

Title	行政指導と国家賠償法
Sub Title	
Author	金子, 芳雄(Kaneko, Yoshio)
Publisher	慶應義塾大学法学部
Publication year	1983
Jtitle	慶應義塾創立一二五周年記念論文集：法学部法律学関係 (1983. 10) ,p.41- 61
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Book
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=BN01735019-00000001-0041">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=BN01735019-00000001-0041</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 行政指導と国家賠償法

金子芳雄

- 一 序
- 二 判例の類型的検討
- 三 結び

## 一

行政指導とよばれる現象自体は、随分と以前から存在していたであろう。ただし、わが国の行政法学界で注目されたのは、昭和三〇年代末から四〇年代初めの経済的不況期における通産省の勧告操短をめぐっておこった、いわゆる住金問題、出光問題を契機として<sup>(1)</sup>いるようである。そして当時の学者の関心は、「ジュリスト」の座談会記事や、成田頼明氏、塩野宏氏の論文等により代表されるごとく、<sup>(2)</sup>行政指導という現象を鳥瞰的に説明すること、その必要性ならびに法治行政との関連に重点がおかれていたようである。その後このような研究を先達とし、多くの行政法学研究者により、多くの研究成果が発表されてきた。

ついで昭和四〇年代末の第一次石油ショックを契機とし、行政指導と独禁法をめぐる通産省と公正取引委員会の

見解の対立、さらに公正取引委員会による石油製品の元売り会社ならびに同社役員の告発により、刑事事件として裁判所をふくめた行政指導の論争がおこった。昭和四〇年代末のこの事件は、従来、行政法学者のみによる研究——といつてもそれほど過言ではあるまい——から、経済法学者と行政法学者の学際的な研究、あるいは行政法から経済法への重点の推移を招来した。そしてこの石油カルテル事件は、公正取引委員会による告発のおこなわれた前後と、これをめぐる東京高裁の判決のあったとき、この二つをビークとして学界の注目をあびた。<sup>3)</sup>

行政指導は、現在、いろいろ問題点があると指摘されながら、一方において便利な手法として活用されている。法治行政の原則を極めて厳格に解し、行政機関のすべての行為は法律の留保の原則に服するという立場にたてば、行政指導は違法な存在となり、みとめられない。

また伝統的法治行政論よりすれば、国民の権利利益を侵害する行為は、厳格に法律の留保を要求するから、少なくとも規制行政指導は、好ましいものではなかった。

一方、国民の利益を侵害するような事態がおこり、国民がその侵害防止なり、是正を行政にもとめる場合、行政機関は法律の根拠がないとし、新立法が制定されるまで放置しておいてよいのか。現在の輿論は、右のごとき場合に、行政がなんらの措置をとらないと、行政の怠慢とし、行政の責任を追及する傾向にある。法治行政の原則が、行政の専制を防止し、国民の権利利益の確保を窮極の目的とするならば、国民の権利利益が現に侵害されているとき、法律の規定がないから法治行政の建前上、やむをえないことであるとして傍観していることは、果して許されるであろうか。やはり行政の分野には、法律の留保の原則の適用される分野と、法律の優位の原則の下で行政権の責任において行動しうる分野がある。そして法治行政における法律の留保と法律の優位という二原則を、立憲君主制の下における法思想の残滓とし、安易に排斥することもできない。

行政指導は、一種の妥協の産物とし、実用性を中心にみとめられている制度である。また行政指導と、通常、呼ばれているものは多種多様であり、指導方法も非公開、インフォーマルのため、研究対象となる行政指導は、その全体像を正確に把握するのが困難であったり、ジャーナリストにもてはやされる、むしろ特異なものに傾りがちでさえある。このため行政指導の概念定立なり、行政指導の特質を把握することは容易でないので、以下代表的例をあげ、第一章のしめくりとする。

先鞭的な定義として、林修三氏は、行政指導を、「行政機関が、ある行政分野に属することがらについて、法令の執行、適用として、特定の個人、法人、団体等に強権的に命令、強制したり、または、任意的ではあるが、法令の根拠に基づいてそういう者に対し指導、勧告、助言などするのでなく、法令の根拠に基づかないで、行政機関として、このようにしたい、ありたいと希望し、願望するところを、相手方の自発的な協力、同意の下に実行するよう働きかけること」とされる。<sup>(4)</sup>これは、昭和三七年ごろの極めて初期におけるもののためか、その表現は懇切丁寧である。

つぎに成田頼明氏は、行政機関が、当該行政分野につき一般的責務をもつため、「法令の執行、適用」にとどまらずに行動しなければならないことがあり、また法令の根拠の有無で行政指導であるかないかを区別するのは妥当でない<sup>(5)</sup>と、右の定義を批判する。そして「行政指導とは、行政機関が、その所掌事務に属することがらについて、特定の個人、公私の法人・団体等に非権力的・任意的手段をもって働きかけ、相手方の同意または協力の下に、行政機関がかくありたいと望む一定の秩序の形成をめざして、これらの者を誘導する一連の作用をさす」と定義づけられる。<sup>(5)</sup>

