

## 行政行為の遮断効

——「違法性の承継」問題を手掛かりに

高 木 英 行

### 第一章 はじめに

行政行為（行政処分）はたとえ違法であっても、原則として、取消訴訟を通じ取消されない限り有効であり続ける（行政事件訴訟法「以下「行訴法」」三条<sup>①</sup>）。行政法総論で言う「行政行為の公定力」であり、行政救済法で言う「取消訴訟の排他的管轄」<sup>②</sup>である。また取消訴訟は、原則として、違法な行政行為を受けたことを知った日から六カ月以内に提起せねばならず、それを過ぎるともはや争えない（行訴法一四条）。同じく「行政行為の不可争力」であり、「取消訴訟の出訴期間」である。

かかる行政行為の「特殊な効力」としての公定力・不可争力、ないしは、取消訴訟の「制度的効果」としての排他的管轄・出訴期間（以下適宜「公定力（排他的管轄）」・「不可争力（出訴期間）」と記す<sup>③</sup>）に関わって、「違法性の承継」問題がある。「先行行政行為」の違法性を——通常その取消訴訟の出訴期間が徒過した段階での——「後続行

「政行為」取消訴訟の中で主張しうるか否かという解釈問題である。<sup>(4)</sup> 最判平成二十一年二月一七日（民集六三卷一〇号二六三二頁…「二十一年最判」）<sup>(5)</sup> は、最高裁として初めて違法性の承継を正面から「肯定」した。<sup>(6)</sup>

学説では違法性の承継が例外的に肯定されるための判断基準を中心に、議論が活発に展開してきている。<sup>(7)</sup> 他方で違法性の承継が原則として否定される論拠<sup>(8)</sup> に関しては、さほど議論が深められてきていない。もちろん救済の成否に直結するという意味での解釈論的実益からすれば、判断基準に焦点が置かれることも妥当ではある。<sup>(9)</sup> しかし違法性の承継を、公定力（排他的管轄）・不可争力（出訴期間）との関係でいかに理解するかといった理論的な考察も必要となってきたのではないか。

そこで本稿では、違法性の承継が原則として否定される論拠に着目して考察し、またこの考察を手掛かりに、公定力（排他的管轄）・不可争力（出訴期間）両概念に係る再検討の余地を模索する。以下公定力説（第二章）、遮断効果説（第三章）、不可争力説（第四章）と学説展開を検討する。これら一連の検討を通じて、公定力（排他的管轄）・不可争力（出訴期間）に共通する「遮断効」のありようを浮き彫りにする。さいごに若干の概念整理を試み、今後の研究課題を指摘する（第五章）。

## 第二章 公定力説

伝統的に違法性の承継否定の論拠として公定力が挙げられてきた。本章では戦前戦後のこの公定力説の推移を検討する。

## 第一節 戦前

美濃部達吉氏<sup>(10)</sup>は、「数個の行為が相連続して一の手続をなし、その結合によってその目的たる特定の法律的效果を発生する場合と、数個の行為が各々別個の目的を有し、たとえその効果において相関連するとしても、各個の行為が独立にその効果を生ずる場合」を区別し、前者では違法性の承継を認めるべきだが、後者では「その行為〔高木注・後行行為〕自身の適法性を争いうるにとどまり、その他の行為〔同注・前行行為〕は公定力をもって効力が確定しているものであるから、行政裁判所もその行為〔同注・前行行為〕の適法性を審理する権限なく、したがって他の行為〔同注・前行行為〕の違法なることをもって、行政訴訟の理由となしうべきものではない。」として、違法性の承継を否定する。

ここで美濃部説は、今日の違法性の承継に係る通説的判断基準（以下「同一性基準」）を提示する一方、原則否定の論拠として公定力を持ち出す<sup>(12)</sup>。ただし美濃部氏は、「国家意思の優越性<sup>(13)</sup>」とそれに基づく「適法性の推定」の考えを媒介に<sup>(14)</sup>、行政行為のみならずそれ以外の行政庁の活動にも公定力を認めるのだから<sup>(15)</sup>、今日の公定力概念と射程が異なる<sup>(16)</sup>。また美濃部説は、司法裁判所・行政裁判所という二元的裁判所制度（大日本帝国憲法六一条<sup>(17)</sup>）並びに出訴事項の制限列举主義（行政裁判法一五条、明治三三年法律一〇六号、行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件<sup>(18)</sup>）の下での議論であって、今日の違法性の承継論と前提も異なる<sup>(19)</sup>。

## 第二節 戦後

田中二郎氏は、行政行為を、「行政庁が、法に基き、公権力の行使として、人民に対し、具体的な事実に関し法律的規制をなす行為<sup>(20)</sup>」と定義し、私法行為と比較したその性質を「実定行政法秩序全体の構造」に求める<sup>(21)</sup>。その性

質の中でも「公定力」は、「行政行為が違法の行為であるに拘らず、権限ある機関による取消のあるまで、一応、適法の推定を受け、相手方はもちろん、第三者も国家機関も、その効力を否定することを得ない効力」<sup>(22)</sup>である。

他方で違法性の承継につきいわく。「相連続する二以上の行為が結合して一の法律的效果の発生をめざしている場合（例えば買収計画の決定と買収処分、滞納処分としての財産の差押と公売処分等々）には、違法性の承継を認めるべきであり、各行為がそれぞれ一応別個の法律的效果の発生を目的とする独立の行為である場合（例えば町村議会における歳入出予算の議決とこれに必要な町村税の賦課、租税賦課と租税の滞納処分との間）には、先行行為の違法性の承継は認められないと解すべきである。」<sup>(23)</sup>

このように田中説は、美濃部説の同一性基準を踏襲する一方、原則否定の論拠に関しては詳らかではない。美濃部説同様「公定力」を念頭に置くと推察されるが、そうだとすると両説間での公定力の用語法や説明の相違、また戦前戦後の裁判制度の相違——二元的裁判所制度を廃止する日本国憲法七六条や、出訴事項に関し一般概括主義を採用する行政事件訴訟特例法の制定等——を踏まえ、いかなる議論の相違が生じうるのか疑問も浮かぶ。<sup>(24)</sup>

### 第三節 小括

以上美濃部説から田中説へと学説の継承過程を中心に、違法性の承継否定の論拠としての公定力説の展開をみてきたが、今日でも同説は根強い。<sup>(26)</sup> 例えば櫻井敬子・橋本博之両氏は、「後続処分において先行処分の違法性を主張することが遮断されないとすると、違法性が後続行為に承継され、先行処分の公定力が実質的に否定されてしまう」<sup>(27)</sup>と指摘する。しかし問題は、「実質的に」否定されることの意味である。また兼子仁氏は、「『違法性の承継』が認められない限り、取消争訟期間を過ぎた営業停止処分の適法性とその効果を、許可取消処分の取消訴訟におい

て争うことは、先行処分 of 公定力に反する。」と指摘する<sup>(28)</sup>。しかし問題は、公定力により違法性の主張までも禁じられるのかとともに、<sup>(29)</sup>違法性の承継否定の論拠として不可争力（出訴期間）と公定力（排他的管轄）との関係をどのように考えるかである。以下これらの点にも留意し、公定力説以外の学説を検討していく。

### 第三章 遮断効果説

違法性の承継否定の論拠として、公定力説の課題点を明らかにしつつ登場してきたのが、小早川光郎氏の「遮断効果」説である<sup>(30)</sup>。本章では同説の展開を検討する。

#### 第一節 公定力と遮断効果

小早川氏は、「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」を「行政行為の『遮断効果』」問題と呼び、その具体例として違法性の承継問題を挙げ、「実体法上の先決関係の有無」と「手続法的な考慮」に基づく判断基準を提示する<sup>(32)</sup>。

