

〈論 説〉

処分性拡大論に関する一考察

——形式的行政処分論と相対的行政処分論を中心に

高 木 英 行

第一章 はじめに

「処分性」とは、「行政活動」の抗告訴訟（取消訴訟等）対象適格性を問う、行政事件訴訟法（以下「行訴法」）の〈訴訟要件〉問題である（行訴法三条二項）。処分性は、「当事者」の抗告訴訟対象適格性を問う訴訟要件、「原告適格」問題（同法九条）と並んで、『行政救済法』の判例学説上、長年にわたり論じられてきた解釈問題である。もともと処分性は『行政法総論』の問題にも関わる。というのも伝統的な処分性の考え方によると、処分性の認められる行政活動とは、行政法総論という「行政行為」のこととされてきたからである。<sup>1)</sup>この「処分性公式」に従えば、行政行為以外の行政活動、例えば行政計画、行政立法、行政指導等には処分性が認められないこととなる。実際にも判例では、同公式が厳格に解釈適用され、抗告訴訟が不適法とされる傾向にあった。<sup>2)</sup>

しかし二〇〇四年行訴法改正前後から、最高裁は処分性を拡大的に解釈し、従来なら処分性を認めなかったよう

な行政活動についてまでも処分性を認めてきている。これら「処分性拡大判例」<sup>(3)</sup>をめぐることは賛否両論がある<sup>(4)</sup>。しかし筆者は、賛否はさて置き、処分性拡大判例が「判例法理」としてどのように一貫して理解しうるのかといった「解釈論的な」問題意識のほかにも、この判例法理の背景には「行政行為」概念に関わるいかなる含意があるのかという「理論的な」問題意識に立って、一連の研究をおこなってきた<sup>(5)</sup>。というのも、処分性拡大判例が「常態化」している今日の状況下では、賛否両論を越え、あるいは、賛否両論の前提として、〈処分性拡大判例を行政法学として解釈論的・理論的にいかに理解すべきか〉という見地からの《内在的な》研究が必要なのではないかと考えるからである。

もつとも近時の処分性拡大判例以前にも、処分性拡大を志向する「学説」<sup>(6)</sup>があった。本稿はこれら「処分性拡大論」を再考し、あるべき処分性論構築に向けた一定の《準備作業》を行うことを目的とする。具体的には、一九七〇年代頃から本格化してきた「形式的行政処分」論と、一九八〇年代頃から展開してきた「相対的行政処分」論という二つの代表的な処分性拡大論（以下併せて「両拡大論」）を中心に、議論内容や賛否両論を整理検討することによって、論争の対立点を明らかにし、またその到達点を確認する。そしてこの確認を足掛かりに、今日の判例状況からみた両拡大論の課題点を探ることとしたい。

かくして本稿は、両拡大論へと考察対象を限定する関係から、例えば一九六〇年代頃の「事実行為」の処分性をめぐる論争<sup>(7)</sup>、また近時の処分性拡大論争に関して考察しない。ゆえに処分性拡大論の系譜を探るといふ問題意識からは、中途半端な考察となる。さらに処分性拡大と当事者訴訟活用とは「表裏」<sup>(8)</sup>の形で議論されてきた経緯があるところ、本稿は後者に関して考察しない。ゆえに処分性拡大を訴訟類型論の見地から論ずる問題意識からは、中途半端な考察となる。

以上本稿は、「処分性拡大」をめぐって今日検討が求められている全体的な問題領域からすれば、極めて限定された問題を考察するにすぎない。しかしあえてこのような限定を施すことを通じて、戦後の処分性論争の中でもとりわけ重要な位置を占めてきた両拡大論の今日的意義が、処分性拡大判例との関係において、より明確に浮かび上がるように思う。以下第二章で形式的行政処分論、第三章で相対的行政処分論を検討する。第四章では以上の考察結果を踏まえ、両拡大論をめぐる対立点、到達点、課題点を確認するとともに、処分性拡大判例との関連性をも浮き彫りにし、今後の研究課題を指摘する。

## 第二章 形式的行政処分論

本章では形式的行政処分論につき、代表論者たる原田尚彦氏の所説を中心に賛否両論を分析する。

### 第一節 原田尚彦説

本節では原田「形式的行政処分」論に関して、第一項において、比較的初期のまとまった研究である「抗告訴訟の対象について——処分性の拡大要因と縮小要因——」(初出一九七一年)<sup>9</sup>論文について、本稿の観点から整理紹介する。また本論文以降、原田氏は自説を大きく修正していないが、確認のため、第二項において、本稿執筆時点で入手しえた同氏教科書最新版『行政法要論「全訂第七版 補訂二版」(二〇一二年)の関連記述をも整理紹介する。第三項では原田説の特徴を分析する。

第一項 「抗告訴訟の対象について」

まず原田氏は、「権利」でなくとも「法律上保護された利益」と言えれば原告適格を認める緩和動向に、「取消訴訟の救済機能の拡大」を見てとる。そして取消訴訟の救済機能を重視するなら、「行政行為」でなくとも「国民の利害に重大な係わりをもつ行政庁の権力的行為」であれば、訴訟の現実として処分性を認め抗告訴訟の対象に組み入れざるをえず<sup>(11)</sup>、処分性も原告適格や狭義の訴えの利益との「三位一体」の関係をなして拡大していかざるをえないとする。実際にも下級審裁判例のなかで、本来は行政行為と言えないものの処分性を肯定した事例が見受けられるという<sup>(13)</sup>。

しかし従来判例は、行政行為に準ずる権力的な公役務活動の処分性を肯定するにとどまるところ、さらに緩和すべきとする。というのも、福祉国家時代の国民生活において適法性が問題になるのは、契約、行政指導、事実行為といった「非権力的な行政活動」をめぐってであり、その違法性の追求・是正をはかるためには、契約の履行強制や損害賠償の請求を予定してつくられた「民事訴訟」や「当事者訴訟」よりも、「抗告訴訟」のほうが実効的なことが多いからである。

また諸外国でも、「分離しうべき行為の理論」(フランス)<sup>(14)</sup>や「二段階説」(ドイツ)<sup>(15)</sup>があり、非権力的行政過程の裁判統制をはかるため、その過程にある権力的要素を持つ部分を抽出し、それを行政行為と擬制して抗告訴訟(越権訴訟)の対象とすることを挙げる<sup>(16)</sup>。ただし原田氏は、両議論につき「あまりにも技巧的」と評価する一方、「非権力的な行政過程そのもの」の処分性を肯定した国立歩道橋事件(東京地決昭和四五年一〇月一四日行集二二卷一〇号一一八七頁)<sup>(17)</sup>については、「事物の本質を直視した画期的事例」で、「これからの抗告訴訟の救済機能を方向づける」と高く評価する<sup>(18)</sup>。

しかし処分性拡大論に関しては、通説的見解から、拡大に伴って係争行為に公定力や不可争力といった権力的性質が生じ、国民にかえって不利益をもたらすとの批判がある<sup>(19)</sup>。原田氏の反論を引用しよう(傍点は原文のまま)。「抗告訴訟は行政行為(＝行政庁が優越的地位に立って国民の権利義務を個別的に決定する行為)には、実体法上、適法性ないし有効性の推定が働くことを前提として、これに対する『抗告』手続として成立した。だが、このように抗告訴訟制度が沿革的には権力的行為につかえる権力擁護の訴訟形式として発達したとしても、また、今日では取消訴訟制度の存在が行政行為の公定力を支える唯一の実定法上の根拠であるとしても、いまやこれをできるだけ救済の具として国民のために活用することを妨げるべき理由はない。なぜなら、公定力などの権力的徴表は行政の行為の実体法上の客観的屬性として認められるものであり、訴訟手続のうえで抗告訴訟の手続が利用されるか否かによって作り出されるものではないから、たまたま救済の便宜をはかるために行政行為以外の行政庁の行為が抗告訴訟の対象とされたとしても、そのことによつて本来公定力や不可争力をもたなかつた行為が突然公定力などをともなうことになるいわれはない。本来公定力のない行政の行為は、たとえ抗告訴訟の対象にされたとしても、それとは別に、本来の姿において通常の民事訴訟等の先決問題として、その違法即無効を主張しうべき性質が失われるものではないはずである。それゆえ、(本来公定力をともなつた)行政行為に対する救済は、抗告訴訟を唯一排他的な訴訟形式とせざるをえないが、行政行為以外の行為は、たとえ抗告訴訟の対象にされることはあつても、抗告訴訟をもつて排他的な訴訟形態とみる必要はないのである<sup>(20)</sup>。このように原田氏は、処分性の拡大は救済の便宜からにすぎず、公定力や不可争力は問題とならないという。

関連して原田氏は抗告訴訟の対象である「処分」を二つに区別する<sup>(21)</sup>。一方で、その「処分」のうち、公定力や不可争力をもつ行為をとくに「行政行為」と呼び、これを厳格に概念規定する必要がある。他方で抗告訴訟の対象と

なる「処分」の範囲は、関係人に救済を与えるに際し抗告訴訟の形式を選ぶのが適切か否かの見地に基つき、具体的利益状況に応じ事案ごとに決すれば足りるとの考えから、処分概念は「いちおう、行政庁の一方的に実施する公務務活動で、国民生活を他律的に規制するもの」と措定したうえで、抗告訴訟の「訴えの利益」ないし「争いの成熟性」の一側面として、むしろ具体的妥当性を重んずる立場から救済の実効性を考慮して弾力的に考察すれば足りる」。いわば、総論的「行政行為概念と」救済法的「行政処分概念との峻別である」。

かくして原田氏は、処分性の拡大と抗告訴訟の活用を認めるのだが、他に有効で確実な救済が可能なら抗告訴訟を認める必要がないし、また民事訴訟・当事者訴訟を身近に利用できるなら処分概念を厳格に解釈する余地も示唆する。<sup>(23)</sup>すなわち「抗告訴訟の補足性」を強調するわけで、当事者訴訟や民事訴訟による救済を否定しない。<sup>(24)</sup>とはいえ抗告訴訟の補足性が「平行訴訟禁止の原則」を導き出し、処分性の有無が微妙な行為形式について、抗告訴訟と当事者訴訟・民事訴訟との間の選択をめぐり原告市民に不利益が生じるおそれがあるとし、訴訟類型に関して原告市民の自由選択による解決を示唆する。

## 第二項 『行政法要論』

処分性公式に対抗する考え方として次のように論ずる。<sup>(25)</sup>「取消訴訟はたしかに沿革上は行政行為の公定力を否認するいわば上訴類似の制度として誕生した。よって、公定力をとまなう『行政行為』は取消訴訟の排他的管轄に属し、取消訴訟によらなければその効力を否認することができない。しかし、今日、取消訴訟の働きを行政行為の公定力を否認するだけに限定する必要はない。取消訴訟を違法な公行政の活動から国民生活を擁護する道具（救済手段）として活用する道が開かれてもよいとする。行政行為以外の（公定力をとまわらない）行政庁の行為であって

も、それが実質的に国民生活を一方的に規律するものであり、かつ国民がこれにより現実には不利益を受け、または受けるおそれがあるにかかわらず、民事訴訟その他の手続によっては救済が求めにくい場合には、これを取消訴訟の対象に加えて争うことを認めるべきだというわけである。救済の必要性が存するかぎり柔軟に対応して、行政行為以外のそれ自体は公定力をもたない行為にも、『処分性』を承認し取消訴訟の手続を借りて争うことを認めるべきであるとの、こうした見方は取消訴訟を国民の実生活を擁護する道具として役立てようとする救済本位の訴訟観に立つものといつてよいであろう。」

また、「救済の便宜のために、必要がある場合には行政行為以外の行為にも処分性を拡大し取消訴訟の利用を認めようとする」形式的行政処分論により生じうる問題に関して次のように論ずる。「形式的行政処分は、もともと権力性をもたない。救済の便宜のために、取消訴訟の手続を借りて争うことを許しても、それが当然に取消訴訟の排他的管轄に服することとなり、公定力や不可争力といった実体法上の効力を帯びるとみるべきではない。むしろ、取消訴訟を提起した原告は、いったん取消訴訟を選んだ以上、形式的行政処分に対しても終始取消訴訟の手続に従って対応しなければならぬけれども、それ以外の関係者は、取消訴訟以外の訴訟で形式的行政処分の違法無効を主張し権利保護を求めることができる。この点を確認しておけば、処分性の拡大は関係者に取消訴訟による救済の途を開くだけのことで、国民の救済にマイナスの効果をもたらすとはいえない。」

### 第三項 小括

原田説の特徴をいくつか挙げよう。まず(a)行政処分は行政行為よりも概念的に広いと理解し、処分性を拡大する。いわば「行政処分≡行政行為」という処分性公式を明確に否定した上で成立している。また(b)形式的行政処分

につき、行政庁の一方的に実施する公役務活動で、国民生活を他律的に規制するもの等の定義を示すとはいえ、その有無の判断を裁判所に広くゆだねる。この背景には、処分性解釈に当たって、(c)立法府の一律的な法制定ではなく、裁判所の個別事案での法運用を重視する傾向がある<sup>(26)</sup>。この点、原告適格等の他の論点でも見出される、原田氏の一般的なスタンスのようにも思われる<sup>(27)</sup>。

加えて(b)(c)との関連で、(d)処分性につき行為の性質決定問題としてではなく、紛争の成熟性問題として議論する傾向がある。この傾向の実定法的背景には、処分性を(e)「公権力の行使」(行訴法三条)との関係でよりも、「法律上の争訟」(裁判所法三条)との関係で理解する意識があるようである。さらに(e)とも関連して、(f)処分性と原告適格とを「峻別」ではなく、「融合」して解釈する特徴も見られる。原告適格・処分性・狭義の訴えの利益に係る「三位一体説」である<sup>(28)</sup>。

さらに(g)処分性を拡大し抗告訴訟の活用を主張するが、だからと言って当事者訴訟の利用に消極的なわけではない。原田説の眼目は(h)訴訟類型の排他的運用ではなく、融通の運用である<sup>(29)</sup>。ただしこの点、当事者訴訟のあり方を含めさらに検討する必要がある<sup>(30)</sup>ので、本稿ではこれ以上検討しない。他方本稿では、(h)の前提である、(i)処分性を拡大しても排他的管轄は適用されないとの議論に注目する。この点学説の議論を踏まえた上で検討しよう<sup>(30)</sup>。

