

処分性論のゆくえ

橋本博之

- 一 問題の所在
- 二 判例の動向
- 三 学説における検討状況
- 四 考察

一 問題の所在

私は、平成四年に、「日本において取消訴訟における処分性を大幅に拡大する方向で制度改革を行った場合に、他の訴訟類型との関係で生じるであろう法的問題について、フランスにおける経験を比較法的に参照しようとする試み」として、日本の取消訴訟と対応関係にあるフランスの越権訴訟の対象性について、判例政策上の「総合的判断手法」と「分析的判断手法」の使い分けという解釈方法論の観点から分析を行った。¹⁾この論文において、私は、「越権訴訟の対象性の柔軟化に際して、「ある行政過程（執行作用）を全体として捉えた場合の性質決定」と、「その構成要素となっている行政決定（行為）の適法性コントロール」のあいだには一定の緊張関係があり、フランスの

判例政策上、その均衡点が模索される中で、越権訴訟による適法性審査の一般性の維持という観点から、分析的判断手法により「執行作用から行政決定を抽出することが再び拡大」されつつあることを述べた。同論文は、一九八〇年代から進捗しつつあったフランスにおける行政訴訟制度の改革と、かの地での訴訟類型論に係る議論（とりわけ完全裁判訴訟と越権訴訟の関係）に着目したものであり、当時の日本における理論的研究（とりわけ高木光の研究業績）に触発されたものであった。⁽²⁾

それから時を経ること十余年にして、日本でも行政事件訴訟法（以下、行訴法と略す）の改革論がにわかに興隆し、平成一六年には国民の権利利益救済の実効性向上を趣旨とする同法の改正が実現し、平成一七年四月をもって改正法が施行されるに至った。日本における行訴法改正の過程では、抗告訴訟の対象を画する処分性をめぐり、取消訴訟の利用促進という観点から処分性拡大の必要性が指摘される一方、訴訟類型・救済方法を多元化する文脈で「処分概念の純化」という考え方も提起された。⁽³⁾ 改正行訴法は、抗告訴訟を多元化しつつも処分性について従前のままとする一方、同法四条の定める実質的当事者訴訟として「公法上の法律関係に関する確認の訴え」が明示されることとなった。この法改正の趣旨については、法案作成関係者により、「抗告訴訟の対象とならない行政の行為も含む多様な行政の活動によって争いの生じた権利義務などの公法上の法律関係について確認の利益が認められる場合に、確認訴訟が活用されることを期待しているもの」と説明されている。⁽⁴⁾

このような問題状況を踏まえると、処分性に関し改めて行政法学説が理論的定位置を行う要請は強く、実際に、改正行訴法下での新しい訴訟類型論と関連づけるかたちで処分性論がさまざまに検討されつつある。他方、最高裁を中心とする判例法に目を転ずると、改正行訴法の成立前後の時期から、係争行為に係る法令の仕組み全体を解釈する方法（仕組み解釈）を用いることにより、柔軟に処分性を肯定する傾向が顕著となっている。最高裁は、改正行訴法の施行後、処分性の判定基準である係争行為の法的効力につき柔軟な解釈を加速させ、根拠法令上行政指導で

あることが一応明らか「勧告」につき処分性を肯定するまでに至っている。処分性に関する議論の平面は、従前の行政法ドグマティクに強く規定された訴訟類型論的議論から、具体的事例における救済実現という観点からなされる判例政策に対応し、国民の権利利益救済の実効性向上という観点からそれを後押しする解釈方法論の描出へと移行する必要性が生じているように思われる。そこで、本稿は、近時の最高裁判決における処分性論について、仕組み解釈の方法という観点から整理を行うとともに、改正行訴法を前提とした処分性論の展開に照らすかたちで、若干の考察を試みるものである。⁽⁵⁾

(1) 橋本博之「フランス行政法における総合的判断手法と分析的判断手法」立教法学三七号（一九九二）五八頁以下（後に加筆訂正の上）「行政作用の性質決定と越権訴訟の対象性」と改題して『行政訴訟改革』（弘文堂・二〇〇一）一一二頁以下に収録。

(2) 高木光「事実行為と行政訴訟」（有斐閣・一九八八）一二四頁以下、同二三〇頁以下。この点につき、小早川光郎『行政法講義下II』（弘文堂・二〇〇五）一四三頁以下も参照。

(3) 処分概念の純化について、高木光『行政訴訟論』（有斐閣・二〇〇五）六二頁以下。方向性の異なる学説として、芝池義一「抗告訴訟の可能性」自治研究八〇巻六号（二〇〇四）三頁以下。この問題に関する官見として、橋本博之「行政事件訴訟法改正と行政法学の方法」自治研究八〇巻八号（二〇〇四）五二頁以下。

(4) 福井秀夫他著『新行政事件訴訟法』（新日本法規・二〇〇四）三二頁（村田斉志）。

(5) 筆者が「仕組み解釈」に注目して日本の判例法を分析した論稿として、橋本博之「判例実務と行政法学説」塩野宏先生古稀祝賀『行政法の発展と変革（上）』（有斐閣・二〇〇二）三六一頁以下、同「行政判例における『判断基準』」立教法学六五号（二〇〇四）一九七頁以下がある。また、同「原告適格論の課題」民商法雑誌一三〇巻四・五号（二〇〇四）六一四頁以下も、行政法に関する「仕組み解釈」の方法に着目している。本稿の考察は、これらの延長線上にある。

二 判例の動向

上述したように、取消訴訟（ないし抗告訴訟）の処分性について、近時の判例は、係争行為に関連する法令の仕組み全体を解釈し、これを柔軟に認めるという傾向を示している。本稿では、平成一四年以降の六つの主要な最高裁判決について、ごく簡単な分析を試みる。

従前より、処分性について判例分析を行う場合には、論者により多様な分析軸が設定されるという一般的傾向が見られた。そのなかでも、しばしば用いられる分析軸として、処分性論につき、①抗告訴訟として争わせるのが適切・合目的と考えられる領域設定の問題と、②行政過程のどの段階で争いの成熟性が認められるかという問題を分けることがある。⁶⁾ ①は、抗告訴訟の対象となる処分（公権力の行使）と民事訴訟または当事者訴訟の対象となる非権力的作用の線引き、すなわち、訴訟類型配分のための基準設定の側面、②は、当該抗告訴訟に係る訴えの利益（即時確定の利益）の判定基準設定の側面と言換えることもできる。⁷⁾ さしあたり、以下では、①を訴訟類型配分タイプ、②を成熟性判定タイプと呼んで、分析軸として参照する。この場合、通常の理解であれば、①は訴えそのものは許容されるとして抗告訴訟という訴訟類型を選択すべきかという解釈問題、②は当該紛争につきそもそも訴え自体が許容されるか否かという解釈問題という一応の仕分けができるであろう。

第一に、最判平成一四年一月一七日民集五六卷一号一頁を検討する。同判決では、建築基準法四二条二項の定めるみなし道路（同条一項の道路とみなされる道路）の指定について、みなし道路指定をする特定行政庁が、告示により一定の条件に合致する道を一括して指定する方法でしたみなし道路の指定を、抗告訴訟（係争通路部分につきみなし道路指定処分が存在しないことの確認を求める訴え）の対象となる行政処分にあたるとされた。判旨のポイントは、本件指定が、個別の土地についてその本来的効果として具体的な私権制限を発生させるのであり、個人の権利

義務に対して直接影響を与えると解することができるというものである。

同判決について、調査官解説で指摘されている論点は、①一括指定が法に照らして許容されているか（適法・有効か）、②一括指定は個別にみなし道路を指定する効果を有するか、③民事訴訟・当事者訴訟の選択は可能か、ということである。このうち②は、一般処分たる一括指定が、「特定の国民の具体的権利義務に対する直接的」影響を与えると解しているが、一括指定が個別指定と同等の法的効果を有することが理由のひとつとされ、個別指定の法的効果を論ずる場面では、行政過程におけるタイミングの問題も論じられ、いわゆる「完結型」の行為と判定されている。③については、行訴法が「抗告訴訟中心主義」であることを根拠に、本件は「公権力行使に関する不服の実体」があるとして、抗告訴訟をドグマティックに優先させるという説明がなされている⁽⁸⁾。結局のところ、調査官解説において、告示による一括指定につき処分性が肯定されたのは、訴訟類型配分タイプの解釈がされるに当たり、「抗告訴訟中心主義」というドグマティックによるバイアスが結論を導く鍵になっていることが指摘されよう。

