

処分取消訴訟における

判決時説の意義と行政事件の解決

新 山 一 雄

はじめに

一 違法性確認の意義

二 行政事件の解決

結び

はじめに

行政処分の違法性を処分時の法令及び事実状態を基準として判断すべきか、もしくは判決時のそれを基準として判断すべきかの問題は、我国の行政訴訟法理論に於いて永年の論争の対象とされてきた取消判決の効力の解明に重要な関わりを持つものと、一般に理解されてきた。⁽¹⁾ところで、取消訴訟制度に於いては、訴訟提起の直接の動機が原告の権利・利益が侵害されたという事であるとしても、実際の訴訟では、その法律効果の発生原因たる行政行為の法適合性ないしは違法性の審査が行われるというのが我国の行政訴訟法学の基本的理解であることは疑いがないであろう。そして、そこで持ち出される訴訟上の請求もしくは訴訟物は、通説的見解の説く所によれば、「処分の主体、内容、手続、方式等全ての面に於ける違法一般」⁽²⁾であるとされている。ここで仮に取消訴訟制度の機能を、

行政庁によって発布された処分⁽¹⁾の再審査、言い換えれば行政行為という形に結晶した、その時点での行政庁の行動・行為の法的正当性の検討ということにのみ極限するならば、「違法性」の判断の基準となる法令及び事実状態は自動的に処分時のものに固定されるであらう。しかし、取消訴訟制度の機能が右の事柄のみに限定されるかどうかは、その制度目的或いは制度の沿革に照らして疑問がある。

そしてまた、一方で、我國の理論に於いて明らかに判決時に立つ有力な見解が幾つか存在する。田中二郎博士の見解によれば、行政庁の第一次的判断を媒介として生じた違法状態の全面的排除⁽²⁾という独自の抗告訴訟観から、「取消訴訟の判決は、原則的には、判決時（最終口頭弁論終結時）の法規及び状態を基準としてされるべきもの⁽³⁾」であるとされているのである。また、もう一つの有力な見解は雄川教授によるものであり、「抗告訴訟においては一般に具体的法行為としての行政行為の抽象的法規範としての法規に対する適合の有無が訴訟において判断の対象となるのであるから、その場合の法規は判決時の法規であることが原則である筈であって、過去の法規や事実関係を基準とすべきではないと考えられる。」⁽⁴⁾とされている。

我國の行政訴訟法学に於いては、行政事件訴訟特例法の時代から、取消訴訟で具体的に審理されるのは、行政行為の客観的な違法性である⁽⁵⁾と考えられてきた。そこで観念される「違法性」とは、実体的法規範との関連に於いて生ずる違法性であることは、先に見た取消訴訟の訴訟物に対する通説の見解からも明らかである。ただ、そこで説明されているように、取消訴訟の対象が、処分の主体、内容、手続、方式等当該処分が実体的法規範との関わりに於いて生じた全ての違法性であるとしても、実際に訴訟に於いて争われるのは、そのうち原告によって主張された問題点であり、しかも現行行政事件訴訟法三三条によれば、処分取消判決は、「その事件について、当事者たる行政庁その他の関係行政庁を拘束する」と⁽⁶⁾とされている。右の三三条を巡って、裁判所の判断が当事者をどのように拘束するか、我國の理論に於いて永らく論争が続いて来たことは周知の事実である。その根底に存在する問題は、違

法性一般理論の説く如く、当該処分の違法性全般に亘ってそれが裁判所の判断済みとされたとしても、当事者の間に横たわる行政事件がそれで抜本的に解決されるわけではない。ここに処分の同一性の問題が生じてくるわけである。取消訴訟の客体として、ある処分の違法性が確認されたとしても、その裁判所の判断が後の同一の性格を有する処分をどの範囲でどの程度封鎖することができるか、これが取消判決の効力の最大のテーマである。ただ、処分の同一性については、雄川教授も指摘される如く、行政事件訴訟の場合は判決の基礎が民事訴訟のそれに比して変化変遷することが多く、同一物 (eadem res) の範囲について問題を生ずることが少なくない。取消訴訟の対象とされる「違法性」の判断も、実体的法規範及び当事者間の行政事件の基礎となる事実状態の相関関数として基本的には定まるものであるが、就中、この事実状態は行政事件にあってはむしろ変動するのをつねとする。しかし、この事実状態こそが、我國の通説の主張する「違法性一般」の基礎となるものであり、その概念の拡がりを事項的にも時間的にも画するものである。にもかかわらず、我國の取消訴訟を巡る議論の中では、それが十分に解明されてこなかったように思われる。

また、他方、取消訴訟に於ける取消判決には、処分の違法状態を確認し、以て当事者間の紛争を解決するという機能が期待されている。その期待の根底にあるものは、処分の一回的取消ではなくて、処分に関わる行政事件の抜本的解決という我国及び西ドイツの行政訴訟法理論の中で伝統的に見られる抜き難い信奉である。⁹⁾

本稿は、行政処分の違法性確認の意義及び行政事件の解決という両面から、判決時説、処分時説の意義、取消訴訟の中で果たす役割・機能を検討し、併せて、訴訟物ないしは取消判決の効力の基礎となる「事実関係」の概念を明らかにすることを目指すものである。

(1) 南博方編・注釈行政事件訴訟法二九三頁。

(2) 緒方節郎「課税処分取消訴訟の訴訟物」実務民事訴訟法講座九卷七頁。

- (3) 田中二郎「司法権の限界」杉村章三郎古稀記念・公法学研究下七五七頁、同・新版行政法上〔全訂第二版〕三〇四頁
- (4) 田中・新版行政法上三四八頁。
- (5) 雄川一郎・行政争訟法二一九頁以下。
- (6) 雄川・前掲五九頁。
- (7) 市原昌三郎「抗告訴訟の本質と判決の効力」一橋論叢三七卷三號、木村弘之亮「行政事件上の取消判決の効力」(1)民商法雜誌七二卷三號に我國の理論展開が詳し。
- (8) 雄川・前掲二二二頁。
- (9) 田中「司法権の限界」七四四頁、Uie, Verwaltungsprozessrecht, 6 Aufl., S. 1ff.

