

〈 論 説 〉

処分性の要件に関する一考察

高木 英行

第一章 はじめに

「処分性」とは、ある行政活動が取消訴訟（厳密に言えば抗告訴訟）の対象となるか否かを問う、行政事件訴訟法（以下「行訴法」）の訴訟要件問題である（行訴法3条2項）。処分性は、ある行政処分につき〈誰が〉取消訴訟（厳密に言えば抗告訴訟）を提起することができるのかを問う訴訟要件問題、すなわち「原告適格」問題（行訴法9条）と並んで、行訴法上の重要な論点として、長年にわたって判例学説上論じられてきた。

伝統的な考え方によると、処分性の認められる行政活動とは、もっぱら、行政法総論でいう「行政行為」のこととされてきた。すなわち「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」（最判昭和39年10月29日：民集18巻8号1809頁）である。

この「処分性公式」を厳格に解釈するならば、行政行為以外の行政機関の活動、例えば行政計画、行政立法、行政指導、事実行為、契約行為、内部行為等の行政活動に関しては、処分性が認められないこととなる。もっとも、平成16年行訴法改正前後から、最高裁は処分性を拡大的に解釈し、従来であれば処分性を認めなかったであろう行政活動に関しても、緩やかに処分性を認めてきている⁽¹⁾。

筆者は、これら「処分性拡大判例」の「判例法理（判例理論）」に関して、どのように論理整合的に理解すべきであるのかといった問題、とりわけ④処分

性拡大判例が処分性公式を放棄しているのか踏襲しているのかといった問題⁽²⁾や、⑥処分性拡大判例がどのような判断基準に準拠して処分性を拡大解釈してきているのかといった問題⁽³⁾に関して、研究を進めてきた⁽⁴⁾。それとともに、③処分性拡大に伴って生じる「副作用」に対して、どのように対応すべきであるのかといった問題に関しても、研究を進めてきた。具体的に言えば、処分性拡大に伴って、関係当事者（市民であれ行政であれ）に対し、取消訴訟の排他的管轄やその出訴期間（行訴法3条、14条）、仮処分の排除（同44条、25条）、行政手続法上の各種の手続義務（不利益処分にとって事前に聴聞や弁明の機会を付与する手続義務等。同13条）等に関する「不意打ち」的な適用が生ずる事態に対して、どのように対応すべきであるのかといった問題である⁽⁵⁾。

以上、大きく分けて③④⑤三つの問題に関しては、筆者として、これまでの研究を通じて、曲がりなりにも、ある程度の《解答》を示してきたと思う。しかし他方で、筆者は、処分性拡大判例も前提としている「処分性公式」そのものに関して、これまで掘り下げて研究してこなかった。後にみるように、処分性公式を構成する「処分性要件」について、いかに構成し、いかに理解するのかといった点に関しては、学説上おおまかな一致点は認められるものの、微妙な見解の相違もある。それにもかかわらず、この状況に関して正面から研究する先行文献もない⁽⁶⁾。

そこで本稿では、さしあたり、現在の学説動向を整理しながら、処分性要件論の到達水準を確かめるとともに、その延長線上で、これまでの議論とは異なった《角度》から、処分性要件論のあり方を検討する。またこの検討結果を踏まえた上で、処分性拡大判例が行政法総論に関わって有する理論的含意に関して、若干の考察をすることとしたい。

第二章 処分性要件論の展開

本章では、処分性要件をめぐるこれまでの学説の議論を整理する。整理にあたっては、検討の便宜という観点から、各学説が同要件を《いくつ立てているか》という形式的観点を基本とする。本章では、こうして暫定的に整理された

学説の議論動向を手掛かりに、問題点の《摘出》を試みていきたい。

第一節 二要件説

これは、処分性の有無について、「公権力性」と「法的効果」の二要件から判断する学説群である。実務が採用する立場でもある⁽⁷⁾。ただし法的効果要件に関して、「国民の権利義務への直接的規律（あるいは具体的規律）性」⁽⁸⁾、「国民の権利義務に対する直接具体的な法的規律」⁽⁹⁾、「具体的法効果（権利義務の設定・変更・消滅）」⁽¹⁰⁾など、その要件の具体的内容を明らかにして論ずる説も多い。また「法効果（私人の個別具体的な権利義務や地位の発生変更消滅）」要件のみならず、「権力性（法律上の権限）」要件の具体的内容についても論じていく説⁽¹¹⁾もある（この点に関しては後述する）。

二要件説を基本としつつも、何がしかのプラスアルファをする説、その限りで変型二要件説もある。例えば、「公権力性」と「法的地位の変動」のほか、「処分とする立法者意思の存在」を加える説⁽¹²⁾、「権力性」と「私人（いわゆる外部）に対する具体的な内容の規律」のほか、「法律の根拠」を加える説⁽¹³⁾、「公権力の行使」と「国民の権利義務を形成しまたはその範囲を具体的に確定する行為」のほか、「行政庁」を加える説⁽¹⁴⁾、「行政庁の行為が公権力性を有するものであること（公権力性）」と「その行為によって直接国民の権利義務が形成されまたはその範囲が確定することが法律上認められていること（法律の根拠、定型性、規律力）」のほか、「公権力の主体による行為＝行政庁による行為であること」を加える説⁽¹⁵⁾などである。

さらに、「公権力行為による具体的な法効果の発生」ということで、「公権力性」と「法的効果」の両要件を一括して論ずるとともに、「争いの成熟性」要件を付け加える説⁽¹⁶⁾も、変型二要件説に属するものと言えよう。

第二節 三・四要件説

もっぱら、二要件説のうちの「法的効果」要件に関して、その具体的内容を独立要件化して論じていく学説群である。三要件説の場合には、法的効果要件

の内容を《二分割》する説が多い。例えば、「権力的行為」のほか、「対外的行為」と「具体的法効果を有する行為」を挙げる説⁽¹⁷⁾、「公権力性」のほか、「法効果性」と「直接具体性」を挙げる説⁽¹⁸⁾、「権力性」のほか、「規律性」と「具体性」を挙げる説⁽¹⁹⁾、「権力行為性」のほか、「具体的行為性（紛争の成熟性）」と「外部行為性」を挙げる説⁽²⁰⁾、「一方性（公権力性）」のほか、「法効果」と「個別具体性・直接性」を挙げる説⁽²¹⁾などである。

