

無罪判決と国家賠償法上の違法性判断

村 上 博 巳

目 次

- 一 はじめに
- 二 無罪判決の違法と国賠法上の違法
- 三 学説の問題点
- 四 私見
- 五 むすび
- 一 はじめに

わが国の刑事犯罪の有罪率は一〇〇％に近く、無罪率は約〇・〇一％であるといわれる。^① また、再審が請求される刑事事件は多いが、再審の開始決定がされて無罪判決に到達する事件は、極めて少いものともいわれる。^② その少ない中でも、最近刑事裁判で無罪の判決が確定する著名例がかなりあるようである。無罪の裁判に至るまでには、いろいろ

ろの事情が考えられる。被告人の無実の罪に対する抵抗意識や、後訴における弁護活動あるいは証拠裁判の適正、さらには国民の法意識の向上と裁判への協力等が、多大に寄与していることの端的な顕現であろう。誤犯防止の視点からは、好ましい状況といえるであろう。また、安易な裁判手続の戒めとも解せられよう。

このような刑事裁判での無罪が、確定した場合（再審によるかどうかを問わない）の違法性と、国家賠償（以下、国賠ともいう）請求訴訟における違法性（国賠法一条）とは、同一に論じてよいかどうかについては、問題がある。いやしくも無罪判決が確定し、無罪となった事件の公訴の提起・維持あるいは裁判手続が違法と確定された以上、国家賠償事件でもその違法性は、当然自明ではないかとの立論が考えられないではない。

最高裁判所は、平成元年六月二十九日いわゆる沖縄ゼネスト警官死亡事件の国賠請求訴訟（後出〔判決五〕）において、「刑事事件において無罪判決が確定したというだけで直ちに公訴の提起が違法となるということではなく、」「公訴の提起時において検察官が現に収集した証拠資料及び通常要求される捜査を遂行すれば収集し得た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、右公訴の提起は違法性を欠くものと解するのが相当である。」と判示した。

この判決は、従前のいわゆる芦別国賠事件最高裁判決（後出〔判決四〕）の見解を継承するとともに、さらに論理を進めて具体的事案に則しての違法性の有無を判断する場合における証拠資料の判断範囲にまで、及んだものとして注目すべきである。しかし、疑問もないではない。以下に、これらの問題を検討してみたいとおもう。

〔注〕

- (1) 長井圓「無罪判決の確定と公訴の提起・追行の違法」法律のひろば三七巻一〇号五頁。
- (2) 田上富信「弘前大教授夫人殺し事件国家賠償請求第一審判決」（判評）判時一〇二三号一五〇頁。

二 無罪判決と国賠法上の違法

1 公権力の行使

憲法一七条に基づく国賠法的一条一項は、国または公共団体の公権力の行使における公務員の行為について適用されるが、公務員の職務上の不法行為によって生じた責任は、その使用者である国または公共団体が賠償責任を負うものと規定している。そこでまず、同条にいう公権力に司法権が含まれるかについて、諸外国の法制をみることにする。

(一) 国家責任の外国法制

英米法系の諸国では、古くは「国王は悪をなしえず」(The king can do no wrong) という法理により、国家は私法的な活動をする場合にも責任を負わないとされ、一四世紀以降は司法免責(judicial immunity)または司法特権(judicial privilege)というコンモンロー原則により、司法行為について免責されていた。しかし、イギリスでは一九四七年の国王訴訟手続法(Crown Proceedings Act)により、はじめて国王も私人としての使用主と同様の責任を負うとされた(同法二条一項)。これは、国家が公務員に代って責任を負うという、いわゆる代位責任である。なお、警察官は、その職務が政府の代表者として成文法または普通法によって課せられているので、国王訴訟手続法の対象外であった。また、裁判官は任命について国王の被用者であるが、国王が命令権を有せず国王の指揮下にならないため、司法免責(judicial immunity)が認められた。これらにより、主権免責(sovereign immunity)という封建制は一応制限的に消滅し、国家責任の制度が不完全ながらも成立した^①。

アメリカでは、「国王は悪をなしえず」の法理が継承されていたが、一九四六年に連法不法行為請求権法(Federal Tort Act)が制定された。これにより、連邦政府の公務員、軍人および使用人を含む政府の使用人がした不法行為

の責任については、合衆国が私人と同様の代位責任を負うことになった。ただし、州では連邦と異なり、主権免責の法理が残存しているところも多い。^②

ドイツでは、一九〇〇年ころまでは国家責任について実定法規定がほとんどなく、大体において否定的であった。しかし、一九〇〇年施行のドイツ民法八三九条により、公務員が故意または過失によって第三者に対して負担する職務に違反したときには、これによって生じた損害は国庫としての国家が負担することになった。これは、公務員の責任は国家が代位して負い、公務員は被害者に対して責任を負わないとする代位責任の制度である。また、一九一九年のワイマール憲法一三条では、公権力の行使について第三者に義務づけられた職務の違反をしたときは、国家または団体が原則として責任を負うとされた。さらに、一九三七年のドイツ公務員法(DBG)二三条二項では、公務員に対する求償権は故意または重過失に限るものとされた。その後、一九四九年の西ドイツ基本法三四条は、「何人かがその委託された公の職務の行使にあたり、第三者に対して負う職務上の義務に違反したときは、その公務員を使用する国家(Staat)または団体が原則として責任を負う。ただし、故意または重大な過失のときは、求償(Rückgriff)を妨げない。」と規定した。この職務責任(Amtshaftung)の規定は、その後のわが国の国賠法一条に影響を及ぼすところとなった。その後、一九八一年国家責任法が成立したが、連邦裁判所判決により違憲無効とされた。^③

(二) わが国

刑事司法手続上の公務員の行為は、公権力の行使である。刑事司法上の逮捕・勾留・公訴の提起(起訴)・追行などの司法手続行為が国賠法一条の公権力の行使にあたることについては、ほぼ異論がない。^④ そのような刑事司法上の検察官の諸行為は、その後の無罪判決の確定により行為の時に遡って、国賠法上も当然に違法となるかどうかについては、問題がある。そこには、①検察官(権限のある公務員)が公訴官としてする判断自体を、民事裁判官(権限の

ある公務員）が裁判所として判断する、という判断の二重性、②その判断は、その間に刑事裁判所の無罪判決の判断も介在しており（判断の時的差異）、起訴または公訴追行時における検察官の手持証拠その他客観的証拠の存否（採証の時的差異）の問題、さらに③国賠訴訟における当事者に対する適正な手続保障の問題がある。そこでは、それらが複雑微妙に関連するところに問題の解明を、一層困難にしている。次に、問題を分けて検討してみたい。

