



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	公法判例研究
Author(s)	朝田, とも子
Description	判例研究
Citation	北大法学論集, 59(1), 249-280
Issue Date	2008-05-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/33825
Type	departmental bulletin paper
File Information	59-1_p249-280.pdf



公法判例研究

朝田 とも子

大和都市管財国家賠償請求訴訟第一審判決

大阪地判平成一九年六月六日・判時一九七四号三頁

大阪地方裁判所平成一五年（ワ）第五八三〇号、平成一六年

（ワ）第四四二〇号、平成一九年六月六日第二民事部判決、一

部認容、一部棄却（控訴）

【はじめに】

不動産売買やゴルフ場経営の関連会社でグループをつくつていた大和都市管財株式会社（以下、「大和都市管財」という。）が平成一三年四月に破綻した。大阪府警は出資法違反容疑で一斉捜査し、同年十一月、詐欺容疑で元社長らを逮捕した。その

後、平成一八年九月に最高裁で元社長に懲役一二年の実刑が確定した。被害者は全国で約一万七〇〇〇人、被害総額は約一〇〇億円に上り、高齢者を中心に被害が多額に及んだことから「第二の豊田商事事件」と呼ばれた。

本件大和都市管財事件は、抵当証券業の規制等に関する法律（以下、「抵当証券業規制法」⁽¹⁾という。）に基づいて担当行政庁である大蔵省近畿財務局長（以下、省庁名及び官職名は、いずれも当時のものである。以下、「近畿財務局長」⁽²⁾という。）が大和都市管財に有していた監督権限を行使しなかったことの違法性が争われた国家賠償訴訟である。大阪地裁判決（平成一九年六月六日判時一九七四号三頁）は、平成九年二月の登録更新時における国の過失を認め、原告のうち平成一〇年一月以降の新規購入者である二六〇人に対し六億七四四四万円の賠償を命じた。これは、行政庁の権限の不行使が違法であるとして財産的損害に対する行政の責任が認められた初めての消費者訴訟である点で、非常に注目される判決である。国家賠償責任が争われた消費者訴訟には、宅建業者事件と、⁽¹⁾豊田商事国家賠償訴訟⁽²⁾が著名であるが、両事件ともに国の責任は否定されている。

政府は平成一九年六月一九日に国家賠償を命じた大阪地裁の判決を不服として控訴した。一方、原告側も一審で請求が認め

られなかった被害者四六一人のうち三七二人についても同日控訴した。原告側弁護士は「被害者らはほとんど高齢者で長期の審理には耐え難い状態にある。従って大阪高等裁判所において、早期に和解解決を図られるよう期待する。」⁽³⁾としている。

【事案の概要】

昭和六三年一月一日の抵当証券業規制法の施行に伴い、同年二月二一日に大和都市管財は近畿財務局長によって抵当証券業者登録簿に登録された。

近畿財務局長は、抵当証券業規制法に基づき、抵当証券業者及び抵当証券業の登録申請者に対し抵当証券業への参入の可否を決する規制権限を有していた。

（一）平成六年検査

平成四年頃から近畿財務局は大和都市管財の抵当証券商法の問題性（不動産鑑定の過大評価等）を認識し、当初は検査と指導を通じて大和都市管財に対する監督を行っていた。しかし、グループ会社の一社が出資法違反の疑いが強い手形商品の販売を開始したため、近畿財務局は平成六年九月九日から大和都市管財に対し立ち入り検査（以下、「平成六年検査」⁽⁴⁾という。）を

実施し、グループ会社を含めた経営健全化計画の策定などを厳しく指導した。にもかかわらず、同社からは具体的な改善計画についての回答はなく、その結果、近畿財務局長は平成七年八月二日に同社に対する業務改善命令（近財金三秘第九九号）を発出する方針を固めた（以下、「平成七年業務改善命令」という。）。

しかし、業務改善命令を発出する際に、大和都市管財グループにおける経営の中心人物であったAが同和団体との関係まで示して威迫したため、気圧された近畿財務局長は業務改善命令を撤回した。更に、木津信抵当証券の処理や住専国会等の他の案件に忙殺されたこともあって、近畿財務局と本省金融会社室はともに大和都市管財を十分に監督できない状態が続いた。そして、近畿財務局の担当者は大和都市管財に対する監督にいいよ及び腰になり、単体としての大和都市管財の当面の資金繰りを検証することへと監督の範囲を矮小化させた。

（二）平成九年検査

近畿財務局は平成九年六月一日から、大和都市管財に対する立ち入り検査（以下、「平成九年検査」という。）を実施した。平成九年一〇月二〇日、大和都市管財は近畿財務局長に対し、

抵当証券業の更新の登録のために申請書を提出した（以下、「本件申請書」という。）。実際のところ、（一）本件貸借対照表及びこれに対応する損益計算書において抵当証券受取利息を過大に計上している点、（二）本件貸借対照表において本件貸付金を資産の部に、これと同額の長期借入金を負債の部にそれぞれ計上している点、（三）本件貸借対照表の資産の部において貸倒引当金を少なくとも一億円以上過少に計上している点で、本件申請書の添付書類のうちの重要な事実について虚偽の記載があった。しかし、平成九年検査において近畿財務局長は手続的な違反事由を認定したのみで、大和都市管財による貸倒引当金の適切性の検証、商法特例法に基づく会計監査を受けているか否かの確認、不動産鑑定評価額の適否についての検証などを行わなかった。

その後、近畿財務局長は、平成九年一〇月三十一日、大和都市管財に対する業務改善命令（近財金三秘四九号）を発した（以下、「平成九年業務改善命令」という。）が、その内容には平成七年業務改善命令の一部が盛り込まれていなかった。近畿財務局長は大和都市管財が提出した経営健全化計画を受理し、大和都市管財は抵当証券業規制法六条にいう財産的基礎・人的構成等の要件を全て満たすとして、同年一二月二日に更新の登録

（以下、「本件更新登録」という。）を行った。

（三）平成一二年検査

次の更新登録の機会である平成一二年一〇月二日から近畿財務局は大和都市管財への立入り検査（以下、「平成一二年検査」という。）を実施した。検査の結果、抵当証券受取の資産性を否定すると共に簿外債務を認定した。そして、平成一三年四月一六日、大和都市管財が抵当証券業規制法八条二項で準用する同法六条一項七号（財産的基礎の欠如）に該当することを理由として同社に対する更新登録を拒否した（近財金一秘第五号）。その結果、同年四月に大和都市管財は経営破綻した。

原告ら七二名は大和都市管財から、平成一〇年一月以降に抵当証券を購入した者である。原告らは、抵当証券業規制法に基づいて同社に対する監督権限を有していた近畿財務局長に対し、次のように主張し、国家賠償法一条一項の規定に基づき、近畿財務局長の属する行政主体である被告国にその賠償（総額三九億八七七万五〇〇〇円）を請求した。すなわち、平成九年二月当時、大和都市管財は既に抵当証券業を適確に遂行するに足りる財産的基礎及び人的構成を欠いている状態にあり、かつ、貸借対照表の重要事項について虚偽の記載をしていたといえる。よって近畿財

務局長には、大和都市管財の抵当証券業者としての登録の更新を拒否すべき義務があった。にもかかわらず、近畿財務局長はこの義務に反して平成九年二月二日付けで違法に本件更新登録を行い、原告らは上記違法行為によってそれ以降に同社から購入した抵当証券相当額の損害を被ったのである。

【判旨】

一 近畿財務局長の大和都市管財に対する本件更新登録について、原告らは国賠償法上の違法を問い得るか

（一）いわゆる職務行為基準説について

「国賠法一条一項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が職務を行うについて故意又は過失によって違法に他人に損害を加えたときは国又は公共団体が賠償責任を負う旨定めるが、上記の違法性は、公権力の行使に当たたる公務員の行為（不作為を含む。）によって国民が被ったとする損害を填補する責任をだれに負わせるのが公平かという見地に立って総合判断した上で決すべきものである。したがって、違法な行政処分

を理由とする国家賠償請求における違法性の存否も、当該行政処分に係る法的要件の存否に限らず、条理を含むそれ以外の諸種の要素をも考慮の対象とした上で、究極的には、公務員が当該行政処分を行ったことによつて国民に損害を加えたことが法の許容するところであるかどうか、という見地からする行為規範違反性の判断に帰着すると解される。具体的には、当該行政処分の法的要件が充足されていなかったことのみならず、当該行政処分に係る権限を定めた法令の趣旨、目的やその権限の性質、当該行政処分自体及びそれに至る過程において行政庁の有する裁量の有無及びその広狭、侵害行為の態様及びその原因、並びに侵害されたとする利益の種類、性質（殊に、被侵害者において当該不利益を回避することができたであろう可能性の高（低）及びその侵害の程度等に照らし、当該行政処分を行う公務員が、それによつて損害を受けたと主張する個別の国民との関係で、当該行政処分を行つてはならないという職務上の注意義務を負っていたにもかかわらず、その義務に違反して当該行政処分を行ったと評価することができる場合に、初めて当該行政処分の国賠法上の違法性が肯定できるというべきである」。

