

# 行政指導と国家賠償

—自治体当局の回答などの誤り及び誤った認識あるいは  
法令の適用・解釈に基づく行政指導と国家賠償—

安 藤 高 行

2016年3月

九州国際大学法学会 法学論集 第22巻第1・2・3号 合併号 抜刷

# 行政指導と国家賠償

—自治体当局の回答などの誤り及び誤った認識あるいは  
法令の適用・解釈に基づく行政指導と国家賠償—

安 藤 高 行

## はじめに

筆者が研究志望者として大学院に入学し当初選んだ専攻科目は憲法学であり、その選択がそのまま現在も続いているのであるが、しかしそれと並行して1990年頃から次第に行政法学的なテーマにも関心を持つようになり、行政委員会、日本とイギリスの情報公開、個人情報保護、オンブズマン、センサスなどの行政法学に関わる問題（もちろんそれらは憲法学にも関わるが、我が国では主として行政法学の対象とされている）についての論文やそれをまとめた著書を公にするようになった<sup>(1)</sup>。

そうなるについては47年前最初に筆者が教員として勤務した大学では授業科目として「行政法」が置かれていたものの専門の講義担当者は居なかったため（教員の定数が極めて限られていた当時の地方国立大学—この点は現在も事情は変わらないといってもいいかもしれないが—ではこうしたことは常例であり、また、そもそもその頃は行政法を専攻する研究者そのものが少なかったという事情もある）、隣接科目の「憲法」の講義担当者である筆者が余儀なく「行政法」の講義も担当せざるを得なかったという外在的事情も関係しているが、振り返ってみると、やはりそうしたことは別に筆者自身に行政に関わる上記のようなテーマについての学問的関心が次第に高まってきたことがその主な要

---

(1) 情報公開・地方オンブズマンの研究（1994年、法律文化社）、憲法の現代的諸問題（1997年、法律文化社）、現代の行政活動と市民（2007年、法律文化社）など。

因であったように思われる。

むろんそうした関心の高まりも必ずしもすべてが自発的、内発的なものではなく、筆者が地元や近隣の県や市の行政委員や情報公開・個人情報保護等の条例案検討のための委員会、あるいはそうした条例制定後のその運用に係る審議会・審査会等の委員を委嘱され、否応なしに上に述べたようなテーマに関心を持たざるを得なくなったという、これまた外在的事情が関係している面もあるが、それだけではなく、そうした委員としての経験や見聞によって、行政（といっても筆者の場合は主として地方行政であるが）の場において憲法研究のみでは窺い知れないような我が国の法の執行の実態が特徴的に表れていることに気付き、その結果委員としての任務遂行上の必要とは関わりなく、行政に係る問題、とりわけ行政の実態をよく窺い知ることのできる上記のようなテーマに学問的関心を持つようになったということのような気がする。

そのことはいい換えると筆者には元々制度論的研究よりも、むしろその制度がどのような要因によって産み出され、現実にはどのように機能しているかに関心を持つという性向があり（筆者の最初の研究である17世紀イギリス憲法思想史の研究においても、筆者は当時の有名、無名の思想家達が唱えた議会の権限、王権、国民の権利などに関する憲法思想をそれとして独立して考察するのではなく、どのような政治状況、社会状況、あるいは政治的スタンスがそうした思想を産み出したのかを中心に論じたが、これも現在になってみれば、そうした性向と無縁ではないように思える）、上に述べたような行政法的なテーマはそうした筆者の性向とよくマッチするものだったということであろう。

例えば筆者は1980年代の最後頃の約10か月のロンドン大学での在外研究中にイギリスの情報法や地方オンブズマン関係の資料をみる機会があり、上述のようにときには我が国のそれと関連させながらそれらのテーマについていくらかの研究をしたが、それはいわゆる「知る権利」が明記されているかとか、公務員関係の情報の取扱いがどうなっているか、あるいは議会型オンブズマンと行政型オンブズマンのどちらがよいかやオンブズマンの権限をどのようなもの

にするかという、往々にして我が国のそれらの問題についての論議の中心である制度そのものへの関心によるよりも、白書や議会議事録等によってサッチャー政権やメージャー政権などの保守党政権がどのような理由で中央政府及び地方政府の情報公開に踏み切ったのかや法案審議の際与野党間でどのような応酬が交わされたか、あるいはまた、オンブズマンが発行する年次報告書や事例集などを手掛りに、オンブズマンが扱う事項（オンブズマンに救済が申し立てられた事項）や行政に過誤があったとのオンブズマンの判断に自治体がどう対応したかなどをみることによって、我が国ではしばしばモデルとして称讃的となっているイギリスの中央、地方の行政の実態や我が国のそれとの異同の一端が窺えるように思えたことが主たる動機であった。

また、これも上述したようにイギリスのセンサスを我が国のそれと比較しながら紹介した論文を書いたこともあるが、その趣旨はやはり同断であって、我が国とイギリスのセンサスの対象となる事項を比較対照すれば、両国の国民生活の実態の把握やそうしたデータの活用についての姿勢の違いが明らかになり、そのことによって両国の行政の有様の違いをいくらかなりともフォローできるのではないかと考えたためであった。

ともあれ、このように制度論よりもむしろその実態に着目して研究するという筆者の性向は年々強くなり、近年の主たる研究である判例研究においても、憲法に関するものであれ、行政に関するものであれ、国や地方公共団体の活動の実態がよく窺える判例、より詳しくいうと国や地方公共団体の行為の適法性が争われることによって国や地方公共団体の具体的行為が生々しく原告、被告の双方から明らかにされる判例を中心に読んできた。そうなると否応なしに国や地方公共団体の懲戒処分を違法とし、その取消しを求める事件や公務員の行為によって被った損害を賠償することを求める国家賠償請求事件の判例をみるが多くなり、懲戒処分の取消訴訟や国家賠償請求訴訟について憲法学や行政法学の観点からコメントする論文あるいはそれをまとめた著書を公にするの

が近年の筆者の仕事となった<sup>(2)</sup>。

こうした研究は現在では筆者にとって能力的に可能なほとんど唯一の仕事であり、少しずつながらも継続しているが、ここ半年ほどは国家賠償に関する事例のなかでも特に行政指導について国家賠償が請求された事例を収集し、その判決を読むことに研究時間の大半を割いてきた。それはそうした判例にふれる度に改めて行政指導が我が国では実に様々な形で展開されていることを実感し、そうした行政指導は日本の行政の行為形式の一つの大きな特色ではないかと思うとともに（ただしおそらく外国でも行政指導的なものは存在すると推察されるから、筆者のこうした感想には十分に正確な研究上の根拠はないのであるが）、それに対して国家賠償が請求されるに至った経緯や争点に我が国の行政（特に地方行政）の実態をよく窺わせるものがあるように思え、上述のような筆者の性向を刺激したからである。

本稿はこのように現在筆者が最も興味を持って読んでいる行政指導と国家賠償の判例のうち、とりえず許認可の申請のための事前相談、照会、問い合わせなどへの当局の回答、説明、教示、情報提供などの誤りや誤った認識ないし法令の適用・解釈に基づく行政指導に対して国家賠償が請求された事件の判例を紹介し、若干のコメントを加えたものであるが、このことに関連して本稿でいう行政指導という用語について一言説明を加えておきたい。

行政指導という言葉は従前より極めてポピュラーであったものの、その意義は周知のように必ずしも明確ではなく、種々議論がなされてきたが、近年は、「行政機関がその任務又は所掌事務の範囲内において一定の行政目的を実現するため特定の者に一定の作為又は不作為を求める指導、勧告、助言その他の行為であって処分に該当しないものをいう」という行政手続法2条6号の定義に倣うのが通例である。

そして確かにこうした行為が行政指導といわれる行為の典型であることはい

---

(2) 憲法と自治体争訟（2014年、法律文化社）など。

うまでもないが、実は判例誌等の分類をみると、行政機関が一定の作為、不作為を求めるわけではない行為も行政指導として扱い、判例にも同様にそうした行為を行政指導と称している例がかなりみられる。具体的にいうと、許認可の申請に先立ってなされる申請の要件を具備しているかどうかの問い合わせや、行政機関が保有する資料によらないと正確な認識ができないと思われる事項についての照会などに対する回答や、利用できる給付等の有無についての相談に対する説明や情報提供あるいは教示などがそれであるが、こうした回答や説明、あるいは情報提供や教示は特にそれによって相手方に一定の作為又は不作為を求めるわけではないから、行政手続法の定義からすれば必ずしもストレートに行政指導とはいえないであろう。すなわちそうした回答や説明、あるいは情報提供や教示を受けた相手方はそれを元に自主的に作為又は不作為の判断をするのであり、上述の行政手続法の定義において要件とされている行政機関が相手方に一定の作為又は不作為を求めるという要素はそこにはないのである。したがって行政機関の側からすればそうした回答等は能動的な行為ではなく、むしろ受動的なサービスともいうべきものであるが、しかしまた、単なる事実行為的なサービスに止まるかといえ、そうともいえない側面もあるのである。

つまり上に述べたような回答、説明、情報提供、教示などの行為は求めた相手方からすれば、権限や専門知識等を持つ行政機関によるものとしてそれを信頼し、それに依拠して行政上あるいは私法上の作為、不作為の決定をするのが常であるから、単なるサービスではなく、事実上は相手方に対して大きな影響力、ひいては拘束力を持つともいえるわけである。そう考えるとそうした行為は直接的に相手方に一定の作為又は不作為を求めるわけではないとしても、結果的にはほぼ必然的に相手方の一定の作為又は不作為につながっていくといってもよいのである。

そのことはいい換えれば、行政機関に問い合わせ、照会、相談などをする者は許認可や給付・免除の申請等、何らかの行為等をするを予定してそうした問い合わせ等をするのであるから、行政機関の回答等は実質的には相手方の

