

# 国家賠償訴訟における反射的利益について

戸部 真澄\*

- I はじめに
- II 「反射的利益論」
- III 「反射的利益論」への応接
- IV 最高裁判例の分析
- V おわりに

## I はじめに

規制権限不行使の違法を問う国家賠償訴訟（以下、「不作為国賠訴訟」という）では、規制権限を行使すべき作為義務が成立する前提として、原告主張の被害利益（以下、単に「被害利益」ということがある）が、当該規制権限の根拠法規（以下、単に「根拠法規」ということがある）との関係で、反射的利益に当たらないかが問題となる。

この問題をめぐっては、かねて学説上、そもそもこの点が問題となるかも知れ、様々に論じられてきたところであり、判例におけるその取扱いも一様でない<sup>1)</sup>。

また、この問題は、「被害利益が、実体法上、根拠法規の保護範囲に含まれるか否か」の検討を内容とする点で、「法律上保護された利益説」（保護規範説）に基づく、抗告訴訟における第三者の原告適格の認定と同質性を有しており<sup>2)</sup>、近時の原告適格論においては、この問題にとっても興味深い展開が見られる。

---

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第17巻第2号 2018年7月 ISSN 1347-0388

※ 大阪経済大学経済学部教授

- 1) 学説・判例の整理として、西莚章『国家賠償法コンメンタール [第2版]』（勁草書房、2014年）225頁以下を参照。
- 2) 宇賀克也「判解」『行政判例百選Ⅱ [第7版]』（有斐閣、2017年）456頁参照。

そこで本稿は、不作為国賠訴訟における反射的利益の問題について、抗告訴訟の原告適格論も参考にしつつ、学説・判例の現況を今一度整理しようとするものである。

## II 「反射的利益論」

### 1 その内容と2つの要素

「反射的利益」ないし「反射的利益論」という言葉は、論者によって、また、それぞれの文脈において、微妙に異なる意味とニュアンスを持って用いられる<sup>3)</sup>。

ここでは、論ずる対象を明確にするために、不作為国賠訴訟において被告である国等から主張される反射的利益論を取り上げる。

例えば、薬事法に基づく規制権限の不行使が問題となったクロロキン訴訟（東京高判昭63・3・11判時1271号3頁）において、国は、「副作用のない医薬品の供給を受けることによって個々の国民が受ける生命、健康についての利益は、右の規制過程を通して反射的に生ずるものであるであって、薬事法は個々の国民に対し右の利益を直接保護することを目的とするものではなく、したがって同法から、直接国に、個々の国民との関係で、医薬品に関する法的な安全確保義務が生じる余地はない」（傍点部、筆者記。以下、同様）と主張している。

ここには、国賠法上保護される利益を、抗告訴訟において原告適格を基礎付ける「法律上の利益」（行訴9条1項等）と同一のものに限定し（保護範囲限定の要素）、かつ、それに当たらない利益（反射的利益又は事実上の利益）については、賠償責任が成立する余地はない（一律的責任否定の要素）という2点が含意されている<sup>4)</sup>。

以下、この意味での反射的利益論を、括弧付きで「反射的利益論」と表記する。

3) 例えば、原田尚彦『行政責任と国民の権利』（弘文堂、1979年）46～47頁は、反射的利益論は、規制権限の行使によって国民が受ける利益の「すべて」を反射的利益とし、国民からの賠償請求を「問答無用式に排斥」する理論であるとしている。

4) 稲葉馨「国賠訴訟における『反射的利益論』」菅野喜八郎ら編『憲法と行政法』（良書普及会、1987年）612～613頁参照。

## 2 被侵害利益と保護法益の関係

不作為国賠訴訟において、原告は、当該規制権限の不行使によって、自己の何らかの権利利益が侵害されたと主張し、その賠償を請求する。このとき、被侵害利益と根拠法規の保護法益との関係は、概ね以下の3つに分類できる。

第一に、根拠法規が、被侵害利益を個々人の個別的利益として（も）保護している場合（以下、「第一類型」という）。これは、抗告訴訟の原告適格論という保護範囲要件と個別保護要件<sup>5)</sup>をともに満たしている場合であり、抗告訴訟において「法律上の利益」が認められる場合である。

第二に、根拠法規が、被侵害利益を不特定多数の国民一般の利益として（公益に吸収させるかたちで）保護しているものの、個々人の個別的利益としては保護していない場合（以下、「第二類型」という）。これは、抗告訴訟において、保護範囲要件は満たしているものの、個別保護要件は満たさず、「法律上の利益」が認められない場合である。

第三に、根拠法規が、被侵害利益を上記のいずれの意味においても保護していない場合（以下、「第三類型」という）。これは、抗告訴訟において、保護範囲要件を満たさず、「法律上の利益」が認められない場合である。

この分類に即していえば、上記の「反射的利益論」は、第一類型の場合のみ賠償責任が成立する余地を認め、第二・第三類型の場合、被侵害利益は反射的利益であって、賠償責任が成立する余地はないとする理論であると言い換えることができる。

---

5) 小早川光郎『行政法講義 下Ⅲ』（弘文堂、2007年）257頁によれば、「保護範囲要件」とは、被侵害利益が「当該処分に関する個々の立法（個別行政法令）により保護される利益の範囲に含まれるものであること」を要するものであり、「個別保護要件」とは、「その場合の立法の趣旨が、その利益を一般的な公益としてではなく原告ら関係者自身の利益として個別に保護するものであること」を要するものである。

### Ⅲ 「反射的利益論」への応接

#### 1 反射的利益（保護範囲外の利益）という考え方

##### (1) 反射的利益の根拠

本章では以下、上記の「反射的利益論」に対し、学説・判例がどのように応接しているかを検討していくが、「反射的利益論」の採否と区別されるべき問題として、反射的利益という考え方それ自体を認めるか否かという問題がある。これは、原告主張の被侵害利益が根拠法規によって保護されている場合とそうでない場合があり、後者の場合、賠償責任がそれゆえに否定されることがあるという考え方を認めるか否かという問題である。