（二）作為を不作為と位置づけることの問題性について

「更新登録及びその拒否は、いずれも抵当証券業者の更新登録申請に対する応答としてされるものであり、……両者は表裏一体の関係にあるが、更新登録を行うという財務局長等の判断は、当該登録申請者には更新登録拒否事由がないとの判断を当然に包含するのであつて、抵当証券業への参入を拒否する方向での規制権限を行使しないという実質を有するものであるから、これを財務局長等の作為（更新登録）と捉えるにせよ不作為（更新登録拒否の拒絶）と捉えるにせよ、抵当証券業への参入に対する規制権限の不行使という性格を有することは否定することができない」。

（三）国家賠償法一条一項という違法の判断基準

「国又は公共団体の公務員による規制権限の不行使は、その権限を定めた法令の趣旨、目的や、その権限の性質等に照らし、具体的事情の下において、その不行使が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、その不行使により被害を受けた者との関係において、国賠法一条一項の適用上違法となるものと解される（最二小判平成元年一月二四日民集四三三卷一〇号一一六九頁、最二小判平成七年六月二三日民集四九卷六号一六〇〇頁、最二小判平成一六年一〇月一五日民集

五八巻七号一八〇二頁参照）。したがって、更新登録に係る財務局長等の規制権限の不行使についても、その権限を定めた法令の趣旨、目的や、その権限の性質等に照らし、具体的事情の下において、その不行使（更新登録を行うこと）が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、職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と更新登録をしたものとして、これにより被害を受けた者との関係において、国賠法一条一項の適用上違法となると解すべきである」。

（四） 本件更新登録に係る近畿財務局長の職務上の注意義務違反の判断基準

「財務局長等による当該更新登録が著しく合理性を欠くといえる場合とは、例えば、（一）当該抵当証券業者が破綻する危険性が切迫していることを示す具体的な徴表を財務局長等において把握し、（二）当該抵当証券業者が提出していた事業報告書の内容も真実と異なるために潜在的購入者においてその危険性を認識することができるとする現実的可能性がなく、（三）抵当証券業規制法において与えられた権限をその人的物的制約の下で適切に行使すれば更新登録拒否事由の存在を容易に認定することができたにもかかわらず、（四）財務局長等が当該事由の存在を看過して漫然と

更新登録を行ったような場合をいうものと解すべきである」。

（五） 原告らが侵害されたとする利益の種類、性質及びその侵害の程度

「本件のように行政庁の権限の行使ないし不行使が問題となる場合において、一般的には、行政庁の権限行使（又はその不行使）によって被った損害が財産的利益に対するものであるれば、生命や健康といった利益と異なり、その利益の帰属主体が十分な注意を払うことによってその危険の発現を防止し得る余地が大きいものと解され、これを行う第一次的な責任はその帰属主体が負担するものというべきであるから、財産的利益の帰属主体が有する行政庁に対する適切な権限行使への期待については、それが正當なものといえるか否かを慎重に検討することが必要となるというべきである」。

「抵当証券業規制法の下では、抵当証券を購入し、又は購入しようとした者に対し、同法が予定している情報開示がされている場合には、抵当証券業の自由金利による利得と、抵当証券業者がその後に破綻することによって損失が生じる可能性とを勘案する機会を与えられた上で当該抵当証券を購入するか否かの判断を行った顧客自身が、その最終的な結果に対して責任を

負うべきであるということが出来るが、情報開示の程度が同法が予定する水準にまで達しておらず、上記のような判断を顧客に求めるための制度的前提が欠けていると解される場合には、単に当該顧客の受けた被害が財産的損害にとどまることのみをもつてしては、財務局長等はその権限行使の結果につき責任を免れるものではないと解すべきである」。

(六) 宅建業者事件最高裁判決との比較

宅建業者事件最高裁判決も、「宅建業法の免許の更新が一切国家賠償法上の違法の問題を生じ得ないと断定しているわけではないことはその判示から明らかである上、同判決で問題となった他人物売買によるリスクは不動産登記簿を閲覧することによって顧客の側で比較的容易に回避することができののに対し、既にみたところから明らかなように、抵当証券の購入者にとって、抵当証券に係るリスクの大小を正確に判断することは、抵当証券業規制法の予定する情報開示制度が正常に機能している場合においてすら相当の困難が伴うこと、宅建業法が免許制を導入した当時においては同法の目的には購入者の利益保護は掲げられておらず、免許制の導入当初の目的は宅地建物の取引の公正を確保することなどにあったとみざるを得ないので対

し、抵当証券業規制法の採用した登録制がその当初から抵当証券の購入者の保護を最終的な目的としていることは疑いようがないことなどに照らすと、本件は、いずれにせよ、最高裁判決元年判決とは事案を異にすると解すべきである」。

二 大和都市管財は更新登録拒否事由である 財産的基礎の欠如（抵当証券業規制法六条 一項七号）の要件を満たしていたか

「本件貸借対照表については、「(一) 大和都市管財における帳簿の正確性を前提とした場合、その資産の部において、貸倒引当金を最も少なく見積もっても約一億四二〇〇万円追加して設定する必要がある、(二) 帳簿の仮装を認定するのであれば、その負債の部において、長期借入金をも最も少なく見積もっても三〇億円増加させる旨の修正を行う必要があった。これらを前提とすれば、本件貸借対照表上、同社が債務超過に陥っていたことは明らかである」。

「したがって、本件更新登録時において、大和都市管財には、抵当証券業規制法八条二項、六条一項所定の更新登録に係る要件のうち、同項七号にいう財産的基礎の要件を欠いていたとい

うべきである」。

三 本件登録更新時に近畿財務局長は大和都市管財に更新登録拒否事由があるとして、これを拒否すべき職務上の注意義務を原告らに負っていたか

「本件更新登録は、抵当証券業規制法六条一項七号所定の財産的基礎、及び同項柱書所定の虚偽記載、の各点で処分要件を欠いていたものというべき」であり、「近畿財務局は、……同社が破綻する危険が切迫している事態を容易に認識し得たということが出来る」。したがって、「上記のような具体的事情の下では、本件更新登録に先立ち、近畿財務局長には、大和都市管財に係る更新登録拒否事由の有無について、法令の許容する範囲内で、かつ、与えられた人的物的制約の下でその権限を適切に行使して調査し、それによって収集された資料等を基にこれを慎重に審査すべき職務上の注意義務が、本件更新登録後に大和都市管財から抵当証券を購入すべき者に対する関係で、具体的に生じていたと解すべきである」。

そして、「近畿財務局は、本件更新登録に先立つ平成九年検

査において、抵当証券業規制法三二条の権限を適切に行使して、……抵当証券の購入者保護の観点から慎重に検査すべき職務上の注意義務を負っていたにもかかわらず、適法に取得していたグループ会社の上記帳簿類の検査を放棄してこれを不可能にし、また、大和都市管財の預貯金口座の検証を怠るなど、平成九年検査の目的を達成するために必要不可欠でかつ基本というべき検査を合理的理由なしに怠った」。よって、「近畿財務局長は、職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく、漫然と本件更新登録をしたというほかない」。

以上より、「本件更新登録は平成一〇年以降に大和都市管財から抵当証券を購入して損害を被った個々の国民との関係で、国賠法上違法の評価を免れないというべきである」。

四 近畿財務局長には本件更新登録を行うについて故意又は過失があったか

近畿財務局長は、大和都市管財が破綻する危険が切迫している事態を容易に認識することができたのみならず、本件更新登録に先立つ平成九年検査当時においても、そのような事態を合理的に疑うべき事実関係を把握していたにもかかわらず、「職

務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく、漫然と本件更新登録をしたものというほかない」。

以上より、「近畿財務局長は、本件更新登録が、本件の具体的事情の下において、更新登録に係る財務局長等の権限を定めた同法の趣旨、目的や当該権限の性質等に照らし、許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠き、国賠法一条一項の適用上違法となることを予見し、かつ、これを回避する可能性があったことは明らかというべきであるから、近畿財務局長は、本件更新登録を行うについて、少なくとも過失が存したものであるべきである」。

【検討】

一 本件の争点

本件の主な争点は、近畿財務局長が抵当証券業規制法に基づく権限の不行使により、平成一〇年一月以降に抵当証券を購入した原告らの財産的損害を拡大させたことを理由として国家賠償法一条一項に基づく賠償責任を負うか、である。より具体的にいうと、①原告らは近畿財務局長の行った大和都市管財に対

する本件更新登録について国賠法上の違法を問い得るか、②問い得るとして、本件登録更新時に近畿財務局長は大和都市管財に更新登録拒否事由があるとしてこれを拒否すべき職務上の義務を原告らに負っていたか、が問題となるのである。

争点①は、不作為責任を肯定する上での理論的障壁となってきた国家賠償訴訟の領域における「反射的利益」論の援用や、違法を「職務上の義務違反」と捉える義務違反的構成の問題である。一方、争点②は行政便宜主義の問題であると考えられる。

