

処分性の拡大と取消訴訟の排他的管轄

——仕組み解釈に対する均衡解釈論

高 木 英 行

第一章 はじめに

行政行為（行政処分）はたとえ違法であったとしても、原則として取消訴訟を通じて取消されない限り有効であり続ける（行政事件訴訟法「以下「行訴法」」三条⁽²⁾）。これは行政救済法によれば「取消訴訟の排他的管轄」であり、行政法総論によれば「行政行為の公定力」である。また取消訴訟は、原則として違法な行政行為を受けたことを知った日から六カ月以内に提起しなければならず、この期間を過ぎるとその行政行為につきもはや争いえないことになる（行訴法一四条⁽³⁾）。これは行政救済法によれば「取消訴訟の出訴期間」であり、行政法総論によれば「行政行為の不可争力」である。

ただし「取消訴訟の排他的管轄」という用語には注意を要する。そもそも排他的管轄が認められるのは、取消訴訟・無効等確認訴訟・不作為違法確認訴訟・義務付け訴訟・差止訴訟等の「抗告訴訟」全般に対してである。それ

ゆえ本来なら「抗告訴訟の排他的管轄」という用語が適切だろう。そして抗告訴訟の種類のうち出訴期間を定めるのは「取消訴訟」のみである。よって「取消訴訟の排他的管轄」という用語は、厳密に言うならば、排他的管轄という「縛り」のある抗告訴訟の種類の中でも、さらに出訴期間という「縛り」もある「取消訴訟」のみに着目した表現である。⁽⁴⁾

しかし本稿は、「取消訴訟の排他的管轄」を、このように「重複部分」的な、厳密な意味では用いない。むしろ便宜上、「抗告訴訟の排他的管轄」と「取消訴訟の出訴期間」とを単純に足し合わせた意味、いわば両者の（上位概念）として用いる。⁽⁵⁾ 何ゆえそうするかというと、この用語法により両者を「統合的」に捉える視点と「分離的」に捉える視点との（往復）が可能になるからである。そしてこの視点間の往復こそが、本稿後の論証において重要な役割を果たすことになるからである。

さて「処分性」のある行政活動、換言すれば「取消訴訟の対象」——厳密には抗告訴訟の対象——となる行政活動の定義を確認しよう。法律上は「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」（行訴法三条二項）と規定されているが、裁判所はこの種の行為として、基本的には「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」を念頭に置いてきた（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）。そしてこれは行政法総論で言う「行政行為」を指すとされてきた（以下「処分性公式」）。このことから伝統的に裁判所は、行政行為に当たらない行政活動に関しては、市民から取消訴訟が提起されても、処分性を欠くとして不適法としてきた。

しかし近年最高裁は、従来の考え方からすれば行政行為に当たらないような行政活動に関してまでも、「仕組み⁽⁶⁾」を通じて広く処分性を認める動向にある。これら「処分性拡大判例」⁽⁷⁾は、市民の救済ニーズを踏まえた柔軟

な判断と好意的に評価されることが多い。他方で無理に処分性を拡大してまでも抗告訴訟（とくに取消訴訟）の用にこだわる必要はない、むしろ平成一六年行訴法改正（以下「行訴法改正」）によりその活用が促された「当事者訴訟（とくに公法上の確認訴訟）」（同法四條⁸）を代わりの訴訟類型として積極的に活用すべきとの議論も根強い。この論争は、「処分性拡大論」と「当事者訴訟活用論」との従来からの学説対立と相まって、非常に興味深い論点である。もともと本稿ではこの議論には立ち入らない。

つぎに処分性の拡大に伴って、「取消訴訟の排他的管轄」——ないし「行政行為の公定力並びに不可争力」——も拡大する、その結果市民に「不測の不利益」という「副作用」が生ずるとの懸念が強く示されてきている⁹。確かに、この「取消訴訟の排他的管轄」拡大問題——以下「管轄拡大問題」——は、従来からの処分性拡大論——形式的行政処分論や相対的行政処分論等（以下「両拡大論」）——をめぐっても、潜在的な問題としては指摘されてきた¹⁰。しかし今日、処分性拡大判例によりこの問題が「顕在化」し、判例動向への賛否を越え喫緊の問題としての対応策の提示が求められている。にもかかわらず、管轄拡大問題に関しては、学説上これまでまとまった形での研究がみられない。

そこで本稿はこの管轄拡大問題に対象を絞って考察する。そうすることで処分性拡大という判例動向を踏まえた行政救済のあり方の一端を模索する。以下第二章では学説の議論状況を展望し、その到達水準を見定めるとともに課題点を検討する。第三章では管轄拡大問題への対応策について、法原理・法解釈両面から探っていく。第四章では考察結果をまとめ今後の課題を提示する。

第二章 学説の議論

本章では第一節において、引き続き「問題の所在」を探るため、処分性拡大判例の中で管轄拡大問題につき言及する裁判官の意見を検討する。第二節では、学説を通じて広く提案されてきている、処分性を拡大しても取消訴訟の排他的管轄は適用しないとの議論——以下「排他的管轄『不適用』論」——を紹介する。そして第三節では学説を横断的に考察していく。

第一節 排他的管轄「拡大」論

まず藤田宙靖裁判官（病院病床数削減勧告事件の補足意見⁽¹⁾）は、勧告に処分性を認めることで、「いわゆる公定力を有することになり、取消訴訟以外の方法によって、その適法性を争うことはできないのか、また、取消訴訟の出訴期間の適用を受け、これを徒過した場合には、もはや出訴の道を塞がれることになるのか（例えば、本件において、勧告自体を直接に争うことなく、後に、保険医療機関の指定拒否処分の効力を抗告訴訟で争うこととした場合、この後の訴訟においては、もはや、勧告の違法性を主張することはできないのか）が問題となる。」という。

この問題につき藤田裁判官は、勧告それ自体の性質は「行政指導」である以上法的拘束力をもたず、したがって理論的に厳密な意味での公定力を持たないと指摘する。しかし同裁判官はこのことから直ちに排他的管轄「不適用」論を導くものではない。むしろ逆に、勧告を行訴法に従って取消訴訟の対象とする以上、それを公定力の名で呼ぶか否かはともかく、取消訴訟外では争えないという「取消訴訟の排他的管轄に伴う遮断効」が否定できないとする。

とはいえ藤田裁判官は、従来の判例学説上行政指導扱いされてきた勧告に処分性を認め、「これを専ら取消訴訟で争うべきものとする」ことは、国民に不測の不利益をもたらしかねない」と指摘する。そしてこの不利益回避のため、必要に応じ行訴法四六条に定める「行政庁の教示義務」並びに同法一四条の「出訴期間徒過についての『正当な理由』条項」を活用した対処を提案する。

つぎに近藤崇晴裁判官（土地区画整理事業計画決定事件の補足意見）¹²は、一般に先行行為が「行政処分」と認められ公定力が働く場合、その行為の違法性については、原則としてその行為を前提とする後続行政処分取消訴訟では主張しえない、すなわち「違法性の承継」が認められないとする¹³。そして計画決定に関しては、従来「行政処分」と認められてこなかったから、その違法性について後続行政処分たる仮換地指定や換地処分に係る取消訴訟で主張することが認められてきた。しかし本判決を通じ計画決定に処分性を肯定する結果、もはやこのような違法性の承継が認められなくなる。

したがって計画決定の違法性を争うことを欲する者は、この決定段階で取消訴訟の提起を余儀なくされるのだが、近藤裁判官は、「土地区画整理事業のように、その事業計画に定められたところに従って、具体的な事業が段階を踏んでそのまま進められる手続については、むしろ、事業計画の適否に関する争いは早期の段階で決着させ、後の段階になってからさかのぼってこれを争うことは許さないとすることの方に合理性があると考えられる」として、その帰結も妥当とする。

もともと近藤裁判官は、本判決前になされた計画決定について、本判決前の判例状況下では、国民は計画決定に処分性が認められないと判断し、その決定段階では取消訴訟を提起しなかったであろう、それゆえその出訴期間を徒過しているであろうことを指摘し、「別途の配慮を要する」という。そしてこの配慮として、行訴法一四条の

「正当な理由」を認め、出訴期間を徒過しても救済を図るという「経過措置的な解釈」を提唱する。ただし、すでに計画決定後、換地処分もなされて、その処分の出訴期間までも経過してしまったような場合には、「正当な理由」があるとは言えないとも指摘する。

以上両意見とも、処分性の拡大に伴い取消訴訟の排他的管轄も拡大せざるをえないとの前提に立つ。換言すれば、処分性拡大に伴い市民に「不測の不利益」が生じうると言っても、排他的管轄「不適用」は認められないとする。そのかわりに、いずれもその不利益への対応策として、「正当な理由」がある場合の、出訴期間徒過に対する救済規定——以下「正当な理由」条項——の活用を提案する。⁽¹⁴⁾ 行訴法の例外的救済規定を、上面した堅実な対応策である。ただし疑問の余地もなくはない。

まず藤田意見であるが、行訴法四六条と同一四条を並列していることから、行政庁の教示義務違反を理由に「正当な理由」を肯定すべきとの論理構成の⁽¹⁶⁾ようである。しかしそうすると、その前提として、「仕組み解釈」による処分性拡大という、場合によっては行政庁にとつても予測不可能な裁判所の解釈結果が、さかのぼって行政庁の教示義務の対象だった⁽¹⁷⁾ということになる。もちろんこうした構成は、原告市民の救済を引き出すための名目論に過ぎないのかもしれない。しかしそうはいっても、この種の義務を行政庁に課すことが名目論としても合理的⁽¹⁸⁾と言えるためには、行政訴訟における教示制度の趣旨についてさらなる検討の必要があるように思われる。

つぎに近藤意見は、「経過措置的な解釈」の名のもと、管轄拡大事案において「正当な理由」をカテゴリカルに肯定することを念頭に置くようである。しかし個別具体的事情を斟酌して判断される、その限りでは〈衡平〉的観点から設けられた「正当な理由」条項⁽¹⁹⁾について、その種のカテゴリカルな解釈が認められうるのだろうか。仮に認められうるとしても、実際問題、各裁判所を通じてその種の解釈が実現しうるのだろうか。⁽²⁰⁾ 処分性という（少なく

とも判例からすれば)カテゴリーカルな解釈問題からもたらされうる、カテゴリーカルな管轄拡大問題への対応策として、裁判所のアドホックな判断を前提とする「正当な理由」条項を活用する議論には、問題解決の方法論として限界があるように思われる。

さらに近藤意見では、「経過措置的な解釈」と「違法性の承継」との関係が明らかでない。例えば、計画決定の出訴期間につき経過措置的解釈が妥当な原告市民が、仮換地指定であれ換地処分であれ、取消訴訟をそれら出訴期間内に提起し、それら訴訟の中で計画決定の違法性を主張する場合には、藤田意見同様、違法性の承継は認められないとするのだろうか。⁽²²⁾ 言い換えれば、この場合であっても「正当な理由」条項を援用して、別途(計画決定取消訴訟)を提起、あるいは、同訴訟へと「訴えの変更」(行訴法一九条二項、民事訴訟法「民訴法」一四三条)⁽²³⁾をせよということなのだろうか。⁽²⁴⁾

そうだとすると、潜在的に多数当事者が関わる計画決定については、出訴期間によってもたらされる法的安定性を犠牲にしてまでも、取消判決の第三者効(対世効…行訴法三二条)による統一かつ実効的な紛争解決をすべきと考えるのかもしれない。⁽²⁵⁾ またそれが結果的に見て、原告市民の利益や訴訟経済につながるといふことでもあろう。⁽²⁶⁾ 確かに説得力ある議論なのだが、しかし場合によっては、原告市民が当初から主張するとおり違法性の承継を認め、後続行政処分取消訴訟の中で先行行為の違法性を争わせた方が、行政行為の法的安定性、原告市民の自己決定の尊重、さらには訴訟経済等の観点から、合理的と考えられることもあるのではないか。⁽²⁷⁾ 近藤意見の対応策を「一般化」するにはさらなる検討の必要があるように思われる。

第二節 排他的管轄「不適用」論

前節で紹介した、管轄拡大問題に対する実務的立場からする対応策に対して、学説では排他的管轄「不適用」論を打ち出した上で、「違法性の承継」や「併用的構成」といった解釈論を提案する向きがある。本節ではこれら排他的管轄「不適用」論のうち代表的なものを取り上げて紹介していこう。

一、両拡大論の展開

先に挙げた両拡大論も排他的管轄「不適用」論を主張してきた。その論拠として、原田尚彦氏はじめ「形式的行政処分」論は、もっぱら「救済の便宜」から裏付けてきた。これに対し阿部泰隆氏を提唱者とする「相対的行政処分」論は、「救済ルール明確性の要請」、「裁判を受ける権利」、「予測可能性」の保障といった原理的根拠にうったえるとともに、「違法性の承継」や「併用的構成」をめぐって各種の解釈論——出訴期間の限定解釈や訴えの変更を促す積極的釈明等——を展開してきた⁽²⁸⁾。両拡大論に類似する見解は今日でも見られる。

例えば杉原則彦氏は、医療法勧告事件に係る調査官解説で、先の藤田意見を念頭に置き論ずる。本判決は、「勧告と保険医療機関の指定申請拒否処分とから成る仕組みの全体に着目して、当該勧告を取消訴訟の対象としないことは不当であるとしてこれを取消訴訟の対象として認めたものにすぎない。その意味では、この勧告が取消訴訟の対象となると認めることによって、当然にこの勧告に厳密な意味での公定力が認められることになるわけではないという余地もあると考えられる。」すなわち本判決は、「前記の仕組みに着目して」「勧告を取消訴訟の対象として争うみちを新たに認めたものであるが、それは、これまで認められてきたところの、保険医療機関指定申請に対する拒否処分を取消訴訟の対象として争うみちを閉ざすものではないと考えられる。」

つぎに白藤博行氏⁽³⁰⁾は、行訴法改正による訴訟類型の多元化、またそれを受けた学説動向を踏まえ論ずる。行訴法が民訴法の特別法的性格をもつことを斟酌するなら、行政の何らかの侵害行為があるのに処分性が認められない場合、当然に民事訴訟または当事者訴訟に戻った救済が考えられるべきである。そして「ある行政の行為が、法文上、『処分その他公権力の行使に当たる行為』に該当することが明らかでない限り、取消訴訟を選択するか、民事訴訟しないは当事者訴訟を選択するかは、あくまでも原告の選択にゆだねられていると解す」べきである。この議論の背景には、取消訴訟を通じた裁判が必要ならば、立法者がその手当てをしておかねばならないはずとの考えがある。もつともいったん自らの意思で取消訴訟を選択した者は、取消訴訟にまつわりつく様々な制限・不利益を忍ぶべきである。かくして白藤氏は、「法律が明文でもつて抗告訴訟該当性を規定しない限り、原則として、原告適格が認められる原告には訴訟形式選択権が帰属する」と解する。

両説とも排他的管轄「不適用」論を前提とし、杉原説は（文脈からして）「違法性の承継」を、白藤説は「併用的構成」を提案しており、両拡大論とも共通する。またもともと行政行為でないから排他的管轄は及ばないとの杉原説の前提論や、いったん取消訴訟を選択した場合それに縛られるとの白藤説の帰結論も、両拡大論を髣髴とさせる⁽³²⁾。とはいえ杉原説は、「仕組み」解釈という処分性拡大判例の採用する解釈手法を、また白藤説も「訴訟類型の多様化」という行訴法改正の到達点をそれぞれ重視していることが注目されよう。

二. 処分標準準備

以下両拡大論の議論枠組みを超え、排他的管轄「不適用」論を展開する代表的学説を見ていこう。まず塩野宏氏は、取消訴訟制度が「処分の違法性の確認、違法行為の取消判決という判決手続のほか、公定力、不可争力の付与

という諸要素」、さらには同じ「処分」文言の使用を通じた行政手続法や行政不服審査法の規定の適用によって構成されていることを指し、「処分の標準装備」と呼ぶ。その上で同氏は、処分概念の中核領域——「定型行政処分及び定型的実力行使」——からみた「周辺（フリンジ）部分」を取消訴訟制度に取り込む処理をしたときどのような問題が生ずるかとの問題意識から、その周辺部分を二種に区別し、処分の標準装備の作動のあり方を論ずる。一方で処分性拡大判例でも争われてきた各種通知のように、「定型的処分に至る純粹に手続の一環を構成する」周辺部分の場合、「処分の標準装備を原則として認め、違法性の承継という操作を含めて、事柄の性格上作動させるには親しまないものはずすという操作も可能である。」

これに対し医療法勧告事件のように、周辺部分が法律上「行政指導」と性格づけられている場合、処分の標準装備を作動させることは、相手方市民・行政庁双方にとって負担が大きい。そこでこの負担を免れるため、その周辺部分は、「取消訴訟の対象として取り上げる限りの処分であって、標準装備は連動しないとすることになる。」ただしこの扱いは、「制度としての取消訴訟の運用とはまったく異なるものであって、取消訴訟制度が正面から予定しているものとはいえないし、これを安易に認めることは取消訴訟制度を含む行政制度の根幹を揺るがすことになる。」として、「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と説明する以外にない。」と指摘する。³⁴かくして塩野氏は、周辺部分に関しては、「差止訴訟、確認訴訟など利用可能な救済方法がある場合にはそれにより、ない場合には当該事案との関係で取消訴訟の途を開くとしても、処分に連動する制度的効果を働かせないとする」。

三、排他的管轄と出訴期間

つぎに亘理格氏⁽³⁵⁾は、「ある行政作用について処分性が認められれば、当該行政作用には抗告訴訟の排他的管轄が及び、また取消訴訟の場合は、出訴期間の制限が及ぶと解される可能性がある。」とした上、両制度は「処分性が認められた場合に通常生じる制度的効果であると考えられるが、かと言って、常に厳格に適用されるべき制度であるとは言えない」とする。なぜなら、「排他的管轄及び出訴期間の適用は、法制度上の建前を考慮するばかりではなく、訴訟を提起することとなる者が置かれた客観的状況をも考慮して判断されるべき」だからである。すなわち両制度の適用は、「通常人に対して、『処分』として認定可能な行政作用が行われた時点で取消訴訟を直ちに提起しなければ、自己の権利利益の保護を確保し得ないと判断することを要求することに、当該通常人が置かれた客観的状況に照らして合理性を認め得るかにより、決すべき」という。

