Kobe University Repository : Kernel

PDF issue: 2025-07-02

犯罪捜査・公訴権の行使に関する国家賠償請求訴訟と『反射的利益』論

角松，生史

(Citation)
行政訴訟の活発化と国民の権利重視の行政へ ： 滝井繁男先生追悼論集:175-199

(Issue Date)
2017-07

(Resource Type)
book part

(Version)
Version of Record

(URL)
https://hdl.handle.net/20.500.14094/90005974

※ この論文ファイルは印刷不可です。

犯罪捜査・公訴権の行使に関する国家賠償請求訴訟と「反射的利益」論

角松生史

はじめに

最三小判 1990 年 2 月 20 日判時 1380 号 94 頁[1]（以下「不起訴処分最判」という）は、不起訴処分の違法を理由として国および県に対して提起された国家賠償請求訴訟について、次のように述べる。

「犯罪の捜査及び検察官による公訴権の行使は、国家及び社会の秩序維持という公益を図るために行われるものであって、犯罪の被害者の被侵害利益ないし損害の回復を目的とするものではなく、また、告訴は、捜査機関に犯罪捜査の端緒を与え、検察官の職権発動を促すものにすぎないから、被害者又は告訴人が捜査又は公訴提起によって受ける利益は、公益上の見地に立って行われる捜査又は公訴の提起によって反射的にもたらされる事実上の利益にすぎず、法律上保護された利益ではないというべきである。したがって、被害者ないし告訴人は、捜査機関による捜査が適正を欠くこと又は検察官の不起訴処分の違法を理由として、国家賠償法の規定に基づく損害賠償請求をすることはできない」[2]。

そして最一小判 2005 年 4 月 21 日判時 1898 号 57 頁[3]（以下「証拠物焼却最

1 本事件の原告は、父の死に関して、父の後妻を保護責任者遺棄致死罪の嫌疑で告訴したが、嫌疑不十分を理由に不起訴処分とされたため、国および県に対して、国家賠償法 1 条 1 項に基づく損害賠償を請求した。本最判に関する評釈として、棟居快行・民商法雑誌 103 巻 5 号 789-799 頁、波床昌則・判例タイムズ臨時増刊 790 号（西村宏一＝倉田卓次編『平成 3 年度主要民事判例解説』〔判例タイムズ社、1992 年〕）102-103 頁がある。

判」という）は、上記不起訴処分最判の犯罪の捜査に関する部分を引用したうえで[4]、「犯罪の被害者は、証拠物を司法警察職員に対して任意提出した上、その所有権を放棄する旨の意思表示をした場合、当該証拠物の廃棄処分が単に適正を欠くというだけでは国家賠償法の規定に基づく損害賠償請求をすることができないと解すべきである」としている。

本稿は、犯罪捜査・公訴権の行使に関する国家賠償請求訴訟に関するこれら判決に登場する「反射的利益」概念に関して、若干の考察を試みるものである。

I　抗告訴訟の原告適格論における「反射的利益」概念とその退場

不起訴処分最判および証拠物焼却最判が用いる「反射的にもたらされる事実上の利益＝『反射的利益』」概念は、「もともと取消訴訟などの原告適格との関連でその役割を果たしてきたもの」[5]だとされる。その前提にあるのは、「公権」＝「公法関係において、直接自己のために一定の利益を主張しうべき法律上の力」と、「反射的利益」＝「法が単に国又は個人の作為・不作為を規定していることの結果として生ずる反射的利益」とを区別し[6]、後者は原告適格を基礎づけないという思考である。

---

2 ここでは「損害賠償請求をすることはできない」と述べられているが、国賠訴訟である以上、これはもちろん訴訟要件ではなく本案勝訴要件という趣旨であろう。宇賀克也「宅建業者の監督と国家賠償責任」宇賀克也＝交告尚史＝山本隆司編『行政判例百選 II（第6版）』（有斐閣、2012年）470-471頁（471頁）。

3 本事件の事案については、後出Ⅳ6参照。同最判に関する評釈として、松田岳士・民商法雑誌134巻1号80-87頁、森田淳・判例タイムズ臨時増刊1215号（倉田卓次＝後藤勇編『平成17年度主要民事判例解説』〔判例タイムズ社、2006年〕）78-79頁、滝沢誠・法学新報113巻5・6号255-293頁。なお、同最判には、泉徳治裁判官の反対意見が付されている。

4 ただし、「国家及び社会の秩序維持という公益を図るために行われるものであって」の前に「直接的には」という限定が加えられている。

5 芝池義一『行政法読本（第4版）』（有斐閣、2016年）403頁。

6 田中二郎『新版 行政法 上巻（全訂第2版）』（弘文堂、1974年）84-85頁。ただし田中は、反射的利益の公権との限界は「必ずしも明瞭とはいえない」としつつ、「反射的利益は、元来、個人のために権利としてこれを主張することを認められたものではなく、むしろ、法の反射的な効果（Reflexwirkung）として、事実上の利益を与えることがあるにすぎないものとみるべきである」（同上）と述べる。

原告適格に関するいわゆる「法律上保護された利益説」を判例上確立したとされる主婦連ジュース訴訟判決（最三小判 1978 年 3 月 14 日民集 32 巻 2 号 211 頁）は、このような理解を明確に示している。同最判によれば、「法律上保護された利益」とは、「行政法規が私人等権利主体の個人的利益を保護することを目的として行政権の行使に制約を課していることにより保障されている利益」であって、「行政法規が他の目的、特に公益の実現を目的として行政権の行使に制約を課している結果たまたま一定の者が受けることとなる反射的利益とは区別されるべきものである」。しかし、争われている行政処分（＝公正競争規約認定）の根拠法である「景表法の規定により一般消費者が受ける利益は、公正取引委員会による同法の適正な運用によつて実現されるべき公益の保護を通じ国民一般が共通してもつにいたる抽象的、平均的、一般的な利益、換言すれば、同法の規定の目的である公益の保護の結果として生ずる反射的な利益ないし事実上の利益」（下線は引用者）であり、不服申立適格（＝原告適格）を基礎づけえないというのである。

「公益保護」と反射的利益との関係についてのこのような理解は、長沼ナイキ事件判決（最一小判 1982 年 9 月 9 日民集 36 巻 9 号 1679 頁）でさらに展開される。ここでは、法律が、「現在及び将来における不特定多数者の顕在的又は潜在的な利益」＝「公益」の保護の見地からこれと対立する他方の利益に制限を課したものとみられるときには、「通常、当該公益に包含される不特定多数者の個々人に帰属する具体的利益は、直接的には右法律の保護する個別的利益としての地位を有せず、いわば右の一般的公益の保護を通じて附随的、反射的に保護される利益たる地位を有するにすぎないとされているものと解される」（下線は引用者）とする。この場合、「そこに包含される不特定多数者の個別的利益の侵害は単なる法の反射的利益の侵害にとどまり」（同上）、原告適格を基礎づけないとされる。他方、「法律が、これらの利益を専ら右のような一般的公益の中に吸収解消せしめるにとどめず、これと並んで、それらの利益の全部又は一部につきそれが帰属する個々人の個別的利益としてもこれを保護」する趣旨を含むものと解される場合は原告適格の根拠となるというのである。周知のように、この「公益の中に吸収解消される」のか、それと並んで「個別的利益としても保護される」のかの区別——

「個別保護要件」[7]のトポス――は判例上定着し、さらにその判断基準がより具体的に展開していく。

しかし、抗告訴訟の原告適格をめぐる判旨において最高裁自身が「反射的利益」を語るのは、長沼ナイキ最判が最後である。同判決以降、この概念それ自体はもはや登場しない[8]。原告適格関係以外についても、その用例はきわめて限られている[9]。なぜこのように「反射的利益」概念が後景に退くことになったのだろうか。

そもそも「反射的利益」概念は、原告がなんらかの不利益を受けているにもかかわらず、それに対して法的保護を与えないことを正当化する説明概念として、専ら否定形的にのみ機能するものであろう。実際に原告適格の有無を決するための道具概念としては、より下位の具体的基準が不可欠であることは、主婦連ジュース最判以前から実務上もほぼ共通認識であったと考えられる[10]。主婦連ジュース最判については、「処分要件が『一般消費者』であることのみをもって『反射的利益』とする結論が導かれたことになり、結局のところ、解釈による民衆争訟創出否定というドグマのみに支配された解釈方法である」、「客観争訟否定論を先験的に持ち込む［もの］」[11]という批判的指摘がなされているが、「反射的利益」概念の否定的機能はこの指摘とも符

