

論 説

国家賠償訴訟における反射的利益論
——建設アスベスト事件を素材として——

岡 田 正 則

- 1 はじめに
- 2 法源体系上および建設行政上の建築基準法2条7号ないし9号の役割
- 3 建築基準法2条7号ないし9号の「保護範囲」
- 4 結 語

1 はじめに

アスベスト（石綿）含有建材の加工・使用に従事したことによってアスベスト関連疾病等に罹患した建築作業従事者らが、国による建材の指定・認定行為の違法を理由として、いくつかの国家賠償請求訴訟を提起している。本稿は、これらの事件において争点となっている《一人親方や零細事業主を含む建築作業従事者が建築基準法2条7号ないし9号の保護範囲に含まれるのかという問題》（以下、この問題に関する議論を「保護範囲論」といい、保護範囲に含まれないこと強調する議論を「反射的利益論」という）を⁽¹⁾考察の対象とする。

(1) 本稿は、2015年8月に横浜地裁宛、2016年1月に東京地裁・東京高裁宛に提出した鑑定意見書（首都圏建設アスベスト損害賠償請求神奈川訴訟・第2陣、同東京訴訟・第1陣および第2陣）の一部分を基礎にしている。また本稿は、科学研究

建材の指定・認定行為の違法に関しては、別稿で検討を行った⁽²⁾。その結果は、おおむね次のとおりである。まず、基準定立の指定行為（「耐火構造等とみなすものの指定または技術的な基準を定立する指定」の行為）については、不作為の違法が認められる。すなわち、1972（昭和47）年または1973（同48）年から2004（平成16）年に至る間にアスベスト含有建材について旧建設大臣・国土交通大臣が規制権限を行使しなかったことは、「著しく合理性を欠くもの」として国家賠償法上の違法と評価すべきである。次に、個別建材の指定・認定行為（一定の建材について上記基準に適合する旨の指定を個別に行う行為およびその旨の認定を通則的または個別に行う行為）については、作為の違法が認められる。すなわち、アスベスト含有建材について旧建設大臣・国土交通大臣が上記の時期に行った個別建材の指定・認定行為は、建築基準法が同大臣に課している職務上の法的義務に違反し、国家賠償法1条1項の適用上違法である。

本稿は、以上の検討結果をふまえながらも、建設アスベスト国賠事件における国側の主張の中に《建築作業従事者は建築基準法の保護範囲に含まれないので、国は賠償責任を負わない》旨の主張があることに鑑みて、あらためて上記の保護範囲論に関する考察を行うこととした。検討点の第1は、建基法2条7号ないし9号による建材の規制制度が建築作業従事者の健康被害を防止するための役割を果たさないとする国側の主張の適否である。この規制制度は、たしかに、建築物の耐火・防火性能の向上が主目的であるが、有害建材を排除する手段としても用いられてきた。この点に着目すると、当該制度は建築作業従事者の健康被害の防止という結果回避につながる規制制度ではないか、というのが検討の焦点である（後述2）。検討点の第2は、法令の「保護範囲」を国賠法上の違法要件との関連においてどのように理解するか、である。私は、保護範囲をめぐる論点は損害

費・基盤研究C（課題番号：26380049）による研究成果の一部である。

(2) 岡田正則「国による石綿建材の指定・認定行為と国家賠償責任」早稲田法学87巻2号（2012年）75頁。

要件の問題だと考えるが、仮に判例の立場と同様に、違法要件の問題としてこれを位置づけたとしても、建築作業従事者の健康被害の防止は建基法2条7号ないし9号の保護範囲に含まれると解しうるのはないか、というのがここでの焦点である（後述3）。なお、考察の過程で、建設アスベスト国賠事件⁽³⁾に関するいくつかの判決にも適宜言及することにしたい。

2 法源体系上および建設行政上の 建築基準法2条7号ないし9号の役割

（1）法源体系上の建築基準法2条7号ないし9号の役割

建材の指定・認定という国（建設大臣・国土交通大臣）の権限行使の根拠規定は、建築基準法2条7号ないし9号である。建設アスベスト国賠事件での国側の主張において、しばしば《これらの規定は、単なる「用語の意義」を定めた定義規定の列挙にすぎない》という趣旨の記述もみられるので、最初に、これらの規定について、法源体系上の役割を確かめておく。7号を例として検討を進めよう。条文の文言は次のとおりである。

建築基準法

第2条 この法律において次の各号に掲げる用語の意義は、それぞれ当該各号に定めるところによる。

[中略]

七 耐火構造 壁、柱、床その他の建築物の部分の構造のうち、耐火性能（通常の火災が終了するまでの間当該火災による建築物の倒壊及び延焼を防止するために当該建築物の部分に必要とされる性能をいう。）に関して

(3) 横浜地判2012（平成24）・5・25訟月59巻5号1頁（首都圏建設アスベスト損害賠償請求神奈川訴訟・第1陣）、東京地判2012（平成24）・12・5判時2183号194頁（首都圏建設アスベスト損害賠償請求東京訴訟・第1陣）、福岡地判2014（平成26）・11・7判例集等未登載（LEX/DB 25505227）（九州建設アスベスト損害賠償請求訴訟）。一連の建設アスベスト訴訟の概観として、小野寺利孝「首都圏建設アスベスト訴訟の現状と展望」法と民主主義472号（2012年）7頁。

4 早法 91 卷 4 号 (2016)

政令で定める技術的基準に適合する鉄筋コンクリート造、れんが造その他の構造で、国土交通大臣が定めた構造方法を用いるもの又は国土交通大臣の認定を受けたものをいう。

2条各号は、たしかに一見すると、定義規定の列挙に見えるかも知れない。しかしよく見れば、同条7号ないし9号は権限の所在と委任を含む規定であることがわかる。上記7号を例としていえば、同号は、政令（内閣）が構造に関する技術的基準を定めるべきこと、国土交通大臣が構造方法を定めるべきこと、および国土交通大臣が認定を行うべきことを指示している。そして行政立法の次元において、建築基準法施行令107条は、上記7号にいう「政令で定める技術的基準」として「耐火性能に関する技術的基準」を定め、国土交通大臣は、構造方法について「耐火構造の構造方法を定める件」（平成12年5月30日・建設省告示第1399号、最終改正平成17年6月1日・国土交通省告示第569号）を定め、さらにこれらの定めにもとづいて、国土交通大臣は、一定の建材を使用した構造を耐火構造として一般的にまたは通則的・個別的に認定する、というのが同号の仕組みなのである。

上記7号の例から明らかなおお、建築基準法2条7号ないし9号は、基準等を定める権限の根拠を示すとともに、基準等を定めるための方法を示している。ここから、同条7号ないし9号は、単なる定義規定にとどまるものではなく、①規制権限の所在を示し、かつ、②委任立法を指示するという役割を果たす規定でもある、ということを確認することができる。建設アスベスト国賠事件に即していえば、アスベスト含有建材の使用の可否およびその使用方法については、①国土交通大臣（2000年以前は建設大臣）が規制権限を有し、かつ、②国土交通大臣（同）が委任立法としての告示等を通じて指定・認定という規制権限を行使する、ということである。同条7号ないし9号が委任を行う趣旨の規定であることについては、⁽⁴⁾国側も認めているので、以上の点についてもはや争いはないと思われる。

(4) 前掲注(1)神奈川訴訟における被告「乙ア準備書面(4)」（平成27年2月12日付）25頁以下。

（２） 建設行政上の建築基準法 2 条 7 号ないし 9 号の役割

次に、同条 7 号ないし 9 号について、その建築行政上の役割を確かめる。というのは、国側の書面の中にしばしば次のような主張がみられるからである。すなわち、《1987（昭和62）年の告示改正による「吹付石綿」規定の削除や2004（平成16）年の告示改正によるアスベスト含有建材規定の削除は、使用されなくなった実態を踏まえてのものであって、特に「国民の生命・健康を保護する」ことを考慮して削除したものではなく、それゆえ、同条 7 号ないし 9 号に基づく規制権限の行使は有害な建材の使用を規制する法的な効果をもたない》旨の主張である⁽⁵⁾。もしこの主張がいうとおりに、同条 7 号ないし 9 号が建築行政上で有害な建材の規制という役割をまったく果たさないとするならば、建設省・国土交通省による同省告示からのアスベスト含有建材規定の削除は「アスベスト問題に関する対応」ではないこととなり、何を目的とした規定削除だったのかが問われることとなる。

