

## 行政事件訴訟における仮処分

西尾昭

- 一、提 題
- 二、仮処分の性質と行政事件訴訟
- 三、無効確認訴訟と仮処分
- 四、結 語

### 一

會て行政事件訴訟において、民事訴訟に定める仮処分の適用があるか否かを繞つて行政事件訴訟特例法の制定に至る迄、種々の論議のなされた事は周知の通りであつて、一方において仮処分は非訟事件の裁判と同じく、本来の司法作用でなく、行政作用の性質を有するものであつて、司法の觀念に属せずとの前提の下に、仮処分に関する民事訴訟法の適用を否定するものと、他方行政事件訴訟が裁判所の所管事項となり、民事訴訟法に基づき裁判されるに至つた以上、民事訴訟法に定める仮処分に関する規定は行政事件訴訟においても適用されることになるとする見解が対立していたが、行政事件訴訟特例法がその一〇条七項において「行政庁の処分については、仮処分に関する民事訴訟法の規定は、これを適用しない。」と定めた事により、この問題は一応立法的に解決された事になった。<sup>(3)</sup>

ところが行政事件訴訟なる概念の下に包括される所の訴訟においては、その性質を異にする種々の類型の訴訟、曰

く当事者訴訟、抗告訴訟、或いは特別訴訟等があり、就中行政処分無効確認訴訟をめぐって、果して無効確認訴訟が行政処分取消訴訟と全く別個の類型に属する訴訟なりや否や、仮にこれを別個の訴訟とすれば行政事件訴訟特例法一〇条七項の規定の適用があるかどうか、即ち、その謂う所の「行政庁の処分」を狭義のものとして取消原因となる瑕疵を包含する処分のみを指すものと解し、所謂取消訴訟のみにその適用ありとしうるや否やについて、諸家の説必ずしもその結論を一にしていけないのであり、更に裁判所のなす仮処分の性質をめぐって、それが裁判所の本来有する権限なりや否やに關し、行政権と司法権の分立に絡んで、裁判所が仮処分をなす権限を持つか、換言すれば行政事件訴訟特例法一〇条七項が、単なる注意的規定か創設的規定かに及んで争いがあり、行政事件訴訟特例法の内包する種々の疑義の一つとしてこの点を取り上げて考察し、行政処分の無効を請求の原因とする訴訟にあっては、民事訴訟法における仮処分の規定の適用ありとする見解を述べるものである。

註(1) 兼子一 行政事件の特質(法律タイムズ二巻七号一八頁)

(2) 「日本国憲法の施行に伴う民事訴訟法の応急的措置に關する法律が、その第八条において、行政庁の違法な処分を取消または変更を求める訴の出訴期間を定めたことにかんがみると、このいわゆる行政訴訟については他の法律に別段の規定がないかぎり、民事訴訟法に基いて審判をさせる法意であると解するので適當であり、従って本件のごとき行政処分の執行の停止については、できるだけ同法における仮の地位を定める仮処分の規定を準用するのが相當である」と考ふる。東京地裁昭和二三年二月二日決定(柳川真佐夫 保全訴訟七九頁)

(3) もとより行訴特例法一〇条二項に規定する行政処分の執行停止命令も本案との關連が手続上密接な特殊仮処分と考えられる(兼子 特殊仮処分の手続(民事訴訟雑誌一号))が、こゝで問題にしているのは、本案訴訟とは別個独立の訴訟手続として取扱われ、本案の係属を前提としない民事訴訟法に規定する仮処分についてである。

