

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
——行政救済法における「違法」性に関する予備的考察をかねて——

神橋 一彦

はじめに

第一節 行為不法における「行為規範」の意義——権限規範と行為規範

第二節 最高裁平成三年七月九日判決（接見拒否事件国家賠償訴訟）について

第三節 近時の関連国賠判例に関する若干の検討

(一) 公務員の法令解釈の誤りと法令そのものの適法性の問題

(二) 法律改正権限の不行使——在外国民選挙権訴訟上告審判決とその後

(三) 省令改正権限の不行使

(四) 通達改正権限の不行使

(五) 平成三年最高裁判決との関係

おわりに

はじめに

一 ある行政決定について、その根拠法令（法律、法規命令、さらには行政規則）そのものが違法ないし違憲である場合、当然、当該決定もまた違法であることを免れないが、そのような決定によって損害を受けたと主張する者が提起する国家賠償請求訴訟についてどのように考えるべきか——本稿は、この問題を論究の中心に据え、併せて関連する近時の最高裁判例を検討することによって、国家賠償法一条一項にいう「違法」（以下、本稿ではこれを「国賠違法」と略称する。）の問題について、理論的解明の端緒を得ることを目的とする。

周知のように、国賠違法をめぐっては、不法行為法の学説類型にならって、「行為不法説」、「結果不法説」、さらに結果不法的側面（被侵害法益）と行為不法的側面（侵害行為の態様）を総合的に斟酌する「相関関係説」という三つの考え方が、一般に基本的学説として整理されている。⁽¹⁾そして「行為不法説」には、違法性同一説たる「公権力発動要件欠如説」と違法性相対説たる「職務行為基準説」という二つの考え方が⁽²⁾あるが、この両説については、現在、とりわけ最高裁判例との関係が議論されているところである。そして既に指摘されているように、この両説には、「違法」評価の違いに連動して、「過失」評価をどのように考えるかについて違いがみられ、「公権力発動要件欠如説」においては違法・過失二元的判断が行われるのに対して、「職務行為基準説」においては、職務上の注意義務違反が「過失」ではなく「違法」性の中で評価されるので、その結果として、違法一元的判断が行われる傾向にある。⁽³⁾そして最高裁判例においては、所得税更正処分をめぐる最（二小）判平成五年三月一日民集四七巻四号二八六三頁が、同処分に対する取消判決確定後にも拘わらず、当該処分が国家賠償法上違法となるのは、「税務署長が資料を収集し、これに基づき課税要件事実を認定、判断する上において、職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と更正をしたと認め得るような事情がある場合」に限られるとし、「職務行為基準説」によりつ

つ違法一元的判断を行ったのを初めとして、住民票記載行為に関する最（一小）判平成一年一月二一日判時一六七五号四八頁など、一般の行政活動について「職務行為基準説」の考え方を拡大しており、近時においても、このような「職務行為基準説」的考え方に立つ判例が続いている。

しかしそのような中であって、最（三小）判平成三年七月九日民集四五卷六号一〇四九頁（以下、「平成三年最高裁判決」という。）は、一四歳未満の者の在監者との間の接見を原則禁止した（旧）監獄法施行規則一二〇条、同一二四条が監獄法五〇条の委任の範囲を超えた違法なものであり、それに基づいて行った具体的な接見不許可処分も違法なものであるとしつつも、当該処分を行った拘留所長には過失がないとして国家賠償請求を棄却したものであるが、この判決は、「公権力発動要件欠如説」に基づく違法過失二元的判断に立つた判例と解され、注目されている。すなわち、行政活動に関する国家賠償訴訟に限ってみても、最高裁判例は、「公権力発動要件欠如説」||違法過失二元的判断に立つものと「職務行為基準説」||違法一元的判断に立つものが、さしあたり混在しているようにみえるわけである。

このように国賠違法をめぐる最高裁判例には、果たしてこれを一貫性をもって説明できるか否かについて疑問が呈されているが、そこには国賠違法、とりわけ行為不法の前提となる「行為規範」概念をめぐる明快を欠くものがあるようにおもわれる。とりわけ、平成三年最高裁判決は、一方において違法・過失二元的判断に立つものであるが、違法判断と過失判断を明確に区別して論じている点において、国家賠償請求訴訟の法治主義維持機能の観点からすれば、とりあえず肯定的に評価できる面があるであろう。⁽⁵⁾しかし他方において、法規命令の違法を認めつつも、拘留所長には過失がないとした点については、いささか不自然な理論構成との感を否めず、今後、同種の法規命令の違法を争う国家賠償訴訟において国家賠償請求が認容される可能性がどこまであるのか、という疑問も生じえよう。

二 本稿は、平成三年最高裁判決を一つの素材として、行政決定の根拠となる法令が違法な場合における国家賠償について検討を加えるものである。そして併せて、国家賠償法一条の「違法」論一般を検討する視座を得たいと考える。⁽⁶⁾

冒頭で、本稿筆者は、「『行為不法説』には、違法性同一説たる『公権力発動要件欠如説』と違法性相対説たる『職務行為基準説』という二つの考え方があり」と述べた。すなわちここでは、取消訴訟の原告適格に関する議論の如く、「学説」上この二つの「考え方」が対立しているわけではない。学説の大勢は、いうまでもなく判例の「職務行為基準説」的な考え方には批判的である。⁽⁷⁾ 加えて、判例は事実ごとの法的判断であり、また国家賠償制度そのものが具体的な被害者の救済の妥当性を追求するものであることもあって、およそ理論的に整序された形で説明することは困難である、という見方もありえよう。確かに、事後的救済としての国家賠償において想定される「行為規範」は、行政に対する事前統制において想定される「行為規範」と一致する保障もなければ、——行政訴訟と国家賠償とは制度目的が違うということであれば——両者が必ずしも一致しなければならない、ということもない。しかし、判例の考え方に理論的な分析を加えることによって、学説と判例との間に何らかの《架橋》をなすことは可能である。またそのことが、「違法」及び「過失」の概念を操作することによって、救済の可否が恣意的に左右されることを防ぐことにもなるはずである。

三 本稿は、最高裁判例が一貫して「行為不法説」的な考え方を基調にしていることに鑑み、行為不法の前提となる「行為規範」について理論的な検討を行いたい(第一節)。その際には、「行為規範」と理論的に区別されるべき「権限規範」との関係について、憲法学や法理学における議論が参照される。そしてその上で、そこで得た「行為規範」に関する理論的な枠組みによりつつ、違法な法令(法規命令)の執行行為に対する国家賠償が問題となった、平成三年最高裁判決について分析する(第二節)。そしてそれを受けて、近時の関連する国賠判例を取り上げ、

さらに議論を展開することにした（第三節）。

- (1) 宇賀克也『行政法概説Ⅱ 行政救済法』（平成一八年）三六四頁以下。
- (2) 行政法では「職務行為基準説」という名称が定着しているが、「注意義務違背説」という名称のほうが、内容にふさわしいのではないかと指摘もある（徳本伸一「訴え提起の違法性」『現代民事法学の理論（下）——西原道雄先生古稀記念』（平成一四年）四一—三頁。芝池教授も「義務違反的構成」という名称を用いている（芝池義一『行政救済法講義（第三版）』（平成一八年）二四四頁以下）。国賠違法をめぐっては、学説上の名称やその内容の詳細につき論者によって違いがみられるが、本稿ではさしあたり、宇賀前掲書（注（1））の整理に基本的依拠することにする。国賠違法についての分析枠組そのものの再検討とそれに基づく関連判例の検討については、改めて今後の課題としたい。
- (3) もっとも、「職務行為基準説」＝違法性相対説を前提としたとしても、別途過失を論じる可能性を排除するものではない、との指摘がある（後掲注（20）及び（38）参照）。
- (4) 北村和生「国家賠償における違法と過失」『行政法の争点（第三版）』（平成一六年）八〇頁以下。
- (5) 本判決後、平成三年法務省令第二二号により、問題となった監獄法施行規則二〇条が削除され、同一二四条に「前四条」とあるのを「前三条」に改められた。その意味で制度改革の動因となった意義は大きい（園部逸夫「最高裁判所十年」（平成一三年）一一九頁）。
- (6) 本稿筆者は近く、別稿を起し、「行政救済法における違法性」について包括的に論究する予定である。従って、本稿で展開した議論のうち、とりわけ第一節の理論的検討については、当該別稿において敷衍して再論することになるとおもわれるが、具体的展開としての判例の分析（第二節以降）については、本稿独自の内容である。
- (7) 塩野教授は、学説との対話もなく、最高裁判所が「職務行為基準説」の対象事項を拡大（もしくは一般化）しているのは、日本法の発展にとり、好ましくない、とする（塩野宏『行政法Ⅱ（第四版）』（平成一七年）二九四頁・注（5））。

第一節 行為不法における「行為規範」の意義——権限規範と行為規範

一 国賠違法を論じる際、通常、そこには何らかの「行為規範」の存在が前提とされる。結果たる法益侵害の重大性に着目して国賠違法を論じる立場（すなわち、「結果違法説」ないし「相関関係説」）にあっても、法益侵害の重大性というナマの事実のみに着目して「違法」を判断するのではなく、そこには何らかの結果回避義務といった「行為規範」を想定することが多い。またそこでの「行為規範」の内容やレベルも、事案ごとの被侵害法益の態様

などによつてはフィクションに近い内容が設定されることもありえよう。⁽⁸⁾

このように国賠違法における「行為規範」については、必ずしも理論的に截然と整序した形で論じることができない面があることは否定できないが、それは国家賠償の機能として、法治主義維持機能（適法性維持機能）のみならず、被害者救済機能という点が抜きがたく存在していることに由来する。とはいえ、国家賠償請求訴訟においては、結果不法的な理由づけを前面に押し出すことが難しいであろうから、少なくとも「行為不法」という土俵の上で国賠違法を論じる場合、そこで前提となる「行為規範」とは具体的にどのような性格のものであるかということについて、理論的に検討すべき点があるようにおもわれる。すなわちそれは、行政法一般において、行政機関ないし公務員が行政活動に際して遵守すべき規範を広く「行為規範」と呼ぶことがあるが、そこには次元の異なるものが峻別されずに論じられているのではないか、という問題である。

二 「公権力発動要件欠如説」（違法性同一説）と「職務行為基準説」（違法性相対説）の違いは、しばしば——いうまでもなく、国家賠償法一条の適用領域を全てカヴァーするわけではないが——《取消違法と国賠違法の異同》という形で問われる。

この両者の異同に関しては、夙に遠藤博也教授が、違法概念の相対性との関係で、「適法性 (legality; legalite) に関する法」と「責任 (liability; responsibility) に関する法」の区別を指摘し、この問題について次のように論じていたのが注目される。

「前者〔「適法性に関する法」は、法的行為の要件・効果に関する法であり、後者〔「責任に関する法」は、損害・損失の補填に関する法である。前者については、行政行為論、抗告訴訟制度、行政行為の司法審査などが主要な内容を提供している。後者においては、国家補償法がその内容である。】⁽¹⁰⁾」（括弧本稿筆者）

「抗告訴訟における違法は、右にいう『適法性に関する法』すなわち法的行為の要件・効果に関する法の次元で問題となるものであり、処分その他法的行為が本来ねらいとしている法的効力発生のための前提要件に欠けることがあることをいみする。これに対して、国賠法上の違法は、ひろく損害賠償法上の違法とともに、いうまでもなく『責任に関する法』の次元で問題となるものであり、現に生じた損害から出発して、これをつぐない、ずめる補填の負担ないし責任を誰に負わせるのが公平であるか、の見地から、一方当事者に帰責原因たる手落ち手ぬかりがある旨の評価を示すものである。」⁽¹¹⁾（傍点本稿筆者——以下同じ）

このような遠藤教授の「適法性に関する法」「責任に関する法」二分論のうち、抗告訴訟における違法の前提となる「適法性に関する法」についてはさしあたり異論はないが、国賠違法に関わる「責任に関する法」についての叙述は、教授の「国賠違法」観——すなわち、国賠違法は「行為規範性」を内容とするものであるとしながらも、この「行為規範性」は、「究極的には他人に損害を加える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性⁽¹²⁾である、とする見方——が反映されているものであろう。本稿では、「行為不法」の前提となる「行為規範」の理論的純化を試みる観点から、これに代えて「権限規範」と「行為規範」の区別を考察の基礎に据えることにする。

すなわち、抗告訴訟においては、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」（行政事件訴訟法三条一項、二項）が対象となるのに対して、国家賠償請求訴訟においては、「公権力の行使に当る公務員」の「職務」上の行為（国家賠償法一条一項）が問題となる。

つまり、取消違法においては、「行政庁」という「行政機関」の行為についての違法が問題となるわけであるが、その際に違法判断の基準となる規範は、処分等の行為についての「権限規範」（授權規範）ということになる。そ

して、かかる「権限規範」(授權規範)に対する違反の効果は、当該行為の効果の(原則的)否定⁽¹³⁾ということになる。もつとも、国家賠償との比較という観点からいえば、抗告訴訟の対象となる行為は、国家賠償法一条一項にいう「公権力の行使」より狭いから、抗告訴訟の対象にはさしあたりならない行政指導その他の事実行為などを含めたいうならば、「当該行為の効果の否定」という表現に替えて、「当該行為の法的正当性の否定」と表現することができるであろう。

これに対して、国家賠償請求訴訟において問題となるのは、「公務員」の行為である。この「行政機関」「公務員」二者の間の概念的区別は、既に、行政組織法の理論的体系化などの中で強調されたところであるが、前者が「割り振られた権限と責務の帰属点」という一つのポストを指称するのに対して、後者は、行政機関のポストに就いて現実に公務を行う自然人(生身の人間)を意味するものである⁽¹⁴⁾。そうなると、国賠違法の判断基準となるのは、公務員の職務上の行為についての「行為規範」ということになる。従って、かかる「行為規範」違反の効果は、当該行為の法的効果の否定ではなく、損害賠償や強制行為(強制執行・刑罰、さらには懲戒処分)の要件としての「不法」という評価ということになる⁽¹⁵⁾。

