

5 抵当証券業の更新登録を違法として  
国家賠償請求が認容された事例  
——大和都市管財訴訟控訴審判決——  
(大阪高判平成20年9月26日 LEX/DB: 25420968)

下 山 憲 治

《事実の概要》

平成13年4月に抵当証券業規制法に基づき抵当証券業の更新登録を拒否され、営業停止し、その後破綻した大和都市管財から抵当証券を購入していた原告らは、大和都市管財は平成9年12月当時すでに、抵当証券業を適確に遂行するに足る財産的基礎等を欠いている状態にあり、また、貸借対照表の重要事項について虚偽の記載をしていたから、同法により監督規制権限を有していた大蔵省近畿財務局長（当時）が大和都市管財の更新登録を拒否すべき義務に違反してそれを行ったと主張し、国家賠償法（以下、「国賠法」と記す）1条1項に基づき、国に対し、大和都市管財から平成10年1月以降に購入された抵当証券購入額の半額と慰謝料等の損害（40億円弱）の賠償を求めた。

原審（大阪地判平成19年6月6日判時1974号3頁、判タ1263号71頁）では、平成10年1月以降に抵当証券を購入した原告のうち、平成9年12月の更新登録以前から抵当証券を購入し、償還金を受けてその原資にあてていた者を除く原告について、慰謝料を除く合計6億7千万円余（相当因果関係のある約21億6千万円の6割を過失相殺により控除し、一部弁済額約2億3千万円を控除）の賠償が命じられた。他方、その他の原告には、損害の立証がないなどとして請求を全部棄却した。

国と請求を棄却された第一審原告の一部が控訴し、控訴審では、控訴した第一審原告の一部を除き、判旨（4）のとおり損害について合計15億6千万円余の賠償を命じた。

なお、以下では、違法性の判断に関し、次のような本件更新登録に至るまでの一連の監督権限の行使の仕方が問題となっているので、それもここで簡単にまと

めておくこととする。すなわち、大和都市管財は、その掌握下にあるグループ 6 社を利用して、カラ融資や不動産鑑定の過大評価による高額の抵当証券の販売などを続け巨額の資金を集め、それを元利金の支払いに当てる詐欺的手法を組織的かつ継続的に行っていた。そのため、グループ全体では累積欠損を生じていたが、経理操作により、大和都市管財のみは資本欠損でない状態を仮装していた。近畿財務局は平成 4 年ころには大和都市管財の問題性を認識し、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ことで、平成 6 年検査以降、グループ会社全体を含めた収益状況を監視する姿勢を強めた。しかし、大和都市管財側の非協力的な姿勢を受け、平成 7 年にいったんは業務改善命令を発したものの、大和都市管財代表取締役でグループの実質的経営者の氣勢に気圧され、撤回に至り、ヒアリング等を通じた指導で対応することとして問題を先送りした。そして、平成 9 年、大和都市管財が提出していた経営健全化計画も大幅未達で、グループ全体の財務状態はさらに悪化し、大幅な債務超過となっており、しかも、同グループの収益構造から将来的な改善の見込みはなく、営業継続により更なる財務状態の悪化と、更なる抵当証券購入による最終的な被害者が多発する切迫した危険性が現実にあった。グループ 6 社から大和都市管財への利払いが帳簿上の仮装ではないか確認するよう、特に大蔵省金融会社室から指示されていたが、平成 9 年検査では、国家公務員法（守秘義務）違反等を理由とする大和都市管財側の揺さぶりもあって大和都市管財に対する消極姿勢が頂点に達し、現にグループ 6 社の総勘定元帳等の任意提出を適正に受けていたが抗議のためそれを返還し、手続違反事由を認定したのみで、大和都市管財の預貯金口座の検証を怠ったほか、裏付け調査による財務状況の把握はほとんど行わなかった。以上のような原審の認定に加え、控訴審では、次の点が新たに事実として認定された。すなわち、平成 9 年当時の担当次長が本件更新登録前に大和都市管財の破たん処理に入ることを考え、その契機となってもやむをえないという強い決意のもと、業務改善命令を発する準備を行ったにもかかわらず、その決裁手続の過程で、当時の近畿財務局長が介入してこれを抑制する動きもあり、同命令発出の時期が約 1 ヶ月も遅らせられ、業務改善命令の内容も合理的な理由なく大幅に後退したこと、また同命令に応じて大和都市管財が提出した経営健全化計画をその実現可能性など具体的な検討をしないまま受理し、本件更新登録を行った。