ここで、国（政府）が2005年8月に発表した「アスベスト問題に関する政府の過去の対応の検証について」およびその別添^⑦の国土交通省「アスベスト問題に関する国土交通省の過去の対応の検証」⁽⁶⁾を参照してみよう。この「検証」において、政府は「アスベストの有害性についての国際的な

(5) 前掲注(1) 神奈川訴訟における被告「乙ア準備書面(1)」(平成26年9月30日付) 89-91頁、および同・前掲注(4) 23-25頁で主張されている。同様の主張は、前述の首都圏建設アスベスト損害賠償請求東京訴訟・第一審における、国側の準備書面でも繰り返し述べられている。この点については、岡田・前掲注(2) 86-87頁参照。

(6) 政府「アスベスト問題に関する政府の過去の対応の検証について」(平成17年8月26日) および同文書別添^⑦：国土交通省「アスベスト問題に関する国土交通省の過去の対応の検証」(同日)。http://www.mlit.go.jp/sogoseisaku/asubesuto/as06.pdf で参照することができる。フランスの判例（コンセイユデタ2004年3月3日判決）を参照すれば、そもそも、アスベスト規制が適切であったかを調査しなかったことや、増加傾向にあったアスベストによる健康被害実態を調査しなかったことが、国の責任として問われなければならない。北村和夫「フランスにおけるアスベスト被害と国家賠償責任」立命館法学311号（2007年）226-232頁参照。

知見が確立したのは、昭和47年（1972年）の ILO、WHO の専門家会合でのがん原性の指摘であり、旧労働省及び旧環境庁においては、昭和47年当時にはアスベストの危険性について認識していた」ことを確認し、これを受けて国土交通省は、アスベスト問題に関する同省の過去の対応として、「昭和62年11月には建築基準法に基づく告示において、耐火構造の規定から吹き付け石綿を用いた構造の規定を削除した」ことや、「平成16年10月1日には、労働安全衛生法施行令において建材等の使用等が禁止されたのを受け、建築基準法施行令及び技術的基準を定めた告示から、すべての石綿含有建材（石綿スレート、石綿パーライト板、石綿けい酸カルシウム板等）の規定を削除した」ことなどを挙げている。⁽⁷⁾ このような規定改正を行う前提として、建設省・国土交通省も、当然にその危険性を認識していた。例えば、上記「対応の検証」とほぼ同時期に公表された同省の「国土交通省におけるアスベスト対策の推進」は、「石綿粉じんを吸入することにより、次のような健康被害が発生するおそれがある」として、①石綿肺、②肺がん、③中皮腫（がんの一種）、⁽⁸⁾ という疾病を挙げている。国土交通省は、このような認識に基づいて、2006（平成18）年の建築基準法改正により、アスベスト含有建材を全面的に禁止したのである。

2006年のアスベスト含有建材全面禁止を提言した社会資本整備審議会建築分科会の建議「建築物における今後のアスベスト対策について」は、建設省・国土交通省による上記1987（昭和62）年および2004（平成16）年のアスベスト含有建材規定の削除について、労働者等の安全を確保するための規制と位置づけた上で、「建築基準法による規制の考え方」を次のように述べている。⁽⁹⁾

(7) 国土交通省・前掲注（6）2頁および4頁。

(8) 国土交通省「国土交通省におけるアスベスト対策の推進」（平成18年3月31日）2頁。

(9) 社会資本整備審議会建築分科会・建議「建築物における今後のアスベスト対策について」（平成17年12月）5頁。この建議の位置づけについては、2006年10月1日付・各都道府県知事あての国土交通省住宅局長通知「石綿による健康等に係る被

「建築物においては、アスベスト繊維を飛散させるおそれがないものを除き、全てのアスベスト含有建材の使用を禁止することとすべきである。これにより、増改築時には、少なくとも当該増改築を行う建築物の部分において、アスベスト含有建材の除去等が行われるよう措置すべきである」。

すなわち、同審議会は国土交通省に対して、1987年・2004年の規定改正によるアスベスト含有建材の除去では不十分であるので、建築基準法改正によって全面的な禁止を行うべきだという指示をしているのである（具体的には同法28条の2の抜本改正および関連法令改正によるアスベスト含有建材の使用禁止・除去）。

以上、要するに、旧建設省・国土交通省は、アスベスト含有建材が人の生命・健康に対して重大な被害を及ぼすことを認識した上で、アスベスト含有建材を建築物の使用から排除する目的で、その使用等を禁止する措置として、建築基準法施行令および告示からアスベスト含有建材の規定を削除したのである。また、客観的にみれば、アスベスト含有建材は、耐火・防火性能が高いにもかかわらず、政令および建設省・国土交通省告示の改正等によって使用禁止とされたであって、その理由は、石綿粉じんの吸入により発生する国民全般の健康被害の防止という点にあることは明白である。告示改正によるアスベスト含有建材規定の削除は、建築作業従事者を含む国民全般の健康被害を防止するという観点から推進された建築基準法改正の一環であり、健康被害をもたらす元凶の規定であるがゆえの削除であって、とうてい《使用されなくなった実態を踏まえて削除した》という性質の改正ではない。

上述のところから、建築基準法2条7号ないし9号は、国土交通省の認識によっても、そして客観的にみても、人の生命・健康に対して有害な建材を排除するという役割を果たす規定だ、ということが出来る。無論、建設大臣・国土交通大臣は、建築基準法の改正によってアスベスト含有建材

害の防止のための大気汚染防止法等の一部を改正する法律等の施行について（技術的助言）」を参照。

の全面禁止を行うことはできたのであるが、その前提として、同法2条7号ないし9号等に基づく当該建材規定の削除は不可欠であった。このように、建設大臣・国土交通大臣は、同条7号ないし9号に基づいて、石綿粉じんの吸入により発生する健康被害を防止するための規制権限を有していたし、時機に遅れたとはいえ、実際にそのための権限行使を行ってきたのである。

(3) 小括

以上から、建築基準法2条7号ないし9号は、法源体系上で、アスベスト含有建材の使用に関する規制権限を建設大臣・国土交通大臣に付与する規定であり、また建設行政上で、アスベスト含有建材が建築作業従事者に対して重大な健康被害をもたらすという結果を回避するために有効な役割を果たしうる規定であった、ということができる。

3 建築基準法2条7号ないし9号の「保護範囲」

(1) 規制権限の根拠規定に関する「保護範囲」と国賠法上の「違法」との関係

上述の内容をふまえて、一人親方や零細事業主を含む建築作業従事者が建築基準法2条7号ないし9号の「保護範囲」に含まれるのかという冒頭の問題を考察してみよう。

考察の前提として、国家賠償法1条1項におけるこの論点の位置づけを確かめておく。

権限不行使の違法に関する国家賠償法の解釈について、判例としてしばしば引用されるのが、1985年の在宅投票制度廃止事件最高裁判決（以下「在宅投票最判」⁽¹⁰⁾）における次の判示部分である。

(10) 最判1985(昭和60)・11・21民集39巻7号1512頁。

「国家賠償法1条1項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる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に違背して当該国民に損害を加えたときに、国又は公共団体がこれを賠償する責に任ずることを規定するものである」。

同判決は、ここから「個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうか」が違法の評価の基準になるとしている。そして同判決は、立法行為における法的義務違背について、その義務の対象となる保護範囲を確定することなく、「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合」という行為規範違反を義務違背と位置づけ、同事件はこの場合に該当しないという理由で違法の成立を否定したのである。

では、「個別の国民」とは誰を指すのであろうか。もとより、立法において特定の個人を名指しすることはあり得ない。「全体の奉仕者」に悖る立法行為になるからである。⁽¹¹⁾したがって、「個別の国民」とは、一定の属性を有する社会集団を指すものと解すべきことになる。上記判示部分は立法行為の事件に限られず、広く規制権限不行使の国賠事件で用いられているが、これらの事件に関する判例において、「個別の国民」は、「[不動産等の]取引関係者」（京都宅建業者事件）、「鉱山労働者」（筑豊じん肺事件）、「当該水域の水質の悪化にかかわりのある周辺住民」「水産動植物を摂取す

