

行政訴訟の提起と失効の法理

乙 部 哲 郎

目 次

- 一 はじめに
- 二 失効の法理の観念と適用要件
- 三 失効の法理の根拠と適用領域
- 四 おわりに

一 はじめに

一 行政法における信義則の適用は、とくに行政行為など行政上の行為の適法・拘束・存続性を信頼した市民の利益のために適用される場合に、理論的にも実際的にも重要な意味を有する。しかし、もとより、信義則は、私人の言動を信頼した行政庁側の利益保護の機能をもたないわけではない。実際にも、租税法領域における私人の公法行

行政訴訟の提起と失効の法理

為に對しては種々の理由から信義則の適用はあまり問題にならないとはいへ、公務員の退職願の撤回および免職処分は無効を主張する行政訴訟の提起をめぐって信義則の適用の可否を論ずる判例は多く、信義則の適用を認めたとすも決して少なくない。この二つの場合における主要な差異は、第一に、前者では公務員による退職願の提出という積極的行為(作為)からその撤回にいたるまでの時間的経過が比較的短いのに對し、後者では公務員に對する免職処分について被処分者がその効力を争わないという消極的行為(不作為)が、たとえば一〇年近くも続いた後はじめて同処分の無効確認訴訟を提起し、または、処分の無効を前提として公務員たる身分の確認等を訴求していること、第二に、私人の主張をしりぞける理由として、前者では信義則、後者では信義則の「特別の場合」にあたる失効(Verwirkung)失權と訳されることも多い⁽¹⁾の法理が、それぞれあげられることのほか、第三に、後者では、行政と国民という二面的関係のほかさらに裁判所も関係していることも忘れてはならない。

ところで、行政訴訟の提起との関連で失効の法理を適用する場合、判例は、訴えの提起それ自身が許されず訴權⁽²⁾は無効したとして「却下」の判決をするものがある⁽³⁾。また、訴權が憲法上の権利であることを考えれば、信義則にもとづく訴權の失効の認定はよほど慎重に行なうべきであるとして、結局、当該事案では信義則の適用・訴權の失効を否定しながらも、理論的には信義則にもとづく訴權の失効もないではないとするようにみえる判決もある⁽⁴⁾。しかし、むしろ、判例の多くは、行政訴訟の提起自体は許容しながら、結局、当該請求は「棄却」すると判示するが、これは、信義則を基礎とする失効の法理を実体上の権利との関係で適用し、訴權との関係ではその適用を否定する趣旨であると解される。これらの判例における事案の多くは、国鉄職員などが戦後間もなく行なわれたレッド・パ

ージによる免職処分は無効を主張して行政訴訟を提起したケースであるが、これらの判例によれば、労使の法律関係の早期安定、行政側の信頼と新組織の形成・活動の展開などが、却下説または棄却説のいずれにも失効法理を適用する論拠としてほぼ共通に用いられ、とくに却下説または棄却説をとるための説得力ある論拠は展開されていないように思われる。

他方、学説は、この問題について論じるものはあまりないが、そのなかでも見解は分かれる。一般法原理である「信義則の一適用例」である失効原則は実体法・訴訟法を問わずあらゆる法領域で適用されうること、労働紛争の迅速な解決などを理由として訴権の失効を是認し訴えは却下されるべきであると説くもの⁽⁶⁾、他方、私人の権利保護の機会を不当に奪ってはならないこと、実定法排除の危険抑止などから訴え却下の理由として失効法理を利用することに消極的な見解⁽⁷⁾も有力である。

二 右の問題を検討するにさいしては、失効の法理が信頼保護の観点から適用されることを留意しておく必要があるが、この場合、行政側または裁判所のいずれの信頼が保護されるかをみる必要があるように思われる。このような観点から、本稿は、右の問題について若干の検討を試みるとともに、かつての発言の補足⁽⁸⁾もかねて失効の觀念について多少しばかり検討しよう⁽⁹⁾と意図するものである。

(1) E. Forsthoft, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1 10. Aufl. S. 172. 田中一郎・行政法総論一八四頁参照。

