

平成28年（ワ）第571号、887号 安保法制違憲国家賠償請求事件

原告ら 吉岡康祐、加百智津子及び内藤秀之ほか（計570名）

被告 国

準備書面（5）

（国家賠償法上の違法性の判断基準について——被告第1準備書面に対する反論）

2017年11月 日

岡山地方裁判所民事第2部合議係 御中

原告ら訴訟代理人弁護士 河原昭文

同 金馬健二

同 清水善朗

同 河田英正

目次

| | |
|--|----|
| 〈国家賠償法上の違法性の判断基準について〉 | 3 |
| 1 総説 | 3 |
| (1) 被告の主張 | 3 |
| (2) 原告の基本的立場 | 3 |
| 2 職務行為基準説について | 6 |
| (1) 被告の主張 | 6 |
| (2) 国賠法上の違法性は厳密な行政法規違反に限定されるものではないこと | 7 |
| (3) 判例も国賠法1条の違法性を判断する際に相関関係を考慮していること | 9 |
| (4) 国賠法1条の違法性判断に当たり相関関係論を採用している判例 | 15 |
| (5) 国賠法2条の違法性判断においても相関関係論が採用されている | 18 |
| 3 立法不法行為の場面での違法性判断 | 19 |
| 4 結語 | 21 |

〈 国家賠償法上の違法性の判断基準について〉

1 総説

(1) 被告の主張

被告は、国家賠償法（以下、国賠法という）1条1項の違法性に関する原告の立場について誤解しているようであるので、まずこの点を正しておきたい。

被告は、被告第1準備書面の「1 国賠法上の違法性は、侵害行為の態様・程度と被侵害利益の種類・内容との相関関係において判断されるものではないこと」において、最高裁判所昭和60年11月21日第一小法廷判決・民集39巻7号1512頁以降の判例は「職務行為基準説」を採用しており、国賠法上の違法性は、権利ないし法律利益の侵害を前提として、公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違反したか否かにより判断される、などと主張している。その上で、国賠法1条1項の違法性について、侵害行為の態様・程度と被侵害利益の種類・内容との相関関係において違法性が判断されるとする原告らの主張を失当であると論難する（上記準備書面1参照）。

しかし、これは「職務行為基準説」の概念を誤解し、かつ、判例実務が採用している国賠法の違法性判断の基本的な理解を誤るものである。以下、これらの理由について論ずる（なお、引用した判例等の下線は引用者による）。

(2) 原告の基本的立場

原告らも「職務行為基準説」を前提としている。そのことと、国賠法の違法性判断において侵害行為の態様・程度と被侵害利益の種類・内容との相関関係において違法性が判断されると考えること（以下、相関関係論と呼ぶ）は相容れないものではない。その理由を述べる前に、国賠法の違法性に関する原告らの基本的な立場を確認し、新安保法制法制定行為が国賠法上の違法にあたるとする主張を確認しておく。

ア 原告らが職務行為基準説を前提にしていること

原告らの立場は次のとおりである。すなわち、「これまでの判例は、具体的な公権力の行使について国賠法1条1項にいう違法性があったか否かは、当該公権力の行使について、公権力の主体がその行使に際して遵守すべき行為規範又は職務義務に違反したか否かという基準によって判断され、このような義務に違反した場合に限って、当該公権力の行使に国家賠償法1条1項にいう違法性があると解すべきとする立場（いわゆる職務行為基準説）に立ってきたと思われる。最高裁大法廷平成27年12月16日判決（平成25年（オ）第1079号同27年12月16日最高裁大法廷判決・民集69巻8号2427頁、判例時報2284号20頁 以下では「平成27年判決」という。）においても、この考え方が維持されている。この基準を肯定した上で、国会議員による新安保法制法の立法行為が、国家賠償法1条1項の違法と判断されるか否かは、各国会議員の新安保法制法の立法過程における行動が遵守すべき行為規範又は原告らに対して負う職務上の法的義務に違反したかどうかによることになる、ということである。

このように、原告らも国賠法1条1項の「違法性」の判断基準については「職務行為基準説」の立場に依拠しており、何らこれを否定するものではない。その上で、新安保法制法を制定した被告の行為は国賠法上の違法の判断を免れないと主張するものである。

