



# 処分性の定式に関する疑問：最高裁昭和三九年一〇月二九日判決はリーディングケースか

興津， 征雄

---

(Citation)

自治研究, 98(2):78-101

(Issue Date)

2022-02

(Resource Type)

journal article

(Version)

Version of Record

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/0100486241>



## 処分性の定式に関する疑問

——最高裁昭和三十九年一〇月二九日判決は  
リーディングケースか

神戸大学教授 興津征雄

- 一 処分性の先例と定式
- 二 昭和三十九年最判の判例としての意義
- 三 判例理論としての昭和三十九年定式？
- 四 処分性の定式のゆくえ

### 一 処分性の先例と定式

一 現行の行政事件訴訟法(以下「行訴」)の前身である行政事件訴訟特例法(以下「行特」)一条にいう「行政庁の……処分」の意義について、最高裁昭和三十九年一〇月二九日判決(民集一八卷八頁)(東京都ごみ焼却場事件)は、次のように判示している(以下、この判決を「昭和三十九年最判」といい、この判示を「昭和三十九年定式」という)。

行政事件訴訟特例法一条にいう行政庁の処分とは、……公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によつて、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……。

この判示は、行特法下で生じた事件に関するものではあるが、現在の行訴法に関する文献（研究者が書いたものも実務家が書いたものも）においては、同法三条二項の「行政庁の処分その他公権力の行使に当たたる行為」該当性（処分性）の先例として位置づけられている。すなわち、昭和三十九年最判を処分性に関する「リーディングケース」または「確立した判例」などとみなし、あるいは昭和三十九年定式を行政処分の定義または判断基準として示すことが、一般に行われている。下級審裁判例においても、処分性の判断において、昭和三十九年最判を先例として引用し、昭和三十九年定式から説き起こすものは、枚挙にいとまがない。司法試験においても、処分性について論じる際には、昭和三十九年定式の記述が求められるようである。

二 しかし、筆者は、昭和三十九年最判とその定式が、現在の実務・学説が重視するほど先例としての意義を有しているか、疑問をもっている。なぜなら、このあと詳論するとおり、最高裁判例が昭和三十九年最判を処分性の先例として引用したことは一回しかなく、昭和三十九年定式を処分性の判断基準として明示したことは同最判以降はないからである。

そこで、本稿は、昭和三十九年最判を「リーディングケース」または「確立した判例」と評価すること、そしてその権威の下で昭和三十九年定式を処分性の判断基準として示すことの是非を検討する。本稿の主眼は、昭和三十九年最判とその定式が、そのような評価を受けるに値する資格要件を備えているかどうかを、主として判決のテキストに拠りつつ形式的に検討し、判例の権威のあり方や、処分性の論証の型を分析することにある。学説・実務が昭和三十九年最判とその定式の下で構築してきた処分性の判断枠組みがどのようなものであり、それが行訴法三条の解釈として妥当か否かの実質的な検討は、目的としていない。

## 二 昭和三九年最判の判例としての意義

一 検討の前提として、判例の概念に関し、最高裁調査官経験者の著名な著作『判例とその読み方』<sup>(10)</sup>に拠りつつ、予備的な整理しておく。

(一) まず、本稿では、「判例」と「確立した判例」とを区別する。「判例」とは、漠として捉えれば裁判所が示した判断の例をいい、過去に一回だけ示された判断であっても、判例といいうる。それに対し、「確立した判例」とは、同旨の判例が長年にわたってくり返されているものをいう。<sup>(11)</sup>先例としての価値ないし権威は、「確立した判例」のほうが高く、過去（それもかなり以前）に一回出されただけの判例はそれより低いといえる。「リーディングケース」は、「確立した判例」とほぼ同じ意味であると考えておく。<sup>(12)</sup>

(二) 次に、裁判所の判断のうちどの部分が判例かという問題がある。裁判所の判断を主論 (ratio decidendi) と傍論 (obiter dictum) に分けた場合、主論のみが判例としての権威を有し、傍論は有さないとされるので、どの部分が主論かという問題に置き換えることもできる。

この問題については、主として裁判官経験者の間で、結論命題のみが判例に当たるとする説と、理由づけ命題も含めて判例に当たるとする説との対立がある<sup>(14)</sup>とされる。結論命題とは、論点に対する裁判所の判断の結論をいい、当該事件の具体的事実を前提としその法律的效果を述べる命題を中心とする。ただし、当該事件の具体的事実は事実ごとに異なり、結論命題はそのままの姿では他の事件に適用することができないので、判例としての意義を有するのは、具体的事実を抽象化して結論に影響を与える事実（重要な事実 material facts）を抽出し、それと論点に対する結論（法律的效果）との対心関係を示すある程度抽象化された命題であるとされる。<sup>(15)</sup>それに対し、理由づけ命題は、結論命題を理由づける命題であるが、ある程度抽象化された結論命題と内容において一致するものもあれば、より一般化され

た法命題（法令上の概念や関係を一般的に定義した命題など）であることもある<sup>(16)</sup>。前者は抽象化された結論命題と一致する限りで判例としての意義を有することに異論がないため、判例に当たるかどうかに争いがあるのは、もっぱら後者である。

(三) 最後に、「判例理論」とは、「一定の法律問題に関する数多くの判例（結論命題）の基底にあってこれらを生み出しているところの裁判所の一般的な法的な考え方」をいう<sup>(17)</sup>。判例理論は、裁判所が意識的に設定した上で各事案に適用するものではなく、したがって判決のテキストに明記される性質のものではなく、多くの判例から事後的に帰納推理の方法によって発見されるべきものとされる<sup>(18)</sup>。

二 以上の用語法に従うと、昭和三十九年最判とその定式は判例といえるか。

(一) 昭和三十九年最判が判断を求められていた論点は、東京都によるごみ焼却場の設置行為が、抗告訴訟の対象を定めた行特法一条にいう「行政庁の処分」に当たるか否かであった。そうすると、同最判の狭義の結論命題は、〈東京都によるごみ焼却場の設置行為は行政庁の処分に当たらない〉となろう。これに具体的な事実関係を補い、他の事案にも適用できるように抽象化すると、〈私法上の契約と行政主体の内部的手続行為とによって行政主体が公共施設を設置する行為は、行政庁の処分に当たらない〉といった命題になると思われる。この判示は、公共事業を典型とする複合的行政活動の処分性を否定した先例として、学説上よく引用されている<sup>(19)</sup>。

(二) それに対し、昭和三十九年定式を判示した部分は、理由づけ命題であり、かつ、行特法一条の「行政庁の処分」概念を事実関係から離れて定義した一般的法命題である。前述のように、この種の一般的理由づけ法命題が判例に当たるかどうかには、議論がある。しかし、昭和三十九年最判は、定式の判示に続けて、「……は、当裁判所の判例とするとところである」と述べており、この部分を（も）判例と考えていることは明らかである。処分の定義を行政事件訴訟特例法の解釈として示すことは、本件の論点について結論を導くために不可欠の法解釈であり、<sup>(20)</sup>最高裁自身の立場