(2) 民事訴訟論の展開のなかで訴権の概念については、抽象的訴権説・権利保護請求権説・本案判決請求権説という種々の見解が主張されている(たとえば、三ヶ月章・民事訴訟法〔昭和五四年〕一九頁以下参照)。本稿では、従来⁽¹⁰⁾の用例にした

がって訴権の語を使っているが、その内容は右の意味における訴権ではなく、むしろ、日本国憲法三二条の裁判を受ける権利の意味である(同書二二頁参照)。

(3) 大阪地判昭和四〇年二月二七日判例時報四四四号九四頁、東京地判昭和四五年六月三〇日判例時報六〇六号九二頁。

(4) 東京地判昭和四四年一月二五日訟務月報一六卷二号一八〇頁、東京高判昭和四九年四月二六日判例時報七四一号一一頁。

(5) 熊本地判昭和四〇年九月二二日行裁例集一六卷九号一五六三頁、長野地判昭和四〇年一〇月五日判例時報四四一号二七頁、静岡地判昭和四一年九月二〇日行裁例集一七卷九号一〇六〇頁、名古屋地判昭和四六年五月二六日判例タイムズ二六五号一九七頁、名古屋高判昭和五三年三月一四日判例時報八八八号一一六頁など参照。

(6) 小西国友「解雇無効の主張と失効の原則」実務民事訴訟法講座九卷三五八、三六五、三四五頁。住吉博・労働判例百選(三版)三三七頁も同旨であろう。なお、失効法理との関連においてはではないが、勧告審決取消訴訟の提起に関し、今村成和・独占禁止法(新版)二六〇頁、金子晃・昭和五〇年度重要判例解説(別冊ジュリスト)二一七頁参照。

(7) 波多野弘「行政法における失効の原則」名城法学一卷二・三号八八、一〇七頁、保木本一郎「ドイツ行政法における信義則」田中二郎先生古稀記念・公法の理論上巻二七七頁。

(8) 公法研究三九号一八一頁参照。

二 失効の法理の観念と適用要件

一 失効の観念については、ドイツで論じられているものをも考慮して、これをいえば、時機に遅れた権利(限)の行使が信義則または信頼保護原則に違反するために許されなくなることを、失効といえることができるであろう。¹⁾ 判例中にも、失効の観念について明示的に同様の概念規定をしたうえで当該事案において免職処分¹⁾の無効の主張が

失効法理に反し許されないかどうかをみるものもある⁽²⁾。しかし、むしろ、判例の多くは、相手方による免職処分無効の主張をしりぞげる場合でも、その理由として信義則違反という点は明示するが、失効の觀念について明示的に概念規定をすることなく、また、「失効」したなどとは明示しないが、これらの判例も、右にみたような失効の觀念からすれば、実質的には失効にあたるとして相手方による処分無効の主張をしりぞけているものと解しうる。

ところで、実際の事案では失効にあたる場合であるかどうかの判断がむずかしいことがある。たとえば、行政法における失効の法理の適用例として、従前の誤った内容の教示回答・確約に反する課税権限の行使が許されなくなる場合や、瑕疵ある授益的行政行為の職権取消権の行使が許されなくなる場合などがあげられることがある。これは、失効法理の適用の効果として行政庁の法定の権限の行使が許されなくなるという点に着目して、これらの場合は、失効にあたるようにも思われる。しかし、この意味における失効は、信義則または信頼保護原則の適用の結果、違法な行政作用の拘束・存続性を認める場合のそのほとんどすべてにみられるであろう。

失効の觀念の考察にあたっては、失効の法理の適用要件をも考慮する必要がある。同法理の適用要件としては、(1)権利の不行使、(2)時の経過、(3)相手方の信頼および準備行為をあげる点ではほとんど一致しており、なお、帰責すなわち権利をもつ者が権利を行使しうることを知っていたか、知りうべきであったことを要件として加えることを説く見解もあるようである⁽³⁾。他方、租税判例は、租税法または行政法における信義則（ないし信義則と同列視またはその適用例であるとされる禁反言の法理）の適用要件として、(1)信頼基礎（相手方による信頼の対象適格をもつ行政庁側の言動）、(2)相手方の信頼、(3)信義則等を適用しなければ重大な不利益が生ずるような処置、をあげ