行政法における学説などにおいては、しばしば右にいう「権限規範」も行政機関の「行為規範」という含意もあって、広く「行為規範」と呼ぶことがあるが、少なくとも本稿においては、「権限規範」と「行為規範」の二つを、規範受命者が行政機関と公務員という違いも含めて区別することに⁽¹⁶⁾する。

但し、このように両者を峻別するとしても、この「権限規範」と「行為規範」が「連動」⁽¹⁷⁾することはありうる。すなわち一般に、行政機関のポストに就いている公務員が、根拠法令等の「権限規範」に違反して処分を行った場合、当該公務員は、公務員の職務上の「行為規範」に違反したと評価されることになるが、それはさしあたり、公務員は一般的に法令遵守義務という職務上の「行為規範」(国家公務員法九八条一項、地方公務員法三二条⁽¹⁸⁾)があるか

らであつて、当該行政機関が行つた処分は無効であるとともに、当該公務員の職務上の行為も違法（不法）と評価されることになるというべきであろう。従つて、ここに「権限規範」が法令遵守義務という職務上の「行為規範」を媒介として、内容的に職務上の「行為規範」と「連動」することになるわけである¹⁹⁾。すなわち、国賠違法に関する基本的学説として挙げられる「公権力発動要件欠如説」というときの「公権力発動要件」というのは本稿にいう「権限規範」と概ね同義であるといつてよいとおもわれるが、正確に言えば、「公権力発動要件」を欠く行為が何故「国賠法上」「行為不法」として「違法」と評価されるかといえ、そこに公務員の法令遵守義務という職務上の「行為規範」があるからだ、ということにならう。換言すれば、「権限規範」を遵守すべしという規範は、「職務行為基準」の一つであるということもできるわけで、「違法」判断の前提となる「職務行為基準」を「権限規範」遵守という行為規範のみに限定すれば、「公権力発動要件欠如説」すなわち《違法性同一説》違法過失二元判断²⁰⁾ということになるであろうし、「職務行為基準」に職務上の注意義務の如き「権限規範」遵守以外の行為規範も含めて判断すれば、「職務行為基準説」すなわち《違法性相對説》違法一元判断²⁰⁾に帰することになる。

このように「権限規範」と「行為規範」は峻別すべきであるが、「権限規範」は、国賠法一条の責任成立要件として問題となる公務員の「職務」の範囲を画定する際の一つの手がかりとなる。この点は、次の第二節で平成三年最高裁判決を分析する際に、改めて論じる。

三 以上、国賠違法について行為不法説に立つて議論する際、「行為不法」の前提となる「行為規範」概念の理論的純化が必要であること、そしてその際に、「行政機関」と「公務員」に対応した「権限規範」と「行為規範」の峻別がなされるべきことを論じた。このような視点は、特に憲法学において、とりわけ立法不作為に対する国家賠償の可否をめぐる議論において論じられてきたところに示唆を受けたものである。

立法不作為の違憲審査が行われる場が極めて限定されている我国にあつて、国家賠償請求訴訟の場はその一つと

して、とりわけ憲法学においてこれを肯定する見解が多い中、法理論的見地からこれに反対の論陣を張ったのが尾吹善人教授である。⁽²¹⁾ 尾吹教授は、立法不作為において問題となる憲法規範(ケルゼンのいう「実質的意味の憲法」)は、「一般的立法の機関・手続・立法内容の『部分的』制限に関わる『法規範』である。これらの憲法規範は、みずからは『制裁』(強制行為)発動の条件を定めず、それを定める一般的『法規範』が『法』でありうるための条件を定めるだけのものであるため、Kelsenは不完全な『非自立的法規範』と呼んでゐる。(General Theory [of Law and State, 1945], p. 143)」と述べ、憲法規範が「義務づけ規範」ではなく、「授權規範」であること、立法権を制限する「規範」もまた、いわばマイナスの「授權規範」としての性質しかもたない、としている。⁽²²⁾ すなわち、憲法規範に違反することは、職務上の義務違反に直結しないというわけである。もつとも、尾吹教授は、国賠違法をめぐる諸説と自己の立場との関係について言及していないが、おそらくは、一方で結果違法説を否定しつつも、他方で職務行為基準説についても、立法者には、国賠責任の基礎になる職務上の行為規範(義務づけ規範)はそもそも殆ど存在しえない、という立場により、結果として、立法不作為に対する国家賠償の可能性を否定しているとおもわれる。

また近時、ケルゼンやアレクシーなどの所説の検討を通じ、基本権の構造を「法的様相 (legal modalities) の理論」から分析する研究を進めてきた新 正幸教授は、「行為規範と権限規範の特質」を次のように定式化する。すなわち、「行為規範」とは、「人間に一定の行為、すなわち作または不作為を命じる規範」であるとし、「権限規範」について、「権限(権能)は、権限規範によって付与され、それに一致する行為(権限の行使)によって、一定の法的関係、すなわち権限規範の下にある権限の名宛人の法的位置を変更し、創出する」とし、それは個別的法規範(契約、裁判判決、行政処分)及び一般的法規範(議会の立法行為)によってなされる。すなわち、かかる行為は、契約制度、裁判制度、行政組織、議会制度といった権限規範によって成り立つ制度を前提とし、その意

味で「制度的行為」であるとされる。⁽²³⁾そして、両者の相違について次のように述べる。

「すなわち、『行為規範の様相』においては、法的自由は、法秩序によって命令も禁止もされない法的空間、『法的許容としての自由』として現れるから、その補強は、法的に許容された自由の尊重を命じ、この自由に対する介入を禁止することによって、すなわち、かかる介入に制裁を結びつけることによってなされる。その場合、制裁には、刑事制裁（刑罰）と民事制裁がありうる。後者の制度的表現が民事上の不法行為に関する損害賠償制度であり、公務員の不法行為による場合には、その制度的表現は、国家賠償制度である（憲法一七条）。そしてその背後にある最終の制裁は債務不履行に対する強制執行にある。適法な公権力の行使によって生じる損失の補填としての損失補償制度も、これに属する（憲法二九条三項）。

これに対して、『権限規範の様相』においては、法的自由は、他者の無権限に相関する法的様相として、他者の無権限による統制に服することはないという『無従属＝免除としての自由』として現れるから、その補強は、何よりも、このような自由への無権限の侵害行為に対して、その法的効力を否認することによってなされる。かかる補強形態は、右の制裁による不侵害の義務づけによる補強形態から、明確に区別しなければならぬ。なぜなら、ここでは、権限規範による法行為の法的効力の存否が問題となっているからである。このような法的効力の否認は、例えば契約のような私人間の行為においても問題となるが（民法九〇条参照）、もとより立法行為を初め、法規範を創設する一切の国家行為も問題となる。憲法によって保障された自由を侵害する無権限の国家行為、とりわけかかる法律の効力を事後的に否認する制度が違憲審査制に他ならない（憲法八一条）。また、違法な行政行為の効力の否認（取消ないし無効）に関する行政争訟制度も、このような補強制度に属することは明らかである。

かかる無権限の違法な侵害行為に対して、制裁を結びつけることも、もとより可能である。その場合には、無権限の違法な行為をしないことが義務づけられた行為となるが、しかしそれによって、かかる行為の法的効力が当然に否認される

わけではない。

かくて、ある行為が、権限規範違反の違法行為としてその効力の否認が問題となると同時に、行為規範違反の不法行為として、損害賠償が問題となる可能性が生ずる。その場合、それが、異なった法規によって生ずることも、同一の規範に基づいて生ずることもありうる。違憲の主張が、同じ基本権規定に基づいて、双方が問題とされうるかぎり、基本権規定は、権限規範と行為規範の性格を両有することになる。……⁽²⁴⁾

このような説明は、「行為規範」と「権限規範」の区別を理論的に明確に説明したものとして、本稿の考察においても示唆に富む⁽²⁵⁾。

またさらに新教授は、在宅投票制度廃止事件上告審判決(最(一小)判昭和六〇年一月二日民集三九卷七号一五(一二頁))の評釈において、立法不作為にかような「権限規範」と「行為規範」の二つの様相について説明している。すなわち、教授によれば、基本権規定は、「そのマイナスの権限規範の領域において、立法府を『無権限(disability)』という法的位置に置き、それに相関して、個人をかかえる無権限の立法権の統制から『免除(immunity)』(ホーフェルト、H・L・A・ハート)し、それに『服することはない≡無服従』(A・ロス、アレクシイ)という法的位置に置くことを意味する」とする。そして、行為規範の様相においては、ケルゼンの学説を引きつつ、「……『法的様相』論に則していえば、基本権規定は、立法機関に対しては、『権限規範の様相』において上記のマイナスの授権規範としての性格を持つだけで、同時に、『行為規範の様相』において、立法を義務づける行為規範としての性格をもたず、『義務』の法的様相(位置)を構成しえないことを意味する」としている⁽²⁶⁾。

さらに古くは、美濃部達吉博士の「法の本質」論においても、「権限規範」と「行為規範」を峻別する考え方の萌芽を見出すことができる。すなわち、本稿筆者も今まで幾度となく発想のヒントにしたことがあるが、改めて述

べると、美濃部博士は、「法は人類の意思の規律である」とした上で、「法が意思の規律（Ordnung）である」場合として、第一に「意思の自由を前提として其の自由を拘束するもの」を挙げ、第二に「意思の権威を認めその権威の備はる要件を定むるもの」の二つを挙げる。そして、前者、すなわち「制限的規律」ないし「義務法」は、「意思の自由の拘束であり、或る事を為し又は為さざることの要求である。それは他の語を以て言へば、其の要求に反する意思行動を不法として宣言すること、法の規律は同時に不法の規律でもある」とする。これに対して、後者、すなわち「能力的規律」ないし「權利法」は、「一定の要件を備えた意思に一定の権威を認め之をして侵すべからざるものたらしむの働きをする」ものであって、「それは或る事を為すべし為すべからずといふ定ではなく、或る力（法的能力）を有し又は有せざることの定め」である。そして、「之に対する違法は不法（Unrecht, rechtswidrig, unlawful）ではなくして、無効（unwirksam, void）である」。さらに、博士は、この二つの法について、「命令法」と「効力法」と謂つても不可ないであろう、⁽²⁸⁾とされているが、「制限的規律」と「能力的規律」は、その違反の効果が「違法」（Unrecht）と「無効」（unwirksam）である点など、本稿でいう「行為規範」と「権限規範」の区別に対応するものであるということができよう。

四 このように、権限規範と行為規範の区別は、法理学的にも興味深い問題であり、諸家の説くところ極めて多様なものがあるが、本稿ではこの点については、これ以上立ち入らず、とりあえず以上の分析枠組に依拠しながら、平成三年最高裁判決について分析を進めることにしよう。

(8) 遠藤博也『国家補償法 上巻』（昭和五六年）七二頁。

(9) 橋本教授は、「そもそも、違法性を結果不法説的に理解するならば、違法性判断と法令上の法的義務の相関関係が希薄となるのであるが、判例実務が、現時点で、行為不法説及び職務行為基準説を採っていることは、明らかである」とし（橋本博之「判例実務と行政法学説」『行政法の発展と変革・上——塩野宏先生古稀記念』（平成三年）三七六頁）、芝池教授も結果不法の意味での違法性は、行為不法の意味での違法性に対して補充的なものととまると指摘する（芝池前掲書（注）（二）二四〇頁）。さらに宮田教授は、「伝統的に結果不法＝権利侵害を基準

とする民法理論の影響を受けて、国家賠償法でも、過失とは客観的な注意義務違反であり、それは結果発生についての予見可能性と回避可能性であった場合に認められるという学説・判例が優勢である。しかし、結果不法の予見可能性・回避可能性を要件とする考え方は、国家賠償法上、その理論的根拠が薄弱である」とし、国家賠償法一条の「故意・過失は、法律上要求される職務義務違反、すなわち違法行為（行為不法）に関してのみ存すれば足りるのであり、損害発生の結果（結果不法）についてまで存在しなければならないものではない」とする（宮田三郎『国家責任法』（平成十二年）八四頁）。もともと行為不法の考え方の下でも、具体的な事案についての判断に当たっては、結果たる法益侵害の程度などを考慮して「行為規範」のハードルを高度にすることによって（遠藤前掲書（注（8））七二頁所掲の例）、いわば隠された「結果不法説」ないし「相関関係説」的解決に導くことはありうるであろう。

(10) 遠藤博也「六つの法局面」『行政法スケッチ』（昭和六十二年）一一〇頁。

(11) 遠藤前掲論文（注（10））一一一頁。

(12) 遠藤教授の「国賠違法」についての具体的な内容に関しては、遠藤前掲書（注（8））一六六頁以下参照。

(13) 権限規定の中でも手続規範については、手続的瑕疵の効果として必ずしも取消ということにならないことは、いうまでもない。従って、このような場合を念頭において、ここでは「原則的」という限定を付しておいた。

(14) 藤田宙靖「公務員法の位置付け」『行政法の基礎理論・下巻』（平成一七年）三二頁以下、同『行政組織法』（平成一七年）二九頁。なお藤田教授は、「公務員」概念について、「現実には行政組織を構成し、行政組織のために働いている人々を、その、行政主体との間における雇用関係においてとらえた概念」であるとしているが、後半の雇用関係との関連は、行政組織法と公務員法の理論的峻別の観点からの言及であるとおもわれるので（『行政組織法』三〇頁）、この部分は、国家賠償法の「公務員」概念においては度外視してよいとおもわれる。範囲的にも国賠法一条の「公務員」と公務員法制上の「公務員」が一致しないことはないまでもない。

