

炭鉱じん肺被害と国の責任

秋 山 義 昭

1. はじめに
2. 国家賠償法上の違法性の概念
 - (1) 最高裁の違法性概念
 - (2) じん肺訴訟判決の検討
3. 権限の不行使による責任の判断枠組み
 - (1) 裁量権収縮論と裁量権消極的濫用論
 - (2) 両者の相違
 - (3) 筑豊1審判決の立場
 - (4) 筑豊2審判決の特徴
4. まとめ

1. はじめに

北海道や福岡の炭鉱で粉じん作業に従事し、じん肺に罹患した元従業員及びその相続人らが、炭鉱経営企業に対しては安全配慮義務違反に基づき、国に対しては国の直接的加害と規制権限不行使を理由として国家賠償法1条1項に基づき損害賠償を請求した、いわゆるじん肺訴訟につき、近年相次いで判決が下された。

福岡地裁飯塚支部平成7年7月20日判決判例時報1543号3頁（以下「筑豊1審判決」という。）は、炭鉱経営企業の安全配慮義務違反を認め請求を認容したが、国に対する国賠請求は違法性が認められない等の理由で棄却した。

札幌地裁平成11年5月28日判決判例時報1703号3頁（以下「北海道1審判決」という。）も同様に、企業の責任は認めたが、国の賠償責任を否定した。

これに対して、福岡高裁平成13年7月19日判決判例時報1185号89頁（上記福岡地裁飯塚支部控訴審判決、以下「筑豊2審判決」という。）は、炭鉱経営企業の損害賠償責任を認めるとともに、鉱山保安法の目的、性格及び通産省令である石炭鉱山保安規則（炭則）制定権限の性質等に照らして、炭則制定権限の不行使が、その裁量の限度を逸脱して著しく合理性を欠くとして、国賠法1条1項の適用上違法となると判示し、国に対する請求を認容した。

筑豊2審判決が、じん肺訴訟ではじめて国の責任を認めたことは大いに注目されるが、本稿は特にこの点に着目し、国の規制権限不行使を理由とする損害賠償請求につき、国賠法上の違法性の問題を、これら3判決¹⁾に即して検討しようとするものである。

2. 国家賠償法上の違法性の概念

(1) 最高裁の違法性概念

国賠訴訟においては、公権力が行使される態様が多様であり、また、国賠訴訟の意義や機能の理解の仕方を反映して、違法性の概念は必ずしも統一的に使われているわけではない。

しかし、最高裁昭和60年11月21日判決民集39巻7号1512頁（以下「最高裁60年判決」という。）は、在宅投票制度廃止違憲国賠訴訟において、国賠法上の違法性について、「国家賠償法1条1項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民に損害を与えたときは、国又は公共団体がこれを賠償する責に任ずることを規定するものである」と判示した。

この最高裁60年判決は、国会議員の立法行為（ないし立法不作為）を問題と

1) 北海道、福岡の両じん肺訴訟とも、平成14年8月、炭鉱経営企業の一部との間で訴訟上の和解が成立した。北海道じん肺訴訟での和解の成立により賠償請求が満たされたとする原告患者らは国に対する請求を取り下げたが、国のみを相手取っている原告患者らは国賠請求を続けることになる。また、筑豊2審で敗訴した国は、判決を不服として、現在最高裁へ上告中である。

するものであったが、ここで一般論として示された違法性概念は、その後下級審の判決で、自動車運転免許取消処分²⁾、公害病回避のための行政指導等の不作為³⁾、拘留所長の在監者に対する図書閲覧不許可処分⁴⁾、通達等⁵⁾、国会の立法行為とは無関係の分野にも広く適用された。

しかしながら、この最高裁60年判決の違法性概念には、以下に見るように、学説上の強い批判があるところである⁶⁾。

まず、「公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背し」た場合とは、いかなる意味内容を有し、また、この基準を採用する根拠は何なのであろうか。この最高裁60年判決は、この一般論の部分には何の説示もなく、この基準を採るべきとする理由について何ら触れるところがない⁷⁾。近時の裁判例もこの基準を当然の前提とするが、その理解の仕方いかんでは、違法とされる範囲を著しく狭めてしまう結果となる。事実、立法行為以外にこの違法性概念を採用した上述の下級審判決は、いずれも公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背していないとして、違法性を否定している。