なお、同判決の第一審では、原告が建築主事から受けた本件土地がみなし道路（二項道路）であるという回答について無効確認を求める請求がされたところ、第一審判決は、この回答は抗告訴訟の対象となる行政処分にあたらないとして請求を却下しており、そのことは上級審で争いにならなかった。したがって、本件紛争は原告からの照会に対する回答というタイミングで生じたことになり、理論的には、この回答の処分性につき別途仕組み解釈上の問題が論じられてしかるべき紛争パターンであった。告示による一括指定につき処分性を肯定すると、告示につき取消訴訟の利用強制（排他性）が生じ、回答のタイミングを捉えた何らかの訴えにおいて告示の違法性の主張が遮断されることになる⁽⁹⁾と一応考えられるが、この問題につき同判決では特に論じられていない。

第二に、最判平成一五年九月四日判例時報一八四一号八九頁を検討する。同判決は、通達である要綱に基づいて労働基準監督署長がする労災就学援助費の支給・不支給の決定について、抗告訴訟の対象となる行政処分に当たる

と判断した。同判決は、労災就学援護費に関する制度の仕組み全体を解釈し、労働者災害補償保険法は、労災保険給付と同様の手続によって労災就学援護費を支給することができる旨を規定しており、それを前提とした要綱上、所定の支給要件を具備する者には所定の援護費の支給を受けることができるという抽象的な地位を与えられており、支給決定により具体的な支給請求権が発生するとする。その上で、本件支給・不支給の決定は、「法を根拠とする優越的地位に基づいて一方的に行う公権力の行使であり、被災労働者又はその遺族の上記権利に直接影響を及ぼす法的効果を有する」と結論づけている。

同判決における仕組み解釈のポイントは、労働者災害補償保険法が、法定された保険給付制度の補完のため、「保険給付と同様の手続により」労災就学援護費を支給するという制度を予定していると解することにある。すなわち、労災就学援護費支給を内包する労働福祉事業（それ自体は法定されている）が、法定された労災保険制度の「補完」として位置づけられていることから、公権力性を導き出すという論理操作が行われている。⁽⁹⁾ 仕組み解釈という観点からは、支給・不支給決定から生じる法的効果の定位や、通達に基づく支給決定手続であっても行政手続としての法的効果を認める（申請権と解釈する）という側面よりも、法定された給付制度と等価なものである（法令に根拠があると解釈できる）という側面に重きが置かれている。すなわち、給付行政の中のひとつの給付の仕組みが、契約か行政行為かを仕分けるといふ思考方法（法律関係全体の性質決定という意味での総合的判断手法）が重視されているように思われるのであり、訴訟類型配分タイプの仕組み解釈で処分性を拡大したものと評することができる。⁽¹⁰⁾

したがって、同判決のロジックを評するためには、事案に関連する法的仕組みという観点から、給付請求権の側に着目し、当事者訴訟（または民事訴訟）において比例原則等も踏まえて自己の請求権に基づいて争う方法との配分関係を合理的に判定することが必要となろう。⁽¹¹⁾

第三に、最判平成一六年四月二六日民集五八卷四号九八九頁を検討する。同判決は、食品を輸入しようとする業者に対して検疫所長がした食品衛生法違反通知(通知書の交付)について、取消訴訟の対象となる処分当たるとした。本件では、食品衛生法に基づき厚生労働大臣に輸入届出をする手続の過程で検疫所長が通知をすると、結果として、当該食品について関税法に基づき税関長に対してする輸入許可申請手続ができなくなり、関税法の定める輸入許可も受けられなくなるという全体の仕組みがあった。判旨のポイントは、①本件通知が食品衛生法に根拠を置く仕組みであり、本件通知は法定された輸入届出に対する応答であること、②本件通知は、関税法に基づいて税関長のする輸入許可を受けられなくなるという法的効果を有すること、という二点である。ここでは、同判決において、この二点が重疊的に論じられていることに注目したい。

通知のように一般には法律関係を規律しないと考えられる行政の行為(法的外解の表示行為などと呼ばれる)について、処分性につき①のような解釈論がされるのは、抗告訴訟と民事訴訟ないし当事者訴訟の振り分けという訴訟類型配分タイプの問題状況であることが通常と考えられる。当該行為による規律の有無の判定は、公権力性の有無として、抗告訴訟と民事訴訟・当事者訴訟の配分の問題と結合するからである。しかし、同判決の事案は、検疫所長の通知から税関長による輸入許可に至る行政過程の中の、どのタイミングにおいて紛争が成熟するかという成熟性判定タイプの仕組み解釈によって処分性を決すべきもののように思われる。実際、右の②の解釈論は、本件通知の法的効力については、通知の根拠法令とは別の関税法の仕組みを精査しつつ、通関手続の実務を踏まえつつ関係法令の手続的仕組み全体から、通知の相手方に当該物品を輸入できなくなるという法的効力を発見するものとなっている。⁽¹³⁾

以上から、同判決において、食品衛生法について訴訟類型配分タイプの仕組み解釈がなされていることの意味は、必ずしも明確ではない。他方、成熟性判定タイプの仕組み解釈では、検疫所長による本件通知が、税関長によ

る判断を法的に拘束することになり、行政機関の最終的な法的判断と評価されることが決め手になっていると思われる。このことは、横尾和子裁判官の反対意見と法廷意見との分岐点だが、税関長が通知と異なる判断をする可能性が法的に塞がれているのか否かという解釈の違いにあることから読み取れる。そして、筆者としては、税関長が本件通知と異なる判断をする可能性が法的仕組みの上でゼロとは言いがたく（したがって、税関長の輸入許可の義務付けを争うことが、合理的な紛争解決をもたらすと考えられる）、結局のところ、同判決の仕組み解釈は、事実上高い蓋然性で輸入不能となることを「法的効果」へと解釈技術的に変換し、抗告訴訟として紛争の成熟性を認めるテクニクであったと考えている。⁽¹⁴⁾

第四に、最判平成一七年四月一四日民集五九卷三九四九一頁を検討する。同判決は、登記等を受けた者が登録免許税法三二条二項に基づいてした登記機関から税務署長に還付通知をすべき旨の請求に対し、登記機関がした拒否通知について、抗告訴訟の対象となる行政処分にあたると判断した。この問題は、登録免許税を過大に納付した者が、登録免許税の還付請求をする手続上の仕組みについて、同項の定める請求手続によることなく過誤納金の還付請求ができるのか（同項の定める請求手続に、国に対する不当利得返還請求との関係で排他性を認めるか）という解釈問題と表裏をなすところ、判決は、請求手続の排他性を否定しつつ、本件拒否通知は、登記等を受けた者に対して、簡易迅速に還付を受けることができる手続を利用するという「手続上の地位を否定する法的効果を有する」として処分性を肯定している。

同判決の仕組み解釈は、訴訟類型配分タイプの亜種と考えられるが、通知の法的効果について、登録免許税に係る法律関係の規律の有無ではなく、簡便な手続を利用する法的地位という観点から問題を処理している部分に特色がある。判決の論理のポイントは、立法政策上簡便な手続としてプラスアルファ的に法定された請求手続には、当該手続の利用可能性という観点から独自の法的効果が想定できるとし、実体的な租税法上の法律関係とは切り離し

て処分性を論じることが可能とした点であろう。このような処分性論の立て方は、取消訴訟を行政行為に実体法的に付着する公定力を排除するための制度であるといったドグマティクから出発する伝統的な判例実務の思考方法とは異なり、「行政処分が存在と法効果につき柔軟に解する」新しい判例の傾向を端的に示すものであるように思われる。⁽¹⁵⁾ 仕組み解釈のパターンとしては、実務上、本件拒否通知については行政不服申立ての対象とされていることを根拠に処分性を肯定するといったことも想定されたところであるが、あえて本件請求手続についての手続上の法的効果に着目した解釈がされたことは、注目に値しよう。