一 違法性確認の意義

一、行政行為の違法性を処分時の法及び事実状態を基準として判断すべきか、判決時のそれを基準として判断すべきか、という問題については、判例は次に挙げる二つの判決によって、処分時に確定している。

「行政処分⁽⁹⁾の取消又は変更を求める訴において裁判所の判断すべきことは係争の行政処分が違法に行われたかどうかの点である。行政処分⁽¹⁰⁾の行われた後法律が改正されたからと言って、行政庁は改正法律によつて行政処分をしたのではないから裁判所が改正後の法律によつて行政処分の当否を判断することはできない。」(旧自作農創設特別措置法により農地買収計画が樹立されたところ、その後同法の改正があり、計画の適法性を審査するにあたり、旧法を基準にすべきか、それとも改正法を基準にすべきかが問題にされた。)

「原審は福島県農地委員会が本件土地買収計画の公告をした当時においては、未だ見るべき手入もなく、客観的に見て開墾をして居るものと認められない状態にあつたと認定して居るのである。しかる以上公告後において開墾

が多少為されたとしてもそれは買取計画の適否を判断する理由とならないこと原審のいう通りである。⁽¹¹⁾（未墾地買取計画樹立時には未墾地であった土地が計画公告後に多少なりとも開墾されたという事情の変更があった場合に、その事は計画の適法性を審査する場合に考慮されうるかが問題とされた）。

前者の判決は処分の違法性の判断の基準となる適用法規に関するものであり、後者の判決は基準として考慮さるべき事実状態に関するものである。この二つの判例を通じて、違法性判断の基準となるのは法規・事実状態とも処分時のものに確定し、現在まで判例理論はこの立場で一貫している。我国の多数説は右の判例の立場をほぼ全面的に支持し、補足してきた。その理論的根拠とされているものは大要次のとおりである。すなわち、処分後の変化した事情を裁判所が参酌して当該処分を維持すべきかどうかを決めるのは、行政庁の判断を経ない処分後の事情を考慮することになり、権力分立の原理上行政庁に認められた第一次判断権を侵すことになる、というものであり、そこから、行政処分の取消訴訟では裁判所が判断すべき点は、当該処分が適法に行われたかどうかということに限定されるのである。⁽¹²⁾そして、多数説は概して、その「当該処分が適法に行われたかどうか」の審査全体を「違法性一般」と直結させているのである。⁽¹³⁾

取消訴訟を形成訴訟と観念し、⁽¹⁴⁾訴訟の客体を処分の客観的違法性とする⁽¹⁵⁾（その内容を処分の主体、内容、手続、方式等全ての面に於ける違法と明確にしたものが「違法性一般」に外ならない）という立場は、我国の行政訴訟法学理論に於いて既に確立している。ただ、そこで言う「違法性一般」は、取消訴訟の性質・内容・機能・取消判決の効力等から導き出された概念であり、⁽¹⁶⁾それ以上に違法性の内容——事項的・時間的な拡がり——を具体化するものではない。その概念も畢竟、法的には、行政処分の実体的法規範に対する適合の有無によって生ずるものであり、また実体的法的に整理された処分の違法性の類型は、伝統的行政法理論では行政実体法の中の「行政行為の瑕疵論」の中に位置づけられてきた。従って、取消訴訟の客体とされる「違法性一般」の内容を具体的に探る手懸り

は、行政訴訟法理論の中よりもむしろ、行政実体法理論の中にあるように思われるのである。

- (10) 最判昭和二十七年一月二十五日民集六卷一號二二頁。
同旨、最判昭和二十八年二月二十四日民集七卷二號一八七頁等。
- (11) 最判昭和二十五年三月二十八日民集四卷三號一一七頁。
同旨、最判昭和三十四年七月一五日民集一三卷七號一〇六二頁。
- (12) 宮田三郎「抗告訴訟における行政処分の違法の判断の基準時」専修大学論集三〇號八七頁等。
- (13) 緒方・前掲七頁以下、白石健三「公法関係の特質と抗告訴訟の対象」岩松還曆記念・訴訟と裁判四四〇頁。
- (14) 兼子一「行政処分の取消判決の効力」民事法研究二卷一〇二頁。
- (15) 雄川・前掲五九頁。
- (16) 南編・前掲二九三頁。

