

## 違法性承継問題について

高野 修

はしがき

本稿は、当初、菅野喜八郎先生の古稀記念論文集（信山社刊）に寄稿する予定で作成されたもので、「はじめに」、「違法性承継問題の構造」、「先行行為の違法性が後行為につながる構造」、「違法性遮断の法的根拠」そして「むすび」からなっていた。しかし、記念論文集の制限紙幅を大幅に越えていたため、記念論文集には「はじめに」と「違法性承継問題の構造」を違法性承継問題の構造と題して発表した。ここに発表したものは、残った「先行行為の違法性が後行為につながる構造」、「違法性遮断の法的根拠」そして「むすび」である。両方を合わせて一本の論文として読んでいただけたら幸いである。

### 一 先行行為の違法性が後行為につながる構造

先行行為と後行為の間に先決関係があることが、違法性承継の前提であった。ところで、先決関係は、事実上の因果関係があることではなく、本案解決にとって法的関連性でつながった問題であることが必要であった。そのような法的関連性は、後行為を規律する規範の構成要件を通して生まれる。すなわち、先行行為の違法性は、後行為の構成要件の中にそれが規定されることによって後行為に法的関

連性をもってつながる。従って、先決関係の存否の判断にとって、後行為の構成要件の中で先行行為がどのように定められているかが、決定的に重要である。構成要件の定め方いかんによっては、先行行為の適法違法判断が不要で後行為の行為者が自らの行為のみで構成要件を充足しうる場合があるからである。以下に論理的に考えられうる場合を分けて検討する。

#### (一) 先行行為の何らかの違法自体が後行為の構成要件に取り込まれている場合

この場合の典型的例として、許認可等処分<sup>(1)</sup>の違法を理由にそれを取り消す行為の場合があげられる。例えば風俗営業等適正化法第八条二号の理由による営業許可の取消では、消極的許可基準を定めた「第四条一項各号に掲げる者のいずれかに該当していること」が許可取消行為の要件となっている。なるほど、条文の文言上は、許可の違法なことが要件とされてはいないが、許可してはならない者に許可された場合に取消がなされるというのであるから、その限りで許可は違法である。精確には、許可処分<sup>(2)</sup>に有りうる多くの違法のうち取消原因となる違法が同法第四条一項各号に特定されて規定されているのである。この場合、取消処分<sup>(3)</sup>は、取消処分の構成要件を規定した規定・同法第四条一項各号に該当しているか判断しているのであり、先行行為が適法、有効であるために必要な要件すべての観点から違法か否か判断しているのではなく、瑕疵の効果論としての先行行為の違法問題自体とは別次元のいわば法定取消権限の要件存否問題を判断していると解される。

都市計画法における違法な開発許可と都市計画法八一条一項一号に基づく違反是正命令も同様な関係で理解される。

公権力の行使の違法を理由とする国家賠償事件も、同様な構造で考

えることができる。国家賠償請求を判断する機関は、その判断にあたって公権力行使機関の行為が違法であったか判断しなければならないが、この場合は、国家賠償法適用機関が同法の適用行為として行う判断であり、そこでの適法違法判断は、国家賠償請求の認否につながるだけで、他の機関の行った公権力行使の法的効果に関係しない。換言すれば、当該公権力行使自体の効力を問う適法違法判断ではない。次のような極端な事例を想定してみればこのことは、明らかであろう。すなわち、公権力行為の効果自体に響かない手続的な違法を理由に、手続的権利を侵害されたとして国家賠償請求をする場合などである<sup>2)</sup>。この意味で、当該公権力行使自体の効力を問題にした適法違法判断が承継されるのではないと考えるべきであろう。なお因みに、国家賠償法上の違法と公権力行使行為の効力に結びつく行為規範違反の違法・客観的違法との観念については、種々議論の分れているところであるが、違法性を二元的にとらえる説の場合、違法が異なるのであるからそもそも国家賠償請求に対する判断で客観的行為規範違反の違法は問題にしないですむ。また違法性を一元的にとらえる説に立つ場合でも、行政がある行為規範に違反した場合、その事後救済処理として、国家賠償制度と行政事件訴訟制度が併存する結果、その両方が可能な場合に、行政の同一の行為規範違反がそれぞれの制度で独立に判断されうるというだけのことである。したがって、本稿の観点からは、国家賠償法上の違法性観念をめぐる議論にこれ以上立ち入ることは不要であろう。

(二) 先行行為が後行行為の法律要件に取り入れられている場合  
まず、先行行為と言っても、それが法行為である以上、それは、事実としての行為自体と行為の法効果の二重の内容をもっている。後行行為の法律要件に事実としての先行行為の存在それ自体がとりあげられている場合は、先行行為の違法か否かは又当然問題にならない。営

業規制法領域において、指示、下命に従わなかった場合に営業停止を命ずるような場合で、仮に、営業停止命令の要件規定が指示、下命が適法であることを問わないで単にそれに従わなかった事実があったときと解釈されるような場合がもしあるとすればこれにあたる。

これに対し、先行行為の法効果の存在が後行行為の法律要件にとりあげられている場合は事情が違ってくる。先行行為の法効果の存在、すなわち有効であることが必要である。先行行為が適法であれば問題はないが、効果が響くような違法があるとすると、その効果が問題になる。違法な行政行為の効力の問題を考えるに、規範の意味体系として静態的に法秩序を考えるならば、違法な行為の内容が効力を有するはずもないが、人の法創設行為と法適用行為を通じて法秩序は動態的に形成されると考えるならば、違法な行為であっても取消権限機関によって取消されるまでは、有効で拘束力を持つと解される<sup>3)</sup>。従って、取消がなされるまでは、先行行為は有効であり、それを前提にして後行行為がなされる。この場合、先行行為の効力は、取消可能という解除条件付のものであり、それを前提にした後行行為も、先行行為が正式に取り消されれば、後行行為自体の要件を欠くことになる。このような法的効果の関連性がある場合が、まさに先行行為の違法が後行行為にとって先決関係を有する場合であろう。後行行為の法律要件の解釈問題であるが、段階を追って複数の行為がなされる仕組みの場合、先行行為の効力を問わず先行行為の事実上の存在や何らかの違法自体が後行行為の構成要件とされることは、後行行為の制度が先行行為のそれと異なる法目的のものであるような例外的場合であって、普通は、先行行為の有効なることが後行行為の要件であろう。

その際、争訟裁断機関であれ普通の行政庁であれ先行行為の有効か無効かの審査権の有無が問題となるが、それは違法性の承継を断ち切る要因として次節で詳論する。いずれにせよ、後行行為の法律要件に

先行行為の有効なることがとりいれらることによって、先行行為の違法性、換言すれば取消可能性が後行行為にとっての先決問題となる。

(三) 後行行為を行う機関に先行行為の適法性に関する審査権限(義務)がある場合

違法性の承継の判例として有名な農地買収計画と買収処分との関係を扱った最高裁昭和二五年九月一五日第二小法廷判決で、市町村農地委員会の買収計画を都道府県農地委員会が承認する権限及び買収計画又はその承認の決議に対してこれを再議に付して是正する都道府県知事の権限が問題になった。判決は、「右権限の適正な行使を誤った結果内容の違法な買収計画にもとづいて買収処分が行われたらばかかる買収処分が違法であることは言うまでもない」として、買収処分の違法が「右権限の適正な行使を誤った」ことによる違法なのか、「内容の違法な買収計画にもとづいて」の違法なのか、どちらとも読みうる表現となっていた。この問題については、「審査権限の有無は行政内部における権限分配の問題であるにすぎず、私人が行政の行為を争う立場からは、決定的な意味をもつものではない」という見解がだされている。異なる見解として、土地収用における事業認定と収用裁決の関係について、阿部教授は、かつて「仮に、収用委員会が事業認定の適否を審査する権限を有するのであれば、事業認定が違法であるにもかかわらず収用委員会がこれを適法として裁決した場合には裁決に固有の瑕疵があることになるので、むしろ収用委員会に事業認定の適否の審査をする権限がないからこそ違法性の承継を認めざるをえないということになる」と説明しています。この点はまさに「正当」もおもいます。」とされていたが、後に「審査権限があるかどうかは、行政機関相互の内部権限分配の問題であって、買収処分の適否とは直接の関係はない」と改説されている。

