

国家賠償法一条における違法性の

判断基準について

西 埜 章

はじめに

国賠法一条一項にいう「違法に」の意味については、従来より種々の論争がある。例えば、①民法七〇九条の「権利侵害」と同義であるか否か、②厳密な意味で法令に違反することか、あるいは客観的に正当性を欠くことか、③代位責任説と自己責任説とでは、違法性の捉え方はどのように相違するか、④不作為の違法性はどのような場合に認められるか、といったような論争である。違法性をめぐることのような論争は、確かに、個別的な問題について違法性の意味を明確にすることに貢献したが、全体的にみれば、依然として、違法性概念はきわめて不明瞭であるといわざるをえない。これは、結局、違法性の判断基準に統一性を欠いているためであって、違法性の判断基準を統一することなしには、違法性概念の明確化は不可能であろう。違法性の判断基準は、違法性に関する基礎的・

中心的な問題であるにもかかわらず、従来の文献は、この問題について必ずしも積極的に取組まなかった。そのため、同一事件の適法・違法の評価が論者によって異なる場合が生ずるだけでなく、同じ論者にあつても各場合により違法性の判断基準が異なる、ということも稀ではなかつたように思われる。

「違法性」は、国賠法の重要問題であるだけでなく、国家補償法体系の区分の基準としても重要である。国家補償法体系を①適法行為に基づく損失補償、②違法行為に基づく損害賠償、③結果責任、の三類型に区分するのが最近の傾向であるが、区分の基準である侵害行為の適法・違法の区別については、これまで余り深く検討されることはなかつた。むしろ、適法・違法の区別は自明なものとして、体系構成されていたといえよう。しかし、適法・違法の区別は、それ程明瞭なものではない。後述のように、文献においてはしばしば、一方において行為から違法性が語られながら、他方において結果＝損害から行為の違法性が語られているが、このことは違法性の理解を一層困難にしている。損失補償制度と損害賠償制度の接近・融合を説く見解が支配的になりつつあるとはいへ、行為の適法・違法の区別を軽視することは、「法律による行政」の原理からして許されないのである。

一 結果不法説と行為不法説

一 「違法」とは、一体どのようなことを意味するのであろうか。民法学における結果不法説と行為不法説の対立⁽¹⁾、刑法学における結果無価値論と行為無価値論の対立⁽²⁾などにみられるように、違法性概念をめぐる論争は、民法学や刑法学において華やかであるのに比較して、国賠法における違法性については、これまで掘り下げて検討したものは殆ど見当らない。次にいくつかの文献における違法性についての説明を摘出して、問題解明の足掛かりとす

るが、「違法の中には、いわば（原因）行為自体の違法と、いわば結果的違法というものがあるように思われる」⁽³⁾ という叙述の中に見出されるように、違法性の説明に二通りの方法があることに注意すべきであろう。

その一は、結果不法説的な説明である。「違法とは、法のゆるさない法益の侵害を指している」⁽⁴⁾、「法に根拠をもつ公権力の行使によっても、法のゆるさない結果を生ぜしめることは、当該行為を違法ならしめる」⁽⁵⁾、「巡査が、逃亡犯人を射撃したところ、その流弾が、突然家屋から飛び出した全然無関係の第三者に当り、第三者に傷害を負わせたような場合、法益の侵害を違法と解する限り、第三者への加害は違法である」⁽⁶⁾、「人の傷害行為は、仮令それが行為者の希望するところではないとしても、人の傷害を結果することは、人を傷害してはならないという法に違反するものであって、違法行為たるを免れない」⁽⁷⁾、「原因行為の違法性のみに拘泥することは適当ではない。法益侵害というものは、損害の発生という結果に眼をむけつつ考へるべきである。……国家賠償法上の違法とは、『法の許さない法益の侵害』であり、それは原因行為の適法違法を問わず、法の容認しない結果（損害）が発生したことをいい、そのときに違法な侵害があったと称するのである」⁽⁸⁾、「相関関係説にたてば、国家賠償法における違法性の判断は、必ずしも行為当時の事情を基準とするのではなく、侵害された結果をもしん酌して客観的に判断することになる。そうだとすれば、国家賠償法における違法も、ひろく原因行為の違法のみならず、結果のないし客観的違法をも包含するものと解すべきではなからうか」⁽⁹⁾といった表現の中に示されている。

その二は、行為不法説的な説明である。「公権力の行使は常に法に根拠をもたねばならず、その意味では、違法行為は法規違反の行為である」⁽¹⁰⁾、「一般に私的的行為においては行為者は常に相手方の権利（利益）を侵害すべからざる地位にあるから、権利侵害即違法ということに意味があるが、公権力行使の場合は異なる。公権力の行使はそれが適法であれ違法であれ相手方たる国民の権利を常に犠牲に供するものである。……違法な行為による侵害であっ

てはじめて損害賠償の問題たり得る」⁽¹¹⁾、「権力的行政活動の場合には、民事上の行為と異なって、一般に『法律による行政の原理』の適用があり、その行動準則が広く法律によって定められているので、このような行動準則に違反した行為はさしあたり全て違法な行為となるとところに特色がある」⁽¹²⁾、「同条(国賠法一条、筆者注)は公権力の行使による不法行為に関するだけに、公権力が発動する際に遵守さるべき行為規範としての実定法規に違反したかどうかを『過失』を離れて問題とすることは、実質的な意味をもつことが多い」⁽¹³⁾、「国の権力行使が、客観的に見て、法の許容する限界を越えてなされることを指しているものと考えてよい」⁽¹⁴⁾といった表現の中に示されているが、そのほか、代位責任説に立って違法とは公務員の第三者に対する職務義務違反であると説く立場も、これに属するといえよう。⁽¹⁵⁾