(11) 近代立憲主義が要請する「法律の一般性」の原則（処分的法律の禁止）に基づく。その内容については、芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法〔第6版〕』（岩波書店、2015年）296-297頁など参照。また省令制定等の行政立法行為について、高木光「省令制定権者の職務上の義務—泉南アスベスト国賠訴訟を素材として」自治研究90巻8号（2014年）12頁が指摘するように、「判例の定式にいう『個別の国民に対して負担する職務上の法的義務』は、省令制定権者については、文字通り『個々の国民』について異なるのではなく、一定のメルクマールを満たす国民については『一律』のもの、あるいは関係する者全員との関係で『一体的』なもの」と解している。本稿は、ここにいう「一定のメルクマールを満たす国民」と同じ趣旨で「一定の属性を有する社会集団」と表現している。

る者」(水俣病関西訴訟)、「在外国民」(在外日本人選挙権訴訟)などと解されている⁽¹²⁾。つまり、判例は、誰が原告になっているかに関わりなく、客観的に存在する社会集団を措定し、当該社会集団に対して公務員が職務上の法的義務に違背する行為をしたときに、国賠法上の違法になると判断しているのである。例えば、《水俣湾周辺地域の住民が原告である場合には国の権限不行使は違法だが、他の地域の者が原告である場合には当該権限不行使は適法だ》などという判断は成り立ち得ないのである。いうまでもなく、損害賠償を求めている原告と国の規制権限不行使との関係は、相当因果関係の有無として、損害要件において検討されるべき問題であって、違法要件の問題ではない(念のため付言しておく、在宅投票最判のいう「公務員が……当該国民に損害を加えたとき」に該当するか否かという点も損害要件の問題であって、違法要件の問題ではない⁽¹³⁾)。なおここで、建設アスベスト国賠事件における「個別の国民」をあらかじめ述べておけば、それは、「アスベスト含有建材の使用により健康被害を受けうる者」である(後述(5)参照)。

以上、要するに、国家賠償法 1 条 1 項にいう違法は、どのような者が原告となって訴えているのかとは関係なく、客観的に、規制権限の根拠規定が保護対象とする一定の社会集団に対する公務員の職務上の法的義務違背が存在した場合に、成立するのである。

(2) 国側の主張における国賠法 1 条 1 項解釈の改変と「保護範囲」論

ところが、建設アスベスト国賠事件での国側の主張をみると、在宅投票最判の国賠法 1 条 1 項の解釈は、次のように改変されている⁽¹⁴⁾。

(12) 最判1989(平成元)・11・24民集43卷10号1169頁(京都宅建業者事件)、最判2004(平成16)・4・27民集58卷7号1802頁(筑豊じん肺事件)、最判2004(平成16)・10・15民集58卷4号1032頁(水俣病関西訴訟)、最判(在外日本人選挙権訴訟)参照。

(13) 後述(4)で紹介するとおり、学説の多くは上述の論点全体を損害要件の問題として扱っている。

「公権力の行使に当たる公務員の行為が国賠法1条1項の適用上違法と評価されるためには、その公務員が、損害賠償を求めている当該国民に対する関係で個別具体的な職務上の法的義務を負担し、かつ、当該行為が当該義務に違反してされた場合でなければならず、この法的義務は当該国民の個別の利益を保護する内容のものでなければならない。

なぜ国側は、判例の基準をこのように改変したのであろうか。その理由と問題点を、次の諸点に注目して考えてみよう。

第一に、在宅投票最判での「個別の国民」を国側の主張が「損害賠償を求めている当該国民」としている点である。原告として訴えている「当該国民」に焦点を合わせることにより、その属性を狭隘に見積もることを通じて被侵害利益を極小化・孤立化して捉える論理操作を行う意図があるものと考えられる⁽¹⁵⁾。後述のように、国側は、建築作業従事者が建設現場でさらされる石綿粉じんによる健康被害を、労働者の健康被害や居住住民・近隣住民らの健康被害と対立的に捉えているが、アスベスト含有建材に起因する健康被害が当該建材に接触する者たちに対して包括的に生じることに鑑みれば、そこで生じる健康侵害を分断的・対立的に捉えることは法制度の適切な理解とはいえない。

第二に、「職務上の法的義務」について、国側が「個別具体的な」という修飾語を付加している点である。その理由は、法的義務の対象となる保護範囲を限定することにあると考えられる。つまり、《根拠法令から具体的な保護対象利益が読み取れない場合には、権限行使は必要とされない

(14) 前掲注(4)「乙ア準備書面(4)」7頁。

(15) 稲葉馨「国賠訴訟における『反射的利益論』」菅野喜八郎・藤田宙靖編『憲法と行政法』（良書普及会、1987年）624頁は、国側の主張にみられる保護利益性の評価を批判し、「〔保護利益性は〕当該実体行政法規上の保護法益判断を必ずしも必要とするものではない」点を指摘している。例えば、同論文が摘示しているように、スモン訴訟において原告側は、「副作用のない医薬品の供給を受けうる利益を侵害された」と主張しているのではなく、「その固有の法益たる身体そのものを侵害された」と主張して損害賠償を請求しているのである。

し、それゆえその不行使は違法とはならない》という主張を構成するためであろう。しかし、このような限定的な根拠法令解釈の方法は、恣意的であって、後述の通り、判例が許容するものではない。

第三に、国側が末尾に「この法的義務は当該国民の個別の利益を保護する内容のものでなければならない」という文章を付加している点である。その意図は、一方で、「当該国民の個別の利益」を限定しながら、他方で、国が負うべき「法的義務」の「内容」を限定することによって、前者の利益と後者の義務とは無関係だ——つまり前者の利益は後者の保護対象利益ではない——と主張することにあると考えられる。上記第一と第二とを接合する主張であるが、これも、後述の通り、判例が許容するものではない。

権限不行使が適法だとするこの種の国側の主張については、稲葉馨の分析がある。これによれば、国側の主張（反射的利益論）は、(a)「権利侵害がない」ことの言い換えであるものと、(b)原告に対する「作為（注意）義務」の否定を意味するものとに大別される。⁽¹⁶⁾(a)は、原告の被侵害利益が権利としての保護に値しないものだと評価することによって、権利侵害が存在しないことを主張するものであり、上記第一の主張に対応する。(b)は、国の危険防止責任（ないし危険管理責任）を限定することによって、作為義務が存在しないことを主張するものであり、上記第二の主張に対応する。(a)と(b)の接合が、上記第三の主張といえる。

これらの点を建設アスベスト国賠事件における国側の主張についてみる

(16) 稲葉・同上595頁（国側の主張の分析については同613頁以下参照。(a)(b)の符号については、同640頁の整理に従った。(a)の典型例は、検察官の不起訴処分に係る被害者（告訴人）の慰藉料請求について理由がないとする主張であり（東京地判1972 [昭和47]・2・26判時676号49頁）、(b)の典型例は、無登録織機の取締りの懈怠について得べかりし営業上の利益の喪失を理由として訴えた者に対して、当該取締りは特定事業者を保護するための規制ではないとして義務違反を否定する主張である（東京地判1969 [昭和44]・12・25判時580号42頁）。同論文は、スモン訴訟以降におけるこれらの主張について「一般的妥当性は疑問である」と評価している（同641頁）。

と、次のとおりである。

まず、上記第一の主張（保護利益性の否定）として、国側は、建築作業従事者の生命・健康が建築基準法の保護対象にあたらぬ旨を主張している。すなわち、建築基準法1条および2条7号ないし9号について、「建基法の目的を定めた同法1条の『国民』には、建築物の建築・解体工事の工事現場内における作業従事者は含まれない」、「保護対象は、建築された建築物に居住する住民やその周辺住民等なのであって」、「建築物の建築・解体等の工事に従事する建築作業従事者が工事に従事する際の健康等の保護についてまでその目的としているとは到底解されない」と主張している⁽¹⁷⁾のである。

