

行政指導の不作为責任

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学法科大学院 公開日: 2017-02-06 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 西埜, 章 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/18373

行政指導の不作为責任

Die Staatshaftung für die Unterlassung der Verwaltungsführung

西 埜 章

I 行政指導の不作为の違法性

1 概説

(1) 行政の不作为責任

行政指導の不作为責任は、行政の不作为責任の一部である。行政の不作为責任とは、行政の違法な不作为によって国民に生じた損害に対する国・公共団体の損害賠償責任である。国家賠償法（国賠法）1条1項の「公権力の行使」には不作为も含まれるから、行政の不作为が違法で、それが職務を行うについてのものであり、公務員の故意・過失が認められれば、国・公共団体は国賠責任を負わなければならない。行政の不作为責任については、すでに判例・学説はほぼ出揃っており、現在は、その理論的整理・分析の段階にある⁽¹⁾。

(2) 行政の不作为の類型

行政の不作为にはいくつかの類型があり、それぞれについて責任の有無が問題となる。行政の不作为の類型については、文献においては、直接打撃型タイプ（許認可や手続上の行為の留保・遅延等の場合）と危険管理責任型タ

イブ（損害の直接の原因は自然現象や第三者の作為等であり，国が損害の発生を防止すべきであったと考えられる場合）に分けるもの⁽²⁾，申請に応じないという不作為と規制権限不行使に分けるもの⁽³⁾，申請に対する不作為，規制権限の不行使，給付行政における不作為，の3つに区分するもの⁽⁴⁾，などがある。これらの区分方法を参考にして，ここでは，①処分の留保・遅延，②検察官の不起訴，③規制権限の不行使，④その他の不作為，に分けることにする。「その他の不作為」の例としては，土地区画整理仮換地事件（裁判昭和46・11・30民集25巻8号1389頁）や行政指導の不作為事件を挙げることができる。行政指導の中には，事実上は規制の性質を有するものが少なくないから，その不実施を規制権限の不行使の中に含めてもよいが⁽⁵⁾，本稿では「その他の不作為」として区別しておくことにする。ここでは，これらの不作為のうち，④のうちの行政指導の不作為について考察する。

行政指導の不作為が違法となり得るか否かについては，これを否定する見解も有力であり，否定的な裁判例もある。しかし，多数説は，一般論としては，条理上行政指導の作為義務が発生し得ることを肯定しており，裁判例においても，一定の場合には，例外的に条理上行政指導をなすべき義務が生ずる，とされている。

2 判例の動向

(1) 肯定的裁判例

行政指導の不作為が違法となり得ることを明言した裁判例としては，熊本水俣病第3次第1陣訴訟の熊本地判昭和62・3・30（判時1235号3頁）が著名である。同判決は，「行政庁が行政指導するか否かは自由裁量行為であつて法的義務があるわけではないが，……強大な権限を背景とし企業等に対し影響力を行使しうる行政庁は，前記5要件に該当するような緊急事態にあつては，これに即応し適切な行政指導をなすべき義務が発生するものというべく，右義務を怠り，国民の生命，健康に対する重大な危害の発生を防除しなかつたときには，行政庁が国民から付託された責務に違反し，右違反は作為

義務違反となることもありうる」と判示している。そこでいう5要件とは、作為義務の成立要件における5要件のことである。同判決は、このような考え方に基づいて、水俣湾内の魚介類を捕獲・販売しないよう強力な行政指導をすることにより、また、水俣工場廃水の浄化装置の設置、廃水の排出停止等を強力に行政指導することなどにより、各規制権限行使の実効性を高めることができたはずである、と述べている。C型肝炎訴訟の福岡地判平成18・8・30（判時1953号11頁）も、「厚生大臣は、再評価の結果を待つまでもなく、本件非加熱フィブリノゲン製剤の製造、販売業者である被告会社らに対し、緊急安全性情報を配布するよう被告会社らに行政指導すべき義務があった。ところが、厚生大臣は、これらを怠った職務上の義務違反があり、国賠法上、違法というべきである」として、行政指導の不作为を違法としている。