また違法性の承継否定の論拠につき、「滞納処分に対する訴訟において課税要件の誤認が原則として滞納処分の違法事由にならないということは、課税処分の本来の効果をのちの訴訟において通用せしめる公定力とは別個の、課税要件の存否の主張に関する遮断効果が課税処分に結びつけられている」<sup>(33)</sup>結果と解すべきで、一般に「行政行為には、その具体的効果の通用力としての公定力のほかに、そこで行政庁によって下された認定判断についての遮断効果をも認めることに合理性の認められる場合があり、また、現在通用している解釈論でも、このような遮断効果

の承認されている場合がある。」と指摘する。<sup>(34)</sup>

このように小早川説は、同一性基準とは異なる判断基準を提示するとともに、違法性の承継否定の論拠も公定力ではなく遮断効果に見出す。そして同説は、「取消訴訟手続の排他性」が「行政行為の遮断効果の一般的承認をも帰結する」論理必然性はなく、遮断効果の有無は「現行取消訴訟手続の制度的な仕組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」で、「いかなる種類の行政行為につき、いかなる種類の請求・抗弁との関係で遮断効果が認められるかは、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」と主張する。<sup>(35)</sup> 例えば課税処分につき違法性の承継が認められない理由は、「課税要件の存否に関する争の早期確定と滞納処分手続の安定を考慮して、滞納処分取消訴訟においては」、「実体法上先決関係があっても「課税要件不存在の主張をもちや許さないとする政策的選択」が採られている結果にある。<sup>(36)</sup>

こうして同氏は、「取消訴訟手続の排他性」に由来する公定力と、関係法規をも踏まえ「個別的に追求していくことが必要」な遮断効果<sup>(37)</sup>とを区別する。ただし同氏は、「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、両者が重なる余地を認めていく。<sup>(38)</sup> 「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ほかならず、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ほかならない。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。」<sup>(39)</sup>

以上の分析を踏まえ同氏は、「一方で、学説判例上一般的に認められている公定力が、行政行為の厳密な意味に

おける法律効果の通用力以上のものではないことを明確にすると同時に、他方、機能的にそれを補うものとしての行政行為の遮断効果を、公定力とは別個のものとして観念し、その有無および範囲を先決問題の種類ごとに検討していく必要があると考える。そのような区別を認識したうえで、この遮断効果をも公定力の内容ないし効果に含ましめるか否かは、もとよりことばの問題というべき<sup>(40)</sup>と指摘する。

かくして小早川説の意義は、従来「公定力の範囲」の問題として、公定力に従属して論じられてきた違法主張に関わる問題部分を取り出し、それを「遮断効果」として新たに構成し直した点にあると言えよう。次節では小早川説を受けた学説展開をみていく。

## 第二節 公定力の概念規定

高野修氏<sup>(41)</sup>は、取消訴訟の排他的管轄が「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」問題提起した上で、「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すると、違法性の承継の問題は、その内容のとらえ方によつては、取消訴訟の排他的管轄の問題ではない」との理解の余地を指摘する。しかし同氏はこの限定的な理解を「表面的にすぎない」とし、違法性の承継問題が、「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を否定すること」「をも取消訴訟の排他的管轄の範囲に含ませるのか否か」といった行訴法の解釈問題であるとする。

その上で同氏は、小早川説が、「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」見解で、「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』考えと分析する。<sup>(42)</sup>

つぎに藤田宙靖氏は、公定力を「正規の取消手続外で行政行為の効果을否定する権能」に関わる概念と解する限り、「違法性の承継」は「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」と指摘する。そこでこの場合に問題となる、取消制度の排他性の効果に関しては、「公定力」とは別の名称を与える必要が生じ」るが、小早川説は「行政行為の遮断効果」という言葉を与えんとする。そして藤田氏も、「行政行為をめぐる様々な法的効果についてその相互の理論的な関係をできる限り明確にするため」、「公定力」の概念に関してもその輪郭をできるだけ明確にした方が望ましい。」との問題意識に立ち、以下の整理を提案する。

「i) 行政行為の違法性、一般でなく、効果の有権的認定のみに関わる概念であつて、かつ、ii) 行政行為の実体的効果が及ぶ範囲内でのもの、という、最狭義の公定力概念を、一応明確に確立しておく必要がある」。「但し、この意味での公定力概念には入らないような『取消制度の排他性』の効果の場合でも、それらが法解釈論上認められる理由は、行政庁の事実認定・法的判断等を他の国家機関等は二応尊重するのが合理的である、という実践的な判断によるのであつて、この点において右の最狭義の公定力概念とさしあつての共通性を持つことは疑い無いから、この点に重点を置く限り、右のような最狭義の公定力概念と並び、『取消制度の排他性』の効果一般を広く含めた広義の公定力概念を用いることにも(右の理論的關係が明確にされている限り)、それなりの合理的な理由が認められる」。<sup>(44)</sup>

かくして小早川説を受け学説では、法効果の取消しを阻害する意味での公定力と違法主張を認めない意味での遮断効果との区別を明らかにする一方、<sup>(45)</sup>狭義・広義等の概念規定を通じて遮断効果を再び公定力概念へ統合する議論も展開されてきている。そして近時小早川氏も関連していわく。「筆者は、かつて、これ〔高木注・課税処分に係る

「不当利得返還請求が認められないこと」を狭義の「公定力」とは別の「遮断効果」の問題であるとし、それについて一定の考察を加えたことがある。「本稿においても、課税処分等の「遮断効果」に関するそこでの考察が前提とされている。ただし、用語としては、それを広い意味での「公定力」の問題として語ることは可能であり、本稿もこの用語法によっている。<sup>(46)</sup>

### 第三節 規律Ⅱ拘束的言明

さて太田匡彦氏は、<sup>(47)</sup>「行政行為の「規律」を、関係行政庁や利害関係のある私人を拘束する「言明」と理解する。ただし「拘束」といっても、正当な理由なくその言明を取り消してはならない「破棄禁止」要請と、その言明の内容と矛盾する行動を取ってはならない「逸脱禁止」要請とがある。<sup>(48)</sup>前者は「なされた規律の存続」、後者は「なされた規律の内容」に関わる要請で、両者は「関連するものの一応は別個」という。

同氏は、従来学説が「規律Ⅱ拘束的言明」につき両要請を区別せず公定力から基礎づけてきたとし、<sup>(49)</sup>「行政行為を予定する法的仕組み」によりその拘束が基礎づけられる「規律力または拘束力」と「取消訴訟の排他的管轄に基礎づけられる公定力」とを区別する方がより精緻な分析が可能となるとして、「逸脱禁止要請は拘束力（規律力）によって実現されると考え、公定力により保障されるべき要請を、行政行為それ自体の存続、すなわち破棄禁止要請の実現に限定することで、両者を明確に区別し独立に考えるべき」と主張する。<sup>(50)</sup>

以上両要請論は、公定力と遮断効果をめぐる議論とも内容上重なる部分があるようにも思われるが、この点に関しては、行政行為による規律の意義と相まって、今後の検討課題としたい。ともあれ両要請論を踏まえ、違法性の承継をいかに論ずるのかについて、太田氏は「他日を期す」として考察を留保している。<sup>(51)</sup>

もつとも同氏執筆の別の文献<sup>(52)</sup>では、「違法性の承継の問題は、先行する行政処分<sup>(53)</sup>の効力を否定するための手段として出訴期間制限を伴う取消争訟手続の利用が強制されている点にその原因を持っている。」とする一方、具体的にその原因を「取消訴訟の排他的管轄（公定力）の拡張の問題と理解するか、出訴期間制限（不可争力）の問題として理解するかについて争いがあるが」、「本稿は立ち入らない。」としている<sup>(53)</sup>。

