる。ここでは、かくして、客観的違法性の理論が妥当する。加害的職務行為または不行為が違法であるか否かは、それ故、行政が当該行為または不行為の権限を有しているかどうかということではなくて、行政がその際に被侵害法益ないし法的請求権の保護を目的とする法規範に違反しているかどうかということにかかつているのである。違法性は、従つて、加害者の側からではなくて、被害者の側から判断されなければならない。すなわち、違法でなければならぬのは、加害者の行為ではなくて、損害⁽¹²⁾である。これに対して、シュヴァルトツェンバッハは、行為不法説的立場から、次のように説いている。「拡張された私法上の射程における違法性は、職務責任法には不適當である。なぜならば、公法の大部分は、一方のための他方の損害を目的としているからである。法律によつてカバーされた行為は、たとえ損害を引き起こしても、適法なものともみなされる。裁判官も行政も、法律によって自己に与えられた権限を越えた場合にはじめて、組織法・作用法によつて定められた限界を越えることになる。……職務責任のこの違法性概念は、規範を目標にしているのであつて、私法上の概念におけるように特定の法益(身体・生命・財産の完全性)の侵害を目標にしているのではない。換言すれば、職務責任は法規範の侵害を制裁するのであり、私法上の責任は法益の侵害を制裁するのである」⁽¹³⁾。

三 学説・判例の検討 違法性概念をめぐつて、右のような見解の対立がみられるが、結論からいえば、行為不法説的考え方が支持されるべきであらう。「法律による行政」の原理からすれば、公権力の行使は法律に基づいて、法律に従つて行なわれなければならないが、その反面、法律に基づき法律に従つて行なわれる限り、たとえ損害が

生じても、その行為は適法なものと評価されなければならない。そうではなくて、損害結果から出発することになれば、違法性は単に結果としての法的利益の侵害を意味するだけのものとなり、「それ自体としては空気のよう稀薄」¹⁴なものに化してしまうであろう。これでは、法律による行政の原理の意義は、著しく減殺されることになってしまう。やはり、違法性は、行為不法説的立場に立って、行為の面で捉えられるべきである。

国賠訴訟と行政訴訟における違法性の相対性を説く学説・裁判例が結果不法説的立場に立脚しているとすれば、右に述べたところからして、相対的違法性説には疑問を禁じ得ない。被害者救済の要請は、両訴訟における違法性の相対化によらなければ不可能であるというわけではないであろう。①判決も②判決も、両訴訟における違法性概念が異なるとの基本的立場に立っているが、このような立場に立たなくても、同一の結論に到達することはできたように思われる。

- (1) 下山・国家補償法一一頁注(9)。
- (2) 佐藤「食品・薬品公害をめぐる国の責任(1)」法律時報五一卷四号七九頁。
- (3) 藤田「行政責任と損害賠償」日弁連昭和五二年度特別研修叢書六七七―六七八頁。
- (4) 高民集三〇卷四号四三二頁。
- (5) 判例時報九一〇号三三三頁。
- (6) 藤田教授は、「行政行為それ自体の違法性」と「損害の違法性」を、あるいはまた「行為規範違反」と「侵害の不法性」を対立させられている(前掲現代法哲学(3)六九―七〇頁)が、この対立は本稿でいう行為不法と結果不法の対立に近いも

のといつてよきそうである。

- (7) 石橋「薬害と国の責任」全国公害弁護団連絡会議編・公害と国の責任二一五頁。
- (8) 民法不法行為法についてであるが、久保井一匡弁護士も、「民法七〇九条の賠償請求権の違法性に限つてのことであるが、被害の存在＝権利(利益)の侵害(環境権の侵害)だけで終局的に違法性を認めるべきであり、侵害行為の態様は一切考慮されてはならない。換言すれば、賠償要件としての違法性は、純粋に「結果不法」(結果の無価値)に徹すべきであり、「行為の不法」(行為の無価値)は一切要件からのぞくべきだということである」(「受忍限度論の克服」大阪弁護士会環境権研究会編・環境権一〇四頁)と説かれている。
- (9) 阿部「抗告訴訟判決の国家賠償訴訟に対する既判力」判例タイムズ五二五号二五頁。
- (10) 民法不法行為法についてであるが、後藤孝典弁護士も、「元来、加害行為の違法性の判定基準を論じようとするときに、加害行為ではない被侵害利益をもちこんだところに無理がある。相關関係説は出発点から破綻している。単純に、「権利」とは法的保護に値する利益であり、加害行為の違法性は、加害行為のみに関する概念であつて、公序良俗をふくむ法一般によつて許されないこととすれば、必要かつ十分であつた。そうであれば、違法性の存否を論じているときに加害行為の「違法性の強弱」などという場違いなことを論ずる必要もなかつたのである」(現代損害賠償論三七頁)と説かれている。
- (11) Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten, 1958.
- (12) Schön, a. a. O., S.159.
- (13) H. R. Schwarzenbach, Die Staats- und Beamtenschaft, 1970, S.41.
- (14) 後藤・前掲三四頁。

三 相対的違法性説（その二）

相対的違法性説の中には、違法性の存否は根拠法令に対する関係と被害者に対する関係によって異なるという見解も含まれている。行政側からみれば適法であっても、被害者側に対する関係においては違法である場合があり、この場合には国賠訴訟上は違法性が認められるべきである、というわけである。この見解は、先の相対的違法性説と結果的には重なる面が多いであろうが、視点においてやや相違が認められる。先の相対的違法性説が、国賠訴訟上の違法性と行政訴訟上の違法性の相違という点を強調するのに対して、この相対的違法性説は、国賠訴訟における違法性の相対化という点に重点をおくからである。

一 学説・判例 この相対的違法性説を代表されるのは、遠藤博也教授である。教授は次のように説かれている。「違法性判断が被侵害法益ないし損害の重大性と関係するものとすれば、つぎに、被害者たる人に対する関係において判断されるべきものであって、そのいみで人に対する関係で相対的なものである。誰に対する関係で問題とするかによって違法性の判断が異なることがありうるわけである。」¹⁾