すなわち憲法9条1項では、「日本国民は、正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求し、国権の発動たる戦争と、武力による威嚇又は武力の行使は、国際紛争を解決する手段としては、永久にこれを放棄する」としている。しかし、こうした憲法上の規定に反して、2014年7月1日閣議決定では、「憲法の下で許容される『武力行使』」などという、「憲法の一義的な文言に違反」する判断がなされた。そして、そうした憲法違反の閣議決定の内容を具体化するものとして、2015年9月に「新安保法

制法」が制定されたのである。

新安保法制法は日本が直接武力攻撃を受けていないにも拘らず、「国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底から覆される明白な危険」などとの口実を設け、自衛隊の海外での武力行使を可能にする法制となっている。改正PKO法や国際平和支援法に至っては、日本(人)の平和と安全のためですらないのに、世界中での武力行使を認める法制となっている。このように、世界中での武力行使を可能にする「新安保法制法」は、「武力による威嚇」、「武力の行使」、「戦争」を一切禁止した憲法9条に反することは明白である。

つまり、平成27年判決(注.再婚禁止期間違憲判決、末尾説明)で示された、「憲法の規定に違反するものであることが明白である」場合という判断枠組みに照らすならば、国会議員による新安保法制法の制定行為は、憲法9条の規定に違反するものであることが明白であり、先と同様に「憲法尊重擁護義務」に違反して法律を成立させたものであり、これは明確な「職務上の法的義務違反」を犯したことになる。

さらに、新安保法制法の制定過程をみても、歴代政府がとってきた憲法解釈を十分な説明もなく覆し、国民が納得するような立法事実を提示しての十分な審議もなされず、新安保法制法を強引に成立させたものであり、こうした行為は、明らかに国会議員として遵守すべき行為規範に違反し、憲法尊重擁護義務を負う国会議員の明確な「職務上の法的義務違反」であるといわざるをえない。これらは、内閣構成員である国務大臣の国会答弁などの行為にも該当する。

以上のように原告らは、職務行為基準説を前提にしながら、各国会議員および国務大臣の新安保法制法の立法過程における行動が、遵守すべき行為規範又は原告らに対して負う職務上の法的義務に違反したものであるから、国賠法上の違法性を認定できると主張するものである。

イ 被告による重大な権利・利益の侵害について

被告は、原告らの「平和的生存権」、「人格権」、「憲法決定・改正権」に対する重大な権利侵害を行った。被告は、原告が主張する平和的生存権、人格権及び憲法改正・決定権という権利自体が、そもそも法的保護の対象となる権利・利益ではないと主張するもののようにあるが、本件においてこれらの権利・利益の侵害が違法なものであるかどうかは、上述した侵害行為の態様・程度と相関関係において判断されるべきものであり、ア・プリアリに原告主張の権利・利益に値しないという立論は成り立たない。このことは、原告準備書面（１）（（本件権利侵害の基本構造と答弁書の対応の誤り）３８頁以下）でも主張しているが、この原告らの主張は、国賠法１条１項の違法性判断に関する最高裁判所の「職務行為基準説」を前提とした上で、個別の国民に対する「権利ないし法的利益の侵害」の判断に関して述べたものである。

以上のように、原告らも「職務行為基準説」を前提として議論を展開しているところ、各国会議員および国務大臣は憲法違反の新安保法制法を成立させるという「職務上の法的義務違反」を犯したこと、そして国民の「平和的生存権」、「人格権」、「憲法改正・決定権」を極めて重大な程度まで侵害したものである以上、国賠法１条１項違反であることは明らかである。

２ 職務行為基準説について

（１）被告の主張

次に、被告は、被告準備書面（１）６～７頁において、民法上の不法行為においてはいわゆる相関関係説が一般的に妥当していると言われていたのに対して、公権力の行使は、国民の権利に対する侵害を内包することが多く、いかに被侵害利益が強固なものであっても、法の定める一定の要件と手続の

遵守の下でその侵害が行われたものである限り、これをもって違法とされるものではないし、また、侵害行為の態様から、国賠法上の権利ないし法的利益の侵害が基礎づけられるというものでもない、すなわち、国賠法1条1項の違法は、民法上の違法の徴憑である被害者の生命、財産等の権利、利益に対する侵害の観点ではなく、それに関与した公務員の行為が当該公務員に命じられた職務義務に違反するか否かが問われることになるのであると主張している。そうした理解のもとに、国賠法上の違法性判断は、個別の国民の権利ないし法的利益の侵害が存在することを前提とした上で、公務員が当該個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違反したか否かにより判断されるものであり、侵害行為の態様・程度と被侵害利益の種類・内容との相関関係において違法性が判断されるとする原告らの主張を失当であると批判している。