以上を踏まえ亘理氏は、排他的管轄に関しては行訴法の規定上明示された原則でないので、通常人たる当該私人が置かれた客観的状況への配慮という現実的考慮によってその適用を免れさせることにも、法解釈として説得力があるという。また出訴期間に関しては、行訴法上明文規定(一四条)がある関係で、それと真つ向から抵触する法解釈はできないものの、「正当な理由」条項にも着目すべきとする。例えばいずれも処分性が認められた二項道路一括指定⁽³⁶⁾や医療法勧告の場合、通常人に対しその時点で取消訴訟を提起しなければ自己の権利保護を確保しえないと要求することが合理的とは考えられないから、特段の事情がない限りある程度カテゴリーカルに「正当な理由」に該当すると判断することも解釈論として説得力があるという。

さらに亘理氏は、「抗告訴訟と当事者訴訟の連携」をはかるべきとの問題意識のもと、併用的構成を裏付ける以下三点を指摘する。社会的利害関係が複雑化し、訴訟類型選択が通常人にとって困難になっている現状下、その選

扱の不備の不利益を訴訟当事者に負担させるべきではないこと。いずれの訴訟類型の審判対象も行政判断ないし認定行為の適法性に変わりない、その限りで両訴訟類型は本質的に共通ないし同質なのであるから、いずれの形で提起された訴えであっても柔軟に出訴要件を満たすものとして扱うべきこと。抗告訴訟も一面、確認訴訟としての性格を有する点を想起すべきこと。

四・行政行為と取消訴訟

さらに山本隆司³⁷⁾氏は、管轄拡大問題を考えるに当たって、「伝統的な公定力観念にこだわらずに、行政行為の法的性質・法効果を、行政行為が行政手続の中で果たす具体的な機能に着目して、行政機関の他種の行為と比較しながら、分節・分析して理解する」アプローチを提唱する。それによると、「行政行為は、行政機関が法律を根拠として一方的に責任を負って定める、私人一般を拘束する具体的な規律であり、こうした規律に法的安定性を持たせるために、私人からの異議に期間制限を設けるのに適合した行為と見られる」。

このように行政行為を再定義すると、「取消訴訟手続も、排他的管轄の観念にこだわらずに、より分節的・分析的に理解することになる。」として、いわく。「取消訴訟制度は、法的明確性および法的安定性を志向する規律という行政行為の法的性質に対応した、訴訟手続に関する特則の束として、理解されよう。そして、取消訴訟の対象を行政行為以外の行政機関の行為に拡張する場合には、取消訴訟手続に関する特則のうち、当該行為の法的性質に適合しないものは、適用を制限することになろう。取消訴訟に関する行訴法の規定を絶対視するのではなく、取消訴訟の対象となる行為を実体法・手続法上規律する法律の解釈として、取消訴訟に関する行訴法の適用を制限することになる。」³⁸⁾

以上を踏まえ医療法勧告事件を挙げつつ論ずる。「法律上、規律力・拘束力がそれ自体に認められていないが、行政手続上、規律力・拘束力を持つ行政行為の要件（の一部）に関する最終決定と位置づけられる行政決定については、あらかじめ行政行為と同様の手続保障をカテゴリカルに私人に及ぼす趣旨で処分性が認められるとしても、出訴期間を制限して法的安定性を創出する根拠および趣旨は、基本的に当該行政決定に関する法律に含まれていない、と解される。出訴期間を制限して法的安定性を創出するのであれば、段階的な行政行為の制度を法律で定めるべきであり、法律がそうした制度を定めていない以上、出訴期間を制限する根拠および趣旨を法律から読み取ることはできない。」

かくして山本氏は、医療法勧告に出訴期間が適用されないことを前提に、「結局、後の行政行為（本件でいえば、保険医療機関指定拒否処分）の取消訴訟において、最終決定として処分性の認められる先行行為（本件でいえば、勧告）の違法性を主張することが、原則として可能と解される。」として、〈違法性の承継〉を認める³⁹。また「先行行為の取消訴訟の出訴期間が終了してから後の行政行為までの期間においては、訴えの利益が当該事案に即して具体的に認められれば、先行行為の違法確認訴訟を提起できると解される。」として、先行行為・後続行政処分の途中期間における、別途の〈当事者訴訟による救済〉の可能性をも認める。

五. 訴訟類型選択に係る判例政策

つぎに橋本博之氏は⁴⁰、「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的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」とし、とりわけ「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、「原告の手続的利益へのマイナスの影響があれば処分性を肯定するのに十分と解すべき」と主張する。

一方で医療法勧告事件のように、法律上「行政指導」と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」、その処分に「当然付着する手続的仕組み・手続的效果」としての、「行政手続上の仕組み、教示義務、取消訴訟の利用強制」が生じることも認めるべきとする⁽⁴⁾。またそうであるがゆえに、「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。」この立法的整備の必要性からすると、処分性拡大判例を「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」とする。

しかし以上の〈処分性純化論〉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・無効確認訴訟に限定した上での」議論であって、「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。」すなわち行訴法改正後の「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らを重層的に利用可能なものと解すべきである。」として、いわく。

「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こそ重要である。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。根拠規範の解釈により処分を発見し、その上で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ィックに縛られるのではなく、訴訟類型の選択は、訴訟手続の多元化・多層化に対応した、個別具体の事案に適応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えればよい。」

このように橋本説は、「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」での処分性純化論を主張する一方、訴訟類型の選択については、「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」を転換して、「原告の救済の便宜から機能的に解釈すれば良」く、「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」とする。⁽⁴²⁾

六・行訴法三条の文理解釈

さいごに大浜啓吉氏は、取消訴訟の利用強制や出訴期間等の制約をクリアするために、行訴法三条二項の取消訴訟の対象を、「処分」と「その他公権力の行使に当たる行為」に區別して解釈すべきと提唱する。この種の「文理解釈」は従来から少なからずみられたが、大浜氏はこの解釈を、行為規範統制としての取消訴訟の性質論⁽⁴⁵⁾にリンクさせて——処分性⁽⁴³⁾。「《行為規範に違反しうる対象であるか》否か」——論ずる。すなわち、「処分」も「その他公権力の行使に当たる行為」も、行訴法三条一項にいう「公権力の行使」——「行政庁が法律によって授權された権限を行使する行為」——という点では共通するが、前者は「行為規範性が明確になるように実定法が要件・効果方

式で書かれている場合」を指し、後者が「実定法が要件・効果方式で書かれていない場合」を指す。

その上で、「処分」により法律関係が形成された場合には、原因行為の違法性を直截に争う方が合理的であり、また「適法処分の原則」⁽⁴⁶⁾を明確にできるので、取消訴訟の排他的管轄を認めることが許される。これに対し「その他公権力の行使に当たる行為」の形式によって行政庁の権限行使がなされた場合、原因行為の違法性の確定が必ずしも容易ではなく、事案によっては、当事者訴訟や民事訴訟等の取消訴訟以外の訴訟類型で争う方が適切でありうる。そしてこの場合、司法権の任務が権利救済にある点を踏まえるなら、「いたずらに訴訟の形式を理由に訴えを却下するのではなく、事案の性格によって原告が求めている権利利益の実現により適切な方法を認めるべき」であり、したがって「取消訴訟の排他性から解放することで原告に訴訟選択の自由を認めるべき」という。また以上と同じ理由から、出訴期間の適用に関しても「処分」のみに適用され、「その他公権力の行使に当たる行為」に対してはその適用が除外されると解釈すべきとする。

第三節 若干の検討

以上代表的な取消訴訟の排他的管轄「不適用」論を紹介してきた。以下各説の到達水準と課題点を横断的に検討していこう。まず塩野説であるが、排他的管轄「不適用」を正当化する論拠があまり明確でないように思われる。というのも、「定型的処分に至る純粹に手続の一環を構成する」周辺部分に関し「処分の標準装備」を作動させない理由は、「事柄の性格」を越えて議論されていないし、そうでない周辺部分に関しても権利救済のための「便法」と議論するにとどまる。とりわけ、「安易に認めることは取消訴訟制度を含む行政制度の根幹を揺るがすことになる。」という重大な例外的取扱いを、「便法」により正当化する議論展開には違和感を覚える。

むしろそのような重大な例外的取扱いを、「仮に」とはいえ塩野説としても「認める」のであれば、**そうであればこそ**、法原理論的にまた法解釈論的に、その正当化につき議論を尽くしていく必要があるのではないか。うがった見方ではあるが、塩野説の「便法」論は、排他的管轄「不適用」を不明確な論拠でもって正当化してしまっている点で、原田説等の「形式的行政処分」論において見られた「救済の便宜」論と、共通の基盤に立っている——もちろん原田説等はそれを能動的に正当化するに對し塩野説は受動的に正当化するという姿勢の相違はあるが——ように思われる⁽⁴⁷⁾。

とはいえ処分性拡大の「補充性」を厳格に解釈する塩野説の趣旨を踏まえれば、「便法」という形でしか理由づけられないことこそ、安易に流れる処分性拡大判例の問題性を鋭く自覚し、また「処分の標準装備」の重要性——それともに行訴法改正による訴訟類型の多様化の重要性——を考慮する立場とみることもできよう。そしてこの面からすれば、塩野説は、「取消訴訟の排他的管轄」に内在する「法的安定性の保護」の原理的要請に配慮した法解釈論を展開しているといえよう。

つぎに亘理説は、予測可能性の保護という原理的要請を踏まえ、「抗告訴訟の排他的管轄」と「取消訴訟の出訴期間」とで論点を区別しつつ解釈論を提示する。法原理論的にも法解釈論的にもバランスのとれた正当化論であり、早くから同様の姿勢で取り組んでいた阿部説（相対的行政処分論）の到達水準を進めるものであろう。しかし疑問の余地もないではない。例えば亘理氏は、出訴期間に関して「正当な理由」条項を通じて対応すべきとの趣旨のようである。その前提として同条項のカテゴリカルな解釈が可能との理解のようだが、先述のように検討の余地があるのではないかと思われる。

また亘理氏は、排他的管轄が適用されない理由として、行訴法上明確な根拠がない点を挙げる。しかしそうは

いつても、今日それが確立した法理であることを踏まえる必要があるのではないか。確立した法理であるのにもかわらずそれを適用しないというのであれば、やはりそのことを正当化するに足りる相応の解釈論的裏付けが必要であろう。⁽⁴⁸⁾ 確かに同氏は、「抗告訴訟と当事者訴訟の連携」の問題意識のもと、訴訟類型の理論的相対性の観点から併用的構成を裏付ける説得力ある議論を展開する。しかし「処分の標準装備」として認められるべきはずの排他的管轄が適用されないことの解釈論的裏付けについては、なお明確でないように思われる。⁽⁴⁹⁾

ついで山本説は、「行政行為」と「取消訴訟」について、「法的明確性および法的安定性を志向する規律という行政行為の法的性質」を踏まえ再定義し、管轄拡大問題に迫る。⁽⁵⁰⁾ 先の巨理説が、「行政訴訟」を提起しようとする「普通人」の観点を引き合いに、「予測可能性の保護」の要請から、排他的管轄「不適用」論を導き出すのに対し、山本説は〈行政行為〉を規定しようとする「立法者」の観点を引き合いに、「法的安定性の保護」の要請から、排他的管轄「不適用」論を導き出す。その意味で山本説は、巨理説との対比で言えば、法原理論的にも法解釈論的にも〈対蹠的な〉論理構成をするものとみられ、注目すべき議論である。また「法的安定性の保護」の要請に着目する点で塩野説の方向性とも共通するように思われるところ、「処分の標準装備」をめぐる解釈論的検討を進める点で、塩野説よりも突っ込んだ論証を行うものと言えよう。

さらに山本説では、「行政行為」概念のあり方にさかのぼって問題提起をする点で、処分性拡大問題に係る理論的考察の一つの方向性を開拓している。ただそうはいっても、山本説では、処分性が認められる行政活動のうち、取消訴訟の排他的管轄が適用されうる「行政行為」概念と、それが適用されない「行政決定」概念との区別に関して、なお議論の余地があるように思われる。例えば両拡大論でも、処分性が認められかつ取消訴訟の排他的管轄も適用される「実体的」行政行為」概念と、前者は認められるが後者は適用されない「形式的」行政処分」概念と

の区別が議論されてきた。山本説の概念的区別はこれら従来の議論と比較してどのような意義があるのだろうか。

この点山本氏は、処分性拡大判例の分析を踏まえ、「概して言うなら、処分性は、規律などの法的効果を重視して判断されてきたが、徐々に、行政機関が私人に対して行う決定・執行のプロセスにおける当該行為の位置（最終性など）が、判断要素としてのウェイトを増している⁽⁵¹⁾。」として、行為形式の「法的効果」（規律性）と行政過程の「手続構造」（最終決定性）とを対比しながら論評するのが注目される。行政行為ないし行政決定をいかに認識すべきかという「認識枠組み」にまでさかのぼった視点であり、両拡大論の到達水準をさらに進める展開であるように思われる。今後この視点が「行政行為」概念のあり方によつてどのような影響を及ぼすのか、さらに検討する余地があるように思われる。⁽⁵²⁾

このほか先行行為・後続行為の途中期間における当事者訴訟の提起を認める山本説に対して、「あえて勧告に処分性を認めなくとも、当初から、取消訴訟以外の適切な訴訟を行えばよい」との塩野氏からの批判がある⁽⁵³⁾。ありうる原告の訴訟活動を起点に考える山本説と、あるべき裁判所の訴訟選択を起点に考える塩野説とで、議論がかみ合っていないように思われる。とはいえ山本説からは、管轄拡大問題につき「違法性の承継」と「併用的構成」という二つの対応策を想定されうる状況に応じて議論していく必要性が、また塩野批判からは、管轄拡大問題につきできるかぎりシンプルで過不足のない対応策を議論していく必要性が、示唆されているようにも思われる。

つぎに橋本説は、行政手続の文脈では、【行政決定の立法的統制】を重視しつつ、〈処分性純化論〉を唱えるのだが、その前提として「取消訴訟の利用強制」を認める。これに対し訴訟類型の文脈では、【原告市民の裁判的救済】を重視しつつ、訴訟類型選択に係る〈判例政策論〉を唱えるのだが、その前提として「訴訟類型の並行提起可能性」を認める（裏返せば「取消訴訟の利用強制」を否定する）。すなわち橋本説は、管轄拡大問題に関して、両文脈に

より排他的管轄の適用・不適用を異ならしめる（以下「切り離し論」）。

確かに、処分性を拡大しても「処分の標準装備」の作動を前提とする議論は、現行法解釈として自然である。行訴法改正の趣旨を踏まえた併用的構成も立法動向に根差している。⁽⁵⁴⁾さらに処分性純化論に立ちつつも、「手続的利益の侵害」のメルクマール⁽⁵⁵⁾のもと処分性拡大の余地を認める点で、処分性拡大判例を説明する一つの視点を提示するのみならず、⁽⁵⁶⁾抗告訴訟とりわけ取消訴訟の活用ニーズにも配慮するものとも言えよう。全体として橋本説は、塩野・山本説が重視する「法的安定性の保護」の要請と、阿部・亘理説が重視する「予測可能性の保護」の要請との調和を目指す、明瞭な論理構成であるように見受けられる。

しかし切り離し論は解釈論として成り立ちうるのだろうか。もともと橋本氏はこの論拠につき次のように説明する。⁽⁵⁷⁾田中二郎氏による取消訴訟の説明の仕方——「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」——について、今日においても、「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、取消訴訟の説明として十分に機能する」との理解のもと、「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・便宜的なものとして定位し直さなければならぬ。」

おそらくこの圧縮された説明の中に、橋本氏による日仏行政訴訟制度に係る精緻な比較法研究の成果が込められているものと推察される。⁽⁵⁸⁾そうだとするならば、切り離し論が成立するためには、「行政決定」という名目である程度柔軟な形で抗告訴訟対象適格性が認められつつも、訴訟類型の選択は裁判官の救済方法の選択問題に還元できるという「フランス・モデル」が、日本の現行法制度のもとで解釈論として成り立ちうるのかという評価が大きなポ

イントとなつてこよう。⁽⁵⁹⁾

例えば、訴訟類型の選択を救済方法の選択ということで、裁判所の判例政策（という名の選択）にゆだねるとの議論が、日本の行政訴訟制度のもとでどこまで成り立ちうるのか、検討の余地があるのではないか。この点両拡大論を含め、これまで多くの排他的管轄「不適用」論では、〈原告市民の自由選択〉として併用的構成を提案してきた（先の白藤説等参照）⁽⁶¹⁾。「当事者主義」、なかんずく「処分権主義」（民法二四六条、行訴法七条）を前提とする日本法の議論⁽⁶²⁾としては、裁判所の選択権限を介在させる橋本説よりも、原告の自己決定を基準とした従来型の議論のほうが自然なようにも思われる。⁽⁶³⁾

また橋本説に対しては、そうした裁判所の判例政策に「ひとつの道筋をつけることが学説の課題」との塩野氏からの批判があることをも考慮せねばならない。⁽⁶⁴⁾判例の積み重ねを重視するフランス法的視点からすればすれ違いがあるかもしれないが、どのような場合にいかなる訴訟類型を裁判所は選択すべきかという、⁽⁶⁵⁾裁判所を統制するという問題意識⁽⁶⁶⁾からすれば、塩野批判にも説得力があると思う。⁽⁶⁷⁾