その後、同社の経営状態がますます悪化、資金繰りの不安が顕在化し、また、同社が抵当権付き債権一部譲渡など抵当証券業規制法上の規制が直接及ばない抵当証券まがい商法まで行うようになったことから、平成 12 年検査でグループ内の資金の不自然な動きにより簿外債務を認定した上、平成 12 年 12 月の更新登録を留保し、平成 13 年 4 月に同社の更新登録を拒否した。なお、以下でとりあげる判旨

については、控訴審判決で原判決の引用にあたって要約されている部分も含んでいる。

## 《判旨》原判決一部変更・請求一部認容

### （１）国賠法上の違法

国賠法１条１項の違法性は、「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、それによって損害を受けたと主張する個別の国民との関係で、当該行政処分を行っ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」をいう。

「更新登録を行うという財務局長等の判断は、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って、それ自体が規制権限の不行使という性格を有することは否定できない。そして、更新登録に係る財務局長等の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（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１条１項の適用上違法となると解すべきである」。

### （２）職務上の注意義務違反と更新登録の違法

抵当証券業規制法６条１項の登録拒否事由並びに同法８条１項の更新登録制度や同法２３条以下の業務改善命令及び業務停止・登録取消し等の監督処分などにみられる「抵当証券業規制法による規制の仕組みに照らすと、同法の定める登録制度は、その目的は抵当証券の購入者の保護にあるものの、そのために抵当証券業者や抵当証券業を営もうとする者の営業の自由を過度に犠牲にすることまでは志向してないものと解されるから、登録主体である財務局長等が、抵当証券の購入者に対し、当該抵当証券を販売すべき抵当証券業者の財務基盤や企業としての誠実性・廉潔性につき、その欠如が外形的に明らかでない場合にまでその存在を一般的に保証するとの趣旨は有していない」。しかし、本件では、グループ全体の財務状況からして、大和都市管財は、３年に１度の本件更新登録審査時点で、実質的にみれば抵当証券業を適確に遂行するに足る財産的基礎を欠如しているこ

とは明らかであったこと等、平成 9 年 9 月の時点で、抵当証券業規制法の趣旨、目的からいって、もはや大和都市管財は、本件更新登録時期を越えて営業の継続を許すことができない状態であって、近畿財務局長においてもこれを認識していたことが認められる。それゆえ、「近畿財務局長は、本件更新登録に際して、新たな抵当証券購入者の被害の発生を防止するため、その人的物的制約の下で、抵当証券業規制法上のあらゆる監督規制権限を適時かつ適切に行使して、新たな被害の発生を防止すべき注意義務があり、具体的には、本件更新登録の許否を判断するに当たり、大和都市管財が更新登録拒否事由に該当していないかについて慎重に審査すべき職務上の注意義務を負っており、また、それに先立つ平成 9 年検査においては、同法上の調査権限を適切に行使して、同社の財務状況の実態を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、「適切な調査によれば容易に認定できたはずの本件貸付金の架空性や抵当証券受取利息の未収受を認定して更新登録拒否事由を認定することも回避して、あえて漫然と本件更新登録をしたものである。これは、いわば監督規制権限の恣意的不行使ともいえるものであり、その過程は不可解というしかなく、裁量逸脱の程度は著しいというほかない」。「そして、上記詐欺的商法が組織的かつ継続的に行われ、財産的基礎が仮装されている大和都市管財のような場合には、潜在的購入者の自己責任を問う前提に欠け、購入者自らが危険を回避する現実的可能性は合理的に期待できず、また抵当証券業規制法 1 条に照らし、同法上の登録業者であることへの購入者の信頼も一般に保護に値するものといえるから、近畿財務局長による監督規制権限の行使が期待され、かつその必要性は大きい」。「これらを総合的に考慮すると、近畿財務局長による本件更新登録は、本件具体的事情の下においては、抵当証券購入者の保護を目的として財務局長等に監督規制権限を定めた抵当証券業規制法の趣旨、目的に照らし、許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くものであって、その余の主張をみるまでもなく、本件更新登録後に大和都市管財から抵当証券を購入することにより被害を受けた個々の国民との関係において、国賠法 1 条 1 項の適用上、違法となると解すべきである」。

### (3) 過失認定

「近畿財務局長は、本件の具体的事情の下において、本件更新登録が、監督権限や更新登録に係る財務局長等の規制権限を定めた抵当証券業規制法の趣旨、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 1 条 1 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在したものである」といふべきである」。

