

GET ビジネス学習館
2013 行政書士講座

第11回 行政法 テキスト補助

本書は、「著作権法」によって、著作権等の権利が保護されています。

本書の一部又は全部につき、無断で複製、複写その他の方法で記録されると、著作権等の権利侵害となります。

上記のような使い方をされる方は、あらかじめ岐阜ひまわり事務所の許諾を求めてください。

<http://ido.gyosei.or.jp>

- ① 被告である国または公共団体の所在地の裁判所
- ② 処分庁、裁決庁の所在地の裁判所
- ③ 国・独立行政法人を被告とする場合には特定管轄裁判所にも提起できる

(6) 出訴期間

取消訴訟は、

- ・ 処分又は裁決のあったことを知った日から6か月を経過した時
- ・ 処分又は裁決の日から1年を経過した時

は、提起できない。

5. 本案審理における基本原則

民事訴訟法の処分権主義のうち、①「訴訟手続の開始」 ③「訴訟の終結」は行政事件訴訟法にも当てはまる。

処分権主義とは、①「訴訟手続の開始」 ②「その審判範囲の特定」 ③「訴訟の終結」

について、訴訟当事者に決定権と責任があり、裁判所はその決定に拘束されるという原則を言う。

(例) ○ 貸した金を返さない者がいるからといって、裁判所が突然職権で裁判を始める事はできない。(貸した人が訴えて始めて裁判が開始される。)

○ 裁判所は当事者の申し立てていない事項、又は申立事項を超えて裁判をする事はできない。

(貸した人が貸金の一部しか請求していないのに、全額の支払いを命ずる判決をすることはできない。)

○ いったん訴訟を開始した当事者は、自分の意思で訴訟を終了させることができる

(裁判をやめて和解に応じるなど)

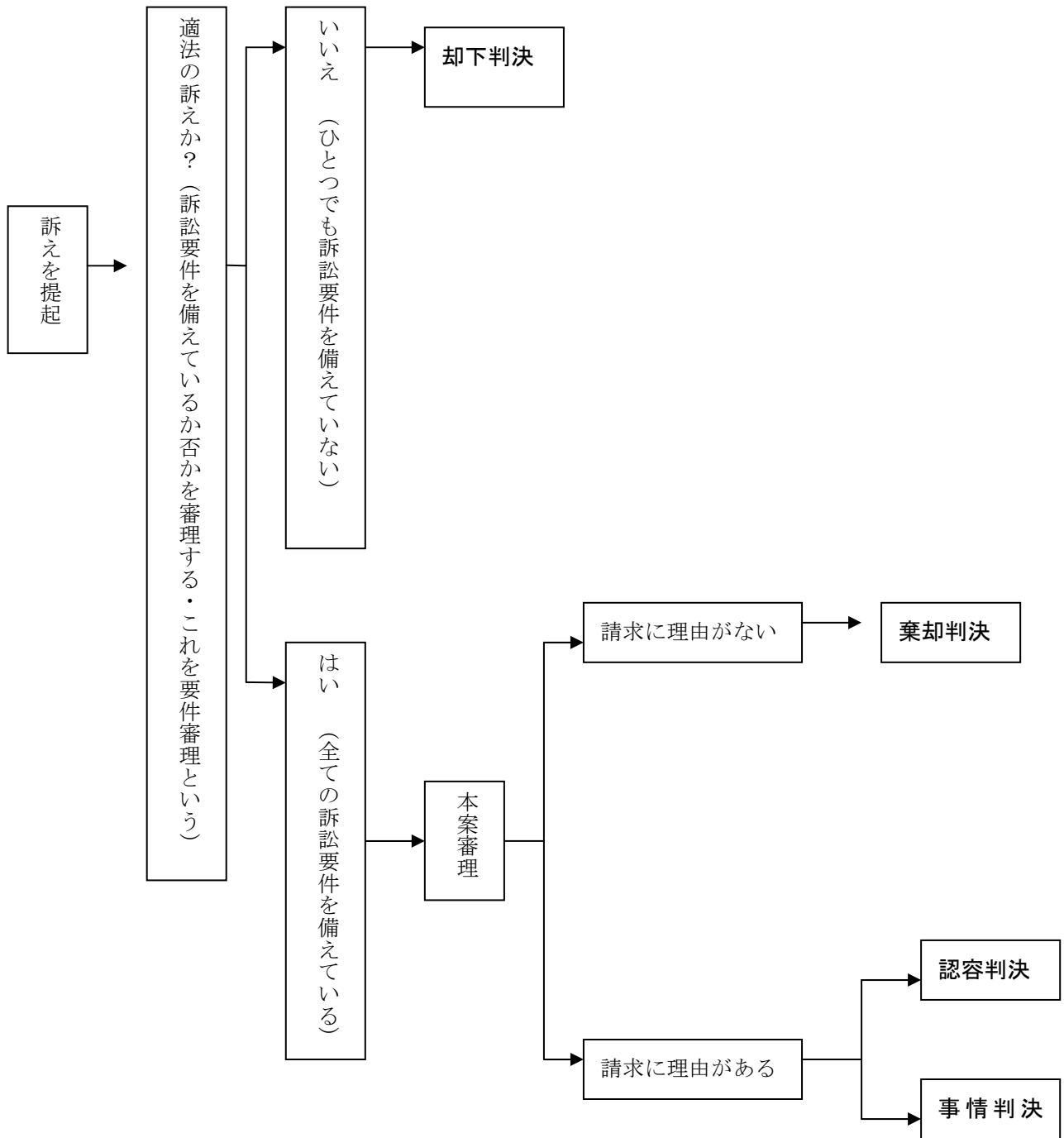
弁論主義とは、訴訟物である権利関係の基礎となる事実の認定に必要な裁判資料の収集を当事者の権能かつ責任とする考え。このため、裁判所は、当事者が提出した裁判資料に基づいて事実認定を行い裁判をしない。

