

《 論 説 》

処分性の拡大と行政手続

高木 英行

第一章 はじめに

行政事件訴訟法（以下「行訴法」）に関する最も重要な論点の一つとして、「処分性」問題がある。行訴法3条2項では、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に関して、取消訴訟（厳密に言えば抗告訴訟）の対象適格性を認めている。処分性とは、ある行政活動がこの対象適格性を充たすか否かという《訴訟要件》問題である⁽¹⁾。

伝統的に、ここで言う「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」とは、もっぱら「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」行為（最判昭和39年10月29日：民集18巻8号1809頁）、すなわち行政法総論で言うところの「行政行為（行政処分）」を指すものとして理解されてきた⁽²⁾。それゆえ、市民から、行政行為に該当しない行政活動に関して不服があるとして、その行政活動の取り消しを求める取消訴訟が提起されたとしても、裁判所はその訴えを不適法として却下する傾向にあった⁽³⁾。

もともと、平成16年行訴法改正前後から、最高裁は、処分性を緩やかに解釈する判例を相次いで打ち出してきている⁽⁴⁾。この「処分性拡大判例」動向をめぐっては、学説上賛否両論が分かれているとともに、今後の行政訴訟全般のあり方を考えるに当たっても重要な問題を提起している⁽⁵⁾。とはいえ本稿では、この処分性拡大判例動向に関して、さしあたり「所与」の前提として受け止めた上で⁽⁶⁾、次のような「副作用」問題が浮上ってきている点に着目したい⁽⁷⁾。

例えば、処分性拡大に伴い、行政処分（とみなされたその行政活動）に行訴

法上随伴している、「取消訴訟（抗告訴訟）の排他的管轄」（同法3条）や「取消訴訟の出訴期間」（同法14条）の適用——あるいは行政法総論で言うところの「行政行為の公定力並びに不可争力」——も拡大することになるのか否か、また拡大するとした場合の対応策いかにといった問題がある⁽⁸⁾。さらに処分性拡大に伴い、同じく行政処分（とみなされたその行政活動）に行訴法上随伴している、「仮処分の排除」（同44条）の適用も拡大することになるのか否か、拡大するとした場合の対応策いかにといった問題もある。もっとも、これら二つの副作用問題に関しては、すでに別稿⁽⁹⁾においてそれぞれ詳細に論じているところなので、本稿では考察の対象としない。

本稿では、いくつか指摘されてきている副作用問題のうち、これまで筆者が詳細にわたっては論じてこなかった、〈行政手続法（以下「行手法」）に関わる副作用問題〉を対象を絞って、考察していく⁽¹⁰⁾。すなわち処分性拡大に伴い、行政処分（とみなされたその行政活動）をめぐる、行政庁に対し課されているはずの、行手法上の各種の手続義務の適用も拡大することになるのか否かといった問題である。また拡大するとした場合、行政庁が手続義務を履行しなかったこと（＝手続的瑕疵）を理由に、その結果出された行政処分を違法なものとして、取り消すべきか否かといった問題である。

もっとも、ひとくちに行手法上の手続義務といっても、審査基準の設定公表義務（行手法5条）や理由の提示義務（同8、14条）など、さまざまな手続義務がある。これらすべての手続義務に関して、本稿で一括して検討することは、筆者の能力の限界からしてなしえない。そこで本稿では、考察対象を、「不利益処分」をするに当たっての、事前の意見聴取手続として求められる、「聴聞や弁明の機会を付与する」手続義務（同13条）へと絞ることとしたい。

この手続義務へと絞る理由として、処分性拡大をめぐる判例や学説を振り返って、この義務に言及される例が少なくなく、現時点で比較的論点が成熟してきていることが挙げられる。それとともに、この「聴聞又は弁明の機会の付与」に係る手続義務を対象に考察し、かつ、これに関して結論並びにそれに至る論理構成を得ておけば、今後ほかの手続義務に係る副作用問題を考えるに

当たっても参考になるのではないかとの見込みもある。

とはいえ、このように「**聴聞又は弁明の機会の付与**」に係る手続義務に考察対象を絞ったとしても、**処分性拡大に伴い不利益処分とみなされることとなった行政活動**に関して、その義務不履行(=手続的瑕疵)が与える効果を考察するに当たっては、その前提として、【**「聴聞又は弁明の機会の付与」に係る手続的瑕疵と不利益処分の効力問題**】(以下適宜⑥問題と略称する)という、従来から学説判例上かなりの議論の蓄積がある問題に関して、ある程度検討しておく必要がある。

いわば、行政処分であることにつき争いがない、後者の古典的問題(基本問題)をめぐる議論動向を振り返り、かつ、踏まえてこそ、行政処分であることに争いがある(あった)、前者の今日的問題(応用問題)への考察が深まり、かつ、対応策を検討することができるという関係である。それにもかかわらず、従来の学説では、このような問題意識からの議論は(管見のかぎりでは)見当たらない。

以上の問題意識を踏まえた上で、本稿の構成を提示する。まず第二章では、【**告知と聴聞**】に係る手続的瑕疵と行政処分の効力問題(以下適宜①問題と略称する)という、⑥問題よりもいっそう広い問題設定——例えば⑥問題では「不利益処分」のみが対象となるが、①問題では「申請に対する処分」(行手法で言えば第二章参照)も問題となる——から、判例動向を分析していく。その上で第三章では、逆に、①問題の中でも⑥問題に焦点を絞って、判例動向を分析していく。

さらに第四章では、問題設定を⑥問題よりもいっそう絞り、③【**処分性拡大の文脈での「聴聞又は弁明の機会の付与」に係る手続的瑕疵と不利益処分の効力問題**】(以下適宜③問題と略称する)、すなわち本稿が最終的な考察目標としている問題に関する判例学説の議論を検討する。そしてこの検討を踏まえた上で、第四章では、これまで筆者が処分性拡大に伴う他の副作用問題に対する対応策を考えるに当たって用いてきた、「均衡解釈」論という解釈方法⁽¹¹⁾を援用しながら、③問題に関する妥当な対応策を模索していきたい。

問題の包含関係を表すなら、①問題⊃②問題⊃③問題ということになる。また見方を変えるなら、③問題は、「(①問題を背景に持つ) ②問題」と「処分性拡大(に伴う副作用)問題」との《複合》問題という位置づけである。本稿では、①②③というように、問題次元を注意深く切り分け、順序立てて議論を進めていくと同時に、適宜これら三つの問題次元間で視線を往復させながら、考察を深めていくアプローチをとる。さいごに第五章では、本稿の考察結果を整理した上で、今後の研究課題を指摘する。

第二章 「告知と聴聞」に係る手続的瑕疵と行政処分の効力問題 【①問題】

本章では、①問題に関する最高裁判決を整理検討する。もっとも、①問題に関する最高裁判決は、もっぱら行手法制定(平成5年)前に下されていたものである⁽¹²⁾。しかし見方を換えれば、行手法制定前に、すでに①問題に関する最高裁の基本的な視点は確立していたと言ってよい。そこで本章では、この視点がいかなるものであるのかを確認することを目標に、判例の分析をしていくこととしたい。

第一節 個人タクシー事件(申請拒否処分)

個人タクシー事件(最判平成46年10月28日:民集25巻7号1037頁)は、個人タクシー事業免許につき、申請者に対し具体的な審査基準を明らかにしないまま聴聞をして、申請却下処分をしたことをめぐって、①問題が争われた。本判決は、個人タクシー事業免許に係る審査手続について、道路運送法122条の2の聴聞規定のほか明文規定がないとしながらも、同免許の許否は職業選択の自由に関わり、また同法6条(免許基準規定)や同122条の2の規定をも併せ考えれば、「多数の者のうちから少数特定の者を、具体的個別的事実関係に基づき選択して免許の許否を決しようとする行政庁としては、事実の認定につき行政庁の独断を疑うことが客観的にもっとも認められるような不公正な手続をとってはならない」として、適正手続の保障の重要性を強調した。

その上で本判決は、この適正手続の具体的なあり方として、道路運送法6条の抽象的な免許基準に関する具体的な審査基準を設定し、これを公正かつ合理的に適用するとともに、その審査基準の内容が微妙で高度な認定を要するものである場合には、その審査基準を適用する上での必要事項につき、申請人に主張と証拠の提出機会を与えるべきとする。そして「申請人はこのような公正な手続によって免許の許否につき判定を受くべき法的利益を有するものと解すべく、これに反する審査手続によって免許の申請の却下処分がされたときは、右利益を侵害するものとして、右処分の違法事由となる」とした。

以上の一般論を踏まえ、本件事案で問題となった、転業の意思や運転経歴に関する審査基準に関しては、重要または微妙な認定を要するものであるから、「聴聞その他適切な方法によって、申請人に対しその主張と証拠の提出の機会を与えなければならない」にもかかわらず、本件事案では聴聞担当官がそれを与えていなかったとする。その上で、聴聞担当官が申請者の転業意思や運転経歴に関する事実を聴聞し、申請者に対しこれに関する「主張と証拠の提出の機会を与えその結果をしんしゃくしたとすれば」、行政庁において「さきにした判断と異なる判断に到達する可能性がなかったとはいえない」として、審査手続に瑕疵があり、この手続によって下された本件却下処分も違法であるとした。

最後の当てはめ論を裏返せば、「さきにした判断と異なる判断」に到達する可能性がなければ、手続的瑕疵があったとしても取り消さないとの一般論を含意しているものとも言える。その限りで本判決は、いわゆる「相対的取消事由説」(結果依存型法理)⁽¹³⁾を示唆するものと解しうる⁽¹⁴⁾。また本判決では、明文の根拠規定(道路運送法122条の2)のある聴聞手続の〈不備〉が問題となっている。換言すれば、そもそも法令上聴聞に係る明文の根拠規定が全くないものの、適正手続の保障(憲法31条)の要請から聴聞の実施の必要性が問われたという事案でもなければ、はたまた、法令上聴聞に係る明文の根拠規定があってもそれを全く履行しなかったという(聴聞欠如)の事案でもないのである。

以上本判決のポイントをまとめるならば、(あ) 適正手続の保障の原理原則

を重視したこと⁽¹⁵⁾、とはいえ（い）あくまでも聴聞に係る法律規定の存在を前提とした判断であること、（う）「聴聞欠如」ではなく「聴聞不備」を理由に処分違法を認め処分を取り消したこと、（え）ただし前提論としては、聴聞に違法があったとしても、それだけで直ちに処分が違法となり取り消されるべきとするものではない（すなわち絶対的取消事由説を採用したものではない）こと、むしろ結果に影響がなければ手続的瑕疵があっても処分を取り消さないとする相対的取消事由説を採用していること、ということになる。

第二節 群馬中央バス事件（申請拒否処分）

群馬中央バス事件（最判昭和50年5月29日：民集29巻5号662頁）は、一般乗合旅客自動車運送事業免許申請手続のなかで、利害関係人又は参考人に対する陸運局長の聴聞、並びに、運輸審議会における公聴会審理に違法があるとして、それらの手続に基づき下された申請拒否処分をめぐって、③問題が争われた事例である。個人タクシー事件同様、聴聞欠如ではなく、聴聞不備を理由として争われたことになる（先の（う）参照）。

最高裁は、関係法令（道路運送法、運輸省設置法、運輸審議会一般規則）を通じて定められている聴聞及び審議会手続の趣旨が、「免許基準該当の有無の判断に関係のある事項につき、免許申請者のみならず許否の決定について重大な利害関係を有する者に対しても、意見及び証拠その他の資料を提出する機会を与え、判断の基礎及びその過程の客観性と公正を保障しようとする趣旨」にあるとする⁽¹⁶⁾。

ここでは、（あ）適正手続の保障の重要性を強調しながらも、（い）法令上の明文規定の解釈を媒介として手続保障の趣旨を導き出そう——なお憲法31条が行政手続にも適用ないし準用されるかという点については「特にこれを論ずる必要はない」としている——という点で、個人タクシー事件と同様の議論をしている⁽¹⁷⁾。ただし個人タクシー事件では、手続保障の趣旨が〈申請者の利益の保障〉にあったのに対して、群馬中央バス事件では〈利害関係人の利益の保障〉という趣旨についても考慮されている点では異なる。

ついで本判決は、手続的瑕疵の効果を次のように区別して論ずる。すなわち、運輸審議会における公聴会審理が行われる場合の陸運局長の聴聞に関しては、「単なる補充的な意義及び機能しか有しない」ので、「たとえその聴聞手続に瑕疵があったとしても、最終的な運輸大臣の許否の決定自体を取り消さなければならないほどの違法があるものとするには足りない」。その上で、本件事案でも、公聴会審理が行われる場合の聴聞手続に関して瑕疵が争われているところ、「仮に、陸運局長の聴聞手続に瑕疵があったとしても、本件却下処分を取り消すべき事由とはならない」とした。

他方で、運輸審議会における公聴会審理の瑕疵に関しては、運輸審議会が運輸大臣の「諮問機関」として「行政処分の客観的な適正妥当と公正を担保する」ために果たすべき役割の重大性に着目する。その上で、「行政処分が諮問を経ないでなされた場合はもちろん、これを経た場合においても、当該諮問機関の審理、決定（答申）の過程に重大な法規違反があることなどにより、その決定（答申）自体に法が右諮問機関に対する諮問を経ることを要求した趣旨に反すると認められるような瑕疵があるときは、これを経た処分も違法として取消をまぬがれない」とし、またこのことは本件のような運輸審議会への諮問手続の場合にも妥当すると言う（傍点は高木による）。

いわば、聴聞であれ公聴会審理であれ、それぞれの《手続保障の趣旨》に応じて、処分に与える手続的瑕疵の効果が異なるというのである。その上で本件事案に関しては、公聴会審理に手続的瑕疵があったと認める一方、諸般の事情から、「仮に運輸審議会が、公聴会審理においてより具体的に上告人の申請計画の問題点を指摘し、この点に関する意見及び資料の提出を促したとしても、上告人において、運輸審議会の認定判断を左右するに足る意見及び資料を追加提出しうる可能性があったとは認め難い」とする。

以上のことから本判決は、本件での公聴会審理における手続の「不備」は、「公聴会審理を要求する法の趣旨に違背する重大な違法とするには足りず、右審理の結果に基づく運輸審議会の決定（答申）自体に瑕疵があるということはいできないから、右諮問を経た運輸大臣の本件処分を違法として取り消

す理由とはならない」とした。

以上の判示部分に関して、調査官解説では、「本件のような手続上の瑕疵は、結果に影響を及ぼす場合に限り取消原因とするに値するという考え方を基本としている」と論評するとともに、個人タクシー事件の同旨の判示部分を引用している⁽¹⁸⁾。この点を踏まえても、本判決でも、個人タクシー事件同様（え）相対的取消事由説を採用しているものといえる。