このような考え方は、また、最近の裁判例の中にも見出すことができる。その主要なものを三つ紹介しておくことにしよう。

① 警察官Sが、パトロールカーを運転して赤色灯をつけサイレンを鳴らした状態で無免許運転車（Tが運転）を追跡していたところ、逃走車が暴走して店舗に飛び込み、店頭にいた原告に重傷を負わせたので、県を被告にして国賠法一条に基づき

損害賠償請求訴訟が提起されたという事件において、横浜地裁昭和五二年一月二五日判決は、(警察官) S がパトロールカーで加害者を追尾したことは、T との関係においては、警察官としての適法な職務行為と認めることができる。しかしながら、そのような場合にも、第三者の法益を侵害することを極力避けねばならないことは当然であり、他に手段方法がなく、第三者の法益の侵害が不可避であつて、かつ、当該追尾によつて達成しようとする社会的利益が、侵害される第三者の法益を凌駕する場合にはのみ、第三者の法益侵害につき違法性を阻却されることがあるにすぎないと解すべきものである。これを本件についてみると、S の追尾によつて達成しようとする社会的利益が軽視しえないものであることはいうまでもないが、そのために S のとつた方法は、第三者の生命、身体に対し重篤な危害を加える可能性が極めて高い態様のものであり、しかもその方法でなく他の取締りの方法が十分考えられるのであるから、原告に負わせた前記傷害の部位、程度の重大性に鑑みれば、S の追尾の継続が原告との関係において違法性を阻却されるものとは到底いえない」と判示している。(3)

② X 会社は Y 村で製紙工場の建設を計画し、Y 村の村長 A はこれに全面的に協力することを言明したので、工場の建設に着手したところ、その後実施された村長選挙において工場建設反対派の B が当選したために Y 村の協力を得られなくなった。そこで、X 会社が Y 村に対して工場建設を断念せざるを得なくなったことに伴う損害の賠償を民法七〇九条に基づいて訴求したという事件において、最高裁昭和五六年一月二七日判決は、(4)「地方公共団体の施策を住民の意思に基づいて行うべきものとするいわゆる住民自治の原則は地方公共団体の組織及び運営に関する基本原則であり、また、地方公共団体のような行政主体が一定内容の将来にわたつて継続すべき施策を決定した場合でも、右施策が社会情勢の変動等に伴つて変更されることがあることはもとより当然であつて、地方公共団体は原則として右決定に拘束されるものではない。しかし、……右施策が変更されることにより、前記の勧告等に動機づけられて前記のような活動に入った者がその信頼に反して所期の活動を妨げられ、社会観念上看過することのできない程度の積極的損害を被る場合に、地方公共団体において右損害を補償するなどの代償的措施を

講することなく施策を変更することは、それがやむをえない客観的事事情によるのでない限り、当事者間に形成された信頼関係を不当に破壊するものとして違法性を帯び、地方公共団体の不法行為責任を生ぜしめるものといわなければならない。……これを本件についてみるのに、……被告（Y村）の協力拒否により、本件工場の建設がこれに着手したばかりの段階で不可能となつたのであるから、その結果として原告人に多額の積極的損害が生じたとすれば、右協力拒否がやむをえない客観的事事情に基づくものであるか、又は右損害を解消せしめるような何らかの措置が講じられるのでない限り、右協力拒否は原告人に対する違法な加害行為たることを免れ（ない）と判示している。⁽⁵⁾

③ 朝鮮中高級学校高級部生徒（朝高生）と工学院大学附属高等学校生徒の喧嘩に際して、事情聴取にあつた警察官により朝高生が暴行殴打されたため、東京都を被告にして損害賠償訴訟が提起されたという事件において、東京高裁昭和五年一月一七日判決は、「警察官らの控訴人ら兩名に対する前叙のごとき実力行使は、あくまでも犯罪の予防と鎮圧という行政目的達成のために行なう警察官職務執行法に基づく行為としては、その許される範囲を逸脱したものといわざるを得ない。しかし、国家賠償法一条にいう『違法』とは、単に当該行為が法に違背するということだけではならず、同条の法意に照らし、国又は公共団体に損害賠償義務を負担せしめるだけの実質的な理由がなければならないと解するのが相当である」と判示している。⁽⁷⁾

二 学説・判例の検討（一） このように、学説においても裁判例においても、違法性の相対的な捉え方が有力になりつつあるが、果たして違法性の捉え方として妥当であるかどうか、疑問がないわけではない。以下、この点について検討することにしよう。

右の相対的違法性説によれば、違法性の評価は関係者の間で異ってくるが、これは法秩序の統一という観点から

して是認され得るであろうか。先にも紹介したシユヴァルツェンバッハの説くところによれば、「侵害行為は、適法か違法かであり、その基準は公法である。いわゆる職務義務に適合するが違法な国家行為 (amtspflichtmäßige rechtswidrige Staatsakte) は——それでもつて、公法によれば適法であるが、私法によれば違法である、——というように考えられている限りでは——不当な二元論的な考察方法に基づくものである。双面的国家行為、すなわち相対的適法性を公法は知らない。侵害行為は、すべての関係者に対して違法か適法かである。」⁽⁸⁾シユヴァルツェンバッハは、法秩序の統一性から相対的違法性説を批判しているのであり、この批判は、我国においても十分傾聴に値するものといつてよい。

相対的違法性説は、一つの行為を場面によつて適法な面と違法な面に区別するものである。しかし、同一の行為が適法な面と違法な面を有するとの説明は、必ずしも理解し易いものではない。また、このように区別しなければ全体を説明できないというものでもない。例えば、前記の裁判例①について考えてみれば、警察官のパトロールカーでの追跡行為を違反車両の運転者との関係では適法な職務行為とみるわけであるが、職務行為として適法なものが、被害者に対する関係においては何故に違法と評価されなければならないのであろうか。むしろ、被害者に対する関係においても違法性なしとするか、あるいは職務行為としても違法であるとした方がすつきりするように思われる。

