

意見書

令和5年5月10日

東京高等裁判所 御中

神戸大学大学院法学研究科
教授 興津 征雄

令和4年（行コ）第294号在留資格変更不許可処分無効確認等、国家賠償請求控訴事件につき、控訴人訴訟代理人弁護士の依頼により、以下のとおり意見を述べる。

目次

第1	本意見書の対象事項	1
第2	本件無効確認訴訟の訴えの利益について	1
1	原判決の論拠	1
2	後行許可処分がされたことと訴えの利益の関係	2
(1)	原判決の判示	2
(2)	在留資格変更不許可処分を争う訴えの利益	2
ア	在留資格変更不許可処分のみがされた場合	2
イ	実体的権利と手続的権利（申請権）の区別	3
(3)	先行不許可処分後に後行許可処分がされた場合	4
ア	訴えの利益が認められること	4
イ	原判決の問題点	5
ウ	在留期間の更新との相違	6
3	無効確認判決の拘束力	7
(1)	原判決の判示	7
(2)	無効確認判決後の先行不許可処分の是正	8
(3)	撤回権限が認められること	10
4	結論	11
第3	本件通知の処分性の有無について	11
1	本件通知	11
2	判断枠組み	12
(1)	処分性の定式	12
(2)	本件において解決されるべき問題	13

(3) あるべき判断枠組み.....	13
ア 申請拒否処分の特殊性	13
イ 本件の争点	14
ウ 申請に対する応答の存否.....	14
3 本件通知についての検討.....	16
(1) 当てはめ.....	16
(2) 原判決の問題点.....	18
ア 原判決の判示.....	18
イ 下線部①について.....	18
ウ 下線部②について.....	18
エ 下線部③について.....	19
オ 下線部④について.....	20
カ 下線部⑤について.....	20
4 結論.....	21

第1 本意見書の対象事項

本意見書は、控訴理由書（令和4年12月6日付）第5「行政訴訟につき訴訟要件を満たすこと」の1「本件無効確認訴訟の訴えの利益について」および2「本件通知の処分性の有無について」について、筆者の専門である行政法学の見地から、いずれも肯定されるべきであるという意見を述べるものである。以下、順に検討する。

なお、原判決で定義された略語は、特に断らない限り、本意見書において改めて定義することなくそのまま使用する。

第2 本件無効確認訴訟の訴えの利益について

1 原判決の論拠

(1) 本件無効確認訴訟は、東京入管局長が令和元年8月22日付で控訴人Aに対してした「定住者」への在留資格の変更を許可しない旨の処分（本件不許可処分）が無効であることの確認を求める訴訟である。原判決は本件無効確認訴訟の訴えの利益を否定したが、その論拠は次の2点に分けることができる。

- ① 控訴人Aは、本件不許可処分を受けた後、在留資格を「出国準備」、在留期間を「31日」とする在留資格の変更許可を受けている。これにより、本件不許可処分の無効を確認する利益は喪失した。
- ② 仮に本件無効確認訴訟に係る請求が認容されたとしても、本件不許可処分の無効確認判決の拘束力により処分庁は職権で後行許可処分を必然的に撤回しなければならない関係にあるとまではいえないから、判決の拘束力を理由とする控訴人Aの主張は採用できない。

しかし、これらの論拠には、いずれも疑問がある。以下、順に検討する。

(2) なお、本件では無効確認訴訟の訴えの利益の存否が争われているが、無効確認訴訟に特有の論点が問題となっているわけではなく、仮に出訴期間内に取消訴訟が提起されていたとして取消しを求める訴えの利益の存否が争われる場合と共通する論点が問題となっている。したがって、以下では取消訴訟に関する判例や見解をも適宜参照することにする。また、処分の無効確認を求める訴えの利益と取消しを求める訴えの利益とをあわせて、「処分を争う訴えの利益」と表記することがある。

また、判決の拘束力についても、無効確認判決には行訴法38条1項により同法33条が準用されるので、取消判決の拘束力に関する議論がそのまま当てはまる。したがって、この点についても、取消判決に関する判例や見解をも適宜参照することにする。

2 後行許可処分がされたことと訴えの利益の関係

(1) 原判決の判示

原判決は、前記1の①の論拠につき、次のように判示している。

「ある在留資格を有する者がこれと異なる在留資格（例えば定住者等）への変更を申請したものの、これを不許可とする旨の処分（先行不許可処分）を受けた後、更に別の新在留資格（例えば特定活動等）への変更を許可する旨の処分（後行許可処分）を受けた場合には、以後、新在留資格及びこれらについて定められた在留期間をもって本邦に在留することとなるから、新在留資格から改めて希望する在留資格への変更を申請することが可能であるとしても、外国人が入管法に基づく在留制度の枠内においてのみ本邦に在留し得る地位を認められるにとどまるものである以上、当該外国人が先行不許可処分の無効等の確認を求める利益は、授益的処分である新在留資格への変更を許可した後行許可処分がされたことによって、喪失することになると解するべきである。」

（原判決 36～37 頁）

しかし、この解釈は不合理である。以下に理由を示す。

(2) 在留資格変更不許可処分を争う訴えの利益

ア 在留資格変更不許可処分のみがされた場合

本件のように、先行不許可処分がされた後に後行許可処分がされるのは、訴えの利益を考える上ではいわば応用的なケースである。そこで、まず、先行不許可処分を争う訴えの利益の有無がどのようにして判断されるかの基本を確認するために、思考実験として、先行不許可処分がされた後、別の新在留資格への変更申請がされることなく、不許可処分の取消訴訟または無効確認訴訟が提起され、取消判決または無効確認判決が確定するケースを考えよう（従前の在留期間内にすべての手続が終結するものとする）。この場合には、不許可処分を争う訴えの利益が肯定されることに異論はないだろう¹。では、それはなぜだろうか。

不許可処分が違法であれば、違法な処分により原告の権利が侵害されていることになる。取消判決または無効確認判決が確定すれば、不許可処分はなかったことになり、当初の申請が復活する。その申請の効力により、行政庁は改めて申請に対する処分をすることが義務づけられる。さらに、その際に、取消判決または無効確認判決の拘束力により、行政庁は判決の趣旨に拘束される。具体的には、「処分をした行政庁等は、その事件につき当該判決における主文が導き出されるのに必要な事実認定及び法律判断に従って行動すべき義務を負う」（最判令 3.6.24 令 2（行ヒ）103 民集 75-7-3214）。すなわち、判決理由中で判断された違

¹ 申請拒否処分の名宛人には当該処分の取消しを求める法律上の利益（原告適格）が認められることにつき、塩野宏『行政法Ⅱ 行政救済法〔第6版〕』有斐閣（2019年）131頁。

法性を是正することが義務づけられる。これにより、取消判決または無効確認判決は、違法な処分による原告の権利侵害を除去し、その権利を回復するために有効適切であると認められるので、不許可処分を争う訴えの利益が肯定される。

イ 実体的権利と手続的権利（申請権）の区別

以上のような立論には、次のような反論がなされるかもしれない。すなわち、マククリーン事件に関する最大判昭 53.10.4 昭 50（行ツ）120 民集 46-5-437（以下「昭和 53 年判決」という。）は、「憲法上、外国人は、……在留の権利ないし引き続き在留することを要求しうる権利を保障されているものでもないし解すべきである」、「出入国管理令上も在留外国人の在留期間の更新が権利として保障されているものでないことは、明らかである」と判示しているため、たとえ在留資格変更不許可処分に瑕疵があったとしても、それによって申請者たる外国人の権利が侵害されることはない、という反論である。

