はしがき

本書は、令和７年度以降に国士舘大学で行った筆者の「行政作用法（基礎）」、「行政作用法（応用）」（いずれも半年）の講義で用いたレジュメを基に作成したものである。

当該レジュメを作成するに当たっては、

・初学者でも理解できるよう基本的な事項を網羅すること

・イメージが湧きやすいよう判例を多く扱うこと

を念頭に置いた。

また、筆者自身、他省庁等への出向を含め 30 年以上の警察官僚としての勤務経験を有しているため、こうした実務経験を活かし、学生にとって、「理論」だけでなく、将来携わることになるかもしれない「実務」に関する知識を得られるように努めた。

すなわち、筆者は、警察庁等勤務当時から、「理論と実務の架け橋」を築くことを目指していたが、大学教授という立場になっても、今までと違う立場から同じ目標に向かって努力していきたいと考えたものである。

大学における講義は、「警察行政法」ではなく、あくまで一般的な意味における「行政作用法」であったので、それに相応しい講義内容とした。ただ、「行政作用法」の世界においては、いまだ「警察権の限界」のように、現在においては必ずしも適当とは考えられない伝統的な理論が一部残存し、さらに、こうした理論に引きずられたとも考えられる、警察による不適切な権限の不行使に係る実例もあったところ、そうした問題点については、重点的に解説した。さらにその反対に、「規制行政の三面関係」のように、今後実務において一層の浸透を図るべき理論についても、重点的に解説した。

さらに、レジュメに基づく講義を行う過程で、学生からは様々な意見等が寄せられたが、こうした意見等を踏まえ、より分かりやすい講義とするために、当該レジュメをブラッシュアップして、一冊の本とすることとしたものである。

このような経緯を経て完成したのが本書であり、一次的には大学生に向けてのものである。しかし、「理論と実務の架け橋」の構築に向けて貢献したいという

筆者の長年の思いもあり、学者や行政の実務家等の多くの方々に本書に目を通していただき、御叱正を賜れば、筆者として、これにすぐる慶びはないところである。

なお、末尾ながら、本書の出版に当たり、多大なるご協力をいただいた株式会社大学教育出版佐藤守社長のほか、当方の日々の生活を支えてくれている妻・こづえ、長男・初、次男・卓、何かにつけ支援・協力を惜しまない実姉・藤村昌子、甥・藤村公輝、姪・藤村小町、義父・神戸泰高、義母・神戸絹子、病床に付しながら懸命に生きる姿を見せる実母・那須久子、さらに、人としての生き方を示してくれた亡き父・那須秀記の各位に謝意を表したい。これらの人の協力等なしには本書は決して完成することはなかったであろうことを、改めて申し上げたいと思うところである。

令和８年８月

那須　修

行政作用法

元警察官僚の大学教授が見た行政作用法

目　次

凡　例　vii

第1章　行政法とは …… 1
第1　「行政」とは何か　1
第2　行政法の定義と分類　6
第3　行政法の法源　7
＜参考＞警察実務上の問題　10

第2章　行政法の基本原理 …… 15
第1　「法律による行政の原理」　15
第2　行政法の一般原則　21
＜参考＞「警察権の限界論」について　36

第3章　行政上の法律関係 …… 41
第1　行政上の法律関係における適用法　41
第2　公物に関する法律関係　48

第4章　行政立法（行政基準） …… 57
第1　意　義　57
第2　法規命令　57
第3　行政規則　65

第5章　行政行為（行政処分、処分） …… 74
第1　行政行為の意義と分類　74
第2　行政行為の効力　81
第3　行政行為の瑕疵　85
第4　取消し・撤回　90
第5　附　款　95

第6章　行政裁量 …… 100
第1　意　義　100
第2　行政裁量の分類等　100
第3　裁量権の限界と司法審査等　111

第7章　行政調査 …… 118
第1　行政調査の分類　118
第2　行政調査手続をめぐる問題　124

第8章　行政上の義務履行確保等の手法 …… 130
第1　行政上の義務履行確保等の必要性　130
第2　司法的執行による行政上の義務の実現の可能性　131
第3　行政上の強制執行　133
第4　その他の義務履行確保等のための制度　137
第5　行政罰　139
第6　即時強制（即時執行）　141

第9章　行政指導 …… 146
第1　意義と問題点　146
第2　分　類　146
第3　法律の根拠　147
第4　行政指導の争い方　151

第10章　行政契約 …… 157
第1　意　義　157
第2　行政の種別ごとの契約　157
第3　行政契約の履行確保　161
第4　事務の委託・民間委託等　162

第 11 章　行政計画 …… 164
第1　定義と分類　164
第2　行政計画の法的統制　164
第3　行政計画と救済制度　167

第 12 章　行政手続法 …… 171
第1　経緯と意義等　171
第2　目的等及び適用除外　171
第3　申請に対する処分　174
第4　不利益処分　175
第5　意見公募手続（パブリックコメント手続）　177
第6　その他　177