に反してまで判例性を否定する理由はないだろう。

ただし、昭和三十九年最判は、「当裁判所の判例とするところである」に続けて、括弧書で最高裁昭和三〇年二月二四日判決(民集九卷二頁)（農地境界査定）(以下「昭和三〇年最判」という)<sup>(21)</sup>を引用している。つまり、昭和三十九年最判自身が判例と見ているのは、昭和三〇年最判（の処分性に係る判示）であり、昭和三十九年定式は、あくまでも昭和三十九年最判が昭和三〇年最判の判示を要約して示したものである。<sup>(22)</sup>

昭和三〇年最判の該当する判示は以下のとおりである。

行政事件訴訟特例法が行政処分取消変更を求める訴を規定しているのは、公権力の主体たる国又は公共団体がその行為によつて、国民の権利義務を形成し、或はその範囲を確定することが法律上認められている場合に、具体的行為によつて権利を侵された者のために、その違法を主張せしめ、その効力を失わしめるためである。従つて、特例法にいう行政処分はこのような効力を持つ行政庁の行為でなければならない。

昭和三十九年定式のほうが、処分の定義として引き締まった文章になつていたためか、現在ではこちらのほうが処分の定式として通用しているが、もともと判例としてオリジナルな判断を示していたのは昭和三〇年最判であり、昭和三十九年最判はその適用例にすぎなかつた点に注意すべきである。当時の文献においても、「判例」として引かれていたのは昭和三〇年最判であつた。<sup>(24)</sup>

(三) 昭和三十九年最判は、処分性の定式に続いて、ある行為が処分に当たることの効果等につき、「行政庁の右のような行為は仮りに違法なものであつても、それが正当な権限を有する機関により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」などの判示をしている。この部分は、いわゆる公定力について述べたものと考

えられており、昭和三九年最判の前提とする処分概念を理解するためには理論的には重要で、学説の注目を集めている<sup>(25)</sup>。しかし、これは、理由づけ命題である昭和三九年定式の正しさを論証するために述べられたものにすぎず、当該事案の具体的事実に適用于結論を直接引き出すための命題ではないから、判例には当たらないと思われる<sup>(27)</sup>。

昭和三九年最判を収録した民集の「判決要旨」は、この部分を中心に構成されており(ただし必ずしも判決文に忠実な要約ではない)、昭和三九年定式(および設置行為の処分性に関する判示)を含んでいない<sup>(28)</sup>。もちろん、判決要旨は判決の一部ではないから、これによって判例性が左右されないことはいうまでもない<sup>(29)</sup>。しかし、最高裁の判例委員会が当該判決を判例集に採録するにあたり、判決のどの部分に判例としての意義を認めたかを推測する手がかりにはなる。昭和三九年最判のうち、処分性の定式が判決要旨に採られていないのは、前述のとおり昭和三〇年最判を受け継いだものだからだろうが、当時においてこの判示が昭和三九年最判の固有の意義を示すものとは認められていなかったこととの傍証になろう<sup>(31)</sup>。

三 昭和三九年定式が判例であるとして、それは「確立した判例」または「リーディングケース」といえるか。結論を先に述べれば、そうはいえないと思われる。理由は二つある。

(一) 第一に、昭和三九年最判以降の処分性に関する最高裁判例は、管見の限り、平成二四年の一判決を除いて、昭和三九年最判を多数意見において引用したことがない<sup>(32)</sup>。最高裁平成二四年二月三日判決(民集六六卷二)(「土壤汚染対策法三条二項の通知」(以下「平成二四年最判」という))は、「……は、抗告訴訟の対象となる行政処分当たると解するのが相当である」という結論部分に続けて、括弧書で、「最高裁昭和……三九年一〇月二九日第一小法廷判決……等参照」(傍点引用者)として、同最判を引用している。これが唯一の引用例である。ただし、平成二四年最判は、昭和三九年定式は判示していない。最高裁判決が判例を引用する形式はいくつか見られるが、法的判断の末尾の括弧の中で「参照」指示を付して引用する場合には、「事案や判旨が同じであるとはいいいくつか見られるが、法的判断の末尾の括弧の中で「参照」指示を付して引用

な事例においては、そこで引用された裁判例は、判例の趣旨を引用する場合と同様の意味合いで引用されている可能性が高い<sup>(33)</sup>とされる。「判例の趣旨」とは、判例の類推または判例理論を意味するとされ、判例そのものとは区別される。実際、昭和三十九年最判と平成二四年最判とは、事案が相当に異なっており、後者は前者を当該事案に直接当てはまる判例(先例)とは見ていなかったと考えられる<sup>(35)(36)</sup>。

(二) 第二に、昭和三十九年最判以降の最高裁判例は、昭和三十九年定式を一般論として判示することがない。そもそも、最高裁判例は、処分性に関する定義や定式を、法的三段論法の大前提に当たる一般的規範命題の形では、示さないのが通例である。判断要素を当てはめる過程や結論部分において、行政処分とは何か、どのような要素が必要かについて見解を示すことはあっても、一般的な定義・定式から説き起こすという論証の形式を採らないのが特徴である<sup>(38)</sup>。

(三) 以上の二点から、昭和三十九年最判とその定式が、それ以降の判例においてくり返し引用されているという事実は存在せず<sup>(39)</sup>、それが処分性に関する「確立した判例」または「リーディングケース」であるという言説は、少なくとも判例のテキストから形式的に根拠づけることはできない。これは、文献においてほとんど指摘されることがないが、処分性に関する判例分析に際して確認しておくべき事実である。

### 三 判例理論としての昭和三十九年定式？

一 昭和三十九年最判とその定式が、最高裁判例により明示的には引用されていないことを前提として、最高裁は昭和三十九年定式と実質的に同じ内容の判断基準を採用しており、その意味で昭和三十九年最判は先例としての価値を有するという意味なら、上記言説は成立する余地がある。

しかし、昭和三十九年最判以降の最高裁判例における処分性判断は、必ずしも厳格に昭和三十九年定式に従っているわけではない<sup>(40)</sup>。例えば、最高裁は、権利義務の前提とはなりうるが権利義務そのものとはいえないような地位を発生さ

