

企業の不正な経済活動と国の監督責任

西 埜 章

はじめに

金の現物まがい商法や原野商法などにみるように、私企業の不正な経済活動が横行している。このような不正な経済活動による被害者は、これまでは不法行為または債務不履行を理由として加害企業に対して損害賠償の請求をするのが通例であった。しかし、最近では、それと併せて、国（公共団体）に対しても損害賠償の請求をする例が少なくなる。被害の発生・拡大について国にも責任の一端があるといふことのほかに、加害企業の倒産、消滅、無資力等により、加害企業だけを被告にしていたのでは現実に救済をうけることが困難であるといふ事情がこのような傾向を生み出した原因である。

現代国家においては、国民生活は広範囲にわたって行政に依存している⁽¹⁾。このことは、経済生活の面においても同じである。行政の積極的な介入があれば、被害の全部または一部は防止できたかもしれない。しかし、それは同時に、企業活動の自由に対する過度の立法的・行政的規制を招くことになり、別の面での問題を発生させるおそれがある⁽²⁾。消費者保護は行政の重要な任務であるが、企業活動の自由もまた憲法によって保障された権利であるから、両者の調和点をどこに見出すかが法律学の緊要な課題である⁽³⁾。

中村一彦教授は、学界にデビューされて以来、一貫して「企業の社会的責任」のテーマに取り組まれてきた⁽⁴⁾。しかし、残念ながら現実には、社会的責任を果たさないだけでなく、最小限の法的責任さえも果たさないような企業が数多く存在している。企業の不正な経済活動による被害の発生は、まさに企業の社会的責任に反するものであり、企業の責任において排除されなければならない。ただ、現今における行政の任務の重大性と国民生活の行政依存度からすれば、場合によっては国の損害賠償責任が肯定されることもあり得るであろう。企業の社会的責任を強調された中村教授の退職記念論文の執筆にあたり、このような企業の不正な経済活動に対する国の監督責任を論ずるということは皮肉なことではあるが、企業の社会的責任、さらには文化的責任の履行を期待しているという点では筆者も同意見であることを明記して、お許しいただくことにしよう。

(1) 白井皓喜「国の不作為と国家賠償責任」自治研究五四卷九号二七頁参照。

(2) この意味において、宅建業者に対する建設大臣及び東京都知事の監督権限不行使責任が問われた事件（東京地判昭和六三年一月一五日判例地方自治五八号四二頁）において、被告国が次のように主張しているのは、理由がないというわけ

ではない。「私人間において合意の成立した個々の売買契約の内容に行政庁が介入してその不当を調査検討し、不当と認められた場合に販売価格等の契約内容の変更又は契約の撤回を指示又は指導することは私的自治の原則に対する重大な侵害で営業の自由に対する干渉となるものであるから、法律上明文の根拠がない限り許されないものであるところ、法には建設大臣又は都知事にかかる権限を認めた規定は存在しない。」

(3) この分野における先駆的業績として、竹内¹⁾里田²⁾松尾³⁾田中⁴⁾新堂⁵⁾座談会・詐欺的取引と法律」ジュリ八四四号六頁以下、國井和郎「不公正な経済活動と『権限不行使の不法行為』(上)」判タ六六九号三四頁以下がある。

(4) その研究成果の一部は、『企業の社会的責任』(同文館)として一九七九年に刊行されている。

一 国の監督責任に関する裁判例

不正な経済活動に対する国の監督責任は、行政上の許認可権(その取消しを含めて)の行使、行政指導の実施、刊罰権の行使、国の損害賠償責任などの場合に大別される。本稿では、このうち国の損害賠償責任(国の責任)を中心に考察する。

国の責任は、行政の作為についてだけでなく、不作為についても問題となる。¹⁾ 監督責任の追及であるから、どちらかといえば、不作為に関する事件の方が多数であろう。しかし、いずれにしても、国の責任が生ずるためには、国賠法一条一項の各要件の充足が必要となる。要件のうちで最も論議されるのは「違法性」であり、行政の作為・

不作為が違法と評価されるものでなければならぬ。違法とは作為・不作為が法令の規定に違反することであるが、不作為の違法性をめぐっては学説の対立があり、裁判例も軌を一にしているとはいえない。ここではまず、裁判例の動向を概観しておくことにしよう。

1 不正な経済活動の分類

これまでに訴訟になったもの（係属中のものも含めて）は、具体的事実関係に即してみれば、①不動産取引に関する事件、②先物取引・金融業務等に関する事件、③競争者の不正な経済活動に関する事件に分類することができる。また、行政の作用の面からみれば、作為に起因する事件と不作為に起因する事件に分類することができ、中には作為・不作為が競合するものもある。

行政の不作為責任の事例には、薬害・食品公害の事例にみるように、企業が介在しているもの（行政・企業・国民の三面関係）と、野犬幼児咬死事件にみるように、企業が介在していないもの（行政と国民の二面関係）とがある。⁽²⁾ 企業の不正な経済活動による被害の場合には、企業が介在していることを前提とするものであるから、当然三面関係の事例となる。

2 裁判例の動向

(1) 不動産取引に関する裁判例 監督責任に関する訴訟で比較的多いのは、不動産取引における被害者が監督行政機関の作為・不作為の違法を理由に国賠責任を追及する事例である。主要な裁判例としては、次のようなものがある。⁽³⁾

□ A会社から虚偽の説明を信用して山林を買い受けたが、結局、購入目的を果たし得なかったことにより損害

を被った者が、この損害は知事がA会社に対して適切な行政権限を行使しなかったから発生したものであるとして、県に対して国賠法一条一項に基づいて損害賠償の請求をした事件において、神戸地裁昭和六一年三月三十一日判決(訟月三二卷二二号二八六四頁)は次のように判示して、請求を棄却している。

