第1･2回　行政救済法総説、行政不服審査法

****

＜＜用意すべきもの＞＞

教科書：板垣勝彦『公務員をめざす人に贈る行政法教科書』法律文化社（2018）

判例百選：宇賀克也・交告尚史・山本隆司（編）『行政判例百選Ⅰ・Ⅱ［第７版］』有斐閣（2017）

六法：「ポケット六法」「デイリー六法」など、小型のもので可

講師の連絡先：itagaki-katsuhiko-dg@ynu.ac.jp

****

１．行政救済法（行政争訟法・国家補償法）の位置付け

「行政法Ⅰ」では、行政作用法と行政組織法を勉強した。「行政法Ⅱ」で学ぶのは、行政救済法である。行政救済法は、さらに行政争訟法と国家補償法へと分かれる。

２．行政争訟法総説

行政争訟法は、行政不服審査法に基づく行政不服申立てと行政事件訴訟法に基づく行政訴訟からなる。ある処分を行った行政自身に対して被処分者である私人から不服を申し立てるのが行政不服申立てであり、裁判所に対して訴えを提起するのが行政訴訟である。

専門性・迅速性の観点からは行政不服申立てがすぐれているが、客観性・中立性の観点からは行政訴訟がすぐれているとされる。

また、行政不服申立てでは処分の適法/違法だけではなく、当/不当まで審査できるのに対して（行審法１条１項参照）、行政訴訟では処分の適法/違法しか審査することはできない。また、行政不服申立てでは申立てのみならず審査庁の職権による執行停止が認められるのに対して（行審法 25 条２項参照）、行政訴訟では当事者の申立てがなければ執行停止を行うことはできない。

Q.　適法/違法と当/不当とは、具体的になにが異なるのか？

原則として、行政不服申立てと行政訴訟はどちらを先に行ってもよく、またどちらか片方のみを行うこともさしつかえないが、例外的に行政不服申立てを経た後でなければ行政訴訟を受け付けないしくみが採られていることがある（**不服申立て前置**）。ただし、平成 26 年の法改正により、不服申立て前置は大幅に削減・縮小された。

行政不服審査法と行政事件訴訟法の定める手続は非常に似通っているので（たとえば不服申立人適格と原告適格の範囲は一致する。**主婦連ジュース訴訟**：**最判昭和 53 年３月 14**

日民集 32 巻２号 211 頁・百選Ⅱ132。執行停止の規律も、審査庁の職権による執行停止が認められるか否か以外は同一である)、多くは行政事件訴訟法の解説にゆだね、今回は行政不服審査法の独自の規律に着目する。

３．事前手続（行政手続法）と事後手続（行政不服審査法）

行政が行う手続という観点から、行政手続法の予定する手続を事前手続、行政不服審査法の予定する手続を事後手続として分類する見方がある。

４．審査請求

⑴　審査請求

行政不服審査法では、審査庁と呼ばれる行政機関が不服申立ての審理を行う。このような不服申立ての手続を、**審査請求**という。審査庁は、処分庁の最上級行政庁が務めることが多いものの、審査請求を専門とする行政庁が担当することもある（詳しくは行審法４条。建築審査会や国税不服審判所長など)。審査請求の結果、**裁決**が下される。

⑵　審理の手続

審査庁の職員から**審理員**が選任されて、具体的な審理を行う（行審法９条）審査請求人は、処分がなされてから３か月の審査請求期間内に（行審法 18 条１項)、審査請求書を提出して（行審法 19 条１項)、審査請求を行う必要がある。

審査請求人と処分庁等は、審理員に対して主張および証拠提出を行う。処分庁等からは弁明書（行審法 29 条)、審査請求人からは反論書（行審法 30 条）が提出され、当事者が一堂に会して、口頭意見陳述が行われる。審査請求人には質問権が付与される。

職権主義が幅広く認められている点も、行審法の特徴である。

＊　審理員は行政職員から選任することとなっているので、国の場合はともかく、自治体で人材の確保・研修をどのように実施するかが課題となる。

⑶　裁決に至るまで

審理員は、審理手続を終結したときは、遅滞なく、審査庁がすべき裁決に関する意見書（**審理員意見書**）を作成しなければならず（行審法 42 条１項)、審理員意見書はすみやかに審査庁に提出しなければならない（同２項)。

審理員意見書の提出を受けた審査庁は、**行政不服審査会**などの第三者機関に諮問する（行審法 43 条１項)。第三者機関の諮問手続は今般の法改正で新たに導入された手続であり、審査請求の公正性を高めることが目的である。

行政不服審査会から諮問に対する答申を受けた上で、審査庁は、裁決を行うことになる（行審法 44 条)。

＊1　処分を行った当該行政庁（処分庁）が不服申立てについて審理する再調査の請求という手続も存在する（行審法 54 条）。これは、個別法に再調査の請求をすることができる旨の規定が置かれているときに限られる（同法５条１項）。

＊2　名称が紛らわしいが、建築審査会は審査請求を処理して裁決を行う審査庁であるのに対して、行政不服審査会は審理員の意見書が適切妥当であるかをチェックして答申する諮問機関である。審査庁が審査請求について審理する際に意見を仰ぐ諮問機関であるという点で、情報公開・個人情報保護審査会と性質が類似する。

＊3　裁決もそれ自体として行政行為であり、処分性が認められる。したがって、裁決の取消訴訟も提起することが可能である。しかし、多くの場合、裁判の場で主張できる違法事由は、裁決に固有の瑕疵に限られる（行訴法 10 条２項）。もし原処分に付着した違法性を主張したければ、原処分をとらえて、その取消しを求める必要がある（原処分主義）。これに対して、若干の立法例では、裁決の取消訴訟の中で、原処分の違法をも主張できる場合がある（裁決主義）。

＊4　裁決は争訟裁断的効果を有する行政行為であるため、不可変更力が備わっている（**最判昭和 29 年１月 21 日民集８巻１号 102 頁・百選Ⅰ69**）。

＊5　再審査請求とよばれる手続がある。市町村長のした生活保護の廃止決定（生活保護法 26 条）については、都道府県知事に対して審査請求を行うものとされているのだが（同法 64 条）、その裁決に不満がある場合には、さらに厚生労働大臣に再審査請求をすることができる（同法 66 条）。

§国税通則法（昭和 37 年法律第 66 号）

（国税に関する処分についての不服申立て）

第 75 条　国税に関する法律に基づく処分で次の各号に掲げるものに不服がある者は、当該各号に定める不服申立てをすることができる。

一　税務署長、国税局長又は税関長がした処分（次項に規定する処分を除く。）　次に掲げる不服申立てのうちその処分に不服がある者の選択するいずれかの不服申立て

イ　その処分をした税務署長、国税局長又は税関長に対する再調査の請求

ロ　（略）

二　国税庁長官がした処分　国税庁長官に対する審査請求

３　第１項第１号イ……の規定による再調査の請求…についての決定があつた場合において、当該再調査の請求をした者が当該決定を経た後の処分になお不服があるときは、その者は、国税不服審判所長に対して審査請求をすることができる。

（不服申立ての前置等）

第 115 条　国税に関する法律に基づく処分…で不服申立てをすることができるものの取消しを求める訴えは、審査請求についての裁決を経た後でなければ、提起することができない。（以下略）

２　略

第3･4回　行政事件訴訟法のあらまし、取消訴訟の要件①（処分性）

１．行政事件訴訟法のあらまし

明治 23 年に制定された行政裁判法では、行政事件は現在のように司法裁判所ではなく行政裁判所で行われることとされていた。また、そこで取り扱うことのできる事件は法律に列挙されていた（列挙主義）。

戦後になり、日本国憲法 76 条に基づき、行政裁判のしくみは変更を迫られた。昭和 22 年の民事訴訟法応急措置法、昭和 23 年の行政事件訴訟特例法を経て、昭和 37 年に制定されたのが行政事件訴訟法である。この法律では、列挙主義に対して概括主義を採用し、特に限定なく行政事件について司法裁判所が判断を下すことができるようになった。

行政事件訴訟法は、行政訴訟の通則法として、抗告訴訟、当事者訴訟、民衆訴訟、機関訴訟という４つの類型の訴訟を定めている。抗告訴訟と当事者訴訟は、原告が自己の法律上の利益を守るために提起する主観訴訟である。これに対して、民衆訴訟と機関訴訟は、原告が自己の法律上の利益に関わりなく、客観的な法秩序を是正するために提起する客観訴訟である。

行政事件訴訟に関して、行訴法に定めがない事項については、民事訴訟の例によるとされる（行訴法７条）。

２．抗告訴訟と「処分性」、抗告訴訟と当事者訴訟

主観訴訟は、抗告訴訟と当事者訴訟に分かれる。その分かれ目になる重要な要素が、「**処分性**」の有無である。これは、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」（処分）たる性質のことをいう（行訴法３条２項）。抗告訴訟の対象になるためには、当該行為に「処分性」が認められなければならない。「処分性」が認められない行為は、抗告訴訟の手続に乗せることができず、当事者訴訟の対象となりうるにとどまる。

それで何が困るのかということだが、これまで行政訴訟の実務はもっぱら抗告訴訟を中心として行われてきており、当事者訴訟には実務・理論の蓄積がほとんどない。平成 16 年の行訴法改正で、特に行訴法４条後段の実質的当事者訴訟（公法上の法律関係に関する確認の訴えその他の公法上の法律関係に関する訴訟）を積極活用すべく見直しが行われているものの、まだ実務・理論も様子見といった段階である。

その一方で、最高裁は、これまで「処分性」が認められてこなかった行政立法（より正確には、条例などの規範定立行為）や行政指導に「処分性」を認めて、抗告訴訟の手続に乗せることを許したり、「処分性」を有する行為については当事者訴訟で救済を求めることはできないとも読める判示を行うなど、抗告訴訟と当事者訴訟の手続分担について態度を決めかねているように見受けられる。

３．取消訴訟とその訴訟要件

行政庁の公権力の行使（処分）のあり方に不服を訴える手段が、**抗告訴訟**である。抗告訴訟のうち、法律で定められているのは、**(1)取消訴訟、(2)無効等確認訴訟、(3)不作為の違法確認訴訟、(4)義務付け訴訟（申請型/非申請型）、(5)差止め訴訟**である。この他に、法律で定められていない法定外抗告訴訟（無名抗告訴訟）とよばれる類型も、解釈で認められることがありうる（平成 16 年改正までは、(4)(5)も法定外抗告訴訟であった）。

(2)～(5)は(1)取消訴訟の応用なので、以下、授業では取消訴訟を中心に説明する。なお、取消訴訟を中心とした見方を、取消訴訟中心観などということがある。

取消訴訟は形成の訴えであり、請求認容判決によって法律関係の変動がもたらされる訴訟類型である。訴訟が適法に裁判所に係属するためには、法定の要件を満たす必要がある。これを**訴訟要件**という。訴訟要件を満たさない訴えには、不適法却下の判決が下される。訴訟要件を満たしたときに初めて、訴訟は本案審理に入る。訴えに理由があるとき下されるのが請求認容判決であり、取消判決ともよばれる。取消判決には対世効がある（行訴法 32 条１項）。訴えに理由がない場合には、請求棄却判決が下される。

訴訟要件には、（ⅰ）処分性、（ⅱ）原告適格、（ⅲ）訴えの利益、（ⅳ）被告適格、（ⅴ）出訴期間、（ⅵ）不服申立て前置、（ⅶ）裁判管轄などがある。

４．処分性

(1)　概要

処分性とは、抗告訴訟の対象となり得る資格をいう。処分性を備えていない行政作用は、抗告訴訟で争うことができない。条文上の根拠は、行訴法３条２項の「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」である（行審法１条２項も同じ）。

まず注意すべきは、講学上の行政行為（≒行政手続法２条２号の「処分」）は、問題なく処分性を備えていることである。具体的には、食品衛生法などの営業許可、道路交通法上の運転免許、建築基準法上の建築確認、土地収用法上の事業認定、所得税法上の更正処分、食品衛生法などの営業停止命令・営業許可取消、建築基準法上の違法建築物の除却命令が想定される。これら行政行為（≒処分）について、処分性を検討する必要はない。

それでは、処分性を検討する必要があるのはいかなる行政作用かというと、リーディングケースとされる**大田区ごみ焼却場判決（最判昭和 39 年 10 月 29 日民集 18 巻８号 1809 頁・百選Ⅱ148）**では、「行政庁の処分とは、…①**公権力の主体たる国または公共団体が行う行為**のうち、②**その行為によって、直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定する**ことが③**法律上認められている**ものをいう」との定式が示されている。これは講学上の行政行為を念頭に置いて立てられた定式であるが、この定式が行政立法（法規範定立行為）、行政指導、行政計画などにもあてはまる場合には、それらの行政作用についても、抗告訴訟で争うこと（＝処分性）が認められる。

(2)　権力的な事実行為

権力的な事実行為は、「その他公権力の行使に当たる行為」（行訴法３条２項）として処分性が認められる。具体的には、行政代執行、直接強制、即時強制（入管法における退去強制令書の執行）を指す。ただし、行政代執行、直接強制、即時強制が実際に執行されてしまうと訴えの利益（→後述）が失われてしまうので、実際には執行の前段階において不服を申し立てる手段が保障されていなければならない。そこで通説・判例は、行政代執行の戒告・通知（行政代執行法３条）や退去強制令書の発付（入管法 49 条６項）の段階にも処分性を認めている。

⑶　行政立法（法規範定立行為）

（あ）　基本的な考え方

行政立法などの規範定立行為は、処分性が否定される。様々な理由付けがあるが、②直接国民の権利義務を形成・確定するという「直接性」の要件が欠けることが大きな要因である。たとえば、ある規範に違反したら違反者には営業停止命令などの行政処分が下ることになっているような場合（生レバーを提供したら３日間の営業停止とする）、営業停止命令が下されるまで、「何月何日から〇〇日間は営業を禁じられる」という特定・具体的な義務が賦課されるわけではない。規範が定立された段階では、「もし当該規範に違反したら営業停止命令が下される可能性がある」という一般的・抽象的な義務が課せられているにすぎず、いまだ特定性をもって具体的に義務が賦課されたとはいえないのである。一般的・抽象的な義務賦課の段階で抗告訴訟の提起を認めていたのでは裁判所の負担が過剰となるために、規範定立行為には処分性が認められない（紛争の成熟性がない、などとも表現される）。

（い）　通達

通達の処分性は否定される。２つの理由付けがあり、まず、通達は行政立法のうち行政規則であり、行政内部に効力を有する規範にすぎず、国民の権利・義務関係を具体的に規律するものではないから（国民に法的拘束力は及ばないから）、②の「直接性」の要件が欠けるという説明の仕方がある。他には、通達は規範定立行為であるから、その発出をもって特定の国民に具体的な義務が及ぶわけではなく、やはり②「直接性」の要件が欠けるとも説明される。

＊　墓地埋葬法通達事件（最判昭和 43 年 12 月 24 日民集 22 巻 13 号 3147 頁・百選Ⅰ55）

（う）　条例

条例の法的性質には争いがあるが、行政内部にとどまらず、住民の権利・義務関係を規律しうることは疑いがない。そのため、（い）の２つめの理由、すなわち条例は規範定立行為であるから、その発出をもって特定の国民に具体的な義務が及ぶわけではなく、②「直接性」の要件が欠けるという理由で、処分性が否定される（**高根町水道水源条例事件〔最判平成 18 年７月 14 日民集 60 巻６号 2369 頁・百選Ⅱ155〕**）。

これに対して、**横浜市保育所廃止条例事件（最判平成 21 年 11 月 26 日民集 63 巻９号 2124**

頁・百選Ⅱ204）では、改正条例の制定・施行によって、他に行政庁の処分を待つことなく、各保育所は廃止されるのであり、それらの保育所に入所中の児童・その保護者という限られた特定の者らに対し、直接、当該保育所において保育を受けることを期待しうる法的地位を奪う結果を生じさせるという理由から、条例制定行為に処分性を認めた。最高裁は同時に、当事者訴訟や民事訴訟では対世効（第三者効）が認められていないから、取消訴訟で争うことに合理性があるとも判示している。

⑷　行政指導

行政指導も、原則として処分性は否定される。行政指導は私人に対して行う“お願い”にすぎず、それに従うか否かはあくまで相手方の任意であって（参照、行政手続法 32 条 1 項）、国民の権利・義務関係を規律するという②「直接性」要件に欠けるためである。