最高裁60年判決にいうこの違法性概念は、あたかも、取消訴訟において、「法律上保護された利益」を有する者のみが行政事件訴訟法9条にいう原告適格を有し、それ以外の利益は反射的利益であって原告適格を基礎づけないとする判例理論（いわゆる「反射的利益論」）を想起させる。しかし、国賠訴訟と取消訴訟とでは制度の本質や機能を異にするものであって、国賠訴訟に取消訴訟の原告適格論を安易に持ち込むことには疑問がある⁸⁾。

2) 東京地判平成元年3月29日判時1315号42頁。

3) 東京地判平成4年4月25日判時平成4年4月25日号。

4) 東京地判平成4年3月16日判時1420号62頁。

5) 大阪高判平成9年4月15日判時1628号27頁。

6) 西莖章『国家賠償法』（1997年、青林書院）66頁、秋山義昭『行政救済の判例研究』（2000年、信山社）182頁以下。

7) ドイツの職務責任の規定では、「第三者に対して負う職務責任（Amtspflicht）違反」が明文上責任発生の要件とされており、おそらくこの規定の影響を受けたものと思われるが、わが国には特に規定上の手がかりはない。

8) 稲葉馨「国賠訴訟における反射的利益論」小島和司博士東北大学退職記念『憲法と行政法』595頁以下。

この点に関して、筑豊2審判決が、省令立法権限は個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではないから、省令立法権限の不行使が違法とはなり得ないとする国の主張に答えて、「省令の制定は、行政庁が行うものであって、議会制民主主義の原則とは関係がなく、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負わない国会議員の立法行為とは、本質的に異なるというべきである」(判例タイムズ1077号112頁)と述べているのは、まさに、最高裁60年判決の論理を立法行為以外に適用することの誤りを端的に指摘するものであって注目に値する。

行政権による権力的作用については、常に法律の根拠が必要とされ(行為規範適合性)、法律の根拠なくして行われる公権力の行使は常に違法である。行政権による事実上の非権力的作用は、時に法律の根拠なくして行われることもあるが、この場合には、行為規範適合性は問題とならないので、一般の不法行為の基準によって違法なり権利侵害を判断する以外にない⁹⁾。

国賠法上の責任成立要件としては、この意味での違法な行為が存在しておれば充分であって、個別の国民との関係は、因果関係の問題として処理すれば足りる¹⁰⁾ではなかろうか。

(2) じん肺訴訟判決の検討

このように、最高裁60年判決は、違法性の概念につき学説上の批判を受けながらも、その後の判例に強い影響を与えてきた。近時の一連のじん肺訴訟判決も、基本的にこの最高裁60年判決の違法性概念に従う。

まず、筑豊1審判決は、この違法性概念を踏まえ、鉱山保安法令等による行政庁の鉱業権者(使用者)に対する監督権限は、鉱業権者が労働者の危険防止及び安全衛生について行う義務履行を後見的に監督するために行使されるべき

9) 行政指導の場合につき、このことを明言したものとして、京都地判昭和47年7月14日判時691号57頁。

10) 同旨、西埜・前掲書(注6)66頁。

であって、これらの法令等を根拠に一般的に直接個々の労働者に対する関係で規制権限を行使すべき法的作為義務を負担するものではない、との一般論を展開している。

しかし、この一般論の展開が正当でないことは、上に見てきた通りである。すなわち、国賠法上の違法要件として、権限行使の根拠法令が個別の国民（ここでは炭鉱労働者）に対して負担する職務上の法的義務違反でなければならない理由が定かではない。そもそも、ある法令が、個別の国民に対して権限行使を義務づけているというのは、どのような場合を言うのであろうか。当該法令が、個別の国民の利益を保護する趣旨を意味するということなのであろうか。