二、ところで、行政行為が有効に成立するためには、その主体、内容、手続、形式等のすべての点について、法の定める要件に適合することを要する。主体については、一定の権限を有する者により、正常な意思に基づき、その権限内の事項について行なわれることが必要であり、内容については、法律上不能でないこと、法に違反するものでないことが必要であり、手続においては、法の定める手続および手続的正義の要請する一定の手続をふみ、その間に脱落のないことを要し、その形式においては、法または条理の要求するところにより、文書による等一定の形式をもって行なわれなければならない⁽¹⁷⁾、というのが我国⁽¹⁸⁾及び西ドイツ⁽¹⁹⁾の伝統的理論の瑕疵論の基本テーゼである。瑕疵論の主要な役割は、一般に指摘されるように、取消訴訟・無効確認訴訟の訴訟形態の分化に対応して、瑕疵の重大明白な無効原因のカタログを提供するものであった⁽²⁰⁾⁽²¹⁾。西ドイツの代表的教科書であるフォルストホッフ著「行政法教科書」では、無効原因たる行政行為の瑕疵は、a) Zuständigkeitsmängel b) Mängel in der Besetzung der Behörde c) Sonstige Verfahrensmängel d) Formmängel e) Inhaltliche Mängel——の五つに分

類されている。⁽²²⁾ また、我國の代表的教科書である田中二郎著「新版行政法上巻（全訂第二版）」に於いても、行政行為の瑕疵は、(1)主体に関する瑕疵、(2)内容に関する瑕疵、(3)手続に関する瑕疵、(4)形式に関する瑕疵——と分類されている。⁽²³⁾

それでは、それぞれの瑕疵類型がどのような内容を有するものであるのか、我國及び西ドイツの理論の説明するところを見てみよう。まず、主体に関する瑕疵については、「行政行為が完全にその効力を生ずるためには、これをする行政主体が法の定める一定の要件を備えていることを要する。」とされ、また、手続に関する瑕疵については、「行政行為の相手方その他利益関係人に不測の権利利益の侵害を生じないようにとの手続的正義の見地から、条理と適法手続（the process）が要請されるべき場合のあることを認める必要がある。この種の法律上又は条理上認められる一連の法律要件のうちの一つを欠く場合又はその一つに瑕疵のある場合がここにいう手続に関する瑕疵である。」とされている。⁽²⁴⁾ 形式に関する瑕疵については、「行政行為は、それが正当な権限のある行政庁によって行なわれたことを示すとともに、その内容を明確にし、利害関係人をしてその内容の認識を容易ならしめ、これに関する証拠を保全して将来に争いの発生することを防ぎ、もって法律生活の安定を図るために、一定の形式を備えることを要件とすることが多い。形式の欠缺がこれらの要請を充しえない程度に及ぶときは、その行政行為は無効である。」⁽²⁵⁾ という。そして、内容に関する瑕疵については、「その内容が法律上若しくは事実上実現不能の場合又は不明確な場合には行政行為としての効力を生じえない。」⁽²⁶⁾ というものである。

右に見た四つの瑕疵類型のうち、主体、手続、形式に関するものは、処分が法定の主体によって行われたものであるのか、法定の手続を踏んで行われたものであるのか、法定の形式に則って行われたものであるのかという、処分が為されるまでの事実的評価によって定まるものである。従って、これら三つの類型の瑕疵は処分が為された時点までに発生し、そして固定される。伝統的行政実体法理論の瑕疵論の中では、これら三つの瑕疵類型はこの意味

で、その法的特点が全体的に、そして網羅的に説明し尽くされていると言えよう。これに対して、内容に関する瑕疵については、我国及び西ドイツの従来の教科書では、内容の不能もしくは不明確な場合という、非常に特殊で限定的なケースを挙げるのみで、一般的な説明は殆んどなされていない。ただ、ヴォルフの教科書では、「法律による行政」の原理との関係で、行政行為は法律的に許容され、目的的にも国家目的の達成に必要なものでなければ無効であるとしている⁽²⁷⁾。行政行為の内容に関する瑕疵も、「法律による行政」の原理の下では、ヴォルフによって説かれる如く、その内容が法律の定める要件に適合し、かつ、法律の定める範囲内で合目的に裁量行使されたかどうかによって発生してくるものである⁽²⁸⁾。しかし、その瑕疵が、如何なる時点で、如何なる範囲で発生してくるかという発生のメカニズムについては、伝統的行政実体法の瑕疵論は内容に関してそれ以上何も述べていない。これについては、別の検証を必要とするのである。

- (17) 田中二郎・新版行政法上一三三頁。
- (18) 美濃部達吉・日本行政法上巻二六三頁、織田萬・日本行政法原理九二頁、佐々木惣一・日本行政法論四七二頁。
- (19) Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, 9 Aufl., S. 424; Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10 Aufl., S. 220; Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrecht, S. 123.
- (20) 田中二郎「行政行為の瑕疵」行政行為論九頁。
- (21) Wolff-Bachof, a. a. O., S. 426; Forsthoff, a. a. O., S. 226. なお、行政手続法(Verwaltungsverfahrensgesetz) 四条一項には、「行政行為が特別に重大な瑕疵を有し、かつ、この瑕疵が考慮されるすべての事情の合理的評価により明白な場合には、その行政行為は無効とする」と規定されている。
- (22) Forsthoff, a. a. O., S. 229 ff.
- (23) 田中・新版行政法上一四三頁以下、vgl. Forsthoff, a. a. O., S. 229 ff.
- (24) 田中・同一四六頁、vgl. Forsthoff, a. a. O., S. 235 f.
- (25) 田中・同一四八頁、vgl. Forsthoff, a. a. O., S. 237 f.

(26) 田中・同「四五頁」vgl. Forsthoft, a. a. O., S. 239 ff.

(27) Wolff-Bachof, a. a. O., S. 413 ff.

