

## 実質的法治主義行政法との対話

### (2) 行政法規の構造とその実現過程 その1

——阿部泰隆著『行政法解釈学Ⅰ・Ⅱ』

(有斐閣、2008年、2009年)を読む——

比 山 節 男

#### 8 行政法規の構造とその実現過程 vs. 行政の行為形式

本書第4章 (I 233-281頁)は「行政法規の構造とその実現過程」という、おそらくこれまでの概説書にはなかった章立てである。しかし、6つの節から構成されている同章の内訳は、「第2節 行政立法」「第4節 行政行為」「第6節 行政上の契約」などであり、従来行政作用法の領域で行政の行為形式論などとして議論されるのと共通の問題を論じるものようである。そうすると、上記の格別目新しい章立てのもとで、本書は従来の行為形式論とは異なるものを議論しようとしているのかが明らかにしなければならない。

それには、まず上記した以外の同章の内訳を知らなければならないが、それらは「第1節 行政法規の構造と条文の読み方」「第5節 行政裁量とその統制」であり、「第1節 行政法規の構造と条文の読み方」を設けていることに大きな特徴がある。では、著者はどのような考えでこの新しい章立てを採用しているのか、そしてこの新しい章立てを採用することにより、当該章の内容分析において、新しい視点による成果を得ることができているか、言い換えると、伝統的な章立てを行った場合と比べて、実質的法治主義を貫徹するという著者の基本的立場を具体化することができているのか、検討してみなければならない。

この点、著者は、行為形式としての説明はしないとして、<sup>(1)</sup>行政法の定

義、行政法の要素・システムおよび行政法規のシステム・手法を概観したうえで、その後、「行政法規の構造とその実現過程」というタイトルの下、行政立法、条例、行政行為、行政裁量、行政契約を取り上げて論じている。その意図は、行政行為、行政指導、契約、行政立法、行政計画といった異質な行為があること自体は否定しないが、それらの説明に力点を置きすぎると、法治行政の観点からする法解釈論・立法論の必要性を軽視する結果をもたらすというものである。すなわち、「法律が抽象的なものから順次具体化され、個別の行為に至るまでの法システムを説明する。最初に法律の構造を説明し、次に、行政立法（委任立法の限界）、条例制定権の限界、行政行為、行政裁量へと展開する」というものであり、さまざまな行為形式が取り上げられているが、そこにおける考察の対象は行為形式それぞれの効力論ではなく、法律が具体化されて最終的には処分に至る過程ないし行政活動の実態分析を踏まえた違法性の検討である。<sup>(2)</sup>

これに対し、一般的な概説書における行政作用法の章立ては、初めに行政法の原理を説いた後、行政の行為形式論として、行政立法（法規命令と行政規則）や行政行為論を取り上げている。塩野 I や橋本共著もそうである。

結局のところ、上記したところは作用法をどのような視点から構成するかという作用法構成の問題ということになる。すなわち、行政の活動はある目的のもとに実際にはさまざまな活動の連鎖として展開されることが多いが、行政法学の解釈学としては、それらを行為形式に着目して構成するか（以下、「行為形式論的構成」という。）、それとも法律が具体化され最終的には処分に至る過程ないし行政活動の実態に着目して違法性を検討するものとして構成するか（以下、「法治主義的構成」という）という判断の違いである。前者のなかにも、田中二郎のように、行為形式としては行政行為と行政立法のみを取り上げるものから、塩野 I のように「行政過程論」というタイトルを付け、その下位にさまざまな行為形式を一括りにして位置づけているものもある。<sup>(3)</sup>

さて、塩野 I の場合、行為形式論を論じるのは、「行為形式の法的性質

の分析」と「行政法の基本原理がここでどのように妥当しているか」を考察するためである。<sup>(4)</sup>しかし、塩野は行為形式論を論じる目的として二つを併記するが、経験を踏まえた印象から言うと、行為形式論を重視する論者はこの二つに対しては同じ程度の力点を置いてきたのではなく、かなりの程度、前者の「行為形式の法的性質の分析」の方に大きな比重を置いてきたように思われる。さらにより率直に言うと、行政行為に関しては概念先行で先験的な効力論が長らく支配的であったし、そのうえ行政行為でないとされるものについては、非権力的作用であるとの理由から必ずしも法的根拠を要するものではないとしたり、事実行為であって処分ではないから取消訴訟で争うことはできないと帰結する傾向が強かったという印象が強い。したがって、仮に行為形式論的構成に軍配をあげるとしても、それは後者の行政法基本原理の妥当状況に関する考察、より具体的に言うなら、行政行為の法律適合性の確保に、より大きな比重を置くものでなければならぬだろう。

そうすると、行政法基本原理の妥当状況に関する考察というのは、いうまでもなく法律による行政の原理との違背を考察することであろうから、このとき違法性の検討に取り組むための視点である法治主義的構成との違いは、視点と構成に関するいずれの立場が、違法事由を検討するために、より優れているかということになる。<sup>(5)</sup>おそらくは、法解釈手法としての安定性という面では、行為形式に着目するほうが硬直の弊に陥る危険はあるものの優れているかもしれない。他方、行政活動の実態とプロセスを法解釈の場面にまで正比例的に反映させて違法事由を検討するという点では、法治主義的構成に着目するほうが優れている。看板が異なるほどに中身も異なっているのか、優劣の最終的判断は、行政の活動に関わるさまざまな具体的なケースについて、二つの立場が現実にとどのような検討を加えることができているか、実際に観察してからとする。

ところで、以上の問題に関連するコア・カリは、下記の表1で示すとおりである。概評するならば、その第1章第2節で、主要な行為形式として、行政処分、法規命令、行政契約をあげているところは、従来からの行

為形式論に依拠しているかと思わせるが、それは「第1節 基本的概念」として示されているだけのようであり、文字通り概念の基本的な意味を理解することで足りるとしているように思われる。<sup>(6)</sup> 一方、行政活動の違法性分析については、第2章と第3章で独立して行政処分の実体的・手続的な違法事由の検討能力を挙げている。<sup>(7)</sup> そうすると、行為形式論と違法性の両方を取り上げているので、本テーマについては中立的な立場を採っているともいえそうであるが、従来から行為形式論に偏った作用法の編成が一般的であったことを踏まえると、初めに基本概念としての行為形式論を取り扱っているのは、後に本命課題としての違法事由の検討に取り組む準備作業のように思われ、シーソーの軸が一気に違法性分析に移動したと評価してよいであろう。結局、本書において著者が主張する違法性分析の重視にやや近い認識を持っているといえようか。コア・カリはそれが議論を始めた当初から、行政活動の違法性を検討する視点を一貫して提示しており、私見では、この点がコア・カリ最大の功績である。

表1

目次（太字は評者）
第1章 行政過程の全体像
第1節 基本的概念
第2節 主要な行為形式
1-2-1 行政処分
1-2-2 法規命令
1-2-3 行政契約
第3節 行政過程における制度・手法
1-3-1 個別法が想定する行政過程
1-3-2 行政指導
1-3-3 行政調査
1-3-4 行政計画
1-3-5 行政上の義務違反に対する強制執行
1-3-6 行政上の義務違反に対する制裁
第4節から第6節（略）

第2章 行政処分の実体的違法事由の検討能力
第1節 行政処分の違法事由としての法令違反
2-1-1 法令解釈の方法
2-1-2 法令違反
第2節 行政処分の違法事由としての裁量判断の合理性欠如
2-2-1 行政裁量と法令解釈
2-2-2 裁量判断の合理性欠如
第3節 行政処分の違法事由としての委任命令の限界
2-3-1 白紙委任の禁止
2-3-2 委任命令の違法無効
第4節 行政処分の違法事由としての自主条例の限界
第5節 行政処分の違法事由としての信義則違反等
第3章 行政処分の手続的違法事由の検討能力
第1節 行政処分の違法事由としての手続違反
3-1-1 手続違反（手続的瑕疵）の発見
3-1-2 手続違反と処分違法の関係
第2節 行政処分の違法事由としての行政調査
第4章 行政上の不服申立制度の運用能力
第1節 不服申立ての権利
第2節 裁決（決定）の違法事由

註

- (1) 行為形式論の沿革的な当初の問題意識と射程について、著者は以下のよう  
に明快に描写している（I 43頁。太字は評者）。このような認識を明確にし  
ておくことは、作用法を論じるとき、行為形式論とどのように関わればよい  
かについて、重要な示唆を与えるように思われる。

一般には、行政の行為形式なる言葉があり、行政行為、行政指導、契約、  
行政立法、行政計画などが挙げられる。そのような異質な行為があること  
は確かである。このような分類の元は、行政法においては民法における法  
律行為に対応するものは行政行為であるとして、それを重視し、その結果、  
他の行為との区別を論ずる必要が生じたからであろう。これは、行政法を  
行政法たらしめる基本的な特色は、民事法とは異なり、一方的な効力を有  
する行政行為があるとの認識によるが、行政行為の効力論は、第1章第2  
節で述べるように重要なものではなく、重要なのは、行政機関が授権法の

範囲内で行動しているかにあるとする法治行政の視点であると考えるので、本書では、行為形式としての説明はしない。ただし、もちろん、行政の一方的判断による効力が生ずる行為はあるので、それを伝統に従って、行政行為として説明するが、重点は行為形式としての種別にはない。

- (2) なお、行政指導と行政計画は、本書では行為形式としては取り上げられていない。
- (3) 塩野Ⅰの場合、「第一部 行政の行為形式論」のもとに「第一章 行政立法——法規命令と行政規則 第二章 行政行為 第三章 行政上の契約 第四章 行政指導 第五章 行政計画」を置いている。なお、行政過程が「複数の行為形式の結合ないし連鎖によって構成されている」との認識から、上記行政の行為形式論を括る上位に「第二編 行政過程論」を置いているが、行政過程論として括ることにより、行為形式それぞれの検討において行為形式の結合ないし連鎖を具体的に認識することは必ずしも容易でないように思われる。そして塩野においては、法的仕組みの実現過程を重視するかのようであるが、それらは原則として個別の制定法によって、それぞれの行政領域において形成される法的仕組みであり、行政法総論としての行政過程論一般理論の中で取り上げることはできないとされている。塩野Ⅰ87～88頁。
- (4) 塩野Ⅰ87頁。
- (5) ちなみに、藤田宙靖（著）行政法〈1〉総論は、三段階構造モデルに基づき行政行為を中心に行政活動の諸形式を論じているが、それを「第3編 行政の諸活動とその法的規制」として考察の視点を明確にしており評価されよう。他方、櫻井・橋本や芝池読本などは、行為形式論を含む行政法のすべての章を第1章以降終章まで、それぞれの章を独立させて連番を付けているだけである。これは体系的な思考を持ち込まないぶん、内容がシンプルになって読者には分かり易い印象を与えるかもしれないが、単なる法技術的知識を与えるだけにとどまるおそれがあり賛成できない。稲葉馨ほかの行政法も「第2章 行政の作用」のもとの各節において、行政の基準設定行為から行政行為、行政契約、行政指導そして行政計画を独立してとりあげており評価できない。なお、宇賀と大橋の編成方法は斬新であり、もう少し慎重に検討したので別の機会に譲る。
- (6) 行政指導、行政調査および行政計画について、主要な行為形式ではないというのはまだ分かるが、さらに行為形式ではなく「第3節 行政過程における制度・手法」として位置付けているのは、評者にはその理由意義がなかなか理解できない。さらに、行政上の義務違反に対する強制執行や行政上の義務違反に対する制裁を、行政強制や行政上の実効性確保の手段などとはいわず、塩野Ⅰの整理と編成に倣っているのではあるだろうか、「行政過程における制度・手法」としてきわめて客観的に表現している。しかし行政法学が論じな

なければならない行為形式にしる手法は、行政目的達成のものであると同時に、国民の権利利益保護の見地からの法的統制である。ちなみに、行政作用をめぐる諸過程を「一定の行政作用を実現または阻止しようとする諸力が互いに拮抗しつつ何らかの結果に到達する過程」（小早川光郎「行政の過程と仕組み」高柳古希記念157頁）と表現する例があるが、そうした行政作用をめぐる諸過程の法的統制を考察することこそが行政法学の使命のほうである。このとき、それぞれに法規範性が強く求められる行政調査、行政手続、強制執行などの名称を一段格下げして潜在化させ、無機的な鑑賞論かにかのように行政上の一般的制度などと一括りにすることには到底賛成できない。

- (7) 大橋も、現代の「様々な『行政の行為形式』に着目し、それぞれについて実体法的・手続法的統制ルールを確立していく」との問題意識をかねてより示していた。大橋洋一・現代行政の行為形式論 i 頁。

## 9 行政法規の構造、法令用語法と建築基準法・生活保護法の構成説明

本書第4章のタイトル「行政法規の構造とその実現過程」は行政法の概説書として珍しい命名であるが、とりわけその第1節「行政法規の構造と条文の読み方」（I 233～261頁）は、タイトルにしる中身にしろ、間違いなく前例のないものである。これは行政法学の理論的見地から云々する問題ではないだろうが、実際にロー・スクールに入り、これからかなり高いレベルで行政法の解釈学を修得しようとする者にとっては、これからの学びの土台として、あるいは出来上がってきた料理を食べるためのメスやナイフを手に入れることにも似た必須知識のように思われる。にもかかわらずこれまでの行政法の教育では誰も責任をもって教えてこなかったといっている。本書に出会った機会に是非とも一読し、実定法の条文の全体を見通して慣れることを薦めたい。以下ではごく簡潔にそれら必須知識を確認しておく。

### イ. 行政法規の構造

建築基準法1条が「この法律は、①建築物の敷地、構造、設備及び用途に関する最低の基準を定めて、②国民の生命、健康及び財産の保護を図り、③もつて公共の福祉の増進に資することを目的とする。」と定めている

ることを例に、行政法規の多くが、①規制内容、②直接目的、③究極目的から構成されていることを説明する。

ロ、「及び、並びに、若しくは、又は」、「その他」と「その他の」および「場合」、「とき」、「時」

英語ではandやorを用いて表される接続詞について、「並びに」「又は」が大きい方の接続詞、「及び」「若しくは」が小さい方の接続詞であるという著者の説明は分かりやすい。建築基準法6条1項、国家賠償法3条1項および地方自治法242条の2第1項4号を例に、それら用法の実際が説明されている。最後の地方自治法242条の2第1項4号などの構造は難解であり、評者などは「うーん、よく分からないナ!？」とすぐには理解できない自分を責めた記憶があるが、著者にかかると、この規定は「分けて書けばよいのに」(I 253頁)と平然と言われてしまう<sup>(8)</sup>。救われる気がするが確かにそうではないだろうか。

他にも、「その他」と「その他の」は、「の」がある・ないだけの違いで、並列関係か例示の違いを示すことや、「ものとする」が「しなければならない」と異なり例外裁量があることを示す言葉であること、そして、「場合」、「とき」、「時」の使用順序など、正直、評者なども忘れてしまって誤用することがある使い方が条文の具体例を示しながら平易に説明されている<sup>(9)</sup>。これらは知っていればなんということはないが、知らないと、結構苦労する法文理解のための必須知識である。法務博士になろうという人は間違えてはいけないが、逆に、上記レベルの法令用語知識を十分身に付けているにもかかわらず難解な法文は、一般人が誤解なく読めるような法文に改められるべきと評者は考える。著者が評者と異なるのは、そうした法文作成の一般論として、「法令用語が内閣法制局の秘伝、奥義とされているのは民主国家にあるまじき発想で、本来、法令用語法という法律を制定すべきである」(I 250~251頁)と正論を主張するだけでなく、たとえば、2001年新設の未成年者喫煙禁止法4条を例に、「年齢ノ確認」を義務的に実施させる条文の書き方について具体的な改善案を示していることである<sup>(10)</sup>。