教科書類も含め各種文献を通覧すると、今日学説では、四要件説が支配的な動向にあるように思われる。この説では、法的効果要件の内容を《三分割》する説が多い⁽²²⁾。例えば、「公権力性」のほか、「直接性」・「外部性」・「法効果性」を挙げる説⁽²³⁾、「（公）権力性」のほか、「法的効果性（規律性）」・「個別具体性（直接具体性・終局性・成熟性）」・「外部性（対外性）」を挙げる説⁽²⁴⁾、「公権力性」のほか、「法的効果」・「外部性」・「成熟性または個別具体性」を挙げる説⁽²⁵⁾、「公権力性」のほか、「直接性」・「法的効果」・「具体性」を挙げる説⁽²⁶⁾、「公権力性」のほか、「直接性（具体性）」・「外部性」・「法効果性」を挙げる説⁽²⁷⁾、「公権力性」のほか、「外部性」・「個別・具体性」・「法的効果」を挙げる説⁽²⁸⁾、「権力性」のほか、「法効果性（規律性）」・「具体性（終局性）」・「法令上の根拠」を挙げる説⁽²⁹⁾、「権力性」のほか、「法効果」・「法効果の直接性または具体性」・「法律の根拠があること」を挙げる説⁽³⁰⁾、「権力性」のほか、「対外性」・「法行為性」・「具体性」を挙げる説⁽³¹⁾などといったようである。

変型四要件説もある。例えば《権力性》を独立要件としない説がある。この説では、「外部性」として「公権力主体と国民との関係で行われていること」、「直接性＝具体的規律性」として「『直接に』国民に向けられていること」、「法的効果」として「国民の権利義務に変動をもたらすこと」、「法律の授権」として「権利義務の変動が法律に基づくこと」の四要件が挙げられている⁽³²⁾。

第三節 五・六要件説

「権利義務の一方的形成」・「外部性」・「個別具体性」・「成熟性」・「法律の根拠」を挙げる説⁽³³⁾は、二・三・四要件説の内容を踏まえつつも、さらに独立要

件を加えながら処分性要件を論じようとする。また「公権力性」・「外部性」・「法効果」・「個別具体性」・「法律上認められているもの」を挙げる説⁽³⁴⁾もある。

さらに「行政の行為形式」論に即して、処分性要件を体系的に論じていく説もある。すなわち、(a) 私法上の行為と公法上の行為の区別、(b) 事実行為と法行為の区別、(c) 一般的抽象的效果と個別的具体的效果の区別、(d) 外部効果と内部効果の区別、(e) 合意に基づく行為か一方的行為かの区別を考慮する説である⁽³⁵⁾。

同旨の説として、①行政上の行為か(あるいは、行政の活動であるか)、②法律関係を規律する法行為かそうでない事実行為か、③法行為の場合、それが法律関係を具体的に規律するものか一般的な法規範を定立するものか、④行政組織内部問題についての規律か人民に対する外部的規律か、⑤公権力の行使に当たるか、⑥案件についての最終的処置そのものかそれとも最終的処置のためにその前提手続として行われるものかという観点から論じていく説もある⁽³⁶⁾。

第四節 若干の検討

以上学説では、二要件説を出発点として、それぞれの要件の内容を緻密化する、あるいは、その内容を独立させたり、新たな要件を明示的に付け加えたり、さらには既存の要件を目立たなくするようなかたちで、処分性要件論が展開されてきている。加えて、処分性要件論という一般論を正面立てて議論することを回避し、行為形式の種類ごとに処分性の有無を《叙述》していくスタイルの説もある⁽³⁷⁾。ともあれ、従来の学説の展開にして踏み込んで考えてみると、疑問点もなくはない。

まずもって、「公権力性」要件に関しては、その意味するところが明確ではない⁽³⁸⁾。とはいえ、公権力性の内容として、私法上の法律行為と異なる、行政行為としての「一方性」というメルクマールに着目する見解が広くとられてきている⁽³⁹⁾。しかしながら、私法においても、「契約の解除」など、一方性を有する行為(法律行為)がある。また他方で、本来は契約的な性質を有する活動であったとしても、法律によってあえて行政処分とされている場合がある(公

民館使用許可と民間施設利用契約など)⁽⁴⁰⁾。それゆえ、「一方性」というメルクマールでもってして、法律行為とは異なった行政行為の特質、すなわち《公権力性》なる性質を十分に説明しているのか疑問がある。

「法的効果」要件に関しても、その具体的内容がどこまで明確なのかという点はさておいても⁽⁴¹⁾、同要件が公権力性要件との間で「融合」して論じられる点をどのように理解すべきであるのかという問題がある。例えば、具体的な法効果の有無という基準と公権力性の基準との重複を指摘する説⁽⁴²⁾、「権利義務関係を相手方との合意なしに一方的に変動させる」「規律力」が処分性公式で言う「公権力性」の「意味」であると解することによって、公権力性と法的効果両要件を「一体のもの」と考える説⁽⁴³⁾などがある。さらに実務的観点からの議論でも、一般論としては両要件を区別しながらも、両要件に関する具体的要素を論じていく中で、両要件の内容が交錯して論じられている例もある⁽⁴⁴⁾。これらの議論からすると、両要件の区別がそれほど自明の事柄ではないことが窺われる。

もっとも、処分性要件論をめぐる不透明さは、以上の公権力性・法的効果の伝統的な二要件に係る問題のみにとどまらない。例えば従来の処分性要件論の中では、「行政庁」であることや「法律上の根拠」があること等の、ある程度具体的ではあるものの、あまり深く議論されてきていない要件が提示されてきている。これらの比較的マイナーな要件そのものをどのように理解すべきであるのかという問題があるとともに、これらの要件と比較的メジャーな要件（個別具体性・外部性・法的地位の変動等）とのつながりに関して、いまだ十分に検討されてきていない。