もともと本判決の判断は、あくまでも、手続に「不備」があったとはいえ、運輸審議会への諮問を経て行政処分が出された場合を念頭に置いた相対的取消事由説である。言い換えれば、そもそも運輸審議会への諮問を経ないで行政処分が出された場合、すなわち手続の「欠如」があった場合にまでも相対的取消事由説が採用されたというわけではない。むしろ本判決の一般論、とりわけ先に傍点を付した判示部分をあらためて読めば、本判決は、手続欠如の場合には、絶対的取消事由説を採用しているとも解しうる。ともあれ、この手続的瑕疵の内容の違い、すなわち不備か欠如かに関しては、また後ほど掘り下げて考察することとなる。

第三節 温泉掘削事件（申請認容処分）

個人タクシー事件や群馬中央バス事件は、いずれも②問題に属し、かつ、「申請に対する処分」（行手法で言えば5条以下）に関わって問題となった。さらに厳密に言うと、「申請に対する処分」のうち、《申請拒否処分》に関わる④問題である。本節では、②問題の中でも《申請認容処分》が問題となった、温泉掘削事件（最判昭和46年1月22日：民集25巻1号45頁）をみていこう。

本件は、被告県知事が訴外温泉事業者Xに対して、温泉法8条に基づき行った温泉動力装置許可処分に関して、競業者たる原告が、手続的瑕疵があるとして同処分の無効確認を求め争った事例である。法律（温泉法20条）上、同処分をするにあたっては県の温泉審議会の意見聴取手続が必要とされるころ、被告は同審議会を開催することなく、同審議会委員の一部に議案を持ち回りして意見を聴取した手続——具体的には、審議会委員19名中の過半数たる10名に意

見を徴し、いずれも許可相当の意見を得たことを受け、審議会としてその旨の答申を出した——につき瑕疵が争われたものである。(う) 手続不備が争われている点で、個人タクシー事件や群馬中央バス事件と同系列である。

最高裁は、本件における温泉審議会の意見が適法有効なものとは言えないとしながらも、同審議会の意見聴取手続が、「知事の処分の内容を適正ならしめる」目的であって、「利害関係人の利益の保護を直接の目的」とせず、知事は審議会の意見に拘束されないとする。それゆえ本件手続の瑕疵は、「取消の原因としてはともかく」、本件許可処分を無効ならしめないとした。ここでは、手続保障の趣旨が〈処分の適正確保〉にある場合、無効事由のみならず、取消事由にもなりえない帰結に関して、必ずしも排除されているわけではないことに留意が必要である⁽¹⁹⁾。

第四節 警察懲戒事件（不利益処分）

「申請に対する処分」ではなく、「不利益処分」に関わってa問題が争われた、警察懲戒事件（最判昭和31年7月6日：民集10巻7号819頁）を紹介しよう。本件では、被告町警察長が原告町警部補に対してした懲戒処分（免職）に関わる手続的瑕疵が問題となった。町警察基本規程並びに町警察職員懲戒取扱規程（いずれも町公安委員会規則）によれば、町警察懲戒委員会（以下委員会）の審理は、警察長の審査請求をまっけて行われ、またこの審査請求は所定の者の懲戒申立がある場合に行われる。さらに委員会が審理を行う場合、あらかじめ被審人に対し審理期日及び場所を通知するとともに、「懲戒申立書の写し」を送付することを要する。さらに、本人の承諾がない限り、その通知の日と審理期日との間には少なくとも15日の期間を置かねばならない。

本件事案では、原告に対し懲戒申立書の写しが送付されないまま、審理3日前に審理期日呼出通知書（以下通知書）が送付されるのみで、委員会の審理が行われ、委員会により懲戒決議に基づく勧告が出され、それを受けて被告による懲戒処分へと至った。原告は、所定の期間をおいて懲戒申立書の写しが送付されない手続的瑕疵（原告が前記承諾をしたわけでもないにもかかわらず）に

よって、弁護士選任や証拠提出の機会が与えられなかったとして、審理手続の違法を主張し、その手続の結果出された懲戒処分も違法として、④問題を争った。これまで紹介してきた3最判がもつぱら「聴聞」をめぐる事例であったのに対し、本件は「告知」をめぐる事例⁽²⁰⁾である点に留意が必要である。

原審では、送付されなかった懲戒申立書の写しと実際に送付された通知書とで内容が同じであるから（後者は前者に記載された規律違反事実に従って作成されたので）、後者の送付でもって前者が送付されたのと事実上同じ結果が得られたとし、前者の不送付が原告に重大な不利益を及ぼすほどの瑕疵ではなかったとして、懲戒処分の取消しを認めなかった。裏返せば、両者が内容上異なり、通知書の送付をもって懲戒申立書の写しを送付したのと事実上異なる結果を導く場合には、懲戒処分の取消しの余地があることを前提としているとも言える。したがってこの意味で、原審は相対的取消事由説を採用しているといえよう。

これに対し本判決は、通知書よりも懲戒申立書のほうが、懲戒申立事由をいっそう具体的に記載しているとして、通知書の送付によって懲戒申立書の写しの送付と「事実上同じ結果」が得られたとは言えないとする。ここで本判決は、原審のように相対的取消事由説を取った場合であっても、本件事案に関しては取消しの判断に傾く余地を示唆しているわけである。

もともと、この議論とは別建てで、本判決は、懲戒申立書の写しの事前送付制度の趣旨に関して論及し、同制度が被審人に対していかなる事由により懲戒を申し立てられたかを知らしめ、防御方法の準備をする機会を与えることにあるとする。そしてこの趣旨からするならば、同写しの送付なく行われた審理の結果は委員会の判断資料となしえないとし、本件委員会の懲戒勧告決議は違法であって、それに基づく懲戒処分も違法で取消しを免れないとした。

ここで本判決は、手続保障の趣旨が処分の〈名宛人の利益（防御権）の保障〉にあることを重視して、処分取消しを結論づけている。その限りで警察懲戒事件は、処分の性質（申請拒否処分／不利益処分）や手続の態様（聴聞の瑕疵／告知の瑕疵）における相違を超えて、個人タクシー事件との類似性が見出

されるものと言ってよい。とはいえ、個人タクシー事件が相対的取消事由説の枠内で結論を導き出したのとは異なり、警察懲戒事件は、——傍論として相対的取消事由説が論じられている点はともかくとして⁽²¹⁾——判決理由としては「絶対的取消事由説」にまで踏み込んで結論を導き出している点で異なっている。

第五節 小括

以上、もっぱら行手法制定前の、①問題をめぐる最高裁判例を検討してきた⁽²²⁾。ここで4最判のポイントを再度整理しておこう。まず(A)適正手続の保障のあり方と、(B)法令上の明文規定の有無が注目されてきた。これらの視点について、判例では、とりわけ問題となっている手続に係る《手続保障の趣旨》、すなわち①申請人または名宛人の利益の保障、②利害関係人の利益の保障、③処分の適正確保といった趣旨の相違を踏まえて、議論が展開されてきている⁽²³⁾。

さらに学説では、①問題を論じていくにあたって、(C)行政へのサンクションという面が重視されてきている⁽²⁴⁾。もっとも、このサンクションを論ずる「前提」に関し、学説では十分に議論されてきていない。他方で、判例では、(B)法令上の明文規定の有無に注意が向けられていた。しかしひるがえって、この規定の有無に注目することが〈何を意味するのか〉という点については、判例、さらには学説においても十分に議論されてきていない。

そこで本稿で問題としたいのは、これら(B)と(C)の、それぞれの異なった観点の議論を媒介する《考え》とは、いったいどんなものであるのかという点である。結論を先取りしてしまえば、筆者は、この《考え》とは、「法律による行政」の原理から導き出される、行政側の「予測可能性の保護」の要請ではないかと考える⁽²⁵⁾。いわば同要請に違反するからこそ、行政側にサンクションが下されるべきであるとともに、同要請を前提としているからこそ、法令上の明文規定の有無が重視されざるを得ないという関係である⁽²⁶⁾。したがって(B)(C)は、「予測可能性の保護」の要請からすれば「裏表」の関係として、

その限りで統一的に把握できるのではないか、というのが私見の趣旨である。

以上のことから、④問題をめぐっては、(A)「適正手続の保障」の要請と(B)(C)「予測可能性の保護」の要請という二つの原理的要請から、議論が構築されることが予想される。もっとも、これらの二つの要請だけでもってしては、必ずしも相対的取消事由説か絶対的取消事由説かという、手続的瑕疵が行政処分に与える効果をめぐる議論までも裏付けられうるわけではない⁽²⁷⁾。むしろこの議論の前提には、第三の要請、(D)「行政経済」の要請⁽²⁸⁾を媒介として考えていかなければならない。すなわち、手続的瑕疵を理由に行政処分を取り消し、行政にあらためて行政処分をやり直させるというサンクションを下すとしても、結果が同じになることが目に見えているような場合においては、(A)適正手続の保障といっても制約されざるを得ないということである⁽²⁹⁾。

ともあれ、後で考察する⑤問題を考えるにあたっては、これらの《三つの要請》が重要な役割を果たすことになることを、あらかじめ指摘しておきたい⁽³⁰⁾。

第三章 聴聞又は弁明の機会の付与に係る手続的瑕疵と不利益処分の効力問題【⑥問題】

本章では、④問題の一部を構成する⑥問題に焦点を絞って議論を進める。具体的には、行政処分の性質なかでも、「不利益処分」に対象を限定し、「告知と聴聞」に係る手続的瑕疵問題を検討していく⁽³¹⁾。それと同時に、本章では、告知と聴聞のなかでも、「聴聞（並びに弁明も）」に係る問題に比重を置いて検討していく。とはいえ、こういった《二重の限定》を付した上での④問題、すなわち⑥問題に関しては、最高裁判例がほとんど存在せず、むしろ下級審裁判例の蓄積が多くみられる。そこで本章では、⑥問題をめぐる下級審裁判例の動向を分析していくことにしたい。

さらに、以下の裁判例分析に当たっては、聴聞又は弁明の機会の付与に係る手続的瑕疵であっても、不備か欠如かという〈縦軸〉と、その瑕疵の効果に関して絶対的取消事由と解するか相対的取消事由と解するかという〈横軸〉とを交錯させることによって、4つの場合に分けながら分析を進めていく。

これらの縦軸・横軸に関しては、前章でも、群馬中央バス事件に関する検討箇所をはじめ、いくぶんは着目していたところではある。以下では、この両軸を前面に押し出し、かつ、両軸を交錯させた上で、『場合分け』の分析手法をとって判例分析を試みることになる。そして、このような分析手法をとる(とった)理由に関しては、本章最後にあらためて指摘することとしよう。

第一節 手続の不備×絶対的取消事由説

大阪地判昭和55年3月19日(行集31巻3号483頁)⁽³²⁾は、一般乗用旅客自動車運送事業免許取消処分当たりの聴聞手続(道路運送法122条の2)前に、被処分予定者に対し処分原因となる具体的違反事実を告知しないまま聴聞を実施したことを違法とした上で、「本件聴聞の瑕疵は、聴聞制度の目的に反する重大な瑕疵であるから、この瑕疵は、本件処分に実体的根拠があるかどうかにかかわらず、本件処分を取り消すべき事由になる」と判示した。

また本判決は、相対的取消事由説を採用した群馬中央バス事件と本件事案とを比較し、その違いを指摘する。「右判例では、違法とされた点が、一種の釈明義務違反であり、しかも違法の程度が『主張立証の機会を与えるにつき必ずしも十分でないところがあった』程度のものであったのに対し、本件では、違法な点は、手続上最も重要な事項である聴聞対象の処分原因となるべき事実の告知をしなかったという点にあり、その違法性の程度に大きな差がある。しかも、聴聞(公聴会審理)の対象となるべき事実が、右判例では技術上、公益上の見地から裁量の余地のある事項であったのに対し、本件では裁量の余地を残さない処分原因事実であって、個々の事実の存否が処分に対し与える影響の重要性において大きな差がある。そのうえ、争われた処分は、右判例では免許申請却下処分であったのに対し、本件では免許取消処分であって、被処分者に対する影響の重大さに大きな差がある」。

さらに本判決は、警察懲戒事件が絶対的取消事由説を採用していることを引き合いに出した上で、本件事案もこの最判と事案を同じくするとし、「原告会社が、聴聞前に、処分原因となるべき具体的事実の告知を受けていたとすれ

ば、被告の認定判断を動かすに足りる意見と資料を提出しうる可能性があったか否かは、本件処分を前記理由により取り消すべきかどうかの判断に影響を与えない」と判示した。本判決は、相対的取消事由説と絶対的取消事由説をめぐる議論対立を正面から論じた上で、後説を明確に採用した裁判例として注目に値する。

第二節 手続の不備×相対的取消事由説

浦和地判昭和49年12月11日（行集25巻12号1546頁）⁽³³⁾は、運転免許取消処分当たって、①被処分者に十分な主張立証の機会を与えないまま、また②聴聞主宰者たる公安委員が事案を十分理解しないまま、聴聞を実施するとともに、③審査判定手続を持ち回り会議で実施したことをめぐって、⑥問題が争われた。

本判決では、①について、事実認定上微妙な事項あるいは法律適用上見解の対立が予想される事項があって、かつ、それらが処分結果に影響を及ぼしうる場合、聴聞の中で、それらの事項を被処分者に対し進んで摘示し、主張立証を促すとともに、それらの事項に関する主要な証拠を開示の上で、反論立証の機会を与えることを要するという。その上で、本件取消処分の結果は、交通事故が原告車両によって起こされたか否かにより左右され、かつ、この点原告が否認していたにもかかわらず、行政として十分明確な方法で原告に反論立証を促さなかつただけでなく、関連証拠を何一つ開示しないまま、わずか5分程度で聴聞を終えた事実を指摘し、聴聞手続に違法があるとする。

また②に関しても、公安委員が聴聞前に捜査記録を検討せず被告主張の聴聞事実を目を通しただけなど事案把握の態度に不備があり、法の要求する聴聞の実質を備えていないとした。③に関しても、公安委員会規則上持ち回り会議が予定されていないこと、また事実認定・法律適用のあり方につき被処分予定者が争う意思を有する本件事案の性質から、本件事案では公安委員の合議が求められたとして、審査判定手続にも違法があると判示した。そして以上①～③の手続的瑕疵を理由に本件取消処分を取り消した。

本判決は、相対的・絶対的どちらの取消事由説を採用したか明確ではないが、結論を導くに当たって、聴聞に際し事故原因が十分に論じられていれば取消処分とは異なった可能性があった⁽³⁴⁾点を重視している点では、相対的取消事由説を採用した事例と判断しうる⁽³⁵⁾。