さらに橋本説は、近藤意見同様、「違法性の承継」を認めるか否かが定かではない。もともと、医療法勧告につき「取消訴訟の利用強制」を明示的に認める旨の記述があること、「違法性の承継」を認める旨の記述がないことから推察すると、あるいは、藤田意見のように、それを否定する趣旨のようにも見受けられる（先の杉原説とも比較参照）⁽⁶⁸⁾。仮にそうであるとするなら、現に取消訴訟において「違法性の承継」を求めて争っている——にもかかわらず裁判所からそれを拒絶される——原告市民に不利益が生じないのかなど、⁽⁶⁹⁾さらに検討する余地があるように思われる。

さいごに大浜説は、処分性の認められる行政活動につき、「処分」と「その他公権力の行使に当たる行為」とに

区別し、管轄拡大問題の処理を異ならしめる。またその際、行為規範統制という取消訴訟の性質理解に立つとともに、司法権の任務が人権保障にあることを踏まえて議論する。取消訴訟の性質にさかのぼって議論を展開する点で巨理、山本、橋本各説とも類似するが、排他的管轄が適用される「行政行為」と、そうではない行政の「行為」との区別について、具体的な行訴法の解釈論にまで突き詰めて論ずる点で、これらの説と相違があるろう。

しかしこの解釈論であるが、「その他公権力の行使に当たる行為」の立法経緯に照らすならば、同文言がもともと「事実行為」を念頭に置いて規定されたもので、大浜氏の解釈とずれがあることに留意せねばならない⁽⁷¹⁾。またこの文言に解釈論的意味を見出さない学説があるほか、処分性拡大判例を通じてこの文言にとくに着目した判断も見受けられないように思われる。したがって大浜説には、その解釈論的二分論を支える「文理解釈」論の妥当性について、現在の判例学説を踏まえたさらなる論証の余地があるろう。

さらに大浜説は、原告市民の訴訟類型選択の自由を提案するが、〈訴訟提起段階〉での自由のみを認めるのか、それとも〈訴訟進行段階〉でも自由を認めるのが問題となりうるのではないか。この点形式的行政処分論をめぐって、原告市民がいったん取消訴訟を選択した場合それ以降その訴訟に服せしめられるとする原田尚彦説と、それ以降であっても当事者訴訟を含め原告市民の自由選択の余地を認める兼子仁説との議論対立が連想される⁽⁷³⁾。加えて、そもそも原告市民の自由選択を認める併用的構成に関しては、実務上混乱を招くとの指摘もなされてきたが、この指摘をどのように受け止めるのかという点もあろう⁽⁷⁴⁾。

以上、取消訴訟の排他的管轄「不適用」論を主張する各説を横断的に検討し、到達水準と課題点を検討してきた。総じて学説は排他的管轄「不適用」をめくりさまざま論理構成を試みてきている。両拡大論より一歩進んだ展開である。しかしそうは言っても、管轄拡大問題の重要性からすれば、法原理面からも法解釈面からも、なお突

き詰めて検討する余地があるのではないか。例えば学説では、排他的管轄「不適用」をめぐる法原理的な正当化がいまだ十分に論じられていないように思われる。また法解釈面においても、排他的管轄「不適用」そのものを裏付ける論証過程、排他的管轄「不適用」論と違法性の承継または併用的構成とをつなぐ論証過程、さらに違法性の承継と併用的構成とを係争事案に応じどのように認めていくかの論証過程について、さらなる展開が求められる。加えて学説では、併用的構成ということとどんな内容を念頭に置き、またそれをいかに論理的に正当化するのかについても十分に議論されていないように思われる。⁽⁷⁵⁾

第三章 「仕組み解釈」に対する「均衡解釈」論

以上学説の排他的管轄「不適用」論を考察し、その到達水準と課題点を検討してきた。以下本章ではこの検討を踏まえ、管轄拡大問題へのあるべき対応策を論じていく。具体的には、処分性に係る「仕組み解釈」がもたらす弊害を是正するための解釈論として、「取消訴訟の排他的管轄」に係る「均衡解釈」論なる議論を提示し、それを「予測可能性の保護」と「法的安定性の保護」という相対立する法原理的要請を踏まえながら正当化していく(第一節)。その上で「均衡解釈」論の具体的内容に関して、管轄拡大問題が生じる典型的な場合を念頭に置きながら法解釈論的に論じていく(第二節)。さらに行政訴訟に係る実務動向を踏まえた上で、「均衡解釈」論の射程を検討していく(第三節)。

第一節 予測可能性の保護と法的安定性の保護

出発点として、「仕組み解釈」により拡大されるものとはいえ、係争行為につき処分性を認める以上、その付随

的な帰結として「取消訴訟の排他的管轄」をも認めざるをえないというのが、行訴法を踏まえた現実的な解釈との前提に立つ必要がある。その理由として、処分性を拡大したのに取消訴訟の排他的管轄を「不適用」とする両拡大論以来の試みに関して、必ずしも説得力あるものと受け止められてこなかったという解釈論レベルでの「反省」を踏まえねばならないほかにも、塩野説や山本説が論ずるように、取消訴訟の排他的管轄の背景にある「法的安定性の保護」という原理的要請についても無視できないからである⁽⁷⁷⁾。

とはいえ両拡大論以来懸念されてきたように、処分性の拡大解釈によって市民に対し「不測の不利益」が生じる実際の帰結は容認できない。したがって例えば阿部説や亘理説が論ずるように、原告市民の「予測可能性の保護」という原理的要請に基づき何らかの対応策が必要である。ただしこの対応策として、例えば藤田・近藤両意見が提案するように、「正当な理由」条項の活用といった、裁判官の広い裁量判断に依存する解釈論は好ましくない。また阿部説が提案してきたように、「訴えの変更」を促す「積極的釈明」等という形での、裁判所の認定判断（民法一四三条四項）や訴訟指揮を介在させる解釈論⁽⁷⁸⁾も、裁判所に対する統制⁽⁷⁹⁾の観点からすると、問題解決のあり方としてあまり望ましくないように思われる。

さらに塩野説のように、「事柄の性格」や「便法」といったあいまいな理由でもって排他的管轄「不適用」論を正当化する対応策も、結果的にその実現の帰趨を裁判所に丸投げするおそれがあり、できるだけ避けるべきであろう。もつとも予測可能性の保護の要請を「裁判を受ける権利」等の憲法原理から導いた上で、排他的管轄「不適用」論を積極的に提唱する阿部説も検討の余地がある。確かに、管轄拡大問題の「人権侵害」性を直視した議論として、明瞭な論理構成ではある。しかしこの種の憲法へとダイレクトに結びつく議論がどこまで裁判所によって受け入れられるのか、現実的に考えて疑問がある。それゆえ「予測可能性の保護」の要請に基づく対応策に関して

は、このような形で憲法原理からの「外在的」な正当化を試みていく——ことも必要であるがそれ——のみならず、できるかぎり行政法原理からの「内在的」な正当化を試みていく必要がある。

ひるがえって、法律を信頼して市民がみずからの活動（行政訴訟の提起を含め）を自己決定できる、というのは、わがくに行政法の不変の原則たる「法律による行政」の核心的部分⁸⁰ではなからうか。したがって「予測可能性の保護」の要請に関しては、まずもってこの行政法の〈原理原則〉から内在的に正当化されていくべきである。もつともこのように「法律による行政」に基づくこの原理的要請を踏まえた上で、〈処分性が拡大される場合には予測可能性の保護の要請が損なわれうるので、取消訴訟の排他的管轄を「不適用」にすべき〉という、従来から見られる「割り切った」議論を導き出すのは早計である。なぜなら管轄拡大問題への対応策を考えるに当たっては、取消訴訟の排他的管轄がもつ、「法的安定性の保護」の要請をも踏まえねばならないからである。それゆえ橋本説の到達水準に立って、両原理的要請の調和を目指した明瞭な解釈論的構成を模索していく姿勢が必要である。

思うに、〈仕組み解釈〉を通じて処分性が「拡大解釈」されるのならば、少なくとも、「法律による行政」という行政法原理からの対応的要請（すなわち予測可能性の保護の要請）に基づき、その拡大と「反比例」して、「取消訴訟の排他的管轄」が「縮小解釈」⁸¹されねばならないという〈均衡解釈〉の必要性が、規範的に演繹できるのではないだろうか【後掲図A①②】⁸²。ここで注意すべきなのは、規範的に演繹できるのは一律「不適用」ではなく、あくまでも「縮小解釈」に過ぎない点である。⁸³その意味で、取消訴訟の排他的管轄がもつ「法的安定性の保護」の要請についても、解釈論の中で何らかの形で反映させる余地を規範的に含んでいなければならない。⁸⁴

第二節 原告市民の訴訟活動に応じた「場合分け」

前節では、従来からの学説の課題点である、排他的管轄「不適用」そのものを裏付ける説明の仕方として、「均衡解釈（縮小解釈）」という考えを提示した。しかし振り返って前章では、学説の排他的管轄「不適用」論につき、その「不適用」論と違法性の承継・併用的構成との関係、またいかなる場合にどちらの対応策を採るのが合理的なのかに関して、いまだ十分議論が展開されていないことを指摘した。そしてこれら課題点は、現段階での私見の均衡解釈の課題点としてもそのままあてはまる。そこで解決の方向性である。結論から先に言えば、均衡解釈の内容は、次に挙げるように、管轄拡大問題に関わって原告市民が直面する典型的な事案類型の相違に応じて、それぞれ異に考えるべきである。

一方で、法律規定を信頼し、先行行為には処分性がないと原告市民が解釈して、〈後続行政処分取消訴訟〉段階ではじめて先行行為の「違法性」を主張したところ、裁判所（一審であれ控訴審であれ最高裁段階であれ。以下同じ。）が「仕組み解釈」によって先行行為の処分性を認めてしまった場合が考えられる。他方で、法律規定を信頼し、係争行為につき処分性がないと原告市民が解釈して、〈別途の当事者訴訟〉を通じて係争行為の「違法性」につき争おうとしたところ、裁判所が「仕組み解釈」によって係争行為の処分性を認めてしまった場合が考えられる。以下便宜上、前者を（ α ）の場合、後者を（ β ）の場合と称し、それぞれの場合の具体的な対応策を論じていく。⁽⁸⁶⁾

一．取消訴訟の出訴期間の縮小解釈

（ α ）〈後続行政処分の取消訴訟〉で争っている場合、先行行為につき処分性が肯定されたことを受け、あらため

て原告市民が先行行為の取消訴訟を提起——ないしはそれへと「訴えの変更」(以下「提起」と「変更」を併せて「提起等」)——しようとしても、通常六カ月の取消訴訟の出訴期間を過ぎてしまっているし——関連して「正当な理由」条項によって救済を受けることにも方法論上限界がある(以下出訴期間徒過の記述につき同様)——、また先行行為が行政処分と解される以上、違法性の承継も原則として認められないので、その先行行為の違法性についてはもはや争いえないということになってしまふ。

しかしこの帰結は、「法律による行政」からの対応的要請たる「予測可能性の保護」の要請からして妥当でない。それゆえ「均衡解釈」として、取消訴訟の出訴期間の縮小解釈をして出訴期間の縛りをゆるめ、あらためて(行政処分と解釈してしまった)先行行為の違法性を争うチャンス原告市民に対し与えねばならない【後掲図A①②】。もつともこの縮小解釈がもたらす論理的帰結は、あくまでも出訴期間の縛りをゆるめることだけであつて、このことから直ちに、現に(適法に)提起している後続行政処分取消訴訟の中で先行行為の違法性が争える帰結が論理必然的に導き出されるわけではない。

言い換えれば、後続行政処分取消訴訟の中で先行行為(行政行為)の違法性を争うことを認めるに当たっては、縮小解釈以外のさらなる「媒介的な解釈論」が必要であり、その解釈論に当たるものこそが、従来から指摘されてきた違法性の承継——厳密に言えば違法性の【連辞的】承継なのだが、この意味に関しては本文後述する——とと言えるのではないか。すなわち(a)の場合、(法律による行政からの対応的要請としての)取消訴訟の出訴期間の縮小解釈とともに、実効的な権利救済ないし実効的な紛争解決の要請からの、違法性の承継をも認める必要がある【後掲図A③】。それゆえ「均衡解釈」は、処分性の拡大解釈に直接(反比例的に)対応する、取消訴訟の出訴期間の「縮小解釈」という意味での「狭義」の「均衡解釈」のみならず、その縮小解釈に伴って求められる「違法性の承

継」をも含めた議論として、広く構成すべきであろう。以下本稿では、この「広義」の「均衡解釈」のことを指して、便宜上「均衡解釈」論と呼ぶ。

以上、従来学説上指摘されてきた排他的管轄「不適用」論に関して、「縮小解釈」論と構成し直した上で、その行政法原理的な裏付け（法律による行政との関連）を明確化するとともに、これまた従来から提唱されてきた、処分性拡大に伴う違法性の承継に関して、その解釈論的位置づけを排他的管轄「不適用」論（ではなく「縮小解釈」論）との関係で明確化していく必要がある⁽⁸⁷⁾。もつともここで、均衡解釈の内容として、なぜ従来のような「不適用」という分かりやすい構成ではなく、わざわざ「縮小解釈」という「回りくどい」構成を採るのかという疑問が生じよう。

その理由として、取消訴訟の出訴期間につき「不適用」と構成すると、原告市民として、先、行、行、為、の、取、消、訴、訟、の、提、起、等、も、可、能、と、な、つ、て、し、ま、う、こ、と、が、挙、げ、ら、れ、る【後掲図B（a）黒矢印】。もちろん、実効的な権利救済ないし実効的な紛争解決の要請からすれば、先、行、行、為、に、つ、い、て、も、取、消、訴、訟、を、通、じ、て、争、い、う、と、の、帰、結、も、一、般、的、に、望、ま、し、い、事、態、か、も、し、れ、な、い、。また先、行、行、為、に、違、法、性、が、あ、る、と、原、告、市、民、が、考、え、る、以、上、、その行為の効力を取消判決（の形成力）により失わしめるチャンスを与えるというのが救済のあり方として直截的であろう。

しかし他方で、こうした場合、先、行、行、為、に、つ、き、出、訴、期、間、の、徒、過、を、通、じ、て、不、可、争、力、が、生、じ、た、も、の、と、信、頼、し、た、第、三、者、市、民、の、信、頼、利、益、が、害、さ、れ、る、お、そ、れ、が、出、て、く、る、こ、と、に、も、留、意、せ、ね、ば、な、ら、な、い（取消判決には第三者効がある）。またたとえ先行行為が第三者の利益に関わらない性質のものであっても、現に原告市民から提起されている後続行政処分をめぐる取消訴訟の審理を引き続き認め、その中で先行行為の違法性を争わせるのであれば、さしあたり原告市民の救済としては足りるのである⁽⁸⁸⁾。そもそも原告市民としても、当初からそういった形での救済を望んでいたはずな

ので、その訴訟上の自己決定(その裏返しとしての自己責任)を尊重する必要がある。つまるところ、原告市民が当初求めていた以上の救済をもたらす帰結は、「予測可能性の保護」の要請からすれば過剰な対応であるし、また「法的安定性の保護」の要請を無用に損なうことにもなりかねない。

とはいえ例外的に、事案によっては、先行行為につき出訴期間をさかのぼって取消訴訟を通じて争えないと、原告市民の実効的な権利救済にならない場合(関連して土地区画整理法事件等参照)、あるいは、その種の取消訴訟を通じて第三者との関係でも紛争を統一的に解決する必要性がある場合(関連して保育所廃止条例事件等参照⁽⁸⁹⁾)も生じてこよう(先の近藤意見も参照)。このような場合、裁判所は、「正当な理由」条項の適用の余地を示しつつ、原告市民に対し先行行為取消訴訟の提起等をするよう、積極的に釈明権を行使すべき⁽⁹⁰⁾——場合によってはその種の釈明義務が裁判所に課されるべき⁽⁹¹⁾——であろう【後掲図A③】⁽⁹²⁾。したがってこうした例外的・衡平的処理の必要がある場合を除けば、取消訴訟の出訴期間については、先行行為取消訴訟の提起等の許容までをも導く一律「不適用」と構成するのではなく、後続行政処分取消訴訟への違法性の承継の許容を導くに足りる限りでの「縮小解釈」と構成するのが妥当である(片側縮小・後掲図B(a)黒矢印)。また以上のことを「処分権主義」からみれば、この民事訴訟の〈原理原則〉が、行政訴訟の場面であっても、基本的には妥当しなければならないということになる。

もっとも(a)の場合、「取消訴訟の排他的管轄」の均衡解釈として、「取消訴訟の出訴期間」のみならず、「抗告訴訟の排他的管轄」の縮小解釈をも認め、別途の当事者訴訟の提起等をも認めるべきとの、別角度からの議論も考えられうる。しかし原則としてこの当事者訴訟オプションは認めるべきではない(片面縮小・後掲図B(a)白矢印)。というのも、この場面においても、原告市民がともと(後続行政処分に係る)抗告訴訟(取消訴訟)の選択を通じて救済を求めていたことを重視すべきだからである。

また実際にも、係争行為（先行行為）につき別途当事者訴訟による救済を認めなくとも、後続行政処分に係る抗告訴訟（取消訴訟）による救済——あるいは衡平的見地から認められうる先行行為取消訴訟による救済——でもって、原告市民の実効的な権利救済ないし実効的な紛争解決という見地からすればさしあたり十分であろう。これらを考慮すると、「取消訴訟の排他的管轄」という（大括り）の展開場面においても、「予測可能性の保護」と「法的安定性の保護」の両要請との調和を踏まえれば、原則として取消訴訟の出訴期間のみを縮小解釈し、抗告訴訟の排他的管轄の縮小解釈はなすべきではないように思う。⁽⁹³⁾