昭和 53 年判決におけるこの判示を、当時においてわが国が批准していなかった多くの国際人権諸条約が批准されている現在においても一般論として維持しうるか、仮に維持しうるとして本件にそのまま当てはめうるかについては、控訴人も主張するとおり疑問も禁じえない（たとえば控訴理由書 7～15 頁）。しかし、本意見書は昭和 53 年判決の当否を検討対象とするものではないため、仮に昭和 53 年判決の上記判示を前提としたとしても、そのことは在留資格変更不許可処分を争う訴えの利益を否定する根拠にはならないことを説明する。

昭和 53 年判決が外国人には保障されていないとする、在留の権利、引き続き在留することを要求しうる権利、在留期間の更新を求める権利は、いずれも実体的権利である。それに対し、違法な不許可処分によって侵害されるのは、手続的権利たる申請権である。一般に申請権には、「申請についての審査および申請に対する応答としての何らかの処置が、遅滞なく行われるべきこと」および「行政機関において違法な仕方でも申請を拒否してはならないこと」を求める権利が含まれる²。申請に対する応答が相当の期間内になされない場合（申請に対する不作為の場合）には、前者の権利が侵害される。申請に対する応答はあったが、それが違法に申請を拒否するものである場合には、後者の権利が侵害される³。仮に昭和 53 年判決のいうように外国人に在留を求める実体的権利が認められないとしても、入管法 20 条が在留資格の変更を外国人の申請によるものとし、申請に対する行政庁の応答を義務づけ

² 小早川光郎『行政法（上）』弘文堂（1999 年）220 頁。

³ 塩野・前掲注（1）132 頁（「申請拒否処分に裁量性があるときでも、法律が申請権を与えている以上、彼には、適切な裁量によって許否の判断を受ける法的利益があるということができよう」）。

ている以上、外国人には手続的権利たる申請権が認められると解すべきである⁴。したがって、その申請が違法に拒否された場合には、申請者たる外国人には違法な不許可処分による申請権侵害の除去を求めるために、不許可処分を争う訴えの利益が認められる。

なお、学説には、申請権を前者の内容のみに限定し、後者の内容を含めない見解もある⁵。しかし、それはあくまでも概念構成の問題であり、そのような見解も「行政機関において違法な仕方申請を拒否してはならないこと」を求める権利を否定する趣旨ではないと思われる⁶。仮にそのような権利が否定されるとすれば、申請者たる外国人は在留資格更新不許可処分を争う利益を（後行許可処分がされたか否かにかかわらず）およそ有しないという結論になりかねないが、これは明らかにおかしいだろう。昭和 53 年判決も、在留期間更新不許可処分の取消しを求める訴えの利益自体は認められるという前提のもとで、当該処分の適否について本案判断をしているのである⁷。

(3) 先行不許可処分後に後行許可処分がされた場合

それでは、本件のように、先行不許可処分がされた後に後行許可処分がされた場合には、先行不許可処分を争う訴えの利益はどうなるだろうか。

ア 訴えの利益が認められること

先行不許可処分の無効確認を求める訴えの利益が前記(2)に示した根拠で認められる以上、後行許可処分がされたことによってその利益が失われると解するのは奇妙である。先行

⁴ 最判昭 36.3.28 昭 34 (オ) 1187 民集 15-3-595 は、地方公務員法 46 条の人事委員会に対する措置要求について、同条が「実体法上具体的な措置の請求権を認める趣旨のものではない」ことを前提としつつ、同条は「職員の措置要求に対し、適法な手続で、かつ、内容的にも、裁量権の範囲内における適法な判定を与うべきことを職員の権利乃至法的利益として保障する趣旨の規定と解すべきものであり、違法な手続でなされた棄却決定また裁量権の限界を越えてなされた棄却の決定は、同条により認められた職員の権利を否定するものとして、職員の具体的権利に影響を及ぼす」と述べている。必ずしも実体的権利が認められなくても、手続的権利として「行政機関において違法な仕方申請を拒否してはならないこと」を求める権利が認められる例である。

⁵ 薄井一成「申請手続過程と法」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅱ 行政作用・行政手続・行政情報法』有斐閣（2008 年）269 頁以下、271 頁。

⁶ 薄井・前掲注(5) 270 頁は、「適法な行政決定を求める権利」を「実体法的権利」とする。

⁷ 今村成和／島山武道補訂『行政法入門〔第 9 版〕』有斐閣（2012 年）160 頁（昭和 53 年判決について、「裁判所は、法務大臣の裁量権の行使が適法であったことを認めて請求を棄却しているのであるから、この申請は、単に法務大臣の職権発動を促すにすぎないものではなく、手続上適法な応答を求める権利として認められていることが明らかである」）。

不許可処分は先行申請に対する処分であり、後行許可処分は後行申請に対する処分であって、別個の処分である⁸。したがって、先行不許可処分による権利侵害（先行申請により行使された申請権の侵害）は、後行許可処分がされた後も依然として存続しており、その除去を求める訴えの利益も依然として存続していると解すべきである。

イ 原判決の問題点

にもかかわらず、原判決がこのような場合には訴えの利益が喪失するとする。その理由は、原判決にははっきりとは説示されていないが、おそらく、後行許可処分がされたことによって、申請者たる外国人が本邦に在留する地位を取得し、それによって先行不許可処分によってもたらされた不利益が解消されることに求められているのではないかと推測される。

しかし、このような解釈には根拠がない。なぜなら、在留資格ごとに外国人が本邦で行うことができる活動は異なっているため（入管法2条の2、別表第1・第2）、外国人が本邦に在留する地位は在留資格ごとに異なると解されるからである。このことは、入管法自体が在留資格の変更制度を設け（20条）、希望する在留資格を特定して申請をさせるものとしている（20条2項、入管法施行規則20条1項・2項）ことから裏付けられる。審査の結果希望する特定の在留資格への変更を許可することができない場合でも、行政庁は職権で別の在留資格への変更を許可することはできず、申請者に申請内容の変更の申出をさせているのも、申請者たる外国人が特定の在留資格につき申請権を有していることの例証である。

この場合の申請権は、どの在留資格でもいいから本邦に在留する地位を求めることにあるのではなく、希望する特定の在留資格をもって本邦に在留する地位を求めることにある。当初希望していた在留資格 α への変更が不許可となったのちに、別の在留資格 β への変更が許可されたとしても、在留資格 β が在留資格 α を完全に包含するものでなければ、在留資格 α を求める申請権の侵害は当該不許可処分が取り消されるか無効が確認されない限り依然として存続しており、在留資格 α への変更を不許可とする処分を争う訴えの利益が認められなければならない。

本件は定住者の在留資格への変更申請が不許可とされた後に、出国準備の在留資格への変更申請が許可されたケースであり、後者の在留資格が前者の在留資格を完全に包含するとはとうていいえない。したがって、前者の在留資格への変更申請を不許可とする処分による権利侵害は依然として存続しており、当該処分の無効確認を求める訴えの利益も依然と