第 13 章　行政機関による情報の公開 …… 180
第1　経緯と意義等　180
第2　行政機関情報公開法　180

第 14 章　行政機関における個人情報の保護 …… 189
第1　経緯等　189
第2　個人情報保護法　189
＜参考＞令和８年個人情報保護法改正法　197

事項索引　202
判例索引　205

凡　例

※本書における法令等の内容は、いずれも令和８年４月１日現在のものとする。

法令の略称

火取法	火薬類取締法
感染症法	感染症の予防及び感染症の患者に対する医療に関する法律
災対法	災害対策基本法
行審法	行政不服審査法
行政機関政策評価法	行政機関が行う政策の評価に関する法律
行訴法	行政事件訴訟法
行手法	行政手続法
警職法	警察官職務執行法
刑訴法	刑事訴訟法
景品表示法	不当景品類及び不当表示防止法
建基法	建築基準法
公健法	公害健康被害の補償等に関する法律
国行組法	国家行政組織法
国賠法	国家賠償法
国公共済法	国家公務員共済組合法
国公法	国家公務員法
児虐法	児童虐待の防止等に関する法律
自治法	地方自治法
児福法	児童福祉法
車限令	車両制限令
精神保健福祉法	精神保健及び精神障害者福祉に関する法律
宅建業法	宅地建物取引業法
男女雇用機会均等法	雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保等に関する法律
探偵業法	探偵業の業務の適正化に関する法律

地方分権一括法	地方分権の推進を図るための関係法律の整備等に関する法律
道交法	道路交通法
特定商取引法	特定商取引に関する法律
独禁法	私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律
入管法	出入国管理及び難民認定法
廃棄物処理法	廃棄物の処理及び清掃に関する法律
風営法	風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律
振り込め詐欺救済法	犯罪利用預金口座等に係る資金による被害回復分配金の支払等に関する法律
暴対法	暴力団員による不当な行為の防止等に関する法律
補助金適正化法	補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律
墓地埋葬法	墓地、埋葬等に関する法律
PFI 法	民間資金等の活用による公共施設等の整備等の促進に関する法律

引用文献の略称

芦部・高橋（2023）	芦部信喜（著）・高橋和之（補訂）『憲法（第８版）』岩波書店、2023 年
池村（2025）	池村正道（編）『行政法（第５版）』弘文堂、2025 年
石井ほか（2021）	石井夏生利・曽我部真裕・森亮二（編著）『個人情報保護法コンメンタール』勁草書房、2021 年
伊藤ほか（2023）	伊藤建・大島義則・橋本博之『行政法解釈の技法』弘文堂、2023 年
稲葉ほか（2023）	稲葉馨・人見剛・村上裕章・前田雅子『行政法（第５版）』有斐閣、2023 年
宇賀（2023）	宇賀克也『行政法（第３版）』有斐閣、2023 年
宇賀Ⅰ（2023）	宇賀克也『行政法概説Ⅰ　行政法総論（第８版）』有斐閣、2023 年
櫻井・橋本（2025）	櫻井敬子・橋本博之『行政法（第７版）』弘文堂、2025 年
塩野Ⅰ（2024）	塩野宏『行政法Ⅰ（第６版補訂版）行政法総論』有斐閣、2024 年
高橋ほか（2023）	高橋滋・斎藤誠・上林進（編著）『条解行政情報関連三法－公文書管理法　行政機関情報公開法　個人情報保護法（第２版）』弘文堂、2023 年

田中（上）（1974）　田中二郎『新版行政法　上巻（全訂第２版）』弘文堂、1974 年
田中（下）（1983）　田中二郎『新版行政法　下巻（全訂第２版）』弘文堂、1983 年
田宮・河上（1993）　田宮裕・河上和雄（編）『大コンメンタール警察官職務執行法』青林書院、1993 年
田村（2007）　田村正博『今日における警察行政法の基本的な考え方』立花書房、2007 年
田村（2026）　田村正博『警察行政法解説（第３版補訂版）』東京法令出版、2026 年
西谷（2003）　西谷剛『実定行政計画法』、有斐閣、2003 年
藤田（2025）　藤田宙靖『第４版行政法Ⅰ（総論）』（青林書院、2005 年）
藤巻ほか（2021）　藤巻秀夫・小橋昇・前津榮健・木村恒隆『ベーシック行政法（第３版）』法律文化社、2021 年
宮田（1984）　宮田三郎『行政計画法』ぎょうせい、1984 年

判例集等

民　録　大審院民事判決録
民　集　最高裁判所民事判例集
刑　集　最高裁判所刑事判例集
裁集民　最高裁判所裁判集民事
裁集刑　最高裁判所裁判集刑事
高民集　高等裁判所民事判例集
高刑集　高等裁判所刑事判例集
下民集　下級裁判所民事裁判例集
行　集　行政事件裁判例集
訟　月　訟務月報
判　時　判例時報
判　タ　判例タイムズ
判　自　判例地方自治
法　セ　法学セミナー

