



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	行政法上の請求権に関する一考察
Author(s)	遠藤, 博也; ENDO, Hiroya
Citation	北大法学論集, 38(5-6上), 1-37
Issue Date	1988-07-20
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16592
Type	departmental bulletin paper
File Information	38(5-6)1_p1-37.pdf



行政法上の請求権に関する一考察

遠
藤
博
也

目 次

- 一 はじめに
- 二 行政法上の請求権の体系
- 三 取消請求権
- 四 請求権の相互関係
- 五 残された問題

一 はじめに

一 行政法が行政上の法律関係を規律の対象とするものであること、行政上の法律関係が、民事上の法律関係におけると同様に、関係当事者間の権利義務の関係を内容とするものであること、この点については、一般に争いが無いものと考えられる。概説書類においても、このことを当然の前提としたうえで論述を進めている。

しかしながら、行政法の内容として具体的に展開されているものをみると、関係当事者の権利義務として論じられているのは、国家補償法における国家賠償請求権や損失補償請求権のほかは、公務員法上の権利義務のような一定の身分地位を前提とした権利義務くらいで、比較的に乏しいものとなっている。たしかに、行政上の法律関係は多様であって、国家机关相互間、行政主体・機関相互間などの法関係のように、権利主体間の主観的な権利義務関係に解消しきれない、むしろ客観的な法秩序に属すべきものが少なくない。そのことごとくを権利義務として論ずることはできず、客観的な法制度として論ずべきものが相当広く存在する。しかし、まさに私人の権利義務にかかわる問題についてさえ、権利義務の問題としてよりも、客観的な法制度の問題としてとりあつかわれる傾きがある。行政行為論がそのもつとも顕著な例であって、その定義においては、私人の権利義務に変動を生じさせ、その範囲を確定するものであるなどとされながら、問題解決にあたっては、権利義務の具体的内容に立入ることなく、行政行為の抽象的人格によつて事を決する傾向がある。権利義務の内容・性格を問題とすることは、かえって、かつての明治憲法下の公法・私法区別論の一内容であった公権論・公義務論への反発から、今日むしろ、消極的な評価をうけかねない風潮さえみられるように思われる。

二 もちろん、行政法において、関係当事者の権利義務が論じられないというように断定するのは一面的にすぎでであろう。権利義務がさかんに論じられる分野がないわけではない。環境行政や環境行政訴訟について環境権が論ぜられ、

さらに、入浜権、健康権、安全権などが提唱されるのも、権利論のもつ法理論上の意義をうかがわせるものであるが、行政法においては、とくに行政手続上の権利（義務）が一般的に知られている。

周知のとおり、個人タクシー事件、群馬中央バス事件に関する最高裁判決（最判昭和四六年一〇月二八日民集二五巻七号一〇三七頁、同昭和五〇年五月二九日民集二九巻五号六六二頁）は、免許申請にかかわる聴聞手続、公聴会審理の手続について、関係当事者に実質的に主張・立証の機会を保障するような「公正な手続」をふまなければならないものとしている。法令の規定のうえからは内容が明確ではない聴聞等の手続について、右にいうような内容をもった「公正な手続」の保障を関係法令全体の趣旨から導き出して、これを法理として確立したところに、これらの判決例の意義がある。一般に「告知・聴聞をうける権利」として論ぜられる。

このほか、手続過程における権利（義務）として、「申請の権利」、「調査義務」、「無瑕疵裁量権行使請求権」などがある。

三 いまひとつ、関係当事者の権利が明確にまとめられているものに訴訟上の請求権がある。行政事件訴訟法（以下、本文では「行訴法」、括弧内条文引用の際は「行訴」と略称）の「関連請求」に関する諸規定（行訴一三条、一六条ないし一九条、三八条一項、四一条二項、四三条一項）などをみても、訴訟の目的が、行政事件訴訟においても民事訴訟同様に、請求権であることがはっきりしている。

ちなみに、行訴法一三条は、関連請求として、取消請求のほか、原状回復請求（農地買収処分取消を条件とする土地返還、所有権取得登記抹消・回復請求がその例）、損害賠償請求（同条一号）、不当利得返還請求（同条六号）などをあげているから、行政事件訴訟に該当する訴訟類型（行訴二条、三条ないし六条）上の請求権のほか、元来ならば民事訴訟の対象となるべき民事上の請求も、関連請求にあたる場合には、取消訴訟など行政事件訴訟の手続において併合審

理される可能性をもっている。したがって、これらをもふくめて、行政法上問題とすべき訴訟上の請求権といふべきであらう。

なお、行政事件訴訟類型にあたるものにおいても、形式的当事者訴訟（同四条前段）の対象のように私人間の紛争処理に行政が介入するものや、住民訴訟上の請求のあるもの（同五条、自治二四二条の二第一項四号）のように民事請求の性格をもつものがあることに注意しておく必要がある。

いずれにせよ、訴訟上の請求権は、法制度上その存在が最も明確なものであり、また、最狭義における法が裁判規範をさすものとすれば、法は、訴訟上の請求権の根拠・要件・請求手続等に集約されるということができるであろう。

行政事件訴訟もまた、請求権の存在を前提として、訴訟が構成されている。「訴え」なければ裁判なしといわれるが、「請求」なければ「訴え」は構成できないわけである。

四 さきの行政手続における告知・聴聞をうける権利は、これが侵害されることによって、行政処分 of 違法事由を構成する（なお、手続上の違法が結果への影響の可能性を抜きにしてただちに取消事由となりうるかの議論はここでは立入らない）。すなわち、訴訟上の請求権の代表例である取消請求権の請求要件事由となる。行政手続過程上の権利義務がのちの訴訟上の請求権の請求要件事由となっているわけであって、行政手続の過程における権利義務が争訟（訴訟）手続の過程における請求権に転化し、過程の変化に応じた展開をみせているものとみることができる。このような手続の展開過程に応じた権利義務の考察は、いろんな段階において私人が主張することのできる権利（義務）を明らかにする点で、意義があるといつてよい。

ところで、最初のにべた行政法における権利義務論の貧困は、行政事件訴訟における抗告訴訟とくに取消訴訟中心主義、すなわち、訴訟上の請求権における取消請求権中心主義に由来するように思われる。言葉をかえると、取消訴訟中

心であるがために、取消の対象となるべき行政行為をめぐる理論によつて、取消請求権の探究が等閑に付されているためである。取消請求権に先行する行政手続過程上の権利義務、後述の、さらに、これをさかのぼる前提となるべき実体法上の権利自由などとのつながりを欠いた抽象的な行政行為論を基礎としたのでは、取消訴訟などの行政訴訟をめぐる議論も、あまりにも抽象的で、とらえどころのない禅問答に終るおそれがある。

これまでの行政行為の特殊性のうえに築かれた行政法の体系においては、議論が抽象的であるばかりではなく、なによりも個別実定法と乖離する傾きがあつた。本稿は、このような体系に代えて、行政実体法、行政訴訟法いずれも確固たる実定法の基盤のうえに再構成する試みのひとつとして、取消請求権をはじめとする請求権を中心とした行政法の体系のデッサンを描こうとするものである。

二 行政法上の請求権の体系

一 前提にある基本的権利自由（権利自由前提原則） 行政訴訟上の請求権の代表例である取消請求権は、行政手続過程上の権利義務である告知・聴聞の権利や適正に裁量権限を行使すべき義務などを前提として生ずる。ところで、この行政手続過程上の権利義務は何を前提として生ずるかといえ、法令にもとづく許認可制などの行政諸制度が存在しているからである。これら行政諸制度はなにゆえに存在しているのかといえ、それぞれの公共上の必要性があつてのことであるから、これを公共性原則とよぶことができる。しかし、さらに、公共性原則は、なにゆえにみとめられているかをとえば、憲法典上の人権保障規定にあらわれているような基本的な権利自由が存在するからだと答えるべきであらう。

(1) 許認可制など広義の規制行政においては、営業の自由、土地所有権による土地利用ないし建築自由の原則などの私人の権利自由が前提となっている。私的権利自由を前提として、全くの自由放任にした場合に生ずるであろう弊害を排除するところに規制行政の存在理由がある。

(2) 広義の給付行政においては、ここでも一般的には、私的権利自由を前提としたうえで、その自由な活動の基盤や条件を整備するため、公共施設を設置管理し、公企業の供給確保の措置をとるなど、間接的な手法をとる。しかし、個人の自主性・自立性を前提としつつ、相互扶助・共済のしくみを制度化して社会保険の制度をもうけ、さらに必要な場合には、生活保護などの直接的な手法を用いている。

(3) 侵害行政ないし調達行政においては、私人の権利自由を侵害（剝奪・制限）するところに特色があるから、これと真向から衝突するようにみえるが、しかし、私的権利自由を前提とする点において、他と異ならない。たとえば、土地収用の制度は、土地所有権をはじめとする私的財産法秩序を前提とし、公共施設等の用地といえども、私的権原なくして、これを利用することができないゆえに、私的権原を取得するために存在している。ただし、その価値に応じた補償をすることを要件としている。また、租税制度も、営業の自由などを基礎とする私的経済活動の存在を前提としてもうけられている。公共用地や財源の調達を封建的な特別の負担や絶対制下の特権的な特許などによって行うのではなく、一般的な私的権利自由を保障する制度を確立したうえで、行うところに今日の調達行政の特色がある。