ている。⁽⁴⁾

ここで、注目しなければならないのは、租税判例における事案のほとんどは信頼基礎が助言・指導など行政庁側の積極的行為であり不行為ではなかったこと、租税判例における信義則等の適用要件とさきの失効法理の適用要件とを比べると共通の要件もみられるが後者では時の経過が加重され、さらに帰責が加えられる場合もあることである。⁽⁵⁾すなわち、失効法理は、信頼基礎が権利(限)の不行使という不行為である場合に適用される点にその特徴があり、かつ、この場合には一般の信義則等の適用の場合と比べて適用要件がより厳しいものとなっているわけである。これは、相手方の信頼の対象適格たる言動が不行為であるときは、これが積極的行為である場合に比べて、そこに権利(限)を有する者の明確な意思・態度が十分には表明されていないと考えることができ、したがって、この場合に、この者に失効法理を適用してその不行為から生ずる責任を問うためには、かなり長期の時の経過が必要であり、さらには帰責の要件も求められることもあるのではないかと思われる。

たとえば、行政庁が法令に違反して建築確認・建築許可を発給し相手方がその適法性を信頼して家屋の建築に着手した場合と、他方、行政庁が知らないまま、法律に違反して無確認・無許可で家屋の建築に着手された場合とは、信義則または信頼保護を理由に建築確認・許可の取消しまたは違法建築物の除却命令など要するに行政庁による原状回復措置を阻止するための要件に差異が生ずるのは、いわば当然である。前者の場合には、建築を認めるという行政庁の明示かつ積極的行為がされたわけであるから相手方の信頼は、とくに比較的長期の期間経過などを要求するまでもなく保護に値するものと認められうるし、また、このような期間経過を要求するのは不合理であるよ

うに思われる。もし、この場合に、失効の法理の適用が問題になりうるとすれば（実際の事案ではほとんど考えられないにしても）、相手方の信頼が保護に値しないとされ行政庁の原状回復措置をなすことが認められた後に、行政庁がこの権限行使を比較的長期にわたって怠った場合ではないかと思われる。すなわち、この場合、第二次的・補完的に失効の法理が適用されうることもあるが、第一次的・原則的には一般の信義則または信頼保護の原則が適用されるように考えられる。⁽⁶⁾これに対し、後者の場合には、建築主がその建築行為を適法に行ないうると考えたことが是認しうるとしても、行政庁は、この建築の開始当時さらには家屋の完成後もその建築法令違反の事実を知らない場合がありうることも当然に予想できる。そうであれば、適法に家屋を建築することができ行政庁もこれに異議を示さないという建築主の信頼が保護に値し行政庁による原状回復措置を阻止するには、一定の期間経過が必要であり、さらには、行政庁がこの措置をとらないことについて帰責の要件が要求されることにもなるのではないか⁽⁷⁾と思われる。

(1) 波多野・前掲論文七八頁、南博方「青色申告の承認の取消しと失効の法理」租税法研究五号三二頁参照。

(2) 広島地判昭和三八年五月七日訟務月報九卷五号六四一頁。

(3) 波多野・前掲論文七七頁以下、保木本・前掲論文二八三頁以下、南・前掲論文三二頁参照。

(4) 拙稿「租税法における禁反言の法理」民商法雑誌七五卷二号三〇九頁以下参照。なお、シュテイヒ、マインカがあげる信頼保護原則の適用要件について、拙稿「西ドイツ公法における信頼保護の原則の動向」神戸学院法学六卷一号二四六頁以下参照。

(5) なお、本稿二頁参照。公務員の退職願の撤回に關し信義則を適用する場合、判例は、退職の発令と退職願の撤回までの

間ある程度の時間の経過が必要とするようである(金子芳雄・行政判例百選1九三頁参照)。しかし、これは、失効法理におけるように比較的長期の期間経過をとくに独自の重要要件として加重することを意味するものではないと解される。

(6) たとえば、田中・前掲書三五六一三五七頁、原龍之助「行政法における信義誠実の原則」法学雑誌六卷三号一八頁が、まず、瑕疵ある行政行為の取消権には制限があるとし、ついで、取消権は「相当の期間内に行使しないときは、失権(Verwirkung)」をきたすと説かれるのも、この趣旨のことをいわれるのではないかと解されなくもなう。