第1章
行政法とは

第1　「行政」とは何か

1　控除説と権力分立の基となる考え方

「行政」の定義に関し、通説とされる控除説は、「行政とは、国家作用の中から立法作用と司法作用を除いたものである」とする[1]。

この控除説の基礎にある権力分立については、国家の諸作用を性質に応じて立法・行政・司法というように「区別」し、それを異なる機関に担当させるよう「分離」し、相互に「抑制と均衡」を保たせ、それによって国民の権利・自由を守る制度と考えられる[2]。

ただし、権力分立は、「伝統的」には、「権力が本質的に悪であり、放っておくと諸個人の自由を侵害する危険があるという発想」が前提となっており、そこから、強大な国家権力をいくつかに分割し、その分割された権力を相互に対立させ、その「抑制と均衡」を図ることで、諸個人の自由を可能な限り防御しようとしたものだとされる[3]。

これは、もともと、国家と社会との二元論に立脚し、国家は、社会の秩序を維持するために必要最小限の規制を課し、私人の権利を制限し、義務を課すことができることとする一方、国家による権限濫用（諸個人の自由の侵害）を防止すべく、行政活動を国民の代表から成る議会が制定する法律によって拘束し、違法な行政が行われた場合には裁判所が救済するとのシステムを保障するとした考え方にも通じるといえる。こうした考え方から、近代行政法は、防御権の体系であるといわれることがある[4]。

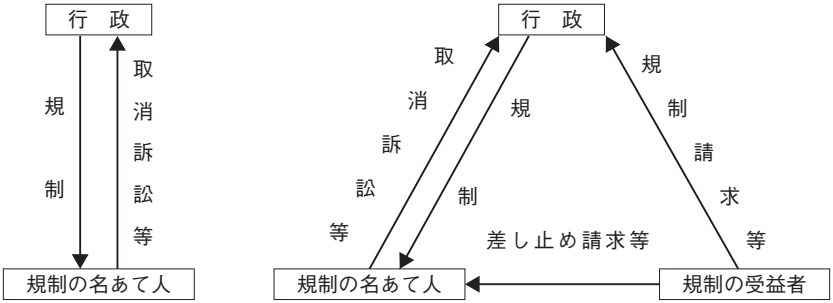
2　権力分立の基となる考え方に対する批判と判例

1は、もともと、市民革命後の近代国家における国家の役割を秩序維持等必要最小限なものに限定する「夜警国家」の考え方が基になっているといえる。

これに対し、20世紀に入ってからは、「市場の失敗」による貧富の格差拡大や過酷な労働条件に対して、国家が市場介入や弱者保護に尽くす給付国家・福祉国家の役割が求められるようになった。その後も国民へのサービスを提供する「給付行政」の比重が大きく増加しており、その意味において、国家を市民と対立する存在ととらえ、これを「悪」とする1の権力分立の前提に係る「伝統的な」理解の仕方に疑問を投げ掛ける見解もある。

さらに、近年においては、国民の権利や自由を制限する「規制行政」においても、「行政と規制の名あて人の二面関係に着目した行政法理論の不十分さが認識され、規制の受益者も含めた三面関係として理論を構築する必要性が認識されるようになった」（宇賀（2023）2頁）とされている。

その上で、宇賀（2023）3頁は、規制行政の二面関係と三面関係を次のような図で表している。



二　面　関　係　　三　面　関　係

宇賀（2023）29頁は、環境規制、安全規制等の領域において、「規制に消極的になることは、規制により利益を受ける者の期待に反し、これらの者の利益を損なうおそれがあるのである。行政と規制の名あて人との二面的関係のみを念頭において比例原則を適用すべきではなく、規制により利益を受ける者を含めた三面

関係において、規制権限の発動の是非について考えるべきという主張は、とりわけ食品公害、薬品公害事件の多発を契機として有力になった」とし、「従前は比例原則により、規制の名あて人との関係で過剰な規制を抑止する『過剰規制』がもっぱら問題とされたのに対し、三面関係においては、規制の受益者のために過少な規制を禁止する『過少規制』が唱えられることもある」とする。

実際、国や県による規制権限の不行使に対し、不作為による違法として、国賠法に基づく損害賠償請求（国賠請求）が認められた事案もある[5]。

判例　**国や県による規制権限の不行使に対し、国賠請求が認められた事案**

○　最判平16.10.15民集58巻7号1802頁「水俣病関西訴訟」

水俣湾周辺地域において、近隣工場の排水に含まれているメチル水銀化合物によって汚染された魚介類を摂取した住民が、水俣病に罹患し、多数の死傷者が出た。この事案に対し、多くの訴訟が提起されたが、その一つとして、事案発生後に関西方面に転居した罹患者及びその遺族等から、国及び熊本県に対し、近隣工場の排水を規制しなかったこと等が違法であるとの国賠訴訟が提起された。

