

## 相対的行政処分論に関する一考察

——ドイツにおける相対的行政行為論との比較・検討——

人見 剛

- I はじめに
- II ドイツにおける相対的行政行為論
- III ドイツにおける相対的行政行為論批判
- IV 日独の相対的行政処分論の若干の比較検討

### I はじめに

「相対的行政処分」概念の提唱者である阿部泰隆は、「抗告訴訟の対象性はそれが問題とされる状況に応じて異なってくるものであり、訴訟レベルにおいて分解して考察すべきものというべきである」とした上で、「そこで、さらに進むと、抗告訴訟の対象性を行為の性質により一律に決める考え方を放棄して、誰が争うか、争う理由は何かという紛争の利益状況次第で、同じ行為でも抗告訴訟の対象となるかどうか異なってくる、という考え方が出て

くる」とした。かくして、「誰が争うかで処分性の有無が異なりうること、少なくとも別々に考察しなければならぬ」という「相対的行政処分概念」が、提唱されたのである<sup>(1)</sup>。

こうした処分性判定の対人的相対性を、阿部泰隆は、主に行政処分の法効果の具体性（成熟性）の契機に関して展開しており（用途地域の指定や環境基準の改正告示など）、<sup>(2)</sup> 同時期に、原田尚彦も、「計画の段階で出訴を許さず、後続の具体的処分の行われるのをまっていたのでは、既成事実の前に実質的に救済が不可能になってしまうこともないではない」として、「処分性を当事者の利益との関係で相対的にとらえる……相対的処分論」を積極的に説いていた。<sup>(3)</sup> また、最近、亘理格は、千代田区立小学校廃止事件Ⅱ最判平成一四年四月二五日判自二二九号五二頁を取り上げて、区立小学校を統廃合する条例は「一般的法規範」にほかならないとして当該条例の処分性を否定した本判決は、「各児童に新たに指定された就学校がいかなる場所にあるかを考慮し、当該就学校が児童らにとって『社会生活上通学することができうる範囲内』に位置するか否かという個々の児童に固有の通学条件如何に応じて、条例の処分性の成否につき異なった判定が行われる可能性を認めたことになる」という意味で、相対的行政処分論に倅さず判決であるという理解を示している。<sup>(4)</sup>

このように、これらの相対的行政処分論が対象としているのは、行政処分の効果の具体性（成熟性）の契機についてであったが、これとは別に、行政処分の権力性の契機に関する処分性の対人的な相対性論もある。大阪国際空港事件の民事差し止め請求訴訟の許否をめぐる<sup>(5)</sup>、下山瑛二は、空港の「管理権者と施設利用者との間の関係を、『特別権力関係』という概念で処理することには異論があるが、その関係に一定の規制と受忍の関係があることは認めざるをえない。しかし、空港当局と周辺住民との間の関係は全く異なった次元の関係であるゆえに、この関係にまで、『公権力』作用概念を持ちこんだ判決は、無意識のうちに、空港当局と利用航空会社等の関係と、空港当局と周辺住民との関係を混同しているものといわざるをえない。」と述べ、原田尚彦も、「空港管理規則の定立に権

力性を認めるとしても、それはあくまで営造物の内部において利用者に対する関係で権力性が認められるということとであって、<sup>(6)</sup> けっして営造物権力が当該営造物の外部の者に対し当然に権力性をもって作用することを意味しない」と論じた。<sup>(7)</sup> 阿部泰隆も、「空港管理権や航空行政権に基づく行為は周辺住民との関係では抗告訴訟をもってしなければその効力を排除できないといういわゆる公定力をもつものではない。ここに、ある者（対利用者）との関係では行政処分、他の者（周辺住民）との関係では抗告訴訟の排他的管轄に服さないという意味で、行政処分が相対化している現象がみられるのである。従来、この点の認識を欠き、公権力の行使か否かは、行為のあらゆる側面について一律に判断されるとみられてきた点に誤りの原因があると思われる。」<sup>(8)</sup> と論じている。

ここでは、前述のところとは異なって、処分性を否定して民事訴訟を認める方向で、相対的な処分論が展開されている。<sup>(9)</sup>

さらに、行政処分の効果の対外性の契機に関しても、処分性の対人的な相対性を認める議論がある。この素材となるのが、地方自治法上の関与にあたる国等の自治体に対する行為が、同時に住民等との関係で処分性が認められる場合である。

例えば、藤田宙靖は、いわゆる裁定的関与につき原処分庁の所属する自治体の出訴を否定した大阪府国民健康保険審査会事件<sup>11</sup> 最判昭和四九年五月三〇日民集二八巻四号五九四頁に触れつつ、「行政主体相互間で行われるある行為が、その外に居る私人との関係では『外部行為』すなわち『処分』としての性質を持ち、しかし、行政主体相互間では、『内部行為』すなわち『処分としての性質を持たない行為』とされることがあり得る」と論じている。<sup>(10)</sup>

大阪府国民健康保険審査会の裁決が、審査請求人との関係で行政処分であることは自明であるが、判例の判示を前提とする限り、<sup>(11)</sup> 原処分庁の所属する大阪市との関係では内部行為に過ぎない、ということであろう。さらに、藤田は、兵庫県知事が八鹿町に対して行った町営土地改良事業施行認可の処分性を前提としている最判平成四年一月二

四日民集四六卷一五五四頁を踏まえて、「事業施行の認可は、対市町村との関係では、私人に対する公権力行使（処分）を行うための一種の（監督的意味を持った）内部手続としての性質を持つもの、と考えることも、可能なのではなからうか。」<sup>(12)</sup>とした。同様の問題は、自治体の行う都市計画事業に対する大臣や知事の認可についても妥当し、建設大臣が東京都に対して行った鉄道事業認可の処分性は認められているが（例えば、小田急訴訟<sup>11</sup> 最大判平成一七年二月七日民集五九卷一〇号二六四五頁）、この認可が地方自治法二四五条一号ホの「関与」に該当すると考えられることから、確井光明は、「認可が私人との関係においては行政処分であるが、地方公共団体との関係においては行政処分ではないという相対性を認める余地があるように思われる。」<sup>(13)</sup>と述べている。

