

行政立法の司法審査 (修正案)

1 行政立法の概念

(1) 行政立法の定義

「行政権が、法条の形式をもって一般的抽象的・仮言的な定めをすることがある。これを行政立法又は行政権による立法という。」(田中二郎「新版行政法上巻全訂第二版」158頁) ただし「ここで用いている用語は、わが国では、必ずしも統一されていない。」(同 159頁注(1))

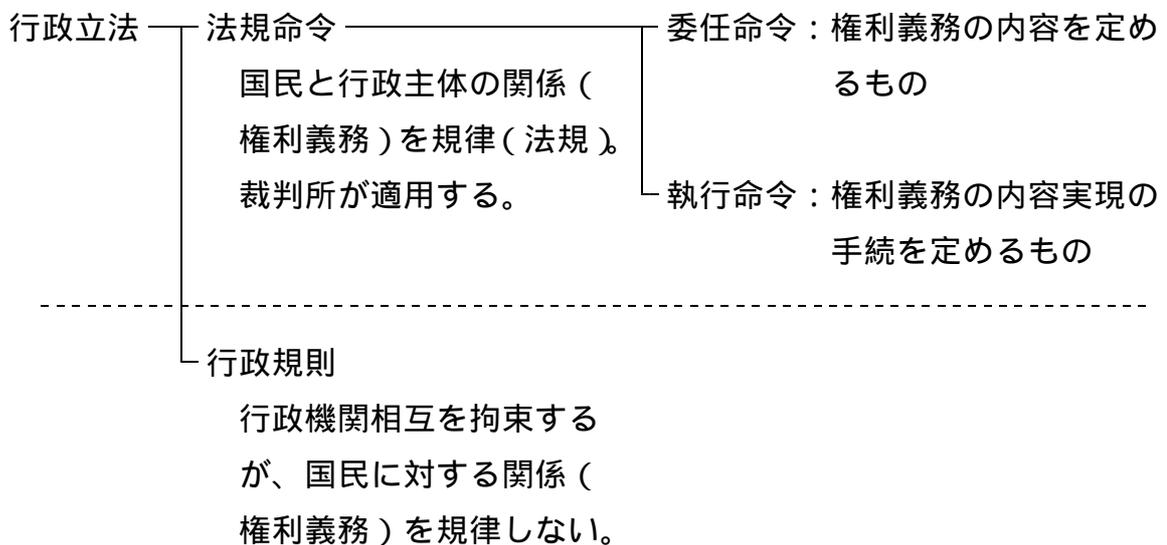
「行政主体または行政機関が制定する、行政組織または行政活動を規律する(成文の)規範であって、行政主体または行政機関を対外的に拘束し、裁判基準になりうるもの」(平岡久「行政立法と行政基準」6頁)

⇒ の定義と の定義の違いの主たる違いは、いわゆる行政規則(下記(2)参照)を含む概念が であり、行政規則を除外した概念が であること。

司法審査との関係では、概念を広く捉えた上で、内容上の分類を検討し、分類に応じた司法審査の在り方を検討することが有益と考えられる。

(2) 行政立法の分類

内容による分類



(注1)「法規命令」、「行政規則」という用語の理解については様々な見解があり、「行政規則」の概念を維持すべきでないという考え方(小早川光郎「行政法上」96～103頁参照)がある。以下においては、便宜上、上記

の分類を前提としている。

(注2) 形式の分類

国の法規命令：政令（憲法第73条第6号、内閣法第11条、内閣府設置法第7条第2項、国家行政組織法第11条）、内閣府令（内閣府設置法第7条第3項・第4項）、省令（国家行政組織法第12条）、委員会及び庁の長官が定める外局規則（国家行政組織法第13条、独占禁止法第76条、警察法第12条等）、会計検査院規則（会計検査院法第38条）、人事院規則（国会公務員法第16条第1項）

国の行政規則：規則、内規、要綱、通達等

地方公共団体の法規命令：(条例、)長の定める規則(地方自治法第15条)、委員会の定める規則その他の規定(地方自治法第138条の4第2項)

地方公共団体の行政規則：規則、内規、要綱、通達等

(注3) 地方公共団体の制定する条例や、地方公共団体の長等の行政機関が制定する規則等を行政立法の概念に含めて考えるか否かについては見解が分かっている。

(参考) 条例が取消訴訟で争われた事例として、最高裁平成14年4月25日第一小法廷判決（永田町小学校廃止条例取消訴訟。別紙1）

法規命令と行政規則の相対化

行政規則であっても、国民に対する効果（外部効果）を有する場合がある。

ア 行政組織に関する規則の外部効果

基本的には、行政内部の事務分掌を定めるもの。

しかし、例えば、組織に関する定めにより所掌外とされる事務について処分等を行った場合（無権限の場合）、当該処分等は無効とされ得る。

イ 特別の関係ないし部分的秩序における規則の外部効果

例えば、国公立学校の生徒に対して学則違反を理由として退学処分が行われた場合、学則が退学処分の適法性審査基準となり得る。

ウ 行政機関の行動基準としての規則の外部効果

解釈基準としての通達、裁量に関する基準、補助金等の給付基準を定める給付規則、行政指導の基準を定める指導要綱といった行政規則は、基本的に

は、行政内部の統制を図るために定められるもの。しかし、定められた基準が合理的なものであるのに、合理的な理由なくその基準から乖離した取扱いをすることは、平等原則などとの関係で違法となり得る。

(3) 司法審査との関係

司法審査との関係では、行政立法のうちで直接の審査対象となるのは、原則として、国民に対する権利義務関係を規律する法規命令が審査の対象と考えられる。

ただし、外部効果を有する行政規則については、法規命令と同様に考えられる場合があり得る。

- 司法権の範囲、訴えの利益などの問題

(注) 自己の法律上の利益に関係なく、国民一般又は一定範囲の私人が行政立法の適法性の審査を直接に求める訴訟(客観訴訟としての規範統制訴訟ないし抽象的規範統制訴訟)の可能性については見解が分かれている。

この点については、客観訴訟に関する憲法上の限界についての議論(佐藤幸治「現代国家と司法権」249頁以下など)を踏まえつつ、三権分立の在り方などの観点から、慎重に検討する必要があるのではないか。

(参考)最高裁平成3年4月19日第二小法廷判決・民集45巻4号518頁(地家裁支部の統廃合に関する最高裁判所規則の一部の取消しを求める訴えにつき「法律上の争訟」に当たらないとしたもの。別紙2)

処分の違法性を判断する前提として行政立法の違法性を判断するなど、間接審査の場合、国民に対する法的拘束力のない行政立法の違法性を審査することも考えられる(例えば、裁量に関する基準など)。

ただし、間接審査の場合、例えば、法律の解釈を定めた通達は、それ自体の違法性(法律のあるべき解釈との齟齬)は問題とならず、直接の審査対象である処分が、通達ではなく法律に適合しているか否かを審査することになる(最高裁昭和43年12月24日第三小法廷判決・民集22巻13号3147頁(別紙3)参照)。

2 行政立法に対する主な司法審査の方法(訴訟手続に関する検討)

(1) 行政立法の効力・違法性を直接の審査対象とする方法

抗告訴訟の対象として認められる(処分性がある)場合

取消訴訟又は無効等確認の訴えにおいて、行政立法を取消し又は無効等の確認の対象とする

例：東京地裁昭和 40 年 4 月 22 日決定・行裁集 16 卷 4 号 708 頁（健康保険法に基づく療養に要する費用の額の算定方法の一部を改正する告示の処分性を肯定。別紙 4 の 1）

東京地裁昭和 48 年 5 月 22 日判決・行裁集 24 卷 4 号 27 頁、その控訴審である東京高裁昭和 50 年 12 月 23 日判決・行裁集 26 卷 12 号 101 頁（食糧管理法に基づく米穀の政府の買入価格を定める告示の処分性を肯定。別紙 4 の 2）

抗告訴訟の対象として認められない（処分性がない）場合

公法上の法律関係に関する確認の訴えにおいて、確認の利益が認められる場合に、行政立法の無効等の確認を求める

処分性を否定した例：東京高裁昭和 62 年 12 月 24 日判決・行裁集 38 卷 12 号 1807 頁（公害対策基本法に基づく環境基準の処分性を否定。別紙 4 の 3）

（2）間接的に審査する方法

取消訴訟又は無効等確認の訴えにおいて、行政立法を前提とする処分の違法の理由として前提となる当該行政立法の違法等を主張する

（注：いわゆる違法性の承継が問題となるのは、先行する行為に処分性が認められる場合であるから、行政立法に処分性が認められない場合は、後続処分との関係でいわゆる違法性の承継の可否は問題とならず、処分の取消訴訟において前提となる行政立法の違法性を当然に主張することができる。）

例：最高裁昭和 46 年 1 月 20 日大法廷判決・民集 25 卷 1 号 1 頁（強制買収農地の旧所有者への売払基準について定めた農地法施行令の規定を違法としたもの。別紙 5 の 1）

最高裁平成 2 年 2 月 1 日第一小法廷判決・民集 44 卷 2 号 369 頁（銃砲刀剣類所持等取締法第 14 条第 1 項の登録の対象となる刀剣類の鑑定基準を定める銃砲刀剣類登録規則の規定を適法としたもの。別紙 5 の 2）

最高裁平成 3 年 7 月 9 日第三小法廷判決・民集 45 卷 6 号 1049 頁（未決勾留により拘禁された者と 14 歳未満の者との接見を制限する監獄法施行規則の規定を違法としたもの。別紙 5 の 3）

最高裁平成 14 年 1 月 31 日第一小法廷判決・民集 56 卷 1 号 246 頁（父が

ら認知された児童を支給対象である婚姻外懐胎児童から除外している児童扶養手当法施行令の規定を違法としたもの。別紙 5 の 4)

公法上の法律関係に関する確認の訴えにおいて、権利義務などの法律関係の前提として行政立法の無効等を主張する

例：浦和地裁昭和 63 年 12 月 12 日判決・判例時報 1314 号 50 頁（別紙 6）

（この判決は、市のラブホテル建築規制条例施行規則に基づいて市長のしたラブホテルに該当するとの判定及びその結果建築計画に同意しない旨の通知は、抗告訴訟の対象となる処分に該当しない旨の判断をしたもの。この事案については、当事者訴訟として「本件建物がラブホテルであるとした場合に負担すべき条例上の義務を負わないことの確認を求める訴訟」あるいはより直截に「本件建物がラブホテルに該当しないことの確認を求める訴訟」が紛争の解決に適している旨の指摘（高木光・判例地方自治 66 号 40 頁）がある。

なお、国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は不適法である旨判示した最高裁判決（最高裁平成 14 年 7 月 9 日第三小法廷判決・民集 56 卷 6 号 1134 頁）があるが、国民が公法上の義務の存否などの公法上の法律関係に関する確認の訴えを提起する場合の法律上の争訟性についてまで判示したものではないと考えられる。）

住民訴訟（地方自治法第 242 条の 2）において、公金の支出等の財務会計行為の違法事由として当該財務会計行為の前提となる行政立法の違法等を主張する

国家賠償請求訴訟において、違法性の判断の要素として、行政立法の違法等を主張する

例：東京高裁平成 5 年 10 月 28 日判決・判例タイムズ 863 号 173 頁（別紙 7）

3 行政立法に対する司法審査の在り方

(1) 行政立法の特質と司法審査における問題点

行政立法の司法審査は、立法府が事柄の専門技術性等を考慮して行政立法に委ねた事項について、その行政立法の有効性を裁判所が判断するものと考えることができる。この点について、行政立法が一般的な規律としての性格を有することを踏まえ、法律の司法審査との関係、三権分立との関係、行政運営に与える影響、立法の在り方に与える影響などとの関係で、我が国の憲法秩序の下での行政訴訟制度の在り方において、どのような考慮が必要かを検討する必要

がある。

また、その際には、行政立法に関するいわゆるP D C Aプロセス（計画 実施 監視・評価 改善・是正）の在り方や、国民の行政立法に関する手続への参加ないし関与の問題などを含む行政過程全体、さらには国民と行政との関係をも踏まえた利害調整の在り方の中で、司法権の特質を踏まえて、三権分立の中で司法が果たすべき役割の在り方について検討する必要がある。

法律の定めはある程度抽象的なものにとどめ、より具体的な、しかしなお一般的な規律を法規命令として定めるという法技術が、法規命令。後に処分などによる具体化を予定していることが多い（塩野宏「行政法 第三版」81・82頁）。

行政計画との共通点

司法審査のタイミングが問題となる

行政規則については、原則として国民の権利義務に直接関係せず、国民に対する効果を有するのは例外（前記1（2））。

国民に対する法的拘束を伴わないものも多い行政計画と共通する面がある。

国民に対する法律上の効果について、個別に吟味する必要がある

行政立法の内容は、本来は、国会などの立法機関において定めることも可能なものであるが、国家機能の拡大と情勢変化に対する即応性の観点から、立法権限を立法府と行政府との間で配分した結果と考えることが可能。また、その場合の法律による行政立法への授權は、行政の専門技術的な知識と経験への依存などを根拠とする（杉村敏正「行政裁量」『岩波講座現代法4』73・74頁参照）。

国会の立法裁量に準ずる側面があり、その意味で行政立法における裁量は広汎であるとともに、内容の専門技術性に伴って広汎な裁量が認められるべき場合があり、処分の場合よりも広汎な裁量に対する司法審査の在り方が問題となる

（2）訴訟手続について検討を要する点

行政立法に対する司法審査に関し、その訴訟手続を検討するに当たっては、上記（1）の問題点を踏まえ、いわゆる処分性や原告適格の問題を含む広い意味での訴えの利益の問題など司法権の範囲の問題にも関係する事項を含め、訴訟手続

の各場面において、どのような考慮が必要かを検討する必要がある。

原告適格の範囲

行政立法の違法性を訴訟で争う場合も、訴訟類型により原告適格を有する者の定めや考え方が異なる。例えば、取消訴訟の場合には、取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者が原告適格を有し、公法上の法律関係に関する確認の訴えの場合には、確認の利益を有する者が原告適格を有する。

行政立法については国民一般を対象とすることが多いと考えられることなどから、原告適格について、何らかの特別の配慮が必要か。

重複訴訟の扱い

同一の行政立法を異なる原告が別々の訴えで争う場合、それらの訴訟をどのように扱うべきか。異なる訴訟類型により争われる場合には、どのような取扱いがされるべきか。関連請求の移送の規定（行政事件訴訟法第 13 条）や弁論の併合等の一般的な規定の適用のほか、何らかの特別の配慮が必要か。

訴訟参加

行政立法による法律効果の対象となるものが不特定多数となる場合が多いと考えられる点で、訴訟参加につき、何らかの特別の配慮が必要か。

出訴期間

訴訟類型により出訴期間の定めが異なり、取消訴訟により争う場合にのみ出訴期間の制限があるが、この点をどのように考えるべきか。

処分権主義の制限の要否

行政立法を直接の司法審査の対象とする場合に、原告の請求の放棄（民事訴訟法第 266 条。同法第 267 条により調書に記載したときは原告敗訴の確定判決と同一の効力を有する。）について何らかの制約が必要か。被告による請求の認諾や訴訟上の和解については、処分の場合と同様に考えてよいか。

被告敗訴判決の行政庁に対する効力

被告敗訴判決の行政庁に対する拘束力（行政事件訴訟法第 33 条）について、何らかの特別の配慮が必要か。すなわち、行政庁は、判決の理由に沿った措置をとるべきこととなるが、どのような措置をとるべきか（例えば、行政立法制定のやり直しや原状回復措置など）については、行政庁の判断に委ねることでよいか。

原告敗訴判決の後訴に対する効力

行政立法の違法性と行政立法に基づく処分等の違法性との関係をどのように

考えるべきか。行政立法の効力を争って敗訴した原告が、後にその行政立法に基づく行政の行為の効力等を訴訟で争った場合など、前訴の敗訴判決の後訴に対する効力をどのように考えるべきか。前訴と後訴で当事者が異なる場合はどうか。民事訴訟の一般論による判決の効力（既判力など）のほかに、特別の配慮が必要か。

判決の第三者に対する効力

行政立法の効力等を争う訴訟の判決の第三者に対する効力に関し、取消判決のみ第三者に対する効力を有すること（行政事件訴訟法第 32 条参照）についてどのように考えるか。取消訴訟の原告敗訴判決の場合や、他の訴訟類型の判決の場合について、特別の配慮が必要か。第三者に対する手続保障と判決の効力の及ぶ主観的（人的）範囲との関係、判決の周知・公表のための制度の要否などにつき、諸外国の法制をも参照しつつ、検討する必要があるのではないか。

仮の救済

行政立法の効力等を争う訴訟についての仮の救済に関し、特別の配慮が必要か。例えば、行政立法を取消訴訟で争う場合の執行停止について、特別の要件や効果を定める必要があるか。

（3）司法審査における行政立法の違法性の判断（実体判断の検討）

行政立法の裁量に関する次のような指摘があるが、これについてどのように考えるべきか。

「行政立法について行政機関に裁量が認められることは一般に承認されている。しかし行政立法の裁量を論じた文献はほとんどない。その理由は、問題が、行政立法についての裁量ではなく、行政立法の限界という形で論ぜられたこと、行政立法の限界を問題とする場合にも、関心は、主として行政立法を授權する法律に向けられ、行政立法そのものに向けられなかったこと、行政立法の抽象性の故に、行政行為の場合ほど、裁量の瑕疵が明らかになりにくいこと、訴訟との関連で、規範統制訴訟が許されないため、実用的意義がなかったこと、を挙げることができる。行政立法の裁量論については、立法裁量に準じるか、行政行為の場合と同一に考えるか、または第三の類型がありうるかが問題になるが、この点の研究はわが国では未開拓の分野である。現在のところ、法規命令または行政規則の形式による一般的な「裁量」行使については、原則として、行政行為に関する原則が妥当するというほか、特別に具体的な理論を示すことができない。」