しかし、近年、例外的に医療法（平成 9 年改正前のもの）30 条の 7 に基づく病院開設中止勧告について処分性を認めた判決が現れた。それが**最判平成 17 年 7 月 15 日民集 59 巻 6 号 1661 頁・百選Ⅱ160** である。病院開設中止勧告とは、病院の開設許可とは別に、病院開設者に対して、すでに地域医療計画に定める当該医療圏の必要病床数を満たしているという理由で、病院の開設を中止するように（病床数を減らすように）働きかける行政指導である。この行政指導に従わない場合、“相当程度の確実さをもって”、保険医療機関の指定が拒否されるという実務慣行が成立していた〔**注、現在では保険医療機関の指定拒否が法定されている**〕。保険医療機関の指定がなされなければ、健康保険・国民健康保険が利用できないわけで、誰もその病院を利用しないから、経営が行き詰まるのは誰の目にも明らかであり、事実上、病院開設の道は閉ざされる。ならば保険医療機関の指定拒否処分をとらえて取消訴訟を提起することも可能なのだが、最高裁は、（おそらくその方法では救済が遅きに失するとの考慮から）病院開設中止勧告という行政指導の段階で取消訴訟を提起することを認めた。

⑸　行政計画

（あ）　動態的都市計画（非完結型）

土地区画整理事業計画決定について、かつて最大判昭和 41 年 2 月 23 日民集 20 巻 2 号 271 頁（青写真判決）は、❶事業計画決定は、当該事業の青写真を決定するにすぎず、❷土地の形質変更の制限は法律が付与した付随的効果にとどまるもので、❸争いの成熟性がないことを理由に、処分性を否定していた。これに対して、**最大判平成 20 年 9 月 10 日民集 62 巻 8 号 2029 頁・百選Ⅱ152** は、判例を変更し、❶事業計画決定がなされれば、宅地所有者等の法的地位に直接的な変動をもたらすものであること、❷換地処分が行われてから取消訴訟を提起しても事情判決がなされる可能性が相当程度高く、実効的な権利救済の観点からは、事業計画決定の段階で取消訴訟の提起を認めることが合理的であることを理由に、その処分性を認めた。

このように、計画決定だけで行政活動は完結せず、換地処分のような後続の行政活動が予定されているものを非完結型の計画という。すでに最判平成６年４月 22 日判時 1499 号 63 頁は、土地収用法上の事業認定と同一の効果を有する第二種市街地再開発事業計画決定について、処分性を認めていた。

（い）静態的都市計画（完結型）

用途地域の指定（都市計画法８条１項）のように、当該地域内における建築物の用途、容積率、建ぺい率等につき従前と異なる基準を適用するだけで完結し、後続する行政活動が予定されていない完結的な計画については、処分性は否定される（**最判昭和 57 年４月 22 日民集 36 巻４号 705 頁・百選Ⅱ153**）。この時点での土地所有者等に対する権利制限は、法規範定立行為と同様に、まだ一般的・抽象的な効力を有するにすぎず、②「直接性」が欠けているからとされる。もし用途地域の指定の違法性について争いたければ、この指定にそぐわない建築確認申請をあえて行い、行政庁から拒否処分がなされた後に、その拒否処分の取消訴訟を提起して争う中で、用途地域の指定の違法性を争う以外にない。

⑹　通知など

一定の事項を相手方に通知するにとどまり、それにより相手方の権利義務に変動をもたらすものでない場合には、処分性は否定される。**交通反則金の納付通告（最判昭和 57 年７月 15 日民集 36 巻６号 1169 頁・百選Ⅱ151**）などは、それに加えて、もし反則行為となるべき事実の有無を争いたい場合には、反則金を納付せず、公訴が提起されたときに刑事手続の中で行うことが予定されているからという理由で、処分性が否定されている。ところが、通知については、判例上、様々な理由から処分性が認められたものがある。

＊1　源泉徴収による所得税の納税告知

所得税の納付方式には源泉徴収方式と申告納税方式がある。申告納税方式の場合は、申告の後で税務署長による更正・決定といった処分を経るので、税額に不満がある納税者は、更正・決定について抗告訴訟を提起すればよい。これに対して、源泉徴収方式の場合は、納税義務・税額ともに給与支払の時点で自動的に確定するため、納税者から不満を表明する手段がない。そこで**最判昭和 45 年 12 月 24 日民集 24 巻 13 号 2243 頁・百選Ⅰ61** は、納税告知こそ「確定した税額がいくばくであるかについての税務署長の意見が初めて公にされるものであるから」、納税者が不満をもつときは、この納税告知について、行政不服申立て及び抗告訴訟が提起できるとした。

＊2　関税定率法の輸入禁制品該当通知

輸入が禁じられる書籍等（公安又は風俗を害すべき物品）を輸入しようとすると、税関で「これは輸入禁制品だから国内には持ち込めませんよ」と言われるだけで、輸入不許可処分のような特定の行為がなされるわけではない。**最判昭和 59 年 12 月 12 日民集 38 巻 12 号 1308 頁・百選Ⅱ159** は、これは当該物品の輸入を禁止することについて税関長の意見が

初めて公にされるもので、かつ、輸入申告に対して最終的な拒否の態度を表明するものであるから、輸入禁制品該当通知は実質的な拒否処分（不許可処分）として機能しており、抗告訴訟を提起することができるとした。

＊3　登録免許税還付通知拒絶通知

登録免許税の過誤納付をしてしまった場合、（当時の）登録免許税法 31 条で簡易迅速な還付手続が定められていた。むろん、この還付手続を利用しなくとも、国税通則法 56 条を用いて還付を請求することは可能であるため、手続の排他性が認められているわけではない。しかし、**最判平成 17 年４月 14 日民集 59 巻３号 491 頁・百選Ⅱ 161** は、登録免許税法 31 条の請求に対してなされた拒絶通知は、簡易迅速に還付を受けられる手続を利用できる地位を否定する法的効果を持つとして、処分性を認めている。

第5回　取消訴訟の要件②（原告適格）

５．原告適格

⑴　総説

原告適格とは、ある訴訟を提起することのできる資格（出訴資格）をいう。取消訴訟の原告適格の場合は、ある処分に対して「あれこれと口を出すことのできる地位」を誰に認めるのが、制度設計上望ましいかという観点から判断される。一般には、ある処分に最も不満を持っている者に認められる。最も不満を持っているならば、一生懸命主張・立証を行うことが期待されるからである。行訴法９条１項は、これを、「当該処分……の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者」と表現する。具体的には、申請に対して不許可処分が出された申請者や、不利益処分の名あて人を指す。

⑵　被処分者以外の第三者の原告適格

ところが、被処分者以外の第三者も、ある処分に対して不満を持つときがある。不満の持ち方は様々であって、新規の営業許可によって営業成績が悪くなるとか（財産上の利益）、廃棄物処分場の設置許可によって健康が害されるとか（生命・身体の利益）、はたまたパチンコ店が開業することで気分が悪いとか（静謐な環境下で生活する利益：その他人格的な利益）、いろんな態様がありうる。ある処分に不満を持つ人すべてに出訴資格を認めていてはきりがないので、立法者は、「当該処分……の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者」に限り、出訴資格を認めることにした。これが、**「法律上保護された利益説」**とよばれる考え方である。このように、原告適格は、放っておいては広がりすぎる出訴資格を一定程度絞り込むための概念として出発している。

ここでいう「法律上保護された」とは、一般的・抽象的な保護のことではなく、個々人の個別的利益としても保護されたものでなければならない。特に保護された利益と理解すれば、誤解が少ないと思う（主婦連ジュース判決：最判昭和 53 年３月 14 日民集 32 巻２号 211 頁・百選Ⅱ132）。

ところが、裁判所が法律の文言に拘るあまり、運用は硬直化した。本来、原告適格は“絞り込むため”の枠組みであったのだが、裁判所が硬直的に運用したために、第三者の出訴資格がほとんど認められないという状態に陥ってしまったのである。

この状況を打破するために、学界から提唱されたのが、**「裁判上保護に値する利益説」**である。端的にいえば、判例・実務の「法律上保護された利益説」が法律の文言を重視するのに対して、「裁判上保護に値する利益説」は、権利・利益の性質、つまり価値判断を前面に押し出す点で大きく異なる。つまり利益衡量なわけだが、利益衡量の学説一般にいえるように、基準が融通無碍となってしまい、客観性に欠けるところがあるとの理由で、通説的地位を占めるには至らなかった。

しかし、最高裁も、昭和の終わり頃から、学説からの提案を受け止めて、原告適格を拡

大する方向へと舵を切った。２つの方向性があり、１つが法律の規定を柔軟に解釈すること、１つが権利・利益の性質を考慮することである。

⑶　行政法規の柔軟な解釈

行政法規の柔軟な解釈の可能性を切り開いたのが、**伊達火力発電所判決（最判昭和 60 年 12 月 17 日判時 1179 号 56 頁）**である。公有水面埋立法は大正時代の古い法律であり、環境保全など、周辺漁業者の利益に配慮した規定は置かれていなかった。法律の文言を重視する通説・判例では、立法時に意識されていなかった問題に対処することができないのである。同判決は、「法律上保護された利益」とは、処分がその本来的効果として制限を加える権利利益に限られず、行政法規が個人の権利利益の保護を目的として行政権の行使に制約を課すことにより保障されている権利利益も含まれるが、「右にいう行政法規による行政権の行使の制約とは、明文の規定による制約に限られるものではなく、直接明文の規定はなくとも、法律の合理的解釈により当然に導かれる制約を含む」とした。こうして最高裁は、忠実な文言解釈を緩めて「法律の合理的解釈」の可能性をひらいたわけだが、結論としては、「法律の合理的解釈」を施しても、かかる制約を導くことは困難であるとされた。

続いて、対象とすべき「行政法規」の範囲の拡大に決定的な役割を果たしたのが、飛行場周辺の住民が定期航空運送事業免許の取消しを求めた**新潟空港判決（最判平成元年２月 17 日民集 43 巻２号 56 頁・百選Ⅱ192）**である。ここで処分の根拠法規である航空法が求めているのは、事業計画が航空保安上適切なものであることであった。航空機が安全に運航できれば事業免許は付与されるのであり、周辺住民に対する騒音の防止について、法は関心を払っていないようにみえる。ところが同判決は、「当該行政法規が、不特定多数者の具体的利益をそれが帰属する個々人の個別的利益としても保護すべきものとする趣旨を含むか否かは、当該行政法規及びそれと目的を共通する関係法規の関係規定によって形成される法体系の中において、当該処分の根拠規定が、当該処分を通して右のような個々人の個別的利益をも保護すべきものとして位置付けられているとみることができるかどうかによって決すべきである」とした。すなわち、航空法の目的やその関係法規である航空機騒音障害防止法の規定など、法体系全体について考慮すべきとの趣旨である。法体系論を掲げることで、同判決は、航空機による騒音障害を防ぐという周辺住民の利益も、「法律上保護された利益」に含まれると解釈した。

⑷　利益の内容・性質を考慮すべきという要請

利益の内容・性質を考慮すべきという要請は、**高速増殖炉「もんじゅ」判決（最判平成４年９月 22 日民集 46 巻６号 571 頁・百選Ⅱ162）**が打ち出したものである。周辺住民による原子炉設置許可処分無効確認訴訟に係る同判決は、原子炉から半径 58km の範囲内に居住している者にすべて原告適格を認めるという、行政訴訟史上類をみない事例となった。同判決は、原子炉等規制法の許可要件について、「同法 24 条１項３号所定の技術的能力の

有無及び４号所定の安全性に関する各審査に過誤、欠落があった場合には重大な原子炉事故が起こる可能性があり、事故が起こったときは、原子炉施設に近い住民ほど被害を受ける蓋然性が高く、しかも、その被害の程度はより直接的かつ重大なものとなるのであって、特に、原子炉施設の近くに居住する者はその生命、身体等に直接的かつ重大な被害を受けるものと想定されるのであり、右各号は、このような原子炉の事故等がもたらす災害による被害の性質を考慮した上で、右技術的能力及び安全性に関する基準を定めているものと解される。右の３号（技術的能力に係る部分に限る。）及び４号の設けられた趣旨、右各号が考慮している被害の性質等にかんがみると、右各号は、単に公衆の生命、身体の安全、環境上の利益を一般的公益として保護しようとするにとどまらず、原子炉施設周辺に居住し、右事故等がもたらす災害により直接的かつ重大な被害を受けることが想定される範囲の住民の生命、身体等の安全等を個々人の個別的利益としても保護すべきものとする趣旨を含むと解するのが相当である」とした。生命は最上の価値を有しており、一度侵害されたら取り返しがつかない以上、生命を害される可能性がある者にはすべて出訴資格を認めなければならない。身体（あるいは健康）の被害についても同様である。

⑸　行訴法９条２項への結実

平成 16 年改正で追加された行訴法９条２項は、これらの判例・学説の進展を結実させたものといえよう。もんじゅ判決の段階で、最高裁は文言解釈に拘泥せず、原告が現実に受ける不利益の性質、程度など利害の実態に着眼すべきという「裁判上保護に値する利益説」の要旨を採り入れていた。これを明文化した行訴法９条２項は、「法律上保護された利益説」に「裁判上保護に値する利益説」を加味したものといっても過言ではない。

そして、都市計画事業認可の取消しが求められた**小田急高架線判決（最大判平成 17 年 12 月７日民集 59 巻 10 号 2645 頁・百選Ⅱ 165）**は判例変更を行い、事業地の所有者のみならず、事業地の周辺地域に居住する住民に対しても、原告適格を認めるに至ったのである。

しかし、**サテライト大阪判決（最判平成 21 年 10 月 15 日民集 63 巻８号 1711 頁・百選Ⅱ 167）**において、最高裁は、施設から 1000m 以内の医院や事業者に原告適格を認めた控訴審と比較して、大きく原告適格を絞り込む判断を下した。今後、行訴法９条２項で拡大したはずの原告適格の認定がどのような行方となるのか、注視する必要がある。

第6回　取消訴訟の要件③（訴えの利益、被告適格、出訴期間、不服申立て前置など）

６．訴えの利益

⑴　総説

当該処分を取り消す実際上の必要性のことを、（狭義の）取消訴訟の**訴えの利益**という。広義では、訴えの利益は原告適格を包含する概念として用いられるので、注意を要する。訴えの利益が消滅した場合、訴訟係属の必要性が失われるので、訴えは却下される。訴えの利益については、具体的な局面と結びつけて理解することが必須である。

⑵　消滅例

例①　メーデーのために５月１日の皇居外苑使用許可を申請していたが、不許可処分が出されたので、取消訴訟を提起して争っているうちに肝心の５月１日が経過してしまった（**最大判昭和 28 年 12 月 23 日民集７巻 13 号 1561 頁・百選Ⅰ65**）。

例②　ある建築物について建築確認が出されたところ、隣人が耐震性に疑問があると考えたので、取消訴訟を提起して争っていたが、訴訟係属中に建物が完成してしまった（**最判昭和 59 年 10 月 26 日民集 38 巻 10 号 1169 頁・百選Ⅱ174**）。

例③　保安林解除処分の取消しを求める訴えの利益は、代替施設の設置により洪水の危険が解消されると認められれば消滅する（**長沼ナイキ訴訟：最判昭和 57 年９月９日民集 36 巻９号 1679 頁・百選Ⅱ177**）。

例④　本邦に在留する外国人が再入国の許可を得ないまま出国すれば、それまで有していた在留資格は消滅するので、再入国不許可処分が取り消されても、従前の在留資格のままで再入国を認める余地はなくなるから、再入国不許可処分の取消しを求める訴えの利益は失われる（**最判平成 10 年４月 10 日民集 52 巻３号 677 頁・百選Ⅱ179**）。

⑶　残存例

例⑤　土地改良事業の工事および換地処分が終了してその原状回復は社会的、経済的損失の観点からみて社会通念上不可能であるとしても、そのような事情は行訴法 31 条（事情判決）の適用に関して考慮されるべき事柄であるから、土地改良事業の施行の認可処分の取消しを求める法律上の利益は消滅しない（**最判平成４年１月 24 日民集 46 巻１号 54 頁・百選Ⅱ178**）。

⑷　行訴法９条１項かっこ書き

行訴法９条１項かっこ書きは、「処分……の効果が期間の経過その他の理由によりなくなった後においてもなお処分……の取消しによって回復すべき法律上の利益を有する者を含む」と定めている。

この規定が典型的に及ぶのは、免職処分を受けた公務員が公職に立候補した場合である。

かれは選挙の届出の日から公務員の職を辞したものとみなされるから(公職選挙法 90 条)、判決で免職処分が取り消されたとしても、もはや元の公務員たる地位を回復することはできない。しかし、免職されてから立候補するまでの俸給請求権を回復することには法律上の利益があり、免職処分の取消しを求める訴えの利益は残存するということである（**最大判昭和 40 年 4 月 28 日民集 19 巻 3 号 721 頁**)。