6. 原告の主張制限

取消訴訟では、「自己の法律上の利益に関係のない違法を理由として取消しを求めることができない。」として、取消し理由を制限しているが(行政事件訴訟法10条1項)、無効確認訴訟では準用していない(行政事件訴訟法第38条参照)。

12. 取消訴訟の判決

(1) 判決の種類



(2) 判決の効力

(①は判決の種類を問わない。②、③、④は認容判決の場合のみ生じる)

① 既判力

当事者及び裁判所は、後の訴訟で同一の事項について判決と矛盾する主張や判断ができなくなるという効力。

② 形成力

取消判決によって、直ちに処分の効力が遡及的に消滅し、初めから当該処分が行われなかったのと同様の状態がもたらされる効力。

③ 拘束力

当事者たる行政庁及びその他の行政庁を拘束する効力。すなわち、関係行政庁は取消判決の趣旨に従って行動する義務を負う。

(拘束力は棄却判決には生じない。しかし、処分庁は棄却判決後でも当該処分を職権で取消することはできる。)

(33 条②) 処分又は裁決が判決により取消されたときは、その処分又は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又は審査請求に対する裁決をしないかん。

(33 条③)②の規定は、申請に基づいてした処分又は審査請求を認容した裁決が判決により手続きに違法があることを理由として取消された場合に準用する。

④ 第三者効

処分等の取消しの効果は、訴訟当事者以外の第三者にも及び、第三者との関係でも当該処分等は消滅するという効力。

(22 条①) 裁判所は訴訟の結果により権利を害される第三者がある時は、当事者若しくはその第三者の申立により又は職権で、その第三者を訴訟に参加させる事ができる。

(34 条) 処分又は裁決を取消す判決により権利を害された第三者で、自己の責めに帰する事ができない理由により訴訟に参加することが出来なかった為判決に影響を及ぼすべき攻撃又は防御の方法を提出することができなかつた者は、これを理由として、確定の終局判決に対して、再審の訴えをもって、不服の申立をする事ができる。