「県知事は、宅建業法一条所定の目的を達成するために、その付与された監督権限を適正に行使すべき義務を負っていることは明らかであるが、右監督権限の行使は、法規の規定等からみて県知事の専門的判断に基づく裁量に委ねられており、かつその行使の義務は、原則として行政目的達成のために一般国民に対して負う抽象的な行政上の義務であって、具体的な法律上の義務ではないというべきであるから、監督権限の不行使については原則として違法の問題は生じない。

しかしながら、県知事とその監督権限を行使しないことが著しく合理性を欠いていると認められる場合には、個々の国民との関係においても右監督権限を行使すべき法律上の義務を負い、その不行使は取引関係者個人との関係でも違法となり、その結果生じた損害を被告において賠償すべき責任があるものと解するのが相当である。……」

以上のとおり、原告ら主張の各時点において、県知事がA会社に対して原告ら主張の監督権限の行使義務を負っていてこれを怠ったということはできず、したがって、県知事の監督権不行使に違法性を認めることはできない。」

② B会社から土地建物を買受ける契約を締結し、手付金・中間金を支払ったが、当該土地建物は他人所有のものであり、しかも当該会社の実質的経営者であるCが受領した代金のすべてを他に流用したため、結局、土地建物の所有権を取得することができなくなったことにより損害を被った者が、この損害は知事がCに違法に免許を付与し、あるいはB会社に対して宅建業法上の監督権限を適切に行使しなかったことよって生じたものであるとして、国賠法一条一項に基づいて京都府に対して損害賠償の請求をした事件において、京都地裁昭和五八年七月二〇

日判決（訟月三〇卷一號二一頁）は、免許の付与・更新による責任を否定したものの、監督処分権限（免許の取消及び業務の停止）不行使の違法性については、次のように判示して京都府の責任を肯定している。

「宅建業法 六六条九号は、前述のとおり業務停止事由にあたるもののうち、情状が特に重いものを免許取消事由とするものであるが、前掲別表のB会社の行為は、宅建業法三五条一項、三九条一項、四四条、四七条一号等に違反し、六五条二項一號、二號、五号に該当することが明らかである。しかも、その生じてきた事情をみると、偶発的なものでないことが明らかである。そして、B会社の実質上の主体であるCは、先にみたとおり、その少し前まで宅建取引上の犯罪行為によつて執行猶予中であつた者であり、宅建業法上の絶対的な免許不適格者であつた。そのCが、再び前件と同様の犯罪を繰返し始めたのである。……

以上のような事情を総合すると、その後の被害弁済の有無を特に問題とするまでもなく、B会社の行為は、六六条九号の取消事由にあたるものではない。そうだとすれば、被告知事は、同条によりB会社の免許の取消を義務付けられているのであるから、その不作為は、違法である。……

次に、六五条二項の業務の停止については、前述のとおりその権限の行使が知事の裁量に委ねられている。したがつて、知事はその権限の行使を義務付けられないのであるから、その不行使については、原則として違法の問題を生じない。

しかしながら、その裁量権限の不行使が著しく合理性を欠くような場合、……知事がお合理的な根拠なくして右の権限の行為を怠るときには、そのような知事の裁量処分権限の不行使は、知事に処分権限を認めた法の趣旨を無にするものであつて、宅建業法上違法であるとしなければならない。まして、右のような差し迫つた危険が、知事が違法に免許を付与したこと由來して生じてきているような場合には、知事は通常の場合以上に、その監督権限を行使して危険を除去する責任を負つている

と解すべきである。……

そこで、このような点から本件をみれば、被告知事における処分権限の不行使は、著しく合理性を欠き、宅建業法上も、また、個々の取引関係者に対する関係でも違法なものとするほかはない。」

③ 右の②事件の控訴審判決である大阪高裁昭和六一年七月一日判決（訟月三三卷四号八七三頁）は、免許の付与・更新による責任については一番判決と同旨であるが、監督処分権限の不行使の違法性については次のように述べて、結論として被告京都府の責任を否定している。

「国家賠償法一条一項の公務員の違法行為には作為のみならず不作為も含まれることはもちろんであるが、法令上公務員に一定の権限が与えられその行使が公務員の裁量に委ねられている場合には、右裁量が『著しく合理性を欠くとき』即ち、生命、身体、財産に対する差し迫った危険が存し、行政裁量権限の行使がその損害を回避するための適切な一方法であり、かつ、行政が容易にその方法をとることができ、被害者が行政にその方法をとることを期待することが客観的事情からみてやむをえないときにのみ行政権の裁量権限不行使が違法になると解するのが相当である。……

ところで……少なくとも被控訴人が中間金三九〇万円を支払った昭和五一年一月二五日までに京都府知事において業務停止若しくは免許取消しなどの監督処分をすべきことを期待するのが客観的事情からみてやむをえないものとは未だいうことができず、その権限不行使が『著しく合理性を欠くとき』に当たるとはいえないと解するのが相当であり、したがって所論同知事の監督処分権限不行使に国家賠償法一条一項の違法性があるとは認められないものというべく、控訴人が同知事の右権限不行使によって国家賠償法上被控訴人の被った前記損害を賠償する義務を負うものとはいえない。」

④ 右の③事件の上告審判決である最高裁平成元年一月二四日判決（民集四三卷一〇号一一六九頁）は、国賠

法上の違法性について次のように述べて、結論として免許の付与・更新、その後における業務の停止や免許の取消をしなかったことは違法の評価を受けるものではないとして、上告を棄却している。