4 まとめ

行政立法の司法審査については、一般的に、行政立法が立法府が行政に委ねた裁量の範囲内で一定の法規範を定立する行政作用であり、国民の多様な利益調整が極めて一般的抽象的な形で行われるという特徴がある。その一方で、このような行政立法についても、国民の権利利益に影響を及ぼすものについては法律上の根拠が必要で、その根拠となる法律に従って制定されなければならないことは、他の行政作用と同様である。行政立法の適法性の確保については、その制定手続も含め、行政の適法性確保における三権相互の関係の観点からも検討する必要がある。

行政立法の制定の過程ないし内容に違法があった場合における国民の具体的な権利利益の救済の在り方については、前記1のとおり行政立法は多様であり得ることから、個別の行政立法の法的効果の特質について検討し、司法審査の対象とすべき範囲及びその方法等について検討する必要があると考えられる。さらに、前記3(1)に挙げたような三権分立の中での行政立法の位置付けや、行政立法の抽象性などの行政立法そのものの一般的特質を考慮するとともに、司法権の特質を踏まえて行政立法の司法審査において司法の果たすべき役割の在り方を検討し、それらの検討を踏まえて、前記3(2)に挙げたような訴えの利益、原告適格、出訴期間、判決の効力等の訴訟手続上の問題点を検討する必要があると考えられる。

また、行政立法に関する司法審査を充実させるためには、行政立法の制定手続などの行政過程における行政立法に関する手続を整備する必要があると考えられるとともに、各行政立法の根拠法等において、行政立法に対する委任の内容・範囲等についての規定を充実させることが重要と考えられ、このような点をも踏まえ、新たに法定された差止訴訟や当事者訴訟として明示された確認訴訟の活用などによる改正後の行政事件訴訟法の下での事例の集積を視野に入れつつ、適切な司法審査の在り方を検討する必要があると考えられる。

(別紙 1)

最高裁判所平成 14 年 4 月 25 日第一小法廷判決(永田町小学校廃止条例取消訴訟)

東京都千代田区内に設置されていたすべての区立小学校を廃止し、新たに区立小学校 8 校を設置すること等をその内容とする条例は、子が通学していた区立小学校の廃止後に新たに設置され就学校として指定を受けた区立小学校が子らにとって社会生活上通学することができる範囲内にはないものとは認められないときは、一般的規範にほかならず、抗告訴訟の対象となる処分に当たらない。

「本件条例は、東京都千代田区内に設置されていたすべての区立小学校を廃止し、新たに区立小学校 8 校を設置すること等をその内容とするものであるところ、原審が適法に確定した事実関係によれば、上告人らの子が通学していた区立小学校の廃止後に新たに設置され就学校として指定を受けた区立小学校は、上告人らの子らにとって社会生活上通学することができる範囲内にはないものとは認められない。これによれば、本件条例は一般的規範にほかならず、上告人らは、被上告人東京都千代田区が社会生活上通学可能な範囲内に設置する小学校においてその子らに法定年限の普通教育を受けさせる権利ないし法的利益を有するが、具体的に特定の区立小学校で教育を受けさせる権利ないし法的利益を有するとはいえないとして、本件条例が抗告訴訟の対象となる処分に当たらないとした原審の判断は、正当として是認することができる。」

本判決で正当とされた原審の判断

「本件条例は、小学校についていえば、千代田区に設置されていたすべての区立小学校(14校)を廃止し、新たに区立小学校 8 校を設置することを内容とするもので、その内容自体一般的なものであって特定の個人に向けられたものではなく、また、控訴人らは、その子女に市町村(あるいは東京都の区)が設置する学校において法定年限の普通教育を受けさせる権利ないし利益を有するものではあるが(憲法 26 条、教育基本法 3、4 条、学校教育法 29 条等)、右権利ないし利益は、市町村等が社会生活上通学可能な範囲内に設置する学校で教育を受けさせることができるというに止まり、具体的に特定の学校で教育を受けさせることまでをも含むものとは考えられない。控訴人らが、その子女を永田町小学校に通学させ、同校で教育を受けさせることができたのは、永田町小学校が設置されて、一般の利用に供せられ、同校を就学校として指定されていたことによるものであって、控訴人らが既得権として主張する、その子女に永田町小学校で教育を受けさせるという利益は、事実上の利益に過ぎず、これをもって、法的に保護された権利あるいは法的地位ということはできない。そして、永田町小学校の廃止後に新たに設置され、控訴人らの児童が就学校として指定を受けた千代田

麴町小学校は、永田町小学校から直線距離にして約 800 メートルしか離れておらず(証拠略)永田町小学校に通学していた児童にとって、社会生活上通学することが不可能なものとは考えられない。」

(別紙2)

最高裁平成3年4月19日第二小法廷判決・民集45巻4号518頁

福岡地方裁判所及び福岡家庭裁判所の各甘木支部を廃止する旨を定めた最高裁判所規則について、右支部の管轄区域内に居住する者が、具体的な紛争を離れ、抽象的に右規則の憲法違反を主張してその取消しを求める訴訟は、裁判所法3条1項にいう法律上の争訟に当たらない。

「裁判所法三条一項の規定にいう「法律上の争訟」として裁判所の審判の対象となるのは、当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争に限られるところ、このような具体的な紛争を離れて、裁判所に対して抽象的に法令が憲法に適合するかしないかの判断を求めることはできないものというべきである(最高裁昭和二七年(マ)第二三号同年一〇月八日大法廷判決・民集六巻九号七八三頁、同昭和六一年(オ)第九四三号平成元年九月八日第二小法廷判決・民集四三巻八号八八九頁参照)。

これを本件についてみるに、本件各訴えは、地方裁判所及び家庭裁判所支部設置規則及び家庭裁判所出張所設置規則の一部を改正する規則(平成元年最高裁判所規則第五号。以下「本件改正規則」という。)のうち、福岡地方裁判所及び福岡家庭裁判所の各甘木支部を廃止する部分について、これが憲法三二条、一四条一項、前文に違反するとし、また、本件改正規則の制定には同法七七条一項所定の規則制定権の濫用の違法がある等として、上告人らが廃止に係る福岡地方裁判所及び福岡家庭裁判所の各甘木支部の管轄区域内に居住する国民としての立場でその取消しを求めるというものであり、上告人らが、本件各訴えにおいて、裁判所に対し、右の立場以上に進んで上告人らにかかわる具体的な紛争についてその審判を求めるものでないことは、その主張自体から明らかである。そうすると、本件各訴えは、結局、裁判所に対して抽象的に最高裁判所規則が憲法に適合するかしないかの判断を求めるものに帰し、裁判所法三条一項にいう「法律上の争訟」に当たらないというほかはない。

以上のとおりであるから、原審が本件各訴えを右「法律上の争訟」に当たらないとした判断は、正当として是認することができる。所論は憲法三二条違反をいうが、原審が本件各訴えを右「法律上の争訟」に当たらないと判断したことが憲法三二条に違反するものでないことは、最高裁昭和二三年(れ)第五一二号同二四年三月二三日大法廷判決・刑集三巻三号三五二頁、同昭和三年(オ)第一九五号同三五年一月二七日大法廷判決・民集一四巻一三号二九六四頁の趣旨に徴して明らかである。所論のその余の違憲の主張は、原審の右判断に誤りがあることを前提とするものであって、その前提を欠く。論旨は、採用することができない。」

(別紙3)

最高裁昭和43年12月24日第三小法廷判決・民集22巻13号3147頁

昭和35年3月8日付衛環発第8号都道府県等衛生主管部局長あて厚生省公衆衛生局環境衛生部長通知は、宗教団体の経営する墓地の管理者は埋葬等を請求する者が他の宗教団体の信者であることのみを理由としてその請求を拒むことはできないからこの趣旨にそつて事務処理をすべき旨を求めた行政組織内部における命令にすぎず、従来の法律の解釈、事務の取扱いを変更するものではあるが、墓地の管理者らにあらたに埋葬の受忍義務を課する等これらの者の権利義務に直接具体的な法律上の影響を及ぼすものではなく、墓地の経営者からその取消しを求める訴えを提起することは許されない。

「論旨は、要するに、本件通達は従来慣習法上認められていた異宗派を理由とする埋葬拒否権の内容を変更し、新たに上告人に対して一般第三者の埋葬請求を受忍すべき義務を負わせたものであつて、この通達によれば、爾後このような理由による拒否に対しては刑罰を科せられるおそれがあり、また、右通達が発せられてからは現に多くの損害、不利益を被つている、従つて、右通達は上告人ら国民をも拘束し、直接具体的に上告人らに法律上の効果を及ぼしているのであつて、原判決が上告人のこのような主張を排斥して本訴を許すべからざるものとしたのは、本件通達の内容、効果を誤認し、ひいて法律の適用を誤つたものであり、また、審理不尽の違法を犯している、というのである。

しかし、本件通達は、厚生省公衆衛生局環境衛生部長から都道府県指定都市衛生主管部局長にあてて発せられたもので、その内容は、墓地、埋葬等に関する法律一三条に関し、昭和二四年八月二二日付東京都衛生局長あて回答に示した見解を改め、今後は内閣法制局第一部長の昭和三五年二月一五日付回答の趣旨にそつて解釈、運用することとしたことを明らかにすると同時に、諸機関において、この点に留意して埋葬等に関する事務処理をするよう求めたものであり、行政組織および右法律の施行事務に関する関係法令を参しやくすれば、本件通達は、被上告人がその権限にもとづき所掌事務について、知事をも含めた関係行政機関に対し、法律の解釈、運用の方針を示して、その職務権限の行使を指揮したものと解せられる。

元来、通達は、原則として、法規の性質をもつものではなく、上級行政機関が関係下級行政機関および職員に対してその職務権限の行使を指揮し、職務に関して命令するために発するものであり、このような通達は右機関および職員に対する行政組織内部における命令にすぎないから、これらのものがその通達に拘束されることはあつても、一般の国民は直接これに拘束されるものではなく、このことは、通達の内容が、法令の解釈や取扱いに関するもの

で、国民の権利義務に重大なかわりをもつようなものである場合においても別段異なるところはない。このように、通達は、元来、法規の性質をもつものではないから、行政機関が通達の趣旨に反する処分をした場合においても、そのことを理由として、その処分の効力が左右されるものではない。また、裁判所がこれらの通達に拘束されることのないことはもちろんで、裁判所は、法令の解釈適用にあつては、通達に示された法令の解釈とは異なる独自の解釈をすることができ、通達に定める取扱いが法の趣旨に反するときは独自にその違法を判定することもできる筋合である。

このような通達一般の性質、前述した本件通達の形式、内容および原判決の引用する一審判決議定の実事（拳示の証拠に照らし肯認することができる。）その他原審の適法に確定した事実ならびに墓地、埋葬等に関する法律の規定を併せ考えれば、本件通達は従来とられていた法律の解釈や取扱いを変更するものではあるが、それはもつぱら知事以下の行政機関を拘束するにとどまるもので、これらの機関は右通達に反する行為をすることはできないにしても、国民は直接これに拘束されることはなく、従つて、右通達が直接に上告人の所論墓地経営権、管理権を侵害したり、新たに埋葬の受忍義務を課したりするものとはいえない。また、墓地、埋葬等に関する法律二一条違反の有無に関しても、裁判所は本件通達における法律解釈等に拘束されるものではないのみならず、同法一三条にいわゆる正当の理由の判断にあつては、本件通達に示されている事情以外の事情をも考慮すべきものと解せられるから、本件通達が発せられたからといつて直ちに上告人において刑罰を科せられるおそれがあるともいえず、さらにまた、原審において上告人の主張するような損害、不利益は、原判示のように、直接本件通達によつて被つたものということもできない。

そして、現行法上行政訴訟において取消の訴の対象となりうるものは、国民の権利義務、法律上の地位に直接具体的に法律上の影響を及ぼすような行政処分等でなければならないのであるから、本件通達中所論の趣旨部分の取消を求める本件訴は許されないものとして却下すべきものである。」

(別紙4)

1 東京地裁昭和40年4月22日決定・行裁集16巻4号708頁

健康保険法第43条ノ9第2項の規定に基づき、健康保険法の規定による療養に要する費用の額の算定方法(昭和33年厚生省告示第177号)の一部を改正する告示(昭和40年厚生省告示第10号)は、一面立法行為としての性質を有するとともに、他面健康保険組合に対し直接法律上の不利益を与えるものであるから、取消訴訟の対象となる行政処分と解すべきである。

「第2、本件告示の行政処分性

一、行政事件訴訟法第3条第1項は、「この法律において『抗告訴訟』とは、行政庁の公権力の行使に関する不服の訴訟をいう。」と定義するとともに、同条第2項において「この法律において『処分の取消しの訴え』とは、行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為の取消しを求める訴訟をいう。」と規定し、取消訴訟の対象が行政庁の処分、すなわち法律行為的行政行為のみならず広く行政庁が法によって与えられた優越的地位に基づき公権力の発動としてなす国民の具体的権利義務ないし法律上の利益に直接関係のある行為に及ぶことを認めている。そして、ここにいう「公権力の行使に当たる行為」は、主として、行政庁が一般的抽象的な法に基づき個利的、具体的な事実又は法律関係を規律する行為を指すものと解されるが、これのみに限られるものではなく、行政庁の行為が、一面において一般的、抽象的な定めを内容として将来の不特定多数の人をも適用対象とするための法規制定行為＝立法行為の性質を有するものとみられるものであっても、他面において右行為が、これに基づく行政庁の他の処分を待つことなく、直接に国民の具体的な権利義務ないし法律上の利益に法律の変動をひき起こす場合には、当該行政庁の行為も、その限りにおいては、特定人の具体的権利義務ないし法律上の利益に直接関係するにすぎない行政行為と何ら異なるところはないのであるから、取消訴訟の対象となりうるものと解するのが相当である。しかしながら、立法行為の性質を有する行政庁の行為が取消訴訟の対象となるとはいつても、それは、その行為が個人の具体的な権利義務ないし法律上の利益に直接法律の変動を与える場合に、その限りにおいて取消訴訟の対象となるにすぎないのであるから、取消判決において取り消されるのは、その立法行為たる性質を有する行政庁の行為のうち、当該行為の取消しを求めている原告に対する関係における部分のみであって、行為一般が取り消されるのではないと解すべきである。けだし、抗告訴訟、特に取消訴訟は行政庁の違法な公権力の行使によって自己の権利ないし法律上の利益を侵害された者がその権利ないし法律上の利益の救済を求めために認められた制度であり(行政事件訴訟法第9条、第10条第1項参照)、自己の権

利ないし利益に関係なく違法な行政行為一般の是正を求めることを目的とする民衆訴訟は法律に定める場合において法律に定める者からのみ提起しうるものとされている(同法第5条、第42条)趣旨から考えると、行政事件訴訟法は、行政庁の一個の行為であっても原告の権利義務ないし法律上の利益と何ら関係のない部分についてはその取消しを求め得ないものとしているものと解するのが相当であるし、また原告をして自己の権利義務ないし法律上の利益に直接関係する部分をこえて立法行為たる性質を有する行政庁の行為全般を取り消さなければならない必要性も認められず、かく解したからといって何ら当該原告の権利救済の途をとざすことにもならないからである。同法第32条第1項は、取消判決の効力は第三者に及ぶ旨規定しているが、その趣旨は、原告に対する関係で行政庁の行為が取り消されたという効果を第三者も争い得なくなること、換言すれば、原告は何人に対する関係において以後当該行政庁の行為の適用ないし拘束を受けないことを意味するにとどまり(行為の性質上不可分の場合および実際上の効果は別として)、それ以上に取消判決の効果を第三者も享受し、当該行政庁の行為がすべての人に対する関係で取り消されたことになること、すなわち、何人も以後当該行政庁の行為の適用ないし拘束を受けなくなることを意味するものでないというべきであるから、右条項の存在は何ら前記解釈の妨げとなるものではない。

ところで、本件告示の内容は、前記のとおり、別添官報記載のとおりであるから、本件告示当時保険者、被保険者、被扶養者であるもののみならず、将来保険者、被保険者、被扶養者となるものにも一般的に適用されるべき療養に要する費用の算定方法を定めるものであり(法第43条の9、第44条の2、第59条の2等参照)、したがって、本件告示は、この点において、被申立人が主張するように、立法行為たる性質を有するものというべきであろう。しかしながら、本件告示が立法行為としての性質を有するものであるとしても、それが同時に特定人の具体的な権利義務ないし法律上の利益に直接法律の変動を与える場合には、その限りにおいて、いわゆる行政行為と実質的に何ら異なるところはなく、取消訴訟の対象となることは、前述したところから明らかである。そこで、次に、本件告示が特定人特に申立人らの具体的権利義務ないし法律上の利益に直接法律の変動を与えるものであるかどうか検討してみることにする。

二、法第43条の9第1項によれば、被保険者が保険医療機関等において療養を受けたときは、保険者は保険医療機関等に対し同条第2項により厚生大臣が定めるところにより算定した「療養に要する費用の額」から一部負担金(法第43条の8参照)に相当する額を控除した額を支払わなければならないが、また法第59条の2によれば、被保険者の被扶養者が保険医療機関等において療養を受けたときは、保険者は現に支払うべき療養に要した費用すなわち実費の半額を限度としながら法第43条の9第1項の例により算定した「療養に要する費