1 1. 仮の権利保護手続き

(1) 執行停止

原則：執行不停止

取消訴訟が提起されても、a 処分の効力 b 処分の執行 c 手続きの続行 は停止しない
(用語：プリント P 6 3)

例外：執行停止

・重大な損害を避ける為、緊急の必要がある時

- ・原告の申立て
- ・裁判所の決定

の時は、

a 処分の効力 b 処分の執行 c 手続きの続行の全部又は一部を停止する事できる。

(裁判所が職権で停止させる事できない。ことに注意してちょんまげ)

↑

行政不服審査法と比較してちょうだい。プリント P 6 2

但し、a 処分の効力の停止は、「処分の効力の停止」以外の方法では目的を達する事が出来ない場合にしかできない。

【執行停止の具体例】

現業公務員に対する免職処分は、その処分の執行によって当該公務員にその身分の喪失という著しい損害が生じ、本案訴訟で勝訴したとしても、もはや権利救済の目的を十分に達しえないので、執行停止の対象となる。

(現業公務員とは、市民生活を法的に左右するような権限を持っていない職員。公用車やバスの運転手、道路の補修員など)

例外の例外①：原告より執行停止の申立てがあっても

- ・公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがある時
- 又は

- ・執行を停止する理由がない時
- は、執行停止することができない

【執行停止できない具体例】

風俗営業の許可申請に対する不許可処分

(なぜなら、不許可処分の執行を停止しても許可を与えた訳ではないので申請人は引き続き営業はできないことになる。よって、執行停止する理由がないから)

例外の例外②：総理大臣の異議

原告より執行停止の申立てがあっても総理大臣は裁判所に異議を述べる事でき、異議を述べると裁判所は執行停止ができなくなる

(2) 事情変更による執行停止の取消し

- ・執行停止の理由がなくなった時又は事情が変更した
- ・原告の申立て
- ・裁判所の決定

があった時は、執行停止を取消すことできる

5 取消訴訟以外の抗告訴訟の「特殊性」

1. 無効等確認の訴え

処分若しくは裁決の存否又はその効力の有無の確認を求める訴え

(1) 原告適格

- ・ 処分又は裁決に続く処分により損害を受けるおそれのある者
- ・ 無効等の確認を求めるにつき法律上の利益を有する者
- ・ 現在の法律関係に関する訴えによって目的を達する事が出来ない者

(2) 出訴期間

制限なし

(3) 判決の効力

認容判決の形成力の対第三者効の規定は、準用されていない。

すなわち、無効確認の訴えの認容判決の効力は、訴訟当事者に対してのみおよび、それ以外の第三者には及ばない。

けんちゃんのまとめ

【取消訴訟の規定の準用】

取消訴訟の規定の準用	準用している条文	①被告適格（11条） ②裁判所管轄（12条） ③関連請求に係る訴訟の移送（13条） ④関連請求の併合（16条～19条） ⑤訴えの変更（22条） ⑥訴訟参加（22条23条） ⑦職権証拠調べ（24条） ⑧拘束力（33条） ⑨釈明処分 ⑩執行停止等（25条～29条） ⑪執行停止決定等の効力（32条） ⑫訴訟費用の裁判の効力（35条）
	準用していない条文	①出訴期間（14条） ②事情判決（31条） ③取消訴訟判決の第三者効（32条①）
立証責任	(最判 S42. 4. 7) 原告が、処分が違法でありかつその違法が重大かつ明白である事の主張・立証責任を負う	

