

(b) 拘束力(塩野・I 139～143 頁にいう規律力)

実定法は、裁判所や不服審査庁が「処分」の瑕疵を認める決定を、第三者効を持つ「取消」判決(行訴法 32 条)・「取消」裁決・「取消」決定(行審法 40 条 3 項・48 条)という形式にすることを定めている。これは、行政行為が法的地位を明確に定める機能(明確化機能)の裏面として、瑕疵のある行政行為を明確に統一的に消去する趣旨の形式と解釈できる。

(c) 不可争力(塩野・I 152～154 頁)

実定法は、私人が処分の「取消し」を求められる期間を制限している(行訴法 14 条、行審法 14 条(※))。これは、一定期間経過後は行政行為を「不可争」にすることによって、行政行為が定めた法的地位を、安定させる趣旨の制度である(安定化機能)。

※ 行訴法は、原則として、私人が処分の取消訴訟を提起する前に行政庁に不服申立てを行う必要はないが(「自由選択主義」)、不服審査を経た後でなければ取消訴訟を提起できないと法律が規定している場合は例外となる旨(「不服審査前置主義」)、定めている(8 条 1 項)。しかし現実には、主要な法律が軒並みこうした例外を定めているため(例えば、建築基準法 96 条)、原則と例外が逆転している。そして、法律がこうした例外を定めている場合、不服申立期間の制限は、取消訴訟の出訴期間制限としても機能することになる。

しかし、行政行為の不可争力には、次のような例外がある。

① 行政行為の無効(塩野・I 159～164 頁)

行政行為の違法性が重大な場合、それを是正する期間を制限すると、法治国原理に反するおそれがある。また、出訴期間を制限すると、私人の実体権または裁判を受ける権利の重大で過度な侵害になる場合がある。こうした場合、当該行政行為を「無効」といい、私人は期間の制限なく重大な違法性(無効事由)を主張できると理論上考えられてきた。それに対応して、行訴法 3 条 4 項・36 条も、出訴期間制限のない処分の無効確認訴訟を法定している(行訴法 38 条は無効確認訴訟に 8 条・14 条を準用していない)。

ただ判例上、行政行為が無効になるのは、瑕疵(違法性)が重大かつ明白な場合、とされてきた(重大明白説)。この明白性の意味は、必ずしも明確でない。

－ 行政裁判所と司法裁判所が分かれ(旧憲法 61 条)、かつ、行政裁判所への出訴期間(行政裁判法 22 条一百選Ⅱ巻末掲載)が厳格に制限されていた戦前においては、行政行為の無効は基本的に、民事訴訟において司法裁判所が判断していた(例えば、課税処分の無効を理由とする国に対する不当利得返還請求訴訟)。したがって、行政行為の瑕疵は専門の行政裁判所が判断するという、行政裁判所と司法裁判所の役割分担の原則からの、例外を認めてよいと言えるほど、行政行為の瑕疵が「明白」な場合に限って、司法裁判所が瑕疵の存否を判定できる、と考えられた。しかし、司法裁判所と行政裁判所の区別が廃止された現在では、このような事情はない。

－ 現在では、瑕疵の明白性の要件をむしろ、次のように理解する説が現れている。すなわち、行政行為を信頼した私人によって、またはその他行政行為を基礎にして、事実状

態が形成されている場合において、そうした事実状態の要保護性が(信頼保護または法的安定性の要請)、瑕疵が明白なために、瑕疵の重大性と比較して小さいといえるときに、行政行為を無効と解するのである(塩野・前掲)。

— 判例集 **150 判決**・**151 判決**

② 違法性の承継(塩野・I 148 頁)

行政行為(先行処分)A が適法であることを前提に、他の行政行為(後続処分)B が行われる制度の下で、先行処分に対して取消訴訟を提起せずに、後続処分の取消訴訟において、先行処分に違法性があるからそれを前提にした後続処分にも違法性がある、と主張できる場合を、「違法性の承継」がある、と表現する。逆に、先行処分の違法性は先行処分の取消訴訟において争わなければならないが、後続処分の取消訴訟においては争えない場合を、「違法性の承継」がない、と表現する。よく挙げられる例として、土地収用において事業認定の違法性は収用裁決に承継されるが(→制度の枠組を II 2(1)(d)②を参照して復習すること)、課税処分の違法性は滞納処分に承継されない、といわれる(判例集 152 判決および R2 掲載の判決)。