学説には、規制権限不行使の違法については、作為義務発生の「要件の充足を議論すれば足り」、原告の「何らかの権利の侵害は必要でないし、行政法規が保護の対象としていることも必要でない」として、この考え方それ自体を否定するものがある<sup>6)</sup>。

しかし、国賠法1条1項における違法性を「公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務」（最判昭60・11・21民集39巻7号1512頁）に違反することとして捉える場合（職務行為基準説）、根拠法規が原告の利益と無関係の法益（例えば、他者の利益）を保護している場合には、公務員は原告との関係では当該権限を行使する「職務上の法的義務」を負わないため、権限不行使の違法性を判断するに当たり、被侵害利益と根拠法規の保護法益との関係を吟味することが不可欠となる<sup>7)</sup>。

また、職務行為基準説に立たなくとも、一般に、不法行為が成立するには、「法的保護の対象となる利益」の侵害が必要である<sup>8)</sup>。規制権限はそもそも何らかの法益を保護するために行使されるべきものである以上、権限不行使により原告に何らかの利益侵害が生じたとしても、それが当該保護法益と無関係の場合等

6) 西塾・前掲書注1) 233～234頁。

7) 二子石亮ら「規制権限の不行使をめぐる国家賠償法上の諸問題について——その1」判タ1356号14頁、鳥取地判平26・5・28判自394号100頁参照。

8) 最大判昭63・6・1民集42巻5号277頁、最判平3・4・26民集45巻4号653頁等参照。

には、「法的保護の対象となる利益の侵害」(＝損害)が存在しないこととなるから、この点の判別のため、根拠法規の保護法益との関係で被侵害利益を評価することが必要となる<sup>9)</sup>。

もともと、被侵害利益が「法的保護の対象」であるか否かは、憲法や条理等を含む全法秩序に照らし、被侵害利益それ自体に着目して評価すべきであって、根拠法規の保護法益との関連で評価することは論理必然でないとも考えられる<sup>10)</sup>。しかし、その場合、仮にその意味での「法的保護の対象となる利益」の侵害(＝損害)が認められるとしても、それが根拠法規の保護法益と無関係の場合には、規制権限不行使と当該損害との間に、損害賠償の範囲を画する意味での相当因果関係がないことに帰着するから、賠償責任の成否を判断するに当たり、やはり根拠法規の保護法益との関連性を断ち切ることはできない<sup>11)</sup>。

以上のことから、学説・判例の多数は、不作為国賠訴訟においては、賠償責任の成立を判断するに当たり、原告主張の被侵害利益が、根拠法規の保護法益に照らし、法的保護の対象となる利益に当たるか否かの評価が必要となり、その結果、たとえ侵害されても、国賠法上、原則として賠償責任が成立しない利益(以下、括弧なしで反射的利益又は「保護範囲外の利益」という)が存在しうることを認めている<sup>12)</sup>。つまり、反射的利益という考え方それ自体は、広く認められているといえる。

最高裁も、捜査等の不作為についてであるが、「被害者又は告訴人が捜査又は公訴提起によって受ける利益は、公益上の見地に立って行われる捜査又は公訴の提起によって反射的にもたらされる事実上の利益にすぎず、法律上保護された利益ではない」(最判平2・2・20判時1380号94頁)としており、国賠訴訟におい

9) 塩野宏『行政法Ⅱ [第5版補訂版]』(有斐閣、2013年)311～312頁、宇賀克也『行政法概説Ⅱ [第6版]』(有斐閣、2018年)454～455頁参照。

10) 遠藤博也『国家補償法(上巻)』(青林書院、1981年)172～173頁参照。

11) 本多滝夫「行政救済法における権利・利益」磯部力ら編『行政法の新構想Ⅲ』(有斐閣、2008年)234頁参照。

12) 芝池義一『行政救済法講義 [第3版]』(有斐閣、2006年)263頁以下、阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』(有斐閣、2009年)504頁、塩野・前掲書注9)311～312頁、宇賀・前掲書注9)454～455頁、桑原勇進『環境法の基礎理論』(有斐閣、2013年)292頁以下、中原茂樹『基本行政法 [第2版]』(日本評論社、2015年)406頁等参照。

て反射的利益が存在することを認めている<sup>13)</sup>。

## (2) 反射的利益の種類

具体的にどのような場合に反射的利益とされるのかについて、下級審判例を整理すると、概ね以下の3つに分類できる。

第一に、根拠法規が純粋な「公益」を保護法益とし、原告を含む国民の権利利益の保護に向けられていない場合である。例えば、東京地判昭44・12・25(判時580号42頁)は、通産大臣による綿スフ織物業者に対する監督権限について、同権限は「国民経済の発展に資するという国家的目的」に向けられたものであり、「法令を遵守している正規業者の経済的利益」は、その行使によって生じる「反射的利益」であるとしている<sup>14)</sup>。

第二に、根拠法規は国民の権利利益を保護法益としているが、原告が当該保護される集団に含まれていない場合、言い換えれば、「他者の権利利益」を保護法益としている場合である。例えば、大阪地判平6・7・11(判時1506号5頁)は、労基法に基づく使用者に対する各種規制権限について、「労働者の保護」を目的としたものであるから、同権限の行使により確保される「労働者以外の付近住民の生命、健康」に係る利益は「事実上の利益」に過ぎないとしている<sup>15)</sup>。

第三に、根拠法規は原告を含む国民の権利利益を保護法益としているが、原告が主張する権利利益がそれに含まれていない場合、言い換えれば「他の権利利益」を保護法益としている場合である。例えば、東京地判平24・2・7(判タ1393号95頁)は、水濁法等に基づく規制権限について、国民の「健康被害」の防止等を目的としたものであり、その「財産的利益」は規制権限の行使により生