この問題を考えるに、当たり前のことであるが、行為の違法適法判断は当該行為の適法要件との適合性にあるということから出発しなければならぬ。そうすると問題は審査権限の有無ではなく、後行行為の適法要件として法律要件にそれがあげられているか否かにあることがわかる。すなわち、行政組織内部法の観点から審査権限があるとしても、その違反は内部法的効果を導くに過ぎず、これに対し審査権限が後行行為の実体法上の適法要件としてすなわち行為の相手方に対する関係で定められているとすれば、それに違反する場合行為自体に固有の瑕疵があることになる。後行行為の行為要件として行為者に先行行為の審査権限、精確には権限行使の義務が定められている場合、その内容によっては先行行為の適法違法の判断がくりかえされることになる。定められた審査権限が先行行為の実質的内容審査権限である場合である。この場合でも、後行行為機関は、後行行為の構成要件を規定した規定自体を適用して、定められた審査権限の範囲内で先行行為が適法であったか否か判断しているのである。すなわち先行行為への実質的審査行為が行われたか否かという後行行為自体の構成要件適合性が問題なのであり、先行行為の違法自体が問題となるのではない。しかし、実質的審査義務違反、すなわち先行行為に存在した違法を見逃したという後行行為自体の瑕疵は、先行行為に違法が存在すると認識できて初めて判断可能となる。この意味で、先行行為の違法認定が実質的審査義務という後行行為の構成要件充足性判断を通して間接的に取り入れられることになる。

これに対し、定められた審査権限の内容が先行行為の外形的形式審査にとどまる場合、先行行為が適法であったかどうかは審査されず、先に述べた、後行行為の構成要件に先行行為事実の存在それ自体がとりあげられている場合と同様の事情になる。

いずれにせよ、後行行為機関の審査権限の問題は、差し当たり、審

査権限が後行行為の行為要件としてどのように規定されているか、換言すれば、後行行為の構成要件解釈の問題であり、その結論いかによって、先行行為の違法と関係したりしなかつたりする。

(四) 後行行為の構成要件が先行行為のそれと共通するものを含むことにより、違法性の承継となる場合

農地買収計画と買収処分との関係を扱った前掲最高裁判決は、「法第五条はその各号の一に該当する農地については買収をしないと規定しているものであるからこれに該当する農地を買収計画に入れることの違法であることは勿論これが買収処分の違法であることは言うまでもないところである」と判示している。この判旨に対しては、同法第五条の違反は、買収計画、買収処分に共通の違法事由であり、知事も独自の権限によって右計画の適否を判断したうえ買収処分をするものであるから、この場合買収処分自体にも瑕疵があるのであって、後続行為自体には瑕疵がないにしても、その手続の一環をなす先行行為に違法があれば、後続の行為を適法に成立せしめないとする違法承継の理論とは、やや異なるものがあるとする解説が早くから出されている。確かに、自創法第五条の買収しない農地の規定が買収計画樹立の消極要件であると同時に買収処分の消極要件でもある場合、自創法第五条違反か否かは買収処分自体の適否の判断として行われ、買収計画の適否を先決問題にする必要はない。行為要件が重複している場合は、違法性の承継から外すのが正当であろう。ただ問題は、法律が果たして行為要件を重複して規定しているかである。普通は、段階を追って複数の行為がなされる仕組みの場合、先行行為の有効なことが後行行為の当然の前提とされていると解される。しかるに、敢て先行行為と後行行為に分けながら、再びそれぞれに同一の要件を定める、すなわちその限りで行為の完全な重複を行わせる理由があるのである

うか。このような疑問をもって自創法の条文をみるに、買収処分の要件は、第九条に「・・・承認があつた農地買収計画により当該農地の所有者に対し買収令書を交付して、これをしなければならぬ」と規定されている。文言どおり素直に読めば、「農地買収計画による」ことが求められていると解されるのではなからうか。もしそう解するとすれば、法第五条の要件は買収計画の要件に止まり、買収処分は有効な買収計画によれば良いのである。こう解するならば、法第五条の要件違反が買収処分と争われるとすればまさに違法性の承継の場合ということになる。

これに対し、仮換地と換地処分での照応原則要件および一時利用地指定処分と換地処分における照応原則要件の場合は、自創法の規定の仕方とは違って、同一要件がそれぞれの行為の要件として条文上も重複的に用いられている。工事のための仮換地又は一時利用地指定があるためであることは明白であるが、換地予定地的な仮換地又は一時利用地指定処分がなされ、そのまま換地処分につながる場合、事実上それぞれ処分は照応原則の関係で言えば同一対象に同一要件が適用される関係になる。しかしこの関係では、「換地処分は一時利用地指定処分を当然の前提としてなされるものではなく、したがって一時利用地指定処分の違法事由が当然に換地処分に承継されるという関係はない」として違法性の承継は認められていない。精確には、照応原則がそれぞれの処分と要件とされているため違法性の承継を持ち出す必要がないと言ふべきであろう。

以上、先行行為の違法が後行行為につながる法的構造を検討した結果、次のようにまとめることができる。違法性の承継を考へる前提として、先行行為と後行行為の間に法的関連が在ることが必要であり、先行行為がなければ後行行為もなかったはずという事実上の因果関係は問題外である。法的関連は後行行為の構成要件を通して生ずる。後

行行為の構成要件のうち先行行為の何らかの違法が直接取り入れられている場合は直接に、また後行行為の構成要件のうち先行行為の有効性が前提にされている場合は、先行行為の有効性という先決問題となつて先行行為の効力に響く違法が後行行為にとって法的関連性をもつてつながる。これに対し、先行行為の外形的存在自体、あるいは先行行為と重複した構成要件が後行行為の構成要件にもなっている場合には、後行行為の構成要件充足自体の判断で事が足り、先行行為に何らかの違法が存するか否かは後行行為の適否判断にとって不必要であり無関係である。先行行為に対する審査が後行行為の要件となつていない場合、審査権限・義務の内容が形式審査か実質審査かによって異なるであろう。前者の場合は先行行為の外形的存在自体が要件の場合と同一の結果になる。後者の場合でも先行行為への実質的審査行為が行われたか否かという後行行為自体の構成要件が判断され、先行行為の違法自体が問題となるのではない。しかし、実質的審査義務違反、すなわち先行行為に存在した違法を見逃したという後行行為自体の瑕疵は、先行行為に違法が存在すると認定できて初めて判断可能となる。この意味で、先行行為の違法認定が実質的審査義務という後行行為の構成要件充足性判断を通して間接的に取り入れられることになる。

違法性の承継論でしばしばその存否の判断基準とされる先行行為と後行行為がどのような関連の過程をなすものとして制度上構成されているかは、後行行為の構成要件解釈にあたって重要な判断要素となることは確かであるが、後行行為の構成要件の分析なしに先行行為と後行行為の法制度的な関連性だけで先行行為の違法が後行行為に関係してくるかを判断することはできないといえよう。