二 右に引用した違法性についての説明は、前後の脈絡から切り離して該当箇所のみを摘出したものであるから、あるいは論者の真意とは違っているかもしれない。結果不法説的な説明の例として挙げたものは、同時に行為不法説的な説明をしている例が多いからである。結果不法説と行為不法説のいづれかに截然と区別すること自体が無理なのかもしれないが、それにしても違法性概念が不明瞭になっていることは否定できないであろう。

結論からいえば、国賠法一条の「違法に」の意味については、行為不法説な理解を正当とすべきである。西ドイツの文献においては、このことを明言するものも少なくない。例えば、F. Burchardi は、「現代の不法理論によれば、私法においても刑法においても、すでに結果は加害行為の違法性を示さない。ライスナー (Leisner) 及び他の違法性説 (Rechtswidrigkeits-Theorie) の主張者は、従って、もはや一般的な、現在の法秩序を支配する原理を引き合いに出すことはできない。むしろ、展開は、違法性を惹起された結果の価値・無価値によって評価するのではなく、どこまで事実上の行為が法規に矛盾しているかによって評価する、という方向に進んでいる」という基本

認識に立ちつつ、職務責任領域における行為不法説の正当性をさらに「法律による行政」の原理を根拠にして、概略次のように説明している。公法においては、違法性は、行為が法律に一致するか否かということに依存している。違法性は、ここでは常に法律違反を意味し、法律に適合する国家行為は、損害を惹起しても違法ではありえない。法律が行為の一定の結果を意欲しているか否かは重要でない。高権的行為の適法性にとって決定的なのは、法律による行政の原理に従えば、法律が行為をする公務員にこの特定の行為をなす権限を授權しているか否か、ということだけである。⁽¹⁶⁾また、G. Jaenicke は、「この論議の際には、行政行為の適法性は出発状態 (Ausgangslage) によって評価されるべきであって、事実上の結果によって評価されるべきではない。その限りにおいて、評価方法は、違法な結果を重視する私法不法行為法の違法性説とは相違する」と述べているし、R. Neubinger も、「公務員の行為は、客観的に違法でなければならない。⁽¹⁷⁾すなわち、法律上も契約上も許されないものでなければならぬ。生じた損害は、違法性に対する証拠ではない」⁽¹⁸⁾と主張している。同様に、J. Riedel は、加害行為の適法・違法と損害の適法・違法は区別されなければならない⁽¹⁹⁾、法律による行政の原理は高権的処分の合法性を内容にしており、結果＝損害の合法性を内容にしていない、という。

このように、法律による行政の原理からすれば、違法とは行為が法規に違反することであり、法規に適合する以上、損害が生じても行為は違法となるわけではない。もし、法規に適合しながら法の意欲しない結果を発生させた場合をも違法と評価することになれば、行政権に対して不可能を強いることになり、⁽²⁰⁾行政権の活動の消極化をもたらすことになるであろう。国賠法一条が「違法に」を付け加えているのは、このことを示しているものと解すべきである。大多数の文献は、無意識的に、「違法行為」あるいは「違法行為に基づく損害賠償」という用語を使用しているが、これは、行為不法説的立場においてのみ適切な用法といえよう。確かに、行為は違法ではないとして発

生じた損害を無救済で放置しておくことは、決して望ましいことではない。しかし、それは立法論であり、あるいはまた損失補償や危険責任等の別個に検討を要する問題であって、行為の適法・違法とは論理必然的な関連性を有するものではない。本稿においては、行為不法説的立場から、以下、違法性概念をめぐる問題を整理し、違法性の判断基準を明確にすることにしよう。

- (1) 柳沢弘士「不法行為法における違法性」私法二八号一二五頁以下、前田達明・不法行為帰責論九七頁以下など参照。
- (2) 真鍋毅「行為無価値と結果無価値」現代刑法講座二巻一七頁以下、板倉宏「違法性における行為無価値論と結果無価値論」中義勝編・論争刑法一九頁以下、内藤謙「違法性における行為無価値論と結果無価値論」論争刑法三四頁以下など参照。
- (3) 河上元康「国家賠償法における公務員の故意過失」司法研修所二〇周年記念論文集一卷(民事編一)一二七頁。
- (4) 今村成和・国家補償法一〇七頁、室井力「公権力の行使に基づく損害についての国家賠償」金子||広岡||山本編・行政法下巻四二六頁。
- (5) 今村・前掲一〇九頁。なお、「自己責任説によるときは、違法性は客観的に権利侵害の事実重点をおいてとらえられる」という見方がある(高田賢造「国家補償」杉村||山内編・精解行政法上四〇七頁)が、はたしてこれが自己責任説の帰結であるといえるかどうか、疑問である。
- (6) 古崎慶長・国家賠償法一五三頁。
- (7) 山田準次郎・国の無過失責任の研究一七七頁。
- (8) 松岡恒憲「国家賠償法第一条の違法概念」北九州大学商経論集八巻一・二号二八頁。
- (9) 村重慶一「検察官の起訴と国家賠償」司法研修所二〇周年記念論文集一卷(民事編一)二〇一頁。
- (10) 今村・前掲一一〇頁。

- (11) 浅沼武「公務員による不法行為」法律時報二七卷一一号二二三頁。
- (12) 藤田宙靖・行政法工(総論)三四一頁。
- (13) 平井宜雄・損害賠償法の理論二九七頁。
- (14) 東京高判昭和四五年八月一日判例時報六〇〇号三二頁。
- (15) F. Burchardi は、ドイツ法についてであるが、「職務責任の範囲においても、行為不法説が妥当する。民法八三九条は、結果ではなくて、行為―第三者に対して負っている職務上の義務違反―を制裁している」と述べている (Die Haftung des States für Zufallschädigungen, Dissertation, 1966, S. 94)。
- (16) Burchardi, a. a. O., S. 87 ff.
- (17) G. Jaenicke, Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht 7, VVDStRL 20 (1963), S. 166.
- (18) R. Nebinger, Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil, 1949, S. 325.
- (19) J. Riedel, Öffentlich-rechtliche Gefährdungshaftung, Dissertation, 1965, S. 87.
- (20) W. Münzberg は、法律は不可能なことを要求しようとはしないので、最初から支配可能な行為のみを義務づけるといふように解釈されなければならない。Können の原則は、責任の際にはじめてではなくて、すでに違法性において考慮されるべきものである。Verhalten und Erfolg als Grundlage der Rechtswidrigkeit und Haftung, 1966, S. 439 Nr. 7)。