用の額」の半額を家族療養費として被保険者に支給するか又はこれを保険医療機関等に対し支払うものとされている。(もっとも、実際は、被扶養者が法第43条第3項第1号又は第2号に掲げる保険医療機関等で療養を受けたときは、保険医療機関等に対し被扶養者が療養に要する費用の額の半額に相当する金額の支払をする(保険医療機関及び保険医療費担当規則第5条、保険薬局及び保険薬剤師療養担当規則第4条)とともに保険者から保険医療機関等に対し家族療養費の限度において療養に要した費用を支払うことができ(法第59条の2第4項)、また、被扶養者が法第43条第3項第3号に掲げる保険医療機関等において療養を受けたときは、保険者は被扶養者が支払うべき療養に要した費用のうち家族療養費に相当する金額の支払を免除する(法第59条の2第6項)ことができることになっており、これらの場合には、保険者は被保険者に家族療養費を支給したものとみなされる(同条第5項、第6項)から、現実に家族療養費が支給されることはない。)したがって、右「療養に要する費用の額」が増額されると、それだけ保険者が被保険者又は被扶養者の受けた療養につき保険医療機関等に支払うべき費用の額も増大し不利益を受けることになる。もっとも、保険者は、被保険者又は被扶養者が保険医療機関等で療養を受け、そして保険医療機関等がこれに要した費用の支払を保険者に請求してはじめて右の費用の支払をすることになるわけであるが、被保険者及び被扶養者が「療養に要する費用の額」の増額後といえども保険医療機関等の療養の給付を受けるであろうことは確実であり、療養の給付があれば、保険者は保険医療機関等に対し増額されたところにしたがってその費用を支払うべき債務を負担するに至り、また、保険医療機関等は増額された費用の支払請求をするであろうことは疑う余地のない事実であるから、「療養に要する費用の額」を増額することは、それ自体保険者が将来支払うべきことの確実な療養の給付に関する費用を増額し、直接保険者に法律上の不利益を与えるものといって妨げない。のみならず、「療養に要する費用の額」を増額する告示をその告示の日から前に遡って適用すべきものとした場合には、右告示の日より前にすでに生じていたものとみるべき保険者の保険医療機関等に対する療養の給付に関する費用支払の債務は、これにより直接増額されることになり、この点においても保険者に直接法律上の不利益を与えることになる。そうであるとすれば、厚生大臣が、法第43条の9第2項に基づき「療養に要する費用の額」を改定し増額する処分は取消訴訟の対象となりうるものと解すべきである。

そして、本件告示の内容は、前記のように、別添官報記載のとおりであるが、要するに、それは、旧告示のにおいて定められた「療養に要する費用の額」を改定して平均9.5%増額し、しかも、保険者の支払うべき費用については本件告示のなされた昭和40年1月9日より前に遡って同月1日から適用することを主たる内容とするものであるから、本件告示当

時存立する申立人らの健康保険組合は、改めて行政庁の何らかの処分を待つことなく、本件告示そのものにより、右申立人らが将来保険医療機関等に対して支払うべきことの確実な療養の給付に関する費用を増額されるとともに、あわせて昭和40年1月1日から本件告示のなされた同月9日までの間の、すでに被保険者又は被扶養者が療養の給付を受けることによって生じていた保険者の保険医療機関等に対する右費用支払の債務も直接増額されたことになる。したがって、本件告示は、前記のように、一面立法行為たる性質を有するものではあるが、他面、右に述べたとおり、申立人ら各健康保険組合に対し直接法律上の不利益を与えるものであるから、取消訴訟の対象となりうるものというべきである。

(中略)

第5、本件告示の違法性

一、法第43条の9第2項は療養に要する費用の額の算定方法は厚生大臣が定めるものとし、法第43条の14第1項は厚生大臣が右の定めをするについては中医協に諮問すべきものと規定している。そして、協議会法第15条は中医協は厚生大臣が各関係団体の推せんに基づき任命した支払者代表委員、医療者代表委員各8名及び両議院の同意を得て任命した公益委員4名をもって組織するものとし、同法第14条は中医協は厚生大臣の諮問に応じて審議し文書をもって答申するものと規定している。これによれば、厚生大臣が療養に要する費用の額の算定方法を定めるには中医協に諮問しその文書による答申を得、その答申を尊重して決定をなすべきことが法律上要求されているわけである。そして、法がこのように中医協に諮問することを要求している趣旨は、右のような中医協の構成、各委員の任命方法等から判断して、保険医療行政の円満な運営という見地から、右療養に要する費用の額の算定方法の決定に重大な利害関係を有する保険者、事業主、被保険者等の支払者側と医療機関側の間の対立する利害を調整し、もって関係当事者の権利、利益を担保しようとするにあるものと解するのが相当であるから、厚生大臣が中医協に諮問することなく、あるいは諮問をしてもその答申を得ないことを正当とするような特段の事情もないのに答申を得ずに右決定をすることは違法といわざるを得ない。

被申立人が本件告示を前提としその内容の可否につき昭和39年12月22日中医協に諮問した(以下、本件諮問という。)こと、しかし被申立人は昭和40年1月9日公益委員から公益委員の意見を記した報告書の提出を受けただけで中医協の答申のないまま本件告示を当事者間に争いが無い。してみると、本件告示は中医協の答申を得ないことを正当とするような特段の事情が認められないかぎり違法である。

この点について、被申立人は、中医協は本件諮問につき長時間審議を重ねたが委員の意見が対立してまとまらず早急に答申することが困難であったこと、一方緊急是正の実施がもは

や遷延を許されない事情にあったことをあげ、中医協の答申なく本件告示をしたことは適法であると主張する。そこで、次にこの点について判断する。(なお、申立人らは、本件諮問は、審議期間を旬日内に限定し審議不可能な期間内に答申することを要求するものであるから、無効であると主張するが、この点についての判断はしばらくおく。)

二、<証拠略>を総合すると、被申立人が本件告示をするに至った経緯として次のような事実を一応認めることができる。

(1) 昭和38年12月4日被申立人は中医協に対し「社会保険診療報酬の緊急是正」について諮問した。右諮問につき中医協は審議を重ね、昭和39年4月18日被申立人に対し高度経済成長に伴う諸事情が医療経済の安定を阻害している面のあることにかんがみ入院料、初診料等を中心として社会保険診療報酬の緊急是正を行うべきことを答申した(以下、四月答申という。)右答申は全委員一致の賛成によるものではなく、医療者代表委員は再診療10点の認定を要求し反対していた。なお、右答申に基づく診療報酬の引上げ率は答申に明示されてはいなかったが、当時の諸事情のもとにおいておおむね8%になることが中医協各委員、被申立人、厚生省当局等関係者間に了解されていた。

(2) 右答申に基づき被申立人は具体的な実施案の作成にとりかかったが、基礎資料の調査、収集、検討にかなりの期日を要したこと、また同年6月中医協の委員の半数が任期終了し公益委員が再任を受けず、さらに任期中の公益委員一人が辞意を表明し、そのため後任の公益委員の人選、両議院の同意、任命が遅れ中医協の招集ができなかったこと、さらにその間同年7月には被申立人厚生大臣の更迭があったことなどの理由により、四月答申の具体的な実施案の作成、中医協への諮問が遅れていた。

(3) かかる状況のもとにおいて、日本医師会を中心とする医療者側は四月答申に基づく診療報酬緊急是正の即時実施と右答申で見送られた再診料の設定等を要求し、保険医総辞退を示唆するような決議をしたり、いわゆる一日休診を行ったりして被申立人らに対し自己の要求の実現を期して強力に働きかけていた。しかし、一方支払者側も被申立人に対し四月答申の尊重を要望し被申立人が右答申を無視した診療報酬の引上げを行なうときは保険料不払い、中医協からの支払者代表委員総引揚げを行なう用意のあることを表明していた。

(4) 被申立人は同年11月20日大蔵大臣、自由民主党三役との会談において、四月答申後の経済事情の変化を考量し右答申の際関係者間に了解されていた引上げ率8%を上回る平均9.5%の診療報酬引上げを昭和40年1月1日から実施することを申し合せた。

(5) 被申立人は昭和39年12月15日ようやく公益委員3名の任命を終え、同月22日中医協に対し、四月答申の具体的実施案として、診療報酬を平均9.5%引き上げ、かつ、いわゆる5%加算制を廃止し固有点数に振り替えた場合の新点数表を昭和40年1月1日か

ら実施することについて諮問（本件諮問）をした。

(6) 本件諮問を受けた中医協は即日審議を開始し昭和39年12月29日までの間に4回、正味47時間にわたって審議を重ねたが、支払者代表委員は四月答申の際関係者間で了解されていた引上げ率8%を上まわる9.5%の引上げを内容とする本件諮問を不満とし、右諮問案を8%引上げ案と1.5%引上げ案とに分離し8%引上げ案の実施を先議し爾余は継続して審議すべきことを要求し、諮問案どおり9.5%引上げ案実施を主張する被申立人、医療者代表委員と対立し、さらに被申立人が同月27日大蔵大臣との予算折衝で医療保険財政対策として薬剤費の半額患者負担制及び総報酬制の採用を決定したことに刺激されて、公益委員の調整にもかかわらず、遂に審議方法で対立したまま実質的審議に入ることができなかった。そこで、公益委員はこれ以上審議を継続することはできないものとして同月29日被申立人に対し辞意を表明した。

(7) 被申立人は、公益委員の辞表提出により中医協の活動が事実上停止することを避けるため、事態の收拾に乗り出し、まず同月30日支払者代表委員に中医協の審議継続に強力を求め、翌年早々中医協の審議を再開すること、中医協の審議には双方弾力的態度で臨み、最終的な裁定を公益委員に委ねることについてはほぼ合意に達した。そして、被申立人はさらに昭和40年1月5日公益委員、医療者代表委員とそれぞれ会談し、中医協の審議再開に協力を要請した。公益委員としては、被申立人及び支払者側、医療者側両委員が弾力的態度で審議に臨みかつ関係者が中医協を尊重するならば辞表を撤回してもよいとの意向であったところ、被申立人が右会談で、診療報酬の引上げ率、引上げ実施時期については中医協の意思を尊重し本件諮問案には必ずしも固執しないとの弾力的態度を示したので、支払者代表委員、医療者代表委員の意向を確認したうえで態度を決定することにした。

(8) そこで公益委員は、同月6日支払者代表委員、医療者代表委員と個別に会談し中医協再開について両者の意向を打診したところ、支払者代表委員は被申立人が本件諮問案に必ずしも固執しないのであるならば中医協の再開に全面的に賛成であるとの意向を示したが、医療者代表委員は中医協の審議再開には原則的に同意するが、診療報酬の引上げは諮問案どおり同月1日から実施すべきであるとの従来の主張を変えなかった。公益委員はさらに同月7日支払者代表委員、被申立人と会談し、特に被申立人が「公益委員が調整に努力している間は職権告示は考えない。中医協の答申は必ず尊重する。」旨の事実上諮問案に固執しない弾力的態度を示したことにより、両者の中医協運営に対する十分な協力が得られると判断し、先に提出した辞表を撤回した。

(9) 1月8日再開された中医協には、緊急是正の1月1日実施を強く主張する医療者代表委員の出席が危ぶまれたが結局は出席したので、公益委員は支払者代表、医療者代表各委員

に弾力的態度をとることを要望し、8日、9日の両日主として非公開の懇談会の場において両者の意見の調整に努力したが、支払者代表委員は四月答申どおりの8%引上げをまず決め、残り1.5%についてはその後審議すべきであるとし、医療者代表委員は本件諮問案どおり9.5%を1月1日から実施することを主張し、両者とも従来からの主張を変えなかった。そこで、公益委員は1月9日夜に至って両者に対し公益委員の意見として「9.5%の引上げを内容とする点数表の改正を1月1日に遡って適用することを認める。ただし、諮問案における初診時基本診療及び初診料をそれぞれ1点ずつ減じ、入院時基本診療料及び入院料をそれぞれ1点ずつ増点する。」という内容の提案をし同日中に結論を出すことを求めたが、支払者代表委員は右提案が実質的には全く医療者代表委員の主張と同じであることから態度を硬化し、それぞれの代表する各団体の意向を聴取する必要があるとし、同月12日午後まで中医協の審議を延期することを主張した。しかし、当時、関係者の間では、診療報酬の引上げを1月1日に遡って実施するためには、9日中に中医協の結論を出すことが必要であると考えられていたので、医療者代表委員は同日中に決着をつけることを主張し、また公益委員も支払者代表委員の主張を容れ審議を一両日延してみても短期日のうちに結論を出せる可能性は少なく、他方医療機関の財政状況はおしなべてひっ迫した状態にあるうえ緊急是正の1月1日実施を予定して給与上の措置をとっているところが多いから緊急是正の実施が遅れると医療機関の運営上大きな支障をきたすおそれがある等の判断から、9日中に中医協総会を開き各側委員の意見を明らかにして答申することとし、同日午後11時15分磯部中医協会長は総会を招集したが、支払者代表委員（政府管掌保険委員を除く。）が欠席したため総会は流会となった。そこで、公益委員は同日被申立人に対し本件諮問案は現状としてはその緊急性もあり原則としてやむを得ないものと認める旨の報告書を提出した。

(10) 右報告書の提出を受けた被申立人は、緊急是正の実施がもはや遷延を許されないものと考え、報告書に基づき即日本件告示をした。

三、右諸事実のうち、本件諮問後本件告示に至るまでの中医協の審議経過のみから判断すると、審議方法につき9.5%の引上げを内容とする諮問案の決議を主張する医療者代表委員とこれを8%引上げ案と1.5%引上げ案に分離し前者を先議し後者は継続審議すべしとする支払者代表委員とが対立し、実質的審議に入ることができなかつたというのであるから、中医協が本件諮問に対し答申をすることは困難であつたと一応考えられないでもない。

しかしながら、四月答申は、診療報酬の緊急是正の必要につき答申したのみでその際関係者に8%引上げが一応了解されていたとしても、その具体的な引上げ実施について答申したのではないこと、本件諮問は四月答申の単なる具体的実施案にとどまるものではなく、さらに四月答申以降の経済情勢の変化を考慮し診療報酬の平均9.5%引上げ、5%加算制の

廃止等を内容とする、具体的には医療事項約 1,000 項目にわたる改正を実施するものであること、本件諮問は四月答申と比較して引上げ率は実質上わずか 1.5%増加したにすぎないけれども、これを具体的な金額にするならば、前記認定のごとく、保険者が支払基金を通して支払う金額だけでも 1 か月約 380 億円となるのであるから、その 1.5%は 1 か月約 5 億 7,000 万円、1 か年約 68 億 4,000 万円、9.5%では、1 か月約 36 億 1,000 万円、1 か年約 433 億 2,000 万円となり、このほか被保険者の支払う一時負担金、被扶養者が支払う療養に要した費用の半額について影響するところをも考えるならば、その金額は莫大な額にのぼるものであり当然慎重な審議がなされてしかるべきものであること、支払者側は被申立人が本件諮問をする以前から四月答申の尊重を要求しそれを上回る診療報酬の引上げに強く反対する態度を示していたこと、さらに本件諮問とは内容を異にしていたとはいえ四月答申が出るまでには四ヶ月以上の日数をかけて審議がなされていることを考えるならば、本件諮問についても十分な審議期間が与えられなければならないはずである。しかるに、本件諮問は緊急是正として診療報酬の平均 9.5%引上げ等を昭和 40 年 1 月 1 日から実施することについてその可否を問うて昭和 39 年 12 月 22 日になされたものであるから、審議期間を実質的には旬日に限定するものであり、その後認定のような事情で審議は昭和 40 年 1 月 9 日まで行なわれたとはいえ、その間公益委員が辞表を提出したこともあって、正味審議可能日数はわずか 10 日しかなかったのであるから、これでは到底本件諮問につき十分な審議期間が与えられたものとは認めがたい。そして、このように中医協が諮問案を審議するにつき十分な期間をいまだ経過していない場合には、委員間に意見の対立があり実質的な審議はもちろん審議方法すらまとまらないからといって、もはや本件諮問について答申を得ることは困難であると即断することはできず、まして答申を待たずに本件告示をすることが正当化されるべきいわれもない。特に、本件において、被申立人は、公益委員に対し辞表の撤回を求めるに当って、診療報酬の 9.5%引上げ等を昭和 40 年 1 月 1 日から実施するという諮問案に必ずしも固執しないとの弾力的態度を示していたのであるから、何ゆえに同月 9 日わずかに公益委員の報告書の提出を受けたのみで、本件告示に踏み切らざるを得なかったのか了解しがたいところである。しかも、同日支払者代表委員は公益委員の提案した 9.5%を 1 月 1 日に遡って引上げ、ただその配分を病院に有利なようにするという案についてとにかく検討してみようとの態度を示していたのであるから、その要求どおり同月 12 日午後まで待ったならば何らかの進展がなかったとも言い切れないのである。

以上の次第であるから、本件は中医協が本件諮問につき審議を尽すに十分な期間を経過したにもかかわらずなお答申をする見込みがなかった場合であるとはいえ、中医協が 1 月 9 日までに答申することができなかったことはその答申を欠いたまま本件告示をしたことを正

当化する理由とはなり得ない。被申立人は、中医協の審議の状況を逐一把握するとともに、最終的には会長の説明を聴取し、公益委員の報告書を確認したうえ本件告示をしたものであると主張するが、かりに右のような事実があったとしてもそれは中医協の答申に代わりうるものではないから、右主張は失当である。

四、次に、中医協の答申を待つことができないほど診療報酬の緊急是正の実施が遷延を許さない事情にあったかどうか考えてみよう。

<証拠略>を総合すると、公的医療機関は昭和38年度において約36.6%が赤字経営であり、昭和40年1月1日から診療報酬の緊急是正が行なわれることを予定して給与上の措置を予定していたところがかかりあったことが一応認められる。しかし、医療機関の経営が赤字であることは診療報酬引上げの理由とはなり得ても、一般的にそのための法律上の前提手続である中医協への諮問、答申を省略することを正当化する理由とはなり得ないばかりでなく、本件においては公的医療機関の中に前記のような赤字のものがあつたといつても他はなお黒字なのであるから、これにより、緊急是正の1月1日実施が遷延を許さないほどのものであつたものと断定するには足らず、他にこのような事情のあつたことを認めるに疎明もない。また公的医療機関が診療報酬の緊急是正が昭和40年1月1日から実施されることを予定して給与上の措置を予定していたから緊急是正の実施を遷延することは許されないということは本末をてん到した議論であり、到底賛同し得ない。