(1) 注

① 最二判五・九・一〇、判時一五一四号六二頁。誤って違法に開発が許可され、右許可に係る開発行為に関する工事が完了して検査済証が交付された後における開発許可の取消しを求める訴えの利益が否定された事件。この事件で最高裁は、同法三三条所定の要件に適合しない以上是正命令を発することができるとして、開発許可行為の要件違反がその限りでは是正命令の行為要件とされている。是正命令を要求する訴えを想定した場合、開発許可の違法性が許可の取消行為とは独立に是正命令発動要件となることが明らかであろう。なお、工事後完了後の林地開発許可の取消を求める訴えの利益を否定した最一判七・一一・七、判時一五五一号六四頁参照。

これらの事件は、行政事件訴訟法九条かつこ書、処分の効果がなくならなかつた後でなお回復すべき法律上の利益があるかが問題となつた事件であるが、事後の是正命令や監督処分の発動要件解釈、開発許可の何らかの違法が認定されればよいのか、取り消されることが必要か、あるいは開発許可の違法問題とは無関係なのかが本稿との関連で問題となる。

(2) 旭川地判五・三・三〇、判時一四八七号一二五頁参照。

(3) 国家賠償請求にあつてはあらかじめ行政処分の取消判決や無効確認判決を得なければならぬものではないことについては、最一判昭三六・四・二一、民集一五卷四号八五〇頁参照。取消訴訟の出訴期間経過後に課税処分の違法を理由とする国家賠償請求をすることについて、金銭上の請求権という目的物の同一性を根拠に認めないコンセンサス・デタの実務につき、遠藤博也「行政行為の無効と取消」三三四頁参照。

(4) 違法性の承継が認められる場合でも、先行行為の実体的違法は承継されるが、手続的違法は承継されないとする見解があるが、「違法事由はそれ自体で重要なのではなくて、何よりも本案請求との関連において意味がある」との観点から、「瑕疵の方から出発して、実体的瑕疵と手続的瑕疵といった概念的な区別を画一的に適用すべきでない」とする遠藤教授の見解が正当であろう。神谷昭行行政判例百選一二二頁、遠藤博也行政判例百選(新版)一五〇頁参照。

(5) つうした現象の法理論的根拠については、H. Kelsen, *Reine Rechtslehre* 2. Aufl. S. 275 ff.; 長尾龍一「法理論における真理と価値」*国家学会雑誌*七八巻九・一〇号一一六頁、新正幸「憲法の変遷」樋口・

- 佐藤編『憲法の基礎』三六頁参照。なお、ケルゼンによれば、取消をまつまでもないものもこの無効は、法の領域外の現象であり、法秩序内部では無効とは最高級の取消可能性であるとしている。BdO. S. 282。行政法学でいう無効は、この前者をさすことにならうか。
- (6) 民集四卷九号四〇四頁以下。
- (7) 遠藤博也・前掲一五〇頁及び行政判例百選Ⅰ二二七頁。
- (8) 阿部泰隆「取用と補償の諸問題(上)」自治研究六二卷一十一号一九頁。
- (9) 阿部泰隆「違法性の承継」行政判例百選Ⅰ(二版)一七九頁、同(三版)一七四頁。
- (10) 建築確認の対象法令が建築基準法以外にも及びうることから、主事が他の法令の許可等の存否について審理権があるか問題になることがある。東京高決昭五四・一・二六、判時九二六号五〇頁、荒秀「建築基準法論(Ⅱ)」二九頁以下参照。かかる例外を定めるとき審査権限の範囲、内容の明確化がのぞまれる。
- (11) 『行政事件訴訟特例法逐条研究』七五、一八四頁、最高裁判所事務総局編『行政事件訴訟十年史』二三一頁、岡田春男「行政行為における違法性の承継」大阪学院大学法学研究一〇巻一・二号二一三頁以下、阿部・前注(9)、山村恒年「違法性承継論の再検討」民事研修一九八九年八月号一七頁。但し、遠藤教授は、「右判例を違法性の承継とは別だとする考えには従わない」とする、前掲書三四九頁。本案たる法律効果との直接の関係、実体的な法律関係を重視する教授の立場がその理由であるらしいが、それだけではこの場合を違法性の承継の場合ととらえる根拠にはならないと思われる。違法性の承継の場合とするためには、少なくとも、第五条が買収処分自体の構成要件とはなっていないことが必要であろう。
- (12) 土地区画整理法第八九条と第九八条二項「・・・換地計画の決定の基準を考慮して・・・」土地改良法第五三条と第五三條の五第(一)項「・・・換地計画において定める事項の基準を考慮して・・・」参照。
- (13) 最二判昭六一・二・二四、民集四〇巻一六九頁が、一時利用地指定処分取消の訴えは、将来行われる換地処分への不服の表明としての性質をもつとして、後者への出訴期間経過後に後者への訴えの変更を認めめたのも、こうした事情によると解される。
- (14) 熊本地決昭五八・三・一八、行裁例集三四卷三三四四四頁。

## 二. 違法性遮断の法的根拠

先行行為の違法は、それ自体が直接又は間接に後行行為の法律要件の要素とされることによって、あるいは先行行為の有効性が後行行為の法律要件とされることによって、後行行為と法的関連性をもつことが明らかとなった。かかる先決関係の存在は、違法性承継の前提条件である。もっとも、本案判断の前提として先決問題の判断は本案判断機関によって当然になされうるとすると、すべての場合に違法性の承継が認められることになってしまう。先決関係の存在にもかかわらず、後行行為の判断に際しその判断機関に先行行為の違法の認定あるいは違法を理由とする効力の否定を許さないとする法的根拠があつてはじめて違法性の承継が問題になりうる。今日、それは行政行為のいわゆる公定力をもって説明されている。ただ、公定力は、観念内容においても根拠においても多様に理解されてきた概念であるので、違法性の承継との関連でそれがどのように理解されてきたか、概略だけでも予め検討しておくことが必要であろう。その際、公定力をめぐっては既に膨大な議論の蓄積があるが、便宜上、行政行為の法論理的効果の側面から説く学説と行政訴訟制度の側から説くものに分けて検討する。

### (一) 行政行為の法論理的効果論

裁判所に本案に先行する行政行為についての審査を許さないとする根拠として、行政行為の「要件効果」<sup>1)</sup>、「事実的效果」<sup>2)</sup>「Faktbestand」<sup>3)</sup>、<sup>4)</sup>wirking が説かれてきた。その内容は、先決問題の内容が行政行為の存否にある場合、その典型として、「本案を規律する法規が行政行為の一定の行為を以て所定の法律効果発生要件としてある場合である。此の場合には、・・・中略・・・行政行為そのものの存否が問題であり、

即ち行政庁の行為は単純な事実として問題になってゐるに過ぎないのであるから、それが存在する以上、司法裁判所はそのままそれを承認して判決の基礎となすことを要し、その内容に立ち入って審理し得ず又審理する要なきことはいうまでもない。・中略・通常之を称して行政行為の要件効果 (Tatbestandswirkung) と言ふ」、あるいは、「法が行政行為の存在を構成要件としてこれに或る法律効果を結合してゐる場合には右の法律効果の存否の問題の先決問題の審理は、右の行政行為の存否に限局され、それが有効に存在する以上、その内容には立入らず、これがそのまま承認されることとなる」というものである。