甲府地判昭和52年3月31日(判タ355号225頁)は、懲戒免職処分に当たって対象者に「事情聴取」はしたものの、「聴聞手続」まではしなかった事案で、⑤問題が争われた。なお、以下本稿で紹介する、公務員懲戒処分に係る⑤問題にする一連の判例に関しては、同処分につき法令上意見聴取手続が定められていないことにかんがみて、非公式であれ被告が原告から事情聴取をしている場合には「不備」と、それすらなされていない場合には「欠如」ということで、実質的な防御権行使の機会の有無という観点から区別して論じていくこととしたい。

さて本判決は、懲戒処分(地方公務員法29条)に当たってどのような事前手続を履行すべきかについては明示規定がなく懲戒権者の裁量に委ねられているとしつつも、懲戒については公正でなければならないとする同法27条1項の趣旨にかんがみれば、事実認定と処分の種類の選択については慎重な手続を経るべきとする。

また懲戒“免職”処分という重大な不利益処分をするに当たって、「事前に処分さるべき当該職員に問題とされている事件の内容を具体的に告知し、当局が嫌疑の根拠としている資料の実質的内容を知らせ、弁明と防禦の機会を与えること」、すなわち「公正な告知と聴問の手続」を履行することが「自然的正義」の要請から求められるとする。その上で、「かりに当該職員に対し告知と聴問の手続を履践しても、実体的判断を左右するような弁明と資料が提出される可能性が全くないような特別な事情がない限り、公正な告知と聴問の手続を履践しないまま懲戒権を行使することは裁量権を逸脱する」とした。

本判決は、以上の一般論を前提とし、また事実関係を詳細に吟味した上で、本件事案では、対象者に対し「公正な告知と聴問の手続をとったならば、実体的判断を左右するような弁明と資料が提出される可能性が全くなかったとはと

うていいえない」として、処分違法として取消請求を認容した。「実体的判断を左右するような弁明と資料が提出される可能性」に関し柔軟に解釈するもので、その限りでは、相対的取消事由説を（行政側にとって）厳格に——裏返せば市民側にとって緩やかに——適用したものといえようか。

もっともこの控訴審、東京高判昭和54年2月26日（判タ386号111頁）は、二日にわたるそれぞれ2時間近くの事情聴取を通じ、対象者に嫌疑事実を了知させ弁解を求めた以上、「嫌疑について一応防禦の機会を与えた」とともに、対象者が処分事由に該当する不正行為を行ったと認められる「本件の実体的内容をも併せ考えると」、手続上本件処分を違法としえないとした。原審と控訴審では相対的取消事由説を採用する点では共通する。しかし事実認定面での相違が間接的に影響しているのか、相対的取消事由説の当てはめのありように関して、控訴審は原審と比べても（行政側にとって）緩やかに解されている⁽³⁶⁾。

行手法制定後の裁判例として、旭川地判平成23年10月4日（判タ1382号100頁）は、告知と聴聞の機会が与えられぬまま、万引きを理由に懲戒免職処分を受けた公務員の事例である。本判決は、「懲戒免職処分の基礎となる事実の認定に影響を及ぼし、ひいては処分の内容に影響を及ぼす相当程度の可能性があるにもかかわらず、弁明の機会を与えなかった場合には、裁量権の逸脱があるものとして当該懲戒免職処分が違法となる」と判示しつつも⁽³⁷⁾、本件事案では、諸般の事情から、「被告において、原告からの聴取、陳述書及び診断書の受領等以上に、医師に対し病状を照会する等の必要があったとはいえず、原告の本件行為時の体調が本件処分の内容に影響を及ぼす相当程度の可能性があるにもかかわらず、その点につき弁明の機会を与えなかった場合に該当するとはいえない。」として、処分取消しを認めなかった。

本判決は、行手法制定前の裁判例と同様、相対的取消事由説を採用したと言える。もっとも、そもそも行手法3条1項9号によると、公務員に対してその身分に関してされる処分に関しては同法の適用除外とされているので⁽³⁸⁾、懲戒処分に係る⑥問題につき、行手法制定前後に分けてその連続性・非連続性を論ずる意義に関しては限界もある。

公務員懲戒処分事例以外の、行手法制定後の裁判例として、例えば青森地判平成19年2月23日 (LEX/DB 28130525) がある。社会保険事務局長が、原告を開設者とする歯科医院について保険医療機関指定取消処分をするとともに、原告に対しても保険医 (歯科医師) 登録取消処分をした。これに対し原告は、本件各取消処分に該当する不正行為の存在を否認するとともに、行手法に基づく聴聞に先立って求めた「患者個別調書」の閲覧が認められなかったことから、十分な防御の機会が与えられず、適正手続の要請が充たされていなかった旨の手続的瑕疵も主張した。

本判決は、本件の事実関係からして「患者個別調書のみ閲覧を拒絶されたとはにわかに考え難い」としながらも、「仮に原告に対して患者個別調書の閲覧を認めなかったとしても」、患者個別調書はその作成時に原告自身あるいは同僚歯科医師がその内容を確認の上で署名押印された書類である以上、原告がその内容を把握することは容易とする。このことから本判決は、「その手続的瑕疵が本件聴聞における原告の弁明内容に重大な影響を及ぼしたものであるとは考え難く、ひいては青森社会保険事務局長の認定判断に重大な影響を及ぼしたとも考え難いから、これが本件各取消処分を違法として取り消す理由になるということとはできない。」と結論づけた。

本判決のように、弁明又は聴聞の機会の付与に係る手続「不備」問題という観点からすれば、派生的に位置付けられうる、閲覧請求権をめぐる同問題に関しては、今日、相対的取消事由説が支配的になっている⁽³⁹⁾。

第三節 手続の欠如×相対的取消事由説

東京地判昭和59年3月29日 (判時1109号132頁)⁽⁴⁰⁾では、消防署予防課長の職にあった原告が、ひき逃げ死亡事件の被疑者として逮捕された。上司が警察署に赴き接見を求めるも、捜査の必要から拒否された。被告東京消防庁消防総監は、警察関係者から事情聴取した捜査状況、警察に押収されている原告の車両の損傷状況の見分、原告とともに懇親会に参加し飲酒していた消防職員からの事情聴取内容等を根拠資料として、原告から弁解を聴くことなく、事件発覚後

24時間余りで懲戒免職処分をした。

本判決は、告知・聴聞の「機会を与えることにより、処分の基礎となる事実の認定に影響を及ぼし、ひいては処分の内容に影響を及ぼす可能性がある場合であるにもかかわらず、右の機会を与えなかったときには、その手続は、適正・公正な手続ではなく、これによった処分は違法となるが、そうでない場合には、右の機会を与えなかったとしても処分は違法とはならない」と判示した。その上で、ひき逃げ死亡事件につき原告に責任が認められる本件事案に関しては、後者の場合に当たるとした⁽⁴¹⁾。

また神戸地判昭和60年12月19日（判自32号36頁）は、原告公立高校教諭が贓物故買の罪で起訴されたところ、任命権者たる被告が原告に告知・聴聞の機会を与えないまま起訴休職処分（地公法28条2項2号）等をした事案である。本判決では、被告として「処分に先立って担当検察官から原告が起訴された事実及び本件公訴事実を聴取・確認し、分限事由の存否については客観的に確実な資料を得ていたこと、また処分の要否についても、当該公訴事実の内容や原告の職務内容等から十分判断が可能であったこと」から、「本件においては、処分対象者たる原告に告知・聴聞の機会を付与したとしても、任命権者たる被告の実体的判断を左右すべき蓋然性があったとはいい難く、被告が告知・聴聞の手続を実施しなかったことをもって、本件各処分の手続が適正手続の原則に違反した違法があるものということとはできない。」とした。

広島地判昭和61年11月19日（行集37巻10・11号1336頁）は、原告公立小学校教諭に対して聴聞の機会が与えられないまま下された停職処分につき争われた。本判決は、懲戒処分対象事実に関して校長が現認し、かつ、同事実を原告も大部分認めている状況下では、「原告に告知、聴聞の機会を与えておれば、被告委員会の事実認定が異なったものとなり、ひいては処分内容に影響を及ぼす可能性があったとは認められないこと等諸般の事情を考慮すると、右手続を経なかつたことに裁量権の誤りはなく本件懲戒処分の手続が適正かつ公正を欠いた違法があるということとはできない。」とした。

以上本節で紹介してきた3裁判例は、いずれも《地方公務員法に基づく懲戒

処分》に関する事例ということで、裁判例の事案類型に「偏り」はあるものの、手続欠如に係る⑥問題に関して、相対的取消事由説を採用した裁判例群と言える。

第四節 手続の欠如×絶対的取消事由説

一. 聴聞と弁明

大阪地判平成元年9月12日(判タ724号164頁)は、聴聞(道路法71条3項)を経ずに出された工事中止命令(同条1項)が違法とされた事例である。本判決は、聴聞が定められた趣旨について、同命令が「被処分者の所有権等その権利・利益に重大な影響を及ぼす場合のあることにかんがみ、被処分者に意見及び証拠資料を提出する機会を与えることにより、その権利・利益を担保することにある」として、処分の名宛人の防御権の保障の重要性を論じる。また「このような手続が法的に保障されているにもかかわらず、その機会を全く与えられることなく処分がされた場合には、その処分は、被処分者の法的利益を侵害するものとして違法たるを免れ得ない」とした。

さらに原告において、「本件中止命令が発せられるに先立ち、その前提となるべき実体的事実関係について被告とは異なる認識を有していることを主張し、これを争う意思を明確に表示していた」ことからしても、「聴聞を怠った違法は重大」と判示する。相手方の争う意思を重視する点で先の浦和地判と類似するが、浦和地判では相対的取消事由説の文脈であったのに対し、本判決では絶対的取消事由説の文脈である点に相違がある。

加えて本判決は、群馬中央バス事件が「運輸審議会の公聴会自体は行われたものの、その審理手続に申請計画の問題点につき申請者に主張・立証の機会を与えなかったという瑕疵のある場合」に相対的取消事由説を採用したに過ぎず、「法が処分権者に義務付けた聴聞が全く行われなまま行政処分がされた本件とは、全く事案を異にする」と判示する。《不備》と《欠如》とで、手続的瑕疵の効果が異なっても(相対的取消事由説か絶対的取消事由説か)良いというのであろう。またこの考えに関しては、「法が行政処分をするに当たっ

て、諮問機関に諮問すべき旨を定めているにもかかわらず、行政処分が諮問を経ないでされた場合には、当該処分も違法として取消を免れない旨を明言している」群馬中央バス事件の判示内容とも適合するという。

以上を踏まえ、本判決は、「本件のように、法が、被処分者の権利・利益を担保することを目的として定めた手続（聴聞）を完全に懈怠したまま行政処分がされたような場合には、聴聞が行われれば、被処分者において、処分権者の認定判断を左右するに足る資料及び意見を提出し得る可能性があったか否かを問うまでもなく、かかる手続上の瑕疵は、処分の違法事由を構成するものと認めるのが相当」と判断した⁽⁴²⁾。

行手法制定後の事例として、長野地判平成17年2月4日（判タ1229号221頁）は、行手法上の弁明の機会の付与（同13条1項2号）を経ることなく、医療用具回収命令（薬事法70条、83条1項）が出された事案である。本判決は、ある行政手続が「相対立する当事者間の利害の調整を目的とし、又は、利害関係人の権利若しくは利益を保護することを目的として定められている場合」、その行政手続の瑕疵は「当該行政処分の取消事由となる」一方、「単に行政の円滑かつ合理的な運営等のための参考に供する等、行政上の便宜を図ることを目的として定められている場合」、その行政手続の瑕疵は「当然に当該行政処分の取消事由となるものではない」と判示する。

第二章の4最判のうち、申請者あるいは名宛人の利益の保障の趣旨での個人タクシー事件並びに警察懲戒事件、利害関係人の利益の保障の趣旨をも念頭に置いた群馬中央バス事件、処分の適正確保の趣旨での温泉掘削事件を踏まえれば、本判決の上記判旨部分はこれまでの〈手続保障の趣旨〉をめぐる最高裁判例の〈到達水準〉を定式化したものといえよう。

その上で本判決は、行手法1条1項を引き合いに出しつつ、同法上の弁明の機会の付与が、「行政処分の公正と処分に至る行政手続の透明性の向上を図ることにより、当該処分の名あて人となるべき者の権利保護を図る趣旨から、当該処分の名あて人となるべき者に対し、公正・透明な行政手続を法的に保障し、自らの防御権を行使する機会を付与することを目的として定められた」と

する。

そして本判決は、「この弁明の機会の付与の手續に違反する瑕疵が存する場合、殊に弁明の機会を付与しなかった場合には、その瑕疵は手續全体の公正を害するものとして、その処分要件（実体的要件）を満たしているか否かにかかわらず、当該行政処分も違法となり、取消しを免れない」とし、本件医療用具回収命令についても違法として取り消した。

大阪地判平成元年では、「聴聞」の欠如を理由として行政処分の絶対的取消しが認められたのに対し、長野地判平成17年では、「弁明」の欠如を理由に行政処分の絶対的取消しが認められたと整理しうる。

二. 最近の事例

例えば東京高判平成21年10月14日（LEX/DB 25451725）では、原告事業者が廃棄物の処理及び清掃に関する法律7条の5違反の罪で起訴されたところ、処分行政庁が原告への聴聞手續を経ずに産業廃棄物収集運搬業許可取消処分をした事案である。被告側は、聴聞手續を経ていないとしても結果に影響がないから本件処分は違法とならないなど主張⁽⁴³⁾。本判決は、行手法の意見陳述規定が処分名宛人の防御権行使の機会を付与するために定められたものであるとともに、「本件のような許認可等を取り消すことが重大な不利益処分であることにかんがみて、単なる弁明の機会の付与ではなく、より厳格な聴聞手續を経ることを要求している。」ことからすれば、聴聞手續を経ない本件処分は「違法であって取消しを免れない」とした。

本判決は、控訴時点で、すでに前記法律7条の5違反で原告は罰金刑判決が確定しており、本件処分時点でも、原告の法定欠格事由該当性はほぼ問題なく認められうる事案であったことを踏まえると、「適正手續の保障」の要請をかなり重視した判決といえよう⁽⁴⁴⁾。

つぎに福岡高判平成22年5月25日（賃社1524号59頁）は、弁明の機会を付与することなく、生活保護停止処分（生活保護法27条1項、62条3項・4項）がなされた事例である。本判決は、「弁明の機会の保障を欠いたという手續上の

瑕疵は看過し難い」としながらも、原告（被控訴人）において、「弁明聴取通知書が郵便局に留め置かれていたのであるから、弁明聴取の期日前に、容易にこれを受領して内容を知り得たはずであって、被控訴人らに指示事項について弁明の機会が全く与えられていなかったとはいえない。」として、「福祉事務所のとった手続や対応について、当事者の防御権を完全に無視して不意打ち的にしたものとはまでは評」しえず、本件停止処分を無効ならしめるほどの重大明白な瑕疵はないとした。

