

処分性拡大論に付随する理論的問題に関する一試論

趙元濟*

< 목 차 >

- I.はじめに
- II. 行政過程と取消訴訟の対象性に関する限定的解釈
- III. 処分性拡大の事由と確認利益との相関性
- IV. 行政手続法上の処分と訴訟法上の処分
- V. 訴訟法上の処分と公定力（排他的管轄権）の再検討
- VI. おわりに

I.はじめに

従来、最高裁判所（以下「最高裁」という。）は行政事件訴訟法（以下「行訴法」という。）上、取消訴訟の対象たる処分性の有無について「従来の公式」¹⁾を用いて、同公式から弾き出される行政作用ないし決定（以下「行政の行為」という。）を取消訴訟の対象たる処分にあたらないとして、行政の行為に対してその取消を

* 駒澤大学法学専門大学院教授.

1) 「従来の公式」とは、最高裁判決にいう「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」（最高裁昭和39年10月29日民集18巻8号1809頁）を指す。「従来の公式」というネーミングについては、最判平成17年10月25日裁時1398号4頁〔裁判官藤田宙靖の補足意見〕参照。同補足意見において藤田裁判官は、「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く、ということである。」という点を指摘し、「従来の公式」は、必ずしもこういった事実を前提としているものとは言い難いのであって、従って、本件においてこれを採用するのは、適当でないものというべきである。」と述べている。

求める訴えを却下してきたという通常の裁判実務があった。同裁判実務に対しては、学説上、その対象性を広げるべきとする処分性拡大論や、同拡大のためには行訴法の改正を主張する立法論もあった²⁾。以上の処分性拡大論に依っているかのように、とくに2004年の改正行訴法施行を前後に、決して少なくない事例の処分性拡大判決が下されている。たとえば、病院開設中止勧告（最高裁平成17年7月15日民集59巻6号1661頁）、土地区画整理事業計画決定（最高裁大平成20年9月10日民集62巻8号2029頁）、および保育所施設廃止条例制定行為（最高裁平成21年11月26日民集63巻9号2124頁）、事実行為たる通知（最高裁平成16年4月26日民集58巻4号989頁、最高裁平成24年2月3日民集66巻2号148頁）などが先行行為として行われたときに、同行為を不服とする者が先行行為に続く後続行為たる処分等を行われるのを待って、同行尾族行為の取消訴訟を提起することなく、前掲の先行行為を取消訴訟の対象たる処分として同先行行為の取消を求める訴えを提起した場合に、以上の判決にみるように、最高裁は同訴えを適法している。これは、裁判所が「従来の公式」から弾き出される行政の行為であっても、同行為が行われた時点における一定要件の充足の下で、同行為の違法性に係る紛争の争い方として同行為の取消を求める訴えを適法とする処分性拡大の判例法理(裁判上の処分性拡大論)を確立したということにほかならない³⁾。言い換えれば、同法理からすれば、最高裁が「従来の公式」にいう処分のメルクマールを有しないとして「本来の処分」ではない行政の行為を取消訴訟の対象とする処分性拡大を柔軟に行ってきたという評価が可能である。この場合に同行為は訴訟法上の処分⁴⁾と称されよう。

本稿では、まず、最高裁が処分性拡大を柔軟に行い、一度、行政の行為を取消訴訟の対象たる処分として訴訟法上の処分にあたると判示すると、処分庁が同訴訟法上の処分たる行政の行為と同様の行為を行ったときに、同処分性拡大判決以降における訴訟法上の処分たる行政の行為は、行政手続法（以下「行手法」とい

2) 立法により、処分性の拡大による行訴法の抜本的な改革を行う必要性を主張する文献としては、宇賀克也「行政訴訟制度について」法学教室263号10頁(2002年)。これには、多くの文献があるが、代表的なものとして、原田尚彦「訴えの利益」138頁以下(弘文堂、1973年)、兼子仁「行政法総論」228頁以下(筑摩書房、1983年)が参照に値する。

3) これについては、拙著「処分性論としての争訟開始タイミングの適否に 関する一考察」駒澤法曹第10号(2014年)、拙著「処分性拡大再論と訴訟選択論に関する一試論」早法95巻3号(2020年)参照。

4) 訴訟法上の処分とは、もともと行政処分とはいえない行為を取消訴訟で争うことを認めるという趣旨において従来の形式的行政処分と同様のものである。形式的行政処分については、室井力「形式的行政処分」同『現代行政法の展開』33頁以下(有斐閣、1978年)参照。

う。) および行訴法上、どのような取り扱いを受けられるべきか、あるいは処分性拡大の最高裁判決が未だ出されていない状況の下で、行政の行為が行われたときに、同行為を不服とする者が同行為の違法性を争う方法として処分性拡大を主張し、同行為の取消を求める訴えを提起した場合における当該行為、いわゆる拡大判決以前における行政の行為は、行手法および行訴法上、どのような取り扱いを受けられるべきかについて見てみる。

つぎに、前掲の拡大判決以降における訴訟法上の処分たる行政の行為、あるいは拡大判決以前における行政の行為には、判例法理として確立された処分の効力たる公定力が付着し、その公定力の帰結である取消訴訟の排他的管轄権が及ぶかどうか、及ぶとするならば、これが行政の行為に関する違法性の本案主張をはじめ、同行為の違法性に係る法律関係をめぐる紛争を争う訴訟実務に如何なる影響を及ぼすことになるかという理論的問題について一試論としてその検討を行う。これらの検討は、筆者が法科大学院行政法の授業に携わるなかで疑問に感じてきたことを一試論として述べているにすぎない雑駁な私見であり、能力の不足の故に、参照すべき文献をも十分に挙げておらず、断片的な分析・記述に留まっていることを断っておきたい。法科大学院行政法の教育に少しでも役に立ちたいと思い、活字化に至っている。読者の海容を願うばかりである。

Ⅱ. 行政過程と取消訴訟の対象性に関する限定的解釈

周知のように、訴訟法上、民事事件との対比における行政事件とは、主に自己の法律上の利益の保護に係るものとして処分または不作為の違法性をめぐる紛争と、行政の行為の違法性に係る公法上の法律関係をめぐる紛争をいい、とくに後者の場合に当該紛争が裁判所の審査に値すると判断されたものをいう。行政事件に関して民事訴訟法の特則として別途の訴訟法（行政事件訴訟特例法とその後の行訴法）の制定経緯ないし意義はとにかく、行政事件を民事事件と異に扱うための行訴法の規定としては、取消訴訟の訴訟手続として対象性（法3条2項）が規定され、同規定をめぐる解釈論が展開されており、そのほかに原告適格・訴えの客観的利益の消滅（法9条）、および出訴期間（法14条）などといった訴訟要件に関する規定が置かれている。以上の訴訟要件に係る規定が置かれているのは、行政

機関が公益などの行政目的の実現のためのさまざまな行政活動の仕組みないし行政過程(以下、単に「行政過程」という。)をとるなかで、私人との法的紛争という行政事件が生ずるという特殊性によるものであろう。これは、民事事件には決して見られない事象である。

以上の行政過程を概略的に見てみると、行政機関は、行政作用法の定める行政目的を実現するために、行政調査、行政指導、行政計画、あるいは契約などの行政手法を採り、これらの手法が講じられることによって得られた一定の法的効果や事実上の効果を踏まえて、授權規定に基づく法規命令(条例を含む。)ないし行政目的実現の指針となる行政規則に依拠し、公表などの事実行為を行い、あるいは私人の法的地位ないし権利義務を形成し、その範囲を確定するという処分を行い、処分のなかには私人に対する作為ないし不作為義務を賦課し、同義務の不履行に対しては、その必要に応じて履行のための措置を講じるなどの行政活動を行うことになる。もちろん、行政活動の行為形式論からして、以上の行政過程において採られる個々の行政活動には、不特定多数の人々に対する行政作用ないし決定の措置と、特定の人を相手方とする行政作用ないし決定の措置があり、これらの措置のなかには処分などの法律行為のほか、義務を課することなく、一定の行政目的を実現するために公権力の行使たる実力行使などの事実行為も含まれよう。

とくに以上の行政過程において講じられる措置のなかには、特定の人を相手方として作為ないし不作為義務を課したり、私人からの申請を棄却・却下したりする行為があり、これらは、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ものとして「処分」と称されており、行政過程において講じられる措置のなかでもっとも主要な行為形式となる。そして、行政過程における行政活動の行われる態様に着目すると、行政機関は必要に応じて一連の行政手続の規律を受けながら、以上のような行政手法または行政作用ないし決定の措置のなかから、複数の手法ないし措置を時系列に、あるいは重畳的に講じることによって、特定の行政目的を実現することになる。行政手法または行政作用ないし決定の措置が時系列的に講じられるとは、これらの手法ないし措置が先行行為、中間行為および後続行為などという複数の段階に分けられ、順次に講じられるということの意味し、これらの措置等が行われる態様には一定の法則性があり、それは先行行為が行われると、相当程度の確実さをもって連続して後続行為が行われるという連続複数

行為の不可分一体がその特徴となる。したがって、本稿にいう行政過程とは、以上のような行政手法または行政作用ないし決定の措置が行政目的の実現のために順次に、あるいは重疊的に講じられる一連の過程にみるように、連続複数行為の不可分一体を特徴とする過程をいう。むろん、以上の行政過程と違って、他方では、行政作用法そのものが処分などの執行行為を介在せずに、施設の廃止等を含む権利の制限・剥奪を定めたり、不特定多数の者に特定行為をする（あるいは、してはならない）ことを定めたりして、これらの違反に対しては罰則等を定めることによって一定の行政目的を実現する場合もある。

以上のような連続複数行為の不可分一体を特徴とする行政過程において行政機関が講じる（た）手法ないし措置をめぐって私人との法的紛争が生じるが故に、行政事件を民事事件と異に扱うための行訴法としての訴訟要件に係る規定が置かれているのではないかと考えられよう。なかんずく、以上の行政過程において生じた私人との法的紛争を解決するための方法の1つとして1948年制定の行政事件訴訟特例法は、行政訴訟の類型として「行政庁の違法な処分の取消又は変更に係る訴訟その他公法上の権利関係に関する訴訟」と規定し、前者の取消訴訟についてその対象を「処分」としていたが、その後の1962年制定の行訴法は、同法の定める「抗告訴訟」を行政庁の公権力の行使に関する不服の訴訟と定義し、同抗告訴訟の1つである取消訴訟の対象を「行政庁の処分その他公権力の行使にあたる行為」と規定している（法3条2項）。2004年改正の行訴法も、これを変更することなく、旧行訴法と全く同様の規定を置いている。つまり、行政事件訴訟特例法の当時と比べると、現行の行訴法は、取消訴訟の対象となるものとして処分のほかに「公権力の行使にあたる行為」をも付け加えていることが分かる。

ところが、取消訴訟の対象性に係る裁判所の判断は、行政事件訴訟特例法の当時⁵⁾とその後の判決例⁶⁾にみるように、その線引きとして取消訴訟の対象性を「従来の公式」にいう処分に限定し、一部の事実行為など⁷⁾を除いて、公権力行使の全

5) 最高裁昭和30年2月24日民集9巻2号217頁判決、いわゆる農地境界査定処分無効確認請求上告事件がその一例となろう。

6) 最高裁昭和39年10月29日民集18巻8号1809頁判決、いわゆるごみ焼場設置条例無効確認等請求上告事件の判決参照。

7) これらについては、最高裁昭和54年12月25日異議申出棄却決定取消請求事件判決および最高裁平成16年4月26日食品衛生法違反処分取消請求事件判決、最高裁平成14年1月17日道路判定処分無効確認請求事件判決を参照されたい。