## 第二節 学説の議論

以下原田説と親和的な議論を「積極説」と、批判的な議論を「消極説」と称し、代表的な議論を中心に整理検討する。



## 第一項 積極説

## 一、事実的効果

まず兼子仁氏<sup>(31)</sup>は、「取消訴訟の救済本位的活用」を掲げ、処分性の有無は、法律上不服申立て規定が定められているような場合を除いて、「法律の規定以外に条理解釈によって決めるほかになく、その場合には、当該行為の性質・効果のほか、取消訴訟制度の目的・性質、さらには司法裁判による国民の権利保障原理をも十分に考慮」すべきと主張する<sup>(32)</sup>。また取消訴訟の対象たる「行政庁の処分」には、「実体的行政処分（≡行政行為<sup>(33)</sup>）」と、「もっぱら救済の必要上から取消訴訟の対象」とされる「形式的行政処分」とが含まれ、公権力の行使の実体を備える前者は公定力をもち、それゆえ取消訴訟の排他的管轄に服するという<sup>(34)</sup>。

これに対し後者につきいわく。「形式的行政処分は、厳密に前記の実体的行政処分の要素を備えてはおらず、とりわけ公権力行使の実体を欠いている行政の行為でありながら、広く利害関係者がその法益救済のために行政機関の行為を直接に提えて対世的な是正判決を求めうるといふ利点をもつ取消訴訟の活用を認める際に、もっぱら救済の必要上から取消訴訟にかかる『行政処分』『公権力の行使』という法制度的形式に該当することが肯認されたものである。したがってこの形式的行政処分に対しては、訴えの利益をもつ国民が取消訴訟・執行停止申請の手續によつて救済をうけようとすることができるが、原則として、実体的行政処分のごとく公定力および不可争力を伴わないので、この救済方式を利用せず、仮処分をふくむ民事訴訟等を選択して法益主張をしようとすることも許される。つまりここでは取消訴訟は、欲する者に行政処分の取消しによる救済の可能性をもたらす、排他性のないプラス・アルファ的訴訟形態となるが、このようなしくみが、現行行訴法上の『処分の取消しの訴え』の解釈として可能かつ必要となつてきているのである<sup>(35)</sup>。」

かくて兼子説は、原田説同様、行政処分と行政行為の概念的区別を前提とし、また行政行為に当たらない行政処分（形式的行政処分）には排他的管轄を及ぼさないとする。ただし兼子説は、「形式的行政処分の概念要素」を検討し、その定義を明確化する。すなわち形式的行政処分とは、「行政機関ないしそれに準ずる者の行為が、公権力行使の実体をもたないが、一定の行政目的のために、国民個人の法益に対し、継続的に、事実上の支配力を及ぼす場合に、関係国民が抗告争訟の対象とすることを欲しているもの」である。<sup>(36)</sup>この点、形式的行政処分が処分性公式の前提とする係争行為の「法的効果」ではなく、「事実的効果」に着目して処分性を拡大する議論であることを明確化するとともに、<sup>(37)</sup>形式的行政処分の有無につき予測可能性がないとの批判への応答を試みるものである。<sup>(38)</sup>さらに原告市民が取消訴訟を選択した場合、原田説では取消訴訟により争わねばならないが、兼子説では別途民事訴訟等の選択も可能とする。<sup>(39)</sup>原告市民へのメリット面で兼子説は原田説をさらに進めるものといえよう。

## 二．法律行為≠行政行為≠行政処分

つぎに山村恒年氏<sup>(40)</sup>は、行政行為概念が抗告訴訟の対象適格性を前提につくられながらも、民法の「法律行為」概念に引きずられ「概念法学的な方向に構成」され、その結果生ずる不都合を行政処分という実定法概念でカバーするために、「純粹な抗告訴訟の目的論的見地」から処分性が論じられてきたこと、またこのことから行政行為・行政処分両概念間で、「多分に理論の混乱が生じ、問題を紛糾させている状況にある」<sup>(41)</sup>ことを指摘する。

その上で行政行為と行政処分との概念区別を主張し、処分性要件として法的効果を求めるのは民法や民事訴訟法の要件・効果的発想に影響されたものと批判する。というのも、抗告訴訟の機能が違法性に関する紛争解決である以上、処分性は「行政処分の適法性に関する紛争解決の客体としての適格性」であって、直接には法的効果の有無

とは関係しないからである。さらに山村氏は、「法的効果の発生はもちろん、事実上の効果さえも必要とされない」とし、《行為形式》の「効果」として処分性を把握する姿勢そのものを退ける<sup>(41)</sup>。

よって「抗告訴訟の対象となる行政処分は、第一に、行政権の行使としての公権的行為であり、第二に、それが、適法か違法かの判断の可能な行為であればよ」く、「法的効果の発生とか、相手方の権利を制限、侵害し、義務を課する結果を生ずることは、行政処分の意義要件とはならない。」また「法に基づかない行政庁の行為でも、それが権力的に発動されるものについては行政処分として抗告訴訟の対象となると解すべき」で、「行政処分は、抗告訴訟における処分の違法性に関する紛争解決の適格性を有すれば足る。」<sup>(43)</sup>

かくして山村氏は、「紛争解決の対象適格性」という一種の機能的見地に立脚し、「行政処分とは、行政庁が、第一次的判断権の主体として、行政の執行としてする一方的意思活動、および事実行為であると解すべき」と主張する。なお排他的管轄問題については、脚注のなかで、「取消訴訟は公定力の働かない行為についても可能であり、それ以外の抗告訴訟は公定力と直接関係がない。従って、処分の範囲を広く解しても直ちに公定力を広く認めることにはならない。」<sup>(44)</sup>と説明するにとどまる。

渡部吉隆<sup>(45)</sup>氏も、法律行為由来の講学上の行政行為概念と、救済の見地から技術的に定められるべき訴訟法上の行政処分概念とを区別する<sup>(46)</sup>。また処分性拡大が問題となる係争行為は民法の不法行為を形成せず、民事訴訟は問題となりえないとして、排他的管轄拡大により民事訴訟選択ができなくなるとの「消極説」も、その消極説の前提に立ち抗告訴訟・民事訴訟間選択を認める「積極説」もいずれも妥当でないとする<sup>(47)</sup>。ただしこの指摘については、行政の契約活動に関わって処分性が争われる場合——民間移管施設受託事業者不選定通知事件(最判平成二三年六月一四日・I・EX/DB 25443473)等——、民事訴訟の対象と判断されうることも踏まえる必要もあるろう。

以上両説とも「形式的行政処分」論と明示的に主張するわけではないが、行政行為と行政処分の区別を前提とし、後者に関しては法的効果に拘泥せず、個別事件の救済の見地から緩やかに処分性を認める点で「形式的行政処分」論に類縁する。とはいえ両説は、処分性公式に関して、行政処分概念の基本枠組みにまで遡って批判を展開する点で<sup>(48)</sup>、原田・兼子説とは別角度から注目すべき問題提起をしている<sup>(49)</sup>。また機能的見地にに基づき処分性を解釈するスタンスは「相対的行政処分」論にもつながる<sup>(50)</sup>。

## 第二項 消極説

### 一、議論内在的批判

塩野宏氏<sup>(51)</sup>は、形式的行政行為（行政処分）といっても様々な用語法があるとし、各学説を論評する<sup>(52)</sup>。まず原田説について、「取消訴訟以外の方法では適切な救済が与えられない場合に処分性を認めるときに、その処分性を認められた行為を形式的行政処分と名付ける例」とした上で、「アプローチの方法としては可能」だが、「解釈論上は端的に行政行為（処分）として取消訴訟の対象とすればよく、形式的行政行為観念を用いるまでもない」とする<sup>(53)</sup>。この点、行政処分と行政行為の概念的峻別を基礎に処分性拡大を論じる原田説への批判であるとともに、「行政行為」概念を堅持したままでの、換言すれば「処分性公式」を維持した上での処分性拡大の余地を示唆する<sup>(54)</sup>。また取消訴訟以外の訴訟を排除しないことも、「行政の行為によって生ずるとされる不利益が民事訴訟の方法によっても救済されないときに」「…」形式的行政処分の観念が機能するのであるから、民事訴訟の場における形式的行政処分の存在を語る余地はないように思われる（取消訴訟の活用を民事訴訟の利用が可能な場合にまで拡大すれば別である）。とする。この点、原田説が処分性拡大の「補充性」——他に「適当な」訴訟方法があるか——を前提に論じること

を受けての指摘といえようが、原田氏と塩野氏とは想定する「補充性」の厳格度合いに認識の相違があるものと思われる。

つぎに塩野氏は、兼子説を「制定法上行政行為が選択された場合でも、形式的行政行為は公権力の実体がないから、公定力、不可争力を有しないので、取消訴訟、民事訴訟のいずれも可能であるという具合に用いられる場合」とした上で批判する。「法律があえて行政行為という道具を採用した以上、これに公定力、不可争力を否定することとは、立法者意思を無にすることになるので、解釈論としては無理であろう。」<sup>(56)</sup>これは、兼子説の「法定」形式的行政処分論<sup>(56)</sup>につき、立法者意思の観点から、その排他的管轄不適用論の難点を指摘するものと言えよう。<sup>(57)</sup>

そのほか塩野氏は全般的に懐疑的な指摘をする。<sup>(58)</sup>例えば、「形式的行政処分概念は、道具概念というよりは、解釈的操作の結果の命名の問題とみるべきかもしれない。」「形式的行政処分論は現在認識よりも実践という気分が濃い」、「法律が処分性を与えていると解される場合にも形式的行政処分ということから別訴を認めるのは、価値追求が先行しすぎてはいないか。他方、取消訴訟の対象の拡大は当該行為に対する他の救済手段のありかたを考慮しつつ検討されるべき問題である。」<sup>(59)</sup>等である。かくして塩野氏は、場合によっては、処分性を拡大して抗告訴訟を通じた権利救済をはかること、<sup>(59)</sup>またそれに付随して処分性を拡大しても排他的管轄の適用を認めないこと<sup>(60)</sup>に対しては否定しないものの、形式的行政処分論の〈議論のあり方〉は問題視するようである。

## 二. 通説的枠組みからの批判

越山安久氏<sup>(61)</sup>は、処分性公式に立脚する通説の立場を、形式的行政処分論との対比のもと明らかにしていく。まず同氏は、いかなる行政庁の行為に公定力が認められるかは立法政策の問題として、立法者意思を重視する。<sup>(62)</sup>その上

で公定力が実定法の解釈問題である以上、「行政庁の行為が本質的には非権力的なものであっても、法律が行政庁の行為に公定力を付与していると認めることができるのであれば、それは公権力の行使にあたる行為として取消訴訟の対象とすることができるのは当然であり、そのような場合には取消訴訟によってのみ争われるべき」とする。

また形式的行政処分論が、「実定法の解釈の枠を超えて、本来非権力的な行為ではあるが国民を事実上支配しその法益に重大な影響を与えるものについては救済の便宜をはかるためにこれを抗告訴訟の対象と見立てて取消訴訟の利用を許すということであれば、それは、もはや解釈論の域を超えた立法論」と批判する（傍点は原文のまま）。さらに、「行政過程を一体としてとらえてこれを『処分』と解する」国立歩道橋事件の「考え方も、その意欲と苦心のほどは察することができるにしても、個々のみにて、公権力性の要素を見出すことができないものを一体的に把握した場合になぜ公権力の行使と解することができるようになるのかの理論的な説明が明確でない」と批判する。

救済の便宜からの抗告訴訟・当事者訴訟併用論に関しても、「一般に訴訟法の上で同一事項については二途の救済手段は認められないのが原則」だから、処分性を拡大し取消訴訟の提起を認めるなら、民事訴訟又は当事者訴訟の利用は認められないとするのが「一応の筋」とする。<sup>(63)</sup> 同じく三位一体説に対しても、「三者は相互に密接に関連するものであるが、訴えの対象の問題は、他の二者と異なりより一般的な形で、すなわち、当該訴訟だけでなく、同様の取消訴訟すべてにおいてその対象として取り上げるような性質の行為かという形であらわれる。これに対し、原告適格及び狭義の訴えの利益の問題は、まさに当該具体的訴訟において、訴えを提起した原告が訴えを提起するだけの適格を有しているか、また、当該事件において取消しを求めるだけの実益ないし必要があるかという個別的な形であらわれる」と批判する。<sup>(64)</sup>

さらに〈事実的效果〉に基づく処分性肯定に対しても、通説「の立場からすれば、ここにいう個人の権利又は法律上の利益に対する『直接の影響』というのも、この公定力を通じての影響、すなわち、行政庁の行為の結果を国民として一応受忍せざるをえず、その結果を民事訴訟又は当事者訴訟によって直接に排除することができないという効果を受けることによる影響であり」、「単なる事実上の効果を及ぼすような性質をもつだけでは足りない」と批判する。そして〈紛争解決の対象適格性〉を基準とする山村説に対しても、処分性のカテゴリカルな判断を強調する文脈で批判する。<sup>(66)</sup>

以上越山説は、通説の立場から形式的行政処分論の内容を各個擊破的に反論し、その説得力も強い。ただしその批判は、あくまでも通説の枠組み内での説得力に過ぎず、給付行政における実効的な権利救済の必要性といった、同論の提起した本質的問題に対し、越山氏はいかに応えるのだろうか。この点以下の指摘が注目される。「もし実務の方向が、原告適格について、差しあたって、法的利益救済説の枠付けを維持しながら、救済の必要な場合に実法の解釈の操作により侵害される利益を法律上保護された利益と認めていくという立場を維持して行くものとするならば、訴訟の対象についても、実定法が行政の行為に公権力性を付与していると認めうる場合に抗告訴訟の対象とすることができるといふ枠組を維持したうえで、真に抗告訴訟によらなければ救済の実があらならないという場合に、実定法の解釈上公権力性を付与されていると解釈する手法によって抗告訴訟の対象とすることを認め、その場合には抗告訴訟によってのみ争わせることとする、というのが差しあたって実務でとることのできる方向ではないかと思われる。」このように越山氏は、処分性拡大の余地を否定するわけではなく、むしろ処分性公式の枠内で、かつ、原告適格問題のように解釈論の精緻化を図ることによって、<sup>(68)</sup>実効的な権利救済を図るアプローチを示唆する。

### 三. 処分性拡大の代替策

さらに高木光氏の議論をみよう。<sup>(69)</sup>「原田教授の『訴えの利益論』、兼子仁教授の『形式的行政処分論』は、取消訴訟の拡大と抗告訴訟の対象の拡大を平行して説くものであり、『行政行為ないし行政処分概念の拡大』または『公権力概念の拡大』を招くものである。そして、概念の拡大は必然的にその概念の内包の希薄化を招くものであるから、そのような解釈論は、結論の妥当性を確保しようとするほど、理論的整合性を犠牲にしなければならぬ運命にある。救済の便宜を正面から掲げ、『抗告訴訟と民事訴訟の原告による選択』を認める解釈論、あるいは『形式的行政処分は公定力をもたない』という解釈論は、柔軟なだけに、『解釈論の域を超えた立法論』という印象を与えるのである。<sup>(70)</sup>」

