

03-08 訴訟の終了

ここでは、主に判決の種類と判決の効力を学習する。この分野では、事情判決と判決の効力に関する事項がよく出題されているので、しっかり学習してほしい。

1 訴訟の終了と判決の類型

(1) 取消訴訟の終了形態

訴訟の終了も処分権主義が具現化される。すなわち、民事訴訟と同じく、原告による訴えの取下げ、請求の認諾、請求の放棄、訴訟上の和解（係争処分につき行政庁に裁量権が認められており、裁量権の範囲内で和解する場合に限る）、終局判決により終了する。

(2) 終局判決の判断内容による分類

終局判決の判断内容に着目すると、3つの種類に分類される。

① 却下判決

訴えが訴訟要件を欠き不適法な場合に、本案審理に入ることなく訴えを排斥する判決をいう（民事訴訟法140条）。「訴訟判決」とよばれる。

② 認容判決

訴えが訴訟要件を充たす場合に、裁判所が本案審理を行い、処分が違法だという原告の請求に理由ありと認め处分を取り消す判決をいう。

認容判決は、取消訴訟においては取消判決とよばれる。

③ 棄却判決

訴えが訴訟要件を充たす場合に、裁判所が本案審理を行い、原告の請求に理由なしとして請求を退ける判決をいう。却下判決との根本的な違いは、本案に対する判断が示されている点にある。

④ 事情判決

(a) 意義

処分・裁決が違法ではあるが、これを取り消すことで公益に著しい障害を生ずる場合に、一切の事情を考慮したうえで、処分・裁決を取り消すことが公共の福祉に適合しないと認めるときに請求を棄却する判決をいう（31条1項前段）。

(b) 事情判決と違法の宣言

事情判決を下す場合には、判決の主文において、当該処分・裁決が違法であることを宣言しなければならない（31条1項後段）。

訴えの取下げ

原告の、訴えを撤回する旨の裁判所に対する意思表示（民事訴訟法261条）。訴訟係属の遡及的消滅をもたらすので、紛争解決基準が示されない点が請求の放棄との違いである。

請求の認諾

口頭弁論等の期日において、被告が原告の請求を認めて争わない旨を陳述すること（民事訴訟法266条）。いわば被告の無条件降伏である。

請求の放棄

口頭弁論等の期日において、原告が自らの請求に理由がないと認める旨を陳述すること（民事訴訟法266条）。調書に記載されると確定判決と同一の効力が生じる（同法267条）。

訴訟上の和解

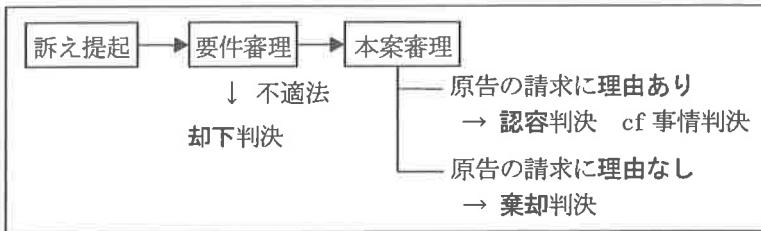
訴訟係属中、当事者がその主張を互いに譲歩して訴訟を終了させる旨を合意すること。その内容は和解調書に記載され、その記載には確定判決と同一の効力が生じる（民事訴訟法267条）。

解きまぐり

実 No.161 肢1

(c) 事情判決に対する被告（行政主体）の上訴

事情判決が確定すると主文の違法宣言に既判力が生じるから、被告はこれを争う客観的実益を有する。したがって、勝訴した被告も上訴することができる。



上訴
裁判が確定しない間に上級裁判所にその取消し・変更を求める不服申立てをいう。第一審判決に対する上訴が控訴であり、控訴審判決に対する上訴が上告である。なお、決定・命令に対する上訴は抗告である（前述）。

問題：事情判決をする場合、裁判所は、判決の主文において、処分又は裁決が違法であることを宣言しなければならない。（特別区 1994）

問題の答え：○

(d) 他の抗告訴訟への準用

事情判決の規定は他の抗告訴訟には準用されない（38条）。事情判決は有効な処分であることを前提に、処分が違法であっても取り消さないという制度であるが、他の抗告訴訟では有効な処分を前提とするものがひとつもなく、事情判決を行う余地がないからである。

2 判決の効力

判決は、審査請求に対する裁決と異なり、言渡しによって効力が生じる（民事訴訟法250条・行政事件訴訟法7条）。

種類	既判力	形成力	第三者効	拘束力
範囲	客観的 処分の違法性一般（訴訟物）			
範囲	主観的 裁判所・当事者	第三者		行政庁
効力の内容	矛盾・抵触する 判断や主張禁止	+法律関係を判決の とおりに変動させる		+同一処分禁止 判決に沿う処置

(1) 既判力

① 意義

既判力とは、確定判決における主文中の判断について生じる拘束力をいう（民事訴訟法114条1項）。既判力は、主文に包含するものに限って及ぶため、理由中の判断には及ばない。

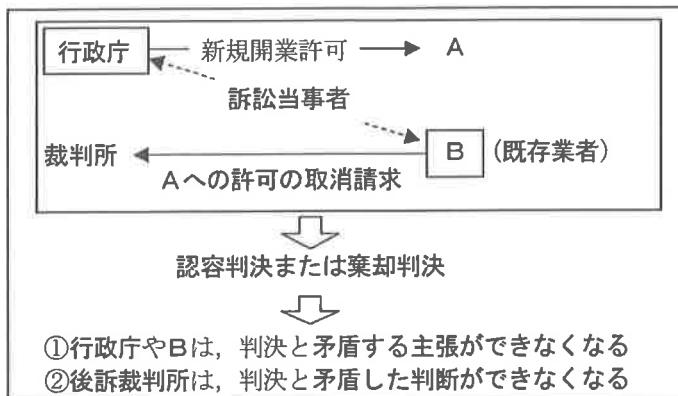
既判力は、①確定判決により紛争の終局的解決を図るため、および、②当事者として十分な手続保障が与えられていたことを根拠に認められる効力であるから、同一事項が再び問題となったとき、裁判所は、前訴

判決において既判力をもって確定された事項を前提として判断しなければならない（積極的作用）。また、前訴判決の内容と矛盾する当事者の主張・立証を排斥しなければならない（消極的作用）。後者は、一事不再理の原則（同一事件の再度の審判禁止）と同じ趣旨である。

すなわち、処分取消訴訟において棄却判決がなされ、違法事由の不存在が確定した後、処分の違法を理由とする国家賠償請求訴訟が提起された場合、原告の主張した違法事由が前訴で主張した内容と異なるものでないときは、前訴判決の既判力により、後訴たる国家賠償請求訴訟においても違法判断をすることができなくなるのである（最判昭48.3.27）。

もっとも、後訴において原告の主張した違法事由が前訴で主張した内容と異なるものである場合、前訴判決の既判力は及ばず（最判平5.3.11など）、後訴において別個の違法判断をすることができる。後述する。

② 既判力の効果



(a) 請求の認容判決がなされた場合

請求の認容判決（取消判決）が確定すると、係争処分の違法性が既判力により確定する。

確定
上訴によっては争うことができなくなった状態のこと。

(b) 請求の棄却判決がなされた場合

請求の棄却判決が確定すると、係争処分の適法性が既判力により確定する。これは、係争処分が適法であることを確認する判決でもある。

※ 既判力は後訴裁判所を拘束するものなので、棄却判決があった処分を行政府が職権で取り消すことは既判力に抵触しない。すなわち、授益的処分における相手方の信頼保護の要請など、他の制約法理に抵触しない限り、職権取消しが認められる。

(c) 訴えの却下判決がなされた場合

請求の認容・請求の棄却判決だけでなく、訴えの却下判決にも却下事由となった訴訟要件の不存在について既判力が生じる。

問題：取消訴訟において請求棄却判決が確定した場合、既判力により原告はもはや対象たる処分の違法を主張することはできないほか、行政庁が当該処分を自ら職権で取り消すことも、確定判決に基づく法的安定性を損なうおそれがあることから認められていない。（国 II 1996）

問題の答え：×
職権で取り消すことは既判力に抵触しない。

(2) 形能力

取消判決の形能力とは、処分が当初からなかったのと同じ法的状態を回復させる形成判決の効力をいう。すなわち、取消判決の確定により、行政庁が取り消すまでもなく、処分の効力は処分当時に遡って消滅する。

取消訴訟は、処分の遡及的消滅という形成判決を求める形成の訴えである。形成の訴えという訴訟の類型が設けられたのは、利害関係人が多数に上るなど、ある種の法律関係においては判決により法律関係を一的に変動させることが必要であるとの判断に基づいているからである。それゆえ、形成判決に形能力が生じるのは当然のことである。

※ 取消判決と過納金還付請求権の発生時期（最判平22.10.15）

取消判決には遡及効があるので、被相続人が生前に提起し、相続人が承継していた所得税更正処分等取消訴訟の取消判決が確定した場合には、被相続人が所得税等を納付した日に遡って過納金の還付請求権が発生したことになる。したがって、相続人が還付を受けた過納金は、所得税ではなく、相続税の課税対象となる。

(3) 第三者効（対世効。32条1項）

① 意義

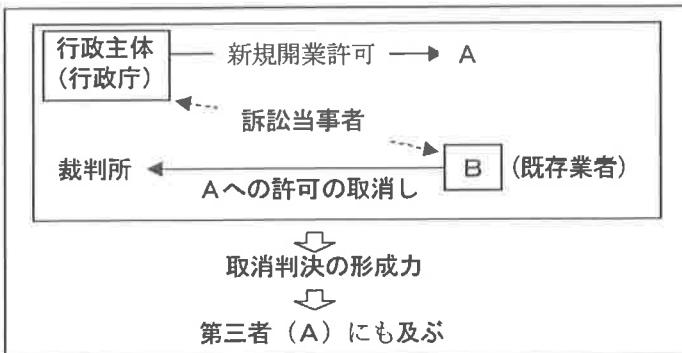
取消判決の既判力は、原則として訴訟の当事者にのみ生じ、第三者には生じない（民事訴訟法115条1項1号）。しかし、取消判決の形能力は、当該訴訟の原告と被告のみならず、訴訟外の利害関係人たる第三者にも及ぶ。これを第三者効といいます。このため、第三者は処分の消滅を前提に行動しなければならなくなる。第三者効は、取消判決の形能力の効果であり、処分にかかる法律関係を一的に取り扱い、取消判決に実効性を与えるために法定された仕組みである。