#### ハ、建築基準法と生活保護法の構成と規制内容の解説

これも従来概説書には見られない心配りである。建築基準法については、建築確認が羈束行為であること、違反建築物に対する措置として行われる命令的手法および同法が規制方法として採用している、建物の安全（単体規制）とまちづくりの関係（集団規制）の規制を中心に説明されている。また、建築確認事務を行う係長クラスの建築主事が行政庁になっていることについて、「権限を対外的に行使する機関は普通はトップであるが、係長級が任命される珍しい制度である」と説明をしてくれており、行政庁という用語の意義と実際について妙に納得がいく気がする<sup>(11)</sup>。生活保護法については、同法の解釈と運用が1条から4条の原理（生存権の保障と自立の助長、無差別平等、最低生活の維持、補足性）に基づいてされなければならないこと（5条）、行政調査といわれる権力的情報収集手法である報告の徴収と立入検査（44条）、行政上の監督措置である指示等に従う義務（62条）、不服申立の特例（64条）と行政不服審査法の適用との関係、審査請求前置主義（69条）を簡潔に説明している。

新司法試験における行政法の論述試験では、学生の側からすると個別の実定行政法についてはどこでも教えられていないのに、知っていること（少なくとも短時間で法文を読みこなせること）を前提に出題されるといふ不安がある。そうした不安を払拭するためには、長文で一見煩雑な実定行政法の構成を短時間で見抜き、立法趣旨や法律全体の構成などにも目配りして問題の所在を指摘し、解釈の方向性を提示できるように研鑽を積み重ねなければならない。ちなみに、平成18年に論述問題の素材として二項道路（建築基準法42条）の例が出題されている。こうした出題に迅速的確に対応できるよう、特徴ある実定行政法規をいくつか学んでおくことは、ロー・スクールの講義で取り上げて説明する時間の余裕はないが、行政法学の学び方としてだけでなく、新司法試験に備えるためにも必要である。そうしたときの教材として、本書の試みは概説書としては前例がないが有益であることは間違いない。

そこで、本書に対する評者の希望としては、建築基準法と生活保護法を

取り上げて説明しているのは規制行政と給付行政の代表的実定法であるからであろうが、もう一つ、計画策定をめぐる調整と合意形成が展開される都市計画法を加えて説明してもらえると非常にありがたい気がする。<sup>(12)</sup>都市計画法1条(目的)が規制内容、直接目的、究極目的を明確に示しているというだけでなく、1条で規定されている規制内容が同法全体の章立て構成を示す典型例になっているため、<sup>(13)</sup>実定行政法のモデル的なものとして示すことができるという理由もある。もちろん、行政法概説書の設例事案や判例として、さらには新司法試験における事例問題として、都市計画法に根拠をもつ地域地区(8条1項)、道路、公園、下水道などの都市施設(11条1項)、土地区画整理事業、市街地再開発事業などの市街地開発事業(12条1項)等に関係する素材が出題されることが多いが、著者はこれら実定法にも精通しているので、要を得た解説をしてくれるに違いないという期待もある。

## 註

- (8) 「当該職員に損害賠償又は不当利得返還の請求をすることを当該普通地方公共団体の執行機関又は職員に対して求める請求」と、「当該行為若しくは怠る事実に係る相手方に損害賠償又は不当利得返還の請求をすることを当該普通地方公共団体の執行機関又は職員に対して求める請求」の2つをまとめて書いたものである(I 253頁)、といった説明である。
- (9) A「その他の」B、とあるときは、AはBの例示であり、Bに含まれる。「内閣総理大臣その他の國務大臣」というのがその例である(憲法66条2項 内閣総理大臣その他の國務大臣は、文民でなければならない。)。これに対して、Aその他Bという場合、A、Bは並列関係にあり、例示関係にはない。例えば、「勤続期間、勤務能率その他勤務に関する条件」という場合、勤務条件は勤続期間、勤務能率とは別の並列的な概念である。
- (10) 次のような説明である(I 254~255頁)。同法4条は「煙草又ハ器具ヲ販売スル者ハ滿二十年ニ至ラザル者ノ喫煙ノ防止ニ資スル為年齢ノ確認其ノ他ノ必要ナル措置ヲ講ズルモノトス。」と定めている。……ここでは「其ノ他ノ」とあるところから、「年齢ノ確認」は例示規定にすぎない。原則として年齢確認をさせたければ、「年齢の確認その他必要な措置」と規定しなければならないのであつたのである。しかし、「の」があるかどうかでこのような大差が生ずるのは誤読の原因であるから、例示関係にしたければ、「例えば年齢ノ確認其ノ他

ノ必要ナル措置」とし、並列関係にしたければ、「その他」の前に「及び」を入れて、「年齢の確認及びその他必要な措置」という文言を利用すべきであると。なるほど、著者の言う並列関係にあることを明記したものととして、憲法66条2項「内閣は、法律の定めるところにより、その首長たる内閣総理大臣及びその他の國務大臣でこれを組織する。」がある。誤解されない簡易な表記方法があるのだから、可能な限りそうすべきである。

- (11) 生活保護事務の実施機関は第1次的には市町村長等であるが、生活保護法はこれを内部委任することを認めているので(19条3項、20条)、実際の行政庁は福祉事務所長であることが一般的である。福祉事務所長はおおむね課長級である。
- (12) 5年以上は経つと思うが、以前、有斐閣の判例六法などに都市計画法を収録してほしい旨伝えたことがある。そのときはたしか、編集者の方針で入れることができないとの返答を受けた記憶があるが、今日までプロフェッショナル版を除き収録されていない。私の判断が間違っているのであろうか。私の意見に賛成してくれる方は有斐閣にその旨伝えてほしい。
- (13) 都市計画法1条(目的)は「この法律は、都市計画の内容及びその決定手続、都市計画制限、都市計画事業その他都市計画に関し必要な事項を定めることにより、都市の健全な発展と秩序ある整備を図り、もつて国土の均衡ある発展と公共の福祉の増進に寄与することを目的とする」と規定している(波線部が規制内容である)。そして、同法第2章のタイトルは都市計画(さらに第1節は都市計画の内容、第2節が都市計画の決定及び変更である)、第3章は都市計画制限等、第4章は都市計画事業などとなっている。これら規制内容を実施する直接の目的として「都市の健全な発展と秩序ある整備を図る」ことが明示されるとともに、この直接の目的が達成されることにより、最終的には「国土の均衡ある発展と公共の福祉の増進に寄与する」との究極目的が実現されることを目標にするという、いわば法律の決意が表明されている。著者がいうように、「法律はすべて目的と手段(手法)の組み合わせ」であり、当該法律における個別規定の「趣旨が明確でない場合、目的に照らして解釈されることがある」ため、体系的で整合的な解釈を行うための実践的なツールとしても、実定行政法の1条は重要である。なお、都市計画法の場合は、都市計画の基本理念を定める2条(「都市計画は、農林漁業との健全な調和を図りつつ、健康で文化的な都市生活及び機能的な都市活動を確保すべきこと並びにこのためには適正な制限のもとに土地の合理的な利用が図られるべきことを基本理念として定めるものとする。」)も体系的で整合的な解釈に役立つ。

## 10 曖昧な法律や杜撰な委任立法はいったん違法とし、筋の通った法令に改正させる

行政レベルの法律の補充手段である行政立法については、従来から、これを法規命令と行政規則に区別し、法規命令は「一般私人の権利義務に関する定め（一般的抽象的であっても、それ自体でいずれ私人を拘束する）である法規の定立であり、法律の法規創造力との関係で法律の委任を要する」。これに対し、行政規則は法規たる性質を有しない（私人を拘束することはない行政内部の定めである）ので、「法律の授權を要せず行政権の当然の権能として定めることができる」（以下、I 262-281 頁参照）とされてきた。国会が国の唯一の立法機関（憲法 41 条）とされているのであるから当然の定理であり、この定理自体にはなんの問題もない。しかし、これを個別の具体的な行政立法に当てはめたとき、法律による行政の原則との関係で大きな問題を生じている。以下、著名な最高裁判例について、著者がどのような解釈を示しているか、紹介して検討する（いずれも著名事件であるので事案の概要や判旨については省略することが多い）。

### 〔国家公務員の政治的行為の制限——猿払事件など〕

国家公務員法 102 条 1 項は、「職員は、政党又は政治的目的のために、寄附金その他の利益を求め、若しくは受領し、又は何らの方法を以てするを問わず、これらの行為に関与し、あるいは選挙権の行使を除く外、人事院規則で定める政治的行為をしてはならない」と定め、その委任を受けて人事院規則 14-7「政治的行為」<sup>(14)</sup>が定められている。さて、公務員が勤務時間外に、職務を利用することなく、また公務員としての身分を利用したりそれを悟られることもなく、特定政党を支持して行う活動（選挙用ポスターを公営掲示場に掲示するとか選挙ビラを配布するなど）がしばしば深刻な問題になってきたが、最高裁は一貫して、委任の限界を超えないとしている。この点著者は、「本当に処罰に値するとは言えない」「特殊な限界事例の政治的行為については限定解釈により無罪とすべきであり、人事院規則はこのような場合を例外とする規定をおくべき」だとする（I 266 頁）。

授權規定明確性の要請といえよう。I 122-123 頁参照)。ちなみに、法人の政治的行為については八幡製鉄政治献金訴訟で最高裁（最大判昭45・6・24民集二四・六・六二五）は、基本的人権の保障は、性質上可能な限り、内国の法人にも適用されるものと解すべきであり、会社は、自然人たる国民と同様、国や政党を支持、推進し又は反対するなどの政治的行為をなす自由を有するとしている。直感的な印象ではあるが、自然人である国民だけが政治を含む統治構造に参画できるとする方向が世界的潮流であると思われるとき、自然人である公務員の政治的行為についてのこの落差には、いささか説明できない政治的な偏向を感じざるをえない。それはさておき、冷静な解釈論としては、最高裁自身、本判決で初めに、委任の趣旨について、「公務員の政治的中立性を損うおそれのある行動類型に属する政治的行為を具体的に定めることを委任するものである」と述べているのである。しかし、実際に制定されている人事院規則14-7、とくに政治的行為の定義の11から15などを見ると、あまりに包括的で広範にすぎ、「具体的に定め」たものとは到底言えないと考える。上記委任の趣旨や、そもそも政治的行為の制限は憲法が保障する基本的人権に関わるものであることを踏まえると、人事院規則という行政立法を整合性を重視して限定的に解釈する著者の見解を素直に支持できよう。<sup>(15)</sup>

塩野は「形式的にみれば、その委任はやはり白紙的であるといわざるをえないのではないか」と述べつつも、「もしこれを合憲であるというとなれば、一つは、規律の対象が一般権力関係ではなく公務員関係であるということ、そして、いま一つは、規範定立者が、人事院という、内閣から独立して人事行政を遂行する合議体の機関である、ということにあると思われる」（塩野I 96～97頁）としている。しかし、公務員関係だからというのであれば、公務員として行動している範囲内での活動に限定して適用することを前提とすべきなのに、その前提を欠いたまま公務員の個人としての人権についてこのような考え方をとるのでは前近代的な特別権力関係論の焼き直しにすぎないと思われる。また、人事院規則違反で処分を受けた公務員による不服申立て件数は当時、相当数に上ったはずであるが、人

事院が白紙委任の立法であることに十分注意し、人事院規則違反の範囲を限定するような謙抑的法解釈をしたという話はまったく耳にしていない。そうした規範定立者であり規範適用者である人事院が独立行政機関であるから合憲の余地があるなどというのは、あまりにも空虚すぎるのではないか。また、塩野だけでなく宇賀も「ドイツの基本法 80 条は、委任立法を行うに際して、授権の内容、目的、程度が法律の中に規定されていなければならないと定めている」ことや、同じ趣旨の大阪高裁判決があることを紹介しているが、結論としては「公務員の政治的活動の禁止については、党派的对立から中立的な委員会として独立性を付与された人事院の判断に委ねることが望ましいという考慮に求める以外にないように思われる」（宇賀 I 240～241 頁）として終わっていることには物足りなさを感じざるをえない。櫻井・橋本のみが「このような委任は白紙委任とみるほかになく、立法者は速やかに法律を改正すべきであろう」（同 64～65 頁）とする。

〔美術品として価値ある刀剣類の登録——美術品サーベル事件〕

本件では、銃刀法が委任によって省令に定めさせようとした「登録の方法、登録審査委員の任命及び職務、鑑定の基準及び手続その他登録に関し必要な細目」（同法 14 条 5 項参照）に外国製の刀剣類を除くという事項が含まれるか否かが争われた。

銃砲刀剣類所持等取締法

- 1 条（趣旨）この法律は、銃砲、刀剣類等の所持、使用等に関する危害防止に必要な規制について定めるものとする。
- 3 条（所持の禁止）何人も、次の各号のいずれかに該当する場合を除いては、銃砲又は刀剣類を所持してはならない。
  - 1 号から 13 号（略）
- 14 条 都道府県の教育委員会は、美術品若しくは骨とう品として価値のある火縄式銃砲等の古式銃砲又は美術品として価値のある刀剣類の登録をするものとする。
  - 2（略）
  - 3 第一項の登録は、登録審査委員の鑑定に基いてしなければならない。
  - 4（略）
  - 5 第一項の登録の方法、第三項の登録審査委員の任命及び職務、同項の鑑定の基準及び手続その他登録に関し必要な細目は、文部科学省令で定める。

対立する見解として、美術品として価値のある刀剣類について、占領軍への引渡の対象から除外するという沿革も重視して委任の範囲を解釈しようとするものと、文理上委任されているのは登録に関して必要な「細目」だけであって、刀剣の範囲から外国製を除く（登録対象を日本刀に限る）ということは細目ではなく、また美術品として価値のあるものは日本刀に限らないため、規則は法の委任の限界を超えているとみるものがあった。最高裁は鑑定基準について一定の裁量を認めるとともに、沿革も考慮して法律の委任の範囲内としたが（二人の反対意見がある）、著者は刀剣の範囲から外国製を除くことは細目ではなく、鑑定の基準も専門裁量に任されていないこと<sup>(16)</sup>を理由に、規則は委任の限界を超え違法とすべきだったとの立場である。なるほど、文理を重視して委任の限界を超えるから違法だとするのは、それこそ論理的にはもっともありうる選択肢だとは思ふ。しかし、実際目の前に争訟事件があるときには、争われている目の行政立法を違法としたときの反響の大きさを考慮して、行政立法を違法とすることはなかなかできることではない。しかし、著者は、目の前の事件で行政立法を法律の委任の範囲内だとすると、問題のある法律や行政立法がいつまでも続くのを認めることになるから、長い眼で見るといったん規則を違法とし、国会にきちんとした法制度をつくってもらう方が法治主義に合致すると、司法のやり直し機能を重視しているのである。

塩野は、銃砲刀剣類の輸入の自由に対する裁判所の評価が判断を分けているが、「法律自体が刀剣類の所持を原則として禁止し、ごく例外的に認めるシステムをとっているという判断が根底にある」との見方をしている。すなわち、「多数意見の関心は、当該刀剣が美術品として価値があるかどうかにはなく、もっぱら、規則に定める刀剣類が美術品として価値を有するものを含むとしたことに裁量の範囲を逸脱するものがあるかどうかにある。このように限定する趣旨は、所持の原則的禁止政策を尊重したものと解される」（同 I 97～98 頁）と述べ、多数意見に好意的である。櫻井・橋本は事案と最高裁判決の判旨を紹介するのみである（同 66 頁）。宇賀も「この判決は多数意見 3 名、少数意見 2 名と判断が分かれており、少

数意見にも説得力がある」(同 I 244 頁)と述べるにとどめている。

評者も最初は、銃刀法が刀剣類の所持を原則として禁止している大枠があり、その大枠の中で例外的に登録による所持を認めるシステムであるから、外国製の刀剣を輸入して所持することができなくても、それは右システムの想定する範囲内ではないかと(塩野説のように)考えたことがある。しかし、それはやはり井勘定的な思考と結論であろう。仮にそうした立法趣旨があるなら、そして、それが法の仕組みなりシステムとして存在しているというなら、行政法規としては、日本刀の場合は美術品として価値のある刀剣類の所持は許されるが、原則禁止との関係から、外国製の刀剣を輸入して所持する自由(一応は、財産権として扱われようか)までは保障されないことを明記するしかないのではなかろうか。明記されていて初めて法の仕組みなりシステムとして存在し、客観的に認識できるのである。立法に至った沿革が重視されることもあるが、立法当時はその沿革を立法趣旨として考慮することが適切とされる場合もあろうが、年月を経て状況が変遷した後には、実定法はまず法文に即して解釈するのが常道である。