13) その他、最判昭43・7・9判時529号51頁、最判平17・4・21判時1898号57頁参照。

14) その他、福岡高判昭53・7・3判タ370号107頁(a.保護法益：銀行業務の適正等、b.被害利益：銀行による手形の決済を信頼して融資した者の経済的利益)、大阪地判平6・7・11判時1506号5頁(a.漁業生産力の発展等、b.国民の生命・身体の安全)、鳥取地判平26・5・28判自394号100頁(a.交通の安全、b.自動車運転代行業者の経済的利益)等。

15) その他、神戸地判平24・8・7判時2191号67頁(a.保護法益：労働者の健康、b.被害利益：周辺住民の健康)、東京地判平24・12・5判時2183号194頁(a.労働者の安全等、b.一人親方の安全等)等。

じる「事実上の利益」に過ぎないとしている<sup>16)</sup>。

こうしてみると、下級審判例が反射的利益としている事案は、被侵害利益が根拠法規の保護法益と無関係の事案であるということが出来る。そこにおいて、被侵害利益は、公益に吸収されるかたちにおいてさえ保護されていない（＝抗告訴訟の原告適格論に引き直していえば、保護範囲要件さえ充足していない）のであって、上記Ⅱ 2の類型では第三類型に該当する事案である。

学説が、「一定の場合に反射的利益が存在することは認めざるを得ない」といったニュアンスで例示するものも、競業者の経済的利益等、第三類型に属するものを専ら想定しているように思われる<sup>17)</sup>。反射的利益という考え方について、「その射程はあまり大きくはない」<sup>18)</sup>といわれる所以である。

### (3) 反射的利益と「反射的利益論」

以上のように、学説・判例の多数は、反射的利益が存在することを認めているが、これによって直ちに学説・判例が「反射的利益論」（上記Ⅱ 1）を採用していると考えることはできない。

即ち、「反射的利益論」は、国賠訴訟においても、抗告訴訟におけるのと同様に、保護範囲を第一類型に限定し、第二・第三類型をその範囲外とするものであり（保護範囲限定の要素）、かつ、保護範囲外とされた第二・第三類型については、一律に賠償責任が成立する余地を認めないものであるところ（一律的責任否定の要素）、以上からは、学説・判例が「第三類型については反射的利益としている」ということが確認されたにとどまるからである。

つまり、学説・判例が第二類型をどのように取り扱っているかについてはまだ手つかずであるし（下記2）、また、反射的利益とされた第三類型について「一律的責任否定の要素」を常に働かせているかについても検討の余地があり（下記3）、これらを確認しなければ、学説・判例が「反射的利益論」に対しどのように

16) その他、高知地判昭59・3・19判時1110号39頁（a. 保護法益：住民の生命・身体、b. 被侵害利益：住民の財産権）等。

17) 前掲注12) 参照。

18) 塩野・前掲書注9) 312頁。

応接しているかを見定めることはできない。

## 2 保護範囲の拡張

### (1) 第一の検討課題

第一の検討課題は、学説・判例上、国賠法上保護される利益の範囲は抗告訴訟において「法律上の利益」が認められる範囲と同一のもの（第一類型）に限定されているか、言い換えれば、第二類型は保護範囲外とされているか、という問題である。

この点、学説・判例は、両範囲は必ずしも一致するとはみておらず、国賠法における保護範囲を拡張的に捉える傾向にある。それには、以下のような3つの構成がある。

### (2) 拡張を認める考え方

#### ① 究極目的論

第一に、根拠法規が直接的には「公益」を保護法益とするものであっても、公益保護の法的仕組みを通じて究極的には（原告を含む）個々の国民の権利利益の保護を目的としていると考えられる場合には（第二類型）、原告主張の被侵害利益は国賠法上保護範囲内にあるとする考え方がある（究極目的論）。

その根拠は、そこにおける公益が、国民の権利利益と無関係のもの（第三類型）ではなく、個々人の「個別的利益の集積」であると考えられることに求められる。このことは、既に阿部泰隆が先駆的に論じてきたところである。曰く、薬事法や食品衛生法等の「目的はいづれも個々人の生命・健康・安全ないしその生活環境の保全とは無関係な一般抽象的な公益ではなく、むしろ、これら個々人の……個別的利益の集積であり、「行政は……国民個々人が被害をこうむらないように活動するものであるから、保護されるべき国民との関係では反射的利益論」は「なりたたない」と<sup>19)</sup>。

下級審判例でも、例えば、東京高判昭63・3・11（判時1271号3頁）は、薬

---

19) 阿部泰隆「行政の危険防止責任」判評232号18頁参照。原田尚彦『行政法要論〔全訂7版・補訂2版〕』（学陽書房、2012年）298頁もほぼ同旨。

事法は「直接個々の国民の衛生を対象とせず、……各種規制（取締り）を通じて、公衆衛生……をはかるといふ建前を採用している」が、「窮極的な目的は、あくまでも国民の生命、身体及び健康に対する危険を防止し、その維持、増進をはかることにあり」、「医薬品を使用する者は、抽象的な『国民』一般ではなく、まさしく国民個人でしかあり得ない」から、同法上の規制によって個々の国民が受ける利益は「国家賠償法上保護される法的利益に当たる」として、国の「反射的利益論」を斥けている<sup>20)</sup>。生命、身体についての利益のみならず、経済的利益についても、同様の考え方がとられることがある<sup>21)</sup>。

しかし、これに対しては、公益の内容が国民の個別的利益の集積であるとなしゆえにそれが個人の利益（私益）となるのか、そこで保護されているのは、個人の利益ではなく、「名前のない公衆」の「抽象的、平均的、一般的な利益」（最判昭53・3・14民集32巻2号211頁）ではないのか、という疑問が提起される<sup>22)</sup>。

