



行政処分反復禁止効の法的構成:取消判決の既判力と拘束力

興津, 征雄

(Citation)

法学協会雑誌, 121(2):213-285

(Issue Date)

2004

(Resource Type)

journal article

(Version)

Version of Record

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/90001793>



行政処分反復禁止効の法的構成

——取消判決の既判力と拘束力——

興 津 征 雄

一 問題の所在

- 1 反復禁止効
- 2 反復禁止効と拘束力・既判力
- 3 反復禁止効と処分理由
- 4 本稿の対象と構成

二 反復禁止効の法律構成

- 1 はじめに
- 2 反復禁止効を認める意義
- 3 法律構成の試み
- 4 取消訴訟の構造

三 反復禁止効と“差戻し”

- 1 はじめに
- 2 反復禁止効と処分理由
- 3 “差戻し”と拘束力
- 4 行政手続と訴訟手続の関係を捉える視点

四 結論と展望

- 1 手続における行政庁と裁判所の役割分担
- 2 取消訴訟の上訴類似性？

要 旨

一 問題の所在

1 反復禁止効

一般に、判決をもつていったん取り消された行政処分と同じ処分をくり返して行うことは許されない。そのようなことを無制限に許すと、取消判決の意義が事実上無意味に帰するからである。もつとも、くり返しをまったく許さないと行政庁による公益実現を妨げる恐れもある。この問題は結局、一方で取消訴訟の訴訟物や判決効をどう解するかという問題と、他方で行政手続と訴訟手続との役割分担、行政庁と裁判所との権限配分をどう考えるかという問題の一つの現れである。本稿の課題は、学説と制度の分析を通じてこの問題に幾分なりとも具体的なイメージを与えることにある。

取消判決が処分のくり返しを禁ずる効力は「反復禁止効」と呼ばれる。もつとも、反復禁止効の根拠・性質をどのように説明するか（既判力か拘束力か）、その客観的範囲をどのように画するか（取消判決で判断されたのとは別の理由により同じ効果をもつ処分を行えるか）については争いがある⁽¹⁾。

通説的見解によれば、反復禁止効は行政事件訴訟法（昭和三七七年法律一三九号、以下「行訴法」ということがある）三条の定める取消判決の拘束力の作用であり、その効果は判決理由中の判断にのみ生じるから、別理由による再処分が禁止されるものではないとされる⁽²⁾。これに対し、塩野宏は、この見解を批判して次のように述べる。「先の取消訴訟におい

て確定したのは形式的には、当該行政行為の違法であるが、それは、当該法律関係において、行政行為をする要件が存在しなかったことが確定することを意味する。そうだとすると、確定判決後に、行政庁が同一理由に基づき処分を行い処分の適法性、つまり当該法律関係における処分要件の存在を主張することは許されず、これは既判力の効果としてみることが相応しいものである。前と後では処分が形式的に異なることは、既判力を否定する実質的根拠に乏しいのみならず、法律関係という観点から見ると、まさに同一事件なのである⁽³⁾。そして、「反復禁止効を「…」既判力の問題として考えると、同一事情、同一理由に限定されることなく、同一事情の下で同種の処分の反復禁止を考える余地が出てくる」。すなわち、拘束力説によると判決の趣旨すなわち判決理由を超えてその効果を及ぼすことができないのに対し、既判力は訴訟物の範囲全体に及ぶのだから、「判決で取り上げられた違法事由に限られず、同一事情の下での同一内容の処分の反復禁止効が既判力によって生ずるものと解すべきこととなる⁽⁴⁾。しかし、申請拒否処分の取消判決については、行訴法三三条二項により行政庁は判決の趣旨に従って行動すべきであり、「この場合には、法律自体が再度の考慮を行政庁側に明文で認めたものと解される」ので、反復禁止効の例外が認められる⁽⁵⁾。

塩野説は、別理由による再処分の禁止を解釈論的に根拠づけた点で實際上大きな意義を有するが、理論的観点からも興

味深い問題が見出される。すなわち、第一に、法律関係という概念を持ち出して判決効の範囲を画することができるのか。特に、取消訴訟の訴訟物が処分の違法性であるとされること⁽⁴⁾とどう整合するのか。第二に、仮に判決効の範囲が法律関係によって画されるという前提を認めるとしても、そのことが別理由による再処分の禁止という結論を正当化できるのか。また、申請拒否処分取消判決の場合に限り例外を認めることは妥当なのか。これらの疑問には後でもう一度立ち戻ることにして、反復禁止効をめぐる議論の前提をいったん整理しておくことにしよう。