2 違法性

（一）学説

有罪判決が上訴、再審等により取り消されて無罪が確定した場合には、結果としてさきの有罪判決は誤っていたことになるが、この誤りが国賠法上も当然に違法となるかどうかについては、見解が分れている。

結果違法説^⑥は、無罪判決が確定すれば、その判決を尊重すべきであり、さきの有罪判決は客観的には正当性を有せず、起訴すべきでない者を起訴したことになるから、刑事司法手続上の諸行為が国賠法上も当然に違法になると解する。この説は、司法に關与する司法關係公務員を一般公務員と同様に取り扱うことを前提として、民事（刑事訴訟と国賠訴訟）の違法性を統一的に理解しようとする見解である。これに対し職務行為基準説^⑦は、無罪判決が確定しても直ちに司法關係公務員の諸行為が違法とされたり、これについてこれら公務員の故意、過失が確定するものではないと解する。そして、検察官については公訴の提起・維持追行等は客観的には犯罪の嫌疑が十分であり、有罪判決を期待しうる合理的根拠がある限り、違法としないとする説である。この説は、犯罪の嫌疑による逮捕（刑訴一九九条）、勾留（刑訴二〇七条）、有罪または真実の証拠による証明（刑訴三二八条、民訴一八五条）の制度を前提として、公務員の司法手続の行為が当時職務として合理性があったかどうかという行為基準を根拠におく立場である。いわば、

司法関係公務員の職務行為の合理性を基準対象にする見解である。なお、違法性の承継の問題は、行政行為については存在しうるが、国賠訴訟においては行政行為と異なり、先行行為の出訴期間（時効とは異なる）の問題は生じないから、行政行為にいう違法性の承継は理論上も問題とならない。この意味は、行政処分行為と司法手続行為との間に違法性判断について、別異の理論構成を肯定することとならない。

職務行為基準説においても、判断基準の細部については見解が分れており、違法性限定説、一見明白説、合理的理由欠如説、違法性拡大説などがある。⁸⁾

違法性限定説は、当該公務員が違法または不当な目的をもって職務行為を遂行した場合に限り、国賠法上、職務行為が違法になると解する説である。この説は、いわゆる裁判国賠において認められる見解であり、裁判官の職務活動の特殊性にあるとされ、¹⁰⁾違法性を厳格制限的に解する立場である。有罪判決が、再審により無罪となり判決が確定した場合における公訴の提起について、この説を採用するものがある。¹¹⁾また、一見明白説は、当該公務員の判断を違法とするためには、行為時点における証拠資料等を評価するについて、通常考えられる個人差を考慮に入れてもなお、行きすぎが一見明白に認められ経験則・論理則に照らして到底その判断の合理性を、肯定できない程度に達していることを要すると解する説である。¹²⁾この説は、①裁判については広汎な裁量権があるとして、裁量権を明白に逸脱した場合にのみ国賠法上違法になるとする見解と、②事実認定には絶対的基準がないから、法解釈についても絶対的に正しい解釈はありえないとしてこれを論拠にする見解に、¹³⁾分れる。これに対し、合理的理由欠如説は、有罪判決を期待しうる合理的理由が欠如しているにもかかわらず、公訴の提起・追行がされる場合には、国賠法上違法になると解する説である。芦別国賠最高裁判決や沖縄国賠最高裁判決（後出〔判決四〕〔判決五〕）をはじめ、この説をとる判例が多い。¹⁵⁾さらに違法性拡大説は、無罪判決が確定した以上、無罪判決における事実認定や法令解釈と対比して審理し

ようとする見解である。この説は、無罪判決について遡求的・対象的判断手法をとるが、無罪判決が確定したことから直ちに公訴の提起・追行を違法とするものではないから、この点で結果違法説と区別される。しかし、無罪判決であっても無実が明白な場合から、犯罪を犯した可能性が強いが合理的疑のない程度の確信に至らないため、有罪の証明がない（証拠不十分）として無罪とされる場合まで、無罪の態様が多数ありうるので、検討の余地がある。

(二) 判例

最初のころ、いわゆる八丈島老女殺し国賠事件について、一審東京地裁の判決（後出〔判決一〕）の出現により、結果違法説を採るかにみられた。¹⁶しかし、その後職務行為基準説を採る下級審判例が多数（右東京地裁判決の二審高裁判決も同旨）出て同説に傾いたが、昭和五三年のいわゆる芦別国賠事件における最高裁判決（後出〔判決四〕）の出現により、その時以降判例上は職務行為基準説が確立したといえるであろう。以下に、判例をたどってみたい。

(1) 下級審

〔判決一〕八丈島老女殺し国賠判決（東京地判昭44・3・11判時五五一号三頁）

Aは、昭和二年七月訴外Bと共謀のうえ顔見知りの老女を強姦して死に致らせたとの、いわゆる八丈島老女殺し事件で起訴されたが、無罪判決が確定したので国家賠償の請求をした事案において判決（ただし、起訴の違法ではなく判決の違法に関するもの）。

判旨「裁判官の行なう裁判については、……もっぱらその不服申立て等の手続によってのみ当該裁判の適否を最終的に確定し、他の手続においてこれを判断することを許さない建前を採用していると解されるから、第一、二審裁判所において有罪判決があった後、最高裁判所において原判決を破棄し無罪判決がなされこれが確定した場合においては、第一、二審裁判所の各有罪判決は本件国家賠償請求訴訟においてその誤判であるか否かを審理すること

なく、いずれも国家賠償法上当然に違法な行為と解するを相当とする。」¹⁷⁾（ただし、同判決は無過失を理由に国の賠償責任を否定）

〔判決二〕 松川事件国賠判決（東京地判昭44・4・23判時五五七号三頁）

Aらは、昭和二四年八月東北本線金谷駅と松川駅との間で、鉄道線路がダイナマイトで爆破され機関車が脱線転覆した、いわゆる松川事件で起訴され無罪が確定したので、国家賠償の請求をした、檢察国賠事件の一審判決。

判旨「国家賠償請求訴訟の審理の対象は、『将来有罪判決を得る可能性がある』とした捜査官、公訴官の判断の適否であって、犯罪事実の存否そのものではない。……そのような判断が合理的と認められるかぎりには、たとえ、裁判所の判断によれば原告は無実であるという場合でも、裁判所は、原告の請求を棄却しなければならない。こういう意味では、犯罪事実の存否についての裁判所の判断は、捜査官、公訴官の判断の適否とは無関係であるということが出来る。」¹⁸⁾（この判決は檢察官の職務違反を認めて請求を一部認容）