これに対しては、例えば法令が「国民の健康」の保護を目的としている場合、健康というものは基本的に「個々の人間」の身体の状態をいうものであるから、そこに「個々の国民の健康」の保護が含まれていると考えるのは当然であるという返答が考えられる<sup>23)</sup>。上記東京高判昭63・3・11（判時1271号3頁）が「医薬品を使用する者は、抽象的な『国民』一般ではなく、まさしく国民個人でしかあり得ない」と述べるのは、この趣旨をいうものと解される。このような見方から出発すると、立法者が、本来的には個々の国民に属するところの「健康」を保護しようとし、その対象を国民一般に等しく及ぼした時に、なぜ個人の利益であることが否定され、公益に「転化」するのか、という逆の疑問が生じる。「国

20) 東京高判平6・9・13判時1505号17頁、東京地判昭62・5・18判時1231号3頁、熊本地判平5・3・25判時1455号3頁等も同様。

21) 京都地判昭58・7・20民集43巻10号1193頁、神戸地判昭61・3・31判時1207号96頁、東京地判平4・4・22判時1431号72頁、大阪地判平5・10・6判時1512号44頁等参照。

22) 桑原・前掲書注12) 294～295頁参照。

23) 最大判平17・12・7民集59巻10号2645頁の藤田補足意見は、都計法が目的とする公益は、「『私益』と対立する『公益』なのではなく、『個々の利益の集合体ないし総合体』としての『集団的利益』なのであるから、そこに『個人的利益』が内含されていることは、むしろ当然」とする。

民の健康」の保護といった時に、国民の健康を害しないような外的環境を公益として保護するということはあるとしても、そのみ<sup>み</sup>を保護していると考える必然性はないのではないか、という疑問である。

そもそも、「国民の健康」等を「公益」と観念する思考は、抗告訴訟の原告適格論、特に個別保護要件に由来するものである。景表法にいう「一般消費者の利益の保護も……、公益保護の一環としてのそれであり、<sup>同法の規定にいう一般消費者も国民を消費者としての側面からとらえたもの</sup>というべきである」という主婦連ジュース事件（最判昭53・3・14民集32巻2号211頁）の判示には、そのような思考が明確に現れている。

少し敷衍すると<sup>24)</sup>、第三者が提起する抗告訴訟は、具体的な損害が未発生段階で（厳密には、具体的な損害の発生とは無関係に）、許可等の名宛人の行動によって自己の権利利益が侵害される危険（具体的な損害との対比でいえば、未だ抽象的なリスク）の回避を求めて提起するものである<sup>25)</sup>。したがって、根拠法規の保護範囲が「国民一般」にわたり、そのリスクが国民一般に等しく広がっている中で出訴を認めることは、抗告訴訟を客観訴訟化することに等しく、また、濫訴も懸念される。

そこで、抗告訴訟においては、原告適格を何らかのかたちで「限定」する必要が生じ、目下、その限定を施す機能が個別保護要件に託されている。個別保護要件は、限定の方法を「法令解釈」に求め、法令が「国民一般」というレベルを超えて、「特定の国民」を保護しようとしているかを問題とする。そして、同要件によるフィルタリングの結果、「特定の国民」の個別的利益とされたものは、出訴可能な「私益」であり、「不特定多数の国民一般」の利益とされたものは、個人の訴権を否定すべく、「公益」として割り切る説明がなされることとなる。

これに対して、国賠訴訟は、既に発生した被害の救済を求めるものであるから、客観訴訟化や濫訴の懸念はそもそも問題とならず、個別保護要件が必要となる前

---

24) 以下の記述については、山本隆司『行政上の主観法と法関係』（有斐閣、2000年）358～359頁、芝池・前掲書注12）264頁、宇賀克也「行政介入請求権と危険管理責任」磯部力ら編『行政法の新構想Ⅲ』（有斐閣、2008年）258～259頁、阿部・判評232号18～19頁、中原茂樹「規制権限の不行使と国家賠償責任」法教383号27～28頁等を参照。

25) 最大判平17・12・7民集59巻10号2645頁の藤田補足意見参照。

提を欠く。国賠訴訟では、被侵害利益が根拠法規によって保護されており（保護範囲要件充足）、権限不行使によってまさにその保護法益が侵害されていると原告が訴えていれば、それ以上救済機会を否定する理由はなく、根拠法規がその法益を（原告を含む）特定の国民について個別的に保護しているか、国民一般について包括的に保護しているかという問いは、本質的な意味を持たないように思われる。

その意味では、個別保護要件は、具体的な損害の発生とは無関係に出訴を認める抗告訴訟に固有の訴訟技術的要件ということができ、それに由来する「不特定多数の国民の保護＝名前のない公衆の保護＝公益保護」という図式は、抗告訴訟（しかも、個別保護要件を前提としたそれ）に毒された見方ともいえる。

この点で注目されるのは、近時、抗告訴訟の原告適格論においても、被侵害利益を根拠法規が保護している場合（保護範囲要件充足）、根拠法規は実体法上、当該利益について「直接的な被害」を受けないという利益を個別的利益として保護する「趣旨」を含んでいると解し、個別保護要件によることなく、そのような被害を受けるおそれのある者については、原告適格を認めるという考え方が（再度有力に）提起されていることである<sup>26)</sup>。例えば、主婦連ジュース事件の事案においては、「表示規制の変更によって直接的に被害を受ける者」であれば、原告適格が認められることになる。

このような考え方によるならば、「根拠法規が、実体法上、誰のどのような利益を保護しているか」という、本来、同一の解を持ってしかるべき問いが、抗告訴訟と国賠訴訟とで差異なく理解され、両訴訟は、同一の保護法益に対する事前・事後の救済として整理されることとなる。

## ② 定型的保護法益論

第二に、学説・判例には、被侵害利益の内容・性質上、定型的に保護法益となるものが存在するという考え方があり、そのような法益として、人の生命、身体、

26) 中川丈久「取消訴訟の原告適格について(2)」法教380号102頁以下参照。橋本博之『行政判例と仕組み解釈』（弘文堂、2009年）137頁以下（特に140～141頁）、阿部泰隆『行政法再入門（下）』（信山社、2015年）113頁以下にも、同種の志向がうかがえる。