ここでも、ある種の行政処分について、処分性を否定するために相対的な行政処分の概念が用いられているとみることができ<sup>(14)</sup>る。他方、興津征雄は、運輸大臣が鉄建公団に対して行った工事実施計画の認可は、「行政機関相互の行為と同視すべきものであり、行政行為として外部に対する効力を有するものではない」としてその処分性を否定した成田新幹線訴訟<sup>12</sup> 最判昭和五三年一月八日民集三二卷九号一六一七頁を引いて、相対的行政処分論に依れば、逆に、「鉄建公団との関係では処分とはいえない行為であっても、住民との関係で処分性を肯定する可能性」<sup>(15)</sup>があると論じている。

本稿は、ある種の行政作用の行政行為性をめぐって、こうした対人的に相対的な性質を認める判例・学説がドイツにおいても存在すること（相対的行政行為 relative Verwaltungssakte）、ただ、実体法・手続法・争訟法上一体的な「行政行為」概念が定着し、行政の行為形式論による体系的整理を重んずる彼の地の学説・判例の大勢の支持は得られていないことを以下で紹介する。その上で、両国のかかる行政処分の対人的相対性論について若干の比較検討を加えるものである。能力と時間の制約から十分な考察をすることはできていないが、日本における相対的行政処分論の考究の一助となれば幸いである。

- (1) 阿部泰隆「相対的行政処分概念の提唱」同『行政訴訟改革論』（有斐閣、一九九三年）八九頁以下（初出、一九八二年）。こうした紛争の利益状況に着目してそれまでの一般論の硬直性を批判した先駆的業績として、行政処分の無効と取消の区別の相対性（いわば一種の相対的瑕疵論）を主張した、遠藤博也『行政行為の無効と取消』（東大出版会、一九六八年）一頁以下、三五頁以下、三五三頁以下がある。
- (2) 阿部は、この他に、大店法の店舗面積削減勧告のような法効果性が問題となる事例も挙げているが、その焦点は、やはり紛争の成熟性にあるようである。参照、阿部泰隆『行政法再入門・下（第二版）』（信山社、二〇一六年）一〇三頁。
- (3) 原田尚彦『行政法要論（全訂版）』（学陽書房、一九八四年）三〇九頁以下。この趣旨は、同書の最新版（全訂第七版補訂二版、二〇一二年）でも維持されている。
- (4) 亘理格「相対的行政処分論から相關関係の訴えの利益論へ——『法的地位』成否の認定という視点から」阿部泰隆先生古稀記念『行政法学の未来に向けて』（有斐閣、二〇一二年）七六一頁以下。
- (5) 下山瑛二「『行政処分』と民事訴訟、差止請求に関連して」法時四六巻五号三八頁以下。
- (6) 原田尚彦「大阪空港事件控訴審判決と権力分立論」ジュリスト六〇五号六四頁。
- (7) なお、こうした相対性論に対して、今村成和は、空港管理権を含む營造物管理権は、本来的に非権力的管理作用であり、空港管理規則も行政立法の形式をとっている行政規則であって法規たる性質をもたないとし、空港周辺住民との関係のみならず、空港利用者との関係でも空港管理者たる国の作用の公権力性を否定して、下山・原田説を批判している。参照、今村成和「空港管理権と差止請求——大阪国際空港事件と国側の論理」ジュリスト五八三号一一〇頁以下、同「空港管理権と差止請求——大阪国際空港事件最高裁判決批判」ジュリスト七六一号二九頁。
- (8) 阿部泰隆「空港供用行為と民事訴訟——大阪国際空港訴訟最高裁判決をめぐって」『行政救済の実効性』（弘文堂、一九八五年）七一頁。
- (9) なお、空港管理者の空港管理権の行使が公権力の行使として処分性が認められることを前提とした場合でも、相対的行政処分論に依らなければ民事訴訟が当然に排除されるというものでもない。本稿では詳述できないが、当該処分の公定力の客観的な射程範囲の問題があるからである。相対的行政処分論の採否に関わらず、行政法学の大勢が、この最高裁判決に批判的なゆえんである。
- (10) 藤田宙靖「行政主体相互間の法関係について」『行政法の基礎理論・下巻』（有斐閣、二〇〇五年）七二頁。
- (11) 筆者を含め、この判示に否定的な論者は少なくない。参照、石森久弘「国民健康保険事業の保険者の地位」宇賀克也ほか編『行政判例百選 I（第七版）』（有斐閣、二〇一七頁）五頁、大江裕幸「国民皆保険の中の大阪市国保事件——行政法学からの考察」法時八九巻六号一九頁以下など。
- (12) 藤田・前掲書（注10）七三頁。
- (13) 確井光明『都市行政法精義 I』（信山社、二〇一三年）五四頁以下。
- (14) こうした学説に対して、「判例で処分性が認められた事項につき、自治体の提訴権をはく奪するために、相対的行政処分概念を説くのは、本末転倒の議論と思われる」と厳しく批判するものとして、田中孝男「地方自治法制における『固有の資格』概念の検討（下）」自治実務セミナー二〇一六年四月号六〇頁。

(15) 興津征雄「抗告訴訟における第三者の出訴資格と処分性―相対的行政処分概念の示唆するもの」阿部泰隆先生古稀記念・前掲書(注4) 六八頁。

## II ドイツにおける相対的行政行為論

### 1 ドイツにおける国家行為の二重の性質論

ドイツでは、ある種の行政活動が同時に二つの別の法的性質を有するという議論は、二重の性格を持った高権的行為 (Hoheitsakte mit Doppelcharakter)、国家行為の二重の性質 (Doppelnatur von Staatsakten) などの概念の下で展開されている。ただ、そこで行われる二重の性質は、本稿で問題にしようとしている、行政活動が対人的に異なった性質の行為であるという意味での二重性に限られたものではないようである。小シエンケ (R. P. Schenke) の比較的最近の包括的な研究<sup>(16)</sup>によれば、ある行政作用が公法的作用でありかつ私法的作用であるという二重性、例えば、警察法上の直接執行が公法上の事実行為であると同時に私人のための民法上の事務管理<sup>(17)</sup>でもある、あるいは公的主体の経済活動の性質に関わって、それに対する私的競争者の防御請求権が行政裁判所の管轄する公法的請求権であると同時に民事裁判所の所管する私法上の請求権でもある、というような二重性の他、さらに、ある行政作用が、ある者との関係では行政行為であるが、別の者との関係では行政行為以外の作用である、というような二重性があるとされる。本稿で紹介しようとする「相対的行政行為 (relative Verwaltungsakte)」論に当たるのは、もちろん、後者の二重性を認める理論である。

