

行政法代表的概説書の解釈論と 実質的法治主義解釈の実践

比 山 節 男

- 1 はじめに
- 2 行政法代表的概説書の解釈論と作用法の編制
- 3 行政行為中心ニ行為形式重視の最高裁判決と実質的法治主義解釈
- 4 まとめ——結びにかえて——

1 はじめに

伝統的行政法学はかつて行政行為中心行政法学といわれることもあったが、近年ほとんどの概説書は行為形式論重視へと移行し、多種の行政の行為形式を取り上げている。そして、それら行政の行為形式を並列気味に取り上げている概説書を含め、個別の行為形式から視野を広げて考察しなければならないとするのがむしろ一般的な見解になってきているように思われる。では、概説書編制が行為形式論重視であることと行政活動の実態に即した全体的動態的考察の必要性を認める立場（以下、「行政過程の全体的考察」という。）との間には、法治主義の実現という行政法学の使命や存在意義を踏まえた正しい解釈論（以下、「実質的法治主義解釈」という。）の見地からみたとき、本質的な矛盾であるとか看過できない不連続性は存在しないのであろうか。それとも個別の行為形式から視野を広げて考察しなければならないという理解が一般的見解になってきているというのは筆者の誤解で、実際は行政過程の全体的考察の必要を認める者の潜在意識に行為形式論重視が深く潜行して根を張り、具体的な解釈場面では多くの場合、依然としてその潜在意識に拘束された解釈を展開していないのであろうか。

かかる問題意識のもと、本稿は、代表的概説書における解釈論についての立場と実質的法治主義解釈実践との関連性を考察することを目的とする⁽¹⁾。初めに、行政法の代表的概説書が解釈論について基本的にどのような立場をとっているかを確認する。つぎに、実質的法治主義解釈論の立場と内容をより具体的に示した後、最高裁判例の中で、一つの行政の行為形式のみに着目して結論を出してしまっているために、個別事案の処理としては局所的な見方に終わってしまっていると思われるもの、なかには著しい法的不正義を筆者が直感するものを含めて計7つ取り上げ、実質的法治主義解釈を実践したときの結論との乖離を示す。その後、7つの事案に対し、代表的概説書などがそれぞれどのような解釈を示しているかを具体的に検討する。以上の作業により、実質的法治主義解釈の実践という視点から、代表的概説書における解釈論と実践の状況を考察したい。

註

- (1) 本稿は、筆者が目下の研究テーマとしている「行政作用法編制の視点と構成」についての検討を進める一里塚の作業である。それゆえ、時折、代表的概説書における行政作用法の編制（以下、作用法編制ということがある。）などに言及することがある。解釈論に関する立場と作用法編制の関連について定見を有しているわけではないが、考えていくほどに両者はほとんど同じ地点に立脚して思考を展開しているように思われ、どうしても話が両者の間を行き来してしまうのである。さらに、作用法編制のいかんが実質的法治主義解釈を実践することとなんらかの相関関係にあるのではないか、もしもそうであるなら、より優れた作用法編制のあり方を探求することにより実質的法治主義解釈の実践に貢献できるなんらかの見解を発見できるかもしれないとの問題意識もある。

2 行政法の代表的概説書における解釈論と作用法の編制

最近の行政法概説書は、一般的には行政の活動形式として各種の行為形式を説明し、行為形式を括る上位概念として、行政過程論という概念を用いるかどうかの違いはあるものの、「法制度」「法的仕組み」「法システム」

を置いて行政作用法総論の体系を構成している。伝統的立場を固持する三段階構造モデル論を含め、以下検討する。

(1) 三段階構造モデル論

伝統的行政法学は“行政行為中心行政法学”とよばれるほどであり行政行為論に依拠して行政作用法を体系化してきた。その代表は、行政作用法では行政行為と行政立法のみを取り上げている田中二郎・行政法上巻（弘文堂）であるが、田中二郎以降、伝統的行政法学の立場に立つ概説書は、行政作用法の章立てとして、行政行為と行政立法以外にさまざまな行為形式を取り上げている。そうした中で、藤田宙靖・行政法Ⅰ〔4版改訂版2006年〕（以下、「藤田Ⅰ」という）は今日なお相当広範囲に利用されて影響力を有しているようである。同書は三段階構造モデルにおける行政行為論を核に行政作用法を構成しているが、藤田によると、行政の諸活動はその行為の目的や行為の形式如何によって分類・整理できるところ、行政法各論を語る場合には行為の目的如何から観察し、行政法総論を語る場合には行為形式の如何を中心として眺めてきた（同11頁）。つまり、各行為形式の意義と分類および効力論に重点をおいて考察してきたのである。そして、行政行為の効力論に囚われることが何を意味するかについて、藤田自身、次のように易しく説明する。すなわち、行政計画や行政指導等、本来必ずしも私人に対する直接の法的効果をもたない（＝権利・自由を直接法的に拘束しない）がゆえに、私人に対する行政主体の側からの「侵害」とはみなされず、従って、法律による行政の原理・近代法治国家原理による防御の対象とする必要もないと考えてきたのである（同214-215頁）。

それでは、三段階構造モデルのみでは現代の行政活動を捉えきれなくなったことを踏まえ、同書が行政行為論、とくに行為形式における効力論を放棄して行政作用法分野の編制や解釈論をしているかという点、けしてそうではない。結論として、藤田は、現行「制度の実体を十分に把握した上でならば、諸々の法システムの中から、……一般的なシステムとして、『行政行為』という法システムを切り出すことは、法制度の総合的把握を

行う上で、必ずしも無意味なことではない」(同 349 頁)と述べて、結局、⁽²⁾従来からの行政作用法編制を維持している。

三段階構造モデルと行政行為論を藤田が固持する理由は大きく二つあるようである。一つは、「行政行為の概念は、本来、行政の過程における法的な結節点を明確にすることによって、行政活動に対する枠ないし制限としての法治国的チェックの手掛かりを与える、という機能をも果たしていた」。「したがって、行政行為のみに重点を置かないにしても、個別的な各行為の、行政過程の中における独立性を明確にすることによって、行政過程に、法治国的コントロールのための明確な手掛かりを設けておく必要」⁽³⁾があるということである(同 134-135 頁)。

もう一つの理由は、「行政行為」とはそれ自体、法令によって設けられた一定の法的仕組みを表現するための概念であるとの理解である⁽⁴⁾(同 346-349 頁)。そのため、藤田からすると、塩野の言う「行為形式」と「制度」の違いは、少なくともそれほど画然としたものではない。また、法律による行政の原理を基軸とする近代法治国家の原理をものさしとし、それとの偏差によってわが国の行政法の制度・理論の現状を把握しようとする藤田の立場からは、上記区別にさほど重要な意味を認めることはできないと述べる。結局、行政活動を適正にコントロールするために解釈論はどうあるべきか、本来の意図がどうであれ、その果たしてきたマイナスの実態に関する問題意識をまず共有していただくことから始めなければならないように思われる。

(2) 行為形式論

ここでいう行為形式論とは、行政活動の法的統制を考えると、それまでの行政行為中心から他の行為形式にも考察の範囲を広げてはいるが、依然、行政の全体の過程を捉えて法的統制を考えるのではなく、一つ一つの行為形式に範囲を限定して考察を進める立場である。本稿で取り上げるその代表は、その旨の明示の立場表明がなされているわけではなく作用法編制の外観を見ての判断であるが、櫻井敬子＝橋本博之・行政法〔2 版、2009

年〕（以下、櫻井・橋本という）である。芝池義一・行政法読本（2009年。以下、芝池読本という）も同じである。また、高田敏編・新版行政法—法治主義具体化法としての—（2009年。以下、高田編という。）は行政法の法原理として行政過程論に立っているようであるが、作用法の編制は基本的には行為形式論に依拠しているようである。小早川は行為形式論について、行政行為行政法学から行政過程論への転換を図りつつ、これを法的な論述たらしめるための媒介項として、行為形式の範疇が用いられているとの理解を示している。⁽⁵⁾ 畠山は、行為形式論の課題として、法治主義の確保、法的安定性、予見可能性の確保という視点から個々の行為形式を再検討し、各行為形式の固有の法原理・解釈原理を明らかにすることを指摘している。⁽⁶⁾ 筆者は、行政行為中心行政法学は、行政行為以外の行為形式を作用法体系に加えることで行政行為中心主義の視野狭窄を是正しようとしたが、実際の議論の中味は相変わらず各行為形式の意義と分類および効力論に止まることが多く、法律による行政を前に進めるという点でどれほどの成果を挙げることができたか疑問に思っている。⁽⁷⁾

（3）行政過程論

行政過程論を代表する塩野宏は次のように説いている。「従来の行政法学では、それぞれの行為形式を切り離してその法的性格を論ずることを主眼」とする局所的考察をしていた。しかし「現実の行政では、一つの行為形式が単独で用いられることは少なく、通常は、複数の行為形式が結合して用いられ、あるいは、それらの連鎖として行政がなされる。こういったマクロのプロセスを視野に入れないければ、行政法現象を全体として把握したことはならないし、個別の行為形式の法効果を正しく認識することもできない」（塩野宏・行政法Ⅰ〔第5版、2009年〕48頁。以下、塩野Ⅰという）。同様に、塩野宏・行政法Ⅱ〔第5版、2010年〕は、以下、塩野Ⅱという）。後に注11で紹介する小早川の説明と比べると、両者とも行政をその実態に即して把握する、あるいは行政法現象を全体として把握しようとする点で共通しているが、小早川においては「行政法学としての的確な対

処のしかた」を探究しようとするのに対して、塩野においては、個別の行為形式の法効果を正しく認識すること自体にもかなりの重点が置かれているように見える。そして、そのことの現れであろうか、塩野においては、行政過程論を行為形式論、行政上の一般的制度論、私人の地位論から構成しているが、行政上の一般的制度論とは、従来、行為形式として取り上げられることも多かった行政上の義務履行確保、即時執行、行政調査を含むものである（他に行政手続と行政情報管理が示されている）。そうすると、追加されている私人の地位論および行政手続と行政情報管理の取り扱いにもよるが、行為形式論の看板が行政過程論に変わっただけで実際の中味にどれほどの違いがあるのかとの疑問が生じてしまう。

さらに、この行政過程論に対しては、法規範学ないし法解釈学としての行政法学のあり方という大局的見地からする批判も寄せられている。たとえば、『行政過程』が存在するとしても、法規範学としての行政法学にとっては、この過程の『法的構造』がどのようなものであるかを明らかにすることこそが必要なのであって、そのための視覚が明らかにされなければならない⁽⁸⁾であるとか、「法解釈学としての行政法学はあくまで現行法の法論理を究明すべきものであるから、そこでは行政の過程がいかなる法論理構成をなしているかが問題であるはずで、法論理構成が不明なままに全体的な『行政過程』を語るべきではなかろう⁽⁹⁾」といったもっともな注文である。

(4) 法的仕組みと仕組み解釈

「仕組み解釈」とは、塩野の説明によると、行政法規における個別の条文はそれぞれの法律の目的実現のための道具の一部を形成しているのであるから、「条文の解釈に当たっては、単にその条文の字句に沿った解釈を心掛けるだけでは不十分で、その法律全体の仕組みを十分理解し、その仕組みの一部として当該条文を解釈」（I 58 頁）しなければならない。さらに、「個別行政法律の仕組みは、条文相互の技術的操作だけでは十分に理解できない。当該法律が奉仕する目的ないし価値との関連にも注意しなけ