そこでまず、判例の職務行為基準説をどのように理解するべきかについて論じる。

(2) 国賠法上の違法性は厳密な行政法規違反に限定されるものではないこと

国賠法の制定に関与された田中二郎博士（行政法学者、元最高裁判事）は、同法1条が定める賠償責任の要件としての違法性について、「ここに違法に他人に損害を加えることを要件としているが、ここで違法というのは、厳密な法規違反を指すのではなく、むしろ民法の『権利侵害』より広く、公序良俗違反とか不正とかを含め、その行為が客観的に正当性をもたないことを示し、ただその行為が客観的に正当性を持つ場合には、違法阻却を理由として賠償責任を否定する根拠たらしめようとするに過ぎぬと解すべきであろう。」（田中二郎『行政上の損害賠償及び損失補償』（酒井書店、昭和29年）169頁）と論じられ、国賠法1条の違法性は、厳密な行政法規違反に限定されるものではないことを明確に述べている。

すなわち、行政処分が違法に行われ、損害が生じたケースにおいては、行

政法規違反の事実は違法性判断に際して重要な要素である。しかし、行政法規の違反行為がただちに国賠法上の違法にリンクするわけではない。国賠法1条の違法性判断に当たっては、「公権力の行使が根拠法令を遵守したものかどうかは重要な要素であるが、それ以外にも、①結果ないし損害の重大性、②被害法益の種類・質・程度、③具体的な状況（とりわけ被害者側の事情）、④侵害行為の態様・性質などの諸要素を比較衡量して判断しなければならない」（大浜啓吉『行政裁判法』（岩波書店、2011年）406～407頁）ものである。

例えば、4歳の幼児が3頭の野犬に咬殺された千葉県野犬幼児咬殺事件につき、千葉県犬取締条例に基づいて野犬を捕獲・掃討する権限を有する知事の権限不行使の違法性が問題となった事案において、控訴審の東京高等裁判所は権限不行使の違法性よりも権限不行使によって生じた結果の重大さを重く評価して、賠償義務を認めている（東京高等裁判所昭和52年11月17日判決 高等裁判所民事判例集30巻4号431頁）。

藤田宙靖元最高裁判事は、上記千葉県野犬幼児咬殺事件控訴審判決を引用しつつ、「法解釈論上被害者救済を拡大するための途として、先にも触れたように、国家賠償制度の指導理念を、違法な行政活動に対する権利救済という、『法律による行政の原理』を基盤とした考え方にではなく、むしろ、損害の公平負担という見地、行政活動に基づき生じる損害についての利害調整という見地、に求めようとする動向が、一方では存在する（中略）。」「行政主体に広く賠償責任を認めるための、少なくとも一つのクッションとして、このような、“公平負担”“負担調整”という観点が、国家賠償法の解釈に持ち込まれることが少なくないのである。」（藤田宙靖『行政法総論』（青林書院、2013年）556～557頁）と論じている。

このように、国賠法上の違法は、個別の根拠法規違反のみでなく、社会的相当性を欠く場合も含むとされている。そこで、行政活動に属する加害行為

について、国賠法1条の違法性判断を行うに当たっては、個別実体法の適合要件などの解釈のほか、行政活動を規律する組織法や手続法等の他の実定法の適合性も問題となり得るほか、比例原則や平等原則など法の一般原則も違法判断として不可欠である。このような違法判断の際、各法条の解釈や法の一般原則のあてはめにおいても、損害の程度が重要な要素とされている（佐藤英善編『実務判例 逐条国家賠償法』（平成20年、三協法規出版）57頁）のである。

(3) 判例も国賠法1条の違法性を判断する際に相関関係を考慮していること

ア 平成25年3月26日最高裁第三小法廷判決の概要

一級建築士により構造計算書に偽装が行われていた建築物計画につき、建築主事による建築確認の違法性が問題となった事案において、平成25年3月26日最高裁第三小法廷判決・最高裁判所裁判集民事243号101頁（裁判所時報1576号8頁）は、国賠法上の違法性を否定した。

同判決の法廷意見においては、建築主事による建築確認の国賠法1条1項の違法性について、建築主事が職務上通常払うべき注意をもって申請書類の記載を確認していればその記載から当該計画の建築基準関係規定への不適合を発見することができたにもかかわらずその注意を怠って漫然とその不適合を看過した結果当該確認を行ったと認められる場合に、国賠法1条1項の適用上違法となる旨判示している。

