

司法権の作用をめぐる国家賠償法制の比較法的研究（上）

目次

葉
陵
陵

- 一 序論
 - 1 司法賠償の概念及び特質
 - 2 司法賠償に関する立法の形式
- 二 司法賠償責任の帰責原則
 - 1 過失責任原則に基づく司法賠償責任
 - 2 犯罪責任原則に基づく司法賠償責任
 - 3 過失・犯罪責任原則に基づく司法賠償責任
 - 4 違法責任原則に基づく司法賠償責任
- 三 大陸法諸国における司法権の作用による国家賠償責任
 - 1 フランスにおける司法賠償責任
 - (1) 司法行為に対する国家無答責の一般原則及び立法上の例外
 - (2) 裁判官相手取り訴訟の存廃

- (3) 司法行為に基づく国家賠償制度の確立
- 2 ドイツにおける司法賠償責任
 - (1) 職務責任制度の成立
 - (2) 裁判官の国家賠償責任
- 四 英米法諸国における司法権の作用による国家賠償責任
 - 1 イギリスにおける司法免責権
 - (1) 司法免責権の論拠
 - (2) 司法免責権の範囲
 - 2 アメリカにおける司法賠償責任
 - (1) 連邦の司法賠償責任
 - (2) 連邦裁判官等の個人賠償責任
 - a 連邦裁判官等に対する免責法理の適用
 - b *Bivens*型訴訟における連邦裁判官等の免責
 - c 連邦公務員責任の改革と連邦裁判官等の個人賠償責任
- (3) 州裁判官等の個人賠償責任
 - a 一九八三条に基づく不法行為訴訟と州裁判官の免責
 - b 一九八三条に基づく不法行為訴訟と州検察官の免責（以上本号）
- 五 日本における司法権の作用による国家賠償責任
- 六 中国における司法権の作用による国家賠償責任
- 七 刑事補償法制による司法救済の法理と特色
- 八 結語

一、序論

1 司法賠償の概念及び特質

国家賠償法制は、いわゆる形式的意味の行政作用に関わる救済法としての機能してはならず、立法機関や司法機関の活動によって生じた損失や損害に対する救済法としての位置づけも与えられている。国家賠償法制の一環としての司法賠償法制は、今日、司法権の作用にかかわる国家機関の活動によって損害を被った被害者の権利救済及び加害者の賠償責任追及の法的手段として重要な意義を持ち、現代国家の民主的統制や法治主義の発展において不可欠な制度となっている。ここにいう司法賠償とは、司法権の作用として行われる公権力の行使に当たる公務員が、その職務を行うについて、違法に他人に損害を加えた損害賠償責任を指し、これには純粹の司法作用である民事及び刑事の裁判とその執行、及びこれに関連する警察、檢察の作用も包含され、一種の広義の司法賠償責任として把握するものである。したがって、司法賠償法制は、裁判、捜査、檢察及び刑事施設管理等の職権を行使する国家機関及びその公務員が、その職権を行うについて、すなわち裁判機関による民事、刑事の裁判である判決、決定命令のほか、逮捕、勾留、押収、搜索、差押等の令状の発付及びそれらの執行、捜査機関による現行犯人の逮捕、檢察機関による公訴の提起維持、執行吏による執行行為といった司法関係の公権力を行使するに当たって、違法に他人の適法な権利利益を侵害したことにより与えた司法上の損害を国家が賠償する制度と言える。

司法賠償は、被害者が司法活動の過程における違法な司法職権行為によって被った司法上の損害に対する賠償であるが、こうした司法損害をもたらす司法職権行為には、法律行為のほか、事実行為等も含まれている。また、司法損害には、損害発生分野によって刑事損害、民事・行政訴訟における損害に区分することができる。刑事損害の範囲は、誤った勾留や逮捕、誤判等によって無罪又は有罪の者に与えた損害、違法に財産に対する封印、差押え、凍結等の強制措置を採ったことによって生じさせた損害、違法に他人の人身の自由を制限し、又は違法に武器・警棒等を使用して被害者の身体に傷害等を与えたことによって生じさせた損害、拷問による自白の強制や殴打等の暴力行為によって生じさせた損害等を含むが、民事・行政訴訟における損害には、誤判によって当事者に与えた損害、違法に訴訟妨害に対する強制措置若しくは保全措置を採り、又は判決・裁定等を誤って執行することによって生じさせた損害等が含まれる。

法治国の原理を担保するために、行政不服申立や行政訴訟からなる行政争訟が第一次的権利救済手段として、行政、司法、立法の三作用を包括する国家賠償が第二次的権利救済手段として位置づけられている。司法の公正は、社会の正義の実現を保証するための最終的救済手段と言ってもよいが、司法賠償は、まさに司法の公正性を確保するための不可欠な手段である。司法賠償制度の整備は、司法機関及び司法関係公務員の法による職権の行使を促進するとともに、司法損害を受けた被害者の法律上の権利利益を救済し、時代の要請といえる人権の保障を強化するために是非とも必要である。本稿は、比較法的な視点から、英米法系と大陸法系を代表する諸国及び東アジア諸国の司法賠償制度を研究対象として、異なる政治体制や社会構造、東西の文化と伝統を背景に形成された欧米諸国の司法賠償制度と日本、中国をはじめとする東アジア諸国のそれとの異同点を検討しながら、成文法の伝統を持つ大陸法系諸国の司法賠償制度が東アジア諸国に与えた影響をも含めて考察しようとするものである。具体的には、

上述した諸国の司法権の作用による国家賠償責任に関する法理や許容性、司法賠償制度の成立背景、立法形式、帰責要件、賠償範囲及び手続等における諸問題を中心に検討するとともに、刑事手続によって損害が生じた場合におけるもう一つの司法救済手段として重要な位置を占めている刑事補償制度の特色についても分析を加えてみたいと考えている。

2 司法賠償に関する立法の形式

刑事補償を核心とする司法賠償立法は、早くも一九世紀末から現れるようになった。フランスが一八九五年六月二日に制定した「裁判官の錯誤の補償の法」は、初めて刑事裁判に限って、重罪 (crime) 又は軽罪 (délit) 事件の事実の錯誤という裁判上の錯誤のみで無効とされる司法判決の再審手続によって無罪が確認された被告人に対する賠償責任を認めた。ドイツも一八九八年五月二〇日に「再審手続において無罪の言渡しを受けた者に対する補償に関する法律」を公布し、また、一九〇四年七月一四日に「責任無くして受けた未決勾留の補償に関する法律」を公布した。その後、オーストリア、スイス、日本などを含む多くの国にも司法賠償に関する法制度が相次いで確立されるようになった。現在では、諸国及び地域における司法賠償立法の形式は、概ね次のように分類することができる。

第一に、憲法、国家賠償法、刑事補償法という三つの次元からの立法により司法賠償制度を確立した国としては、オーストリア、日本、韓国及び台湾などがある。一九二九年二月一日に公布されたオーストリア連邦憲法第二三条一項は、「連邦、州、地区、市町村及びその他の公法上の社團または營造物は、その機関として行動する者が、法律の執行中に、違法行為によって、何人に対してであれ有責に損害を加えたときは、その損害に対して賠償責任

「を負う。」と定め、この二三条に基づいて一九四九年二月一日施行された「職務責任法」は、その一条一項で「連邦、州、地区、市町村、その他の公法上の団体と社会保険機構（以下、官署 *Rechtsorgane* と略す）は、民法の規定によつて、その機関として行動した者が、法律の執行中に、違法行為によつて、常にその責に帰すべき、生ぜしめた財産上又は人身上の損害の賠償責任を負う。」との規定を置いた。同法にいう機関とは、「法律を執行する官署のすべての自然人（司法及び行政職員を含む）を指す」（同条二項）ものであり、「法律の執行中」とは、憲法第二三条と同じで、法律の実行（*Ausführung*）と実施（*Durchführung*）のすべてを意味するため、「行政と司法を含むものである。一方、刑事補償法としての「刑事裁判所による拘禁と判決に対する補償に関する連邦法律」も、一九四九年七月八日に公布され、同年一〇月一日から施行されている。日本では、一九四七年五月三日施行された新憲法は、第一七条で広く公務員の故意過失による違法な公権力の行使による損害を国に賠償すべき旨を定めており、この「公権力」中には、警察権、司法権等が含まれ、裁判官等も「公務員」に含まれるとされる。同時に憲法第四〇条において抑留、拘禁を受けた後無罪となった者に対する国の補償義務を明定している。憲法の各規定を受けて、それぞれ国家賠償法が一九四七年一〇月二七日、刑事補償法が一九五〇年一月一日に制定されたことは、周知のごとくである。また、韓国においては、一九四八年七月一七日に公布施行された憲法第二九条一項は、「公務員の職務上の不法行為により損害を被つた国民は、法律の定めるところにより、国家または公共団体に正当な賠償を請求することができる。この場合、公務員自身の責任は、免除されない。」と規定し、この規定を受けて一九四七年三月三日制定された国家賠償法は、その第二条一項で「国又は地方自治団体は、その公務員がその職務を執行するに当たり、故意若しくは過失により法令に違反し他人に損害を与えるときは、……この法律によりその損害を賠償しなければならない。」と定めている。国家賠償責任の要件をなす公務員の職務行為には、司法行為も含まれ

ているため、裁判官等は、その職務を執行するに当たり、故意若しくは過失により法令に違反したことによって損害を与えた場合に、国家賠償の成立が可能である。一方、刑事補償法も一九五八年八月一日から公布施行されている。さらに、台湾では、一九四七年二月二十五日施行された憲法は、その二四条で「およそ公務員で、違法に人民の自由又は権利を侵害したものは、法律によって懲戒を受けるほか、刑事及び民事の責任を負わなければならない。損害を受けた人民は、その受けた損害について、法の定めるところにより、国家に対して賠償を請求することができる。」⁵³と定め、この規定に基づき、国家賠償法が一九八〇年七月二日制定され一九八一年七月一日から施行されている。その一三条は、「裁判及び訴追を職務とする公務員が、その職務を行うに当たって、人民の自由又は権利を侵害した場合において、職務上の犯罪に関して判決が確定したときには、この法律の規定を適用する。」⁵⁴と明記している。一方、刑事補償法に相当する冤獄賠償法は、国家賠償法より二〇年余りも早く、一九五九年六月一日に制定され、同年九月一日から施行されている。

第二に、民法、訴訟法及び特別法の中に司法賠償法制に関する内容を規定する国としては、ドイツ、スイス、フランスなどが挙げられる。ドイツにおける裁判官の国家賠償責任は、主に民法典第八三九条の規定に根拠とし、本条第二項は「公務員は、訴訟における判決に際し職務上の義務に違反した場合においては、その義務違反が犯罪を構成するときのみ、これによって生じた損害について責任を負う。」⁵⁵と定め、一定の制限を置きながら裁判官の賠償責任を認めた。一方、一九七一年三月八日に刑事補償法としての刑事訴追措置補償法も制定された。また、一九〇〇年に制定されたスイスの国家民事責任法第一条は、「司法官がその職務を執行するに当たって、故意、過失又は粗忽による不法行為によって第三者に損害を生じさせたときは、ジュネーブ及び行政区がこれを賠償しなければならない。」⁵⁶と定めていたが、一九五九年一月一日から発効した連邦責任法は、その第三条で「連邦は、公務員

が職務執行中において第三者に違法を生ぜしめたすべての損害に対し、公務員の過失を斟酌しないで、責任を負う。」と定めている。ここにいう公務員は、連邦の公共職務を行う者 (Arbeitskraft) として、連邦裁判所及び連邦保険裁判所の裁判官も含まれる (第二条)。フランスでは、かつて裁判官の個人的な過失を理由とする裁判官相手取り訴訟が、旧民事訴訟法五〇五条ないし五一六条に定められていたし、現在は、特別法としての「執行裁判官の制度化並びに民事訴訟手続の改正に関する一九七二年七月五日の法律第六二六号」は、その第一一条一項で「国は、司法機関の職務上の過誤によって生じた損害を賠償しなければならない。この責任は、重過失又は司法の拒絶によってのみ発生する。」と規定している。一方、刑事補償責任が主に刑事訴訟法によって定められている。

第三に、制定法のほか主に判例法によって司法賠償に関する紛争の解決を図る国としては、コモン・ローに属するイギリス、アメリカ、オーストラリア、インドなどが挙げられる。イギリスでは、一九四七年の国王訴訟手続法は、その二条五項で、裁判官等の職務活動について、訴訟を提起し得ない旨を定めて、裁判官の司法免責権を明記したが、この司法免責の法理は、判例法として久しく認められていたものである。また、イギリス不法行為責任法の原則を継受したアメリカでは、一九四六年に制定された連邦不法行為請求権法により、裁判官と検察官を含む連邦公務員の裁量権限の行使又は不行使に起因して生じた損害を始めとして、二六八〇条の例外規定で広範な免責が定められるほか、判例法により連邦及び州の裁判官と検察官の司法上の職務行為に対する絶対的免責が確認されている。

第四に、憲法の中に司法賠償に関する条項を置きながら、それを具体化する規定が刑事、民事に関する法律により定められる国としては、イタリア、スペインなどがある。イタリア憲法は、その第二八条で公務員の不法行為と賠償責任について、「国及び公共団体の公務員及び従業員は、権利を侵害してなされた行為について、刑事、民事

及び行政に関する法律の定めるところにしたがい、直接に責任を負う。この場合、民事上の責任は、国の公共団体にまで及ぶ。」¹¹⁾として、公務員の直接責任を定めている。憲法と民事訴訟法第五五条及び第七四条の規定との適合性に関するイタリア最高裁判所に当たたる破毀院の解釈（破毀院一九六八年三月一日第二号判決）により、憲法第二八条は、行政機関の行為だけでなく、司法機関の行為もその対象としており、かつ、憲法第二八条は、自ら責任をとって国の行為を行うすべての者に対して、たとえ裁判官であっても、効力を有する原則が明確にされている。¹²⁾ちなみに、憲法第二四四項も、裁判補償請求権について、「法律は、裁判の過誤に対する補償に関する条件及び方式を定める。」と規定している。こうした憲法上の規定に基づく裁判官と検察官の損害賠償責任に関する具体的な規定が、かつて民事訴訟法五五五条、五六条及び七四四条に置かれていたが、現在は、特別法としての「裁判上の職務の執行に当たって生じさせた損害の賠償及び裁判官の民事責任に関する法律」によって具体化されている。同法は、刑事補償との整合性についても、「本法の諸規定は、誤審及び不当な拘留の犠牲者のための補償の権利を妨げない。」（第一四條）と定めている。一方、刑法法では、不当な拘禁の補償について、「犯罪事実が存在せず、事実を行ったと認められず、事実が罪を構成せず又は法律により罪とされていないことを理由として、確定判決により解放された者は、故意又は重大な過失によって保全拘留を科される原因を作り、又は作るのに寄与した場合は、除き、科される保全拘留に対する正当な補償を求める権利を有する」（第三一四條）こと、そして、裁判の誤謬の補償について、「再審において解放判決を受けた者は、裁判の誤謬が自己の故意又は重大な過失によるものでない場合には、受刑又は收容された場合はその時期に相応した補償、及び有罪の言渡しにより個人的又は家族的に被った影響に相応した補償を受ける権利を有する」（第六四三條）ことが明記されている。¹³⁾また、刑法では、官公吏（publici officiali）である裁判官又は検察官が、不法に職務上の行為を拒絶し、怠り、又は遅延したときは、職

務行為の放置又は拒絶として、一年以下の懲役又は一六〇〇万リラ以下の罰金に処する（三二八条）。そして、その職務上の行為をせず若しくは遅延すること又は職務上の義務に違反する行為をすることについて、自己又は他人のために、金銭その他の利益を收受し、又はその約束をしたときは、職務違反行為の収賄罪として、一年以上五年以下の懲役及び四八〇万リラ以上三二〇〇万リラ以下の罰金に処するが、行為の結果、民事、刑事又は行政の訴訟における一方の当事者の利益又は損害を生じさせたときは、刑を加重する（三一九条）ことが規定されている。¹¹⁾

第五に、司法賠償と行政賠償とが二つの個別法ではなく、同一国賠法の中で定められる国としては中国が挙げられる。中国の国家賠償法は構成上の特色として、第二章で行政賠償、第三章で刑事賠償をそれぞれ定めている。司法賠償の範囲は、刑事損害賠償及び民事、行政訴訟における特定の損害賠償を含んでおり、そして、刑事補償の対象は広く刑事事件に関わる捜査から行刑に至るまでの諸機関及びその公務員の職務行為を含んでいることが特徴的である。国賠法の第一五条、第一六条により、捜査、検察、裁判及び刑事施設管理の職権を行使する機関及びその公務員が職権を行使するに当たって、人身権又は財産権を侵害する場合には、被害者は、賠償を受ける権利を有するのである。

二 司法賠償責任の帰責原則

司法賠償請求権が成立するためには、一定の要件が存在しなければならぬ。司法賠償責任の帰責原則（*criterion of liability*）は、国が司法賠償責任を引き受けるための根拠と判断基準を意味している。帰責原則は