また高木氏は、大阪国際空港訴訟事件<sup>(71)</sup>の「不可分一体論」を批判する原田説が、国立歩道橋事件に賛成することを批判する。「抗告訴訟の対象の拡大は、公権力概念の拡大を意味する。つまり個々の行政行為ないし行政処分をなすという権限についてのみならず、全体としての行政作用の機能に着目しても『公権力の行使』が語りうることになる。この点では、皮肉なことに、裁判所による行政統制を拡充し権利救済に資することをめざした東京地裁の国立歩道橋事件決定も、裁判所による行政統制を抑制した最高裁判所の『不可分一体論』も共通の理論的基盤にたつているのである。このようにみると、筆者には、『行政行為の権力性について』周到な分析を加え前法律的な権力観を厳しく排斥した原田教授が、国立歩道橋事件決定に賛意を評していたのは、やや大局観に欠けるものがあったように思われる。<sup>(72)</sup>」

さらに紛争解決の適格性に着目する山村説<sup>(74)</sup>に対して、「このような発想の難点は、『処分性』のメルクマールから『法的効果』ないし『法的地位に対する影響』を排除するため、『権利保護の利益』という判断をほぼ常に別途



行なわねばならなくなることである。つまり、『処分性』の概念要素として、最高裁判所の定式におけるように『特殊な』『法的効果』を要求するのであれば、ある行政作用の『処分性』が肯定されるとその作用がなされたときはいわば定型的に『権利保護の利益』があることになる。『処分性』概念を限定する解釈論は、少なくとも取消訴訟については、個別的な事案ごとの『権利保護の利益』の判断という作業の相当部分を不要とするという機能、『複雑性縮減機能』を有している」と指摘する。そして山村説では個別判断が必要となり、また処分性拡大論一般においても、「民事訴訟における『確認の利益』の判断におけるような多面的な検討、複雑な判断を、『処分性があるか否か』という判断として行うことになりかね」ず、複雑性縮減機能に反するという。

かくして高木氏は、形式的行政処分論による処分性拡大が「法的効果ではなく、事実的影響を基準にして『公権力の行使』にあたるか否かを定めなければならない」こと、その結果「『行政行為論の負担過重』ないし『公権力概念の負担過重』を招くという理論的難点がある。<sup>(76)</sup>」ことを問題視する。<sup>(77)</sup>そして同氏は、「行政救済の拡充は、『概括主義』の概念のもとで『訴えの利益』をできるだけひろく認める<sup>(78)</sup>」という形での抗告訴訟に依存した権利救済ではなく、むしろ「『取消訴訟の対象』を『行政行為』<sup>(79)</sup>＝『行政処分』に限定し、『抗告訴訟』を『行政行為』<sup>(80)</sup>＝『行政処分』の作為不作為に関する訴訟と捉えるとき、『法律上の争訟』ではあるが、『抗告訴訟』に当てはまらないものを、『当事者訴訟』又は『民事訴訟』でひろいあげる<sup>(81)</sup>」という形での当事者訴訟を含めた権利救済を語るべきと主張する。<sup>(82)</sup>

以上高木説は、「行政行為」概念の役割やあるべき「訴訟類型」論を念頭に置きつつ、形式的行政処分論を批判する。<sup>(83)</sup>越山説が通説の枠内に立った批判や代案提示にとどまるに對し、高木説は通説を踏まえつつも、「公法上の当事者訴訟の活用」論やそれを裏付ける「公法の復権」論<sup>(84)</sup>を唱えながら、形式的行政処分論とは別の実効的な権利

救済の方向性を解釈論的・法原理論的に提示した点に意義がある。

#### 四、文理解釈による転回

宮田三郎氏<sup>(83)</sup>は、形式的行政処分論が判例にほとんど反映されず、不毛だったし、前途に光明を見いだせないとして厳しく批判する<sup>(84)</sup>。そして権利保護の便宜のために処分性を拡大する議論は、行政行為概念の著しい稀薄化・空洞化をもたらすので理論体系上好ましくないし、<sup>(85)</sup>処分性を拡大しても必ずしも権利保護の拡張をもたらすものではないとして、取消訴訟の出訴期間の制約を示唆する。そこで宮田氏は、行政処分なければ権利保護なしという処分性拡大論の発想から解放され、別の道を模索する必要があるという。具体的には、行訴法三条二項が取消訴訟の対象として「行政庁の処分」のほか、「その他の公権力の行使に当たる行為」を挙げていることに着目する。ただしこの規定の立法経緯として、当初「事実行為」に処分性を認めることを念頭に置いていたが、その後の立法化に当たり、行政行為と事実行為の区別の実際の困難さを理由に、曖昧な文言として定められてしまったことがある。しかし宮田氏は、この規定につき、「法解釈としては、行政処分以外の公権力的行政措置に対する取消訴訟が許容される余地が残っている」と理解する。

そして宮田氏は、この「公権力的行政措置」に含まれるものとして、行政計画や環境基準等の一般的・抽象的な措置であって、インフォーマルな行政による法の設定とみられるもの、またごみ焼却場や空港の運営や操業に関する決定等、行政がその環境影響につき責任を負うべき個別的・具体的な措置を挙げる。その上で、「行政処分以外の公権力的な行政措置に対する取消訴訟」を、取消訴訟と民事訴訟の中間に位置づけられる、独立かつ非定型な「取消訴訟」と認知すべきと主張する。またこの種の「取消訴訟」に関しては、「通常の取消訴訟」の出訴期間等が

適用されず<sup>(86)</sup>、また行政活動につき処分性の有無が疑わしい場合、公権力的行政措置との推定が働くとの示唆をす  
る。

かくて宮田説は、行訴法三条二項の「行政庁の処分」(行政行為) 概念の拡大ではなく——その限りでは形式的  
行政処分消極説——、同項の「その他の公権力の行使に当たる行為」概念を活用し、実質的な処分性拡大を試み  
る。最終的に取消訴訟に依拠する点では、当事者訴訟に代替を見いだす高木説とは異なり、むしろ取消訴訟に依拠  
する形式的行政処分論と軌を一にする。ひるがえって、このような「文理解釈」でもって処分性拡大を受け止める  
議論は、近時の処分性拡大論でも見られる<sup>(87)</sup>。この文理解釈論が、処分性拡大判例理解に際していかなる意義をもつ  
のか、仕組み解釈論との関係をも含め検討する必要がある。もつともこの点は今後の研究課題としたい。

### 第三節 若干の検討

以上積極説・消極説の大まかな展開を見てきた<sup>(88)</sup>。もちろん両説内部で様々な議論の相違はある。ここではおおよ  
その対立点を整理しよう。まず積極説が行政処分概念を行政行為概念から区別して抗告訴訟の拡大をはかるのに対  
し、消極説が両概念の一致を前提としつつ、それによって生ずる救済の欠如を民事訴訟や当事者訴訟の活用により  
カバーしようとする。つぎに積極説は、処分性に関し原告適格や狭義の訴えの利益と融合して考える「三位一体」  
的理解に立つのに対し<sup>(89)</sup>、消極説は、原告適格や狭義の訴えの利益とは異なった、処分性のカテゴリカルな理解を重  
視する<sup>(90)</sup>。

さらに処分性判断に当たり、積極説が個別事件での裁判所の創造的判断を重視するのに対し、消極説は立法者の  
一般的な意思を重視する。また処分性につき、積極説は「法律上の争訟」(とりわけ紛争の成熟性) 問題と捉え、消

極説は「公権力の行使」(とりわけ行為の性質決定)問題と捉える。そして、積極説が処分性解釈に当たって係争行為がおかれている「行政過程」を一体的に把握してそこに権力性を見いだす余地を認めるのに対し、消極説はあくまでも係争行為の「行為形式」としての性質に権力性を見いださうとする<sup>(91)</sup>。加えて、積極説が係争行為の「事実的効果」——より漠然とした事実上の不利益な影響も含め——をもって処分性を肯定するのに対し、消極説はあくまでも係争行為がもたらす法的地位の変動効果、すなわち「法的効果」の存在をもって処分性を肯定する。

以上の議論対立は、処分性拡大に係る「要件」面での議論である。この面では、処分性問題をいかに捉えるかの点で根本的な議論対立があり、現時点でどちらに説得力があるのか評価困難である。しかし他方で、処分性拡大に係る「効果」面での議論、とくに処分性拡大に伴って排他的管轄の適用も拡大すべきか否かをめぐる議論対立に関しては、必ずしも評価困難ではない。というのもこの議論に関しては、今日、形式的行政処分論の問題意識は評価しつつも、その解釈論的構成を問題視する見解<sup>(92)</sup>が見出されるように、やはり消極説に説得力があるように思われるからである。

例えば原田氏は、ある文献<sup>(93)</sup>において、形式的行政処分論を「論理的誤り」とする批判——具体的には「ある行為が取消訴訟の対象となる以上は、その反射的效果として公定力のような効力を帯有することになると考えざるをえない。したがって、取消訴訟の対象と認めておきながらも、公定力や不可争力を帯びない、いわゆる形式的行政処分のようなものの存在を認めることは、論理的にいつて承認しがたい」という批判——に対し、以下のように反論している。

公定力等の効力が「取消訴訟制度の存在によって支えられていると解することに賛成であるが、しかし、そのことから、ただちに取消訴訟の対象とされる『処分』には、すべて公定力等が附着しなければならないといった逆命

題が、論理必然的に導き出されてくるとはいえない」、「かりに救済の便宜を期して、形式的行政処分を肯認しこれを取消訴訟の手續をかりて争うことを認めるとしても、形式的行政処分を取消訴訟の排他的管轄としなければならぬ」とする論理的必然性は認められない。取消訴訟の対象としつつも、その排他的管轄から外しておくという選択も、論理的には十分可能だからである。」「取消訴訟の存在が行政行為に公定力等を認める法的根拠であると理解しても、そのことからただちに、取消訴訟の対象となる『処分』はすべて公定力や不可争力を帯びなければならぬと速断し、形式的行政処分の論理的存立可能性をいっさい否認してかかるのは、いささか短絡した議論であるようにおもわれる。」「筆者は、形式的行政処分を承認することは、体系美学のうえからみて適当でないとする議論はありえてよいとおもいますが、その成立を論理的に不能とみるのは、非論理的であると考えている。」

もつとも以上の反論の具体的論拠として原田氏が挙げるのは、フランスでは規範的行政行為（行政立法）の違法につき越権訴訟で争えるばかりでなく、その出訴期間経過後であっても適法性審査訴訟によりその無効を主張するとの外国法紹介のみである。<sup>(94)</sup>しかしこの紹介によって、わが国の法制度において、どのような論理でもって、《形式的行政処分を認めても排他的管轄が適用されないこと》が正当化されるのかまでは具体的に述べられていない。仮にこの紹介を通じ、「取消訴訟の対象としつつも、その排他的管轄から外しておくという選択も、論理的には十分可能」との命題<sup>(95)</sup>が論証できるとの立場に立ったとしても、その選択をしな<sup>ら</sup>ば<sup>な</sup>ら<sup>な</sup>いとの命題を導くのは、日本の法制度を踏まえた上での別途の論証が必要となるのではないか。<sup>(96)</sup>

とはいえ原田氏としては、「救済の便宜」を論拠に、この点の論証も可能との考えかもしれない。しかしそうすると、《処分性》の拡大も「救済の便宜」から行ない、その付随問題たる《排他的管轄》の不適用も、「救済の便宜」から正当化するということになる。しかしこのような（便宜に便宜を重ねる）議論については、少なくとも

原田氏から（非論理性）を指弾されている消極説からすれば、論理的に納得しうるものではないだろう。うがった見方をすれば、消極説への非論理性を理由とした原田氏の追及が激しければ激しいほど、それだけですす、「救済の便宜」に依拠する原田氏の論証不足がかえって浮かび上がってしまっているようにも思われる。この点、すでに小早川光郎氏は、原田氏の「機能的考察方法」を分析するなかで、「十分な実定法的または方法論的な基礎をもたないままに、みずからが主観的に社会的要請であると考えるものを、直接、法解釈論に持込むことは、まさに著者「原田氏・高木注」のいう『政治的法理論』との誹りを受けることになろう。」と批判するが、的を射ているように思われる。

つぎに原田説では、形式的行政処分にはもともと権力性がないから、公定力（取消訴訟の排他的管轄）は問題とならないとする。しかし、行政庁の一方的に実施する公役務活動で、国民生活を他律的に規制するもの、などの形式的行政処分の定義のなかには、事実上、従来からの行政行為概念に含まれているのと同様の「権力」的な要素が、暗黙のうちに紛れ込んでいるのではないか。この点、すでに村上武則氏からの、「形式的行政処分の場合、その権力性は形式的な訴訟技術的なものといわれるが、実際は実体的にも権力性を前提としているのではないだろうか。」との指摘があるが、あらためて留意すべきであろう。

そしてそうだとすると、原田説は、「要件」面で形式的行政処分を実体的な権力類似の行為として定義しておきながら、「効果」面でその処分にはその種の権力性がない（だから排他的管轄もない）という議論をしていることになる。もちろん必ずしも論理的な矛盾とまでは言えないにしても、かなり違和感のある議論ではないだろうか。もっともこの点、兼子説や山村説も類似の議論をしており、両説にも少なからず同様の指摘があまりうるよう<sup>(10)</sup>に思う。

さらに原田説では、兼子説を念頭においてか、取消訴訟を提起した原告はいったん取消訴訟を選んだ以上は、形式的行政処分に対しても終始取消訴訟の手續に従って対応しなければならないとする<sup>(10)</sup>。この帰結そのものはバランスのとれた解決策と評価しうる。しかし問題なのは、このような「縛り」が何を根拠として導き出されたものなのか、明確でない点である。そもそも、理論的には複数の訴訟類型の選択利用が考えられるのに、制度上ある一つの訴訟類型しか選択が許されないということは、まさしく「排他的管轄」のことではないだろうか<sup>(11)</sup>。

ここでまたうがった見方をすれば、原田氏は形式的行政処分をめぐって、「正面」では取消訴訟の排他的管轄を否定しておきながら、それを「裏口」では肯定し事実上適用してしまっているのではないか。つまりは、「排他的管轄」の行き過ぎを是正するために、「救済の便宜」が根拠として持ちだされ、その「救済の便宜」の帰結の行き過ぎを是正するために、「排他的管轄」が持ちだされているのではとの疑念である。そうだとするならば、形式的行政処分論の理論的整合性の欠如を批判する先の高木氏からの批判もやむをえないだろう。