二 狭義説・広義説・最広義説

一 違法性概念をめぐる論争の中心は、いわゆる狭義説と広義説の対立の中に見出される。しかし、狭義説と広

義説という従来の学説の分類の基準は、必ずしも明確とはいいがたい。そのため、古崎判事は、小沢氏の「これには、権利侵害を含むことは勿論、具体的に特定の権利を侵害しない場合でも、法規違反により或は公序良俗に反して他人に損害を加えたときは本条の適用を受けることになる」⁽¹⁾との所説を狭義説に分類されるのに対して、今村教授は、右の小沢説を広義説の代表的論者とされている田中博士の説と大体同趣旨である、とされるのである。⁽³⁾これは、古崎判事が、国賠法一条の「違法」を権利侵害と同義に解する説を狭義説、これに固有の意義を与えようとする説を広義説とされるからであるが、⁽⁴⁾狭義・広義の語は、このような対応関係には余り適切とはいえないように思われる。狭義説の代表的論者とされる磯崎教授の見解（後述）は、むしろ国賠法一条の「違法」に固有の意義を与えようとするものとも解されるし、小沢説は磯崎説と比較すれば広義であるともいえるからである。固有の意義を与えるか否かは、違法性概念の広狭とは直接の関係はないと解するべきであろう。⁽⁵⁾それ故、狭義説・広義説の語は維持されるにしても、その分類の基準は別に求められなければならない。

法律による行政の原理や行為不法説的立場からすれば、違法とは法規違反を意味するから、狭義・広義の区別は、ここでいう「法規違反」の意味によって決せられるべきことになる。そこで、磯崎教授が、「厳密な意味において法令に違反することを意味し単にその行為が客観的に正当性をもたないことを意味するものではない」⁽⁶⁾と説かれるとき、「厳密な意味において法令に違反すること」が明文の成文法規違反のみを指しているのであれば、この説は狭義説と称されてよい。これに対して、違法とは法規違反を意味するとしながらも、法規違反を厳密な意味での法規違反に限定しないで、より広く把握しなければならないとの立場が存する。すなわち、今村教授が、「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っ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」と説かれるのがその例であり、この見解を支持する者が少なくない。⁽⁷⁾ 本稿では、この見解を広義説と称することに⁽⁸⁾する。

二 従来の学説の分類方法によれば、違法とは「厳密な法規違反を指すのではなく、その行為が客観的に正当性を欠くことを意味する⁽⁹⁾」との田中博士の見解が広義説の代表とされてきた⁽¹⁰⁾。この説は、確かに、狭義説と比較すればその判断基準において広いことは間違いないが、右に筆者が広義説と称した今村説との相違が明らかにならないであろう。相違を明確にするためには、「客観的に正当性を欠くこと」の意味が検討されなければならない⁽¹¹⁾。これについては、二点が問題となる。まず、結果不法説の意味を含むか否かである。一見すると、法の意欲しない結果の発生を直ちに違法とする結果不法説の立場に立っているのではないかとも推測できるが、もしそうであれば、この説は、違法性の判断基準については、右に広義説と称したものよりもさらに広く解することになり、広義説との対比においては、「最広義説」の名称が与えられるべきことになる。しかし、論者自身が明確にされない以上、推測の域を出ない⁽¹²⁾し、結果不法説の説明が妥当でないことは、前述したとおりである。おそらく、そこまで広く解するものではないであろう。次に、裁量行為の不当の場合をも含むか否かである。この点についても、田中博士自身はそれ以上詳論されていないのであるが、有倉博士は、「不法行為責任が発生した損害の公平な分担を目的とすることを考えれば法規違反に限定する必要はない。行政処分が法規の定める要件を欠く意味での狭義の違法の外、裁量行為の不当及び事実行為の違法等広く正当性を欠く行為を包含するもので行政訴訟における違法処分より広い⁽¹³⁾」と説明されている。もし田中説と有倉説が同趣旨であるとすれば、「客観的に正当性を欠くこと」は、合目的性に反する裁量行為の不当の場合をも包含することになる。そうであるとすれば、この説は、今村説と区別されなければならない。本稿では今村説を広義説と称するのであるから、この説は、むしろ「最広義説」と称されるべきこと

となる。

ところが、違法とは「客観的正当性を欠くこと」であるとしながら、他方において、裁量行為の不当の場合をこれに含ませない立場がある。杉村教授はこのことを明言されて、「公権力の行使に基づく損害につき、国または公共団体が賠償責任を負うのは、公権力の行使が違法、すなわち、客観的正当性を欠く場合に限られる。……裁量行為における裁量の過誤による損害の賠償については、それが裁量濫用と判断される場合に限り、これを訴求しうる⁽¹⁴⁾」と主張されるのである。この杉村説は、裁量行為の不当の場合を除外しながら、なお「客観的正当性を欠くこと」と定義するのであるから、「客観的正当性を欠くこと」とは一体何を意味するものであるか、改めて問われなければならぬ。杉村教授が、注においてであるが、今村教授の所説を引用されていることから推測すれば、杉村説のいう「客観的正当性を欠くこと」の意味は、違法性の判断に際しては明文の法規だけではなく、不文の法もまた基準にされなければならない、ということになりそうである⁽¹⁶⁾。このように理解すれば、結局、杉村説は今村説と同趣旨ということになり、本稿でいう広義説に属することになるであろう⁽¹⁷⁾。そして、田中説も、詳論されていないので断言できないが、案外今村説に近いのかもしれない⁽¹⁸⁾。従って、残るのは有倉説であるが、この説は、明文・不文の法規違反のみならず、合目的性に反する不当な行為をも違法と評価するものであるから、この説を広義説と區別して「最広義説」と称するのが適切である。