北海道1審判決も、違法性の概念については、筑豊1審判決と同じ構成を採用する。しかし、北海道1審判決は、権限不行使の違法性を導くための前提として、鉱山保安法、労基法等は、いずれも、「労働者の生命・身体に対する危害を防止することを、その目的の一つとしていることは明らかであり」、監督権限の行使は、「法が目的とするところの労働者の生命・身体に対する危害の防止（けい肺・じん肺の防止）を実現するため、適切に行使されるべきであることはいうまでもない」と述べていることが注目される。この判決は、鉱山保安法等が、単に鉱業権者に対する取締り規定に止まらないことを指摘するものであるが、なお、法令上、行政庁が個々の労働者に対する関係で職務上の法的作為義務を負っているか否かは、単純には判断し難く、それを決する基準も明確ではない。

この点を意識し、権限不行使が違法となる場合を整理しようとしたのが、筑豊2審判決である。

筑豊2審判決は、「規制権限の不行使が国賠法上違法と評価されるためには、①当該公務員が規制権限を有するとともに、②規制権限の行使によって受ける国民の利益が国賠法上保護されるべき利益であることに加えて、③その権限不行使によって損害を受けたと主張する特定の国民との関係において、当該公務員が規制権限を行使すべき義務（作為義務）を負い、④その作為義務に違反することが必要である」とし、それぞれの要件につき検討を加えている。そして、②の要件に関し、保安法及び労働衛生関係法令の基本的性格は取締り規定であ

るが、「その各目的、趣旨、内容等によれば、保安法及びじん肺法の労働者の危害防止及び安全衛生に関する諸規定の究極的な目的は、労働者の生命・健康に対する危険を防止し、労働者の健康を保持することであり、もっぱら公益の保護のみを目的とするものではない」として、国の規制権限の行使によって個々の労働者の受ける利益は「国賠法上保護された法的利益に該当する」と判断している。また、③の国の作為義務の存否については、②を前提とした上、国の炭則制定権限、監督権限の不行使が、各法令の目的、性格、権限行使の性質等に照らし、「その許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠く」と認められるときは、権限不行使は「国賠法1条1項の適用上違法となる」とする。

最高裁60年判決の違法性概念をそのまま当てはめて、違法性なしとする裁判例の多い中、筑豊2審判決が違法といい得るための要件を一定程度明らかにし、北海道1審判決を一步前進させて、保安法令等の法令に基づく国の権限行使によって個々の労働者が受ける利益は、間接的、事実上のものに止まらず、「国賠法上保護された法的利益」に該当すると明言した点は、当該法令を単に形式的、表面的に理解することなく、その実質的な趣旨、目的を勘案して解釈するものであって、それ自体高く評価されよう。

ただ、国の規制権限不行使が違法となるための前提的要件として、規制権限の行使によって国民の受ける利益が「国賠法上保護された法的利益」でなければならないのは何故であろうか。違法性の概念に関して、この観念を用いたのは、この判決が初めてである。前述のように、取消訴訟の原告適格の有無について、判例上は「法律上保護された利益」説が有力であるが、筑豊2審判決の考え方には、これと共通するものがあると思われる。もし、そうであるとすれば、少なくともその根拠は明らかにすべきだったのではなからうか。

3. 権限の不行使による責任の判断枠組み

(1) 裁量権収縮論と裁量権消極的濫用論

じん肺訴訟の場合のように、行政庁が法令上与えられた規制権限を適切に行

使してれば、国民に損害が発生・拡大することを防止できたにもかかわらず、その行使を怠ったがために国民に損害が発生してしまったとする場合の国の賠償責任については、国家賠償法上、かかる権限不行使が違法となるかどうか最大の争点となる。

ここで、権限不行使が違法といい得るためには、その前提として、行政庁に作為義務あることが必要であるが、この作為義務を導き出す方法としては、今日、大別して、裁量権収縮論と裁量権消極的濫用論があることが知られている。

裁量権収縮論は、法令上行政庁に与えられた権限行使の裁量を認めつつも、例えば、①被侵害利益の重要性、②予見可能性の存在、③結果回避可能性の存在、④期待可能性の存在、といった要件が充足されるときには、行政庁の裁量権は収縮して権限行使が義務づけられるとするものである¹¹⁾。