また、保険医療機関等が診療報酬の緊急是正の即時実施を要求し、そのためには保険医総辞退すら辞さない態度を示唆していたことは前記認定のとおりであるが、法は厚生大臣が療養に要する費用の額の算定方法を定めるには利害関係者間の利害を調整しその利益を担保するため中医協に諮問すべきものとしているのであるから、利害関係者の一方が衆をたのみ実力をもって自己に有利な診療報酬の改定を要求してきたからといつてこれに屈服し法律上要求される中医協への諮問及びその答申の手続を履践することなく診療報酬を改定することは、他方の利害関係人からその利益を擁護する機会を奪い、法が中医協への諮問を義務付けた趣旨を没却することになり、ひいては法治行政の原理を破壊することにもなりかねないのであつて許されない。したがつて、保険医療機関等が右のような態度を示していたからといつて、被申立人が中医協の答申を得ずに本件告示をしたことを正当化するものではない。

五、よつて、本件告示が中医協の答申なくしてなされたことを正当とするような特段の事情を認めるに足りる疎明は何らないことに帰するから、結局本件告示は違法というほかはない。

2 東京地裁昭和 48 年 5 月 22 日判決・行裁集 24 卷 4 号 27 頁

昭和 43 年産米穀の政府買入価格を定める農林省告示（昭和 43 年 8 月 21 日付農林省告示第 1291 号）は行政事件訴訟法 3 条 2 項にいう「行政庁の処分」に当たるとした事例

「二 被告農林大臣の本案前の主張について

当裁判所は、本件告示は行政事件訴訟法三条二項にいう行政庁の処分に当たるものと解するから、被告の本案前の主張は失当である。その理由は次のとおりである。

（中略）

2 本件告示の性質

生産者米価の決定は、食管法一条の目的に従い、国民の主要食糧の管理を担当する行政機関たる農林大臣が、公益的な立場にたつて、全国的な米穀の買入価格について、食管法三条二項の趣旨にのつとり、その拠るべき基準を一方的に設定するものであり、事柄の性質上、通常の売買契約において、買主が売主との交渉により売買条件を個々に合意するのは行為の性質を異にすることは明らかである。

ところで、被告らは、本件告示は、生産者米価の単なる抽象的基準を設定する法規定立行為であり、個々の米穀生産者の生産にかかる米穀の買入価格を直接かつ具体的に定めるものではないから、行政処分等に該当しない旨主張する。

そこで、本件告示の内容をみると、まず、冒頭部分において、玄米、精米、もみの種類別、三〇キログラム、六〇キログラムの量目別、一等から五等までの等級別の価格を、二項で、かます、麻袋等包装の種類別の包装費加算を、三項で、とう精の際の、歩留りの良い一定の都道府県の産米について一定額の歩留加算を、四項で、陸稲につき、玄米、精米、もみの種類別に一定額の減算を、五項で、もち米加算（政府が一定期日までに買い入れた一定数量の範囲内のもち米につき水稻、陸稲の別、玄米、精米、もみの種類別に一定額を加算）を、六項で、醸造用玄米加算（政府が一定期日までに買い入れた醸造用玄米について、品種、生産地域の別に一定額を加算）を、七項で、本件係争の、特定の都道府県別に暫定加算を、八項で、運搬費加算（特別の倉庫において売渡米穀の引渡しをする場合、通常の倉庫との距離に応じて一定額を支払う旨）を、それぞれ定めている。

これらは、たしかに、それ自体一般的、抽象的基準であり、個別的買入価格を具体的に決定する際の準則となるものといふことができ、その意味では、被告主張のように法規定立行為たる性格を有するといえよう。

しかし、個別的、具体的な米穀の買入価格は、右基準にもとづいて、前記のように、農

産物検査法による検査によつて確定した一包装ごとの量目別、等級別、種類別に価格が算定され、都道府県別、水稻、陸稻別等の加算、減算が行なわれて確定されるのであつて、右の買入価格の具体的確定の過程において本件告示以外に拠るべき基準はないし、他に行政庁の判断ないし裁量行為と目すべきものは介在しない（農産物検査法による検査は、右の価格の具体的算定のための前提手続にすぎない。）。

そうすると、生産者米価は、本件告示自体により、生産者の生産する当該年産米の政府買入価格として各対象米につき一義的に決定される、換言すれば、告示という法的手段によつて直接形成・確定されるものといふことができる。

しかして、食糧管理法は、前記のように、米穀の生産者に対し、政府の一方向的に定める買入価格による米穀の売渡義務を課しており、その面で生産者の財産権を公共のために制限するものといえるから、政府の強制買上げが本来の収用ではないとしても、米穀の政府買入価格については憲法二九条三項の適用があるものと解される（最高裁昭和二四年七月一三日大法廷判決、同昭和二七年一月九日大法廷判決参照）。

そうすると、生産者米価を一般的に定める本件告示は、一面において被告主張のように立法行為たる性質を有するとしても、他面、国民（米穀生産者）の具体的権利義務に直接影響を与えるところの、抗告訴訟の対象たりうる行政庁の一般処分と解することができるというべきである。

3 他の争訟方法の有無

（一） 米穀の生産者としては、告示による生産者米価を不満として前示事前売渡申込みをしないことができ、その場合市町村長の買入数量の指定（指示）があつたときは、これに対し取消訴訟を提起する途もないではない。しかし、現在の食糧管理制度運用の実情は、事前売渡申込みにかかる数量を政府が買い上げるという方法で運用されていることは前記のとおりであり、それによつて、現実には米穀の生産の維持および生産者の利益保護の機能を果たしていることは、当裁判所に顕著な事実である。

そうすると、右のような争訟の方法をもつては、生産者の利益は現実に保護されえないこととならう。

（二） 旧自創法一四条、農地法八五条の三による買収対価増額の訴え、土地収用法一三三条による損失補償に関する訴えに準じて、端的に米価増額請求の訴えを提起する余地も考えられないではないが、実定法上の根拠を欠き、困難である。

しかし、右の買収対価増額請求、損失補償請求の訴えの性質を、いずれも補償金決定の公定力を排除するため、その変更を求める形成訴訟と解する余地があるとすれば、本件告示についても、公定力ある告示の形式でされた生産者米価の決定の増額変更（実質的には

告示の一部取消し)を求める形成訴訟としての抗告訴訟を認めえない実質的根拠は見出しがたいというべきである。

したがって、本件告示による米価の決定に不服ある生産者に対し、端的に告示自体を争う抗告訴訟を認めることがその権利救済に適すると考えられる。

(三) 正当補償金の給付請求(請求趣旨二項)との関係。食管法による米穀の政府買上げについて、憲法二九条三項の適用があるとみるべきことは前示のとおりであるが、生産者の国に対する正当補償請求権が憲法の右条項から直接生ずるものと解しうるならば、生産者米価に不服ある生産者は、正当補償に不足する金額を憲法二九条三項にもとづき直接請求すれば足り、本件告示の取消しを訴求する必要性ないし訴えの利益を欠くのではないかとの疑問が生じる。

しかし、食管法三条二項は、米穀の政府買上げに伴う正当補償に関し、憲法二九条三項の趣旨を具体化した規定と解することができ、これをさらに補充して食管法施行令二条、政府に売り渡すべき米穀に関する政令一条により米穀の政府買上げに対する損失補償の具体的内容を定めたものが農林大臣の生産者米価の告示であり、損失補償請求権の直接の根拠は食管法等の右諸規定にほかならないと解すべきである。

換言すれば、食管法は、農林大臣による生産者米価の決定、告示によつて、米穀の政府買上げに伴う補償請求権を直接、公権的に形成・確定するという構造をとつているものと解される。

しかも、後述のとおり、生産者米価の決定は、高度の政策判断を伴うものであつて、公益上行政庁の第一次的判断がきわめて重要な機能を果たすものである以上、これと異なる補償金額を請求することの前提として、まず、公権的に確定され、公定力を有する生産者米価の告示そのものの一部取消し(実質は変更)の形成訴訟を許すのがむしろ本筋というべきである。

裁判所の機能、審理の構造からみても、土地の収用、農地の買収の場合における損失補償のごとく、裁判所が容易に客観的な正当補償額を認定判断しうる場合と異なり、本件の生産者米価のように、食糧管理制度の運用や国の農業政策という高度の政策判断を伴う場合における正当補償額の決定については、裁判所がこれを具体的に確定することはきわめて困難であり、むしろ行政庁の第一次的判断たる米価の告示の内容がその算出の基礎、過程において憲法二九条三項をうけた食管法三条二項の趣旨、理念に適合しているか否かを認定、判断することが訴訟の形態としても相当というべきであろう。

なお、右告示の取消訴訟にあわせて、将来の給付請求として正当補償差額の給付を訴求することも許されるものと解すべきである。

(中略)

四 以上認定の事実関係にもとづき、本件告示のうち、暫定加算に関する部分の適否について検討する。

1 原告らの主張第一点(食管法一二条二項違反)について。

(一) 食管法三条二項は、米穀の政府買入価格の決定に際し考慮すべき事項として「生産費及物価其ノ他ノ経済事情」を挙げ、「米穀ノ再生産ヲ確保スルコトヲ旨」とすべきものと規定しており、その文言および内容からすれば、右規定は買入価格の決定を指導する基本的な理念を宣明したものであつて、具体的な米価の決定、その算定方法については、右の基本的理念を逸脱しない範囲において、行政庁(農林大臣)の裁量に委ねられているものと解される。

すなわち、右規定は、米穀の政府買入価格が究極的に米穀の再生産を確保するに足るものであることを要請しているが、考慮されるべき事項である「その事の経済事情」の範囲は、およそ米穀の生産に直接、間接に関連する経済上の諸事情を含みうるものと解され、具体的には、被告らの主張するように「各時点における具体的な経済政策上の配慮、たとえば稲作農家の状況やそれがわが国農業に占める地位、国際価格を含め他の農産物の価格の動向、米穀の政府買入価格の水準がわが国の経済一般、とくに農業経済に与える影響、さらに財政負担(とくに食管会計の状況)等の諸事情」を考慮し、適切な水準に決定されなければならないのであつて、これらの事情は、生産者米価の決定にあつて参酌されるべき「その他の経済事情」に含まれるといえる。

他面、前記のように、大穀の政府買上げには、米穀生産者の財産権の制限として、憲法二九条三項の適用があるものと解されるところから、生産者米価は、少なくとも右条項にいう「正当な補償」でなければならず、この面からの制約を免れることはできない。

そして、食管法三条二項の基本理念の内容も、同法制定当時とその後の米穀過剰時代では、米穀の政府買上制度運用の実態ないし機能の変化その他の諸事情の変化に対応して変容し、したがつて、生産者米価の決定にさいし、右の基本理念にもとづく運用にあつて広汎な政策的判断が要請されざるを得ず、現に、従来そのような政策的配慮のもとに運用されてきたことも周知のとおりである。

(二) 本件告示において暫定加算を設けた趣旨は、従来の時期別格差が、近時の米穀の過剰状態において、その意義が失われたため、その廃止が意図されていたところ、従来の支給額を都道府県単位にみると、いわゆる早場米地帯に属する新潟県その他の道府県では相当の金額に達しておりそれらの地域にとり定着した収入源となつていたので、時期別格差の廃止がそれらの道府県の地域農業経済に及ぼす影響が少なくないことに鑑み、その緩

和を図るための暫定措置を講じようとする点にあつたことは、前記認定のとおりである。そして、時期別格差の廃止に伴う急激な影響を何らかの方法で緩和する措置を講ずること自体は、生産者米価の決定にあたり参酌すべき経済事情として、相当というべきである。

ところで、わが国の農業および一般経済の事情が地域ごとに異なることは顕著な事実であり、また、米穀の生産、流通の事情は、従来から都道府県単位に把握され、それに対応して行政機関による米穀の生産、流通に関する施策の立案実施が、地域的観点から都道府県単位に行なわれることが多かつたことも明らかである。

もとより、特定の地域に特有な経済事情は、当該地域に関する施策において対処するのを通常とし、これを全国的な規模で決定される生産者米価の算定にあたって考慮することは異例の措置といえようが、前記のとおり、もともと生産者米価決定における基本理念が相当広汎な政策的要因を含むものであること、右のような米穀の生産、流通における地域的特性とそれに対する行政上の施策の実情ならびに従来個別農家の受領する時期別格差金が比較的少額であつたこと等にかんがみ、時期別格差廃止による急激な影響を個々の米穀生産者の問題としてでなく、当初地域農業経済に及ぼす影響の問題として把え、これを都道府県単位に生産者米価の決定において考慮することも、米穀に関する農業政策の一環として合理性をもつものというべく、右のような地域農業経済の事情は食管法三条二項にいう「経済事情」に該当するものというべきである。

原告らは、前示の等級間格差や歩留加算はいずれも米穀の品質に基づくものとして基準価格のいわゆる内枠として取り扱いうるが、暫定加算のごときは内枠たりえず、外枠として扱うべきである旨主張する。しかし、暫定加算の前身ともいうべき時期別格差が内枠として扱われてきたため、暫定加算も基準価格の内枠として処理されたことは前記認定のとおりであり、前段において説示したところならびに後記3に説示するところからすれば、農林大臣の右のような処理は、当不当の評価は別として、これを違法とすることはできない。

2 原告らの主張第二点（憲法一四条違反）について。

暫定加算設置の趣旨は前記のとおりであつて、その趣旨自体前示食管法三条二項所定の基本理念にもとづき農林大臣に許容された農業政策上の裁量からみて合理性を有するものであり、その具体的方法 - とくに都道府県単位に実施したこと - も米価決定についての行政効率にかんがみ、不当、不合理とはいえない。

してみれば、結果的に原告ら暫定加算を付されない道府県の生産者が暫定加算平均分だけ収入減となつたとしても、それを目して、不合理な差別取扱いとして憲法一四条に違反するとは断定できない。

右に反する鑑定人今村成和の鑑定意見および証人杉村敏正の証言部分にはたやすく賛同できない。したがって原告らの右主張も失当である。

3 原告らの主張第三点（憲法二九条三項違反）について。

被告は、米価の決定は本来憲法二九条二項の問題であり、同条三項の問題は生じないと主張するが、二項の問題と三項の適用の有無とは別個の問題であるばかりでなく、生産者米価についても憲法二九条三項の適用があるものと解すべきことは、前述のとおりである。

米価における「正当な補償」の範囲は、結局、前述のように憲法二九条三項を具体化した規定と解される食管法三条二項にいう、生産費および物価その他の経済事情を考慮した上での「米穀の再生産を確保」するに足りるものかどうにかかると解すべきである。

政府は、従来この基本理念にもとづき、いわゆる生産費および所得補償方式によつて米価を算定していたのであり、右方式は、米穀の生産に要する諸費用を補填するとともに、家族労働費について、農家にも都市労働者と同等の所得を補填するという配慮から、都市均衡労賃への評価替えを行なうものであることは前述のとおりである。

しかして、食管制度の運用と機能が米穀生産者の保護に重点を移してきた現状を反映して、昭和四三年産米の米価についても、家族労働費（とくに間接家族労働費をも配慮）、資本利子（自己資金の運用利子をも考慮）、付帯労働費、生産性向上利益還元費、平均収量についての標準偏差値控除等の面において、農業政策上、米穀生産者の利益保護のための政策的判断が濃厚にあらわれていることは、先に詳細認定したとおりである。そして、前記のように米価審議会の答申においても、生産費および所得補償方式には恣意的要素が入りやすいので、客観的算定方式を確立すべき旨および政府試算は米穀の需給事情を反映するものとしては不十分であるとの指摘がなされているほどである。「米穀の再生産を確保するに足りるもの」という概念自体、その時点での広汎な政策的配慮の入り易い概念であることと相俟つて、昭和四三年産米の生産者米価も、純然たる米穀の政府買上げに伴う生産者の損失の補償としての「正当な補償」以上のものが、生産者の利益保護の政策的配慮から加味されていることは、右の諸事情からみて否定しがたいところである（本件年度においても食管制度そのものが、米穀の過剰時代の実態にそわず、国際的にも高米価の批判がある一方、農業協同組合等農業団体は、農家の利益擁護のため、食管制度の堅持を強く主張していることは公知の事実である。）。

さらに、被告主張のように、本件における基準米価よりの暫定加算平均額（一一五円）の控除は、生産者米価の一つの算定方式の過程として行なわれるにすぎず、算定方式自体固定的なものではないというべきであるから、算式上の暫定加算平均額の控除が、直ちに具体化された正当な生産者米価よりの一定額の減額として問題となる性質のものとする

こと自体誤りといわざるをえない（なお、昭和四三年産米における基本的なうるち軟質玄米三等裸価格そのものは、一五〇キログラムあたり昭和四二年産米のそれより一二四〇円増加していることは、前記甲八号証により明らかであり、その上昇率は六・五パーセントに達する。）。

以上の諸点にかんがみ、昭和四三年産米の米価が、右暫定加算平均分の減額によつて、「正当な補償」を下回るとはとうてい認めがたいといわなければならない、原告らの主張も採用することができない。

右に反する今村鑑定の結果、杉村証人の証言部分にはたやすく左袒しがたい。

4 原告らの主張第四点（農林大臣の裁量権乱用）について。

たしかに、時期別格差の廃止は、従来その支給を受けていた生産者（農家）個人にとつては、その分が収入減となることは否定できないが、それは米穀の需給事情の変化にもとづく政策の変更により、生産者米価の算定方法が変つたため、結果的にそうなつたということにすぎない。

しかして、暫定加算を設けた趣旨が前記のとおりである以上、それが食管法三条二項の基本理念にもとづき農林大臣に許容された裁量の範囲を逸脱したものと断じがたい。

また、時期別格差廃止による影響緩和という観点から従来時期別・格差金を受けていた個別生産者ごとに従来の実績にもとづいて暫定加算を付することも理論上考えられないではないが、米価決定の過程における行政上の効率からすれば、それはきわめて困難であることも否定できない。