三 学説が右のように狭義説・広義説・最広義説⁽¹⁹⁾に再分類されるとすれば、そのうちのいずれを正当とすべきであらうか。まず、狭義説について検討してみよう。前述のように、磯崎教授は、「厳密な意味において法令に違反することを意味し単にその行為が客観的に正当性をもたないことを意味するのではない⁽²⁰⁾」と説かれる。そこで、「厳密な意味において法令に違反すること」の意味が問われなければならないが、磯崎教授が前記田中説を批判さ

れている点から判断すれば、「厳密な意味において法令に違反すること」とは、「厳密な法規違反」のことを指していると解してよいであろう。ただ、「厳密な法規違反」の意味もそれ程明瞭ではない。慣習法や一般の法原則の違反を除外する趣旨であるとは、右の叙述だけでは断定しがたい面もあるが、ここでは文字通りに「明文の法規に違反すること」であると理解しておくことにする。狭義説の立場をこのように規定すると、次に問題となるのは、その形式的法治主義性である。実質的法治主義からすれば、行政法の法源においては成文法主義が支配しなければならぬとはいえず、このことは必ずしも不文法の成立・存在の余地を否定するものではない。従って、違法性の判断に際しては、「不文の法も問題としなければならぬ⁽²¹⁾」のであって、厳密な法規違反に限定すべき理由を見出すことは困難であろう。狭義説は、違法性の判断基準としては、狭きに失するといえそうである。ただ、狭義説を批判する論拠として、行政指導が法令に基づかないで事実上なされる場合が多く、この場合の違法を説明するためには広義説に立たなければならない、ということが挙げられることがあるが、これは狭義説に対する批判としてはやや疑問である。⁽²³⁾法令に基づかない行政指導であっても、厳密な法規違反に該当することもないではないであろう。⁽²⁴⁾一応、このように考えられるが、行政法においては不文法の成立・存在の余地は余り広くないから、実際上は狭義説と広義説の差異はそれ程顕著とはいえないかもしれない。

それでは、広義説と最広義説についてはどのように評価すべきであろうか。結論からいえば、広義説が正当であると解するものであるが、両説の主たる対立点は、裁量行為の不当の問題にしばられてくるので、次に項を改めて検討することにしてしよう。

(1) 小沢文雄「国家賠償法案」法律新報七三九号一五頁。

- (2) 古崎・前掲一七〇頁。
- (3) 今村・前掲一一〇頁。
- (4) 古崎・前掲一七〇頁。同旨、渡辺昭「公権力の行使に基づく責任」医療過誤・国家賠償(実務法律大系五巻)二九二頁。
- (5) 一条に固有の意義を与える見解は、違法性概念の拡張を導くものと一般に解されているようである(例えば、松岡・前掲二七頁)が、必ずしもそうとは限らないであろう。
- (6) 磯崎辰五郎・行政法総論三九七頁。
- (7) 今村・前掲一〇七頁。
- (8) 古崎・前掲一七一頁、村重・刑事事件をめぐる国家賠償の研究二〇頁、伊藤瑩子「国家賠償責任の要件としての、行為の違法性と行為者の故意・過失および両者の関係について」訟務月報一九巻八号一五〇頁、高田・前掲四〇八頁など。
- (9) 田中二郎・新版行政法上巻〔全訂第二版〕二〇六頁、同・行政上の損害賠償及び損失補償一六九頁。
- (10) 古崎・前掲一七一頁参照。
- (11) 「客観的に正当性を欠くこと」の意味の不明瞭性については、今村・前掲一一〇頁、古崎「国と自治体の責任」別冊NB L三号製造物責任八四頁、伊藤・前掲一四九頁参照。
- (12) 松岡教授が、「違法とは法の容認しない結果が発生したときであり、このとき客観的な正当性を欠くのであって……」(前掲三四頁)と説かれているのがこのことを示しているが、「客観的に正当性を欠くこと」という用語を使用している者すべてがこのような意味で使用しているとはいえないであろう。
- (13) 有倉遼吉「逐条国家賠償法解説」法律時報二五巻九号一九頁、同「行政法における訓示規定」早稲田法学三〇巻三四八頁。
- (14) 杉村敏正・全訂行政法講義総論上巻二七八頁。
- (15) 杉村・前掲二七九頁注(1)

