

Title	不作為に対する救済
Author(s)	野呂, 充
Citation	公法研究. 71 P.174-P.184
Issue Date	2009-10-10
Text Version	publisher
URL	<a href="http://hdl.handle.net/11094/3184">http://hdl.handle.net/11094/3184</a>
DOI	
rights	
Note	

*Osaka University Knowledge Archive : OUKA*

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

Osaka University

## 不作為に対する救済

はじめに

国家活動の不作為は、立法・司法・行政のそれぞれについて考えられ、また、不作為に対する救済手段は、不作為を解消させるための一次的救済手段と、不作為によって生じた損害の賠償を求めるための二次的救済手段とに区別することができる。本稿は、多様な不作為のうち、行政機関による規制権限の不行使と国会による立法の不作為を対象とする。その理由は、第一に、これらが、一次的救済手段の利用可能性および二次的救済における実体的救済要件において、従来、他の不作為にはない困難さを有していたこと、第二に、しかしながら、これらの点につき、最近の立法や判例において、注目すべき動きが見られることである。

一 行政活動の不作為（特に規制権限不行使）に対する救済

野呂 充

(1) 規制権限の不行使に対する国家賠償請求訴訟  
ア 違法性判断の方法に関する学説・判例の概観

規制権限の不行使を理由とする国家賠償の問題が注目を集めるようになったのは、一九七〇年代半ば以降のことである。規制権限の不行使を違法と判断することの障害であった行政便宜主義の克服に重要な役割を果たしたのは、原田尚彦の裁量権収縮論であった。今日から見たこの理論の特徴として以下の点を挙げることができる。第一に、ドイツの義務付け訴訟に関する理論を参照したものであって、抗告訴訟における作為義務と国家賠償請求訴訟（以下「国賠訴訟」という）における作為義務とが、ある程度連続性をもって把握されていたこと、第二に、五つないし四つの固定された要件によって不作為の違法性を判断する一部の裁判例の傾向と結びついた

こと、第三に、作為と不作為とが峻別され、規制権限の不行使はきわめて例外的な場合にのみ違法になるとされてきたことである。

裁量権収縮論を批判した下山瑛二の健康権説や、その後の学説の多くは、以上の三点を修正して救済を拡大しようとする傾向を有していた。例えば、第一の点について、国家賠償法（以下「国賠法」という）上の違法を行政庁の権限行使そのものの違法よりも広く解すべきとする見解<sup>③</sup>、第二の点について、被侵害法益の違いや三面関係か二面関係かの違いに応じて要件を緩和しようとする見解<sup>④</sup>、第三の点について、作為と不作為との区別の相対化を通じて厳格な要件の緩和を試みるとともに、従来の判断方法は特定の時点における特定の行為にかかる不作為の違法性を判断するというものであったとして、これについても見直しを求める見解がある。

最高裁が、宅建業法事件にかかる平成元年一月二四日判決<sup>⑤</sup>以降の一連の判例によって確立した立場は、前述の三つの点についていずれも裁量権収縮論と異なるが、そのベクトルは、むしろ不作為の違法の判断基準を厳格化する方向を向いていたようにも思われる。第一の点についていえば、国賠法上の違法性が、被害者との関係における公務員の職務義務違反としてとらえられており、判例は、このような意味での違法性を一般に抗告訴訟における違法性よりも狭く解する傾向がある。第二の点については、具体的な要件を列挙すること  
を避け、法の趣旨目的や個別事案の様々な事情を考慮して違

法性を判断するという立場が示されているが、その帰結として、宅建業法事件やクロキン事件<sup>⑦</sup>の最高裁判決は、行政指導による対処をしていたことなど、権限行使が義務化する上で消極的に作用する事情をも重視して不作為の違法性を否定している。第三の点については、「著しく合理性を欠く」という、裁量権の積極的濫用にも通じる表現が用いられているが、近年最高裁が国の責任を認めた二判決<sup>⑧</sup>以前においては、裁量処分について極めて広範な裁量を尊重する審査方式を持ち込む媒介になっていたようにも思われる。