この法廷意見の判示部分だけを見れば、国賠法1条の違法性判断に際して、建築主事の職務上の法的義務違反のみを問題にしているようにも読めるが、加害公務員の注意義務の内容等を検討するに当たり、被侵害利益の種類・性質と侵害行為の態様との相関関係が考慮されていることは、以下で触れる寺田・大橋両裁判官の補足意見を参照すれば明らかである。

イ 同判決に付された寺田・大橋両裁判官の補足意見について

上掲平成25年3月26日最高裁第三小法廷判決に付された寺田逸郎裁

判官及び大橋正春裁判官の補足意見は、国家賠償法1条の「違法に」の要件が立法当時の一般不法行為法において通説とされた違法性論（相関関係論）の影響を受けたことに触れた上で、「国家賠償法が一般不法行為法の特則として損害賠償の根拠とその要件を規定したものであるという位置付けからみれば、国家賠償法における責任を検討するに当たって一般不法行為法における違法性の判断枠組みが基盤としても意味をなさないこともまた考えにくい。」と述べる。

その上で、同補足意見は、過去の最高裁判例においても、国家賠償法1条の解釈につき、加害公務員の注意義務の内容・レベルを検討するに当たって被侵害利益の種類・性質が考慮されていることを、以下の通り、明確に述べている。

「国家賠償法の制定以前からの解釈論の進展を前提に、被侵害利益の種類・性質と侵害行為の態様との相関関係を中心として判断されてきた一般不法行為法上の『違法性』を、権利を含めた法律上保護された利益の侵害と客観的様相を深めた行為義務違反としての過失とを総合的に判断する契機として捉えることができるとすると、このような注意義務を総合的に判断する契機としての『違法性』の枠組みの中では、本来、基準に適合する建物であることを確保すべき義務を負っている建築士への委託者であり、建築主事の審査について申請人の立場にある建築主と基準に適合し損なった建築物によって被害を受けた第三者とでは被侵害利益の種類・性質において意味のある違いがあるから、賠償を求めるについての相手方行為者の注意義務の内容・レベルにおいて両者の間に差を見いだすことにさほど困難があるとも思えない（中略）。では、このことを国家賠償法の要件該当性を検討するに当たってどのように位置付けるか。

当審の裁判例においても、国家賠償法1条1項に基づく責任は『公権力

の行使に当たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違反して当該国民に損害を加えたときに』生ずると述べて、上記の意味での違法性を被害者との関係で捉える姿勢を一般論として示したものがあり（最高裁昭和53年（オ）第1240号同60年11月21日第一小法廷判決・民集39巻7号1512頁）、また、問題となった法の目的が賠償を請求する者の受けた損害の防止を目的とするものではないことを理由に賠償を否定するいくつかの裁判例（最高裁昭和61年（オ）第1152号平成元年11月24日第二小法廷判決・民集43巻10号1169頁、最高裁平成18年（受）第263号同20年4月15日第三小法廷判決・民集62巻5号1005頁等）においては、被侵害利益の性質が考慮されることによって上記の意味での違法性が否定されていると理解することができる。したがって、本質的には、国家賠償法の解釈においても、加害公務員の注意義務の内容・レベルを検討するに当たって被侵害利益の種類・性質を考慮することが肯定されていると考えられ、それを一歩進めるならば、上記の被侵害利益を異にする場合の賠償請求におけるそれぞれの加害公務員側の注意義務の内容・レベルには違いがあるとすることも解釈として可能な範囲内にあるといえよう（以下略）。」

ウ 公権力発動要件欠如説としての「職務行為基準説」が妥当する範囲

被告は、「国賠法上の違法性は、権利ないし法的利益の侵害を前提として、公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違反したか否かにより判断されること」として、最高裁判所昭和60年11月21日第一小法廷判決以降の各最高裁判決が「職務行為基準説」をとっていることは確立した判例の立場である旨述べている。

その上で、判例が採用していると主張する「職務行為基準説」の説明として「公権力の行使は、国民の権利に対する侵害を内包することが多く（生命刑や自由刑の執行がその典型である。）、いかに被侵害利益が強固な

