

確認的行政行為の性質と違法性の承継

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2019-09-04 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: Uzawa, Takeshi メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.24517/00055312

This work is licensed under a Creative Commons
Attribution-NonCommercial-ShareAlike 3.0
International License.



確認的行政行為の性質と違法性の承継

鵜 澤 剛

I. 問題の所在

1. 違法性の承継をめぐる問題状況

違法性の承継とは、最大公約数的にいえば、先行処分を前提に後行処分がされている場合に、後行処分の取消訴訟において先行処分の違法を後行処分の取消事由として主張できるかという問題であるといえよう。しかし、そもそもこのような問題がどのような理論的根拠あるいは背景から生ずるのかという根本問題からして、未だ一般的理解というべきものは確立されていない状況であり¹、それに応じてか、違法主張を認めるか否かに関する具体的基準あるいは考慮要素についても論者により微妙な差異がある²。

1 塩野宏『行政法Ⅰ〔第6版〕』（有斐閣、2015年）164頁では、「違法性の承継に関する法律上の定義規定は存在しないし、判例・学説とも用語方を含め必ずしも一致していない」と述べられている。

2 伝統的通説たる田中二郎説は、「相連続して行われる行為が一つの目的の実現に向けられた行為である」場合（同『新版 行政法 上巻〔全訂第2版〕』（弘文堂、1974年）146～147頁）、あるいは「先行処分と後行処分とが相結合して一つの効果の実現をめざし、これを完成するものである場合」（同書327頁）に違法主張を認める。このような基準自体は美濃部説にまで遡る（美濃部達吉『日本行政法 上巻』（有斐閣、1936年）258～259頁）。他方で、近時の学説は、本案請求に対する実体法上の先決関係という実体法的考察と、先行処分に対する争訟手段の十分性等の手続法的考察という両側面から判断すべきとする（遠藤博也『実定行政法』（有斐閣、1989年）114～115頁、小早川光郎『行政法講義 下Ⅱ』（弘文堂、2005年）187頁）。

後述の最判平成21年12月17日（民集63巻10号2631頁）は、田中・美濃部基準に、遠藤・小早川説を「接ぎ木」したものとなっているが（仲野武志「建築確認の取消訴訟において東京都建築安全条例4条3項に基づく安全認定の違法を主張することの可否」自治研究87巻1号（2006年）154頁）、これについても実体法的観点と手続法的観点のいずれを重

このような状況の中で、最判平成21年12月17日（民集63巻10号2631頁）は、接道要件の例外を認める処分である安全認定とその後の建築確認との間で違法性の承継が問題となった事案につき、①安全認定と建築確認が「同一の目的を達成するために行われるもの」であり、安全認定が「建築確認と結合して初めてその効果を発揮するもの」であること、また、②安全認定は申請者以外に通知されるものではなく、その適否を争うための手続的保障が十分に与えられているとはいえないこと、仮に安全認定の存在を知っていたとしても、建築確認の段階ではじめて不利益が現実化すると考えて、争訟を提起することもあながち不合理とはいえないことを指摘して、違法主張を認めた。これによって、先行処分と後行処分の関係（目的・効果の単一性）という実体的要素、先行処分についての通知の有無等の手続的要素によって判断されるという判断枠組みが、判例法上一応確立されたといえる。その一方で、同最判は特に一般論を述べておらず、このような問題が生じる理論的根拠あるいは背景は未だ不明といわざるをえない。そしてまた、具体的事案において考慮される要素が、同判決において挙げられたものに限るかどうか未だ開かれた問題といえる。

2. 本稿の目的

筆者は、メリット制の適用を受ける事業主に対してされた労働保険料認定処分の取消訴訟において、労災保険給付の支給決定の違法を主張できるかが争われた東京地判平成29年1月31日（判時2371号14頁）について、評釈する機会を得た。その過程で、筆者は、先行行為が確認的行政行為である場合のこの問題の現れ方に着目することが、違法性の承継と呼ばれる問題の実相の

視するかには、違いがありうる。遠藤・小早川説については、仲野・前掲152頁は、手続法的考察に重心が置かれていると指摘する。後述のように、本稿は、結論的には、実体法的側面を重視している。

解明に資すると考えるに至った。そこで、別に予定している判例評釈³と重複する部分もあるが、本稿では、確認的行政行為の性質に光を当てつつ、違法性の承継と呼ばれる問題について全体的に再検討を加えたいと思う。

Ⅱ．違法性の承継をめぐる理論状況

1．公定力と違法性の承継

(1) 伝統的学説

まず伝統的行政法学説におけるこの問題の捉え方について簡単に振り返っておきたいと思う。伝統的行政法学説においては、違法性の承継の問題は基本的に公定力の問題と捉えられてきたといつてよいであろう。すなわち、公定力とは適法性の推定であり⁴、取消訴訟は公定力排除訴訟である⁵、したがって、取消判決によって公定力を排除しておかない限り、先行処分 of 違法は主張できない、ということである。ただし、伝統的学説においても、例外的に、先行処分と後行処分とが相結合して一つの効果の実現をめざし、これを完成するものである場合⁶には、先行処分の違法主張が許されるとされていたが、このような例外がなぜ許されることになるかの理論的根拠は不明であった⁷。

3 『自治研究』掲載予定。

4 田中・前掲注2) 33頁。

5 田中・前掲注2) 304頁。

6 田中・前掲注2) 327頁。

7 そもそも田中説においては、先行処分の違法は主張できないのが原則であるという原則例外関係が存在していたかどうか疑問である。むしろ、「先行処分と後行処分とが相結合して一つの効果の実現をめざし、これを完成するものである場合(……)には、原則として(先行処分について、別に、違法性の承継を中断する趣旨の規定があるときは例外)、積極に解すべきであり……」と述べられているところからすると、原則例外関係は、目的・効果の単一性が認められる場合のものとして考えられていたようにも思われる(田中・前掲注2) 327頁)。

また、田中は、「先行処分に対し不服申立て・訴訟等を提起しなかった場合においても、先行処分は、当然には、適法と確定したわけではないから(……)、後行処分は、原則として、先行処分の違法を承継するものと解すべきであるが、先行処分に対し不服

(2) 今日の一般的理解

今日の行政法学説においては、違法性の承継の問題は、公定力とは、少なくとも直接的関係はないという理解が一般的となっていると思われる。その基礎となっているのは、以下のような公定力理解にある。すなわち、戦後の行政法学説は、伝統的な公権力観・公定力観に対する批判として、公定力を、取消訴訟の排他性により由来する反射的効力あるいは制度的効力にすぎないと理解する⁸。ここでは、公定力は、処分は取り消されるまでは有効であるということをも否定できないということを、さらに言い換えれば、処分は取り消されるまではその法効果を否定できないということを意味するにとどまる⁹。そこから、当該処分の法効果、あるいは効力の有無を直接攻撃するものでなければ、公定力に抵触するものではないとの結論が導かれる。

違法性の承継の問題においては、先行処分の違法を争っているだけで、先

申立て・訴訟等を提起し、その請求が棄却され、それが確定したときは、その違法性はもはや主張しえないこととなり、したがって、先行処分の違法を理由として、後行処分の違法を主張することは、許されなくなると解すべきであろう」とも述べている（田中・前掲注2）331頁注4）。前半は、田中が先行処分の違法主張が可能であることが「原則」であると考えていたことをうかがわせる記述である。後半は、少なくとも先行処分に対して取消訴訟を提起し、請求棄却判決が確定した場合は、後行処分取消訴訟で先行処分の違法主張が許されなくなるのは、前訴判決の既判力によるもので、違法性の承継の問題ではない。

他方で、田中説において、違法性の承継の問題が公定力の問題と捉えられていたかどうか、議論の余地がある。田中説においては、違法性の承継の問題は、「手続に関する瑕疵が、その効果にどのような影響を及ぼすか」という問題（「その手続が、相対立する利害関係人の利害の調整を目的とし、利害関係人の権利又は利益を担保する見地から定められている場合には、その手続を欠く行為は、原則として、無効と解すべきであり、その手続が、単に行政の円滑かつ合理的な運営のための参考に供するなど行政上の便宜を目的としている場合には、その手続を欠く行為は、それだけでは、当然に無効と解すべきではない」と説かれている）に続いて、「なお、手続に関連して」という形で触れられている（田中・前掲注2）146頁）。

8 塩野・前掲注1）160頁。

9 塩野・前掲注1）163頁。

行処分の効力・法効果を直接争っているわけではない。そこから、違法性の承継の問題は公定力とは直接の関係はないということになる。それにもかかわらず、このことが問題とされるのは、先行処分の違法を理由に後行処分を取り消すことによって、（後行処分と結びつくことによってその効果が実現される）先行処分が取り消されたのと同様の結果が生ずる点に求められてきたように思われる。いわば、違法性の承継の問題は、公定力や不可争力とは、直接的な関係はないが、間接的には問題がある、いわば取消訴訟制度の潜脱的な問題であると考えられてきたといつてよい¹⁰。

10 塩野・前掲注1) 164頁は、「当該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」とし、「さらに、後行処分については、当然取消訴訟の排他的管轄が及ぶので、先行処分・後行処分によって展開する行政過程を包括的にとらえれば、取消訴訟の排他的管轄の制度目的は維持されているため、違法性の承継は取消訴訟の排他的管轄に正面から対立するものではない」としつつ、「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。」と説明する。

