

行政法Ⅱ [第六版]

行政救済法

塩野 宏著



有斐閣

〈著者紹介〉

塩野 宏 (しおの・ひろし)

東京大学名誉教授

〔主要著書〕

オットー・マイヤー行政法学の構造 (行政法研究1巻)

(有斐閣, 1962年)

公法と私法 (行政法研究2巻) (1989年)

行政過程とその統制 (行政法研究3巻) (1989年)

国と地方公共団体 (行政法研究4巻) (1990年)

行政組織法の諸問題 (行政法研究5巻) (1991年)

放送法制の課題 (行政法研究6巻) (1989年)

法治主義の諸相 (行政法研究7巻) (2001年)

行政法概念の諸相 (行政法研究8巻) (2011年)

国土開発 (現代法学全集) (筑摩書房, 1976年)

行政法Ⅰ [第六版] (有斐閣, 2015年)

行政法Ⅲ [第四版] (有斐閣, 2012年)

条解行政手続法 [共著] (弘文堂, 2000年)

行政法Ⅱ [第六版] 行政救済法

1991年10月10日 第1版第1刷発行
1994年3月20日 第2版第1刷発行
2004年3月30日 第3版第1刷発行
2005年7月10日 第4版第1刷発行
2010年4月5日 第5版第1刷発行
2013年3月15日 第5版補訂版第1刷発行
2019年4月30日 第6版第1刷発行

著 者 者 塩 野 宏

発 行 者 江 草 貞 治

発 行 所 株式 有 斐 閣

郵便番号 101-0051

東京都千代田区神田神保町 2-17

電話 (03)3264-1314 [編集]

(03)3265-6811 [営業]

<http://www.yuhikaku.co.jp/>

印 刷 精文堂印刷株式会社

製 本 大口製本印刷株式会社

©2019, 塩野宏. Printed in Japan

落丁・乱丁本はお取替いたします。

★定価はカバーに表示しております。

ISBN 978-4-641-22771-2

JCOPY 本書の無断複写(コピー)は、著作権法上での例外を除き、禁じられています。複写される場合は、そのつど事前に(一社)出版者著作権管理機構(電話03-5244-5088, FAX03-5244-5089, e-mail:info@jcopy.or.jp)の許諾を得てください。

三 不服申立前置

明治憲法時代においては訴訟の提起前に訴願をしなければならないものとされていた（行政裁判法一七条）。これを訴願前置主義という。行政事件訴訟特例法もその原則に立つたが、その取扱いが行政事件訴訟法制定の際に問題となり、訴願前置主義が実質的に救済の妨げになっていることが主張され、その廃止が改正理由の一つとなった。その結果、行政事件訴訟法は行政不服審査法等の行政上の不服申立てをするか、それをしないで直ちに訴訟をするか、さらに両者を同時に行うかは当事者の選択にまかせるという自由選択主義をとった。もともと、その例外があることは行政事件訴訟法も予期しているところであって（八条一項。この点は、従前どおりである）、特別の法律で、行政上の不服申立前置をとっている例が少なからず残されていたところ、行政不服審査法改正の過程でこの点が問題となり、行政救済制度検討チームがその大幅な削減を提言した。さらに、「行政不服審査制度の見直し方針」においても、前置主義の要件として、大量性、第三者機関の関与、専門技術性に照らして見直しを行うこととし、結局、行政不服審査法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律として、不服申立前置の大幅な削減の実現を見たという経緯がある。現在前置主義をとっているものとして、大量的に行われる処分であって行政の統一を図る必要があるもの（国税通則法一一五条）、専門技術的な性質を有する処分（じん肺法二〇条）、審査請求に関する裁決が第三者機関によってされることになっているもの（労働者災害補償保険法四〇条）などがある。

不服申立前置を果たしたとは、適法な不服審査を経たことをいう。したがって、審査請求が不適法却下されたときには、審査請求を前置したことはならない。これに対して、適法な審査請求をしたにもかかわらず、審査庁が不適法却下した場合には、行政庁としては再度の考慮の機会が与えられていながらそれを適切に行使しなかったのであるから、この場合には審査請求を経たものとして扱うのが合理的である（最判昭和三六・七・二二民集一五卷七

号一九六六頁、行政判例百選Ⅱ一八四事件）。

不服申立前置の強制が適切でないときには、その要件は緩和されることが望ましい。行政事件訴訟法は、これを「審査請求があつた日から三箇月を経過しても裁決がないとき」、「処分、処分の執行又は手続の続行により生ずる著しい損害を避けるため緊急の必要があるとき」、「その他裁決を経ないことにつき正当な理由があるとき」とした（八条二項一号・三号）。例としては、建築確認処分に対し審査請求をしてもその裁決期間内に当該建築が完成されることが予想され、かつ、行政当局関係者が適法との見解を堅持しているような場合がある（二号・三号該当、横浜地判昭和四〇・八・一六行裁例集一六卷八号一四五一頁）。更正処分に対する所定の不服申立手続をすでに經由し、当該出訴期間内であつたその出訴前に再更正処分がなされたときは、再更正処分につき不服申立手続を経由しなくともよい（三号該当。佐賀地判昭和五〇・四・二五行裁例集二六卷四号六二五頁）。出訴をした時点では三か月を経過していないので訴えは不適法であるが、その後三か月を経過した時点で瑕疵は治癒するとされた事例もある（大阪地判平成二三・一〇・一二判例時報一七七六号三頁）。

四 処分性

(1) 概念

ここで処分性とは、ある行政の行為が行政事件訴訟法三条に定める行政庁の処分その他公権力の行使に当たることとをいう。これに当たらないときは訴えは却下される。取消訴訟の対象ともいわれる。取消訴訟とは、もともと、行政処分の法効果を消滅させるために作られた制度であるので、これに当たらない行為は取消訴訟を利用することができないわけである。

次の点に注意する必要がある。すなわち、行政事件訴訟法は公権力について特段の規定を置いておらず、その存在を前提している。この点は改正法の下でも異ならない。その際、行政行為の権力性の中に公定力を含めて考える（田中・行政法上巻三〇五頁）、権力的行為については取消訴訟が適用されるという命題と、取消訴訟が適用される行為は権力的であるという命題が循環してしまふのである（参照、本書一五六頁、塩野宏「行政における権力性」〔一九八三年〕塩野・公法と私法二五一頁以下、二七九頁、阿部・訴訟改革論二九頁以下）。改正法は、処分性にかかる処分および裁決の取消しを求める訴えの定義規定に変更を加えていないので（三条二項・三項）、このような問題は、現行法においても存在している。

この循環を回避するためには、行政事件訴訟法上の公権力は取消訴訟制度適用の結果としての権力性（公定力・不可争力）とは別のものであると解することになる。この点については、かねて、処分性に関するリーディング・ケースとされてきた最高裁判所昭和三十九年一〇月二九日判決（民集一八巻八号一八〇九頁、行政判例百選Ⅱ一四八事件、行政事件訴訟特例法時代の判決であるが、行政事件訴訟法の下でも妥当するものである）に改めて注目する必要がある。裁判所は次のように処分を定式化している。「行政事件訴訟特例法一条にいう行政庁の処分とは、……行政庁の法令に基づく行為のすべてを意味するものではなく、公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているものをいう……」。そして、かかる行政庁の行為は、公共の福祉の維持、増進のために、法の内容を実現することを目的とし、正当の権限ある行政庁により、法に準拠してなされるもので、社会公共の福祉に極めて関係の深い事柄であるから、……行政庁の右のような行為は仮りに違法なものであっても、それが正当な権限を有する機関によって取り消されるまでは、一応適法性の推定を受け有効として取り扱われるものであることを認め、これによって権利、利益を侵害さ