#### （４）損 害

① 相当因果関係のある損害 「本件更新登録という違法行為と相当因果関係のある損害の発生及びその額として、〔１〕請求に係る抵当証券について、平成10年1月以降に、その購入代金を現実に払い込んで……購入し、大和都市管財の破綻時までにはその償還を受けていないこと、及び〔２〕その抵当証券の購入のために拠出した金額とその抵当証券についての権利の実行を通じて法的に回収可能な額との差額（法的回収不能額）」とを第一審原告は主張立証する必要がある。なお、〔１〕については、管財人回答書における『新規』又は『追加』区分は基本的に正確なものとして信用性が高く、同回答書において『新規』又は『追加』に区分されている抵当証券は、具体的な反証がない限り、その購入代金の現実の払込みがあったと認めるのが相当であり、他方、本件において具体的な反証はないから、「管財人回答書において『空白』と区分されている抵当証券を除き、……平成10年1月以降に現実に購入代金を払い込んで購入し、大和都市管財の破綻時も未償還だったことが認められ、本件更新登録により損害が発生することが一応認められる」。

② 過失相殺 「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」は、「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」って、「抵当証券業者との個々の具体的な取引におけるリスクは、本来的には抵当証券購入者自身が負うべきものである。このような同法の規制の仕組みの下における監督規制権限の不行使の違法を理由とする本件損害賠償請求訴訟においては、直接の加害者である大和都市管財に対する損害賠償請求訴訟の場合とは異なり、損害賠償制度の根幹を成す損害の公平な分担の見地からして、上記のような被害者側の事情を相当程度しんしゃくせざるを得ないというべきである」。しかし、抵当証券業規制法の定める情報開示は、抵当証券購入者の保護にとって必ずしも十全とまではいえず、本件では情報開示規定の中で最も重要な大和都市管財の貸借対照表等に虚偽記載がされていたこと、さらに、「当時、抵当証券のリスクが一般の抵当証券購入者に必ずしも十分に認識されていたとはいえず、むしろ、抵当証券業規制法が悪質業者の出現に対応して立法され、国による登録・監督制度が設けられたため、国民がこれを信頼し、期待したとしてもある程度無理もないといえること」などに鑑みると、自己責任によるリスク負担を一方的に求めるのも、また相当ではなく、過失相殺の規定の趣旨に照らし、その損害のうち6割を控除した額を限度とするのが相当である。

#### 《評釈》

本判決では、損害論や過失相殺など、以下で分析するものの他にも多くの論点

があろう。また、原判決では、更新登録要件の一つである抵当証券業規制法 6 条 1 項 7 号の財産的基礎の欠如を一つの柱にして判決が構成されていたが、本判決では、財産的基礎の欠如にかかわって重要な「公正ナル会計慣行」の内容等にかかわる貸倒引当金の追加設定額等について被告の主張もあって具体的な判断を示さなかったものの、融資の利払いの仮装など同項柱書き所定の重要事項に関する虚偽記載の存在を根拠にした更新登録要件の欠如にも軸足を置いて判決が構成されている。この点にも注意が必要であるが、ここでは、国家賠償法上の違法と私人間の取引に起因する財産的損害に対する国家賠償責任という二つの論点に絞って、分析及び検討を進めたい。

## I 職務上の注意義務違反と規制権限不行使

本判決では、原判決と同様に、「職務行為基準説について」と題した項目をまず立てて判旨（1）前半のとおり判示した上で、本件更新登録が「規制権限の不行使」という性格を有することを前提に、国家賠償責任における規制権限不行使に関する「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、これにより被害を受けた者との関係において国家賠償法 1 条 1 項の適用上違法となる<sup>(1)</sup>」という従来の最高裁の判断定式を用いている。その際、裁量権収縮論や裁量権消極的濫用論等といった学説上の議論はあるが、一般的には、規制権限不行使の違法性判断における諸要素、一定の危険の存在、予見可能性、結果回避可能性及び期待可能性ないし補充性がその違法判断の重要な考慮要素として挙げられており、本判決もこのことを前提として、判断しているものと考えられる。ただし、本判決では、本件における重要な争点である監督権限の中の調査とそれに基づく規制権限（本件更新登録）にかかわる審査による要件事実の認定の適否に焦点を当てて「職務上の注意義務」違反の存否を併せて違法判断<sup>(2)</sup>に組み込み、国賠法上の違法を判断している。この点は、本件における争点との関連で原判決と同様、本判決の特徴の一つである。このように、職務上の注意義務といういわば過失的要素をも国賠法上の違法判断要素に組み込んで判断する手法は、国賠請求の認否の次元では同一の結論に帰するが、国家活動の法