作為（積極）、不作為（消極）の決定を促すことになるということである。判例誌や判例のかなりが上述のように回答等を行政指導として扱うのも恐らくこうした考慮によるものと思われるが、本稿も既に上に述べているようにこうした理解に基づき、明確な「指導、助言、監督」ともいえず、直接に相手方に一定の作為又は不作為を求めるわけでもない回答等の作為も行政指導として扱うことにする次第である。

なお行政指導と国家賠償に関する典型的でよく知られた判例は、行政指導の実効性確保の手段としてなされた水道や電気の供給拒否に関する判例や、いわゆる宅地開発等指導要綱に基づく開発負担金等の徴収に関する判例であるが、これらの判例についても検討がまとも次第続稿として発表することにしたい。

## 1 事前相談、照会、問い合わせなどへの回答、説明、情報提供、教示などの誤りと国家賠償

このパターンに属する判例を年代順に説明すると、先ず東村山市事件と京都府事件がある。

前者は訴外Aが訴訟の対象になった土地（以下「本件土地」という。Aはこの土地の所有者と専任媒介契約を締結していた）について東村山市役所（以下東村山市を「被告」という）を訪れてその用途を確認したところ、都市計画課職員B（以下「B」という）から、「近隣商業地域」であるとの回答を得たため（Aはそれ以前にも同様の回答をBから受けていた）、そのことを確信して貸ビル建築の土地を探していた原告との間で本件土地の売買契約を締結し（原告も上記のようなAの被告市役所における調査の結果を受け、本件土地が「近隣商業地域」であると信じて購入を決意したのである）、所有権移転登記手続完了直後に原告が指定用途に即したビルの建築確認申請を行ったところ、東京都建築指導事務所より本件土地の指定用途は「第二種住居専用地域」であって「近隣商業地域」ではないとして申請を受理されず、設計変更を指示されたことに起

因する事件である。

すなわちこのように「近隣商業地域」ではないとして原告の建築確認の申請が受理されなかった時から半年余後には本件土地は「第二種住居専用地域」から「近隣商業地域」に用途指定替がなされ、結局当初の計画どおりのビルが建築されたのであるが、原告はBの誤った回答によりビルの建築が遅れたため（判決ではその遅れは225日とされている）、その間の建築資材等の値上がりにより172万円余の損害を被り、また、建築が不可能であった期間に信用金庫から融資を受けた資金につき356万円余の利息相当額の損害を受けたとして、両者の合計529万円のうちAが裁判上の和解により支払った額（200万円）を控除した約329万円と遅延損害金を国家賠償法1条1項又は民法715条により被告に請求したのである。

判決<sup>(3)</sup>はこうした原告の請求を国家賠償法1条1項によって判断しているが、そうなると原告の損害の有無やその額を別にすれば主たる争点は、BのAの問い合わせへの回答が「公権力の行使」に該当するか、回答に際してBに過失があったか、及びBの回答に違法性があったかの3点となるところ、判決はこの順に従って検討した結果3点すべてについて原告の主張を認め、その請求を認容している。

そのうち第1点については「公権力の行使」に関する従来判例の通例に倣い、「公権力の行使」とは、「国または公共団体の行うすべての作用から、純然たる私経済作用及び同法2条に規定する公の営造物の設置管理作用を除いた作用を意味し、非権力的作用もこれに含まれると解される」として、簡単にBの行為が「公権力の行使」に該当することは明らかであるとするが（もっとも被告はBの行為の職務性を争っているとも解し得る主張をしているとして、この点については幾分詳しく検討しているが、結論としては、用途地域の指定についての問い合わせに正確な情報を提供することは、その正確な情報を独占的に

---

(3) 東京地八王子支判平成4・10・27判時1466号119頁。

保有する都市計画課等関係官庁の職員の責務であるとした)、2点目のBの過失の有無については判決はかなり入念に検討している。

すなわち判決はまず、被告は、Aが1回目の来庁の折にも、また、本件に係る2回目の来庁の折にも正確な地番を告げずに、ただ「東村山市…13番辺り」とのみ告げて照会したため、Bは市販されている「東村山都市計画図」(縮尺一万分の一であるため、市内の土地の細部にわたり正確な用途指定を知ることにはできない)による概略の説明に止めたのであり、地番を特定せずに正確な用途を調査するのは不可能であるし、また、調査方法は照会者の求めに応じて選択すれば足りるから、Aが「用途地域書込住宅地図」(都市計画課等関係官庁のみが所有している正確な用途指定を知ることができる地図)の縦覧等を求めなかった以上、Bがそれ以上の調査をしなかったことには過失はないと主張するが、前述のように用途地域指定を管轄する公務員は用途地域に関する照会につき正確な回答をなす責務があり、したがって、「被告主張のように、担当公務員のとるべき調査方法は照会者の求めに応じて変わりうるのではなく、担当公務員は常に正確な回答に必要な範囲の調査を尽くす義務があるというべきであろう」として、Bのなすべき調査の範囲は照会者の求めによって左右されるものではなく、正確な回答という基準によって決せられるべきであるとしている。

そして判決はAが本件照会に至った事情などからすれば、Aは「東村山市…13番29および同番49」と正確に番地を告げて照会したという可能性が高く、そうだとすると、「東村山都市計画図」によって該当地番の所在を確認することはできず、これのみの調査では回答に必要な範囲の調査を尽くしたことになるのは明らかであり、しかも「東村山都市計画図」の図の下には※印で、本図は概略を示すものであって、詳細は「東村山市役所都市建築部都市計画課」に備え置かれている指定図書を縦覧するようにとの注記もなされていたのであるから、「東村山都市計画図」にしか当たらなかったBの注意義務違反は甚大であったといわざるを得ないという。これはそもそもAの求めが明確具体的であった可能性が高かったのであるから、Bは当然それに相応した調査方法を採

るべきであり、また、そのことは容易であったのにそのことを怠った以上、その注意義務違反は甚大であるという、ある意味ではいわずもがなの理、上述の判示からすればいわば当然の理を述べたものであるが、次いで判決は、仮にAが被告主張のように詳しい地番まで告げず、「東村山市…13番辺り」とのみ告げて照会した場合はどのように判断すべきかも検討している。

そして判決は「東村山市…13番」が近隣商業地域の中心に位置し、その地域に属することに疑いの余地のない場合であれば、「東村山都市計画図」のみの調査でもこと足りようが、「東村山都市計画図」では同土地は近隣商業地域の外周部に位置し、同図の概略図たる性質に鑑みれば、その一部が第二種住居専用地域に食い込んでいる可能性のあることは容易に気づくべきことがらであるから、Bはそうした可能性を確認するために用途地域の指定を明確に判断し得る地図である用途地域書込住宅地図などを用いて本件土地の正確な指定用途について調査すべき義務があったというべきであるとし、したがってAが詳しい地番まで告げず、「東村山市…13番辺り」とのみ告げて照会したとしても、Bにはやはり注意義務に違反した過失があったというべきであるとする。

3点目の違法性については1点目の「公権力の行使」の場合と同様、上にみたようにBの注意義務違反は甚大であり、また、そもそも以前に認定したとおり用途地域の指定は市民生活に重大な影響を与えるものであり、その問い合わせに対しては正確な回答をなすことが求められているというべきであるから、誤った回答をなすこと自体が違法であり、Bの行為の違法性は明らかであるとして、簡潔に違法性があったことを認定する。

こうして判決は原告の請求どおり約329万円の損害賠償とその遅延損害金の支払いを命じたが、手元にある詳しい資料に当たるといだけの容易な調査を怠り、市民にとって重大な事項について誤った回答をしたという過失と違法行為によってBがAと原告に損害を与えたことは明らかであるから、こうした判決は確かに妥当と思われる。

京都府事件は原告が京都府警察伏見警察署（以下京都府のことを「被告」と

いう)に赴き、生活安全課のA巡查(以下「A」という)にこれまで自宅で呉服商を営んできたが、不況で経営が悪化したので廃業して自宅を改造の上マージャン店を始めたいとして、その開設の許可申請について事前相談を行ったところ、Aは住宅地図及び京都都市計画図を取り出して原告宅の位置を確認し、さらに原告宅の近くに病院や学校がないことを確かめ、また、原告宅前道路が府道であるかどうかを尋ね、府道と思うとの原告の回答を受けるなどした結果、「ご自宅での麻雀店の開設は多分大丈夫と思いますが、調査して後日連絡します」と伝え、その6日後の原告への電話連絡の際にはAは、「大丈夫ですか」との原告の問いに、「大丈夫です。良かったですね」などと話した。

そこで原告は直ちにマージャン用具販売業者に自宅の改造について意見を求めたり、また、手続を委任する行政書士の紹介を求めたりし、さらに建築会社に改造工事代金の見積りを頼み、国民金融公庫からの融資決定を受けて実際に工事を始めた。

ところがマージャン用具販売店から紹介された行政書士B(以下「B」という)が許可申請に必要な書類を作成の途中確認のため地図を調べたところ、原告宅は風俗営業の禁止区域であることが判明したため(風俗営業法では風俗営業を許可制とし、許可基準の1つとして場所的基準を定めているが、その具体化は政令で定める基準に従って条例で定めるとされているところ、京都府条例では開設の許可されない地域〔禁止区域〕の1つとして、都市計画法上第二種中高層住居専用地域に指定されている地域が挙げられており、原告宅はこの地域内にあった)、Bはその旨を原告に伝え、原告はその後も例外的に許可が得られないかなど、Aらと折衝を試みたものの、結局マージャン店開設の計画は実現できなかった。そこで原告がAの誤った指導により改造工事費などの損害を被ったとして京都府に対し国家賠償を請求したのである。

判決<sup>(4)</sup>は、Aが許可が受けられると伝えた事実はないなどの被告の主張を、

---

(4) 京都地判平成12・2・24判時1717号112頁。

当時の状況からすれば不自然などとして原告主張のような上記の事実があったと認定した上で、事前相談（における当局の対応）の「公権力の行使」という要件充足性については、「行政上の各種の申請において、受理手続に至る前段階でなされる事前相談は、一般に法的根拠があるものでなく、事実上の行政サービスとしてなされているものと考えられるが、行政の申請受理権限を背景としてなされるものであるから、国家賠償法1条にいう『公権力の行使』に当たると解するのが相当である」と述べ、いわば当然のこととしてその充足性を認定する。