したがって、以下本稿では、公権力性要件と法的効果要件との関連性に着目して検討するとともに、「行政庁」であることや「法律上の根拠」があること等の要件の位置付けについても検討してみることにする。

第三章 処分性要件論の分析

以下では、公権力性要件そのものの内容を検討するとともに、同要件が法的

効果要件といかなる内的関連性を持っているのかを確認する。またこの確認作業の過程で、従来の処分性要件論とは別角度からの処分性要件論の成立可能性を指摘した上で、後者の議論を基盤として、処分性拡大判例につき行政法総論の観点からみてどのような理論的含意があるのかを検討したい。

第一節 公権力性要件の内容

先にも確認したように、公権力性要件をめぐる議論の中では、一方性・権力性といった抽象的な要件のみならず、行政処分をする法律上の権限を有する行政機関であるという「行政庁」という要件（以下「法的権限」要件）や、行政処分をする裏付けとなる法律上の根拠がある（以下「法的根拠」要件）という具体的な要件についても論じられてきた。以下これらの要件をめぐる議論につき、さらにみていこう。

法的権限要件の先駆けは、田中二郎氏の次の指摘に見出される。すなわち同氏は、「第一に、取消訴訟の対象となりうるものは、行政庁の行為に限られる。ここで行政庁というのは、国の行政機関であると公共団体の行政機関であるとを問わず、国又は公共団体の意思を決定表示する権限を有するものを指す」（傍点は原文のまま）⁽⁴⁵⁾。ここでは、独立した処分性要件として、法的権限要件が着目されている。これまで判例学説上、法的権限要件は、弁護士会の懲戒処分など、典型的な行政主体（国や地方公共団体）には当たらない主体による行政処分との関連で論じられてきた⁽⁴⁶⁾。

近年の処分性要件論においても、先にみたように、「行政庁の行為が公権力性を有するものであること（公権力性）」とは——また法的効果要件とも——別建てで、「公権力の主体による行為＝行政庁による行為であること」を挙げる説がある⁽⁴⁷⁾。また「権力性の要素」として、相手方市民の同意を要することなく法律関係を成立させうること、法律に根拠があること、行政庁であることという三つの構成要素を挙げる文脈で、法的権限要件の独自性に着目する見解もみられる⁽⁴⁸⁾。さらに「処分性の要件としての権力性を、行政庁が私人に対して専ら自らの責任で、公益を実現するための決定を行う権限を持つこと」とし

て、権力性要件の再定義化の試みの中に、法的権限要件を位置付けている見解もある⁽⁴⁹⁾

同じく「法的根拠」要件に関しても、公権力性要件の中で論じられてきている。例えば「(公) 権力性」要件の一環として、「最高裁は、契約上の行為につき、法律に根拠があるか否かで処分性を判断している。」ことに着目する論者⁽⁵⁰⁾のほか、「公権力の行使」の一環として「権力的行為形式の法定」を論ずる者もある⁽⁵¹⁾。また公権力性要件について、「当該行為が相手方（国民・住民）の同意に基づかないで、法律の規定にしたがって一方的に行われることになっているか否かという観点から判断する。」として、一方性の文脈のなかに法的根拠要件を位置付ける説⁽⁵²⁾や、「行為の公権力性」要件判定に当たって「行政庁の権限の行使が、法律の根拠のあるものであること」を考慮する説⁽⁵³⁾などもある。

法的権限要件であれ、法的根拠要件であれ、公権力性要件をめぐる議論の中で論じられている。もっぱら、前者は行政処分をする際の組織法的側面、後者は行政処分をする際の作用法的側面に着目しているのとと区別はできるだろうが、しかし両要件が厳密に分離され議論されてきたかという点、必ずしもそうとはいえない。

例えば39年最判の、「公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち……法律上認められているもの」という判示部分について、「法令上の権限という権力性の要素を示したもの」として、「権力性（法律上の権限）」の要素という理解の下で議論する説もある⁽⁵⁴⁾。ここで言う「権力性（法律上の権限）」は、法的根拠要件と法的権限要件を組み合わせたもののように見受けられる⁽⁵⁵⁾。また「公権力性」ある行政活動につき、「法令にもとづく行政庁の一方的な認定判断権にもとづくもの」と理解する説もあり⁽⁵⁶⁾、この表現においても、両要件の融合が垣間見られるように思われる。

第二節 公権力性要件と法的効果要件との内的な関連性

法的権限要件と法的根拠要件は、相互に密接不可分に論じられるばかりでな

く、それぞれの要件が法的効果要件と内的に関連しながら論じられる例も多い。例えば食品衛生法事件に関して、「通知についての根拠が法律になく、行政規則にしかなかったこと、輸入申告に係る食品につき、食品衛生法不適合を理由とする不許可が予定されていること（関税法70条3項）からすると、法的効果性欠如による処分性否定が従来⁽⁵⁷⁾の公式に適用。」と指摘する⁽⁵⁷⁾。また同論者は、登録免許税拒否通知事件についても、「同通知については、法律に直接の根拠もない。法的効果性欠如による処分性否定が従来⁽⁵⁷⁾の公式に適用。」と指摘する⁽⁵⁸⁾。いずれも、法的効果要件の中に法的根拠要件を位置付けて論ずるものといえよう。

また処分性要件論一般の文脈でも、例えば、先にも紹介した、「その行為によって直接国民の権利義務が形成されまたはその範囲が確定することが法律上認められていること」の一要素として「法律の根拠」を挙げる見解⁽⁵⁹⁾、「権利義務の変動が法律に基づくこと」を「法律の授権」として要件を論ずるとともに、「処分が一方的規律であると説かれる」ことも「法律に根拠をもつことに基づく」と指摘する見解⁽⁶⁰⁾、法的効果要件の一つの要素として「法律上認められている」を挙げた上で、「行政庁の権限行使が法律に基づくことを要求するもので、通達等のみに基づく行為の処分性判定等の局面で問題になるが、公権力性の判定に関する着眼点と捉えることもできる。」と論ずる見解⁽⁶¹⁾などがある。