ただし、本判決の結論部分、「本件停止処分は、とりわけ弁明の機会の保障を欠く不利益処分であって、重要な手続的な要件を欠くものとして、取消事由となり得ることはあっても、それが無効になるとまではいうことができない。」にみられるように、本判決はあくまでも無効確認訴訟の文脈で絶対的取消しを認めなかっただけで、取消訴訟の文脈であったならば絶対的取消しが認められた余地をも示唆している⁽⁴⁵⁾。

つぎに、東京地判平成25年2月26日（判タ1414号313頁）では、原告事業協同組合が被告市から借り受けた本件建物でと畜場を運営していたところ、被告はその市有財産貸付契約期間が終了し、それに伴い本件建物を使用することができなくなったことを理由に、聴聞手続（行手法13条1項1号イ）を経ることなく、と畜場設置許可取消処分をした。被告は、本件契約の帰趨と本件処分とは連続性を持ったものとした上で、本件契約終了をめぐるやり取りのなかで、原告から意見を聴取する十分な機会があり、この機会を通じ被告として原告の弁解を十分に了知していた以上、本件処分にあたり聴聞手続を経ていなかったとしても、行手法の趣旨には反しないと主張した。

これに対し本判決は、行手法の目的規定（1条1項）を引き合いに出した上で、「不利益処分を行うに当たっては、公正・透明な手続を法的に保障しつつ、処分の原因となる事実について、処分の相手方に対して自らの防御権を行使する機会を付与する必要があるという観点から」、不利益処分に当たっての意見聴取手続規定が設けられていること、「特に、処分の相手方に及ぼす不利益の程度が大きい不利益処分をしようとする場合には聴聞手続を要求し、公

正・透明な聴聞手続を保障するため」手続規定が設けられていることを指摘する。

このことからすると、被告主張のように、「行政庁が実質的に処分の相手方の意見を聴取していれば、聴聞手続を全く行わなくともよい」との理解は、行手法の「趣旨・目的を没却する」、ましてや本件では「被告は、本件貸付契約の終了について原告とやり取りをしてきたにすぎず、本件設置許可処分の取消しについては、何ら原告の意見を聴取していないのであるから、このような被告の行った手続が行政手続法の趣旨に反しないと解すべき余地はない。」とした。

以上のことから、本判決は、「聴聞手続が全く行われないうままに不利益処分がされたような場合には、その瑕疵は手続全体の公正を害するものといえるから、当該不利益処分も違法」と判示し、本件処分を取り消した⁽⁴⁶⁾。

さらに広島高裁松江支部判平成26年3月17日 (LEX/DB 25503840)⁽⁴⁷⁾は、道路運送法に基づく輸送施設使用停止処分を受けた原告事業者が、被告が送付してきた弁明通知書に違反行為に係る具体的な事実の記載がないなどの手続的瑕疵を理由に同処分の違法を主張した事案である。本判決は、「不利益処分の名宛人となるべき者に弁明の機会を付与するための弁明通知書は、その者に反論の機会を与え、行政庁の判断の慎重と合理性を担保してその恣意を抑制するという機能を全うするためにも、その通知書の記載によって名宛人となるべき者にとって不利益処分の原因となる事実が理解可能でなければならない」とする。

その上で本件事案では、不利益処分の原因事実が概括的に記載されるにとどまり、個々の違反に関する具体的な日時、自動車ないし運転者名等の事実が不明で、原告においてそれを推知することも困難だったことから、本件弁明通知書の記載では原告において実効的な反論が不可能だったとして、行手法違反(30条2項)を認めた。また原告が違反内容等を詳細に記載した弁明通知書を求め、被告としてそれに応じることが容易だったにもかかわらず、そうしなかったことも、行手法(13条1項2号)に反し、事実上弁明の機会を付与しな

かったと言えるとした。そして本判決は、以上の行手法違反を理由に本件処分も違法とし、取消した⁽⁴⁸⁾。

以上みてきた裁判例動向と並んで、群馬中央バス事件や警察懲戒事件をも併せ考えると、⑥問題のなかでも、「手続欠如」事案、とりわけ不利益処分の名宛人の防御権保障に係る同事案においては、判例上、絶対的取消事由説が支配的であることがうかがえる⁽⁴⁹⁾。

第五節 小括

以上本章を振り返ろう。⑥問題をめぐっては、不備よりも欠如の方が瑕疵の程度が重いのであるから、このことに対応して、不備よりも欠如の場合の方に絶対的取消事由説がより妥当すると考えるのが、論理的には自然である。また実際の裁判例動向を見ても、不備事案に関しては、行手法制定前の段階でも、相対的取消事由説を採る裁判例が多かった。さらに同法制定後の段階でも、不備事案に関しては、青森地判を中心に、閲覧請求権問題で、相対的取消事由説を採る裁判例が支配的になってきている。ただし、閲覧請求権問題を超えて、不備の場合一般に関して、相対的取消事由説でもって判例が確立したのかと言うと、この場合一般に関して、行手法制定後の裁判例の蓄積がまだ十分ではないので、そのように断定することについては躊躇せざるをえない。

これに対し「欠如」事案については、行手法制定前に、懲戒処分に関わって相対的取消事由説を採る裁判例がみられる一方で、同法制定後、とりわけ最近の裁判例を通じて、絶対的取消事由説を採る裁判例が確立しつつあるといえる⁽⁵⁰⁾。とはいえ、長野地判でも示されているように、〈手続保障の趣旨〉が処分の適正確保にある場合など、欠如事案であっても、絶対的取消事由説がとられない場合もある。もっとも、同じく長野地判でも指摘されているように、行手法の手続保障の趣旨が不利益処分の名宛人の防御権の保障の趣旨にあることには、さしあたり問題がないだろう⁽⁵¹⁾。したがって、〈行手法に関わる〉⑥問題に関しては、絶対的取消事由説が判例の立場であると理解しても、とりあえず現時点での「裁判例」の動向評価としては妥当であろう⁽⁵²⁾。

そして、本稿第一章で紹介した処分性拡大事案においては、まさにこの〈行手法に関わる〉⑥問題が関連してくるのである。ということで、つぎに問題とすべきことは、処分性の拡大解釈に伴って、係争行政活動につき「不利益処分」とみなされるようになったという条件の下での⑥問題、すなわち③問題の事案においても、当該活動につき聴聞又は弁明の機会の付与が「欠如」していた以上、⑥問題の事案への対応策同様、絶対的取消事由説を採用して処分取り消しを導くべきであるのか否かという論点である。

第四章 処分性拡大事案における、聴聞又は弁明の機会の付与に係る手続的瑕疵と不利益処分の効力問題 【③問題】

③⑥両問題を踏まえた上で、本章ではいよいよ本稿の考察主題である③問題について取り組んでいく。③問題をめぐっては、主として具体的な処分性拡大判例を素材に論じられてきた⁽⁵³⁾。そこで、以下三つの処分性拡大判例を素材に、それらの判例をめぐって学説や裁判例がどのような議論を展開してきたのかを検討していく⁽⁵⁴⁾。

第一節 医療法勧告事件

処分性拡大判例として、病院勧告中止勧告事件（最判平成17年7月15日：民集59巻6号1661頁）並びに病院病床数削減勧告事件（最判平成17年10月25日：判時1920号32頁）がある。いずれも医療法に基づく勧告（行政指導）の処分性を認め、かつ、判決理由もほぼ同じである。それゆえ、以下一括して医療法勧告事件（以下「17年最判」とも言う）として論じていく⁽⁵⁵⁾。

17年最判は、「医療法及び健康保険法の規定の内容やその運用の実情」に照らすと、医療法30条の7の規定に基づく勧告は、「行政指導」として定められているものの、これに従わない者には、「相当程度の確実さをもって、病院を開設しても保険医療機関の指定を受けることができなくなるという結果をもたらす」こと、またわが国では「保険医療機関の指定を受けることができない場合には、實際上病院の開設自体を断念せざるを得ない」ことを判示する。

その上で、「このような医療法30条の7の規定に基づく病院開設中止〔高木注：あるいは病床数削減〕の勧告の保険医療機関の指定に及ぼす効果及び病院経営における保険医療機関の指定の持つ意義を併せ考えると、この勧告は、行政事件訴訟法3条2項にいう『行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為』に当たる」と判示した。

17年最判をめぐって、学説では⁽⁵⁶⁾、「当該事件処理の特殊性に対応した事例的な意味以上のものではない」との理解のもと、同最判で行訴法上処分と性格づけられた行政指導は、「取消訴訟の対象として取り上げる限りの処分」であって、取消訴訟の排他的管轄や出訴期間、行手法や行政不服審査法に係る諸規定といった、処分の「標準装備は連動しない」、またこの場合に処分の「標準装備を働かせることは、相手方にとっても行政庁にとっても負担が大きい」として、処分性が拡大されても行手法上の手続義務は適用されないとの理解が提示されている。

他方で、「柔軟な『仕組み解釈』により事実上の影響を取り込んで処分と構成した場合に、その処分につき要求される行政手続上の仕組み、教示義務、取消訴訟の利用強制」について、「処分に当然付着する手続的仕組み・手続的効果なのであって、手続的な『仕組み解釈』の結果処分性を肯定するのであれば、それらも当然に付着する」⁽⁵⁷⁾、また「勧告を指定拒否の前段階の措置として位置付けた趣旨に鑑みれば、手続法上も、処分手続を適用することが妥当」⁽⁵⁸⁾との指摘もある。

また17年最判に関して、行手法上の処分概念と行訴法上の処分概念との「乖離の可能性を示唆している」と指摘し、医療法上勧告は行政指導とする判示部分が、同勧告につき行手法上の行政指導に係る規定の適用を含意しているとするのであれば、処分概念が「相対化」し、同概念の「是非が問われる」ことになるとの理解が示されている⁽⁵⁹⁾。さらに踏み込んで、17年最判で処分とされたのは、行政訴訟による救済のためであるから、その実体法上の性質は依然として行政指導であるとして、行手法上の処分に関する規定（弁明手続：13条）は適用されないが、行政指導に関する規定（指導にしたがわない場合の不利益取

扱い禁止：32条2項)は適用されるとする説もある⁽⁶⁰⁾。

しかし他方で、17年最判が、「単純に裁判による権利保護・行政統制の便宜を理由にしたものとは考えにくい。」とした上で、「最高裁が行手法・行審法・行訴法を体系的に解釈して『処分』を統一的に理解することを、あえて放棄する決断をしたとは、判文から読み取りにくいし、最高裁が処分とした行為に行手法や行審法が適用されないと、学説があえて理解する理由もない」との説もある⁽⁶¹⁾。同じく17年最判は、医療法勧告をめぐる全体の仕組みを考察した結果として処分性を肯定した以上、行手法上の取扱いも行政指導とする趣旨ではなく、むしろ「最高裁の解釈が示されていなかった当該事件に関する限り、行政指導とした取扱いを是認する趣旨」と解する説もある⁽⁶²⁾。

さらに17年最判で提起された問題に関して、処分性を拡大する判決が出されて「以降」の事後処理問題として設定し、それに対する対応策を論ずる向きもある⁽⁶³⁾。例えば、行訴法と行手法では「目的を異にするので、処分概念に包摂される要素が完全に一致するとは限られない。」としながらも、医療法勧告も含め処分に該当するか否かが判然としない行政活動に関して、それが行訴法上処分であると確定した場合には、行手法上も処分と扱うべきであるとの指摘がある⁽⁶⁴⁾。

同じく、勧告に処分性を認める判決以降は「処分」として扱うべきとし、「当該勧告には不利益処分として弁明手続や理由提示などが必要となるほか、取消訴訟との関係で教示も要求される。」とする⁽⁶⁵⁾。しかし他方で、この説によると、その判決に至る当該事案の処理としては、「勧告が処分であることを内容とする行為規範が明確に確立していなかった以上、勧告を処分と判示した当該事案については、弁明手続等の不備を理由とする勧告の違法性は認められない」とする⁽⁶⁶⁾。

以上現在のところ、医療法勧告について、行訴法上は「処分」と認めるものの行手法上は(処分ではなく)「行政指導」と認めるべきという《分離的見解》——したがって処分に随伴する聴聞又は弁明の機会の付与に係る手続義務は生じない——と、行訴法上も行手法上も「処分」として認めるべきという《統合

的見解》——したがって処分に随伴する聴聞又は弁明の機会の付与に係る手続義務が生じる——とで争いがある。

しかし分離の見解に関しては、なにゆえその種の分離的な解釈がなされることになるのか、十分論証されていないように見受けられる⁽⁶⁷⁾。「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ない」⁽⁶⁸⁾との一種の〈論証放棄〉まで見受けられるほどである⁽⁶⁹⁾。他方で統合的見解に関しても、この見解を突き詰めて考えることで、手続義務違反を理由とする処分（とされた勧告）の効力問題をどう考えるのかという点についてまで突き詰めて論じられているわけでもない。先ほどのように、「行為規範」が確立していなかったから医療法勧告につき違法性を認めずともよいとの議論もあるが、「適正手続の保障」の要請からさらなる議論を尽くす必要があるだろう。

第二節 保育所廃止条例事件

保育所廃止条例事件（最判平成21年11月26日：民集63巻9号2124頁、以下「21年最判」とも言う）⁽⁷⁰⁾では、特定の保育所で保育を受けている児童及びその保護者は、保育の実施の解除がされない限り（児童福祉法33条の4参照）、保育実施期間満了までの間、当該保育所において「保育を受けることを期待し得る法的地位」を有するとした上で、本件条例施行により各保育所廃止の効果が発生し、現に入所中の児童及びその保護者という限られた特定の者らに対して、直接、上記法的地位を奪う結果を生じさせるから、その制定行為は、「行政庁の処分と実質的に同視し得る」とした。

また本判決は、当事者訴訟ないし民事訴訟を提起し、勝訴判決や保全命令を得たとしても、これらは訴訟当事者である当該児童またはその保護者と当該市町村との間でのみ効力を生ずるにすぎないとし、敗訴した市町村として「当該保育所を存続させるかどうかについての実際の対応に困難を来すことにもなり、処分の取消判決や執行停止の決定に第三者効（〔行訴法〕32条）が認められている取消訴訟において当該条例の制定行為の適法性を争い得るとすることには合理性がある」とした。