般が取消訴訟の対象とならないことを明らかにし、「従来の公式」から弾き出される行政の行為に違法性があることを理由として、同行為に対する争い方の1つとして同行為の取消を求める多くの訴えを不違法として却下してきたという実情を確認することができる。このように、行訴法上、公権力の行使も取消訴訟の対象として法定されているにもかかわらず、裁判所は、取消訴訟の対象性に関する行訴法の規定と乖離して、「従来の公式」を用いた結果として公権力の行使というメルクマールのほかに、直接法的効果性、とくに紛争の成熟性をもその要件と付け加え、これらの要件の充足をもって取消訴訟の対象性を認めているため、取消訴訟の対象性を限定的に解していたといえよう。これは、最高裁の「従来の公式」による「処分性の限定的解釈」と称することができる。取消訴訟の対象性に関する限定的解釈による訴えの却下判決は、前述の連続複数行為の不可分一体を特徴とする行政過程に着目して推定してみると、以下のような裁判所のスタンスによるものであろう。すなわち、裁判所は、行政目的の実現のための先行行為として行政の行為が行われたにもかかわらず、同行為の趣旨・目的の通りに行政目的が実現されない場合には、相当程度の确实さをもって後続行為として「従来の公式」にいう処分（以下「本来の処分」という。）が行われるという連続複数行為の不可分一体を特徴とする行政過程に着目し、同行政過程においてかりに先行行為に違法性があったとしても、同先行行為を不服とする者には後続行為たる本来の処分が行われるのを待って、同後続処分の取消を求める取消訴訟において先行行為の違法性を争うことのできる方法があり、同後続処分の取消訴訟によって権益の十分な救済保護を図ることができるというスタンスを堅持していたと解されよう。翻って、以上の裁判所のスタンスには、訴訟実務の視点からすれば、先行行為として行政の行為が行われた時点では、同行為を不服とする者が同行為の違法性をめぐる紛争につき、同紛争の争い方として同行為の取消を求める訴えを提起しても、同紛争に係る訴えがそもそも、同行為の違法性を争い、権益救済を求めるほどに成熟しておらず、具体的事件性を有しないため、当該者は、同紛争に係る訴えが成熟するのを待って、すなわち後続行為たる処分が行われるのを待って、同処分が行われたときにはじめて、同処分の取消訴訟を提起し、同訴訟において先行行為の違法性を主張することを許されるといった争訟開始のタイミングの合理性（適否）、いわゆる紛争の成熟性の可否に関する議論が下敷きになっていたとも考えられよう。要するに、連続複数行為の不可分一体を特徴とする行政過程におけ

る紛争の成熟性の可否に関する議論の故に、裁判所は、取消訴訟の対象となる処分を公権力行使の全般でなく、原則的に「従来の公式」による「処分性の限定的解釈」を採り、取消訴訟の対象性を狭めていたといえよう。

Ⅲ. 処分性拡大の事由と確認利益との相関性

行訴法4条にいう公法上の当事者訴訟は、その対象性について公法上の法律関係と明記しているため、この行訴法上の文理に重きを置けば、連続複数行為の不可分一体性の行政過程において行政の行為が先行行為として講じられたとき、同行為を不服とする者は、同先行行為に続く後続行為として処分を行われるのを待つことなく、同先行行為が行われた時点で、同行為の違法性に係る法律関係（権利義務の存否など）を争うことにより、自己の法律上の利益の保護を求めることも可能であろう。このことから、かつて行政の行為の違法性に係る紛争について、その争い方として取消訴訟ではなく、同紛争を同行為の違法性に係る法律関係をめぐる紛争に引き直し、訴訟選択として民事訴訟の活用⁸⁾、あるいは行訴法4条にいう公法上の当事者訴訟の活用を唱える見解⁹⁾があったのも、周知の通りである。なぜなら、以上の公法上の当事者訴訟の活用論には、行政目的の実現のために行政機関が処分のほかに多様な行為形式たる行政の行為を多く講じており、これに応じた権益救済の必要性を力説し、取消訴訟では人々の権益を十分に救済保護し得ないという認識に立ち、一般に行訴法4条の定める公法上の確認訴訟を含む実質的当事者訴訟が取消訴訟の対象とならない行政の行為をめぐる公法上の法律関係をその対象としている点からして、紛争の解決方法として処分性を要件とする取消訴訟のルートにうまくのらない行政の行為をめぐる法律関係に関する紛

8) かつて行訴法4条にいう実質的当事者訴訟が訴訟実務上活用されていないことからして、立法論としては、実質的当事者訴訟を民事訴訟に吸収させ、かつ形式的当事者訴訟に関しては個別法の規定に委ねるべきだとする提案もあった、これについては、浜川清 「司法裁判制度下の行政訴訟改革—新行政事件訴訟特例法のすすめ—」法律時報76巻1号103頁（2004年）、同 「行政訴訟改革について」法律時報73巻7号66頁（2001年）。

9) これについては、園部逸夫 「グレイ・ゾーンと行政訴訟」季刊実務民事法四所収（1983年）、同 「行政訴訟と民事訴訟」新・実務民事訴訟講座所収9頁以下（日本評論社、1983年）、同 「現代行政と行政訴訟」90頁以下（弘文堂、1987年）、鈴木庸夫 「当事者訴訟」現代行政法大系五所収77頁以下（有斐閣、1984年）等参照。

争のすべてを持ち込んで争うことのできる包括的救済手段として実質的当事者訴訟を位置付けているという基本的スタンスがあり、処分性を要件とする取消訴訟の権益救済機能の限界を是正し、取消訴訟の包括的権益救済機能の欠如を補うという目的があったからである。

ところが、裁判実務上、公法上の当事者訴訟は、その固有な意義および独自性が理解されておらず、必ずしも重要な意味をもつものではない¹⁰⁾などの理由により、活用されなかったという実状も否めない。同実状は、行訴法の採る取消訴訟中心主義の下で、裁判所の「従来の公式」による「処分性の限定的解釈」により密接な関連性を有するのではないかと考えられよう。すなわち、裁判所が「従来の公式」を堅持し、行政の行為の違法性に係る紛争につき、同紛争の争い方として同行為の取消を求める訴えの提起に対して、同訴えを却下しているとするれば、同却下判決は、少なくとも、行政の行為が行われた時点では、同行為を不服とする者が同行為の違法性を争い、権益救済を求めるほどに紛争が成熟しておらず、具体的事件性を有しないことを理由としていることにはほかならない。以上の実状の下では、行政の行為が行われ、同行為を不服とする者が同行為の違法性に係る紛争について、同紛争の争い方として取消訴訟ではなく、同紛争を、同行為の違法性に係る法律関係をめぐる紛争に引き直し、訴訟選択として民事訴訟、あるいは行訴法4条にいう公法上の当事者訴訟を提起しても、同行為の違法性に係る法律関係をめぐる紛争そのものも、取消訴訟と同様に紛争が成熟しておらず、具体的事件性を有しないため、裁判所の審査に値しないということになる。言い換えれば、裁判所が「従来の公式」を堅持しているという状況において、行政の行為の違法性に係る紛争の解決のために、同行為の取消を求める訴えが提起されても、同訴えにつき、紛争の成熟性を否定し、同行為の処分性を否定しているとするれば、同行為の違法性に係る法律関係をめぐる紛争の争い方として民事訴訟、あるいは公法上の当事者訴訟が提起されても、裁判所は、これらの訴えには紛争が成熟していないとして、紛争の成熟性を否定し、あるいは同訴えが具体的事件性をも有せず、法律上の争訟にあたらぬとし、これらの訴えを却下することとなる。

むろん、裁判所の「従来の公式」による「処分性の限定的解釈」に対しては、こ

10) 塩野宏「行政法Ⅱ〔第四版〕」236頁(有斐閣、2005)。

れが憲法32条の定める裁判を受ける権利を侵害するものであるという消極的評価¹¹⁾が可能である。他方では、以上の「処分性の限定的解釈」は、抗告訴訟が原告自己の法律上の利益といった主観的権益の救済保護を目的とする仕組みであることに拘り、その上、裁判所が訴訟処理能力などの内在的限界を理由に、訴えの暴走による濫訴の弊害を避けるために、行訴法全体の合目的的解釈ないし立法趣旨の合理的解釈（以下「趣旨・目的解釈」という。）を採り、取消訴訟の対象性という訴訟要件の解釈的操作を行った結果であると考えられよう。こうした解釈的操作は、先行行為として行政の行為が行われ、先行行為の後に相当程度の現実さをもって後続行為として処分が行われるというという連続複数行為の不可分一体を特徴とする行政過程の場合には、裁判所が「従来の公式」による「処分性の限定的解釈」を維持し、行政の行為に対する取消訴訟を不適法とし、後続行為の処分に対する取消訴訟のみを適法とすることによって、私人による取消訴訟の提起をコントロール（調整）しようとするところにその目的があったようにみえる。すなわち、連続複数行為の不可分一体を特徴とする行政過程が想定される場合であっても、行政庁が先行行為を行ってから、自らの判断で後続行為として処分を行わない場合や、同処分を行ったとしても、実際には原告における何らかの事情により後続行為たる処分の取消訴訟が提起されない場合もあろう。以上の場合からすれば、裁判所のとる「処分性の限定的解釈」には、私人による取消訴訟の提起をコントロール（調整）する機能があろう。もっとも、以上の場合が現実化しなければ、「従来の公式」による「処分性の限定的解釈」は、正確には行政の行為が行われた時点ではなく、後続行為の処分が行われた時点をタイムリーな訴訟提起（争訟開始）時とする判断過程にすぎない。

以上の「従来の公式」による「処分性の限定的解釈」という訴訟要件の解釈的操作からすれば、行政の行為に対する取消訴訟の提起と同様に、裁判所は公法上の当事者訴訟、とりわけ公法上の確認訴訟においても、紛争の成熟性（具体的事件性）、とりわけ確認の利益の有無をめぐる判断をもって私人による訴訟の提起をコントロールしようと考えられよう。言い換えれば、裁判所が「従来の公

11) 木佐茂男「行政争訟の現状と改革の方向」自由と正義45巻6号（1994年）、同木佐茂男「人間の尊厳と司法権」313頁（日本評論社、1990年）、同「行政訴訟と裁判官」公法研究52号192頁（1990年）参照。阿部泰隆「行政訴訟改革の方向づけ」法律時報73巻4号（2001年）、阿部泰隆「行政訴訟改革論」27頁（有斐閣、1993年）参照。

式」に基づいて取消訴訟の対象性を限定的かつ厳格に判断し、行政の行為ではなく、後続行為の処分が行われた時点、タイムリーな訴訟提起（争訟開始）時として判断しているとすれば、行政の行為をめぐる法律関係が公法上の確認訴訟の対象と規定されていても、裁判所は、公法上の確認訴訟においても本案審理入りのための訴訟要件たる確認利益の有無についても限定的かつ厳格に判断し、確認の訴えをコントロールすることになると考えるのが自然であろう。

さて、2004年の改正行訴法4条に公法上の確認訴訟が条文として流し込まれ、明示された。同明示化は、従前、取消訴訟中心主義の下で「取消訴訟の負担過重」という現象を緩和するための「処分概念の純化」とその帰結として「実質的当事者訴訟の活性化論」を唱える見解¹²⁾を反映し、より一層「公法上の確認訴訟の活用論」をその趣旨とするものであろう¹³⁾。これらの立法事実からすれば、2004年の改正行訴法以後、その活性論ないし活用論はその勢いがより一層増すことになろう。

以上の明示化の傍らに、とくに2004年の改正行訴法の施行を前後に、決して少なくない処分性拡大判決が出されているのも、周知のことである。これらの判決にみる処分性拡大論からすれば、最高裁における取消訴訟の対象性という訴訟要件に関する解釈論は、「従来の公式」にいう「本来の処分」と、そうではない「行政の行為」というメルクマールによる二分法の線引きに基づく「処分性の限定的解釈」から、行政過程における先行行為、中間行為、後続行為などのいずれの行為が行われた時点、タイムリーな訴訟提起（争訟開始）時として解されるかどうかといった争訟開始のタイミングの合理性（適否）の判断へと転換したことを意味し、これは、とりもなおさず、行政過程において先行行為が行われた早い時点において、先行行為の違法性の確定と、これによる原告の法律関係早期確定の必要性ないし利益の有無によって、先行行為の取消を求める訴えを適法としたり、不適法としたりする争訟開始のタイミングに係る議論にほかならない。また、処分性拡大論は、裁判所が本来処分ではないとして、「従来の公式」による処分の範疇

12) 高木光「事実行為と行政訴訟」278頁・334頁（有斐閣、1988年）以下、同「抗告訴訟」南博方編「条解行訴法」68頁以下（弘文堂、1988年）、同「処分性の概念」ジュリスト1234号18頁以下（2002年）参照、同「行政訴訟論」78～80頁、90～91頁（有斐閣、2005年）参照。