本訴訟に関し、最高裁は、昭和34年11月末時点で、多数の水俣病患者が発生し、死亡者も相当数に上っていたこと、水俣病の原因物質がある種の有機水銀化合物であり、その排出源が特定の工場のアセトアルデヒド製造施設であることを高度の蓋然性をもって認識し得る状況にあったこと等の事情下において、

・　国においては、同年12月末までに、水俣病による深刻な健康被害の拡大防止のために、公共用水域の水質の保全に関する法律（当時）及び工場排水等の規制に関する法律（当時）に基づいて、指定水域の指定、水質基準及び特定施設の定めをし、上記製造施設からの工場排水についての処理方法の改善、同施設の使用の一時停止その他必要な措置を執ることを命ずるなどの規制権限を行使しなかったこと

・　熊本県においては、同年12月末までに、水俣病による深刻な健康被害の拡大防止のために、旧熊本県漁業調整規則に基づいて、上記製造施設からの工場排水につき除害に必要な設備の設置を命ずるなどの規制権限を行使しなかったこと

が、それぞれ、国賠法1条1項の適用上違法となるとし、国及び熊本県の損害

賠償責任を認めた。

また、次の判例のように、適正な規制措置等を講じなかった公務員が、刑事責任を負った事案も存在している。

判例　適正な規制措置等を講じなかった公務員が、刑事責任を負った事案

○　最決平 20.3.3 刑集 62 巻 4 号 567 頁「薬害エイズ厚生省ルート」

我が国においては、以前から、血友病患者の止血治療のため、外国由来の非加熱血液製剤が用いられてきた。しかし、米国において、血友病患者が HIV（ヒト免疫不全ウィルス）に感染し、エイズ（後天性免疫不全症候群）を発症する事例が相次いだため、厚生省薬務局生物製剤課（当時）の所管する血液研究事業の一環として設置された専門委からなるエイズ研究班及びその下に設けられた血液製剤小委員会等においてエイズ対策について検討がなされた。しかし、昭和 59 年 3 月の小委員会報告においても非加熱第 8 因子製剤に代わり得る有効な薬についての結論は得られなかった。

だが、昭和 59 年 5 月以降可能になった抗体検査により、米国では、血友病患者の HIV 感染率が高いのは HIV により汚染された非加熱第 8 因子製剤等の投与に原因があると認識された。

こうした状況を把握した厚生省薬務局生物製剤課 A 課長は、昭和 60 年 3 月下旬頃から HIV 非活性化効果が報告されていた加熱第 8 因子製剤の早期承認を図る方針を示し、同年 7 月には当該承認がなされ、さらに、同年 12 月には加熱第 9 因子製剤の輸入承認がなされ、翌年 1 月には α 社等製薬会社 2 社によって加熱第 9 因子製剤の販売が開始された。しかし、A 課長は、加熱第 9 因子製剤の供給が可能になった段階でも、上記 2 社に対し、非加熱第 9 因子製剤の販売中止や回収等をさせることはしなかった。

そうしている間、昭和 61 年 1 月から 2 月にかけ、α 社は非加熱第 9 因子製剤を販売し、同年 4 月に α 社が販売した非加熱第 9 因子製剤を投与された入院中の血友病患者 V が HIV に感染し、その後、エイズで死亡した。

この事案につき、最高裁は、A が、既に HIV 不活性効果が報告されていた加熱血液製剤の供給が可能であったにもかかわらず、厚生省薬務局生物製剤課長の

立場にありながら、製薬会社に対し非加熱血液製剤の販売中止や回収をさせたり、医師に対して同剤の不要不急の投与を控えさせたりするなどの必要な規制等の措置を講じなかったとして、同人を業務上過失致死罪で有罪とした。

なお、α社の幹部３名についても、別途、業務上過失致死罪の成立が認められた（大阪高判平 14.8.21 判時 1804 号 146 頁「薬害エイズミドリ十字ルート」）。

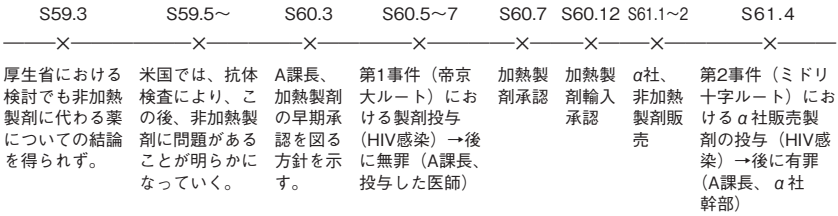
補足 「不作為による違法」に係る時期による判断の違い（「薬害エイズ厚生省ルート」を例に）