もつとも、判例が、行政指導による対処を考慮に入れて違法性を判断する点は、規制権限の行使以外のインフォーマルな対応に視野を広げるものとして積極的に評価する余地があるかもしれない。確かに、情報提供、行政指導などを、行政機関がフォーマルな規制権限を有しない場合にもとるべき措置として義務づけることには意味があるろう。しかし、宅建業法事件のように、行政機関が行使しうる規制権限を行使せず行政指導にとどめて損害を発生させたケースにおいては、実効的な損害防止措置がとられなかったことを正当化するという意味合いが強くなる。行政指導すら行わないという怠慢があったとしても、行政指導の不作為と損害との間の因果関係は必ずしも認められないからである。

また、判例が一般的要件を定立せずに違法性判断をする点については、判断過程がブラックボックス化するという批判がある<sup>⑨</sup>。要件を固定することが不適切ないし不可能である

としても、典型的な要件や考慮要素を、それらの相互の關係に注意しつつ、また、事案ごとの柔軟な判断を可能にする形で具体化するよう努めることは必要であろう。そこで、従来の学説・判例を手がかりに、具体的な要件のあり方を検討してみたい。

#### イ 違法性判断の具体的要件のあり方

不作為の違法の要件を具体的に示した先駆的な裁判例である東京スモン訴訟第一審判決は、①危険の存在、②予見可能性、③結果回避可能性、④補充性、⑤期待可能性を核心としつつ①から③までの要件を加重した五要件を定立した。これらのうち、①から④までの要件は、内容が明確であり、それらの必要性についても、どの程度厳しく要求するかもともかくあまり争いが無い。これに対し、⑤の期待可能性要件はその内容が一定しておらず、国民の期待と解する裁判例もあるが、違法性の要件としては妥当でないであろう。他方、東京スモン訴訟第一審判決のように、被害者による期待が社会的に容認され得ることとすると、具体的内容は不明確である。この要件の必要性について、学説においては、④の補充性要件もここに吸収させてこの要件を重視する四要件説がスタンダード化しつつあるが、不要説もある。判例は分かれているが、最高裁がこの要件を明示したことはなく、民法学や刑法学において不作為による不法行為や不作為が論じられるときにも、同様の要件は用いられていない。この「期待」という概念を国賠法上の不作為責任論に導入したのは、村重慶一

のようである。村重は、刑法の不作為犯に関する当時の学説を参照して「期待」という概念を用いたのであるが、その後の刑法学においては、期待に反するとは不作為の違法の比喩にすぎないと批判され、今日、不作為犯を論ずるための概念としては用いられていない。

では、不作為の違法の各要件を、どのように位置づけるべきであろうか。まず、不作為の違法の要件の中には、不法行為一般について不可欠な要件（必要条件）と、作為義務を成立させるために加重される、不作為責任に固有の要素（充分条件）とがあり、両者は性質の異なるものとして区別する必要があると思われる。必要条件は、①から③までの要件のうち通常の不法行為においても必要な部分であり、これらは一つでも欠けると責任が認められない。他方、充分条件にあたるのは、①から③までの要件のうち通常の不法行為より加重される部分や④の要件であるが、これらは、要件というより、作為義務の成立を判断するために総合的に考慮されるべき事項であろう。被害者の期待可能性という要件は、その抽象的・包括的性格に鑑みると、被害者との關係で作為義務が成立すること、すなわち、充分条件が満たされることの言い換えではないかと思われるが、それを、「期待」という主観的な概念で表現することが妥当かどうか、現実の期待との混同のおそれ、さらに、今日の刑法学においては「期待」という概念のこのような用法はほとんど見られず、かつ、刑法学における期待可能性理論と紛らわしい、といった問題があるよ