〔判決三〕 八丈島老女殺し国賠二審判決（東京高判昭46・11・25判時六五三号七五頁）

前記八丈島老女殺し国賠事件判決〔判決一〕の控訴審判決。

判旨「国家賠償法は、国家公務員の職務行為から裁判官の行なう民事、刑事の裁判を特に除外していないから、右各有罪判決は、それぞれ同法一条の規定にいう『国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した行為』に該当すると解すべきである。……刑事事件において下級裁判所の有罪判決が直ちに違法であるときめざる（注、きめる？）べきではない。……下級裁判所の有罪判決が国家賠償法にいわゆる違法であるのは、裁判官の証

抛能力または証明力に対する判断が裁判官に要求される良識を失し経験則・論理則上その合理性が認められないことはその審理段階において明白な場合に限られると解するのが相当である。」（同判決は職務行為基準説を採り控訴棄却）

(2) 最高裁判所

〔判決四〕 芦別国賠上告審判決（最判昭53・10・20民集三卷七号一三六七頁）

Aは昭和二十七年七月に北海道の根室本線芦別・平岸間の線路が爆破された、いわゆる芦別事件で起訴され無罪判決をうけて確定したので、検察官の公訴権行使を取り上げて国家賠償の請求をした上告事件で判決。

判旨 「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。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は適法であり、公訴の提起は、検察官が裁判所に対して犯罪の成否、刑罰権の存否につき審判を求める意思表示にほかならないのであるから、起訴時あるいは公訴追行時における検察官の心証は、その性質上、判決時における裁判官の心証と異なり、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と解するのが相当であるからである。」¹⁹⁾

〔判決五〕 沖縄警官死亡の国賠上告審判決（最判平成元・6・29民集四三卷六号六六四頁）

昭和四十六年十一月沖縄ゼネストでデモ隊が警察官隊と衝突し警察官を死亡させた、いわゆる沖縄ゼネスト警官死

亡事件で、Aは起訴されたが無罪判決が確定したので、国家賠償の請求をした検察国賠上告事件の判決（原判決破棄、差戻）。

判旨「公訴の提起時において、検察官が現に収集した証拠資料及び通常要求される捜査を遂行すれば収集し得た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、右公訴の提起は違法性を欠くものと解するのが相当である。したがって、公訴の提起後その追行時に公判廷に初めて現われた証拠資料であって、通常の捜査を遂行しても公訴の提起前に収集することができなかったと認められる証拠資料をもって公訴提起の違法性の有無を判断することは許されないものというべきである。」とし結局、「検察官の本件公訴の提起・追行をもって違法性があるとした原判決には、国家賠償法一条一項の解釈適用を誤ったか、又は審理不尽、理由不備の違法があるものというべきであり、……この点の違法という論旨は理由があり、原判決はその余の点について判断するまでもなく破棄を免れない。」

（三）まとめと私見

（1）判例は、八丈島老女殺し国賠事件の東京地裁判決〔判決一〕が、結果違法説を採ったがその後松川国賠事件の東京地裁判決〔判決二〕は職務行為基準説を採り、それ以後同説の判例が圧倒的多数に及んだ。それら判例の初期には、両説の区別の具体的事例類型の基準があいまいであった。とくに、職務行為基準説が何故にこの説を採るのかという「理由については明確に説かれていない」⁽²⁰⁾ かったし、また「結果違法説が、職務行為基準説とは別個の意義を持ちうるためには、過失の判断を相当に客観化する必要がある」⁽²¹⁾ った。さらに、職務行為基準説の立場からみれば、訴訟の動的発展的性格から⁽²²⁾、検察官の判断資料と公判終結時における裁判官の判断資料とは必ずしも一致するとは限らない

から、この点からも具体的な類型基準を明確化する必要があった。

このような下級審判例に対する批判要請があったが、芦別檢察国賠事件での最高裁判決〔判決四〕が職務行為基準説を採るに及んで、判例上は同説が確立しその職務行為の違反嫌疑における判断の具体的な區別類型化が叫ばれるようになった。これらの諸点に対する答えが期待されるなか、沖繩ゼネスト警官死亡の国賠事件最高裁判決〔判決五〕は、職務行為基準説適用の具体化方向へ一歩前進した。この判決は、さきの芦別国賠上告判決〔判決四〕の延長線上にあり、かつ職務行為基準説中の合理的理由欠如説の立場から、「檢察官が現に収集した証拠資料及び通常要求される捜査を遂行すれば収集し得た証拠資料を総合勘案して」と判示して、収集証拠およびその範囲における具体的適用化を示した、最初の最高裁判例としてその意義は大きい。しかし、なお後述のような問題がないではない。

ところで、八丈島老女殺し国賠事件の東京地裁判決〔判決一〕について訴訟法的視点に立つと、結果違法説は無罪判決の効果、とくに訴訟手続の事後における結果的違法を前提とするものであるが、訴訟法上の既判力、争点効あるいは紛争のむし返し禁止の及ばない範囲（射程距離外）での国賠訴訟において、その立論の基礎に疑問が多い。加えるに、国賠訴訟において違法と断定するには当事者に対する手続的保障があることを前提とする法律構成に欠けるという立論上の弱点もうかがえる。また、結果違法説は違法性と過失とを二元的に判断するのに対し、職務行為基準説はその両者を一元的に判断するから、両者を一体的に判断する近時の損害賠償法理論の傾向を受け入れるものであるといえよう。さきの八丈島老女殺し事件の国賠一審判決〔判決一〕は、結果違法説に立ち裁判官の無過失を理由に国の責任を否定するのに対し、その控訴審判決〔判決三〕は職務行為基準説に立つが、同じ結論（控訴棄却）を採る。そのため、職務行為基準説を採る判例の基準類型の明確化が必要となる。この点に関し芦別国賠上告判決〔判決四〕では、逮捕・勾留時における犯罪の嫌疑の判断については、「相当な理由があり、かつ、必要性が認められるかぎり

は適法である」とし、さらに同判決および沖繩ゼネスト警官死亡の国賠上告判決〔判決五〕では、公訴の提起・追行時における「檢察官の心証は、その性質上、判決時における裁判官の心証と異なり」「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」とする。行為時における捜査官・檢察官および裁判官の心証の差異は、その職務上の性質から生ずるものであり、その明確化の方向は是認できる。しかし、特殊公務員の公権力の行使における違法概念がなぜ狭義化、厳格化の方向に進むかの点は、なお検討の余地がある。刑事事件において再審の扉は開いても、なお無実の被害者（冤罪者）の第二の扉（国家賠償）は、なかなか開かない。²³ 特殊公務員は、意思表示的公務に従事することが多いから、それら公務員が精神的に委縮してその公務を十分に発揮できないような事態を、避ける配慮が必要であるとともに、違法概念の調整等による被害者の救済も図られねばならないであろう。