次に、上記第二の主張（作為義務の否定）として、国側は、内閣や建設大臣がアスベスト含有建材の指定・認定の撤回や条件の付加という権限行使を行わなかったことについて、これらの権限行使が建築基準法の委任の範囲を超えるものである旨を主張している。すなわち、内閣や建設大臣が行うるのは耐火・防火・不燃材料導入のための権限行使に限られるのであって、「原告らが不燃材料に関して、国賠法上違法であると主張する建設大臣の権限行使の内容は、いずれも、建基法2条9号及び建基法施行令108条の2に照らして、そもそも法令上、建設大臣が行使できないものであった」、「原告らが耐火構造、防火構造に関して、国賠法上違法であると主張する内閣又は建設大臣の権限行使の内容は、いずれも、建基法2条7号、8号及びその委任を受けた建基法施行令に照らして、そもそも法令上、内閣又は建設大臣が行使できなかったものである」と主張しているのである。

そして、上記第三の主張（権限不行使の違法性の否定）として、国側は、「前記2（9ページ）で述べたとおり、建基法2条7号ないし9号等の規定が建築作業従事者を保護対象としていないことは明らかである上、原告らが国賠法上違法であると主張する前記1（8ページ）記載の内閣又は建

(17) 前掲注(4)「乙ア準備書面(4)」22頁、12頁、25頁。

設大臣の各行為は、いずれも法令の内容に従ったものであるから、これが職務上の法的義務に違背したと認められる余地はない」と主張している。

しかし、このような主張は、判例によって繰り返し排斥されている。次に、この点をみていくことにしよう。

(3) 「保護範囲」に関する判例の状況

国は以前から上記と同様の主張をし、裁判所はこれを排斥してきた。その例として、水俣病関西訴訟と筑豊じん肺訴訟における国側の主張と裁判所の判断をみておく。

水俣病関西訴訟において、国側は、水俣病患者らが水質二法等の保護対象の範囲外であるとして、次のように主張した。⁽¹⁸⁾

「水質保全法に基づく指定水域の指定及び水質基準の設定は、各種の法規を運用する場合の共通の客観的基準を制定するものであり、直接国民を相手方として行われる一般の行政行為とは著しく性格を異にする一般的規範定立行為である。また、特定施設の指定も内閣が政令により行うものである以上、やはり一般的規範定立行為といわなければならない。経済企画庁長官が、直接個別の国民に対し、右のような立法行為に属する一定内容の基準の設定という行為をなすべき職務上の法的義務を負うものではない」。

第一審の大阪地裁はこの主張を受け容れたが、控訴審の大阪高裁は次のように述べて、この主張を排斥した。⁽¹⁹⁾

「明らかに水質保全法 5 条 1 項の要件（公共用水域のうち、当該水域の水質の汚濁が原因となって関係産業に相当の損害が生じ、若しくは公衆衛生上看過し難い影響が生じているもの又はそれらのおそれのあるもの）に該当する公共用水域が存在し、また、指定水域の指定とともになされるべき当該指定水域に係る水質基準の設定にも格別の技術的困難がなく、かつ、重大な損害

(18) 大阪地判1994（平成6）・7・11判時1506号5頁。

(19) 大阪高判2001（平成13）・4・27判時1761号3頁。

あるいは衛生上の危険など、指定、設定の必要が顕著であるなどの事情が認められる場合であるにもかかわらず、経済企画庁長官がその判断を誤って指定水域の規定を^{〔ママ〕}と、「産業の相互調和と公衆衛生の向上に寄与する」という同法の目的を達成できず、その結果、水質汚濁により国民の生命、身体が侵害されることになるが、このような場合の個々の国民の生命、身体の安全は、単なる反射的利益にとどまるものではないであろう」。

最高裁は、周知の通り、上記の大阪高裁の判断を是認して、次のように⁽²⁰⁾判断した。

「この〔経済企画庁長官と主務大臣の〕権限は、当該水域の水質の悪化にかかわりのある周辺住民の生命、健康の保護をその主要な目的の一つとして、適時かつ適切に行使されるべきものである」。

もう一つの例として、筑豊じん肺訴訟を取り上げる。同訴訟において、国側は、労働者が労働基準法等の保護対象の範囲外だとして、次のように⁽²¹⁾主張した。

「旧労基法、安衛法、けい特法、じん肺法は、いずれも使用者に対し、国家に対する義務を課した取締法規であって、これらの法令により被告国が個々の労働者に対し、使用者に対する規制権限を行使すべき法的作為義務を負担するものではない」。「労働災害においては、使用者という第一次的な損害賠償責任が存在すること、労基法が労働災害補償規定を設けるとともに、被告国が労災法に基づき労働者災害補償保険を管掌して、労働災害に対する行政的救済を行なっていることからしても、旧労基法等は、被告国に法的行為義務を課するものではないと解すべきである」。

第一審の福岡地裁飯塚支部はこの主張を受け容れたが、控訴審の福岡高裁は、次のように述べて、この主張を排斥した。⁽²²⁾

(20) 最判2004（平成16）・10・15・前掲注（12）。

(21) 福岡地飯塚支判平成7・7・20判時1543号3頁。

(22) 福岡高判平成13・7・19判時1785号89頁。

「被控訴人国（通産省・労働省）は、保安法及びじん肺法等の労働衛生関係法令に基づいて、省令を制定する等して石炭鉱業権者に対し、じん肺防止対策について規制し、指導監督する権限を有する」。「これら法令の諸規定の究極的な目的は、労働者の生命・健康に対する危険を防止し、労働者の健康を保持することであり、専ら公益の保護のみを目的とするものではないから、これらの法令に基づく被控訴人国の規制権限等の行使によって個々の労働者が受ける利益は、間接的、事実上のものにとどまらず、国賠法上保護された法的利益に該当する」。

そして周知の通り、最高裁は、上記の福岡高裁の判断を是認して、次のように判断した。⁽²³⁾

「鉱山保安法は、鉱山労働者に対する危害の防止等をその目的とするものであり（1条）、鉱山における保安、すなわち、鉱山労働者の労働災害の防止等に関しては、同法のみが適用され、労働安全衛生法は適用されないものとされており（同法115条1項）、鉱山保安法は、職場における労働者の安全と健康を確保すること等を目的とする労働安全衛生法の特別法としての性格を有する。そして、鉱山保安法は、鉱業権者は、粉じん等の処理に伴う危害又は鉱害の防止のため必要な措置を講じなければならないものとし（4条2号）、同法30条は、鉱業権者が同法4条の規定によって講ずべき具体的な保安措置を省令に委任しているところ、同法30条が省令に包括的に委任した趣旨は、規定すべき鉱業権者が講ずべき保安措置の内容が、多岐にわたる専門的、技術的事項であること、また、その内容を、できる限り速やかに、技術の進歩や最新の医学的知見等に適合したものに改正していくためには、これを主務大臣にゆだねるのが適当であるとされたことによるものである」。「同法の目的、上記各規定の趣旨にかんがみると、同法の主務大臣であった通商産業大臣の同法に基づく保安規制権限、特に同法30条の規定に基づく省令制定権限は、鉱山労働者の労働環境を整備し、その生命、身体に対する危害を防止し、その健康を確保することをその主要な目的として、できる限り速や

(23) 最判2004（平成16）・4・27・前掲注（12）。

かに、技術の進歩や最新の医学的知見等に適合したものに改正すべく、適時にかつ適切に行使されるべきものである」。

以上のとおり、権限不行使事件の主要判例である水俣病関西訴訟最判と筑豊じん肺訴訟最判は、国側の、①保護利益性の否定、②作為義務の否定、③権限不行使の違法性の否定、という主張をいずれも排斥し、国の賠償責任を認めたのである。

一方、原告が規制根拠法令の保護対象の範囲外だという構成をとったようにみえる最高裁判決もある。京都府宅建業者事件⁽²⁴⁾最判であるが、同最判は、「[宅地建物取引業法に基づく]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1条1項にいう違法な行為に当たるものではない」と述べながら、判断に際してはこの論理を用いずに、結局、「京都府知事において誠和住研に対する業務の停止ないし本件免許の取消をしなかったことが、監督処分権限の趣旨・目的に照らして著しく不合理であるということとはできない」という裁量権の逸脱・濫用の否定をもって、国賠法上の違法にはならないと判断した。裁判実務における同最判の位置づけも、「取引関係者の利益を、宅地建物取引業法の規定の保護範囲外ないし反射的利益とし、およそ国家賠償法上救済⁽²⁵⁾されないものとする立場を採るものではない」というものである。