また塩野宏氏は、「行政指導とは、行政主体が一定の公けの行政目的を達成するため、行政客体の一定の行為

(作為・不作為)を期待して、それ自体法的拘束力なく行政客体に直接働きかける行政の行為形式」と理解される。<sup>(6)</sup>

さらに昭和四九年第一次石油ショックをめぐる国会の討議過程において、政府は「行政指導とは、国民の権利を制限したり、国民に対し義務を課したりするような法律上の強制力を有するものではなく、行政機関が、それぞれの設置の根拠である法律により与えられた任務または所掌事務の範囲内において、行政の相手方の協力を得て一定の行政目的を実現されるように、一定の作為または不作為を求めて懲慚—誘導することをいう」という見解を示した。<sup>(7)</sup>

このような定義が通説的なものであるとともに、これらは互に共通するところがあり、そこに行政指導の特質を見出すことができる。なおこれらに対し、山内一夫氏は、通説より若干狭い範囲において、行政指導をみとめようとされる。すなわち行政指導を、「一定の行政上の目的を実現するために、行政機関が国民に対して一定の行為をするように、またはしないように指導すること」と定義づける。そしてこの定義のうち、行政機関の積極性、優位性を強調し、法令の解釈の提示、確認的判断の表示、情報の提供という諸行為は、相手方に一定の作為、不作為を求めるという積極性に欠けるため、また行政上の要望は優位性に欠けるとし、それぞれを行政指導の概念から排除する。<sup>(8)</sup>したがって判例等にあらわれる通常の行政指導の概念ないし範囲より、山内氏のそれは狭いことになる。しかし同氏は、行政指導の議論が、法治主義との関係、抗告訴訟の対象、損害との関係における相当因果関係の有無に関連するかぎり、右の諸行為を排除する実益は必ずしも存在しないという趣旨の発言を加えられる。<sup>(9)</sup>

まず行政指導に法令の根拠が必要かという点につき、作用法上の根拠は必要でないということに異論はない。組織法上の根拠につき、前述政府見解はこれを必要とし、学説の多くはこれを必要としないとする。ただし〇〇省設置法のごとき組織法を考えると、その規定に基た抽象的なものがあり、そのような条文の根拠云々といつてても

あまり意味がなく、精々限界を形成するといえるにとどまろう。要するに、法令の根拠の有無の議論は、あまり意味がない。

つぎに行政指導には、法的強制力が伴わない。この意味で行政指導の特質として、任意性が強調されることがある。しかしわれわれが検討の対象とするのは、主として規制の行政指導である。これは一定の行政目的を達成したいがため、行政機関が優位的立場で指導をおこなう。行政機関は、決してどうでもよいことを、物好きでおこなっているわけではない。そうなるとうる目的を達成するため、多くの手段が採用され、そこに何らかの意味で強制性が存在するのは、当然のなりゆきであろう。したがって規制の行政指導には、直接的な法的効果としての強制がないだけで、任意性は特質としてあげられない。そしてこの法的強制がないため、却って、司法救済としての抗告訴訟をおこない難くしている。<sup>(10)</sup>

(1) 住金問題、出光問題などは、甚だ有名であり、特にコメントを必要としないであろうが、これらをめぐる問題については、例えば、川崎博太郎「行政指導の実態―最近の三つのケースに見る―」ジュリスト三四二五―一頁等参照。

(2) 座談会「行政指導の基本問題」ジュリスト三四二二―二頁、成田頼明「行政指導―現代の行政（現代法4）―」一―二頁、塩野宏「行政指導―その法的側面―」行政法講座六卷二―三頁。

(3) ジュリストは、五六六号（昭四九）に「独禁法と行政指導」、七四一―二号（昭五〇）に「問われる行政指導」という特集をおこなっている。

なお東京高裁昭和五五年九月二六日判決のいわゆる石油カルテル生産調整事件（判例時報九八三三―三三頁）、石油カルテル価格協定事件（判例時報九八五三―三三頁）参照。

(4) 林修三「いわゆる行政指導について」行政と経営八号（昭三七）一七―七頁。多分、行政指導に関する定義として、これがはじめてのものである。ただし同氏は、その後「行政機関が、法令の根拠に基づいて、または基づかないで、当該行政機関の任務ないし所掌事務とされている事項に含まれることがらに關し、当該行政機関として公的な立場において、こうありたい、こうしてもらいたいなどと希望するところを、相手方が自発的な同意ないし協力の下に実行するように働きかけること」と修正されている。「行政指導の問題点」自治研修昭和四九年七月号一頁。