2 反復禁止効と拘束力・既判力

行訴法三三条およびその前身とされる行政事件訴訟特例法(昭和二十三年法律八一号、以下「行特法」ということがある)一二条の定める取消判決の拘束力の根拠および性質に関しては、周知のように既判力説と特殊効力説との対立がある。既判力説はいずれも行特法下で説かれた見解であり、論者としては兼子一⁽⁸⁾、瀧川叡一⁽⁹⁾、白石健三⁽¹⁰⁾の名が挙げられる。これらの論者の見解は後に詳しく検討するが(二・2A参照)、その要点は、行政処分が判決をもって取り消されると当該処分の違法性が既判力をもって確定され、行政庁は同一の過誤(違法性)を帯びた処分を再びくり返すことができなくなる、というにある。

ところが、これに対しては主として訴訟物論・既判力論の

見地からする次の三点にわたる批判がある。⁽¹¹⁾すなわち、①判決で取り消された処分とその後再びなされた処分とは少なくとも処分日時を異にする点で別の処分と言わざるをえず、既判力を及ぼす基礎に欠ける。②判決の既判力は主文に包含するものすなわち訴訟物についてのみ生ずるところ、取消訴訟の訴訟物を処分の違法性一般と解する通説を前提にすれば、判決理由中でなされた具体的違法判断について既判力は生じないため、同一過誤の反復を封ずるのは無理である。③既判力は後訴における裁判所の判断を拘束する訴訟法上の効力であるから、実体法上行政庁に不作為義務を課する内容をもたない。

特殊効力説はこの批判を克服するために唱えられた見解で、既判力説の三名を除くほぼすべての論者がこれに与する。すなわち、特殊効力説によれば、拘束力は取消判決の実効性を確保するために実定法(行特法一二条・行訴法三三条)が特に認めた特殊な効力であって、判決の趣旨に従って行動すべき実体法上の義務を行政庁に課する効果をもつ。かかる実体法上の義務の内容として、同一過誤の反復を禁ずる不作為義務が含まれるというのである。⁽¹³⁾

この両説の対立について、次に述べるいくつかの点を指摘することで本稿からする第一の問題提起に代えたい。まず、両説の対立は拘束力の内容のうち限られた一つの作用、すなわち、反復禁止効のみに関するものだったという点である。⁽¹⁴⁾既判力説と特殊効力説との応酬は、既判力説の主張からす

に明らかなように、実は拘束力の根拠および性質に関わるものではなくて、反復禁止効を理論的・法的にどう根拠づけるかという点をめぐるものであった。このことが十分に意識されなかったために、拘束力の根拠・性質につき特殊効力説に立ちつつ、反復禁止効を既判力の作用として説明しようとする見解(雄川一郎⁽¹⁵⁾、小山昇⁽¹⁶⁾、田中二郎⁽¹⁷⁾がこの見解によっていたこともある。前述の塩野説もこの系譜に属する。後述二3D(三)参照)の意義が見過ごされてきたという憾みがある。

このことの帰結として、次に、反復禁止効の法的根拠の問題と、拘束力の性質の問題とが混同された。前者は、反復禁止効が行訴法三三条・行特法一二条のごとき特別な規定を待たなくても生じるのか(既判力説)、それともそれらの規定により与えられた効力であると解するのか(特殊効力説)という問題である。既判力説か特殊効力説かという問いは、通常この問題を意識しているに疑いない。それに対して、後者は、拘束力の性質が後訴裁判所を拘束する力としての既判力なのか(既判力説)、それともそれ以外の何か(通常は行政庁を実体的に拘束する力が想定されている)なのか(特殊効力説)という問題である。

既判力説に向けられた批判のうち③は、既判力説が拘束力の作用を裁判所に対するものに限定していることを前提とし、それを論難するものであった。しかし、仮に既判力説に立つとしても、それは既判力本質論におけるかつての訴訟法説の

ように訴え却下の結論を導く⁽¹⁸⁾ものではなく、再処分取消訴訟は反復禁止効(既判力)が及ぶ限りで請求が棄却されるという結論に違いはない⁽¹⁹⁾。

確かに、反復禁止効の性質を既判力と解すると、その効果は後訴裁判所を拘束することに尽きるから、行政庁が同一内容の処分をくり返して行うことが実体法上禁ぜられるとか、それに違反してなされた処分が実体法上違法になるとかいった効果は生じえない⁽²⁰⁾。しかしながら、反復禁止効に反してなされた再処分の違法性が問題となるのは、結局のところ、再処分の取消訴訟(ないし無効確認訴訟)と再処分の無効を前提とする法律関係に関する訴訟においてのみである⁽²¹⁾。前者については、仮に前処分取消判決の既判力が再処分取消訴訟に及ぶ関係にあるならば、裁判所は前訴における違法判断の効果を受けて後訴において(本案審理ぬきで)違法判断をしなければならぬ⁽²²⁾。そして、これを肯定するならば、後者についても前処分取消判決の既判力が後訴の前提問題に対して作用する関係となるので、後訴裁判所は前訴の違法判断を前提として判断しなければならぬ。この場合、反復禁止は「端的な禁止ではなく、行政庁が自制を余儀なくされるにとどまる⁽²⁴⁾」のではあるけれども、一般に反復禁止効が想定される問題状況においてはそれで十分なのであって、行政庁の実体法上の反復禁止義務や、再処分の実体法上の違法性をことさらに援用する必要は乏しいであろう。