第三者効の規定は、他の抗告訴訟には準用されない（38条1項）。この点、実効的な権利救済の観点から、第三者効を他の抗告訴訟にも及ぼすべきと考えられるが、抗告訴訟においては取消訴訟以外に形成の訴えがなく、第三者効をもたらす判決の形能力が理論上考えられない。第三者効は、第三者的裁判を受ける権利（憲法32条）を実質的に奪う結果ともなることから、立法政策上、消極的にならざるを得ないとされる。

解きまくり！
必 4-02-07 肢4
実 No.150 肢3
No.151 肢ア

解きまくり！
必 4-02-07 肢1
4-02-08 肢2
実 No.151 肢イ
No.161 肢オ

解きまくり！
実 No.157 肢イ



② 第三者を保護するための制度

取消判決に第三者効が認められる結果、第三者も当該訴訟の結果により大きな影響を受ける。そのため、①第三者的訴訟参加（22条）、②第三者による請求の追加的併合（18条）、③第三者の再審の訴え（34条）の各制度が置かれている。なお、③第三者の再審の訴えは、第三者が確定判決を知った日から30日以内に提起しなければならない。この期間は不变期間とされる（34条2項・3項）。

不变期間

裁判所は法定期間を伸縮できないという意味。原則として裁判所は法定期間を伸長・短縮できる（民事訴訟法96条1項）。それを禁止するのが不变期間である。

問題：請求認容の判決が確定することにより、行政処分は溯及的に消滅するが、その効力は当事者のみに及び、第三者には及ばない。（地上1990）

問題の答え：×
第三者にも及ぶ。

（4）拘束力（33条1項）

① 意義

処分・裁決を取り消す判決が、その事件について、処分・裁決をした行政庁その他の関係行政庁を拘束する効力を有する。拘束力は、行政庁が判決の趣旨に従って行動する実体法上の義務を法定したものである。

拘束力の規定は、実効的な権利救済の観点から、他のすべての抗告訴訟に準用されている（38条1項）。

拘束力の性質について通説は、取消訴訟の実効性を確保するために、取消判決に与えられた特殊な効力であると解している。そして、拘束力の内容は、判決主文を尊くのに不可欠な理由中の判断であり、事実認定および法律判断にわたるとされる（最判平4.4.28）。これと関連して以下のようないくつかの効果が認められている。

解きまくり！

実 No.150 肢4
No.154 肢イ
No.157 肢ア

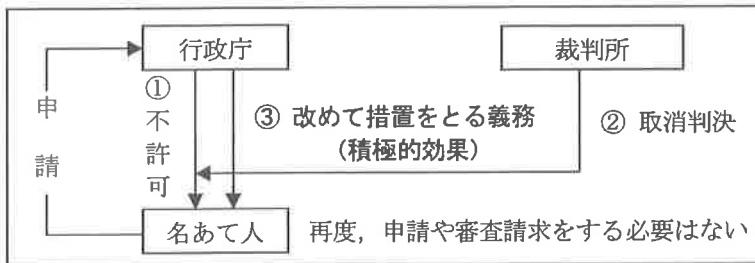
② 拘束力の消極的効果（反復禁止効）

行政庁は、取り消された行政処分と同一事情のもとで、同一理由に基づき、同一内容の処分を行うことを禁止される。

しかし、事情、理由、内容のいずれかが異なるれば、拘束力は及ばない。

③ 拘束力の積極的効果（33条2項・3項）

申請・審査請求に基づいてした処分・裁決が取り消された場合、当初の申請・審査請求が係属している状態に戻ることになる。このような場合、行政庁は、取消判決の趣旨に従い、改めて申請に対する処分、または審査請求に対する裁決をしなければならない。



(a) 申請拒否処分が判決により取り消された場合（33条2項）

申請・審査請求を却下または棄却した処分・裁決が判決により取り消されたときは、その処分・裁決をした行政庁は、判決の趣旨に従い、改めて申請に対する処分、または審査請求に対する裁決をしなければならない。

(b) 申請認容処分が判決により取り消された場合（33条3項）

申請に基づいてした処分（認容処分）または認容裁決が、判決により手続に違法があることを理由として取り消されたときも、行政庁は、判決の趣旨に従い、改めて申請に対する処分、または審査請求に対する裁決をしなければならない。

解きまくり！
必 4-02-07 肢2
実 No.150 肢3
No.151 肢工

④ 拘束力の他の効果

行政庁には、処分・裁決のやり直しのほかに、取り消された処分・裁決に直接関連して行われた違法状態を除去する義務も発生する。

ex. 租税賦課処分が取り消された場合、行政庁は、後行処分である滞納処分を取り消さなければならない。

⑤ 既判力と拘束力との相違点

	既判力（民訴 114条1項）	拘束力（33条1項）
拘束の対象	後訴裁判所	行政庁
拘束の内容	主文中の判断	主文と一体をなす判決理由

問題：請求認容の判決が確定することによって行政処分の効力が消滅した場合でも、その効力は当該事件に限られるから、その後行政庁が同じ事情の下で同一の処分をすることは妨げられない。（地上 1990 改題）

問題の答え：×
拘束力が生じるので、妨げられる。

03-09 その他の抗告訴訟

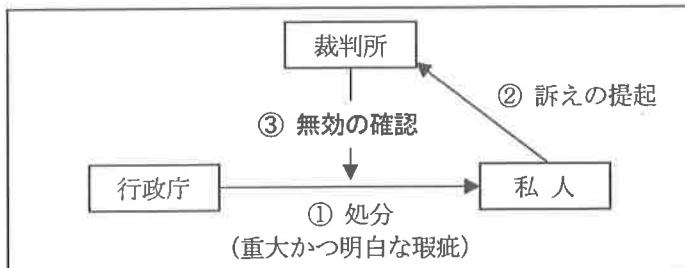
この分野は、従来から本試験で頻出であったとともに、近年の法改正で新たな訴訟類型が設けられたことにより、さらに重要性を増しているので、しっかり学習してほしい。

1 無効等確認の訴え

(1) 無効等確認の訴えの意義

① 意義

行政庁の処分・裁決の存否、またはその効力の有無の確認を求める訴訟をいう（3条4項）。「無効等」となっていることから、かかる訴えは、処分・裁決の有効確認、無効確認、存在確認、不存在確認、失効確認といった訴えの総称であるが、とりわけ、無効確認の訴えが重要である。



② 特徴

無効等確認の訴えは、処分が行われたことを前提とするので、被告適格、管轄裁判所、執行停止制度、認容判決の拘束力など取消訴訟の規定が準用される。しかし、無効等確認の訴えは、下記のとおり、取消しの訴えと異なった特徴を有している。

- ・ 出訴期間の制限がない（38条・14条）。それゆえ、「時機に後れた取消訴訟」と呼ばれることがある。
- ・ 取消訴訟の出訴期間内に無効等確認訴訟が提起された場合には、原告が特に無効等確認訴訟として扱うことを明示的に要求しない限り、当該訴訟は取消訴訟として扱われる（通説）。
- ・ 審査請求前置主義の規定は準用されない（38条・8条1項但書）。
- ・ 自己の法律上の利益に関係のない違法を主張することができる。
- ・ 形成の訴えではないので、無効確認判決に形成力はない。
- ・ 無効確認判決に第三者効の規定も準用されない（38条・32条1項）。
- ・ 無効な処分については、そもそも公益のために維持すべき効力がないため、事情判決の規定も準用されない（38条・31条）。

解きまくり!
実 No.164 肢ア

解きまくり!
必 4-02-08 肢1

(2) 無効等確認の訴えの補充性

処分が無効である場合、その効力は当初から存在しない。それゆえ、紛争の解決としては、処分の無効を前提とした現在の法律関係に関する訴え（実質的当事者訴訟、民事訴訟）を提起すれば十分である。

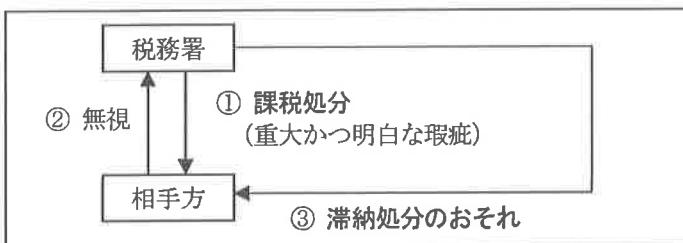
しかし、現在の法律関係を争ったのでは救済が不十分な場合もあるので、行政事件訴訟法は、特に無効確認を求める必要性のある者に限って無効等確認訴訟を提起することができるとしている。

(3) 無効等確認の訴えの原告適格（36条）

① 予防的無効等確認訴訟（同条前段）

処分・裁決に続く処分により損害を受けるおそれのある者である。

たとえば、無効な課税処分を前提として租税滞納処分がなされることが予想される場合において、租税滞納処分を阻止するために先行する課税処分の無効確認訴訟を提起する場合である（最判昭51.4.27）。



② 補充的無効等確認訴訟（同条後段）

処分または裁決の無効等の確認を求めるにつき法律上の利益を有する者で、処分もしくは裁決の存否またはその効力の有無を前提とする現在の法律関係に関する訴えによって目的を達成することができないものに限り提起することができる。

(a) 法律上の利益を有する者

無効等確認訴訟において、取消訴訟の原告適格を規定する9条1項は準用されない（38条1項・3項）。しかし、「もんじゅ」原発訴訟において判例は、当該処分により自己の権利もしくは法律上保護された利益を侵害され、または必然的に侵害されるおそれのある者をいうとし、取消訴訟の原告適格と同様の論理を展開している（前掲最判平4.9.22）。

(b) 現在の法律関係に関する訴え

現在の法律関係に関する訴えとは、処分・裁決の無効を前提として何らかの法律関係を主張する当事者訴訟または民事訴訟をいう。具体的には、実質的当事者訴訟（4条後段）と争点訴訟（45条）である。

