HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	事実行為の取消訴訟
Author(s)	今村, 成和
Description	論説
Citation	北大法学論集, 16(2-3), 3-22
Issue Date	1965-12
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/27834
Type	departmental bulletin paper
File Information	16(2_3)_P3-22.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

事実行為の取消訴訟

今村成和

一　序　説
二　事実行為の取消とはどういうことか
三　事実行為に公定力は認められるか
四　事実行為取消訴訟の存在価値

一　序　説

行政事件訴訟法第三条第二項は、「この法律において『処分の取消しの訴え』とは、行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為（次項に規定する裁決、決定その他の行為を除く。以下単に『処分』という。）の取消を求める訴訟をいう。」と定めて、公権力の行使に当る行為であれば、事実行為についても、取消訴訟が可能であることを明ら

かにした。

しかし、事実行為の取消とは、それ自体奇異の感をいだかせる観念である許りではなく、このような訴訟を認めることの背後にある事実行為についての考え方や、この訴訟のもつ手続法的意義についても、疑問となる点が少くない。

本稿は、これらの疑問点についての素描を試みることを目的としたものである。

二　事実行為の取消とはどういうことか

一　事実行為の取消の観念が奇異に感じられるというのは、われわれの法律常識に従えば、「取消」とは、人の意思的行為に附着せしめられた法律効果（権利義務関係の発生原因となる効果）を消滅させる行為であって、人の挙動によって事実状態に変動を生ぜしめることを指す事実行為[1]については、取消の観念を容れる余地がないことに基いている。従って、行政裁判所の下で、公共工事の施行をもって「行政庁の処分」に当るとした行政裁判例を支持された美濃部博士も「公共の工事の如き事実上の作用に対しては、もとより取消は有り得ないのであるから、取消を求むる訴ではなくして、差止、設計変更、原状回復又は除害施設を求むることが、其の訴訟の目的となるのである。[2]」とされたのである。

もっとも、旧行政事件訴訟特例法の下においても、同法にいう「行政庁の処分の取消又は変更」の中には、事実行為を含むと解する説は少くなかった。[3]また、裁判所の中には、事実行為をも処分の一種と認めて、その無効確認又は取消の判決をした例もないではなかった。[4]

けれども、これらは、旧法にいう「行政庁の処分」の解釈論的構成から導かれたもので、そのことが法文の字句によって明らかだった訳ではないから、これに対しては、もちろん反対説も多かった(5)。また、これらの学説は、行政裁判所時代の判例を漠然と前提とするに止まり、どのような場合に取消訴訟が認められ、その場合の取消ということの意味ないし効果がどのようなものであるかについて、十分な論究が尽されていたとは必ずしもいえない状態にあった(6)。

従って、旧法時代においては、事実行為の取消という観念は、一部に肯定する説があったにせよ、充分に成熟したものとはなっていなかった。このような訴訟が、現実に数多く提起されたという訳ではなかったから、学説もいきおい抽象的な建前論の域を出ることがなかったのである。裁判所の取り上げた若干の事例も、一般性の乏しいものであった(7)。

二　従って、現行法が、直接的な表現をもってではないにしても、その趣旨においては明らかに、事実行為の取消訴訟を認めるに至ったについては、一応の下地はあった訳であるが、同時に、その概念矛盾的性格も、あらわとなるに至ったのであって、これに対し、いち早く、その無意味なことを強く主張されたものに、柳瀬教授の説がある(8)。

教授の説かれるところはこうである。「行政行為の取消訴訟の場合には、取消されるものは行政庁の行為の効果であって、行政庁の行為の事実ではないに反し、事実行為の取消訴訟の場合には、取消されるものは行政庁の行為の事実である」から、行政行為の取消のために、必要な方法は取消すという判決をすることであるが、事実行為の取消訴訟の場合には、「自ら事実上それをなくする行為をするか、又は行政庁に対して事実上にそれをなくすることを命ずる判決をすること」が必要である。ところが、「自ら事実上にそれをなくする行為をすることが裁判所に許されていないことは、憲法を見れば明らか」であるが、「行政庁に対して事実上にそれをなくすることを命ずる判決をするこ

と」も、行政事件訴訟法は、「その他公権力の行使に当る行為の取消を求める訴訟」を認めているだけで、「取消すという判決をすることだけ」しか法律は裁判所に許していないのであるから、できないと見る外はない。従って「このままでは、事実行為の取消訴訟というものは行政庁に対して人を保護するためのものとしては全く意味のないものとなってしまわなければならぬ。」