「宅地建物取引業」法がかかる免許制度を設けた趣旨は、直接的には、宅地建物取引の安全を害するおそれのある宅建業者の関与を未然に排除することにより取引の公正を確保し、宅地建物の円滑な流通を図るところにあり、監督処分権限も、この免許制度及び法が定める各種規制の実効を確保する趣旨に出たものにはかならない。もつとも、法は、その目的の一つとして購入者等の利益の保護を掲げ（一条）、宅建業者が業務に関し取引関係者に損害を与え又は与えるおそれが大であるときに必要な指示をする権限を知事に付与し（六五条一項一号）、営業保証金の供託を義務づける（二五条、二六条）など、取引関係者の利益の保護を顧慮した規定を置いており、免許制度も、究極的には取引関係者の利益の保護に資するものではあるが、前記のような趣旨のものであることを超え、免許を付与した宅建業者の人格・資質等を一般的に保証し、ひいては当該業者の不正な行為により個々の取引関係者が被る具体的な損害の防止、救済を制度の直接的な目的とするものとはわかに解し難く、かかる損害の救済は一般の不法行為規範等に委ねられているといふべきであるから、知事等による免許の付与ないし更新それ自体は、法所定の免許基準に適合しない場合であっても、当該業者との個々の取引関係者に対する関係において直ちに国家賠償法一条一項にいう違法な行為に当たるものではないといふべきである。また、業務の停止ないし免許の取消は、当該宅建業者に対する不利益処分であり、その営業継続を不能にする事態を招き、既存の取引関係者の利害にも影響するところが大きく、そのゆえに前記のような聴聞、公告の手続が定められているところ、業務の停止に関する知事等の権限がその裁量により行使されるべきことは法六五条二項の規定上明らかであり、免許の取消については法六六条各号の一に該当する場合に知事等がこれをしなければならぬと規定しているが、業務の停止事由に該当し情状が特に重いときを免許の取消事由と定めている同条

九号にあつては、その要件の認定に裁量の余地があるのであつて、これらの処分を選択、その権限行使の時期等は、知事等の専門的判断に基づく合理的裁量に委ねられているといふべきである。したがつて、当該業者の不正な行為により個々の取引関係者が損害を被つた場合であつても、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一条一項の適用上違法の評価をうけるものではないといわなければならぬ。」

(2) 先物取引・証券取引・金融業務等に関する裁判例 この種の事件では、現段階における限りまだ国の責任についての裁判例は少数である。豊田商事事件では、会社や従業員に対する判決はいくつか出ているが、⁽⁴⁾国の責任についての判決はまだ出ていない。この類型に属する主要な裁判例として、次の二例を紹介しておくことにしよう。

⑤ 業績不良の信用組合に対し都知事が業務の停止命令を發せず、また役員の改正を命ずることを怠つたために、預金相当額の損害を被つたとして、国賠法一条一項に基づいて東京都に対し損害賠償の請求がなされた事件において、東京高裁昭和五一年四月二八日判決（判時八一六号四九頁）は、監督権限不行使の違法性について次のように述べて、結論として本件における不行使の違法性を否定している。⁽⁵⁾

「役員による組合の不正行為を前提とした改任命令が、その組合の信用を著しく失墜し、再起不能な経済的破綻を招来するおそれすら生じさせるものであることは容易に推測し得るのみならず、自治的協同組織である私企業の組合に対する行政庁の介入は必要最少限度にとどめるべきであることはいふまでもないことであるから、監督行政庁が右法条所定命令を發するか否かは、かような見地にたつて、当該違反行為等の態様およびその是正の難易等を総合的に調査検討することは勿論、他の行政指導の手段によつて回復し得る方途の有無等をも考慮し、高度の社会経済政策的見地から判断すべき事柄であり、当該監督行

政府の自由裁量に属するものと解すべきである。

しかし、自由裁量に属する事項であっても、その裁量権を行使しないことが著しく合理性を欠き、社会的に妥当でないものと認められるときは、その不作為が違法のものとの評価を免れないものといふべきであるから、都知事が……訴外組合にT理事長の改任を命じなかったことが合理的な裁量権の行使を誤ったものといえるかどうかについて判断するに、……都知事が右の如き判断のもとにT理事長の改任を命ずる措置に出なかったことは、他に特段の事情も存しない以上、訴外組合の上記公共的金融機関としての性格と当時における監査結果とに照して、著しく合理性を欠き妥当でなかったものといふことはできないものと認められる。」

⑥ A振出の手形につき本来手形不渡処分をなすべきにもかかわらず現金決済をしたB銀行の行為と、取引停止処分を自分に告知すべきにもかかわらず告知しなかったC、D銀行の行為を信用してAに融資し、その結果債権回収不能の損害を被った者が、この損害は当該各銀行に対して大蔵大臣が業務監督権限を適切に行使しなかったから生じたものであるとして、国賠法一条一項に基づいて国に対して損害賠償の請求をした事件において、福岡高裁昭和五三年七月三日判決（訟月二四卷九号一七三一頁）は、監督権限不行使の違法性について次のように述べて、結論として請求を棄却している。

「国家賠償法の適用に関し、公務員の不作為が、同法第一条の違法行為として国が賠償責任を負うためには、当該公務員に法律上の作為義務があることを要するものであるところ、銀行法には、大蔵大臣は銀行に対し業務に関する報告をさせ、監査書その他の書類帳簿を提出させ、金融検査官をして銀行の業務及び財産の状況を検査させることができる旨（同法第二〇、第二二条）規定され、さらに銀行が法令、定款、大蔵大臣の命令に違反したまたは公益を害する行為をしたときは業務停止もしく