## 二

さて、仮処分の性質がどの様なものであるかについて考察すれば、それは本案訴訟を想定して發せられ、被保全権

利の終局的確定乃至実現に至る迄の暫定的仮定的措置を講じ、仮処分債権者の保護を図ることを目的とする非訟事件<sup>(1)</sup>の裁判の性質を有するものとする非訴訟説と、保全訴訟も訴訟上の形成訴訟なりとする訴訟説<sup>(2)</sup>とが対立するが、前説によれば仮処分の決定は裁判所がその本来の権限としてなす司法作用に附随する一種の行政作用であり、所謂実質的司法作用でなく、従って特に法律が規定しない限りは、裁判所は仮処分をなしうる権限を有せず、法律は民事訴訟についてののみ、仮処分を認めているのであるから、然らざる事件については仮処分をなす権限を欠くとゆう理論が成立するのであって、<sup>(4)</sup>行政事件については行政事件訴訟特例法一条により、「民事訴訟法の定めるところによる」とされてはいるが、私法上の権利関係についての訴訟である民事訴訟と異り、行政権の作用としてなされる行為についての訴訟であり、行政権の作用に関し、本案訴訟の確定前に裁判所が、その行使についての制約をなすが如き仮処分をなす事は、行政権の独立に対する侵害であり、権力分立の趣旨に反するとの立場よりすれば、行政事件の性質上、民事訴訟法に定める仮処分の規定は当然にその適用の排除を見る事になるのである。

もとより、行政事件訴訟は行政庁の作用に対する訴訟であり、私法上の行為に対する訴訟とその性質を異にする事は明白であり、それ故にこそ行政事件訴訟なる概念が成立する訳であるが、それが法律上の争訟として、民事訴訟法の原則的適用を受けて審理せられるタイプの訴訟である限り、原則的に仮処分の規定の適用ありと考えられるのである。即ち民事訴訟における実質的利益の保護を目的として仮処分なる制度を認め、本質的司法作用でない仮処分の権限を司法府作用として裁判所に与えている所以は、これを以て裁判所において司法的形態による本案訴訟の附随的作用としてなさしめるを適当としている為であり、民事訴訟の目的を十全に完遂せしめるを目的とする作用である事を考える時、司法作用、行政作用の別を絶対的に解し、行政事件訴訟の特質にのみ注目して、その民事訴訟としての一般的性質を軽視する事はできず、裁判による実質的利益の保護の必要ありや否やを基準にして解すべきであり、専ら行政事件訴訟においても、仮処分による利益保護の必要の存否、軽重等に着眼して判断すべきであって、当該事件が

行政事件であるか、民事事件であるかとの形式的判断のみにて仮処分<sup>(5)</sup>の適否を定める事はできない。従つて、行政事件訴訟特例法一条に謂う所の「民事訴訟法の定めるところによる」とは当然に行政事件訴訟についても民事訴訟法に定める仮処分の規定の適用あるを相当とする。それ故にこそ、その一〇条七項において「行政庁の処分」のみに関しては仮処分に関する規定の適用を排除しているものであり、これを以て行政事件訴訟における仮処分の規定の排除を前提とする注意的規定と解する事はできない<sup>(5)</sup>。

然らば行政事件訴訟特例法一〇条七項によつて仮処分を適用しえない訴訟として如何なる類型のものが考えられるであろうか。

一〇条七項によれば、「行政庁の処分について」は仮処分の規定の適用がないとしている。これは一条に言う所の公法上の権利関係に関する訴訟以外の訴訟、所謂抗告訴訟について本条が適用される事を示すものであり、一般には公法上の権利関係に関する訴訟については仮処分の規定の適用があることは多くの学説、判例が認めており、前述の如く行政訴訟について仮処分をなす事は必ずしも行政訴訟の本質に反するものではなく、実定法の規定により仮処分をなしうるのであるから、行政庁の処分を争う訴訟以外の訴訟においては一〇条七項は適用されない。

しかし乍ら抗告訴訟以外の訴訟であつても所謂特別訴訟については、その性質から見て抗告訴訟と用じく仮処分の規定の適用はないと考えられる。即ち機関訴訟（地方自治法一四六・一七六条）民衆訴訟（公職選挙法二〇二・二〇三条）納税者訴訟（地方自治法二四三条の二、二項）等の如き訴訟にあつては、提訴者は直接権利を侵害せられたものでもなく、又行政客体でもなく、特に法律が訴権を認めた事項に属するもので通常の法律上の争訟でなく、その裁判は本来的司法に属せず非訟事件の性格を有するから、かゝる事項を訴訟物とする本案訴訟を基礎とした仮処分は認められないが、これに対し、納税者訴訟等においては認むべしとの意見もある<sup>(6)</sup>。更に特別訴訟に類似する訴訟としての行政庁の職務執行の停止、選挙の執行の停止、直接請求の手段としての署名の蒐集、及び住民投票の施行の停止等、