これに対し、「問題の行政庁の行為の事実は裁判所の判決によって取消されているのであるから、その判決の拘束の下にある行政庁はこれを取消されたものとして取扱う義務があり、」従って「行政庁は当然にそれをなくする義務がある」との考え方もあるが、行政庁の行為の事実は、取消すという判決によってなくなるものではないから、この考え方は誤っている。又、取消すという判決は、取消せということと同じで、行政庁には取消す義務があると解することも、判決の拘束の範囲をそこ迄認めることについて明文の規定はないから正しくない。

柳瀬教授は、以上のような見地から、事実行為の取消訴訟というものは全く無意味な制度であることを力説され、立法者もおそらくこれを知っていたと思われる節があるにも拘わらず、敢てそれ以上の定めをしなかったのは、司法と行政の関係を顧慮したためであろうけれども、それは公法上は理由のないことであるし、立法政策的には、そのため無意味な訴訟を定めたことになるから、「決して賢明なこととは言われない」と、このように結んでおられるのである。

教授が、行政行為の取消とは、行為の事実ではなく、その効果を消滅させることであるから、行為の取消というのは正確ではないと説かれるのには、文字通りには賛成し難い所で、行為の取消ということの意味は、法律効果の源泉となった行為がなかったことにするということで、もともと、事実の世界とは別の、観念の世界での問題である。従って、過去においてある行政行為が行われたという事実をなくすことはできないということは、もとよりその通りで

あるが、それは、行政行為の取消とは、関係のないことなのである。

しかし、取消ということが観念の世界での問題である以上、それによって、事実的存在たる事実行為をなくすることはできないことは、柳瀬教授の説かれる通りであり、その意味では、事実行為の取消ということが、全く意味のない行為であることも、柳瀬教授の説かれる通りであると思う。

三　これに対しては、事実行為の中に法行為的要素が含まれているものと解し、事実行為の取消とは、その取消を意味するものと説く見解がある。(9) その代表的なものは、ドイツの判例・学説の詳細な検討に基いて構成された広岡教授の説(10)であって、教授は、「即時強制を事実的執行行為と受忍下命とからなる合成物」と解することにより、「即時強制の取消訴訟の性質がよりよく理解され得るのではないかと思う。」「事実行為をそれに伴う精神的要素を全く捨象した単なる事実行為としてみれば、それに対する取消訴訟ということはそもそも観念上無理があるのではなかろうか。……かかる取消訴訟の正常の観念に従って事実行為に対する取消訴訟を考えるならば、その訴訟は、単なる物理的な事実行為の取消を求めるものではなく、むしろ、その中に潜んでいる受忍下命を争い、受忍下命の法的効果を失わしめるための訴訟として理解すべきではなかろうか。」と説いておられる。

即時強制についてのこのような理解は、教授みずから述べておられるように、「単なるドグマティッシな意味」に出ずるものではなく、事実行為の取消訴訟のもつ意味を明らかにするために、目的論的に構成されたものである。すなわち、かく解することによって、「即時強制の取消訴訟は、その受忍下命の公定力を失わしめることによって、即時強制に対する受忍義務を消滅させる訴訟として理解」することができることになるのである。

しかし、私は、後に詳しく述べるように、事実行為の公定力なる観念には、根本的な疑念をいだいている。そこで、この点を別論とするならば、事実行為の特色は、個人の自由および財産に対する、即時かつ直接の侵害行為たる点に

在るのであって、その行為の中に下命的要素を見出し得るとしても、それは、事実行為の中に化体しているのであるから、独立の法的効果をもって、相手方の服従を強制する関係にあるものではない。事実行為に対する受忍義務は、当該行為が法律に基いて行われることによって生ずるものであって、受忍下命は、法律の規定の中に見出されなくてはならぬ。かく解するのは、教授の認められるように、わが国にあっては通説であるが、[11] 教授はこれを、「即時強制における具体的受忍下命という宣言的契機を見逃がしたもの」と批判され、即時強制によって、法規に基く一般的受忍義務が、具体的受忍義務に造り変えられるものであることを強調されるのである。また教授は、「即時強制は、法規に基づく一般的受忍義務に対応する単なる事実行為ではなく、それ自身が自己に対する具体的受忍義務を確定する行政行為的な事実行為なのである。」とも説かれるが、即時強制は、相手方に受忍義務を科するというよりは、相手方に受忍義務あることを前提として行われるもので、その具体化は、即時強制が、法の授権に基いて行われることに対応して生ずるものである。従って、行政庁の側に必要なのは、下命意思ではなく、当該行為が法律要件を満足しているとの判断であり、かかる判断に基いて行われる即時強制に下命意思を含むと解するのは、所詮は、一つの擬制に過ぎないと思う。