(15) 但し、ここで正確を期すために注釈を加えておく。すなわち、本文では「行為規範」違反の効果を「一定の制裁」とし、そこにおいて強制執行・刑罰に加えて損害賠償も含めて観念した。周知のように、強制規範を第一次規範とするケルゼンによれば、違法行為を要件としてその効果として行われる「制裁」（Sanktion）ないし「強制行為」（Zwangssakt）としては、専ら、強制執行と刑罰のみが観念され、損害賠償は新たな義務の定立として捉えられている（Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., 1960, S. 129 f.）。しかしながら、歴史的にみれば義務違反の制裁として、強制執行を行うか金銭賠償とどめるかについては国や時代によって違いがみられること（この点については、神橋一彦「行政法における義務の概念・再論」稲葉馨・亘理格編『行政法学の思考様式——藤田宙靖教授東北大学退職記念』（平成二〇年・近刊）所収参照）、さらにたとえ損害賠償が新たな義務の発生であるとしても、最終的には損害賠償義務にも強制執行が控えていることから、本稿の文脈においては、「制裁」概念に損害賠償を含めて観念してもよいとおもわれる。

(16) 職務行為基準説を批判的に検討し、行為不法説の内容の理論的整理を試みた西塾教授は、「行為不法説からすれば、違法性は加害行為が法規（行為規範）に違反するか否かという観点から判断される。職務行為基準説が『その適法・違法は、……その公権力の行使が、公務員の職務上の法的義務（公権力の行使に当たって遵守すべき行為規範）に反するか否かで判断されるべきである』というのであれば、行為規範違反を基

準とするのであるから、この点では行為不法説とは別に職務行為為基準説を説く理由は薄弱である。違法性の判断基準を「職務上の任務違背」に求めるか、「客観的な法令違反」に求めるかの違いにあるとの見解があるが、客観的な法令遵守は職務上の任務であるから、両者を区別する理由にはならないであろう」とする（西瑩章「職務行為為基準説の批判的検討」『暁の鐘』ふたたび——明治大学法科大学院開設記念論文集』（平成七年）一八三頁）。そして、この「行為規範」には、「明文の法規だけではなく、信義誠実の原則、平等原則、比例原則等の不文の一般的法原則も含まれる」とする（西瑩章「学生無年金障害者訴訟における立法不作为の違法性」明治大学法科大学院論集一号（平成一八年）一五五頁・注（23））。

(17) 藤田教授は、第二次大戦後当初の我国においては、「法律の定める要件に違反する」という意味での「違法性」（行為規範違反）と「国家賠償責任の成立のための前提要件」としての、私人の利益に対する侵害の「違法性」（侵害の不法性）とが当然に「運動する」ということは、田中二郎博士を初めとして殆ど疑いの対象とされることはなかったとする（藤田宙靖「法治主義と現代行政」『行政法の基礎理論・上巻』（平成一七年、初出・昭和五八年）二二六頁）。

(18) 塩野教授は、公務員の法令遵守義務は、法治主義にその究極の根拠を有する、とする（塩野宏『行政法Ⅲ「第三版」』（平成一八年）二八〇頁）。

(19) 近時、大石教授は、後に同じ第二節で触れる尾吹教授の「授権規範」「義務づけ規範」峻別論に言及し、尾吹教授の議論に従った場合、「極端な話、行政庁に権限を与える『根拠規範』からは（これはいうまでもなく『授権規範』であって『義務づけ規範』ではないから）、違法処分をなすことを禁ずる不作為『義務』も出てこないはずであるから、なされた処分の違法を理由とする、ごく普通の国賠判決できないはずだということになりはしないか」という疑問を呈し、「授権規範」たる根拠規範違反に基づいて国家賠償責任が生じるのは、「根拠規範とは別の、国賠法一条という、国家机关による権限不行使をも包摂するほどのきわめて射程の広い構成要件を持つ（つまり一般的・抽象的な『義務づけ規範』）に由来するというべきであろう」としている（大石和彦「立法不作為に対する司法審査」白鷗法学Ⅳ巻一号（平成一九年）一八一頁以下）。しかし、国家賠償法一条そのものは、公務員に対する「義務づけ規範」（行為規範）違反を要件として、国の損害賠償責任を効果として定める規範である——すなわち何らかの「義務づけ規範」の存在を所与の前提とするものである——から、それ自体を「義務づけ規範」と見ることはできないであろう。従って、大石教授の疑問に答えるとなれば、本文で示した如く、権限規範を遵守すべしという職務上の「行為規範」が媒介しているから、とするのが妥当とおもわれる。

(20) 北村教授は、違法性相対説を採用したとしても別途「過失」を論ずることを排除するものではないという見解（注（38）で引用する喜多村弁護士の説）に言及して、違法性相対説においても過失に独自の意味があるとすれば、それは違法性とは異なるか、という問題を提起し、「幾つかの裁判例によると、複数の法解釈が存在しうる場合など、行政庁が裁判所によって後からその判断を違法とされても、解釈を行った当時当該解釈が相当とされうるような場合が過失に独自の意味がある場合であると解しているように見える」とした上で、「しかし、これらの点は、違法性相対説の立場からは、むしろ注意義務違反として違法性判断に含まれる点ではないかとの疑問がありえるのであり、違法性相対説の有する違法性と過失の切り分けの曖昧さという問題点を示すことができよう」と指摘する（北村和生「国家補償の概念と国家賠償法における

違法性」公法研究六七号(平成一七年)二五九頁以下)。また、私人による民事訴訟の提起及び検察官による公訴の提起といった訴えの提起の違法性について検討した徳本教授は、「ひとの行為のあり方という観点から事態をながめた場合」、違法性と過失の両者は、「しかく截然と峻別可能なものであろうか、という疑問に逢着する」とする。そして、違法性の要件そのものが過失の要件を統合した形で組み立てられている場合など、違法性のフォーミュラが、過失のそれとオーバーラップするかぎりにおいては、重ねて過失の成否を問題とする必要性は存しない、と指摘する(徳本前掲論文(注(2))四一七頁以下)。

(21) 尾吹善人の諸論稿には、教授の没後一〇年以上を経た現在においても、理論的に示唆に富むものが多い。それらの多くは、昨年、出版された尾吹善人「憲法の基礎理論と解釈(平成一九年)に収録されている。

(22) 尾吹善人「憲法規範の変性?」尾吹前掲書(注(21))初出・平成三年)四四四頁以下。さらに、尾吹善人「日本憲法——学説と判例——」(平成二年)三頁以下、同「憲法教科書」(平成五年)四六頁以下、一六〇頁以下、二五〇頁以下、同「解説憲法基本判例」(昭和六一年)一三三頁以下参照。

(23) 新正幸「基本権の構造」日本法学七三巻二号(平成一九年)二〇八頁以下。さらに、新正幸「憲法訴訟論」(平成二〇年)一九五頁以下、同「ケルゼンの権利論・基本権論」(慈学社出版より近刊)参照。

(24) 新前掲論文(注(23))二二二頁以下。

(25) なお新教授は、「行為規範」と「権限規範」との関係について、「論者によっては、権限規範は、それに合致して出現する規範は行為規範とみなされるべしという指令を含むから、間接的に表現された行為規範に他ならず、したがって、権限規範は行為規範に還元しうる(それ故、一切の法的様相は『義務』に還元しうる)との見解」を「還元テーゼ」と呼び、かかる見解は、「両規範の本質的な相違からみて、疑問であり、現にそれを認める理論は少数にとどまっている」とする(新前掲論文(注(23))二二三頁)。本稿では、「公権力発動要件」を欠く行為(権限規範違反の行為)が何故国賠法上「行為不法」として「違法」(行為規範違反の行為)と評価されるかといえば、そこに公務員の法令遵守義務という職務上の「行為規範」があるからだ、と主張した。この主張は、さしあたり「法的様相」論を参考にはしているが、一つの解釈論上の主張(具体的に、国家公務員法九八条一項、地方公務員法三二条などに関連する解釈論)であり、理論的認識論としての「法的様相」論とは区別されるもの(すなわち、「還元テーゼ」そのものではない)といえるのではないかとおもわれる。

(26) 新正幸「判批」『憲法判例百選II』第五版)四三八頁以下。さらに新「憲法訴訟論」(前掲書(注(23))三三五頁以下参照)。

(27) 神橋彦「行政法における『義務』の概念」『行政訴訟と権利論』(平成一五年)三〇一頁以下、同「取消訴訟における原告適格判断の枠組みについて」立教法学七一号(平成一八年)二八頁・注(36)、同前掲論文(注(15))など。

(28) 美濃部達吉『法の本質』(昭和一〇年)二八一—三三頁。

第二節 最高裁平成三年七月九日判決（接見拒否事件国家賠償訴訟）について

一 この判決は、行政立法に対する法律の委任の範囲に関する最高裁判決として著名であるが、国賠法一条に基づく国家賠償請求については、接見不許可処分を行った東京拘置所長には過失がないとして、これを棄却している。まず、その点に関わる判示を紹介すると次の通りである。

判決は、監獄法施行規則一二〇条（及び一二四条）が監獄法五〇条の委任の範囲を超えた違法なものであることを判示した後、次のように述べる。

「以上によって本件をみるのに、原審の確定した事実関係によれば、被上告人と幹とが接見したとしても、（ア）被上告人が逃亡し又は罪証を隠滅するおそれが生ずるとも、（イ）監獄内の規律又は秩序が乱されるおそれが生ずるとも認められないというのであるから、所長は、法四五条の趣旨に従い、被上告人と幹との接見を許可すべきであつたといわなければならない。ところが、所長は、本件処分をし、これを許可しなかつたのであるから、本件処分は法四五条に反する違法なものといわなければならない。」

つまり、ここでは拘置所長の職務遂行に関する主観的事情については特に言及することなく、規則一二〇条（及び一二四条）を適用して行われた本件不許可処分は、監獄法四五条に照らして、「違法」であり、かつ国家賠償法一条の適用上も、「違法」である、としているのである。そしてその上で、判決は、「進んで、国家賠償法一条一項にいう『過失』の有無につき」検討を加える。

「思うに、規則一二〇条（及び一二四條）が被勾留者と幼年者との接見を許さないとする限度において法五〇条の委任の範囲を超えた無効のものであるということ自体は、重大な点で法律に違反するものといわざるを得ない。しかし、規則一二〇条（及び一二四條）は明治四一年に公布されて以来長きにわたって施行されてきたものであって（もつとも、規則一二四條は、昭和六年司法省令第九号及び昭和四一年法務省令第四七号によって若干の改正が行われた）、本件処分当時までの間、これらの規定の有効性につき、実務上特に疑いを差し挟む解釈をされたことも裁判上とりたてて問題とされたこともなく、裁判上これが特に論議された本件においても第一、二審がその有効性を肯定していることはさきにもたおりである。そうだとすると、規則一二〇条（及び一二四條）が右の限度において法五〇条の委任の範囲を超えることが当該法令の執行者にとつて容易に理解可能であったといふことはできないのであつて、このことは国家公務員として法令に従つてその職務を遂行すべき義務を負う監獄の長にとつても同様であり、監獄の長が本件処分当時右のようなことを予見し、又は予見すべきであつたといふことはできない。

本件の場合、原審の確定した事実関係によれば、所長は、規則一二〇条に従い本件処分をし、被上告人と幹との接見を許可しなかつたというのであるが、右に説示したところによれば、所長が右の接見を許可しなかつたことにつき国家賠償法一条一項にいう『過失』があつたといふことはできない。」

この判決は、本稿冒頭で触れたように国賠法一条の違法性について、違法性と過失を明確に区別して論じている点（違法過失二元的判断）で、いわゆる「公権力発動要件欠如説」に属するものとされている。²⁹ その具体的な内容について、一方で監獄法施行規則の違法性が問題となりながら、過失要件については、専ら当該接見不許可処分を行った拘留所長の過失が問われている点で、いささか奇異な印象を受ける向きもあろう。³⁰

二 本稿筆者が、第一節で検討した「権限規範」と「行為規範」の区別を念頭に、この判決について抱いた疑問は次のとおりである。

まず第一に、本判決では、「過失」要件適用の照準が不許可処分を行った拘留所長に当てられている点である。しかしながら本件で問題となっている違法事由は、いうまでもなく、不許可処分に当たって拘留所長が行使した裁量判断の瑕疵ではない。本判決において違法とされた監獄法施行規則一二四条は、同一二〇条の原則禁止の規定（十四歳未満者ニハ在監者トノ接見ヲ為スコトヲ許サス）を受けて、「所長ニ於テ処遇上其他必要アリト認ムルトキハ前四条ノ制限ニ依ラサルコトヲ得」として裁量的許可の途を開いている³¹⁾。従って、その点が問題となっているのであれば、問題となるのはまさに拘留所長の過失ということになるであろうが、本判決で国賠法一条の適用上違法とされたのは、監獄法施行規則そのものであって、その制定改廃について直接責任を負うのは法務大臣（及びその補助機関）であるはずである。要するに本件の問題は、素直にみれば、右に述べたように、拘留所長という公務員《個人》に関わる問題ではなく、法務省全体の《組織》的対応の問題、ないしは刑事施設（監獄）法制など《制度》そのものに関わる問題とでもいうべきものであろう。その点を踏まえて考えれば、本件においてひとり拘留所長の行為に照準を当ててその「過失」を論じることの妥当性には疑問が生じる³²⁾。

第二に、仮に「過失」判断の照準が拘留所長の行為に当てられるとしても、判決は、上に引いた部分が示すように、一方で違法性について「所長は、法四五条の趣旨に従い、被上告人と幹との接見を許可すべきであった」とし、他方で過失について、「監獄の長が本件処分当時右のようなことを予見し、又は予見すべきであった」とはできない」としている。しかしながら、上述の違法性に関連して問題となっているのは、第一の疑問でも述べたように——第一審判決とは異なり——監獄法施行規則一二四条で認められている接見の裁量的許可を適切に行使しなかった、という点ではない。つまり、行政機関たる拘留所長は、監獄法施行規則一二四条を違法と判断し、その適用を行わず、その上で、監獄法四五条を適切に解釈して、本件接見を許可すべきであった、というわけである。しかし、そのようないう前提には、そもそも行政機関たる拘留所長には法令が違法であることを公的に判断す