#### 〔学習指導要領——学テ事件と伝習館訴訟〕

学習指導要領の根拠とあり方について、学校教育法上は明確な定めがなく、ただ同法施行規則 52 条が「小学校の教育課程については、この節に定めるもののほか、教育課程の基準として文部科学大臣が別に公示する小学校学習指導要領によるものとする」と定めるだけである。しかし、最高裁は大綱的な遵守基準として有効だとして法的拘束力を認めている。著者は「学習指導要領は、法律の明確な授權なく、白紙委任であるから、拘束力を持たせるのは違憲である」「裁判所はこれを違憲として、国会に法整備を促すべきであった」(I 268 頁)とする。美術品サーベル事件の場合と同じ発想と思われる。すなわち、趣旨の不明確な法律があるとき、法治国家としてきちんとした法制度を整備しなければならないことに思いを致し、国会や行政の重大な懈怠等に対して裁判所は厳格に対応して整備を促

すべきであり、逆行や停滞を許すような法解釈をしてはならないと考えるのである。<sup>(17)</sup> 惰性に流れ、とかく裁量の範囲を逸脱するものではないとの思考に陥りやすい評者にはきわめて新鮮である。

#### 〔婚外子認知児童扶養手当事件〕

児童扶養手当の支給対象となっていた婚外子が、父から認知されたことを理由にその支給を拒否されたため取消訴訟を提起した事案である。婚外子が認知された場合に児童扶養手当の支給拒否を定める政令が争われた。すなわち、児童扶養手当法（以下「法」という。）4条1項は、児童扶養手当の支給対象となる児童として、「父母が婚姻を解消した児童」（1号）、「父が死亡した児童」（2号）、「父が政令で定める程度の障害の状態にある児童」（3号）、「父の生死が明らかでない児童」（4号）、「その他前各号に準ずる状態にある児童で政令で定めるもの」（5号）と規定している（なお、法にいう「婚姻」には、婚姻の届出をしていないが事実上婚姻関係と同様の事情にある場合を、「配偶者」には、婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある者を、「父」には、母が児童を懐胎した当時婚姻の届出をしていないが、その母と事実上婚姻関係と同様の事情にあった者を、それぞれ含むものとされている（法3条3項））。そして、児童扶養手当法施行令（改正前のもの。以下「施行令」という。）1条の2は、法4条1項5号の委任立法として、「父が引き続き1年以上遺棄している児童」（1号）、「父が法令により引き続き1年以上拘禁されている児童」（2号）、「母が婚姻によらないで懐胎した児童（父から認知された児童を除く。）」（3号）、「前号に該当するかどうか明らかでない児童」（4号）と規定していたので、この3号括弧書における除外が委任の範囲を超えるか争われたのである。

最高裁（平成14・1・31民集56巻1号246頁）は以下のように述べて、父から認知された婚外子を除外することは、法の趣旨、目的に照らし両者の間の均衡を欠き、法の委任の範囲を逸脱するとした。

「法は、父と生計を同じくしていない児童が育成される家庭の生活の安

定と自立の促進に寄与するため、当該児童について児童扶養手当を支給し、もって児童の福祉の増進を図ることを目的としている（法1条）が、……その4条1項5号による委任の範囲については、その文言はもとより、法の趣旨や目的、さらには、同項が一定の類型の児童を支給対象児童として掲げた趣旨や支給対象児童とされた者との均衡等をも考慮して解釈すべきである。

法は、いわゆる死別母子世帯を対象として国民年金法による母子福祉年金が支給されていたこととの均衡上、いわゆる生別母子世帯に対しても同様の施策を講ずべきであるとの議論を契機として制定されたものであるが、法が4条1項各号で規定する類型の児童は、生別母子世帯の児童に限定されておらず、1条の目的規定等に照らして、世帯の生計維持者としての父による現実の扶養を期待することができないと考えられる児童……を支給対象児童として類型化しているものと解することができる。」「法4条1項1号ないし4号が法律上の父の存否のみによって支給対象児童の類型化をする趣旨でないことは明らかであるし、認知によって当然に母との婚姻関係が形成されるなどして世帯の生計維持者としての父が存在する状態になるわけでもない。また、父から認知されれば通常父による現実の扶養を期待することもいえない。したがって、婚姻外懐胎児童が認知により法律上の父がいる状態になったとしても、依然として法4条1項1号ないし4号に準ずる状態が続いているものというべきである」「事実上の婚姻関係にある父母の間で出生した児童が、事実上の婚姻関係の解消によって法4条1項1号の支給対象児童となった場合において、その後父の認知があったとしても、その受給資格に消長を来さないと解されていることとも整合する」。

著者は「法律の趣旨が父の実質的不存在なのか、父の扶養が現実に期待できるとは限らないからなのかという制度趣旨の解釈が決め手になっている。法律の解釈の仕方にとって参考になる」（I 270頁）と肯定的に受け止めている。評者も最高裁の論理展開を至当と考えるが、理解できないのは原審<sup>(18)</sup>（大阪高判平成7年11月21日行集46巻10・11号1008頁）の判

断理由である。理論的にあれこれ検討する以前に、この程度の法解釈しかできない人が高裁レベルの裁判官を務めているということに愕然とした思いにならざるをえない。

塩野は「委任立法権の行使についても、平等原則が及ぶことを前提として」と解される最高裁判決がある」(同 I 98 頁)として本判決に言及するのみであり、櫻井・橋本(66 頁)と宇賀(I 244 頁)は判旨を簡潔に紹介するにとどめている。

#### 〔農地法に基づく買収農地の売払い——法律の趣旨を限定した政令〕

農地法 80 条は、農林大臣において買収農地が政令の定めるところにより自作農の創設又は土地の農業上の利用の増進の目的に供しないことを相当と認めるときは、当該土地を旧所有者に売り払わなければならない旨を定めているが、同法施行令 16 条 4 号は、買収農地が公用、公共用または国民生活の安定上必要な施設の用に供する(以下、公用等の目的に供するという。)緊急の必要があり、かつ、その用に供されることが確実な土地であるときに限り農林大臣において農地法 80 条 1 項の認定をすることができる旨を定めている。自作農創設特別措置法により土地を買収された者が農林大臣にはその買収土地を原告らに売渡す義務があることの確認を求めて争った事案において、最高裁(最判昭和 46・1・20 民集 25 卷 1 号 1 頁)は、委任の範囲にはおのずから限度があり、明らかに法が売払いの対象として予定しているものを政令で除外することは、法 80 条に基づく売払制度の趣旨に照らし許されないと判示して原告の請求を認め<sup>(19)</sup>た。著者は「法律の趣旨を合理的に解釈し」(I 270 頁)たと評している。

塩野は、この最高裁判決は、「委任を受けた側(政令)で、委任をした側(法律)の意思に反して売り払い先を限定したことによるもので、委任の範囲を超えるというのは字義どおりではない」という、きわめて読者目線の説明を付けている。櫻井・橋本も「委任された命令側の問題」として、本判決の判旨を紹介する。

#### 〔原爆被爆者援護法の居住地要件〕

原子爆弾被爆者に対する援護に関する法律に基づく健康管理手当を海外からは申請できないとする通達について、そのために支給申請できなかった者の訴えに対し、原審は、被爆者援護法の立法の根底には戦争遂行主体であった国が自らの責任において被爆者の救済を図るという国家補償的配慮があったものと考えられ、海外からの申請を認めない趣旨は法律から見いだされないので、この限定は法律の委任の範囲を超え、無効であるとした（福岡高判平成15・2・7判タ1119号118頁）。最高裁（最判平成18・6・13民集60巻5号1910頁、最判平成19・2・6民集61巻1号122頁）はこれを是認している。著者は以上を紹介するのみだが、行政立法について説明する冒頭で、本判決を念頭に置いて「政令への委任はどんな場合に委任の範囲を超えるのか。具体例を見よう。法の解釈の仕方を学ぼう。」（I 262頁。問題②）と問題提起している。そうすると、委任立法が法律の範囲を超えるかどうかの判断は、法律の趣旨を正しく読み取ることであると説いていることになり、そうした法解釈の仕方を実践したものとして、本最高裁判決を学ぶことのできる判決と積極的に評価しているといえる。他の概説書は言及していない。

#### 〔監獄法と接見不許可〕

現在は廃止されているが、当時の監獄法施行規則120条は「14歳未満ノ者ニハ在監者ト接見ヲ為スコトヲ許サス」と定め、一般にはさほど疑問を抱かれていなかったように思われる<sup>(20)</sup>。しかし周知のとおり、最高裁（平成3・7・9民集45巻6号1049頁、百選98頁）は、「幼年者の心情を害することがないようにという配慮の下に設けられたものである」ことは否定しなかったが、それでも「被拘留者も当該拘禁関係に伴う一定の制約の範囲外においては原則として一般市民としての自由を保障される」という原則を確認し、併せて「幼年者の心情の保護は元来その監護に当たる親権者等が配慮すべき事柄である」と述べて行政の活動領域に制限を加えたのである。監獄法50条の委任の範囲を超えとの結論だけでなく、それに至

る理由も近代市民法の思想を徹底するかのような判決である。著者は本判決を「未決勾留の制度趣旨と条文の文理の両方を根拠に、この規則自体を違法（法令違法）とした。最高裁にしては珍しく、思い切った判断をしたもの」（I 273～274 頁）と評している。

塩野は、接見の自由に対する裁判所の評価が判断の分かれ目になったが正当に判断したと評価している（同 I 97 頁）。櫻井・橋本は判旨を紹介するのみであるが（同 66 頁）、宇賀は「この場合も、農地法の事件と同様、法律で認めていることを命令で制限したのが違法」（I 243 頁）と判断したと分かりやすく説明している。

#### 〔通達の法的拘束力と違法な通達に対する争訟方法〕

墓地埋葬法の定める、埋葬を拒むことができる「正当な理由」について、異教徒の埋葬を拒むことは「正当な理由」に当たらないとの解釈通達に関し、寺は、異教徒の埋葬を拒んだために訴追されたときは、そこで通達の違法性を主張して争うことができるので通達の取消しを求める必要がないという著名な最高裁判決（最判昭和 43・12・24 民集 22 卷 13 号 3147 頁、百選 106 頁）がある。著者は「あとで争えるから、あとでしか争えないというのは、非論理的である。そして、刑事事件で争うのは私人にとっては大変な苦難であるし、実際にはあとで争って勝てるという保証はないし間に合わないのが普通であるから、通達に従ってしまう。そこで、通達の実体的な影響力に鑑み、これが違法と考えるならその排除を求める訴訟を認めるべきである。行訴法改正によりその 4 条の当事者訴訟（通達の違法確認訴訟）を使えるとの意見が増えている。これまでの議論は、法的効力があるかどうかを基本としてきたが、むしろ、法治行政違反は是正すべきであるとの視点を基本とすれば、実際上あとで争うのが困難なものはその段階で争わせるというのが妥当」（I 277～278 頁）とする。従来は、行政規則の効力論を出発点にして処分性を否定してきたが、著者は実質的法治主義と救済の実効性を貫く視点から、早くから一貫して最高裁判決の非論理性を突いている。

宇賀は「取消訴訟の対象となるのは、直接に国民の権利義務を変動させる法的効果を持つものに限定されるのが原則であるので、通達自身の取消訴訟は一般的には認められない」（同 I 252 頁）として、上記最高裁判決を指摘するのみであるが、櫻井・橋本はかなり、著者に近い見解を示している（同 68～69 頁）。すなわち、通達は行政組織内部における命令にすぎないとして処分性を否定して済ませる「形式的な観念論では問題が解決されないところに行政規則の課題がある」としたうえで、「実際には国民に対して事実上直截的な影響を及ぼしており、この事実上の効果をどのようにして救済ルートにのせるか」を考え出さなければならない。一定の条件を充たす場合に処分性を肯定する計量法に関する下級審判決があるし、当事者訴訟（行訴法 4 条）の活用も可能であると示唆している。しかし、塩野は「ある通達が出され、それによると将来自己に不利益な処分がなされると私人が考えても、私人は直ちに通達を取り消してもらう必要はない。将来、通達に従って不利益な処分がなされたあとで、裁判所に出訴して、法律の正しい解釈により処分を取り消してもらえるからである」（同 I 102～103 頁）と頑なである。そのうえ、「処分が出される前に、予め将来の危険を予防する意味での抗告訴訟としての差止訴訟が考えられるが、通達自体が外部効果をもつ法源となることは、法律による行政の原理からして認められない」という。

しかし、処分性については行政法総論レベルで概念的な定義を急ぐ必要はなく、行政救済レベルで検討すれば足りるとの見解が最近はかなり一般的になりつつある。その見解はまた、司法改革において行訴法改正に取り組まざるをえなくなった背景事情の主な一つでもあった。すなわち、訴訟法レベルでは、救済の必要性和実効性に着目して処分性なり通達の法的性質を捉えるべきなのであり、ひたすら伝統的な処分性概念の固持に意義を認めるとするのは、法律による行政の原理がもっとも優先されなければならないこと、救済の実効性を確保するために予防的抗告訴訟としての差止訴訟が認められるに至った経緯を忘れ、価値の劣後する通達の法的性質に拘泥するものであり、配慮する順序が法治主義を優先する場合とは基本的

にずれているというしかないように思われる。

#### 〔通達による法解釈の変更——通達課税〕

パチンコ球遊器通達課税について、新しい通達内容が法律の正しい解釈である以上、適法な課税処分であるとした最高裁判決（最判昭和33・3・28民集12巻4号624頁、百選104頁）はあまりにも有名である。著者は結論として、「遡及課税だけを違法とし、今後は、多少の猶予期間において課税すべき」（I278頁）とする。多くのロー・スクール生は、行政法においても法の一般原則としての信頼保護原則が一般的には適用されるが、租税行政においては、納税者間の公平を重視すべきであり法律に基づく課税が優先されると暗誦して終わることが多い気がする。そうした中で著者の提案は、信頼を保護しなければならない具体的事情を見定め、他方、法律にのっとった適切な課税のあり方も視野に入れて、具体的状況における法律による行政・課税の原則の最適解を冷静に探究しているように思われる。

塩野は「通達の存否にかかわらず、法律の解釈を通じて当該処分の適法性を認定した」判決として最高裁昭和33年判決を紹介し、これは「非課税状態についての慣習法の成立を認めなかった事例」であるとしている（同I61頁）。宇賀も、通達が法の正しい解釈を示すものである以上、通達による課税ではなく法律に基づく課税であるなどとした同判決の有名なくだりを紹介して終わっている（同I253頁）。一方、櫻井・橋本は「形式論理としては判決のとおりなのであるが、このような課税は、税務行政の実態からすればまさに通達課税なのであって、判決は問題の本質にこたえていないうらみがある」「従来非課税としてきた実務を変更するにいたった実質的理由が説明されなければならない。……課税される国民の側に一定の信頼が生じている場合には、それが法的保護に値するものかどうか別途検討される必要がある」（同70頁）と述べている。規制緩和政策が司法の場で争われた1980年代半ばからの米国では、変更後の内容が法律の解釈として成り立つかどうかを問わず、政策変更の理由を十分に説明

することが求められるようになっている (reasoned explanation)。それは適正手続の理念から導きだされるものの現代的変形であったと記憶するが、そうした平衡的正義感覚を備えている辺りの感覚が櫻井・橋本が多くの学生に受け入れられている理由の一つになっているような気がする。

以上、行政立法について、著者は次の3つに分けて論じている。<sup>(22)</sup>①最初3つ(国家公務員の政治的行為の制限、刀剣類の登録、学習指導要領)の事案を白紙委任的な行政立法の場合と整理し、それらについて、裁判所はわが国を法治国家として発展させるという視点から、委任立法が法の委任の範囲を超えていると判断して、人事院規則で例外規定を設けるとか国会は委任の趣旨をより明確にした改正規定を定めるよう促すべきであったとする。そして、②委任の範囲を超える行政立法に対しては法律の趣旨を合理的に解釈する見地から、また、③行政規則に分類される行政立法については、その効力論から処分性を画一的に判断して済ませるのではなく、実際の利益状況を的確に反映した取扱いを求めている。