(28) Wolff-Bachof, a. a. O., S. 421 ff.

三、前項で見た如く、取消訴訟の客体とされる違法性事由のうち、主体に関するもの、手続に関するもの、形式に関するものはその性質上、処分が為される時にまで確定するが、内容に関する違法はそのように一義的には決まらないということが分かった。ここでもう一度、判決時説に立つ雄川教授の見解をみてみよう。曰く、「行政関係においては行政法規は一般に改廃等変遷が多く、また事実状態も変動する。そこで行政処分がなされた時と判決の時（口頭弁論終結時）との間に法規が変り、⁽²⁹⁾或は事実状態に変動を生じていることが少なくないが、その場合に、行政処分の効力を処分時の法及び事実状態を基準として判断すべきか、判決時のそれを基準として判断すべきかの問題が生じる。……しかし、抗告訴訟においては一般に具体的法行為としての行政行為の抽象的法規範としての法規に対する適合の有無が訴訟において判断の対象になるのであるから……、その場合の法規は判決時の法規であることが原則である筈であって、過去の法規や事実関係を基準とすべきではないと考えられる⁽²⁹⁾。雄川教授はまた、既判力との関係でも、「行政事件訴訟においては、いわゆる同一物 (eadem res) の範囲について問題を生じることが少くない。即ち、行政事件訴訟の判決の基礎が、民事訴訟のそれに比して変化変遷することが多いからである⁽³⁰⁾。」とされている。ここでいう抽象的法規範及び事実状態によって定まる違法状態というのは、これまでの検証で明らかにされた如く、主として、内容に関するものに外ならない⁽³¹⁾。ここでも明らかにされている如く、処分の内容の違法性は、結局のところ、法規と事実状態とによって評価される。とりわけ処分の基礎には常に事実状態の判断が存在するわけである。むしろ、この事は、本節の最初で見た如く、処分時説に立つ判例理論に於いても認識されている。すなわち行政庁が処分を為すに際しては、法令の定める要件に従って（その解釈という作業がこの段階で行わ

れる)、処分の基礎となる事実状態を判断評価して行ふ。判決時説によれば、その後の事実状態の変動が考慮され、判決の時点での事実状態に従って、結局のところ、その処分の内容が妥当であるか、法に適合するかどうかを審査されるが、処分時説の立場に立つ限り、こうした事情は一切考慮されない。そこで審査されるのはただ、処分が為されるに際して、処分庁が、その当時の法規及び事実状態を正しく判断して正当な内容の処分を行ったかどうかということのみである。その意味で、正しく純粹の意味での行政の法適合性審査という形の取消訴訟が行われるわけである。このことに関しては、西ドイツに於ける取消訴訟の訴訟物を巡る論争が直ちに想起される。すなわち、取消訴訟制度を「一般の利益のために行政の法律適合性ないしは適法な高権行使それ自体を保障する」⁽³²⁾制度とみるニ一ゼの見方に対して、基本法一九条四項の「公権力によってその権利を毀損された者には出訴が許される」という規定を受けて、取消訴訟の目的を権利保護におく多数説が、一せいにこれを批判したという事情⁽³³⁾は周知のところである。しかし、西ドイツに於ける訴訟物に関する諸説のうちで、ニ一ゼの見解に対して、我國の理論が非常に好意的であつたことはつとに知られるところである。取消訴訟制度を以て個人の権利保護の手段と解する西ドイツの通説的理解の中では、ニ一ゼの客観的理解はとりわけ顯著である。ニ一ゼは、取消訴訟制度の目的を行政の法適合性ないしは適法な高権行使それ自体を保障することと見ていた。ここから、彼の有名な「刑事訴訟法パラレル説」が導き出されるのである。⁽³⁴⁾⁽³⁵⁾すなわち、ニ一ゼにあっては、行政訴訟は刑事訴訟と同様、「公益の確保の道具」と観念されるのである。ここで言う「公益」とは、正しく行政の法律適合性の保障に外ならないのである。

右に見た「行政の法律適合性」の概念と、我國の通説が観念してきた「行政行為の違法性」の概念が全く同一のものであることは、取消訴訟の理解の仕方あるいは目的認識の共通性からも疑いがないであろう。ニ一ゼは既判力について、「既判力と訴訟物は密接に結びついており、既判力にとっては訴訟物を画定することが重要な意味を持つてくる」⁽³⁶⁾としてゐる。ニ一ゼはその既判力の範囲について、「被告行政庁が行政訴訟に敗れた後に、同一事実状

態の下で、直ちに同じ内容の行政行為を新たに発布する場合には、この新たな行政行為の取消しの訴えに対して、裁判所は、前訴判決の既判力のために、同じ内容の判決を下さなければならぬ。何故なら、訴訟物の同一性は、一方で事実関係の継続性によって、他方で行政行為の同一内容によって判断されるからである。(傍点新山)として(37)いる。従って、ニーゼにあっては、取消判決は、「申し立てられた形成へと判決によって導くところの事実状態および法状態の確認である。」と観念される。結局、ニーゼの訴訟物理論に於ける訴訟物の範囲は抽象的には事実状態もしくは法状態の拡がり一致すると言えよう。ニーゼの右の理論構造からも明らかのように、仮に我國の通説の説く如く、訴訟物を「違法性一般」におくとしても、その拡がりを定めるものは、結局のところ処分の当事者の間に横たわる、或いは、処分に関わりを持つ一切の法状態及び事実状態に外ならない。

(29) 雄川・前掲二一九頁以下。

(30) 雄川・同二二二頁。

(31) ちなみに、榎重博「瑕疵なき行政行為」(田中二郎古稀記念・公法の理論上三七〇頁)では、行政行為の目的の適法性および妥当性の評価には価値判断が必要であるとされる。

(32) Niese, Über den Streitgegenstand der Anfechtungs- und Vornahmeklagen im Verwaltungsprozess, JZ 1952, S. 355.