ところで、上述の争点を検討するうえで、更新登録を行うという近畿財務局長の判断が、財務局長の作為（更新登録）であるか、不作為（更新登録拒否の拒絶）であるかを検討する必要があると思われる。これは、後述するように、作為構成と不作為構成では、その国家責任を肯定するためのハードルの高さが大きく異なるためである。

以下ではまず本件で問題となった抵当証券業規制法の規定を概観し、更新登録を行うという財務局長等の判断が作為か不作為かを検討する。そして、本判決が作為であれ不作為であれ差異はないとし、不作為構成によつて判断していることから、不作為事例で問題となる「反射的利益論」、義務違反的構成、行政便宜主義についての検討を加えることとする。

二 抵当証券業規制法とその背景

(一) 抵当証券業規制法について

抵当証券業者は、抵当証券をモーゲージ証券の方式で販売する方法を主流としていた。抵当証券がモーゲージ証券の方式で活発に取引されるようになると、悪質な抵当証券業者により、詐欺的商法が行われ、それによる被害も発生するようになった。このような被害を防ぐために抵当証券業規制法が制定されたのである。

抵当証券業規制法一条は、営業の自由を可及的に尊重するとの見地から登録制度を実施しており、その事業に対し必要な規制を行うことにより、その業務の適正な運営を確保し、もって抵当証券の購入者の保護を図ることをその目的として規定している。そして、その登録及び監督に関する大蔵大臣の権限は、当該法人の主たる営業所を管轄する財務局長又は財務支局長（以下、「財務局長等」という。）に委任されている（抵当証券業規制法四五条、法施行令五条）。

登録の有効期間は登録の日から起算して三年であり（同法七条）、登録の有効期間の満了後引き続き当該登録に係る抵当証券業を営もうとする者は、有効期間の更新の登録を受けなければ

ならないとされている（同法八条一項）。

財務局長等は、同法六条一項所定の登録拒否事由がない限り、その商号又は名称等を抵当証券業者登録簿に登録しなければならない（同法五条）。更に、登録申請者が登録拒否事由のいずれかに該当するとき又は、登録申請書若しくはその添付書類のうち重要な事項について虚偽の記載があるか重要な事実の記載が欠けているときは、その登録を拒否しなければならない（同法六条一項）。そして、登録拒否事由には、抵当証券業を適確に遂行するに足りる財産的基礎及び人的構成を有しない法人であること（同法六条一項七号）等が挙げられている。登録拒否要件に関しては、その該当性の有無を会計学上の概念である資本欠損の有無等という客観的で外形的な基準を基調とするものととめられている。これらの規定は、更新登録についても準用されている（同法八条二項）。

(二) 財務局長等の審査権限

抵当証券業規制法が財務局長等に付与している監督権限は、例えば銀行法二五条二項が子会社への立入検査権限まで規定していることと比較すれば、限定されている。その上、登録の有効期間中を通じて抵当証券業を適確に遂行するに足りる財産的

基礎及び人的構成が確保されていることまでは要求されていない。更に、(更新)登録申請書等に虚偽記載がある場合に(更新)登録を拒否することは、第一義的には登録審査権限及び監督権限の十全な行使を担保するためであると考えられている。

しかし、外形的判断になじむ事項であるからといって、これに当てはめるべき事実の認定自体も申請書等のみから常に形式的に行い得るとは限らない。特に、会計的事象に係る判断が必要となる財産的基礎については、その認定に困難が伴う場合があることは同法も当然に予定していると解されている。

また、財団法人大蔵財務協会が発行している抵当証券業規制法の手引き書においては、登録制であっても適切な行為規制と不正な行為に対する監督官庁の速やかな対応によって、悪質業者に対する対処は十分可能であり、購入者保護を図ることができる旨解説されている、と裁判所は認定している。同様に、抵当証券業の規制等に関する法律案の国会審議においても同様の説明が政府委員からされていた経緯が存する⁶。よって、財務局長等は、その専門的技術的知識に基づき経験則や論理法則を駆使することなど合理的な手法を用いて可能な範囲で事実を認定した上、それに基づいて更新登録拒否事由の有無を判断することが求められている。

三 財務局長等の判断の位置づけ

本判決は、更新登録を行うという財務局長等の判断を財務局長等の作為(更新登録)と捉えるにせよ不作為(更新登録拒否の拒絶)と捉えるにせよ、抵当証券業への参入に対する規制権限の不行使に変わりはないと考える。確かに、いずれの場合にせよ、財務局長等の判断により更新登録されてはならない大都市管財が更新登録されたという状況が作り出されたことに変わりはない。しかし、上述のように、財務局長等の判断を作為(更新登録)と捉えるか不作為(更新登録拒否の拒絶)と捉えるかは、本件にとって非常に重要な問題である。よって、以下では、財務局長等の判断を作為(更新登録)と捉えるべきか不作為(更新登録拒否の拒絶)と捉えるべきかについて検討することとする。

財務局長等の判断を作為と捉える場合、通説である行為不法説によると、法律によって明示された行為規範に違反すれば違法と解されることとなる。本件についていえば、抵当証券業規制法六条一項所定の登録拒否事由がある場合には登録更新をしてはならないことが財務局長等の行為規範であり、その行為規範に反して財務局長等が登録更新を行ったのであるから財務局

長等の当該行為は違法であると解されることとなるのである。

一方、財務局長等の判断を不作為と捉える場合、当該公務員の行為規範は明確ではなく、それゆえ、いかなる場合に行為規範が存在すると解することができるか、そして、そのような行為規範の存在を認めることができたとして、いかなる場合にその行為規範違反を問う得るかが問題となる。すなわち、本件財務局長等の判断を不作為と捉えるのであれば、義務違反的構成や行政便宜主義の障壁にぶつかるのである。後述するように、義務違反的構成によって違法を判断する際には、その違法の判断に行為者の主観的態様が含まれることになり、客観的法規違反であっても違法ではない場合が生じる可能性があるのである。

義務違反的構成が判例上、不作為事例のみならず一般的な行政処分についても適用されていることから考えると、本件裁判所が作為と捉えるにせよ不作為と捉えるにせよ、結論は変わらないと考えることは理解できないわけではない。しかし、義務違反的構成が不作為事例に妥当するとしても、少なくとも一般的な行政処分については妥当しないと学説が考えるように、一般的な行政処分について義務違反的構成は妥当しないと考えるべきであろう。

本件は、抵当証券業規制法六条所定の登録拒否事由が存在する場合には登録更新をしてはならないことが法律上明記されているのであるから、財務局長等の判断は違法な更新登録であると考えたとして取扱う事が妥当であろう。作為事例として取扱うか不作為事例として取扱うかで上記のように差異が生じると考えられるのであるから、本件を不作為事例として取扱うことは是認できない。

とはいうものの本判決は、作為として取扱うことと不作為として取扱うことは同じであるとの考えから、本件を不作為事例として取扱っている。よって、以下では本判決が本件を不作為事例として取扱った点について検討することとする。

四 本判決が示す規範と特徴

本判決が「(一) いわゆる職務行為基準説について」と題して説明するその規範は、三つの文から構成されている。まず、第一文では、違法性についての裁判所の理解を明示し、第二文では相対的違法性説を採用することを示した上で、行政庁が行った行為の違法性を判断する際には、当該行為が客観的法規違反か否かを判断するのではなく、職務上の義務違反の有無で判断す

ることを明示した。そして第三文では、具体的にどのような条件下で注意義務を負うかを示し、その義務に違反した場合に国家賠償法上の違法が肯定できるとしている。

この三文からは、国家賠償法上の違法の理解に関し裁判所が、国家賠償法上の違法性を取消訴訟法上の違法性よりも広く捉える相対的違法性説（以下、「初期の相対的違法性説」という⁽⁷⁾）を採るか、国家賠償法上の違法性を取消訴訟法上の違法性よりも狭く捉える相対的違法性説（以下、「後期の相対的違法性説」という⁽⁸⁾）を採るかは明らかではなく、ただ単に「義務違反的構成」を採ることが明示されているに過ぎないと考えられる。よって、第二文からただちに違法性が限定される訳ではない。

五 争点① 原告らは、近畿財務局長の行った大和都市管財に対する本件更新登録について国賠法上の違法を問い得るか

(一) 国家賠償訴訟の領域における「反射的利益」論
「反射的利益」論は抗告訴訟の原告適格を制限する文脈で議論されており、それを国家賠償法の領域に持ち込むことについて否定説と肯定説が対立している⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾。

本判決は、抵当証券業規制法一条が抵当証券の購入者の保護を図ることをその目的として明記し、同様の観点から同法六条一項七号の登録拒否事由を定めたと解されるため、原告らの利益は反射的利益であるとは言えないと結論付けている。とはいうものの、その一方で、抵当証券業規制法上規定されている行政の規制権限の内容及び性質等から、「更新登録に係る規制権限の行使によって保護される抵当証券の購入者の利益については、これを当該抵当証券業者から抵当証券を購入し又は購入するであろう者個々人の個別具体的利益として保護しているものと解するのは困難であり、これを専ら一般的公益の中に吸収解消させて保護する趣旨のものであると解するのが素直である。」とも述べるため、抵当証券の購入者の保護規定が存在することをもって、ただちに購入者の損害を全て国家賠償によって補填すべきであると考えているとはいえない。すなわち本件は、国家賠償法の領域における「反射的利益」論を否定したわけではないのである。