は取締役、監査役の改任を命じ、または営業の免許を取り消すことができる旨（同法第二三条）規定されている。しかし、これらの権限は、金融機関の強度の公共性にかんがみ、その業務の適正並びに資産内容の堅実を期するために、金融機関に対する行政庁の監督として定められたものであって、大蔵大臣がこれら銀行法上の規定に基く行政監督権限を、いかなる場合、どのような限度において行使するかは、当該違法行為の態様、程度やその是正の必要の度合等を総合して政策的見地から慎重かつ合理的に判断してなされるべき事柄であつて、それは大蔵大臣の自由裁量に属するものであり、その行政監督権の行使は、法律上義務づけられた法律的義務ではなく、その権限行使の適否についての責任は、あくまでも政治的、行政的責任にすぎない。また、大蔵大臣の右権行使によつて国民が利益を受けるとしても、その利益は、単なる反射的利益にすぎないものであつて、大蔵大臣は、前記銀行法上の規定により、特定の個人の利益保護のため特定の個人に対してその権限を行使すべき義務を負うものではない。そうすると、B銀行はか二銀行に控訴人主張のような行為があつたとしても（……）、大蔵大臣に右権限を行使すべき法律上の作為義務がないものである以上、同大臣が同権限を行使しなかつたことをもつて同大臣に違法行為があつたとはできず、したがつて、同大臣が前記権限を行使しなかつたことが違法であることを前提とする控訴人の本件国家賠償の請求は、その余の点につき判断するまでもなく失当である。」

(3) 競争者の不正な経済活動に関する裁判例 この種の事件は、行政が業者の不正な経済活動を取り締まるべきであるのにそれを怠つたために、競争関係にある他の業者が損害を被つたというものである。裁判例はあまり多くはないが、次のようなものがある。

⑦ 無登録織機で綿スフ織物を製造する業者が続出し、このため損害を被つた正規の業者が、この損害は通商産業大臣が違反業者の取締りを怠つたために生じたものであるとして、国賠法一条一項に基づいて国に対して損害賠

償の請求をした事件において、東京地裁昭和四四年二月二十五日判決（判時五八〇号四二頁）は、次のように述べて請求を棄却している。

「通商産業大臣が、中小企業団体の組織に関する法律およびこれに基づく綿スフ織物調整規則、織機設置制限規則の規定により、一定の要件の下に、綿スフ織物業者に対して商工組合への加入命令、事業活動の規制に関する命令又は設備新設の制限命令を発し、違反行為の有無を監視し、違反行為があればこれを摘発、除去する義務を有していることは明らかである。しかし、この義務は、通商産業大臣が、監督行政庁として、業者の過当な競争を抑制してその自主的組織の結成と健全な運営を促進し、経営の安定および合理化を図り、もって国民経済の発展に資するという国家的目的のために認められた国に対して負う責務にはかならず、法令を遵守している正規業者の経済的利益を違反者から護ることを直接の目的としてかかる業者に対する関係において負う義務ではない、と解すべきである。換言すれば、違反者が徹底的に取り締られることによって公正な経済活動の機会が確保され、正規業者が利益を受けうることはいうまでもないが、正規業者の該利益は、通商産業大臣の権限行使に伴う反射的利益にすぎないものであって、直接これら法令によって保障された利益ではない、というべきである。それ故、正規業者たる原告は、仮りに通商産業大臣が右の義務を懈怠して違反者を取り締まらなかったことによりその主張のごとき損害を被った事実があるとしても、その義務懈怠を理由として国に対し損害の賠償を求めることは許されない。」

(1) 行政の不作为だけでなく、立法の不作为も問題となり得る。例えば、豊田商事の事件を例にとれば、豊田商事の金の現物まがい商法を取り締まる法律が存在しなかったとしても、新たに立法しておれば、被害の拡大を防止できたかもしれないからである（前掲座談会・ジュリ八四四号一六頁参照）。しかし、本稿では、紙面の制約上、立法の不作为について

は触れないことにする。

- (2) 三面関係・二面関係の区別については、さしあたり、阿部泰隆・国家補償法一八一頁、芝池義一「行政権限の不行使に對する国の責任」杉村編・行政救済法(2)一一八頁参照。
- (3) 本文において紹介するもの以外に、同種の訴訟における裁判例として、東京地判昭和六三年一月二五日判例地方自治五八号四二頁、神戸地判昭和六三年一月二八日判例地方自治五八号四七頁がある。
- (4) 國井「民法判例レビュー・民事責任」判タ六六七号五七頁以下参照。
- (5) 本件一審判決(東京地判昭和四八年二月二四日判時七一三号七七頁)もほぼ同旨である。

二 国の監督責任をめぐる諸問題

企業の不正な経済活動による被害に對して国もまた責任を負うとしても、その場合には一定の要件が充足されなければならぬ。国賠法一条一項の各要件、すなわち、違法性、故意・過失、損害、因果関係等であるが、これらのうち特に問題となるのは違法性の要件についてである。

訴訟において被告国が責任がないことの論拠としてしばしば援用するのは、反射的利益論と自由裁量論(行政便宜主義)である。両者はともに違法性の要件に関するものであり、国の責任はこれらの理論の克服によつてはじめて肯定されることになる。⁽¹⁾