第五・第六として検討するのは、最判平成一七年七月一五日判例時報一九〇五巻四九頁及び最判平成一七年一月二五日判例集未登載である。このうち、七月判決は、医療法(平成九年法律第二二五号による改正前)三〇条の七に基づき都道府県知事が病院を開設しようとする者に対して行う病院開設中止の勧告について、一〇月判決は、医療法(平成二二年法律第一四一号による改正前)三〇条の七に基づき都道府県知事が病院を開設しようとする者に対して行う病床数削減の勧告について、それぞれ抗告訴訟の対象となる行政処分にあたるとした。

両判決では、A医療法七条一項に基づく病院開設許可の申請、B医療法三〇条の七に基づく勧告、C勧告に対する不服従、D医療法七条一項に基づく許可、E健康保険法(当時)に基づく保険医療機関等指定の申請、というかたちで行政過程が進行する中で、B段階における勧告の処分性が肯定された。両判決は、「医療法及び健康保険法の規定の内容やその運用の実情に照らすと」、本件勧告は医療法上は「行政指導として定められて」いるが、「当該勧告を受けた者に対し、これに従わない場合には、相当程度の確実さをもって」、病院を開設しても(または削減勧告された病床について)「保険医療機関の指定をうけることができなくなるといふ結果をもたらす」。そして、我が国ではいわゆる国民皆保険制度が採用されており、本件勧告に従わなければ、實際上、病院開設あるいは病床設置ができないという不利益を受けるのであり、このような本件勧告の「保健医療機関の指定に及ぼす効果及び病院経

営における保険医療機関の指定の持つ意義を併せ考えると、勧告には処分性が認められる、と判示されている。⁽¹⁶⁾

両判決は、根拠法である医療法の解釈上は行政指導と性質決定される勧告であっても、健康保険法を含む制度全体の仕組みや運用の実態をトータルに分析し、当該勧告から生じる不利益を仕組み解釈によって定位した上で、これを行訴法上の「処分」と解釈するという画期的なものである。⁽¹⁷⁾ 本件勧告がその直接の相手方に与える法的効果について、勧告の根拠法令のみでなく、関連する法的仕組み（藤田裁判官の補足意見では「メカニズム」）全体を考慮して処分性を認めようとするもので、最高裁が処分性に係る従来の判例を変更していかないことからすると、行政指導が有する事実上の効果を解釈論的に法的効果に変換したという位置づけになるのであるが、判決文を素直に読む限り、事実上の効果の発生からストレートに処分性を肯定したものと理解することも可能とも思われるような書きぶりとなっている。いずれにしても、両判決は、行政過程における救済のタイミングという観点から成熟性判定タイプの仕組み解釈を行い、本件勧告につき抗告訴訟を許容したものと理解できであろう。両判決は、救済の必要性という点で、後続する健康保険法に基づく保健医療機関の指定拒否処分を争ったのでは原告の救済ができないという配慮があったと見ることができるのであり、そのことは、成熟性判定タイプの仕組み解釈がなされたという評価を裏付けるであろう。

ここで指摘できることは、両判決における仕組み解釈の方法が、処分性拡大による抗告訴訟の許容（訴え却下の回避）のための道具となつていることである。従前の判例法では、複数の法制度を縦断的に解釈して「法的効果」を拡大するという手法が用いられる例はあったが、両判決では「法的効果」の定立からも離れ、事実上の不利益まで正面から視界に入れられている。これによって訴訟法的に訴えの成熟性が肯定されたのであるが、当該行政指導が実体的に「処分」と性質決定されると、抗告訴訟の利用強制（排他性）が及び、抗告訴訟の利用可能性につき教示が必要となるし、行政手続法上の処分手続の規律も及ぶことになる。処分性を拡大する仕組み解釈は、結果的

に、法の定める仕組みの改変をもたらす、あるいは、医療法と健康保険法を縦断的に組み合わせる行政指導に実際上強力な効果を与えるという立法政策を事後的に修正するという意味で、もはや仕組み解釈という枠を超えているようにも思われる。⁽¹⁸⁾

以上に見た六つの最高裁判決は、紛争パターンとしては、原告から行政庁に対して何らかの回答要求をし、それが内容的に拒否されたというものであり(第一の判決も、紛争類型としては同じである)、仕組み解釈が決め手となつて処分性が肯定されたという共通項が指摘できる。元来、処分性に関する成熟性判定タイプの仕組み解釈は、抗告訴訟と民事訴訟・当事者訴訟の配分とは理論的に切り離されたものである。訴えに成熟性があるとして、根拠法令の仕組み上処分があると解釈できれば抗告訴訟が成り立つし、処分なしに実体法上の権利義務が認められれば民事訴訟・当事者訴訟で争うことができる。改正行訴法により抗告訴訟が多元化され、同時に当事者訴訟の活用も示唆されたことは、行政上の法律関係において紛争が生じた場合に、国民の側に必要な救済が実現するという観点から、行政訴訟の類型を多元的・多層的にしようとする趣旨であろう。処分性を柔軟に解する判例の新傾向は、現在のところ、改正行訴法が成立する前の状況下で行政処分を争う抗告訴訟として訴えが提起された事例について、差戻しにより本案審理をするために(法律上の争訟につき裁判拒否を避けるために)処分性を柔軟に解したもののなか、改正行訴法の構造を視野に入れつつ訴訟類型配分に係る特定のドグマティック(処分を争う抗告訴訟を中心に争わせるというドグマティック)を背景として処分性の仕組み解釈を行ったものなのか、必ずしも明らかではない。⁽¹⁹⁾ そのことを前提に、処分性に係る解釈論のあり方について、現在の行政法学説に照らした検討へと論を進めたい。

(6) 典型として、白石健三「抗告訴訟」山田幸男他編『演習行政法(下)』(青林書院新社・一九七九)二八頁。

(7) 典型として、山本隆司「訴訟類型・行政行為・法関係」民商法雑誌一三〇巻四・五号(二〇〇四)六四一頁。高木光によれば、ドイツで

- は、「争訟の存在」と「訴訟類型適合性」が論理的レベルを異にすることは「初歩的知識」であるという。高木・前出注(3)五六頁。
- (8) 竹田広光「解説」『最高裁判所判例解説民事篇平成一四年度(上)』(二〇〇五)一頁以下。なお、同判決の事例について、二項道路であることを確認する当事者訴訟との選択の問題があることについて、金子正史「解説」法学教室二六四号(二〇〇二)一三二頁等を参照。
- (9) この点について、廣澤論「行政立法法の限界」藤山雅行編『行政争訟』(青林書院・二〇〇四)二九頁以下では、「上告審においては下級審に実質的な判断をさせるには行政処分性を肯定するほかない状況にあったこと」を指摘し、同判決は「この事案限りの特殊な判断であって、一般化し得るものではないともいえず」とコメントされている。
- (10) 同判決につき、塩野宏は、「下位の一連の規定から……逆算して法的仕組みを認定判断している」としつつ、「規律力に注目している点では処分性認定の基本的枠組みの上に立った判決」と評する。塩野宏『行政法Ⅱ(第四版)』(有斐閣・二〇〇五)一〇〇頁。筆者は「規律力」という概念構成には疑義を抱くものであるが(行政行為の規律を通用させる法的仕組みと概念構成すべきというのが管見である)、同判決において規律の有無は訴訟類型配分タイプの仕組み解釈がなされているという点では、塩野説と同じ理解である。
- (11) このような観点から、藤山雅行・加藤晴子「給付行政と行政契約」藤山・前出注(9)一四六頁以下は、示唆的である。
- (12) 芝池義一は、「事実上の行為」の処分性については、「権力的色彩を持つ行為とそうでない行為とに分けて考えるのが適切」とする。芝池義一『行政救済法講義(第二版補訂増補)』(有斐閣・二〇〇四)三三三頁。
- (13) このような論理構成は、関税定率法に基づく輸入禁制品該当性に係る税関長の通知に処分性を認めた最判昭和五四年二月二五日民集三三卷七号七五三頁との類比可能性も指摘できるであろう。しかし、同様の事案に係る最判昭和五九年二月二日民集三八卷二二号一三〇八頁では、税関長の通知につき「実質的な拒否処分(不許可処分)として機能している」として処分性を肯定しており、理論構成が修正されている。この点については、参照、西田幸介「解説」ジュリスト二一九号(二〇〇五)四四頁。
- (14) 同判決に係る筆者の分析については、橋本博之「判批」判例評論五五四号(二〇〇五)一六八頁以下。
- (15) 斎藤誠「解説」水野忠恒他編『租税判例百選(第四版)』(二〇〇五)一七三頁。
- (16) 医療法に基づく勧告の処分性の問題全般につき、宮崎良夫「行政指導と取消訴訟の対象適格性」原田尚彦先生古稀記念『法治国家と行政訴訟』(有斐閣・二〇〇四)二四九頁以下が有益である。
- (17) 藤田宙靖『第四版行政法Ⅰ(改訂版)』(青林書院・二〇〇五)三七六頁以下では、勧告につき「これを明確に行政指導として性格付けた上で、しかしなお、行政事件訴訟法三条二項の『行政庁の処分その他公権力の行使』に当る、とする画期的な判決」と述べつつ、「行政機関の行う行為の法的拘束力ではなく、事実上の効果が私人に及ぼす影響を問題としているのであって、少なくともその限りにおいて……従来の最高裁判例の考え方は異なるものを有する」のであり、「少なくとも結果的には……形式的行政処分」の存在を認めるものであることは、否定できない」とコメントしている。
- (18) 塩野宏『行政法Ⅰ(第四版)』(有斐閣・二〇〇五)二二〇頁は、公表につき、「処分性が認められないとしても、公表の事前差止めないしは、先行する行政指導の違法確認等が考えられる」と述べる。同判決によれば、「先行する行政指導」について、塩野説とは異なり、具体的な

