

2007年10月27日

0:44

遅れたけど、おそらく行政行為の公定力について話していると思う。

これは有名な言葉。イメージとしては、例えば、成田空港が空港用地を取得したいとする。もちろん任意買収になるのだが、どうしても売りたくない！というXさんがいる場合を想定する。最終的には土地収用法の仕組みに乗っ取って、まず収用委員会に申請する。それで認定されれば、強制的に買収できる。そういう内容の処分をする。

土地収用法という法律が日本で公益事業に伴う土地強制取得に関する一般法規としての意味を持っている。つまり、色々あるのさ。公安法に基づいて港を整備するとか、単に刑務所を増築したりとか、色々あるのです。そこで、そうしたものをまとめて収容的各事業といい、それが土地収用法の3条に書いてある。強制的に買収するということにはそれだけ公益性がなければダメということで、限定列举されている。そう考えると、航空事業は収容的各事業の基準は満たしているとしていい。

次はどうなるのかというと、本当にその空港の建設に当たって、本当に公益性が高いものなのか、そのためにどうしてもその土地を収用する必要があるか、ということについて「事業認定」というお墨付きをもらうのである。これで初めて土地収用の手続が始まるのである。

そう考えると、予定地に当たっている人は、いつかは必ず土地が取り上げられてしまうということになる。これはどうすればわかるのかというと、事業認定がなされると告示が出されることになっている。

それで移転の期日を以て、土地が移転したり支払いがなされたりするということね。

これが収容の基本的な流れ。問題は「買収処分」の存在である。

ここで公定力という話をすることになる。買収処分＝行政行為であることはわかるね。つまりここでいいたいことはXさんの土地が、Aさんとの契約という形で売ったのではなく、行政処分を介してAに所有権が移っているということがポイントである。さて、Xさんの立場を考えてみよう。

元の土地の所有者Xが、Aさんに買収を持ちかけられたので、いいよ～というふうに、土地の売買契約を結んだ。しかしXは、だまされたり脅されたりしてOKしたのであって本当は売りたくなかった。そこで、あんな契約は無効で、土地を返還しろといった場合どうなるだろうか。この場合、XさんはAさんに対して、あのときの契約は無効だということで、まだ所有権は自分にあるということを根拠にして土地返還請求訴訟で争うことになる。で違法であったと認められれば、土地を取り返すことができるという感じになる。これが、民事の場合。契約であるところなる。

さて、買収処分という行政行為を介している場合にも、このようなことができるのかということが問題になる。つまり、民事の裁判官にこの行政のことを主張できるのか。これはできないのである。民事の契約であった場合のようなやり方ではXは土地の返還を求めることができない。これが従来の学説であり、今もそのようになっている。これはどういうことなのか。ここでは行政行為を介している。行政行為は、いきなり民事の世界で争うことはできないのである。行政行為はそれ自体の取消訴訟などによって争うことになっていて、その手続によって取り消されていない限り、民事の訴訟などで争うことを許さないという仕組みになっている。なのでXさんはまず、この買収処分の取り消し訴訟という争い方をして、その行政処分が違法であるということとその訴訟で認定してもらうということになる。そのような争い方しかできないということになる。そしてその後、Aさんにを相手に民事

訴訟を起こすという二重の手間を取るということになる。これを言い換えれば、行政行為は特別なルートによって、取り消す権限のある機関によって違法取消とされない限りは、他の裁判所は例え違法だと思わせるものだとしてもこの処分を有効なものとして見なさなければならないという特別な力があるということになる。これを「行政行為は公定力がある」という。

このことは法律にはどこにも書いていない。買収処分がされたといったときに、取消訴訟でしか争えないということはどこにも書いていない。しかし、わざわざ取消訴訟という制度が法律上で用意されているという意味は、やはり訴訟の段階で処分を攻撃できるというのはその方法だけだ、という趣旨だと考えるのが自然であるだろうということで解釈上も実務上もこのように考えられている。これが公定力ね。