司法賠償の成立要件の前提であるが、司法賠償の成立要件は帰責原則の具体化とも言える。司法賠償責任の帰責原則としてどのような成立要件を採用するかについては、フランス法、日本法及び韓国法のように、主として過失責任原則を適用する場合や、ドイツ法、台湾法のように犯罪責任原則を適用する場合があれば、イタリア法のように過失又は犯罪という二重的な責任原則を適用する場合がある。また、スイス法、オーストリア法、中国法のように、主として違法責任原則を適用している場合もある。ただし、刑事補償責任については、結果責任に基づく無過失責任の原則を適用する場合が殆どである。

1 過失責任原則に基づく司法賠償責任

フランスの国家賠償法制は、行政賠償責任について、危険責任 (*responsabilité pour risque*) の法理を中心する無過失責任主義 (*responsabilité sans faute*) を採っているのに対し、司法賠償責任については、原則として過失責任主義に立脚している。一九七二年七月五日法律の第一一条一項は、「国は、司法機関の職務上の過誤 (*défectueux*) によって生じた損害を賠償しなければならない。」と明言する一方、「この責任は、重過失又は司法の拒絶 (*déni de justice*) によってのみ発生する」という限定的要件を付加している。これは、司法上の公役務過失 (*faute de service public*) が重過失又は裁判拒否の場合にしか認められないことを意味している。コンセイユ・デタの判例法により、公役務過失の程度は、損害を生じさせた公役務の性質によって異なる。通常は公役務の「軽過失」 (*fautes simples*) の存在で足りるが、遂行が特別に困難で、しかも重要不可欠な公役務には、「重過失」 (*fautes lourdes*) が要求される。遂行がとくに微妙な判断を要する公役務については、「明白かつ非常に重大な」過失 (*fautes manifestes et d'une exceptionnelle gravité*) として区別されることもある。この「重

過失」は、日本の国賠法第一条二項の「重大な過失」とは異なるものと思われる。つまり、日本法の「重大な過失」はフランス法でいう行政の責任を生じる際の個人的な過失に近いものであり、公役務過失として現れる「重過失」とは異なるものである。¹⁵ もつとも、明白かつ非常に重大な過失は、次第に重過失に吸収される傾向にあると言われる。¹⁶ 司法作用に関連する職務行為に基づく損害を国が賠償するために必要とされる公役務過失は、いわゆる非個人的な重過失又は司法裁判官等に帰責される職務上の重過失である。¹⁷ 重過失の認定には既判力との調整の問題もあり、事実上判決が極端に遅延した場合に限定されているため、その実際の適用は多くないとも言われる。¹⁸

日本の国賠法は、公務員が故意・過失によって違法に他人に損害を与えたことを国家賠償責任の要件にしており、すなわち過失責任主義を採用している（第一条一項）ものの、その過失要件は「フランス法のように判例政策で公役務により差を設けることをしていない」¹⁹のである。また、国賠法が裁判官の職務行為にも適用されるとして、過失と違法性を一体に判断する帰責原則を適用するものとされている。裁判をめぐる国賠訴訟における過失の有無を判断する基準は、裁判に上訴、再審等によって是正されるべき瑕疵の存否であり、すなわち国賠法上違法となるための違法性要件である。この問題については、従来からいくつかの学説が提唱されてきた。第一は、裁判官が悪意（害意）で事実認定・法令解釈を歪曲した場合にのみ違法となる、とする悪意説である。²⁰ その根拠は、事実認定の当否は絶対的基準によって判定できないこと、法解釈には唯一絶対の正解は存在しないこと、確定裁判の瑕疵は専ら上訴等の不服申立手続で争うべきであること、裁判官の独立が害されてはならない等である。第二は、裁判官の認定・判断が一見明白に行き過ぎと認められる場合に限り、とする一見明白説である。²¹ 第三は、悪意による判断をした場合のほか、関与できない事件につき裁判し、若しくは不誠実で不合理な裁判をしたとき違法となる、とする不誠実不合理説である。²² いずれの学説も、裁判が国賠法上違法となる場合を限定するので、適用制限説の一種と位

置づけることもできる。²²⁾

一方、検察官・警察官の権限行使における違法性判断の基準について、すなわち検察官・警察官による犯罪の捜査・容疑者の逮捕・公訴の提起等の権限行使は、訴訟の結果無罪が確定した場合、当初の検察官・警察官の職務行為は、後の国家賠償訴訟において違法と判断されるかの問題に関しては、結果違法説(無罪即違法説)と職務行為基準説(注意義務違背説)という二つの学説が対立している。²³⁾ 職務行為基準説は、検察官・警察官が職務行為を行った時点で、職務上の注意義務を果たし合理的な判断に基づいて逮捕・勾留、公訴の提起・追行等を行っていたならば、たとえ後に無罪判決が確定しても直ちに当初の一連の刑事手続が国賠法上当然違法とされたり、故意・過失によるものと評価されるものではないとする見解である。²⁴⁾ その根拠としては、逮捕・勾留・公訴提起時と判決時において証拠の量と質や嫌疑の程度に差があること、公訴の提起・追行について違法性と過失とを一体的に判断する職務行為基準説は、近時の損害賠償法理論の一般的傾向に沿うものであること等が挙げられる。²⁵⁾

職務行為基準説は通説であるが、この支配的な見解に疑問を提起した結果違法説は、無罪判決が確定した以上、当初の検察官・警察官による刑事司法上の諸行為も結果的に正当性を失い、国賠法上も当然違法になると主張する。²⁶⁾ その根拠としては、国賠法一条における違法という客観的要件と故意・過失という主観的要件とは分離して考えるのが本筋であること、起訴の違法性を結果的に確認することは、検察官の起訴に対する事後審査により公務執行の適正を担保するという検察国賠制度にとつて重要な意義を有すること、刑事司法権をめぐる国家賠償と違法無過失責任を採っている刑事補償とを統一的に考慮する必要があること、被告側が逮捕・勾留、公訴の提起・追行等の合理性を立証すれば、その刑事司法上の諸行為は正当性を取得して違法性を阻却するものと解すべきであること等が挙げられる。²⁷⁾ そして、被害者救済の立場からしても、逮捕、勾留、起訴が極めて大きな人権侵害であること、及び

国賠法の原点が違法な公権力の行使による被害者の公平・迅速な救済にあることを考えれば、被害者救済の範囲を広げようとする結果違法説が優れていることが指摘されている。³⁹⁾

職務行為基準説は、結果的に違法性があるとしても、職務上要求される注意義務が尽くされていれば、公務員の責任を否定するものであるから、結果違法説に比して違法と判断される場合を限定している説と言える。このような責任の限定は、国賠法上の過失要件の存在によつて支えられていくにとどまらず、検察官・警察官の職務の特殊性の中にその実質的な根拠を保持している。一方、両説の折衷的立場から、無罪判決が確定すれば逮捕・勾留・起訴・追行等の一連の行為に合理性があることを被告が立証すれば、逮捕・勾留・起訴等は合理性・正当性を取得して違法性を阻却するものと解する説もある。⁴⁰⁾ 問題は、違法性ないし合理性の基準をどのように考えるかにかかると言えよう。

職務行為基準説を採用した時の違法性に対する具体的な判断手法については、以下の四説があるとされる。⁴¹⁾ 第一が違法性限定説である。この説は、違法を最も狭く捉える説で、公務員が不当な目的をもって職務行為をしたという故意がある場合に違法を限定し、裁判所の判決に対する違法判断と類似する考え方である。しかし、主に裁判官の職務行為に関して説かれる違法性限定説が、公訴の提起・追行の違法性の判断基準についてまで拡大して適用することは相当でないとの批判がある。⁴²⁾ 第二が一見明白説である。この説は、行為時点における証拠資料等を評価するにつき、通常考えられる個人差を考慮に入れても、なお一見して行き過ぎと認められ、経験則、論理則に照らして、到底その判断の合理性を是認することができない程度に重大な瑕疵がある場合に違法と判断する。しかし、この説についても、違法性限定説に対する批判と同様に、国賠法が検察官の軽過失では足りず重過失に限定して違法性の要件を定めていると解することはできないとされる。⁴³⁾ 第三が違法性拡大説である。この説は、無罪判決から溯

及的に逮捕、勾留、公訴提起、有罪判決等の一連の刑事手続における違法を判断するもので、事実上結果違法説に近いとされる説である。しかし、この見解は、刑事手続における実体形成の動的性格及び裁判官の職務活動の特殊性を無視するものであると批判される。³⁸⁾ 第四が合理的理由欠如説である。この説は、証拠上有罪判決を期待できるだけの合理的根拠が欠如しているにもかかわらず、あえて公訴を提起したような場合を違法とするもので、最も妥当な説であると評価される。その理由としては、刑事訴訟手続における実体形成は、捜査の当初における捜査機関の単なる主観的嫌疑から、公訴提起における客観的嫌疑を経由して、最後に有罪判決における犯罪の証明及び刑罰法規の具体化に至るまで、漸次に発展し形成されていくものであること、公訴提起により被告人とされた者の受ける不利益を考慮すれば、客観的嫌疑を欠く安易な公訴提起を避けることが制度上予定されていると考えられること、公訴提起に要求される犯罪の嫌疑の程度は、有罪判決に要求される犯罪の嫌疑の程度より低いもので足りることが挙げられる。³⁹⁾ しかし一方、裁判の違法性に関しては違法性限定説によるのが妥当であり、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、「合理的な理由」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であると説く見解もある。⁴⁰⁾

裁判例の傾向については、有罪判決が上級審により取り消され無罪判決が確定した場合に、結果違法説に立つ下級審判決もあったが、⁴¹⁾ 検察官の公訴提起・追行については、従来の下級審判決は職務行為基準説を採っている。⁴²⁾ 芦別事件に関する最判昭和五三年一〇月二〇日民集三二巻七号一三六七頁は、それまでの下級審裁判例の大勢を追認し、職務行為基準説を初めて採用した最高裁の判決として、「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の理由があり、かつ、必要性が認められる限りは適法であり、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ものと解するのが相当である。」と判示し、結果違法説を排斥したうえ職務行為基準説の採用を確認した。その後の裁判例の大勢も、この職務行為基準説に立っている。これらの裁判例は、公訴提起の客観的合理性の欠如に着目しており、合理的理由欠如説を採用していると考えられる。¹¹⁾なお、その他の刑事司法に関する行為の違法判断においても、裁判例は職務行為基準説の適用を拡大している。最高裁平成八年三月八日民集五〇巻三号四〇八頁は、司法警察員が行った被疑者の留置について、「留置の必要性を判断する上において、合理的根拠が客観的に欠如していること明らかであるにもかかわらず、あえて留置したと認め得るような事情がある場合に限り、留置が違法になると判示している。すなわち、裁判例は、留置についても職務行為基準説を採用しており、中でも合理的理由欠如説に依っているものと考えられる。¹²⁾

また、韓国法も日本法と類似するように、司法賠償責任について過失と違法性を中心とする帰責原則に立脚している。韓国の国賠法第二条一項の規定によれば、裁判官は、その職務を執行するに当たり、故意・過失により法令に違反したことによって損害を与えた場合に、国家賠償責任を負わなければならない。しかし、判決の違法が国家賠償の対象となる場合には、確定判決を誤判であると主張して、それによる損害賠償を請求できるか、又は上訴若しくは再審による判決の違法を求めた後、国家賠償を請求できるかとの問題がある。後者の場合における国家賠償請求に困難がないようであるが、前者の場合については、次のような賛否両論がある。反対論は、司法はそもそも確定力のある判決をもって紛争を終局的に解決する機能を有するものであり、このような確定判決の違法を理由と

して国家賠償を認めることが、審級制度、既判力などに現れている争訟制度の本質に反し、法的安定性または訴訟経済を書し、裁判官の独立性への脅威となると主張する。これに対し、賛成論は、判決が上訴又は再審によって違法と確定される前にも、民主主義国家においては、無責任な職務行為が原則的に認められないこと、裁判官の不法行為責任を免除する趣旨の実定法規が存在しないこと等の理由により、裁判の判決にも国家賠償法が適用されるものとしている。¹³⁾

他方、基本的にコモン・ローの不法行為法の延長線にあるものと思われる英米法諸国の国家責任法制のもとでは、違法な行政行為に基づく損害賠償請求について、伝統的に過失と違法性を責任要件として統一的に把握し、総合的な帰責事由として捉える過失責任主義を採用している。アメリカの連邦不法行為請求権法二三四六条(b)項も、「公務の遂行中における過失行為、不当行為又は不作為」を要件としているため、過失責任主義を帰責原則としていると一般に理解されている。これに対し、司法に関連する職務行為の特殊性を根拠とするコモン・ローにおける司法免責の原則が判例法により認められているうえ、イギリスの国王訴訟手続法は、第二条五項でそれを明文化している。それゆえに、司法賠償責任の帰責要件という問題も生じる余地がないと考えられる。

2 犯罪責任原則に基づく司法賠償責任

ドイツ裁判官の職務に伴う不法行為責任は、民法第八三九条二項の規定するように、裁判官は「その義務違反が刑事訴訟手続により刑罰が科されるべき犯罪を構成するときのみ、これによつて生じた損害について責任を負う」が、「義務に違反して職権の行使を拒絶し、又は遅延させたときには、本条の規定を適用しない」のである。すなわち、裁判官の職務行為が刑法上処罰される場合でない限り、単なる過失や裁判の拒絶又は遅延によつて損害が発

生したとしても、賠償責任を生じないのである。ここに処罰に該当する場合としては、刑法第三三一条の利益收受と第三三二条の收賄に絡む判決や刑法第三三六条の枉法等の職務犯罪行為が挙げられる。この点について、民法第八三九条の前身である第一草案七三六条も「裁判に関する裁判官の責任を広く認めることは、法律秩序維持のために必要欠くべからざる裁判所の独立性の原則と一致しない。裁判官をその裁判でした法律解釈、適用の誤謬、または当事者の主張、証拠の評価の誤謬を理由として、他の裁判官の面前で、責任を問われる危険にさらすべきではない。それは、裁判官の職務執行上不可欠の不偏不党の精神を損なうものである。したがって、裁判官は枉法の場合のみ責任を負うべきであり、重過失の場合にも責任を負うべきではない。」また、「裁判官の裁判が確定した後にも、裁判官の過失を理由に、その正当性が、他の裁判所の再審査に服せしめられることは、裁判の確定力の原則とも一致しない。」¹⁰¹とし、裁判官の国家賠償責任を刑事上の責任が生じた場合に限定した理由が、裁判官の独立及び判決の既判力といった原則に基づくものであることを示唆している。

一方、台湾における司法賠償責任の帰責原則は、基本的にドイツ民法第八三九条二項の立法例をモデルとしたものである。一九四七年から施行された憲法二四条に基づき、「およそ公務員で、違法に人民の自由又は権利を侵害したものは、法律によつて懲戒を受けるほか、刑事及び民事の責任を負わなければならない。損害を受けた人民は、その受けた損害について、法の定めるところにより、国家に対して賠償を請求することができる」。この規定を受けて一九八〇年に制定された台湾の国賠法第一三条は、「裁判及び訴追を職務とする公務員が、その職務を行うに当たつて、人民の自由又は権利を侵害した場合において、職務上の犯罪に関して判決が確定したときには、この法律の規定を適用する。」と定めている。ここでいう裁判及び訴追を職務とする公務員は、裁判官、公務員懲戒委員会委員、及び検察官、軍事検察官等を含む概念であり、¹⁰²いわゆる司法公務員である。

司法公務員の職務行為にも国家賠償訴訟が適用される要件については、司法公務員が、裁判、訴追及び公務員懲戒事件の審理といった職務を行うに当たって、人民の自由又は権利を侵害したとして、刑法第一二四条に定める違法裁判⁴⁷、第一二五条に定める権限の濫用による訴追処罰⁴⁸、第一二七条に定める違法な刑の執行⁴⁹といった職務上の犯罪をなしたことが挙げられる。⁵⁰ところが、台湾国賠法第一三条は、ドイツ民法第八三九条二項の規制規定を参考しながら、更に適用範囲を縮小させることにしている。すなわち、ドイツ民法の規定によれば、裁判官の職務義務違反の行為が刑法上の構成要件を満たしたときに、国家賠償責任が生じ、刑事手続が実際に行われる必要はないが、台湾の国賠法第一三条は、更に司法公務員の職務上の犯罪に関し有罪判決が確定したことを要件としている点で、司法公務員の国家賠償責任を一層制限することになっている。国家賠償法案に関する行政院の理由説明によれば、裁判官、檢察官及びその他の裁判及び訴追を職務とする公務員が、裁判や訴追の職務を行う場合に、法律の適用及び証拠の採用について異なる見解を持つのは免れ難いことであるので、見解の相違によって賠償責任を負わせるべきではない。また、裁判の独立を擁護するために、諸外国の立法例にも多く裁判官の国家賠償責任を明文で否定し、又は制限している（例、イギリス国王訴訟手続法第二条五項、ドイツ民法第八三九条二項等）。さらに、既存の法律制度の中には、既に審級制度があるため、再審、非常上告及び刑事補償手続に従って被害者の損失を救済することもできるとのことである。⁵¹これに対し、「憲法第二四条には、加害公務員の刑事・民事・懲戒責任を三者並列で定めており、実務上、不法行為の損害賠償についても、刑事責任を前提要件としていない。したがって、本条のような司法公務員の特権的身分を不当に保障する規定は、違憲の疑いがないではない」というような指摘もあったが、結局のところ、最高裁に相当する司法院の大法官会議は、一九八八年に「憲法の平等原則に基づき、法律が国家机关の職能の相違によって、国家賠償責任に対し合理的な相違のある条項を定めることは禁じられるものではない。