二．抗告訴訟の排他的管轄の縮小解釈

つぎに（β）〈別途の当事者訴訟〉を通じて争っている場合、係争行為に処分性が認められたことを受け、あらためて原告市民が係争行為の取消訴訟を提起等しようとしても、通常六カ月の取消訴訟の出訴期間を徒過してしまっている。また（α）の場合と異なり、係争行為につき後続行政処分があるとも限らない（例えば労災就学援護費不支給決定事件等⁽⁹⁴⁾参照）。さらに後続行政処分があつたとしても、その処分についてもすでに出訴期間が徒過してしまっている場合も考えられうる（先の近藤意見等参照）。したがってこれらの場合、いずれにせよ原告市民は「取消訴訟」を通じて争うチャンスがない。

加えて、仮に係争行為に後続行政処分があり、かつ、その処分につき出訴期間を過ぎていなかったとしても、すでに係争行為（先行行為）につき（処分性）という形で実質的に【紛争の成熟性】が認められ、かつ、原告市民としてもしかるべく行政訴訟（ただし当事者訴訟であるが）を提起しているのにもかかわらず、その裁判を訴訟類型選択の誤りのみから不適法とするのは、大浜氏も論じていたように、「法律上の争訟」を管轄する司法権の任務から

してあるべき姿ではないだろう。

以上のことから、(β)の場合には、「予測可能性の保護」の要請を踏まえた「均衡解釈」として、**抗告訴訟の排他的管轄の縮小解釈をしなければならぬ**【後掲図A①②】。もつとも原告市民が、現に提起している当事者訴訟の本案審理の中で、係争行為の違法性を争うものとするためには、この縮小解釈だけでは論理的に十分ではない。というのもこの縮小解釈の論理的帰結は、あくまでも係争行為をめぐって**抗告訴訟も当事者訴訟もどちらも提起しても構わない**という、**併用的構成**に係る一般的可能性のみであって、現に提起されている当事者訴訟が適法となるとまでは直ちに言えないからである。また抗告訴訟と当事者訴訟とは、「訴えの利益」の性質が一般的に異なると解するならば、⁽⁹⁵⁾前者の訴えの利益（原告適格、処分性、狭義の訴えの利益等）が充たされているとしても、そのことから直ちに後者の訴えの利益も充たされているとまでは言えない。⁽⁹⁶⁾

ひるがえって(a)の場合、現に提起されている後続行政処分取消訴訟を通じて争うものとするためには、取消訴訟の出訴期間の縮小解釈と連動して、違法性の承継が認められる必要があった。この点(β)の場合も、抗告訴訟の排他的管轄の縮小解釈と連動した、**抗告訴訟の訴えの利益が充たされている以上当事者訴訟の訴えの利益も充たされているものとみなすべき**との趣旨の（媒介的な解釈論）が必要となってくるのではないだろうか。本稿では、この仮説的に介在させるこの解釈論のことを、便宜上「**訴えの利益の承継**」という用語でもって暫定的に表現し論じていく。

さらに、以上の形で訴えの利益の承継論を介在させたとしても、もっぱら権利義務（行訴法四条…「公法上の法律関係」）に引き直して争われる当事者訴訟の本案審理の中で、「先決問題」として係争行為の違法性を争わせるためには、(a)の場合同様、実効的な権利救済ないし実効的な紛争解決の要請を踏まえ、**あらためて違法性の承継も**

認めねばならない【後掲図A③】。ただしこの場合の違法性の承継は、(a)の場合のように、「先行行為↓後続行政処分」という形で、行政過程における実際の時間的な連続を基軸に、違法性の承継を(実在的)に捉えるのとは「次元」が異なる。むしろ、本来であれば想定されうる抗告訴訟において争われるべきであった係争行為の違法性を、現に争われている当事者訴訟の先決問題としての係争行為に承継すべきといった、いわば代替する訴訟類型間で想定しうる、(誤解を恐れず表現すれば)違法性の(観念的)な承継に過ぎない⁽⁹⁸⁾。そこで以下、便宜上、(a)の場合の違法性の承継のことを【違法性の連・辞・的・承継】と、(b)の場合のそれを【違法性の連・合・的・承継】と称し、區別して論ずる⁽⁹⁹⁾。

さて、以上の抗告訴訟の排他的管轄の縮小解釈ならびに訴えの利益の承継および違法性の連合的承継からなる「均衡解釈」論を通じて、(b)の場合に関しては、現に原告市民が提起している当事者訴訟を通じて救済を受けべきとする対応策が妥当である。いわば従来学説上指摘されてきた「抗告訴訟の排他的管轄」の「不適用」論に関して、「縮小解釈」論と構成し直した上で、その行政法原理的な裏付け(法律による行政との関連)を明確化するとともに、これまた従来から提唱されてきた、処分性拡大に伴う「併用的構成」に関して、訴えの利益の承継並びに違法性の連合的承継という、より具体的な解釈論へと構成し直すことによって、排他的管轄「不適用」論(ではなく「縮小解釈」論)との関係での説明を明確化する必要性がある。

ところで、なぜ抗告訴訟の排他的管轄の「不適用」ではなく、その「縮小解釈」でなければならないのか、また問われよう。この点仮に「不適用」という構成をとると、「併用的構成」として、当事者訴訟の選択のみならず抗告訴訟の選択をも認めうることになってしまう【後掲図B (b) 黒矢印】。もともと裁判所も係争行為につき処分性を認め、本来的には抗告訴訟を選択すべきとするのだから、その判断に従い原告市民があらためて抗告訴訟を選

択する——具体的には抗告訴訟へと訴えを変更をする——ことも、適切な法解釈に基づく合理的な訴訟活動とも考えられる。⁽¹⁰⁾ またわざわざ訴えの利益の承継や違法性の連合的承継という、技巧的な⁽¹¹⁾ 解釈論を弄せずとも、処分性を認めて訴えの変更をも認め素直に抗告訴訟で争わせるというのが、原告市民の利益の観点からも訴訟経済の観点からも妥当との反論もありえよう。しかし筆者はこの抗告訴訟オプションを認めるのは原則として妥当でないと考ええる。

というのも、(β)の場合の「抗告訴訟」においても、(α)の場合の「当事者訴訟」に関わって指摘したのと(同様の)理由が成り立ちうるからである。例えば原告市民として、もともと係争行為(先行行為)の違法性につき当事者訴訟を通じて救済を選択していたはずなので、先行行為をめぐる抗告訴訟であれ、また場合によっては後続行政処分をめぐる抗告訴訟(の本案審理の中での先行行為の違法性の承継の主張)であれ、あらためて係争行為の違法性につき抗告訴訟を通じて争わせ直さなければ不測の不利益が生じてしまうとは言いがたい。

さらに抗告訴訟の中でも、判決に第三者効のある取消訴訟については、原告市民のみならず、出訴期間によって間接的に保護されている、行政行為(先行行為、場合によっては後続行政処分)に係る第三者の信頼利益をも考慮に入れねばならないし、また第三者の利益が関与らない行政行為の場合であっても、当事者訴訟を通じて実効的な権利救済ないし実効的な紛争解決となりうるのであれば、⁽¹²⁾ 無理に出訴期間をさかのぼってまでして取消訴訟の選択を認める必要性はないものと思われる。いわば抗告訴訟の排他的管轄の場面であれ、取消訴訟の出訴期間の場面であれ、一律「不適用」と構成してしまうことは、「予測可能性の保護」の要請からすれば過剰な対応であるし、また「法的安定性の保護」を無用に損なうおそれがあるのである。

以上の理由から、(β)の場合においても、「抗告訴訟の排他的管轄」につき一律「不適用」として抗告訴訟の提

起等の許容までをも導くのではなく、むしろ現に原告市民が選択提起した当事者訴訟を許容すべく「縮小解釈」をして、違法性の連合的承継（並びに訴えの利益の承継）を認めるにとどめておくこと——逆から言えば現に選択提起している当事者訴訟への訴えの利益の承継並びに違法性の（連合的）承継の許容を導く限りでの「縮小解釈」をするにとどめること——が妥当であるとともに（片側縮小・後掲図B（β）黒矢印）、さしあたり「抗告訴訟の排他的管轄の縮小解釈」のみを認めれば十分で、あえて「取消訴訟の出訴期間の縮小解釈」までも認めるべきではないとする議論が妥当である（片面縮小・後掲図B（β）白矢印）。すなわち、「予測可能性の保護」と「法的安定性の保護」の両要請を調和的に解釈するという見地からは、「取消訴訟の排他的管轄」・「抗告訴訟の排他的管轄」どちらの場面であれ、「縮小解釈」という構成が妥当なのである。

とはいえ（a）の場合同様、例外的に、事案によつては、係争行為（あるいは後続行政処分）につき「抗告訴訟」を通じて、とりわけ出訴期間をさかのぼって「取消訴訟」を通じて争えないと——ないしは後続行政処分取消訴訟の場合その本案審理の中で違法性の連辞的承継の主張を認めないと——、原告市民の実効的な権利救済にならない場合、あるいは、第三者との関係においても紛争を実効的に解決する必要性がある場合も生じうる。このような例外的・衡平的处理の必要がある場合には、やはり裁判所は「正当な理由」条項の適用の余地を示唆しつつ、原告市民に対し係争行為の取消訴訟の提起等（ないしは後続行政処分取消訴訟の本案審理での違法性の連辞的承継主張）をすすめるよう、積極的に積明権を行使すべき——場合によつてはその種の積明義務が裁判所に課されるべき——であろう【後掲図A、③】⁽¹⁰⁾。そして以上のことを民事訴訟の「処分権主義」からみれば、やはり行政訴訟の場面であっても、この〈原理原則〉が基本的には妥当しなければならないということになる。

第三節 小括

以上、〈仕組み解釈〉による処分性拡大が問題となる係争事案における原告市民の訴訟活動の類型的相違に依り、「均衡解釈」論のあり方を異ならしめることを通じて、「取消訴訟の排他的管轄」から生じうる「不測の利益」から原告市民をできるかぎり過不足なく救済すべきというのが私見の趣旨である。具体的には(a)現に【後続行政処分取消訴訟】の本案審理を通じて先行行為の違法性を争っている場合には、取消訴訟の出訴期間の縮小解釈と違法性の連辞的承継を、また(b)現に【係争行為に係る当事者訴訟】を通じてその違法性を争っている場合には、抗告訴訟の排他的管轄の縮小解釈と違法性の連辞的承継(さらに訴えの利益の承継も)を認めることによつて、それぞれ原告市民が当初から選択提起していたそれら訴訟のみを「適法」として維持し、それら訴訟を通じてのみ先行行為ないし係争行為の違法性を争わせるべきである【後掲図A①②③】。

換言すれば、(a)の場合、たとえ先行行為につき当事者訴訟を通じて争う余地が考えられるとしても、抗告訴訟の排他的管轄の縮小解釈と違法性の連辞的承継(さらに訴えの利益の承継)までも認め、その別途の当事者訴訟を適法として争わせるべきではなく、また(b)の場合、たとえ係争行為につき後続行政処分取消訴訟を通じて争う余地があつたとしても、取消訴訟の出訴期間の縮小解釈と違法性の連辞的承継までも認め、その別途の取消訴訟の中で係争行為の違法性を争わせるべきではない。したがつて処分性拡大に伴う管轄拡大問題については、「不適用」論というところで一律的な解決策を導き出しうる議論ではなく、むしろ「予測可能性の保護」と「法的安定性の保護」という相対立する原理的要請を解釈論的に調和させることを目指しつつ、(a)と(b)の場合に応じて、「取消訴訟の出訴期間」並びに「抗告訴訟の排他的管轄」それぞれの適用の有無をきめ細かに考慮しうる「縮小解釈」論(片面縮小)を展開していくことが妥当である【後掲図B(a)(b)各白矢印】。

また(a)(β)いずれの場合であれ、「取消訴訟の出訴期間」並びに「抗告訴訟の排他的管轄」それぞれを「不適用」として一律的な解決策を導きだすのではなく、むしろ「予測可能性の保護」と「法的安定性の保護」とを解積論的に調和させることを念頭に置きつつ、さらに「正当な理由」条項の援用を通じた「衡平」的解決の可能性【後掲図A③】をも考慮に入れるならば、「取消訴訟の出訴期間」並びに「抗告訴訟の排他的管轄」の適用、限度を調整しうる「縮小解釈」論(片側縮小)を展開することが妥当である【後掲図B(a)(β)各黒矢印】。逆に言えば、「取消訴訟の排他的管轄」に対しては、実効的な権利救済ないし実効的な紛争解決の要請から違法性の承継を導くのに必要最小限度の縮小解釈(片面縮小×片側縮小⁽¹⁶⁾)をすればよいのであって、それ以上の縮小解釈——あるいはその行きつく先として一律「不適用」——は、原則として「予測可能性の保護」の要請からも求められるものではないし、また「法的安定性の保護」の要請からも妥当でないのである。

かくして、以上の内容からなる「均衡解釈」論を通じて、学説上不明確であった取消訴訟の排他的管轄「不適用」論、取消訴訟の出訴期間、「正当な理由」条項、違法性の承継、併用的構成に関して、管轄拡大が問題となる事案類型を踏まえつつ、「法原理」・「法解釈」の両見地から整合的に論理構成していくことができるのではないか。また以上の内容の「均衡解釈」論を通じて、「予測可能性の保護」の要請と「法的安定性の保護」の要請とをきめ細やかに反映した解釈論的構成が可能になるように思われる。さらにこの「均衡解釈」論によって、「処分権主義」という民訴法の原理原則と「法律による行政」という行政法の原理原則とを、行訴法における原告市民の「自己決定の尊重」という観点を媒介に、一致させることができるようになるように思われる⁽¹⁷⁾。

とはいえ、以上の法原理的かつ法解釈論的に演繹しえたところの「均衡解釈」論にもかかわらず、行政訴訟実務では、処分性が不明確な場合の対応策として、行政訴訟の併合提起、運用(行訴法一六条、一九条)がなされて

いるといわれる。例えば(β)のような場合を念頭において、原告市民側が主位的請求・予備的請求という形で、最初から取消訴訟(抗告訴訟)と確認訴訟(当事者訴訟)とを——いわば「保険」をかけておくという趣旨で——併合提起しておくことが合理的な訴訟実践であると推奨されている。⁽¹⁰⁷⁾ また(a)のような場合に関しても、例えば先行行為取消訴訟と後続行政処分差止訴訟とを併合提起することにより、訴訟選択をめぐる不測の不利益を回避する対応策も考えられよう。⁽¹⁰⁸⁾ したがって、こういった併合提起運用が実務上十分に機能していく限りにおいては、私見の「均衡解釈」論の有効射程は狭まざるをえないだろう。

とはいえ、先に挙げた実務運用のいずれの場合であれ、取消訴訟との併合提起運用がなされるその前提には、先行行為ないし係争行為に関わって、「仕組み解釈」による処分性拡大(リスク)を、原告市民が前もって漠然とではあっても、ある程度予測しえているという暗黙の条件がある。裏返して言えば、原告市民として裁判所によるその種の処分性肯定をまったく予測することができず、例えば係争行為に係る確認訴訟であれ後続行政処分に係る取消訴訟であれ、それらどちらかの確信を持って提起したところ、仕組み解釈により係争行為ないし先行行為につき処分性が肯定されてしまった——かつその時点では本来提起すべきであった取消訴訟の出訴期間が徒過している——というような、裁判所による完全な「不意打ち」⁽¹⁰⁹⁾ 事案に関しては、上に挙げた取消訴訟との併合提起運用は機能しないように思われる。したがって、併合提起運用が十分に機能しない場合にも妥当な解決策を導き出さうる「標準的かつ規範的な解決モデル」を、「法解釈論」として整備しておくことは、やはり必要なことなのではないかと考える。

第四章 必ずびにかえて

以上本稿は、「仕組み解釈」を通じた「処分性拡大」判例が常態化している現在、その「副作用」として生じうる「取消訴訟の排他的管轄」拡大問題への対応策に絞って考察をしてきた。まずこの管轄拡大問題に対し排他的管轄「不適用」論を唱える代表的な学説を検討した。学説では、法原理論的には裁判を受ける権利等が、また法解釈論的には違法性の承継や併用的構成等が提案されてきた。本稿は、「予測可能性の保護」の要請について、「裁判を受ける権利」といった行政法原理外在的な観点のみではなく、「法律による行政」という行政法原理内在的な観点からも裏付ける必要性を強調した。また取消訴訟の排他的管轄の一律「不適用」との構成については、現行法の解釈論として困難であるばかりか、取消訴訟の排他的管轄に内在する「法的安定性の保護」の要請からして原理的にみても妥当でないとの判断のもと、「均衡解釈（縮小解釈）」を提案した。さらに縮小解釈のありようについては、場合に分けて論ずることが求められるのではないか、またこの文脈のもとで従来から提示されてきた「違法性の承継」や「併用的構成」に関しても整合的に議論できるのではないかとこの考えのもと、私見を展開した。

ここで私見をまとめると、まず【仕組み解釈】を通じた処分性（行政行為）の《拡大》解釈に関しては、「法律による行政」からの対応的要請（予測可能性の保護の要請）に基づく【均衡解釈】として、「取消訴訟の排他的管轄」（公定力並びに不可争力）の縮小解釈——「不適用」ではなく——を伴うべきであること【後掲図A①②】。またその均衡解釈の具体的内容は、原告市民の訴訟活動の相違に応じて場合分けして考えるべきこと。すなわち現に後続行政処分取消訴訟を通じて争われている事案類型の場合には、（あ）「取消訴訟の出訴期間の縮小解釈」——「不適用」ではなく——のみ【後掲図B（a）両矢印】を、また現に当事者訴訟を通じて争われている事案類