前者の立場に立たれるのは、矢代隆義氏であり、次のように主張されている。「パトカー等に追跡され逃走した違反車両が、第三者に危害を加えたとしても、通常そのパトカー等の追跡行為は、適法な職務執行であつて原則として国家賠償法の適用対象とならない。」⁽⁹⁾これによれば、全体が適法な職務行為として捉えられることになり、被害者救済の問題は立法論ということになる。確かにこれも一つの考え方であるといつてよい。しかし、事件を一面

的にしかみていないという点では、相対的違法性説と大同小異であろう。違反車両に対する追跡行為が適法であるか違法であるかは、全体を通して判断すべきことであって、違反車両に対する関係でのみ判断すべきことではないからである。①判決がいうように「警察官」Sのとつた方法は、第三者の生命、身体に対し重篤な危害を加える可能性が極めて高い態様のものであり、しかもその方法でなく他の取締りの方法が十分考えられる」のであれば、追跡行為は、単に被害者に対する関係においてだけでなく、全体としても違法と評価されるべきではなからうか。

①判決は、違反車両に対する関係では適法な職務行為であるとしているが、この判断は右の判示部分からすればやや矛盾しているように思われる。大幅な過失相殺がなされるにしても、右のような事情の下では、追跡行為は違反車両に対する関係においても違法と評価されてよいであろう。違反車両であればどのような追跡行為も許容される、とはいえないのである。

遠藤教授は、「根拠法令に対する関係では適法な職務行為であるにもかかわらず、国家賠償法上の違法とされることがある」と説かれて、その例として①判決を挙げられており¹⁰、また、阿部教授もこの意味での違法性の相対性について肯定されているようである¹¹。考え方としては、確かに、各関係者を納得させるだけの相当の説得力を有しているものといつてよい。しかし、仔細に検討すれば、果たして「根拠法令に対する関係においては適法である」といえるかどうか、疑問の余地があるように思われる。形式的にみる限りでは、なるほど根拠法令に適合するように見受けられないでもないが、法令に適合するか否かは、具体的状況の下で当該職務行為を行なうことが法の許容するところであったか否かを考慮して判断すべきであろう。違反車両に対するパトロールカーの追跡行為は、形式的には法によって許容された行為であるにしても、法の趣旨はどのような状況の下においても一律の追跡行為を許

しているわけではない。法は、具体的状況の下において妥当と思われる方法で追跡することを許容しているのである。ここでは、いわば一種の比例原則が基準とされることになり、前記のような事情の下でなされた追跡行為は、違反車両に対する職務行為としても法の許容するところではないと解するのが相当であるように思われる。

ただ、このように説くと、違反車両が法を犯しているのに、それを追跡すること自体が何故に違法となるのか、という疑問が提起されるかもしれない。責められるべきなのは違反車両の方ではないか、というわけである。筆者もまた、パトロールカーによる追跡行為は通常は適法な職務行為であると考えている。しかし、これには例外がないわけではない。比例原則に照らし過度な追跡行為は、違反車両に対する関係においても違法と評価される場合があり得るのである。①の事件がこれに該当するといふべきであろう。

三 学説・判例の検討(二) 次に、前記②判決を検討してみよう。判決は、企業誘致政策の変更自体は適法でも、相手方(被害者)に対する関係では違法な加害行為である、としている。しかし、この考え方にも疑問の余地があるように思われる。企業誘致政策の変更が適法であるのであれば、何故に被害者に対する関係において違法となるのであろうか。遠藤教授は、「根拠法令に対する関係では適法な職務行為であるにもかかわらず、国家賠償法上の違法とされることがある」場合の例として、②判決に類似する熊本地裁玉名支部昭和四四年四月三〇日判決⁽¹²⁾を挙げられているが、「この判決は(信義則、公序良俗、禁反言の法理に反し違法であるとした⁽¹³⁾)と説明されているところからすれば、違法と評価すべき理由を、政策変更は相手方に対する関係において信義則等に違反する、ということに求められているようである。確かに、信義則等に違反すれば、違法と評価されてよいであろう。このことは、すでに今村成和教授が、「ある法益の侵害がゆるされた行為であるかどうかは、単に、明文の規定のみによつ

て律せられるものではない。法の運用に際して適用される、人権の尊重、権力濫用、信義誠実、公序良俗などの諸原則は、当然に、その判断の基準となる⁽¹⁵⁾と説かれているところである。この点については、筆者にも異論はない。しかし、企業誘致政策の変更が適法なのであれば、相手方に対する関係において何故に信義則等に違反し、違法となるのかは、これによっても明らかにはならないように思われる。たとえ相手方に不測の損害を与えたにしても、これは企業誘致政策の適法な変更の結果なのであって、損害を与えたからといって信義則等に違反するとはいえない、と解することも十分可能であろう。もし信義則等に違反するのであれば、企業誘致政策の変更自体が違法と評価されるべきことになるのではなからうか。

この点、本件一、二審判決が⁽¹⁶⁾、「本件のように原告らの期待した与儀村長らによる被告宜野座村内における企業誘致方針が、企業誘致による被告宜野座村における過疎化の防止より、企業の発散する公害よりの生活環境の保護をより優先すべきだとする観点から、被告宜野座村民によつて批判され、その批判勢力の支持する末石現村長が選出された以上、原告が右期待を末石現村長に要求することはできないと解するのが相当である。したがつて、右事情のもとでは原告主張のように被告宜野座村が原告に対して代償的措置をとることなく本件製紙工場建設についての協力を拒むことのできない法律上の作為義務があるとはいえないし、また、被告宜野座村の原告の本件工場建設に協力しない行為を、信義則違反とか、公序良俗に違反するとか、また、禁反言の法理に違反し、それがため不法行為成立要件としての違法があるとはいえない」と判示しているのは、理論的にはすつきりしているといつてよい。文献においても、このような考え方が有力である。原田尚彦教授が、「既存の法体系とのバランスを考えると、政策変更にもなう信頼利益の補填の問題を今回の最高裁判決のいうように自治体側の不法行為責任の問題として制