⁸ 筆者は、南博方（原編著）『条解 行政事件訴訟法〔第4版〕』弘文堂（2014年）682頁〔興津〕においては、「同一人の同一の法律関係（法的地位）を規律する処分甲〔本文の例では先行不許可処分〕と処分乙〔本文の例では後行許可処分〕との併存という状態がありうるのか（処分甲による規律は処分乙によって終了したとはいえないか）を、実体法に照らして検討する必要がある」と、含みをもたせる書き方をしていた。しかし、この記述は、単に検討の必要性を指摘するにとどまり、結論は留保していた。本意見書においては、本文のような見解を採ることとする。

して存続していると解すべきである。

仮に原判決のように、後行許可処分がされたことによって先行不許可処分を争う訴えの利益が喪失すると解すると、行政庁としては、違法な先行不許可処分によって申請者たる外国人が当初望んだ在留資格への変更を拒否しておきながら、後行許可処分によって当該外国人により制限の多い別の在留資格への変更を許可することで、違法な処分を糊塗できることになってしまい、法治主義に反する。当該外国人にとっても、違法な処分を是正させ司法的救済を受ける機会が奪われることになり、裁判を受ける権利の侵害となりかねない（控訴理由書 41 頁参照）⁹。この点からしても、訴えの利益を否定する原判決の解釈はきわめて不合理である。

ウ 在留期間の更新との相違

(ア) 前記ア・イの立論に抵触するかのように見える判例として、最判平 8.2.22 平 4 (行ツ) 140 判タ 905-95 (以下「平成 8 年判決」という。)があるので、念のため検討しておく。この事件は、従前在留期間を 3 年とする在留期間の更新が重ねられてきた外国人について、当該外国人が指紋押捺を拒否した後にされた在留期間の更新許可処分において在留期間が従前とは異なり 1 年とされたことが違法であるとして、当該許可処分の取消訴訟が提起されたものである。最高裁は、「右のような在留資格で本邦に在留する外国人については、当然に一定期間本邦に在留する権利が保障されているものということとはできないから、その在留期間の更新申請に対し、在留期間を 1 年と指定してこれを許可した本件処分が、上告人の権利ないし法律上保護された利益を侵害するものであると解することはできない」とし、取消訴訟の訴えの利益を否定してこれを却下した原審の判断を正当とした。

平成 8 年判決は、昭和 53 年判決の引用こそないものの、外国人に特定の在留期間を指定して在留期間の更新を求める実体的権利がないことを前提としている。しかし、前記 (2) イで述べたとおり、仮に外国人にそのような実体的権利が認められないとしても、手続的権利たる申請権があれば、訴えの利益を根拠づけることができる。したがって、平成 8 年判決は、特定の在留期間を指定して在留期間の更新を求める申請権も認められないとする趣旨であろう。現に、第 1 審判決（東京地判平 2.3.13 昭 61 (行ウ) 99 行裁例集 41 巻 3 号 404 頁）は「在留期間が更新許可申請の申請権の内容をなすものでもない」、控訴審判決（東京高判平 4.4.6 平 2 (行コ) 41 行裁例集 43-4-575）は「在留期間更新申請書類に「希望する在留期間」を記入する欄があったとしても、それは同欄の記載を法務大臣の裁量判断の一資料とする以上の意義を有するものではなく」と述べている。これらの判決も実体的権利と申請権とを判決理由において明確に区別しているわけではないものの、特定の在留期間に係る

⁹ 阿部泰隆「取消判決の拘束力による不整合処分の取消義務に関する一事例——在留期間更新不許可事案について」三辺夏雄ほか編『原田尚彦先生古稀記念 法治国家と行政訴訟』有斐閣（2004 年）139 頁以下、157～158 頁。

申請権を否定する趣旨と見られる。在留期間の更新を求める申請権は、期間の長短は問わず在留期間の更新を求める点にのみ存するということであろう。したがって、在留期間の更新がおよそ不許可とされれば不許可処分を争う訴えの利益は認められるが、希望した在留期間に満たない期間であっても更新が許可さえされれば、許可処分を争う訴えの利益は認められないのが平成8年判決の解釈の帰結ということになる。

(イ) このような解釈には疑問がないわけではない¹⁰。しかし、本意見書では平成8年判決の当否には立ち入らないこととする。ここでは、仮に在留期間の更新について平成8年判決のような解釈を採ったとしても、在留資格の変更について同じような解釈は採れず、したがって平成8年判決の射程は本件には及ばないことを確認しておく。

すなわち、入管法が在留資格の変更につき外国人に申請権を認めている趣旨は、前記イで述べたとおり、どのような在留資格でもよいから本邦に在留する地位を求めることにつき申請権を認めているのではなく、申請者たる外国人が希望する特定の在留資格をもって本邦に在留する地位を求めることにつき申請権を認めていると解される。いかえれば、希望する在留期間が平成8年判決の解釈によれば在留期間更新申請の内容に含まれないのと異なり、希望する特定の在留資格は在留資格変更申請の内容に含まれる。

したがって、平成8年判決の射程は在留資格の変更の場合には及ばず、本件においては平成8年判決の解釈に基づいて訴えの利益を否定することはできない。

3 無効確認判決の拘束力

(1) 原判決の判示

原審において、原告Aは、本件無効確認の訴えに係る請求が認容され本件不許可処分の無効を確認する旨の判決がされた場合には、当該判決の拘束力により、抵触する新在留資格に係る後行許可処分は職権で撤回されることになるから、一在留一資格の原則に反するものではなく確認の利益が存在する旨主張していた。控訴審においても控訴人Aは同旨の主張を維持している（控訴理由書42頁）。この主張に対し、原判決は次のように述べてこれを退けている。

「当該処分等の無効等を確認する判決は、処分庁その他の関係行政庁を拘束し、処分庁は改めて判決の趣旨に従った処分をすべきことになるが（行訴法38条1項、33条1項、2項）、仮に当初の在留資格の変更を不許可とした判断に明白かつ重大な瑕疵がある旨の判断が上記判決で示されたとしても、このことによって、その後有効な申請に基

¹⁰ 特定の在留期間を指定して在留期間の更新を求める申請権が申請者たる外国人に認められないとしても、行政庁が在留期間を3年ではなく1年としたことに裁量権の逸脱濫用があるとするれば、当該外国人の適法な応答を求める権利が侵害されているため、当該権利侵害を除去するために訴えの利益が認められてしかるべきではないかと思われる。

づいて当該外国人に対し新在留資格が付与されている以上、後行許可処分が当然に違法となるものとは解し難い。すなわち、上記判決が確定したとしても、処分庁は、職権で後行許可処分を必然的に撤回しなければならない関係にあるとまではいえないというべきであるから、原告 A の上記主張は採用することができない。」

前記 2 で述べたとおり、本件不許可処分の無効確認を求める訴えの利益を肯定するには、本件不許可処分により、定住者の在留資格への変更を求めることについての控訴人 A の申請権が侵害されているというだけで十分なはずである。したがって、判決の拘束力に関する判示は傍論であるとも見ることできる。

もっとも、仮に後行許可処分の存在ゆえに先行不許可処分の無効を確認してもその是正ができないとすれば、先行不許可処分の無効確認判決は権利侵害を除去するために有効適切であるとはいえず、無効確認の訴えの利益が認められないことになってしまう。