裁判例の中には、結論においては行政指導の不作为の違法性を否定したが、一般論としては、不作为が違法となり得ることを肯定したものが少なくない。クロロキン第1次訴訟の東京高判昭和63・3・11（判時1271号3頁）は、法令上直接の根拠規定を欠く行政指導は行政庁の裁量に委ねられており、その不作为が厚生大臣の義務の懈怠となることは原則としてないとしながらも、「医薬品に関し国民の健康に被害を及ぼす危険性が顕著となり、同様な場合に、従来の例によれば厚生大臣は適切な指導、勧告をしてきており、同種の措置をとることが当然期待されるようなときに、それにもかかわらず厚生大臣が何らの対策をとらず、放置しておくことは、前記のような厚生大臣の国民の健康保持の目的のために適切な行政措置をなすべき責務にもとるものであって、状況如何によっては、厚生大臣が製薬業者に対し被害回避のため必要最少限度の指導、勧告をなすとかその他適切な行政措置をとることが、例外的に、その権限ないしは国民に対する義務ともなり、それを怠るときは損害賠償義務を負うこととなるものというべきである」と判示している。水俣病東京訴訟の東京地判平成4・2・7（判時臨時増刊平成4・4・25号3頁）は、行政指導をしないことが行政庁の義務の懈怠となることは原則としてはないとしながらも、およそ行政庁に行政指導をなすべき作為義務が発生すること

があり得ないかは、さらに検討を要する問題であるとしたうえで、「極めて限定された状況がある場合」には、当該行政庁が関係者に対し被害回避のための必要最小限度の指導勧告をし、あるいはその他適切な行政措置をとることが、国民に対する義務ともなり、それを怠ったがために当該国民に損害が発生したときは国賠責任を負うことになる、と述べている。新潟水俣病第2次訴訟の新潟地判平成4・3・31（判時1422号39頁）も、きわめて例外的に条理上行政指導をなすべき義務が生ずることを認めている。水俣病京都訴訟の京都地判平成5・11・26（判時1476号3頁）も、行政指導が法的義務化することは原則としてないとしながらも、「行政指導は、時々変化する現実社会に対して行政を臨機応変に対応させる手段となり得ることや事実上の権力的処分に準ずる効果が期待できる等から、硬直化する法令によって救済できない新しい問題、とりわけ新しい人権侵害の発生に対処しうる手段として広く国民から期待されている」と述べている。登録貸金業者に対する財務局の監督権限不行使事件の大阪地判平成9・10・17（判時1641号103頁）、同種訴訟の大阪地判平成10・12・22（判時1691号117頁）も同趣旨である。

そのほか、熊本水俣病第3次第2陣訴訟の熊本地判平成5・3・25（判時1455号3頁）は、行政指導の不作为が違法になり得ることを認めているが、本件においては、行政庁が有効適切な行政指導をしなかったとは評価できない、としており、同じく水俣病関西訴訟の大阪高判平成13・4・27（判時1761号3頁）も、行政指導の不作为が違法となることがあり得ることを認めているが、水質二法や熊本県漁業調整規則上の規制権限不行使の違法性を認めためたために、行政指導の不作为責任については判断する必要がない、としている。

(2) 否定的裁判例

これに対して、同じく水俣病訴訟であっても、否定的な裁判例もある。水俣病関西訴訟の大阪地判平成6・7・11（判時1506号5頁）は、行政指導の不作为が国賠法1条1項の適用上違法となるのは、当該公務員が個別の国民に対する関係において行政指導をすべき職務上の法的義務を負担していた場合

である、としたうえで、「法律の根拠に基づかない行政指導についてみると、右行政指導を実施することが個々の国民に対する関係において公務員の職務上の法的義務となることはあり得ない。一般に、法令の根拠に基づかないでなされる行政指導を安易に認知し、その実効性の確保を前提に、これを奨励することは、法の支配の原則に抵触する危険もあるし、行政指導をするかどうかは、行政機関の公益的見地に立った政治的、技術的裁量に委ねられているから、行政当局が、行政指導をしなかったことにより政治的責任を負うのはともかくとして、損害賠償責任を負うことはない」と判示している。

3 学説の動向

行政指導の不作为が国賠法1条1項の適用上違法となるか否かについて、文献においては、消極説と積極説の対立がみられる。ただ、消極説といえども、全面的に否定するものではないし、積極説といえども無条件で肯定するものでもない。したがって、両説の対立は相対的なものであるが、ここでは一応の傾向を示すために、消極説と積極説の対立として描いておくことにする。