かくして、条例制定行為に処分性が認められることに伴い、行手法上の聴聞又は弁明の機会の付与に係る手続義務規定が適用されるか否かの問題、すなわち◎問題が生じてくる。この問題について、21年最判の調査官解説は、行手法上、《議会の議決によってされる処分》(3条1項1号)、または、《議会の議決を経てされるべきものとされている処分》(同項3号)⁽⁷¹⁾については、同法の適用除外とされていることに着目し、条例制定行為に処分性が認められても行手法は適用されないとしている⁽⁷²⁾。

もっとも、21年最判が念頭に置くところの、それによって直接具体的に権利侵害が生じるとされる保育所廃止条例制定行為に関して、《議会の議決を経てされるべきものとされている処分》⁽⁷³⁾に当てはめて考えることは、素直な法解釈として疑問がある。これに対し、国会や地方議会の「議決が特定の者の権利義務を変更させる等の法的効果を有する処分」を念頭に置いた《議会の議決によってされる処分》⁽⁷⁴⁾に関してならば、保育所廃止条例制定行為は該当すると言えなくもない。

現に、21年最判と同じく、保育所廃止条例制定行為の処分性が肯定された大東市保育所廃止条例事件(大阪高判平成18年4月20日:判自282号55頁)でも、原告保護者らが保育所廃止条例制定行為が行手法上の不利益処分に該当し、行手法3章の諸規定が適用されるから、行政庁として行手法上の聴聞又は弁明手続をとる必要があると主張していたところ、同判決では、「議会の議決によってされる処分である本件廃止処分」については行手法が適用されないと判示している(原審、大阪地判平成17年1月18日:判自282号74頁も同旨)。

とはいえ、《議会の議決によってされる処分》として典型的に念頭に置かれてきた適用除外の例は、議員の懲罰議決(国会法121条、地自法134条)や不信任議決(地自法178条等)であることにも留意が必要だろう。もちろん、これらの処分は、「行政処分として取消訴訟の対象性を肯定」されている点では⁽⁷⁵⁾、保育所廃止条例制定行為と共通性がある。しかし前二者の議決は、もっぱら議会という部分社会の自律的運営の延長線上で「処分」であって⁽⁷⁶⁾、保育所廃止条例制定行為のように、対住民との関係を念頭に置いた「処分」とは、その性

質を異にする⁽⁷⁷⁾。両「処分」を適用除外の文脈で同列に論じて良いのか、疑問の余地もなくはない。

もっとも、条例の制定《手続》に着目して、処分のかたちをとった条例であっても、「条例は条例なりに手続があるから、そこで関係者は意見を言えるはず」⁽⁷⁸⁾、「形式的意味の立法であれば、これは当然手続がきちんとあるはずで、だから行政手続法としては特に関心を示さない」⁽⁷⁹⁾との指摘もある⁽⁸⁰⁾。とはいえ実際問題、保育所廃止条例も含め条例制定行為によって《法的地位を直接具体的に侵害されることになる当事者》が、条例制定過程でどこまで意見を言えるのか、少なくとも行政手続法なり行政手続条例なりの手続保障に比べ遜色がないのか、処分（とみなされた条例制定行為）の名宛人の防御権の《実質的な》保障という観点からすると疑問の余地もなくはない。

また行手法3条の適用除外に基づく解釈のほか、同法2条1項1号の処分の定義、すなわち「行政庁の処分」という用語に着目した上で、地方議会が行政庁に当たらないことから、条例制定行為に行手法は適用されないとする説もある⁽⁸¹⁾。しかし条例制定行為を処分と解している以上、その条例制定行為（＝処分）をする機関（地方議会）も「行政庁」とみなされることが前提となっているのではないか⁽⁸²⁾。

この点、21年最判の調査官解説でも、条例制定行為に処分性が認められた場合の「処分行政庁」に該当するのは、「地方公共団体」であり、21年最判もこの解釈を前提とすると指摘している⁽⁸³⁾。「処分行政庁」について、地方議会と解するか地方公共団体と解するか、いずれの解釈が妥当かはさておくとして、条例制定行為につき「行政庁」が存在しないことを理由として、行手法の適用除外を導くという議論については、なお検討の必要があるようである。

以上挙げてきた行手法の「文言解釈」による対応の限界を踏まえてであろうか、学説では別のアプローチを模索している。例えばある論者によると⁽⁸⁴⁾、21年最判の「趣旨は、「条例でありながら、処分でもある」というもので、「廃止条例の制定に当たって行政手続法を適用したり、条例を出訴期間の対象にしたりすることまでは含意していない」と指摘する。しかしこの説では、なぜ条

例でありながら処分でもあるような行政活動に関しては、行手法が適用されないことになるのか、十分に論じられていない（論理的には逆の結論も引き出せるのではないか）⁽⁸⁵⁾。

また、「行手法等の適用の有無は、当該行為の法的性質、運用を含めた行政過程における位置付けなど個別法の構造を考慮して決すべき」として、「例えば条例や行政指導の処分性を認めても、直ちに申請拒否処分ないし不利益処分として行手法を適用することが適切とは思えないし、行政過程全体での手続の重複も考慮する必要がある。」とする説もある⁽⁸⁶⁾。しかしこの説が、結局のところ、個別法の「仕組み解釈」を通じて処分性を柔軟に認めつつも、個別法の「仕組み解釈」を通じて行手法の規定を柔軟に適用しないという趣旨であるならば、仕組み解釈に仕組み解釈を重ねる議論であって、解釈論としてどこまで成立しうるのか疑問もある⁽⁸⁷⁾。

さらに、「無名主観訴訟」の名のもと、行手法上の行政庁の手続義務であれ、取消訴訟の排他的管轄・出訴期間制限であれ、違法性の承継制限であれ、“場合によっては”認めないとする議論も展開されている⁽⁸⁸⁾。しかしこの説に関しては、なぜ無名主観訴訟であれば、行手法上の手続義務規定等が適用されないことになるのか、十分に論証されていない。また手続義務規定等の適用の有無について、結局のところ、個別事案ごとの裁判所による個別判断に委ねてしまうという、この説の実践的帰結についても疑問がある⁽⁸⁹⁾。

以上みてきた裁判例・学説の展開を踏まえると、少なくとも、「条例制定行為」を対象に、「行手法の手続義務規定」との関連での副作用問題を念頭に置くのであれば、本節前半で紹介した文言解釈のような、既存の法律条文を引き合いに出した「対症療法」も、それなりに説得力があるのかもしれない。しかしそうは言っても、今日、処分性拡大に伴う副作用問題は、「条例制定行為」以外の、行政指導や行政計画等の他の行政活動を対象としても、また「行手法の手続義務規定」以外の、取消訴訟の排他的管轄や出訴期間、さらには仮処分の排除等との関連でも問題となっていることにも留意せねばならない。

こうした問題状況下では、他の行為形式に対する取扱いとの整合性や、他の

副作用問題に対する解決策との整合性をも視野に入れながら、問題解決に取り組む姿勢が必要であろう⁽⁹⁰⁾。こういった観点からすれば、本節後半に紹介した学説の試みが、「議論の立て方」としてはあるべき姿である。とはいえ、これらの学説では、処分性を拡大しても聴聞又は弁明の機会の付与に係る手続義務規定を適用しない論証が十分尽くされていないように思われる。

第三節 有害物質使用特定施設廃止通知事件

つぎに、有害物質使用特定施設廃止通知事件（最判平成24年2月3日：民集66巻2号148頁。以下「24年最判」とも言う）は、有害物質使用特定施設廃止通知（以下「廃止通知」）の処分性が認められた事例である。最高裁は土壤汚染対策法令の規定から、廃止通知が土地所有者等に「調査及び報告の義務を生じさせ、その法的地位に直接的な影響を及ぼす」と判示した。また廃止通知に土地所有者等が従わない場合、報告命令が速やかに発されるわけではないので、土地所有者等として「早期にその命令を対象とする取消訴訟を提起することができるものではない」として、「実効的な権利救済を図るという観点から見ても」、廃止通知がされた段階での同通知を対象とする取消訴訟の提起が制限されるべき理由はないとした。

本件では、廃止通知に処分性が認められる場合、同通知（＝処分）に際して、行手法所定の「弁明の機会の付与」（同13条、30条等）がされていないことを理由として、同通知が違法となるか否かという◎問題についても争われていた。一審判決では、廃止通知に処分性が認められなかった関係で、この問題に関しては判断されなかったものの、控訴審並びに最高裁判決では、同通知に処分性が認められるとともに、本案審理を尽くすよう一審への差戻しが命じられた。

もっとも、差し戻された後、被告側処分行政庁は、本件の廃止通知について職権でもって取り消してしまう。このことから、差戻し後下級審判決、旭川地判平成24年11月27日（LEX/DB 25445848）並びに札幌高判平成25年5月23日（LEX/DB 25446051）では、職権取消しに伴い、廃止通知の効力が失われてし

まった以上、原告として同通知の取消しを求める「訴えの利益が失われた」として、却下判決が出されることとなった。かくして24年最判をめぐっては、本案問題たる◎問題が正面から論じられることのないまま、訴訟事件としては終結してしまっただのである。

理論上は、処分性を拡大しても、行手法上の不利益処分とは解しない、したがって「弁明の機会の付与」に係る手続義務規定は適用されないと論ずる余地もある。しかし少なくとも、24年最判の調査官解説では、廃止通知が行手法上の不利益処分に該当し、弁明の機会の付与が必要であると理解している⁽⁹¹⁾。

また被告側処分行政庁は、差戻し審理段階で廃止通知の職権取消しをした理由として、行手法13条の弁明の機会の付与を欠いた瑕疵があることを理由としていた。それゆえ、少なくとも本件事件の被告としては、処分性拡大に伴い聴聞又は弁明の機会の付与に係る手続義務規定も拡大適用される、たとえ係争行政活動が不利益処分であると事後的に判明したという場合であったとしても、弁明の機会を付与しなかったことは「違法」だったという見解を念頭に置いて、訴訟対応をしたと言える⁽⁹²⁾。

とはいえ、このような被告の訴訟対応に関しては、原告からも違法主張されているが、廃止通知の違法性に関し実体面からの司法審査をさせることなく訴訟事件を終結させようとする戦術的な対応（言うなれば方便）との見方も払拭できず、このような文脈のもと採られた解釈についてどこまで一般化できるのかは考えねばならない点である。

もっとも、24年最判と同じく、有害物質使用特定施設廃止通知の違法が争われた事件である東京地判平成26年9月12日（LEX/DB 25521727）では、24年最判が踏まえられ廃止通知に処分性があるものとされた上で、かつ、行手法上の不利益処分に該当し、弁明の機会の付与が必要であると判示されている。しかし、この東京地判平成26年は、処分性を肯定する24年最判の解釈を受けての判断であって、処分性が認められるか否かが不明な時点で争われる◎問題とは、問題状況が異なることにも留意せねばならない⁽⁹³⁾。この点、先に、17年最判を受けてのその後の対応のあり方につき学説で論じられていたわけであるが、こ

の学説の議論と東京地判平成26年の論点が重なっているということになる。したがって、以上の24年最判を受けての各種議論を受けても、◎問題につき確たる対応策が提示されているとは言い難いというのが現状である。

第四節 若干の検討

以上、本章で見てきたように、◎問題に関しては、17年最判、21年最判、24年最判といった処分性拡大判例との関連で着目されてきている一方で、その問題に対する対応策も含め、判例学説上十分に議論が深まってきているとは言えないというのが現状である。そこで以下では、第二章の最高裁判決の分析を通じて得られた三つの原理的要請——「適正手続の保障」の要請、「予測可能性の保護」の要請、「行政経済」の要請——を踏まえるとともに、第三章の下級審裁判例の分析を通じて得られた手続的瑕疵の内容の違い（不備か欠如か）と、その瑕疵がもたらす効果の違い（相対的取消事由か絶対的取消事由か）とを踏まえた上で、上記問題に関して考察していきたい。

一. 裁判例の提示

まずは一つの裁判例を検討することから始めよう。大阪高判平成20年3月13日（LEX/DB 25420932）は、控訴人語学学校が、法務大臣が出した日本語教育機関告示（出入国管理及び難民認定法7条第1項第2号の基準を定める省令の留学及び就学の在留資格に係る基準の規定に基づき日本語教育機関等を定める件の一部を改正する告示）につき、違法な行政処分であるとして、その取消訴訟を提起した事案である。原審（大阪地判平成19年4月19日：LEX/DB 28132238）では、同告示の処分性が認められなかったものの、控訴審たる本判決では、その処分性が認められることとなった。そしてこの《処分性拡大》の解釈に伴って、控訴人に対して聴聞又は弁明の機会が付与されていなかった手続的瑕疵が問題となった。

本判決は、「本件告示に処分性が認められる」以上、「本件告示は行政手続法2条2号に規定する『処分』に該当する」との見解に立つことを明らかにす

る。その上で本判決は、「本件においては、控訴人にとって有利な情報が提供され、あるいは控訴人に不利益な情報を弾劾する機会を付与する事情聴取が3度も行われており、仮にあらためて控訴人に対する行政手続上の聴聞ないし弁明の機会がされたとしても、控訴人が日本語教育機関としてふさわしくないとされた本件告示の結果に影響を及ぼさないことは明らか」として、「行政手続法13条1項違反を理由に本件告示を取り消すことはできない」と判示した。

このように本判決では、処分性が「告示」にまで認められることとなった処分性拡大事案において⁽⁹⁴⁾、聴聞又は弁明の機会の付与に係る手続義務規定の拡大適用が認められるとともに、「相対的取消事由説」の論理構成でもって結論が導かれたことが注目される。もっとも本判決では、〈処分性拡大事案〉、すなわち㉔問題として明確に意識された上で、相対的取消事由説が採用されているというわけでもないようである。むしろ第三章でみてきたような、㉕問題の延長線上で、相対的取消事由説が採用されているように見受けられる。

とはいえ、先にも考察してきたように、㉕問題では、聴聞又は弁明の機会の付与が欠如している場合には、「絶対的取消事由説」が近年の支配的な裁判例動向——例えばと畜場設置許可取消処分に係る東京地判平成25年と比較参照——であるので、㉕問題として捉えるのならば、欠如事案にもかかわらず相対的取消事由説を採用した本判決は、その一般的な裁判例動向からして「特異」な裁判例と言えなくもない。しかし見方を換えれば、この特異性のなかにこそ、本判決が、本件事案について、㉕問題を超えて、㉔問題として把握している“暗黙の前提”を読み取るべきと言えなくもない。

ともあれ、後に述べるように、㉕問題と㉔問題とでは、問題の性質が異なる。しかしだからと言って、【㉕問題とは異なる】というただそれだけのことを論拠として、㉔問題に関しては㉕問題とは異なって、欠如事案につき相対的取消事由説が妥当であるとの結論を機械的に導き出してしまうことも早計である。欠如事案をめぐる、㉔問題においては㉕問題と異なって、相対的取消事由説を採用する「結論」そのものが妥当であるにしても、あらためて原理原則論