— 行政訴訟の対象が法律の限定列挙する行政行為に限定されていた戦前には(行政裁判法 15 条、法律第 106 号)、当該行政行為と実体法上の関係が強い先行行為の違法性に限り承継を認めて行政訴訟で争い得ると解されていた。つまり違法性の承継は、裁判で違法性を争い得る行為を画するための概念であった。

— しかし、私人の権利利益に関わる行政機関の行為の違法性は当然に当該私人が裁判で争うことを保障されている戦後において、違法性の承継はむしろ主に、先行行為の違法性をその時点で争わなければならないこととして法的安定を図るか、それとも後続行為の時点でも争えることとして裁判による権利保護を厚くするか、という問題に移行した。こう考えると、違法性の承継は、(i)先行行為と後行行為が内容上または手続上明確に区別され、先行行為の違法を是正する手続を専ら先行行為の段階に組み込むことが強い合理性をもち、逆に、先行行為の違法を後行行為の段階で是正する手続をとることが、行政過程ないし行政手続の全体に著しい混乱をもたらす場合で(マクロの手続の観点)、かつ、(ii)法律が先行行為の段階で、後行行為により現実化する権利利益侵害の程度に見合うだけの手続保障をしており、私人が先行行為をその段階で争うことを強い得るほど十分に実効的な権利保護手続が整備されている場合(ミクロの手続の観点)に、否定されると解される。

— 判例集 **152R3**(民集 63 卷 10 号 2631 頁)にあてはめて考えなさい。また、土地収用の事業認定の違法性が収用裁決に承継される、という従来のテーゼに対しては、近年、事業認定の手続が拡充されたために反対する見解もあるが(判例集 152R1)、その当否も考えなさい。

③ 事後的な事情の変化

行政行為の後に事情が変化した場合、変化した事情を理由に行政行為の撤回などを求め

ることは、取消訴訟の出訴期間を徒過しても可能である(判例集 154 判決)。

－ 訴訟については、判例集 139 判決に挙げられている更正の請求など特別の請求制度がある場合は、行訴法 3 条 6 項 2 号・37 条の 3 の義務付け訴訟、ない場合には、行政行為の撤回を求める行訴法 3 条 6 項 1 号・37 条の 2 の義務付け訴訟を提起できる。この点については、第 2 部を勉強してから復習すること。

(d) 遮断効果(実質的に対応するのは、塩野・I 149～152 頁)

行政行為の規律する法関係以外の行政法関係・民事法関係・刑事法関係において、行政行為による規律を前提にしなければならない場合、つまり、行政行為による規律に抵触する主張が遮断される場合がある。これを行政行為の遮断効果と呼んでおく(※)。

遮断効果の単純な例－法務大臣が外国人に帰化の許可をした場合(国籍法 4 条)、国家公務員を任用する行政庁や民刑事事件を審理する裁判所は、原則としてこの者の日本国籍を否定してはならない。

(※) 小早川光郎「先決問題と行政行為」田中二郎古稀『公法の理論(上)』(1976)の用語法。ただし講義では若干異なる意味で語を用いる。このテーマは、行政法の中で理論的に最も難解なので、すぐに分からなくても悲観するには及ばない。



一般的にいうと、遮断効果は、(i)行政行為およびそれに関する抗告訴訟の手續 a により規律される法関係 A と関係はするが異なる法関係 B を、民事訴訟、刑事訴訟、行政訴訟など他の手續 b により争い得るとすることが、法関係 A を手續 a により規律する趣旨に反し、逆に、法関係 B を手續 b により争い得なくても、法関係 B および手續 b の性質に反しない場合で(マクロの手續ないし法制度間の調節)、かつ、(ii)法関係 B を手續 b により争い得ないことにしても、実効的な権利保護手續の保障に欠けるところがない場合に(ミクロの権利保護手續の観点)、法関係 B を手續 b により争うことが制限される形で認められる。以下、典型的な事例を挙げる。