他方で、法的権限要件に関しても、法的効果要件と明確に分離されて論じられるばかりでもない。例えば前段落最後に紹介した見解⁽⁶²⁾のほか、「処分性の定義」である「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」行為とは、「行政庁により国民に向けて発動されるもの（行政外部行為）」であるとする見解⁽⁶³⁾や、「公権力行為による具体的な法効果の発生」要件として「行政庁が公権力を行使して国民の権利義務を一方的に形成ないし確認する法的効果をともなう行為（権力的法行為）」とする見解⁽⁶⁴⁾などでは、法的効果要件の前提要素として法的権限要件が踏まえられているように見受けられる。

第三節 「三要件」説

かくして、法的効果要件について細かく細分化されて論じられてきた一方、公権力性要件に関しては法的権限要件と法的根拠要件が含まれており、かつ、それぞれの要件が、法的効果要件とも十分に分離されないで論じられていることが明らかになってきた。そこで、あらためてこれらの要件を各々独立させて処分性要件を再構成してみると、法的権限・法的根拠・法的効果の三要件ということになる。以下この三要件説に関しては、従来からの三要件説と区別するため、「三要件」説という、カッコ付きの表記でもって言及していく。

以上本稿で検討してきた議論を後掲の概念図を用いて整理してみよう。まず、全体として縦に長い「長方形」の上辺を底辺とする下向き直角三角形が、従来の二要件説から【法的効果要件】として理解されてきた内容、これに対して、同「長方形」の下辺を底辺とする上向き直角三角形が、従来の二要件説から【公権力性要件】として理解されてきた内容である。これに対し、同「長方形」を、右側網掛け部分の法的効果要件・法的根拠要件・法的権限要件の三区分別により分割することで構成される、それぞれ三つの横に長い「長方形」部分が、本稿で再構成した「三要件」の内容である。

この概念図によれば、従来からの【法的効果要件】は、「法的地位の変動」や「個別・具体性」という内容をコアとしながらも、「法律に基づく」といった要素をも兼ね備えるとともに、「一方性」や「権力性」に関する一部内容をも包含してきたのではないかという、本稿これまでの議論内容を示している。同じく従来からの【公権力性要件】も、「一方性」や「権力性」という内容をコアとしながらも、「法律に基づく」といった要素をも兼ね備えるとともに、「法的地位の変動」や「個別・具体性」に関する一部内容をも包含してきたのではないかという、本稿これまでの議論内容を示している。

さてあらためて「三要件」説に引き直して、これら従来からの議論を整理するならば、再構成した法的効果要件には、従来からの【法的効果要件】がコアとしていた「法的地位の変動」や「個別・具体性」のみならず、従来からの【公権力性要件】の内容の一部が含まれること、また再構成した法的権限要

件には、従来からの【公権力性要件】がコアとしていた「一方性」や「権力性」のみならず、従来からの【法的効果要件】の内容の一部が含まれること、さらに再構成した法的根拠要件には、従来からの【公権力性要件】の内容と従来からの【法的効果要件】の内容が同程度に含まれていることが明らかになる。

かくして、「三要件」説は、これまでの二要件説をはじめとする伝統的な処分性要件論の到達水準を踏まえつつも、これらの伝統的な処分性要件論とは異なった角度から、処分性要件論を構成し理解するものであることが分かる。具体的には、ここで言う「三要件」説は、本稿冒頭で紹介した昭和39年最判の「処分性公式」について、もっぱら、行政行為（行政処分）をめぐる行政組織法・行政作用法・行政手続法（広い意味でのそれ）の《立体的な交錯点》に位置することを明らかにするという、認識論的な意義を持った議論であると言える。

そして、この交錯点を出発点に置くことによって、処分性をめぐる判例に関して、各判例が前提とする「認識枠組み」を踏まえた理解ができることになる。例えば、近年の処分性拡大判例に照らし合わせて言うと、（再構成した）法的権限要件をめぐるのは、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）⁽⁶⁵⁾、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）⁽⁶⁶⁾、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）⁽⁶⁷⁾等において、複数の行政機関の間での権限行使が問題となっており（権限行使の敬讓に係る仕組みないし構造）⁽⁶⁸⁾、その中で係争行政活動の性質を理解することが求められていた。

また（再構成した）法的根拠要件をめぐるのは、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）⁽⁶⁹⁾、食品衛生法違反通知事件⁽⁷⁰⁾、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）⁽⁷¹⁾等において、法律と行政規則との関連が問題となっており（行政規則の外部化に係る仕組みないし構造）、その中で係争行政活動の性質を理解することが求められてきた。

さらに（再構成した）法的効果要件をめぐっては、係争行政活動の性質につき、《後続する行政行為》との関係、あるいは、《類似する行政行為》との関係において、換言すれば、〈時間的な連続関係ないし観念的な連合関係〉において、紛争の全体経過を見すえつつ、どのようにその係争活動が位置付けられるのかという観点からの理解が求められてきた⁽⁷²⁾。

さしあたり、前者の関係（紛争の早期成熟に係る仕組みないし構造）を念頭に置いた事例としては、病院開設中止勧告事件及び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）⁽⁷³⁾、食品衛生法違反通知事件⁽⁷⁴⁾、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）⁽⁷⁵⁾、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）⁽⁷⁶⁾がある。

後者の関係（紛争の形態変換に係る仕組みないし構造）を念頭に置いた事例としては、二項道路一括指定事件⁽⁷⁷⁾、労災就学援護費不支給決定事件⁽⁷⁸⁾、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）⁽⁷⁹⁾が挙げられる⁽⁸⁰⁾。