本件と最も似た事例である前掲宅建業者事件最高裁判決は、「反射的利益」という語を使用していないが「反射的利益」論を事実上肯定している。同判決は、知事等による宅地建物取引業者の免許の付与やその更新が適切に行われることにより取引

関係者が受ける利益は、基本的には国家賠償法上保護に値するものではないと判断している。ただし、この判決では、知事等による宅地建物取引業者の免許の付与やその更新が「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」と述べられているため、個々の取引関係者の利益が保護範囲に入る余地が残されている。この点については後に詳しく検討する。

(二) 職務行為基準説と義務違反的構成

職務行為基準説の名が学説上初めて現れたのは、検察官の違法な公訴提起の違法性が争われた松川国家賠償訴訟控訴審判決⁽¹²⁾に関する原田教授の評釈においてである。原田教授は、検察官の公訴提起の違法性が争われた従来の判例は、「検察官の職務行為自体が、行為の時点において法の許容する範囲内にあれば、その結果とは無関係に適法としてきた」と評し、このような見解を「職務行為基準説」と呼んだのである。すなわち、職務行為基準説によれば、公務員の判断が客観的合理的判断に基づくものであれば職務自体は違法とは解されないため、公務員の主観的義務違反の側面に職務行為の違法性の根拠を見出していくこととなる。その結果、違法性と故意・過失が不可分となるのである。原田教授は、「国家賠償法一条一項にいう違法とは公

務員の加害行為の客観的評価であり、故意・過失は公務員の主観的帰責事由であるから、両者は厳格に分離してみるのが本筋ともいえる」とした上で、違法とは「検察官の職務行為自体の不適當性というよりも、むしろその結果が妥当を欠くことの意味に解した方が統一的である」とし、たとえ検察官には非難されるべき落ち度はなくても、裁判の結果、有罪判決が得られなかった場合、これを違法と解して被害者を救済すべきだとする結果違法説を支持した⁽¹⁴⁾。

その後、同種の事例である芦別事件最高裁判決が、次のように述べ、最高裁として初めて結果違法説を退けた上で、職務行為基準説を採用した⁽¹⁶⁾。「刑事事件において無罪の判決が確定したというだけで直ちに起訴前の逮捕・勾留・公訴の提起・追行、起訴後の勾留が違法となるということはない。ただし、逮捕・勾留はその時点において犯罪の嫌疑について相当な理由があり、かつ、必要性が認められるかぎりには適法であり、……起訴時あるいは公訴追行時における検察官の心証は、その性質上、判決時における裁判官の心証と異なり、起訴時あるいは公訴追行時における各種の証拠資料を総合勘案して合理的な判断過程により有罪と認められる嫌疑があれば足りるものと解するのが相当であるからである」。

ここでいう職務行為基準説は、検察官の職務の特殊性から無罪判決の確定だけで直ちに公訴提起が違法になることはなく、有罪判決を期待し得るだけの合理的根拠がある限りたとえ無罪となっても違法ではないと考えるのであり、その意味では客観的な法規範に対する違背を意味する行為不法説に立脚した理論である。従って、宇賀教授はこれを「公権力発動要件欠如説」に立ったものとして位置づける。⁽¹⁷⁾

その後、ミシン判決が次のように述べ、違法性の判断に行為者の主観的状態が含まれたと考えられる。「裁判官がした争訟の裁判に上訴等の訴訟法上の救済方法によつて是正されるべき瑕疵が存在したとしても、これによつて当然に国家賠償法一条一項の規定にいう違法な行為があつたものとして国の損害賠償責任の問題が生ずるわけのものではなく、右責任が肯定されるためには、当該裁判官が違法又は不当な目的をもつて裁判をしたなど、裁判官がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行使したものと認めうるような特別の事情があることを必要とすると解するのが相当である」。

これらの判決にはそれぞれ検察官や裁判官の行為が問題となつたという特殊性が存在する。すなわちここでいう特殊性とは、違法判断に行為者の主観が入り込むことが法規範として認

められているという特殊性である。

しかし、このことが十分認識されないまま、在宅投票制度廃止違憲訴訟最高裁判決⁽¹⁹⁾は「国家賠償法一条一項は、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反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」と「職務行為基準説」を一般化した。これにより、一般的な行政処分についても違法の判断に行為者の主観的状態が含まれる可能性が生じることとなつた。そして実際、奈良民商最高裁判決は、⁽²⁰⁾「税務署長の所得税の更正は、所得金額を過大に認定していたとしても、そのことから直ちに国家賠償法一条一項にいう違法があつたとの評価を受けるものではなく、税務署長が資料を収集し、これに基づき課税要件事実を認定、判断する上において、職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と更正をしたと認め得るような事情がある場合に限り、右の評価を受けるものと解するのが相当である」と判示した。その後、判例上常に「職務行為基準説」の立場が採られてきたわけではないが、一般的行政処分について「職務行為基準説」を採用する判例も多数存在する。⁽²²⁾

このように在宅投票制度廃止違憲訴訟最高裁判決が「職務行

為基準説」を一般化した結果、客観的法規範違反が明確であるような事例においても、「職務行為基準説」が適用されることが可能となり、行為者の主観的要素が違法性の判断に持ち込まれることになったのである。そして、このように一般化された「職務行為基準説」は、行為者の主観的態様が法規範として違法の判断に含まれるような特殊な事例である芦別事件という行為不法説に立脚した職務行為基準説とは異なっている。

芝池教授は、この在宅投票制度廃止違憲訴訟最高裁判決の示した考え方を義務違反的構成と呼び、国家賠償法一条の違法性を法的義務違反と解する考え方であるとする。⁽²³⁾すなわち、本判決が「職務行為基準説」と称するものは、義務違反的構成と同じ意味であると考えられる。本評釈では、用語の混乱を避けるために、芝池教授に倣い、在宅投票制度廃止違憲訴訟最高裁判決が示す違法性についての考え方を義務違反的構成と呼ぶことにする。

(三) 違法と過失の一元的理解と義務違反的構成

違法とは、通説である行為不法説によれば客観的な法規範に対する違背を意味し、⁽²⁴⁾過失は、公務員の主観的事情に係わるものであるため、両者は異質なものであると考えられている。し

かし近年、違法と過失を一元的に判断する判例が散在する。違法と過失の一元的判断といっても、過失のみを検討し国家賠償責任を認める類型と、違法のみを検討し国家賠償責任を認める類型が存在すると考えられる。前者は、過失の客観化と呼ばれる現象である。すなわち、過失が注意義務違反又は作為義務違反として客観的に捉えられる結果、「不法行為法的な意味での客観的な行為規範違反をその注意義務違反の内容とするため、違法との差異が相対的なものとなる」⁽²⁵⁾のである。

具体的に、過失の客観化によって違法と過失が一元的に判断される事例とは、学校事故のような客観的な公権力の発動要件が明確でない事例がその典型であると考えられる。学校事故の事例では、違法性の判断を行わずに、教師が生徒に対する監督義務等の注意義務に違反したか否かをもって、過失のみが判断されている。⁽²⁶⁾また、不作為事例においても、過失のみを検討し、国家賠償請求を認める事例が存在する。たとえば、大阪野犬咬殺事件では、「……知事は条例によって認められた野犬の捕獲、抑留ないし掃討の権限を適切に行使しなかったといわざるを得ないのであって、ここに作為義務違反があったというべく、少なくとも過失は免れないと認められる。」とされ、違法を判断することなく国家賠償請求が認められている。

一方、違法のみを判断する類型も存在する。たとえば、兵庫県揖保郡でおきたストーカー殺人事件国家賠償訴訟判決では、違法性の判断のみが行われている。同様に不作為事例においても、「行政に作為義務があるにもかかわらず、行政機関がその義務に従って権限を行使しなかったとすれば、それは違法である」といわれている。⁽²⁹⁾ すなわち、権限不行使事例における違法判断とは、作為義務の認定とそれに違反したか否かによって行われることとなり、これは過失判断と違法性判断が一元的に行われているといえる。

違法と過失の一元的判断について、過失のみを検討するのか違法のみを検討するのかについての差異は検討すべき課題ではあるが、本件との関係では問題とならないので、指摘するにとどめたい。

ところで、上述の通り義務違反的構成によれば、違法と故意・過失の判断が一元的に行われることとなる。なぜなら、義務違反的構成は、国家賠償法「一条一項の責任が認められる場合」⁽³⁰⁾ 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反し⁽³¹⁾ た場合に限定しており、ここである職務上の法的義務違反とは客観的法規範違反を意味するのではなく、当該公務員の主観的様態をも含む行為規

範違反を意味するためである。すなわち、行為不法説が「客観的法規範違反」を違法と解するのに対し、義務違反的構成は当該公務員の主観的態様をも含む行為規範違反、即ち、「職務上の法的義務違反」を違法と解するのである。