しかし、後行許可処分は先行不許可処分の是正の障害にはならないと解すべきである。以下に理由を示す。

(2) 無効確認判決後の先行不許可処分の是正

ア 先行不許可処分の無効確認判決が確定すると、行政庁はどのように先行不許可処分を是正し、当該処分による権利侵害を除去することになるか。先行不許可処分①が定住者の在留資格への変更申請を不許可とする処分、後行許可処分②が特定活動の在留資格への変更申請を許可する処分であるとして考えよう。

前記 2 (2) アで述べたとおり、無効確認判決が確定すると、先行不許可処分①がなかったことになり、先行申請（たとえば定住者の在留資格への変更申請）が復活する。その結果として、処分庁は、判決の趣旨に従って先行申請を再度審査し、求められた在留資格への変更を許可するか否かを決定することが義務づけられる。審査の結果として、処分庁が先行申請により求められた在留資格への変更を許可すべきとの判断に至れば、先行申請に対する処分として、当該在留資格への変更許可処分③をすべきである。

その際、許可するか否かの判断の基準時は、申請に対して新たな処分をするその時点（新処分時）であり、新たな変更許可処分③がされてもその効力は遡及しないと解される。無効確認訴訟における違法（無効）判断の基準時は、取消しの対象となる処分がされた時点（原処分時）であると一般に解されているため、先行不許可処分①が違法かどうかはあくまでも処分①がされた時点の法および事実に照らして判断される。しかし、先行不許可処分①の無効確認判決の確定により効力が復活した申請に対して新たな変更許可処分③がされると、申請者たる外国人はその時点から当該在留資格をもって本邦に在留しうる地位を取得する

ことになる（先行不許可処分④の時点まで遡って地位を取得するわけではない¹¹）。したがって、行政庁は当該時点において当該外国人が「在留資格の変更を適当と認めるに足りる相当の理由がある」（入管法 20 条 3 項本文）かどうかを審査すべきである。

イ 先行不許可処分の無効確認判決が確定したとしても、そのことによって、「後行許可処分が当然に違法となる」わけではないのは原判決が説示するとおりである。したがって、

「処分庁は、職権で後行許可処分を必然的に撤回しなければならない関係にあるとまではいえない」（傍点引用者）のもそのとおりである。前記 2 (3) アで述べたとおり、先行不許可処分④と後行許可処分⑤は、あくまでも別個の処分だからである。後行許可処分⑤の効力は、復活した先行申請に対して許可処分がされるまでの間、維持される。

ところが、復活した先行申請に対し新たな許可処分⑥がされることになれば、後行許可処分⑤はそれと抵触する。仮に二つの許可処分が併存することになれば、一在留一資格の原則に反するからである。ならば、復活した先行申請に対して許可処分をすることはできないのか。原判決はそのように解するようだが、その根拠は不明である。

二つの許可処分の併存が一在留一資格の原則に反するならば、復活した先行申請に対する許可処分⑥を優先させ、行政庁は後行許可処分⑤を職権で撤回すべきだろう¹²。なぜなら、後行許可処分⑤は、先行申請が違法に拒否されることがなければ本来はなされなかったものであるのに対し、復活した先行申請に対する許可処分⑥は、違法な先行不許可処分を是正し、当該処分による権利侵害を除去するためになされたものであり、こちらを維持することが法治主義の当然の要請であり、かつ裁判を受ける権利（憲法 32 条）に含まれる実効的権利救済の要請だからである¹³。

とはいえ、行政庁が処分の撤回をなしうるのは、撤回権限が認められる場合である。前掲最判令 3.6.24 が、「上記拘束力によっても、行政庁が法令上の根拠を欠く行動を義務付けられるものではないから、その義務の内容は、当該行政庁がそれを行う法令上の権限があるものに限られるものと解される」と判示しているとおり、裁判所が法令（なかんずく実体法）から離れて行政庁に義務を命ずることができるわけではない（判決の拘束力からそのよう

¹¹ 先行不許可処分④がされた後に、後行許可処分 b₁、b₂、b₃ 等々が積み重なってされており、それらがすでに効力を失っていたとしても、後行許可処分⑥は遡及効をもたないので、b₁、b₂、b₃ 等々の効力と抵触することはなく、したがって一在留一資格の原則に反することにならないのはいうまでもない。

¹² 阿部・前掲注 (9) 148 頁。塩野・前掲注 (1) 198 頁は、新たな許可処分がされれば、後行許可処分は「前提条件を失い無に帰する」とする。しかし、後行許可処分もそれ自体は適法にされたものである以上、それと抵触する新たな許可処分がされたからといって当然に前提条件を失うとまではいえないように思われる。したがって、一在留一資格の原則との整合性を保つには、後行許可処分の撤回が必要であると解しておく。

¹³ 阿部・前掲注 (9) 163 頁。

な義務が生じるわけではない)からである¹⁴。したがって、撤回権限が認められなければ、いかに判決の趣旨を実現するためとはいえ、撤回をすることはできない。そこで、項目を改めてこの点を検討する。

(3) 撤回権限が認められること

行政法学上、行政庁が撤回権限を有するために法律の明文の根拠規定が必要かどうか論じられることがある。現在の通説は、明文の根拠規定は必要ないと解しており¹⁵、判例も同様である(最判昭 63.6.17 昭 60 (行ツ) 124 判タ 681-99、最判平 7.6.23 平 1 (オ) 1260 民集 49-6-1600)。ただし、明文の根拠規定がない場合には、撤回が適法であるためには撤回すべき公益上の必要性(処分を維持しておくべきではない公益上の事情)が存在することが必要である¹⁶。撤回すべき公益上の必要性は、撤回の必要性を基礎づける公益上の事情と、撤回を制限すべき事情(公益上の事情と、撤回により名宛人およびその他の第三者に与える不利益とを含む)とを比較考量し、前者が上回る場合に、認められると解されている¹⁷。

入管法には、行政庁が在留資格変更許可処分を撤回しう旨を定めた明文の根拠規定はない。そこで、先行不許可処分①の無効確認判決を受けて新たな許可処分②を行う場合に、後行許可処分③を撤回すべき公益上の必要性が存在するか否かを、利益考量により判断する必要がある。

このような場合に撤回の必要性を基礎づける公益上の事情は、前記(2)で述べたとおり法治主義の要請である。ただし、注意すべきなのは、無効確認判決を受けて復活した先行申請に対する新たな許可処分②がされることにより、従前の後行許可処分③が違法になるわけではないと解されることである。後行許可処分③は、先行不許可処分①の結果としてされた後行申請を受けて行われたものであり、それ自体は適法である。ここで考えなければならぬのは、いずれも適法な後行許可処分③と新たな許可処分②の併存が一在留一資格の原則ゆえに許されないとき、いずれの許可処分を存続させるべきかである。後行許可処分③は、いかにそれ自体は適法になされた処分とはいえ、違法な先行不許可処分①がなければされることのなかった処分である。違法な先行不許可処分①を是正するために新たな許可処分②がされようとしている今、後行許可処分③は存在意義を失い、新たな許可処分②に道を譲るべきことは明らかであろう。したがって、後行許可処分③の撤回の必要性を基礎づける公益上の事情は存在するといえる。

それに対し、この場合に撤回を制限すべき事情は存在しないと考えられる。新たな許可処

¹⁴ 興津征雄〔判批〕民商法雑誌 158 巻 3 号(2022 年) 674 頁以下、684 頁。

¹⁵ 田中二郎『新版 行政法(上)〔全訂第 2 版〕』弘文堂(1974 年) 155 頁、塩野宏『行政法 I 行政法総論〔第 6 版〕』有斐閣(2015 年) 192 頁。