次いで、「故意又は過失によって」「違法に」他人に損害を加えたという要件については一括して検討し、「事前相談において公務員からなされる情報提供ないし教示は、申請受理権限を背景としているため、…相談者は特段の事情のない限り提供された情報を信用し、その教示内容に従って行動するのが一般であるから、事前相談に当たる公務員としては、関係法令等の調査を十分行い、誤った情報を提供したり、誤った教示をしてはならない注意義務を負っているというべきであり、その注意義務に違反して誤った情報提供や教示をしたことによって、これを信用した相談者に損害を与えた場合には、国または公共団体は、その損害を賠償する責任があると解するのが相当である」とし、Aは原告宅が風俗営業の禁止区域に当たるのに、これを誤解ないし誤認し、風俗営業許可の場所的基準を満たす旨の誤った説明をしたのであるから、被告は原告がこうした説明を受けたために被った損害を賠償する責任があると結論する。要するにAの調査は不十分であり、こうした過失によって誤った情報提供や誤った教示という違法行為があったのであるから、被告は国家賠償法1条1項により賠償すべき責を負うとするわけであるが、最初の東村山市事件の場合と同様、被告の賠償責任を認めたこの判決も確かに首肯できるものであるといえよう。

なお付言すると上述の東村山市事件判決は都市計画課職員Bの土地の指定用途の問い合わせに対する説明について直接「行政指導」という言葉を使っていないが、本件京都府事件判決は巡查Aの風俗営業の開設は可能などの説明に

ついて何回か「行政指導」と表現している。

この2例ほど単純ではなく、一、二審で判断が分かれたが、やはり当局の回答が誤っていたとして国家賠償が請求されたのが交野市事件である。

この事件は原告ら（夫婦）の子が脳腫瘍に罹患し、大学病院の担当医から手術の必要があるがすべての腫瘍を取り除くことは困難であり、手術後も抗癌剤の投与等で長期療養を要するとの説明を受けたため、母である原告は看護学校の教員の仕事を辞めて子の看護に専念することを決意したものの、そうすると経済的に苦しくなることが予想されたため、子の手術日の前日住所地の交野市（以下「被告」という）の社会福祉を担当する部署を訪れて上記のような苦境を伝え、何か援助してもらえる制度はないか尋ねたところ、対応した職員は原告の二度の問いに対しいずれも「ないです」と答えたため（二度目の質問の際には原告は大学病院の医事課に相談の上来訪したことも付言している）、原告はそのような援助制度はないものと諦めて帰宅したことに起因する事件である。

すなわち援助制度については直接に長期入院や長期療養を必要とする病気等になった子を扶養する者へのそれではないにしても、関連する制度として、障害児を監護する父又は母に対し特別児童扶養手当等の支給に関する法律によって特別児童扶養手当を支給する制度があったため、原告らは、被告職員は単に「ないです」との回答に止まらず、さらにこうした制度があることを原告に教示する義務があったとし、被告職員がこうした教示義務を実行しなかったことについて国家賠償を請求したのである（なお原告らの子は平成13年4月に手術をした後一時小学校に復学したものの、脳腫瘍の再発を繰り返し平成18年8月に死亡したが、判決はこの間の子の状態は特別児童扶養手当等の支給に関する法律にいう障害等級二級に該当するものであったとしている。また、特別児童扶養手当は受給資格者が認定の請求をした日の属する月の翌日から支給が開始されるという認定請求主義ないし非遡及主義が採られている）。

他方被告は、原告の訪問や職員の「ないです」との回答の事実はないとしつつ、仮にそのような事実があったとしても、長期入院や長期療養を必要とす

る病気になった子を扶養する者への援助の制度は存在しない以上、対応した職員は「ないです」と回答するほかないことや、特別児童扶養手当は障害児を監護する親を援助するものであって、原告から子の病状、手術の予定、手術結果の見通しや手術後の子の状態についての医師からの説明内容等といった詳細を伝えられていない以上、対応した職員が特別児童扶養手当のことを想起することは不可能であり、さらに原告が職員に質問した時点では原告は手術により子の病気が治癒するであろうとの希望を持っており、重い後遺障害が残るとは予想もしていなかったと思われることなどを理由に職員の対応の違法を否定したが、一審判決<sup>(5)</sup>がこうした被告の主張を容れて教示義務違反の事実を否定し、原告らの請求を棄却したのに対し、二審判決<sup>(6)</sup>は逆にそれを取り消し、教示義務違反があったとして被告の国家賠償責任を認めたのである。

少し長くなるが、この二審判決の要旨を紹介すると、先ず本件のようなケースにおける教示義務について、「社会保障制度が複雑多岐にわたっており、一般市民にとってその内容を明確に理解することには困難が伴うものと認められること、社会保障制度に関わる国その他の機関の窓口は、一般市民と最も密接な関わり合いを有し、来訪者から同制度に関する相談や質問を受けることの多い部署であり、また、来訪者の側でも、具体的な社会保障制度の有無や内容等を把握するに当たり上記窓口における説明や回答を大きな拠り所とすることが多いものと考えられることに照らすと、窓口の担当者においては、条理に基づき、来訪者が制度を具体的に特定してその受給の可否等について相談や質問をした場合はもちろんのこと、制度を特定しないで相談や質問をした場合であっても、具体的な相談等の内容に応じて何らかの手当を受給できる可能性があると考えられるときは、受給資格者がその機会を失うことがないように、相談内容等に関連すると思われる制度について適切な教示を行い、また、必要に応じ、不明な部分につき更に事情を聴取し、あるいは資料の追完を求めるなどして該

---

(5) 大阪地判平成25・1・10判例集未登載。

(6) 大阪高判平成26・11・27判時2247号32頁。

当する制度の特定に努めるべき職務上の法的義務（教示義務）を負っているものと解するのが相当である」と一般論を述べる。このように二審判決は教示義務の範囲を幅広く捉え、担当者には教示すべき事項がないか積極的に探る努力をする必要があるとするのである。

そしてこの一般論に照らし本件でこうした教示義務が果たされたか否かを検討するのであるが、判決は先ず原告の相談内容をみると、その監護に属する子が脳腫瘍に罹患し、母親として経済的な面における公的援助を必要としていることが明らかであるところ、一般に脳腫瘍に罹患した場合、病状が重くなって日常生活に大きな支障を来し、かつ、治療が困難であるため長期の療養が必要となる可能性が高いことは、社会通念上容易に推察できるところであり、また、特別児童扶養手当に係る悪性腫瘍による障害の認定基準によれば、当該疾病の認定の時期以後1年以上の療養を必要とするものは、安静の必要性の度合いに応じて特別児童扶養手当の一級又は二級に該当するとの認定をすることとされており、こうしたことからすると脳腫瘍に罹患した児童については、特別児童扶養手当等の支給に関する法律に定める障害児に該当するものとして、特別児童扶養手当の対象となる可能性が高いといえることができる。

さらにそうしたことに、子が入院している大学病院の医事課が被告の担当部署に赴くよう原告に助言したことは、重病患者を日常的に受け入れている大学病院の関係者が原告らの子について少なくとも何らかの社会保障制度による公的援助を受けることができる可能性があると判断したことを示すものにほかならないなどの事情を加えれば、結局、たとえ原告の具体的な質問が、長期入院や長期療養を必要とする病気となった子を扶養する者への援助の制度の有無を尋ねるものであったとしても、その相談の趣旨が経済的な援助を受けたいとすることにあったことは明らかであり、脳腫瘍に罹患した原告の子が特別児童扶養手当の対象となる可能性が相当程度あったものと考えられるのであるから、原告の相談を受けた窓口の担当者としてはそのことを原告に教示するか、又は原告から子の具体的な病状や日常生活状況等について聴取することにより、原

告らが特別児童扶養手当に係る認定の請求をしないままこの手当を受給する機会を失わないように配慮すべき法的義務を負っていたというべきであると二審判決はいう。

ここまで来ると当然その後の行論は明らかで、判決は、にもかかわらず、窓口の担当者は原告に対して特別児童扶養手当制度の対象となる可能性があることを教示することもせず、また、原告から子の具体的な病状や日常生活状況等について聴取することもしないまま、特別児童扶養手当制度を含め、援助の制度はない旨、二度にわたって回答したのであり、「こうした対応は、控訴人の相談を真摯に受け止め、その相談内容から本件手当に係る制度を想起すべきであったのに、これを怠った結果、教示義務に違反したものと認めざるを得ないのであり、窓口の担当者の裁量の範囲を逸脱したものというべきである」といい、「したがって、上記担当者の対応は、国家賠償法上の違法行為に当たる」と結論するのである。

一審判決は上述のように、原告の質問は長期入院や長期療養が必要となった子の監護者に対する援助制度の有無であって、そうした制度は存在しなかったのであるから、「ないです」と回答せざるを得なかったのであり、また、手術日前日の原告の訪問時の子の状態と特別児童扶養手当制度の対象となる障害児とは全く別概念であるから、職員が特別児童扶養手当制度について教示しなかったとしても違法ではないとの被告の主張を認めたのに対し、二審判決は被告の職員は子の脳腫瘍という病気からすれば当然特別児童扶養手当制度のことを想起すべきであり、また、そのことを原告に教示すべきであったとして一審判決を取り消したのである。

二審判決の結論はもちろんそれなりに理解できるが、ただ筆者には反面被告の職員の対応がそれほど明白に職務上の義務に違反していたかという点、必ずしもそうともみえないようにも思われる。原告の訪問はいわば治療開始前でその後の病状の推移は不明だったのであり、また、その質問の趣旨も子が脳腫瘍に罹患し、入院、治療することになったが、その間の治療費について扶養者に