解きまくり!
必 4-02-08 肢3

解きまくり!
実 No.156 肢2

解きまくり!
必 4-02-01 肢3
実 No.130 肢イ
No.153 肢ア

なお、「もんじゅ」原発訴訟において判例は、原子炉施設の建設・運転の差止めを求める民事訴訟と比較し、無効等確認訴訟のほうが他の争訟形態よりも直截的かつ適切であるときには、無効等確認訴訟の提起が認められるとしている。(前掲最判平4.9.22)。

解きまくり!
実 No.139 肢1
No.156 肢4
No.156 肢5

(c) 争点訴訟

争点訴訟とは、私法上の法律関係に関する訴訟において、行政庁の処分・裁決の存否またはその効力の有無が前提問題として争われている訴訟をいう。争点訴訟は、私法上の法律関係に関する訴訟であるので民事訴訟であり、争点訴訟という独立した訴訟類型があるわけではない。たとえば、無効な土地の買収処分が行われ、第三者が所有権移転登記を経由した場合に、真の土地所有者が第三者を被告として登記の抹消を請求する訴えは、「所有権に基づく妨害排除請求権としての所有権移転登記抹消登記請求権」という私法上の請求権を訴訟物とするので民事訴訟であるが、裁判の帰趣が買収処分の効力の有無によって決せられるところ、これが争点となるので争点訴訟と呼ばれるのである。

争点訴訟は、民事訴訟において行政処分の有効・無効が前提問題として争われている訴訟であるから、行政事件訴訟法の規定の一部が準用されている。すなわち、裁判所は、訴訟当事者もしくは処分庁の申立て、または職権により、処分庁を訴訟に参加させることができ(45条1項・23条1項)、訴訟に参加した処分庁は、補助参加人(民事訴訟法45条)の立場に立って、争点に関する証拠資料など(攻撃防禦方法)を提出することができるとされている(45条2項)。また、裁判所には職権証拠調べをすることも認められている(45条4項・24条)。

無効等確認の訴えの原告適格(二元説)	
予防的無効等確認の訴え	補充的無効等確認の訴え
後続処分により損害を受けるおそれのある者	法律上の利益を有する者 + 現在の法律関係に関する訴えでは目的を達成できない

(4) 無効等確認の訴えの被告適格(38条1項・11条1項)

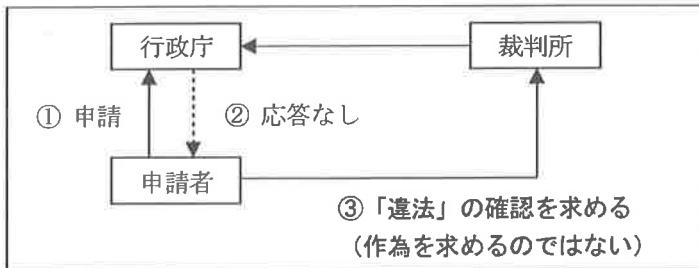
前述のとおり、取消訴訟の被告適格が準用される。原則として処分・裁決をした行政庁の所属する国または公共団体、すなわち、行政主体を被告として提起しなければならない。

二元説
「目的を達成できない」との要件は「法律上の利益を有する者」にだけ要求され、「続く処分により損害を受けるおそれのある者」には要求されないと見解である。判例も明示してはいないが、二元説と結論を同じくし、予防的無効確認訴訟を肯定している。

2 不作為の違法確認の訴え

(1) 意義

行政庁が、法令に基づく申請に対し、相当の期間内に何らかの処分をすべきであるのにかかわらず、これをしないことについての違法の確認を求める訴訟をいう（3条5項）。



(2) 不作為の違法確認の訴えの手続・要件

① 申請の存在

(a) 申請者に限定（37条）

不作為の違法確認の訴えは、現実に申請を行った者に限りこれを提起することができる。したがって、「法律上の利益」の有無は問題とならない。この訴えの目的は、行政庁による「申請の握りつぶし」を防止し、事務処理の促進を求めることがあるからである。

解きまくり！
実 No.129 肢4
No.130 肢工
No.132 肢イ
No.153 肢イ

(b) 申請の適法性の要否

現実に法令に基づく申請を行った者であれば、当該申請が適法か否かを問わず不作為の違法確認の訴えを提起することができる。なぜなら、個別法で定められた申請期間を超過したなどの不適法な申請でも、行政庁にはそれを却下するなどの応答すべき法的義務があり、不作為の違法を争う必要性に変わりはないからである。

解きまくり！
実 No.152 肢ア

② 出訴期間

事柄の性質上、出訴期間の制限はなく、不作為が続く限りこれを提起することができる。

解きまくり！
必 4-02-08 肢5
実 No.152 肢イ
No.152 肢オ

なお、訴訟係属中に行政庁が何らかの処分を行った場合、訴訟の対象である不作為の状態は解消されることになり、また、過去の法律関係の確認を求めるることは紛争の抜本的解決のために必要なものとはいえないことから、確認の利益が失われ、訴えは却下されると解されている。

解きまくり！
実 No.164 肢イ

③ 執行停止の規定の不準用

不作為の違法確認の訴えでは、執行停止の規定を準用する余地がない（38条1項・4項）。そもそも執行停止の対象となる処分が存在しないからである。

(3) 不作為の違法確認の訴えの効果

① 認容判決の内容

不作為の違法確認の訴えにおける確認（認容）判決は、当該不作為が違法であることを確認するにすぎない。

② 認容判決に対する行政庁の措置

判決で不作為の違法が確認された場合、取消判決の拘束力が準用されるので（38条1項・33条），行政庁は、すみやかに申請に対する何らかの処分をしなければならない。

- 確認（認容）判決の拘束力は、申請を認容することを義務付けるものではなく、拒否処分がなされる可能性もある。この点において、行政不服審査法49条3項の「一定の処分をすべき」と異なる。
- 行政庁が何らかの処分をする期間も、すみやかにという意味に解されており、具体的な期間内に行う法的義務が生ずるわけではない。

解きまくり！
実 No.150 肢4
No.152 肢工

解きまくり！
必 4-02-07 肢3

問題：不作為の違法確認の訴えは、処分または裁決についての申請をした者のほか、その処分または裁決が行われないことにより不利益を受ける第三者も提起することができる。（国II 1993）

問題の答え：X
現実に申請を行った者のみである。

3 義務付けの訴え

① 義務付けの訴えの意義

① 意義

裁判所に対し、行政庁が特定の処分または裁決をすべき旨を命ずることを求める訴訟をいう（3条6項）。給付の訴えに分類される。下記のとおり、義務付けの訴えは、原告の申請・審査請求が予定されているかどうかにより2つの類型に区別される。

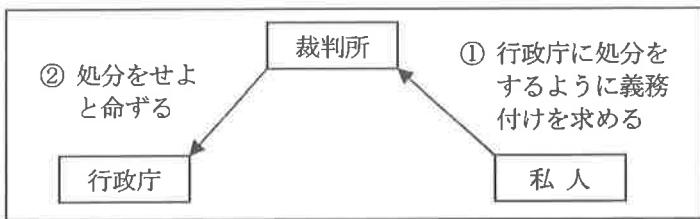
- 行政庁が一定の処分をすべきであるにもかかわらずこれがされないとき（3条6項1号）→ 直接型（非申請型）義務付け訴訟
- 行政庁に対し一定の処分・裁決を求める旨の申請または審査請求がなされた場合において、当該行政庁がその処分・裁決をすべきであるにもかかわらずこれがされないとき（3条6項2号）→ 申請型（申請満足型）義務付け訴訟

無名抗告訴訟
行政事件訴訟法に定めのない抗告訴訟の類型。法定外抗告訴訟ともいう。従来は、義務付け訴訟、差止め訴訟の2つが無名抗告訴訟と位置づけられていた。

② 義務付けの訴えの沿革

かつて、義務付けの訴えは無名抗告訴訟の典型例とされ、学説上、補充性や緊急性などといった厳格な要件のもと、例外的に提起しうるものと解されていたが、社会的要請に応える形で2004（平成16）年の改正によりこの訴えが明文化された。

(2) 直接型（非申請型）義務付け訴訟（3条6項1号・37条の2）



解きまくり!
実 No.155 肢ア

① 訴訟要件

(a) 重大な損害の発生のおそれ (37条の2第1項前段)

直接型義務付け訴訟を提起するためには、対象となる処分がなされないことにより、重大な損害が生ずるおそれがあることを要する。

※ 裁判所は、義務付け訴訟・差止め訴訟において、「重大な損害」を生ずるか否かを判断する際には、損害の回復がどの程度困難であるかを考慮し、また損害の性質・程度、処分の内容・性質をも考慮することとされている（37条の2第2項・37条の4第2項）。

解きまくり!
実 No.155 肢イ

(b) 補充性の要件 (37条の2第1項後段)

直接型義務付け訴訟を提起できるのは、損害を避けるため、他に適当な方法がない場合に限られる。この要件については、取消訴訟や民事訴訟など、他の訴訟との関係が問題とされる。

解きまくり!
必 402-01 肢5

(c) 法律上の利益を有する者 (37条の2第3項)

直接型義務付け訴訟は、行政庁に処分の義務付けをすることを求めるにつき、法律上の利益を有する者に限り提起することができる。なお、「法律上の利益」の有無の判断には、取消訴訟の原告適格に関する解釈基準が準用されている（9条2項・37条の2第4項）。

解きまくり!
実 No.155 肢ウ
No.155 肢エ
No.158 肢エ

② 本案勝訴要件 (37条の2第5項)

直接型義務付け訴訟が訴訟要件を充たし、かつ、以下のいずれかの場合に該当するときは、裁判所は、行政庁が訴えの対象たる処分をすべき旨を命ずる判決をする。

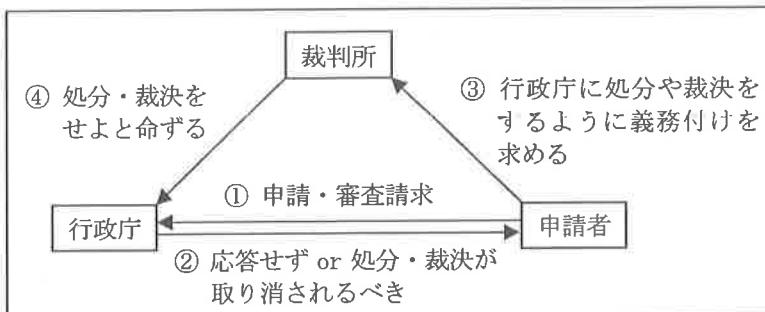
- 直接型義務付け訴訟にかかる処分につき、行政庁がその処分をすべきであることがその処分の根拠法令の規定から明らかであると認められる場合
- 行政庁が義務付けを求められた処分をしないことが裁量権の逸脱・濫用にあたると認められる場合