---

7 小早川光郎「抗告訴訟と法律上の利益・覚え書き」西谷剛ほか編『政策実現と行政法――成田頼明先生古稀記念』（有斐閣、1998年）43-55頁（47頁）。

8 TKC法律情報データベースLEX/DBインターネットで「反射的（な）利益」というキーワードで検索したところ、長沼ナイキ最判以降で最高裁がこの語を用いる例は、原告適格関連では、最三小判1994年9月27日判時1518号10頁における園部逸夫裁判官補足意見のみだと思われる。

9 長沼ナイキ最判以降の用例は、本件両最判を除けば、(1)位置指定道路あるいは二項道路上の工作物の撤去請求に関する最二小判1991年4月19日集民162号489頁、最二小判1993年11月26日判時1502号89頁、最一小判1997年12月18日民集51巻10号4241頁、(2)後順位抵当権者による先順位抵当権の被担保債権の消滅時効の援用に関する最一小判1999年10月21日民集53巻7号1190頁、(3)市が経営すると畜場を利用しえなくなった利用業者の不利益に関する最三小判2010年2月23日判時2076号40頁のみだと思われる。

10 白石健三「反射的利益と訴えの利益」田中二郎＝雄川一郎『行政法演習Ⅱ』（有斐閣、1963年）61-68頁。

11 橋本博之「原告適格論と仕組み解釈」『行政判例と仕組み解釈』（弘文堂、2009年）123-144頁（138頁、143頁）。「原告の主張する被侵害利益が生命・身体・自由・財産ならば一定のテストを行った上で法的理由付けを探索するが、消費者利益であれば客観争訟として客観してしまうという、素朴な侵害利益類型論」（141頁）とも評される。

合する。

つまり、原告適格における「法律上保護された利益説」の採用それ自体を正当化する局面においてのみ「反射的利益」概念は機能したが、そのような思考が実務上確立し、具体的な行政処分に課されている具体的な要件規範の分析へと焦点が移り変わっていくとともに、この概念は活躍の場を失っていったと考えられる。

Ⅱ　国賠法における反射的利益論「的」思考

1　さて、国家賠償法上の「反射的利益」に戻ろう。この論点が「一躍注目を集めることとなった」のはスモン訴訟における被告国側の主張を契機とする[12]が、一連のスモン諸判決[13]でことごとく退けられ、また、クロロキン薬害判決（最二小判 1995 年 6 月 23 日民集 49 巻 6 号 1600 頁）が反射的利益に触れなかったことで、薬害・食品被害に関するかぎり、「この点についての決着がついた」[14]と評されることもある[15]。

他方で、少なからぬ学説は、薬害・食品被害のような事例について反射的利益論を否定する一方で、国家賠償法においても反射的利益論「的」思考[16]の必要性は失われないとしている。たとえば芝池義一は、「例えば、道路利用の利益は反射的利益の古典的な例であるが……、それが侵害されても、取消訴訟においてはもちろん、国家賠償訴訟においても、保護を受けることが

---

12 稲葉馨「国賠訴訟における『反射的利益』論」菅野喜八郎＝藤田宙靖編『憲法と行政法――小嶋和司博士東北大学退職記念』（良書普及会、1987 年）595-641 頁（613 頁）。

13 金沢地判 1978 年 3 月 1 日判時 879 号 26 頁、東京地判 1978 年 8 月 3 日判時 899 号 48 頁、福岡地判 1978 年 11 月 14 日判時 910 号 33 頁、広島地判 1979 年 2 月 22 日判時 920 号 19 頁、札幌地判 1979 年 5 月 10 日判時 950 号 53 頁、京都地判 1979 年 7 月 2 日判時 950 号 87 頁、静岡地判 1979 年 7 月 19 日判時 950 号 199 頁、大阪地判 1979 年 7 月 31 日判時 950 号 241 頁。

14 宇賀克也「同判決評釈」判例評論 446 号 49-55 頁（52 頁）。

15 他方、桑原勇進「行政の危険防止責任」『環境法の基礎理論――国家の環境保全義務』（有斐閣、2013 年）290-329 頁（292 頁）は、「必ずしも理論的に反射的利益論が克服されたわけではなく」、スモン判決等の論理は「必ずしも説得的ではない」とする。

16 稲葉・前掲注 12、607 頁注(20)は、「言葉の問題」と対比された「実質論としての『反射的利益論』的発想」に関する分析の意義を説く。

できないだろう。つまり、反射的利益は、取消訴訟においても、国家賠償訴訟においても意味のある概念である。一般的に言っても、取消訴訟という法的手段によって保護されない利益を反射的利益と言うのであれば、国家賠償訴訟という法的手段によって保護されない利益を反射的利益と言うこともできる」[17] と述べる。また、阿部泰隆は、「例外的に、法律の保護範囲外にある利益は反射的利益と称してよい。たとえば、薬事法は安全な医薬品を消費者に供給できるよう監督する法律であるから、その監督により消費者が受ける利益は法律が保護する利益であるが、その監督の結果、他の競争業者が受ける利益は、法律が意図したものではなく、反射的利益であろう」[18] とする。

2　そのような反射的利益論「的」思考がとられた例として、宅建業者の不正な行為により損害を被った取引業者からの国家賠償請求を否定した最二小判 1989 年 11 月 24 日民集 43 巻 10 号 1169 頁（以下「宅建業者最判」という）を挙げることができよう。この事件では、(ア)法所定の免許基準に適合しない免許の付与・更新、(イ)監督処分権限の不行使の 2 点が問題とされた。

(ア)について同最判は、宅建業法の免許制度の趣旨を「直接的には、宅地建物取引の安全を害するおそれのある宅建業者の関与を未然に排除することにより取引の公正を確保し、宅地建物の円滑な流通を図るところにあ［る］」としたうえで、同制度は「究極的には[19] 取引関係者の利益の保護に資するものではあるが、前記のような趣旨のものであることを超え、免許を付与した宅建業者の人格・資質等を一般的に保証し、ひいては当該業者の不正な行為

---

17 芝池・前掲注 5、403-404 頁。

18 阿部泰隆『行政法再入門（下）』（信山社、2015 年）270 頁。岡田正則「国家賠償訴訟における反射的利益論――建設アスベスト事件を素材として」早稲田法学 91 巻 4 号 1-32 頁（20 頁）は、芝池や阿部などの見解を「例外的肯定説」とする。

19 同最判が「究極の目的」としては取引関係者の保護をあげているにもかかわらず責任が否定されているのは、県漁業調整規則の「究極の目的」を根拠に権限不行使の違法性を認定した水俣病最高裁判決（最二小判 2004 年 10 月 15 日民集 58 巻 7 号 1802 頁）との対比で興味深い。この点について、稲葉馨は「《『反射的利益』しか有しない被害者との関係では、当該規制権限を行使することはおよそ法的に許されない》といえるのであれば、『違法性としての反射的利益論』の通用する余地があるが、そのような断言はできないであろう」と論ずる（稲葉馨『行政法と市民』〔放送大学教育振興会、2006 年〕236 頁）。

により個々の取引関係者が被る具体的な損害の防止、救済を制度の直接的な目的とするものとはにわかに解し難く、かかる損害の救済は一般の不法行為規範等に委ねられているというべきであるから、知事等による免許の付与ないし更新それ自体は、法所定の免許基準に適合しない場合であっても、当該業者との個々の取引関係者に対する関係において直ちに国家賠償法1条1項にいう違法な行為に当たるものではない」としている。

ここでは、(1)違法性を「個別の国民に対して負う職務上の法的義務」違背（最一小判1985年11月21日民集39巻7号1512頁〔在宅投票最判〕）ととらえるいわゆる職務行為基準説ないし職務義務違反説を前提としたうえで、(2)行政処分の根拠法令の趣旨・目的をいわゆる「仕組み解釈」によって分析したうえでその保護範囲ないし義務射程を確定し[20]、(3)その射程に入る者との「関係において」のみ違法性を問題とする（対人的相対性）という枠組がとられている。行政処分に課された規範の趣旨目的との関係で、一定の利益の要保護性の有無が問われている点では、原告適格と共通の問題状況が見出される。その点で「反射的利益論的思考をとっている」[21]とされるが、反射的利益概念それ自体が用いられているわけではない。

他方で同最判は、上記の(イ)監督処分権限の不行使については、いわゆる「裁量権消極的濫用論」の枠組を前提として[22]、「具体的事情の下において、知事等に監督処分権限が付与された趣旨・目的に照らし、その不行使が著しく不合理と認められるとき」にのみ違法性が認められるという一般論の下に、「担当職員が［当該宅建業者］と被害者との交渉の経過を見守りながら被害者救済の可能性を模索しつつ行政指導を続けてきたなど前示事実関係」なども重視して、違法性を否定している。(ア)についての判断に見られた「反射的利