#### 第四節 小括

以上本章では、違法性の承継否定の論拠をめぐって遮断効果説を中心に検討したが、その中で（公定力との関係）理解が問題点として浮き彫りになった。そしてこの点を考えるに当たっては、二二年最判の調査官解説における、倉地康弘氏による、学説を俯瞰した上での次の指摘が参考になる<sup>(54)</sup>。「確かに後続処分取消訴訟において原告が主張するのは先行処分の違法性にすぎず、その効力を否定するのでもその取消しを求めるのでもない。違法性の承継の有無は公定力（取消訴訟の排他的管轄ともいわれる。）によって説明できる問題ではないというのが現在の学説の共通の理解である。また、公定力が根拠になるとすれば違法性の承継は一切否定されるはずであり、一定の範囲で承継を肯定する田中基準「高木注・同一性基準」と矛盾する。」

ここでは、公定力という用語でもって、前の下線部分では法効果の覆滅を遮断する作用、すなわち小早川説で言う公定力、また藤田説で言う最狭義の公定力が、後の下線部分では違法主張を遮断する作用、すなわち小早川説で言う遮断効果<sup>(55)</sup>、また藤田説で言う広義の公定力が念頭に置かれているということなのだろうか。あるいは後の下線部分では、「適法性の推定」を前提とする旧来の公定力観を念頭に置くもので、その限りで現在の学説の到達水準<sup>(56)</sup>に立つ前の下線部分とは異なる概念なのだろうか<sup>(58)</sup>。もつともこのような不明確さの一因は、これまでの学説の展開

にもあるように思われる(なお田中基準との矛盾云々に関しては第四章第三節で検討する)。

確かに、公定力と遮断効果の関係について、小早川説以降、概念的な明確化が進んできた。しかしそれでも、両関係について、公定力と不可争力との関係のように並立しうるのか、<sup>(59)</sup>それとも公定力の一部として遮断効果が位置づけられるのか、狭義・広義等の形式的な概念規定——ありていに言えば「ことばの問題」——を超えて十分に議論されてきたのか疑問がある。<sup>(60)(61)</sup>また太田説では、違法性の承継否定の論拠について、両要請論との関連での検討はさておき、少なくとも公定力に帰するか不可争力に帰するかが曖昧であった。<sup>(62)</sup>もともと筆者は、後者の「公定力か不可争力かの曖昧さ」の中にこそ、前者の「公定力と遮断効果との違い」を理解する「鍵」があるのではないかと考える。

そこで以下では、「公定力」、「遮断効果」、「不可争力」の相互関係に着目しつつ、さらに検討を進める。なお以下、法効果の取消しの遮断に係る効力を「効力覆滅遮断効」、それを超えて論じられる、違法主張の遮断に係る効力を「違法主張遮断効」と言及する。

#### 第四章 不可争力説

違法性の承継否定の論拠として、今日不可争力説が多数説と解してよいだろう。<sup>(63)</sup>本章では同説を検討し、公定力説ないし遮断効果説との内在的関連を分析する。

##### 第一節 学説の状況

宮崎良夫氏は、「課税処分」の違法性が滞納処分に承継されるかどうかという問題は、論理的に考えれば、公定力

の問題ではない。先行の課税処分が後続の滞納処分に承継されないのは、先行処分に公定力が認められるからではなく、先行の課税処分に不服申立期間ないし出訴期間が適用されるから、不可争の状況になるだけのことである。要するに、課税処分が違法性を後続の滞納処分の段階で攻撃できるとなれば、課税処分に不服申立期間等を設けて、早期に法律関係の確定を図ろうとした法の趣旨が損なわれることになる<sup>(64)</sup>とする。

また神橋一彦氏<sup>(65)</sup>も、「違法性の承継の問題は、あくまで処分の違法性の問題であって、処分の効力そのものの問題ではないから、公定力の問題とは区別される」としつつも、違法性の承継を認めると実質的には先行処分について生じている不可争力を覆す結果になるし、また最終的に後行処分が取り消された場合、取消判決の拘束力を通じて先行処分を行なった行政庁に同処分を職権で取り消す義務（不整合処分取消義務）が生じるとも解されるので、やはり先行処分は無意味になる、その限りで「公定力と概念的に区別されるとしても、全く無関係ともいえない。」と指摘し、「違法性の承継を認めることは、一方において、私人の権利救済の途を拡大するという意味をもつが、他方において、出訴期間（不可争力）の目的とされた行政上の法関係の早期安定の要請を犠牲にする」と指摘する。さらに岡田春男氏は、遮断効果の有無を行政行為ごとに判断する小早川説に疑問を呈し、「違法性の承継を否定する意味での行政行為の遮断効果は、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のシステムから、概括的に説明承認されるべきものである。すなわち、後行行為の取消訴訟においては不可争力を生じた先行行為の違法性の主張をはや許さない、換言すれば違法性の承継を遮断するという手続法上の政策的選択は、行政法関係の早期確定に奉仕せしめるために出訴期間を制限した取消訴訟制度を採択した行政事件訴訟法において、包括的に決定されている<sup>(66)</sup>」という。

加えて阿部泰隆氏<sup>(67)</sup>も、「先行処分について通常人なら訴訟を起こすべきと言えるのに、出訴期間が徒過している

のであれば、後行処分段階で先行処分の違法性を争うのは、出訴期間の制限を潜脱するから許されない(例…課税処分と滞納処分の間)の原則であるが、先行処分について通常人には争うことが期待しにくい場合には違法性の承継を認めるべき」と指摘する。山本隆司氏も、「違法性の承継は、法律が先行処分の性質に相応しい行政手続や争訟手続を十分整備しておらず、私人が先行処分段階で処分の違法性を実効的に争い得ない場合に、先行処分(形式的)存続力を制限する法理と考えられる。」<sup>(68)</sup>また違法性の承継は「行政過程において行政行為の不可争力ないし取消訴訟の出訴期間制限をどれだけ強く及ぼすかという問題の一種」<sup>(69)</sup>として、不可争力説を示唆する。<sup>(70)</sup>

## 第二節 不可争力の内容

ところで不可争力説が前提とする、不可争力の内容について議論がある。市原昌三郎氏<sup>(71)</sup>は、「行政行為に一般的に承認されている不可争力なるものは、決して当該行政行為の適法性を確定するものではなく、ただ単に、行政行為の相手方その他の利害関係人の側で、通常の争訟手段によっては、当該行為の取消しを求めてその効力を争うことを許さないとする力にほかならない。」とする。その上で、「国民が不可争力の生じた行政行為の取消しを求めて争うのではなく、ただその違法性を主張し、争うだけであるならば、不可争力の存在にもかかわらず、それが絶対に許されないものとはいえない。違法性の承継が問題になるのはまさにこの場面である。」と指摘する。<sup>(72)</sup>

また小早川光郎氏<sup>(73)</sup>も、違法性の承継を認めることで先行行為に係る出訴期間の制限効果が緩和されているように見えるとしつつも、「しかし、現行法上の出訴期間制度は、もともと、期間経過後は当該処分「高木注…先行行為」の取消しを求めえないという限りでの、不可争力を生み出すものではあるが、当該処分の取消訴訟で主張されえた瑕疵ないし違法事由についてはそれ以外の他の訴訟(ここでは後行処分の取消訴訟)での主張を遮断するというま

での「不可争力」を、当然に生み出すものではない。したがって、「出訴期間制限の効果が緩和されている」という言い方は必ずしも妥当ではない。」と指摘する。両説では、ほんらい不可争力は効力覆滅を遮断するだけで、違法主張の遮断までも含むものではないことが前提とされている。