ものであっても、法の定める一定の要件と手続の遵守の下でその侵害が行われたものである限り、これをもって違法とされるものでもないし、また、侵害行為の態様から、国賠法上の権利ないし法的利益の侵害が基礎づけられるというものでもない。」として、原告らの主張は失当である旨を縷々述べている（被告第1準備書面7頁以下）。

しかしながら、国賠法1条の違法性判断に際して、侵害行為の態様や被侵害利益の内容を考慮すべきでないとする被告の主張は、刑事手続上の検察官や裁判官の職務行為の違法性が問題となった事案における「職務行為基準説」と、一般の行政処分についての「職務行為基準説」を混同する誤りに基づくものである。

最高裁は、いわゆる芦別事件において、無罪判決が確定した場合における捜査・訴追の国賠法上の違法性について、「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」、「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には適法であり、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」と判示した（最高裁判所第二小法廷昭和53年10月20日判決・最高裁判所民事判例集32巻7号1367頁）。

なお、この芦別事件最高裁判決の立場は、最高裁判所第一小法廷平成元年6月29日判決・最高裁判所民事判例集43巻6号664頁においても踏襲され、さらに、再審において無罪判決が確定した場合における検察官の公訴の提起・追行の違法性について、最高裁判所第二小法廷平成2年7

月20日判決・最高裁判所民事判例集44巻5号938頁もかかる立場を踏襲している。

これらの判決は、「職務行為基準説」を採用したものと評価されているが、この場合のいわゆる「職務行為基準説」は、検察官の公訴提起・追行について、侵害行為の態様や被侵害利益の内容などについては考慮せずに、公訴の提起・追行などの公権力発動要件の欠如をもって違法とするのであるから、この場合の「職務行為基準説」は公権力発動要件欠如説である（宇賀克也『国家補償法』（有斐閣、1997）50～51頁、宇賀克也「国家賠償の課題—違法性論を中心として」ジュリスト1000号63～64頁）。この公権力発動要件欠如説としての「職務行為基準説」は、一般の行政処分に関して「職務行為基準説」といわれているものとは異なるものである。

宇賀克也教授は、芦別事件最高裁判決が採った立場が「職務行為基準説」と呼称されていることについて、以下の通り論評されている。

「そこでは、これまで通常の行政処分について採られてきた公権力発動要件欠如説が確認されたにすぎず、これに『職務行為基準説』という特別の名称を付する必要はそもそもなかったのである。」

「そして、ここで『職務行為基準説』・結果違法説という言葉が使用されたことは、国家賠償法の違法性に関するその後の展開にとって遺憾であったといわざるをえない。なぜならば、逮捕→起訴→判決と至る一連のプロセスにおいて要求される心証が異なることが法システムとして認められている特殊な事例での用語法が、その特殊性が十分に認識されないまま、一般の行政処分にも持ち込まれたため、異なった意味で使われるようになり、用語法をめぐる錯綜した状況を産み出すことになったからである。」（宇賀克也『国家補償法』（有斐閣、1997）52頁）。

藤田宙靖元最高裁判事は、公権力発動要件欠如説としての「職務行為基準説」（藤田教授は「職務義務違反説」という用語を使用されている）について、「以上のような形での『職務義務違反説』は本来、少なくとも安易に一般の行政活動についてまで適用さるべきものではあるまい。『違法性』についてのこのような考え方は、せいぜい、職務執行に伴う私人の権利・利益侵害の危険が、いわば制度の構造上不可避免的なものとして前提されていると考え得る場合に限って、その適用が考えられるべき筈なのであって、そのような特別の事情が無いにも拘らず、徒に行政活動の『違法性』の認定を避けるということは、先にも見たように『法律による行政の原理』の裏打ちとしての国家賠償制度の機能を重視する限り、理論的に一貫しないものと言わざるを得ないであろう。」と述べられる。その上で、最高裁が通常の行政行為一般についても「職務義務違反説」を採用している理由の一つとして、以下のような説明をされている。

「最高裁の究極の課題は、現に係属している個別的な事件において最も適正な紛争解決を行うことであって、相対立する法理論や学説の間でいずれかに決着を付けること自体ではない（藤田『最高裁回想録』135頁以下参照）。そのような前提に立つ限り、従来判例が採用して来た『理論』の変更は、それがなされない限り当該事件における最も適正な紛争解決を導き得ないという事情が無い場合には、当面必要としない、という選択も十分あり得る。そして、先に見たような理論的問題を内蔵しているにも拘らず、近時の最高裁判例が一貫して『職務上の義務違反説』を維持する結果となっているのも、少なくともその一面においては、このような意味において、それを変更する実質上の必要を見出して来なかったからであるということができよう。」