(33) Betermann, Wesen und Streitgegenstand der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklagen, DVBl. 1953, S. 164. また、小早川光郎「取消訴訟における実体法の観念」(国家学会雑誌八六巻三・四号二二三頁以下、参照)。

(34) この行政訴訟と刑事訴訟をパラレルにみる見方を単なる比喩と片づけてしまう見解も若干存在するようであるが、これがニーゼの立論の骨子であるとみる見方が優勢である。村井正「抗告訴訟の訴訟物」(法学論叢七・一巻六号六六二頁)。

(35) ニーゼは両者が公益的見地から適法性に関する審査に奉仕するところから、「行政訴訟を理論的に定着した刑事訴訟とパラレルに見ることは、多くの点でこれまで一方的に主張されてきた民訴パラレル説よりも有益である。何故なら、

行政訴訟も刑事訴訟も共に公法に仕えるから」として (a. a. O., S. 356)。

(36) Niese, a. a. O., S. 354.

(37) Niese, a. a. O., S. 354.

(38) Niese, a. a. O., S. 354.

四、処分の客観的違法性の審査——これが我国の取消訴訟の主要な任務であるとしても、こと「内容の違法性」審査には、さまざまな意味が考えられる。すなわち、行政行為は基本的には、行政庁の「事実関係」(当事者間に横たわる、処分の基礎となる事実状態のうちから、行政庁が処分に関係ありと評価し抽象した事実の総体)の認定に基づいて発令される。行政行為も一つの推論に基づくものである以上、「事実関係の認定」、そしてそれに対する「法的評価」という作業を経て処分の内容が確定する⁽³⁹⁾。行政庁は利害関係人の申立てによるか、もしくは職権により手続を開始した後は、一般に自らのイニシアティブにより手続を進行し、自由な心証に基づいて、「事実関係」を認定する。しかし、その際にも、証拠証を行い種々の事項を基準として評価を行うので、その証拠調べ、評価の方法が結局のところ事実認定を左右するのである。しかも、行政事件では、行政庁には、その収集しうる限りのあらゆる資料によって「実体的真実」の発見に努めなければならぬという一次的義務が存在することが、条理上認められる(「実体的真実の原則」(Grundsatz der materiellen Wahrheit)⁽⁴¹⁾)。それは、行政上の法律関係が第一次的に行政庁によって定まるといふ行政法固有の法律関係の故にである⁽³⁷⁾。

行政処分の内容は一般には、右に見たような行政庁の一次的判断過程を経て与えられる。行政庁のこの判断過程が事実的にも法的にも正当であったかどうかという事柄にのみ、取消訴訟の審査が限定されるならば、それは正しく取消訴訟の行う違法性審査の意味を、違法な行政は正とすることのみ極限する理解である。しかし、我国の伝統的行政訴訟法理論、それから西ドイツの理論の中で異端視されてきたニーゼの理論にあっても右のように限定的

に取消訴訟の機能、役割が理解されてきたのではない。

また、我国の制度、理論に於いて、取消訴訟の審査を右に述べたような事柄にのみ限定しなければならぬという原理は存在しないし、むしろ、実際の取消訴訟の運用は、行政事件訴訟における広汎な職権主義の適用、主張制限の不採用などの原理を背景に、逆の方向に行われているのである。

(38) Becker, Das allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung, S. 157; Herrnit, Das Verwaltungsverfahren, S. 82.

(40) 証拠手続に際しては一般に「職権調査主義」、「実体的真実探究主義」、「証拠調自由の原則」、「自由心証主義」等の諸原則が妥当するとされよう。Becker, a. a. O., S. 57.

(41) Becker, a. a. O., S. 44f.

(42) 小早川助教授によれば、「行政庁には行政行為の要件とされていることがらについてのみ認定判断の権限があり、当該行為の適法要件に属さない事項については行政行為の遮断効果が及ばない」という。小早川光郎「先決問題と行政行為」田中二郎古稀記念・公法の理論上四〇二頁

五、取消訴訟で行われる処分の内容に関する審理も、結局のところは処分基礎となった「事実関係」の解明をその主要な部分とする。しかし、この「事実関係」の解明は、当然、証拠による証明行為によって行われる。そして、そこで妥当するのは、「実体的真実探究」の要請である、と一般に説かれている。⁽⁴³⁾ すなわち、行政法関係では、私法と異なり、私的自治の原則は妥当せず、その規定の多くは強行法規の性格を持ち、その内容とするところは、私的当事者間のいわば内部的な利害の調整というよりも、行政権と国民との外部的一般的关系を規律し、それは行政目的の達成と国民の権利保護を目的とする公益的規律であり、従って、そのような内容の実現を保障する行政事件訴訟の目的もまた単に当事者の紛争の解決のみに存するのではなく、紛争の解決を通して国民の権利の保護と行政の客観的適正の保障を図ることにある、ということから、少くとも相対的には民事訴訟に比して実体的真実