第四節 若干の検討

以上の認識枠組みを通じた処分性の拡大解釈が提起する問題に関して、5年前に、筆者は以下のように論じていたところである。若干長いが引用したい（以下【 】内が引用部分）⁽⁸¹⁾。

※※

【さいごに長期的な研究課題として、処分性拡大判例で用いられている仕組み解釈が背景とする認識枠組みが、従来の行政行為論に対してどのような理論的展望をもたらしうるのかという点がある。ひるがえって伝統的な行政法総論では、行政行為について、民法学における「法律行為」との対比をも踏まえつつ、「意思表示」概念に立脚して論じられてきた。すなわち行政庁という「主体」がおこなう意思表示を想定した上で、法律上の根拠に基づくか、特定の行政機関が法律上の権限をもつか、関係市民の法律上の地位を一方的かつ直接具

体的に変動させる効果があるかが論じられてきたのである。かくして意思表示という主体に由来する観念を媒介として、「行政行為」なる行政による一定の権力的な活動（公権力の行使）とその特殊な効力（公定力等）が説明されるとともに、その活動につき「法律による行政」の原則からの統制——とくにその具体的な発現形態としての裁判所による「抗告訴訟」を通じた統制——の必要性が語られてきたのである。その限りで伝統的な行政法総論は、「行政行為に関する主観的構成」を体系理念としてきたものと言えよう。

これに対して筆者の一連の研究から次第に明らかになってきたことは、処分性拡大判例が念頭に置く行政行為に関しては、このような意思表示を前提とする主観的構成を通じた説明が必ずしも妥当しないのではないかということであった。すなわち処分性拡大判例では、係争行為が法律に照らして行政行為というだけの意思表示の実質を備えているかといった観点よりも、むしろその係争行為が複数の関係法令のなかで若しくは行政実務のなかでどのように制度的に位置づけられているのかといった観点や、その係争行為をめぐる手続・組織・規範に係る行政諸要素間にはどのような制度的な関係性（仕組みないし構造）があるのかといった観点が重視されて、行政行為が認定されてきている。その限りで処分性拡大判例は、「行政行為に関する客観的構成」を体系理念とするものと言えよう。

そしてそうであるならば、こういった行政行為をめぐる体系理念上の相違が、行政行為の具体的な性質の相違へとどのように反映されていくのか、あるいは、されていくべきなのかを学説として議論していく必要があるのではないか。】

※※

残念ながら、筆者は本稿執筆時点においても、自らが設定したこの「長期的な研究課題」に対して、いまだ十分な解答を与えることができない状況にある。とはいえ、漠然としてではあるが、以下のような方向性で、引き続き研究を進めていきたいとも考えている。

まず、個別行政法を通じて、国会がある行政活動を自覚的に選択して立法

し、また行政過程を通じてその立法者の選択意思どおりに、その行政活動が運用される場合が考えられうる。伝統的な行政法総論、とりわけ行政行為をも含め「行為形式」という形でもって行政活動を分類整理し、この分類整理に従って行政法関係の質的差異を認識しようとする、従来からの〈認識枠組み〉が想定し、かつ、有効に機能してきたのは、まさしくこういった《古典的な場合》である⁽⁸²⁾。

取消訴訟の対象適格性（処分性）の有無に関して、もっぱら行政行為という行為形式に当てはまるか否かという問題意識から確立してきた「処分性公式」に関しても、この古典的な場合を念頭に置いたものである⁽⁸³⁾。さらに今日においても、多くの行政活動がこの古典的な場合として捉えられうるわけであるから、こういった認識枠組みに関しても、処分性の解釈場面を含め、依然として多くの場面において有効に機能しうるはずである。

しかしながら他方で、立法者によって自覚的に選択されて立法された行政活動が、行政過程を通じて運用されていくうちに、その行政過程のなかに、ある種の「歪み」（組織・規範・手続をめぐる制度的な関係性）が生じてきてしまい——ここで言う「歪み」という表現は、現象論的な意味合いで用いており（例えば《時空の歪み》等のように）、必ずしも否定的・批判的な意味合いを持つものではない——、その「歪み」の結果として、当該行政活動そのものの性質が変容する場合も考えられうる。処分性拡大判例に引き付けて言えば、立法者意思からすれば必ずしも行政行為と判断していなかったような行政活動であったとしても、行政過程の「歪み」——権限行使の敬讓、行政規則の外部化、紛争の早期成熟ないし紛争の形態変換といった制度的な関係性——の帰結として、《行政行為》へと変容するといった事態である。

こういった行政過程の「歪み」による性質変容という事態は、上に挙げた認識枠組みを純粹に貫くのであれば、立法者意思に背馳する「違法」な解釈運用として、切って捨てられるべきなのかもしれない。もっとも、近年の処分性拡大判例、並びに、それをめぐる学説のおおよその到達水準にかんがみれば、こうした行政過程の「歪み」による性質変容が生じた場合であったとして

も、《関連法令の趣旨・目的》をも踏まえた、いわゆる個別行政法の「仕組み解釈」を行えば、全体として、立法者が受け入れ可能な範囲の変容に収まっていると解釈することができる、言い換えれば、その種の変容があったとしても、それは立法時において暗黙のうちに許容していた範囲内のものとみなすことができる、といった解釈が可能な場合もある（法令上の仕組み）。

他方で、この種の「擬制」的な解釈が困難な場合もある。しかしこのような場合であったとしても、近年の処分性拡大判例、並びに、それをめぐる学説のおおよその到達水準にかんがみれば、《実効的な権利救済や実効的な紛争解決》といった観点をも踏まえて、その性質変容が正当化される場合もある（行政過程の構造）⁽⁸⁴⁾。ともあれ、「法令上の仕組み」の認識を介してであれ、「行政過程の構造」の認識を介してであれ、その行政活動の根拠となった法律規定を超えた（枠組み）を手掛りとして、性質変容を認めることになるのであるから、原理的に言えば、「法律による行政」との関係で、とりわけ同原則の核心的契機たる「予測可能性の保護」との関係で、一定の緊張関係が生じることは否定できない。