(1) 積極説

多数説は、一般論として、条理上、行政指導の作為義務が発生し得ることを肯定している。代表的所説としては、「行政が日頃業界に対してしている行政指導は協力を求める任意的なものではなく、許認可権や補助金配分権を背景とする強力な・半強制的なものであるのが実態である。そこで、いざ事件が起きてなぜ行政指導をしなかったかと問われるとき行政指導の建前論に逃げ込もうとするのは不正義である」との見解⁽⁶⁾、「行政指導が現実に実効性をもつ場合は多く、実際には、緊急事態における行政指導への期待には大きなものがある。私人間においても、不作为による不法行為の前提となる作為義務は、必ずしも法令上のものに限らないのであり、国民の生命、健康を保護する責務を負う行政機関が、前掲東京地判平4・2・7が掲げるような要

件のもとで、条理上、行政指導の作為義務を負うことは肯定してよいと思われる」との見解⁽⁷⁾、「行政指導は相手方の営業の自由等との関係では慎重になされるべきであるが、規制権限の不行使が行政庁－被規制者－国民という三面関係を主に問題とするものであることに鑑みれば、事実上の効果を有する行政指導によって利益を受ける国民の利益も考慮する必要がある、特に行政指導が時々刻々と変化する社会における新しい人権侵害に対処する手段として広く国民から期待される面があることからすると、国民の生命、健康が問題となる緊急事態においては、行政指導の作為義務が認められて然るべきであろう」との見解⁽⁸⁾、などがある。

(2) 消極説

これに対して、消極説としては、次のような所説がある。すなわち、法令の根拠に基づかないでなされる行政指導については、政治的責任を負うことはあるにしても、損害賠償責任を負うことはないとしたうえで、行政指導はあくまで任意、自発的な協力、同意を期待するものであるから、具体的な場合、相手方がこの行政指導に任意、自発的に応じたであろうというフィクションが必要になるが、このフィクションの証明は困難であるとして、「法令の根拠に基づかないでなされる行政指導をしなかった場合、その不作為を違法として損害賠償責任を負わずには、理論的にも、実際的にも幾多困難な問題がある」と説く⁽⁹⁾。

4 考察

判例・学説の多くは、一般論としては、条理上、行政指導の不作為が違法となり得ることを認めている。しかし、裁判例の中には、結論において行政指導の不作為の違法性を否定しているものも少なくない。そこでは、行政指導の不作為が違法となり得る場合があるとはされているが、それは「きわめて限定された状況の場合」とされており、このような視座が消極的結論を導いている。

行政指導は、一般に、直接法令上の根拠に基づかない任意の手段であるから、不作为の違法性が肯定される場合が限定されることは当然である。しかし、一般論としてその不作为が違法性を帯びることがあり得ることを認めておきながら、結論においてほとんど違法性を否定するということは、単なるリップサービスではないかとの疑問を禁じ得ない。前掲各訴訟の事実関係を子細にみれば、行政指導の不作为の違法性が肯定されてよい場合が少なくないように思われる。

II 行政指導の不作为が違法となる要件

1 概説

行政指導の不作为が違法となり得るとしても、次に、具体的にどのような場合に違法となるのかが問題となる。行政指導の不作为が違法となる要件については、これまであまり論議されてこなかった。規制権限不行使の場合の作为義務成立要件と同様に考えてよいかどうかが問題である。判例・学説はまだ十分煮詰まっていない段階にある。前述の積極説・消極説の対立は、この要件の捉え方に密接に関係してくる。

2 判例の動向

(1) 規制権限不行使の例による裁判例

裁判例の多くは、広狭の差はあるものの、行政指導の不作为が違法となり得ることを認めている。その場合の違法となる要件については、例えば、熊本水俣病第3次第1陣訴訟の前掲熊本地判昭和62・3・30は、「前記5要件に該当するような緊急事態にあつては、これに即応し適切な行政指導をなすべき義務が発生する」として、規制権限不行使が違法となる場合と同様の5要件（①危険の切迫性、②予見可能性、③回避可能性、④補充性、⑤国民の期待）を挙げている。