思うに、裁判所が処分性を拡大的に解釈し、市民の権利救済ニーズを真摯に受け止めるべきとの積極説の趣旨に賛成するとしても、何ゆえその処分性に随伴する排他的管轄という法的帰結が適用されないのか、仮にその不適用が市民の権利救済という実践的観点からみて極めて妥当であるにしても、積極説は、「法解釈論」として、また「法原理論」に遡って、積極的に論証していく必要があるはずではないか<sup>(12)</sup>。しかし従来の積極説の議論を顧みると、「救済の便宜」以上の積極的な論証をしてきたとは思えない。戦後の行政訴訟論において形式的行政処分論がもたらした功績が多大なものであるにせよ、この点に関してはやはり問題があったのではないか。とはいえこの「形式的行政処分」論の課題点をも踏まえて、新たに登場してきた処分性拡大論が「相対的行政処分」論である。

### 第三章 相對的行政處分論

本章では相對的行政處分論争につき、提唱者たる阿部泰隆氏の所説を中心に分析する。

#### 第一節 阿部泰隆説

以下本節では、相對的行政處分をめぐる同氏の代表的な論文、「抗告訴訟の守備範圍——いわゆる處分性——」(初出一九八三年)<sup>(106)</sup>並びに「相對的行政處分概念の提唱」(初出一九八二年)<sup>(106)</sup>を中心に、本稿の観点から整理紹介する。まず阿部氏は、形式的行政處分論の問題点として、抗告訴訟の対象とした以上救済の便宜のための形式的行政處分といえども一応は公定力がある、また同一行政活動に対する民事訴訟・抗告訴訟の併用説の理由付けが原告の便宜では解釈論的に説得力がないとする。しかしだからと言って伝統的處分觀に逆戻りするのは性急で、非権力行政の司法的統制の必要という形式的行政處分論の問題提起を正面から受け止め、よりきめ細かな理論構成をする必要がある<sup>(108)</sup>という。

そこでまず阿部氏は、「公定力は抗告訴訟の対象とする前に存在するものではなく、抗告訴訟の対象とした結果発生する現象であるから、抗告訴訟の対象とすかどうかの判断基準にはおよそなりえない」との観点から、「伝統的處分觀に賛成しえないのみならず、處分性擴大提唱派に対しても、公定力を有する実体的行政處分なる觀念を認めている」<sup>(109)</sup>点で賛成しえないとする。このように同氏は、形式的行政處分論が立脚する、公定力の有無を前提とした「行政行為」と「行政處分」の區別論に対し異議を申し立てることによって、「公定力を抜きにして抗告訴訟制度のあり方を考えるべき」<sup>(110)</sup>との主張を導き出す。



つぎに阿部氏は、形式的行政処分論(併用説)が「救済ルール明確性の要請」を提起したとの理解のもと、「現状においては、救済ルールが不明確な場合はいずれの訴えも認め、訴訟間の調整はつぎの課題としても、その不合理は相対的に受忍できるのではないかと思う。なぜなら、現実に同一の事件で、両立しない複数の訴え(たとえば、現業公務員の配置転換についての抗告訴訟と民事訴訟)を提起し、その両者の結論が矛盾するなどということは稀なのであり、そうした稀な事態が起きるとしても、その不合理は原告が過失なくして選択した訴えを却下されて救済手段をいっさい失う不合理に比べればまだ小さい」<sup>(11)</sup>からと指摘する。もっぱら二重訴訟(民事訴訟法一四二条、行訴法七条)の事態を念頭に置きつつ、不合理性の比較衡量を論拠に排他的管轄不適用を導くものと言えようか。<sup>(12)</sup>またその他にも、救済ルール統一のための解釈論的な方向性として、訴えの変更を促す積極的積明や請求の趣旨の善解等、もっぱら裁判所の訴訟指揮を重視した「法技術的解決」を念頭に置かれているようである。<sup>(13)</sup>

以上の新「併用説」を踏まえ阿部氏は処分性公式を批判する。<sup>(14)</sup>処分性が問題となる場合は、抗告訴訟と民事訴訟との機能分担のほかにも、「そもそも救済方法を認めるかどうか、国家賠償しか認めないかどうか、刑事訴訟との機能分担、どの段階で争わせるか、どの側面が争われているかなど種々存在する。」のであって、「こうした複雑多様な場面にわたる法解釈を『国民の権利義務を確定する行為』などという一つの文節の解釈で決定しようとすることに無理がある。』<sup>(15)</sup>このような無理は、「国民を現実に支配する行為」といった基準を提示する処分性拡大論にも当てはまる。阿部氏は、こうした「一個の言葉」に「あまりにも多くの場合の解釈を求め」、「負担過重にあえ」ぐよりも、むしろ「処分性が問題となる場面ごとに分解して、抗告訴訟による救済を認めるべきかどうかを機能的に考察」すべきとする。

そこでこの考察の具体的展開として、同氏は、「行政活動がもたらす利益状況は相手により異なることがある。

処分性とは抗告訴訟でとりあげるかどうかという問題であるから、争う角度なり争う人次第で処分性の有無やその理由が異なり、個々に吟味することが必要<sup>(16)</sup>として、行政処分をめぐる〈对人的〉観点からの相対的理解を正当化する。すなわち、「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る<sup>(17)</sup>」との相対的行政処分論である。

「用途地域指定替」を採り上げその論旨を見よう。<sup>(18)</sup>阿部氏は用途地域指定（以下「指定」）のもつ、「環境維持効果」と「建築の自由の制限効果」との二側面に着目する。前者の側面、すなわち住環境悪化の防止を求めて指定替を争おうとする「住民」に対して、他人が受ける建築確認をめぐって取消訴訟等を提起し、その中で指定替の違法性を争えと求めることは事実上無理ないし不適切である以上、指定を対象に取消訴訟で争わせるべきという。ここでは、原告（住民）の利益をめぐって、そもそも何らかの訴訟を通じて救済すべきかどうか処分性として問題となる。

これに対し後者の側面、すなわち土地の高度利用を求めて争おうとする「地権者」にとつて、建築確認等の後続行政処分段階を待つまでもなく、指定段階で紛争が成熟している以上、指定替の違法性につき取消訴訟で争わせるべきという。ここでは、原告（地権者）の利益をめぐって紛争のどの段階で救済すべきかが処分性として問題となる。このように阿部説では、各当事者ならびに紛争状況を踏まえて処分性を議論していこう、そして——指定に関しては結論として両側面とも処分性を肯定するのだが——場合によっては誰が争うかによって処分性の有無が異なるという結論を認めようとする点に特徴がある。<sup>(19)</sup>

なお指定の処分性を認めると不測の不利益が市民に生じるとの指摘につき、いわく。「たしかに一般には抗告訴

訟の対象となる行為について出訴期間内に争わないと公定力が生ずるものであるが、そうしたことが正当化されるのは、当該行為が行政処分として出訴期間内に争わなければならないことが一般に理解できる場合に限るべきである。さもないと、国民は当該行為が行政処分に当たらないと思つて出訴しなかったのに、行政処分であるから公定力を生じたとして、救済の機会を奪われるであろう。これではだまし討ちである。そして、用途地域の指定制度では、指定の段階で争わないと、もはや建築確認等の段階で争えないことがわかるようになっていないと思われるので、用途地域指定制度については、その出訴期間徒過後も、建築確認等の段階に違法性の承継を認めるべきであろう。<sup>(10)</sup>

ここで阿部説の特徴を整理しよう。まずは、形式的行政処分論も暗黙の前提とする、処分性解釈に当たつての行政行為の公定力という考え方を明確に拒否し、処分性を抗告訴訟の対象適格性問題に還元する。またこの際、抗告訴訟と民事訴訟とのメリット・デメリット論にまで踏み込んで、抗告訴訟を通じた権利救済の実効性を論ずる。<sup>(11)</sup> さらに処分性判断が複雑な考慮要素に基づくことを直視し、その複雑性を行為形式の「効果」という定式で無理やり受け止めるのではなく、むしろ事案類型ごとに機能的に考察して受け止めていくことを主張する。この点山村説も「紛争解決の対象適格性」という形で念頭におくアプローチだが、阿部説はこの機能的考察方法の論理的帰結として、関係当事者により処分性の有無の判断が異なっても差支えないという、処分性の「对人的」な相対的理解を導き出した点で、さらに進めるものであろう。<sup>(12)</sup> 加えて阿部説は、排他的管轄不適用とそれに基づく併用的構成につき、形式的行政処分論の説得力のなさを指摘する一方、しかし結論として自説でもその帰結を認める議論をする。

## 第二節 学説の議論

以下本節では、阿部「相対的行政処分」論につき批判的見地に立つ学説を「消極説」、肯定的見地に立つ学説を「積極説」と称して、学説の議論を整理検討していきたい。

### 第一項 「公権力の行使」対「法律上の争訟」

高木光氏は、阿部説が「従来の行政行為論の枠を越える」もので、「『取消訴訟の負担過重』のゆきつく先であり、裁判救済になじむかという『法律上の争訟』概念のもとで検討されるべき事項を『処分性』の判断と重ね合わせるもの」と批判する<sup>(12)</sup>。また阿部説のように、「へきめ細かに√権利救済にふさわしいものをひろいあげるために行政処分概念を操作する場合には、『行政処分論の負担過重』が避けられない」ところ、<sup>(13)</sup>そもそも「処分性は八カテゴリカル√に判断されるものとみる方が制度の理解としては穏当」とする<sup>(14)</sup>。その理由として、「『公権力の行使』という概念はいわば『硬い概念』であり、柔軟な解決を可能にするのは『法律上の争訟』や『公法上の法律関係』といういわば『柔らかな概念』であると考えられる」ことを挙げる。

以上に対し阿部氏は、<sup>(15)</sup>そもそも硬い概念・柔らかい概念といった表現、さらには公権力の行使が硬い概念で法律上の争訟や公法上の法律関係が柔らかい概念であるといった、高木批判の依拠する用語法や論評の趣旨が不明瞭と疑問を呈しつつ、「公権力の行使という概念は相手によって異なるものではないという趣旨であるようでもあるが、筆者は、とにかく抗告訴訟の対象としての公権力の観念は、抗告訴訟で取りあげるべきかどうかを判定する観念なので、英米法でいう成熟性などとは異なるし、『かたい概念』とする必要は感じない。」と反論する<sup>(16)</sup>。その上で、「筆者〔阿部氏・高木注〕の説明では法律上の争訟と公権力の行使との区別がはっきりしない面はある。法律上の

争訟とはとにかくなんらかの訴訟によって争わせるべきかどうかという点に関する観念であり、公権力の行使とは、法律上の争訟になったものについて抗告訴訟で争わせるべきかどうかに関する観念であって、たしかに両者は区別する必要がないではないが、筆者は、この両者をまとめて一つにして論じたというわけである。」と反論する。<sup>(26)</sup>

以上両説の対立の背景には、処分性問題につき「法律上の争訟」の解釈問題、とくに「紛争の成熟性」へと還元してしまいか（阿部説<sup>(27)</sup>）、それとも「公権力の行使」の解釈問題、とくに「行為の性質決定」の枠組みを堅持するか（高木説）という、形式的行政処分論争にも見られた基本姿勢の相違があるように思われる。

## 第二項 三位一体説の展開

興津征雄氏<sup>(28)</sup>は、相対的行政処分概念が、「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く、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」と理解し、また「どのタイミングで出訴するのが最も適切かは、原告の置かれた状況によって異なりうるもので、誰が争うかによって判断が分かれうることを正面から見据えた点に、この理論の新しさがある。」と論評する。<sup>(29)</sup>さらに同氏は、相対的行政処分論において、処分の名宛人の事実行為による第三者への侵害が、その第三者に係る紛争の成熟性を肯定する上で重要な要素となる点に着目し、この点にこそ処分による法的効果を受けない第三者の「法律上の利益」（法律上保護された利益）をめぐる原告適格論と、処分性論とを接合する鍵があるとする。<sup>(30)</sup>

また巨理格氏<sup>(31)</sup>は、相対的行政処分論について、原告第三者の地位・利益が裁判上の保護救済に値するとの価値判断が基礎となり処分性が肯定されると理解する。もつともこの理解は原告適格論の「法的保護に値する利益

説」と類似するところ、同氏は自説を『「法律上の争訟」ないし広義の訴えの利益論という上位次元での』議論と位置づける。<sup>(135)</sup> その上で通常「法律上の争訟」性の有無は、処分性、原告適格、狭義の訴えの利益という下位の各訴要件次元において、かつ、法律上の根拠規定という客観的な枠組みに照らして認定されるとする。ただしいずれかの下位次元（各訴要件段階）で不適法と判断された事案が、上位次元（法律上の争訟性段階）では法的保護に値するとみなしうる場合がある。このような齟齬は法治国家における司法権の役割からして妥当でないので、「下位次元の判断基準の修正」により解消せねばならない。そこで「そのような下位次元での訴要件判断の修正のための仕組みを、処分性の局面で予めインプットしようとして編み出された理論枠組み」が、相対的行政処分論であるとする。

以上興津説は「名宛人」と「第三者」それぞれに対する係争行為の効果論を、巨理説は「法的保護すべき利益説」を手掛かりに議論する。論理構成は異なるが、いずれも相対的行政処分論に関して、〈原告適格〉論を参照基準としつつ、さらなる展開を期そうとの点では共通する。また両説の議論の前提には、形式的行政処分論にもみられた「三位一体」説があるようにも思われる。<sup>(136)</sup> その限りで両説は、相対的行政処分論に内在していた形式的行政処分論的要素を浮き彫りにしたとの意義もあろう。

### 第三節 若干の検討

以上消極説・積極説を紹介してきた。相対的行政処分論は形式的行政処分論と比べると、その是非をめぐりいまだ本格的な論争が展開されていないように思える。その一因として、上に見てきたように、「両拡大論の論点が重複するがゆえに、相対的行政処分論を別途採り上げて議論する意識が高まらなかったのではないか。この仮説の当否

はおくとして、処分性拡大判例下の現在、行政処分の「名宛人」以外の「第三者」との関係での処分性判断のあり方も問題になってきているので、相対的行政処分論に関しては、形式的行政処分論とは独立した文脈でもさらに検討の余地がある<sup>(137)</sup>。加えて学説では、これまで阿部説の排他的管轄不適用（併用的構成論）につき、それ自体あまり注目して論じられてこなかったようにも思われる。ただしこの点、形式的行政処分論では大きな争点となっていたわけなので、とくにこの先行議論との関連において、阿部説の意義を検証していく必要がある。

以上の問題意識に立ちつつ、ここで両拡大論をめぐる論争の主な共通点と相違点を整理しておこう。一方で両極説は、行政行為と行政処分を一致させる処分性公式を離れ、「法律上の争訟」概念を重視し、処分性を「紛争の成熟性」問題と捉えつつ、裁判所の創造的判断を重視した上で、原告適格や狭義の訴えの利益との三位一体的な観点から処分性を論ずる。他方で両消極説は、処分性公式を踏襲し、「公権力の行使」概念を重視し、処分性を「行為の性質決定」問題と捉えつつ、法令を基礎としたカテゴリーカルな判断を重視した上で、原告適格や狭義の訴えの利益とは異なった観点から処分性を論ずる。さらに係争行為の「事実的效果」をもとに処分性を肯定することの是非についても、両拡大論は共通する。加えて処分性拡大に伴う排他的管轄問題についても、両拡大論とも不適用ということで共通する。この点原田説は「救済の便宜」を根拠とし、阿部説は「救済ルールの明確性の要請」という法原理的要請を掲げつつ、適用を認めない場合と認めた場合の「不合理性」の比較衡量を根拠とする。しかしこれらのみでは論拠としては弱いのではないだろうか<sup>(138)</sup>。