型の場合には、(い)「抗告訴訟の排他的管轄の縮小解釈」——「不適用」ではなく——のみ【後掲図B (β) 両矢印】を採るべきこと。⁽¹¹⁾

さらにこういった均衡解釈(縮小解釈)とともに、実効的な権利救済ないし実効的な紛争解決の要請に基づき、(あ)の場合には違法性の連辞的承継のみを、(い)の場合には違法性の連合的承継(並びにその前提として訴えの利益の承継)のみを認めるべきこと【後掲図A③】。そして以上でもつては妥当でない帰結が生じうる場合にはじめて、「正当な理由」条項を通じて、裁判所の判断権限を介在させた衡平的解決を模索すること【後掲図A③】⁽¹²⁾。さらに以上の内容をもつ「均衡解釈」論を通じて、「予測可能性の保護」と「法的安定性の保護」の両要請を調和的に実現させつつ、原告市民の不測の不利益が問題となる場合に応じ過不足なく解釈論的に対応すべく努めること。加えてこの「均衡解釈」論を通じて、従来から学説により提案されてきた排他的管轄「不適用」論・違法性の承継・併用的構成等を法原理論的かつ法解釈論的に整合的な形で発展させていくとともに、行政訴訟実務における併合提起運用が機能しない場合の「補充的」な対応策の充実ははかること。

なおここで、以上の「均衡解釈」論の〈基本前提〉をあらためて明確化して整理してみよう。①原告市民が裁判所による処分性の仕組み解釈(拡大解釈)から生ずる「不測の不利益」の犠牲になつてはならない(予測可能性の保護の要請)。②その対処に当たっては原告市民の訴訟類型選択をできるかぎり尊重する(自己決定・自己責任)方向性が妥当である(民訴訟の処分権主義に準拠)。③その対処に当たってはできるかぎり個別の裁判所の訴訟指揮や裁量判断に依存しない方向性が妥当である(行訴法に基づく規範的解決の探究)。④原告市民の救済にとつて必要となる以上に〈取消訴訟の排他的管轄〉の「縛り」をなくさない(処分の標準装備)の尊重)解釈が妥当である(法的安定性の保護の要請)。もちろん①と④、②と③とはそれぞれ対応関係にある。

しかし以上の〈基本前提〉に関しては、現在の処分性拡大判例動向が過渡的なもので、今後この動向が弱まるのであれば、またそうでなくとも抗告訴訟・当事者訴訟間の役割分担が判例法理として明確化し、市民一般にそれが予測可能となるのであれば、①に関して再検討する余地が出てくる。さらに今後の裁判実務の積み重ねを通じて、裁判所の訴訟類型選択が実効的な権利救済ないし実効的な紛争解決からしても現実的で妥当な対応策であることが明らかになるのであれば、②に關しても再検討する余地が出てくる。

同じく今後の判例から、裁判所による「正当な理由」条項の柔軟な解釈や、「積極的釈明」に基づく「訴えの変更」を通じて、裁判実務上原告市民に対し適時適切な救済がもたらされることが明らかになるのであれば、③に關しても再検討する余地が出てくる⁽¹⁵⁾。加えて、今後「取消訴訟の排他的管轄」という考え方をそのものを立法を通じて廃棄してしまうのであれば、④に關しても再検討の余地が出てこよう⁽¹⁶⁾。したがって私見の「均衡解釈」論なるものは、以上に挙げた今後の判例動向、実務動向、立法動向等の見通しについて「留保」した上での「試論」的な議論にすぎないことを強調しておきたい。

以上のほか今後の研究課題をいくつか挙げる。まず「均衡解釈」論の前提たる「予測可能性の保護」の要請に關わって、「処分性公式」が前提とする、民法の「法律行為」概念（とくに意思表示理論）からの類推として構築されてきた伝統的な【定型の行政行為（主観的構成に基づく行政行為）】概念と、「処分性拡大判例」が前提とする、法令上の仕組み¹⁷や行政過程の構造¹⁸を踏まえた〈仕組み解釈〉を通じて構築されている【非定型的行政行為（客観的構成に基づく行政行為）】概念との区別論⁽¹⁹⁾について、行政法総論の観点をも踏まえて、今後とも検討していく必要がある。

また均衡解釈論が採用する、拡大解釈に伴う縮小解釈、という解釈手法、さらに原告の訴訟活動、縮小解釈の

内容（違法性の承継の内容を場合に分け連動させる解釈手法、加えて処分性公式を踏まえつつも、行政行為（＝処分性のある行政活動）概念や公定力・不可争力（＝取消訴訟の排他的管轄）概念を、相対化⁽¹⁶⁾させようとする解釈手法に關しても、今後ともその妥当性・有効性を検証していかなばならない。

さらに「訴えの利益の承継」に關しては、その問題構成の妥当性を明確にすべく、抗告訴訟と当事者訴訟のそれぞれの「訴えの利益」の性質につき十分な検討を要する。そして本稿では、従来の「違法性の承継」につき「連辭的承継」と「連合的承継」とで、多元化⁽¹⁷⁾し、かつ、統一的⁽¹⁸⁾に議論していく方向性を提案した。この点も「取消訴訟の排他的管轄」の今日的射程を踏まえ検討していかなばならない。加えてこれまでの筆者の処分性拡大判例研究における、帰納的な⁽¹⁹⁾分析の中で用いた【処分性】に係る連辭／連合的解釈論と、本稿の管轄拡大問題研究における、演繹的な⁽²⁰⁾分析の中で用いた【違法性】に係る連辭／連合的承継論との關係に關しても考察していく必要がある。

そのほか本稿でモデルとして提示した「均衡解釈」論の妥当性・有用性を裏付けるためには、今後具体的な判例を素材とした検証作業も必要となつてこよう。またこの議論が、「民事訴訟」で争われていたところ処分性が拡大解釈されることとなつた場合にまで妥当するのにかについても検討していく必要がある。⁽¹⁸⁾さいごに処分性拡大をめぐつては、「取消訴訟の排他的管轄」拡大問題のほかにも、さまざまな「副作用」問題が指摘しうる。「仮処分の排除」（行訴法四四条）拡大問題、「不服申立前置主義」（行訴法八条）拡大問題、「行政手続法の適用」拡大問題等である。これらに關しても今後の研究課題としたい。

注

- (1) 取消訴訟以外にも処分庁による職権取消しや不服申立てによる取消しも考えられる。塩野宏『行政法Ⅰ「第五版補訂版」』（有斐閣、二〇一三年）一四五頁以下等参照。
- (2) ただし明文規定でもって「取消訴訟の排他的管轄」が定められているわけではない。判例学説上確立した「法理」である。最判昭和三九年一〇月二九日民集一八卷八号一八〇九頁や原田尚彦『行政法要論「全訂第七版補訂二版」』（学陽書房、二〇一二年）【原田「要論」】一四〇頁以下等参照。
- (3) ただし無効等確認訴訟（行訴法三条四項）による例外的救済等も考えられる。しかしこの請求が認められるためには、原則として行政行為に「重大かつ明白な」瑕疵があるとの厳格な要件の立証が原告市民に課される。原田「要論」・前掲注（2）一七九頁以下等参照。
- (4) 出訴期間と排他性の関係につき小早川光郎編『改正行政事件訴訟法研究』ジュリ増刊（二〇〇五年）【「改正研究」】一一二頁も参照。
- (5) 「取消訴訟の排他的管轄」が何を意味するかは一つの論点であり、十分な検討を要する。例えば「改正研究」・前掲注（4）八九頁以下で中川丈久氏は、「取消訴訟の排他性」につき、日米比較法研究の成果を踏まえつつ——同「行政訴訟に関する外国法制調査——アメリカ（下）一」ジュリ一二四二号（二〇〇三年）【中川「ジュリ」】九〇頁以下や同「外国法制からみた日本行政訴訟制度・理論の検討（下）——Ⅲアメリカとの比較」自研七九卷六号（二〇〇三年）【中川「自研」】八頁以下参照——以下四点へ概念整理を試みる（『改正研究』・前掲注（4）九二頁「中川・論点整理ペーパー」（二頁）参照）。
- ① 「取消訴訟と実質的に同じ趣旨の別の訴訟は許されない。」② 「行政処分の意図した状態の実現を、行政訴訟（抗告訴訟）以外の訴訟によって妨害してはならない。」③ 「行政処分の審査（違法事由あり↓効力なし）が、民事訴訟や公法上の当事者訴訟の先決問題として行われてはならない。」④ 「すなわち「行政処分の公定力論＝取消訴訟の排他的管轄論」⑤ 「個々の行政決定（行政処分・行政立法・etc.）について、その違法性の審理の場を、特定の訴訟方法に限定することが合理的であることが、根拠法等の

明文や解釈で導かれるならば、それ以外の訴訟で（先決問題として）審理することは禁止される。」④⑤が「訴えを却下すべきかどうか」の訴訟要件審理問題、⑥⑦が「ある先決問題の審理が許されるか、その先決問題に関する本案上の主張が遮断されないか」という、本案審理」問題とする。本稿は中川説も含め、「取消訴訟の排他的管轄」の意義に関する検討は行なわない。

(6) 「仕組み解釈」論については橋本博之『行政判例と仕組み解釈』（弘文堂、二〇〇九年）【橋本書】一頁以下等参照。

(7) 本稿では「処分性拡大判例」として以下の判例を念頭に置く。二項道路一括指定事件（最判平成一四年一月一七日・民集五六卷一号一頁）、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）、登録免許税拒否通知事件（最判平成一七年四月一四日・民集五九卷三三九四一頁）、食品衛生法違反通知事件（最判平成一六年四月二六日・民集五八卷四号九八九頁）、病院開設中止勧告事件（最判平成一七年七月一五日・民集五九卷六号一六六一頁）、病院病床数削減勧告事件（最判平成一七年一〇月二五日・判時一九二〇号三三三頁）【両事件併せて「医療法勧告事件」】、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・民集六二卷八号二〇二九頁）、保育所廃止条例事件（最判平成二二年一月二六日・民集六三卷九号二二四頁）、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・民集六六卷二号一四八頁）。

関連して拙稿「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）二二三頁以下、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。同「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。

(8) 第一五九回国会衆議院法務委員会「行政事件訴訟法の一部を改正する法律案に対する附帯決議」（平成一六年五月一四日）、同参議院法務委員会「行政事件訴訟法の一部を改正する法律案に対する附帯決議」（平成一六年六月一日）参照。また司法制度改革推進本部行政訴訟検討会第二六回議事録等も参照。なお行訴法改正のため設けられたこの行政訴訟検討会の審議の中では、処分性の拡大問題、さらにはそれに伴う「取消訴訟の排他的管轄」拡大問題について、非常に有益な議論が展開されている。よって本稿

でも、適宜同会議事録(※)を参照し、その際の出典表記は「回数」のみを挙げる。

※ <http://www.kantei.go.jp/singi/sihou/kentoukai/05gyouseisoyou.html>

- (9) 「シンポジウム」公法七十一号(二〇〇九年)二一五頁以下(高木光発言)、神橋一彦『行政救済法』(信山社、二〇一二年)九六頁以下、芝池義一『行政救済法講義「第三版」』(有斐閣、二〇〇六年)三二頁以下等参照。また前掲注(8)九回、一三回、一七回、一八回の審議のほか、第一五九回国会衆議院法務委員会(平成一六年五月二日)【衆法五月二日】山崎潮政府参考人(司法制度改革推進事務局長)、同参議院法務委員会(平成一六年五月二七日)【参法五月二七日】同参考人の答弁も参照。
- (10) 拙稿「処分性拡大論に関する一考察」洋法五六卷三号(二〇一三年)一頁以下参照。
- (11) 前掲注(7)参照。
- (12) 前掲注(7)参照。
- (13) ただし判例学説上、例外的に、先行行為(行政処分)と後続行政処分とが連続した一連の手続を構成し一定の法律効果を目指している場合、違法性の承継が認められてきた。石森久広「違法性の承継」法教三八三号(二〇一二年)四頁以下等参照。
- (14) 一四条について、南博方ほか編『条解 行政事件訴訟法「第三版補正版」』(弘文堂、二〇〇九年)【条解】三六八頁以下(伊藤清隆)、室井力ほか『行政事件訴訟法・国家賠償法「第二版」』(日本評論社、二〇〇六年)【コメ】二二二頁以下(見上崇洋)、『改正研究』・前掲注(4)五〇頁以下、園部逸夫ほか編『改正行政事件訴訟法の理論と実務』(ぎょうせい、二〇〇六年)一〇三頁以下(近藤卓史)等参照。
- (15) 四六条について、『条解』・前掲注(14)七八一頁以下(竹野下喜彦)、『コメ』・前掲注(14)四八一頁以下(村上博)、『改正研究』・前掲注(4)五一頁以下、近藤・前掲注(14)一一〇頁以下等参照。
- (16) 竹野下・前掲注(15)七八五頁、七八八頁以下、伊藤・前掲注(14)三七〇頁、三八二頁、『改正研究』・前掲注(4)五二頁以下、五七頁以下、近藤・前掲注(14)一〇八頁、一一三頁以下、松永邦男ほか編著『Q&A 改正行政事件訴訟法』(ぎょうせい、二〇〇五年)【Q&A】一一八頁、一五三頁以下等も参照。
- (17) 関連して『改正研究』・前掲注(4)五三頁以下、近藤・前掲注(14)一一一頁以下、橋本博之『解説 改正行政事件訴訟法』

- (弘文堂、二〇〇四年) 【橋本「解説」】一二二頁、前掲注(8) 一六回の芝池義一委員、福井秀夫委員の関連発言等も参照。
- (18) なお橋本「解説」・前掲注(17) 一二二頁は、行政不服審査法と違い、行訴法の教示規定に関してはそれをしなかつた場合の救済規定が設けられていないことから、「情報提供」という用語が適切とする。
- (19) 『改正研究』・前掲注(4) 五三頁(村田斉志発言) や『Q & A』・前掲注(16) 一一七頁等参照。
- (20) なお原告市民が訴訟類型選択を誤つた場合の「正当な理由」条項の適用の可否については、『改正研究』・前掲注(4) 五六頁以下でも議論されている。結論として裁判所の個別事案での判断によりけりとの印象を受ける。
- (21) 司法研修所編『改訂行政事件訴訟の一般的問題に関する実務的研究』(法曹会、二〇〇〇年) 【研究】一六頁等参照。
- (22) この理解に立つ山本隆司「判例から探究する行政法」(有斐閣、二〇一二年) 【山本書】四〇七頁以下参照。関連して増田稔「判批」最判解説民平成二〇年度四五九頁以下や大橋洋一「行政法Ⅱ」(有斐閣、二〇一二年) 一三〇頁脚注(35) も参照。
- (23) 民訴法の「訴えの変更」に関して上田徹一郎「民事訴訟法」【第七版】(法学書院、二〇一二年) 五二九頁以下等、行訴法の「訴えの変更」に関して『条解』・前掲注(14) 四二四頁以下(市村陽典)、『コメ』・前掲注(14) 二四〇頁以下(磯村篤範・野呂充)、『研究』・前掲注(21) 七八頁以下、二五一頁以下等参照。行訴法一九条二項により準用される民訴法二四三条に基づく訴えの変更が認められるためには、①旧訴・新訴間の請求の基礎に変更がない、②著しく訴訟手続を遅延させない、③事実審の口頭弁論終結前であるとの三要件を充たす必要がある。なお訴えの変更の場合、訴えの追加的併合(行訴法一九条一項)と異なり、旧訴が適法であることは要件でない。『研究』・上掲二五三頁等参照。
- 「訴えの変更」と同様の効果をもつものとして、行訴法一九条一項の「請求の追加的併合」と民訴法二六一条一項(行訴法七条)の「旧訴に係る訴えの取下げ」との組み合わせも考えられる。しかしこれが認められるためには、その前提として、当初の訴えが適法であり、かつ、追加される訴えが関連請求(行訴法一三条)に係るもの等の所定の要件を充たす必要がある。市村・上掲四二四頁、四二六頁参照。また民訴法一四三条(行訴法一九条二項)で訴えの変更の対象となるのは、ある行政訴訟を他の行政訴訟に変更する場合のみで、民事訴訟から行政訴訟(取消訴訟)への訴えの変更等はできない。市村・上掲四二四頁、四二七頁、『研究』・上掲二五一頁以下等参照。ただし田頭章一「改正行政事件訴訟法の下での請求併合論の行方」井上治典先生追悼論文集

『民事紛争と手続理論の現在』（法律文化社、二〇〇八年）三二〇頁以下も参照。

(24) なお取消訴訟に係る「訴えの提起」の場合と同様、取消訴訟への「訴えの変更」も、その変更しようとする時点で、（それへと変更を求めている）取消訴訟の出訴期間を徒過している場合、原則として認められない。最判昭和六一年二月二四日（民集四〇卷一号六九頁）のほか、伊藤・前掲注（14）三七七頁以下、見上・前掲注（14）二二二頁以下、『改正研究』・前掲注（4）五六頁以下、前掲注（8）一一回の福井秀夫委員の関連各発言等も参照。

(25) 関連して山本書・前掲注（22）四〇八頁参照。なお近藤意見は、本文で紹介した「公定力と違法性の承継」と「出訴期間と経過措置的解釈」の論点のほか、「取消判決の第三者効（対世効）」と第三者の手続保障」の論点も論ずる（山本書・上掲四〇九頁以下等参照）。三番目の論点につき同裁判官は、行政計画を含む一般処分に関してなされる取消判決について「絶対的効力」（処分の効果が第三者との関係でも絶対的に失われる）説が妥当である旨、指摘する（なお第三者の利益は訴訟参加（行訴法二二条）や第三者再審の訴え（同三四条）によって保護できるといふ）。もつとも行政計画を含む一般処分の取消判決につき、絶対的効力を認めるか、相対的効力（原告との関係における処分の相対的な効力のみ第三者との関係でも失われる）しか認めないかについては意見が分かれる。「コメ」・前掲注（14）三五二頁以下（山下竜一）等参照。とくに用途地域指定に処分性が認められると仮定して、その取消判決については相対的効力説が望ましいとする、同三五四頁以下参照。関連して阿部泰隆『行政訴訟改革論』（有斐閣、一九九三年）【阿部『改革論』】一一三頁も参照。

(26) なお近藤意見の前掲たる平成二〇年最判が、いわゆる「青写真」判決（最判昭和四一年二月三日・民集二〇卷二号二七一頁）——計画決定の違法性につき仮換地指定や換地処分といった後続行政処分段階でも争えることをも論拠として計画決定の処分性を否定した——を明示的に「判例変更」したもので、この判例としての位置づけが「違法性の承継」を消極的に捉える近藤意見に与えている影響の有無も検討する必要がある。関連して山本書・前掲注（22）三七八頁以下も参照。