違法性の承継について近時網羅的な研究をした海道俊明は、「「取消訴訟」の概念の中に、違法性の承継が問題となるような場面も含めて規定していると解釈する」という立場から、「取消訴訟の排他性の内容には、“後行行為に固有の瑕疵がない場合に、先行行為の違法を主張して最終的な法的効果を争い、その結果先行行為の法的効果を間接的に否定することは原則として許されず、先行行為の法的効果を争うには、直接その取消訴訟を提起せよ”という趣旨も含まれる」とする（同「違法性承継論の再考（2）」自治研究90巻4号（2014年）111頁）。これに対し、興津征雄「違法性の承継に関する一事例分析」佐藤幸治・泉徳治編『行政訴訟の活性化と国民の権利重視の行政へ』（日本評論社、2017年）161頁注24）は、「排他性の内容を拡大しすぎ」と批判する。もっとも、興津も、違法性の承継は行政過程の段階的安定の要請に由来するものであるとし、公定力と不可争力は違法性の承継とは直接関係するわけではないが、ともに行政過程の段階的安定の要請に資するという点では全く関係がないわけではないとする（162頁）。

興津の批判するとおり、海道説の「取消訴訟の排他性」理解は、行政行為の前提となった行政庁の認定判断の内容と、当該行為の結果生ずる法効果とを混同するもののように思われる。本稿筆者は、公定力は、処分は取り消されるまでは有効であり、その法効果を否定することはできないということを意味するにすぎないという公定力理解（この

処分の違法を主張したとしても、処分の効力あるいは法効果を争うことにはならないから、公定力に抵触するものではないという考え方は、同じように「公定力の限界」という表題のもとで議論されてきた国家賠償訴訟における処分の違法主張の問題について、より顕著に見られるところである¹¹。この問題に関しては、例外として、金銭給付を内容とする処分にあつては、処分の違法を理由に国家賠償請求が認容されることにより、処分が取り消されたのと同様の結果がもたらされ、取消訴訟と目的・機能が同一とみる余地がある点で、かねてより問題とされてきたところであったが、最判平成22年6月3日（判時2083号71頁）は、一般論どおり、処分の違法主張が可能であるとした¹²。もっとも、課税処分の違法を理由とする不当利得返還請求訴訟に関しては、従前の裁判例は、処分の違法主張の可否について消極的な姿勢をとっている。この点については後述する。

2. 確認行為の公定力と違法性の承継

以上に述べてきたように、今日の行政法学説において、違法性の承継の問題は公定力と直接の関係はないとされているのは、法効果そのものが問題なっているわけではないからである。しかし、このことは、形成的法効果をも

点については興津説と同旨）から、公定力と違法性の承継とは、やはり直接の関係はなく、違法性の承継の問題は取消訴訟制度の運用の問題（取消訴訟制度の趣旨を損なうような違法主張を排除する）と考える。ここでいう「取消訴訟制度の趣旨」を「行政過程の段階的安定の要請」と言い換えれば、筆者の見解は興津説と全く同旨ということになる。

11 塩野・前掲注1）163頁。

12 「行政処分が違法であることを理由として国家賠償請求をするについては、あらかじめ当該行政処分について取消し又は無効確認の判決を得なければならないものではない（最高裁昭和35年（オ）第248号同36年4月21日第二小法廷判決・民集15巻4号850頁参照）。このことは、当該行政処分が金銭を納付させることを直接の目的としており、その違法を理由とする国家賠償請求を認容したとすれば、結果的に当該行政処分を取消した場合と同様の経済的効果が得られるという場合であっても異なるというべきである。」

つ行政行為には当てはまるが、そうではない行政行為、すなわち確認的行政行為については、なお検討を要する。

行政行為としての確認（確認的行政行為）とは、すでに存在している事実関係または法律関係を確認する行為と定義される。確認は、すでに存在していることを確認しているだけという点において、新たな法律関係の変動（形成的法効果）をもたらすものではない¹³。その具体例としては、課税処分（賦課決定や更正処分）や年金裁定などの社会保障給付処分（本件で問題となる労災保険給付支給処分も）が挙げられている。すなわち、課税処分の場合であれば、納税義務はすでに発生しており（国税通則法15条2項）、額の点でも客観的には一義的に決まっていることを前提にして、それは行われる。法令上も、それは「税額を確定する」行為と位置づけられている（同法16条）。あるいは、厚生年金保険法に基づく年金裁定であれば、「保険給付を受ける権利は、その権利を有する者（以下「受給権者」という。）の請求に基づいて、実施機関が裁定する。」とされているが（33条）、受給権それ自体は、「年金の支給は、年金を支給すべき事由が生じた月の翌月から始め」とされている（36条1項）。支給対象者、支給額、支給期間等についても法令上一義的に定められている。本件で問題となった労災の保険給付に関しては、業務災害に関する「保険給付は、……災害補償の事由……が生じた場合に、補償を受けるべき労働者若しくは遺族又は葬祭を行う者に対し、その請求に基づいて行う。」（労働者災害補償保険法12条の8第2項）と定められ、行政庁の処分を介在させることが文言上明らかというわけではないが、請求者からの請求に対し、行政庁が支給・不支給の決定を行い、その結果を請求者に通知することを前提とする仕組みを採用しており（同法施行規則19条1項も参照）、「保険給付に関する決定」が審査請求の対象とされていることから（同法38条1項）、その支給・不支給の決定は処分としての性質を有すると解されている。

13 ここで「形成的」というのは、いわゆる命令的行為と形成的行為の区別でいうそれとは異なる。

その一方で、「年金たる保険給付の支給は、支給すべき事由が生じた月の翌月から始め」とされており（同法9条1項）、支給対象者、支給額、支給期間等についても法令上一義的に定められている。人見剛の言葉を借りれば、「確認的行政処分は、いわゆる形成処分のように形成的効果をもたらすものではなく、そうした法効果を生じさせるための要件認定そのものであり、いわばそれを取り出して行政処分としたものである¹⁴」。

このような確認的行政行為における違法性の承継の問題は、通常の行政行為の場合とは、その問題の現れ方が異なる。たとえば、違反建築物に対する除却命令を例にとって、その行為の適法性と、その行為の内容・法効果を摘示すると、以下のとおりとなる。

行為の適法性……違反建築物該当性、効果裁量の瑕疵

行為の内容……除却の義務付け

行為の法効果……除却義務の発生

ここでは、たしかに、その行為の適法性を争ったとしても、法効果そのものを争うことにはならない。これが、形成的法効果を有する行政行為における違法性の承継の問題である。

では、確認行為においてはどうか。

行為の適法性……受給権の存否すなわち支給事由の存否

行為の内容……受給権の存在の確認すなわち支給事由の存在の確認

行為の法効果……形成的法効果はない

ここでは、その行為の適否を争うことは、その行為の内容を争うことにはならない¹⁵。そして、法効果そのもの、ひいては公定力が生じている事項

14 人見剛「行政処分の法効果・規律・公定力」磯部ほか編『行政法の新構想Ⅱ』（有斐閣、2008年）88頁。人見は、続けて「それに拘束力ひいては公定力に当たる通用力を持たせるのは、行政処分としてイレギュラーと考えられている」と述べる。

15 伝統的に「確認」に分類されてきた行為のなかにも、形成的法効果をもつものもある。たとえば、建築基準法6条1項の建築確認は、行為の内容としては、当該建築物の計画が建築基準関係規定に適合していることを確認するものであるが（行為の適法・違法も建

を争うことになるかどうかは、その行為の法効果をどのように捉えるかに依存する。

一方で、行政行為の特殊な効力として、公定力とは別の拘束力を想定するという方向性もある。違法性の承継の問題について持ち出されたものではないが、最近では太田匡彦が論じている逸脱禁止要請¹⁶や、山本隆司が論じている構成要件的効力¹⁷などが、この種の議論として挙げられよう。

しかし、重要なのは、「誰」が、「どのような」拘束を受けるかということである。公定力であれば、万人に対する拘束が想定されている¹⁸。この場合

築基準関係規定適合性に依存する)、行為の法効果としては、当該建築物の建築工事の許可という講学上の許可と同様の法効果を有する。このような「確認」については、ここでの検討から除外している。

16 太田匡彦「行政行為——古くからある概念の、今認められるべき意味をめぐって」公法研究67号(2005年)241頁。

17 山本隆司「訴訟類型・行政行為・法関係」民商130巻4・5号(2004年)649頁。なお、山本は違法性の承継において問題となるのは構成要件的効力ではないとの立場を明示している。すなわち、構成要件的効力とは、「行政行為の規律・拘束する法関係とは別の行政上の法関係、私人間の民事法関係、そして刑事訴訟の局面において、利害関係のある私人、管轄する行政庁や裁判所が、行政行為の規律・拘束力を尊重しなければならないこと」を意味するところ、「いわゆる違法性の承継が論じられるのは、後続処分が先行処分を執行・実現する制度と解釈される場合」であり、「後続処分の取消訴訟には、先行処分の構成要件的効力ではなく、拘束力とその形式的存続力が及ぶ」、「問題となる行政行為の制度と他の行政法または民刑事法上の制度との関係を、管轄する国家機関の権限の範囲を含めて全体として考慮して判断される構成要件的効力の場合とは、違いがある」。

18 処分は取り消されるまでは有効であるという公定力理解からすれば、公定力が万人に対する拘束力であるのは、処分によって形成された実体法は、取消しがあるまでは、万人が承認しなければならないという実体法の性質に由来するのであって、処分の性質に由来するのではない。このような「実体法」の観念について、参照、巽智彦『第三者効の研究』(有斐閣、2017年)184～186頁。

このように考えてみると、「公定力」を、処分は取り消されるまでは有効であるという意味に限定する立場を徹底すれば、そもそも「公定力」という用語法自体、あまり適切ではないと思われる。処分については「取消原則」がとられているという説明で十分