しばしば判例とみなされるクロロキン訴訟最判も、裁量権の逸脱・濫用の枠組みで判断したものであって、原告が規制根拠法令の保護対象の範囲外だという構成をとってはいない。「クロロキン上告審判決……も、厚生大臣が医薬品の副作用による被害の発生を防止するために薬事法上の権限

(24) 最判1989（平成元）・11・24・前掲注（12）。同判決以降の判例の動向および学説による検討の状況について、野呂充「不作為に対する救済」公法研究71号（2009年）174頁を参照。

(25) 徳岡治「行政法規の保護範囲と行政権限の不行使の違法性」藤山雅行編『新・裁判実務体系第25巻・行政争訟』（青林書院、2004年）490頁。

を行使しなかったことが、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、その権限の不行使は、副作用による被害を受けた者との関係において、国家賠償法 1 条 1 頁の適用上違法となる旨判示し、副作用被害者の利益が薬事法の保護範囲内にあり反射的利益ではないことを当然の前提として⁽²⁶⁾いる」というのが実務における一般的評価だと考えられる。

上記のほか、反射的利益論を採用した可能性のある最高裁の判断として、次の 2 つを挙げることができるかも知れない。一つは、1990 年の判決であって、「犯罪の被害者ないし告訴人は、捜査機関の捜査が適正を欠くこと又は検察官の不起訴処分の違法を理由として、国家賠償法の規定に基づく損害賠償請求をすることができない⁽²⁷⁾」という判断、もう一つは、2005 年の判決であって、「犯罪の……被害者が捜査によって受ける利益自体は、公益上の見地に立って行われる捜査によって反射的にもたらされる事実上の利益にすぎず、法律上保護される利益ではないというべきである（最高裁平成元年（オ）第 825 号同 2 年 2 月 20 日第三小法廷判決・裁判集民事 159 号 161 頁参照）から、犯罪の被害者は、証拠物を司法警察職員に対して任意提出した上、その所有権を放棄する旨の意思表示をした場合、当該証拠物の廃棄処分が単に適正を欠くというだけでは国家賠償法の規定に基づく損害賠償請求をすることができないと解すべきである⁽²⁸⁾」という判断である。これらはいずれも、前述の (a) 「権利侵害がない」という理由に基づく国賠責任否定の古典的な例に属するものであるが、《権限不行使が違法ではない》という例ではなく、《被侵害利益がないので、権限不行使が違法であっても賠償請求をすることができない》という例（つまり、違法要件ではなく、損害要件の不充足で棄却した例）である。

(26) 徳岡・同上 490 頁。

(27) 最判 1990（平成 2）・ 2・ 20 判時 1380 号 94 頁、判タ 755 号 98 頁、集民 159 号 161 頁。

(28) 最判 2005（平成 17）・ 4・ 21 判時 1898 号 57 頁、判タ 1182 号 155 頁、集民 216 号 579 頁。

以上のとおり、判例は、国側の、①保護利益性の否定、②作為義務の否定、③権限不行使の違法性の否定、という構成に基づく主張をいずれも排斥してきた。そして逆に、《原告の被侵害利益は規制権限法規の保護対象の範囲外であるので、権限不行使に違法性はない》という論理を用いて判断した例を見いだすことはできないのである。

（４）「保護範囲」に関する学説等の見解

次に、学説等の見解をまとめておく。結論からいえば、前記の国側の主張を裏づける見解を見いだすことは困難である。

国家賠償法1条1項の解釈において「反射的利益」という概念を用いることについて、学説では否定説（不要説）が支配的である。⁽²⁹⁾「反射的利益」論が国の権限行使責任を免除する脈絡で用いられていることに着目し、単に救済を制約する概念だとしてこれを批判する見解、⁽³⁰⁾国賠法の判断構造に適合しないとして、これを否定する見解、⁽³¹⁾「反射的利益」が原則として第

(29) 学説状況の整理として、稲葉・前掲注(15)597頁以下、宇賀克也『国家補償法』(有斐閣、1997)75頁以下、室井力・芝池義一・浜川清編『コンメンタール行政法Ⅱ〔第2版〕・行政事件訴訟法・国家賠償法』(日本評論社、2006年)539頁以下(芝池義一執筆)、本多滝夫「行政救済法における権利・利益」磯部力・小早川光郎・芝池義一『行政法の新構想Ⅲ・行政救済法』(有斐閣、2008年)230頁以下、西埜章「行政の不作为責任——規制権限不行使の違法を中心に——」明治大学法科大学院論集7号(2010年)67頁、同『国家賠償法コンメンタール〔第2版〕』(勁草書房、2014年)226頁以下など参照。

(30) 下山瑛二『健康権と国の法的責任』(岩波書店、1979年)201-202頁、佐藤英善「食品・薬品公害をめぐる国の責任(1)」法律時報51巻4号(1979年)77頁、三橋良士明「不作为にかかわる賠償責任」雄川一郎ほか編『現代行政法大系・第6巻』(有斐閣、1983年)153頁など。

(31) 西埜・前掲注(29)「行政の不作为責任」77-78頁、森島昭夫「スモン訴訟判決の総合的検討(5)」ジュリスト745号(1981年)130頁、稲葉・前掲注(15)640頁、武田真一郎「行政の不作为と国家賠償について——相関関係説、不作为過失論による理解の試み——」成蹊法学72号(2010年)72-77頁など。又坂常人「規制権限の不行使と行政の責任(上)」季刊行政管理研究26号(1984年)39頁の「『趣旨・目的』を具体的な被侵害利益との関係で解釈論的に確定すること自体が実定法規の

三者の利益を否定するという誤用を招く用語だとして、国賠制度におけるその使用は不適切だとする見解⁽³²⁾などがある。一方、例外的肯定説として、救済対象とはなりえない利益の主張を国賠訴訟において排除する点にこの概念の有用性を認める見解⁽³³⁾、救済の範囲を画する点にこれを認める見解⁽³⁴⁾などがある。

否定説と例外的肯定説に共通しているのは、原告が侵害されたと主張する利益が「法律上保護された利益」か「反射的利益」かという点は違法要件の成否とは無関係であって、この脈絡で「反射的利益」の概念を用いることは不適切だ、ということである。一方、両説の分かれ目は、国賠訴訟において救済対象となりうる範囲（保護範囲）を画する上でこの概念が無用か有用かという位置づけの違いにあると考えられる。すなわち、否定説は、この概念が第三者の利益を原則として「反射的利益」とみなす前提を採っていることや、無用な概念的混乱が被害の救済を閉ざす方向に作用す

不備・欠陥や時代状況の変化を反映して実際には極めて困難」である旨の指摘も、ここに位置づけられよう。

(32) 沢井裕「規制権限不発動と国の責任」法律時報57巻9号(1985年)10頁、古城誠「権限不行使と国家賠償責任」國井和郎編『新・現代損害賠償法講座・第4巻』(日本評論社、1997年)277頁、中原茂樹「規制権限の不行使と国家賠償責任」法学教室383号(2012年)28頁など。

(33) 原田尚彦「被害と国の責任」判例時報899号(1978年)13頁、阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』(有斐閣、2009年)504頁、芝池義一『行政救済法[第3版]』(有斐閣、2006年)263-264頁など。桑原勇進「行政の危険防止責任」同『環境法の基礎理論』(有斐閣、2013年)297頁は、反射的利益という用語自体の使用には否定的であるが、基本権保護義務・保護請求権の成否を判断する基準として、類似の考え方(法律による利益の保護が「たんに恩恵的にのみ保護しているだけ」か否か)を用いていると思われる。

(34) 塩野宏『行政法Ⅱ・行政救済法[第5版補訂版]』(有斐閣、2013年)311-312頁、宇賀克也『行政法概説Ⅱ・行政救済法[第5版]』(有斐閣、2015年)452頁以下など。なお、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』(有斐閣、2008年)259頁は、「国賠請求において「反射的利益」という文言を用いることは……必ずしも妥当ではない」と述べて、この用語の使用に否定的な見解も示している。

ることから、その有用性を否定するのに対し、例外的肯定説は、国賠訴訟において救済対象とすべき利益を選別する上で「反射的利益」の概念が一定の役割を果たしうることから、その有用性を肯定するのである。