これに対し、裁量権消極的濫用論は、規制権限を行政庁に授権した法律の趣旨・目的に照らし、その不行使が著しく不合理と認められるときには、その権限不行使が違法となる余地があるとするものである。

最高裁平成元年11月24日判決民集43巻10号1169頁（以下「最高裁平成元年判決」という。）は、知事の宅建業法上の監督処分権限不行使による国家賠償請求事件において、「具体的事情の下において、知事等に監督処分権限が付与された趣旨・目的に照らし、その不行使が著しく不合理と認められるときでない限り、右権限の不行使は、当該取引関係者に対する関係で国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではない¹²⁾と判示したが、この判決は裁量権消極的濫用論に依拠するものとされている。この考え方に立つと思われる下級審判決は比較的多い¹³⁾。

11) 東京高判昭和52年11月17日高民30巻4号431頁、東京地判昭和53年8月3日判時899号48頁、東京地判昭和57年2月1日判時1044号19頁、熊本地判昭和62年3月30日判時1235号3頁等。

12) 最判平成元年11月24日民集43巻10号1169頁。

13) 横浜地判昭和38年10月30日下民14巻10号2135頁、福岡地小倉支判昭和51年6月21日判時848号102頁、東京地判昭和55年5月20日判時981号92頁、札幌地判昭和56年11月16日判時1049号110頁、大阪地判昭和57年9月30日判時1058号3頁、大阪

(2) 両者の相違

両者には、どのような理論上、実際上の相違があるのであろうか。

通常、両者の相違は、裁量権収縮論が、「権限行使が義務化し、その不行使が違法となる場合についてア・プリオリに一定の要件を定立し、その要件充足によって直ちに規制権限の不行使を違法とする」のに対して、裁量権消極的濫用論は、「特定の要件にこだわることなく、諸事情を総合考慮して右不行使が著しく不合理といえるか否かを判断する」点にあると捉えられているためか¹⁴⁾、権限不行使型の国賠訴訟では、原告側が裁量権収縮論を主張し、被告国側が裁量権消極的濫用論を主張することが多い¹⁵⁾。上述の一連のじん肺訴訟に置いて、このパターンに変わりはない。

しかし、両者の区別は、必ずしも明確ではない。

例えば、裁量権収縮論といえども、裁量権消極的濫用論が考慮すべきとする諸事情として挙げる法の趣旨・目的を考慮しないわけではなく、また、考慮するからこそ裁量権が収縮した場合に権限行使を義務づけると理解するのである。しかも、個々の要件充足を判断する際にも、実質的には、法の趣旨・目的、慣習、条理をはじめ、従前からの経緯、他にとった措置の有無、内容、規制される側の事情等を総合考慮し、権限不行使が著しく不合理か否かを決めているのである¹⁶⁾。

一方、裁量権消極的濫用論も、「諸事情を総合考慮すべき」といいながらも、裁量権収縮論の掲げる要件に沿った判断をするものが見られる。

筑豊1審判決は、裁量権消極的濫用論を採用したとされる上述の最高裁平成元年判決を引用しつつ、「いかなる場合に行政庁が当該労働者との関係で作為

高判昭和60年12月23日判時1178号27頁，神戸地判昭和61年3月31日判時1207号96頁。

14) 大阪地判平成5年10月6日訟務月報40巻7号1385頁における被告国側主張。

15) 西埜・前掲書(注6)103頁。

16) 大阪地判平成5年10月6日訟務月報40巻7号1385頁。熊本地判昭和62年3月30日判時1235号3頁は、裁量権収縮論を採用することを明言しながら、「行政庁の裁量権の消極的濫用というべき著しい不合理な状態であるから、規制権限不行使は違法というべき」と述べている。

義務を負い、その違反が国賠法上違法となるかについては、いわゆる裁量権収縮の5要件……等の諸事情を総合的に考慮して判断すべき¹⁷⁾とし、各要件につきそれぞれ詳細な検討を行っているのである。