かくして、処分性拡大判例が提起している問題とは、行政活動を局所的かつ静態的に把握し分類する古典的な認識枠組み（伝統的な行政行為の分類論を含む従来 of 行為形式論）の下で、それぞれの行政活動の性質についてどのような方法でもって精緻に《分析》していくことができるのか（いわゆる形式的行政処分論⁽⁸⁵⁾も含む）という問題ではなく、むしろ行政過程の「歪み」——法令上の仕組みとして把握できるものであれ、行政過程の構造としてしか把握できないものであれ——が生じる動態（ないしメカニズム）に関して、その行政過程に係る“大域的見地”や、その行政活動をめぐる組織・規範・手続の“立体的見地”をも踏まえながら、どのような方法でもって《解析》していくことができるのかという問題ではないだろうか。

さらに、このことを行政法総論、とりわけ「行政行為の効力」論との関係で敷衍するならば、伝統的な行政行為概念の下では、法律行為のように「意思表示」に起因して「規律」の効果が生じるとされてきた。しかしこれに対して、

行政過程の「歪み」に起因して「規律」の効果が生じるというのであれば、その規律のメカニズムについて十分な理論的説明を与える必要がある。また、前者の「主体の意思表示→規律」（行政行為の主観的構成）と比較して、後者の「行政過程の歪み→規律」（行政行為の客観的構成）において、その規律に伴う「遮断」の効果⁽⁸⁶⁾——行訴法3条や14条の取消訴訟の排他的管轄や出訴期間に係る制度的効果——がどのようなメカニズムを通じて説明され、また場合によっては、制約されていくことになるのかについても、検討していく必要がある。

第四章 むすびにかえて

従来の処分性要件論では、公権力性要件に関しては一方性や権力性といった抽象的な要件が、他方で法的効果要件に関しては個別具体性・外部性・法的地位の変動といった比較的具体的な各種要件が論じられてきた。他方で、両要件の具体的内容をめぐる学説の議論展開までみてみると、別の処分性要件論、すなわち法的権限・法的根拠・法的効果からなる「三要件」説が浮き彫りになってくる。

そして、この「三要件」説に立脚することで、近年の処分性拡大判例動向に関して、解釈論的観点からのみならず、認識論的観点からも議論できることになる。具体的には、行政行為概念を構成する、行政組織法・行政作用法・行政手続法の各観点を浮き彫りにした上で、処分性要件論に反映させる可能性である。とりわけ処分性拡大判例では、この三つの観点が「法令上の仕組み」ないし「行政過程の構造」の問題として立体的に論じられていたところである。

とはいえ、ここで留意すべきは、従来の処分性要件論と「三要件」説とは、相互に排他的なものではないということである。むしろ両議論は、相互に補完的な関係にある。もっともだからと言って、「三要件」説は、単なる認識論的な意義しか持たないかという、必ずしもそうではない。むしろ、こうした裁判所の認識枠組みを通じて、裁判所の処分性解釈の「法則性」を探りうるという観点からすれば、一定の解釈学的な意義もあるはずである。

以上のほか、「三要件」説を介して、認識論的観点から処分性を論ずることの意義に関して、行政法総論の観点からどのようなことが言えるのか、本稿でも十分に論じきれなかった。とはいえ、「主体の意思表示→規律」(行政行為の主観的構成)と「行政過程の歪み→規律」(行政行為の客観的構成)という対比の下、「行政行為の力学」として、とりわけ《規律と遮断のメカニズム》問題として考えていく方向性を提示したので、今後さらにこの考察を深めて行きたい。

注

- (1) 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)、保育所廃止条件事件(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使用廃止通知事件(最判平成24年2月3日:民集66巻2号148頁)。
- (2) 結論として筆者は、処分性拡大判例は、処分性公式を踏襲しながら処分性を拡大していると理解している。裏返せば、処分性拡大判例は、処分性公式を否定した上で処分性を拡大するという、従来から有力説、すなわち「形式的行政処分」論までは採用していないと考えている。
- (3) 筆者は、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(行訴法3条1項の「公権力の行使」に裏付けられた柔軟な解釈)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(裁判所法3条1項の「法律上の争訟」に裏付けられた柔軟な解釈)、当該行政活

動に係る処分性の有無を判断している、その限りでは、原告適格拡大判例なり、それを明文化した行訴法9条2項（平成16年行訴法改正）なりと、パラレルの思考様式を採用しているものと解している。

- (4) 拙稿「処分性拡大に関する法理」洋法59巻3号（2016年）269頁以下等参照。
- (5) 筆者は、個別法の「仕組み解釈」を通じた処分性の《拡大解釈》に伴って、「法律による行政」の核心的契機たる「予測可能性の保護」からの対応的要請に基づき、取消訴訟の排他的管轄やその出訴期間であれ、仮処分の排除であれ、行政手続法上の各種の手続義務であれ、それらに関する規定が《縮小解釈》されねばならないという「均衡解釈」の必要性を指摘してきた。

もっとも、この均衡解釈（縮小解釈）論の具体的な内容に関しては、対象となる「副作用」問題に関して、マクロ（原理原則）とミクロ（実定法の条文）の両次元において均衡を図るというアプローチから、掘り下げて論じてきた。詳しくは、拙稿「処分性の拡大と仮の救済」洋法60巻1号（2016年）247頁以下、拙稿「処分性の拡大と行政手続」洋法60巻3号（2017年）77頁以下等参照。

- (6) ただし、司法試験の論文試験対策という問題意識から、本文後に紹介する、二要件説と四要件説とを比較し、それぞれの説のメリット・デメリットを論じる、土田伸也『基礎演習行政法〔第2版〕』（日本評論社、2016年）95頁以下もある。同氏いわく、四要件説では「事案解析をシャープに行うことになる」が、二要件説では「事案解析がやや大雑把になりかねない」。他方で、四要件説では「どの要件の問題なのか迷ってしまう場合があり」、「誤って要件に位置づけて事案を処理するリスクを負うことになる」が、二要件説では「いちいちどの要件の問題かを特定する必要がなく」、その種のリスクを負わずに済むという。ともあれ、どちらの説を採るかは、「深刻に悩むべき問題ではない」と強調している。
- (7) 例えば、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）【以下『実務的研究』】15頁以下の、「行為の公権力性」と「法律上の地位に対する影響」を参照。曾和俊文「取消訴訟の対象（1）」法教427号（2016年）64頁以下等も参照。