免許停止 1 日の処分を受けて 1 日が経ち、処分自体の効果は期間の経過によってなくなったものの、その後 1 年間は違反点数累積加重の効果が及ぶようなときにも、1 年間は「処分の取消しによって回復すべき法律上の利益を有する」ことになる。逆にいえば、この 1 年間が経過してしまうと、処分の法的効果は一切失われるので、処分を受けたという事実により名誉・信用が損なわれたとしても、処分の取消しを求める訴えの利益は消滅する（**最判昭和 55 年 11 月 25 日民集 34 巻 6 号 781 頁・百選Ⅱ176**)。

ただし、ゴールド免許の交付要件にかかわってくるようなときは、訴えの利益は消滅しないと思われる（やや事案は異なるが、参照、**最判平成 21 年 2 月 27 日民集 63 巻 2 号 299 頁**)。

７．被告適格

取消訴訟の被告は、処分行政庁の所属する国・公共団体（行政主体）である（行訴法 11 条 1 項)。平成 16 年改正前、取消訴訟の被告は処分行政庁であった。そのため、原告は処分行政庁を探し出して訴えを提起しなければならず、処分行政庁を誤ると被告適格なしとして訴え却下という取り扱いがなされていた。これは原告の救済という観点から好ましくないと考えられ、現在のようなわかりやすい形になった。

８．出訴期間

取消訴訟の出訴期間は、処分又は裁決があったことを知った日から 6 か月以内である（行訴法 14 条 1 項)。「正当な理由があるときは、この限りでない」とされているが、正当な理由が認められることはまずない。 6 か月が経過すると処分の違法性を争うことが不可能になる事象を指して、「行政行為（処分）には**不可争力**が備わっている」と表現することがある。なお、平成 16 年改正まで、この出訴期間は 3 か月であった。

出訴期間が経過して以降、処分の違法性を争うためには、処分の瑕疵が重大かつ明白であることを主張して、無効等確認訴訟の手段による以外にない。これを指して、無効等確認訴訟のことを「時機に遅れた取消訴訟」などと表現することがある。

９．不服申立て前置

行政不服申立てと行政訴訟との間に決められた前後関係はなく、どちらを先に提起して判断を仰いでもよい（**自由選択主義**、行訴法 8 条 1 項)。しかし、一定の場合において、行政不服申立てを経てからでなければ行政訴訟を提起してはならない旨が法律で定められて

いることがある。たとえば、所得税法の更正処分は、国税不服審判所長による裁決を経てからでなければ、裁判所に取消訴訟を提起することはできない（国税通則法 115 条１項)。その趣旨は、①処分が大量に行われるため、それに対する不服をすべて裁判所で受け付けていたのでは容量を超過してしまうので、行政不服申立ての段階で不服申立ての大部分を処理すること（スクリーニング機能)、②処分が専門的判断を必要とするため、まずは専門の審査庁に審理・判断を行わせることにある。

むろん、審査庁がいつまで経っても裁決を出さない場合には、裁判所に訴え出ることが許される（参照、行訴法８条２項１号)。なお、無効等確認訴訟の場合は、不服申立て前置が適用されない。

第7回・第8回　取消訴訟の審理、判決の効力、仮の救済（執行停止）

１．主張制限・原処分主義

⑴　自己の法律上の利益に関係のない違法（行訴法１０条１項）

取消訴訟においては、自己の法律上の利益に関係のない違法を理由として取消しを求めることができない（行訴法 10 条１項）。これを主張制限という。

原告適格と発想は同じであるが、それならばなぜ９条１項に加えて 10 条１項を規定したのかについて、理解しておく必要がある。たとえば、原告適格の主張の際に、原告が「法律上保護された利益」として a，b，c といった事由を挙げて、そのうち裁判所から a についてのみ「法律上保護された利益」として承認された局面を想定する。このとき、原告適格が認められた（入口を突破した）とはいっても、本案の主張で b，c について違法事由を述べることは許されないというわけである。

定期航空運送事業の免許について空港周辺住民が騒音被害の防止を求めて取消訴訟を提起した**新潟空港訴訟（最判平成元年２月 17 日民集 43 巻２号 56 頁・百選Ⅱ 192）**では、相互乗り入れにより輸送力が著しく過剰になるなどの主張は「自己の法律上の利益に関係のない違法」を述べるものとして、退けられている。周辺住民が主張できるのは、あくまで騒音被害の防止に関係する違法事由にすぎない。

⑵　原処分主義（行訴法１０条２項）

特に不服申立て前置が求められているとき、①原処分→②審査請求の裁決→③取消訴訟の提起という時系列を辿ることが多い。このとき、①の原処分も②の裁決も処分性を有する行為であるので、いずれについても取消訴訟を提起することが可能なのだが、②の裁決の取消訴訟の中では、裁決固有の瑕疵（審査請求の証拠調べが不十分であるとか、必要な手続を経ていないとか、些末な事由）しか主張することができず、原処分に付着した瑕疵について主張することはできない。したがって、原処分の違法を訴えたいとき――ほとんどの局面で訴えたいのは、原処分の違法であろう――は、①の原処分について、取消訴訟を提起する必要がある。これを**原処分主義**という。行訴法 10 条２項は、原処分主義を採用している。

＊　例外として裁決主義を採用している立法例もある。注意深く個別法を調べることが重要である。

２．弁論主義の若干の修正――職権証拠調べ

行政訴訟においては、民事訴訟法の当事者主義が若干修正され、職権主義を採用しているとされる。その現れが**職権証拠調べ**を認めた行訴法 24 条であり、取消訴訟以外の抗告訴訟（同法 38 条１項）、当事者訴訟（同法 41 条１項）、民衆訴訟・機関訴訟のほとんど（同法 43 条参照）に準用されている。職権証拠調べとは、証拠の収集（証拠調べ）に関する権

能・責任を当事者ではなく、裁判所に認めることをいう。しかし、当事者が主張しない事実まで職権で探索する職権探知主義まで認めたものではない。つまり、行訴法は当事者主義・弁論主義を全面的に放棄したものではなく、弁論主義のうち、当事者が証拠の収集について権能・責任を有するという第三原則を修正しているにすぎない。

＊　これに対して、行政不服審査法は、解釈上、職権探知主義まで認めているとされる。

＊　それぞれの概念の関係　＊

① 当事者主義　⇔　職権主義

② 弁論主義 第一原則（裁判所は、当事者が主張していない事実をもとに判決を下してはならない）　⇔　職権探知主義

③ 弁論主義 第三原則（事実認定の基礎となる証拠は、当事者が申し出たものに限られる）⇔　職権証拠調べ

３．違法判断の基準時

取消訴訟は処分の違法性を是正するという性格上、一般に違法判断の基準時は**処分時**であると考えられている。

⇔　これに対して、例外的に違法判断の基準時を判決時とすべき局面もある（判決時とは、口頭弁論終結時のこと）。科学技術に関わる判断が求められるようなときは、判決時説が有力となる。

４．理由の差替え

理由の差替えとは、ある処分の取消訴訟の審理の中で、処分時に提示した理由（主に行政手続法８条・14 条に基づく）とは異なる理由を、被告となった行政庁がいわば“差し替える”かたちで提示することをいう。

たとえば、行政機関情報公開法に基づく開示申請につき、法５条１号を理由に不開示処分が出されたので、この不開示処分の取消訴訟を提起して争っていたところ、訴訟の途中で被告行政庁の側から、法５条２号を理由に“差し替える”ような局面である。行政法Ⅰで学んだように、処分時における理由の提示には、①行政庁の恣意的判断の抑制、②被処分者（ここでは申請者）からの不服申立ての便宜という２つの趣旨が備わっているところ、あとから自由に理由の差替えを許せば、①②の趣旨を没却するのではないかと批判される。これに対しては、処分時において①②が一応担保されていれば構わないので、理由の差替えを自由に認めるべきとの反論がある。

理由の差替えは、取消判決の既判力をどのように理解するかにも関係する。理由の差替えを幅広く認めるならば、およそ当該処分の違法性一般に既判力を及ぼすべきことになるのに対して、理由の差替えを認めない立場では、取消判決の既判力が及ぶのは「処分時に提示された理由」に基づく処分の違法性に限定されることになる。訴訟の審理が諸々の要素を勘案して重厚になればなるほど、その分だけ既判力は幅広く及ぶことになるし、訴訟

の審理を簡素化するほど、既判力の範囲は手狭になろう。

＊1　**最判昭和 56 年 7 月 14 日民集 35 巻 5 号 901 頁・百選Ⅱ188** は、課税処分についていわゆる総額主義を採用し、理由の差替えを認めた。

＊2　**逗子市情報公開条例事件（最判平成 11 年 11 月 19 日民集 53 巻 8 号 1862 頁・百選Ⅱ189）**は、情報非公開決定について、幅広く理由の差替えを認めた。この判決では、理由の提示が求められる①②の趣旨は、ひとたび処分時に一応の理由が示されれば満たされるのであり、その後の訴訟で理由を差し替えることも妨げられないとされている。

５．違法性の承継

２つの処分が同一の目的に向けられた先行処分と後行処分との関係にあり、すでに先行処分の６か月の出訴期間は徒過しているにもかかわらず、原告の救済の必要性の観点から、ごく例外的に、後行処分の取消訴訟の中で先行処分の違法性に関する主張を認めるときがある。これを**違法性の承継**という。「先行処分の違法性が後行処分に承継されている」というのが、命名の由来である。

違法性の承継は、処分（行政行為）の不可争力に対する重大な例外であるため、稀にしか認められない。所得税法の更正処分と滞納処分の間には認められず、土地収用法の**事業認定**と**収用裁決**の間に認められることがあるとされる（都市計画法上の**事業認可**と土地収用法上の**収用裁決**に同じ）。学説では、①先行処分と後行処分の関係が密接であること、②先行処分の段階での原告の手続保障が十分ではないことが要件とされてきた。

近年、**新宿区タヌキの森訴訟（最判平成 21 年 12 月 17 日民集 63 巻 10 号 2631 頁・百選Ⅰ84）**において、東京都建築安全条例４条の**安全認定**と建築基準法の**建築確認**との間に、違法性の承継が認められた。①両者の関係は、**安全認定**を受けることで**建築確認**における接道義務（建基法 43 条１項）が免除されるというもので、**安全認定**における“安全上の支障の有無”の判断と**建築確認**における“接道要件充足の有無”の判断は、「避難・通行の安全の確保」という同一の目的を達成するために行われており、両者が結合して初めてその効果を発揮するという関係にある、②**安全認定**があっても、申請者以外の者に通知することが予定されておらず、**安全認定**の適否を争うための手続的保障が周辺住民に十分に与えられているとはいえない、仮に**安全認定**の存在を知ったとしても、**建築確認**がなされるまで不利益は現実化しないため、その段階まで争訟を提起しないと判断したとしても不合理とはいえないことを根拠とする。

＊　６か月の出訴期間を徒過しているような場合には、違法性の承継より先に、まず無効等確認訴訟について検討しなければならない。

６．判決の種類

取消訴訟の判決には、**訴え却下判決、請求棄却判決、請求認容判決**がある。訴えが訴訟要件を満たしていないときになされるのが訴え却下判決、訴訟要件は満たしているが請求に理由がないときになされるのが請求棄却判決、訴訟要件を満たしており、請求に理由があるときになされるのが請求認容判決である。取消訴訟においては、請求認容判決によって処分が取り消されるので、請求認容判決を取消判決ということがある。

＊　事情判決

処分は（原告の主張する通り）違法なのだが、これを取り消すことにより公の利益に著しい障害を生ずる場合において、原告の受ける損害の程度、その損害の賠償又は防止の程度及び方法その他一切の事情を考慮したうえ、処分を取り消すことが公共の福祉に適合しないと認めるときは、裁判所は、主文で当該処分が違法であることを宣言したうえで、請求を棄却することができる（行訴法 31 条１項）。これを事情判決という。

事情判決は、請求棄却判決の一種である。当該処分が違法であることには既判力が及ぶので、後続する訴訟（国家賠償訴訟）では、当該処分が違法であることを前提とした審理がなされる。ありていにいえば、お金で清算してくださいとの趣旨である。

７．判決の効力（既判力、対世効、形成力、拘束力、反復禁止効）

⑴　既判力

紛争の蒸し返しを防ぐために、取消判決には既判力が備わっている。民事訴訟法で習ったのと同様に、既判力は原則として訴訟物の範囲と一致する。取消訴訟の訴訟物は、処分の違法性一般であるため、請求棄却判決がなされた後は、その処分の違法性について訴訟で争うことはできなくなる。

＊　ただし、請求棄却判決が出された後に、行政庁が自分の誤りを認めて、当該処分の職権取消しを行うことは構わない。

⑵　対世効（第三者効）

取消判決は、第三者に対しても効力を有する。これを**取消判決の対世効**という（行訴法 32 条１項、第三者効ともいう）。対世効が認められている趣旨は、もし訴訟終了後に原告と被告（行政主体）以外の第三者が当該処分の有効性を主張してきた場合に、いちいち原告がその第三者との間で当該処分の有効性について改めて裁判所の審理を仰がなければならないようなことになると、法的安定性を著しく害するからである。

このように、取消判決には対世効があるため、一度出された取消判決は、当該処分の利害関係者に大きな影響を及ぼす。そこで、取消訴訟の中で、利害関係者に対して十分な手続保障を及ぼし、言いたいことは十分に主張・立証させる必要がある。こうした趣旨から、第三者に訴訟参加が認められている（行訴法 22 条１項）。

＊　自己の責めに帰することができない理由により訴訟に参加できなかった第三者には、

１年の期限付きで、取消判決に対する再審の訴えを提起することが認められている（行訴法 34 条１項）。

⑶　形成力

取消訴訟は形成訴訟であり、法律関係を変動させる効力を有する。取消判決は、当該処分を取り消すという意味で、法律関係を変動させるものである（当該処分を取り消すために、別段の措置を必要としない）。

⑷　拘束力

取消判決は、当該処分を行った行政庁その他の関係行政庁を拘束する（行訴法 33 条１項）。この関係行政庁への拘束力が認められているため、関係行政庁には訴訟に参加する十分な手続保障が及んでいる必要がある。こうした趣旨から、関係行政庁には訴訟参加が認められている（行訴法 23 条１項）。

⑸　反復禁止効

申請に対する不許可処分が取消判決により取り消されたとき、処分行政庁は、判決の趣旨に従い、改めて申請に対する処分をしなければならない（行訴法 33 条２項）。このとき、同一事情、同一理由に基づき、同一の処分を行うことは禁止される（反復禁止効）。裏を返せば、事情や理由が異なれば、同一の処分を行っても良いということである（→理由の差し替えの是非）。

８．仮の救済（執行停止）

⑴　執行不停止の原則

処分の取消しの訴えの提起は、処分の効力、処分の執行又は手続の続行を妨げない（行訴法 25 条１項）。これを**執行不停止の原則**という。比較法的には、取消訴訟の提起に伴い処分の執行を停止するしくみが採用されている国もある。そこで原告としては、処分が後続する手続を呼んでしまわないように、手段を講じる必要が出てくる。

⑵　仮処分の排除

通常の民事訴訟では、民事保全法に規定された仮処分という手段を用いて、簡易迅速な仮の救済を求めることが認められている。しかし、抗告訴訟では、仮処分を行うことが明文で排除されている（行訴法 44 条）。

⇔　この反対解釈から、公法上の当事者訴訟では仮処分を行うことができると考える説が有力である。

⑶　執行停止

そこで行訴法が設けたのが、**執行停止**という手段である。取消訴訟が提起された場合において、処分、処分の執行又は手続の続行により生ずる**重大な損害**を避けるため緊急の必要があるときは、裁判所は、申立てにより、決定をもって、それらの全部又は一部の停止をすることができる（行訴法 25 条２項）。これを執行停止という。ただし、公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるとき、又は本案について理由がないとみえるときは、執行停止はすることができない（同条４項）。

＊1　「重大な損害」は、平成 16 年改正以前は「回復の困難な損害」であった。どのように異なるか考えてみよう（同条３項も参照）。**最決平成 19 年 12 月 18 日判時 1994 号 21 頁・百選Ⅱ 199** も参照のこと。

＊2　「申立てにより」というのは、原告からの申立てを待って初めて裁判所が執行停止を検討するということである。これに対して、行政不服審査法 25 条２項は、審査庁が処分庁の上級行政庁であるときには、職権による執行停止を認めている。