- (16) 杉村説に近いものとして、村重検事の説が挙げられよう。村重検事は、違法とは「ひろくその行為が客観的に正当性をもたないことを意味する」とされ、続けて「したがって、明文の法律命令に違反する場合はもちろん、基本的人權の尊重、權利濫用の禁止、公序良俗、信義則のような法原則をはじめとして、条理法や慣習法も違法性を判断する基準となる」(刑事事件をめぐる国家賠償の研究一九〇二頁)と説かれている。この叙述からも、「客観的に正当性を欠くこと」とは、違法性の判断にあたっては広く不文の法をも基準にしなければならない、ということを指すものと考えてよいであろう。
- (17) 但し、裁量行為の不当の場合を除外しても、なお「客観的に正当性を欠くこと」に固有の内容が残るのかもしれないが、文献における叙述だけでは明らかでない。
- (18) 松岡教授は、今村説を田中説の発展であると理解されている(前掲二七頁)。
- (19) 伊藤・前掲一四七頁以下は、すでに学説を第一説、第二説、第三説に再分類しており、それぞれ本稿における狭義説、広義説、最広義説に近似するが、第三説といわれるものをさらに二説に分けているから、実質的には四説に分類していることになる。ただ、この分類では、第二説と第三説中の裁量行為の不当を含まない説との差異が明らかにされない。
- (20) 磯崎・前掲二九七頁。
- (21) 今村・前掲一一〇頁。
- (22) 古崎・国家賠償法一七一頁、松岡・前掲二六頁。なお、東京地判昭和五一年五月三十一日判例時報八四三号六七頁参照。
- (23) 伊藤・前掲一五〇頁は、「事実上行われる行為であっても職務行為の行使に関して行うものであるにはちがいないのであるから、基本となる職務上要請される義務の行使の枠内に入る行為であるといえるはずであるから、この点については余りよい理由づけとは思われない」と述べている。
- (24) 山内一夫・行政指導一二六頁参照。

三 裁量行為と違法性

一 最広義説によれば、不当な裁量行為もまた国賠法一条の「違法性」の要件を充足することになる。そして、その論拠として一般に挙げられているのは、国賠法の損害填補法としての性格と行訴法（行政事件訴訟法）における違法性との性格上の差異である。有倉博士が、「不法行為責任が発生した損害の公平な分担を目的とすることを考えれば法規違反に限定する必要はない。……行政訴訟における違法処分より広い」と説かれ、渡辺博士が、「国家賠償法の精神は一般的の財産権の保護の主旨に反して事実として外界に生ぜしめた損害について、それを救済せしめることに関するものであり、損害賠償請求事件はそれ自身行政処分の効力そのものを争う事件でないから、損害の発生そのものが客観的の不法性に基くものである限り、それが違法であると不当であるとを問わず、常に訴訟をもってするそれらの賠償請求権を認むべきものである」と述べられているのがその例である。また、下山教授は、より積極的に、「『違法』要件は、法解釈としては、客観的に正当性を欠くものを指しており、単なる法規違反を指すのではないとするのが通説のようである。もしこの場合に、その解釈が法規と切り離して『違法』概念を構成するのであるならば、これまで考察してきたがごとき填補責任の観点を貫く解釈となり、あえて異論をさしはさむ余地はないと考える。しかるに他方において、これらの解釈論は、裁量権の範囲内の行為は責任を生じないと説明している。この解釈は、明かに填補責任の見地よりする先の解釈と矛盾するもので、違法性概念をふたたび法規違反にむすびつけることになって制度的趣旨に反してくる」と主張される³⁾。

二 右のように、「損害填補」の観点から不当行為をも国賠法上は違法とみなす最広義説に対して、広義説の側からは、次のような批判が加えられている。まず、今村教授は、「裁量権の範囲内の行為である限り、法によって

許された行為と解するの外なく、当・不当は、不法行為法上の問題ではない⁽⁴⁾とされ、古崎判事は、「自由裁量の範囲の行為は、当、不当の問題になりえても、違法の問題は生じない⁽⁵⁾」、「国家賠償法が損害填補のためにあるからといって、単なる不当のときにまで違法概念を拡大させてしまうと、国の賠償責任が不必要に拡張され、賠償を懸念して、行政が萎縮するおそれがある⁽⁶⁾」といわれる。また、杉村教授も、「裁量行為における裁量の過誤による損害の賠償については、それが裁量濫用と判断される場合に限り、これを訴求しうる⁽⁷⁾」と主張される。広義説は、最広義説のいう「損害填補」の趣旨を否定するものではなく、それを承認しながらも、裁量行為の不当を違法の問題とすることに反対するのである。国賠法がいかに損害填補を目的とするものであるからといって、そのことから直ちに最広義説のような結論を導き出すことは、解釈論としては無理であろう⁽⁸⁾。法律による行政の原理からすれば、裁量の範囲内の行為は、今村教授が説かれるように、法によって許された行為であって、違法の評価を受けるものではない。

また、最広義説が、国賠訴訟と行政事件訴訟との制度目的の相違を理由に、違法性の相対性を説くことに対して、広義説に立つ論者は一般に批判的であるといつてよい。次に項を改めて、この問題を考察することにしよう。

- (1) 有倉・前掲「逐条国家賠償法解説」一九頁。
- (2) 渡辺宗太郎・新版日本国行政法要論上巻三三八～三三九頁。
- (3) 下山英二「国家賠償」日本国憲法体系六巻二五〇頁。同頁、松岡・前掲二七頁。
- (4) 今村・前掲一〇八頁。
- (5) 古崎・国家賠償法一七六頁。

(6) 古崎・前掲「国と自治体の責任」八四頁。

(7) 杉村・前掲二七八頁。そのほか、伊藤検事はより明確に、「裁量の働く余地があり、かつ法令がこれを許して行政庁の裁量判断を優先させようとする場合は、裁量の範囲内にとどまるかぎり何ら適法・不適法の問題は起らないとしなければ裁量行為の意味がなくなりその性格もあいまいなものとなってしまう。右のような見解は国賠法一条に不当裁量行為をも入れようとする、いわば、ためにする解釈によって、結果的には裁量行為の本質を見誤ってしまうものといわざるをえない。」(前掲一五四頁)と批判される。

(8) 藤田教授は、国賠法一条の「公権力の行使」に関連してであるが、「国家賠償法一条の解釈をめぐって行政法学がなすべきことは、現在もはや、被害者保護の拡大という実践的な主張や、このような主張に好都合なアイデアを何処からか見付けてくることよりもむしろ(少なくともそれらの作業と並んで)、法解釈のあり方、方法、についての原則を確立し、このような一貫した原則の下にこれらの素材を体系付けることであるように思われる」(前掲三三九頁)と説かれているが、このことは違法性概念についてもいえるのではなからうか。