¹⁶ 田中・前掲注(15) 155 頁。

¹⁷ 塩野・前掲注(15) 194 頁。

分㉔も、行政庁が「在留資格の変更を適当と認めるに足りる相当の理由がある」（入管法 20 条 3 項）ことを認定して行うものである以上、それを行うことが公益に反するものではない。後行許可処分㉕を撤回しても、新たな許可処分㉔が名宛人（申請者）にとってより有利な在留資格への変更を許可するものである以上、名宛人に対する不利益も生じない。また、在留資格の変更許可処分により権利または法的に保護される利益に影響を受ける第三者も存在しない。

そうすると、撤回の必要性を基礎づける公益上の事情と、撤回を制限すべき事情とを比較考量した結果、前者が上回ることは明らかなので、この場合に行政庁は後行許可処分㉕を適法に撤回することができる（後行許可処分㉕の撤回権限を有する）と解される¹⁸。したがって、先行不許可処分㉖の無効確認判決は、当該処分を是正し、当該処分による権利侵害を除去するのに有効適切であるから、先行不許可処分㉖の無効確認を求める訴えの利益が認められる。

4 結論

以上に述べたことを本件に当てはめれば、次の結論となる。本件不許可処分が無効の瑕疵を帯びていれば、それにより本件申請 1 により求められた在留資格の変更許可についての控訴人 A の申請権が侵害されているところ、本件不許可処分の無効確認判決は本件不許可処分を是正し、控訴人 A の権利侵害を除去するために有効適切であるから、本件不許可処分の無効確認を求める訴えの利益が認められる。本件不許可処分後に後行許可処分がされたことはこの結論に影響しない。本件不許可処分の無効確認判決の確定後に行政庁が本件申請に対する再度の審査を行った結果として、定住者の在留資格への変更許可処分をすることになったとき、それと抵触する後行許可処分が存続していれば、判決により無効とされた本件不許可処分による権利侵害を回復するために、行政庁は当該後行許可処分を職権で撤回すべきである。違法な先行不許可処分を是正し、当該処分による権利侵害を除去するために、当該後行許可処分よりも新たな変更許可処分を優先させるべきことが公益にも適うため、行政庁は撤回権限を有するし、またそうすることが法治主義および裁判を受ける権利の当然の要請だからである。

第 3 本件通知の処分性の有無について

1 本件通知

本件通知とは、控訴人 A が、令和元年 6 月 20 日に、希望する在留資格を「定住者（又は『特定活動』）」とする在留資格の変更の申請をしたこと（本件申請 2）について、東京入管局長が令和元年 8 月 22 日に行った、「申請どおりの内容では許可することができないが、

¹⁸ 結論同旨、東京地判平 29.4.13 平 28（行ウ）242（LLI/DB 判例秘書登載）。

申請内容を「出国準備」を目的とする申請に変更するのであれば、申出書を提出されたい旨の通知をいう（原判決7頁）。

原判決は、本件通知が処分にあたらないとした。しかし、その判断には疑問があり、本件通知は処分にあたると解すべきである。その理由を以下に述べる。

2 判断枠組み

(1) 処分性の定式

原判決は、処分性の判断枠組みにつき次のように判示している。

「抗告訴訟である取消訴訟の対象は、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に限られるところ（行訴法3条2項）、ここでいう「処分」とは、公権力の主体たる国又は公共団体が法令の規定に基づき行う行為のうち、その行為によって、直接に国民の権利義務を形成し、又はその範囲を確定することが法律上認められているものをいう（最高裁昭和28年（オ）第1362号同30年2月24日第一小法廷判決・民集9巻2号217頁、最高裁昭和37年（オ）第296号同39年10月29日第一小法廷判決・民集18巻8号1809頁参照。）」（原判決38頁、下線は引用者が付加した。）

上記判示の下線部に示された「処分」の定義は、括弧書で引用された最判昭39.10.29（以下「昭和39年判決」という。）によって判示されたものに由来し、下級審裁判例および学説によって繰り返し引用されている（この定義を以下「昭和39年定式」という。）。しかし、筆者の調査によれば、昭和39年判決以降の最高裁判例が昭和39年定式を処分性の判断枠組みの一般論として判示したことはなく、昭和39年判決を引用したことも1回しかない¹⁹。そのため、筆者自身は、昭和39年定式の処分性の判断枠組みとしての一般的な価値には疑問をもっている。

しかし、本件においては、昭和39年定式に依拠するか否かにかかわらず、本件通知に処分性が認められるべきであると考えられる。なぜなら、本件においては、本件通知がその根拠となる法令の仕組みのもとで処分性の一般的な判断枠組みに照らして典型的に処分に当たるかどうかの問題となっているのではなく、本件通知に示された行政庁の意思表示を申請に対する応答としての処分と見るべきか否かという本件事案における意思表示の解釈が問題となっているからである。以下、敷衍する。

¹⁹ 興津征雄「処分性の定式に関する疑問——最高裁昭和39年10月29日判決はリーディングケースか」自治研究98巻2号（2022年）78頁以下、83～84頁。その1回とは、最判平24.2.3平23（行ヒ）18民集66巻2号148頁である。なお、処分性に関する最新の最高裁判例であると思われる最判令4.12.13令3（行ヒ）120（裁判所ウェブサイト）においても、昭和39年判決の引用・昭和39年定式の判示のいずれも見られない。

(2) 本件において解決されるべき問題

昭和 39 年定式によって判断されるべき問題とは、行政機関が法令上または実務上行ったある行為が、行訴法 3 条 2 項の「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」(同項は、ここから同条 3 項に規定する裁決、決定その他の行為を除いたものを「処分」と定義している。)に該当するかどうかの問題である。処分性の有無の問題といえ、通例はこの問題を指す。

処分性の有無の判断は、通例は、当該行為が当該事案における名宛人その他関係者の権利利益にどのような影響を与えたかによって行われるのではなく、当該行為が法令の仕組みの中に位置づけられたものとして、特定の者に対して具体的な法効果を生じるものとして予定されているか否かを解釈することによって行われる。いいかえれば、その判断は、「当該行為についての取消訴訟等が、いつ誰によって提起されるかにかかわらず……行政作用の法的仕組みにてらしての定型的な判断として」²⁰行われる。

それに対して、本件通知が処分に当たるか否かは、そのような定型的な判断により解決されるべき問題ではない。なぜなら、法令の仕組みに照らしての定型的な判断としては、在留資格の変更申請に対する諾否の応答行為が処分性を有すること自体は自明だからである。本件においては、そのことを前提とした上で、在留資格の変更申請である本件申請 2 に対する応答行為としての処分が本件通知によって行われたといえるか、いいかえれば、本件通知が本件申請 2 を拒否する処分に当たるかが争われている。これは本件の具体的事実関係に照らして判断されるべき問題であり、定型的判断としての処分性の判断とは性格を異にする。

(3) あるべき判断枠組み

ア 申請拒否処分の特殊性

それでは、本件通知が処分に当たるか否かは、どのように判断されるべきか。本件通知は本件申請 2 を受けてなされたものであり、処分性が認められるとすれば申請拒否処分の性質を有することになる。そこで、まず、申請を拒否する行為の処分性について一般的な事項を確認しておく。

