

行政責任と不作為の違法（2）完 —水俣病関西訴訟上告審判決を契機として—

土 居 正 典

[目次]

- I はじめに
- II 行政責任と不作為の違法
 - 1 水俣病関西訴訟上告審判決
 - (1) 上告審判決
 - (2) 上告審判決についての検討
 - 2 不作為の違法と国賠法
 - (1) 裁判例の検討—パート（1） [以上、法学論集40巻1号23頁以下所収]
 - (2) 学説の検討—パート（2） 完 [以下、本巻本号]
 - 1) 国賠法1条と行政庁の規制権限の不行使についての前提議論
 - ①田中二郎博士・雄川一郎教授の伝統学説
 - ②伝統学説への批判（山田準次郎教授より）
 - ③小結（塩野宏教授より）
 - 2) 行政庁の規制権限の不行使と損害賠償責任を巡る学説の動向
 - ①学説の動向のはじめに（宇賀克也教授・藤田宙靖教授より）
 - ②危険管理（防止）責任説と行政介入請求説からのアプローチ
 - ③健康権説と義務付け訴訟説からのアプローチ
- III おわりに—以上本巻本号（完）

(2) 学説の検討—パート（2） 完 [以下、本巻本号]

本稿のパート（1）では、「行政責任と不作為の違法—水俣病関西訴訟上告審判決を契機として—」について、水俣病関西訴訟上告審判決及び行政責任と不作為の違法に関する裁判例の検討を行った。本稿のパート（2）完では、「行政責任と不作為の違法」に関する学説を中心とした検討作業を行っていく。

1) 国賠法1条と行政庁の規制権限の不行使についての前提議論

①田中二郎博士・雄川一郎教授の伝統学説

国家賠償法（以下、国賠法という。）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、その職務を行うについて、故意又は過失によって違法に他人に損害を加えたときは、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる」、と規定している。伝統学説の代表である田中二郎博士は同規定趣旨について、第1に、ここでいう「職務を行うについて」とは、客観的にみてその行為の外形が職務執行行為と認められる場合（外形主義）を指すと解してよい、述べられ、第2に、故意又は過失によって違法に他人に損害を加えたこととは、過失責任主義をとることであるとし、第3に、本条は代位責任主義を採用していると説明なされている⁽¹⁾。

国賠法1条1項所定の「公権力の行使」は、行政庁の作為のみならず、不作為も含まれると解されているが、田中博士はこの点について、「行政庁の不作為の違法性と不当性」と題する論文（北海道大学法学部十周年記念「法学政治学論集」所載〔昭和35年〕）において、国賠法の論点ではないが不作為の違法確認の訴えの問題として次のように論じられている。

田中博士は、「現行制度のもとに、行政庁の不作為の違法性又は不当性という客観的要件と、権利又は利益の侵害という主観的要件とが備わっている場合に、果たして一般的な救済手段が認められているか、それが認められているとすれば、それは、いったいどのような手段であるかが、ここで考察されなければならぬ。」と述べられ、まず、そのうち、行政庁の不作為に対する訴訟として、現行制度上、3種類の訴訟類型を挙げられている。田中博士は、まず第一に、わが国にはないが、ドイツにおいて広く抗告訴訟の一種として認められている不作為訴訟（Untaetigkeitsklage）が挙げられるとし、つぎに、西ドイツの、いわゆる義務づけ訴訟を挙げられている。しかし、田中博士は、義務づけ訴訟を支持する有力な反対説（山田準次郎「行政行為要求訴訟は西ドイツ行政裁判所制度に特別の制度であって我法制においては認められないか」法律論叢29巻2・3号、4・5号、大西芳雄「行政事件訴訟の給付判決」立命館法学9号等）もあるとしつつ、田中博士は、「このような訴訟は、現行制度上は認められないと解すべきであるのみならず、現行憲法の建前からいって、立法論的にも否定すべきものと考えている」。その理由とするところは、三権分立の原則から

であり、「行政権の作用が違法であるかどうかを審理し、それが違法である場合にその効力を否定することは、司法権の本来の機能に属するのであるが、一般に、行政庁に対し、特定の行為をすべきことを義務づけたり、行政庁に代わって特定の行為をしたりすることは、本来の司法権の範囲には属しないと解すべきである。それは、行政権と司法権との分立の建前からすれば、行政権の責任において行われるべき行為を、そのような責任体制に立たない司法権が、行政の目的にはそわない訴訟手続で、行うことになるからである。」として、義務づけ訴訟が現行憲法上、認められない旨、述べられ、雄川一郎教授と同じ見解を示されている⁽²⁾。最後に、田中博士は第3の訴訟類型として、公法上の義務確認訴訟を挙げられていらっしゃるが、この訴訟類型も先ほどの訴訟類型と同様の理由から否定的に解されている⁽³⁾。

しかし、最後に、田中博士は、行政事件訴訟特例法（以下、行特法という。）の改正作業に言及なされ、「私は、この種の訴訟が決して無意味であるとは考えない。・・・特定の行政処分を求める給付訴訟や公法上の義務確認訴訟が憲法の建前上許されるかどうかについて、少なくとも解釈上の疑義があるとすれば、右のような不作為の違法確認の訴えという措置に期待するのが妥当といえるであろう。」と締め括られている⁽⁴⁾。

次に、田中二郎博士と同じくわが国の行政法学における伝統的学説である、雄川一郎教授の「不行為訴訟及び義務づけ訴訟の問題」についての考えをここで一瞥しておく。ここで、本稿の前提議論として雄川教授の所説を検討する所以は、雄川教授のこの所説も国賠法1条との関係で論じたものではなく、現行法上、訴訟類型として不行為訴訟及び義務づけ訴訟が許容しうるかを述べたものであるが、本稿の「行政庁の規制権限の不行使と賠償責任」の問題にも関係する論述があるので、田中博士同様、敢えて、ここで、一瞥する次第である。

さて、雄川教授は、「広い意味での行政権の不行為に対する訴訟を分ければ、私人の申請等を拒否した場合に、その拒否行為を違法としてその取消を求める訴訟、行政権の不行為を違法として何等かの行為をなすべきことを請求する狭義の不行為訴訟及び行政権に特定の行政行為をなすべきことを請求する義務づけ訴訟となる。行政権の不行為に対する訴訟は、右のように、究極においては行政権に作為義務を課することを目的とするが、そのような行政権に対して義

務を請求する訴訟を一般化すれば、不作為の義務を課することを目的とする訴訟を併せて考えることが可能であり（広義の義務づけ訴訟）、またこの作為又は不作為の義務の存在を確認訴訟（公法上の義務確認訴訟）の形で請求することも、その実質的意義を同じくする。」として、これらの訴訟類型について以下のように論究なされている⁽⁵⁾。

まず、雄川教授は、不行為訴訟については、ここで不行為訴訟とは、「行政権が何等の行為（拒否等行政行為をしないという行為をも含めて）をもしない場合に、その不行為自体を違法として攻撃する訴訟をいう。即ち、行政権が何等の行政行為をしないこと自体を、行政権の消極的発動状態と見て、換言すれば、不法行為の状態をあたかも行政行為と同じように考え、これに対する抗告訴訟を考えることが、理論上可能である。このような純粹の不行為の訴訟は、行政権に対して抽象的な作為義務（何等かの行政行為－拒否行為でもよい－をなすべき義務）を確定するに止まるものであり、また通常の取消訴訟と平行に考えれば不行為の取消を請求するものと言えるから、一般の取消訴訟と同じように、この種の訴訟の存在を認めても、司法権の範囲を超えることにはならないであろう。・・・」と述べられている⁽⁶⁾。

次に、雄川教授は、義務づけ訴訟（行政権に対し行為又は不行為を求める訴訟）については、「わが国法上右のような行政権に対し行政行為をなし又はなされないことを請求することを理由に通説はこれを否定し（例えば、田中二郎「行政事件に関する司法裁判所の権限」（行政争訟の法理所収）、田上・行政法原論247頁等）、判例また消極に解する（略）。私もこの結論を正当とするものであって、特別の規定（一種の機関訴訟ではあるが、地方自治法146条、職業安定法57条等に定める職務命令訴訟）のない限り、右のような訴訟は認められないと解する。その理由としては、第一に、元来行政行為をなすことが制度上行政機関の所管とされているということは、その行政行為をなすこと又はなさないことの権限が行政権に分配されていることを意味するのであって、その権限行使を裁判所が命じ得ることを一般的に承認することは、裁判所が行政権の上に立ってこれを一般的に監督することと同一に帰着することになると考えられる。即ち、或る行政行為をするかしないかということの決定を、まず、行政的判断によってなさしめるというのが、その行政行為をなす権限を行政機関に

与えていることの実質的な意味であって、司法権は、その行政的判断に違法の点があるかないかを審査し、違法であれば、その効力を否定する（取消す）ことに止まるのが、原則であると解さなければならぬ。第二に、裁判所が右のような判決をなし得るためには、行政庁が或る行政行為をなすべき又はなさざるべき法律上の義務を、具体的場合において負っているということを裁判手続で確定しなければならないが、裁判手続でそのような義務を一義的確定し得るかどうかについては、問題がある。」と述べられ、田中博士同様に、この訴訟に否定的見解を示されている⁽⁷⁾。

最後に、雄川教授は、公法上の義務確認訴訟は認められるか否かについて、次のような否定的見解を示され、田中博士と同じような結論に至っている。

つまり、「この問題を、裁判作用の論理的性格その対象となるべき法律関係の性質からのみ考えることは、恐らくは正当でない。前述したように、裁判制度の意義は単なる争の法的判断につきるものではなく、裁判制度の歴史的発達を背景として、或る実質的意義を制度上有するのであるから、そのような裁判作用でなしうる事項に、わが国法上右のような行政権の作為義務又は不作為義務の存否の確定が該当するか否かの形で扱えられねばならない。従って、この問題は、やはり行政・司法両権の分立の意味と、裁判所の地位・構造及び訴訟制度の構造の実質的な分析から答えられなければならないと考えられる。そうであるとすると、私は、次の諸点を考慮すれば、わが国法上は、一般的にはこの種の訴訟を認めることは困難なのではないかと思う。」として、公法上の義務確認訴訟を否定なされている。その否定理由は4点あり、第一に、司法権の判断に行政権を全面的に服従せしめることは、司法・行政両権の分立・均衡の上から言って許されない点であり、第二に、行政行為に関する法律要件の存否の認定とそれに基づく行為又は不行為の決定はまず行政権が行うべきものと考えられる点であり、第三に、訴訟の対象となるべき公法上の権利関係とは何かという点であり、第四に、裁判所の機能には自ら或る限界がなければならない点である旨、説示なされている⁽⁸⁾。

以上で、国賠法1条と行政権の不行使についての前提議論として、まず、田中二郎博士と雄川一郎教授の伝統学説につき、行特法時代における不作為の違法確認訴訟及び公法上の義務確認訴訟等を否定する見解を検証した。

次に、この伝統学説に対して、これを批判する学説が台頭するようになった。そのような所説を以下、「②伝統学説への批判」の所で検討していくことにする。

-
- 註(1) 田中二郎『新版行政法上巻全訂第二版』205頁～206頁（平成14年 弘文堂）。田中二郎「国家賠償法について」法時19巻13号（昭和22年）初出、同『行政上の損害賠償及び損失補償』168頁～170頁所収（酒井書店 1977年）。
- 註(2) 田中二郎「行政庁の不作为の違法性と不当性」同『司法権の限界』235頁以下所収、245頁～250頁参照。同論文は、北海道大学法学部十周年記念「法学政治学論集」所載（35年）が初出である。田中博士がこの論文の250頁で引用した雄川教授の文献は、『行政争訟法』99頁（法律学全集）である。
- 註(3) 田中・前掲註（2）250頁～251頁。
- 註(4) 田中・前掲註（2）258頁～259頁。
- 註(5) 雄川一郎『行政争訟法』95頁以下、96頁参照（法律学全集9巻）。
- 註(6) 雄川・前掲註（5）97頁。
- 註(7) 同・前掲註（5）99頁。
- 註(8) 同・前掲註（5）102頁～104頁。
-