(5) 成田・前掲書一三三―三頁。

(6) 塩野・前掲書一八頁。

(7) 糸田省吾「独禁法と行政指導」ジュリスト五六六号二二頁。

(8) 山内一夫「行政指導」六頁以下。

(9) 山内・前掲書二五頁には、「行政指導に関する今後の研究を他の領域（法治行政の關係や抗告訴訟・国賠法等行政救済關係以外の領域：金子註）、とくに行政指導の実効性、行政指導の背景との役割等に向けてとなると、両者を識別することが必要になってくるように思われる」と述べられている。概念的、理論的には右のように行政指導を純化することは正当であろう。しかし司法救済という見地よりすれば、通説と山内氏の見解とは、実益なき区別となる（この点、同氏自らも認められるところであるが）。

(10) 鈴木庸夫「行政指導をめぐる判例の動向」ジュリスト七四一号四五頁は、昭和五五年までの行政指導關係判例の主要なものをすべてを掲げ、概要をしるるため便利。

## 二

行政指導に対する法的救済手段としては、前述のごとく行政指導に法的強制等が直接伴わないため、抗告訴訟による救済を困難にしている。このため国賠法による賠償請求訴訟が重要な意味を持つてくるので、行政指導と国賠法一条の關係を検討する。

古崎慶長氏は、まず行政指導を、(一)法令の根拠に基づいてなされる行政指導、(二)行政機関の権限（許認可、改善命令など）を背景としてなされる行政指導、(三)法令の根拠に基づかないでなされる行政指導という三つの柱をたて、従来の裁判例をこれらの各々に配分する。もっともこのような分類だけでは、賠償請求の対象となった行政指導の具体例を列挙したにとどまる。このため、かりに右の三分類をタテ割りとするれば、ヨコ割りに、(一)行政指導と公権力の行使、(二)行政指導の任意性、(三)行政指導の違法、(四)行政指導と故意・過失、(五)損害との因果關係、(六)損害という見地より右に分類した裁判例をコメントされる。<sup>(1)</sup>

つぎに山内一夫氏は、この問題を(一)公権力性 (二)違法性 (三)相当因果関係の三点にわけ分析される。<sup>(2)</sup>

さらに判例時報のコメント記事では、従来のこの種の裁判例を、判断の内容より分類し、(一)公権力性を否定するもの (二)違法性を否定するもの (三)過失を否定するもの (四)請求を認容するものに分類している。<sup>(3)</sup>

右の諸分類自体は大同小異で、そこに繁簡の差があるにすぎない。また判例を検討するにあたり、第一次的に根拠法の有無により、あるいは多くの教科書の採用する助成的指導と規制の指導に分類し、第二次的にこれらにつき国賠法一条の要件を吟味するという方法もあるう。

しかし本稿の主たる目的は、いかなる事項が、行政指導に対し国賠法適用を拒絶する理由となっているかを探求するにある。このためには、右における第一次分類を省略しても、十分に実用に供しうる。このため、直ちに国賠法一条の要件にもとづいた分類をおこなう。

特定の行政指導をめぐる損害賠償が請求された場合、まず(一)当該行政指導の公権力性が検討され、a 公権力性が否定されれば、他を論ずることなく請求棄却、b 公権力性が肯定されれば、(二)違法性の検討へ進み、a 違法性が否定されれば、請求棄却、肯定されれば、(三)故意・過失の検討へ進む。a 当該行為をなすにつき故意・過失がなければ、請求棄却、b これらのいずれかがあれば、(四)損害の認定へ移る。そして a 具体的に損害が発生していなければ、請求棄却、b 具体的に損害が発生していれば、(五)行為と損害発生との間の因果関係の有無へと進展していく。<sup>(4)</sup> 本稿においては、主として(一)～(四)における各 a に属する問題点および(五)の因果関係否定と、すべての要件をみたし賠償請求認容の事例を検討する。

## (一) 公 権 力 性

行政指導に公権力性があるか。公権力という言葉、文字通り権力的行政と理解すれば、個々の行政指導について、その有無を検討しなければならない。しかし行政指導が、国賠法一条の公権力に該当するかという問題に縮小すると、学説判例の通説的立場にたつかぎり、解決は比較的容易である。すなわち国賠法一条の公権力をめぐって、三つの見解があるといわれている。そして狭義説、広義説、最広義説のうち、広義説が通説と称されている。

この広義説によると、同法一条という公権力とは、純然たる私経済作用ならびに同法二条の対象となる公の営造物の設置・管理を除いた非権力的行政作用ならびに権力的行政作用ということになる。要するに広義説によれば、同法二条が適用されないかぎり、行政作用であれば、なんでも一条に包含されるということになる。

一方、行政指導は、前述の定義などで示されるごとく、行政機関が所掌の行政目的を達成するために、組織法上の根拠ないし権限の範囲内で国民に働きかけるのであるから、行政作用の一種である。そして行政指導が、行政作用であるかぎり、広義説のいう国賠法一条の公権力の行使に該当することになってしまふ。