解きまくり!
実 No.155 肢オ

※ 直接型義務付け訴訟の場合には、後述する申請満足型義務付け訴訟と異なり、他の抗告訴訟との併合提起が義務付けられているわけではない（37条の3第3項参照）。

解きまくり!
実 No.130 肢ウ

(3) 申請型（申請満足型）義務付け訴訟（3条6項2号・37条の3）



① 訴訟要件 (37条の3第1項)

(a) 一定の不作為・処分の瑕疵の存在

申請・審査請求に対する処分・裁決の義務付けの訴えは、以下のいずれかに該当するときに限り、これを提起することができる。

解きまくり!
実 No.153 肢ウ
No.154 肢ウ

- 法令に基づく申請・審査請求に対し、相当の期間内に何らかの処分または裁決がなされないとき（不作為型）
- 法令に基づく申請・審査請求を却下、棄却する旨の処分・裁決がされた場合で、当該処分・裁決が取り消されるべきものであるか、または無効もしくは不存在であるとき（拒否処分型）

(b) 申請・審査請求を行った者であること (37条の3第2項)

申請・審査請求に対する処分・裁決の義務付けの訴えは、法令に基づく申請・審査請求をした者に限り提起することができる。

解きまくり!
実 No.158 肢ウ

(c) 他の抗告訴訟との併合提起 (37条の3第3項)

申請・審査請求による処分・裁決の義務付けの訴えを提起する際には、当該訴訟の対象に応じて必ず以下の抗告訴訟を併合して提起しなければならない。

解きまくり!
実 No.154 肢工

- 不作為型 ⇒ 処分・裁決にかかる不作為の違法確認訴訟
- 拒否処分型 ⇒ 処分・裁決にかかる取消訴訟・無効等確認訴訟

申請型義務付け訴訟（不作為型）を提起するときは、不作為の違法確認の訴えを併合提起しなければならない。これに対し、不作為の違法確認訴訟を提起するときに、申請型義務付け訴訟を併合提起することが義務付けられているわけではない。

(d) 裁決主義が採られている場合 (37条の3第7項)

申請・審査請求に対する処分・裁決の義務付けの訴えのうち、行政庁が一定の裁決をすべき旨を命ずるものについて、処分についての審査請求がされた場合で、原処分の取消訴訟または無効等確認の訴えを提起することができないときに限り、これを提起することができる。

② 本案勝訴要件（37条の3第5項）

申請満足型義務付け訴訟が訴訟要件を充たし、かつ、以下のすべての事項に該当する場合に限り、裁判所は、当該義務付けの訴えにかかる処分・裁決をすべき旨を命ずる判決をする。

(a) 併合して提起された訴えに理由があること（前段）

訴えが認められるためには、当該訴訟と併合提起された不作為の違法確認の訴え、取消訴訟もしくは無効等確認の訴えに理由があると認められなければならない。

(b) 処分・裁決を行う蓋然性または裁量権の逸脱・濫用の存在（後段）

申請・審査請求に対する処分・裁決の義務付けの訴えが認められるためには、以下のいずれかの事項に該当しなくてはならない。

- ・ 行政庁が、訴えで求められた処分・裁決をすべきであることがその処分・裁決の根拠法令の規定から明らかであると認められる場合
- ・ 行政庁が、訴えで求められた処分・裁決をしないことが裁量権の逸脱、濫用にあたると認められる場合

③ 審理の方法（37条の3第4項・6項）

裁判の矛盾を防止するために、申請型義務付け訴訟と併合提起された訴訟については、その弁論および裁判を分離しないで行わなければならない。たとえば、建築確認申請について行政庁が不作為状態を継続しているため、不作為の違法確認の訴えと建築確認を求める義務付けの訴えが併合提起された場合には、これらの訴えの弁論および裁判は分離しないで行われることになる。ただし、裁判所は、審理の状況等を考慮して、不作為の違法確認の訴えについてのみ終局判決をすることがより迅速な争訟の解決に資すると認めるときは、不作為の違法確認の訴えについてのみ終局判決をすることができます。

弁論

当事者が、①事実を主張するため、または相手方の主張を排斥するために行う陳述、および、②証拠の提出を行う。

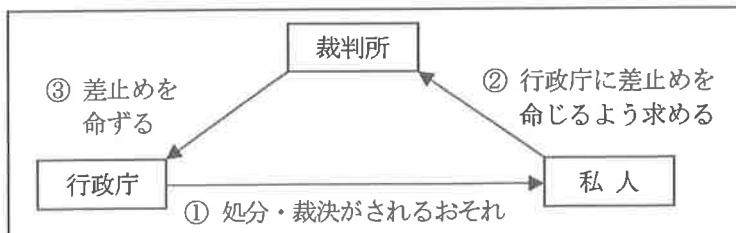
併合提起の趣旨

併合提起が強制されるのは、行政庁の義務が一義的に確定できない等の場合において、併合提起された訴えについてのみ判決を下すことにより柔軟な解決を図ることができるからである。

4 差止めの訴え

(1) 意義

裁判所に対し、行政庁が一定の処分・裁決をしてはならない旨を命ずることを求める訴訟をいう（3条7項）。給付の訴えに分類される。



(2) 訴訟要件 (37条の4 第1項)

① 重大な損害の発生のおそれ (37条の4 第1項本文)

差止めの訴えは、一定の処分・裁決がされることにより重大な損害を生ずるおそれがある場合に限り、これを提起することができる。

解きまくり!
実 No.158 肢イ

※ 国歌齊唱義務不存在確認等請求事件 (最判平24.2.9)

解きまくり!
実 No.157 肢工

事案	教育長からの本件通達に基づき校長が命じた、公立高等学校等の教職員が卒業式等の式典における国歌齊唱の際に国旗に向かって起立して齊唱すること又はピアノ伴奏をすることの職務命令に違反したことを理由とする懲戒処分の差止めを求める訴えが提起された。
判旨	<p>「重大な損害を生ずるおそれ」があると認められるためには、処分がされることにより生ずるおそれのある損害が、処分がされた後に取消訴訟等を提起して執行停止の決定を受けることなどにより容易に救済を受けることができるものではなく、処分がされる前に差止めを命ずる方法によるのでなければ救済を受けることが困難なものであることを要する。</p> <p>本件通達を踏まえて、毎年度2回以上の各式典を契機として懲戒処分が反復継続的かつ累積加重的にされていくと事後的な損害の回復が著しく困難になる。</p> <p>本件通達に基づく本件職務命令の違反を理由として一連の累次の懲戒処分がされることにより生ずる損害は、処分がされた後に取消訴訟等を提起して執行停止の決定を受けることなどにより容易に救済を受けることができるものであるとはいはず、処分がされる前に差止めを命ずる方法によるのでなければ救済を受けることが困難なものである。</p> <p>本件差止めの訴えについては「重大な損害を生ずるおそれ」があると認められる。</p>

※ 厚木基地の周辺住民ら(原告)は、本件飛行場に離着陸する航空機の発する騒音により、睡眠妨害やその他の生活妨害を受け、その人格的利益が大きく損なわれており、特に睡眠妨害の程度は相当深刻である。原告に生じているこのような損害の性質および程度、損害回復の困難の程度を踏まえると、処分がされた後に取消訴訟等を提起することなどにより容易に救済を受けることができるものとはいはず、「重大な損害を生ずるおそれ」があると認められる(最判平28.12.8)。

② 補充性の要件 (37条の4 第1項但書)

解きまくり!
実 No.129 肢5
No.132 肢ウ
No.158 肢イ

差止めの訴えは、損害を避けるため他に適当な方法がない場合に限り提起することができる。この要件は、直接型義務付け訴訟の規定(37条の2第1項)と異なり、37条の4第1項では但書として規定されている。これは、重大な損害が生じうる限り訴訟要件を充足し、例外を認めると、先行処分に対する取消訴訟を提起すれば後行処分をすることができなくなることが法令で定められている場合など(国税徴収法90条3項等)、行政主体の側に相当の根拠が求められると解されている。

③ 法律上の利益を有する者 (37条の4 第3項)

解きまくり!
必 4-02-01 肢4
実 No.157 肢ウ

差止めの訴えは、処分・裁決の差止めを求めるにつき法律上の利益を有する者に限り提起することができる。

「法律上の利益」の有無の判断には、取消訴訟の原告適格に関する解釈基準が準用されている(9条2項・37条の4第4項)。

(3) 本案勝訴要件 (37条の4第5項)

差止めの訴えが訴訟要件を充たしており、かつ、以下のいずれかの場合に該当するときは、裁判所は、行政庁が訴えの対象たる処分・裁決をしてはならない旨を命ずる判決をする。

- ・ 行政庁が訴えで求められた処分・裁決をすべきでないことがその処分・裁決の根拠法令の規定から明らかであると認められる場合
- ・ 行政庁が差止めの訴えにかかる処分・裁決をすることが裁量権の逸脱・濫用にあたると認められる場合

解きまくり!
実 No.153 肢オ

5 仮の義務付け・仮の差止め

裁判所は、義務付けの訴えまたは差止めの訴えにおいて、以下の要件を充たすことを条件に、申立てにより、仮の義務付け・差止めを命じることができる (37条の5第1項・第2項)。

- ・ 償うことのできない損害を避けるため緊急の必要がある
 - ・ 本案について理由があるとみえる
- ※ 「償うことのできない損害」とは、金銭賠償ができない損害に限らず、金銭賠償のみによって損害を甘受させることができなく不相当と認められるような場合を含むと解されている。
- ※ 仮の義務付け・仮の差止めには、執行停止に関する規定が部分的に準用されている (37条の5第4項)。