②伝統学説への批判（山田準次郎教授より）

田中二郎博士・雄川一郎教授の伝統学説は、権力分立の原則より、司法権が行政権の権限行使の当否について判断権を行使することを、行政権の第一次的判断権の尊重より、これを消極的に捉える見解を示していた。これに対して、有力な反対学説もあった。その代表的学説として、山田準次郎教授の論文「行政行為要求訴訟は西ドイツ行政裁判制度に特別の制度であってわが法制制においては認められないか」等が挙げられる。以下、山田教授の見解を一瞥してみる。

山田教授は、わが国においても行為要求訴訟は認められるという立場で本論文を著したとし、「従って本論に含まれている問題は（一）わが国裁判所で今日一般に採用されておところでは拒否処分に対する判決においては、その処分を取消すだけで、拒否された処分をなすべきことを命ずる判決はできないこ

とになっておるが西ドイツのように拒否処分を取消した上で拒否された処分を、なすべきことを命ずる判決をすることはできないかどうか、（二）もしそれができるならば判決は「拒否処分を取消し、一定行為をなすべきことを命ず」ということになるのであるから、すなわち、処分変更の判決となるのである。そこで問題は処分変更が認められるかといことになる。最後に（三）行政庁の義務に属する行為の不行為に対し抗告訴訟が許されるかということが問題である。（一）と（二）を問題とするば三問題となり（一）（二）とを合併して一問題とすれば二問題となる。これらの問題がドイツにおいては積極的に解決されており、わが国では判例で大体否定され消極的に解されておる。これは法制の相違に基づくものではなくわが裁判所の誤解に基づくものと私は考えている。これが国民の権利保護制度の上で大きな一つの欠陥となっておると考える。その是正を期待することが、私が本論を草するについての切なる念願である。」とはじめに述べられ、「わが国で上掲問題が消極に解されておる原因は（一）裁判所が行政庁に対し行為不行為を命ずる判決すなわち給付判決をすることが三権分立の主義に反すると解することと、（二）国民に行政庁の行為を要求する権利を認めないという二点について帰着すると私は考えるので、本論は結局において二点について論ずることになっておる訳である。前者は行政と司法との限界の問題であり、後者は公権の問題である。まず行政庁に対する給付判決が三権分立の主義に反するか否かすなわち行政と司法との限界の問題について述べる。」旨、本論文の趣旨を示されている⁽¹⁾。

山田教授は、「司法国家制が採用された場合、給付判決は三権分立の主義に反し、みとめられないか・・・ただ問題は司法裁判所の判決で行政庁に作為不作為を命ずることは特別の規定によるものではないか。その特別の規定のないわが国では同様に論ずることはできないではないかということである。この点を明らかにするためにまずわが国における行政裁判所の給付判決は三権分立の主義に反し許さないとする説を検討しよう。」と述べられ、その説である消極説がわが国の学説判例の採用するものと評されている⁽²⁾。

これに対し、山田教授が支持する積極説については、次のように述べられている。山田教授は、「要するにドイツ法制におけるような特別な規定はなくともわが国法制の解釈上同様な職務行為要求訴訟がわが国においても認められる

と解しなくてはならない。判決の本質如何、判断に限られるか否か、私の専門外で研究しておらないのでなんともいえない。ただいえると思うことは現行司法裁判所の行政事件に対する審理権は以前の行政裁判所の審理権と原則として同様であるべきであり、また司法裁判所の民事事件に対する審理権の範囲と原則として異なるべきでないということである。従って以前の行政裁判所が給付判決をすることができました司法裁判所か民事事件に対して給付判決をすることができるならば、現在の司法裁判所は行政事件に対して給付判決ができるといわなければならないことになる。また今日の司法裁判所が判断の範囲を超えると理由で給付判決ができないというならば、民事事件に対しても同様な理由で給付判決はできないといわなくてはならないことになる。ところが民事事件において給付判決が認められるておるのであるから、行政事件についてもそれが認められなくてはならないことになる。」と述べ、行政事件における給付判決を肯定する積極説の立場を明確にしている⁽³⁾。

③小結（塩野宏教授より）

国賠法1条と行政庁の規制権限の不行使についての前提議論につき、伝統学説と伝統学説への批判の代表的学説を一瞥した。ここでは、行政庁の規制権限の不行使についての学説の検討をする前提作業として、塩野宏教授の学説を引用しながら、まとめとする。

多少長い引用文になるが、塩野教授は次のように述べられている。つまり、公権力の行使の中には、不作為一権限の不行使も含まれる。一般的にいつて、国家賠償法1条の適用が認められる典型的な事例は、公務員が私人の身体・財産に作為的に危害を加える場合である。国家賠償法が危険責任の法理に基づくとされるのも、かかる状況を前提としている。しかし、私人の活動範囲が飛躍的に増大すると、そこから生ずる被害について民法の不法行為による解釈だけに頼ることができず、被害防止のために国家の介入が望まれるようになる。もともとは警察法はかかる要素をもっているが、環境行政法、消費者行政法もこのような性質を有する。そして、直接の加害者に対する損害賠償ではその者の資力との関係で救済が十分でないこともあって、国の側の不作為を理由とする国家賠償事件が多数登場し、現に、いわゆるスモン事件に関して国の薬事法上の権限不行使の違法が判断されてきたところである（東京スモン事件について

は、参照、東京地判昭和53.8.3 判時899—48。その他権限不行使についての判例について、参照、横山匡輝「権限の不行使と国家賠償法上の違法」補償法大系2巻127巻以下）。

この問題について最高裁判所は、かねて法が付与した権限の趣旨・目的に照らし、権限の不行使が著しく不合理と認められるときは国家賠償法上の違法を構成する場合があることを示唆してきたが（略）、その後、じん肺訴訟（略）、水俣病関西訴訟（略）において、右の定式を前提として、権限不行使による国の賠償責任を認めた。公権力の行使の不作為が国家賠償請求訴訟の要件となることは確立した判例である⁽⁴⁾。

上記引用の塩野教授の言に代弁されるように、従来は行政庁の規制権限の不行使について、国賠法1条の適用を認める裁判例はほとんどなく、最高裁判決においても宅地建物取引事件（最判平成元.11.24 民集43—10—1169）やクロロキン製剤事件（最判平成7.6.23 民集49—6—1600）において、行政庁の権限不行使が著しく不合理ではないとして、行政側の責任を認めなかった。しかし、一連のスモン事件や水俣病関西訴訟や筑豊じん肺訴訟においては、法が付与した権限の趣旨・目的に照らし、権限の不行使が著しく不合理と認めて、その違法性を認めている。

つぎに、塩野教授は、行政機関への権限付与の法目的が被害者の利益保護特定の点において（とりわけじん肺訴訟）、いわゆる反射的利益論に煩わせることなく、権限不行使の違法性の判断を認めることができたと思われる点にも留意する必要がある。いいかえると、関係法令の目的が、制定文ないし立法過程からして必ずしも明確でない場合には、先の要件論は意味をもつことにもなろう、と説示なされている⁽⁵⁾。

さらに、塩野教授は、権限不行使について賠償責任を認めるにつき、二つの法律構成があると述べられ、それは、「一つは、裁量権の収縮という構成をとるものであって、たとえば、スモン訴訟にみられる（前掲東京地判昭和53.8.3）。ここでは、薬事法上の規制権限の行使が本来自由裁量（効果裁量）であるとした上で、一定の場合には『規制権限を行使するか否かについての行政庁の裁量権は収縮・後退して、行政庁は結果発生防止のためその規制権限の行使を義務づけられ、したがってその不行使は作為義務違反として違法となる

ものと解すべきである』とされる。そして、かかる法律構成は義務付け訴訟において、ドイツの学説・判例が展開してきたところであった（原田尚彦・行政責任と国民の権利〔1979年〕）。これに対して、裁量権の収縮という説明方法によらず端的に規制権限の不行使を違法とするのが、最高裁判所の態度である（略）。裁量権の収縮という構成をとる場合としからざる場合とで、権限の不行使が違法となる要件に違いが出てくるとは当然にはいえないので、いずれにせよ説明の仕方の問題であるが、裁量と作為義務とは対立概念であるので、ドイツ的納得の仕方を日本法で採用する意味はないと思われる（藤田・行政法 I 496頁は伝統的な裁量論によれば、裁量権が零となるとむしろ規制はできないという結果に結びつくとしている。ただし、収縮論が下級審判決に一定の影響を与え、国の損害賠償責任を導くことに寄与したことの意義は別にある）。さらに、より根本的には、かかる危険防止責任（危険管理責任、危険防止責任とも称される）の根拠をいかに立てるかにより、法律の根拠の有無を問わず、危険防止措置（それには、私人の側の自由、財産の侵害が含まれることもある）をとることを認めるところにまで発展する可能性があることに注意しなければならない。それは、従来の法治国原理と正面から対立する契機をもっているのである（参照、塩野宏『法治主義の諸相』〔1992年〕塩野・法治主義の諸相122頁以下。いわゆる基本権保護義務の存在を前提とした上で、行政介入の限界を指摘するものとして、参照、桑原勇達「いわゆる行政の危機防止責任について」東海大学18号〔1997年〕9頁以下、37頁。）、と説示なされている⁽⁶⁾。

塩野教授は、権限不行使についての賠償責任を認めるにつき、二つの法律構成がある旨、述べられているが、その一つが裁量権の収縮であり、他方が裁量権の収縮という説明方法によらない端的に規制権限の不行使を違法とする考えを挙げられているが、それらは説明の仕方の問題であるとしている。そして、結論として、塩野教授は、このような危害防止（危険管理）責任の根拠をいかに立てるかにより、法律の根拠の有無を問わず、危害防止措置をとることを認めるところにまで発展する可能性があり、それは、従来の法治国原理と正面から対立する契機をもっていると示唆されている。

さて、塩野教授による国賠法1条と行政庁の規制権限の不行使についての前提議論の小結を終え、次のところでは、行政庁の規制権限の不行使と損害賠償

責任をめぐる学説の動向について検討することにする。

註(1) 山田準次郎「行政行為要求訴訟は西ドイツ行政裁判制度に特別の制度であってわが法制においては認められないか」同『行政行為を要求する訴訟』41頁以下所収、特に、43頁から44頁参照。本論文は法律論叢29巻2・3号および4号・5号所載されたものである。

註(2) 山田・前出註(1) 77～78頁。

註(3) 同・前出註(1) 94～95頁。

註(4) 塩野宏『行政法Ⅱ[第五版補訂版]行政救済法』308頁～309頁(有斐閣 2013年)。

註(5) 塩野・前出註(4) 309頁。

註(6) 塩野・前出註(4) 312頁～313頁註(3)。

2) 行政庁の規制権限の不行使と損害賠償責任を巡る学説の動向

ここでは、行政庁の規制権限の不行使と損害賠償責任を巡る学説の動向について検討していく。その学説の動向の2つの流れとして、1・危険管理（防止）責任説と行政介入請求説の流れと2・健康権説と義務付け訴訟説の流れが挙げられる。これらの学説の動向を検証していくが、その前に行政庁の規制権限の不行使についての宇賀克也教授と藤田宙靖教授の考えを一瞥しておく。

①学説の動向のはじめに（宇賀克也教授・藤田宙靖教授より）

まず、宇賀克也教授は、宇賀『国家補償法』154頁以下（有斐閣 1997年）において、規制権限の不作為には3つあり、それらは、(1) 申請に対する不作為、(2) 規制権限の行使によって利益を受ける者が、当該権限の行使の懈怠を違法であると主張して争う場合（規制権限の不作為）、そして、(3) 給付行政における不作為（廃棄物処理の懈怠）であると説明されている。また、宇賀教授は、わが国において、規制権限の不作為を理由とする国家賠償の問題が、学界で大きな注目を集めたのは、昭和49（1974）年頃からであり、大阪地判昭49・4・19下民25・1～4・315が、宅地造成等規制法に基づく権限を行使しなかったことを違法としたことが、ひとつの契機となったとし、他の事例においては、

行政便宜主義（東京高判昭42・10・26高民20・5・458等）や「反射的利益論」（東京地判昭40・12・24下民16・12・18914、東京地判昭44・12・25判時580・42等）を理由として、請求が棄却されていたのである、旨述べられている⁽¹⁾。さらに、宇賀教授は、行政便宜主義の問題、裁量権収縮の理論、健康権説、そして、裁量権消極的濫用論についてはつぎのように述べられている。