(4) 最後に、組織行政においては、純粹に私的な権利自由とはいえないが、能動的に統治に参画する権利である私人の公務員就任権（明憲一九条、憲法前文、一四条、一五条参照）を前提として、今日の公務員ならびに、公務にかかわる制度が構成されている。

(5) なお、以上の行政の諸分類は便宜的なものであって、公共用地の取得からはじまる公共施設の設置・管理の一連

の過程には、上記諸分類における行政の全てが顔を出すことからわかるように、重複するところが少なくない。さらに、以上とは異なる観点から今日の行政（法）の構造的特色を表現する計画行政（法）においては、あたかも権利自由が計画の中に包摂され、権利自由前提原則そのものの存在がややしくなっている事態もみられるが、これについては別の機会にゆずることとしよう（拙著『計画行政法』参照）。

二 行政手続過程上の権利義務 憲法上の営業の自由（二二条）、土地所有権にもとづく建築の自由（二九条）、また、生存権的基本権にもとづく生活保護受給権（二五条）など、基本的な権利自由は、現実に行使する際には、法令にもとづく行政諸制度上の手続をふまなければならない。許認可などの行政諸制度は、一面において、公共性実現の手段であるとともに、他面において、権利自由実現のための手続でもあるといえる。さらに、憲法上の納税の義務（三〇条）は、租税法上の手続によって具体的に租税債務として確定され執行される。憲法上の人権規定などに表現される基本的な権利自由・義務は、このように、行政手続過程において具体化されるわけである。

この具体化の過程において、まず、前提にある基本的権利自由は、行政諸制度の構成すなわち処分要件などについて制約的条件として働く。営業規制立法の合憲性の判断にあたって、問題となっている権利自由との関係において、規制の必要性・合理性などを判断するのがその例である。

ついで、行政諸制度の運用にあたっては、前提にある基本的権利自由の実現のための手続であるとの趣旨目的にそう運用が要請される。たとえば、「申請の権利」について、手続上の権利であって、実体上の権利の有無を問わないとはいわれるものの、それは、場合によっては拒否処分がされるかもしれないが、当然には申請を満足させる許認可等の処分が与えられることを保障するものではないことをいみするものであるから、拒否処分であれ、ちゃんと行政庁の処分がされれば、取消訴訟を起こして行政庁の判断を争い取消判決の拘束力によって許認可等の処分を得る可能性、または、行政

庁の判断にしたがつて申請をやり直して許可等の処分を得る可能性がひらかれる。前提にある権利自由実現のため行政手続の促進をはかる手段だといってよい。また、「告知・聴聞をうける権利」は、個人タクシー事件、群馬中央バス事件の上記最高裁判決がいうように、営業の自由など、基本的権利自由とかわりがあることが、これをみとめる重要な要素とされている。

このように、「申請の権利」や「告知・聴聞をうける権利」に代表される行政手続過程上の権利の発掘は、それ以前において行政の自由な運用にまかせられてきたものが、しだいに私人に対する関係で義務となり、私人の側からその義務違反を訴訟上追及できるものとなりつつあることをしめしている。内部的な行政運営の問題とされてきたものが、外部的な権利義務関係となり、内部の法が外部化しつつある現象のひとつのあらわれとみることができる。個人タクシー事件において、裁量権限行使の内部的基準（ないしその適用上必要な事項）の告知などが問題とされたのは、その顕著な例である。

行政における内部の法の外部化の近時の例のいまひとつは、いわゆる情報公開であって、閲覧請求権などが問題とされている。これに、武器平等の原則を加味すれば、さらに、行政不服申立段階における反論書送付請求権（行審二二条）や書類等閲覧請求権の範囲（同三三条）などが問題となる。

三 訴訟上の請求権 行政諸制度の前提にある基本的権利自由も、行政諸制度の運用によって展開されることとなる行政手続過程上の権利義務も、最終的には、訴訟上の請求権（の実質的な根拠・要件など）として結実しなければ、狭義における実定法上の権利義務としての意義はみとめられない。ところで、訴訟上の請求権は、実定法上の請求権の成熟性の程度によるところが大きいとともに、訴訟法上の訴訟類型のさだめ方によって制約をうける面もまた大きい。憲法二九条三項の規定にもとづいて直接に損失補償請求権がみとめられるのに対し、環境権侵害が即ただちには取消請

求権を基礎づけないとされるのは、前者の面にかかわる例であり、かつての訴訟事項の列記主義や今日の義務づけ訴訟をめぐる問題は、後者の面にかかわる例である。

そこで、行政訴訟上の請求権をとりあえず、行政法上の訴訟類型にそって分類すると、つぎのようになる。

(1) まず、大きく、主観的訴訟（行訴三条、四条）にかかわる請求と、客観的訴訟（同五条、六条）にかかわる請求とが区別される。後者は、私人の権利利益の救済をはかろうとするものではなく、「法律が定める場合において、法律が定める者」（同四二条）にかぎっておくことができるものであるから、本稿がいう権利自由前提原則（ならびにこのための憲法三二条の「裁判を受ける権利」）には関係がない。ただし、住民訴訟のうちの四号請求（自治二四二条の二第一項四号）は、地方公共団体をもつ民事請求を住民が代位して行使するものである。

(2) 主観的訴訟は、抗告訴訟（同三条）と当事者訴訟（同四条）からなる。抗告訴訟にかかわる請求としては、取消請求、無効等確認請求、不作為違法確認請求が法定され、このほかに、義務確認請求、義務づけ請求、給付請求などが許されるかどうかをめぐって争われている。当事者訴訟にかかわる請求としては、形式的当事者訴訟にかかわるものとして、土地収用法一三三条にもとづく損失補償請求、実質的当事者訴訟にかかわるものとして、国公立学校学生や公務員の地位確認請求、公務員の俸給請求などがあげられる（くわしくは、南博方編『条解行政事件訴訟法』一四三頁以下、確井光明執筆）。

(3) 行政と関連がありながら、民事請求の形をとるものとしては、国家賠償請求、民事賠償請求、民事差止め請求、「争点訴訟」（行訴四五条）が問題となる農地買収処分が無効を前提とする土地返還請求、移転登記抹消・回復請求などのようなものがある。

(4) 仮の救済のための保全訴訟にかかわるものとして、執行停止申立て（同二五条以下）、民事の仮処分申請がある。

さらに、行政上の義務の不履行について行政上の強制執行の手段を欠くとき、「行政主体が私人を被告として行政上の義務の履行を求める訴を提起することができるときにおいては、右請求権を被保全権利として仮処分を求めることができる」（大阪高判昭和六〇年一月二五日判例時報一一八九号三九頁）とする考えが有力である。これは、行政の側が私人に対して求めるものであって、他の場合とは逆となっているが、行政と私人の間の関係を権利義務関係として構成する思考方法になじみやすい考えといえよう。

四 理論構成上の権利義務 以上にのべるところは、ごく大まかに、基本的な権利自由が、行政手続過程における展開をへて、訴訟上の請求権へと結実するにいたる過程のうち主要な局面をピック・アップするにとどまる。請求権の体系としては、なお個々の請求権ごとに個別実定法に即して具体化過程を精確にフォローする作業がともなわなければならない。たとえば、損失補償請求権ひとつとりあげても、憲法二九条三項については直接請求権説が通説判例とはいわれるものの、実際には憲法のこの規定を直接の根拠として訴訟上の請求権をみとめたものは稀であつて（最判昭和四九年二月五日民集二八巻一号一頁の原審―東京高判昭和四四年三月二七日判例時報五五三三二六頁のほかは、予防接種事故に関する東京地判昭和五九年五月一八日判例時報一一一八号二八頁、名古屋地判昭和六〇年一〇月三一日判例時報一一七五号三頁、大阪地判昭和六二年九月三〇日判例時報一二二五五号四五頁において類推適用等を見るくらいである）、一般には、個別実定法のさだめる手続によつて確定されることとなっているが、この手続ははなはだ多様である（たとえば、村上敬一「損失補償関係訴訟の諸問題」『新実務民事訴訟講座10』一三五頁参照）。

これに加えて、判例学説上には数かずの権利義務が登場する。理論構成上の権利義務というべきものであつて、その用いられ方や、それにとりもなう法効果などは多彩である。たとえば、注意義務、予見義務、結果回避義務の違反が過失を構成し、道路について絶対的安全確保義務が課されたり、農地買収処分などの行政行為の無効基準である明白説につ

いて職務誠実義務説がいわゆるのがその例である。かつて「公法関係に対する私法規定の適用」の問題としてとりあつかわれた問題が、行政処分的前提問題である「民事上の法律関係に関する調査義務」の問題であるとされる（拙著『行政法スケッチ』三一頁）のもその一例である。