---

20 橋本博之「判例実務と行政法学説」小早川光郎＝宇賀克也編『行政法の発展と変革（上）――塩野宏先生古稀記念』（有斐閣、2001年）361-385頁（378頁）。

21 宇賀・前掲注2、471頁。

22 前掲クロロキン薬害判決（最二小判1995年6月23日）の調査官解説（山下郁夫「同判決解説」『最高裁判所判例解説民事編 平成7年度上』（法曹会、1998年）583-605頁（598-600頁）は、権限不作為の違法に関する判例の定式と裁量権消極的濫用論との相違を指摘するが、稲葉馨は、両者に「文言の相違以外に実質的な違いがあるのであろうか」と、この点について批判的である（稲葉馨「国家賠償法上の違法性について」法学73巻6号781-821頁〔810頁〕）。

益論『的』思考」＝違法性の対人的相対性は、(イ)についての判断では強調されない。その根拠は十分に示されていないが[23]、「著しく不合理」であれば、権限不行使を理由に賠償請求を認める可能性が前提にされている[24]。

(イ)に関する具体的な違法性認定については、「トータルに見た場合の行政の対応の適否を問うものになっていると見ることが可能である。……一見特定の規制権限の不行使の適法違法に焦点を当てているように見えるが、実は、一定の時期まで業務停止等の措置を採らず行政指導を行うにとどめたという行政の当該事案に対する対応の仕方の適否を問題にしている」という指摘がある[25]。だとすれば、このような権限不行使の違法性認定については、反射的利益論「的」思考は、総合判断に解消されていることになる。

行政活動の結節点としての行政処分については、その稠密度に相違はあるが、なんらかの具体的な要件（公権力発動要件〔宇賀克也[26]〕）が設定されている。そのため、当該要件に適合しない行政処分を行うという「作為」によってある利益が侵害されたとしても、当該利益が不法行為法上保護されないとする場合、それを説明するために、反射的利益論「的」思考が登場する。しかし、権限行使の「不作為」として問題が捉えられる場合、公権力（不）

---

23 同最判の調査官解説は、第一審判決・原判決を引いて「単なる違法免許の段階では、取引関係者の危険は潜在的かつ抽象的」、「取引の公正確保という法の公益目的に包摂される」（篠原勝美「同判決解説」『最高裁判所判例解説民事編 平成元年度』〔法曹会、1991年〕404-427頁〔413頁〕）ともいえるとする。(ア)免許の付与・更新と、(イ)監督処分権限の不行使の二分法の根拠としては、「抽象的な危険を理由に事業者を市場から排除する宅建業法の規定は、個々の取引関係者の利益を保護する規範ではないが、具体的な危険を理由に規制を定める宅建業法の規定は、個々の取引関係者も保護する規範であり、ただ一般にこの規定を解釈適用する際に、事業者等の利益が強く考慮される」という読み方が可能である（山本隆司『判例から探究する行政法』〔有斐閣、2012年〕566-568頁〔ただし同時に、そのような読み方への疑問も提示し、また、両者をカテゴリカルに区分しない別の読み方の可能性も指摘している〕。中川丈久「国家賠償法1条における違法と過失について——民法709条と統一的に理解できるか」法学教室385号72-95頁は、「最高裁は、国賠1条訴訟において、抽象的公益から“法律上の地位”を読み出すという作業をしている」という分析を前提に、薬事法の製薬承認においては、薬事法が患者の生命身体の安全を“法律上の地位”として創出しているのに対して、「宅建業免許やその更新は、そこまでの取引安全性を確保する趣旨の制度ではないというのである」と説明する（84-85頁）。

24 稲葉・前掲注22、66頁注(47)は、宅建業者最判の(ア)の部分の「直ちに」との留保が、(イ)において国賠法上の違法性を認める根拠になっているという見方を示す。

25 桑原・前掲注15、301-302頁。

26 宇賀克也『国家補償法』（有斐閣、1997年）46頁。

発動要件の定式化の度合いが弱く、そのような思考の必要性自体が低い[27]。このような構図を見て取ることができるのではないだろうか。

しかし、このような作為－不作為の対比については、なお問題が残る。抵当証券の詐欺的販売により被害を受けた購入者からの国家賠償請求に関する大和都市管財事件の第一審判決（大阪地判 2007 年 6 月 6 日判時 1974 号 3 頁）および控訴審判決（大阪高判 2008 年 9 月 26 日判タ 1312 号 81 頁）は、抵当証券規制法上の更新登録という「行政処分」の違法性を問題にしているにもかかわらず、それを「規制権限の不行使」という枠組でとらえる。「更新登録を行うという財務局長等の判断は、当該登録申請者には更新登録拒否事由がないとの判断を当然に包含するのであって、抵当証券業への参入を拒否する方向での規制権限を行使しないという実質を有するものであるから、これを財務局長等の作為（更新登録）と捉えるにせよ不作為（更新登録拒否の拒絶）と捉えるにせよ、抵当証券業への参入に対する規制権限の不行使という性格を有することは否定することができない」（第一審）、「更新登録を行うという財務局長等の判断は、抵当証券業への参入を拒否する方向での規制権限を行使しないという実質を有する」（控訴審）というのである[28・29]。しかし、「行政活動において要件規範への不適合があったとしても、それによる利益侵害の要保護性を否定する」という上記の反射的利益論（的）思考に対する応接の必要性――当該事案においてそれを肯定するにせよ否定するにせよ――は、行政処分としての更新登録自体に焦点をあてたほうがより大きい（あくまで相対的な違いではあるが）とひとまず考えられる[30]。

---

27 神橋一彦は、規制権限の不行使についての裁量権消極的濫用論は、「《ある公務員が一定の行為をすべきであったか》という行政統制的なアプローチというよりもむしろ、《ある公務員が一定の行為をしなかったことは、法が許容するところであるか》という損害賠償法的なアプローチをとるものであるといえよう。すなわちそこでは、『違法』判断の下で、さまざまな行政側の免責的な事情［中略：宅建業者最判が参照されている］を考慮することになるわけであるが、そこには、本文で述べたような民法の不法行為法的な違法性観に近いものがあるといえよう」と述べる（神橋一彦「『職務行為基準説』に関する理論的考察――行政救済法における違法性・再論」立教法学 80 号 1-40 頁〔31 頁注(49)〕）。

28 財務局長等の判断を「作為」として捉えるか「不作為」として捉えるかについて検討し、作為事例として取り扱うべきことを主張するものとして、朝田とも子「本件第一審評釈」北大法学論集 59 巻 1 号 249-280 頁（259-260 頁）。

3　このような反射的利益論「的」思考の役割を認める場合、上記宅建業者最判などの職務行為基準説をとる最高裁判決は、それを国賠法上の違法性要件の問題として処理するが、学説上は損害要件の問題として説明する見解も見られる[31]。後者の見解に立つ論者の場合、「行為規範の保護範囲に関する保護規範の問題」があることを認めたうえで、それは違法性の問題ではなく「むしろ、生じた損害が、法的保護に値するものであるか否かの問題」だという見方が示される[32]。

いずれの立場に立つにしても、そこでは、「生じた損害がそもそも不法行

---

29 桑原・前掲注15、301頁も、不作為ないし権限不行使の違法の場合も「必ずしも作為の場合と判断枠組が異なることにはならないのではないかと思われる……。規制権限を行使しなかったことが違法と評価されるか否かは、通常の裁量統制の場合と同じ手法によることになる」とする（同旨、山本隆司『行政上の主観法と法関係』〔有斐閣、2000年〕354-355頁。若干留保するものとして、山下竜一「権限不行使事例の構造と裁量審査のあり方」曽和俊文ほか編『行政法理論の探究——芝池義一先生古稀記念』〔有斐閣、2016年〕563-585頁〔572頁注(17)〕)。また別の観点として、国家賠償請求が認められたじん肺最判（最三小判2004年4月27日民集58巻4号1032頁）、水俣病関西訴訟最高裁判決（最二小判2004年10月15日民集58巻7号1802頁）については、「行政機関への権限付与の法目的が被害者の利益保護の点で特定的である点において（とりわけじん肺訴訟）、いわゆる反射的利益論に煩わされることなく、権限不行使の違法性の判断を認めることができたと思われる」という見解もある（塩野宏『行政法Ⅱ 行政救済法〔第5版補訂版〕』〔有斐閣、2013年〕309頁）。