に、確認した内容それ自体に公定力が生じるのだとすれば、裁判判決の既判力ですら、原則として当事者間に限定されていることとの均衡を失することにならないか。また、拘束されることによって、何が具体的に禁止されるのかも重要である。既判力のように、矛盾抵触する主張自体が遮断あるいは排除され、また、矛盾抵触する内容の判断が禁止されることになるのであれば、前述の主観的範囲の問題とあわせ、ますます既判力との均衡が問題となろう。一般に、行政行為に裁判判決の既判力同様の実質的確定力が認められるかについて、従来の学説は消極的な立場をとってきた¹⁹。確認行為に限定でこのような効力が認められるとしても、その実質的根拠が厳しく問われなければならないであろう。

Ⅲ. 確認行為と違法性の承継

1. 小早川光郎の「遮断効果」論

(1) 公定力と遮断効果

公定力とは異なる行政行為の特殊な効力を指定し、なおかつそれを違法性の承継の問題と関連づけて論じたものとして、小早川光郎の議論がある。

小早川は、行政行為の公定力を、当該行為の効果の通用力として理解し、「公定力は、行政行為によって本来生ずべき効果の内容的限界を越えては及ばない²⁰」とする。このような公定力理解は、小早川自身が述べるように、今日の多数説の理解に沿ったものである。そして、法律行為的行政行為においては当該行政行為の内容の解釈により、準法律行為的行政行為においては

である。

19 藤田宙靖『行政法総論』（青林書院、2013年）229頁。例外は柳瀬説である（柳瀬良幹『行政法教科書〔再訂版〕』（有斐閣、1969年）119頁）が、これに対する批判として、鵜澤剛「準法律行為的行政行為の概念について」立教法学82号（2011年）349頁。

20 小早川光郎「先決問題と行政行為」田中古稀『公法の理論（上）』（有斐閣、1976年）3382頁。

当該法規の解釈により、公定力の範囲は限定されるとする²¹。

その一方で、小早川は、「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という問題」があるとし、これを「遮断効果」の問題と呼ぶ²²。小早川は、このような遮断効果が、現行法の解釈論上認められ、または少なくとも、遮断効果の存在によって説明するのが妥当と考えられる場合があるとして、2つの問題を挙げる。一つが違法性の承継の問題であり、もう一つが課税処分と不当利得の問題である²³。

（2）課税処分と滞納処分間の違法性の承継

小早川は、違法性の承継の問題の具体例として、課税処分と滞納処分の関係を例にとり、まず、違法性の承継が公定力の問題ではない（すなわち課税処分の法効果に係るものではない）ことを次のように説明する。課税処分が有すべき効果は、「課税処分の存在が国の徴収権行使の要件であり、それによって滞納処分はその前提を与えられるということにある」。そして、「課税処分が、その適法・違法はともかくとして一応存在する場合には、滞納処分をその前提に欠けるとして違法視することはできない」。しかし、「これは、課税処分の違法がいわゆる滞納処分固有の瑕疵を結果するものではないことの説明にはなりうる」が、「違法性の承継は、それとは異なり、後続行為に固有の瑕疵がない場合でもその取消を求めうるか否かの問題」である。

上の説明で、小早川は、課税処分が存在すれば滞納処分には瑕疵がない（課税処分の違法は滞納処分の違法をもたらず関係にない）という理解に立

21 小早川・前掲注20) 383頁。

22 小早川・前掲注20) 384-385頁。

23 小早川・前掲注20) 385頁。

っているようであり、その前提となっているのが、課税処分の効果は滞納処分的前提を与える点にあるという理解である。筆者は、このような課税処分の法効果の理解にも、違法性の承継の問題の理解にも疑問をもつが、それは後述する（→Ⅲ 2（2））として、ここでは違法性の承継の問題が公定力の問題ではないとされていることを確認しておきたい。

他方で、小早川は、「課税要件を具えていない者から税金を強制徴収することは許されないという常識的な判断」から、課税要件の存否が滞納処分の取消請求に対して実体法上の先決関係を有する」としつつ、「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」、実体法上の先決関係があるにもかかわらず、課税要件不存在の主張をもはや許さないとする政策的選択もありうるとし、通説判例が承継を否定するのはこのような選択の結果であると説明する。結局、「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ことの結果」という理解になるわけである²⁴。

（3）課税処分の違法を理由とする不当利得返還請求訴訟

税金に関する不当利得返還請求訴訟において（無効または取消しを経えない）課税処分の違法を主張することについて、判例通説は否定的な態度をとっている。このことについて、小早川は、次のように説明する。まず、課税処分の効果は「任意の納付または強制徴収によって終了する」ものであり、不当利得返還請求は「納税義務の履行ないし強制徴収の受忍の拒否を意味するものではない」から、「課税処分の右のような効果が、その公定力により、不当利得返還請求訴訟において通用するか否かを論ずることは、無意味であ

24 小早川・前掲注20) 388頁。

る²⁵」。それにもかかわらず、課税処分 of 違法主張が許されないのは、「課税要件の不存在を理由とする不当利得返還請求訴訟は、同じ理由で課税処分に対して提起される争訟と、その目的および機能において重なり合うもの」であり、これを許してしまえば、租税手続法の仕組みが結果において覆されてしまうからである。「そこで、滞納処分に対する争訟との関係で課税処分に認められる前記の遮断効果が、解釈上、不当利得返還請求に対する関係にも同様に及ぶと解されるべきことになる²⁶」。

このように、小早川は、不当利得返還請求訴訟において課税要件の不存在すなわち課税処分の違法を主張することが許されないのは、公定力とは別の、遮断効果によるものと説明するのであるが、興味ぶかいのは、「このような意味での遮断効果は、現行法上、納税者の側からする納税申告についても認められているものと解される」としている点である。小早川は、申告に遮断効果を認めた例として、最判昭和39年10月22日民集18巻8号1762頁を引く²⁷。

(4) 恩給裁定の遮断効果

小早川によれば、行政行為に対し、公定力のほかに、行政庁の認定判断の内容について遮断効果をも認めることに合理性の認められる場合は、以上の2つにとどまるものではない。ただ、遮断効果はすべての行政行為について一般的に承認されるものではなく、「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ものである²⁸」とされる。

この関係で、小早川が注目するのは、恩給法に基づく遺族扶助料の配分を

25 小早川・前掲注20) 391頁。

26 小早川・前掲注20) 391-392頁。

27 小早川・前掲注20) 392頁注5)。

28 小早川・前掲注20) 394頁。

めぐる民事訴訟と、恩給裁定との関係が問題となった東京地判昭和39年6月23日（判時380号22頁）である。この事案は、恩給法に基づく遺族扶助料について、X（戦死した軍人Aの継母）が、Y（Aの実父）を被告として、XとYは同順位の受給権者であると主張して、Xが受給すべき扶助料の支払い等を求めたのであるが、先立って、恩給局長によってXとYを同順位とする旨の裁定がされており（ただし、Yを総代者として支給がされていた）、Xは、これを取り消されない限り、YはXの受給権を否定できないと主張したというものである。小早川は、恩給裁定の効果は、「恩給権者は国に対して恩給の支給を請求することができ、国は恩給を支給することができるようになるという点にある」とし（この理解自体は後述のように東京地判と同様である）、Xの同順位の受給権者としての地位を否定することが、裁定の公定力によって妨げられるものではないとする。ここでの問題は、「それ以上に、支給された恩給の配分をめぐる民事訴訟において裁定内容と異なった主張・判断がなされることをも妨げるような効果が、恩給裁定から生ずるか否か」にあり、したがって、ここでは、「まさにこの遮断効果の有無が問題であった」ということになる²⁹。

小早川によれば、遮断効果を認めるべき政策的根拠は、迂回的な法律構成を通じて行政目的の完全な実現が妨げるに至る可能性がある点にあるから、恩給裁定にこのような遮断効果を認めるべきかどうかは、恩給裁定の制度目的を何に見出すかにかかっていることになる。小早川は、「恩給法の定める手続的な仕組みが、単に国と受給者との関係の適確迅速な処理を目的とするに止まるのか、それとも、受給者の第三者に対する地位の安定化をも意図するものであるのかについては、解釈の分れる余地がある」とする。遮断効果を認めることに合理性が認められるのは後者の場合である³⁰。「恩給裁定の制度が、受給者の対第三者的な地位の安定をも意図し、それを行政の責任にお

29 小早川・前掲注20) 385頁。

30 小早川・前掲注20) 396頁。

いて確保しようとするものと解されるならば、私人間の紛争をも、恩給局長を被告とする取消訴訟の形式で解決すべきものとするに、合理性が認められる³¹⁾。もっとも、この点につき、小早川は明示的な結論は述べていない。

2. 若干の考察

(1) 恩給裁定の法効果

上で述べてきたように、小早川説は、課税処分の効果は滞納処分的前提を与える点にあるという理解から、違法性の承継の問題は公定力とは関係がないと、あるいは、課税処分の効果は任意の納付または強制徴収によって終了するという理解から、不当利得返還請求訴訟において課税処分効果が通用するか否かを論じることは無意味であると論じていた。筆者は、結論からいえば、違法性の承継や不当利得返還請求訴訟の問題を、「現行法解釈論上、行政行為の遮断効果の存在が認められ、または少なくとも、遮断効果の存在によって説明する妥当と考えられる場合」と理解する必要はないし、また適切でもないが、そのためには、まず、前提理解としての課税処分効果について明らかにする必要がある。更正処分や決定処分に代表される税額を確定する処分としての課税処分は、確認的行政行為の典型例とされる³²⁾。そこで、同じ確認的行政行為である恩給裁定の法効果およびその公定力について、小早川説の検討を交えつつ、考察を進めていくことにしたい。