せる行為であつても、そのことを根拠に処分性を認めている<sup>(41)</sup>。また、一般的な解釈によれば、一定の法律関係の前提となる要件の認定判断をするにすぎず、講学上の形成力または確定力を生じるとはいえないような行為であつても、処分性が認められることは決して珍しくない<sup>(42)</sup>。最高裁も、おそらくはこうした論点を意識してか、わりと早い段階で、権利義務に加えて「法律上の地位」<sup>(43)</sup>というメルクマールを加えるようになったし、形成(力)・確定(力)にとどまらない「法的効果(法律上の効果)」<sup>(44)</sup>「法的効力」<sup>(45)</sup>を根拠に処分性を認めるようになっており、近年では「法的地位に對する直接的な影響」<sup>(46)</sup>という表現も用いられるようになった<sup>(47)</sup>。昭和三十九年定式に類似する表現を用いるものもあるが、数は多くない<sup>(48)</sup>。つまり、処分性の判断要素において、昭和三十九年定式の挙げる権利・義務に法的地位が加わり、その形成・確定が法的効果(効力) または影響に拡張されて捉えられるようになって<sup>(49)</sup>いる。

二 これが昭和三十九年定式からの質的な転換を意味するかといえ、そこまではいえないかもしれない。権利義務も広い意味では法的地位に含まれるし、その形成・確定は法的効果の典型的な内容である。そう考えると、昭和三十九年定式は、処分性の認められる行為のコアとなる概念<sup>(50)</sup>を示したものにすぎず、その後の解釈に開かれたものであり、その後の判例はこれに包摂されると解する余地は、十分に<sup>(51)</sup>ある。

しかし、このことから、昭和三十九年最判とその定式がその後の判例に対し「確立した判例」または「リーディングケース」としての權威を有していたと考えるのは、早計である。判例のテキストから読み取れるのは、せいぜい昭和三十九年定式が表象する行政処分のコア概念がその後の判例にも共有されていたかもしれないこと、つまり昭和三十九年最判とそれ以降の判例が同じ内容の判例理論を前提としていた可能性があることまでであろう。この場合、昭和三十九年最判とそれ以降の判例とは、一つの判例理論の適用事例として横並びに位置づけられることになり、昭和三十九年最判のみが特権的地位を有していることにはならない。

三 もつとも、テキストには明示されないものの、現実には最高裁裁判官が昭和三十九年最判とその定式を強く意識

しており、それに基づいて判決を書いたという可能性まで否定できない。この場合には、昭和三十九年最判とその定式が「確立した判例」または「リーディングケース」としての権威を有していたということもできるかもしれない。ただし、それを証明するには、各判決の形成過程に関する経験的な研究が必要である。本稿ではとうていそこまでは立ち入れないが、同時代の文献状況は、この主張に不利な事情を示していることを指摘しておく。

筆者が手許の文献をさかのぼったところ、一九七〇年代には、昭和三十九年最判とその判旨を処分性の一般論を示したものとして引用する文献が散見された。<sup>(52)</sup>しかし、そうでない有力文献も存在しており、この段階では、昭和三十九年定式が処分性の判断基準として一般的に認知されていたとはいえないように思われる。その後一九八〇年代になって昭和三十九年最判を「リーディングケース」と呼ぶものが現れるようになる。<sup>(54)</sup>

最高裁調査官解説で昭和三十九年最判が「最高裁の確定した判例」として引用されるようになるのは、平成四年の最高裁判決に関するものが初めてではないかと思われる。<sup>(55)</sup>これ以降、調査官解説においては、昭和三十九年最判が「最高裁(当審)の確立した判例」として言及されることが一般的になり、<sup>(56)</sup>学説でも同様の評価が確立していく。<sup>(57)</sup>

このことからすると、少なくとも一九八〇年代前半頃までは、最高裁判官が昭和三十九年最判とその定式を処分性に関する重要な先例と見ていたと推測することには、合理的な疑いが残るように思われる。それに対し、調査官解説による言及が始まった平成四年以降は、最高裁判官は昭和三十九年最判を「確立した判例」と見る見解があることを認識していたと確実にいえる。しかし、今度は、調査官の言及にもかかわらず、なぜ最高裁判決が多数意見で昭和三十九年最判を引用することが平成二四年までなかったのかという疑問が出てくる。引用されないのは、最高裁が、昭和三十九年最判とその定式を、根拠法の仕組みの違いを超えて一般的に妥当する先例とは見ていなかったからではないかという疑問である。<sup>(58)</sup>昭和三十九年最判を「確立した判例」「リーディングケース」と見る現在の見解は、こうした疑問にも答える必要があるだろう。

#### 四 処分性の定式のゆくえ

(一) なぜ、平成二四年に至るまで最高裁判例が一度も引用しなかった昭和三九年最判とその定式が、学説と最高裁以外の実務をここまで席捲したかは、学説史的・法社会学的に興味深い問いかもしれない。筆者にはその問いに答える用意はないが、身も蓋もない憶測を述べれば、昭和三九年定式が行政処分（のコア概念）の定義としてあまりにも美しく、一般的定式として用いるのに便利だったから、という事情は無視できないように思われる。前述のとおり、最高裁は、処分性の一般的定式を示すことなく、判断要素を直接当てはめて処分性判断をしていると見られるが、法律論として、一般的規範命題が示されないのは落着きが悪いと感じられることは確かである。その欠を埋めるものとして、昭和三九年定式が発見され、多くの法律家の共感を得て頻用されるようになった、という辺りが真相かもしれない。

しかし、最高裁が一般的定式を示すことなく、判断要素の当てはめだけを行うという論証の形式は、処分性のほかに、確認の利益の判定についても見られる<sup>(59)</sup>。それに対し、抗告訴訟の原告適格の判断のように、一般的定式を確立し、先例とともにくり返し引用する論証の形式もある<sup>(60)</sup>。こうした論証形式の違いが、何に由来するのか、どのような意味があるのか、それとも特別な意味はないのかについて、筆者は今のところこれといった解答を持ち合わせていない。だが、判決のテキストから外形的に観察可能な違いが現に存在する以上、判例分析においては、そのことを事実として認識しておくことがまずは必要であると思われる。便利だから、落着きがいいからという理由だけで、最高裁が自ら用いることのない定式を「確立した判例」「リーディングケース」と称して示すことは、こうした認識を曇らせる危険がある。

(二) 定式を欲するのは学生も同じである。特に初学者は、法的三段論法に則った論証形式の習得のために、一般的規範命題から論証を説き起こすことが学習上有効である場合が多いし、指導もしやすい。判断要素を直接当てはめる

論証は、プロドだから（あるいは最高裁だから）なしうる難度の高い論証方法かもしれない。<sup>(61)</sup> そのため、昭和三十九年定式を法的三段論法の大前提として用いることを一概に否定し去ることは、躊躇<sup>(62)</sup>がある。

しかし、同時にその副作用にも留意しておくべきだろう。昭和三十九年最判とその定式を「確立した判例」「リーディングケース」として学生に示すことは、あたかも昭和三十九年最判が最高裁判例においてくり返し引用されており、昭和三十九年定式が一般的判断基準としてくり返し判示されてきたかのような印象を与えかねない。そのような事実に対する印象を与えると、判例の正確な理解が妨げられるおそれがある。