以下では、まず、ドイツにおいて、行政作用の法的性質について前述のような対人的相対性が認められ、ある者にとっては行政行為と性格づけられるが、別の者との関係では行政行為ではない作用 (例えば、法規命令、行政規

則、事実行為など」とされる「相対的行政行為」が論じられた事例を、法規範（立法行為）と行政行為の二重性が問題となった例と、行政の内部行為と行政行為の二重性が問題となった例に分けて、その主要なものをみておくことにしよう。

## 2 立法行為と行政行為の二重性を認める相対的行政行為論の具体例

### (1) 市町村の区域変更等に関する州の立法行為

立法行為と行政行為の二重性がドイツにおいて論じられた古典的な例が、各州の市町村法に基づく自治体の区域変更等の区域に関する組織行為（die gebietliche Organisationsakte）である。日本の市町村の廃置分合・境界変更に対応するドイツにおける市町村の区域変更の制度は、各州の市町村法により様々であるが、主に州の法律や法規命令などの法規範によって実施される。そして、かかる区域変更措置の法的性質は、学説・判例上大いに争われてきたのである。<sup>(18)</sup>

法律や命令の形式がとられている以上その法的性質は法規範（Rechtsnorm）であるという判例もあるが、具体的な市町村を特定してその区域変更等を定める法律等は、実質的には行政行為であるという判例・学説が有力であった。他方で、こうした市町村の区域変更等を定める法律等は、関係市町村に対する関係では行政行為であるが、関係住民との関係では一般的効力を持つ法規範であるとする判例・学説も有力に説かれた。<sup>(19)</sup> この第三の見解が、当該国家作用の行政行為が該当性に関して对人的相対性を認めるという意味で、相対的行政行為の一種である。

### (2) 労働協約の一般的拘束力宣言

ドイツでは、労働協約（Tarifvertrag）は、労働協約法に基づいて、契約当事者である使用者と労働組合のみならず、個々の労働者の労働契約も直接する規律する効力を有するほか、労働大臣が一定の要件を備えるものと認定し

て当該労使団体の構成員以外の者へも拘束力あるものと宣言できる仕組み（一般的拘束力宣言 Allgemeinverbindlichkeitsklärung）を設けている。<sup>(20)</sup> この大臣の一般的効力宣言の法的性格については、法規命令であるとする見解と行政行為とみる見解の他、ニッパードイ（H. C. Nipperdey）が提唱した二重の性質説があった。それによれば、一般的効力宣言は、労働協約の当事者以外の労働者等に対する関係では労使自治の法定立手続への国家の非独立的な関与行為（Unselbständiger staatliche Mitwirkungsakt an einem autonomen Rechtssetzungsverfahren）であり、労働協約の当事者との関係では行政行為（Verwaltungsakt）の二重の性質を有するといっているのである。<sup>(21)</sup>

一般的拘束力宣言に立法行為と行政行為の二重性を認める、かかる一種の相対的行政行為論は、現在も継承されているようであり、ペーター・ハーナウ（Peter Hanau）らは、次のように述べている。「一般的拘束力宣言は、二重の性格を有する。それは、協約当事者に対しては一つの行政行為である。当事者は、行政裁判所において、その却下には義務づけ訴訟を、決定には取消訴訟をもって攻撃することが許される。該当するアウトサイダーの観点からみると、それは、立法行為であり、労働裁判所の手続きにおいてその合法性が審査される」。<sup>(23)</sup>

### (3) 自治監督措置としての規約・条例制定の代執行

ドイツでは、自治監督として監督官庁が自治団体に対する関与として代執行（Ersatzvornahme）をなすことがあり、その対象が規約・条例の制定である場合もある（規約・条例の押付け Satzungsoktroi）。このような国家官庁による規約・条例制定の法的性格について、対人的相対性がしばしば論じられている。すなわち、かかる自治監督措置としてなされた自治団体の規約・条例の制定は、その構成員・住民にとっては規約・条例そのもので行政行為ではないが、自治団体に対しては行政行為である、というわけである。<sup>(24)</sup>

まず、自治団体としての商工業組合に関する事件であるが、連邦行政裁判所一九七二年四月二五日判決がある。<sup>(25)</sup> それは、商工会議所（Handwerkskammer）が監督官庁として、ある自動車工業会の対象地域から三つの市・郡を

除外する規約改正（Satzungsänderung）を行ったのに対し、同工業会を構成する関係組合が取消訴訟を提起した事件に関するもので、連邦行政裁判所はその判示の中で次のように述べている。「この代執行は、二重の法的性質（Doppelte Rechtsnatur）を有している。すなわち、『一般公衆（Allgemeinheit）』に対しては、法規範を意味を有するが、原告に対しては直接的拘束力をもった具体的な生活関係の一方的秩序づけである。この代執行は、それが適法であれば原告の自治行政権の一部除外となる。」

次に、連邦行政裁判所の一九九三年四月二日判決は、右の一九七二年判決を引きつつ、地方自治体についても、大要、次のように判示した。自治監督手段として自治体に代わつてなされた一般的抽象的規律は、当該自治体自身による条例の制定と同様に法規範であり、その特殊な成り立ちにもかかわらず、関係住民にとっては行政裁判所法の定める規範統制訴訟の対象であつて、行政裁判所法に基づいて専ら行政行為を対象とする無効確認訴訟によつてこれを攻撃することはできない。自治監督としての代執行が市町村の自治行政権を侵害し、市町村との関係では行政行為であるという事情は、その措置が住民にとっては当該自治体の条例という法規範であるという性格を何ら変えるものではない。そのように解しても、原告である住民は、その条例に基づいてなされた個別決定の取消訴訟を提起してその中で条例の違法を主張できるのであるから、権利保護手段に欠けることはない。

### 3 行政内部行為と行政行為の二重性を認める相対的行政行為論の具体例

#### (1) 市町村の境界変更決定

先に立法行為と行政行為の二重性の例として挙げた市町村の区域変更等に関する州の措置については、それを住民との関係では立法行為ではなく、行政内部的な組織行為（Organisationsakt）とみる見解もある。例えば、ある市町村と郡がある森林の市町村への併合（Eingliederung）を申請し、州大臣がこれを決定したのに対し、その森林の

所有者である森林組合が取消訴訟を提起した事件について、リューネブルク高等行政裁判所一九六二年一〇月三〇日判決は、<sup>(27)</sup> 大要、次のように判示している。そのような市町村併合行為は、二重の性格 (Doppelcharakter) を有する。すなわち、地域団体に對しては取消訴訟で争われうる行政行為であるが、地域に属する住民等に対しては取消訴訟で争うことのできない組織行為である。故に、市町村の境界変更等は、原則として統治行為 (Regierungsakt) の一種として捉えられる組織行為であるが、市町村法の領域では、関係自治行政団体に対しては行政行為の内容をも有する。