れた者の救済については、通常の民事訴訟の方法によることなく、特別の規定によるべきこととしたのである」。

ここで裁判所は二つの異なった次元の問題を取り上げている。一つは、行政事件訴訟特例法一条（現行法では行政事件訴訟法三条二項）の行政庁の処分とは何かに対する解答文であり（前半部分）、いま一つは、この行政処分の法効果を否定するには、法は民事訴訟ではない特別の規定（取消訴訟）を用意しているという説明文である。これを行政行為の効力論との関係でいえば、前者は行政行為の規律力に、後者は行政行為の公定力に対応する（本書一五五頁以下、一五九頁以下、塩野宏「行政事件訴訟法改正論議管見」〔一九九六年〕塩野・法治主義の諸相三二一頁参照）。したがって、最高裁判所の判示するところは、法にいう行政庁の処分とは、規律力を有する行政の行為ということであり、それ以上ではない。それ以上ではないという意味の一つは、この判決が、取消訴訟を公定力排除訴訟と規定していると読むことは困難であることである。さらに二つめには、具体的にはそれでは何をもって処分たる資格をもつとされる規律力を有する行為かという点に関する。すなわち、行政主体の法行為においてもそれ自体規律力を有する民法上の行為も存するのであって（水道供給契約の解除、国有財産の無権限占拠者に対する排除の請求等）、これら民法上の行為との区別がなされねばならない。この点について、最高裁判所判決は「公権力の主体たる国または公共団体」という以上には手がかりを提示していない。仮に一応定式に該当するとしても、当然に処分性を有することになるのかどうか、逆に、定式には形式的には該当しなくとも、救済の見地から、取消訴訟を活用することがあるのかどうか問題となる。そこで、規律力を有する行政の行為の範囲の確定を中心とした処分性の具体化作業が解釈論上、必要となる（処分性の観念につき、「規律」を中核として整理を試みるものとして、参照、宮田・訴訟法七〇頁以下）。なお、処分性に関しては、改正法は、直接には触れるところがない。ただ、改正法の趣旨である「国民の権利利益のより実効的な救済」の理念、義務付け訴訟、差止訴訟の法定、確認訴訟の明記等が、処分性の

解釈にあまり影響を及ぼすものかどうか、とりわけ判例の動向が注目されるところである。

以下、主として最高裁判所の判例に現れたところを中心として、処分性の認定基準を類型的に考察してみよう（改正法前後の近時の判例の動向を分析したものとして、山本隆司・判例から探究する行政法（二〇一二年）三二二頁以下が参考になる）。また、処分性に関する判例の拡大の傾向には同調するも、その判定基準等に関しては学説は多様な展開を示している（交告尚史「行政庁の処分と行政過程」現代行政法講座Ⅱ一頁以下に詳細な分析がある）。

(2) 定型的処分

行政の決定の中には、最高裁判所の定式が当然に当てはまるものとして処分性が承認されているものがある。

それは規制行政にかかる命令と強制であつて、これは、一般私人間にはみられない行政活動としてその特殊性が当然のこととされるからである。その際の特徴は、行為の一方的規律と担保力（違反行為に対する罰則、実力の行使）にみられる。

もつとも、現在、わが国では、明治憲法時代と異なり、包括的な行政上の強制執行制度がないので（本書一四四頁以下）、当該命令（特に不作為の場合）につき行政上の強制執行が不能であるからといって、当然に命令の処分性が否定されることにはならない。命令によつて相手方に義務が生じたかどうかは、当該根拠法令の仕組み等から総合的に判断する以外にはない場合もある（参照、本書一四七頁以下）。

そのほかにも一般に処分性が認められているものとして、規制行政における許可、免許（取消し・撤回を含む）等の行為がある。この場合には、申請・許可という双方向性がみられるが、許可制あるいは免許制においては、法律はその対象となる行為をすることを禁止し（違反には罰則が科される）、申請が法定の要件を充足したと行政庁が認定した上で、許可等の行為を行うという特別の仕組みをとっていることから、これらの行為が行政庁の処分であ

ることが疑われていない（本書一四四頁参照）。認可もこれを欠く行為は法効果を発生しないという特別の法的仕組みがとられていることから、異論なく行政庁の処分として取り扱われている。したがって、これらの場合には、行為自体というよりは、制度実効性の担保の仕方に着目されている。

行政事件訴訟法（三条）に定める処分の中に事実行為としての公権力行使が含まれ、定型的行為としては、行政代執行、直接強制、即時執行（即時強制）が挙げられる（行政事件訴訟法（昭和三十七年法）制定関係者の説明。杉本・解説二二頁以下。上記の概念につき本書一五五頁、二六〇頁、二七七頁参照）。上記の例以外に検討が必要な事実行為を含めて、事実行為を巡る諸論点については、後出(10)事実行為（物理的行為）で取り上げる。

(3) 定型的非処分

だれがみても処分性を認められるいわば直観的な行政処分の対極に、定型的非処分とみられる分野がある。土地の任意買収、物品の購入行為など、民法の行為形式によつて行政の活動がそうである（国有財産の払下げにつき、参照、最判昭和三五・七・一二民集一四卷九号一七四四頁、行政判例百選Ⅱ一四六事件）。また、具体性の点からすると法規命令も定型的非処分といえることができる（なお条例につき後出(7)一般的行為参照）。

これら、定型的処分、定型的非処分に当たらない行政の行為の処分性をどのように考えるかが、解釈論の重要な課題となる。

(4) 内部行為

最高裁判所の定式からすると、国民との間に直接の権利変動を生ぜしめない行為は処分ではない。したがって、建築許可に際してなされる消防長の同意（拒否）は行政機関相互間の行為であるので、処分ではないとされる（最判昭和三四・一・二九民集一三卷一号三三頁、行政判例百選Ⅱ二〇事件。同じく、内部行為論に依拠するものとして、最判

昭和五三・一二・八民集三三卷九号一六一七頁、行政判例百選Ⅱ二事件がある。また、通達も処分性を有しない（最判昭和四三・一二・二四民集二二卷一三三三・一四七頁、行政判例百選Ⅰ五五事件）。

(5) 部分的秩序の行為

部分的秩序の行為であっても、それが市民法的秩序と直接の関係を有するものであるときは（たとえば、学生の退学処分）、司法審査の対象となるが、しからざる場合は、訴えは却下される（国立大学における単位授与行為につき、参照、最判昭和五二・三・一五民集三三卷二二三四頁、行政判例百選Ⅱ一四五事件。部分的秩序については、本書Ⅰ三九頁以下参照）。その際、当該行為に処分性が認められることについては、特別権力関係論による限りは特段の説明をする必要がないが、国公立の学校（独立行政法人である場合を除く）の学生に対する行為、公務員に対する行為については、不服申立ての規定が参照される（行政不服審査法七条一項八号、国家公務員法九〇条・九二条の二）。

(6) 法律行為代替的行為

ここで、法律行為代替的行為とは、民事法上の法律行為によることも可能な行政活動に関し、行政処分方式が用いられている場合を指す。

給付行政の分野では、法律関係の形成の行為形式については契約方式の推定が働く（本書Ⅰ二二頁）。しかし、当該法律の仕組みを手掛りにして、処分性が認められることがある。