実務における見解は、「反射的利益」の概念を否定はしないが、その有用性には懐疑的ないし慎重な態度をとっているといえることができる。例えば、裁判実務担当者によれば、「実際には、疑いなく保護対象とはならないと判断される場合でなければ、『反射的利益』論によって請求を退けることは難しい⁽³⁵⁾」ということであり、また国の訴訟実務担当者によれば、「国賠法1条1項にいう違法の意義について職務行為基準説を前提とする限り、国賠法上の違法性の有無（職務上の法的義務違反の有無）を判断する上で論理必然的に検討されるべき事項に包含される関係にあるといえることができ、[反射的利益論は]説示の方法としてはともかく、あえて独立の要件や理論として取り上げるまでの必要性は乏しい⁽³⁶⁾」、とされている。

以上のとおり、学説および実務における見解を通覧しても、国側の主張、すなわち、建築作業従事者の生命・健康という利益を法令の保護対象となる利益ではないと位置づけることによって、アスベスト含有建材の使用に関する建設大臣等の規制権限行使義務を否定し、権限不行使の違法性を否定する、という主張を裏づける見解を見いだすことはできないのである。

（5） 建築基準法2条7号ないし9号の「保護範囲」と建設大臣等の規制権限との関係

ここで、あらためて、国側の次の主張、すなわち「原告らが耐火構造、

(35) 徳岡・前掲注(25)491頁。関口剛弘「行政法規の保護範囲と行政権限の不行使の違法性」藤山雅行・村田斉志編『新・裁判実務体系第25巻・行政争訟〔改訂版〕』（青林書院、2012年）641頁も参照（同論文652頁は、保護対象となる被侵害利益を法文等から読み取ることの難しさを指摘している）。

(36) 二子石亮・鈴木和孝「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」判例タイムズ1356号（2011年）14頁。

防火構造に関して、国賠法上違法であると主張する内閣又は建設大臣の権限行使の内容は、いずれも、建基法 2 条 7 号、8 号及びその委任を受けた建基法施行令に照らして、そもそも法令上、内閣又は建設大臣が行使できなかったものである」、「原告らが不燃材料に関して、国賠法上違法であると主張する建設大臣の権限行使の内容は、いずれも、建基法 2 条 9 号及び建基法施行令 108 条の 2 に照らして、そもそも法令上、建設大臣が行使できないものであった」という主張を検討してみよう。

国側の主張の趣旨は、《建築作業従事者の生命や健康に対する危害を防止するために建設大臣等がアスベスト含有建材の指定・認定の撤回や条件の付加という規制権限を行使することは、建築基準法の委任の範囲を超えるので、その不行使は適法だ》ということである。この主張を検討するために、以下、(1) 建設省・国土交通省の所掌事務に上記の規制に関する事務が含まれるか否か、そしてこの点が肯定される場合、(2) 建設大臣等による上記の規制に関する権限の行使が建築基準法の委任を超えるものか否か、を考察する。

まず、(1) 建設省・国土交通省の所掌事務に上記の規制に関する事務が含まれるか否かを考察するために、現行の国土交通省設置法等の組織法令をみていくことにする。建築作業従事者に関わるのは次の 3 条および 4 条の規定である。

国土交通省設置法

第 3 条 (任務) 国土交通省は、国土の総合的かつ体系的な利用、開発及び保全、そのための社会資本の整合的な整備、交通政策の推進、観光立国の実現に向けた施策の推進、気象業務の健全な発達並びに海上の安全及び治安の確保を図ることを任務とする。

第 4 条 国土交通省は、前条の任務を達成するため、次に掲げる事務をつかさどる。

11 建設業 (浄化槽工事業を含む。) の発達、改善及び調整並びに建設工事の請負契約の適正化に関すること。

- 66 住宅（その附帯施設を含む。）の供給、建設、改良及び管理並びにその居住環境の整備に関すること。
- 69 建築物（浄化槽を含む。）に関する基準に関すること。
- 71 建築物の質の向上その他建築の発達及び改善に関すること。
- 124 建設技術、運輸技術及び気象業務に関連する技術に関する研究及び開発並びにこれらの助成並びに建設技術、運輸技術及び気象業務に関連する技術に関する指導及び普及に関すること。

すなわち、国土交通省は、国土の利用・開発・保全という任務を達成するため、建設業の改善、住宅建設、建築物の基準の制定、建築物の質の向上・改善、建築技術に関する指導・普及といった事務を担当している（ほぼ同様の規定が、旧建設省設置法3条45号・47号・48号・53号・63号にもある）。そして、その下位法令である国土交通省組織規則や職務分掌規程等によって、大臣官房（技術調査課）が建築技術に関する指導を担当し、総合政策局（環境政策課）が環境保全に関わる事務を担当し、土地・建設産業局（建設業課）が建設業の改善に関する事務を担当し、住宅局（住宅生産課、建築指導課）が住宅建設等の施工技術の指導、建築物に関する基準を担当するものとされている。また、国土交通省組織規則および地方整備局組織規則によって、各地の地方整備局（都市・住宅整備課、建築安全課等）は、建築物の改善指導や建築工事の事故防止等の指導を担当するものとされている。これらの所掌事務担当の権限に基づいて、大臣官房技術調査課長は建設工事事故防止のための通達を⁽³⁷⁾発出し、総合政策局（環境政策課）と土地・建設産業局（建設業課）が建築物の解体工事等でのアスベスト飛散を防止するための指導を行い、各地方整備局が建築工事に関わる安全衛生管理の指導や建築工事事故防止の指導を行っているのである（建設工事現場の安全衛生の確保に関する指導・監督については、建設業法24条の6

(37) 2013（平成25）年3月29日付の各地方整備局企画部あて国土交通省大臣官房技術調査課長「平成25年度における建設工事事故防止のための重点対策の実施について」（国官技第334号）。

第 1 項、同法施行令 7 条の 3 第 5 号を参照)。

これらの所掌事務を通覧すれば、建築工事現場でアスベスト粉じんによる危害を防止し、これにさらされる危険のある建築作業従事者の生命・健康を保護するための事務は、建設省・国土交通省の所掌事務に含まれるといわざるをえない。それゆえ、アスベスト含有建材の指定・認定の撤回や条件の付加という規制に関する事務は建設省・国土交通省の所掌事務に含まれる、ということができる。

次に、(2) 建設大臣等による上記の規制に関する権限の行使が建築基準法の委任を超えるものか否か、を考察する。

第一に、建基法の趣旨を考えると、同法 1 条にいう「国民」は、「建築物に関わるすべての者」と解されるのであって、ことさら建築作業従事者を除外する趣旨を含んではいない。例えば、前述の社会資本整備審議会建築分科会の建議「建築物における今後のアスベスト対策について」においては、メーカーの従業員・その家族・近隣住民等を広く建築基準法令の保護対象と考⁽³⁸⁾えているし、建築基準法 28 条の 2 および同法 90 条に関わる石綿被害防止関係の国土交通省住宅局長通達も、同様の保護対象を前提として⁽³⁹⁾発出されている。また、建築工事現場における事故の防止や建築物の解体工事等に関する通達・行政指導は、建築作業従事者を対象に含めてい⁽⁴⁰⁾る。最高裁の判例においても、同法 1 条にいう「国民」は、建築物・建築行為の影響が及ぶ者として⁽⁴¹⁾広く理解されている。

(38) 社会資本整備審議会建築分科会・前掲注 (9) 2 頁。

(39) 国土交通省住宅局長通知・前掲注 (9)。

(40) 国土交通省大臣官房技術調査課長・前掲注 (37)、国土交通省 HP (リサイクルホームページ) <http://www.mlit.go.jp/sogoseisaku/region/recycle/fukusanbutsu/asbest/> など参照。

(41) マンション建築行為の影響が及ぶ付近住民 (最判 1985 [昭和 60]・7・16 民集 39 卷 5 号 989 頁、品川マンション事件)、建築物の周辺に居住する者 (最判 2002 [平成 14]・1・22 民集 56 卷 1 号 46 頁、総合設計許可事件)、建物に係る建築主 (最判 2013 [平成 25]・3・26 民集 243 号 101 頁、京都府建築確認国家賠償請求事件) などその例である。