(7) 以上の点に關し、PROVY Urt v. 26. 6. 1930, PROVGE Bd 87, 136 は示唆に富む判決である。事案は、建物の建築の場合、隣接者負担金を分担する必要があるという誤った内容の教示(Auskunft)にもとづき土地を購入しその後建物をたてた(土地・建物を含めてその価額は約一一六〇〇RM)者が、後に法令により隣接者負担金として約三二〇〇RMの納付を求められたのでこれを争ったものであるが、裁判所は次のように判示した。私法のみでなく公法も信義則により支配される。権利者が権利の行使をあまりに長期にわたってためらうことにより権利の行使は若干の要件のもとに失効するという見解が主張されているが、本件では、このような単なる不行為(dolbes Unterlassen)により権利の行使が排除されるかという問題は考慮する必要がない。不行為、したがって消極的行為(negatives Verhalten)ではなく、教示発給による積極的行為(Positives Verhalten)が存するから、教示をあてにし、かつ、あてにすることができた者に対し教示に反する負担金賦課は、これにより彼の信頼が害なわれることになるから、信義則に違反する。

二 右のように、失効の法理は、相手方が信頼をよせる信頼基礎が権利(限)の不行使たる不作為である場合に適用される点にその特徴があり、したがって、信義則または信頼保護原則一般と比較して、時の経過などその適用要件が加重されるということが出来る。そこで、行政訴訟の提起と失効という問題との関連でも、失効の觀念および失効法理の適用と区別しなければならぬ場合がある。第一に、免職処分 of 被処分者が行政訴訟を提起するまでになんらかの積極的行為、たとえば地労委において依頼退職の承認または休職処分 of 効力を争わない旨の合意を含む

和解の成立により、免職処分等の効力を争わないという明確な意思・態度を表明した場合である。この場合に、行政側も信頼して職員の配置転換など行政組織を形成し活動しておれば、その後、被処分者が処分の効力を争うのは、まず信義則ないし信頼保護原則一般からみて許されないことになる。もとより、当該処分の効力に対し異議をとどめた退職金等の受領、あるいは、かりに訴権の失効を是認する前提にたつのであっても、被処分者が「紛争を解決するには相応の準備を要する」⁽²⁾のが通例であることを考えれば、「有効適切な訴訟提起の時期の到来を待って……処分の効力を争うつもりであった(という)内心の意図」を行政側に表示していた場合はもとより、単に異議をとどめぬ退職金等の受領行為をもって、右の意味での積極的行為と解することは適切ではない。⁽⁴⁾⁽⁵⁾第二に、失効の観念および失効の法理の適用の問題と区別する必要があるのは、たとえば、免職処分の職権取消しを約束する確約を得たのですでに提起済みの取消訴訟等を取り下げたが、行政庁がこの確約を履行しなかったために再度、無効確認訴訟等を提起したが、その時期がかなり遅れたなどの場合である。⁽⁶⁾この場合は、むしろ行政庁の積極的行為に対する信義則または信頼保護原則の適用の問題であって、行政庁側が訴え提起の権利は失効したと主張することを妨げられ、裁判所は、時期のかなり遅れた訴えの提起も適法であるかのように扱ひ、本案について判断をくだすことが要請されることもありうるであろう。