まず、行政便宜主義については、宇賀教授は、「多くの場合には、規制権限の行使につき、当該行為をするか否かの効果裁量が認められており、そのため、不作為の違法を理由とする国家賠償請求は、かかる効果裁量の存在にもかかわらず、なぜ不作為が違法とされるのかという問いに答えなければならないことになる。これが、行政便宜主義の問題である。伝統的行政法学においては、行政権の過剰な行使を抑制し、被規制者の権利利益を擁護するために、この行政便宜主義を支持してきた。したがって、行政庁の規制権限の行使の懈怠を問責する国家賠償請求に対しては、ほとんど常に、被告側の抗弁として、規制権限を行使するか否かは行政庁の裁量に委ねられており、その行使が義務づけられているわけではないという主張がなされてきた」と説明なされている⁽²⁾。

つぎに、裁量権収縮の理論について宇賀教授は、「ドイツにおいても、規制権限の行使の懈怠を理由とする国家賠償請求において、行政便宜主義の障壁をいかに克服するかが、大きな課題となった。そして、それを克服する法理として登場したのが、裁量権収縮の理論である。この理論は、行政便宜主義を根本から否定するものではなく、むしろ、それを承認したうえで、特定の状況下で規制権限の行使が義務づけられるとするもので、効果裁量を状況の函数としてとらえる点に基本的特徴がある。すなわち、従来は、効果裁量の幅は、個々の処分法規ごとに固定されていると考えられていたのに対し、裁量権収縮の理論は、同一の処分法規の効果裁量の幅も固定されたものではなく、状況に応じて変化するものであり、一定の状況のもとでは、その効果裁量はゼロに収縮して作為義務が生ずると解するのである。問題は、どのような状況下で作為義務が生ずるかにつき、明文で定められているわけではない点であり、作為義務が生ずる要件を解釈によって確定していく必要がある」ことであると、述べられている⁽³⁾。尚、宇賀教授は裁量権収縮の要件について、「裁量権収縮の理論は、わが国にも導入され、判例学説の双方に大きな影響を与え、少なからぬ支持を

見出している。そして、裁量権のゼロ収縮の要件についても、細部では不一がみられるものの、最大公約については、ある程度、コンセンサスができつつあると見てよいように思われる。すなわち、①被侵害法益の重要性、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、が裁量収縮の理論において、作為義務発生のための要件として、通常挙げられている旨、説明なされている⁽⁴⁾。

さらに、宇賀教授は裁量権収縮の理論に対する健康権説からの批判という視点からつぎのように説示なされている。つまり、同教授は、「裁量権収縮の理論に対しては、行政便宜主義を肯定したうえで例外的に作為義務を肯定するものであることを理由とする批判が、健康権、安全権等を主張する立場からなされることがある。この立場からすれば、被規制者に対する規制権限行使と受益者たる第三者に対する安全確保のための権限行使とは質を異にするものであり、後者との関係における損害賠償責任の要件を斟酌するに際して、前者の関係を媒介項にする論理的必然性はないというのである」と、述べられている⁽⁵⁾。

この健康説に対して、宇賀教授は、「この批判には、傾聴に値するものがあるが、不作為の違法を問責する以上、健康権説の立場を採るとしても、作為義務の成立要件を明らかにしなければならず、その際には、①から④の要件を考慮せざるをえないのではないと思われる」と同説を批判しながら、他方で、健康権説の立場には、十分な実践的意義が認められるとし、最終的には、「しかし、裁量権収縮の理論の枠組みは維持したうえで、収縮要件を緩和するというアプローチによっても、健康権説の立場と同様な結果に到達することは可能と思われる」とも述べられ⁽⁶⁾、裁量権収縮の理論と健康権説の近似性を指摘なされている。

最後に、宇賀教授は裁量権消極的濫用論について、「判例の中には、裁量権収縮の理論によらず、不作為の裁量権の濫用（裁量権消極的濫用論）によっていると思われるものもある。裁量権消極的濫用論とは、裁量的処分の作為に際して、裁量権の逸脱濫用が違法とされるのと平行に、効果裁量が認められている場合にも、不作為が著しく不合理な場合には、裁量権の限界を逸脱しており違法と解するものである。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、裁量権消極的濫用論は、

裁量は存在したまま、その限界を超えるという発想である」。従って、宇賀教授は裁量権収縮の理論と裁量権消極的濫用論の関係について、両者の発想は異なるが、説明の仕方の相違にすぎず、いずれにせよ、作為義務が生じていることが不作為の違法の前提となる、と結論付けられている⁽⁷⁾。

以上のように、宇賀教授は、行政庁の規制権限の不行使に対する行政便宜主義克服の注目すべき理論として、裁量権収縮の理論と裁量権消極的濫用論を挙げられが、両者の関係は、発想は異なるが、説明の仕方の相違にすぎないとしている。しかし、宇賀教授は健康権説については消極的な立場で、裁量権収縮の理論の4要件を維持しつつ、それらの要件を緩和するアプローチによっても、健康権説の立場と同様な結果に到達することは可能であると評されている⁽⁸⁾。

つぎに、藤田宙靖教授（元最高裁判官）は、同『第四版行政法Ⅰ（総論）[改訂版]』においてつぎのように述べられている。

藤田教授は、行政庁の権限不行使に基づく損害賠償責任の問題とは、「行政庁が、ある私人に対して行使すべき公権力を適法に行使しないとき、そのことによって自己の利益に損害を被った第三者は、不作為の違法を理由として、国または公共団体に対し、国家賠償法1条の賠償責任を訴求し得るか、という問題である」としている⁽⁹⁾。そして、藤田教授は、この問題が当初まず問題となったのは、いわゆる「反射的利益論」であるとし、行政庁の不作為の違法性をめぐって次に問題とされたのは、いわゆる「行政便宜主義」の問題である。すなわち、行政庁が法令上与えられている権限を行使するかしないかは、原則として行政庁の裁量に委ねられているのであって、与えられた権限を行使しないからと言って直ちに違法とは言えないのではないか、という問題である、と説示なされている⁽¹⁰⁾。

つぎに、藤田教授は、「裁量権零収縮の理論」を始めとする、判例のこれらの説明にも拘わらず、私人の自由と財産を規制し得ることを定めたに過ぎない筈の法律の規定が、なぜ特定の場合には規制しなければならないことを定めていることになるのか、ということについての理論的な説明は、そこでは未だ必ずしも充分明確になされているとは言い難い、と述べられ⁽¹¹⁾、さらに、理論的に言えば、裁量権の幅が零になるということ自体は、行政庁が当該の権限を行使するか否かの判断の自由を失い、行使しなければならないか、してはなら

ないかのいずれかになる、というだけのことであって、当然に行使しなければならなくなる、ということの意味するものではない。伝統的な行政法理論の出発点からするならば、私人の自由と財産を規制することを認めるこの種の法律は、本来、規制することは許さないことを前提として、一定の場合には、規制してもよいということを決めるだけのことであるから、このような規定の本来の目的に従えば、裁量権が零になるという観念は、むしろ本来、規制は出来ない、という結果と結びつくものとすら言えよう⁽¹²⁾、とこの理論を説明なされている。

最後に、藤田教授は新しい救済原理への諸動向について、以下のように言及なされている。すなわち、同教授は、権限不行使に対する損害賠償請求の例に見られるように、私的行為の自由と市民生活に対する行政の不介入を基本原則とする伝統的な行政法の制度と理論とは原理的に対立しさえするような、行政の積極的介入への要請が強くなっている、ということ等である。このような事情を背景として、国家賠償法理の上でも、先に見た、危険責任論に基づく国の自己責任説であるとか、また、学説の一部で唱えられているような、「国民の行政介入請求権」という考え方に基づく、国家賠償法理の再構成の提言（参照、原田尚彦『行政責任と国民の権利』75頁以下）等が登場しているのである、と述べられ、さらに、国家賠償制度の指導理念を、違法な行政活動に対する権利救済という、「法律による行政の原理」を基盤とした考え方ではなく、むしろ、損害の公平負担という見地、に求めようという動向が、一方では存在する（省略）。そのような考えは国家賠償制度と損失補償制度とを総合して、「国家補償」という概念であり、現代行政法に独特の法理としての「行政介入請求権」というような観念よりは、なお伝統的な理論になじみ易いものがある、と言うことができよう。そこで、行政主体に広く賠償責任を認めるための、少なくとも一つのクッションとして、このような、公平負担、負担調整という観点が、国家賠償法の解釈に持ち込まれることが少なくないのである⁽¹³⁾、と結論付けられている。

以上のように、藤田教授の国賠法1条と行政庁の規制権限の不行使の違法性の捉え方は、遠藤博也教授・阿部泰隆教授らの危険管理（防止）責任論や原田尚彦教授の行政介入責任論とも異なる考えであり、公平負担等を念頭においた、

どちらかと言えば、「国家補償」概念の中でこの問題を捉える考えに近いものともいえるのではなからうか。

以下では、危険管理（防止）責任説、行政介入請求説、そして、健康権説等を検討する。

-
- 註(1) 宇賀克也『国家補償法』154頁～155頁（有斐閣 1997年）。尚、宇賀『行政法概説Ⅱ行政救済法〔第4版〕』（有斐閣 2013年）では、「規制権限の不行使の違法」については、同書427～436頁で論じられている。
- 註(2) 宇賀・前出註（1）156頁。
- 註(3) 宇賀・前出註（1）156頁。
- 註(4) 宇賀・前出註（1）157頁。
- 註(5) 宇賀・前出註（1）159頁。
- 註(6) 宇賀・前出註（1）159頁。
- 註(7) 宇賀・前出註（1）159頁～160頁。
- 註(8) 宇賀教授は、同『行政法』407頁～408頁（有斐閣 2012年）において、裁量権収縮の理論と裁量権消極的濫用論についての規制権限の不行使の違法の考慮要素について、4要件を挙げられ、（a）被侵害法益、（b）予見可能性、（c）結果回避可能性、（d）期待可能性の4要件を挙げられている。そして、これらの要件の関係は、一応、相互に独立したものである反面、相互に密接に関連しており、結局は、総合判断ということにならざるをえない、と述べられている。
- 註(9) 藤田宙靖『第四版行政法Ⅰ（総論）〔改訂版〕』506頁（青林書院 2005年）。
- 註(10) 藤田・前出註（9）506頁～507頁。
- 註(11) 藤田・前出註（9）509頁。
- 註(12) 藤田・前出註（9）511頁註（1）。
- 註(13) 藤田・前出註（9）513頁～514頁。
-

②危険管理（防止）責任説と行政介入請求説からのアプローチ

ここでは、行政庁の規制権限の不行使と損害賠償責任を巡る学説中、まず、

危険管理（防止）責任説を採り上げ、その後、行政介入請求説を採り上げる。

（a）危険管理（防止）責任説からのアプローチ

（イ）遠藤博也教授の危険管理責任説

遠藤博也教授は、危険管理責任説について、北海道大学法学部教授時代に同「危険管理責任における不作為の違法要件」と題する論文を同大学法学論集36巻1・2合併号[1985年]で公刊なされている。以下、遠藤教授の危険管理責任説を同論文が所収されている遠藤博也著『行政法研究第Ⅲ 行政救済法』（信山社 2011年）より一瞥してみる。

まず、遠藤教授は、同書所収の「8 危険管理責任における不作為の違法要件の検討」と題する論文において、「近年における国家賠償責任のいちじるしい拡大がみられる主要分野は、行政が自然や社会に存在する危険を適正に管理し損害の発生を防止しなかった、という不作為の違法を理由とするものである。筆者のいう危険管理責任（拙著『国家補償法上巻』219頁、377頁以下）であり、阿部泰隆教授の「行政上の危険防止責任」（判例評論232、233、269、270、271号参照）である」、と述べられている。そして、遠藤教授は、「これに対して、危険管理責任が問題となる事例にあつては、損害の直接の原因は被害であり、土地災害であり、犯罪であり、野犬であり、砲弾の爆発であり、などなどの自然や社会における危険にある。行政の責任は、もっぱらこのような危険を適正に管理し損害の発生を防止しなかったところにある。さきの不作為責任が一般の作為同様にいわば打撃ミスないし打撃過剰によるものであつたのに対して、ここにあつては、守備ミスによるものであるということができよう。このように、危険管理責任における不作為の違法が守備ミスをあらわすものだとすれば、守備ミスの前提として、おのずから守備範囲が問題とならざるをえない。レフトフライについてライトに守備ミスの責めをおわせることができないからである。このような事情は危険管理責任における責任根拠・要件、すなわち全体としての責任の構造が一般の国家賠償責任におけるとはことなるのではないかとの推測を生じさせる。本稿は、危険管理責任における不作為の違法の要件の検討をつうじてこの問題を解明しようとするものである」と同論文の趣旨を述べられている⁽¹⁾。