(2) 土地調達法 (Landbeschaffungsgesetz) に基づく大臣の調達計画の表示 (Bezeichnung)

連邦行政裁判所一九八六年四月二一日判決は、<sup>(28)</sup> 大要次のように述べて、土地調達法に基づく調達計画の表示が、関係土地所有者との関係と地元自治体との関係でその性質を異にする相対的行政行為であることを明確に判示した。

土地調達法の法文が、大臣が計画を「定める (bestimmt)」とする草案時の文言から、連邦参議院の審議を踏まえ、「表示する (bezeichnet)」と改められたのは、大臣の行為が行政行為ではないことを明らかにする意図であった。したがって、大臣の計画の表示は、関係市民との関係では行政行為ではない。しかし、このことは、地元市町村との関係では妥当しない。市町村は、基本法二八条二項に基づいて地域共同体の全事務を自己の責任で処理する権能を有し、特に建築計画の策定により地域の土地建築秩序を形成する計画高権を有し、本件の防衛大臣の調達計画の表示が、この自治体の権限を直接に毀損することは明らかであるからである。本件表示は、市町村に対しては行政行為である。「直接的な法効果があらゆる人に生ずるのではなく、ごく限られた関係人のみ生ずる場合には、当該決定は、その関係人に対してのみ行政行為である。」<sup>(29)</sup>

これに対して、連邦行政裁判所一九八九年四月一四日判決は、土地調達法の調達計画表示の二重性を判示した

先の判決の意義を認めて、「行政庁の諸決定を多様な秩序に服せしめることは、原則として有意義であつて、体系的にも整合的でありうる」と述べつつ、本件表示は、市町村のみならず土地所有者との関係でも行政行為であると判示し、結果として、この件については相対的行政行為論を採用していない。なお、結論としては、土地所有者の原告適格を否定して、訴えを退けている。

(3) 交通官庁による道路管理者に対する命令

道路管理者に対する交通官庁による交差点の信号機設置義務付け命令に対して近隣住民が取消訴訟を提起した事案に関する連邦行政裁判所一九九三年九月九日判決は、当該命令の取消しを求めた原告である近隣住民との関係で、当該命令は行政行為ではないとして取消訴訟を却下した原審判決を妥当とした。ただ、断定はしていないが、この命令の法的性質に関し、命令の相手方である道路管理者との関係では行政行為であり得る可能性を認めているので、仮にこの点を肯定すれば、この判決も、相対的行政行為論を採っていることになる、と評されている。<sup>(31)</sup>

(4) 学校の新設の決定

連合市町村 (Samtgemeinde) を構成する一市町村に実業中等学校 (Realschule) を設置することが決定されたが、これに対し、他の構成市町村が、その決定は自らの設置する義務教育本課程学校 (Hauptschule) の存続に不利益的な効果をもたらすとして取消訴訟を提起した事案について、リューネブルク高等行政裁判所一九八五年八月二〇日判決は、次のように判示して原告の訴えを退けた。学校閉鎖決定が生徒とその両親との関係で学校組織行為 (Schulorganisationsakt) であるだけでなく、行政行為でもあることは判例・通説である。しかし、そうした学校の設置に関する措置は、他の学校を設置している隣接市町村との関係では行政行為ではない。

(16) R. P. Schenke, Die Lehre von der Doppelatur des Verwaltungshandlens, VerwArch. 104 (2013) 486ff.

- (17) 参照、八木雅史「公法と事務管理―西ドイツに於ける判例・学説の検討」関西大学大学院法学・ジャーナル四九号一頁以下。
- (18) 一九七〇年までの学説・判例の分岐の詳細については、vgl. E. Rasch, Entstehung und Auflösung von Körperschaften des öffentlichen Rechts, Zugleich ein Beitrag zur Rechtsnatur der Gebietsänderungsakte, DVBl. 1970, 766f. 邦語文献については、成田頼明『西ドイツの地方制度改革』（良書普及会、一九七四年）二〇六頁以下。
- (19) K. Schweiger, Rechtsverordnung im formellen Sinn? D6V 1955, 363f.; F. Schack, Rechtsverordnung im formellen Sinn? (Zur Frage der Rechtsnatur gebietlicher Organisationsakte), D6V 1958, 277.
- (20) この制度の歴史的意義については参照、久保敬治『労働協約の研究』（有斐閣、一九九五年）一四二頁以下、二〇七頁以下。さらに参照、マンフレート・レーヴィッシェ（西谷敏ほか訳）『現代ドイツ労働法』（法律文化社、一九九五年）九四頁以下。
- (21) 参照、田中祥子「ドイツ労働法における労働協約の『一般的拘束力宣言』制度」法学研究三四卷七号四五頁以下。
- (22) H. C. Nipperdey/H. Heussner, Die Rechtsnatur der Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Tarifverträgen, in: H. R. Kütz/R. Naumann (Hrsg.), Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd.1, 1963, S. 211ff.
- (23) スーター・ハナウ・クラウス・マンプライト（手塚和彰・阿久澤利明訳）『ドイツ労働法（新版）』（信山社、二〇一五年）九七頁。
- (24) F. Schoch, Die staatliche Rechtsaufsicht über Kommunen, Jura 2006, 194.
- (25) DVBl. 1972, 829.
- (26) D6V 1993, 1093.
- (27) D6V 1963, 150.
- (28) BVerwGE 74, 124ff.
- (29) NVwZ 1990, 260.
- (30) NVwZ 1994, 784.
- (31) A. Windoffer, in: T. Mann/C. Semnekamp/M. Uechritz (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 2014, §35, Rn.13.
- (32) DVBl. 1985, 1074.