る権限、すなわち法令の違法性について何らかの「審査権」がなければならぬのではないか。その点について判決は何ら触れるところがない。判決は、右に引いたように、「そうだとすると、規則一二〇条（及び一二四条）が右の限度において法五〇条の委任の範囲を超えることが当該法令の執行者にとって容易に理解可能であったということはできないのであって、このことは国家公務員として法令に従つてその職務を遂行すべき義務を負う監獄の長にとつても同様であり、監獄の長が本件処分当時右のようなことを予見し、又は予見すべきであったということはできない」と述べているが、「法令に従つてその職務を遂行すべき義務」を前提とすれば、寧ろ——重大明白な違法でもない限りは——当該法令について処分庁の権限として違法性を審査し、かつ適用を拒否することはできない、とみるのが自然であろう。

従つて、拘置所長には「権限規範」の観点からみて法令の適法性を審査し、かつ適用を拒否する権限がない、という前提に立つとどうなるか。第一節でも述べたように、権限規範は、国賠法一条においては、当該「公権力の行使」を行う公務員の「職務」の範囲を画定する一助となるものであるから、その観点からすると、監獄法施行規則の具体的規定についてその適法性を審査し、かつ適用を拒否することは拘置所長たる公務員の「職務」の範囲に入らないということになる。そうすれば、拘置所長たる公務員は、その「職務」として、監獄法施行規則の違法性について、当該規則の適用を拒否しうることを前提にして——「予見」するとか、「予見」すべきであったという以前に——「予見」すること＝審査・判断することはできないということになる。換言すると、「職務」に属しない行為について過失を論じる余地はない、といえるし、また法令の適法性審査（及び適用拒否）権のないところに、適法性審査についての注意義務が存在するはずはなく、注意義務が存在しない以上、注意義務違反も問題とはならない。要するに、「違法性」で問題となつた違法事由と「過失」が問題とされた公務員の行為とが、正しく対応していないことになるわけである。しかしもし逆に、注意義務が存在するのだとすれば、下級行政機関には法令の適

法性審査権を有することが前提とされなければならない。いずれにしても、下級行政機関たる拘留所長に、法令（監獄法施行規則）の「適法性審査権」があるのか否か、また仮にあるとしてもその内容は何かということが問題となるはずである。

この点については「適法性審査権」の下にどこまでの権限を含蓄するかにもよるであろう。しかし、一般的にいつて下級行政機関たる拘留所長に、監獄法施行規則の適法性を審査し、かつ適用を拒否する権限まで認められないことについては、いずれにしても異論はないものとおもわれる。すなわち従来、違法な職務命令に下級行政機関は拘束されるか、という問題が議論されてきたが、ここで問題となつてゐる監獄法施行規則は、法規命令であつて、一般の私人のみならず、裁判所を含めた国家機関もまた拘束される「法規」である点において、単なる職務命令とは異なる。しかし他方で、法律の適用執行の統一性を図るものであるという点に着目すれば、職務命令と同様の意味をもつてゐるといえよう。そしてかような点に着目すれば、行政組織の統一性の観点から、下級行政機関の適用拒否は認められず、違法な法令には下級行政機関は拘束されないはずだ、という法治主義の観点は、いずれの国家机关に（公権的に通用する判断権としての）適法性審査権を認めるかという国家組織全体の問題として捉えるべきであらう。⁽³³⁾（勿論、そのような観点から拘留所長に適法性審査権を認めるような特段の規定もない。この点については、適法性審査権と法令解釈権との違いとの関係で、次の第三節（一）及びそこで付した注（43）において触れる。）

三 もつともそうだとすると、本件の事案において拘留所長の「過失」をどのように解するかについては、幾つかの考え方がありうるところであつて、本件調査官解説も、その点について逐一検討して説明を行っている。すなわち、「過失肯定説（請求認容説）」としては、（ア）過失は国家賠償の要件ではないとする説、（イ）過失がないことをY（国）の抗弁とする説、（ウ）過失を違法性から事実上推認する説、（エ）過失を主観的・具体的に把握せず、客観的・抽象的に把握する説、（オ）法務大臣が規則一二〇条を制定し、維持したことに過失を求める説が挙

げられ、それに対して判決の採る「過失否定説（請求棄却説）」が紹介されている。

まず、判決の根拠となった「過失否定説（請求棄却説）」については、まず、過失の一般論について、次のように述べている。

「過失とは、権利侵害の結果の発生又はその可能性を認識しないで（認識なき過失）、又は、結果の発生が認容されないのに結果の発生又はその可能性を認識しながら（認識ある過失）、権利侵害の危険性のある行為をすることである（四宮『事務管理・不当利得・不法行為』中巻三〇三頁参照）。とくに、本件のように公務員が公権力を積極的に行使する場合（認識ある過失の場合）には、通常、私人の権利を侵害するから、権利の侵害を予見しただけでは過失があることにはならず、違法であることを予見できなければ過失があることにはならない（遠藤『国家賠償法』上巻一八一頁参照。なお、過失と予見可能性との関係については、たとえば、森島『不法行為法講義』一八一頁参照）。」³⁴

そして拘置所長には予見可能性がなかったことに触れた後、次のように述べる。

「…（略）…このような場合、法務事務官たる所長（監獄の長）としては、法令（とりわけ法律よりも具体的な法規である規則一二〇条及び一二四条）を遵守し、これに従って職務を遂行してきた筈であるから、所長に右の予見可能性があったとするのは酷に失ずるとしたのであろう。したがって、所長に過失があるとされるのは、もっぱら本判決により規則一二〇条及び一二四条が前記の限度で無効であることが明らかにされた後のことになるものと思われる。

この説についても、公務員が法令の正しい解釈を知らないということはできないのではないか、という批判があるかと思われるが、少なくとも本件に関する限り、そのような議論は妥当しないとされたのであろう。

しかし、本判決の見解に立つたとしても、たとえば違憲の法律によって土地を取用された者あるいは重罰に処せられた

者が国家賠償を請求した場合、直ちに、収用にあつた公務員ないし重罰を課した公務員が法律に従つて収用ないし処罰したから過失がないということができるとは、なお検討を要するようにおもわれる。³⁶⁾

ここで、違憲の法律の執行として特定の国家行為（行政処分・裁判判決）が行われた場合、当該行為を行つた公務員に過失があるかどうかは別途検討を要する、とされているが、その際には、当該公務員に過失あり、と判断するためには、当該公務員の担当する行政機関に、当該根拠法律について——仮に極めて限られた場合であれ——違憲審査権が付与されていることが前提となるはずである。³⁶⁾ 因みに、調査官解説は、「過失肯定説（請求認容説）」の一つとして、拘留所長の「過失を主観的・具体的に把握せず、客観的・抽象的に把握する説」を挙げ、「この説によれば、所長は、その職務に関し有形力（実力）を行使していつでも被勾留者の権利自由を直接にかつたやすく侵害することができるし、その権利自由の侵害の程度も大きくなる可能性があるから、その職務上の注意義務は相当高度なものといわざるを得ない、そして、所長は、遅くとも前掲最高大昭五八・六・二二判「すぐ後に触れるよど号乗っ取り新聞記事抹消事件判決——本稿筆者」があらわれた後は、規則一二〇条及び一二四条が法五〇条の委任の範囲を超えていることを当然認識すべきであつた、したがつて、所長に国家賠償法一条一項にいう過失があつた、と構成するのであらう」としている。

さらに問題なのは、この判決が、公務員の法令解釈の誤りと当該公務員の過失に関する国賠訴訟に関するものとされている点である。この点については、次の第三節（二）で改めて触れる。

四 以上検討したところから明らかなように、本判决の問題点は、第一に、国家賠償法一条の適用上違法とされた事由（この場合、監獄法施行規則そのものが違法であること）と過失を論ずべき公務員が一致しないこと、³⁷⁾ 第二に——第一と関連するが——公務員の職務行為についての過失が問題となつていられるにもかかわらず、その前提となる

職務行為の範囲が授權規範との関係で検討されていない点に帰する。従って、本件拒否処分⁽³⁸⁾の違法性を監獄法施行規則の違法という点に求める以上、過失を問う公務員も、監獄法施行規則の制定改廃権者である法務大臣（さらにいえば、その補助機関という可能性もあろう。）ということにならざるをえない。この点について、調査官解説は、国賠訴訟における加害者の特定に関する最（二小）判昭和五七年四月一日判例時報一〇四八号九頁（いわゆる林野営林署事件判決）などを引いて、「所長の本件処分と法務大臣の規則制定、維持とが一連の行為ないし一個の行為を組成するとみることは困難である」としているが、寧ろ、《過失の客観的・抽象的把握》⁽³⁹⁾は法務大臣の権限行使について問われるべきであって、具体的には、一旦制定した《法令の事後改善義務》について論じられるべきであろう。

その点、余り注目されていないが、この平成三年最高裁判決の事件には第二ラウンドがある（第二次訴訟）。すなわち、同判決が出た後、同じ原告が法務大臣の責任を追及して国家賠償請求訴訟を起こしているのであるが、その第一審（東京地判平成五年二月二五日判例時報一四八七号七五頁）は、法務大臣の過失を認め、原告の請求を認容している（慰謝料一〇万円）⁽⁴⁰⁾。同判決は、次のように述べている。

「この点、被告は、ある事項に関する法律解釈につき異なる見解が対立し、実務上の取扱いも分かれていて、そのいずれについても相当の根拠が認められる場合に、公務員がその一方の見解を正当と解して公務を執行したときは、後にその執行が違法と判断されたからといって、直ちに右公務員に過失があったとすることはできない、との判例（最高裁昭和四九年二月一二日判決、民集二八卷一〇号二〇二八頁）を引用して、法務大臣が規則一二〇条につき合理性を認める見解を正当と解してこれを削除しなかったことには過失はないと主張する。しかしながら、拘留所長とは異なり、法律専門家集団を擁する法務大臣が、規則一二〇条の違法性を認識し得なかったというのには無理がある。原告も指摘するように、

昭和五七年四月二八日に国会に提出されたが成立に至らなかった刑事施設法案には、幼年者との接見禁止に関する規定は存在しないが、法務大臣は、遅くともこの法案を立案する過程において、規則一二〇条の違法性を認識していたか、あるいは少なくともその認識可能性があつたものと推認されるし、また原告は、本件の面会不許可処分に関し、昭和五八年五月三〇日と同年二月七日の二回にわたり重ねて情願をなし、さらに昭和五九年二月二七日には請願に及んだから、この段階において規則一二〇条の適法性を真摯に検討していれば、法務大臣はその違法性を認識することができた筈である。仮に、規則一二〇条の規定の有効性につき解釈が分かれていたとしても、そのことは法務大臣を免責する理由にはならない。しかも、国会の議決を経なければならない法律に比して、規則の改廃は容易である。法務大臣は、規則一二〇条を改廃すべきであつたのに、これを怠り、右規則を改廃しないで放置したという他はない。」

このように、原告が行つた情願や請願をきっかけとして、さらには刑事施設法案立案過程において監獄法施行規則の違法性について認識可能であつた、として法務大臣の過失を認定したのである。違法性が認識可能に達した時点につき、これらの時点に着目した点は、後でも問題となる法令改正権限不行使の違法、すなわち《法令の事後改善義務》の懈怠＝違法状態発生の起点をどこに求めるかの問題（第三節参照）に関わるので注目に値する。もつとも、本稿筆者のみるところ、平成三年最高裁判決の調査官解説においても触れられていた最（大）判昭和五八年六月二二日民集三七巻五号七九三頁（よど号乗取り新聞記事抹消事件上告審判決）も、監獄法施行規則の違法性の基礎となる考え方を示した点において注目されるべきではないかとおもわれる。すなわち、未決拘留者の人権制約については《原則＝自由／例外＝制限》という立場がこの判決によつて明らかにされており、平成三年最高裁判決も、この判決を引用して監獄法施行規則一二〇条及び一二四条を違法として⁽⁴⁾いる。そうだとすれば、この昭和五八年判決が出た後、この判決の趣旨を受けて、相当の期間内に当該規定の改正を行うべきであつた、ということがいえるか

どうかであろう。

そしてさらに第二次訴訟の第一審判決は、「違法な面会不許可処分の見込み可能性」について次のように述べている。

「規則一二〇条の違法性を認識していれば、それを改廃しないで維持することにより、拘留所長が違法な右規則を根拠に、被拘留者と幼年者との接見を厳しく制限して、違法な面会不許可処分をする可能性を予見することは、右規則の違法性の認識可能性よりも、より容易であった。前件の第一・二審判決は、規則一二四条を活用することにより幼年者との面会を許すことができたから、拘留所長は規則一二〇条を弾力的に運用することも可能であった、と説くが、規則一二〇条の文言を素直に読めば、一才未満の者と在監者との接見は原則的に禁止されており、それにもかかわらず現場の拘留所長に柔軟な適用を期待するには無理があるし、そもそも人権にかかわるこのような規定について、拘留所長に文言に忠実とは言えない弾力的な運用を求めるのは相当ではない。東京拘留所長は、昭和五三年一二月に、一旦は在監者と幼年者との接見を一般的に禁止したのに、昭和五四年八月にはこれを改めて、なお実子以外の幼年者との接見禁止は残しつつも、緩和措置をとったが、このことは、拘留所長による規則一二〇条を根拠とする厳しい面会制限が行われることの予見可能性を裏付けると共に、拘留所長による右のような弾力的運用が容易でないことをも示唆するものである。加えて原告による前述の二回の情願や請願も右の予見のための機会となり得た筈である。かくして違法な規則一二〇条に基づく違法な面会不許可処分の予見可能性を否定することもできない。

とすると、拘留所長は、法務大臣が改廃を怠った違法な規則一二〇条に依拠した結果、本件の違法な不許可処分をしたのであるし、法務大臣は、右規則を改廃せずに放置すれば、拘留所長が右規則に基づいて、違法な面会不許可処分をすることがあり得ることを予見し得たものと認められる。したがって、法務大臣が過失により右の規則の改廃を怠ったことと拘留所長の本件の不許可処分との間には因果関係がある。」