従って、私としては、このような構成によって、事実行為の取消を理解することには、賛成できないのである。

四　しかし、それならば、取消判決は、柳瀬教授のいわれるように、全く無意味なことかというと、必ずしもそうとは思えない。けだし、取消それ自体は、無内容な行為であるにしても、それは、裁判所の違法判断の表明に外ならないものであるから、事実行為の取消判決は、その違法宣言判決と解することができる。従って、それは、何らの形成的効果を生み出すものではないけれども、取消判決に附着せしめられた拘束力（行訴法三三条）により、行政庁は、判決の趣旨に従って行動するを要するから、当該事実行為の違法なことを認め、それを廃止しなくてはならぬこととなろう。[12]

従って、事実行為の取消判決は、当該行為の違法を公に宣言するものとして意味がある。そして、このような判決を求める法律上の利益は、事実行為が、権力の担い手によって行われる結果として、その適法性の如何に拘らず、事実上の強制力（通用力）をもっていることの故に認められるといってよい。

しかし、この事実上の通用力を、行政行為の公定力になぞらえて、事実行為の公定力に基くものとし、取消判決は、その公権性＝公定性を排除する意味をもつ、と説く見解[13]には賛成できないのであって、次には、その理由を述べることとしよう。

（1）事実行為という言葉の意味も、必ずしも一定していない。法的に何の効果も結びつけられることのない行為を、「単なる事実行為」ということがあるが、ここでは、直接に、個人の権利・自由を侵害することとなる行為が問題なのであり、かつそれが、公権力の行使に当る行為である場合のみを、本稿においては指すこととする。

（2）美濃部達吉「行政裁判法」（昭四）一四五頁。

（3）田中二郎「行政争訟の法理」（昭二九）八六頁、ほか渡辺、田上、園部、高橋、原、川西、杉本、新村諸氏の所論（岡垣学「行政庁の事実行為について」判タ五〇号（昭三〇）一一頁以下には、これらの学説が紹介されている。）、なお雄川一郎ほか「行政事件訴訟特例法逐条研究」（昭三二）七八頁以下、雄川一郎「行政争訟法」（法律学全集8、昭三二）八頁以下参照。

（4）後出四、註（3）、（4）引用の判決参照。

（5）柳瀬、浅賀、熊野諸氏。岡垣前掲参照。

（6）行政裁判所の時代には、公共土木工事に関する訴のみが認められていた（美濃部達吉「公法判例大系」上巻（昭八）六一五頁以下参照）。従って、事実行為の取消訴訟についても、従来は、違法な土木工事に基く財産権の侵害のような場合のみを念頭において議論が進められていた。ところが、現行法が「その他公権力の行使に当る」処分と定めるに至ってからは、道路、河川等の公共工事等は、むしろこれに当らないと考えられるようになっているのである（田中二郎、新版「行政法」上、全訂第一版（昭三九）三一四頁。なお、杉本良吉「行政事件訴訟法の解説」法曹一五巻三号（昭三八）三八頁は、「実定法がこれを行政処分に準ずるものとして取り扱っている場合には、ここにいう公権力の行使に当る行為といえよう」として、道路法、河川法をあ

げておられる。）

(7) 後に見るようにこれらの事件は、在監者の所遇が個人の精神的又は身体的自由を侵害することについての争いであった。

(8) 柳瀬良幹「事実行為の取消訴訟」自治研究三九巻八号（昭三八）三頁以下および同九号三頁以下参照。

(9) 例えば、座談会「行政事件訴訟をめぐる諸問題」判タ三三号（昭二九）五頁。なお、行政裁判所時代の判決に、このような見解をとるものがあったのに対しては、美濃部前掲判例大系六一八頁の批判がある

(10) 広岡隆「行政上の即時強制の法的構造とその取消訴訟――事実行為の取消訴訟の解明のために――」法学論叢七五巻三号（昭三九）六六頁以下。以下の引用については、一〇八頁以下参照。

(11) 従来の学説においても、強制検診とか強制隔離とかは、事実上の執行行為の中に受忍命令が化体したものと解されていた（田中二郎「行政法総論」（法律学全集6、昭三二）二六八頁、雄川前掲書七七頁など。しかし、性病予防法一一条および一二条に定める強制検診については、「不服の訴え」を提起することができ、確定迄は強制検診はできないことになっている（二五条三項）。そしてこの場合法は「取消しの訴え」（二五条一項参照）とは定めていないことに注意すべく、実定法はやはりこれを事実行為として構成し、相手方がこれに対し不服の訴を提起したときは、その執行を一時中止すべきものと定めているのである。その他の場合は、単なる一時的又は継続的な事実行為であって、他の場合と区別すべき理由はない。