このほか、準権利・準義務とでもよぶべきものが少なからず存在することが注目をひく。たとえば、損失補償を否定すべき理由としていわれる地域的拘束性などの権利の内在的制約がその例であるが、判例にも、貸倒れ債権にかかる租税の不当利得返還請求事件において、「是正措置をとるべきことが法律上期待され、かつ、要請されているもの」とし、貸倒れの存在等が明白な場合には、是正措置がなくても、課税処分の効力を主張することができず、不当利得返還請求が成立するものがある（最判昭和四九年三月八日民集二八巻二号一八六頁）。

これら準権利・準義務もふくめて、理論構成上の権利義務を、行政法全体の体系の中に適当に位置づけなければならぬ。筆者は、このための全体体系としては、請求権に関する一般論について、訴訟上の請求権を、是正措置を内容とする「適法性に関する法」と、損害・損失の填補を内容とする「責任に関する法」の二分分野に分ち、それぞれの請求要件事由を明らかにする部分において、行政手続過程上の権利義務と理論構成上の権利義務をとりあつかい、そのあとで、訴訟上の請求権を実現すべき訴訟手続をとりあつかうこととした（近刊予定の拙著『実定行政法』参照）。

三 取消請求権

一 行政行為論と取消請求権 行訴法は取消訴訟中心主義をとっているものとみられている。それは、①無効確認訴訟等との関係において、取消訴訟を原則とし、②義務づけ訴訟などの無名抗告訴訟との関係において、同じく取消訴

訟を原則とし、③関連請求にかかる訴訟との関係において、取消訴訟を中心としてこれに上記訴訟を併合するしくみをとる（大阪高決昭和四八年七月一七日行裁例集二四卷六二七号六一七頁）、④同じく当事者訴訟との関係においても、取消訴訟を中心としてこれに関連請求訴訟としての当事者訴訟を併合すべきものとする（東京地決昭和五五年七月一日行裁例集三一巻七号一四八六頁）考えなどにあらわれている。

その結果、行政法理論は行政行為論中心主義を脱却できないままの状態にあるように思われる。すなわち、元来は、前提にある基本的権利自由の実現・回復・救済等の手段のひとつである取消請求権の問題としてとりあつかうべきものの多くが、行政行為の効力論や瑕疵論として論ぜられる状態が今なお続いているのである。

たとえば、わかりやすい例をあげると、行政行為の形式的確定力といわれるものは、取消請求権を実現すべき訴訟手続に出訴期間の制限（行訴一四条）があることをいいかえたにすぎないものであつて、当然、取消請求権の時間的制約とよぶべきであろう。

また、複雑な例をあげると、行政行為の公定力といわれるものは、取消請求権を実現すべき訴訟手続が、訴訟手続分配原則の結果、行訴法上の取消訴訟手続に限定されているために、その他の訴訟手続においては、取消請求要件事由である単なる違法を主張することによつて、行政行為の効力を否定することができないことを意味するにすぎない。したがつて、むしろ、取消請求権の手続的制約とよぶべきであろう。少なくとも、いわゆる手続的公定力観により公定力を取消訴訟の排他的管轄の問題とする立場（兼子仁『行政行為の公定力の理論』がその代表説）に立つかぎり、行政行為の効力論として構成する立場そのものを棄てて、取消請求権の手続的制約として構成する立場に進むべきだと考える。

なお、かりに実体法的観点を加味する立場に立つとしても、国家機関相互間の権限分配原則や取消請求権とその他の請求権の相互関係の問題として考えるべきであつて、行政行為の公定力のような多義的であいまいな言葉をいつまでも学

問上の用語として用いるべきではあるまい。

二 取消請求権の機能

行政行為論から出発すると、取消とくに訴訟による取消は、客観的な抽象的違法性を理由として、行政行為を取消御破算にする単純な行為であるにすぎない（訴訟取消と職権取消の区別については、拙稿「職権取消の法的根拠について」田上喜寿記念『公法の基本問題』二三三頁以下参照）。しかし、個別実定法のさだめや実際の機能に即してみると、取消請求権のはたすべき機能は、そのような単純なものにかぎられない。つぎのような諸機能が数えられる。

(1) まず最初に、単純な行政行為の取消御破算による権利の回復・救済がある。土地の収用裁決、農地買収処分取消によって、土地所有権（これにかかわる登記）を回復するのがその例である。なお、しかし、これらにあつては、処分のうち補償の額をさだめる部分にかぎって不服があるときには、別途に、損失補償に関する訴訟の手続によらなければならぬこととなっている（収用一三三条参照）。

(2) ところが、土地収用とならんで調達行政のもうひとつの代表例である課税処分の取消にあつては、法は、取消により「減少した税額に係る部分以外の部分」の租税の納税義務に影響しない（税通二九条三項、地稅二〇条の九の二第四項）ものとしているため、ここにおいては、取消請求は減額請求として機能している。あたかも土地収用法一三三条などによる損失補償の増減額請求と同じような機能をはたしているとみることができる。いずれも、訴訟に先行する行政手続の過程において、抽象的には憲法上すでに存在する損失補償請求権（憲二九条三項）、納税義務（同三〇条）を具体的に確定する処分がされ、さらに、訴訟の過程において、権利義務の内容が最終的に確定されている。なお、両者ともに公法上の金銭債権にかかわるものである点に共通性がある。先行する処分は、金銭債権の内容を確定する手段であり、訴訟はその内容である金額の多寡を争うものである（ただし、もちろん、両者では、金銭債権の根拠が憲法か法律

か、先行する処分の訴訟上もつ意義などは異なる）。

(3) 規制行政や給付行政においてひろく一般的にみられる申請を前提とする行政行為のうち、申請を却下・棄却する処分（許認可の拒否処分など）の取消にあつては、取決判決の拘束力により、判決の趣旨にしたがつて、あらためて申請に対する処分をしなければならないとされている（行訴三三条二項）ため、ここでは、取消請求はやり直し請求である。営業の自由、土地所有権にもとづく建築の自由、社会保障請求権などの権利自由を実現するために、行政手続の過程において申請をし、そのかなわぬときには、訴訟の手段に訴えるわけである。かりに、行政庁の認定判断が結局正しなかったものとして敗訴しても、その場合には、行政庁の認定判断にしたがつた再申請をすることによってやはり権利自由を実現する余地がみとめられる。

なお、比較的に定型的事由にもとづく確定金額給付を内容とする社会保険給付申請にかかわる処分の取消にあつては、取消判決の拘束力によるさきのやり直し請求の機能は義務づけ請求類似の機能をもつことがある。

(4) このほか、取消請求には、行政過程の初期段階の行為（計画など）に取消訴訟の対象となるべき行政処分性がみとめられれば（なお、加えて訴訟の迅速性が現実期待できれば）、差止請求の機能がみとめられ、また、行政行為の執行後等の行政過程の後期段階にも訴えの利益が消滅しないとする法理が構成できるならば（行訴九条括弧書。なお、西ドイツ行政裁判所法一一三条一項二・三号参照）、原状回復請求の機能がみとめられ、さらに、場合によっては、違法確認請求（行訴三一条。なお、西ドイツ行政裁判所法一一三条一項四号参照）の機能がみとめられる。

これらの諸機能は、判例の現状においては（比較法的にみても、極度にせまい行政処分性、原告適格や訴えの利益の結果）、ほとんどみとめられていないというほかない。しかし、それは、まさに行政行為論的な発想にわざわいされた結果というべきであつて、問題を前提にある基本的権利自由を実現・回復・救済すべき行政手続過程上の権利義務、最終

的にこれを確保すべき訴訟上の請求権である取消請求権としてとらえようとする権利自由前提原則からする発想からは、是認しがたい結果である。のみならず、わが国の実定諸規定をみても、たとえば、行訴法一三条一号の原状回復請求の文言や同三一条の規定の趣旨からいって、この原状回復請求を主として農地買収処分取消を条件とする土地返還請求などの民事請求として理解し、行政行為執行による既成事実完成後、事実状態の原状回復請求などおよそふくまないものと理解することによって、取消請求の訴えの利益消滅を当然とする解釈が一般化している現状は、きわめて疑問である。行訴法三一条によっても、公共の福祉に大して影響がなければ原状回復請求をひろくみとめて一向にさしつかえないのではないか。

三 取消請求権の主観的側面 取消請求権が、前提にある基本的権利自由から出発して、これを具体化すべき行政手続過程における権利義務を経て、訴訟上の請求権として結実したものであるとするならば、当然に、関係当事者の権利自由の実現・救済・回復をはかるものとしての主観的側面をそなえていることになる。

この点については、まず第一に、取消請求の対象となるべき行政処分性の判断基準として、判例が、「直接国民の権利義務を形成し、またはその範囲を確定することが法律上認められているもの」(最判昭和三〇年二月二十四日民集九卷二号二一七頁、同昭和三九年一〇月二十九日民集一八卷八号一八〇九頁など)をあげているところにあらわれている。