ればならない。その際には、もちろん、憲法的価値も考慮に入れなければならない」(I 58 頁)とまで述べている。結局、「行政法規の解釈に当たっては、……当該法律の奉仕する価値・目的を明らかにし、その上に立って、具体の条文についてどのような解釈方法をとるのが適格的であるかを考慮して、仕組みを明らかにしていく」(I 59 頁)ことになる。実質的法治主義解釈とほとんど重なる考え方であり、これを仕組み解釈というか法システム解釈などと呼ぶかどうかはともかく、迷うことなく支持できよう。

しかしながら、塩野 I における法的仕組みは大きく二つに大別される(87-89 頁)。一つは、個別の制定法によって作られた法的仕組みである。この場合の法的仕組みは放送制度であれ学校教育制度であれ、それぞれの行政領域において形成されるので、そのすべてを行政過程論一般理論の中で取り上げることはできないとする。⁽¹⁰⁾つまり、行政法総論の行政作用法で取り上げることはできない部分が多いということであるが、筆者が関連して関心を抱いている行政作用法の編制を考える参考にはなりえないということになる。もう一つの法的仕組みとは、塩野が行政上の一般的制度と呼ぶもので、行政強制、行政罰、国家補償、行政争訟といった従来から行政法通則の中で取り上げられてきたものであるが、これらは解釈論や解釈態度とはほとんど関係がないように思われる。

仕組み解釈についてもう一人の大家は小早川である。小早川は、「行政をその実態に即して把握し、それに対する行政法学としての的確な対処のしかたを探究」したいという意味では行政過程論を否定していないが、「事実としての行政過程について論ずることは、当然には、法の問題に関し法的論述を行っていることにはならないのであって、それが法的論述たりうるためには何らかの媒介項が必要」⁽¹¹⁾との認識からスタートしている。そうした媒介項として、従来は行政行為概念が行政過程についての法的論述を成り立たせる役割を担ってきたが、その点で行為形式以上に重要なのは、「関係機関・関係人の種々の行為を媒介として生ずべき実体的または手続的な法律関係の展開の仕組みをあらかじめ設定」した法的仕組みであ

るとの立場である。⁽¹²⁾そして、一定の行政作用の法的仕組みを定めるということは主として、「行政機関ないし関係者の、当該行政作用をめぐる法律関係の成立・変動・消滅をもたらすべき法行為またはその他の事実行為と、その手順を、あらかじめ定めておくことである」⁽¹³⁾（小早川光郎・行政法上（1999年）187頁。以下「小早川上」という。同様に、小早川光郎・行政法講義下Ⅰ（2002年）を小早川下Ⅰという）。

なるほどと思われるが、この行政作用の法的仕組みを定めるということは、行政作用法編制の視点としてもきわめて重要な指摘ではないかと直感的に判る。そこで小早川における行政作用の編制を見ると、表1である。そこでは行政作用の法的仕組みとして、行政の目的とその実現手法としての行政作用の態様に着目して、干渉、給付および誘導の3つに区分し、3つの区分ごとに計20前後の仕組みを取り上げて説明していることが大きな特徴である。そして、従来から行為形式として説明してきたものについては、章を変えて「行政作用上の行為」とし、行政処分⁽¹⁴⁾や行政機関の各種事実行為などとして説明している。その結果、「多種多様な行政現象を法の観点から読み解き、それを法的に処理すること、そして行政に関する法制度設計を考えることに役立つ」（弘文堂HPにおける解説）行政法理論を提示したいという意図はかなりの程度実現されているように思われる。しかし、行政手続過程は第3編で取り上げられ、筆者が重視する行政手続過程と法的仕組みとを連係させることは検討されていない。また新しく行政法を学ぶ学生が概説書として本書を学び、その成果を踏まえて個別の具体的事案に対する解釈を実践しなければならないことを考えると、基本六法に掲載されていない20前後の法的仕組みの如何を基礎に、そこにおける法律関係を考えなければならないという「使いにくさ」は、行政法学を普及させる戦略から見たとき適切か、別途検討されなければならない問題点であるように思われる。⁽¹⁵⁾

表1 小早川・行政法上と同・講義下1

<p>第2編 行政の作用 (小早川・行政法上)</p> <p>1章 各種行政作用の法的仕組み 干渉の仕組み 給付の仕組み 誘導の仕組み</p> <p>2章 義務の実効確保の仕組み 義務履行強制 義務違反の制裁</p> <p>3章 行政作用上の行為 概説 行政処分 行政機関の各種事実行為 私人の各種行為</p>	<p>第3編 行政の過程 (同・行政法講義下1)</p> <p>1章 行政の過程の基本枠組み 序説 行政庁の権限行使と他機関の関与 行政案件処理における事実と基準 行政案件処理と一事不再理</p> <p>2章 行政手続過程 行政処分と行政手続法 行政不服審査 準司法的行政審判手続 行政案件処理過程への参加</p>
---	---

(5) 行政活動における法的仕組みと行為形式の連結スタイル

宇賀克也『行政法概説Ⅰ（第2版）』（2006年。以下「宇賀Ⅰ」という。同様に、宇賀克也・行政法概説Ⅱ（3版、2011年）を宇賀Ⅱという。）の行政作用法編制に関する最大の特徴は、「第2部 行政活動における法的仕組み」を設け、小早川のように行政作用の法的仕組みという表現ではないが、行政目的とその実現手法の観点から、行政活動の類型として規制・給付・誘導（さらに行政資源取得行政が追加されている）における主要な法的仕組みを計25取り上げていることである（表2参照）。宇賀がいうように、これら類型と法的仕組みを「理解することが有益」（Ⅰ71頁）であることは間違いないが、小早川・上に対すると同様、目の前にある具体的事案に、六法に明記されているわけではない同書から学んだ区分と法的仕組みをあてはめて法的推論を行い結論を得なければならない困難さを感じる。また理由は後述するが、行政の行為形式と行政手続を切り離し、独立して別個に取り上げているのも合点がいかない。なぜなら、宇賀はアメリカ行政法に精通しているのであるから、法原理的にも実際の作用法編制

においても、行政手続を基本に主要な法的仕組みと行為形式を発展的に止揚させた行政作用法の編制を構想する道を歩むことが合理的で自然だと思うからである。

表2 宇賀・行政法概説 I

第2部 行政活動における法的仕組み
第7章 行政活動の種類
第8章 規制行政における主要な法的仕組み
第9章 給付行政における主要な法的仕組み
第10章 行政資源取得行政における主要な法的仕組み
第11章 誘導行政における主要な法的仕組み
第5部 行政の行為形式
第17章 行政基準
第18章 行政計画
第19章 行政行為
第20章 行政契約
第21章 行政指導
第6部 行政手続
第22章 行政手続法
第23章 行政手続に関するその他の問題

(6) 法システムと行政手法から「行政法規の構造とその実現過程」へ

「行政の法システム」とは、阿部泰隆が1992年に発表した概説書の名前である。そこでは阿部は明確な定義をしないで「行政の法システムが全体⁽¹⁶⁾としてどうなっており、どこに問題があり、どのように是正すべきか、それをめぐる紛争をどのように解決すべきか……それを考える筋道を提供する体系が必要である。……従来の体系にとらわれず、現実の日本の法と社会を直視してその構造的な特色を明らかにし、そこから行政法理論を帰納的に形成し、今日の社会に存する法律問題を解明するヒントを提供したいと考える。特に法の機能不全まで念頭において法の欠陥を構造的に明らかにし、日本の社会において公共性を実現するための法システム創造の方向を探りたい」(初版はしがき)と謳っていた。そして、この基本姿勢のもと

で、行政法総論といわずに「行政の法システム」と題し、行為形式とは言わないで「行政手法」の語を用いて、表3の構成を採っていた。

この作業は、上記引用における言葉使いからも窺うことができるように、法と社会の構造的特色を明らかにして法システム創造の方向を探る政策法学としては大きな成果を産んだが、法治主義からの解釈論的要請に⁽¹⁷⁾ 応えるためには、別段の作業が必要であるとの認識に至ったのであろうか、その後阿部は『行政法解釈学Ⅰ・Ⅱ』（2008年、2009年。以下、阿部Ⅰ、阿部Ⅱという）を著わしている。そのⅠ第4章（Ⅰ233-281頁）は「行政法規の構造とその実現過程」という、これまでの概説書にはなかったタイトルの章立てを採用し、行政立法、条例、行政行為、行政裁量、行政契約を取り上げて論じている。その意図は、行政行為、行政指導、契約、行政立法、行政計画といった異質な行為があること自体は否定しないが、それらの説明に力点を置きすぎると、法治行政の観点からする法解釈論・立法論の必要性を軽視する結果をもたらすとの問題意識から、「法律が抽象的なものから順次具体化され、個別の行為に至るまでの法システムを説明しようというものである。そこで最初に法律の構造を説明し、次に、行政立法（委任立法の限界）、条例制定権の限界、行政行為、行政裁量へと展開」（Ⅰ43頁）し、さまざまな行為形式を取り上げているが、そこにおける考察の対象は行為形式それぞれの効力論ではなく、法律が具体化されて最終的には処分に至る過程ないし行政活動の実態分析を踏まえた違法性の検討である。Ⅰには「実質的法治国家を創造する変革の法理論」という副題が付けられているが、果たしてその看板と狙い通りの解釈論が展開されているかの判断は、行政の活動に関わるさまざまな具体的ケースについて、現実にとどのような考察を実践できているか、後に実際に観察してからとする。

表3 阿部泰隆・行政の法システム（上、下）

第1編	行政の法システムと行政手法
第1章	監督行政のシステム
第2章	行政のサービス・事業システム
第3章	土地利用規制の法システム
第4章	経済的手法
第5章	情報の収集管理保護システム
第6章	補助手法
第7章	行政指導手法
第8章	情報提供・啓発手法
第2編	事前手続・合意形成のシステム
第3編	行政の事務・主体・組織——地方自治を含めて
第4編	法治行政

註

- (2) ただしそのうえで、その第三編「行政の諸活動とその法的規制」に「付章 行政法学とその活動形式論」（同343-351頁）を追加して、「行為」と「制度」および「仕組み」と「システム」について、三段階構造モデルの体系的編制から切り離れた考察を示している。また、医療法に基づき知事が病院を開設しようとする者に対して行った病床数削減の勧告が取消訴訟の対象となる行政処分にあたるとした最高裁判決（最判平成17年10月25日判時1920号32頁）で、藤田宙靖裁判官は次のような補足意見を述べている。要するに、行政行為としての性質を持たない数多くの行為が組み合わさったメカニズム（仕組み）の意義を看過できないとしつつ、それを前提としない従来からの公式である行政行為論が妥当する場合は依然相当程度存在しているというわけである。