したがって、裁判と訴追という職務の特質に関する特別規定としての国賠法第一三条の規定は、裁判の独立や、訴追が外部の干渉を受けないといった原則を擁護するために必要であるし、立法裁量の範囲をも踰越していないため、憲法の関係規定に抵触するものではない⁵³⁾という憲法解釈を下したのである。

3 過失・犯罪責任原則に基づく司法賠償責任

イタリアにおける裁判官及び検察官の職務上の不法行為に基づく損害賠償責任は、かつて民事訴訟法の中に定められ、しかも、裁判官等が「職務の行使に当たって悪意、詐欺又は脅迫の責任を問われたとき」(第五五条一項、第七四条)、「正当な理由なく、当事者の請求又は申立について措置することを拒否、懈怠又は遅滞したとき、及び一般にその職務行為の完成を拒否、省略又は遅滞したとき」(第五五条二項)に限定されるものであった。⁵⁴⁾その後、司法問題に関する二項目を含む諸事項に対する国民投票(一九八七年一月八日実施)⁵⁵⁾によって、裁判官等の賠償責任に関する民事訴訟法の諸規定が廃止された代わりに、新たに裁判官等の賠償責任に関する「裁判上の職務の執行に当たって生じさせた損害の賠償及び裁判官の民事責任に関する法律」が制定され、かつ、一九八八年四月に公布・施行されたのである。

この法律は、「職務の本質とは関わりなく、裁判行為を執行する通常、行政、会計、軍事及び特別の裁判官職に所属するすべての者並びに裁判上の職務の執行に参加する裁判官以外の者に適用される」(第一条一項)とともに、「合議制機関において自己の職務を執行する裁判官にも適用される」(同条二項)ものとして、その適用範囲が広い。うえ、司法賠償責任を生じさせる構成要件も旧法より緩和されており、旧法に明記しなかった過失主義が新たに適用され、過失又は犯罪のいずれかが存在すれば足りるという二重的帰責原則を採用しているのが特徴である。すな

わち、第二条一項の規定するように、「裁判官の職務の執行において、悪意又は重大な過失のある裁判官によるものとされた裁判上の行動、行為若しくは措置の結果、又は裁判の拒絶により不法な損害を受けた者は、財産上の損害及び人身の自由を奪われたことによる非財産上の損害の賠償を取得するため、国に対して訴訟を提起することができる」。そして、重大な過失を構成する行為としては、具体的に①申し開きのできない懈怠により決定された法律違反。②その存在が、訴訟手続の記録から明白に除外されている事実を申し開きのできない懈怠により決定された承認。③その存在が、訴訟手続の記録から明白に示されている事実を申し開きのできない懈怠により決定された否認。④法律により承認された場合以外に、又は理由なく人身の自由に係わる処分令状の発布を包含している（第二条三項）。ちなみに、裁判の拒絶とは、「ある行為の遂行のため法律に定める期間内に当事者が措置を得ることを目的として申立を提出し、かつ正当な理由がなく書記課に寄託の日から無為に三〇日が経過したときは、裁判官の職務行為に際しての拒否、省略又は遅滞が裁判の拒絶を構成する」（第三条一項）ことを意味している。ただし、「調停裁判官及び参審員は、悪意の場合にのみ責を負う。合議制裁判機関の構成に協力する市民、又はそれを構成する裁判官以外の市民は、悪意の場合及び第二条三項第②号及び第③号に定める重大な過失の場合に責を負う」（第七条三項）のである。

一方、裁判官は、生じさせた損害が自己の職務犯罪行為の結果である場合にも賠償責任を負わなければならない。すなわち、「裁判官がその職務執行中、犯した罪を構成する行為の結果によって損害を受けた者は、裁判官及び国に対して賠償の権利を有する」（第一三条一項）のである。ここでいう犯罪行為に該当するものとしては、刑法上の職務犯罪行為が挙げられ、つまり「官公吏が裁判官であるとき、裁判の拒絶が形成されたために、法律の定める期間が経過したとき、放置又は遅滞があったものとされる」（第三二八条二項）。

4 違法責任原則に基づく司法賠償責任

中国の国賠法第二条は、「国家机关及びその公務員が違法に職権を行使することによつて公民、法人及びその他の組織の合法的權益を侵害して損害を生じさせた」ことを賠償責任の成立要件としている。すなわち、代位責任説に立脚する過失責任主義としての故意・過失の存在が必要とされず、自己責任説に立つ違法責任の帰責原則が採用されている⁵⁹。その理由については、まず、過失責任が主に行為者の主観的意思に係わるものとして、司法実務において認定が難しく把握し難いこともあつて、被害者の合法的權益の救済には不利である。無過失責任は、損害の結果のみを強調し、国家机关が職権を行使する過程における適法性を疎かにする側面があり、国の財政負担能力に相應しない問題を抱える。これに対し、違法責任は、職務行為の適法性を強調しており、国家机关及びその公務員の違法な職務行為による損害について、国が賠償責任を負うが、適法ではあるものの、「著しく公正を失する」行政処罰行為による損害について、損失補償の問題として処理されるべく、国が賠償責任を負わなくてもよいのである⁶⁰。次に、違法責任は、侵害行為による客観的事実の結果に重点を置き、行為者の主観的故意・過失に対する立証の難しさを解消することができる。更に、違法責任は、法治主義の理念及び憲法、行政訴訟法の関係規定に合致し、行訴法に定める行政上の不法行為に基づく賠償責任の要件と整合性がある。しかも、「事実を根拠とし、法律に準拠する」という中国における司法審査の伝統にも符合する。また、違法責任は、簡單明瞭で、適用しやすい側面がある。したがつて、中国の国家賠償立法にとつて違法責任原則こそが適切な選択であると説明された⁶¹。

しかし、国賠法第二条における「違法」の解釈については論議のあるところである。狭義説は、違法とは、国家机关及びその公務員の職務行為が、実体法と手続法の規定に違反したことを意味しており、その内容は、行訴法第

五四条に定められた具体的行政行為の違法性を判断する基準としての主要な証拠の不十分、法律と法規の適用の錯誤、法定手続の違反、職権の踰越、職権の濫用、法定の職責の不履行若しくは履行遅延等を含むものと解している。⁶⁵⁾ 広義説は、違法とは、厳密な法律違反を指すだけでなく、当該職務行為が誠実、人權の尊重、公序良俗といった原則に違反したことによって他人の合法的權益を侵害したこと、法的義務に対する不作為、自由裁量権を濫用したか又は合理的な注意を尽くさなかったことをも包含するものと解している。⁶⁶⁾

違法責任原則は国家賠償の帰責要件とされているが、その適用の範囲について行政賠償と司法賠償との場合には、それぞれ異なっている。行政賠償においては、違法責任原則の適用に制限がないのに対し、司法賠償においては、違法責任原則の適用に制限が加えられている。まず、刑事賠償においては、違法責任原則が無実と認められた者に限って、つまり「犯罪事実が存在せず、又は犯罪の重大な容疑を証明する事実が存在しない者を誤って勾留した」場合(国賠法第一五条一項)、「再審に付され、改めて無罪の判決が下された場合において、原判決による刑罰がすでに執行されていた」場合(同条三項)において適用されるが、刑罰軽減の裁判を受けた有罪と認められた者などに対しては適用されないのである。その理由としては、公共利益の保護、司法機関公務員の職務遂行の萎縮や停滞の防止、国の財政上の負担軽減などが考慮されたため⁶⁷⁾である。また、「犯罪事実が存在しない者を誤って逮捕した」場合(同条二項)については、たとえ刑罰法に定めた逮捕の条件(後述六、一(1)参照)に違反していなくても、無罪の判決を受けた被害者は、同じく刑事賠償を受ける権利を有するので、無過失責任の原則が適用されていると言える。

次いで、民事、行政訴訟においては、違法責任原則が訴訟手続における特定の事項に限って、つまり「民事訴訟又は行政訴訟の進行中、訴訟妨害に対する強制措置若しくは保全措置を違法に採り、又は判決、裁定及びその他効

力が生じた法律文書を誤って執行することによって損害を生じさせた場合」(同法三一条)において適用されるが、民事、行政裁判に由来する誤判に対しては適用されないのである。その理由については、民事、行政裁判によって司法損害を被った被害者に対する救済が、その他の手段を通じて得られるためであるとされている。例えば、民事裁判の誤判によってもたらされた財産上の損失は、執行物の返還請求などを通して救済することができるし、行政裁判の誤判による損害も、相手方の賠償によつて救済されることができ⁶²⁾る。このように、司法賠償における違法責任原則は、一種の限定的な違法責任原則であるといつてよい。これは中国の司法賠償の帰責原則における特徴であるとも言える。

三 大陸法諸国における司法権の作用による国家賠償責任

1 フランスにおける司法賠償責任

(1) 司法行為に対する国家無答責の一般原則及び立法上の例外

フランスでは一八世紀末の大革命以来、フランス型権力分立主義の原理すなわち司法権に対する行政権の独立が強調され、相互に独立した二つの裁判所系統として、破毀院(Cour de cassation)を頂点とする司法裁判所とコンセイユ・デタ(Conseil d'Etat)を頂点とする行政裁判所が存在するという司法と行政を厳格に分離する二元制の裁判制度が採用されていることは、フランス法の一つの特徴としてよく知られるところである。⁶³⁾行政諮問機関兼争訟処理機関として創設されたコンセイユ・デタは、行政部(Sections administratives)と争訟部(Section du

contentieux) に分かれており、伝統的に行政上の諮問的権限と裁判上の訴訟的権限という二つの権限を有している。すなわち、法令の立案、法律問題に関する行政府の諮問機関であると同時に、国の最高行政裁判所でもある。⁶⁴⁾ フランスの行政裁判権は、最上級審の行政裁判所であるコンセイユ・デタの争訟部、「行政訴訟の改革に関する一九五三年九月三〇日のデクレ」⁶⁵⁾により設置された通常の行政事件の第一審管轄権を行使する地方行政裁判所 (Tribunal administratif)、「行政訴訟の改革に関する一九八七年二月三十一日の法律」により新たに設置された行政控訴院 (Cour administrative d'appel) により行使される。フランスの行政事件訴訟は、請求の性質により、越権訴訟 (recours pour excès de pouvoir) を中心とする取消訴訟 (contentieux de l'annulation)、完全審理訴訟 (contentieux de la pleine juridiction)、解釈訴訟及び適法性審査訴訟 (contentieux de l'interprétation et de l'appréciation de légalité)、処罰訴訟 (contentieux de la répression) の四類型に分類されているが、実務において中心をなしているのは越権訴訟と完全審理訴訟である。このうち、完全審理訴訟は、行政行為の適法性の審査にとどまらず、原告の権利を確定し、法規等に違反した行政行為の効果に関して、原状回復、損害賠償等の措置についてまで完全に裁判所が審理、裁判するものであり、行政賠償責任訴訟がその典型である。⁶⁶⁾ フランスの行政賠償責任の法制度は、主として行政裁判所たるコンセイユ・デタが創造した公法の原理によって発達し、かつ、一般的な制定法ではなく、その大部分が一八七〇年代より徐々にコンセイユ・デタの判例の展開によって形成されてきたのである。フランスの行政賠償責任は、比較法的に見ても諸外国より最も早い時期から、かつ広汎な領域にわたって、民法にとられない判例法による独自の国家補償法の体系（特に無過失責任、危険責任の法理）を形成し発展させ、また、国家活動による賠償責任を公務員の個人責任ではなく、国の自己責任として捉える点において特色があると言える。それ故に、司法行為 (actes juridictionnelles) すなわち司法作用に由来す

る損害に対する国家賠償責任は、日本法のように、司法作用が公権力の概念に含まれるかというような形で問題となるのではなく、行政賠償責任に関する一般法制を司法作用にまで及ぼしうるかという行政裁判所の政策判断によって決まることになっている。⁽⁸⁸⁾そして、司法作用に対する国家賠償責任は、行政賠償責任の制度を司法行為にも拡張適用するものとして、しかも、主に立法上の制度として認められてきたのである。

司法行為に対する国家賠償責任の法制は、フランスにおいて一九世紀から判例法上の一般原則とこれに対する立法上の例外とに大別することができる。司法権の裁判活動に関連する所為は、原則として無答責であった。何故行政の活動に由来する損害に対する行政賠償責任の範囲は、他の諸国と比較して最も広汎に認められるのに反し、行政賠償責任の拡張適用としての司法上の不法行為に対する国家賠償責任については、このような「動かぬ領域が残された」⁽⁸⁹⁾のか。その根拠づけは、主権理論、三権分立、司法の絶対的独立、既判力といった原則の維持にあり、⁽⁹⁰⁾「裁判作用は確かに主権の最高の表示の一つであるので、主権の一職務に参加する裁判官は、故に公権力の責任も、しかもその個人的責任も、また負うことはできない」とされていた。⁽⁹¹⁾

しかし、司法裁判所の裁判官 (magistrat du siège) と検察官 (magistrat du parquet) を併せて総称される司法官 (magistrat) 及び上級司法警察官 (officiers de police judiciaire) は、その職務の行使中に引き起こした損害に対し通常無責任であった一方、その職務上の個人的な過失 (faute personnelle)⁽⁹²⁾ によつて当事者が不利益を受けた場合の非常救済手段としては、伝統的には、一八〇六年に制定された旧民事訴訟法典 (Code de procédure civile) 五〇五条ないし五一六条により「裁判官相手取り訴訟」又は「司法賠償請求」(la prise à partie) と名付けられた特殊な訴訟手続が存在していた。ここでの「個人的な過失」とは、まず、職務外で犯した過失であり、重大又は軽微な損害に関係なく、当該公務員の行為が故意に基づくか否かにも関係ない場合、次に、役務の行使中

に犯された過失であり、それが当該公務員の悪意 (mauvaise foi) に基づき、個人的な不当な目的（この悪意の背後に個人的感情が見られること）を追及する場合、更に、重過失を個人的な過失とする場合がある。すなわち、役務において犯された公務員の過失で、悪意に基づかないときは公役務過失を構成するが、公務員の犯した過失が悪意または個人的利益の目的によりなされなかつたとしても、通常において期待され得る過失の段階を超える特別に重大性 (grave) の段階にあるときには、個人的な過失を構成することがあり得るといった場合を意味している。⁷²このように、司法官等は、原則的に無答責であるが、例外として明白な義務違反としての個人的な過失があった場合にのみ、その損害賠償責任が問われることになる。しかし、その賠償責任を認める特殊の場合においても、専属的な管轄権と長く厳格な訴訟手続に服して、訴訟の範囲が制限されている。⁷³この訴訟は国が代位して責任を負うことになるが、司法官等に対する求償が可能である。

(2) 裁判官相手取り訴訟の存廃

裁判官相手取り訴訟⁷⁴が存置する根拠としては、もし裁判官がその裁判の瑕疵を無制限に訴訟当事者から訴えられることになれば、裁判官は、善良な裁判をなすために必要な安全と独立を保持しえないとする理論的根拠と、最も高位の裁判官を通常の裁判所において裁判する実際上の不合理があるとする実際の根拠が挙げられる。⁷⁵

裁判官相手取り訴訟の提起要件として、旧民事訴訟法典五〇五条には、①審理中又は判決の時に欺瞞 (dol)、詐欺 (fraude)、汚職 (concussion) または職務上の重過失があったと認められるとき、②裁判官相手取り訴訟が法により明記されているとき、③法が裁判官に損害賠償の責任があると表明しているとき、④裁判の拒絶があるときが列挙されていた。⁷⁷裁判官相手取り訴訟の適用範囲は広く、裁判以外の司法役務、例えば犯罪捜査又は予審に基づ

く損害の場合にも適用される。裁判官のみならず、検察官、上級司法警察官その他の司法官も当該訴訟の対象となるが、同じく詐欺、汚職または職務上の重過失を前提とされる。しかし一方、司法裁判所に提起される裁判官相手取り訴訟の裁判手続は特殊複雑のため、総じて個人的な過失の追及は難しく、非常に稀にしか勝訴できなかったこともあつて、訴訟の実効性は限られたものと言える。これに反し、この裁判官相手取り訴訟は、行政裁判所の裁判官に対し適用されない⁷⁹⁾。したがつて、行政裁判所の役務の機能から生ずる損害について、国の責任に関する法律は存しないため、国は何らの賠償責任を負わないのであつた。ただし、行政裁判官の個人的な過失が公役務と何らかの関連を持つ場合には、被害者は、国又は当該公務員に対して損害賠償を請求することができる⁸⁰⁾。