2. 不作為の違法確認の訴え

けんちゃんのまとめ

訴訟要件	原告適格	①処分又は裁決につき申請したものである事（37条）
	相当期間経過	申請後、相当期間内に何らかの処分又は裁決がないこと ○「相当期間」は、その処分又は裁決をするのに通常必要とされる期間を基準として判断する ○ 行政手続法6条の標準処理期間が設定されているときは、その経過は判断の重要な要素になるに過ぎない（標準処理期間を過ぎたからと言って直ちに不作為の違法確認の訴えを提起できるわけではない）
	訴えの利益	違法判断の基準時は判決時である すなわち、訴訟中に行政庁が何らかの行為をすると、原告の訴えの利益が消滅し、裁判所により却下判決がなされる
出訴期間	申請後相当期間が経過し、不作為状態が継続している間はいつでも提訴できる	
認容判決の効力	認容判決には拘束力がある ○ 行政庁は申請に対して何らかの応答をする義務を負う ○ 認容判決であっても行政庁は却下・棄却をすることもできる	

3. 義務付けの訴え

- (1) 非申請型義務付け訴訟（申請権を前提とせず行政庁の規制権限の発動を求めるもの）
- (2) 申請型義務付け訴訟 }
 - ①申請拒否処分や却下棄却裁決がされた場合に一定の処分や裁決を求めるもの
 - ②処分・裁決が不作為の場合に一定の処分や裁決を求めるもの

の2種類がある

(1) 非申請型義務付け訴訟

けんちゃんのまとめ

定義	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なされないときに行政庁に対してその処分をすべき旨を命ずることを求める訴訟（3条⑥1） （注意）非申請型では、裁決を求める旨の訴訟は認められていないことに要注意！
訴訟要件	①一定の処分がなされないことにより重大な損害を生じる恐れがあること（37条の2①） （「回復困難な損害」までは求められていない） ②その損害を避けるために他に適当な方法がないこと（37条の2①） ③法律上の利益を有する事（37条の2③）
本案勝訴要件	裁判所は次の時に行政庁が処分をすべき旨を命ずる判決をする ①行政庁がその処分をすべきことがその処分の根拠法令から明らかであると認められる場合 ②行政庁がその処分をしない事がその裁量権の範囲の逸脱又は濫用と認められる場合
併合請求	不作為の違法確認の訴えとの併合提起は要件ではない

(2) 申請型義務付け訴訟

けんちゃんのまとめ

定義	行政庁に対して一定の処分又は裁決を求める旨の法令に基づく申請又は審査請求がなされ、当該行政庁がその処分又は裁決をすべきなのになされないときに、行政庁にその処分又は裁決をすべき旨を命ずる事を求める訴訟（3条⑥2）
訴訟要件	①1 不作為の場合 →法令に基づく申請又は審査請求に対し、相当の期間内に何らかの処分又は裁決がなされない事（37条の3①1） 2 拒否処分型の場合→法令に基づく申請又は審査請求を却下・棄却する旨の処分・裁決がなされた場合において、その処分・裁決が取消されるべきものであり、又は無効・不存在である事（37条の3①2） ②法令に基づく申請又は審査請求をした者である事（37条の3②） （注意）非申請型のような「重大な損害・・・」や「他に適当な方法が」は要件じゃないよ
本案勝訴要件	裁判所は次の要件を満たした時には行政庁にが処分又は裁決をすべき旨を命ずる判決をする（37条の3⑤） ①訴えに係る請求に理由があると認められること ②行政庁が処分又は裁決をすべきであることが根拠法令の規定から明らかであると認められる時、又は行政庁がその処分若しくは裁決をしない事がその裁量権の範囲の逸脱若しくは濫用と認められること
併合請求	① 不作為型の場合 →「不作為違法確認訴訟」と「義務付け訴訟」を併合提起 ② 拒否処分型の場合→「取消訴訟」と「義務付け訴訟」を併合提起 又は 「無効等確認訴訟」と「義務付け訴訟」を併合提起