解きまくり!
実 No.147 肢4
No.147 肢5
No.148
No.153 肢オ
No.154 肢オ
No.157 肢オ
No.164 肢ウ
No.164 肢エ
No.164 肢オ

※ 内閣の助言と承認等の差止めの訴え (最高判平24.11.30)

事案	平成21年8月に施行された衆議院議員選挙が憲法の投票価値の平等の要求に反する状態にあったと判断された (最大判平23.3.23)。Xらは、平成24年12月に施行される衆議院議員選挙が従前の選挙区割りに基づいて行われることを回避する必要等を主張し、国を相手に、①内閣が天皇に対し選挙の施行の公示に係る助言と承認をすることの差止め、および、内閣が中央選挙管理会と各都道府県の選挙管理委員会に選挙管理の事務をさせることの差止め、②内閣が国会に対し人口比例の議員定数配分をする法律案を提出することの義務付けを求める訴えを提起し、①に係る仮の差止め、②に係る仮の義務付けの申立てをした。
判旨	本件申立ての本案の訴えは、選挙に関する民衆訴訟であるが、民衆訴訟は、裁判所法3条1項の「法律上の争訟」ではなく同項の「その他法律において特に定める権限」に含まれるものとして、「法律に定める場合において、法律に定める者に限り、提起することができる」ものとされており (行政事件訴訟法42条)、国会議員の選挙に関する民衆訴訟について、公職選挙法の定める選挙無効訴訟等の訴訟類型以外に、本件本案の訴えのような選挙に関する差止めまたは義務付けの訴えの提起および仮の差止めおよび仮の義務付けの申立てをすることができる旨を定める法律の規定は存在しない。そして、民衆訴訟として法律の定めを欠く訴訟類型および仮の救済方法が、抗告訴訟および仮の救済方法に関する法律の規定またはその趣旨の類推により創設的に認められると解することはできないから、現行法制度の下において、本件本案の訴えは不適法であり、本件申立ても不適法といわざるをえない。

6 教示制度

(1) 取消訴訟の提起に関する教示（46条1項）

① 原則

行政庁は、取消訴訟を提起することができる処分または裁決をする場合には、その相手方に対し、以下の事項を書面で教示する義務を負う。

- ・ 当該処分・裁決にかかる取消訴訟の被告とすべき者
- ・ 当該処分・裁決にかかる取消訴訟の出訴期間
- ・ 取消訴訟の提起につき審査請求前置の定めがある場合は、その旨

② 例外

行政庁は、取消訴訟を提起できる処分・裁決を口頭とする場合は、教示の義務を負わない（46条1項但書）。

教示制度

一般国民にとって訴訟要件はかなり複雑であるため、2004年改正により、教示制度が設けられた。

解きまくり！

実 No.162 肢5

解きまくり！

必 4-02-09 肢1

(2) 裁決主義に関する教示（46条2項）

① 原則

行政庁は、個別法に審査請求に対する裁決に対してのみ取消訴訟を提起できる旨の定めがある処分をするときは、当該処分の相手方に対して、裁決主義の定めがある旨を書面で教示する義務を負う。

② 例外

行政庁は、裁決主義が法定された処分を口頭とする場合は、教示の義務を負わない（46条2項但書）。

解きまくり！

実 No.130 肢才

(3) 形式的当事者訴訟に関する教示（46条3項）

① 原則

行政庁は、形式的当事者訴訟を提起することができる処分または裁決をする場合には、当該処分・裁決の相手方に対し、以下の事項を書面で教示する義務を負う。

- ・ 形式的当事者訴訟の被告とすべき者
- ・ 形式的当事者訴訟の出訴期間

② 例外

行政庁は、形式的当事者訴訟を提起できる処分・裁決を口頭とする場合には、教示の義務を負わない（46条3項但書）。

行政事件訴訟法上の救済制度

被告を誤った場合の救済規定（15条）、「正当な理由」（14条1項但書・同条2項但書）、審査請求前置主義の例外規定（8条2項3号）などによって救済を図ることになる。

(4) 行政不服審査法上の救済制度との相違

行政事件訴訟法においては、行政不服審査法と異なり、誤った教示や教示しなかった場合の救済規定がない。また、利害関係人に対する教示の規定もない。

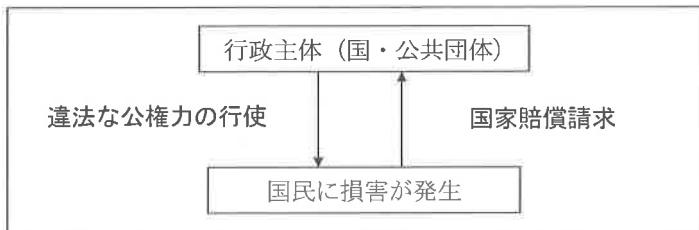
04 国家賠償

04-01 国家賠償法総説

ここは、国家賠償制度に関する導入部分であり、現行の制度との比較において明治憲法下での国家賠償制度を聞かれることがあるので、しっかり学習してほしい。

1 国家賠償の意義

違法な公権力の行使に起因する個人の損害を国・公共団体が金銭で補填する制度をいう。



2 国家賠償の特徴・目的

(1) 特 徴

- 憲法17条は国家賠償請求権を規定しており、これを受けたて制定された国家賠償法が一般法となり国家賠償制度を規律している。
- 国家賠償制度は、裁判所による違法行為のみを対象とした金銭賠償という方式を採用した。
- 国・公共団体に対する損害賠償請求権は私法上の請求権であるから国家賠償請求訴訟は民事訴訟である。

(2) 目 的

① 国家賠償制度の目的

違法な公権力の行使は、矯正して適法な状態に復元すべきであるが、そのことと、国民に生じた損害を金銭で補填することとは次元を異なる。国家賠償制度は、国民に生じた損害に着目し、それを金銭で補填することによって被害者の救済を図ろうとするものである。

② 国家賠償制度と行政事件訴訟・行政不服申立制度

国家賠償制度と行政事件訴訟・行政不服申立制度は、別個独立の救済制度である。よって、同一の行政活動に関し、国民は両者のうち望む救済制度を自由に選択し、また、同時に利用することもできる。

※ 以上の3つの制度は、違法な行政活動の是正という点で共通する。

※ 後述する損失補償制度は、その趣旨を適法な権力的行政活動によって生じた不利益の偏在を調整し、各人の公平を図るという点において異なる。

3 国家賠償制度の沿革

(1) 戦前の国家賠償制度

① 国家無答責の法理

国家無答責の法理とは、国ないし公務員の違法な行為によって損害が生じても、国は賠償責任を負わないという法原則をいう。明治憲法下においては、国・公共団体の損害賠償に関する憲法上の規定や法律はない。このため、国・公共団体の公務員による不法行為によって国民に損害が発生しても、国・公共団体は原則として損害賠償責任を負わなかった。

② 明治憲法下における判例の傾向

判例は、国家の活動を非権力的活動と権力的活動に二分し、非権力的活動については、民法の不法行為に関する規定を適用して賠償責任を認めていた（徳島遊動円棒事件。大判大 5. 6. 1 など）。他方、軍事、警察、徴税などの権力的活動については、これを認めず、また、公務員の個人責任も否定していた。

(2) 戦後の国家賠償制度

憲法 17 条は、「何人も、公務員の不法行為により、損害を受けたときは、法律の定めるところにより、国又は公共団体に、その賠償を求めることができる。」と規定し、国家無答責の法理を否定し、国民に対して國家賠償請求権を保障した。これを受け、1947（昭和 22）年、国家賠償請求の要件・手続を定めた一般法として国家賠償法が制定された。

問題：明治憲法では国家賠償の根拠規定がなく、公務員による不法行為が非権力的作用について行われた場合であっても、国又は公共団体の賠償責任は、判例によつても認められることはなかつた。（国 II 1999）

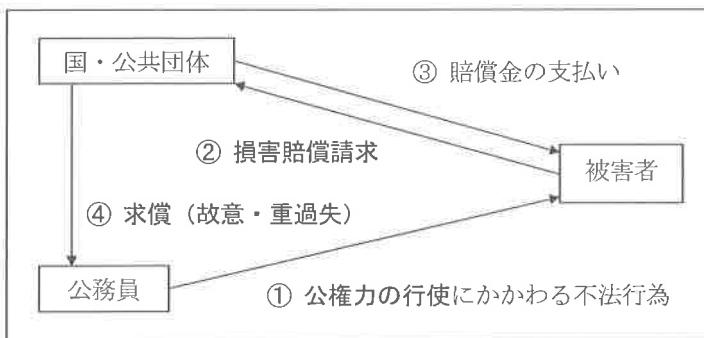
問題の答え：×
民法の規定を適用し、これを認めていた。

04-02 国家賠償法 1 条

ここでは、国家賠償法 1 条に関連する問題点を検討する。判例の蓄積があるところなので、国家賠償法 1 条のどの文言に関連する判例なのかをしっかり整理してほしい。

1 意 義

国または公共団体の公権力の行使にあたる公務員が、その職務を行うについて故意または過失により違法に他人に損害を与えた場合、国または公共団体がその賠償責任を負う（国家賠償法 1 条 1 項は、以下、本章では特に断りのない限り同法の条文である。）。



1 条の趣旨

1 条は、国家無答責の法理を否定し、国・公共団体の公権力の行使による損害について賠償責任を負うことを宣言したものである。

公 共 団 体

公共団体とは、法令に基づいて、国の監督のもとに、一定の行政を行うことを目的とする法人をいい、地方公共団体、公共組合、旧公団や公庫などの営造物法人、独立行政法人などがある。

2 責任の法的性質

(1) 代位責任説（通説・判例）

1 条の「責に任ずる」とは、本来、加害行為をした公務員が自ら負うべき責任を、国・公共団体が代位するものである。第 1 次的な責任は公務員個人にあるとする見解である。

（理 由）

- ・ 加害公務員の故意・過失が要件となっている（1 条 1 項）。
- ・ 国・公共団体は、故意または重過失ある加害公務員に対して求償権を行使することができる（1 条 2 項），これは加害公務員が責任を負うこと前提としている。