違法性は国の作為の場合だけではなく、不作為の場合にも必要である。しかし、不作為がどのような場合に違法性を帯びるかについては、学説・判例はまだ十分に煮詰められていない。裁量権収縮論が支配的ではあるが、これに対する批判的見解もあり、また、裁量権収縮論においても裁量権収縮の要件については必ずしも意見が一致しているわけではない。また、不正な経済活動に対する監督権限不行使による被害法益は、通常は財産権であるが、被害法益が財産権である場合と生命・身体・健康である場合とで裁量権収縮の面で相違が生ずるのか否か、ということも一つの問題点であろう。

1 反射的利益論

(1) 国による反射的利益論の援用 反射的利益論とは、国（公共団体）が企業に対して行う監督権限の行使は一般的な公益のためであって、特定の個人のためではなく、たとえ監督権限の行使によって個人が利益を受けることがあるとしても、それは反射的な利益、事実上の利益にすぎないから、それが侵害されたとしても国の責任を及ぼすことはできない、という考え方である。先に紹介した訴訟の大半において、国はこの主張を行っている。例えば、前掲^②事件においては、次のように主張していた。「仮りにある法律の規定に違反した行為が存在したとしても、それが具体的にある者に対する関係において『違法な』加害行為となるのは、その者が、当該規定の保護法益を有する場合に限られる。そして、仮りに、当該規定が遵守されることによって、たまたま当該規定の保護法益を有しない者が何らかの利益を得る場合があるとしても、それは、単なる反射的利益にすぎない。したがって、当該規定に違反する行為があっても、それが、その者に対する関係で違法な加害行為となつて、その者に損害賠償請求権が生ずるいわれはない。以上は、作為（免許付与）不作為（監督権限の不行使）を通じて妥当する違法性に関

する基礎理論である。ところで、宅建業免許付与並びにその取消及び停止の根拠となる宅建業法の規定の保護法益は、個々の取引関係者の個人的利益自体ではなく、専ら、それらの集合体としての公益であると解すべきであって、特定の個人の受ける利益は、単なる反射的利益にすぎない。」

(2) 判例の動向　しかし、②判決は次のように判示して、国の反射的利益論を排斥した。すなわち、「(宅建業)法の究極の保護法益は、まさに取引の関係者らの利益にあるというべきである。そして、右取引の関係者の有する利益を、その集合としての公益と、個々の取引の関係者の有する具体的な利益とに観念的に区分し、前者のみが宅建業法上の保護法益であって、後者は単なる反射的利益にすぎないものであると断ずることは、少くとも、その侵害に対する損害賠償義務の存否を論ずるうえでは、十分に論拠のあることとは解されない。したがって、右のいわゆる反射的利益論を論拠として、被告府の宅建業法上の違法な措置に関する国家賠償法上の責任を、一率に否定することはできない。」

同様に、前掲①判決も次のように述べて、反射的利益論を排斥している。「被告は、県知事の監督権限行使により国民各自の享受する利益はいわゆる反射的利益にすぎないから、右権限不行使を違法として国家賠償責任を負ういわれはないと主張するが、宅建業法は、前記のとおり『購入者等の利益の保護』を究極の目的として制定され、右は一般抽象的な公益ではなく、取引関係者の個別利益の集積とみるべきであるうえ、本件は、現に原告らがその固有の法益たる財産を侵害されたとしてその損害賠償を求めており、将来生じうべき損害を未然に防止する性質上訴えの利益が必要とされ、反射的利益論が援用される抗告訴訟とは次元を異にするから、被告の右主張は採用できな。」

これに対して、右の②事件の上告審判決である④判決は、次のように判示している。「(宅建業)法は、……免許を付与した宅建業者の人格・資質等を一般的に保証し、ひいては当該業者の不正な行為により個々の取引関係者が被る具体的な損害の防止、救済を制度の直接的な目的とするものとはにわかには解し難く、かかる損害の救済は一般の不法行為規範等に委ねられているというべきであるから、知事等による免許の付与ないし更新それ自体は、法所定の免許基準に適合しない場合であっても、当該業者との個々の取引関係者に対する関係において直ちに国家賠償法一条一項にいう違法な行為に当たるものではないというべきである。」この最高裁判決は、反射的利益あるいは事実上の利益という用語を使用してはいないが、実質的には反射的利益論に近い判断枠組に立脚しているものといえるであろう。⁽²⁾⑥⑦判決は、より明確に反射的利益論を採用して、国の責任を否定している。

(3) 判例の検討 下級裁判所の裁判例は、このように、反射的利益論を採用するものとこれを排斥するものとに分かれているが、最高裁の判例は、反射的利益論の判断枠組を依然として維持しているように思われる。学説もまた、反射的利益論を全面的に否定するものと、限定的にはあるがこれを肯定するものに分かれている。特に、被害法益が財産権であれば、反射的利益論の全面的否定に対しては異論も少なくないであろう。

反射的利益論をめぐる問題は、次の三つに要約することができる。その一は、反射的利益論を国賠法一条一項の諸要件のうちのいずれに関連させて捉えるべきであるかということである。この点については、「損害の有無」「因果関係」「違法性」に位置づけることが考えられる。裁判例の中には、損害がないこと、あるいは相当因果関係がないことを理由に国の責任を否定したものも散見されるが、⁽³⁾大多数のものは、作為義務に関係するものとして違法性の要件の中に位置づけている。最高裁の前掲④判決もまた、違法性の要件の中に位置づけている。法律上保護さ