30 このことは、「行政処分の違法性」が、その「結果」＝「一定の決定プロセスの存在を前提に、プロセスの所産たる決定の内容」が法の許すところであるかどうかを念頭に置いて語られることがある（神橋・前掲注27、20頁以下「結果違法」）のに対して、「不作為」の場合はそのような観点が成立しえないこととも関連していると思われる。また、大石和彦は、義務賦課規範（行為規範）と権能付与規範（権限規範）の区別を前提として「義務賦課規範の方は『非言述の行為』含め広く全ての行為（不作為含む）を対象としうるが、権能付与規範は常に『言述行為』を対象とする（言述行為を伴わない『非言述の行為』のみを対象とすることは無い）という限りにおいて、両規範の規律対象は異なるとも言いうる」と述べる（大石和彦「『立法不作為に対する司法審査』・再論」立教法学82号130-166頁〔138頁〕)。権限規範と行為規範の区別を重視する観点から国家賠償法上の違法性について考察するものとして、神橋一彦「行政救済法における違法性」磯部力＝小早川光郎＝芝池義一編『行政法の新構想Ⅲ』（有斐閣、2008年）237-256頁（241-246頁）、同「違法な法令の執行行為に対する国家賠償請求訴訟について」立教法学75号67-118頁（73頁以下）、同・前掲注27、6頁以下、青井未帆「立法行為の国家賠償請求訴訟対象性・再論」信州大学法学論集12号1-26頁（4頁以下）。さらに参照、新正幸『憲法訴訟論（第2版）』（信山社、2010年）184-190頁、326-327頁。区別に批判的な見解として、宇賀克也「職務行為基準説の検討」行政法研究1号7-48頁（33-36頁）。

31 宇賀・前掲注26、75-79頁、塩野・前掲注29、312頁注(2)。学説の整理として、本多滝夫「行政救済法における権利・利益」磯部＝小早川＝芝池編・前掲注30、211-236頁（227-234頁）。

為法上の保護に値するものか」（＝法的保護利益性）と、「当該損害が、不適合が問題とされている行政の行為規範との関係で保護されているか」（＝保護範囲性）という相互に関連する2つの問いを区別することができよう[33]。

たとえば水俣病認定遅延国家賠償最判[34]は、前者の問いに対して、「一般的には、各人の価値観が多様化し、精神的な摩擦が様々な形で現れている現代社会においては、各人が自己の行動について他者の社会的活動との調和を充分に図る必要があるから、人が社会生活において他者から内心の静穏な感情を害され精神的苦痛を受けることがあっても、一定の限度では甘受すべきものというべきではあるが、社会通念上その限度を超えるものについては人格的な利益として法的に保護すべき場合があり、それに対する侵害があれば、その侵害の態様、程度いかんによっては、不法行為が成立する余地があるものと解すべき」という一般論を立てたうえで、「処分遅延により申請者が抱くであろう不安、焦燥の気持」は、一般的には不法行為を成立させないが、水俣病の場合、その不安、焦躁の気持ちは、「他の行政認定申請における申請者の地位にある者にはみられないような異種独特の深刻なもの」と推認でき、そのため、「認定申請者としての、早期の処分により水俣病にかかって

32 宇賀・前掲注26、78頁。中川（丈）・前掲注23、85頁は、このような立場について、「いかなる意味で損害の問題としているのかはわかりにくい」としたうえで、「保護規範（国賠法上保護に値するか）の問題であるとも指摘されているから、結局、違法性の問題だとする本稿の結論と変わらないように思える」とする。

33 宇賀・前掲注26、78-79頁は、誤判により死刑が執行された場合、当該囚人の近親者は精神的苦痛の賠償を求めることができるが、死刑廃止論者の精神的苦痛の賠償は認められがたいという例を挙げ、「当該死刑の執行が、死刑廃止論者との関係では違法でないと説明するよりも、それは何人との関係においても違法な行為ではあるが、死刑廃止論者が受けた精神的苦痛は国家賠償法上保護に値しないと説明する方が、公権力発動要件が欠如した行為を違法でないとして処理しない点において、国家賠償法のもつ法治国原理担保機能に、より忠実である」とする。ここで宇賀は、なぜ死刑廃止論者の受けた精神的苦痛が保護されないのか具体的には説明していないが、近親者の精神的苦痛と比較して被侵害法益の要保護性が低いという発想によるものだとすれば、法的保護利益性の問題と位置づけることができよう。他方で宇賀は、東京地判1969年12月25日判時580号42頁（無登録織機に関する取締の懈怠により損害を受けたとする正規業者からの損害賠償請求）について、「国家賠償請求においてもある行為規範の保護範囲を問題にしうる余地がある場合は存在すると思われる」とし、宅建業者最判についても「たとえば、競業者の利益は保護範囲外としてよい」（宇賀・前掲注26、77頁）と述べる。つまり宇賀の場合、損害要件のなかに法的保護利益性の問題と保護範囲性の問題が両方とも含まれていることになる。

34 最二小判1991年4月26日民集45巻4号653頁。

いる疑いのままの不安定な地位から早期に解放されたいという期待、その期待の背後にある申請者の焦躁、不安の気持を抱かされないという利益は、内心の静穏な感情を害されない利益として」不法行為法上の保護の対象になりうるとしている[35]。

後者の問いであるが、たとえば労働安全衛生法関係法令上の規制権限の不行使により損害を受けたとする事業者からの国家賠償請求を退けた下級審判決[36]の結論については、反射的利益概念に批判的なものも含めて、賛意を表する学説が多い[37·38]。近年この点が争点になったものとして、最三小判2013年3月26日集民243号101頁がある。そこでは、「建築確認制度の目的には、建築基準関係規定に違反する建築物の出現を未然に防止することを通じて得

---

35 そのうえで同最判は、処分庁の不作為が「申請者に対する不法行為として成立するためには、その前提として処分庁に作為義務が存在することが必要である」と述べ、さらに、「作為義務のある場合の不作為であっても、その作為義務の類型、内容との関連において、その不作為が内心の静穏な感情に対する介入として、社会的に許容し得る態様、程度を超え、全体としてそれが法的利益を侵害した違法なものと評価されない限り、不法行為の成立を認めることができないと解すべきである」としている。「作為義務の類型、内容との関連において」という問題設定には本文に述べた保護範囲性の問題も含まれうるが、原審に差し戻した本最判はこの問いについて判断していないため、その点は明確ではない。

36 第一審判決（静岡地判1983年4月7日訟月29巻11号2031頁）は、これら規制は「労働者の生命、身体、健康を労働災害から保護することを目的とするものであり、国が事業者に対し右安全性を保証する制度ではなく、国が事業者に対し右規制を実施すべき義務を負うものではない」ため、事業者の利益は「事実上の利益にすぎない」と述べる。控訴審判決（東京高判1985年7月17日訟月32巻5号925頁）は、「右諸規制は、当該圧力容器の使用される場所で労働に従事する者の生命、身体、健康を災害から保護することを目的とするものであり、少なくとも自ら右各検査の申請をした製造者又は設置者に対してまで第一種圧力容器の安全性を保障する趣旨のものではなく、したがつてまた、上記の者との関係においてまで、被控訴人が右諸規制を行う上での注意義務を負うことはない」とする。

37 桑原・前掲注15、293頁、阿部・前掲注18、270頁。

38 若干性質は異なるが類似するものとして、反射的利益論を用いて請求を否定した東京地判1969年12月25日判時580号42頁（前掲注33）がある。反射的利益論を全面的に否定する西埜章は、同判決に対して、「この事案においては、国の不作為が違法であるか否かを判断するに際して、その一資料として反射的利益であるか否かが問題にされていたにすぎない……。このような利益が侵害された程度では未だ作為義務の成立要件が充足されておらず、したがって、作為義務が成立しているとはいえないから、規制権限の不行使は違法とならない、と考えれば足りる」と論じる（西埜章『国家賠償法コンメンタール（第2版）』〔勁草書房、2014年〕233頁）。本文に述べたように、不作為構成において総合判断的手法がとられる場合、「反射的利益」を援用する必要性が低くなることを示した記述だと考えられる。

られる個別の国民の利益の保護が含まれており、建築主の利益の保護もこれに含まれているといえるのであって、建築士の設計に係る建築物の計画について確認をする建築主事は、その申請をする建築主との関係でも、違法な建築物の出現を防止すべく一定の職務上の法的義務を負うものと解するのが相当である」（下線は引用者）とされている[39]。

