

行政の不作为に対する司法的統制¹

Judicial Control of Administrative Inaction

今 本 啓 介

1 本報告の目的

本報告では、わが国における行政の不作为に対する司法的統制の現状と課題について報告する。

まず、わが国においては、行政の不作为に対して司法府が総じて消極的であるとされるが、その前提となる伝統的行政法理論の考え方について概観しておきたい。次に、司法府において行政の不作为が争われる例として、（非申請型）義務付け訴訟と国家賠償訴訟を挙げ、それぞれの問題について指摘する。特にこれらの訴訟における伝統的行政法理論の影響を明らかにした上で、伝統的行政法理論を克服するにはどうすればよやかに検討したい。

1 本稿は、平成24年8月30日に開催された日加法政セミナーでの報告を文章化したものである。

2 行政の不作为に対する司法的統制の消極性の基底にある伝統的行政法理論の考え方

(1) 伝統的行政法理論の特徴

(a) わが国の行政法は、日本国憲法が制定されて60年以上経つ今日においても、大日本帝国憲法（明治憲法）時代に形成された行政法理論（伝統的行政法理論）の影響を大きく受けている。明治憲法は、立憲君主制国家であるドイツ（プロイセン）の影響を受けて制定されたため、明治憲法においては、天皇主権と法治主義（Rechtsstaat）が採られていた。そのため、行政は、①本来法規創造力を持ち、②公益判断権を独占し、③優越的な権限をもっており、④行政が憲法に列挙された権利を剥奪・制限する場合には法律の根拠が必要である（法律の留保）とされていた。また、行政事件は、行政に属する行政裁判所によって扱われていた。すなわち、伝統的行政法理論の下では、行政は法律により行われなければならないが、行政はアプリオリに権力を持つことから、法律がなくても公益について判断することが可能なのであり、原則として司法的統制の外に置かれていた。

(b) これに対して今日の日本国憲法では、国民主権がとられ、基本的人権が保障されるなど、アメリカ流の「法の支配（rule of law）」が採用されており、行政法理論も明治憲法時とは自ずと異なったものとなるはずである²。法の支配の下では、法治主義の下と異なり、行政はあくまでも国民の意思である法律を執行するにとどまり、行政が公益を独占したり、行政が優越性をもつことはない。

(c) このように、伝統的行政法理論と日本国憲法の下での行政法理論は異なったものであるにもかかわらず、現在においても伝統的行政法理論が

2 大浜啓吉『行政法総論〔第3版〕』70頁（岩波書店、平成24年）。もともと、ドイツでは「憲法は変われど行政法は変わらず」（オットー・マイヤー）という言葉がある。

生き残っている。本報告で扱う行政の不作为に対する司法の消極性は、伝統的行政法理論の影響を大きく受けていると思われるが、ここで特に重要なのは、伝統的行政法理論から導かれる次の2つの考え方である。

（2）行政便宜主義

伝統的行政法理論の下では、行政がなすべきは国家公共の秩序維持であり、私人に対してなすべき義務は存在せず、たとえ規制権限を行使できたとしても、その権限を行使すべきか否かは行政庁の自由裁量によることとなる。このような考え方を、行政便宜主義と呼ぶ。

（3）反射的利益論（反射権（Reflektrecht）論）

伝統的行政法理論の下では、行政は専ら公益保護を目的として行われる。そのため、規制行政は規制者と被規制者の二面的関係で捉えられ、第三者である私人の利益はそれ自体が保護されるものではなく、公益の中に解消せざるを得ないこととなる。このような考え方を、反射的利益論と呼ぶ。反射的利益論の下では、第三者である私人は行政庁に対して規制権限の発動を求めることはできず、行政介入請求権のようなものは存しえないこととなる。

3 行政の不作为と義務付け訴訟

（a）行政の不作为について作為を求める手段として、義務付け訴訟が存在する。義務付け訴訟は、2004年の行政事件訴訟法改正で新たに設けられたが、それまでも「無名抗告訴訟（法定外抗告訴訟）」の一つとして存