既に述べたように、平成25年3月26日最高裁第三小法廷判決・最高裁判所裁判集民事243号101頁の寺田・大橋両裁判官の補足意見は、国賠法1条の適用につき、加害公務員の注意義務の内容・レベルを検討するに当たって被侵害利益の種類・性質を考慮することを肯定している。判例実務も、一般の行政処分については、「職務行為基準説」を採用しているとはいえ、国賠法1条の違法性を判断する際に、それが明示的ではないとしても、加害行為の態様や被侵害利益の種類・性質等を考慮しているのである（なお、下記（4）で触れる各裁判例、特に「ウ 大阪地判平成19年6月6日」及び「エ 宇都宮地判平成19年5月24日」を参照）。

被告国の上記主張は、職務執行に伴う私人の権利・利益侵害の危険が、制度の構造上不可避的なものとして前提されている刑事司法における検察官や裁判官の職務行為等に限って適用されている「公権力発動要件欠如説」としての『職務行為基準説』を、「職務行為基準説」という用語に引きずられて一般の行政処分についても妥当するものと認識の下、一般の行政処分について裁判実務が採用している違法性判断の基準を誤るものである。

（4）国賠法1条の違法性判断に当たり相関関係論を採用している判例

裁判例においても、国賠法上の違法性を、侵害行為の態様・程度と被侵害利益の種類・内容との相関関係において判断していることを明示的に示しているものは少なくない。以下では、それらの裁判例を挙げる。

ア 大阪高等裁判所平成10年1月29日判決

いわゆる豊田商事国家賠償大阪訴訟において、詐欺的商法を行う法人に対して行政庁が規制権限を行使しなかったことの違法性が争われた。

これに対して、大阪高等裁判所平成10年1月29日判決・税務訴訟資料230号271頁は、以下の通り判示した上で、規制権限の不行使につき国賠法1条の違法性は認められないとした。

「国賠法は実質的には民法の特別法と解すべきであって、国賠法1条1項の損害賠償責任の性質は、民法上の不法行為による損害賠償責任のそれと異なるものではないから、同条項の違法も民法709条の不法行為の成立要件である権利侵害、すなわち違法性と同様に、損害の公平な分担という観点から、被侵害利益の種類・性質と侵害行為の態様の相関関係によって実質的に判断すべきであり、権限不行使の違法性の根拠となる作為義務も法令に規定がある場合に限らず、慣習や条理に基づくものも含むと解すべきである。」

一審の大阪地方裁判所平成5年10月6日判決・訟務月報40巻7号1385頁もほぼ同趣旨である。なお、この事件の上告審である最高裁判所第一小法廷平成14年9月26日判決・税務訴訟資料252号順号9205は、「原審の認定判断は、原判決挙示の証拠関係に照らし、是認することができ、その過程に所論の違法はない。」とこの論理を肯定して上告を棄却している。

イ 京都地判昭和47年7月14日

風致地区の現状変更許可申請を前提とする事前相談形式の行政指導に違法性が争点となった事案において、京都地判昭和47年7月14日判例時報691号57頁は、「加害行為が違法であるかどうかは、被侵害利益の種類・性質と、侵害行為の態様との相関関係から判断し、被侵害利益が強固なものでない場合には、侵害行為の不法性が大きくなければ、加害に違法性がないと解するのが相当である。」と判示した上で、当該行政指導の国賠法上の違法性を否定している。