法務大臣の規則制定改廃行為の不作為と直接の加害行為である接見不許可処分との間には、因果関係が必要であるが、本稿の立場からすれば、このような判断は正当なものと評価できる。⁽⁴²⁾ 法律や法規命令などの一般的法規範が違法である場合、そこに直接の加害行為として執行行為（行政行為等）が介在していたとしても、一般的法規範そのものがその執行行為を制度上前提としているわけであるから、当該一般的規範と損害との間の因果関係は一般的に認められるべきであろう。

いずれにしても、このような制度上の違法を、代位責任説を前提とする現行の国家賠償法一条の下で処理する以上、相当程度の《過失の抽象化・客観化》は避けられないし、次の第三節で触れるように、近時の最高裁判例において、法律や省令の改正の不作為や（行政規則たる）通達の発布について、当該規範定立機関（正確にいえば、当該機関のポストについている公務員ということになるが、個別の公務員についての個別的・主観的事情は勿論そこでは捨象されている）の注意義務違反——具体的には《法令の事後改善義務》の懈怠——が問われているのである。そしてその方向性は、①法律、②法規命令（政令）、③通達について、それぞれ近時の最高裁判例において示されているところであるが、この点について、次に節を改めて検討する。

(29) 宇賀克也『国家補償法』平成九年、六九頁、宇賀前掲書（注（一））三六七頁以下。

(30) 本件第一審判決は、接見不許可処分に当たつての裁量権行使の違法を理由として同処分を違法とし、上告審判決は、根拠法令の違法を理由として同じく処分を違法としているわけであるが、前者においては請求は認容され、後者では過失なしということと請求は棄却されているわけである。制度改革を求めるのが訴訟の目的であるとするならば、上告審判決のような判断でも主たる目的は達成したということになるが、訴訟の主たる目的がやはり金銭賠償を得ることにある場合は、根拠法令（たとえそれが違法であるとしても）の枠内で違法事由が存するのであれば、根拠法令の違憲・違法判断は却つて余計なものであるということになりかねない（注（37）参照）。

(31) 現に、上告審判決の認定にもあるように、従来、東京拘置所では、在監者と一四歳未満の者との面会をかなり広く認めていたそうである。ところが、昭和五三年後半ごろ、特定の事件の支援者が、子供を同伴した上在監者と接見し、その後子供と共に拘置所内でシユプレヒコール等をしたので、拘置所側がこれを排除しようとしたところ、子供の身体に危険が生じたことがあったことなどが認定されている。

(32) 既に横田教授も、本判決の過失判断には論理内在的欠陥があるとし、「ここで問題とされるべきは、接見不許可処分が違法であることの理解可能性であって、規則一二〇条及び一二四條が違法無効であることとの理解可能性ではない」と指摘している(横田光平「判批」法学協会雑誌一一〇巻七号(平成五年)一六五頁)。

(33) 下級行政機関に上級行政機関の発した職務命令の適法性や、ひいては国会の制定した法律の合憲性についての審査権があるか否かについては、戦後我国において機関委任事務が存在した時代、地方自治法上の職務執行命令訴訟(旧地方自治法一四六条)に関連して論じられたことがあるが(尾吹善人「憲法・法律・行政」尾吹前掲書(注(21))初出・昭和四〇年三九一頁以下)、同一の行政主体の内部において、上級行政機関が発した職務命令について下級行政機関がその適法性を審査することができるか、という問題は、公務員の職務の一つとして挙げられる「法令および上司の命令に従う義務」との関係で取り上げられている。例えば塩野教授によれば、職務命令の中でも、「訓令的なもの、つまり行政組織間の指揮監督権としてなされるものは、その名宛人は、直接には「行政機関」であって、そのようなものについては、公務員はかかる職務命令には適法審査権を原則として持つべきではないとする。その理由としては、組織運営の観点、すなわち「行政組織の統一性の確保」が挙げられるが、法治主義の観点に立つ法令遵守義務との関係については、「法令遵守義務は職務命令の介在とは直接関係のないものである」と、職務命令の結果としてなされる行政作用の相手方が法治主義の是正を求めることができること(違法な解釈通達に従った税務処分は納税者がこれを争う)に注意しなければならない」という点が指摘されている(塩野前掲書(注(18))二八二頁以下)。

(34) 増井和男「監獄法施行規則(平成三年法務省令第二二号による改正前もの)一二〇条及び一二四条の各規定の法適合性その他」『最高裁判所判例解説民事篇 平成三年度』三六六頁。

(35) 増井前掲論文(注(34))三六六頁以下。

(36) この点については種々の議論があるが、尾吹教授は、「違憲の法律が無効であることを定める憲法第九八条第一項、しかし、最高裁判所のみが法律の適憲性の決定権を持つと定める第八一条、したがって、内閣は法律を誠実に執行すべきことを定める第七三条第一号の解釈として、内閣その他の行政機関には、たとえ暫定的でありうるとしても適用拒否権はみとめられないといわなければならない」とする(尾吹前掲書(注(21))四一四頁)。

(37) 平岡教授は、「判決によって内容的に違憲であるとされた法律の従前の具体的執行行為については、有力な学説は国賠法上の違法性自体を否定している」とした上で、「このような理解の仕方をかりに前提にするならば、判決によって内容的に議会立法に違反するとされた行政立法の執行行為は国賠法上違法であるとは単純にいい難いということになるであろう」と指摘する(平岡久「行政立法に関する最高裁判所の二判決」『行政立法と行政基準』(平成七年)九九頁以下)。但し、教授は、「本件において問題にされるべきであるのは直接には本件処分の違法性の認識可能性であるとするれば、かりに規則一二〇条等の違法性の認識に過失はなかったとしても、規則一二〇条等が適法・有効であることを前提にして、拘置所長が行なったそれらの解釈・適用あるいは裁量権行使の違法性およびそれにかかる過失の有無をさらに審査する必要がなかったのか」との疑問を呈する(同書一〇一頁・同旨、横田前掲論文(注(32))一六五頁以下)。

(38) 喜多村弁護士は、平成三年最高裁判決と違法性相対論との関係について論じ、「……違法性相対論は過失不要論ではないから、平成三年最

判が「違法であるが過失がない」と判断したからといって、直ちに違法一元論を採用したものと解するのは早計ではなからうか。また、違法性相対論といえども、行政処分取消訴訟における違法性と国家賠償請求事件における違法性が常に異なると言っているのではなく、行政処分の根拠法令違反のほか違法性を阻却する事由がないような場合において、両者の違法性が同一になることまで否定するものではないであろう」とする。そしてその上で、「平成三年最判の事案は、幼年者の接見を禁じた省令が法律の委任を超え無効であることを前提とし、かような法令解釈を刑務所長「ママ」に求めることが酷であるという事情があったというものであって、公権力の行使が法令の根拠を全く欠き、客観的に見れば違法というほかないので、過失の面から賠償責任の有無を判断するのが適当な事案であったと考えるのが相当と思われる」と指摘している（喜多村勝徳「行政処分取消訴訟における違法性と国家賠償請求事件における違法性の異同」藤山雅行編「新・裁判実務大系第二五巻 行政争訟」（平成一六年）四七九頁）。本文で述べたように、本件のような場合、法令の執行機関に当該法令の違法性審査権があるか否か、という問題が問われなければならないはずで、また平成三年最高裁判決を、法令の解釈に関する過失の事例（とりわけ最高裁判平成一六年一月一五号民事集五八巻一号二二六頁）との関係をどのように解するかについては疑問が呈されているところ（塩野前掲書（注（7））二九〇頁）、両者を同列に論じることはできないことについては、次の第三節（一）で論じるところである。

(39) 増井前掲論文（注（34））三六五頁以下（この点に関する問題点については、平岡前掲書（注（37））一〇四頁参照）。

(40) 因みに、この第二次訴訟では、原告の損害賠償請求権の消滅時効の成否も争われている。第一審判決は、「本件においては、原告と面会不許可処分そのものを加害行為として主張するのではなく、その根拠とされた規則一二〇条を改廃せず放置した不作為を加害行為として主張しているのである。前件「Ⅱ第一次訴訟——本稿筆者」の第一審及び第二審の各判決においては、右規則そのものはいずれも違法ではないとされ、その違法を宣言したのは、平成三年七月九日の前件の最高裁判決が初めてである。そうすると原告が法務大臣の不作為が違法であることを知るに至ったのは平成三年七月九日の最高裁判決を知ったときであったと認められる。とすると、未だ時効期間は満了していない。」とした。これに対して、控訴審判決（東京高判平成六年七月五日判例時報一五一〇号九八頁）は、接見拒否処分のうち最も遅れてされた処分の発令の日（昭和六一年四月八日）を消滅時効の起算点として、その翌日から起算して三年を経過した時点で消滅時効が完成したとし、本件第二次訴訟を提起した平成四年二月一日の時点で、既に損害賠償請求権は消滅していた、として請求を棄却した。

(41) 著名な判決であるが、改めて確認しておく。

「未決勾留は、刑事訴訟法の規定に基づき、逃亡又は罪証隠滅の防止を目的として、被疑者又は被告人の居住を監獄内に限定するものであって、右の勾留により拘禁された者は、その限度で身体的行動の自由を制限されるのみならず、前記逃亡又は罪証隠滅の防止の目的のために必要かつ合理的な範囲において、それ以外の行為の自由をも制限されることを免れないのであり、このことは、未決勾留そのものの予定するところでもある。また、監獄は、多数の被拘禁者を外部から隔離して収容する施設であり、右施設内でこれらの者を集団として管理するにあつては、内部における規律及び秩序を維持し、その正常な状態を保持する必要があるから、この目的のために必要がある場合には、未決勾留によつて拘禁された者についても、この面からその者の身体的自由及びその他の行為の自由を一定の制限が加えられることは、やむをえないところというべきである（その制限が防禦権との関係で制約されることもありうるのは、もとより別論である）。そして、この場合におい

て、これらの自由に対する制限が必要かつ合理的なものとして是認されるかどうかは、右の目的のために制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を較量して決せられるべきものである。」

在監者の人權保障の問題と従来の判例に関する最新の概観として、渡谷秀樹「憲法(平成一九年)一四八頁以下、さらに神橋一彦「監獄法における信書発信制限の合憲限定解釈」民商法雑誌一三五卷四一五号(平成一九年)八二頁以下参照。

(42) 本件においては、法令たる規則と損害の間に執行行為(接見不許可処分)が介在しており、直接的・最終的な加害行為はあくまで、当該処分であるということになる。このような場合、法令たる規則を果たして加害行為とみてよいか(すなわち、第二次訴訟第一審判決でも論じられている因果関係の問題)については議論の余地がある。この点については平岡教授も、「拘留所長には規則一二〇条の違法性の認識可能性が否定されるとすれば本件について同一二四条にもとづく例外的な運用を期待することは困難であると見られ、そうであるとすれば、本件における規則制定行為と本件処分はいわば重層的に加害行為を構成しており、規則制定行為と損害との間の因果関係も肯定されてよいであろう」としている(平岡前掲書(注(37))一〇三頁以下)。

第三節 近時の関連国賠判例に関する若干の検討

以上、平成三年最高裁判決を中心に、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検討を行った。

これを踏まえて、近時の関連する国家賠償判例について検討とコメントを加えるが、まず第一に、《公務員の法令解釈の誤り》と《法令そのものの適法性審査の問題》について論ずる。そして第二に、法律、法規命令、並びに通達(行政規則)の制定改廃権限の不行使——すなわち《法令の事後改善義務》の懈怠——が問題となった関連国賠判例を取り上げることとする。もともと、この点が問われる判例は、平成三年最高裁判決の事例の如く、一般的法規範と損害との間に個別的な行政決定が介在する事案のみではない。従ってここでは、《一般的法規範の制定改廃権限の不行使にかかわる国家賠償請求訴訟》全般に考察の対象を広げて、幾つかの最近の判例について言及することにした。というのも、法律、法規命令、行政規則と法形式は異なるが、《一般的法規範の制定改廃に当たって当該制定機関が遵守すべき行為規範は何か》という、第二節で論究した問題が引き続き、そこで問われるからである。

（二） 公務員の法令解釈の誤りと法令そのものの適法性の問題

まず、第二節の三で指摘したことであるが、平成三年最高裁判決の事例を、《法律の解釈につき異なる見解が対立して疑義が生じた場合》に属するものとして位置づけてよいかである。そしてその点が問題となった近時の判例として、最（一小）判平成一六年一月一五日日民集五八巻一〇二六頁がある。本件は、在留資格を有しない外国人である原告が、国民健康保険法に基づき国民健康保険の被保険者証の交付を請求したところ、同法五条にいう「市町村又は特別区の区域内に住所を有する者」に当たらず、被保険者に該当しないと、被保険者証交付拒否処分を受けたため、国家賠償請求訴訟を提起したものである。本件拒否処分は、厚生省保健局国民健康保険課長が発した外国人に対する国民健康保険の適用に関する二つの通達（以下引用の判決文にいう「本件各通知」）に拠るものであったが、この通知は、在留資格を有しない外国人が国民健康保険の適用対象となることを予定しないものであった。本判決は、そのような解釈を否定し、一定条件の下、在留資格を有しない外国人も、右にいう「住所を有する者」に当たるとして、本件拒否処分を「違法」としたのである。しかし、「過失」要件の段階で次のように判断している。

「しかしながら、ある事項に関する法律解釈につき異なる見解が対立し、実務上の取扱いも分かれていて、そのいずれについても相当の根拠が認められる場合に、公務員がその一方の見解を正当と解しこれに立脚して公務を遂行したときは、後にその執行が違法と判断されたからといって、直ちに上記公務員に過失があったものとするとは相当ではない（最高裁昭和四二年（オ）第六九二号同四六年六月二四日第一小法廷判決・民集二五巻四号五七四頁、最高裁昭和六三年（行ツ）第四一号平成三年七月九日第三小法廷判決・民集四五巻六号一〇四九頁等参照）。