ところで、コア・カリでは表2の通りである。補足として示されている「\*白紙委任の禁止、及び委任の趣旨の逸脱については、第2章(行政処分の実体的違法事由の検討能力)第3節で取り扱う」としているので、ここでは最高裁判例をめぐる著者の上記問題関心と同様の視点から行政立法を検討することを予定しているのであろうか。それにしても、最初の「委任立法の概念と法規命令の概念の関係」を初め、概念の関係や異同を理解することを求めているが、上記で検討した最高裁判例の傾向と法治行政の実現とに関わる争点からすると、その趣旨と意義をいささか捉えにくい気がする。また、四番目の「通達、審査基準・処分基準、解釈基準・裁量基準と、委任立法(法規命令等)の異同を理解している」は、本書の「法規命令と行政規則は本当にどれだけ違うか」(I 279~280頁)と同じ問題意識なのであろうか。そうだとすると、法規命令であれば法律の委任の範囲を超えているかどうかが論点になるが、通達以下の行政規則であれば、裁判官は当該行政規則の存在や内容に一切拘束されずに法律要件の意義を解

積することになる。いずれにしる、もう少し詳しくコア・カリにおける問題意識や検討すべき内容を示してほしい気がする。

表2

<p>1-2-2 法規命令</p> <ul style="list-style-type: none"><li>○委任立法の概念と法規命令の概念の関係を理解している。</li><li>○法規命令の具体例を、条文を参照して説明することができる（委任規定の要否を含む）。</li><li>○政令、省令、規則及び告示の諸形式と、委任立法（法規命令等）の概念の関係を理解している。</li><li>○通達、審査基準・処分基準、解釈基準・裁量基準と、委任立法（法規命令等）の異同を理解している。</li></ul> <p>*白紙委任の禁止、及び委任の趣旨の逸脱については、第2章（行政処分の実体的違法事由の検討能力）第3節で取り扱う。行政手続法における「命令等」の概念については、本章第4節1-4-2を参照。解釈基準については、第2章（行政処分の実体的違法事由の検討能力）第1節2-1-2を、裁量基準については同章第2節2-2-2を参照。</p>
--

註

(14) 昭和24年9月19日制定の人事院規則14-7は、政治的目的と政治的行為について、それぞれ以下のとおり定義している（1から4および7、8は省略）。

5 法及び規則中政治的目的とは、次に掲げるものをいう。政治的目的をもつてなされる行為であつても、第六項に定める政治的行為に含まれない限り、法第二条第一項の規定に違反するものではない。

一 規則一四一五に定める公選による公職の選挙において、特定の候補者を支持し又はこれに反対すること。

二 最高裁判所の裁判官の任命に関する国民審査に際し、特定の裁判官を支持し又はこれに反対すること。

三 特定の政党その他の政治的団体を支持し又はこれに反対すること。

四 特定の内閣を支持し又はこれに反対すること。

五 政治の方向に影響を与える意図で特定の政策を主張し又はこれに反対すること。

六 国の機関又は公の機関において決定した政策（法令、規則又は条例に包含されたものを含む。）の実施を妨害すること。

七 地方自治法（昭和二十二年法律第六十七号）に基く地方公共団体の

条例の制定若しくは改廃又は事務監査の請求に関する署名を成立させ又は成立させないこと。

- 八 地方自治法に基く地方公共団体の議会の解散又は法律に基く公務員の解職の請求に関する署名を成立させ若しくは成立させず又はこれらの請求に基く解散若しくは解職に賛成し若しくは反対すること。

(政治的行為の定義)

- 6 法第二百二条第一項の規定する政治的行為とは、次に掲げるものをいう。
- 一 政治的目的のために職名、職権又はその他の公私の影響力を利用すること。
  - 二 政治的目的のために寄附金その他の利益を提供し又は提供せずその他政治的目的をもつならかの行為をなし又はなさないことに対する代償又は報復として、任用、職務、給与その他職員の地位に関してならかの利益を得若しくは得ようと企て又は得させようとするところあるいは不利益を与え、与えようと企て又は与えようとおびやかすこと。
  - 三 政治的目的をもつて、賦課金、寄附金、会費又はその他の金品を求め若しくは受領し又はなんらの方法をもつてするを問わずこれらの行為に関与すること。
  - 四 政治的目的をもつて、前号に定める金品を国家公務員に与え又は支払うこと。
  - 五 政党その他の政治的団体の結成を企画し、結成に参加し若しくはこれらの行為を援助し又はそれらの団体の役員、政治的顧問その他これらと同様な役割をもつ構成員となること。
  - 六 特定の政党その他の政治的団体の構成員となるように又はならないように勧誘運動をすること。
  - 七 政党その他の政治的団体の機関紙たる新聞その他の刊行物を発行し、編集し、配布し又はこれらの行為を援助すること。
  - 八 政治的目的をもつて、第五項第一号に定める選挙、同項第二号に定める国民審査の投票又は同項第八号に定める解散若しくは解職の投票において、投票するように又はしないように勧誘運動をすること。
  - 九 政治的目的のために署名運動を企画し、主宰し又は指導しその他これに積極的に参与すること。
  - 十 政治的目的をもつて、多数の人の行進その他の示威運動を企画し、組織し若しくは指導し又はこれらの行為を援助すること。
  - 十一 集会その他多数の人に接し得る場所で又は拡声器、ラジオその他の手段を利用して、公に政治的目的を有する意見を述べること。
  - 十二 政治的目的を有する文書又は図画を国又は特定独立行政法人の庁舎（特定独立行政法人にあつては、事務所。以下同じ。）、施設等に掲

示し又は掲示させその他政治的目的のために国又は特定独立行政法人の庁舎、施設、資材又は資金を利用し又は利用させること。

十三 政治的目的を有する署名又は無署名の文書、図画、音盤又は形象を発行し、回覧に供し、掲示し若しくは配布し又は多数の人に対して朗読し若しくは聴取させ、あるいはこれらの用に供するために著作し又は編集すること。

十四 政治的目的を有する演劇を演出し若しくは主宰し又はこれらの行為を援助すること。

十五 政治的目的をもつて、政治上の主義主張又は政党その他の政治的団体の表示に用いられる旗、腕章、記章、えり章、服飾その他これらに類するものを製作し又は配布すること。

十六 政治的目的をもつて、勤務時間中において、前号に掲げるものを着用し又は表示すること。

十七 なんらの名義又は形式をもつてするを問わず、前各号の禁止又は制限を免れる行為をすること。

(15) 著者の本書における解釈論が、「行政法の体系と憲法上の価値を踏まえて、法制度の整合性を維持しつつ、法のシステムの中から事案の解決としてもっともふさわしいものを探求する作業」(I 46頁)であることについては前号34頁で紹介している。

(16) 鑑定の基準と登録に関し必要な細目は「その他」で結ばれており、例示ではなく並列関係である。したがって、刀剣の範囲から外国製を除くことは細目ではできないが、鑑定の基準でできるかどうかは別論ということになる。著者は、鑑定の基準の内容として、刀剣の範囲から外国製を除くと定めるような専門裁量を見出すことはできないとの見解のようである。

(17) 塩野は教科書検定訴訟で最高裁(平成5・3・16民集47巻5号3483頁)が、検定規則、検定基準は教育基本法、学校教育法の関係条文から明らかな教科書の要件を具体化したにすぎないので、法律の委任を欠くとまではいえないとしたことについて、「検定制度という国家と国民の間を規律する重要な法的仕組みについて、検定の主体、検定の効果のみを法律で規定する、つまり法的仕組み自体が法規命令に委ねられることでは、法治主義の要請に応えない」(同I 98頁注2)と断言する。宇賀は同様の検討を加えたうえで、「委任の方法に関する違憲審査に関して、判例はきわめて謙抑的」(同I 241~242頁)というにとどまる。櫻井・橋本は「法律が必ずしも正面からその創設を規定していない教科書検定制度は、執行命令の名のもとで、行政機関が勝手にこれを作りあげてしまっているようにもみえる。本来委任命令によるべき事項が執行命令のかたちで定められてしまうと、法律による委任という仕切りが潜脱され、法治主義がないがしろにされるおそれがある」(同65頁)と

述べている。

- (18) 原審は、施行令1条の2第3号は、全体として児童扶養手当支給の積極要件である支給対象となる児童を定めた規定であって、本件括弧書が独立した児童扶養手当支給の消極要件を定めたものではないから、争われている3号括弧書部分のみを取り出して独立の児童扶養手当不支給事由を定めたものと解してその無効をいうことは許されないとしたうえで、父の不存在を指標として児童扶養手当の支給対象となる児童の範囲を画することは、それなりに合理的なものといえることができ、その反面として、父の不存在という指標に該当する事実がなくなった場合には、典型的に児童扶養手当の支給対象とする必要性がなくなったものとするのも、それなりに合理的としている。多数意見に対して反対意見を述べている町田顯裁判官も文理を形式的に捉える傾向が強く、原審と基本的に同じ立場のようである。
- (19) 「収用が行なわれた後当該収用物件につきその収用目的となつた公共の用に供しないことを相当とする事実が生じた場合には、なお、国にこれを保有させ、その処置を原則として国の裁量にまかせるべきであるとする合理的理由はなく、……当該土地が買取農地であるかぎり、これを自作農の創設等の目的に供しないことが相当であるという事実が客観的に存すれば、農林大臣は内部的にその認定を行ない旧所有者に売り払わなければならないという拘束を受け、旧所有者は農林大臣に対し買受けに応ずべきことを求める権利を有する」(法80条1項は)その規定の体裁からみて、売払いの対象を定める基準を政令に委任しているものと解されるが、委任の範囲にはおのずから限度があり、明らかに法が売払いの対象として予定しているものを除外することは、前記法80条に基づく売払制度の趣旨に照らし、許されない……当該買取農地自体、社会的、経済的にみて、すでにその農地としての現況を将来にわたつて維持すべき意義を失い、近く農地以外のものとするを相当とするもの(法7条1項4号参照)として、買取の目的である自作農の創設等の目的に供しないことを相当とする状況にあるといえるものが生ずるのであることは、当然に予測されるべきところであり、法80条は、もとよりこのような買取農地についても旧所有者への売払いを義務付けているものと解されなければならない。
- (20) (旧)監獄法45条は、「在監者ニ接見センコトヲ請フ者アルトキハ之ヲ許ス」として在監者との接見を原則許可とし、同50条は「接見ノ立会……其他接見……ニ関スル制限ハ命令ヲ以テ之ヲ定ム」として、命令に委任していた。
- (21) 筆者が法の仕組みについて正しく理解できていないのかもしれないが、法の仕組みの発想に行爲形式依存症とでもいうべき従来からの視野狭窄を乗り越える長所があるとされる趣旨からすると次のように解すべきではないか。つまり、「正当な理由」に当たらないという解釈通達があると寺が異教徒の理

葬を拒めば訴追されることがあり、そこで通達の違法性を主張して争うことはできるが、敗訴すれば有罪判決を受けて前科が付くということは、墓地埋葬法が全体として想定している法の仕組みだと捉えて、通達の取消しを求める訴訟を許すのである。正しい法の仕組み論からするとそうはならないというのであれば、そんな理論を新しく主張する意義はおよそ認められないのではないかと考える。

- (22) ここで著者が行っている3つの区分に関連して、塩野は委任の方法の限界につき、「法律による行政の原理からすると、法律の法規創造力の意義を失わせるような委任の仕方は許されない。これは、限界を破ったのは委任立法を制定した行政機関ではなく、委任の仕方を誤ったということによるので、立法機関が過ちを犯したことになる」(同196頁)と説明している。なんのことはない至極当たり前のことを確認したに過ぎないが、漠然と委任立法や委任命令における違法事由などと表現していると見過ごしてしまいがちな点であるので、初心者には嬉しい説明である。櫻井・橋本も、委任命令を検討する視点として「委任する国会の側、すなわち法律の委任の仕方の問題と、委任を受けた行政機関の側、すなわち、委任された命令の作り方の問題とを区別して論ずる必要がある」(同64頁)と述べている。

## 11 行政行為論のこれまでとこれから

### ——行政行為論の視点と方向性——

#### イ. これまでの行政行為論の総括

かつて1960年代からおそらくは20世紀のほとんど終わり近くまで、田中二郎著の「新版行政法上巻」書(弘文堂)が支配的であった頃は、作用法分野の説明は、そのほとんどが行政行為の定義や分類(図1参照)、そして効力に関する説明で占められていた。旧司法試験や公務員試験の合格者はこれを理解するというより暗記して法曹となり、あるいは霞ヶ関で勤務するようになっていたと言っているだろう。行政の行為形式論の目的が効力論ではなく違法性の検討にあるとしたとき、行政行為に関して、従来から学んできた定義や分類そして効力についての説明はその意味を失い不要なものになってしまうのであろうか。

このテーマに関する著者の結論は「行政の一方的判断による効力が生ずる行為はあるので、それを伝統に従って、行政行為として説明するが、重

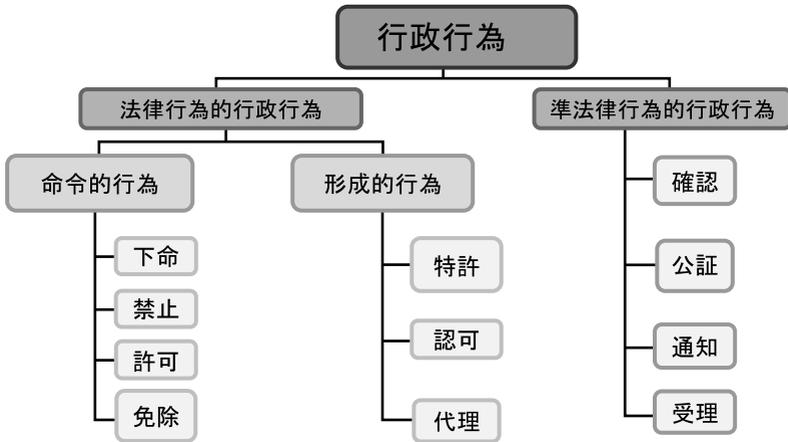


図1

点は行為形式としての種別にはない」(I 43頁)である。作用法分野における著者の発想の源にある考え方であり、これから随所で展開される著者の主張をよりよく理解するために、著者がこの結論に至る理由を少し詳しく解説しておきたい。それは以下のようなものである。伝統的な行政法学は、行政には優越性があり、民事法と異なる行政法の特色は、行政行為が一方的な効力を有し、しかも公定力があって、それを排除するには抗告訴訟によらなければならない、さらに裁判所の力を借りずにその内容を実現できる自力執行力を有するなどとしてきた。そのため、伝統的な行政法学においては、ある行政の行為が行政行為に該当する行為かどうか、および、行政行為とされたときの効力論が大きな比重を占めてきた。

このように伝統的行政法学が行ってきた行政行為の効力論を要約して総括するとともに、以下①で、行政行為の特殊な効力の代表ともいべき行政行為の公定力と不可争力について否定的見解を述べる。また②で、行政行為の特殊性は自力執行力にあるとする。そして、③で、行政行為の効力論に囚われ、司法救済の段階で実効的な救済を阻害する論理展開をしましう傾向があることに、特に言及している。

### ①行政行為の公定力について

取消訴訟の平面では、違法だが有効といった効力はない。これまでは、公権力を行使する行政と国民の関係は支配関係であり、公権力には公定力、第一次判断権といった優越性が認められているという前提に立ち、これには対等当事者間の紛争を裁く民事訴訟を適用する地盤がないので、国家権力へ異議を述べる「抗告」訴訟が必要だと説明してきた。そして、現行法は、処分が違法でも取り消されるまでは有効（公定力）だという前提に立って、その「取消し」を求めるしくみを採用したと説明してきた（抗告訴訟の排他的管轄）。

しかし、公権力であろうと、取り消されればその効果は遡及する。つまり、取消訴訟の平面では、違法だが有効といった効力はない。ただ、出訴期間が徒過すればその限りで争えなくなるので、違法でも有効という外観を呈するにすぎない。したがって、違法イコール無効とすべきである。要するに、公権力に基づく公定力とか不可争力といった概念に存在理由はなく、幽霊に惑わされているだけである<sup>(23)</sup>（以上、I 71 頁から 73 頁）。