さらに話したいことは、行政事件訴訟法の規定によると14条に、**「取消訴訟は、処分又は裁決があつたことを知つた日から6箇月を経過したときは、提起することができない。ただし、正当な理由があるときは、この限りでない。」**とあり、6ヶ月しか取消訴訟できないということなのである。短い。つまり、行政行為は取消訴訟で取り消されるときまでは有効である、公定力を有するのだが、その取消訴訟は出訴期間が6ヶ月しかない。時間制限があり、この6ヶ月の出訴期間を過ぎてしまうと、私人は自分からその処分の取り消しを求めることができなくなる。その時に、「行政処分には不可争力が生じた」というのである。行政行為はこの二つの力が相まって、非常に強くなってしまふのである。これは大事である。では、どうしてこんな力を行政行為に認めるのかということである。これは、行政上の法律関係の早期安定化ということである。

それだけではなく、公定力に関していえばいくつかある。というのは取消訴訟しか認められていないということは、Xさんに採ってみても悪い話ばかりではないのである。つまり、民事訴訟で自分の所有権に基づいて変換請求するというのは、結構訴訟方法としては大変なことなのである。主張事項の立証責任も伴うし。しかし、取消訴訟でいくと、端的にこの処分は無効だ、趣旨に反するといえはいいのである。もう一ついうと、行政の立場からいうと、収用委員会が処分決定をしたりしているのだが、結局名目的には国や自治体がやっていることになっているので、民事訴訟で争われると収用委員会が当事者になれないのである。自分の知らないところで行政目的がひっくり返されてしまうとなると困った話である。取消訴訟に絞ると、資料もあるし、裁判審議も充実するだろうということが考えられる。なので、一応意義がないわけではないということね。

公定力に関する論点をいくつか話す。

行政行為は一度やられると、取り消す権限のある機関によって違法取消がされないと有効なものとして扱われる、ということはどこまで維持されるのかということである。

例えば2件並んだレストランがあって、片方で食中毒が発生。すると、なぜかその違う方のお店に営業停止命令が来たというどうすればいいだろうか。人違いの行政処分。こんなでたらめな処分にも関わらず、被害者は営業停止しなければいけないのか。だとすると、バランスがおかしいということになる。あまりにも大きなミスを含んだ行政行為までも取消訴訟でしか争えないとすると、そこまでの特権を行政が享受して良いのだろうかという考え方がある。あまりにも大きな瑕疵のある行政行為は、取消訴訟という方法ではなく、いきなり民事訴訟という方法でも良いのではないかという考え方ね。ということで昔からいわれていたのがこの「瑕疵論」である。

結論を言うと、取消訴訟でしか争えないというやつは、取消訴訟で審理されることによって初めて無

効と取り扱われるのを相当とするような瑕疵、換言すれば、取り消されるまでは有効と扱って差し支えない程度の暇痕（取消事由たる瑕疵）であるということになる。ということは、取消訴訟を経由しなくても無効と扱うことが妥当視されるような重い瑕疵の存在を認めることになる。というように分けている。これが非常に大事である。このような瑕疵が認められるとどうなのかというと、時間制限がなくなる。これが大きな違い。出訴期間の制限がないのである。また、Xさんは取消訴訟の前にいきなり不服申し立てをしなければならないのだが、そういう縛りもなくなる。大きく争い方が変わることになる。

ではその基準は何なのだろうかということである。非常にやばい瑕疵ということになる。大きなミスがあるような場合でよさそうなのだが、昔は無効の瑕疵は重大かつ明白な暇痕とする見解（重大明白説）があった。明治時代には行政裁判所があった。つまり、行政行為についての争いは、日本に一個しかない行政裁判所で争うことになっていた。しかし、無効の瑕疵に関しては普通の司法裁判所で争うことができるというように全く窓口が変わってしまうのである。ということは、無効となると、行政のやっている活動を行政に関して知識の薄い司法裁判所が扱うということになる。それを考えると、行政事件を専門としない司法裁判所の裁判官でも容易に重大なミスだとわかるような瑕疵でないとは無効とはいえないと考えられてきたのである。