うに思われる。

十分条件として総合考慮されるべき要素は、五要件説によつて明示されたものにとどまらないため、この部分を具体化することが特に重要である。そのような観点からすると、筑豊じん肺訴訟および熊本水俣病関西訴訟にかかる最高裁の両判決も、ある程度具体的な要件を示しているようにも見えるが、明確に読み取れるのは「必要条件」のみであり、「十分条件」については具体的事実認定によつておのずと語らしめるという方法がとられている。したがつて、ブラックボックスは解消されておらず、十分条件を具体化することが、学説の課題となる。そこで、従来の判例を手がかりに、考慮されるべき要素を挙げてみよう。第一は、法の趣旨・目的である。しかし、ここでの法の解釈は、侵害される利益の性質・程度との間で、いわば視線を往復させながら行われるべきである。そこで、第二の要素として、関係する諸利益が挙げられる。規制権限を行使しないことによつて侵害される利益の性質・程度およびそれが侵害される蓋然性の程度が特に重要であるが、それに対抗する利益として、規制を受ける者の利益、さらに、規制が公益に及ぼす影響も考慮の対象となるであろう。クロロキン事件においては規制対象となる薬品の効用が、また、宅建業法事件においては他の被害者の救済への影響が考慮されている。第三は、行政機関による対処の容易さや規制手段の選択の余地であり、予見の容易さ、権限行使の容易さ、規制権限の行使以外にとりうる適切な手段の有

無などが考えられる。行政資源の適切な配分という観点もここで考慮されるであろう。第四に、被害者が自ら損害を回避しうる可能性を挙げることができる。もつとも、特に生命・身体の重大な被害が問題になつてくるような場合には、国の責任の割合を減ずる要素にとどめるべきとも考えられる。第五は、先行行為の有無であり、国が自ら危険の原因を生ぜしめた場合には、原因を除去しないことが作為による加害に等しくなるため、不作為の違法を認めることが容易になる。これらの要素をさらに具体化し、また、相互の関係を明らかにすることが必要であるが、本稿では、最近の注目すべき判決について若干の検討を行うにとどめる。

#### ウ 最近の判例・訴訟の検討

国の責任が認められた筑豊じん肺訴訟、熊本水俣病関西訴訟の事案は、事業活動によつて生命・身体への重大な被害が大規模に生じたものであり、最高裁は、国民の生命・健康の保護を目的とする規制権限は適時かつ適切に行使されるべきであるという強い表現を用いている。また、熊本水俣病関西訴訟において、最高裁が、被害の重大性に加え、そのような状況の継続という時間的要素も考慮して、健康の保持を直接の目的としない漁業調整規則に基づく規制権限の不行使を違法と判断していることが目を引く。現在第一審係属中の大阪泉南アスベスト国賠訴訟においても、アスベストが大気汚染防止法による規制対象になる前の時期について、労働安全衛生法規に基づく規制権限を十分行使しておれば、法律の直接

的保護対象とされていなかった周辺住民の被害も防げたとして、規制権限不行使の違法が問われている。ここでも、保護範囲を法律の直接の目的によって限定すべきではないであろう。

他方、経済的取引による被害については、従来違法性が認められることはまれであった。その理由として、この種の被害については通常は被害者が自ら対処可能であるとされることや、直接の加害者への賠償請求によって事後的回復が可能であることが考えられる。もともと豊田商事事件<sup>②①</sup>においては、被害者が自ら対処することが困難であったとされたにもかかわらず国の責任が否定されているが、最近、大和都市管財事件<sup>②②</sup>および佐賀商工共済協同組合事件<sup>②③</sup>において、取引上の被害について国家賠償責任を認める下級審の判断が現れており、注目される。これらの事件の共通の事情として、被害者が直接の加害者である事業者の経営状態を知って自ら損害を回避することが困難であったこと、また、不作為の違法が問われている規制権限が事業者の経営状態に関わるものであり、当該権限を行使せずに事業を継続させて新たな被害が発生した場合には被害者が事業者から賠償を得られなくなる事態が予想できたこと、を挙げることができる。