これに対し福井秀夫氏は<sup>(74)</sup>、「出訴期間を徒過したとしても、それは、単にそれ自体に対して出訴できないという効果を有するにすぎず、事業認定に存在する違法が存在しないという効果を有するものではない、との理由で、事業認定の違法性の承継を肯定すべきであるとの立論が判例上も学説上も多々見受けられる。」とした上で、「しかしながら、実体上存在した違法が出訴期間の徒過によって存在しなくなるわけではないことは、当然のことであって、出訴期間の徒過による不可争力の発生とは、実体上違法が存在するかもしれないにも拘らず、一定期間経過後は手続的にそれを争わせないこととするとの立法的選択の結果なのである。」と指摘する。いわば不可争力は、効力覆滅の遮断だけではなく、違法主張の遮断までも含むとの理解であろう。

また大沼洋一氏も<sup>(75)</sup>、違法性の承継を認めても「先行行為の不可争力に直接抵触するわけではない。先行行為自体の取消訴訟を出訴期間経過後に認めるのではなく、後行行為の取消訴訟の内容において先行行為の違法を主張できるとするにとどまるからである。」としつつも、「だが、先行行為の違法を後行行為の取消訴訟で主張できると、実質上、先行行為の取消訴訟の本案を後行行為の取消訴訟の本案の中でなすことができることになる。また、取消訴訟には、拘束力（行訴法三三条一項）が生じるので、後行行為の取消訴訟で先行行為の違法が認定されると、行政庁は先行行為を取消、変更せざるを得ないことになる。そうすると、実質的には、違法性の承継を認めることは、先行行為の不可争力を没却させるおそれがないとはいえない。」と指摘する<sup>(76)</sup>。この点「公定力」との関連での先の神橋説が想起されよう。

### 第三節 小括

以上不可争力といっても、効力覆滅遮断効に限定し解するか（市原・小早川説）、違法主張遮断効も含め解するか（福井説）で議論がある。その限りで効力覆滅遮断効と違法主張遮断効の区別は、公定力のみならず不可争力をめぐっても成立しうる。また違法主張遮断効を認めないと「取消判決の拘束力」を通じて効力覆滅遮断効が損なわれうる<sup>(77)</sup>ことが、公定力・不可争力いずれに関わっても指摘されている点（神橋説と大沼説）にも留意すべきである。

ここで再び倉地康弘氏の指摘を参考にしよう<sup>(78)</sup>。「違法性の承継が否定される理由として現在の学説が挙げるのは先行処分<sup>(79)</sup>の不可争力（取消訴訟の出訴期間制限）である。行政処分<sup>(80)</sup>の早期の安定を図る趣旨で不可争力が認められているのに違法性の承継を肯定するとこの趣旨に反する結果になるからというのである。ただ、不可争力の効果として承継が否定されるならば不可争力が生じた場合にはやはり承継は全面的に否定されるはずであり、そのような場合であっても承継を肯定する事例があるというのであれば一貫しない。この辺りの学説の説明には不明瞭なところが残る。」

市原・小早川説が不可争力を《効力覆滅遮断効》とみなし、それでもつては違法性の承継を「原則否定」しえないとするのに対し、倉地説は不可争力を《違法主張遮断効》とみなし、それでもつては違法性の承継を「例外肯定」しえないとして、福井説を押し進めた議論をする<sup>(79)</sup>。もつとも違法性の承継は、何らかの論拠でその「例外」を認める法理なのだから、倉地氏の指摘には違和感がなくもない<sup>(80)</sup>。とはいえ同氏の公定力に係る先の指摘（第三章第四節参照）と不可争力に係るここでの指摘とを併せると、違法性の承継否定の論拠として、違法主張遮断効が公定力・不可争力を通じて問題となる<sup>(81)</sup>ことが浮き彫りになる<sup>(82)</sup>。

## 第五章 必ずびにかえて

違法性の承継否定の論拠に関する本稿の考察結果をまとめよう。まず公定力説であるが、戦前戦後を通じ根強く支持されている。しかしこの説には、公定力概念が効力覆滅遮断効のみを含意すると解したとき、その概念でもつては違法主張遮断効までも把握できない。これに対し遮断効果説は、違法主張遮断効の「受け皿」を用意するため、公定力とは別概念としての遮断効果を持ち出す。しかしこの説では、遮断効果が不可争力のように公定力とは独立して位置づけられるのか、公定力の一部として位置づけられるのか曖昧である。他方で今日では不可争力説が多数を占める。ただしこの説でも、公定力説を受けた遮断効果説同様、違法主張遮断効を念頭に置く説明がなされてきている。

このように両遮断効は公定力・不可争力を通じ《横断的に》問題となる。この点を踏まえると、仮説的にはあるが、次のように整理しうるのではないか。すなわち「公定力（排他的管轄）」と「不可争力（出訴期間）」は、それぞれ「成分」として「効力覆滅遮断効」と「違法主張遮断効」とを含む。ただし両遮断効は、もつぱら、取消訴訟以外の【訴訟類型】との関係では《公定力（排他的管轄）》として、また取消訴訟提起の【タイミング】との関係では《不可争力（出訴期間）》として問題となる。換言すれば、公定力であれ不可争力であれ「成分」は同じ、【両遮断効】なのであって、違いはそれが展開する「向き」にすぎない。<sup>84</sup>

したがって行政行為の特殊な効力論ないし取消訴訟の制度的効果論は、「公定力（排他的管轄）」と「不可争力（出訴期間）」という一つ概念軸を通してではなく、「効力覆滅遮断効」と「違法主張遮断効」という別の概念軸を通して自覚的に議論していく必要があるのではないか。そしてこの点を踏まえるなら、違法性の承継否定の論

拠について、前者の概念軸に立脚した上で「公定力（排他的管轄）」か「不可争力（出訴期間）」かを問う、従来からの問題設定そのものに限界があり、むしろ後者の概念軸に立脚して「違法主張遮断効」から説明していくことが妥当なように思われる。また以上の限りで、従来からの「遮断効果」説も再定位していく必要がある。

さいごに今後の研究課題である。例えば本稿では、「違法主張遮断効」の性質を、「公定力」、「遮断効果」、「不可争力」との関係で検討してきた一方、「違法性の承継」問題で「違法主張遮断効」が作動する理由については検討していない。関係法規からの説明（小早川説）もあれば行訴法からの説明（岡田説）もあるが、違法性の承継以外の「先決問題」の分析をも踏まえ、さらに検討する必要がある。とりわけ近年最高裁（最判平成二十二年六月三日・民集六四巻四号二〇一〇頁）は、違法な課税処分を理由とする国家賠償を正面から「肯定」した。この問題と違法性の承継問題とを、《行政行為の遮断効》という観点からどのように整合的に論じうるのか、今後の研究課題とした<sup>(85)</sup>。

また「処分性拡大判例」が定着し「行政行為」概念が揺らいでいる現在<sup>(86)</sup>、関係者に対し予測不可能な不利益をもたらさないようにするため、行政法上、行政行為の特殊な効力ないし取消訴訟の制度的効果が作動する（度合い）に関して、法的安定性の保護や予測可能性の保護等の、相対立する原理的要請を踏まえながら、場合に応じてきめ細かに調整していく論理を構築していくことが求められているように思われる。<sup>(87)</sup>この問題意識の一環として筆者は、処分性拡大判例にみられるような、「仕組み解釈」を通じた処分性の拡大に対して、「均衡解釈」としての取消訴訟の排他的管轄の「縮小解釈」論を提唱している。<sup>(88)</sup>このような行政救済法に係る動態的な解釈論を展開するためには、その基礎として行政法総論レベルでの相応の理論枠組みの構築が必要であり、この観点からして本稿で検討した「遮断効」論がどこまで妥当で有用な基礎をもたらしているのか、今後検討していく必要がある。