(27) 例えば山本書・前掲注（22）四〇八頁以下では、「換地処分等の取消訴訟において事業計画決定の違法の主張を認める『経過措置的』解釈」が必要になる場合があると指摘する。また一般に、行政計画や行政立法につき国民の権利救済の観点から、出訴期間経過後の後続訴訟で先決問題としてそれらの違法性を主張できるものとすべきとする、北村和生「行政訴訟制度改革と訴訟類型

- 論」法時七六巻一号(二〇〇四年)一〇二頁参照。さらに近時、東京都建築安全条例事件(最判平成二一年二月一七日・民集六三巻一〇号二六三二頁)は、「安全認定」に処分性があることを前提としながらも、その違法性につき周辺住民が後の「建築確認」に係る取消訴訟の中で争うことを認める。なお違法性の承継による場合でも、後続行政処分取消判決の「拘束力」により、行政庁には不整合処分としての先行行為の取消義務が生じると解しうる(後掲注(88)参照)。
- (28) 詳しくは拙稿・前掲注(10)参照。
- (29) 杉原則彦「批判」最判解説民平成一七年度(下)四四七頁以下参照。
- (30) 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)二一九頁以下参照。
- (31) 山本書・前掲注(22)三六三頁や石森・前掲注(13)一二頁等参照。
- (32) 杉原説と形式的行政処分論の類似性につき、稲葉一将「処分性の拡大と権利利益の実効性」法時八二巻八号(二〇一〇年)一一頁以下等参照。
- (33) 塩野宏『行政法Ⅱ「第五版補訂版」』(有斐閣、二〇一三年)【塩野】「救済法Ⅱ」一一九頁以下参照。同『行政法概念の諸相』(有斐閣、二〇一二年)【塩野】「諸相Ⅱ」一五頁以下も参照。
- (34) これに対し中川丈久「処分性を巡る最高裁判例の最近の展開について」藤山正行ほか編『新・裁判実務大系二五巻…行政争訟「改訂版」』(青林書院、二〇一二年)一四二頁以下は、医療法勧告事件が「行為形式アプローチに忠実な側面を持つ」ことから、通常の行政処分同様、出訴期間のほか行政手続法や行政不服審査法が適用されるとする。この議論の前提をなす、中川氏の処分性拡大判例分類論については、別の機会に検討したい。
- (35) 巨理格「行政訴訟の理論」公法七一号(二〇〇九年)【巨理】「公法Ⅰ」七六頁以下参照。
- (36) 前掲注(7)参照。
- (37) 山本書・前掲注(22)三六二頁以下参照。
- (38) 関連して処分性公式を示した三九年最判を読み直しながら同旨の議論をする、稲葉・前掲注(32)一二頁も参照。

- (39) 食品衛生法違反通知事件（前掲注（7）参照）につき山本書・前掲注（22）三四四頁も参照。
- (40) 橋本書・前掲注（6）八九頁以下参照。
- (41) その限りで「通常の判例法理を前提にする」といえよう。橋本書・前掲注（6）七五頁参照。
- (42) 関連して橋本書・前掲注（6）二〇七頁以下や同「平成一六年行政事件訴訟法改正後の課題」自研八六卷九号（二〇一〇年）【橋本「課題」】九頁以下も参照。
- (43) 大浜啓吉『行政裁判法』（岩波書店、二〇一一年）一二七頁以下参照。関連して村上順「書評」自研八八卷六号（二〇一二年）一三四頁以下も参照。
- (44) 宮田三郎「環境基準について（三・完）」千葉大学法学論集五卷二号（一九九一年）一六四頁以下等参照。
- (45) 後掲注（46）参照。
- (46) 大浜・前掲注（42）四五頁は「適法処分の原則」について、「憲法上、行政権は『法律を誠実に執行』しなければならない（憲法七三一号）が、行政処分が誠実な法律の執行であるためには、何よりもそれは適法な処分でなければならない」として、憲法に基礎を置く原則であるとする。またこの原則からすると、行政処分という形での「行政と私人間を規律する権限（規律権）は行政庁の法律を執行する権限に包摂されたものでしかない」。そしてこのことから、「取消訴訟は、処分時点における行政庁の具体的権限の不存在（実体要件事実の瑕疵）および手続要件の不遵守の違法を確定し、暫定的な違法状態が本来効力をもたないことを確認するものである。」という。
- (47) もっとも塩野「諸相」・前掲注（33）二二頁は、周辺領域の処理に当たっては、「周辺領域の洞察」が必要であり、「救済の理念とか事務処理の都合ということだけで処理してよいものではない。」なども論じている。関連して阿部泰隆「行政訴訟における訴訟要件に関する発想の転換」判時二二三七号（二〇一二年）【阿部「転換」】一一頁も参照。
- (48) 関連して「行政における一般排他性の原則」について論じる岡田春男『行政法理の研究』（大学教育出版、二〇〇八年）一七五頁以下参照。
- (49) もっとも巨理格「行訴法改正と裁判実務」ジュリ一三二〇号（二〇〇六年）九頁【巨理「ジュリ」】でも、管轄拡大問題が論

じられている。ここでは、「取消訴訟の排他性という制約を伴った行政行為の概念は、今日でも維持するに値する」としつつも、「処分性の承認と取消訴訟の排他性及び出訴期間の制限の適用とを切り離す形式的行政処分論の立場」を支持する（関連して「シンポジウム」公法七一号（二〇〇九年）二二六頁（巨理格発言）も参照）。その理由として、「取消訴訟の排他性は、取消訴訟に相応しい定型な行為として法律上想定された行政決定すなわち行政行為に限定して認められるべきであって、狭義の行政行為には該当しないが関連諸制度との組み合わせ等によって処分性が認められるべきである種々の行政決定にまで、これを及ぼすべきではない」ことを挙げる。その上で、医療法勧告事件に関しては、同勧告取消訴訟の選択肢のみならず、同勧告後の保険医療機関指定拒否処分に係る取消訴訟の中で、同勧告の違法性を主張しえなければ、「実効的権利救済の理念を組み込んだ裁判を受ける権利の保障の趣旨に反する」と指摘する。

(50) 山本説はドイツ法の知見から大きな影響を受けていることが推察される。山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査——ドイツ（上）」ジュリ二二三八号（二〇〇三年）九五頁以下、同「外国法制からみた日本行政訴訟制度・理論の検討（下）——IVドイツとの比較」自研七九巻六号（二〇〇三年）三九頁以下、同「訴訟類型・行政行為・法関係」民商一三〇巻四・五号（二〇〇四年）【山本「民商」六四六頁以下、エバーハルト・シュミット・アスマン著（太田匡彦ほか訳）『行政法理論の基礎と課題』（東京大学出版会、二〇〇六年）三三二頁以下等参照。

(51) 山本書・前掲注(22)三七二頁。

(52) なお山本書・前掲注(22)三四一頁脚注(11)は、一九七〇年代のドイツで、行政行為概念を拡張し、行政手続における最終決定をも含める議論があったことを挙げつつ、しかし山本氏としては、「行政行為ではないけれども行政行為に関連する決定に処分性を認める可能性を考慮しており、行政行為概念自体の解体までは意図していない。」と指摘する。とはいえ、処分性拡大判例が「処分性公式」を踏まえて処分性を認めているとの仮説を踏まえると、そもそも「行政行為」と同じくそれを通じて相手方市民の権利義務を直接具体的に変動させる効果をもたらすのにもかかわらず、それでも行政行為ではない「行政決定」とは何だろうか。

つまるところ、行政行為と行政決定は論理的に区別しうるのか、しうるとしてもその実益がどこまであるのか、なお検討の余地があるように思われる（ちなみに阿部「転換」・前掲注(47)一一頁は、医療法勧告を「処分の拘束的予告」という「新規の処分概

念」であると性格づける。

関連して処分性拡大判例が出される以前から、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)【亘理「アクセス」】一二五頁以下は、「行政の公権力行使のプロセスを一個の行為として扱ってきた伝統的な行政法の行為形式論は、行政作用をあたかも自然人の行う法律行為と同質的な一個の意思行為として把握する点において、一つのフィクションに立脚していた」とし、「従来の通説的な処分性論は、行政行為に関するそのような一体的思考方法が抗告訴訟の場に投影された結果たる一面を有する」と指摘した上で、次のように論じていた。「しかし、今日の時点で、行政の公権力行使に対するきめ細やかな法治主義的コントロールを確保しようとの見地から観察した場合、従来のような一体的思考方法を改め、行政作用の実像に即した形でこれを分節的に把握することにより、行政主体の意思の決定に相当する部分を処分として把握するとともに、その執行過程において現実化する法律関係に対しては、個々の作用の性質に応じて場合によっては民事訴訟等の提起をも認めるという方向での問題解決が図られるべきであろう。」

ここでは、「民法の「法律行為」との類比のもとに構成された伝統的な「行政行為」概念と、「行政の公権力行使のプロセス」に対する「法治主義的コントロール」をもとに構成された新たな「行政決定」概念とが鮮やかに対比されている。山本説であれ亘理説であれ、これらの議論を踏まえると、伝統的な「処分性公式」が前提とする「行政行為」概念と、「処分性拡大判例」が前提としているであろう「行政行為」概念(ないしは「行政決定」概念)の異同に関しては、「行政救済法」の問題(処分性論)としてのみならず、「行政法総論」の問題(行政行為論)としても、今後検討していく余地があるように思われる。

(53) 塩野『救済法』・前掲注(33)一二二頁脚注(5)参照。関連して同二六五頁や同『諸相』・前掲注(33)一八頁も参照。

(54) 関連して神橋・前掲注(9)二八三頁以下も参照。

(55) 橋本書・前掲注(6)七五頁以下、八六頁、八八頁参照。ただし同九〇頁以下も参照。

(56) なお橋本「課題」・前掲注(42)一〇頁、一五頁以下の、抗告訴訟、当事者訴訟へのそれぞれの論評を併せて参照。また橋本博之ほか「行政事件訴訟法改正五年後見直しの課題」自研八六卷一〇号(二〇一〇年)【五年後】一〇頁以下(橋本博之発言)も参照。

(57) 橋本書・前掲注(6) 九一頁以下参照。

(58) 橋本博之「行政訴訟に関する外国法制調査——フランス(上)」ジュリ一二三六号(二〇〇二年)【橋本「ジュリ」八九頁以下や同「外国法制からみた日本行政訴訟制度・理論の検討(上)——エフランスとの比較」自研七九巻五号(二〇〇三年)】橋本「自研」六頁以下参照。おそらく具体的には、フランスでも「行政決定の取消しについて、短期(二ヵ月)の出訴期間とその経過による形式的確定という手続的な公権力観」(橋本「ジュリ」八九頁)が採られている一方、それは「行政決定に関する広い解釈」等の「行政決定の取消しを争う場合の訴訟要件に関するリベラルな判例政策とセットになっている」こと(同頁)、また「フランスでは、行政裁判制度の存在もあつて抗告訴訟が排他性を有する一方、抗告訴訟手続に乗せるための入り口は非常に柔軟である」。(同頁) こと、具体的には「さまざまな行政過程を争おうとする場合、行政決定を切り出して越権訴訟に乗せるという解釈方法が判例法によってリベラルに運用され」、「処分性につき要求される『侵害的』という要素も、日本のように取消訴訟対象性を否定するための説明という形の排除的方向性で運用されているように思えない」。(同「ジュリ」九〇頁以下) こと、「フランス法の行政訴訟の構造が、行政訴訟の対象が極めて柔軟な『行政決定』概念によって画され、訴訟類型論は『行政決定』について裁判官に取消しを求めるのか変更まで求めるのかという救済方法のレベルの問題になる」(同「自研」一〇頁) こと、「フランスの場合、行政裁判制度の存在と先行する行政決定を事後的に争うための手続が構造的に結びついているが、他方で、国民が行政訴訟を提起するための手続的な入り口は柔軟でかつ広い。行政決定の概念は、『訴訟への結合』という行政救済の観点から見た手続的な行政作用法理論の結節点なのであり、国民が行政作用について裁判的な訴えを提起する可能性を拡大するための道具なのである」。(同二二頁) こと、「行政行為概念を軸にもものを見るのではなく、救済制度と本質的に結びついた行政決定の概念が用いられていることが、フランス・モデルの特質になっていること」(同一四頁)、「仮に日本における処分性の概念を行政庁の『決定』に近づけるといふ立法論を試みるのであれば、フランス行政訴訟における法技術的議論の蓄積について参照可能性は増すことになろう」。(同頁) ことなどを念頭におくように思われる。

(59) ちなみに裁判所による訴訟類型の選択を認めるのは、フランスのみではないようである。例えば山本「民商」前掲注(50)六四二頁以下は、ドイツ法の知見をもとに、「請求の範囲」は「原告の意思により特定すべきであるとしても(処分権主義)、訴訟

「類型と判決形式の特定は、裁判所が行うべき純粋な法解釈の問題である」、「訴訟類型を特定する責任を負う裁判所は釈明により、原告が請求の範囲を特定するのを補助すべきである」とする（関連して山本書・前掲注（22）三二六頁も参照）。

また中川「自研」・前掲注（5）七頁は、日本法同様「アメリカ法においても、原告は、自らの請求を特定しなければならぬ」が、その特定の程度は、どの行政活動に不服があるか、また原告の求める救済が何らかの是正であることさえ明確であればそれで足りるとして、「アメリカの司法審査訴訟では、本案審理の結果に基づき、裁判所が、適切な是正内容の判決を選択するべきであつて、いかなる内容の判決が下されようと、全体としてひとつの訴えであると考えられている。」とする。またこの紹介を踏まえるとともに、日本法において、「違法な行政活動により、法的に保護された利益を侵害された（侵害のおそれのある）者は、その是正を求める権利を有する」との「是正請求権」という「実体法理」が個別行政法から析出できるとの考えのもと、「裁判所は、是正請求権を実現するべく、行政機関の行為の適否を直接に審査し、本案審理の結果に基づき、必要と考えられる是正内容とする判決を下す」という「行政活動に対する是正請求訴訟」を提案する。同二〇頁以下参照。また『改正研究』・前掲注（4）九六頁以下（中川丈久発言）も参照。

（60）この議論を推し進め「立法」化しようとしたものが、行訴法改正時に日本弁護士連合会より提案された「是正訴訟」制度であろう。越智敏裕「日弁連『行政訴訟法（案）』について」自正五四巻七号（二〇〇三年）七九頁以下や日弁連編『使える行政訴訟へ』（日本評論社、二〇〇三年）等参照。この制度が採用されなかった理由に関しては、さしあたり前掲注（8）の参法五月二七日山崎潮政府参考人の関係答弁等参照。もつとも是正訴訟制度においても、出訴期間や排他性が解決せねばならない問題として生じてくる。北村・前掲注（27）九八頁以下等参照。なお「是正訴訟」制度類似の提案として、前掲注（59）の中川「是正請求訴訟」案のほか、興津征雄「違法是正と判決効」（弘文堂、二〇一〇年）三三三頁以下も参照。

（61）関連して前掲注（8）九回並びに一七回の水野武夫委員の関連発言も参照。

（62）ただし行政訴訟固有の事情を無視し、民事訴訟における処分権主義の発想を貫くことに関して、阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』（有斐閣、二〇〇九年）【阿部「解釈学Ⅱ」七二頁は、「民事法帝国主義的発想」として強く批判する。さらに処分権主義をそのまま行政訴訟に貫徹することに対する疑問として、一一回・前掲注（8）の水野武夫委員の発言も参照。

(63) もちろん処分権主義を前提としつつも、行政訴訟の特殊性（公益性や当事者間の構造的な実力格差等）を念頭に置いて、裁判所の訴訟指揮権（訴えの変更を促す積極的釈明や請求の趣旨の善解等）に期待することもありえよう。阿部『改革論』・前掲注(25) 六〇頁、『行政救済の実効性』（弘文堂、一九八五年）【阿部『実効性』三三五頁以下、同「行政訴訟の新しいしくみの提案」自正五三巻八号（二〇〇二年）二〇頁以下等参照。民法の見地から山本和彦「民事訴訟法理論から見た行政訴訟改革論議」法時七六巻二号（二〇〇四年）一一〇頁も参照。

(64) 塩野『救済法』・前掲注(33) 一二三頁脚注(6) 参照。ただし橋本書・前掲注(6) 九三頁以下参照。

(65) なお塩野『救済法』・前掲注(33) 同一一九頁は、行訴法改正の訴訟類型の多様化を通じて、「取消訴訟の拒絶が救済の拒絶に結びつくという固定観念」は除去されたとする一方で、「訴訟類型間の垣根が完全に取られたと見るのは適切でない。」と指摘する。

(66) もっとも裁判所の訴訟運営の観点からしても、請求の趣旨の特定・訴訟類型の選択に関しては、釈明権の行使を通じてできるだけ原告の不利にならないように善処するが、最終的には処分権主義に基づき原告の自己決定・自己責任で行ってほしいという議論もありえよう。一回・前掲注(8) の市村陽典委員の関連各発言参照。関連して「パネルディスカッション」『使える行政訴訟へ』・前掲注(60) 一二四頁以下の議論も参照。

(67) とはいえ橋本説は、「原告の救済の便宜から」との、裁判所の選択権限を制約する留保を付しているの、仮にこの留保について、原告みずからが判断するところの救済の便宜として理解するなら、橋本説も実際の帰結としては（原告市民の自由選択）構成を意味するとも解しうる。また橋本書・前掲注(6) 二〇八頁は、「新しい行訴法のスタンス」として、「裁判所が、具体的事案における紛争の成熟性を見極め、原告の請求の趣旨を適切に汲取りながら、個別の事案に応じて最適な訴訟類型をチョイスして実効的救済の途を開くような訴訟遂行を行うことにある」と指摘する。さらに関連して「パネルディスカッション」『使える行政訴訟へ』・前掲注(60) 一二六頁以下（阿部泰隆発言参照）。なおフランスでは、裁判官は原告の請求の趣旨の解釈によって、越権訴訟とするか完全裁判訴訟とするかを判断するという。橋本「ジュリ」・前掲注(58) 八七頁や同「自研」・前掲注(58) 一一頁参照。