しかしなぜ公権力という言葉、その言句が持つ本来の意義を否定し、非権力的行政まで拡張しなければならないのか。非権力的行政につき民法の規定を適用すると、現実には都合がおこなえるのか。また救済という見地にたつと、なぜ私経済作用を隔離しなければならないのか。国賠法一条を国・公共団体の一切の作用とする最広義説でなく、広義説にとどまる理由は、果して説得力があるのか。また、非権力的行政作用と行政機関のおこなう純然たる私経済作用とは、果して明確に区別できるのか。机上においては、なお議論の余地はありそうであるが、結論的には、ある説をとり賠償のみとめられる場合は、他の説をとっても、ほとんど例外なく賠償がみとめられる。したが

って適用条文を、国賠法一条と書くか、民法七〇九条と書くかの差異にとどまるため、実用的には目下あまりにつめた議論がなされていない。すなわちかつての判例は、当該行政指導に権力性ないし強制性が存するか否かを熱心に分析した。しかし現在は、国賠法一条につき広義説採用が、判例のほとんど統一された見解であるので、極めて簡単に、当該行政指導は公権力行使の行為に当ると認定してしま<sup>(5)</sup>う。

(二) 違 法 性

現在の不法行為にもとづく損害賠償請求事件では、違法性と故意・過失は区別して考えないのが通例である。換言すれば故意・過失により他人に損害をあたえれば、そこに違法性があるとする。しかし例外的に違法性阻却に該当するような行為の場合、たとえば法令にもとづく行為か否かの場合には、故意・過失と切離して、まず当該行為の違法性の有無を検討しなければならない。そして本稿の目的が、前述のごとく行政指導につき賠償責任の成立を阻害する事由の探求にあるから、行為の違法性を否定する裁判例を検討する。

A 個々の法令の条項との関連で、違法性を否定する場合

【判例①】 東京地判昭和五二年九月二一日（判例時報八八六号一五頁） 本件は、Xがマンション建設のため建築確認申請をおこなったところ、近隣住民の反対がおこった。このため建築主事はXに、近隣住民と話合って了解をえるよう求め、右申請に対し確認することなく、これを放置していた。その後本件土地が高度地区の指定をうけ、確認申請の建物の建設が不可能になった。

建築基準法六条三項によると、確認申請を受理すると、法定期間内に決定をせねばならないが、同条四項は「正当の理由」あるときはその旨通知し、確認を留保することができる」と規定している。そして本件裁判所は、a形式

的理由Ⅱ書類不備、b実質的理由Ⅱ審査事項の複雑多岐等で法定期限内に確認しなくても、正当理由にあたるという。さらにc形式的に応答できても、直ちに応答しないことが法の趣旨目的、社会通念等から相当であると解される特段の事由あるときは、期限内に確認しなくても正当な理由にあたるという。

裁判所はこのような見解を前提とし、「当該建築計画をめぐって建築主と近隣住民の間にいわゆる建築紛争を生じ、これを解決するための関係地方公共団体（あるいは行政庁）の行政指導が行なわれている場合であって、その行政指導が相当と認められる方法により、かつ真摯に行なわれているものであり、しかもこれにより円満な解決が期待できる」場合は、右のcにあたるという。<sup>(6)</sup>

もちろん本件の場合、問題となるのは、確認留保行為であり、建築基準法六条三項違反の当該行為により損害が発生した。しかし右留保行為は、同法六条四項の正当理由に該当し、その違法性が阻却される。したがって本件において、行政指導の適法・違法は直接的問題として登場してこない。しかし本件のキーポイントである正当理由の内容を、本件行政指導が構成している。したがって本件行政指導は、違法なものといえないということになるのである。

【判例②】 東京地判昭和五六年二月二七日（判例時報一〇一三号五一頁） 本件の事実関係を簡単にのべると、以下のごとくである。Xは、マネキン紹介事業を営むA社の代表取締役であるが、新たに人材リース業のB社を設立し、両社を兼業することにした。しかし都労働局職員から、B社の事業内容は職安法四四条の禁止する労働者供給事業にあたるので、B社の事業内容を大幅に変更するか、その実行を断念しないと、A社の営業許可も取消されるおそれがあると勧告された。このためXは、B社を解散し財産的損害をうけたが、現に人材リース業者は存在するし、B社の事業内容は職安法に違反しないから、右の勧告は違法とし、国賠法にもとづく賠償請求をおこなっ

た。

これに対し裁判所は、都労働局職員が、B社の事業内容を職安法四四条に抵触するおそれが強いと判断したことを正当とし、さらにこのような場合行政担当者として通告を発することは、首肯できるとし、本件行政指導の違法性を否定している。

本件原告Xが、計画どおりの事業をおこなえば、職安法四四条違反とし刑罰が科され、あるいは不利益な行政処分がなされるところ、その代替的役割をはたす行政指導だから、違法でない。換言すれば職安法四四条が、本件行政指導の違法性否定の根拠となった例である。<sup>(7)</sup>