13) 抗告訴訟が使えないときに確認訴訟の活用を主張するものとしては、齋藤浩「行政訴訟の実務と理論」322頁（三省堂、2007年）、中川丈久「行政訴訟としての「確認訴訟」の可能性」民商法雑誌130巻6号969～970頁（2004年）、同「改正行政事件訴訟法における当事者訴訟の活用について」自治体訴訟法務の現状と課題122頁以下（日本都市センター、2007年）参照。

から弾き出された行政の行為であっても、同行為が先行行為として行われた時点において、救済の必要性として同行為をめぐる紛争が成熟したかどうかに関する判断過程という意味における争訟開始のタイミングの合理性（適否）の判断過程と解されよう。

以上の取消訴訟の対象性という訴訟要件に関する解釈論が「従来の公式」による「処分性の限定的解釈」から争訟開始のタイミングに係る議論へと転換していることからすれば、この転換は、当然、公法上の確認訴訟における確認の利益の有無に関する判断にも影響することになるのではないかと考えられよう。これは、取消訴訟における処分性の判断と、公法上の確認訴訟における確認の利益に関する判断は相互に密接な関連を有するという訴訟要件の相関性を意味するにほかならない。同相関性については、以下の事例で具体的に検討してみる。たとえば、都市計画決定の1つである都市施設として道路区域決定について、盛岡地裁平成13年9月28日市道区域決定処分取消等請求事件の判決は、同区域決定を取消訴訟の対象とすることができないとし、同決定の取消を求める原告の訴えを不合法とした。この判決は、道路区域決定の行われた時点ではなく、同決定の後において道路区域内の建築主による建築確認の申請に対する確認済証の不交付が行われてから、同不交付の取消を求める訴え、あるいは建築確認の申請が行われていない場合には少なくとも都市計画法59条の定めるところにより、知事の都市計画事業施行者に対する事業施行認可が行われるのを待って、同事業施行認可が行われてから、同認可に対する取消を求める訴え、または収用裁決が行われるのを待って、同裁決に対する取消を求める訴えのなかのいずれの訴えを権益救済のためのタイムリーな訴訟提起（争訟開始）時とし、これらのいずれかの訴えの1つを適法とするものである。また、同判決は、道路区域決定によって財産権の侵害を主張する者が先行行為たる道路区域決定ではなく、後続行為たる事業施行認可を行われてから、同事業認可の取消訴訟を提起しても、同取消訴訟において十分な司法救済を受けられるということの意味する。言い換えれば、以上の判決は、とりもなおさず、道路区域決定による財産権の侵害などに対する司法救済の場合に、先行行為たる道路区域決定という都市計画決定が行われた時点では、紛争が成熟しておらず、具体的事件性を有せず、同時点で救済の必要性がなく、後続行為たる事業施行認可、または収用裁決のいずれかが行われた時点を紛争の成熟時として捉えているものとして解されるし、また、道路区域決定を不服とする者があったとして

も、道路区域決定そのものの違法性に関する法的紛争については司法救済に値せず、同決定の後に行われる事業施行認可をめぐる法的紛争が司法救済に適しているということになろう。だとすれば、前掲の市道区域決定処分取消等請求事件にみるように、先行行為として道路区域決定などの多くの行政計画決定が行われた時点では、紛争が成熟しておらず、具体的事件性を有しないとして、計画決定の処分性を否定し、同計画決定の取消を求める訴えを却下している裁判所の判断過程ないし仕組みが維持されている場合に、道路区域決定という行政計画決定の違法性に係る法律関係をめぐる紛争について、同紛争の争い方として同決定の違法確認および同決定の違法性に係る法律関係の確認を求める公法上の確認の訴えが提起されたときに、裁判所は、果たして同決定の取消を求める訴えの場合と違って、先行行為たる計画決定が行われた時点で、司法救済に値するとして紛争が成熟し、具体的事件性を有していると判断して、確認の利益（少なくとも法律関係の即時確定の現実的必要性）を認め、同確認の訴えを適法とし、本案について判断を行うことになるのかという疑問がある。一連の行政過程において行政の行為が行われた際に、同行為の違法性をめぐる紛争、あるいは同行為の違法性に係る法律関係をめぐる紛争が司法救済に値するかかどうかという救済の必要性に関する検討として紛争の成熟性ないし具体的事件性の有無に関する判断は、行訴法上、取消訴訟（法3条）か、公法上の確認訴訟（法4条）かという訴訟形態によって異なるものではない。だとすれば、行政の行為、たとえば行政計画決定の違法性をめぐる紛争の争い方として同計画決定の取消を求める取消訴訟において同計画決定が処分性を有しないこと、すなわち同決定の違法性をめぐる紛争が成熟しておらず、具体的事件性を有していないことを理由に、同計画決定の取消を求める訴えが不適法とされたとすれば、同様の行政過程における同様の同計画決定の違法性に係る法律関係をめぐる紛争について、同紛争の争い方として公法上の確認訴訟が提起されても、同確認の訴えも、紛争が成熟しておらず、具体的事件性を有していないこととなり、確認利益（法律関係の即時確定の現実的必要性）を認められないとして不適法とされよう。

以上の場合と逆に、最高裁平成17年7月15日民集59巻6号1661頁病院開設中止勧告事件の判決にみるように、同中止勧告を取消訴訟の対象たる訴訟法上の処分とする最高裁の判断過程を紛争の成熟性や具体的事件の視点から、再構築・構成してみると、以下の通りになろう。すなわち、最高裁が同中止勧告の処分性を認め

ていることは、先行行為たる中止勧告の行われた時点で、同中止勧告の取消を求める取消訴訟で同勧告の違法性を争う必要があるとして紛争が成熟し、具体的事件性を有しているとして、先行行為たる中止勧告の行われた時点を権利救済のためのタイムリーな訴訟提起（争訟開始）時とし、同勧告の取消を求める訴えを適法とするものと解することができよう。このことは、とりもなおさず、同勧告の違法性を理由に同勧告を不服とする者が、後続行為たる保険医療機関の指定拒否処分を行われることを待って、同拒否処分が行われてから、同拒否処分の取消訴訟を提起し、同訴訟において先行行為たる同中止勧告の違法性を争う必要性がないことを示唆していることにほかならない。以上のような解し方にみるように、同中止勧告の行われた時点を、紛争の成熟時としてタイムリーな訴訟提起（争訟開始）時とする捉え方からすれば、かりに同中止勧告の相手方が同中止勧告の違法性に係る法律関係をめぐる紛争について、同紛争の争い方として同中止勧告の違法確認を求める訴え、いわゆる公法上の確認訴訟を提起した場合にも、裁判所は、同中止勧告を取消訴訟の対象たる訴訟法上の処分と認めたことと同様の事由をもって、確認の利益（法律関係の即時確定の現実的必要性）を認めることになると解されよう。

以上の検討からは、先行行為たる行政の行為が行われたときに、同行為の違法性に係る紛争の争い方として同行為の取消を求める訴えにおいて処分性拡大の事由があるとして処分性拡大が認められる事例においては、同行為の違法性に係る紛争を、同違法性に係る法律関係に関する紛争に引き直し、同法律関係を対象とする公法上の確認訴訟を提起しても、確認の利益も認められることとなり、処分性の拡大事由と、公法上の確認訴訟における確認利益の有無との間には一定の横断的な相関性を有するというを確認することができよう。以上のことからすれば、確認の利益としての紛争の成熟性（法律関係の即時確定の現実的必要性）の有無も、結局のところ、処分性拡大要件充足の適否という処分性拡大の論理構造と同様に、行政庁の如何なる行為（先行行為と後続行為のいずれかの行為）に係争行為として争わせるのが合理的であるかに関する検討（「係争対象の合理性（係争対象の適否）に関する検討」）、すなわち行政過程における先行行為、中間行為、後続行為などのいずれの行為が行われた時点をタイムリーな訴訟提起（争訟開始）時として解されるかどうかといった争訟開始のタイミングの合理性（適否）に係る検討となろう。公法上の法律関係に関する確認の訴えにおいて確

認の利益については、確認の利益としての争訟の成熟性ないし具体的事件性を肯定されるためには、行政の行為により国民の法的地位に何らかの不安、危険が生じることだけでは足りず、少なくとも、行政の行為により国民に重大な損害を生ずるおそれがあることをメルクマールとする下級審判決がある¹⁴⁾。同判決が示す「重大な損害を生ずるおそれがある」というメルクマールは、先行行為の違法性に係る法律関係をめぐる紛争に関する争い方として公法上の確認を求める訴えを提起し、同確認の判決によって行政庁の後続行為が行われるのを阻止しないことによって生じる損害の立証となるが、同立証は、処分性拡大論に引き直すと、先行行為として行政の行為が行われた時点で、かりに同行為の処分性を否定されたため、同後続行為たる処分の行われるのを待って、同後続処分が行われてから、同処分の取消を求める取消訴訟の提起が原告にとって如何にも実効性のある救済とならないこと、いわゆる不合理な訴訟選択を強制したため、最終的に原告の敗訴によって原告に重大な損害が生じるおそれのあること¹⁵⁾や、事情判決が行われること¹⁶⁾などの立証となる。同立証は、もちろん、処分性拡大要件充足のみならず、公法上の確認訴訟における確認の利益に係る立証にもなり、同様の論理構造を有するものであろう。

以上の取消訴訟の対象性と、公法上の確認訴訟における確認の利益という訴訟要件の相関性からすれば、結局のところ、取消訴訟と公法上の確認訴訟のなかでいずれの訴訟を選択するかは、いずれの訴訟が有効かつ適切な訴訟類型として紛争解決に相応しいかどうか、すなわち、いずれの判決が原告の救済に如何に実効性のある救済となるかどうかを判定するという訴訟選択の合目的性に関する検討の判断過程によって決せられるべきである。訴訟選択は、原告に全く委ねられているものであり、原告がそのリスクを負うものであるが、先行行為が行われてから、先行行為の不服従を理由とする公表および不利益処分などという後続行為が連続して行われることになるというような連続複数行為の不可分一体の行政過程にみられる様々な行政権の行使を授權する実体法の仕組みにおいて、これらの権限行使によってその相手方に生じられる権益侵害の態様・程度などといった同相手方（原告）の置かれている主観的状况のみならず、先行行為が行われてから、

14) 大阪地裁平成19年8月10日判例タイムズ1261号164頁事件（基礎点数無効確認等請求事件）判決。

15) これについては、最高裁平成17年7月15日民集59巻6号1661頁判決参照。

16) これについては、最高裁大平成20年9月10日民集62巻8号2029頁判決参照。

時間の経過につれ、訴訟当事者のほかにこれらの権限行使、とくに後続行為が行われることに係って事実上・法律上の利害関係を有する第三者に生じられる利益の態様・程度などの客観的状況をも勘案し、如何なる訴訟形態・手続の選択が原告の権益救済にとって有効かつ適切であるかという救済の実効性の視点において考察されるべき問題であろう。だとすれば、2004年の改正行訴法施行を前後に、少なくない数の処分性拡大判決が垣間見られることの帰結として処分性拡大論を用いて取消訴訟を活用するという権益救済のベクトルと、行訴法4条が公法上の確認訴訟の活用のために公法上の確認訴訟を明示したことの帰結として同確認訴訟を活用するという権益救済のベクトルのなかで、いずれのベクトルを指向するかについては、未だ決着がついていない¹⁷⁾という見解があるものの、以上の訴訟要件の相関性の検討によると、そもそも、訴訟選択論とは指向性の問題ではなく、具体的な事案に即して個別的に検討されるべきであろう。したがって、取消訴訟の対象性たる処分性の適否や確認利益の有無といった訴訟要件の適法・不適法の判断が紛争の成熟性ないし具体的事件性の視点から行われるとすれば、取消訴訟と公法上の確認訴訟は、相互排他的な二者拓一ではなく、並立の関係にあるにすぎない。したがって、取消訴訟と公法上の確認訴訟との間における訴訟選択の問題は、訴訟物に関する行訴法の文言はもちろんのこと、以上の訴訟要件充足の適否によって決せられるのではなく、取消訴訟と公法上の確認訴訟のいずれの訴訟形態が行政の行為の違法性を是正し、これによって権益救済を求める原告にとってより有効かつ適切であるかという訴訟類型間の訴訟選択の合目的性に関する検討によって決せられよう¹⁸⁾。