もちろん、拘束力の内容として反復禁止効を超える行政庁

の実体法上の積極的行動義務⁽²⁵⁾までをも含ませようとするならば、それが通常の了解における既判力の内容を超えるものである⁽²⁶⁾以上、既判力説は採れない。しかし、特殊効力説にあつても行政庁の積極的行動義務を拘束力の内容とすることには懐疑的な見解が有力なうえ、既判力説と特殊効力説との対立が先に指摘したように反復禁止効のみをめぐるものだった(既判力説の論者は積極的行動義務のことまで意識していなかった)ことからすれば、これも批判としては当を得ない。

以上に鑑みて、本稿では、拘束力の根拠・性質論に関する既判力説と特殊効力説との対立という枠組はもはや採用しない。仮に拘束力が反復禁止効のみを意味するならば、拘束力なる中間概念を立てずに端的に反復禁止効そのものを組上に載せる方が素直だからである⁽²⁸⁾。そこで、本稿では反復禁止効の法的根拠・性質論を第一の課題として取り上げることにする。これを既判力によって説明しようとする論者の見解(以下「既判力説」といい、これを拘束力論におけるそれと区別する必要があるときは、「反復禁止効に関する既判力説」などという)を、特殊効力としての拘束力の作用として説明する見解(以下「反復禁止効に関する」拘束力説」という)との比較において分析する。

3 反復禁止効と処分理由

以上はどちらかといえば純粹理論上の関心であるが、反復禁止効の法律構成の如何がその遮断の範囲に影響を与えうる

かという、どちらかといえば実践解釈論上の問題が次の関心である。遮断の範囲とは、反復禁止効が取消判決後に同一理由で同一処分をくり返すことを禁ずるのみならず、取消判決で違法と論難されたのとは別の理由にもとづいて同一の効果をもつ処分をくり返すことが遮断されるかどうかという問題である。この問題の背後には、行政庁は前の取消訴訟において当初の処分理由に加えて、処分の適法性を根拠づける他の理由を追加的に主張することができかどうかという論点、いわゆる理由の追加・差替えの問題が存在する。前の訴訟でおよそ主張するをえなかった理由までも反復禁止効で遮断されるというのでは、遮断効の趣旨にそぐわないからである。

そして、別理由再処分までも反復禁止効で遮断するためには、前の訴訟で理由の追加・差替えが許されるにとどまらず、行政庁はそれをしなければならなかったという追加・差替え義務の存在が前提となるように思われる。拘束力説の立場から別理由再処分を遮断する現在の見解の多くは、理由の追加・差替えができるのにそれをしないことは信義に反し、あるいは権利濫用であるといつて追加・差替え義務を根拠づけている⁽²⁹⁾。しかしながら、信義則や権利濫用等の一般条項に頼るのみでは、問題の実質を明らかにしたことにならない。ここに、先に見た既判力説の意義がある。すなわち、既判力による遮断効は訴訟物全体に及ぶというドグマ・テーイクから、別理由再処分の禁止を基礎づける塩野説である。

もつとも、わが国で理由の追加・差替えおよび反復禁止効

の範囲が問題となる際にどれだけ意識されているかはわからないものの、行政庁と裁判所との権限配分、行政手続と訴訟手続の役割分担の視点を欠くことはできないと思われる。それは、取消訴訟における行政庁の（第一次）判断権をどの程度重視し、それに対して裁判所の審理権をどの程度優越させるか、という視点であり、言い換えれば、取消訴訟の意義・機能を行政庁に対するやり直しを指導することに見るか、それとも、紛争の一回的解決に見るかという問題である。³⁰ 前者を重視すれば、取消訴訟における理由の追加・差替えは原則として認められず、行政庁は取消判決後も処分要件の存否を調査して別理由再処分を行うことができるという結論に至るだろう。後者を優越させれば、行政庁に理由の追加・差替え義務を課し、裁判所は釈明によって追加主張を促すことにより、一回の訴訟ですべての処分要件の審理判断を行う結果、いったん取消判決が出れば行政庁はもはやいかなる理由であれ同一の処分を行うことはできなくなる。

本稿の第二の課題は、理由の追加・差替えおよび反復禁止効の範囲を、かかる行政庁と裁判所との役割分担の視点を意識しつつ、しかし先に論ずる反復禁止効の法律構成との関わりにおいて考えることである。