（1） この定式は、平成元年11月24日民集43巻10号1169頁、平成7年6月23日民集49巻6号1600頁、平成16年4月27日民集58巻4号1032頁及び平成16年10月15日民集58巻7号1802頁にみられる。

（2） このような違法判断方式は、平成5年3月11日民集47巻4号2863頁、平成11年1月21日判時1675号48頁、平成15年6月26日金融法務事情1685号53頁、平成18年4月20日裁時1410号8頁、平成19年11月1日裁時1447号1頁でみられる。

的制御（あるいは国家賠償制度の監視機能ないし違法行為抑止機能<sup>(3)</sup>）という視点からは異なる位置づけをすることができる。それゆえ、まずこの点から、分析をはじめたい。

### （１）本件における加害行為（更新登録）の位置づけ

一般に、作為であれ、不作為であれ、ある行動をした、あるいは、しなかったという事実ないし社会に現れた事象の側面から、それぞれを区別するというアプローチをとることもできる。しかし、本件のような場合には、規制権限を有する行政庁—規制権限行使の名宛人である事業者—被害者という三面関係の視点から、あることをすべきであったにもかかわらずしなかった（不作為）、あるいは、あることをすべきでなかったにもかかわらずしてしまった（作為）という、損害発生<sup>(4)</sup>の加害行為の態様の法的評価も問題となる。

本件では、とりわけ平成９年検査とその後の業務改善命令の発出にかかわる監督権限の不十分な行使あるいは十分な監督権限の不行使（以下、単に「不行使」と表現する。）に起因し、十分な審査を行わなかった更新登録が加害行為とされている。それゆえ、いったん登録された後の継続的な規制・監督関係下で被害が発生した本件では、先行する監督権限の不行使に不合理があつて、それが後続する更新登録審査にも影響し、その違法を惹起したと位置づけたり、あるいは、監督権限も、更新登録も、抵当証券業規制法における規制システムの一つとみて、要は、更新登録を拒否するという規制をしなかったという視点から、本判決のような違法判断方式が採用されたといえる。他方で、上記の社会的事象の観点から、本件更新登録は作為<sup>(5)</sup>であつて、違法判断基準のハードルが高まる不作為として観念すべきではないとか、規制権限不行使の違法に言及する必要があつたか疑問で、端的に、「職務上の注意義務違反」の定式による違法判断で十分ではないかとする見解<sup>(6)</sup>もありうる。

誠和住研事件最高裁判決（平成元年11月24日民集43巻10号1169頁）において「知

（３）たとえば、宇賀克也「国家責任の機能」兼子仁・宮崎良夫編『行政法学の現状分析』（1991年・勁草書房）423頁（447頁以下）、西埜章『国家補償法概説』（2008年・勁草書房）21頁以下参照。

（４）たとえば、危険を生み出したり、高めたりする行為を作為、事実として何もしないこと及び危険に変動を及ぼさない行為を不作為とする考え方（ドイチュ／アーレンス（浦川道太郎訳）『ドイツ不法行為法』（2008年・日本評論社）22頁以下）を参考にすれば、本件更新登録は、被害者の損害からみると、大和都市管財の営業という社会的危険に変動を及ぼさなかったことの責任が問われているとの視角から、不作為とも評価できよう。