IV. 行政手続法上の処分と訴訟法上の処分

前述したように、行訴法3条2項が取消訴訟の対象性について「行政庁の処分その他公権力の行使にあたる行為」と規定しているが、裁判所は、多くの事例において取消訴訟の対象となる処分について公権力行使の全般でなく、原則的に「従来

17) 亘理格 「行政訴訟の理論—学説的遺産の再評価という視点から—」 公法研究71号73～74頁(2009年)。

18) 訴訟選択論については、拙著「処分性拡大再論と訴訟選択論に関する一試論」前掲論文参照。

の公式」を採り、処分性を限定的に解していた。本稿では、これを最高裁の「従来の公式」による「処分性の限定的解釈」と称してきた。

1994年施行の行手法も、行訴法と同じく、処分について「行政庁の処分その他公権力の行使にあたる行為」(法2条2号)と定義しつつも、第2章において申請に対する処分、第3章において不利益処分を配置している。そして、行手法上、申請に対する処分は、「法令に基づき、行政庁の許可、認可、免許その他の自己に対し何らかの利益を付与する処分」(法2条3号)、いわゆる「法令に基づく申請通りの処分」(以下「授益処分」をいう。)と、「申請により求められた許認可等を拒否する処分」(法2条4号ロ)、いわゆる「法令に基づく申請を却下または棄却する処分」(以下「拒否処分」という。)と定義されている。不利益処分は、「行政庁が、法令に基づき、特定の者を名あて人として、直接に、これに義務を課し、又はその権利を制限する処分」(法2条4号柱書)と定義されている。とくに拒否処分および不利益処分が行手法上の手続的規律の対象となるものであり、これらの処分は、最高裁にいう「従来の公式」による「処分性の限定的解釈」に全く合致するものである。

確かに2016年改正施行前の行政不服審査法がその2条1項において「この法律にいう処分には、各本条に特別の定めがある場合を除くほか、公権力の行使にあたる事実上の行為で、人の收容、物の留置その他その内容が継続的性質を有するもの(以下「事実行為」という。)が含まれるものとする。」と規定しているように、公権力性を有する事実行為の一部も取消訴訟の対象たる処分に含まれている。このため、事実行為の一部を除けば、最高裁にいう「従来の公式」による「処分性の限定的解釈」の下では、行政上の不服審査請求や取消訴訟の対象となる処分とは、行手法の規律対象とする処分、いわゆる行手法上の処分と一致し、両者の範疇は同様であるといってよい。したがって、「処分性の限定的解釈」による取消訴訟の対象たる処分は、いうまでなく、処分庁が同処分を行う際に行手法の定める手続的規律に服しなければならないという事前救済手続の規律を受けることはもちろんのこと、処分の相手方に対しては行政不服審査法82条・行訴法46条の定める教示義務を履行しなければならないという事後救済手続の規律をも受けることになる。これらの手続的規律に照応して、処分の相手方は、当然、取消訴訟を提起する場合に行訴法の定める訴訟手続として出訴期間(法14条)や審査請求前置主義(法8条1項但し書)などの訴訟要件の規律に服しなければならないという

ことになる。

ところが、処分性拡大判決にみるように、裁判所が「処分性の限定的解釈」を堅持しつつも、必要に応じて一定要件の充足の下で行政の行為を処分性拡大論によって取消訴訟の対象とする訴訟法上の処分という範疇を新たに創設している。このことからすれば、行訴法上、取消訴訟の対象となる処分は、「従来の公式」にいう「本来の処分」ないし「行手法上の処分」、および処分性拡大による訴訟法上の処分という区分になる。

以上のように、最高裁が必要に応じて一定要件の充足の下で処分性拡大を柔軟に行い、行政の行為を取消訴訟の対象たる処分として訴訟法上の処分にあたると判示してから、処分庁が同訴訟法上の処分と同様の行為を行ったときに、同処分性拡大判決以降における訴訟法上の処分たる行政の行為は、行手法上および行訴法上、どのような取り扱いを受けられるべきかという問題があろう。まず、行手法上の取り扱いについて見てみる。行手法が処分の相手方との関係において主に「拒否処分」および「不利益処分」をその規律の対象として定めており、これは、処分性拡大判決以降における訴訟法上の処分たる行政の行為という先行行為に続いて、相当程度の確実さをもって後続行為として拒否処分か、あるいは不利益処分が行われることを前提として、同後続行為の処分に対する事前手続的規律を通じて同処分の公正かつ適正さを確保するという趣旨によるものであろう。これに対して、最高裁による処分性拡大論は、事後的に司法救済の必要性などの様々な視点から、訴訟手続法上、行政の行為を取消訴訟の対象として取り扱っているにすぎない。したがって、事前救済における行手法の規律対象たる処分と、事後救済における処分性拡大による訴訟法上の処分とは、その効力や性質において全く異なるものである。これらの点からすれば、訴訟法上の処分は、行手法の手続的規律の対象として定める処分に当たらず、行手法の適用を受けないと解するのが自然である。むろん、以上の効力や性質の相違のほかに、処分性拡大判決の効力には、処分庁が処分性拡大判決以降における訴訟法上の処分たる行政の行為と同様の行政の行為を行う際に、事前手続として行手法の手続的規律を経ることを義務付けられるという判決の拘束力までも含まないと解されるからであろう。

つぎに、処分性拡大判決以降における訴訟法上の処分たる行政の行為は、行訴法上、どのような取り扱いを受けられるか、すなわち、行訴法の定める訴訟手続

および審理上、どのように取り扱われることになるかについて見てみる。これについては、従来の形式的行政処分に取消訴訟の排他的管轄権が及ばないとするなどの色々な説¹⁹⁾があるが、なかんずく、同処分性拡大判決以降における訴訟法上の処分たる行政の行為に取消訴訟の排他的管轄権が及ぶかどうかに関しては、以下の最高裁処分性拡大判決における補足意見が参照となろう。すなわち、「勧告につき処分性が認められることになれば、今後は、通常の場合、当事者において、まずはその取消訴訟を通じて問題の解決が図られることになるものと予想される」という補足意見²⁰⁾や、「処分性を肯定するということは、その行政行為がいわゆる公定力を有するものであるとすることを意味する。…先行行為が公定力を有する行政処分であるときは、その公定力が排除されない限り、原則として、先行行為の違法性は後行行為に承継されず、これが許されないと解されている」という補足意見²¹⁾である。これらの意見は、裁判所が「従来の公式」によれば、取消訴訟の対象にならない行政の行為について、かりに処分性拡大判決によって同行為を取消訴訟の対象たる訴訟法上の処分とする判決を下した場合には、同処分性拡大判決以降における訴訟法上の処分たる行政の行為に対しては処分の効力たる公定力が付着し、その帰結として取消訴訟の提起を強制するという取消訴訟の排他的管轄権が及ぶこと、さらに違法性不承継を是認するものである。言い換えれば、以上の補足意見は、処分性拡大判決以降における訴訟法上の処分たる行政の行為と同様の行政の行為が行われた際に、同行為に係る法律関係をめぐる法的紛争に対する争い方として取消訴訟の提起のみを適法とすることにほかならない。

19) 近時、処分性拡大の場合に同拡大された行為への取消訴訟の排他的管轄権や出訴期間の適用については、その適用を否定する見解（人見剛「行政事件訴訟法改正と行政救済法の課題」法律時報79巻9号（2007年）10頁）があり、「行政の行為」が行われた時点において、通常人が同行為を訴訟法上の処分として認定可能とし、取消訴訟を直ちに提起しなければ、自己の権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、通常人の置かれた客観的状況に照らして、合理性を認め得るかどうかの解釈論により、決すべきとする見解（巨理格「行政訴訟の理論—学説的遺産の再評価という視点から—」公法研究71号76頁（2009年）参照。）もある。従来の各説については、原田尚彦「抗告訴訟の対象について」同「訴への利益」（弘文堂、1973年）146～148頁、今村成和「給付行政と法」同「人権論考」（有斐閣、1994年）56～57頁があり、そのほか、高木英行「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職論」東洋法学57巻1号58頁以下（2013年）で詳細に紹介されており、同論文が参照に値する。

20) これについては、最高裁平成17年10月25日裁時1398号4頁〔裁判官藤田宙靖の補足意見〕参照。

21) これについては、最高裁大平成20年9月10日民集62巻8号2029頁〔裁判官近藤崇晴の補足意見〕参照。

さらに、同行為に対する争い方として取消訴訟の提起のみを適法とすることの意義は、同行為を不服として取消訴訟を提起する者が行訴法上、審査請求前置主義（法8条1項但し書）、訴えの客観的利益の消滅（法9条括弧書）および出訴期間（法14条）などの訴訟要件の順守を義務付けられることとになること、かつ、行政庁が処分性拡大による訴訟法上の処分と同様の行政の行為を行う際には、処分の相手方に対しては行政不服審査法82条・行訴法46条の定める教示義務を履行しなければならないという取消訴訟等の提起に関する事項の教示義務を課されること²²⁾と解することに求められよう。この解釈には、行訴法の訴訟要件、とくに出訴期間の徒過による訴えの制限とは、行政の行為について行政法総論の概説する同行為の性質如何によって決まるものではなく、同行為を不服とする者が同行為に対する取消判決を有効かつ適切な権益救済の方法（実効性のある権益救済の方法）とし、取消訴訟という訴訟形態を選択したことに起因するという考え方がその下敷きとなっている。むろん、以上のような考え方に対しては、以上の補足意見においても処分性拡大判決以降における訴訟法上の処分たる行政の行為にも公定力が付着し、取消訴訟の排他的管轄権が及び、しかも出訴期間の渡過による訴えの制限があるため、処分性拡大は、同行為に係る法律関係をめぐる法的紛争を争う者にとって却って「不測の不利益」をもたらしかねない（以下「不測の不利益」という。）ことになる場合もあることが指摘されているように、同「不測の不利益」などを懸念として、従来、訴訟法上の処分に取消訴訟の排他的管轄権が及ばないとするなどの見解もあったことも周知のとおりである。「不測の不利益」については、以下の「V 訴訟法上の処分と公定力（排他的管轄権）の再検討」で見てみる。

以上は、処分性拡大判決以降における訴訟法上の処分たる行政の行為に付随する理論的問題である。これに対して、処分性拡大の最高裁判決が未だ出されていない状況の下で、行政の行為が行われたときに、同行為を不服とする者が同行為の違法性を争う方法として処分性拡大を主張し、同行為の取消を求める訴えを提起した場合、いわゆる処分性拡大判決以前における行政の行為は、行手法上および行訴法上、どのような取り扱いを受けられるべきかという問題もある。これについては、前述したように、まず、処分性拡大判決以降における訴訟法上の処分

22) これについては、最高裁平成17年10月25日裁時1398号4頁〔裁判官藤田宙靖の補足意見〕参照。

たる行政の行為であっても、これが行手法の規律対象にならないとすれば、これにパラレルして、処分性拡大判決以前における行政の行為も同様に行手法の規律（申請に対する処分と不利益処分に係る規律）対象にならないと解されよう。つぎに、処分性拡大判決以前における行政の行為であっても、同行為を不服とする者が取消訴訟の提起にその実益を見出して、同行為を訴訟法上の処分にあたと主張しているという点からすれば、同行為は、行訴法上、処分性拡大判決以降における訴訟法上の処分たる行政の行為と同様に取り扱われるべきであると解されよう。つまり、同行為を不服として取消訴訟を提起しようとする者は、行訴法上、審査請求前置主義（法8条1項但し書）、訴えの客観的利益の消滅（法9条括弧書）および出訴期間（法14条）などの訴訟要件の順守を義務付けられることになる。ただし、処分性拡大判決以前における行政の行為に対する取り扱いが処分性拡大判決以降における訴訟法上の処分たる行政の行為の場合と異なるのは、行政庁が処分性拡大判決以前における行政の行為を行う場合には、同行為の相手方に対して行政不服審査法82条・行訴法46条の定める教示義務を履行しなければならないという取消訴訟等の提起に関する事項の教示義務を課されないという点であろう。要するに、処分性拡大判決以前における行政の行為の場合は、同行為を不服とする者が取消訴訟を選択し、同行為を訴訟法上の処分にあたと主張している者のみに対して訴訟法上の規律に服することが求められるが、行政庁に対しては行手法の規律や教示義務が課されないと解されよう。