まず、小早川論文でも言及されていた東京地判昭和39年6月23日（判時380号22頁）の判旨を紹介しておこう。事案についてはすでに説明したので、ここでは省略する。

「行政処分には、いわゆる公定力があるものとされるが、公定力はもともと、行政行為にその効用を発揮させ、行政行為の目的とする公益の実現を一応可能にするため

31 小早川・前掲注20)

32 塩野・前掲注1) 134頁。

に認められるものであるから、公定力の及ぶ範囲は、それぞれの行政処分目的、性質に応じこれを認むべき合理的必要の限度に限られるものと解するのが相当である。

この見地から考えてみると、恩給法第12条が恩給を受ける権利は総理府恩給局長がこれを裁定する旨を定めているのは、恩給の受給原因の有無等の判定は、往々微妙かつ困難な認定を要するものがあるのみならず、恩給支給の関係は、長期間にわたって継続する場合が少なくなく、しかも多数の者に対し、迅速的確にこれを支給する必要があるところから、恩給の支給に関する行政事務の処理を的確かつ能率的に行うためには、受給権者と主張するものが恩給の支給を請求するには、先ず恩給局長の裁定により受給権者であることの確認を受くべきものとするともに、この確認を受けたものに限つて、爾後国家において恩給の受給権者として取り扱うこととする必要があるとの考慮に基づくものと思われる。従つて、裁定手続においては、恩給局長は、受給原因発生の有無を判断するとともに、裁定申請者が受給権者に当たるかどうかを一応審査するのが、受給権者と主張するものが数人ある場合に、その間で争いを裁断して唯一の真実の受給権者を確定することは、裁定処分目的とするところではなく、このことは、裁定処分が争訟裁判手続というにふさわしい手続構造をとっていないところからみても明らかである。上述のところから考えれば、たとえ真実の受給権者であつても、恩給局長の裁定によりその確認を受けないかぎり国家に対し自己が恩給の受給権者であることを主張し得ないという意味において、裁定申請者が受給権者であるかどうかについて恩給局長に公権的認定権が与えられているものと解すべきであり、また、恩給局長が誤つて真の受給権者につきこれを否定する裁定をした場合でも、その取消しがないかぎり、真の受給権者であつても恩給の支給を請求することができなくなるとの意味において、右裁定に公定力が与えられているものと解さねばならない。しかし受給権者でない者を受給権者とする裁定があつた場合は、真の受給権者がこれを否定し、自己を受給権者とする裁定を求めるに当たり、まず前の裁定の取消しを得なければならないという意味において裁定に公定力があり、真の受給権者が前の裁定の公定力によつて自己が受給権者であることを主張することを妨げられると解することは、裁定処分の性質、目的からみて合理的に必要と認められる限度をこえて、不当に公定力の及ぶ範囲を広く解するものといわざるをえない。いわんや、本件の場合のように、国家に対する関係をはなれて、同順位受給権者として裁定を受けた者相互の間で、扶助料の配分に關し、受給権者たる地位が争われる場合に、唯一の真実の

受給権者と主張するものが、同順位の受給権者として裁定を受けたものの地位を否定することが右裁定の公定力によつて妨げられ、裁定の取消しを得た上でなければその主張ができないとするがときは、公定力の及ぶ範囲を合理的必要性の認められる限度をはるかにこえて広く解する見解として、到底、当裁判所の賛同し得ないところである。」

小早川論文は、「恩給法の定める手続的な仕組みが、単に国と受給者との関係の適確迅速な処理を目的とするに止まるのか、それとも、受給者の第三者に対する地位の安定化をも意図するものであるのか」が問題であり、後者と解する場合は、裁定に遮断効果を認め、私人間の紛争をも、裁定に対する取消訴訟の形式で解決すべきものとするに合理性が認められるとしていた。東京地判昭和39年6月23日は、公定力についてしか言及していないものの、裁定制度の目的を国との間での支給関係の的確かつ能率的な処理にのみ見出していることからして、後者の立場を明示的に否定しているものと評価してよいであろう³³。

処分の名あて人と第三者との関係をも処分によって規律し、それによって当該私人間の紛争をも当該処分に対する取消訴訟に一本化するという仕組みは、政策論としては一考に値する³⁴。そのような仕組みとしては、たとえばドイツ法におけるいわゆる私法関係形成的許可がある³⁵。もっとも、これは、処分の特殊な効力を拡張するという議論ではなく、処分の法効果を拡張し、それによって公定力（取消しを経なければ否定できない法効果）を拡張する

33 近藤昭三「恩給局長の裁定と公定力」法政研究31巻4号（1965年）399頁は、この東京地判の結論を妥当とする。

34 諫早湾干拓事業をめぐる紛争は、このことを明確に意識させる問題である。参照、巽・前掲注18）360頁。

35 山下竜一「ドイツにおける許可の私法関係形成効（1）～（3・完）」大阪府立大学経済研究42巻1号（1996年）152頁以下、42巻3号（1997年）160頁以下、43巻3号（1998年）124頁以下。

という議論である。小早川説は、処分的前提として行われた行政庁の認定判断の内容について通用力を認める議論であるが、端的に処分に私人間の法律関係を形成する効果を認めることによって同じ目的を達成することが可能である。

また、このような私法関係形成効を処分に承認しようとする場合は、最低限、そのことの明文の根拠や関係者の利害調整のための事前手続の整備等が必要となると思われる³⁶。少なくとも現行の我が国実定法のもとでは、このような効果を承認するのは困難と言わざるをえない³⁷。

結局、恩給裁定は以下のような性質を有する行為であるとまとめることができよう。恩給の受給権自体は、裁定の有無にかかわらず、支給事由が生じた月の翌月に発生しており、額等の点でも客観的には一義的に定まっている。しかし、現実には支給を行う上で、的確かつ能率的な事務処理のために行政手続上必要とされたのが裁定である。裁定の法効果は、国と受給者との間で現実の支給関係を成立させるという点にあり、かつそれにとどまる。そして、裁定や裁定請求の拒否の公定力もこの点にのみかかわる³⁸。

36 山本隆司『行政上の主観法と法関係』（有斐閣、2000年）326頁は、「このように事業者に対する隣人の防禦請求権を排除するには、次の要件が必要と見るべきである。第一に、どの程度請求権を排除するかを含めて（……）、法律で明確に規定すること。第二に、排除される防禦請求権の代わりに行政法的規律が、きめ細かく柔軟な利益調整の仕組みを備えること（……）。かつ、それを隣人が利用できること（……）。」と述べる。

37 小早川・前掲注20）400頁注9）は、「東京地判昭和39・6・23は、恩給裁定が複数人のあいだの争を裁断して受給者を確定するにふさわしい手続構造を具えていないことを重視しているが、これは、実質的確定力がないことの根拠にこそなれ、遮断効果一般を否定するについて決定的なものではない。……ちなみに、恩給裁定については、裁定内容に反して自己に受給権ありと主張する第三者については、裁定のあったことを後者が知らないかぎり、不服申立期間が——したがって出訴期間も——進行しないものとされている（恩給法13条3項・14条2項）のであって、かりに遮断効果を認めるとしても救済の途が確保されていることに注意すべきである。」と述べる。しかし、争訟の機会が保障されていれば、遮断効果を承認するのに十分といえるかは疑問であろう。

38 人見・前掲注14）76～77頁は、「判決の趣旨は、裁定処分は、同順位とされた受給権

上で筆者は、恩給裁定を、現実の支給を開始するために行政手続上要求されている行為、国と受給者の間で現実の支給関係を発生させる効果を有する行為と理解した。筆者はかつて、確認のような準法律行為的行政行為とされてきた行為は、手続的效果を有する行為として再構成可能であると論じたことがある³⁹。この見地から課税処分の方効果について考えてみる。

たとえば申告納税方式がとられている国税について、納付すべき税額を100万円と記載した期限内申告書を提出した後、税務署長から、増加する部分の税額として30万円とする（合計納税額130万円）増額更正処分がされたという場合について考えてみる。増額更正処分は、すでに確定した納付すべき税額に係る部分の国税についての納税義務に影響を及ぼさないとされている（国税通則法29条1項）から、100万円部分が申告により、30万円部分が処分により確定されたことになる。そして、期限内申告書により納付すべきものとして記載した税額に相当する国税は法定納期限までに納付すべきものとされている（同法35条1項）一方で、増額更正処分により新たに納付すべき税額とされた金額は、その更正通知書が発せられた日の翌日から起算して一月を経過する日までに納付すべきものとされている（同法35条2項2号）。これらの納期限までに納付がされない場合は、同法37条により督促がされ、督促状が発せられた日から起算して10日を経過する日までに当該督促に係る国税が完納されない場合は、同法40条により滞納処分がされることになる。すなわち、申告や処分によって「税額が確定される」ことの意味は、その後の納付手続における納期限や、徴収手続における督促や滞納処分の範囲をそれ

者間の分配関係を定めるものではなく、行政庁との関係での支給関係を定める法効果しかないのである、ということのようでもある。もしそうした理解が正しいのであれば、両当事者間で裁定の内容と異なった分配関係を主張することは何ら処分の法効果それ自体とも抵触しないということになり、処分の法効果内容と公定力の及ぶ範囲はやはり一致しているともいえるのかもしれない。」と述べる。本文で述べたように、筆者もこの見解を正当と考える。

39 鶴澤・前掲注19) 331頁。

ぞれ明らかにするという点にあるといえる。

(2) 滞納処分取消訴訟における課税処分の違法主張

繰り返しになるが、小早川説は、課税処分の効果は滞納処分の前提を与える点にあるという理解から、課税処分が有効なものとして存在する以上は、滞納処分を前提を欠くものとして違法視することはできないが、違法性の承継は、それとは異なり、滞納処分に固有の瑕疵がない場合でもその取消しを求めることができるかどうかの問題であるとしていた。しかし、その一方で、「課税要件を具えていない者から税金を強制徴収することは許されないという常識的な判断」を根拠に、課税要件の存否は滞納処分の取消請求に対して実体法上の先決関係を有するともしている。課税処分が有効に存在する以上は滞納処分は違法ではないが、課税処分の適法・違法は滞納処分取消訴訟の実体法上の先決問題を構成するということのようであるが、これは一体どういうことであろうか。