紛争状況や法的仕組みによっては処分性を認めて抗告訴訟を提起する可能性が生じることにもなる。

(19) 税関長の通知につき処分性を肯定した昭和五十九年最大判の調査官解説では、本件通知につき処分性を肯定するポイントとして、①法律の規定に根拠を置く(単なる事実上の措置ではない)、②判断の要素を含む(警告の性質にとどまらない)、③抽象的にのみ生じていた効果を具体化し現実に生じさせる効果を有する、④通知の相手方がその効果発生を争うには通知をとらえて抗告訴訟の対象とするのが最も有効適切である、という四つを掲げている(新村正人「解説」『昭和五十九年最高裁判所判例解説民事篇』四八二頁)。これを平成一七年判決と比較すると、③の部分で相違点があり、平成一七年判決では、勧告につき後続の行政過程の仕組みを踏まえた場合に、当該勧告の段階で争わなければ現実に病院・病床の開設・設置が不可能になるという事実上の効果が生じることから、救済の必要性から処分性が肯定されている。その判断の中で、抗告訴訟中心のドグマテイクがあるのか、事案の解決の必要性が重視されたのか、見極めが必要となる。

三 学説における検討状況

処分性の問題は、抗告訴訟の定義規定である行訴法三条一項にいう「行政庁の公権力の行使」、あるいは、同条二項の定める「処分」(場合により同条三項の定める「裁決」を含む)の該当性に係る解釈論である。行政活動に起因する紛争が生じた場合に、紛争を生じさせた行政の行為について、抗告訴訟ないし取消訴訟により争うことが許容されるか、という問題である。従前、処分性に係る判例・裁判例については、処分性の有無につき争いが生じる行為類型をピックアップし、それらについて、処分性を肯定または否定するメルクマールを明らかにしつつ整理・分析することが行われてきた。⁽²⁰⁾しかし、判例・裁判例における右のメルクマールの適用状況については、論理的というよりアドホックなものとして把握され、体系的というよりも類型的な整理がなされてきた。⁽²¹⁾そして、この場合、最高裁が提示した「行政庁の処分」の定式の当てはめが議論のベースとされる一方、最高裁の定式自体への批判的検討もされてきたところである。

他方、処分性論については、理論的平面の異なる議論が多層的に展開されてきた。処分性の議論は、行訴法にお

ける抗告訴訟ないし取消訴訟の定義と重なる部分があり、行訴法下での行政訴訟類型論、とりわけ取消訴訟中心主義あるいは包括的抗告訴訟観といったドグマティックな解釈論における切り口となる一方で、処分性は取消訴訟・抗告訴訟における訴えの許容性を判別する訴訟要件論という観点から盛んな解釈論が展開されてきた。このように、もともと多層的議論があったところ、処分性の問題は、行政行為の効力論（規律・公定力・不可争力など）、取消訴訟の本質論（あるいは訴訟物論）、取消訴訟の訴えの利益論など、行政法上の多様な論点と不即不離の關係にあり、議論の全体像が複雑的になっていった。⁽²²⁾筆者にはここで処分性論の全体を分析する余力はないので、先に検討した判例法と時期的に重なる最近の行政法學說の一部を取り上げ、若干の検討を行うこととした。

まず、塩野宏の見解を検討したい。塩野は、処分性の問題を、係争行為の「規律力」概念を軸に説明する。塩野は、取消訴訟を「公定力排除訴訟」とする説明を否定する文脈で、取消訴訟によって「行政行為の規律力そのものを否定する」と述べる。⁽²³⁾塩野は、取消訴訟の制度的意義・制度的特質につき行政行為の「規律力」否定であるとし、「規律力」を有する行政行為の「所在の問題」は、「特別の規律力を認めるに足りるだけの形式的、実質的要件を備えているかどうかの検証」によるとする。⁽²⁴⁾さらに、塩野は、「規律力の制度的根拠」について、「行政行為に規律力が認められるとしても、これを明示する定めがあるわけではなく、行政活動のある種のものには、このような効果をもつものがあるということを前提として制度が組み立てられているという以上の明確な制度的根拠は見出しがたい」とする。⁽²⁵⁾他方、塩野は、処分性の解釈論は「規律力を有する行政の行為の範囲の確定を中心」とすると述べてつつ、「一応定式に該当するとしても、当然に処分性を有するかどうか、逆に、定式には形式的には該当しなくとも、救済の見地から、取消訴訟を活用することがありうるのか」が問題になるとも述べる。⁽²⁶⁾

以上から、塩野説は、処分性の有無の判定を、ある行政の行為につき「規律力」の有無（公権力性の有無）によって行い、その結論は当該行為に係わる法制度の構造全体の解釈によって導かれるとしつつ、「規律力」を有し

ない行政の行為が救済の見地から、あるいは、立法政策上、処分性を肯定されること、逆に、「規律力」を有する行政の行為であっても公権力性を否定されることについて解釈論上の可能性を認めたもの、と整理できる。この塩野説によれば、処分性の有無に係る解釈は、係争行為が一方的・形成的に法律関係を変更する実質があるか、さらには、当該紛争において原告を救済する必要性があるかなどの多元的指標について、それぞれ係争行為の法的仕組みから個別に結論を導くことになる。

塩野説については、それが柔軟な仕組み解釈と結合した場合、すでに存在する判例・裁判例の論理構造に整合的説明を与える方法としては成り立ちえても、具体的紛争が生じた段階で処分性の有無を判別するための法令解釈の方法としては不確定度が高くなりすぎるのではないか、という疑問が生じる。行政の行為につき規律の範囲を解釈論的に画定するとしても、個別の行政法令が当該行為につきどのような内容の規律を、行政過程の中でどの程度まで及ぼすのかという問題（規律の幅と深さと言ってもよい）は、個別具体の紛争のあり方とも関連し、十分な予測可能性をもって解釈上一義的に明らかにできるとは考え難い。塩野自身、「規律力」の「制度的根拠」は明確にできないことを認めているのであるが、処分性の有無を論じる場合に、柔軟な仕組み解釈というかたちで、解釈の視野に入れる法的システムの範囲を拡張し、事実上の影響と法的規律の境界線が解釈技術的に相対化することを認めるなら、問題はより深刻となる。そして、このような解釈方法では、結局のところ、抗告訴訟ないし取消訴訟の存在意義や救済機能に対するドグマティックな評価（抗告訴訟中心主義・取消訴訟中心主義の濃淡）によって結論が左右されるのではないか、という問題が指摘されよう。