「従来の公式」においては、行政事件訴訟法3条にいう「行政庁の処分」とは、実質的に講学上の「行政行為」の概念とほぼ等しいものとされているものであるところ、このような行為のみが取消訴訟の対象となるとされるのは、取消訴訟とはすなわち、行政行為の公定力の排除を目的とする訴訟である、との考え方がなされているからに他ならない。そしてその前提としては、行政活動に際しての行政主体と国民との関わりは、基本的に、法律で一般的に定められたところを行政庁が行政行為によって具体化し、こうして定められた国民の具体的な権利義務の実現が強制執行その他の手段によって図られる、という形で進行するとの、比較的単純な行政活動の

モデルが想定されているものということができる。しかしいうまでもなく、今日、行政主体と国民との相互関係は、このような単純なものに止まっているわけではなく、一方で、行政指導その他、行政行為としての性質を持たない数多くの行為が、普遍的かつ恒常的に重要な機能を果たしていると共に、重要であるのは、これらの行為が相互に組み合わせられることによって、一つのメカニズム（仕組み）が作り上げられ、このメカニズムの中において、各行為が、その一つ一つを見たのでは把握し切れない、新たな意味と機能を持つようになっている、ということである。……「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いえないのであって、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。

- (3) 藤田がこのように言う背後には、三段階構造モデルに対する藤田の次のような理解があるからと思われる。すなわち、三段階構造モデルは、様々の手法を相互に関連させあって展開していく行政過程の法的構造を捉えるための1つのモデルであった。それは、公権力の行使を中心とする行政の基本的な過程が、とりわけ「法律」との関係においてどのような法的仕組みを持っているか、という観点から示された一つの図式であった。この図式は、「行政行為」「行政立法」「行政上の強制執行」「即時強制」等々の伝統的な行為形式が有している法的性質を（とりわけ「法律による行政の原理」との関係において）理論的に明らかにするためには、かなり有効な機能を（今日でもなお）持っている（同345頁）。
- (4) たとえば、ある行政行為がなされるということは、行政部内での意思形成に始まり相手方への通知を経て法的効果が発生するまでの一連のプロセスが展開されるということである。したがって、ある事業の「免許」を単なる「事業免許」として捉えるに止まらず、「行政行為」として捉え、この行政行為の効果について語る以上、そこでは既に、単なる「基本単位」に止まらぬ、「各行政領域において共通に利用可能なものとして（理論的に）用意された法的仕組みが登場していることになるという。間違いはないであろうが、煙に巻かれたような、いささか釈然としないものが残る気もする。
- (5) 小早川光郎「行政の過程と仕組み」高柳古稀153-154頁。
- (6) 同「行政介入の形態」行政法の新構想Ⅱ12頁。
- (7) 塩野が行為形式論を論じるのは、「行為形式の法的性質の分析」と「行政法の基本原理がここでどのように妥当しているか」を考察するためである（塩野Ⅰ87頁）。このうち、後者の行政法の基本原理の妥当云々は、藤田の言う、行政行為概念が有する法治国的チェック機能に関する考察と共通しているように思われる。しかし従来からの行為形式論はかなりの程度、前者の「行為形式の法的性質の分析」に大きな比重を置いてきたように思われる。そして、

「行為形式の法的性質の分析」のうち、少なくとも行政行為に関しては概念先行で先験的な効力論が長らく支配的であったし、行政行為でないといわれるものについては、非権力的作用であるとの理由から必ずしも法的根拠を要するものではないとしたり、事実行為であって処分ではないから取消訴訟で争うことはできないと帰結する傾向が強かったという印象が強い。したがって、仮に行為形式論に意味が認められるとしても、それは後者の行政法基本原理の妥当云々に関する考察に、より大きな比重を置くものでなければならないと考える。原田尚彦・行政法要論（全訂第6版2008年、以下「原田要論」という）が塩野 I と同様、行政過程論と行為形式論の立場に立ちながら、そして櫻井・橋本にあっては行政過程論に依拠した編制を行うことなく、単純に行為形式論の立場から各行為形式を取り上げるという保守的な編制を採用しているにもかかわらず、藤田や塩野に比べて、かなりの程度国民の権利利益の保護や行政の民主的統制に意を払っているとの印象があるのは、行為形式論についての考察が行政法の基本原理の妥当云々に関する検討に力点を置いているからであろうか。

- (8) 藤田 I 345 頁。
- (9) 兼子仁「行政法と特殊法の理論」33 頁。
- (10) 次のように説明されている。「たとえば、放送局の免許は、それ自体としては行政行為の一種に過ぎないが、電波法、放送法によって構成されている放送局の免許制度という法的仕組みの一部をなしているのである。建築の確認も、建築基準法上の建築確認制度という仕組みの、重要ではあるが、その一部を構成している。このようにすべての行為形式はいずれかの法的仕組みの中の部分として現実上の意味をもつ。その意味で、それぞれの法的仕組みの内容を探ることは、具体的な行政法解釈論においては極めて重要なことであるが、法的仕組みは、放送制度であれ学校教育制度であれ、それぞれの行政領域において形成されるので、そのすべてを行政過程論一般理論の中で取り上げることはできない（79-80 頁）。
- (11) 小早川は行政過程論が提唱される趣旨について次のように簡潔に分かりやすく説明している。すなわち、行政過程論は「行政行為に偏した行政法学のありかた、すなわち行政法学が過度に行政行為に重点を置き、しかもそれを行政の全体過程から切り離して抽象的に論ずるという、“行政行為行政法学”とも称すべき状態にあることを批判しつつ、“行政過程”の名の下に行政をその実態に即して把握し、それに対する行政法学としての的確な対処のしかたを探究しようとするにある」。小早川・前注（5）152-153 頁。
- (12) 同上小早川 153-155 頁。
- (13) 法律の仕組みというと、法律の個々の条文における法律要件と法律効果の関係を指すことが多いが、行政作用の法的仕組みというときは、1 個の法律

が規定する全体、ときには関連する法律とのリンクまで想定する視野の広いもののようである。

(14) 「公法私法二元論に由来する伝統の重荷を負った「行政行為」の語の使用は避けるのが賢明」との立場である（同上 281 頁）。

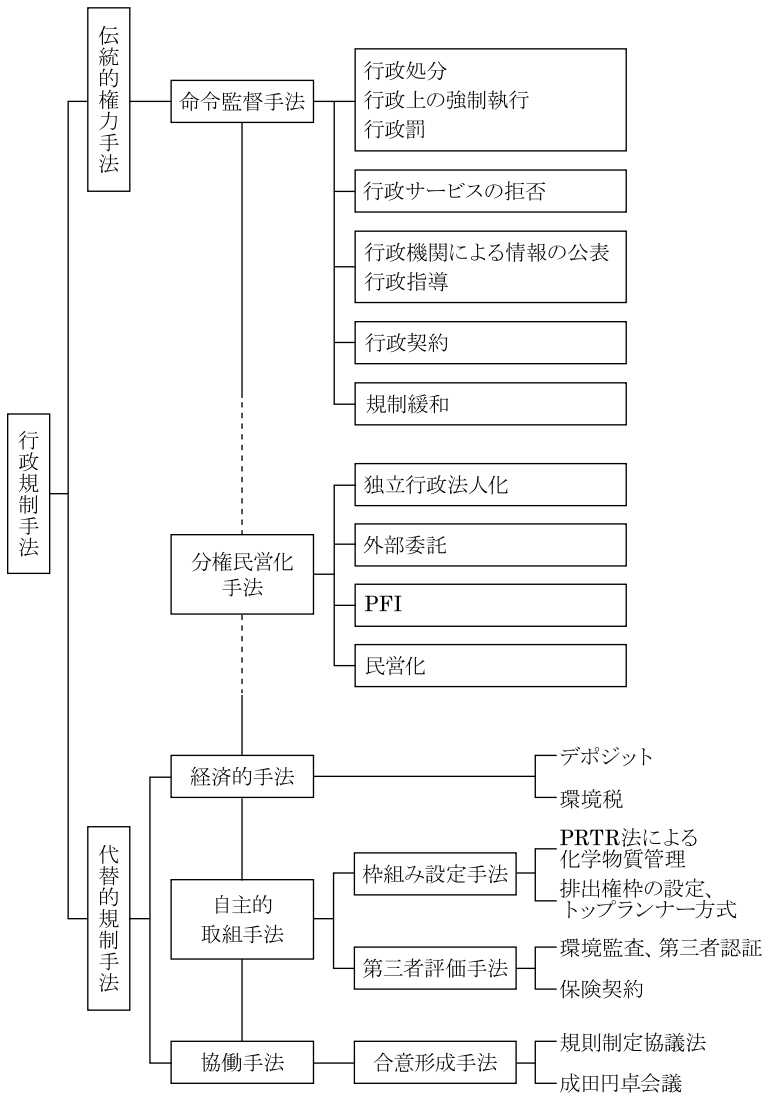
(15) 小早川は、「行政法学にとって重要な法的仕組みは、行政作用の法的仕組み、すなわち行政作用をめぐる実体法上および争訟法上の法関係の仕組みである」（小早川・前注（5）156-159 頁）としていた。また、同行政法上 187 頁では「行政作用の法的仕組みは、かなり単純なものである場合もあり、きわめて複雑である場合もある。行政機関ないし関係者のあれこれの行為による法律関係の成立・変動・消滅の仕組みにあわせて、それら個々の行為にまつ争訟その他の手続についての仕組み——手続上の法律関係の展開の仕組み——が付け加わることもある。前者は実体法的仕組み、後者は手続法的仕組みということになる」と述べている。したがって、小早川のいう行政作用の手続法的仕組みとは、もともとからして主として争訟法上の仕組みを指していたようである。

(16) 阿部泰隆・行政の法システム〈上、下〉（有斐閣）。

(17) 藤田は同書に対して一定の賛辞を寄せながらも、次のように注文していた。「理論的な見地から見ると、少なくともこのようなシステムを行政法総論として展開しようとする以上、……このような様々の法システムの分類が、法理論（……自由裁量論、法律の根拠論、等の法治主義論）との関係でどのような意味を持ち、システムの違いによって、その適用にどのような差が生じ、またそれは、従来の行政法総論で述べられてきたところと、どのように根本的に違うのか、が、より体系的に説明されなければならない」（藤田 I 350～351 頁）。いささか話は逸れるが、阿部が「行政の法システム」を著わして以降、阿部の指導を受けていた筆者は自身の行政法学観をもちたいとの思いで研究を続け、2000 年頃、協働主義の視点からする規制手法の構成と分類を考えるに至った。表 4 がそれであるが、規制手法における民主性とそれが機能する有効度は、伝統的な権力手法とくに命令監督手法（command & control approach）とそれに代わる代替的規制手法（alternative regulatory approach）とで大きく異なるとの関心から、代替的規制手法の存在と意義を十分に踏まえて規制手法を体系的に整理しようとしている点に特徴がある。つまり、命令監督手法は、行政庁が一方的にクリアすべきハードルとクリアする方法を指示し、規制を受ける者はまったく受け身の存在として位置づけているが、他方、代替的規制手法は、規制を受ける者を単なる受け身の存在ではなく、各自が独自の価値観と合理的な判断能力をもって行動する主体だと認識している。協働がいわゆる今日、政策法学として理解しておくべき構成と分類であると確信しているが、解釈法学で活用されるにはまだしばらく