もっとも阿部氏は<sup>(139)</sup>、近年、「処分概念を拡張すると、それに抗告訴訟の利用強制のしくみが付いて不利になるという問題が指摘されるが、利用強制は裁判を受ける権利の制限であるから、明示的になされるべきで、その点の明示がないまま、処分とされたからといって、その段階で取消訴訟を出訴期間内に提起しないと救済方法がなくなる

という制限が付くと考えるのは違憲の発想」とした上、「このルールが明確でない場合には、いずれのルートを通ってもよいという併用説を採るべき」とし、またこの場合「公権力として、抗告訴訟の対象としたところで、いわゆる排他性は発生しない。」と指摘する。

また最近でも、「処分とはつきりしていればよいが、そうではなく、判例で処分とされた場合には予測可能性がないのであるから、それに不可争力を付けるのは権利救済の拡張の逆であり、事後立法による救済禁止につながり、違憲の発想」と指摘し、「法の不明確性の中で、ある者は処分として取消訴訟を提起し、ある者は当事者訴訟を提起する場合、いずれも適法と解すべき」と主張する。さらに二〇〇四年行訴法改正の「国会附帯決議においては、『国民が多様な権利救済方式を適切に選択することができるように配慮する』ことが求められている。」ことにかんがみ、「解釈論としても、裁判所は、原告の提起した訴訟類型が不適切と考えても、適法な訴えを提起したことになるように配慮すべきである。少なくとも、どの訴訟が適法かが微妙なケースでは、いずれかしか正しいものはないという硬直的な発想をやめ、裁判を受ける権利こそが大切であるとの視点から、いずれも適法であるとの併用説を採るべき」とも主張する。<sup>(44)</sup>

このように阿部説では、排他的管轄不適用（＝併用的構成）の根拠として、「救済ルール明確性の要請」、「予測可能性」の保障、「裁判を受ける権利」（憲法三二条）の観点を示していること、<sup>(45)</sup>言うなれば、排他的管轄不適用の正当化に当たっての「法原理」レベルでの論証を積極的に試み、かつ、それを精緻化してきている点では、「救済の便宜」以上の具体的な論拠を十分に展開しきれなかった形式的行政処分論と比べると、一歩進んだ議論をしている。

また先にもあげたように、阿部氏は早くから、「救済ルール明確性の要請」という法原理的要請を踏まえ、訴え



の変更を促す積極的釈明や請求の趣旨の善解等の、民事訴訟法の議論水準をも適確に押さえた議論をしていた。その限りで法・解・釈・論・と・して・も・説・得・力・の・あ・る・構・成・を・提・示・し・て・い・る・と・言・え・よ・う。<sup>(13)</sup> しかし少なくとも、排他的管轄問題について、個別の裁判所の訴訟指揮にゆだねる方向での解決策には限界があるのではないか。<sup>(14)</sup> むしろ同問題に関して求められるのは、「救済ルール明確性の要請」等に抵触する以上、裁判所の訴訟指揮以前の問題として、「行訴法」の解釈を通じて、原告市民が当然に不測の不利益から保護されるとの帰結を導く論理構成——あたかも左の出訴期間の限定解釈↓違法性の承継論のような——であるように思われる。<sup>(15)</sup>

また先にみたように、阿部氏は、用途地域指定の処分性の文脈においてであるが、出訴期間の適用問題をめぐっても、早くから、「救済ルール明確性の要請」という法原理的要請を踏まえ、行訴法一四條の出訴期間規定の〈限定解釈〉をして、「違法性の承継」を認めるべきとの議論を展開していた。その限りでやはり法・解・釈・論・と・して・も・説・得・力・の・あ・る・構・成・を・提・示・し・て・い・る・と・言・え・よ・う。しかし他方で阿部氏は、近時の文献において、同じく用途地域指定の処分性を認めた上で、建築確認段階で指定が遡って争われると混乱することになるから、出訴期間を適用し、違法性の承継を遮断すべきと論ずる。<sup>(16)</sup> 後者の場合は、基本的には将来において判例変更等により指定の処分性が認められた段階、その限りでは「救済ルール明確性の要請」に抵触しなくなった段階を念頭に置く議論ということであるうか。

ともあれ阿部説の到達水準を踏まえると、少なくとも、排他的管轄問題に対処するに当たっては、「救済ルール明確性の要請」等の法原理的要請を踏まえて、どのような法解釈論的構成が実効的な権利救済ないし実効的な紛争解決に資するののかという点、また処分性拡大に伴う問題への対応策としての、「排他的管轄の不適用」と「出訴期間の限定解釈」という両帰結が、法解釈論としていかなる形で整合的に構成しうるのかという点が、処分性拡大論

の今日の問題として浮かび上がってくるように思われる。<sup>(44)</sup>

#### 第四章 必ずびにかえて

以上本稿は両拡大論をめぐる論争を整理検討してきた。両拡大論とも処分性公式を堅持して法的効果を認めて処分性を肯定するのではなく、むしろ同公式を離脱して事実的效果のみを認めて処分性を肯定すること、また処分性問題を「公権力の行使」概念を通じて「行為の性質決定」問題と捉えるのではなく、むしろ「法律上の争訟」概念を通じて「紛争の成熟性」問題と捉えること、さらに処分性をカテゴリーカルに判断するのではなく、むしろ原告適格や狭義の訴えの利益と並んで「三位一体」的に判断すること、加えて処分性判断に際し立法府の役割よりも司法府のそれを重視すること等の共通点がみられた。もつとも相対的行政処分論では、機能的考察方法をさらに推し進め、係争当事者しだいで処分性の有無の判断が異なることを正面から認めた点で、形式的行政処分論との間に内容上の相違がみられる。

さらに排他的管轄不適用問題に関して、形式的行政処分論では「救済の便宜」以上の積極的な論拠を提示しえていなかったのに対して、相対的行政処分論では「救済ルール明確性の要請」等の一定の法原理に依拠しつつ、積極的に論証する点でも相違があった。この点、同問題につき「原理原則」にまで遡って議論する必要性を明らかにした点、また「併用的構成」と「違法性の承継」両論を踏まえた解釈論を展開している点で、今日の処分性拡大論のあり方を考えるに当たっても重要な示唆を与えよう。もつとも相対的行政処分論が、行訴法の「解釈論」として、排他的管轄不適用という帰結をどこまで論理的に正当化しきれているのか疑問がなくなるはない。

さて以上を踏まえ、近時の「仕組み解釈」<sup>(45)</sup>をによる処分性拡大判例の特徴をみよう。ただしこの点すでに別稿で

検討している。ここでは別稿と本稿の両研究結果を突き合わせて、両拡大論と処分性拡大判例とを簡単に比較するにとどめる。まず処分性拡大判例では、処分性公式を踏まえて係争行為の法的効果が認められて、処分性が肯定されている。また処分性拡大判例を通じ三位一体的な理解が取られている兆候もない。その限りで処分性拡大判例と両拡大論との間には乖離がある。<sup>(48)</sup>さらに処分性拡大判例では、処分性問題が「公権力の行使」概念に関わって、「行為の性質決定」問題として展開してきている。

しかし他方で、最近の処分性拡大判例では、「実効的な権利救済」論が押し出されて処分性が肯定されており、この点からみると両拡大論の問題意識が一部組み入れられていることが推測される。<sup>(49)</sup>また最近の処分性拡大判例が、「法令上の仕組み」を超えて、「行政過程の構造」まで視野に入れて「仕組み解釈」をしていることからすると、行政過程のありようを踏まえ処分性を判断する両拡大論の問題意識が一定程度受け入れられているかのようにも思われる。それゆえ様々な問題点が指摘されるにせよ、両拡大論が今日の処分性拡大判例動向にもたらした寄与は、あらためて高く評価されるべきであろう。

とはいえ処分性拡大判例は処分性公式を放棄していない。そして同公式を踏まえつつも、仕組み解釈を通じ柔軟に解釈するアプローチは、先の塩野氏が示唆してきたものである。<sup>(50)</sup>また処分性公式の枠内での処分性拡大の可能性に関しては、先の越山氏も示唆していた。<sup>(51)</sup>ただし処分性拡大判例をめぐるのは、先の宮田説が示唆していたように、行訴法三条の「その他公権力の行使に当たる行為」概念が拡大されているとの「文理解釈」を通じた理解もみられ、今後検討の必要がある。加えて、形式的には伝統的な公式を踏まえつつも、精緻な解釈を通じて訴訟要件を実質的に拡大しようする議論は、新潟空港事件（最判平成元年二月一七日・民集四三巻二号五六頁）やもんじゅ事件（最判平成四年九月二二日・民集四六巻六号五七一頁）等の「原告適格拡大判例」でもみられる。したがって処分性と

原告適格という両拡大判例間の関連性に関しても、さらに検討していく必要がある。

ついで本稿では、両拡大論の共通点として、処分性拡大に伴う「取消訴訟の排他的管轄」拡大が、原告市民に不測の不利を生じさせるのではないかとの議論に着目した。この点、両拡大論とも処分性を拡大しても排他的管轄を適用しないという対応を提案する。しかし本稿では、この対応が実践的な結論として妥当であるとしても、それを正当化するための法理論並びに法解釈論がまだまだ十分に展開されていないのではないかと指摘した。

そして今日、処分性拡大判例の常態化状況のもとでは、まさに両拡大論が十分深め切れなかったこの正当化論こそが、喫緊の解釈学的課題となっているように思われる<sup>(13)</sup>。もっとも近年、学説ではこの正当化論をめぐり、様々な論理構成が提案されてきている。これらの学説が両拡大論の不十分さをどこまで克服できているのか、今後さらに検討を進めていく必要がある。それゆえ本稿の検討が、今日の処分性拡大論を検討していくための「準備作業」であることを、あらためて指摘しておきたい。

ただし本稿では、処分性拡大に係る「要件」面での議論に関して、各説を踏まえて十分な検討をおこなっておらず、準備作業としても不足感は否めない。両拡大論をめぐる論争が提起した、「公権力の行使」と「法律上の争訟」、「原告適格」・「処分性」・「狭義の訴えの利益」の「三位一体」説、「行政行為」概念と「公権力の行使」概念、「法的効果」と「事実的效果」の区分等の論点に関しては、筆者の能力不足から十分深め切れなかった。本稿ではこれら論点を確認するとどめ、本格的な検討に関しては他日を期すこととした。

さいごに、大ざっぱに言うなら、行政救済法の解釈問題として、「原告適格」論は「権利とは何か」ということを、また「処分性」論は「権力とは何か」ということを、背景主題に論じられてきた。逆にいえば、こういった背景主題が一つの動因となって、両訴訟要件をめぐる、長年にわたって判例学説が錯綜してきたということがある

のではないだろうか。ともあれ、両訴訟要件をめぐって、戦後の学説判例が試みてきた、<sup>6)</sup>拡大化(ないし曖昧化)という大局的な動向が、行政法総論における権利・権力理解に対してどのように跳ね返ってくるのか。両拡大学説・拡大判例が定着してきた現在、<sup>6)</sup>こういった学問としての行政法が避けては通れない原理的な問いに關しても、あらためて取り組む必要がある。今後の課題としてつけ加えておきたい。

## 注

(1) 最判昭和三九年一〇月二九日(民集一八巻八号一八〇九頁)。「公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているもの」。

(2) 原田尚彦『行政法要論〔全訂第七版 補訂二版〕』(学陽書房、二〇一二年)三八四頁等参照。

(3) 本稿は「処分性拡大判例」として以下の判例を念頭に置く。(a)二項道路一括指定事件(最判平成一四年一月一七日・民集五六巻一号一頁)、(b)労災就学援護費不支給決定事件(最判平成一五年九月四日・判時一八四一号八九頁)、(c)食品衛生法違反通知事件(最判平成一六年四月二六日・民集五八巻四号九八九頁)、(d)登録免許税拒否通知事件(最判平成一七年四月一四日・民集五九巻三号四九一頁)、(e)病院開設中止勧告事件(最判平成一七年七月一五日・民集五九巻六号一六六一頁)、(f)病院病床数削減勧告事件(最判平成一七年一〇月二五日・判時一九二〇号三二頁)、(g)土地区画整理事業計画決定事件(最判平成二〇年九月一〇日・民集六二巻八号二〇二九頁)、(h)保育所廃止条例事件(最判平成二二年一月二六日・民集六三巻九号二二四頁)、(i)有害物質使用特定施設使用廃止通知事件(最判平成二四年二月三日・民集六六巻二号一四八頁)。

(4) 越智敏裕「処分性をめぐる最近の最高裁判決の動向」ひろば八九巻五号(二〇〇六年)二二頁脚注(二〇)、高木光「行政法入門<sup>30)</sup>」自七四六巻二二号(二〇〇七年)七頁等参照。

(5) 拙稿「経済行政過程における行政指導とその処分性」佐藤英善先生古稀記念論文集『経済行政法の理論』(日本評論社、

二〇一〇年）一三三頁以下、同「処分性に係る仕組み解釈とその認識枠組み」早法八五卷三号（二〇一〇年）六八九頁以下、同「処分性に係る仕組み解釈に関する一考察」洋法五三卷三号（二〇一〇年）六一頁以下、同「処分性の解釈と行政過程の構造分析」洋法五四卷三号（二〇一一年）一頁以下、同「処分性の解釈と『仕組み』の含意」洋法五五卷一号（二〇一一年）九一頁以下、同「処分性と税務行政」洋法五五卷二号（二〇一一年）七三頁以下参照、同「処分性拡大判例における認識枠組み」洋法五六卷一号（二〇一二年）一頁以下参照。