度化してよいかには疑問が残る。むしろ原則的には損失補償ないしこれに準じた請求権として制度的根拠を求めていく方が、妥当ではないか⁽¹⁷⁾と説かれ、滝沢正教授が、「政策変更が一貫して適法であると判断されている以上、特定企業の信頼利益を侵害するとしても、当該企業に対する関係では違法な加害行為であると断定する立場は合理的といえるのか、疑問なしとしない⁽¹⁸⁾」と説かれているのが、その代表的な例である⁽¹⁹⁾。そして、このような考え方は、「行政行為の撤回」の理論とも一致しているから、比較的説得力ある見解であるといつてよい⁽²⁰⁾。

しかし、②判決が述べているように、当該企業誘致政策の変更が「当事者間に形成された信頼関係を不当に破壊する」ものであり、また、「住民自治の原則も、地方公共団体が住民の意思に基づいて行動する場合にはその行動になんらの法的責任を伴わないということの意味するものではないから、地方公共団体の施策決定の基盤をなす政治情勢の変化をもつてただちに前記のやむをえない客観的事情にあたるものとし、前記のような相手方の信頼を保護しないことが許されるものと解すべきではない」というのであれば、当該企業誘致政策の変更自体を適法と評価することには疑問を懐かざるを得ない。企業誘致政策の変更一般ではなく、特定企業（X会社）に対する具体的な政策変更が問題になっているのであるから、これが適法であるか違法であるかは、住民自治の原則によって左右されるものではないように思われる⁽²¹⁾。この意味において、阿部教授が、「村が前村長時代にせよ、Xに協力の確約をすればそれはたんに村長の確約ではなく村の確約であるから、村長が交代しても村はさきの確約に拘束される。村長の交代は村の内部関係にすぎない。首長の交代ごとに村が約束を反古にできるなら住民無責任の法理があることになり、村を信用する者はいなくなる⁽²²⁾」と説かれているのは、的確な指摘といふべきであろう。

このような考え方に対しては、あるいは、行政行為の撤回の理論と首尾一貫しないのではないかとの批判がある

かもしれない。行政行為の撤回は適法な行政行為であると解されているのであるから、企業誘致政策の変更をこの延長線上で捉える限り、同様の結論（政策変更は適法）に至るのが相当である、というわけである。しかし、「行政客体に権利を附与しまたは義務を免じる行政行為については、相手方の同意のある場合……および撤回留保付行政行為として行なわれた場合を除いては、行政庁は、新たに発生した事情に基づくその独自の公益判断のみを根拠として、当然にこれを撤回しうるものではなく、そのためには、法規の根拠を必要とする」という見解に立てば、企業誘致政策の変更は違法ということになるであろうし、一步譲って、「公益上の必要」がなければ撤回できないとの通説に従っても、当該企業誘致政策を変更するだけの公益上の必要があったということが明らかにされなければ、同じく違法ということになるであろう。企業誘致政策の変更が、たとえ公害反対という理由に基づくものであつたにしても、当該企業が公害を発生させるか否か分明でない以上は、未だ変更（撤回）するだけの公益上の必要があつたとはいえないからである。従つて、行政行為の撤回の理論と矛盾すると批判があるとすれば、それは必ずしも適切なものではないといわなければならない。

このように、特定企業に対する誘致政策の変更は、それ自体信義則等に違反し、違法であると考えるべきである。しかし、このことは、企業側に当該政策（計画）の継続・履行を求める権利までを認めようとするものではない。企業は損害の賠償請求を限度とすべきであり、これが住民自治の原則あるいは政策変更自由の原則との調和点である。

四 学説・判例の検討（三） 最後に、③判決を検討することにしよう。この判決も、①②判決とは別の意味において、相対的違法性説に立つものといつてよい。遠藤教授は、「他方において逆に、根拠法令に違反して違法

であるにもかかわらず、国家賠償法上の違法とはされないことがある⁽²⁶⁾と説かれて、その事例の一つとして③判決を挙げられている。また、藤田教授は、「東京高裁判決においては、本来当該公権力行使の違法性そのものの判断については、行政法理論上も基本的に困難な問題はなく、又、本判決がとるのと同様の結論は、例えば過失相殺の問題として取扱うことによつて、伝統的な法理論の下でも充分に導くことができたと思われるにも拘らず、敢えて問題を「国家賠償法上の違法性」の問題とし、一般的・抽象的な理論として設定された「違法性の相対化」論を適用して結論を導く、という方法がとられている⁽²⁷⁾と理解されている。

結論からいえば、ここでもまた、①②判決について述べたことが大体そのまま妥当するように思われる。③判決は、被害者側の非とのバランスをとるために考え出された苦心の作といえるであろうが、かえつて問題を難しくしているとの感がしないでもない。警察官らの行為が警職法に違反するのであれば、何故に国賠法上は違法と評価されないのだろうか。違法とは法令等に違反することをいうのであり、損害も発生しているのである。

他方、本件においては、被害者にも責められるべき点が少なくないから、過失相殺とは別に、警察官の職務行為自体に違法性なしとして、国賠責任を否定するという考え方も成立し得るであろう。③判決が「派出所内における控訴人らを含む朝高生の態度、殊に偶然的事情に誘発されたといえ、先に控訴人らにおいて暴力沙汰に及んだこと、実力行使の程度、結果等を勘案すれば、右警察官らの実力行使は、これをもって国家賠償法一条の違法な行為と認めることはできない」と述べている部分は、そのまま警察官らの職務行為についても妥当する余地があるからである。しかし、いずれにしても、警察官らの行為は違法か適法かのどちらかであつて、相対的に捉える必要性は余りないように思われる。