(2) 判例理論が一応確立した「合理的な判断過程により有罪と認められる嫌疑」という類型の明確化は、今後の課題である。

檢察官の公訴の提起または追行時における心証は、裁判官の判決時（公判の終結時）における心証とは異なる。それは、公訴権の行使と裁判（司法権の行使）という職務の性質から生ずる差異であり、判例（〔判決四〕〔判決五〕）が「性質上……裁判官の心証と異な」と判示する点には、同調できる。そして、犯罪の嫌疑についての檢察官の心証は、客観的真実との関係で刑事犯罪の証明に要求される程度の心証までは要求されない。しかし、心証の程度は判例によれば、「合理的な判断過程により有罪と認められる嫌疑」であれば足りるとする。そうとすれば、その明確化として檢察官の公訴の提起・追行時における犯罪の嫌疑についての心証は、客観的真実との関係においてどの程度の蓋然性が必要かが、問題となる。

この点に関して、人間の内心における証拠の評価である心証と証明との関係における理解について、イギリス証拠

法上の判例の多数見解は二分法をとるが、アメリカのそれは三分法をとる²⁴。それによると、「合理的疑いを容れない」(beyond a reasonable doubt)、「明白かつ説得力のある」(clear and convincing)、「証拠の優越」(preponderance of evidence)の三分法である。ただし、イギリスでは「明白かつ説得力のある」という用語は、標準化していない。そして、これら三分法による諸基準は、真実を一〇〇%とした場合の蓋然性がどの程度であるかについて、ローゼンバーグ教授によれば最近の²⁵ニューヨーク地方裁判所判事の有力意見の平均値は、「合理的疑いを容れない」は九五%以上、「明白かつ説得力のある」は七五%以上、「証拠の優越」は五五%以上であると解されている。この見解は、アメリカの多数説と断定しがたいとしても、多数説に近いのではないかと考えられる。私見も右の見解に近いが、前掲最高裁判例(「判決四」)「判決五」にいう証拠に基づく「合理的な判断過程により有罪と認められる嫌疑」とは、どの程度の真実の蓋然性をもつ心証であろうか。明確に判示していないので、それは将来の問題として断定を避けねばならない。また、犯罪の種類性質によって、重大なものから比較的軽微なものに至るまで多種多様であるので、公訴の提起・追行時における検察官に要求される心証について、数値をもって一律に断定するのは妥当でないであろう。また他方、不問のままに放置するのもよくないであろう。そこで、アメリカの判例上の証明類型によって蓋然性を表現するとすれば、右の最高裁判例にいう「合理的な判断過程により有罪と認められる嫌疑」の心証は、かなり幅のある概念ではあるが、「合理的疑いを容れない」程度までも要しないとしても、「証拠の優越」をもって足りると解するのは、妥当を欠くであろう²⁶。検察官に要求される犯罪の嫌疑の心証は、「明白かつ説得力のある」程度以上を要すると、解すべきではなかろうか。ただし、犯罪にはその種類性質により軽重があることから考えれば、殺人罪のような重大事件については、人権尊重の方面からも、安易軽微な心証をもって公訴権を行使することは、慎まねばならないであろう。また、このような検察官の合理的な有罪の嫌疑の心証と裁判における証明との間に、心証上の差異が

あることから考えると、無罪判決における有罪嫌疑の手続の違法性と、国家賠償法上の公権力の行使における違法性とは、次元を異にする問題となりうる。そのため、前述の職務上要求される心証上の差異によっても両者間の違法性が、一致しない場合の生じうる余地がある。²⁸したがって、公訴権の行使など司法関係の職務行為については、不当な目的などによる明白な権限逸脱の場合のほか、合理的な有罪の嫌疑の判定を著しく誤り権限の逸脱行為をした場合にも、国賠法上の違法となる。しかし無罪判決が確定したというだけでただちに、公訴権の行使が違法となるとは限らないと解すべきであろう。

〔注〕

- (1) 下山瑛二「英米法における国家賠償責任」比較法研究六号八頁以下、木村実「各国の国家補償法の歴史的展開と動向——イギリス」国家補償法一九一頁以下、阿部泰隆・国家補償法二二頁以下、Garner & Jones, Administrative Law, 6th ed. 1985, pp. 199.
- (2) 下山・前掲二頁、植村栄治「各国の国家補償法の歴史的展開と動向——アメリカ」国家補償法一三二頁以下、阿部・前掲書三二頁以下、とくに宇賀克也・国家責任法の分析三〇二頁以下に詳しく論ぜられている。
- (3) Palandt, ZPO 40AufI. 1981, S. 875 ff. 須貝脩一「西ドイツの国家賠償法」比較法研究六号一四頁以下、宇賀・前掲書三頁以下に詳しい。
- (4) 裁判官については、その職務行為の特殊性とくに権限の独立性を根拠に無答責ないし責任制限を挙げる見解（西村宏一「裁判官の職務活動と国家賠償」判夕一五〇号八四頁）もあるが、通説は国賠法の適用を認める。その理由として、①民主国家においては無答責な職務行為は原則として認められるべきでないこと、②わが国には英米のように裁判官の不法行為責任を否定ないし制限する明文の法規がないこと、③国家賠償を認めても裁判官個人への求償は故意または重過失の場合に限られるから、これによって職権行使の独立性をおびやかされる危険が少いこと、などが挙げられる（原田尚彦「金森事件国家賠償第一審判決」（判評）判時七二四号一二三頁）。