「薬害エイズ厚生省ルート」の裁判においては、エイズの解明が進む過程における、同一の公務員（厚生省薬務局生物製剤課 A 課長）の不作為による複数のエイズ発症事案につき、時期の違いにより、同人の刑事責任の有無が分かれる結果となった。

すなわち、A 課長は、上記のとおり、薬害エイズミドリ十字ルート（第２事件）に関連する事案では刑事責任が認められた。

しかしながら、その一方、HIV が混入しているおそれのある非加熱血液製剤について、厚生省が投与を控える指示等を出さなかったため、昭和 60 年５～７月に、大学病院において同製剤の投与を受けた入院患者が HIV に感染し、その後、エイズを発症して死亡した事案（第１事件）では、当時のエイズに対する認識、代替的手段等を考慮し、業務上過失致死罪の成立が否定され、A 課長は無罪とされた。また、第１事件で当該投与を行った医師も無罪とされた（東京地判平 13.3.28 判時 1763 号 17 頁「薬害エイズ帝京大ルート」）。

この時系列を表すと次のようになる。



３ 結 論

権力分立は、現在においても、国民主権と並び、統治機構の基本原理と考えら

れる[6]。また、現在の複雑、多岐にわたる行政活動にかんがみ、行政を積極的に定義することは事実上困難であり、行政の定義については、控除説が適当であると考えられる。

他方、市民の権利を制限し、義務を課す国家と市民という「伝統的」かつ単純な対立論、二元論は、必ずしも適当ではないと考えられる。

重要なことは、幅広い行政という分野において、行政活動の担い手としては、国民に対する権限の濫用を厳に慎むことは当然のこととして、単純な二元論に立つことなく、国民の権利利益を保護するために行使すべき権限を適正に行使し、かつ、権限の限界に関することも含め、国民に対する説明責任を果たすなど適正な行政を行うこと等によって、国民の権利利益を保護するとともに、行政を進めていく上で必要不可欠な国民の理解と信頼を確保することと考えられる。

第２　行政法の定義と分類

「行政法」という名称の法令は存在しない。

「行政法」の定義については、「行政の組織及び作用並びにその統制に関する国内公法」との説がある[7]。しかしながら、「公法」という概念を用いることが適切かという点については議論がある（第３章第１の１参照）。

今日、通説は、「行政法」を以下の３類型に分類している（①について「行政内部の法」、②について「行政外部の法」と呼称する説もある）。

① 行政組織法：行政の担い手の組織や任務に関する法。
例. 内閣法、国行組法、府や各省の設置法、自治法等

② 行政作用法：行政活動を具体的に根拠付け、行政活動を統制する法。国民の権利利益に深くかかわる。
例. 建基法、道交法、土地収用法、行政代執行法、行手法等

③ 行政救済法：行政活動によって権利や利益を損なわれた又は損なわれようとした私人を救済する法。私人の救済を通して行政を統制する。
例. 行審法、行訴法、国賠法等

第3　行政法の法源

法規範が存在する形式を法源という。

ここでは、行政機関や国民を拘束し、裁判において判断基準とされる「法」が、どのような形式で存在するかを見ていくこととする。

1　成文法源（文書の形で制定された法規範）

（1）憲　法

我が国において、行政法は憲法の定める基本的価値を具体化するもので、憲法の具体化法といわれることもある[8]。

憲法は、抽象的な指針にとどまらず、その規定に基づき、法律が制定される場合（憲法17条と国賠法）がある[9]。また、憲法29条3項について、直接同項を根拠として損失補償を請求する余地があるとした判例（最判昭43.11.27刑集22巻12号1402頁[10]）もある。

（2）条　約

条約は、国家間の法であり、国際法上の法形式である。憲法98条2項に基づき、締結された条約はそのまま国内法上の効力を有するとされ（受容方式）[11]、国内においては，憲法には劣位する[12]が、法律よりは優位とされる（通説）。

ただし、我が国においては、実務上は、条約上の義務の履行のために必要とされる法律（国内担保法）を完全に整備するよう努めるとの立法政策（完全担保主義）をとっており[13]、立法措置を待たずに国内で直接適用され得る自動執行条約と呼ばれる条約はごく限られている[14]。

（3）法　律

法律は、国権の最高機関であって、国の唯一の立法機関である国会（憲法41条）によって制定される[15]。

今日、国民の権利を制限し、義務を課すためには、法律という形式によらなければならないと考えられている。

（4）命　令

命令は、行政機関によって制定される。国会を国権の最高機関であって、国の

唯一の立法機関とする憲法41条下においては、法律に基づかない独立命令は許されず、法律の委任に基づく委任命令か法律を執行するための執行命令のみが認められている（第4章第2の1（2）参照）。