### ②自力執行力について

課税処分、買収処分、取用裁決等は、たしかに裁判所の手を借りずに処分内容を実現できる特別の効力が認められている。この特殊性は、執行に関する特別の権限と制度によって始めて発生するが、こうした制度がおかれている理由は、公益性を実現するコストと時間的緊急性である。国民は、執行力を背景とする行政機関の権限行使に対しては、違法と思えば争わなければならない、争わなければ、それが違法でも不利益を被ることを余儀なくされるシステムである。こうした執行力を背景とする特殊性が行政行為の特殊性と称されるものの本体である。無論、行政に、民事上にはない特別の執行力を与えるのであるから、法律による行政に基づき、法律の根拠を要する（以上、I 303 頁から 306 頁）。

### ③行政行為の効力論<sup>(24)</sup>に囚われてきた

即時強制、直接強制、代執行などの行政強制は、法的効力を有しない単なる権力的な事実行為であり、その取り消しを求めることはできないと解

して実効的救済を阻害する論理展開をしてしまう傾向があった。たしかに、これらの行為は法的効力を有しないから、法律行為であるという行政行為の定義に当てはまらず、その意味では、これらの行為を「取り消す」というのは背理である。しかし、相手方の意思に反し、実力によってその権利自由を制限し、義務を課す権力的行為であることに変わりはないから、違法な行為を予防・除去する手立てを考える必要がある（以上、I 312～314頁）。

ロ. これからの行政行為論

では、これまでの行政行為論に対する総括を踏まえ、著者はこれからの行政行為に関連する議論をどのように展開しようとしているのか。著者の基本スタンスは「行政の一方的判断による効力が生ずる行為はあるので、それを伝統に従って行政行為として説明するが、重点は行為形式としての種別にはない」（I 43頁）である。作用法分野における著者の発想の源にある考え方であるが、行政行為論の今日的意義やこれからの課題と関連させ、実効的な救済制度と行政法システムの充実について著者は次のように述べている（I 307頁から311頁）。iiは行政行為論から訴訟法レベルへと舞台が移っている。

i. ポイントは行政行為の効力を取り消す点にあるのではなく違法性にある

初めに、上記①の行政行為の公定力や行政行為の効力論にとらわれること、さらに上記③の実効的な司法的救済と関連する行政行為に対する救済方法と訴訟類型について論じる。従来、行政行為に対する救済方法は、行政不服申立てと行政訴訟とされ、その争い方は、行政の行為を「取り消す」と構成してきた。しかし、立法論としては、行政行為の違法を証明すれば、その拘束性を除去できるという制度をおくことができるのであるから、ポイントは行政行為の効力を取り消す点にあるのではなく違法性にある。これこそが法治国家にふさわしい訴訟制度である。権力的な事実行為についても、違法を認定することにより予防と除去を考えることができ<sup>(25)</sup>る。要するに、行政救済制度で肝心なのは、効力論ではなく、違法行為を除去する法治国家論である。

## ii. 行政処分に関する不合理な法システムの可及的排除

二つは、上記①で指摘した抗告訴訟の排他的管轄に関連した、行政処分に関する不合理な法システムの可及的排除である。すなわち、行政処分とされると、一般には、民事訴訟を起こすことはできず、行政訴訟（抗告訴訟）では、仮処分禁止、執行不停止原則、出訴期間の制限、特例として多数ある不服申立前置の制約など、種々不利な点がある。法治国家の観点からは、これらの制約を緩和して実質的対等性を確保する方向を考えなければならぬ。

## iii. 行政法システムの有用性の活用

3つは、上記①で指摘した抗告訴訟の排他的管轄などの発想とは正反対の方向性を志向して、行政法システムの有用性を活用しようとする立場である。これは、行政法のほうが、権利救済の実効性に寄与し、民事法よりも優れている点があることを踏まえた提案である。すなわち、給付の拒否について、民事訴訟では給付請求権がないので棄却されるが、処分とすれば、違法なら拘束力に基づくやり直しを求めるという救済の道ができる。また、行政手続は、行政が各種の決定をする際の事前ルールであるが、処分とすると事前手続が適用され、審査基準、処分基準、理由附記、弁明・聴聞が必要となり、これを怠った行政の判断は違法とされる可能性がある。これに反し、行政処分に当たらなければ、私法上の意思表示であるとして事前ルールはなく、不透明になって国民の権利も守れない。

ちなみにコア・カリは、行政行為の効力論に関連して、「※いわゆる公定力、不可争力及び不可変更力の概念、並びに取消しと無効の区別は、第4章（行政上の不服申立制度の運用能力）及び第5章（抗告訴訟の運用能力）において扱う。行政不服審査法及び行政事件訴訟法における処分概念についても両章を参照。行政手続法における処分概念については、本章第4節1-4-2を参照」（第2節 主要な行為形式 1-2-1行政処分）とするにとどまっている。これは、総論段階で行政行為の効力論をすることを止めているので、従来からの先験的で概念先行の行政行為論がとる立場とは異なることが明らかである。また、行政処分に当たるかどうかは、取消訴訟

を提起できるかどうかの場面で重要なのであるから、司法審査と行政救済法の段階で中心的にとりあげて議論すれば足りるとする立場のように推測され、著者と共通の認識に立っているように思われる。

## 註

- (23) 公権力であろうと取り消されればその効果は遡及するのであり、取消訴訟の平面では違法だが有効といった効力はないという、著者が①で主張する見解は間違っていないと評者も考える。それでもなお、処分は違法でも取り消されるまでは有効（＝公定力がある）という前提に立って、現行法は、その「取消し」を求めるしくみ（抗告訴訟の排他的管轄）を採用しているという一般的理解を、明確な理由はないが評者はいまだ捨てきれない。そのため、本文①に関連する著者の提案について、本稿ではこれ以上、言及しない。
- (24) 行政行為の効力論に囚われることが何を意味するかについて、藤田の易しい説明がある。すなわち、行政計画や行政指導等、本来必ずしも私人に対する直接の法的効果をもたない（＝権利・自由を直接的に拘束しない）がゆえに、私人に対する行政主体の側からの「侵害」とはみなされず、従って、法律による行政の原理・近代法治国家原理による防御の対象とする必要もないと考えてきたのである（同285頁）。塩野のまとめはI 158-159頁参照。
- (25) より詳しくは次のように説かれている。権力的事実行為が違法であれば、その効力の有無の議論はともかくとして、救済のための訴訟類型を作らなければならない。その方法は、本来なら、受忍義務がないことの確認であり、違法行為の是正訴訟という一本の方法で十分である。処分の取消訴訟と処分でない行為の当事者訴訟という二本立てを基本とした現行制度でも、その垣根は大きなものではないとして、このいずれでもよいとすべきである。これら事実行為を行政行為とするかどうかは本来重要であってはならない。ただ、これら権力的事実行為が瞬時に執行される場合には、取消訴訟を提起する訴えの利益がないので、処分かどうかを論ずる実益は大幅に減るが、行われる前にその差止めを求めるのであれば実益がある。差止訴訟では、処分がなされる前であるから効力は生じておらず、処分の効力論に囚われることなく違法行為を差し止めることとなり、肝心な点は当該行為の違法性になる。その性質が抗告訴訟なのか、当事者訴訟なのか争われるが、いずれも許されると解すべきである。

## 12 行政行為の違法性を分析するときの判断枠組み

### ——行政活動の種類、行政過程論、法システム論および法的 仕組みの有用性——

イ. 行政行為の効力論に重点を置くことからスタートしている行為形式論に価値を認めず、行政活動の違法性分析こそが作用法分野における研究の主題になるとの立場に立つならば、そのとき、違法性分析にさいして視野に入れるべき対象と順序はどのようなものであろうか。行政行為論についても、効力論とは異なる視点から行政行為を捉えなおすことが違法性分析に役立つならば、その限りでは有用なものとして学んでおかなければならない。

そうすると、行政行為論や行為形式論以降、作用法分野における考察の視点や方法としては、規制行政、給付行政、行政資源取得・調達行政、誘導行政などといった行政活動の種類、行政活動が展開する全体を一つの「過程」と捉えるとともに、その過程を構成する個別行為は行政行為以外の事実行為などにも留意し、それら個別行為を全体の過程との関連で評価しようとする行政過程論<sup>(26)</sup>、法システム論<sup>(27)</sup>であるとか、最近<sup>(28)</sup>は法的仕組みなども言われている。これら以外にも有用な視点や方法があるかもしれないが、いずれにせよ、それら視点や方法を選択し適切に組み合わせて構成するなどして、行政活動の実体的・手続的な違法事由を検討するための判断枠組みが、行政活動の法的統制という行政法にとっての最大の使命を遂行するために求められるはずである。

さて、行政活動の違法性分析と言うと直ちに連想するのは、どうしてもこれに関連するコア・カリの構成である（表1参照）。これを見ると、行政活動の実体的・手続的な違法事由を検討することの重要性に鑑み、これを第2章と第3章の章立てにまで高めるという極めてざん新な構成を導入している。新しい着眼への抵抗もあったと思われるが、まずは賞賛したい。しかし、行為形式論以降、学界ではかなりの程度、議論されている行政活動の種類、行政過程論、法システム論、および最近の法的仕組み解釈などの見解にはまったく言及していない。これらは解釈論を展開するさい

にはほとんど無用であり考慮する必要がないとの考えによるものかもしれないし、あるいは、判断枠組みに関する定説が確立していないという理由によるものかもしれない。<sup>(29)</sup>したがって、判断枠組みのあり方に関する考察をさらに深めるとともに、1件1件の個別事案に関する実証的な検討を踏まえて、判断枠組みとして、実際どのような経路を辿って違法性の有無が認定されているかを検討しなければならない。

ロ. そこで、コア・カリに関する上記検討を念頭に置いて、本書における著者の立場を検討することにする。そうすると、著者は、初めに定型的に処分とされる行政行為の定義的な特徴を示している。<sup>(30)</sup>その後、内部行為、事実行為（＝行政指導、権力的事実行為）、行政立法・計画、同意に基づく行政処分や契約について、行政行為の定義的な特徴との差異を説明する。次に、侵益的・規制的行為、給付行為・授益行為（形式的行政行為を含む）、二重効果的（複効的）行政行為における処分性を比較検討している（I 321～324頁）。そのうえで、伝統的な立場が示してきた許可制、特許制、認可制について、従来から言われてきた定義の概念内容を一通り説明したうえで、それらが今日の実定法においては従来どおりには妥当しなくなっている実情を、憲法論を含め説明する（I 324～340頁）。

行政行為のうちの許可制と特許制については、伝統的な立場が示してきた命令的行為と形成的行為、言い換えると、国民の本来的自由に関わる行政行為と国家独占における特権付与という伝統的な立場からの対照的な概念説明をしたうえで、その前提が成り立たない今日において、許可制を運用する行政による法的規制の適法性を検討するときの基本について、結論は、「誰の利益をどのように保護すべきか、常に、憲法と法律に戻ることである」（I 326頁）と説く。

ハ. 具体的には、順調に繁盛していた理髪店の近隣に安売りの大型理髪店が開業したケースについて、「理容師法がどのような法システムで、どのような規制手法をとっているのかを調べなければならない。すると、すべて公衆衛生の観点からの規制であり（9条、10条、11条の4、12条）、既存の理容所を保護する規定はない」（I 326頁。下線評者）といった思

考経路を提示している。派手な論点ではないが、ロースクールにおいて行政規制の適法性を検討する実務教育の標準的なモデルと考えられるのであえて紹介しておこう。

「法律上、許認可制がとられていれば、行政が規制する法律上の根拠があることになるが、それで、行政はオールマイティに規制できるのではなく、さらに、法律に定めた場合にそのルールに沿ってしか規制できないのである。これが法治行政である。そして、行政の規制権限をこのように限定する理由は、政策的なもの外に、憲法上の権利自由の保障にある。」「これを規制している法律は何か、理容師法である。……理容師法がどのような法システムで、どのような規制手法をとっているのかを調べなければならぬ。」「これを見ると、理容師になるためには、理容師試験に合格して、理容師の免許を受けなければならない（2条）。理容所の開設は届出制で、すべて公衆衛生の観点からの規制である（9条、10条、11条の4、12条）。既存の理容所を保護する規定はない。」「なぜこのような法システムがおかれているか。それは憲法22条の職業選択の自由、営業の自由にかかわるからである。既存の理髪店の生存権を保護するため、新規開店を制限しようとするれば、新規の理容所の営業の自由が害される。」「憲法25条の生存権は、国家に国民の生存権を保障すべきことを求めているが、その方法として、新規業者との競争排除まで求めているわけではない。<sup>(32)</sup>」

特許制については、初めに、「これまでの行政行為に関する特許理論は規制緩和で崩壊寸前だが、どのように変わるのか。特許と許可は完全に同じになったのか」（I 302頁。⑤）という質問を覚醒的に提起する。その後、「民間による生活必需サービス確保のためには、従来、強力な経済介入型規制が行なわれてきた」として、伝統的な特許概念の定義やその変遷経緯を説明したうえで、結論を次のように締めくくる。「今日では、国家独占という前提が成り立たないので、こうした競争を抑制する経済介入型も、許可の一種と理解される。そこで、特許と許可の区別は必要かという議論が生じたが、しかし、それでも、特許型の規制の仕方は、普通の許可とは異なり、上記のように市場に大幅に介入する。したがって、許可と特

許の制度的な差は依然残ると考えられる」(I 332頁)。

そして、認可制について、認可の定義を踏まえて含意されるところを下記iのように明記する。その後、認可の定義に関連して従来から言われてきた、認可を受けない私法上の法律行為は無効であるとの公式的な結論は、その旨の法律の根拠があって初めて成り立つことであると下記iiのように言う(I 339~340頁)。

- i. 「認可の事由は、公共的な観点である。私法上の契約の瑕疵の有無は、認可に当たって審査の対象外である。これが法治行政である。したがって、認可があっても、私法行為の瑕疵が除去されるわけではないから、瑕疵ある意思表示をした者はそれを取り消すことができる」……「講学上の認可は、法律行為の効力を補充しそれを完成させるもので、効力要件であるとされ、ガス・電気・交通機関の料金は、認可がなければ取れないと解されてきた」
- ii. 一般の認可制度では、(認可)違反の効力を明定していないので、解釈で対応するしかない。しかしよく考えると、私法上の効力を否定するのは権利義務を左右するのであるから、法律の根拠が必要である。解釈論では補えないというべきである。なお、この問題は、法律で明示されない場合、行政法規違反の法律行為の効力という観点からも捉えられる。

ニ. ところで、評者が気になっている見解に宇賀のそれがある。宇賀は表3で示すように行政の行為形式を一般的に説明し、そのなかで「行政行為の分類」として、申請に対する処分と不利益処分<sup>(33)</sup>、二重効果的処分(複効的処分)、命令行為・形成行為・確定行為および一般処分としている(宇賀I 280-282頁)。さらに、その前に、他の概説書と異なる大きな特徴であるが、第2部において、行政活動の種類(行政目的とその実現手法の両者を視野に入れて、規制行政、給付行政、行政資源取得行政(調達行政)および誘導行政に分類する)を示したのち、「行政法を学ぶ上で、これらの活動において用いられる主要な法的仕組みを理解することが有益である」「行政法学にとっては、以上のような観点による行政活動の分類に

とどまるのでは不十分であり、そのような行政活動を行うための法的手法ないし法的仕組みが重要である」(同 71～73 頁)との認識から、規制行政における主要な法的仕組みである許可制、認可制、届出制、下命・禁止制などを含む、計 25 にものぼる行政活動における「主要な法的仕組み」を取り上げて解説しているのである(同 71～130 頁)。

ホ. そこで、阿部と宇賀、それにコア・カリがそれぞれ採用している作用法領域の構成や説明の手順に共通するものを見ると、程度の差はあるが、行政の行為形式としての行政行為を説明している。その後、著者の場合、<sup>(35)</sup>「行政行為の分類」として、侵益的・規制の行政行為、給付行為・授益行為と二重効果的(複効的)行政行為を説明するとともに、給付行為・授益行為の下位に形式的行為の存在を指摘している(I 321～324 頁)。