さらに、原告らが暫定加算を支給されないことが一概に不合理な差別として行政上の平等原則に反するとも断定できないことは前記説示のとおりである。

その他、さきに認定したところからすれば、本件暫定加算の措置がとられるに至つた手続過程において、特段の恣意ないし裁量の乱用と目すべき点も見出し難い。

そうすると、本件暫定加算の措置が行政庁の裁量の範囲を逸脱し、裁量権の乱用があるとは認めがたく（これと異なる今村鑑定意見、杉村証人の証言部分には左袒しがたい）、原告らの右主張は採用できない。

5 以上のとおり、本件告示中、暫定加算に関する部分には、原告ら主張のような違法はなく、その取消しを求める原告らの請求は理由がない。」

東京高裁昭和 50 年 12 月 23 日判決・行裁集 26 卷 12 号 101 頁

昭和 4 3 年産米穀の政府買入価格を定める農林省告示（昭和 4 3 年 8 月 2 1 日付同省告示第 1 2 9 1 号）は、行政事件訴訟法 3 条 2 項にいう「行政庁の処分」

に当たるとした事例

「食管法三条二項は米穀の政府買入価格について、「政府ノ買入ノ価格ハ政令ノ定メル所ニ依リ、生産費及物価其ノ他ノ経済事情ヲ参酌シ米穀ノ再生産ヲ確保スルコトヲ旨トシテ之ヲ定ム」べきものとしている。右規定は、その文言、内容からみて、政府の買入価格の決定について参酌すべき基本的な理念を宣明したものであつて、具体的な米価の決定、その算定方法については右の基本的理念を逸脱しない範囲において政府（農林大臣）の技術的、政治的裁量に委ねられているものと解すべきである。もつとも、食管法は米穀の生産者に対し政府の一方的に定める買入価格による米穀の売渡義務を課しており、その面では生産者の財産権を公共のために制限するものといえるから、米穀の政府買入価格については憲法第二十九条三項にいう正当な補償でなければならずこの面からの制約を免れることはできないものというべきである。

本件告示において暫定加算を設けた趣旨は、政府は昭和四三年産米価の決定にあたり米の需給事情の変化のため従来の時期別格差の持つ本来の目的意義が稀薄となつたので、同年産米からこれを廃止する方針を決めたが、いわゆる早場米地帯は米の単作地帯で農家経済は米作に依存する度がきわめて強く、そのため収入の多い早場米の生産に力を注いでおり昭和四二年産米の時期別格差金の支払状況をみると、新潟県約二四億円、千葉県約一一億円、富山県、秋田県約一〇億円、茨城県、北海道各約九億円、山形県約八億円、石川県、福井県各約六億円、滋賀県約五億円に及び総額で約一四〇億円に達していたこと、時期別格差は出荷の時期により個別の生産者に支給されるもので、各人に支給される金額は僅少であつたが右のように、県単位でみると、相当の金額に達しておりそれらの地域の定着した収入源になつていたので、時期別格差の全廃は地域農業にかなりの影響を与えることが予想されるため、政府はその廃止に伴う影響の緩和を図る必要があると考え従来の時期別格差金の支払額が一定の基準に該当する府県の産米について、売渡しの時期いかんにかゝらず暫定的措置として、暫定加算金を付することとしたものであることは前示認定のとおりである。

控訴人らは、右のような地域農業経済事情は食管法三条二項にいうその他の経済事情に該らないから、米価決定にあたり右事情を参酌したことは違法であると主張する。

食管法三条二項は、政府買入価格は米穀の再生産を確保することを旨として定むべきものとし、その為に参酌すべき事項として生産費及び物価その他の経済事情を挙げている。そして右にいう経済事情の範囲にはおよそ米穀の生産に直接、間接に関連する経済上の諸事情を含むものと解されている。ところで、食糧管理制度は戦時下の主要食糧事情に対処するため、少い食糧を国家管理の下におき、その有効な利用と配分をなすことを目的として発足したも

のであるが、その後漸次その背後にある食糧事情が根本的に変化してきたことは周知の事実であり、食管法の定める米穀の売渡及び買上の方法が漸次改正されてきたのもこの事情変更に対応するものといえることができる。それとともに、食管法制定当時における同法の趣旨である国民一般の主要食糧を確保し、公正公平にこれを配分するという公共目的のために、その生産者に売渡義務を課するという建前の実質も変化し、むしろ農業政策上米穀の生産を維持し、その再生産を可能ならしめ、ひいてそれが生産者を保護することになるために売渡義務という法的形式を用いているものといえるのであつてこのように理解することが現在の实情に合致するものといふべきである。そうすると右のように米穀の生産の維持、生産者の利益保護という農業経済上の目的によつて米穀の売渡、買上が行われる場合にはいかなる程度において生産を維持し、生産者をどのように保護するかという政策上の判断は広く農業政策ひいては経済政策一般の中で判断されることになるから、そのような政策判断が買上げの対価決定に大きく作用しうることとなり、その幅はかなり広汎に許容される（もとよりその裁量は法的に無制限でないとしても）ことになるものと解しなければならない。このようにみえてくると、被控訴人らの主張する「各時点における具体的な経済政策の配慮たとえば稲作農家の状況やそれがわが国農業に占める地位、国際価格を含め他の農産物の価格の動向、米穀の政府買入価格の水準がわが国の経済一般とくに農業経済に与える影響さらに財政負担（とくに食管会計の状況）等の諸事情」も食管法三条二項にいう生産者米価の決定にあつて参酌さるべき「その他ノ経済事情」に含まれるものと解して差支えない。本件暫定加算を設けた趣旨が前示のとおりであり、わが国の農業及び一般の経済事情が地域ごとに異なることや米穀の生産流通の事情は従来都道府県単位に把握され、それに対応して行政機関による米穀の生産、流通に関する施策の立案実施が地域的観点から都道府県単位に行われていることの多いことも顕著な事実であるから、右のような米穀の生産流通における地域的特性と、それに対する行政上の施策の实情ならびに従来個別的農家の受領する時期別格差金が比較的小額であつたこと等に鑑み時期別格差金廃止による急激な影響を個々の米穀生産者の問題としてではなく当該地域農業経済に及ぼす影響の問題として捉え、これを都道府県単位に生産者米価の決定において考慮したことは米穀に関する農業政策の一環として合理性を持つものといふべく右政府の措置をもつて違法とすることはできない。

もつとも、時期別格差は従来は出荷の時期により生産者個別に支払われたのであるから、暫定加算も個人単位で算定加算することも絶対不可能ではないと思われるが、原審証大堀川春彦の証言及び弁論の全趣旨によると、全国の農家個別に過去三年間の時期別格差の支給状況及びその割合等を調査するためには各末たんの食糧務事所ないしその出張所に備付の各個人別買入数量等を記載した買入台帳を基礎として各年度における農家各個の各期ごとの時期

別格差の抽出仕訳を行い、最終的には食糧庁ないし農林本省において全国的な集約配分の作業を行わねばならず、そのためには二万余名の食糧庁関係の職員を総動員しても相当長期の期間を必要とし、当該年度の米価決定までにその完成は殆んど不可能であることが認められるのであるから、行政効率の点からみても、前示政府の措置をもつて不当、不合理とは云えない。

控訴人らは等級間格差や歩留加算はいずれも米穀の品質に基づくものとして、基準価格のいわゆる内枠として取り扱いうるが、暫定加算のごときは外枠として取扱うのはかくべつ内枠とはならない旨主張するが、暫定加算の前身ともいべき時期別格差が内枠として扱われてきたため暫定加算も基準価格の内枠として処理されたものであることは前示引用部分において判示したとおりであつて、その為に算定された価格が憲法二九条三項に違反するものではないことも後に判断するとおりであるから政府の右処置は当、不当の評価は別としてこれを違法とすることができない。成立に争いのない甲二二号証中のこの点に関する記載は当裁判所はこれを採らない。

(三) 控訴人らは、本件告示中暫定加算に関する部分は憲法一四条、二九条三項に違反し若くは農林大臣の裁量権の濫用であると主張するけれども、当裁判所は右主張はいずれも理由がないものと判断する。その理由は原判決四〇枚目裏八行から四五枚目表三行までと全く同じであるからこれをこゝに引用する。

(四) 以上のとおりであるから本件告示中加算に関する部分には控訴人ら主張のような違法はなく、その取消を求める控訴人らの請求は理由がない。」

3 東京高裁昭和 62 年 12 月 24 日判決・行裁集 38 卷 12 号 1807 頁

公害対策基本法 9 条にのっとり環境基準を定める環境庁の告示は、政府が公害対策を推進するための政策上の達成目標ないし指針を一般的、抽象的に定立する行為であつて、直接に、国民の権利義務、法的地位又は法的利益につき、創設、変更、消滅等の法的効果を及ぼすものではなく、また、そのような法的効力を有するものでもないから、環境庁長官が二酸化窒素に係る環境基準を従来のものより緩和する内容に改定してした告示（昭和 53 年環境庁告示第 38 号）は、抗告訴訟の対象となる行政処分に当たらない。

「一 当裁判所も、当審において提出された資料を含む本件全資料を検討した結果、本件告示は、行政事件訴訟法三条二項に規定する「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」ということはできないので、本件訴えはこれを却下すべきものと判断する。

そのゆえは、基本法第九条に則り環境基準を定める環境庁の告示（本件告示を含む。以下単に「環境基準の告示」という。）は、現行法制上、政府が公害対策を推進していくうえでの政策上の達成目標ないし指針を一般的抽象的に定立する行為であつて、直接に、国民の権利義務、法的地位、法的利益につき創設、変更、消滅等の法的効果（以下単に「法的効果」という。）を及ぼすものではなく、また、そのような法的効力（以下単に「法的効力」という。）を有するものでもないからであつて、その理由の詳細は、次のとおり補正し、当裁判所の判断を付加するほか、原判決の理由説示（原判決六四丁表二行目から同一〇三丁表六行目の「却下することとし、」まで）のとおりであるから、これを引用する。

（中略）

二 なお、控訴人らの当審における主張にかんがみて、次のとおり当裁判所の判断を付加する。

1 まず、控訴人らは、基本法制定の経緯並びに大気汚染防止法が定める排出基準及び総量規制基準の決定方法に照らせば、本件告示の当時、環境基準（基本法九条一項にいう「人の健康を保護し、及び生活環境を保全するうえで維持されることが望ましい基準」。以下同じ。）は規範的性格を有し、又は有するに至つていたものというべきであるから、本件告示は抗告訴訟の対象となる行政処分性を有する旨を主張する。すなわち、本件告示は、環境基準が有する規範的性格からみて、控訴人らに対し「法的効果」を及ぼすものであるから、その処分性を肯定すべきであるというのである。

しかしながら、環境基準は、政府が公害防止行政を推進していくうえでの政策上の達成目標ないし指針を意味するものと解すべきであつて、これを定める環境基準の告示が直ちに国民の権利義務、法的地位ないし法的利益に「法的効果」を及ぼすものということができないことは、叙上説示（引用に係る原判決の理由説示 - 以下「引用説示」という。 - 二 1）のとおりである。

この点について、更に付言すれば、次のとおりである。

（一） 控訴人らは、基本法制定の経緯、特に基本法制定の基礎となつた公害審議会の答申の趣旨に照らせば、環境基準は単なる行政上の努力目標を意味するものではない旨を主張する。しかしながら、叙上認定説示のとおり（引用説示二 5）右答申は、「環境基準は、行政の目標となるべき基準であつて規制基準ではない」旨を明言しているのであつて、控訴人らの右主張を採用することはできない。

また、控訴人らは、基本法の法案作成の過程で政府部内の関係省庁によつて組織された公害対策推進連絡会議における検討の結果、厚生省試案の「維持されるべき環境上の条件に関する基準」の文言が「維持されることが望ましい環境上の条件に関する基準」の文言に表現

が変えられたが、右表現の変更により、控訴人らが主張するような環境基準の法的性格が変更されたものでない旨を主張する。しかしながら、成立に争いのない甲第六七号証によれば、右連絡会議において右のように表現が改められたのは、「環境基準が公害対策において個別的な規制力をもつ直接的な基準となるものではなく、行政施策を実施するにあつての到達目標であることを明もかにする趣旨」であつたと認められるのであつて、右表現の変更は、むしろ叙上認定説示のような公害審議会の答申の趣旨にそうものというべきである。

控訴人らは、基本法制定の経緯からみて、環境基準が公害行政の法的基礎であり、法的目標であることは明らかであると主張するのであるが、右主張の趣旨が、環境基準は「法的効力」を有する規制基準であり、そのことは基本法制定の経緯に示されているというのであれば、本件全資料に照らしてもそのような事実を認めることはできず、叙上認定説示のような基本法制定の経緯に照らせば、環境基準は「法的効力」を有する規制基準ではなく、政府の政策上の達成目標と考えられていたものというべきである。

(二) 控訴人らは、大気汚染防止法が定める排出基準及び総量規制基準の決定方法に照らせば、環境基準は個別の汚染の規制と直接に関連し、特に大気汚染防止法上、総量規制制度が導入されてからは、環境基準と総量規制は直接連動するものとなつた旨を主張する。右主張は、要するに、環境基準をその機能の面からとらえ、環境基準は個別規制法を介して汚染の規制基準として機能している（控訴人らのいわゆる環境基準の事定法上の規範化）から、環境基準は「法的効力」を有することをいうものであると解される。

しかしながら、環境基準と排出基準及び総量規制基準との関係は、叙上認定説示のとおり（引用説示二二）であつて、大気汚染防止法が定める右各基準の決定の仕組みに照らして考えれば、環境基準と右各基準の決定が法的連動関係にあるとする控訴人らの主張を採用することはできない。すなわち、右説示のとおり、排出基準及び総量規制基準は、個別の規制対象に即し、各種の複雑かつ流動的な諸要素を総合、勘案して決定されるものであり、環境基準のみから直接的、自動的に決定されるものではない。（なお、総量規制に関していえば、本件告示がされた昭和五三年当時、窒素酸化物は指定ばい煙と定められておらず、窒素酸化物が指定ばい煙とされたのは、昭和五六年六月二日に公布、施行された大気汚染防止法施行令の一部を改正する政令によつてであるから、環境基準と総量規制基準との間に法的連動関係があるとする控訴人らの主張は、少なくとも本件告示の時点については、その前提を欠いているというべきである。）

もつとも、環境基準が政策上の達成目標であり、指針である以上、大気汚染防止法上の排出基準及び総量規制基準の決定が目標値としての環境基準を考慮して行われることは当然であり（総量規制基準を定める前提となるいわゆる三号総量が「大気環境基準に照らし総理府

令で定めるところにより算定される」ことは、法文上明らかである。大気汚染防止法五条の三第一項三号) その意味において、環境基準と右各基準は重要な関連性を有しているといえることができる。しかし、そうであるからといって、そのことから、環境基準が「法的効力」を有する規制基準であり、あるいは叙上説示のような環境基準の法的性質が変更されたものということとはできない。排出基準及び総量規制基準が「法的効力」を有する基準として強制されるのは、大気汚染防止法それ自体の規定に基づくものであり、そこで、排出基準及び総量規制基準を定めるにつき、環境基準が果たしている役割は、具体的、個別的な排出基準及び総量規制基準を設定する上での目標値ないし指針としての事実上の機能であるというべきである。

(三) 控訴人らは、いつたん環境基準が設定されれば、政府による法的規制がこの基準を超えることはなく、国民はそれ以上の規制を法律上期待することができないから、環境基準は法律上の許容限度であり、かつ、受忍限度である旨を主張する。

しかしながら、環境基準は、叙上のとおり、公害政策上の達成目標ないし指針として定められたものであつて、これによつて汚染についての法律上の許容限度あるいは受忍限度が設定されたものと解することができないことは、基本法その他関連法規に照らして明らかである。したがつて、例えば、公害汚染を理由に、被害者がその損害の賠償責任を追及する場合に、賠償責任を負うべき者は、環境基準は公害についての法律上の許容限度あるいは受忍限度を設定していると主張して環境基準が確保されていたことのみを理由に賠償責任を免れようとしても、それはできないというべきであつて、どの程度の汚染が法律上許容され、又は受忍すべきものとされるかは、個々の場合に即して諸般の事情に基づき、具体的に判断されるべき問題である。

なるほど、環境基準が政府の公害政策上の達成目標である以上、いつたん環境基準が設定(改定を含む。)された場合、政府の当面の公害防止施策がその環境基準を超えてまで実施されることは、事実上容易に期待できないのが現実であろう。しかし、本件告示に係る環境基準の達成期間は原則として七年とされているのであり、また、環境基準については、「常に適切な科学的判断が加えられ、必要な改定がなされなければならない」(基本法九条三項)のが基本法の要請であるから、いつたん設定された環境基準は、もちろん不変不動のものではなく、基本法の目的の実現を企図する政府により、事理に却したより高次の達成目標の設定を期待し得べきものである。

(四) 以上のとおりであつて、環境基準が「法的効力」を有する旨の控訴人らの主張を採用することはできない。

2 次に控訴人らは、本件告示は、本件改定が国民の健康等に及ぼす影響からみて、処分性

を有する旨を主張する。

(一) すなわち、まず控訴人らは、二酸化窒素の有害性を有する主張し、本件告示による環境基準によつては国民の公害による健康被害を防止することはできず、本件改定はそれまで各種の規制を通じて保護されていた国民の健康上の利益を侵害するというべきであるから、本件告示は処分性を有する旨を主張する。

しかしながら、叙上説示のとおり、環境基準は政府が公害防止行政を推進していくうえでの政策上の達成目標ないし指針であるから、環境基準が設定されたことにより、その基準までの環境条件の確保が、国民に対して、法的に保障されたものと解することはできない。すなわち、「政府は、公害の防止に関する施策を総合的かつ有効適切に講ずることにより、環境基準が確保されるように努めなければならない」のであるが（基本法九条四項）、基本法の関係法条及び決意にかんがみると、政府に右のような努力ないし責務が要請されていることから、環境基準の確保・保障を国に対して要求できる国民の権利ないし法的利益が基本法によつて国民各自に設定付与されたものということとはできない。