＊3　仮の救済であるので、決定は疎明に基づいてなされる（行訴法 25 条５項）。また、口頭弁論を行う必要がない（任意的口頭弁論、同条６項）。これらの規律は後述する仮の義務付け・仮の差止めに準用されている。

＊4　執行停止が公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるときには、内閣総理大臣は、裁判所に対し、異議を述べることができる（行訴法 27 条）。内閣総理大臣の異議の効力は非常に強力であり、権力分立原理から違憲の疑いが強いとされる。ただし、近年は全く用いられていない。

第9回　取消訴訟以外の抗告訴訟

１．取消訴訟以外の抗告訴訟

抗告訴訟には、取消訴訟以外にも、①無効等確認訴訟、②不作為の違法確認訴訟、③義務付け訴訟（非申請型/申請型）、④差止め訴訟がある。いずれも、具体的な適用場面を頭に入れておくことが肝要である。

２．無効等確認訴訟

⑴　「時機に遅れた取消訴訟」としての無効等確認訴訟

無効等確認訴訟とは、処分の瑕疵が重大かつ明白で、無効といえるほどの局面でのみ用いることができる手段である。出訴期間の制限がかからないので、処分から６か月以上経過しても提起することができる。実際上は、処分から日時が経過してしまい、もはや取消訴訟が提起できなくなった局面において、ダメもとで主張されることが多い（本当の論理関係は逆なのだが、出訴期間の縛りがかからない分だけ、瑕疵として重大・明白が求められるのだともいえる）。これを指して、無効等確認訴訟のことを「時機に遅れた取消訴訟」などと評することがある。また、不服申立て前置が定められているときであっても、その適用を免れる。

⑵　争点訴訟――当該処分の存否・効力の有無を前提とする“現在の法律関係に関する訴え”（民事訴訟）

また、処分の瑕疵が重大かつ明白ということは、もともと無効なのであって、「一旦なされた処分は職権・争訟を通じて取り消されるまでは一応有効なものとして扱われなければならない」という行政行為の公定力が及ばないことになる。そうである以上は、何も抗告訴訟の手続に乗せる必要はないはずで――なぜ抗告訴訟をわざわざ提起する必要があったのか、その本来の趣旨を思い出してほしい――民事訴訟の中で争点として当該処分が無効であることを摘示すれば足りるはずである。このように、処分の有効/無効が争点となっている民事訴訟のことを**争点訴訟**という（行訴法 36 条の「当該処分……の存否又はその効力の有無を前提とする現在の法律関係に関する訴え」が争点訴訟である）。争点訴訟は、あくまで民事訴訟であり、その争点として処分の違法性が争われているために、その限りで抗告訴訟の規定を若干準用すれば足りると理解される（行訴法 45 条参照）。

⑶　一元説と二元説

これに対して、無効等確認訴訟が提起できるのは、行訴法 36 条の要件を満たした場合に限られる。具体的には、ⓐ「当該処分…に続く処分により損害を受けるおそれのある者」か、ⓑ「その他当該処分……の無効等の確認を求めるにつき法律上の利益を求める者」で、ⓒ「当該処分……の存否又はその効力の有無を前提とする現在の法律関係に関する訴えに

よって目的を達することができないもの」とされる。文理上は、これを❶ⓐかつⓒと❷ⓑかつⓒと理解する一元説が自然であるが、学説では、要件を拡げて❶ⓐと❷ⓑかつⓒとして解釈する二元説が有力である（ⓒ要件が、ⓐにもⓑにも共通してかかると理解するのが一元説であり、❶をⓐかつⓒとして理解する分だけ、無効等確認の訴えを提起する局面が狭くなる）。

３．不作為の違法確認訴訟

不作為の違法確認訴訟は、行政手続法に規定された「申請に対する処分」との関連で理解される。すなわち、私人が法律に基づき行政庁に申請したにもかかわらず、いつまで経っても何の応答もない局面において、いつまでも返事をしないことが違法であることを裁判所に確認してもらうのが、この類型である。したがって、原告はあらかじめ申請を行った者でなければならない（行訴法 37 条）。

請求が認容された場合、行政庁がいつまでも返事をしないこと自体の違法性が確認されることになるので、判決に従い、行政庁は直ちに申請に対して応答をしなければならない。しかし、注意すべきは、ここで行政庁に「申請に対する許可処分」が義務付けられるわけではないことである。「申請に対する不許可処分」を行っても、判決には反しない。

４．義務付け訴訟

⑴　平成 16 年改正

義務付け訴訟とは、行政庁がある処分をすべき旨を命ずるように求める訴訟である。従前は、法定外抗告訴訟（無名抗告訴訟）として、一定の要件を満たした場合に裁判所によって認められる類型にすぎなかった義務付け訴訟であるが、平成 16 年の行訴法改正により明文化された（客観訴訟とは異なり、主観訴訟である抗告訴訟の場合、法律に定めがなくとも、裁判所の判断で、訴訟類型として認められる場合がある）。私人からの申請がなされたことを前提とする**申請型義務付け訴訟**（行訴法３条６項２号に規定されるので、２号義務付け訴訟ともいう）と、申請がなされたことを前提としない**非申請型義務付け訴訟**（行訴法３条６項１号に規定されるので、１号義務付け、または直接型義務付け訴訟ともいう）に分かれる。

⑵　申請型（２号）義務付け訴訟

（あ）　不作為の違法確認訴訟と併合提起するタイプ

申請型から説明する。不作為の違法確認訴訟の請求認容判決が得られても、行政庁に「申請に対する許可処分」が義務付けられるわけではなく、「不許可処分」を行っても判決の趣旨には反しないことは前述した。

そこで、最終目標である「許可処分」を得たい申請者（原告）としては、①不作為の違法確認訴訟→②判決に従って行政庁から応答がなされるが、出されたのは「不許可処分」

であった→③そこで、「不許可処分」の取消訴訟を提起して、請求認容判決をもらう→④③の請求認容判決の趣旨に従って（行訴法 33 条１項)、あらためて行政庁から「許可処分」を得る、という煩雑なプロセスを経る必要がある。最も面倒なのは、２回、訴訟手続を経由しなければならないことである。

そこで、どうせならば１回の訴訟ですべてを解決してしまおうというのが、申請型義務付け訴訟の趣旨である。上の例でいくと、①申請型義務付け訴訟→②判決に従って行政庁から「許可処分」がなされる、というプロセスになり、実に簡単になる。ただし、不作為の違法確認訴訟では【1】申請に対する応答の遅延が違法か否かを審理すればよかったのと異なり、義務付け訴訟では【2】申請に対して許可処分を行うべきか否かという要素が加わるので、訴訟手続は重厚化する。申請型義務付け訴訟では、「申請に対する許可処分」を下すべきことが明らかであるときには、請求認容判決（義務付け判決）がなされる（行訴法 37 条の３第５項)。

このように、申請型義務付け訴訟は【1】+【2】で理解され、このうち【1】は不作為の違法確認訴訟と同一であるので、不作為の違法確認訴訟と併合して提起することが求められる（同条３項１号)。２つの訴えの結論が異なっては困るので、弁論を分離してはならない（同条４項)。

（い）　取消訴訟（無効等確認訴訟）と併合提起するタイプ

基本的には（あ）と同様である。ある「申請に対する不許可処分」につき取消訴訟（無効等確認訴訟でも同じ）の請求認容判決が得られても、行政庁には、同一事情・同一理由の下で同一内容の「不許可処分」を出すことが禁じられるにとどまり（行訴法 33 条１項：取消判決の拘束力)、別な理由で「不許可処分」を出すことは妨げられない。

つまり、行政庁が処分のたびごとに新たな理由を提示して「不許可処分」を行うことも理論的には構わないわけである。「不許可処分」が理由を変えてなされるたびごとに、申請者（原告）からいちいちその処分の取消訴訟を提起して争い、その取消判決の拘束力は当該訴訟で争点となって審理された理由にしか及ばないのでまた別な理由で「不許可処分」がなされる……という過程が延々と繰り返されたのではキリがない。そこで、申請型の義務付け訴訟が認められたのである。申請型義務付け訴訟では、一度の訴訟で不許可処分の理由となり得るすべての事柄を審理し、「申請に対する許可処分」を下すべきことが明らかであるときには、請求認容判決（義務付け判決）がなされる（同条５項)。

取消訴訟では、【1】ある「不許可処分」に付着した理由の下での「不許可処分」の違法性が審理されるにとどまるのに対して、申請型義務付け訴訟では、これに【2】想定されるすべての「不許可処分」の理由をひとつずつ潰していき、すべて潰されたときにしか請求認容判決は出せないため、訴訟手続は重厚化する。【1】は取消訴訟と同一であるので、取消訴訟と併合提起することが求められる（同条３項２号)。（あ）と同様、弁論の分離は禁じられる（同条４項)。

⑶　非申請型（1 号・直接型）義務付け訴訟

申請がなされたことを前提としない義務付け訴訟が、非申請型義務付け訴訟である。こちらには訴訟手続の細々とした理屈がなく、その意味では単純だが、訴訟の背景事情は複雑である。非申請型義務付け訴訟の対象となる処分の多くは、第三者に対する不利益処分である。すなわち、自分の家の隣に今にも倒壊しそうな違法建築物が建てられたので、行政庁から建物所有者に対して除却命令を発してもらいたい局面などが想定される。これは処分がなされることにつき法律上の利益を有する者に限り、提起することができる（参照、行訴法 37 条の２第３項・４項。ところで、新設された行手法 36 条の３に注意）。なお、稀にではあるが、原告が自身に対する（申請を前提としない）利益付与処分を求めることもある。入管法 50 条１項の在留特別許可を、自身に対して発出するように義務付けることが、その例である。

非申請型義務付け訴訟は、①一定の処分がされないことにより重大な損害を生ずるおそれがあり（重大な損害）、かつ、②その損害を避けるため他に適当な方法がないときに限り（補充性）、提起することができる（同条１項）。なお、私人に対する民事訴訟が可能である場合であっても、非申請型義務付け訴訟の提起は可能である。

行政庁がその処分をすべきであることが根拠法令の規定から明らかであると認められるとき、又は行政庁がその処分をしないことが裁量権の逸脱・濫用と認められるときは、請求認容判決が下される（同条５項）。

§　出入国管理及び難民認定法（昭和 26 年政令第 319 号）
第 50 条　法務大臣は、前条第３項の裁決に当たって、異議の申出が理由がないと認める場合でも、当該容疑者が次の各号のいずれかに該当するときは、その者の在留を特別に許可することができる。
　一　永住許可を受けているとき。
　二　かつて日本国民として本邦に本籍を有したことがあるとき。
　三　人身取引等により他人の支配下に置かれて本邦に在留するものであるとき。
　四　その他法務大臣が特別に在留を許可すべき事情があると認めるとき。
２　前項の場合には、法務大臣は、法務省令で定めるところにより、在留期間その他必要と認める条件を付することができる。（以下略）

５．差止め訴訟

差止め訴訟とは、行政庁が一定の処分をしてはならないことを命ずるように求める訴訟である（行訴法２条７項）。差止め訴訟も、平成 16 年改正で法定された。

差止めの訴えは、一定の処分がなされることにより重大な損害を生ずるおそれがある場合に限り、提起することが許される（重大な損害）。ただし、他に損害を避けるため適当な方法があるときは、除かれる（補充性。以上について、行訴法 37 条の４第１項）。

差止めの訴えの原告適格は、行政庁が一定の処分をしてはならない旨を命ずることを求

めるにつき法律上の利益を有する者に限り、認められる（同条３項）。具体的には、①自身に対する不利益処分を事前に差し止める局面、②第三者の申請に対する許可処分を事前に差し止める局面に分けて考えるとよい。①については、当然に原告適格が認められる。②は、行政庁が第三者に対して行う処分について「あれこれと口を挟む」類型であるので、取消訴訟における第三者の原告適格と同様の利益状況となる（同条４項は、行訴法９条２項を準用している）。

行政庁がその処分をすべきでないことが根拠法令の規定から明らかであると認められ、又は行政庁がその処分をすることが裁量権の逸脱・濫用となるときは、請求認容判決が下される（同条５項）。

＊　民事差止め訴訟との相違　＊

抗告訴訟における「差止め訴訟」は、民事差止め訴訟とは全く異なる訴訟類型である。民事差止め訴訟とは、所有権に基づく妨害予防請求が典型的であるが、自己の有する権利に基づき、他者からの侵害を事前に排除してもらうように求める訴訟のこと（他者からの侵害が現実化した後で排除を求める場合は、妨害排除請求訴訟になる）。所有権のような財産権のみならず、生命や健康といった人格権に基づく妨害予防請求も認められることがあり、空港騒音訴訟などでは、この意味での「差止め」が求められる。

＊　**大阪空港訴訟（最大判昭和 56 年 12 月 16 日民集 35 巻 10 号 1369 頁・百選Ⅱ149）**

６．仮の義務付け・仮の差止め

義務付け（差止め）の訴えの提起があった場合において、義務付けの訴えに係る処分がされないこと（差止めの訴えに係る処分がされること）により生ずる**償うことのできない損害**を避けるため緊急の必要があり、かつ、本案について理由があるとみえるときは、裁判所は、申立てにより、決定をもって、**仮の義務付け（仮の差止め）**を命ずることができる（行訴法 37 条の５第１項、２項）。これらは、公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるときは、することができない（同条３項）。

＊1　「償うことのできない損害」は、よほどの事情がないと認められない。金銭をもって償うことはできない、というのがその趣旨である。財産的な損害の場合は、基本的に「償うことのできない損害」にはあたらないと考えてよい。仮の義務付けが初めて認められたのが、**保育所入所仮義務付け決定（東京地決平成 18 年１月 25 日判時 1931 号 10 頁）**である。これは、本案判決を待っていたのでは、かけがえのない保育所通学年齢を徒過してしまうことが大きな理由となっている。

＊2　「申立てにより」、「決定をもって行う」わけなので、“仮の義務付けの~~訴え~~”“仮の義務付け~~判決~~”などと書かないように！“仮の義務付けの申立て”“仮の義務付け決定”と表現するのが正しい。

７．法定外抗告訴訟

法律で規定されていなくとも、裁判所の判断で、適法な抗告訴訟として認められることがある。これを法定外抗告訴訟（無名抗告訴訟）という。従前は義務付け訴訟・差止め訴訟がまさにこの類型であった。平成 16 年改正により法定外抗告訴訟の可能性は狭くなったが、それでも解釈上、提唱されている類型が若干存在する。

第 10 回　当事者訴訟と客観訴訟

１．公法上の当事者訴訟

⑴　総説

行政訴訟のうち主観訴訟は、これまで抗告訴訟を中心に組み立てられてきた。この動きに風穴を開けるものとして期待されているのが、公法上の当事者訴訟である。形式的当事者訴訟と実質的当事者訴訟に分かれるが、重要なのは後者である。

⑵　形式的当事者訴訟

行訴法４条前段に規定された訴訟で、当事者間の法律関係を確認し又は形成する処分又は裁決に関する訴訟で法令の規定によりその法律関係の当事者の一方を被告とするものをいう。土地収用法 133 条に規定された収用委員会の裁決に関する訴えが、その代表的な例である。当事者は、収用裁決という行政処分について不服があるわけで、通常の抗告訴訟ならば収用委員会の属する都道府県を相手取って抗告訴訟を提起すべき局面だが、紛争の実体をみて、起業者と土地所有者（あるいは関係人）とを争わせることにした。収用裁決への不服というのは、つまるところ損失補償額に対する不満である。収用委員会は自分のふところが痛むわけではないから、補償額について真剣に争うインセンティヴが働かない。そこで、補償額について最も関心を有する起業者と土地所有者とを争わせることにしたのである。

＊　特許無効審判の審決取消訴訟（特許法 179 条但書）も、審決に不服がある者と相手方との間で争われる形式的当事者訴訟である。

⑶　実質的当事者訴訟

行訴法４条後段に規定された訴訟で、公法上の法律関係に関する確認の訴えその他の公法上の法律関係に関する訴訟をいう。実質的当事者訴訟としては、民事訴訟と同様、給付訴訟と確認訴訟が考えられる。

（あ）　給付訴訟

公務員が俸給や退職手当の支払いを求める訴訟（**最判平成 11 年７月 15 日判時 1692 号 140 頁・百選Ⅰ58** の事案）や、老齢年金支払い請求訴訟（**最判平成７年 11 月７日民集 49 巻９号 2829 頁・百選Ⅰ66** の事案）、そして憲法 29 条３項に基づく損失補償の支払い訴訟（後述する**名取川砂利採取訴訟**で傍論として認められており、**最判平成５年７月 20 日民集 47 巻７号 4627 頁・百選Ⅱ210** でも前提とされている）などが想定されている。