つぎに、遠藤教授は、危険管理責任の特殊性は、いわゆる反射的利益論が論

じられる点にあらわるとし、スモン訴訟の諸判例を例にとると、被告国側の主張する反射的利益論はことごとく排斥の憂目にあっているが、他方で、反射的利益論を国家賠償請求訴訟において明言している判例が存在しているとして、結局のところ、この点の差異を明確にする見地からすれば、反射的利益論という用語はむしろさけたほうがよいといえるであろう。ここでの問題は、結局のところ、筆者のいう行政の守備範囲論であり、あるいは個別根拠法令の保護範囲なり射程範囲の問題であるから、そのような用語のほうがベターだと思われる、と述べられている⁽²⁾。私も遠藤教授のこの見解に賛成である。

他方、遠藤教授は、危険管理責任事例において、しばしば争点とされるものに自由裁量論と裁量収縮論がある、と指摘なされている。つまり、遠藤教授は、「一方で、被告行政側は、行政権限行使について、なすとなさざるの自由をもつことを強調し、この点の自由裁量が例外的に『著しく不合理』となる場合にかぎって、不作為が違法となる立場をとる。これに対して、他方で、原告側は、裁量収縮の理論により、具体的事情・状況のもとで裁量が収縮し、選択の余地が一つしかありえないものになっている。ゆえにこれをとらないことが違法だとする立場をとる。それぞれそれなりに成り立ちうる理論構成であろうが、しかし、ここでも抗告訴訟における裁量論と損害賠償請求訴訟におけるそれとが次元を異にするものであり、判断構造を異にすることに注意しなければならない（拙稿「行政法における法の多元的構造について」公法の課題77頁以下、95頁）。・・・土居註・中略・・・ここでの判断は、要するに守備ミス型の危険管理責任において守備ミスがあったかどうかであり、自由裁量論から出発しようが、裁量収縮論から出発しようが、それだけでは、ただちに解答が出てこない独自の責任構造・要件をもつた複雑なものである」と指摘なされる⁽³⁾。

そこで、遠藤教授は、危険管理の独自性について次のような見解を示される。つまり、同教授は、「はたして判例も、守備ミス型の危険管理が独自の性格のものであることをみとめ、この場合の不作為の違法について独自の要件をかかげる傾向にある。判決例の表現はそれぞれニュアンスに富んでいるが、最大公約数的には次の四条件があげられるのが例である」としてまず第一に、被害にかかわる被侵害法益の重大性であって、生命、身体に安全、健康などがそれである（スモンなどの葉害被害や新島砲弾爆発事件等）とし、人の生死、健康に

かかわるものであったことが、行政の不作為の違法をみとめる重要な要素となっている、とし、つぎに第二の要件は、予見可能性であって、重大な法益侵害の危険性が切迫していることを現に予見したか、または、容易に予見することが可能であったことである。この要件中の危険の「切迫性」は、突発的事故タイプ以外のものについては、かならずしも妥当しないのではないかとの見解があり、争われている。さらに、第三の条件は、回避可能性であって、行政権限を行使さえすれば、いとも容易に結果の発生を防止することができたはずであることである。ここにおいても、権限行使の容易さ、それによる結果回避の容易さ、をどの程度要求するかについて人の見解は分かれる。後に論ずるとおりである。そして、最後に第四の条件として期待可能性があげられる。重大な法益侵害について、行政には予見可能性も回避可能性もあって、行政権限を行使さえすれば、容易に危険を防止できる反面、被害者たる私人の側には、危険を予見しこれを回避する手段を持たないなどの事情から、社会通念上、行政権限の行使を期待し信頼することがもっともだと思われる事情が存在することである。薬害のような薬の副作用によるものについて、一般私人は危険を回避するのに必要な情報を手中にもっていない。行政に頼らざるを得ない事情がある（土居の略記・京都スモン訴訟判決参照）⁽⁴⁾。遠藤教授は、これら四条件が危険管理責任を判定する際の基準としているが、遠藤博也著『行政法スケッチ』211頁以下所収（有斐閣 昭和62年）の「第10章 時効10年—安全配慮義務と守備ミス型の不作為の違法—」と題する論文において、不作為の違法四条件の検討を行っている。そこにおいて、遠藤教授は、「不作為には、・・・不作為それ自体が直接の加害行為を構成する場合と、薬害、公害、犯罪、自然災害など、直接の加害原因が他にあつて、行政がこれらの危険を適正に管理し損害の発生を防止すべき作為義務を怠った不作為が責任の根拠とされる場合とがある。後者は、筆者のいう危険管理責任であり、阿部泰隆教授の危険防止責任である（阿部＝森本『消防行政の法律問題』2頁以下）。ここでは、この危険管理責任型の不作為の違法を問題とする。行政のいわば守備ミスが問題となるといってよい。

いかなる場合に、行政の作為義務がみとめられ、不作為が違法となるかの要件については、判例学説上、その表現に多少の差異がある。たとえば、右の阿部教授は、予見可能性、回避可能性、行政への期待可能性の三条件をあげてい

るが、なかには八項目におよぶ条件を列挙している例もある（広島地尾道支判昭和60.3.25における被告側主張、判時1158号32頁、89頁）。しかし、最大公約数的にいえば、阿部教授の三条件に、被侵害法益の重大性という法益条件を加えた四条件あたりが妥当なところと考えられる（スモン訴訟の諸判決中、東京、広島、静岡などの諸判決が実質的にこの四条件をあげているとみてよいが、これを明示する例として大東マンガン訴訟第一審判決＝大阪地判昭和57.9.30判時1058号3頁、24頁がある）。なお、以下の四条件の検討にあたって、国家賠償法2条にもとづく責任事例のうちいわゆる外在的瑕疵類型（自然災害を直接の原因とするものなど）にかかわるものをも引用参照することにしたい。守備ミス型の危険管理責任が問題となっている点で共通するものがあると考えられるからである」と説示なされ⁵⁾、不作為の違法四条件を唱える危険管理責任説を支持されている。

さて、遠藤教授の唱える不作為の違法四条件の要点を簡単に整理する。

遠藤教授の四条件の性格は、「筆者のいう守備範囲論、守備ミス論にあたるものをこれら四条件の中に見出すことも可能である。少し大ざっぱなことをいえば、反射的利益論は守備範囲に関する議論であり、裁量収縮論は守備ミスに関する議論であるから、これらに関して右に述べたことが、ほぼパラレルに守備範囲論、守備ミス論に妥当するからである。すなわち四条件中とりわけ最後の期待性条件は問題となっている損害発生の防止が行政の守備範囲内にあるとする判断を示している。また、法益条件、予見条件、回避条件をあわせると守備ミスの判断を示しているとみることができる。重大な法益侵害について予見可能性も回避可能性もあったのにそれを怠ったというのは、守備上の手落ち手ぬかりをあらわすものだからである。ただ、守備範囲論と守備ミス論とが、それぞれ上記四条件中、期待性条件とその他の三条件に機械的に対応する形で整然と整理できるほど簡単なものとはいえないであろう。論理的には、守備範囲内にあってはじめて、守備ミスを論ずることができるはずであって、前者の判断を前提として後者の判断があるという二段構えの構成をとるものとみられる。しかし、実質的には、一方で、守備範囲内にある以上は当然にミスだとみる見方もあれば、他方で、少し乱暴ながら、所詮ミスつた以上は守備範囲外とのいい逃れはできないとする見方もありうるであろうと思われる。四条件につ

いても、前三条件がそろえばおのずから第四の期待性条件がでてくるようであり、相互関係はさまざまありながら、あわせて一体の判断がなされているといつてよいようである」⁽⁶⁾。

このように、四条件からなる要件は、四条件バラバラにみることができるものの、また、四条件あわせて一本とみることもできる。重大な法益侵害について、その危険が切迫していることを行政が容易に予見することができ、かつ、行政権限を行使さえすれば、いとも容易に損害発生を防止することができる反面、被害者となった一般私人にはみずからこれを予見し回避できないほどの理由から、行政の権限行使を期待するのが社会通念上もつともだと思われる特別の事情が存在するときには、それにもかかわらず、行政が権限行使をしなかった場合にその不作為は違法となる。このあわせて一本の判断は、常識的にそれなりにわかりやすい。行政が予見し回避できるものについて、すなわち、決して行政に不可能を強いることにはならない場合について、加えて、生命、身体の安全、健康などの被侵害利益がきわめて重大な場合にかぎって、しかも、行政の権限行使を信頼、期待して然るべき特別の事情が存在することを要件として、守備ミス型の不作為の違法をみとめようとするものであるから、常識的にも納得できる線を目指しているものといえよう。それとして評価に値するものと考えられる⁽⁷⁾。

以上のように、遠藤教授が主張なされる危険管理責任説・四条件説も薬害訴訟や食品訴訟の判例の中から導き出された判例理論から構築されたものであり、機械的にバラバラな条件のようにも捉えられるが、それぞれが密接に関連している条件の性質を素直に捉えていけば、遠藤教授が最後に説示なされたようにこの四条件をみていくのがよいのではなかろうか。つまり、遠藤教授は、この論文の後半部分の「四条件の相互関係の検討」のところで、総合合算主義と重点主義（その一・その二）という視点からこの四条件の評価の衡量方法の目安となる基準を提示している。そこで、遠藤教授はこの四条件について、本人曰く、まことに不完全なものではあるものの、一応の目安となる類型化を試みた、と称している。その一つが、四条件に与えられた類型化の程度を総合してあわせて判断するものであった。どの条件をどの程度評価するのかは、裁判官が頭の痛いところであろう⁽⁸⁾。

-
- 註(1) 遠藤博也「8 危険管理責任における不作為の違法要件の検討」、同『行政救済法 [行政法研究Ⅲ]』163頁以下所収、特に、163頁～164頁参照（信山社 2011年）。同論文の初出は北大法学論集36巻1・2合併号（1985年）である。
- 註(2) 遠藤・前註（1）164頁～165頁。
- 註(3) 遠藤・前註（1）166頁。
- 註(4) 遠藤・前註（1）167頁～168頁。
- 註(5) 遠藤博也「第10章 時効10年—安全配慮義務と守備ミス型の不作為の違法—」、同『行政法スケッチ』211頁以下所収、特に、223頁～224頁参照（有斐閣 昭和62年）。
- 註(6) 遠藤・前註（1）169頁～170頁。
- 註(7) 遠藤・前註（1）170頁～171頁。
- 註(8) 遠藤・前註（1）180頁～181頁。尚、遠藤教授は危険管理責任について、私が散見した限りで、以下の文献で論じられている。遠藤博也『行政法スケッチ』211頁以下（有斐閣 昭和62年）、同『実定行政法』298頁以下（有斐閣 1989年）、同『講話行政法入門』71頁以下、特に、73頁以下（青林書院新社 昭和53年）、同『行政法Ⅱ（各論）』147頁～151頁（青林書院新社 昭和52年）等。
-

（ロ）阿部泰隆教授の危険防止責任説

前記遠藤博也教授の危険管理責任説（遠藤教授の4要件説は、被害にかかわる被侵害法益の重大性・予見可能性・回避可能性・期待可能性である）に対して、阿部泰隆教授は危険防止責任説を唱えられている（阿部教授の3要件説は、予見可能性・回避可能性・行政への期待可能性である）。

例えば、阿部教授は行政の危険防止責任につき、2面関係から3面関係の法システムへという視点から、「本来の国家賠償責任はいわば打撃ミスで、公務員が不法行為の当事者である。これに対して、行政の危険防止責任（遠藤博也によれば、危険管理責任、また、行政の不作為の責任と言われる）は、天災、他人の不法行為を行政が防止しなかった不作為の責任を問うものであって、守