の時間を要することは間違いない。拙稿「わが国における協働主義行政法の成立可能性と射程」解釈法学と政策法学所収 54 頁参照。

表 4 協働主義における規則手法の体系



3 行政行為中心・行為形式重視の最高裁判決と実質的法治主義解釈との乖離

では最高裁は、当該事案に関わる法制度全体の構造と仕組みを正しく理解して、行政法学の使命や存在理由を踏まえた解釈を実践しているのだろうか。相変わらず行為形式論の呪縛から脱しないまま、行政行為中心あるいは一つの行為形式のみに着目した解釈を行い、局所的対応に過ぎると感じられる解釈を行ってはいないだろうか。以下では、初めに、実質的法治主義解釈論の立場と内容をより具体的に示した後、最高裁判例の中で、上記の行為形式重視と法制度全体の把握という見地から注目される最高裁判決を計7つ取り上げ、実質的法治主義解釈論との関係を検討する。つぎに、それら最高裁判決の事案について、代表的概説書がどのような解釈と評価を示しているか、実質的法治主義解釈の実践という観点から考察する。

(1) 実質的法治主義解釈の意義と具体的内容

実質的法治主義解釈論の立場と内容を示していると筆者が評価する見解は、「行政法の体系と憲法上の価値を踏まえて、法制度の整合性を維持しつつ、法のシステムの中から事案の解決としてもっともふさわしいものを探求する作業」という阿部 I (46 頁) の立場である。無論、前 (2-(3)) に紹介した、塩野の説く、条文解釈は条文の字句に沿った解釈だけでなく、法律全体の仕組みを十分理解し、その仕組みの一部として当該条文を解釈し、さらに、条文相互の技術的操作だけでなく当該法律が奉仕する目的ないし価値との関連、さらにももちろん、憲法的価値も考慮に入れた解釈というのも、きわめて優れた実質的法治主義を実現する解釈論である。また、「憲法原理としての法治主義の行政の場における具体化法」として行政法を位置づける高田編における解釈論の実践にも注目しなければならないし、個別実定法の解釈においては、その第1条に規定されることの多い法の目的を踏まえて個別条項の意味を解釈することが重要であるから、「すべて行政作用は法目的に従って、公正かつ合理的に決定されなければ

ならない。これに反する不合理な、もしくは正義に反する判断形成は違法となる⁽¹⁸⁾」と説く法目的合理性規範論あるいは目的拘束法理も、解釈論における裁量統制法理というだけでなく、実質的法治主義に結びつく解釈論として重視したい。なお、2で検討した諸説と上にあげた実質的法治主義解釈論との異同は、現時点では少なくとも筆者にとっては不明である。したがって、以下で検討する作業の結果を踏まえて、諸説に対する筆者の評価を明らかにすることとする。

さらに、詳細に違法性の検討＝違法事由判断性を展開する以下の見解がある。すなわち、「法的に正しい権限行使かどうかの評価に当たっては、当該個別法が、いかなる趣旨でその権限をその行政機関に与えたかを理解することが必須である。個別法は、政策目標とその実現手段たる種々の権限を、体系的なまとまりをもつ法制度なりシステムなりとして定めていると考えられる。そこで、個別法にいかなる趣旨の法制度・法システムが定められているかを的確に理解しながら、個々の条文を解釈する作業が求められるのである。……行政機関に権限を与える個別法が、どのような仕組みないし構造の法制度を定めているかに留意しながら、個々の条文を解釈する作業こそが重要である⁽¹⁹⁾」。匿名による執筆であり、憲法的価値の位置づけが不明ではあるが、これまでに発表されている解釈論の中ではおそらく最高度の品質を有する解釈論が詳細かつ具体的に述べられているように思われる。

(2) 実質的法治主義解釈を実践している最高裁判決

- ① 土地区画整理事業計画決定訴訟（最判平成20年9月10日民集62巻8号2029頁）と病院開設中止勧告取消訴訟（最判平成17年7月15日民集59巻6号1661頁・百選Ⅱ167事件）

i 事案の検討

この二つの最高裁判決は、いずれも従来からの行政行為中心あるいは行為形式重視の立場からは処分性が認められない事案に関するものである。従来からの処分性概念（「公権力の主体たる国又は公共団体が行う行為の

うちで、その行為により直接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」)からすると、土地区画整理事業計画の決定(以下、事業計画決定という。)は法令制定行為と同様の一般的抽象的行為(青写真論)であり、建築行為制限等の効果も計画決定の本来的効果ではなく公告に付随する効果に過ぎず、訴えを認めなければならない成熟性にも欠けるなどとして、処分性が否定されている事案である。また、病院開設中止勧告(以下、中止勧告という。)も、勧告は非権力的な事実行為であるから処分ではないとされる事案である。

そこで二つの判決が処分性を認めた理由が注目されるが、青写真論についてはこれを明確に否定し、「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とはできない」と述べている。事業計画決定判決は、事情判決防止の観点から成熟性も認めて実効的な権利救済を図っているが、核心は、「土地区画整理事業の全プロセスにおける事業計画決定の位置づけ(換地にまで至る権利制限の連鎖の発端を成す行為)に着目し、「事業計画の決定がされることによって、……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」という点に、「法的地位に直接的な影響が生ずる」根拠を求めていると言えるであろう。その意味で一種の仕組み論的解釈と思われる。

また、中止勧告最高裁判決は、原審が、本件勧告に従わなかったとしても、それにより必然的に保険医療機関の指定が拒否されるわけではないから、本件勧告は、行政事件訴訟法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」に当たらないと判断して訴えを却下したのに対し、次のように述べて処分性を肯定している。

「医療法及び健康保険法の規定の内容やその運用の実情に照らすと、医療法30条の7の規定に基づく病院開設中止の勧告は、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う結果をもたらすものということができる。そして、いわゆる国民皆保険制度が採用されている我が国においては、健康保険、国民健康保険等を利用しないで病院で受診する者はほとんどなく、保険医療機関の指定を受けずに診療行為を行う病院がほとんど存在しないことは公知の事実であるから、保険医療機関の指定を受けることができない場合には、實際上病院の開設自体を断念せざるを得ないことになる。このような医療法 30 条の 7 の規定に基づく病院開設中止の勧告の保険医療機関の指定に及ぼす効果及び病院経営における保険医療機関の指定の持つ意義を併せ考えると、この勧告は、行政事件訴訟法 3 条 2 項にいう「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に当たると解するのが相当である。後に保険医療機関の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。」

従来からの処分性概念との関係で、一般に注目されているのは、中止勧告は任意の行政指導であると認めながらも、これに従わない場合、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結果をもたらす事実を認定し、後に保険医療機関の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の判示である。

確かに、「後に保険医療機関の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」、今現在、中止勧告を処分としてその取消を求めて争うことができるとしているのであるから、後に見る通達取消訴訟判決と比較すると画期的であることは疑いない。しかし、もう一点、本稿の問題意識から注目されるのは、判決が医療法に基づく勧告という一つの行為形式だけでなく、健康保険法に基づく保険医療機関等の指定申請とその拒否処分との関連を視野に置いて、中止勧告の処分性を判断していることである。

ii 代表的概説書における諸見解

この二つの最高裁判決は著名であるので、どの概説書でも一定の言及をなしている。しかし、重要なことは最高裁判決の変遷を受け、従来からの行為形式論重視の解釈論をどう改め、さらにはそれを作用法の編制にどう反映させていこうとしているかである。そうした言及を探してみる。

藤田 I は、平成 18 年の出版であり、事業計画決定については判例変更を予感させるにとどまる。他方、中止勧告最高裁判決について、「必ずしも、行政機関の行う行為の法的拘束力ではなく、事実上の効果が私人に及ぼす影響を問題としているのであって、少なくともその限りにおいて、先に見た従来の最高裁判決の考え方とは異なるものを有する」ことなどを前提として、「この判決と従来の判例における考え方との関係を理論的にどう整理するのか、……今後の行政法学において、より詳細に詰められなければならない課題」と述べる（I 375～378 頁）。藤田ほどの大家であるから、処分性論の核心に関わる結論を同著に反映させてほしいが、再検討の必要を明示しただけでも大きな意義があると思われる。塩野 II は、行政決定が段階的に積み重ねられていくときにどの段階で出訴を認めるかという問題があると指摘したうえで、事業計画決定に関する本判決の骨格を説明するだけである（108～109 頁）。どの段階で出訴を認めるかにつき、塩野のいう行政過程論と仕組み論を直接的に当てはめて答えを導くことのできる格好の事例だと思われるので、その観点からの説明を受けたい気がする。そして、中止勧告最高裁判決については、「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」が出たとして同判決を紹介している。また上記した、「後に保険医療機関の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」中止勧告を処分としてその取消を求めて争うことができるとしている点などを含め、「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」（113～114 頁）と指摘して終わり、それ以上には解釈論や行政作用法編制のあり方への波及を論じてはいない。法的行為か事実行為かの区分と処分性概念との関連について、従来からなされてきた絶対的な結び

付けが誤りであり、放擲されたことをより明確に指摘すべきと考える。宇賀Ⅱも中止勧告最高裁判決について、法律上は権限発動の要件とはされておらず、行政指導に従うかどうかを相手方が任意に判断できる場合にまで処分性を肯定した判決として簡潔に紹介するのみである（159～160頁）。また、事業計画の処分性を認めた判例変更についても、その射程を補足意見につき検討し、先例が見直されたのは適切であったとするのみである（173～174頁）。櫻井・橋本は、「複数の行為が連鎖し、一連の段階を経て行政過程が進行する場合の中間段階の行為の処分性」という問題意識から、事業計画決定に関する本判決の論理構造を説明する（278～279頁）。しかし、行為形式論のあり方や法的仕組み解釈との関連への言及は上記程度に止められているようで、ほかに「この判例変更により、今後は事業計画の適法性という計画内容そのものの当否が問われるとともに、事業計画決定と後続処分との違法性の承継の可否や、事業計画が判決により取り消された場合の効果（とりわけ第三者効）等の解釈問題が生じるものと考えられる」（157頁）を指摘する程度である。もう一つの中止勧告最高裁判決について、初めて明確に仕組み解釈との関連を指摘している。すなわち、「関連する法令の仕組み全体の解釈から、根拠法の解釈上は行政指導である勧告について、それが実質的に法的効果を有することを導き、処分性を拡大している」（276～277頁）との分析である。しかし、この分析は「法律的理解の表示行為」でなされており、作用法編制への示唆は検討されていないようである。ほかに、行政指導の争い方に言及している。芝池読本は、事業計画について「事業実施のための計画（事業計画）であり、具体性があるとともに、対象となる地域もそう広大なものではない」ことが処分性肯定の背後にある事情だろうとする（286頁）。事業計画の法的効果に着目する見方である。高田編は、上記二つを含む三つの最高裁判決の特徴について、「最高裁の新思考判決（仕組み解釈）」と題して説明している（276～277頁）。最高裁が仕組み解釈論に合致するような判決を出したとき、それを事後的に解説するだけでなく、最高裁が行為形式の局所的観察に基づく解釈論に固執している事案について、それをどのように