最高裁判所がときに着目しているのが、行政上の不服申立ての途を法律が開いていることである。つまりそのことによって、当該行為を行政庁の処分として取り扱うことを法律が選択したものというわけである（最大判昭和四五・七・一五民集二四卷七号七七頁、行政判例百選Ⅱ一四七事件は、供託官の却下行為につき特別の不服審査手続が設けられていることを一つの根拠として、右却下の処分性を認めた。これに対して農地法八〇条に基づく政府保有農地の売却行

為について、最大判昭和四六・一・二〇民集二五卷一号一頁は、法八〇条の土地売却については不服申立方法が認められていないことを処分性否定の一事由としてあげている）。

給付行政において、処分性が認められる要素として、行政争訟のルートが法定されているものに、社会保険関係（国家公務員共済組合法四一条・一〇三条、健康保険法一八九条）がある。

給付行政の領域において契約に替えて行政行為が用いられていることの認定に際して、判例は行政上の不服申立制度の法定だけに頼っているわけではない。国の補助金に関しては補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律の趣旨、全体の構成から交付決定の処分性が導き出されているし（東京高判昭和五五・七・二八行裁例集三一巻七号一五五八頁）、地方公共団体の補助金については、具体の条例、同施行規則、行政実務を総合して処分性が認定されている（札幌高判昭和四四・四・一七行裁例集二〇巻四号四五九頁。なお、参照、塩野宏「補助金交付決定をめぐる若干の問題点」（一九九〇年）塩野・法治主義の諸相一八七頁以下）。さらに、労働基準監督署長が労働者災害補償保険法（平成一一年法律一六〇号改正前）二三条に基づいて行う労災就学援助費の支給に関する決定につき、最高裁判所平成一五年九月四日判決（判例時報一八四一号八九頁、行政判例百選Ⅱ一五七事件）は、労働省令（労働者災害補償保険法施行規則）、労働省労働基準局長通達（「労災就学援助費の支給について」昭和四五年）の定めるところを検討した上で、被災労働者等は、「所定の支給要件を具備するときは所定額の労災就学援助費の支給を受けることができる」という抽象的な地位を与えられているが、具体的に支給を受けるためには、労働基準監督署長に申請し、所定の支給要件を具備していることの確認を受けなければならず、労働基準監督署長の支給決定によって初めて具体的な労災就学援助費の支給請求権を取得するものといわなければならない」として、支給（不支給）決定の処分性を昭和三九年の前記最高裁判所判決（前出一〇四頁）の定式に則って認めている。検討の素材とする下位の一連の規定から、

最高裁判所が逆算して法的仕組みを認定判断していることについては問題が残るところであるが、規律力に着目している点では処分性認定の基本的枠組みの上に立った判決とみることができる。

これらの行為は、それ自体としては命令と強制という意味における権力性をもつものではない。むしろその権力は、処分性を認めた結果としての公定力、不可争力にみられるのである。その意味で、これらの決定が権力的だから処分性が認められるのではなく、法律が取消訴訟の排他的管轄に服せしめているが故に権力性が与えられるということになる。取消訴訟の排他的管轄に服させることが適切なものとしては、命令と強制に限定されるわけではなく、命令・強制という意味での権力の付与が立法者の権限であるとすれば、規律力を有する行政の特定の行為に公定力、不可争力という意味での公権力性を与えることも立法者に認められよう。

(7) 一般的行為

法律・法規命令・条例・地方公共団体の長の規則の制定は、規範の定立という意味において規律力を有する行為である。しかし、通常の場合は法律・条例等は、一般的抽象的権利義務を定めるものであって、これによって行政主体と私人との間に個別具体の権利変動が生ずるものではないというので、これらについては処分性が否定される。別荘の住人に住民とは異なる水道料金を課す改正水道条例につき、最高裁判所は、当該条例（別表）が「限られた特定の者に対してのみ適用されるものではない」ことから、処分性を否定した（最判平成一八・七・一四民集六〇卷六号二三六九頁、行政判例百選Ⅱ一五五事件、自治判例百選一六事件）。一方、裁判所は当該条例の地方自治法二四四条三項違反を理由に民事訴訟として支払い済みの料金相当額の返還訴訟につき認容しており、実質的には原告の救済は認められたわけで、事案の処理としては適切である。ただ、取消判決と異なり判決の第三者効、拘束力は認められないので、自主的に条例の改正を行うという実務的対応が予測されるとしても（本件につき措置が採られている。

野呂・後掲論文注15）、このような処理に理論的限界はある（本判決の方向性を支持する見解として、野呂充「旧高根町簡易水道事業給水条例事件最高裁判決の意義」滝井追悼三〇八頁以下、三一六頁がある。多数にわたる関連文献についても同論文参照）。これに対して最高裁判所平成二一年一月二六日判決（民集六三卷九号二二四頁、行政判例百選Ⅱ二〇四事件）は、公立保育園廃止条例の取消訴訟において、条例の制定は一般的には抗告訴訟の対象となる行政処分ではないとしつつも、当該条例は「保育所の廃止のみを内容とするものであって、他に行政庁の処分を待つことなく、その施行により各保育所廃止の効果を発生させ、当該保育所に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、当該保育所において保育を受けることを期待し得る上記の法的地位を奪う結果を生じさせるものであるから、その制定行為は、行政庁の処分と実質的に同視し得る」として、廃止条例の処分性を認めた。この二つの最高裁判所判決は、処分性についての判断は異なるが、事案に即した実効的権利利益の救済という面では、共通するものがある。

告示についても同様である（参照、医療費の職権告示につき、東京地決昭和四〇・四・二二行裁例集一六卷四号七〇八頁、道路指定の告示につき、後出の最高裁判所平成一四年判決）。

行政決定の形式的な名宛人がないからといって当然に処分性が否定されるわけではない。具体的な物に着目した規律、たとえば道路区域決定、道路供用開始行為（廃止行為）、保安林指定行為（指定解除行為）、道路通行禁止行為等は、形式的意味では名宛人がないが、これらの行為によって、いかなる法効果が生ずるかとは個別の検討が必要である（いわゆる長沼ナイキ基地訴訟（最判昭和五七・九・九民集三六卷九号一六七九頁、行政判例百選Ⅱ一七七事件）においては保安林指定、同解除は処分であることが当然の前提とされている。もっとも、最判昭和四〇・一一・一九判例時報四三〇号二四頁は禁猟区の設定行為を処分ではないとしている。道路区域決定に処分性を認めるが廃止処分にはこれを否定す

るものとして、東京高判昭和四二・七・二六行裁例集一八巻七号一〇六四頁参照。建築基準法四二条二項に定めるみなし道路の一括指定にも処分性が認められた——最判平成一四・一・一七民集五六巻一号一頁、行政判例百選Ⅱ一五四事件）。

(8) 段階的行為

行政決定が段階的に積み重ねられていくときに、それぞれの行政決定をみると処分性があるようにみえる場合でも、どの段階で出訴を認めるかという問題がある。

① 中間的決定についても、行政上の不服申立制度があるときは、処分性が認められる。土地収用法に基づく事業認定（一三〇条以下）、旧自作農創設特別措置法に基づく農地買収計画（七条）のいずれについても、訴えの提起を認めるのが通説・判例である。

土地改良法に基づく事業計画およびそれに対応する事業施行の認可については行政上の不服申立てが認められていることも根拠の一つとして処分性が認められた（最判昭和六一・二・一三民集四〇巻一号一頁）。また、都市再開発法に基づく第二種市街地再開発事業の事業計画の決定は、土地収用法上の事業認定と同一の法律効果をもつこと、宅地の所有者等は宅地の対償の払渡しを受けることにするか、建築施設の部分の譲受け希望の申出をするかの選択をしなければならない（一一八条の二第一項一号）ことに鑑みて、最高裁判所はその処分性を認めている（最判平成四・一一・二六民集四六巻八号二六五八頁、行政判例百選Ⅱ〔五版〕一六〇事件）。