① 国家賠償

行政行為の違法を理由とする国家賠償請求(国や地方公共団体に対する金銭の請求)は、行政行為自体の規律する法律関係(例えば営業許可であれば、当該営業をしない義務 or 当該営業を行う自由)とは完全に異なるので、行政行為の遮断効果を受けない。つまり国家賠償請求は、出訴期間内に行政行為の取消訴訟を提起しなくても、認められる。

－ ただし遮断効果の問題とは別に、取消訴訟など「直接権利を防衛する手段を使って

損害を回避することを、故意または過失により怠った」ために発生した損害は賠償しない、という場合に、国家賠償の要件を制限することが考えられる(ドイツ法)。日本でも、こうした考え方をとるような判決がある(最判昭和 57・2・23 民集 36 卷 2 号 154 頁——不動産の強制競売事件における執行裁判所の処分)。しかし、この判決の射程は限定されており(「権利関係の外形に依拠して行われる」という「執行手続の性質」による)、一般の行政行為には及ばない、つまり、一般の行政行為についてはドイツ法のように国家賠償請求の要件は制限されていない、と解するのが通説である(塩野・II 310 頁。行政判例百選 233)。

— また、課税処分や社会保障給付拒否決定のように、行政行為の規律する法関係が金銭債権の場合には、行政行為の違法を理由とする国家賠償請求の一部と内容が実質的に重なるため、行政行為の遮断効果により国家賠償請求が一部排除される、つまり、出訴期間内に取消訴訟を提起しなければ国家賠償請求が一部認められなくなる、と考える余地がある。しかし、最判平成 22・6・3 民集 64 卷 4 号 1010 頁(固定資産税の事案)は、国家賠償請求は取消訴訟等の手続を経なくても可能であるとした。

② 民事法関係

(i) 行政行為による規律と全面的に矛盾対立する民事法上の請求は、遮断効果により原則として認められない。

— しかし、判例集 153 判決は、X・Y を同順位の扶助料受給権者とする恩給裁定は、Y が X に対し扶助料の分与を認めない主張を遮断しないとして、遮断効果(後述する「公定力」という用語を用いている)を認めていない。

(ii) 逆に、行政行為による規律と重なっているように見えても、論理的には区別される民事法上の請求は、行政行為の遮断効果を受けない。例えば、原子炉設置許可は、原子炉等規制法上、原子炉の設置が許容される旨の規律を行うものに留まるので、近隣住民が事業者に対し民事法に基づき原子炉の設置・稼働の差止めを請求することは、行政行為(許可)による規律と矛盾対立せず、許可を取消訴訟等で争わなくても可能である(実際そのような訴訟が提起され、本案判決が下されている。→II 3(2)(c)②(ア))。

— ただし立法論として、許可の手続を拡充した上で、許可があると民事差止請求が排除される旨を特別に法定することは考えられる(ドイツ法)。

(iii) 個別の状況ごとに判断を要し難しいのは、民事法上の請求が、行政行為による規律と部分的に矛盾対立する場合である。

— 判例集 153 判決 Reference1、判例集 120 判決

③ 刑事法関係(違法の抗弁)

下命・禁止や許認可の拒否処分等の行政行為に違反する私人の行為に対しては、刑事罰が規定されている場合が多い(→5。普通、個別行政法規の末尾にまとめて規定されている)。こうした規定により刑事訴追された者が、刑事手続において行政行為の違法を主張して(こ

れを「違法の抗弁」という)、処罰を免れることができるか、逆にいえば、刑事手続における違法の抗弁が行政行為の遮断効果により排除されるか、という問題がある。違法の抗弁を認めると、行政行為の規律・拘束力が全面的に否定されるわけではないが、行政行為による規律・拘束力を法的に保障する重要な制裁(の一つ)が否定されることにはなる。

違法の抗弁は、(i)私人の行為が行政法規の保護法益を侵害する危険性が低い等、私人の行為の可罰性が低い場合、または、(ii)私人が行政行為の取消訴訟を提起すること、および仮の救済を求めることが、不可能あるいは期待できない等、刑事手続で違法の抗弁を認めないと私人の手続保障に欠ける場合などに、認めることが考えられる。