実体法上課税処分が滞納処分の前提を構成しているのであれば、課税処分が違法であればそれを前提に行われた滞納処分も当然に違法であるという関係にあるのではないだろうか。この点は、違法性の承継の具体例としてよく言及される土地収用法の事業認定と収用裁決の間で考えるとわかりやすいであろう。土地収用法47条は、収用裁決の申請に対する拒否事由として、申請に係る事業が事業認定の告示において告示された事業と異なるとき（1号）、および申請に係る事業計画が事業認定申請書に添付された事業計画書に記載された計画と著しく異なるとき（2号）を掲げ、47条の2第1項で、これらの拒否事由に該当しない場合は収用裁決をしなければならないと定めている。要するに、事業認定の内容に適合することが収用裁決の要件となっているのであるが、この場合に、収用裁決が適合しなければならないところの事業認定の内容そのものが違法であれば、収用裁決も当然に違法であるという関係にあるといえよう。同様のことは、たとえば都市計画施設に関する都市計画

決定と都市計画事業の認可の関係についてもいえる⁴⁰。

課税処分と滞納処分についても、課税処分において確定した税額の範囲を超えて行われた滞納処分は当然に違法であり、その意味で滞納処分（たとえば差押や配当）の内容は課税処分に適合するものでなければならない⁴¹。そうであれば、滞納処分が適合していなければならないところの課税処分がそもそも違法であれば、滞納処分も当然に違法となるという関係にあるというべきであろう。

以上に論じてきたように、課税処分の違法は当然に滞納処分の違法事由を構成するのであるが、それにもかかわらず、滞納処分取消訴訟において課税処分の違法主張が制限されるのはなぜか。上述のように、課税処分の効果は、後続の納付や徴収手続のために税額の範囲を明らかにすることにあるが、滞納処分取消訴訟の結果滞納処分が取り消されることになれば、課税処分の効果それ自体が覆滅させられるわけではないにしても、結果として、課税処分の効果は実現されないことになる。他の点では違法事由がない滞納処分が課税処分の違法を理由に取り消され、このような結果を招来することは、やはり許容すべきでないであろう。滞納処分取消訴訟において課税処分の違法主張を制限する理由は、まずはこの点にあると考えられる（このほかに、先行

40 先行処分と後行処分は、法形式上は同ランクであるが、（後法である後行処分によって前法である先行処分が破られるのではなく）先行処分に適合しない後行処分は破棄される可能性があるという意味においては、先行処分と後行処分の間に上位規範と下位規範の関係があるということもできるだろう。法の段階構造における法形式と破棄可能性との関係については、なお検討したい。参照、森田寛二「法規と法律の支配（1）」法学40巻1号（1976年）86頁。

41 租税を徴収するために必要な財産以外の財産を差し押さえることは禁止される（国税徴収法48条1項）。差押財産の見積価額が税額を超過することが直ちに禁止されるわけではないが、他に適当な物件があるにもかかわらず、その見積価額が税額を著しく超過する財産を差し押さえることは、違法とされる（金子宏『租税法〔第23版〕』（弘文堂、2019年）1029～1030頁）。また、配当額は当然確定された税額を超えることは許されず、残余は滞納者に交付されることになる（同法129条3項も参照）。

処分と後行処分の実体的関係や、先行処分についての通知の有無等、手続的要素が考慮される。上記は違法性の承継がそもそも問題とされる前提的理由である)。

(3) 不当利得返還請求訴訟における課税処分の違法主張

この問題に関し、小早川説は、課税処分の効果は任意の納付または強制徴収によって終了するという理解から、不当利得返還請求訴訟において課税処分の効果が通用するか否かを論じることは無意味であると論じていた。ここで「終了する」ということの意味するところにもよるが、これが課税処分の効果が「消滅する」という意味であるとすれば、課税処分の効果は滞納処分によって消滅するものではなく、したがって小早川説は課税処分の効果を不当に縮減するものといわざるをえない。このことは、たとえば課税処分取消訴訟の係属中に滞納処分が行われていた場合であっても、課税処分が判決によって取り消されることになれば、滞納処分は不整合処分として取り消されるべきものとなる（買受人保護の見地等から、滞納処分の取消しが制限される可能性はあることは別論として）ことから、明らかである。

小早川説は、不当利得返還請求訴訟において公定力を問題にすることは無意味であるとする結果、納税者側からする申告にも課税処分同様の遮断効果が認められるとしていた。しかし、申告書に記載した税額等が過大であったことを理由に不当利得返還請求をすることが許されないのは、更正の請求の制度が用意されていることの反射的效果であると理解すべきであろう（更正の請求の排他性⁴²⁾）。すなわち、国税通則法23条は、申告書に記載した税額等に誤りがあった場合等の是正方法として、更正処分の請求ができることとしている。このように、租税法規が誤った申告の是正方法を特別に用意していることの結果として、更正の請求を経ずに、直ちに申告書の誤りを主張

42 金子・前掲注41) 946頁。

して不当利得返還請求をすることが原則として排除されると理解すべきである⁴³。

申告にせよ課税処分にせよ税額確定手続における行為の効果は、後続の納付や徴収の手続のために納税義務の範囲を明らかにする点にあり、こうした効果は申告や課税処分に係る税額が任意に納付され、あるいは強制徴収されることによって実現される。しかし、申告や課税処分に誤りがあることを理由に不当利得返還請求が認容されることになれば、結局のところ、このような効果が覆されることになる。申告に誤りがあることを理由とする不当利得返還請求が原則として排除されるのが、更正の請求という是正方法が特別に用意されていることの反射的效果であるのと同様に、課税処分の違法を理由とする不当利得返還請求が原則として（当然無効の場合を除き）排除される

43 小早川論文でも言及されている最判昭和39年10月22日（民集18巻8号1762頁）は、所得税の確定申告につき、その内容に要素の錯誤があり無効であると主張して、滞納処分としての差押えの無効確認を求めた事案であるが、次のように判示している。

「所得税法は、いわゆる申告納税制度を採用し（23条、26条参照）、且つ、納税義務者が確定申告書を提出した後において、申告書に記載した所得税額が適正に計算したときの所得税額に比し過少であることを知った場合には、更正の通知があるまで、当初の申告書に記載した内容を修正する旨の申告書を提出することができ（27条1項参照）、また確定申告書に記載した所得税額が適正に計算したときの所得税額に比し過大であることを知った場合には、確定申告書の提出期限後一ヶ月間を限り、当初の申告書に記載した内容の更正の請求をすることができる（同条6項参照）、と規定している。ところで、そもそも所得税法が右のごとく、申告納税制度を採用し、確定申告書記載事項の過誤の是正につき特別の規定を設けた所以は、所得税の課税標準等の決定については最もその間の事情に通じている納税義務者自身の申告に基づくものとし、その過誤の是正は法律が特に認めた場合に限る建前とすることが、租税債務を可及的速かに確定せしむべき国家財政上の要請に応ずるものであり、納税義務者に対しても過当な不利益を強いる虞れないと認めたからにはほかならない。従って、確定申告書の記載内容の過誤の是正については、その錯誤が客観的に明白且つ重大であって、前記所得税法の定めた方法以外にその是正を許さないならば、納税義務者の利益を著しく害すると認められる特段の事情がある場合でなければ、所論のように法定の方法によらないで記載内容の錯誤を主張することは、許されないものといわなければならない。」

のは、その是正方法として不服申立や取消訴訟の制度が用意されていることの反射的効果として説明するのが妥当であろう。これは処分に公定力が認められることの説明そのものである。課税処分の違法を理由とする不当利得返還請求が認容されたからといって、直接課税処分の効果が否定されることになるわけではないにしても、それが制限される理由は処分に公定力が認められる理由と非常に近いものである。

3. 業務災害補償支給処分と保険料認定処分の場合

以上の検討をふまえ、メリット制の適用を受ける事業主に対してされた労働保険料認定処分の取消訴訟において、労災保険給付の支給決定の違法を主張できるかが争われた東京地判平成29年1月31日（判時2371号14頁）について、若干の考察を加えたい⁴⁴。

メリット制とは、労働保険料徴収法12条3項に定められた制度で、簡単にいうと、一定の要件を満たす事業場における労災保険率（保険料額）を、その事業場において発生した労働災害の多寡（連続する3保険年度中の保険給付÷労災保険料）に応じて、±40%の範囲内で増減させる制度である。原告Xはこのメリット制の適用を受ける事業主であるが、その労働者Aが業務上の疾病を理由に休業補償給付等の請求をし、これに対して所轄労働基準監督所長が支給決定をし、その支給が行われた。このことを前提に、Xの保険料率が引き上げられることになり、都道府県労働局長から、同法19条4項に基づき、Xに対し、引き上げられた保険率で計算された労働保険料の認定処分

44 本判決には違法性の承継の問題以外にも、複数の論点が含まれている。また、本件については、ほぼ同様の理由により労災保険給付支給処分の違法主張を制限した控訴審判決がある（東京高判平成29年9月21日）。これらについては、別に公表予定の判例評釈において詳しく検討しているので、そちらを参照されたい。ここでの考察は、違法性の承継の問題を中心に、それに必要な限りにおいて他の論点についても言及するにとどめている。また、違法性の承継一般に関する検討は次章に譲り、ここでの検討は確認行為との関係に絞っている。