備ミスである。国家賠償責任の一種であるが、もともとなかった類型であり、行政に防止義務があるか、不作為は違法かが論点になる。伝統的理論は、行政と被規制者の2面関係を念頭に置き、行政規制の行きすぎを抑制しようとしてきた。そのため、作為責任は問われやすいが、不作為責任は問われにくいので、行政は規制権限の不行使に逃避することになる。それは理論的には反射的利益論と行政裁量論を根拠としていたが、行政が本来あるべき国民の利益を軽視した理論であった。そこで、これを克服するために、行政と被規制者のほかに私人を加えた3面関係を捉えて、受益者＝私人の法的地位を高める努力がなされた」と述べられ⁽¹⁾、その逃避の防御策として、反射的利益論の克服と行政裁量論の克服について検討なされている⁽²⁾。

その課題について、阿部教授は、カネミ全国統一訴訟判決を素材として、次のように述べられている。

同教授は、「本稿はカネミ全国統一訴訟判決を契機として、このうち、国家賠償法1条関係を総合的にとりあげる。・・・この問題は前述のように国家賠償法がもともと予想せず、被害者の救済を確保し、あわせて行政の責任を追及して行政の今後の適切な対応を導くため最近になって新しく登場したものであるから、もともと見解の分かれるところである。この点で従来特に論じられたのは反射的利益の理論や行政の確保すべき安全性の程度と行政規制権限不行使の自由裁量性ないし不作為の作為義務という問題であった。まず、第一に、本稿は反射的利益を分析し、その妥当範囲を明らかにする。そして、行政が国民の安全等を確保する責務を有する場合には、反射的利益論を根拠とする国家賠償責任否定論は認められないと解する。しかし、筆者は行政が国民の安全等を確保する責務を果たさない場合に直ちに国家賠償責任が常に成立すると説くものではない。反射的利益論の克服は右の場合に国家賠償責任を先験的に一切排除する思考を克服することとどまるのであって、反射的利益論が克服された場合にはつぎにどのような場合にどの範囲で行政の危険防止責任が生ずるかが検討の対象となるのである」と述べられ、・・・最後に、こうして行政の危険防止責任が認められる場合には、つぎに、本来の加害者である私人（薬害訴訟なら製薬会社等）とこの私人を監督すべき行政主体との間で損害賠償費用をどのように内部分担すべきかという問題が生ずると述べ⁽³⁾、反射的利益の分析と克服に

つき検討なされた後、次のように締め括られている。

すなわち、阿部教授は、「以上、国家賠償関係における反射的利益論の成否について検討してきたが、反射的利益論はそれのみならず抗告訴訟における原告適格の有無についても問題となることは周知の通りである。そして、従来、反射的利益論が抗告訴訟と国家賠償とにおいてどのように異なる役割を果たすかについては十分意識されず、むしろ、同様に把握されていたのではないかと思われる。しかし、国家賠償ではすでに生じた被害を国民全体の負担において救済するのにたいし、抗告訴訟では将来生じうべき被害を未然に防止するという差異があるので、この両者を区別する考え方も成りたちうると思われる」旨、述べられている⁽⁴⁾。

最後に、阿部教授はカネミ油症国賠認容判決と危険防止責任につき、次のように説示なされている。すなわち、同教授は、「行政の権限不行使の違法を理由とする危険防止責任の理論構成について二陣の一番判決も高裁判決もいずれも裁量収縮論をとるが、右にみたようにその理論の具体的内容には顕著な差がある。二陣一番判決は裁量収縮の要件を、差し迫った危険とか、たやすく危険回避措置をとれることといったように、極めて厳格に解しており、食品の特殊性についても格別言及していない。これに対し、高裁判決は食品について行政責任が積極的であるべきことを強調して、裁量収縮の要件を食品の安全性を疑うべき蓋然性の高い事象が存する場合というように緩和している。」「思うに、裁量収縮論の要件は従来あまりに厳格に解されてきたが、その要件の立て方は状況によって異なり、とくに国民の生命・身体の安全という最重要の法益にかかわる場合で、国民の方に自らを防禦する方法がない場合には行政責任が特に重くなるので、危険の存在も切迫という程でなくともよく、予見可能性も厳格に危険の存在の確実性まで予見しなくとも、一応の危険の疑いがあれば裁量収縮論の要件を充たすというように柔軟に考えていくべきものであろう。他の場合にどのように応用されるべきかについては今後の課題となるが、本件の場合についてはこうした筆者の立場から見ても高裁判決に賛成される。この判決は裁量収縮論に新局面をひらいたといえよう。」と本事件の高裁判決に高い評価を与えられている⁽⁵⁾。

註(1) 阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ実効的な行政救済の法システム創造の法理論』503頁。

註(2) 阿部・前註(1) 504頁～508頁。

註(3) 阿部泰隆「行政の危険防止責任－カネミ全国統一訴訟判決を契機として」判時883号127頁以下、特に130頁（判評232号13頁以下、特に16頁）。同判評の下は、判時886号125頁以下（判評233号11頁以下）である。

註(4) 阿部・前註(3) 判評232号132頁。

註(5) 阿部泰隆「カネミ油症国賠認容判決－縦割行政と行政の危険防止責任」判時1109号3頁以下、特に6頁参照。

遠藤教授や阿部教授の危険管理（防止）責任説につき、古城誠教授は「権限不行使と国家賠償責任」山田卓生國井和郎『新・現代損害賠償法講座4巻』269頁以下（日本評論社 1997年）において次のように述べられている。すなわち、古城教授は、規制権限の不行使を理由とする國の賠償責任は、規制権限の不適切な行使を理由とする責任とは、異なった責任の類型である。規制権限の不行使を理由とする責任は、規制によって被害者を危険から保護しなかったことを理由とするものだからである、と述べられ、権限不行使を理由とする賠償責任の特色、責任の根拠、責任成立の条件を検討なされている（同論文270頁）。そして、結びとして、古城教授は、「危険防止責任は、当初は、それが認められるかどうか争われたが、現在では、認められることが確定しており、どのような場面に、責任を問うことができるかに問題の焦点は移っている。判例は、権限の不行使の違法を厳しく評価する傾向にあり、今後、行政の怠慢にもづく権限の不行使は、一層厳しく判断されていくと思われる」とし、ただし、権限の不行使の違法をどのように判断すべきかについては、現在の判例の枠組みは明確なものではない。今後の判例の適切な発展のためには、違法を判断するための枠組みを明確にすることが必要であろうとされ、・・・ 打撃を加えた直接の加害者の責任と異なり、危険防止責任は、損害を防止しなかったことを理由とする責任である。最善の措置をとらなかったからといって、損害賠償の責任を負わせるのは、適切ではないと述べられている（同論文291頁～292頁）。

(b) 行政介入請求権説からのアプローチ

(イ) 原田尚彦教授の所説

原田尚彦教授の行政介入請求権説について、いくつかの論文を散見してみる。

まず、原田教授の「行政の介入義務と行政訴訟—オポチュニテート・プリンチプと関連して—」同『環境権と裁判』183頁以下所収（弘文堂 昭和52年）から行政介入請求権説について一瞥してみる。

原田教授は、「けだし、国民生活が大きく行政に依存している現代国家においては、国民にこのような積極的な地位を確保することはきわめて重要であるからである。具体的には、さしあたり取締（ないし規制）行政の分野において、行政庁が法律上与えられている取締権限を適切に行使せず、国民の危険（となりうべき）状態を放置しているような状況において、危険にさらされる国民の側に適正な公権力（取締権限）の行使によって保護を求める権利ないし地位を認めることが考えられないかどうか、こうした権利を訴訟手続を通じて実現する方途はありえないかどうかについて、その可能性を探究してみることにした」と述べられ、この問題は、警察介入請求権の問題として、従来論じられてきたとし、その発端論文として保木本一郎「ドイツにおける営業警察の展開（3）」社会科学研究20巻2号、高田敏「現代行政の展開と警察法」公法研究34号、原田「行政法における公権論の再検討」同『訴えの利益』53頁以下（弘文堂）を挙げられている⁽¹⁾。そして、原田教授はこの論文のまとめとして、現行の行政合法主義と伝統的行政便宜主義の関係についての試論的検討について5つのまとめを行っている。

それは、「(1) 行政便宜主義の原理は、現代の規制行政においても、原則として承認さるべきものである。(2) だが、この原則の無制限の適用は誤りである。法律が授権した取締権限を行政庁が行使しないことが、そもそも法律が行政庁に取締権限を授権した意義を無意味にするような事態においては、行政庁には取締権限を行使すべき法的義務があるというべきである。(3) 右の行政庁の介入義務に対応して、取締行政の被保護者である公衆（関係人）の側には、ある範囲で、公権力の発動請求権ないし行政介入請求権を認めることが考慮されてよい。(4) 行政庁が介入義務に違反し、国民の公権力発動請求権を侵害するときは、ある種の状況のものとは、それによって生じた損害につい

て事後的に国家賠償の問題を生じる場合もありうるし、また、事前に救済を受けるに足る時間的余裕の認められるときには、直接行政訴訟を通じて公権力の発動を求めることも考慮する余地があろう。（５）しかも、取締行政は主として国民生活への危険を未然に防止する目的をもつものであることを考えるならば、国民の公権力発動請求権は、危険が個人に現実に発生するのをまつまでもなく、比較的早い蓋然性の段階においても、主張することができると思すべきである⁽²⁾ という５点である。

つぎに、原田教授は、同「公権力の発動を請求する権利」末川先生追悼論集『法と権利４巻』〔民商78巻臨時増刊号〕126頁以下所収（有斐閣 昭和53年）において、次のように述べられている。すなわち、原田教授は、「むしろ、形式的な見方をすれば、こうした第三者訴訟も、行政庁の処分つまり作為の違法性を争うもので、行政庁の不作為の違法を問うて権力の発動を求めるものではないと考える向きも多いであろう。だが、われわれは、規制行政上の許可というものは、伝統的な警察許可の法理が教えているように、その実質は国民の自然の自由を回復するにある。であるから、ここにおいては、不許可処分こそ積極的な規制権限の発動なのであって、許可はむしろ実質的には行政上の規制権限の不行使（不作為）にあたりとみるべきものであることに注意しておきたい。こうした見方をすれば、行政庁の安易な許可に対して、これにより不利益を受ける近隣在住者らが提起する第三者訴訟は、その取消訴訟という形式にもかかわらず、もはや違法な行政の作為の排除を求める消極的な訴訟ではなく、実質上は、規制権限の行使によって保護を受けようとする訴訟、いかえれば、積極的に行政介入を求めんとする義務づけ訴訟に類した機能をもつ訴訟ということになるのではないかとおもわれる（15）原田「行政事件訴訟における訴えの利益」同『環境権と裁判』284頁～285頁」と述べられ⁽³⁾、さらに、「具体的にいえば、公害工場への許可の取消しを求める近隣在住者の訴えは、公害工場に対する操業停止命令の発動を求める義務づけ訴訟ときわめて類似した実質的機能を果たしているというわけである。このように理解すれば、昨今における第三者訴訟の承認は、国民に対し行政上の規制権限の発動を求める行政介入請求を承認したものないし少なくとも承認への第一歩であると評することができるといってもあながち強弁ではないであろう」と断じている⁽⁴⁾。

さらに、原田教授は、同『行政責任と国民の権利』67頁以下（弘文堂 昭和54年）において、行政介入請求権と行政責任につき、「警察介入請求権の法理を中心にして、西ドイツにおいては行政権力の介入を求める国民の権利が承認されつつあるが、わが国の行政法学界には、これまで行政介入請求権を真正面からとりあげて論じようとする気運は、ほとんど存在しなかった」。だが、こうした危惧にもかかわらず、現代国家の現実の要請は、行政介入請求権の承認に向かわざるをえなかった。昭和40年代も後半に至り、民主的福祉国家の憲法理念が本格的に国民の中に浸透定着するにともない、国民の間には、行政庁の取締り権限の不行使の違法を追求して、国ないし公共団体に国家賠償を求める事例が続発し、裁判例の中にもこれを容認する先駆的な判決の出現をみることになるのである旨、述べられ、そして、原田教授はその嚆矢の判例として、大阪がけ崩れ事件（大阪地判昭和49.4.19 判時740-3）を挙げられている⁽⁵⁾。