(68) ちなみに橋本書・前掲注(6)六六頁は、二項道路一括指定事件を素材に、一括指定につき処分性を肯定すると、それにつき「取消訴訟の利用強制(排他性)」が生じ、その後になされる「建築主事への回答」のタイミングを捉えた何らかの訴えにおいて、一括指定の違法性の主張が遮断されることになる。「一応考えられる」と指摘している。

(69) 例えば阿部『解釈学』・前掲注(62)一一四頁参照。また関連して、行為形式選択の文脈ではなく、もっぱら訴訟類型選択の文脈での議論であるが、「キヤッチ・ボールによる『裁判を受ける権利』の侵害」が生ずるおそれにつき、同一一〇頁、一二三頁以下、一八四頁以下のほか、同『行政訴訟要件論(弘文堂、二〇〇三年)一八頁以下の例も参照。また原田『要論』・前掲注(2)三九〇頁は、用途地域指定に関して確認訴訟によるべきで取消訴訟によるべきではないなどの、「訴訟形式の多様化を取消訴訟の提起を妨げるために援用する」のは、「いかにも官僚好みの底意地の悪い論理」と批判した上、「訴訟類型の多様化」の実現を前提としても、なお「取消訴訟の弾力的運用」を認めるべきと主張する。「五年後」・前掲注(56)一一頁(橋本博之発言)も参照。

(70) 塩野宏編著『日本立法資料全集三九卷 行政事件訴訟法(五)』(信山社、一九九四年)四四頁参照。また例えば広木重喜「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)三一頁以下等参照。大浜・前掲注(42)一一四頁以下も参照。

(71) もっとも広木・前掲注(70)三四頁は、あえて事実行為という用語をもちいずに、「その他公権力の行使に当たる行為」という言葉をもちいていることは、今後の判例学説にその概念の内包を明確化する余地を十分残していると指摘する。

(72) 例えば塩野『救済法』・前掲注(33)一一七頁は、「公権力の行使に当たる行為」につき、「取消訴訟の場面では、実務的にも理論的にも、適切な働き場所が見出されていない。」という。

(73) 大浜・前掲注(42)一二三頁以下等参照。

(74) 園部逸夫「行政訴訟と民事訴訟との関係」『新・実務民事訴訟講座第九卷』(日本評論社、一九八三年)二二頁は、「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。また同二三頁脚注(16)は、行訴法上「抗告訴訟」が存在し、それが「公権力の行使に当たる行為」という文言をもって定められている以上、その法文を忠実に解釈せざるをえないこと、したがって行政行為の公定力等の行政権をめぐる権力的性格とは無関係に、抗告訴訟を救済方法として技術的に理解し、併用的構成を導く議論は理論的には賛成できても、実務上実現することは非常に困難であることを指摘する。もともと阿部「解釈学」・前掲注(62)七六頁は、この團部説につき、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。」として、また「訴訟中に生ずる矛盾」としての混乱を防ぐことと、「当事者の裁判を受ける機会を剥奪する」という混乱を防ぐこと、どちらを防ぐことが「憲法体制から見て望ましいか」という視点がここにはまったく欠けている。」として、厳しく批判する。

(75) なお『改正研究』・前掲注(4)一〇八頁(芝池義一発言)は、「排他性を限定する努力」と「出訴期間の問題」が「どう絡まってくるのか、一つの理論的な問題」になると指摘する。

(76) 例えば山本和彦・高橋滋「行政事件訴訟法・民事訴訟法との対話」宇賀克也ほか編『対話で学ぶ行政法』(有斐閣、二〇〇三年)一五八頁(高橋滋発言)は、形式的行政処分論につき、「行訴法の体系的理解からは無理があり、処分性が認められる以上は出訴期間も排他的管轄も及ぶと指摘する(ただし後掲注(83)の同氏の指摘も参照)。もともと人見剛「行政事件訴訟法改正と行政救済法の課題」法時七九巻九号(二〇〇七年)一〇頁以下も参照。

(77) 例えば前掲注(8)の九回・小早川光郎委員、一七回・深山卓也委員の関連発言のほか、山本(和)・前掲注(63)一三頁の民訴法からの議論も参照。併せて一八回・前掲注(8)の法的安定性の要請をめぐる議論のやりとり、同二三回の水野武夫委員の関連発言も参照。さらに北村・前掲注(27)一〇〇頁以下も参照。

(78) 例えば訴えの変更三要件(前掲注(23)参照)のうち、②「著しく訴訟手続を遅延させない」要件が、原告市民にとって不利に解釈運用されないか懸念がある。関連して『条解』・前掲注(14)四二七頁(市村陽典)参照。

(79) ちなみに、更正処分取消訴訟係属中に増額再更正処分が行われた場合の、当初の更正処分取消訴訟の訴えの利益をめぐって、最判昭和四二年九月一九日(民集二二巻七号一八二八頁)は、いわゆる「吸収説」を採用し、その訴えの利益が消滅するとした。

ただしこの多数意見は訴えの追加的併合や訴えの変更による救済を排除するわけではない。金子宏『租税法「第十三版」』（弘文堂、二〇〇八年）七七四頁以下参照。しかし他方で田中二郎裁判官は、本判決の反対意見において「逆吸収説」を唱え、訴えの追加的併合や訴えの変更の措置を待つまでもなく、解釈論として当初の更正処分取消訴訟の訴えの利益を認めるべきとしていた。もちろん本稿で問題としている（処分性）と、この判決で争点となった（狭義の訴えの利益）とで論点は異なるし、また訴えの変更が問題となる文脈も異なるわけだが、訴訟要件上の不具合に係る解決策を、裁判運営上の改善を通じてではなく、むしろ「法解釈論」を通じて積極的に模索しようとする姿勢は、管轄拡大問題を考えるに当たっても重要と思われる。なお阿部『解釈学』・前掲注（62）七三頁、七六頁は、この田中反対意見につき「慧眼」として高く評価する（関連して同『実効性』・前掲注（63）八頁以下も参照）。関連して義務付け訴訟の立法化という文脈ではあるが、訴えの変更に係る当事者負担に関して、二二二回・前掲注（8）の小早川光郎委員の発言も参照。

（80） 以下本文の議論は、拙稿・前掲注（7）二〇二二年論文二八頁以下でも、すでに端的には提示していた。

（81） なお立法論の文脈であるが、行訴法改正にあたって「取消訴訟の排他性の縮減」が議論されていた。前掲注（8）の一七七回の関連議論等を参照。また兼子仁「フランス行政法における先決問題」都法三卷一・二号（一九六三年）二二七頁は、「取消争訟手続の排他的機能をより縮小するように解釈することが課題となる。」と指摘していた。

（82） なおこの規範命題（法理）を導くにあたっては他の学問分野の知見も一部参考にした。さしあたりアルバート・アインシュタイン（金子務訳）『特殊および一般「相対性理論」について』（白揚社、二〇〇四年）参照。

（83） なお山本書・前掲注（22）三八五頁は、処分性承認の意義が「行政機関が公益に関して一方的・最終的に行う決定について、広義の行政手続の制度化と接合させて、行政訴訟手続を制度化することにある」とした上、今後の検討課題として出訴期間等の「権利保護の制約要因」を「具体的な手続として合理性を持つ程度におさえる解釈論を進展させること」を挙げる。また高橋滋「行政訴訟をめぐる裁判例の動向と課題」曹時五九卷八号（二〇〇七年）【高橋「曹時」】一三頁以下は、処分性を拡大する場合には「取消訴訟の排他性」が及ぶ範囲について解釈等を通じて限定する必要があると指摘しつつも、「取消訴訟に出訴期間制限が設けられている以上は、排他性の例外を認めるには、行政上の法律関係の早期安定、当該処分に対する第三者の

信頼の保護等の要請に反しない場合に限定されるべきであろう。」と指摘する。

(84) 「法律」に依拠して「行政行為」の有無の観点から、「処分性」さらには「取消訴訟の排他的管轄」(公定力・不可争力)の適用の有無を判断する、三十九年最判の【静態的な】解釈論が、予測可能性の保護(それを通じた相手方市民の権利救済)の要請と、法的安定性の保護(それを通じた行政・第三者の保護)の要請を原理的に、均衡²⁾させるために定式化された、それはそれで合理的な解釈論であるとしても(関連して九回・前掲注(8)の小早川光郎委員の関連発言参照)、処分性拡大という現下の判例状況は、三十九年最判の公式(処分性公式)を形式的には踏襲しているとは言え、その実質的な前提条件を変えるものである(前掲注(7)列挙の拙稿参照)。それゆえいま求められるのは、三十九年最判の背景にある両要請にまでさかのぼり、そこから出発して新たな「均衡点」を目指して論理構築をしていく作業、その限りで【動態的な】解釈論を模索していく作業なのではないかというのが、つまるところ筆者の問題意識である。

(85) 具体例として阿部『解釈学』・前掲注(62)一二八頁以下や水野武夫「処分性の拡大と確認訴訟の活用」自正六〇巻八号(二〇〇九年)【水野「活用」】三〇頁等参照。なお「民事訴訟」を通じ争っていたところ、処分性が認められ抗告訴訟の対象となるという問題——関連して大阪国際空港事件(最判昭和五六年二月一日・民集三五卷一〇号一三六九頁)等参照——も考えられるが、行政訴訟(当事者訴訟)と民事訴訟と関係に関してはさらに考察する必要があるので、本稿では保留しておく。

(86) なお管轄拡大問題につき、本稿で言う(a)の場合と(b)の場合の区別をも念頭に置きつつ対応策を論ずるものとして、趙元濟「韓国から見た日本の行政訴訟制度」室井力先生追悼論文集『行政法の原理と展開』(法律文化社、二〇一二年)二一七頁以下がある。趙氏は、基本的には、(β)の場合の対応策として「正当な理由」条項の柔軟な活用を、(α)の場合のそれとして「違法性の承継」の柔軟な活用を念頭に置くようである。

(87) この点、越智敏裕「処分性をめぐる最近の最高裁判決の動向」一ひらば八九巻五号(二〇〇六年)【越智「動向」】一九頁は、形式的行政処分論に肯定的な見地から「違法性の承継」を論証しようとする。なお石森・前掲注(13)一二頁は、処分性拡大事案に關して、「争っておくべき」(早期確定要請の)度合いは典型的な処分の場合と比べ低いのが一般的³⁾なので、「それだけ違法性の承継も認められやすい」として、違法性の承継の議論枠組みで管轄拡大問題を論ずる。さらに行政事件訴訟実務研究会編『行政訴

訟の実務」(第一法規、二〇〇四年) 六八一頁以下(太田匡彦)も参照。

(88) 後続行政処分が先行行為の違法を理由に判決でもって取消された場合には、先行行為につき取消判決の拘束力(行訴法三三条)に基づく行政庁の不整合処分取消義務がはたらくとして、『条解』・前掲注(14) 五八五頁以下(東亜由美、なお行政庁がこの義務を履行しない場合の対応策をめぐって同五八八頁も参照)、大橋・前掲注(22) 一七二頁、宇賀克也『行政法概説Ⅱ』[第三版] (有斐閣、二〇一一年) 二六五頁、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) 四五七頁等参照。ただし塩野『救済法』・前掲注(33) 一八八頁以下は、後続行政処分取消判決によってその処分以降の行政過程が展開しないことになる以上、訴訟目的はそれで達しており、その意味では拘束力を問題とする余地はないという。関連して神橋・前掲注(9) 二一〇頁以下等も参照。

(89) 前掲注(7) 参照。

(90) したがって、先行行為取消訴訟の提起等に踏み切るかどうかの最終的な判断は、積極的釈明を受けた上での原告市民にゆだねるべきである(処分権主義)。ドイツ法の紹介として阿部『実効性』・前掲注(63) 三八頁も参照。もともと最高裁段階で管轄拡大問題が生じた場合には、積極的釈明による訴えの変更は困難であろう(前掲注(23) の訴えの変更の要件③参照)。それゆえ最高裁は、下級審に差し戻すことによって原告市民にあらためて訴えの変更のチャンスを与えなければ、実効的な権利救済ないし実効的な紛争解決の要請にそぐわないといった「特段の事情」がある場合を除いては、原告の当初からの請求どおり、違法性の承継を前提に本案判決を下すべきである【後掲図A③】。ただし阿部『解釈学』・前掲注(62) 七五頁以下は、いちいち下級審に差し戻すのではなく、最高裁段階でも訴えの変更を認めるべきとする(関連して同『実効性』・前掲注(63) 五三頁以下も参照)。

(91) この点阿部『実効性』・前掲注(63) 三九頁も参照(関連して司法制度改革推進本部行政訴訟検討会「行政訴訟制度の見直しのための考え方」【平成一六年一月六日】に付された福井秀夫委員の意見も参照)。ただし上田・前掲注(23) 三三九頁以下によると、「訴えの変更を示唆する釈明」は、「原則として釈明義務の範囲外」という。

(92) 関連して阿部『解釈学』・前掲注(62) 一三六頁参照。なお取消訴訟の出訴期間を過ぎた段階であっても、例外的に取消訴訟への「訴えの変更」が認められることを示した六一年最判・前掲注(24) がある。しかしこれは、後続行政処分(換地処分)の出

訴期間が徒過する一方、もともと先行行為（一時利用地指定処分）の出訴期間は遵守されていた事案である（先↓後への変更）。
 本文で想定する問題は、先行行為の出訴期間は徒過しているのだが、後続行政処分の出訴期間は遵守している、それにもかかわらず先行行為取消訴訟へと訴えの変更が可能であるかという、逆、事案であって（後↓先への変更）、このような事案にまでも六年最判の射程が及ぶかは、さらに検討せねばならない。この点『改正研究』前掲注（4）五七頁（小早川光郎発言）も参照。

(93) もっとも先行行為であれ後続行政処分であれ、それらに係る取消訴訟でもっては、実効的な権利救済ないし実効的な紛争解決にならない場合もありうるかもしれない。そのような場合は、「法律上の争訟」（裁判所法三条）をつかさどる司法権の任務という観点から、また当事者訴訟による救済であれ、あるいは、取消訴訟以外の抗告訴訟（義務付け訴訟や差止訴訟等）による救済であれ、「補充性」要件の充足という観点をも踏まえて、これら他の適切な訴訟類型への訴えの変更により例外的・衡平的救済がなされるべく、釈明権の積極的行使がなされる（場合によってはその種の釈明義務が裁判所に課される）べきであろう。

(94) 前掲注（7）参照。

(95) 抗告訴訟・当事者訴訟（民事訴訟）問の「訴えの利益」に関する「異質性」と「同質性」をめぐっては、例えば高木光『行政訴訟論』（有斐閣、二〇〇五年）【高木「訴訟論」】一一六頁以下と、亘理「公法」・前掲注（35）七四頁以下、七七頁以下とを比較参照。

(96) もっとも厳密に言えば、(a)の場合でも、先行行政処分取消訴訟に訴えの利益が認められたからと言って、直ちに後続行政処分取消訴訟の訴えの利益が認められるわけではない。しかしこの点に関し、本文以下（β）の場合に求められるような解釈論的対応が必要となるのか疑問があるので、さしあたり本稿では問題として取り上げない。

(97) ただし山下義昭「行為の違法」確認の訴えについて」公研七二号（二〇〇九年）二二七頁以下等参照。

(98) ここでは、同じ行政行為の違法性が、行政訴訟（抗告訴訟と当事者訴訟）、民事訴訟、国家賠償請求訴訟、刑事訴訟等の各種の訴訟類型を通じて（横断的に）問題となることを念頭に置いて、承継を論じている。もっともこの問題は、すでに「公定力の範囲」の問題として、具体的には裁判所の「先決問題審理権の制限」問題として——いわば本稿の問題設定とは（裏返し）の形で——論じられてきた。小早川光郎「先決問題と行政行為」田中二郎先生古稀記念論文集『公法の理論上』（有斐閣、一九七六年）

【小早川「先決問題」三七一頁以下や同『行政法上』(弘文堂、一九九九年)【小早川『教科書』二九七頁以下参照。また中川「ジュリ」・前掲注(5)九〇頁以下や中川「自研」・前掲注(5)一〇頁以下も参照。

本稿ではさしあたり、「違法性の承継」と「先決問題の審理」とが機能的に等価な法理であるとの仮説的観点から、両者を含む【上位概念】として、「違法性の承継」を論じている。もつとも論理的にいえば、機能的等価なのだから、(狭い意味での)違法性の承継を先決問題の審理の(二場面)とも整理しうる。実際そのような趣旨の議論も見受けられる。小早川「先決問題」三八五頁以下、同『教科書』二九八頁、中川「ジュリ」・前掲注(5)九一頁、中川「自研」・前掲注(5)一一頁、『改正研究』・前掲注(4)九二頁(中川丈久発言)等参照。さらにフランス法との関連で橋本「自研」・前掲注(58)一四頁以下も参照。

(99) 「連辞関係」は「二つあるいは複数の単位の結合で、それらすべてが順に連なって現われる」関係のこと、「連合関係」は「言語に存在する、他の項との心理上の連合による」関係のことをいう。フェルディナン・ド・ソシユール(影浦峯ほか訳『ソシユール一般言語学講義』(東京大学出版会、二〇〇七年)一六〇頁以下参照。

(100) なお行訴法二一条一項を類推適用して、民事訴訟や当事者訴訟を取消訴訟へと変更しようとする議論をめぐっては賛否両論がある。【条解】・前掲注(14)四三二頁(市村陽典)や【コメ】・前掲注(14)二四六頁以下(磯村篤範・野呂充)等参照。