ウ 大阪地判平成19年6月6日

いわゆる大和都市管財国賠訴訟において、大阪地判平成19年6月6日判例時報1974号3頁は、違法性の判断基準につき以下の通り判示し、

財務局長がなした抵当証券業者に対する更新登録は国賠法1条1項の適用上違法となるとした。

「(1) いわゆる職務行為基準説について

国賠法1条1項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が職務を行うについて故意又は過失によって違法に他人に損害を加えたときは国又は公共団体が賠償責任を負う旨定めるが、上記の違法性は、公権力の行使に当たる公務員の行為（不作為を含む。）によって国民が被ったとする損害を填補する責任をだれに負わせるのが公平かという見地に立って総合判断した上で決すべきものである。したがって、違法な行政処分を理由とする国家賠償請求における違法性の存否も、当該行政処分に係る法的要件の存否に限らず、条理を含むそれ以外の諸種の要素をも考慮の対象とした上で、究極的には、公務員が当該行政処分を行ったことによって国民に損害を加えたことが法の許容するところであるかどうか、という見地からする行為規範違反性の判断に帰着すると解される。具体的には、当該行政処分の法的要件が充足されていなかったことのみならず、当該行政処分に係る権限を定めた法令の趣旨、目的やその権限の性質、当該行政処分自体及びそれに至る過程において行政庁の有する裁量の有無及びその広狭、侵害行為の態様及びその原因、並びに侵害されたとする利益の種類、性質（殊に、被侵害者において当該不利益を回避することができたであろう可能性の高低）及びその侵害の程度等に照らし、当該行政処分を行う公務員が、それによって損害を受けたと主張する個別の国民との関係で、当該行政処分を行ってはいならないという職務上の注意義務を負っていたにもかかわらず、その義務に違反して当該行政処分を行ったと評価することができる場合に、初めて当該行政処分の国賠法上の違法性が肯定できるというべきである。」

この裁判例は、明らかに、国賠法1条1項の違法性判断に際して、「当該行政処分の法的要件が充足されていなかったことのみならず」、「侵害行為の態様及びその原因、並びに侵害されたとする利益の種類、性質（殊に、被侵害者において当該不利益を回避することができたであろう可能性の高低）及びその侵害の程度等」を考慮すべきことを明言している。

エ 宇都宮地判平成19年5月24日

栃木県公安委員会による猟銃所持許可を受けた者が引き起こした殺傷事件について、同県の賠償責任が争点となった事件において、宇都宮地判平成19年5月24日判例時報1973号109頁は、所持許可処分にかかる職務行為の違法性の判断基準につき以下の通り判示した上で、同県の賠償責任を認めた。

「銃刀法は、殺傷を目的とする凶器である銃砲刀剣類及びこれらに類する物件を所持、使用することなどにより生ずる危険性に鑑み、その危害を予防し、国民の生活の安全を図ることを目的として、銃砲等の所持を一般的に禁止する等必要な規制を定めているものであるから、個々人の生命及び身体という個別的利益を保護する趣旨を含むと解され、銃刀法上の所持許可処分にかかる公務員の職務行為が国家賠償法1条1項の適用上違法となるかどうかは、許可処分の法的要件充足性の有無のみならず、被侵害利益の種類、性質、侵害行為の態様及びその原因、当該処分の発動に対する被害者側の関与の有無、程度並びに損害の程度等諸般の事情を総合的に考慮して、当該公務員の当該処分に至る過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したか否かにより決すべきである。」

(5) 国賠法2条の違法性判断においても相関関係論が採用されている

なお、国賠法2条に関する事案であるが、大阪空港公害訴訟において、昭

和56年12月16日最高裁大法廷判決・最高裁判所民事判例集35巻10号1369頁は、供用関連瑕疵（空港の供用に伴う騒音）が問題となった事案の違法性判断の基準について、以下の通り判示し、損害賠償請求を認容している。

「ところで、本件空港の供用のような国の行う公共事業が第三者に対する関係において違法な権利侵害ないし法益侵害となるかどうかを判断するにあたっては、上告人の主張するように、侵害行為の態様と侵害の程度、被侵害利益の性質と内容、侵害行為のもつ公共性ないし公益上の必要性の内容と程度等を比較検討するほか、侵害行為の開始とその後の継続の経過及び状況、その間にとられた被害の防止に関する措置の有無及びその内容、効果等の事情をも考慮し、これらを総合的に考察してこれを決すべきものであることは、異論のないところであり、原審もまた、この見地に立つて考察を加えた結果前記の結論に到達したものと考えられる。」

この判決で、最高裁は下線で示したとおり、いわゆる相関関係論に立って侵害行為の違法性を判断する枠組みを示し、その上で、本件空港の拡張やジェット機の就航、発着機の増加及び大型化等が周辺住民に及ぼすべき影響について慎重に調査し予測することなく、影響を防止、軽減すべき相当の対策をあらかじめ講じないまま拡張等を行ってきたという行為態様を考慮しながら、侵害行為の違法性を認めている。

3 立法不法行為の場面での違法性判断

このように行政処分による国民の権利・利益の侵害については、国賠法上の違法性を判断する際に、判例も職務行為基準説を採用しつつ、被侵害利益の種類・性質と侵害行為の態様との相関関係を考慮していることは明らかであるが、