- (5) 古崎慶長・国家賠償法の理論三七頁参照。
- (6) 原田・前掲一二四頁、藤谷正博「無罪判決の確定と捜査及び訴追の国賠法上の違法性等について」(判評)判時九六九号一五四頁、村重慶一「国家賠償訴訟」実務民事訴訟講座10三一七頁。
- (7) 綿貫芳源「検察官の訴訟行為に関する損害賠償責任」判時五五七号二二二頁、伊藤幸吉「国家賠償請求訴訟における捜査公訴の提起、維持の違法性の判断基準等」民事研修一六四号五〇頁、古崎・前掲書四〇頁。
- (8) 寶金敏明「逮捕・勾留・起訴・有罪判決」裁判実務大系18三四一頁以下、篠田省二「無罪判決の確定と訴追の違法性」国家補償法大系3一六一頁、宇賀克也「無罪判決が確定した場合における公訴提起の違法性の有無の判断資料」(判評)判時一三三三三号一九五頁。
- (9) 最判昭57・3・12民集三六卷三号三二九頁。
- (10) 西村・前掲八四頁。
- (11) 仙台高判昭61・11・28判時一二一七号三二頁、寶金・前掲三四二頁。
- (12) 篠田・前掲一六二頁は、逮捕・勾留請求・起訴等に関しては合理的理由欠如説によりつつも「合理的理由」を広く解することにより一見明白説に近い運用をするのが妥当といえよう、とされる。
- (13) 東京高判昭56・12・22判時一〇三二号六五頁は、民事判決につき、一見明白な瑕疵のある場合以外は違法を問えない旨判示、芝池義一「争訟の裁判と国家賠償責任」民商八七卷五号七六頁参照。
- (14) 公訴提起につき、東京高判昭54・1・29判時九二四号六四頁参照。
- (15) 東京地判昭59・6・29判時一一二二号三四頁、広島高松江支判昭60・2・27訟務月報三一巻九号二一一三頁など。
- (16) 遠藤博也・国家補償法上二四四頁は、同判決は「その射程範囲が極限されたものであって、結果違法説の代表例とはいいがたい」とされる。
- (17) 同判決以前においては、結果違法説に立つか明確でないが、故意・過失を認めて国賠責任を肯定した事例として、東京地判昭35・5・11下民集一一巻五号一〇二九頁、千葉地八日市場支判昭37・6・29判夕一三五号八一頁、東京地判昭39・4・15下民集一五巻四号七八一頁、東京地判昭40・10・26判時四二五号一六頁がある。なお、公訴の提起について津地上野支判昭40・9・24(判例集不登載)は、結果違法説をとるとされる(宇賀・前掲一九四頁)。

- (18) 職務行為基準説について同旨、東京高判昭46・11・25判時六五三三号七五頁。
- (19) 同旨下級審判例、東京地判昭56・6・25判夕三八九号五五頁、東京高判昭59・1・24判時一一〇八号九二頁、東京地判昭59・6・25判時一一二二号三四頁、同地判昭59・6・26判時同号同頁、同地判昭59・6・29判時同号同頁、仙台高判昭61・11・28判時一二二七号三九頁ほか多数。
- (20) 藤谷・前掲一五三頁。
- (21) 阿部・前掲一二七頁。
- (22) 伊藤・前掲五〇頁。
- (23) 阿部・前掲一二八頁。
- (24) McCormick, Handbook of the Law of Evidence, 2 ed. §339. 村上博巳・民事裁判における証明責任三頁以下とくに五頁。
- (25) Rosenberg 発言・対談／アドヴァサリ・システムをめぐって(中)判夕五九二号一一頁。
- (26) 東京地判昭40・10・26判時四二五号一六頁は、証人は「主観的には四分六分の割合で有罪の心証を有したというのが右の程度で起訴すべきかは現行刑事訴訟法のとる建前からみて問題の余地なし」と判示した。この判示は、検察官の起訴時における犯罪の嫌疑の心証は、十中六分では足りないとする趣旨に理解できるであろう。なお、検察官の心証度について、篠田・前掲一六二頁、東京地判昭59・6・25判時一一二二号四六頁、東京地判昭59・6・26判時同号七三頁参照。
- (27) 証明の程度について、最高裁判決昭23・8・5刑集二巻九号一一二三頁は刑事判決において「通常人なら誰でも疑を差挟まない程度に真実らしいとの確信を得ることで証明できたとするものである。」とし、ついで最高裁判決昭50・10・24民集二九巻九号一四一七頁は、民事判決においても同様、「通常人なら誰でも疑を差挟まない程度に真実性の確信を持ちうるものであることを必要とし、かつ、それで足りる」と判示している。
- (28) この点、裁判官の職務上の違法性についても証拠上においては、客観的真実と裁判上の証明との間には蓋然性に差異があるため、無罪判決により刑事訴訟手続が結果的に違法となっても、国賠法上の違法とならない場合がありうるであろう。
- (29) 最大判平成元・3・8民集四三巻二号八九頁は、法廷警察権の行使につき「その方法が甚だしく不当であるなどの特段の事情」があるときは、国賠法一条の違法になるとするようである。

三 学説上の問題点

(一) 結果違法説について

(1) 結果違法説は、理論が簡潔明快であるが、細部に立ち入って検討すると疑問がないではない。同説は、国賠法一条の違法性については無罪判決の確定だけで、しかもその手続（前訴）だけで違法性が確定すると解し、その要件具備についての審理不要の理論的必然性がないのに、その不要を当然の前提としている。^①その限りで、絶対的違法ないし一元的判断に通じる。しかし、この見解は、たとえば警察官が犯人追跡中において犯人に衝突された第三者の事故のような場合に、同一の行為が相手に適法または違法でありうる余地を肯定する相対的違法行為または適法行為による不法行為^②の概念を封ずることになり、疑問が多い。

(2) 結果違法説は、違法性の判断を故意過失のそれと完全に切り離しているが、両者は接近交錯し一体的に判断するという近時の損害賠償法理論の一般的傾向から考えると、問題がある。^③すなわち、結果違法説の中には被告（国）の反証をできるだけ厳格に評価することによって、無過失責任をはかる傾向がみられるが、そのため捜査機関は無罪判決による国の賠償責任をおそれるあまり、捜査を必要以上に精密化・長期化することになり、かえって被疑者の人権保障の見地から好ましくない結果を生む危険もある。ことに、ひとくちに無罪判決というも、その内容は一定の行為が罪とならない場合もあれば証拠不十分、身代り犯人など諸種の態様があり、一律に国の無過失責任化をはかろうとする一部結果違法説には、問題がある。^④

(3) 客観性の義務づけ 檢察権の行使が、真実に迫る客観性への努力を必要とすることはもちろんであるが、客観性の義務づけがあるかについては疑問がある。檢察権の行使を客観化へ義務づけると、「手足をしばって泳げという

にひとしい⁽⁵⁾」ことになりかねず、その公権力の行使が心理的に委縮し、または長時間にわたる精神的苦痛を余儀なくされるなどのため、職務が十分に発揮できないおそれがあり、あるいは積極的な意思決定を回避しがちとなるからである。結果違法説が、検察官の公訴権の行使について客観化の義務づけを要求またはこれを前提としているとすれば、とうてい許容しえないものといえよう。