(2) 規制権限不行使の場合よりも厳しい要件を掲げる裁判例

これに対して、規制権限不行使の場合よりも厳しい要件を掲げている裁判例がある。水俣病東京訴訟の前掲東京地判平成4・2・7は、「極めて限定された状況がある場合」として、①国民の生命・身体・健康に対する差し迫った重大な危険が発生していること、②これに適切に対応するための法令がなく、それに対応するための新たな立法措置を待っているのは危険が現実化するおそれが濃厚であるという事態があること、③組織規範上の所掌事務からみて関係者に対して被害回避のための行政指導をなし得る立場にある行政庁がこの事態を認識したこと、④行政庁が合理的根拠を示して被害回避のための一定の行政指導をしたならば、関係者においても通常それに従うであろうと推測することができる事情があること、⑤そのような行政指導をすることを行政指導の相手方以外の国民においておしなべて期待しているとみられる状況があること、挙げたうえで、「法令の根拠に基づかない行政指導の場合は、条理によって超法規的に行政指導をなすべき作為義務が生じるのであるから、その要件をいわゆる規制権限の裁量権が収縮するための要件と同一に論じることにはできず、そのような作為義務が生じるのはまさに前記のような限定された状況がある場合に限られるべきである」としている。水俣病京都訴訟の前掲京都地判平成5・11・26は、①国民の生命・身体・健康に対する差し迫った重大な危険が発生していること、②既存の法令では適切に対処できず、かつ、新たな立法措置を待つ時間的余裕がないこと、③所掌行政庁が緊急事態を認識しまたは認識し得る場合であること、④右事態に対処するに当たって行すべき行政指導の内容が明白で、そのような行政指導を国民が期待していること、⑤行政指導に対する相手方関係者の任意の受容が期待できる事態にあること、を挙げている。豊田商事国賠訴訟の大阪地判平成5・10・6（判時1512号44頁）は、通産省の行政指導義務について、「前提としての要件」として、①当該行政指導の対象となる事項がその所掌事務の範囲内のものであり、かつ、これが関係法令等に準拠して行い得るものであること、②当該行政指導が必要にして妥当なものであること、③当該行政指導の対象となる事

業者の任意の同意、協力が見込まれること、④当該公務員が①ないし③の具体的要件充足の事実を認識し、または認識し得ること、を挙げている。

3 学説の動向

学説上は、この問題についてはあまり意識的に論議されていない。規制権限の不行使の場合と分けて考える必要はないとの考えが根底にあるのではないかと思われる。しかし、少数ではあるが、この点に言及している文献もないわけではない。行政指導は行政庁の広い裁量判断に基づいて実施されるもので、その裁量の幅が零に収縮し、不作为が違法となるのはきわめて限られた場合であるとして、「それには、(イ)当該行政分野では行政指導が慣行的に実施され、しかも危険防止に相当の効果をあげてきたこと、(ロ)当該事故が容易に予見でき、いつも通りの指導によって簡単に回避できたと認められること、(ハ)にもかかわらず、今回にかぎり深刻な損害の発生が見過ごされ放置されてきたことなど、よほどの特殊事情が存在しなければならないと考えられるからである」と説くもの⁽¹⁰⁾、あるいはまた、水俣病東京訴訟の前掲東京地判平成4・2・7が行政指導の作為義務成立要件を規制権限行使の場合よりも厳しく捉えていることに注目して、「行政指導のほうが規制権限よりも行使が容易であるにもかかわらず、行政指導の作為義務成立要件のほうが厳格であることに疑問が提起されることもあるが、作為の容易性と作為義務成立の容易性は必ずしも一致しない。すなわち、行政指導をすることが容易であっても、法的に拘束力のない行政指導により結果を回避できるとは限らないのであり、危険管理責任との関係においては、いかに行使が容易であっても、結果回避につながらない行政指導の作為義務を論じても意味がない。したがって、行政指導の作為義務を論ずるためには、行政指導が実効性を持ち、行政指導の遵守を確保することが可能であったと認められることが必要になる」と説くもの⁽¹¹⁾がある。

4 考察

行政指導の不作为が違法と評価されることがあり得るとしても、行政指導の作為義務の成立要件をどのように捉えるべきかについては、規制権限不行使の場合以上に困難な問題である。上記の裁判例を概観すれば、規制権限不行使の場合と同じ要件を挙げるものと、それよりも厳格な要件を挙げるものとの差を認めることができる⁽¹²⁾。

規制権限不行使の場合とは異なる面があるものの、ここでも裁量権収縮論的な考え方が妥当するものと思われる。規制権限不行使の場合の前記5要件が充足されれば、条理上、行政指導の作為義務が発生するものと考えてよいであろう。規制権限不行使の場合と行政指導の不作为の場合とで、それほど顕著な差があるとは思われない。