ついで第二に、取消訴訟の原告適格として論じられているものは、まさに取消請求権の主観的側面をとりあつたつてゐる。ただ、しかし、西ドイツ行政裁判所法一三条一項一号が行政行為の違法性と並んでこれによる権利侵害を取消判決(すなわち取消請求権成立)の要件としているのと異なり、わが国の通説的見解は、取消訴訟の訴訟物を行政処分の違法性一般としているため、権利侵害の要件は、本案である取消請求権の成否の要件とは考えられないで、もっぱら本案審理の前提である訴訟要件とされている。となると、さきの行政処分性、ここの原告適格、さらに狭義の訴えの利

益を加えた広義の訴えの利益という主観的側面はもっぱら訴訟要件において問題とされ、本案である取消請求権については客観的な違法性だけが問題とされるという区別が厳然と存在することになる。しかしながら、この区分にもかかわらず、取消請求権には、つぎのような点において主観的側面をみとめることができる。

①原告適格は、取消請求権の帰属すべき主体の要件を明らかにしている。

②筆者自身はとらない見解であるが、原告適格や訴えの利益などの訴訟要件事実についても証明責任は原告にあるとして請求要件事実同様に厳格な証明を要求する見解が有力となえられている（南博方編『条解行政事件訴訟法』四〇〇頁以下・前田順司執筆）。この見解によるときは、訴え却下、請求棄却の表現と判決文構成上の差異は存在するものの、実質的には西ドイツにおいて権利侵害を請求要件事由とするのとあまり違わない結果となるように思われる。なお、この問題はくわしくは、別の機会にゆずりたい。

③わが国の判例に登場する事案のうち、とくに環境行政訴訟において周辺住民などに原告適格を承認する場合にあっては、受忍の限度をこえるような被害をこうむるおそれがあるかどうか基準とされることがある。このときにおいて、そのような程度の被害を生じさせる場合においては、これについて十分に配慮すべき実体上・手続上の義務があるものとする立場をとるときには、原告適格に関する判断と違法に関する判断とが事実上に重なる可能性がある。

第三に、取消請求事由である行政処分¹の違法性そのものに主観的側面がみとめられるのではないか、の問題がある。行訴法一〇条一項は、取消訴訟においては「自己の法律上の利益に係るない違法」を理由として取消請求をすることができないとしている。逆にいうと、「自己の法律上の利益に係る違法」を取消請求事由としなければならないはずである。たとえば、個人タクシー事件、群馬中央バス事件の上告審判決（前掲）は、免許申請にかかわる公正手続違反を、実体上の認定判断に影響し、異なる結論（処分）に到達する可能性がある場合にかぎって、取消事由としている。

これは、個人タクシー事件上告審判決が、免許申請人は「公正な手続によつて免許の許可につき判定を受くべき法的利益を有するものと解すべく、これに反する審査手続によつて免許の申請却下処分されたときは、右利益を侵害するものとして、右処分の違法事由となる」としつつ、私人の権利義務を左右するものは行政処分であるゆえに、処分にひびかないものは取消事由としない考えによるものであると思われる。もちろん、手続上の権利利益に固有の意義をみとめる立場に立てば、実体上の結論は異ならなくても「やり直し請求」をみとめるべきであるとする考えは十分になりたがる。なお、行政庁の権限の有無は、行政部内における権限分配原則に由来する公益的なものにみえるが、公正手続などにより適正な権限の行使を求める私人の法的利益は、とうぜん権限行使主体の適正におよばずである。無権限なものによる行政処分はとうてい適正な権限の行使とはよぶことができないし、権限あるものの行政処分によつて権利義務が左右されるべきはずだからである。このほか、取消請求事由のもつ主観的側面については、別の機会（拙著『行政法スケッチ』三〇三頁）にふれたので、ここでは割愛する。

四 取消請求権の主観的範囲 取消請求権についてみとめられる主観的側面からすると、取消請求権の成否、理由の有無に関する判決の効力のおよぶ範囲についても主観的制約がみとめられるのではないか。

最高裁昭和四五年一月二四日判決（民集二四卷一三号二二四三頁）は、源泉徴収による所得税の納税告知について、支払者が、税額に関する税務署長の判断と意見を異にするとき、「当該税額による所得税の徴収を防止するため、異議申立てまたは審査請求（税通七六条、七九条）のほか、抗告訴訟をなしうるものと解すべきであり、この場合、支払者は、納税の告知の前提となる納税義務の存否または範囲を争つて、納税の告知の違法を主張することができる」。しかし、「納税の告知は、課税処分ではなく徴収処分であつて、支払者の納税義務の存在・範囲は右処分の前提問題たるにすぎないから、支払者においてこれに対する不服申立てをせず、または不服申立てをしてそれが排斥されたとしても、受給

者の源泉納税義務の存否・範囲にはいかなる影響も及ぼしうるものではない（中略）。支払者は、一方、納税の告知に対する抗告訴訟において、その前提問題たる納税義務の存否または範囲を争って敗訴し、他方、受給者に対する税額相当額の支払請求訴訟（または受給者より支払者に対する控除額の支払請求訴訟）において敗訴することがありうるが、それは、納税の告知が課税処分ではなく、これに対する抗告訴訟が支払者の納税義務、また従って受給者の源泉納税義務の存否・範囲を訴訟上確定させうるものでない故であつて、支払者が、かかる不利益を避けるため、右の抗告訴訟にあわせて、またはこれと別個に、納税の告知を受けた納税義務の全部または一部の不存在確認の訴えを提起し、受給者に訴訟告知をして、自己の納税義務（受給者の源泉納税義務）の存否・範囲の確認について、受給者とその責任を分かつことが出来る」としている。

この判決は、納税の告知が課税処分ではなく徴税処分であるという処分の性格から出発し、訴訟上確定すべき権利義務の客観的範囲を問題としているかのようにみえる。しかし、「支払者の納税義務の存否・範囲は右処分の前提問題たるにすぎない」とはいつても、「納税義務の存否または範囲を争って、納税の告知の違法を主張することができる」とし、すなわち、抗告訴訟の訴訟物である行政処分の違法事由を構成するものとされるのであつて、それゆえにこそ、この訴訟で敗訴すると支払者は困つたことになるのではあるまいか。この敗訴判決で支払者の納税義務も訴訟上確定していないなら、受給者との訴訟で敗訴した場合でも、事前に徴収の防止はできなかったとしても、後に国に対し不当利得返還請求などが可能なはずで別に困らないからである。この判決は、むしろ基本は、納税の告知が支払者に対してのみされ、受給者に対してされないのに、それによつて、支払者の納税義務とともに、受給者の源泉納税義務の範囲まで確定するのがおかしいとする、行政手続上ならびに訴訟手続上の行為の効果の主観的範囲を問題としてみるとみるべきではないかと思われる。

右のような見地からすると、一般的に、取消判決の第三者効（行訴三二条一項）についても、いわゆる相対効説をとるべきだということになるが、これも別の機会にふれたので（拙著『行政法スケッチ』三三九頁）、ここでは割愛する。

なお、取消請求権に、違法是正のほか、権利の実現・回復・救済という（訴訟要件上もしくは実体請求要件上）主観的側面がみとめられるものとすれば、行政自らの是正措置である職権取消と訴訟取消とが性格を異にすることは明らかであろう（拙稿「職権取消の法根拠について」前掲参照）。職権取消とくに利益処分の職権取消にあつては、私人の側からは、自己の権利利益に対する配慮請求ないし適正な利益の比較衡量の請求がみとめられる。たとえば、違法な許認可といえども、前提にある基本的権利自由の具体化の結果である資本・労力の投下などがある以上、簡単に職権で取り消されては困るからである。逆に、不利益処分の職権取消については、出訴期間經過後、なお一定の要件の下で再判断・再決定の請求権をみとめるべきか（西ドイツ行政手続法五一条参照）が検討の余地のある問題である。

四 請求権の相互関係

一 関連請求における関連性 行訴法一三条は、取消請求の「関連請求」として、①当該処分または裁決に関連する原状回復または損害賠償の請求、②当該処分とともに一個の手続を構成する他の処分の取消請求、③当該処分に係る裁決の取消請求、④当該裁決に係る処分の取消請求、⑤当該処分または裁決の取消を求める他の取消請求、⑥その他当該処分または裁決の取消しと関連する請求をあげている。

右のうち、①の原状回復請求は、農地買収処分の取消しを条件とする土地の返還、所有権取得登記の抹消・回復請求などの民事請求をその主要例とする。同じ①の損害賠償請求も、通説判例によれば、国家賠償法にもとづくものにあつ

ても、私法上の請求権とされているから、これまた民事請求である。

②の一個の手続を構成する処分とは、農地買収手続における農地買収計画と買収処分、土地収用手続における事業認定と収用裁決、代執行手続における戒告、通知と代執行など、「違法性の承継」が問題となるような）一連の手続の環境としておこなわれる処分をさしている。