健康が挙げられている（定型的保護法益論）。

例えば、佐藤英善は、第三類型（競業者の利益等）については反射的利益とすることに一定の理解を示しつつも、「食品・薬害行政におけるように『被侵害利益』が、人の生命、健康にかかわるものである場合には、『被侵害利益』の性質上、そもそも『反射的利益』は問題となりえないように思われる」とする<sup>27)</sup>。下級審判例でも、例えば金沢地判昭53・3・1（判時879号26頁）は、「その固有の法益たる身体そのもの」については「反射的利益にあたらぬ」とする<sup>28)</sup>。これは、被侵害利益の価値に着目した立論である。

もっとも、これが、根拠法規の保護法益を全く無視したものであれば、「権利と利益を混同した議論である」<sup>29)</sup>（＝権利・法律上保護された利益と反射的利益の混同）との批判を免れないが、上記の例は、薬事行政等、根拠法規が、公益保護のかたちであれ、国民の権利利益を保護している第二類型を念頭に置いたものである点に注意が必要である。同様に被侵害利益の内容・性質に着目する大阪高判平25・12・25（民集68巻8号900頁）は、「人の生命、身体、健康……は、行政活動において常に尊重されるべき」とした上で、「当該法令の直接的な保護対象のみに拘泥することなく、その趣旨、目的に照らして、損害賠償における保護範囲を慎重に決するのが相当」として、少なくとも根拠法規の趣旨・目的から離反すべきでないことを注記している。

かくして、定型的保護法益論は、第二類型においては、根拠法規による国民の権利利益の保護の希薄さに、被侵害利益の内容・性質を加味し、国賠法上の保護範囲の認定を緩和しようとするものといえることができる。

そして、抗告訴訟における原告適格論においても、最高裁判例がすでに、原告適格を、根拠法規の定め方と被侵害利益の内容・性質との相関関係において認定しているとの指摘がある<sup>30)</sup>。即ち、中川丈久は、最高裁は原告適格の認定において、人の生命、身体、健康に係る利益とそれ以外の利益という「利益の二分

27) 佐藤英善「食品・薬害公害をめぐる国の責任」法時51巻4号77頁参照。

28) 福岡高判昭61・5・15判時1191号28頁、神戸地判昭54・2・27判タ381号101頁も同様。

29) 桑原・前掲書注12) 293頁。

30) 下記中川の他、橋本・前掲書注26) 37頁以下も参照。

論」を採用し、前者の利益については、「直接的に被害を受ける範囲のもの」との関係においては、「条文上の手がかり」から個別保護要件の充足を詳細に跡づけることなく、法律上保護された利益であるとの「立法者意思の推定」をはたらかせていると論じている<sup>31)</sup>。現に、最大判平17・12・7(民集59巻10号2645頁)の藤田補足意見も、行政庁が「(生命・健康等の)利益に対する重大な侵害のリスクから周辺住民を保護すべき義務」を「負うものではないということが、法律上明確な根拠によって明らかにされるのでない限り、……生命健康等に重大な損害を被るというリスクにさらされている周辺住民からの訴えについては、本来、原告適格が認められて然るべきである」として、同様の推定をはたらかせている<sup>32)</sup>。

法解釈上、こうした「推定」が可能ならば、上記「定型的保護法益論」にも十分な理由があることになろう。

### ③ 基本権保護義務論

第三に、国家は憲法上、国民に対し基本権保護義務を負い、規制権限が、同義務およびこれに対応する国民の保護請求権を具体化する法律に基づくものである場合には、当該権限は、本来的に個々の国民の利益を保護するために行使されるものであり、当該利益は反射的利益には当たらないとする考え方があり(基本権保護義務論)<sup>33)</sup>。憲法13条及び25条から「健康権」を導き、これを保障するための規定であれば、国は当該規定に基づき被害発生防止のための一般義務を個々の国民に対して負っているとする、いわゆる「健康権説」<sup>34)</sup>は、この理論の萌芽として位置づけられる。

下級審判例でも、福岡地判昭53・11・14(判時910号33頁)は、憲法13条及び25条に基づき、「人の生命・健康の保全が国政の中心に据えられるべき」と

31) 中川自身は「利益の二分論」に疑問を呈し、むしろ、人の生命身体・健康以外の利益についても「立法者意思の推定」をはたらかせることを主張している(中川・法教380号103~104頁参照)。

32) 藤田宙靖『行政法総論』(青林書院、2013年)433~434頁も参照。

33) 桑原・前掲書注12)296~297頁参照。

34) 下山暎二『健康権と国の法的責任』(岩波書店、1979年)72頁以下参照。

しつつ、これを「指導原理」として、薬事法に基づく国の医薬品安全性確保義務を導き、国の「反射的利益論」を斥けている。

基本権保護義務論の主唱者である桑原勇進は、上記①・②の構成では、第二類型について「反射的利益論」を否定するに説得的でないとし、基本権保護義務を掲定することによって、第一類型と第二類型について統一的に、そもそも国民が規制権限の行使を要求する権利を有するのはなぜかということを理論的に基礎づけようとしている<sup>35)</sup>。その意味では、基本権保護義務論も、第二類型への保護範囲の拡張を根拠づける構成の一つに位置づけられる。

### (3) 小括

以上を踏まえると、国賠法上保護される利益の範囲については、次のように整理することができる。

根拠法規による国民の権利利益に対する保護を「光」にたとえると、第一類型においては、限定された個々の国民に対しまっすぐ(=直接に)光が向けられており、原告はその中に含まれている。

第二類型においては、光の行く先は「国民一般」であるが、その内実を微細に分け入って見てみれば、やがて個々の国民にたどり着き、その中にやはり原告が含まれている。言い換えれば、光は限定されない個々の国民に対しまっすぐ向けられているのであり、光が原告を含む個々の国民にまっすぐ向けられている点において第一類型と変わるところはない。

これに対して、第三類型においては、光は原告に向けられていない。光の行く先は、原告の権利利益とは無関係の純粹公益や他者の利益等であり、たしかにその保護の有り様によって原告を照らす光も明滅するが、まさにそれは他のものに向けられた光の「反射」に過ぎない。