また、原田教授は東京スモン訴訟判決を現代版大岡裁き—可部勧告と評し（東京地裁の昭和52年1月17日に示された可部裁判長のスモン訴訟和解案〔判時838号29頁〕について）⁽⁶⁾、次のような感想を述べられている。つまり、原田教授は、「・・・国の側は、医薬品の安全確保については、法的規制よりも業界の自主規制に任せる方が効果的であり、そのためには説得や忠告といった行政指導で対応するのが適切であるなどといって、あえて法律の改正を行わず、業界に対しつねづねやかましい行政指導を行ってきた。しかるに、いったん薬害が発生すると、国の側は法律に規制監督の根拠となる規定は存在しないから、規制すべき責任はないと主張し、賠償責任を回避しようとした。こうした従来のいきさつを踏まえたうえで、可部裁判長は、『医薬品の安全性確保は、まさしく緊急の課題なのであって、製造・販売業者の自主的規制のままに放置しないからこそ、より積極的な薬務行政の展開が必要とされるのである。しかるに国が、時代の要求に応えるための法規の改正を顧慮することなく、もっぱら行政指導によって新たな行政需要に対応し、むしろこれをもって足りるとしながら、ひとたび（国家賠償請求訴訟の）提訴を受けるや、既存の実定法規の体裁を論拠として国に責任なしとするのは、矛盾も甚だしいものというほかはない』と説論し、国の無為無策をもって不作為の違法にあたりと断じた。この可部裁定は、つねづね行政指導ということで、業界に対し偉そうに監督をしてお

きながら、事が起こると法律に規定がないなどといって責任逃れをしようとす
る厚生省当局の悪代官振りを、見事逆手にとって懲らしめた、痛快な現代版大
岡裁きではあった。こう考えると、実定法上の監督規制の権限が欠ける場合に、
行政指導の不作為が違法とされる余地は、ほとんど稀有なことと考えなければ
ならない。可部裁定は、おそらくこうした稀有な場合にのみ妥当する一事例で
あったというべきであろう」と評されている⁽⁷⁾。

最後に、原田教授は、「行政上の規制権限の不行使の違法性という視点」と「行
政監督責任の性質とその補足性という視点」につき、同『行政法要論全訂第七
版 [補訂二版]』297頁以下（学陽書房 2012年）において検討なされているの
で、以下、それらの点について言及していく。

原田教授は「行政上の規制権限の不行使の違法性」については、行政庁が行
政上の規制権限を適切に行使しなかったために、国民に損害が生じたとき、行
政庁の不作為の責任を問うことができるかについては争いがある。この点、在
来の通説は、消極に解してきたとし、その論拠として反射的利益論と行政便宜
主義の思想を挙げられている⁽⁸⁾。

まず、原田教授はその一つの論拠について、それは、「いわゆる反射的利益
論である。すなわち、行政上の取締りは、一般に抽象的な公益の実現のため
に行われるもので、それによって受益する個人のために行われるものではない。
取締り行政の結果、個人が受ける利益は、権利ではなく、いわゆる反射的利
益にすぎないとみられたのである。それゆえ、たとえ行政庁が権限を適切に行
使せず不法な状況を放置し、そのために個人に被害が及んでも、被害者が国や
公共団体に損害賠償を請求することは、論理的に不可能であるとされた。しか
し、このような反射的利益論の思想は、行政活動はもっぱら公益一般を指向し
て行われるもので、国民はただ行政の客体として行政の善政を期待していれば
よいとみる国民の主体性軽視の行政本質観に根ざしている。国民主権、人権尊
重、福祉国家の理念にそぐわない。現在においては、逆に、すべての行政活動は、
究極的には国民個々の安全と福祉を守るために展開される国民のための作用と
みるべきである。こうした行政の基本理念の転換のもとでは、行政庁が法律に
よりあたえられた権限を行使する義務を不当に怠り、違法に不作為を続け行政
の受益者である国民に不利益が及ぶのを放置すれば、原則として国民の『公権

力により保護を受ける地位ないし権利』を侵害するとみななければならない」と述べられている⁽⁹⁾。

つぎに、国の責任を否定するもう一つ論理につき、原田教授は、それは、「いわゆる行政便宜主義の思想である。すなわち、国民が行政庁の不作为を違法としてその法的責任を問うには、その前提として、行政庁の側に行政権限を発動する具体的な作為義務が法的に認められていなければならない。在来の理論は、この点、行政権限の発動が裁量条項によるときはもとより、法文上は羈束されているように読める場合でも、行政上の取締権限を実際に発動するかどうかの決定は、もっぱら公益の管理者である行政庁の裁量判断に委ねられているとし、国民の側には公権力の発動を求める具体的な権利は認められないと解してきた。行政庁には行政権限を発動するかしないかにつき、つねに裁量性をとった第一次的判断権が留保されるとしたのである（たとえば、雄川一郎「行政争訟法」99-100頁）。この原理を刑訴法上の起訴便宜主義になって、行政便宜主義（オプチュニテート・プリンティブ）と呼んでおこう」と説明なされている⁽¹⁰⁾。

最後に、原田教授は「行政監督責任の性質とその補足性」につき、「行政庁が法律によりあたえられた規制権限を適切に行使せず、危険な事業者等の活動を放置したため、国民に損害を生じさせた場合には、右に述べたように一定の限られた条件（帰責事由）があれば、国または公共団体も賠償責任を負わなければならない。だが、許可などの取締りは元来、共同生活の治安秩序の維持つまり共同社会への危険予防—のために行われるものであり、国民個々の安全を「保証、したり保険責任を背負う趣旨ではない規制が十分でなかったために公害や薬害などの被害が生じた場合には、つねに取締りの懈怠を咎めて国（または公共団体）に法的責任を認めるべきだとする風潮が強いが、ここまで行政依存を強めると、行政側は危害の発生をおそれて必要以上に規制権力を発動し国民生活に干渉を加えるという結果を招きかねない。特別の立法措置（薬害肝炎被害者救済法のごとし）があれば別だが、無原則に国の不法行為責任を拡大し一般化するのには必ずしも適切なことではない」とも述べられている⁽¹¹⁾。

因みに、宇賀克也教授は「行政介入請求権と危険管理責任」と題する論文において、まず、国家賠償請求における危険管理責任については、国家賠償請求に

において、規制権限の不行使の違法が争われるとき、乗り越えなければならない理論的障壁があるとし、「反射的利益」論と行政便宜主義の克服を挙げられている⁽¹²⁾。後者の行政便宜主義については、裁量権収縮論と裁量権消極的濫用論を挙げられ、その一つである裁量権収縮論が学説・裁判例の双方において相当に有力となったとして、その先駆的業績として、原田尚彦・行政責任と国民の権利（1979）と原田教授の行政介入請求権を挙げられている⁽¹³⁾。

そして、宇賀教授はその理論的成果を「基本権保護義務に基づく危険管理責任論」に求められている。

最後に、宇賀教授は、行政介入請求権については、必ずしも一義的に用いられているわけではないが、主として、第三者に対する規制権限の発動を行政庁に請求する権利を念頭に置いたものといってよいと思われる旨述べられ、第三者への規制権限の発動を求めることを可能にする訴訟類型が法定されたことは（土居註、非申請型義務づけ訴訟の法定されたこと）、今後、実体法上の実体法上の行政介入請求権をめぐる議論の発展の契機になりうるだろう、とも述べられている⁽¹⁴⁾ ⁽¹⁵⁾。尚、原田教授の行政介入請求権への評価については、次の（ロ）高木光教授の所説、（ハ）森田寛二教授の所説の所で検討する。

註(1) 原田尚彦「行政の介入義務と行政訴訟—オポチュニテート・プリンチプと関連して—」同『環境権と裁判』184頁～185頁、註3所収。同論文の初出は、判タ304号（昭和49年）である。

註(2) 原田・前出註（1）209頁～210頁。

註(3) 原田「公権力の発動を請求する権利」末川先生追悼論集『法と権利4巻』[民商78巻臨時増刊]142頁所収（有斐閣 昭和53年）。

註(4) 原田・前出註（3）142頁～143頁。

註(5) 原田『行政責任国民の権利』67頁～68頁。原田教授は、行政庁の規制権限の不行使に対する損害賠償請求を行政介入請求権の行使と説明されている（同書67頁）。

註(6) 原田・前出註（5）102頁～103頁。

註(7) 原田・前出註（5）103頁～105頁。原田教授はスモン薬害訴訟における製薬会社

とならんで国の責任の割合について（全額責任か分割責任か）、東京スモン判決の分割責任論（不真正連帯債務）を批判し、被害者に対する関係では、やはり国は損害額の全部につき賠償責務を負うべきであって、分割責任論によるべきではないともおもわれる旨、述べられ、寄与度に応じた分割責任論への賛成論者である川井健「民事法の論点からのスモン判決」判時899号2頁を批判なされている（同書116頁および註（3）、117頁）。

註(8) 原田尚彦『行政法要論全訂第七版〔補訂二版〕』297頁～298頁。

註(9) 原田・前出註（8）297頁～298頁。

註(10) 原田・前出註（8）298頁。

註(11) 原田・前出註（8）299頁。尚、稲葉馨教授が、同「国賠訴訟における『反射的利益論』小嶋和司博士東北大学退職記念『憲法と行政法』595頁以下（良書普及会 昭和62年）において、原田教授は・・・行政の不作为による国家賠償責任成立の前提として、行政側に「損害の発生を抑止すべき実体法上の義務」があること、「逆に被害者からみれば、不作为者に対して保護を求める権利があること」が必要である旨、明言し、・・・そこで、損害の発生と因果関係の存在を前提とした上で、「警察作用の不作为」を問いえる要件としての「被害者に対する実体法上の作為義務」の存否を問題にしているからである。これを国賠法第1条第1項の要件に即してみるならば、それはむしろ（客観的な）「違法」要件に関わるとも見られ得る。しかし、いずれにせよ、教授に従うならば、取消訴訟ではなく国賠訴訟こそが反射的利益論の本舞台（のひとつ）ということになるわけであり、国賠訴訟における「反射的利益論」の妥当性を検証しようとする本稿の作業は、いわば該理論の「役者生命」、自体を問う試みとして位置づけられることになろう、評されている（603頁）。

註(12) 宇賀克也「行政介入請求権と危険管理責任」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想Ⅲ行政救済法』257頁以下所収、特に、257頁～263頁参照。

註(13) 宇賀・前出註（12）259頁～263頁、特に、260頁註（6）参照。

註(14) (15) 宇賀・前出註（12）263頁～267頁、270～271頁（註14・危険管理責任論、註15・行政介入請求権）。

（ロ）高木光教授の所説

高木教授は、「行政介入請求権」と題する論文を原田尚彦教授の業績の意味を再確認することを目的として、この論文を謹呈なされている⁽¹⁾。

まず、高木教授は、原田教授の「行政介入請求権」は新しい公権なのか、という素朴な疑問からこの論考を始められ、原田教授が研究されたドイツの公権論につき、「ドイツの連邦行政裁判所の1960年判決（帯鋸判決）が紹介されると共に、『警察介入請求権』が「新しい公権」として説明されている。しかし、おそらく、原田教授の当初の『違法排除請求権』と『行政介入請求権』の二区分が、作為に対する救済と不作為に対する救済という形式的基準によるものであったとがより重要であろう。つまり、不作為に対する救済というまとめ方をする場合には、給付行政の領域における『二面関係』と規制行政の領域における『三面関係』の違いが相対化されるのは自然である。しかし、後に指摘するように、このような分類は、救済の形態が取消訴訟となるか、義務づけ訴訟となるのかという問題意識には即しているが、関係者の利益状況に即した分析とはなじみにくい面があるからである」と断じられている⁽²⁾。