この効果は、「行政行為の形式的効果」という用語や行政行為自体の有する効力ないし効果という考え方から窺えるように、行政行為のもつ法論理的效果というのであるから、具体的争訟制度の違いを超えて今日でもなお検討する必要が一応ある。しかし、引用した内容から明らかのように、その効果と言われている内容は、行政行為の存在が法律要件事実とされているならその存否を審査するだけということであつて、行政行為の何らかの効力あるいは効果ととらえることはできない。「裁判所が行政行為の内容について審理をしないのは、全く法自体が或る内容を有する行政行為の存在自体を構成要件としてゐるからに外ならないので、行政行為の内容が他の機関を拘束するところの本来的効力ではないのである」とは、このことを意味している。法がどのような事実を法律要件としているか、法適用機関は法規の定め方にしたがつて判断するという当然の事理をのべただけのことと言えよう。ただ、違法性の承継という問題からは、後行行為を規律する法規が先行行為の違法なることをどのような形態で要件事実に取り込んでいるかが重要な意味をもっていた。このことについては、既に前節において詳細に検討した。法規の規定の仕方で行行為の違法であ

ることが後行行為に関連する形態は多様であつたが、そこには違法性を遮断する要素は存在しなかつた。

なお、この効果について、行政行為の種類によって区別した議論が行われていたが、後行行為を規律する法の構成要件の定め方による効果なのであつて、先行行政行為の効力ないし効果ではないのであるから、行政行為の種類には無関係であらう。

#### (二) 行政訴訟制度の側から説くもの

行政行為の公定力は、今日、取消訴訟制度を定めた行政事件訴訟法に実定法上の根拠を求め、「訴訟の段階で処分を直接に攻撃できるのはこの訴訟だけであるということを含んでいる、と解するのが素直ではないか」とする取消訴訟の排他的管轄という解釈がその根拠とされている。取消訴訟制度が設けられたということにどの程度の強さの排他性が読み込まれるべきか、それを探る手掛かりを得るために学説を遡つて検討してみよう。

公定力は、かつて行政行為の確定効果 (Feststellungswirkung) として論じられた。それは、「行政行為の判断内容即ち行政行為によって確定されたところが裁判所を拘束する場合に、これを行政行為の確定効果 (Feststellungswirkung) と呼ぶ」と定義された。確定効果が何故行政行為に認められるか、大別して、法律に規定がない限り認められないとする説、実質的確定力を理由とする説、機関の権限分立がある以上国家人格の統一のための一般的拘束効果 (allgemeine Bindungswirkung) であるとする説などがあつた。

これらの根拠に対しては、次のように論評できるであろう。実定法上の根拠を要求しそれを行政事件訴訟法にもとめる今日の取消制度の排他管轄説からは、法律に規定がない限り認められないとする公定力論においてあまり顧みられることのなかつた佐々木説の法律学的方法

論の正当性を再評価することになる。但し、同法の規定が確定効果の原則を認める規定と解されるかは、なお検討しなければならない。また、実質的確定力説は、訴訟手続の結果として得られた判断の内容のもつ効力を行政行為に当てはめることになり困難である。機関の権限分立による相互拘束説に対しては、先決問題につき裁判所が予判しうる原則をとっている以上その限度で原則的に審理権を有するものと解されること、そして、先決問題の判断は既判力を生じないから、当該事項そのものに関する限り国家意思は行政行為によって表示され、必ずしも国家意思の統一を破るわけではない等の批判が既になされている。それに加えて、機関の権限分立による相互拘束説に対してはなお次の点を考慮する必要がある。機関の相互拘束の原則が認められるとしてもそれは、組織法上の関係においてであり、ある機関が先決問題に関し組織法上の原則に反して本来の機関と異なる判断をしたとしても、上級機関による是正措置や組織法違反に対する問責等組織法上の問題が生ずることは当然であるが、国民をも含めた「対外的効果（*Ferwirkung*）」の法的根拠とはならないか。また、他の機関の行為を取り消すことが本来の任務である取消機関に対してはそもそも相互拘束の原則は予定されていないのではなからうか。

いづれにせよ、確定効果をめぐって行われたかつての諸議論の検討からは、今日の公定力、取消訴訟の排他的管轄説解釈に直接資するものはほとんどないと言えるだろう。むしろ、いわゆる公定力の問題は確たる論理的根拠があつてのものではなかつたということ、その意味で佐々木説の言うように法律が規定しているか否かにかかる問題であつたと言えるだろう。この点で、「一般的な行政行為の裁判所に対する拘束力、換言すれば行政行為に対する裁判所の適法性審理権の制限を何等かの法概念を以て統一的に把握することは殆ど不可能と言ふべきであらう。それは、何よりも問題が合目的性の考慮にその根本を置く

てゐるからである」、「そのような審理権の制限は、もとより論理の必然ではない。国法の採用した合目的考慮の結果に外ならないのである。」という指摘は、決定的に重要である。何故ならば、先行行為の違法が遮断される根拠、いわゆる公定力の内容は、何らかの法論理や行政権の法的優越性といったドグマから観念的に導かれるものではなく、合目的考慮の上で制定された実定法制度の解釈作業によって導かれるものであるということを示すからである。因みに、雄川教授は、日本国憲法の下で行政行為の違法性統制は一応司法裁判所の下に置かれたけれども、「なほ行政事件訴訟特例法は、重要な点で行政処分取消変更の訴訟に対して一般の民事訴訟と異なつた手続を定めた。このことは行政行為の効力を失わしめるのは、行政機関の職権による取消及び行政争訟手段による取消を除いては、その特殊な手続によらなければ行ひ得ないことを意味する。従つて、一般の訴訟事件の先決問題として、行政行為の効力が問題となつたときは、右の手続によって行政行為の効力を失わしめない限り、裁判所は当該処分によって生じた効果を承認しなくてはならないことになる。その限りで従前の理論が根本に於いて当てはまることになる。」として、「現在のわが国法に於いては、従前と略々同様の先決問題に関する裁判所の審理権の制限が生じうるのである。」とされているが、行政行為の効力を失わしめるに、特別な訴訟手続が制定されていることはその通りであるが、そのことから、行政裁判制度下での審理権の制限とほぼ同様の制限を生じさせる解釈が今日なお合目的なことか、具体的に考慮することが必要であらう。

### (三) 取消訴訟の排他的管轄と先決問題審理制限

先行行為の違法は、違法であることそれ自体としてあるいは先行行為の効力の否定を通して後行行為とつながっていた。ところで、取消



訴訟の排他的管轄とされるのは、行政行為の効力を否定する場合か行政行為を違法と認定する場合をも含むか、若干問題がないわけではない。ただこの点に関して従来の議論を遡って見るに、「要件効果」又は「事実的效果」論あるいは確定効果論いづれも、行政行為の法理論的效果あるいは権限分立による行政行為の効果として論じられており、違法性認定それ自体を問題としてはいなかった。また、公定力の根拠を特殊な行政争訟手続に求めることを基礎付けた学説でも、「行政行為の適法性の審査」、「裁判所の適法性の審理権」などの用語が散見されるが、内容的には行政行為の効力の否定を問題にしていた。違法性の認定自体が問題となるのは、かつて、公定力「適法性推定説」が、行政行為の違法性に関することをすべてその射程に入れる議論を展開した名残であろう。いづれにせよ、行政事件訴訟法は、処分又は裁決の取消の訴えと無効等確認の訴えを定め、違法確認については、不作為の違法確認の訴えを定めるに止めている。又、事情判決を除き取消判決によって処分の効力が取り消されることは当然である。したがって、行政事件訴訟法の本来の趣旨では取消訴訟の排他的管轄という場合、争われている行政処分の効力の取消が対象であることは明らかであろう。

取消訴訟の排他的管轄が行政行為の法効果を取り消す場合の問題であるとなると、違法性の承継の問題は、その内容のとらえ方によっては、取消訴訟の排他的管轄の問題ではないということがありうる。例えば、違法性承継の内容を先行行為の違法性を主張して後行行為の取消を求めることと理解するならば、先行行為の違法性の主張は取消訴訟の排他的管轄では排除されないことにならう。