一般に申請を拒否する行為が処分性を有することは当然に肯定されているが、その理由を理論的に説明することは実は難しい。申請拒否処分は、その前後で、名宛人(申請者)の法的地位を変化させるわけではない(たとえば営業許可申請を拒否する処分の前後で、名宛人(申請者)が適法に営業をすることができない状態に変化はない)ため、昭和 39 年定式にいう「権利義務を形成し、又はその範囲を確定する」法効果が生じているとはいいがたいからである。そのため、申請拒否処分が私人の申請権の行使(すなわち申請)に対する応答

²⁰ 小早川光郎『行政法講義(下Ⅲ)』弘文堂(2007年)254頁。

であることに着目して、次のような説明がされる。

第一に、申請を拒否する行為が処分性を有するには、その名宛人（申請者）が行政庁に対し諾否の応答を処分として求める権利（申請権）を有していることが必要である。このことは、最判昭47.11.16 昭43（行ツ）3民集26-9-1573において明らかにされている。この判決は、独占禁止法45条1項（公正取引委員会に対する独占禁止法違反事実の報告・措置要求を定めた規定）が報告者・要求者に申請権を認めたものではないと解した上で、報告・措置要求について不問に付する旨の公正取引委員会の決定の処分性を否定した。これを反対解釈すれば、処分性を肯定するには申請権の存在が要件になる。

第二に、当該私人が申請権を有することを前提として、行政機関による決定や応答が当該申請に対する諾否の応答として行われたものであることが必要である。たとえば、申請に対して内々に取り下げを求めるような行為は、申請に対する応答ではなく、行政機関による事実上の行為（行政指導）であると解されることが多いであろう²¹。それに対し、申請の内容を審査した結果として、申請により求められた許認可等をしないことを決定し、それを申請者に表示する行為は、申請に対する応答として、処分に当たることになる。

イ 本件の争点

本件についていえば、前記アの第一の要素（申請権の存在）が充足されていることは明らかである。在留資格の変更の申請は、入管法20条2項に基づいて外国人が行う行為であり、申請を受けた法務大臣は、当該申請について許可するかどうかを決定してその旨を当該申請者に通知させることが義務づけられている（同条3項・4項参照）ので、これを申請者たる外国人の地位としていいかえれば、諾否の応答を求める権利としての申請権が入管法に基づいて認められているといえることができる。この点は当事者間において争われておらず、被控訴人も承認するところと思われる。したがって、以下の検討では、この点は前提とする。

それに対し、第二の要素（申請に対する応答）の存否こそが、本件の争点である。原判決も、昭和39年定式を示しつつも、実質的にこの点についての判断を行っているものと解されるので、以下の検討ではこの点に焦点を当てる。

ウ 申請に対する応答の存否

それでは、申請に対する応答があったか否か、ある行為が申請に対する応答の性質を有するか否かは、どのように判断されるべきか。この点は、判例・学説において明示的な議論があるわけではないが、次のように考えることができる。

²¹ このような行為は、行政手続法が適用される場合には同法7条や33条に違反することになりかねないが、行為の性質決定はこれらの規定とは独立になされう。

第一に、行政処分も意思表示²²の一種であることからすると、行政機関によるなんらかの対外的表示行為があったことは当然の前提となる。このことは、行政処分の成立要件として、外部に対する表示が求められていること（最判昭 29.9.28 昭 25（オ）168 民集 8-9-1779）²³からも裏付けられる。なお、処分が「処分庁の内部で判断が形成されていたことによって直ちに成立するものではなく、申請人に対して申請に対する諾否の応答として当該判断の表示がされたときにこれが肯定される」ことは、被控訴人も前提としている（原審被告準備書面（3）6頁）。

第二に、法令により行政処分に一定の方式（書面によることや、一定の事項を必ず記載することなど）が定められている場合（たとえば独占禁止法 61 条 1 項・62 条 1 項など）には、所定の方式を遵守していることも必要であろう。しかし、そのような定めがなければ、行政処分は一般に要式行為ではないと解されており、方式は自由であるのが原則である²⁴。法令上は、処分が口頭で行われる場合すら想定されている（行政手続法 8 条 2 項・14 条 3 項参照）。

第三に、処分の方式が法定されていない場合には、行政機関が行った表示行為が処分（本件に即していえば申請に対する応答）に当たるか否かは、当該表示行為の合理的解釈により判断されるべきである。その際の解釈準則として、民法における法律行為（意思表示）の解釈と同様に、表示主義と意思主義の対抗を観念することができる²⁵。行政機関による意思表示が処分を構成する場合には、それにより名宛人の法律関係を規律する法効果を生じるので、名宛人の予測可能性を保障するために、それが処分に当たるか否か、当たるとしてその内容が何かは、原則として表示のみによって明らかにされる必要がある²⁶。したがって、表示主義が妥当すると考えるべきである²⁷。前掲最判昭 29.9.28 も、「表示行為が当該行政機関

²² いわゆる準法律行為的行政行為においては、表示されるのは行政機関の意思ではなく判断や認識であるが、本件ではその区別が問題となるわけではないので、判断や認識の表示を含めて「意思表示」と表記している。

²³ 小早川・前掲注（2）282 頁。

²⁴ 小早川・前掲注（2）282 頁。

²⁵ 小早川光郎＝青柳馨編『論点体系 判例行政法 1』第一法規（2017 年）189 頁〔薄井一成〕。

²⁶ 表示がそもそも不明確であり、その内容の特定が難しい場合がある。この場合には、表示を解釈するために、周辺の情報を補助的に考慮することが許されることはあるだろう。しかし、それにも自ずと限度はあり、内容が不特定な処分は無効と解されている（美濃部達吉『日本行政法（上）』有斐閣（1936 年）296～297 頁、藤田宙靖『行政法総論』青林書院（2013 年）262 頁―ただし同書新版（2020 年）には対応する記述がない）。この点については、興津征雄「排除措置命令等の内容の特定と理由付記（山陽マルナカ審決取消訴訟）」新・判例解説 Watch 29 号（2021 年）255 頁以下も参照。

²⁷ 田中二郎『新版 行政法（上）〔全訂第 2 版〕』弘文堂（1974 年）145 頁、小早川＝青柳編・前

の内部的意思決定と相違していても表示行為が正当な権限ある者によつてなされたものである限り、……該書面に表示されているとおりの行政行為があつたものと認めなければならない」と判示しており、表示主義を採るものと解される²⁸。

3 本件通知についての検討

(1) 当てはめ

以上を踏まえて、本件通知が処分に当たるか否かを検討する。前記2(3)イで述べたとおり、本件において控訴人Aが在留資格の変更許可を求める申請権を有していることは前提とすることができる。その申請権の行使として本件申請2が行われていることは原判決が認定するとおりである(原判決7頁)。したがって、争点は、本件通知が、本件申請2に対する応答としての処分の性質を有するか否かである。この点を、前記2(3)ウに示した判断枠組みに従って検討する。

第一に、本件通知が対外的表示行為であることは明らかである。

第二に、在留資格の変更申請に対する応答は要式行為であるか。入管法20条4項各号は、在留資格の変更を許可する場合の通知についてはその方式を規定しているが、これを不許可とする場合の方式については、入管法にもその委任を受けた命令にも規定がない²⁹。したがって、在留資格の変更申請に対する不許可(拒否)の応答は要式行為ではないと解すべきである。ゆえに、本件通知が特定の方式を伴っていないことをもって、これが処分に当たらないとすることはできない。