（５）小幡純子「原審判批」判評594号169頁（特に174頁以下）（2008年）。

（６）朝田とも子「原審判批」北大法学論集59巻1号249頁（260頁）（2008年）。

（７）稲葉一将「原審判批」法セミ増刊・速報判例解説2巻（2008年・日本評論社）45頁。

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」と判示している（傍点引用者）。そして、一連の監督プロセスではなく、単体としての行為に着目しても、三面関係のうち、どの法関係に着目するのかによって法的評価が異なりうる。それゆえ、被規制者との関係では作為であっても、本件更新登録は、被害者との関係でいえば、公務員による相手方に対する直接的加害行為が問題となる「打撃ミス型」ではなく、第三者の加害行為による危険を防止しなかったことを問題とする危険防止責任や危険管理責任論で主張されていた「守備ミス型」<sup>(8)</sup>として、拒否すべきであるという作為義務違反を争点とする不作為と法的には観念することができる。このような視角からすれば、原判決にしても、本判決にしても、基本的には、規制権限の保有主体が直接の加害者ではないが、その権限を適切に行使していれば被害発生を予防し、あるいは、その拡大を防止しえたにもかかわらず、それを怠ったために国家賠償責任が問われる権限不行使の違法に関する判断枠組みに立脚することも合理性をもつ。なお、理論的には作為・不作為の双方の見方ともありうるが、本判決の認定された事実関係からすれば、仮に、被害者との関係において更新登録を作為ととらえて、近畿財務局長が大和都市管財の市場参加・営業の継続を認めた点について、後述するとおり、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という違法判断方式を採用したとしても、結論を左右するものではないといえる。

上記のように、本件更新登録をしたことを規制権限の不行使としてとらえたうえで、従来の最高裁の判断定式にそって、その違法を認定すれば十分であったとも思われる。しかし、本判決では、「職務上の注意義務」違反についてもあわせて言及しているところが特徴であるといえよう。それゆえ、次に、この点の分析に移りたい。

## （２）調査・審査権限と職務上の注意義務違反

前述のように本判決でも、原判決と同様に、国家賠償責任における規制権限不行使に関する違法判断定式に加え、調査及び審査による要件事実の認定にかかわる違法性が争点となった奈良民商事件最高裁判決で示された判断定式類似のもの

（８）たとえば、遠藤博也『国家補償法上』（1981年・青林書院新社）90頁以下及び阿部泰隆『国家補償法』（1988年・日本評論社）176頁以下参照。

（９）たとえば、西埜『国家補償法概説』56頁以下。

（10）平成5年3月11日民集47巻4号2863頁。同判決及び職務行為基準説的違法判断に関する批判については、北村和生「判批」行政判例百選Ⅱ（第5版）452頁（453頁）参照（2006年）。

を付加して設定した。すなわち、同最高裁判決では、「税務署長のする所得税の更正は、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1条1項にいう違法があっ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」、違法と評価される旨を判示していた。本判決でも、おそらく、この判断手法を意識して、特に、本件における重要な争点である調査権限と更新登録拒否事由の認否の審査・判定について次のように判断している。すなわち、本判決では、「財務局長等は、更新登録の可否を決するに当たっては、原則として更新登録申請書及びその添付書類の記載に照らして登録拒否事由の有無を判断すれば、結果的にその判断が誤っていたとしても、直ちに個々の抵当証券購入者との関係で職務上の注意義務違反に問われることはない」ものの、それらの記載や「立入検査等によって別途把握した事実」に照らし、当該抵当証券業者の更新登録を拒否すべきことが明らかである場合はもちろん、そうでない場合にも、財務局長等がそれまでに監督権限の行使等を通じて収集した資料に基づき、当該抵当証券業者が不適正な業務運営を行い財産的基礎を仮装するなど、購入者の利益を害する事実の徴候を把握した場合には、抵当証券業規制法の下で認められた立入検査等の調査権限を、その合理的裁量に基づいて当該抵当証券業者に対して適時にかつ適切に行使し、必要に応じてその専門的知見に基づく合理的推認等の手法をも用いて事実を認定した上、通常必要とされる程度の慎重さをもって更新登録の可否を判断すべき職務上の注意義務を、当該抵当証券業者からその更新登録後に抵当証券を購入する個々の国民に対して負っている」と判示しているのである。本件では、事実の概要に記載したとおり、平成9年検査時に、グループ6社の資料を現に入手していたことや、大和都市管財の預貯金口座等を調査し、出入金が記録されていないことを確認した上で、さらに調査を尽くしていれば、貸借対照表等の仮装が審査段階で認識でき、更新登録拒否事由に該当することから、平成9年の本件更新登録審査の時期を越えて営業継続を許すことはできず、これら規制監督プロセスに「恣意的不行使」ともいえる裁量の逸脱があった事情が大きく判断に影響しているものと思われる。なお、これに加えて、取引当事者である被害者の自己責任論も、ここでの論点となるが、主に後述の規制権限不行使の違法性判断における一要素である期待可能性ないし補充性の問題であり、つぎのIIにおいて言及する際に分析・検討したい。