（3）仮の義務付け

義務付けの訴えが提起された時で

- ・ 償うことのできない損害を避けるため緊急の必用がある
かつ

- ・ 本案について理由があるとみえる

時は、裁判所は、原告からの申し立てにより 仮の義務付けを命じる事が出来る
職権ではできない事に注意

参考 + α

3. 申請型義務付け訴訟のその他の規定

（1）不作為の違法確認、取消し、無効等確認の各判決と義務付けの訴えの訴訟手続きの停止

（1号：不作為型）の場合で 「不作為違法確認訴訟」と「義務付け訴訟」を併合提起した時
又は

（2号：拒否処分型）の場合で 「取消訴訟」と「義務付け訴訟」を併合提起した時
又は

（2号：拒否処分型）の場合で 「無効等確認訴訟」と「義務付け訴訟」を併合提起した時は、終局判決をすることができる

（2）裁決についての義務付け訴訟の限定

裁決についての義務付け訴訟は、裁決主義を採る場合に限り提起することができる

4. 差止めの訴え

けんちゃんのまとめ

訴訟要件	①一定の処分又は裁決がなされる事により重大な損害を生じるおそれがあること（37条の4①） ②その損害を避けるため他に適当な方法がないこと ③法律上の利益を有する者である事
本案勝訴要件	裁判所は次のいずれかの場合、行政庁がその処分又は裁決をしてはならない旨を命ずる判決ができる ①行政庁が処分又は裁決をすべきでないことが処分又は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 ②行政庁が処分又は裁決をする事が裁量権の範囲の逸脱又は濫用となると認められる場合

(3) 仮の差止め

差止めの訴えが提起された時で

- ・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かつ

- ・本案について理由があると見えるとき

の時は、裁判所は、原告からの申し立てにより 仮の差止めを命じる事が出来る

6 抗告訴訟以外の行政事件訴訟の「特殊性」

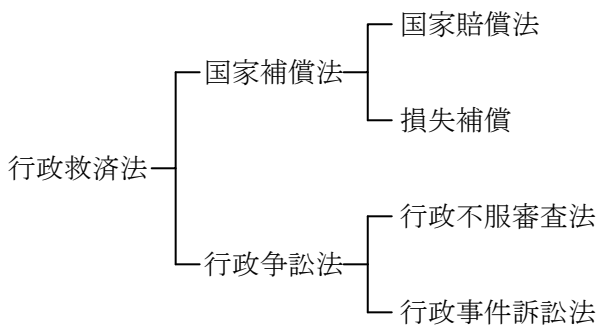
1. 当事者訴訟

けんちゃんのまとめ

準用規定	審理に関する規定	①行政庁の訴訟参加（41条、23条） ②裁判所の職権証拠調べ（41条①24条） ③釈明処分の特則（41条①、23条の2）
	判決の規定	①判決の効力（41条①、24条） ②訴訟費用の裁判の効力（41条①、35条）
	関連請求の規定	①関連請求の訴えの移送（41条②、13条） ②関連請求の訴えの併合（41条②、16条～19条）

第5章 国家賠償法

行政救済法の構成と意義



行政救済法	～	国家作用によって損害を受けた私人を救済する制度
国家補償法	～	損害について原則として金銭での補償を求める
行政争訟法	～	損害を発生させた原因となる行政作用の効力を争う
国家賠償法	～	違法な国家作用に起因する損害を補填する
損失補償	～	適法な国家作用に起因する損害を補填する
行政不服審査法	～	適法・違法の判断、及び、裁量権の行使の当・不当の判断
行政事件訴訟法	～	原則として適法・違法の判断のみ

2 公権力の行使に関する賠償責任

2. 要件

(1) 「公権力の行使」にあたる行為であること。

① 意義

「公権力の行使」とは、純然たる私経済活動と公の営造物設置管理作用以外の全ての作用を言う。

(東京高判 S52.4.27) 公権力の行使の意義

国家賠償法1条にいう「公権力の行使」と言う要件には、国又は地方公共団体がその権限に基づく統治作用としての優越的意思の発動として行う権力作用のみならず、国又は地方公共団体の非権力的作用（ただし、国又は地方公共団体の私経済作用と同法2条に規定する公の営造物の設置管理作用を除く）も含まれる。