Ⅲ　不起訴処分最判の特徴

1　Ⅰで見たように、本件両最判は、その時点で原告適格関係でもその他の文脈でも最高裁がほとんど用いていなかった「反射的にもたらされる事実上の利益＝『反射的利益』」概念を登場させたうえで、捜査の不適正または不起訴処分の違法を理由とする国家賠償請求の可能性を否定したところに特徴がある[40]。宅建業者最判において登場する反射的利益論「的」思考のみならず同概念そのものが前面に出てくるのである。

不起訴処分以前の下級審には、ほぼ同様の理由づけにより、「反射的利益」概念も用いつつ、請求を否定した東京地判 1972 年 2 月 26 日判時 676 号 49 頁、東京地判 1983 年 9 月 29 日訟月 30 巻 3 号 502 頁があった。他方で、東京高判 1986 年 10 月 28 日判タ 627 号 91 頁は、「犯罪により害を被つた者から告訴があつたにもかかわらず、担当の警察官が、故意又は過失によつて、

39 同最判に付された寺田逸郎裁判官・大橋正春裁判官補足意見は「建築士の委託者に当たる建築主と瑕疵ある建築物によって被害を受ける第三者とでは、利益を主張し、賠償請求をするにつき異なる立場にある」とするのに対して、田原睦夫裁判官補足意見は、そのような違法性の対人的相対性を否定する（古谷貴之「同判決評釈」産大法学 48 巻 1・2 号 319-334 頁〔330 頁〕は、建築主事に義務違反があっても「建築確認の申請者である建築主が自らの申請に応じて建築主事のした当該計画に係る建築確認の違法を主張することが信義則に反する」等により損害賠償が否定される場合があるという法廷意見の傍論的判示は、寺田・大橋補足意見の趣旨を汲み取るものだとする。また、民法上の責任競合の問題との関係を指摘するものとして、新堂明子「同判決評釈」NBL 1009 号〔2013 年〕33-39 頁〔38 頁〕)。なお、同最判の「その建築する建物に係る建築主の利益」という表現について参照、北島周作「同判決評釈」民商法雑誌 148 巻 4・5 号 456-465 頁（461 頁）、櫻井敬子「建築確認制度における建築主の地位」自治実務セミナー 52 巻 11 号 8-11 頁（10 頁）。

40 波床・前掲注 1、103 頁は、まさに、「最高裁が『反射的利益論』が国家賠償請求訴訟でも意味をもつことを明らかにした点」が本判決の意義だとする。

何ら合理的理由なしに違法に、右権限を行使せず、職務上の義務を怠つて必要な措置を講じないまま、漫然と不当に期間を徒過し、その結果、罪を犯した被告訴人（被疑者）が公訴時効の完成により不起訴処分をされて刑事訴追を免れるに至り、これにより告訴人に相当因果の関係にある損害が発生した場合」に国家賠償責任の成立の可能性を認めた[41・42]。不起訴処分最判は、前者の立場に立つことを明確にしたものであるが、その際、(1)捜査および公訴権の行使の「目的」の公益性を強調していること、(2)「反射的利益」概念を援用したうえで、「被害者又は告訴人が捜査又は公訴提起によって受ける利益」の国家賠償法上の要保護性を一括して否定していることが特徴的である。

2　ここで、不起訴処分最判と宅建業者最判とを比較してみよう。第一に、前述のように、宅建業者最判では、(ア)行政活動の結節点としての特定の行政処分＝免許の付与・更新に焦点を当てて、反射的利益論「的」思考＝違法性の対人的相対性で問題を処理した部分と、(イ)監督処分権限の不行使について、行政の対応に関する総合判断を行い、反射的利益論「的」思考を登場させなかった部分とに分かれていたが、不起訴処分最判では両者の区別がなされていない。宅建業者最判は、(イ)について「具体的事情の下において、知事等に監督処分権限が付与された趣旨・目的に照らし、その不行使が著しく不合理と認められるとき」に損害賠償請求の余地を認めたが、不起訴処分最判の枠組ではそのような余地がないように読める。

第二に、宅建業者最判では、免許制度にかかわる宅建業法の条文を摘示して根拠法令の趣旨・目的を分析する「仕組み解釈」の手法が用いられている

---

41 同判決についての評釈として、綿貫芳源・判例タイムズ627号32-37頁、波床昌則・判例タイムズ臨時増刊677号（西村宏一＝園部逸夫編『昭和62年度主要民事判例解説』〔判例タイムズ社、1988年〕）130-131頁。同判決の第一審は、反射的利益論を援用して請求を退けていたようである。参照、小尾仁「捜査権限の不行使」石川達紘編『刑事裁判実務大系10 警察』（青林書院、1993年）410-422頁（414頁）。

42 なお、同判決が引用する最大判1952年12月24日民集6巻11号1214頁は、「わが国法上検察官の不起訴処分に対してはその監督官に対し抗告をするか若しくは検察審査会に対しその処分の当否の審査を申し立て得るに過ぎないのであつて、民事訴訟乃至行政訴訟を提起することは許さない」としているが、これは不起訴処分そのものの是正を求めた訴えに関する判示であることに注意が必要である。

のに対して、不起訴処分最判では、具体的に根拠条文をあげることなく、捜査活動および公訴権の行使一般[43]について、それが「そもそも公益の実現のみを志向するものであるという刑事訴訟のドグマに、全面的に依拠」[44]した判断がなされている。捜査および公訴の提起という公権力の発動について、その特定の結節点に焦点を当て、そこにおける規範的制約をまず吟味したうえで、被害者ないし告訴人の利益との関係を検討する作業が行われているわけではなく、この分野総体において、当該利益の要保護性がアンブロックに否定されているのである。

そのような帰結を正当化するのが、宅建業者最判では用いられていない反射的利益概念そのもの（「反射的にもたらされる事実上の利益」）だったのではないか。国家賠償請求訴訟における反射的利益概念の利用については、それに肯定的な論者からも、「被害の実態についての判断に立ち入らず、いわば門前払いの判断となりがちであり、結果としてドラスティックな紛争の処理となる」という指摘がなされている[45]が、それが典型的に妥当していると考えられる。

ここで再び原告適格論における「法律上保護された利益」に立ち戻ってみよう。前掲主婦連ジュース最判は、「法律上保護された利益」を「行政法規が私人等権利主体の個人的利益を保護することを目的として行政権の行使に制約を課していることにより保障されている利益」と定義していた。つまり、行政活動に課された規範的制約の目的、あるいはそれが保護すべき利益が問題にされている。これに対して、不起訴処分最判は、捜査・公訴提起という

---

43 これを仮に宅建業法に置き換えれば、問題を「免許制度」のレベルではなく「宅建業規制一般」のレベルで捉えていることになろう。

44 棟居・前掲注1、796頁。「判旨は、原告主張の利益が法律上保護された利益であるか否かを、専ら捜査・起訴権の根拠条文（刑事訴訟法189条、247条）に基づいて決めようとしているわけではない」。

45 吉戒修一「薬害と国家賠償――スモン訴訟」『昭和53年行政関係判例解説』（ぎょうせい、1979年）689-719頁（705頁）。同旨、德岡治「行政法規の保護範囲と行政権限不行使の違法性」藤山雅行編『新・裁判実務大系25 行政争訟（初版）』（青林書院、2004年）488頁。阿部・前掲注18、270頁も、「国は監督を怠っても、競争業者との関係ではいちいち検討することなく当然に違法でな［い］」という説明をこの概念の機能の一つとする。「パターン化された論理」という批判として、稲葉・前掲注12、612-613頁。

行政活動それ自体の目的を問題にしているのである。もちろん、行政活動は法の実現である以上、両者は重なり合うべきものではあろう。しかし不起訴処分最判が、まさに捜査・公訴提起にかかわる規範についての分析的考察をまったく欠くままに、「刑事訴訟のドグマ」に依拠したことと、この相違は無関係ではないと思われる。

3　不起訴処分最判の反射的利益論については、当初および比較的早い時期から批判的な見解が見られたが[46]、犯罪被害者保護・支援をめぐる社会的関心の高まりを受けて、そのような批判は厳しさを増す。また、法制度面でも、1996年の被害者対策要綱（警察庁）の策定、2000年の犯罪被害者保護二法の成立、2004年の犯罪被害者保護基本法の成立、2007年の刑事訴訟法への被害者参加制度の導入などの動きがある。学説上、これらの動向を受けて、刑事司法の目的に犯罪被害者の利益保護を読み込み、上記の「刑事訴訟のドグマ」自体を問い直す試みが行われている[47]。