### III ドイツにおける相対的行政行為論批判

以上、判例を中心にドイツにおいて相対的行政行為論が認められた事例を概観してきた。しかし、彼の地の学説

及び最近の判例の大勢は、こうした相対的行政行為論に対して批判的である<sup>(33)</sup>。以下では、学説・判例上の批判のうち、個別具体のケースに即した批判を除いて、相対性論一般に関する批判の要点を紹介することにしよう。

第一に、ある行政作用が行政行為に当たるか否かは、当該作用の客観的な属性の問題であって、一般に行政行為が相手方に通知されて成立すれば、それは何人に対しても行政行為であると理解されている。こうした基本的な理解に反するので、相対的行政行為論は、論理的に認めがたいとされているのである<sup>(34)</sup>。個別事案の具体的規律を要素とする行政行為は、その効果の及ぶ範囲が一定の人的範囲に限定されるのは概念上当然のことであり、それ以外の者との関係では当該行為が別の性質のものであるとしたら、一般処分を除くほとんどの行政行為について、その種の別の性質の行政作用が伴うことになってしまふとの批判もある<sup>(35)</sup>。

第二に、行政作用の有効要件や瑕疵の効果（違法即無効あるいは違法でも有効）さらには権利救済手段の選択は、当該作用が行政行為であるか、それとも規範定立行為ないし行政内部行為であるかによって異なるとされている。実定法制度に鑑みると、相対的行政行為は、それと齟齬を来すことになる<sup>(36)</sup>。例えば、ある行政作用が行政行為でありかつ行政立法（法規命令）であるということになると、それに違法の瑕疵がある場合、同一の措置が有効でありかつ無効であるという結果になってしまうからである。

第三に、行政行為に対する取消訴訟の提起の可否が对人的に異なったものとなるという意味での相対性は、原告適格の問題として処理することができるし、するべきであると考えられている<sup>(37)</sup>。判決においてこの趣旨を明確に指示したものとして、マンハイム高等行政裁判所一九九七年四月一五日判決がある<sup>(38)</sup>。この判決は、高圧架空電線の設置許可に対し近隣住民が提起した取消訴訟について、当該許可の行政行為性を否定して訴え却下を求めた被告行政庁及び参加人たるエネルギー企業の主張を次のように判示して退けた。行政庁の個別的規律措置がその相手方の権利を規律すれば、それは直接的な外部効果のある規律であって、その権利に関わらない第三者にとっても行政行為で

ある。ただ、その第三者には原告適格が欠けるだけである。本件の許可が、架線計画の主体とそれに関わった公的計画主体に対してのみ行政行為であつて、本件原告のような私的第三者にとっては行政行為ではないとする『相対的行政行為』を見出すことは、行政法の体系に反する。

同じく、州の土地利用計画の目標から逸れる計画が、ある市町村に承認されたのに対して、近隣市町村から提起された取消訴訟に関し、ラインラント＝プファルツ州高等行政裁判所二〇〇八年一〇月一五日判決は、次のように判示した。行政手続法三五条の諸要件が充たされる場合、当該措置は直接の関係に対してのみならず全ての人にとって行政行為である。たまに、ある措置が特定の関係人に対して行政行為であるが、他の者に対してはその他の性質（例えば、行政内部行為や法規範）の措置であるということが言われるが、本法廷はこれに従うことはできない。こうした見解は、行政行為がある関係人にだけ通知された場合でも全ての者に対して存在しているという原則に反するからである。ある措置が特定の関係人からの取消訴訟から免れるとしたら、それは当該措置の法的性質によるのではなく、原告適格の問題として説明されるべきである。

第四に、相対的行政行為概念を認めて一個の行政措置が二つの行為形式に同時に帰属することを認めることは、行政法学において各種の手続要件や瑕疵の効果などを整理し、行政手続法はじめ実定法律においても規範化されてきた行為形式論 (Handlungsformenlehre) の負担軽減機能や制御機能を損ない、それを不必要に複雑化させる、と批判されている。<sup>(40)</sup>

第五に、行政作用の法的性質に関するこうした対人的相対性に似て非なる議論として、一つの行政作用に複数の規律が複合したものと構成する理論があり、これは、相対的行政行為論とは異なり、伝統的な通説とは矛盾しない。<sup>(41)</sup> 例えば、ディーター・フォルクマール (D. Volkmar) は、自治体の区域変更等の組織行為は、具体的な自治体の区域の変更という具体的法効果をもつ行政行為と、住民に対する自治体の各種の権限の変動という一般的規範

の定立という異なった行政作用の結合であるとする見解を提示した。<sup>(42)</sup> 一面では具体的で、他面では抽象的な一つの同一の行為という意味で二重性を説くのではなく、外形的には単一の行為ではあっても、その実は、二つの独立した規律行為が結合したものであると構成するものである。

オットー・バッホフ（Otto Bachof）も、こうした規律の結合（Regelungsverbund）を、前述の国家官庁による条例制定の代執行や労働協約の一般的拘束宣言の法的性格に当てはめている。すなわち、前者においては、自治体に対する（条例制定の）受忍義務を課す行政行為と、法規を内容とする条例を制定する法規定立行為が区別でき、この両者が外観上一体化しているのであるとする。<sup>(44)</sup> 後者の労働協約の一般的拘束力宣言については、協約当事者からの申請に対する大臣の許諾としての行政行為と、法規を内容とする宣言を定立する法規定立行為でもある宣言、この二つの別の行為が、宣言という一つの行為に結合されていると理解するのである。<sup>(45)</sup>

- (42) Vgl. M. Ruffert, Verwaltungsakt, in: D. Ehlers/H. Pinder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht 15. Aufl., 2016, § 21, Rn.31.; W.-R. Schenke, Verwaltungsprozessrecht 14. Aufl., 2014, Rn.182.; U. Stelkens, in: P. Stelkens/H. J. Bonk/M. Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 8. Aufl., 2014, § 35, Rn.23.; R. P. Schenke, aa.O. (Anm. 16), 486ff.
- (43) U. Stelkens a.a.O. (Anm. 33), § 35, Rn.23, 182a.; H.-W. Laubinger, Zur Rechtsnatur der »Bezeichnung« eines Vorhabens nach dem Landbeschaffungsgesetz und zur Doppelhatur hoheitlicher Maßnahmen, VerwArch. 77 (1986) 431f.; F. O. Kopp/W.-R. Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, 22. Aufl., 2016, Anh. § 42, Rn.8.
- (44) C. P. Fichtmüller, Doppelhatur von Verwaltungsakten?, JUS 1965, 353.
- (45) H.-W. Laubinger, aa.O. (Anm. 34), 432.; A. v. Mutius, Rechner und Verwaltungsakt, in: Fortschritte des Verwaltungsrechts, Festschrift für H. J. Wolf zum 75. Geburtstag, 1973, S.172f.; H. Maurer/C. Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl., 2017, § 21, Rn. 69.; W.-R. Schenke a. a. O. (Anm. 33), Rn.208.; E. Rasch, Bemerkungen zur Rechtsnatur organisatorischer Maßnahmen, DVBl. 1983, 620f.; A. Voßkuhle, Der "relative Verwaltungsakt" — eine unzulässige Handlungsform, SachsVBl. 1995, 55f.
- (46) U. Stelkens a.a.O. (Anm. 33), § 35, Rn.23, 182a.; A. Windolfer a. a. O. (Anm. 31), § 35, Rn.14.; C. Bunke, Verwaltungsakte, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Altmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2. Aufl., 2012, § 35, Rn.34.; W.-R.