（6） 処分性拡大判例以前にも処分性を肯定する判例はあった。拙稿「処分性拡大判例の系譜」洋法五六卷二号（二〇一三年）二五頁以下参照。

（7） 本論争については、例えば柳瀬良幹「事実行為の取消訴訟（一）（二）」自研三九卷八号、九号（一九六三年）、広岡隆「行政上の即時強制の法的構造とその取消訴訟」論叢七五卷三号（一九六四年）六六頁以下（関連して同『行政強制と仮の救済』（有斐閣、一九七七年）一〇一頁以下）、今村成和「事実行為の取消訴訟」『現代の行政と行政法の理論』（有斐閣、一九七二年、初出一九六五年）二三三頁以下、広木重喜「事実行為に対する行政訴訟」鈴木忠一ほか監修『実務民事訴訟講座第八卷』（日本評論社、一九七〇年）二七頁以下等を参照。本論争では、そもそも法的効果をもたない事実行為を裁判判決によって「取消す」という訴訟が論理的に成り立ちうるのか、また成り立ちうるとしても事実行為につき処分性を認めることが市民の権利救済の観点から有意義なのかなど争われた。関連して高木光「事実行為と行政訴訟」【高木「事実行為」】（有斐閣、一九八八年）一頁以下は、従来の学説が「事実行為」として観念してきたのは、もっぱら行政指導のような「精神作用」の側面ではなく、即時強制や公共工事等の「物理作用」であると指摘する。

（8） 高木光『行政訴訟論』（有斐閣、二〇〇五年）【高木『訴訟論』】一三六頁以下等参照。

（9） 原田尚彦「抗告訴訟の対象について」『訴えの利益』（弘文堂、一九七三年）一三六頁以下参照（初出一九七二年）。なお本書は処分性に関わる初期論考として「訴えの利益」（初出一九六五年）一頁以下、「行政行為の『権力性』について」（初出一九六九年）八九頁以下、「歩道橋反対訴訟の訴訟要件」（初出一九七〇年）一二二頁以下も収録する。また本書が収録しない初期論考として、「取消訴訟の対象は『行政行為』に限らるべきか」判タ二〇五号（一九六七年）三二二頁以下もある。さらに本書以降の関連論

考として、「行政事件訴訟における訴えの利益」「環境権と裁判」(弘文堂、一九七七年)二七〇頁以下、「行政処分と行政行為」塩野宏・原田尚彦『行政法散歩』(有斐閣、一九八五年)一六六頁以下、「行政訴訟概観」『行政判例の役割』(弘文堂、一九九一年)六〇頁以下、「行政法上の『公権力』概念」成田頼明先生横浜国立大学退官記念論文集『国際化時代の行政と法』(良書普及会、一九九三年)一頁以下、『行政法要論』[全訂第七版補訂二版]』(学陽書房、二〇一二年)等もある。「本注」列挙の原田氏関連文献の出典表記は、以下原則として【原田一九七一年】といった形で行う。

(10) 原田一九六五年八頁以下や原田一九七〇年一三三頁も参照。

(11) 原田一九六七年三二頁も参照。

(12) 原田一九六五年一頁以下も、三つの訴訟要件が「具体的請求に対し、裁判権発動の価値ないし必要が認められるか否かについての視点を異にした評価にすぎない」ので、「理論的には同一の理念に即して統一的に判断すべきもの」であり、また「現実にも三面が相関連して問題となるのが少なくない。」とする。原田一九七七年二七一頁も参照。

(13) 東京地決昭和四〇年四月二二日行集一六巻四号七〇八頁(医療費告示の処分性)等。

(14) 原田一九六五年二一頁脚注(二)によると、「行政が契約締結または解除に至る過程で行なう、契約自体とは分離し得る行政庁の一方的意思表示の中に、公権力の発動たる契機を見出し、その違法を独立して越権訴訟により攻撃せしめんとする理論」。

(15) 原田一九六五年二一頁以下脚注(二)によると、「行政が公益的活動を私法形式の意思表示(たとえば補助金の交付のごとし)によって行なう場合にも、それに先行する行政庁の基本的態度決定行為の中に公権力の発動たる要素がいわば二段階的に内在すると観念し、この権力的行為の部分に対し利害関係人が取消訴訟を提起するのを認めようとする」理論。

(16) 原田一九六七年三六頁以下も参照。

(17) 〈横断歩道橋の設置行為〉を構成する個々の行為(起工決定、工事請負契約、工事実施)につき、住民との関係において、行政庁による「一体的行為」と把握した上で、行訴法三条にいう「公権力の行使に当たる行為」に該当すると解し、処分性を肯定した事例。ただし本判決以降、同様の考え方に立つ判例は存在しないので、判例法として否定されているという。阿部泰隆『行政訴訟改革論』(有斐閣、一九九三年)【阿部『改革論』】六八頁や同『行政法解釈学Ⅱ』(有斐閣、二〇〇九年)【阿部『解釈学Ⅱ』】

一〇八頁等参照。

(18) 原田一九七〇年一二八頁以下も参照。

(19) 取消訴訟の排他的管轄（公定力）に関して、例えば芝池義一「公共工事と行政訴訟」ジュリ九二五号一〇七頁以下は、「本来なら取消訴訟の対象とはならない行為といえども取消訴訟の対象として認められると、これについて取消訴訟の排他的管轄が認められる（いわゆる公定力が附着する）ことになり、民事訴訟の提起が認められなくなるのではないか」と指摘する。また取消訴訟の出訴期間（不可争力）に関して、例えば山内一夫『行政法論考』（一粒社、一九六五年）八〇頁脚注（一）は、「行政庁のある法律的行为に対して取消訴訟を提起することができるということは、その法律的行为について有利な司法救済があるということと同じ意味に受けとる人々がいるが、決してそうではなく、それは出訴期間による不可争性の不利益を伴うものであり、決して、無条件によるこぶべきことではない。」と指摘する。さらに処分性拡大に伴い仮処分排除（行訴法四四条）の適用も拡大され、市民に不利益が生ずるおそれに関しては、遠藤博也『行政法スケッチ』（有斐閣、一九八七年）三八五頁以下等参照。以上のほか成田頼明「非権力行政の法律問題」公法二八号（一九六六年）一六二頁等も参照。

(20) 原田一九六七年三三頁以下、同一九六九年一〇七頁以下、同一九七〇年一三〇頁以下、同一九七七年三〇〇頁以下、同一九八五年一七三頁以下、同一九九一年七八頁以下、同一九九三年二〇頁も参照。

(21) 原田一九六五年一四頁以下、同一九六九年一〇八頁、同一九七〇年二二六頁、同一九八五年一七四頁以下、同一九九三年二〇頁も参照。

(22) 関連して原田一九六五年一三頁も参照。

(23) 原田一九六七年三六頁以下も参照。

(24) ただし原田一九七〇年一二六頁以下も参照。

(25) 原田二〇二二年三八六頁以下。

(26) 原田一九七〇年一二九頁も参照。

(27) 例えば原田一九九一年三頁以下によれば、行政法秩序は、「モデル志向型」の判決——「法規の先例的解釈とか通説的学説と



いった既存の体系的判断モデルに従い、演繹的・類型的に事件を処理している判決——を基本としてその安定を維持しながら、適宜「事件志向型」の判決——「通説的判断枠組から一歩踏み出し、裁判所自身が個別事案の解決にふさわしい新たな判断基準を帰納的に作出して事件の解決に取り組んでいる判決」——によって自らを補正しつつ発展していくのが望ましいという(同四八頁以下も参照)。

(28) 関連して小早川光郎「紹介・原田尚彦著『訴えの利益』」『行政訴訟の構造分析』(東京大学出版会、一九八三年)【小早川「紹介」二八四頁や西島羽和明「抗告訴訟の訴訟類型改正の論点」法時七七巻三三号(二〇〇五年)四一頁も参照。

(29) 原田二〇一二年三六一頁も参照。

(30) 加えて(j)行政行為の権力性を先験的・政治的観点からではなく、実定法的・法技術的観点から理解する姿勢もある。例えば原田一九六九年九三頁以下、同一九七一年一五六頁以下、同一九九三年六頁以下、同二〇一二年一三八頁参照。この点「行政行為」概念、さらには「公権力の行使」概念のあり方という文脈でさらに検討していかねばならない。本稿では保留しておきたい。

(31) 兼子仁『行政争訟法』(筑摩書房、一九七三年)【兼子「争訟法」二六二頁以下参照。

(32) 兼子仁『行政法総論』(筑摩書房、一九八三年)【兼子「総論」二二五頁以下や同『行政法学』(岩波書店、一九九七年)一七一頁も参照。

(33) なお兼子「総論」・前掲注(32)二二六頁では「本来的行政処分」との用語をあてる。

(34) もっとも兼子「総論」・前掲注(32)二二七頁以下は、補助金交付決定のような「法律・条例上で、公権力行使の本質が存しないままに、行政処分と行政争訟の法制度が形式的に採用されている」場面での「法定の形式的行政処分」と、「行政処分性の法定もなく、公定力ある行政処分が存在しえない場面であっても、もっぱら国民の法益救済の必要から取消争訟手続も利用しうる」とするのが適切な場合に、争訟手続法上で形式的に行政処分が存するものと解釈する(原文中の強調省略)場合の「法解釈上の形式的行政処分」とに区分して論ずる。前者に関しては、本来的行政処分に準じた扱いの余地を一部認める一方で、排他的管轄の不適用等を柔軟に認めることを示唆する。後者に関しては本文以下参照。

(35) 兼子「総論」・前掲注(32)二二八頁は、(法解釈上の)形式的行政処分につき「本来的に公権力性や公定力がともなういわれ

はなく、取消争訟手続が他の民事訴訟等と並んで、適切な法益救済の必要上から国民の選択にゆだねられる」と指摘する。

(36) なお兼子『総論』・前掲注(32)一二九頁は、(法解釈上の)形式的行政処分定義を、「行政機関ないしそれに準ずる者の行為が、公定力ある法効果は有しないが、国民の法益に対して継続的かつ具体的に事実上の支配力を及ぼし、関係国民が取消争訟の対象とすることを合理的に意図しうるもの」とする。

(37) ただし原田一九六五年一四頁も、「行政庁の行為が、たとえそれ自体は直接法的効果をとまわらないものであっても、その威嚇的な効果などの事実上の影響により当事者または第三者に実質的な危害を及ぼすものであるときは、先験的に訴訟の対象性を否認すべきではない」として、実質的に同旨の指摘をする。関連して原田一九六七年三六頁の「事実上の妥当力」も参照(引用に当たり強調を省略)。さらに原田一九九一年七八頁も参照。

(38) 藤田宙靖『行政法I総論(第四版改訂版)』(青林書院、二〇〇五年)三七四頁は、「形式的行政処分」論は、当面、伝統的な思考方法に基づく「処分」概念に対するポレミクとしての意味を有しているに止まり、それ自体が既に明確かつ積極的な内容を持った概念であり理論であるわけではない。法解釈理論として形式的行政処分論を確立するためには、とりわけまず、形式的にもせよ行政処分とされる行為とそうでない行為との区別のメルクマールを、より明確にする必要があるであろう。」と指摘した上、兼子説の「事実上の支配力」に関して、その「内容・形態・程度等について、よりキメの細かい理論的な詰めが必要となる」とする(関連して小早川光郎「抗告訴訟の本質と体系」雄川一郎ほか編『現代行政法大系四巻』(有斐閣、一九八三年)一五三頁以下参照)。これに対し兼子『総論』・前掲注(32)一三〇頁脚注(一〇)は、「事実上の支配力」は法制度の全般的分析のみによって容易に見定められるものではなく、取消争訟的救済に値する程度であるかを、行政措置の種別のみならず各ケースの現実状況にも即して判断形成していかなければならない。」と反論する。

(39) 兼子『総論』・前掲注(32)一二九頁も参照。関連して宇賀克也『行政救済法「第三版」』(有斐閣、二〇一一年)一五五頁も参照。

(40) 山村恒年「行政処分概念の再検討」『行政過程と行政訴訟』(信山社、一九九五年、初出一九六七年)一三七頁以下参照。

(41) 山村・前掲注(40)一五四頁。

(42) 涌井紀夫「抗告訴訟の対象(二)」園部逸夫ほか編『裁判実務大系第一巻』(青林書院、一九八四年)三一頁は、山村説につき、「従前の伝統的な考え方が、国民の権利義務に対する法律的影響の有無という、実定法規の内容をより所とする基準によって処分性の有無を判断してきたのに対し、この新しい考え方は、処分性の有無の判定基準は、実定法規の内容と直接関連をもたないある意味では社会学的なものであり、観念に求められることとなるので、その判断が人によって区々になり、恣意に流れるおそれが出てくることは否定できない」と批判する。

(43) 関連して山村恒年「抗告訴訟の対象となる行政処分(十一・完)」民商六一巻三三三(一九六九年)四三九頁以下も参照。

(44) 山村・前掲注(40)一五五頁脚注(三)。

(45) 渡部吉隆「行政訴訟の現代的課題」曹時二三巻七号(一九七一年)七頁参照。ちなみに渡部氏は同論文執筆当時東京地裁判事で、本文先の国立歩道橋事件の担当裁判官であった。関連して渡部吉隆「取消訴訟の対象」渡部吉隆ほか編『行政事件訴訟法体系』(西神田編集室、一九八五年)【渡部「体系」】一一六頁以下も参照。

(46) 関連して渡部吉隆「抗告訴訟の対象となる行政処分の範囲」『行政法の争点』【渡部「争点」】(一九八〇年)一九四頁以下も参照。

(47) 渡部「争点」前掲注(46)一九六頁、渡部「体系」前掲注(45)一二四頁脚注(一一三)参照。

(48) 関連して高木「事実行為」前掲注(7)一一二頁以下も参照。

(49) 関連して南博方『行政手続と行政処分』(弘文堂、一九八〇年)一四五頁以下等も参照。

(50) 原田「訴えの利益」前掲注(9) i 頁や兼子『総論』前掲注(32)二三〇頁等参照。

(51) 塩野宏『行政法Ⅱ「第五版」』(有斐閣、二〇一〇年)【塩野『救済法』】一二二頁以下脚注(四)参照。

(52) 以下本文では原田説と兼子説に關してのみ取り上げる。そのほか塩野氏は、雄川説——雄川一郎『行政の法理』(有斐閣、一九八六年)二二一頁以下参照——と阿部説に關しても論評する。雄川説は、各種の社会保障や社会保険の給付に際して見られる、本来は非権力的な作用であるはずの行為が、形式上は行政行為とされていることをもって、「形式的行政行為」と呼ぶ。塩野氏は雄川説につき、「認識上の整理にとどまるもので」、「直接解釈論上の意味をもつものではない」上、「行政行為はもとも命令

と強制に限定して概念構成されたものではないので、「認識論としても疑問がある」と批判する。塩野宏「補助金交付決定をめぐる若干の問題点」『法治主義の諸相』（有斐閣、二〇〇一年）【塩野「諸相」】一七九頁以下も参照。関連して村上武則「二段階論、行政行為一元論および形式的行政行為論」『給付行政の理論』（有信堂高文社、二〇〇二年）七七頁以下も参照。阿部説につき後掲注（112）参照。

（53） 関連して塩野宏ほか「研究会・現代型行政訴訟の検討課題」ジュリ九二五号（一九八九年）【以下「研究会」】四五頁（園部逸夫発言）、四六頁並びに四七頁（六戸達徳発言）、阿部泰隆「行政訴訟における訴訟要件に関する発想の転換」判時二一三七号（二〇〇二年）【以下阿部「転換」】四頁も参照。