（い）　確認訴訟

民事訴訟の場合と同様に、確認の利益が必要とされている。**在外邦人選挙権確認訴訟**（**最大判平成 17 年９月 14 日民集 59 巻７号 2087 頁・百選Ⅱ208**）や、原告が日本国籍を有することの確認を求めた**国籍法違憲判決**（**最大判平成 20 年６月４日民集 62 巻６号 1367 頁**）

において、確認訴訟が求められている。

確認訴訟のうち、公法上の義務が存在しないことの確認の訴え（義務不存在確認の訴え）は、差止め訴訟と機能的に似通っている。都立高校教職員らが通達・職務命令に基づく起立斉唱義務の不存在確認を求めた**最判平成 24 年２月９日民集 66 巻２号 183 頁･百選Ⅱ207** では、起立斉唱義務に従わなかった原告から、①法定抗告訴訟として、今回下される懲戒処分の差止訴訟、②無名抗告訴訟として、次回以降に発せられる通達・職務命令に従う義務の不存在確認訴訟〈通達・職務命令に従わないと仮定すると懲戒処分が下されることになるので、懲戒処分に関する抗告訴訟として構成されている〉、③公法上の当事者訴訟として、今後昇給の遅れなど事実上の不利益取扱いを受けることを予防する趣旨で通達・職務命令に従う義務の不存在確認訴訟が提起されたものと構成された。

２．客観訴訟

(1)　総説

客観訴訟とは、原告が自己の法律上の利益にかかわらない資格で提起する訴訟をいう。主観的な権利・利益ではなく、客観的な法秩序の是正を求める訴訟というのが、命名の由来である。客観訴訟は、**民衆訴訟**と**機関訴訟**に分かれる。これらの訴訟は、法律に定める場合において、法律に定める者に限り、提起することができる（行訴法 42 条）。

⇔　裏を返せば、抗告訴訟・当事者訴訟のような主観訴訟は、法律に定めがなくとも、裁判所が認めれば、提起することが許される（法定外抗告訴訟の例）。

(2)　民衆訴訟

民衆訴訟とは、国又は公共団体の機関の法規に適合しない行為の是正を求める訴訟で、選挙人たる資格その他自己の法律上の利益にかかわらない資格で提起するものをいう（行訴法５条）。具体的には、選挙人たる資格において提起する選挙訴訟と住民たる資格において提起する住民訴訟に分かれる。

（あ）　選挙訴訟

選挙訴訟は、衆議院・参議院における議員定数不均衡の合憲性を確認するための手段として、重きをなしている。ただし、公選法 205 条は選挙の合憲性を争う手段として予定されているかという問題と、同法 219 条１項で行訴法 31 条の適用が排除されているにもかかわらず事情判決を行うことの可否という問題がある。この点については、**最大判昭和 51 年４月 14 日民集 30 巻３号 223 頁・百選Ⅱ212** がいずれも許容し、現在まで続く議員定数不均衡訴訟の潮流を形成している。

（い）　住民訴訟

住民訴訟（地方自治法 242 条の２）は、アメリカの納税者訴訟にならって戦後導入された訴訟類型であり、地方公共団体の財務会計行為の適法性を確認する手段として、実務上、大きな役割を担っている。地方公共団体の住民であれば、住民監査請求（同法 242 条）を

経て誰でも出訴することが可能であり、原告適格の制限が極めて緩やかなため、行政訴訟の多くを住民訴訟が占めている。**最判平成 10 年４月 24 日判時 1640 号 115 頁・百選Ⅰ 4** や**最判平成 16 年７月 13 日民集 58 巻５号 1368 頁・百選Ⅰ 5**などが代表的である。詳しくは、地方自治法の授業で取り扱う。

⑶　機関訴訟

機関訴訟とは、国又は公共団体の機関相互間における権限の存否又はその行使に関する紛争についての訴訟をいう（行訴法６条）。普通地方公共団体に対する国等の関与に関する訴え（地方自治法 251 条の５以下）や、長と議会との間の権限分配に関する訴え（同法 176 条７項）が代表例である。

大阪市が大阪府国民健康保険審査会の行った裁決の取消しを求めて出訴した事案において、**最判昭和 49 年５月 30 日民集 28 巻４号 594 頁・百選Ⅰ 1**は、これは行政機関内部の争いであって、機関訴訟を許容する法律の規定がないことを理由に不適法であるとした。ここでは、国民健康保険の保険者である大阪市の地位をどのようにみるかが大きな争点となっている。

第 11･12 回　国家補償法総説、国賠法1条①②

１．国家補償法とはなにか？

行政法Ⅱの後半は、国家補償法に充てられる。ここで、皆さんがこれまで学んできた行政法のカリキュラムの中で、国家補償法がどのように位置付けられるか、一緒に考えてみよう。

私人が、違法な行政活動（たとえば営業停止命令）により権利・利益を侵害された場合、救済としていかなる手段が考えられるだろうか？

１つが、営業停止処分の取消しを求める方法であった。これが、行政法Ⅱの前半で学習した行政不服審査法や行政事件訴訟法のしくみである。いわば、権利・利益を侵害してきた原因を根本から消滅させることで、私人の救済を図るわけである。

もう１つ、行政に対して、違法な行政活動によって失った損害を補てんするよう求めるという方法がある。実は、違法な行政活動だけに限らず、適法な行政活動によって失った損害についても、場合によっては損害が補てんされる局面がある。これらが、これから学ぶ国家補償法のしくみである。

なお、この２つの方法は、いずれか片方だけを用いることも、同時に両方を用いることも可能である。たとえば、取消訴訟の提起と国家賠償訴訟の提起は、両方同時に行ってもさしつかえない。なお、取消訴訟が行政事件訴訟法に基づく行政訴訟（さらにその中の抗告訴訟）であるのに対して、国家賠償訴訟は民事訴訟法に基づく民事訴訟である。

国家補償法　＝　①国家賠償　＋　②損失補償

２．国家賠償の概要

公務員の（故意・過失による）違法な行政活動によって損害を受けた私人に金銭的救済として損害賠償金を支払うことを**国家賠償**という（**憲法 17 条、国家賠償法**）。

- 公権力の行使に基づく損害を賠償する＝**国賠法１条**（←民法 715 条）
- 公の営造物の設置管理の瑕疵に基づく損害を賠償する＝**国賠法２条**（←民法 717 条）

＊1　「国家」賠償法という名称であるが、国のみならず地方公共団体（都道府県、市町村）の損害賠償も含むので注意しよう。いってみれば、行政の支払うべき損害賠償のことを、まとめて「国家賠償」とよぶわけである。

＊2　国家賠償は、世界的に見ても 20 世紀後半になって一般的になったしくみである。かつては国家無答責（主権無答責）という考え方が主流であり、「国家は悪をなしえない」と考えられていた。（現在では理解しづらいが、「国家活動は法に従って行われる」＝「法に従って行われた活動だけが国家に帰属する」＝「違法な活動は国家に帰属しない」と考えられていた。しかしこれは誤解であり、「国家が違法な活動から生じた損害を賠償する責任

を一切負わない」ことの説明にはならない)。

その中で、たとえばドイツでは、国家そのものは悪を行わなくても、官吏（公務員）は過ちを犯すことがあり、官吏が行った不法行為の損害賠償責任を国家に代位して負わせる代位責任という考え方を通じて、国家賠償が認められるようになった。

明治憲法下の日本では国家無答責の法理が採用されていたが、戦後、日本国憲法17条は、国家が公務員の不法行為に基づく賠償責任を負うことを、明文で認めた。

３．損失補償の概要

適法な行政活動によって損害を受けた私人に対して金銭的救済をはかることを、**損失補償**という（**憲法29条３項**および個々の個別法)。

＊歴史的には、国家賠償よりも損失補償のほうが先に行われはじめた。19 世紀、産業革命の進展により、西欧諸国では盛んに鉄道が建設されるようになった。その際に、一直線に鉄道を敷かなければならない都合から、どんな貴族・領主の土地でも、関係なく土地を収用する必要が生じた。しかし、たまたま鉄道の建設予定地に掛かってしまった土地所有者の立場からすれば、鉄道の建設という国民国家全体の公共利益のために、自分の土地所有権（財産権）を特別の犠牲に供することになる。

ゆえに、土地所有者の側からは、鉄道建設事業には協力するが、相応の損失補償をおこなってほしい、という既得権保護の要求が行われた。その後、道路の建設や都市計画上の都合による立ち退きなどでも、損失補償が幅広く行われるようになった。

このように損失補償は、歴史上、財産権の保障と表裏一体のものとして発展してきた。つまり、国家が公共利益のために必要な事業を推し進めていく際に、特定個人に財産上の特別な犠牲を強いてしまうような場合、衡平の見地から、犠牲を払った分を補わなくてはならないという発想が、損失補償の原点にはある。

国家賠償法1条

１．国賠法１条の要件

国賠法１条は､使用者責任について規定する民法715条の特則である｡｢国又は公共団体｣が使用者、公務員が被用者に置き換わったものと考えればよい。国賠法１条に基づく損害賠償責任が認められるためには、以下の①～⑤の要件をすべて満たす必要がある。

§　国家賠償法（昭和22年法律第125号）
第１条　①国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員が、その②職務を行うについて、③故意又は過失によって④違法に⑤他人に損害を加えたときは、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる。
２　略

①　「国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員」

典型的なのは、特定行政庁（都道府県知事や政令市の長など）が違法建築物の除却命令を出したり、都道府県知事が飲食店の営業停止命令を出す場合である。これらの場合、①要件が満たされることに争いはない。判断が難しいのは、（あ）活動主体が身分上の「公務員」とはいえない場合と、（い）かならずしも「公権力の行使」とはいえないような場合である。

(あ)　身分上の「公務員」か、それ以外か

身分上の「公務員」とは、国家公務員や地方公務員のことを指す。この場合には、問題なく国賠法１条にいう「公務員」要件をみたす。

＊　国賠法上の「公務員」の判断をめぐって　＊

国家公務員・地方公務員が行う活動以外でも、①要件を満たす場合がある。これは、身分上の「公務員」ではなく、国賠法上の「公務員」概念として区別される。特に、事務の民間委託が進む現在、国賠法上の「公務員」性の判断は重要度を増している。

・　弁護士会が所属する弁護士に対して行う懲戒処分に瑕疵があった場合
・　医師が精神病患者に対して行う措置入院の手続に瑕疵があった場合
・　児童の監護・養育する事務を地方公共団体から委ねられていた社会福祉法人の職員が、適切な監護・養育を怠ったために、児童がほかの児童に対して怪我を負わせてしまったような場合（最判平成19年１月25日民集61巻１号１頁・百選Ⅱ232）

→　判断のポイントは、それらの活動が、国・公共団体の行うべき活動といかなる程度に密接な関係にあったかにある。

(い)　「公権力の行使」に該当するか

(b)広義説が通説・判例である。権力的行政活動＋学校での活動と覚えておくとよい。「権力的行政活動」とは、典型的には、命令や強制の要素を含む行政行為のことを指す。強制

的に行われる事実行為も、当然に含まれる。他にも、裁判所の行う裁判や国会の立法行為などが、国家賠償の対象になる（ただし、裁判や立法行為に関する国賠請求が認容されるのは、かなり例外的な場合に限られる）。

＊「公権力の行使」に関する学説＊

(a)　**狭義説**：「公権力の行使」を、命令や強制などの権力的行政活動に限定する。

(b)　**広義説（通説・判例）**：権力的行政活動に加え、行政指導や学校事故も含める（ただし病院の治療行為は含まない）。私人と同じ経済活動には、民法を適用する。

(c)　**最広義説**：私経済活動（市営バスや都営地下鉄の運行、県のアンテナショップ）を含めたあらゆる行政活動が、国家賠償法の対象となる。

＊広義説のポイント

Ａ市立中学校の部活動中に、教員の不注意で、生徒が怪我をした。**広義説**によれば、この事案でも、国賠法１条１項に基づき、市に国家賠償を請求することができる（**最判昭和 62 年２月６日判時 1232 号 100 頁・百選Ⅱ215**）。

②　「職務を行うについて」

判例は、**外形主義（職務執行しているような外観があれば、「職務を行うについて」といえるとする考え方）**をとる。非番の警察官が制服を着用し、職務行為を装って強盗殺人をした事件で、**最判昭和 31 年 11 月 30 日民集 10 巻 11 号 1502 頁・百選Ⅱ229** は、その外形から判断して、「職務を行うについて」の要件に該当すると判断して、請求を認めた。

③　「故意又は過失によって」：故意・過失要件

公務員が「違法な行為」をしたならば、いかなる場合でも常に国家賠償責任が生じるというわけではない。「故意・過失」が認定できなければ、国家賠償は認められない。つまり、担当の公務員にとって仕方のない職務上のミスについて、責任を問うことはできない。

＊1　求償権の行使

さすがに、担当の公務員に故意・重過失が認められるような場合には、国又は公共団体から担当の公務員に対して求償を行うことができる（国賠法１条２項）。しかし、その場合でも、被害者が担当の公務員に直接、損害賠償を請求することはできないとされている（**最判昭和 30 年４月 19 日民集９巻５号 534 頁・百選Ⅱ234**）。これは、公務員が職務を行うについて個人責任を追及されるのをおそれ、委縮してしまうのを防ぐためである。

＊2　違法・無過失

国家賠償責任を認めるためには、担当の公務員に少なくとも過失がなければならない。そのために、違法ではあるが故意・過失が認定できないという所謂「違法・無過失」の場合は、国家賠償も損失補償も受けられないという、被害者にとって酷な事態が生じる。実際に、児童に対する予防接種が重篤な副作用を生んでしまったような「予防接種禍」事件

において、この問題点が浮き彫りとなった（予防接種当時の科学的知見では、重篤な副作用を生じることが十分に解明されておらず、注意を尽くしても結果を防げなかった)。

＊ **最判平成 16 年 1 月 15 日民集 58 巻 1 号 226 頁**

【事案】国民健康保険法５条は、被保険者の要件として、「市町村……の区域内に住所を有する者」と定めていた。ところが、厚生省の所管部局から、被保険者の資格を得るためには、さらに、１年以上の在留期間を認められた者でなければならないとする通知が発せられていた。Ｘは在留資格を有しなかったので、担当行政庁は被保険者資格を否認し、被保険者証（俗にいう「保険証」）の交付申請を拒否した。Ｘから国家賠償請求がなされた。

【判旨】請求棄却

「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ことは相当ではない。」「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、……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、……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……法５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……担当者に過失があったということはできない。」

④　「違法に」：違法性要件

原告の側で、行政活動が違法に行われたことを立証する必要がある。処分の根拠法令への違反、比例原則・平等原則・信義則といった法の一般原則への違反など、様々な理由づけがありうる。国家補償法の授業では簡単に取り上げられるだけだが、通常、裁判で争点になるのは、この違法性要件である。国家賠償訴訟は、具体的な行政活動が法律に適合しているか、あるいは違反するものなのかについて、理論の発展に貢献してきた。

通説は、取消訴訟の中で行政処分が違法と判断されれば、その既判力によって、国家賠償訴訟における違法性の要件も満たされると考える。

この点に関連して、国家賠償訴訟を提起する前提として、取消判決を得ておく必要はないとされている（**最判昭和 36 年 4 月 21 日民集 15 巻 4 号 850 頁**)。

＊　具体的に考えてみよう　＊

(1)　食堂を経営してきたＸは、身に覚えのない食中毒事件の責任を取らされ、１週間の営業停止処分を受けた。Ｘは、処分を出したのは行政庁の過誤によるものだとして、裁判所に取消訴訟を提起した。

(2)　Ｘの主張は認められ、営業停止処分は違法であったとして、裁判所は処分の取消判決を下した。

(3)　Xは、１週間もの間、営業を行うことができなかった分の損害賠償を求めて、行政庁の所属するＹ県を相手に国家賠償訴訟を提起した。この訴訟の中で、裁判所は、先行する取消訴訟において下された④営業停止処分は違法であったという判断については、あらためて審理する必要はない（一度、裁判の中で審理が尽くされた事項について、再び争点を蒸し返すのは、訴訟経済の観点から好ましくないから)。これを取消判決の既判力という。