- Schenke, (Anm. 33), Rn. 502d.; A. Volkühle, aa.O. (Anm.36), 55f.; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht 1, 13. Aufl., 2017, § 45, Rn.95.
- (38) NVwZ 1988, 416.
- (39) DVBl. 2009, 386.
- (40) U. Stokens, aa.O. (Anm. 33), § 35, Rn.23.; R. P. Schenke, aa.O. (Anm.16), S.499.; A. Volkühle, aa.O. (Anm.36), 55ff.; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, a. a. O. (Anm. 37), § 45, Rn.95.
- (41) H.-W. Laubinger, aa.O. (Anm. 34), 433f.; F. O. Kopp/W.-R. Schenke, a. a. O. (Anm. 34), Anh § 42, Rn.9.
- (42) D. Volkmar, Allgemeiner Rechtsatz und Einzelakt. Versuch einer begrifflichen Abgrenzung, 1962, S. 199f. Recht E. Rasch, aa.O. (Anm. 18), 767.
- (43) A. Volkühle, aa.O. (Anm. 36), 57.
- (44) O. Bachof, Satzungsenehmigung und Satzungsoktroi: Verwaltungsakte mit Doppelnatur?, in: H. Schneider/V. Götz (Hrsg.), Im Dienst an Recht und Staat, Festschrift für W. Weber zum 70. Geburtstag, 1974, S.524f.
- (45) Bachof, aa.O. (Anm.44), S.525f.

#### IV 日独の相対的行政処分論の若干の比較検討

##### 1 日本の行政処分とドイツの行政行為の相違

日本では、「行政庁の公権力の行使」(行訴法三条一項)と定められている抗告訴訟の対象性を意味する処分性は、講学上の行政行為(行政処分)とは一致しておらず、即時強制のような権力的事実行為(旧行審法二条一項、現行審法四七・四八条参照)、行政立法の制定行為(行手法三条二項三号参照)や条例の制定行為(横浜市保育所廃止条例事件<sup>46</sup> 最判平成二一年一月二六日民集六三卷九号二二四頁)、そして場合によっては行政指導(病院開設中止勧告事件<sup>46</sup> 最判平成一七年七月一五日民集五九卷六号一六六一頁)であつても処分性が認められることがある。かくして、講学上の作用法(実体法)的行政処分と争訟法上の行政処分は区別されるのであるから、<sup>46</sup>「抗告訴訟の訴訟要件として

の処分性を訴訟提起のタイミングの問題と捉え、最も適切なタイミングでの出訴を認めるための柔軟な判断枠組みを提示しようとする」阿部泰隆流の「相対的行政処分概念は、実体法的な公権力の行使概念の相対性を認めようとする理論ではな<sup>(47)</sup>」いことができる。

これに対し、ドイツでは、抗告訴訟の対象は、実体法上の行政行為と一致していると考えられている。すなわち、ドイツでは、取消訴訟や義務付け訴訟の対象となる行為は、行政行為（Verwaltungsakt）と規定され、それは行政裁判所法上定義されておらず、行政手続法三五条の「行政庁が、公法の領域において個別の事案を規律するために、かつ外部に対して直接の法的効果を生ぜしめる全ての処分、決定又はその他の高権的措施」と定義された実体法上の行政行為と同一の概念であると理解されている<sup>(48)</sup>。かつてはみられた抗告訴訟の権利救済機能を重視した処分性拡大論、すなわち行政裁判所法四二条の「行政行為」を訴訟法的観点から実体法・手続法上の「行政行為」概念とは区別して、それよりも広く捉える考え方（例えば、アイアーマン＝フレラー（E. Eyermann / L. Fröhler）の行政裁判所法のコメントールは、行政裁判所法の「行政行為」を「あらゆる高権的職務行為（alle hoheitliche Amtshandlungen）」を広く包含するものと解した<sup>(49)</sup>し、ベッターマン（K. A. Betermann）は、義務付け訴訟の対象を行政行為以外の職務行為にも拡大して解した<sup>(50)</sup>）は、もはや影を潜めている<sup>(51)</sup>。

また、判例でも、実質的には行政行為に当たらないような行政作用が、処分庁によって行政行為の形式でなされたような場合や外観上相手方が行政行為がなされたと信じた場合には、それを行政訴訟上行政行為として扱うとする例がみられ、それを形式的行政行為（Formeller Verwaltungsakt）とこの概念で把握することもみられたが（非実質的行政行為（nichtmaterieller Verwaltungsakt）、外見的行政行為（Schein-Verwaltungsakt）とこの概念も用いられた）、そうした行政作用は行政行為ではなく、行政行為の一種としてそうした概念を設けることは不要であるとするのが学説の大勢である<sup>(52)</sup>。

かくして、ドイツにおける相対的行政行為論は、訴訟法上の問題にとどまらず、実体法上の公権力の行使たる行政行為の対人的相対性をも意味することになり、日本におけるよりも理論的な波及範囲が広く、学説の支持を受けにくいものとなっていると考えられる。

## 2 具体的事案の日本・ドイツの相違

次に、相対的行政行為論として問題となっているケースについて両国間の制度的な違いから、ドイツで問題となっていることは日本では問題とならない場合が多いことは指摘されなければならない。

第一に、労働協約の効力拡張（一般的効力）について、日本では行政庁の宣言を必要としないので、ドイツと同様の議論が生ずる余地はないと考えられる。ただ、条例の定めに基づいて特定行政庁の認可を受けることにより協定の締結者の範囲を超えた第三者効を生ずる建築協定（建築基準法六八条以下）のような制度は、ドイツのこの制度に類似したものであり、協定の法的性質をめぐって準条例説なども説かれている学説状況<sup>(53)</sup>を見る限り、日本でも参考になる余地があるかもしれない。