(12) 柳瀬教授が事実行為の取消判決に拘束力を認めることに反対しておられるのは、先に引用した通り、取消の観念を文字通りに解されるからである。これに対し、広岡教授は「行政権の側でも、受忍義務のない相手方に対して事実上受忍を強いる状態を継続することができなくなる」点を、拘束力の効果としておられる（前掲一一二頁）。

(13) 田中、新版「行政法」二八九頁、杉本、前掲論文三八頁、広岡、前掲論文一一二頁。

三　事実行為に公定力は認められるか

一　事実行為の公定力ということは、もともと行政行為について認められる公定力の観念を下敷きにしたものであ

るから、後者がどういう意味のことかについて、先ず一言しておく必要があろう。ことに、行政行為の公定力については、最近とくに多くの議論があるけれども、その意味する所が何であるかにつき、必ずしも一致した見解がある訳ではないのが現状であるから、(1) 私がこれをどう理解しているかを述べておくことは、これからの論議を進める上にも、必要なことであると考える。

行政行為の公定力とは、行政行為に与えられた特殊な効力の一つであって、適法な行政行為のもつ効力（拘束力）が、当該行為がなされたという事実に基き、将来における取消を解除条件として、一応、その行為に認められることをいう。

行政行為にこのような効力が認められることは、手続法上の関係において、もっともはっきりと現れている。すなわち、行政行為に対する取消訴訟の制度があるのは、行政行為に、一応有効な行為としての通用力があることに基くもので、行政事件訴訟法二五条一項に、「処分の取消しの訴えの提起は、処分の効力、処分の執行又は手続の続行を妨げない」とあるのも、その反映である。そして、この効力は、出訴期間（行訴法一四条）の徒過と共に確定（不可争力の発生）することによって、行政の安定に役立つこととなるのである。

では、このような制度は、実体法上、行政行為がどのように取扱われていることに照応するのであろうか。この点については、一般原則を明らかにする規定がないのは勿論、個々の行為についても、明文の規定がある場合は、殆んどないのである。(2) けれども、「一般に、行政処分は当然無効でない以上、行政庁の職権または争訟手続により取り消されないかぎり、かりに違法であっても、有効とされ、他の訴訟でも、その違法を主張できなくなる効力を有する」ことは判例の認める所であり、(3) 罷免処分を受けた公務員は、それが取消されない限り、自己が公務員たるの地位を有することを主張できず、従ってまた、俸給請求権を行使することもできない。そこで近時の判例(4)は、行政事件訴訟法

九条を適用して、罷免処分を受けた公務員が、公職の選挙に立候補したため、罷免処分が取消されても公務員たるの地位を回復することができなくなった後においても、給料請求権等の行使との関係において、取消を求める訴の利益があるとした。

このように、行政行為の公定力は、当該行為を有効なものとして通用させるものであるが、これを適法行為として通用させるものではない。[5] 従って、当該行為が違法であれば、取消されていなくても、他の要件を満足する限り、国家賠償法に基く不法行為責任を生ずることになる。[6] 疑問となるのは、命令違反行為に対する罰則の適用に関してであるが、この場合にも、当該命令が有効であることでは足りず、適法であることを必要とすると解すべきであろう。命令が有効であれば、それに服する義務があるといえるが、後に違法として取り消されれば、処分時に遡って、その効力は失なわれることになるのである。従って、行政法的観点からみても、違法であれば、処罰の基礎は失なわれる可能性を含んでいるのであるから、単に、有効であるとのみの理由をもって、罰則を適用することには疑問がある。裁判所は、処分の効力とは無関係に、その適法性を審査しうるのであるから、その基礎に立って裁判をなすべきであろう。[7]

二　しからば、行政行為にこのような公定力が認められる根拠は何処にあるのであろうか。かって美濃部博士は、これを「国家意思の公定力」に求められ、次のように述べられた。――「公法関係が不対等の関係であることの特色は、第一に、公法関係においては国家の意思が有効に成立している限り、それ自身にその関係を決定する効力を有し、それが正当の権限ある機関によって取消されない限り、常に適法なることの推定を受け、何人もその効力を否定し得ないことにおいて現われる。これを公法における国家意思の公定力と称することが出来る。……勿論公法関係であっても、行政権の主体としての国家は常に法規の拘束を受け法規によってのみ権利を主張し得べく義務を負わねばなら