(最判 S36.2.16) 東大病院梅毒輸血事件

国公立病院における医療行為は、民間病院で行う医療行為と業務の性質が同じであり、私立病院との公平の観点より 国家賠償法一条にいう「公権力の行使」には当たらない。

国公立病院の医療過誤・医療事故については、国家賠償法を適用するのではなく、民法の不法行為責任や債務不履行責任により処理されるべきである。

(予防接種法に基づくものや刑務所での医療行為など特殊なものは、国家賠償法の適用がされることもあるから注意してね。)

(最判平成17年12月8日)

勾留されている患者の診療に当たった拘置所の職員である医師が、過失により患者を適時に外部の適切な医療機関へ転送すべき義務を怠った場合において、適時に適切な医療機関への転送が行われ、

同医療機関において適切な医療行為を受けていたならば、患者に重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性の存在が証明されるときは、国は、患者が右可能性を侵害されたことによって被った損害について国家賠償責任を負う。

(最判昭和 57 年 4 月 1 日)

レントゲン写真による検診及びその結果の報告は、医師が専らその専門的技術及び知識経験を用いて行う行為であつて、医師の一般的診断行為と異なるところはないから、特段の事由のない限り、それ自体としては公権力の行使たる性質を有するものではない。

□ 公権力の行使に当たるもの

(b) 国公立学校での教育活動

(最判 S58. 2. 18) クラブ活動顧問教諭の監督責任

学校の教育活動の一環として行われる課外のクラブの監督も公権力の行使にあたるが、クラブ活動中の事故については、その発生が予見可能であった等という特段の事情がない限りは、顧問教諭の安全確保義務違反が生じるものではない。(国賠法 1 条の責任を負わない)

(最判 S62. 2. 6)

事実の概要

Xは、昭和 50 年 7 月 15 日、横浜市立中学校の体育の授業中、プールにおいて、担当教諭 A の指示に従い走り飛び込みをしたところ、水底に頭をぶつけ障害を負ったので、横浜市に対して国家賠償を請求した。

争点

- (1) 市立中学校教師の行なう教育活動が国賠法 1 条 1 項「公権力の行使」に当るか
- (2) 教師の安全配慮義務の有無、及び体育授業の水泳指導担当教諭の安全配慮義務

判旨

- (1) 国家賠償法一条一項にいう『公権力の行使』には、公立学校における教師の教育活動も含まれる
- (2) 学校の教師は、学校における教育活動により生ずるおそれのある危険から生徒を保護すべき義務を負っており、危険を伴う技術を指導する場合には、事故の発生を防止するために十分な措置を講じるべき注意義務があることはいうまでもない。

(c) その他

(最判 H17.6. 24)

民間の指定確認検査機関の建築確認処分に起因して私人が損害を被った場合、当該事務の帰属する地方公共団体は、国家賠償責任を負うことになる。

③ 不作為

「不作為が公権力の行使とされた判例」

(最判 S57. 1. 19) ナイフの一時保管懈怠事件

違法な加害行為には、法令上具体的な作為義務を持つ公務員がその義務を履行しないという不作為も含まれる。

(本件は、他人に危害を及ぼす蓋然性の高い者の所持するナイフについて、警察官の一時保管措置の懈怠について違法とした事例。)

(最判 S59. 3. 23) 新島砲弾漂着事件

海浜に打ち上げられた砲弾について、警察官が危険を未然に防止する措置を怠ったことについて違法とした事例。

「不作為が公権力の行使とされなかった判例」

(H1. 11. 24)