(4)　したがって、Xとしては、④違法性以外の要件（特に③故意・過失や⑤損害発生）を重点的に主張・立証すれば、国家賠償請求が認容されることになる。

←　なお、国家賠償訴訟を提起する場合、なにも上掲の事例のように、先に必ず取消訴訟を提起する必要はなく、いきなり国家賠償訴訟を提起しても良い（行政処分の効力を否定するわけではないので、取消訴訟の排他的管轄が働かない)。この場合、取消訴訟は先行していないので、④違法性要件も含めて、各要件を一から主張・立証しなければならない。

③故意・過失と④違法性の要件については、厄介な問題がある。

（a）**違法一元説**：③故意・過失と④違法性を、別々に判断する。この場合、取消訴訟で違法と判断されれば、国家賠償訴訟でも④違法性要件は無条件に満たすことになる。取消訴訟で勝訴した原告は、国家賠償訴訟では、③故意・過失の有無だけを主張立証すればよい。学界の通説。

（b）**違法二元説**：取消訴訟の「違法性」と国家賠償訴訟の「違法性」とは、別の概念であるとする。この場合、国家賠償訴訟の「違法性」とは、通説でいう③故意・過失と④違法性をあわせた意味を有する概念になる。判例では、たまに違法二元説を採用しているものがみられる。

＊1　結果違法と行為違法

公務員の行為が結果として違法であれば、すべて国賠法上違法と評価されるという考え方（結果違法説）は、判例上、採用されていない。あくまでも行為時において職務上の注意義務を果たし合理的な判断を行っていれば、たとえ結果が望ましいものではなかったとしても、国家賠償法上の責任は生じない（行為違法説)。

＊2　刑事事件における警察官の捜査・検察官の公訴提起

刑事事件の捜査において、警察官は、被疑者の身柄確保と罪証隠滅の防止のために活動する（逮捕や勾留など)。さらに被疑者の身柄を送致された検察官は、かれを起訴し、判決が確定するまで勾留を続ける。これらの諸活動は人身の自由を侵害する危険な行為であるが、法の設けた厳重な要件の下で許されている。これらが「公権力の行使に当る公務員」の行為であることは疑いない。しかし、警察官が十分な違法の嫌疑を認めて逮捕したものの、事後的に無罪判決が確定したような場合、この警察官の行動は、国賠法上どのように

評価されるのだろうか？

この点、結果として無罪判決が出され、逮捕・起訴などの活動が事後的にみれば違法であった（結果違法）とされても、それだけで国家賠償法上も違法であったと認めるのは妥当でなく、担当公務員が行為当時の事情において、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ったと判断したならば、違法性はないとするのが判例・通説である（行為違法説）。**芦別事件（最判昭和 53 年 10 月 20 日民集 32 巻 7 号 1367 頁・百選Ⅱ228）**において最高裁は、「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」としている。

なお、こうした場合、憲法 40 条及び刑事補償法によって、一定程度は補償金が交付される。これは逮捕・勾留や公訴の提起・追行の適法/違法を問わず認められる。しかし、それでは足りない場合もあるので、国家賠償請求がなされるのである（刑補法 5 条も参照）。

＊3　裁判官の裁判行為

国家賠償訴訟では、行政の違法性を追及するだけにとどまらず、およそ「公務員」の行った活動一般について違法性を追及することができる。裁判官の裁判行為も、①要件を満たす。

では、刑事事件において地方裁判所の出した第一審の有罪判決が控訴審で取り消され、逆転無罪の判決が出されたとする。このばあい、第一審を担当した裁判官が有罪判決を出した行為には、国家賠償責任が問われうるか？

ミシン商事留置権事件（最判昭和 57 年３月 12 日民集 36 巻３号 329 頁・百選Ⅱ227）において最高裁は、「裁判官がした争訟の裁判に上訴等の訴訟法上の救済方法によって是正されるべき瑕疵が存在したとしても、国賠責任が肯定されるためには、「当該裁判官が違法又は不当な目的をもって裁判をしたなど、裁判官がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行使したものと認めうるような特別の事情があることを必要とする」として、その局面を強く限定した。

＊4　国会の立法行為

国会の立法行為も、「国……の公権力の行使に当る公務員が、その職務を行うについて」する行為なので、国賠法の適用対象になる。立法行為（＝法律制定活動）が違法というのは、立法行為が法律よりも上位の規範である憲法に違反する局面を指す。しかし判例は、法律が違憲ならば直ちに当該立法行為が国賠法上も違法となるとは考えていない。

＊　在宅投票事件（最判昭和 60 年 11 月 21 日民集 39 巻７号 1512 頁）

＊　在外邦人選挙権事件（最大判平成 17 年９月 14 日民集 59 巻７号 2087 頁・百選Ⅱ226）

⑤　「他人に損害を加えた」：損害発生要件

損害賠償を請求する以上は、原告の側で損害の発生を立証する必要がある。財産的損害・精神的損害（慰謝料）を問わない。民法の不法行為と同様に、実際の訴訟では、具体的な

損害額がいくらかという点が、主要な争点となる。

・　違法な営業停止命令により、一定期間、飲食店の営業をおこなうことができなければ、相応の損害が生ずる。
・　違法な建築確認拒否処分（不許可処分）により、予定された年月日にマンションの分譲を開始することができなくなれば、遅れた日数分の損害が生ずる。建築確認処分をなかなか出さない遅延行為によってマンションの分譲が遅れた場合も、同様である。
※　ただし、建築主が行政指導に任意に従っていた間は、建築確認処分の遅延行為は違法にならないとするのが判例（**品川マンション判決**：**最判昭和 60 年 7 月 16 日民集 39 巻 5 号 989 頁・百選** I 124）である。
・　違法な医薬品販売の許可により、広範な薬害事件が発生した場合、薬害の被害を受けた患者は、治療費や慰謝料を損害として請求することができる。

２．国賠法１条の効果

国又は公共団体が、原告に対して、損害を賠償する責に任ずる。したがって、国家賠償を求める訴訟は、国又は公共団体を被告として提起しなければならない。これは、民事の損害賠償請求訴訟として取り扱われる。形式的な理由は、もともと公務員個人が負うはずの損害賠償責任を国・公共団体が代位しているからと説明される。実質的な理由をいえば、損害賠償責任を果たすためには一定程度の財産が帰属している必要があるために、法人である国又は公共団体を相手とする制度設計になっているのだろう。

＊区別しよう＊

神奈川県知事Kがあなたに対して行った行政処分が違法であったとする。このとき、

①　取消訴訟は、行政事件訴訟法 11 条 1 項 1 号により、「当該処分をした行政庁の所属する国又は公共団体」を被告として提起する必要があるから、（　　）が被告となる。
②　国家賠償訴訟は、国賠法 1 条により、公務員Kの所属する国又は公共団体を被告として提起する必要があるから、（　　）が被告となる。

＊　責任の根拠をめぐる学説

国又は公共団体が損害賠償責任を負うといっても、元々は誰が損害賠償責任を負っているのかという議論がある。しかし両者は説明の違いに過ぎず、実際上の結論には、ほとんど違いがない。

（a）**自己責任説**：元はといえば国が自身の手足である公務員に公権力を行使させて危険を創出したのだから、国自身が責任を負うべきという考え。
（b）**代位責任説（伝統的な通説）**：もともと公務員が自分のミスで損害を負わせたのだから、本来は公務員個人が責任を負うべきだが、公務員個人には資力がないため、政策的見地から国が代わりに支払うという考え。

現代の行政活動は非常に複雑になっており、担当公務員の誰かひとりが単独で責任を負うべき局面は極めて限られている。このように国・公共団体の組織的過失を追及する場合には、端的に国・公共団体の責任を認める自己責任説の方がすぐれているとの主張もある。しかし、**レントゲン読影ミス事件（最判昭和 57 年４月１日民集 36 巻４号 519 頁・百選Ⅱ 237）**をみても明らかなように、代位責任説に依拠しても、組織的過失の追及は可能である。結局、両者の差異は説明の仕方の違いにすぎない。

３．公務員個人責任の否定と故意・過失ある場合における求償（国賠法１条２項）

⑴　公務員個人責任の否定

国賠法１条については、損害を与えた公務員個人の責任を直接問うことはできない、つまり公務員個人に損害賠償を支払わせることはできないと考えられている（**最判昭和 30 年４月 19 日民集９巻５号 534 頁・百選Ⅱ234）**。これを公務員個人責任の否定という。公務員個人責任の否定は、国賠法１条と民法 715 条との最大の相違点である。公務員個人が職務を遂行する上では、かなり複雑かつ専門的な判断を強いられることが多いのだが、事後的な視点からのみ判断の当否を行うことで、あまりに公務員の活動を委縮させることは好ましくないとの考慮からである。

この考慮に対しては、被害者の報復感情を満足させ、将来の違法行為を抑止するためにも、担当公務員の個人責任を認めるべきだとの（主に立法論的な）主張がなされている。実際、刑事事件においては、担当公務員が個人で業務上過失致死傷などの罪責を負うとの判断が、近年になって示されている（最判平成 20 年３月３日刑集 62 巻４号 567 頁）。

⑵　故意・過失ある場合における求償

ただし、公務員に故意・重過失があるようなあまりに酷い場合には、代わりに賠償金を支払った国や公共団体は、国賠法１条２項に基づいて、公務員に対して肩代わり分の支払いを求めることができる（求償権の行使）。

＊　佐賀商工共済事件（佐賀地判平成 22 年７月 16 日判時 2097 号 114 頁）

佐賀県知事が、佐賀商工共済協同組合（商工共済）が多額の債務超過を粉飾経理によって隠蔽したまま事業を継続していることを知りながら、中小企業等協同組合法によって付与された規制権限を行使せずに漫然とこれを放置したために、商工共済が破産するに至った。商工共済の組合員らは、佐賀県に対して国賠訴訟を提起し、請求認容で確定した（佐賀地判平成 19 年６月 22 日判時 1978 号 53 頁）。損害賠償金を支払った県は、今度は前知事に対して国賠法１条２項に基づく求償権の行使として４億９千万円余りの支払いを求めたところ、佐賀地裁は、前知事の重大な過失を認定して、請求を全部認容した。

＊　国立マンション訴訟（前市長への求償に向けた住民訴訟）（東京地判平成 22 年 12 月 22 日判時 2104 号 19 頁）

国立市長であったＺは、㈱明和地所が計画した高層マンション建設計画を阻止するために、周辺住民らに対する建築反対運動の呼びかけ、建築物の高さを制限する告示・条例の制定、東京都の担当部署に対する様々な働きかけを行った。明和地所は、Ｚの行った諸々の行為によって大きな損害を受けたとして、国立市に対して損害賠償請求訴訟を提起した。請求は認容され、市は明和地所に対して 3123 万円余りを支払うよう命じる判決が確定し、市は実際に損害賠償金を支払った。

Ｚの後任である市長Ｙは、Ｚに対して求償権の請求を行わなかったところ、国立市の住民から、市が多額の損害賠償金を支払う羽目に陥ったのはＺが故意・重過失によって明和地所の権利・利益を侵害したためであり、そのようなＺに対して求償権を行使しないのは違法であるとして、地方自治法 242 条の２第１項４号に基づき、住民訴訟が提起された。

判決は、Ｚは、高層マンションの建築・販売を阻止することを目的として、普通地方公共団体の長として要請される中立性・公平性を逸脱し、急激かつ強引な行政施策の変更または異例かつ執拗な目的達成行為であると評価することができる基礎事実を十分に認識しながら本件違法行為に及んで明和地所の適法な営業活動を妨害したと認められる以上、少なくとも重大な過失があることは明らかであるとして、請求を認めた。

４．規制権限不行使と賠償責任

(1)　規制権限不行使

ここまで学習したのは、行政活動により直接に被害を受けた人たちが、国家賠償を請求する局面であった。しかし、実際には、行政活動により直接の被害を受けたとはいえないが、行政の怠慢によりいわば間接的な被害を受ける人たちも非常に多い。

つまり、行政が適切に活動していれば損害を被らなかったのに、活動を怠っていたために、被害者が出たような局面である。その特徴は、行政が直接に被害者に対して損害を加えたわけではなく、加害者は別に存在していて、行政は直接の当事者ではないことにある。

こうした事案を具体的にみると、薬害、公害、消費者被害など、現代的問題への示唆にあふれている。行政活動の直接の相手方は「規制対象者」といい、被害を受ける人々は（裏を返せば行政活動によって生命や財産を守られているわけだから）「規制受益者」という。

Q.　悪質な宅地建物取引業者Ａが詐欺まがいの商売を行っていた。行政庁Ｙは数年前から消費生活センターでＡの悪質な商売について苦情相談を受けていたが、業務改善命令を発するなどの措置を採らず、これを漫然と放置していた。そのために、消費者Ｘは新たにＡによって詐欺に遭ってしまった。行政庁Ｙがどんな対策をとっていれば、Ｘは被害を受けなかったといえるだろうか。

＊行政、規制対象者、規制受益者の三面関係＊

＊　規制対象者の権利保護（二面関係）　宅建業者の営業の自由

＊　規制受益者の利益保護（三面関係）　宅建業者の客の安全確保（＝公益）

従来、規制権限不行使の場合では、国家賠償責任が認められにくかった。行政は、被害者に対して作為的に直接の侵害を及ぼしたわけではなく、食堂店主や宅建業者による客への侵害に対し、単に傍観して何もしなかった（不作為）だけだからである。

この背後には、行政による規制活動は、個々人の個別的利益を保護するために行っているわけではなく、公共の利益のために行っている活動なので（個々人は、規制活動により、たまたま反射的利益を受けているにすぎないとみる。）、行政による規制が不十分であるために被害が生じても、個々人が損害賠償を受けられるわけではないという考え方（反射的利益論）が根強く存在した。

⑵　行政便宜主義の壁

宅建業法判決（最判平成元年 11 月 24 日民集 43 巻 10 号 1169 頁・百選Ⅱ222）は、反射的利益論を克服して、行政の規制権限の行使により規制受益者が受ける利益は、単なる反射的利益にとどまらず、法律上保護される利益であると判示した。

これによって反射的利益論は克服されたわけだが、規制権限を具体的にいつ、どのように行使するかについては、依然として行政庁の幅広い判断にゆだねられている。実際、宅建業法判決も、最終的な結論としては裁量権の逸脱・濫用があったとは認定せず、国賠請求を棄却している。行政裁量を非常に幅広く認めて、行政庁が規制権限を行使してもしなくても、（その当/不当はともかく）適法/違法の問題は生ぜしめないという考え方を、行政便宜主義という。

現在では、この行政便宜主義の壁も乗り越えられて、行政が規制権限を行使しなければならない状況にあったにもかかわらず、規制権限を適切に行使せず、そのために国民に被害が生じたような場面では、規制権限の不作為は国賠法上違法なものとして評価される。

⑶　規制権限不行使の違法性を判断する基準

行政による規制権限不行使の違法性を認める根拠には、大きく分けて、（a）裁量の逸脱・濫用を根拠にする考え方と、（b）裁量権収縮論という２つの考え方がある。

＊規制権限不行使の違法性の根拠づけ＊

（a）権限不作為についての裁量の逸脱・濫用論（最高裁判例）

①②③④などの諸要素にかんがみて、権限不行使とした行政の判断が著しく不合理であれば、規制受益者にとって、その権限不行使は違法と評価される。

（b）裁量権収縮論

①②③④などの諸要素にかんがみて、行政裁量の幅がなくなった場合には、もはや権

限を行使する以外に選択肢はなくなるから、規制受益者にとって、その権限不行使は違法と評価される。

しかし、いずれの考え方も、①法益侵害（結果）の重大性、②結果の予見可能性、③結果回避可能性（因果関係）、④期待可能性という考慮要素を挙げている。両者は説明の仕方にすぎず、結論は変わらない。

① 法益侵害の重大性…生命、健康、財産など、結果は重大な法益にかかわるものか。
② 結果の予見可能性…通常人の感覚からみて結果の発生が具体的に予測できたか。
③ 結果回避可能性…行政庁が適切な行動をしていれば、結果は防げたか（因果関係）。
④ 期待可能性…行政庁にその行動をすることが期待できたか。

第 13 回　国家賠償法2条

１．営造物責任

⑴　営造物責任

公の営造物の設置・管理に瑕疵があったことで私人が損害を被った場合、国・公共団体は、その損害を賠償する責任を負う（国賠法２条）。これを**営造物責任**という。

国賠法２条は、民法 717 条（工作物責任）の特則である。国賠法１条（公権力の行使）とは異なり、工作物責任の場合は、戦前から、国・公共団体が設置・管理する工作物の瑕疵によって私人が傷ついたときには、民法 717 条の適用により、国・公共団体が設置・管理者として損害賠償責任を負うことが認められていた（徳島市立小学校遊動円棒事件・大判大正５年６月１日民録 22 頁 1088 頁）。