ぬもので、行政を以て法規を破ることは許されない所であるが、併しそれが果して法規に適合しているや否やは、国家が自らこれを認定するの権あるもので、その認定が相手方を拘束する力を有するのである。例えば法律が厳重な一定の要件を定めて、その要件に該当する場合にのみ、営業の禁止又は停止を為し、……広告物看板等の除却を命じ、人を検挙し、物を仮領置することを得べきものと定めているとすれば、その要件を備えないに拘らずそれ等の行為を為すことは法律の許さない所であり、人民は法律上これに服する義務は無かるべき筈であるが、果してその要件が備わっているや否やは、当該官庁が公定力を以って自らこれを認定するの権が有るのであるから、仮令事実においてその要件が備わっておらぬとしても、人民はこれに服従するの外なく、唯行政上の争訟手段の認められておる場合にその争訟手段を取り得るに止まる。[9]」

美濃部博士のこの見解は、オットー・マイヤーのいわゆる自己確認(Selbstbezeugung)説と同趣旨のものであると解されているが、ここでは、美濃部博士の説明の中には、行政行為のみならず事実行為を含めて、公定力を認める趣旨が現われていることに注意しておきたい。

しかし、このように、国家行為の公権性の故に、行政権の行使一般に公定力を認めるという考え方は、とくに現行憲法の下においては、支持するを得ないものといってよいであろう。公権力の担い手としての行政権の立場は、行政行為や事実行為をなしうることの上に現れているが、現行憲法に定める権力分立制の下においては、行政権は、立法的および司法的統制の下にあるもので、いわば国家意思の一面・一階梯であるに過ぎない。従って、行政権は、具体的な場合に、法を適用することによってその権限を行使することはできるが、そのことの中に、自己の行為の法適合性をみずから認定する権限が当然に含まれているということはできない。オットー・マイヤーは、行政行為の右の如き効力を判決との類比において見出しているが[10]、アメリカにおいては、準司法的手続を経て行われる行政委員会の命

令（従ってこれは、手続的要件を伴わないドイツの行政行為よりも、はるかに「判決」的である。）であっても、その執行のためには、処分庁が裁判所に出訴するを要するのが、古くはむしろ通例であった。[11]

従って、行政行為の公定力は、その公権性に必然的に随伴する属性ではない。むしろその公権性の故に、法に適合したものでなければならぬとされているのであるから、争いがあるときは、裁判の手続による法適合性の験証を経た上で、はじめて拘束力を発揮しうるものとすることも、理由のないことではない。然しそれでは、行政運営の実効性を妨げることになるから、行政行為がなされたときは、これに、原則として、有効な行政行為としての通用力を認めることには、実際の必要に即した合理的根拠があるといってよいのである。[12]

もっとも、わが国においては、この効力は、行政優位の伝統の下に、従来から、当然のこととして認められて来ているのであるが、右に述べた所から知られるように、それは、行政行為の公権性に基く、その固有の効力とは認めることができないのであって、いわば、合目的的に、行政行為に附着せしめられた特殊な効力と解すべきものであろう。

三　そこでいよいよ、このような公定力が、事実行為にも認められるものであるかについて考えてみよう。

この点につき、田中博士は、「事実行為であっても、公権力の行使に当る行為については、処分と同様、一方的に相手方の受忍を強要する公定力を生ずるものと考えられる」とされ、[13]また、広岡教授も、即時強制につき、その中に含まれる受忍下命の公定力の現われとして、「受忍を要求する行政意思に優位した妥当力が認められるからこそ、相手方が自己の判断でそれに対する服従を拒否できない法的地位におかれるのではなかろうか。」と述べておられる。[14]

しかし、行政行為については、有効な行為としての通用力が認められる所に、公定力の現れがあった。これに対し、事実行為については、効力問題はないのであるから、公定力を認むべきものとすれば、その効果は、当該行為の適法性の如何に拘らず受忍義務を生ずる点に見出すの外はなく、田中博士および広岡教授の説も、結局そういうことに帰

着しているのである。しかるに、行政行為については、このような意味での公定力を認めることができないことは先に述べた。従って、事実行為について、なぜ、それが認められるのかは、当然に、問題とされねばならぬところである。しかして、この点につき杉本良吉氏は、「処分が一応行政権の責任ある判断によってなされたものであるのに、その効果を私人に勝手に否定させては、行政目的の実現に種々の障害の生じるのをおそれたために」[13]、事実行為をも含めた意味で、処分の取消訴訟が認められているのだ、と説いておられるが、「その効果を私人が勝手に否定する」ということの意味は、上述のところを逆に考えれば、行政行為と事実行為では、同じではあり得ないことは明らかであろう。