れた利益ではないからこれに対して法的作為義務を負うものではないという意味において、これを違法性の問題として扱うのがより理論的であろう。⁽⁴⁾

問題点のその二は、当該事案における被侵害利益が法律上保護された利益であるのか、それとも反射的利益にすぎないのかということである。前記の宅建業法上の監督権限不行使事件についてみれば、取引関係者の利益をいずれのものかと判断するかは微妙なケースであろう。取引関係者の利益を実質的に反射的利益として捉えた⁽⁵⁾判決の結論には、批判が寄せられているところである。⁽⁵⁾

問題点のその三は、国賠訴訟における反射的利益論の有意義性についてである。反射的利益論が国賠訴訟における原告適格性を否認するものではないとすれば、もはや国賠訴訟においては反射的利益論の出番が全くないのではないかということである。不正な経済活動による被害が財産上のものであることからして、このような場合には、限定的ではあるが、反射的利益論は依然として有効であるとの見解もある。⁽⁶⁾しかし、国の作為・不作為が違法であるか否かを判断するに際して、その一資料として反射的利益であるか否かが問題とされるにすぎないと解すべきではなからうか。前掲⁽⁷⁾判決についていえば、このような利益が侵害された程度では未だ作為義務が成立しているとはいえないから、監督権限不行使は違法とはならない、とすればよいわけである。⁽⁷⁾競争業者の利益の侵害といえども、場合によっては国の責任が肯定されることもあり得るであろうから、これを最初から反射的利益として救済を排除することには疑問を禁じ得ない。⁽⁸⁾このように考えれば、これを反射的利益論と称したところで、その意義はあまり存在しないということになる。

2 自由裁量論

(1) 国による自由裁量論の援用 国（公共団体）に責任が生じないことの理由としてしばしば援用されるものとして、さらに自由裁量論（行政便宜主義）がある。権限の行使については行政庁の自由裁量に委ねられているから、それが不当と評価されることはあっても、違法と評価されることはない、という考え方である。作為・不作為を問わず、多くの訴訟において国（公共団体）はこの主張を行っている。例えば、前掲②事件において、被告京都府は次のように主張していた。「法令上行政権限のみあってその行使を義務付けた規定がない場合には、当該公務員は、その権限を行使すべき法律上の義務を負わないものというべきである。何となれば、一般に行政権限の行使は、当該権限を付与された公務員の専門的技術的見地に立った合理的な判断に基づく自由裁量に委ねられていると解すべきであるからである。もとより、公務員には、行政目的を達成するために、付与された行政権限を適正に行使すべき一般的な義務がある。しかしながらこの義務は、原告が主張するような損害賠償の前提である不法行為としての義務ではなく、いわば、府知事が府議会を通じて間接的に府民に対して負うところの、政治的、行政的義務とでも目すべき性質のものである。」

(2) 判例の動向 国（公共団体）によるこのような主張に対して、②判決は宅建業法上の業務の停止処分を怠ったことについて、「（宅建業法）六五条二項の業務の停止については、前述のとおりその権限の行使が知事の裁量に委ねられている。したがって、知事はその権限の行使を義務付けられないのであるから、その不行使については、原則として違法の問題を生じない」としながらも、「裁量権限の不行使が著しく合理性を欠くような場合」には違法となり得るとの一般論を展開し、結論において本件における権限の不行使は違法であったと判示している。本件

の上告審判決である④判決もまた、「これらの処分を選択、その権限行使の時期等は、知事等の専門的判断に基づく合理的裁量に委ねられているというべきである。……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一条一項の適用上違法の評価を受けるものではないといわなければならない」として、ただ、結論においては、本件における権限の不行使が著しく不合理であったとはいえないと述べている。

しかし、裁判例の中には、国の責任否定の論拠の一つとして自由裁量論を採用した例もないではない。⑥判決がその適例である。同判決は、「大蔵大臣がこれら銀行法上の規定に基く行政監督権を、いかなる場合、どのような限度において行使するかは、当該違法行為の態様、程度やその是正の必要の度合等を総合して政策的見地から慎重かつ合理的に判断してなされるべき事柄であって、それは大蔵大臣の自由裁量に属するものであり、その行政監督権の行使は、法律上義務づけられた法律的義務ではなく、その権限行使の適否についての責任は、あくまでも政治的、行政的責任にすぎない」と述べた上で、さらに反射的利益論をそれに重ねて、権限不行使が違法であったとはいえないと判示している。

(3) 判例の検討 このような裁判例の動向から明らかになることは、自由裁量論を論拠とする国（公共団体）の責任否定の主張は、⑥判決を除けば、その本来の姿においては殆ど受け容れられていないということである。④判決といえども、権限不行使が著しく不合理である場合には違法となり得ることを認めている。一見すると自由裁量論を採用しているように見受けられても、それは国の責任の否定に直接的には結びついていない。例外に属する⑥判決も、子細に検討すれば、大蔵大臣の監督権限の行使を完全に自由裁量とし、いかなる場合にもその不行使が

違法となるものではないとまではいつていないように思われる。当該事案においては、権限不行使が著しく不合理とはいえないことが明確であったために、自由裁量論によつて処理したような表現になつたのではなからうか。自由裁量論が国の責任を直接否定するための理論であるとすれば、このような理論には国賠訴訟上の出番は閉ざされたものといつてよい。学説においても、自由裁量論に批判的なものが大半である⁽⁹⁾。