がされたため、Xが認定処分の取消訴訟を提起し、そこで休業補償給付等の支給事由の不存在および支給処分の違法を主張したという事案である。

判決は、以下のように述べて、結論としては、労働保険料認定処分取消訴訟における労災保険給付支給処分の違法主張を制限した。

①一般論

「たとえ先行の処分に違法性があるとしても、取消判決等によりその公定力ないし不可争力が排除されない限り、原則として、先行の処分の違法性はその存在を前提としてされる後行の処分には承継されず、後行の処分の取消訴訟において先行の処分の違法を後行の処分の取消事由として主張することは許されないものと解されるが、例外的に、先行の処分と後行の処分とが同一の目的を達成するための連続した一連の手続を構成し、相結合して初めて所定の法律効果を発揮する場合のように、先行の処分と後行の処分とが実体的に相互に不可分の関係にあるものとして本来的な法律効果が後行の処分に留保されているといえる場合であって、公定力ないし不可争力により担保されている先行の処分に係る法律効果の早期安定の要請を犠牲にしてもなお先行の処分の効力を争おうとする者の手続的保障を図るべき特段の事情があるときは、違法性の承継が肯定され、取消判決等により先行の処分の公定力ないし不可争力が排除されていなくても、後行の処分の取消訴訟において先行の処分の違法を後行の処分の取消事由として主張することが許される」。

②先行処分と後行処分の実体的関係

「業務災害支給処分は、迅速かつ公平な労働者の保護を図る目的で、業務災害の被災労働者等に対し、その請求に基づき、業務災害保険給付等の金額を確定させる処分である（労災保険法1条、12条の8第2項等）のに対し、労働保険料認定処分は、労働保険の事業の効率的な運営を図る目的で、労働保険料を適正に徴収して労働保険の事業に要する費用に充てるため、事業主に対し、労働保険料の納付義務の金額を確定させる処分である」。「上記各処分の効果は、労働者に対する業務災害保険給付等の支給と特定事業主に対する労働保険料の納付の義務付けというそれぞれ異なる名宛人に対する全く異なる独立した法律効果を有するものであって、上記各処分が相結合して初めて所定の法律効果を発揮するものということとはできず、後者の法律効果のみが本来的な法律効果として後行の処分に留保されているということもできない。」

③先行処分を争うための手続保障

業務災害支給処分は特定事業主に通知されないが、事実上、その存否および内容を把握しやすい立場にあることを指摘し、「業務災害支給処分については、その適否を争うための手続的保障が特定事業主にも相応に与えられているものということができ、労働保険料認定処分の取消訴訟において同処分の前提とされた業務災害支給処分の違法を主張する機会が与えられなければその適否を争うための特定事業主の手続的保障に欠けるところがあるということとはできない。」

④取消判決の拘束力と先行処分の法効果の早期安定の要請

仮に労働保険料認定処分の取消訴訟において、業務災害支給処分の違法を理由に認定処分が取り消されることになれば、取消判決の拘束力により、支給処分は取り消すべきものとなり、そうでなくとも、労災保険制度における財政上の収支の均衡等の観点も踏まえると、職権取消しがされる可能性は否定できない。「仮に労働保険料認定処分の取消訴訟において特定事業主が同処分の前提とされた業務災害支給処分の違法を主張することが許されたとすると、業務災害支給処分の法律効果が維持されることによって保護されるべき同処分を受けた労働者の手続的な利益を過度に犠牲にすることとなるものといえるから、業務災害支給処分の適否に関する訴訟については同処分に対する抗告訴訟の段階でその適否を確定させ、業務災害支給処分の法律効果を早期に安定させることがより一層強く要請されるものといえる。」

①そもそも違法性の承継の問題として扱うべき事案か？

労災保険給付の支給決定は、恩給裁定等と同様、すでに発生している受給権を確認するにすぎない行為である。恩給裁定が、国と受給者との間で現実の支給関係を成立させる効果を有するにとどまり、第三者との関係をも規律するような効果をもたないのであれば、労災保険給付の支給決定についても、国と受給者の間での現実の支給関係を成立させるだけで、事業主との関係でもその支給関係を通用せしめるような効果はもたないのではないか。

労働保険料徴収法12条3項の定め方からしても、保険料の算定の基礎となるのは「保険給付（……）の額」とか「支給が行われた給付金（……）の額」等と定められているのであって、支給決定が前提となっているわけでは

ない⁴⁵。これらの金額は、本来、客観的に定まっているものであって、支給決定による金額の確定は、上述のとおり、受給者との関係でのみ意味をもつもので、事業主との関係においても支給金額を確定するものではないはずである。保険料の増加は、支給決定の法的効果ではなく、支給決定に基づき労働者に対して現実に支給がされたことの事実上の効果とみるべきだろう⁴⁶。

そして、支給事由の不存在を理由に認定処分が取り消されることになったとしても、支給決定の効果の実現が妨げられるわけではない。上述のとおり、課税処分と滞納処分との関係においては、課税要件の不存在を理由に滞納処分が取り消されることになれば、結果として課税処分の効果が実現されないことになり、このことが課税処分の違法主張を制限すべき根拠になっていたのであるが、労災保険給付の支給決定と労働保険料の認定処分との間にはこのような関係は認められない。このことは、違法性の承継を問題にする前提が欠けていることを意味する。

なおこのように解する場合、支給決定に対する事業主の取消訴訟の原告適格についても再考の余地が出てくる。本判決は、違法性の承継の問題の前提として、事業主が先行処分たる支給決定の取消訴訟の原告適格を有するかどうかについて検討し、事業主は支給決定の法的効果として労働保険料の納付義務に影響を受けることを指摘して、原告適格を肯定した。しかし、支給決

45 この点、原告は、徴収法12条3項にいう「支給が行われた給付金」とは「適法に支給が行われた給付金」を意味するため、認定処分取消訴訟において労災保険給付が違法にされたことを主張できるのは当然であると主張していた。

46 何らかの処分がされると法令上一定の効果が発生するという仕組みがあったとしても、その効果のすべてが当該処分の法効果と考えられてきたわけではないように思われる。たとえば、児童福祉施設の設置認可処分があった場合、当該施設の周囲一定距離において、店舗型性風俗特集営業の営業が禁止される（風営法28条1項）が、これを認可処分の法効果と捉えるならば、営業を禁止されることになった者は、当該処分の法効果を受ける者として、当然に原告適格が肯定されなければならないことになる。このことは、処分の法効果と事実上の効果の区別が必ずしも容易でない場面が存在することを意味している。この問題については別稿を予定している。

定が事業主との関係においても支給金額を確定するものでないとするれば、事業主には支給決定の法的効果は及んでいないことになる。そうすると、本判決の結論とは異なり、事業主には支給決定の取消訴訟の原告適格は否定される可能性が高い。この点でも、本件は違法性の承継を問題にする前提が欠けているといえる。

②取消判決の拘束力と先行処分の方効果の早期安定の要請

本判決は、支給決定の違法を理由に認定処分が取り消されることになれば、取消判決の拘束力により、支給決定も取り消すべきものとなり、そうでなくとも支給決定が職権により取り消される可能性があることを指摘した上で、支給を受けた労働者の法的地位の保護を重要視して、支給決定の違法主張を排除するものである。しかし、取消判決の拘束力の制度が原告に対する救済の実効性確保のために存在すると解するならば⁴⁷、この場合における原告の救済は認定処分が取り消されることで確保されており、先行処分たる支給決定を取り消す必要は存在しない。

たしかに、労災保険制度における財政上の収支の均衡等の観点から職権取消しがされる可能性は否定できない。しかし、支給決定があくまでも受給者との関係で現実の支給関係を成立せしめるものにすぎず、第三者との関係における受給者の法的地位の安定までも目的としたものでないとするれば、そもそもこの場合における受給者たる労働者の地位が事業主との関係でも法的に保護すべきものなのかどうか疑わしい。さらに、従前、確認行為たる社会保障支給処分が職権により取り消され、それまでに受給してきた金額の返還

47 取消判決の拘束力は、一般に、取消判決の効力の実効性を確保しようとするものであると説明される（杉本良吉「行政事件訴訟法の解説（2）」法曹時報15巻4号（1963年）534頁）。ここでいう「取消判決の実効性の確保」の意味であるが、そもそも取消訴訟が原告の権利利益の救済のための主観訴訟であることをふまえれば、本文で述べたように、「原告の救済の実効性確保」と言い換えることができるであろう。

が求められた事案において、従前の裁判実務は、受給者の地位の安定あるいは信頼保護について、極めて冷淡な態度をとってきたことを指摘できる。

たとえば、高松高判昭和45年4月24日（判時607号37頁）は、恩給法に基づく扶助料の支給裁定の取消処分がされ、国がすでに支給した扶助料の返還を求めた事案であるが、次のように述べて、取消処分は有効であり、かつその取消しは遡及効を有するとして、国の返還請求を認めている。

「恩給法にもとづく遺族扶助料の受給権は、本来、法定の要件を具備する場合に直接同法にもとづいて発生する公法上の権利であつて、総理府恩給局長の支給裁定は、扶助料支給に関する行政事務を的確かつ能率的に処理する必要上、受給権の要件を具備していることを公の権威をもつて確定し宣言する確認行為にすぎず、これによつて受給権が賦与されるわけではないのであるから、受給権者でない被控訴人に対して誤つて支給裁定がなされたからといつてその故に実体上被控訴人に受給権が生ずることとなるものではなく、したがつてまた、それが取り消されたからといつて既得権の侵害が問題となる余地はないのであつて、ただ、法律上保持することの是認されない事実上の利益が奪われる結果となるにすぎないのである。」

また、東京高判平成16年9月7日（判時1905号68頁）は、厚生年金保険法に基づく障害年金の支給裁定の取消処分について、受給者が取消処分の取消しと、返還義務の不存在確認等を求めた事案であるが、次のように述べて、原告の請求を棄却している。