二 では、今後、処分性に関する研究・実務・教育は、どうあるべきか。

(一) 研究面では、従来、処分性に関する判例は、昭和三十九年定式を分析軸として、それに包摂されるか、そこからどの程度逸脱しているかという観点から評価されるのが通例であった。<sup>(63)</sup>そして、昭和三十九年定式を適用すると処分性が認められないであろう行為に処分性を認めること（とりわけ平成一〇～二〇年代の最高裁判例による処分性の肯定例）を処分性の拡大（拡張）などと呼んで、その是非が論じられた。<sup>(64)</sup>もちろん、昭和三十九年定式が、判例の共有する判例理論を体現したものだとなると、そのような分析方法には根拠がある。

しかし、昭和三十九年定式が判例理論を忠実に表したものであるかどうか自体、検証が必要な問題である（前記三―二参照）。最近の学説は、処分性が肯定されるための要件をいくつかの要素に分解し、具体的事例におけるその当てはめを論じることが多くなっている。<sup>(65)</sup>こうした諸要素は、昭和三十九年定式から抽出されると説明されることがあるが、実際には、それ以降の判例をも踏まえて整理された諸要素が結果的に昭和三十九年定式に包摂されうると主張されているだけのように見える。<sup>(66)</sup>当てはめも、昭和三十九年定式が想定するように一つの行為が一つの権利義務を完結的に形成・確定するというモデルを当てはめるのではなく、私人の法的地位を規律する一連の行政過程・手続の中で当該決定が果たす機能を法令の仕組みと実務の運用に照らして段階的に分析するというよりきめ細かい方法にシフトしてい

(67) こうした分析において、昭和三九年最判やその定式は、ほとんど役割が与えられていないように見受けられる。それなら、いつそのことオツカムの剃刀で切除してしまつてはどうかというのが、本稿の提案である。

(二) 実務上も、今後の昭和三九年最判およびその定式の扱いが問題となる。前述のとおり、昭和三九年最判を処分性に関する先例として引用する判例は、平成二四年最判のみである。平成二四年最判は、処分性に関する最高裁の公判判例として最も新しいものであるが、今後、最高裁が、同最判に倣つて昭和三九年最判を処分性に関する先例としてくり返し引用するようになり、学説・実務における「確立した判例」「リーディングケース」としての扱いをいわば追認するかどうかは、本稿の予測の及ぶところではない。

しかし、仮にそのようなことがあつても、昭和三九年最判以降一度も明示的に用いたことのない昭和三九年定式を、改めて処分性の判断基準として明示するようになるとは考えにくい。また、新しい一般的基準が定立されることも、少なくとも当面は望み薄のようと思われる。(68)

最高裁が昭和三九年定式にこだわっていないのに、下級審が判で押したようにこの定式を使い続けることには、疑問がある。(69) どうしても一般的規範命題が必要なら、定式を適切に改訂し、実際に用いられる判断基準を忠実に表現したものとしよう工夫が求められるだろう。

例えば、東京地裁および東京高裁のある決定は、「抗告訴訟の対象となる行政処分とは、公権力の主体である国又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その他の法的地位を形成し又はその範囲を確定することが法律又は条例によつて認められているものをいう」(傍点引用者)<sup>(70)</sup> という定式を示している。昭和三九年定式に傍点部の「その他の法的地位」「又は条例」を加えただけであるが、より良い定式の探求に一步を進めるものとして、評価に値する。

学説上は、「法令(条例を含む)に基づく行政庁の決定で、外部に表示され、適法性の判断に熟するもので、権利救

済の実効性を確保するために争わせる必要があるもの、または申請に対してこれらの行為を行わないもの<sup>(71)</sup>という定義が提唱されている。これはもともと行訴法改正のための立法論として提案されたものであるが、判例の処分性判断はこの定義に近づいているようにも思われ、解釈論としても参考になる。

(三) 難しいのが、教育面である。前述のとおり、司法試験においては、昭和三十九年定式の記述が求められることがあるようであり、学生の利益を考えると、この定式を教えないわけにはいかない<sup>(72)</sup>。筆者は今のところ、授業では答案作成上の便法と割り切って昭和三十九年定式を示し、同時に昭和三十九年最判の判例上の位置づけには疑問があることを付言している。今後は、(二)で示した改訂された定式を教えることも考えられる。

しかし、法律家としての能力は処分性の定式を丸暗記していることにあるのではなく、処分性の概念を構成する個々の要素を正確に理解した上で、事案からそれらを適切に拾い上げて法的な論証に構成できることにこそあるはずである。司法試験ではそれに応じた採点が行われていると信じていたが、定式の意義を強調しすぎるあまり、「適用されるべき具体の条文に即することなく、専ら抽象的あるいは一般的な「定式」のごときものに基づいて議論を展開する<sup>(74)</sup>」弊を助長することにならないよう、十分な配慮が望まれる。

(四) まとめると、本稿の主張は、昭和三十九年最判を「確立した判例」「リーディングケース」と呼んで権威化するのをやめること、昭和三十九年定式が判例理論を表現したものととして適切であるかどうかを精査し、必要に応じて改訂を図ること、に尽きる。それ以上に、現在の学説・実務における処分性の理解や判断に直ちに変更を迫るものではない。しかし、その基礎にあるべき判決のテキストに即した読解の重要性にいつそうの注意を促すことができれば、本稿の目的は所期以上に達成されたことになろう。

\*本研究は、JSPS科研費(20H01422、19H00568、19H00570、19K21677、19H01412、18H03617)の助成を受

けたものである。

(1) ただし、判決時において行訴法はすでに施行済み(昭和三七年一月一日施行)であり、この解釈は同法をも踏まえ、たものだったと指摘されている(加藤幸嗣「ごみ焼却場の設置」宇賀克也ほか編『行政判例百選Ⅱ』(第七版)〔有斐閣、二〇一七年〕三〇八―三〇九頁、三〇九頁、仲野武志「公権力の行使と抗告訴訟の対象」(二)『自治研究九五巻八号』(二〇一九年)五〇―七五頁、五三頁)。

(2) 「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」には、即時強制などの物理的事実行為(権力的事実行為)が含まれることが一般に承認されている。それに対し、昭和三九年定式は、物理的事実行為に直接に当てはまるものではない。物理的事実行為の処分性をどのような理論構成で認めるかには、それ自体検討すべき問題があるが、本稿はこの点には立ち入らず、もっぱら行政庁の意思表示または判断の表示としての処分を念頭に置くことにする。