しかし、今はそんな事情はないので、そこまで入らないだろうと考えるのが通常である。重大であればそれデイだろうというのが主流の胃なりつつある。ただ問題がある。

異質な場合のみ明確性を求める（明白性補充要件説）がある。というのは、第三者がでてくるような行政処分の場合を想定すれば、その処分を信頼して当事者となる第三者となるものがある場合、当該行政行為が無効だということが認められれば、その第三者が民事訴訟で訴えられるということもあり得るのである。その時に第三者が気の毒にならないようにするためには、その第三者もわかるようなくらい明白なミスでないといけないということになるのである。

例えば税金は課税者非課税者という二人しかいないので、重大であればいい。ではいつ明確性が必要なのかというと、最高裁は個別の事例に応じた利益考慮をしているようである。第三者の保護が必要かどうかとかによって明確性は議論されている。瑕疵はこんな感じです。

次は行政行為の公定力の理屈とかを話す。

行政行為は仮に違法であっても、取消権限のある国家機関によって取り消されるまでは、何人（私人・裁判所・行政庁）もその効力を否めない。取消権限のある国家機関というのがポイント。これは取消訴訟における裁判所という言い方をさっきはした。つまり、取消訴訟というルートにおいては裁判所は取り消し権があるということ。これはほんの一例なのである。まだ大きくって二つある。一つは元々やった処分庁が職権で取り消すと言うことがある。間違えたという場合は自分でなかったことにすることができる。これは誰かの申し立てでやるのではなく、自発的にやるという意味で、法律上「職権で」という言い方をする。そしてもう一つは上級庁が、不服申し立てをしている課程で、取り消すと言うことがある。例えば税務署長のやった処分を異議申し立てしたら、国税局審判所で処分を取り消してくれたということがある。これは、正規の不服申し立てのルートで行くと、国税局審判所という上級庁が取消権限を持っているので、そこが取り消すと言うことがある。以上、

この三つの場合があるということね。

不可争力が発生するというのも、私人から争って裁判所で取り消してもらうというのを6ヶ月で締め切るということなのである。なので出訴期間経過後に処分庁が自分で取り消すということは可能なのである。

薬害肝炎についての雑談は略す。1：20：00位ね。必要に応じてノートを取る。



224薬害...

これはリウマチの薬として使われていた薬が、実は副作用があって、その被害者が争ったやつ。そんな副作用がある薬だったら、ちゃんと承認を取り消すとか、回収命令を出したりすればよかったのに、それをしなかったのはおかしいんじゃないのかということで争った。

最高裁は、厚生大臣が日本薬局方からの削除や製造の承認の取消しの措置を採らなかったことが著しく合理性を欠くものとはいえない、という判断だったが、行政法的にはどうやってその理屈を立てるかが大事である。この点を解説するにはこっちの事例がいい。



223建託...

有限会社Aは、昭和47年10月、京都府知事より宅建業者の免許（以下、「本件免許」という）を取得し、昭和50年10月にその更新を受けた。Aの実質的経営者Bは、手付けを払って他人の物件を自己の物件として売却する手付売買方式で営業をしていたが、多額の債務をかかえ顧客に物件の所有権を移転することが不可能な状況であったにもかかわらず、昭和51年9月、X（原告・被控訴人二附帯控訴人・上告人）に不動産を売却し、手付け金及び中間金を他に流用したため、Xは740万円の損害を被った。そこで、Xは、Aの代表取締役Cに対して損害賠償請求訴訟を提起するとともに（この訴訟はXが勝訴して確定している）、Y（京都府一被告・控訴人二附帯被控訴人・被上告人）に対して、本件免許の付与・更新をしたこと、及び、Aに対する業務停止処分・取消処分等の規制権限の行使を懈怠したことが違法であると主張して、国家賠償請求訴訟を捏起した。

最高裁は、当該業者の不正な行為により個々の取引関係者が損害を被った場合であっても、具体的事情の下において、知事等に監督処分権限が付与された趣旨・目的に照らし、その不行使が著しく不合理と認められるときでない限り、右権限の不行使は、当該取引関係者に対する関係で国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではないといわなければならない、といっている。これはとても緩やかな感じなのだが、結局どのようなときが著しく不合理なのかが問題になる。