③と④は、処分の取消請求と裁決の取消請求とが相互に関連請求の關係にあることをしめしている。

⑤は、取消請求の対象となっている同一の処分または裁決に対して他に取消請求が存在する場合であつて、結局それは、同一の処分または裁決について、これを争うべき複数の關係当事者が存在している場合をさしている。多数当事者を元来予定している一般処分、周辺住民の生活環境に影響をおよぼす処分が争われる場合のほか、土地の収用裁決を所有者と借地権者が争い、差押処分を所有者と抵当権者が争う場合がその例である。

⑥の例としては、①に準ずるものとして、処分の取消請求と当該処分に原因する不当利得返還請求、②に準ずるものとして、一連の手続を構成する先行処分の取消請求と後行処分の無効確認請求、⑤に準ずる場合として、甲乙競願關係にあるときに、免許を拒否された乙が提起する甲に対する免許処分の取消請求と乙に対する免許拒否処分の取消請求があげられている。

これら関連請求における関連性は、つぎの三つのタイプを区別することができる。

(1) まず第一に、取消請求の対象となつている行政処分という客観的性格によるものがある。①一個の手続を構成する処分、②処分とその処分についての審査請求を棄却した裁決、③競願關係にあつて「表裏の關係」にある（最判昭和四三年十二月二十四日民集二二巻一三三三二五四頁参照）免許付与処分と免許拒否処分がその例である。

(2) 第二は、同一の処分または裁決の取消しを求める複数当事者が存在するという主観的性格によるものである。こ

れば、さらに大きく二つに分けると、①告示のような一般処分や周辺住民の生活環境に影響をおよぼす処分のように、多数当事者が予定されているものと、②土地の収用裁決や差押処分のような対物処分であつて、対象となる物について、所有権者のほかに、用益物権者や担保物権者が存在するものがある。なお、共有物件にあつては、複数の共有権者が存在する。

(3) 最後に第三に、請求権の内容上の相互関係から関連性がまとめられたものがある。①原状回復請求、②損害賠償請求、③不当利得返還請求などがその例である。これらの請求は、取消請求同様に、違法な処分または裁決による結果を是正するとともに、それにもとづく損害等の填補をはかることを目的としている。同一の原因にもとづく多様な権利侵害に対し、権利の救済・回復をはかるための諸手段のひとつである点で共通する。しかし、取消請求の実現による取消を条件とすかどうかについては、①のように、これを条件とするもの（最判昭和四七年二月一二日民集二六巻一〇号一八五〇頁）もあれば、②のように、これを条件としないもの（最判昭和三六年四月二一日民集一五巻四号八五〇頁）もあり、さらに③のように、一般的には条件としつつ、例外的場合にはこれを条件としないもの（最判昭和四九年三月八日民集二八巻二号一八六頁参照）がある。

これらのうち、以下、最後の請求権の相互関係によるもので、近年問題となつていゝるものを取りあげることにしよう。

二 取消請求権と損害賠償請求権 取消請求権の請求要件事由は行政処分の違法性であり、損害賠償請求権は、ここでは国家賠償法にもとづくものにかぎれば、同法的一条一項ならびに二条一項にかかざるものをその請求要件事由としている。とくに一条一項の要件においては、故意・過失等のほか、違法性も要件事由としてあげられている。しかし、取消請求権における違法性は、行政処分という法的行為が目的とする法効果を発生させるべきかどうかの見地に立つて、その法効果発生前提要件に欠けるところがあることをいみするのに対し、損害賠償請求権における違法性は、現に生

じた損害から出発して、これを填補すべき負担を誰に負わせるのが公平であるかとの見地に立つて、手落ち、手ぬかりなど、損害との関連において一方当事者の責めに帰せしめるべき加害行為の客観的かつ消極的な法的評価を意味している。したがって、両者は、その意義・性格、判断基準・内容・資料、判断構造等を異にしている（くわしくは、拙著『行政法スケッチ』一二〇頁以下参照）。

このように、「適法性 (legality; legalite) に関する法」において、違法な法的行為の是正措置を求めるべき取消請求権と、「責任 (liability; responsablite) に関する法」において、損害・損失の填補を求めるべき損害賠償請求権とは、請求要件における違法概念を異にするのであるが、これについては、なお、つぎの諸点が指摘できる。

(1) 国家賠償法一条一項における違法を、法的行為の法効果発生にかかわる違法とは区別して、とくに限定的に解する判決例が存在している。争訟の裁判について「上訴等の訴訟上の救済方法によつて是正されるべき瑕疵」はこれにあたらぬものとし、「違法又は不当な目的をもつて裁判をした」など「付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行使した」とみとめられる特別の事情を必要とするもの（最判昭和五七年三月一二日民集三六卷三三九頁）のほか、検察官の論告（裁判昭和六〇年五月一七日民集三九卷四九一九頁）、中央労働委員会の救済命令（東京地判昭和六〇年一〇月二八日判例時報一二二〇号八六頁）、仮処分決定（神戸地判昭和六一年三月三日判例時報一二二二二号一三三頁）、検察官の公訴の提起追行（仙台高判昭和六一年一月二八日判例時報一二二七号三二頁）などについて、これに類似した考えをしめすものや、国会議員の立法行為について、立法内容の違憲性の問題（憲八一条参照）と区別し「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合」に限定するもの（最判昭和六〇年一月二二日民集三九卷七号一五二二頁）などがその例である。もちろん、これらの違法を限定的にとらえる考えに対しては批判がありうるであろうし、また、これらの行為は、一

般の行政処分などとは異なつた特殊なものばかりである。刑事司法手続上の行為については、かねてより、結果違法説ではなく、職務行為基準説がとられてきた（最判昭和五三年一〇月二〇日民集三二巻七号一三六七頁）のもこのことをしめしている。ただ、しかし、行政処分である敷地二重使用を理由とする建築不確認処分において、法令解釈をあやまつた点について、第一審判決が過失なしとして判断したのに対し、控訴審の東京高裁判決（昭和五四年九月二七日判例時報九三九号二六頁）が、「行政処分としての効力はともかく、少なくとも、これをもつて国家賠償法一条一項所定の帰責原因としての違法な公権力の行使に当ると断ずることは許されない」として、違法性なしと判断しているのは、損害賠償法における違法が、法的行為の法効果発生にかかわる違法とは異なり、過失におけると同様に、損害填補責任を帰せしめるべき一方当事者の手落ち手ぬかりの判断であることをよくあらわしている。さらに、これまた行政処分である労災法上の請求棄却決定についても、その法効果内容である遺族補償等の相当額でなく、その法効果内容とはかわりのない業務外認定の具体的理由にもとづく慰藉料請求にあつては、右処分取消訴訟において請求棄却判決が確定しても、なおかつ国家賠償請求訴訟において主張できるものと解すべきであろう（札幌地判昭和四五年四月一七日判例時報六一二号四八頁は反対。拙著・前掲書一二七頁参照）。

(2) さきの争訟の裁判に関する最高裁判昭和五七年三月一二日判決には「上訴等の訴訟上の救済方法によつて是正されるべき瑕疵」という言葉があつたが、最高裁判昭和五七年二月二三日判決（民集三六巻二号一五四頁）は、「不動産の強制競売事件における執行裁判所の処分は、債権者の主張、登記簿の記載その他記録にあらわれた権利関係の外形に依拠して行われるものであり、その結果関係人間の実体的権利関係との不適合が生じることがありうるが、これについては執行手続の性質上、強制執行法に定める救済の手続により是正されることが予定されているものである。したがつて、執行裁判所がみずからその処分を是正すべき場合等特別の事情がある場合に格別、そうでない場合には権利者が右の手続

による救済を求めることを怠ったため損害が発生しても、その賠償を国に請求することはできない」ものとしている。かりに、右の考え方を一般化するとき、違法の行政処分については取消訴訟によつて是正をはかる救済手続が用意されているがゆえに、とくに処分、法効果、内容と同一内容の損害に関するかぎり、そちらによるべきだということになる。たとえば、さきの労災補償など確定的な金銭給付を内容とする処分にあつては、損害賠償請求は、その内容が取消請求によつて得られるものと同一であるために、形を変えた取消請求にすぎないのではないかとの疑問がある（拙著『国家補償法』上巻二〇七頁、二二七頁参照）。もしも、このような考えが成り立つものとすれば、取消請求権と損害賠償請求権、是正を求める手続と損害填補を求める手続、それぞれの間において、機能分担がはかれることになる。その反面、行政処分、法効果、内容とはかわらない損害が問題となるときには、損害賠償請求訴訟において、取消訴訟における違法とは異なつた独自の違法判断がされて然るべきだといふべきであらう。

(3) 右のような考え方的一般化に対して、たちどころに予想される反論は、営業許可申請等の拒否処分の取消請求とあわせて逸失利益喪失による損害賠償請求が判例上みとめられている（最判昭和五六年二月二六日民集三五卷一号一一七頁参照）ことをどう考えるか、ということであらう。ここでは、本来許可すべきであつたにもかかわらず許可しなかつたことによる損害という、まさに行政処分の法効果内容による損害の賠償が求められているではないか。また、取消請求における違法と損害賠償請求における違法はとうぜんに同一ではないか。