— 判例集 155 判決 R、判例集 155 判決

(e) いわゆる「公定力」、取消訴訟の排他的所管(管轄)

行政行為の(c)および(d)の効力の根拠として、伝統的には行政行為の「公定力」が観念されてきた。公定力は、行政行為が取消権限のある機関(裁判所等)により取り消されない限り、行政行為に「拘束力あることの承認を強要する力で……総ての官庁及び人民に対して生ずるもの」(美濃部『日本行政法上巻』(1936)257頁)、行政行為の「規律を関係者に対して通用せしめる力」、「一定の規律をなすことを是とした行政庁の判断が、それと異なる他の関係者の判断に優先」という効力(小早川・行政法上 268頁以下)、と定義される。

もっとも、現在の多くの学説は「公定力」を、行政行為に対する異議の排除ではなく、異議の手続の限定、つまり、私人が行政行為の違法を争うには、原則として専ら取消訴訟によるものとする制度(「取消訴訟の排他的管轄(所管)」)として説明する(塩野・I 144~147頁)。

(f) 執行力(塩野・I 154~156頁)

行政機関が自ら強制執行を行う場合には、前提として私人の義務を定める行政行為が必要である。逆に、行政行為で定められた義務は、当然に行政機関が強制執行できるわけではない(法律の根拠を要する。→1(3)(e)②、後述 5)。

(g) 不可変更力、実質的確定力(塩野・I 156~157頁)

行政庁が自ら行った行政行為を後で取消ないし変更してはならない場合、行政行為は不可変更力を持つ、という。また、行政行為を行った行政庁のみならず、その他の行政庁や裁判所などの国家機関が、行政行為を取消ないし変更してはならないのみならず、その他行政行為の規律に抵触する判断をしてはならない場合、行政行為は実質的確定力を持つ、という。

不可変更力、実質的確定力は、当該行政行為の制度自体ないし手続自体の趣旨を根拠とするものを指す。したがって、(i)私人が行政行為に対し不服を主張する手続の制限は、不可争力・遮断効果等の問題であり、不可変更力、実質的確定力とは別々に考えなければならない。(ii)職権取消しや撤回権を制限する根拠となる(→(5))、信頼保護や法的安定性の要請も、不可変更力、実質的確定力とは別々に考えなければならない。

結局、不可変更力、実質的確定力が認められるのは、行政不服審査法上の裁決・決定な

ど、争訟を裁断する目的の行政行為である、と解する説が有力である。もっとも、こうした行政行為全てに不可変力、実質的確定力を認めることには、反対もある(行政判例百選 68・69 の判決および解説を参照)。

○ 最判平成 22・6・3

国家賠償法 1 条 1 項は、「国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員が、その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、これを賠償する責に任ずる。」と定めており、地方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背して当該国民に損害を加えたときは、当該地方公共団体がこれを賠償する責任を負う。前記のとおり、地方税法は、固定資産評価審査委員会に審査を申し出ることができる事項について不服がある固定資産税等の納税者は、同委員会に対する審査の申出及びその決定に対する取消しの訴えによってのみ争うことができる旨を規定するが、同規定は、固定資産課税台帳に登録された価格自体の修正を求める手続に関するものであって(435条1項参照)、当該価格の決定が公務員の職務上の法的義務に違背してされた場合における国家賠償責任を否定する根拠となるものではない。

原審は、国家賠償法に基づいて固定資産税等の過納金相当額に係る損害賠償請求を許容することは課税処分の公定力を実質的に否定することになり妥当ではないともいうが、行政処分が違法であることを理由として国家賠償請求をするについては、あらかじめ当該行政処分について取消し又は無効確認の判決を得なければならないものではない([百選 233]参照)。このことは、当該行政処分が金銭を納付させることを直接の目的としており、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、結果的に当該行政処分を取消した場合と同様の経済的効果が得られるという場合であっても異なるというべきである。