次に、高木教授は国家賠償法上の権限不行使の違法性という点について、行政介入請求権の提言は裁量権収縮論と結びつくことによって、意図に反する形で採用されたようであると述べられ、この考えに対する山本隆司教授の評価を次のように引用なされている。すなわち、「・・・しかし少なくとも学説上は、原田教授が、1979年に編まれた『行政責任と国民の権利』において、連邦通常裁判所に先駆け、裁量収縮論を、狭義の義務づけ訴訟（行政裁判所法113条5項1文）の領域から国家賠償法の領域に拡張して以降、日本ではドイツと異なり、またおそらく教授の意図とは逆に、国家賠償法上権限不行使の違法性が認められるのは、裁量が収縮した場合に限る、と理解されるようになった」と山本教授は述べられている（山本隆司『行政上の主観法と法関係』353頁〔有斐閣 2000年〕⁽³⁾）。この山本教授の原田教授の行政介入請求権の提言への評価に対して、高木教授は、「山本教授の分析によれば、『裁量権収縮論』を批判する『裁量権消極的濫用論』も具体的な判断の手法は同様であり、権限不行使の違法性については、権限行使の違法性とは別個のものとしてより制限的に解するのが現状である。そこで、国家賠償の領域では、『瑕疵なき裁量行使請求権』

の法理の方が、『職務義務違反』を広く認めて救済を拡充する機能を果たす可能性を秘めていることになる。考えてみれば、行政介入請求権の原則的承認という提言は『行政便宜主義』の克服をめざすものであった。そして、『行政便宜主義』というのは、実は、権限を行使するか否かの裁量、すなわち、効果裁量のうちの決定裁量（Entschliessungsermessen）を言い換えたものに過ぎない。したがって、『瑕疵なき裁量行使請求権』が規制権限の不行使に対しても成立するものであると考えれば、その枠内で問題は処理されることになるだろう」と述べられ⁽⁴⁾、つまるところ、高木教授は、「そこで、結局のところ、行政介入請求権は法技術的な概念というより、理念を示す概念ということになりそうである。すなわち、国家賠償訴訟においては、行政訴訟の場合と異なり、判例の判断枠組みになかに『権利又は法律上保護された利益の侵害』という要件が組み込まれているわけではないので、『権利構成』の意義は比較的低いと筆者は考える。〈行政介入請求権が承認されるべきである〉という提言は、カテゴリーカルな反射的利益論を排除するという意義を有するものの、それ自体としては、権限不行使が国家賠償法上の違法と評価されるべきことを裏から表現しているに過ぎないからである。そして、規制権限の行使を求める権利という意味での『行政介入請求権』が、裁量がゼロに収縮したときだけに成立するものであるとすると、行政介入請求権を国家賠償の基礎づけとすることは、山本教授が指摘するように、むしろ救済の拡充を妨げるおそれがないかが気になるころである。筆者は、より根本的な問題は、判例のとり『職務義務違反』という枠組みにあり、とりわけ『結果不法』ではなく『行為不法』という発想が強いことにあると考えるが、それはともかく、『行為不法』論的発想を呼び込んだという意味で裁量権収縮論との結びつきは不幸なものであったというべきかもしれない」とこの点についての検討を締め括られている⁽⁵⁾。

最後に、高木教授は上述の論点の視点をやや変えて、国家賠償の領域における「行政介入請求権」と「警察介入請求権」の関係について、実質的警察概念という視点から以下の如く述べられている。

高木教授の着目する論点として、「わが国においても、『行政介入請求権』とは別に『警察介入請求権』を論じるべきであろうか。また、警察行政においては、他の行政分野と比較して、権限の不行使が違法とされ、国家賠償法1条に

基づく損害賠償責任が認められる可能性が高いと考えるべきであろうか。後者につき、筆者は別稿で（土居註、高木光「警察行政法論の可能性」警察政策2巻1号17頁〔2000年〕、高木・本稿註（1）引用の論文128頁の註（31）参照）、『警察行政』を組織としての警察が担当する行政として考察した。その結論は、一応傾向としては肯定できそうであるが、警察法2条責務規定説によって『規範的』に基礎づけることは疑問であるというものであった」と論じられたのち⁽⁶⁾、高木教授は、これは、薬害・食品公害訴訟を念頭において下山瑛二教授（土居註、下山「消極行政から積極行政への転換上の問題点」杉村敏正先生還暦記念『現代行政と法の支配』29頁〔有斐閣 1978年〕、高木・本稿註（1）引用の論文129頁の註（34）参照）が目指していたものとは異なる方向であるとし、それはすなわち、「下山教授は、『消極行政』という言葉に、権限の行使に消極的であるという意味を込め、『警察行政＝消極行政』という定式を批判の対象ないし克服されるべきものとして示されたのであった。そして、たとえば食品衛生行政は『積極行政』として捉えるべきであり、そこでは積極的な権限行使が要請されるので、権限の不行使が国家賠償法1条に基づく責任を発生させることになりやすい、というのである。しかし、『消極目的』『積極目的』という区別と、権限の行使について『消極的』か『積極的』かは次元の異なる問題である。したがって、下山教授のように『消極目的』なら『便宜主義』が妥当し、『積極目的』なら作為義務が認められやすいという解釈は疑問である。また、逆に、『警察行政』について作為義務が認められやすいという考え方も、その論拠として『消極目的』であることを挙げる場合には同様の批判の対象となる」と論じている⁽⁷⁾。そして、高木教授は以上の分析を前提にすると、わが国においては、「警察介入請求権」を別途論じる必要はないと考えられるとし、実質的警察概念を用いた下山説がうまく機能しなかったことは先に見たところであるほか、「筆者が検討した限りでは、日本においては、実質的警察概念を維持する実益は少なく、戦後改革について語られた『警察権の分散』という現象は、『規制権限の分散』と表現すれば足りるものである。したがって、原田教授がドイツの『警察介入請求権』をヒントにして、規制権限の行使一般をカバーしうる『行政介入請求権』という概念を樹立させたのは先見の明があったというべきであろう」旨、述べられ、原田教授の提言なされた「行政介入請求権」論の有用性

をつと強調なされている⁽⁸⁾。

(ハ) 森田寛二教授の所説

森田寛二教授は、「裁量零収縮論と“結合空間の費消的否定論」」と題する論文において、原田教授の以下の捉え方に反対する観点で本論文を小嶋和司博士に献呈なされている。すなわち、森田教授は、「ひとの知るように“裁量収縮論」」研究の代表選手たる原田尚彦教授は、いわゆる新島漂着砲弾爆発（損害賠償請求）事件上告審判決—最高裁昭和59年3月23日—をもって“裁量零収縮論」」の見地にたった判決として位置づけている。私は、この位置づけに反対である」旨述べられ⁽⁹⁾、59年判決に対する原田教授の理解に以下、異議を唱えられている。

奥田教授は、（土居註、原田）教授は、59年判決が「裁量判断の余地『結合上の自由』的活動の余地」を全く認めていないとみるのは適切でない」といい、そして、「判決は、やはり・・・行政庁の裁量性を前提としたうえで」云々という。ですから、教授が「判決は、やはり警察権行使につき行政庁の裁量性を前提としたうえで、その収縮を論ずるといった思考過程を踏」んでいるというときの「裁量性」も、『結合上の自由』的活動の余地』の意味に解していいであろう（土居、省略）。・・・この「裁量権収縮の要件」という言葉は、教授の議論の進め方よりすると、『零に収縮する』ための『結合上の条件』をいうと解さざるをえないであろう。はたしてそうすると、59年判決は、“零に収縮する』ための「結合上の条件」として「(1)」「(2)」「(3)」「(4)」を例示したというのが、教授の理解ということになる⁽¹⁰⁾。

そして最後に、奥田教授は、「上で私は、原田教授が『判決の掲げる裁量権収縮の要件』とのべるときの『裁量権収縮要件』とは、『零に収縮する』ための『結合上の条件』をいうと解されるから、59年判決は“零に収縮する』ための「結合の条件」と・・・解されないし⁽¹¹⁾、「原田教授は、上告理由を重視して、『本判決が・・・裁量性『結合上の自由』的活動の余地』に触れていないのは、その点が上告審での争点とはされていないためである』というのが、上告理由のこのような重視は、むしろ59年判決は“結合空間の費消的否定論」」をとっているという把握にみちびくことに注意されていいであろう」と断じられ、原田教授の本判決の「ミスリーディングを「裁量権収縮論と“結合空間、

の費消的否定論」と題する論文で締め括っている⁽¹²⁾。

因みに、同じ小嶋和司博士東北大学退職記念『憲法と行政法』で稲葉馨教授が「国賠訴訟における『反射的利益論』」と題する論文において、「以上の分析を通じて得られた結論を筆者なりに略言すれば、国賠訴訟における『反射的利益論』は、その単純な発想故に思考経済には役立ち得ないわけではないとしても、具体的な損害発生から出発し、種々の利益衡量の中でその適正な分担をはかろうとする国賠法＝不法行為の一般的構造から見ると、過度に思考省略的な理論といわざるを得ず、その一般的妥当性はきわめて疑わしい。その意味では、被害者に対する義務違反の問題として見た場合にも」、「『反射的利益』という文言を用いて処理するほどその内容が単純でないことも銘記すべき」との下山教授の指摘に、共感をおぼえる旨、原田教授等の見解に対し感想を述べられている⁽¹³⁾。

註(1) 高木光「行政介入請求権」原田尚彦先生古稀記念『法治国家と行政訴訟』115頁以下所収、117頁参照（有斐閣 平成16年）。

註(2) 高木・前出註（1）121頁。

註(3) 高木・前出註（1）126頁。

註(4) 高木・前出註（1）126頁～127頁。

註(5) 高木・前出註（1）127頁。

註(6) 高木・前出註（1）128頁。

註(7) 高木・前出註（1）129頁。

註(8) 高木・前出註（1）129頁～130頁。高木教授はこの論文の後半部分において、第三者訴訟の構造の理解についての原田教授の先見性を「取消訴訟における第三者の原告適格」について検討なされ、結語のところで、原田教授の「行政介入請求権」についての業績は不滅であるといわなければならない、とも評している（高木・同論文136頁）。

註(9) 森田寛二「裁量零収縮論と“結合空間の費消的否定論”」小嶋和司博士東北大学退職記念『憲法と行政法』789頁以下所収、特に、791頁参照（良書普及会 昭和62年）。

註(10) 森田・前出註 (9) 804頁。また、奥田教授は原田教授が例示する4条件について、次のような理解を示されている。すなわち、新島砲弾爆発事件である59年判決は、単純化された警職法4条を前提にして〔a〕～〔d〕の事柄（結合上の条件としての「1」・「2」・「3」・「4」のこ）を明示的要件と十分条件（充足条件）が「結合上の自由」的活動の余地の有無について、実は明確な答えを示していないと捉えられている。それは、「結合上の自由」的活動の余地の有無に関する59年判決の態度が、判旨からは明らかでないからである。それ故に私は（土居註、奥田のこ）、59年判決は「裁量零収縮論」的見地にたっていると論定することはできない、と主張するのである。「裁量零収縮論」は、『結合上の自由』的活動の余地の肯定の上にたって、しかし、その余地は一定の条件の下では「裁量零収縮論」とするもの》であると考えられるからである、と私こと奥田教授は原田教授の考えを評されている（799頁～801頁）。

註(11) 森田・前出註 (9) 805頁～806頁。

註(12) 森田・前出註 (9) 809頁。

註(13) 稲葉馨「国賠訴訟における『反射的利益論』」小嶋和司博士東北大学退職記念『憲法と行政法』595頁以下所収、特に、640頁参照（良書普及会 昭和62年）。稲葉教授がまた、下山教授の指摘に共感を覚えるといった論文は、下山瑛二「国賠法1条1項をめぐる若干の理論的課題について」公法と経済法の諸問題（今村教授退官記念）上319頁（昭和56年）を参照のこと。稲葉教授は、国側は、この理論（土居註、反射的利益論のこ）を援用することによって、(a)「権利侵害」ないし不法行為法上の保護利益性、(b)「違法性」（作為義務）ないし「過失」（注意義務）要件の不充足を論証しようとしており、裁判中にもこれを受容するのが散見される。・・・(a)の要件に関わる「反射的利益論」の一般的妥当性は疑問である。・・・(b)の要件に関わる「反射的利益論」は、いわゆる危険防止（管理）の事例に見られるものであるが、それが「被害者」に対する「義務」の一般的不存在を論証しようとする限り、その一般的妥当性は疑わしい。ここでは、常に、損害回避のために行使することの可能な行政の（一般的）制限—「反射的利益論」は、このような権限の存在自体を必ずしも否認せんとするものではないが「被害者」に対する具体的義務に「転化」する可能性を秘めているのであり、裁量権収縮論は、その「転化」のひとつの試みと評し得る。相当因果関係ないし「保