したがって、控訴人らが主張する「本件告示以前に各種の規制を通じて保護されていた国民の健康上の利益」は、国の公害防止上の施策によつて国民が享受する事実上の利益であり、かつ、特定の国民個人について生ずる利益というより、国民一般について生ずる一般的、抽象的な事実上の利益というべきであつて、しかも環境基準の告示のもつ叙上説示の性質にかんがみると、仮に本件告示によつて控訴人らのいわゆる健康上の利益に事実上の影響があるとしても、それをもつて控訴人らの具体的な権利ないし法的利益が本件告示により侵害されたものということとはできない。

(二) また、控訴人らは、環境基準と大気汚染防止法上の総量規制制度は直接連動しており、本件告示は、必然的に総量規制地域の限縮及び総量規制基準値の緩和をもたらし、その結果、国民の権利に直接影響を及ぼすものというべきであるから、その処分性を肯定すべき旨を主張する。

なるほど、叙上説示のような環境基準と総量規制制度の関係に照らして考えれば、両者の間に控訴人らが主張する法的連動関係はこれを認め得ないが、本件告示による公害政策上の達成目標ないし指針の改定が総量規制制度の運用に事実上の影響を及ぼすことは当然あり得ることである。しかしながら、環境基準の告示の叙上説示の性質、機能にかんがみると、本件告示により控訴人らの具体的な権利ないし法的利益が侵害されたものということができないことは、前記2(一)その他叙上説示のとおりである。

(三) さらに、控訴人らは、環境基準は補償法が定める地域指定要件と連動しているから、本件告示は、公害健康被害者から補償法による補償給付を受ける権利を奪うものであり、処

分性を有する旨を主張する。

しかしながら、環境基準と補償法の地域指定要件との関係については叙上説示のとおり(引用説示二4)であつて、両者の間に法的連動関係がある旨の控訴人らの主張を採用することはできない。すなわち、現在、窒素酸化物は地域指定要件としての大気の汚染の程度を判定する具体的、数値的な指標としては用いられておらず、本件改定が右大気の汚染の程度の判定に直接の影響を及ぼすことにはならないというべきであるが、仮に将来、窒素酸化物がその具体的な指標として用いられることになつたとしても、地域指定要件は補償法それ自体の見地から各種の要素を総合的に考慮して判断されるべきものであつて、環境基準と補償法の地域指定要件との関係は事実上のものにすぎないというべきである。

ところで、控訴人らは、本件告示は公害健康被害者から補償給付を受ける権利を奪うものである旨を主張するが、本件告示が既に補償給付を受けている者の権利ないし法的地位に影響を及ぼすものでないことは叙上説示のとおり(引用説示二4(3))である。もつとも、右主張は、本件告示は公害健康被害者が将来補償給付を受けるべき地位、すなわちいわばその期待権を侵害することをもいうものであるとも解される。しかしながら、補償法による補償給付を請求するためには、都道府県知事による同法四条の認定又はその認定の申請を要するのであり(同法一〇条)右認定又はその申請前において、補償法上の補償給付を受けるべき権利ないし法的地位なるものを考えることはできない。要するに右主張は、本件告示は控訴人らの補償給付を受ける機会の剥奪につながる旨をいうに帰するのであるが、そのような不確定的、抽象的な可能性をもつて、抗告訴訟(取消訴訟)によつて回復されるべき権利ないし法的利益ということとはできない。

3 以上説示のとおりであつて、環境基準が「法的効力」を有する規制基準であり、本件告示は控訴人らの権利ないし法的利益を侵害するから処分性を有する旨の控訴人らの主張は、これを採用することができない。

控訴人らは、本件改定によつて不利益を受ける国民は本件告示を争う以外に自己の健康を確保できない旨をいうのであるが、環境基準は、叙上説示のとおり政府が公害防止行政を推進していくうえでの政策上の達成目標ないし指針であるから、具体的な権利ないし法的利益の争訟をはなれて、ただ、政府の政策上の達成目標ないし指針自体のみにつき、その当否に立ち入り司法判断をすることは、現行法制上できないことといわざるを得ない。もつとも、公害の防止は法及び国民の悲願であり、環境基準が公害防止行政を推進していくうえで果たす重要な役割にかんがみれば、その設定又は改定は、できる限り広く国民の良識、意見を反映すべき手続を経て行われるのが望ましいことはいうまでもなく、基本法が定める環境基準の設定又は改定の手続には、法学上の見地からなお考慮すべき点がないとはいえないが、所

詮、これらは立法政策に属する問題である。」

(別紙5)

1 最高裁昭和46年1月20日大法廷判決・民集25巻1号1頁

農地法施行令第16条が、旧自作農創設特別措置法第3条による買収農地につき、農地法第80条の認定をすることができる場合を、農地法施行令第16条第4号所定の場合に限ることとし、当該買収農地自体、社会的、経済的にみて、すでにその農地としての現況を将来にわたって維持すべき意義を失い、近く農地以外のものとするを相当とするもののような、明らかに農地法が売払いの対象として予定しているものにつき、同法第80条の認定をすることができないとしたことは、法の委任をこえるもので、無効というべきである。

「令一六条四号が、前記のように、買収農地のうち法八〇条一項の認定の対象となるべき土地を買収後新たに生じた公用等の目的に供する緊急の必要があり、かつ、その用に供されることが確実なものに制限していることは、その規定上明らかである。その趣旨は、買収の目的を重視し、その目的に優先する公用等の目的に供する緊急の必要があり、かつ、その用に供されることが確実な場合にかぎり売り払うべきこととしたものと考えられる。同項は、その規定の体裁からみて、売払いの対象を定める基準を政令に委任しているものと解されるが、委任の範囲にはおのずから限度があり、明らかに法が売払いの対象として予定しているものを除外することは、前記法八〇条に基づく売払制度の趣旨に照らし、許されないところであるといわなければならない。農地改革のための臨時立法であつた自創法とは異なり、法は、恒久立法であるから、同条による売払いの要件も、当然、長期にわたる社会、経済状況の変化にも対処できるものとして規定されているはずのものである。したがつて、農地買収の目的に優先する公用等の目的に供する緊急の必要があり、かつ、その用に供されることが確実であるという場合ではなくても、当該買収農地自体、社会的、経済的にみて、すでにその農地としての現況を将来にわたって維持すべき意義を失い、近く農地以外のものとするを相当とするもの（法七条一項四号参照）として、買収の目的である自作農の創設等の目的に供しないことを相当とする状況にあるといいうるものが生ずるであろうことは、当然に予測されるところであり、法八〇条は、もとよりこのような買収農地についても旧所有者への売払いを義務付けているものと解されなければならないのである。したがつて、同条の認定をすることができる場合につき、令一六条が、自創法三条による買収農地については令一六条四号の場合にかぎることとし、それ以外の前記のような場合につき法八〇条の認定をすることができないとしたことは、法の委任の範囲を越えた無効のものというのほかはない。

これを要するに、旧所有者は、買収農地を自作農の創設等の目的に供しないことを相当と

する事実が生じた場合には、法八〇条一項の農林大臣の認定の有無にかかわらず、直接、農林大臣に対し当該土地の売払いをすべきこと、すなわち買受けの申込みに応じその承諾をすべきことを求めることができ、農林大臣がこれに応じないときは、民事訴訟手続により農林大臣に対し右義務の履行を求めることができるものというべきである。したがって、このような場合に都道府県知事が右土地につき売渡処分をしたときは、旧所有者は、行政訴訟手続により右処分の取消しを求めることができるものといわなければならない。」

2 最高裁平成2年2月1日第一小法廷判決・民集44巻2号369頁

銃砲刀剣類登録規則4条2項が、銃砲刀剣類所持等取締法14条1項の登録の対象となる刀剣類の鑑定基準として、美術品として文化財的価値を有する日本刀に限る旨を定めていることは、同条5項の委任の趣旨を逸脱するものではない。

「銃砲刀剣類所持等取締法（以下「法」という。）一四条一項による登録を受けた刀剣類が、法三条一項六号により、刀剣類の同条本文による所持禁止の除外対象とされているのは、刀剣類には美術品として文化財的価値を有するものがあるから、このような刀剣類について登録の途を開くことによって所持を許し、文化財として保存活用を図ることは、文化財保護の観点からみて有益であり、また、このような美術品として文化財的価値を有する刀剣類に限って所持を許しても危害の予防上重大な支障が生ずるものではないとの趣旨によるものと解される。このことは、法四条による刀剣類の所持の許可の場合は、危害予防の観点から、これを所持する者が法五条一項各号に該当しない者でなければ許可を受けることができないものとされているのに対し、法一四条一項による登録の場合は、登録を受けようとする者について右のような定めはなく、当該刀剣類それ自体が同項所定の「美術品として価値のある刀剣類」に該当すると認められるときは、その登録を受けることができ、登録を受ければ何人もこれを所持できるものとされており、しかもその登録事務は文化庁長官が所掌していることに照らしても明らかである（最高裁昭和五九年（行ツ）第一七号同六二年一月二〇日第二小法廷判決・裁判集民事一五二二〇九頁参照）。

そして、このような刀剣類の登録の手続に関しては、法一四条三項が「第一項の登録は、登録審査委員の鑑定に基いてしなければならない。」と定めるほか、同条五項が「第一項の登録の方法、第三項の登録審査委員の任命及び職務、同項の鑑定の基準及び手続その他登録に関し必要な細目は、文部省令で定める。」としており、これらの規定を受けて銃砲刀剣類登録規則（昭和三三年文化財保護委員会規則第一号。なお、右規則は、昭和四三年法律第九

九号附則五項により、文部省令としての効力を有するものとされている。以下「規則」という。)が制定されている。その趣旨は、どのような刀剣類を我が国において文化財的価値を有するものとして登録の対象とするのが相当であるかの判断には、専門技術的な検討を必要とすることから、登録に際しては、専門的知識経験を有する登録審査委員の鑑定に基づくことを要するものとするとともに、その鑑定の基準を設定すること自体も専門技術的な領域に属するものとしてこれを規則に委任したものというべきであり、したがって、規則においていかなる鑑定の基準を定めるかについては、法の委任の趣旨を逸脱しない範囲内において、所管行政庁に専門技術的な観点からの一定の裁量権が認められているものと解するのが相当である(前記最高裁判決参照)。

そして、規則に定められた刀剣類の鑑定の基準をみるに、規則四条二項は、「刀剣類の鑑定は、日本刀であって、次の各号の一に該当するものであるか否かについて行なうものとする。」とした上、同項一号に「姿、鍛え、刃文、彫り物等に美しさが認められ、又は各派の伝統的特色が明らかに示されているもの」を、同項二号に「銘文が資料として価値のあるもの」を、同項三号に「ゆい緒、伝来が史料的価値のあるもの」を、同項四号に「前各号に掲げるものに準ずる刀剣類で、その外装が工芸品として価値のあるもの」をそれぞれ掲げており、これによると、法一四条一項の文言上は外国刀剣を除外してはいないものの、右鑑定の基準としては、日本刀であって、美術品として文化財的価値を有するものに限る旨の要件が定められていることが明らかである。

そこで、右の要件が法の委任の趣旨を逸脱したものであるか否かをみるに、刀剣類の文化財的価値に着目してその登録の途を開いている前記法の趣旨を勘案すると、いかなる刀剣類が美術品として価値があり、その登録を認めるべきかを決する場合にも、その刀剣類が我が国において有する文化財的価値に対する考慮を欠かすことはできないものというべきである。そして、原審の適法に確定するところによると、(1) 我が国がポツダム宣言を受諾した後、連合軍占領軍(以下「占領軍」という。)は、日本政府に対し民間の武装解除の一環として昭和二〇年九月二日付け一般命令第一号一一項により一般国民の所有する一切の武器の収集及び占領軍への引渡の準備をすべき旨を命じたが、これに対し、日本政府は愛刀家の鑑賞の対象である日本古来の刀剣類までもが一般の武器と同一視されて接收されることに強く抵抗し、占領軍の理解を求めて折衝した結果、美術品として価値のある刀剣類については、占領軍への引渡の対象から除外されることになり、昭和二一年六月一五日施行された銃砲等所持禁止令(昭和二一年勅令第三〇〇号)により、地方長官の許可を得て所持できることとなった(これが本件登録制度の発端である。)(2) その後、文化財保護法の制定に伴い、昭和二五年一月二〇日施行された銃砲刀剣類等所持取締令(昭和二五年政令第三三四号。

以下「旧取締令」という。)により、本件登録制度の前身である文化財保護委員会による登録制度が採用され、銃砲等所持禁止令は廃止されるに至ったが、右制度改正の趣旨は、従来、美術刀剣類をも凶器の一種とみて、治安上の取締りの観点から所持許可の対象としていたが、これを文化財に準ずるものとみて、その保存と活用を図るところにあった、(3) 昭和三三年四月一日から現行の法(ただし、当時は「銃砲刀剣類等所持取締法」といい、昭和四〇年法律第四七号により現行の題名に改められた。)が施行され、旧取締令は廃止されたが、登録に関する規定の文言は、法と旧取締令とで差異はない(もっとも、その後の法改正により、登録事務は文化庁長官が所掌することとなった。)(4) 法施行後は、外国刀剣の登録例は一件もない(法施行前においては、第一審判決添付の別表記載のとおり、外国刀剣の登録例があるが、これは、旧取締令施行前の銃砲等所持禁止令の時代に許可基準の一部にあいまいな点があったために外国刀剣の所持許可がされたものを、旧取締令の施行に伴い、同令に基づく登録として引き継いだものがほとんどである。)(5) 日本刀は、原材料に玉鋼を主体としたものを用い、折返し鍛練を行い、土取りを施し、焼入れをすることによって製作されるものであり、我が国独自の製作方法と様式美を持った刀剣であるが、その製作方法は奈良時代以後に次第に発達してきたものであって、平安時代以降は刀身に作者名を切るようになり、各派の作風の特徴が刀剣自体に具現されるようになったが、このような様式美を有する日本刀については、古くから我が国において美術品としての鑑賞の対象とされてきた、というのであり、これらの認定事実を照らすと、規則が文化財的価値のある刀剣類の鑑定基準として、前記のとおり美術品として文化財的価値を有する日本刀に限る旨を定め、この基準に合致するもののみを我が国において前記の価値を有するものとして登録の対象にすべきものとしたことは、法一四条一項の趣旨に沿う合理性を有する鑑定基準を定めたものというべきであるから、これをもって法の委任の趣旨を逸脱する無効のものということとはできない。そうすると、上告人の登録申請に係る本件サーベル二本は上告人がスペインで購入して日本に持ち帰った外国刀剣であって、規則四条二項所定の鑑定の基準に照らして、登録の対象となる刀剣類に該当しないことが明らかであるから、以上と同旨の見解に立って、上告人の右登録申請を拒否した被上告人の本件処分は違法はないとした原審の判断は正当として是認することができ、原判決に所論の違法はない。所論違憲の主張は、その実質は原判決の単なる法令違背をいうものにすぎず、原判決に法令違背のないことは右に述べたとおりである。論旨は、採用することができない。

よって、行政事件訴訟法七条、民訴法四〇一条、九五条、八九条に従い、裁判官角田禮次郎、同大堀誠一の反対意見があるほか、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

裁判官角田禮次郎、同大堀誠一の反対意見は、次のとおりである。

我々は、上告人の本件登録申請を拒否した被上告人の本件処分に違法はないとした原判決を正当として、本件上告を棄却すべきものとする多数意見に賛成することができない。その理由は、次のとおりである。

一 多数意見は、法一四条一項にいう刀剣類は、文言上は外国刀剣を除外しておらず、更に同条五項に基づきいかなる鑑定の基準を定めるかについては、法の委任の趣旨を逸脱しない範囲内において、所管行政庁に専門技術的な観点からの一定の裁量権が認められていると解した上、同項の委任に基づき、規則四条二項において登録の対象を美術品として文化財的価値を有する日本刀に限ることとしているのは、法一四条一項の趣旨に沿う合理性を有する鑑定基準を定めたものというべきであるから、規則四条二項は、法の委任の趣旨を逸脱する無効のものということとはできないとするものである。我々は、多数意見のうち、法一四条一項にいう刀剣類には外国刀剣が除外されていないという点には異論はないが、規則で登録の対象を美術品として文化財的価値を有する日本刀に限ることとしても、法の委任の趣旨を逸脱するのではなく、規則四条二項は無効ではないという点には賛成できない。すなわち、

(一) 法一四条一項にいう刀剣類には、文理上、外国刀剣を含むものと解される(法二条二項参照)。そして、法一四条一項に規定する登録制度の趣旨は、日本刀、外国刀剣を区別しないで、美術品として価値のある刀剣類で我が国に存するものを我が国の文化財として保存活用を図ることにあると解するのが相当である。そうだとすると、法の段階では、外国刀剣にも美術品として価値のあるものがあることを認めていることになるから、同条五項の委任に基づいて規則を定める場合にも、日本刀・外国刀剣の両者について、同項所定の事項を定めることこそ法の要請するところというべきであり、規則において外国刀剣を登録の対象から除外することを法が期待し、容認しているとは考えられない。換言すれば、登録の対象範囲というような登録制度の基本的事項については、本来、法で定めるべきものであって、登録の対象を日本刀に限るとするような登録制度の基本的事項の変更に当たる事柄について、何らの指針を示すことなく規則に委任することが許されるとは考えられない。また、日本刀に限って登録の対象とし、外国刀剣は美術品として価値のあるものであっても登録の対象としないという判断は、政策的判断に属するといふべきであり、法は、このような判断を規則に委任していると解すべきではないと考える。

(二) 鑑定の基準を定めるといふことと、登録の対象範囲を定めるといふことは、そもそも別の概念であって、鑑定基準を定めるといふことの中に、登録の対象範囲を定めることが当然に含まれるという解釈は、法文の用語の通常解釈に反すると思う。更に、法一四条の法文の構成という点からいっても、登録の対象となる刀剣類の範囲を定めただうえで、登録の対象とされた刀剣類が、美術品としての価値があるかどうかは専門家の鑑定によることとし、そ