(3) 阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』(有斐閣、二〇〇九年)八九―九〇頁、山本隆司『判例から探究する行政法』(有斐閣、二〇一二年)三六四頁、神橋一彦『行政救済法』(第二版)〔信山社、二〇一六年〕四四頁、小早川光郎『青柳馨編』『論点体系 判例行政法Ⅱ 行政訴訟』(第一法規、二〇一七年)二三頁〔中原茂樹〕、加藤・前掲注(1)三〇八頁、大橋洋一『行政法Ⅱ 現代行政救済論』(第四版)〔有斐閣、二〇二二年〕一六頁、中原茂樹『基本行政法』(第三版)〔日本評論社、二〇一八年〕二八三―二八四頁、原田大樹「取消訴訟の訴訟要件」法学教室四五六号(二〇一八年)八二―九一頁、八四頁、塩野宏『行政法Ⅱ 行政救済法』(第六版)〔有斐閣、二〇一九年〕一〇四頁、大島義則編『実務解説 行政訴訟』(勁草書房、二〇二〇年)三五頁〔大島〕など。

(4) 増田稔「行政計画と行政処分性」藤山雅行・村田斉志編『新・裁判実務体系25 行政争訟(改訂版)』(青林書院、二〇一二年)一四六―一五七頁、一四七頁。類似の表現をするものとして、小早川光郎『行政法(上)』(弘文堂、一九九九年)二六五頁(昭和三九年定式を昭和三九年最判「以来の判例」とする)、園部逸夫「最高裁判所と行政事件」(一九九九年)『最高裁判所十年』(有斐閣、二〇〇一年)二四九―二八五頁、二七二頁(「行政裁判の対象についての基本判例として、その影響は大きい」、藤田宙靖『新版 行政法総論(下)』(青林書院、二〇二〇年)一八一―一九頁(昭和三

九年定式は「以後の最高裁判例上、長きにわたり、ほとんど頑ななまでに維持されてきた」、同「最高裁判例とは何か」(二〇一四年)『裁判と法律学——「最高裁回想録」補遺』(有斐閣、二〇一六年)二九一—五二頁、三九頁(昭和三十九年最判を「法理判決」(当該の具体的事案を越えて広く一般に通用する法理論を明らかにした判決)の例とし、昭和三十九年定式が「広くその後の判決例をリードして来ました」と述べる)。

- (5) 司法研修所編『改訂 行政事件訴訟の一般の問題に関する実務的研究』(法曹会、二〇〇〇年)一四頁、室井力ほか編『コンメンタール行政法Ⅱ 行政事件訴訟法・国家賠償法(第二版)』(日本評論社、二〇〇六年)三五頁(岡村周一、大浜啓吉『行政裁判法 行政法講義Ⅱ』(岩波書店、二〇一一年)八五頁、中川丈久ほか編『公法系訴訟実務の基礎(第二版)』(弘文堂、二〇一一年)六八頁、南博方(原編著)『条解行政事件訴訟法(第四版)』(弘文堂、二〇一四年)四二頁(高橋滋)、行政訴訟実務研究会編『自治体法務サポーター 行政訴訟の実務』(第一法規、加除式、追録四八号(二〇一六年))一六九頁(中川丈久)、宇賀克也『行政法概説Ⅱ 行政救済法(第七版)』(有斐閣、二〇二一年)一六二頁、櫻井敬子・橋本博之『行政法(第六版)』(弘文堂、二〇一九年)二六三頁など。筆者も、興津征雄『違法是正と判決効——行政訴訟の機能と構造』(弘文堂、二〇一〇年)三三七頁においては、そのように述べていた。

- (6) 最判平成一七・一〇・二五判タ一二〇〇号一三六頁(病床削減勧告)および最判平成一七・一〇・二五訟月五二巻五号一五七四頁以下(参考)〔病院開設中止勧告〕の藤田宙靖補足意見は、昭和三十九年定式が「これまで当審の先例が示して来た一般的な考え方」であるとし、これを「従来の公式」と呼んでいる。

- (7) LEX/DBで昭和三十九年最判を検索すると、「被引用判例」欄に、同最判を引用している判決・決定が表示される(ただし、当事者のみが引用しているものもここに含まれることに注意)。最近のものから若干例のみを挙げれば、東京高判令和二・七・二判例自治四六七号七四頁(市街地再開発事業に関する都市計画決定等)、東京地判令和二・三・一三平二八(行ウ)一六九ほか(裁判所ウェブサイト)〔自衛隊の防衛出動命令等〕などがある。

- (8) 「令和二年司法試験の採点実感(公法系科目第二問)」(法務省ウェブサイトを[www.mof.go.jp/content/001344496.pdf](http://www.mof.go.jp/content/001344496.pdf)、二〇二二年一月二五日閲覧) 八頁(明言はされていないものの、挙げられた誤りの例からすると、「判例が定立している処分性の定義」「処分性の一般的な判断基準」として、昭和三十九年定式が想定されていると推測できる)、「令和三

年司法試験の採点実感（公法系科目第二問）」（法務省ウェブサイト〈[www.moj.go.jp/content/001358131.pdf](http://www.moj.go.jp/content/001358131.pdf)〉、二〇二一年一月二五日閲覧）五頁（処分性判断の定式を示した最高裁判例として昭和三九年最判を例示）・七頁（昭和三九年最判で示された処分性判断の定式に触れ、正確に記述していることを肯定的に評価）。

(9) このことは、以前、興津征雄「土壤汚染対策法三条二項による通知の処分性」民商法雑誌一四七巻六号（二〇二三年）五三八―五五七頁において指摘した。本稿は、同稿の成果を一部流用している。

(10) 中野次雄編『判例とその読み方（三訂版）』（有斐閣、二〇〇九年）。土屋文昭「判例に関する覚書——民事判例の主論を中心として」東京大学法科大学院ローレビュー六号（二〇一一年）二二八―二三三頁、二二二頁によれば、同書は「実務上の手引書として、多大の影響を及ぼしている」。

(11) 中野編・前掲注（10）八頁〔中野〕。

(12) 中野編・前掲注（10）二五頁〔中野〕。

(13) 「リーディングケース」という言葉を用いる論者が自ら定義を示した箇所は見当たらなかったが、田中英夫編『英米法辞典』（東京大学出版会、一九九一年）五〇四頁の次の定義を参照し、本文のように解しておく。[Leading case] リーディング・ケース：指導的判例 ある法分野の基本的問題について明確な立場を示した判決で、その後の同種の事件の判断に対して指導的な役割を果たしているもの。]

(14) 中野編・前掲注（10）三九―六四頁〔中野〕、土屋・前掲注（10）二二―二四頁。土屋論文が取り上げる最判平成一九・五・二九判タ一二四八号一一九頁の上田豊三・堀籠幸男補足意見と那須弘平反対意見の対抗も参照。