B 行政指導の違法性を、より高次の責務により阻却させる事例

【判例③】 東京地判昭和五三年五月二九日（判例時報九三一号七九頁） 本件はマンション建設資材運搬のため、原告Xらが車両制限令にもとづく道路通行の認定を区長Yに求めたところ、附近住民が本件マンション建設反対のため、YはXと住民の間にたち紛争解決の行政指導をなすとともに、同令一二条の要件を充足しているのに、五か月余認定を保留していた。このためXは、本件建物建築工事が遅延し損害を蒙ったとし、その賠償を求めて出訴した。本件につき、裁判所はまず車両制限令一二条の認定には、道路管理者の裁量の余地はないという。そして認定申請を受理した時点で、形式的要件は具備されていたから、速かに認定すべきであり、五か月余を留保するのは違法とする。さらに当該認定にあたり、区道を本件車両が通行するさい、反対住民と建設業者の衝突回避を考慮することは、他事考慮で本来許されないという。このように裁判所は、被告の行為を縷々違法といいつら、最後に反転し、その違法性を阻却する。すなわち、被告は道路管理者であると共に区長である。そして当該地区の秩序の維持と地域住民の平穏を図る責務を負っており、この責務は、車両制限令にもとづく被告の責務に優先する。したがっ

て前者の責務を果すため、本件認定申請留保の措置をとつても、その違法性は阻却されるとする。

なお山田幸男氏は、本件判例評釈のなかで、判旨の理論構成は、少なくとも行政法學上は理解できない……、しかし本件判旨の行政指導に対する新鮮な接近方法については評価するといわれている。<sup>(8)</sup>

この論理を一般化すると、地区の秩序維持と住民の安全保持のため、かなり勝手な行政指導も、その違法性が阻却されることになる。しかしやはりそこに歯止めが必要であり、本件の場合不法行為法における利益の比較衡量論と正当防衛・緊急避難の法理が基礎にあると、山田氏は右評釈で喝破されている。<sup>(9)</sup>

#### C 不法行為法上の見地より、行政指導の違法性を否定する例

【判例④】 京都地判昭和四十七年七月一日(判例時報六九一九号五七頁) 本件原告Xは、京都市の風致区域内にガソリンスタンド建設を計画し、本件用地購入に先立ち市当局に事前相談形式で意見を求めたところ、従来のスタンド形式では許可されない旨指導されたので、同用地の購入を断念した。しかしその後、本件土地に従来形式のスタンドが市の許可をえて建設され、順調な営業を続けている。このためXは、違法な行政指導により、本件土地にガソリンスタンドを建設したときうべき利益を失ったとし、市に対し賠償請求訴訟を提起した。本件判決において、裁判所はまず、加害行為が違法であるかどうかは、被侵害利益の種類・性質と、侵害行為の態様との相関関係から判断し、被侵害利益が強固なものでない場合には、侵害行為の不法性が大きくなければ、加害行為に違法性がないと解すべきであるという一般論を掲げる。そして本件の場合所有権を取得したわけではないから、被侵害利益は皆無、また将来本件土地所有権を取得しうる地位と解しても、この地位は、被侵害利益の前提として強固なものではない。したがって侵害行為の不法性が大きくなければ、加害に違法性があつたとはいえない。そして本件の場合、不親切、不十分な行政指導といいうるとしても、スタンド建設妨害の意図をもつて不十分な指導をしたわけではないか

ら、不法性の大きな侵害行為があったとはいえないとし、本件行為の違法性を否定する。

【判例⑤】 大阪高判昭和五三年九月二六日（判例時報九一五号三三頁） 本件A市は、違反建築物対策として「違反建築に対する給水制限実施要綱」を定め、行政指導の指針としてきた。Xは違反建築物を建設し、建築確認をうけられないまま給水工事新設の申込みをしたところ、担当官は申込の受理を事実上拒絶し、違反部分を是正し、建築確認を受けてから申込みをするよう指導した。

裁判所は、このような市の行為に対し、水道法一五条一項の「正当な理由」に右の拒絶は該当しないから違法と判断する。しかしXの建基法違反は軽微でなく、またXに違反是正の意思のなかったこと、本件建物居住者は入居後他の方法で給水をうけ生命・健康に影響のなかったこと、担当官の措置は行政指導の限界をこえていなかったことを総合的に判断し、水道法一五条に違反するが、不法行為法上の違法といえないと判断した。

右いくつかの行政指導の違法性を否定する例をみてきた。民法七〇九条が、「故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ権利ヲ侵害シタ……」というのに対し、国賠法一条は、「……故意又は過失によって違法に他人に損害を加えた……」と、条文の文言上違法性を強調している。これは、行政行為であれば、公益目的達成のため他人の権利利益を侵害し、他人に損害を与えることが至極当然のこととしてみとめられる。したがって法令の根拠にもとづいた行政行為により損害が発生しても、国賠法上問題はおこらない。根拠法令に違反して行政処分がおこなわれると、はじめに国賠法上問題とすることができる。そしてここではじめて不法行為法上の問題となり、果して不法行為法上違法か否かを検討し、結論が出される。行政指導についても、右と類似の考えが採用され、根拠ないし関連法令違反と不法行為法上の違法、すなわち二重の違法性がここに要求されることになる。