もっとも、塩野説の含む右の問題点は、国民の救済ツールとして行訴法の定める訴訟類型の活用可能性を向上させるという観点からは、むしろ長所としてとらえることも可能である。すなわち、この塩野説の趣旨を生かすには、抗告訴訟ないし取消訴訟に係る訴訟類型論について、これらを閉じた類型として（これらとは別個の訴えを排除

するために定立された法概念として) 定位するのではなく、処分として争わせることにメリットがあるケースでこれらを極力利用可能にするという、国民の権利利益救済のツールと位置づけ直すことが必要であると考えられる。この文脈で、塩野が、改正行訴法が抗告訴訟につき「開放的抗告訴訟観に立脚」していること、抗告訴訟と当事者訴訟の壁が低くなったこと、「訴訟類型相互の相対化を志向している」ことを述べていることが重要であるが、筆者としては、改正行訴法の下で抗告訴訟という法概念が有している意義を相当程度まで希釈しない限り、塩野説の解釈論としての有効性は保てないと考える。⁽²⁸⁾

次に、改正行訴法施行後に出版された教科書を素材に、小早川光郎の見解を分析する。小早川は、処分性について、「抗告訴訟の所管事項」と「訴えの利益問題」という観点を区別することを強調しており、これは本稿二における分析軸とほぼ類比されると考えられるが、現時点で、「訴えの利益問題」としての処分性問題」を論じる部分は公刊されていない。⁽²⁹⁾ さしあたり前者について、小早川は、これを「公権力行使該当性」の問題と言い換え、「法解釈問題として、行政処分により法律関係を規律する仕組みが設けられているのかどうか、行政機関の行う個々の行為がその仕組みのもとで行政処分に当たるかどうか」論じられるとする。その際、「当該行為が関わる法律関係の全体をアンプロックに捉えてその性質を論ずる関係一括型の解釈態度と、当該行為に関する局所的な法の仕組みにてらしてその行為の性質を考えようとする行為分離型の解釈態度とが、区別され」るのであり、そのことを踏まえて、理論的に設定される問題状況ごとに「公権力の行使」該当性につき検討がされる。

小早川説の特色は、処分性を論じる場合に、理論的意味における「行政処分」概念を基礎とすることである。⁽³⁰⁾ そこで、小早川の言う「行政処分」につき参照するならば、まず公法私法二元論の説明箇所で、「公法関係については争訟制度の独自性」の要素として抗告訴訟をとりあげ、取消訴訟の対象として予定された「行為の全体」を「行政処分」と呼び、これを「行政上の案件の処理を決定表示する行政機関(行政庁)の行動であって、公権力の行使

として人民に対しその法律関係を具体的に規律する趣旨を含むもの」と定義する⁽³¹⁾。小早川説では、「行政処分」概念がその出発点から公法的制度としての抗告訴訟と結びつけて論じられており、さらに進んで、「行政処分」そのものの属性を記述する局面では、「行政処分の権力性」は、それにより「とられた措置の内容」が法律関係の一方的規律をするという点に着目した「内容的権力概念」ではとらえ切れないのであり、「行政処分」に備わる「特別効力」という観点から「行政処分の公権力性」をとらえる必要がある、それが「関係者がたとえ異議があってもそれに従わざるをえないこととなるような特別な効力」、すなわち、「行政処分の公定力」であるとされる。さらに、小早川は、この「公定力の観念」は、「当該行為により一定の規律をなすことを是とした行政庁の判断が、それと異なる他の関係者の判断に優先し、その結果、当該行為による規律が、真に有効に生じているかどうかはともかく、有効に生じているものとして関係者間に通用する」というものであり、「形式的権力概念」であると説明している⁽³²⁾。

以上のような小早川説では、処分性の概念は、当初から行訴法の定める抗告訴訟と表裏一体のものとして設定されていて、行政処分の公定力概念まで行政訴訟手続との結合関係で説明されている。これは、フランス行政法において、行政決定(執行的決定)を「訴訟への結合」により定位する考え方と通じるものがある。しかし、小早川も、理論上の「行政処分」概念が行訴法上の「行政庁の処分」とは、「当然に一致しなければならないものではない」と述べ⁽³³⁾、処分性拡大論について、「一般に非権力的であり私法に属するとされてきたような給付的行政活動についても、行政機関の決定が、立法ないしはその解釈により」抗告訴訟の対象となることがあると説明し⁽³⁴⁾、契約関係と行政処分の関係について、「もともと、ある法律関係について行政機関の行う一定の行為が公定力を伴う行政処分であるかどうかは、結局のところ、立法によって左右されうる性質の問題である」とする⁽³⁵⁾。以上の小早川の言説は、処分性概念と抗告訴訟制度の理論的結合関係につき必ずしも一貫性がなく、処分概念が手続的概念として一貫

するの、実体的にも構成されるのか、若干分りにくい。フランス行政法の場合、行政決定概念と行政行為概念（通常は、一方的行為として行政契約と対置されるものとして概念構成される）とは切り分けられて論じられているのであり、小早川の言説は、フランス的な行政決定理論の考え方と、争訴過程も含めて行政行為概念を基軸とする日本の通説との中間で揺らいでいるように思われる。

先に検討した最高裁判決には、既に述べたように、いずれも原告による行政に対する回答要求の拒絶という紛争類型が見られる。これを小早川説に当てはめると、「公権力行使該当性」が問題になる類型のうち「特定の相手方のある案件につき行政機関が案件の処理として行行行為が、その相手方にとって不利益なものである場合」に相当する。この類型について、小早川は、問題は基本的に「その行為が行政処分にあたるかどうかに着目し、そこで」の解釈論は、「行政処分により法律関係を規律する仕組みが設けられているか」明らかにする作業であるという認識が示されている。⁽³⁶⁾ 上述した「関係一括型」と「行為分離型」という二つの「解釈態度」の「使い分け」ないし「併用」が意味を持つのも、この類型とされる（ただし、小早川自身は、この「解釈態度」を道具とした用いた本格的な判例分析を示してはいない）。小早川説も、処分性の有無につき、係争行為による法律関係の「規律」の有無を仕組み解釈によって画定するという見解であるように思われ、その限りで、塩野説と基本的には同一である（塩野による規律「力」という概念設定については一応棚上げする）。小早川説の独自性は、そこから先、解釈方法論として「関係一括型」と「行為分離型」という分析軸を立てていることであるが、係争行為の「規律」に着目することは基本的に「行為分離型」ではないか、さらに、「関係一括型」は私法関係であるがゆえに処分性を否定するベクトルのみを有するのではないか、といった疑問が生じる。

いずれにしても、小早川説は、その基本スタンスの部分で行政作用の法的仕組みに着目しており、仕組み解釈の方法と親和性をもつものであるが、⁽³⁷⁾ 処分性に関する記述は、公法上の制度としての抗告訴訟に対するドグマテイク

に支配されているように思える。⁽³⁸⁾ 筆者から見て、小早川説の問題点は、仕組み解釈の方法と抗告訴訟のドグマティックな理解との間で、どちらか一方に優先性があるのか、局面によりアドホックに使い分けられることを推奨するか、必ずしも明らかでないという部分にあると考える。⁽³⁹⁾

最後に、やや異なる観点からの研究として、改正行訴法における確認訴訟の可能性を検討した中川丈久の論文を素材として検討したい。⁽⁴⁰⁾ 中川は、「行政訴訟としての確認訴訟」の利用局面について、入札紛争・届出受理・行政指導・通達・法律・条例・法規命令・都市計画上の決定を取り上げて検討している。⁽⁴¹⁾ いずれも、従前、処分性が定型的には認められ難いと考えられてきた行政決定について、「法律上の争訟」につき裁判拒否にならないよう、確認訴訟を含めたあるべき司法的救済の可能性が検討されている。