② 右のような特段の手掛りのないときには、最高裁判所は段階的行政決定の中間段階については処分性を認めない、あるいは訴えの成熟性を否定する態度をとってきた。そのリーディング・ケースが土地区画整理法に基づく土地区画整理事業計画についての判断で（最大判昭和四一・二・二三民集二〇巻二七二頁、行政判例百選Ⅱ〔五版〕一五九事件）、最高裁判所は事業計画自体まだ青写真であるし、それが建築規制等の効果をもつとしても直ちに建

築制限が生ずるのでなく、申請拒否、その他具体的処分がなされた時に争えばよいとした（土地区画整理事業計画については、その後も昭和四一年判決を維持する判決が最高裁判所で出されていた。最判平成四・一〇・六判例時報一四三九号一六六頁）。しかし、改正法制定後に最高裁判所（大法廷）は、判例変更を行い、土地区画整理事業計画の処分性を認めた。すなわち最高裁判所は、土地区画整理事業計画の策定後の行政過程を詳細に吟味した上で、「施行地区内の宅地所有者等は、事業計画の決定がされることによって、前記のような規制を伴う土地区画整理事業の手続に従って換地処分を受けるべき地位に立たされるものということができ、その意味で、その法的地位に直接的な影響が生ずるものというべきであり、事業計画の決定に伴う法的効果が一般的、抽象的なものにすぎないということではない」とし、加えて、「実効的な権利救済を図るためには」事業計画の段階で取消訴訟の提起を認めることに合理性があると判示している（最大判平成二〇・九・一〇民集六二巻八号二〇二九頁、行政判例百選Ⅱ一五二事件）。

③ 土地利用規制についても、最高裁判所は中間段階の決定について処分性を否定するか、訴えの成熟性を否定してきている。都市計画法に基づく都市計画としての工業地域（用途地域）の指定につき、最高裁判所はこれにより建築規制等の法効果が発生することを認めたが、これはなお、不特定多数の者に対する一般的抽象的なもので、具体的な建築申請の拒否等の処分の取消しを求めることで権利救済に欠けるところはないとして、処分性を否定した（最判昭和五七・四・二二民集三六巻四号七〇五頁、行政判例百選Ⅱ一五三事件）。土地区画整理事業にかかる最高裁判所平成二〇年判決の射程が、上記の土地利用計画に及ぶかどうかの問題がある。この点に関し、完結型・静的計画（用途地域等）と非完結型・動的計画（土地区画整理事業、市街地再開発計画等）の区分をたて、判決の射程の範囲を判断する見解がある（参照、山本隆司・前掲書四〇〇頁以下、平成二〇年最高裁判所判決藤田補足意見等）。二つのカテゴリーは計画の分類学としては成り立つし、それぞれに関する先行最高裁判所判決の理由付けも異なる。しかし、

分類学を事件の具体的ありようと無関係に一律に適用することは、事案に即した救済に道を閉ざす結果となる。また、いわゆる非完結型計画に出訴の道を開いたことが、完結型への道を閉ざすという概念の排除効果をもたらすことに留意する必要がある。一般的制度の確立としての立法的解決の必要性和個別案件の処理とは次元を異にする。

むしろ、計画という行政の行為形式の処分性を論議する共通の基準としての、訴えの成熟性の観点のアプローチが重要で、いうところの完結型でも、事案の成熟性如何によつては処分性を認めるべき事案があることが考えられる（参照、越智敏裕・アメリカ行政訴訟の対象（二〇〇八年）四七八頁、阿部・解釈学Ⅱ一五頁以下）。

(9) 事実行為（精神的表示行為）

外部に対する行動ではあるが、直接法効果を有しない表現行為がある。これをここでは広く精神的表示行為としておくと、これは最高裁判所の定式の形式的適用としては、処分性は否定されることとなる。しかし、実際の適用事例では必ずしもそうではない。

① 海難審判のうちの原因解明の裁決は、これによつて関係者になんらかの義務を課しもしくはその権利行使を妨げるものではなく、過失を確定する効力もないから、行政処分と解することはできない（最大判昭和三七・三一五民集一五巻三三四六七頁、行政判例百選Ⅱ一五八事件）。家賃台帳作成・登載行為は公の証拠力を与える公証行為であり、それによつて新たに国民の権利・義務を形成し、あるいはその範囲を確認する性質を有するものではないから処分性に当たらない（最判昭和三九・一・二四民集一八巻一号一一三頁、行政判例百選Ⅰ〔四版〕六八事件）。二酸化窒素の環境基準緩和についての環境庁長官告示も直ちに国民の権利・義務ないし法的地位に影響を及ぼすものでないので処分性が否定される（東京高判昭和六二・一二・二四行政判例集三八巻一二号一八〇七頁。その原審、東京地判昭和五六・九・一七行政判例集三二巻九号一五八頁）。

② 裁判所は、しかし、定型的処分概念には厳密には当てはまらないとみられる表示行為（通知）にも、法の仕組みを検討して（仕組み解釈—本書Ⅰ六六頁）処分性を認めることがある。最高裁判所の判決はまだないけれども、行政代執行法における戒告およびその通知を処分とするのが下級審判決の傾向といえる（大阪高決昭和四〇・一〇・五行判例集一六巻一〇号一七五六頁、東京地判昭和四一・一〇・五行判例集一七巻一〇号一一五五頁、東京地判昭和四八・九・一〇行政判例集二四巻八〇九号九一六頁。否定例もある。東京地決昭和四四・六・一四行政判例集二〇巻五〇六号七四〇頁）。戒告は相手方のすでに発生している履行義務に新たな義務を特段付加するものではない。その意味では、権利・義務を新たに形成し、その範囲を確定するものではない。ただ、処分性肯定裁判例は、そのことを前提とした上で、戒告は「代執行の前提要件として行政代執行手続の一環をなすとともに、代執行の行われることをほぼ確実に示す表示でもある。そして代執行の段階に入れば多くの場合直ちに執行は終了し、救済の実を挙げえない点よりすれば、戒告は後に続く代執行と一体的な行為であり、公権力の行使にあたるものとして、これに対する抗告訴訟を許すべきである」（前掲大阪高決昭和四〇・一〇・五）としているのである。

納税の告知も実体法上の課税処分になんらかの効果を及ぼすわけではないが、最高裁判所はこれによつて「確定した税額がいくばくであるかについての税務署長の意見が初めて公にされるものであるから、支払者がこれと意見を異にするときは、当該税額による所得税の徴収を防止するため、異議申立てまたは審査請求（……）のほか、抗告訴訟をもなしうると解すべき」であるとした（最判昭和四五・一二・二四民集二四巻二三号二四三頁、行政判例百選一六一事件）。

輸入に際してなされた輸入禁制品の通知（関税定率法二三条三項・五項。ただし、昭和五五年法律七号による改正前）に関して、最高裁判所は、一方において、これが当該輸入申告にかかる貨物が輸入禁制品に該当すると認めるのに