「前裁定に基づく年金の支給を受け得たという被控訴人の利益が害されることになるとはいつても、それは、本来被控訴人において保持することが許されない利益が奪われることを意味するにすぎないのであり、そのような利益は、本来的には法的な保護に値しないものである。」「保険給付を受ける権利についての控訴人社会保険庁長官の支給裁定は、法の規定に基づき発生した受給権を確認する確認的処分であり、それによつて受給権が新たに発生するものではないし、これにより第三者との間で新たな法律関係が形成されるものではないから、既得権の侵害や第三者との間の新たな法律

関係が害されることはあり得ない。」

確認行為が取り消された場合における被処分者の地位に関するこのような考え方は、古くは美濃部行政法にも見出すことができる。

「其の他の〔確認・公証・通知以外の〕一般の行政行為に在つては、苟も行政行為が有効に成立した以上は、公定力を以つて法律関係が決定されたのであるから、假令後に其の行為が法律上瑕疵あるものとして取消されたとしても、取消の効果は當事者の不利益の爲には既往には遡らず、唯将来に向つて其の効力を失はしむるに止まるのを原則とする。」

これに対し、「取消された行為が確認・公証又は通知行為である場合には、それ等の行為は過去に於いて既に成立して居る法律関係又は法律事実の存在を確認し公證し又は通知する行為であるから、それ等の行為の取消は其の確認し公證し通知した法律関係又は法律事実が過去に於いても存在しなかつたことを確認し公證し通知することに外ならないものであり、随つて其の取消の効果は當然に過去に遡るものでなければならぬ⁴⁸⁾。」

総じて言つて、本判決は、確認行為に関する伝統的行政法ドグマ－ティク（それも従前裁判実務自体においても採用されてきたドグマ－ティク）に無頓着であると評さざるをえない。

Ⅳ. 違法性承継論・再考

以上、確認行為との関係でいわゆる「違法性の承継」と呼ばれる問題について検討を加えてきた。以下では、以上の検討から明らかとなる「違法性の承継」と呼ばれる問題の実態について、若干の論述をしていきたい。

48 美濃部・前掲注2) 310～312頁。

①「違法性の承継」と呼ばれる問題は、先行処分の違法が後続処分に承継されるか、という問題を扱うものではないこと

「違法性の承継」と呼ばれる問題は、文字どおりに受け取ると、先行処分の違法が後行処分に受け継がれるかという問題、言い換えれば、その主張が訴訟物（後行処分の違法）に関係するかどうかという問題を扱っているようにみえる。しかし、Ⅲ 2（2）で詳しく論じたように、先行処分が違法であれば後行処分も違法であるという関係にあることは、この問題の前提である。すなわち、違法性の承継が問題となるのは先行処分を前提として後行処分がされる場合であるが、このような場合は先行処分の内容に適合することが後行処分の要件とされているのであって、後行処分が適合しなければならないところの先行処分それ自体が違法であれば、後行処分もまた違法となるという関係にあるのである。

なお、この関係で、違法性の承継の問題は、後行処分の処分要件として、先行処分が適法であることか、それとも先行処分が有効であることか、の問題であると説明されることがある⁴⁹。小早川説においても、「課税処分が……一応存在する場合には、滞納処分をその前提に欠けずとして違法視することはできない」が、「違法性の承継は、それとは異なり、後続行為に固有の瑕疵がない場合でもその取消を求めうるか否かの問題なのである」という説明があったが、これも以上のような問題の理解に依拠しているものと思われる。「違法性の承継」の問題においては、先行処分の無効（先行処分に無効事由があること、または先行処分が有権的機関によりすでに取り消され効力を失っていること）は常に争いうるということがあるが、このような問題理解からは、後行処分の要件が先行処分の適法でないにしても、その有効な存在は要件なのであるから、無効を争いうると説明することになろう。

しかし、以上のような「違法性の承継」問題の理解が成立するためには、

49 人見・前掲注14) 83頁。

後行処分の要件が先行処分の適法なのか、それとも有効なのか、後行処分の根拠規定により明らかにされる必要がある。けれども、このようなことが明文の形で示されていることは皆無であり、解釈を通じて読み取ることも極めて困難ではなからうか。このような問題理解は、先行処分の違法主張は制限されるが、無効主張は可能であることを一応論理的に説明することは可能であるが、いかにもその場しのぎの説明という感が否めない⁵⁰。

この点については、次のように説明するのが妥当であろう。すなわち、無効も違法の一形態であるから、かりに先行処分の違法が後行処分に承継されないのであれば、無効も主張できないはずである。しかし、「違法性の承継」という問題は、そうではなく、先行処分が違法であれば後行処分も当然に違法であるという関係にあることを前提として、一定の場合には、先行処分の違法主張を「制限」すべきであるという議論である。その際の「制限」の根拠は、先行処分の是正方法として取消訴訟が用意されているにもかかわらず、先行処分の違法を理由として後行処分の取消しを求めることにより、先行処分の効果の実現を妨げる点にある。先行処分の無効主張が常に可能なのは、無効が処分の取消しを経ずに処分の効力を争うことができる例外的な場合だからである。

さて、「違法性の承継」と呼ばれている問題が、先行処分の違法が後行処分に受け継がれるかという問題ではなく、実は、先行処分が違法であれば後続処分も違法であるという関係にあることを前提としつつ、どのような場合に先行処分の違法主張を制限すべきかという問題であるとすれば、そもそもこの「違法性の承継」というネーミング自体が、そもそも問題の所在を見誤

50 同様の問題として、行政処分に違反した罪の刑事訴訟において当該処分が違法である旨の主張が許されるかと呼ばれる問題（いわゆる違法の抗弁）があり、当該刑罰法規の解釈の問題である（当該処分の適法性を犯罪構成要件として要求しているかどうかの解釈問題）と説明されることがあるが、「〇〇の規定による処分に違反した者」は「〇〇の刑に処する」という条文の解釈として、このような区別を行うことは不可能と思われる。

らせる不適切なものではないかという疑問が湧いてくる⁵¹。さらに具合が悪いのは、刑事訴訟法においても、「違法性の承継」と呼ばれる問題があって、これは、どのような先行手続の違法であれば、その違法性が後行の証拠収集手続にも波及して、証拠収集手続の違法をもたらすかという問題を扱うものであり、まさに「違法性の承継」と呼ぶにふさわしい問題である⁵²。行政法でこれに類似の問題を探すとすれば、処分手続の瑕疵が処分自体の違法事由（取消事由）となるかという問題や、行政調査の瑕疵がその行政調査によって収集した資料を基礎として行われた処分自体の違法事由（取消事由）となるかという問題がこれに相当する。本来はこのような問題を「違法性の承継」と呼ぶべきであったのだろう。

②「違法性の承継」とは、訴訟上の主張制限の問題であること

以上のように、「違法性の承継」と呼ばれている問題は、先行処分の違法が後行処分の違法事由となることを前提として、先行処分の違法主張を制限すべき場合があるという問題であると考えられるが、ここでいう「制限」は訴訟上のものであり、その意味で、「違法性の承継」は、訴訟上の主張制限の問題である。すなわち、一般に訴訟においては、訴訟物に関係する主張で

51 興津・前掲注10) 159頁も、「後行処分の取消訴訟で主張されるのは、あくまでも後行処分の違法事由であり、先行処分の違法事由が外から伝来して承継されたものではない」として、「違法性の承継」という用語法に疑義を提起している。もっとも、ここで興津は、高野修の「違法とは、ある行為がその行為を規律している法規範に違反しているとする法的判断であり、一定の行為と法規範の間に生ずる関係の判断、評価であって、行為と行為の間で承継される性質のものではありえない」（同「違法性承継問題の構造」新正幸ほか編『公法の思想と制度』（信山社、1999年）359頁）という言説を引いているが、すぐ後の本文で述べるように、先行行為の違法が後行行為にどのような影響を及ぼすかという問題自体の存在は、それを「承継」というかどうかはともかく、肯定してよいと思われる。

52 緑大輔『刑事訴訟法入門〔第2版〕』（日本評論社、2017年）323頁、宇藤崇ほか『刑事訴訟法〔第2版〕』（有斐閣、2018年）425頁。

あればいかなる主張もなしうると解されるが、一定の場合には、訴訟制度上の理由からそのような主張を認めるのは望ましくないとして、排除されることがある。そのような訴訟制度上の理由に由来する主張制限の問題であるという点では、それぞれその制限の理由は異なるものの、一般の民事訴訟でいう時機に後れた攻撃防御方法の排除（民訴157条1項）、行政事件訴訟でいえば、自己の法律上の利益に関係のない違法主張の排除（行訴10条1項）や原処分主義（同条2項）と同様である。そして、この場合における訴訟制度上の理由とは、繰り返し述べているとおり、先行処分の是正方法として取消訴訟が用意されているにもかかわらず、先行処分の違法を理由として後行処分の取消しを求めることにより、先行処分の効果の実現を妨げるという点にある。

③「違法性の承継」の問題に原則例外関係があるとすれば、原則不可、例外可ではなく、原則可、例外不可であること

上記の東京地判平成29年1月31日が一般論として明示的に述べているところであるが、この問題については、先行処分の主張は原則的に許容されず、例外的にのみ許容されるという原則例外関係が語られることがある。結局のところ、結論は個別的検討によるところになるので、どちらが原則であるかを論じることにはさほどの重要性があるとは思われないが、しかし、議論の出発点において、主張を許すべき理由が認められない限り主張を許さないとするか、主張を制限すべき理由がない限り主張が許されるとするかは、結論に微妙に影響を与えてくるであろうことは否定できない。