したがって、両者の間には、「裁量権収縮の理論が、ある状況下で裁量が収縮して裁量がゼロになるという発想であるのに対して、裁量論消極的濫用論は、裁量は存在したまま、その限界を越えるという発想」の相違があるだけで、結局は説明の仕方の違いにすぎないということができ¹⁸⁾、いずれにせよ、作為義務の存在が不作为の違法の前提となる点では、両者は共通している。

筑豊2審判決は、原告の主張する裁量権収縮論に答えて、「しかし、権限の不行使の違法性が問題となる場合に、規制権限の行使を行政庁に委ねた根拠規定の文言、趣旨、目的、性格、構造は千差万別であり、いかなる場合に、行政庁の裁量行為である権限の不行使が、著しく合理性を欠くものとして違法と評価されるかについて、その要件を一般的に指定することは困難であり、上記5要件は、裁量行為の違法性を判断するにあたって考慮すべき重要な事情ではあるが、それ自体の解釈が定着しているわけではなく、また、本件のように多くの規制・監督権限が存在する場合には、個々の権限毎に要件の充足性が異なる場合もあるから、これのみで裁量権の濫用の有無を判断することは困難であり、根拠規定の解釈を中心に諸事情を総合的に考慮し、具体的な事情のもとにおいて、規制権限の不行使が著しく合理性を欠くと認められるか否かを判断するほかないと考える」と述べる（判例時報1785号128頁）。

しかし、これは、必ずしも裁量権収縮論を排斥するものではなく、じん肺訴訟のように、国に多様な規制・監督権限がある場合に、違法性の判断要素を5要件に固定することなく、「諸事情を総合的に考慮する」ことの必要性を強調したものと思われる。

したがって、両者に結論を左右する本質的相違があるわけではなく、権限不

17) 北海道1審判決も、同様に、裁量権収縮論に沿った判断要素を示しているが（判時1703号82頁）、具体的にこれに従った判断はしていない。

18) 宇賀克也『国家補償法』（1997年、有斐閣）160頁。

行使が「著しく不合理」で違法と評価された場合を、裁量権収縮論が、いわば客観的な要件定立の形で明確化し、具体化したものと理解できよう。まして、総合的考慮をしたからといって、論理的に現状追認的帰結が導かれたり、違法性の範囲が狭められたりするものでないことは明らかである。

(3) 筑豊1審判決の立場

近年の一連のじん肺訴訟判決は、いずれも基本的に上述の最高裁平成元年判決の判断枠組みに従っている。

しかし、筑豊1審判決とそれ以降の2つのじん肺訴訟判決の間には、微妙な違いが認められる。最高裁平成元年判決を引用しつつ、筑豊1審判決は、次のように述べる。

「しかしながら、行政庁が規制権限を適正に行使しなかったことにより、法令が行政庁に権限を授権した趣旨、目的を没却するような事態が生じるという特殊例外的な場合には、行政庁は、個々の労働者との関係でも規制権限を行使すべき法的義務を負うに至り、行政庁がそれにもかかわらず、右規制権限を行使しなかった場合、右規制権限の不行使は著しく合理性を欠き、裁量権を濫用若しくはこれを逸脱したものとして、当該労働者に対する関係でも義務違反となり、違法との評価を免れないと解するのが相当である。」

ここで、筑豊1審判決は、権限不行使が違法となる場合について『特殊例外的な場合』という極めて限定的な用語を付している。最高裁平成元年判決には、このような殊更限定的な用語は付されていないし、他の2つのじん肺訴訟判決にもこのような表現は見られない。この厳格な判断基準では、よほどの権限不行使がない限り、違法の問題は生じ得ないし、具体的な違法性の判断においても、影響を与えずにはおかないであろう¹⁹⁾。

19) 筑豊1審判決と同様、特に例外的な場合に限定すべきことを強調した判決としては、例えば、札幌地判昭和61年3月19日判時1197号1頁（栗山クロム禍訴訟判決『限定的状況』）、長野地判昭和61年6月27日判時1198号3頁（長野じん肺石綿訴訟判決『特殊例外的な場合』）があるが、いずれも違法性がないとして原告の請求を退けている。