行政庁の処分といへないものについてもその性質上同様と考えられる。<sup>(9)</sup>

註(1) 菊井維大 仮処分と本案訴訟(民事訴訟法講座四卷一二二八頁)

(2) 柳川 前掲書六六頁

(3) 沢栄三 仮の地位を定める仮処分(民事訴訟法講座四卷一二五七頁)

(4) 従つて非訟事件について申請された仮処分は通例その訴訟要件の欠缺の故に不適法なりとされる。(三ヶ月章・中務俊昌

戦後の仮処分判例の研究(民事訴訟雑誌一号一六九頁)参照

(5) 浅賀栄 行政訴訟の諸問題五一頁以下参照

(6) 浅賀 前掲書五七頁以下。園部敏・天野勝久 行政法判例一六〇頁参照

(7) 高橋貞三 行政法論三一六頁

(8) 柳川 前掲書一三〇頁

(9) 田中二郎 行政争訟の法理一〇一頁、一四二頁参照

### 三

さて、こゝで問題として採り上げる事は、行政処分の瑕疵を請求の原因とする訴訟において、その瑕疵の程度、態様に依じて通常これらは無効確認訴訟と取消訴訟とに分けられ、行政処分の無効を攻撃する訴訟については、訴願前置、出訴期間等の制限がないと解せられるが、この場合同様に仮処分の不適用規定の適用をなしうるかどうかについてはその説が分れるのであつて、以下これについて検討し、無効確認訴訟については行政事件訴訟特例法一〇条七項の仮処分排除規定の適用なき事を述べる。

通常、行政処分の瑕疵を攻撃する訴訟において、それが無効の場合であれ、取消しうべき場合であれ、同一の範疇に属するものとして理解する場合は、瑕疵の態様がその何れであっても、行政事件訴訟特例法二条の訴として、この両者を区別して取扱わず、仮処分規定の適用の問題についても、一〇条七項が存する限り、これを否定するのであ

る。即ち「第二条の訴」に無効確認訴訟が含まれると解するときは一〇条の規定もそのまま適用されるのであって、七項の「行政庁の処分」の意味を問題とする迄もなく、無効確認訴訟の対象たる行政処分にも民事訴訟法の仮処分規定の適用なき事明かであるとし、又、行政処分の無効確認訴訟はその性質が確認訴訟でなく形成訴訟とみるべきで、従ってそれは特例法上は抗告訴訟即ち行政処分の取消又は変更に係る訴訟の中に当然包含されるものと解すべきであり、その両者に概念内在的な本質的相違はないのであって、特例法中文言の上からは二条の訴についての規定とみられるものについてもその適用乃至準用が一応問題とならざるをえずとして取消訴訟と無効確認訴訟とを区別することなく訴訟要件を統一する事が必要であるとするものがあり、更に無効の行政処分についても判決確定前に行政庁の処分の效力を停止するについては一〇条二項の執行停止の方法によるべきとし、行政処分が無効である場合は取消しうべき場合と異って、客観的に見れば適法の推定を受けず、自力執行性もないのであるから、かゝる処分の效力の執行停止をなすことは無意味であると考えられるが、行政処分の無効確認を求める訴訟においては、被告たる行政庁は当該行政処分の自力執行性を主張するのであるから、それを主張しえないことを公権的に宣言する必要がある、行政処分が無効な場合、裁判所はかゝる意味において執行停止をなしうるのであって、行政処分の瑕疵の無効と取消との限界は極めて困難であるから、両者を同一に取扱う方が却って国民に容易に権利保護の途を開くことにもなる<sup>(5)</sup>とし又、実体法上瑕疵の二態様を認めるとしても、現実にその区別の明瞭なるものが争訟の対象となることは殆んどなく現実に訴訟で争われるのは常に行政庁によって確信的に有効と主張され、原告によって無効を主張される行為、即ち效力の判定に争いあるものであることをおもう時、不明確な区分によって重大な帰結を齎すような主張を根拠づける事は適当でなく、行政行為の效力そのものを争う訴訟はその瑕疵の態様如何に拘らず被告適格、出訴期間、その他訴訟手続上の諸要件を統一し、理由文において行政行為の無効を主張するに止まるのみの訴訟と区別することは訴訟手続の混乱を避ける意味で決して無意義でないとする見解がある<sup>(6)</sup>。