ところで、旧民事訴訟法典は、一九七五年の改正に基づき、新民事訴訟法典 (Nouveau code de procédure civile) が一九七五年二月五日のデクレ (第七五号—一二三三号) により施行されたことに伴い、その大部分が廃止された。しかし、旧法五〇五条から五一六条までに規定されていた裁判官相手取り訴訟は、「執行裁判官の制度化並びに民事訴訟手続の改正に関する一九七二年七月五日の法律第六二六号」(以下、一九七二年七月五日法律と略称する。)の二六条二項において「民事訴訟法典五〇五条の規定は、個人的な過失を理由とする司法官の責任に関する立法規定が発効されるまで引き続き適用される」という条件付きの経過規定として有効であるとされていた。一方、一九七二年七月五日法律の第一条により、「個人的な過失を理由とする裁判官の責任は、裁判人たる司法官に関する司法官規則 (statut de la magistrature) 及び裁判官が権限裁判所を構成する事項に関する特別法によって定められる」(第二項)。「国は、裁判官その他の司法官の個人的な過失による損害を被害者に保証する。ただし、裁判官に対する求償は妨げられない」(第三項) ことになつていた。この規定を受けて制定された「司法官規則についての組織法に関する一九七〇年二月二二日のデクレ第五八一—二七〇号を修正する一九七九年一月

一八日組織法第七九―四三号」では、「司法組織体の司法官はその個人的な過失についてのみ責任を負う。裁判の公的職務に関係する個人的な過失を犯した司法官の責任は国の求償権に基づいてのみ責任を負わされることができ⁹⁾。」と定められたため、特殊な訴訟手続としての裁判官相手取り訴訟は、司法裁判官の責任に関する法制度の一般化に伴って廃止されることになった。

(3) 司法行為に基づく国家賠償制度の確立

二〇世紀七〇年代になって、「執行裁判官の制度化並びに民事訴訟手続の改正に関する一九七二年七月五日の法律第六二六号」という特別法が制定された。執行裁判官の設置などの法律事項を定めた当該法律は、民事及び刑事の司法裁判所に対して規定したものであるが、行政裁判所も判例上これを準用することになっている。この法律は、初めて司法上の公役務過失があった場合の国家賠償責任を一般的に認め、それまでの国の無答責原則を大きく転換した。その一一条一項は、「国は、司法機関の職務上の過誤によって生じた損害を賠償しなければならない。この責任は、重過失又は司法の拒絶によってのみ発生する。」と規定している。すなわち、独特の歴史的背景を有するフランスの司法賠償制度は、司法裁判官の国家賠償責任を認めるものではあるが、実体法上、訴訟法上裁判官の刑罰にも値する裁判の拒否¹⁰⁾や重過失という極めて厳格な要件を要求するものでもある。

2 ドイツにおける司法賠償責任

(1) 職務責任制度の成立

一九世紀のドイツにおいては、総じて国家無責任の法理が支配し、国家責任は例外的に認められるにすぎなかつ

た。公務員は適法行為を行う権限のみを国から委任されているとする委任理論 (Mandatslehre) がまず通用し、違法行為を行った公務員が個人的に民法上の不法行為責任を負う法理が長く存続していた。こうした公務員個人の賠償責任を規定した法律は、一八九六年の民法典八三九条である。同条第一項により、「公務員が故意または過失により、第三者に対して負う職務上の義務に違反したときは、第三者に対し、これによって生じた損害を賠償しなければならぬ」。ただし、「被害者が故意または過失により、法律的手段の行使によってその損害を防止することを怠ったときは、賠償責任は生じない」(第三項)のである。一方、国家自身の賠償責任については、一九〇〇年の民法施行法第七七条の規定⁸³によって、各ラント(邦)の立法に委ねられており、もし各ラントの立法が存しない場合には、一般的に責任が認められないこととされたのである⁸⁴。

しかし、時代の進展に伴い、国家責任を認める必要性は、漸次、認識されるようになった。かくして、国家無責任の法理に対峙し、国家責任を基礎づける論理構成も試みられ、二〇世紀初頭、第一次的には公務員個人に不法行為責任を帰属せしめながら、その責任を国が代位する職務責任 (Amtshaftung) の法理は、ドイツ実定国家責任法の基礎となった。そして、一九〇九年にドイツ最大のラントであるプロイセンがこの職務責任制度を導入して国家責任法を制定した後、ドイツ帝国(ライヒ)が一九一〇年にプロイセン法に範をとったライヒ国家責任法も制定されたようになり、国家が民法第八三九条に定めた公務員個人の責任を公務員に代わって引き受けることとなった⁸⁵。この職務責任の原則はワイマール憲法第一二一条⁸⁶により憲法上の権利として高められ、長年の懸案であった職務責任制度の統一も達成された。この原則は、ナチス時代にも有効性を保持し、一九四九年のドイツ連邦共和国基本法第三四条に代置された。同条は、「ある者が、自己に委託された公務の行使に際して、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又は公共団体が原則としてその責任を負う」とし、公務員が不法

行為を行った場合における国の代位責任を明記したのである。しかし、この職務責任的構成は、違法行為の第一次的帰属主体が公務員個人であることを意味するものであり、委任理論の残滓を払拭しえないものとも言える。

しかし、この職務責任制度は、「権利救済を困難にし、空白にする構造的欠陥がある」として、長い間「批判の十字砲火を浴びてきた」のである。⁹⁰⁾ ドイツ法においては、こうした実定法が不備なため救済の隙間が生じている場合には、既存の法律の拡張解釈を通じて時代の要請に柔軟に対応する判例、及びこのような判例法を背後で支えた学説が大きな役割を果たしてきた。ところが、被害者保護の拡大という要請に対応した判例法上の救済制度の創設は、国家責任法の錯綜化という事態をもたらす一面もあった。この問題を解消すべく、しかるべき国家賠償制度の改革が待たれていた。この改革は、一九八一年七月に公布された国家責任法(Staatshaftungsgesetz)として結実したが、「法治国原理の具体化された姿である」と理解されているこの法律は、翌年一月十九日の連邦憲法裁判所の判決(BVerfGE 61, 149)により、ドイツ連邦共和国基本法第七〇条に照らして、連邦に立法権限がないという理由で違憲・無効とされたと同時に、民法第八三九条の規定は存続していることになった。⁹¹⁾ しかし、一九八一年国家責任法には幾つかの注目すべき点も見られた。例えば、同法第一条は、「公権力が、他者に対して負う公法上の義務に違反したときは、公権力の主体は、本法に基づきその者に対し、これによって生じた損害を賠償しなければならない」(第一項)が、「その損害を生じさせた公務員個人は、被害者に対して責任を負わない」(第三項)⁹²⁾と、違法な公権力作用に対する国の直接責任を定めており、内部法上の職務義務違反ではなく、外部法上の客観的義務違反を要件とする公権力主体の自己責任が職務責任に取って代わることが明示された。これは、従来の職務責任という代位責任的構成を放棄し、法治国的国家責任の原則(基本法第二〇条第三項)に基づく自己責任的構成を採用し、公務担当者の個人的・対外的責任を排除したことを意味するものである。一九八一年国家責任法は、違憲であるとする連邦憲法裁判所の

判決が出されたことにより、以前の職務責任制度が復活することになったとはいえ、これは連邦と州との権限配分にかかわる理由からの違憲判決であり、国家責任法の基本的な考え方自体は幅広い支持を得ているところである。³³⁾

(2) 裁判官の国家賠償責任

裁判官の国家賠償責任は、民法典第八三九条とドイツ連邦共和国基本法第三四条の規定に根拠を置いている。民法典第八三九条は、その一項において公務員が故意、過失により、第三者に損害を与えた場合の不法行為責任を規定したが、同条二項において「公務員が訴訟における判決に際し職務上の義務に違反した場合には、その義務違反が刑事訴訟手続により刑罰が科されるべき犯罪を構成するときのみ、これによって生じた損害について責任を負う。」として、裁判官の職務活動のうち訴訟事件の判決に関する賠償責任を刑法上罰せられるべき犯罪行為をなしたという制限の下に置いた。この裁判官の賠償責任制限は、判決をする裁判官の特権という意味で判決裁判官特権(Spruchrichter-privileg)と称され、その立法理由は、裁判所の独立と判決の既判力の保護による法的安全を保持するためにあると思われる。すなわち、裁判官は、誤った判決をしたことよって当事者に損害を与えた場合に、当事者に対し一般の不法行為責任と同一の要件の下に賠償責任を課することは、判決の既判力や裁判所の独立性ないし中立性との関連から問題があるため、その責任を制限し、極めて限られた要件の下においてのみ認めるとされたのである。³⁴⁾

もともと、いわゆる多年にわたる判例学説の努力の蓄積や、未曾有の規模における比較法的研究³⁵⁾、及び一〇数年余にわたる準備作業の集大成として一旦成立した一九八一年国家責任法も、その第五条一項で、「裁判手続を拘束的效果をもって終了する司法権の違法な判決又は裁判の基礎を得せしめることになる裁判所の措置に義務違反が存在する場合には、その違反が犯罪行為となり、かつその裁判が確定力をもって廃棄された場合にのみ、本法により

国家責任が生ずる。」と定め、裁判の違法に対する国家責任については、法的安定性等の配慮から、ほぼ従前の制限を踏襲したと言える。⁸⁵⁾ すなわち、旧制度では、刑罰により処罰されるべき罪を犯したことが要件であったものが、新制度では、それを理由に判決が廃棄されていることを必要とされ、裁判官の国家賠償責任を大幅に制限したのである。ただし、この制限は、裁判の拘束的效果が及ばない証人、鑑定人、訴訟代理人、訴訟補助人等に及ばないとされており、この限りでは、従来の免責の範囲が縮小されたと言える。⁸⁶⁾

四 英米法諸国における司法権の作用による国家賠償責任

1 イギリスにおける司法免責権

(1) 司法免責権の論概

イギリスにおいては、従来長く支配的であった「国王は悪をなしえず」の法理によって、国の人格化としての国王 (Crown) の司法的職務 (judicial function) は、国家賠償の範囲外に置かれており、国王は、被用者の不法行為に対して代位責任を負わなかった。一九四七年の国王訴訟手続法 (Crown Proceedings Act) も、司法権の行使による損害を賠償責任の例外として、その二条五項で「国王に与えられた司法的性質の責務 (responsibilities of a judicial nature)、又は司法的手続を進めるについて関係のある責務を果たし、もしくは果たそうとしてなされた作為及び不作為について、国王は、本法により訴追されない」と定めて、⁸⁷⁾ 裁判官等の司法関係者 (persons

exercising judicial function) の職務活動に対する国家賠償責任を否定した。このような司法免責権 (judicial immunity) の存在理由については、イギリス法において、裁判制度に内在する公益 (public interest)、すなわち裁判官の独立の保障に強く求められている。裁判官が裁判の結果いかんによつて、後に法廷に問われる可能性を認めることは、裁判官の独立という最も重要な司法原則を失わせることになると考えられている。そのため、裁判官が、その管轄権の範囲内において、司法的職務の遂行にあつた行為や発言については、たとえその動機に悪意があり、またはその行為や発言に不穏当なものがあつても、訴訟を提起することはできない。なぜならば、悪意の存在を主張しさえすれば、法廷における裁判官の言動を訴訟の対象とすることができるという好ましくない結果を生ずる虞があるからである。⁽¹⁸⁾ この見地からすれば、司法免責の下に発生する不正義の方が、裁判官の独立性を弱めるよりもよいし、また、裁判官は、給与・任命において国王の被用者であるが、国王が裁判官に対する命令権を有しないことは憲法上明らかであるため、国王が裁判官の職務行為について干渉する権限を持っていない以上、責任を負わせることは不当であると考えられている。⁽¹⁹⁾ したがつて、この司法免責権は、公共の利害という公益に基づいて認められる特権であり、けつして裁判官個人の利益を擁護しようとするものではないと理解しなければならぬとされる。⁽²⁰⁾

(2) 司法免責権の範囲

裁判官に認められたこのような広汎な司法免責権は、無制限なものではない。すなわち、司法免責を認める要件としては、当該裁判官が記録裁判所の裁判官であること、及び裁判官の職務行為が管轄権内のものであることが挙げられる。イギリスの裁判所を類型化する一つの方法として、court of recordとcourt not of recordという区

分がある。記録裁判所とは、本来、訴訟記録を作成して保存する裁判所を指すが、歴史的には、上級コモン・ロー裁判所がその典型であった。しかし、現在では、判例法及び制定法によって、通常の司法裁判所の殆どがこれに含まれることになり、この要件は、あまり意味の無いものとなっている⁹⁰。

一方、管轄権の範囲については、絶対的な管轄権を持つ上級裁判所(Superior Court)と限定的な管轄権しか持たない下級裁判所(Inferior Court)は、その管轄権の広狭によって、司法免責の享受にも差異が生ずる。上級裁判所と下級裁判所という区分も、イギリスの裁判所を類型化する一つの方法である。上級裁判所とは、単に審級上位の裁判所を意味するわけではなく、管轄について何らの制限を受けない裁判所をいうのである。高等裁判所(High Court)・控訴裁判所(Court of Appeal)・貴族院(House of Lords)・枢密院司法委員会(Judicial Committee of the Privy Council)などはこれに属するものである。これに対し、郡裁判所(County Court)は、下級裁判所としてその管轄権が限定されている⁹¹。具体的には、高等裁判所以上の審級の上級裁判所の裁判官については、管轄権に制限がないため、管轄権を踰越した行為をすることもあり得ない。したがって、およそその職務上の行為について民事上の責任を追及する訴訟を提起する余地もなく、国王に対してのみ責任を負うという意味において、絶対的免責権が存在していると言える。これに対し、下級裁判所としての郡裁判所の裁判官は、管轄権の制限によって、管轄権の範囲内の職務行為については、悪意(malice)によるものを含めて免責権を有するものの、管轄権を踰越した行為については、民事上の責任を追及される余地が残されているという意味において、相対的のみ司法免責が認められる。ただし、裁判官の職務行為には、純司法的行為(purely judicial act)と行政的行為(ministial act)に分類され、司法免責が絶対的に認められるのは前者であり、後者には制限が存在する。そのため、上級裁判所の裁判官も、「その司法的機能を遂行するにあたってなされた行為については、単なる

法律問題に限らず、その裁判権の悪意ある、あるいは腐敗した、さらに抑圧的な行使まで、免責の対象とされる」が、「行政的行為にまで、その免責が拡大されないことも明瞭なことである」⁽⁶⁾。また、純司法的行為と行政的行為の相違は、自由裁量の余地の有無にあり、裁判官の自由裁量の余地がある行為については絶対的免責を認める傾向には、裁判官の自由な判断が可能であるように最大限の努力をする意図があると考えられる⁽⁶⁾。

ところで、治安判事 (Justice of the Peace) の司法免責権については、裁判官のように、コモン・ローの原則に委ねられることなく、治安判事保障法 (Justices Protection Act, 1848) という制定法によって成文化されている。治安判事は、県・市・町の治安を維持する目的から、比較的軽微な民事及び刑事の訴訟事件の裁判と、刑事事件の重罪事件における予備審問を行うといった司法的権能を与えられたほか、これに伴う逮捕、勾留、保釈の権限、その他行政的権能をも委ねられている。しかし、治安判事が構成する治安判事裁判所 (Magistrates' Court) が、いわゆる上級裁判所に該当することはないとしても、記録裁判所と言えるか否か、または治安判事の職務行為が純司法的行為と言えるか否かについては、必ずしも明白でない面があり、一部を除いて否定されている。そこで、治安判事保障法は、一応こうした疑問を解決し、記録裁判所に限られる司法免責権の枠組みを治安裁判所にまで広げるといふ意味を持っていると言える⁽⁶⁾。治安判事に対する訴訟が、同法第一条、第二条に基づいて二つの場合に分けられている。まず、治安判事の管轄権の範囲内における事項に関する職務上の行為を理由として提起される訴えは、場合訴訟 (action on the case) とされ、この場合には、原告は当該行為が悪意をもって合理的で相当な理由なくなされたものであることを主張し、かつ立証しなければならぬ。その審理の過程において被告による一般的答弁 (general issue) が行われた際に、原告が右主張を立証しえないときには、その訴えは却下されるか、または被告勝訴の評決が下される。次に、治安判事が管轄権を有しない事項または管轄権を踰越した事項について行っ

た有罪決定 (conviction)、命令 (order)、発出した令状 (warrant) 等の職務行為に關しては、それによつて権利を侵害された者は、同法の制定前と同様な訴訟様式に従つて訴えを提起することができる。その際には、訴状においてその行為が悪意をもつて、かつ合理的で相当な理由なくされたものであることを主張することを要しない。ただし、訴えの提起に当たつては、前記の有罪決定または命令が既に破棄されていることを必要とされている。すなわち、治安判事がその「準司法的機能 (quasi-judicial function)」を遂行するにあつてなした行為については、悪意のない場合に免責性が与えられている。¹⁰⁾