(15) 中野編・前掲注（10）四一―四二頁〔中野〕。

(16) 中野編・前掲注（10）四六―四八頁〔中野〕。

(17) 中野編・前掲注（10）六九頁〔中野〕。

(18) 中野編・前掲注（10）七〇―七三頁〔中野〕。

(19) 小早川光郎『行政法講義（下Ⅱ）』（弘文堂、二〇〇五年）一五〇頁、神橋・前掲注（3）二三二頁、小早川・青柳編・前掲注（3）三七頁〔中原〕、原田・前掲注（3）八四頁、大浜・前掲注（5）一一五―一一六頁、櫻井・橋本・前

掲注(5) 二六六頁、宇賀・前掲注(5) 一八一頁、最大判昭和五六・一二・一六民集三五卷一〇号一三六九頁〔大阪国際空港〕に関する加茂紀久男・最判解民事篇昭和五六年度(一九八六年) 六五九―八二三頁、七三五頁など。

(20) 土屋・前掲注(10) 二二九頁は、一般的理由づけ法命題(同論文にいう「解釈命題」)に判例性を認める立場から、「判決の結論を左右するような法の解釈適用をした部分」が主論であるとする。

(21) この点に注意を促す指摘として、高木光『行政法』(有斐閣、二〇一五年) 二六四頁。

(22) 昭和三九年最判に先立って、昭和三九年定式とほぼ同旨の一般論を判示した判決として、最判昭和三九・一〇・一五訟月一巻八号一―一五二頁(ドイツ財産管理令一一条一項により大蔵大臣が行うドイツ財産の売却行為が行政処分にあたらないとしたもの)がある(昭和三〇年最判を引用している)。

(23) 現在においてこの理解を維持すると見られる文献として、原田尚彦『行政法要論(全訂第七版補訂二版)』(学陽書房、二〇一二年) 三八四―三八五頁(処分の定義を示したものとして昭和三〇年最判のみを挙げ、昭和三九年最判はその適用例として示す)。

(24) 最高裁判所事務総局編『続行政事件訴訟十年史(昭和三三年―昭和四二年)』(法曹会、一九七二年) 九一頁。同書は、他に「同旨のものとして」最判昭和三四・一・二九民集二三卷一号三三二頁(消防長の同意)、最大判昭和三六・三・一五民集一五卷三号四六七頁(海難原因解明裁決)、最判昭和三六・四・二〇民集一五卷四号八〇六頁(同)、最判昭和三八・六・四民集一七卷五号六七〇頁(保険医に対する戒告)、最判昭和三九・一・二四民集一八卷一号一―三三頁(家賃台帳登載行為)を挙げているが、昭和三九年最判は挙げていない。ただし、昭和三〇年最判も、これ以降、最高裁判決の多数意見で引用されることはなくなる。個別意見では、最判昭和五四・一二・二五民集三三卷七号七五三頁(輸入禁制品該当通知)における高辻正己補足意見が唯一の引用例ではないかと思われる。

(25) 塩野・前掲注(3) 一〇五頁、高木・前掲注(21) 二六四―二六五頁。

(26) 参照、園部逸夫『裁判行政法講話』(日本評論社、一九八八年) 一三二頁(この判示は「行政庁の処分でなければ何故抗告訴訟の対象にならないのか」という制度の根本的意義を念のため述べたのであらうと思われる)。

(27) 参照、中野編・前掲注(10) 四五頁〔中野〕。

- (28) 昭和三十九年最判の「判決要旨」(民集一八巻八号一八〇九—一八一〇頁)は以下のとおり。「国または公共団体の行なう行為のうち、それが仮りに違法なものであるとしても、正当な権限を有する機関によつて取り消されまたはその無効が確認されるまでは法律上または事実上有効なものとして取り扱われるものでなければ、いわゆる抗告訴訟の対象たる行政庁の公権力の行使にあたる行為とはいえない。」
- (29) 中野編・前掲注(10)三〇頁(中野)。最判平成一九・五・二九前掲注(14)の上田・堀籠補足意見も参照。
- (30) 最高裁の判例委員会は、七人以下の裁判官が委員となり、調査官および事務総局の職員が幹事となつて、判例集に登載する裁判の選択、判示事項・判例要旨・参照条文などの審議決定を行う(中野編・前掲注(10)一〇六頁(中野))。
- (31) 昭和三十九年最判については、調査官解説が公表されていないようであり、そのことも当時における昭和三十九年最判の位置づけを知ることが難しくしている。
- (32) 興津・前掲注(9)五四一頁、下井康史「「処分性」拡張と処分性概念の変容」法律時報八五巻一〇号(二〇一三年)一一—一六頁、一一頁、人見剛「「公権力」——行政法学の鍵概念」法学教室四一五号(二〇一五年)二二—二五頁、二二頁注(4)。個別意見での引用例は、最判平成一七・一〇・二五前掲注(6)の藤田補足意見が唯一ではないかと思われる(形式上二判決あるが、内容は同じ)。
- (33) 中野編・前掲注(10)一三五頁(佐藤文哉Ⅱ六戸達徳)。
- (34) 中野編・前掲注(10)六八頁・七三頁(中野)、一三四頁(佐藤Ⅱ六戸)。
- (35) 興津・前掲注(9)五五六—五五七頁。
- (36) 平成二四年最判による昭和三十九年最判の引用の意味につき、高木英行「処分性拡大に関する法理」東洋法学五九巻三号(二〇一六年)二六九—三五六頁、二七五—二七八頁は、興津・前掲注(9)が当該事案に関する射程の限られたものと解するのを批判して、平成一六行訴訟改正前後の処分性拡大判例(論者は特に最判平成一七・七・一五民集五九巻六号一六六一頁(病院開設中止勧告)、最判平成一七・一〇・二五前掲注(6)を念頭に置く)が処分性公式(本稿にいう昭和三十九年定式)を逸脱しているとの学説に対し、その学説の理解が判例法理に沿うものではない(すなわち処分性拡大判例においても処分性公式が踏襲されている)旨を示唆するための最高裁のメッセージではないかと指摘する

(高木・同論文三三〇頁注(53)も参照)。しかし、最高裁が裁判において、特定の学説を念頭に置いて、事案の解決に必要なにもかかわらず一般的なメッセージを発するのは、その職分を大きく超えることであり、たった一件の判決の引用から最高裁がそのようなことをしたと解することができるかは、疑問である。仮に最高裁がそれ以降もくり返し昭和三十九年最判を引用するようになれば、後から振り返って平成二四年最判がその嚆矢となったと評価することは可能であるが、本稿執筆時点(裁判例等の最終確認は二〇二二年一月二五日)では平成二四年最判以降最高裁の公刊された判例で処分性に関するものは管見の限り存在せず、したがって昭和三十九年最判の引用例もなく、平成二四年最判による昭和三十九年最判の引用の意味を推測する材料に欠けるというのが筆者の評価である(興津・前掲注(9)五五六頁)。

(37) 例えば、最判昭和四三・一二・二四民集二二卷一三三三・三四七頁(墓地埋葬法解釈通達)は、「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限り」と判示するが、これは通達の性質を検討した後で、結論部分において述べられたものである。