このように考えると、第一類型と第二類型には同質性が確認でき、これらと第三類型との間には異質性があるといえる<sup>36)</sup>。にもかかわらず、従来、第一類型と第二類型との間の区別が強調されてきたのは、抗告訴訟固有の個別保護要件の

---

35) 桑原・前掲書注12) 294頁以下参照。なお、①又は②の構成を是とするならば、基本権保護義務論は①又は②の構成を理論的に補強するものとして捉えられる。

考え方に引きずられてきたためであり、同要件が必要となる背景を欠く国賠訴訟に、これをそのままトレースする必要はない。

### 3 一律的責任否定の例外

#### (1) 第二の検討課題

「反射的利益論」は、国賠法上保護される利益の範囲を抗告訴訟と同一のものに限定する要素と、保護範囲外の利益（反射的利益）については一律に賠償責任の成立を否定する要素からなる（上記Ⅱ 1）。

上記 2 における検討は前者に関係するものであったが、第二の検討課題は、後者に関わるものである。即ち、学説・判例が、国賠法上保護範囲外とされた第三類型について、「反射的利益であるから、賠償責任が成立する余地はない」として、「一律的責任否定の要素」を常に働かせているか、という問題である。

#### (2) 例外を認める考え方

##### ① 緊急避難的行政行為論

これは、根拠法規の保護規範性が薄い（＝原告の利益を直接的には保護していないが、究極的には保護している）場合、さらには、保護規範性が全くない（＝究極的にも原告の利益を保護していない）場合でも、緊急事態時には行政庁に作為義務が成立するという考え方である<sup>37)</sup>。前者の場合は、究極目的論とほぼ同義となるが、後者の場合は、第三類型についても賠償責任が成立する余地を認めるものとなる。

「犬の捕獲一掃によって受ける住民の利益は、……反射的利益にすぎない」としつつも、野犬による危険が「具体的に切迫」している等の事情の下では、知事等に「野犬を捕獲すべき作為義務」が生じるとする千葉地判昭 50・12・25（高

36) このような見方においては、桑原・前掲書注 12) 293～294 頁は、本来異質な第二類型と第三類型を混同した議論に映る。

37) 沢井裕「国の責任の類型的考察」全国公害弁護団連絡会議編『公害と国の責任』（日本評論社、1982年）86～87頁、同「規制権限不発動と国の責任」法時 57 卷 9 号 10 頁参照。同論の説明として、宇賀克也「水俣病に関する国家賠償責任」ジュリ 1001 号 93～94 頁参照。

民集30巻4号446頁)や、「かかる緊急事態においては、当該法規の直接の保護目的が個々の住民の生命、健康の保護にない場合であっても」行政庁に作為義務が生じるとする京都地判平5・11・26(判時1476号3頁)には、この考え方が明確に表れている<sup>38)</sup>。

これらの下級審判例は、実質的には第二類型の事案であるが、目下の関心では、その場合に究極目的論等を用いて保護範囲を拡張するという論理構成を採るのではなく、緊急事態時には保護範囲外の利益(反射的利益)であっても賠償責任が成立するという構成を採っている点に重要な意味がある。

しかし、法令の範囲外の権限行使を許容するのは、「法律による行政」の原理に照らして問題であり、規制権限が存在しない場合には、条理に基づく行政指導の作為義務や立法不作為の違法の問題とすべきとの批判がありうる<sup>39)</sup>。

## ② 損害の公平負担

これは、「損害の公平負担」という不法行為法の理念に基づき、国賠訴訟における違法性を、「法令のみならず、慣習や条理等をも考慮しながら被侵害利益の種類・性質と、侵害行為の態様の相関関係によって実質的に決すべき」とし(相関関係説)<sup>40)</sup>、「規制権限を定めた行政法規が専ら公益保護を目的としている場合には、個別の国民との関係で、その不行使が国賠法一条の適用上、違法と評価される余地はない」との主張を「失当」とするものである(大阪高判平10・1・29税資230号271頁)。

例えば、行政上の不作為ではないが、宇都宮地判平14・4・25(判例集未登載(LEX/DB28070934))は、犯罪捜査により犯罪被害者が受ける利益は反射的利益に過ぎないとしながらも、「警察が故意又はある意図の下に特定の捜査方法を採用せず、ことさら証拠の収集又は犯人検挙を怠ったと認められる場合」等、侵害行為の態様如何によっては、例外的に賠償責任が成立する余地を認めている。

38) その他、福岡地小倉支判昭53・3・10判時881号17頁、横浜地判昭61・2・28判時1194号103頁等。

39) 宇賀克也『国家補償法』(有斐閣、1997年)177~178頁、桑原・前掲書注12)316~317頁、島村健「判解」『行政判例百選II[第7版]』(有斐閣、2017年)463頁参照。

40) 秋山義昭『国家補償法』(ぎょうせい、1985年)70頁以下参照。

学説でも、稲葉馨は、民事不法行為法における相関関係説を参照した上で、「国賠訴訟においても、被侵害利益との関係で、加害行為の態様、就中、その主観的要因の如何によって責任の成否を論ずる裁判例は決して希有なものではなく」、本稿にいう第三類型においても、「行政が害意をもって殊更に権限の適正な行使を怠ったケース」では、「『反射的利益論』が機能する余地」は「ない」とする<sup>41)</sup>。

もともと、国家賠償制度を民事不法行為法に引きつけ、違法性を独自に評価するこのような考え方に対しては、違法性の相対化による理論的及び（違法性の縮減にも向かいうるといふ）実践的難点も指摘されている<sup>42)</sup>。

かくして、学説・判例は、一定の批判はあるにせよ、緊急事態下や侵害行為の悪質性等が認められる場合には例外的に、反射的利益について「一律的責任否定の要素」を働かせず、賠償責任が成立する余地を認めている。