判例においても無効確認訴訟を取消訴訟と別個の類型に属するものと認めつつも、これを本案とする訴訟において仮処分の適用を排除するとなすもの多く、無効処分であつてもいやしくも形式上行政庁の処分として存在する以上訴訟の結果取消されるか、或いは判決により無効とされる迄は処分の効力は失われないのであつて、特例法一〇条七項の趣旨はこれらの判決確定前に行政庁の処分の效力を停止するについては同条二項による執行停止の方法によるべく民事訴訟法の仮処分に関する規定によることは許されない趣旨と解するものや、無効確認訴訟を公法上の権利関係訴訟（当事者訴訟）と解しつつも、実際の運用上、抗告訴訟における行政処分の取消原因たる瑕疵と、無効確認訴訟における行政処分の無効原因たる瑕疵とは理論上は区別しえても、実際上は極めて類似し、両訴訟を全然区別し、別個に取扱う事は適当でなく、又抗告訴訟を提起して行政処分の執行停止を求めるには嚴重な制限があることにより、訴訟の原告側に立つ者が故意に抗告訴訟を避け、無効確認、又は行政処分の無効を前提とする別の訴訟を本案として仮処分を申請し、もつて行政処分の執行停止に関する嚴重な制限を回避しようとする傾向を馴致した等の理由から一〇条七項をその規定の位置に拘泥することなく、その文言の行政処分の効力が問題となるあらゆる場合にそれを適用することが適切で、無効確認訴訟についても取消変更訴訟と同様嚴重なる制限の下においてあるが執行停止という仮処分を認めるを相当とし、一〇条七項の規定は行政処分の効力が問題となるあらゆる場合において適用あり、行政処分を停止する仮処分をなしえないと解するを当然の帰結として<sup>(8)</sup>いるものがある。

これらに対し、無効確認訴訟を抗告訴訟と性質の異なるものとなす立場においては、それを本案とするときは仮処分が許されるとする見解があつて、元来取消訴訟において、嚴重なる制約の下に一種の仮処分措置としての執行の停止が認められるが、かゝる嚴重な制約を定めているのは処分に内在する瑕疵が輕微であることを前提とし、行政の円滑な運営を考えた為であるが、行政処分に重大且つ明白な瑕疵があり、当然無効と認められるべき行政処分については行政の円滑な運営を理由としてその執行を保障する根拠は最早成り立ち得ないのではないかと思われるのであり、

一〇条七項の行政庁の処分というのは取消の対象になった処分の意味に解すべきで、これについては別に執行停止の手段が認められているために、仮処分に關する民事訴訟法の規定の適用を排除したままで、無効の処分については、仮処分に關する規定の適用を認めるのが取消しうべき処分に対する場合との均衡上からも当然と見るべきであるとなし、又、抗告訴訟以外の行政訴訟についても何等かの保全処分を認めないと、結局国が権利者に実質上の利益を与えないことになり、不当で、仮処分は本来裁判所に属する機能であり、権力分立論よりおきる問題も、少くとも具體的な訴訟事件として法廷に現われた限りにおいては、司法は行政に対立し、行政に対する一般国民の権利を擁護する立場にあるのであるから、司法による行政の支配は法の当然予想するところであるとしている。<sup>(9)</sup>