からその結論の妥当性を論証していく必要がある⁽⁹⁵⁾。

二. マクロの均衡（原理原則との関連）

まず㉔問題の場合には、行政側において、取消訴訟を通じて争われることとなった行政活動が法律上「処分」であることについての予測可能性が制度的に保障されていなかったこと、すなわち係争行政活動につき聴聞又は弁明の機会を付与すべき手続義務があるとは予測しえなかったことについて留意せねばならない。この点で、行政側として、係争行政活動が法律上「処分」であるとの予測可能性が制度的に保障されていた、それにもかかわらず手続義務を履行しなかった㉕問題とは、問題状況が大きく異なるのである⁽⁹⁶⁾。

しかるに、「法律による行政」を通じて予測可能性が保護されるべきであるのは、市民側のみならず、行政側においても当てはまるはずである。具体的な帰結を先取りして言えば、裁判所による「不意打ち」の処分性拡大解釈によって、取消訴訟の排他的管轄や出訴期間（さらには仮処分の排除）の不遵守につき、市民が不測の不利益を受けてはならないと同様に、その種の処分性拡大解釈によって、聴聞又は弁明の機会の付与に係る手続義務の不履行につき、行政側も不測の不利益を受けてはならないはずである。その限りで、「法律による行政」に基づく「予測可能性の保護」の要請は、「双面的な」要請と解さなければならぬ。

したがって、こういった性格を有する「予測可能性の保護」の要請からすれば、処分性拡大に伴って、たとえ聴聞又は弁明の機会の付与が欠如していたとしても、そのことだけを理由として処分を取消すべきであるという結論、すなわち㉕問題をめぐって支配的な「絶対的取消事由説」を㉔問題でもそのまま採用すべきであるとの結論は導き出しえない。

もっとも、㉔問題を考えるにあたっては、行政側にとって有利に働く「予測可能性の保護」の要請のみを考慮していれば、それで事足りるということでもない。むしろ、㉔㉕両問題の場合と同様、㉔問題を考える場合であっても、市民側にとって有利に働く「適正手続の保障」の要請に関して、当然に考慮しな

なければならない。

そして、この「適正手続の保障」要請という観点に立てば、たとえ当該行政活動につき聴聞又は弁明の機会を付与することが法律上義務付けられていることにつき、行政側において制度的に予測することができなかつた場合であったとしても、このことから直ちに、その処分に関し市民に対して聴聞又は弁明の機会の付与がなされなくともよいという結論は導き出しえない。むしろ「適正手続の保障」の要請からするならば、手続的瑕疵のある処分である以上、その処分を違法として取消した上で、適正な手続を経て再度処分がなされる機会が市民に対して与えられなければならないはずである。

以上の原理原則論を踏まえると、◎問題への対応策を考えるに当たっては、抽象的な次元では、「予測可能性の保護」と「適正手続の保障」との二つの原理的要請の適正な均衡をはかることを目標に置くこと、また具体的な次元では、聴聞又は弁明の機会の付与に係る手続義務規定の不履行に関して、「取消事由とせず」と「絶対的取消し」との両極端の帰結を排した中間的な対応策を採用すること、さらにはこの対応策についてあくまでも実定法の解釈論として構成することが目指されねばならないということになる。

三. ミクロの均衡 (実定法との関連)

思うに、「仕組み解釈」を通じて処分性が拡大解釈されることに伴って、「法律による行政」からの対応的要請、具体的には(行政側にとっての)「予測可能性の保護」の要請から、聴聞又は弁明の機会の付与に係る手続義務規定が「縮小解釈」されることが規範的に求められるのではないか。ここで、同規定について単純な「不適用」ではなく、あえて「縮小解釈」が求められる理由に関しては、これまで述べてきたように、「適正手続の保障」の要請との関係で相応の配慮が必要であることによる。

また、ここで、聴聞又は弁明の機会の付与に係る手続義務規定に係る縮小解釈といっても、聴聞又は弁明の機会の付与に係る手続義務そのものを縮小する、言い換えれば、行政に対して法律上課されているはずのその手続義務を軽

減することを意味するというわけでもない。むしろ、処分性の拡大に伴い、行政側として予測し得なかったとしても、「適正手続の保障」の要請の重要性にかんがみれば、また（行訴法上）処分とみなしたことの（行手法）解釈上の論理的帰結として、その手続義務そのものは「成立」している（していた）ものと解すべきである。

したがって、その手続義務につき行政側として予測可能ではなかったとはいえ、行政側において聴聞又は弁明の機会の付与に係る手続義務に拘束される（されていた）ことは、⑤問題の場合となんら変わりない。そしてこの観点からするならば、24年最判の差戻し審段階で、被告行政側が職権によって同通知を取り消したことは、個別事件における訴訟戦術としてフェアであったかどうかはともかく、一般論としては妥当な配慮であったと言える⁽⁹⁷⁾。

そうであるとする、縮小解釈ということで、「縮小」の対象となるのは、いったい何であろうか。この点に関しては、聴聞又は弁明の機会の付与に係る手続義務そのものではなく、むしろその義務違反に伴う効果、すなわち《サンクション》のありようでなければならない。具体的には、③問題においても、聴聞又は弁明の機会の付与に係る手続義務違反（＝違法な事態）が結果として生じることは認めつつも、「縮小解釈（均衡解釈）」ということで、その違反に対する行政側へのサンクションが《軽減》されることが規範的に求められるということである。

とはいえ問題は、どの程度までこのサンクションを軽減し、どの程度までそれを維持しておくべきなのかということである。この点に関しては、「予測可能性の保護」と「適正手続の保障」との二つの原理的要請を適正なかたちで均衡させるという抽象的な検討をただけでは、一定の結論を導き出すには足りないであろう。そこで、④⑤両問題でも念頭に置かれていた「行政経済」の要請を第三の要請として、ここで付け加えて考えてみたい。すなわち、「行政経済」の要請を媒介として、「予測可能性の保護」と「適正手続の保障」の二つの要請の適正な均衡が図れないかということである。

そうすると、「行政経済」の要請からすれば、処分を取り消してやり直させ

れば、異なった結果になりそうである限りにおいて、手続的瑕疵を理由に判決でもって処分を取り消すべきということになろう。その限りで、市民側に有利にはたらく「適正手続の保障」の要請が優先されねばならない。他方で、取り消してやり直させても、また同一の結果になりそうである場合には、手続的瑕疵を理由に判決でもって処分を取り消すべきではない。その限りで、行政側に有利にはたらく「予測可能性の保護」の要請が優先されてもよい。そしてこれらの帰結は、㉔問題において相対的取消事由説を採用すべきということの意味することは言うまでもない。

以上のように、処分性の拡大解釈に伴って、聴聞又は弁明の機会の付与に係る手続義務規定に関して「均衡解釈（縮小解釈）」をすることを通じて、相対的取消事由説を採用することを規範的に可能ならしめるとともに（ミクロの均衡）、同説を通して「予測可能性の保護」、「適正手続の保障」、「行政経済」という三つの原理的要請を適正なかたちで鼎立させうることになる（マクロの均衡）。

第五章 むすびにかえて

本稿は、近年の処分性拡大判例に伴う副作用問題として、行手法上、行政処分に関わって行政に課された各種の手続義務のうち、不利益処分に当たって聴聞又は弁明の機会を付与する手続義務が拡大するか否かという問題に着目して論じてきた。そしてこの問題を論ずるに当たっては、その前提として、「告知と聴聞」に係る手続的瑕疵と行政処分の効力問題【㉔問題】という、判例学説上議論が蓄積されてきた論点を振り返る必要があるという問題意識から、行手法制定前の最高裁判例をあらためて分析し、判例動向の背景には「適正手続の保障」、「予測可能性の保護」、「行政経済」の三つの原理的要請があることを浮き彫りにした（第二章）。

また、聴聞又は弁明の機会の付与に係る手続的瑕疵と不利益処分の効力問題【㉔問題】をめぐる下級審裁判例について、手続的瑕疵の内容の違い（欠如か不備か）とその瑕疵がもたらす効果の違い（絶対的取消事由説か相対的取消事

由説か)との《組み合わせ》を踏まえて判例分析を進め、現段階での裁判例の到達水準として、少なくとも聴聞又は弁明の「不備」の場合には相対的取消事由説が、それらの「欠如」の場合には絶対的取消事由説が支配的であることを浮き彫りにした(第三章)。

以上の前提的な議論の検討を踏まえた上で、本題である、処分性拡大事案における、聴聞又は弁明の機会の付与に係る手続的瑕疵と不利益処分の効力問題【◎問題】に関して、近年の処分性拡大判例のうち、医療法勧告事件・保育所廃止条例事件・有害使用特定施設廃止通知事件の3最判を取り上げるとともに、それらの最判をめぐる学説や裁判例の動向をも検討し、同問題をめぐる議論の到達水準を確認した(第四章)。

その上で、近年の裁判例を手掛かりとしながら、この問題においては、「手続欠如」が問題となっはいるものの、「相対的取消事由説」が妥当することについて、先に検討した三つの原理的要請にさかのぼって論証した(第四章)。さらにこの問題において、実定法の解釈論として相対的取消事由説を可能にするための論理構成として、これまで筆者が用いてきた「均衡解釈」論を用い、原理原則といったマクロ的観点のみならず、実定法の解釈というミクロ的観点からも、聴聞又は弁明の機会の付与に係る手続義務規定の「縮小解釈」の必要性を提唱した(第四章)。

以上のように本稿では、いわゆる【仕組み解釈】を通じた処分性の《拡大解釈》に関しては、「法律による行政」に基づく対応的要請(予測可能性の保護の要請)から、【均衡解釈】として聴聞又は弁明の機会の付与に係る手続義務規定の《縮小解釈》をすること、また「予測可能性の保護」と「適正手続の保障」の両要請を調和させようとする考えからすれば、「絶対的取消し」とする極端な結論も、「取消事由とせず」とする極端な結論も支持できないこと、縮小解釈における「縮小」は手続義務そのものではなく、その義務違反を受けてのサンクションの程度を対象とするものであること、そして「行政経済」の要請を踏まえるのであれば、そのサンクションの程度は「相対的取消事由説」を基礎に考えていくべきことを論証してきた。

本稿の考察結果を踏まえて、今後の研究課題である。これまで筆者は、処分性拡大に伴う副作用問題として、取消訴訟の排他的管轄（行政事件訴訟法3条）や取消訴訟の出訴期間（同法14条）との関連、仮処分の排除（同法44条のほか25条も）との関連、さらには行政手続法上の聴聞又は弁明の機会の付与に係る手続義務（行政手続法13条）との関連を取り上げて議論してきた。もっとも他にも、取消訴訟又は不服申立てができる処分である旨の行政庁の教示義務（行政事件訴訟法46条、行政不服審査法82条）との関連などの副作用問題も考えられる⁽⁹⁸⁾。

また、従来から行ってきた、処分性拡大問題についての筆者の検討に関わって、あらためて《処分性の要件》論に関して研究していく必要がある。すなわち第一章でも紹介した、昭和39年最判が示す「処分性公式」がどのような要件から構成されるのか、処分性拡大判例の動向を踏まえつつ、再検討する余地があるということである。さらに、処分性拡大判例が前提とする行政行為概念に関して、《行政法総論》の観点からどのように議論していくべきなのかという点に関して、従来から筆者として問題提起をしてきたところである⁽⁹⁹⁾。この点に関して引き続き残された課題として検討をしていきたい。

注

- (1) 行政訴訟の訴訟要件問題として、処分性と並び、長年にわたって判例学説上議論されてきた論点として、「原告適格」（行訴法9条）もある。これはいわば「当事者」に関する取消訴訟（抗告訴訟）‘対象適格性’を問う問題である。
- (2) 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、2000年）14頁以下等参照。
- (3) ただし拙稿「処分性拡大判例の系譜」洋法56巻2号（2013年）25頁以下も参照。
- (4) 二項道路一括指定事件（最判平成14年1月17日：民集56巻1号1頁）、労災就学援護費不支給決定事件（最判平成15年9月4日：判時1841号89頁）、食品衛生法違反通知事件（最判平成16年4月26日：民集58巻4号989頁）、登録免許税拒否通知事件（最判平成17年4月14日：民集59巻3号491頁）、病院開設中止勧告事件（最判平成17年7月15日：

民集59巻6号1661頁)、病院病床数削減勧告事件(最判平成17年10月25日:判時1920号32頁)、土地区画整理事業計画決定事件(最判平成20年9月10日:民集62巻8号2029頁)、保育所廃止条例事件(最判平成21年11月26日:民集63巻9号2124頁)、有害物質使用特定施設廃止通知事件(最判平成24年2月3日:民集66巻2号148頁)参照。

- (5) 単純化して整理すると、一方で、処分性を柔軟に解釈して、できるだけ「抗告訴訟(取消訴訟等)」(行訴法3条)を通じて、権利救済・紛争解決をはかるべきとする学説の議論(処分性拡大論)がある。他方で、処分性に関しては、従来通り行政行為概念の枠組みを重視して、厳格に解釈しつつも、処分性の認められない行政活動に関しては、「当事者訴訟(公法上の確認訴訟等)」(同法4条)を積極的に活用して、権利救済・紛争解決をはかるべきとする学説もある。
- (6) もっとも、以下本文で紹介する、《処分性拡大に伴う副作用》問題とは別に、そもそも《処分性拡大判例に関する「判例法理」をいかに理解するか》という問題について、原告適格をめぐる同問題と比較しても、いまだ判例学説上確立した見解がなく、目下のところ「難問」の度を深めている。この点例えば、藤田宙靖『最高裁回想録』(有斐閣、2012年)89頁は、処分性拡大判例を踏まえて、「『処分』概念の再構成については、今回の司法制度改革における立法作業においてすら明確な形を打ち出すことが出来なかったものを、最高裁の判例において一般的な基準として示すということには、そもそも無理があると言わなければならない」と指摘する。また村上裕章「司法制度改革後における行政法判例の展開」公法77号(2015年)26頁以下は、処分性拡大判例をめぐる現状につき、「理論的基礎の明らかではない」、すなわち「理論の過少」という評価のもとで論じている。

もっとも、筆者(高木)としては、処分性拡大判例に関する「判例法理」について、さしあたり次のようなかたちで、ある程度、論理整合的に理解できるのではないかと考えている(拙稿「処分性拡大に関する法理」洋法59巻3号(2016年)【拙稿2016a】269頁以下等参照)。まず、処分性拡大判例は、本文で挙げた39年最判の「処分性公式」、とりわけ係争行政活動につき、「直接国民の権利義務を形成またはその範囲を確定する」要件(いわゆる法的効果要件)をあくまでも踏襲した上で、処分性を「拡大解釈」してきている。したがってその限りで、処分性拡大判例は、「行政行為」概念の「枠内で」処