## (2) 非申請型義務付け訴訟と国賠訴訟

### ア 従来の学説と行政事件訴訟法改正の影響

これまでの学説・判例は、義務付け訴訟と最も親和性のある裁量権収縮論を含めて、義務付け訴訟と国賠訴訟とは不

作為の違法の判断基準が異なることを強調してきたように思われる。その理由として考えられるのは、将来に向かつての権限行使の義務付けか事後的な金銭賠償か、という訴訟の性格の違いに加え、行政事件訴訟法（以下「行訴法」という）の二〇〇四年改正前には、第一次的判断権の理論や反射的利益論により、義務付け訴訟による救済がきわめて困難であったことから、少なくとも国賠訴訟では救済すべきという実践的意図が働いたことである。しかしながら、行訴法改正によって義務付け訴訟が法定化され、また、原告適格も拡大傾向にある今日、義務付け訴訟と国賠訴訟との共通性を探る素地ができたのではないか。また、義務付け訴訟には、被害を未然に防止し得るというメリットがあり、さらに、国賠訴訟についてディープロケットに責任追及が集中する虞が指摘されているが、義務付け訴訟にはそのようなデメリットもないため、積極的な活用が期待される。

従来規制権限不行使の違法性を判断する際に考慮されてきた諸要素の多くは、義務付け訴訟においても、特に効果裁量の統制に際して考慮されることになると思われるが、義務付け訴訟と国賠訴訟との間で、なおどのような違いが生じうるかを検討してみたい。

### イ 改正行訴法の下での義務付け訴訟と不作為国賠訴訟

まず、国賠訴訟において不可欠な、予見可能性という主観的要件は、義務付け訴訟においては必ずしも必要でなく、口頭弁論終結時に危険の存在が認定されればよいであろう。し

かし、損害がすでに発生している国賠訴訟と比べて、義務付け訴訟においては立証が困難になる可能性も指摘されている。もつとも、一定の物質や薬品について、海外で危険性の警告があつたり使用が禁止されたりした後においても、当時の知見のレベルを根拠に国の責任が否定されるケースも少なくなく、仮に当時において義務付け訴訟で争うことができたならば、原告の立証次第で異なる結論が出る可能性もある。

反射的利益論ないし法の保護範囲に関しては、従来、抗告訴訟レベルにおいては反射的利益とされるような利益も、国賠訴訟においては保護対象とされてきた、という違いがある。例えば、漁業調整規則に基づく権限や宅建業法上の監督権限の行使について、事前に抗告訴訟の提起が認められるということは考えにくいところである。もつとも、このような違いは、訴訟が用いられる局面の違いによって生じているようにも思われる。つまり、熊本水保病関西訴訟において、漁業調整規則の直接的な保護対象でない利益も反射的利益とされたのは、被害の重大性もさることながら、被害者が事前の訴訟で救済を求めることが事実上考えられなかったからではないかと思われる。また、規制権限の不行使によって損害を被る可能性のある者が不特定多数者である場合、損害発生前においては抗告訴訟の原告適格を認めることが困難であるが、損害が特定の者に現実化した段階では、国賠法上救済すべき利益として扱うことが可能になることがある。

次に、行訴法が定める訴訟要件について検討しよう。まず、

「重大な損害」が訴訟要件とされていることが、非申請型義務付け訴訟の特徴である。これは、申請権のない者が義務付け請求を認める要件として設けられたものとされるが、例えば、出生届があつた場合の住民票の記載のように法律で一義的に義務付けられた職権による授益処分を行政機関が行わないうような場合にまで、そのような要件が必要か、という疑問が残る。また、規制権限不行使型の義務付け訴訟に「重大な損害」要件を課すことについても、許認可の第三者が取消訴訟を提起する場合とのアンバランスがある。従来の一義的な考え方は、許認可が第三者保護のための要件に違反して行われた場合には、第三者の利益の積極的「侵害」があつたとみなせるため、規制権限の不行使とは異なる、というものである。しかし、許認可を、その名宛人が本来自由になし得る活動を制限することによって、第三者を保護する制度としてとらえると、規制権限の行使との違いはわずかである。とりわけ、許認可制度とその実効性を担保するための監督処分の制度について両者を本質的に異なるものとする根拠は乏しいと思われる。また、両者の違いを強調する場合、規制緩和によつて事前規制が事後規制に移行了した場合の権利保護レベルの切り下げが懸念される。「重大な損害」要件を無視することはできないにしても、厳格で固定的なハードルにならないよう、法令の趣旨・目的や、違法状態が放置されている疑いの大きさなどを考慮して、柔軟に運用すべきであろう。さらに、このような柔軟な判断方法は、本案審理との役割分担と