しかし、違法性承継の問題を先行行為の違法性が主張されているだけで先行行為の効果は否定するものではないと限定的に理解するのは、表面的にすぎるのであろう。先行行為の違法で後行行為が取り消される

には、それなりの法的連関があるからである。ときに、違法性の承継について、「先行行為に違法があれば、後続行為には独自の違法がなくとも、後続行為が違法とされるかという問題である」とか、「いわゆる違法性の承継は、それとは異なり、後続行為に固有の瑕疵がない場合でもその取消を求めうるか否かの問題なのである」と説明されるが、そもそも違法あるいは瑕疵がないのに処分が取り消されるとは考えられない。後続処分にもその適法要件を欠く違法あるいは瑕疵があるから取り消されるのであり、ただその違法あるいは瑕疵が後続処分に「独自の」あるいは「固有の」ものとは言えないというだけである。この点は、先行行為の違法性が後行行為につながる構造において既に検討したところであるが、要するに先行行為が有効であることが後続行為の構成要件に含まれていると解されるからである。そうとすれば、先行行為たとえば賦課処分に独自の違法は後続滞納処分固有の瑕疵ではないにしても、賦課処分がその違法を理由に取り消されあるいは効力を否定された場合、滞納処分の固有の要件である賦課処分の有効なることが欠けることになり、結局滞納処分も取り消されることになるという関連である。それぞれの処分に取消訴訟を起こしてこれを行うということは当然である。

そうすると真に問題なのは、裁判所が本案判決に必要な限りで先決問題判断として先行行為の効果も否定することも、取消訴訟の排他的管轄に言う行政行為の効果の取消にあたるのかである。先決問題としての先行処分についての判断には、中間判決によらない限り、既判力は及ばず、その効力の否定も当該本案との関係で効力がないとして扱われるだけで、処分そのものが取り消されるという意味での効力の否定ではないと解される。このような事象をも取消訴訟の排他的管轄の範囲に含ませるのか否かという行政事件訴訟法の解釈問題なのである。

この問題について、塩野教授は、税の賦課処分を違法として滞納処

分も違法であると主張する例を引いて、「その意味では、処分の効果  
を直接問題とする公定力あるいは取消訴訟の排他的管轄の問題ではな  
い。また、承継を認めるかどうかの判断に際しての利益衡量は、行政  
過程の早期確定にあるのであるから、ここでは、取消訴訟の排他的管  
轄そのものというよりは、取消訴訟の内容となつている出訴期間の制  
度の運用が問題となつている。ただ、この場合には、違法性の承継を  
認め、その違法が認定されると、後行処分が取り消されることになる  
ので、国家賠償の場合と異なり、結局のところは、先行処分の効果は  
無に帰することになる。その意味では、取消訴訟の排他的管轄と無関  
係ではない（従来の判例によると、租税賦課処分と滞納処分について  
は承継は認められず、事業認定と収用裁決には承継が認められるとさ  
れている。）<sup>33</sup>」としてゐる。

教授の説明は、違法性承継に関して通説判例で確立している法状況  
を前提にした観点と学問的に分析検討しようとする観点が混在してい  
るようで、真意が理解しにくくなつてゐる。私には、「取消訴訟の排  
他的管轄の問題ではない」というのであれば、先決問題の審理を制限  
するこれまでに論じられたとは別の根拠が別途挙げられているならと  
もかく、「承継を認めるかどうか」がそもそも問題にならないはずで  
あるし、出訴期間制度を処分に結合できるのも取消訴訟の排他的管轄  
があつて可能となるのであるから、「出訴期間制度の運用」もやはり  
問題にならないはずであらう。しかるにそれらが問題になることを前  
提にした上で、さらに、違法性の承継が認められると、「結局のところ  
は、先行処分の効果は無に帰することになる。その意味では、取消  
訴訟の排他的管轄とは無関係ではない」と結論されてゐることから判  
断すると、塩野教授は、取消訴訟の排他的管轄にいう「法効果の攻撃」  
に処分そのものを取り消す場合だけでなく、先決問題判断として当該  
本案との関係で効力がないとして扱われる場合をも含めて理解すると

の立場にあると推定できよう。あるいは、そこに言う「無関係ではな  
い」とは、取消訴訟の排他的管轄に言うのは「処分効果を直接問題  
とする」（傍点は引用者）場合に限定され、結果的に先行処分の効果  
が無に帰することまでは含まないという関係であるという理解も残さ  
れてゐる。しかしその場合、なぜこのような結果になるのか説明が必  
要であらう。

いずれにせよ、取消訴訟の排他的管轄にいう「法効果の攻撃」の内  
容がどのように理解されるべきか、何らかの論証なり実益なりで根拠  
付けられたわけではない<sup>33</sup>。なお、同様の問題意識から、「公定力」概  
念を「正規の取消手続外で行政行為の効果（傍点は原文）を否定する  
権能」に関わる概念としてのみ用いる限りにおいては、・・・中略・・・  
『違法性の承継』もまた『公定力』の『限界』ないし『例外』ではな  
く、理論的に全く独自の法現象であることになる<sup>34</sup>とする見解がある。  
確かに、判例で定着した違法性承継の法状況を所与とする限り、独自  
の法現象として新たな研究の対象とならう。しかし、物神化された包  
括的公定力論がもたらした実証的根拠のない現象である可能性もある  
う。それを明らかにするには、何よりも、取消制度を定めた実定法に  
依拠した「排他的管轄」論の内容究明が必要である。

#### （四）「行政行為の遮断効果」論と先決問題審理制限

違法性遮断の根拠として、これまで検討してきた従来の根拠論とは  
別に、小早川教授は、「行政行為の遮断効果」を提唱されてゐる。そ  
れは、「本案の請求・抗弁またはその先決問題について、行政庁がす  
でに行政行為（確認行為）により、または行政行為をなす前提として  
認定判断を下している場合に、右の行為の取消がなくても、当事者お  
よび裁判所が、それと異なる主張および判断をなしうるかという問題  
である。これを、以下、行政行為の『遮断効果』の問題と呼ぶことに

しよう」というものである。その際、教授は、「行政行為の実体法的効果の通用力としての公定力が行政行為一般に認められるという現象を、いわゆる——行政行為の効果の通用を否定するについての——『取消訴訟手続の排他性』の反映とする理解が最近有力となっている」としたうえで、取消訴訟手続に排他的に留保される事項の範囲について検討を進め、まず、「行政庁の認定判断の対象とされた事項に関する裁判所の審理を、法が取消訴訟手続に排他的に留保していると解したうえで、その反映として行政行為の遮断効果を一般的に肯定することが許されるかに見える」と問題を設定して、それに回答して、「いわゆる取消訴訟手続の排他性の観念にそこまでの内容を含ませることは、論理の要求するところではない。取消訴訟手続は、……中略……行政行為の効果の通用の有無の問題を取消訴訟手続に排他的に留保することで、最小限度、その存在意義を保障されているのであり、取消訴訟手続が法定されたことの結果として、それ以上のことが必然となるものではないと考えられる」(傍点は引用者)と結論する。教授の遮断効果論は、(二)で見た取消訴訟の排他的管轄での議論と一見異なるところがないようにも見える。しかし精確に見ると内容的に相当な違いがある。まず、排他的管轄に留保されているのは法効果の否定か違法性主張かの議論について、法効果の否定の立場のように窺えるが、そうではなく、法効果の通用の否定につながるあらゆる違法性の主張が遮断されるという見解である。「行政行為の実体法的効果の通用力としての公定力の存在が一般的に肯定される以上、行政行為の遮断効果もその限度では包括的に承認されているとすることができないわけではない。すなわち、ある行政行為の効果の通用の否定が妨げられるということは、当該行為の要件の欠如についてのあらゆる主張——当該行為を違法とする主張——が妨げられることにはかならず、その意味で、いかなる行政行為であれ、当該行為の実体法的効果の通用