分性を拡大解釈している。裏返せば、処分性拡大判例は、伝統的に学説で提唱されてきた「形式的行政処分」論（事実上の不利益的效果の発生のみで処分性を肯定しようとする議論）を採用するものではない。

とはいえ、処分性拡大判例は、「処分性公式」を維持しながらも、係争行政活動の根拠となった法令規定の解釈のみからでは処分性の有無の判断が難しい場合においては、根拠法令または関係法令の中に見出されうる《当該行政活動に後続する行政行為》や《当該行政活動と類似する行政行為》との（時間的ないし観念的）関連性を考慮するとともに、当該行政活動をめぐって求められる、《実効的な権利救済》や《実効的な紛争解決》のあり方をも考慮して、当該行政活動に係る処分性の有無を判断している。前者の関連性をめぐる議論については、「公権力の行使」（行訴法3条1項）の解釈の一端として、後者の実効性をめぐる議論については、「法律上の争訟」（裁判所法3条1項）の解釈の一端として、位置付けられうるのではないかと考える。

かくして、処分性拡大判例は、「原告適格公式」——「法律上の利益」（法律上保護された利益）の有無——を維持しながらも、根拠法令以外の関連法令の規定ぶり（新潟空港事件、最判平成元年2月17日：民集43巻2号56頁）や、被侵害利益の性質等（もんじゅ事件、最判平成4年9月22日：民集46巻6号571頁）をも考慮して、原告適格の有無を判断してきた「原告適格拡大判例」なり、またそれらを「考慮事項」として立法化した平成16年行訴法改正の内容（行訴法9条2項）なりとも、その「思考様式」の面で共通するものがあるのではないかと考える。またそうであるがゆえに、さしあたっての現実的な「立法論」としては、原告適格と同様の趣旨から、処分性に関しても、上記のような「考慮事項」について、行訴法3条の中に明示して規定することが考えられるのではないかと思う。

ちなみに最近、下井康史「抗告訴訟と当事者訴訟の関係について」判時2308号（2016年）28頁以下は、立法論として、「個別法が処分である旨を明示したものを処分とする仕組み」とともに、「処分性指定に関する何らかの指針を法律で定める」との立法論を提言している。ここでは論評を差し控える。さしあたり「質疑応答」同誌同号37頁以下参照。

(7) もっとも、この種の「副作用」問題は、処分性拡大判例が出される以前から提唱され

てきた、学説における処分性拡大論（形式的行政処分論等）をめぐっても、《潜在的な》問題としては、指摘されてきたところである。拙稿「処分性拡大論に関する一考察」洋法56巻3号（2013年）1頁以下参照。

- (8) この点に関し指摘する最近の文献のみ挙げると、高橋滋『行政法』（弘文堂、2016年）337頁、神橋一彦『行政救済法〔第二版〕』（信山社、2016年）47頁、56頁以下、83頁以下、曾和俊文「取消訴訟の対象（3）」法教429号（2016年）70頁、櫻井敬子『行政法のエッセンス〈第1次改訂版〉』（学陽書房、2016年）204頁、北村和生ほか『事例から行政法を考える』（有斐閣、2016年）148頁、芝池義一『行政法読本〔第4版〕』（有斐閣、2016年）298頁以下脚注（2）、野呂充ほか『行政法』（有斐閣、2017年）179頁（湊二郎）等参照。
- (9) 拙稿「処分性の拡大と取消訴訟の排他的管轄」洋法57巻1号（2013年）【拙稿2013】51頁以下や、拙稿「処分性の拡大と仮の救済」洋法60巻1号（2016年）【拙稿2016b】247頁以下等参照。
- (10) この副作用問題に関しても、端緒的には、拙稿2016a・前掲注（6）269頁以下で論じている。
- (11) この「解釈方法」論に関しては、拙稿「処分性拡大判例における認識枠組み」洋法56巻1号（2012年）【拙稿2012】28頁以下で試みに提示したのち、拙稿2013・前掲注（9）51頁以下、拙稿2016a・前掲注（6）269頁以下、拙稿2016b・前掲注（9）247頁以下で具体的に論じている。
- (12) 関連して大橋洋一「行政手続と行政訴訟」曹時63巻9号（2011年）2頁も参照。
- (13) 近時、大橋・前掲注（12）1頁は、相対的取消事由説に関して、「『手続をやり直したときに、処分内容に影響を及ぼす可能性がある場合に（限り）手続の瑕疵は処分の取消事由になる』といった伝統的公式」として、「結果依存型法理」と名付けて、論じている。
- (14) この点中川哲男「判批」最判解説民昭和46年度633頁は、「新たな手続による処分のしなおいが全く無意味であるような場合にはこのようなかしは処分の取消事由とはならないと解しているものであろう。」と指摘する。
- (15) もちろん本判決では、一審判決のように踏み込んだ憲法論までは展開してはいない
- (89)

- が、適正手続の保障という原理原則は押さえた上で、実定法の解釈をしていると理解できることに関しては、中川・前掲注(14) 629頁参照。
- (16) 越山安久「判批」最判解説民昭和50年度250頁は、本判決が、運輸審議会の公聴会審理も、陸運局長の聴聞と同様、「事実審的聴聞の性格」をもつものと理解しているという。
- (17) 越山・前掲注(16) 248頁以下参照。
- (18) 越山・前掲注(16) 255頁参照。
- (19) 関連して中川・前掲注(14) 574頁(注13)参照。
- (20) 杉村敏正「判批」法学論叢63巻2号(1957年)112頁参照。
- (21) 田中真次「判批」最判解説民昭和31年度114頁では、この部分に解説の重点が置かれているが、疑問の余地がある。
- (22) そのほか、免職処分を議決した会議の非公開という手続的瑕疵が、公開原則の趣旨目的に実質的に反すると言うに値しないほどの軽微な瑕疵に過ぎず、同処分の議決の効力に影響を及ぼさないとした、最判昭和49年12月10日(民集28巻10号1868頁)もある。また、「審決」に関わって①問題が争われた事案として、最判昭和51年5月6日(判時819号35頁)は、審決に影響を及ぼすべき性質の審判手続上の瑕疵があったことを理由として審決を取り消した。また行手法制定後の判例ではあるが、最判平成14年7月9日(判自234号22頁)は、固定資産評価委員会の審査手続に瑕疵があるとしながらも、審査の結果下された棄却決定を取り消すに値するほどの瑕疵はないとされた。
- (23) 関連して田中健治「行政手続の瑕疵と行政処分の有効性」藤山雅行ほか編『新・裁判実務大系25巻 行政争訟〔改訂版〕』(青林書院、2012年)204頁以下、戸部真澄「行政手続の瑕疵と処分の効力」自研88巻11号(2012年)55頁以下、馬場俊宏「行政手続等の瑕疵をめぐる紛争」定塚誠編著『行政関係訴訟の実務』(商事法務、2015年)528頁以下等参照。
- (24) 例えば神橋一彦「手続的瑕疵の効果」『行政法の争点』(有斐閣、2014年)88頁は、「手続的瑕疵を原因に取消しを行うことは、1度行った処分の否定を意味するから、行政庁に対して一種の制裁的な機能を持つ。」と指摘する。関連して小早川光郎「手続瑕疵による取消し」法教156号(1993年)95頁は、手続的瑕疵を理由に処分を取り消すべき正

当化根拠として、「基本的には、手続の瑕疵が、慎重公正になされるべき行政庁の実体的判断形成に影響して処分の実体を歪める、あるいは、そうであるかのような疑いを外部に対して生ぜしめることになる」点に求められるとする。

- (25) 拙稿2016a・前掲注(6) 317頁も参照。
- (26) この点、大橋・前掲注(12) 6頁は、「明文の手続規定が存在する場合には、行政機関にとって行為規範が予め明示されていたわけであり、手続違反の効果を重いものと解することは、裁判所にとって抵抗が少なく、当然の帰結」とする一方、「告知や聴聞に関する明文規定を欠く場合には、裁判所が手続規範に関し法創造を行うわけであり、行政機関にとって予め手続規範が明示されていないだけに、その違反をもって処分を取り消す際に裁判所が一定の条件(=結果依存型法理)を付加するという発想は理解しやすい」と指摘する。
- また阿部泰隆「公正手続の観点からする行政行為の司法審査」『行政裁量と行政救済』(三省堂、1987年) 156頁も、「すでに手続ルールが明確に法文に規定されており、それがささいな手続でなく重要なものであれば、実体法上の瑕疵が存しないとしても、取り消してよい。しかし、手続ルールをいま判例法で創造する場合や、それほど重要でない手続上の瑕疵があるにすぎない場合には、実体法上の瑕疵の存否をにらんで、その可能性のある程度ありそうな場合に初めて、手続には瑕疵があるというべきであろう。」との指摘も参照。
- (27) 絶対的取消事由と相対的取消事由との関係については、例えば常岡孝好「裁量権行使に係る行政手続の意義」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅱ』(有斐閣、2008年) 258頁以下等参照。
- (28) 塩野宏『行政法Ⅰ〔第六版〕』(有斐閣、2015年)【塩野『総論』】347頁や、山田洋「手続的瑕疵の効果」『行政法の争点(新版)』(有斐閣、1990年) 92頁等参照。
- (29) もっとも、塩野『総論』・前掲注(28) 347頁は、実体が正しいのに手続的瑕疵のみで取り消すことは「行政経済に反する」との考え方もありうるとする一方で、「問題は何が正しい決定であるかであって、基本的には、正しい手続によってのみ正しい決定が生み出されるという前提に立つべきであろう。」と指摘する。
- (30) なお学説では、伝統的に、手続的瑕疵ある行政処分の効力問題をめぐっては、相対的

取消事由説をとるか、絶対的取消事由説をとるかという対立構図の下で、議論が展開してきた。また近年では、相対的取消事由説を採用したと言われる最高裁判決の《読み直し》を通じて、同説の射程を限定しようとする議論も見受けられる。例えば大橋・前掲注(12)3頁は、「『結果依存型法理』が現在では行政手続法違反をめぐる原則的法理としての地位を有していない」と論評する(同10頁以下も参照)。ともあれ本稿は、手続的瑕疵と行政処分の効力問題そのものに関して直接の考察対象としているものではないので、これらの議論に関しても、その是非を含め検討しない。

- (31) なお、「申請拒否処分」に関わる㊦問題が争われた裁判例として、例えば前橋地判平成5年7月20日(行集44巻6・7号637頁)——東京高判平成6年8月9日(行集45巻8・9号1727頁)——等、「申請認容処分」に関わる㊧問題が争われた裁判例として、東京地判平成17年4月22日(LEX/DB 28112016)等も参照。関連して曾和俊文『行政法総論を学ぶ』(有斐閣、2014年)333頁参照。
- (32) 評釈として伊藤治彦「判批」西南学院大学法学論集15巻2号(1982年)155頁以下等参照。
- (33) 評釈として田中館照橘「判批」判評200号(1975年)133頁以下等参照。
- (34) ちなみにその後の、別件の刑事事件で、原告は無罪判決を言い渡され、かつ、確定したという。和田英夫「判批」自研52巻11号(1976年)126頁参照。
- (35) もっとも大橋・前掲注(12)4頁では、本判決について、絶対的取消事由説を採用する警察懲戒事件の延長で位置付けている。
- (36) 関連して判タ386号111頁の匿名コメントも参照。
- (37) この判示部分の意義について、佐々木泉顕ほか「判批」判自363号(2013年)9頁参照。
- (38) 関連して、例えば静岡地判平成28年1月28日(LEX/DB 25542356)は、「行政手続法3条1項9号は、公務員又は公務員であった者に対してその職務又は身分に関してされる処分及び行政指導については適用除外であることを定め、静岡県行政手続条例3条7号にも同様の規定があることから、教職員に対して懲戒免職処分をするに当たり、聴聞・弁明の機会を付与することを要するとの法律上の規定は存在しないところ、公務員に対する懲戒免職処分は、公務員としての地位をはく奪するものであるが、国又は地方公共

団体が使用者としての立場で被用者たる公務員に対して行う処分であり、一般国民に対する公権力による不当な権利侵害を防止するという憲法31条が本来その適用を想定するものとは性質を異にするものであること、公務員の懲戒処分については、〔地方公務員（高木注）〕法49条の2に基づき審査請求をすることができ、事後的な不服申立ての手続が保障されていることからすれば、懲戒免職処分において、聴聞・弁明の機会を付与することが憲法上の要請であるとして解することはできない。〕と判示している。

- (39) 例えば大阪地判平成20年1月31日（判タ1268号152頁）は、「行政手続法18条が、聴聞手続の当事者等が行政庁に対して当該事案についての調査結果に係る調書その他の当該不利益処分の原因となる事実を証する資料の閲覧を認めた趣旨は、聴聞の当事者等に調書等の関係資料の閲覧を認めることにより、聴聞手続における意見陳述や立証活動を効果的にさせ、当事者の防御権の行使を十全ならしめようとした点にある」とした上で、「処分庁が書類等の閲覧を拒否したことが当該処分の取消事由となるのは、閲覧請求の対象となった書類等についての閲覧を認めないことに瑕疵があり、かつ、聴聞当事者の防御権の行使が実質的に妨げられたと認められる場合に限られる」として一般論を述べる。そして、本件聴聞では被監査者が監査において第三者の立会いを求める権利があるか否かという法解釈が争点であるところ、本件一部閲覧拒否部分に記載されている事項は、その争点は直接関係しないから、閲覧拒否によって原告らの防御権の行使が実質的に妨げられたとはいえないと判示した。そのほか大橋・前掲注（12）8頁以下も参照。
- (40) 評釈として成田頼明「判批」公務員百選（1986年）64頁以下等参照。
- (41) 控訴審判決、東京高判昭和60年4月30日（行集36巻4号629頁）も同旨。
- (42) 本判決の控訴審、大阪高判平成2年8月29日（行集41巻8号1426頁）も、原審を引用し、処分を取り消している。
- (43) 原審、千葉地判平成21年1月27日（LEX/DB 25451724）では、本文の論点に関しては争われていない。
- (44) 原島良成「判批」Indust27巻3号（2012年）18頁以下参照。
- (45) 関連して、弁明の機会の付与の欠如を理由に、停止処分の違法・取消しが認められた、本件原審（福岡地判平成21年3月17日：判タ1299号147頁）も参照。
- (46) 本件に係る仮の救済の申立て事件としての、東京地決平成24年10月23日（判時2184号
- (85)