以上イからホで行った確認は、著者が個別事案に当てはめて行っている行政活動の違法性検討の成果を検証するための準備的な作業である。つまり、以上の準備作業を個別事案に当てはめてなされる、著者による行政活動の違法性判断のための枠組み(内容と適用順序)の成果を知りたいのである。項を改めて検討する。

表 3

第 2 部 行政活動における法的仕組み
第 7 章 行政活動の類型
第 8 章 規制行政における主要な法的仕組み
第 9 章 給付行政における主要な法的仕組み
第 10 章 行政資源取得行政における主要な法的仕組み
第 11 章 誘導行政における主要な法的仕組み
第 5 部 行政の行為形式
第 17 章 行政基準
第 18 章 行政計画
第 19 章 行政行為
第 20 章 行政契約
第 21 章 行政指導
第 6 部 行政手続

## 註

- (26) 行政過程論者の代表的一人である塩野宏によると、行政過程論は、行為形式論、行政上の一般的制度論、私人の地位論から構成される。その背景事情として、社会の利益状況の複雑性、それに対する立法の柔軟な対応が、硬い法道具概念の通用力を著しく弱めて説明概念へと転化している現状がある。このため、関心は法的論議に必要な情報の収集、つまり要考慮事項の的確な把握と、その情報の法的検討の場の適切な構築へと向かい、その行政法学の体系としての表現が行政過程論であるという（同 I 90 頁）。行政過程論に至る核心的な認識が述べられている気がするが難解であり、評者も正しく理解できないので、より平易な説明をお願いしたい。
- (27) 「行政の法システム」〈上、下〉は著者が 1992 年に発表（有斐閣）した概説書の名前であるが、そこでは明確な定義をしないで、行政の法システムが全体としてどうなっており、どこに問題があり、どのように是正すべきか、それをめぐる紛争をどのように解決すべきか。従来の体系にとらわれず、現実の日本の法と社会を直視し、その構造的な特色を明らかにすると謳っていた。なお、著者が本書の解釈論を「行政法の体系と憲法上の価値を踏まえて、法制度の整合性を維持しつつ、法のシステムの中から事案の解決としてもっともふさわしいものを探求する作業」（I 46 頁）としていることはすでに前号（34 頁）で紹介した。
- (28) 仕組み解釈については、前号で塩野説を紹介した（34 頁）。そこでの紹介に 1 点付け加えると、塩野は「行政法規の解釈に当たっては、……当該法律の奉仕する価値・目的を明らかにし、その上に立って、具体の条文についてどのような解釈方法をとるのが適格的であるかを考慮して、仕組みを明らかにしていくということになる」（同 I 59 頁）と結論づけている。藤田宙靖は、行政行為という「行為形式」と「制度」ないし「仕組み」との違いやそれらがどのような関係に立つか、翻って見た行政行為概念の意義や「システム」の捉え方について、3 段階モデルの立場から考察していて興味深い（同 347-351 頁）。また、宇賀の場合は、法的手法ないし法的仕組みという言葉を用いているが、著者のいう法システムや規制手法とほとんど差異は認められないように思われる。ところで、用語法については面白いことがある。森林法関係では林野における作業体系全般を捉えて、かつては作業の仕組みと書いていたようであるが、近時は作業システムと呼んでいるという。言葉の用法の順序が行政法学における場合とちょうど逆になっているのである。
- (29) コア・カリにおいては行政法の基本概念に関する比重がきわめて弱いうえに（同第 1 章第 1 節参照）、行政法の目的や使命に対する顧慮はまったくなされておらず、そうした行政法解釈の基礎にある価値規範に対する関心がほとんど見られないことがいささか気になる。また、コア・カリ第 2 章の中に

おける節の構成は、それがどのような考えによるものか推察すらできないが、私たちの思考が行政法の原則から始まり、法の実現過程を見ていくという体系的順序になっていることからすると、いささかの疑問を感じる。つまり、私見では、第2章の第1節から第5節は以下のようなものである方が分かりやすいし、追体験もしやすい。

## 第2章 行政処分の実体的違法事由の検討能力

第1節 行政処分の違法事由としての信義則違反等

第2節 行政処分の違法事由としての委任命令の限界

第3節 行政処分の違法事由としての自主条例の限界

第4節 行政処分の違法事由としての法令違反

第5節 行政処分の違法事由としての裁量判断の合理性欠如

(30) 「行政の①外部にいる国民・住民等私人（外国人、法人を含む）の②権利義務を③法律に基づき④個別具体的に⑤合憲・合法を前提に、一方的に形成し又はその範囲を確定する⑥法律行為」（I 311頁）とされている。

(31) 許可制、特許制、認可制についての説明はそれぞれ以下のものである。

**許可制** 広い意味での国民生活の安全確保や消極的な社会秩序維持等のための作用で、自由競争経済＝市場には介入しない類型。伝統的には警察行政作用といわれる。ただし、組織法上の警察の権限に属するとはかぎらない。風俗、安全、衛生、犯罪防止などのほか、消費者保護、環境保全、都市づくりなど、より広い積極目的の行政作用もある。後述の経済的規制に対する社会的規制。伝統的には講学（学問）上の許可として説明されたものが多い。

**特許制** 典型例として、従前の道路運送法をみると、免許基準では、欠格事由（7条、これは経済不介入の手法と同じ）のほか、需給の調整、計画の適切性、事業遂行能力、事業開始の公益性・適切性を審査し、新規参入を抑制して、既存業者の経営の安定を図るとともに、適切なサービスが提供されるように配慮していた。さらに、約款は認可制で規制され、業者は契約を引き受ける義務を負い、運賃・料金についても、適正原価・適正利潤の原則その他の規制がなされ、事業の廃止も、公衆の利便を確保する観点から規制された（旧6、9～13、38条）。ほぼ同様の規制は、電気事業（電気事業法）、ガス事業（ガス事業法）、各種の交通事業（航空法、海上運送法、鉄道事業法、軌道法）、電気通信事業（電気通信事業法）のほか、保険、銀行、証券にもあった。

これらは、伝統的には公企業の特許といわれ、国家がその経営権を独占しているという仮定のもとで、特定人にそれを裁量により与え、特に国民に対して適切なサービスが提供されるよう、監督する関係とされた。これに対し、前記の経済不介入型である飲食店営業等は本来国民の営業の自由に属し、衛

生上の問題がなければ食品衛生法の許可が与えられ、自由競争により、よいサービスを提供するしくみである。

**認可制** 認可とは、私法上の法律行為の効力を補充して完成させる行為と定義される。これだけでは何のことも理解しがたいが、例えば、農地の売買については、当事者間の私法上の意思表示が有効であることのほか、知事の許可（これは学問上の許可ではなく認可に当たる）を要し（許可がないと無効と明定されている。農地3条4項・5条2項）、両者合わさって初めて、売買契約は効力を発生するというものである。売買契約を締結しても、許可がなければ効力が生じないから、登記は出来ず、売主は引き渡していれば返還を求めることができるし、買主は代金を払っていれば、その返還を求めることができる（略）。このような制度は、取引を私法に任せるだけではなく、公共的な観点から強く規制すべきだという理由による。

- (32) 以下の新司法試験短答式問題〔H 19-25問〕は、許可制と特許制に関する先験的で概念過剰の伝統的立場からではなく、著者が示している行政法の実務教育にふさわしい標準モデルに即した思考経路を問うている。出題者の問題作成の苦勞は大きくなるが、こうした出題を可能な限り増やして欲しい。

Aは喫茶店を営業しようと思い、食品衛生法の規定に従い行政庁Bに営業許可の申請をした。次のアからエまでの各記述について、それぞれの正誤を答えなさい。

- ア. その営業場所の付近には既に喫茶店が多数あり、過当競争になるおそれがある。この場合、Bは、過当競争のおそれを理由として申請を拒否することはできない。
- イ. その営業場所の近くに中学校があり、その校長及び生徒の父母らは、生徒が下校時に立ち寄るおそれがあるとして、喫茶店の開店に反対する陳情をBに行っている。Bはこのような事情を理由として申請を拒否することができる。
- ウ. Bは、許可を与えるに際して、「提供するメニューの料金については事前にBの承認を得なければならない」という附款を付することができる。
- エ. Aの申請書には偽りがあり、本来、許可基準を満たさないものであった。営業許可を与えた直後にそのことに気が付いたBは、当初から許可基準を満たしていなかったことを理由として営業許可を取り消し、その旨をAに通知した。これは学問上の「撤回」に当たる。

(参照条文) 食品衛生法

第1条 この法律は、食品の安全性の確保のために公衆衛生の見地から必要な規制その他の措置を講ずることにより、飲食に起因する衛生上の危害の発生を防止し、もつて国民の健康の保護を図ることを目的とする。

第51条 都道府県は、飲食店営業その他公衆衛生に与える影響が著しい営業（食鳥処理の事業の規制及び食鳥検査に関する法律第2条第5号に規定する食鳥処理の事業を除く。）であつて、政令で定めるものの施設につき、条例で、業種別に、公衆衛生の見地から必要な基準を定めなければならない。

第52条 前条に規定する営業を営もうとする者は、厚生労働省令で定めるところにより、都道府県知事の許可を受けなければならない。

② 前項の場合において、都道府県知事は、その営業の施設が前条の規定による基準に合うと認めるときは、許可をしなければならない。（以下略）

③ 都道府県知事は、第1項の許可に5年を下らない有効期間その他の必要な条件を付けることができる。

- (33) 宇賀は、行政行為はさまざまな観点からの分類が可能であるが、「行政手続法が採用している「申請に対する処分」と「不利益処分」の分類が重要である」「行政手続法が、「申請に対する処分」と「不利益処分」を分けて記載しているのは、両者は、異なった手続的保障を要請する」（宇賀I280頁）からであると述べている。評者はかねてよりこの宇賀の視点に大きな関心を抱き、この視点をさらに発展的に拡大した行政作用法の構成を考えたいと思っているが、宇賀自身においては上記指摘にとどまっているように思われる。
- (34) 宇賀においては、公益事業許可と特許制を区別して取り扱っている。つまり、従来の公企業の特許を「公益事業許可」として許可制のもとで説明しているが、今日なお、国民が一般的には取得しえない特別の能力または権利を設定する行為（設権）としての特許があるという説明をしている。外国人の帰化の許可、鉱業権設定の許可、青色申告の承認、認可法人の設立認可が示されているが、この分析と位置づけの当否については留保する。
- (35) 宇賀の場合は行政の行為形式を説明する前に、申請に対する処分と不利益処分、二重効果の処分（複効的処分）、命令行為・形成行為・確定行為および一般処分を説明する。つまり、著者と取り上げる順序が逆であるが、それがどういう理由に基づき、いかなる意味を有するのか、目下のところ評者には不明である。

## 13 行政行為について効力論から違法事由の検討にシフトした法解釈の実践

### ——法システムと規制手法に着目する違法性の検討——

行政活動の（実体的な）違法事由を検討するうえで、どのような判断枠

組みを予め構築しておくことが賢明であるか。この点、著者はすでに前記ハで確認したように、大規模理髪店の許可に関連し、「法がどのような法システムで、どのような規制手法をとっているのかを調べなければならない」と述べていた。そこで以下では、許可制、特許制、認可制などに関連し、著者が主張する法システムと規制手法に着目する方法は、具体的にはどのように進められているか、その考察は実質的法治主義の見地に照らし納得できる合理的な論理を展開し結論を導くことができているか、あるいは法システムと規制手法以外に別の枠組的な要素が用いられているかなどを<sup>(36)</sup>検討する。

#### 〔両立しない複数の許認可申請と先願権〕

先願主義の適用範囲について、従来は、それが許可か特許かで二分的に考えられるとしてきたが、ここで著者は事業許認可に関する思考の基本的パターンを示している（I 327～28頁）。たとえば、ガス事業の許可、公衆浴場の許可、電波の免許、公有水面の埋立免許、鉱業権の設定の申請があって、それらがいずれも最低基準は満たしているとすると、先に申請した者を優先すべきか、内容的により優れている者を優先すべきかと問題を設定する。その答えは、著者によると、第1に立法政策の問題、第2に明文の規定がない場合には行為裁量の有無で区別されるとし、関係する最高裁判例を参照しつつ説明する。したがって、羈束行為の場合には、許可申請者は、要件さえ満たせば許可出願と同時に許可を受ける地位を取得するから、後願者が出たからといってその地位を奪われないが、他方、公益的事業の場合は優劣審査などが認められることになる。

塩野はまったく言及していないようであるし、櫻井・橋本は、公企業の特許の場合、競願関係において、先願主義は妥当しないと考えられてきたが、近時は許可と特許の相対化現象があるというのみである（81～82頁）。宇賀は、競願処理方法としての先願主義、比較審査、比較審査と先願主義の折衷型について、それぞれの方法を採用している実定法を例に説明している（同I 88～89頁）。実定法に関する知識を増やすか、それとも先願主

義の適用が問題になったときの解釈方法を示すか。宇賀は前者をかなりの程度、重視するようであるが、一貫して後者の立場をとる著者との違いが明らかになっている。

#### 〔許認可における見合い規定〕

許認可において他の許認可を取れる見込みが許可要件とされていることはどのように考えればいいのであろうか。立法実務でかなり一般的に、それゆえ理由と根拠をきちんと明確にしないまま行われているようである。この問題は、許認可の性質や効力といった従来から議論されてきた視点からでは答えを出すことのできない、派手ではないが、きわめて実務性の高い問題<sup>(37)</sup>である。

著者は次のような見解を示している。すなわち、「他の許認可が取れるかどうかは、権限外であるから、判断が容易ではないし、他の許認可が行政機関では拒否される場合でも、裁判では最終的に取れることもあるから、取れる見込みがないとして、ここで許可されないとすれば、権利を侵害する」（以下、I 328～329頁）という見方である。加えて、著者はきわめて明快な解決策を提示する。「農地の転用は農地法の関係だけで許可するが、そこで、工場の設置が認められて初めて（転用許可の）効力を生ずるという条件を付せばよい。そして、一定期間内に条件を満たさなければ許可を取り消すとか、許可に期限を付しておけば、無駄な農地転用を防止するという目的を妨げるものはない」。都市計画法61条2号（表5参照）の場合は、「他の処分がなされたときに効力を生ずるとすべきである」と提案する。

「農地の転用は農地法の関係だけで許可するが」というのは、農地法の採用している法システムに着眼したものであるが、そこで用いられている見合い・見込み規制が農地法の採用する法システムと矛盾衝突することなく両立するためには、どのような規制内容になればいいかを具体的に提案したものといえる。こうした実務性の高い問題について、行政法学の立場からの確で筋の通った考察を加えることのできるものが著者の大きな強み

である。ただし、評者は、この見合い規定の解決策を即答できないので、普通人が考えをスタートさせるときの基本的な視点をもう少し明らかにして説明してほしいようにも思う。そうすると、評者が思うに、おそらくは許認可を受けようとする者が許認可を受けることについて、どの程度確定的な期待権ないし地位を有しているか（これは農地法などの関係法令と憲法が定めるところに左右される）、他方、許認可する行政側は、他の許認可を取れる見込みを許可要件として考慮することが法律に根拠を有する合理的なものか、行政として許認可権限を有していることに伴う判断義務をいたずらに回避ないし遅延していないかといった検討である。その後、上記した著者のような見解に至ると考えられる。いずれにしてもここでは、見合い規定について、法システムの一部を構成しているか、そして法システムとの関係で、この規制手法をどのように評価するかという論点が検討されている。

他の概説書でこのテーマを論じるものは、おそらくないと思われる。

農地法第4条第2項第3号に基づく農地法施行規則5条の16

- 一 法第4条第1項の許可を受けた後、遅滞なく、申請に係る農地を申請に係る用途に供する見込みがないこと。
- 二 申請に係る事業の施行に関して行政庁の免許、許可、認可等の処分を必要とする場合においては、これらの処分がされなかつたこと又はこれらの処分がされる見込みがないこと。

農地法第4条 農地を農地以外のものにする者は、政令で定めるところにより、都道府県知事の許可（略）を受けなければならない。ただし、次の各号のいずれかに該当する場合は、この限りでない。1号～6号 省略