もっとも、下級審裁判例には、上記の法制度上の変化によっても、「検察官が捜査権や公訴権を行使することについて、犯罪被害者に法律上保護された利益が存在するとはいえず、したがって、検察官に、犯罪被害者の利益の保護を目的として捜査権や公訴権等の権限を行使すべき職務上の法的義務があるということはできない」[48]などとして基本的に不起訴処分最判に従うものが多い。

---

46 棟居・前掲注1、村重慶一「検察に関する国家賠償」『現代裁判法大系27 国家賠償』（新日本法規出版、1998年）26-39頁（36頁）（「反射的利益論は、不起訴処分については全面的に否定されるべきである」）。

47 黒澤睦「告訴権の歴史的発展と現代的意義」明治大学法学研究論集18号1-18頁（11頁）（「適正な捜査を義務づける権利」）、同「犯罪被害者と刑事司法過程との関係のあり方――告訴・親告罪制度を参考にして」被害者学研究19号50-59頁（54-55頁）、髙橋正人「犯罪被害者のための刑事司法」自由と正義59巻7号69-77頁（71-72頁）、守屋典子＝髙橋正人＝京野哲也『犯罪被害者のための新しい刑事司法（第2版）』（明石書店、2009年）88-89頁（髙橋）、346-348頁（髙橋＝京野）、小木曽綾「東京地判2009年12月21日評釈」刑事法ジャーナル28号121-128頁（126-127頁）、中川勘太「犯罪捜査権限の不行使と国家賠償請求」弁護士実務研究会編『弁護士実務研究――藤井伊久雄弁護士還暦記念論集』（日本評論社、2012年）3-26頁（12頁、15-16頁）。刑事法に関する基礎的な知見を欠く筆者としては、この点は論点の指摘にとどめることしかできない。

Ⅳ　不起訴処分最判の射程と証拠物焼却最判

1　上で見たように、不起訴処分最判の「反射的利益」論は、行政活動の具体的な結節点に焦点をあててそこで課せられている規範的制約を具体的に分析するという作業を行わず、捜査活動および公訴権の行使一般について、被害者ないし告訴人の利益をアンブロックに否定する機能を担っていた。

そこでは、具体的な規範的制約が検討されていないことに加えて、「反射的利益」として国家賠償法上の要保護性が否定される「被害者又は告訴人が捜査又は公訴提起によって受ける利益」が、具体的にどのような利益を想定しているのか、範囲がそもそも明らかではない。さしあたり、捜査活動や公訴の提起と典型的に結びついていると想定される利益、すなわち事案の真相の解明・処罰感情の充足などが考えられるだろう。また「損害の回復を目的とするものではな［い］」という同最判の判示からは、「対加害者の損害賠償訴訟において有利になること」も考えられる。しかしいずれにせよ、本当に要保護性を否定してよいかは、問題となっている利益の具体的な内容・性質と、それに関係して捜査活動に対してどのような規範が課せられているかを吟味して検討されなければならないだろう[49]。

---

48 大阪地判 2014 年 7 月 28 日（LEX/DB25504628）（犯罪被害者等基本法、犯罪被害者等の権利利益の保護を図るための刑事手続に付随する措置に関する法律〔以下「犯罪被害者保護法」〕）は、被害者参加制度に言及している。その他、福岡地判 2011 年 2 月 24 日裁判所ウェブサイト掲載、東京地判 2009 年 12 月 21 日判タ 1328 号 85 頁、東京高判 2009 年 2 月 25 日判例集未登載（LLI/DB 判例秘書判例番号 L6420114）、大阪高判 2004 年 6 月 23 日訟月 51 巻 6 号 1384 頁、和歌山地判 2004 年 8 月 24 日判時 1870 号 78 頁などが挙げられる（ただし、中川〔勘〕・前掲注 47、13-14 頁は、上記東京高判 2009 年 2 月 25 日の「現時点においてはともかく」という判示に着目し、「現時点では判例変更の余地があることを示唆している」とする）。

49 森田・前掲注 3、79 頁は、証拠物焼却最判が「適正を欠くことを理由として」ではなく「単に適正を欠くというだけでは」と述べていることに注目したうえで、証拠物の廃棄処分によって立証活動に現実的な支障が生じた場合や証拠物の取扱いについてなんらかの合意があった場合などにおいては「捜査によって被害者又は告訴人が受ける利益は事実上の利益にすぎないとの定型的な論法で国賠請求を否定するのは相当ではない。刑事手続における被害者又は告訴人の地位に配慮しつつ、法律上の保護に価する利益の侵害があったといえるか否かについて、個別具体的な事案ごとにきめの細かな議論をし、平 2 最判〔引用者注：不起訴処分最判〕の射程を慎重に検討することが要求される」とする。

2　第一に、前述（Ⅱ3）したように、反射的利益「論」的思考においては、「生じた損害がそもそも不法行為法上の保護に値するものか」（＝法的保護利益性）という問いと、「当該損害が、不適合が問題とされている行政の行為規範との関係で保護されているか」（＝保護範囲性）という相互に関連する2つの問いを見出すことができる。犯罪被害者保護に関する社会的関心が高まり、法制度も一定の対応を示している現状においては、少なくとも前者の法的保護利益性に関するかぎり、再検討の必要性が高まっていると思われる。

3　第二に、不起訴処分最判後の裁判例は、捜査の懈怠により生命身体等の法益侵害が発生した事例については、上記の「被害者又は告訴人が捜査又は公訴提起によって受ける利益」に含める余地がないとはいえないにもかかわらず、反射的利益論によって国家賠償請求を否定することはない[50]。松田岳士は、「犯罪被害者が、当該犯罪に関する刑事手続によって受ける利益」と「被害者が犯罪により被った『被害』それ自体が警察権限の不行使によって生じたもの」とを区別する[51]。

たとえば東京高判2005年1月26日判時1891号3頁（桶川ストーカー事件）は、「国民の生命、身体、名誉等に対する加害行為が正に行われ又は行われる具体的な危険が切迫しており、警察官においてそのような状況であることを知り又は容易に知ることができ、警察官が上記危険除去のための警察権を行使することによって加害行為の結果を回避することが可能であり、かつ、その行使が容易であるような場合」には、「上記危険除去のための警察権を行使することにつき職務上の義務が生じることもあり得る」としている[52]。これら裁判例は、砲弾爆発による死傷事故について、危険の具体性の程度、生じる結果の重大性、被害者の側での危険防止の手段の有無、警察官の予測可能性など種々の事情を判断したうえで、具体的事案について警察の危険防止措置義務の成立を認めた新島砲弾最判[53]の延長線上にあると捉えることも

---

50 中川（勘）・前掲注47、18-19頁。同論文は、不起訴処分最判が含まれる「捜査の懈怠そのものにより精神的苦痛を受けた事例」（第1類型）と「捜査の懈怠により生命身体等の法益侵害が発生した事例」（第2類型）を区別する（4-5頁）。

51 松田・前掲注3、85頁。

できる。

4　第三に、不起訴処分最判は、捜査および公訴権の行使が「国家及び社会の秩序維持という公益を図るために行われるものであって、犯罪の被害者の被侵害利益ないし損害の回復を目的とするものではなく」（下線は引用者）と述べている。そうだとすれば、同最判の射程は、当該犯罪によってすでに被った被害の回復に限定されるべきと解されるのではないか。捜査機関との社会的接触開始後に当該犯罪との関連で生じるいわゆる二次被害は、上記の「被害者が犯罪により被った『被害』それ自体が警察権限の不行使によって生じたもの」の類型に属するものとして考察する余地があるのではないだろうか。

また、いわゆる二次被害のうちでも「刑事手続に関与させられること」によるそれ[54]については、捜査活動の「不作為」による不利益と区別して、「作為」としての捜査活動それ自体によって被害者が損害を受けたものという構成も可能である。捜査活動あるいは刑事手続一般は、前述の事案の真相の解明・処罰感情の充足など被害者にとって利益をもたらしうるものであると同時に、証拠収集の過程等で被害者自身にとっても負担を強いるものでありうる[55]。その意味で、被害者に対する関係でも、捜査活動の危険創出的側面を語ることができよう。たとえば冤罪により逮捕された場合[56]やパトカー

---

52 当該事件においては、名誉毀損等の加害行為との関係では警察官の対応が違法だったとされる一方で、殺人や傷害等の身体的加害行為との関係では予見可能性がなかったとして違法性が否定されている（これに対して、中川〔勘〕・前掲注47、21頁は、「違法性判断の対象は一個の不作為なのであるから、当該一個の不作為が当該被害者との関係で適法か違法かについて端的に判断がなされるべきであり、被害者の被侵害法益ごとに違法性を別異に解することは、技巧的にすぎるようにも思われる」と疑問を提起する）。その他、神戸地判2004年12月22日判時1893号83頁（神戸市大学院生殺害事件）、東京高判2007年3月28日判時1968号3頁（栃木リンチ事件）も同様の枠組で違法性を判断している。