仮に、公務員の職務上の義務とは公務員に課された行為規範であり、全ての「客観的法規範違反」は「職務上の義務違反」であると解することができたならば、義務違反的構成を採用こととの弊害は生じないであろう。しかし、在宅投票制度廃止違憲訴訟最高裁判決が義務違反的構成の考え方を一般化し、一般の行政行為の事例においても当該考え方を踏襲するその態様は、「客観的法規範違反」である場合でも、「職務上の法的義務違反」とはいえず国家賠償法上違法ではないとするものであった。⁽³⁰⁾ これは、一般の行政行為について違法性を狭めるものであり妥当ではない。⁽³¹⁾

(四) 義務違反的構成とドイツ職務責任制度

日本の国家賠償制度の雛形であると考えられているドイツ国家責任制度では、その責任要件として「公務員の第三者に対して負担している職務上の義務違反」が挙げられている。⁽³²⁾ この要件は、ドイツでは「職務義務違反 (Amtspflichtverletzung)」

と「第三者関係性 (Dritbeziehung)」の両要件に分けて検討され、それぞれ、①公務員の責任の範囲の画定と、②賠償を受けることのできる被害者の範囲の画定を問題とする議論である。⁽³⁵⁾

ドイツ国家責任制度において、「職務義務違反」にいう義務とは、本来は公務員が国家に対して負っている義務であり、「職務義務」と公務員の国民に対する責任とは必ずしも一致しなかった。しかし、学説により、公務員が適法な行動を行なうという一般的な職務義務が存在すると考えられるようになり、どのような違法行為も職務義務違反を意味すると解されるようになった。⁽³⁴⁾ その結果、客観的行為規範違反が内部法関係における義務違反と解されるようになった。すなわち、学説や判例の努力により客観的法規範違反と内部法関係における職務義務違反とが一致するようになったのである。

日本の国家賠償制度上の違法とは、通説によれば、客観的法規範違反と解されている。⁽³⁵⁾ にもかかわらず、前述の通り、義務違反的構成によって行為者の主観的態様が違法判断に持ち込まれているのである。一般的な行政処分において義務違反的構成を採用する理由は見当たらないが、もし採用するとしても、ドイツ職務責任制度のように客観的法規範違反と公務員の職務上の義務違反とは一致すべきである。そして、そのように考えるな

らば、条文上要求されていないにもかかわらず、義務違反的構成によって公務員の職務上の義務違反要件を日本の国家賠償制度上の要件とする理由は見当たらない。

一方、第三者関係性については、ドイツではカズイスティック故に体系化が難しいとされているが、⁽³⁶⁾ 第三者関係性の拡大、即ち、賠償を受けることのできる被害者の範囲の拡大が学説において主張されてきた。そして、近年では、国が行う銀行監督の目的が、銀行業務が適切に行われ経済全体への不利益を回避することのみか、個々の預金者を保護することも含むのか、が争われた価格証券事件（連邦通常裁判所一九七九年二月一五日判決）⁽³⁷⁾において、国が行う銀行監督の目的に個々の預金者を保護することも含むと解され、個々の預金者についても第三者関係性が認められている。

一方、ドイツの制度を雛形にしつつも日本の国家賠償責任制度はその責任の要件として「故意又は過失によって違法に他人に損害を加えたとき」と規定するのみであり、ドイツ国家責任制度とは異なっており、被侵害法益を保護することが公務員の職務上の義務である必要は必ずしもない。すなわち、不文の要件である「反射的利益」論的思考は、制度上必然に課されるものとはいえないのである。ドイツで第三者関係性要件は批判の対象

とされ、判例において拡大されていることから考えても、このような議論を日本の国家賠償責任法の解釈上維持する必要性はないのではないかと思われる。

(五) 小括

上述の検討より、本件は作為事例（登録更新）として扱うべき問題であると考ええる。そして、抵当証券業規制法六条から公務員の行為規範が明らかであるため、その行為規範に反した更新登録は違法であると考えるべきである。よって、近畿財務局長等が本件更新登録を拒否すべき職務上の義務違反の有無を問題とすることなく、国家責任が認められるべきであると考ええる。

また、本件が不作為事例であつて義務違反的構成が妥当する余地があると考えるにしても、上述の通り、そこである公務員の義務と客観的法規範違反は一致すべきである。よって、いずれにせよ、公務員の主観的態様をも含む職務上の義務違反の有無を判断する必要は必ずしもないと考える。

とはいうものの、本判決は財務局長等の判断を不作為として取扱っており、同様に、本判決の先例となる前掲宅建業者事件も不作為事例として扱われている。よって、以下では、本件を不作為事例として扱った場合、どのように解すべきかを検討す

ることとする。

六 争点②

本件登録更新時に近畿財務局長等は大都市管財に更新登録拒否事由があるとしてこれを拒否すべき職務上の注意義務を原告らに負っていたか

(一) 裁量収縮論と作為義務論

不作為事例において「反射的利益」論と同様に国家責任を認めるための障壁となつているのが行政便宜主義である。行政便宜主義を克服し不作為事例の違法性を認める手法として、端的に行政庁の不作為が消極的な権限濫用に当たると考える権限濫用論と裁量収縮論が存在する⁽³⁸⁾。しかし両説は、単に説明の仕方の違いであるとの見解も強く、重要なのはどのような要件のもとで権限の行使が義務付けられ不作為が違法と判断されるかである。

具体的にどのような要件下で国家責任が認められるかについて、判例・学説は、被侵害法益の重要性、被害の予見可能性、規制権限行使による被害の回避可能性、被害者自身で被害を回避する可能性などを総合考慮すべきであると考えている⁽³⁹⁾。

これらの要件は事件の類型によって差異が生じると考えるべきであろう。たとえば、「規制権限の発動の不作為」の場合と、中国残留婦人訴訟で問題となる「作為起因性の不作為」の場合では、前者に比べて後者の要件が緩和されることとなる。⁴⁰⁾ 薬害については、有用性との比較衡量がなされるため、他の不作為事例に比べると国家の責任は認められにくい。⁴¹⁾

同様に、本件で問題となった抵当証券業や、前掲宅建業者事件で問題となった宅建業のように許認可更新制が採用されている場合、一定の期間毎に国家がその適正を審査することが法律上定められている。このような場合には、行政が裁量便宜主義に則った職権処分として介入する場合と区別されなければならない。なぜなら、許認可更新制が採用されている場合、一定期間毎にその適正を審査すること自体には裁量がないのであり、行政はその審査を適切に行わなければならないからである。そして、適切に審査を行った結果、許認可についての更新拒否事由に該当した場合、更新拒否を行なうことは当該公務員の義務である。すなわち、本件のように許認可更新制が採用されている場合、作為（更新登録）の問題として捉えるべきであるのは、先述の通りであるが、不作為（更新登録拒否の拒絶）の問題として捉えるとしても、許認可更新制によって行政が予め介入す

ることが義務付けられているのであるから、国の監督責任をより強く認めることができる。よって、行政が職権処分として介入する場合と比較すると、本件は責任要件が緩和されると考えるべきであろう。

（二）被侵害法益の重要性について

本件の特徴として挙げられるのは、財産的損害に対する国家賠償責任が認められたという点である。先述のとおり、規制権限不行使についての国家責任を認める要件として被侵害法益の重要性が挙げられており、この要件には財産的損害も念頭に置かれていると考えられているが、⁴²⁾ 生命や身体のように重要なものであるほど作為義務が認められやすいと考えられている。⁴³⁾

本件と同様消費者訴訟である前掲豊田商事国家賠償訴訟大阪高裁判決も、被侵害法益が財産権である場合には、「被侵害利益が生命、身体、健康である場合に比べて、より強度の作為義務を必要とする」と一般論を述べている。後述するが、この点が豊田商事国家賠償訴訟大阪高裁判決において、国の責任を否定する決め手であったと考えられる。⁴⁴⁾ 本判決も、被侵害法益が財産権である場合は、より慎重に判断すべきであるとしている。とりわけ本件で問題となる株式投資は、さまざまなリスクを正

しく認識した上で、自分自身の判断と責任に基づいて行わなければならないという「自己責任」の原則に基づいているのである、自身に発生した損害を国が補填するということは原則的にはありえないのである。

このように、財産的損害についての国家責任は、被侵害法益が生命や身体の場合に比べて非常に認められにくい。にもかかわらず、本事案で国家責任が認められた最大の理由は、近畿財務局の大和都市管財に対する監督の程度が、業務改善命令の発令も視野に入れた平成六年検査や、結果的に更新を拒否した平成一二年の立入り検査よりも、本件更新登録の直前に行われた平成九年の立入り調査が最もゆるく、そこに、行政庁の怠慢が明らかに見て取れたからであろう。すなわち、上述の「自己責任」の原則は、「適切な市場」がその前提として保障されるからこそ意味を有するのであって、「適切な市場」が確保されていない場合、自己責任の原則が妥当とはいえなくなるのである。大和都市管財事件の弁護団も、大阪地裁における勝訴判決の要因のひとつに、損害賠償請求原因を「平成九年一二月二日の登録更新の違法性」の一点にまとめたことを挙げている。⁽⁴⁵⁾ 本件では、行政庁の怠慢により、大和都市管財の財産的基礎の有無に関する虚偽表示が見落とされることとなったため、「適