の有無が先決問題となるすべての訴訟に対する関係で、遮断効果を認められることにはかならない。問題は、右の限度を越えて遮断効果がそれ以外の訴訟に対しても認められるか否かにある」。そしてこの引用箇所からは、公定力と遮断効は完全に重複する関係にあって公定力とは別に遮断効果を持ち出す必要はなさそうに見える。しかし、それが言えるのは、「当該行為の実体法的効果の通用の有無が先決問題となるすべての訴訟に対する関係」の場合であるが、実は、教授の「行政行為の実体法的効果」は「行政行為によって本来生ずべき効果」に限定されていて、何が本来生ずべき効果は行政行為ごとに厳密に解釈されて得られるべきもので、普通に行政行為の効果と言われてきたものと較べると相当に限定されたものになる。そのため、教授の言う意味での行政行為の実体法的効果の通用の有無が先決問題となる関係とは、そう容易に認められるものではないことになる。その分、行政行為の法効果に関係しないが当該行為の要件欠如が先決関係になる場合が多く出てくることになる。そこには公定力は法効果の否定に関するものであるため働かない、そこで公定力と重複したものでない遮断効果が論じられることになる。そして、遮断効果は、取消訴訟手続の排他性の観念自体からではなく、「行政上の必要と権利救済の要請との機能的な調和の見地から」、「それぞれの場合の関係法規の解釈によって決せられるべきものと」されるのである。

行政行為の公定力のかかる範囲を個別の行政行為ごとに解釈によって得られた「本来の法効果」に限定し、必要な場合に関係法規の解釈によって「遮断効果」を導き出すという考えは、行政行為の公定力で一概に論じられて来た領域に、個々の行政行為ごとにその範囲を限定解釈して真に必要な限りに公定力を限定するということで、公定力論をめぐる学説史に重要な役割を果たしたものであることは、疑いがない。しかし、この学説の当否自体について私には論ずる用意がないが、

この考えによる限り、違法性の承継の問題は、先に検討したように、違法性があるか否か（先決関係があるか否か）に関しても、遮断されるか否かに関してもすべて個別の場合ごとの解釈問題に帰することになってしまふよう思われる。

もっとも、違法性が承継されないことの根拠に小早川教授の「遮断効果」論をとる学説も現れた。ただ、その場合でも、前述の問題性を回避するためか、遮断効果が個々の行政行為ごとに判断される点には賛同しないで、遮断効果を「取消訴訟の排他的管轄と出訴期間を定めた行政事件訴訟法（以下行訴法）のシステムから説明するのが適切である」として、遮断効果は、「行訴法において概括的に決定されている」とする。しかし、これでは、公定力・取消訴訟手続の排他性から行政行為の遮断効果を一般的に肯定することを批判して、それぞれの場合の關係法規の解釈によって決するというところに遮断効果論の眼目があったのであるから、かえって、遮断効果論の意義を没却することになる。

## 注

- (1) 柳瀬良幹「司法裁判所の先決問題審理権」『行政法の基礎理論 第二巻』五三頁以下。
- (2) 雄川一郎「先決問題について（一）」法学協会雑誌六八巻二号二二八頁、同（二）同誌同巻四号三四〇頁以下。
- (3) 宮崎良雄「行政争訟と行政法学」二一四頁以下では「構成要件の効果」とする。なお、小早川光男「先決問題と行政行為」田中二郎先生古稀記念『公法の理論上』三三三頁、注(2)参照。
- (4) 柳瀬・前掲五三頁以下。
- (5) 雄川・前掲（一）三三九頁。
- (6) 宮崎・前掲二三四、二三〇頁参照。
- (7) 雄川・前掲（二）三三九頁。因みに、柳瀬博士、雄川博士らは、「要件効果」、「事実的效果」を行政行為の確定効果(Feststellungswirkung)

あるいは国家行為の一般的拘束力(allgemeine Bindungswirkung)とは区別して議論しており、公定力は後者に関連した概念である。しかるに、小早川教授が、前掲論文三八二頁注(2)において、佐々木博士および柳瀬博士の「要件効果」、雄川博士の「事実的效果」に関して、「準法律行為的行政行為の効果のこのような通用力、すなわち公定力」ととらえているのは疑問である。

- (8) 柳瀬・前掲五七頁参照。
- (9) 雄川・前掲（二）三四〇頁参照。なお小早川教授は、法律行為的行政行為と準法律行為的行政行為を区別して論じながら、事情は同様としてゐる、小早川・前掲三八四頁注(3)参照。
- (10) 塩野宏「行政法Ⅰ第二版」一一七頁、なお、宮崎・前掲二九三頁注(60)参照。
- (11) 柳瀬・前掲四〇頁以下。
- (12) 雄川・前掲（二）三四七頁以下。
- (13) 佐々木惣一『改訂日本行政法論（総論）』六五頁。
- (14) 柳瀬・前掲六五頁。
- (15) 柳瀬・前掲六四頁、雄川・前掲（二）三四六頁、同・ジュリ三〇〇号八六頁、同・行政判例百選（新版）一〇七頁以下、同・行政判例百選Ⅰ（二版）一六五頁以下、宮崎・前掲二八九頁以下。
- (16) 雄川・前掲（二）三五二頁以下。
- (17) ある機関の行った決定に他の機関が組織法上拘束されることの結果として国民もある機関の行った決定に縛られることはあるがこれは事実上の関係である。宮崎・前掲三〇〇頁参照。
- (18) 対外的効果としての公定力議論とは別に、行政組織法上の問題としてある機関の行為に他の機関がどのように拘束されるか、その際、機関とは具体処分ごとに観念されるべきか、それとも同一税務署長なら税務署長として一個のものとして観念されるべきか興味深い問題がある。
- (19) 雄川・前掲（二）三五八頁以下及び三六三頁。
- (20) わが国における包括的公定力論の形成とその批判については、宮崎・前掲一九七頁以下、他に、森田寛二「行政行為の「特殊な効力」雄川・塩野・園部篇『現代行政法大系2』一一七頁以下参照。
- (21) 雄川・前掲（二）三六三頁。
- (22) 藤田宙靖『行政法Ⅰ（総論）第三版』二〇〇頁以下参照。
- (23) 雄川・前掲（一）一一〇頁。

- (24) 雄川・前掲(一)三五八頁。  
 (25) 雄川・前掲(一)三五二頁参照。  
 (26) 宮崎・前掲三三〇頁、田上稜治「行政行為の公定力」『行政法講座第二卷』八九頁以下参照。  
 (27) 塩野・前掲一一七頁参照。  
 (28) 岡田春男「行政行為における違法性の承継」『民商法雑誌一一一巻一頁一頁』「先行行為の取消原因となる違法性が後行為に受け継がれ、後行為の取消原因とされること」。塩野・前掲二〇頁「たとえば、税金の賦課処分があり、引き続き滞納処分があるとすると、賦課処分は一つの独立した行政行為で、これには当然取消訴訟の排他的管轄が及ぶが、さらに、同じく独立の行政行為である滞納処分の取消訴訟において、賦課処分は違法でありしたがって滞納処分も違法であると主張できるか、という形で問題となる」。
- (29) 岡田春男「違法性の承継」『行政判例百選Ⅰ(四版)一九〇頁。  
 (30) 小早川・前掲三八六頁。  
 (31) 塩野・前掲二二〇頁。  
 (32) 塩野・前掲一一八頁参照。  
 (33) 岡田・前掲民商法雑誌一二頁以下は、塩野教授の本文引用箇所の引用に続けて、「この場合、結局のところは先行行為の効果は無に帰することになる。その意味では、公定力とは無関係ではないわけで、ここでも原則として承継が遮断されることとなり」として、先行行為の効果が無に帰することになることを公定力と無関係でないとし、このことが違法性承継が遮断されることの理由のように記しているが、結論をもって結論の理由としているにすぎないといえよう。何故ならば、取消訴訟の排他的管轄という法効果の攻撃の範囲に、先行行為自体が取り消される場合だけでなく、本案との関係で先行行為の効果がないとして扱われるという場合も含めるか否か自体が問題であるのに、後者をも含むとした場合に生ずる結果はその理由にはならないからである。
- (34) 藤田・前掲二〇六頁。  
 (35) 小早川・前掲三八四頁。  
 (36) 小早川・前掲三九三頁。  
 (37) 小早川・前掲三九五頁注(8)。  
 (38) 例えば、課税処分の効果は、税が納付又は強制徴収されることによつ