学説は要件を大きく4つに分ける。つまり、①重大な法益侵害の危険の存在、②予見可能性、③結果回避可能性、④期待可能性である。今回の事例は、手付け金をだまされたというのは、あとからでも何とかするということで①が否定されている。

このように、薬害のように、役所がきちんと権限を行使してくれていれば、このような損害はなかったのに…というような賠償については、さっきの①～④がポイントになる。

んで、実際はこの四つに加えて、根拠法規の趣旨目的をよく考えるべきだという話があって、それも覚えてほしい。

その上での話は、判決というのはこの四つを何となくというのが典型的なのである。でも先生にいわせれば、この四つは総合判断するべきであると思っている。例えば、建託業のやつはまあどうでもいい、しかし、薬害のような生命健康のような、つまり①が非常に高く重視されるような場合であり、かつ一般人では自ら危険を回避できなく役所への期待可能性が高い場合であれば、②の予見可能性とかそういうのを厳格に要求するのは適切ではないであろう。なので、薬害の例では、やはり行政庁は権限を発動すべきであったと考えるべきだろうと先生は考えている。薬害は救済できる方向で解釈できるようにしたほうがいいということで。

もう一つ、根拠法規の趣旨目的という点だが、



226公害...

これは有名な水俣病の事例。窒素という会社の工場が出した水銀が魚介類を汚染、その魚介類を摂取した人間・動物に被害が発生した。この時、実は一定の区域を指定して排出基準を定めるという権限を相模原市は持っていたのに、それをほとんど発動しないまま被害が拡大した。

「県漁業調整規則が、水産動植物の繁殖保護等を直接の目的とするものではあるが、それを摂取する者の健康の保持等をもその究極の目的とするものであると解されることからすれば、是認することができる。」

と最高裁はいった。つまり、このような趣旨だと解釈するならば、摂取するものの命を守るために熊本県は権限を行使すべきだったがしていないので違法だ、賠償すべしという判断であった。

これは非常に特殊な発想である。しかし、このように趣旨目的を柔軟に解釈して、必要な権限行使をサボらせないという努力を最高裁はし始めているということである。しかし、もともと熊本県は漁業を規制するために規則を定めたのに、最高裁によって「究極的な目的は摂取するものの健康の保持である」みたいなことになると、法律による行政が弱まってしまうおそれがあるので、この解釈はあまり広げてはいけけないのではないかと、これ水俣病のような特殊な場合のみじゃないかと、という風に範囲を慎重に検討しておいた肩がが良いと思われる。

また、行政行為の話に戻ります。公定力の範囲・限界という問題があるので紹介する。つまり、ある行政処分に対して文句を言うには取消訴訟でなければならないとすると、こういう場合にはどうなの？という話がいくつもある。範囲については2つ、限界については3つ出てくる。

これらを理解することで、公定力とは何か、ある行政処分の法的効果に関わる話なんだということを理解できればすぐにわかると思う。取消訴訟のルートというのは、行政処分の法的効果そのものに関わる話なのである。逆に言うと、それ以外の話には関わらない話なのである。

ある土地の所有権についてAさんにBさんの間で争いがある。ある時に一方的にAさんにさんが建物を建てようと建築確認を申請し、申請が認容された。これはBさんにしてみればたまらない。俺の土地だってことで争っているのに、Aさんに勝手に建築確認してそれに役所が許可を出したんだから。ふざけるなということで、Bさんはこの建築確認について争うことができるのか。確認までに、Bさんは自分の土地の所有権を主張する際には行政訴訟をやらなければならないことは全くないわけで民事でよいのである。

つまり何を言いたいかというと、借地の上に建物を建てても良いということなので、Aさんに建築許可が出るのは当然なのである。従って、建物が建築法規で正しいよということを役所は知っているだけであって、建築法規に適合しているということと、その土地の所有権が誰のものかというのは全く関係ないわけである。Aさんに建築許可が下りようが下りまいが、その土地の所有権がAさんにあるのかBさんにあるのか何にも影響がないのである。ということはBさんは処分をいくら争おうとしても門前払いをくらってしまう。