V. 訴訟法上の処分と公定力（排他的管轄権）の再検討

1. 処分性拡大における公定力ないし取消訴訟の排他的管轄権の問題

かつて、行訴法改正案に関する国会の審議過程では、行政の行為を取消訴訟の対象とする処分性拡大が行われると、同行為にも出訴期間の徒過による訴えの制限があることを理由に、処分の定義に係る行訴法3条2項に改正を加えないとする答弁²³⁾があり、その後も、処分性拡大の是非に関しては、これが訴訟法上の問題

23) 政府提案の行政事件訴訟法の一部を改正する法律案改正行訴法の審議過程において政府参考人からは、「確かに今回、処分性の範囲をどうするかという点については議論はいたしました

ではなく、実体法上の問題だとして議論されているなかで、処分性拡大につき如何なる線引きで取消訴訟の排他的管轄権と出訴期間の可否を決するべきかどうかという解決すべき理論的問題があることを指摘する見解²⁴⁾もあった。

ところが、最高裁平成17年10月25日病床数削減勧告事件の判決では、裁判官全員一致の意見で行政庁の病床数削減勧告を取消訴訟の対象たる訴訟法上の処分とする処分性拡大が行われており、同判決における藤田宙靖裁判官が同勧告という訴訟法上の処分にも、「従来の公式」にいう本来の処分と同様に、公定力とその帰結として取消訴訟の排他的管轄権を容認する補足意見を述べている。同補足意見は、勧告などのような行政の行為について、最高裁判決が処分性拡大論によって同行為を取消訴訟の対象たる訴訟法上の処分と判示すると、同拡大判決以降からは、処分庁が同拡大判決と同様の行政の行為を行ったとき、同行為を不服とする者が同行為の違法性に係る紛争の争い方には、同行為の無効の場合を除いて、同行為に対する争い方として取消訴訟の提起のみを適法とされる（実質的に強制される）という排他的管轄権と、訴訟手続において行訴法14条の出訴期間に服することを当然の前提するものである。この前提の故に、以上の補足意見は、「従来の判例学説上、一般に行政指導は「処分」ではないとされて来たから、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、という側面があることを否定できない。」と述べ、処分性拡大が「不測の不利益」となることがあるとし、その解決策をも提示している²⁵⁾。学説上でも、処分性

けれども、最終的にはそこについての改正は加えないと。これは、実体法の解釈の問題、あるいは実体法でどう規定をするかという問題にも絡むわけでございますので、そのところは何も改正は加えておりません。」という答弁があり、「行政指導とか行政計画等も取り消し訴訟の対象にするのがやはり国民の側に立った考え方であり、その辺の考え方は統一して、取り消し訴訟にも及ぼすべきだというふうに思いますが」という委員の質問に対しては、政府参考人から「要はこの処分性を、では、行政指導とか、それから通達でも結構ですけども、そういうものを認めるということになりますと、やはり処分性があるということだと取り消し訴訟の対象になりますので、そうすると、出訴期間とかそういう問題にもみんな影響してくるわけでございます。」という答弁からも、処分性拡大への異論が述べられている（第159回国会衆議院法務委員会会議録第24号（平成16年5月12日））参照。

24) 日本の改正行訴法が処分性の拡大をすることなく、それに代わるアイデアとして公法上の確認訴訟を採用したが、その理由としては、行政上の決定につき如何なる線引きで取消訴訟の排他的管轄＝排他性と出訴期間の可否を認めるべきかどうかに関する整理がつかないからだとしてされている（小早川光郎ほか「〈研究会〉改正行訴法」小早川光郎編「改正行政事件訴訟法研究」〔小早川光郎〕108頁（有斐閣、2005年）参照）。

25) その解決策については、「必要に応じ、行政事件訴訟法46条に定める行政庁の教示義務、出訴期間等徒過についての「正当な理由」条項（同法14条1項及び2項における各ただし書

拡大判決以降における訴訟法上の処分たる行政の行為にも、「従来の公式」にいう本来の処分と同様に処分の効果たる公定力が付着し、その帰結として取消訴訟の排他的管轄権が及び、処分の出訴期間が徒過した場合に、不可争力が生じるとすると、これらは、副作用として国民への「不測の不利益」となるとして、この点を処分性拡大論における懸念として述べられていた²⁶⁾。

以上に指摘されている「不測の不利益」ないし懸念についてより詳細に見てみると、以下のこととなろう。行政の行為について、一度、最高裁が処分性拡大論をもって同行為を訴訟法上の処分と判示すれば、それからは、処分庁が処分性拡大判決以降における訴訟法上の処分たる行政の行為と同様の行為を行ったとすれば、同行為にも、裁判実務上、「従来の公式」にいう本来の処分と同様に、取消訴訟の排他的管轄権が及ぶとすると、同行為を不服とする者は、同行為の無効の場合を除いて、同行為の取消事由となる違法に係る法律関係をめぐる法的紛争に関する訴えとして私法上の法律関係に関する訴訟（民事訴訟）、あるいは公法上の法律関係に関する訴訟（公法上の当事者訴訟）を提起する前に、同行為の取消を求める訴えとして取消訴訟を提起してその違法性を争わなければならないということになる。むろん、以上の取消訴訟の排他的管轄権は、処分の公定力という判例法理に起因するものである。このことからすれば、結局のところ、行政の行為が処分性拡大判決によって訴訟法上の処分とされなかった場合に、行政の行為は処分ではない故に、そもそも出訴期間の徒過による訴えの制限による不可争力が生じず、取消訴訟以外の他の訴訟（民事訴訟や行訴法4条の定める公法上の当事者訴訟）でも争うことができたのに、処分性拡大判決によって同行為が訴訟法上の処分とされてしまうと、同行為については出訴期間の徒過による訴えの制限に服する取消訴訟のみで争うこととなり、同行為の無効の場合を除いて、かりに出訴期間が徒過してしまうと、不可争力が生じ、取消訴訟のみならず、同行為の違法性に係る法律関係をめぐる法的紛争に関する訴えとして民事訴訟または公法上の当事者訴訟も、同行為の公定力と裏腹の関係にある排他的管轄権により、却下となり、全く裁判所の審査に服しなくなる。これらの事象は、権利救済の途を狭めるものにとどまらず、実際に国民の裁判

を参照)等の活用が行われることにより、対処することが可能である」と述べられている(最高裁平成17年10月25日裁時1398号4頁〔裁判官藤田宙靖の補足意見〕参照)。

26) 芝池義一「行政救済法講義 [第三版]」31頁以下(有斐閣、2006年)、日本公法学会編「シンポジウム・第2部会討論要旨」公法研究第71号215頁以下(2009年)(高木光発言)等参照。

を受ける権利の保障に悖ることになり、かつて民事訴訟や公法上の当事者訴訟の活用論が唱えられているという観点からすれば、国民に「不測の不利益」をもたらすとして懸念されていたと考えられよう。

他方では、公定力とその帰結である取消訴訟の排他的管轄権という判例法理の意義を摘示すると、まず、同意義とは、処分（むろん、これには処分性拡大論による訴訟法上の処分をも含む。）が行われ、同処分には無効の事由となる瑕疵に至らないものの、取消の事由となる違法があるとして、同処分の違法性に係る法律関係をめぐる法的紛争に関する訴えを提起しようとする者に対して、訴訟選択論として処分の取消訴訟において同処分を取り消す判決を得る必要があるという取消訴訟において処分の違法性に関する先決審理を経てから、同処分の違法性に係る現在の法律関係をめぐる法的紛争に関する訴えとして民事訴訟や公法上の当事者訴訟を提起し、同訴訟において法的紛争の解決を最終的に図るという権利救済の仕組みにその合理性を見出すことができよう。翻って、同判例法理は、無効の事由となる瑕疵を除き、処分の違法性に係る法律関係をめぐる法的紛争に関する訴えとして民事訴訟または公法上の当事者訴訟の審理前に、裁判所が取消訴訟のみにおいて処分の違法性について、行訴法の定める訴訟手続に則って先決審理を行い、同先決審理の後に、同先決審理に基づいて民事訴訟等の審理を行わなければならないというように、訴訟提起ないし審理の優先順位を決するものとして機能し、また、処分に関しては、取消訴訟のみにおいて当該違法性を主張されるべきとし、取消訴訟以外の訴訟においては処分の違法性を理由とする処分の覆滅を主張してはならないとする原告の主張制限に係るものでもあろう。むろん、処分の違法性に係る法律関係をめぐる紛争の争い方において、訴訟提起ないし審理の優先順位の決定および原告の違法性主張制限の機能を果たす公定力とその裏腹の関係にある取消訴訟の排他的管轄権という判例法理は、行訴法がその訴訟要件として審査請求前置主義（法8条1項但し書）、訴えの客観的利益の消滅（法9条括弧書）および出訴期間（法14条）などに止まらず、執行不停止（法25条）、執行停止の申立てに対する内閣総理大臣の異議陳述（法27条）、事情判決（法31条）などの特則を定めており、さらに2004年改正以前の行訴法が取消訴訟中心主義を採り、取消訴訟に関して訴訟要件として処分庁を被告適格と規定していたことなどのように、民事訴訟に比してその特則たる行訴法規定における毛色の違いを総合的に判断した結果によるものであろう。

以上のような判例法理の是非について別論として、行政の行為が処分性拡大判決によって訴訟法上の処分と判示されてから、処分庁が処分性拡大判決以降における訴訟法上の処分たる行政の行為と同様の行為を行った場合に、同行為に対する出訴期間が徒過していなければ、同行為に公定力が付着し、取消訴訟の排他的管轄権が及ぶとされても、これらの判例法理は、取消訴訟とその他の訴訟との訴訟提起ないし審理の優先順位に係るものであるにすぎないから、原告の権益救済の途を狭めることにはならず、同行為に対する取消訴訟を提起し、同訴訟において同行為の違法性を争おうとする者にとって何ら「不測の不利益」にならないはずである。むしろ、取消訴訟の訴訟要件・手続などの特則が他の訴訟、とりわけ民事訴訟のそれらに比して権益救済において劣後しているとすれば、全く別であるが、しかし、この問題については立ち入って考察しない。なぜなら、この問題は、立法政策論となり、解釈論としても劣後しているかどうかを一概に断じえないからである。また、かりに取消訴訟の訴訟要件・手続などの特則の故に、取消訴訟が民事訴訟等の他の訴訟に比して権益救済の面において劣後しているとしても、これに関しては、取消訴訟の訴訟要件・手続などの特則だけに重きを置かず、判決の効果および行政不服審査法による不服申立てを経ることによる権益救済の実効性などを考慮に入れて、原告が最終的に判断すべきであり、かりに以上の判断の結果として取消訴訟を選択しているとすれば、訴訟法上の処分に対する公定力とその帰結として取消訴訟の排他的管轄権による原告への取消訴訟提起への強制が「不測の不利益」になるとは限らない²⁷⁾。だとすれば、行政の行為が処分性拡大判決によって訴訟法上の処分とされると、処分庁が処分性拡大判決以降における訴訟法上の処分たる行政の行為と同様の行為を行った場合に同行為に公定力が付着し、取消訴訟の排他的管轄権が及ぶといった判例法理が同行為の違法性を争おうとする者にとって「不測の不利益」となるのは、行訴法14条の定める取消訴訟の出訴期間と結合したときである。言い換えれば、「不測の不利益」は、出訴期間の徒過による訴えの制限(処分の不可争力)と結合してはじめて、その威力を発揮するものであるから、公定力や取消訴訟の排他的管轄権そのものから起因するものではなく、究極的に出訴期間制度によるものであるといえよ

27) 行政の行為を訴訟法上の処分として取消訴訟の提起を適法とされるのは、民事訴訟・公法上の当事者訴訟が機能しないことから、公定力を論じる意味は実際にはないとする見解もある(塩野宏「行政法Ⅱ(第5版補訂版)」(有斐閣、2013年)122頁注(4))。

う。したがって、「不測の不利益」とは、行政の行為について、最高裁が処分性拡大判決によって同行為を訴訟法上の処分と判示し、その後、処分庁が再び同処分性拡大判決以降における訴訟法上の処分たる行政の行為と同様の行為を行った場合において同行為を不服とする者が、同行為の取消を求める訴えを提起しようとするときに、出訴期間が徒過してしまう状況が生じうるかどうか、あるいは生ずるとすれば、どの程度の頻度で現実の問題となるかどうかに関する検討に直結することになる。