命令には、内閣が定める政令、内閣府の主任大臣としての内閣総理大臣が定める内閣府令、各省の大臣が定める省令等がある（政令は「○○法施行令」、内閣府令や省令等は「○○法施行規則」等の名称が多い）。また、内閣府や省に外局として置かれる委員会及び庁の長官が定める規則、会計検査院や人事院等が定める規則等もある[16]（第4章第2の1（1）参照）。

告示は、公の機関が意思決定又は事実を一般に公に知らせる形式であるが、その中には命令の性質をもつものもあるとされる（第4章第3の1（1）参照）。

一般に、（3）及び（4）を合わせて「法令」という。

（5）自主法（条例・規則）

条例は、地方議会によって制定される。法律の委任に基づくもの（委任条例）もあるが、こうした委任がなくとも、地方議会は法令に違反しない限りにおいて条例を制定することができる（憲法94条、自治法14条1項）。また、条例では、2年以下の拘禁刑、100万円以下の罰金、拘留、科料若しくは没収の刑又は5万円以下の過料を科する旨の規定を設けることができる（自治体14条3項）。

そのほか、地方公共団体の長が、その権限に属する事務に関し、法令に違反しない限りにおいて定める規則（自治法15条1項）、地方公共団体の委員会が、その権限に属する事務に関し、法律の定めるところにより、法令又は地方公共団体の条例若しくは規則に違反しない限りにおいて定める規則その他の規程（同法138条の4第2項等）がある。長の規則では、法令に特別の定めのあるものを除き、5万円以下の過料を定めることができる（同法15条2項）。

2　不文法源（文書とされていない法規範）

（1）慣習法

「公の秩序又は善良の風俗に反しない慣習は、法令の規定により認められたもの又は法令に規定されていない事項に関するものに限り、法律と同一の効力を有する」とされる（法の適用に関する通則法3条）。

行政法においても、慣習が法源として補充的な役割を果たすことがある。

例えば、法令は、公布されない限り、その効力は生じないが、公布は、昭和22年までは、勅令である公式令によって官報によることとされていた。憲法の施行と同時に同令は廃止されたが、その後も、長く官報によって公布する慣行が続いていた[17]。

これに関し、最判昭32.12.28刑集11巻14号3461頁「政令201号事件」は、事案発生当時、法令の公布は官報によってなされていたことから、「特に国家がこれに代わる他の適当な方法をもつて法令の公布を行うものであることが明らかな場合でない限りは、法令の公布は従前通り、官報をもつてせられるものと解するのが相当であつて、たとえ事実上法令の内容が一般国民の知りうる状態に置かれえたとしても、いまだ法令の公布があつたとすることはできない」として、昭和23年7月31日午後9時30分から45分に放送されたNHKラジオの全国ニュースで昭和23年政令201号の全文と同日施行の旨が放送されたとしても、同日に官報の印刷が終了しておらず、発送にも着手していなかった以上、同政令の公布があったとはいえない（そのため、同日時点では同政令の効力は発生していない）とした（同政令は、同日付官報号外に登載されたが、同号外の印刷は同年8月2日午前9時30分に完了した）。

（2）判例法

判例とは、裁判の先例である。判例法主義の英米では、判例の一般的な拘束力が認められているが、成文法主義の我が国では、判例は制度上の法源となってはいない。

しかし、ある法律問題に対する解決が出されると、将来同じ法律問題が生じたときには、裁判所はこれと同じ判断をする可能性が強い。これは、判例が統一性を保ち、かつ、みだりに変更されないことが法的安定性の見地から求められるからである。我が国の制度上も、最高裁判所が自己の判例を変更するためには、15人の裁判官で構成する大法廷で裁判をしなければならないとされている（裁判所法10条3号）。

（3）法の一般原則（条理）

法の一般原則（条理）は、行政法においても不文法源として重要な役割を果たしている。この例としては、法律による行政の原理、信義誠実の原則（信義則）、権利濫用禁止の原則、比例原則、平等原則、適正手続の原則等がある（第

２章第２参照)。

＜参考＞警察実務上の問題

規制行政の三面関係については、警察行政についても当てはまる[18]。

警察の規制権限の不行使に関し、不作為による違法として国家賠償責任が認められた事例としては、次のようなものがある。

○　最判昭 57.1.19 民集 36 巻 1 号 19 頁「大阪ナイフ一時保管懈怠事件」

飲食店 x の店長 X は、酒に酔って店内でナイフをちらつかせたりするなどして客に迷惑をかけた A を Y 府警察の警察署に連れていった。しかしながら、警察署にいた警察官は、特段の措置を講ずることなく A を帰宅させたところ、警察への通報を恨んだ A は再び x 店を訪れ、ナイフで X を刺し、X に重傷を負わせた。これに対し、X は Y 府を相手に国賠訴訟を提起した。