## IV 最高裁判例の分析

### 1 「反射的利益論」の否定

本章では、上記の様々な考え方に照らして、不作為国賠訴訟に係る最高裁判例を分析する。

まず取り上げるのは、宅建業最判（最判平元・11・24民集43巻10号1169頁）である。

本判決は、宅建業法上の「免許制度」における免許の付与・更新という作為と、業務停止・免許取消しという「監督処分権限」の不作為の国賠法上の違法性を区別して論じている。

それぞれの保護法益について、本判決は、免許制度は「直接的には、……取引の公正を確保し、宅地建物の円滑な流通を図る」ことを目的としたものであり、個々の取引関係者の利益を直接に保護するものではないとする。しかし、それは国民の利益と無関係に公益追求するものではなく、取引の公正確保等は「究極的

41) 稲葉・前掲論文注4) 626～627頁、637頁参照。

42) 藤田宙靖『行政法の基礎理論（上巻）』（有斐閣、2005年）224頁以下参照。

には取引関係者の利益の保護に資する」ものであり、それが法の目的（宅建業法1条）ともなっているという理解が並行して示されている。ここから、本判決は、免許制度については第三類型ではなく、第二類型のものと捉えていると考えられる。

監督処分権限についても、免許制度等の「実効を確保する趣旨に出たもの」であり、基本的には免許制度と同じ目的を共有するものと捉えられている。なお、監督処分権限は、取引関係者への被害が具体的に発生した段階で行使される権限として、免許制度よりも具体的に取引関係者の利益を保護するものとは考えられるが<sup>43)</sup>、それを個別的に保護している旨の言明はなく、本判決が監督処分権限について第一類型のものと捉えているとは言い難い。

したがって、本判決は、免許制度も監督処分権限も、ともに第二類型のものと捉えていると考えられる。

ここで仮に、最高裁が「反射的利益論」（第一類型においてしか賠償責任の成立を認めないもの）を採用しているとすれば、本件が第一類型でないことをもって直ちに賠償責任を否定することができた。しかし、最高裁はそのような論理の運びはせず、監督処分権限の不行使については、それが著しく不合理である場合には賠償責任が成立する余地を認めている。この点、最高裁が、「究極的には取引関係者の利益も保護されているから、賠償責任が成立する余地がある」というかたちで「保護範囲の拡張」をしたのか、「反射的利益であるが賠償責任は成立する余地がある」というかたちで「一律的責任否定の例外」を認めたのかは定かでない<sup>44)</sup>、後者は前者に比べより多くの説明を要する論理構成であり、そのような構成を特段の言及なく採用したとは考えにくい。究極的な目的に言及していることから、どちらかと言えば前者に近いともいえるが、究極的な目的を、賠償責任を肯定するための積極的な要素として挙げているわけでもなく、本判決の論旨はすっきりとは諒解できない。

他方、本判決は、免許の付与・更新という作為の部分については、「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」とするもので

43) 山本隆司『判例から探究する行政法』（有斐閣、2012年）567頁参照。

44) このような二つの読み方があることにつき、山本・前掲書注43）566頁以下参照。

はないことから、「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」としており、「反射的利益論」を採用して賠償責任を否定したかに見える。しかし、本件事案についての当てはめ部分では、免許更新までの苦情件数が1件のみであったことやその対応状況に言及し、その態様を根拠として、免許の付与・更新の適法性を認定しており、全体としては、免許の付与・更新に係る判断に不合理な点がなかったかといった観点から審査をしており、反射的利益であることから直ちに賠償責任を否定しているわけではない（上記判示部分は、免許の付与等が取引関係者との関係で直ちには違法としないとしているだけである）。その意味では、実質的な判断枠組みとしては、監督権限の不行使と同様とも考えられる。

つまり、本判決は、根拠法規の保護範囲を問題とする反射的利益の考え方それ自体は採用しているとしても、第一類型でないことから直ちに賠償責任を否定するという「一律的責任否定の要素」を直ちには働かせず（この点において「反射的利益論」とは一線を画している）、第二類型であっても権限（不）行使が著しく不合理な場合には賠償責任が成立する余地があるとしたものといえることができる<sup>45)</sup>。

## 2 保護範囲の拡張

「反射的利益論」における保護範囲限定の要素を緩和し、第一類型の場合でなくとも賠償責任が成立する余地を認める傾向は、その後の最高裁判決においてより明瞭に現れてくる。

クロロキン最判（最判平7・6・23民集49巻6号1600頁）は、「薬事法が医薬品の製造、販売等について各種の規制を設けているのは、……医薬品の安全性を確保し、不良医薬品による国民の生命、健康に対する侵害を防止するためであ

45) 神橋一彦『行政救済法〔第2版〕』（信山社、2016年）339頁、徳岡治「行政法規の保護範囲と行政権限不行使の違法性」藤山雅行編『新・裁判実務大系第25巻』（青林書院、2004年）489～490頁も同旨。

る」とする。ただ、不良医薬品に対する製造承認がなされた場合に、それに不服を有する国民が製造承認取消訴訟を提起しても、原告適格は認められないであろうから<sup>46)</sup>、ここにいう「国民」は、原告適格論の文脈で個別保護要件を充たす意味での「特定の国民」ではなく、あくまで「国民一般」であると考えられる。したがって、本件は、第一類型ではなく、第二類型の事案である。

その上で本判決は、厚生大臣の薬事法上の権限不行使について、「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」とした。これは、最高裁が、第一類型でなければ賠償責任を認めない「反射的利益論」には立たず、抗告訴訟におけるよりも保護範囲を拡張し、第二類型の事案でも、具体的に被害を受けた原告との関係では、賠償責任が成立する余地を認めたものである。

このような意味での保護範囲の拡張は、いずれも国民の生命、健康の保護に関わる、その後の筑豊じん肺最判（最判平16・4・27民集58巻4号1032頁）、関西水俣病最判（最判平16・10・15民集58巻7号1802頁）、泉南アスベスト最判（最判平26・10・9民集68巻8号799頁）でもほぼ同様に認められる。