53 最二小判1984年3年23日民集38巻5号475頁。また、最三小判1982年1月19日民集36巻1号19頁（ナイフ一時保管最判）も、特段の一般論を示すことなく、ナイフ一時保管義務の不作為による責任を認めている。ただし、小尾・前掲注41、422頁は、ナイフ一時保管最判は「保安警察等の行政警察に関する権限に関する事案」であって、「司法警察に関する捜査権限の不行使の問題とは事案を異にするものといい得る」とする。

54 参照、松尾浩也「犯罪被害者と法」日本学士院紀要64巻2号71-84頁（77頁）。

による追跡行為によって第三者が被害を受けた場合[57]などについては、警察活動が被疑者あるいは第三者に対する危険創出活動としての側面を有することは当然認識されてきたが、犯罪被害者に対する二次被害についても同じようなことがいえるのではないか。捜査活動それ自体によって被害者が受けた損害については、不起訴処分最判の射程外とみなすことができよう。

5　第四に、捜査・公訴提起について一般的に課せられている規範的要請とは別に（あるいはそれに含まれつつも相対的に区別可能なものとして切り出して）、特定の規範的制約が認識可能な場合は、当該規範的制約の趣旨目的と利益の性質とに即して保護範囲性を判断すべきである。被害者保護のために設けられた個別の制度についても、刑事手続一般に還元するのではなく、個別の制度を切り出してその趣旨目的に即して考察すべきではないだろうか。一例を挙げるならば、行政機関ではなく裁判所により運用されるものであるが、犯罪被害者保護二法により導入された証人保護のための仕組みは、被害者が証人になる場合の利益保護を目的としたものである以上、その運用に違法があって被害者に損害が生じた場合、国賠法上の保護利益性を認めることはもちろん可能である。

この点で興味深いのが、大阪地判2003年10月16日訟務月報51巻6号1395頁である。同判決は、不起訴処分最判に依拠して、一般論としては犯罪の捜査および検察官の公訴権の行使が違法であることを理由とした損害賠償請求を否定したうえで、「捜査機関が、国家及び社会の秩序維持を目的として、あくまで公益的な見地から、犯罪捜査を遂行するものであるとしても、他方で、犯罪被害者等は、犯罪捜査の状況及び内容に最も関心を有する者であるから、捜査機関としては、なるべく犯罪被害者等に対し、被疑者の処分結果及び犯罪捜査の現状について教示するのが望ましいものということがで

55「犯罪に対しては、刑事手続が開始され、警察、検察、裁判所等の公的機関が活動するが、犯罪被害者は、繰り返して事情を聴かれ、現場検証への立会いを求められ、また、証人として公開の法廷で尋問されるなどの負担に耐えなければならない。その際、関係者の心ない言動によって傷つくことも稀ではない」（松尾・前掲注54、77頁）。

56 近年の一部認容事例として、富山地判2015年3月9日判時2261号47頁（氷見冤罪事件）がある。

57 最一小判1986年2月27日民集40巻1号124頁。

きるから、上記捜査官らが原告に対する十分な説明を行わなかったことについては、少なくとも条理上、説明義務違反の違法事由となることもあり得ると解される」として、検察官・警察官が「原告に対し、適正に犯罪捜査の処分結果及び内容を説明した」かどうかを審査している。同判決は、結論的には違法性を否定したのだが、ここで注目すべきは、捜査・公訴権の行使について捜査機関に課された一般的な責務から、条理に基づいて「被害者に対する説明義務」を切り出すという考察の手法である。この義務に違反すれば、国賠法上の違法性を構成することもありうると考えられているのである。

6　以上の考察を踏まえて、不起訴処分最判の反射的利益論を援用したうえで請求を棄却した証拠物焼却最判について検討を試みよう。

同事件の原告は強盗強姦事件の被害者であるが、被害当日、警察官に対して、原告の所有にかかる5点（被害当時に着用していたジーパン、シャツ、被害当時敷布団に敷いていたシーツ、犯人が犯行後にシャワーを浴びた際に使用したバスタオルおよび上告人が犯人の精液をふき取ったちり紙。以下「本件証拠物」という）を、所有権を放棄したうえで任意提出した。しかし本件証拠物の鑑定が終了して警察署に返却された後、担当警察官は、鑑定が終了したことから、捜査上これを領置しておく必要性が失われたと判断して、本件証拠物を焼却により廃棄処分した。その結果、原告は、「自らが本件犯罪の捜査に役立てられるものと信じて任意提出した重要な証拠品が、警察官の不適正な措置により失われ、そのために捜査がなおさら困難となり、犯人検挙の可能性が低くなるとともに、たとえ犯人が捕まったとしても、犯人ないしその弁護人が証拠品がないことを根拠に弁解し、また、再鑑定もできないなど、犯人の厳重処罰を求める原告にとって望ましくない事態となることが予想されるとの思いが強くなり」[58]、絶望感、不安・焦燥感が深まり、精神的被害を受けた[59]。

---

58 第一審判決（神戸地判 2003年10月29日判時1844号111頁）の認定による。

59 なお原告は、精神科診療所によりPTSDの診断基準を満たしていると診断されていたが、第一審判決は、その精神的損害は、多分に本件犯罪自体によるものと推認され、本件証拠物の焼却による精神的苦痛とは区別できるとしている。

第一審判決は、原告は、本件証拠物の「任意提出及び所有権放棄にあたって、同証拠品を本件犯罪の捜査に役立てるとの意図、目的を有し、所有権を放棄したからといってみだりに廃棄されることはないものと認識しており」、そのことについては捜査官との間に「事実上の合意」があったとする[60]。そのうえで、「原告が任意提出した上記証拠品がそのような合意に沿って適正に取り扱われることは、原告の人格権ともいえる利益として保護されるべきであり、単に捜査が適正に行われることによる反射的利益ではなく、法律上保護された利益であると解するのが相当である」とする。そのうえで裁判所は、本件証拠物の焼却が「捜査上の必要性の観点から、著しく合理性を欠くもの」であるため、「原告の法律上保護された利益を侵害したもの」と判断したのである。

これに対して控訴審は原告の請求を棄却し、すでに述べたように、最高裁も、不起訴処分最判を引用したうえで原告の上告を棄却した。もっとも、泉徳治裁判官の反対意見は、次のように述べて、第一審判決の結論を支持する。

「犯罪の被害者がその所有に係る証拠物について有する利益は、被害者が捜査機関の捜査によって受ける利益とは別個のものである。犯罪の被害者は、個人の尊厳が重んじられ、その尊厳にふさわしい処遇を保障される人格的権利を有するものであって、刑事手続における告訴権も、人格的権利の一部をなすものということができる。被害者がその所有に係る証拠物を捜査機関に提出するのは、犯人の検挙・処罰に役立てることを目的とするものであって、告訴権の行使の一内容、あるいは告訴権に類似する人格的権利の行使ということができ、当該証拠物が捜査機関において捜査のために有効に活用され、捜査上必要である限り適正に保管されることの利益は、単に所有権の一部を構成するにとどまらず、上記の人格的権利に由来し、法的に保護された利益というべきである。そして、被害者がその所有に係る証拠物を捜査機関に提出する際、所有権放棄書に署名押印しても、それは、当該証拠物が捜査及び公訴の遂行上で必要性がなくなった場合に、その返還を求めないということを意味するにとどまり、当該証拠物が捜査機関において有効に活用され、適正に保管されることの利益まで放棄することを意味するものではない。したがって、捜査機関が正当な理由なく当該証

60 控訴審判決（大阪高判 2004 年 8 月 27 日判例集未登載）はこのような「事実上の合意」の成立を否定している。

拠物を廃棄すれば、被害者の法的に保護された利益を侵害するものとして、国家賠償法の規定に基づく損害賠償請求の対象となるといわなければならない」[61]。

同反対意見は、「犯罪の被害者がその所有にかかる証拠物について有する利益」、より具体的には、「当該証拠物が捜査機関において捜査のために有効に活用され、捜査上必要である限り適正に保管されることの利益」の法的保護利益性を説き、それは犯罪被害者の個人の尊厳から導かれる人格権的利益としてとらえる。そして、当該利益についていわば「二重の切り離し」が試みられる。第一にそれは、「被害者が捜査機関の捜査によって受ける利益」と区別され、第二にそれは、所有権の一部ではあるが、それから切り離された人格権的利益として把握されるため、所有権放棄がなされても失われないものとみなされるのである。被害者の地位を重視する観点から法的保護利益性の再検討を試み、さらに、証拠物という具体的な物に即してそれを語ることで人格との結びつきがつけやすく説得力がある魅力的な議論だといえよう。