いう観点からも適切であると思われる。なぜなら、原告適格の判断においても微妙なケースでは侵害される利益の性質や程度が重視されることを考えると、それを越えた「重大な損害」を求めるならば、本家で審理する内容があまり残らないのではないかと、とも思われるからである。また、規制権限行使を理由にする国賠訴訟でも、侵害される利益の性質・程度は重視されるが、侵害される利益と規制される者の利益などの諸要素の総合衡量は、本案審理で行うのが適当であると思われる。<sup>(4)</sup>

補充性要件に関しては、直接の加害者に対する民事訴訟が可能であっても義務付け訴訟の提起が妨げられないことについては争いが無い。他方、国賠訴訟においては、発生した損害の公平な負担という観点が入るため、直接の加害者に対する民事訴訟によって損害を回避できた場合には国家賠償責任は認められないという指摘がある。したがって、この点で違いが出てくる可能性があるが、義務付け訴訟においても、本家では民事訴訟による損害回避可能性が考慮される可能性は否定できない。なお、いずれにせよ、国が抗告訴訟レベルで規制権限行使の義務を負う場合には、損害発生に寄与したものと解すべきであり、被害者がそれ以外の方法で被害を回避できた可能性があったとしても、その容易さに応じて国の賠償責任の割合を減じる要素として処理することも可能であろう。

## 二 立法不作為に対する救済

### (1) 国賠訴訟における立法不作為の違法性

ア 在宅投票制度廃止訴訟から在外国民選挙権訴訟へ  
立法不作為の国賠法上の違法性判断基準を検討するうえで第一に参照されるべきは、在宅投票制度廃止事件と在外国民選挙権事件<sup>(3)</sup>にかかる最高裁判決である。両判決は、立法内容ないし不作為の違憲性と国賠法上の違法とを区別するという点では同じ立場に立つが、以下のような違いがある。第一に、前者においては、制度の廃止と制度を復活させないことの両者が加害行為とされていたためか、国賠法上違法になる例として示されたものが、事実上作為にのみ妥当するものであった。これに対し、後者では、絶対的不作為を含む不作為に妥当する基準が付加されている。第二に、前者における「国会があえて当該立法を行う」という主観的要素は、後者では示されておらず、基準が客観化されている。第三に、その客観的基準が、「憲法の一義的文言に違反」というという厳しいものから違憲状態の明白性へと緩和された。

なお、在外国民選挙権事件では、立法不作為の違法につき、「正当な理由なく長期にわたってこれを怠る」という基準が付加されている。これは、主観的な要件のようにも見えるが、議員定数不均衡違憲判決や在外国民選挙権事件の最高裁判決においては、国賠違法ではない客観的な違憲性判断にも期間の要素が入っていることに、注意すべきである。これらの事



件は、法律の制定ないし改正後に生じた事情による後発的な違憲状態が解消されていないことについて違憲判断がなされたものであることを考えると、新たな事情について国会による討議ないし何らかの判断を行う機会を十分に与えた上でなければ法律の違憲判断をすべきでないという、いわば国会の「第一次的判断権」の尊重とでもいふべき考慮があるのではないかと思われる。もつとも、最近の国籍法違憲訴訟にかかると最高裁判決は、後発的違憲のケースであっても期間の要素に明示的に触れておらず、検討を要する。

イ 立法内容の違憲性と国賠違法の区別に関する最近の説について

立法内容ないし不作為の違憲性と国賠違法との差はかなり縮まったとはいえ、なお区別は維持されており、これを批判する学説も有力である。もつとも、最近、この区別に積極的意味を与えようとする注目すべき見解が現れている。