の探究により多くの重点が置かれるべきである、というものである。取消訴訟の審理に右のような原理が支配することについては、おそらく我國の理論では異論を見ないであろう。そして、そこから、「裁判所は、必要があると認めるときは、職権で、証拠調べをすることができる」と規定する行政事件訴訟法二四条の意義についても、それは右のような要請に応えるもので、なるべく資料収集の間口を拡げて、その面から裁判の適正を保障しようとするものである、と一般に理解されている。⁽⁴⁴⁾

更に、この「実体的眞実探究」の要請は、当事者間の主張立証の面にも広く妥当しているように思われる。それが最も端的な形で現われているのが、いうまでもなく、「処分理由の追加」もしくは「理由の差し換え」の問題である。原則として、当事者の主張立証については、民事訴訟法に於けると同じく、弁論主義の原則が妥当し、当事者は自由に攻撃防御の方法、証拠を提出しうる（行政事件訴訟法七条及び民事訴訟法一三七条）が、取消訴訟に於いては、行政法關係上の特別の考慮が働く可能性があるわけである。すなわち、所得税法一五五條二項、法人税法一三〇條二項、国家公務員法八九條に基づく「理由附記」と主張制限の問題である。理由の附記された処分については被告行政庁に主張制限のあることを認める見解によれば、⁽⁴⁵⁾ 処分行政庁が、処分の理由根拠として附記した事由以外のものを訴訟に於いて処分事由として追加または変更主張することを許すならば、法が処分に理由を附すべきことを要求する趣旨を全く没却してしまふことになる。⁽⁴⁷⁾ というものである。「理由附記」は、今日では行政手続法の中で重要な意義を与えられており、⁽⁴⁸⁾ それと主張制限を結びつける見解は、要するに手続的正義に根ざすものである。ただ、我國の現在の行政手続法理論の進展状況・段階に照らして、右のような原理が取消訴訟の審理方式を支配しうるものかどうかについては疑いがある。判例理論は右のような主張制限を排除している。⁽⁴⁹⁾ また、理由の附記されない白色更正処分⁽³⁹⁾に関するものであるが、次のように判示している。

「被上告人に於いて、審査決定によつて訂正された本件更正処分によつて確定されたところは上告人に対する当

該年度の所得税の正当な納税義務を下回るものと主張する趣旨は、その正当な所得総額を改めて確定し、その具体的な租税債務としての存在を前提としているのではなく、正当な所得総額は本件更正の結果を超過するはずであるから、本件更正処分は上告人に対し違法に納税義務を重課したことにならないと言うにすぎない。このために、上告人の扶養控除額の過大が主張され、その事実が認められたとしても、それによつて直ちに本件更正処分によつて確定された課税総所得額ないし納税額に変更をきたすものでもなく、単に右更正処分がそのままの内容で維持されるだけのことである。従つて、所論のように、かかる主張は被告上告人に於いて再更正をした上でなければできないとする理由は存しない。しかも更正または審査決定では考慮されなかつた事実を処分を正当とする理由として、訴訟の過程に至つて、新たに主張することは可能であるのも原判決のとうりである⁽⁵¹⁾⁽⁵²⁾。

右判決の原判決では論点がより詳しく判示されている。

「抗告訴訟に於いては、裁判所は原処分の理由および審査請求の理由に限定することなく、その処分の基づく法規全般について、法律上の当否を審査すべきである。それ故、本件に於いては控訴人も審査請求の際、主張しなかつた事実を主張することができるとともに、被控訴人も本訴で争われている処分で決定された税額を維持するため、更正決定及び審査決定の当時、主張していなかつた事実を主張することは違法でないし、これらの事実に基づいて右処分の当否を判断することも許さるべきである⁽⁵³⁾。」

結局、右の判例の根底にあるものは、手続的正義の要請と実体的真実探究の要請であり、現在の理論段階では、後者の要請の方が一応優位に立っていると見ることができるのである。前項でも見たとおり、行政庁にも原処分を為すに際しては、その収集しうる限りのあらゆる資料によつて「実体的真実」の発見に努めなければならぬという一次的義務が存在する。更に訴訟段階に至つては、裁判所は、観念的に、右の行政庁によつて明らかにされた「実体的真実」を白紙に戻した形で、新たに「実体的真実」を探究していく。その関係は、行政段階・訴訟段階と、い

わば重層的に実体真実の探究が行われていくものである。そして、この探究の要請を事項的にも時間的にも制限する強力な原理は、現在のところ特に見当たらないように思われる。三権分立の原理に基づく行政権の一次的判断権の尊重という考慮も、にわかには右の要請を阻止するものではなからう。

(43) 雄川・前掲二五四頁、杉本良吉・行政事件訴訟法解説八三頁、南編・前掲二二二頁。

(44) 南編・同二二二頁。

(45) この問題は税務訴訟たる課税処分取消訴訟に関連して多く論ぜられている。一般に「総額・争点主義」の論争として知られるものである。参照、松沢智・税務訴訟の基礎知識、山田二郎・税務訴訟の理論と実際、白石健三「税務訴訟の特質」税理昭和三九年一月号一頁。