判例も、無効と取消の區別を判然と認めるものがあり、行政処分は無効原因はその取消原因と異り、その瑕疵欠缺は遙かに重大深刻で、当該訴訟行為の中枢に頑強に巢喰い、到底抹消することができない致命的盲点であり、かような災厄病陥の存在は個人の尊嚴を毀損するばかりでなく、ひいては行政行為本来の目的たる公社増進の要請にも背反することが甚だしいから、前記規定は可及的制限的に解すべきで、本件本案請求のような行政行為の無効確認を求めたる訴には濫りにこれを準用、又は類推適用するのは不当であり、かような訴については結局一般法律又は原則により仮処分に關する民事訴訟法の規定を適用する外はないものといわざるをえないとし、又一〇条七項にいう「行政庁の処分」は取消の対象となつた行政庁の処分を指すことが容易に理解されるのであり、或いは当然無効の行政処分と雖も取消等の目的となる行政処分と同様形式上は存在するから、この行政処分にも他の行政処分についての執行停止に關する規定が類推適用されるとゆう見解があるかも知れぬが、前記特例法の規定は明瞭に取消等の目的となる処分を当然無効の処分とを區別し、前者に対してのみ前述の仮処分的制度を設け、後者に対してはこの制度の適用を除外するのであるとしている。<sup>(12)</sup>

凡そ無効確認訴訟を本案とする仮処分の適否については以上に見た如く、その見解は分れているのであるが、実体



法上、瑕疵ある行政行為を分つて無効のものと取消しうべきものとする事が認められてをり、前者は本来效力を有せず、後者は取消を俟つて始めてその效力を失うものとせられるのであるが、この区別は手続法上も認めてよいと考える。一説によれば実体法上の問題と手続法上の問題は自らその観点を異にし、実体法上認識せられる区別と雖も、手続法上は手続法的観点から評価するを要するとなすものがあり、これよりすれば、無効の行為、或いは取消しうべき行為というも、それは実体法上考えられるカテゴリであつて、それが訴訟となつた場合、当事者の各々の立場より見れば、或る行政行為を訴訟物として、それを繞つて、それと相対立する判断が生ずるのであり、原告はそれを無効のものとし、或いは取消しうべきものとしてそれに相対立するのであるから、訴訟物たる行政行為の效力如何は判決により確定するのであつて、単に当事者の一方の主張のみによつて当該訴訟の根本的性質を異にする様な結果を来す事は避けるべきであることとなるのである。併し、実体法上認められる瑕疵の二態様を等しく手続法上においても認める必要が存する。というのは、実体法的側面にあつては、無効の行為、取消しうべき行為の区別は、行政機関内部における当該行為を消滅せしむる基準となるにすぎず、相手方との関係においては、むしろその区別の実益に乏しいと考えられる。即ち実体法的関係において、処分庁がその行為に瑕疵ありと認識すれば、それが無効のものであれ、取消しうべきものであれ、当然にそれに対応して当該行為を消滅せしめる筈であり、こゝにおいては、その瑕疵の態様がその何れであつても、その結果よりすれば両者共、同一であるから、無効と取消を分つてこれを論ずる実益に乏しい。従つて、むしろ無効と取消の区別は手続法的—訴訟法的関係においてその実益を見出しうるのである。

通常行政訴訟事項に概括主義が認められている場合、出訴事項の制限がなくなる結果、列記主義の場合は無効概念を立てることによつて、先決問題として通常裁判所の管轄に属せしめることができたという無効と取消の区別の訴訟法上における実益は消滅したとする見方があるが、問題はしかく簡単に論ぜられないのであつて、原告たる行政処分