しからば、事実行為については、その適法性の如何に拘らず、受忍義務を生ずるというのはどういうことなのであろうか。これを具体的に考えれば、行政権の行使としては、かりに事実行為が違法であっても、実力により抵抗を排除し、その目的を達成することは、相手方の受忍義務を前提とする以上、適法行為ということになろう。また、相手方の不服従は、法律上の義務違反として、処罰の対象となるということにならざるを得ない。そして、おそらくは、これ以外に、公定力の効果を考えることはできないであろう。

しかし、前者が背理であることは、多くを言わずして明らかであろう。これでは、法律による行政の原則は、全く踏みにじられたにひとしいのである。

しからば、後者はどうか。この場合には、不服従又は抵抗の態様にも様々なものがあろう。

すなわち、最も単純な場合としては、立入・検査に対する拒否、妨害、忌避などの行為がある。この場合には、消極的な不服従又はそれに近い状態が存するに止まる。

しかし、場合によっては、暴行・脅迫を伴うことがあろうし、又、継続的な物の留置、人の収容などの場合には、

実力による奪還、逃走などのことが考えられる。

ところで、立入検査等に対する消極的不服従については、罰則の定めがあるが（例、風俗営業取締法七条四項、古物営業法三〇条二号、消防法四四条二号、結核予防法三〇条三二条）、この規定は、当該行為の適法性の如何に拘らず、不服従を処罰するという趣旨のものであろうか。

そうとは考えられぬことは、先に行政庁の命令（＝行政行為）違反行為に対する罰則の適用について述べたのと同様であるが、とくにこの場合には、即時、直接の実力行使によって、自己の自由又は財産に対する侵害が行われる場合であるから、行政行為の場合と異なり、争訟手続による救済の途はない。従って、これへの無条件の随従を要求することは、自己の正当な権利を防衛する途を、全く閉す結果となることに注意しなくてはならぬ。

又、不服従の行為に暴行・脅迫が伴うときは、公務執行妨害罪（刑九五条一項）を構成することになるが、この場合の公務員の職務行為が適法行為を指すものであることは、通説判例の認めるところである。もっとも、この場合における具体的適法要件の存否については、主観説、客観説、折衷説の対立があり、判例は、公務の保護に重きを置いて、適法要件をゆるやかに解する傾向があるといわれているが、[16] いずれにしても、単に、公の行為なるが故に服従を要求するという、公定力説の立場とは明らかに異っているといわなくてはならぬであろう。又、留置された物の実力による奪還が許されぬのは、占有の保護に理由があることで（刑二四二条）、公権的行為に基くかどうかは関係がない。

さて、このように見て来るならば、行為の適法性の如何に拘らず、相手方に受忍義務を生ずるという意味での事実行為の公定力なる観念は、行政作用の公権性にまどわされた、幻想の所産に外ならないものであることが明らかであろう。これに対し、このような説は、公権力の優越性を無視したものだとの非難があるとすれば、そのような批判は、権力の単なる優越性ではなく、絶対性を主張するものであることを指摘しなくてはならぬ。先にも述べたように行政行為の公定力にしてもその公権性に基くものではないのである。

繰返していうが、行政行為の公定力は効力問題であり、それを認めなければ、行政は停頓してしまうであろうが、それを認めても、相手方の権利保護の途が閉されてしまう訳ではない。

ところが、権力作用としての事実行為は、相手方が拒否しても執行することができるのだから、[17] その上公定力を認めて、違法な執行迄も保護する必要はない。いわんやそれによって、相手方の正当な権利を防衛する途を一切封鎖してしまうことは、到底正当な見解とは思えぬのである。

(1) 神谷昭「行政行為の公定力」ジュリスト臨時増刊「学説展望」(昭三九)八二頁以下およびそこに掲げる文献参照。なお、本稿は、この問題を追究するのが主題ではないから、以下においては、一応、私の考えを述べるに止める。

(2) この点につき、私的独占禁止法九七条が、九〇条に定める確定審決違反に対する罰則の外に審決違反に対する過料を定めて、確定前の審決についても、その履行を間接的に強制しているのは注目に価する事例である。

(3) 最高昭和三六年三月一五日大法廷判決、民集一五巻三号四六七頁。もっとも、ここで「その違法を主張できない」というのはその効力を否定できない意味と解すべきであろう。なお、ある処分が違法ではあるが取消されていないから有効と判示した例に、最高昭和三〇年一二月二六日判決、民集九巻一四号二〇七〇頁がある。