(三) 故意・過失

前述のごとく現代の不法行為法は、違法性と故意・過失を一体的に把握しようとする。しかし本稿の特殊性より、ここで取り上げる問題は、違法であると判断されながら、しかしそこに故意・過失がみとめられないから、同等の賠償責任を否定するという事例である。

【判例⑥】 東京地判昭五一年八月二三日（判例時報八二六号二〇頁） 本件は、銃砲と認定され販売の禁止されていた輸入玩具拳銃に類似した玩具拳銃を、Xが製造販売していたところ、警視庁の担当係官は、これが銃刀法にいう銃砲に該当するとし、製造販売の中止の勧告等の行政指導をおこなった。その後Xの行為は銃刀法違反の疑いがあるとして起訴され、一審有罪、二審無罪の判決の言渡しがあり、判決が確定した。一方Xの会社は本件捜査および訴追等のため、取引上の信用失墜等により営業不振におちいり、遂に倒産した。そのためXは、違法な行政指導ならびにそれにつよく行為により損害をうけたとし、国等に賠償請求をおこなった。

これに対し裁判所は、本件玩具拳銃は銃刀法にいう銃砲に該当しない。したがってXに対し、製造販売の中止を要請した行政指導は違法である。しかし行政指導に先立ち、要求さるべき検討手続を履行しており、また本件玩具拳銃を、銃刀法にいう銃砲に該当すると判断したこと自体、著しく経験則に反したものといえない。従って本件行政指導をなすにあたり、過失があったとはいえないとして、<sup>(10)</sup>

過失責任主義をとり、注意義務につき平均的公務員を想定し、そこで過失があったか否かを判断する建前からすれば、やむをえないかもしれない。また本件は、銃刀法上違法、しかし不法行為法上違法でないといえないわけでもない。

四 相当因果関係

一般に、任意は相当因果関係を遮断するといわれている。このことは私人相互間の関係においては、あるいは妥当するであろう。また典型的な助成指導、たとえば経営指導にしたがった結果損失を招いたとしても、指導にしたがうか否かは、自己の責任において決する事項であり、まさに任意は相当因果関係を遮断する。しかしこのような問題は、本稿の考察順によれば、因果関係を論ずる以前に排除されてしまう事例である。したがって任意性のない行政指導が問題となるから、本稿の場合、任意だから相当因果関係はないでなく、任意でないから、相当因果関係を検討しなければならないという命題になる。

なお相当因果関係を否定した例として、後述（判例㉔）の控訴審判決があるが、類型として上げるのに必ずしも適当でない事例である（後述五九頁註11）。

(四) 賠償請求認容

行政指導に従ったため、損害をうけたとする賠償請求が認容された例をまず挙げてみよう。

【判例⑦】 東京地判昭和五二年一月三十一日（判例時報八三九号二一頁） 本件は、市のおこなうインフルエンザ予防接種を受けた乳幼児が、接種を実施した医師の過失により、脳性麻痺症となり、回復しないまま死亡した事例（大月市インフルエンザ予防接種損害賠償請求事件）である。裁判所は、本件予防接種が勧奨の方法によるとはいえ、被接種者にとり、医師の行為は、一定の行政目的の実現を図るための事実上の強制力をもつ公権力機関の活動、すなわち公権力行使であるという。

つぎに医師は、被接種者の年齢確認という注意義務を怠り、年齢を誤認して多量のワクチンを接種したところに過失がある。

また本件医師は、市の非常勤特別職公務員であるから、国賠法一条にもとづき市に賠償責任のあることをみとめた。

本件裁判所は、公権力行使につき、わざわざ勧奨予防接種における公権力性を明らかにし（公権力のなかには、権力的、非権力的行政の両者が入るといふ、最近多くみられるいわゆる広義説にもとづく説明によらず）、公務員の主観的過失を認定し（もちろん客観化された過失にも本件は、当然に該当）、そして違法性については特別の言及をしていない。また本件は、仮りに国賠法一条が適用されないとすれば、民法七一五条による市か、同七〇九条により医師に賠償責任のみとめられる例であろう。

【判例⑧】 東京地判昭和五四年一〇月三十一日（判例時報九四六号二二頁） 本件は、自衛隊朝霞基地観閲式反対デモ行進につき、進路の関係から埼玉県A警察署と東京都B警察署にデモ行進許可申請書を提出したところ、B署の担当官より埼玉県側の結果がわかってから申請するよう勧告され、書類を返還された。しかし行進主催者は、この勧告を無視し再び申請書を提出しようとしたが、受理を拒否された。このため担当警察官の違法行為により、本件集団行進の中止（東京都部分）と、可否について公安委員会の判断さええられなかったことによる精神的損害の慰謝料を求めて、訴を提起した。これに対し裁判所は、警察署が許可申請書を提出するための窓口機関にすぎないこと、したがって申請書の形式的事項についての助言指導はなしえても、実質的に申請内容に立入って判断し受理を拒否することは公安委員会の任務であり、窓口機関のなしえないところである。したがって申請者が行政指導を拒否して申請書を提出した場合、重大かつ明白な形式上の不備のないかぎり、これを受理する義務がある。しかるに