在しうるとされてきた³。かつて、義務付け訴訟は、権力分立に反することや行政の第一次判断権を侵害することから否定されることが多く⁴、最高裁も義務付け訴訟を正面から認めたことはなかった。もっとも、下級審の裁判例の中には、要件を限定して義務付け訴訟を認める余地を認めるものもあった。例えば、東京地判平成13・12・4判時1791号3頁（国立マンション訴訟）では、義務付け訴訟においては、①行政庁が当該行政権を行使すべきこと又はすべきでないことが一義的に明白であって、行政庁の第一次的判断権を尊重することが重要でない場合（一義的明白性の要件）、②事前審査を認めないと、行政庁の作為又は不作为によって受ける損害が大きく、事前救済の必要性があること（緊急性の要件）、③他に適切な救済方法がないこと（補充性の要件）のいずれも満たすことが求められるとした上で、建築基準法9条1項の是正命令権限を全く行使しないことが裁量権濫用に当たり違法であることの確認を求める部分についてのみ請求に理由があるとされた。ただ、是正命令の義務付け訴訟については、一義的明白性と補充性を欠くとして不適法とされた。

（b）2004年の行政事件訴訟法改正において、非申請型義務付け訴訟と申請型義務付け訴訟が法定された。本報告において特に重要なのは、積極的な申請に対する処分が期待される申請型義務付け訴訟ではなく、私人の権利利益の保護や良好な生活環境の保護を目的として規制権限の発動を求める非申請型義務付け訴訟である。非申請型義務付け訴訟は、①一定の処分がされないことにより重大な損害を生ずるおそれがあり、かつ、②その損害を避けるため他に適当な方法がないときに限り、提起することができるとされた（行政事件訴訟法37条の2第1項）。ただ、今のところ最高裁のレベルで非申請型義務付け訴訟を認めた事例はない。

（c）このように、義務付け訴訟は現在制度化されているものの、必ずし

3 わが国の行政訴訟制度は、取消訴訟を中心として作られている。

4 例えば、田中二郎『新版行政法上巻全訂第二版』310頁（弘文堂、1974年）。

も積極的に利用されているとはいえない状況にある。この理由の1つに、伝統的行政法理論に由来する行政便宜主義があると思われる。行政便宜主義から行政庁の作為義務を導くことが容易ではない。今日においては、むしろ日本国憲法に適合した理論に基づいて、義務付け訴訟の扱いについて再検討されるべきであろう⁵。

4 行政の不作为と国家賠償訴訟

(1) 行政の不作为の2つの種類

(a) 行政の不作为に対して司法的救済を求める場合、前項でみたように（非申請型）義務付け訴訟が認められてこなかったことから、国が規制権限を行使すべきであるにもかかわらず、これを行わないことによって損害が生じたとして、国の責任を追及する形で国家賠償訴訟がしばしば提起されてきた。その際、行政の不作为には2種類あることがかねて指摘されてきた⁶。

(b) 一つは、直接打撃型（打撃ミス型）と呼ばれるものである。これは、行政の不作为がまさに直接の損害の原因であるものである。例えば、付近住民との日照権をめぐる紛争があった場合に、話し合いによって解決するよう行政指導がなされている間、申請されている建築確認を出さない場合、「建築主が右のような行政指導に不協力・不服従の意思を表明している場合には、……右行政指導に対する建築主の不協力が社会通念上正義の観念に反するものといえるような特段の事情が存在しない限り、行政指導

5 なお、抗告訴訟のレベルでの反射的利益論は、原告適格の範囲を画するために用いられてきた（宇賀克也「行政介入請求権と危険管理責任」磯部力他編『行政法の新構想Ⅲ』（有斐閣、2008年）259頁）ので、義務付け訴訟が認められにくいことと反射的利益論は直接には関係しないように思われる。

6 遠藤博也『国家補償法上』378頁（青林書院、1981年）。

が行われているとの理由だけで確認処分を留保することは、違法である」と判断されたことがある（最判昭和60・7・16民集39巻5号989頁）が、この場合、不作为とはいえ積極的な判断による不作为であり、作為についての国家賠償訴訟と判断枠組みは変わらない。

（c）より問題となるのは、今一つの類型である危険管理責任型（守備ミス型）と呼ばれるものである。この場合、損害の直接の原因が自然現象や第三者の行為であるため、作為についての国家賠償訴訟とは判断枠組みが異なることとなる。この例としては、土地災害や葉害、公害、犯罪など多岐にわたる。