切な市場」が確保されていなかったといえる。これが、国家責任が認められた大きな要因であろう。

七 消費者訴訟としての本件

国家賠償請求がなされた消費者訴訟として著名なのは、前掲宅建業者事件と前掲豊田商事事件国家賠償訴訟である。本事案が「第二の豊田商事事件」と呼ばれるように、被害の種類や被害者像等において本件と豊田商事事件とは非常に似ている。また、被害者の利益が反射的利益か否かという点についても、宅建業者事件最高裁判決が反射的利益であるとしたのに対し、豊田商事事件国家賠償訴訟事件判決と本判決は反射的利益ではないとした点でも共通する。

しかし、先述の通り、本件が許認可の登録更新制を採用している点に着目すると、本事案は豊田商事事件国家賠償訴訟ではなく宅建業者事件に類似すると考えられる。なぜなら、本件も宅建業者事件も、登録更新制の採用により一定の期間毎に国家がその適正さを審査する機会が法律上定められている事例であり、その権限行使の際の適切さが問題となった事例であるからである。すなわち、先述の通り、宅建業者事件と本件は作為事

例として扱うか不作為事例として扱うか、から問題となるべきタイプの事例なのである。

以下では、本件と豊田商事事件国家賠償訴訟、宅建業者事件をそれぞれ比較し検討したい。

(一) 豊田商事事件国家賠償訴訟と本件

豊田商事事件は、金の地金を用いた現物まがい商法の会社による悪徳商法事件であり、被害者数は数万人、被害総額は二〇〇億円近くと見積もられている。被害者の多くが高齢者であったこと、解約に応じない強引な手口、会長の刺殺事件、またこの殺人犯に対する温情判決などにより大きな社会問題となった。同事件の原告は、警察庁、法務大臣、経済企画庁、通産省、公取委に対し規制権限の不行使を理由に国家賠償請求訴訟を起こしたが、東京地裁、大阪地裁、大阪高裁で責任が否定され、最高裁で上告が棄却された。

豊田商事国家賠償訴訟では、独禁法が一般消費者の利益の保護を究極的な目的としており独禁法・景表法の規制もこの究極的な目的を実現するための手段と解することができることが認められている。そして、公取委の規制権限の行使が一般消費者の権利利益の保護に大きな役割を果たしていることが認められ

ており、「反射的利益」論がしりぞけられている。更に判決によれば、豊田商事が行っていた商法は不正な取引ないし不当表示に該当し、被害の発生を回避するためには公取委による規制が必要であると判断されている。

このように、規制権限行使の端緒が認められるにもかかわらず、公取委が自身に与えられた調査権限を行使しなかったことについて、裁判所は次のように考え国家責任を否定する。すなわち、公取委が取得していた資料と情報だけでは不当表示に該当すると認める相当な理由があるとはいえず、公取委が調査の必要はないと判断してもやむを得ないというのである。

豊田商事事件国家賠償訴訟で問題となったのは、法定調査権限（独禁法四〇条、四六条、景表法七条）であり、その権限を行使すること自体に行政庁の裁量があるため、一定期間毎に国家が権限を行使することに裁量のない本件や宅建業者事件に比べて、裁量の幅が広いのである。⁴⁶⁾

(二) 宅建業者事件と本件

宅建業者事件は、詐欺的不動産取引を行っていた不動産業者に對し、宅建業者の免許を付与・更新したこと等の違法性が争われた事例である。最高裁は、宅地建物取引業法一条で購入者

等の利益の保護を明示的に目的としているにもかかわらず、宅地建物取引業法が個々の取引関係者が被る具体的な損害の防止、救済制度を直接的な目的としているとは言えないとし、行政庁の責任を否定した。同事件においては、「反射的利益」と表現されていないが、実質的に反射的利益論的思考をとっているものと考えられている。⁴⁷⁾

一方、本判決は宅建業者事件を踏襲しながらも、豊田商事国家賠償訴訟事件と同様に被害者の利益は反射的利益ではないとした。くり返すが、宅建業者事件最高裁判決は、「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」と述べているため、個々の取引関係者についての財産的損害に対する国家賠償請求の可能性が完全に否定されたわけではない。

よって、同種の事案である本件で国家責任が認められたことから考えると、本件はその例外にあたると考えられ、裁判所もその旨を説明する。すなわち、本事案と宅建業者事件の具体的な差異について、本判決は次の二点をその理由としてあげている。①宅建業者事件で問題となった他人物売買によるリスクは比較的容易に回避することができるのに対し、抵当証券に係るリスクの大小を正確に判断することは、抵当証券業規制法の予定する情報開示制度が正常に機能している場合においてすら相

当の困難が伴うにもかかわらず、本件ではその情報開示制度が正常に機能していたとはいえないこと、②宅建業法が免許制を導入した当初においては同法の目的には購入者の利益保護は掲げられておらず、その目的は宅地建物の取引の公正を確保することなどにあったのに対し、抵当証券業規制法の採用した登録制は当初から抵当証券の購入者の保護を最終的な目的としていること。

しかし、裁判所の示すこの理由は、次の二点から妥当ではないと考えるべきである。まず、①リスク回避可能性についてであるが、宅建業者事件というリスクと本件におけるリスクの意味は大きく異なっている。すなわち、宅建業者事件で問題となったリスクは、他人物売買が行われることによって購入代金を支払ったにもかかわらず土地を取得できないというものである。確かに売買契約を結ぶ際にはそのようなリスクは必ず内包されているといえる。しかし、それは売買契約において通常想定されているリスクとはいえず、例外的事情である。そして、そのような危険の発現を防止するために法令等で宅建業が規制されているのである。一方、本件で問題となったリスクとは、抵当証券を購入して資産を運用しようとした者のリスクであり、「自己責任」の原則からもわかるように、こちらにはそもそも損害

が発生するリスクが含まれているのである。ただし、先述のとおり、購入者によるそれらリスクの負担は「適切な市場」の確保の上に成り立つものであり、本件のように「適切な市場」が確保されていない場合、そのリスクを購入者に負担させるべきではないこととなる。このように、たとえ、宅建業者事件における他人物売買の危険というリスクが比較的容易に回避できるとしても、本件に比べて保護が手薄くてもよいということにはならないのである。

次に、②購入者の保護の規定についての差異であるが、宅建業者事件と本件とを別異に取り扱う必要はないと思われる。すなわち、本判決は、導入当初の保護規定の差異を結論が分かれた理由として挙げる。確かに、導入当初の保護目的に購入者が含まれるか否かについて宅建業者事件と本件は異なっているかもしれない。しかし、宅建業者事件において、事件があった時にはすでに宅建業法一条で免許制度及び法が定める各種規制の実効を確保する目的の一つとして購入者等の保護が掲げられている。よって、あえて本件裁判所が宅建業法について導入当初の保護目的の差異をその結論の差異の理由として挙げることは恣意性を感じざるを得ない。

以上より、本件と宅建業者事件とを別異に取り扱う理由は存

在しないように思われる。そして、そのことは、宅建業者事件で国家責任が否定されたことに倣って本件においても国家責任が否定されるべきであるということの意味するわけではない。むしろ、本件と対比することによって明らかになった宅建業者事件最高裁判決の問題点を再考すべきことを意味すると思われる。

八 結びに代えて

本判決は、上述のとおり、国家賠償責任を問う消費者訴訟として初めて行政庁の責任が認められた点で意味が大きい。更に、被侵害法益が生命・身体・健康ではなく財産権であるにもかかわらず責任が認められたことは注目値する。

しかし、本判決は、財務局長等の行った判断を「財務局長等の作為（更新登録）と捉えるにせよ不作為（更新登録拒否の拒絶）と捉えるにせよ、抵当証券業への参入に対する規制権限の不行使という性格を有することは否定することができない」とし、不作為事例として判示する。先述の通り、不作為事例では作為事例に比べて、国家の責任を認める際のハードルが上がる。そして、更新登録制においては、一定期間毎に行政庁が権限を

行使することが法によって予定されているため、本件は作為事例として扱うべきである。にもかかわらず、その差異を無視するような本判決は、更新登録制の意味を抹消しかねないように思われる。そしてこの批判は、先例として存在する宅建業者事件最高裁判決にも当てはまるであろう。⁽⁴⁸⁾

- (1) 京都地判昭和五八年七月二〇日(民集四三卷一〇号一九三頁)、大阪高判昭和六一年七月一日(民集四三卷一〇号一二〇九頁)、最二小判平成元年一月二四日(民集四三卷一〇号一一六九頁)。

- (2) 東京地判平成四年四月二二日(判時一四三一七二頁)、大阪地判平成五年一〇月六日(判時一五二二四四頁)、大阪高判平成一〇年一月二九日(税務訴訟資料二三〇号二七一頁)、最一小判平成一四年九月二六日(判例集未登載)。