- (8) 曾和俊文ほか『現代行政法入門 [第三版]』(有斐閣、2015年)【以下『入門』】217頁(曾和俊文)。
- (9) 櫻井敬子=橋本博之『行政法 [第五版]』(弘文堂、2016年)267頁。
- (10) 大浜啓吉『行政裁判法』(岩波書店、2011年)86頁。
- (11) 行政訴訟実務研究会編『自治体法務サポート 行政訴訟の実務』(第一法規、加除式)【以下『実務』】166頁以下(中川丈久)参照。
- (12) 櫻井敬子『行政救済法のエッセンス(第一次改訂版)』(学陽書房、2015年)144頁参照。
- (13) 山本隆司『判例から探究する行政法』(有斐閣、2012年)364頁以下参照。
- (14) 高橋滋ほか編『条解 行政事件訴訟法【第4版】』(弘文堂、2014年)【以下『条解』】(高橋滋)42頁以下参照。
- (15) 高橋滋『行政法』(弘文堂、2016年)327頁参照。
- (16) 原田尚彦『行政法要論 [全訂第七版:補訂二版]』(学陽書房、2012年)386頁参照。
- (17) 室井力ほか編『行政事件訴訟法・国家賠償法 [第二版]』(日本評論社、2006年)37頁以下(岡村周一)参照。
- (18) 周作彩「処分性の拡大と行政行為概念の今日的意義」法教401号(2014年)27頁以下参照。
- (19) 山本・前掲注(13)367頁以下参照。
- (20) 室井敬司「抗告訴訟の対象となる行政処分の範囲」行政法の争点(2014年)112頁以下参照。
- (21) 岡田正則「処分性」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)15頁以下参照。
- (22) 関連して土田・前掲注(6)95頁も参照。
- (23) 遠藤博也『実定行政法』(有斐閣、1989年)357頁以下参照。
- (24) 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)11頁参照。
- (25) 稲葉馨ほか『行政法 [第三版]』(有斐閣、2015年)214頁(村上裕章)参照。
- (26) 中原茂樹『基本行政法 [第二版]』(日本評論社、2015年)282頁以下参照。
- (27) 土田・前掲注(6)73頁参照。

- (28) 神橋一彦『行政救済法〔第二版〕』（信山社、2016年）45頁参照。
- (29) 北村和生ほか『事例から行政法を考える』（有斐閣、2016年）58頁参照。
- (30) 野呂充ほか『行政法』（有斐閣、2017年）174頁（湊二郎）。
- (31) 芝池義一『行政法読本』（有斐閣、2016年）98頁以下、296頁以下参照。
- (32) 大橋洋一『行政法Ⅱ〔第二版〕』（有斐閣、2015年）57頁以下参照。
- (33) 阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』（有斐閣、2009年）91頁以下参照。同『行政法再入門（下）』（信山社、2015年）87頁以下も参照。
- (34) 下山憲治ほか『行政法』（日本評論社、2017年）140頁以下（友岡史仁）参照。
- (35) 高木光『行政法』（有斐閣、2015年）264頁以下参照。
- (36) 小早川光郎『行政法講義下Ⅱ』（弘文堂、2005年）158頁以下参照。
- (37) 渡部吉隆ほか編『行政事件訴訟法体系』（西神田編集室、1985年）86頁以下、芝池義一『行政救済法講義〔第三版〕』（有斐閣、2006年）27頁以下、塩野宏『行政法Ⅱ〔第五版補訂版〕』（有斐閣、2013年）104頁以下、宇賀克也『行政法概説Ⅱ〔第五版〕』（有斐閣、2015年）159頁以下等参照。
- (38) 『入門』・前掲注（8）218頁（曾和）は、「そもそも、公権力性といっても、その実体は必ずしも明らかではない。」と指摘する。また櫻井・前掲注（12）144頁も、処分性に関する定義について「抽象度が高いため（公権力性なんて、よく考えると何のこともわかりませんね）、個別案件では、ある行政活動が処分に当たるのか、あたらないのかははっきりしないケースは少なくありません。」と指摘する。櫻井＝橋本・前掲注（9）269頁や芝池・前掲注（31）98頁も参照。
- (39) 神橋・前掲注（28）45頁や芝池・前掲注（31）98頁等参照。
- (40) 『入門』・前掲注（8）218頁（曾和）や曾和・前掲注（7）67頁以下等参照。
- (41) 例えば『入門』・前掲注（8）218頁以下（曾和）は、規制対象事項の限定された法規命令や、特定地域の住民に法的拘束力のある土地利用計画が、「法的効果」要件に該当するか否か判定が困難であると言う。
- (42) 櫻井＝橋本・前掲注（9）271頁参照。
- (43) 下井・前掲注（24）45頁参照。
- (44) 『実務的研究』・前掲注（7）21頁以下参照。