(101) なお当事者訴訟(確認訴訟)の請求認容判決(確認判決)には、抗告訴訟における「拘束力」(行訴法三三条、同三八条)が準用される(同四一条)。【条解】・前掲注(14)七一八頁以下(山田洋)、「コメ」・前掲注(14)四三八頁以下(浜川漕)、二四回・前掲注(8)の小早川光郎委員の関連発言、同三〇回の村田斉志企画官の関連発言、橋本博之・水野武夫「改正行政事件訴訟法と今後の改革」自正五五卷一二号(二〇〇四年)六九頁(橋本発言)、「改正研究」・前掲注(4)一六三頁等参照。早くからの指摘として鈴木庸夫「当事者訴訟」雄川一郎ほか編『現代行政法大系第五卷』(有斐閣、一九八四年)八九頁以下等も参照。ただしこの準用規定がどれだけ有意義かに関しては疑問も提起されている。塩野「救済法」・前掲注(33)二五八頁以下(もつとも前掲注(8)の二五回や衆法五月一日における当事者訴訟の判決の拘束力をめぐる同氏の発言も参照)や市村陽典ほか「新行政事件訴訟法の解釈」判タ一四七号三九頁以下(越智敏裕発言)等参照。

(102) 逆に、むしろ取消訴訟よりも確認訴訟のほうが紛争解決手段として適切と言える場合もある。例えば芝池・前掲注(9)

一七二頁脚注(2)は、用途地域指定に関して取消判決をもって直ちにその効力を消滅させる——無指定状態↓無秩序な建築のおそれ——という「過激」な解決方法よりも、確認判決を出すことを通じてとりあえずはその効力を維持したまま、行政庁による新たな指定を待つ解決方法が適切とする。

(103) 最終的な選択判断の責任の所在、また最高裁段階での扱いについては、前掲注(90)参照。関連して二四回・前掲注(8)の福井秀夫委員の関連発言も参照。なお係争行為をめぐる当事者訴訟であれその取消訴訟であれ、本文に挙げた対応でもって実効的な権利救済ないし実効的な紛争解決にならない場合がありうるかもしれない。この場合、「法律上の争訟」(裁判所法三条)をつかさどる司法権の任務という観点から、また少なくとも各訴訟類型における「補充性」要件の充足の観点をも踏まえて、取消訴訟以外の抗告訴訟(義務付け訴訟や差止訴訟等)による例外的・衡平的救済が認められるべく、訴えの変更を促す釈明権の行使がなされる(場合によってはその種の釈明義務が裁判所に課される)べきであろう。

(104) なお立法論の文脈であるが、北村・前掲注(27)一〇〇頁は、「たとえ行政訴訟の対象とするとしても、出訴期間と排他性の両方はずすという方向性もありうるし、これらを分離していずれか一方のみを解除するということもありえよう。」と指摘していた。

(105) あくまでも後掲図のイメージからであるが、従来から処分性拡大論を通じて求められてきた対応策、すなわち「違法性の承継」ないし「併用的構成」を論理的に導くためには、必ずしも「取消訴訟の排他的管轄」を【不適用(≡ゼロ)】にする必要性はなく、【四分の一】のみ(縮小)解釈すればよいということになるのか。

(106) なお先に本文で紹介した、形式的行政処分論内での原田説と兼子説との議論対立に関わって、(7)原告市民が仕組み解釈を通じた処分性拡大を求め取消訴訟を提起し、その結果それが裁判所により認められた場合に、取消訴訟の排他的管轄の扱いをどうするのが問題となりうる。もちろんこの場合には原告市民に「不測の不利益」が生じているとは言えない(関連して趙・前掲注(86)二二八頁以下も参照)。しかし「法律による行政」からの対応的要請としての「予測可能性の保護」の要請が(個別的)なものではなく、むしろ(制度的)なものであると解するならば(関連して東京都建築安全条例事件・前掲注(27)、倉地・後掲注

(109) 二二三頁以下等も参照)、やはりこの場合であっても、「均衡解釈」として取消訴訟の排他的管轄の「縮小解釈」がなされる

べきであろう【後掲図A①②】。ただし(γ)の場合、実効的な権利救済ないし実効的な紛争解決の要請からすれば、基本的には原告市民が現に提起している取消訴訟を通じて違法性を争えるものとすれば、それで足りることも確かである【後掲図③部分に相当】。したがって(γ)の場合には、現に提起している取消訴訟を適法とする限りでの、取消訴訟の排他的管轄の縮小解釈を行うことが妥当である。したがって、基本的には原田説の帰結(取消訴訟の追行のみ可)が妥当である。もつとも、現に提起している取消訴訟をもっては、実効的な権利救済ないし実効的な紛争解決にならない場合があるなら、その際は兼子説の帰結(当事者訴訟への変更も可)も認められるべきである【後掲図③部分に相当】。

(107) 水野「活用」・前掲注(85)三〇頁、越智「動向」・前掲注(87)一八頁、前掲注(8)の参法六月一日における齋藤浩(参考人)の関連発言、「五年後」・前掲注(56)一三頁(齋藤浩発言)、鈴木庸夫ほか「座談会 改正行政事件訴訟法の自治体への影響(第二回)」法資二七五号(二〇〇四年)一二頁等参照。さらに最近では、医薬品インターネット販売権利確認請求事件(最判平成二五年一月一日：LEX/DB 2545208)において、省令制定行為の処分性を前提とした抗告訴訟と、ネット販売をすることができるとの権利の確認を求める当事者訴訟とが併合提起され争われたことが挙げられよう(なお本件では処分性は否定されたものの当事者訴訟が適法とされ請求も認められている)。一方で阿部「解釈学」・前掲注(62)七五頁は、併合提起運用の問題点として、下級審で処分性が認められ主位的請求(取消訴訟)につき本案判決がなされると、予備的請求(確認訴訟)については本案判断がなされないこと、その後、最高裁で逆に予備的請求が適法として判断されると原判決が取消され、一審から予備的請求の審理がやり直されることとなること、その結果、原告市民としては、「裁判所の判断過誤により、行きつ戻りつで、大変な苦労をさせられる。」ことになり、実質的には「裁判の拒否」に等しい旨指摘する。関連して同「実効性」・前掲注(63)三二頁以下や同「解釈学」・前掲注(62)二〇三頁も参照。

(108) 関連して例えば日の丸君が代事件(最判平成二四年二月九日：民集六六卷二号一八三頁)控訴審判決(同六四二頁以下)は、先行行為たる「通達」の処分性を肯定した上で、その通達に後続する「懲戒処分」の差止訴訟について不適法としている。しかし最高裁では、通達の処分性を否定した上で、懲戒処分差止訴訟を適法と認め、さらに当事者訴訟としての、職務命令に基づく義務不存を確認訴訟も適法として認めることとなった。

(109) 関連して東京都建築安全条例事件・前掲注(27)に関わって、倉地康弘「判批」曹時六四卷一号三二〇頁脚注(5)は、建築物工事を完了後においても周辺住民が「安全認定」の違法性を争うための方法として、先行行為たるその取消訴訟のほかにも、その後続する建築基準法九条一項に基づく「違反是正命令」の義務付け訴訟が考えられると指摘する。もともと実際には、前者に關しては出訴期間を過ぎているであろうことから、後者の提起に依拠せざるをえないが、その際には違法性の承継と同じ事柄を検討せねばならないとする。

(110) 関連して例えば日の丸君が代事件・前掲注(108)の控訴審判決(通達の処分性肯定)参照。

(111) したがって「均衡解釈」は、法的安定性の保護と予測可能性の保護の両要請を調和させる「マクロの均衡(原理論的均衡)」を旨しつつ、行訴法三条であれ同一四条であれ拡大解釈・縮小解釈といった形で個別の条文解釈面での「ミクロの均衡(解釈論的均衡)」をはかるという、その意味では二重の均衡を模索する解釈論ということになる。「動態的な」解釈論の必要性に關して前掲注(84)参照。

(112) なお取消訴訟への訴えの変更によっても妥当な解決が得られない場合、取消訴訟以外の行政訴訟への訴えの変更によって解決が図られるべきである(前掲注(93)と前掲注(103)参照)。なお後掲図A③は両者の場合を含む。

(113) 行訴法改正による「被告適格の統一」を受けて、抗告訴訟・当事者訴訟間での選択の誤りにつき、訴えの変更による対応を肯定的に理解するものとして、園部逸夫ほか「行政訴訟改革」ジュリ一二八一号(二〇〇四年)八〇頁の小早川光郎氏の発言や、前掲注(8)の衆法五月七日並びに参法五月二十七日における山崎潮政府参考人の関係答弁等参照。また黒川哲志「被告適格の統一と公法上の当事者訴訟の蘇生」早法八一巻三号【西島羽和明教授追悼号】(二〇〇六年)四九頁以下も参照。

(114) もともと④に關して、行訴法改正の検討過程でも議論の俎上にのぼったところであったが、「当事者訴訟の活用」という形で問題設定が変容し、結論として具体的な改正へと結びつかなかったところである(例えば前掲注(8)の衆法五月七日山崎潮政府参考人の関連答弁等参照。また「改正研究」・前掲注(4)八九頁以下も参照)。仮に行訴法(再)改正を通じて、「取消訴訟の排他的管轄」を完全に廃止することが実現不可能であるとしても、処分性拡大判例が定着している現在、最低限どのような場合に処分性(の拡大)が認められるのかについて一定の目安となるような、行訴法九条二項の考慮事項と同趣旨の同法三条の改正がな

されるべきではないだろうか（一般論として白藤・前掲注（30）二二〇頁参照。具体論として拙稿二〇一二年論文・前掲注（7）二四頁以下の私見を参照）。さらに処分性拡大に伴う不測の不利益を可及的になくすための改正に關しても、実現不可能とまでは言えないのではないだろうか。

とはいえこれらの点につき、「改正行政事件訴訟法施行状況検証研究会報告書」（二〇一二年一月・☆）では、残念ながら明確な言及は見受けられないように思われる（関連して高橋滋編「改正行訴法の施行状況の検証」（商事法務、二〇一三年）も参照）。他方で、日本弁護士連合会「行政事件訴訟法第二次改正法案」（二〇一二年六月・★）（関連して日弁連行政訴訟センター「行政事件訴訟法第二次改正シンポジウム」判時二二五九号（二〇一二年）三頁以下も参照）は、上記後者に関し明確な立法提案をしており、非常に興味深い。すなわち同法案三八条の二（訴訟手続を誤った場合の訴えの変更の特例）は、訴訟類型間のキャッチ・ポールを排除する趣旨から、例えば本稿で言う（β）の場合を念頭において、当事者訴訟から抗告訴訟への訴えの変更を認める、またこの場合当事者訴訟の提起時点で抗告訴訟が提起されたものとみなすといった規定（同二項）を提案している。

私見の「均衡解釈」論は、各種の観点を踏まえると基本的には処分権主義を尊重する結果となる方がよいとの判断のもと、「当事者訴訟」を適法として維持するための論理構成を提案しているわけであるが、同法案に付されている説明は、原告の不利益回避が重要であつて処分権主義を逸脱しても構わないとの判断のもと、「抗告訴訟」への訴えの変更を提案している（関連して高橋「曹時」・前掲注（83）二五頁脚注（26）も参照）。その限りで筆者の解釈論と日弁連の立法論とは、（対蹠的な）提案をしていることになるといえようか。行訴法再改正の動向をにらみながら、さらに検討していきたい。

☆ <http://www.shojihomu.or.jp/gyosoh.html>

★ http://www.nichibenren.or.jp/activity/document/opinion/year/2012/120615_2.html

(115) 拙稿二〇一二年論文・前掲注（7）二六頁以下参照。

(116) 例えば両拡大論批判の文脈での、「同一の概念が、複数の目的のために便宜的に拡大解釈や縮小解釈を施されると、その意味内容に相違をきたし、矛盾するものとなり、ついには概念の同一性を失うことになることもめずらしいことではない。」（高木『訴訟論』・前掲注（95）一一四頁）との指摘を考慮すべきだろう（関連して同「行政法入門③」自七四六卷一、二号（二〇〇七年）七

頁も参照)。ただ筆者の発想は、たとえ「行政行為」概念が〈相対化〉し、その意味内容に相違が生じようとも、それが「法律による行政」という、原理原則、にさかのぼって論理一貫して、かつ、ある程度わかりやすい形で正当化できるならば、〈それはそれで構わないのではないか〉というものである(関連して越智「動向」・前掲注(13) 二二頁脚注(87) 参照)。

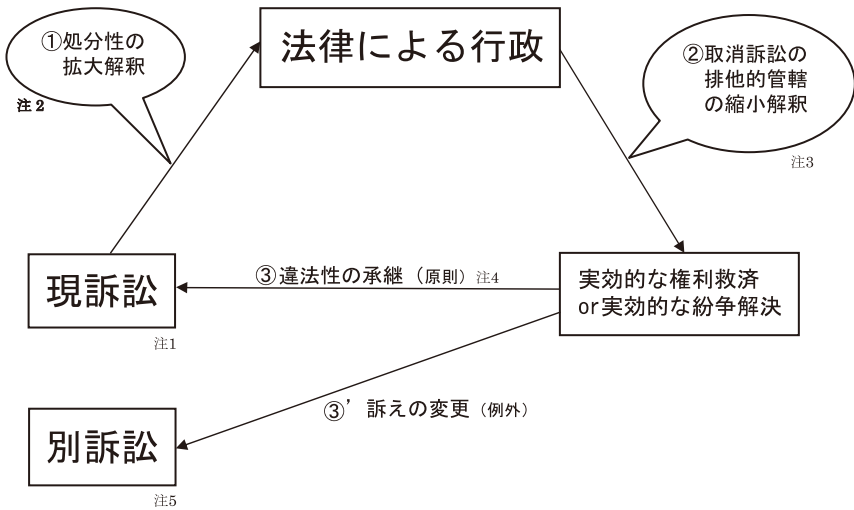
他方で、「行政行為」概念の〈相対化〉を徹底し、処分性問題を裁判所による個別事案の救済判断へと還元する議論が両拡大論(原田『要論』・前掲注(2) 三八七頁等参照) 以来見られる。しかし裁判所の個別処理に全幅の信頼を寄せるその種の法制度(関連して越智敏裕『アメリカ行政訴訟の対象』(弘文堂、二〇〇八年) 四六四頁等参照) が「立法論」として妥当かはともかく、原告適格論をめぐって「法律上保護された利益」説が判例によって(さらには行訴法改正によっても) 維持され、良かれ悪しかれ「制定法準拠主義」(阿部『解釈学』・前掲注(62) 一〇一頁等) が採用され続けているわが国の裁判所の一般的態度にかんがみると、「解釈論」としてどこまで成立しうるのか、なお検討の余地があるように思われる。

(117) 例えば本稿の視点よりすれば、東京都建築安全条例事件・前掲注(27) は「連辞的承継」を肯定した判例として、また固定資産税国家賠償事件(最判平成二二年六月三日・民集六四巻四号一〇一〇頁) は、「連合的承継」を肯定した判例と理解する余地がある。そして両判決を「違法性の承継(連辞/連合)」という見地から、〈統合的に〉考察することによって、今日における「行政行為の公定力・不可争力(取消訴訟の排他的管轄)」をめぐる判例法理の【到達水準】の一端を確認できるのではないかとも思われる。今後の研究課題としたい。山本書・前掲注(22) 一八六頁以下も参照。

(118) 大阪国際空港事件(前掲注(85) 参照) 参照。当事者訴訟が実質的に民事訴訟と同じと仮定し(阿部『解釈学』・前掲注(62) 三三四頁や原田『要論』・前掲注(2) 三六一頁以下、三七九頁以下等参照)、また(β) の場合の私見を類推しうると仮定するならば、本件に関しても、やはり「民事(差止) 訴訟」を適法とする処理が妥当であったようにも思われる。原田『要論』・前掲注(2) 三六三頁や阿部『解釈学』前掲注(62) 一三七頁以下等参照。ただしこの点今後の研究課題としたい。

— たかぎ ひでゆき・法学部准教授 —

【図A：「均衡解釈」論の全体構成】



注1：(a) 後続行政処分取消訴訟の中で先行行為の違法性主張 (β) 係争行為に関する当事者訴訟

注2：(a) 裁判所が先行行為の処分性を肯定 (β) 裁判所が係争行為の処分性を肯定

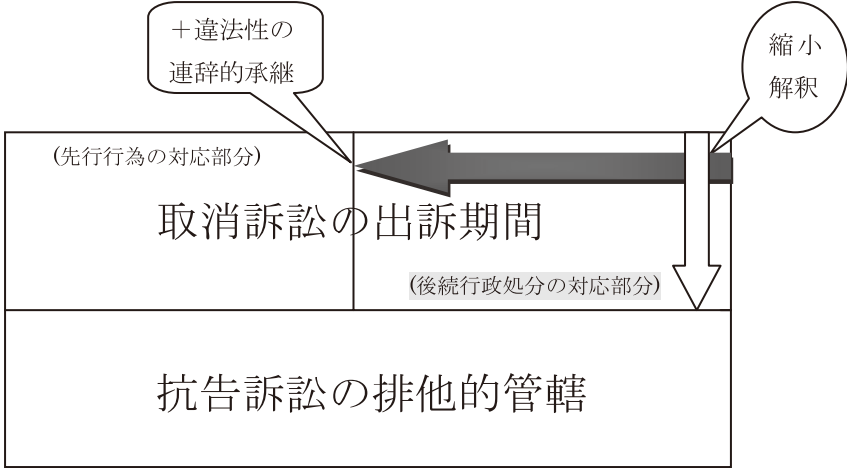
注3：(a) 取消訴訟の出訴期間の縮小解釈 (β) 抗告訴訟の排他的管轄の縮小解釈

注4：(a) 違法性の連辞的承継 (β) 違法性の連合的承継

注5：(a) 先行行為取消訴訟等 (β) 係争行為取消訴訟等

【図B：「均衡解釈」論の部分構成】

(a) 「後続行政処分取消訴訟」で争っている場合



(β) 「別途の当事者訴訟」で争っている場合