解きまくり！

必 4-03-01 肢 1

(2) 自己責任説

1 条の「責に任ずる」とは、行政活動から生じた危険による損害に対し、公務員の責任から独立して、国・公共団体自身が直接に負う責任である。第 1 次的な責任が国・公共団体にあるとする見解である。

(理由)

- 民法 715 条 1 項ただし書のような国・公共団体の免責規定がない。
- 「公務員に代わって」とは規定されていないことから、本条の賠償責任は、濫用の危険を伴う公権力の行使を公務員に委ねたことに対し、国・公共団体自身がはじめから負う固有の責任である。

3 国家賠償法 1 条 1 項の成立要件

(1) 国または公共団体による公権力の行使

① 「公権力の行使」に関する学説

(a) 狹義説

行政行為に代表される権力的行政作用に限定される。

(b) 広義説（通説・判例）

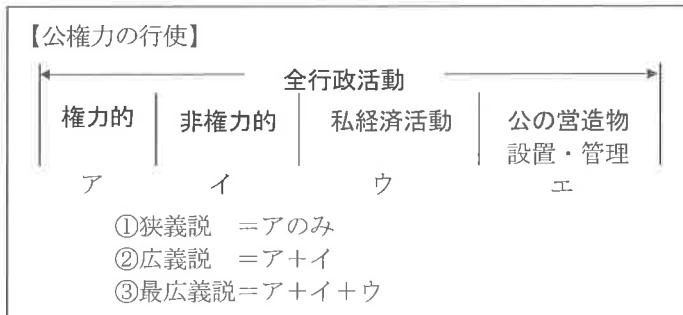
損害の公平な分担と被害者の救済の実効を図るとの趣旨からして、
国・公共団体の作用のうち、①純粋な私経済作用と、②国家賠償法 2 条の公の営造物の設置・管理作用を除くすべての行政作用を意味する。

(c) 最広義説

私経済作用も含むあらゆる行政作用が含まれる。

解きまくり!
実 No.170

私経済作用
個人の活動と同じ性質のもの。換言すれば、私人と同じ立場で行う行為である。



公権力の行使
広義説に立つと、「公権力の行使」には、非権力的作用も含まれるので、行政手続法、行政不服審査法、行政事件訴訟法のそれと概念上一致しないことになる。また、行政権だけでなく、立法権や司法権の行使・不行使も含まれる。

解きまくり!
実 No.165 肢 1
No.166 肢 4
No.176 肢ア
No.190 肢ア

② 判例が「公権力の行使」と認めたもの

- 公立学校の教諭によるクラブ活動中の監督（最判昭 58. 2. 18）
- 公立学校の体育授業中の教師の教育活動（最判昭 62. 2. 6）
- 行政指導（前掲武蔵野市教育施設負担金事件。最判平 5. 2. 18）
- 勾留されている患者に対する拘置所職員たる医師の医療行為（最判平 17. 12. 8）

問題：本条における「公権力の行使」については、学説に広義に捉える説と狭義に捉える説があるが、どちらの説によても行政指導は「公権力の行使」にはあたらず、行政指導の際の不法行為については、本条によって損害賠償を求めるることはできない。（地上 1999）

問題の答え：×
広義説からすると「公権力の行使」にあたる。

③ 「公権力の行使」が問題となる事例

(a) 規制権限の不行使

公務員による規制権限の不行使という不作為も1条1項の「公権力の行使」にあたる。もっとも、規制権限の不行使が違法となるかどうかについては、行政庁に規制権限を行使するか否かについての効果裁量が認められている場合が多く、原則として違法とはならない（行政便宜主義）。ただし、自由裁量処分において裁量権の逸脱・濫用が違法となるのと同様に（行政事件訴訟法30条）、効果裁量が認められる場合でも規制権限の不行使が裁量権の範囲の逸脱・濫用にあたるとときは違法となると解されている。

解きまくり!
実 No.052 肢2

この点につき判例は、具体的な事情の下において、規制権限を付与した法の趣旨・目的に照らし、その不行使が著しく不合理と認められるときでないかぎり、右権限の不行使は、損害を受けた者との関係で違法の評価を受けるものではない、という判断基準を確立した（宅建業者事件。最判平元.11.24）。

解きまくり!
必 4-03-03 肢ア
実 No.167 肢ア
実 No.167 肢オ

※ クロロキン事件（最判平7.6.23）

解きまくり!
必 4-03-03 肢ウ
実 No.171 肢工
実 No.176 肢オ

事案	クロロキン製剤を服用していて、その副作用によりクロロキン網膜症に罹患したXらが、国等に対して損害賠償を請求した。
判旨	<p>① 厚生大臣はクロロキン製造の承認の取消等の規制権限を有するか <u>薬事法上、昭和54年改正後の薬事法74条の2のような厚生大臣（当時、以下同じ。）の製造の承認の取消しに関する明文の規定はないが、医薬品の品質面における安全性のみならず、副作用を含めた安全性の確保をはかる薬事法の目的並びに医薬品の日本薬局方への収載及び製造の承認に当たっての厚生大臣の安全性に関する審査権限に照らすと、厚生大臣は、薬事法上、上記の承認取消権限を有する。</u></p> <p>② 規制権限行使しないことの違法性 <u>厚生大臣の薬事法上の権限の性質などを考慮すると、医薬品の副作用による被害が発生した場合であっても、厚生大臣が当該医薬品の副作用による被害の発生を防止するために自己の各権限を使しなかったことが直ちに国賠法1条1項の適用上違法と評価されるものではなく、副作用を含めた当該医薬品に関するその時点における医学的、薬学的知見の下において、上記のような薬事法の目的及び厚生大臣に付与された権限の性質等に照らし、上記権限の不行使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、その不行使は、副作用による被害を受けた者との関係において、同項の適用上違法となる。</u></p> <p><u>当時のクロロキン網膜症に関する医学的、薬学的知見の下では、クロロキン製剤の有用性が否定されるまでには至っていなかったものということができ、厚生大臣が副作用による被害発生を防止するために各種権限行使しなかったことが著しく合理性を欠くとは認められない。</u></p>

※ 公害に対する規制権限の不行使（関西水俣病訴訟。最判平16.10.15）

事案	水俣病の患者であると主張する者が国および県が水俣病の発生および被害拡大のための規制権限の行使を怠ったとして国家賠償請求をした。
----	---

判旨	<p>① 規制権限の不行使と国家賠償請求 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、その権限の性質に照らし、具体的な事情の下において、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1条1項の適用上違法となる。</p> <p>② 国の責任について <u>主務大臣は、工場排水規制法7条、12条に基づき、特定施設から排出される工場排水等の水質が当該指定水域に係る水質基準に適合しないときに、その水質を保全するため、工場排水についての処理方法の改善、当該特定施設の使用の一時停止その他必要な措置を命ずる等の規制権限を行使する。</u>この権限は、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、適時にかつ適切に行使されるべきものである。そして、本件においては、チッソ水俣工場の排水によって周辺住民に極めて深刻な影響が生じていたのである。しかも、周辺住民にはチッソの排水を止めるための有効な手段がなく、国による上記の権限行使の必要性やそれに対する期待も大きかったといえる。</p> <p>そのような事情の下では、<u>水質二法に基づく上記権限を行使しなかったことは、上記規制権限を定めた水質二法の趣旨、目的や、その権限の性質等に照らし、著しく合理性を欠くものといえ、国賠法上違法となる。</u></p> <p>③ 県の責任について <u>熊本県漁業調整規則32条は、何人も水産動植物の繁殖保護に有害な物を遺棄してはならず、これに違反する者があるときは、知事はその者に対して除害に必要な設備の措置を命ずることができるとしている。</u>そして、同規則は、水産動植物の繁殖保護を直接の目的とするが、それを摂取する者の健康の保持等をもその究極の目的とする。これらの事情により、<u>県の権限不行使についても、国賠法上違法となる。</u></p>
----	---

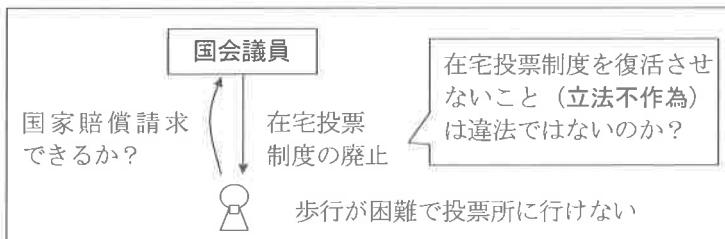
※ じん肺予防と国家賠償請求（最判平16.4.27）

解きまくり!
実 No.168 肢D

事実	炭鉱で粉じん作業に従事し、じん肺に罹患したXが、じん肺発生・増悪の防止のための鉱山保安法に基づく規制権限行使を国が怠ったことは違法であるとして損害の賠償を求めた。
判旨	<p>通商産業大臣の保安規制権限は、鉱山労働者の労働環境整備、生命・身体への危害防止、健康確保を主要目的として、できる限りすみやかに、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すべく、適時に、かつ適切に行使されるべきものである。</p> <p>したがって、規制権限行使により被害拡大を相当程度防ぐことができた昭和35年4月以降、鉱山保安法に基づく規制権限を直ちに行使しなかったことは、その趣旨、目的に照らし、著しく合理性を欠くものとして、国家賠償法上違法となる。</p>

(b) 立法行為

立法行為も「公権力の行使」に含まれる。そこで、国会議員の立法行為（立法不作為を含む）が国家賠償法上違法となるかが問題となる。



この点につき、判例は、国会議員の立法過程における行動が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の問題であつて、当該立法の内容の違憲性の問題とは区別されるべきである。国会議員は、立法に関しては、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではない。国会議員の立法行為は、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でない限り、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けないとしている（在宅投票制度廃止事件。最判昭 60. 11. 21）。

近時の判例は、国会議員の立法行為または立法不作為は、その立法の内容または立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには、例外的に、国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受けるとし、在宅投票制度廃止事件と表現を異にしている（前掲在外日本人選挙権剥奪違法確認訴訟。最大判平 17. 9. 14）。