これを本件についてみると、本件処分は、本件各通知に従って行われたものであるところ、前記四のとおり、社会保障

制度を外国人に適用する場合には、そのよって立つ社会連帯と相互扶助の理念から、国内に適法な居住関係を有する者のみを対象者とするのが一応の原則であると解されていることに照らせば、本件各通知には相当の根拠が認められるというべきである。そして、前記事実関係等によれば、在留資格を有しない外国人が国民健康保険の適用対象となるかどうかについては、定説がなく、下級審裁判例の判断も分かれている上、本件処分当時には、これを否定する判断を示した東京地裁平成六年（行ウ）第三九号同七年九月二七日判決・行裁集四六卷八・九号七七七頁がただだけで、法五条の解釈につき本件各通知と異なる見解に立つ裁判例はなかったというのであるから、本件処分をした被上告人横浜市の担当者及び本件各通知を発した被上告人国の担当者に過失があったということはできない。そうすると、被上告人らの国家賠償責任は認められないから、上告人の請求を棄却すべきものとした原審の判断は、結論においては是認することができる。」(傍線筆者)

このようにこの判決は、平成三年最高裁判決を先例として引用しているわけであるが、確かに両判決とも、法令の個別的具体的執行（接見不許可処分や被保険者証交付拒否処分）の任に当たった公務員の「過失」が問われている点で共通はしている。しかし問題は、果たしてこの両者を同日の下に論じてよいかである。すなわち、第二節で述べたように、平成三年最高裁判決で問題となったのは、根拠法令（監獄法施行規則）の規定そのものの違法性であり、そして最終的には違法とされる当該規定の適用を行政機関（拘留所長）において拒否することが許されるか否かであった。これに対して平成一六年最高裁判決の場合は、当該根拠法令（国民健康保険法五条）の適法性・有効性をさしあたり前提とした上で、その——結果として違法とされた——解釈を示した通達に従った行政庁の処分が問題となっている。すなわち、処分庁（横浜市港北区長）の職務上の義務に限っていえば、《公務員の職務命令（通達）への服従義務》の問題と捉えることができるわけであり、原則として職務命令への服従義務を肯定するならば、そ

の限りでもそもそも独自の法令解釈権は制限されることにもなるし、それに対応して法令の解釈についての過失もない（あるいは滅殺される）ということになる。そうだとすると、専ら法令の解釈についての過失が問われるのは、通達を発した行政機関（厚生省保健局国民健康保険課長）を担当する公務員ということになるが、本判決は右に引用したような理由で過失を否定している。

従って、本判決において、公務員の法令解釈の過失が問われるのは、主として通達（行政規則）を発した行政機関を担当する公務員になるはずである。その点で、同じく法律（原爆二法）の解釈に関する通達が問題となった本節（四）で取り上げる最（一小）判平成一九年一月一日の事案に類似しているといえる。また、本判決において問題となった二つの通達は、それぞれ昭和五六年と平成四年に発せられたものであるが、特に《法令の事後改善義務》の点は問われているわけではない。おそらくこの点は、本件通知には「相当の根拠」があったこと、さらには有力な学説・判例がなかったことによるのであろう。しかしながら、これらの点は、《違法・過失二元判断》を採った本件と、「職務行為基準説」Ⅱ《違法一元判断》を採った右平成一九年最高裁判決との間で平仄があうか否かという問題を考察する際に、ポイントとなる。

以上みてきたように、平成三年最高裁判決と平成一六年最高裁判決をともに《法令解釈について異なる見解がある場合の公務員の過失》に関する判例として一括りにできないことは明らかである。さらにいえば、平成一六年最高裁判決の事例も、右に見たように、法令の執行行為を行う公務員（この場合は、横浜市港北区長）が独自の判断権の範囲内で法令の解釈を選択して決定を下す、という事例としてはやや適切ではないということになる。むしろ法令解釈について異なる見解がある場合について、専ら当該法令の執行行為を行う公務員の過失が問われた事例を求めるとすれば、未登記立木に対する強制執行の方法について執行吏が「本件強制執行の委任を受けた際、参考書等に基づき一応の調査をしたうえ、有体動産の執行手続によるのを正当と判断してその執行を行なった」という

——平成一六年最高裁判例が引用するいま一つの判例である——最(一小)判昭和四六年六月二四日民集二五卷四号五七六頁のような事案である、ということになる。

いずれにしても、ある法令についてその適法性を前提にこれを解釈する行為と、当該法令を違法と判断してその適用を拒否する行為との間には一つの確固たる線引きが行われるべきであって、仮に実際に、公務員が職務に際して相当の根拠で職務の根拠法令が違憲ないし違法であるとの疑いをもった場合には、上級行政機関に伺いを立て、その上で法令制定機関等の判断を仰ぐのが、精々の職務上の限界であるというべきであろう。⁽⁴³⁾

(二) 法律改正権限の不行使——在外国民選挙権訴訟上告審判決とその後

一 立法不作為(法律改正権限の不行使)⁽⁴⁴⁾ に対する国家賠償請求訴訟、とりわけ選挙権の行使をめぐるものとしては、在宅投票制度廃止に関する①最(一小)判昭和六〇年一月二一日民集三九卷七号一五二頁(以下、「昭和六〇年最高裁判決」という)がリーディング・ケースとされ、さらに近時においては、初めて国家賠償請求を認容した在外邦人選挙権制限に関する②最(大)判平成一七年九月一四日民集五九卷七号二〇八七頁(以下、「平成一七年最高裁判決」という)があるが、その後、精神的原因による投票困難者⁽⁴⁵⁾に対して選挙権行使の機会を確保する立法措置の不作為に関する③最(一小)判平成一八年七月一三日判例時報一九四六号四一頁(以下、「平成一八年最高裁判決」という)が出されている。そして②の訴訟においては、国家賠償請求訴訟と併せて選挙権を行使する権利の確認訴訟等の行政訴訟も提起されているが、三つの事案いずれにおいても、法律そのものが問題となっており、法律の執行行為たる行政決定が介在しているわけではない。立法不作為に対する国家賠償に関しては、憲法、行政法の双方において議論の蓄積があり、また最近の判例にも右に挙げたもの以外の重要な判例があるが、⁽⁴⁶⁾本稿では、最高裁において初めて立法不作為に対する国家賠償請求認容例も出た、右の選挙権関連の最高裁判例について、今ま

で論じてきた点を踏まえ、——多少、本稿の本来のテーマを超える部分もあるが——若干のコメントする。

すなわちここで本稿が論究するのは、立法不作為に対する国家賠償請求訴訟において、これらの最高裁判例が、立法機関を構成する公務員（国会議員）や、場合によっては立法過程に参与する行政機関（内閣）を担当する公務員の行う職務について、どのような行為規範（職務上の義務）を想定しているのか、という点である。周知のように、立法不作為をめぐる国家賠償をめぐることは、昭和六〇年最高裁判決が、「職務行為基準説」を採用し、平成一七年最高裁判決もこれを踏襲している。

「国家賠償法一条一項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別に国民に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民に損害を加えたときに、国又は公共団体がこれを賠償する責に任ずることを規定するものである。したがって、国会議員の立法行為（立法不作為を含む。以下同じ。）が同項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法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どうかの問題であつて、当該立法の内容の違憲の問題とは区別されるべきであり、仮に当該立法の内容が憲法の規定に違反する廉があるとしても、その故に国会議員の立法行為が直ちに違法の評価を受けるものではない。」

すなわち、国会という機関の「権限規範」違反ではなく、国会議員という公務員の「行為規範」がここで問題となる。⁽⁴⁹⁾そして、昭和六〇年最高裁判決では、「国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法一条一項の規定の適用上、違法の評価を受けない」と判断したわけであるが、平成一七年最高裁判決では、「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」(例外要件①)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」(例外要件②)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、国家賠償法一条一項の規定の適用上、違法の評価を受けるものというべきである」としている。そして、同判決で問題となった原告について、「在外国民であつた上告人らも国政選挙において投票をする機会を与えられることを憲法上保障されていたのである、この権利行使の機会を確保するためには、在外選挙制度を設けるなどの立法措置を執ることが必要不可欠であつた」としている⁽³⁰⁾。

それでは、どのような場合が具体的に、選挙権という憲法上の権利について《権利行使の機会を確保するために立法措置を執ることが必要不可欠な場合》に当たるかということであるが、この点について昭和六〇年最高裁判決の事例と平成一七年最高裁判決の事例との間では、権利行使と立法措置との関係について大きな違いがあるようにおもわれる。すなわち、平成一七年最高裁判決における在外国民選挙権訴訟の場合には、《選挙権行使の法的資格》(すなわち、憲法上の選挙権を更に具体化した個別的な投票資格＝法的地位)が問題となつているのに対して、昭和六〇年最高裁判決の事件では、《選挙権行使(投票)に当たつての事実上の環境整備》(投票資格はあるけれども、具体的に投票できない者についての環境整備)が問題となつている。すなわち、平成一七年最高裁判決の事例では、そもそも立法措置が講じられなければ投票資格そのものが得られない《絶対的不可能》の場合について、民主制の基本にかかわる選挙権という憲法上の権利の《内容形成》に関しては、立法者に対して強い憲法委託(立法者としての義務)が課せられ、かかる憲法委託に対する懈怠に対しては、特に国家賠償という一種の「制裁」を課すのだ、という理解をすることは可能であつたとおもわれる。そして、かかる《絶対的不可能》の場合については、そもそも投票に参加する資格があるか否かが問題となるわけであるから、右の例外要件②が要求している「明白」性も充たし

やすいといえよう。もしそのような線引き的理解をするならば、昭和六〇年最高裁判決の事例の方は、投票資格そのものは存するが何らかの事情で投票に行けないという、いわば《相対的不可能》というべき事例であって、かような場合においては、立法裁量を広く認め、ごく例外的に「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り」、国家賠償法一条一項の適用上違法とはならない、という形で整理をすることが可能である。つまり、平成一七年最高裁判決における在外国民選挙権の問題は、《選挙権の内容形成》そのものに関わる、違法の重大性・明白性が高いものであった、というわけである。⁽⁵¹⁾

しかし、平成一八年最高裁判決は、平成一七年最高裁判決の一般的説示を引用する形で、《権利行使の機会を確保するために必要不可欠な立法措置》が問題になるのは、《選挙権行使の法的資格》そのものが問題となる場合（《絶対的不可能》の場合）のみならず、《選挙権行使（投票）に当たった事実上の環境整備》が問題となる場合（《相対的不可能》の場合）も含まれることを示した。⁽⁵²⁾そしてそのことは、併せて、平成一七年最高裁判決によって宣明された《立法不作為に対する踏み込んだ司法審査》の射程が格段に拡大されたことを意味する。

二 では右のような事案を念頭に、選挙権の行使に関する立法の取扱いに関する《国会議員の行為規範》は、具体的にどのようなものになるかであるが、結局、立法過程が基本的には政治過程であって、厳密な手続法的規律になじむものではないことや、国会議員の過失といっても、極めて多数の国会議員の合議体として権限を行使するものであるから、実際には国会という合議体の活動のあり方が問題となる。そうだとすると、そこに何らかの国会議員ないし国会の「行為規範」を想定することはそもそも困難であって、やはり法的責任の名の下に裁判所が国会の政治責任を問責するに等しい面がある。⁽⁵³⁾

しかしながら、平成一七年最高裁判決以降の最高裁判例の考え方を前提とする以上、そこには国会が一度制定し

た法律について何らかの「立法者の事後改善義務」という立法者の「行為規範」⁵⁴があると考えるべきなのである。そしてそのような「義務」を前提とするならば、行政活動における権限不行使の不作為と同様に、どの時点で不作為状態が違法となるか、という問題が出てくることになる。この点について、平成一七年最高裁判決は、「世界各地に散在する多数の在外国民に選挙権の行使を認めるに当たり、公正な選挙の実施や候補者に関する情報の適正な伝達等に関して解決されるべき問題があったとしても、既に昭和五九年の時点で、選挙の執行について責任を負う内閣がその解決が可能であることを前提に上記の法律案を国会に提出していることを考慮すると、同法律案が廃案となった後、国会が、一〇年以上の長きにわたって在外選挙制度を何ら創設しないまま放置し、本件選挙において在外国民が投票することを認めなかったことについては、やむを得ない事由があったとは到底いうことができない」としている。おそらく、昭和五九年の時点で、選挙の執行について責任を負う内閣の専門的・技術的判断として、何らかの在外選挙制度を創設することは可能である、という判断が示され、国会はそれを前提に所要の議論ないし検討を行うべきであった、ということであろう。そうだとすると、勿論、立法機関そのものは国会であるとしても、現在、内閣提出立法が多数を占め、また内閣（とりわけ総務省）が選挙制度に関わる専門的知見を有していることに鑑みれば、内閣等の行政機関も選挙制度を合憲的に維持する法的責任を負うのか否かが、——判決はそこまで踏み込んではいないものの——一つの問題となりうる。

これに対して、平成一八年最高裁判決の事案では、「身体に障害がある者の選挙権の行使については長期にわたって国会で議論が続けられてきたが、精神的原因による投票困難者の選挙権の行使については、本件各選挙までにおいて、国会でほとんど議論されたことはなく、その立法措置を求める地方公共団体の議会等の意見書も、本件訴訟の第一審判決後に初めて国会に提出されたというのであるから、少なくとも本件各選挙以前に、精神的原因による投票困難者に係る投票制度の拡充が国会で立法課題として取上げられる契機があったとは認められない」として

いる。そしてその上で、「以上によれば、選挙権が議会制民主主義の根幹を成すものであること等にかんがみ（上記大法廷判決参照）、精神的原因による投票困難者の選挙権行使の機会を確保するための立法措置については、今後国会において十分な検討がされるべきものであるが、本件立法不作為について、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当たるということはできない」として違法性を否定しているのである。