(4) 最高昭和四〇年四月二八日大法廷判決判例時報四〇六号一二頁。

(5) 行政行為の公定力を適法性の推定に基くと解する見方はとらない。この観念は、法治主義の下では、本来適法処分にしか認められない筈の効力を、適法性の審査を受けない行政行為に認めるところから、そのつじつまを合せるためにもち出されたに過ぎないものと思われるが、公定力を認める根拠は別にあるのであるから、公定力と適法性の推定との間に論理必然的な関係はなくいわんや後者に基いて前者が認められると解すべき制度的根拠は存しない。

(6) 最高昭和三六年四月二一日判決、民集一五巻四号八五〇頁。

(7) この問題については、なお検討の余地が残されているが、他日に譲る。いずれにしても、刑事事件においては、公定力を極め手に持ち出すことはできないというべきであろう。

(8) 美濃部達吉「日本行政法」(昭一一)八六頁以下。

(9) O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3.Aufl., I.Bd., S.95. (1924)
(10) Schwarz, American Administrative Law, 2.ed, p.12,89. (1962)
(11) 従って、現在は、アメリカにおいても、多くの場合、効力を争う側からの出訴を要することに改められている。Cf. Schwartz, op. cit., p.187.
(12) 田中、新版「行政法」二九三頁。
(13) 広岡、前掲論文一一〇頁。
(14) 杉本、前掲論文三六六頁。
(15) 学説・判例の傾向については、内田文昭「公務執行妨害罪における職務行為の適法性」ジュリスト三〇〇号「学説展望」（昭三九）一三四頁、吉川経夫「公務執行の適法性」ジュリスト「刑法判例百選」（昭三九）一一六頁。
(16) もっとも営業所などへの立入は、関係者の拒否をも押切って立入ること迄認めるものではない（「行政法規に定める公務員の臨検及び収去の権限と憲法との関係について」昭和二四年七月二七日法制意見第一局長回答、法務総裁意見年報二巻一八九頁。佐藤達夫「行政法」改訂二版（昭三八）九七頁参照。）従って、立入権の実効性は罰則によって担保されているに止まるが、このことも、違法な立入り行為に対する拒否までも処罰すべしとする論拠にはならぬであろう。

四　事実行為取消訴訟の存在価値

一　事実行為の公定力を否定したからといって、直ちに、事実行為に対する法的救済の必要乃至可能の否定を意味することにはならないことは、既に述べておいた。

しかし、事実行為に取消訴訟を認めることに、訴訟法上どれだけの意味があるかということについては、行政行為の取消訴訟に準じた、次のような基本関係が、どこ迄成り立つかの吟味からはじめる必要があろう。

(イ) 事実行為の取消（実は違法宣言）を求めるには、取消訴訟の形式によらなくてはならぬこと。

(ロ) 出訴期間（行訴法一四条）の経過により不可争力を生ずること。

(ハ) 事実行為の違法を理由とする通常の民事訴訟、例えば、物の留置の違法を理由とする返還請求は、事実行為が無効（?）の場合でなければ認められないこと。

この中、(イ)の原則は、事実行為の取消訴訟を認め、それについて特別の訴訟手続を定めている以上、当然のことといってよい。しかし、問題は、それが、(ロ)及び(ハ)の原則とどう結びつくかにある。

そこで、先ず、出訴期間の制限についていえば、杉本氏はその起算点を、「事実行為的処分の開始の時ではない」が、「『事実行為的処分により権利を侵害されたことを知った日』の意味に理解すべきである。」と説いておられる。(1) しかし人の収容、物の留置など、継続的性質の事実行為については、それが終る迄は出訴期間は進行しないものとみるべきであろう。けだし、その間は処分（＝事実行為）は現に存しているのだから、これに対し出訴し得ないとするのは背理だからである。(2) 他方、事実行為が終了すれば、訴の利益もなくなるのが通例といえるから（例外はあり得る）、事実行為に関しては、出訴期間の制限は、殆んど意味がないといってよい。

次に、(ハ)について考えてみよう。裁判所は、行政権の行使についても、その違法を審査しうるのであるから、行政行為の場合と異り、効力問題を前提としない(ハ)の訴訟が許されない理由はない。それが(イ)の訴訟を認めた趣旨に反することとなるかといえば、そうともいえないであろう。けだし、この訴訟が可能なのは、事実行為の存続期間中に限られることは当然であるが、その間は出訴期間も進行しないのであるから、不可争力をふみにじることにはならないし、現行法の下では、これも、争点訴訟（行訴法四五条）の一種と解されるから、行政庁に防禦の機会が与えられることも、抗告訴訟の場合と同じである。ただ、事情判決（行訴法三一条）だけは、民訴ではできないが、このことを理由に、それが許され