争点

宅地建物取引業法所定の免許基準に適合しない者にした、知事の免許付与行為は国賠法 1 条の違法な公権力の行使に該当するか？

判旨

宅地建物取引業法は、免許を付与した宅建業者の人格・資質等を一般に保証し、その業務の不正な行為により個々の取引関係者が被る具体的な損害を防止し、救済する事を制度の目的とするものではなく、かかる損害の救済は、一般の不法行為規範等に委ねられているというべきであるから、その業者の不正な行為により個々の取引関係者が損害を被った場合でも、知事等に監督処分権限が付与された趣旨・目的に照らし、その不正行為が著しく不合理と認められる時でない限り、国賠法 1 条の違法の評価を受けない。

(最判 H7. 6. 23) クロロキン薬害訴訟

薬害防止に対する権限の不行使については、その判断は高度の専門的かつ総合的な判断が要求されるので、直ちに国会賠償法 1 条の適用上違法と評価されるものではなく、その不行使が著しく不合理である場合に限り違法となる。(裁量権の濫用・逸脱があったか否かで判断する＝消極的裁量権濫用論)

④ 立法権・司法権も含まれる**(a) 立法行為が「公権力の行使」にあたるとした判例（ただし違法性を否定）****(最判 S60. 11. 21) 在宅投票廃止と国家賠償****争点**

在宅投票制度を廃止して、その後もその制度を復活させる立法を行わなかった事（立法不作為という）は憲法に違反していて、それが原因で精神的損害を受けた。

憲法違反の立法行為（立法不作為も含む）が、「違法」にあたるか。が争われた。

判旨

国会議員の立法行為（立法不作為も含む）は、立法の内容が憲法の一義的な文言（もっとも重要な文言）に違反しているのに、あえてその立法を行うような例外的な場合を除いては、国賠法の「違法」にはあたらない。

原則：国会議員の立法行為（立法不作為も含む）は「違法」にはあたらない。

例外：憲法の一義的な文言に違反しているのに、あえてその立法を行った時は「違法」にあたる。

(b) 立法不作為が「公権力の行使」にあたるとした判例（ただし違法性を肯定）**(最判 H17. 9. 14) 在外日本人選挙権剥奪規定違憲判決****<判旨>**

原則：国会議員の立法行為・立法不作為が国賠法 1 条①の「違法」にあたる時とは、国会議員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時。

よって、立法内容や立法不作為が憲法に違反していても直ちに「違法」にはあたらない

- 例外：① 立法内容や立法不作為が憲法上保護されている国民の権利を侵害する時
 ② 国民の権利行使を確保する為に立法措置を執る事が必要不可欠なのに長期に渡り立法しなかった時は、国会議員の立法行為・立法不作為が国賠法 1 条①の「違法」にあたる

(C) 国会議員の発言

(最判 H9. 9. 9)

<判旨>

原則：国会で行った質疑等で国民の名誉・信用を低下させる発言があったとしても賠償責任は発生しない

例外：国会議員が付与された権限の趣旨に明らかに背いたと認められる特別な事情がある場合は国に賠償責任が発生する。

(d) 裁判行為が「公権力の行使」にあたるとした判例（ただし違法性を否定）

(最判 S57. 3. 12) 裁判と国家賠償

<判旨>

原則：裁判官がした裁判に瑕疵があっても賠償責任は発生しない

例外：違法と評価されるためには、裁判官に不当な目的があった等の特段の事情が必要である。

けんちゃんのテキスト以外の重要判例

(最判 H5. 2. 18) 武蔵野市教育施設負担金事件

「公権力の行使」には優越的な意思の発動として行う行政行為や強制執行などの権力的作用だけでなく、行政指導などの非権力的作用も含まれる

(最判 S56. 4. 14) 前科照会事件

前科等のある者が前科・犯罪経歴をみだりに公開されないというのは法律上の保護に値する利益であって、これに関して、市区町村長が「中労委・京都地裁に提出するため」という弁護士からの照会に漫然と応ずるのは、公権力の違法な行使に該当する。

(S41. 9. 22)