一つは、「国賠で立法行為の憲法適合性を問いうるとすれば、精神的損害を訴えることにより全ての立法の違憲審査が可能となり、『実質的に抽象的違憲審査を認めることになつてしまわないか』という虞れ」があるから、裁判所は、裁量判断としていつ憲法判断をなすのが適当であるか考慮する必要がある、という青井未帆の見解である。憲法訴訟論の見地からの斬新な指摘であるが、同様の問題は、立法行為以外の国家活動(例えば首相の宗教活動)についても生じうるから、立法行為についてのみ国賠法上の違法性を限定する判例の立

場とは違いがある。また、抽象的違憲審査を制限するためであれば、法的保護利益性や因果関係をチェックして、そこをクリアしない訴えについてはそれ以外の実体的判断をしない、という方法をとつてもよいのではないかと思われる。

もう一つは、新正幸<sup>②③</sup>、大石和彦<sup>②④</sup>、神橋一彦<sup>②⑤</sup>の見解であり、各論者の説くところは異なるが、大まかにいうと、権限規範と行為規範との区別論を前提に、基本権は立法機関との関係では権限規範であるにとどまり、国会議員の立法行為に係る行為規範をただちに想定することはできない、とするものである。基礎理論的考察に基づく明晰な分析であるが、いわゆる基本権保護義務論に見られるように、基本権の法的性格についてはなお議論の余地があるし、公務員の憲法尊重擁護義務の法的意味をも視野に入れつつ、さらに検討を進める余地があるとと思われる。

## (2) 国賠訴訟以外の救済手段の可能性

ア 法律の一部違憲無効を前提とする権利・地位の確認  
在外国民選挙権訴訟においては、法律が憲法上の権利を行使しうる地位を与えていない場合、少なくとも、一般的に地位を認めたらうえでそれを一部制限するというような構造になつているときは、制限する部分を違憲無効として、権利を行使しうる地位を確認することによる救済が可能であることが明らかにされた。もつとも、国籍法違憲訴訟において改めが争点化したように、このような一部違憲無効の判決は、場合によっては裁判所が立法をするに等しくなる、という批判

がある。また、山本隆司は、在外選挙制度創設前の公職選挙法などを例にとつて、法律が違憲状態であるとしても、地位の積極的確認にまで至ると立法裁量を侵害する場合があるの  
で、「原告の法的地位を侵害する点で法令の規定が違法(ママ)であること」の消極的確認にとどめ、拘束力にしたがった立法を求め、という方法を原則形態とすべきであると論じている<sup>①</sup>。当事者訴訟を処分するやうに直しを求め、立法ないしその不作為を直接攻撃するやうな訴訟が十分確立していないもとは、地位の確認による救済をできるだけ柔軟に認めていくのも一つの方策はないかと思われる。その際には、当該権利の重要性や救済の必要性、部分的に違憲無効とした場合における法律の体系的整合性の有無、違憲状態を解消するための立法のやり直しがなされた場合にも同様の権利が実現される蓋然性などを総合的に考慮して許容性を判断すべきであろう。

イ 法律の一部違憲無効を前提とする地位の確認では救済できない場合

法律の一部違憲無効による救済が困難である場合、他に、違憲状態を宣言して請求を棄却するという方法もありうるが、事件の解決にとつて不可欠でない違憲判断が許容されるか、という問題もある。他方、国籍法違憲判決における藤田宙靖裁判官の意見が主張する法律の合憲的補充解釈という方法はない、一部違憲無効の判決以上に立法権との抵触の可能性をほらむが、特に、一定のカテゴリーに属する者について、立法者が、

利益や地位を付与する要件から意図的に除外しており、これが平等原則に違反するような場合においては、立法者がすでに下したマイナスの判断を裁判所が打ち消してプラスをもたらしうものと考えれば、このような救済方法を正当化しやすであろう<sup>②</sup>。