教科書では以下のように書いてある。

「たとえば、ある土地の所有権の帰属をめぐってA、B間に争いがあり、土地を占有しているAが建築物を建てようとして建築確認を申請し、申請が認容されたとしても、そのことによってAの所有権が認められたことにはならない。すなわち、建築確認の公定力は土地の所有権の帰属に及ぶものではないため、Bには自己の所有権を主張して建築確認を争う利益はない。この場合、建築確認という行政行為は、A、B間の民事紛争とは無関係であり、所有権所在に何ら影響を与えるものではないのである。」

もう一つが、原子炉設置許可である。東京電力が原子炉の設置許可申請して、許可をもらったというときに、「東京電力が原子炉を動かしたら危ない！周辺住民の命に関わる。」ということで争いたいといった場合、まず許可の取消を求めた行政訴訟で争うということが考えられる。しかしそれとは別に、東京電力を被告にして民事上の差し止め請求訴訟という争い方もあるのである。もし東京電力に許可が下りようが別にそれは争点にならないのである。

教科書は以下のように書いてある。

原子炉設置許可がなされた場合、原子炉の安全性につき危惧する周辺住民は、当該許可の取消しを求めて行政事件訴訟で争うことが考えられるが、それとは別に、人格権に基づく原子炉設置の差し止め請求を民事訴訟として提起することは何ら妨げられない。差し止め訴訟が認容されたとしても、そのことと原子炉設置許可という行政行為の法効果の帰趨は、論理的に別個の問題として観念されるからである。

次は限界の話。

これは行政行為の違法性が争点になる場合についてである。今までは民事と行政訴訟は別個の話だよねということだったが、今度のやつは、確かに行政行為の違法性が争点になる訴訟なんだけど、ただ必ずしも取消訴訟には属さないものであるといういくつかの限界事例。

一つ目は刑事訴訟の話。行政行為である命令違反を理由に刑事責任を問われて起訴された者が、刑事訴訟において、当該命令が違法・無効であることを理由として無罪主張することができるか。これを考えるにはストーカー規制法の事例がわかりやすい。公安委員会はストーカーというつきまとい行為をしている人に対して、接近禁止命令などを出すことができる。その禁止命令に違反してつきまといえ、その時には刑罰がかかるという規定になっている。

ストーカー規制法2条「この法律において「つきまとい等」とは、特定の者に対する恋愛感情その他の好意の感情又はそれが満たされなかったことに対する怨恨の感情を充足する目的で、当該特定の者又はその配偶者、直系若しくは同居の親族その他当該特定の者と社会生活において密接な関係を有する者に対し、次の各号のいずれかに掲げる行為をすることをいう。」

とあり、とにかくつきまといをしたということで、相手が不安を感じるようになってしまっているという禁止規定があり、不安を感じた人は警告を求めることができる。警察署長はそれに対して

警告などを出す。しかし、その警告に従わないでなおつきまとうと、今度は公安委員会が禁止命令を出す。それにもかかわらずまたストーカー行為をやったら、刑罰が加えられる。そういう仕組みになっている。

この条文を全部読むと、警告に違反してまだやると禁止命令が来て、それでもやったら罰則が来るということで、つまり、この命令によってやってはいけないということが確定して、それに反すると罰則という風に刑事的な制裁がなされるので、禁止命令というのは行政行為だろうという話になる。具体的に権利義務レベルで禁止行動を定めているからね。

それで、禁止命令が出たときに、その行政行為に対して取消訴訟はせずに、相変わらずつきま続た。それで罰則が来て刑事裁判になった。その法廷で自分は無罪だと主張した。しかし「君は処分をもらった時点で取消訴訟をしていないんだから、今更刑事訴訟では何も言えないよ。あの処分は権限ある機関によって取り消されていないので有効である」ということで無罪の主張を一切許さずに有罪になってしまうのか。こういう問題である。