水俣病東京訴訟の前掲東京地判平成4・2・7は、「法令の根拠に基づかない行政指導の場合は、条理によって超法規的に行政指導をなすべき作為義務が生じるのであるから、その要件をいわゆる規制権限の裁量権が収縮するための要件と同一に論じることはできない」としている。これは、同判決が「行政指導は法的強制力をもつものではないとはいえ、事実上の強制的要素を伴うのが通例であるから、相手方の営業の自由等にも十分に配慮した上で慎重になされるべきであって、行政指導をなさないことが行政庁の義務の懈怠となることは原則としてはないというべきである」として、行政指導の不作为の違法性についてきわめて消極的な立場に立っているためである。そして、このような立場に立ったうえで、「通産大臣に被告チツソに対し工場排水を停止するよう行政指導をすべき作為義務が生じるような前示の限定された状況にあったかの問題としては、これを否定的に解さざるを得ない」との結論を導いている。しかし、国民の生命・身体・健康に対する差し迫った危険が認められる場合に、このような消極的な考え方では、一体行政指導がなされる場合とはどのような場合であるのか、「極めて限定された状況がある場合」とは具体的にどのような場合を指すのか、大いに疑問となるところであろう。

Ⅲ 行政指導の不作为と損害との因果関係

1 概説

行政指導の不作为と損害との間に因果関係がなければならない。しかし、行政指導は法令上に根拠がないのが通例であり、相手方に対して強制力をもつものではなく、それに従うか否かは相手方の任意によるものであるため、行政指導の不作为と損害との間に因果関係があるか否かが問題となる。上述の「行政指導の不作为が違法となる要件」で掲記した裁判例の一部が示しているように、因果関係の問題は、行政指導の不作为が違法となる要件として扱われることもある。

被告国・公共団体は、しばしば行政指導の不作为と損害との間に因果関係がないとして、損害賠償責任はないと主張してきた。これに対する裁判例は、因果関係の存在を否定したものと肯定したものに分かれている。

2 判例の動向

(1) 否定的裁判例

新潟水俣病第2次訴訟の前掲新潟地判平成4・3・31は、行政指導の非権力性・任意性を説明した後に、「行政指導が行われたならば相手方がこれに従い、そうすれば損害が発生しなかったという関係がなければ、行政指導の不作为と損害との因果関係が認められない」としたうえで、結論として、被告昭和電工がこれを受け入れる余地はなかったものと推認できることを理由にして、因果関係を否定している。水俣病関西訴訟の前掲大阪地判平成6・7・11も、「工場排水規制は、結局被告チッソの営業活動の停止を求めるものであり、排水規制の行政指導が受け入れられるような関係にはなかった。行政指導の効果は、前述のような専ら相手方の任意の同意又は協力によって生ずるものであり、事実上相手方に強制を加えることはできないから、行政指導をしても、被告チッソがこれに従った措置を採ることが期待できない状況にあった

本件では、原告ら主張のような行政指導をしていれば、原告らに水俣病罹患の結果は生じなかったという関係にはない」と判示している。水俣病東京訴訟の前掲東京地判平成4・2・7が、「通産大臣が被告チツソに対し、有機水銀を除去できる排水浄化装置を設置するよう指導したり、閉鎖循環方式の採用により排水を工場外に排出しないよう指導したとしても、被告チツソにおいてこれに従うであろうと推測できるような状況にはなかったのであるから、通産大臣にそのような行政指導をすべき作為義務が生じるような状況にあったとは言いがたい」と述べているのも、これに近いものといってよい。

(2) 肯定的裁判例

これに対して、因果関係を肯定した裁判例も少なくない。福岡スモン訴訟の福岡地判昭和53・11・14（判時910号33頁）は、被告国が、厚生大臣がキノホルム剤の販売中止等の行政指導をしたとしても、その製造・販売業者らがこれに従ったであろうという主張・立証が原告らにおいてなされていない以上、厚生大臣の権限不行使と原告らのスモン罹患との間には因果関係がない、と主張したことに對して、「日本における行政指導のもつ影響力の強さは半ば公知の事実であり、しかも事が人間の生命・健康の保全に直接響く医薬品に関することであれば、世論の支持を得た行政指導の実を挙げる方法は決して困難ではない（例えば製造・販売業者らにキノホルム剤の危険性を説明し、販売中止を勧告するだけでも実効は期待できるし、それを公表することによりそれは事実上完璧な効果をあげうるであろう。）こと等に思いを致すと、行政指導の不実施と原告患者らのスモン罹患との間に因果関係が存在するとの事実上の推定をすることが可能であり、かつ、妥当といわなければならない」と述べている。京都スモン訴訟の京都地判昭和54・7・2（判時950号87頁）が、「被告国は、国がキ剤製品の製造等に許可承認を与えた後、その取消変更等の行政権限を行使したとしてもこれを強制力を以て被告製薬会社らに従わせる根拠がないから行政権限不行使と損害との間に因果関係がないというがその程度の指導力しかない厚生省ならその存在意義が問われる