さらに、絶対的不作為についても用いうる手段として、社会権の実現に係わる学説を嚆矢として論じられてきた立法不作為の違憲確認訴訟が、在外国民選挙権訴訟で立法不作為による国家賠償が認められたことを契機に再び注目を浴びている。権力分立の観点などからそもそもこうした訴訟が許容されるのか、という問題もあるが、国賠訴訟で救済の対象となりうる地位について一次的救済手段の不存在という事態はできるだけ避けるべきであるし、選挙権の救済については、金銭賠償という方法を用いることについて存する難点も回避することができ、訴訟形式としては、不作為の違法確認訴訟ないし義務付け訴訟との類似性から無名抗告訴訟と解することでもできようが、立法を「行政庁の公権力の行使」(行訴法三条一項)とみなすことに無理があるとするれば、当事者訴訟を用いることも一案であろう。当事者訴訟を用いる場合、原則として法律関係にひきなおす必要があるが、立法裁量を尊重しても一定の憲法上の権利の行使を認める以外の選択肢がない場合には、確認の対象を緩やかに解して、立法のために必要な合理的期間の経過後に権利を行使しうる地位を有することの確認を求め、ということも考えられてよいであろう。

利益や地位を付与する要件から意図的に除外しており、これが平等原則に違反するような場合においては、立法者がすでに下したマイナスの判断を裁判所が打ち消してプラスをもたらしうものと考えれば、このような救済方法を正当化しやすであろう<sup>②</sup>。

- (1) 代表的著作として、原田尚彦・行政責任と国民の権利(弘文堂、一九七九)。
- (2) 下山瑛二・健康権と国の法的責任―薬品・食品行政を中心とする考察―(岩波書店、一九七九)。
- (3) このことを不作為の違法について論じる学説として、佐藤英善「食品・薬品公害をめぐる国の責任」(2)法時五一巻七号七一頁以下(一九七九)、三橋良士明「不作為にかかわる賠償責任」雄川一郎他編・現代行政法体系第六巻(有斐閣、一九八三)一六五頁以下、原野題「行政権限の不行使と行政救済」杉村敏正編・行政救済法? (有斐閣、一九九二)二〇四頁以下〔原野題・現代国家と公共企業法(法律文化社、二〇〇二)所収〕を参照。
- (4) 阿部泰隆「行政の危険防止責任その後」(一)判評二六九号(判時一〇〇一号)一四三頁(一九八二)、芝池義一「公権力の行使と国家賠償責任」杉村編・前掲注(3)一二〇頁以下を参照。
- (5) 桑原勇進「いわゆる行政の危険防止責任について―基本権保護義務の立場からの試論」東海法学一八号一八頁以下(一九九七)、山本隆司「金山直樹「判批」法協一二三巻六号一一〇七頁以下(二〇〇五)〔山本隆司執筆〕を参照。
- (6) 民集四三巻一〇号一一六九頁。
- (7) 最判平成七年六月三日民集四九巻六号一六〇〇頁。
- (8) 最判平成一六年一〇月一日民集五八巻七号一八〇二頁(熊本水保病関西訴訟)、最判平成一六年四月二七日民集五八巻四号一〇三二頁(筑豊じん肺訴訟)。
- (9) 阿部泰隆「裁量取締論の擁護と水保病国家賠償責任再論」淡路剛久「寺西俊一編・公害環境法理論の新たな展開(日本評論社、一九九七)一三六頁を参照。
- (10) 東京地判昭和五三年八月三日判時八九九号四八頁。
- (11) 大阪地判平成五年一〇月六日判時一五二二号四四頁。
- (12) 芝池義一・行政救済法講義(有斐閣、第三版、二〇〇六)二一六頁注三を参照。
- (13) 遠藤博也「危険管理責任における不作為の違法要件の検討」北法三六巻一一二号四六三頁以下(一九八五)、宇賀克也「規制権限の不行使に関する国家賠償」判タ八三三三三頁以下(一九九四)、古城誠「権限不行使と国家賠償責任」新・現代損害賠償法講座第四巻(日本評論社、一九九七)二八二頁以下を参照。
- (14) 芝池・前掲注(12)。また、桑原・前掲注(5)二五頁も参照。
- (15) 村重慶一「国家賠償法における不作為の作為義務―創立十五周年記念論文集上巻(司法研修所、一九六二)一〇三頁(村重慶一・国家賠償研究ノート(判例タイムズ社、一九九六)所収)を参照。
- (16) 阿部純二「不作為は行為か」藤木英雄編「刑法の争点(増補)(有斐閣、一九八四)三二二頁を参照。
- (17) 芝池・前掲注(12)二六〇頁は、(a)危険の存在、(b)対処の可能性、(c)対処の必要性を不作為の違法の判断枠組みとするが、(a)と(b)が本稿でいう必要条件、(c)が十分条件に概ね対応している。
- (18) 宇賀・前掲注(13)四四頁以下は、宅建業法事件以前に最高裁が不作為の違法を認めた事例につき、いずれも純粹の不作為事例とはいえないと指摘する。
- (19) 西壁章・注解法律学全集7 国家補償法(青林書院、一九七七)一〇六頁を参照。
- (20) 最判平成一四年九月二六日税資二五二号順号九二〇五。
- (21) 大阪地判平成一九年六月六日判時一九七四号三頁、大阪高判平成二〇年九月二六日(TKC法律情報データベースLEX/DBインターネット【文献番号】二五二二〇九六八)。
- (22) 佐賀地判平成一九年六月二三日判時一九七八号五三頁。
- (23) 阿部泰隆・国家補償法(有斐閣、一九八八)一八二頁を参照。
- (24) この点については、宇賀克也「行政介入請求権と危険管理責任」磯部力他編・行政法の新構想Ⅲ 行政救済法(有斐閣、二〇〇八)二七一頁以下も参照。