ないとするのは、理由が薄弱に過ぎる。

二　では、事実行為の取消訴訟を特に認める必要はないかといえば、必ずしもそうではない。

その一つは、執行停止（行訴法二五条）の必要ある場合で、現行法は、事実行為についても、明示的に、民訴の仮処分の適用を排除する旨を定めているから（行訴法四四条）、通常の民事訴訟を提起したのでは、仮の救済は受け得られないことになる。（もっともこれは、行訴法四四条の規定の方に問題があるといえるかも知れない。）

その二は、通常の民事訴訟では、救済の途が全くない場合で、人の収容の如き場合がこれに当る。このような場合には、人身保護法により救済を求めることも考えられるが、人身保護規則四条は、請求の要件をきびしくしぼっており、同条の趣旨からいえば、むしろ取消訴訟によるのが原則と解される。

また、被拘禁状態の下における自由権の侵害についても、抗告訴訟により争うの外はない。この種の事案の典型としては、在監者の処遇に関する不服の訴がある。その先駆となった大阪地裁の一判決(8)は、すでに旧特例法の時代に、「本件請求中には、『信書の発信を止めた行為』、『信書の抹消』、『日数をかけた通信の検閲』、『通信等を上級官庁等に示した行為』等字義からすれば、あたかも被告のした事実行為の取消ないし無効確認を求めていると見られるものがある。しかし法的な行為でない事実行為の取消ないし無効確認というのは表現自体としてもまた理論的に考えても、奇異かつ無意義であるから、それは、救済上特別の事情があって、将来に向って各事実行為（勿論法律的変動を起している事実行為に限らるべきであるが）の差止めを求めている意味に解される場合のほか、正常の場合は、各事実行為に先行していると認められるような行政処分がありとすれば、その行政処分の取消ないし無効確認を求めているものと解するのが相当である」と述べて、信書の発信を止めた処分、新聞の講読を禁止した処分の無効確認、原告が発受信する通信の内容を、一定の場合を除き、抹消してはならぬ義務の確認、新聞、文書、図画を、一定の場合を除

き、抹消、削除することなく閲読を許可しなくてはならぬ義務の確認の請求を認めた。その後更に、図書購読禁止処分の外、過去の軽屏禁執行期間中における戸外運動、入浴及びラジオ放送の聴取を禁止した処分を取消した判決(津地裁)[4]も現れた。

これらの判決によって、無効又は取消の認められた処分なるものは、もしあったとしても、処分庁の意思の通知に過ぎないもので、何等、独立の法的効果を有するものではない。被拘禁者の求めているのは、処分庁の作為によって奪われた自由の恢復であって、もとよりそれは事実行為に対するものである。従って、これらの無効又は取消も、実質的には違法宣言に外ならないもので、まさに、典型的な、事実行為の取消判決であったといってよい。このような訴訟が、旧法時代に既に現れていたということは、興味のある事実であった。なお、これらの判決の理論構成は、先に述べた広岡教授のものと同質であるが、この場合には、受忍下命と考える余地もないことに注意すべきであろう。けだし、ここには、処分庁の、被拘禁者の自由を奪う行為があるのみだからである。

また、これら両判決は、過去に完了した事実行為についても、取消又は無効確認を認め得るかどうかの点については、見解を異にしている。もし、現行法上、大阪地裁判決のような不作為義務の確認は認められないとの解釈(私は反対であるが)をとれば、津地裁の判決のみが可能となろう。この場合にも、過去に完了した行為について、訴の利益ありと認め得るかどうかについて疑問はあるが、将来反覆のおそれありとすれば、行政事件訴訟法九条により、積極に解することもできるであろう[5]。しかし、これらの点に深入りすることは、ここでは必要がない。差し当り、これらの事例を通じて、人の精神的又は身体的自由の拘束に関しては、事実行為の取消訴訟が有用であり得ることを指摘して、本稿の筆を納めることとしたい。

(1) 杉本、前掲八四頁。田中、新版「行政法」三一五頁も同旨。

(2) 例えば、違法に病院に収容された者が、三ヵ月を過ぎれば出訴できなくなるというのは、現に違法な収容行為が継続している以上おかしなことであろう。

(3) 大阪地裁昭和三三年八月二〇日判決、判例時報一五九号六頁。

(4) 津地裁昭和三六年一〇月二一日判決、判例時報二七九号六頁。

(5) 市原昌三郎「行政事件訴訟法第九条かっこ書の意味」公法研究二六号（昭三九）一八二頁以下参照。