の鑑定の基準は所管行政庁の規則で定めるというのが、もっとも法理にかなった構成であり、同条の解釈も、そのような構成に即してなされるべきである。

(三) 多数意見は、規則をもって登録の対象を日本刀に限ることができるとする実質的な理由として、本件登録制度の制定経緯、運用の実際、更には日本刀が古くから我が国において美術品として鑑賞の対象とされてきたことを挙げている。しかしながら、右のような理由は、日本刀を登録の対象とすることの合理的な理由にはなり得るとしても、外国刀剣を登録の対象から排除する積極的、合理的な理由にはなり得ないものとする。

したがって、法一四条一項により登録の対象となる刀剣類を日本刀に限るとしている規則四條二項は、法一四条五項に基づく委任命令としては、委任の限度を超えた違法無効のものというべきであるから、本件サーベルが規則四條二項所定の日本刀に該当しないことを理由として本件登録申請を拒否した被上告人の本件処分は違法であって、取消しを免れないものというべきである。

二 前述したところと異なる見解の下に本件処分を適法とした原審の判断には、法一四条の解釈適用を誤った違法があり、右違法は判決に影響を及ぼすことが明らかであるから、論旨は理由があり、原判決は破棄を免れない。そして、以上によれば、上告人の本訴請求は理由があることが明らかであるから、これを棄却した第一審判決を取り消し、上告人の本訴請求を認容すべきである。」

3 最高裁平成3年7月9日第三小法廷判決・民集45巻6号1049頁

監獄法施行規則（平成3年法務省令第22号による改正前のもの）120条及び124条の各規定は、未決勾留により拘禁された者と14歳未満の者との接見を許さないとする限度において、監獄法50条の委任の範囲を超え、無効である。

「2 ところで、被勾留者の接見に関する法律の定めは、次のとおりである。

(一) 刑事訴訟法八〇条は、勾留されている被告人は弁護人等同法三九条一項に規定する者以外の者と法令の範囲内で接見することができるとしている。

(二) そして、監獄法（以下「法」という。）四五条一項は、「在監者ニ接見センコトヲ請フ者アルトキハ之ヲ許ス」と規定し、同条二項は、「受刑者及ビ監置ニ処セラレタル者ニハ其親族ニ非サル者ト接見ヲ為サシムルコトヲ得ス但特ニ必要アリト認ムル場合ハ此限ニ在ラス」と規定し、「受刑者及ビ監置ニ処セラレタル者」以外の在監者である被勾留者の接見につき許可制度を採用することを明らかにした上、広く被勾留者との接見を許すこととしてい

る。

右に前記1で説示したところを併せ考えると、被拘留者には一般市民としての自由が保障されるので、法四五条は、被拘留者と外部の者との接見は原則としてこれを許すものとし、例外的に、これを許すと支障を来す場合があることを考慮して、(ア)逃亡又は罪証隠滅のおそれが生ずる場合にはこれを防止するために必要かつ合理的な範囲において右の接見に制限を加えることができ、また、(イ)これを許すと監獄内の規律又は秩序の維持上放置することのできない程度の障害が生ずる相当の蓋然性が認められる場合には、右の障害発生の防止のために必要な限度で右の接見に合理的な制限を加えることができる、としているにすぎないと解される。この理は、被拘留者との接見を求める者が幼年者であっても異なるところはない。

(三) これを受けて、法五〇条は、「接見ノ立会：：：其他接見 二関スル制限八命令ヲ以テ之ヲ定ム」と規定し、命令(法務省令)をもって、面会の立会、場所、時間、回数等、面会の態様についてのみ必要な制限をすることができる旨を定めているが、もとより命令によって右の許可基準そのものを変更することは許されないのである。

3 ところが、規則一二〇条は、規則一一二条ないし一二八条の接見の態様に関する規定と異なり、「十四歳未満ノ者二八在監者ト接見ヲ為スコトヲ許サス」と規定し、規則一二四条は「所長ニ於テ処遇上其他必要アリト認ムルトキ八前四条ノ制限ニ依ラサルコトヲ得」と規定している。右によれば、規則一二〇条が原則として被拘留者と幼年者との接見を許さないこととする一方で、規則一二四条がその例外として限られた場合に監獄の長の裁量によりこれを許すこととしていることが明らかである。しかし、これらの規定は、たとえ事物を弁別する能力の発達した幼年者の心情を害することがないようにという配慮の下に設けられたものであるとしても、それ自体、法律によらないで、被拘留者の接見の自由を著しく制限するものであって、法五〇条の委任の範囲を超えるものといわなければならない。

原審は、規則一二〇条(及び一二四条)は幼年者の心情の保護を目的とするものであり、これに対する具体的な危険を避けるために必要な範囲で監獄の長が幼年者と被拘留者との接見を制限することを認めた規定であるという限定的な解釈を施した上、法はそのような制限を容認していると解する余地があるとして、右各規定が法五〇条の委任の範囲を超え、無効であるということとはできないと判断した。しかし、前記のとおり、被拘留者も当該拘禁関係に伴う一定の制約の範囲外においては原則として一般市民としての自由を保障されるのであり、幼年者の心情の保護は元来その監護に当たる親権者等が配慮すべき事柄であることからすれば、法が一律に幼年者と被拘留者との接見を禁止することを予定し、容認しているものと解することは、困難である。そうすると、規則一二〇条(及び一二四条)は、原審のよう

な限定的な解釈を施したとしても、なお法の容認する接見の自由を制限するものとして、法五〇条の委任の範囲を超えた無効のものというほかはない。

そうだとすれば、規則一二〇条（及び一二四条）は、結局、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と断ぜざるを得ない。

4 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っ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、これを許可しなかったのであるから、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。」

4 最高裁平成 14 年 1 月 31 日第一小法廷判決・民集 56 卷 1 号 246 頁

児童扶養手当法 4 条 1 項 5 号の委任に基づき児童扶養手当の支給対象児童を定める児童扶養手当法施行令（平成 10 年政令第 224 号による改正前のもの）1 条の 2 第 3 号のうち、「母が婚姻（婚姻の届出をしていないが事実上婚姻関係と同様の事情にある場合を含む。）によらないで懐胎した児童」から「父から認知された児童」を除外している括弧書部分は、同法の委任の範囲を逸脱した違法な規定として無効である。（反対意見がある。）

「1 児童扶養手当法（以下「法」という。）4 条 1 項は、児童扶養手当の支給要件として、都道府県知事は次の各号のいずれかに該当する児童の母がその児童を監護するとき、又は母がないか若しくは母が監護をしない場合において、当該児童の母以外の者がその児童を養育するときは、その母又は養育者に対し、児童扶養手当を支給するとし、支給対象となる児童として、「父母が婚姻を解消した児童」（1 号）、「父が死亡した児童」（2 号）、「父が政令で定める程度の障害の状態にある児童」（3 号）、「父の生死が明らかでない児童」（4 号）、「その他前各号に準ずる状態にある児童で政令で定めるもの」（5 号）を規定している（ここに規定する場合を含め、法にいう「婚姻」には、婚姻の届出をしていないが事実上婚姻関係と同様の事情にある場合を含むものとされている（法 3 条 3 項）。以下、本判決においても同じ。）。そして、児童扶養手当法施行令（平成 10 年政令第 224 号による改正前のもの。以下「施行令」という。）1 条の 2 は、法 4 条 1 項 5 号に規定する政令で定める児童として、「父

(母が児童を懐胎した当時婚姻の届出をしていないが、その母と事実上婚姻関係と同様の事情にあった者を含む。以下次号において同じ。)が引き続き1年以上遺棄している児童」(1号)、「父が法令により引き続き1年以上拘禁されている児童」(2号)、「母が婚姻(婚姻の届出をしていないが事実上婚姻関係と同様の事情にある場合を含む。)によらないで懐胎した児童(父から認知された児童を除く。)」(3号)、「前号に該当するかどうか明らかでない児童」(4号)を規定している。

2 原審の適法に確定したところによれば、上告人は、婚姻によらないで子を懐胎、出産して、これを監護しており、施行令1条の2第3号に該当する児童を監護する母として平成3年2月分から児童扶養手当の支給を受けていたが、同5年5月12日、子がその父から認知されたため、被上告人は、これにより児童扶養手当の受給資格が消滅したとして、同年10月27日付けで児童扶養手当受給資格喪失処分(以下「本件処分」という。)をしたというのである。

3 上記事実関係の下で、原審は、次のとおり判断し、本件処分の取消しを求める上告人の請求を認容した第1審判決を取り消して、上告人の請求を棄却した。

(1) 施行令1条の2第3号は、「(父から認知された児童を除く。)」との括弧書部分(以下「本件括弧書」という。)を含め、全体として児童扶養手当支給の積極要件である支給対象となる児童を定めた規定であって、本件括弧書が独立した児童扶養手当支給の消極要件を定めたものとはいえない。同号の規定のうち本件括弧書のみを取り出して、それを無効として本件処分を取り消すことは、母が婚姻によらないで懐胎した児童(以下「婚姻外懐胎児童」という。)であって父から認知されていないものを児童扶養手当の支給対象とすることを一体として定めた同号の規定の趣旨に反し、法及び施行令が児童扶養手当の支給対象として規定していない父から認知された婚姻外懐胎児童についても児童扶養手当の支給対象に含める法令が存在するものとし、そのような法令を適用して本件処分を取り消すことと同一の結果となり、立法府又は政令制定者の権限を侵すことになるから、許されない。

(2) のみならず、本件括弧書を設けたことは、憲法に違反するものでもなく、法の委任の範囲内である。法は、法4条1項1号ないし4号に規定する児童に準ずる児童の中から児童扶養手当の支給対象児童の類型を指定することを政令制定者の裁量にゆだねているところ、法4条1項2号及び4号は、父が存在しないため父による扶養を受けることができない類型を定めたものであり、施行令1条の2第3号は、これに準ずるものとして規定されたと解される。父の不存在を指標として児童扶養手当の支給対象となる児童の範囲を画することは、それなりに合理的なものといえることができ、その反面として、父の不存在という指標に該当する事実がなくなった場合には、典型的に児童扶養手当の支給対象とする必要性がなく

なったものとするとも、それなりに合理的なものということができる。本件括弧書は、帰するところ父の不存在という指標に該当する事実を規定したものであり、本件括弧書を設けたことは、立法府ないし政令制定者の裁量の範囲内に属するものと解され、違憲、違法なものとはいえない。

4 しかしながら、原審の上記判断は、是認することができない。その理由は次のとおりである。

(1) 施行令1条の2第3号の規定は、婚姻外懐胎児童を児童扶養手当の支給対象児童として取り上げた上、認知された児童をそこから除外するとの明確な立法的判断を示していると解することができる。そして、このうち認知された児童を児童扶養手当の支給対象から除外するという判断が違憲、違法なものとして評価される場合に、同号の規定全体を不可分一体のものとして無効とすることなく、その除外部分のみを無効とすることとしても、いまだ何らの立法的判断がされていない部分につき裁判所が新たに立法を行うことと同視されるものとはいえない。したがって、本件括弧書を無効として本件処分を取り消すことが、裁判所が立法作用を行うものとして許されないということとはできない。

(2) そこで、政令制定者が施行令1条の2第3号において本件括弧書を設けたことが、法の委任の範囲を超えたものということができるか否かについて検討する。

法は、父と生計を同じくしていない児童が育成される家庭の生活の安定と自立の促進に寄与するため、当該児童について児童扶養手当を支給し、もって児童の福祉の増進を図ることを目的としている(法1条)が、父と生計を同じくしていない児童すべてを児童扶養手当の支給対象児童とする旨を規定することなく、その4条1項1号ないし4号において一定の類型の児童を掲げて支給対象児童とし、同項5号で「その他前各号に準ずる状態にある児童で政令で定めるもの」を支給対象児童としている。同号による委任の範囲については、その文言はもとより、法の趣旨や目的、さらには、同項が一定の類型の児童を支給対象児童として掲げた趣旨や支給対象児童とされた者との均衡等をも考慮して解釈すべきである。

法は、いわゆる死別母子世帯を対象として国民年金法による母子福祉年金が支給されていたこととの均衡上、いわゆる生別母子世帯に対しても同様の施策を講ずべきであるとの議論を契機として制定されたものであるが、法が4条1項各号で規定する類型の児童は、生別母子世帯の児童に限定されておらず、1条の目的規定等に照らして、世帯の生計維持者としての父による現実の扶養を期待することができないと考えられる児童、すなわち、児童の母と婚姻関係にあるような父が存在しない状態、あるいは児童の扶養の観点からこれと同視することができる状態にある児童を支給対象児童として類型化しているものと解することができる。母が婚姻によらずに懐胎、出産した婚姻外懐胎児童は、世帯の生計維持者としての父が

いない児童であり、父による現実の扶養を期待することができない類型の児童に当たり、施行令1条の2第3号が本件括弧書を除いた本文において婚姻外懐胎児童を法4条1項1号ないし4号に準ずる児童としていることは、法の委任の趣旨に合致するところである。一方で、施行令1条の2第3号は、本件括弧書を設けて、父から認知された婚姻外懐胎児童を支給対象児童から除外することとしている。確かに、婚姻外懐胎児童が父から認知されることによって、法律上の父が存在する状態になるのであるが、法4条1項1号ないし4号が法律上の父の存否のみによって支給対象児童の類型化をする趣旨でないことは明らかであるし、認知によって当然に母との婚姻関係が形成されるなどして世帯の生計維持者としての父が存在する状態になるわけでもない。また、父から認知されれば通常父による現実の扶養を期待することができるともいえない。したがって、婚姻外懐胎児童が認知により法律上の父がいる状態になったとしても、依然として法4条1項1号ないし4号に準ずる状態が続いているものというべきである。そうすると、施行令1条の2第3号が本件括弧書を除いた本文において、法4条1項1号ないし4号に準ずる状態にある婚姻外懐胎児童を支給対象児童としながら、本件括弧書により父から認知された婚姻外懐胎児童を除外することは、法の趣旨、目的に照らし両者の間の均衡を欠き、法の委任の趣旨に反するものといわざるを得ない。

(3) 原判決は、法4条1項2号の「父が死亡した児童」及び4号の「父の生死が明らかでない児童」は、父が存在しないため父による扶養を受けることができない類型を定めたものであり、施行令1条の2第3号は、本件括弧書を含めてこれに準ずるものとして規定されたものであるとし、父の認知によって受給資格が失われるのは、法4条1項2号及び4号により支給対象とされた児童について養父の出現や父の生存の確認によって父の不存在という事実がなくなれば父が扶養義務を尽くすか否かにかかわらず児童扶養手当の支給が打ち切られるのと同様であるとする。しかしながら、上記各号に定める父の死亡や父の生死不明も、単なる法律上の父の不存在ではなく、世帯の生計維持者としての父の不存在の場合を類型化したものといえるのであり、上記各号の場合に養父の出現や父の生存の確認によって世帯の生計維持者としての父の不存在の状態が解消されたとしてその受給資格を喪失させることと、認知により法律上の父が存在するに至ったとの一事をもって受給資格を喪失させることとを同一視することはできないというべきである。

そして、このように解することは、事実上の婚姻関係にある父母の間に出生した児童が、事実上の婚姻関係の解消によって法4条1項1号の支給対象児童となった場合において、その後父の認知があったとしても、その受給資格に消長を来さないことと解されていることとも整合する。

5 以上のとおりであるから、施行令1条の2第3号が父から認知された婚姻外懐胎児童

を本件括弧書により児童扶養手当の支給対象となる児童の範囲から除外したことは法の委任の趣旨に反し、本件括弧書は法の委任の範囲を逸脱した違法な規定として無効と解すべきである。そうすると、その余の点について判断するまでもなく、本件括弧書を根拠としてされた本件処分は違法といわざるを得ない。

以上によれば、原審の前記判断には、法令の解釈適用を誤った違法があり、その違法は判決に影響を及ぼすことが明らかである。論旨は、この趣旨をいうものとして理由があり、原判決は破棄を免れない。そして、前記説示によれば、上告人の請求を認容した第1審判決は、結論において是認することができるから、被上告人の控訴を棄却すべきである。

よって、裁判官町田顯の反対意見があるほか、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

裁判官町田顯の反対意見は、次のとおりである。

私は、多数意見が本件括弧書は法の委任の範囲を逸脱した違法な規定として無効であると解することに、賛成することができない。その理由は、次のとおりである。

多数意見は、法が4条1項各号で規定する児童は世帯の生計維持者としての父による現実の扶養を期待することができないと考えられる児童を支給対象児童として類型化しているものと解し、婚姻外懐胎児童は世帯の生計維持者としての父がいない児童であり、認知によって世帯の生計維持者としての父が存在する状態になるわけでもないから、父から認知された婚姻外懐胎児童を支給対象児童としない本件括弧書は法の委任の趣旨に反し、無効であるとする。

しかし、児童扶養手当の制度は、多数意見も指摘するとおり、死別母子世帯には母子福祉年金が支給されていたところ、生別の場合も、死別の場合と同様、これにより児童の経済状態が悪化することは異ならないので、死別母子世帯との均衡から、生別母子世帯に対しても同様の施策を講ずることを主眼に創設されたものであり、かつ、これと同視することができる状態にある児童である 父が死亡した児童、 父が一定の障害の状態にある児童（事故、疾病等により父が障害者となることも少なくない。）及び 父の生死が明らかでない児童を支給対象児童として明記し、これらに準ずる状態にある児童で政令で定めるものも支給対象児童とすることができるものとしたものである。法が世帯の生計維持者としての父のいない児童すべてを支給対象児童とするものではないことは、その文言上からも明らかであり、また、このことを前提に、法の議決に当たり衆議院の社会労働委員会が、政府は父と生計を同じくしていないすべての児童を対象として児童扶養手当を支給するよう措置することを求めていること（付帯決議が法的効力を持つものでないことは、いうまでもない。）によっても裏付けることができる。父と生計を同じくしていない児童のすべてではなく、父母の離婚等