相当の理由があるとする旨の税関長の判断の結果であり、かつこれを輸入申告者に知らせ当該貨物についての輸入申告者自身の自主的な善処を期待してなされるところのいわゆる觀念の通知であると判断した。他方において、最高裁判所は、これによって、輸入申告者は当該貨物を適法に輸入する途を閉ざされるに至ったもので、かかる制約は通知によつて生ずる法律上の効果であるとして処分性を認めた（最判昭和五四・一二・二五民集三三卷七号七五三頁、行政判例百選Ⅱ〔五版〕一六五事件）。しかし、分析的にみると、この過程は、輸入禁制品の善処を求める行政指導と輸入されないままに在る事実状態が存在しているものともいえるわけで、最高裁判所がその事実状態を通知の法効果として処分性を認めたことは、適切な救済手段がほかにないと考えていることを実質的な背景としているように思われる（なお、外国郵便物の税関検査事案につき、最大判昭和五九・一二・一二民集三八卷一二号一三〇八頁、行政判例百選Ⅱ一五九事件は「觀念の通知」といった法的構成をとらず、端的に通知が「実質的な拒否処分（不許可処分）」として機能している」点をとらえて処分性を認定している）。

通知に処分性を認めた最高裁判所の判決として、さらに最高裁判所平成一六年四月二六日判決（民集五八卷四号九八九頁）がある。これは食品衛生法一六条（平成一五年法律五五号改正前。現二七条）所定の届出があった場合になされた検疫所長の通知（当該食品が法違反である旨）に処分性を認めたものである。裁判所は、食品衛生法一六条が厚生労働大臣に輸入届出をした者に対し、その認定判断の結果を告知しこれに応答すべきことを定めたものという仕組み解釈を行った上で、通知により関税法七〇条二項に定める確認を受けることができなくなるといふ法効果をもつものとしていのである。これは行政行為の分類における確定行為とこれに結びつけられた法効果に着目したものと評価することができる。なお、登録免許税法上の還付通知請求拒否通知（法三一条二項参照）に関しても、最高裁判所は、その処分性を認めた（最判平成一七・四・一四民集五九卷三三九四九一頁、行政判例百選Ⅱ一六一事件）。

これは登録免許税法に定める還付請求通知制度につき、簡易迅速に還付を受ける地位を特別に請求者に保障したものであるという仕組み解釈に立ったもので、拒否通知は当該特別の制度の利用拒否処分と構成できる。その意味では、最高裁判所の処分性にかかる定式から離れてはいない。また、このように迅速還付制度として独立させたことで、還付請求権それ自体の存在と切り離すことができたわけである。最高裁判平成二四年二月三日判決（民集六六卷二号一四八頁）も、土壤汚染対策法三二条二項に基づく有害物質使用特定施設使用廃止通知の処分性を認めているが、処分性の認定に新たな要素を導入したものではない（桑原勇進・ジュリスト平成二四年度重要判例解説四四頁）。

③ 行政指導および指針的行政計画は取消訴訟の対象とならない（指導要綱に基づくスパー進出承認につき、大阪地判昭和五八・九・二九行裁例集三四卷九号一六八一頁。指針的行政計画の処分性を否定したものとして、大分地判昭和五四・三・五行裁例集三〇卷三三三九七頁。なお、参照、本書一三三頁、二三九頁）。ただ、行政指導に対する不服従が次の侵害的処分の要件として法律上組み込まれている場合には、一種の段階的行為として、最高裁判所の定式の下でも処分性が認められてよいと思われる（生活保護法二七条と六二条のごとき関係。参照、太田匡彦「生活保護法二七条に関する一考察」塩野古稀下五九五頁以下）。さらに、必ずしも法律上に処分要件として組み込まれていない行政指導に関しても、処分性を認める最高裁判所判決がある。すなわち、医療法三〇条の七に基づく病院開設中止勧告の取消請求に関して、最高裁判所は、当該勧告は医療法上は「当該勧告を受けた者が任意にこれに従うことを期待してされる行政指導として定められているけれども、当該勧告を受けた者に対し、これに従わない場合には、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ふ結果をもたらすものということができる」し、日本の医療体制の下では保険医療機関の指定を受けなければ病院の開設自体を断念せざるをえないことになるので、かかる中止勧告が保険医療機関指定に及ぼす効果と医療機関指定の意義からし

て、中止勧告の処分性を認めた（最判平成一七・七・一五民集五九卷六号一六六一頁、行政判例百選Ⅱ一六〇事件。従来の最高裁判所判決の動向及び関係文献を含めて、同判決に関する角松生史解説参照）。この判決は、勧告が行政指導であることを明言し、かつ、中止勧告と保険医療機関不指定が法的関係に立つものではないことを前提にしている点、さらに、中止勧告に応じない者に対する「保健医療機関指定拒否処分」の効力を抗告訴訟によって争うことができるとしても、そのことは上記の結論を左右するものではない」としている点で、処分性の定式から隔たるところが大きい点に注意する必要がある。

なお、行政計画については、本書一三九頁以下参照。

(10) 事実行為（物理的行為）

① 行政事件訴訟法は行政不服審査法のように、公権力の行使たる事実行為を明示的に処分の中に含めて制度化しているわけではない。しかし、「処分その他公権力の行使に当たる行為」のうち、後者に事実行為も属することは一般に認められているところで、その典型例としては、直接強制による諸行為、即時執行による行為などがあげられている（前出二〇七頁）。これを典型的実力行使といえることができる。これらの事実行為については、意思表示の要素がなく（ある場合は当該意思表示、つまり行政庁の処分の取消訴訟となる）、かつ、違法な事実行為が継続している場合は出訴期間の観念は働かないものと解される。また、行政不服審査法に定める当該事実上の行為の撤廃又は変更の制度（前出三七頁）が行政事件訴訟法では定められていないので、原告勝訴においては全部又は一部の取消判決となる。

即時執行等の典型的実力行使のほかに、実力の行使それ自体ではないが、行政作用の過程で物理的效果が国民に及ぶことがある。それにも以下種々の態様があり、以下分説する（典型的実力行使を目的的事実行為、非典型的事実

行為を結果的事実行為とし、後者と処分の関係について、明治憲法時代にまでさかのぼり、立法、学説、判例を包括的に分析したものとして、仲野武志「公権力の行使に当たる事実上の行為論（一）」「（二）」「（三）」自治研究九四卷一〇号～一二号（二〇一八年）があり参考になる。

② 事実行為の取消訴訟に公共工事が含まれるかどうかの問題がある（ここでの公共工事は行政主体の公共用物〔河川、道路等〕が念頭におかれている。行政庁の許可を得て、私人の行う公共的工事〔私鉄の建設工事〕は別である）。かかる意味の公共工事にも、精神作用としての行政処分が先行することがある（都市計画街路の開設工事と都市計画決定、一般道路建設と道路区域決定）。このような場合には先行行為たる行政処分の取消訴訟を提起することができるし、認容判決が確定すれば工事はストップされる。工事が先行行政処分に違反しているという場合には、民事訴訟が働く。したがって、取消訴訟の対象たる事実行為なるものを観念する余地はない。行政処分が先行していない、つまり、公共工事の過程に処分が介在しないときには、最高裁判所の定式に従えば、取消訴訟の対象性を欠くことになる。前記最高裁判所判決（昭和三九・一〇・二九。前出二〇四頁）がまさにその例である（いわゆる国立歩道橋事件で歩道橋建設工事に処分性を認めた判決があったが〔東京地決昭和四五・一〇・一四行裁例集二二卷一〇号一八七頁〕、その控訴審判決〔東京高判昭和四九・四・三〇高民集二七卷三三〇号一三六頁〕をはじめ、その後これに追随する判決を見ない。なお、後述の大阪国際空港判決は前掲の地裁決定とは趣旨を異にする）。