さて、行訴法14条の定める出訴期間がとくに処分の相手方ではない第三者の訴訟準備などにおいて十分なものであるかどうかといった点において議論の余地があるにしても、出訴期間の徒過による訴えの制限（不可争力）は、処分に係る行政法関係における紛争の早期解決ないし法律関係の早期確定による法的安定性の確保を図り、これによって処分を目指す公益実現という行政目的を迅速に実現し、処分をめぐる多数の法律関係の確定を図るという行訴法の制度趣旨・目的によるものであるとすれば、取消訴訟の出訴期間という制度的仕組みには、それなりの積極的意義を認めざるを得ない。他方で、原告にとって処分性拡大論の意義は、「従来の公式」により、処分ではない行政の行為が先行行為として行われたときに、同行為の相手方である原告が取消訴訟のデメリット（たとえば、比較的短期の出訴期間による訴えの制限、執行不停止の原則、執行停止決定に対する内閣総理大臣の異議陳述権および事情判決制度など）を念頭に置きつつも、同先行行為の行われた早い時点において原告の法律関係早期確定の必要性ないし利益があるという実益を主張し、同行為を取消訴訟の対象として取消訴訟でこれを争うことが原告にとって有効かつ適切な権益の救済方法＝実効性のある救済方法となるという判断の下で、同行為の取消を求める取消訴訟を選択しているというところにある²⁸⁾。つまり、処分性拡大論は、いうまでもなく、行政の行為が先行行為として行われた早い時点で、同行為の相手方たる原告が権益救済の実効性のために、同行為を取消訴訟の対象たる訴訟法上の処分にあたと主張しているように、原告自らの実益に帰するものである。だとすれば、原告は、同処分性拡大論をもって

28) 論者のなかには、「原告が自らの意思で取消訴訟を選択するからには、取消訴訟にまつわりつくさまざまな制度または不利益を受忍しなければならない」（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克」渡辺洋三先生追悼「日本社会と法律学」（日本評論社、2009年）220頁）とする見解がある。

取消訴訟で行政の行為の違法性を争うとするときには、「従来の公式」にいう本来の処分と同様に、行訴法14条の定める出訴期間の規律に服することを当然の前提として、先行行為の行われた時点から起算して、出訴期間が徒過しないうち、かつ後続処分が行われる前に、同先行行為たる行政の行為の取消を求める訴えを提起し、かつ同訴えにおいて先行行為の執行にあたる後続処分に対する執行停止を申立てるとするのは通常の訴訟実務となろう。したがって、行政の行為を不服とする者が処分性拡大を主張し、同行為を訴訟法上の処分として同行為の取消を求める訴えの多くの場合に、出訴期間の順守という訴訟要件の規律に服しなければならぬとされても、出訴期間の徒過による訴えの制限は、現実の問題となることがないのではないかと考えられよう。

そして、最高裁が行政の行為を取消訴訟の対象たる訴訟法上の処分にあたることと判示してから、処分庁が処分性拡大判決以降における訴訟法上の処分たる行政の行為と同様の行為を行った場合に、改めて同行為の違法性を理由に、同行為の取消を求める者には出訴期間の順守が義務付けられることの帰結として、処分庁には行訴法46条にいう「取消訴訟等の提起に関する事項の教示」が義務付けられるものと解されよう（これについては、以上の「Ⅳ 行政手続法上の処分と訴訟法上の処分」を参照）。なかんずく、教示制度は、如何なる行政の行為が、処分性拡大判決以降における訴訟法上の処分たる行政の行為にあたるかどうかに関する処分庁の職務上の注意（調査）義務を課するものであるため、行政の行為について取消訴訟の対象として同行為の取消を求める訴えを提起できるかどうかに関する疑義があり、これによる混乱が生じているときに、これらを解消する有効な方法である。このため、処分庁が処分性拡大判決以降における訴訟法上の処分たる行政の行為と同様の行為を行った際には、行訴法の定める教示義務を負い、その適正な運用を求められよう²⁹⁾。とくに行政の行為について、裁判所の処分性拡大論によって訴訟法上の処分と判示されても、通常人にとって如何なる行政の行為が処分性拡大判決以降における訴訟法上の処分たる行政の行為にあたるかどうかに関

29) 教示制度の積極的な活用を唱えるものとしては、「この勧告につき処分性が認められることになれば、今後は、通常の場合、当事者において、まずはその取消訴訟を通じて問題の解決が図られることになるものと予想される外、必要に応じ、行政事件訴訟法46条に定める処分庁の教示義務、出訴期間等徒過についての「正当な理由」条項（同法14条1項及び2項における各ただし書を参照）等の活用が行われることにより、対処することが可能であると考えられる。」という見解がある（最高裁平成17年10月25日裁時1398号4頁〔裁判官藤田宙靖の補足意見〕参照）。

する専門的知識がないとすれば、行政実務や訴訟実務における専門的知識の「総結集・蓄積」がある行政庁による適正な教示制度の運用は、出訴期間の徒過という問題を有効に解消することになるだろう。

以上の検討と同じく、「不測の不利益」の是非に係る実証には、処分性拡大判決が未だ出されていない状況の下で、行政の行為が行われたときに、同行為を不服とする者が同行為の違法性を争う方法として同行為の処分性拡大を主張し、同行為の取消を求める訴えを提起しようとする場合にも、処分性拡大判決以前における行政の行為に対する取消訴訟の提起において出訴期間の徒過による訴えの制限が実際の裁判においてどの程度の頻度で生じうるかに関する具体的な検討³⁰⁾が必要であろう。なぜなら、以上の行為に対する取消訴訟の提起において出訴期間の徒過が生じないとか、あるいは生じたとしても、出訴期間徒過の理由如何によって同徒過に対する解決策があるとすれば、実際に「不測の不利益」は生じず、杞憂にすぎないからである。処分性拡大判決以前における行政の行為を不服として、同行為を処分性拡大による訴訟法上の処分にあたるとして、同行為の取消を求める取消訴訟の提起においても、前述したように、処分性拡大論の意義が原告の実益に帰することからすれば、処分性拡大判決以降における訴訟法上の処分たる行政の行為の場合と同様に、処分性拡大判決以前における行政の行為を不服とする者が同行為の取消を求める訴えを提起するときにも、同行為が行われてから、後続処分が行われる前に、行訴法14条にいう出訴期間内に同行為の取消を求める訴えを提起し、かつ後続行為に対する執行停止の申し立てをすることになる。但し、この場合は、処分性拡大判決以降における訴訟法上の処分たる行政の行為の場合と違って、処分庁が行政の行為を行う際には、行訴法にいう教示義務を有しないと解されよう（これについては、以上の「IV 行政手続法上の処分と訴訟法上の処分」を参照）。このように、最高裁が行政の行為について、同行為を処分性拡大論によって取消訴訟の対象たる訴訟法上の処分と判示しておらず、同行為については、処分庁への教示義務が課されない状況の下で、同行為が行われてから、同行為の違法性に係る法律関係をめぐる法的紛争に関する争い方として取消訴訟

30) 処分性拡大による不測の不利益とは、出訴期間の徒過に係るものである。処分性の拡大における出訴期間の徒過などについては、筆者は別稿においてすでに部分的な検討を試みており、したがって本稿は、処分性拡大の場合に「不測の不利益」が現実化するかどうかに関する再論となることを断わって置く。

の提起における行訴法14条の定める出訴期間の適用に関しては、別途の配慮が要されよう。つまり、「既に6か月の出訴期間を経過し、あるいはこれが切迫しているものについては、別途の配慮を要するであろう。」とし、さらに同配慮を要する理由としては、「国民は、行政の行為に処分性は認められないと判断して、通常はその段階では取消訴訟を提起しなかったであろうと考えられるからである。この点に配慮するならば、処分性拡大判決以前における行政の行為については、6か月の経過について行訴法14条1項にいう「正当な理由」があるものとして救済を図るといふいわば経過措置的な解釈をすることが相当であろう。」(傍点筆者)という見解³¹⁾がある。この見解にいう経過措置的な解釈は、後続行為たる処分が未だ行われていないという要件の下で出訴期間の要件を柔軟に運用することを促す緩和解釈にあたり、私人の権益救済の拡大につながるという視点から評価に値する。

以上のように、処分性拡大判決以前における行政の行為を不服として、同行為を処分性拡大による訴訟法上の処分にあたるとして、同行為の取消を求める取消訴訟の提起においても出訴期間の順守が原則的に可能であること、また、以上の配慮に基づく経過的措置の工夫などによって出訴期間の徒過による訴えの制限は解消されよう。そして、処分性拡大判決以降における訴訟法上の処分たる行政の行為の場合には、行政庁による適正な教示制度の運用が確保されれば、これは、出訴期間の徒過という問題を解消することになる。これらの点を勘案すれば、処分性拡大における公定力とその帰結として取消訴訟の排他的管轄権、さらに出訴期間の徒過による訴えの制限とは、理論的な次元における問題であるにすぎず、実体的に行政の行為の違法性を争う方法として同行為の取消を求める原告にとって何ら権益救済の妨げとならず、したがって、処分性拡大において指摘されている「不測の不利益」は、生じることがないため、杞憂にすぎないものであると結論付けられよう。

2. 訴訟法上の処分に係る違法性承継論の問題

一般に違法性承継論とは、先行行為として処分が行われてから、同処分を不服

31) これについては、最判平成20年9月10日民集62巻8号2029頁〔裁判官近藤崇晴の補足意見〕参照。

とする者が同処分の取消訴訟を提起提起せず、後続行為を行われるのを待って、同後続行為の取消訴訟を提起し、同訴訟において先行行為たる処分の違法性を理由に、後続行為の取消を求めることができるかどうかの可否に関する議論を指す。同議論のなかで、行政庁が行政目的の実現のために、先行行為に続いて相当程度の确实さをもって連続して後続行為を行うという連続複数行為の不可分一体の行政過程などのように、行政手続を経て後続行為たる複数の処分が行われた場合には、訴訟実務上、これらの処分を不服とする者は、複数の処分それぞれに応じた複数の取消訴訟を提起するか、あるいは併合提起し、それぞれの処分に対するそれぞれの違法性を主張しなければならないという前提がある。この前提は、法律専門家ではない通常人からすれば、奇異に思えるが、連続複数行為の不可分一体の行政過程における先行処分の違法性が原則的に後続処分に承継しないという違法性不承継にほかならないものである。このような違法性不承継が原則とされているのは、先行処分に対する出訴期間の徒過の場合に、原告が先行処分の違法性を理由に、後続処分の取消訴訟において後続処分の取消を求めてはならないという原告への違法性の主張制限を課し、これによって先行処分をめぐる法律関係を早期に確定させることにその目的がある。

以上の違法性不承継論にみる違法性の主張制限とは、先行処分の違法性が後続処分の取消訴訟における後続処分の取消事由にならないとする違法性の遮断効果³²⁾が先行処分に結びつけられることと同様のものであり、前述した行訴法の定める取消訴訟の出訴期間という制度的仕組みの積極的意義から導かれる自明の理であろう。言い換えれば、以上の制度的仕組みの積極的意義からすれば、先行処分の違法性が後続処分の取消訴訟に承継しないとする違法性不承継が原則となり、原告は、一定の場合に違法性の主張制限ないし違法性の遮断効を課されることとなる。以上の意味から、違法性不承継は、処分にはその効力として公定力が付着し、その帰結として取消訴訟の排他的管轄権が及ぶとする判例法理によるものとする見解³³⁾もある。だが、同判例法理は、処分の違法性が取消訴訟以外の他

32) 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「公法の理論上巻」371頁以下（有斐閣、1976年）参照。

33) これについては、「本判決のようにその処分性を肯定する場合には、先行行為たる事業計画の決定には公定力があるから、たとえこれに違法性があったとしても、それ自体の取消訴訟などによって公定力が排除されない限り、その違法性は後続行為たる仮換地の指定や換地処分に承継されず（例外的に違法性の承継を認めるべき場合にはあたらぬ。）、もはや後行処分の取消事由として先行処分たる事業計画の決定の違法性を主張することは許されないと解