だけであり、弁論の全趣旨によれば実情はそんなことはないと判断できるのでこの点に関する被告国の主張も採用できない」と述べているのも、ほぼ同趣旨のものといってよい。また、熊本水俣病第3次第1陣訴訟の前掲熊本地判昭和62・3・30は、「通産省等の行政庁は、企業に対し種々の許認可権を有しており、右強大な権限を背景としてなんら規制をなすべき法規が存在しない場合においても、必要とあれば行政指導の名のもとに実質的規制をし、企業等も事実上これを否認せず従うのが通例であるから、右のような強大な権限を背景として企業等に対し影響力を行使しうる行政庁は、前記5要件に該当するような緊急事態にあっては、これに即応し適切な行政指導をなすべき義務が発生する」と述べている。この説示自体は、直接因果関係に関して述べたものではないが、実質的には因果関係肯定に結びつくものである。さらに、C型肝炎訴訟の前掲福岡地判平成18・8・30は、「こうした行政指導は、法律上の強制力はないものの、少なくとも昭和52、3年当時においては、一般的には、製薬会社によって多くの場合に事実上受け容れられ、これに従った成果が得られていたことは、顕著な事実というべきである」と述べている。

なお、クロロキン第1次訴訟の東京高判昭和63・3・11（判時1271号3頁）は、結論において行政指導の不作为の違法性を否定したが、因果関係については、一般論として、次のように述べているのも、この立場に属するものといってよい。すなわち、「我国において、このようないわゆる行政指導は、一般に、法律上の強制力はなくとも、多くの場合に事実上受け入れられ、その趣旨に則った結果が実現されていることは、顕著な事実である。」

3 学説の動向

(1) 積極説

因果関係を肯定する見解としては、水俣病訴訟判決の評釈において、先にも紹介したが、「行政が日頃業界に対してしている行政指導は協力を求める任意的なものではなく、許認可権や補助金配分権を背景とする強力な・半強制的なものであるのが実態である。そこで、いざ事件が起きてなぜ行政指導

をしなかったかと思われるとき行政指導の建前論に逃げ込もうとするのは不正義である」との見解⁽¹³⁾、「チツンが任意に従うとは考えにくかったというのは単なる推測にすぎず、むしろ、強力な行政指導をしていればそれに従ったであろうと推測することも可能であろう」との見解⁽¹⁴⁾、豊田商事国賠訴訟判決について、「行政指導の必要性が客観的な事実、消費者保護会議の決定によって認められるのであれば、指導の相手方の同意・協力の可能性と関係なくそれを行うべきであろう。相手方の意向に即した行政指導ということに実際の行政指導の性格が表れているともいえようが、法的義務とされるか否かが相手方の同意・協力の可能性の如何によって判断されることは妥当ではない」との見解⁽¹⁵⁾、これまでの行政指導の実際をみれば、相手方が行政指導に従うのが通例であるから、相手方の任意の同意・協力を得られる見込みがなかったとの判断は、行政の消極的姿勢の追認であり、単なる憶測にすぎず、行政の消極的姿勢の追認であるといわざるを得ない、との見解⁽¹⁶⁾、などがある。そのほか、「東京スモン訴訟における和解案提示についての裁判所の所見」（東京地裁昭和52・1・17民事34部提示、判時838号29頁）が、「『医薬品の安全性確保』は、まさしく『緊急の課題』であって、それがまず製造・販売業者の本来の義務に属することは当然としても、その自主的規制のままに放置しえないからこそ、『より積極的な業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、一度提訴を受けるや、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、矛盾の甚だしいものというほかはない」と述べているのも、この立場に属する。

(2) 消極説

これに対して、因果関係を否定する説としては、「かりに行政当局に行政指導をすべき作為義務があるとしても、行政指導はあくまで任意、自発的な協力、同意を期待するものであるから、具体的な場合、相手方がこの行政指