- (1) 遠藤・国家補償法上巻一七二頁。
- (2) 判例時報八五号九五頁。
- (3) 類似の裁判例として、富山地判昭和五四年一〇月二六日判例時報九五一号一〇二頁がある。警察官SらがKの運転する速度違反車を赤色灯をつけサイレンを吹鳴して追跡していたところ、K車両は時速一〇〇キロメートルで逃走を続けた上に赤信号を無視して交差点に進入したため、被害者の車と激突して即死させたという事件において、判決は次のように述べている。「S巡査らとしては、東町交差点を左折した時点において、追跡の継続がK車両の暴走運転を続行せしめ、一般人を被害者とする不測の交通事故を発生せしめるおそれが大であることを予測しえたものであるから、直ちに追跡速度を減じるか、追跡を中止するなどの措置をとって右の如き交通事故の発生を未然に防止すべき注意義務があつたものというべきところ、同巡査らは検挙を急ぐあまり、右注意義務を怠り、東町交差点左折後も少なくとも雄山町交差点付近まで時速約八〇キロメートルの高速で追跡を続行するという過失を犯したものである。被告は、本件バトカーの追跡行為は適法な職務行為であるから違法性はないと主張するが、これまで説示したところから明らかなように、本件バトカーの追跡行為は、Kの道路交通法違反の行為を規制し、同人を検挙するという関係では正当な司法警察権の行使として適法な職務行為と認められるが、亡峻（被害者、筆者注）に対する関係では追跡行為に伴う右のような注意義務違反があるのであるから違法たることを免れるものではなく、右主張は採用できない。」
- (4) 民集三五卷一号三五頁。
- (5) 類似の裁判例として、熊本地玉名支判昭和四四年四月三〇日判例時報五七四号六〇頁がある。市の住宅団地建設計画の変更により公衆浴場の建設に着手した者が損害を被つたという事件において、判決は次のように述べている。「被告市がその行政施策（財政緊縮政策等）の必要に基づき本件団地の建設を廃止する所為には何ら違法と目すべきものがなく、そ

れ自体としては適法なものといわなければならない。しかし、右廃止は、前記のごとく原告に対する関係においては団地の共同施設たる浴場を建設経営することによって被告市の公営住宅法上の義務を実質的に肩替りし、延いてはその管理行に協力し、反面同被告の住宅団地完成によって、自己の生活基盤の安定も期し得られるものと信じてきた原告の信頼を著しく破る背信的な行為となる（何らの代償的措施も講じないものであり限り）ものであり、……結局被告市の所為は、故意に因り違法に他人の利益を侵害するものとして不法行為（仮に典型的な不法行為でないとしても、すくなくともいわゆる適法行為による不法行為）を構成するものというべきである。」

(6) 判例時報九一六号三五頁。

(7) 類似の裁判例として、大阪高判昭和五三年九月二六日判例時報九一五号三三三頁がある。建築基準法に著しく違反している建築物に対する給水契約の申込みを市水道局の職員が事実上拒否したところ、その建築物の所有者から正規の水道装置がないことよって生じた損害の賠償が民法七〇九条に基づいて訴求されたという事件において、判決は、「本件において、行政法規たる水道法一五条に違反するからといって、直ちに不法行為法上の違法ということはできない」と述べている。

(8) Schwarzenbach, a. O., S. 41f.

(9) 矢代「国家賠償法の脱違法性化と公務執行の適法性」判例タイムズ四二六号四七頁。これは、富山地判昭和四四年一月二六日（前掲）の評釈において述べられたものであるが、①判決にもそのまま当てはまるであろう（なお、藤崎義信・警察権の行使と国家賠償（新版）二八六頁参照）。

(10) 遠藤・国家補償法上巻一六七頁。

(11) 阿部・前掲一九頁。

- (12) 判例時報五七四号六〇頁。
- (13) 遠藤・前掲一六七頁・一七三頁。
- (14) 遠藤・前掲一七三頁。
- (15) 今村・国家補償法一〇七頁。
- (16) 一審判決については判例時報八一五号七九頁、二審判決については最判民集三五卷一号五五頁参照。
- (17) 原田「企業誘致政策の変更と信頼の保護」ジュリスト七三七号一九頁。
- (18) 滝沢「企業誘致政策の変更と損害補填」ジュリスト七六八号昭和五十六年度重要判例解説四五頁。
- (19) 綿貫芳源教授も、「地方公共団体の政策決定は常に『公共のため』に行われるものであり、その変更も同じく公益を目的とするものであるから、その政策変更は憲法二九条三項にあたる」として、積極的損害のみについて補償が認められるとし、本件を損失補償事件として解決するのが憲法解釈としても一貫し、合理的ではないかと私は解している」(「工場建設についての協力の約束を破棄した村の賠償責任(下)」法律のひろば三四卷五号五八頁)と説かれている。そのほか、同旨のものとして、横田貫一「本件判例批評」法律時報五三卷八号一二三頁、田中館照橋「本件判例批評」法令解説資料総覧二三号二一四頁等がある。
- (20) 藤田「国家賠償責任と損失補償責任の接近」日弁連昭和五十七年度特別研修叢書三九三頁、田中館・前掲二一四―二二六頁参照。
- (21) 小早川光郎「本件判例批評」法学協会雑誌九九卷一一号一七五三頁・一七五六頁、前田達明「本件判例批評」民商法雑誌八八卷一号九三―九五頁参照。
- (22) 阿部「企業誘致政策の廃止と自治体の賠償責任」法学セミナー三一五号三九―四〇頁。