何らかの公的援助の制度はないかの意と担当職員が理解したとしても、それはそれほどの外れの理解とはいえないであろう。だとすれば、特別児童扶養手当のことに思い至らず、単に「ないです」とのみ二度にわたり回答したとしてもそれほどの義務の懈怠とも思われない。一審判決もそう判断して原告らの請求を退けたのであろう。

しかしながらこのように被告の職員の側にも考慮すべき事情があることが認められないわけではないものの、原告と被告の職員のやりとりをよくみると、やはり職員の態度にかなり不適切なところがあることは否めないこともまた確かである。それは両者のその間のやりとりの時間がおよそ5分程度と判決で認定されていることである。これはこれまで何度か述べた原告の質問に対して、被告の職員が「ないです」と答え、再度原告が大学病院の医事課のアドバイスを受けたとして同じ質問をしたのに対し、やはり「ないです」と答えたという経過ですでにほぼ消化される程度の時間であろう。つまり被告の職員は「ないです」という二度の発言の他には何ら意味のある対応はしていないのではないかと推測されるが、直ちに特別児童扶養手当制度を想起できなかったにせよ、せめて病状の詳細や今後の回復の見通しにつき原告に尋ね、状況次第では再度相談に訪れるように、また、その間被告の職員としても援助制度について調査検討をしておく旨伝える程度の対応は必要だったのではないと思われるのである。それは担当の職員としては当然尽くすべき義務であろうと筆者は考える。そしてそういうやりとりがあれば、原告が再び相談に赴き、特別児童扶養手当制度について教示を受け得るチャンスも充分あったであろうと推察されるのである。

二審判決はそもそも平成13年4月の原告の相談の時点で被告の職員は特別児童扶養手当制度について教示すべき義務があったとしており、以上に述べたような筆者の立場からすればそれはやや被告の職員に酷のように思えるが、結局上に述べたような職員の対応の不適切さも含めて被告の責任を衝くものと理解すれば、二審判決の結論は是認されるということになろう。

以上の3例は先ず原告が事前相談や問い合わせをし、それに対してなされた回答が誤っていた、あるいは不適切であったとして国家賠償が請求されたケースであるが、事前相談や問い合わせがあったわけではないという点ではそうしたケースではないものの、社会保障制度に係る情報提供という点で上記3例のうちの最後の交野市事件と関連するところのあるケースとして、質問がなくても当局は情報提供義務があるとして、情報提供がなされなかったことにつき国家賠償請求がされた志木市事件がある。

この事件は原告が志木市（以下「被告」という）の福祉課職員から長女の「身体障害者手帳」の交付を受けた際長女の鉄道運賃及びバス運賃については5割引との説明を受けたものの、障害者が介護者の介護を受けて鉄道及びバスに乗車する場合の介護者の運賃についての割引制度（同様に5割引になる—以下「本件割引制度」という）については説明を受けず、また、原告自身もそのことについて直接的な質問をすることはなかったため、正規運賃で乗車していたところ、後に本件割引制度を知るに至ったため、原告が被告職員に情報提供義務違反があったとして、介護者として鉄道及びバスに乗車した際に支払った運賃と割引額相当額との差額（1万円余）の損害賠償を国家賠償法1条1項ないし民法715条1項に基づき求めた事案である（なお以下に紹介する東京高裁判決はいずれの規定に拠るかは明言していない）。

したがって争点は、長女の「身体障害者手帳」交付の際被告の職員は長女の運賃割引制度とともに介護者の割引制度（＝本件割引制度）についても原告に情報を提供する義務があったか否かということであるが、一審判決<sup>(7)</sup>が原告の主張を全部認めて請求を認容したのに対し、二審判決<sup>(8)</sup>は逆に被告職員に本件割引制度のような民間企業の割引制度等に関する情報提供義務を定めた法令は見当たらないことや、被告の職員が本件割引制度が存在しないなどの誤った説明をしたわけではないことなどを理由に一審判決を取り消し、原告の請求

(7) さいたま簡判平成19・9・28判例集未登載。

(8) さいたま地判平成20・6・27判例集未登載。

を棄却したため、原告が上告するに至ったのである（なお一審がさいたま簡裁、二審がさいたま地裁であるため、東京高裁が上告審である）。

この上告審判決<sup>(9)</sup>は結論として二審判決を破棄し差戻しているが、関係法令を組み合わせる被告の情報提供義務の法令上の根拠を論証しようとしているため、その判示はかなり長い展開になっている。

そうした判示を解きほぐしていくと、それは、本件に関する基本法である身体障害者福祉法の目的は、「障害者自立支援法と相まって、身体障害者の自立と社会経済活動への参加を促進するため、身体障害者を援助し、及び必要に応じて保護し、もって身体障害者の福祉の増進を図ること」であるが、そのため同法9条1項は、この法律の定める身体障害者又はその介護を行う者に対する援護はその身体障害者の居住地の市町村が行うものとする定め、同条4項はこの市町村が行うべき援護（業務）の1つとして、「身体障害者の福祉に関し、必要な情報の提供を行うこと」を定めている（2号）ことの指摘から始まっている。

したがってこうした行論からすれば、本件割引制度のことを伝えることがここでいう市町村の業務である「身体障害者の福祉に関し、必要な情報の提供を行うこと」に含まれるか否かが問題になるのであるが、判決はこの「身体障害者の福祉に関し、必要な情報」が何を意味するかについては慎重に、身体障害者の福祉の増進を図るという観点から、身体障害者福祉法及びその施行規則並びに障害者自立支援法の各規定の趣旨に照らし、問題となる個々の事項について、「身体障害者の福祉に関し、必要な情報」に該当するか否かを判断するのが相当であるという。

こうした前置きを受けて判決は、身体障害者福祉法施行規則5条2項に基づき身体障害者手帳の様式について定めた同規則別表4号には、身体障害者の「旅客鉄道株式会社旅客運賃減額」について記載すべきことが明示的に定められていると述べるが、さらにそれに止まらず、こうした制度の意義についても

---

(9) 東京高判平成21・9・30判時2059号68頁。

考察を加える。

判決によれば、人が社会生活を営む上において用務のため、あるいは見聞を広めるため移動することの重要性は多言を要せず、その意味で移動の自由の保障は憲法13条の一内容ともいうべきものと解するのが相当であるが、特に移動の自由が損なわれている身体障害者にとっての移動の自由は健常者と同様に、場合によってはそれ以上に、その自立を図り、生活圏を拡大し、社会経済活動への参加を促進するという観点からは大きな意義があるというべきであるとされる。そしてこのような観点から上記の身体障害者福祉法施行規則5条2項の別表4号の定め の意義を考えると、それは割引制度があることを身体障害者及びその介護者に告知するとともに、手帳を示された民間の公共交通機関の職員にも周知させる意味を有するものと解されるが、このように身体障害者の移動の自由の保障は憲法13条に由来するものであり、これを経済的負担を軽くするという趣旨において保障する運賃割引制度について、付随的なものであると過小評価することは相当ではないと判決はする。

さらに判決は前述のように身体障害者福祉法等と相まって障害者等の福祉の促進を図ること等を目的としている障害者自立支援法は、その2条1項柱書及び2号において、市町村は障害者の福祉に関し、必要な情報の提供を行うべきとし、また、同法5条1項において、「福祉に関し、必要な情報」である「障害福祉サービス」のうちの1つとして「行動援護」を定め、同条4項において「行動援護」の内容として、障害者であって常時介護を要する者についての外出時における移動中の介護等の便宜供与をすべきこととしているが、これは、常時介護を要する障害者について、その移動の自由の保障につき配慮し、かかる重度の身体障害者は介護者がいなければ、移動することはできないことから、当然必要となる介護者による介護等の便宜供与が明記されているものと解されるという。

判決はこうした考察の上に立っていよいよ本件割引制度が身体障害者福祉法9条4項2号にいう「身体障害者の福祉に関し、必要な情報」に該当するか否

かを検討する。そして判決は結論として、介護を要する身体障害者が憲法13条により保障されている移動の自由を確保するためには、介護者による介護が不可欠であることを考慮し、併せて上述のように障害者自立支援法により市町村は障害者の福祉に関し、必要な情報の提供を行う責務を負っており、常時介護を要する障害者についての外出時における移動中の介護等の便宜供与が「福祉に関し、必要な情報」と定められていることなどを総合考慮すれば、「本件割引制度は、身体障害者福祉法9条4項2号にいう『身体障害者の福祉に関し、必要な情報』に該当するものというべきである」という。

かくて被告の職員は伝えるべき本件割引制度を伝えなかったのであるから、それと異なる二審の判決は破棄を免れないとされるのである。

この結論自体は理解できるし、また、賛成でもあるが、ただ筆者の率直な感想をいえば、このような結論を導くのに上述のように殊更諸法令に言及しなければならないのかという疑問が感じられないわけではない。判決によれば、原告の子の障害の程度は身体障害者福祉法施行規則別表5号が定める「身体障害者障害程度等級表」の3級であったとされている。この級に該当するとされる障害者は体幹の機能障害により歩行が困難であったり、一下肢の機能を全廃したなどかなり重度の障害者であって、単独での外出は不可能と思われる者である。したがってそうした障害者の外出には介護者が付き添うことは当然予想される所であり、そうした障害者の旅客運賃の減額について説明するに際しては同時にほぼ必然的に同伴する介護者のそれについてもその有無や減額の程度の説明をする、あるいは説明の必要に思い至るのが当然であろう。すなわちそうした義務は特に法令上の根拠がなくとも、福祉担当の職員についてはいわば条理上当然課されている義務と考えるべきではなかろうか。したがって筆者は関係諸法令を精査するまでもなく、こうして条理上被告の福祉担当の職員に課される説明義務が果たされなかった点においてすでに違法があり、被告は賠償責任を免れないと考えるのである。

なお関連していうと、上記の交野市事件やこの志木市事件、あるいは筆者自

身の家族の介護についての市役所への相談の体験などからして、自治体の第一線で福祉事務を担当している職員のかなりは十分な専門的訓練を受けず、したがって福祉行政についての知識も持たないまま、一般の比較的単純な行政事務の遂行と同じ感覚で福祉事務を遂行しているのではないかという疑念を抱かざるを得ない。