まして、炭鉱のじん肺による健康被害が問題になっている事例である。筑豊2審判決も指摘するように、国は、戦後、石炭産業に対し、強力で国家管理的な増産政策をとり、エネルギー革命による石炭産業の衰退時期には、国が中心となって、石炭産業の生産・財政・開発・閉山等の経営の中心部分にわたって強い影響力を及ぼして合理化政策を推進してきたのである。石炭政策が国策として遂行されてきた以上、国には、通常の事業活動に対する規制監督の場合とは大きく異なり、じん肺被害を防止すべきより徹底した鉱山保安上、労働安全衛生上の権限行使が強く求められなければならない。

国の戦後の石炭政策の決定及び遂行は、確かに行政庁の広範な裁量判断に委ねられているとしても、そのことと、ひとたび決定された石炭政策遂行の過程で、国がじん肺に対する安全対策を積極的にとらねばならないとするのは、別の問題である。

ここに、じん肺訴訟の特殊性があるのであって、国の権限不行使が違法となるのは、決して『特殊例外的な場合』なのではなく、むしろ通常の不作為事例の場合以上に、積極的な国のじん肺対策が必要とされねばならないのである。

このような違法性の判断における限定的な用語の付記は、単なる表現上の問題に止まらず、じん肺訴訟判決の違法性判断のアプローチの相違となって顕在化し、ひいては結論に大きな影響を与えているものと思われる。

筑豊1審判決は、昭和25年の炭則改正で創設されたけい酸質区域指定制度は、指定区域内での粉じん防止対策について具体的な方法の明示がなく、指定区域外でも実効性ある重要な手段を欠き、全体に徹底を欠くなど問題があったとしながら、原告の主張する裁量権収縮の要件の充足自体にやや薄弱な点があり、またそれを補強するよりはむしろ反対の事情が認められるところから、炭則の改正が法の趣旨・目的に反し、違法であると判断される程度に著しく不合理であるとはいえないとした。

この判決は、けい酸質区域指定制度が粉じん法制全体の中では「異例」であり、粉じん防止対策として「徹底を欠き」、このような法制の合理性には「問題があった」こと等を随所で指摘する一方、違法性を緩和する消極的な事情を

過度に評価し、これを強調することによって、結局不作為の違法性を否定したものである。

(4) 筑豊2審判決の特徴

これに対し、筑豊2審判決のアプローチは異なる。

筑豊2審判決は、主として、通産大臣による炭則の規定整備を問題にし、通産大臣の省令制定権限の行使に関する裁量の範囲は相当広いものであること、炭則の制定改廃には、内容上、手続上の限界があることを考慮しつつも、昭和35年のじん肺法の成立に合わせて炭則を見直し、けい酸質区域指定制度を廃止して、けい酸区域の内外を問わず、粉じん発生防止策を義務づける必要があったのに、国がこれらの措置をとらなかったことは著しく不合理であり、違法であるとした。

従来の判決に較べると、筑豊2審判決が国の不作為を違法と判断した論理構成には、以下の点で顕著な特徴が見られる。

- ① まず、炭則の制定改廃について、省令の内容は、憲法27条2項にいう勤労条件であり、労働者の生命、健康に関するものであるから、保安法の委任に沿った適切な勤労条件を定める行政上の義務を負っているとして、憲法規定を根拠に省令制定権限に一定の枠をはめたこと、
- ② 炭則の見直しがなかったとしても、粉じん対策が合理的に実施されていれば、けい酸質区域指定制度の不合理さは薄められることになるが、それが不十分であったために、この制度の不合理性を解消させるに足りないとして、違法判断に消極的な事情をも考慮しつつ、なお不作為の違法を認めていること、である。

このうち、上記①に関しては、特に注目に値する。

行政機関が、法の委任に基づき、行為や組織の基準となる一般的な定めを設けることを通常行政立法といい、省令は各省大臣の定めるそれをいうが、一定の法規範の定立であることにおいては、行政機関による一種の立法行為といつてよい。

しかし、筑豊2審判決が正当に説示したように、省令は行政機関が制定するものであって、憲法上の議会制民主主義の理念に支えられた国会による立法権の行使とは明らかに本質を異にする。