- て終了し、その後の不当利得返還請求に関係しないと、小早川・前掲三九〇頁参照、なお、藤田・前掲二二〇頁以下参照。  
 (39) 教授の立場からは、課税処分の効果である納税の義務の存否が不当利得返還請求の先決問題となるのではなく、「課税要件の存否が不当利得返還請求に対して先決関係を有する」ことになる、小早川・前掲三九一頁。  
 (40) 小早川・前掲三九四頁。  
 (41) 小早川・前掲三八七頁、「違法性の承継の問題を含めて、行政行為の違法の有無が一定の訴訟において先決問題として審理されるべきか否かを論ずるにあたっては、……中略……一方では、問題となっていく具体的な違法事由すなわち一定の法律要件の存否と、本案請求(または抗弁)とのあいだの実体法上の先決関係の有無の判断が、他方で、それとはべつの手続法的な考慮が、それぞれ必要であると考えられる」。
- (42) 岡田・前掲一二頁以下参照。

### 三. むすび——取消訴訟の排他的管轄論について——

違法性の承継の問題を先行行為の違法が後続行為につながる構造とそれを断ち切る根拠に分けて検討した結果として、差し当たり次のようにまとめることができるだろう。

まず、先行行為の違法は、それ自体であるいは先行行為の有効なことが後続行為の法律要件に定められていると解釈されることによつて、後続行為につながる。その他、先行行為の要件が重複して後続行為の要件にされることにより、あるいは、先行行為の審査義務が後続行為の機関に定められている場合にも先行行為の違法が後続行為につながるように見えるが、要件重複の場合は後続行為自体の違法に他ならず、また審査義務の場合は組織法上の義務であつて後続行為の効果に直接つながるものではないと解すべきであつた。

次に、先行行為の違法を断ち切る根拠については、行政行為自体か

ら理論的に導出される効果であるとするさまざまな見解がかつてあったがそれには十分な根拠がなく、今日では、特別な行政訴訟法が定められているところに実定法上の根拠をもとめ、そこから取消訴訟の排他的管轄を主張する見解が有力となっている。他に、行政訴訟法のか実体法の関係をも加えて関係法規の解釈から遮断効果を主張する見解もみられた。

遮断効果論の立場からは、違法性の承継とは、現行法制度の構造から生ずる必然的現象ではなく、権利救済の必要と行政上の要請との機能的な調和の見地からなされる個別具体的場合の關係法規の解釈論上の現象と性格付けされていた。したがって、違法性の承継が認められる場合の基準があいまいであるとか、根拠付けが不十分であるという従来の違法性承継をめぐる議論の弱点は、問題の性質上止むを得ないことであり、事例ごとに承継が認められるべきか否か（遮断効果が認められるべきか否か）解釈論を展開することが事の性質上当然の課題ということになるであろう。違法性の承継が認められるとされる場合ごとに先行行為と後続行為の内容的關係や救済手続上の特段の事情等を検討してきた従来の研究は、結果的に遮断効果論と極めて親和性を有することになると言えよう。しかし、遮断効果論には、個々の行政行為ごとに「本来生ずべき効果」を限定的に解釈し直すかどうか、その「本来生ずべき効果」に認められる公定力の他必要な場合遮断効果を關係法規から解釈的に導出するというが、それなら従来の公定力とどう違ってくるのか、小早川教授は「言葉の問題」とされるが、實際上未解決のところが多い。より根本的には、公定力には含まれないものとして遮断効果が観念されているのであるから、公定力とは別に実定法上の根拠の説明が必要になるはずであるが、「論理の問題としてではなく、現行取消訴訟手続の制度的な仕組みに対して考慮を払いつつ、行政上の必要と権利救済の要請との機能的な調和の見地

から判断されるべきもの」であり、「いかなる種類の行政行為につき、いかなる種類の請求・抗弁との關係で遮断効果が認められるかは、それぞれの場合の關係法規の解釈によって決せられるべきもの」というのでは、遮断効果のもつ実際の意味の重さを考えると、漠然とし過ぎているように思われる。

次に、取消訴訟の排他的管轄論は、それが行政行為の法効果の否定を意味するものと理解されるかぎり、精確には違法性遮断の根拠とはされていなかった。しかし、違法性の承継が認められると、「結局のところは、先行処分の効果は無に帰することになる。その意味では、取消訴訟の排他的管轄とは無關係ではない」とされていた。行政行為の違法が先決問題になる場合、本案の訴訟要件が満たされていれば先決問題の審理はならん制限なく行われると理解されているかと言うとそうではない。したがって、そこに言う「無關係ではない」とは、先決問題審理との關係で先行処分効果が否定されることも、取消訴訟の排他的管轄に含めるというものと推定されるが、しかしなお、取消訴訟の排他的管轄に言うのは「処分効果を直接問題とする」（傍点）（引用者）場合であって、結果的に先行処分効果が無に帰することまでは含まないということも否定されたわけではない。先決問題としての先行処分についての判断には、既判力は及ばず、その効力の否定も当該本案との關係で効力がないとして扱われるだけで、処分そのものが取り消されるという意味での効力の否定ではない。このような事象をも取消訴訟の排他的管轄の範圍に含ませるのか否かという行政事件訴訟法の解釈問題こそが、違法性承継問題の真の姿であると言えるだろう。

ところで、この問題について見れば、特別な取消訴訟制度が設けられたことは、当初から「論理の問題ではなく」「合目的考慮の結果に外ならない」ことが指摘されていた。この意味で、取消訴訟の排他

的管轄の射程をどこまでと見るか、この制度が設けられた目的等を考慮して議論される必要があったと言えるだろう。しかし実際には、旧来の公定力論を行政事件訴訟法の取消訴訟制度の根拠に据え直したに止まり、その上での内容上の検討は殆ど行われていないかに見える。自己確認説や適法性推定説など公権力優位の過去のドグマから完全に解放されて、現行の取消訴訟制度が設けられていることからどのような内容が導出できるのか純粹に訴訟法の側から検討することが必要である。しかし、それは、違法性承継問題の分析を問題とする本稿の範囲をはるかにこえるものである。本稿のむすびとしては、上述したこれまでの検討結果の要約につぎる。