- (45) 田中二郎『新版行政法上巻 [全訂第二版]』（弘文堂、1974年）326頁。
- (46) 最近の議論として、北島周作「行政上の主体と実定法」小早川光郎先生古稀記念論文集『現代行政法の構造と展開』（有斐閣、2016年）67頁以下等参照。
- (47) 高橋・前掲注（15）327頁参照。『条解』・前掲注（14）42頁以下（高橋）も参照。
- (48) 『実務』・前掲注（11）168頁（中川）参照。
- (49) 山本・前掲注（13）367頁参照。
- (50) 下井・前掲注（24）15頁参照。
- (51) 高橋・前掲注（15）330頁以下参照。
- (52) 土田・前掲注（6）74頁参照。
- (53) 『実務的研究』・前掲注（7）19頁参照。
- (54) 『実務』・前掲注（11）169頁以下（中川）参照。
- (55) 『実務』・前掲注（11）167頁以下（中川）参照
- (56) 遠藤・前掲注（23）359頁参照。
- (57) 下井・前掲注（24）12頁参照。
- (58) 下井・前掲注（24）12頁参照。
- (59) 高橋・前掲注（15）327頁参照。
- (60) 大橋・前掲注（32）58頁参照。また同頁では、処分の法的効果が法律の授権に基づくことから、「市民間の合意に基礎を置いて権利や義務が生じる契約などの私法上の行為は、原則として処分に該当しない。」と論ずる。ただし、私法上の行為であっても、法律（民法）の根拠に基づいてなされているとも言える。藤田宙靖『行政法学の思考様式 [増補版]』（木鐸社、2003年）23頁以下参照。
- (61) 櫻井＝橋本・前掲注（9）268頁参照。
- (62) 櫻井＝橋本・前掲注（9）268頁参照。
- (63) 大橋・前掲注（32）58頁、60頁参照。
- (64) 原田・前掲注（16）384頁、386頁参照。
- (65) 二項道路一括指定をめぐる特定行政庁と建築主事との関係につき、拙稿「処分性の解釈と『仕組み』の含意」洋法55巻1号（2011年）100頁以下参照。
- (66) 登録免許税拒否通知をめぐる登記機関と税務署長との関係につき、拙稿「処分性と税

処分性の要件に関する一考察〔高木 英行〕

務行政」洋法55巻2号（2011年）81頁以下参照。

- (67) 食品衛生法違反通知をめぐる検疫所長と税関長との関係について、拙稿「処分性に係る仕組み解釈とその認識枠組み」早法85巻3号（2010年）702頁以下参照。
- (68) 中原・前掲注（26）287頁は、食品衛生法違反通知事件の前提とする食品輸入の仕組みについて、『「連係プレー」の仕組み』と言及している。
- (69) 労災援護費不支給決定について、「労災就学援護費について」と題する労働省労働基準局通達や「労災就学等援護費支給要綱」との関係について、拙稿「処分性の解釈と行政過程の構造分析」洋法54巻3号（2011年）6頁以下参照。
- (70) 食品衛生法違反通知について、輸入食品等監視指導業務基準（厚生省生活衛生局長通知）や関税法基本通達との関係について、拙稿・前掲注（67）703頁以下参照。
- (71) 病院開設中止勧告について、厚生省保険局長通知（通達）との関係について、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、2010年）234頁以下参照。
- (72) 拙稿・前掲注（4）271頁以下等参照。
- (73) 病院開設中止勧告あるいは病院病床数削減勧告と保険医療機関指定拒否処分との関係について、拙稿・前掲注（71）241頁以下参照。
- (74) 食品衛生法違反通知と輸入不許可処分との関係について、拙稿・前掲注（67）704頁以下参照。
- (75) 土地区画整理事業計画決定と換地処分との関係について、拙稿「処分性に係る仕組み解釈に関する一考察」洋法53巻3号（2010年）70頁以下参照。
- (76) 有害物質使用特定施設廃止通知と土壤汚染調査報告命令との関係について、拙稿・前掲注（4）291頁以下等参照。
- (77) 二項道路一括指定と同個別指定との関係について、拙稿・前掲注（65）103頁以下参照。
- (78) 労災就学援護費不支給決定と労災保険給付拒否決定との関係について、拙稿・前掲注（69）17頁以下参照。
- (79) 保育所廃止条例制定行為と保育実施解除処分との関係について、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）20頁以下参照。

- (80) 本文に挙げた両関係は、近年の処分性拡大判例に先立つ処分性肯定判例の中でもみられることについては、拙稿「処分性拡大判例の系譜」洋法56巻2号（2013年）25頁以下参照。
- (81) 拙稿・前掲注（79）26頁以下。原文中にある脚注をカットして引用する。
- (82) 関連して、太田匡彦「行政作用の認識または切り出しについて」現代行政法講座編集委員会『現代行政法講座第1巻』（日本評論社、2016年）122頁以下等参照。
- (83) 関連して、病院病床数削減勧告事件に付された藤田宙靖裁判官補足意見は、処分性公式につき、「その前提としては、行政活動に際しての行政主体と国民との関わりは、基本的に、法律で一般的に定められたところを行政庁が行政行為によって具体化し、こうして定められた国民の具体的な権利義務の実現が強制執行その他の手段によって図られる、という形で進行するとの、比較的単純な行政活動のモデルが想定されているものといえることができる」と前置きした上で、「今日、行政主体と国民との相互関係は、このような単純なものに止まっているわけではなく、一方で、行政指導その他、行政行為としての性質を持たない数多くの行為が、普遍的かつ恒常的に重要な機能を果たしていると共に、重要であるのは、これらの行為が相互に組み合わせられることによって、一つのメカニズム（仕組み）が作り上げられ、このメカニズムの中において、各行為が、その一つ一つを見たのでは把握し切れない、新たな意味と機能を持つようになっている」と指摘する。
- (84) 関連して、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」藤山雅行ほか編『新・裁判実務大系25巻【改訂版】』（青林書院、2012年）141頁以下では、裁判所の視点から処分性拡大が行なわれる二つの場合を論じている。すなわち、「裁判所が、個別行政法のメンテナンスを行いその改訂版——いわば Ver. 2 ——の姿を提示」する場合と、「よりよい行政訴訟像を判例的に創造しようとする」場合である。
- (85) 拙稿「処分性拡大論に関する一考察」洋法56巻3号（2013年）1頁以下等参照。
- (86) 関連して、拙稿「行政行為の遮断効」洋法57巻3号（2014年）37頁以下、拙稿「課税処分の遮断効」洋法58巻1号（2014年）1頁以下、拙稿「行政執行と遮断効」洋法58巻3号（2015年）1頁以下、拙稿「申請手続と遮断効」洋法59巻1号（2015年）1頁以下等参照。