最高裁60年判決は、あくまで国会議員の立法行為に関して判示されたものであって、それ故に、国賠法上の違法の範囲を極端に限定的に解しているのである。この判決によって述べられた違法性概念を、国会の立法行為以外の場合に適用することが誤りであることはすでに述べた。筑豊2審判決は、この当然の理を明確に指摘したものである。

ただ、省令の制定は、抽象的な規範の定めであること、内容が、公益的、専門的、技術的な事項にわたること等を考慮すれば、行政機関には、省令制定権限の行使につき広範な裁量の余地が認められることは否定できない²⁰⁾。しかし、この裁量権行使にも必ずと限界があるのであって、省令制定権限不行使がいかなる場合に違法となるかについては、基本的には、委任した法の趣旨、被害発生経緯、将来の改廃を妨げる事情の有無等、諸般の事情を総合的に考慮して決する他はない。省令の改廃義務は、必ずしも省令が授權法に違反して無効である場合に限るものではない²¹⁾。

このように、筑豊2審判決が従来の枠組みを一応踏襲しながらも、それを一歩進めて、憲法的視点を基礎に炭則制定権限の不行使を違法と判断したことは、

20) 従来裁判例には、省令制定権限の作為義務に関しては、作為義務違反の余地がおよそあり得ないと言えるほど行政庁の裁量権を著しく広範に認め、その不作為が違法となる場合を極端に制限するものもなかった。例えば、札幌地判昭和61年3月19日判時1197号1頁。しかし、これが正当でないことは、秋山・前掲書(注6)130頁。

21) 法律と行政立法の関係については、最判昭和46年1月20日民集25巻1号1頁(農地法80条と農地法施行令)、最判平成2年2月1日民集44巻2号369頁(銃砲刀剣類所持等取締法14条と銃砲刀剣類登録規則)、最判平成3年7月9日民集45巻6号1049頁(監獄法50条と監獄法施行規則)等の最高裁判決があるが、これらはいずれも、省令等の法律適合性、適合しない場合の省令等の効力が問題とされたもので、ここで問題となっているような省令制定権限の不行使を理由とする国賠法上の違法性の有無に関わるものではない。省令の改廃義務の存否は、当該省令が法律の委任に反し無効でなければならない必然性はない。

画期的なことと言ってよい。筑豊1審判決で、炭則の制定改廃、それに基づく国のじん肺防止対策が「不合理ではあるが著しく不合理であるとはいえない」とされていた点の多くが、筑豊2審判決で「著しく不合理」とされたのは、以上のような違法性についての基本的な認識の相違が前提となっていたからに他ならない。

4. ま と め

以上を要約すれば、炭鉱粉じんによる労働者の健康被害が問題になるじん肺訴訟においては、まず、国賠法上の違法性概念に関し、国会の立法行為の不作为が問題にされた最高裁60年判決で抽象的に示された違法性概念を、じん肺訴訟のような国の省令制定権限、指揮監督権限の行使が争われる事案に安易に適用すべきでないと言える。

また、作為義務抽出の手法についての裁量権収縮論は、必ずしも権限不行使が違法となる場合の要件をア・プリオリに定立し、その要件充足によって直ちに権限不行使を違法とするものではなく、実際には権限不行使の前後にわたる一切の事情を総合考慮するものであることから、裁量権消極的濫用論と理論上、実際上の相違はない。まして、裁量権収縮論によらず、最高裁平成元年判決に従ったとしても、そのことが、論理必然的に、行政庁に権限行使の広い裁量権を是認するものでないことは明らかである。

いずれにせよ、じん肺訴訟における国の権限不行使の違法性を判断するには、単に従来型の典型的な不作为事例で想定された論理構成に依拠することなく、国が強力に進めてきた石炭増産政策とエネルギー革命に伴う合理化政策の推進の過程で、予想され、かつ、発生させる危険性の高かったじん肺等の健康被害に対しては、国自らがより徹底的な積極的対策を講じる立場にあったという特殊な事情を考慮すべきものと思われる。