これを拒絶する行為は、国賠法一条にいう公務員の違法行為に当るから、損害の発生した場合には賠償する責任があるという。

本件について行為の公権力性と故意過失につき、特に言及していない。公権力性は本件の性質上当然とし、また違法があれば当然に過失があるとの考えにより判断された例であろう。

【判例⑨】 熊本地玉名支部判昭和四四年四月三〇日（判例時報五七四号六〇頁） 本件は、Y市が住宅団地の建設を計画、このためXに共同浴場の建設、経営を強力に要請した。そしてその要請は建設位置、面積、施工細目の指導助言をふくみ、かつ工事着手の促進と団地建設計画変更についてのXの危惧の否定等におよんでいた。しかしY市は本計画を僅々実施したのみで中止した。このためXが浴場建設により損害を蒙ったとし、賠償を請求した。裁判所は、建設計画の中止にあたりXの利益を、なんらの代償的措施を講ずることなしに一方的に奪うことは、信義則ないし公序良俗に反し、または禁反言の法理から許されないものであって、違法性を具備するという。そしてY市は故意に因り、違法に他人の利益を侵害するものとして不法行為にあたるとし、法条としては民法四四一条一項と同七〇九条を引用し、「公権力の行使による加害行為としての責任である国家賠償法上の賠償責任でないもの」とみるのが相当であるという。」と述べている。

本件は、行政上の要望ないし行政指導における公権力性を否定し、民法上の不法行為責任とした例である。国賠法一条の公権力行使を狭義的に理解するかぎり、行政指導も裁判所において民法か国賠法を、法適用段階で使い分けなければならないが、いずれにせよ原告は賠償を求めうる。

【判例⑩】 盛岡地判昭和三〇年九月一三日（下級裁判所民事裁判例集六卷九号一九九三頁） 本件は古い例であるが、税務署長が、農協組合員をして農協に税金を納入させ、農協はこれを一括し、農協組合長名義で、税務署その

他収納機関に納付するよう勧奨した。このためXらは所屬農協に税金を現金で払込んだところ、当該農協はこれを  
他へ流用した。このため税務署長は、Xらに督促し、滞納処分手続をとるにおよんだので、Xらは己むなく再び税  
金を納付するとともに、国賠法にもとづく損害賠償の訴えを提起した。

本件は、未だ行政指導につき関心のたかまっていな古い時代の例で、判決の論理に若干理解しがたいところも  
あるが、裁判所の見解は、大体、以下のとおりである。本件勧奨は、納税督促という職務にともなう適法な行政指  
導である。そしてこの行政指導は、単なる勧奨にとどまらず、税務署長と農協、農協と同組合員の間、各々委任  
契約が成立しているとみるべきである。また署長が農協と委任契約をなすに当り、委任内容が他人の税金を取扱う  
という重大事項であるから、少なくとも予め農協の経理状況だけでも調査すべきであるのに、これをしなかった税  
務署長には過失がある。従って、国はその徴税権行使に当る公務員が、その職務執行としての納税督促をなすにつ  
き、過失によって違法にXらに損害を与えたから、これを賠償する義務があるという。

本件の場合、果して納税督促が公権力の行使に当るのかにつき、なんらの説明がない。また過失の認定はおこな  
われているが、違法につき言及なく、過失すなわち違法とみる例に属する。さらにXらに農協に賠償を請求させ  
ず、国とXらとの間に相当因果関係をみとめたところに、本件判決の特色がある。<sup>(1)</sup>

- (1) 古崎慶長「行政指導と国家賠償責任」国家賠償法の理論四七頁以下。
- (2) 山内・前掲書一五九頁以下。
- (3) 判例時報一〇二二五頁。
- (4) この進展過程も、必ずしも本稿の(一)~(四)~(五)の順に検討される場合もありうる。
- (5) 東京地昭五一・八・二三判決(判例時報八二六号二〇頁)——いわゆるコンドルデンジャー事件——では、本件行政指導は強制性を内在するから、公権力の行使に該当するといひ、狭義説的表現をしている。しかし他の例は、強制性とか、任意性をのべることなく、公権力の行使のなかには、国賠法一条適用の場合を除いた非権力行政作用はいるから、本件行政指導は、国賠法一条の公権力行使にあたると、簡単に言ひ

きている。

(6) 本件判決につき、山内一夫氏の評釈がある（判例時報九〇三号一二七頁）。同氏は、そこにおいて、本件行政指導、建築確認留保に反対し、これらを支持する本件判決を厳しく批判する。