見直すか、概説書として責任をもって提示してほしいように思われる。

阿部Ⅱは、土地区画整理事業判決について詳細な検討を加えているが、以下の言及が注目される。すなわち、「処分性とはどの段階でどの論点で紛争が成熟し、また実効性ある権利救済が図られるのかという観点から、機能的に考える概念だと考えれば、権利制限を伴い、いずれ換地処分に至る（あるいは事業が進まず放置される）とすれば、それだけで、その段階で、事業計画自体の違法を主張できるだけ紛争が成熟していると考えればよい」。しかし、「この判決は、行政行為＝処分といった呪縛からまだ解放されていないが、本来は、計画、規則、通達などを争わせるべきかどうかは、行政行為概念にとらわれず、争点ごとに争わせるべきかどうかを、タイミング、つまり成熟性、最終性といった観点から考察するべきである」と述べて、処分性判断において行政行為という行為形式論と絶縁すべきことを明示的に指摘する（115～118頁）。

阿部Ⅱはもう一つの中止勧告最高裁判決についても詳細な検討を加えている。到底すべてを引用することはできないが、行為形式論のあり方とも関わって筆者が注目する指摘は次のようなものである（113～114頁）。行為形式論の意義と仕組み論に基づく解釈のあり方について、阿部の主張から学ぶことはきわめて大である。

これまで処分とは行政行為のような法的効果を生ずるものでなければならないとされてきたが、ここでは、勧告の処分性は、将来の保険医療機関指定に及ぼす効果について「相当程度の確実さ」を理由としており、法的効果を厳格に考えないものと理解される。……行政の活動は、違法であれば、それが行政行為であろうと行政指導であろうと、是正されるべきであって、ここで重要なのは、法的な効力があるかどうかではなく、法治主義に違反しているかどうかである。問題は、今争わせるだけの成熟性があるかどうかによる。……要するに、処分性の概念は、行政行為概念とは異なって、裁判所で訴訟の対象として取り上げるかどうかという視点から判断されるべきものであり、法的効果が生ずることが「必然的である」「最終的決定である」ことを要求す

ると、法的効果が生ずるのに救済の対象とならないことが頻発して、裁判を受ける権利を侵害するのである。……

② 寺院による墓地埋葬通達の取消を求める訴えの適否（最判昭和43年12月24日民集22巻13号3147頁。判百I 52事件）

i 事案の検討

墓地、埋葬等に関する法律が墓地等の「管理者は、埋葬、埋蔵、収蔵又は火葬の求めを受けたときは、正当の理由がなければこれを拒んではならない」（13条）とし、これに違反する者は「千円以下の罰金又は拘留若しくは科料に処する」（21条）と定めているとき、機関委任事務時代に都道府県等衛生主管部局長あて厚生省公衆衛生局環境衛生部長が発した通達において、異教徒の埋葬を拒むことは上記13条にいう「正当な理由」に当たらないとの解釈が示されたとき、墓地等を経営する寺院が通達の取消しを求めて争った事案である。最高裁（田中二郎が5人の裁判官の一人であった）は下記引用のとおり、「取消の訴の対象となりうるものは、国民の権利義務、法律上の地位に直接具体的に法律上の影響を及ぼすような行政処分等でなければならない」ところ、通達は行政組織内部における命令にすぎないなどとして訴えを却下している。

「本件通達は、被上告人がその権限にもとづき所掌事務について、知事をも含めた関係行政機関に対し、法律の解釈、運用の方針を示して、その職務権限の行使を指揮したものと解せられる。元来、通達は、原則として、法規の性質をもつものではなく、上級行政機関が関係下級行政機関および職員に対してその職務権限の行使を指揮し、職務に関して命令するために発するものであり、このような通達は右機関および職員に対する行政組織内部における命令にすぎないから、これらのものがその通達に拘束されることはあつても、一般の国民は直接これに拘束されるものではなく、このことは、通達の内容が、法令の解釈や取扱いに関するもので、国民の権利義務に重大なかわりをもつようなものである場合においても別段異なるところはない。……本件通達は従来とられていた法律の解釈や取扱い

を変更するものではあるが、それはもつぱら知事以下の行政機関を拘束するにとどまるもので、これらの機関は右通達に反する行為をすることはできないにしても、国民は直接これに拘束されることはなく、従つて、右通達が直接に上告人の所論墓地経営権、管理権を侵害したり、新たに埋葬の受忍義務を課したりするものとはいえない。また、墓地、埋葬等に関する法律二一条違反の有無に関しても、裁判所は本件通達における法律解釈等に拘束されるものではないのみならず、同法一三条にいわゆる正当の理由の判断にあたつては、本件通達に示されている事情以外の事情をも考慮すべきものと解せられるから、本件通達が発せられたからといつて直ちに上告人において刑罰を科せられるおそれがあるともいえず、さらにまた、原審において上告人の主張するような損害、不利益は、原判示のように、直接本件通達によつて被つたものということもできない。そして、現行法上行政訴訟において取消の訴の対象となりうるものは、国民の権利義務、法律上の地位に直接具体的に法律上の影響を及ぼすような行政処分等でないければならないのであるから、本件通達中所論の趣旨部分の取消を求める本件訴は許されないものとして却下すべきものである。

この事案においても、本件通達が取消訴訟で争うことのできる処分にあたるかどうかは、法の仕組み、すなわち、墓地、埋葬等に関する法律が予定している法の執行過程全体との関係で判断すべきではないか。そうすると、埋葬等に関する事務処理の変遷と現状、本件通達による「法律の解釈、運用の方針」の変更、その結果として、違反により刑罰を科せられるおそれがあるか（直接的か間接的か、具体的か抽象的かは問わない）を視野に置いて判断することになろう。

ii 代表的概説書における諸見解

藤田は、本判決を簡潔に紹介したのち、具体的な通達について「通達そのものを争わせなければその権利救済を全からしめることができないような特殊例外的な場合」（I 295～296頁）として通達自体の取消訴訟を肯定した函数尺事件に関する東京地裁判決（東京地判昭和46・11・8行集22巻11・12号1785頁）を説明している。しかし本判決のような事案におい

て国民が置かれている立場と状況への発展的類推はなされていない。宇賀は「取消訴訟の対象となるのは、直接に国民の権利義務を変動させる法的効果を持つものに限定されるのが原則であるので、通達自身の取消訴訟は一般的には認められない」（Ⅰ 252 頁）「行政組織内部における命令にすぎず国民に対する法的拘束力は有しないから、一般的には処分性は否定される」（Ⅱ 153 頁）として、上記最高裁判決を指摘するのみである。他方、櫻井・橋本はかなり筆者に近い見解である（同 68-69 頁）。すなわち、通達は行政組織内部における命令にすぎないとして処分性を否定して済ませる「形式的な観念論では問題が解決されないところに行政規則の課題がある」としたうえで、「実際には国民に対して事実上直截的な影響を及ぼしており、この事実上の効果をどのようにして救済ルートにのせるか」を考え出さなければならない。一定の条件を充たす場合に処分性を肯定する計量法に関する下級審判決があるし、当事者訴訟（行訴法 4 条）の活用も可能であると示唆している。しかし、行為形式論に依拠する高田編は消極的（273 頁）であり、芝池読本は言及していない。塩野は「ある通達が出され、それによると将来自己に不利益な処分がなされると私人が考えても、私人は直ちに通達を取り消してもら必要はない。将来、通達に従って不利益な処分がなされたあとで、裁判所に出訴して、法律の正しい解釈により処分を取り消してもらえるからである」（Ⅰ 102～103 頁）と頑なである。そのうえ、「処分が出される前に、予め将来の危険を予防する意味での抗告訴訟としての差止訴訟が考えられるが、通達自体が外部効果をもつ法源となることは、法律による行政の原理からして認められない」という。国民の権利や利益を救済する方向で機能することが期待される法律による行政の原理を、逆に救済の道を塞ぐ方向で機能させるというのは、行政法解釈の基本姿勢として大きな過ちを犯しているのではないか。仕組み解釈が憲法までも視野に入れたものであるというなら、このようなケースに適用できて初めてその存在意義があると筆者は考える。

阿部は「あとで争えるから、あとでしか争えないというのは、非論理的である。そして、刑事事件で争うのは私人にとっては大変な苦難である

し、実際にはあとで争って勝てるという保証はないし間に合わないのが普通であるから、通達に従ってしまう。そこで、通達の実体的な影響力に鑑み、これが違法と考えるならその排除を求める訴訟を認めるべきである。行訴法改正によりその4条の当事者訴訟（通達の違法確認訴訟）を使えるとの意見が増えている。これまでの議論は、法的効力があるかどうかを基本としてきたが、むしろ、法治行政違反は是正すべきであるとの視点を基本とすれば、實際上あとで争うのが困難なものはその段階で争わせるというのが妥当」（I 277～278頁）とする。

③ 公務員の採用内定取消（最判昭和57・5・27民集36巻5号777頁）

上告人は、昭和四五年八月東京都の職員募集に応募し、東京都人事委員会の採用試験に合格し、同年一二月同委員会の採用候補者名簿に登録され、同四六年一月東京都の建設局職員として採用することに内定され、同局総務部長名義の採用内定通知書を受領した。右採用内定通知書には、「面接及び身体検査の結果あなたを昭和四六年四月一日付で建設局に採用することに内定いたしましたのでお知らせします。」と記載されていた。しかし、採用予定者を内定し、これを相手方に通知することは職員の採用に関する法令上の根拠に基づくものではなく、その趣旨とするところは、採用者である東京都としてもできるだけ早期に採用予定者の就職の意思の有無を確認しないと発令手続に支障を来すなどの理由から、あらかじめ採用予定者を内定してこれを相手方に通知し、事務処理上の便宜を図るものであった。しかし、同四六年三月二七日東京都建設局総務部長名義の書面をもつて採用内定を取り消す旨の通知を受けたという事案である。

最高裁は、本件採用内定の通知は、単に採用発令の手続を支障なく行うための準備手続としてされる事実上の行為にすぎず、正当な理由がなく右採用内定が取消されても、これによつて、右内定通知を信頼し、都職員として採用されることを期待して他の就職の機会を放棄するなど、都に就職するための準備を行つた者に対し損害賠償の責任を負うことがあるのは格別、右採用内定の取消し自体は、採用内定を受けた者の法律上の地位ない

し権利関係に影響を及ぼすものではないから、行政事件訴訟法三条二項にいう「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に該当するものといふことができず、右採用内定者においてその取消しを訴求することはできないというべきであるとして上告を棄却した。

しかし、公務員として任用されるに至る過程と手続は、一般職公務員の場合、一般的には、国家公務員法 33 条以下、地方公務員法 15 条以下などで定めるところに従って進行している。すなわち、採用試験の公告、応募、試験の実施、採用候補者名簿の作成、名簿の閲覧、採用候補者名簿による採用（条件附任用）といった流れである。こうした手続が進行している中で採用内定の通知やその取消しが行われているのであるから、これに関する紛争の取り扱いとは当該行為が全体の進行過程においてどのような意味を有して行われているかを十分に踏まえたものでなければの外れな議論になること必至である。そうすると、事実上の行為にすぎないから、処分に該当しないなどと形式的に処理することは、十分に成熟している法的紛争の問題解決を司法の場から排斥するもので、司法の責務を放棄すること甚だしいと指弾されなければならないと考える。

ii 代表的概説書における諸見解

藤田 I は、三段階構造モデルの例外として、行政契約を検討する中で、ドイツにおける「確約」の法理の紹介と導入が図られているが、最高裁判例はこのような考え方を導入することには未だ消極的であるとして本判決を挙げている（305～306 頁）。塩野はその I でも II でも本判決には一切言及していないようである。櫻井・橋本は、「判例上、具体的法効果が発生しない（権利義務関係への直接の影響がない）ことを根拠に処分性が否定された行為の例の一つに本判決を挙げ、それらは「いずれの行為も、関係者に一定の不利益を与えるものではあるが、原告の法的地位へ直接の影響を及ぼすものではないと解釈されている」で済ませている（275 頁）。同様に、高田編は消極的であり（112 頁、271 頁）、芝池読本は言及していない。宇賀 II は、取消訴訟の対象（処分性）を検討する一つに、公務員の採用内定の取消しをあげて本判決を紹介し、内定通知を信頼して他への就職