の相手方との関係において訴訟上無効と取消とを区別して取扱う事の方が「裁判を受ける権利」の十全を期しうると思われるのである。即ち、取消しうべき行為に対し、無効の行為においては訴願前置主義の排除、出訴期間制限の適用、事情判決の除外と共に、仮処分規定不適用の排除が結果として出てくるのである。何となれば、当事者より無効として出訴されている事項に迄、民事訴訟に対する特例を認め、原告に種々の出訴権の制限を課する事が果して妥当であるかを考えるとき、特例法が二条の訴に関し、種々訴訟上の制限を課しているのは、所謂取消しうべき行為はその瑕疵が軽微であるからであり、これを無効行為に迄類推することは、実体法的には何等相当の效力を生ずることなき行為の效力を全面的に認めることとなり、何等效力なき行為が、訴訟に繋属するや全面的に效力あるものに転換すると解すべき根拠はない。或いはこれに対し、無効と取消の區別は通常不分明であり、取消しうべき行為が無効のものとして訴訟上全く異った取扱を受くる事が起り、原告の一方的主張により、処分庁によって有効と主張されている行為に差異を生ぜしめるとの反対説が出るのであるが、元来民事訴訟はその構造上、原告の訴提起により、原告の請求を基礎として訴訟が繋属し、当事者の主張を基礎として裁判所の判断がなされるものである限り、一応原告はその主張を自由になしうるのであるから、請求の原因を何れになすも原告の自由である。従つて請求の基礎に変更なき限り、裁判所の判断により、これを無効確認、或いは取消訴訟として取扱えばよく、無効と取消の區別の困難さを理由として、原告の請求の趣旨に迄制限を加える事は民事訴訟の根本的構造に反することとなると考えられる。故に仮処分申請がなされた場合も、申請人は当該処分を無効と考へ、即ち、何等效力なき行為としてかゝる処分によりその権利又は法律関係に関する保全の目的を以て申請するのであるから、裁判所はそれが無効行為に対するものであるとの判断に基づきこれを許可し、或いは取消しうべき行為に関するものと解するときには不許可とすればよく、無効行為と取消しうべき行為との区分が困難、不明確であるとの理由を以て行政処分を争う事件についての仮処分を全面的に排除する事は不当である。即ち無効と取消との區別の困難さはその個々の事件により異なるのであつて、通常の

民事訴訟における場合においても、仮処分申請手続の段階にあっては、当該申請を許すか否かについてその判断が困難である事例の存することは当然であり、それが為に当事者の審訊、口頭弁論による審理（民事訴訟法七四二条）疎明（同七四〇条）等の手段が存するのであって、行政処分の無効、取消の区別の困難さも、通常の仮処分事件の審理における困難さと共に程度の相違であつて、行政分の效力に関する事件が本質的に仮処分に不適であるというが如き理由はない。従つて行政処分の效力に関する仮処分事件にあっては前述の如き審理の制度を丹念に活用し、或いは十分な保証を立てしめるとかして、これが決定をなせばよいのであつて、裁判所における審理の困難さを根拠として国民から、その申請権を奪い、保全の手段を封ずるが如き解釈は妥当でない。

註(1) 無効確認訴訟に関して、元來確認訴訟は現在の権利又は法律関係を訴訟物とすべきであるから、行政処分によつて形成・変更せしめられた結果としての現在の権利、又は法律関係についてのみ確認の利益があるとする見解もあるが、行政行為の特質より見てこれを一連の手續と解し、行政事件訴訟においては確認の利益を有するものと考える。

- (2) 小沢文雄・豊水道祐 戦後の行政訴訟の一般問題に関する判例の研究（民事訴訟雑誌二号）参照
- (3) 園部 敏 行政処分の無効確認訴訟（立命館法学六号）
- (4) 堀五之介 行政事件訴訟特例法に関する一つの疑問（商経法論叢六卷二号）
- (5) 浅賀 前掲書五九頁以下参照
- (6) 小島和司 行政判例研究（自治研究三二卷一号）
- (7) 最高裁 昭和二八年六月二六日判決（行裁例集四卷六号一四六二頁）
- (8) 京都地裁 昭和二五年一月一七日決定（行裁例集一卷三号一一三頁）その他
- (9) 田中二郎 行政争訟との関連より見た行政行為の無効と取消の区別（一）（法学協会雑誌七二卷一号）
- (10) 柳川 前掲書一二三頁以下
- (11) 青森地裁 昭和二六年二月一四日判決（行裁例集二卷一二号二一五七頁）
- (12) 大阪高裁 昭和二五年六月二一日判決（行裁例集一卷七号一〇一四頁）
- (13) 柳瀬良幹 行政法一二六頁