右のような反論は常識的にはなほだもつともな印象を与える。しかしながら、よく考えてみると、行政処分の法効果内容それ自体による損害、すなわち許可がされるべきであるのに許可されないことによる損害それ自体としては、違法処分が取り消され、取消判決の拘束力にしたがつて許可がされるという是正措置がとられることによつて解消するはずである。許可されないことによる損害は、許可がされることによつて解消している。もちろん、にもかかわらず、それ

以外に損害が残存している。ひとことでいって、それは許可の遅延による損害である。右に引いた最高裁判決も、「許可等の申請に対して違法な拒否処分がされた場合に、たとえその拒否処分がその後判決で取り消されたとしても、これによつて直ちに許可等の処分がされたと同一の効果を生ずるものでないことは原判決の説くところである。しかしながら、違法な拒否処分によつて損害を受けたとする者が、右のような効果の発生それ自体を主張し、これを前提として始めて生ずべき損害の賠償を請求するものではなく、本来申請に対して許可等の処分がされるべきであつたのに違法にこれがされなかつたものであること、そしてそのために許可等の処分がされるべき時期にそれがされたならば、その許可等に基づく行為をし、それによつて一定の利益を取得することができる關係にあつたのにそれができなかったため、右の利益を取得することができず、これによつて損害を受けたことを主張するにすぎないものであるときは、その主張のとおり的事实に加えて当該処分者の故意、過失が認められるかぎり、右損害に対する賠償請求権を肯定することができるのであり、この場合における損害賠償請求権の成否は、右拒否処分が取り消されるかどうか、その取消によつて許可等の処分がされたと同一の効果を生ずるかどうかは、なんら論理上の關係をもつものではない」としている。この判決の言葉を文字どおりにとると、損害賠償請求権の成否にとっては、許可等の申請に対して、拒否処分が介入する必要もなければ、拒否処分が介入するときにも、これの取消が介入する必要もなく、ただ適時に許可がされなかつたということでも十分である。したがつて、建築確認申請に対し、行政指導中の確認留保などの、よくある不作為の違法事例と異なるところはないし、さらに、申請に対し、拒否処分やその取消をおよそ介入させることなく、ただちに申請どおりに許可等の処分がされたときにあつても、ただ、それがあるべき時期より遅かつたときには、やはりこの損害賠償請求権はみとめられるべきはずである。そうだとすると、損害原因である違法も損害の内容も、いずれも、処分内容の違法でもなければ、その法効果内容にかかわる損害でもないということになる。是正措置を求める取消請求の手續と損害填補を求

める損害賠償請求の手続はここにおいても異なる機能をはたしているわけである。

しかし、右の論理の進め方に対しては、なお、観念的な想定にもとづくものであつて、現実には拒否処分があり、かつ、これを違法として取り消す判決が存在する以上、許可の遅れによる損害も、違法な拒否処分が原因であり、損害賠償請求要件事由としての違法もこの処分の違法とすべきであるとする反論が、容易に予想される。たしかに、この場合、是正手続上の違法と損害賠償請求手続上の違法をあえて区別する必要性は乏しいようである。しかしながら、両者の同一性を前提とすると、いうところの損害はもっぱら是正手続の遅延、ないし不備に由来するのではないか、との疑問を禁じえない。というのは、同一の違法であるなら、その結果は是正手続が除去できるはずのものだからである。違法処分の取消は、処分の法効果を遡及的に失わしめることによって、処分がなかったのと同じ状態を回復することをねらいとしている。是正手続がとられたにもかかわらず、なお損害が残るものとすれば、取消訴訟手続に長時間がかかるという是正手続の遅延と、遅延にもかかわらず仮の救済に欠けるという是正手続の不備によるものである。たとえば、営業許可取消処分の取消訴訟の場合には、処分の執行停止により営業を継続することによって、裁判の遅延による損害をさけることができる。ところが、申請拒否処分などにあつては、このような仮の救済の手段を欠いている（なお、熊本の水俣病申請者治療研究事業による医療費等が未認定患者に支給がされていることが不作為損害賠償請求訴訟において損害額算定に際して参酌されている。福岡高判政和六〇年一月二十九日判例時報一一七四号二一頁参照）ため、営業上の逸失利益の損害賠償の請求が必要とされる。ちなみに、処分の相手方以外の第三者に取消訴訟の原告適格、執行停止の申請人適格がみとめられるとき、この第三者の申請による許可処分等の執行停止によつても、同様の損害が処分の相手方に生ずる。この場合の損害賠償責任の要件・内容・負担者はどうなるのであろうか（阿部泰隆『行政救済の実効性』二〇六頁以下参照）。

このようにみると、取消請求と損害賠償請求における違法が全く同一のものとみられる場合においてさえ、両請求の手續はそれぞれ異なる機能をはたしつつ、相互に補完しあつて、前提にある基本的権利自由の実現・救済・回復につかえていることがわかる。この見方を徹底すると、たとえば、一方において、是正手續の不備・欠陥が著しいとみられるときは、損害填補責任について結果違法説的発想に立つて広くこれをもとめ、他方において、是正手續の不備・欠陥が軽微とみられるときは、職務行為基準説的発想に立つて損害填補責任を限定的に解するという解釈も可能となるであらう。

(4) 最後に、まさに是正措置がとられることによつてはじめて生ずる損害がある。農地買収処分が無効とされ取り消されることによつて、その後の売渡処分、被売渡者からの転々譲渡行為がさかのぼつて無効となり、転得者が土地所有権を失ひ、土地上の建物を除却し、営業を廃止せざるをえなくなるなどの損害をこうむるのがその例である。「行政処分が違法であることを理由として国家賠償の請求をするについては、あらかじめ右行政処分につき取消又は無効確認の判決を得なければならぬものではない」(最判昭和三十六年四月二二日前掲)ことは確立した判例であるが、しかし、右のような場合には、是正措置がなければそもそも損害が発生しない。たしかに、さかのぼれば違法処分に起因するといふものの、違法処分は是正措置がなければ、違法処分にもとづく既成事実をくつがえすことによる損害は生じない関係にある。したがつて、損害は是正措置を前提要件事由としている。このため、損害賠償請求権の消滅時効の起算点は是正措置の時とすべきであらう。

この関係で問題は、民法七二四条後段の二〇年を判例学説の大勢(判例学説については、^{後注一}仙台高判昭和六一年一月二八日判例時報一二一七号三二頁における当事者主張参照)にしたがつて除斥期間と解し、その起算点である「不法行為ノ時」について文字どおりに加害行為時説(直接請求可能説)をとるとき、再審無罪の場合などが事実上救われない

ことになることである。これに対しては、権利行使可能時説（再審經由説）も有力となえられている。たしかに、この場合は、理論的には、是正措置（再審）をまつて損害が発生しているのではなく、最初の加害行為（原判決とその執行）によって損害が発生しているから、最初から損害賠償請求をすることが不可能ではない。しかし、実際上には不可能といつてよい。そこで、除斥期間であることを前提としつつ、なんらかの救済の法理を考案するものとすれば、有罪判決とその執行という重大な権利侵害行為については、万一あやまつているときには、是正措置（檢察官による再審請求・再審無罪判決）をとるべき義務を想定し、あたかも作為起因性の不作為におけると同様に、この作為義務に違反する違法の不作為をもあわせて加害行為とする解釈をとるべきであろう（結果的に再審經由説と一致する）。ちなみに、買収農地について第三者のもとでの取得時効完成による土地所有権喪失について「違法な状態を放置してこれを取消すなどの原状回復義務を懈怠したために生じたもの」として、買収処分時ではなく、その取消処分時を起算日としたものがある（大阪地判昭和五八年四月二五日判例時報一〇八六号一二三頁）。

以上ごく簡単にみるところからも、違法は正のための取消請求手続と損害填補請求手続の関係にはさまたまあつて単純なものではないことが知られる。なお、この点からしても、西荻章『国家賠償責任と違法性』のとする国家賠償法一条にもとづく責任に関する違法責任説には疑問がある（なお、ここでは、刑事司法手続行為に関する結果違法説、職務行為基準説の理解にみられるような責任根拠、違法評価の対象、評価基準などの間の混同、国家賠償法二条にもとづく責任の構成における「通常」性判断の中への予見可能性・回避可能性・不可抗力論の混入など、いささか単純な論理の展開がみられ、従来の学説判例の流れを無視した一面的で断定的なもののように思われるが、詳論は別の機会にゆづりたい）。