以上のように、イギリスでは、大体において、管轄権内で行爲した場合には、上級裁判所の裁判官と、下級裁判所の裁判官若しくは治安判事との間の区別をせずに、すべて免責の対象とされているが、¹⁰⁾ 高等裁判所以上の裁判所は、絶対的免責権を有するのに対し、県裁判所の裁判官、特に治安判事は、その免責権は若干緩和されている。治安判事に対して訴訟の提起が認められる理由は、それが専門裁判官ではないゆえに、誤謬も多いという考慮によるものである。¹⁰⁾

2 アメリカにおける司法賠償責任

(1) 連邦の司法賠償責任

アメリカ合衆国においては、イギリスの国王無答責の原理を継受し、また建国初期の財政基盤の脆弱という事実から、当初は、主権免責 (sovereign immunity) の法理を採用していた。そこで、裁判官も含めて全ての公務員の行為が、損害賠償の対象とはされなかった。それゆえ、二〇世紀初頭に至るまで合衆国の免責は、ほぼ完全なものであつたと言われる。¹⁰⁾ しかし、二〇世紀になつて、連邦政府の活動領域が拡大され、その機能が著しく増大する

と、広汎な主権免責理論に対する批判が強まり、学説や判例の中にも主権免責の不合理性を認識しその制限を試みるものもあつた。¹⁰⁾一方、主権免責の原則の下で、被害を受けた国民は、議会に個別法律 (private act) による救済を求めるしかなかつたが、議会は、個別法律案の審議に多くの時間をとられ、その過剰負担の解消を切望するようになった。¹¹⁾このように、被害者の救済及び議会の負担軽減のために、統一的な連邦不法行為請求権法 (Federal Tort Claims Act) が、幾多の曲折を経て、ようやく一九四六年に制定されるに至つた。主権免責の法理も、同法及びそれを若干修正した一九四八年の連邦司法法の施行によつて漸く原則的に否定されることになつた。この法律は、連邦公務員の不法行為を理由として連邦政府に損害賠償を求める場合を対象とするもので、州や自治体を被告とする損害賠償請求訴訟は対象外となつている。現在、同法は、合衆国法典 (United States Code) 第二八卷一三四六条 (a)、二六七一一二六八〇条に分かれて収録されているが、連邦政府の賠償責任に関する中心の規定である二六七四条は、「合衆国は、不法行為に基づく損害賠償請求権に関する本巻の規定に従い、類似の状況の下にある私人と同一の方法及び同程度の責任を負わなければならない」と定めて¹²⁾いる。しかし一方、同法二六八〇条は、広汎な適用例外の場合を列挙している。そのうち解釈上最も問題となるのは「裁量行為の例外」を定めた同条 (a) 項及び「故意の不法行為の例外」を定めた同条 (h) 項であり、裁判官や検察官等の職務行為もこれらの規定によつて免責されることになつて¹³⁾いる。

合衆国法典第二八卷二六八〇条 (a) 項後段は、「連邦政府の機関又は職員の裁量的職権の行使若しくは不行使又は裁量的職権の履行若しくは不履行に基づく請求」については「当該裁量権の濫用があつたか否かにかかわらず」、連邦不法行為請求権法の適用はないと定めて、連邦政府職員¹⁴⁾の裁量行為の不当性又は裁量権の濫用を根拠に連邦政府に対して損害賠償を請求することはできないとしている。この「裁量行為の例外」が認められる根拠については、

主に次の三つの観点から説明されてきたと解される。¹⁰⁵まず、判例及び学説が最も重要な理由として挙げてきたものは、伝統的な権力分立の原則である。すなわち、法律の授權に基づいてその範囲内で法律を執行するという行政府の裁量行為については、立法過程を通じてその妥当性の確保が図られるべきであり、司法府が行政府及び立法府の政策的意思決定について、その妥当性を判断することは差し控えるべきである。次に、公務員個人に免責が認められること（後述(2)(3)参照）に関連して、政府に厳格な損害賠償責任を負わせることは、萎縮効果を生じさせ、政府の政策決定に関する積極的な意思決定が妨げられる。更に、政府の政策決定は、広範囲に及ぶものであり必然的に多数の者に影響を与えるが、そのような意思決定について政府の損害賠償責任を認めることは、予期し得ない膨大な財政的責任を政府に負わせることになるので、公的な歳入及び財産の流出を防ぐという観点から、裁判所は慎重な態度を取らなければならないということが挙げられている。

しかし、この裁量免責の原則を定めた二六八〇条(a)項には、連邦公務員の如何なる行為が「裁量行為」に当たるかに関する明確な規定がないため、多くの事件でその適用範囲が争われてきた。連邦最高裁は、一九五三年の有名な *Dalehite v. United States* 事件判決で初めてこの「裁量行為」の意味について、「政策的な判断又は決定の余地があれば、裁量行為である」との判断を示した。¹⁰⁶そして「裁量行為」であるか否かを区別する基準については、連邦公務員の行う決定を「計画段階 (planning level) における決定」と「実行段階 (operational level) における決定」とに分け、前者は「裁量行為」に当たりますが、後者は当たらないとの一般的な基準を示した。¹⁰⁷このような解釈の下で、判例は一貫して、裁判官の裁判活動や検察官の訴追及び公判活動における判断又は決定を「裁量行為」（政策的判断を要する「計画段階の決定」）であるとして、「裁量行為の例外」を認め、裁判官の裁判裁量権と検察官の訴追裁量権の行使に関する連邦政府の損害賠償責任を否定してきた。このように、裁判官等による裁量権の範

圏内における職務行為については、その不当性ないし濫用の事実を主張しても、連邦政府に対する損害賠償請求は認められないことになる。一方、裁判官等が法律で認められた裁量権の範囲を逸脱したという主張も、そのような行為は「公務の範囲内」と言えないため、連邦不法行為請求法上の請求の理由とはなり得ない。

合衆国法典第二八卷二六八〇条(h)項は、「暴行的脅迫 (assault)、暴行 (battery)、不法監禁 (false imprisonment)、不当逮捕 (false arrest)、誣告 (malicious prosecution)、令状の濫用 (abuse of process)」等に起因する損害賠償請求については、連邦不法行為請求法の適用はないとして、連邦政府職員が同条(h)項に列挙された類型の不法行為を行った場合については、連邦政府は損害賠償責任を負わない旨定めている。ここに列挙された不法行為の類型は、コモン・ロー以来の故意の不法行為の大部分を含んでおり、連邦政府職員の故意の不法行為について連邦政府は損害賠償責任を負わないという結果になるため、この免責は「故意の不法行為の例外」であると説明されてきた。¹⁰⁾

しかし、一九七〇年代に入って、違法な捜査活動の抑制と被害者の救済の必要性という視点から、違法捜査に対する政府の損害賠償制度の確立が強調され、「故意の不法行為の例外」に対する批判が高まってきた。そして、一九七三年に起こった連邦の麻薬捜査機関による違法捜査事件 (Collinsville raids事件) を契機として、連邦議会において連邦不法行為請求法に対する検討が加えられ、一九七四年三月、第二六八〇条(h)に例外の例外 (但書) を加えるという形で改正案が可決されたのである。¹¹⁾ この改正によって、連邦政府の捜査官又は法執行官 (investigative or law enforcement officers) が捜査、証拠押収又は逮捕の権限を行使するにあたって、故意に暴行的脅迫、暴行、不法監禁、不当逮捕、誣告、令状の濫用というような不法行為を行った場合には、連邦政府が賠償責任を負うことになった。同条では、「捜査官又は法執行官」とは、「法によって連邦の法律に違反した者につき捜査を実施し、

証拠を差押え、又は逮捕する権限を与えられている合衆国連邦政府の公務員をいう」と定義されており、これには連邦法上明文の規定によりそのような権限を与えられている連邦警察(FBI)、麻薬取締局(DEA)、内国税収入局(IRS)及び移民局(INS)をはじめとする各種の連邦機関の職員が含まれることになる。しかし、連邦検察官についてはそのような授權規定がないため、本条の「捜査官又は法執行官」に当たると問題となったが、判例の立場は、「捜査官又は法執行官」というためには、捜査、差押え、逮捕に関する明文の授權規定が必要であり、連邦検察官はこれに当たらないとして、上記但書の適用を否定してきた。⁽¹⁸⁾

以上のように、連邦不法行為請求法は多くの問題を抱えており、とりわけ広汎な裁量免責と故意の不法行為の免責が認められるゆえに、裁判官や検察官の職務行為については、裁量権の範囲内であれば「裁量行為の例外」が適用され、裁量権を逸脱した場合には「故意の不法行為の例外」が適用されることにより、連邦政府に対する損害賠償請求は殆ど不可能となっている。したがって、アメリカの一般的国家責任はいまだ成立していないと言っても過言でないとと思われる。⁽²¹⁾

(2) 連邦裁判官等の個人賠償責任

a 連邦裁判官等に対する免責法理の適用

アメリカの国家賠償法制は、広汎な免責を認めているために、違法行為の抑制機能と被害者の損害填補機能の相当部分を公務員個人に対する損害賠償請求に依存しており、公務員はその職務上の不法行為について個人的に賠償責任を負うのが原則である。しかし、一九世紀半ばから二〇世紀半ばにかけて、裁判官、検察官その他裁量の権限を行使する公務員について次第に絶対的な免責が認められるようになった。この司法免責の制度はそもそも、イギリス法の伝統としてのコモン・ローの免責法理を継受したものであるが、⁽¹⁹⁾現在では、連邦・州を問わず、裁判官、

検察官及び行政法審判官等も、故意による不法行為の場合を含め、すべて損害賠償責任を負わない絶対的免責 (absolute immunity) との法理が確立している。¹²⁴

裁判官個人に対する絶対的免責の法理が、連邦裁判官に対する免責を実際に確認した連邦最高裁の下した最初の判例として知られる一八七一年の *Bradley v. Fisher* 事件によって認められ、たとえ裁判行為が悪意や汚職に基づく場合でも同様であると解されている。¹²⁵ そして、裁判官に絶対的免責が与えられた理由としては、まず、裁判官が、損害賠償請求訴訟の矢面に立たされることを危惧することなく、自己の良心に基づいて裁判を行う自由を確保する必要性があること、次に、裁判の対象となる事項は複雑であり、敗訴した者は納得せず、裁判官に報復しようとする可能性が強いこと、更に、裁判の違法を正すために上訴という手段があり、また、裁判官への制裁としては弾劾という代替的手段があること等が挙げられている。¹²⁶

一方、検察官の職務においては、訴追及び公訴活動という準司法的な (quasi-judicial) 職務と捜査機関ないし行政機関としての職務という性格の異なるものを含んでいるが、検察官の職務行為の中心をなす準司法的な職務行為については、絶対的免責も認められてきた。連邦最高裁は、一九二七年の *Yaselli v. Goff* 事件¹²⁷で、初めて連邦検察官に対する絶対的免責を確認した。

b *Bivens*型訴訟における連邦裁判官等の免責

このような裁判官と検察官の個人賠償責任を制限する判例の傾向を転換させた契機となったのが、一九七一年の *Bivens* 事件判決である。この事案は、連邦麻薬取締官が *Bivens* の住居に令状なく押し入り、妻子の前で *Bivens* に手錠をかけ家宅捜査をし、彼を連行したが、後に証拠不十分として釈放されたというものである。 *Bivens* は、か

かる行為が不合理な逮捕や捜査からの保護を定めた連邦憲法修正四条に違反すると主張して、連邦麻薬取締官に対して損害賠償を求めた。連邦地裁は、憲法のみに基づく損害賠償請求は前例がないし、いずれにせよ被告らはその公的地位の故に訴訟から免責されるという理由で請求を却下し、控訴も棄却された。⁽¹²⁾しかし、連邦最高裁は、修正四条違反を理由として、直接憲法に基づいて連邦公務員個人が訴えられることを初めて認め、原判決を破棄差戻したのである。⁽¹³⁾この判決は、制定法の規定がなかった連邦公務員による憲法的不法行為（constitutional tort）についても損害賠償請求訴訟を認めたものであり、これにより連邦公務員の職務行為が連邦憲法に違反した場合には、伝統的なコモン・ロー上の不法行為法理に基づく救済とは別個に、憲法的不法行為として特別の訴権（cause of action）が一般に認められるようになった。

ところが、Bivens判決は、当該憲法的不法行為に対して如何なる免責が与えられるかについては言及しなかった。この問題を明らかにしたのが、一九七八年のBute v. Economou判決である。⁽¹⁴⁾連邦最高裁は、判決の中でBivens型訴訟における連邦公務員の免責について、第一に、コモン・ロー上の不法行為について絶対的免責が認められた裁判官と検察官等は、憲法的不法行為についても絶対的免責を享受する。そして、本件の場合のように、司法的職務を遂行する行政法審判官等については、行政上の公務員であっても、裁判官に準じて絶対的免責が認められ、また、行政審判手続の開始を決定する公務員及び行政審判において違反行為の立証を行う公務員についても、検察官に準じて絶対的免責が認められる。第二に、その他の裁量的機能行使する連邦公務員には、たとえ農務長官のような閣僚レベルの連邦公務員であっても、限定的免責（qualified immunity）のみが認められ、誠実（reasonable and in good faith）に行動した等のもっともな理由がある場合に限りて責任を免れる。第三に、裁量的権限を有しない連邦公務員は免責を有しないことを主張したのである。⁽¹⁵⁾

この判決は、Bivens型訴訟で問題となる憲法的不法行為について、絶対的免責が与えられる連邦公務員と限定的免責しか与えられない連邦公務員とを区別する基準を示したのである。⁽¹²⁾ かかるBivens型訴訟が認められたことよって連邦公務員に対する憲法的不法行為訴訟の数は著しく増加したが、その大部分は限定的免責によつて退けられ、勝訴するものは極めて少ないという。⁽¹³⁾ したがつて、「Bivens判決による請求権は、補償制度の一環としてそれが果たす実際の役割が重要なのではなく、執行部の政策決定が憲法の規定に常に従属しなければならないことを想起させる象徴として意味がある」⁽¹⁴⁾ ように思える。

c 連邦公務員責任の改革と連邦裁判官等の個人賠償責任

裁量的権限に基づいてなした行為にはすべて絶対的免責が与えられるとした連邦最高裁の一九五九年のBoni判決⁽¹⁵⁾は、閣僚より下位にある一定の連邦公務員による職務上の行為について、コモン・ロー上の不法行為に関する限り、裁量的権限を行使する連邦公務員としての絶対的免責を認めた。しかし、かかる絶対的免責を享有できる連邦公務員の範囲は必ずしも明確にされなかつたため、連邦公務員の職務の裁量性を問うことなく、その権限内の行為であれば絶対的免責を認めた連邦高裁の判決がある一方、連邦公務員に絶対的免責を認めるにはその職務が裁量的な性格のものであることを必要とする連邦高裁の判決も多数あつた。⁽¹⁶⁾ この問題を解決したのが一九八八年のWestfall v. Erwin判決⁽¹⁷⁾である。連邦最高裁は、連邦公務員がコモン・ロー上の不法行為について絶対的免責を受けるためには、当該行為が職務の範囲内であるほか、当該行為がその性質上裁量的なものであることを要すると判示した。しかし、同判決は、連邦公務員個人責任の法理を一段と明確化した⁽¹⁸⁾が、裁量的職務を執行する連邦公務員についてのみ絶対的免責を認め、非裁量的職務を遂行する連邦公務員について絶対的免責を否定したことは、連邦議会の反発を招き、これを不十分とする動きも連邦議会に現れた。⁽¹⁹⁾

また、この判決は、「もつとも、我々の見解によれば、個別の状況において絶対的免責を認めるべきか否かについで複雑かつ屢々高度に経験的な検討を行うことについては、議会がこれを主導するのに最も適当な立場にある。州法上の不法行為に基づく訴訟に巻き込まれた連邦公務員の免責については基準が立法されれば有益であろう。」と述べ、コモン・ロー上の不法行為に基づく連邦公務員の個人責任については議会による何らかの立法に期待する態度を表明していた。⁽¹⁰⁾その後、議会は「最高裁は、Westfall v. Erwin判決において、コモン・ロー上の不法行為について連邦公務員が負うべき個人責任の範囲を決するには議会が最も適当な立場にあること及び立法院によるこの問題の検討は有益であることを判示した」⁽¹¹⁾ことに基づき、直ちにこの問題に関する検討を開始し、同年中に「連邦公務員責任改革と不法行為補償に関する一九八八年の法律」(Federal Employees Liability Reform and Tort Compensation Act of 1988)を通過させ、同法は一九八八年一月一日に成立し発効した。⁽¹²⁾この法律は、立法や行政及び司法機関におけるすべての連邦公務員に適用されるが、その免責の範囲は、連邦公務員が職務の範囲内で行われたコモン・ロー上の不法行為に限られている。