その意味で、公共工事自体の取消訴訟は観念し難いものがある。問題は公共工事自体の取消訴訟対象性ではなく、民事訴訟による公共工事差止訴訟の範囲となる。（なお、仲野・前掲論文・自治研究九四卷一二号一〇六頁以下は、騒音規制法一五条三項（公共性のある施設等の建設工事についての市町村長の配慮義務）をもって、公権力の行使に当たる事実上の行為の根拠規定としている。その際、国又は地方公共団体の設置する道路等の施設と私立の学校・病院の施設とは公

共性の程度が異なるという認識が前提となっている。

③ 公共工事がすでに完成したあとの当該公共施設（空港、道路等）の稼働段階について、大阪国際空港事件最高裁判所大法廷判決は、騒音被害等を理由とする民事上の空港供用差止請求を却下し、その理由として、大阪国際空港の離着陸のためにする供用は「運輸大臣（当時）のする空港管理権と航空行政権という二種の権限の、総合的判断に基づいた不可分一体的な行使の結果」であって、行政訴訟ならばともかく、付近住民は通常の民事訴訟の請求権をもついわれはないとした（最大判昭和五六・一二・一六民集三五卷一〇号一三六九頁、行政判例百選Ⅱ一四九事件）。公権力に関するこのような一体的把握は、処分性にかかる最高裁判所のリーディング・ケースである昭和三九年判決とはアプローチを異にするものがある。また、最高裁判所は、民事訴訟に代わる行政訴訟として、いかなるものが考えられるかについては触れるところがない（その内在的分析として、参照、山田洋「道路公害差止訴訟と公権力の行使」川上古稀五四七頁以下参照）。

その後、厚木基地第一次訴訟において、第一審判決は、防衛行政権という大阪国際空港判決に近い立場をとったのに対し、最高裁判所は、自衛隊法の諸規定を参照した上で、防衛庁長官は自衛隊機の運航を統括する権限を有していること、権限の行使には騒音等による周辺住民への影響への配慮も含まれること、自衛隊機の運航に関する防衛庁長官の権限の行使は、その運航に必然的に伴う騒音等について周辺住民の受忍を義務付けることを理由に、防衛庁長官の権限行使は住民との関係において公権力の行使に当たるとした上で、「行政訴訟としてどのような要件の下にどのような請求をできるかはともかくとして、右差止請求（民事上の「筆者注」は不適法である」と判示した（最判平成五・二・二五民集四七巻二号六四三頁、行政判例百選Ⅱ（六版）一五八事件）。ただ、公権力の所在を自衛隊機の運航それ自体にみるのか、騒音を発生する自衛隊機を運航させるという先行行為にみるのかも判然としない

（本件の橋元・味村補足意見では、自衛隊の航空機の離着陸に係る防衛庁長官の命令に公権力性を見出しているようである。そうだとすると、本件は事実行為の問題ではなく、本来内部的命令が外部への受忍効果を特別に有するという内部行為の特別の問題ということになる）。

さらに、最高裁判所は同じく厚木基地における自衛隊及び米軍機による離着陸の差止めが求められた訴訟において、抗告訴訟としての差止訴訟の訴訟要件を認めた（最判平成二八・一二・八民集七〇巻八号一八三三頁、行政判例百選Ⅱ一五〇事件）。この判決においても自衛隊による航空機の離着陸の公権力性に係る理論的根拠は明らかにされていないが、判例実務上は、自衛隊の航空機の離着陸は公権力の行使としての事実行為と捉えることに固まったとみられる。しかし、理論上説明すべき点は残されている⁽²⁾。

道路の騒音に関しては、国道四三号線公害訴訟で最高裁判所は、取消訴訟の可能性には触れることなく民事訴訟による差止めを求める訴えの適法性を一般論としては認めている（最判平成七・七・七民集四九巻七号二五九九頁、行政判例百選Ⅱ（四版）一六五事件、環境法判例百選（三版、大塚直「北村喜宣編、二〇一八年」二五事件））。

④ このように、公共工事自体あるいは公共施設の稼働段階における権利救済手段として、取消訴訟は機能を發揮しているとはいいい難いものがある。

(1) まとめ

① 行政処分、あるいは公権力の行使といっても、これはつまるところは、法技術的概念であることに注意しなければならぬ。いいかえれば、それは法律上認められることによって、特別の扱い、つまり、取消訴訟という手続でのみ効力を否定されるのである。ただ、その場合に、処分性を認めるについて、ある意味では定型的に処分であると解されるものと、そうではなく、処分とされるについては行政上の不服申立制度の法定、その他特別的法的

仕組みなど、なんらかの手掛りが必要とするものがある、という点は認めなければならぬであろう。⁽³⁾ さらに、公定力や不可争力を与えるにふさわしい行為を処分とみるという方法をとると、処分概念と公定力概念の循環（前出一〇四頁）が、実質的にはこの段階でみられることになる。

② 行政処分の所在の認定と法律の留保の理論の意味における法律の根拠とは別の問題である。法律の根拠があるからといって、当該行為が当然に公権力の行使であるということにはならない（農地法八〇条に基づく農地の売却——最大判昭和四六・一・二〇民集二五卷一号一頁）、逆に、法律の留保理論上の法律の根拠がないからといって、当該行為に処分性がない、ということにはならない（予算補助による国の補助金の交付決定）。

③ 行政事件訴訟法（三条）は行政庁の処分のほかにも公権力の行使に当たる行為のあることを前提としているが、取消訴訟の場面では、実務的にも理論的にも、適切な働き場所が見出されていない。

④ 処分性に関する最高裁判所判決を中心とする裁判例は、昭和三十九年最高裁判所判決の定式による判断基準（前出一〇四頁）からすると、処分性拡大の方向を示している。⁽⁴⁾ ただ、それは、従来の定式自体を改めるのではなく、基本的にはそれを前提とした上で、具体的な法的仕組みの解釈からして、そこからの偏差を正当化するという試みとして概括することができる。その点ではかつての大法廷判決を変更した平成二〇年の土地区画整理事業計画大法廷判決も同様である。同判決は事業計画決定の建築規制効果だけでは処分性を認めることはしなかったが、それにより原告の法的地位に直接影響が及ぶとしていたのであって、事業計画決定の直接具体的法効果を問題にしているのである。もともと、病院開設中止勧告事件に関する平成一七年の判決は、上に述べた理由では説明しきれない。すなわち、裁判所は当該勧告の法的性質について行政指導であると明言している。とすれば、従来の定式からは明確に外れるのであって、これをフリンジ部分として処理することは理屈の上で困難である。さらに、勧告の効果に

ついては「相当程度の確実さ」をもって後の行政過程で不利益（保険医療機関指定を受けられない）をこうむるとしており、土地区画整理事業計画事件と異なり、原告の法的地位、いいかえれば勧告の法的効果には触れていない。

等しく救済の理念に立脚しつつも理論的枠組みに関する二つの判決のこのような差異をどのように見るかは、今後の判例の動向、あるいは二つの判決の射程範囲にもかかわってところがあるが、この点に関しては次のように考えることができる。

判決の先後関係及び法廷の大小の点からすれば、土地区画整理事業判決の方が重みを持っているといえよう。また、平成二〇年の土地区画整理事業大法廷判決の述べるところは、単に先の大法廷判決を覆すための礼讓的言説にとどまらないことは明らかであって、もし、救済の理念にたつて平成一七年の病院開設中止勧告事件判決に倣うとすれば、論旨の展開はより単純なものとなったであろう。その意味では、最高裁判所判決は、従前の処分性に関する定式の枠内にあると考えてよいと思われる。したがって、病院開設中止勧告事件判決は、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思われる。⁽⁵⁾（当該事件の実態についての詳細な分析として、濱秀和「医療法に基づく知事の勧告について」〔二〇一一年〕濱・行政訴訟の実践的課題〔二〇一二年〕二九九頁以下、三二四頁以下が参考になる。）