その児童の経済状態が悪化する特別の事情のある児童に限って児童扶養手当を支給する社会保障立法が、憲法に反するものでないことは、最高裁昭和51年（行ツ）第30号同57年7月7日大法廷判決・民集36巻7号1235頁に照らし明らかである。これを、多数意見のように、法は世帯の生計維持者としての父がいない児童を類型化して支給対象児童としているものと解すると、その一つの典型である婚姻外懐胎児童について、法が4条1項に列記しないことの説明が困難と思われる。

このように解すべきものとすれば、内閣は、法4条1項5号の委任に基づき、政令を定める場合に、婚姻外懐胎児童を支給対象児童とすることを義務付けられているものではない。同号が同項1号から4号までに準ずる状態にある児童として政令に定めるものを支給対象児童とすると包括的、抽象的に定める趣旨は、どのような状態にある児童を同項1号から4号までに準ずる状態にあるとして政令に定めるかを、政令の制定権者である内閣の裁量にゆだねているものというべきである。そして、内閣が婚姻外懐胎児童を支給対象児童として政令で定める場合に、父から認知されたものと認知されていないものとで異なった扱いをしても、別異に扱うことに合理的理由があるなら、なお裁量の範囲内にあるものと解される。同じ婚姻外懐胎児童であっても、父から認知されたものは父に対し扶養請求権を持つのに、認知されていないものにはそのような権利はないから、社会福祉制度の一つである本件児童扶養手当の支給について、認知されていないもののみを支給対象児童とすることも合理的な理由があり、施行令1条の2第3号の括弧書部分が法の委任の趣旨に反するものとは解されない。このように解しても、認知を受けた児童が父から引き続き1年以上遺棄されている場合など、法4条1項2号から4号まで又は施行令1条の2第1号若しくは2号に該当する場合には、婚姻関係にある父母の間で出生した児童と同じ事由に基づき児童扶養手当の支給を受けることができるのであるから、格段の不利益を受けるものともいえない。多数意見は、事実上の婚姻関係にある父母の間で出生した児童が事実上の婚姻関係の解消によって児童扶養手当の支給を受けている場合に、その後の父の認知によって受給資格に消長を来さないのに、婚姻外懐胎児童の場合は父の認知により受給資格を欠くこととなるのは、整合性に欠けるようにいうが、事実上の婚姻関係にある父母の間で出生した児童については、法は、父の認知の有無にかかわらず、父があるものとして法を適用するものとしているのであるから、認知によって法の適用上新たに父が出現するものではないのに対し、婚姻外懐胎児童の場合は、父の認知によって初めて父があることになるのであるから、受給資格に関し、認知の取扱いが異なっても、整合性に欠けることとなるものではない。

児童扶養手当は、前記のとおり、離婚等により経済状況が悪化した母子家庭等に支給される社会保障としての給付であるから、その運用は、この趣旨に従って行われるべきものであ

るところ、従前児童扶養手当を受ける事由となっていた受給資格に該当しなくなった場合でも、他の受給資格がある場合には、受給資格喪失処分をすることは許されないものと解するのが相当である。そして、本件のように父から認知を受けたことにより、施行令1条の2第3号の受給資格を欠くこととなった場合には、同条1号に規定する児童に該当する可能性があることも十分予想されるから、児童扶養手当受給資格喪失処分の適否を判断するに当たっては、同号等に該当する事由の有無を釈明、審理する必要があるものというべきである。

よって、この点を判断させるため、原判決を破棄し、本件を原審に差し戻すのが相当である。」

(別紙6)

浦和地裁昭和63年12月12日判決・判例時報1314号

いわゆるラブホテルの建築規制のための市条例に基づき、ホテル用建物の建築につき市長の同意を求める申出に対して、市長が、右建物を条例に該当する施設であると判定し、右申出に同意しない旨の通知をした場合、右判定及び通知は、それ自体右通知を受けた者の法律上の地位ないし権利関係に何ら直接的な影響を及ぼすものではないから、抗告訴訟の対象となる行政処分には該当しないとして、右判定及び通知の取消しを求める訴えが却下された事例

「本件条例は、判定及び通知の法的効果についてなんら定めるところがないが、規則が判定及び通知の制度を設けた趣旨は、ホテル等の建築をしようとする者に対し、当該建築物が本件条例所定のラブホテルに該当することを知らせて、その計画について再考を促すことにあり、右判定及び通知はこれによって当該通知を受けた者に対し何ら具体的な法的効果を生ぜしめるものではないと解するのが相当である。」

(別紙7)

東京高裁平成5年10月28日判決・判例タイムズ863号173頁

廃棄物の処理及び清掃に関する法律(平成3年法律第95号による改正前)14条1項ただし書については、発注者から建設工事を請け負った事業者(元請業者)から建築物の解体工事を請け負う者も、解体工事を業とする限り「事業者」に当たり、かつ、同人がその解体工事から排出された産業廃棄物を自ら運搬、処分する場合は「事業者がその産業廃棄物を自ら運搬し、又は処分する場合」に当たると解釈すべきであるから、このような場合には同項ただし書には該当せず、元請業者は産業廃棄物処理業の許可を受ける必要があるとする「産業廃棄物処理業の許可事務遂行上の留意事項について」と題する昭和56年3月27日付け環産第14号厚生省環境衛生局水道環境部産業廃棄物対策室長通知3(平成5年2月25日衛産第20号により廃止)によって示された解釈は法の正しい解釈とはいえず、同通知に基づいてなされた行政指導も違法であるとして、違法な行政指導によって本来は必要のない許可申請を余儀なくされた業者が提起した国家賠償請求が、認容された事例

「・・・控訴人のような建築物の解体工事及びそれにより生ずる産業廃棄物処理を業とする者が発注者から解体工事を含む建設工事を請け負った者(元請業者)から解体工事を請け負い、その工事の過程で排出された産業廃棄物を運搬、処分する場合は法一四条一項ただし書にいう「事業者がその産業廃棄物を自ら運搬し、又は処分する場合」に当たるかどうかについて検討する。

右を検討するに当たり、まず、産業廃棄物処理に関する法の仕組みをみると、法は、廃棄物を一般廃棄物と産業廃棄物とに分けているが、一般廃棄物の処理については主として市町村が行うことになっているのに対し、事業活動に伴って生じる産業廃棄物については、三条一項において、「事業者は、その事業活動に伴って生じた廃棄物を自らの責任において適正に処理しなければならない。」と定め、一〇条一項において、「事業者は、その産業廃棄物を自ら処理しなければならない。」と定めて、産業廃棄物を排出する事業者が産業廃棄物の処理責任を負わせ、しかも、自ら処理することを原則とした。これは、住民の日常生活から排出されるごみ等の一般廃棄物と異なり、事業活動に伴って生ずる廃棄物については、排出原因となる事業の利益及び損失が帰属する排出事業者がその処理の負担を負うのが当然であるという判断によるものである(ただし、右でいう「事業者」の意義等について特にこれを定めた規定はない。)。そして、右自己処理の原則に基づき、事業者が自ら産業廃棄物を処理(運搬、処分)する場合、

処理が適正に行われるよう、一定の処理基準を守らせることとし、その履行の確保のため行政上の措置を執ることを認めている（一二条一項ないし三項等）。また、事業者は、自分で処理する以外に、排出した産業廃棄物の処理（運搬、処分）を他人に委託することができるが、その場合は、産業廃棄物の処理を業として行うことのできる者であつて、当該委託しようとする産業廃棄物の処理の業務をその事業の範囲に含むものに委託しなければならないと定めている（一二条四項、施行令六条の二）。

そして、産業廃棄物の処理（収集、運搬、処分）を業とする場合は、その不適正な処理が環境汚染等を引き起こすおそれがあることを考慮して、原則として都道府県知事の許可を要することとした（一四条一項本文）。ただし、前記の事業者の自己処理の原則からの当然の帰結として、事業者が自己の排出した産業廃棄物を処理（運搬、処分）する場合は、許可を要しないこととしたのである（一四条一項ただし書）。このことからして、許可を要する産業廃棄物処理業というのは他人の排出した産業廃棄物の処理を業とする場合に限られることになる。なお、許可を受けることなく産業廃棄物の処理を業として行つた者は、刑事罰の制裁が課せられる（二五条一号）。

ところで、法一四条一項ただし書の要件は、事業者がその事業活動に伴つて排出した産業廃棄物を運搬、処分する場合に当たることが要件であるから、 1 ここていう「事業者」の意義と、 2 当該産業廃棄物がその事業活動に伴つて排出されたものといえるかどうかの二つの点が主として問題となる。

まず、 1 の「事業者」の意義については、一般に、事業者とは商業、工業、金融業その他事業を行う者を広く指すものと解されている（なお、独占禁止法二条一項参照）ところで、法ていう「事業者」についてもこれを別異に解釈する根拠はない。事業から生ずる利益及び損失が帰属する事業活動の主体であれば、その事業が別の事業者が請け負つた仕事を更に請け負ういわゆる下請けの形態を採る場合でも、事業者に当たるとは、明白である（被控訴人も、建設工事以外の場合については、この点を争わない。）。また、建築物の解体工事もこれを業とする場合は事業に当たり、建築物の解体工事を業として行う者が法にいう「事業者」に当たるとも明らかであつて、本件控訴人のように建築物の解体工事を請け負つた事業者（元請業者）から更に解体工事を請け負う事業者（下請業者）も法にいう「事業者」に当たるとは明白であるといわなければならない。

この点に関し、被控訴人は、事業者概念は相対的で一義的に解釈することはできないとして、法にいう事業者は廃棄物処理責任を負わせるにふさわしい者を指し、廃棄物処理責任を課しても廃棄物の適正な処理を期待できないような者は事業者に当たらないとし、建設工事の場合はその特殊性からして発注者から工事を請け負つた元請業者だけが法にいう事業者に該当し、同

人から更に工事を請け負った下請業者は法にいう事業者にあたらないと主張する。しかし、法は、事業活動に伴い廃棄物を排出した者には例外なくすべての者に廃棄物処理責任を負わせているのであつて、そこに何らの限定はないというべきであり、事業活動による利益の帰属する者がその事業の過程で廃棄物を排出しながら、適正な廃棄物処理が期待できないが故に事業者としての処理責任を負わないでよいという解釈は法からは出てこない。法は、廃棄物を排出した事業者一般に処理責任を負わせるとともに、事業者の自主性にゆだねたのではその適正処理が必ずしも期待できないことを予期して、その適正な処理を確保するため、一定の処理基準を設けてそれに従う義務を負わせ、その義務履行を行政上命令できるようにし、また、自己処理ができない事業者には一定の第三者に処理を委託することを認めるなどの仕組みを設けたのであり、適正処理が期待できない者は処理責任を負わせる事業者から外すという解釈は到底採り得ないところである。しかも、「事業者」の解釈は、法三条、一〇条の事業者の自己処理責任をどの範囲の者に及ぼすかの問題であると同時に、一四条の産業廃棄物処理業の許可を要する者の範囲をどう解するかにもかかわる問題であるところ、被控訴人の解釈は、前者の面では処理責任を負う者の範囲をより限定する結果となつて、国民に不利益を課すものではないが、後者の面では、事業者の意義を限定することによつて逆に産業廃棄物処理業の許可を要する者の範囲を広げ、国民の営業の自由に対する制約を拡大する結果をもたらすものである。しかも、後者の違反には罰則が課せられるのであるから、その解釈は文理に則して厳格にされるべきで、この点からしても、被控訴人のいうように、法の「事業者」を通常の意義におけるものより限定して解釈することは相当でないというべきである。

次に、2の当該産業廃棄物がある事業者の事業活動に伴つて排出されたものと評価できるかどうかは、結局、当該事業者が当該廃棄物を排出した主体とみることができるかどうか、換言すれば、その事業者が当該産業廃棄物を排出する仕事を支配、管理しているということができるかどうかの問題に帰着するが、少なくとも産業廃棄物を排出する単位として観念される一まとまりの仕事（何がこの意味の一まとまりの仕事であるかは、社会通念に従つて判断される。）の全部を請け負い、それを自ら施工し、したがつてその仕事から生ずる廃棄物を自ら排出した事業者は、たとえそれが下請けの形態をとつていたとしても、通常、廃棄物を排出した主体（排出事業者）に当たるといえることができる。もつとも、右の一まとまりの仕事の一部のみを元請業者の指揮監督の下で請け負う事業者を考えると、その場合は、当該下請業者は元請業者の純然たる手足であつて、廃棄物が生ずる仕事全体を支配管理しているとはいえないから、元請業者のみが廃棄物を排出した主体に当たるといふべきである（その場合、下請けは、法にいう事業者には当たるが、廃棄物を排出した主体とみることができないということになる。）。しかしながら、本件で問題となる解体工事は社会的にみてそれ自体で右の意味の一まとまりの

仕事であると捉えられる（建物本体の建設工事とは完全に切り離して存在することができ、解体工事の一つの単位としてそこから建設廃材等の廃棄物が生ずるものと観念できる。）から、その解体工事を一括して下請けする場合を考えると、当該下請業者は、自己の請け負った解体工事の施工に伴って生じた廃棄物の排出主体であるといわなければならない。建設業法において元請けたる特定建設業者が下請人の指導に努めるよう定められている（二四条の六等参照）としても、また、個々の請負契約において下請けの仕事を元請業者が内容に立ち入って指揮、監督することができるよう定められているとしても、両者の法的関係はあくまで請負関係である以上、通常は、下請業者は独立した主体として解体工事に関与し、その工事を支配管理しているといわざるを得ないから、その廃棄物の排出主体たる地位を否定し去ることは困難である。

なお、この点に関し、被控訴人は、廃棄物を排出した事業者に該当する者は複数であつてはならないということを前提として、建設工事のように多数の事業者が複雑に関与する場合は、下請業者を排出事業者と捉えると、処理責任を帰せられない帰属不明の廃棄物を生ずるおそれがあるから、建設工事全体を支配する立場にある元請業者を建設工事から生ずる廃棄物の排出事業者として捉える必要があると主張する。しかし、法はあくまで廃棄物を排出した当該事業者の責任を定めているものであるから（前記のように罰則もあるものである。）、被控訴人の右主張が、法的価値判断からは明らかに下請業者が排出した廃棄物と解されるものについて、廃棄物を排出した仕事を現実に支配管理しない元請業者であつても、下請業者の指導に努めるよう法律上定められている元請業者であることを理由に排出事業者とするのであれば、法のとる右排出者責任の原則に反するものとして許されないというべきであるし、また、だれが施工した工事から生じたのか帰属が不明の廃棄物が出るおそれがあることの故に、帰属が明確な廃棄物の処理についてそれを排出した事業主体である下請業者の責任を免除できるとする根拠もないというべきである。特に、本件で問題となる解体工事の場合は、本件の建築物の建設工事とは明確に段階が画されるものであり、解体工事を一つの業者が一括して施工する通常の場合を考えると、そこから排出される廃棄物についてだれが施工した工事から生じたのかその帰属が不明になるということは考え難いのである。また、そもそも、被控訴人の立論の前提である廃棄物を排出する事業者が複数であつてはならないとする点もその根拠は疑わしく、元請け、下請けの関係に立つて仕事がされる場合であつても、その実態によつては、下請業者も独立の主体として当該仕事を施工しているとみられるのと同時に、元請業者も下請業者を履行補助者として当該仕事を施工している（当該仕事を重疊的に支配、管理している）と評価する余地があるのであり、その場合は、元請業者も下請業者と並んで廃棄物を排出した事業者に当たることになるというべきである。被控訴人のいうように、下請業者が排出事業者に当たるとすると、元請業者を即排出事業者に当たらないことになるとは断定できず、したがつて、下請け

を排出事業者と捉えると即帰属不明の廃棄物が出るおそれがあるという前提自体にも問題があるといわなければならない。

以上のとおりであつて、被控訴人のいうように、建設工事の場合、元請業者だけを排出事業者ととらえ、一元的に廃棄物処理責任を負わせるとすると、行政当局による指導監督上便宜な面があり、その意味で廃棄物の適正処理の確保に資するという面があるともいえるが、そのような説は、立法論としてはともかく、現行法の解釈としては、到底採り得ないというべきである（被控訴人のように解釈するためには、法に、「建設工事においては、産業廃棄物を処理する責任を負う事業者とは、建設工事の発注者から直接工事を請け負う施工業者をいう。」といった趣旨の規定を置く必要がある。）。

したがつて、控訴人のように発注者から建設工事を請け負つた事業者（元請業者）から建築物の解体工事を請け負う者も、解体工事を業とする限り法にいう事業者に当たり、かつ、同人がその解体工事から排出された産業廃棄物を自分で運搬、処分する場合は、法一四条一項ただし書にいう「事業者がその産業廃棄物を自ら運搬し、又は処分する場合」に当たると解釈すべきであり、被控訴人が環産一四号通知を発し、対外的に示した前記の解釈は右の限度において法の正しい解釈とはいへなかつたというべきである。

三 そうすると、右通知を受けて都道府県知事らが控訴人に対し法一四条の許可を申請するよう促した行政指導も違法であつたといわなければならない。そして、法の文言等に照らすと、前記の解釈には相当の根拠があつたとはいひ難く、本件でこのように環産一四号通知を発し、法につき誤つた解釈を示したことについては、厚生省の担当官に少なくとも過失があつたといふべきであり、担当官のそのような行為が原因となつて控訴人に対し違法な行政指導がされ、その結果、控訴人は本来必要がない法一四条の産業廃棄物処理業の許可申請をすることを余儀なくされ、それに伴い、前記のとおり合計金六四万二〇〇〇円を支出して同額の損害を被るに至つたものであるから、被控訴人は、控訴人に対し、国家賠償法一条に基づき、損害賠償として、右金六四万二〇〇〇円を支払う義務がある。」