議会の基本的考えは、本法第二条で明らかにされている。すなわち、a項(3)「連邦公務員は、長年にわたり幅広い免責によってコモン・ロー上の不法行為に基づく個人責任から保護されてきたので、連邦公務員の不法行為の被害者に対する補償については連邦不法行為請求権法が唯一の手段として機能していた」。しかし、a項(4)「最近の裁判所の判決、特にWestfall v. Erwin事件における合衆国最高裁の判決は、これまで連邦公務員に与えられてきたコモン・ロー上の不法行為に関する免責を著しく侵害するものであった」。a項(5)「連邦公務員のコモン・ロー上の不法行為に関する免責がこのように侵害されることによって、個人責任の将来は危機に直面することになり、また連邦公務員全体にとつても個人に対する不法行為訴訟の長期化という脅威が生じることになった」。そのため、

a 項(6)「かかる個人責任の将来は、連邦公務員の士氣と安寧を著しく損ない、行政機関の職務遂行能力を阻害し、かつ連邦公務員の不法行為に対する適切な救済手段としての連邦不法行為請求権法の有効性を減殺するものである」。このような所見に立って、本法二条 b 項は、「この法律は、職務の範囲内で行われたコモン・ロー上の不法行為につき連邦公務員を個人責任から守るとともに、連邦公務員のコモン・ロー上の不法行為の被害者に対して合衆国を被告とする適切な救済方法を与えることを目的とする。」と表明している。この規定により、連邦公務員個人はその職務上の不法行為についてコモン・ロー上の不法行為を問われる可能性が全く無くなり、伝統的な公務員個人責任の原則は、連邦公務員のコモン・ロー上の不法行為に関する限り、完全に廃止されるに至った。連邦公務員が職務の範囲内で行った不法行為により被害を受けた者の救済は、連邦憲法または連邦制定法の侵害を主張できる場合を除くほか、専ら連邦不法行為請求権法によることになっている。¹⁰⁾

一九八八年の立法の結果、従来から絶対的免責を享有する連邦裁判官等の個人賠償責任も否定されているが、一方、被告となった連邦政府も、実体審理の際において被告側の「抗弁」(faith defense)を行使し、連邦政府職員としての裁判官と検察官、及び準司法的職務を遂行する行政職員に与えられた絶対的免責との事由を主張して国家賠償責任の免除を請求することができる。したがって、Bart 判決の絶対的免責の原則が実質的に復活されたのである。

(3) 州裁判官等の個人賠償責任

a 一九八三条に基づく不法行為訴訟と州裁判官の免責

Bradley 事件があった一八七一年には、南北戦争の再建運動の一環として公民権法 (Civil Rights Act of

1871) が制定された。この法律第一条は、現在、合衆国法典第四二卷一九八三条として法典化されている。同条は、公務員に対する損害賠償請求を認め、「州、準州またはコロンビア特別区における法律、条例、規則、慣習法もしくは慣行 (usage) の名目で (under color of)、合衆国の市民またはその法域内にある他の者に対して、合衆国憲法及びその他の法律により保障された権利、特権または免責を剥奪し、ないしは剥奪させた者は、何人も、法律上の訴訟、衡平法上の訴訟及び他の適切な救済手続において損害を被つた当事者に対して法的責任を負う。」と定めて、不法行為を行つた州公務員個人に対する損害賠償請求を認めている。⁽¹⁵⁾

しかし、本条の適用に際しては、公務員が損害賠償責任から免責される要件について何ら規定されていないため、コモン・ローの下で認められてきた公務員の免責が本条の下でどの程度認められるかが解釈上問題となつてきた。そのため、一九六一年に連邦最高裁により下された *Monroe v. Pape* 判決⁽¹⁶⁾ が現れるまで、一九八三条が殆ど適用されることはなかつた。一九八三条による公務員個人責任の追及を一般的に肯定した本判決が、同条の射程距離を著しく拡大した画期的判決と称された。⁽¹⁶⁾ 本判決を契機として、一九八三条は、州公務員の殆ど全ての職務行為に適用可能となり、いわゆる一九八三条訴訟は飛躍的に増大するようになり、そして、州公務員の免責は、次第に縮小され、除去されていたのである。

一方、連邦最高裁は、一九六七年まで、裁判官が一九八三条の対象とされうるのかについて明確な判断を避けていたが、一九六七年の *Persan v. Ray* 事件で、裁判官の司法権の行使に関する絶対的免責を正面から肯定することとなつた。⁽¹⁷⁾ この事案の概要は、原告 *Persan* が、解放運動 (*Freedom ride*) に従事したことを理由に、公安条項違反と認定し、有罪判決を下した裁判官 *Ray* に対し、一九八三条に基づいて賠償を求める訴訟を提起したものである。連邦最高裁は、この判決の中で、裁判官の「誤りは上訴によつて是正されうるが、裁判の結果に不満を抱いた当事

者が裁判官に悪意又は腐敗があつたとして起こす訴訟に追い回されるかもしれないという恐れを裁判官に持たせてはいけない。そのような重荷を裁判官に課すことは、不安のない公平な意思決定には役立たず、脅迫に力を貸すものである」と述べて、裁判官の独立性という公益の観点から絶対的免責を認めたいと述べ、議会は、一九八三条の制定に際し、この免責法理を否定しようと意図しなかつたとして、一九八三条の下においても裁判官は絶対的免責を享有すると判示した。⁽¹⁴⁾連邦最高裁が、この時点で免責理由を確認した理由としては、まず、行政手続や刑事手続では、裁判官の関与を要件とする場合が増加したことにつれて、これらに不服のある当事者は、一九八三条を根拠に裁判官に対する損害賠償訴訟で自己の立場を主張しようとする事例も増加した。次に、下級審の裁判例が、免責の可否につき統一性を欠いていたため、判例間の統一をはかる必要が生じた。最後に、一九五一年の *Tenney v Brandhove* 事件で、連邦最高裁は、コモン・ローにおいて立法者に認められていた絶対的免責が、一九八三条の制定によつて否定されていまいとして、州議員の絶対的免責を許容する判断を示した。この理論を裁判官免責制度に転用することも可能であつたこと等が挙げられている。⁽¹⁵⁾このような判示からも明らかのように、判例は、立法者や裁判官のようにその判断が他からの影響を受けることなく、独立して行われるべきことが公益上特に重要な場合には、事後的な損害賠償請求訴訟の恐れから完全に解放されて独立した判断ができることを制度的に保障するために、絶対的免責を認めてきた。そして、一九八三条の規定も、不法行為法上の免責に関するコモン・ロー以来の一般原則を廃止するものではなく、むしろそれらと調和するように解釈されるべきであるとの考え方が判例により確立されるように至っている。⁽¹⁶⁾

裁判官の絶対的免責の制度は、本人や職位を保護するのではなく、司法の過程を適正に運営させることを目的とするものである。⁽¹⁷⁾そこで、裁判官の職務行為を裁判行為と司法行政行為とに分けて分析する「機能的考察

〔functional approach〕の基準を採用して、裁判官が司法行政に関わる行為をなした場合には、絶対的免責の対象となり得ず、一般公務員と同様な制限的免責 (qualified immunity) の対象になるとされる。¹⁵⁵ このような基準を適用する場合には、当然に裁判官以外の者でも司法的性情格を有する職務行為をなした場合には、絶対的免責を享有することができる。

b 一九八三条に基づく不法行為訴訟と州検察官の免責

このような視点から、検察官に対して一九八三条に基づく損害賠償請求訴訟も提起されたが、裁判官に準じた絶対的免責を認めるべきか、一般公務員と同じく制限的免責のみを認めるべきかについては、解釈上問題とされてきた。¹⁵⁶ 連邦最高裁は、一九七六年の *Imbler v. Pachtman* 事件で、検察官の訴追裁量に対し裁判官に準じた絶対的免責を認めた。¹⁵⁶ この判決の中で連邦最高裁は、「この絶対的免責は、確かに検察官の悪意の行為又は不誠実な行為によって自由を奪われた真の被害者でも検察官に対して民事的賠償を求めることはできないということになる。しかし、その代替案として検察官の免責に制限を加えることは、より大きな公益に反する。それは、刑事司法制度の適切な不可欠である活発で不安のない検察官の職務行使を妨げることになる。……共に不可避である二つの害悪の間の選択として、自らの職務を果たそうとする検察官を絶え間ない報復の不安にさらすよりも、不誠実な検察官によってなされた不法行為について損害賠償請求を認めない方が結局はましであると考えられる。」と判示し、その場合でも、検察官の不法行為を抑制するための刑事訴追及び懲戒手続の手段が確保されていることを強調した。¹⁵⁷ しかし、この *Imbler* 判決が検察官の絶対的免責を認めたのは、「公訴を提起し、訴訟において州（国）を代表する」という公訴官 (advocate) としての検察官の職務行為についてのみであり、行政官 (administrator) 又は捜査官

(investigative officer)としての検察官の職務行為については判断を留保したため、検察官の損害賠償責任を全面的に否定したものは考えられなかった。むしろ、その後の下級裁判例は、Imber判決の判示を手かがりにして、「問題とされている行為が刑事司法手続とどれだけ密接な関係にあるか」という基準から、検察官の職務行為を公訴官としての職務行為と行政官又は捜査官としての職務行為とに分けて「機能的考察」を行った結果、検察官の職務行為のうち公訴官としての職務行為については検察官の絶対的免責を認め、行政官又は捜査官としての職務行為については制限的免責のみを認めるという立場を取るようになり、連邦最高裁もそのような下級裁判例の考えを是認するに至っている。¹⁰⁰

前叙の如く、アメリカにおいては、主権免責の法理を放棄しても、国の不法行為責任法の基本原則が、政府は私人と同程度の不法行為を負うことで、私人の活動と同視されない活動についてまで、政府が全面的に不法行為責任を負うものではない。連邦不法行為請求権法の下でも、合衆国が明確に主権免責を放棄した範囲内で限定的に不法行為責任を負うに過ぎず、多数の責任阻却制度が広く認められているほか、判例上の適用除外も多く、権力的政府活動の一つとされた司法行為が殆ど免責されているのが特徴である。したがって、まさに指摘されたように、「全般に発達していると言えるアメリカ法の中で、政府の不法行為責任法の分野は、最も遅れているものの一つと言えるかもしれない」¹⁰¹のである。こうした法状況に対しては、さすがアメリカ国内でも、被害者救済の見地等から学説上様々な批判がなされている。¹⁰²

(注)

(一) 高田敏訳「オーストラリア連邦憲法」による。阿部照哉ほか編「世界の憲法集」(第二版)所収、有信堂(一九九八年)

一〇四頁。

- (2) 古崎慶長「国家賠償法」七二頁(有斐閣、昭和四七年)による。
- (3) 尹龍澤「大韓民国憲法」による。阿部照哉ほか・前掲注(1)二〇二頁。
- (4) 「大韓民国国家賠償法」による。法務大臣官房司法法制調査部職員監修「現代韓国六法」所収、ぎょうせい(昭和六三年)二五一頁。
- (5) 張有忠訳「中華民国憲法」による。張有忠翻訳・監修「中華民国六法全書」所収、日本評論社(一九九三年)一二頁。
- (6) 張有忠訳「中華民國国家賠償法」による。張有忠・前掲注(5)四九頁。
- (7) 古崎慶長・前掲注(2)二三頁による。
- (8) 胡建森「比較行政法・二〇国行政法評述」四四九頁(法律出版社、一九九八年)による。
- (9) 古崎慶長・前掲注(2)七七頁による。
- (10) 谷口安平ほか訳「注釈フランス新民事訴訟法典」所収、法務大臣官房司法法制調査部「法務資料」第四三四号四九九頁。
- (11) 阿部照哉訳「イタリア共和国憲法」による。阿部照哉ほか・前掲注(1)二二頁。以下、本稿で引用する当該法律は、すべてこの文献による。
- (12) 福島徳良夫訳「裁判上の職務の執行に当たって生じさせた損害の賠償及び裁判官の民事責任に関する法律」による。「外国の立法」二八巻六号(一六四号)二六四頁。以下、本稿で引用する当該法律は、すべてこの文献による。
- (13) 千田恵介訳「イタリア刑事訴訟法典」による。法務大臣官房司法法制調査部「法務資料」第四五七号。
- (14) 森下忠訳「イタリア刑法典」による。法務大臣官房司法法制調査部「法務資料」第四三三号。
- (15) 北村和生「フランス行政賠償責任における重過失責任(一)」法学論叢第二二七巻第四号六〇頁注18参照。
- (16) J・リウエロ著／兼子仁ほか編訳「フランス行政法」三〇四頁、東京大学出版会(一九八二年)参照。

- (17) ロジェ・ファール／＼若林安雄訳「フランス法における「裁判官の責任」」判例タイムズ四九九号六二頁。
- (18) 滝沢正「各国の国家補償法の歴史的展開と動向―フランス」西村宏一ほか編「国家補償法大系一・国家補償法の理論」五二頁、日本評論社（一九八七年）。
- (19) 阿部泰隆「国家補償法」四九頁、有斐閣（一九八八年）。
- (20) 西村宏一「裁判官の職務活動と国家賠償」判例タイムズ一五〇号八七頁。
- (21) 芝池義一「争訟の裁判と国家賠償責任」民商法雑誌八七卷五号七三八頁。
- (22) 村上敬一「争訟の裁判と国家賠償責任」最高裁判所判例解説・民事篇（昭和五七年度）二一六頁。
- (23) 常岡孝好「裁判官の職務行為と国家賠償責任」行政判例百選Ⅱ〔第四版〕三一頁参照。
- (24) 遠藤博也「国家補償法・上巻」一六九頁、二四四頁、青林書院新社（昭和五六年）。
- (25) 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、古崎慶長「無罪と国家賠償」判例タイムズ三七三号九頁、斉藤寿「国家賠償法第一条の解釈―松川国家賠償請求事件」川西誠ほか編「行政救済法」所収、成文堂（一九七六年）一五八頁、平井重信「不当公訴と被告人の救済」法律時報四七卷九号一五七頁、浅沼武「公務員による不法行為」法律時報二七卷一―号二三頁、田上富信「最新判例批評・一」判例評論二七六号四頁、長井円「無罪判決の確定と公訴の提起・追行の違法」法律のひろば三七卷一〇号九頁等。
- (26) 職務行為基準説をめぐる争点の詳細については、篠田省二「無罪判決の確定と訴追の違法性」西村宏一ほか編「国家補償法大系三・国家賠償法の判例」所収、日本評論社（一九八八年）一五九頁以下を参照されたい。
- (27) 原田尚彦「松川国家賠償請求事件」ジュリスト（No.四八二）昭和四五年度重要判例解説二八頁、藤谷正博「最新判例批評・87」判例評論二五九号一六頁、佐々木恭三「無罪判決と国家賠償」自由と正義三五卷一―号一八頁等。
- (28) 結果違法説をめぐる争点の詳細については、篠田省二・前掲注（26）一五九頁以下を参照されたい。
- (29) 藤谷正博・前掲注（27）一三頁、佐々木恭三・前掲注（27）。

- (30) 芝池義一「行政救済法講義」(第二版)二二七頁、有斐閣(二〇〇〇年)。
- (31) 村重慶一「冤罪者に対する賠償の法理」小田中聰樹ほか編「渡部保夫先生古稀記念論文集・誤判救済と刑事司法の課題」所収、日本評論社(二〇〇〇年)六四頁。
- (32) 宝金敏明「逮捕・勾留・起訴・有罪判決」村重慶一編「裁判実務大系一八巻」所収、青林書院(一九八七年)三四一頁以下。
- (33) 裁判官の職務行為に対する違法判断の基準としての違法性限定説の意義及び射程距離等については、宇賀克也「裁判官の職務行為と国家賠償」成田頼明「行政法の諸問題(中)」所収、有斐閣(一九九〇年)六五五頁以下に詳述するところを参照されたい。
- (34) 北村和生「検察官の公訴提起と国家賠償責任」行政判例百選Ⅱ「第四版」三三三頁、篠田省二・前掲注(26)一六一頁以下、村重慶一「公訴の提起・追行」ジュリスト(No九九三)七九頁以下参照。
- (35) 北村和生・前掲注(34)、篠田省二・前掲注(26)一六一頁以下、村重慶一・前掲注(34)参照。
- (36) 北村和生・前掲注(34)、篠田省二・前掲注(26)一六一頁以下、村重慶一・前掲注(34)参照。
- (37) 村重慶一・前掲注(34)参照。
- (38) 篠田省二・前掲注(26)一六一頁以下。
- (39) 八丈島老女殺し事件に関する東京地判昭和四四年三月一日判例時報五五一号三頁。ただし、職務行為基準説を採った東京高判昭和四六年一月二五日最高裁判所民事判例集二四巻四号四一九頁により取り消された。
- (40) 松川事件に関する東京地判昭和四四年四月二三日判例時報五五七号三頁、東京高判昭和四五年八月一日判例時報六〇〇号三二頁等。
- (41) 村重慶一・前掲注(34)、北村和生・前掲注(34)参照。
- (42) 西竺章「最新判例批評・5」判例評論四五五号三七頁。芝池義一・前掲注(30)。

(43) 千柄奉「行政庁の不作為と賠償責任」考試界一九九二年四月号、三六頁。なお、下在玉「韓国における国家賠償」東アジア行政法学会「東アジア行政法」創刊号、九二頁参照。

(44) ドイツ刑法は、裁判官の利益收受と取賄について、裁判官が、裁判上の行為を行ったこと又は将来行うことに対する反対給付として利益を要求し、約束させ、又は收受したときは、三年以下の自由刑又は罰金に処する(第三三一条二項)。そして、裁判官が、裁判上の行為を行ったか、又は将来これを行い、その結果として裁判上の義務に違反したこと、又は違反すると思料されることに対する反対給付として利益を要求し、約束させ、又は收受したときは、一年以上一〇年以下の自由刑に処し、比較的重くない場合においては、六月以上五年以下の自由刑に処する(第三三二条二項)旨を定めている。また、枉法裁判については、裁判官が、訴訟事件の指揮又は裁判に際し、当事者の利益又は不利益に法を曲げる罪を犯したときは、一年以上五年以下の自由刑に処する(第三三六条)と明記している。なお、官沢浩一訳「ドイツ刑法典」による(法務大臣官房司法法制調査部「法務資料」第四三九号)。

(45) Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II § 736, s.824.