行政機関の権限行使の前提たる要件事実の存否に関する認定・判定行為の違法性が争点となるとき、職務上の注意義務違反の存否が違法判断の要素として組み込まれることは、一見、刑事事件における検察官や裁判官の行為に対するいわゆ

る職務行為基準説<sup>(11)</sup>との親和性にかかわる議論もないわけではないであろう。しかし、職務の性質や規律法規の内容などによって異なるのであって、それらを無視して、この職務行為基準説のようなとらえ方が国家賠償法における一般的な違法性判断枠組みとなるわけではない。<sup>(12)</sup>それゆえ、本件更新登録を単体としての作為ととらえた場合には、その要件欠如（重要事項の虚偽記載）が認定されるのであれば、調査・審査の範囲等は、過失、とりわけ、予見可能性ないし予見義務の問題として処理する方がわかりやすい。しかし、いずれにしても、本件では、「守備ミス型」である規制権限不行使の違法判断枠組みが基本的に採用されている。そして、従来の最高裁判決の判断手法を踏まえて、被害者との関係では規制権限の不行使と評価される更新登録は、本件事情の下では、抵当証券規制法に基づく調査権限を行使し、更新登録申請の適否を適切に審査していれば拒否事由が認定できたはずであるのに、合理的な理由もなく漫然と更新登録をしたという職務上<sup>(13)</sup>の注意義務<sup>(14)</sup>＝作為義務違反とみたものと位置づけることも不可能ではない。ただし、本判決では、判旨（3）のとおり、過失についても別個に判断していることから、この点については明確ではない。

## II 私人間の取引に伴う財産的被害と国家賠償責任

### （1）本件前の裁判例及び議論状況

本判決前、私人間の取引に伴う財産的被害と国家賠償責任が争点となった代表的な事案に、誠和住研事件最高裁判決（平成元年11月24日民集43巻10号1169頁）がある。本件の原判決及び本判決の特徴のもう一つは、この種の事例の中で、国の国家賠償責任を認めたところにあるから、国の主張する被害者の自己責任論との関連で、規制権限不行使の違法性判断要素の中の主に期待可能性・補充性に関する議論を振り返りながら、さらに分析を進めたい。

誠和住研事件最高裁判決について、調査官解説では、「宅建業者と取引する相

(11) たとえば、最判昭和53年10月20日民集32巻7号1367頁及び最判昭和57年3月12日民集36巻3号329頁。

(12) たとえば、西塾『国家補償法概説』49頁以下、芝池義一『行政救済法講義』（2006年・有斐閣）246頁、小早川光男『課税処分と国家賠償』稲葉馨・亘理格編『行政法の思考様式』（2008年・青林書院）421頁（437頁）参照。

(13) 過失を結果回避義務の懈怠ととらえるとき、その義務は、不作為責任が問われる場合の損害発生を回避する作為義務と内容が一部ないし全部について重複することになり、違法判定と過失判定とが同時並行的に行われることが認められるとすれば、本判決の判断方法も、ここであるように従来の裁判例の流れにそったものと評価できよう。

(14) なお、事案も、対象となる規律法令も異なるが、結果として調査を実施し、商工共済の財務状況や粉飾経理の状況を確定的に把握していたにもかかわらず、所管行政庁である知事

手方が業者の免許を信頼することは無理からぬものがあるが、免許は当該業者の人格・資質等を一般的に保障するものではないし、取引関係者が自ら登記簿等により権利関係を確認するなどの自助努力により損害を防止することもある程度は可能<sup>(16)</sup>であり、また、被侵害法益が財産の場合、「当事者が注意を払うことにより防止しうる余地が大きく、本来その守備範囲に属するから、行政庁の権限行使に対する期待可能性がより厳しく吟味される<sup>(17)</sup>」と指摘されていた。このようなとらえ方に対し、誠和住研事件では、相当因果関係を認めてもよいのではない<sup>(18)</sup>か、また、単純な監督権限不行使ではなく、先行の作為と後続の不作为<sup>(19)</sup>（権限不行使）との関係を重視する主張もある。ただし、これら批判的学説も、取引関係上の被害発生の場合、「本来、契約自由の原則のもとでは、取引する個人の責任が基礎にあり、われわれは自分で被害回避の努力をする義務があり、またそれが可能である場合」が多く、特に、私人間の取引による財産被害の場合には自己による損害回避努力が不能ないし困難な場合にはじめて国家賠償責任の問題が生ずると指摘するものも少なくない。これらの指摘と、本判決とを対比することも、この種の損害に対する国家賠償責任論を検討する上で本質的な論点である。