(1) 水戸地判昭和三九年二月一八日行裁例集一五卷二号二八九頁。

(2) 本稿七頁注(2)掲記の広島地裁判決を参照。

(3) 本稿四頁注(5)掲記の熊本・名古屋の両地裁判決など参照。

(4) この点は、この問題に関する前記の諸判例も「おそろく、ほとんど一致して認めるところであるように思われる。」

(5) この点に関し、BYerwG-Urt v. 25. 1. 1974, NJW 1974 S. 1260 が参考となる。取消訴訟およびその前置手続をなす異議審査は、権利救済の教示が行なわれないか、誤った内容の教示が行なわれた場合でも、行政行為の送達・告知等の後一年以内のみ提起しうる（西ドイツ行政裁判所法七〇条二項・五八条二項）。これにより行政争訟領域における失効法理の適用の意味は著しく失なわれた（Vgl. Forsthoft, aao S. 173; C. W. Linstedt, *Treu und Glauben im Verwaltungsrecht*, Diss Heidelberg, 1963 S. 55. なお、保木本・前掲論文（二七五頁参照）とはいえ、本件では、建築許可について隣人に対する告知等は一切されず、したがって、同法に定める権利救済の提起期間はその進行を開始せず隣人はいつまでも権利救済を提起しうるようにみえるが、裁判所は、これを否定し、建築主に発給された建築許可から約一年半、建築作業の大半完了後からでも二年経過後の隣人の異議審査、さらには取消訴訟の提起は許されないと判示した（事案については、G.-F. Menger, *Die Grundsätze von Treu und Glauben im Gerichtsverfahrensrecht*, VerwArch Bd 66 (1975) S. 85 をも参照）。

その理由として、裁判所は、実体法または手続法上の権利は失効しうるが、権利の失効は信義則の種々の形象の中の一つであるにすぎず、これらの権利の行使は失効法理とは別の理由によって信義則から許されないことがあること、ミュンスタ―高等行政裁判所の一九七〇年の判決がいう「相隣共同体関係（同判決については、保木本・前掲論文（二九五頁参照）の理論は本件でも妥当し、同理論によれば、遅れた異議審査の提起は信義則に違反するという非難を避けるためには隣人はいかなる期間内にこれを提起すべきかというところで争われている問題の解決は次のようになる、という。すなわち、隣人が建築許可の存在を官署による告知以外の方法によって知ったときは、異議審査の提起に關しては信義誠実にもとづき原則としてこの時に告知されたかのように取り扱われなければならない。ただ、このように建築許可の存在を知っても、これによって権利救済の教示がなされたことにはならないから、異議審査の提起はこの時から一年以内にならなければならない。これより遅れて提起した異議審査は不許容となる。同じことが、信義誠実にもとづき原則として、隣人がたとえば建築主または建築官

庁への照会 (Anfrage) により建築許可の存在に関して確信を得ることが可能かつ期待可能であったという場合にも、妥当する。

本件判決は、一般論としては異議審査権・訴権の失効の可能性は否定しないと思われるが、本件事案についてこれを認めたいえるかは必ずしも明確ではない。むしろ、異議審査・取消訴訟の不許容を失効の法理ではなく、しかし、やはり信義則を基礎とする相隣共同体関係なるものから導いたように思われる (W. Viehues, *Treu und Glauben im Verwaltungsprozessrecht*, NJW 1975 S. 627. 乃至 Vgl. Menger, *VerwArch* 1975 S. 89 ff.)。この判決は、そのほかの点でも有益な示唆を与えてくれるが、これらの点については以下の考察の関連するところでふれる。

(6) 西ドイツでは、この問題は、とりわけライヒと財政裁判所・連邦財政裁判所の判例および学説で活発に論じられているが、この点については、詳しくは Vgl. N. Plander, *Die Zusage im öffentlichen Recht*, 1970, S. 103 ff.

三 失効の法理の根拠と適用領域

一 すでにみたように、失効の法理の法的基礎が信義則または信頼保護原則にあることは、ドイツでも、また、わが国でも、ほとんど一致して承認されているところであり、本稿もこれに異議を述べるものではない。失効の法理は、相手方の信頼の対象適格を有するいわゆる信頼基礎が権利(限)の不行使という不作為である場合に保護に値する相手方の信頼を保護するという点にその核心があり、この点では一般に信義則または信頼保護原則について説かれているところと比べて差異はない。ところで、長期間経過後はじめて処分は無効を主張する行政訴訟が提起さされた場合に裁判所がくだす判決については、訴権自体の失効を理由とする却下説と訴権ではなく実体上の権利の失効を理由とする棄却説とに分かれることは、さきに見たとおりである。いずれの見解が適切であるかの判断に際し

ても、右の失効の法理が信頼保護の観点から適用されることを考慮しておく必要がある。この場合、行政側または裁判所のいずれの信頼が保護されるとみるべきかが決定的に重要であると思われる。⁽¹⁾