導に任意、自発的に応じたであろうというフィクションが必要になる。そうしないと、行政指導の不作为と損害とが結びつかないのである。つまり、行政指導をしていたら、相手方は任意、自発的にこれに応じて一定の行為に出たであろう。そうしたら損害の発生が未然に防止できたというフィクションがなければ、行政指導の不作为を問題にすること自体が無意味である。しかし、このフィクションの証明は困難である」との見解⁽¹⁷⁾がある。この論者は、また、京都スモン訴訟の前掲京都地判昭和54・7・2について、「厚生大臣が行政指導をしたとき、製薬会社が文句なしにこれに従わなければ、医薬品の販売を停止し回収することはできない。⑥の判決（京都地判、筆者注）は、この点について、『その程度の指導力しかない厚生省ならその存在意義が問われるだけであり、弁論の全趣旨によれば実情はそんなことはない』と判断できる』と判示し製薬会社は文句なしに従うことにしているが、まことに粗雑な説示である」と評している⁽¹⁸⁾。この論者は、さらに、前掲の「東京スモン訴訟における和解案提示についての裁判所の所見」に対して、「これだけでは、法律論というより感情論でしかない」と批判している⁽¹⁹⁾。

4 考察

裁判例の中には、上記のように、相手方が行政指導に任意に従うとは考えられなかったことを捉えて、行政指導の作為義務発生要件を充足しないものとして、行政指導の不作为の違法性を否定するものがある。しかし、これに対しては、文献においては批判的な見解が少なくない。

新潟水俣病第2次訴訟の前掲新潟地判平成4・3・31を評すれば、当時行政指導が果たしていた機能の実態を看過したものといわざるを得ない。当時において国の行政指導に従わない企業がどのくらい存在していたであろうか。なるほど、行政指導に服従するか否かは、相手方の任意であり、これが行政指導の建前ではある。しかし、行政運営の実際においては、行政機関は、行政指導の実効性を担保するために、これまで種々の抑制的措置や誘導的措置を講じてきたのである。このことは、とりわけ昭和30年代から40年代にかけ

て顕著であった。「被告昭和電工もこれを受け入れる余地はなかった」というのは、当時の行政指導の実態を無視した机上の空論というべきであろう。

〈注〉

- (1) すでに20数年前になるが、又坂常人「規制権限の不行使と行政の責任(中)」季刊行政管理研究29号19頁(1985年)が、この点を指摘していた。
- (2) 遠藤博也『国家補償法〔上巻〕』377頁以下(青林書院, 1981年)。
- (3) 阿部泰隆『国家補償法』116頁以下(有斐閣, 1988年)。
- (4) 宇賀克也『国家補償法』154~155頁(有斐閣, 1997年)。
- (5) 古城誠「権限不行使と国家賠償責任」園井和郎編『新・現代損害賠償法講座4巻』279頁(日本評論社, 1997年), 西埜『国家賠償法』93頁(青林書院, 1997年)参照。
- (6) 阿部「水俣病国家賠償認容判決」ジュリ889号24頁(1987年)。
- (7) 宇賀・前掲注(4)176頁。
- (8) 大塚直「水俣病判決の総合的検討(その3)」ジュリ1093号104頁(1996年)。
- (9) 古崎慶長「国と自治体の責任」別冊NBL3号82~83頁(1978年)。なお、同「行政指導と国家賠償責任」同『国家賠償法の理論』74~75頁(有斐閣, 1980年。初出1976年)参照。
- (10) 原田尚彦『行政責任と国民の権利』104~105頁(弘文堂, 1979年)。
- (11) 宇賀「行政介入請求権と危険管理責任」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅲ行政救済法』261頁(有斐閣, 2008年)。同旨, 古城・前掲注(5)279頁, 大塚・前掲注(8)104頁。
- (12) この点については, 大塚・前掲注(8)103~104頁参照。
- (13) 阿部・前掲注(6)24頁。
- (14) 西埜「判批」判評403号7頁(1992年)。
- (15) 正田彬「豊田商事事件と消費者行政」法時66巻4号23頁(1994年)。
- (16) 芝池義一「国の消費者保護行政と国家賠償責任」法時68巻1号51頁(1996年)参照。
- (17) 古崎・前掲注(9)別冊NBL3号82~83頁。なお, 同・前掲注(9)『国家賠償法の理論』75頁参照。
- (18) 古崎「スモン判決と国の責任」判時950号25頁(1980年)。
- (19) 古崎・前掲注(9)別冊NBL3号83頁。