- 2 前項の許可は、次の各号のいずれかに該当する場合には、することができない。……
- 三 申請者に申請に係る農地を農地以外のものにする行為を行うために必要な資力及び信用があると認められないこと、申請に係る農地を農地以外のものにする行為の妨げとなる権利を有する者の同意を得ていないこと、その他農林水産省令で定める事由により、申請に係る農地のすべてを住宅の用、事業の用に供する施設の用その他の当該申請に係る用途に供することが確実に認められない場合

## 都市計画法

第59条（施行者） 1 都市計画事業は、市町村が、都道府県知事（第一号法定受託事務として施行する場合にあつては、国土交通大臣）の認可を受けて施行する。2～7（略）

## 第61条（認可等の基準）

国土交通大臣又は都道府県知事は、申請手続が法令に違反せず、かつ、申請に係る事業が次の各号に該当するときは、第五十九条の認可又は承認をすることができる。

- 一 事業の内容が都市計画に適合し、かつ、事業施行期間が適切であること。
- 二 事業の施行に関して行政機関の免許、許可、認可等の処分を必要とする場合においては、これらの処分があつたこと又はこれらの処分がされることが確実であること。

## 〔許認可の判断基準時〕

許認可の申請時点から許認可の判断時点までの間に法令の変更があった場合、許認可処分における違法性の有無を、いずれの法令に即して判断するかという問題である。訴訟において処分時と判決時のいずれを基準にして当該処分の違法性を判断するかという違法判断基準時と共通するところのある重要論点である。マンションの建築確認を申請した時点では、確認の要件を満たしていたが、住民の反対があったために、行政側がこれを握り潰し、その間に当該地域の用途地域をマンションが建てられない地域に変更して、確認を拒否した」最高裁判決のケース（最判昭和60・7・16民集39巻5号989頁、百選260頁参照）」や「工場誘致奨励金を当てにして工場を増設して奨励金を申請後に奨励金制度が廃止された雪印工場誘致奨励金事件（札幌高判昭和44・4・17判時554号15頁。奨励金を与えるかどうかの判断基準は申請時ではなく、決定時点であるという考えを前提にしている）」を素材に、著者は問題を提起している（I 329～331頁）。

著者の見解は、やや申請者寄りで「国民は申請時点の法令を信頼して、それに従って行動しているのであるから、申請時点の法令によって判断して貰う権利がすでに発生したと考えるべき」というものである。しかし同

時に、「少なくとも、行政側が故意に手続を遅らせて新法を適用することは許されず、その場合には申請時に遡って許認可の判断をすべきであり、前記のマンションの建築は許容されるべき」と若干、申請時点基準の適用範囲を限定している。評者は行政法の公共性と新しい状況に即応する必要性から、原則として改正法を適用すべきと考えるが、行政側が故意に手続を遅らせるなど信義則上行政のみに非が認められる場合には、申請時点基準に立つ著者の見解には賛成したい。

個別事案における違法性の検討という問題意識からすると、建築確認申請が行われて確認へと至る通常の流れでは、建築確認時点の法規にのっとり羈束行為的に適用して確認の可否を決するというのが建築基準法の予定するシステムないし仕組みであることを認識することからスタートするのであろう。つまり、行政行為論にとっての許認可判断基準時の問題は、行政側についていうと、法律による行政をどの時点を基準にして実施するかという行為規範の選択をめぐる話である。一方、申請者にとっては、申請によって申請時の法令により許可を受ける具体的な権利を取得できるかという話である。さらに、上記最判昭和60年のケースでは、住民の反対があったために行政側が申請を握り潰し（≒確認を留保し）ていたということで、許認可が二重効果的側面をもつことがあることを理解したうえで、それを行政側の申請握り潰しに関する違法性評価にどう反映させるかという検討も必要である。少なくとも、建築確認は羈束行為であるといった許認可の法的性質や効力だけの議論で済む話ではない。結局のところ、法律による行政の原理と信頼原則の兼合いを軸に、動機としての二重効果的側面への対応をも総合考慮して、許認可判断の遅延と新しい法令の適用における違法性を判断することになると思われる。なお、信頼原則の適用は個別事案における具体的事情が大きく関係する。

ところで、塩野は最判昭和60年のケースについて、確認留保という行政指導の適法性の観点から説明している（塩野 I 206、298、309頁）。宇賀は基準時について薬事法距離制限違憲判決（最大判昭50年4月30日民集29・4・572）は処分時<sup>(38)</sup>を基準とする立場をとっていたことを示している。

そして、行政手続法 33 条に結実した、建築主からの行政指導に従えないとの「真摯かつ明確な意思の表明」と行政指導に対する建築主の不協力を「社会通念上正義の観念に反するといえるような特段の事情が存在」したかに力点を置いて最判昭和 60 年の立場を解説している（宇賀 I 350～354 頁）。櫻井・橋本も宇賀と同様であるが、加えて、同判決が「諸般の事情から直ちに確認処分をしないで応答を留保することが法の趣旨目的に照らし社会通念上合理的と認められるときは、その間確認申請に対する応答を留保することをもつて、確認処分を違法に遅滞するものということとはできない」と判示している<sup>(39)</sup>点を、時の裁量という観点から紹介している（櫻井・橋本 114～115 頁）。

確かに、申請時点から許認可までの間の法令変更、さらに申請の握り潰し（≡確認留保）が加わった場合、最判昭和 60 年の定式に従うと、確認留保が違法となった以降に制定ないし改正された法令に即して許認可の違法性の有無を判断することは到底許されない。つまり、確認留保が違法となる直前までの法令に即して違法性の有無を判断すべきことになり、それが確認留保事案における法律による行政の原理と信頼原則の兼合いをより具体的に表現したものといえよう。

[なぜ、猟銃殺人事件が起きるのか]

時折、猟銃が凶器になる殺人事件が起きている。著者が最初に疑問を投げかけるように、「猟師でもないのに、なぜ猟銃の所持が認められるのか?」（I 302 頁）というのは、一般人が共通して抱く疑問であろう。この疑問に対する著者の説明は、「銃刀法の許可は、いわゆる警察許可で、許可できない事由を警察の方で立証しないと与えなければならないが、調査不十分で不審な者にも許可を与えることがあるのである。これについては、許可基準を厳格にする銃刀法の改正の動きがあるが、根本的に言って、……特許制度として構成し直し、猟銃の必要な理由を積極的に申請者から証明させる制度に変えるべき」（I 338 頁）というものである。要するに、銃刀法は、伝統的な許可と特許の区分に基づき警察許可的な規制制

度を採用してきたが、猟銃による凶悪事件がしばしば起きていることに鑑み、警察許可とか特許の概念では決めつけられない実効的な規制方を法改正を含め検討すべきとの主張であり、命令的行為と形成的行為との単純な区分は実情に合わなくなっている一例である。

なぜ猟銃の所持が認められるのかといった具体的テーマについて、他の概説書で説明するものはないようであるが、より一般的な形で、このテーマを考えたときの基本を示している。すなわち、塩野は、命令的行為と形成的行為との区別が議論される領域について、「一方を命令的行為、他方を形成的行為として質的に異なった領域に妥当するものとすることは困難であって、等しく営業の自由に対する規制であって、その手法をことにするものとみるのが妥当であろう。その意味でこの区別も相対化されている」(塩野 I 118 頁)と述べ、著者と同様の理解を示している。櫻井・橋本は同じ文脈で「許可と特許の相対化現象」(櫻井・橋本 82 頁)と呼んでいる。しかし宇賀では、銃砲刀剣類所持の許可が、警察許可だけでは捉えきれなくなり、特許的な要素を加味しなければならなくなっているとの状況認識が<sup>(40)</sup>いまだ取り込まれていないようである。

〔私権の有無の無審査原則——所有権争いをしている建物での営業許可——〕

この論点は本稿で常に比較検討の対象としている教科書を含む従来の概説書ではおそらく取り上げられていないが、実際にはあちこちで起こっている問題である。しかも、行政規制の筋論から見ると、許認可はなにを許認可しているかという、行政法の基本から考えて答えを出せばいい話なので新司法試験の論述問題で取り上げられる可能性もある。著者の解説は、「行政の監督システムは、単に公共的観点から定められた行政規制適合性を判断するにとどまり、私法上の権利や法的地位の有無を審査せず、それを与えるものではないのが普通である。むしろ、行政は私権の有無を判定する権限を有しない。それは司法の権限であるから」という明快なものである(行政の民事不介入の原則。以下、I 340 頁～344 頁)。したがって、「自己の土地建物について他人が営業上の許認可を得ても、権利を侵害さ

れたことにはならない」。

そして、具体的な設例として、「甲乙両名が所有権争いをしている建物（あるいは賃借権解約の効力が争われている建物）で、両名から旅館業の許可申請が出され、それがともに公衆衛生と善良の風俗の基準に適合する場合、どう処理すべきか」という、易しいような、しかし世間的な常識的感覚から考えると、間違った解答をしてしまいそうなおそれのある設問を使って以下のように解説している。

いずれが現実には営業できるかは、両名の中の民事上の争いの結果で決まる。行政は関係がない。条文上も、行政は施設の基準適合性、つまり、公衆衛生と善良の風俗という要件の適合性以外は判断することを許されない（旅館3条2項）のであるから、それを満たすかぎり、両名に許可されるべき。そして、他人が自己の建物で許可を得たということは、その許可の違法事由にならないから、その取消しを求める理由とはならない（そもそも訴えの利益を欠く）。

旅館業法三条 旅館業を営もうとする者は、都道府県知事（保健所を設置する市又は特別区にあつては、市長又は区長。第九条の二を除き、以下同じ。）の許可を受けなければならない。ただし、以下（略）

2 都道府県知事は、前項の許可の申請があつた場合において、その申請に係る施設の構造設備が政令で定める基準に適合しないと認めるとき、当該施設の設置場所が公衆衛生上不適當であると認めるとき、……同項の許可を与えないことができる。

3～5（略）

6 第一項の許可には、公衆衛生上又は善良の風俗の保持上必要な条件を附することができる。

また、建築確認についても、次のように説明する。「敷地の権原の有無は確認事項ではない（建基6条）。……建築確認は、建築計画が建基法などの法令に適合するかどうかを審査するだけなので、二重使用を認めた確認が当然に違法とも言えない」。さらに、『鉄道免許と線路予定地の所有者

の同意』と題して、「鉄道事業の免許が、当該路線の線路用地の大部分を所有している者の同意なしで与えられた。人の土地に勝手に線路を敷く免許を、なぜ勝手に与えるのか。むしろ、事業者が当該敷地の買収を完了したときに当該免許が効力を生ずるとする付款を付ける方が妥当ではないか」（I 342～343頁）という、そのように尋ねられると、評者ら一応の専門家でも錯覚に陥って直ちに正解を出すことができない可能性のある話題を提供している。解説は次のとおり明快である。

事は逆で、鉄道事業に反対は付きものであるから、こんな付款を付けたら、鉄道は造れない。鉄道事業の免許を得たら土地収用特権を与えられ（収用3条）、反対を押し切って用地を強制取得でき、事業を進めることができるのであって、こうした付款は許されない。

以上が許認可等にさいしての私権無審査原則であるが、法律自身が許認可等を無駄にしないため、私権の有無等について審査することを予定している場合は、立法裁量の範囲内として認められよう。著者もその考えであり、例外としての私権の審査システムについて説明している。

そこで、個別事案における違法性の検討という問題意識からすると、上記の説明は行政行為の効力論とは関係がない。申請に対する許認可などの行政行為が規制法規に適合してなされているかを見ているだけであるから、やはり規制法規の法システムを踏まえて判断していることになる。なお、私権無審査原則は、申請に対する許認可において原則的には行政法規適合性を審査して判断しているにとどまり、一つの許認可が申請者の立場に立つ可能性のない第三者に対して二重効果的側面を有する場合とは場面が異なっている。

なお、上記テーマと直接的に関連するわけではないが、宇賀は「許可等の有無と民事責任の関係」として、「許可を受けた者の事業活動によって損害を被った者が、加害者に対して不法行為責任を追及する場合、加害者は、当該事業活動について許可等を受けていることをもって免責を主張することはできない。当該事業活動の許可等を受けていることと、当該事業

活動が民事上、不法行為に該当するかとは直結する問題ではない」(宇賀 I 80～81 頁)と説明している。許可等は法律上の許可要件を充足していることを確認してなされているにすぎず、許可を受けた者の私法上の法律関係になんら影響を及ぼすものでないからという点では共通した理由になっている。

#### [懲戒免職の圧力のもとでの依願退職]

著者による設例は、「懲戒免職事由がない(せいぜい停職事由があるだけ)のに、懲戒免職にするといわれて、不承不承で退職願を提出して依願退職となった場合に救済方法はあるか」というものである(I 347 頁)。若干、類似した最高裁判例のケースとしては、公務員の退職願の撤回は、民法の場合(524 条、540 条)とは異なり、信義則に反しない限り退職の辞令が発せられるまで撤回できる(最判昭和 34・6・26 民集 13 卷 6 号 846 頁、百選 268 頁)としたものがあるが、設例は不承不承に退職願を出し、すでに依願退職となっている点が異なる。著者は「退職願の意思表示(いわゆる私人の公法行為)に瑕疵があった(半強制であったので、真意に基づかない)といえるのであれば、その意思表示を取り消すと、退職処分は前提を欠くことになるので、その取消し(民間労働関係なら地位確認)と損害賠償を求めることができよう」とする。設例にいう依願退職処分は行政行為であるが、それが法律による行政として適法行為と評価されるためには、<sup>(41)</sup>国家公務員法と人事院規則が定めるように(これを法システムとも法の仕組みともいえよう)、任意の退職願を前提とすることを指摘したものである。

ちなみに、塩野も、私人の行為に付着する瑕疵が無効原因でなく取消原因にあたる場合については、その取消し意思表示があった場合には、これを前提とした行政行為は瑕疵を帯びるとし、「公務員の退職願が強迫に基づくものとして取り消されたときにはその退職願に基づいてなされた退職処分は違法となる(東京地判昭和 57.12.22 行裁例集 33 卷 12 号 2560 頁)」(塩野 I 374～375 頁)としている。ただし、私人の側の申請が先行

する営業免許のような場合については、「具体的な法律関係は、私人の意思（申請）と行政庁の意思（行政行為）の合致によるのではなく、免許という行政行為によって形成される」（塩野 I 112-113 頁）とし、その点が、申請が前提要件となる契約の場合と異なるとも述べている。これは行政行為の独立的な性質を重視し、私人の側が行う申請や同意と許認可や免許といった行政行為を切り離して考えるということのようである。いずれの場合も塩野の言う、「行政行為は行政法における法的仕組みの一部を構成している」（同 I 113-114 頁）との認識を法解釈に反映させるべきように思われるが、評者にはこの取り扱いの差異が不明である。

宇賀は、一般的に、「私人の申請、申し込み等を受けて行政行為がなされる場合、行政行為がなされる前であれば、申請、申し込み等を撤回することができるのが原則である」と説明する。そのうえで、前記昭和 34 年最判事案に関連して、「退職願が適法に撤回されたにもかかわらず、退職願の存在を前提として免職処分がなされれば、当該処分は違法である」（宇賀 I 69-70 頁）と述べている。これは、退職処分を切り離して独立したものと捉えず、申請を受けてなされているという法的仕組みを重視したものと見えよう。そうすると、不承不承退職願を提出したが、その退職願は半強制による真意に基づかないもので意思表示には瑕疵があるといえる場合についても、退職処分は同様に前提を欠くことになると判断する可能性があるように思われる。

以上、著者が本書で実践している「行政行為について効力論から違法事由の検討にシフト」した法解釈の実践を見てきた。概していうなら、個別事案にしる一般的な論点の問題にしる、違法事由の検討をすすめるさいには、その場合の法システムはどのようなものであるか、とくに問題になっている規制手法はその法システムにおいてどのような位置づけを与えられているか（それは法の趣旨を探ることもある）を明らかにしたうえで、当該事案における規制手法使用の実際が上記趣旨に合致したものであるかどうかを検討することであったと要約することができようか（とくに、両