中川論文の特色は、当事者訴訟としての確認訴訟という枠組みではなく、行政上の法律関係について、形成（ここではほぼ取消訴訟と同義）・給付・確認という民事訴訟理論上の枠組みにダイレクトに当てはめる試みがなされていることである。行訴法固有の訴訟類型論・抗告訴訟の形態論を飛び越え、新しい解釈モデルともいうべき発想法の下に、行政訴訟による救済範囲を拡大する具体的解釈論が採られている。中川は、日本の行政訴訟理論史の批判的検討と、アメリカ法の比較法的考察を立論の軸にしながら、抗告訴訟、さらには行政訴訟全体を民事訴訟と「通約可能な構造」でとらえ直し、抗告訴訟と当事者訴訟の峻別（その上での抗告訴訟中心主義）という行政法学説の固定観念を打ち砕く結果として、民事訴訟と共通の基盤をもつ当事者訴訟を原則的構造とし、特例的訴訟方法として抗告訴訟が特に法定されているというモデルを描き出している。

中川説では、行政訴訟につき行訴法が存在しないという「更地」で考察するというレトリックが用いられていることが興味深い。これは、行政訴訟理論について、行訴法の諸制度から一旦離れ、民事訴訟と「通約可能な構造」⁽⁴²⁾として捉え直すという意味もあるが、これまで行政法学がとらわれていたある種の固定観念に対する否定的スタン

スをとるには、「更地」での「思考実験」というレトリックが必要であったものと考えられる。⁽⁴²⁾ その上で、中川は、従前の処分性拡大論が、「抗告訴訟には民事訴訟には見られない独自の有用性があるという考え」の反映であり、行政庁の第一次的判断権尊重論を克服した「包括的な抗告訴訟の完成」という思考の反映であったことを指摘しつつ、改正行訴法における「確認訴訟の活用」というメッセージについて、「抗告訴訟しか行政活動の是正を求めて争う方法がないという考え」を改め、「排他性と出訴期間という、他に見られない大きな限定を有する訴訟制度」である取消訴訟の外延がはつきりしないという制度設計の問題点を浮かび上がらせる。

中川説は、抗告訴訟に関する在来型ドグマティックを意識的に消し去り、個別の紛争において、実体法上司法的救済が必要な場合には全て救済するという考え方から出発しようとする。これは、塩野や小早川が、抗告訴訟ないし取消訴訟を行政行為論・行政処分論と表裏一体として論じ、処分性につき係争行為の規律に着目した仕組み解釈を行うという枠組であったのとは離れ、行政行為論と訴訟的救済論との平面を空間的にずらすものであると考えられる。このような方向性によるなら、処分性を拡大する仕組み解釈は、個別紛争において抗告訴訟が合理的と判断される場合にそれを利用可能とするための、プラクティカルな解釈技法として考えれば良いと思われる。⁽⁴³⁾

ここまで、改正行訴法を踏まえて処分性論が展開する三者の言説を検討してきた。いずれの論者も、抗告訴訟ないし取消訴訟の存在構造に改めて着目し直した上で、処分性の問題を論じようと試みている。公権力性の制度的・手続的現出としての抗告訴訟について、従前からの制度的・理論的位置付けを再確認し、その新しいとらえ直しを模索されている。他方で、処分性の柔軟化・拡大に動いている判例は、係争行為をめぐる法的仕組みの全体を解釈して紛争の成熟性を判定するという方法論的傾向を顕著に示す一方で、抗告訴訟の存在構造についての新規性は薄いように思われる。以下では、このような学説と判例の位相のずれに着目しつつ、若干の考察を行うこととした。

- (20) 塩野宏は、定型的行政処分と定型的非行政処分のどちらでもない行政の行為が処分性に係る解釈論の重要な課題と述べ(塩野・前出注(10)九八頁)、芝池義一は、裁判例による行政処分概念の拡張という観点から同様の整理を行っている(芝池・前出注(12)二七頁以下)。
- (21) 高木・前出注(3)二四一頁。
- (22) 最高裁による「行政庁の処分」の定式(とりわけ最判昭和三九年一月二九日民集一八卷八号一八〇九頁の示す定式)自体が、権力的行為について取消訴訟が適用されるという命題と、取消訴訟制度適用の結果としての権力性(公定力・不可争力)という命題の循環関係という観点から議論されたことも、問題を多層的にした。この点の分析として、園部逸夫『裁判行政法講話』(日本評論社・一九八八)一三一頁以下が参考になる。
- (23) 塩野・前出注(10)七八〜七九頁。ここで、塩野は、取消訴訟は「法的行為としての行政行為そのものの存在をなくす」とした上で、そのことと、「規律力そのものを否定する」ことは同義であると述べている。
- (24) 塩野・前出注(18)一二九頁。
- (25) 塩野・前出注(18)一二八頁。
- (26) 塩野・前出注(10)九七頁。
- (27) 塩野宏、「行政事件訴訟法改正と行政法学」民商法雑誌一三〇卷四・五号(二〇〇四)六〇三頁以下。
- (28) 塩野は、「取消訴訟は政策上認められた特異な訴訟類型であることを認識し、その上で救われるべきものは、処分性の有無にかかわらず、なんらかの方法で救われるはずという考え方にたつことが肝要である」とする(塩野・前出注(10)一一三頁)。
- (29) 小早川・前出注(2)一四二頁以下。
- (30) この場合、「当該行為を取消訴訟の対象とすることが実際上有益かつ必要であるかどうかを判断する」という観点の存在も指摘されている。小早川・前出注(2)一五八頁。
- (31) 小早川光郎『行政法上』(弘文堂・一九九九)一五〇頁。なお、同書では、争訟制度の面で公法の独自性と呼ぶに値するものは、抗告訴訟制度に見出されると説明しつつ、「抗告訴訟の制度は、實際上、公法私法二元論を超えて存続してゆく」という予測も述べられている。同書一七二頁。
- (32) 小早川・前出注(31)二六五〜二六九頁。
- (33) 小早川・前出注(31)二六五頁。
- (34) 小早川・前出注(31)一六八頁。
- (35) 小早川・前出注(31)二八〇頁。
- (36) 小早川・前出注(2)一四四頁。
- (37) たとえば、小早川は、「ある行為が行政法上重要であるのは、しばしば、その行為が一定の行政作用の法的仕組みにおいて予定されているからであり、その限りにおいては、行政作用上の行為の問題は、行政作用の仕組みの問題に吸収される」と述べている。小早川・前出注(31)

一九〇頁。

(38) 小早川・前出注(2) 一三五頁以下の記述が、抗告訴訟の概念の定立に始まり、そこから処分性論を展開していることが特徴的である。

(39) この観点から、訴えの利益としての処分性に関する小早川の見解の叙述が待たれる。

(40) 中川丈久「行政訴訟としての『確認訴訟』の可能性」民商法雑誌一三〇巻六号(二〇〇四) 九六三頁以下。

(41) 中川・前出注(40) 九八六～九九七頁。

(42) 中川が兼子一説(兼子一「行政訴訟の特質」法律タイムズ七号(一九四八) 一六頁以下)を積極的に評価するのも、同じ文脈であろう。中川・前出注(40) 一〇一二頁。

(43) 私は、中川説の提示する新しい行政訴訟モデルは、比較法的に見て、フランスにおける越権訴訟と完全裁判訴訟の二元構造とも共通性が高いと理解している。完全裁判訴訟は、その法概念が示すように、司法裁判所と異なる行政裁判管轄に服するものの、「裁判(jurisdiction)」としての法的性格がより完全なものであるのに対して、行政決定の適法性コントロールの道具という性格の強い越権訴訟が、完全裁判訴訟との関係でプラスアルファの訴訟類型として位置付けられている(詳細につき、橋本・前出注(1) 六一頁以下)。なお、従前のフランスでは、越権訴訟を中心に行政訴訟制度が論じられていたが、近年、行政救済の多元化が進展している。原田尚彦「行政法要論(全訂第六版)」(学陽書房・二〇〇五) 三七七頁では、日本の取消訴訟中心主義を擁護すべくフランス越権訴訟との類似を指摘するが、フランスの現状は相当程度変化しており、原田の説明は適切でないというのが管見である。