護範囲」要件に関わる「反射的利益論」は、(b) 要件に関するその一部と見ることができる、と結語で本論考を締め括っている（同・640頁～641頁）。

③健康権説と義務づけ訴訟説からのアプローチ

前述してきた行政庁の規制権限の不行使と損害賠償責任を巡る主な学説の検討の総括として、今まで述べてこなかった学説、なかんづく下山瑛二教授の所説や西埜章教授の所説等を検証し、行政責任と不作為の違法に関する学説の締め括りとしてたい。

（a）下山瑛二教授の健康権説からのアプローチ

（イ）下山教授の「行政庁の規制権限の不行使と損害賠償責任」に関する主な著作としては、下山「消極行政から積極行政への転換上の問題点—食品衛生法を素材として—」杉村敏正先生還暦記念『現代行政と法の支配』27頁以下（有斐閣 昭和53年）、同『健康権と国の法的責任—薬品・食品行政を中心とする考察—』207頁以下、264頁以下（岩波書店 1979年）、同「国賠法1条1項をめぐる若干の理論的課題について」公法と経済法の諸問題（今村教授退官記念）上319頁（昭和56年）等が挙げられるが、ここでは、下山「消極行政から積極行政への転換上の問題点—食品衛生法を素材として—」についてと、二つめの文献である『健康権と国の法的責任—薬品・食品行政を中心とする考察—』について概観する。尚、三つ目の著作論文である「国賠法1条1項をめぐる若干の理論的課題について」は、国賠法ないし国賠訴訟における「反射的利益論」の克服について論じているが、遠藤教授や阿部教授の危険管理（防止）責任説とは異なり、被害者に対する作為義務・注意義務論を述べる範疇に属する立場から、裁量論に依拠しない立場を表明している。

（ロ）—1 下山「消極行政から積極行政への転換上の問題点」より

下山教授は、本稿の趣旨をカネミ油症事件とチクロ損害補償金請求事件の2つの判決を素材に、「消極行政から積極行政へ」というテーマにおいて食品公害の救済を論じられている⁽¹⁾。

そこで、まず、下山教授は、多少長い引用になるが、消極行政としての立場を表現するものとしてカネミ油症事件を挙げられ、「公権力の発動は必要最小

限に止められるべき」であるという比例原則が妥当し、その発動の基準は「平均的一般人の社会的良識からみて到底耐え難い程度のものでなければならず、「そのような障害の発生が相当の確実性をもって予測され得る時に限る」とされている点を挙げるだろう、と述べられ、これに対して、後者（土居註、チクロ損害補償金請求事件のこと）すなわち、積極行政の立場を表現するものとしては、「まだ人の健康を害するおそれがあると断定できるまでに至っていないことも」使用禁止すべきであるし、化学的合成品等の使用のための指定を受けるためには、「有害性のおそれもないことが積極的に実証または確認されることが必要で」あり、反対に、「指定にかかる当該化学合成品等について有害であること、あるいは有害のおそれのあることが確認されなければ指定を取消すことができないというものではないというべきである」し、「食品添加物についての指定の取消は不確実性を有することは否定できないが、このことは対象物件の性質上やむをえないこと」であるといった点を取り上げることができる。そこで後者の見解によれば、前者の比例原則、平均的一般人の受忍限度、相当確実性といった基準は妥当さるべきでないということになる。もっとも、前者は食品衛生法のなかでも、製造器具に関連した事案であり、後者は食品添加物そのものに関連した事案であり、個別具体的事案の判断基準を一つの統一した基準で考えることには、多少の無理も存在するが、本稿で問題にしているのは、それ以前の食品衛生行政そのものの性質であるので、具体的な相違点は一応捨象しても、その考究に支障はない旨述べられ⁽²⁾、「消極行政から積極行政への転換上の問題点」に言及している。

そこで、下山教授は、現実の行政の態様を眺めてみると、明らかに、食品衛生行政を消極行政として捉えることは破綻をきたしている。・・・この点に関する破綻は、典型的には、・・・警察権の限界を画する警察比例の原則が、食品衛生行政ではとりえなくなるといえるという点に現われている、と述べられ⁽³⁾、従来の通説である田中博士の警察権発動の条件についての考えに対して、「田中博士は、警察権の発動の程度・態様については、『必要な最小限度に止』めるべきものとし、かつ、『公共の安全と秩序に対する障害の程度と、警察権の行使による権利・自由の制限の程度とは、適正な比例を保つ必要があり、軽微な障害に対して重大な自由の制限をもってのぞむことは違法』であるとし

た。しかし、食品衛生行政において、かかる警察権発動の程度・態様では、人の生命・健康を保全することはできない。食品衛生行政は、秩序維持行政としては構成されておらず、すでに予防行政として観念されてきているし、それが妥当であることはいうまでもない。・・・これを要するに、食品衛生行政を消極行政としての警察法の一分野として捉える従来の法的態度は、食品衛生法の規定の仕方に反し、かつ、これを警察法として捉える論者の主張の論理構成のなかにおいて矛盾をきたしてきているものとする」旨述べられ、以下、食品衛生行政を消極行政としてではなく、積極行政として捉える必要性は、規制対象の事物の性質からも指摘しうる、と断じられている⁽⁴⁾。

最後に、積極行政と捉えた場合の法的問題点についての言及中、最後に、下山教授は、「かかる消極行政から積極行政への転換は、行政権へ裁量をいたずらに広く授權することになり、人の生命・健康保全に名を藉りて、恣意的権力的規制を増大せしめるのではないかという疑念について簡単に採り上げておきたい。この指摘は、はじめに紹介したカネミ油症事件における国の主張でもあった。たしかに、権限の質と量を拡大すればその濫用の機会を増大することは事実である。しかし、かかる権限の拡大が社会的必要にもとづき、その可能性だけを理由として、これを否定することはできない。問題は拡大された権限を正当に行使せしめる保障手段が存在するか否かであろう。私見によれば、それはまさに手続的正義の問題であろうと考えている。すなわち、可能性・蓋然性の段階で、その安全性を害うおそれありと認定するならば、業者が不当に侵害される可能性も伴ってくる。そこで、禁止解除について、聴聞の機会が必要となってくる。ただ、この聴聞の手続原則は、禁止の必要性、緊急性等の諸要素を勘案し、必ずしも事前手続として保障されねばならぬものではないが、事前聴聞を原則とし、緊急措置の必要性に応じ、例外措置を認め、事後的救済手続を代替せしめるものであることが望ましい」と締め括られている⁽⁵⁾。

（ロ）－２ 下山『健康権と国の法的責任－薬品・食品行政を中心とする考察－』より

下山教授は東京スモン訴訟判決の裁量収縮論について、「さいきん、裁量論からんで『裁量権収縮の理論』が、にわかに利用されるにいたっていることにも触れなければならない」。東京スモン判決においても、「この理論が賠償責

任の『特殊例外』的認容のための法理として強調されている。この点については、わたくしはすでに別稿において、安易に『裁量権収縮論の理論』を用いることに懸念を表明している」とし、下山教授は、「なにゆえ『規制権』行使の裁量権の『収縮・後退』が問題となるのか理解できない。すなわち、名宛人に対する規制権行使の『質』とは次元を異にするものであり、同一範疇内で量的に収縮拡大する関係に立つものではない。安全性の問題は、基本的に『安全性の問題』としてのみ独自の領域を構成し、仮にその安全性が医療薬品の効用性のために犠牲にされる場合があったとしても、その危険性への対応は明確に、条件として指示されるべき性質のものであり、効用とのたんなる『バランス』の問題ではない」として、この考えを批判なされている⁶⁾。下山教授の東京スモン判決における裁量権収縮論への批判は、規制権限の行使の問題は裁量論の問題ではなく、別の視点からのアプローチすべきである（例えば、健康権）と捉えるからである。

(b) 西埜章教授の所説からのアプローチ

西埜教授は、昭和62年に『国家賠償責任と違法性』を公刊し、2008年には『国家補償法概説』を公刊なされているが、内容的に類似しているのでまとめて言及していく。

まず、昭和62年公刊の『国家賠償責任と違法性』において、西埜教授は不作為の違法性について、裁量権収縮論に賛成・反対の立場、つまり、前者の裁量権収縮論賛成論（原田尚彦・阿部泰隆）と後者の同論反対論（下山瑛二・佐藤英善）につき、とりわけ、原田教授へは、薬事行政にいわば絶対的な結果責任を課し、健康被害が起これば原則的に行政責任を肯定すべきであるだとするわけにはいかないのであって、やはり規制の可否や程度の判断は、ある範囲で行政裁量に委ねられているのは、的確な指摘というべきであろう。しかし、たとえ質が異なるにせよ、このように行政の裁量をいくらかでも肯定するのであれば、この場合の作為を導き出すためには、裁量権収縮論によるのがより理論的であるといえるのではなからうか。しかも、この場合の裁量権収縮の判断は、原田教授が指摘されているように、被規制者である業者の自由と被保護者である国民の利益との両面を十分に配慮して統一的になされるべきものである。そして、このような考え方に立てば、むしろ、批判的見解が、名宛人に対するのと第三

者に対するのでは権限行使の「質」が異なることを強調すると自体に、疑問が提起されるべきことになるであろう、述べられている⁽⁷⁾。また、原田教授の説く裁量権収縮の要件である5要件への感想としては、西埜教授は、とりわけ、具体的危険の切迫性について、佐藤教授の述べる「食品・薬品公害賠償訴訟における予見可能性は、抽象的危険の予見可能性をもって足りる」と考えるべきであるように思われるとし、切迫性の程度・予見可能性については、阿部教授の切迫性の蓋然性の存在で、また、行政が権限を駆使して調査すればその危険を知りうる、ということ で十分であるという見解に注目なされている⁽⁸⁾。

最後に、西埜教授は『国家補償法概説』（勁草書房 2008年）において、作為義務の成立要件につき、裁量権収縮論に批判的な健康権（下山瑛二『健康権と国民の権利』242頁、265頁（岩波書店））においても、作為義務の成立要件が必要となる旨、述べられ⁽⁹⁾、さらに、平成16（2004）年の行訴法の改正により、新たに義務付け訴訟が法定された（37条の2。非申請型義務付け訴訟）。このため、今後は、規制権限の不行使は、国家賠償法だけではなくて、義務付け訴訟によっても追求され得ることになった、と述べられている⁽¹⁰⁾。

註(1) 下山瑛二「消極行政から積極行政への転換上の問題点－食品衛生法を素材として－」杉村敏正先生還暦記念『現代行政と法の支配』27頁以下、特に29頁～31頁参照（有斐閣 昭和53年）。

註(2) 下山・前出註（1）31頁～32頁。

註(3) 下山・前出註（1）34頁～35頁。

註(4) 下山・前出註（1）36頁～37頁。

註(5) 下山・前出註（1）45頁～46頁。

註(6) 下山瑛二『健康権と国の法的責任－薬品・食品行政を中心とする考察－』264頁～265頁（岩波書店 1979年）。

註(7) 西埜章『国家賠償責任と違法性』108頁以下、特に、114頁参照（一粒社 昭和62年）。

註(8) 西埜・前出註（7）123頁～124頁。

註(9) 西埜瑛二『国家補償法概説』62頁～63頁註〔56〕（勁草書房 2008年）。

註(10) 西埜・前出註（9）65頁。

Ⅲ おわりにー以上本巻本号（完）

以上をもって、本稿の「行政責任と不作為の違法ー水俣病関西訴訟上告審判決を契機としてー」を脱稿する。本稿のパート（1）では、行政責任と不作為の違法に関する裁判例の検討を中心に行った。そして、本巻本号のパート（2）[完]では、行政責任と不作為の違法に関する学説を中心に検討した。裁量権収縮論・行政介入請求権とそれに対する反裁量収縮論の検証作業であった。