(38) 橋本博之『行政法解釈の基礎——「仕組み」から解く』(日本評論社、二〇一三年)三九—四〇頁。

(39) 昭和三十九年最判とその定式がその後の判例に引用されることがなかった理由については、本稿は特に見解がない。一つの説明として、昭和三十九年最判は行特法下の事件に関するものだったので、行訴法の適用される事件には引用されなかったという理由が考えられる。ただし、当時すでに行訴法は施行済みであり、昭和三十九年定式に係る判示は同法をも踏まえたものだったとの指摘があることは、前述のとおりである(前掲注(1))。

(40) 芝池義一『行政法読本(第四版)』(有斐閣、二〇一六年)二九六—二九七頁。

(41) 最判平成四・一一・二六民集四六卷八号二六五八頁(第二種市街地再開発事業)、最判平成九・三・一一判タ九三七号九二頁(登記の記載行為)、最判平成二一・一二・一七民集六三卷一〇号二六三一頁(建築安全条例に基づく安全認定)。この点につき、興津征雄「行政作用としての特許権発生と特許無効——特許法一〇四条の三と行政法ドグマテーイク」知的財産法政策学研究三八号(二〇一二年)一三一—七五頁、四八—五〇頁参照。

- (42) 太田匡彦「行政行為——古くからある概念の、今認められるべき意味をめぐって」公法研究六七号(二〇〇五年)二  
三七—二五一頁、二三八—二四〇頁。
- (43) 最判昭和四三・一二・二四前掲注(37)、最判昭和五七・五・二七民集三六卷五号七七七頁(公務員の採用内定の取  
消し)、最判平成三・三・一九判タ七七〇号一五六頁(国土調査法一七条二項の申出に対する回答)、最判平成六・四・  
一九判タ八六四号二〇四頁(国税通則法五七条による充当)、最判平成七・三・二三民集四九卷三号一〇〇六頁(都市  
計画法三二条の公共施設管理者の同意)。
- (44) 最大判昭和四〇・七・一四民集一九卷五号一一九八頁(地方公務員の専従休暇の承認)、最判昭和五四・一二・二五  
前掲注(24)、最判平成九・三・一一前掲注(41)、最判平成一七・四・一四民集五九卷三号四九一頁(登録免許税還付  
請求可否通知)。
- (45) 最判平成一六・四・二六民集五八卷四号九八九頁(食品衛生法違反通知)。
- (46) 最大判平成二〇・九・一〇民集六二卷八号二〇二九頁(土地区画整理事業計画)(ただし「抗告訴訟の対象とするに  
足りる法的効果を有する」(傍点引用者)という表現も用いている)、平成二四年最判。
- (47) 神橋・前掲注(3)七八頁は、「近時の判例は、この「法的地位」の概念を緩やかに捉え、処分性肯定の理由づけに  
用いているようにみうけられる」と指摘する。
- (48) 最判昭和四五・三・二四民集九八号四六一頁(労働基準法八五条・八六条による審査)、最判昭和四三・四・一八民  
集二二卷四号九三六頁(登録実用新案の技術的範囲についての判定)、最判平成一一・一・一二判タ一〇〇二号九四頁  
〔住民票記載行為〕、最判平成二四・二・九民集六六卷二号一八三頁(国旗国歌訴訟)など。
- (49) 斎藤浩『行政訴訟の実務と理論(第二版)』(三省堂、二〇一九年)三七—三八頁は「最高裁が微妙に定義を変化させ  
ることがある」と指摘する。
- (50) 処分性の認められる行為のコアとなる概念とは、すなわち、講学上の行政行為概念であると理解が一般的である  
う(昭和三九年定式が行政行為概念を念頭に置いたものであるとする指摘として、山本・前掲注(3)三六五頁)。し  
かし、行政行為概念と抗告訴訟・取消訴訟との関係は、昭和三九年最判の公定力に関する説示(前記二—二—(三))も含

めて独立の考察が必要であることから、本稿では立ち入らない。行政行為概念と処分性の関係に関する筆者の見方として、さしあたり、興津・前掲注(5)三三三—三四五頁参照。

(51) そのような分析の例として、中川丈久「行政訴訟の基本構造——抗告訴訟と当事者訴訟の同義性について(二・完)」民商法雑誌一五〇巻二号(二〇一四年)一七一—二〇八頁、一七二—一七八頁。同論文は、行政処分定義として昭和三九年定式を示すが、そこから法効果性と権力性という二つの要素を抽出し、その後の判例が基本的にこの二要素の組合せで説明できることを論じている。(行政処分の概念は法効果性と権力性の二要素から構成される)といった言明が、本文にいう判例理論の例であり、この言明自体は昭和三九年最判とその定式の「確立した判例」「リーディングケース」としての権威とは独立に成り立ちうる。

(52) 綿貫芳源「抗告訴訟の対象(1)——行政庁の公権力の行使にあたる行為の意義」我妻栄編『行政判例百選(新版)』(有斐閣、一九七〇年)二二—二三二頁、杉村敏正兼子仁『行政手続・行政争訟法』(筑摩書房、一九七三年)二六六頁(兼子)。ただし、前者の綿貫解説は、昭和三〇年最判をはじめとする先例との関係を重視しており、処分性の定式の意義にほとんど触れていない。

(53) 南博方編『注釈行政事件訴訟法』(有斐閣、一九七二年)二六頁(山村恒年)は、昭和三〇年最判を「リーディングケース」として挙げるが、昭和三九年最判には言及がない。前掲注(24)も参照。

(54) 遠藤博也阿部泰隆編『講義行政法Ⅱ 行政救済法』(青林書院新社、一九八二年)一九〇頁、阿部泰隆「取消訴訟の対象」雄川一郎ほか編『現代行政法大系4 行政争訟Ⅰ』(有斐閣、一九八三年)一九九—二〇〇頁(同)『行政訴訟改革論』(有斐閣、一九九三年)四三八—四五頁、四四頁に再録)。それに対し、越山安久「抗告訴訟の対象」鈴木忠一三ヶ月章編『新・実務民事訴訟講座9 行政訴訟Ⅰ』(日本評論社、一九八三年)二七—五二頁、三七頁注(2)は、公定力に関する判例として昭和三九年最判を引用しているが、処分性一般の定式という位置づけはしていない(四八頁注(1)参照)。

(55) 最判平成四・一一・二六前掲注(41)に関する福岡右武・法曹時報四六巻一二号(一九九四年)二七一—二七三四頁、二七一—二七五頁(最判解民事篇平成四年度(一九九五年)四八五—五〇七頁、四八八—四八九頁に再録)。これ以前の