3 監督権限不行使（不作為）の違法性

(1) 不作為の違法性の意義 不正な経済活動に伴う被害については、行政の作為の面よりも、業者に対する国の監督権限の不行使（行政の不作為）の面が問題となることが多い。監督権限の不行使を理由とする国賠責任が肯定されるためには、作為責任の場合と同様に、国賠法一条一項の各要件が充足されることが必要である。不作為責任をめぐつて最も問題となるのは、そのうちの違法性の要件についてである。行政の不作為のすべての場合に国の責任が生ずるわけではなく、国の責任が肯定されるためには、その不作為が違法の評価を受けるものでなければならぬ。しかし、作為の場合と比較して、不作為の場合には、違法の評価は格段に困難である。

(2) 作為義務の導出 監督権限の不行使が違法となるのは、作為義務に違反する場合である。作為義務が明文で法定されている場合には、それほど問題は生じないが、現実には明文で法定されている例は非常に少ないものといつてよい。明文で法定されていない場合には、作為義務の発生根拠が問われることになる。ただ、この点については、最近では一般に、法の解釈や条理に基づいて作為義務が導出される場合もあり得ると説かれていゝから、一応理論的な克服がなされたものといつてよい。問題となるのは、条理を根拠とするにせよ、どのようにしてこの作為義務を導き出すかということである。

作為義務の導出方法について、大別して二つの流れがある。裁量権収縮論とこれに批判的な考え方である。⁽¹⁰⁾ 裁判例の大勢は裁量権収縮論に立っており、不正な経済活動に対する監督権限の不行使事件においても、この傾向が認められる。

前掲①判決は、監督権限の行使は知事の専門的判断に基づく裁量に委ねられているから、監督権限の不行使については原則として違法の問題は生じないとしながらも、次のように述べている。「しかしながら、県知事がその監督権限を行使しないことが著しく合理性を欠いていると認められる場合には、個々の国民との関係においても右監督権限を行使すべき法律上の義務を負い、その不行使は取引関係者個人との関係でも違法となり、その結果生じた損害を被告において賠償すべき責任があるものと解するのが相当である。そして、右監督権限の不行使が著しく合理性を欠く場合とは、……の各要件が存在する場合にはこれに該当するものというべきである。」また、②判決も、知事の権限不行使は原則として違法とはならないが、「裁量権限の不行使が著しく合理性を欠くような場合」には違法となる、と判示している。③判決も同じ判断枠組に立脚している。この上告審判決である④判決も、「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一条一項の適用上違法の評価を受けるものではない」と述べており、これもまた同じ判断枠組を採用したものであるといつてよい。⑤判決もほぼ同旨である。

①～⑤判決は、表現の上では裁量権収縮という言葉を使用していない。表現上は、「権限の不行使が著しく合理性を欠く場合」あるいは「権限の不行使が著しく不合理と認められる場合」となっている。⁽¹¹⁾ そこで、この点から、

このような判断枠組を採る裁判例は「裁量権消極的濫用論」に立脚しているものであるとして、裁量権収縮論に立つ裁判例と区別する見解が説かれている⁽¹²⁾。しかし、裁量権消極的濫用論と裁量権収縮論の差異は必ずしも明確とはいえない。権限の不行使が著しく不合理であると認められるような場合とは、裁量権が零に収縮している場合のことであるから、実質的には両説は殆ど差異がないように思われる⁽¹³⁾。

(3) 作為義務の成立要件 前述のように、権限の不行使が違法となるのは作為義務に違反する場合であるが、作為義務が発生するためには、一定の要件の充足が必要である。従来は裁量権収縮論の下でこの要件の検討がなされてきたが、何らかの要件の充足が必要であるという点では、いずれの考え方においても同じであろう。

前掲の裁判例をみると、①判決は、①損害発生の危険が切迫しており、かつ、そのことが知事において予見可能であること、②知事が監督権限を行使することが容易であり、かつ、行使により損害発生を防止できる状況にあること、③具体的事情の下で、監督権限の行使方法が適切かつ有効であること、④他に損害発生を防止する手段が容易に見出し難く、知事の権限行使を期待することが相当であること、を挙げている。また、②判決は、①損害発生危険が切迫していること、②知事において権限行使が容易で、かつ、それによって危険を有効適切に除去できること、③権限の行使を期待することが相当であること、を要件としている。③判決は、①生命・身体・財産に対する差し迫った危険が存すること、②権限の行使がその損害を回避するための適切な一方法であり、かつ、行政が容易にその方法をとることができること、③行政にその方法をとることを期待することが客観的事情からみてやむを得ないこと、を挙げている。

このような裁判例の動向に対して、最高裁判決である④判決は、権限不行使が著しく不合理となる場合の要件に

ついでには格別触れていない。右の裁判例が挙げているような各要件に言及することなく、監督処分権限の行使が宅建業者に対する不利益処分であることを考慮し、被害回避に向けての行政側の努力の有無を検討して、最終的には監督処分権限付与の趣旨・目的に照らして権限不行使の違法性を判断している。これは、裁量権収縮論等が提示している要件の枠に囚われないで、諸般の事情を総合的に考慮するという判断枠組を採用したものである。⁽¹⁴⁾ 事案の特殊性もあるから、このような考え方の是非については一概に評価できないが、諸般の事情の総合的考慮は、国賠訴訟においては行政側の事情を重視することにつながるおそれがあり、また、このような考え方の下では、作為義務がどのような場合に成立するのか、不明確となるおそれがあるように思われる。