第二に、同法2条7号ないし9号の趣旨を考えると、これらの規定に基づく建材の指定・認定制度は、建材の安全性を前提にしている。すなわち、耐火・防火だけではなく、有害建材を排除する趣旨を有している。例えば、同法施行令108条の2第1項2号・3号は、建材から出るガスの毒性を規制することとしているのであって、単に耐熱性や不燃性を有することだけでなく、有害性がないことをも規制基準としているのである。また、前述2（2）のとおり、1987（昭和62）年の告示改正による「吹付石綿」規定の削除や2004（平成16）年の告示改正による石綿建材規定の削除、そして2006（平成18）年の同法28条の2の改正は、アスベスト含有建材を建築物の使用から排除する目的で行われた⁽⁴²⁾である。

第三に、アスベスト問題における同法2条7号ないし9号の位置づけをよく考えてみなければならない。これらの規定に基づく指定・認定によって耐火・防火建材等としてアスベスト含有建材が広く建築物に用いられることになり、その結果として、「全国民が潜在的なアスベスト被害者という状況⁽⁴³⁾」がもたらされたのである。そして、このような状況を近年に至るまで拡大し続けてきたのが同法2条7号ないし9号に基づく規制制度の運用であって、この点に関する国の規制権限不行使の責任が厳しく問われているのである。アスベスト被害を防止するためにはその元凶を絶つことは必須の作業であるので、これらの規制制度に基づく権限行使は、最も基本的かつ効果的なアスベスト被害防止措置だということができる。このようにみえてくると、建設アスベスト国賠事件の規制権限不行使は、“作為起因性の不作為（自らの不始末をちゃんとつけていないことによる責任⁽⁴⁴⁾）”の一種と考えることもできるから、当該権限を行使すべき責任は、一般の権限不行使事件に比して重大だと解されよう。

(42) この点の詳細については、岡田・前掲注（2）85-91頁。

(43) 宮本憲一ほか編『アスベスト問題』（岩波書店、2006年）6頁。

(44) 遠藤博也『国家補償法・上巻』（青林書院新社、1981年）427-428頁。建設アスベスト事件に関しては、下山・後掲注（50）「建設作業従業者の保護と国家賠償責任」74頁。

以上 3 点の考察に基づけば、建設大臣等がアスベスト含有建材の指定・認定の撤回や条件の付加という規制権限を行使することは、建築基準法の委任の範囲を超えるものではなく、むしろ当然に要請されるものであったといえることができる。

上記 3 点の考察に関連して、国側の《建築基準法 1 条および 2 条 7 号ないし 9 号の保護対象は、建築された建築物に居住する住民やその周辺住民等なのであって、建築作業従事者はそこに含まれない》との主張⁽⁴⁵⁾について、補足しておく。この主張は、建物の居住者および近隣住民の利益と建築作業従事者の利益を分断し、対立的に理解しているが、これは適正な制度理解とはいえない。例えば、居住者は日常生活の中で、居宅の改修作業を自ら行うこともあるし、その作業を建築作業従事者に委ねることもある。そして、建物の撤去や新築の作業はもっぱら建築作業従事者に委ねられることになろう。このように、建材に接する作業は、居住者にとっても建築作業従事者にとっても不可避なのであり、またそれゆえ、有害な建材によって健康被害を受ける危険性は居住者にも建築作業従事者にも同じく存在しているのである。そうすると、有害な建材からの保護は、居住者から作業を委ねられた建築作業従事者に対しても確保されなければならない利益であることは、明らかである。国賠法 1 条 1 項の解釈にいう「個別の国民」という文言に即していえば、それは、包括的に“アスベスト含有建材の使用により健康被害を受けうる者”を指すということになる。

上記 (1) および (2) の検討から、建築作業従事者は“アスベスト含有建材の使用により健康被害を受けうる者”として建築基準法の保護範囲に含まれており、同法 2 条 7 号ないし 9 号の規制制度の保護対象でもあると解されるのである。

(6) 補論：労働安全衛生法の「保護範囲」と建築作業従事者

建設作業現場における安全・衛生の確保は、国土交通省のほか、厚生労

(45) 前掲注 (17) 参照。

働省等の担当事務でもある。例えば、建築物の解体作業におけるアスベスト粉じんの飛散によって建築作業従事者は健康被害の危険にさらされるが、こうした建築作業従事者の健康被害を防止するために、国土交通省・厚生労働省・環境省は、特別教育の実施、石綿作業主任者の選任、健康診断の実施と記録保管、呼吸用保護具・保護衣・作業衣の着用など、石綿障害予防規則（略称「石綿則」：労働安全衛生法・同法施行令に基づく厚生労働省令）⁽⁴⁶⁾に基づく作業現場の規制を行っている。

建設作業現場における安全・衛生の確保について、国側は、「建材を取り扱う労働者の保護は、建基法2条7号ないし9号等に基づく耐火構造の指定等を受けていたか否かにかかわらず、別途労働関係法規による規制によって実現されるべきもの」、「使用者は、労働関係法規を遵守するとともに、石綿含有建材の加工等における労働者の石綿粉じん曝露防止対策を執ることで、労働者への健康障害を生じさせない安全配慮義務を負っていたのであり、使用者がその安全配慮義務を履行しないことは、あってはならない事態であり、そのような事態が生じることは建基法2条7号ないし9号に基づく耐火構造への指定等に当たって予定されてはいなかったのである」⁽⁴⁷⁾と述べている。前述（5）において確かめたとおり、建築基準法28条の2・同法90条・建設業法24条の6などを通じて、建設現場における安全衛生管理や建築工事事故防止に関する労働関係法規の運用は国土交通省の所掌事務になっているのであって、《労働関係法規による規制は国土交通省の所掌事務の範囲外だ》ということではできないのであるから、上記国側の主張は、《建築作業従事者の生命・健康の保護は使用者の安全配慮義務を通じて実現されるべきであって、国土交通省の権限行使による保護の対象ではない》、あるいは《建築作業従事者は労働者ではない》ということであると思われる。

(46) 例えば、国土交通省 HP の http://www.mlit.go.jp/kisha/kisha06/01/010331_7_.html など参照。

(47) 前掲注（4）39頁・40頁。

前者の趣旨の主張であるとすれば、それは、前述 (3) で示したとおり、筑豊じん肺訴訟控訴審判決・最高裁判決で排斥された主張であって、もはや取り上げるに値しないものである。後者の趣旨の主張であるとすれば、それは、以下に述べるように、泉南アスベスト訴訟 (第 2 陣) 控訴審判決・最高裁判決が否定した狭小な「労働者」概念であって、許容されないものである。

同訴訟において、国側は、運送業務等で石綿工場に出入りしていた事業者は権限行使の保護対象にならないとして、次のように主張していた。⁽⁴⁸⁾

「本件において旧労基法に基づく規制権限が問題となる対象事業場は石綿工場であり、保護の客体は石綿工場の労働者であって、石綿工場に出入りするその余の者は、特段の事情のない限り、保護の客体にならないものである (労働者以外の者が利益を得ることがあるとしても、それは反射的利益にすぎない。)」。

これに対して、控訴審の大阪高裁は、次のように述べて、この主張を排斥した。⁽⁴⁹⁾

「しかしながら、第 1 審被告が石綿工場の労働者保護のための規制権限を行使することにより、当該労働者以外の者も当該労働者と同様の利益を受けるとい場合に、当該労働者以外の者が受ける利益が反射的利益にすぎないとして、不法行為法による救済を否定してよいかは別問題である。そこで問題とされているのは、旧労基法や安衛法に基づく第 1 審被告の規制権限の不行

(48) 次注の大阪高判を参照。

(49) 大阪高判 2013 (平成 25)・12・25 民集 68 卷 8 号 900 頁 (泉南アスベスト訴訟 (第 2 陣) 控訴審判決)。控訴審判決および上告審の最判 2014 (平成 14)・10・9 民集 68 卷 8 号 799 頁の評釈等として、後掲注 (50) の関係文献のほか、山下竜一「判批」法学セミナー 720 号 (2015 年) 115 頁、八木倫夫「判批」法学セミナー 721 号 (2015 年) 27 頁、久末弥生「判批」ジュリスト臨時増刊 1479 号 (2015 年) 54 頁、鎌田幸夫「判批」労働法律旬報 1837 号 (2015 年) 7 頁、大塚直「判批」民事判例 10 号 (2015 年) 114 頁、戸部真澄「判批」新・判例解説 Watch 16 号 57 頁、柳澤旭「判批」山口経済学雑誌 63 卷 5 号 (2015 年) 201 頁など。