(46) 高林克己「瑕疵ある行政行為の転換と処分理由の追加」法曹時報二二巻四号二二頁以下。

(47) 同旨、東京地判昭和四一年八月一六日訟務月報二二巻二二号一五二四頁。

(48) 東平好史「行政手続における公開の機能」神戸法学雑誌二〇巻二二号一頁以下、塩野宏「理由附記の機能」行政法を学ぶ1二五四頁以下。

(49) 東京高判昭和三四年一月三〇日行集一〇巻二二号一七一頁。

(50) 理由附記が要求されていない一般の行政処分は、行政不服審査段階で始めて理由が開示される（行政不服審査法四一条一項）。この理由が原処分取消訴訟に於ける主張を制限するものであるかは、行政手続法・行政過程論によるおし層の理論的解明を要するであらう。

(51) 最判昭和四二年九月二日訟務月報二三巻二二号一四一八頁。

(52) 課税処分取消訴訟は一般の取消訴訟とは異なり、民事訴訟における請求異議訴訟あるいは債務不存在確認訴訟としての性格を有するとする見解も存在するが、多数説はこれを一般の取消訴訟と異ならないとする。松沢・前掲一六六頁以下、参照。

(53) 東京高判昭和三九年四月八日行集一五巻四号五六一頁。

六、処分の主体、内容、手続、方式等、全ての面に於ける違法——これが取消訴訟の対象と一般に理解されてい

る。そこで述べられているのは、結局のところ、伝統的行政実体法の瑕疵論のカタログと全く一致する。しかし、これまでも見てきたように、右の瑕疵類型の中では、内容に関する違法は他のものと質的に大きな差がある。主体、手続、方式に関するものは、その処分固有のものであり、処分と切り離して考えることはできない。これに対して、内容の違法は必ずしも処分と密接不可分の定まるものではない。むしろ、紛争の過程たる訴訟の場に於いて、処分から離れて行われた事実関係の解明の結果として始めて判断されうるものである。特に処分理由の開示を一般に要求しない法制の下では、処分効果のみが処分の名宛人たる原告に通告された後に、その処分が理由ありとするに足るかどうかは、事後的に事実関係を改めて解明して、その結果判断されるという構造をとる。従って、ここで行われるのは、処分に関わる当事者間に拡がる事実関係の解明ということであり、当事者間の「行政事件」の解決である。処分の内容についての判決の判断の効力も、当然このあたりに生ずることになる。取消判決の効力・既判力というものを考えるならば、やはり、処分の内容に関するものと、処分の主体、手続、形式に関するものは別に考える必要があるであろう。処分の主体、手続、形式に関するものについての判断は「処分の一体性」の考慮から、同一の過誤を持つ処分一切を拘束する。これに対して内容に関する判断については、必ずしも「処分の一体性」の考慮を要しない。裁判所の下した「事実関係」の判断のみが拘束力を持ち、その後別に判明した「事実関係」の判断に従えば、行政庁は取消判決を受けた処分と同一内容（処分効果）の処分を行うことができる。

二 行政事件の解決

一、取消訴訟の終局の目的を、処分の一時的取消ではなくて、処分に関わる行政事件の抜本的解決とみる見方は、我が国及び西ドイツの伝統的行政訴訟法理論の中に抜き難く定着している。⁽⁵⁴⁾ 取消訴訟に於ける「実体的眞実探究」の要請——処分に関わる当事者間に拡がる事実関係の解明——も基本的にこの觀念に沿うものである。それは、終局

的には、「行政事件」の抜本的解決ということにつながる。

右のような観念を取消訴訟理論の基礎に据え、そこから最も直接的に取消訴訟理論の審理の方式を導き出すのは、やはり、田中二郎博士の見解である。ここでもう一度、その説かれる所を見てみよう。博士は、抗告訴訟制度の目的について、『処分の取消しの訴え』や『裁決取消しの訴え』は、処分又は裁決を違法として、当該処分又は裁決そのものの取消を求める訴訟の外観を呈しているけれども、その真の狙いは、一定の事実関係を基礎としてなされた当該処分又は裁決を手がかりとして、それらと密接不可分に結びついた処分の効果ないし事実上の結果、すなわち、原告が被害者の立場において主張する違法状態の排除を求めることにあると解すべき⁽⁵⁵⁾であるとされる。博士の右の見解は、更正処分取消訴訟との関連で、「更正処分に対する取消訴訟は、更正処分を手がかりとしながら、一定の事実関係を基礎として不当に多額の法人税を課せられた被害者たる原告からその違法状態の排除を求めているものであって、一定の事実関係に変動が生じたことを理由とする場合……は別として、同一の事実関係に基づく限り、仮りに再更正、再々更正処分がなされたとしても、これらの処分に対して、それぞれ、訴の追加的併合又は訴の変更をするまでもなく、取消訴訟の対象の同一性は失われることはないのであって、最初の取消訴訟に示された裁判の要求に応じて、実体審理を行ない、判断を示すべきこととなる⁽⁵⁶⁾」と展開されている。

博士のこのような見解に対しては、処分の一体性の観念が失われるとか、「違法状態」の概念が抽象的すぎて、その拡がりが判然としないという批判⁽⁵⁷⁾も一方で存在するところである。しかし、処分の内容に関する取消訴訟の実際の審理が処分を一応離れて行われるものであることは前節で見たとおりである。また、博士のいわれる「事実関係」の概念も、処分との関連に於いて画定されるものであることも、いわば常識的に判断される。このことは、更正処分取消訴訟について述べられた見解のうち、「一定の事実関係に変動が生じたことを理由とする場合は別として、同一の事実関係に基づく限り、……取消訴訟の対象の同一性は失われることはない」という箇所から明らかで

ある。博士の見解を右のように解する限り、その基礎が、行政事件の抜本的解決という取消訴訟の究極的目標にあるが故に、そこには看過し難いものがあるのである。

(54) 田中・司法権の限界七四四頁、Uie, Verwaltungsprobrecht, 6. Aufl., S. 1ff.