凡そ仮処分のみに限らず、行政事件訴訟特例法において定められている種々の訴訟手続についてこれを見るに、行政権の行使とこれに対する国民の権利との関係において、行政権優越の傾向が顕著であり、通常の民事訴訟手続において認められた権利を広く制限し、著しく原告―国民に不利益な点が多い事は否定できない。

即ち、出訴要件における訴願前置主義、執行停止命令についての内閣総理大臣の異議等について見ても、訴願という行政上の手続が何らかの事由でなされなかった時には二条但書の場合を除いて最早司法上の救済を受ける事はできず、仮令それが行政庁の違法処分と雖も自力執行性と結合して当事者間の法律関係を変更せしめるという方式、或いは例外的にのみ認められる行政処分の執行停止命令についてさえも、当事者の一方である内閣総理大臣の異議により、又は公共の福祉の名の下に排除されてしまう規定の如く、司法的關係においても当事者の一方にのみ優越的地位を与える方式は、凡そ近代国家において自明の理として考えられている「法の支配」の観点から見て実に不合理であり、一般に行政行為はそれが公定力を有する結果適法の推定を受けると考えられている様であるが、行政行為と雖も瑕疵を有する事多く、しかも行政主体の一方的な便宜の為に瑕疵ある行為を行い、国民の権利を毀損する事も多いのである。従って行政処分に關する仮処分排除の規定の解釈に當り、その範圍を行政処分の瑕疵を請求の理由とする一切の訴に迄拡張して解する事の不合理なる事は、単に一〇条七項の文言の解釈からのみならず、「法の支配」―国民の権利の擁護―という原則、換言すれば何人も法的關係において平等の取扱いを受けるといふ原理からも判断しうるものであり、具体的には行政処分の瑕疵についての二態様、即ち無効と取消との区分の困難さを根拠として、この瑕疵の二態様を認めず、両者の取扱いを全く同一化する見解は、実体法的關係のみに着眼して、手続法的平面においてこれを看却しているのであつて、行政処分の瑕疵に關連する問題については常に法的救済制度より論ぜられている点に

鑑み、手続法的観点より考察しなければならぬ。これに関して、下級裁判所の判例に明瞭に論ぜられているものがあり、例えば行政処分が取消しうべきものか将又無効であるかの区別は当該処分を違法とする瑕疵が法の定める訴願などではその救済手段として賄い切れるかどうかによって定めるを相当とし、又一般に行政行為が私法上の行為と異り、種々の特質を具有していることに鑑み、その瑕疵の程度、違背した法規そのものの性質及び重要性と共に、瑕疵ある行政行為に対する現行の訴訟制度の機能をも考えあわせ、個々の具体的事案について、それが取消しうべき行為であるか、或いは当然に無効な行為であるかを定めるのが妥当であるという様に考えれば、<sup>(2)</sup>仮処分排除規定の範囲について敢えて無効確認訴訟に対してまでも一律にこれを包含せしめる根拠はない。

要するに行政事件訴訟特例法一〇条七項の解釈としては、無効確認訴訟はこれを含まずと解するを妥当とし、かく解する事が行政権の優越的立場より国民の権利を擁護する趣旨にも合致するのである。

註(1) 渡辺洋三 行政権の優越性と国民の権利(法律時報二七卷七号)参照

(2) 長野地裁 昭和二五年九月二八日判決(行裁例集一卷八号一二二頁)

浦和地裁 昭和二五年一月二〇日判決(行裁例集一卷一号九一頁)