機会を放棄したこと等に対する損害賠償責任の余地を指摘するのみである(162-163頁)。

阿部 I はほとんど筆者と同様の問題関心からかなり突っ込んで考察している (I 137~138 頁)。長くなるが、その基本的な立場は、採用内定は法令上の根拠を有しないから行政処分ではなく、その取消しも同様であって取消訴訟の対象とならないというのなら、「公務員法の領域では、法治行政であるがゆえに契約法理が適用されず、かえって救済できないことになる。法治行政とは、もともと行政を拘束して、国民の救済の領域を広げようとする制度であるが、この判例は、法律がなければ、行政は、恣意的に行動しても、拘束されないという逆の制度を創出している」「公務員関係を包括的に行政処分の関係として契約法理が適用されないとする理由もない」との見方である。したがって、正しい解釈の方向として、「確約が、法律に基づかないものであっても、違法ではなく、かつ必要なものであれば、相手方の信頼保護の必要上も、行政に対して拘束力を及ぼすべき」である、公務員関係では免職処分については不利益処分として扱う規定があるが、採用については処分とする規定はないので、「採用内定も、始期付き採用契約と解釈」する方法を提案している。

小早川は、公務員が採用(条件附任用)されるに至る流れを指摘して上記した筆者と同様の関心を示しているが、その概説書では、立法規定に抵触する個々の合意により既存の立法を変更することは許されないとして、補助金適正化法の規定によらないで国の補助金の授受に関する合意が成立した場合をあげるのに続いて、本判決参照とする。同列に考えられるという趣旨であろうか(上 261 頁)。

④ 用途地域の指定(昭和 57 年 4 月 22 日最高裁判所民事判例集 36 巻 4 号 705 頁。判百 II 161 事件)

i 事案の検討

知事が都市計画法 8 条 1 項に基づきした工業地域指定処分につき、右地域内に病院を経営する上告人らが、右処分にはその手続・内容において重

大かつ明白な瑕疵があるとして、その無効確認または取消しを求めた事案である。最高裁は、以下に引用するように、とくに筆者が下線により示している理由をあげて、抗告訴訟の対象となる処分には当たらないとして訴えを却下した原判決を支持、上告を棄却した。

「都市計画区域内において工業地域を指定する決定は、都市計画法八条一項一号に基づき都市計画決定の一つとしてされるものであり、右決定が告示されて効力を生ずると、当該地域内においては、建築物の用途、容積率、建ぺい率等につき従前と異なる基準が適用され（略）、これらの基準に適合しない建築物については、建築確認を受けることができず、ひいてその建築等を行うことができないこととなるから（同法六条四項、五項）、右決定が、当該地域内の土地所有者等に建築基準法上新たな制約を課し、その限度で一定の法状態の変動を生ぜしめるものであることは否定できないが、かかる効果は、あたかも新たに右のような制約を課する法令が制定された場合におけると同様の当該地域内の不特定多数の者に対する一般的な抽象的なそれにすぎず、このような効果を生ずるということだけから直ちに右地域内の個人に対する具体的な権利侵害を伴う処分があつたものとして、これに対する抗告訴訟を肯定することはできない。もつとも、右のような法状態の変動に伴い将来における土地の利用計画が事実上制約されたり、地価や土地環境に影響が生ずる等の事態の発生も予想されるが、これらの事由は未だ右の結論を左右するに足りるものではない。なお、右地域内の土地上に現実に前記のような建築の制限を超える建物の建築をしようとしてそれが妨げられている者が存する場合には、その者は現実に自己の土地利用上の権利を侵害されているといえることができるが、この場合右の者は右建築の実現を阻止する行政庁の具体的処分をとらえ、前記の地域指定が違法であることを主張して右処分の取消を求めることにより権利救済の目的を達する途が残されていると解されるから、前記のような解釈をとつても格別の不都合は生じないというべきである」。

しかし、用途地域指定の処分性に関する問題は、用途地域が用途の混在を防ぐことを目的として、住居系、商業系、工業系に分けて土地利用の大

枠を定めるものであるという制度趣旨を踏まえて判断すべきである。すなわち、用途地域の指定がなされると、その区分により建築できる建物の種類や用途が制約されるし、建ぺい率と容積率も自ずと決まるのであり、その結果、ある場所が将来どんな街並みになるか、道路一本を隔てるだけでも大きな違いをもたらす仕組みとして制度設計され、実際そのように機能しているのである。都市計画法が予定するこの壮大な仕組みを視野に入れないで、用途地域の指定がなされた局面だけを見て、法令が制定された場合と同様の一般的抽象的な効果にすぎないといって得心しているのは、言葉は悪いが白痴的ですらある。また、建物の新築増築等の不許可処分をとらえ、「地域指定が違法であることを主張して右処分の取消を求めることにより権利救済の目的を達する途が残されている」と述べていることも、それが設計から建築確認申請に至る実情からあまりにもかけ離れた見解であるがゆえに、最高裁の社会認識の誠実さに対する不信感すら招きかねないものである。

この点、上告理由は次のように主張していたが、こちらの方がはるかに実質的で中身があり説得的である。すなわち、用途地域決定がある以上、当該土地所有者が、建物の新築・増築の建築確認申請をしても不許可になることは明らかである。また、建築確認申請をするには、専門家に設計等を依頼せざるをえないが、詳細な設計図面を添付するには莫大な設計料を要するし、そもそも用途地域によつて制限される建築基準法に適合しない建物確認申請を設計事務所に依頼しても、許可官庁である建築主事と常に密接な関係にある設計事務所としては、そのように一見明らかな違反設計による確認申請には絶対に協力してくれない。また、用途地域指定による環境悪化を防止しようとする住民は、個々の建築確認をすべて争わなければならないが、それは不可能を強いるものである。もちろん、建物の新築増築等の不許可処分の取消訴訟の中で用途地域指定の違法を争うとしても、用途地域の指定には広範な行政裁量が認められるであろうし、万が一、用途地域の指定に違法性が認められても、指定から年月が経っている場合は、指定された用途地域としての利用が進行しているであろうから、

事情判決（行政事件訴訟法 31 条）に逃げ込むおそれが多い。

このように見てくると、筆者が用途地域指定の処分性を認める立場だと思われるかもしれないが、結論を先に言うと、筆者はこの問題は、地域内の不特定多数者に対して、処分性を認めるべきほどの大きな影響をもたらす政策決定であるから、法制度全体のシステムないし仕組みとしては、決定に至る民主性を重んじた合意形成のための手続きを採ることで本来解決すべきと考えている。すなわち、一般にいう計画確定手続（計画争訟制度を含む）の整備であり、藤田宙靖裁判官が土地地区画整理事業事件で多数意見に賛成しつつ、いわゆる「完結型」の土地利用計画について、計画確定手続を整備することにより対応すべきとした補足意見⁽²²⁾と同じ考えである。そして、そうした民主的な合意形成手続を創設することは、手続的法治主義からの要請として、今日の状況においては憲法レベルの法規範と理解しなければならない。その代わり、いったん決定がなされた後は、民主的な合意形成手続を踏まえているのであるから、計画裁量という言葉は適切ではないが、そこには大きな裁量が認められ、計画決定内容の違法性を争うことはきわめて困難になるという仕組みでよいと考える。逆に、民主的な合意形成手続が履践されているかどうかについては十分な司法審査の機会が与えられなければならない。

ii 代表的概説書における諸見解

藤田 I は、処分概念との関係で、用途地域の指定は「私人の権利義務に法的な影響を及ぼす行為」であるとしながらも、最高裁が本判決で述べた、法令制定の場合と同様の一般的抽象的なそれにすぎないとする処理を紹介するに止めており、代償的措置として求められる計画確定手続整備の必要性には言及していない（367～368 頁）。塩野 II は本判決を紹介した後、土地地区画整理事業についての最高裁平成 20 年判決が用途地域の指定などの土地利用計画に及ぶか問題であるが、「いわゆる非完結型計画に出訴の途を開いたことが、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」と述べ、「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っては処分性を認めるべき事案があることが考えられる」(109～110頁)とする。成熟性に着目すべしというのはよく分かるが、概念の排除効果をもたらすというのはその正確な意味が分かりにくい。そして、本判決事案における成熟性については結局どう考えるのか明示的な見解を示して欲しいし、成熟性についての判断以上に、仕組み論者として計画確定手続の整備を含めた法制度全体の仕組みのあり方にも言及してしかるべきと思われる。櫻井・橋本は、本判決の論理構成を分析的に紹介するに止まる(279頁)が、同じ行為形式論の立場である芝池読本は、用途地域指定に関する仕組みではなくその実際的影響に着目して次のように述べる。すなわち、「用途地域指定から10年経ってから建築確認を拒否された場合に、それに対して訴訟を起こし10年前に定められた用途地域指定の違法を主張しても、裁判所は耳を傾けてくれないであろう。その10年の間に用途地域指定は定着している」(287頁)であろうから、最高裁の言い分には説得力がないというものである。高田編はほとんど判旨を紹介するのみである(220頁、272頁)。宇賀Ⅱは、2006年の初版では本判決を紹介した後、個人に対して建築確認拒否処分等の具体的処分があった段階で争わせれば足りるとする本判決の立場は「十分な救済を与えるものではない」として、土地利用計画策定手続と公共事業実施計画策定手続を定めていた1983年公表の行政手続法法律案要綱案に言及していたが(154～155頁)、2011年3月の3版では「」で引用した記述は削除して上記要綱案の紹介のみを残している。削除しないで残しておく方が良かったように思われるが、削除の意図は不明である。阿部Ⅱは「用途地域は、その指定・変更段階で既に土地所有者の権利を直接に制限していると考えて、処分と解すべきである」(103-104頁)との立場である。理由は「建築の段階では実際には争えない。用途地域が住居系から準工業地域に指定替えされた場合を考えると、建築の自由の拡充を求める立場では争う必要がないが、環境悪化を防止しようとする住民にとっては、個々の建築確認の段階ですべてを争うのは無理で、用途地域の指定を争うしか救済方法はない。また、建物を建てる段

階で用途地域の指定替えが違法とされては、指定替えされた用途地域を信用して進出した者は不測の不利益を被る」からである。そして、計画確定手続整備には明確に言及していないが、「後に争われると混乱するから、この段階でしか争えないというように出訴期間を付け、違法性の承継を遮断すべきである」(104 頁)、仮に処分性が認められて用途地域の指定変更を違法とする取消判決がなされれば、「その取消判決は用途地域を変更したくない住民にも効力を生ずるとすべき」(259 頁)⁽²³⁾とする。