因みに、この判決には、泉徳治裁判官の補足意見が付されているが、同補足意見は、「投票所において投票を行うことが極めて困難な状態にある在宅障害者に対して、郵便等による不在者投票を行うことを認めず、在宅のまま投票をすることができると他の方法も講じていない公職選挙法は、憲法の平等な選挙権の保障の要求に反する状態にある」と指摘する。同補足意見は、公職選挙法の現状について「憲法の平等な選挙権の保障の要求に反する状態にある」としつつも、現状が国家賠償法一条にいう「違法」状態にあるか否かについては触れていない。この補足意見が、平成一七年最高裁判決の事案における内閣による法案提出に比する、不作為評価の時間的起点（合理的期間）の起点⁽⁵⁵⁾の⁽⁵⁶⁾一つになりうるのかどうか（換言すれば、一種の裁判所の警告としてのメッセージを含蓄するものであるか）、問題となるであろう。

（三） 省令改正権限の不行使

法規命令についてみると、省令改正が一つの規制権限発動として位置づけられ、その不行使が規制権限の不行使として国賠法上問題となったのが、筑豊じん肺訴訟上告審判決（最（三小）判平成一六年四月二七日民集五八巻四号一〇三二頁）である。

ここで問題となったのは、鉱山保安法に基づく通商産業大臣の保安規制権限の不行使であるが、そこで保安規制の権限として挙げられているのは、鉱山保安法に基づく省令改正権限である。すなわち、鉱山保安法四条は、「鉱業権者は、左の各号のため必要な措置を講じなければならない。」と規定し、二号に「ガス、粉じん、捨石、鉱さい、坑水、廃水及び鉱煙の処理に伴う危害又は鉱害の防止」を挙げている。これを受けて同法三〇条は、「鉱業権者が第四条の規定によって講ずべき……事項は、省令で定める」としている。そしてこの規定を受けて制定されたのが鉱山保安規則であるが、制定権者である通商産業大臣が技術の進歩や医学的知見等に適合した内容に改正する義務を負うか否かが問題となった。

この点について、被告・国側は、省令立法行為が国賠法上違法となるのは、①現に定められた省令が法律の委任の趣旨に明らかに反して無効であること、②制定されるべき省令の内容が一義的に明白であることが必要であると、平成三年最高裁判決などの政省令の規定が法律の委任の趣旨に反して違法であるとされた判例は、いずれも現に制定された政令省令を当該国民に適用するか否かが問題となった事案であるが、本件で問題とされているのは、現に制定された省令では規制内容が法律の委任の趣旨に沿ったものとしては不十分であるとして、法律の委任に沿った省令を制定する職務上の義務があるか否かが問題となっているもので事案を異にするものである、と主張した。そして本件のような事案において、そもそもいかなる省令を制定すべきかは、行政機関に一定の裁量があり、現実にも種々の選択肢の中から、行政機関の政策的技術的専門的な判断によるものであるから、本来的に一義的に決めるものではなく、一定の要件の下に行使される通常の規制権限とは本質に異なる、と主張している。このような主張の前提には、——本件は、在外国民選挙権訴訟にかかる平成一七年最高裁判決以前の事件であるので——専ら昭和六〇年最高裁判決との関係が念頭に置かれている。

これに対して判決は、規制権限不行使に対する国家賠償に関する一般的説示を引用した後、次のように述べてい

る。

「国又は公共団体の公務員による規制権限の不行使は、その権限を定めた法令の趣旨、目的や、その権限の性質等に照らし、具体的事情の下において、その不行使が許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くと認められるときは、その不行使により被害を受けた者との関係において、国家賠償法一条一項の適用上違法となるものと解するのが相当である……。

これを本件についてみると、鉱山保安法は、鉱山労働者に対する危害の防止等をその目的とするものであり（一条）、鉱山における保安、すなわち、鉱山労働者の労働災害の防止等に関しては、同法のみが適用され、労働安全衛生法は適用されないものとされており（同法一一五条一項）、鉱山保安法は、職場における労働者の安全と健康を確保すること等を目的とする労働安全衛生法の特別法としての性格を有する。そして、鉱山保安法は、鉱業権者は、粉じん等の処理に伴う危害又は鉱害の防止のため必要な措置を講じなければならないものとし（四条二号）、同法三〇条は、鉱業権者が同法四条の規定によつて講ずべき具体的な保安措置を省令に委任しているところ、同法三〇条が省令に包括的に委任した趣旨は、規定すべき鉱業権者が講ずべき保安措置の内容が、多岐にわたる専門的、技術的事項であること、また、その内容を、できる限り速やかに、技術の進歩や最新の医学的知見等に適合したものに改正していくためには、これを主務大臣にゆだねるのが適当であるとされたことによるものである。」

そして「通商産業大臣は、遅くとも、昭和三五年三月三十一日のじん肺法成立の時までに、前記のじん肺に関する医学的知見及びこれに基づくじん肺法制定の趣旨に沿った石炭鉱山保安規則の内容の見直しをして、石炭鉱山においても、衝撃式さく岩機の湿式型化やせん孔前の散水の実施等の有効な粉じん発生防止策を一般的に義務付ける等の新たな保安規制措置を執つた上で、鉱山保安法に基づき監督権限を適切に行使して、上記粉じん発生防止策の速や

かな普及、実施を図るべき状況にあったというべきである」として、保安規制権限の不行使について国賠法上違法であるとしている。

この事案では、委任立法である省令の内容をさらに具体化する行政処分は介在していないが、本件で問題となった鉱山保安法は、省令で定められた各種の基準の遵守を鉱業権者に義務づけた上で、その実効性を鉱業権者に対する罰則や行政監督により確保するというシステムを採っている⁽⁵⁷⁾。従って、省令を改正の上、当該省令に係る規制を前提とする各種の監督権限を行使する一連の権限に着目して、その不行使の違法が捉えられている。従って、「省令制定改正権限の特殊性を過大に評価することは相当ではないと解され、規制権限の不行使一般の問題と特別に異なる⁽⁵⁸⁾ところはない」とされる。

(四) 通達改正権限の不行使

さらに行政規則たる通達の改正権限の不行使に関する判例としては、最(一小)判平成一九年一月一日判例集未登載(本稿執筆時点では、最高裁判所ホームページで閲覧可能)がある。この事件は、原子爆弾被爆者の医療等に関する法律(原爆医療法)に基づき被爆者健康手帳の交付を受けた者が我国の領域を超えて居住地を移した場合には、原子爆弾被爆者に対する特別措置に関する法律(原爆特別措置法)は適用されず失権扱いとなると定めた昭和四九年のいわゆる「四〇二号通達」(厚生省公衆衛生局長通達)により、被爆者健康手帳の交付を受けたものの、その後日本から出国したために、原爆特別措置法に基づく健康管理手当が打切られたり、あるいは四〇二号通達があるために健康管理手当の認定申請を行わなかった韓国人が原告となって、国家賠償請求訴訟を提起したものである。

本判決は、まず原爆二法(原爆医療法・原爆特別措置法)は、各種の援護措置を受けるための要件として、「被爆者」であることに加えて、その居住地が日本国内にあることまでは要求しておらず、また一旦被爆者健康手帳の交

付を受けて「被爆者」たる地位を取得し、更に都道府県知事の支給認定を受けて健康管理手当等の支給権を取得した「被爆者」が、日本国外に居住地を移した場合にその受給権を失う旨の規定も置いていない、として四〇二号通達は原爆二法やそれを統合する形で定められた被爆者援護法（平成六年制定）にも反することは明らかである、とした。その上で、国家賠償法一条の違法につき、次のように判断している。

「もつとも、上告人の担当者の発出した通達の定めが法の解釈を誤る違法なものであったとしても、そのことから直ちに同通達を発出し、これに従った取扱いを継続した上告人の担当者の行為に国家賠償法一条一項にいう違法があつたと評価されることにはならず、上告人の担当者が職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と上記行為をしたと認められるような事情がある場合に限り、上記の評価がされることになるものと解するのが相当である（最高裁昭和五三年（オ）第二四〇号同六年一月二日第一小法廷判決・民集三九卷七号一五二二頁、最高裁平成元年（オ）第九三〇号、第一〇九三号同五年三月一日第一小法廷判決・民集四七卷四号二八六三頁参照）。

しかし、四〇二号通達は、被爆者についていったん具体的な法律上の権利として発生した健康管理手当等の受給権について失権の取扱いをするという重大な結果を伴う定めを内容とするものである。このことからすれば、一般に、通達は、行政上の取扱いの統一性を確保するために上級行政機関が下級行政機関に対して発する法解釈の基準であつて、国民に対して直接の法的拘束力を有するものではないにしても、原爆三法の統一的な解釈、運用について直接の権限と責任を有する上級行政機関たる上告人の担当者が上記のような重大な結果を伴う通達を発出し、これに従った取扱いを継続するに当たっては、その内容が原爆三法の規定の内容と整合する適法なものといえるか否かについて、相当程度に慎重な検討を行うべき職務上の注意義務が存したものとすべきである。」

その上で、昭和四九年三月三〇日福岡地裁判決（孫振斗訴訟）の司法判断やそれを受けた健康管理手当等の支給実

務の一部変更があつたにもかかわらず、同年七月二二日付けで四〇二号通達が発せられたことに着目し、「四〇二号通達発出の時点で、上告人の担当者は、それまで上告人が採ってきた原爆二法が在外被爆者にはおよそ適用されないなどとする解釈及び運用が、法の客観的な解釈として正当なものといえるか否かを改めて検討する必要性に迫られることとなり、現にその検討を行った結果として、在外被爆者について原爆二法の適用を一切認めず被爆者健康手帳の交付を行わないものとしていたそれまでの取扱いや、健康管理手当等の受給権者が都道府県の区域を越えて居住地を移した場合に受給権がいったん失権するものとしていた従前の取扱いが、法律上の根拠を欠く違法な取扱いであることを認識するに至つたものと考えられるところである」とし、そのような機会に「四〇二号通達の発出の段階において、原爆二法の統一的な解釈、運用について直接の権限と責任を有する上級行政機関たる上告人の担当者が、それまで上告人が採ってきたこれらの法律の解釈及び運用が法の客観的な解釈として正当なものといえるか否かを改めて検討することとなつた機会に、その職務上通常尽くすべき注意義務を尽くしていれば、当然に認識することが可能であつたものというべきである」とした。その上で、「上告人の担当者が、原爆二法の解釈を誤る違法な内容の四〇二号通達を発出したことは、国家賠償法上も違法の評価を免れないものといわざるを得ない」として被告・国側の上告を棄却している。

この判決では、在宅投票制度廃止違憲訴訟にかかる昭和六〇年最高裁判決と、「職務行為基準説」を行政活動（課税処分）の領域に適用したとされる平成五年最高裁判決を引用しつつ、通達の制定改廃についても、「職務行為基準説」の枠内で判断している。そしてここでは、本件においては単に支給が打切られただけあり、具体的に申請に対する拒否処分があつたわけではないという事情にもよるのであるが、一貫して「原爆二法の統一的な解釈、運用について直接の権限と責任を有する」上告人（国）の「担当者」の注意義務違反を問題としている。もつとも、それ以上に具体的にどの職にある「担当者」が注意義務違反を犯していたかについては、具体的に問うことは

していない。

但し、問題となった四〇二号通達を発出したことについての国賠法上の違法性に関しては、甲斐中辰夫裁判官反対意見が、原爆二法に基づく当時の各種手当に所得制限がついていたことなど、原爆二法が外国居住者には適用されないことなどを挙げ、「四〇二号通達の作成、発出時の関係法令全体やその法的性格、立法者の意思などを総合的に考えると、昭和四九年の四〇二号通達の作成、発出時において、上告人の担当者が原爆二法は外国居住者には適用されないと解釈したことには、相当の法律上の根拠があるといわざるを得ず、このような解釈によれば四〇二号通達の失権取扱いの定めは当然の内容であるということになり、同じく相当の法律上の根拠を有すること」となるとして、「上告人の担当者が四〇二号通達を作成、発出するに際し、その職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と上記行為をしたと認められるような事情があり、国家賠償法一条一項にいう違法があったと評価することはできないものといわざるを得ない」としているのが注目される。すなわち既に述べたように、法令の解釈につき争いがあった事例であり、さらにそこに通達が介在しているという意味では、本節（一）で取り上げた平成一六年最高裁判決と共通するものがあるが、同判決が《違法・過失二元的判断》を行っているのに対し、この平成一九年判決は「職務行為基準説」に基づく《違法一元的判断》を行っている。この両者の違いをどこに求めるかについては議論の余地があるが、平成一六年判決の事案が、さしあたり一回限りの拒否処分が問題となつているのに対して、平成一九年判決の事案は、違法な通達を発出したことのみならず、それに基づく取扱いが継続的であつて、その間にも通達について《法令の事後改善義務》があつたにもかかわらずそれら果たさなかつた、という点に違いがあるであろう。すなわち、そのような一連のプロセス全体を捉えて、《違法一元的判断》を行ったとみることも可能である。しかしながら、平成一六年判決の事件はたまたま原告が一人であつたから一回限りの拒否処分が問題となつただけで、一定期間、違法な通達に基づく継続的取扱いがあつたことにおいてはかわりはなく、その

意味で、潜在的には《法令の事後改善義務》も問題になりえたはずである。そうすると、平成一六年判決の事案も平成一九年判決の事案もその限りにおいてかわりがなく、一方が《違法・過失二元的判断》を行い、他方が「職務行為基準説」Ⅱ《違法一元判断》を行ったという違いを説明する合理的理由は、必ずしも明らかでないというべきであろうか。

(五) 平成三年最高裁判決との関係

この平成一九年最高裁判決の事件では、上告人・国側から平成三年最高裁判決との関係が主張されているが、同判決は「事案を異にし本件に適切でない」としている。このことの真意は必ずしも明らかではない。しかし、本節において既に見たように、各事件において微妙に事案が異なるとはいえ、法律、法規命令、行政規則それぞれ（すなわち一般的法規範）について、最高裁判例はそれらが違法であることを理由とする国家賠償請求を認めており、とりわけそこでは、一旦制定された一般的法規範についての《事後改善義務》を一つの行為規範として規範制定機関（たる公務員）に要求していることがわかるのである。その意味でいえば、《法令の事後改善義務》の問題に一切触れず、専ら執行機関の過失に照準を当てた平成三年最高裁判決の判断は、理論的な問題もさることながら、一連の判例の流れからしても特異であるといえよう。