これは罪刑法定主義ということであろう。つまり、ある行政行為が違法であるというときに、それに違反したところで何か法益を侵害されたことにはならない。つまり実質的に悪質なことはない。そんな行為を有罪にして刑を科すということは罪刑法定主義という観点からすると許されないことであり、刑事訴訟に公定力を持ち込むというのはおかしいという話。

国家賠償訴訟の話。国家賠償請求訴訟において公務員の行った行政行為の違法性を主張するにあたり、あらかじめ取消訴訟で当該行為の違法性を確定しておく必要があるかが問題となる。これも全然関係ないと考えられている。あくまでも行政行為の公定力というのは法的効果そのものに関わる話なのである。公務員の停職処分であれば、停職するという効果、それを争うのであれば取消訴訟でしかない。それによって精神的に傷ついたということを賠償しろとなると、それは全く別な話である。その時に、その処分がおかしかったから賠償金を支払えという判決が出ても、それは金銭賠償を認める前提としての行政行為の違法性を認めることにすぎないので、ある処分の法的効果を左右する効果はないのである。

ただし、同じ理屈を税金に関していって良いのかという話がある。あと50万税金を払えという処分が来て、6ヶ月争わなかったので確定してしょうがないので払った。しかし、あれはやはり違うなあと思って、あとからゆっくり国家賠償訴訟を起こして払いすぎた50万を返せといえるかという話。さっきの理屈でいうと50万の増額処分の法的効果自体は争っていない、ただ傷ついた50万を返せということなのでできそうなのだが、お金に関わる処分については国賠は無関係だという風に認めてしまうと、税金に関する公定力がなくなってしまう。なので排他的管轄の意味がなくなってしまうので、こういう場合は国家賠償請求訴訟を認めてはいけないという風に解釈引用としてはされている。教科書は以下のように書いてある。

国家賠償請求訴訟において公務員の行った行政行為の違法性を主張するにあたり、あらかじめ取消訴訟で当該行為の違法性を確定しておく必要があるかが問題となる。この点、学説は、公定力は行政行為の「法効果」にかかわるものであり、国家賠償請求訴訟において問題となるのは「法効果」ではなく、金銭賠償を認める前提としての行政行為の違法性にすぎないとして、取消訴訟を経ることなく行政行為の違法性を主張することを可能としている。ただ、課税処分のように、処分の内容が金銭支払いにかかわる場合には、課税処分の違法性を主張して直ちに国家賠償請求を認めると、粗税法上用意された特別な不服申立てや行政事件訴訟の仕組みが実質的に無意味になってしまいかねないので、こ

のような場合には国家賠償請求訴訟を認めるべきでないとされる。

次は違法性の承継という話である。

行政上の法律関係においては、一回の行政処分で事案が終了せず、関連する行政処分が段階的に複数なされることがある。たとえば、税金の賦課処分がなされたのに納税しないでいると、引き続き滞納処分が行われる。土地収用の場合は、収用事業の公益性を認定する事業認定がなされた後、地権者が任意買収に応じなければ、具体的に土地所有権の移転等をもたらす収用裁決が予定されている。こうした事案において、先行処分の出訴期間経過後に、後続処分の違法性を争おうとする場合に、当該後続処分の前提とされた先行処分の違法性を主張することができるかというのが、違法性の承継の問題である。このような後出しじゃんけんなことを許して良いのだろうかという問題である。後続処分において先行処分の違法性を主張することが遮断されないとすると、違法性が後続行為に承継され、先行処分の公定力が実質的に否定されてしまうのではないかという問題意識が背景にある。

この点については、課税処分と滞納処分のように、独立性の高い行政行為間においては違法性の承継は認められないが、事業認定と収用裁決のように一連の過程として行われる行政行為の間では違法性の承継が認められると考えられている。つまり、ある二つの処分が別個の目的を目指しているか、一連の手続を構成しているか、で分けるのである。前者の場合、課税処分がなされると納税義務が生じ（つまり義務を課す）、義務があるにもかかわらず納税がなされないという事態が生じた場合にはじめて滞納処分が検討される（つまり義務の履行を確保する）ことになるから、課税処分と滞納処分の関係はいったん遮断されている。これに対して、後者の場合、事業認定がなされたからといって所有権はなお地権者のもとにあり、しかも任意買収に応ずる法的義務はなく、土地収用法の制度上は、事業認定に続いて収用裁決が一連の手続として予定されている。もっとも、平成13年の土地収用法改正により、事業認定前の段階で事業説明会の開催や、利害関係者からの請求に応じて公聴会の開催が義務づけられる（土地収用法15条の14・23条）など、事前手続の充実が図られており、事業認定の段階でその違法性を争う環境が整えられたという指摘がある。