四 国賠法上の違法性と行訴法上の違法性

一 最広義説は、国賠法上の違法性は行訴法上の違法性より広い、という。下山教授が、作用法上の要件の問題と損害填補上の要件の問題は、別個の観点に基づいて取り扱われることが承認されてきており⁽¹⁾、「行訴法におけるところの違法性の問題と、損害填補上の違法性の問題は異なってくる面あるいは要素というものがどうしてもあるとしなければならない⁽²⁾」と説かれるのがその代表的例であり、教授は、これは学説上すでに確立されてきている。

といわれる⁽³⁾。そこで、最広義説がその論拠として挙げているところをみると、「目的がちがえば、『合法・違法』は概念内容を異にするものである⁽⁴⁾」ということであり、より詳細には「国家賠償法の精神は一般的の財産権の保護の主旨に反して事実として外界に生ぜしめた損害について、それを救済せしめることに関するものであり、損害賠償請求事件はそれ自身行政処分の効力そのものを争う事件でない⁽⁵⁾」ということである。

確かに、国賠訴訟と行政事件訴訟とが制度の目的あるいは性格を異にするものであることは否定できない。また、「国家賠償訴訟がしばしば事実上の実力の行使によって受けた損害の填補を目的としており、行政処分の取消訴訟よりは対象が広い⁽⁶⁾」ということも否定できない。しかし、これらのことは、狭義説に立っても広義説に立っても同じである、と考えることもできよう。従って、問題は、制度目的の相違から直ちに最広義説のいうようなことが導き出され得るか否かである。

この点につき、広義説の側からは次のような主張がなされる。「損害賠償請求訴訟が行政処分の効力を争う訴訟ではないということ、条理法に違反して公益判断を誤るいわゆる不当の処分による損害の賠償を、損害賠償請求事件として、訴訟の手段により請求しうるかとは、別個の問題であって、裁量処分については、そこに包含される専門的・技術的事項について、裁判所の審査の及びえない部分が存することもありうるから、その取消訴訟の審査にも限界を生じるのであり、逆にいえば、損害賠償請求訴訟において、裁判所が処分の不当性を判断しうるものとするれば、同様に、裁判所は、取消訴訟において、処分の不当性を判断しえない理由⁽⁷⁾は存しない」、「取消訴訟で審査される違法性と賠償訴訟のそれとは異なるという見解もあるが、行政の公権力作用を規律する法規を訴訟の種類により区別せねばならぬ必要性と区別の基準は明らかでない⁽⁸⁾」、「裁量権の濫越または濫用がある場合には、その行為は国賠法一条のいう違法な行為となると解すべきである。裁量が妥当ではないが違法でない行政処分については、

行訴法上取消訴訟の対象たる違法な処分とならないことからしてもこれとパラレルに考えてよいと思われる（行訴法三〇条。同じ法秩序の中で『違法』の概念が異なるのはおかしい⁽⁹⁾）といったような批判である。

二 広義説と最広義説の右のような対立は、違法性概念の相対性をめぐる対立でもある。最広義説が「相対的違法性説」に立つのに対して、広義説に立つ論者は、一般に、国賠法と行訴法上の違法性に限定してであるが、違法性概念の相対性につき疑問を感じているといつてよい。

通説である相対的違法性説によれば、「違法性は法秩序の全体を基礎として考えられなければならないが、必要とされる違法性の程度については——刑法、民法、労働法、懲戒法等々の——法域によって目的論的な相対性がみとめられる⁽¹⁰⁾」ということになる。しかし、この見解に対しては、法域ごとに違法性概念が異なって展開されていくことの危険性を指摘する立場もあることに注目すべきであろう。違法性が法学の基本的概念であることを考えれば、明白な合理的理由がない限り、できる限り統一的に理解されなければならない⁽¹¹⁾。国賠法と行訴法の領域に限って考察すれば、損害填補の要請は、それだけでは両法域での違法性を異なって把握することの十分な理由とはいえないであろう⁽¹³⁾。両法域での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二元的・統一的に把握されるべきである。損害填補、被害者救済の現代的要請は、違法性概念の分離によってではなく、別個のアプローチによってなされなければならない。

三 以上、狭義説・広義説・最広義説のうち広義説が支持されるべきことを述べたのであるが、それでは通説・判例はいずれの説に立脚しているのであろうか。まず、通説についてであるが、下山教授によれば、「客観的に正当性を欠くものを指しており、単なる法規違反を指すのではないとするのが通説⁽¹⁴⁾」である。確かに、文献の多く

が、「客観的に正当性を欠くこと」あるいは「客観的に公正を欠く行為」⁽¹⁶⁾等の表現をしていることからすれば、これが通説といえそうである。しかし、「客観的に正当性を欠くこと」の意味内容が論者によって必ずしも一致しているとはいえないのであるから、これだけでは狭義説に立っていないということだけしか明らかにならない。広義説であるか最広義説であるかは、さらに検討を要する。前述のように、広義説と最広義説の主たる相違点は、裁量行為の不当の場合を含むか否かに存する。この基準からすれば、裁量権の踰越または濫用がない限り、消極的に解しているものが多いから、⁽¹⁶⁾広義説が通説ということになるであろう。

次に、判例についてであるが、裁判例の殆どは、「厳密な法規違反のみを指すのではない」として狭義説を否定し⁽¹⁷⁾、他方、「裁量行為の不当の場合を含まない」として最広義説を否定しているから、⁽¹⁸⁾広義説に立っているものといえる。⁽¹⁹⁾