この点は、わが国の判例学説では必ずしも明確には説かれていないか、あるいは行政側の信頼保護の観点から訴権の失効をも論ずるように思われる。ところで、西ドイツの連邦憲法裁判所の一九七二年の著名な決定は、訴権の失効を肯定して、通説によれば失効は実体上の権利または訴訟上の権能について認められるが、信義則を基礎とするため期間経過のみでは足らず相手方の信頼を要件とすること、公法における訴訟上の権能の失効の場合には権利者の不活動への相手方当事者の保護に値する信頼 (schutzwürdiges Vertrauen der Gegenpartei auf das Untätigbleiben des Berechtigten) のみならず法的平和を保持することへの公益が時期に遅れた裁判所への提訴を許さないとすることを考慮しなければならないこと、基本法一九条四項一段に定める出訴権も個別事案では失効することがありうるが、この場合、失効を認めることにより出訴が期待不可能なほどにむずかしいものとなつてはならないこと、などの点を判示している。⁽²⁾ この判示で注目すべきことは、裁判所の信頼保護ということではなく相手方当事者 (税務官庁) の信頼保護の観点から訴権の失効を説いている点である。⁽³⁾

しかし、訴権すなわち裁判請求権が裁判所に対し有する国民の権利であり、行政訴訟を提起する権利もこの訴権の行使であり、⁽⁴⁾ 適法な訴えの提起であれば裁判所はこれを審理して本案判決をする義務を負うことになる。そうすると、裁判所が訴権の失効を理由に訴えの提起は許されないとして却下判決をくだす場合は、むしろ、原告と裁判所との関係の方をより重視すべきであるように思われる。⁽⁵⁾ そうであれば、訴権の失効のためには原告の一定期間に

わたる訴権の不行使を信頼して裁判所がなんらかの準備行為をしたということが必要となる。しかし、この場合、客観的には長期にわたる訴権の不行使（信頼基礎）はあるが、訴えを受理するまでは当該事案についてもともとして知れないのが通例であると思われる（第一審）裁判所が、もはや訴権の行使・訴えの提起は行なわれないものと信頼したとは、とうてい、いうことができないであろう。⁽⁶⁾失効の法理の核心をなし、かつ、その重要な適用要件である相手方の「信頼」、したがってまた信頼にもとづく「準備行為」⁽⁷⁾等も存しないのである。さらにいえば、なお当該事案を受理していない裁判所は、主観的には特定の者が特定の事案に関し長期にわたり訴権を行使しない状態が継続していることも知らず、また、そもそもこの訴権の存在自体をも知りえないのが通例であると思われる。このようにみると、訴権が失効することはありえないのが通例であるから、裁判所は訴権の失効を理由に却下判決をすることも許されないことになる。

(1) 本稿三頁参照。

(2) BVerfG Beschl v. 26. 1. 1972, NJW 1972 S. 675. 事案は、訴願人が、一九五四年六月、税務署から脱税を理由に旧租税通則法四四五条により四〇〇DMの罰金を科され、これを翌年六月までに割賦納付したが、一九六二年二月、右の刑事処分について税務署・財務局、さらには裁判所に対し順次、権利救済におよんだが、いずれもしりぞけられ、本件訴願に訴えたものである。憲法裁判所の決定では、失効法理の法的基礎が法的平和保持という公益にも一部あるかのよう判示する点に問題があるが、この部分の判示は行政裁判所法五八条二項を準用する理由として使われているようにみえる。すなわち、裁判所は、訴願人が法状況を知りまたは知るべきことが期待可能な時点を一九六〇年末とし同法条の準用により基本法一九条四項一段に定める出訴権は一九六一年末に失効したという原審の判断に憲法違反はない、としている。

(3) 前記の連邦行政裁判所の判決も、権利救済の提起の失効とか、建築主の信頼保護という観点は必ずしも明確には示して

いないが、異議審査を審理判断する行政庁または裁判所の信頼保護という点は一切考慮しないで、もっぱら実体法上の考慮から権利救済の提起の不許容を判示する点では、連邦憲法裁判所のそれと共通のものがあるということができよう。