⑤ 行政事件訴訟法改正の趣旨のひとつに、多様な訴訟類型を用意しこれによって紛争類型に適した解決を図ることがある。言い換えれば、訴訟の特性に応じた運用が予定されていると見るのが制度理解として素直である。したがって、訴訟類型間の垣根が完全に取られなくなったと見るのは適切でない。⁽⁶⁾ もともと、訴訟類型の選択を誤った者に、不当な不利益を課すことは、権利利益の実効的救済確保の理念に反するので、類型間の垣根の低さは、そのための布石である。これを要するに、取消訴訟の拒絶が救済の拒絶に結びつくという固定観念は改正法により除去さ

れたものと見るべきである。⁽⁷⁾

⑥ さらに注意すべきは、ある制度のフリンジ（周辺）部分の処理は、当該事案を越えて、仕組みそれ自体の根幹に影響を及ぼすことがあることである。処分性論議に關していえば、取消訴訟は、処分の違法性の確認、違法行為の取消判決という判決手続のほか、公定力、不可争力の付与という諸要素（これを部分制度と呼ぶこともできる）からなる制度を構成している。さらに、行政手続法、行政不服審査法も、少なくとも文言上は行政事件訴訟法と同じ「処分」を用いており、基本的には処分に關してこれらの法律が予定している規定の適用をみることになる。これらを処分の標準装備といつてもよい。

そこで、フリンジ部分を取消訴訟制度に取り込むという処理をしたときにどのような問題が派生するかである。周辺部分といつても多様であつて、最高裁判所判例にも取り上げられている各種の通知のように、定型的処分に至る純粹に手続の一環を構成する場合には、これら処分の標準装備を原則として認め、違法性の承継という操作を含めて、事柄の性格上作動させるには親しまないものはずという操作は可能である。これに對して、周辺部分が病院開設中止勧告事件のように行政指導として性格づけられたときには、標準装備を働かせることは、相手方にとつても行政庁にとつても負担が大きい。そこで、これを免れるためには、当該周辺部分は、取消訴訟の対象として取り上げる限りの処分であつて、標準装備は連動しないことになる。しかし、このような扱いは、制度としての取消訴訟の運用とはまったく異なるものであつて、取消訴訟制度が正面から予定しているものとはいえないし、これを安易に認めることは取消訴訟制度を含む行政制度の根幹を揺るがすことになる。仮にこれを認めるとしても、それは実効的救済のため、他に方法がないときの便法と説明する以外にない（塩野・行政法概念の諸相一八頁）。

⑦ 以上の点を、救済の多様化を志向し、そのための受け皿を用意している改正法の下での解釈論としてまとめ

るならば、次のとおりである。

行政事件訴訟法三条に定める「行政庁の処分その他公権力の行使」とは、定型的行政処分及び定型的実力行使を中核とし、周辺部分は、差止訴訟、確認訴訟など利用可能な救済方法がある場合にはそれにより、ない場合には当該事案との關係で取消訴訟の途を開くとしても、処分に連動する制度的効果を働かせないとするものである。⁽⁸⁾

(1) 規範統制訴訟については立案段階において検討はされたが、立法化されなかった（雄川一郎「行政訴訟の型態」（一九七三年）雄川・行政訴訟の理論二四四頁）。改正法においても、規範統制訴訟は導入されていない（参照、「行政訴訟検討会最終まとめ」ジュリ行訴研究二四四頁以下。ただし、法規命令の違憲若しくは違法については、処分の取消訴訟、権利又は地位の確認訴訟において、司法判断を受けることができる。認容判決の効果を含めて、前田雅子「行政救済における司法の役割」現代行政法講座Ⅱ三三九頁以下が判例・学説の詳細な分析を行っている。なお、国家賠償による救済を含めて、本書後出二七五頁、三三五頁、三八三頁参照）。

(2) 前掲平成二八年判決は、自衛隊の航空機の離着陸の法的仕組みに關し、自衛隊の任務（自衛隊法三条）、自衛隊の行動（同法六章）を掲げ、この自衛隊の任務の遂行に關しては、自衛隊機の運航統括を含む防衛大臣の隊務統括権限（同法八条）に触れ、具體的な運航の権限を航空機使用者に与える定めとして「航空機の使用及び搭乗に關する訓令」（防衛庁訓令第二号）を挙げている。判決はさらに航空法の規定の適用除外条項（法一〇七条一項及び四項）も掲げている。

以上に示されたように、判決は防衛大臣及び防衛庁所属職員（自衛隊法）の行動の根拠となる規定を明示している。しかし、これらの規定は、国家行政組織法（五条参照）、防衛省設置法（五条参照）、自衛隊法の系列に属し、行政法の規範分類においては、組織規範に属する。その限りでは、判決が掲げる規範の名義人は行政組織を構成する職員であつて、組織外の者を対象とするものではない。いいかえれば、行政機関の行為の外部効果は、当該行為の根拠規範（場合によっては規制規範）によつて与えられるものであつて、組織規範単独では外部効果をもたない。その意味では、自衛隊の航空機の運航、それに伴う騒音は外部の者にとつては、まさに事実上の音にとどまり、それを防止するには、通常の救済、つまり民事上の差止請求によることになるかと解される。

ただ、自衛隊法（六章）で定める自衛隊の行動は、事実上の影響を外部に及ぼすことが当然予測されること、その影響をいかなる限度でいかなる方法で抑えるかは判決も指摘するように「高度の政策的、専門技術的な判断を要する」ことが認められる。この点に着目すると、自衛隊機の運航につき定める自衛隊法（六章）の規定は、通常の組織規範とは異なり、行政作用が外部にも事実上の影響を与えることを含んだ行政作用法規、すなわち、根拠規範・規制規範とみて、その救済を行政事件訴訟の一つである差止訴訟に委ねたものという見方も成り立つ（自衛隊の権限を定める自衛隊法第七章についてはこの点がより明確である）。自衛隊法の法的意義のさらなる検討が必要である。

(3) 行政事件訴訟法自体は行政行為の公定力を取消訴訟の排他的管轄の結果と把握するのではなく、行政行為自体に備わる効力であるという学説（田中・行政法上巻一三三頁は取消訴訟の排他的管轄の見方によっているようにも読めるが、田中・総論三二二頁はかかる説明を加えていない）を基礎としていえると思われる。そしてかかる学説でも、行政行為は命令と強制に限定されていなかった（いわゆる形成的行為。参照、田中・総論三〇七頁）。この場合には、公定力を含めた効力を有する法行為を公権力の行使に当たる行為として捉えることになる（その際にも、何がこれに当たると論議は残るが、基本的には歴史的に形成された行政行為のカタログ（田中・総論三〇一頁以下）によることになる）。

(4) 学説上にも、その方向がうかがわれる。すなわち、処分性との関係で、形式的行政行為（行政処分）という言葉が使われることがある。しかし、それにもいろいろの用語方があり、必ずしも一定していない。

① 本文で示した法律行為代替的行為のカテゴリーに対応するが、法律関係の形成が契約によってもしかるべき場合に、法律が当該関係の形成・消滅を行政行為によらしめているときに、これを説明して「本来は非権力的な行為であるはずのものが、法律上形式的には行政行為として構成されていることがある」とされることがある（雄川一郎「現代における行政と法」（一九六六年）雄川・行政の法理二二頁。裁判例にもこのような観念の下に形式的行政処分の語を用いる例がある（札幌高判昭和四四・四・一七行政例集二〇巻四号四五九頁）。