(55) 田中・抗告訴訟の本質——その訴訟物を中心として——菊井先生猷呈論集・裁判と法下一一四〇頁以下。

(56) 田中・同一一四七頁、同・租税法三一〇頁以下。

(57) 例えば、木村弘之「行政事件の取消判決の効力」民商法雑誌七二巻三号四四二頁以下。

二、取消訴訟制度の目的を基本法一九条四項の規定を受けて、原告の権利保護におく西ドイツの通説の中でも、処分の違法性の判断の基準時を判決時におくか、処分時におくかについて議論の対立がみられる。⁽⁵⁸⁾ 処分時説に立つ西ドイツの学説が根拠としている事柄は、我国に於けると同じくやはり、行政庁の第一次判断権の尊重に集約される。⁽⁵⁹⁾ それに対して、判決時説に立つ学説の中には、権利保護の見地から興味深い理論展開が見られる。メンガーによれば、衡平の見地から、行政行為発布後に変動した法及び事実状態が判決に於いて考慮されるならば、行政庁は変動した法及び事実状態を考慮すべしとする原告の新たな申立てに対して行政行為を改めて為すという廻り道を必要としないという利点があるとしている。⁽⁶⁰⁾

また、バッホフによれば、原告の権利保護という見地からいえば、原告の利益は行政行為の処分時の適法、違法の判断よりも、行政行為の将来の除去により重点があるとしている。⁽⁶¹⁾

(58) 宮田三郎・前掲七八頁以下参照。

(59) Klinger, Verwaltungsordnung, S. 401 ff.

(60) Menger, System des Verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, S. 214 ff.

(61) Bachof, Der maßgebende Zeitpunkt für gerichtliche Beurteilung von Verwaltungsakten, JZ 1954 S. 420.

三、行政事件の解決という観点から見た場合、事実関係の解明の内容を、処分が為された時点の事実関係の解明と

限定するよりも、口頭弁論終結時の事実状態の解明とする方が遙かに勝れていることは言うまでもない。まず、原告の権利保護という面からも、判決時説による方が、原告の現在の法的地位をより確かなものにする。例えば、不許可処分取消訴訟に於いては、当然、行政庁の許可義務の存否が審理の内容となる。従つてその取消判決の持つ意味は、判決時説によるならば、判決の時点での行政庁の許可義務の確認であり、その判断は、行政事件訴訟法三三一条一項により、関係行政庁を拘束する⁽⁶²⁾。処分時説によるならば、判決によつて処分が為された時点での行政庁許可義務は確認されるが、その後の事実状態の変動についてまで判断されたわけではない。場合によつては、新たな不許可処分を巡つて、改めてその裁判所の判断を求めなければならない。また、不許可処分以外の処分⁽⁶³⁾についても、判決時に於ける事実関係の判断を受ける方が、事後、行政庁と原告の間の紛争のむし返しを阻止することになり、より原告の法的地位が確かなものになり、その限りで原告の利益となる。

また、訴訟経済・行政効率という面からも、訴訟を通じて口頭弁論終結時までの事実関係が明らかにされるならば、判決後改めて、事実状態の変動を探り判断し直すという行政庁の負担が解消され、ひいては、裁判所のそれに対する訴訟負担も省略されることになる。口頭弁論終結時までに、行政庁が如何なる内容の処分義務を持つかを巡つて、当事者が主張立証に全力を尽くす事は、とりもなおさず適正な行政の保障を担保することになるのである。

(62) 田中真次「拒否処分に対する抗告訴訟について」法曹時報七卷一七頁。

(63) もちろん、処分の内容によつては、処分時の事実関係、法状態に基づいてその違法性が判断さるべく自働的に定まるものもある。例えば、公務員の分限処分のような場合は、処分時の当該公務員の法令上の義務違背が問題となるわけである、当然、その時点での法令及び事実関係が審理の対象となる。

結 び

違法性判断の基準時を処分時に置く多数説の理論的根拠とするものは、処分後の変化した事情を裁判所が参酌す

ることは、行政庁の判断を経ない処分後の事情を考慮することになり、権力分立の原理上行政庁に認められた第一次判断権を侵すことになる、ということにあった。しかし、右に述べられたような第一次判断権の尊重の内容がそのまま、至上原理として、行政訴訟の審理を支配しているかは大いに疑問である。行政訴訟の審理を伝統的に支配してきたものは、「実体的真実探究」の要請であり、ひいては当事者間の行政事件の抜本的解決の観念であった。その中では、取消訴訟の審理は、行政庁の一次的判断内容の当否のみに限定されず、処分の基礎となった事実関係を真に究明することに努めてきたといつてよいであろう。従つて、第一次判断権の尊重という、行政訴訟においては既に空洞化した原理によつて、実体的真理の探究・行政事件の解決という要請を徒らに制限することの意義は殆んど認められないのである。

それよりもむしろ今後は本稿の理論的な展開の中で触れた、理由附記とそれによる主張制限といった手続的正義の要請が、行政手続法理論・行政過程論の進展に伴い、右の実体的真理の探究・行政事件の解決という、これまで行政訴訟を伝統的に支配してきた観念との対決を迫ってくると思われるのである。

(しんやま・かずお日本学助手)