- (23) 杉村敏正・全訂行政法講義総論(上巻)二五一頁(傍点筆者)。なお、今村・行政法入門(新版)九九頁参照。
- (24) 田中二郎・新版行政法上巻(全訂第二版)一五六頁参照。
- (25) 西ドイツにおける「計画保障請求権」(Planer Gewährleistungsanspruch)の内容についても、金銭的な補償請求権だけに限定する見解が多いようである(vgl. F. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl., 1983, S. 185; なお、遠藤「計画行政法」三八頁、乙部哲郎「国家計画の変更と信頼保護」神戸学院法学六巻三号四七—四七八頁、原田前掲一六頁注(6)等参照)。
- (26) 遠藤・国家補償法上巻一六七頁。なお、稲葉馨「公権力の行使にかかわる賠償責任」雄川||塩野||園部編・現代行政法大系⑥四六頁参照。
- (27) 藤田・前掲現代法哲学(3)八三頁。
- (28) 遠藤・国家補償法上巻七八頁、藤田・前掲日弁連昭和五七年度特別研修叢書四〇四頁、同・前掲現代法哲学(3)八三頁参照。

四 抗告訴訟判決の国賠訴訟に対する既判力

抗告訴訟において処分の適法性・違法性が確定した場合に、その既判力が後訴の国賠訴訟に及ぶか否かについては、これまで必ずしも十分な検討がなされてこなかった。しかし、最近になって、水俣病認定遅延国賠訴訟判決⁽¹⁾をめぐっていくつかの注目すべき論文が発表されている。学説は、既判力肯定説・既判力一部肯定説・既判力否定説

に大別できる。⁽²⁾

一 既判力肯定説 既判力肯定説を代表するものとして、ここでは、古崎判事と阿部教授の所説を紹介しておくことにしよう。

まず、古崎判事は、「取消訴訟の判決の既判力は、争われている行政処分⁽³⁾の違法性について生じるのであるから、後訴である国家賠償訴訟では、この既判力に妨げられ、行政処分の違法性について異なった判断ができなくなる。つまり、原告が取消訴訟で勝訴したときには、処分庁の属する国又は公共団体は、後訴で、行政処分の適法性が主張できないし、原告が取消訴訟で敗訴したときには、原告は、後訴で行政処分の違法性が主張できない」と説かれている。⁽³⁾

また、最近この問題に意欲的に取り組まれた阿部教授は、実定法、裁判例、学説を詳細に検討された後に、「取消違法と賠償違法が異なるという構成の仕方は広く一般的にいえばある程度あつているが、同一行為規範に違反したかどうかについて同一時点でなされる評価において取消訴訟と国家賠償訴訟で異なるという立証は今日までなされているとみることはできない。……結局、目下のところ、少なくとも通常の場合には既判力肯定説によるべきであろう」と主張されている。⁽⁴⁾⁽⁵⁾

二 既判力一部肯定説 既判力一部肯定説として、ここでは、村重慶一判事、松本博之教授、遠藤教授の所説を紹介しておくことにしたい。後述の既判力否定説とどの程度相違するのかが明瞭ではないが、一応区別しておくことにしよう。

まず、村重判事は、請求認容判決の場合と請求棄却判決の場合とを区別されて、「取消訴訟における違法性と国

家賠償訴訟における違法性とは異なるから（前者より後者の方が幅が広い）、取消訴訟において棄却判決が確定しても、後日、国家賠償訴訟を提起し、その訴訟において処分⁽⁶⁾の違法性を主張することが許されると解すべきであろう。要するに、国家賠償法一条における違法性を広く解すれば、取消判決が確定した場合には、もとより国家賠償訴訟においても違法性と評価されるが、請求棄却判決が確定した場合には、国家賠償訴訟において違法性の主張ができると解される」と説かれている。

同様に、松本教授も次のように主張されている。「問題は、違法確認判決が後の国家賠償訴訟において当事者を拘束するか、換言すれば行政主体は行政処分⁽⁶⁾の適法性の主張を既判力によって遮断されるかである。通説はこれを肯定する。これに対し、抗告訴訟における行政処分⁽⁶⁾の違法と、国家賠償訴訟で問題になる公務員の具体的事実行為の違法とでは、違法の意義が異なることを根拠とする有力な否定説がある。なるほど抗告訴訟の形成原因へとスクリーニングされた行政処分⁽⁶⁾の違法は、国家賠償の要件としての違法と法的意義を異にすることは認めねばならない。しかし、抗告訴訟において違法と判断された行政行為が国家賠償との関係では適法と判断される余地を認めることは、法秩序の一体性の観点から背理ではなからうか。通説の見解を正当と解する。これに対し、行政処分を適法として違法確認の申立を棄却する判決は行政処分⁽⁶⁾の適法性を確定し、その結果敗訴原告は国家賠償訴訟において行政処分⁽⁶⁾の違法の主張を遮断されるであらうか。通説は、行政処分⁽⁶⁾取消訴訟の請求棄却判決についてこれを肯定する。しかし、公務員の具体的事実的行為の違法性の範囲の方が、形成原因へとスクリーニングされた行政処分⁽⁶⁾の違法性のそれよりも広いと解せられるから、否定説を正当と解する」⁽⁷⁾

さらに、遠藤教授は、右の二者とはやや異なる立場から、次のように述べられている。「既判力肯定説は）極め

て簡単明瞭である。……しかしながら、賠償責任における違法と処分取消における違法とが異なるという基本的前提からみると、事は決して簡単ではない。簡単明瞭なのは、ただ、そのような簡単明瞭な説明が通用しうる単純な事例もないわけではないというだけの話である。右の説明（既判力肯定説、筆者注）がすべての場合に通用するわけではないのである。たとえば、手続上の違法を理由として免許拒否処分が取消された判決が確定した場合に、処分を違法とする既判力は、正当な手続をふまないことよって生じた損害の賠償を請求する訴訟にとつては意味があるが、拒否処分により営業できないことよって生じた損害の賠償を請求する訴訟にとつては必ずしも適切有效なものではない。また、同じ事例で、原告主張の手続上の違法が存在しないとして請求棄却判決が確定した場合に、そもそも処分を全面的に適法とする既判力が生ずるかどうか疑問であるうえ、別途損害との関連において権限濫用等の事由をにかけて損害賠償請求をすることが常に妨げられると解すべきではないであろう。⁽⁸⁾