② 取消訴訟以外の方法では適切な救済が与えられない場合に処分性を認めるときに、その処分性を認められた行為を形式的行政処分と名付ける例がある（原田・要論三八七頁）。判例の中にも、救済の観念から解釈論上、つまり法律の指定が必ずしも明確

でない場合にも非定型の行為に処分性を認めるものがあることは指摘したとおりであるが、判決の中ではこのような用語例はない。

③ 制定法上行政行為が選択された場合でも、形式的行政行為は公権力の実体がないから、公定力、不可争力を有しないので、取消訴訟、民事訴訟のいずれも可能であるという具合に形式的行政行為の観念が用いられる場合もある（兼子・総論二二七頁）。

形式的行政行為にはこのように異なった用法があるが、①についていえば、これは認識上の整理にとどまるものであり、直接解釈論上の意味をもつものではない。しかし、行政行為はもとと命令と強制に限定して概念構成されたものではないので、形式的行政行為という把握は、認識論としても疑問があると考えられる。③についていえば、法律があえて行政行為という道具を採用した以上、これに公定力、不可争力を否定することは、立法者意思を無にすることになるので、解釈論としては無理であろう。これに対して、②は、アプローチの方法としては可能であることは、本文でも示唆したとおりである。その際、解釈論上は端的に行政行為（処分）として取消訴訟の対象とすればよく、形式的行政行為観念を用いるまでもないことのように思われる。ただ、このような意味における行政行為については、公定力、不可争力は及ばないので、取消訴訟以外の訴訟において形式的処分の違法・無効を主張して権利保護を求めることを妨げられるべきでないといえるのである（原田・要論三八七頁、行政の行為によって生ずるとされる不利益が民事訴訟の方法によっても救済されないときに②の意味における形式的行政処分の観念が機能するのであるから、民事訴訟の場合における形式的行政処分の存在を語る余地はないように思われる（取消訴訟の活用を民事訴訟の利用が可能な場合にまで拡大すれば別である）。形式的行政行為については、なお、参照、池田敏雄「形式的行政行為」成田頼明編・行政法の争点（新版、一九九〇年）六二頁、室井力「形式的行政処分について」田中古稀下二一七二七頁、塩野宏「補助金交付決定をめぐる若干の問題点」（一九九〇年）塩野・法治主義の諸相一七六頁以下。阿部・解釈学Ⅱ一三六頁以下は、取消訴訟によるべきか否か明確でない場合は、民事訴訟の併用を認めるべきである（併用説）という。その場合は、抗告訴訟の排他性は働かないとしているので、形式的行政行為論のうち③に照応するものがあるが、処分性が不明確な場合における原告の不利益回避が念頭にあるので、基本的視点および対象事例が異なる。これは、見方を変えれば周辺部分の処理にかかる問題としても整理できるので、本文に述べるところ参照。

(5) これに対して、山本隆司・前掲書三五四頁以下は、判決とは異なった角度から中止勧告に処分性が認められるとしている。そ

の理由は、中止勧告が当該行政手続（保険医療機関指定行政過程）において、最終処分要件の一部を勧告の段階で最終決定するものであるというにある。かかる仕組み解釈の可能性はあるが、処分性に関する最高裁判所判決の動向の整理としては必ずしも適切ではないと思われる。なお同論文においては、勧告の違法性の後続処分における承継を認めるが、他方、出訴期間経過後で拒否処分前の間に、勧告の違法確認訴訟（公法上の当事者訴訟）が認められるとするので、そうだとすると、あえて勧告に処分性を認めなくとも、当初から、取消訴訟以外の適切な訴訟を行えばよいと思われる（角松・前出行政判例百選Ⅱ一六〇事件判例解説参照）。

（6）橋本博之「処分性論のゆくえ」（二〇〇六年）橋本・行政判例と仕組み解釈（二〇〇九年）六一頁以下は、処分性の拡大にかかる最高裁判所判決の動向を仕組み解釈の観点から分析するもので参考になるが、行政事件訴訟法が提示している訴訟類型のうちどれを当てはめるかは、もっぱら個別具体の事案につき適切な救済を可とする観点からの判例政策の問題としてとらえるべきものとするというが、その判例政策にひとつの道筋をつけることが学説の課題であり、本文に示した一応の振分け基準はその一例である。また、亘理格「処分性判例の柔軟化と多様化」（二〇一八年）亘理・行政行為と司法的統制（二〇一八年）一七六頁以下は、改正法のもとでの処分性に係る最高裁判所判例を丹念に分析し、そこにみられる柔軟化と多様化を析出したうえで、救済ルートが多様化も指摘している。ただ、同論文においては取消訴訟の可能性とその他の訴訟による救済可能性の併存（その具体的態様は明らかでないが）を認めるべきとしている点で（二二二頁）、本書の立論とは異なる。

（7）取消訴訟に関するかかる位置づけは、すでに、行政事件訴訟法改正前に高木光・行政訴訟論（二〇〇五年）五五頁以下、一〇一頁以下、一三二頁以下に披瀝されてきたところである。本文の論述はその指摘の受け皿が改正法によって整備されたことを前提としている。

（8）以上は、日本法の解釈論である。これに対して、アメリカにおいては、具体的判断において、対象性がより柔軟にとらえられ、それとの関連において、司法審査の時期が柔軟であることが指摘されている（その詳細な研究として、越智敏裕・アメリカ行政訴訟の対象）。ただ、この違いは、解釈論のよって立つ基盤において、一般的な取消訴訟制度を採用している日本法制と包括的な取消訴訟制度を知らないアメリカ法制の差異によるものである。越智・前掲書四六三頁以下は、このような制度的違いを前提とした

上で、アメリカ法に見られる争点に着目したタイミン論を志向するものとして興味深い。

五 原告適格

（1）序 説

原告適格とは、取消訴訟において処分性が認められた場合にその処分の取消しを求めて出訴することのできる資格を指す。民事訴訟においても、原告適格に対応する当事者適格なる観念があり、これは訴訟物たる権利又は法律関係につき、当事者として訴訟を進行し、本案判決を求めることのできる資格をいうとされているのであるが、民事訴訟ではその範囲が一般の場合は解釈論上の問題となることはあまりない。すなわち、給付訴訟においては、原告は自己の給付請求権を主張しさえすればよく、彼が請求権を実際もっているかどうかは、本案の問題となる。形成訴訟においては、形成権を訴訟上主張できる者は制定法で個別に定められている（たとえば民法七四四条・七七五条・七八七条）。さらに確認訴訟では、当事者適格の問題は確認の利益に吸収される（参照、新堂・新民訴訟法二九〇頁以下、二九九頁）。

これに対して、取消訴訟においては、原告適格が、一般論としても具体の訴訟においても、解釈論上困難な問題を提示している。それは、一つには、取消訴訟の仕組みそれ自体に由来するところがある。すなわち、取消訴訟とは行政決定のある種のことを行政処分として取り上げ、その効果を取り消すためには取消訴訟によるべしというルールを定めたものである。その際、民事法におけるように、実体法上特定の者に、予め当該違法行為の取消請求権があり、これを形成訴訟によって実現させるという方法がとられているとすると、原告適格も自ずから定まってくるということになる。しかし、行政法関係においては、観念的にせよ立法実務的にせよ、かかる実体法的構成は先