他方で、あらゆる犯罪についてのすべての証拠物の任意提出の場合についてこのような利益を観念できるか[62]については疑問が残る[63]。

しかし同判決の事案の場合、被害者の捜査機関との社会的接触過程において、泉反対意見がいうような個人の尊厳を損なわれることのない人格的権利[64]を語ることができるのではないだろうか。これは実質的には「捜査活動によって創出された危険としての二次被害を防止すべき捜査機関の義務」と照応するものであり、このような義務は、広い意味では捜査一般を適正に行使する義務に含まれているともいえるかもしれないが、切り出して考察することも可能なものである。

一般に性犯罪捜査においては、被害者にかける肉体的・精神的負担がきわめて大きいとされる[65]。また、そこにおける証拠物は、同判決の事案におい

---

61 泉徳治『私の最高裁判所論――憲法の求める司法の役割』（日本評論社、2013年）272-273頁によれば、この反対意見の背後には、犯罪被害者等基本法の制定等も踏まえたうえで、「犯罪の捜査は、国家及び社会の秩序維持という公益を図ると同時に、犯罪によって傷つけられた被害者の尊厳・人格権を回復することをも目的としている」、「被害者は、捜査が適正に行われることについて、単に国民の一人として他の人々と利益を共有するにとどまらず、個別的な利益を有するものである」という同裁判官の認識があったようである。

てもそうであったように、被害者のプライバシーにかかわるきわめてセンシティブな物品が多く、取扱いに慎重を要するものである。このような観点から捜査活動に課された特定の行為規範に違反した場合、捜査活動自体が創出した危険による被害として捉え、不起訴処分最判の射程外と考えることが可能であろう[66]。

このように、同判決をめぐっては、泉反対意見のように被侵害利益の性質

---

62 前掲注60で述べたように、第一審判決が認定した「事実上の合意」は原審の事実認定で成立を否定されているため、それを前提としてもこのような人格権的利益を観念できるかについては、慎重な検討が必要であろう。ただし、最一小判2008年6月12日民集62巻6号1656頁は、放送番組のために素材収集のための取材を受けた取材対象者のいわゆる期待権について、「放送事業者又は制作業者から素材収集のための取材を受けた取材対象者が、取材担当者の言動等によって、当該取材で得られた素材が一定の内容、方法により放送に使用されるものと期待し、あるいは信頼したとしても、その期待や信頼は原則として法的保護の対象とはならないというべきである」とする一方で、「取材対象者は、取材担当者から取材の目的、趣旨等に関する説明を受けて、その自由な判断で取材に応ずるかどうかの意思決定をするものであるから、取材対象者が抱いた上記のような期待、信頼がどのような場合でもおよそ法的保護の対象とはなり得ないということもできない。すなわち、当該取材に応ずることにより必然的に取材対象者に格段の負担が生ずる場合において、取材担当者が、そのことを認識した上で、取材対象者に対し、取材で得た素材について、必ず一定の内容、方法により番組中で取り上げる旨説明し、その説明が客観的に見ても取材対象者に取材に応ずるという意思決定をさせる原因となるようなものであったときは、取材対象者が同人に対する取材で得られた素材が上記一定の内容、方法で当該番組において取り上げられるものと期待し、信頼したことが法律上保護される利益となり得るものというべきである」としている。これを犯罪捜査に置き換えるならば、被害者にとって「格段の負担」を伴うことがある捜査への協力の過程で、捜査担当者の言動から生じる一定の期待・信頼が法的保護利益性を獲得することは十分にありえることだろう。そして、放送事業者とは異なり捜査機関が公権力主体であることは、そのような法的保護利益性の獲得をより容易にすると思われる。

63 また、告訴権との類比から出発する議論は、不起訴処分最判と正面から衝突し、同最判の射程論としては処理しにくいかもしれない。

64 これは人格的権利として、被害者に限られない人一般の権利であるが、被害者であるという属性を踏まえた取扱いをされることが人格的権利の内容をなすと考えられる。

65「性犯罪捜査においては、被害者の身体の見分及び身体からの証拠採取、着衣等被害者が身につけていた物の証拠物としての押収等が極めて重要であるが、これらは被害者に肉体的な負担をかけるだけでなく、羞恥心を著しく刺激したり、不快感を与えたりするおそれがあり、適切な採証活動の障害ともなりかねない」(安田貴彦「警察における性犯罪被害者対策」警察学論集56巻1号44-69頁〔53頁〕)。「性犯罪の被害者は、警察及び検察庁で、それでなくとも思い出したくない被害の事実を詳細に聞かれるうえに、これまでは、性犯罪を受けた被害者の心情がいかなるものであるかが現場の捜査官に十分に認識されていなかったこともあり、その不適切な言動により被害者が更に傷つくという事例も少なくなかったようである」(川出敏裕「刑事手続における被害者の保護」ジュリスト1163号39-49頁〔41頁〕)。

をきめ細かに分析する法的保護利益性からのアプローチ[67・68]と、上に示唆したように、捜査活動の危険創出的側面に着目して被害者に対する捜査機関の行為規範を切り出す保護範囲性からのアプローチを並行して導入することで、不起訴処分最判によるアンブロックな処理を相対化することが可能になると考えられる。「反射的利益論」が問題になるような場合において、これら2つのアプローチが有効な場合は、ほかにも少なくないかもしれない。

＊本稿校正段階において、中川勘太弁護士（神戸大学大学院法学研究科法曹実務教授）から本稿に対する教示を頂戴した。

---

66 判決文を読むかぎり、たとえば警察官が興味本位で物品を扱うおそれなどの観点から原告が不安を感じていたという事情は特に見出せない。それに代えて、おそらくはそれ以前からあったと思われる捜査機関の対応に対する不信（第一審で原告は、警察は被疑者を特定したにもかかわらず面通しを行わなかったと主張し、判決で否定されている。このことは、そのようなことが実際にはなかったとしても、原告と捜査機関との信頼関係途絶状況をうかがわせるものである）がうかがわれる。あくまで勝手な推測にすぎないが、仮にそのような信頼関係途絶が、証拠品廃棄の事実を知ることによって頂点に達し、それによって生じた「見捨てられたという感情」がPTSDに至った原告の精神的損害の本質なのだとすれば、これは捜査機関による二次被害と位置づけることも可能である（ただし、第一審も述べるように、この精神的損害のうちで犯罪自体による部分と、捜査機関による二次被害による部分とを区別することは難しいだろう）。

67 高橋正人「検察活動と国家賠償」東北法学34号325-344頁（337-338頁）は、法的保護利益性に焦点をあてた近年の最高裁判決〔最一小判2005年7月14日民集59巻6号1569頁〔公立図書館の図書の不公正な取扱いによる廃棄〕、最一小判2006年3月30日民集60巻3号948頁〔景観利益〕、最一小判2008年6月12日民集62巻6号1656頁〔取材対象者の期待権、前掲注62〕〕の動向を踏まえて、不起訴処分最判および証拠物焼却最判の再検討を主張する。

68 小泉純一郎内閣総理大臣の靖国神社参拝によって受けた精神的苦痛に対する損害賠償請求が問題となった最二小判2006年6月23日判時1940号122頁における滝井繁男裁判官の以下の補足意見も、被侵害利益の性質をきめ細かに分析する法的保護利益性からのアプローチだと考えられる（参照、滝井繁男『最高裁判所は変わったか――一裁判官の自己検証』（岩波書店、2009年）49-50頁）。

「私は、例えば緊密な生活を共に過ごした人への敬慕の念から、その人の意思を尊重したり、その人の霊をどのように祀るかについて各人の抱く感情などは法的に保護されるべき利益となり得るものであると考える。したがって、何人も公権力が自己の信じる宗教によって静謐な環境の下で特別の関係のある故人の霊を追悼することを妨げたり、その意に反して別の宗旨で故人を追悼することを拒否することができるのであって、それが行われたとすれば、強制を伴うものでなくても法的保護を求め得るものと考える。

そして、このような宗教的感情は平均人の感受性によって認容を迫られるものではなく、国及びその機関の行為によってそれが侵害されたときには、その被害について損害賠償を請求し得るものと考える」。