三 既判力否定説 既判力否定説として、ここでは、鈴木正裕教授と下山教授の所説を紹介しておくことにする。

まず、鈴木教授は、「抗告訴訟における行政処分の違法といふことの意義が、公務員の具体的事実的行為の違法が問題となる国家賠償請求のそれと異なることは、たとえば違法性判断の基準時をめぐる争いなどでつとに指摘されているところであり、またより根本的には、同じく違法性といつても、すでにして抗告訴訟の形成原因に擬せられた以上その方向へ向けてのスクリーニングが行なわれたのであるから、具体的事実としての違法性とは一つ次元を異にしていることを認めねばならない⁽⁹⁾」と説かれている。

同様に、下山教授も、請求棄却判決確定後に国賠訴訟を提起できるか否かという問題について、学説を肯定説と

否定説に分けられた上で、「この点にかんしては、いうまでもなく肯定説（但し、本稿でいう既判力否定説に相当する。筆者注）が正しい。取消訴訟の違法性と国賠法の違法とは同一視することができず、前者の請求棄却の判決の既判力が後者に及ぶものとは考えられないからである」⁽¹⁰⁾と主張されている。

四 裁判例の動向 裁判例の動向については、すでに阿部教授が紹介・分析されているので、ここでは、最近の裁判例を代表するものとして、水俣病認定遅延国家賠償請求訴訟判決だけを取り上げておくことにしよう。

水俣病認定業務の遅延について不作為の違法確認判決が確定した後、認定業務の遅延により精神的苦痛を被ったとして、国と熊本県を被告にして国賠法一条一項に基づき損害賠償の請求をした事件において、熊本地裁昭和五八年七月二〇日判決は、次のように判示している。「被告らは、国賠法一条一項の違法は行訴法三条五項の違法よりも幅が狭いとして、不作為判決の既判力は本訴に及ばないと主張するが、国賠法一条一項の違法と行訴法三条五項の違法とを別異に解すべき理由を見出し得ず、まして本件国家賠償請求における違法は、原告らの主張からも明らかなように不作為判決の違法と全く重なり合っているということが出来るから、被告らの右主張は到底採用することはできない。そうすれば、不作為判決原告らの本件国家賠償請求は、その違法性の判断に関する限り不作為判決の既判力に拘束され、これと異なる判断はできず、被告らもこれと異なる主張はできないことになるから、被告らのこの点に関する主張はそれ自体失当といわざるを得ない。」

この判決は、明らかに既判力肯定説に立脚したものである。裁判例の大勢は、既判力肯定説にあるものといつてよい。

五 学説・判例の検討 学説・裁判例の大勢は、既判力肯定説に立っているが、既判力否定説も有力に主張されている。この問題は、国賠制度の本質にも関連しているようであるから、ここで、簡単に諸説を検討しておくこ

とにしよう。

まず、既判力否定説について考えると、この説は、結局、国賠訴訟における違法性概念と行政訴訟における違法性概念が異なることをその論拠としている。しかし、このような相対的違法性説に疑義が存することについては、前述したとおりである。既判力一部肯定説も、両訴訟における違法性概念が異なる（国賠訴訟における違法性の範囲の方が行政訴訟におけるそれよりも広い）とする点では、既判力否定説と大同小異であろう。既判力一部肯定説の中では、遠藤説は注目すべき内容を含んでいるが、それは既判力肯定説に対する批判としては適切であるにしても、両訴訟における違法性概念が異なるとの基本的立場に立たれるのであれば、やはり一抹の疑問を払拭できない。

次に、既判力肯定説について考えれば、国賠訴訟と行政訴訟における違法性概念が同じであるという点については、筆者もまた別稿⁽¹²⁾で主張したところである。ただ、両訴訟における違法性概念が同一であるということが直ちに既判力肯定説に結びつくものであるかどうか、若干疑問がないわけではない。違法性概念が同一であるとはいっても、それと既判力とは別個の問題であると考えられること⁽¹³⁾もできるからである。違法性概念が同一であることは、私見によれば、違法性の判断基準が同一であるということを指しているだけであって、既判力の問題については、別の検討が必要であるように思われる。国賠訴訟と行政訴訟が別個の訴訟であるということに着目すれば、行政訴訟における判決の既判力を国賠訴訟に及ぼすには、違法性概念が同一であるということだけでは十分とはいえないのではなからうか。我国の実定法は、行政訴訟判決の国賠訴訟に対する既判力について何らの定めを置いていないし、また、行政訴訟も通常裁判所で取り扱われるのであるから、この点で、スイス法や西ドイツ法と同様に論ずること

はできないであろう。⁽¹⁴⁾

既判力肯定説については、また、既判力の客観的範囲が問題となる。⁽¹⁵⁾ 遠藤教授が指摘されたように⁽¹⁶⁾、従来の既判力肯定説はこの問題について必ずしも十分意識していたとはいえないようである。既判力の客観的範囲を明確にすることなしに既判力を違法性の有無一般に及ぼしたのでは、種々の疑義が生じてくることは避けられないであろう。