いい換えると、2、3年の役所のローテーション人事で全く無関係の部署から福祉担当の部署に回り、あるいはそこから転出するということが繰り返され、そのため十分な知識や経験もないまま第一線の福祉事務に従事することになり、結果として単純で通り一遍的な対応しかできないということになるのではなからうか。また、これも関連していえば、1つの相談あるいは問い合わせに対して複数の職員で対応して丁寧かつ慎重な対処を心がけることも必要であろう。今日社会保障の充実が盛んに強調されるにもかかわらず、その実施体制がかなり貧弱な状態にあることは否めず、このことは自治体の大きな反省材料というべきであろう。

## 2 誤った認識や法令の適用・解釈に基づく行政指導と国家賠償

以上の事前相談、照会、問い合わせなどに対する誤った回答、説明、情報提供、教示ないしそれに関連する事例と共通するところがあるが、それよりもやや複雑なケースとして、当局の誤った認識や法令の適用・解釈によってなされた指導により損害を被ったとしてなされた国家賠償請求事件がある。もっともこの2つのケースのどちらに分類されるか微妙なケース—両方の要素がみられるように思われるケース—もあるが、筆者の判断でどちらかのケースに分け、前者の方からみていくと先ず八尾市事件がある。

これは原告（八尾市に在住している市民）が八尾市（以下「被告」という）が管理するA公園の遊具等が設置されていない広場で日曜日に集会を開催しようとして公園内行為許可申請をしたところ（被告の都市公園条例—以下単に

「条例」という一では、被告が管理する公園で、公園の全部又は一部を独占して利用する場合などは市長の許可を受けなければならないとされていた)、被告の職員(公園を管理する課の課長—以下単に「課長」という—)は数度の事前折衝の過程で、集会の参加予定人数が多数で拡声器を用いた演説が行われるなど他の公園利用者に迷惑がかかることや、こどもの遊戯場があるA公園は家族連れやこどもの利用が多く、日曜日の利用頻度が高いことなどを理由に、A公園について許可申請を認めるのは難しいが、B公園ならば許可が可能であるとしたため(被告の主張ではB公園はこどもの遊具が設置されておらず、A公園に比して普段から利用頻度が低かった)、原告はやむなくB公園の使用許可申請をし(A公園の許可申請書は原告に返却され、原告はそれを持ち帰った)、B公園の一部を集会のために用いることが許可されたので、原告らはB公園で集会を行ったが、その後原告がA公園での集会が不可能になり集会の自由を侵害されたとして、公園内行為不許可処分の取消しと国家賠償法1条1項に基づく慰謝料を請求したという事案である。

判決<sup>(10)</sup>は、A公園の許可申請を不許可とする理由を文書で交付するようにとの原告らの要求に応じて課長が原告に交付した、前記のような許可できない理由を述べ、「A公園での公園内行為許可をすることができない旨、回答するものです」と結んだ回答書には、「不許可処分」や「不許可決定」という文言は用いられておらず、また、そもそも許可、不許可の決定権限は市長にあるのであるから、課長のこうした回答書による回答によって市長による不許可処分がなされたと認めることはできないこと、及び、許可申請に係る使用期間は口頭弁論終結時には既に徒過しており、不許可処分の取消しを求める訴えの利益はもはや存在しないことを理由に、不許可処分の取消請求は不適法であって、却下を免れないとしたが、10万円の慰謝料請求については額は半分に減額したものの、原告の請求を認める判断を示した。

---

(10) 大阪地判平成25・12・12判自394号10頁。

この課長らのA公園の許可申請に対しては許可することはできない旨を原告に伝え、B公園で集会を開催するよう求めた行為（判決はこれを「本件指導」といっている）、本稿でも以下そのように称する）を違法とする判決の基本となっているのは、A公園は地方自治法244条1項にいう「公の施設」に当たるから、同法2項により正当な理由がない限り、当局は住民がこれを利用することを拒んではならず、したがって市長は申請された行為が公衆の公園の利用に支障を及ぼさないと認められる場合に限り、許可を与えることができるとの被告の条例4条4項も、公衆の公園利用に支障を及ぼす場合に限ってこれを不許可とできる旨を定めたものと解するのが相当であるという地方自治法を踏まえた条例の理解である。

さらに判決は住民が公園に集合してその広場を利用することを管理者が正当な理由なく拒否するときは憲法の保障する集会の自由の不当な制限につながるおそれが生じることになるとし、これらのことを総合すれば、条例4条4項は、「公衆の公園の利用に支障を及ぼす事態が、八尾市長の主観により予測されるだけでなく、客観的な事実を照らして具体的に明らかに予測される場合に初めて、公園の利用を許可しないことができることを定めたものと解すべきである」と上述の判示を詳述する。

そして判決は、公園の規模やA公園の原告らが許可を求めた広場の部分の構造や設備からみて、集会が開催されたとしても公衆のA公園の利用に支障を及ぼす事態が生じることが、客観的な事実を照らして具体的に明らかに予測されたものとは認められないこと、また、原告らが求めた広場の占用時間は事前準備や後片付けの時間を含めても5時間に止まり、集会において拡声器などにより発生すると予想される音も当該広場で開くことが想定される集会において通常生ずる程度の音を上回るものとは認められないことなどからしても、公衆のA公園の利用に支障を及ぼすということとはできないと判示する。この判決の結論を重ねて判決自身の言葉でいえば、「第2公園（筆者が「A公園」としている公園）の規模、構造、設備等の点からも、また、本件集会の参加人数や予測

される雰囲気や占用の程度、発生する音等の点からも本件集会により公衆の第2公園の利用に支障を及ぼす事態が生じることが、客観的な事実を照らして具体的に明らかに予測されたものとは認められないから、本件許可申請を不許可とすることは許されないものであったと解するのが相当である」ということである。

こうして被告の課長らの、A公園の本件許可申請は参加人数が多数で拡声器が使われ、また、日曜日の昼間は親子連れやこどもの使用頻度が高いことなどから許可できないとの誤った認識に基づいて行われた原告らに対する本件指導は違法な公権力の行使であって、国家賠償法上違法というべきであり、また、かかる国家賠償法上違法な本件指導をしたことについて、被告の課長らに過失があったものと認めるのが相当であるとして、最初に述べたように5万円の損害賠償の支払いが命じられたのである。

本件はおそらくよくその問題性が指摘される、公安条例による集会や集団示威運動について許可を得るための事前折衝に際し、当局がしばしば場所やコースについて強く変更を求めることと共通する表現の自由の侵害という問題性を持つものと思われるが（ちなみに、原告らの企画した集会は、「西郡3家族の住宅追い出し許すな 道州制反対・橋下打倒集会」と称するものであった）、確かに判決文を読む限り課長らの認識・反応はかなり過剰にみえるから、上にみたような判決の判断は妥当というべきであろう。

やや意味は異なるがこの八尾市事件と似て当局の誤った認識による指導によって損害を受けたとして国家賠償が請求されたのが千葉県事件である。

この事件は南房総国定公園内の土地（三地区に分かれるが、以下「本件各土地」と総称する）の開発事業を行っていたK商事から営業譲渡を受けた原告が、このK商事の開発事業につき千葉県（以下「被告」という）環境生活部自然保護課の担当者から、本件各土地の自然公園法上の規制に関する誤った違法な行政指導を受けたため損害を被ったとして、国家賠償法1条1項に基づき損害賠償等を請求した事件である。

判決<sup>(11)</sup>は事件の経緯を極めて詳細にたどって検討しているが、それをごく簡略化していうと、南房総国立公園内に位置する本件各土地は千葉県知事の許可の下、公有水面の埋め立てにより造成された土地であるが、この造成地の周囲は第二種特別地域に指定されていたものの、本件各土地自体は造成後に特別地域に指定されたことはなく、したがって普通地域内の土地であったところ、被告も原告らもそのことをよく認識していなかったことに起因する事件である。すなわち被告の作成、管理する南房総国立公園の指定区域図上では本件各土地の全体が第二種特別地域に編入されていることを示す誤った記載がされており、そのため被告は本件各土地は第二種特別地域内の土地であることを前提とする自然公園法及び同法施行規則に基づく規制と指導を行ってきたが、K商事に本件各土地を売却した前所有者もそのことを異とせず、また、売却の際にはこのことをK商事に伝えるなどしたためK商事自身も本件各土地を第二種特別地域内の土地として開発分譲を進めたのである（このようにK商事も本件各土地を特別地域と認識していたため、K商事はその開発計画の作成に当たっては被告の関係機関に相談を行い、上述のように関係機関は各種の規制や指導を行っているが、その内容については省略する。なお普通地域であれば高さ13メートル又は床面積1000平方メートルを超える工作物の新築等、土地の形状を変更すること等の場合に知事に対する届出が必要となるにすぎないのに対し、特別地域においては土地の形状等の変更についてはかなり細部にわたり知事の許可を必要とするとされ、例えば分譲地の造成を目的とした道路や上下水道の新築をする場合は、分譲区画の面積がすべて1000平方メートルであることなどの許可基準が設けられている）。

ともあれこのように本件各土地は被告、本件各土地の前所有者、新たな所有者であるK商事からともに特別地域内の土地とみなされ、開発分譲がなされてきたのであるが、K商事から事業譲渡を受けた原告が行政の許認可業務に詳し

---

(11) 東京地判平成24・8・7判時2168号86頁。

い業者に依頼して調べてもらったところ、前述のように本件各土地は埋立てにより造成された土地である事実を業者が突き止めたため、原告と業者はこのことを示して被告の自然保護課に再度調査するよう求めたところ、自然保護課の確認でも本件各土地は埋立てによる造成地であり、造成後も特別地域に編入された事実がないこと（すなわち本件各土地は普通地域であること）が判明し、自然保護課は特別地域内の土地として本件各土地の開発分譲について規制及び指導を続けてきたことが誤りであることを認め、そのことを原告に伝えるとともに関係者に謝罪した。