（2）危険管理責任型における判断枠組み

（a）伝統的行政法理論の下では、行政上の法律関係は、規制者（Y）と非規制者（X）の二面的な関係のものとして捉えられ、ここでの原告（A）のような、規制によって利益ないし不利益を受ける者は、あくまでも反射的利益を受けるに過ぎないとされていた。つまり、Aは当該規制によって個別的には保護されず、あくまで当該規制は公益を保護するものとして位置づけられていたのである。ただ、このような状況の中、行政便宜主義を修正する試みが次のような形で行われてきた。

（b）一つは、裁量権収縮論である。これは、行政便宜主義を認めつつ、行政介入を必要とする緊急性の高い状況である場合には、不作为の裁量が収縮し、不作为が違法となると考えるものである。裁量収縮論によれば、①社会的危険が切迫しており（危険の切迫）、②行政権の行使が容易に可能で（可能性）、③権限を行使しなければ危険を防止することができず（行政手段の補充性）、④国民が行政権限の行使を期待しており（期待可能性）、かつ⑤行政権限の行使によって危険が回避されうると認められる（結果回避可能性）場合には、行政庁に与えられた裁量の幅は収縮し、極限状況に達すると、ついに零に収斂して一定の結論の選択が法的に強制されるに至

ると考えられる⁷。

裁判例においても、例えば、熊本地判昭和62・3・30判時1235号3頁（熊本水俣病第3次第1陣訴訟）は、①国民の生命、健康に対する重大な具体的危険が切迫しており、②行政庁が右危険を知り又は容易に知りうる状態にあり、③規制権限を行使しなければ結果発生を防止しえないことが予想され、④国民が規制権限の行使を要請し期待しうる事情にあり、⑤行政庁において、規制権限を行使すれば、容易に結果発生を防止をすることができる等の場合に、行政庁の裁量が収縮するとした上で、これら5要件を満たすことを認めた。

（c）今一つは、最高裁が近年とっている裁量権消極濫用論という考え方がとられている。これは、権限を定めた法律の趣旨・目的・権限の性質等に照らし、権限の不行使が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違法性があるとするものである。ただ、この考え方に対しては、ここで考慮される要素は、裁量権収縮論が提示する要件に包摂され、裁量権収縮論か裁量権消極濫用論かという議論は必ずしも生産的とはいえないという指摘もあるところである⁸。

（d）最高裁判例をみると、当初最高裁は、事例ごとに不作為にの違法性を判断していた。例えば、最判昭和57・1・19民集36巻1号19頁（淡路駅前事件）は、粗暴犯19犯を含む前科23犯で入墨をしていた者Aがナイフを見せてスナックで客を脅かしたため、スナック支配人XがAをナイフとともに警察官に引き渡したが、警察官はAをナイフを持たせたまま帰宅させたため、Aは帰宅途中に再びそのスナックでXに対して重傷を負わせたことから、Xが大阪府に対して国家賠償請求した事件であったが、最高裁は、「Aに本件ナイフを携帯したまま帰宅することを許せば、帰宅途中右ナイ

7 原田尚彦『行政法要論（全訂第7版）』100頁（学陽書房、2010年）。

8 宇賀克也・前掲論文注5・261頁。また、裁量権消極濫用論について、裁量権収縮論の考え方を規定としているとの指摘もある。原田尚彦・前掲書注1・101頁。

フで他人の生命又は身体に危害を及ぼすおそれが著しい状況にあつたといふべきであるから、同人に帰宅を許す以上少なくとも〔銃砲刀剣類所持等取締〕法14条の2第2項の規定により本件ナイフを提出させて一時保管の措置をとるべき義務があつたものと解するのが相当であつて、前記警察官が、かかる措置をとらなかつたことは、その職務上の義務に違背し違法であるというほかはない」として、大阪府に対する国家賠償請求を認めた。

その後、最高裁が裁量権消極濫用論をとったとされるのが、最判平成7・6・23民集49巻6号1600頁（クロロキン薬害第1次訴訟）である。この事件は、クロロキン製剤の副作用によりクロロキン網膜症を罹患した原告が、厚生大臣（当時）がクロロキン網膜症の発生を防止するための適切な措置を採らなかったことを違法として、国に対して国家賠償請求をしたものであるが、最高裁は、「日本薬局方に収載され、又は製造の承認がされた医薬品が、その効能、効果を著しく上回る有害な副作用を有することが後に判明し、医薬品としての有用性がないと認められるに至った場合には、厚生大臣は、当該医薬品を日本薬局方から削除し、又はその製造の承認を取り消すことができる」とした上で、「副作用を含めた当該医薬品に関するその時点における医学的、薬学的知見の下において、……薬事法の目的及び厚生大臣に付与された権限の性質等に照らし、右権限の不行使が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、その不行使は、副作用による被害を受けた者との関係において同項の適用上違法となるものと解するのが相当である」と述べた。もっとも、厚生大臣がクロロキン網膜症についての添付文書の記載させる等の措置を講じたことは、当時の知見からすると必ずしも十分とはいえないが、医薬品の安全確保や副作用による被害の防止は第一次的には当該医薬品を製造販売する医薬品業者が負うとして、国家賠償請求を認めなかった⁹。