- (1) 法律上明文で定められていないが、学説判例上確立した法理である。芝池義一『行政法総論講義「第四版補訂版」』（有斐閣、二〇〇六年）一五三頁脚注（一）等参照。
- (2) 厳密に言えば排他的管轄は取消訴訟を含む「抗告訴訟」に認められる。さしあたり拙稿「処分性の拡大と取消訴訟の排他的管轄」洋法五七卷一号（二〇一三年）五一頁以下参照。
- (3) 塩野宏『行政法Ⅱ「第五版補訂版」』（有斐閣、二〇一三年）一一九頁以下等参照。
- (4) 用語法につき仲野武志「判批」自研八七卷一号（二〇一一年）一五〇頁等参照。
- (5) 東京都建築安全条例に基づく建築物への「安全認定」につき、その違法性（接道義務違反）を周辺住民が「建築確認」取消訴訟の中で主張することが認められた。理由として、建築確認と安全認定が元々は避難・通行の安全の確保という同一目的達成のため同一機関により一体的に判断されていたこと、両者が結合し初めて建築確認申請手続の中で効果を発揮すること、安全認定されなくても申請者以外に告知されない制度下では周辺住民に安全認定の適否を争うための手続保障が十分に与えられていないことを挙げる。
- (6) 倉地康弘「判批」最判解説民平成二二年度（下）九六八頁等参照。
- (7) 石森久宏「違法性の承継」法教三八三三号（二〇一二年）四頁以下等参照。
- (8) 芝池義一『行政救済法講義「第三版」』（有斐閣、二〇〇六年）七二頁は、「違法性の承継の前提となっているのは、違法性の不承継の原則である。」と指摘する。
- (9) 先決性の有無（先行行為の具体的違法事由が後行行為に係る本案請求の成否にとつて決め手となるか否か）といった実体的観点のみならず、権利救済の必要性の有無（先行行為段階での違法主張を原告に強いることが権利救済上合理的と認められるか否か）といった手続的観点をも踏まえた判断基準として、遠藤博也『行政行為の無効と取消』（東京大学出版会、一九六八年）三三五頁以下、同『行政法スケッチ』（有斐閣、一九八七年）三〇六頁以下、同『実定行政法』（有斐閣、一九八九年）一一四頁以下等参照。
- (10) 美濃部達吉『日本行政法上巻』（有斐閣、一九三六年）九四〇頁以下参照。引用に当たり適宜字体や漢字を改めた（以下同じ）。

- (11) 同一性基準には批判も多い。例えば櫻井敬子・橋本博之『行政法「第四版」』（弘文堂、二〇一三年）九五頁は、「先行処分・後行処分のおおよび効果の両面での同一性は、二つの処分が連鎖して行政過程を形成している以上、いわば程度問題であり、違法性の承継を認めるための明確な判断基準とはいえない」とする。また阿部泰隆「取用と補償の諸問題（上）」自研六二巻一一号（一九八六年）一八頁も、同基準を「わかつたようではない基準」と評する。他方で岡田春男『行政法理の研究』（大学教育出版、二〇〇八年）五九頁は、同基準につき「手続法的な考慮が等閑に付されていることは否定できない。」としつつも、違法性の承継をめぐる一貫性の乏しい判例状況下で、「解釈論的に一般的基準を設定した点は高く評価される。」と指摘する。
- (12) 美濃部・前掲注(10) 二五八頁以下も参照。
- (13) 宮崎良夫『行政争訟と行政法学（増補版）』（弘文堂、二〇〇四年）二六二頁等参照。
- (14) 関連して大沼洋一「違法性の承継をめぐる最近の動向と若干の検討」駿河台二六巻二号（二〇一三年）一六九頁参照。
- (15) 例えば美濃部・前掲注(10) 八六頁以下は、「公法関係においては国家の意思が有効に成立している限り、それ自身にその関係を決定する効力を有し、それが正当の権限ある機関によって取消されない限り、常に適法なることの推定を受け、何人もその効力を否定しえない」ことをもって「公法における国家意思の公定力」と称する。
- (16) 行政訴訟実務研究会編『自治体法務サポート 行政訴訟の実務』（第一法規、二〇〇四年、加除式）六九〇頁以下脚注(12)(b)（太田匡彦）参照。
- (17) 例えば小早川光郎『行政法上』（弘文堂、一九九九年）二九一頁は、「公権力の行使たる行政処分には公定力があり、人民はそれに対する不服を通常の訴訟では主張できない」との命題は、戦前「司法裁判所は、仮に違法な処分であっても、行政庁または行政裁判所がこれを違法として取り消した場合は格別、そうでなければ、原則として司法裁判所のみならず当該処分を違法と認定してその効力を否定することができず、逆にそれを有効なものとして尊重せざるをえなかった。これを関係者の側からみれば、司法裁判所において違法処分に対する不服を主張する余地は原則として排除されていた」という「制度上の仕組み」に対応していたと述べる。宮崎・前掲注(13) 二一九頁も参照。

(18) 美濃部説が制限列挙主義を緩和する機能をもったことに関し、岡田・前掲注(11) 八七頁以下、九二頁以下や福井秀夫「土地

取用法による事業認定の違法性の承継」成田頼明先生古稀記念論文集『政策実現と行政法』（有斐閣、一九九八年）二五六頁以下参照（関連して塩野宏『公法と私法』（有斐閣、一九八九年）二六九頁以下も参照）。例えば美濃部氏は、事業認定に出訴が認められないことを前提に、取用裁決への違法性の承継を認めていた。

(19) 仲野・前掲注（4）一五一頁参照。

(20) 田中二郎『行政法総論』（有斐閣、一九五七年）二六二頁。ただし同二五八頁以下の、行政行為の様々な用例に関する分析も参照。

(21) 田中・前掲注（20）二七二頁以下参照。「行政事件訴訟特例法に、行政処分取消又は変更を求める訴訟（抗告訴訟）」について、訴願前置主義をとり、出訴期間の制限を定め、且つ訴の提起が原則として処分の執行を停止しない旨の定めをしている（二条・五条・一〇条）のは、行政行為が特殊の性質をもつことを承認し、これを前提していることを示すものであり、行政法規の殆どすべてが、同様の前提に立って、その定めをしている」（同二七三頁）。同二六一頁以下も参照。

(22) 田中・前掲注（20）三二二頁以下。同二七六頁も参照。

(23) 田中・前掲注（20）三二五頁脚注（二）参照。同『新版行政法上巻「全訂第二版」』（弘文堂、一九七四年）三二七頁以下も参照。他方で伊地知大介「租税行政行為に於ける公定力と違法性の承継」税法学一八五号（一九六六年）一〇頁以下は、「滞納処分は、賦課処分によって確認せられた租税請求権の実現に奉仕する手續であるから、この二つの行政処分は目的を共通にするもので、農地買収計画と買収処分とが自作農創設と云う目的を共通することと、格別異なるところはないと考えられる。更にそれぞれの行政行為がその法律効果を異にすることは、論ずるまでもないから、この二組の行政行為に於て、一は違法性を承継し他は承継しないとすることが、前提された法則「同一性基準・高木注」からは説明できないことになる。」と批判する。松下一成「土地収用における違法性の承継」地方財務六二二号（二〇〇六年）一一〇頁以下や山内一夫『行政行為論講義』（成文堂、一九七三年）一四九頁注（一）等も参照。