使という不法行為を理由とする国賠法上の保護を受ける者は誰かといういわば損害賠償の保護範囲の問題であって、この保護範囲を抗告訴訟において保護している範囲や当該法律の直接的な目的と一致させる必要は必ずしも存在しない。そして、人の生命、身体、健康というものは、行政活動において常に尊重されるべきなのであるから、安易に反射的利益論を持ち出して不法行為の成立を否定するのは相当ではないのであって、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である。「旧労基法や安衛法に基づく規制権限の不行使については、石綿工場の労働者のほか、職務上、石綿工場に一定期間滞在することが必要であることにより工場の粉じん被害を受ける可能性のある者も損害賠償における保護範囲に含まれると解するのが相当である」。

最高裁はこの論点に関する国側の上告を不受理としたため、工場出入事業者を労働関係法令の保護範囲に含める判断は確定した。建設アスベスト国賠事件に即していえば、労働契約関係のない建築作業従事者も、“職場において危険が及びうる者”として労働関係法令の保護範囲に含まれるのであって、規制権限行使による保護対象に入るのである⁽⁵⁰⁾。建築現場におい

(50) 「保護範囲」に関するこのような解釈は学説の多数によっても支持されている。高木・前掲注(11)10-13頁のほか、吉村良一『環境法の現代的課題』(有斐閣、2011年)362頁、磯野弥生「首都圏建設アスベスト訴訟判決と国の責任」環境と公害42巻2号(2012年)48-50頁、野呂充「泉南アスベスト国家賠償請求訴訟」法律時報84巻10号(2012年)69頁、下山憲治「建設作業従事者の保護と国家賠償責任——神奈川建設アスベスト訴訟横浜地裁判決を題材に」法律時報84巻10号(2012年)70-73頁、同「アスベスト裁判例の動向」環境法研究38号(2013年)220-221頁、松本克美「判批(東京地判2012[平成24]・12・5、首都圏アスベスト国賠請求東京訴訟)」新・判例解説 Watch 13巻(2013年)89頁、朝田とも子「アスベスト被害と国の責任」熊本法学130巻82頁以下、村松昭夫「アスベスト国賠訴訟の成果と課題——泉南アスベスト国賠訴訟を中心に」行政法研究5号(2014年)153頁、松本和彦「泉南アスベスト事件最高裁判決の意義と問題点」法律時報87巻2号(2015年)97-98頁などを参照。高木・同上12頁は、安全を目的とした規制については——「对人的な規制」ではなく——「対物的な規制」とみることを通じて「規制によって確保される安全性を享受する者が広く『保護範囲』に含まれるという『論

て、アスベスト関連疾病に罹患しないようにする労働環境を確保する監督責任・規制責任を建設大臣は負っていたのであり、そのような労働環境を実現するためには、建築基準法 2 条 7 号ないし 9 号の建材規制制度に基づく権限行使が不可欠であった。仮に「そのような事態が生じることは建築基準法 2 条 7 号ないし 9 号に基づく耐火構造への指定等に当たって予定されて⁽⁵¹⁾はいなかった」としても、建材の有害性を認識した時点で指定を見直せばよいだけのことである。

万が一、国側が《労働関係法令に関する規制権限の行使に関する責任は労働大臣・厚生労働大臣にあり、建設大臣・国土交通大臣にはない》と主張するとしても、規制権限不行使の主体が労働大臣・厚生労働大臣になるだけであって、国の責任は免れない。そしてこの場合であっても、アスベスト関連疾病の原因物質であるアスベスト含有建材の使用そのものを規制することが不可欠であるから、やはり建設大臣・国土交通大臣の規制権限不行使の責任は否定できないのである。

(7) 小括

以上の論旨を要約すれば、次のとおりである。

国家賠償法 1 条 1 項にいう違法は、規制権限の根拠規定が保護対象とする一定の社会集団に対する公務員の職務上の法的義務違背が存在した場合

証』が可能になる」という解釈論上の「工夫」を示している。また、建基法 90 条（建設工事現場での危害防止）に基づく建設大臣等の監督責任・規制責任については、下山・前掲論文のほか、同「関西建設アスベスト訴訟と国家賠償責任」環境と公害 45 卷 4 号（2016 年）68 頁を参照。なお、労働契約がない場合でも、労働関係法令の保護が及ぶことについては、安全配慮義務に関する判例である最判昭和 50・2・25 民集 29 卷 2 号 143 頁（自衛隊車両整備工場事件）のほか、大学医学部と大学院生との関係（鳥取大学付属病院事件、鳥取地判平成 21・10・16 判時 2071 号 89 頁、労判 997 号 79 頁）、知的障害児施設と障害児との関係などがある。この点に関する文献として、菅野和夫『労働法 [第 10 版]』（弘文堂、2013 年）467 頁、473-474 頁を参照。

(51) 国側の前掲注 (47) の引用部分。

に成立する（前述（1）参照）。これに対して国側は、判例における国賠法1条1項解釈を改変して、①保護利益性の否定、②作為義務の否定、③権限不行使の違法性の否定、という結論に結びつける解釈の枠組みで主張を組み立てているが（前述（2）参照）、このような解釈の枠組みは判例によっても学説によっても否定されている（前述（3）・（4）参照）。建設大臣等がアスベスト含有建材の指定・認定の撤回や条件の付加という規制権限を行使することは、建築基準法の委任を超えるものではなく、むしろ当然に要請されるものであったといえるのであって、建築作業従事者は建築基準法の保護範囲に含まれており、同法2条7号ないし9号の規制制度の保護対象でもあると解される（前述（5）参照）。建設アスベスト国賠事件で問題とされているのが建設作業現場における安全・衛生の確保に関わる権限の行使だからといって、建設大臣等の権限の範囲外ということにはならず、アスベスト関連疾病に罹患しないようにする労働環境を確保するために、建設大臣等は建築基準法2条7号ないし9号の建材規制制度に基づく権限行使を行使することができたのである（前述（6）参照）。

付言すれば、前述の横浜地判2012（平成24）・5・25のこの点に関する判断、すなわち「耐火構造や防火構造等に関する規定においては、建設作業従事者も保護の対象となっているというべきであり、建設大臣等は、建築基準法2条7号から9号までの耐火構造等の指定に当たり、その指定内容が建設作業従事者の生命及び健康への侵害をもたらすことのないよう配慮すべき職務上の法的義務を負うものと解するのが相当である⁽⁵²⁾」という判断は妥当である。そしていうまでもなく、福岡地判2014（平成26）・11・7の「内閣又は建設大臣等が、建築作業従事者であった被災者らに対する関係で、建築作業従事者の生命、健康を保護するために建基法2条7号な

(52) 前掲注（3）・訟務月報59巻5号1250頁。下山・前掲注（50）「建設作業従事者の保護と国家賠償責任」71—72頁、西村隆雄「司法の責任を放棄する建設アスベスト横浜地裁判決」法と民主主義472号（2012年）23頁、吉村良一「建設アスベスト訴訟における 国と建材メーカーの責任——横浜、東京両判決の検討——」立命館法学347号（2013年）9-10頁などの評価も参照。

いし 9 号に基づく指定、認定を行わず、既に行った指定・認定を取り消すべき職務上の義務を負うものと解することはできない⁽⁵³⁾ という判断は訂正を免れないものである。

4 結 語

建築作業従事者がアスベスト関連疾病に罹患しないようにすることは、建設大臣・国土交通大臣の職責に属することであり、そして、法源体系上および建設行政上、建築基準法 2 条 7 号ないし 9 号は、この職責を果たすために有効な規定であった（前述 2 参照）。また、建設大臣等は同条 7 号ないし 9 号の建材規制制度に基づく権限行使を行使することができた（前述 3 参照）。これらの検討結果から、前述 1 で挙げた《一人親方や零細事業主を含む建築作業従事者が建築基準法 2 条 7 号ないし 9 号の保護範囲に含まれるのか》という問については、「含まれる」と答えることができる。それゆえ、原告ら建築作業従事者のアスベスト関連疾病の罹患は、建設大臣等の権限行使によって回避することが可能だったのであり、したがってまた、当該権限の不行使は国賠法 1 条 1 項の適用上違法と評価されるのである。

(53) 前掲注 (3) 参照。同地判の評釈として、朝田とも子「判批」法学セミナー 723号133頁参照。