(43) 因みにこの点について、ドイツの行政法概説書では、「一般的法理として次のように説かれている (Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, 12. Aufl., 2007, S. 283)。⁹ 行政機関は、「法律や上級機関の発した命令についてその法的効力を「審査する権限はある」とされるが (行政内部的規範統制 verwaltungsinterne Normenkontrolle)」「審査権」(Prüfungskompetenz)の下に語られるのは、そのような法的問題点について当該機関の上級機関、とりわけそのような命令を発した行政機関ないし政府機関に対して異議を述べて指摘することができるまでにとどまる。従って、行政には原則として適用を拒否する権限はない。その理由としては、基本法二〇条二項及び三項に基づく法律の拘束を相対化することになることが挙げられている。そして、もし違法な法令に従って行為をするべし、という指令を発した場合は、当該上級官庁ないし

監督官庁は、そのような命令に沿って行なわれた行政作用の適法性について責任を負う。さらに当該上級官庁ないし監督官庁が、法規命令ないし自主立法（*Satzung*）が形式的意味の法律や上位の法規命令に違反している、という見解を持つに至った場合には、自己の監督手段でもって対処しなければならない。もしラント政府又は連邦政府が憲法違反であるという見解に至った場合には、憲法裁判所の決定を仰がなければならない。憲法裁判所による審査中において、それが起こりうる償うことのできない損害を避けるため必要な場合には、法律の執行を停止することができる（中止権 *Aussetzungskompetenz*）。しかし連邦憲法裁判所が問題となっている事柄について一般的に決定を下していたり、同種の法規について既に違憲の判断を下している場合については、当該疑義の対象となつていない法規について適用しない、とすることは許される（限定された拒否権 *beschränkte Verweigerungskompetenz*）。その他の点で、付随的な拒否権は憲法体系上の理由から認められない。

以上の事柄はドイツにおける憲法裁判制度が前提となつているので、日本法に直ちに適用できないものもあるが、いずれにしても、下級行政機関の適用拒否は一般的には許されないことについては、この点については、ドイツ法の状況も含めさらに検討してみたいと考えている。

(44) 「立法不作為」の意味について、戸松教授は、①ある法律の規定について、それが違憲であり、立法者が合憲となるように法改正することを怠つてると主張する場合、②ある法律の規定の改廃の結果、違憲と思われる状態が生じたとき、合憲となるようにどう規定の改廃を行わなかったことをとらえていう場合（昭和六〇年最高裁判決の事件はこの場合に当たる）、③立法に不備があり、そのため憲法の保障する権利が侵害されたとき、その不備を立法の不作為に原因があると主張する場合、④憲法は、法律の制定を命じているのに立法がなされておらず、①〜③に該当しない場合、の四つの場合を挙げている（戸松秀典『憲法訴訟』（平成十二年）一四七頁以下）。

(45) 原審の認定によると、原告は、精神発達遅滞及び不安神経症のため、いわゆるひきこもりの傾向があり、養護学校の高等部を卒業後、障害者通所施設に通つたこともあったが、その後、完全に家庭内にひきこもるようになり、外出先で他人の姿を見ると身体が硬直し身動きが著しく困難になるなどの症状が現れるため、公職の選挙の際に投票所に行くことが困難であるとされる。

(46) 関釜訴訟第一審判決（山口地下関支判平成一〇年四月二七日判例時報一六四二二四頁）、ハンセン病国家賠償判決（熊本地判平成一三年五月一日判例時報一七四八号三〇頁）のほか、学生無年金障害者訴訟にかかると連一の判決があり（西登「学生無年金障害者訴訟」前掲論文（注（16））一三二頁以下参照）、学生無年金障害者訴訟については、昨年秋季に最高裁判決も出たところである（最（二小）判平成一九年九月二八日裁判所時報一四四五号二頁、最（三小）判平成一九年一〇月九日裁判所時報一四四五号四頁、二件とも上告棄却）。また、昭和六〇年最高裁判決を一つの基点として、近時の「立法不作為」の違法を認容した判例を分析・批判するものとして木村将成「憲法の『行為規範』化か」日本大学大学院法学研究年報三六号（平成一八年）二三頁以下がある。

(47) この本節（二）の部分は、平成一九年一〇月に行なわれた第一回選挙法制研究会（河中自治振興財団）における本稿筆者の報告を基にして

いる。
 (48) この点について憲法判断の枠組みの観点から批判的に検討するものとして、青井美帆「選挙権の救済と国家賠償法」信州大学法学論集九号（平成一九年）一一五頁以下がある。

- (49) 昭和六〇年最高裁判決が示した本文引用の説示のうち、いわゆる「結果違法説」を否定した部分について一言コメントしておく、権限規範に違反した法律が憲法違反であること(結果違法)は勿論であるが、《立法者は、およそ憲法違反の立法行為(作為・不作為)をしてはならない》という行為規範は一般には存在しえない。というのも、確かに、《立法者は憲法の定める手続に従って立法行為を行わなければならない》という行為規範は存在しうるであろうが、国会が行った立法行為(ないし立法不作為)が違法かつ適法かは、事後的に裁判所が公権的に認定判断を俟って明らかになるわけであるから、昭和六〇年最高裁判決が示すような「例外的」な場合、すなわち誰の目からみても憲法違反が明らかでないような場合はともかく、そうでない場合、そういった裁判所の認定判断を先取りしたような右の如き行為規範を語ることはできないからである。
- (50) ここで挙げた二つの例外要件と立法不作為の国家賠償を認めた地裁判決との関係について指摘するものとして、赤坂正浩「判批」判例評論五七二号(平成一八年)一七六頁参照。
- (51) このように平成一七年最高裁判決が、立法裁量を厳格に統制したこととの伏線を前年の参議院選挙区選出議員の定数配分規定の合憲性にかかわる最(大)判平成一六年一月一四日民集五八巻一号五六頁に見ることができ、という指摘もある(山本隆司「在外邦人選挙権最高裁大法廷判決の行政法上の論点」法学教室三〇八号(平成一八年)二七頁)。他方で、最高裁判例は《権利の具体的内容形成》については立法裁量を厳格に統制するという姿勢を採ってきたのではないかと、ともおもわれる。例えば、森林法共有分割制限規定の合憲性に関する最(大)判昭和六二年四月二二日民集四一巻三三〇八頁は、立法裁量に対して踏み込んだ違憲審査をした判例として著名であるが、これも——単なる《経済的自由》の問題にとどまらない——「財産権」という権利(基本権)の内容形成(憲法二九条二項)についての事例といえる(棟居快行「判批」『憲法判例百選I(第三版)』(平成六年)一九四頁以下参照)。勿論、具体的な違憲審査のあり方は、権利の種類や性質とも関連するが、選挙権は《政治過程》広い意味での法創設過程への参与資格の問題であり、共有分割制限は《財産秩序における権利変動の基本的ルール》に関わる問題として、基本権の問題であると同時に、それぞれの法秩序にとって重要な問題といえることができるであろう。すなわち、基本権の内容形成に関わる立法(作為・不作為)については立法裁量に対する厳格な審査が行われうるということである。
- (52) 判決は、「このことは、国民が精神的原因によって投票所において選挙権を行使することができない場合についてもあてはまる」と述べている。
- (53) それだけに、確認訴訟によって原告の主張していた次回選挙において投票することができるとの地位の確認が認められ、制度改正へのきつかけになった以上、選挙後帰国した者に対する救済の問題(福田博裁判官補足意見の指摘)はともかくとして、国家賠償を認めるべきであったか否かについては、極めて疑問である(泉徳治裁判官反対意見参照)。金銭賠償には、国の違憲・違法な行為について国民の意識を促す効果がある(福田裁判官補足意見)として、一部にこのような考え方に賛同する向きもあるが、国の財源の有効配分の観点からそのような考え方が正しいかどうかは別途——政策論も含めて——議論の余地があるはずで、軽々に是非を決すべきではないとおもう。いずれにしても、昭和六〇年最高裁判決は、実質的に判例変更されたとみるほかない。(すなわち、今後、昭和六〇年最高裁判決と同じ訴訟が起されたとしても、もはや同判決と同じ判決は出ないことである。)

(54) この点を指摘するものとして、大石前掲論文（注（19））一八九頁以下。また、ドイツの学説を紹介しつつ「改善義務」を論じるものとして、合原理映「立法者に対する法改正の義務づけ」阪大法学四九巻一号（平成一年）二六九頁以下、同「立法者に対する法改正の義務づけ」阪大法学五三巻六号（平成一六年）一五三頁以下がある。

(55) この点については、駒村圭吾「立法行為の違憲審査」小山剛・駒村圭吾編『論点探究 憲法』（平成一七年）三三〇頁以下参照。

(56) 立法不作為については、本文で述べたように、立法者に対する一般的な行為規範を定式化することが困難であることも鑑みると、補足意見とはいえ、当該事件における裁判長裁判官が違憲を指摘したことの意味は、小さいものではない。

(57) この点は、控訴審判決（福岡高判平成一三年七月一九日判例時報一七八五号八九頁）で詳しく触れられている点である（同一二六頁以下参照）。

(58) 宮坂昌利「最高裁判所判例解説」法曹時報五八巻一号一九一頁。

おわりに

以上、本稿では、いわゆる「行為不法説」における「公権力発動要件欠如説」と「職務行為基準説」という二つの考え方について、「権限規範」と「行為規範」の峻別という観点を一つの補助線にして、平成三年最高裁判決が幾つかの最高裁判例を中心に分析をした。

行為不法説に属するとされる「職務行為基準説」については、そこにある「職務行為基準」たる行為規範の具体的内容が必ずしも定式化されていないものがあるとおもわれるが、少なくとも、本稿でみたような違法な法令が問題となっている国家賠償請求訴訟の事案においては、『法令の事後改善義務』の如きものが、その一つとして挙げられるとおもわれる。

しかし、これまでみてきたように、一旦制定された法令について、その『事後改善義務』といったものを一つの「行為規範」として想定したとしても、そうした「行為規範」を当該法令制定機関に対する事前コントロールの指針となる程に明確化して示すことは相当困難であろう。それは、例えば第三節（二）にみた選挙権関係訴訟の事案

においても、本来立法権限を有する国会——さらには場合によっては（法案提出に関連して）行政機関たる内閣——が、事前に考慮し遵守すべき本来的な「行為規範」として《法令の事後改善義務》を定式化し、あるいは制度化することが——不作為違法の起点をどこに求めるかの問題と相俟って——極めて難しいことを想起すれば明らかである。また、こういった《法令の事後改善義務》の懈怠を、立法、行政のあらゆる分野について問うことになるのかどうかも、問題となりえよう。そうすると、「職務行為基準説」がさしあたり行為不法Ⅱ《行為規範》の存在を前提とするものであったとしても、その実質においては、第一節で引用した遠藤教授の「違法」観、すなわち国賠違法における「行為規範」性は、「究極的には他人に損害を加える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の規範性⁽³⁹⁾であると見る見方と相当程度近似したものになるのではないか、という評価もできるであろう。現に、昨年、抵当証券業規制法に基づく規制権限の不行使に対する国家賠償請求を認容した大和都市管財国家賠償請求訴訟第一審判決（大阪地判平成一九年六月六日判例時報一九七四号三頁）が、判決の冒頭において、一般論として国賠違法について次のように述べているのが注目される。

「国賠法一条一項は、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

なかつたことのみならず、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、それによつて損害を受けたと主張する個別の国民との関係で、当該行政処分を行つてはならないという職務上の注意義務を負つ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つ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ふべきである。」

そもそも国家賠償法は、行政法的思考と民法的思考が交錯する領域であり、必ずしも理論的な整理のみで一刀両断に問題を切ることのできない面もあることは否定できない⁽⁶⁰⁾。また、本稿で依拠した「権限規範」と「行為規範」の区別（さらには「公権力行使発動要件」と「職務行為基準」）についても、具体的にこの両者の関係について、なお具体的な事例も念頭に検討しなければならない点もあるとおもわれる。従つて、残された問題は極めて多いといふべきであるが、国家賠償法一条の「違法」に関する議論が錯綜している中、憲法・法理学の議論と行政法の議論との間のいわば《架橋》を試みた本稿が、何らかの議論の進展に寄与するところがあれば幸いである。

(59) この点に関連して近時改めて問題提起するものとして、亘理 格「公立保育所廃止・民営化訴訟における相対効的紛争解決の可能性——取消判決の第三者効及び国家賠償法上の違法性を中心に——」立命館大学政策科学二 三巻三号（平成一八年）二〇五頁以下参照。

(60) 橋本教授は、判例における「仕組み解釈」の可能性と限界を考察する中で、国家賠償法上の違法性についても検討している（橋本前掲論文（注（9））三七五頁以下）。本稿が、行為不法の理論的な純化を試みたのに対して、教授の試みは、判例実務と行政法学説の思考方法の異同に目を向けるという方法論的問題提起を行うとともに、行為不法——そしてその前提となる具体的行為規範——の内容的な精緻化をめざすものであるといえよう（なお国家賠償法二条について、橋本博之「行政判例における『判断基準』——水害訴訟をめぐって」立憲法学六五号（平成一六年）一九七頁以下参照）。さらに、国賠違法に関する学説と裁判実務の乖離については園部逸夫・磯部力・櫻井敬子・神橋一彦「エンジョー！行政法・第二回 行政法のこれから」月刊法学教室三二九号（平成二〇年二月号）六四頁における園部逸夫元最高裁判事の発言が興味深

い。

(付記) 本稿の内容については、選挙法制研究会(平成一九年一〇月・河中自治振興財団)の他、立教行政法研究会(平成一九年六月)及び北陸公法判例研究会(平成一九年七月)において、それぞれ報告の機会を得た。各研究会において頂いたご教示に謝意を表したい。なお、再校段階(平成二〇年二月)で新正幸『憲法訴訟論』(信山社)が刊行された。本稿では注で、同書中の参照すべき頁を若干示すにとどめた。