このように、既判力肯定説を支持するにはやや躊躇せざるを得ないが、そうであるからといって、既判力否定説のように、両訴訟における違法性概念が異なると考えることにも疑問を払拭できない。両訴訟における違法性概念が同一であると解する点では既判力肯定説と同じであるが、違法性概念の同一性は既判力肯定に直結するものではないと考えるべきであろう。ただ、両訴訟における違法性の判断基準は同じであるから、結果的には既判力が肯定されたのと同様なことになるかもしれないが、これはあくまでも事実上そうなるだけのことであつて、既判力が肯定されたからではない。違法性の判断基準が同じであるとはいっても、具体的事件における裁判官の判断が異なる得ることは、当然予想されることである。村上義弘教授が、「私は、抗告訴訟を権利主体者間関係の訴訟である民事訴訟ないし当事者訴訟と本質的に異なる訴訟と考えるので、前判決の効力が既判力として国家賠償請求事件に及ぶとは考えないが、さりとて、両訴訟における行政処分の違法性を異質とも考えないので、この問題に関しては通説と私の考え方の間に通常はそれほど差異は生じない⁽¹⁷⁾」と説かれているのは、この意味に近いように思われる。このような考え方にどのような学説名を与えるべきかは一つの問題であるが、ここでは仮に「既判力無関係説」と呼んでおくことにしよう。

この既判力無関係説によれば、既判力肯定説のように、既判力の客観的範囲を確定しなければならないという問

題は生じない。また、先に遠藤教授の指摘された疑問点⁽¹⁸⁾については、既判力無関係説からも同様の疑問が出てくるが、この疑問は既判力無関係説に立つことによって解消できるであろう。なぜならば、ここでは別個の行為規範の違反が問われているのであって、両訴訟において違法性判断が異なってきたとしても、別段不都合とはいえないからである。

- (1) 判例時報一〇八六号三三三頁、判例タイムズ五〇一号八九頁。
- (2) 学説の分類については、阿部・前掲判例タイムズ五二五号一六頁以下参照。
- (3) 古崎・前掲二八一頁。
- (4) 阿部・前掲判例タイムズ五二五号二五—二六頁。
- (5) そのほか、既判力肯定説を支持するものとして、今村・行政法入門〔新版〕二二四—二二五頁、近藤昭三「判決の効力」行政法講座三卷三三四頁、瀧川叙一「行政訴訟の請求原因、立証責任及び判決の効力」民事訴訟法講座五卷一四五—四四頁、原野翹「取消訴訟と国家賠償訴訟の関係」山田〓市原〓阿部編・演習行政法(上)三九八頁、大坪憲三・国家賠償法解説一〇八頁、千葉勇夫「取消判決の効力」金子〓広岡〓山本編・行政法(下)卷五五九頁、兼子仁・行政法総論三〇九頁等がある。
- (6) 村重「国家賠償訴訟」実務民事訴訟講座一〇卷三二七頁。
- (7) 松本「行政処分取消訴訟における取消対象の消滅と訴えの利益」法學雑誌一九卷三・四号二五五頁。
- (8) 遠藤・国家補償法上卷一七七頁。
- (9) 鈴木「形成判決の効力」法學論叢六七卷六号四四頁注(5)。

- (10) 下山・国家補償法一三六頁。
- (11) 判例時報一〇八六号三三頁。
- (12) 前掲法政理論一四卷二号一八頁。
- (13) 木村弘之亮「行政事件上の取消判決の効力(二)」民商法雜誌七二卷三号四三七頁参照。
- (14) スイス法についてみれば、スイス国家責任法一二条は、形式的確定力ある処分等の適法性は国家責任訴訟において審査され得ない、と規定しているが、この規定から行政訴訟判決の既判力を肯定することは比較的容易であろう (vgl. Schön, a. a. O., S.49)。また、西ドイツ法についてみれば、明文の規定はないにしても、行政裁判所における救済手続に第一次的意義が与えられているから、ここでも既判力が肯定される素地があるといつてよい。G・イエニケは、行政裁判所が行政行為を違法なものとして取消し、または、取消訴訟を行政行為の適法を理由に棄却したときは、この判決に含まれた適法・違法の決定は民事裁判所を拘束する、と説いており、これが通説である (G. Jaenicke, Haftung des Staates für rechtswidriges Verhalten seiner Organe, Bundesrepublik Deutschland, Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, 1967, S.122; vgl. Ossenbühl, a. a. O., S.71, なお、木村・前掲五五頁参照)。
- (15) 阿部・前掲判例タイムズ五二五号二二二頁参照。
- (16) 遠藤・国家補償法上巻一七七頁。
- (17) 村上「行政の不作為と国家賠償」ジュリスト八〇二号三一頁。
- (18) 遠藤・国家補償法上巻一七七頁。

むすび

学説・判例においては、近時、相対的違法性説が有力に主張されている。相対的違法性説は、一見すると、被害者救済に厚いように見受けられるから、比較的説得力のある学説であるといつてよい。しかし、相対的違法性説は、反面において、違法性概念を不明瞭にし、法秩序の統一性を害する危険性を包蔵している。また、被害者救済は、必ずしも相対的違法性説によらなければ不可能というわけではない。裁判例をみても、違法性の一元的・統一的な捉え方でも十分違法性が認定され得るケースが殆どである。被害者救済という面では、大差がないというべきであろう。違法性の一元的な捉え方に対しては、単純すぎるとの批判があるかもしれないが、違法性概念の明確性と法秩序の統一性を確保するためには、理論の単純化こそが必要であるように思われる。

既判力の問題については、私見として、既判力無関係説を主張した。広義においては既判力否定説に属するが、それと区別するために、あえて既判力無関係説と称することにした次第である。一般には、国賠訴訟と行政訴訟における違法性概念の同一性は既判力肯定説に結びつくように解されているようであるが、自明の理とされているためか、その理由が明示されていない。もし自明の理であるのであれば、私見は全くの誤解というほかはない。しかし、筆者には、両訴訟における違法性概念の同一性が直ちに既判力の肯定に結びつくものではないように思われる。そして、このように理解しても、違法性の判断基準が同一である限り、法秩序の統一性が害されるということは余りないであろうから、結果的には既判力肯定説とは大差がないし、また、既判力の客観的範囲の問題が生じないと

いう点では、既判力肯定説よりも適切な解答を用意できるように思われる。