- (3) 犀川千代子「大和都市管財」被害者弁護士全国連絡会代表弁護士 週刊法律新聞第一七二九号二頁。

- (4) 昭和六二年法律第一一四号。平成九年法律第一〇二号による改正前のもの。以下同じ。

抵当証券業規制法は現在では廃止され、抵当証券業には金融商品取引法が適用されている(二条一項一六号、

同条八項七号)。ただし、新法においても登録制が採用されているため、本判決は先例性をもちうると考えられている。稲葉一将「判批」法学セミナー増刊・速報判例解説 Vol.2 (日本評論社、二〇〇八年) 四五頁。

- (5) 東京スモン訴訟(東京高判平成二年二月七日・判時一三七三三三頁)で、被告である国は、次のように主張した。「薬事行政における厚生大臣の権限は、医薬品製造業者に対する関係では、右目的の達成のために、製造業者の営業の自由を規制するものとして意義づけられるのであつて、この権限行使の結果、公衆衛生の向上および増進が図られるとともに、国民のうちの特定の個人も利益を享受することとなるが、それは右規制に伴う単なる反射的利益に過ぎない」。この他、国によって同様の主張がなされた訴訟は多数存在する。たとえば、クロロキン薬害訴訟控訴審判決(東京高判昭和六三年三月一日・判時一二七一三三頁)、北陸スモン訴訟第一審判決(金沢地判昭和五三年三月一日・訟務月報二四卷二二三七頁)、カネミ油症事件小倉支部第一審判決(福岡地小倉支判昭和五三年三月一〇日・判時八八一七頁)など。

- (6) 第一〇九回衆議院会議録一八号(昭和六二年九月一〇日)五九五頁～五九六頁、第一一一回参議院大蔵委員会会議録一号(昭和六二年二月八日)二七頁～二八頁、

第一一一回参議院会議録四号(昭和六二年二月九日)

七四頁など。

(7) 初期の相対的違法性説は、取消訴訟における違法は「適法性に関する法」の次元で問題となるのに対し、国家賠償法上の違法は「責任に対する法」の次元で問題となると考える(園部逸夫(監修)・西荻章(著)『国家賠償法』(青林書院、一九九七年)六二頁)。初期の相対的違法性説をとる学説として、下山瑛二『国家補償法』(筑摩書房、一九七三年)一三六頁など。

(8) 在宅投票制度廃止違憲訴訟最高裁判決が示した国家賠償法上の違法についての考え方は、公務員の主観的要素である故意・過失を違法の判断に持ち込んだと考えられる。その結果、取消訴訟の違法とは客観的法規違反を意味するのに対し、国家賠償法上の違法は狭く解されることとなるのである。このような考え方が後期の相対的違法性説である。この点については、後述する。

(9) 国家賠償訴訟の領域に「反射的利益」論を持ち込むことを否定する一つの論拠として、反射的利益論が抗告訴訟における原告適格との関連で主に論じられてきた議論であることが挙げられる。詳しくは、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)・小嶋和司博士退職記念『憲法と行政法』(良書普及会、一九八七年)五九七頁以下。

また、前掲豊田商事国家賠償訴訟大阪高裁判決では、国からの「反射的利益論」の援用に対し、裁判所は次のように述べ国家賠償訴訟における「反射的利益論」の適用を否定した。「抗告訴訟と国家賠償請求とは制度の趣旨も違い、判断すべき要素も異なるというべきである。したがって、取消訴訟の反射的利益論を考慮して国家賠償訴訟にも取入れ、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被控訴人の主張は、失当といわなければならない」。

(10) 詳しくは稲葉・前掲論文(注(9))五九七頁以下参照。また、最三小判平成二年二月二〇日(判時一三八〇号九四頁)は次のように述べ、反射的利益論を肯定した。「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、公益上の見地に立つ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というべきである」。

(11) 通説的見解によれば、国家賠償訴訟において「反射的利益論」の妥当する余地があり、それは本案審理の問題であると考えられている。詳しくは、稲葉・前掲論文(注(9))五九七頁以下参照。

(9) 「反射的利益」という言葉を使うにしても使わないに

しても、学説上批判されるのは、取消訴訟法の領域で問題となる「反射的利益」の概念が国家賠償法と取消訴訟法の差異を無視した形で国家賠償法の領域へ持ち込まれることなのである。宇賀克也『行政法概説Ⅱ』（有斐閣、二〇〇六年）三八三頁、芝池義一『行政救済法講義（第三版）』（有斐閣、二〇〇六年）二六三頁、二六四頁。

(12) 東京高判昭和四五年八月一日（判時六〇〇号三二頁）。

(13) 原田尚彦「判批」ジュリ四八二号二七頁。

(14) 原田・前掲評釈（注（13））二八頁。

(15) 最一小判昭和五三年一〇月二〇日（民集三二卷七号一三六七頁）。

(16) 小田中聰樹「判批」別ジュリ一四八号八三頁。

(17) 宇賀克也『国家補償法』（有斐閣、一九九七年）六一頁、六七頁。

(18) 最一小判昭和五七年三月一二日（民集三六卷三十三号九頁）。

(19) 最一小判昭和六〇年一月二二日（民集三九卷七号一五二二頁）。

(20) 最一小判平成五年三月一日（民集四七卷四号二八六三頁）。

(21) 例えば、最一小判平成三年七月九日（民集四五卷六号一〇四九頁）では、当該接見不許可処分は、その根拠となった監獄法施行規則一二〇条、一二四条が監獄法五〇

条の委任の範囲を超える違法なものであるから、違法であるとしながらも過失を否定している。

(22) 最一小判平成五年三月一日（民集四七卷四号二八六三頁）、最一小判平成九年九月九日（民集五一卷八号三八五〇頁）、最大判平成一七年九月一四日（民集五九卷七号二〇八七頁）は、在宅投票制度廃止違憲訴訟最高裁判決の示す違法性についての定式をほぼ踏襲している。

また、下級審においても、札幌地判平成五年七月一六日（判時一四八四号一一五頁）、広島高判平成六年三月二五日（判タ八七〇号一四一頁）、熊本地判平成一三年五月一日（判時一七四八号三〇頁）、東京地判平成一八年六月七日（判時一九三七号三頁）、福岡地判平成一七年一〇月一四日（判時一九一六号九一頁）など、その例は多い。例えば、運転免許取消処分取消等請求事件判決（東京地判平成元年三月二九日・判時一三二五号四三頁）では、自動車運転免許取消処分が根拠を欠く瑕疵があるもので、取消を免れないとしつつ、「国家賠償法上の違法性は、公務員が具体的状況のもとにおいて職務上つくすべき法的義務に違反したかどうかという観点から判断すべきものであり、したがって、行政処分がその根拠となる行政法規に定める実体的又は手続的な要件を客観的に欠缺しているかどうかという瑕疵判断とは、その判断基準を異にしている」とする。同判決では、国家賠償法

上の違法を職務上の義務違反とし、その結果、取消訴訟法上の違法よりも国家賠償法上の違法を狭く解しているのである。また、住民票非嫡出子続柄記載国家賠償訴訟最高裁判決（最一小判平成一年一月二二日・判時一六七五号四八頁）では、権力的行為のみならず、市町村長が住民票に法定の事項を記載するという非権力的行為についても、「職務行為基準説（義務違反的構成）」が妥当することを示した。

(23) 室井力・芝池義一・浜川清（編）『コンメンタール行政法Ⅱ 行政事件訴訟法・国家賠償法（第二版）』（芝池義一執筆）（日本評論社、二〇〇六年）五三三頁。

(24) 兼子仁『行政法学』（岩波書店、一九九七年）二〇五頁。

(25) 北村和生「国家賠償における違法と過失」ジュリ増・行政法の争点（第三版）七九頁。

(26) 否定例…公立中学校の生徒が課外クラブ活動中の生徒とした喧嘩により左眼を失明した事故につき、クラブ活動に立会っていなかった顧問の教諭に過失がないとされた事例（最二小判昭和五八年二月一八日・民集三七卷一号一〇一頁）。公立小学校五年生の児童が放課後担任教師の許可を得て居残り学習中、同級生の飛ばした画鋏附紙飛行機を左眼に受けて負傷した事故につき、小学五年生ともなれば相当の自立能力・判断力を有するものであるから、危険の発生を予測できる特段の事情のない限り、

放課後まで付ききりで監督する義務はなく担任教諭に過失はないとされた事例（最三小判昭和五八年六月七日・判時一〇八四号七〇頁）。

肯定例…例えば、横浜市立中学校プール事故訴訟上告審判決（最二小判昭和六二年二月六日・判時一二三二号一〇〇頁）が挙げられる。その他、県立高校教諭の指名に応じて同校の部活動（ラグビー試合）に参加した他の高校の生徒に生じた試合中の事故につき、同教諭に注意義務違背があったとして県に対する損害賠償請求が認められた事例（東京高判昭和五四年一月一日・判時九五八号六三頁）などが存在する。ただし、この事件は最高裁（最二小判昭和五八年七月八日・判例時報一〇八九号四四頁）で過失の認定に誤りがあったとして破棄差し戻されている。また、都立高専山岳部の春山合宿に参加した学生が雪崩に遭遇して死亡した事故については、引率教官らには学生らを合宿の実施により生じるおそれのある危険から保護すべき注意義務があるとし、当該事故につき、引率教官らには悪天候の中下山決定をした過失があると判断された（木曾駒ヶ岳遭難事件（東京地判昭和六三年三月二四日・判時一二七二号三一頁、東京高判平成元年五月三〇日・判時一三一四号六一頁、最二小判平成二年三月二三日・判時一三四五号七三頁））。同様に、県立高校の野球部員がゴロ捕球の練習中に、バッティン