ものとしては、加茂・前掲注(19)七三五頁(内容については注(19)に対応する本文を参照)のほか、最判昭和五三・一二・八民集三二巻九号一六一七頁(成田新幹線)に関する石井健吾・最判解民事篇昭和五三年度(一九八二年)五三一―五四〇頁、五三九頁(注三)において、昭和三九年最判ほか昭和三〇年代の一連の判決とともに引用されている例、最判昭和五七・九・九民集三六巻九号一六七九頁(長沼ナイキ)に関する園部逸夫・最判解民事篇昭和五七年度(一九八七年)六八六―七二六頁、七一〇頁において、地域住民の原告適格を検討するにあたり昭和三九年最判が引用されている例、最判昭和五九・一〇・二六民集三八巻一〇号一六九頁(建築確認)に関する泉徳治・最判解民事篇昭和五九年度(一九八九年)四二〇―四二九頁、四二四頁において、訴えの利益を検討する文脈で取消訴訟の訴えの対象を検討するにあたり昭和三九年最判が引用されている例を発見することができたが、いずれも昭和三九年最判とその定式を処分性に関する「確立した判例」と位置づけるものではない。最判昭和四三・一二・二四前掲注(37)に関する中川哲男・最判解民事篇昭和四三年度(下)(一九六九年)九七四―九八〇頁、九七九頁(注五)は、「行政訴訟において取消の訴が許されるのは、直接国民の権利義務に影響を及ぼすような行政庁の公権力の行使にあたる行為でなければならぬ」(九七八頁)旨を判示した最高裁判決として、昭和二〇年代から三〇年代の諸判決を挙げるが、昭和三九年最判は挙げていない。

(56) 最大判平成二〇・九・一〇前掲注(46)に関する増田稔・最判解民事篇平成二〇年度(二〇一一年)四四四―四六六頁、四五二頁、最判平成二一・一一・二六民集六三巻九号二二二四頁(保育所廃止条例)に関する古田孝夫・最判解民事篇平成二一年度(下)(二〇二二年)八五五―八七八頁、八六二頁・八七三頁(注9)、平成二四年最判に関する中山雅之・最判解民事篇平成二四年度(上)(二〇二五年)九一―一〇六頁、九二頁。「確立した判例」という言葉は使わなものの、同旨と見られるものとして、最判平成一六・四・二六前掲注(45)に関する林俊之・最判解民事篇平成二六年度(上)(二〇〇七年)二九一―三〇二頁、二九六頁、最判平成一七・七・一五前掲注(36)に関する杉原則彦・最判解民事篇平成一七年度(下)(二〇〇八年)四四〇―四五一頁、四四三頁、最判平成二一・四・一七民集六三巻四号六三八頁(住民票不記載行為)に関する清野正彦・最判解民事篇平成二二年度(上)(二〇一二年)二九五―三四九頁、三三五頁・三四七頁(注36)。最後の清野解説以外は、昭和三〇年最判をとくに挙げている。

- (57) 前掲注(3)・(4)・(5) 参照。
- (58) 処分性に関する最高裁判例が、根拠法が異なる場合に先例を引用することに慎重であることにつき、興津・前掲注(9)五五五頁。
- (59) 最大判平成一七・九・一四民集五九卷七号二〇八七頁〔在外国民選挙権訴訟〕、最判平成二四・二・九前掲注(48)など。
- (60) 最大判平成一七・一二・七民集五九卷一〇号二六四五頁〔小田急〕、最判平成二一・一〇・一五民集六三卷八号一七一頁〔サテライト大阪〕、最判平成二六・一・二八民集六八卷一四九頁〔一般廃棄物処分業許可〕、最判平成二六・七・二九民集六八卷六号六二〇頁〔産業廃棄物処分業許可〕など。
- (61) 橋本・前掲注(38)四〇頁。
- (62) 橋本博之「同意」の処分性「弘文堂スクエア Web 連載・行政法を学ぶ第三回」(<https://gyoseihou.hatenablog.com/entry/2021/05/14>、二〇二一年五月一四日)は、「処分性に関する判例(特に最高裁判決)は、行政処分定義から書き起こして、指標ごとに充足する・しないの当てはめを行い、結論に至るといふ「見えやすい」ロジックになっていまいせん」と指摘しつつ、事例問題への解答という観点から、下級審(事実審)における法的三段論法の論証方法に学ぶ必要をも示唆する。
- (63) 例えば、塩野・前掲注(3)一二二―一二三頁。
- (64) 筆者も、その時期の判例を指して、「処分性拡大判例」という言葉を使ったことがある(興津・前掲注(5)三三六頁)。
- (65) 高木英行「処分性の要件に関する一考察」東洋法学六一卷一号(二〇一七年)一一―二四頁が諸学説における要素の分解の仕方を詳細に整理している。
- (66) 例えば、中川・前掲注(51)一七三―一七四頁は、処分性の要素を法効果性と権力性とに分解するが、法効果性はその後の判例を踏まえて「法律上の影響」と読み替えられており、昭和三九年定式から直接それが導かれるとはいえないように思われる。

- (67) 例えば、山本・前掲注(3) 三六六―三七九頁。
- (68) 藤田宙靖『最高裁回想録——学者判事の七年半』(有斐閣、二〇二二年) 八九頁は、「処分」概念の再構成については、今回の司法制度改革における立法作業においてすら明確な形を打ち出すことが出来なかったものを、最高裁の判例において一般的な基準として示すということには、そもそも無理があるというべきであろう」と述べる。
- (69) 参照、斎藤・前掲注(49) 三八頁注(6)。
- (70) 東京地決平成二九・二・三、東京高決平成二九・七・一二(東京都消費生活条例に基づく公表の処分性を、前者は肯定し、後者は否定した)。この判示については、橋本博之「処分性の基礎」弘文堂スクエア Web 連載・行政法を学ぶ第二回 (<https://gyoseihou.hatenablog.com/entry/2021/04/09>)、二〇二一年四月九日) に教えられた。これらの決定は、公刊物やデータベース(筆者が検索したのは裁判所ウェブサイト、LEX/DB、LLI判例秘書)には掲載されておらず(二〇二一年一月二五日現在)、筆者は当事者である東京都に対する公文書開示請求により決定文を入手した。決定文は筆者の [researchmap](https://researchmap.jp/okitsu.yukio/) において公開している (<https://researchmap.jp/okitsu.yukio/> 登載中)。
- (71) 阿部泰隆『未完の行政訴訟改革——行政訴訟の抜本的改革に向けて』(信山社、二〇二〇年) 九五頁。
- (72) 司法制度改革推進本部行政訴訟検討会において阿部が二〇〇二年五月二〇日に行った報告に基づくことである(阿部・前掲注(71) 五八頁)。
- (73) 人見・前掲注(32) 一三三頁は、「他にこれに代わる手頃な一般的な定式がない」と指摘する。
- (74) 「令和二年司法試験の採点実感(公法系科目第二問)」前掲注(8) 六頁。