(46) 司法院大法官書記処編集「司法院大法官解釈関係法令檢索(第二冊)」九四頁、釈字第一六二号解釈(一九七〇年四月二五日)参照。

(47) 刑法第一二四条は、「裁判の職務を有する公務員又は仲裁人が、法を曲げて裁判又は仲裁をしたときは、一年以上七年以下の懲役に処する。」と規定している。なお、張有忠訳「中華民国刑法」による。張有忠・前掲注(5)二七四頁。以下、本稿で引用する当該法律は、すべてこれによる。

(48) 刑法第一二五条は、「犯罪を訴追又は処罰する職務を有する公務員が、次に掲げる行為の一を犯したときは、一年以上七年以下の懲役に処する。①職権を濫用して逮捕又は監禁したとき。②供述を得ることを意図して暴行、脅迫をしたとき。③無罪の者であることを明らかに知りながら、訴追、処罰を受けさせ、又は有罪の者であることを明らかに知りながら、故なく訴追、処罰を受けさせないとき。」と定めている。

- (49) 刑法第一二七条は、「刑罰を執行する職務を有する公務員が、刑罰を違法に執行又は執行しないときは、五年以下の懲役に処する。また、執行すべきでない刑罰を過失によって執行したときは、一年以下の懲役、拘留又は三百元以下の罰金に処する。」と規定している。
- (50) 劉春堂「国家賠償法」三八頁、三民書局（一九八二年）。
- (51) 「国家賠償法草案条文與其他有關法律条文暨參考資料对照表」劉春堂「国家賠償法」附録五、二三五頁、三民書局（一九八二年）。
- (52) 劉宗徳「中華民國国家賠償法」名古屋大学法学論集八七号四一〇頁。
- (53) 司法院大法官書記処編集「司法院大法官解問關係法令檢索（第二冊）」一七二頁、釈字第二三八号解釈（一九八八年六月一七日）参照。
- (54) 飯塚重男ほか訳「イタリア民事訴訟法典」による（法務大臣官房司法法制調査部「法務資料」第四五五号）。
- (55) 国民投票の結果、有権者の六五・二%が投票し、その八〇・一%がこの民事訴訟法における諸規定の廃止に賛成したため、この規定は廃止されることになった。なお、福島徳良夫「イタリアの原発及び司法問題に関する国民投票——一九八七年一月実施」レファレンス第四五四号（一九八八年一月）二九頁参照。
- (56) 国賠法の制定当時には、違法責任説のほか、過失責任説や無過失責任説、過失責任を主幹とし、無過失責任を補充とする中間責任説、及び違法責任を主幹とし、著しい不当を補充とする混合責任説も主張された。まず、過失責任主義を主張する説は、国家機関公務員の官僚主義風を抑制して職務執行に対する責任感を強化させること、民事責任も過失責任主義を採っていること、現段階の中国では無過失責任主義を实行するための財政能力を備えていないこと、及び諸外国の国家賠償制度は一般的に過失責任主義を採用していることなどを理由としたのである。（張輝「建立我国行政損害賠償制度之幾個問題」法律科学一九九〇年第一号。伍再陽「行政侵權賠償責任二題」法学与实践一九九一年第二号。周宏「行政賠償責任之構成要件」理論學習月刊（福州）一九九一年第四号等）。

次いで、無過失責任主義を主張する説は、次のような理由を挙げている。第一に、行訴法に定める「人民法院は、行政事件の審理に当たり、具体的行政行為が合法であるか否かについて審査を行う」(第五条)、「行政処罰が著しく公正を失うとき、変更の判決をすることができる」(第五四条一項四号)、「行政機関は、損害賠償をした後、故意又は重大な過失のあった行政機関公務員に賠償費用の一部又は全部について負担を命じなければならない」といった規定から見れば、我が国の行政賠償責任は、具体的行政行為が違法か否か、又は「著しく公正を失する」か否かを客観的要件としており、故意・過失という主観的要件は、行政機関がその公務員に対して求償権を行使する場合にのみ要求されるに過ぎない。第二に、無過失責任主義は、憲法、民法に定める損害賠償の規定に合致している。憲法第四一条は「国家机关及びその勤務人員によって公民の権利を侵害され、そのために損害を受けた者は、法律の定めるところにより、賠償を受ける権利を有する。」と定めており、民法通則第一二一条は「国家机关及びその勤務人員は、職務の執行の過程において公民、法人の合法的權益を侵害した場合、民事責任を負わなければならない。」と定めている。これらの規定から見ても、故意・過失が賠償責任の発生要件として要求されていない。第三に、行政訴訟の当事者としての国家机关とその相手方がそもそも不平等の地位にあることに鑑みると、無過失責任主義は、公民、法人及びその他の組織の合法的權益を保護するために有利な方法である。第四に、国家が目下、違法な職務行為に基づく損害に対して賠償する財政能力を有するか否かの問題は、無過失責任主義を採らない理由とはならないし、なるべきでもない。第五に、無過失責任主義の採用は、世界各国における国家賠償立法の今後の発展方向とも言える。(王遠明「行政賠償責任原則之我見」法制日報一九八九年八月二三日付。張尚鷺主編「走出低谷的中国行政法学——中国行政法学综述与评価」五九五頁、中国政法大学出版社(一九九一年)。

さらに、過失責任主義を主幹とし、無過失責任主義を補充とする中間責任主義も主張された。すなわち、一般的には、過失責任の原則を適用するが、例外の場合には、つまり法律の明記する特殊な違法行為に対し、被告には故意・過失がなくとも、その賠償責任を負うべきであると見る見解である。例えば、郵政法第三三条により、領収書のある郵便物の紛失、毀損、中身の不足に対し、郵政部門が國務院の郵政主管部門の規定した方法に従って賠償し、又は救済措置を取らなければ

ばならない。すなわち、この場合に、郵政部門は、故意・過失がなくとも、その損害賠償の責任を負うことになる。(張樹義「衝突与選択—行政訴訟の理論与实践」二五五頁、時事出版社(一九九二年)。王克穩「論我国行政賠償的若干問題」法学天地一九九一年第二号。胡肖華「關於国家行政侵權損害賠償責任的構成与制限問題」湘潭大学学报(社会科学版)一九九二年第一号)。

また、違法責任を主幹とし、著しい不当を補完とする混合責任説は、「著しい不当」の概念には自由裁量権の濫用等の不当行為も含まれるので、違法責任原則を補足するものとすれば、違法責任原則の適用だけで救済されない損害も国家賠償を受けられるようになり、被害者の合法的權益を最大限に保障できるという主張であった。(羅彙才、袁曙宏「論我国国家賠償的原则」中国法学一九九一年第二号。劉嗣元「論我国国家賠償法的帰責原則」中国法学二〇〇〇年第二号)。

(57)「著しく公正を失する」行政処罰行為は、適法の範囲に属するものであるが、公平性・合理性を欠くものとして、国家賠償の対象となるべきか否かについて、賛否両論がある。私見としては賛成論に同調する。というのは、公民の合法的權益が「著しく公正を失する」具体的行政行為によつて侵害された場合にも、同じく司法救済を受ける権利が与えられることは、まず公民の合法的權益の保護という行訴法の趣旨、国家機関の法による職権行使の促進という国賠法の趣旨に合致している。また、日本の国賠法における「違法性」の要件に関する解釈を見ても、それを「厳密な法律違反を指すのではなく、当該行為が法律、慣習、条理ないし健全な社会通念に照らし客観的に正当性を欠くことをも包含するもの」と解するのが定説である。この法理に立つて考えれば、著しく正当性を欠くものとも言える「著しく公正を失する」行政処罰行為を国家賠償の対象とするのが妥当であろう。

(58) 応松年・馬懷徳「国家賠償法探索」中国法学一九九一年第五号。応松年・馬懷徳著／皇甫景山訳「国家賠償についての立法の探索」亜細亜法学二八卷一号一四四頁(一九九三年七月)。肖恂「論国家賠償立法的幾個基本觀點」中国法学一九九四年第四号。薛剛凌「国家賠償法教程」四八頁、中国政法大学出版社(一九九八年)。

(59) 劉嗣元「論我国国家賠償法的帰責原則」中国法学二〇〇〇年第二号。肖恂「中華人民共和国国家賠償法的理論与实践

指南」九〇頁、中国民主法制出版社（一九九四年）。

(60) 必松年主編「国家賠償法研究」八四頁、法律出版社（一九九五年）。馬懷徳「国家賠償法の理論と実務」九八頁、中国法制出版社（一九九四年）。薛剛凌・前掲注（44）四九頁以下。皮純協・馮軍「国家賠償法釈論」九四頁、中国法制出版社（一九九五年）。

(61) 薛剛凌・前掲注（58）二一七頁以下。

(62) 薛剛凌・前掲注（58）二一八頁。

(63) コンセイユ・デタは、共和暦八年霜月二三日（一七九九年一月二三日）憲法第五二条に条に基づいて創設されたものである。当該憲法第五二条は、「元首（Consul）の指導の下に、コンセイユ・デタは法律案及び行政立法案を起草し、かつ行政上の争訟を裁判する。」と規定し、共和暦八年雪月五日（一七九九年二月二五日）規則はコンセイユ・デタの組織及び権限を定めた。しかし、一九世紀半ばに至るまで、コンセイユ・デタは行政争訟について名義上、国家元首に争訟の解決に関する意見を具申し、これにより、国家元首が裁判を行うという留保裁判制（*justice retenue*）を採っていた。留保裁判制度は、単に行政官裁判の方式を改良しながら存続させたものであるため、行政権の手に留保された領域において人民の権利保護に当たるべき行政裁判機関としてはなお不備不完全なものであった。その後、一八七二年五月二四日の法律により、留保裁判が否定され、コンセイユ・デタにも、あらゆる裁判所と同様に「フランス人民の名において」自ら裁判する権限を認める委任裁判制（*justice déléguée*）が確立されると同時に、行政裁判所と司法裁判所の間で生ずる管轄権限の争議を解決するための最高裁判機関として、それぞれ同数のコンセイユ・デタ評定官（*conseiller d'Etat*）及び破毀院判事（*conseiller*）から構成され、司法大臣が裁判長を務める権限裁判所（*Tribunal des conflits*）も設置されることになった。

(64) コンセイユ・デタの組織と権限等につき詳しくは、高世三郎・西川知一郎「フランスにおける行政裁判制度の研究」司法研究報告書第四九輯第一号、アンドレ・ルー「第三章・行政裁判」、小島武司ほか編「フランスの裁判法制」一一三

頁以下、中央大学出版部(一九九一年)等を参照されたい。

(65) このデクレ(décret)という法形式は、いわば法律の低位にある行政的な命令である。一九五八年以降の旧民訴法の改正は、憲法上の規定に基づき、法律ではなく、デクレによって行われることが多い。

(66) 最高裁判所事務総局行政局監修「欧米諸国の行政裁判法制について」七九頁以下、法曹会(平成八年)。高世三郎ほか・前掲注(64)一二五頁。

(67) フランスにおいては、国家賠償責任(responsabilité de l'Etat)という表現がむしろ行政以外の立法作用や司法作用に対する責任のような特殊な事例を示す際に用いられることが多い。日本の国家補償に相当する概念は、フランスにおいて行政賠償責任(responsabilité administrative)という語が使われることが多い。この点について、滝沢正・前掲注(18)一二頁、一七頁注一参照。なお、本稿では、行政上の損害賠償責任を指すときに行政賠償責任を、司法上の損害賠償責任を指すときに国家賠償責任を使い分けることにしたい。

(68) 滝沢正ほか「研究会・日本の国家賠償法制の特色」ジュリスト(No九九三)一四頁。

(69) ロジェ・ファール・前掲注(17)五六頁。

(70) 古崎慶長「国家賠償法」四一頁以下、有斐閣(昭和四七年)。

(71) ロジェ・ファール・前掲注(17)五六頁以下。

(72) 職務の行使において犯された個人的な過失は、公役務から分離され得る過失をいう。したがって、個人過失と職務過失の区別よりも、「職務行使と可分の過失」と「職務行使と不可分の過失」の区別の方が用語として適切であるとの指摘がある。(Marcel Waline, Droit administratif, 8e éd, p.655.)

(73) 野村敬造「フランス憲法・行政法概論」三七二頁、有信堂(昭和三七年)。

(74) 石川良雄「フランスの司法制度」司法研究報告書第一三輯第二号一四一頁。

(75) 裁判官相手取り訴訟は、その起源を遠くローマ法ないしゲルマン法に発し、フランス封建時代にその形を整えたもの

である。すなわち、フランス封建時代の裁判は領主による一審制を原則としていたが、例外は、裁判拒絶と不当裁判を争う場合には、上訴が認められた。そして、裁判官相手取り訴訟は、後者の系列に属するものとして発展したのである。不当裁判に対する上訴方法は、原判決に対する上訴ではなく、原審裁判官に対する不服申立方法であった。すなわち、訴訟人は、原判決を下した裁判官を相手に、その不正を鳴らし、当該裁判官に裁判上の決闘を挑むことにより、原判決を破ろうとしたのである。原審裁判官は、武器をもって、自分の下した原判決を防御しなければならなかった。そして結局は、決闘が原判決の是非を定めるといふ形をとったのである。この不当裁判に対する上訴が、裁判官相手取り訴訟の起源とされている。後に控訴制度が認められるようになるが、この裁判官責任追及の訴えは、例外的ながら存続することになった。そして一六六七年の命令により、旧民事訴訟法の中に採用されたのである。(松田勝義「裁判官の国家賠償責任」法学教室第二期七号ジュリスト別冊(昭和五〇年)七〇頁参照。江藤价泰「裁判官相手取り訴訟の形成過程」『野田良之先生古稀記念・東西法文化の比較と交流』(昭和五八年)所収、六六一頁以下参照。

(76) 松田勝義・前掲注(75)参照。

(77) Jacques Normand, Georges Wiederkehr, and Yvon Desdres, *Nouveau Code de Procedure Civile*, Dalloz, 1993, p.759.