また、本件のように継続的規制監督関係下での被害発生が争点となったものとは異なるが、同じく詐欺的商法により多くの被害をもたらした「豊田商法」といわれる営業活動による被害者が、排除措置命令等の措置を講じなかった公正取引委員会の職員等の不作为<sup>(21)</sup>を違法として、国に対し国家賠償を求めたいいわゆる豊田商事訴訟がある。これにかかわって、民事不介入原則など伝統的な警察法諸原則を念頭におけば、国は、「補充的責任・後見的責任」を負うにとどまり、国家賠

---

に知らせ、すみやかに粉飾経理の是正等を指示する業務改善命令を発しなかったことの違法が争点となった佐賀商工共済協同組合事件（佐賀地判平成19年6月22日判時1978号53頁。その評釈として、池田正道「判批」判時1996号184頁（判評591号23頁））との対比も有益であろう。

(15) 以下で取りあげる事例のほか、たとえば、山一證券事件（大阪地判平成17年2月24日判時1931号152頁）がある。

(16) 篠原勝美「判批」曹時43巻2号223頁（232頁）参照。

(17) 篠原・前注242頁。

(18) 田村悦一「判批」民商104巻4号512頁（518頁以下）、西塾章「判批」平成元年度重判解52頁（53頁）、宇賀克也「判批」行政判例百選II（第5版）456頁（457頁）等参照。

(19) 田村・前注・512頁（522頁以下）。

(20) たとえば、田村・前注512頁（524頁）及び西塾章『国家賠償責任と違法性』（1987年・一粒社）121頁。

(21) 豊田商事東京訴訟：東京地判平成4年4月22日訟月38巻10号1813頁及び豊田商事大阪訴訟：大阪地判平成5年10月6日訟月40巻7号1385頁、大阪高判平成10年1月29日税務訴訟資料230号271頁、最判平成14年9月26日税務訴訟資料252号順号9205。

償法が本来予定したものではないことや民事不法行為法上も他者の加害行為に対する不法行為責任を一般に認めていないことなどから、権限不行使の不法行為責任の「成立が認められるのは例外的な場合であって、成立を認めるに足りる格別の理由・事情がある場合に限定されるはずである」という指摘がある。ただし、豊田商事訴訟に関しては、1人暮らしの老人や家庭の主婦などの生存に直接関わる財産が詐欺的な方法によって奪われたものであるから、一般的な財産権侵害の事案とは異なる扱いがあってもよいとする見解もあった<sup>(23)</sup>。

## (2) 本判決における購入者の自己責任論と国家賠償責任

本判決では、第一次的責任は大和都市管財にあり、本件のような財産的損害は、債務不履行・不法行為などの民事的方法によることが予定されており、また、抵当証券業規制法所定の監督権限や更新登録制度の趣旨等も併せて考えても、近畿財務局長が大和都市管財から抵当証券を購入する個々の国民との関係において負う職務上の注意義務を高度なものと観念することができない旨を原判決と同様に、まず、確認する。しかし、近畿財務局長等が同法の予定するリスクの範囲内にとどめるよう努力すべき一般的な責務を有することは否定されないであろうから、そこから、どのように個別の被害者との関係で具体的な注意義務ないし作為義務へと具体化・高度化するかに関する本件判決における論理は、相当程度に限定的ではあるが、注目すべきところである。すなわち、判旨(2)及び(4)②でもその一部が示されているとおり、本件財産損害は、抵当証券業規制法の予定する範囲を超えたりスクであること、また、本件被害者自身がリスクを認識してこれを回避する現実的可能性はなかったこと、そして、同法の予定する範囲を超えたりスクを含有する抵当証券の購入者が多数、新たに生じる現実的危険性があったこと、さらには、当時、法制度の不備や「抵当証券業規制法に基づく登録業者である以上、少なくとも同法に基づいて適正な業務運営を行っているはずであるとの抵当証券購入者の信頼は、同法1条の目的に照らしても、一般に保護に値するものである」という点より、「近畿財務局長は、その監督規制権限を適時かつ適切に行使することが特に期待されていた」ため、「監督官庁による適切な監督権限の行使によってかかる業者からの潜在的購入者の保護を図る必要性が、飛躍的に高ま」り、「新たな被害発生を適時に防止する職務上の注意義務」が本件更新登録後に抵当証券を購入する者に対する関係で具体的に生じていたと判示した。