(4) 財産権の侵害と生命・身体・健康の侵害 不正な経済活動に対する監督権限の不行使による被害法益は、通常は財産権であり、生命・身体・健康ではない。そこで、このことが作為義務の成立要件にどのように影響してくるかが問題となる。作為義務の成立要件は、裁判例の挙げているものを参照しながら項目別にすれば、①被害法益の対象性、②具体的危険の切迫性、③予見可能性、④結果回避の可能性、⑤権限発動の期待可能性、ということになるが、ここではまず被害法益の対象性が問われることになる。生命・身体・健康と比較すれば、財産権については法益の重要性がやや低く、また行政の裁量権限が広いことは否めないからである。しかし、財産権もまた憲法によって保障されている基本的人権であることからすれば、最初から被害法益の対象性から除外すべき理由はないであろう。③判決はこのことを明記しており、①②判決もこのことを当然の前提にしている。

ただ、薬害や食品公害による生命・身体・健康の侵害の場合には、具体的危険の切迫性や権限発動の期待可能性の要件などについてその緩和化が説かれているが、⁽¹⁵⁾ 企業の不正な経済活動による財産権の侵害の場合には、その要

件はやや厳格に捉えられる傾向にある、ということはいえるであろう。自己の判断によつて損害発生を防止できる場合が多いであろうし、監督権限の行使が企業の経済活動を過度に規制することになるおそれがあるからである。⁽¹⁶⁾前掲判決も、「原告らは、本件土地の購入に当り、自ら調査見分を尽して損害を被ることのないよう危険の回避をはかることは必ずしも困難でなく、容易であったとみるのが相当であつて、県知事の宅建業者に対する監督権限の行使がないと、原告らが本件土地の購入に伴う損害発生防止ができない関係にあるということではできない」と判示している。⁽¹⁷⁾企業の不正な経済活動による財産権の侵害の場合に、作為義務の成立要件をどのように構成するかは、今後の緊要な課題であろう。

(1) 反射的利益論と行政便宜主義の法理とその克服については、さしあたり、原田尚彦・行政責任と国民の権利四三頁以下参照。

(2) 塩野宏・行政法Ⅱ二四四頁、田村悦一「最判平成元年一月二四日評釈」民商一〇四卷四号五二二頁、宇賀克也「免許の違法な付与及び規制権限の不行使」法教一三四号二〇頁参照。

(3) 裁判例については、稲葉肇「国賠訴訟における『反射的利益論』」小嶋博士退職記念・憲法と行政法六一二頁以下参照。

(4) 稲葉・前掲六二九頁以下参照。

(5) 宇賀・前掲二二頁。

(6) 原田「最判昭和五九年三月二三日評釈」民商九二卷三号一〇二頁、阿部・前掲一八五頁、芝池・前掲二二四頁等。

(7) 都築弘「規制権限の不行使」村重編・国家賠償訴訟法（裁判実務大系一八卷）四五二頁参照。

- (8) しかし、阿部・前掲一八七頁は、「競争業者の利益の侵害なら先験的に救済を排除してよいと考えるかぎり、(反射的利益は)それなりに有用な観念である」と説いている。そのほか、原田・前掲(民商九二卷三号)三九七頁、宇賀・前掲二一頁も阿部説に近い。
- (9) 三橋良士明「不作為にかかわる賠償責任」雄川|塩野|園部編・現代行政法大系六卷一六五頁以下、原野翹「行政権限の不行使と行政救済」杉村編・行政救済法(2)二〇四頁以下等参照。
- (10) 判例・学説の動向については、西荻章・国家賠償責任と違法性一〇八頁以下参照。
- (11) そのほか、東京地判昭和四八年二月二四日(前掲)、神戸地判昭和六三年一月二八日(前掲)も同旨であるが、これに対して、東京地判昭和六三年一月一日(前掲)は、このような表現をしていない。
- (12) 篠原勝美「最判平成元年一月二四日評釈」ジュリ九五三号九五頁、橋本博之「最判平成元年一月二四日評釈」法教一一六号一〇七頁等。
- (13) 田村「裁量のゼロへの収縮論について」立命館法学一九八八年五・六号八二六頁、宇賀・前掲二一頁参照。
- (14) 横山匡輝「権限の不行使と国家賠償法上の違法」西村|幾代|園部編・国家補償法大系二卷一四四頁以下、鈴木敏之「最判平成元年一月二四日評釈」判タ七六二号一一七頁参照。このような総合的考慮の方法は、すでにその萌芽を東京地判昭和四八年二月二四日(前掲)や東京高判昭和五年四月二八日(前掲)に見出すことができる。
- (15) 阿部・前掲一九〇頁、山村恒年「薬事行政過程における安全管理法理の論点と課題」判タ三七六号一二頁、沢井裕「カネミ油症控訴審判決の法理と意義」法時五六卷七号一三頁、西荻・前掲一二二頁以下等参照。
- (16) 遠藤博也「行政法スケッチ二三五頁、田村・前掲(立命館法学一九八八年五・六号)八三〇頁、阿部・前掲一九二頁、古崎慶長「宅地建物取引業法上の権限不行使損害賠償事件」判例地方自治四七号九〇頁、國井・前掲(判タ六六九号)三

五頁以下等参照。

(17) そのほか、東京地判昭和六三年一月一日（前掲）、神戸地判昭和六三年一月二八日（前掲）参照。もつとも、^②判決が、「不動産取引について一般の市民は、自ら損害を回避するための十分な能力を持っていないこと、そうであるからこそ、前記のように宅建業法が免許制度を設けかつ周到な行為規制を行い、かつ、これが改正のつと拡充強化されているのであるから、一般の取引関係者において、知事に免許付与の厳正な取扱いと監督権限の迅速な行使を期待することは、当然のことというべきである」と述べている（但し、過失相殺を行っている）ように、取引上の損害といえども自己の努力だけでは危険の回避が困難となつてきているとの認識もあり得るであらう。

（一九九一年一月八日）