グの球が右眼に直撃し受傷した事故につき、指導教諭に注意義務違反による過失があるとして国家賠償責任が肯定された（名古屋地判平成一八年一月二八日・判時一九六五号一一四頁）。この他、高校のボート部に所属していた高校生が、新人戦に参加し、ボートの転覆によって溺死した事故につき、引率教師らに安全配慮義務違反があったとして、国家賠償法一条一項に基づき損害賠償が認められた事例（札幌地判平成一七年一月二五日）（判例集未登載）、札幌高判平成一九年二月二三日（判例集未登載）等多数存在する。

(27) 大阪地判昭和六三年六月二七日（判時一二九四号七二頁）。

(28) 大阪高判平成一八年一月一二日（判時一九五九号四二頁）。

(29) 芝池・前掲書（注（11））二五七頁以下。

(30) 例えば、前掲奈良民商最高裁判決、静岡県食糧費支出関係文書非公開決定国家賠償訴訟（第一小判平成一八年四月二〇日・裁時一四一〇号八頁）が挙げられる。静岡県食糧費支出関係文書非公開決定国家賠償訴訟において最高裁は、「条例に基づく公文書の非開示決定に取消し得べき瑕疵があるとしても、そのことから直ちに国家賠償法一条一項という違法があったとの評価を受けるものではなく、公務員が職務上通常尽くすべき注意義務を尽

くすることなく漫然と上記決定をしたと認め得るような事情がある場合に限り、上記評価を受けるものと解するのが相当である」と判示している。この他、法人税更正及び加算税賦課決定取消等請求事件（東京地判平成一九年六月一二日・判例集未登載）も次のように述べている。「課税処分が違法であるというだけでは、それが国賠法上も違法であるということはできず、処分行政庁が職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と処分をしたといえる場合に限り、国賠法上の違法があったと評価される」。

(31) ただし、巨理教授が義務違反的構成（「職務行為基準説」）に対する批判の妥当性について、「定型的な行政処分、即ち、国民の法的地位を一方的に変動させる個別具体的な処分」の違法性が、取消訴訟と国賠訴訟の双方で争われる場合には妥当なとしても、行政機関以外の国家機関の行為や定型的な行政処分以外の行政処分の違法性が争われる場合には、一律に妥当すべき批判とはいえない（巨理格「公立保育所廃止・民営化訴訟における相対効的紛争解決の可能性―取消判決の第三者効及び国家賠償法上の違法性を中心に―」政策科学一三卷三号二一九頁。）とするように、裁判行為、立法活動、権限不行使、非権力的行為（「非権力的行為は、個々の行為の実質的内容に照らして取消訴訟による攻撃の対象になり得ると

して処分性が肯定される場合があつたとしても、課税処分、許認可や許認可の取消等の通常の行政処分とは異質の行政活動であり、そのような意味では非典型的な行政処分として捉えるべきものである「亘理・同上二一九頁、二二〇頁。」などの非定型的な行政活動に関しては、義務違反の構成が妥当する余地がある。言い換えれば、義務違反の構成が、違法の意味を行政の権限行使に対して客観的法秩序によって課された行為規範に対する違反（公権力発動要件の欠如）という意味から、公務員の個別の国民に対して負担する職務上の義務違反に読み替えることに問題があるため、義務違反の構成を公権力の発動要件が法令上明示的に定められていない事例に適用する場合には、義務違反の構成の弊害は生じないのと考えられるのである。

(32) ドイツ職務責任制度はドイツ民法八三九条と基本法三四条によって基礎づけられる。【ドイツ民法八三九条一項】公務員は、故意又は過失により第三者に対して負担している職務上の義務に違反したときは、その第三者に対し、これによって生じた損害を賠償しなければならぬ。その公務員に過失のみがある場合においては、被害者は他の方法で賠償を得ることができないときに限り、賠償請求することができる。

【基本法三四条】ある人が、自己に委託された公務の行

使において、第三者に対して負担している職務上の義務に違反したときは、その責任は、原則として、その者が服務している国家又は団体が負う。故意又は重過失があるときは、求償を妨げない。損害賠償請求権及び求償については、通常裁判所への出訴の途が排除されてはならない。

(33) H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl., 2006, S. 667.

(34) 詳しくは、朝田とも子「ドイツ職務責任制度における『第三者に対して負担する職務義務違反』要件についての一考察」北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル一四号一五頁～二二頁参照。

(35) 芝池・前掲書（注(23)）五二八頁。

(36) F. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl., 1998, S. 59.

(37) BGHZ, 74, S. 144. 本事案の邦語文献として、稲葉馨「国会議員の立法行為と国家賠償（二）」熊本法学四四号一九頁以下。

(38) クロロキン薬害訴訟上告審判決（最二小判平成七年六月二三日・民集四九卷六号一六〇〇頁）、前掲宅建業者事件、筑豊じん肺訴訟最高裁判決（最三小判平成一六年四月二七日・民集五八卷四号一〇三二頁）、関西水俣病訴訟（最二小判平成一六年一〇月一五日・民集五八卷七号一八〇二頁）、北海道石炭じん肺訴訟控訴審判決（札幌

幌高判平成一六年二月一日・判時一九〇一号七一頁）等は作為義務論（権限濫用論）で判断していると考えられる。

- (39) 曾和俊文・山田洋・亘理格『現代行政法入門』（山田洋執筆）（有斐閣、二〇〇七年）三二二頁。たとえば、比島山災害訴訟判決（高知地判昭和五九年三月一九日・判時一一〇号三九頁）は、「a住民の生命、身体及び財産に対する法益侵害の具体的な危険が切迫し、かつ、公務員において、これを予見することが可能であること（具体的危険性の存在とその予見可能性）、b具体的事情のもとで、公務員が当該権限を行使することが可能であり、かつ、その権限の行使によって法益侵害の発生を防止できること（権限行使の可能性と結果回避可能性）、c住民にとって、自らが法益侵害の発生を防止することは困難であり、公務員に権限の行使を期待せざるを得ない事情にあること（権限行使への期待相当性）、以上の各要件を充足するにもかかわらず、公務員が当該権限を行使しないときは、裁量権につき著しい不合理があるものとして違法の評価を免れないものと解するのが相当である。」と判示した。

- (40) 本件のような「規制権限の発動の不作為」の場合と、中国残留婦人訴訟（大阪地判平成一七年七月六日・判タ一二〇二号一二五頁、東京地判平成一八年二月一日・

判時一九二〇号四五頁）で問題となる「作為起因性の不作為」の場合は区別されなければならない（人見剛「中国残留孤児・中国残留婦人が提起した国家賠償訴訟に係る最近の二つの地裁判決について（下）」判時一九三三号三一頁）。「作為起因性の不作為」について問題となる「先行行為に基づく条理上の作為義務」の成立要件としては、「①被害を生じさせる危険をはらんだ原因行為たる先行行為、②予見可能性、③結果回避可能性」の三要件が妥当であるとされる（人見剛「戦後補償裁判中の不作為国家賠償訴訟における作為義務（結果回避義務）について」法時七六卷一号四四頁）。

- (41) 前掲クロロキン薬害訴訟上告審判決。

- (42) 稲葉馨・人見剛・村上裕章・前田雅子『行政法』（前田雅子執筆）（有斐閣、二〇〇七年）二七六頁。

- (43) 宇賀・前掲書（注（11））三七二頁。

- (44) 舟田教授は、被侵害利益が財産権である場合、被侵害利益が生命、身体、健康である場合に比べて、より強度の作為義務違反を必要とするという一般論が、「本判決の結論に影響したと推測される」とする。舟田正之「判批」ジュリ一六九号一一四頁。

- (45) 犀川・前掲論文（注（3））二頁。

- (46) もちろん、許認可の更新登録制を採用する本件と比べて裁量の幅が広いからといって、権限を行使しないこと

が常に違法ではないとはいえない。正田教授は「調査権限の端緒たりうるとされた資料等では排除措置命令等の根拠として不十分であるのは当然でそれを補充するのが調査権限の行使である」。よって、「公取委は調査権限を行使することができ、またすべきであった」とする。正

田彬「判批」ジュリ一二四六号二二八―二三〇頁。

(47) 宇賀克也「判批」別ジュリ一五一号二九〇頁。

(48) 本判決を紹介したものとして、既に引用したものその他、下山憲治・「判批」法学セミナー六三九号一一一頁、浅井弘章・銀行法務21六八三号五六頁、五十嵐潤・消費者法ニュース七三三三三三三頁、小林政秀・消費者法ニュース七三三三三三三頁、小田大輔・金融法務事情一八一号一頁、市瀬義文・消費者法ニュース七二二三二二二頁がある。