三 取消請求権と損失補償請求権

損失補償請求権の確定・争訟の手続は多様であるが、ここではとくに土地収用

法一三三条にもとづく訴訟の性格をとりあげる。

この訴訟の性質をめぐっては、給付（確認）訴訟説と形成訴訟説の対立がある。相当以前より実務上、学説上ともに給付訴訟説が大勢をしめて、これが定着するかにみえつつ（下出義明「損失補償に関する訴における訴訟上の諸問題」実務民事訴訟講座9巻二五頁、大阪地判昭和四八年七月五日判例時報七四三号五〇頁・同コメント、名古屋地判昭和四九年一月二三日判例時報七七号三七頁・同コメント、池田敏雄・鈴木＝高原編『土地収用法50講』二〇六頁・二〇九頁、綿貫芳源『行政判例研究』自治研究五二巻八号一〇七頁、小高剛『土地収用法』六二七頁、小沢道一『逐条解説土地収用法』下巻五八七頁など参照）、なお、近年においても、形成訴訟説に立つ判決例（高松高判昭和五九年一月二四日行裁例集二五巻一二号二二三三頁、東京地判昭和六〇年一月一九日判例時報一一九四号六一頁）、司法実務家の説（穴戸達徳『公用負担関係事件の審理における二、三の問題』新実務民事訴訟講座11巻八五頁、村上敬一「損失補償関係訴訟の諸問題」同上書一三五頁）、学説（鈴木庸夫「当事者訴訟」現代行政法大系5巻一〇〇頁、碓井光明・南編『条解行政事件訴訟法』一五七頁。ただし、前者は、収用裁決の公定力ではなく、その形成力を排除するものとし、後者は、請求の趣旨においては給付ないし確認を求めるものでよいとするため、実質的には、給付訴訟説とちがわない）が散見される。

行政実務家の目から見ても、「この問題は、増減額訴訟の『請求の趣旨』において『裁決の変更を求める』旨を記載しなければ確認または給付の請求をなしないのか、という問題であり、多分に訴訟技術上の（その意味では、理論的にはともかくとして、裁判を求める国民の側からすれば枝葉末節の）問題にすぎない。このような問題のために国民の裁判を受ける権利（憲法三二条）の行使が妨げられるべきものではない」（小沢・前掲五九一頁）し、また、平均人を前提とする訴訟観からみても、「裁判所が釈明権行使、請求の趣旨善解など後見的機能を発揮すれば、実際上さしたる意味をもたない机上の遊戯」（阿部泰隆『行政救済の実効性』一七頁、同「収用と補償の諸問題（上）」自治研究六二巻一一号

三頁以下）に終るべきはずのものである。しかし、「一般理論を機械的に適用して救済を拒否する一見理論派の裁判官」が登場する心配がないわけではない（阿部・前掲論文六頁）。また、この訴訟の性質を明らかにしておくことは、収用裁決取消訴訟にこの訴訟を追加的に併合したり（最判昭和五八年九月八日判例時報一〇九六号六二頁参照）、逆に、この訴訟に収用裁決取消訴訟を追加的に併合する（東京高判昭和六〇年六月二五日判例時報一一七二号三〇頁参照）場合の後の出訴期間の遵守（起算日）の問題や、これらの訴訟の当初からの主観的予備的併合の許容性の問題（穴戸達徳『金子順一・南編『条解行政事件訴訟法』五三四頁、小沢・前掲五九五頁など参照）などにとつても、意義があるであろう。それでは、この訴訟の性格は何か、といえ、いうまでもなく、給付訴訟説をとるべきである。その理由は、つぎのようなものである。

(1) 収用裁決は、もともと、一個の行政処分であるにもかかわらず、土地収用（の範囲・時期）に関する部分と損失補償（の方法・金額の多寡）に関する部分とに二分され、争訟の手續が二分されている（収用二二九条以下、一三三条）。土地収用それ自体は争わないで、むしろ収用は前提としつつ、補償金額の多寡を争う訴訟にあつても、この一個の行政処分の一部分の判断を争っている以上、この処分の変更を求めるものとみる見方は、それなりに理解できる。しかしながら、実は、収用裁決はもともと一個の行政処分というべきではなく、もともと土地収用に関する決定と、損失補償に関する決定という二個のものが、一つに合体されたものである。それは、もつぱら「補償なければ収用なし」の事前補償の趣旨を徹底するために、補償決定を収用決定の中に組み込み、補償金等の払渡等をもって収用裁決の効力発生の前提要件とする（収用一〇〇条）ことによつて、補償債務の履行確保をはかる目的でされている。このため、事前補償の原則が徹底できない場合においては、補償裁決を民事執行法上の債務名義とみなすことによつて、別途、その履行確保をはかっている（収用九四条一〇項以下、一二四条二項、公共用地特措三七条）。なお、土地収用法一三三条が損失補償

請求訴訟の出訴期間を三か月に限定しているのも、損失補償請求権を早期に確定させようとする趣旨に出たものと解すべきであろう。たまたま取消訴訟の出訴期間（行訴一四条一項）と一致するが、だからといって、「抗告訴訟原則」にかえた（高田賢造『新訂土地収用法』四九四頁）とみるのは正しくない。この出訴期間の三か月は、明治三十三年土地収用法八二条一項以来のことで、現行の行政事件訴訟法施行にいたるまでは、収用裁決取消訴訟については二週間の出訴期間がさだめられていた（旧土地収用法八一条三項、土地収用法旧一三二条参照）ため、両者は異なっていた。現行法上の一致は偶然的の結果にすぎない。

(2) 以上のような実定法制度を前提にすると、請求の趣旨においては、むしろ、収用裁決の変更を求めてはならない。収用裁決の取消を求めたのでは、損失補償の基礎となるべき収用そのものが消滅することになることは明らかであるが、その変更を求めるものにあつても、やはり困ったことになるからである。それは、収用裁決にかかわる補償金等の払渡等が収用裁決の効力発生要件とされているため（収用一〇〇条）、このところの補償金等が変えられては、やはり収用裁決の取消と等しい結果となってしまうのである。そこで、法は、事前補償確保の見地から補償決定を収用裁決の構成部分としつつ、右のような事態をさけるために、わざわざ争訟段階では、その手続を二分しているのである。法は、収用裁決「に係る」補償金等とし、収用裁決「において定められた」補償金等とは書いていないし、課税処分の場合のように、その取消の効果を限定するような規定（税通二九条三項、地税二〇条の九の二第四項）も設けてはいない。

(3) 形成訴訟説の中には、収用裁決が収用委員会という専門家からなる行政委員会により比較的整備された手続をふんでおこなわれるものであるため、あたかも特許審決の訴訟におけると同様に、補償金額の多寡をめぐる争いについても、訴訟段階でも、行政委員会の判断を尊重する形で審判すべきでないかとする考えがうかがわれることがある。「収用委員会は、補償額を裁決するについては、客観的な損失額の如何を問わず、起業者の申立てを下限、被収用者の申し

てを上限とする申立ての範囲に拘束される（収用四八条三項、四九条二項、九四条八項）ものとされているが、補償金の増減額請求の訴えにおいては、当事者は、裁決手続における申立ての範囲（裁決書の実事摘示欄に摘示される）を超えて増減額請求をすることができない」（村上敬一・前掲一六〇頁）とするのがその例である。しかし、このような、さきの阿部説によれば「一見理論派の裁判官」の説とみられかねない見解は（なお、同氏は、「無効等確認の訴え」現代行政法大系4巻二六七頁以下、二九六頁においても、行訴三六条の現在の法律関係に関する訴えの語を形式的にとらえ、「営業許可申請却下処分等についても、それが無効というのであれば、それを前提として、行政庁が改めて申請の可否を決しないことの不作為が違法であることの確認を求めて不作為の違法確認の訴えを提起することで救済としては必要かつ十分であろう」としておられる^{後注二}）、明治憲法下の美濃部説（『公用収用法原理』二二二頁）においても排斥されている。補償金額について行政庁の決定を介在させている趣旨は、もっぱら事前補償の趣旨にのっとり、可及的に迅速かつ簡易な救済を与えようとするものであり、明治憲法時代においてさえ司法裁判所による救済がみとめられたのは、権利（この場合は財産権）の最終的な擁護者の判断を留保すべき必要性が高いとしたからである。両者あいまって前提にある基本的権利自由の実現・救済・回復に万全を期している。行政庁の認定判断を前提とし、これを再審査する形をとらなければ、行政庁の認定判断を介在させた趣旨に反するといった役所の縄張り根性からではなく、実定制度の原点に立ちかえて理論構成をする必要があるのではないであらうか。

(4) 小沢道一・前掲書には、収用裁決後の新たな事情等にもとづく新たな増減額請求が訴訟においてみとめられるべき場合が数かずあげられている（前掲一三五頁、一四七頁、一七一頁、一七八頁、一八五頁、二八一頁。なお、土地価格算定時について大審院は裁決時でなく収用時説をとったため、裁決後の地価低落を理由とする減額請求が可能であった。美濃部・前掲三二五頁参照）。この点からしても、収用委員会の認定判断を争うべきものとする形成訴訟説は疑問で