(24) 福井・前掲注（18）二五七頁以下は、「田中説の致命的な問題点は、先行行為である事業認定の処分性の有無と先行行為の違法を後行行為で主張させることの可否との関係について、美濃部説におけるような切迫した必然性を十分に認識しないまま、行政

訴訟制度が完全に転換された後にも、漫然と形式的基準としてこれを継承し、違法性の承継理論という実定法的根柢のない独自の理論を打ち立ててしまったことにある。「〔切迫した必然性〕について具体的には前掲注(18) (参照) として、「田中説による美濃部説の不正確な継承」(同二五九頁) を批判する。また倉地・前掲注(6) 九七〇頁も、「田中基準」「高木注」「同一性基準」は妥当な結論を導き得るように思われ、それゆえに広く受け入れられたのだろうが、その論拠は示されていない。」とする。さらに岡田・前掲注(11) 六五頁以下も参照。

(25) 関連して塩野宏『行政過程とその統制』(有斐閣、一九八九年) 一三三頁以下参照。

(26) そのほか公定力説と思われるものとして、山内・前掲注(23) 一五〇頁以下、司法研修所編『改訂行政事件訴訟の一般的問題に関する実務的研究』(法曹会、二〇〇〇年) 一八六頁、植村栄治『行政法教室』(有斐閣、二〇〇〇年) 七六頁、西川知一郎『行政関係訴訟』(青林書院、二〇〇九年) 一三〇頁(石田明彦)、宇賀克也『行政法概説I』(第五版) (有斐閣、二〇一三年) 三四三頁以下、小幡純子『行政訴訟の変容とこれからの行政法』法教四〇〇号(二〇一三年) 二九頁等参照。

(27) 櫻井・橋本・前掲注(11) 九四頁。

(28) 兼子仁「許可制行政処分と刑事訴訟等」自研八九巻七号(二〇一三年) 一二頁。

(29) なお兼子・前掲注(28) 四頁は、「行政処分一般に予定された公定力は、取消争訟以外の訴訟手続ではその違法主張による効果、を否定しえない、という『公権力』の効力を意味する。」(強調は原文) と指摘する。

(30) 小早川光郎「先決問題と行政行為」田中二郎先生古稀記念論文集『公法の理論上巻』(有斐閣、一九七六年) 【小早川「先決」三七一頁以下参照。もっとも小早川説は、違法性の承継にとどまらず、課税処分に係る国家賠償・不当利得問題をも含む、「先決問題」全般に関わって議論されてきた(ただし山本隆司「訴訟類型・行政行為・法関係」民商一三〇巻四・五号(二〇〇四年) 六五四頁脚注(33) 参照。本稿では主題との関係から「違法性の承継」を中心に同説を検討する。

(31) 小早川「先決」・前掲注(30) 三八四頁以下参照。

(32) 小早川「先決」・前掲注(30) 三八七頁参照(関連して前掲注(9) の遠藤説も参照)。同『行政法下II』(弘文堂、二〇〇五年) 一八六頁以下も、(一)「先決関係の存否」という「実体的」「観点」、すなわち「先行行為段階における一定の瑕疵の存在

が、後行処分取消請求に対して「先決性をもつかどうか」と、(二)「違法主張の遮断」という「手続法的観点」、すなわち「先行行為に関する法の趣旨が、間接的な攻撃に対してもその行為を保護し、もってその行為にもとづく諸状態を安定させるために、手続上、先行行為段階の瑕疵を後行処分取消訴訟においてその違法事由として主張することを許さない趣旨、言いかえれば、そのような違法性の主張を遮断する趣旨」かを挙げる。なお違法性の承継の判断基準をめぐる学説展開の分析に関しては、岡田・前掲注(11)五九頁以下が詳しい。

(33) 小早川「先決」・前掲注(30)三三八頁。

(34) 小早川「先決」・前掲注(30)三九二頁。

(35) 小早川「先決」・前掲注(30)三九四頁参照。

(36) 小早川「先決」・前掲注(30)三八八頁参照。同三九二頁、小早川下Ⅱ・前掲注(32)一八八頁も参照。

(37) 小早川「先決」・前掲注(30)三九四頁参照。

(38) 小早川「先決」・前掲注(30)三九五頁脚注(8)参照。

(39) 小早川「先決」・前掲注(30)三九七頁も、「遮断効果を認めむべきか否かの問題は、現行法上は、ある訴訟で争われるべき事項につき行政庁がある行政行為に際してすでに判断を下している場合に、裁判所による右の事項の審理が、右の行政行為に対する取消訴訟の手續に排他的に留保されていると解すべきか否かの問題」であり、「一定の場合に遮断効果を認めることが行政目的実現の見地からかりに有益であるとしても、解釈論としては、さらに、取消訴訟制度に関する現行法の諸規定を考慮した場合に、右のような『取消訴訟手續の排他性』を認めることが合理的か否かを技術的に検討する必要がある。」と指摘する。

(40) 小早川「先決」・前掲注(30)四〇四頁。

(41) 高野修「違法性承継問題について」岩大AL六五号(一九九九年)一九〇頁以下参照。関連して同「違法性承継問題の構造」菅野喜八郎先生古稀記念論文集『公法の思想と制度』(信山社、一九九九年)三六三頁以下参照。

(42) 高野A.L・前掲注(41)一九三頁参照。その上で同一九四頁は、小早川説によると、「違法性がつながるか否か(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」と指摘す

る。

- (43) 藤田宙靖『行政法Ⅰ(総論)』[第四版改訂版] (青林書院、二〇〇五年) 二二七頁以下参照 (強調は原文。以下同じ)。同二二二頁以下も参照。
- (44) 藤田・前掲注(43) 二一九頁(強調は原文)。関連して病院病床数削減勧告事件(最判平成一七年一〇月二五日…判時一九二〇号三二頁)の藤田宙靖裁判官補足意見の、「取消訴訟の排他的管轄に伴う遮断効」との言及も参照。倉地・前掲注(6) 九八二頁以下(注3)も参照。さらに藤田宙靖『行政法総論』(青林書院、二〇一三年) 二二二頁以下も参照。
- (45) 山村恒年『行政過程と行政訴訟』(信山社、一九九五年) 二九頁以下、小早川光郎編『改正行政事件訴訟法研究』(有斐閣、二〇〇五年) 九二頁以下(中川丈久発言)、大沼・前掲注(14) 一七一頁以下等も参照。
- (46) 小早川光郎「課税処分と国家賠償」藤田宙靖博士東北大学退職記念論文集『行政法の思考様式』(青林書院、二〇〇八年) 四三四頁注(1)参照。小早川上・前掲注(17) 二九七頁も、「ある訴訟において当事者が、ある処分に含まれた行政庁の判断に誤りがある(したがってその処分には瑕疵があることになる)という趣旨の主張をしたとしても、それが、処分による規律ないしは処分の効力それ自体を争うものでない場合には、この主張は当該処分の公定力によって当然に妨げられるとは言えない」とする一方、「立法政策の問題としては、この種の主張をも取消手続の排他的所管に属せしめること、すなわちその処分の公定力の範囲(事項的範囲)を拡張することは可能」とし、「一定の訴訟において当事者が一定の主張をすることが、関連する立法の趣旨に照らし、公定力によって妨げられるとみるべきかどうかは、ときに解釈上の問題を生じうる」とする。また小早川下Ⅱ・前掲注(32) 一八八頁も、「先行行為が取消訴訟の対象たりうる処分であり、かつ、先行行為段階の瑕疵を後行処分の取消訴訟において主張することを法が許していないという場合、先行行為の側から見れば、それは、先行行為の取消手続の排他的所管事項の範囲、言い換えれば先行行為の公定力の範囲が、そこまで拡張されているということでもある。」と指摘する。
- (47) 太田匡彦「行政行為」公法六七号(二〇〇五年)【太田「公法」】二三七頁以下参照。
- (48) 太田「公法」・前掲注(47) 二四〇頁以下参照。
- (49) すなわち「『有効なものとして取り扱われる』という要素に『行政行為に拘束される』ことも含めて考えてきた」のであつ