(78) 一六六七年二月七日のデクレにより、裁判官の行為が意思的義務違反と、非意思的義務違反の二つに区別され、前者のみが裁判官相手取り訴訟の対象となる。また、この訴訟を利用する者は、その裁判官の管区における最高裁判所の明白な許可を必要とされるなど、手続上多くの制限が設けられたのである。

(79) ロジェ・ファープ・前掲注(17)六一頁以下。

(80) 野村敬造・前掲注(73)三八九頁。

(81) ロジェ・ファープ・前掲注(17)六三頁による。

(82) 裁判の拒否については、司法権の行使に対する妨害行為として、以前から罰金による刑事上の処罰が存在していた。

刑法第四三四―七一条により、司法官、その他すべての司法機関又は行政機関の職にある者が、請求を受けながら裁判を拒み、かつ、上級者から警告又は命令を受けながら拒否を続ける行為は、五〇、〇〇〇フランの罰金及び五年以上二〇年以下の公職活動の禁止で罰せられることになっている。なお、新倉修ほか訳「フランス刑法典」(改訂版)による(法務大臣官房司法法制調査部「法務資料」第四五二号)。

(83) 一八九六年に制定され一九〇〇年に施行された民法は、国又は公共団体の賠償責任を同法施行法の規定に任せることにした。そこで、民法施行法第七七条は「公務員がその職務に属する公権力を行使するに当たつて加えた損害に対する国、市町村またはその他の公共団体の責任に関するラント法の規定、及び国または公共団体が責任を負担する限りにおいて、公務員に対し損害賠償を請求する被害者の権利を排除するラント法の規定は、影響を受けない」と定めたのである。なお、古崎慶長・前掲注(2)二三頁による。

(84) 雄川一郎「国家賠償法について」雄川一郎論文集第一巻・行政の法理」所収、有斐閣(昭和六一年)二五六頁。

(85) 一九一〇年ライヒ国家責任法第一条は、「公務員が、自己に委ねられた公権力を行使するに当たり、故意または過失により、第三者に対して負う職務義務に違反したときは、民法八三九条に規定された責任は、公務員に代わつて国が代位する。」と定めたのである。なお、古崎慶長・前掲注(2)二三頁による。

(86) ワイマール憲法第一三一条は「公務員が、自己に委託された公権力の行使に当たり、第三者に対して負う職務上の義務に違反するときは、その公務員を使用する国又は公共団体が原則として責任を負う。」と定めたのである。なお、古崎慶長・前掲注(2)二四頁による。

(87) 一九九〇年一〇月三日の東西ドイツの統一後、旧東独(旧ドイツ民主共和国)地域にも、ドイツ連邦共和国基本法が行われることとなっている。

(88) 永田秀樹訳「ドイツ連邦共和国基本法」による。阿部照哉ほか・前掲注(1)二五五頁。

(89) プロドロモス・タクトクローウ／阿部泰隆訳「西ドイツ国家責任法の改革について」自治研究五一巻七号四頁。

- (90) 團部逸夫監修・西壁章著「注解法律学全集七・国家賠償法」一七頁、青林書院（一九九七年）。
- (91) 本法制定の経緯について詳しくは、宇賀克也「一九八一年国家責任法の違憲訴訟」同氏「国家責任法の分析」所収、有斐閣（昭和六三年）二二七頁以下参照されたい。
- (92) ドイツ研究会「西ドイツ国家責任法」による。「外国の立法」二二巻六号（二二二号）二四七頁。以下、本稿で引用する当該法律は、すべてこの文献による。
- (93) 團部逸夫監修・西壁章著・前掲注（90）。
- (94) 石川明「判決裁判官特権というもの」判例タイムズ五〇一号五五頁。
- (95) Bonk, Zum neuen Staatshaftungsgesetz, DVBl 1981, s.810. なお、宇賀克也「一九八一年国家責任法」同氏「国家責任法の分析」所収、有斐閣（昭和六三年）二二七頁参照。
- (96) Papier, Das neue Staatshaftungsrecht, NJW 1981, s.232f. なお、宇賀克也・前掲注（85）二二八頁参照。
- (97) 下山瑛二訳「国王訴訟手続法、一九四七年」による。下山瑛二「国の不法行為責任の研究—イギリス法を中心として—」所収、有斐閣（昭和三三年）二五五頁。
- (98) 西迪雄「司法免責権—英法におけるJudicial Immunityをめぐって—」兼子博士還暦記念・裁判法の諸問題（上）所収、有斐閣（昭和四四年）一一四、一一三頁。
- (99) 下山瑛二・前掲注（97）一〇三頁。木村実「各国の国家賠償法の歴史的展開と動向—イギリス」西村宏一ほか編「国家補償法大系—国家補償法の理論」九九頁、日本評論社（一九八七年）。
- (100) 西迪雄・前掲注（98）一一三頁。
- (101) 山田恒久「裁判官の国家賠償責任に関する一考察」慶応義塾大学大学院法学研究科論文集一八号三七頁参照。西迪雄・前掲注（98）一一四頁以下。
- (102) 西迪雄・前掲注（98）一一六頁以下参照。

- (103) 下山瑛二・前掲注(99)一〇〇頁以下。
- (104) 山田恒久・前掲注(101)三八頁。
- (105) 山田恒久・前掲注(101)三八頁参照。西迪雄・前掲注(98)一二二頁以下。
- (106) Everatt v. Griffiths [一九二二] 1 A.C. 631. なお、劉宗徳「イギリス国家責任法の一考察(1)」名古屋大学法政論集一〇四号(一九八五年)八一頁、一〇五頁以下参照。
- (107) 劉宗徳・前掲注(106)一〇五頁。
- (108) 桜田勝義・前掲注(75)七二頁参照。
- (109) 宇賀克也「アメリカ国家責任法の分析」同「国家責任法の分析」所収、有斐閣(昭和六三年)三〇三頁参照。
- (110) 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」西村宏一ほか編「国家補償法大系1・国家補償法の理論」一三三頁、日本評論社(一九八七年)参照。
- (111) 宇賀克也「アメリカ行政法」三九頁以下、弘文堂(一九八八年)。
- (112) 須藤典明訳「連邦不法行為請求権法」による。司法研修所論集八四号(一九九〇—II)所収、八五頁。
- (113) 以下の叙述については、片岡弘「アメリカ合衆国連邦裁判所における検察関係損害賠償請求訴訟について」判例タイムズ七〇〇号一九頁以下参照。
- (114) 346 U.S. 15 (一九五三)。
- (115) *Id.* at 36.
- (116) *Id.* at 42.
- (117) 以上の叙述については、片岡弘・前掲注(113)二〇頁参照。
- (118) Note, The Fourth Amendment Exclusionary Rule: Past, Present, No future, 12 Am. Crim. L. Rev. 507, 532—533 (1975). なお、片岡弘・前掲注(113)二二頁参照。

- (119) Pub.L. 93-1253, § 2, 88Stat. 50 (1974).
- (120) *Pooler v. United States*, 787 F.2d 868, 872 (3d Cir. 1986); *Ames v. United States*, 600 F.2d 183, 185 n.3 (8th Cir. 1979). なお、片岡弘・前掲注(113) 二二三頁参照。
- (121) 宇賀克也・前掲注(109) 三〇九頁。
- (122) 裁判官に対する民事上の免責は、イギリスにおいて古くから認められていた制度である。この制度の当初の目的は、コモン・ローの裁判所を他の裁判所の干渉から保護しようとするものであったため、コモン・ロー裁判所自身が下した判例法により認められていた。しかし、裁判機構が統一されるにつれて、この免責が全ての裁判官に認められるようになる。そこで、この免責制度の目的も、裁判官の独立に求められるようになった。なお、田村泰俊「公務員不法行為責任の研究」三三六頁以下、信山社(平成七年)参照。
- (123) 植村栄治・前掲注(110) 一四七頁参照。
- (124) 80 U.S. (13 Wall.) 335 (1871)。この事案の概要は、リンカーン大統領暗殺事件の刑事裁判において、弁護士Bradleyが担当裁判官Fisherに対して脅迫的な言葉を浴びせたとして、コロンビア地区刑事裁判所における弁護士活動のための登録を同裁判官の命令により抹消されたので、Bradleyが同裁判官に対して損害賠償を請求したものである。連邦最高裁は、同判決において裁判官はその司法上の行為につきたとえ悪意や取賄等があっても賠償責任を負わないとして、同裁判官の賠償責任を否定した。なお、植村栄治「米国公務員の不法行為責任」四一頁以下、有斐閣(一九九一年)参照。
- (125) 宇賀克也・前掲注(109) 三三二頁参照。
- (126) 275 U.S. 503 (1927)。この事案は次の通りである。合衆国海運委員会のコミッションナーであったGoffは、司法長官特別補佐官に任命されたが、その後、連邦特別検事補で海運会社社長でもあったYaseliを同海運委員会からの汽船買取りに際し欺罔行為をなした容疑で起訴したものの、裁判官の指示に基づく無罪判決がなされて当該刑事事件は終了した。そこで、YaseliはGoffに対して悪意ある訴追を理由とする損害賠償請求をした。一九二六年に、連邦高等裁判所は、検察官

の免責に関する諸州の判例を検討した後、検察官の訴追行為に絶対的免責を与えるべきであると判示した。(125F.2d396 [2dCir.1926])。一九二七年の連邦最高裁の判決も、連邦高裁の判決に対する上告を退け、検察官の訴追行為に対する絶対的免責を認めた。なお、植村栄治・前掲注(124)六二頁以下参照。

(127) *Bivens v. Six Unknown Named Agents of the Federal Bureau of Narcotics*, 276F.Supp.12 (E.D.N.Y.1967).

(128) *Bivens v. Six Unknown Named Agents of the Federal Bureau of Narcotics*, 409F.2d 718 (2dCir.1969).

(129) *Bivens v. Six Unknown Named Agents of the Federal Bureau of Narcotics*, 403 U.S.388 (1971). *Bivens* 憲訴訟につき詳しくは、植村栄治・前掲注(124)一〇六頁以下、宇賀克也・前掲注(109)三二七頁以下を参照されたい。

(130) 438 U.S. 478 (1978). この事件は、法令に定められた財務状態を満たしていないと思われた商品先物取引業者に対して、農務省当局が懲戒のための行政手続を進めたところ、取引業者がこれに対抗して、被告らは原告に対し適切な事前通知をせず適正手続の保障を侵害したこと、原告による批判キャンペーンをやめさせようとして修正一条の保障する表現の自由を侵害したこと等を主張して、農務省の長官、長官補、法務局長、主任聴聞審査官、商品取引局職員、法務官、検査官らを相手取って損害賠償を求めたものである。第一審の連邦地裁は、原告の請求を退けたが、第二審の連邦高裁は、憲法違反について、一九八三条が適用され限定的免責しか認められない州公務員と同様な免責を連邦公務員である被告全員にも与えるべきであると判示して、破棄差戻しの判決を下した。(Economou v. U.S. Department of Agriculture, 535F.2d 688 (2d Cir.1976). 連邦最高裁は、第二審判決を取り消し、事件を連邦高裁に差戻したのである。なお、植村栄治・前掲注(124)一一五頁以下参照。

(131) 植村栄治・前掲注(124)一一六頁以下、前掲注(110)一四八頁参照。

(132) 植村栄治・前掲注(124)一一六頁以下参照。

(133) 植村栄治・前掲注(110)一五四頁注(63)参照。

(134) E. ゲルホーン、R. レヴィン著／大浜啓吉・常岡孝好訳「現代アメリカ行政法」二九三頁、木鐸社（一九九六年）。

(135) *Barr v. Matteo*, 360 U.S.564 (1959). この事件は、連邦の Acting Director of the Office of Rent Stabilization のなしたプレスリリースが名誉毀損に当たるとして部下の職員に訴えられたものであるが、連邦最高裁の判決は、プレスリリースは裁量内の行為であり、たとえ悪意があったとしても免責されると判示した。

(136) 植村栄治・前掲注(124) 九六一—一〇一頁参照。

(137) *Westfall v. Myrwin*, 484 U.S.292 (1988). この事案は、アラバマ州にある陸軍兵站部の倉庫係として勤務する文官が、倉庫内に置かれた袋から有毒物質が漏れ受傷したとして同兵站部の監督責任者三名を相手取り賠償請求をしたものである。第一審判決は、連邦公務員である被告の行為がその職権の範囲内のものでして絶対的免責を受けるべく賠償請求を退けたが、第二審判決は、絶対的免責を認めるためには被告の行為が裁量的なものでなければならずと判示して第一審判決を破棄した。連邦最高裁の判決は、第二審判決を支持したものである。

(138) 植村栄治・前掲注(124) 一〇一頁以下参照。

(139) 植村栄治・前掲注(124) 一〇三頁以下参照。

(140) 「連邦公務員責任の改革と不法行為補償に関する一九八八年の法律」第二条 a 項(7)による。

(141) *Pub.L.No.100-694, 102 Stat.4562 (1989)*.

(142) 植村栄治・前掲注(124) 一〇三頁以下参照。

(143) ただし、一九八三条の「人」という文言には州政府は含まれないと解されること、及び合衆国憲法修正第一条は私人を原告として州を被告とする事件には連邦の司法権は及ばないと定めているから、本条に基づいて州政府を相手として損害賠償を請求することはできないとされている。(Williford v. California, 352 F.2 d474 (9th Cir.1965)). なお、片岡弘・前掲注(113) 二三頁参照。

(144) 365 U.S.167 (1961). この事件は、殺人事件の捜査をしていたシカゴ市の警察官が、令状なしに黑人 Monroe の家に押し入り家宅捜査をした後、彼を警察に連行して一〇時間ほど取り調べた後に釈放した事件である。Monroe 夫妻と子が原

告となつて警察官とシカゴ市を相手取り、一九八三条に基づいて賠償を求める訴訟を提起したものである。第一審の連邦地裁は、原告の請求を退け、第二審の連邦最高裁も一審判決を支持したが、連邦最高裁は、本件について一九八三条の適用を認め、原判決を破棄したのである。

(145) 宇賀克也・前掲注(109) 三三七頁参照。

(146) その理由については、一般公務員も裁量権を理由に絶対的免責が認められたその当時には、裁判官の職務行為の大部分が裁量事項であるため、特にこの問題につき判示する必要がなかったこと、違憲行為を一般の法令違反と區別して考えようという発想はまだ考えられていなかったこと、裁判所は、訴訟事項について規則制定権を有する。そこで、判決という形式で判決手続その他の基準設定をなす必要はないこと等が挙げられている。なお、田村泰俊・前掲注(122) 三三六頁以下参照。

(147) 386U.S.547 (1967)。

(148) 片岡弘・前掲注(113) 二三頁以下参照。

(149) 341U.S.365 (1951)。連邦最高裁は、州議会議員の立法行為に対して提起された一九八三条に基づく損害賠償請求訴訟について、コモン・ローで認められていた絶対的免責を適用して、訴えを却下したのである。

(150) 田村泰俊・前掲注(122) 三三六頁以下参照。

(151) 片岡弘・前掲注(113) 二四頁参照。

(152) *Donavan v. Reinbold*, 433F.2d 738, 743 (9th Cir.1970)。

(153) 田村泰俊・前掲注(122) 三四七頁以下参照。

(154) 裁判官免責制度の限定については、訴訟費用、差止命令及び令状発付等が絶対的免責の対象とはならないとされている。詳しくは、田村泰俊・前掲注(122) 三四一頁以下を参照されたい。

(155) 一九八三条に基づく訴訟において被告たる州公務員に付与される免責は、裁判官、検察官、議員等の場合には絶対的

免責であるが、それ以外の裁量的権限を有する行政機関の公務員の場合には限定的免責である。この法理が確立されたのは、一九七四年の *Scheuer v. Rhodes* 事件 (416 U.S.232 [1974]) である。

(156) 424 U.S.409 (1976). この事件は、強盗殺人事件で死刑判決を宣告されたが、後に新証拠が発見されたとして人身保護令状により釈放を認められた *Inbler* が、裁判当時の検察官等を相手に一九八三条に基づいて損害賠償を請求したものであった。具体的な争点は、証人による虚偽の証言の許容、証拠隠し、不十分な証拠の提出及び無実の証拠の存在にもかかわらず、公判請求をなしたというものであった。連邦地方裁判所は、検察官の絶対的免責を理由に請求を却下し、連邦控訴裁判所もその判断を支持した。Inbler は検察官には制限的免責のみが認められるべきであると主張して上告したが、連邦最高裁は、下級審の判断を支持し、主に次の三つの理由から、検察官の公訴提起及び公訴遂行行為について絶対的免責を認めた。まず、もし検察官に制限的免責をしか認められないとすれば、検察官は潜在的な民事責任を恐れて公訴提起に消極的になり、ひいては検察官に対する公共の信頼を失ってしまう。次に、検察官が損害賠償請求訴訟に頻繁に応訴させられることになれば、法律で要求された本来の職務に専念できなくなる。最後に、検察官が証拠に対して少しでも疑いを抱けば、民事責任を考慮して公判に提出できなくなり、当事者主義の精神に反し真実の発見を妨げる。このように、公益実現のために検察官の職務の独立性が不可欠であるとして、裁判官に認められた免責と同じ内容の絶対的免責を検察官にも認めたのである。なお、片岡弘・前掲注 (113) 二四頁以下参照。

(157) 424 U.S.427-429 (1976).

(158) *Id.* at 430.

(159) 検察官の各種の職務行為について絶対的免責もしくは制限的免責が認められる具体的な事例及びその分類につき詳しくは、田村泰俊・前掲注 (122) 三四九頁以下を参照されたい。

(160) *Harlow v. Fitzgerald*, 457 U.S.800,811 (1982). 連邦最高裁は、「限定的免責の要件について、この判決で「合理的な人間なら知っていたはずの明白に確立された制定法上または憲法上の権利」を侵害しない限り、裁量的職務を遂行する公

務員は、限定的免責を受けて賠償責任を負わない旨を判示し、誠実や善意等の主観的要素を考慮しないで、公務員の行為の客観的合理性は、明白に確立された法に照らして判断すべきであるという客観的要素を重視する態度を示した。なお、植村栄治・前掲注（124）一一八頁以下。

（161）岩渕正紀「アメリカにおける政府の不法行為責任と裁量免責の法理（四・完）」判例時報七七九号三頁。

（162）阿部泰隆・前掲注（19）二五頁。須藤典明・前掲注（112）八三頁。

付記

本稿は、平成十二年度～十四年度科学研究費助成金（基盤研究（C）（2）一般）による研究成果の一部である。