- (1) 下山「国家賠償法研究会」(3)法令解説資料総覧一四号一三一頁。
- (2) 下山「国家賠償法研究会」(4)法令解説資料総覧一五号二二一頁。
- (3) 下山「行政権限の不行使と国家賠償」成田頼明編・行政法の争点一六九頁。
- (4) 下山・前掲「国家賠償」二五六頁。
- (5) 渡辺・前掲三三九頁。
- (6) 乾昭三「国家賠償法」加藤一郎編・注釈民法(9)四〇五頁。
- (7) 杉村・前掲二七九頁。
- (8) 近藤昭三「行政訴訟はどのように行われるか」近藤利光・海老沢他・行政法第二卷(有斐閣新書)九四頁。

- (9) 伊藤・前掲一五四頁。
- (10) 団藤重光・刑法綱要(総論)〔増補版〕一七五～一七六頁。
- (11) Münzberg, a. a. O., S. 75 ; Burchardi, a. a. O., S. 87. Burchardi は、違法性の概念は個々の法域において異なつて使用されるべきではなく、違法性はすべての法域において同じである、と述べている。前田教授が、「違法性といった概念は、ひとり、不法行為法上の問題でなく、法の根本概念として、刑法をはじめ、他の法分野との関係も、考慮してしかるべきであらう」(前掲二二五頁)と説かれるのも、相対的違法性説に対する一種の疑義の表明であるといえよう。
- (12) 篠田公穂「違法性」福田Ⅱ大塚編・講義刑法総論一三七頁。
- (13) Vgl. Münzberg, a. a. O., S. 75.
- (14) 下山・前掲「国家賠償」二五〇頁。なお、室井・前掲四二六頁参照。
- (15) 原田尚彦・行政法要論〔改訂増補版〕二二七頁。
- (16) 雄川一郎「日本の国家責任法」ジュリスト三〇四号一七頁、伊藤・前掲一四九頁参照。
- (17) 例えば、東京高判昭和四五年八月一日(判例時報六〇〇号三三二頁)は、「違法性の有無を判断するについては、狹義の法規違反のみに限るべきでなく、基本的人権の尊重・権利濫用の禁止・公共の福祉の維持・公序良俗・信義則・条理などの、法の運用の一般原則をもとり入れて判断の基準とすべきことは云うまでもない」と判示している。
- (18) 例えば、東京高判昭和四九年四月三日(東京高等裁判所判決時報(民事)二五卷四号四七頁)は、「国家賠償法第一条第一項によれば、同法条の要件を充足するためには、当該公務員の行為が違法たることを要し、且つ右『違法』の概念には単に裁量を誤つたにすぎないような『不当』の場合が含まれないと解するのが相当であるところ、上述したように、営林署長の国有林貸付行為は自由裁量行為であるから、そこには特段の事情のない限り違法の問題を生じない」と判示している。
- (19) 裁判例については、古崎・判例国家賠償Ⅰ四八一頁以下参照。

五 無罪判決と起訴の違法性

一 刑事事件において無罪判決が確定した場合に、公訴提起等が違法となるか否かについては、学説は、結果違法説と職務行為基準説に分れている。⁽¹⁾

結果違法説は、公訴提起等は結果的に違法であるという。原田教授が、「ここにいう違法は、検察官の職務行為自体の不適当性というよりも、むしろその結果が妥当性を欠くことの意味に解した方が統一である」とされて、

「職務行為基準説は一見常識的にみえるが、結論的にはむしろ結果違法説の方が妥当であり、無実の被告人の救済に適するものと思う」⁽²⁾と説かれ、斎藤教授が、「国賠法一条にいう『違法』とは、公務員の加害行為の『客観的評

価』であつて、故意・過失は、公務員の『主観的帰責事由』であるから、両者は嚴格に分離してみるのが本筋といえる。そして、その結果が妥当を欠くことの意味に解した方が統一であり、『結果違法説』の方が妥当であつて、

無実の被告人の救済に適するともいえる」⁽³⁾と述べられるのがその代表的例である。また、村重検事も、「無罪判決

が確定すれば、刑事判決を尊重し客観的には起訴すべからざる者を起訴した意味において違法となるが、被告(国)において公訴提起の合理性……を立証すれば、公訴提起は合理性、正当性を取得し、違法性を阻却する」⁽⁴⁾と主張される。ともに結果違法説であるが、ただ、原田・斎藤説と村重説との間には、若干の差異が認められよう。

前説が、公訴提起等の合理性の立証を問わずに、無罪判決が確定すればすべて結果的に違法と評価する趣旨であるように読み取れるのに対して、後説は、公訴提起等の合理性が立証されれば違法性が阻却されることを肯定しているからである。

これに対して、職務行為基準説は、結果からではなくて、公訴提起等の行為自体が法の許容するものであるか否かということから判断しようとする。綿貫教授が、「無罪判決が確定したとしても直ちに検察官の起訴が違法とされたり、これにつき検察官の故意過失が確定するものでないことはいうまでもない。客観的に犯罪の嫌疑が十分であり、有罪判決を期待し得る合理的根拠がある限り、起訴を違法とはなし得ないであらう⁽⁵⁾」と説かれ、古崎判事が、「わたくしも、第一説（職務行為基準説、筆者注）をとるが、そのわけは、公訴の提起、維持についての検察官の心証と、無罪判決についての裁判官の心証とは違いのあることを、刑法は当然の前提としていることに着目するからである。第二説（結果違法説、筆者注）は、このことを捨象してしまうことになり賛成できない⁽⁶⁾」と説かれるのがその代表的例である。ただ、古崎判事は、続けて「他人の権利または利益の侵害は通常違法性を帯びるが、被告国が、検察官の公訴の提起、維持についての合理性、つまり前述した食違いがやむをえないところから生じたことを証明することによって、違法性が阻却され適法行為になると考えたい」と述べられているから、前記の村重説との差異は、実際上は余り大きくないといえるかもしれない。