て、これは「行政行為への拘束が、公定力の反射として理解されてきたことを意味する。」太田「公法」・前掲注(47)二四一頁参照。

(50) 太田「公法」・前掲注(47)二四二頁。同二四五頁も、「公定力という概念は法学的構成を示すものとして維持されるべきであり、それは、取消権限の集中とその発動手続の排他的設定という、規律を行う行為の存続の安定化を図るための手続的な手法に関わるものと理解されるべきである。」「公定力とは、取消権限の集中と取消権限発動手続の排他性により、その反射として、規律

＝拘束的言明を行う行政行為が得る、その存続に関する高められた安定性と理解できる」と指摘する。

(51) 太田「公法」・前掲注(47)二四三頁参照。

(52) 『実務』・前掲注(16)六八〇頁(太田)参照。

(53) 『実務』・前掲注(16)六九一頁脚注(123)(太田)参照。

(54) 倉地・前掲注(6)九七〇頁以下(原文中の出典表記等は省略、下線は筆者)。

(55) 関連して遮断効果概念につき小早川「先決」・前掲注(30)三九五頁脚注(8)も参照。ただし小早川氏の遮断効果説の意義を個別の関係法規に基づく判断にみる理解として、高野『菅野古稀』・前掲注(41)三七四頁脚注(29)並びに同A.L.一九四頁も参照。

(56) 美濃部・前掲注(10)八八〇頁や田中・前掲注(20)三二二頁以下等参照。また最判昭和三九年一〇月二九日(民集一八卷八号一八〇九頁)も参照。

(57) 宮崎・前掲注(13)二八八頁等参照。ただし『実務』・前掲注(16)五二二頁以下(野口貴公美)も参照。

(58) 関連して小早川・前掲注(30)三七八頁脚注(6)並びに三八八頁脚注(5)、岡田・前掲注(11)九二頁以下。大沼・前掲注(14)一七一頁以下、高野A.L.前掲注(41)一九一頁等参照。

(59) 塩野宏『行政法I「第五版補訂版」(有斐閣、二〇一三年)一四七、一五四頁等参照。ただし公定力と不可争力の関係の理解に関して、後掲注(84)も参照。

(60) 例えば森田寛二「行政行為の公定力と無効(三・完)」自研五四卷三号(一九七八年)五八頁は、小早川氏の「遮断効果があ

る」という言葉は、「違法性が承継されない」ということを単に言い換える言葉として用いられている」と指摘する。また高野 A・L・前掲注(41)一九六頁も、小早川説に関して、「公定力の他必要な場合遮断効果を関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」など「實際上未解決のところが多」く、また「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」だが、この点に関する同説の説明も「漠然とし過ぎている」と指摘する(同「菅野古稀」・前掲注(41)三二六頁も参照)。さらに山本隆司「判例から探究する行政法」(有斐閣、二〇一二年)一八八頁も、「行政行為の効果と要件の区別を基準にした(狭義の)公定力と遮断効果との区別には、明快でないところがある」と指摘する。関連して宮崎・前掲注(13)三〇四頁も参照。もつとも小早川「先決」・前掲注(30)四〇四頁では、遮断効果の、「行政行為の効力論の全体の中でその位置づけ」についての検討に関しては、明示的に留保している。(61) 例えば、小早川「先決」・前掲注(30)三二九頁では「遮断効果を認めむべきか否かの問題は、現行法上は、ある訴訟で争われるべき事項につき行政庁がある行政行為に際してすでに判断を下している場合に、裁判所による右の事項の審理が、右の行政行為に対する取消訴訟の手續に排他的に留保されていると解すべきか否かの問題であると言うことができる。」、また「一定の場合に遮断効果を認めることが行政目的実現の見地からかりに有益であるとしても、解釈論としては、さらに、取消訴訟制度に関する現行法の諸規定を考慮した場合に、右のような「取消訴訟手續の排他性」を認めることが合理的か否かを技術的に検討する必要がある。」と指摘する。いわば小早川説は、遮断効果も、公定力同様、「取消訴訟手續の排他性」に根拠づけることを示唆するわけで、「遮断効果をも公定力の内容ないし効果に含ましめるか否かは、もとよりことばの問題」(同四〇四頁)との指摘と併せて考えると、公定力と遮断効果との違いが不明確であるように思われる。

また藤田説に関して、本文でみたように、基本的には「取消制度の排他性」を根拠として、「最狭義の公定力」も「広義の公定力」も裏付けようとすると、小早川説と同様のことが当てはまる。ただ一方で藤田説は、いずれの公定力に関して、「行政の事実認定・法的判断等を他の国家机关等は一応尊重するのが合理的である、という実践的な判断」によっても裏付けようとする点で、「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」を踏まえつつも、「それぞれの場合の関係法規の解釈」によって、「遮断効果」の有無を決する小早川説よりも、「適法性の推定」によって同様の効果をアプリアリに正当化する美濃部説や田中

説と親和的であるように思われる。

(62) 関連して大浜啓吉『行政法総論〔第三版〕』(岩波書店、二〇一二年)二九〇頁以下も参照。

(63) 倉地・前掲注(6)九七一頁等参照。

(64) 宮崎・前掲注(13)二九九頁以下。

(65) 神橋一彦『行政救済法』(信山社、二〇一二年)一八八頁参照(原文中の強調は省略)。

(66) 岡田・前掲注(11)九五頁。同五八頁も、「違法性の承継の理論は、法律状態の安定と個人の権利保護という二つの異なった要求を調和させるために、一定の範囲において、すでに不可争力の生じた先行行為の違法を後行為を争う訴訟において主張することを認めるわけで、優れて機能的な理論」との認識の下、この「異なった二つの要求について発見されるべき調和点は、素人論を超えて論理的に筋道を通して見いだされるべきであることは当然として、その論理的帰結も社会的常識から逸脱し、平均人の正義感に反するものであってはなるまい。」と指摘する。そして同九六頁は、「先行行為の取消訴訟の出訴期間の厳守を要求することが必ずしも妥当でない特段の例外的事情がある場合には、先行行為の遮断効果は退き、違法性の承継が認められるべきである。」として、違法性の承継の是非を個別具体的に判断すべきと主張する(課税処分に関わって同七〇頁並びに同七五頁も参照)。ただし二一年最判理解との関連で倉地・前掲注(6)九七八頁以下も参照。

(67) 阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』(有斐閣、二〇〇九年)一七八頁参照(原文中の強調は省略)。同論文・前掲注(11)二〇頁も参照。

(68) 山本論文・前掲注(30)六五一頁。

(69) 山本書・前掲注(60)一八六頁。

(70) そのほか不可争力説と思われるものとして、藤田晴子『行政処分における違法性の承継(三・完)』自研二七巻四号(一九五一年)七一頁、福井・前掲注(18)二七九頁以下、大久保規子「判批」法七五五巻七号(二〇一〇年)一一九頁、田村泰俊「東京都建築安全条例上の『認定』と行政訴訟での違法性の承継」明学九〇号(二〇一一年)一一六頁以下、内山忠明「判批」判評六二一号(二〇一〇年)一七二頁、下井康史「演習・行政法」法教三六二号(二〇一〇年)一三六頁、森田寛二「行政行為の『特殊な効