(4) 結果違法説は、無罪判決をうけた者に対する損害補償を重視する反面、その損害の抑止に不十分である。いいかえれば、無罪判決の確定からだちに訴追を違法とするので、無罪判決の原因となった訴追手続のどの点に、過誤があつたのかを究明できないおそれがある。そのため、過誤が反覆されるのを防止できなくなる。ことに、その行為時には合理的疑いがないため、有罪判決を得られるほどの証拠がありこれに基づいてした公訴の提起であっても、その後被告人側の反証にあうなどの起訴後の事情により、無罪が確定して結果的に違法とされる場合には、本来は抑止されねばならない効果が逆に発生することになり、不当である⁽⁶⁾。

(5) 刑事補償と国家賠償との関係について、第一に違法性の相対性(相対的違法行為)と段階性(質と量)を認めるならば、結果違法説は刑事補償と国家賠償との違法性を全く同一視することになる疑問が残る。第二に、刑事補償はその場合の身体拘束を違法とするにしても、その訴追までも違法とする前提に立っているとは、限らない⁽⁷⁾。したがって、刑事補償と国家補償との同一的理解に依拠した結果違法説はその根拠づけに難点がある。

(6) 結果違法説は、司法手続の動的発展性を顧慮しない点に問題がある。刑事裁判の手続における実体形成は、捜査の当初における主観的疑点から、公訴提起における客観的(合理的)嫌疑を経由して、有罪判決における犯罪の証明に至るまで、新たな証拠資料を集積しながら漸次発展していく⁽⁸⁾。この意味で、刑事訴訟は本質的に動的発展的性格を有している。刑事裁判の手続におけるこのような動的発展的視点に立つと、検察官の公訴の提起・追行は、一般的

には「訴訟行為の適法性および効力は、原則としてその行為の行われた当時の実体形成の段階を標準として判断されるべきもの」⁹⁾ということが出来る。したがって、国家における違法性は検察官の司法手続の動的発展における個別的行為について判定されなければならないが、結果違法説はその配慮に欠けることになる。

(二) 職務行為基準説について

(1) 職務行為基準説は、裁判で示された判断内容の当否は制度上、上訴等で是正されるべき問題であり、それと国家賠償請求で判断されるべき違法性の問題は、次元を異にすることを前提としている。しかし、なぜ「犯罪の嫌疑」の存否が国家賠償の違法性の判断の基準になるのかについては、積極的な根拠が明らかとはいえない。¹⁰⁾ 犯罪の嫌疑があれば公訴を提起・追行できるという制度は、公訴事実が無罪となればその結果として公訴の提起または追行行為が当然に不法となる。その限りでは、結果違法説は直截明快である。しかし、職務行為基準説はこれを認めないで違法判断の基準に職務行為をおく。その別異に解すべき根拠の説明が困難になる。

(2) 検察官の公訴権行使の判断について、その判断の合理性認定の基準自体が事実認定の如何によるうえに、「公訴提起の適法要件における犯罪の嫌疑の程度について見解が分れている」ところから、客観性を保持しがたいとする見解がある。¹¹⁾ この見解によれば、犯罪の嫌疑の程度の明確化、合理性の認定基準の具体化が必要となる。なお、犯罪の嫌疑における心証と裁判上の証明における心証との間に差異があるため、無罪判決の違法が国賠法上の違法とならない場合のあることは、前述した(前出、二二(三)(2)参照)。

(3) 二元的違法性 国家賠償における違法性は、検察官の職務行為(公訴権行使)と無関係な違法性ではないが、無罪判決の確定による違法性は右の行為とは、直接の関係がない。無罪判決における違法性は、被告人の犯罪行為と

いうような、犯罪の実体または証拠に由来するから、その限りでは違法性の接近交錯がある。しかし、検察国賠における違法性の判断基準は公権力の行使としての職務行為、いいかえれば公訴の提起・追行はその時における職務行為であると解せられる（前掲〔判決四〕〔判決五〕）。したがって、職務行為基準説は無罪判決の違法性（司法手続の違法性）と、国賠法の違法性（公権力の行使の違法性）を同一視せず、その限りにおいて二元的違法性（二元論）ないし相対的違法性に接近交錯する。そのため、職務行為基準説は説得力減殺の難点を生ずることになる。

（三） その他

（1） 主観的帰責事由の分離説 国賠法一条にいう違法は、公務員の加害行為の客観的評価であり、故意・過失は公務員の主観的帰責事由であるから、両者は厳格に分離して考えるのが本筋であるとする見解がある。¹² この見解は、結果違法説からは説明が容易になるであろう。しかし、同説は過失についてまで結果責任を認めない。したがって、過失の存否については職務行為基準説とほとんど差異がない。両説の対立は、もっぱら違法性の有無にある。

（2） 違法性阻却事由 結果違法説の視点から、違法阻却事由の立証を説く見解がある。すなわち、「刑事補償と国家賠償とは、いずれも国家権力の違法な行使にもとづく損害賠償である点において共通していると考ええる以上、無罪判決が確定すれば、逮捕、勾留、起訴、有罪判決等は違法となるが、被告側において逮捕、勾留、起訴、有罪判決等の合理性を立証すれば、逮捕、勾留、起訴、有罪判決等は正当性を有し、違法性を阻却する」と考える見解がある。¹³ このように、違法性を阻却する事由を基礎づける事実、結果違法説によれば被告（国）側の証明責任（立証責任）に属する。しかし、職務行為基準説によっても同様、違法性阻却事由を基礎づける事実、その法律効果を利益にうける被告（国）側の証明責任に属すると解するから、この点に関する証明責任は両説の区別の基準とならない。ただ

し、何が違法性阻却事由と解するかについては、問題があるであろう。

四 私見

前述のような多数の問題点があるが、さらに主として訴訟法的視点から私見を加えてみることにしたい。

(一) 違法性判断の基準時 違法性を判定する基準時については、結果違法説は別訴（前訴）刑事事件における無罪判決の確定時におくが、職務行為基準説はその職務行為の時におく。その職務行為の時をどのように考えるかについては、公務員の職務行為の態様によって異なる。検察官としての行為については起訴の時、公訴追行官としての行為については公訴追行（維持）の時、裁判官の行為については判決時（弁論の終結時）におく（前出〔判決五〕参照）。検察官は、刑事実体判決と異なり検察官の公訴の提起からその追行、判決の言渡しに至るまでの各個の行為自体を審判の対象とするものであるから、その限りにおいて異別の基準時を採ることになる。抗告訴訟等の行政訴訟における行政処分¹⁴の違法性の判断基準が処分時（通説）とされ、判決の効力（既判力）の標準時（基準時）が口頭弁論終結時（通説）と解されることとの対比から考えると、この点では職務行為基準説が優位に立つといえよう。