国賠法２条１項は、「公の営造物」という概念を用いているが、これは民法 717 条の「土地の工作物」よりも広い概念と考えられており、河川などの自然公物や土地に定着していない動産も含む。その分、救済の範囲が拡大したのである。

⑵　公の営造物

公の営造物とは、「国や公共団体が直接に公の目的に供している有体物」をいう。つまり、国や自治体が国民に対して提供する施設などを意味しており、無体財産や人は含まない。本来、「営造物（Anstalt）」とは、人的・物的要素の複合体を意味しているが、国賠法２条の解釈では、物的要素だけを考えれば十分である。

条文を読めばわかるとおり、「公の営造物」には、人工公物（**道路、**官舎、学校建物、公園の遊具）だけでなく、自然公物（**河川**、湖沼、海浜）も含まれる（⇔民法 717 条の「土地の工作物」には、自然公物は含まれない）。しかし、人工公物の場合は、供用開始行為により供用が始まるのだから、供用開始の時点で一定の安全性が求められるのに対して、自然公物の場合は、自然の状態ですでに公共の用に供されており、防災対策（河川の堤防整備）などを通じて徐々に安全性を高めていくべきものなので、瑕疵の判断基準に相違が生じ得る（後述、河川と道路の差異）。

不動産だけでなく、動産（パトカーなどの公用自動車、けん銃）も、「公の営造物」に含まれる。

＊　**大阪高判昭和 62 年 11 月 27 日判時 1275 号 62 頁**

【事案】警察官Ａがけん銃を持ち出し、知人Ｂを射殺した。

【判旨】「本件において、けん銃保管のための保管箱が右営造物に該（あた）るものと解されるのみならず、本件けん銃はそれ自体動産であるが、本来的に人身等を殺傷する用に供されるために作製されたいわゆる性質上の兇器であり、しかもその威力は強大で、一旦使用されると相手に容易に致命傷を与える高度の危険性を持つ武器であるから、これもまた右営造物に該ると解される。」

⑶　設置・管理の瑕疵

設置・管理の瑕疵にかかるリーディングケースが、**高知落石判決（最判昭和 45 年８月 20 日民集 24 巻９号 1268 頁・百選Ⅱ235）**である。その内容を整理してみよう。

①　営造物の設置・管理の瑕疵とは、「通常有すべき安全性」をいう。

②　国賠法２条に基づく国・公共団体の賠償責任は、無過失責任である。これを指して、「国賠法１条が過失責任主義をとっているのに対して、国賠法２条は無過失責任を認めている」と表現されることがある。

③　道路に防護柵を設置するとしたら、相当多額の予算がかかるものの、それによって道路事故の損害賠償責任を免れる言い訳にはできない（予算抗弁の排斥）。

２．設置・管理の瑕疵（①通常有すべき安全性、②無過失責任、③予算抗弁の排斥）に関する理論の発展

⑴　「通常有すべき安全性」とは？

「通常有すべき安全性」が欠けているとされる典型例は、営造物に本来の用法を妨げるような致命的欠陥が含まれている場合である。いくつか典型例を挙げてみよう。

- 道路に穴が空いており、自動車の通行に支障をきたす場合（最判昭和 40 年４月 16 日判時 405 号９頁）。
- 道路に設置した安全のための防護柵が部分的に欠けていたり、非常に脆くて壊れやすい場合。
- 機械の故障により、交通信号が消えていた場合。

Q.　Ｙ市の設置した道路の防護柵に後ろ向きで腰かけて遊んでいた子どもＸが、転落してけがをした。これは本来の用法に属しない異常な行動で生じた事故である。この場合、防護柵は「通常有すべき安全性」を欠いていたといえるか？

→　判例・学説では、被害者の本来の用法に属しない異常な行動によって事故が生じたような場合には、設置・管理の瑕疵を認めない見解が多数である。

＊　**道路柵後ろ向き腰かけ転落事件（最判昭和 53 年７月４日民集 32 巻５号 809 頁）**

「国家賠償法２条１項にいう営造物の設置又は管理に瑕疵があったとみられるかどうかは、当該営造物の構造、用法、場所的環境及び利用状況等諸般の事情を総合考慮して具体的個別的に判断すべきものであるところ、前記事実関係に照らすと、本件防護柵は、本件道路を通行する人や車が誤って転落するのを防止するためにＹによって設置されたものであり、その材質、高さその他その構造に徴し、通行時における転落防止の目的からみればその安全性に欠けるところがないものというべく、Ｘの転落事故は、同人が当時危険性の判断能力に乏しい６歳の幼児であったとしても、本件道路及び防護柵の設置管理者であるＹにおいて通常予測することのできない行動に起因するものであっ

たということができる。したがって、右営造物につき本来それが具有すべき安全性に欠けるところがあったとはいえず、Xのしたような通常の用法に即しない行動の結果生じた事故につき、Yはその設置管理者としての責任を負うべき理由はない」
＊　**テニスコート審判台落下事件（最判平成５年３月 30 日民集 47 巻４号 3226 頁・百選Ⅱ240）**

＊　最新の安全設備はいつまでに導入すべきか？　＊
＊　**点字ブロック未設置転落事件（最判昭和 61 年３月 25 日民集 40 巻２号 472 頁・百選Ⅱ239）**
Q.　これは 40 年前の事件なので点字ブロックが話題となったが、現在、駅のホームで「通常有すべき安全性」を担保する設備としては、どんなものが考えられるだろう？

⑵　無過失責任

国賠法１条が明文で故意・過失の存在を要件としているのに対して、国賠法２条では営造物の設置・管理の瑕疵があれば損害賠償責任が認められる建前になっており、これを「無過失責任」ということがある。しかし、いかなる場合でも常に、国が損害賠償責任を負うわけではない。

高知落石事件でも、事故が不可抗力に基づく場合や回避可能性のない場合には、免責の余地が認められていたことに注意したい。国賠法２条に関して、実質的に「過失責任」と類似した判断がされた事案がある（ただし、「無過失責任」の建前なので、「過失」と表現するのは注意深く避けて、「瑕疵」としている）。

最高裁は、直前の走行車が道路工事の標識板、バリケード、赤色灯標柱を倒したことにより、後続車が死亡事故を起こした事案では、「道路の安全性に欠如があったといわざるをえないが、時間的に被上告人（県）において遅滞なくこれを原状に復し道路を安全良好な状態に保つことは不可能で……道路管理に瑕疵がなかった」と述べて、道路管理者が対応する時間的余裕がなかったことを理由に瑕疵を否定し、損害賠償を認めなかった（**最判昭和 50 年６月 26 日民集 29 巻６号 851 頁**）。

他方で、87 時間にわたり故障車を道路上に放置していたことで事故が起きた事案では、瑕疵を肯定している（**最判昭和 50 年７月 25 日民集 29 巻６号 1136 頁・百選Ⅱ236**）。

⑶　予算抗弁の問題

高知落石事件において、最高裁は、道路管理の瑕疵に関しては予算抗弁が認められないとした。しかし、河川管理の瑕疵が問題となった水害訴訟では、これとは異なる判断が出されている。というのも、道路は、国・公共団体が造り出した人工公物であるから、危険を生み出した国等の責任を認める論理が立てやすい。これに対して、国家の設立以前から

自然のうちに存在する河川（自然公物）は、本来的に危険を伴うものであり、国が財政的・技術的・社会的制約を踏まえつつ、事後的に危険に対処してゆくべきと考えられているからである。

そのために、河川管理に関しては、国賠責任が認められにくい傾向にある。改修途上の河川の未改修部分から水が溢れ出した事案につき、**大東水害判決（最判昭和 59 年１月 26 日民集 38 巻２号 53 頁・百選Ⅱ237）**は、河川の管理に内在する財政的、技術的、社会的諸制約にかんがみれば、「すべての河川について通常予測し、かつ、回避しうるあらゆる水害を未然に防止するに足りる治水施設を完備するには、相応の期間を必要とし、未改修河川又は改修の不十分な河川の安全性としては、右諸制約のもとで一般に施行されてきた治水事業による河川の改修、整備の過程に対応するいわば過渡的な安全性をもって足りるものとせざるをえない」として、国賠請求を棄却している。

これに対して、改修の完了した河川で起きた水害にかかる**多摩川水害判決（最判平成２年 12 月 13 日民集 44 巻９号 1186 頁・百選Ⅱ238）**では、「その改修、整備がされた段階において想定された洪水から、当時の防災技術の水準に照らして通常予測し、かつ、回避し得る水害を未然に防止するに足りる安全性を備えるべき」とも判示されている。このように最高裁は、未改修なのか、それとも改修が完了しているのかで、国の負うべき責任は異なると考えているようである。

３．供用関連瑕疵

空港や道路といった公の営造物については、利用者である旅客やドライバーが通常の使用をしているうちに、施設利用者以外の第三者（多くは周辺住民）に騒音や振動などの被害が発生することがある。こうした場合を指して、空港や道路に「供用関連瑕疵（機能的瑕疵）がある」という。

供用関連瑕疵は、「通常有すべき安全性」を欠くものとして、国賠法２条の「設置・管理の瑕疵」に含まれる。ゆえに、施設の利用者にとっては瑕疵がなくとも、国・公共団体は、被害を受けた周辺住民に対して損害賠償をしなければならない。

このことは、**大阪空港訴訟（最大判昭和 56 年 12 月 16 日民集 35 巻 10 号 1369 頁・百選Ⅱ241）**以来、判例でも広く認められてきており、施設の発する騒音や振動により受ける被害をめぐり周辺住民が提起する公害訴訟の際に、重要な判断基準となっている。

＊　この他、大阪空港訴訟では、①空港供用の民事差止めの可否、②将来の給付を求める訴えの可否が争われている。

＊　**国道 43 号線訴訟（最判平成７年７月７日民集 49 巻７号 1870・2599 頁）**

【事案】大阪と神戸を結ぶ国道 43 号線は、交通量の増大・大型車の乗り入れがひどく、騒音・振動による睡眠障害や排気ガスによる疾病を沿道住民に引き起こした。そこで周辺住民が、道路の管理者である国と阪神高速道路公団に対して、損害賠償を請求した。

【判旨】請求認容

「国家賠償法２条１項にいう営造物の設置又は管理の瑕疵とは、営造物が通常有すべき安全性を欠いている状態、すなわち他人に危害を及ぼす危険性のある状態をいうのであるが、これには営造物が供用目的に沿って利用されることとの関連においてその利用者以外の第三者に対して危害を生ぜしめる危険性がある場合をも含むものであり、営造物の設置・管理者において、このような危険性のある営造物を利用に供し、その結果周辺住民に社会生活上受忍すべき限度を超える被害が生じた場合には、原則として同項の規定に基づく責任を免れることができないものと解すべきである……。」

＊　受忍限度論　＊

騒音、振動、悪臭といった生活環境上の侵害に関して損害賠償の請求が認められるためには、被害者において我慢の限界（受忍限度）を超えた被害が認められることを要するという考え方。よく考えてみればわかるが、われわれは自然界で生活する中で、常に一定程度の騒音や振動、においに取り囲まれている。そのために、（神経過敏な人には気の毒だけれど）通常一般人の感覚においてやむをえない程度までは、騒音、振動、悪臭も我慢しなければならない。しかし、侵害が我慢の限界（受忍限度）を超えてしまった場合には（この境界の値を閾値（いきち）という）、損害賠償の請求が認められるのである。

第 14･15 回　損失補償、国家補償の谷間、救済の限界

１．損失補償概説

⑴　定義

損失補償とは、国・公共団体が、①適法な公権力の行使により、財産権が侵害され、②特別の犠牲が生じた者に対して、公平の見地から全体の負担において金銭でその損失を補填することをいう。

① 国家賠償が違法な行政活動に起因する損害の補てんを意味するのに対し、損失補償は、適法な行政活動に起因する損失の補てんを意味する。
② その背後には、社会全体の利益のために特別の犠牲を払った者には、公平の観点からその損失を補償すべきであるとの考え方がある。

⑵　損失補償の憲法上の根拠（憲法 29 条３項）

損失補償の根拠は、憲法 29 条にある。同条１項は、不可侵の人権として、国民の財産権を保障している。しかし、鉄道・道路といった公共施設の建設のために、どうしても国民の土地・家屋などの大切な財産を収用しなければならない局面は存在する。そんなとき、大切な財産を収用されてしまう人は、一般公共の利益のために特別な（財産的）犠牲を払ったものとして、国家財政から補償を受けることができるのである。

Q1. もし、憲法 29 条１項の財産権保障条項だけが存在しており、同条３項が存在しなかったら、公共工事は適切に実施できるだろうか？
Q2. もし、憲法 29 条に該当するきまりが全体として存在しない国が存在するとしたら、社会のしくみはどうなるだろうか？
＊　実は、世界には一定程度、このような国々がある（あった）。

⑶　損失補償の法律上の根拠

損失補償に関する一般法は存在しない。そこで、土地収用法 68 条以下や、消防法 29 条３項といった個別の法律によって、損失補償をすべきことが定められている。具体的な法律のしくみから、イメージをつかんでみよう。

⇔　国家賠償については、（憲法 17 条を受けて）国家賠償法が制定されている。

§　**土地収用法（昭和 26 年法律第 219 号）**
（損失を保障すべき者）
第 68 条　土地を収用し、又は使用することに因って土地所有者及び関係人が受ける損失は、起業者が補償しなければならない。
（損失補償の方法）
第 70 条　損失の補償は、金銭をもってするものとする。……

（土地等に対する補償金の額）
第 71 条　収用する土地又はその土地に関する所有権以外の権利に対する補償金の額は、近傍類地の取引価格等を考慮して算定した事業の認定の告示の時における相当な価格に、権利取得裁決の時までの物価の変動に応ずる修正率を乗じて得た額とする。
（残地補償）
第 74 条　同一の土地所有者に属する一団の土地の一部を収用し、又は使用することに因って、残地の価格が減じ、その他残地に関して損失が生ずるときは、その損失を補償しなければならない。
２　略
（工事の費用の補償）
第 75 条　同一の土地所有者に属する一団の土地の一部を収用し、又は使用することに因って、残地に通路、みぞ、かき、さくその他の工作物の新築、改築、増築若しくは修繕又は盛土若しくは切土をする必要が生ずるときは、これに要する費用を補償しなければならない。（＊みぞ・かき補償）
（残地収用の請求権）
第 76 条　同一の土地所有者に属する一団の土地の一部を収用することに因って、残地を従来利用していた目的に供することが著しく困難となるときは、土地所有者は、その全部の収用を請求することができる。
２～３　略

＊　土地収用法のしくみ　＊

公共の利益となる事業に必要な土地の所有権を強制的に移転することを、土地収用という。土地収用の手続と、その際に元々の所有権者が受ける損失の補償について定めた法律が、土地収用法である。

道路、鉄道、電気通信、ガス、水道といった公共の利益にかかわる事業が、収用適格事業として認定される（同法３条）。この事業を行う者を起業者という（同法８条１項）。起業者は、事業認定（同法 16 条）を受けることで、事業の遂行にとって必要な土地の所有権その他の利用権を収用または使用することが可能になる（同法５条など）。

ただし、具体的に土地を収用するためには、収用裁決が必要である。起業者は、事業認定の告示があった日から１年以内に、都道府県の収用委員会に収用の裁決を申請する（同法 39 条）。収用裁決は、権利取得裁決（同法 48 条）または明渡裁決（同法 49 条）のかたちをとる。土地の収用により土地所有者が受ける損失は、起業者が補償しなければならない（同法 68 条）。土地収用は土地所有者の意思にかかわらず強制的に行われるため、これを**強制収用**とよぶ。

※　なお、収用委員会（行政）が行った損失補償に関する裁決に不満がある場合、当事

者は、行政を相手とするのではなく、他方の当事者を被告として訴えを提起することになる（同法 133 条３項――形式的当事者訴訟）。

※　実際には、強制収用まで至る前に、起業者と土地所有者との間での売買契約が成立することがほとんどである。これを**任意買収**という。実務上、任意買収は、昭和 37 年に閣議決定された「公共用地の取得に伴う損失補償基準要綱」に従って行われる。

(4)　個別法に補償規定が置かれていない場合の対処

補償をすべきであるにもかかわらず、個別法に補償規定が置かれていない場合、裁判所はどのように判断すべきか。

(a)　**違憲無効説**　法律は補償規定を欠く欠陥法律であるから、法律を違憲無効にする。

(b)　**直接請求容認説**　法律を違憲無効にせず、憲法 29 条３項を直接の根拠とする補償請求を認める（**名取川砂利採取事件：最大判昭和 43 年 11 月 27 日刑集 22 巻 12 号 1402 頁・百選Ⅱ252**）。