先生がこれを説明すると、ちょっとアプローチの仕方が違う。結局は利益衡量の話なのではないかということである。先行行為の法効果を早く確定するという要請と、争って違法の主張を認めないと実行できないという事情を衡量しているのではないかということである。課税処分の場合はちゃんと不服を申し立てするような手段が用意されていて、督促とかいう仕組みもちゃんとあるので、改めて滞納処分がなされたときに後出しじゃんけんな訴訟で課税処分の違法性を主張することを、さんざん督促されていたのを放っておいたやつに認める必要があるのだろうかということである。さんざん督促を出して、文句があるならいうようにって書いてあり、早くしないと強制執行してしまうよってあったのだから、文句があったらいくらでも争えたのである。それをサボっていた人が滞納処分まできたときに先行処分の違法性を主張するなんてことは認められないだろうと考えられる。そういうこと。

もう一つのやつ、事業認定と土地収用のやつ。先行処分の事業認定というのは、ダムを造りたいという東京電力とダムを造って良いと言っている国の関係である。ということは、これはダムを造りたいという人が申請して、おーそれは公益性があるよねと思った大臣が認定するという話なので、肝心の土地所有者が話に出てこないのである。周辺住民は置いてきぼりなのであり、手続的に、そこに関与するという権利保障が非常に不十分だということがいえる。それで、最終的に収用裁決が来て、「貴方の土地をダムの工事で何月何日に使いますよ」という風に急に行ってくるということになる。つま

り、その時に「俺の土地がそんな運命になるとは知らなかった」という人がたくさんいるのである。なので、そういう人にはこの処分、収用裁決を出訴するしかないのである。その時に、そもそもその事業認定がおかしいと争わせてあげないと、ほとんど予定地の周辺住民を救済する機会がないということになりかねない。なので、この場合は違法性を承継させて、先行処分も争わせると考えなければおかしいということになる。

以上公定力の話だった。

演習をやる。

1 NはD市立中学校前に喫茶店を開設したいと思い、食品衛生法五二条（六六条）の許可を求めたところ、D市の保健所はNの施設が衛生上良好であるので許可をあたえた。ところがD市立中学校PTAから、学校の近くに児童のたまり場となるような施設を作るのは教育上好ましくないとの反対が出されている。この場合、D市では許可を取り消すべきか。

この場合は許可を取りすべきではないと思われる。このD市が行う許可というものは、相手方の自由を一度禁止して衛生上の要項をクリアした一部の人に許可を与えるというものである。これは私人の自由を制約するものであるから、やはり自由主義の観点からは制約の要件などはきちんと法律根拠があるものでなければならない。つまり法律による行政の原理である。根拠法規の趣旨目的に従って、根拠法規に書いてある要件効果の範囲で判断するしかない。食品衛生法はどのような趣旨目的でこのように規制をかけて、要件を満たした一部の人に許可を与えるという仕組みにしているのかというと、それは公衆衛生上の観点である。つまり保健所は公衆衛生上の観点からのみで、営業の自由に対する規制ができるのである。教育上の考慮という目的で営業規制はできないのである。法の目的からして、考慮してはいけないことを考慮した権限行使は、法律による行政の原理の趣旨に反するという事で、このような許可の取消はできないはずであるということである。

しかし、他にも、建設許可のように、これは最小限の規制なので余計な理屈を行政はつける裁量などないのだということを言ってもいいのである。

来週は取消・撤回の話をする。これをやると6番の問題に答えられるようになる。

それと附款の話ね。それをやると、2・4・7番の問題に答えられるようになると思う。以上。