この事案で、最高裁は、次のように判示し、X の訴えを認めた。

「本件で、ナイフを携帯したまま帰宅することを許せば、帰宅途中右ナイフで他人の生命又は身体に危害を及ぼすおそれが著しい状況にあつたというべきであるから、同人に帰宅を許す以上少なくとも銃刀法 24 条の 2 第 2 項の規定により本件ナイフを提出させて一時保管の措置をとるべき義務があつたものと解するのが相当であつて、警察官が、かかる措置をとらなかつたことは、その職務上の義務に違背し違法である」。

○　最判昭 59.3.23 民集 38 巻 5 号 475 頁「新島漂着砲弾爆発事件」

終戦後、海中に大量に投棄された旧陸軍の砲弾類の一部が海浜に打ち上げられ、中学生らがそれをたき火の中に投入したところ、爆発して中学生等が死傷した事案につき、最高裁は、警職法 4 条 1 項に基づく危険防止のための措置を講ずる権限は、警察法 2 条で定められた責務を達成するために与えられた権限と解されるとした上で、「砲弾類を放置するときは、島民等の生命、身体の安全が確保されないことが相当の蓋然性をもつて予測されうる状況のもとにおいて、かかる状況を警察官が容易に知りうる場合には、警察官において右権限を適切に行使し、自ら又はこれを処分する権限・能力を有する機関に要請するなどして積極的

に砲弾類を回収するなどの措置を講じ、もつて砲弾類の爆発による人身事故等の発生を未然に防止することは、その職務上の義務でもある」として、警察官が必要な措置を採らなかったことは、国賠法上違法となる旨判示した。

○　東京高判平 17.1.26 判時 1891 号 3 頁「桶川事件」

女子大生Ｘは元交際相手のＰやＰの知人のＡらから嫌がらせその他の身体的・精神的攻撃を受けるなどしたため、Ｙ県警察に相談をした。しかしながら、警察が有効な措置を講じない間にＡらの攻撃はエスカレートし、Ｘの自宅付近にＸを中傷するビラを大量に撒くなどした。そして、最終的にＸはＡらによって殺害された。これに対し、Ｘの遺族らが、警察による捜査懈怠等の違法な権限不行使があったとして、Ｙ県を相手に国賠訴訟を提起した。

この事案で、高裁は、警察による犯罪捜査に関し、次のように判示した。

①　犯罪捜査は、事実関係を解明して、犯人を検挙し、適切な刑罰権を行使することによって、将来の犯罪の発生を予防するという公益を図るためのものであり、犯罪捜査に伴って犯罪による被害が回復されたり、将来の同種の犯罪が防止されたりすることによって犯罪の被害者等の特定の私人が受ける利益は、基本的には公益を図る過程で実現される事実上の利益であるにすぎない。

②　しかしながら、犯罪の予防、鎮圧及び捜査等公共の安全と秩序の維持に当たることが警察の責務であることからすると、ⅰ犯罪等の加害行為、特に国民の生命、身体、名誉等に対する加害行為が正に行われ又は行われる具体的な危険が切迫しており（＝危険の切迫性）、ⅱ警察官においてそのような状況であることを知り又は容易に知ることができ（＝予見可能性）、ⅲ警察官が上記危険除去のための警察権を行使することによって加害行為の結果を回避することが可能であり（＝回避可能性）、かつ、ⅳその行使が容易である（＝権限行使の容易性）ような場合においては、警察権の発動についての裁量の範囲を超えて、警察官が上記危険除去のための警察権を行使することにつき職務上の義務が生じることもあり得るものと解すべきである。

③　そして、警察官が上記職務上の作為義務に違背して警察権を行使しなかったことにより、犯罪行為等の招来を防止できず、国民の生命、身体、名誉等に被害を生じさせたような場合には、上記警察権の不行使が国賠法１条１項との

関係で違法な公権力の行使に該当し、損害賠償責任を負う場合もあり得るものというべきである。

その上で、東京高裁は、X を中傷するビラを大量に撒いた名誉毀損事件に対する捜査の不実施は、警察の捜査に対する期待と信頼を裏切ったとして、Y 県は損害賠償責任を負うとした（ただし、X の殺害に関しては、危害が切迫している状況を容易に知ることができたとすることは困難であるとして、予見可能性を否定し、損害賠償責任を否定した）。

また、東京高判平 19.3.28 判時 1968 号 9 頁「石橋事件」は、上記②ivについて「強制捜査権の行使にあっては法律上の要件を備えていること」とされたが、これは、一審判決の容易性の要件が、結果回避の容易さではなく、警察権行使の容易さとされたところ、その最大の障害は強制捜査に関する「法律上の制約」であると解されたことによるとみられる。

田村（2007）19 頁は、これらの事案を踏まえつつ、「国民は、自らの安全と、自らの社会生活の基盤を守るために、警察を設置し、権限を与え、税金によって警察を維持しています。警察は、その負託に全力でこたえなければなりません。不十分な権限行使に対しては、警察の在り方を問題視し、社会的非難を浴びせ、改善を求めるという一般市民としての行動がとられることになるのです。」としている。