二 結果違法説と職務行為基準説の対立は、結局、結果不法説と行為不法説の対立の一場面といえよう。従つて、ここでの問題解決もまた、行為不法説的立場に立つてなされるべきである。公訴提起等が法規（広義における）に適合している限りは、たとえ無罪判決が確定したとしても、遡つて違法となるものではない。

従来の学説の論争は、違法性の判断基準について理論的一貫性を欠いていたように思われる。刑事事件における特殊性はあるにしても、検察官や裁判官の職務行為についてのみ行為不法説的あるいは結果不法説的説明をしなればならないという理由は見出しがたい。結果違法説は、違法と過失は厳格に分離すべきであるというが、このことは、職務行為基準説に立つ者が必ずしもすべて違法と過失を統合するわけではないし、結果違法説に立つ者がす

べて違法と過失の厳格な分離を主張するものでもない⁽⁸⁾から、適切な批判とはいえないし、そもそも厳格に分離すること自体も一つの問題である。また、結果違法説の方が統一的理解に資するというが、結果の発生即違法ということになれば、「違法」の要件はその意義を失うことになる。さらに、「無実の被告人の救済に適する」という点についてであるが、この説にあっても「過失」の要件を充足しなければならぬのであるから、それ程被害者救済に差が生ずると思われない。他方、職務行為基準説は、刑事事件以外の事例においても同様の考え方をするのであれば、理論的一貫性が認められるのであるが、この点は明確でなく、理論的に統一された説明がなされるべきであろう。

通説がいずれであるかは判然としないが、判例（最判昭和五三年一〇月二〇民集三三卷七号一三六七頁）は職務行為基準説をとっている⁽⁹⁾。

(1) 学説の分類については、原田「松川国家賠償請求事件」ジュリスト四八二号二八頁、斎藤寿「国家賠償法第一条の解釈」川西―矢野―奥原編・行政救済法一五八―一五九頁、古崎・国家賠償法の理論三九―四〇頁、判例時報九〇六号四頁の解説を参照。

(2) 原田・前掲「松川国家賠償請求事件」二八頁。

(3) 斎藤・前掲一五九頁。

(4) 村重・刑事事件をめぐる国家賠償の研究九二頁、同・前掲「検察官の起訴と国家賠償」二〇二頁以下。

(5) 綿貫芳源「検察官の訴訟行為に関する損害賠償責任」判例時報五五七号二二頁。

(6) 古崎・国家賠償法の理論四〇頁。

(7) 例えば、裁判例であるが、松川国家賠償請求事件第一審判決（東京地判昭和四四年四月三日判例時報五五七号三頁）は、職務行為基準説に立って、次のように判示している。「捜査、公訴の提起、追行が、有罪判決獲得の可能性なしにおこなわれたり、不公正、不誠実な仕方でおこなわれたりした場合には、それは違法なものとなる。しかし、捜査、公訴の提起、追行が右にのべた意味で違法であるだけでは、それは、まだ、国家賠償の対象とはならない。それが国家賠償の対象となるためには、捜査官、公訴官が、有罪判決を得る可能性のないことや、それが不公正、不誠実であることを知りながら、捜査をおこない、公訴を提起し追行したこと（故意）、または、捜査官、公訴官としての職務上の注意義務をつくればこれを知ることができたのに、知らないで（たとえば、当然すべき証拠の検討をおこたつたため）捜査をおこない、公訴を提起し、追行したこと（過失）が必要である。」

(8) 例えば、村重検事は、結果違法説に立たれながら、別の論稿（「国家賠償訴訟」実務民事訴訟講座二〇巻三〇八頁）において違法と過失の統合を説かれている。公訴提起等については例外であると考えられているのかもしれないが、その場合には、何故例外であるのか、はつきりしない。

(9) 裁判例については、判例時報九〇六号四頁「声別国家賠償請求事件上告審判決」の解説参照。

むすび

違法性の判断基準についての学説を整理し、行為不法説と「法律による行政」の原理から統一的説明を試みたわけであるが、これに対して当然予想される批判は、先にも触れたように、国賠法は損害填補法であって、違法性は被害者の立場から判断されなければならない、ということであろう。私もまた、国賠法の解釈・運用にあたって

は、被害者救済の観点が重要であることを否定するものではない。しかし、右のような批判も、国賠法一条が「故意過失」を要件としていることを無視できない以上、被害者救済という点では私見とは大差がないように思われる。⁽¹⁾従って、被害者救済のために、結果⁽²⁾損害の発生を直ちに違法と評価したり、違法性概念の相対性を主張したりするような見解には疑問を払拭できない。損害の発生が即違法となるのであれば、違法要件は無意味となるし、違法性概念を相対化することは、法秩序の統一を害することになるからである。損害填補あるいは被害者救済は、むしろ行為不法説的立場に立った上で、国家机关の行為の違法性を厳格に判断し、それでも違法でないということになれば、損失補償や危険責任からの救済を理論構成することによってなされるべきであろう。違法性とは「法秩序の破壊に対する法の非難性」⁽³⁾であるとすれば、このように考えることによってはじめて、国家机关の違法行為を言葉の真の意味において非難することが可能となり、違法行為に対する国の責任を明確に根拠付けることができることになる。結果不法説的立場に立ったり、違法性概念の相対化を図ることは、結局、違法性概念を曖昧にし、違法行為に対する法の非難性を弱めることになりかねない。なるほど、それは、損害賠償の損失補償への接近化に結びつくことになり、最近の傾向に一致するといえるかもしれないが、法律による行政の原理からすれば、加害行為の適法・違法の区別、損失補償と損害賠償の区別は、厳密になされるべきである。⁽³⁾

(1) 柳沢・前掲一三〇頁参照。

(2) 川添清吉「不法行為と違法性」青山法学論集九巻一号一三三頁。

(3) 藤田・前掲二四二頁、拙著・公法上の危険責任論三〇三頁参照。