以下に、取消訴訟の排他的管轄の内容をどのように考えるか、本稿の検討過程で脳裡に浮かんだ問題点を指摘して、今後の課題としたい。第一の問題点は、取消訴訟の排他的管轄論は、法律上明らかに定められている以上の内容を含んではいないかということである。そうした要素のあることは、取消訴訟の排他的管轄論の提唱者である塩野教授自身が「この法律には、買取処分を否定するのはこの取消訴訟だけである、ということはどこにも書いてない。しかし、法律がせっかく取消訴訟制度を用意しているのは、この制度を使うのが便宜であるということとどまらず、訴訟の段階で処分を直接に攻撃できるのはこの訴訟だけであるということを含んでいる、と解するのが素直ではないか。これが、昨今、取消訴訟の排他的管轄と呼ばれているところであるが、これを前提とすると、その取消訴訟以外では裁判所といえども処分の効力を否定できない、という公定力を示す効果が処分に認められることになるのである」として認めている。そこで問題は、「この訴訟だけであるということを含んでいる、と解するのが素直ではないか」という意味が、前述した目的な考慮に基づく実践的な解釈論としてなのか、それとも行政行為の瑕疵論や訴訟法上の原理といった

根拠からして法論理的に必然なことなのか明らかにすることが必要である。いずれの意味であるか、その説明自体重要な問題であるが、その結果が、仮に前者とすれば、国民の権利救済の要請と行政の必要のバランスとして実際上も妥当であるか、実態的検討が必要となる。又仮に後者とすれば、そこでの法論理的結論として、訴訟の段階で「処分を直接に攻撃」する、あるいは「処分の効力を否定」するの觀念に、裁判所が先決問題として判断して本案との関係で効力がないものとして扱うことまで含むことになるのか否か解明されなければならぬ。法令を違憲とする判決の効力に一般的効力説だけでなく個別効力説があり、判決理由に示された先決問題判断は既判力を有しないことなどを想起すれば明らかのように、本案との関係で効力を否定することと処分自体を取り消すことは明らかに別であって同一ではない。およそ処分の効力を争う場合はすべて必ず独立にその処分の取消訴訟を提起せよという意味まで、取消訴訟制度に定められていることにならざるをえないのか、理論的になお検討する必要がある。

次に、「なぜこのような制度がとられたか」について、塩野教授は、「明らかではない。それにはおそらく、模範となったドイツ、プロイセンの制度史に遡らなければならないが、かかる観点からの研究はなされていない。そこで、以下に掲げるのは、一部は現時点における制度機能の分析ということになる」として、「①紛争処理の合理化・単純化機能」「②紛争解決の合理性担保機能」「③他の制度的効果との結合機能」をあげる。ところで、教授の「制度機能の分析」については、次の点に注意しなければいけない。まず、前述した「処分を直接に攻撃できるのはこの訴訟だけであるということを含んでいる」という解釈をとった上での機能の分析であり、別の解釈をとったらこの制度の機能は別様になりうるということである。次に、「制度機能の分析」とされてはいるが、消極的評価につながる機能を有していないかどう

かの検討に言及されておらず、あげられた機能については制度を積極的に評価する内容を含んだ記述になっている。したがって、この制度の機能を文字通り分析し記述しただけのものというよりは、わが国の訴訟法が採用した制度に前述の「素直」な解釈を加えてできあがった取消訴訟の排他的管轄論の有益性を説得する意味を有しているように私には思える。もっとも、公定力あるいは取消訴訟制度をめぐっては、法理論的検討の他、まさに合目的性的の観点からの議論がなされることが必要なことは既に述べた通りである。

そこで、「訴訟の段階で処分を直接に攻撃できるのはこの訴訟だけである」という限定を読み込まないで取消訴訟制度が定められているという法的事実だけを基礎にした解釈が成り立たないか検討することも意味がある。例えば、つぎのような解釈である。処分を取り消すには取消訴訟によらねばならない。これを拡張して、取消訴訟制度を設けた趣旨を没却することになるその他の迂回訴訟は許されないとする解釈である。これによれば、後続処分の取消訴訟で先行処分の効力が先決問題となる場合、別途先行処分の取消訴訟を提起しなくてもかまわない。その際、後続処分の取消を求められた裁判所は、あくまでも後続処分の取消権限機関に止まり、先決問題の審理は本案判断の前提としてのみ行われ、先行処分を取り消すのではないと理解するのである。このような解釈は、既存の取消訴訟制度の機能を混乱させるものであるのか。「①紛争処理の合理化・単純化機能」と「②紛争解決の合理性担保機能」については、殆ど大きな変化を生じさせないであろう。<sup>③</sup>「③他の制度的効果との結合機能」のうち、出訴期間制度は大きな影響を受けることになる。この問題に関しては、次の事が考慮されるべきである。都市開発事業であれ、税の徴収であれ、行政活動はいくつもの手続過程で構成されている。行政活動を段階を追って進めさせることは、行政活動の適正さの確保には不可欠のことであるが、

他面でも、市民の生活感覚から行政活動の単位を捉えるなら、手続過程の段階ごとではなく、事業の区切り単位であろう。例えば、ある地域の区画整理事業とかある年度の税のように具体行政活動ごとの区切りである。それにもかかわらず、行政活動の過程のある決定に処分性が認められる段階があると、かく段階ごとに訴訟を起こさせ、いずれかの段階で出訴が遅れた国民から訴訟を取り上げるのは、行政上の法律関係のもう一方の当事者である国民の側をも考慮した場合、合理性が本当にあるのであろうか。行政事件訴訟法の適用において「処分性」の有無がしばしば問題になる。これは、行政活動を一連の手続過程として構成する際、過程のどの段階の行為に出訴期間制度を働かせて節目にするのか自覚的に実体法は作られていなかった結果と言えるだろう。違法性の承継を特別の場合に限らず認めることによって行政の実際の事業単位で出訴期間を働かせるだけでは行政の要求する法律関係の早期安定に不十分なのであろうか。もしそうした場合現実がどうなるのか、実際の観点からなお充分検討することが必要であろう。

#### 注

- (1) 例えば、「先行行為が独立の行政処分とされて争訟の機会を与えられているのはいわばプラス・アルファである」等の要素を考慮する阿部泰隆行政判例百選Ⅰ(二版) 一七八頁など。
- (2) 小早川・前掲三八七頁参照。
- (3) 小早川・前掲四〇四頁。
- (4) 小早川・前掲三九四頁。
- (5) 前節注(19)参照。
- (6) 塩野・前掲一一七頁。
- (7) 森田寛二「行政行為の公定力論に関する塩野教授の問題提起について(上)」自治研究七三巻一号三二頁は、「『行政行為が介入するとき』の『紛争』を解決する訴訟として、取消訴訟が認められたのは何故か、という問題提起」に「私人は行政行為の取消権をもたない——の」であるから、裁判所が『行政行為を取り消す』という行為をすること



- のできる訴訟を認める必要がある」とする。これは、行政行為を取り消すというためにはその通りであるが、当該処分を取り消す以外の訴訟で処分を何らかに攻撃することができるのもこの訴訟だけであるということまでを意味することになるか、私には不明にしてわからない。私人に取消権がないという実体法上の理由ならば、特別な取消訴訟形態を定めていなかった「日本国憲法の施行に伴う民事訴訟法の応急的措置に関する法律」の下では、私人に行政行為の取消権はなくとも課税処分の違法を理由にその効力のないことを前提にして徴収された税を不当利得返還請求できたのではないか。
- (8) 森田・前掲(下) 自治研究七三巻二号三頁以下は、この問いを「公定力の目的」という項目のもとで扱うことは疑問とし、公定力の目的は「〈取り消す〉という行為の方式とその行為の定立権限の保護(傍点は原文)にある」とする、同一三頁。
- (9) 森田・前掲(上) 自治研究七三巻一号二七頁以下は、これら機能は、行政行為が介在するときの紛争を解決する訴訟として取消訴訟が認められたことの土台的考えとして「体系的整合性をもった筋の『発見』『解明』に至っていないとする。
- (10) 「取消訴訟手続の排他性」の趣旨が合理的か検討した小早川・前掲三九八頁以下参照。