（54） 例えば塩野宏「行政法Ⅱ「初版」」（有斐閣、一九九一年）九三頁並びに同二版（一九九四年）九三頁は、紛争の成熟性の観点を踏まえた「最高裁判所の定式の弾力的運用」の必要性を指摘した上、土地区画整理事業計画決定に処分性があることを示唆する。ただし同三版（二〇〇四年）一〇〇頁以下並びに同四版（二〇〇五年）一一〇頁以下は、二〇〇四年の行訴法改正による（訴訟類型の多様化）を念頭に置いてか、「取消訴訟の活用に対する過度の期待」を戒める論調へと変わっている。

（55） 塩野宏「行政作用法論」『公法と私法』（有斐閣、一九八九年）二二八頁以下も参照。また室井力「形式的行政処分について」『現代行政法の展開』（有斐閣、一九七八年）四六頁、四九頁脚注（二〇）、五〇頁、五五頁以下や、村上武則「給付行政の諸問題」雄川一郎ほか編『現代行政法大系一巻』（有斐閣、一九八三年）九八頁以下等も参照。

（56） 前掲注（34）参照。

（57） 塩野宏「国土開発」山本草二ほか著『未来社会と法』（筑摩書房、一九七六年）【塩野「開発」】一八二頁も参照。

（58） 塩野宏「形式的概念と実質的概念」塩野宏・原田尚彦『行政法散歩』（有斐閣、一九八五年）二七四頁以下参照。

（59） 塩野「諸相」・前掲注（52）二〇〇頁以下も参照。

（60） 例えば塩野「開発」・前掲注（57）一八九頁脚注（一一）は、「人の生命健康に関する事柄については、取消訴訟の排他的管轄は、現在のシステムのままでは、一律に適用することに親しまない」と指摘する。また近時の処分性拡大判例を受けた塩野「救済法」・前掲注（51）二二〇頁は、排他的管轄不適用等につき、「仮にこれを認めるとしても、それは実効的救済のため、他に方法が

ないときの便法であると説明する以外にない。」として、消極的な文脈であるが、〈救済の便宜〉をもって理由付けうることを示唆する。

(61) 越山安久「抗告訴訟の対象」鈴木忠一ほか編『新・実務民事訴訟講座九巻』（日本評論社、一九八三年）二七頁以下参照。なお越山氏は同論文刊行当時、東京高裁判事の職にあった。

(62) 小早川光郎『行政法上』（弘文堂、一九九九年）二八〇頁も、「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る性質の問題」と指摘する。他方で、処分性判断に当たっての「立法意思偏重」が「変形された出訴事項の制限列举主義」に通ずると批判する。渡部『争点・前掲注（46）一九五頁、渡部『体系・前掲注（45）一九九頁以下等も参照。さらに阿部『解釈学・前掲注（17）一〇一頁も、判例の「制定法準拠主義」を批判し、「日本の立法者は個別の法律の文言を選択するとき、処分性の有無まで検討しているわけではないから、こうした判例の思考方法は、権利救済の要請に必ずしも応えず、違憲と評価されるべきものも多く、少なくとも紛争を合理的に解決するものではない。」と指摘する。

(63) 園部逸夫「行政訴訟と民事訴訟との関係」『新・実務民訴』所収・前掲注（61）二二頁も、「学説のなかには、現代行政、とりわけ給付行政の分野における併行訴訟許容説のメリットを説くものがあるが、訴訟形式の選択を当事者に委ねることによって生ずる実務上の問題を十分解明しないままに、併行訴訟許容説をとると、混乱を招くことは、明らかであり、容易に左袒できない」などと指摘する。この園部説に対して、阿部『解釈学・前掲注（17）七六頁以下は、行訴法「の条文レベルしか眼中になく、その上位の裁判を受ける権利とか当事者の立場はまったく無視されている。」等と指摘して、厳しく批判する。

(64) 小早川「紹介」・前掲注（28）二八四頁以下も、「訴の利益の有無の判断」が「その訴によって達成されるべき目的についての個別具体的評価の問題である」のに対し、「ある訴が行訴法上の取消訴訟ないし抗告訴訟に該当するかどうかの判断」は、「実質的には、当該の行政作用を、行訴法の規定する審理・裁判の方式によってその適法違法を判断するという形で訴訟手続の対象とすることが妥当か否かの問題であり、したがってそれは、その訴が提起された現実の文脈を考慮するのではなく、一定の行政作用そのものに内在する性質に着目したカテゴリーカルな判断を予定していると考えられる」から、「両判断では「やや性質を異にする」など

として、原田説を批判する。

(65) なお越山・前掲注(61)四〇頁は、三位一体説批判の文脈で山村説を批判するようであるが、山村氏は三位一体説を採っていないように思う。山村・前掲注(40)一四二頁、一四六頁、一五三頁以下等参照。

(66) もっとも公定力の有無をもって処分性の有無を判断する点については、阿部泰隆『行政訴訟要件論』(弘文堂、二〇〇三年)二〇二頁も参照。なお越山・前掲注(61)四九頁以下は、訴訟対象拡大論が本来立法により是正すべき事柄を、応急的に抗告訴訟の形で解決させようとしていると批判した上、「本来行政権固有の領域」である「公益相互の調整の問題」に対して、司法を介入させることの問題性を指摘する。また現状では判断基準を示した行政実体法や手続法の整備が不十分として、「本体の整備なしに間口だけを広げてみても実体のない内容空疎なものにならざるをえない」、「真に国民の権利救済には結びつかず、かえって、国民の司法不信を招くことになりかねない」と指摘し、処分性を拡大しても裁判所が本案審理で原告を敗訴させてしまうおそれも示している(同旨の懸念として南・前掲注(49)一五四頁も参照。これに対し原田二〇二二年三八七頁は、「裁判関係者の本音の吐露ではあるが、裁判所が事件の実体審理に面倒で厄介だからといって、訴訟要件を狭めて、実体審理を回避するのは本来邪道であり、語るに落ちる主張である。」と厳しく批判するとともに、「行政権力に対する司法救済・司法審査を実効的なものとするには、むしろ逆に、訴訟要件を緩和して訴訟の間口を広げ、実体審査の段階で争点におうじ有効でかつ適切な審理のあり方を工夫・究明・開拓していくのが本筋である。」と指摘する(また原田一九七〇年一三一頁以下も参照)。関連して阿部『改革論』・前掲注(17)五三頁以下も参照。

(67) この点例えば渡部『体系』・前掲注(45)一一六頁以下参照。また越山・前掲注(61)三三三頁も処分性拡大が求められる社会的背景に言及する。

(68) この点、平成一六年行訴法改正によって、同法九条二項の考慮事項として一定の結実をみたところである。

(69) 高木『事実行為』・前掲注(7)三三三頁以下、同『訴訟論』・前掲注(8)一〇一頁以下参照。

(70) 高木『事実行為』・前掲注(7)三三八頁以下。関連して同書一二五頁以下、高木『訴訟論』・前掲注(8)五五頁以下、一一〇頁以下、一三〇頁以下も参照。

- (71) 最判昭和五六年二月一六日民集三五卷一〇号一三六九頁。原告空港周辺住民が設置管理者たる国を被告に、騒音等に伴う人格権や環境権の侵害を理由として、空港の一定時間内の使用差止め等を求め、民事訴訟を提起した事案。最高裁は、航空機の離着陸規制は運輸大臣による「空港管理権」と「航空行政権」との「不可分一体的な行使」の結果であるとの理解を示した上で、原告らの差止請求が航空行政権の行使につき取消変更等を求めることとなるとして、原告らの訴えを不適法とした。
- (72) 原田尚彦「公共事業の差止訴訟」曹時四四卷一〇号(一九九二年)三五頁以下等参照。
- (73) 高木『事実行為』・前掲注(7)三四〇頁。
- (74) 高木『訴訟論』・前掲注(8)一七頁以下参照。
- (75) 高木『事実行為』・前掲注(7)三四一頁。また同『訴訟論』・前掲注(8)一三三頁も参照。
- (76) 高木『訴訟論』・前掲注(8)一三〇頁。
- (77) もっとも渡部『体系』・前掲注(45)一二五頁は、処分性拡大の対象となる行政活動に関しては「行政庁の権威的認定、判断が先行している」ことから、それに対して処分性を認めたととしても、「処分の公定力の剥奪という取消訴訟の法構造と一致する」と指摘する。
- (78) 高木『訴訟論』・前掲注(8)一三〇頁。
- (79) 高木『訴訟論』・前掲注(8)一三三頁。反論として阿部『解釈学』・前掲注(17)一一五頁も参照。
- (80) 高木『事実行為』・前掲注(7)二七八頁以下、三三四頁以下、同『訴訟論』・前掲注(8)一二五頁以下等も参照。また園部・前掲注(63)二二頁以下も参照。関連して浜川清「行政訴訟の諸形式とその選択基準」杉村敏正編『行政救済法一卷』(有斐閣、一九九〇年)九七頁も参照。
- (81) なお高木『事実行為』・前掲注(7)三三三頁以下の「要旨」も参照。
- (82) 高木『事実行為』・前掲注(7)三四三頁以下参照。
- (83) 宮田三郎「環境基準について(三・完)」千葉大学法学論集五巻二号(一九九一年)一六四頁以下参照。
- (84) 批判として阿部『改革論』・前掲注(17)一六四頁参照。

(85) 宮田三郎『行政訴訟法(第二版)』(信山社、二〇〇七年)七三頁も参照。もっとも阿部『改革論』・前掲注(17)一六五頁は、行政行為概念の希薄化・空洞化と言っても、行政行為概念が処分性以外にどれだけの意義があるのかとの批判をしている。

(86) 阿部『改革論』・前掲注(17)一六五頁は、宮田説の「取消訴訟」も、文言上は行訴法三条に根拠を置く以上、取消訴訟に伴う権利保護制約的な制度が永久につきまとわざるをえず、そうであるとする、宮田説の「取消訴訟」と「通常の取消訴訟」の区別がつかなくなる旨の批判をする。

(87) 同旨の議論として、芝池義一「抗告訴訟の可能性」自研八〇巻六号(二〇〇四年)八頁、渡邊互「抗告訴訟と当事者訴訟の機能分配に関する一試論」白鷗一五巻二号(二〇〇八年)五頁以下、大浜啓吉『行政裁判法』(岩波書店、二〇一一年)一二七頁以下、藤田『総論』・前掲注(38)三三七頁注(四)並びに同三七六頁以下等も参照。これに対し否定的な見解として、高木「訴訟論」・前掲注(8)一〇五頁や塩野『救済法』・前掲注(51)一一七頁等参照。

(88) そのほか形式的行政処分論争に関わって、三吉修「抗告訴訟の対象としての処分概念の再構成」経済理論一九三号(一九八三年)九〇頁以下、池田敏雄「形式的行政行為」並びに金子正史「抗告訴訟の対象となる行政処分の範囲」両論文とも行政法の争点〔新版〕(一九九〇年)六二頁以下、二〇二頁以下所収、室井敬司「抗告訴訟の対象となる行政処分の範囲」行政法の争点〔第三版〕(二〇〇四年)一〇八頁以下等も参照。

(89) 関連して渡部「体系」・前掲注(45)九五頁以下も参照。

(90) なお高木「訴訟論」・前掲注(8)一一七頁以下は、三位一体的理解が「民事訴訟における『確認の利益』の判断枠組みを取消訴訟に投影したもの」と分析する。また同一二七頁以下や同二五五頁以下も参照。

(91) 関連して、例えば高木「事実行為」・前掲注(7)一二四頁以下における、「一体的構成」と「分解的構成」の区別論につき参照。

(92) 例えば山本隆司「判例から探求する行政法」(有斐閣、二〇一二年)三六六頁は、「なぜ処分性を認めても、処分に関する抗告訴訟手続の定めを適用せずに民事訴訟等によることが許されるのか、法律の具体的な解釈論として説明されていなかった。」と指摘する。南博方「条解 行政事件訴訟法」〔第三版補正版〕(弘文堂、二〇〇九年)五九頁(高橋滋)も参照。



(93) 原田一九八五年一七七頁以下参照。

(94) 原田一九六九年一〇八頁並びに一二二頁脚注(七)も参照。なおフランス法に係る詳しい検討は、原田一九六七年三三三頁以下参照。

(95) 原田一九八五年一七八頁も参照。

(96) 関連して原田一九七一年一四七頁以下は、無効の瑕疵ある行政行為(取消訴訟の対象にもなしうる)につき出訴期間を問うことなく無効確認訴訟等で争えること、違法性の承継が認められうる場合があること、継続的性質を有する権力的事実行為に関して処分性を認める一方で公定力や不可争力の適用を否定する有力な議論があること、立法行為や一般処分に関して処分性を認めても不可争力を認めることは適当でないこと等を指摘する。またこれらのことを根拠に、「訴訟手続において行政庁のある種の行為に取消訴訟の対象たる『処分』性を認めるかどうかということ、それに公定力や不可争力が附随するということは、いちおう次元を異にする問題」であるとす。さらにこの指摘を根拠に、「一定の利益状況のもとにおいて、利害関係人が救済を求めるのもっとも有効適切な訴訟形式が抗告訴訟である場合には、行政行為以外の行政庁の行為について『処分』性を認めて、国民に救済の途を開いても、少なくとも国民の側に不可争性の不利益が生ずる必然性はないといつてよい。」とする。しかし以上の議論を通じて、仮に「不可争性の不利益」が生じる必然性がないことが論証できているとしても、それが「生じない必然性がある」とまでは十分に論証されていないように思われる。原田一九六九年一〇七頁以下も参照。

(97) ちなみに前東京高裁判事の時岡泰氏は、「研究会」前掲注(53)四七頁において、「法令の根拠なしに、専ら救済の便宜という観点から形式的行政処分を認める考えは、実務上とりえないと思われます。」と発言する。

(98) 小早川「紹介」・前掲注(28)二八〇頁以下(引用に当たり参考文献を省略)。

(99) なお原田一九六九年一〇五頁は、「行政行為の権力的要素」として、「一方性」——「行政庁は、相手方となる国民との合意によらなくとも、法律の定める要件に従い、一方的に相手方の権利義務その他法的地位を決定することができること」——と、「公定性(または拘束性)」——「行政庁の決定は、その適法違法にかかわらず、正式に取消されるまでは、原則として(絶対無効の場合を除いて)民事の法律関係において有効なものとして通用すること」の二つを挙げている。関連して原田二〇一二年一三四頁

以下も参照。また原田説が、公定性（公定力）という権力性が無いがゆえに、排他的管轄（＝公定力）は生じないという論理を採っているとすれば、やはり理由付けになっていないように思われる。関連して塩野『救済法』・前掲注（51）一〇〇頁参照。