の訴訟の先決問題として争点となっているときに、取消訴訟以外の他の訴訟の受訴裁判所が同処分の違法性の判断を得たとしても、同処分を有効なものとして扱うことを求められるという同受訴裁判所を拘束し、これに従って、同受訴裁判所が取消訴訟以外の他の訴訟において原告による処分の違法性主張を制限することになるというものである。同判例法理は、民事訴訟に比してその特則たる行訴法規定における毛色の違いを総合的に判断した結果によって導き出されたものである。これに比して、違法性不承継は、複数の処分が行われたときに、それぞれの処分に対する取消訴訟を提起し、各処分に応じたそれぞれの違法性を主張することを求めるものであり、先行処分と後続処分の間には違法性の承継を認めないとする原告への主張制限を課するものであるように、公定力と同様に、共通して原告の本案主張制限に係るものであるが、行訴法の定める取消訴訟の出訴期間という制度的仕組みの積極的意義から直接的に導き出されるものであると考えられよう。したがって、違法性（不）承継論は、「“公定力”の“限界”ないし“例外”ではなく、理論的に全く独自の法現象³⁴⁾となるものであろう。

一般に行政の行為が先行行為として行われたとき、同行為の違法性をめぐる争い方としては、同行為に対しては取消訴訟を提起することができないので、後続行為として処分が行われるのを待って、同処分の取消訴訟を提起し、同取消訴訟において先行行為の違法性を理由に後続処分の取消を求めることになる。つまり、以上のような行政過程の場合には行政の行為という先行行為の違法性は、違法性承継論を用いられることなく、当然、後続処分の取消訴訟において主張することを認められるのであって、後続処分に承継されるため、違法性不承継が権益救済の妨げにならず、全く問題となることがない。以上の対比において、最高裁が行政の行為について、処分性拡大論をもって同行為を取消訴訟の対象たる訴訟法上の処分と判示してからは、処分庁が処分性拡大判決以降における訴訟法上の処分たる行政の行為と同様の行為を行った際には、同行為が先行処分となり、同行為の違法性は、先行処分たる同行為の取消訴訟において主張されるべきであり、同行為が行われてから、相当程度の確実さをもって行われる後続処分を捉えて、同後続処分の取消訴訟において主張することを認められないことになり、違

すべきことになろう。」という最判平成20年9月10日民集62巻8号2029頁〔裁判官近藤崇晴の補足意見〕参照。

34) 藤田宙靖「行政法総論」227頁以下（青林書院、2013年）参照。

法性不承継が当てはまるのである。つまり、処分性拡大の行政過程においては違法性不承継論が原則であるという現状があり、同現状も原告に「不測の不利益」をもたらすものとして懸念されているようである。

ところが、違法性不承継も原告に「不測の不利益」をもたらすのは、処分性拡大判決以降における訴訟法上の処分たる行政の行為について取消を求める訴えの場合に、同行為にも公定力が付着し、その帰結として取消訴訟の提起を強制するという排他的管轄権が及び、これらが原告に「不測の不利益」をもたらすとされている場合と同様に、出訴期間の徒過と結合したときである。なぜなら、処分庁が処分性拡大判決以降における訴訟法上の処分たる行政の行為と同様の行為を行ってから、同行為に対する出訴期間が徒過していなければ、同行為を不服とする者が同行為に対して取消を求める訴えを提起し、同訴えにおいて同行為の違法性を争うことができるのであって、この場合に、違法性不承継論が原則であるとされても、同原則は同先行行為を争うとする者に何ら「不測の不利益」をもたらすことにならないからである。言い換えれば、処分性拡大における違法性不承継は、公定力の場合と同様に、先行行為に対する出訴期間が徒過してしまい、先行行為に対する出訴期間の徒過による訴えの制限という不可争力と結合すれば、同結合により、先行行為の違法を理由に、後続処分の取消を求めることができないという「不測の不利益」をもたらすことになるのである。

しかし、一定要件の充足の下で例外的に違法性承継を認める判例法理³⁵⁾があり、同法理により、処分性拡大判決以降における訴訟法上の処分たる行政の行為の違法性も、後続行為たる処分に承継するという違法性承継が例外的に認められよう。この例外的な違法性承継は行政法現象として処分の相手方ではない第三者が先行行為を不服とするという三面関係の法現象の場合である。他方で、例外的に違法性承継が認められる要件を示す以上の判例法理を使うこともなく、そもそも処分性拡大の場合には、以下の事情から違法性不承継が問題とならないのでは

35) 安全認定と建築確認処分取消等請求事件における最高裁判決によると、「安全認定について、その適否を争うための手続的保障がこれを争おうとする者に十分に与えられているというのは困難である。」という第1の要件と、「仮に周辺住民等が安全認定の存在を知ったとしても、その者において、安全認定によって直ちに不利益を受けることはなく、建築確認があった段階で初めて不利益が現実化すると考えて、その段階までは争訟の提起という手段は執らないという判断をすることがあながち不合理であるともいえない。」という第2の要件が成立するという特別の事情の場合に、違法性承継が認められている（最高裁平成21年12月17日民集63巻10号2631頁）。

ないかと考えられよう。とくに最高裁が行政の行為を取消訴訟の対象たる訴訟法上の処分と判示してから、処分庁が処分性拡大判決以降における訴訟法上の処分たる行政の行為と同様の行為を行う際に、同行為が取消訴訟の対象たる訴訟法上の処分に当るとして出訴期間などを教示することになるとすれば、同教示が実施されているにも関わらず、同行為の相手方がこれに拘ることなく、先行行為が行われた早い時点において法律関係早期確定の必要性ないし利益という原告自らの実益を放棄し、同行為に続く後続処分を行われるのを待って、同行為の違法を後続処分の取消訴訟において主張することを求めること、いわゆる違法性承継を採らないと考えられよう。つまり、処分性拡大論は、原告が先行行為の行われた早い時点でこれを不服とし、法律関係早期確定の必要性ないし利益を有するとして、行政の行為という先行行為の取消を求める訴えを提起し、先行行為の違法性を争おうとしている場合であるため、処分性拡大の場合には、そもそも違法性不承継が現実の問題とならないはずであろう。

さらに、行政の行為について、裁判所が未だ同行為を取消訴訟の対象たる訴訟法上の処分と判示していない場合でも、いわゆる処分性拡大判決以前における行政の行為という先行行為について、同行為が行われたときに、同行為を不服とする者が同行為を取消訴訟の対象たる訴訟法上の処分にあたると主張し、同行為に対する取消訴訟を適法と主張して争うときにも、違法性不承継は「不測の不利益」とならない。以下でその理由について見てみる。行政の行為が先行行為として行われたものの、後続行為として処分等がまだ行われていない時点で、先行行為を不服とする者（原告）が同行為の違法性に係る法的紛争の争い方として同行為の取消を求める訴えを提起すること（処分性拡大）の意義は、前述したように、同行為の行われた早い時点における原告の法律関係早期確定の必要性ないし利益に関する立証を行い、実効性のある権益救済を求めるという原告の実益にある。このことからすれば、原告が先行行為たる行政の行為の行われた時点で同行為の取消訴訟を提起し、同訴訟において先行行為の違法性を主張せずに、敢えて後続行為たる処分を行われるのを待って、後続行為の取消訴訟を提起し、同訴訟において先行行為の違法性の主張を許容されること（違法性承継）を求めることがないとするのは自然だからである。以上の原告のとする訴訟実務と異なって、処分性拡大判決以前における行政の行為について、同行為に関する処分庁への教示義務が課されない状況の下で、同行為が行われてから、同行為の違法性に係る紛争の

争い方として同行為の取消訴訟の提起において行訴法14条の定める出訴期間が経過した場合には、先行行為たる行政の行為に続く処分が行われていない限りにおいて、前述の「出訴期間の要件を柔軟に運用することを促す緩和解釈」による別途の配慮として経過措置的な解釈³⁶⁾が要されよう。むしろ、行政の行為について同行為を訴訟法上の処分と主張し、同行為の違法性に係る紛争を取消訴訟で争わない場合には、当然、同行為の違法性が後続処分に承継することとなろう。つまり、先行行為を不服とする者は後続処分を行われるのを待って、同処分の取消訴訟を提起し、先行行為の違法性を後続処分の取消事由として主張することとなろう。

ところが、最高裁が行政の行為を訴訟法上の処分と判示しているにもかかわらず、同行為を不服とする者が同行為を訴訟法上の処分にあたるとする判示の通りに先行行為に対する取消訴訟を提起せずに、あるいは処分性拡大判決以前における行政の行為について、同拡大判決が未だ出されていないものの、同行為を取消訴訟の対象たる訴訟法上の処分として争う必要があるにもかかわらず、同行為の相手方が同行為に対する処分性拡大の意義を主張することなく、後続行処分を行われるのを待って、後続行為に対する取消訴訟を提起した場合に、同後続行為の取消訴訟において先行行為の違法性を主張すること（違法性承継）を認められても、当該後続行為の取消訴訟を提起し、争うことによって生じられる訴訟法上の不利益を終局判決において甘受しなければならない。同終局判決における訴訟法上の不利益とは、後続行為の取消訴訟の選択が不合理である故に、同訴訟における原告の敗訴によって原告に重大な損害が生じるおそれのあること³⁷⁾や、事情判決が行われること³⁸⁾などがこれにあたる。以上の訴訟法上の不利益を勘案すれば、処分性拡大の要件が充足される事案においては、違法性承継論を用いらず、先行行為たる行政の行為を訴訟法上の処分として、同行為に対する出訴期間内で取消訴訟の提起を選択し、同行為の違法性について争うのが合理的な訴訟選択論として肝心であろう。

36) これについては、最判平成20年9月10日民集62巻8号2029頁〔裁判官近藤崇晴の補足意見〕参照。

37) これについては、最高裁平成17年7月15日民集59巻6号1661頁判決参照。

38) これについては、最高裁大平成20年9月10日民集62巻8号2029頁判決参照。

VI. おわりに

かつて取消訴訟中心主義や「従来の公式」の下では、行政の行為という先行行為の違法性を争うためには「従来の公式」にいう後続行為たる処分が行われるのを待って、同処分に対する取消訴訟を提起し、同訴訟において先行行為の違法性を後続処分の取消理由として後続処分の取消を求めるとというのが一般的な争い方であった。ところが、前掲の行政指導たる勧告や行政計画たる区画整理事業計画決定などという行政の行為について、これらの行為を取消訴訟の対象たる訴訟法上の処分とする最高裁の処分性拡大判決の分析検討から、処分性拡大論とは、先行行為として行政の行為が行われると、相当程度の確実さをもって連続して後続行為たる処分が行われることになるという連続複数行為の不可分一体の行政過程の下で先行行為たる行政の行為が行われた時点における原告の法律関係早期確定の必要性ないし利益を認められることになれば、同行為の違法性に係る法律関係をめぐる紛争が権益救済の必要性として紛争の成熟性ないし具体的事件性を有するとして、同行為の取消を求める訴えの適法性を認定するという判断過程として再構築することができよう。

以上の再構築から、本稿では、処分には、事前手続の規律対象として行手法の定める処分および最高裁の「従来の公式」による本来の処分、ならびに処分性拡大判決にいう訴訟法上の処分という三分類があることを前提に、これらの処分は、その区分において訴訟法上および行手法上、異なる取り扱いを受けることになると整理してきた（これについては、本稿の「IV 行政手続法上の処分と訴訟法上の処分」を参照）。そして、本稿は、処分性拡大において懸念として指摘されている「不測の不利益」は、訴訟実務上、一般には現実化することがないため、杞憂にすぎないのではないかと結論付けた。以上の懸念が払拭されるとすれば、訴訟当事者以外の多数の利害関係者として第三者が存在している状況において、取消判決や執行停止決定の第三者効は、法的紛争の一挙解決による抜本的な権益救済の機能を有するため、後続行為たる処分等によって多数の利害関係者の法律関係が形成・確定される前に先行行為たる行政の行為が行われた早い時点で、同行為に対する取消訴訟は同行為の違法性に係る法律関係をリセットし、救済の合目的性の視点から実効性のある救済方法となり、有効かつ適切な訴訟形態としてその活用が期待されよう。