⑤ 再入国不許可処分取消訴訟（最判平成 10・4・10 民集 52 卷 3 号 677 頁、判百Ⅱ 183 事件）

i 事案の検討

X はわが国で出生し永住資格を有する大韓民国国民であるところ、留学目的でアメリカに渡航するにさいし再入国の許可申請をしたが、指紋押捺を拒否していたために不許可処分（以下、本件不許可処分という）を受けた。X は、永住許可を受けている者であっても入管法所定の再入国許可を受けないで出国すると場所的結合関係が失われることにより永住資格も喪失すると示唆されたが、それでも出国を決意し、同時に、自分の故郷が日本であると思っていることを明確にするため、上記不許可処分の取り消しを求める訴えを提起した。

原審は、再入国不許可処分が違法であれば、協定永住資格を失わないで出国できたのであって、違法処分を前提に資格を喪失したと国側が主張するのは信義則に反するとして X の主張を認めた（福岡高判平成 6・5・13 判時 1545 号 46 頁）。しかし最高裁は 1 審同様、再入国の許可を受けないまま出国した場合には、それまで有していた在留資格が消滅するとの前提にたち、不許可処分が取り消されても協定永住資格を回復できないとして、以下のとおり訴えの利益を否定した。

「本邦に在留する外国人が再入国の許可を受けないまま本邦から出国した場合には、同人がそれまで有していた在留資格は消滅するところ、出入国管理及び難民認定法二六条一項に基づく再入国の許可は、本邦に在留す

る外国人に対し、新たな在留資格を付与するものではなく、同人が有していた在留資格を出国にもかかわらず存続させ、右在留資格のままで本邦に再び入国することを認める処分であると解される。そうすると、再入国の許可申請に対する不許可処分を受けた者が再入国の許可を受けないまま本邦から出国した場合には、同人がそれまで有していた在留資格が消滅することにより、右不許可処分が取り消されても、同人に対して右在留資格のままで再入国することを認める余地はなくなるから、同人は、右不許可処分の取消しによって回復すべき法律上の利益を失うに至るものと解すべきである。そして、右の理は、右不許可処分を受けた者が日本国に居住する大韓民国国民の法的地位及び待遇に関する日本国と大韓民国との間の協定の実施に伴う出入国管理特別法（以下「出入国管理特別法」という。）一条の許可を受けて本邦に永住していた場合であっても、異なるところがないというべきである。」

本件は、当時「指紋押捺制度と再入国不許可」の社会問題として大きく議論されたが、行政訴訟⁽²⁴⁾としては、処分を取り消すことにより「回復すべき法律上の利益」（行訴法9条括弧書）があるかが争われた事案である。そして、仮に本件不許可処分が取り消された場合、取消判決の拘束力（行訴法33条2項）により、行政庁は「判決の趣旨に従い、改めて申請に対する処分」をしなければならなくなるが、再入国を許可すれば喪失したとされていた在留資格がよみがえるか、訴えの利益の有無が争点になっていた。

この争点については、原審のように、再入国不許可処分が違法であれば、協定永住資格を失わないで出国できていたとみるか、あるいは最高裁と1審のように、不許可処分が取り消されても協定永住資格を回復できないとみるか、文理的には二つの対立する見方がいずれも一応成り立つように思われる。しかし筆者が発言したいのは、このいずれかの結論を選択する前に、もっと再入国許可制度の目的と趣旨を踏まえて判断すべきではないかということである。つまり最高裁判決も認めているように、「再入国の許可は、……在留資格を出国にもかかわらず存続させ、右在留資格のま

まで本邦に再び入国することを認める処分」であろう。そうすると、当然それは、協定永住資格（日本国に居住する大韓民国国民の法的地位及び待遇に関する日本国と大韓民国との間の協定の実施に伴う出入国管理特別法1条の許可による）という大きな法制度の枠組みを前提として運用されなければならない。このことと比較すれば相対的に小さな制度である再入国の許可（出入国管理及び難民認定法26条1項）や外国人登録法14条1項所定の指紋押捺とその拒否は同様に大きな法制度の枠組みを前提とし、それと連動し整合して機能するように、再入国不許可処分が違法を理由に取り消されたときには、喪失扱いされていた在留資格がよみがえるべきかという観点から訴えの利益を判断すべきであろう。再入国の許可という一つの行為形式のみに焦点を絞って訴えの利益を判断しては過ちを犯すということである。具体的には、本件の場合、昭和61年6月24日に本件不許可処分があったが、Xがアメリカに向けて出国した同年8月14日までは、Xは適法に協定永住資格を有していたのである。したがって、仮に不許可処分が違法として取り消されると、それはほとんど許可処分がなされるべきであったということを意味するから、Xは適法な永住資格を有したまま出国していたとして扱われるべきことになる。にもかかわらず、拘束力の結果なされるはずの許可処分には遡及効はないため、不許可処分の取消しを求める訴えの利益は認められないといった技術的解釈により、永住資格を有していた国に戻ることを妨げるような解釈をなすことは、著しく法的正義に反する解釈を行うものであり、到底採用できないと考える。再入国不許可処分が違法であれば協定永住資格を失わないで出国できたとみる原審の方が、法的仕組みを正しく踏まえた解釈を行っているとするべきである。

ii 代表的概説書における諸見解

藤田Ⅰは、「一定の既成事実の出現により、処分自体の意味がもはや無くなった、とされる例」として、本判決を挙げており、最高裁判決と同じ立場のようである（422-423頁）。塩野Ⅱは、処分性と原告適格を除く狭義の訴えの利益について、いろいろなタイプを挙げて説明しているが、本判決には言及していない（143～148頁）。芝池読本、高田編も言及してい

ない。櫻井・橋本は、訴えの利益に関連し本判決の判旨を紹介するのみである（295頁）。宇賀Ⅱは、「処分後の事情の変更により（狭義の）訴えの利益が消滅する類型を概観するなかで、本判決を小見出しにしてやや詳しい判旨を紹介する（184～185頁）。阿部Ⅱのみが本判決の原審判決も紹介し、それを妥当と支持する（163～164頁）。

⑥ 原発審査の多段階性ともんじゅ訴訟差戻最高裁判決（平成17・5・30

民集59巻4号671頁）

i 事案の検討

原子炉設置許可の段階における安全審査の対象について、伊方原発訴訟最高裁判決は、「基本設計の安全性にかかわる事項のみがその対象となり、具体的な詳細設計及び工事の方法は対象とはならない」とする一般論的な定式を定立し、もんじゅ訴訟差戻最高裁判決はこれを引用している。しかし、基本設計なる概念は、核原料物質、核燃料物質及び原子炉の規制に関する法律（以下「規制法」という。）で明確に定義されているわけではな⁽²⁵⁾い。また、伊方原発訴訟において具体的に設置許可段階における安全審査の対象とはならないとされたのは、固体廃棄物の最終処分の方法、使用済燃料の再処理及び輸送の方法並びに温排水の熱による影響等にかかわる事項である。これに対し、もんじゅ訴訟におけるそれは、床ライナについて、設計方針にとどまらないでそれを超える、板厚等の腐食防止対策や熱膨張により壁と干渉しないような具体的施工方法であった。つまり、伊方原発訴訟では「およそトイレなきマンションを作ったりするものか!？」レベルの文明論的選択の問題であったのだが、もんじゅ訴訟ではずばり、安全審査の範疇に属する事項の中での微妙な線引きという違いがあったのである。そうした違いがあるにもかかわらず、本最高裁判決が伊方原発訴訟判決の示した定式を拡張的に援用し、「規制法の規制の構造に照らすと、原子炉設置の許可の段階の安全審査においては、当該原子炉施設の安全性にかかわる事項のすべてをその対象とするものではなく、その基本設計の安全性にかかわる事項のみをその対象とするものと解するのが相当であ

る」と判断したことは多段階審査制の趣旨をはき違えるものと言わなければならない。すなわち、そこでいう「規制法の規制の構造」とは安全性確認のために万全を期す方策として採用された多段階審査であろうが、多段階審査とは縦割り行政におけるたらいまわしのような扱いをするための口実に貶めてよいものではけ⁽²⁶⁾してない。逆に、多段階審査を採用している規制法の目的と趣旨が安全性確保のための十分な審査の実施であることを踏まえて安全審査の範囲を判断すべきであ⁽²⁷⁾ったはずである。そうすると、基本設計の審査であ⁽²⁸⁾っても、その時点ですでに判明している床ライナの板厚、形状等に関する事項は間違いなく安全審査の範疇に属すと解すべきであったことになろう。

ii 代表的概説書における諸見解

本判決はほとんどの概説書では紹介すらされていないようである。ただ、阿部Ⅱのみ、本判決は「設計を基本設計と詳細設計に分け、許可取消訴訟では、許可段階の基本設計しか争えない」としたことを紹介し、民事差止訴訟では当該原発を、詳細設計を含め、また、事後の違法を含めてトータルに争えるから、民事訴訟の方が使いやすい面もある」(80頁)としている。民事訴訟が「使いやすい」ように実際に機能しているならば結構なことであるが、司法審査の時点で判明している詳細設計に区分される瑕疵を許可取消訴訟で争うことができるかについては、それを肯定する筆者と見解を異にしているようである。

註

(18) 山村恒年・行政法と合理的行政過程論——行政裁量論の代替規範論、148頁。

(19) ケースブック行政法〔三版〕第8章個別法の解釈と行政活動の違法性(匿名)171-172頁。

(20) 次の通りである。「行政指導に処分性が認められると、抗告訴訟ルートで争うことが可能となる。こうした判例の動向によるなら、通知・通告・督促・指示・同意など、事実行為(行政指導)なのか行政処分なのか判別困難な場合を中心に、行政指導に係る争訟形態が、今後大きく変化することも考えられる」(142～143頁)。

(21) 小早川光郎・公務員の採用拒否と司法救済、ジュリスト 773 号 (1982 年) 60 頁、62-63 頁。

(22) 補足意見のうち、完結型の土地利用計画に関する部分は以下のとおりである。

当裁判所判例が従来採用してきた「処分」概念の定義に忠実に従う限り、土地地区画整理事業計画決定に処分性を認める根拠は、まずもって、事業計画決定が公告されることによって生ずる建築行為等の制限等の法律上の効果 (昭和 41 年大法廷判決では「付随的效果」に過ぎないとされた効果) に求められることにならざるを得ないのは、涌井裁判官の指摘されたとおりである。しかし、涌井裁判官の意見のように、この論拠のみで必要かつ十分であるとする場合には、当然のことながら、同じく私人の権利を直接に制限する法的効果を伴う他の計画決定行為 (例えば都市計画法上の地域・地区の指定等、いわゆる「完結型」の土地利用計画) についてどう考えるのかが、直ちに問題とならざるを得ない。この点に関してはおそらく、まずは従来 of 当裁判所判例に従い、これらの土地利用計画は一種の立法類似の行為としての性格を持つものとして、土地地区画整理事業計画決定とは区別され、行政処分とは認められない、とすることが考えられよう。そして、それはそれなりに、一つの可能な考え方であるとは思われるが、ただ、従来の判例が前提としてきた、完結型の土地利用計画は「不特定多数の者を対象とした一般的、抽象的規制である」という性格付け自体が、果たして (少なくとも) すべての場合に納得し得るようなものであるか否かについては、なお問題が残らないではない。例えばまず、規制の内容自体から言えば、完結型土地利用計画は、まさに「完結型」なのであって、私人の権利への侵害は、(土地地区画整理事業計画決定に伴う建築行為等の制限の場合と同様、あるいは見方によってはより一層) 直接的かつ究極的な (暫定的規制に止まらない) ものである。また、対象となる地域についても、規制区域の範囲はかなり限定的なものとなるケースも無いではない。こうしてみると、今回、昭和 41 年大法廷判決を変更するとして、そこから直ちにこれらの土地利用計画決定についての従来 of 判例を云々する必要までは無いものとしても、将来においてはこういった問題も新たに登場して来る余地があることを想定しておいた方が、賢明であるように思われるのである。……完結型土地利用計画の場合には、例えば各種用途地域において例外許可が認められることもあるように、仮に個別的開発行為や建築確認等の段階でその許可等の拒否処分が争われ、その前提問題として計画自体の違法性が認定され取消判決がなされたとしても、そのことが直ちに、システムの全体に著しい混乱をもたらすということにはならない (少なくとも、裁判所が事情判決をせざるを得ないといった状況が広く生じるものとは考えられない)。一般的に言って、行政計画については、一度それが策定された後に個々の利害関係者が個別的な訴訟によってその取消しを求めるというよう