本件では、多数の購入者が新たに生じる現実的危険性があることあるいはそれ

(22) 国井和郎「判批」判タ669号41頁。

(23) たとえば、土田和博「判批」平成4年度重判解240頁(243頁)及び安達和志・石川正美「判批」法律のひろば47巻9号43頁。

が切迫していたことが、監督経緯を踏まえ、わかっていたともいえるから、本来近畿財務局長による規制権限の行使があつてしかるべきであつた（抵当証券業規制法6条1項によれば、登録拒否事由に該当するときは「登録を拒否しなければならない」）のに、あえて大和都市管財の実態把握等を避けて本件更新登録をしたといえるような、あまりにも杜撰で、法律の誠実な執行とはかけ離れた等閑で逃げ腰の行政対応の結果として本件被害が発生した。この点の重みから、国が主張した抵当証券購入リスクに対する被害者の自己責任論も、「本件の具体的事情の下では、大和都市管財の抵当証券から生じた被害のすべてが購入者の自己責任の範囲内のものであるとはいへ」ず、「過失相殺等の考慮事由として斟酌することは格別、本件更新登録の違法性を全く否定する事情ということとはできない」<sup>(24)</sup>（傍点引用者）と判断しているものといえよう。そして、判旨（4）②のとおり過失相殺部分で第一審原告の自己責任分、第一審被告国による守備範囲分が示されることになる。

リスクにかかわる自己決定の基盤ともいえる情報開示制度にかかわって、誠和住研事件最高裁判決では、取引行為に伴う経済的被害の場合、当事者が注意を払うことで被害発生を防止する余地が多く、私人間による解決が重視されていた。しかし、本判決では、抵当証券規制法は、個々の顧客が抵当証券の購入につき自己の判断と責任のもとで意思決定を保障しているものの、法令により取引の自由を尊重しつつ、一方の相手方を一定限度で当該リスク（特に情報の偏在による不正なリスク）からの保護、すなわち、法が許容しないリスクの排除を目的として規制の仕組みが設けられていることに着目し、詐欺的商法を組織的かつ継続的に行っている場合など、近い将来そのような商法が行き詰まり破綻する危険性が切迫しているときは、その後の新たな個々の抵当証券購入者の保護を射程内にした規制権限行使の必要性が飛躍的に高まると指摘する。この点は、これまでの裁判例で示された内容を踏まえた上で、本件の特殊性を強調するとともに、従来からの学説の指摘をも含めた判断になっているといえよう。

### Ⅲ 本判決の意義

本件では、監督権限（特に、平成9年検査と業務改善命令）とその後に行われた登録更新へと至る一連の流れの中で、それらを一体的に、いわば「守備ミス型」の規制・監督権限の不行使の問題として取り扱っている。本判決の中で、原判決と同様に、「職務上の注意義務」違反という表現を加えるものではあるが、従来からの規制権限不行使の違法に関する最高裁の判断定式を変更するものとはいへ

(24) 同旨、小幡・前掲「判批」179頁参照。

ないであろう。そして、本件が相当にお粗末な行政対応を背景とするから、その射程の判断は困難であるが、形式審査のみではなく、実質審査も要する場合の判断方法の一つとしての意義はあろう。

他方、また、本判決は、従来の最高裁判決を踏まえたうえで、私人間の取引行為による経済的損害の国家賠償責任を認容した高裁レベルの判決として重要な位置づけを有する。本件事情の下で国家賠償責任が認められなければ、ほとんど認められる余地はなくなってしまうほどの事案といえ、また、事例判決の枠を出ないものではある。しかし、取引当事者の注意によりその被害発生が回避できることを主要な論拠として、従来、裁判例では認められてこなかった取引に伴って生じた財産的被害について、法の許容するリスクの範囲、取引当事者による被害発生を回避する可能性などを検討した上で、その自己責任を問うのは困難な場合があることを認め、適時かつ適切な監督権限不行使により更新登録した点を規制権限の不行使として違法と判断したことの意義は少なくない。

現在では、平成19年に抵当証券業規制法は廃止され、抵当証券業者に対する検査監督等は、金融商品取引法に基づき行われること、また、本件でも問題となったモーゲージ証書による小口多数の投資家への販売は認められなくなるなど制度が変更されている。なお、本件に関し、平成20年10月6日の金融担当大臣談話によれば、控訴審判決について上告しない旨、発表された。