そして、行政実務上、連続複数行為の不可分一体を特徴とする行政過程において、先行行為たる行政の行為が行われた時点で、同行為の違法性を理由に、同行為を不服として争おうとする場合には、従来、処分性拡大によって同行為を訴訟法上の処分として同行為の取消を求める取消訴訟を提起するか、あるいは同行為の違法性に係る法律関係をめぐる法的紛争に関する訴えとして公法上の当事者訴訟を提起することになるという二者択一的な訴訟選択が解説されてきた。だが、以上の「Ⅲ 処分性拡大の事由と確認利益との相関性」の検討でみるように、確認の利益としての紛争の成熟性（法律関係の即時確定の現実的必要性）の有無も、結局のところ、救済の必要性に応じて一定の要件充足の下で行う処分性拡大論の事由と同様に、同行政過程における行政庁のとり複数の行為のなかで先行行為と後続行為のいずれの行為が行われた時点をタイムリーな訴訟提起（争訟開始）時とするかという判断過程、すなわち連続複数行為のなかのいずれの行為を係争行為として争わせるのが合理的であるかという「争訟開始のタイミングの合理性（適否）に関する検討」になるとして、処分性拡大の事由と確認利益との相関性を指摘し、両訴訟は並立の関係にあると結論づけた。だとすれば、改正行訴法が新たな訴訟類型として義務付け訴訟と差止め訴訟を法定していることからすれば、行政の行為が行われているものの、同行為の後に続く後続行為たる処分がまだ行われていない場合、同後続行為が原告の欲しない不利益処分であるときには、同処分をしてはならないことを求める差止め訴訟を提起し、あるいは同後続行為が原告の欲する処分であるときには同処分をすることを求める義務付け訴訟を提起することとなろう。そして、非申請型義務付け訴訟および差止め訴訟には、「処分がされない（される）ことにより重大な損害を生ずるおそれがある」という重大性要件と、「その損害を避けるため他に適当な方法がない」という補充性要件が課されており、これらの適法要件は、両訴訟の機能たる事前救済として救済の必要性の視点から紛争の成熟性ないし具体的事件性の有無を決する判断基準であり、これらの要件について、かりに裁判所が緩やかに解すること（緩和解釈）になれば、現象的に処分性拡大による取消訴訟や公法上の確認訴訟が活用される余地は極めて低くなるのではないかと推測されよう。同推測からすれば、訴訟実務上、原告が法定の訴訟類型のなかでいずれの訴訟形態を選択し、争うことになるかという訴訟選択論は、判例法理として処分性拡大論による取消訴訟の活用、行訴法4条の明示する公法上の確認訴訟、ならびに新たな訴訟類型としての差止め訴訟・

義務付け訴訟、これらのそれぞれの訴訟形態が如何に選択され、活用されるかに関する議論となる。同議論は、先行行為と後続行為との間における連続複数行為の不可分一体の行政過程においていずれの行為が行われた時点をタイムリーな訴訟提起(争訟開示)時とするかという争訟開示のタイミングの合理性に関する判断として、権益救済の必要性として紛争の成熟性の適否を如何に認められるかどうかの視点を踏まえつつ、さらに行政権を定める実体法の仕組みにおいて同権限の行使によって生じられる権益侵害の態様・程度および訴訟当事者のほかに同権限の行使に事実上・法律上利害関係を有する者の存在などのように、原告の置かれている具体的な状況を勘案し、如何なる訴訟形態・手続の選択が原告の権益救済にとって有効かつ適切であるかどうかという 権益救済の実効性の合目的視点から、検討されることになろう。すなわち、訴訟選択論とは、改正行訴法が義務付けや差止めの訴えを新たな訴訟類型として法定していることにより重きを置き、行政過程において「従来の公式」にいう後続行為たる処分が行われていない状況の下で、各訴訟の適法性要件として救済の必要性の視点から紛争の成熟性ないし具体的事件性を認められるかどうかを判断し、その上で取消判決の有する法的紛争の一挙解決による抜本的な権益救済を要されるのかどうか、さもなければ、直截的な権益救済を要されるのかどうかなどといった救済の合目的性に応じて、いずれの訴訟形態がより一層有効かつ適切であるかという視点から検討されるべきであろう³⁹⁾。

また、かつての取消訴訟中心主義の下で、行政事件においては「従来の公式」にいう本来の処分が行われてはじはめて、違憲法令の可否または委任立法として法規規令の逸脱性もしくは行政規則の不合理性などが裁判所の審査に服し、司法統制を受けるといった具体的規範統制の司法審査が行われてきたのは、周知のことである。翻って、これは、行政の行為が行われただけでは、裁判所による規範統制が行われることがなかったということにほかならない。これに比すれば、現在の訴訟実務として処分性拡大論の下では、後続行為たる処分が行われるのを待つことなく、平たく、先行行為たる行政の行為が行われた早い時点で、同行為の違法性に係る法的紛争の争い方として先行行為の取消訴訟のなかで、違憲法令の可否または委任立法として法規規令の逸脱性もしくは行政規則の不合理性などが審査

39) 拙著「処分性拡大再論と訴訟選択論に関する一試論」早法95巻3号(2020年)参照。

されるという現象を確認することができよう。この現象からすれば、原告の最も合目的な訴訟選択において裁判所が処分性拡大を柔軟に行うか、あるいは、これに相応した公法上の当事者訴訟、とりわけ確認訴訟における確認の利益という訴訟要件についても同様に行うことになれば、裁判所による規範統制は、かつての具体的規範統制に比すれば、「訴訟要件の柔軟な解釈・運用を通じた拡張的規範統制ないし抽象的規範統制」⁴⁰⁾の効果を有し、規範統制そのものの転換を図れることになったと考えられよう。むしろ、この転換は、いうまでもなく、処分性の可否に関する支配的な基準であった「従来 of 公式」という判例法理が堅持された当時に比して、裁判所が争訟開始のタイミングの適否に係る判断として、権利救済の必要性の視点から争訟開示のタイミングを、先行行為の行われた時点をタイムリーな訴訟提起（争訟開始）時とするという紛争の成熟性ないし具体的事件性に係る裁判所の緩和解釈から起因するものである。もっとも、以上の現象に対しては、規範統制の転換というより、単に争訟開示のタイミングが早まったことにすぎないとする評価もありうる。しかし、同現象は、行政の行為の違法性に係る法律関係をめぐる法的紛争の解決を求め、同解決による権益の救済保護を求める者に対して、権益救済の必要性から紛争の成熟性を決し、いずれの訴訟形態がより抜本的救済に適しているのか、あるいは直截的な救済に適しているのかという救済の合目的性の視点においてより適切かつ有効な（実効性のある）権益救済を図り、かつ抜け穴のない救済の仕組みを提供するという包括的権利救済の仕組みの確立において見出されているものであって、行訴法運用の上で、エポックとなるものと評されよう。

〔追記〕 박인수 선생님 定年退職記念号への寄稿は、身に余る光栄である。私が1985年10月に祖国を離れ、日本に渡ってから長い歳月が過ぎているにもかかわらず、寄稿の声をかけてくださったのは、これまでの先生との長い付き合いによるものであると思っている。先生は、大学の先輩であり、私が帰郷した際には私の良き相談の相手であり、とくに私のことをいつも温かく見守り、格別なご配慮をしてくださった。今日まで、先生との長い付き合いが続けられているのも、いうまでなく、私なりに感じた先生の人徳によるものである。先生は、本年8月末日

40) これに関する判決例としては、最高裁平成17年9月14日民集59巻7号2087頁判決および最高裁平成25年1月11日民集67巻1号1頁判決が参照となろう。

172 영남법학 제50호 (2020.6.)

をもってご退職なされるが、これまで通りに公法学の一層の発展のために、何時もお元氣でご活躍されよう心から祈念してやまない。

투고일 : 2020.6.2. / 심사완료일 : 2020.6.9. / 게재확정일 : 2020.6.12.

[참고문헌]

- 原田尚彦, 「訴えの利益」(弘文堂、1973年)
- 室井力, 「現代行政法の展開」(有斐閣、1978年)
- 兼子仁, 「行政法総論」(筑摩書房、1983年)
- 高木光, 「事実行為と行政訴訟」(有斐閣、1988年)
- 木佐茂男, 「人間の尊厳と司法権」(日本評論社、1990年)
- 阿部泰隆, 「行政訴訟改革論」(有斐閣、1993年)
- 塩野宏, 「行政法Ⅱ〔第四版〕」(有斐閣、2005年)
- 芝池義一, 「行政救済法講義〔第三版〕」(有斐閣、2006年)
- 斎藤浩, 「行政訴訟の実務と理論」(三省堂、2007年)
- 高木英行, 「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職論」
東洋法学57巻1号(2013年)
- 巨理格, 「行政訴訟の理論－学説的遺産の再評価という視点から－」公法研究71号(2009年)
- 拙 著, 「処分性論としての争訟開始タイミングの適否に関する一考察」駒澤法曹第10号
(2014年)
- _____, 「処分性拡大再論と訴訟選択論に関する一試論」早法95巻3号(2020年)

[국문초록]

처분성 확대론에 따른 이론적인 문제에 대한 소고

조원제*

종래 최고재판소는 행정지도·행정계획·추상적 규범 혹은 사실행위 등의 행정행위에 대한 취소소송의 청구에 대해서는 취소소송의 대상성을 부정하여 원고의 청구를 각하하였다. 그럼에도 불구하고 행정행위 중의 일부에 대해서 이 행위가 선행행위로서 행하여졌을 때에, 동 선행행위의 상대방은 후속행위로서 처분 등이 행하여지는 것을 기다리지 않고, 동 선행행위의 위법성을 이유로 동 선행행위를 취소소송의 대상으로서 취소소송을 제기하여, 동 소송에서 선행행위의 위법성을 다투어 권리구제를 구하는 경우가 있다. 이 경우에 최고재판소는 예외적으로 동 선행행위의 시점에서 구제의 필요성 등의 분쟁의 성숙성 내지 구체적 사건성을 인정해, 동 선행행위에 대해서 취소소송의 대상으로서 처분성을 인정하는 판결을 내리고 있다. 이는 처분성확대 판결로써 특히 2004년의 개정 행정소송법의 시행을 전후로 해서 많이 볼 수가 있다. 본고는 처분성확대판결에 의해서 취소소송의 대상으로서 처분성이 인정된 행정행위에 대해서 행정절차법 및 행정소송법상 어떻게 취급되어야 하는지, 혹은 이상의 행정의 행위에 대해서 처분성확대판결이 아직 존재하지 않는 경우에 동 행정행위를 불복하여 취소소송을 제기하는 때에 이 행정행위에 대해서는 행정절차법 및 행정소송법상 어떻게 취급되어야 하는지에 대해서 고찰하고자 한다. 또한 이상의 행정의 행위에 대해서는 종래의 처분의 효력으로서 판례법리로 인정되고 있는 공정력과 그의 귀결으로써 취소소송 배타적 관할권이 미치는지에 관해서, 가령 미친다고 한다면 이는 소송실무에 있어서 어떠한 영향을 미치게 되는지에 관해서 고찰하는 것이 본고의 목적이다.

주제어 : 처분성 확대, 공정력, 취소소송의 배타적 관할권, 분쟁의 성숙성, 위법성 승계

* 고마자와대학 법학전문대학원 교수.

[Abstract]

Study on theoretical problem about the expanded subject
of cancellation lawsuit

Jo, Won-je*

Conventionally, the Supreme Court has denied the disposability that is the subject of cancellation lawsuits regarding administrative guidance, administrative plan decisions and law of local authority, etc. However, before and after the enforcement of the revised Litigation law of administrative case in 2004 the Supreme Court has issued a ruling recognizing the disposability about some of administrative guidance, administrative plan decisions and law of local authority, etc. when certain conditions are fulfilled. When some actions such as administrative guidance, administrative plan decisions and law of local authority, etc. are done as preceding actions, those who disagree with such as the action file an appeal seeking cancellation of the action and seeking rights relief because of the illegality of the action. If the Supreme Court accepts the appeal seeking cancellation of the action. This case is called the Disposability Expansion Judgement. In this case, how is Expanded Disposability treated on Administrative procedure law and Litigation law of administrative case? On the other hand, there are the official power as the effect of disposal and the exclusive jurisdiction of cancellation lawsuits which is established as case law. This study is on theoretical problem about how Expanded Disposability affects the official power and the exclusive jurisdiction of cancellation lawsuits. Further this study is related to theoretical problem about how Expanded Disposability affects the theory of succession of illegality.

* Professor, Komazawa University Law School.

Key words : Expanded disposability, The official power as the effect of disposal,
The exclusive jurisdiction of cancellation lawsuits, Matureness of
conflict, The theory of succession of illegality