民事執行法に基づく代替執行は債務者の意思を排除して国家の強制執行権を実現する行為であるから「公権力の行使」となる。

覚えなくてもいいけども、民事執行法に基づく代替執行とは、債権者が裁判所に頼んで、第三者によって債務内容を実現してもらい、その費用を債務者に請求するもの。(民事執行法 171 条) 例：建物の取り壊し

(2) 「公務員」の行為であること。

「公務員」とは、国家公務員や地方公務員に限らず、民間人であっても権力的な行政機能を委任された者も含む

- 日本行政書士会連合会の資格審査員も「公務員」にあたる。
- (最判 S41.9.22) 身分上の公務員でなくてもよく、強制執行にあたる債権者の委任した第三者も「公務員」にあたる。
- (東京地裁 S53.3.30) 強制予防接種を市長から委託された医師も「公務員」にあたる。

(4) 公務員に「故意又は過失」があること

○ 国賠法 1 条と民法 715 条との比較

民法 715 条には免責規定がある。しかし、国賠法 1 条には免責規定がない。すなわち、公務員の選任、監督について相当な注意を払っていた事を立証しても国又は公共団体は責任を免れる事はできない。

(民法 715 条) ある事業のために他人を使用する者は、被用者がその事業の執行について第三者に加えた損害を賠償する責任を負う。ただし、使用者が被用者の選任及びその事業の監督について相当の注意をしたとき、又は相当の注意をしても損害が生ずべきであったときは、この限りでない。

○ 1 条は過失責任主義を採っているため、警官の誤認逮捕のように公務員の行為が違法であったとしても、公務員に故意又は過失がない時は、賠償責任は発生しない。

↑
比較してね
↓

○ 2 条は無過失責任主義を採っている。

(5) 「違法」に与えられた損害であること

① 意義

(最判 S53. 10. 20) 公訴提起と国家賠償

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・勾留が違法となるというのではなく、逮捕・勾留の時点で犯罪の嫌疑が相当の理由により認められれば適法である。また、総合勘案して合理的判断過程により有罪の疑義があれば公訴の提起ができる。(起訴した検察官の行為は違法な公権力の行使とはあたらない)

(最判 S61. 2. 27) 方法の相当性

警察官が逃走する車両を追跡中、逃走車両の走行により第三者が損害を被った場合に、追跡行為が違法であるというためには、追跡が職務目的達成のため不必要なものであるか、又は諸般の状況に照らし追跡の方法が不相当であることを要する。

② 職務行為基準

抗告訴訟上の違法と国家賠償法上の違法は、同一の内容なのか、それとも別の内容なのかという問題がある。この点、更正処分(税金を加算する行政処分)の取消訴訟で違法と判断された事案でその後の国家賠償請求訴訟で判例は「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一条一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」とした上で違法ではないとした(最判平成 5 年 3 月 11 日)。本判例の考え方は、違法性の概念が取消訴訟と国家賠償では異なるという立場に立って(「違法性二元論」や「違法性相対説」と呼ばれる)、職務上通常尽くすべき注意義務違反の有無の観点から国家賠償法上の違法性を判断(「職務行為基準説」と呼ばれる)したものである。

(最判 H3. 4. 26)

「一般に、処分庁が認定申請を相当期間内に処分すべきは当然であり、これにつき不当に長期間にわたって処分がされない場合には、早期の処分を期待していた申請者が不安感、焦燥感を抱かされ内心の静穏な感情を害されるに至るであろうことは容易に予測できることであるから、処分庁には、こうした結果を回避すべき条理上の作為義務があるといえることができる。そして、処分庁が右の意味における作為義務に違反したといえるためには、客観的に処分庁がその処分のために手続上必要と考えられる期間内に処分できなかったことだけでは足りず、その期間に比してさらに長期間にわたり遅延が続き、かつ、その間、処分庁として通常期待される努力によって遅延を解消できたのに、これを回避するための努力を尽くさなかったことが必要である」