掲注(25)190頁[薄井]。

²⁸ 本文に掲げた前掲最判昭29.9.28は、内部的には「許可しない」という方針が決定されたにもかかわらず、誤って許可書が交付されたという事案であり、判決は、本文に引用した一般論に基づいて、許可書に表示されたとおりの許可処分が成立するとした。それに対し、行政庁が実際には許可する意思がなかったにもかかわらず、別の目的で許可処分があったかのような状況を作成するために、許可書の写しを名宛人に交付した事例(名宛人も事情を了解していた)で、許可処分は成立していないとした判例もある(最判昭57.7.15昭53(行ツ)21民集36-6-1146)。両者は一見したところ矛盾しているようにも思えるが、前者は名宛人の保護が必要なケースであるのに対し、後者は名宛人が事情を了解していたケースなので、事案の違いが結論を分けたと考えることができる(宇賀克也『行政法概説I 行政法総論〔第7版〕』有斐閣(2020年)389~390頁)。したがって、判例は原則として表示主義を採るものと解される。

²⁹ 「入国・在留審査要領」(甲33-2)41頁には、「地方局等又は出張所の長は、在留資格変更許可申請又は在留期間更新許可申請に対し、不許可の決定を行ったとき又は請訓若しくは進達の結果不許可とすべき旨の回訓若しくは通知を受けたときは、速やかに不許可通知書(別記第11号様式)を作成した上、申請人の出頭を求めて交付し、又は郵送する。」とし、別記第11号様式(甲34)を定めている。しかし、「入国・在留審査要領」は行政内部規定(行政規則)であって法令ではなく、これをもって在留資格変更不許可処分を要式行為と解することはできない。

第三に、本件通知の表示（記載）の合理的解釈により、本件通知に本件申請2を拒否する行政庁の意思が表示されているといえるか。この点につき、原判決は次の事実を認定している。

「証拠（甲27、乙5、6）によれば、本件通知には、「あなたから申請のあった在留資格変更許可申請（2019年6月20日付け申請番号東永C-5607号）については、①審査の結果、下記理由により申請どおりの内容では許可できませんが、②申請内容を出国準備を目的とする申請に変更するのであれば、別紙の申出書を提出して下さい。」という記載がされていること、原告Aは、本件通知に添付された別記第30号の3様式による申請内容変更申出書の用紙を用いて、「出入国管理及び難民認定法施行規則第21条の3又は第21条の4の規定に基づき、次のとおり申請内容の変更を申し出ます。」「2019年6月20日に行った申請番号東永C5607については、申請の内容を『出国準備を目的とする在留期間の更新申請』に変更したく、申し出ます。」との記載のある本件変更申出書に署名をした上、これを東京入管局長に提出したこと、これを受けて、東京入管局長は、原告Aに対し、本件変更申出書に基づき在留資格を「出国準備」、在留期間を「89日」とする旨の在留期間の更新を許可したことが認められる。」（原判決38～39頁、①②の番号および下線は引用者が付加した。）

ここに示された本件通知の文言、とりわけ下線部①においては、本件申請2について、「審査の結果」、「申請どおりの内容では許可でき」ないことが、明確に表示されている。つまり、この表示（記載）を文字通りに読むならば、本件申請2について申請された在留資格の変更を許可しないことを東京入管局長において決定し、その意思を申請に対する「否」の応答として控訴人Aに表示したことが明らかである。したがって、本件通知は、本件申請2を拒否する処分当たるというべきである。

被控訴人は、この点につき、「本件通知書の記載等を全体としてみた場合、本件通知書の趣旨は、飽くまで原告Aにおいて本件申請の内容を変更する申請内容変更申出書の提出の意思の有無を明らかにするよう求めるものであり、本件通知により、原告Aの本件申請2に対する諾否の応答として、不許可処分決定の意思を表示したものでないことは明らかである」と主張する（原審被告準備書面（3）7頁）。しかし、「本件通知書の記載等を全体として」見るとどうしてこのようにいえるのか、根拠が不明である。本件通知には、確かに「原告Aにおいて本件申請の内容を変更する申請内容変更申出書の提出の意思の有無を明らかにするよう求める」表示（記載）を含んではいる（下線部②）ものの、同時に下線部①において、本件申請2に対して許可することができない旨の意思が明確に表示されている。これは「原告Aの本件申請2に対する諾否の応答として、不許可処分決定の意思を表示したも」にほかならない。なお、下線部②の位置づけについては、後記（2）オでも述べる。

(2) 原判決の問題点

それに反し、原判決は、本件通知が処分に当たらないと判示している。そこで、原判決の問題点を指摘しておく。

ア 原判決の判示

原判決は、本件通知が処分に当たらないと判断するにあたり、前記(1)に引用した事実認定に続けて、次のように判示している。

「上記認定した事実によれば、㉑本件通知には、本件申請2に対して不許可の「処分」をした旨の明示的な記載はなく、本件申請2について許可ができない理由が記載されているものの、㉒行訴法46条1項所定の教示事項が記載されているものではない。他方で、本件においては、本件申請2に対する東京入管局長の最終的な判断が示される前に、㉓原告Aが提出した本件変更申出書によって、その申請内容が「定住者」を目的とする在留資格の変更の申請から「出国準備を目的とする在留期間の更新申請」に変更され、これを前提として一連の手続が進められたと認めることができる。

㉔本件通知は、原告Aに対し、①本件申請2に対する不許可とする見込みとその理由を付記して伝えるとともに、②本件申請2の内容を「出国準備」を目的とする申請内容に変更することを希望するのであれば、申請の内容を変更することにより許可される見込みであることを伝えることで、原告Aの便宜を考慮して本件変更申出を促したにとどまり、㉕東京入管局長が本件申請2に対する最終的な判断としての「処分」を行い、これを告知したものではないと解するのが合理的である。」(原判決39頁、㉑～㉕の記号および下線は引用者が付加した。)

この判示の問題点を、以下、下線部㉑～㉕に分けて、順に述べる。

イ 下線部㉑について

下線部㉑は、「本件通知には、本件申請2に対して不許可の「処分」をした旨の明示的な記載」がないことを指摘する。しかし、前記(1)に示したとおり、在留資格の変更申請に対する拒否処分は要式行為ではないから、「処分」をした旨の明示的な記載がなかったとしても、その表示の合理的解釈により処分をした旨の行政庁の意思が読み取れれば、それを処分と認定することの妨げにはならない。そして、前記(1)で述べたとおり、本件通知の下線部㉑において本件申請2を拒否する東京入管局長の意思が明確に表示されているから、下線部㉑の指摘は、本件通知が処分に当たらないと解する根拠にはならない。

ウ 下線部㉒について

下線部㉒は、本件通知には「行訴法46条1項所定の教示事項が記載されているものでは

ない」と指摘する。しかし、行訴法 46 条 1 項の教示事項は、処分が存在し、その処分が書面で行われる場合に、行政庁に記載が義務づけられるものである。行政庁が教示義務を怠ったからといって、処分であるはずのものが処分でなくなるわけではない。原判決が教示事項の記載がないことをもって処分性を否定する趣旨だとすれば、本末転倒であるといわざるをえない。