(二) 違法の相対性 刑事訴訟と国賠訴訟が、裁判上の判断においても一致することは望ましいことである。しかし、違法性について必ずしもそうであると断定することには問題がある。両者を統一的に考察する結果違法説によれば、いやしくも無罪判決の確定により公訴の提起・追行が違法とされた以上、国賠訴訟でも当然自明ではないかとの立論は、無罪を勝ちとった被害者の心労が多大であり、一面において首肯に値する。しかし、国賠訴訟は民事訴訟の一態様であるが、一般的にはすでに刑事判決があっても民事事件の判決をするに際しては、刑事判決の事実認定に拘束されることはない¹⁴。ただし、訴訟上の事実の認定はその事実の存否を直接に証明する証拠がなくても、他の事実（間接

事実)を基礎とし、経験則を適用して推定(事実上の推定)することが許される¹⁵⁾。また、旧来の違法性論と異なり、違法性が故意過失と接近交錯して一体的に判断される、近時の損害賠償法理論の一般的傾向も傾聴に値するものである。さらに、ひとくちに無罪判決といっても、公訴事実が罪とならない場合もあれば、証拠不十分(実務ではこの場合が多い)や身代り犯人などの場合もある。これらのほか、前述の結果違法説の問題点(前出三(一)等)を考慮すると、結果違法説には賛意を表しがたい。ただし、職務行為基準説にも問題点が指摘されるように(前出三(二)等)、理論構成に熟しない点があることを否定するものではない。

(三) 違法性と過失 結果違法説は、過失についてまで結果責任を認めるわけではないから、違法性と過失を区別する視点からは過失の存否は職務行為を基準にして判断することになるであろう。そのような視点に立てば、過失の判断については結果違法説と職務行為基準説は実質的ないし結果的には大差がないことになるであろう。ただし、檢察国賠も損害賠償の一類型であるから、右のような見解は違法性と過失を故意も含めて、一体的に判断する近時の損害賠償法理論に反することになりかねない。この一体論は、不法行為法(民法一〇九条)では「故意又ハ過失」と規定し、国賠法(同法一条)では「故意又は過失によって違法に」と「違法」が付加規定されていることとの、解釈の整合性からも首肯できる。したがって、このような一体論を前提にすると、結果違法説は一種の無過失責任主義を説くものである。これに対し、職務行為基準説は「合理的な有罪の嫌疑」を客観的注意義務として、違法性Ⅱ過失を基準とするものともいえるであろう。

ところで、結果違法説から国家賠償を無過失責任主義と解すると、国賠法一条が「過失」を要件としていることとの不整合性があるほか、刑事補償との関係で問題がないではない。刑事補償を違法無過失責任と解する視点からは、国家賠償と刑事補償とを接近ないし同一視することになり、妥当を欠くといえよう。そこで、刑事補償を適法行為に

基づいて不法な結果を生ぜしめた場合の結果責任と解することにより、国家賠償は違法（即過失または故意）責任、刑事補償は適法行為による結果責任、という分担が成立しうるであろう。

なお、適法な侵害に対して補償するなら違法な侵害に対しては過失がなくても補償すべきであるとする「いわんやをや」(erst recht)の論理がある。²⁰⁾これは、わが国では予防接種事故のような国家補償に関して、その谷間を埋める諸方策の提唱として論ぜられるが、故意または過失による違法を明文の要件とする国賠法のもとでは、この論理の適用の余地はないであろう。

(四) 発展的訴訟観と違法性 一般に、検察国賠においては行政処分における場合のように、行為規範が明示的に規定されていないので、違法性と過失とを一体的に理解する近時の損害賠償法理になじみやすいといわれる。このような一体論を前提にして考えると、結果違法説は一種の無過失責任主義を説くものであるのに対し、職務行為基準説は合理的な有罪の嫌疑を客観的注意義務として、違法性＝過失を説くものとなる。しかし他面、職務行為基準説は発展的訴訟観を有力な一論拠とする。発展的訴訟観は、犯罪の捜査・公訴の提起・追行・判決における犯罪の証明へと展開する刑事手続における実体形成を、個別的段階における検察官の行為規範として提示する。そこでは、それら行為規範に違背する公訴の提起・追行に対しては、時として公訴権濫用に基づく公訴棄却というような、行為規範限度での結着制約があるほかは、無罪判決を考慮の対象にする。²¹⁾ただし、そうだからとて当該行為規範を当然に検察国賠の違法性と同視することにはならない。検察国賠においては、合理的な有罪の嫌疑（前出〔判決五〕参照）を違法性の判断基準とすることの、原理的な問題性を究明する必要がある。そこでは、さらに合理的な「有罪の嫌疑」の明確化とともに、裁判における証明との解釈の整合性も今後の問題として、検討されねばならないであろう（前出二・三参照）。

(五) 「むし返し」禁止と行為時における合理性判断 無罪判決の理由中の判断、たとえば「犯罪の証明がない」(証拠不十分) というような判断は、その後の検察国賠訴訟になんらかの効力を及ぼすであろうか。無罪判決の内容的効力を民事訴訟での「むし返し」禁止にまで拡張できるとすれば、無罪判決の理由中において、公訴の提起または追行の時点での証拠不十分、または身代り犯人などの認定がされている場合には、訴訟法上の効果として無罪判決が肯定されることになり、結果違法説を肯定できよう。これに対し、有罪無罪の行為自体と有罪手続の行為自体との區別を肯定すると、「むし返し」にならず無罪判決と別個に判断できることになるから、職務行為基準説を肯定できよう。

さらに、①民事訴訟での「むし返し」禁止は、既判力・信義則違反ないし争点効の範囲に限定される。もっとも、無罪判決における手続行為の違法性を再度審理することの不都合や訴訟経済を考えると、前説が妥当であるようにも考えられないではない。しかし、②裁判の内容的確定力の対外的効果として、これと異なった判断が許されなくなる拘束力は、訴因として掲げられなかった部分についてまで判断されたわけではないから、刑事訴訟においても拘束力をもたない⁽²²⁾と解せられること、および③国賠訴訟においても当事者(原・被告双方)に対し弁論・立証等の機会を確保する手続保障が与えられねばならないことなどを考えると、後説に合理性があると解するのが妥当である。