23頁)でも同旨の判示部分がある。

- (47) 評釈として下川環「判批」判評688号(2016年)200頁以下がある。
- (48) なお原審、鳥取地判平成24年10月24日(LEX/DB 25503918)では、手続的瑕疵を理由とする処分違法を認めていなかった。
- (49) さしあたり、大阪地判平成元年の匿名コメント(判タ724号165頁)や、長野地判平成17年の匿名コメント(判タ1229号221頁以下)参照。学説でも同様の状況である。大橋・前掲注(12)6頁、薄井一成「行政処分の手続的瑕疵の効果」法教360号(2010年)16頁以下、石塚武志「行政手続法と手続的瑕疵」岡田正則ほか編『判例から考える行政救済法』(日本評論社、2014年)86頁以下等参照。
- (50) なお、さいたま地決平成27年12月17日(賃社1656号45頁)では、福祉事務所長が聴聞を経ないまま、保育利用解除処分(本件処分)をしたことにつき、執行停止(行訴法25条2項)が申し立てられた事案である。決定では、本件処分に当たり聴聞がされていないこと、対象児童につき保育の継続利用の必要がないと断じえないこと、本件処分に当たり対象児童の保育の必要性に関し十分な情報収集とそれに基づく適切な評価がなされたか疑問があることを指摘する。その上でこれらを理由に、本件処分について「実質的にみて、申立人の防御権を行使する機会が奪われており、その手続の公正を害する程度の違法があるとみる余地もないとはいえない。」として、執行停止の消極要件たる「本案について理由がないとみえるとき」(同25条4項)を充足しないとした。相対的取消事由説を採用しているように読めなくもないが、「本案について理由がないとみえるとき」要件の判断の関係上、実体面まで踏み込んで判断しているとも言えよう。さいたま地決平成27年12月17日(賃社1656号55頁)決定や、さいたま地決平成27年9月29日(賃社1648号57頁)も参照。
- (51) 関連して、塩野『総論』・前掲注(28)350頁脚注(2)や、田中・前掲注(23)208頁等参照。
- (52) 最近の学説の動向分析に関しては、杉原丈史「行政の違法事由と行政訴訟」現代行政法講座編集委員会編『現代行政法講座第2巻』(日本評論社、2015年)130頁以下等参照。また、聴聞又は弁明の機会の付与に関わって手続的瑕疵がある場合につき独立した争訟の機会を模索する展開も注目される。本多滝夫「手続的瑕疵の是正訴訟について」

室井力先生追悼論文集『行政法の原理と展開』（法律文化社、2012年）175頁以下参照。

- (53) もっとも、近年の処分性拡大判例（前掲注（4）に挙げた各判例）以前の時期でも、類似の議論は存在した。例えば、行政手続法の立案過程において、輸入禁制品該当通知の処分性を肯定した最判昭和59年12月12日（民集38巻12号1308頁）を踏まえて、同通知が行政手続法の処分に該当すると解すべきか否かに関して議論された経緯がある。塩野宏ほか編著『行政手続法制定資料（2）議事録編Ⅱ』（信山社、2012年）885頁、891頁以下、897頁以下（行政手続部会小委員会第8回〔平成3年6月28日開催〕議事録）参照。
- (54) もちろん、結果として裁判所により処分性拡大が認められなかったが、処分性拡大を前提として行政手続義務違反が争われた裁判例もある。さいたま地判平成21年6月24日（賃社1534号63頁）や、同控訴審の東京高判平成22年1月21日（LEX/DB 25442476）等参照。
- (55) 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、2010年）【拙稿2010】233頁以下も参照。
- (56) 塩野宏『行政法Ⅱ〔第五版補訂版〕』（有斐閣、2013年）【塩野『救済法』】119頁以下参照。
- (57) 橋本博之『行政判例と仕組み解釈』（弘文堂、2009年）89頁以下参照。関連して越智敏裕「処分性をめぐる最近の最高裁判決の動向」ひろば89巻5号（2006年）21頁脚注（20）も参照。
- (58) 大久保規子「判批」論ジュリ3号（2012年）101頁。
- (59) 大久保規子「処分性をめぐる最高裁判例の展開」ジュリ1310号（2006年）24頁参照。また同氏は、行訴法上の処分概念と講学上の行政行為概念の分離についても言及している。高橋滋ほか編『判例ナビゲーション行政法』（日本法論社、2014年）132頁（大久保規子発言）も参照。
- (60) 阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』（有斐閣、2009年）115頁参照。
- (61) 山本隆司『判例から探究する行政法』（有斐閣、2012年）383頁参照。この説によれば、行手法上の「行政指導」は「処分に該当しないもの」（行手法2条6号）として、同法上の「処分」と形式的に区別される以上、たとえ講学上の行政指導が処分とされて
- (83)

も、法解釈論上問題は生じないとされる。いわば、講学上行政指導ではあるが行手法上は「処分」であるものと、行手法上の「行政指導」とでは、《行手法》の解釈論として揃えて考えるのであれば、明確に切り分けられるという議論である。そのほか米丸恒治「判批」医療百選〔第二版〕(2014年)15頁も参照。

- (62) 高橋滋「行政訴訟をめぐる裁判例の動向と課題」曹時59巻8号(2007年)12頁参照。関連して、小早川光郎ほか編『条解 行政不服審査法』(弘文堂、2016年)17頁【高橋滋】も参照。
- (63) 大橋・前掲注(12)28頁等参照。また立法論のあり方にまで踏み込んだ指摘をする、橋本・前掲注(57)90頁も参照。
- (64) 交告尚史「行政庁の処分と行政過程」現代行政法講座編集委員会編『現代行政法講座 第二巻』(日本評論社、2015年)22頁以下参照。
- (65) 大橋洋一『行政法Ⅱ〔第二版〕』(有斐閣、2015年)83頁参照。
- (66) 大橋・前掲注(65)83頁参照。
- (67) 例えば、本文先にも紹介したように、同じ「処分」という用語であっても、行訴法と行手法とでは置かれた「法律」が異なる以上、両法律の制度目的に照らして「処分」概念を異ならしめて解釈してもよいとの議論がある。これはこれで、一つの論理として考えられうるところである(例えば国家賠償法1条の「公権力の行使」と行訴法3条の「公権力の行使」との関係に関して、塩野『救済法』・前掲注(56)306頁等参照)。

しかし仮にこの種の議論を認めるとしても、行手法以外の副作用問題、取消訴訟の出訴期間や仮処分の排除など、行訴法内部で生じる副作用問題に関して、「処分」概念を異ならしめるという解釈、具体的には行訴法3条の「処分」と行訴法14条・44条の「処分」とで異なる概念として理解することは、なかなか難しいのではないか。もちろん、この点に関しては、さらに《行手法・行訴法横断的な副作用問題》と《行訴法完結的な副作用問題》とで、分離の見解と統合の見解ということで帰結が異なっても良いとする割り切った議論もありうる。しかしそうすると、(それがどこまで説得的かはさておいても)処分性拡大に伴う副作用問題に関して、統一的な対応策を放棄することになろう。

- (68) 塩野『救済法』・前掲注(56)120頁。
- (69) 同様の議論は、処分性拡大判例以前から、処分性拡大を求めて展開されてきた学説の

議論、形式的行政処分論においても見られたところである。例えば、原田尚彦『訴えの利益』（弘文堂、1973年）162頁脚注（1）は、行訴法3条にいう「行政庁の公権力の行使に当たる行為」の意義は、形式的行政処分をも含むものとして広く解しつつも、同44条の「行政庁の公権力の行使に当たる行為」の意義は、「いぜん公定力をともなう行為の意味に解すべき」として、3条と44条とで概念を異なって解するところ、「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、論証放棄している。

- (70) 拙稿2012・前掲注（11）1頁以下も参照。
- (71) 高橋滋『行政手続法』（ぎょうせい、1996年）146頁等参照。関連して小早川光郎ほか編『条解 行政不服審査法』（弘文堂、2016年）55頁以下〔磯部哲〕も参照。
- (72) 古田孝夫「判批」最判解説民平成21年度（下）874頁（注13）参照。なお同注では、行手法3条1項1号・3号と類似の文言を用いている、（平成26年改正前）行政不服審査法4条1項1号・3号（改正後の同法7条1項1号・3号では行手法と同じ文言になった）を引き合いに出して、条例制定行為につき行政不服審査法も適用されないとしている。
- (73) 具体例として南博方ほか編『注釈 行政手続法』（第一法規、2000年）98頁〔寺田友子〕等参照。
- (74) 寺田・前掲注（72）97頁参照。また行政管理研究センター編『逐条解説 行政手続法〔27年改訂版〕』（ぎょうせい、2015年）60頁等も参照。
- (75) 寺田・前掲注（72）97頁参照。ただし塩野宏＝高木光『条解行政手続法』（弘文堂、2000年）101頁によると、行手法3条1項1号は、行手法「第2章から第4章の適用範囲に『紛れ』がないようにすることを目的とした規定であり、国会が行う一定の行為の処分性を肯定する立場を『実定化』する趣旨を含むと理解すべきではない。」と指摘する。
- (76) 塩野＝高木・前掲注（75）100頁以下は、憲法58条の「議院の自律権」を強調するならば、除名を裁判所で争うことはできないと解することができ、この場合には「専ら事後的な権利救済の見地から『行政庁の処分』に該当するという解釈論は同時にその根拠を失うことになろう。」と指摘する。

- (77) ただし関連して、行政手続法制定にあたっての、第128回国会参議院内閣委員会(平成5年11月2日)において、政府参考人(総務庁行政管理局長、八木俊道)は、同法3条1項1号、2号が設けられる趣旨について、「国会、裁判所、これは行政機関として規律することは憲法上または国の統治構造上は適当ではないということで当然でございます」と答弁していることも参照。
- (78) 小早川光郎編『行政手続法逐条研究』(有斐閣、1996年)【逐条研究】77頁(塩野宏発言)参照。
- (79) 『逐条研究』・前掲注(78)77頁(小早川光郎発言)参照。
- (80) 高橋・前掲注(71)146頁も参照。
- (81) 『逐条研究』・前掲注(78)77頁(小早川光郎発言並びに塩野宏発言)。また例えば交告・前掲注(64)23頁並びに同頁(脚注46)も、この指摘を参照しつつ、「条例はやはり行政手続法が想定している処分には当たらないと考えられる。」とする。
- (82) ちなみに、議員に対し懲罰処分する議会は「行政庁」と解されている。田中二郎『新版行政法中巻[全訂第二版]』(弘文堂、1976年)32頁(脚注3)参照。
- (83) 古田・前掲注(72)873頁以下(注12)参照。
- (84) 中川文久「処分性を巡る最高裁判例の最近の展開について」藤山雅行ほか編『新・裁判実務大系25巻:行政争訟[改訂版]』(青林書院、2012年)144頁参照。
- (85) 拙稿2016a・前掲注(6)305頁以下も参照。
- (86) 越智敏裕「訴訟実務から見た『処分性』拡大の傾向」法時85巻10号(2013年)20頁脚注(14)参照。
- (87) 拙稿2016a・前掲注(6)300頁以下も参照。
- (88) 常岡孝好「司法制度改革後の行政法学説の課題」公法77号(2015年)89頁以下参照。
- (89) そのほかこの説に関する疑問点については、拙稿2016a・前掲注(6)311頁以下参照。
- (90) 例えば下井康史「『処分性』拡張と処分性概念の変容」法時85巻10号(2013年)14頁は、21年最判は17年最判よりも、行訴法・行手法間の処分概念の乖離が明白であると指摘する。この認識の当否はさて置き、行為形式ごとに乖離の度合いが異なるという実践的帰結には疑問がある。
- (91) 中山雅之「判批」最判解説民平成24年度(上)102頁参照。同105頁脚注(6)も参

照。また江原勲・北原昌文「判批」判自359号（2012年）7頁、岩本浩史「判批」判七2012Ⅱ（2013年）6頁、土田伸也『基礎演習行政法〔第2版〕』（日本評論社、2016年）86頁等も参照。関連して三好規正「判批」新・判例解説 Watch 第11号（2012年）300頁も参照。

- (92) なお24年最判を受けて、環境省水・大気環境局長から各都道府県知事・政令市長に宛てに「土壌汚染対策法第三条第二項に基づく通知等の運用について」と題する通知（地方自治法245条の4第1項）が、「平成24年3月12日」付けで発せられており、そこで廃止通知について行手法第三章の規定に従う必要がある旨記載されているとのことである（興津征雄「判批」民商147巻6号（2013年）554頁脚注（38）参照）。また旭川地判平成24年11月27日（LEX/DB 25445848）の事実認定によれば、被告側処分庁が「平成24年9月18日」付けで廃止通知を取り消した。被告側処分庁としては、上記環境省通知の趣旨をも踏まえて対応したものと推察される。
- (93) また東京地判平成26年の事実認定によれば、被告行政庁は、平成24年7月5日付けで廃止通知を送付し、またそれに先立ち同年6月18日に「弁明の機会の付与通知書」を送付している。時期的に見れば、被告行政庁としては、24年最判（同年2月3日判決）——並びに前掲注（92）の環境省通知——の存在を認識したうえで、行政対応したものと推察される。
- (94) ただし曾和俊文「取消訴訟の対象（2）」法教428号（2016年）56頁は、本判決について、形式的には立法の形をとってはいるが、実質的には原告事業者に向けられたものといえるから、処分性の「古典的定式に照らしても本件告示を『処分』と解することは問題はない」と論評する。
- (95) 以下本文の議論とともに、拙稿2016a・前掲注（6）316頁以下も参照。
- (96) 関連して前掲注（26）で紹介した大橋説並びに阿部説も参照。
- (97) ただし行手法3条1項14号の行政調査に係る適用除外規定との関係につき、山本未来「土壌汚染対策法に基づく調査報告命令及び通知の行政手続法上の位置づけ」明治学院大学法学研究101号（2016年）217頁以下も参照。
- (98) 中山・前掲注（91）105頁（注6）、櫻井敬子『行政救済法のエッセンス〈第1次改訂版〉』（学陽書房、2015年）153頁、神橋・前掲注（8）83頁、小早川光郎ほか編『条解
- (79)

行政不服審査法』(弘文堂、2016年)17頁以下【高橋滋】等参照。また関連して、大分地判平成25年9月26日(LEX/DB 25446400)、東京地平成27年10月27日(LEX/DB 25532036)等も参照。

- (99) この点に関しては、拙稿2010・前掲注(55)233頁以下において、はじめて問題提起をした。その後、拙稿2012・前掲注(11)26頁以下で、問題提起にとどまらず、《行政行為の主観的構成と客観的構成》というかたちで、「理論仮説」の提示を試みている。さらに、拙稿2016a・前掲注(6)319頁では、今日、「難問」化している処分性拡大問題に関して、行政法総論・行政救済法両分野の再構成に当たった「戦略的要衝」と位置付けるとともに、上記理論仮説の検討の必要性を再確認している。

—たかぎ ひでゆき・法学部准教授—