立法不法行為の場合はどうであろうか。

立法不法行為の場合には、職務行為基準説を採用しつつも、より一層、被侵害利益の種類・性質と侵害行為の態様との相関関係を考慮するべきと考える。国会議員の立法行為は、検察官の公訴提起・追行などの公権力発動要件のように明確な要件の欠如が確認される場面は少なく、もともと広汎な立法裁量が許される場面も多い。よって、国会議員の職務義務違反という行為態様の違法性の質と量は、被侵害利益の種類・性質と侵害行為の態様等を考慮しなければ、判断できないものといえるからである。国会議員が立法するに際してどのような職務義務すなわち職務上の法的義務としての注意義務を負っているのかは、そこで問題となっている立法内容によって異なってくるはずである。国民各人の具体的な権利や法的利益を侵害するような法律の場合には、相当慎重に立法内容を検討する注意義務があるといえる。さらに有識者から憲法の条規に反すると指摘されるような法律を制定する際にも、当然に慎重な検討が必要であるし、当該立法が憲法違反にはならないことを国民に説得的に説明する法的義務が生じているといえる。すなわち、国会議員の職務義務の内容・レベルは、当該立法行為によって生じる被侵害利益の種類・性質、侵害行為の態様などを考慮しなければ判断できない。検察官の公訴提起・追行などの公権力発動要件のように明確な要件が予め法定されている訳ではないからである。

先の大阪地判平成19年6月6日判決になぞらえて、立法行為の違法性の判断枠組みを提示してみると、以下のように考えることが可能であろう。

違法な立法行為を理由とする国家賠償請求における違法性の存否も、当該立法行為に係る法的要件の存否（定足数の遵守など）に限らず、条理を含むそれ以外の諸種の要素をも考慮の対象とした上で、究極的には、国会議員が当該立法行為を行ったことによって国民に損害を加えたことが法の許容するところであるかどうか、という見地からする行為規範違反性の判断に帰着すると解され

る。具体的には、当該立法行為の法的要件が充足されていなかったことのみならず、当該立法行為に係る権限を定めた憲法の趣旨、目的やその権限の性質、当該立法行為自体及びそれに至る過程において国会の有する裁量の有無及びその広狭、侵害行為の態様及びその原因、並びに侵害されたとする利益の種類、性質（殊に、被侵害者において当該不利益を回避することができたであろう可能性の高低）及びその侵害の程度等に照らし、当該立法行為を行う国会議員が、それによって損害を受けたと主張する個別の国民との関係で、当該立法行為を行ってはならないという職務上の注意義務を負っていたにもかかわらず、その義務に違反して、憲法の規定に違反することが明白な立法行為を行ったと評価することができる場合に、当該立法行為の国賠法上の違法性が肯定できるというべきである。

4 結語

以上で論じてきたように、刑事司法における裁判官や検察官の職務行為等を除き、一般の行政処分については、その国賠法の違法性判断に際して、被侵害利益の種類・性質と侵害行為の態様との相関関係が考慮されていることは明らかであり、「国賠法上の違法性は、侵害行為の態様・程度と被侵害利益の種類・内容との相関関係において判断されるものではない」との被告の主張は判例実務の基本的な理解を誤るものであり、失当である。

以上

（注）平成27年再婚禁止期間違憲判決は、平成17年在外邦人選挙権違憲上告判決の判旨を踏襲したものである。平成17年判決と27年判決の判示部分は次のとおりである。

① 平成17年判決

「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには、例外的に、国会議員の立法行為又は立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるものというべきである。最高裁昭和53年（オ）第1240号同60年11月21日第一小法廷判決・民集39巻7号1512頁は、以上と異なる趣旨をいうものではない。」（最高裁判所大法廷平成17年9月14日民集59巻7号2087頁）

② 平成27年判決

「法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合などにおいては、国会議員の立法過程における行動が上記職務上の法的義務に違反したものとして、例外的に、その立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上違法の評価を受けることがあるというべきである」

「以上によれば、上記当時においては本件規定のうち100日超過部分が憲法に違反するものとなっただけのもの、これを国家賠償法1条1項の適用の観点からみた場合には、憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反することが明白であるにもかかわらず国会が正当な理由なく長期にわたって改廃等の立法措置を怠っていたと評価することはできない。したがって、本件立法不作為は、国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるべきものではないというべきである。」