あろう。

四 損害賠償請求権と損失補償請求権

この両請求権の競合が問題とされているものに近年の予防接種事故に関する判決例がある（①高松地判昭和五九年四月一〇日判例時報一一八号一六三頁、②東京地判昭和五九年五月一八日判例時報一一八号二八頁、③名古屋地判昭和六〇年一〇月三十一日判例時報一七五号三頁、④札幌高判昭和六一年七月三十一日判例時報一二〇八号四九頁、⑤大阪地判昭和六二年九月三〇日判例時報一二五五号四五頁）。

まず、予防接種事故という生命・身体侵害について損失補償請求権が成立するか、の論点があるが、ここでは省略する（ジュリスト八九八号特集における諸論稿など参照）。ここでは、その成立を一応前提としたうえで、これと損害賠償請求権との関係、とくに両請求の訴訟上の併合の問題をとりあげることにしよう。

この点について、消極的な見解をとるものに④があり、つぎのようである。「行訴法は（中略）、基本となる請求とその関連請求との間に主従の區別をしており、関連請求が民事訴訟の場合は、これを主とし行政訴訟を従とすることは、行政訴訟手続を中心として規定する行訴法の予想するところのものではないというべきである。更に一般的に民事訴訟に行政訴訟を併合することを認めると、その審理手続がどのようになるかとの問題があり、主たる民事訴訟の手続で審理されることになる」と解するときは、そのような結果は行訴法の趣旨を没却することになり、妥当でないと考えられる（中略）。行訴法一九条一項の規定の類推適用を根拠として民事訴訟である本件国家賠償請求に当事者訴訟である本件損失補償請求を追加的に併合することは許されない」と。

これに対して、積極の見解をとるものに③と⑤がある。③は、「本件損失補償請求とは違法無過失の公権力の行使に基づく損失補償請求に他ならないと解すべきところ、かかる法分野は公法、私法が交錯する新たな法分野、ないし伝統的概念による公法、私法が接する限界上の未開拓の法領域であり、その法律関係を敢ていづれかに截然と区分することは

不可能であり(中略)、本件損失補償請求権が私法上の権利といひ得る側面をも有してゐることは否定できないものと認められ、結局右請求を民事訴訟手続によるか、行政事件訴訟手続によるかという選択は、本件のように公私法領域が深く交錯する特殊な事案の場合には、これを原告が行なつても差し支えない」とし、また、かりに「單純な金銭の給付請求である損失補償請求は、これが実質的当事者訴訟であるとしても損害賠償請求と密接な関連性を有するものであり、かかる場合には、行訴法一六条一項の規定は、当初係属してゐる行政事件訴訟に民事訴訟を併合する場合のみならず、当初係属してゐる民事訴訟に実質的当事者訴訟たる行政訴訟を併合を併合する場合にも準用される」とする。

また、⑤も、「原告ら主張の損失補償請求権は、適法な原因行為による法の予想しない(その意味で違法な)結果に基づくものとして、前二者(損害賠償請求権と損失補償請求権——遠藤注)の中間領域に成立するものとみられるから、これを一概に純正な公法上の権利であると評価することができず、従つて、右請求権を訴訟物とする訴訟を單純に実質的当事者訴訟とみることはできないこと、また、(中略)、原告らは、右損失補償請求を本件訴えの提起時よりなし、前記準備書面は、單にこれを明確化したのにすぎないものと評価できる余地がないわけではないこと、加えて、本件訴訟の経過に照らし、右請求の併合が許さないことによつて、原告らに多大の時間的、経済的損失の生ずることが予測されること、以上の各事情を考え併せると、右原告らの申立てを実質的当事者訴訟の追加的併合の申立てとみて、訴えの客観的併合の要件(民訴法二二七条所定の訴訟手続の同質性)を欠くことを理由に、右申立てを不適法とすることは、原告らに極めて酷な結果となり、相当でないといふべきである。もつとも、原告ら主張の右損失補償請求権が公法上の権利としての側面を持つものであることは否定できず、この面に着目すると、原告らの右申立てを請求の追加的併合の申立てとみる限り、行訴法が行政訴訟の特殊性より定めた特則規定(同法二三条、二四条、三三条等)との関係で、原告らの右申立てを許した場合に生ずる被告の応訴上の不利益を考慮しなければならぬけれども、本件訴訟の性質及び進

行状況に徴し、被告に右^レ訴訟上の不利益のあることは、認められないので、原告らの右損失補償請求にかかる訴えの追加的併合は、これを許すべきである」としている。

この消極、積極の両説のうち、いずれをとるべきか。速断はさけるべきであろうが、つぎの理由から、積極説に傾いている。

(1) 行政訴訟である当事者訴訟のうち、形式的当事者訴訟には、元来、私人相互間の紛争收拾のために行政決定が介在し、訴訟段階では再び本来の紛争当事者間の訴訟の形にかえるものであるため、結局、私人間の紛争の実質をもつものが少なくない(客観訴訟ではあるが住民訴訟のうちのいわゆる四号請求も民事請求を内容とする)。逆に、いわゆる争点訴訟(行訴四五条)においては、若干の手続的手当てがされているものの、民事訴訟の先決問題審理において行政処分^の効力の有無等の判断ができることとされている。民事訴訟と行政訴訟の間の垣根はさほど高くないといつてよい。

(2) 行訴法四一条二項は、関連請求に関する規定を当事者訴訟に準用している。同一三条等における取消請求を当事者訴訟の目的となる損失補償請求などの請求に置きかえるものとすれば、損失補償請求にとって損害賠償請求が関連請求であることはまちがいない。前者に後者を併合することは許されるが、後者に前者を併合することはできないとするのが消極説の考えである。たしかに、いうところの主従の区別があつて、規定上取消請求訴訟中心主義がとられているようにみえる。しかし、準用規定においても行政訴訟中心主義がとられているのであろうか。実質的にみても、紛争の根源である行政処分の取消を中心として紛争の処理することには理由がある。しかしながら、当事者訴訟にそれだけの理由がみとめられるであらうか。

(3) 取消請求とその関連請求の間には、上記の主観的・客観的性格にもとづく関連性の場合を別にして、請求要件事由や目的効果を異にするという差異がみとめられる。損害賠償請求と損失補償請求とは、たしかに請求要件事由を異

にするものの、目的効果である金銭給付請求にさほどの差異があるわけではない。とくに予防接種事故事例において、請求要件事由における差異もいわば理論構成次元のものであつて、事実上の加害行為など法的評価以前の社会的事実とは同一のものを基礎としている。いいかえると、両者の併合、他方の追加的併合による被告の応訴上の不利益は大したことではない反面、みとめないことによる原告側の不利益は大きい。また、訴訟物の構成によつては、両請求は、同一請求の理由づけの差異とみる余地もあるであらう。

五 残された問題

一 取消請求と「現在の法律関係に関する訴え」にかかわる請求との関係、公法上の金銭債権（拙著『行政法スケッチ』一一四頁参照）などについてもなお検討を予定していたが、時間と紙幅の制約から、別の機会にゆづらざるをえない。

二 請求権の体系としての行政法の体系を描くことが筆者の当面の課題である。その概要は、近刊予定の拙著『実定行政法』に展開している。まだキメ粗いものであるが、きびしい批判を期待したい。同書では、第一編で請求権の基礎理論、第二編で取消請求など「適法性に関する法」における諸請求の請求要件事由を、第三編で損害賠償請求、損失補償請求といった「責任に関する法」における請求要件事由をそれぞれとりあつたあと、第四編において、これら請求権にかかわる訴訟手続をとりあつたつてゐる。

（後注一）筆者所持の準備書面の当事者主張において学説判例の集成がある。紙面節約のため参照にとどめたが、判例集には登載されていなかった。平均的法学者に探索容易な論点であるため、省資源の見地から、ここでも省略する。

(後注二) 最高裁昭和六二年四月一七日判決(民集四一卷三号二八六頁)は、行訴法三六条について形式的な還元説をとらず、実質的な目的実現説をとったものと解される。同条が現在の法律関係に関する訴訟を原則とする趣旨が、紛争の終局的解決を求めるべき点にあるものとするれば、不作為の違法確認ではなく、むしろ義務確認訴訟こそをみとめるべきではないかと思われる。

(昭和六二年一一月脱稿)

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. XXXVIII No. 5-6 • I

SUMMARY OF CONTENTS

Über verwaltungsrechtliche Ansprüche

Hiroya ENDO*

- I. Einleitung
- II. System der verwaltungsrechtliche Ansprüche
- III. Anfechtungsanspruch
- IV. Das Verhältnis zwischen den verschiedenen Ansprüchen und der rechtliche Zusammenhang der verschiedenen Klage im Verwaltungsprozeß
 - 1. Zusammenhängende Ansprüche
 - 2. Anfechtungsanspruch und Staatshaftungsanspruch
 - 3. Anfechtungsanspruch und Entschädigungsanspruch
 - 4. Staatshaftungsanspruch und Entschädigungsanspruch
- V. Ungelöste Probleme

*Professor an juristischen Fakultät der Hokkaido-Universität, Dr. Jur.