そして、他に、違法な固定資産の価格の決定等によって損害を受けた納税者が国家賠償請求を行うことを否定する根拠となる規定等は見いだし難い。

したがって、たとえ固定資産の価格の決定及びこれに基づく固定資産税等の賦課決定に無効事由が認められない場合であっても、公務員が納税者に対する職務上の法的義務に違背して当該固定資産の価格ないし固定資産税等の税額を過大に決定したときは、これによって損害を被った当該納税者は、地方税法 432 条 1 項本文に基づく審査の申出及び同法 434 条 1 項に基づく取消訴訟等の手続を経るまでもなく、国家賠償請求を行い得るものと解すべきである。

(宮川光治裁判官の補足意見)

行政救済制度としては、違法な行政行為の効力を争いその取消し等を求めるものとして行政上の不服申立手続及び抗告訴訟があり、違法な公権力の行使の結果生じた損害をてん補するものとして国家賠償法 1 条 1 項による国家賠償請求がある。両者はその目的・要件・効果を異にしており、別個独立の手段として、あいまって行政救済を完全なものとしていると理解することができる。後者は、憲法 17 条を淵源とする制度であって歴史的意義を有し、被害者を実効的に救済する機能のみならず制裁的機能及び将来の違法行為を抑止するという機能を有している。このように公務員の不法行為について国又は公共団体が損害賠償責任を負うという憲法上の原則及び国家賠償請求が果たすべき機能をも考えると、違法な行政処分により

被った損害について国家賠償請求をするに際しては、あらかじめ当該行政処分についての取消し又は無効確認の判決を得なければならないものではないというべきである。この理は、金銭の徴収や給付を目的とする行政処分についても同じであって、これらについてのみ、法律関係を早期に安定させる利益を優先させなければならないという理由はない。原審は、前記のとおり、固定資産税等の賦課決定のような行政処分については、過納金相当額を損害とする国家賠償請求を許容すると、実質的に課税処分の取消訴訟と同一の効果を生じさせることとなって、課税処分等の不服申立方法・期間を制限した趣旨を潜脱することになり、課税処分の公定力をも否定することになる等として、課税処分に無効原因がない場合は、それが適法に取り消されない限り、国家賠償請求をすることは許されないとしている。しかしながら、効果を同じくするのは課税処分が金銭の徴収を目的とする行政処分であるからにすぎず、課税処分の公定力と整合させるために法律上の根拠なくそのように異なった取扱いをすることは、相当でないと思われる。

(金築誠志裁判官の補足意見)

1 行政処分が違法であることを理由とする取消訴訟と、違法な行政処分により損害を受けたことを理由とする国家賠償訴訟とは、制度の趣旨・目的を異にし、公定力も処分要件の存否までは及ばないから、一般的には、取消判決を経なければ国家賠償訴訟を提起できないとか、取消訴訟の出訴期間を徒過したときはもはや国家賠償請求はできないなどと解すべき理由はない。しかし、課税処分のように、行政目的が専ら金銭の徴収に係り、その違法を理由とする取消訴訟と国家賠償訴訟の勝訴判決の効果が実質的に変わらない行政処分については、取消しを経ないで課税額を損害とする国家賠償請求を認めると、不服申立前置の意義が失われるおそれがあるばかりでなく、国家賠償訴訟を提起することができる間は実質的に取消訴訟を提起することができるのと同様になって、取消訴訟の出訴期間を定めた意味がなくなってしまうのではないかという問題点があることは否定できない。

このうち不服申立前置との関係については、固定資産の価格評価は、法的な側面、経済的な側面、技術的な側面等、専門的判断を要する部分が多く、専門的・中立的機関によって審査するにふさわしい事柄であり、また、大量の同種処分が行われるものであるから、固定資産評価審査委員会の審査に強い効力を与えて、その早期確定を図ることは合理的と考えられ、国家賠償訴訟によって同委員会の審査が潜脱されてしまうのは不当であるように見える。しかし、こうした問題は、取消訴訟に前置される他の不服申立てに係る審査機関にも多かれ少なかれ共通するものであり、同委員会を特に他の不服申立てに係る審査機関と区別するだけの理由はないし、固定資産課税台帳に登録された価格の修正を求める手続限りの不服申立前置であっても制度的意義を失うものではないから、不服申立てを経ない国家賠償請求を否定する十分な理由になるとはいえない。特に、賦課課税方式を採用する固定資産税等の場合、申告納税方式と異なり、納税者にとってその税額計算の基礎となる登録価格の評価が過大であるか否かは直ちには判明しない場合も多いと考えられるところ、前記のとおり、審査の申出は比較的短期間の間に行わなければならないものとされているため、上記期間の経過後は国家賠償訴訟による損害の回復も求め得ないというのでは、納税者にとっていささか酷というべきである。本件各決定のように、市町村内の他の家屋の登録価格等を参照することができるような手続(地方税法416条1項)が設けられていなかった時期に賦課されたものに関してはおさらである。