(4) たとえば、宮沢俊義・憲法Ⅱ(新版)四四七頁参照。

(5) なお、民事訴訟の提起ないし審判の客体が相手方当事者に対する原告の実体上の権利・法律関係の主張であるか、それとも裁判所に対する原告の審判の要求・申立てであるかは容易に決しがたく、わが国およびかつてのドイツでは前者、最近のドイツでは後者とみる見解が有力であるといわれている(三月・前掲書八五頁以下参照)。訴権の失効を基礎づける原告の不活動に対する保護に値する信頼は、前者では相手方当事者、後者では裁判所について、その有無をみるということに近づきやすいようにも思われる。民事訴訟における信義則の適用についても、一般に、裁判所と当事者間の関係と当事者相互間の関係に分けて考察され、訴権の失効の問題は後者の方に属せしめられる傾向が強いようである(中野貞一郎「民事訴訟における信義誠実の原則」民商法雑誌四三卷六号八九頁以下、八三頁参照。ただし、山木戸克己「民事訴訟と信義則」末川先生古稀記念・権利の乱用中巻二六八頁)。しかし、権利主張説によるのであっても、訴訟判決の場合には申立ての適否そのものが判定される(三月・前掲書八五頁)ことを考えれば、結局、本文にみたように解すべきであろうか。

(6) W. Ditz, *Verwirkung des Rechts auf Anrufung der Gerichte*, NJW 1972 S. 1028; I. Mittenzwei, *Ann zum BVerwG-Urt v. 25. 1. 1974*, NJW 1974 S. 1884 f.

(7) Ditz, NJW 1972 S. 1028. なお、同所で、彼は、前記の連邦憲法裁判所の決定は、基本法上の権利保護の保障を当事者間の実体法上の地位の訴訟上の付属物とみる旧「訴権思想への復帰」を意味すると批判をする。

二 それにもかかわらず、訴権それ自体が失効し裁判所は却下判決をくだすべきであるというためには、今後、理論的には、さしあたり、二つの方法の可能性を検討していくことが考えられよう。第一に、信頼保護とは別個の法理念、たとえば労働紛争の迅速な解決とか、法的安定性、正義など、要するに裁判所の信頼などその主観的事情を

考慮しないで当事者に帰因する事情等を理由として、訴権の失効を基礎づけるという方法がありうる。この場合の訴権の失効を、法的安定性・正義などに基礎づけた方がより適切であるかどうかはともかくとして、なお信義則に基礎づける余地はありうる。信義則は、その観念の一般性・包括性からみて信頼保護以外の要素もその観念内容に含まりうるからである。このかぎりでは、信義則違反を理由に訴権の失効および訴えの却下を説く判例学説は、結論的には必ずしも是認しえないというわけではない。第二の方法として、実体上の権利の失効から訴権の失効を導くということも考えうる。被処分者が免職処分等の効力を長期にわたり争わないことに対し行政側がよせた信頼はより容易に保護に値しうるから、被処分者が行政に対して有する勤務関係の存続を前提とする実体上の権利の失効もまた、より容易に認めうる。この実体上の権利の失効が、そのいわば「反射効 (Reflexwirkungen)」として、⁽²⁾ または、実体上の権利はその貫徹手段である訴権を基礎づけるものとして、⁽³⁾ 訴権の失効をもたらしうるのではないかということである。⁽⁴⁾ もっとも、このような方法は、わが国ではみあたらないようであり、むしろ、この方法を明らかに否定するようにみえる判決すらみられる。⁽⁵⁾

(1) 本稿二一三頁参照。この点に関し、前記の西ドイツ連邦行政裁判所の判決も、必ずしも相手方である建築主の信頼保護の観点を明示して隣人の権利救済の提起の不許容を導くものではないことも示唆的である。

(2) Vgl. Menger, VerwArch 1975 S. 90.

(3) Vgl. Mittenzwei, NJW 1974, 1885.