(100) 村上・前掲注（52）七四頁。また先の塩野説における、形式的行政処分概念は不要で行政行為で十分に対応できるとの批判も、同概念が限りなく「行政行為」概念に近いことを受けての指摘なのではなからうか。さらに村上・前掲注（52）七四頁でも、形式的行政行為と本来的行政行為が相対的な区別にすぎないと指摘するとともに、権力性の有無によって両者を区別することに疑問を提起する。関連して大浜・前掲注（87）一三四頁以下も参照。

(101) 村上・前掲注（52）七三頁以下も参照。

(102) もっとも兼子『争訟法』・前掲注（31）二七九頁も参照。

(103) 関連して宇賀・前掲注（39）一五五頁や藤田・前掲注（38）三七三頁も参照。

(104) この点例えば仮処分排除（行訴法四四條）をめぐる原田説にもあてはまる。すなわち原田一九七一年一六二頁脚注（二）では、同法三條を拡大的に解釈しつつも、同法四四條の対象は公定力を持つ行為に限定すべき（＝形式的行政処分には仮処分は可能である）と主張する一方、「この間の解釈の齟齬は、古い救済の手段をもって新しい需要に応じるために生じたものでやむをえない。」として「救済の便宜」を示唆するのみで、具体的論証を放棄する。なお兼子『争訟法』・前掲注（31）二八一頁以下脚注（八）は、「形式的行政処分と見たててを国民の選択にゆだねた場合には、法定の取消争訟を行政の行為を争う公式の手続として活用しようと欲した国民には、執行停止の手続と法律上背反的な民事仮処分を否認するのが一つの筋であると思われる。」と指摘する一方、兼子『総論』・前掲注（32）二二九頁は、法解釈上の形式的行政処分につき「仮処分申請も行訴法四四條に妨げられず可能と解される。」とも述べている。高木『事実行為』・前掲注（7）一一〇頁も参照。

(105) 阿部『改革論』・前掲注（17）四三頁以下参照。

(106) 阿部『改革論』・前掲注（17）八七頁以下参照。

(107) 阿部『改革論』・前掲注（17）五五頁以下参照。

(108) 阿部『改革論』・前掲注（17）四九頁参照。

- (109) 阿部『改革論』・前掲注(17) 五一頁。関連して阿部『解釈学』・前掲注(17) 六〇頁以下も参照。さらに大浜・前掲注(87) 一二三頁以下や同「法の支配と行政訴訟」原田尚彦先生古稀記念論文集『法治国家と行政訴訟』(有斐閣、二〇〇四年) 三四頁以下も参照。
- (110) 阿部『改革論』・前掲注(17) 五二頁。同八八頁以下も参照。
- (111) 阿部『改革論』・前掲注(17) 六〇頁。関連して原田一九七一年五一頁脚注(四)や同一九七七年三〇一頁も参照。
- (112) なお塩野『救済法』・前掲注(51) 一二二頁脚注(四)は、阿部説が「取消訴訟によるべきか否か明確でない場合は、民事訴訟の併用を認めるべきである(併用説)」と理解した上、この場合に抗告訴訟の排他性が働かないとの点で兼子説に照応するが、「処分性が不明確な場合における原告の不利益回避が念頭にあるので、基本的視点および対象事例が異なる。」という。そしてこの阿部説は、「見方を変えれば周辺部分の処理にかかる問題としても整理できる」として、塩野説との関わりを示唆する。
- (113) 阿部『改革論』・前掲注(17) 六〇頁参照。そのほか、民事訴訟と抗告訴訟の併合、出訴期間の緩和、移送裁判の拘束力の準用を挙げる。これらの議論につき詳しくは、阿部泰隆『行政救済の実効性』(弘文堂、一九八五年)【阿部『実効性』】一頁以下参照。また阿部『解釈学』・前掲注(17) 七六頁も参照。
- (114) 阿部『改革論』・前掲注(17) 六一頁以下参照。同八八頁以下も参照。
- (115) 阿部『解釈学』・前掲注(17) 九一頁も参照。
- (116) 阿部『改革論』・前掲注(17) 七八頁。
- (117) 阿部『改革論』・前掲注(17) 八九頁。ただしこの指摘に関して、山本・前掲注(92) 三八一頁は、現在の行訴法のもとでは、「公法上の当事者訴訟(特に確認訴訟)」によって受け止めるべきとする(関連して「研究会」・前掲注(53) 七六頁(小早川光郎発言)も参照)。これに対し高橋・前掲注(92) 六〇頁は、美濃部達吉が相対的行政処分論的な解釈論を説いていたとし、相対的行政処分論が現行行訴法の解釈論としても十分に成り立つと指摘する。
- (118) 阿部『改革論』・前掲注(17) 八九頁以下参照。関連して同七八頁以下も参照。
- (119) 例えば「環境基準」につき、「公害被害住民」がその違法性を争う場合には、改善命令等の後続行政処分等もなくそのほか有

効な救済方法がないことから、処分性を認めるべきとするのに対し、「公害発生源」が争う場合には、改善命令等の後続行政処分等があり、その段階で争わせれば足りるので、環境基準の処分性を認めるべきではないとする。阿部『改革論』・前掲注(17) 一二三頁以下参照(関連して松浦寛「環境基準の処分性」高田敏先生古稀記念論文集『法治国家の展開と現代的構成』(法律文化社、二〇〇七年)四七二頁以下も参照)。同様の理由から(大規模小売店舗面積削減勧告)につき、「地元中小小売店」が争う場合に処分性を肯定し、「大型店」が争う場合に処分性を否定する。同一三七頁以下参照。また阿部『解釈学』・前掲注(17) 一二二頁以下も参照。

(120) 阿部『改革論』・前掲注(17) 一〇七頁。

(121) 阿部『改革論』・前掲注(17) 六〇頁以下参照。同じく取消訴訟のメリット・デメリットを論じた上で、処分性拡大に慎重な姿勢を採る芝池義一『行政救済法講義「第三版」』(有斐閣、二〇〇六年)二九頁以下も参照。

(122) なお形式的行政処分論の中にも相対的行政処分的な議論があったことに関しては、阿部『改革論』・前掲注(17) 一五九頁以下参照。例えば原田一九七〇年一二六頁は、国立歩道橋事件が住民との関係において処分性を認めた点を強調している。関連して原田尚彦「処分性と救済の利益との関係」塩野宏ほか著『演習 行政法 新版』(有斐閣、一九八九年)一五三頁以下も参照。また原田氏は阿部説に好意的である。原田二〇二二年三八八頁以下等参照。

(123) これに対し阿部『解釈学』・前掲注(17) 一三五頁は、「行政行為概念は実体法上の説明概念であるが、行政処分は訴訟法上の救済ルールを示す概念であって、両者は別であり、これをリンクさせる発想は本来放棄すべきである。処分性を拡張しようと、行政行為概念の負担過重なるものを問題とすべきものではない。」(引用に際し強調省略…以下脚注も同じ)という。阿部『転換』・前掲注(53) 六頁も、「いわゆる行政行為は処分になるが、それ以外でも、権利救済の実効性の観点から抗告訴訟で取り上げるべきなら、処分とすべき」という。阿部『解釈学』・前掲注(17) 一一五頁も参照。

(124) 高木『事実行為』・前掲注(7) 三四二頁参照。

(125) なお阿部『転換』・前掲注(53) 一一頁は、医療法勧告事件につき当事者訴訟によるべきだったと批判する見解に対して、行政行為概念の負担過重よりも、当事者である原告の負担過重こそ問題とすべきとして反論する。

- (126) 高木『訴訟論』・前掲注(8) 一一〇頁参照。
- (127) 阿部『改革論』・前掲注(17) 一六二頁以下参照。
- (128) さらに阿部『改革論』・前掲注(17) 一六〇頁以下は、「相対的行政処分論が裁判所に乗りがたいあるいは非常に恐ろしい理論構成」という旨の高木発言——「研究会」・前掲注(53) 七五頁以下——に對して、理由になつておらず趣旨が分らないとして批判をする。
- (129) さらに阿部『解釈学』・前掲注(17) 一三五頁は、「処分性とは、有効として通用して国民の権利義務を左右する行為という視点だけで捉えるのではなく、「法律上の争訟」に当たる場合に、司法権が、どの段階で取り上げるかという成熟性の問題と、どの訴訟(民事訴訟・当事者訴訟・刑事訴訟と行政訴訟のいずれ)で取り上げるのが適切か、という訴訟制度の中の分業の問題」とした上で、「処分性というのは、このように救済制度上の柔軟な概念であつて、処分か処分でないかが実体法上決まっていると、カテゴリーカルな二者択一思考は妥当ではない」と指摘する。また同書二二三頁以下は「処分概念は客観的で画一的なものだ」という反論があるが、それは思い込み」と批判する。
- (130) 阿部『改革論』・前掲注(17) 七五頁以下、同『解釈学』・前掲注(17) 一一三頁以下、一一八頁以下、一三五頁以下等も参照。
- (131) 興津征雄「抗告訴訟における第三者の出訴可能性と処分性」阿部泰隆先生古稀記念論文集『行政法学の未来に向けて』(有斐閣、二〇一二年)【阿部『古稀』】六五五頁以下参照。
- (132) 興津・前掲注(131) 六六一頁以下。なお処分性問題に関しては、現在、「紛争の成熟性」問題と「訴訟類型の振分け」問題——橋本博之『行政判例と仕組み解釈』(弘文堂、二〇〇九年) 一七頁以下並びに六四頁以下等参照——とに分類する議論が有力である。興津・前掲注(131) 六五七頁は、相対的行政処分概念が「紛争の成熟性を判定するための新たな理論枠組みを提唱するもの」と理解する。
- (133) 興津・前掲注(131) 六六四頁以下参照。
- (134) 巨理格「相対的行政処分論から相關関係的訴えの利益論へ」阿部『古稀』・前掲注(131) 七五三頁以下参照。

- (135) 以下亘理・前掲注(134)七五七頁以下参照。
- (136) ただし阿部「改革論」・前掲注(17)九二頁以下は、処分性と原告資格は別個の問題で、ある程度区別できるとも指摘する。また阿部「転換」・前掲注(53)六頁は、狭義の訴えの利益と処分性の区別についても言及する。
- (137) 白藤博行「国民の権利利益の実効的救済」にかかる行政判例と学説の相剋」渡辺洋三先生追悼論集『日本社会と法律学』(日本評論社、二〇〇九年)二二四頁以下等参照。
- (138) なお越山・前掲注(61)五二頁は、処分性拡大論を念頭に置きつつ、「総合的な視野に立った、しかも実務を納得させるきめ細かい」解釈論の展開の必要性を指摘する。関連して神橋一彦『行政救済法』(信山社、二〇一二年)九五頁以下も参照。
- (139) 阿部「解釈学」・前掲注(17)一三六頁以下参照。
- (140) 阿部「転換」・前掲注(53)五頁参照。
- (141) 阿部「解釈学」・前掲注(17)七五頁以下参照。同「転換」・前掲注(53)四頁や同「政策法学演習講座<sup>⑤</sup>」自七五一卷二二号(二〇一二年)七頁も参照。
- (142) 関連して阿部「転換」・前掲注(53)四頁や同二八頁も参照。
- (143) 例えば「訴えの変更」(民訴法一四三条)を促す積極的積明(同法一四九条)——阿部「実効性」・前掲注(113)三六頁以下——の「許容性」を基本的には認めるのが判例多数説とする、大濱しのぶ「判批」民訴百選「第四版」(二〇一〇年)一一三頁等参照。
- (144) 例えば上田徹一郎『民事訴訟法「第七版」』(法学書院、二〇一一年)三三九頁以下によると、「訴えの変更を示唆する積明」は、「原則として積明義務の範囲外」という。もともと阿部『実効性』・前掲注(113)三九頁も参照。
- (145) なお、すでに筆者(高木)は、本文で指摘した問題意識をも踏まえ、拙稿「二〇一二年論文・前掲注(5)二七頁以下で、処分性拡大に伴う排他的管轄問題について、「均衡解釈(縮小解釈)」論を提唱している。ただし具体的な論証は今後の課題としたい。
- (146) 阿部「解釈学」・前掲注(17)一〇四頁参照。なお同書六五頁、一一七頁以下、一七九頁も参照。
- (147) なお関連して阿部「解釈学」・前掲注(17)一三六頁以下参照。

- (148) 仕組み解釈について橋本・前掲注(132)一頁以下等参照。
- (149) ただし阿部『解釈学』・前掲注(17)一一二頁以下は、最近の処分性拡大判例の動向につき、「最近は、法制度のしくみ(阿部の言い方では手法なりシステム)を考察して、救済の実効性確保の観点から処分性を認める判例が増えている。行政行為概念は、処分性とは結びつかなくなっている」として、仕組み解釈論を念頭に置きつつ自説を展開する。同九一頁や一二二頁も参照。また処分性拡大判例につき形式的行政処分論の枠組みを踏まえ論評するものとして、榎原秀訓「判批」民商一三〇巻一号(二〇〇四年)一五〇頁以下や藤田『総論』・前掲注(38)三七六頁以下等参照。
- (150) なお原田二〇一二年三八八頁は、近時の処分性拡大判例が、「処分性の認定につき通説・判例の見方を基本としつつも、硬直的機械的な運用を避け、救済本位の見方を加味して事案に即し弾力的で柔軟な解釈を推し進め、救済の実効を期す」「方向をたどる兆しをみせてきたようにみえる。」と指摘する。
- (151) 「研究叢」・前掲注(53)二八頁、二九頁、六四頁、六六頁、六七頁、七〇頁、七三頁等における塩野氏の「仕組み」関連の発言を参照。また塩野Ⅱ「初版」・前掲注(54)九二頁等も参照。
- (152) 関連して金子・前掲注(88)二〇五頁は、「伝統的処分性概念に固執することではなく、行訴法の枠を維持しつつ、それを最大限弾力的・拡張的に解釈する解釈努力」の必要性を指摘した上、この努力に立つものとして両拡大論を挙げる。両拡大論が、「処分性公式」の枠には収まらなくとも、〈行訴法〉の枠には収まるという理解であろうか。
- (153) 関連して前掲注(3)に挙げた、(f)の藤田宙靖裁判官補足意見並びに(g)の近藤崇晴裁判官補足意見等参照。
- (154) 関連して、亘理格「行政訴訟へのアクセス——(二)処分性」笹田栄司ほか『司法制度の現在と未来』(信山社、二〇〇〇年)一二五頁以下は、「処分性を形式的行政処分や相対的行政処分にまで拡張することは、取りも直さず、従来の行政行為概念に替えてこの概念を再構成することになる。」として、行政法総論の見地からも処分性拡大の意義を論じている。