(c) 司法権の行使

司法権の行使も1条1項の「公権力の行使」にあたる。もっとも、判例は、行為の特殊性に着目して違法判断につき制限的に解している。すなわち、裁判の上訴等では正されるべき瑕疵が存在しても、国の損害賠償責任が生ずるわけではなく、裁判官が違法・不当な目的をもつて裁判を行ったなど、裁判官が付与された権限の趣旨に明らかに背いて行使したと認められる特別の事情がない限り違法とはならないとした（最判昭 57. 3. 12）。

(d) 檢察権の行使

判例は、本来行政権に含まれる検察権の行使について、準司法的作用を有することなどを理由に、検察官の起訴に対する違法判断を制限的に解している。すなわち、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、刑事案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・追行が違法となるわけではないとした（最判昭 53. 10. 20）。

解きまくり！

必 4-03-01 肢5
実 No.167 肢イ

解きまくり！

実 No.178 肢工
No.179 肢ア

解きまくり！

実 No.166 肢5
No.177 肢工
No.178 肢ウ

解きまくり！

実 No.181 肢ウ

(2) 「公務員」の意義

公権力を行使する権限を与えられたいっさいの者をいう。国家公務員法・地方公務員法などの組織法上の公務員に限定されない。

したがって、公庫・事業団などの営造物法人や特殊法人の職員はもちろん、民間人であっても、公証人など公権力を行使する権限を与えられた者は1条に規定する公務員にあたる。

解きまくり！

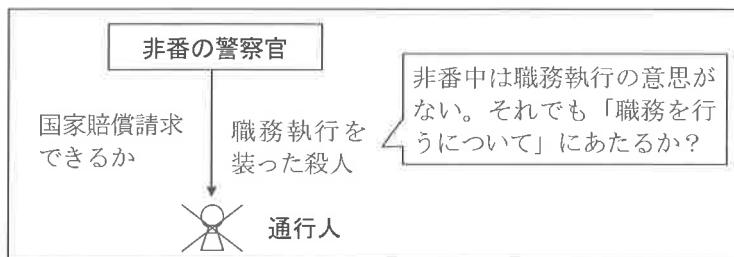
必 4-03-01 肢2

特殊法人

特別の法律に基づいて設立された法人。公共性の高い事業を遂行するため、国の強い保護と監督のもとに置かれている。

(3) 「職務を行うについて」(職務関連性) の意義

公務員による加害行為が客観的に職務執行の外形を備える行為であればよく、公務員の主観的意図は問わないと解されている(外形標準説)。



※ 川崎駅非番警察官強盗殺人事件（最判昭 31. 11. 30）

事案	警視庁の巡査が非番の日に制服制帽を着用のうえ、職務執行を装って通行人を呼び止め、現金などを取り上げたのち同人を射殺した。被害者の遺族は東京都に損害賠償を請求したが、この行為が国家賠償法1条にいう「職務を行うについて」に該当するかが問題となった。
判旨	<p>国家賠償法1条は公務員が主観的に権限行使の意思をもってする場合に限らず、自己の利をはかる意図をもってする場合でも、客観的に職務執行の外形をそなえる行為をし、これによって他人に損害を加えた場合には、国又は公共団体に損害賠償の責を負わせて、広く国民の権益を擁護することをもって、その立法の趣旨とするものと解すべきである。</p> <p>当該巡査が、もっぱら自己の利をはかる目的で、制服着用の上、警察官の職務執行を装い、被害者に対し不審尋問の上、犯罪の証拠物名義でその所持品を預かり、しかも連行の途中、これを不法に領得するため所持の拳銃で同人を射殺したときは、国家賠償法1条にいう、公務員がその職務を行うについて違法に他人に損害を加えた場合にあたると解すべきである。</p>

(4) 公務員の故意・過失

国家賠償法上、損害賠償請求が認められるためには、公務員による加害行為が、当該公務員の故意または過失に基づくことが必要である。

① 過失の認定

本来、過失は主観的注意義務違反とされるが、加害公務員の主観的要素(無意識な心理状態の落ち度)により賠償責任の成否が左右されるのは妥当でない。そこで、客観的な側面から、公務員に職務上要求される標準的な注意義務に違反することと解されている(過失の客観化)。

故意

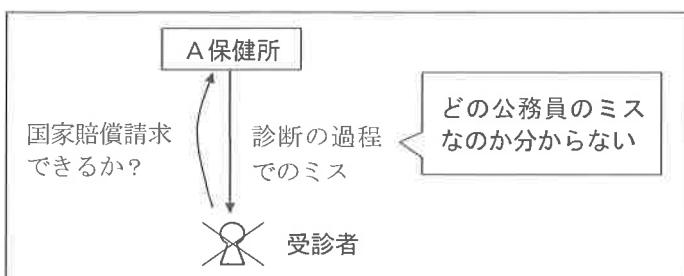
公務員が職務を執行するにあたり、当該行為によって客観的に違法とされる事実が発生することを認識しながら、これを行なう場合をいう。

② 加害公務員の特定

1条の「公務員」の要件について、加害公務員を特定する必要があるかという問題がある。この点、代位責任説に立つ判例・通説の立場からすると、違法な行為をした公務員自身に不法行為が成立することが前提となるので、論理的には加害公務員の特定が要求される。もっとも、被害者に過度の立証責任を負わせないため、具体的な特定までは求められない。判例も、税務署長が実施した定期健診における診断ミスが争われた事案において、「一連の行為のうちのいずれか」に行為者の故意・過失による違法行為があればよく、加害公務員を具体的に特定することはずしも必要でないとしている（判例・通説。最判昭57.4.1）。

解きまくり！

- 実 No.165 肢2
- No.165 肢3
- No.166 肢2
- No.168 肢C
- No.171 肢オ
- No.176 肢イ
- No.176 肢ウ
- No.177 肢ア
- No.177 肢イ
- No.178 肢ア
- No.178 肢イ
- No.180 肢イ



※ 加害公務員の特定（岡山税務署健康診断事件。最判昭57.4.1）

事案	XはA保健所で定期健康診断を受けた際、Aの過失によって十数年にわたる長期療養を余儀なくされた。そこで、Xは長期療養にかかる費用等につき国に損害賠償を請求した。もっとも、裁判では、診断のどの過程で過失があったのかなどにつき明らかにならなかった。
判旨	<p>国又は公共団体の公務員による一連の職務上の行為の過程において他人に被害を生ぜめた場合において、それが具体的にどの公務員のどのような違法行為によるものであるかを特定することができなくとも、<u>右の一連の行為のうちのいずれかに行為者の故意又は過失による違法行為があつたのでなければ右の被害が生ずることはなかつたであろうと認められ</u>、かつ、それがどの行為であるにせよこれによる被害につき行為者の属する国又は公共団体が法律上賠償の責任を負うべき関係が存在するときは、国又は公共団体は、加害行為不特定の故をもって国家賠償法又は民法上の損害賠償責任を免れることができない。</p> <p><u>（しかしながら、この法理が肯定されるのは、それらの一連の行為を組成する各行為のいずれもが国又は同一の公共団体の公務員の職務上の行為にあたる場合に限られ、一部にこれに該当しない行為が含まれている場合には、もとより右の法理は妥当しない。）</u></p> <p>（本案では、国家公務員の定期健康診断の一連の行為から、「医師の検診およびその結果の報告」を切り離し、それらは医師の一般的診療行為と異なるところはなく、特段の事情のない限り、公務員の職務上の行為（公権力の行使）としての性質を有しないとされ、Xの国に対する損害賠償請求が否定された。）</p>

※ 施設管理者の不法行為責任（最判平19.1.25）

事案	Y1県の入所措置により社会福祉法人Y2が設置・運営する民間児童養護施設に入所し、その施設内で別の児童から暴行を受け重度の障害を負ったXが、Y1県に対して国家賠償法1条1項に基づく損害賠償請求訴訟を提起するとともに、施設設置者Y2に対しても使用者責任（民法715条1項）に基づく損害賠償請求訴訟を提起した。
----	--

判旨	<p>① 公務員該当性の要件 児童福祉法の規定及び趣旨に照らせば、3号措置（法27条1項3号に基づく入所措置）に基づき児童養護施設に入所した児童に対する関係では、入所後の施設における養育監護は本来都道府県が行うべき事務であり、このような児童の養育監護にあたる児童養護施設の長は、本来都道府県が有する公的な権限を委譲されてこれを都道府県のために行使するものと解される。したがって、都道府県による3号措置に基づき社会福祉法人の設置運営する児童養護施設に入所した児童に対する当該施設の職員等による養育監護行為は、都道府県の公権力の行使に当たる公務員の職務行為と解する。</p> <p>② 民法715条との関係 国家賠償法1条1項は、国等が賠償の責めに任ずることとし、公務員個人は民事上の損害賠償責任を負わないこととした。この趣旨からすれば、国等以外の者の被用者が第三者に損害を加えた場合でも、当該被用者の行為が国等の公権力の行使にあたるとして国等が被害者に対して損害賠償責任を負う場合には、被用者個人が民法709条に基づく損害賠償責任を負わないのみならず、使用者も同法715条に基づく損害賠償責任を負わないと解すべきである。</p>
----	---

※ 公務員の法令解釈の誤りと国家賠償（最判平16.1.15）

解きまくり！

実 No.180 肢才

事案	韓国籍のY市住民Xに対し、Y市は違法な厚生省の通知に従って、国民健康保険被保険者証の交付を拒否した。後に被保険者証は交付されたが、それまで過分に負担することになった治療費などにつき国家賠償請求した。
判旨	法律解釈につき見解が対立し、実務上の取扱いも分かれている、そのいずれについても相当の根拠が認められる場合に、公務員がその一方の見解を正当としてこれに従って公務を遂行したときは、後にこれが違法となったからといって、直ちに公務員の過失を認めるとはできない。