注

1 そのほか、近代的行政について、「法のもとに法の規制を受けながら、現実具体的に国家目的の積極的実現をめざして行なわれる全体として統一性をもった継続的な形成的国家活動」と定義する説もある（田中（上）（1974）5 頁）
2 芦部・高橋（2023）311 頁
3 櫻井敬子・橋本博之『行政法（第 6 版）』弘文堂、2019 年、4 頁
4 宇賀（2023）2 頁
5 本文に掲げたもののほか、国による規制権限の不行使に対し、国賠請求が認められた事案としては、最判平 16.4.27 民集 58 巻 4 号 1032 頁「筑豊じん肺訴訟」や最判平 26.10.9 民集 68 巻 8 号 799 頁「泉南アスベスト訴訟」等がある（第 6 章第 2 の 3 参照）。
6 芦部・高橋（2023）311 頁

7　田中（上）（1974）24 頁

8　宇賀（2023）3 頁

9　大日本帝国憲法下では、「国家無答責の法理」により、国家の権力的行為によって国民に損害が発生しても、国が国民に対して責任を負うことはなかった（ただし、国家の権力的行為によらない場合、例えば、市立小学校の遊動円棒が腐っていたため小学生が死亡した事案では、民法 717 条に基づいて市に損害賠償責任が認められた（大判大 5.6.1 民録 22 輯 1088 頁「徳島遊動円棒事件」））。

その後、憲法 17 条において「何人も、公務員の不法行為により、損害を受けたときは、法律の定めるところにより、国又は公共団体に、その賠償を求めることができる。」とされ、国家賠償法が制定された。

10　本件最判昭 43.11.27 は、砂利採取者に財産上特別の犠牲を強いることになるにもかかわらず、補償の規定のない河川附近地制限令（当時。現・河川法施行令）は憲法 29 条 3 項に反し無効であるがゆえ、同令違反の罪に問われた自らは無罪であると主張した上告人に対し、同令の規定による「財産上の犠牲は、公共のために必要な制限によるものとはいえ、単に一般的に当然に受忍すべきものとされる制限の範囲をこえ、特別の犠牲を課したものとみる余地が全くないわけではない」としつつ、上告人は「損失を具体的に主張立証して、別途、直接憲法 29 条 3 項を根拠にして、補償請求をする余地が全くないわけではない」として、同令上の関係規定を「違憲無効と解すべきではない」として、上告を棄却した。

11　小松一郎『実践国際法（第 3 版）』信山社、2022 年、294 頁

12　最判昭 34.12.16 刑集 13 巻 13 号 3225 頁「砂川事件」は、「一見極めて明白に違憲無効」な条約は、司法審査の対象となるとの考えを示している。

13　例えば、国際組織犯罪条約については、平成 15 年に締結について国会の承認を得たが、国内担保法が成立せず、ようやく、平成 29 年に、国内担保法の成立後に、政府は締結手続を行った。

14　福岡高判平 19.9.7 法セ増刊（速報判例解説）2 号 255 頁は、市民的及び政治的権利に関する国際規約（国際人権規約 B 規約、自由権規約）について、「自動執行力を有し，裁判所においてこれを解釈適用できるものと解される」と判示した。ただし、これには反対説も存在している。

15　法律案は、国会議員又は内閣によって提出される。ここ 10 年間で成立した法律案の約 8 割は内閣提出によるものである。

16　命令等を定める機関は、命令等を定めようとする場合には、意見公募手続（パブリックコメント手続）として、緊急の場合等を除いて、30 日以上の意見提出期間と提出先を定めて、広く一般の意見を求めなければならない（行手法 39 条、40 条。第 12 章第 5 参照）。

17　現在は、「官報の発行に関する法律」が制定され、同法 3 条により、法令、条約等の公布は、官報をもって行う旨定められている。また、同法 6 条により、公布がなされたと認められるタイミングについても定められている。

18　田村（2007 年）17 頁以下参照。

なお、「（座談会）『監視社会』に向かう日本と法――その動向・背景・特質・課題を探る」（法律時報 75 巻 12 号、2003 年）において、白藤博行は、「伝統的な警察概念においては、もっぱら警察権限の行使主体である警察と、その警察の権限行使によって権利自由が制限（侵害）される相手方との二面関係で捉えられてきたけれども、実はそのほかに、警察の権限行使によって権利自由が守られる国民が存在することの指摘です。つまり、警察―相手方―第三者の三面関係なんだよという話を前面に持ち出して、警察権限行使によって守られる国民の人権に着目するという点が非常に大きな特徴だったと思います。この国民の権利自由の保護のために、警察行政の積極化が説かれるわけです」と解説している。