このように、(b)説の立場から、憲法 29 条３項にもとづき直接の補償請求を認める方が、財産的利益を失った人からすれば好ましいとも思える（なお、裁判所に訴える場合、行訴法４条の実質的当事者訴訟となる）。

しかし、個別法に補償規定が置かれていないということは、立法者である国会が、補償規定は必要がないと考えて、あえて置かなかったのだとも考えられる。損失補償は、国民の税金を財源として行われる。ならば、裁判所が個別の事例ごとに判断を下すのではなく、(a)説のように、法律を違憲無効にして、あらためて国会の立法的な対応を求めるというのも、１つのやり方ではある。

２．補償の要否

(1)　「特別の犠牲」

補償をすべきかどうか（補償の要否）は、「**特別の犠牲**」に当たるか否かで判断される。これは、一般公共の利益のために誰か特定（範囲）の個人が財産的な損失を被った場合を指す。「特別の犠牲」を払った人がいた場合、その人が被った損失を補償しないと、公平の理念に反する。補償の要否は、具体的には、①侵害行為の特殊性、②侵害行為の強度、③侵害行為の目的といった様々な要素の総合判断により決せられる。

Q1.　「アベノミクス」政策をうけて日銀が通貨を大量発行したことにより、急激なインフレーションが進行した。この場合、（外国と比較すると）個々の国民の有する資産の価値は暴落するが、損失の補償は必要だろうか？

Q2.　戦前のわが国には、大陸（朝鮮・満州）に渡り、多くの財産を投じて商売をしていた人たちがいた。しかし、敗戦により、これらの在外資産は事実上または法的に外国に接収されてしまった。これらの資産について、損失の補償は必要だろうか？

＊**最大判昭和** 43 **年** 11 **月** 27 **日民集** 22 **巻** 12 **号** 2808 **頁・百選**Ⅱ254

⑵　財産権に内在する制約（内在的制約）

しかし、ある人が享受していた財産的利益が、もともと財産権に内在する制約であった場合には、補償は不要である（**奈良県ため池条例事件**：**最大判昭和** 38 **年６月** 26 **日刑集** 17 **巻５号** 521 **頁・百選**Ⅱ251）。たとえば、爆発物、武器、毒物等の危険物のように、厳しい要件の下に所有することが認められているものを思い浮かべるとよい。

内在的制約の論理は、具体的な事例と結び付けて考える必要がある。**ガソリンタンク事件**（**最判昭和** 58 **年２月** 18 **日民集** 37 **巻１号** 59 **頁・百選**Ⅱ247）と**中央卸売市場事件**（**最判昭和** 49 **年２月５日民集** 28 **巻１号１頁・百選**Ⅰ90）は、学説でも争いがある判断のむずかしい事例である。

＊　破壊消防　＊

現に燃えているか延焼のおそれのある建物は、消防活動で補償なしに破壊することが許される（消防法 29 条１項、２項）。燃焼中の建物・延焼のおそれのある建物については、その財産権は内在的に制約されるために、保障が及ばない。

⇔　これに対して、延焼のおそれのない建物を、人命救助や消火活動の効率性などを理由に破壊する場合には、補償が必要である（同条３項）。

＊　**最判昭和** 47 **年５月** 30 **日民集** 26 **巻４号** 851 **頁・百選**Ⅱ246

§　消防法（昭和 23 年法律第 186 号）

第 29 条　消防吏員又は消防団員は、消火若しくは延焼の防止又は人命の救助のために必要があるときは、火災が発生せんとし、又は発生した消防対象物及びこれらのものの在る土地を使用し、処分し又はその使用を制限することができる。

２　消防長……は、火勢、気象の状況その他周囲の事情から合理的に判断して延焼防止のためやむを得ないと認めるときは、延焼のおそれがある消防対象物及びこれらのものの在る土地を使用し、処分し又はその使用を制限することができる。

３　消防長……は、消火若しくは延焼の防止又は人命の救助のために緊急の必要があるときは、前２項に規定する消防対象物及び土地以外の消防対象物及び土地を使用し、処分し又はその使用を制限することができる。この場合においては、そのために損害を受けた者からその損失の補償の要求があるときは、時価により、その損失を補償するものとする。

＊　２項は損失補償なしに消防対象物を破壊することを許す規定であり、日常の感覚では違和感を覚えるかもしれないが、これは昔の家屋を想定している。

３．補償の水準

⑴　完全補償説と相当補償説

損失補償の水準（いかなる基準に基づいて、補償額を算定するか）に関しては、完全補償説と相当補償説の対立がある。

(a)　**完全補償説**　生じた損失を市場価格により算定して完全に補うことのできる補償額が必要である。
(b)　**相当補償説**　合理的な理由があれば、市場価格を下回る社会通念上相当な補償額でも許容される。

(2)　農地改革と判例

最高裁は、戦後の**農地改革**において大量の所有地を手放すことになった地主に対する補償が争われた事案の中で、憲法にいう正当な補償とは、その当時の経済状態において成立することが考えられる価格に基づき「合理的に算出された相当な額をいう」として、相当補償説を採用している（**最大判昭和 28 年 12 月 23 日民集 7 巻 13 号 1523 頁・百選Ⅱ248**）。

しかし現在では、この判決は農地改革のような究極的な状況に限定される、非常に特殊なケースとして理解されている（ただし、公務員試験などでは、現在でも「最高裁の判例は相当補償説を採用している」という選択肢が正解として扱われることがある）。

＊　農地改革　＊

地主による大土地所有が日本の近代化・民主化を阻んできた要因であるとして、戦後 GHQ の主導で大規模に行われた改革。自作農創設特別措置法にもとづき、政府が地主から土地を非常に安い価格で買い取り、小作農に売り渡した。これによって自作農を中心とする戦後農業の根幹が形成されたといわれる。学説では、農地改革によりようやく新憲法を受け容れる素地が整ったのであり、農地改革そのものには日本国憲法の財産権保障は及ばないといった理由から、最高裁判決の結論を支持するものが大勢である。

(3)　土地収用法と判例・立法

土地収用法の解釈においては、**最判昭和 48 年 10 月 18 日民集 27 巻９号 1210 頁・百選Ⅱ250** が、完全補償説を採用することを明言している。土地収用法にかぎらず、現在の行政実務は、完全補償説で動いているといってよい。

土地収用法に関しては、権利対価補償のみならず、みぞかき補償（同法 75 条）、移転料補償（同法 77 条）、その他、離作料、営業上の損失、建物の移転による賃貸料の損失その他土地を収用し、または使用することによって土地所有者・関係人が通常受ける損失を補償することとしている。これらを、**通損補償**とよぶ。

通損補償に対して、住み慣れた土地の移転を余儀なくされる人々が生活再建に要する費用まで含めて補償することを、**生活権補償**という。行政実務は、生活権補償の要否は政策的な判断に委ねられているとして、特別な立法がない限り生活権補償までは必要ないという考え方が主流のようである（学説には、生活権補償も「通常受ける損失」に含まれると

するものがある)。生活権補償を定めた立法例としては、ダム建設の場合の立ち退きについて規定した水源地域対策特別措置法８条がある。

§　水源地域対策特別措置法（昭和 48 年法律第 118 号）
（生活再建のための措置）
第８条　関係行政機関の長、関係地方公共団体、指定ダム等を建設する者及び整備事業を実施する者は、指定ダム等の建設又は整備事業の実施に伴い生活の基礎を失うこととなる者について、次に掲げる生活再建のための措置が実施されることを必要とするときは、その者の申出に基づき、協力して、当該生活再建のための措置のあっせんに努めるものとする。
　１号　宅地、開発して農地とすることが適当な土地その他の土地の取得に関すること。
　２号　住宅、店舗その他の建物の取得に関すること。
　３号　職業の紹介、指導又は訓練に関すること。
　４号　他に適当な土地がなかつたため環境が著しく不良な土地に住居を移した場合における環境の整備に関すること。

４．国家補償の谷間

⑴　国家補償の谷間とは？

国家賠償：行政活動が違法で故意・過失があるとき（違法・有過失）の財産侵害の救済

Q.　違法・無過失であるときはどうなるの？？？　→　国家補償の谷間

損失補償：行政活動が適法であるときの財産侵害の救済

⑵　予防接種禍

この問題が意識されるようになったのは、**予防接種禍**においてである。予防接種では、どんなに気を付けて制度を構築しても、どうしても 10 万人に２～３人のレベルで重篤な副作用が生じてしまう。この場合、行政に過失があるとはいえない。また生命・身体の損害であって財産の損害ではないため、そのままでは損失補償の対象にはならない。救済が必要であることは確かなので、そのための論理構成が争われることになる。

＊　予防接種禍　＊

人類の歴史は、感染症との闘いであったといっても過言ではない。1796 年、ジェンナーによって種痘（天然痘の予防接種）が実用化されると、19 世紀には、パストゥール（狂犬病ウイルス)、コッホ（炭疽菌、結核菌、コレラ菌)、北里柴三郎（破傷風菌、ペスト菌)、志賀潔（赤痢菌）らの活躍で次々と病原体が突き止められ、予防接種が行われるようになった。ポリオ、麻疹・風疹、結核（BCG)、インフルエンザ等の予防接種

は、われわれの生活にも深く浸透している。
　予防接種では、弱い病原体を人体に注射することで抗体をつくるワクチンが用いられる。ところが、稀に禁忌者とよばれる人がいて、ワクチンに対し重篤な副作用を生じてしまうことがある（予防接種禍）。現在の医学水準では、完全に副作用を予見することはきわめて困難である（予見可能性がないので、理論上、過失が認められない）。

⑶　さまざまな解決策

①　国家賠償からのアプローチ

　過失の認定をゆるやかにして（あるいは過失の存在を推定するなどして、立証責任を国の側に負わせることで）、国家賠償を認めやすくすべきだという考え方。
⇔（批判）事実上の無過失責任を認めるのに等しく、不法行為法の原則である過失責任主義との均衡が図られない。
⇔（反論）行政の組織的な過失を問題にするだけで、無過失責任を認めるわけではない。

＊　**東京高判平成４年 12 月 18 日高民集 45 巻３号 212 頁**
　「予防接種は時に重篤な副反応が生ずるおそれがあるもので、危険を伴うものであり、その危険をなくすためには事前に医師が予診を十分にして、禁忌者を的確に識別・除外する体制を作る必要がある。厚生大臣としては、右の趣旨に沿った具体的施策を立案し、それに沿って省令等を制定し、……接種担当医師や国民を対象に予防接種の副反応や禁忌について周知を図るなどの措置をとる義務があったものというべきである。」として、厚生大臣の過失を肯定し、国の責任を認めた。

②　損失補償からのアプローチ

　適法な行政活動ですら損失補償されるのだから、もちろん違法な行政活動の場合は損失補償がなされて然るべきという立場。予防接種禍に関していえば、財産の侵害についてすら損失補償がなされるのだから、より重要な生命・身体の侵害についてはもちろん損失補償がなされるべきと考える〔**勿論解釈**〕。
⇔（批判）損失補償さえなされれば生命・身体の侵害を認めるということになりかねない。
⇔（反論）そんなことまでは言っていない。

＊　**東京地判昭和 59 年５月 18 日判時 1118 号 28 頁**
　「憲法 13 条後段、25 条１項の趣旨に照らせば、財産上特別の犠牲が課せられた場合と生命、身体に対し特別の犠牲が課せられた場合とで、後者の方を不利に扱うことが許されるとする合理的理由は全くない。従って、生命、身体に対し特別の犠牲が課せられた場合においても、右憲法 29 条３項を類推適用し、かかる犠牲を強いられた者は、直接憲法 29 条３項に基づき、被告国に対し正当な補償を請求することができる」と述べて、損失補償を認めた。〔しかし、平成４年東京高判で、この理論構成は破棄された。〕

⑷　政策的な課題

予防接種禍への対応は、政策的に大きな課題を残した。裁判では、国家賠償からのアプローチにより、国の過失と違法性を認めて、被害者に損害賠償を支払うという決着がなされた（前掲平成４年東京高判など）。しかし、強制接種のしくみを採用すると、どうしても10 万人に数人のレベルで重篤な副作用が生じてしまう。そのたびごとに行政が過失・違法を追及されるのは、大きな負担である。そこで行政としては、事後的に過失・違法を追及されることをおそれて、予防接種の強制をとりやめることになった。以後、予防接種は、強制接種から勧奨接種へ、そして現在の任意接種へと変更されてきた。

しかし、任意接種とされた結果、現在、幼いころに予防接種を受けてこなかった若い世代に「はしか」や「風疹」が再び流行するという事態を招いている。はしかや風疹の再流行によって健康を失う人の数と、予防接種により不可避的に発生してしまう 10 万人に数人の重篤な患者と、どちらの数が多いのだろうか？　終局的には医学の発展により予防接種の副作用を消すことができれば云うことはないのだが、よく考えてみる必要があろう。

５．救済の限界

⑴　戦争損害

第二次世界大戦の戦争損害に関しては、「特別の犠牲」には該当しないことを理由に、損失補償は認められていない（国家賠償に関しては、新憲法・国賠法の制定前であり、認められない）。連合国による在外資産の接収をめぐり、この点が争われた（**最大判昭和 43 年 11 月 27 日民集 22 巻 12 号 2808 頁・百選Ⅱ254**）。なお、在外資産の接収に関しては、一部について立法的救済が図られている。

§　引揚者給付金等支給法（昭和 32 年法律第 109 号）

（定義）

第２条　この法律において「引揚者」とは、次に掲げる者をいう。

　第１号　昭和 20 年８月 15 日まで引き続き６箇月以上本邦以外の地域（以下「外地」という。）に生活の本拠を有していた者……で、終戦に伴って発生した事態に基く外国官憲の命令、生活手段の喪失等のやむをえない理由により同日以後本邦に引き揚げたもの

　第２号～第５号　略

２　略

（認定）

第３条　引揚者給付金又は遺族給付金を受ける権利の認定は、これを受けようとする者の請求に基いて、厚生労働大臣が行う。

（引揚者給付金の支給）

第４条　引揚者で、昭和 32 年４月１日……において日本の国籍を有するものには、引

揚者給付金を支給する。
（引揚者給付金の額及び記名国債の交付）
第５条　引揚者給付金の額は、引揚者の昭和 20 年８月 15 日における年齢により定めた次の表の額とし、記名国債をもって交付する。
＊　年齢／引揚者給付金の額 ……50 歳以上／28,000 円、30 歳以上 50 歳未満／20,000 円、18 歳以上 30 歳未満／15,000 円、18 歳未満／7,000 円

また、旧原爆医療法は、社会保障立法ではあるが、「特殊の戦争被害について戦争遂行主体であった国が自らの責任によりその救済をはかるという一面をも有するものであり、その点では実質的に国家補償的配慮が制度の根底にある」とされている（**最判昭和 53 年３月 30 日民集 32 巻２号 435 頁・百選Ⅱ255**）。現在の**被爆者援護法**（平成６年法律第 117 号）前文にも、「我らは、原子爆弾の惨禍が繰り返されることのないよう、恒久の平和を念願するとともに、国の責任において、原子爆弾の投下の結果として生じた放射能に起因する健康被害が他の戦争被害とは異なる特殊の被害であることにかんがみ、高齢化の進行している被爆者に対する保健、医療及び福祉にわたる総合的な援護対策を講じ、あわせて、国として原子爆弾による死没者の尊い犠牲を銘記するため、この法律を制定する」と謳われている。

Q1.　本来であれば、原爆で被った損害の補償は、原爆を投下したアメリカ合衆国に対して請求するのが筋であるが、なぜそのようなしくみが採られていないのだろうか。
Q2.　東京大空襲で焼け出された人や戦後の貧困で苦しんだ人と、被爆者との間で、いかなる要素が異なるのだろうか。

⑵　自然災害と国家補償の境界

自然災害は、原則として国家補償の範囲外である。それは、①そもそも行政活動が介在していないからである。また、戦争損害と同様に、②自然災害は国民が等しく損害を分かち合うべきだからでもある。しかし、自然災害と公務員の人的ミス（国賠１条）・公の営造物の物的ミス（国賠２条）が相まって、大きな被害が生じることがある。先述した落石訴訟や水害訴訟などは、その典型的な局面である。そもそも水害は豪雨がなければ発生しないので、自然災害について国家賠償責任が生じる局面である。また、落石事故もそれ自体は自然災害にほかならない。