2 取消しを経ないで課税額を損害とする国家賠償請求を認めると、取消訴訟の出訴期間を延長したのと同様の結果になるかどうかは、取消しと国家賠償との間で、認容される要件に実質的な差異があるかどうかの問題である。

(1) まず、国家賠償においては、取消しと異なり故意過失が要求され、また、その違法性判断について当裁判所の判例([百選 221]等)はいわゆる職務行為基準説を採っているから、この点でも要件に差異があることになる。もっとも、こうした要件上の差異が、實際上どの程度の結果の違いをもたらし得るかについては、見方の分かれるところかもしれない。しかし、取消しが認められても国家賠償は認められない場合があり得るということだけは、間違いなくいい得る。

(2) 固定資産税の課税物件は膨大な数に上り、その調査資料を長期にわたって保存しておくことが困難な場合もあるのではないかとと思われるので、課税処分から長期間が経過しても国家賠償請求ができるとした場合、立証責任の問題は、より重要かもしれない。

課税処分の取消訴訟においては、原則的に、課税要件を充足する事実を課税主体側で立証する責任があると解すべきであるから、本件固定資産税についても、一般用倉庫として経年減点補正率を適用して評価課税する以上、本件倉庫が冷凍倉庫用のものでなく、一般用のものであることについて、課税主体である被上告人側に立証責任があることになる。これに対し、国家賠償訴訟においては、違法性を積極的に根拠付ける事実については請求者側に立証責任があるから、本件倉庫が一般用のものでなく、冷凍倉庫用のものであることを請求者である上告人側が立証しなければならないと解される。上告人側が同事実を立証することは、損害額を明らかにするためにも必要である。立証責任について、課税処分一般におおむねこうした分配振りになるとすれば、課税処分から長期間が経過した後に国家賠償訴訟が提起されたとしても、課税主体側が立証上困難な立場に置かれるという事態は生じないと思われる。

3 以上のとおり、取消しを経ないで課税額を損害とする国家賠償請求を認めたとしても、不服申立前置の意義が失われるものではなく、取消訴訟の出訴期間を定めた意義が没却されてしまうという事態にもならないものとする。

○ 建築基準法

(不服申立て)

第 94 条 建築基準法令の規定による特定行政庁、建築主事若しくは建築監視員又は指定確認検査機関の処分又はこれに係る不作為に不服がある者は、行政不服審査法第 3 条第 2 項に規定する処分庁又は不作為庁が、特定行政庁、建築主事又は建築監視員である場合にあつては当該市町村又は都道府県の建築審査会に、指定確認検査機関である場合にあつては当該処分又は不作為に係る建築物又は工作物について第 6 条第 1 項(……)の規定による確認をする権限を有する建築主事が置かれた市町村又は都道府県の建築審査会に対して審査請求をすることができる。(2 項以下略)

(審査請求と訴訟との関係)

第 96 条 第 94 条第 1 項に規定する処分の取消しの訴えは、当該処分についての審査請求に対する建築審査会の裁決を経た後でなければ、提起することができない。

第98条 次の各号のいずれかに該当する者は、3年以下の懲役又は300万円以下の罰金に処する。

一 第9条第1項又は第10項前段（……）の規定による特定行政庁又は建築監視員の命令に違反した者
(2号以下・2項略)

第99条 次の各号のいずれかに該当する者は、1年以下の懲役又は100万円以下の罰金に処する。

一 第6条第1項（……）、第7条の6第1項（……）又は第68条の19第2項（……）の規定に違反した者
(2号以下・2項略)