こうして原告が最初に述べたように、普通地域であれば実現が可能であった開発分譲計画を被告の誤った認識による規制と指導により変更することによって被った損害等の賠償を求めて出訴したのである。

しかしながら判決は基本的には原告の請求を退けている。すなわち判決は、K商事は本件各土地のいずれについても普通地域であるとの認識は有しておらず、その開発計画について被告と相談する以前から第二種特別地域内の土地であるとの前提で事業計画を立て、そのような前提で土地を買い受けたものと認めるのが相当であり、自然保護課の担当者から第二種特別地域であることを前提とする指導があったからといって、これによって、K商事が普通地域としての販売利益を享受することのできる権利、利益を侵害されたということとはできず、また、原告の主張するような得べかりし利益の損害が発生したということもできないというのである。

要するにK商事は元々本件各土地を特別地域内の土地として購入し、開発分譲の計画を立てたのであるから、普通地域であることを前提とする販売予定価格での販売が合理的に期待できたということとはできず、そうだとすれば、K商事において得られたはずであろう利益の損失があったとは認められないというわけであるが、ただ特別地域内の土地であるとの認識に基づく指導により三番目の地区の開発が遅れ、そのため既に販売契約を締結し、手付金を受領していた2人の顧客との販売契約を解消し、手付金返還金及び違約金を支払わざるを

得なくなったという損害については、被告の誤った指導をした違法行為との間に相当因果関係があるとし、また、調査を依頼した業者に原告が支払った成功報酬の一部も同様に因果関係があるとして被告にその分の支払を命じた。

結果的には被告の誤認を早目に見抜けなかった原告あるいはK商事はそのことに伴う不利益は自ら負わざるを得ないとするもののようにも読めるが、被告の作成、管理する南房総国立公園の指定区域図で明確に本件各土地が第二種特別地域に編入されているとの記載があり、それ以外に本件各土地の自然公園法上の位置付けについて調べる直接的な資料がない以上、原告ないしK商事は第二種特別地域であることを疑う材料を手にはできないのであるから、判決が事態をかなり形式論理的に処理しているような印象を受けることは否めない。

しかし判決は明言していないものの、前の所有者からK商事が本件各土地を購入した際には第二種特別地域内の土地として普通地域内の土地の場合よりも安く購入したはずであるから、そうであるにもかかわらず、普通地域内の土地として開発分譲した場合の利益を失ったと主張するのも確かに認容し難いところではある。そう考えれば、やはり判決の結論が多少違和感はあるとしても実際には適っているといえようか。

同様に当局の誤った認識に基づく指導によって損害を受けたとして国家賠償が請求されたのが秦野市事件である。ただこの事件は秦野市の条例の定めをどのように理解するかという問題も絡んでいるので、法令の適用や解釈の誤りが主張されたケースという側面もあるが、二審判決は秦野市（以下「被告」という）の職員の条例やその施行規則の意味するところについての説明、すなわちその説明の元になった認識は誤りではなく、したがってそうした認識に基づく指導も違法ではないとしているので、千葉県事件と同様被告の誤った認識に基づく指導による損害の賠償が請求された事件として、ここでふれることにしよう。

この事件は判断の対象となった事前相談以前にも相談がなされているが（こうした相談に対する説明も違法と主張されている）、そのことは省略して主た

る争点に係る相談のみを簡単に述べると、それは、市内で農業を営む原告が自己の所有地に井戸を設置した上で農業用住宅を建築しようと計画し、被告の環境保全課を訪れて井戸設置の相談をしたところ、同課の職員A（以下「A」という）から市の条例では原則的に井戸の設置は禁止されていると説明され、さらにその後当局とも協議の上原告については例外的にも許可される可能性は低いと説明されたため、原告はやむなく井戸設置の許可申請を断念し、水道敷設の工事を行ったが、その後Aの説明には誤りがあるとして、水道敷設費と井戸設置費の差額等につき国家賠償を請求したという事件である。

この請求の理由をやや詳しくみると、地下水の水質を保全すること、並びに地下水を涵養し、水量を保全することにより、市民の健康と生活環境を守ることを目的として制定された秦野市地下水保全条例（以下「本件条例」という）及び同条例施行規則（以下「本件規則」という）は、この目的達成のため「土地を所有し又は占有する者は、その土地に井戸を設置することができない」としつつ、「ただし、規則（上に示したように本稿でいう「本件規則」）で定める理由により市長の許可を受けたときは、この限りではない」と定め（本件条例39条1項）、ここでいう「規則で定める理由」として、「水道水その他の水を用いることが困難なこと」又は「その他井戸を設置することについて市長が特に必要と認めるとき」という2つの事由を挙げているが（本件規則19条）、前述のようにAが原告の井戸設置はこのいずれの例外事由にも該当せず、したがって井戸設置の許可申請をしても本件条例の原則に従い許可される可能性は非常に低い旨を説明したのに対し、原告は地下水採取を原則禁止した上で狭い例外事由しか設けていない本件条例39条1項は憲法29条2項が保障する財産権を侵害する違憲なものであり、仮に違憲ではないとしても、原告の土地は水道給水地域外にあるため、原告が水道水を利用するためには、原告自らが水道を敷設しなければならないところ、その費用は多額に上り、例外事由である「水道水その他の水を用いることが困難なこと」に該当し、また、被告の職員の農業用住宅の建築に対する相談（これが上に簡単にふれた原告のもう1つの事前相

談である)への対応が適切であれば建築工事は遅れずに済み、そうすれば井戸の設置工事も本件条例の施行日前に実行可能であったのであるから、同様に例外事由である「その他井戸を設置することについて市長が特に必要と認めるとき」にも該当するとしてAの説明を違法と主張したのである。

一審判決<sup>(12)</sup>は先ず前述の、地下水を涵養し、水量を保全することにより市民の健康と生活環境を守るという本件条例の目的自体は正当性を有し、公共の福祉に適合することは明らかとしつつ、こうした目的は取水量を制限すれば達成できるのであるから、本件条例が井戸の設置自体を原則禁止していることは財産権を必要以上に制限するものとして憲法29条2項に反する疑いが強いといわざるを得ないという。

こうして本件条例はその目的は正当であっても、内容等は違憲の疑いが強いといわざるを得ないと判決はするのであるが、しかし判決はそれで終わらず、本件条例は井戸の設置を全面的に禁止しているわけではなく、前述のように2つの例外的許可事由を設けており、さらに本件規則が井戸設置許可申請書に「地下水の使用目的」及び「1日当たりの最大揚水予定量及び年間揚水予定日数」を記載することを要求し、また、本件条例39条3項が、市長が本件条例の目的を実現するために必要と認める条件を付した上で井戸設置を許可することもできていることからすると、本件条例は、取水量を制限した上で井戸設置を許可することも前提としていると解されるという。かくて、「本件条例39条は、井戸設置の例外的許可事由を具体的に定めており、水量保全の目的を達成できる限り取水量を制限した上で井戸設置を許可することも前提としていると解されるから、その目的に照らし、規制手段が必要性又は合理性に欠けるということとはできない」として本件条例は合憲と論結するのであるが、こうした行論からすれば、判決の結論は自ずから明らかであろう。

すなわち判決は、上記のように、「本件条例は、取水量を制限した上で井戸

---

(12) 横浜地小田原支判平成25・9・13判時2207号55頁。

の設置を認めることを前提としているのであるから、原告が個人で井戸を利用しようとしていたことに照らせば、少なくとも取水量を制限すれば井戸の設置が認められる可能性は高かったといえる」とし、「そうすると原告から相談を受けたAとしては、原告に設置予定の井戸の仕様書を提出させるなどした上で環境保全課に持ち帰り、取水量を制限した上で井戸の設置を認めることができないかを具体的に検討する義務があったというべきであり、そうした検討を何ら行わず、原告に対し、井戸設置が許可される可能性は非常に低い旨の誤った説明をしたことは、職務上尽くすべき注意義務に違背しており、国家賠償法上違法であるというほかない」と判示するのである。

しかしこうした判示については一読直ちに強い疑問が抱かれる。それは判決が、本件条例は取水量を制限した上で井戸設置を許可することも前提としていると解されるとしている点である。前提としているというのは、ふつうに言えば原則としているということであるから、秦野市民は取水量を制限さえすれば原則として井戸設置の許可を受けることができるといっているように判決は理解されるが、上記のような本件条例や本件規則の定めからそのような結論が導かれるであろうか。判決は前述のようにこうした結論が導き出せる理由として、井戸設置許可申請書の記載事項として地下水の使用目的や1日あたりの最大揚水予定量及び年間揚水予定日数が挙げられており、また、本件条例39条3項で市長が本件条例の目的達成のため必要と認める条件を付した上で井戸設置を許可できるとされていることを指摘するが、こうしたことがはたして判決のいうように、本件条例は取水量を制限した上で井戸設置を許可することも前提としているという結論につながるのであろうか。

むしろ判決が言及する本件規則の規定は例外的な井戸設置の許可を申請する際の様式を定めたものにすぎず、本件条例39項3項の条件云々も、例外的に井戸の設置を許可する場合であっても、市長はなお許可の効果を制限する条件を付することができるとの意と解するのがふつうであろう。判決は本件条例39条1項が憲法29条2項に違反するとの結論を避けようとして、本件条例39条1項

の合憲的解釈を展開しているつもりであろうが、それは井戸の設置を原則禁止とする規定の趣旨と大きくずれた解釈になっているように思われる。繰り返していえば、本件条例や本件規則を素直に読む限り、井戸の設置は原則禁止され、ただ例外的に2つの事由のいずれかが備わっていれば許可されることもあるが、その場合も条件が付されることがあると理解するのがふつうであって、本件条例は取水量を制限した上で井戸設置を許可することも前提としていると解するのは本件条例の趣旨を歪曲するものであろう（なお判決はしきりに「本件条例は、取水量を制限した上で井戸設置を許可することも前提としていると解される」というが、その他には何が「前提」とされているというのであろうか。筆者にはこのように「…ことも」とされていることの意味がよく理解できない）。