力」雄川一郎ほか編『現代行政法大系二巻』（有斐閣、一九八四年）一二五頁注（17）、原田尚彦『行政法要論〔全訂第七版補訂二版〕』（学陽書房、二〇一二年）一八六頁以下、倉地・前掲注（6）九八三頁以下（注4）、木村琢磨『ブラクティス行政法』（信山社、二〇一〇年）二三五頁、由喜門眞治『違法性承継論の動向』関西ロー六号（二〇一一年）八三頁、中原茂樹『基本行政法』（日本評論社、二〇一三年）三三四頁等も参照。

(71) 金子芳雄『行政法上巻』（法学書院、一九七四年）一二二頁以下参照（市原昌三郎）。

(72) 同旨、藤田晴子『行政処分における違法性の承継（一）』自研二六卷一〇号（一九五〇年）三一頁、伊地知・前掲注（23）一頁以下、山田幸男ほか編『演習行政法（上）』（青林書院新社、一九七九年）一八六頁（市原昌三郎）、松下・前掲注（23）一一九頁並びに一二二頁以下、南博方ほか編『条解行政事件訴訟法〔第三版補訂版〕』（弘文堂、二〇〇九年）三八一頁以下（伊藤清隆）、『実務』・前掲注（16）五二六頁（野口）等。

(73) 小早川下Ⅱ・前掲注（32）一八八頁以下（原文中の参照は省略）。

(74) 福井・前掲注（18）二六四頁以下参照。

(75) 大沼・前掲注（14）一七三頁。

(76) ただし大沼・前掲注（14）一七三頁以下は、本文指摘のすぐ後に、「違法性の承継による不可争力侵害を議論する以前に、違法性の承継がいかなる場合に認められるべきか」とその根拠とを検討すべきであり、不可争力侵害の議論は、違法性の承継についての十分な検討を踏まえたうえでの派生的議論にすぎない。」とも指摘するとともに、そもそも「行政処分の不可争力の例外を認めるべきか否か」という視座から訴訟手続上の問題として違法性の承継を捉えようとする見解」に疑問を呈している。

(77) 「取消判決の拘束力」を介在させない同旨の議論として、塩野・前掲注（59）一四八頁も、違法性の承継につき、「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、取消訴訟制度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」と指摘する一方、「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。」とも指摘する（塩野・前掲注（3）一八八頁以下も参照）。また『実務』・前掲注（16）六八〇頁（太田）も、違法性の承継を認めても先行処分効力に直接関わるわけではないが、後行処分が先行処分の瑕疵を原因に取り消されると、先行処分効果も「事実上その相当部分が失われることになる」から、「取消訴訟の排他的管轄・出訴期間制限の目的が実質的に潜脱されることにならないか、が問題になる。」と指摘する。さらに岡田・前掲注（11）九三頁以下も参照。

(78) 倉地・前掲注（6）九七一頁（原文中の参照等は省略）。関連して小早川「先決」・前掲注（30）三八六頁も参照。

(79) なお倉地・前掲注（6）九八四頁（注4）は、「不可争力という行政処分効力の存在が違法性の承継を否定する決め手となるのではなく（もし決め手になるのであれば先行処分に不可争力が生じた場合は常に違法性の承継が否定されることになるが、大多数の学説はこの立場は採らない）、不可争力という制度（この場面では出訴期間制限といったほうが分かりやすい）の存在が媒介となって解釈により違法性の承継を否定することが可能となる」とも指摘する。

(80) もちろんこの「何らかの論拠」が学説上十分に議論されているとは言い難い。倉地・前掲注（6）九七三頁参照。芝池義一「違法性の承継」法教五二号（一九八五年）九六頁も、同一性基準は、「違法性の承継が認められている諸事例をうまく説明できるが、何故にこのような要件が認められるべきか、という点になると、十分な根拠づけを欠くうらみがある。」と指摘する。

(81) 高野「菅野古稀」・前掲注（41）三六五頁によると、「違法性承継問題の構造は、比喩的にいえば、実体法上先決関係にありながら何らかの法的根拠でそれが断ち切られるにもかかわらず、例外的にそれがつながっている場合である。」という。また『実務的研究』・前掲注（26）一八七頁も、「先行行為に処分性を与えながら、これと矛盾する違法性の承継を認めるというのは、特殊な処分についての例外的な扱いというべきであるから、これが認められる場合があるとしても、極めて限定されているというべきである。」と指摘する。

(82) 阿部論文・前掲注（11）一九頁は、「違法性の承継という観念は、先行行為について出訴期間を徒過したので、それ自体の取消は認められないが、後行行為の取消訴訟において先行行為の違法の主張を認めようというのですから、これに対して、出訴期間が徒過したから違法性の承継は認められないという説は違法性の承継とは何かについておよそ基本的な理解を欠いているといわざ

るをえないのです。」と指摘する。

(83) 倉地・前掲注(6) 九八三頁以下(注4)の「私見」によると、違法性の承継が肯定されるのは、関係規定の解釈上、後続行政処分要件として、先行処分が「適法」であることまでをも求める場合であり、違法性の承継が否定されるのは、同じくその要件として、先行処分が適法違法を問わず(不可争力の結果として)「有効」でありさえすればよい場合であるという(人見剛「行政処分の法効果・規律・公定力」『行政法の新構想Ⅱ』(有斐閣、二〇〇八年) 八四頁も参照)。筆者が違法性の承継「原則否定」の論拠として、先行処分の遮断効に着目し二つの要素(違法主張・効力覆滅)を議論する一方、倉地氏は違法性の承継「例外肯定」のための判断基準として、後行処分的前提要件に着目し二つの要素(適法・有効)を議論しているということになるのか。

(84) 公定力と不可争力との関係についてのこれまでの説明として、例えば田上稜治「行政行為の公定力」『行政法講座第二巻』(有斐閣、一九六四年) 八八頁は、「公定力は出訴期間の徒過を法定の停止条件として形式的確定力(高木注・不可争力)を伴う」と説明する。また有倉遼吉「行政行為の公定力」法教「第一期」一号(一九六一年) 八二頁は、「公定力をもつ行政行為はまだ不可争力をもたないが、逆に不可争力をもつ行政行為は公定力をもち、しかも行政行為の相手方や権利侵害を受けた第三者からもはや公定力を否認することができなくなる」と説明する。さらに兼子仁『行政法総論』(筑摩書房、一九八三年) 一九五頁は、不可争力は公定力が「恒久化し確定したもので、両者一体となって「争訟制度上の優遇措置を、権力行為としての行政処分にもたらす」と説明する。そして藤田・前掲注(44) 二二〇頁以下は、「不可争力」を「公定力」の「部分的効果(又は派生的効果)」と説明する余地を示唆する(ただし藤田氏はこの説明を採らない)。ともあれ、「拘束力」ないし「規律力」(関連して塩野・前掲注(59) 一三九頁以下参照)、「公定力」、「不可争力」、「自力執行力」、「不可変更力」といった従来からの「行政行為の効力」論の相互関係に関して、いかに概念整理していくのかについては、本稿で提示した「遮断効」概念とともに、今後の研究課題としたい。

(85) 関連して山本書・前掲注(60) 一八六頁以下参照。

(86) 拙稿「処分性拡大判例における認識枠組み」洋法五六卷一号(二〇一二年) 二六頁以下参照。とくにそこで筆者が提唱した、行政行為に関する「主観的構成」と「客観的構成」の区別について参照。

(87) 関連して藤田・前掲注(44) 四一八頁参照。

(88) 拙稿「処分性の拡大と取消訴訟の排他的管轄」洋法五七卷一号(二〇一三年)五一頁以下参照。

【追記】

最終校正段階で、海道俊明「違法性承継論の再考(一)」自研九〇巻三号(二〇一四年)九七頁以下に接した。

—たかぎ ひでゆき・法学部准教授—