これが、抗告訴訟の原告適格論における「利益の二分論」と同質の考慮によるものであれば、「定型的保護法益論」（Ⅲ2(2)②）が採用されたものと見ることができ、<sup>47)</sup>「究極目的論」（同①）<sup>47)</sup>や「基本権保護義務論」<sup>48)</sup>（同③）に即して理解することもまた可能である。

### 3 「一律的責任否定の例外」は認めず

上記の意味での保護範囲の拡張を超えて、最高裁が、上記Ⅲ3(2)のようにして、法令の保護範囲外の利益（反射的利益）に対する権限行使まで認めた例はあるであろうか。

---

46) 阿部・判評232号19頁参照。

47) 第一審判決である東京地判昭57・2・1判時1044号19頁及び控訴審判決である東京高判昭63・3・11判時1271号3頁では、究極目的論の構成が明確である。

48) 桑原勇進「判解」法協114巻6号730頁以下参照。

関西水俣病最判（最判平 16・10・15 民集 58 卷 7 号 1802 頁）は、熊本県漁業調整規則に基づく規制権限の不行使を違法とした「原審の判断は、同規則が、水産動植物の繁殖保護等を直接の目的とするものではあるが、それを摂取する者の健康の保持等をもその究極の目的とするものであると解されることからすれば、是認することができる」としている。

この判示の意義について、本判決は、当該事案での危機的状況を前提として、根拠法規の保護範囲外の権限行使を例外的に認めたと評価する向きもある<sup>49)</sup>。本稿の整理に即していえば、本判決は、「緊急避難的行政行為論」(Ⅲ 3(2)①)に基づいて、根拠法規の保護範囲外の利益（反射的利益）でありながら作為義務が成立する余地を認め、「一律的責任否定の要素」を例外的に働かせなかった、という理解である。

しかし、本判決は、危機的状況や緊急事態を直接の理由付けとはしておらず、それは、最高裁が保護範囲外の権限行使を正面から認めることに疑念を抱いたためであるとの指摘がある<sup>50)</sup>。最高裁が、あえて「究極の目的」という表現をとったのは、なお根拠法規の目的の範囲内であることを強調するためと考えられ、そうであるとすると、本判決は、第二類型の事案において、「究極目的論」を用いて、法令の目的を柔軟に解釈し、保護範囲を拡張的に認めたものと解する余地がある<sup>51)</sup>。国（県）の基本権保護義務に基づいて、法令の要件を憲法適合的に拡張解釈したとも評価されている<sup>52)</sup>。いずれの読み方をするにせよ、最高裁は法令の範囲内の権限行使という枠組みを維持していることになり、反射的利益について「一律的責任否定」の例外を認めるところまで踏み出してはいないといえる。

---

49) 長谷川浩二「判解」曹時 58 卷 10 号 274～275 頁、島村・前掲書注 39) 463 頁参照。

50) 大塚直「水俣病関西訴訟最高裁判決（最二小判平成 16 年 10 月 15 日）の意義と課題」判タ 1194 号 94 頁参照。

51) 福士明「判解」平成 16 年度重判解 53 頁参照。

52) 山本・前掲書注 43) 571～572 頁参照。

## V おわりに

最後に、以上の検討で得られた結果を、箇条書き的に列挙しておく。

国等が主張する「反射的利益論」は、本稿の整理に即していえば、国賠法上保護される利益を第一類型に限定し（保護範囲限定の要素）、第二・第三類型については賠償責任が成立する余地を認めない（一律的責任否定の要素）という考え方である（以上、Ⅱ）。

同論には批判が強いものの、多数の学説・下級審判例は、職務行為基準説又は不法行為法の基本的な考え方から、原告主張の被侵害利益が根拠法規の保護範囲に含まれるか否かの評価が必要であるとし、その結果、たとえ侵害されても、国賠法上、原則として賠償責任が成立しない利益が存在しうることを認めている。したがって、反射的利益という考え方それ自体は、広く受容されている。ただし、反射的利益とされる例は、被侵害利益と根拠法規の保護法益が無関係の第三類型によって占められている（以上、Ⅲ 1）。

第二類型については、学説・下級審判例において、抗告訴訟と国賠訴訟の差異等を根拠に、「究極目的論」や「定型的保護法益論」により、根拠法規の保護範囲を柔軟かつ拡張的に拡大する例が見られ（第二類型における保護範囲限定の要素の緩和）、同様の考え方は抗告訴訟の原告適格論においても跡づけられる。また、これらの理論的根拠として、国等の「基本権保護義務」を掲げる見解も有力である（以上、Ⅲ 2）。

また、学説・下級審判例には、緊急事態下や侵害行為の悪質性等が認められる場合には、例外的に、第三類型（反射的利益）であっても、賠償責任が成立する余地があるとするものがある（以上、Ⅲ 3）。

最高裁判例にも、第二類型において、「究極目的論」、「定型的保護法益論」、及び「基本権保護義務論」と同様に、根拠法規の保護範囲を拡張的に解釈する例が確認できる。ただし、第三類型の場合にも賠償責任が成立する余地があるとまで認めたものはなく、「根拠法規の保護範囲内での権限行使」という枠組みは墨守されている（以上、Ⅳ）。

かくして、学説・判例は、反射的利益という考え方それ自体は認めるものの、

国等が主張する意味での「反射的利益論」を採るものではない<sup>53)</sup>(その意味で、反射的利益に関連して「肯定説」「否定説」等で整理することは、議論の混乱を招くおそれがある)。かねて、「反射的利益論」は「過度に思考省略的な理論」であるとされてきたが<sup>54)</sup>、その趣旨は上記で確認した意味において理解できる。

---

53) 神橋・前掲書注45) 333～334頁、岡田正則「国家賠償訴訟における反射的利益論」早法91巻4号14頁以下参照。作為の事案であるが、大阪高判昭59・10・30行集35巻10号1772頁は、「反射的利益論」を採用している稀な例の一つである。

54) 稲葉・前掲論文注4) 640頁。