- (25) 北村和生「行政権限不行使に対する司法救済」ジュリ一三一〇号四〇頁(二〇〇六)を参照。
- (26) 山本隆司・行政上の主観法と法関係(有斐閣、二〇〇〇)三五八頁を参照。
- (27) 小林久起・司法制度改革概説3 行政事件訴訟法(商事法務、二〇〇四)一六一頁を参照。
- (28) 高木光・行政訴訟論(有斐閣、二〇〇五)二二九頁以下は、このことを、原田尚彦の先駆的指摘に触れながら強調する。
- (29) ただし、この点については慎重な見解もある。小早川光郎他「鼎談」行政訴訟検討会の「考え方」をめぐって」ジュリ一二六三号二二頁(小早川発言)(二〇〇四)を参照。
- (30) 山本隆司「訴訟類型・行政行為・法関係」民商一三〇巻四〇五号六六二頁(二〇〇四)を参照。
- (31) 以上の点に関わるドイツの状況について、湊二郎「義務付け訴訟と裁量収縮」ドイツにおける公法上の隣人保護の一断面」鹿法四〇巻二号一四頁以下(二〇〇六)が有益である。
- (32) 阿部泰隆「行政訴訟改革論(有斐閣、一九九三)三四二頁を参照。
- (33) 最判昭和六〇年一月二二日民集三九巻七号一五二二頁。
- (34) 最大判平成一七年九月一四日民集五九巻七号二〇八七頁。
- (35) 最大判昭和五一年四月一四日民集三〇巻三号二二三頁など。
- (36) 最大判平成二〇年六月四日民集六二巻六号一三六七頁。
- (37) 青井未帆「選挙権の救済と国家賠償法」立法不作為の違憲を争う方法として」信法九号一〇頁(二〇〇七)。
- (38) 新正幸・憲法訴訟論(信山社、二〇〇八)三二六頁以下。
- (39) 大石和彦「立法不作為に対する司法審査」白鷺一四巻一号一七一頁以下(二〇〇七)。
- (40) 神橋一彦「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」立教七五号六七頁以下(二〇〇八)。
- (41) 山本隆司「時の問題 在外邦人選挙権最高裁大法廷判決の行政

法上の論点」法教三〇八号三〇頁(二〇〇六)を参照。  
 (42) この点については、笹田栄司「西ドイツにおける立法不作為理論の展開」九大法学四五号一頁以下(一九八三)による紹介が参考になる。