(六) 証明責任 職務行為基準説によれば、故意・過失を含む違法性を基礎づけ(構成す)る事実、権利根拠事実としてその証明責任(客観的立証責任)を、原告(被害者側)に負担させる。これに対し、結果違法説によれば、当然違法であるから原告は証明責任を負担せず、「違法性に関する立証が不要であるばかりか、過失の存在についても一応の推定が働く結果、立証責任が事実上国側に移されることとなる。」⁽²³⁾と解されている。

違法性阻却事由・責任阻却事由を基礎づける事実については、結果違法説の立場からはもちろん職務行為基準説の

それからも、被告国側が証明責任を負うと解するから、この点では差異を生じないことになる。ことに、檢察国賠訴訟においては国賠法一条の過失の立証につき一応の推定を認める見解が多い。²⁴ この見解（推定説）によれば、証明責任の転換により違法性阻却事由・責任阻却事由の証明責任の分配については、無罪判決が確定している場合は一層そのようにいいうるにすぎない。ただし、推定（事実上の推定）の基礎事実とされる無罪の事実ないし無罪判決確定の事実が、公務員の司法手続行為の違法性推定の基礎事実となるかどうかについては、検討の余地がある。たとえば、無罪の判決的理由とされた証拠が有罪判決後に発見され、その証拠が起訴時においては通常の捜査を遂行しても、収集不可能であったような場合においてである。このような場合は、無罪判決が確定しても、国賠法上の違法とはならないと解するのが妥当であると考え（前出二二（三）参照）。

(七) 職務行為基準説内の諸説 違法性限定説は、違法の概念を厳格に解釈し権限趣旨の明確違背のような、権利濫用的なものに限定するため、過失による責任を否定することになるが、そうであれば国賠法上の過失や一般の過失概念に、反することになりはしないかが問題となる。²⁵ また、職務の性質上檢察官は能動的、裁判官は受動的という差異、あるいは証拠の判断上檢察官は有罪の嫌疑、裁判官は有罪の証明という差異が、違法判断基準の開差とならないか²⁶も、疑問がないではない。次に一見明白説によれば、公訴の提起・追行が違法となるのは、たんなる過失では足りず、重過失または故意の場合に限定されることになるであろうから、そうであれば過失によって違法になる場合を否定することになる点に問題がある。これに対し、合理的理由欠如説は、違法性の判断基準を合理性におくから、違法性限定説や一見明白説のように、違法となる場合を殊更に制限しないし、また違法性拡大説のような遡及的対照的判断手法を明確に否定するから、その限りで穏当な見解であるといえよう。しかし、合理的理由の実質ないし内容は、判断たる事実認定の純粹の思考作用にあるとするのか、あるいは客観的な蓋然性とするのか、必ずしも明らかでない

点が問題であろう。次に、違法性拡大説は①無罪判決の確定によって国賠法上の違法性にまで予断をもつこと、②職務行為基準説の中に結果違法説的発想を持ちこむことになること、に理論上の問題があり、⁽²⁷⁾その限りで妥当を欠くであろう。

以上の各説には、それぞれの長所短所があり問題がないではない。したがって、これに公務員の職務行為の多種多様性などを考えると、一律に断定することは甚だ困難であるが、結論的には合理的理由欠如説に賛意を表したい。ただし、検察官としての判断の合理性の有無に関する資料については、職務行為の当時においては将来入手可能であったものもあれば、不可能なものもあるが、事後的に判明した資料までも含まず、行為当時に収集し、かつ収集しうべきであった資料に限定し、その判断は職務行為の時、すなわち起訴時または追行時を基準とすると、解すべきであろう。

〔注〕

- (1) 長井圓・前掲法律のひろば三七巻一〇号八頁。
- (2) 阿部・前掲書一五一頁以下参照。
- (3) 田上・前掲一五〇頁。
- (4) 田上・前掲同頁、長井・前掲一一頁。
- (5) 平野龍一「刑事訴訟における判決請求権」裁判法の諸問題（兼子還暦）下一五四頁。
- (6) 棟居快行「沖縄ゼネスト警官死亡事件国家賠償請求訴訟控訴審判決」（判評）判時一一七三号一九二頁。
- (7) 長井・前掲九頁、棟居・前掲同頁。
- (8) 棟居・前掲一九〇頁。
- (9) 団藤重光・新刑事訴訟法綱要七訂版一九六頁。
- (10) 棟居・前掲一九〇頁。
- (11) 藤谷・前掲一五四頁、棟居・前掲一九二頁。

- (12) 原田尚彦「松川国家賠償請求事件」昭和四五年度重要判例解説二八頁。
- (13) 村重・前掲三一六頁以下。
- (14) 通説、判例Ⅱ最判昭25・2・28民集四卷二七五頁、最判昭34・11・26民集二三卷一二号一五七三頁。
- (15) 兼子一ほか・条解民事訴訟法五〇六頁。
- (16) 棟居・前掲一九二頁。
- (17) 原田・前掲二八頁、二九頁。
- (18) 今村成和・国家補償法三頁。
- (19) 棟居・前掲一九二頁参照。
- (20) 阿部・前掲書二九頁。
- (21) 棟居・前掲一九二頁参照。
- (22) 平野龍一・刑事訴訟法二八五頁。
- (23) 棟居・前掲一九二頁。
- (24) 棟居・前掲一九二頁、下山瑛二・国家補償法一五五頁参照。
- (25) 宇賀・前掲一九五頁。
- (26) 寶金・前掲三四六頁。
- (27) 宇賀・前掲一九五頁。

五 むすび

無罪判決の確定後に、無罪の被害者が提起する国家賠償訴訟では、判例(前出二二(二))は積極姿勢により緩やかではあるが、過失の客観化的方向の多数学説への歩みがみられる。しかし、それら判例が国賠法上の違法性について職務行為規準説をとるにしても、さらに過失の客観化、職務行為基準の明確化と具体的類型化が図られねばなるまい。

ことに、無実の被害者が国賠請求により救済をうけるには、制度それ自体の立法論もさることながら、法解釈の前途には厳しいものがある。これは、公務員個人に対して国家賠償の請求をするには、故意または重過失がある場合に限られるから、その限りで被害者の救済感情の満足ないし違法な公権力の行使の予防という点では、説得力を有することに相応するものであろう。他方において英米とは異なる事情のわが国の実情から考えると、公権力の公使にあたる司法関係公務員が、国賠訴訟があるために心理的に委縮し、または長時間にわたる精神的苦痛を経験し、そのため早急適切な意思決定を回避したり、その職務を十分に発揮できないような事態の発生も、避けねばなるまい。そして、それとともに無罪の被害者に制度があるが「開かれていない」といわれる門戸を開放して、さらにその権利の救済を図る方向へ進むべきであらう。