そして二審判決<sup>(13)</sup>もこうした一審判決を支持せず、事前相談を受けた地方公共団体の職員は、条例や規則の内容について、一見して憲法や法律に違反していることが明らかであるような例外的な場合を除いては、その条例及び規則が有効であることを前提として、その条例、規則等の内容や相談者から聴取した不確定な事実関係などに基づく概括的な説明を行えば足りるのであり、地方公共団体の職員が、事前相談を受ける度に対象とされる条例や規則などが違憲又は違法ではないかについて調査検討すべき義務まで負うものでないことは当然のことであるとした上で、Aの原告に対する本件条例では原則として新規の井戸設置は禁止されており、また、例外的な井戸設置の許可申請をしても許可される可能性は低いとの説明は、事前相談に対する説明であり、本件条例39条1項や本件規則19条が有効であることを前提とする説明として、特に違法であるというべき点は見出すことができないとするのである。

詳述はしていないが、本件条例39条1項や本件規則19条等の意味については筆者と同様に理解し、一審判決のような解釈を退けるものであろう。

そうした上で二審判決は本件条例39条1項及びこれを受けた本件規則19条

---

(13) 東京高判平成26・1・30判自387号11頁。

による井戸設置規制が憲法29条2項にいう「公共の福祉に適合する」ものであるか否か（すなわち合憲か否か）を検討するが、それらの目的はもちろんのこと、秦野盆地の地下水は昭和40年代には揚水量が自然涵養量を超え、水位の低下や一部井戸の枯渇が生じたり、水圧不足や一部断水という事態が発生したことに鑑みれば、被告が専門機関への委託調査によって得た具体的な分析結果などを前提として、地下水の涵養のため必要な措置として、新たな井戸掘削を原則禁止したことは必要かつ合理的なものであるといえ、また、水道水その他の水を用いることが困難なときその他市長が特に必要と認めるときには、新たな井戸掘削を許容する余地を残しているのであるから、その制限が合理性に欠けるものとはいえないなどとして、井戸設置規制は憲法29条2項には違反しないと解すべきであるという。

この二審判決の方が妥当かつ自然な判断であって繰り返しいえば、本件条例は取水量を制限の上、井戸設置を許可することも前提としているとの一審判決の判断は、規定の趣旨を正確に理解していない点でも、上記のように曖昧さを残している点でも首肯できないものである。

次いで法令の適用や解釈を誤って行われた行政指導によって損害を受けたとして国家賠償が請求された事例を2件みることにしよう。

1つは東京都（コンドルデリンジャー）事件であるが、この事件は正確にいうと後にみるような事情により、東京都とともに国も被告とされている。

事実の概要をかいつまんでいうと、主としてプラスチック製の拳銃等の玩具の製造を行っていた会社（この会社とその代表者であった者が原告となっている。以後はこの代表者であった原告のことを「原告」という）が昭和37年6月頃金属製の玩具拳銃の製造により会社の業績を向上させることを企図し、当時人気の高かった輸入玩具拳銃ニコルスデリンジャーを参考にしたコンドルデリンジャー（以下「本件コンドルデリンジャー」という）など三種の玩具の設計を行い、その部品の製造を下請け会社に発注するとともに、少年雑誌に広告を掲載し、同年12月そのうち本件コンドルデリンジャーが製品として完成した

ため直ちに販売を開始したところ、人気を博し、翌年1月上旬までに製造した1166個のうち1066個を販売することができたことが発端となった事件である。

すなわち当時すでに銃砲に該当するとして販売等の規制を受けていた上記の輸入玩具拳銃ニコルスデリンジャーに類似する本件コンドルデリンジャーの広告が少年雑誌等に掲載されているとの情報が大阪府警より警視庁防犯部保安課に寄せられたため、同課の保安係長A（以下「A」という）は会社が任意提出した本件コンドルデリンジャーを部下に命じて警視庁科学検査所に持参させ、担当官の意見を求めさせたところ、外観より判断して本件コンドルデリンジャーは金属性弾丸を発射することが可能であり、かつ相当程度の威力を有すると考えられるとのことであつたため、その他の事情と併せて本件コンドルデリンジャーは銃刀法にいう銃砲に該当するとの結論に達し、かつ、当時銃砲に該当すると判断される玩具拳銃による事故等が頻発していた状況に鑑みて早急にこれを規制する必要があると認め、直ちに会社に電話し、原告に対しとりあえず本件コンドルデリンジャーの製造、販売の中止、販売済みの製品の回収等の措置をとり、併せて原告が保安係に出頭することを求めた。それに対し原告はこれらすべての要請を承諾し、また、その後在庫の本件コンドルデリンジャー46筒を任意提出するなどしたが、しかしAは本件コンドルデリンジャーに関する処置をこれで終わらせず、本件コンドルデリンジャーについては銃刀法違反の容疑もあると考え、本件コンドルデリンジャーについて警視庁科学検査所に対し、金属性弾丸発射機能の有無及びその威力の点に関する鑑定を囑託するとともに、部下に対し銃刀法違反容疑の捜査を行うことを命じた。

そして本件コンドルデリンジャーは金属性弾丸の発射が可能であるとの鑑定結果及び本件コンドルデリンジャーの外観が既に銃砲に該当するとして規制されている輸入玩具拳銃ニコルスデリンジャーに類似していることなどからすれば、本件コンドルデリンジャーは銃砲と認め得ると考え、また、部下の捜査結果も併せて、銃刀法違反の嫌疑は充分であるとの結論に達したので、銃刀法違反の容疑で送致することとしたが、検察庁より武器等製造法違反も考えられる

との意向が伝えられたため部下にさらに補充捜査をさせ、こうした経過を受けてAの上司の保安課長B（以下「B」という）が会社と原告らを武器等製造法違反及び銃刀法違反の容疑で東京地検に送致した。

送致を受けた東京地検はさらに補充捜査をした後事件を新宿区検察庁に移送し、同庁の副検事（以下「C」という）は新宿簡易裁判所に対し原告らを武器等製造法違反被告事件として起訴し、略式命令を請求した（原告はこうした検察官の手続についても国家賠償を請求しているのので、前述のように東京都とともに国も被告とされているのである）。新宿簡易裁判所がこれに対し原告らを各5万円の罰金に処したところ、原告らはそれを不服として正式裁判を申し立てたため東京地裁で審理が行われたが（なお事件担当検事は公判途中で銃刀法違反の事実を予備的訴因として追加した）、東京地裁は本件コンドルデリンジャーにより金属性弾丸を発射することは可能であると認められるが、その威力、性能、構造等よりみて社会通念上人畜を殺傷する威力を具有するとは認め難いとの理由により、原告らに対する武器等製造法違反及び銃刀法違反の両訴因についてはいずれも無罪である旨の判決を言い渡し、この判決はそのまま確定した。

こうした結果を受けて会社と原告（なお会社はCによる起訴後間もなく倒産した）が東京都と国に対し国家賠償を請求したわけであるが、判決<sup>(14)</sup>は、Aの本件コンドルデリンジャーの製造、販売の中止等の要請、Aの捜査、Bの事件送致、Cの公訴提起という4つの行為のうち後三者が都及び国の公権力の行使に当たる公務員の職務行為であることは明らかとした上で、残るAの製造、販売の中止等の要請のようないわゆる行政指導も同様に国家賠償法1条1項の「公権力の行使」に該当するか否かを論じ、行政指導の場合において、「それが法令上の根拠を背景にしてなされる場合には、相手方が不服従であれば、法令に基づく強制処分に移行することができるので、その行政指導には相手方は従わざるを得ないから、そのような行政指導は国家賠償法1条1項の公権力の行

---

(14) 東京地判昭和51・8・23判時826号20頁。

使に該当するものと解するのが相当である」という。判決はこのように行政指導が国家賠償法1項1項にいう「公権力の行使」に当たることを認めた初期の先例としてよく知られているが、法令上の根拠を背景としてなされ、相手方が不服従であれば、法令に基づく強制処分に移行することができること、すなわち行政指導ではあるが結局は強制力を持つといえることがその理由とされている点からすれば、必ずしも行政指導は一般的に「公権力の行使」とみなされる旨を述べた先例とはいえないであろう。

ただ本件では上にみたような理由でAの製造、販売等の中止の要請はいわゆる行政指導ではあるが、「公権力の行使」に該当するとされるので、判決は次いでその違法性と過失の有無の検討に進む。

その際判決は刑事事件の判決と同様な理由により本件コンドルデリンジャーは銃砲ではないと認定するので、Aがそれを銃刀法にいう銃砲に該当すると判断して、会社に対しその製造、販売の中止等を要請した本件行政指導は違法なものであるといわざるを得ないとするものの、過失の有無については、玩具拳銃を銃刀法にいう銃砲に該当するとしてその製造、販売の中止等の勧告などの行政指導を行う公務員としては、先ず対象となる本件コンドルデリンジャーの実物を取り寄せ、それと既に銃砲として規制されているニコルスデリンジャーとを比較対照してその類似性を検討し、さらに時間的な余裕がある場合には正式の鑑定を委嘱し、時間的余裕がない場合には専門家より意見を聴取し、よって得られた事実に基づき、かつ、従来の裁判例及び通説の示す基準に従って判断をなすべき注意義務があるというべきであるが、Aがこうした注意義務をいずれも履践したことは明らかであり、かつ銃刀法にいう銃砲に該当すると判断したこと自体も著しく経験則に反したものであるといえるから、結局Aに本件行政指導を行ったことにつき過失を認めることはできないというべきであるという。