また類似事実関係の事例として、東京地判昭五二・一二・一九（判例時報八九四号八二頁）がある。この判決は、建築基準法六条三・四項を訓示規定と解し、かつ、附近住民の同意を確認のための一般的条件とするのは違法、建築主と附近住民の協議不成立が明らかになったときは確認処分をしないと違法、しかし協議進行中、建築主事が確認処分を留保し、双方の協議のあつた活動をおこない、このため建築基準法六条三項に抵触しても、直ちに民事上違法な不作為にならないとする。したがってこの例は、建築主事の確認留保につき要件を明示したことと、個々の法律でなく、不法行為法より行政指導の違法性を否定したものである。

(7) 東京地判昭和五三年一月二六日（判例時報九〇七号七三頁）は、違法建物建設に関する確認申請を受理せず行政指導した例であるが、受理して確認拒絶の代替的役割を行政指導がはたしたものであり、建築基準法により支持された同様の例といえよう。

(8) 山田幸男・本件判例評釈（判例時報九六三号一五四頁） 山田氏は、本件判例を「行政指導をめぐる新型の判例」とし、住民運動認知の一態様とされる。

(9) 山田・前掲一五八頁。

(10) 本件につき千葉勇夫氏の判例評釈がある（判例時報八四一号一二七頁）。同氏は、違法性と過失とは分断されるべきでなく、違法性が認定されたことにより過失が推定されるべきであるとし、同等の賠償責任を否定した本件判決に反対される。

(11) 本件控訴審は、この相当因果関係をみとめず、したがって国の賠償責任を否定した（仙台高判昭和三二年四月二四日）。なお同種事実につき同旨判決として、仙台高判昭和三二年一月二三日（下民集七卷一一号三三三七頁）がある。

### 三

行政指導に、国賠法一条の要件をあてはめた場合について、判決例を中心に眺めてきた。

(一) 公権力行使という点は、最近の判例は広義説を採用する。このため行政指導の強制性、権力性を論ずる必要はない。したがってこの点に関するかぎり、賠償請求の障害になるようなことは、ほとんどない。

(二) 違法性については、本稿においてかなり詳しくのべた。要するに個々の法令により行政指導の違法性が否定

される場合——典型的に(判例①②)や(判例③)——と、たとえ個々の法令により行政指導の違法性が判断されても、不法行為法上違法性の否定される場合がある——典型的に(判例⑤)——。また個々の法令に照らし行政指導の適法・違法を論ずることなく、不法行為法上適否を論じ、結論をたず場合がある——典型的に(判例④)——。

行政指導関連賠償請求に固有の問題というより、一般国賠法上の問題であるが、国賠法上の違法は二重の意味において、賠償請求の障害となる(①個々の法令に適合↓違法性否定↓賠償請求否定、②個々の法令に違反↓違法性肯定↓しかし↓不法行為法上違法性否定↓賠償請求否定)。この点私人相互間の賠償請求と異なった様相を呈する(法令にもとづく行為、業務行為等の場合は、類似した様相となるが)。また右適法・違法の認定において、行政処分と較べ行政指導の場合は、かなり緩和された、そして時には強引ともいふべき解釈態度により適法と断定されることが少なくない。

(三) 故意・過失については、一般的な国賠法の問題とは別に、行政指導関連賠償請求に固有の問題はない。

(四) 違法性と故意・過失の相互関係につき、遠藤博也氏は、①違法性と故意・過失が別個の判断に服する場合

②違法性が過失を推定している場合 ③過失から違法性を推定している場合 ④過失のみで違法性の判断が脱落している場合の四類型をあげられる。<sup>↓</sup>これは一般国賠法の問題であるが、もちろん行政指導関連賠償請求訴訟の場合にも該当する。

(五) 任意は相当因果関係を遮断するといわれるが、これが適用されない行政指導関連賠償請求も少なくない。

(六) 損害について、行政指導関連賠償請求に固有の事例はないようである。

国賠法の事例をみると、この制度の目的よりとか、被害者救済の見地よりとか称し、合目的解釈により、できるだけ賠償請求をみとめようとする傾向にある。たとえば国賠法二条適用事例などは、この傾向を顕著にあらわしている。しかし行政指導関連賠償請求訴訟の場合は、裁判所が行政機関の行政指導に好意的とみられる事例も少な

くない。また、もし行政処分なら、従来の行政法理論より到底許されないのであろう論理を使うことが少なくない。これは立法の不備ないし空白のところに、行政指導が機能するので、公益実現のため、行政機関にとり一種の正当防衛ないし緊急避難のような状態になるため、通常の法論理を超越した論理が使われるのであろうか。

行政指導を争う場合、抗告訴訟に較べ、賠償請求訴訟は、判例傾向として、これをみとめる方向に進んでいるといえよう。しかし現在までに、これを認めた事例——判例⑦⑧等——は、事実関係において極端な例（行政が完全に失敗した例）に限定されている。

（一）遠藤博也「国家賠償法上巻」一八八頁以下。

（昭和五八年五月五日）