(4) この点、右の西ドイツの学説も指摘するように、連邦行政裁判所の判決は、もともと私法分野における隣人相互間の関係で妥当した「相隣共同体関係」という観念をいきなり隣人・異議審査庁さらには裁判所という手続上の関係に導入して権利

救済の提起の不許容を説くことにも問題がある。むしろ、これよりもまず、この觀念にもとづき建築主または行政に対する隣人の実体上の権利の喪失の問題を検討する方が順序としては先であったようにも思われる。ただし、Vieffines, NJW 1975 S. 627 f. は、原告は訴権がなくとも実体上の権利があれば自己の不利益を除去するための負担を建築主に発給すみの建築許可に付すことを求める義務づけ訴訟を提起しうることを理由に、本件判決に賛成する。しかし、これには、少なくとも訴権の失効を是認するのであればそのかぎりでは先に述べた批判が妥当し、また、実体上の権利の貫徹手段としての訴権のみが失効してその基礎である実体上の権利が存続するのは妥当かどうかとも検討する必要がある。

(5) 本稿四頁注(4)掲記の東京高裁判決を参照。

四 おわりに

一 原告の時機に遅れた行政訴訟の提起は失効の法理に反し許されないか、裁判所はこのような訴えは却下それとも棄却すべきかは、議論の分かれるところである。いづれにしても、原告の主張は容認されえないという点では、却下説または棄却説のどちらが妥当であるかはそれほど重要な問題ではなく技術的色彩の濃い問題であるということができるかもしれない。しかし、理論的には、行政訴訟領域における失効の法理の適用に関して重要な意味を有する。この問題の検討にあたっては、第一に、失効の法理が信義則または信頼保護の原則にもとづいて相手方の信頼保護をはかることを目的とすること、第二に、訴権の失効は、市民(原告)・裁判所間の関係において原告の訴権の不行使に対する裁判所の信頼保護の観点からは認されると考える方がむしろ適切であろう。このように解するときは、実際問題として訴権の失効は考えられず、したがって、失効の法理の重要な適用領域の中の⁽¹⁾一つであると

される行政訴訟領域では、訴権以外の事項に関し当事者と裁判所間または訴訟当事者間で適用されうることになる。⁽²⁾

二 本稿では、私人の公法行為の中で、実際に失効の法理の適用が論議されている免職処分に対する行政訴訟の提起をとり上げて若干の検討を試みた。このような事例の多くは、いわゆる戦後間もなく行なわれたレッド・ページによる免職処分の効力を争うという特殊のケースであり、今後はあまりみられなくなるのではないかと予想されるが、しかし、行政訴訟の提起と失効の問題は決してその意味を失なつたということにはならない。⁽³⁾ ただ、やはり、行政庁の不作為に対する市民の信頼保護の観点からの失効の法理の適用の問題がより重要であるように思われる。最近、後者の問題についても重要な租税判例がみられるようになってきているが、⁽⁴⁾ 本稿では、この問題についてふれることはできず、ただ、行政法における失効原則一般との関連では失効の觀念について以前より感じている疑問を少しばかり記したにすぎず、そのより詳細な検討は将来の課題として残されることになる。

(1) ドイツでは、行政法における失効法理の重要な適用領域として、一般に、行政争訟のほか、官吏法・租税法領域があげられている。後二者の領域における失効法理の適用については、たとえ¹⁾ Vgl. R. Stich, Die Verwirkung im Verwaltungsrecht, DVBl 1959 S. 238 ff.; Lünstedt, aaO S. 56 f. なお、波多野・前掲論文八六頁以下参照。

(2) Vgl. R. Stich, Die Verwirkung prozessual Befugnisse im Verwaltungsstreitverfahren, DVBl 1956 S. 329 f. なお、行政上の不服申立権は、不服申立人の不行為に対する審判機関の信頼保護の観点から、失効しうる。このことは、とりわけ処分が審判機関となる異議申立て（行政不服審査法三条二項参照）について妥当しうるのであろう。この場合、行政訴訟の提起との関連で問題となつた当事者相互間または裁判所と当事者間という関係の分離は実質的にはみられなくなり、

審判機関の保護に値する信頼をより容易に認めうるように思われる。もつとも、行審法(一四条)のもとでは実際にはほとんど不服申立権の失効の余地はないように思われるが、西ドイツ行政裁判所法のもとではその余地がある。Vgl. Viehues, NJW 1975 S. 626.

- (3) 判例時報八八八号一一六頁の解説部分を参照。
- (4) この判例については、南・前掲論文二九頁以下参照。