立しない複数の許認可申請と先願権の場合)。そして、違法事由検討にさいしてのこのような心構えとスタンスがなければ、行政法が検討すべき問題が実在しているのに、それに気づかず考察の視界にすら入ってこないおそれすらあるように思われるのである（とくに、許認可における見合い規定と私権無審査原則の場合）。そして、前に行政処分の実体的・手続的な違法事由の検討能力を明示したことがコア・カリの最大の功績と述べたが、著者が実践して示した上記に相当する視点を加えることを、コア・カリは検討しなければならない。

#### 註

- (36) 著者における行政の活動形式すなわち「行政が与えられた政策目的を実現するために用いる手法」の全体を「法システム」の見地から把握する意義を認めつつ、それを行政法総論として展開しようとするならば、「様々な法システムの分類が、法理論（自由裁量論、法律の根拠論、等の法治主義論）との関係でどのような意味を持ち、システムの違いによって、その適用にどのような差が生じ、またそれは、従来の行政法総論で述べられてきたところと、どのように根本的に違うのか、が、より体系的に説明されなければならない」とする見解があった（藤田、347-351頁）。評者がここで行おうとしていることは、この見解にある程度、応えようとするものでもある。
- (37) 本書では、次のような例が紹介されている。たとえば、農地法4条2項3号は農地転用の許可条件として、「申請に係る農地のすべてを住宅の用、事業の用に供する施設の用その他の当該申請に係る用途に供することが確実に認められない場合」などと定めている。農地法施行規則はこれをさらに具体化している。これは「転用を許可したが、工場の設置が許容されないとき転用された農地が遊休化してムダになるから、工場の設置が認められる見込みを許可の要件とするという趣旨」による。また、都市計画法61条2号も類似の定めをおいている。枠内法令参照。
- (38) 判断基準時について判決は次のように述べている。「行政処分は原則として処分時の法令に準拠してされるべきものであり、このことは許可処分においても同様であつて、法令に特段の定めのないかぎり、許可申請時の法令によつて許否を決定すべきのではなく、許可申請者は、申請によつて申請時の法令により許可を受ける具体的な権利を取得するものではないから、右のように解したからといつて法律不遡及の原則に反することとなるものではない。また、原審の適法に確定するところによれば、本件許可申請は所論の改正法施行の日の前日に受理されたというのであり、被上告人が改正法に基づく許

可条件に関する基準を定める条例の施行をまつて右申請に対する処理をしたからといって、これを違法とすべき理由はない。」

- (39) 評者などは、本文文脈で時の裁量といわれると、なるほどと思ってしまう、この概念をただ記憶しようとする。ところが、著者の場合は新しい概念を持ち出して一区切りを付けることに対して概して慎重かつ警戒的である。そんな著者からすると、「時の裁量」などと説明しないで不作為の違法確認訴訟における「相当の期間」の問題として処理すれば済む話ということになるのである。なるほど、「相当の期間」であればこの期間経過の有無は合理的に判断されようが、「時の裁量」だということと裁量権の逸脱濫用がないかぎり違法ではないと解されがちであるから、根拠があり説得的である。
- (40) 宇賀 I 76~77 頁。すなわち、警察許可と公益事業許可の区別は「理念型であって、実際には折衷的形態の規制がとられているものもある……いかなる規制を行うかはまったくの立法裁量に委ねられているわけではなく、憲法の保障する営業の自由との関係で過剰な規制が違憲となることがありうる。薬局の距離制限規定が違憲とされたのがその例である」と述べる点は、著者らと同様の理解である。しかし、銃砲刀剣類所持の許可については警察許可と公益事業許可の区別を説明した直後に、おそらく警察許可の例として説明している（許可の対象として事業、施設、行為等があること、また、人的要素に着目する対人許可と物的要素に着目する対物許可、両方の要素に着目する許可があるとし、銃砲刀剣類の許可は所持という行為に対する許可であるとしている。）。そして特許制についてはまったく別に説明し（同 I 81 頁）、そこでは、外国人の帰化の許可、鉱業権設定の許可、青色申告の承認、その他、認可法人の設立許可を挙げ、それらは「国民が一般的には取得しえない特別の能力または権利を設定する行為（設権）」であるとする。つまり、銃砲刀剣類所持の許可は、従来から警察許可として行われてきたが、それでは凶悪事件が発生する状況に対応できなくなり、特許的側面からの改正と運用が行われているといった説明ではないのである。
- (41) 国家公務員法 61 条は「職員の休職、復職、退職及び免職は任命権者が、この法律及び人事院規則に従い、これを行う」と定め、これを受けた人事院規則 8-12（職員の任免）の 51 条（辞職）は「任命権者は、職員から書面をもって辞職の申出があったときは、特に支障のない限り、これを承認するものとす」と定めている。

#### 14 現行の行政法規は行政行為に無効と取消しの区別があることを前提としているか

従来からの行政法概説書では、行政行為の法的性質に関連するなどして、瑕疵ある行政行為には無効と取消しの区別があるとしてきた<sup>(42)</sup>。民法の場合にはあきらかに両者を区別しているし、それとのアナロジーで両者は区別されるのだらうと、評者だけでなく一般に、なんの疑いを入れることなく当然のように信じてきたように思われる。ところが著者はこれを平然と否定して次のように言う。すなわち、「実は行政行為にこうした区別があるのではなく、訴えを起こして救済を求める場合に、出訴期間と不服申立て前置を守らなかった者を救済するほどかどうかという観点からの評価の問題にすぎない（行訴法 38 条は同法 14 条、8 条を準用していない）」（I 352 頁）というのである。そして、この見解は著者が初めて指摘することではなく、故遠藤博也博士が、行政機関の方から誤りを認めて是正する職権取消しの場合には出訴期間の制限がないから、取消しと無効の区別はなく、重大かつ明白な瑕疵のある処分についても、無効という必要はなく、単に取消しすればよい。……原則としてその効果は遡及する、と指摘していたという。こうなると論題のテーマについて直ちに結論を出すことはできないので、今一度、評者からみた議論の重要な点を簡潔に迎って再検討してみる。

はじめに、以下の 1 は争いのない共通認識であろう。そして、2 は伝統的な見解（以下、通説という。）が主張していた無効の行政行為と取消し得べき行政行為の定義のようなものである。

1. 瑕疵ある行政行為が、法律上の、どのような効力を生じるかについては、実定法上、別段の定めがないのが通例で、解釈理論によって決するほかない。通説は、ドイツの学説に従い、私法上の法律行為について認められる無効と取消しの区別のアナロジーにより、……無効の行政行為と取消し得べき行政行為とを区別している。

2. 行政行為としては存在するに拘らず、正当の権限を有する行政庁又は裁判所の取消あるをまたず、初めより行政行為の内容に適合する法律効

果を全く生じ得ない行為を無効の行政行為といい、これに対し、行政行為の成立に瑕疵があるに拘らず正当の権限を有する行政庁又は裁判所による取消のあるまでは有効な行政行為としてその効力を保持し、ただ正当な権限を有する行政庁又は裁判所がその取消をなしてはじめてその効力を失う行為を取消し得べき行政行為という。

3. これに対して、著者のように、瑕疵ある行政行為に通説がというような区別はなく、訴えを起こして救済を求める場合に、出訴期間と不服申立て前置を徒過してしまった者に救済の機会を与えるべきかという観点から無効確認訴訟の原告適格を判断すればよいとする少数意見があった。

4. そして通説の側からも、無効の行政行為と取消し得べき行政行為の区別の問題は、「行政の側からみると、取消訴訟の排他的管轄の下における特権を享受しうる資格の問題である。これに対して、相手方たる私人に着目すると、本来ならば、出訴期間内に取消訴訟によるべきであるにもかかわらずこれをしなかった者について救済の途を開くかどうかの問題である。つまり、定期のバスに乗り遅れた者について特別の救済を認めるかどうか<sup>(44)</sup>かどうかの問題である」との説明が加えられていた。

5. そこで評者などは平凡に、次のように考えていた。確かに実定法で、瑕疵ある行政行為について、無効の行政行為と取消し得べき行政行為を定義づけ、どのような効力を生じるか明記してあれば（民法のように、無効になる場合と取消すことができる場合を明記する方法でもいい）、それが直接、取消訴訟と無効確認訴訟の対象を定めることになって問題は生じない。しかし、そうした定義なり法的効果について法律上は明記されておらず、仮に、無効と取消しを仮に実体法上区別できるとしても、具体的ケースについてそれがいずれに区別されるかを的確に判断することは必ずしも容易でないであろう。そのうえ、無効と取消しの区別について、通説は重大かつ明白な瑕疵を有する行政行為が無効であり、そうでない瑕疵ある行政行為は取消し得べき行政行為であるとするが、近時は明白性補充要件説を含む重大説もかなり有力である。つまり、無効と取消の区別は容易ではないが、そうであれば、無効事由があるかないかの議論で消耗してしまう

よりは、出訴期間と不服申立て前置を徒過してしまった者に救済の機会を与えるべきかという観点から無効確認訴訟の原告適格を判断するほうが、違法な行政活動の統制と適切な司法救済という観点からも望ましいのではないか。

6. さらに、少数意見の陣営に、瑕疵ある行政行為について、実体法上、無効と取消の区別がないことを強調し、実体法レベルでは行政行為の瑕疵は違法の行政行為の一類型があるのみであり、瑕疵ある法的行為の効力は無効であることを基点に、通説を批判する注目に値する見解が加わっている<sup>(45)</sup>。

このように見てくると、では私たちはどのような視点に立って自己の見解を確定させるべきであろうか。それはやはり、瑕疵ある行政行為に実体法上、無効と取消しの区別があるかどうかといった、概念重視のやや専門的な議論にこだわって決着を付けるのではなく、もともと瑕疵ある行政行為であったのに、たまたま出訴期間や不服申立て前置を守っていないために不可争力が生じ、その結果、違法の瑕疵ある行政行為があたかも適法な行為であるかのように生き延び、国民を拘束するという法的不正義を受け入れていいものかという視点が最優先されるべきであろう。これは本書のテーマである実質的法治主義の視点の具体例ということができ、きわめて必然的な選択であるが上記3の著者の主張を支持することで決着できよう。

ちなみに、コア・カリは、その第2章第3章で行政処分の違法事由を取り扱うところでは、無効と取消しの区別に言及しておらず、少数説の主張をむしろ取り入れたかのような印象がある。そして、無効等確認訴訟を取り上げるときは(表4参照)、5-5-1 その訴訟要件(訴えの利益)として、「取消訴訟に加えて無効等確認訴訟(行政事件訴訟法3条4項)が定められている理由を、具体例を挙げて説明することができる」などを求めている点は、上記3の「徒過してしまった者に救済の機会を与える」だけでなく、同4.で紹介した通説の側からの追加補足意見もあるので、中立的な立場とみることができよう。しかし、5-5-2 無効確認訴訟の本案主張というタイトルでは、それを「無効事由の判定」と断言し、また「処分の無

効事由として指摘すべき事情が何か」などと、実体法上の無効と取消しの区別の存在を明らかに前提とするかのような表現を用いている。概念法学の拘束から解き放たれて、行政活動の違法性をめぐる争訟実務に取り組む者たちのためのカリキュラム提案であるから悔いの残るところである。

表 4

<p>第5章 第5節 無効等確認訴訟</p> <p>5-5-1 無効等確認訴訟の訴訟要件（訴えの利益）</p> <ul style="list-style-type: none"><li>○取消訴訟に加えて無効等確認訴訟（行政事件訴訟法3条4項）が定められている理由を、具体例を挙げて説明することができる。</li><li>○行政事件訴訟法36条の定める無効等確認訴訟の訴訟要件を、具体例を挙げて説明することができる。</li><li>○無効等確認訴訟における原告適格ないし訴えの利益の有無を、具体的事案に即して考察することができる。</li></ul> <p>5-5-2 無効確認訴訟の本案主張（無効事由の判定）</p> <ul style="list-style-type: none"><li>○処分が無効事由の有無を、裁判所がどのような点に着目して判断しているかについて、代表的な最高裁判決を挙げて説明することができる。</li><li>○処分の無効事由として指摘すべき事情が何かを、具体的事案に即して考察することができる。</li></ul>
--

（続く）

## 註

(42) 田中二郎『新版行政法上巻（全訂第二版）』（1976年）以来、本稿で検討を加える塩野 I 159～164頁）は無論、櫻井・橋本 94-96頁、宇賀 I 298頁の立場はそうである。ただし、宇賀は「行政行為に瑕疵があるとは、通常、行政行為が違法であることを意味する。……行政事件訴訟法は、取り消しうべき瑕疵と無効の瑕疵で救済ルートを区別しているので、両者の差異を理解することも重要である」（同 I 293～294頁）と述べて、やや少数説に歩み寄るかのような姿勢も見せている。

(43) 同『行政行為の無効と取消』（東大出版会、1968年）

(44) 塩野 I 161頁。

(43) 岡田雅夫「行政行為の無効と取消の区別について」（1993年）同・行政法学と公権力の観念所収 86頁-106頁参照。岡田の見解の大筋は次のようである。

- i. 上記4の塩野による説明は、無効と取消の区別は、「取消訴訟の排他的管轄の下における特権を享受しうる資格の問題」であるとして、無効と取消が取消訴訟の対象となるか否かの区別の問題として論じている。つまり、違法の瑕疵ある行政行為のうちのある種のもの、すなわち無効の瑕疵ある行政行為は、はじめから取消訴訟の対象とならない。これに対してもう一方で、無効と取消の区別は、「本来ならば、出訴期間内に取消訴訟によるべきであるにもかかわらずこれをしなかった者について救済の途を開くかどうか」を判断するために意義をもつ区別であるという。論理矛盾の存在は明らかである。ただし、後者においては、「特権を享受しうる資格」のある瑕疵ある行政行為、すなわち、取消の行政行為のみが前提されているはずであり、「特権」を享受しえない行政行為、すなわち無効の瑕疵ある行政行為は（そもそも出訴期間を徒過するという事態は生じようがないはずであるから）この文脈には登場しようがない（岡田87頁、94-95頁）。
- ii. 通説の上記2が説くところは、違法の瑕疵ある行政行為のなかに、その効果を否定するために取消訴訟を必要とする場合と、取消訴訟を必要としない場合とがあり、取消訴訟を必要とするものを取り消しうる行政行為、取消訴訟を必要としないものを無効の行政行為と呼ぶ、ということがいわれているにすぎない。つまりそれは、あくまでも訴訟手続上の区別であって、違法の瑕疵ある行政行為に、実体法上無効と取消の区別が成立しうるとの論証にはなっていない（同91頁）。
- iii. 通説が、公定力の実定法上の根拠を、取消訴訟の排他的管轄に求めることについてほぼ共通の認識があるが、公定力の根拠を取消訴訟の排他的管轄に求めるということは、公定力が手続（法）的效果であるということ、つまり公定力は行政行為の固有の効力ではなく、取消訴訟という訴訟形式の構造から生じる効果だということを、当然の前提にしているはずである。つまり、取消訴訟は、実体法上の効力を形成的に取り消すものではない。敷衍すると、公定力は行政行為の効力を実体法上支えているのではなく、裁判所が、取消訴訟という訴訟形式以外の形式で、当該行為の無効を認定することを否定しているにすぎない。
- 換言すると、違法の瑕疵ある行政行為といえども、取消訴訟という訴訟形式を用いさえすれば、その無効を認定しうる。裁判所が取消訴訟を通して「無効」を認定するまでの間、当該瑕疵ある行政行為は通用することになる。この現象を公定力と呼んできたにすぎない。違法の瑕疵ある行政行為は取消訴訟の対象となるが、その訴訟で行われるのは実体法レベルでの無効の確認であって、実体法上有効な行政行為を取り消して無効とするわけではない（同98-99頁）。

- iv. 結局、実体法のレベルでいえば、行政行為の瑕疵は一類型のもの、すなわち違法の行政行為のみであり、この瑕疵から帰結する法的行為の効力は無効あるのみである（95頁）。したがって、無効確認訴訟と取消訴訟はともに違法＝無効であることの確認を求めるもので二つの訴訟に違いはない（同102頁）。