エ 下線部㉔について

下線部㉔は、本件通知後に、控訴人 A が申請内容を変更したことを「前提として一連の手続が進められた」ことを指摘する。これは、本件通知の後も本件申請 2 が存続しているものと扱われているため、ひるがえって本件通知は本件申請 2 に対する拒否処分に当たらないことを述べようとしていると解される。本件通知が本件申請 2 に対する拒否処分に当たるとすれば、本件申請 2 は当該拒否処分を受けたことをもって役割を果たし終え消滅するから、本件申請 2 の変更を前提とするその後の手続が行われるはずはないという推論に基づく判示であろう。

しかし、それはあくまでも当事者（とりわけ東京入管の職員）の主観的な認識としてそのような理解のもとで手続が進められたという事実の指摘あるいは推測にすぎず、本件通知の客観的な解釈としてそれが拒否処分に当たることを否定する論拠とはならない。くり返し述べているとおり、本件通知が処分に当たるか否かは、本件通知の表示（記載）に基づいて判断されるべきであり、入管の職員の主観的な認識、しかも本件通知後の手続に関するものを、考慮に入れるべきではない。

それでは、本件通知が本件申請 2 に対する拒否処分に当たるという前提に立つ場合、本件変更申出やその後の手続はどのように説明されるのだろうか。本件通知が本件申請 2 に対する拒否処分であるとすれば、上に述べたとおり本件申請 2 は消滅する。したがって、本件変更申出書による申請内容の変更はすでに存在していない本件申請 2 を対象とするものとしては法的に無意味である。そこで、本件変更申出書は、既存の申請を変更するものではなく、新たに「出国準備を目的とする在留期間の更新申請」を行う控訴人 A の申請意思を表示するものと解するのが合理的であろう。下線部㉔が指摘する一連の手続経緯は、このように新たな申請がなされたことを前提として理解することができるので、本件通知において本件申請 2 に対する拒否処分がなされたことと解することの妨げにはならない。

なお、このように理解すると、東京入管局長は、本件通知の下線部㉑で本件申請 2 に対する拒否処分を行いながら、下線部㉒で本件申請 2 の申請内容の変更をも促すという矛盾した挙動を行っていることになるが、これは入管実務が拒否処分の成立に無頓着であったことに由来するものであり、下線部㉒は誤った法理解に基づくものと解するほかない。いずれにしても、本件通知の下線部㉒は控訴人 A に対する事実上の情報提供または行政指導にすぎず、下線部㉑における拒否処分の成立を妨げるものではない。

オ 下線部①について

下線部①は、本件通知が不許可の「見込み」の伝達（①）および本件変更申出の「促し」（②）を行ったものにすぎないことを指摘する。以下、①および②に分けて述べる。

①について。本件通知が不許可の「見込み」の伝達にすぎないなどとは、本件通知のどこにも表示（記載）されておらず、原判決もそのように解しうる根拠を示していないので、どうしてそのように断定できるのか、理解に苦しむ。何度もくり返すとおり、行政機関の意思表示の解釈は、表示（記載）に基づいて行われるべきである。①は原判決の臆断にすぎないといわざるをえない。

②について。本件変更申出の「促し」は、確かに本件通知に表示（記載）されている（下線部②）。しかし、本件通知のうち下線部①をもって本件申請2に対する拒否処分はすでに成立している。それに続く下線部②は、補足的に付加されたものにすぎず、下線部②の存在をもって、下線部①の明確な意味を覆す解釈は、本末転倒の解釈であって、合理的とはいえない。

なお、このように解すると、本件申請2はそれに対する拒否処分の成立により消滅するから、本件申請2の存続を前提とする下線部②は法的に無意味な記述となる。しかし、前記エで指摘したとおり、下線部②は入管実務の誤った法理解に基づくものである。これを法的に意味のあるものとして善解すれば、下線部②は、新たに「出国準備を目的とする在留期間の更新申請」を行うことができる旨の控訴人Aに対する事実上の情報提供またはそのような更新申請を勧奨する行政指導に当たると解することになる。いずれにしても、下線部①における拒否処分の成立を妨げるものではない。

カ 下線部③について

下線部③は、本件通知が本件申請2に対する最終的な判断としての「処分」ではないことを指摘する。しかし、この指摘は、本件通知の明確な文言に反する。本件通知は、下線部①において、「審査の結果」、本件申請2に対する許可ができないと言っているのであり、申請の審査はすでに終了してその「結果」が出たことを自ら明言している。したがって、これは本件申請2に対する最終的な判断であると解される。

本件通知が本件申請2に対する最終的な判断ではないとする原判決の判示は、「原告Aに対し、出国準備を目的とする在留資格変更許可申請に変更する意思の有無を確認し、仮に、原告Aが申請内容変更申出書を提出しない場合には、不許可処分を行うこととし、不許可処分通知書を作成することになる」という被控訴人の主張（原審被告準備書面（3）8頁）を暗黙の前提としているようにも思われる。しかし、この主張は、本件通知が本件申請2に対する拒否処分ではないという被控訴人の主観的認識を前提としたものである。前記（1）および（2）イで述べたとおり、在留資格の変更申請に対する拒否処分は要式行為ではないから、本件通知が「不許可処分通知書」という体裁をとっていなかったとしても、その客観的解釈により処分に当たると判断することに支障はない。また、申請者が「申請内容変更申

出書を提出しない場合には、不許可処分を行う」という手続は、被控訴人が実務上そのような手続をとっているだけのことであり、法令上そのような手続が定められているわけではない。したがって、上記被控訴人の主張は、本件通知が本件申請2に対する最終的な判断ではないと解する根拠にはならない。

4 結論

以上を要するに、本件通知を客観的・合理的に解釈すれば、本件通知には本件申請2を許可することができないという東京入管局長の意思が表示されており、本件通知は本件申請2に対する拒否処分に当たると解するのが相当である³⁰。仮に東京入管局長の内心の意思（内部的意思決定）がこれとは異なるとしても、前記2（3）ウで述べたとおり、行政機関による表示の解釈は表示されたとおりに行うべきであるから、そのことは拒否処分の成立を否定する理由にはならない。本件通知に「処分」という文言が用いられておらず、また実務上用いられている不許可処分通知書とは異なる書式であったとしても、法令上特定の方式が定められていない処分は要式行為ではないと解すべきであるから、そのことも拒否処分の成立を否定する理由にはならない。

³⁰ 名古屋地判平 17.2.17 平 16（行ウ）11 判タ 1209-101 は、在留期間更新申請に対する不更新通知（在留資格変更申請との違いを除けば、本件通知とほぼ同じ内容の記載がされている）が処分に当たると判断したが、その理由として次のように述べた。「しかしながら、本件不更新通知は、原告のした本件更新申請に対応したものであると考えられること、その作成主体は被告であって、[入管]法 21 条 3 項の処分を行う権限を有していること（69 条の 2、[入管法施行]規則 61 条の 2 第 7 号）、上記申請を許可できない旨の判断とその理由が確定的に示されていることなどを考慮すると、客観的、実質的には本件更新に対する不許可処分とみることができ、したがって、上記の行政処分性を肯認するのが相当である。」筆者は、名古屋地裁のこの判示に賛同するものであり、本意見書第 3 はこの判示を理論的に敷衍して根拠づけたものといえる。