な権利救済システムには、そもそも制度の性質上多少とも無理が伴うものと言わざるを得ないのであって、立法政策的見地からは、決定前の事前手続における関係者の参加システムを充実なものとし、その上で、一度決まったことについては、原則として一切の訴訟を認めないという制度を構築することが必要というべきである。

- (23) この点、芝池読本は、「用途地域指定について取消訴訟を認めても、誰に原告適格を認めるかという問題があり、またそれに関連して、各地域の住民ひいては当該都市の住民全体が取消訴訟を起こすことができるようになってしまうおそれがある」(287頁)との見解を述べている。社会的に必要な制度改革であるなら、改革に伴う弊害を生じさせないような手立てを工夫すればよいのであり、後ろ向きに思考して進むべき進路と制度設計を妨げてはならないと考える。
- (24) 昭和62年法律第102号による外国人登録法の改正により、指紋の押なつ義務は原則として最初の一回のみとされ(同法14条1項、5項)、さらに、平成4年法律第66号による外国人登録法の改正により、協定永住資格を有する大韓民国国民につき指紋押なつ制度は廃止された(同法14条1項、日本国との平和条約に基づき日本の国籍を離脱した者等の出入国管理に関する特例法3条)。
- (25) もんじゅ訴訟差戻控訴審は、「ここでいう「基本設計」なる概念は、規制法等の法律上に定義規定があるわけではないから、ある特定の事項が「基本設計の安全性にかかわる事項」に該当するのか、それとも、後の設計及び工事の方法の認可の段階での規制対象となるのかは、法律上一義的に明確ではない」としていた。しかし、最高裁は差戻控訴審と同様の理解を示しながらも、床ライナについての設計方針を定めることまでを基本設計事項とし、床ライナの板厚、形状等の細部等床ライナの腐食に対する対策を、後続の設計及び工事の方法の認可の段階における規制の対象として、「基本設計の安全性にかかわる事項に含まれないとすることは、不合理であるとはいいい難い」としている。
- (26) 規制法第四章の原子炉の設置、運転等に関する規制(23条から38条)は、安全最優先の見地から、原子炉の設置の許可、変更の許可のほか、設計及び工事方法の認可、使用前検査、保安規定の認可、定期検査、原子炉の解体の届出等の各規制を定めており、多段階規制とよばれている。原子力安全・保安院も、原子力発電所の安全性について「法令に基づき基本設計段階での審査、詳細設計段階での審査、工事中の使用前検査、運転中の定期検査や保安検査と、多段階にわたり確認を行」っているのは、言うまでもなく「安全性の確認に万全を期」すためであるとそのホームページで述べている。
- (27) 伊方原発訴訟最高裁判決は、24条1項3号、4号の規制の趣旨を「原子炉設置許可の段階で、原子炉を設置しようとする者の右技術的能力並びに申請

に係る原子炉施設の位置、構造及び設備の安全性につき、科学的、専門技術的見地から、十分な審査を行わせる」ことと述べている。また、規制法の目的はその1条で次のように規定されている。

1条（目的）この法律は、原子力基本法（昭和三十年法律第百八十六号）の精神にのっとり、核原料物質、核燃料物質及び原子炉の利用が平和の目的に限られ、かつ、これらの利用が計画的に行われることを確保するとともに、これらによる災害を防止し、及び核燃料物質を防護して、公共の安全を図るために、製錬、加工、貯蔵、再処理及び廃棄の事業並びに原子炉の設置及び運転等に関する必要な規制を行うほか、原子力の研究、開発及び利用に関する条約その他の国際約束を実施するために、国際規制物資の使用等に関する必要な規制を行うことを目的とする。

- (28) 漏えいしたナトリウムが床のコンクリートに接触すると、コンクリート内の水分と反応して水素が発生し爆発する危険性があるため、コンクリートの上には鋼鉄の板（床ライナ）が敷かれていたが、その床ライナが想定されていた以上に急速な腐食反応を起こし、上記腐食により床ライナに貫通孔が生じ得ることを看過していた（鉄、ナトリウム及び酸素が関与する界面反応による床ライナの溶融塩型腐食に関する知見）。また、ナトリウム燃焼に伴う床ライナの最高温度の評価を誤り、床ライナが膨張により壁と干渉して損傷が生じ得ることを看過していたということもあった。

4 まとめ——結びにかえて——

2で紹介した行政法の解釈論に関する諸見解はいずれも大家による定評ある理論であり、作用法編制ともあいまって行政に関する法現象を正しく把握したうえで解釈論を実践できる理論であることが期待されている。しかし、3で見たように、諸見解を本稿で検討対象とした実際の具体的事案（以下、検討対象7事案という。）に適用した結果は、筆者の考える実質的法治主義解釈の実践という観点からみると、かなりのバラツキと大きな差を生じている（表5参照）。概略すると、三段階構造モデル論に立つ藤田はいうまでもなく、また行為形式論に依拠した作用法編制をしている櫻井＝橋本も当然に、行政過程の全体的考察と実質的法治主義解釈から相対的には遠い結論になると予想されるが結果は必ずしもそうではない。逆に、行政過程論と仕組み解釈の立場にたつ塩野ⅠⅡは、行政過程の全体的考察

表5 検討対象7事案についての概観

最高裁判決 ／ 解釈論の立場	①		②	③	④	⑤	⑥
	区画整理 事業計画 決定	病院開設 中止勧告	墓地埋葬 通達	公務員の 採用内定 取消	用途地域の 指定	再入国 不許可処分 の取消請求	原發患者の 多段階性と 安全審査の 対象
藤田Ⅰ・三段階構造モデル論 (補足意見を含む)	○ (◎)	○ (◎)	○	○	消極的	消極的	言及せず
櫻井＝橋本・行為形式論	消極的 だが○	消極的 だが○	○	消極的	消極的	消極的	言及せず
芝池読本・行為形式論	消極的	消極的	言及せず	言及せず	○	言及せず	言及せず
高田編・行為形式論	消極的 だが○	消極的 だが○	消極的	消極的	消極的	言及せず	言及せず
堀野ⅠⅡ・行政過程論と仕組み解釈	消極的 だが○	消極的	否定的	言及せず	○	言及せず	言及せず
小早川上下ⅠⅡ、法的仕組みと行政の過程	言及せず	言及せず	言及せず	言及せず (ただし、論文は○)	言及せず	言及せず	言及せず
宇賀ⅠⅡ・仕組みと行為形式の連結	消極的 だが○	消極的 だが○	消極的	消極的	○	消極的	言及せず
阿部ⅠⅡ・行政法規の実現過程論	○	◎	◎	◎	◎	○	消極的 だが○

言及せず 本稿で検討対象とした最高裁判決を紹介したり言及していない。

消極的 最高裁判決の判旨を紹介するのみで分析的考察を示していない。

否定的 行政過程の全体的考察と実質的法主義解釈の観点からの見解に否定的な立場である。

○ 最高裁判決と反対の立場を紹介あるいは示唆している。

◎ 行政過程の全体的考察と実質的法主義解釈の観点からの意見を十分に展開している。

と実質的法治主義解釈を具体的に展開する議論を示していると期待されるが、検討した結果は遺憾ながらむしろ逆である。同じ期待は法的仕組みと行政の過程の立場にたつ小早川に対しても抱くのであるが、その上下Ⅰ下Ⅱは検討対象7事案にはほとんど言及していない。法的仕組みを認識し、仕組み解釈論を提唱するからには、その真価は、具体的事案について最高裁が偏狭な行為形式論に依拠する判断を下したときにこそ示されるところと考えられるので、言及しない著者すべてに、なぜ言及しないのかそのお考えを伺いたい。さらに、字賀ⅠⅡは仕組みと行為形式を連結する作用法編制なので上記両者の中間的立場に位置するが、検討対象7事案についてまねべんなく紹介してはいるものの、ほとんどコメントなどを付けない判旨だけの紹介で終わっている。結局、筆者のいう行政過程の全体的考察と実質的法治主義解釈の観点から歓迎できるのは阿部ⅠⅡの行政法規の実現過程論である。阿部Ⅰは「実質的法治国家を創造する変革の法理論」を副題としているが、法律の成立から個別の具体的執行に至る行政法規の実現過程に着目するというのは解釈論としてはかなり緩やかな枠組みである。それゆえ、「行政法の体系と憲法上の価値を踏まえて、法制度の整合性を維持しつつ、法のシステムの中から事案の解決としてもっともふさわしいものを探求する作業」（阿部Ⅰ46頁）を実践するというのは、一般人の解釈論ツールとしては広範すぎて必ずしも容易でないように思われるが、上記実践ぶりには敬服脱帽するのみである。

以上のように見てくると、行政に関する法現象、作用法の構造あるいは成文法規範の意味などを正しく理解できる解釈理論を認識することと、その理論を実践する解釈行為とは厳密には別物であり、前者の認識は必ずしも後者の実践に直結するものではないことを確認しなければならないのかもしれない。法解釈とは、「法規範とりわけ成文法規範の意味の客観的『認識』行為であるというよりは、法規範とりわけ成文法規範の意味を具体的に明らかにし提示しようとする『実践』的行為である⁽²⁹⁾」との指摘が想起されるのである。そうすると、前者を認識することが自ずと後者の解釈に結びつくような、もう一段の制度的な仕組みを考える必要が生じてくるので

はないだろうか。⁽³⁰⁾かかる問題意識を抱いて、行政作用法編制の視点と概説書におけるその具体的編制のあり方について引き続き考察を続けることを今後の課題としたい。

註

(29) 平岡久「行政法解釈の諸問題」同・行政法解釈の諸問題所収2-3頁。「解釈は本質的に実践である」との山田幸男の発言を考察している。

(30) 「行政法規には限界があり、その『仕組み解釈』等にも限界があり、さらに『仕組み解釈』等を補充する又は基準を示す現在の行政法『理論』にも限界があるとすれば、行政法理論を固定的に考える必要は全くなく、新しい行政法理論を生み出す必要がある」といった指摘がある。平岡、同上23頁。