四 考 察

すでに分析したように、本稿^二で取り上げた最高裁判決は、原告から行政庁に対する何らかの要求を拒否した行為を争うという紛争局面において、仕組み解釈により処分性を肯定するという共通性が指摘できる。また、原告の権利義務関係に引き直した上で当事者訴訟(または民事訴訟)を提起する、あるいは、係争行為に後続する行為をとらえて義務付け訴訟等を提起するといった、別の訴訟類型の並行提起可能性が考えられるにもかかわらず、処分性を認めて抗告訴訟を許容したものである。これらのうち行訴法改正前の判決については、「本来は確認訴訟によつて紛争を解決すべき事案であった」との評価があったところ⁽⁴⁴⁾、行訴法施行後も、係争行為の法的効果を柔軟に

解して処分性を拡大する判例が続くこととなった。本稿三で検討した学説は、それぞれの見地から改正行訴法による訴訟類型の多元化・多層化について理論的関心を寄せるものであったが、処分性に係る判例法は、改正行訴法施行の前後で、訴訟類型論につき特に変化を見せていないようにも思われ、抗告訴訟中心主義(取消訴訟中心主義)のドグマティックを背景に仕組み解釈を展開しているようにも見える。

しかし、本稿二で検討した処分性に係る判例・裁判例(第一のものを除く)は、紛争局面につき類似性があり、原告が係争行為につき不服を有することは一応類型的に自明であって、当該係争行為の違法性判断をする必要性そのものを否定しなければならぬ蓋然性の少ないタイプに属すると考えられる。そこで、裁判実務は、当該係争行為に係る法令につき柔軟な仕組み解釈を行い、処分性を肯定することによって「行政事件訴訟によって救済を求めることができる範囲を拡大」した⁽⁴⁵⁾のである。このような仕組み解釈の方法は、抗告訴訟(ないし取消訴訟)の構造ないし特質に関する一定の理解を背景に、各事案がそこで理解された抗告訴訟(ないし取消訴訟)の構造ないし特色に適合的であるという予先的な判断を背景にしたものであると分析される。これに対し、本稿三で検討した諸学説は、抗告訴訟(ないし取消訴訟)の構造ないし特色について、行訴法改正も踏まえて理論的再検討を試みているところが、裁判実務の思考方法との位相のずれを生んでいるように思われる。

このようなかたちで判例と学説が乖離しつつあるように見えるのは、学説の側が、行訴法改正による訴訟類型論の多元化・多層化を背景に、抗告訴訟の理論的位置づけ、あるいは、行政訴訟類型論のあり方全体を論じようとしているのに対し、裁判実務では、さしあたり、抗告訴訟の中でも、取消訴訟・無効等確認訴訟における処分性の仕組み解釈による拡大が論じられていることがその一因であるように思われる。抗告訴訟と当事者訴訟・民事訴訟の関係や、抗告訴訟における義務付け訴訟・差止訴訟に係る解釈論上の諸問題を議論する場合に、処分性は理論的に避けがたい論点であるし、またそのような観点からする処分性論の定位の重要性は明らかである。しかし、筆者

は、裁判実務における判例政策の分析という枠組みであれば、行政決定が先行し、その適法性につき事後的に司法審査をするタイプの訴訟類型（取消訴訟・無効等確認訴訟）を取り出して、そこで処分性の有無を判断する場合の仕組み解釈の方法を検討することも有意義であると考えられる。⁽⁴⁶⁾

そうすると、本稿二で検討した判例・裁判例（第一のものを除く）が、国民からの要求に行政が回答するタイプの手続について要求を拒否する行為であったことに着目しつつ、そこで処分性を肯定することについては、国民の手続的利益の侵害という側面から仕組み解釈がなされたものと理解することが可能であろう。⁽⁴⁷⁾ 抗告訴訟は、行政上の法律関係に係る紛争につき、公権力行使と性質決定された行政の行為のみを取り出してその違法性の司法的チェックを行うものである。⁽⁴⁸⁾ その場合に、行政活動につき適正手続原理に基づく適法性コントロールを重視するならば、ある行政の行為につき事前手続・事後手続を機能させる法的仕組みに注目し、事後手続の一部として司法審査を位置づけ、それが有効に機能して原告に必要な手続的利益を保障するという観点から、処分性に関する仕組み解釈が行われるべきであるという方向性を導くことができる。⁽⁴⁹⁾

以上要するに、私は、具体的な紛争状況において、行政決定の事後的司法審査によって救済を求めることが一応合理的であると考えられる場合には、処分性の有無につき行政手続にみた原告の利益保護の必要性という観点から仕組み解釈を行って判定することが望ましいと考える。行政決定の事後的司法審査の争訟手続が合理的かという判断は、訴訟類型配分タイプの解釈論ということになるが、国民からの要求に行政が不利益を与える回答をするという手続上の仕組みがある場合には、一応典型的に肯定されるであろう。したがって、この局面で処分性を判定するポイントとは訴えの成熟性であり、法的仕組みの上で原告に対する規律が及んでいるかという解釈問題となるが、そこでの規律は原告の手続的利益へのマイナスの影響（侵害的影響）があれば処分性を肯定するのに十分であろう。問題は、判例のように、根拠法令上は行政指導と解される通知や勧告について、柔軟な仕組み解釈により事実上の

影響を取り込んで処分と構成した場合に、その処分につき要求される行政手続上の仕組み、教示義務、取消訴訟の利用強制が生じることをどう理解するべきかであるが、これらは、いずれも、処分に当然附着する手続的仕組み・手続的効果なのであって、手続的な仕組み解釈の結果処分性を肯定するのであれば、それらも当然に附着すると解すべきである。すると、問題とされた通知や勧告は、処分として行政上の事前手続が要求され、事後的争訟につき教示義務も生じるため、以後その相手方にとって処分であることは明確になる。さらに、行政実務の側では、通知や勧告が、関連する法的仕組みの全体の中で処分であるかを明確にする必要性が生じるので、立法政策上、これらの行為形式に対し、行政手続上の位置を明確にすることが喫緊の課題となる。以上全体の結果として、取消訴訟・無効等確認訴訟のような、先行する行政決定を事後的・形成的に司法審査する訴えについては、行政手続との連関という観点から、処分性概念は立法的に整備されるべきものであり、筆者は、このような意味で、最近の判例法を前提としてもなお、手続法的に構成された処分性概念の純化が図られるべきであると考ええる。

他方で、以上のような理解は、あくまで抗告訴訟の中の事後的救済手続である取消訴訟・無効等確認訴訟に限定した上でのものであり、抗告訴訟の多元化、抗告訴訟と当事者訴訟との重層化という与件は、別に考えなければならぬ。行政の行為を争う抗告訴訟、抗告訴訟の中の事前的救済である義務付け訴訟・差止訴訟、行政上の法律関係の側に着目した当事者訴訟といった行政訴訟類型の多元化・多層化という状況下では、それぞれの訴訟類型を相互排他的と考え、並行訴訟性を否定した解釈をするべきではなく、個別の紛争ごとの救済の必要性に応じてこれを重層的に利用可能なものと解すべきである。行政の行為が法律関係に及ぼす規律の多面的な切り分けは、そのような訴訟類型の重層的なあり方を解明することに資するであろう。⁵⁰⁾さらに、本稿二で検討した判例・裁判例とは異なる紛争状況、たとえば、処分の相手方以外の第三者が抗告訴訟を提起する局面で処分性の拡大が問題になるなら、そこでの仕組み解釈は、原告適格に係る法令解釈の柔軟化とも連関して、訴えの利益の判定との同質性を強め

たものとなるであろう。⁽⁵¹⁾

筆者は、塩野説のように取消訴訟を行政行為による法律関係の規律の排除とする考え方は、行政行為による一方的・形成的な法律関係の変動があり、その紛争状況下で行政行為を覆審的に争うという考え方であり、これを「行政庁の第一次的判断権を媒介として生じた具体的違法状態の排除を求める訴訟」と説明していた田中二郎説と、実は大きな近親性があると考ええる。田中説では、行政庁の第一次的判断権の尊重という思考方法が、抗告訴訟の覆審的・事後的性格、義務付け訴訟の否定といった文脈で用いられており、そのように定位された上でその克服が試みられてきた。改正行訴法による義務付け訴訟・差止訴訟の法定は、田中説克服の到達点でもある。しかし、田中の言説は、それを取消訴訟（さらには無効等確認訴訟）の基本的性格の描写と見るなら、「規律力」を軸にした塩野説とオーバーラップする。筆者は、行政庁の第一次的判断権という考え方を手続法的に構成し直して、フランス的な「訴訟への結合」理論と同質なものに翻案すれば、取消訴訟の特質の説明として十分に機能すると考える。この場合には、行政事件訴訟の中で、形成的訴えとして特に行政決定を争うことに機能的な意味がある場合に取消訴訟を用いるという理解となり、行政訴訟類型論は、副次的・便宜的なものと定位しなかなければならない。⁽⁵²⁾