こうなれば残りのAの捜査、Bの事件送致、Cの公訴提起という3つの行為についての判断もほぼ見当がつくのであり、判決は、鑑定結果によれば本件コ

ンドルデリンジャーは金属性弾丸を発射することが可能であり、また、社会通念上人畜を傷害するに足る威力を具有するとは認められないものの、至近距離においては人畜を傷害することは可能であると認められるのであるから、警察官又は検察官が本件コンドルデリンジャーは社会通念上人畜を傷害するに足る威力を具有すると判断したことをもって直ちに経験則及び論理則に違反した不相当な判断ということではできず、Aの捜査、Bの事件送致、Cの公訴提起のいずれの行為も違法な行為ということではできないとするのである。

以上の判断のうち本稿の主たる関心であるAの行政指導についての判断、すなわちそれは違法ではあるが過失は認められないから、原告らの損賠賠償請求は理由がないとの判断は、確かに法理論的には理解できないわけではない。しかし銃砲に該当すると判断される玩具拳銃による事故等が頻発していたといわれる当時において、ある玩具拳銃が銃砲に該当する可能性があるとしてその製造、販売の中止を警視庁が要請すれば、そのことは当然大きな社会的ニュースとなり、製造、販売を行っている会社はそうした危険な玩具で営業利益を上げようとしている会社とみなされ、批判され、営業不振に陥ることは当然予想されるであろう。そして前述のように実際本件会社は倒産したのであるが、その後になって当該玩具拳銃は銃砲ではなく、したがって行政指導は違法であったとされても、過失はないとされ、賠償請求が退けられる以上、それは当然会社にとっては何の救済にもならないであろう。

また、判決は前述のように、行政指導は、「それが法令上の根拠を背景にしてなされる場合には、相手方が不服従であれば、法令に基づく強制処分に移行することができるので、その行政指導には相手方は従わざるを得ないから、そのような行政指導は国家賠償法1項1項の公権力の行使に該当するものと解するのが相当である」といって、行政指導に従うことと強制処分の対象になることは二者択一であるかのようにいっているが、実際には行政指導に従っても強制処分は行われたわけであるから、遡ってみれば、判決の行政指導を「公権力の行使」とする理由も必ずしも説得的ではないようにみえるが、ただこの点は

措くとしても、大阪府警から情報が寄せられた翌日にはすでに会社の営業に重大な影響を及ぼす本件行政指導を行っていることについて、真に過失が認められないか、もう少し念入りに検討する必要があるのではないだろうか。

法令の適用や解釈の誤りによる行政指導によって損害を受けたとして国家賠償が請求された2つ目の例は厚生省（当時）通知事件であるが（このように直接には国の機関の事件であるが、自治体当局も関わっているので、本稿の対象とする）、これは「廃棄物の処理及び清掃に関する法律」（以下「法」という）の14条1項が、「産業廃棄物の収集、運搬又は処分を業として行おうとする者は、当該事業を行おうとする区域を管轄する都道府県知事の許可を受けなければならない。ただし、事業者がその産業廃棄物を自ら運搬し、又は処分する場合…はこの限りではない」と定めていることについて、厚生省環境衛生局水道環境部産業廃棄物対策室長通知（以下「通知」という）が、「建設工事を発注者甲から請け負った者乙が、建築工事に伴って生ずる産業廃棄物の処理を自ら行わず他の者丙に行わせる場合は、乙は産業廃棄物の排出事業者に該当し、丙は産業廃棄物の処理業者に該当することになる」との解釈を示し、これを受けて許可権限を有する各都道府県知事（この許可事務は国の機関委任事務である）はパンフレット等において、解体業者の例を挙げ、「解体業者が元請業者から解体を請け負い、排出された建設廃材を埋立処分場まで運搬する場合は、産業廃棄物処理業者として収集、運搬の許可を受けて行うこととなります」などと記載して、この解釈の周知徹底を図り、また、窓口等においてもその旨の行政指導を行っていることが争われたものである。

つまりこの通知の解釈によれば、解体・建設工事の元請業者は乙に当たり、解体の下請業者は丙に当たることになるため、下請業者は自らの工事の廃棄物の処理をするについてもその都道府県知事の許可を得なければならないことになり、上記のように実際そのように指導されてきたのであるが、解体工事の下請業者も法14条1項のただし書にいう「事業者」に該当し、したがって通知の解釈は誤りであり、そうした誤った解釈に基づく行政指導によって損害を

被ったとして、国に賠償を請求する訴えが提起されたのである。

具体的にいうと、建築物の解体工事及びそれにより生ずる産業廃棄物処理を業とする会社（原告・控訴人—以下「原告」という）が、発注者から解体工事を含む建設工事を請負った者（元請業者）から解体工事を請け負ったが、上記のような通知とそれに基づく行政指導により、やむなく（通知の解釈によれば、許可を受けなくて自分が下請けした解体工事から排出された産業廃棄物を運搬、処分すると、法14条に違反するものとして刑事罰を受けるおそれがあった—実際に刑事罰を受けた業者の例もあった）千葉県知事、東京都知事、埼玉県知事等の許可を受けるために支払った費用（申請手数料等）につき、上記のように通知の法の解釈とそれに基づく行政指導の違法、過失を主張して国家賠償を請求したのである。

一審判決は<sup>(15)</sup>は、下請業者に産業廃棄物の適正処理の責任を委ねると複数の下請業者が各々の工事を行う建設工事現場において、帰属不明の産業廃棄物が生じ、これが放置され、あるいは不法投棄される危険が高く、逆に元請業者に責任を委ねれば、一工事現場から生ずる産業廃棄物を包括的に管理することができ、上記のような危険を防げることを理由に通知の解釈をもって、法の解釈を誤った違法なものであるということとはできないとして、原告の請求を退けたが、二審判決<sup>(16)</sup>はこの一審判決を取り消し、原告の賠償請求を認容した。

二審判決は、本件で問題となるのは法14条1項ただし書の解釈であるが、それは具体的にはそこにいう「事業者」の意義と、当該産業廃棄物が事業活動に伴って排出されたものといえるかどうかの2つの事柄であるとし、先ず前者の「事業者」の意義から検討する。そして事業から生ずる利益及び損失が帰属する事業活動の主体であれば、その事業が別の事業者が請け負った仕事をさらに請け負ういわゆる下請けの形態をとる場合でも、事業者に当たることは明白であるといい、さらに念を押して、「また、建築物の解体工事もこれを業とす

(15) 東京地判平成平成3・10・30判時1483号24頁。

(16) 東京高判平成5・10・28判時1483号17頁。

る場合は事業に当たり、建築物の解体工事を業として行う者が法にいう『事業者』に当たることも明らかであって、本件控訴人のように建築物の解体工事を請け負った事業者（元請業者）から更に解体工事を請け負う事業者（下請業者）も法にいう『事業者』に当たることは明白であるといわなければならない」という。このことにつき国は、事業者概念は相対的で一義的に解釈することはできないとして、法にいう事業者は廃棄物処理責任を負わせるにふさわしい者を指し、廃棄物処理責任を課しても廃棄物の適正な処理を期待できないような者は事業者には当たらないとし、建築工事の場合はその特殊性からして発注者から工事を請け負った元請業者だけが法にいう事業者に該当し、同人からさらに工事を請け負った下請業者は法にいう事業者に当たらないと主張するのであるが、判決は法にはそのような限定は置かれていないとし、また、このように事業者の意義を限定することは産業廃棄物処理業の許可を要する者の範囲を広げ、国民の営業の自由に対する制約を拡大する結果をもたらすことになるとして、そうした主張を退けるのである。

第2の当該産業廃棄物がある事業者の事業活動に伴って排出されたものと評価できるかどうかについても、判決は、「少なくとも産業廃棄物を排出する単位として観念される一まとまりの仕事…の全部を請け負い、それを自ら施工し、したがってその仕事から生ずる廃棄物を自ら排出した事業者は、たとえそれが下請けの形態をとっていたとしても、通常、廃棄物を排出した主体（排出事業者）に当たる」ということができ、「本件で問題となる解体工事は社会的にみてそれ自体で右の意味の一まとまりの仕事であると捉えられる」という。

こうして判決は、原告のように元請業者から解体工事を請け負った下請業者も、解体工事を業とする限り法にいう事業者に当たり、かつ、同人がその解体工事から排出された産業廃棄物を自分で運搬、処分する場合は、法14条1項ただし書にいう「事業者がその産業廃棄物を自ら運搬し、又は処分する場合」に当たると解釈すべきであって、通知の解釈はその限度で正しい解釈とはいえなかったというべきであり、そうした通知に基づく行政指導も違法であったとい

わなければならないとする。そしてさらに、法の文言等に照らすと、通知の解釈には相当の根拠があったとはいい難く、このような通知については厚生省の担当官に少なくとも過失があったというべきであるとして、国家賠償請求を認容したのである。

こうした二審判決の判旨はよく理解でき、元請け、下請けの実態をよく観察せず、建築工事の下請業者に煩瑣な許可手続を課すような解釈をとり、その遵守を強制した厚生省の担当者には判決がいうように十分な慎重さが足りなかったというべきであろう。

## 追記

「2 誤った認識や法令の適用・解釈に基づく行政指導と国家賠償」の箇所の冒頭で取り上げている八尾市事件については、本稿では一審判決のみにふれているが、その後控訴審判決が言い渡され、最近の判例誌に掲載されるに至った（大阪高判平成26・11・27判自407号11頁）。

それは、公園の規模、構造、設備や本件集会の参加人数等からすれば、本件集会により公衆の公園利用に支障を及ぼす事態が生じることが、客観的な事実を照らして具体的に明らかに予測されたものとは認められず、申請を不許可とすることは許されないものであったのに、申請は許可できないとの誤った認識によってなされた別公園への申請変更の勧めは違法な行政指導であったとした一審判決を取り消して、本件集会は300人が参加する大規模なものであったこと、当該公園は静かな住環境の中にあったこと、親子連れや子ども、あるいは高齢者がよく利用する施設であったことなどを考慮すれば、近くの別公園の利用を勧めることは周辺住民の利益と申請者の集会の自由保障との調整として首肯できるとするものであった。

筆者としては異論を述べたいところもあるが、それは別の機会に譲って、ここではとりあえず、こうした控訴審の判断が示されたことのみを記しておきたい。