9 もっとも、このように行政主体の責任を副次的に扱うことには疑問が呈されているところである。宇賀克也・前掲論文注5・267頁。

近年では、裁量権消極濫用論をとりつつ、国家賠償請求を認めた事例もある。一つは、最判平成16・4・27民集58巻4号1032頁（筑豊じん肺訴訟）である。この事件は、炭鉱で粉じん作業に従事してじん肺を罹患した者が、通商産業大臣（当時）がじん肺の発生又はその増悪を防止するために鉱山保安法に基づく規制権限を行使することを怠ったことが違法であるとして、国家賠償請求をしたものである。最高裁は、鉱山保安法により、通商産業大臣は「鉱山労働者の労働環境を整備し、その生命、身体に対する危害を防止し、その健康を確保することをその主要な目的として、できる限り速やかに、技術の進歩や最新の医学的知見等に適合したものに改正すべく、適時にかつ適切に行使されるべきものである」とした上で、当時の状況や医学的知見からすると、「保安規制の権限を直ちに行使しなかったことは、その趣旨、目的に照らし、著しく合理性を欠くものであ」として、国家賠償請求を認めた。

今一つは、最判平成16・10・15民集58巻7号1802頁（水俣病関西訴訟）である。この事件は、水俣病患者が、国等が水俣病の発生及び被害拡大の防止のために規制権限を行使することを怠ったとして国家賠償請求をした事例であるが、最高裁は、水質2法（公共用水域の水質の保全に関する法律・工業廃水等の規制に関する法律）の権限は、「当該水域の水質の悪化にかかわりのある周辺住民の生命、健康の保護をその主要な目的の一つとして、適時にかつ適切に行使されるべき」とした上で、当時の状況や水俣病による健康被害の深刻さにかんがみると、直ちにこの権限を行使すべき状況にあったと認めるのが相当であるとして、国家賠償請求を認めた。

(e) このように、近年では最高裁も徐々に行政の不作为に対する国家賠償請求を認めるようになったが、裁量権収縮論ないし裁量権消極濫用論には批判もある。例えば下山瑛二は、国賠法1条の「違法」は国民の基本的権利たる生命健康の権利を保障する見地から、公権力行使の注意義務・損害発生防止義務の懈怠の有無が判定されるべきであり、業者に対する規制権限の違法性の判断を持ち込むべきではないとして、特に薬害訴訟の場

合、Aには生存権があることから、薬事行政においてはAの健康保持も目的とされるべきであり、薬事行政において違法に規制権限が行使されない場合、Aの生存権・健康権も侵害されると考えることを主張される¹⁰。これは、行政便宜主義・反射的利益論を克服する考え方であり注目されるべきであろう。

5 まとめと今後の課題

以上、わが国における行政の不作为に対する司法的統制の現状について概観してきた。

行政の不作为に対する司法的統制の消極性の根底には、伝統的行政法理論から導かれる行政便宜主義と反射的利益論があり、行政の不作为に対する司法的統制の方法を考えるに当たっては、行政便宜主義と反射的利益論を克服することが必要となろう。そのため、特に行政の不作为についての国家賠償訴訟における裁量権収縮論ないし裁量権消極濫用論は、特に最近では結論こそ妥当な場合が見受けられるものの、見直されるべきであろう。

この点で注目されるのが、国民の基本的権利に着目して、規制行政を国民に対する積極行政と位置づけて、規制権限の不行使がある場合には国民の基本的権利を侵害すると考える方法である。ただ、「基本的権利」を想定しにくい場合、このアプローチは採り得ないこととなる。そのため、基本的権利を想定しにくいときに、どのようにして行政便宜主義ないし反射的利益論を克服するかを検討する必要があるだろう。

10 下山瑛二『健康権と国の法的責任』72頁以下（岩波書店、1979年）。