行政決定について、事前・事後の手続的コントロールの仕組みを整備し、手続的防御を通して当該行政決定につき適法性を担保しようとする方向性と、法律関係という側面から行政決定に起因する紛争に着目し、国民の権利利益の側から訴訟類型を再構築しようとする方向性について、両者を排他的にとらえるのではなく、複合的・重層的に考えることが重要である。行政決定によって生じる形成的な法律関係の変動を、形成的に争うもの（取消訴訟等）を用いることが紛争解決上合理的であり、争訟のタイミンングとして適切と考えられるのであれば、それを用いればよいというだけの問題なのであり、その他の訴訟類型の並行提起可能性は別個に考えるべきである。処分を発見し、抗告訴訟という括りの中でしか争えないというドグマテイクに縛られるのではなく、訴訟類型の選択は、訴

訟手続に係る法的仕組みを踏まえた、個別具体の事案に適應した司法的救済を実現するための判例政策上の問題と考ればよい。

ここで、本稿の分析軸である仕組み解釈の方法に目を向けるならば、仕組み解釈が価値中立的なのか、ある種の嚮導概念か、という問題があるように思われる。処分性に関する仕組み解釈は、係争行為の根拠法令の中から不服申立てやそれに類比される仕組みを発見し、当該行為につき処分性を肯定する立法者意思を明らかにするといふ限定的なものから、当該行為そのものが根拠法令によって与えられている法的効力(規律を通用させる力ないし仕組み)から離れ、本来法的効力とはいえない事実上の影響力(影響を及ぼす仕組み)を視野に入れて、処分性を肯定するためのツールにまで拡大している。しかも、判例による仕組み解釈は、従前の学説上「形式的行政行為論」として論じられたものとは異なり、処分性拡大の結果として要求される行政手続の創設という意味を有するのであり、立法論的解釈(法的仕組みの作り直し)とも言うべき様相を呈しつつある。⁵³⁾これが、処分を発見しなければ行政訴訟として救済不能となるという、古典的な抗告訴訟中心主義・取消訴訟中心主義のドグマティクと結びついて嚮導的機能を果たすことは、改正行訴法による訴訟類型の多元化・多層化の趣旨から強く戒められるべきである。

行政上の法律関係において紛争が生じている場合、その紛争が司法判断に熟したもので「法律上の争訟」性が認められれば、司法審査が許容されなければならないことは当然である。これと異なる結論は憲法構造上許されないはずであり、行訴法の定める訴訟類型論と、それに基づく行政法令の解釈によって、裁判拒絶となる事態が生じることもまた許されない。したがって、処分性を前提とする抗告訴訟と、そうでない当事者訴訟・民事訴訟とを相互排他的に振り分けなければならないとする考え方そのものを転換しなければならず、抗告訴訟・当事者訴訟・民事訴訟の配分は多元的・多層的なものであるべきであって、原告の救済の便宜から機能的に解釈すれば良いと思われる。成熟した紛争について、訴えが却下されることなく、必要な仮の救済がなされることが、訴訟法のシステムと

しては重要なのであり、紛争が熟するかどうかを決定するのは実体法上の問題であろう。私が、処分性の純化を是とするのは、実体法上、適正手続原理に資する事前・事後の行政手続を整備するという文脈である。これに対して、訴訟法が定める訴訟類型のうちどれを当てはめるかは、もっぱら個別具体の事案につき適切な救済を可とする観点からの判例政策の問題ととらえるべきであり、そのような角度から判例の思考方法を解析し、その批判・検討を通して判例政策に方向性を与えるのが行政法学説のひとつの役割りということにならう。処分性をめぐる判例と学説の交錯状況は、行政訴訟に関する学問状況そのものが転換点にあることを示しているものと考えられる。⁽³⁴⁾

(44) 高木・前出注(3) 八〇頁。

(45) 判例時報一九〇五号(二〇〇五) 五〇頁に掲載されたコメント。

(46) 判例については、近時の一部の下級審裁判例に見られた、処分性を肯定して抗告訴訟を用いるよりも、処分性を否定した上で民事訴訟ないし当事者訴訟で本案審理をすることの方がメリットが大きいという考え方に對して、これにブレーキをかけるものというところも考えられる。裁判例としては、たとえば、弁護士会による営業許可申請不許可決定につき、処分性を否定しつつ、民事訴訟として実体審査を行い、同決定は違法・無効として弁護士会に對し許可の意思表示をすることを命じた裁判例(東京地判平成一四年一月二二日判例時報一八〇九号一六頁)がある。同判決につき、日暮直子「公共組合」藤山・前出注(9) 一〇八頁以下、神橋一彦「解説」判例評論五四六号一六四頁以下を参照。このような観点からは、判例法の今後の動向がさらに注目される。

(47) 従前から、国民からの要求を拒否する内容の勧告について、処分性を認める判例があった。たとえば、最判昭和三六年三月二八日民集一五卷三号五九五頁は、地方公務員からの措置要求に対する人事委員会の判定たる勧告について、処分性を認めている。この判例については、「行政庁の審査的行為を求める手続的な申請権」を前提に、「その却下行為はやはり手続的法益の侵害処分と解され」とする兼子仁の分析が示唆的である(兼子仁「行政訴訟法」(筑摩書房・一九七三) 二六七頁)。

(48) 小早川・前出注(2) 一三九頁以下が詳しい。

(49) 前田雅子は、要綱に基づく補助金交付に係る紛争を念頭に、「裁量の瑕疵のない交付決定を受ける法的利益が観念される」とし、処分性が否定されても確認訴訟を活用して救済を拡大できるとする(前田雅子「行政作用と行政訴訟改革」ジュリスト一二七号(二〇〇四) 三五頁)。示唆に富む見解であるが、管見では、「裁量の瑕疵のない交付決定を受ける法的利益」は、処分性と確認の利益のどちらを肯定する要素としても利用可能なものであり、その上で、抗告訴訟と当事者訴訟を振り分けるのは、救済の観点からなされる判例政策の問題と位置づければよいと

いうことになる。

(50) 太田匡彦「行政行為」公法研究六七号（二〇〇五）二三七頁以下は、「行政行為による規律と法関係との関係が多様であること」から、「訴訟類型の峻別・排他性の強化でなく、訴訟類型の相対化と訴訟類型の様々な組み合わせ可能性を發展させる方向が目指されるべき」と指摘している。

(51) 紛争局面ごとに処分性の有無を柔軟に解釈することを主張した相対的行政処分論について、阿部泰隆「行政訴訟改革論」（有斐閣・一九九三）四三頁以下がある。

(52) この点、芝池義一が、処分性につき取消訴訟の制度的メリット・デメリットの観点から機能的に論じていることは、極めて示唆的である。芝池・前出注（12）二八頁以下。

(53) 最判平成一七年一〇月二五日における藤田裁判官の補足意見において、行訴法の定める教示義務や、出訴期間徒過にかかる「正当の理由」条項の解釈により、「必要に応じ」「対処することが可能」と述べられていることは、このことを示していると考えられる。

(54) 本稿は、井上治典教授へのオマージュとして執筆を試みたものであるが、思考が十分に熟さないまま脱稿せざるを得ず、忸怩たるものがある。処分性の問題については、今回十分に検討できなかった従前の研究業績を精査した上で（私は、改正行訴法の下で判例・学説が急速に変化しつつあるように見える今こそ、処分性論に係る過去の蓄積の再検討が特に必要と考えている）、改めて考えをまとめ直したいと考えている。