この点、本稿の立場からは、先行処分の違法は後行処分の違法事由（取消事由）となるものである以上、訴訟物に関係する主張として本来可能なはずであり、訴訟上の理由から「制限」されるというのであるから、先行処分の違法主張は、これを制限すべき理由が肯定されてはじめて制限されるものであり、その意味で、原則は主張可能であり、例外的に不可とされると解すべ

きと考える⁵³。

④先行処分と後行処分の「実体的」関係としての目的・効果の単一性も、手続的考慮の一環として行われるものであること

「違法性の承継」は、訴訟上の主張制限の問題であり、その意味では、徹頭徹尾、手続上の問題である。一部の学説において主張されているように、実体法上の先決関係の問題ではなく、むしろ実体法上の先決関係は問題の前提である。

先行処分と後行処分の実体的関係、すなわち先行処分が後行処分と結びついてはじめて本来の効果を発揮するようなものかどうか、ということは、伝統的学説も、また最高裁判例（最判平成21年12月17日民集63巻10号2631頁）も、問題としている。しかし、この点は、先行処分が後行処分と結びついてはじめて本来の効果を発揮するようなものなのであれば、後行処分の段階で結果的に先行処分の効果が実現されないことになっても、それほど問題視されることではないという意味において考慮されているにすぎない。ここでは、たしかに先行処分と後行処分の「実体的」関係が問題となるが、それは、後行処分取消訴訟の結果先行処分の効果が実現されないことになっても、取消訴訟制度の運用上問題ないかという手続的な考慮の一貫として行われているにすぎないのである⁵⁴。

53 興津・前掲注10) 163頁も、「実体法上、先行処分の要件が後行処分の適法性を基礎づける要素を構成するという関係があるときは、その欠如は後行処分の違法事由でもあるのだから、後行処分の取消訴訟で主張できるのが原則となるはずであり、手続法的な観点からあえてそれを制限するためには、十分な正当化根拠が必要になる」とする。

54 興津・前掲注10) 158頁は、違法性の承継の基準として、①実体法上、先行処分の要件が後行処分の適法性を基礎づける要素を構成すること、②手続法上、先行処分段階での要件認定に関する主張を後行処分段階で遮断するほどには、(a) 先行処分の行政過程と後行処分の行政過程とが分節・独立しておらず、(b) 先行処分段階において要件認定を争う機会の保障が十分でない場合、とまとめている。伝統的基準である目的・効果の単一性は、②(b)に相当するが、興津説がこれを手続的考慮に位置づけているのは、

⑤手続的考慮要素としての先行処分についての通知の有無は消極的な考慮要素であること

③として述べたこととも関係するが、手続的考慮要素としての先行処分の通知の有無は、先行処分の違法主張を制限するためには、最低限、先行処分について通知がされている必要があるという方向での考慮要素としては機能するが、通知がされていたから手続保障が十分であり、主張を制限すべきであるという方向への考慮事項としては働かないのではないと思われる。実際、最判平成21年12月17日（民集63巻10号2631頁）では、原告が先行処分である安全認定の存在を何らかの理由により知っていた場合について検討している。

③で述べたように、先行処分の違法主張は、特にそれを制限すべき理由がある場合に限り、制限すべきものであると思われる。そして、④でみたような先行処分が後行処分と結合することによってはじめて本来の効果を発揮するという関係が認められるのであれば、基本的には先行処分の違法主張を制限すべき理由はないのであって⁵⁵⁾、このことは、仮に先行処分について争訟を提起するための手続保障が十分に与えられている場合であっても変わらない。実際にも、退去強制手続における一連の行為（たとえば異議の申出を棄却する裁決と退去強制令書の発布）のように、先行処分・後行処分ともに名あて人の立場にあっても、先行処分の違法主張を認めてきたケースは存在してきた。

以上に論じてきたように、先行処分の通知の有無のような、先行行為を争うための手続保障が十分であったかどうかという手続的考慮要素は、十分に

本文で述べた理由から、正当なものだと考える。

55 野呂充「行政処分の違法性の承継に関する一考察」行政法研究19号（2017年）55頁は、「先行行為と後行行為が結合して初めて効果を発揮する場合には、一般人が、後行行為によって不利益が現実化するまで争訟を提起しないという判断をすることが不合理とはいえないことから、原則として違法性の承継が認められる」とする。一般人からみた争訟選択の合理性に着目する点が、本稿とは異なるが、基本的には同趣旨と思われる。

ないから制限すべきでないという方向には働くが、十分であったから制限すべきであるという結論を直ちに導くものではないと考えられる⁵⁶。

⑥行政過程の段階的安定化の要請

厚生年金保険法90条5項は、「被保険者の資格又は標準報酬に関する処分が確定したときは、その処分についての不服を当該処分に基づく保険給付に関する処分についての不服の理由とすることができない」として、保険給付に関する処分に対する審査請求において被保険者の資格や標準報酬に関する処分の不服を主張することを排除している。その立法趣旨は、「兩処分間の兩処分間の時差が長期に及びうる点に着目して、承継を否定したもの」と説明される。仲野武志は、このような審査請求手続における先行処分の違法主張を排除する立法例の存在を指摘し、同様の制限が取消訴訟の場面でも妥当すると主張する⁵⁷。たしかに、このような規定が存在する場合は、先行処分の効果の安定を図るという趣旨が明確であり、先行処分の違法主張を制限する理由として、十分であろう。

処分の事前手続において手厚い手続保障がされている場合はどうか⁵⁸。たとえば、土地区画整理法は、事業計画の内容について、利害関係者に意見書の提出の機会を保障し、提出された意見書に対する審査応答義務を定めている（たとえば土地区画整理組合について20条、地方公共団体について55条）。

56 野呂・前掲注55) 55頁も、手続保障の程度は「法律から違法性の承継を否定するという趣旨を読み取れるかどうかという解釈が行われるべきである」とする。

57 仲野・前掲注2) 152頁。

58 野呂・前掲注55) 58～59頁は、土地収用法に基づく事業認定につき、事前手続の整備が違法性の承継を否定する理由となりうるかどうかを検討し、「2001年改正時に、事業説明等の事業認定手続を整備するのみならず、土地収用法132条を改正して、裁決についての審査請求では事業認定についての不服を理由とすることができないという立法政策を明文化することもありえたが、そのような改正は見送られている」ことを指摘し、「土地収用法が、事業認定から裁決への違法性の承継を否定する趣旨を有すると解することはできない」としている。

この手続は行政不服審査法の規定が一部準用される一方で、その反面として事業計画（組合であれば設立認可、地方公共団体であれば事業計画決定）に対する審査請求が排除されている（127条）。地方公共団体施行の土地区画整理事業の事業計画決定についても最大判平成20年9月10日（民集62巻8号2029頁）によって処分性が認められたわけであるが、このような手厚い事前手続の保障は、換地処分等の取消訴訟において、事業計画決定の違法主張を排除する理由となりうるだろうか。このような手厚い事前手続は、事後的な審査請求の代替として与えられているのである。そうすると、先行処分について手厚い事前手続が保障されていることは、事後的な審査請求の機会が保障されていることと同程度の意味しかもたない。事後的な審査請求の機会が十分に与えられていることは、先行処分の違法主張を排除するための必要条件ではあっても、十分条件ではないという前述の考え方からすれば、手厚い事前手続が保障されていることは、それのみをもって先行処分の違法主張を排除する理由としては、未だ十分でないということになる。

土地区画整理事業の場合は、むしろ事業計画決定後に事業に関する工事が進められ事実状態が積み重ねられていくことのほうが、重要な意味をもつと考えられる。すなわち、仮換地指定や換地処分といった事業が相当程度進出した段階で事業計画の違法を理由にこれらの処分を取り消し、事業全体を白紙に戻すことは社会的・経済的損失が大きいとして、事業計画の違法は、事業計画に関する決定に対する争訟によって決着をつけさせ、手続の安定化を図る必要があるのではないかという考慮もありうる。もっとも、このような事態は、まさに行訴法31条の事情判決によって解決されるべき問題とも考えられるのであり⁵⁹、事業計画の違法主張を制限すべき十分な理由となりうるかには疑問が残る。

都市再開発法に基づく市街地再開発事業の事業計画の策定についても、同

59 野呂・前掲注55) 56頁。

様の手厚い事前手続の保障があるが（組合について同法16条が存在し、この規定が他の施行者の場合にも準用されている）、市街地再開発事業においては、権利変換処分または用地買収の後に工事着工となるため、事実状態を尊重する必要はなく、なおさら事業計画の違法主張を排除する理由はないと考えられる。

V. おわりに

以上、確認的行政行為にスポットを当てつつ、「違法性の承継」と呼ばれる問題について検討してきた。本稿が確認的行政行為に注目したのは、確認行為においては何について公定力が生じているのか、すなわち何が取消しを経なければ争うことができない事項であり、何が取消しを経なくても争うことができる事項なのかが、従前必ずしも明らかでなかったためである。違法性の承継も含め、従来の議論では、個々の行政行為の性質に応じた形ではなく、行政行為一般の性質にスポットが当てられることが多かったように思われる。

そのような中で、小早川論文は、個々の行政行為の効果を丁寧に把握しようとする一方で、公定力（効果の通用力）では説明できない遮断効果を析出しようとした。小早川説において遮断効果は行政行為の前提となる行政庁の認定判断に認められるものであり、そして確認行為こそはそのような認定判断を行政行為として取り出したものである。本稿は小早川論文を批判的に検討したが、このような考察方法それ自体は、高い評価に値する。

本稿の考察は、あくまでも確認的行政行為に関する従前の判例あるいは伝統的学説を踏襲したものにすぎず、その妥当性や射程についての検討は、今後の課題である。