第二に、自治体の条例制定について、国の関与行為としてその代執行がなされる制度も、日本にはないと思われる。ただ、前述のドイツの事例紹介では挙げなかったが、自治体の条例制定について州行政庁の許可を要するとされている場合があり、その許可についても相対的行政行為性がドイツでは論じられてきた（自治体に対しては行政行為、住民に対しては立法行為<sup>(54)</sup>）。これに近い制度が、横浜市勝馬投票券税条例事件<sup>(55)</sup> 国地方係争処理委員会勧告平成一三年七月二四日判時一七六五号二六頁で問題となった法定外税の導入（このためには条例制定を要する）に係る同意を要する協議制（地方税法二五九条など）であろう。この同意の法的性格については、本稿で問題とした（相対的）行政処分論の見地からではないが、地方自治論の見地から若干の検討を別に行ったことがあり、それによれ<sup>(55)</sup>

ば、こうした国等の行政機関の同意は、対自治体関係でも行政処分ではないと考えられる。まして、かかる同意の対象となる課税の根拠条例に基づいてなされる課税処分の相手方との関係では、なおさら同意の処分性を認める必要性はなからう。

第三に、自治体の廃置分合や境界変更などの地域改革措置は、ドイツでは法律ないし法規命令によって一方的になされ得るが、日本では、市町村の廃置分合は、関係市町村の議会の議決を経た市町村の申請に基づいて都道府県知事が都道府県議会の議決を経て定めることになるので（自治法七条。参照、同八条の二）、関係市町村が知事の決定を争うことは、そもそも考えにくい。

ただ、関係市町村の住民が取消訴訟を提起した例はあり、判例は、知事決定に処分性があることを前提に、原告適格を否定したものとみられる（最判昭和三〇年一月二日民集九卷一三九二頁、最判昭和三〇年一月九日民集九卷一三九二頁、最判昭和三二年一月二四日集民二五号一〇三頁。調査官解説も処分性を肯定しており、それが妥当であると思われる<sup>(57)</sup>）。そして、町村間の境界確定請求事件において対町村との関係で町村の区域変更・飛地編入の効果を有するとされた明治二三年の県令の処分性を認めた最判昭和三四年六月二日民集一三卷六号六三九頁もあり、例外的ではあるが、被合併市町村が提起した知事の合併処分の執行停止が認められ、内閣総理大臣の異議に基づいてその執行停止決定が取り消された事例もある（福井地決昭和三〇年一月一四・一五日行集六卷一号一一八頁。参照、長野地決昭和三四年五月三〇日訟月五卷八号一〇九〇頁）。さらに、市町村の合体ではなく分立に関する事件についてはあるが、地方自治法附則（昭和三年法律一七九号）二条に基づく分町に関する知事決定に対して分立される町の取消訴訟の提起や執行停止の申立てが認められることを前提としてみるとみられる決定・判決もある（広島高岡山支決昭和二六年二月七日行集二卷二二四二頁、岡山地判昭和二六年六月二九日行集二卷八号一三〇七頁<sup>(58)</sup>）。都道府県の申請に基づく合併（自治法六条の二）については市町村合併と同様に考えられ、法律に基づく合併（自治法六条）の

場合は、なおさら都道府県の出訴の途を開く要請は強いのであるから(ただし、この合併法律は、憲法九五条の地方自治特別法に該当して住民投票を要すると考えられる)、国会の法律制定行為の処分性が認められるべきである。<sup>(59)</sup> なお、こうした自治体の出訴については、宝塚市パチンコ店規制条例事件<sup>60</sup> 最判平成一四年七月九日民集五六卷六号一一三四頁の周知の判示によって、それが「法律上の争訟」ではないとして否定される可能性もある。ここでも、この判例の問題性が浮き彫りになるといふべきである。<sup>(60)</sup>

かくして、地方自治体の廃置分合や境界変更に係る国や都道府県の行為について、ドイツような相対的行政行為論を採用する必要性は認められず、自治体との関係でも住民との関係でもいずれの側面においても、それらの行為は行政処分と考えられる。抗告訴訟の成否に对人的相対性が生ずるとすれば、それは原告適格の成否によるものといえよう。また、法律による都道府県合併の場合は、「法規範としての法律」と「国会の法律制定行為」が区別され、後者の処分性が認められると考えられる。

ちなみに、国家賠償訴訟に関する判決であるが、在宅投票制度廃止事件<sup>61</sup> 最判昭和六〇年一月二一日民集三九卷七号一五一二頁は、「国会議員の立法行為(立法不作為を含む。以下同じ)が同項(国家賠償法一条一項を指す。人見注)の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であって、当該立法の内容の違憲性の問題とは区別されるべきである」と判示した(同旨、在外邦人選挙権事件<sup>62</sup> 最大判平成一七年九月一四日民集五九卷七号二〇八七頁)。ここでは、国会が制定した法律と、国会議員による法律の制定行為(立法行為)が区別され、国家賠償法一条の適用が問題となるのは後者であることが強調されている。横浜市保育園廃止条例事件<sup>63</sup> 最判平成二二年一月二六日民集六三卷九号二二二四頁において処分性が認められた市の行為は、「本件条例の制定行為」であって、条例そのものではない。

### 3 日本の相対的行政処分論とドイツの相対的行政行為論の異同

阿部泰隆の相対的行政処分論の主眼は、処分の相手方との関係では、いまだ一般的抽象的な効果にとどまったり、行政内部的効果にすぎないために成熟性を欠くとして処分性が否定されるような行政作用について、第三者との関係では、成熟性を満たすとして処分性を認めて実効的な権利保護に資せうとする点にあった。ただ、大阪国際空港訴訟のケースについては、これとは逆の形の相対性が提示されたのであるが、ドイツで相対的行政行為が論じられている局面の多くも、このように第三者との関係で処分性を否定することを主眼にするものであったように思われる。

また、注意すべきは、先にみたドイツの諸事例において行政行為性が認められるとされた行政作用の直接の相手方の多くが、自治体であったことである。ドイツでは、国（州）と自治体の関係は、自治事務に関する場合、独立法主体者間の関係として至極当然に外部関係性が認められている。これに対し、日本では逆に、第三者私人との関係で処分性が認められているような行政行為の直接の相手方が自治体である場合には、にわかにはその関係を内部関係的な関係と位置づけ、当該行政行為の処分性を否定するような考えが提示されていた。すなわち、このような日本の相対的行政処分論は、一定の者との関係で処分性を否定する趣旨の相対性論であるという意味で、ドイツの議論と相似たのであるが、その否定の方向は日独で逆なのであった。仮に、このような日本の議論が、地方自治法上の関与に該当する国等の行為は、行訴法上の処分性と整合しないとする前提に立っているのだとすれば大いに疑問である。むしろ、土地改良事業施行認可や都市計画事業認可のように、国や自治体などの行政主体間の関与に該当する行為も、その客観的屬性に即して処分性が認められ得るのであって、自治体は、かかる処分に対しては、関与に係る係争処理手続による争訟の他に、通常の抗告訴訟の提起も認められると考えられる。ちなみに、行訴法七条二項は、そうした関与に当る行為を不服申立ての適用除外としているが、そのこと自体が当該行為の処分