※ 教育職員の時間外勤務と学校設置者の賠償責任（最判平23.7.12）

事案	Y市立の小学校又は中学校の教諭であるXらが、平成15年4月から12月までの間（ただし、8月を除く。以下「本件期間」という。）、時間外勤務を行ったところ、これは、給特法及びこれに基づく給与条例の規定に違反する默示の職務命令等によるものであり、また、設置者であるY市は時間外勤務を防止するよう配慮すべき義務に違反したなどと主張して、Y市に対し、国家賠償法1条1項に基づく損害賠償を請求した。
判旨	<p>本件期間中、勤務校の各校長がXらに対して明示的に時間外勤務を命じてはいないことは明らかであるし、また、黙示的に時間外勤務を命じたと認めるに足りる事情もうかがわれない。したがって、各校長の行為は、国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受けない。</p> <p>使用者は、その雇用する労働者に従事させる業務を定めてこれを管理するに際し、業務の遂行に伴う疲労や心理的負荷等が過度に蓄積して労働者の心身の健康を損なうことがないよう注意する義務を負うので、使用者に代わって労働者に対し業務上の指揮監督を行う権限を有する者は、使用者の上記注意義務の内容に従ってその権限を行使すべきである。そして、この理は、地方公共団体とその設置する学校に勤務する地方公務員との間においても別異に解すべき理由はない。</p> <p>本件においては、本件期間中又はその後において、外部から認識し得る具体的な健康被害又はその徵候が被上告人らに生じていたとの事実は認定されておらず、仮に強度のストレスが健康状態の悪化につながり得るものであったとしても、勤務校の各校長がXらについてそのようなストレスによる健康状態の変化を認識し又は予見することは困難な状況にあった。</p> <p>本件期間中、Xらの勤務校の上司である各校長において、Xらの心身の健康を損なうことがないよう注意すべき上記の義務に違反した過失があるということはできない。</p>

(5) 加害行為の違法性

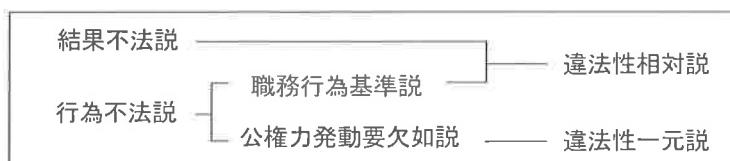
違法性の判断基準について判例の立場は、公務員の行為に着目し、侵害行為の態様の側から、法に違反する行為をしたことにつき違法性を認定する行為不法説に立っている。この立場からは、違法とは、行為規範に違反することであるとされる。行政活動を行う際には、法令の形で行為規範が定められており、行為不法説は、この行為規範とのズレがあった場合に、その行政活動を違法と捉えるのである。もともと、行為規範に違反するとは、具体的な法令に違反した場合のみならず、客観的に公正を欠く行為でも足りるとされる（最判昭 61. 2. 27）。したがって、個々の行政活動が特定の法令に違反するものでなくとも、これに権限濫用や信義則違反が認められる場合には、「違法」な行政活動と評価されうる。

(6) 違法と過失との関係

行為不法説は、公権力発動要件欠如説と、職務行為基準説に分かれる。

①公権力発動要件欠如説では、違法と過失の二段階審査が行われる。反面、国家賠償法上の違法と取消訴訟の違法とが一致する（違法性一元説）。②職務行為基準説では、違法性と過失は、当該公務員の職務上の法的義務ないし職務上の客観的注意義務と実質的に重なるので、違法と過失が一元的に判断される。反面、国家賠償法上の違法と取消訴訟の違法とは必ずしも一致しない（違法性相対説）。

判例は、公権力発動要件欠如説を探ったものもあるが、行政処分に起因する国家賠償請求では、主に職務行為基準説に立っている。



※ 警察官が交通法規などに違反して逃走する車両をパトカーで追跡していたところ、逃走車両により第三者が損害を被った場合において、追跡行為が国家賠償法1条1項の違法にあたるかにつき判例は、当該追跡が当該職務目的を遂行するうえで必要であるか、または逃走車両の逃走の態様、道路交通状況などから予測される被害発生の具体的危険性の有無および内容に照らし、追跡の開始・継続もしくは追跡の方法が不相当であることを要するとしている（最判昭 61. 2. 27）。

※ 税務署長のする所得税の更正処分について判例は、税務署長のする所得税の更正処分は、所得金額を過大に認定していたとしても、直ちに国家賠償法上違法となるわけではなく、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、判断する際に職務上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られうる事情がある場合に限り違法となるとしている（最判平 5. 3. 11）。

解きまくり！
必 4-03-03 肢イ
実 No.169
No.171 肢ウ

公権力発動要件欠如説

行政活動の根拠法例が定める公権力発動要件を欠く行為を違法とする見解。

職務行為基準説

公務員が具体的な状況下で職務上尽くすべき法的義務に違反したことを見解。

結果不法説

行政活動によって生ずる被害（結果）に着目し、被侵害法益の側から、法の許さない結果を生じさせたことにつき違法性を認定する見解。

解きまくり！
実 No.176 肢工

PartIV 行政救済法

※ 小学校職員が教育的指導として行う有形力の行使 (最判平 21. 4. 28)

事案	Xは、A市立小学校2年生に在学していた男子生徒であるが、3年生のクラス担任を務めていたBから休み時間に注意を受けたことにより、通学に支障を来すようになり、病院でP T S Dとの診断を受けたため、Y市に対して国家賠償を請求した。
判旨	Bの本件行為は、児童の身体に対する有形力の行使ではあるが、他人を蹴るというXの一連の悪ふざけについて、これからはそのような悪ふざけをしないように指導するために行われたものであり、罰として肉体的苦痛を与えるためのものではないことは明らかである。本件行為にやや穏当を欠くところがなかったとはいえないとしても、その目的、態様、継続時間等から判断して教育的指導の範囲を逸脱するものではなく、学校教育法11条但書にいう体罰に該当するものではないというべきである。本件行為に違法性は認められない。

※ 被爆者の健康管理手当と国家賠償請求 (最判平 19. 11. 1)

事案	原爆被爆者が健康管理手当の受給権取得後に外国に移住した場合には、その受給権を失うとの通達(402号通達)が違法だとして、違法な通達の発出について国家賠償を請求した。
判旨	被爆者援護法には、被爆者が国外に居住した場合に受給権を失う旨の規定は存在しないことから、402号通達を違法とし、通達発出時において、上級行政機関である国が法律の解釈及び運用が法の客観的解釈として正当なものといえるか否かを検討し、その違法性を職務上通常尽くすべき注意義務を尽くしていれば、違法性を当然に認識することが可能であったとして通達発出に対する国家賠償請求を認めた。

※ 郵便局の責任軽減規定の合憲性 (最大判平 14. 9. 11)

事案	Xの債権差押命令の申立てにより、書記官がAの銀行口座を差し押さえるため、B銀行へ差押命令を特別送達したところ、郵便局員が誤って局内にある私書箱に投函してしまい送達が遅れた。Xは国Yに国家賠償を請求したが、国は旧郵便法(平成14年改正前)に基づく責任制限を主張した。Xは郵便法の責任制限規定は憲法17条違反であると主張した。
判旨	国又は公共団体が負う損害賠償責任の要件について、立法府の政策判断の要素があることを認めつつ、当該規定の合憲性は、行為の様態、被侵害利益の種類、侵害の程度、免責または制限責任の範囲・程度等に応じ、当該規定の目的の正当性及び手段として責任制限を認めることの必要性合理性を総合考慮して判断すべきであるとして、書留郵便の故意重過失、特別送達の軽過失の責任制限規定を立法裁量の範囲を逸脱したもので違憲であるとした。

(7) 損害の発生

損害には生命、健康、財産に関するもののはか、精神的損害も含まれる。この点に関し、水俣病認定の遅延について不作為の違法確認訴訟でこれを違法とする認容判決が確定した後、さらに不作為状態が継続したため、認定遅延による精神的苦痛に対する慰謝料等を請求した事案がある。判例は、認定申請に対し、処分が長期間にわたり遅延した場合は一定の要件のもと、申請者の焦躁感・不安感を抱かされないという利益は法的保護の対象となるとしている(水俣病待たせ賃訴訟。最判平3.4.26)。

解きまくり!

実 No.106 肢才
No.180 肢工
No.181 肢イ

4 効 果

	国家賠償法 1 条	民法 715 条
免責規定の有無	なし	あり (715 条 1 項但書)
求償権の要件	公務員の故意・重過失	被用者の故意・過失
加害者個人の責任	不可 (判例)	可 (判例)

(1) 国・公共団体の賠償義務

1 条 1 項の要件が充たされると、国・公共団体に賠償義務が発生する。この場合、民法の使用者責任 (715 条 1 項但書) と異なり、国・公共団体が、加害公務員に対する選任・監督につき過失のないことを立証したとしても、賠償責任を免れることはできない。

解きまくり!
実 No206 肢 5

(2) 公務員への損害賠償請求

1 条 1 項の要件を充たす場合に、被害者が公務員個人に直接損害賠償を請求することができるかが問題となるが、判例は、公務員の職務執行の萎縮化を防止するとの見地から、被害者が加害公務員に対し、直接、損害賠償請求を行うことは許されないとしている (最判昭 30. 4. 19)。

使用 者 責 任

ある事業のために他人 (被用者) を使用する者 (使用者) が、被用者たる他人がその事業を執行するについて、第三者に損害を与えた場合に負う損害賠償責任のこと (民法 715 条)。

(3) 公務員に対する求償権

国・公共団体が賠償義務を履行した場合、加害公務員に故意または重過失があったときに限り、その公務員に対して求償権を有する (1 条 2 項)。軽過失の場合にまで求償が認められる割すると、公務の遂行の停廃をもたらすおそれがあるので、政策的見地から求償権の行使を制限したのである。なお、実務上、この求償権はほとんど活用されていない。

解きまくり!
必 4-03-01 肢 4
実 No.165 肢 4
No.181 肢工
No.188 肢イ

(4) 公定力との関係

行政処分が違法であることを理由として国家賠償の請求をするについては、あらかじめ行政処分につき取消または無効確認の判決を得なければならないものではない (前掲最判昭 36. 4. 21)。国家賠償制度の目的は金銭による賠償を求めるものであるから、国家賠償請求訴訟においては処分の公定力は及ばず、処分を取り消すことなく違法判断ができる。

解きまくり!
必 4-03-01 肢 3
4-03-05 肢 3

そして、行政処分が金銭を納付させることを目的としており、その違法を理由とする国家賠償請求を認容したとすれば、結果的に当該処分を取り消した場合と同様の経済的効果が得られる場合であっても異ならぬことが判例上確認された (前掲最判平 22. 6. 3)。

解きまくり!
実 No.166 肢 3
No.171 肢ア
No.178 肢オ