性を前提としてしていると解されるし、さらに行訴法にはそのような適用除外は設けられていないのである。このように考えられるとすれば、これらの関与の性質を有する行政処分について相対的行政処分の概念を導入する必要性はない。

- (46) 人見剛「行政処分の法効果・規律・公定力」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅱ』（有斐閣、二〇〇八年）七二頁以下、同「行政処分の意義と分類」高木光・宇賀克也編『行政法の争点』（有斐閣、二〇一四年）三四頁。
- 他方、大橋洋一『現代行政法Ⅱ（第三版）』（有斐閣、二〇一八年）八四頁は、病院開設中止勧告事件Ⅱ最判平成一七年七月一五日民集五九卷六号一六六一頁について、「法的効果をもたない行政活動について処分性を認めたとした整理は適切ではない。むしろ事例の特殊性に着目して、権限濫用が問われた裁判例として捉えるべき性格のものであり、その射程は限定的である。」とする。また、山本隆司「判例から探求する行政法」（有斐閣、二〇一二年）三三三頁も、右判決について「最高裁が行手法・行審法・行訴法を体系的に解釈して『処分』を統一的に理解することを、あえて放棄する決断をしたとは、判文からは読み取りにくい」と述べる。
- (47) 興津・前掲論文（注15）六六一頁以下。
- (48) W.-R. Schenke, a. a. O. (Anm. 33), Rn.184.; F. Hutten, Verwaltungsprozessrecht 9. Aufl. 2013, § 14, Rn.3.; Eyermann/Happ, Verwaltungsgerichtsordnung, 14. Aufl. 2014, § 42, Rn.4.; Kopp/Schenke, a. a. O. (Anm. 34), Anh. § 42, Rn.1f.; U. Stelkens, a. a. O. (Anm. 33), § 35, Rn.15, S. Müller-Franken, Der Verwaltungsaktsbegriff der VwGO beim Handeln von Landes- und Kommunalbehörden, VerwArch. 90 (1999) 552ff.
- (49) E. Eyermann/L. Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung 8. Aufl. 1980, § 42, Rn.14.
- (50) K. A. Betermann, Die Verpflichtungsklage nach der Bundesverwaltungsgerichtsordnung, NJW 1960, 649ff.; ders., Anmerkung zum Urteil, DVBl. 1969, 703f.
- (51) S. Müller-Franken, aaO. (Anm. 48), 552.
- (52) W.-R. Schenke, Formeller oder materieller Verwaltungsaktsbegriff, NVwZ 1990, 1009ff.; K. Erfmeyer, Der nichtmaterielle Verwaltungsakt-Rechtswidrige und überflüssige Fiktion, DStV 1996, 632ff.; H. Borchert, Schein-Verwaltungsakt und Anfechtungsklage, NJW 1972, 855. 山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査―ドイツ（上）―ジュリスト二二三八号―〇一頁は、「ドイツでは基本的に、行政機関の用いた行為形式を基準に行政訴訟の対象を限定することはない」と述べる。
- (53) 参照、石井昇「建築協定・緑化協定の性質」成田頼明編『行政法の争点（新版）』（有斐閣、一九九〇年）二八八頁以下。
- (54) W.-R. Schenke, a. a. O. (Anm. 33), Rn.502d.; Kopp/Schenke, a. a. O. (Anm. 34), Anh. § 42, Rn. 64.; U. Stelkens, a. a. O. (Anm. 33), § 35, Rn.

182a.

(55) 人見剛「国地方係争処理委員会の始動―横浜市勝馬投票券発売税不同意事件に関する勧告を素材に」『分権改革と自治体法理』(二〇〇五年、敬文堂) 四一頁以下。

(56) 田中真次「判例解説」『最高裁判所判例解説民事篇昭和三〇年度』(法曹会、一九五六年) 二三九頁、白石健三「判例解説」『最高裁判所判例解説民事篇昭和三四年度』(法曹会、一九六九年) 七六頁。

(57) 参照、興津征雄「住民による市町村合併処分取消訴訟」『地方自治判例百選(第四版)』(有斐閣、二〇一三年) 二二頁。なお、知事等の合併処分は、都道府県の関与(自治法二四五条)に該当するように思えるが、「普通地方公共団体の事務の処理に関し」てなされる行為ではないので関与には当たらないと解される可能性がある。参照、人見剛「市町村合併と都道府県の役割」人見・前掲書(注54) 一〇一頁。

仮に関与に該当したとしても、それとは別途、市町村等は通常の取消訴訟を提起することはできると解される。参照、村上順・白藤博行・人見剛編『新基本法コンメンタール・地方自治法』(日本評論社、二〇一一年) 四三五頁(人見剛、人見剛「自治体の争訟権について」紙野健二・本多滝夫編『辺野古訴訟と法治主義』(日本評論社、二〇一六年) 七二頁以下。関与の係争処理手続と一般の抗告訴訟の併存は解消されなければならぬという前提で、田中・前掲論文(注14)が、関与の定義に関する「固有の資格」(自治法二四五条柱書)の限定的な解釈論を展開している点には賛成できない。

(58) 以上の諸判決について参照、小林博志「自治体の出訴の歴史的研究」(中川書店、二〇一八年) 三〇六頁以下。

(59) 人見・前掲論文(市町村合併と都道府県の役割)(注56) 一〇二頁。

(60) 参照、小林・前掲論文(注58) 三七四頁以下。宝塚市パチンコ店規制条例事件最高裁判決に対する批判は汗牛充棟であるが、筆者によるものとして、人見・前掲論文(自治体の争訟権について)(注56) 六〇頁以下、同「地方公共団体の出訴資格再論」『法律上の争訟』に関する私権保護「ドグマ」磯部力先生古稀記念論文集『都市と環境の公法学』(勁草書房、二〇一六年) 一九九頁以下など参照。