4 本稿の対象と構成

さて、反復禁止効をめぐる日本の混乱した状況から見ると

由は、第一に、ドイツ法は、取消判決の効力について日本法（行訴法三三条・行特法一二条）と類似した規定（行政裁判所法一二一条）をもっているにも拘らず、日本でいうところの拘束力なる概念を知らないからである。したがって、ドイツにおいて反復禁止効の法律構成を検討した種々の学説を分析することによって、その背景をなす訴訟物論・判決効論、そして取消訴訟の構造論をも析出することができると考える。翻って、日本における既判力説の意義も明らかにされよう。

第二に、反復禁止効の法律構成に関する議論が活発であり、しかも理由の追加・差替えに関しても比較的多くの議論が存在するにも拘らず、反復禁止効による遮断の範囲ないし別理由再処分の可否をそれ自体として論じたものが驚くほど少ないからである。そのこと自体がすでに、行政庁と裁判所との役割分担に関するドイツ法的な前提を示唆しているように思われる。すなわち、後で述べるように、ドイツにおいては裁判所の審理判断が行政行為の全理由に及ぶのが原則であって、いったん取消判決がなされれば行政庁にはもはや再処分をなす余地が残されない。義務づけ訴訟制度の存在がこの原則の例証ともいえよう。しかし、裁量処分および手続・形式の瑕疵を理由とする取消しの場合には別論であって、義務づけ訴訟においても同様である。そしてこのことを裁判所から行政庁に対する事件の「差戻し」という言葉を用いて表現するのである。

が、日本における行政訴訟制度の歴史である。戦前の日本において行政裁判所が存在し、取消訴訟において「原審差戻」という判決が行われていたこと（原審とは行政庁のこと）、戦後の行政事件訴訟立法時に当初「事件の差戻」という制度が構想され、しかしそれは形を変えて現在の三三條二項三項に流れ込んだこと、はあまり知られていない。この歴史を簡単にでも振り返っておくことは、行政庁と裁判所との役割分担に関する日本法のイメージを知るよすがになると思われる。

以上のような視点から、本節に続く二においては、第一の課題として、処分理由の問題を度外視して、日本とドイツの学説における反復禁止効の法律構成の試みを分析する。三においては、第二の課題として、処分理由の問題と「差戻し」の問題とにつき、ドイツと日本の実定法制度に即して基本的な考え方を述べた後、行訴法の立法過程を瞥見する。なお、この第一と第二の課題は、1で述べた塩野説に対する二つの疑問にそれぞれ対応している。したがって、しかるべき箇所において塩野説についても簡単にコメントを加える。四において結論と展望を述べ、最後に本稿の要旨を掲げる。

二 反復禁止効の法律構成

1 はじめに

判決の効力をどのように理解するかは、いうまでもなく訴訟物をどのように把握するかと密接な関係を有し、さらに訴

訟の性質の理解によっても左右される。取消判決は処分の効果を遡及的に覆滅させる効力（形成力）をもつことから、取消訴訟の性質はこれを形成訴訟と解するのが一般的な理解である。訴訟物が権利（または法関係・法効果）でなければならぬとすれば、取消訴訟の訴訟物は取消しを求める原告の権利であるということになる。⁽³¹⁾ 形成権が形成判決の適法要件であるか有効要件であるかそのいずれでもないかには争いがあるけれども、仮にこれを否定するならば、ここに《訴訟物Ⅱ判決主文Ⅱ既判力の客観的範囲》の定式を当てはめて形成判決には既判力を認める余地はないとの結論に至りうる。⁽³²⁾ しかし、本稿が取り組む形成対象のくり返し禁止のような既判力の機能が再発見されるにつれ、既判力否定説は廃れていった。⁽³³⁾ また、取消訴訟の訴訟物を取消権に求める考え方も、それが裁判外での行使を認められる実体法上の形成権（例えば民法上の取消権、解除権、相殺権等）と異なることは取消訴訟（形成訴訟）の排他性を前提とする以上明らかであり、そうであるとすれば裁判上の行使しか認められない取消権を「権利」と呼ぶことが適当かどうかには疑問が残る。⁽³⁴⁾ そこで、形成訴訟の訴訟物を形成要件（形成原因）と捉える民事訴訟法学説に倣い、取消訴訟の訴訟物はこれを取消原因たる処分の違法性に求めるのが今日の一致した理解である。⁽³⁵⁾

ところが、このような理解は最も厳密な意味での《訴訟物Ⅱ判決主文Ⅱ既判力の客観的範囲》の定式をすでに逸脱しているように思われる。なぜなら、取消判決の主文は「△△の

処分を取り消す」と表示されるにも拘らず、処分の違法性が訴訟物となるのはどうしてかという疑問が生じるからである（訴訟物を取消権と考える立場からすれば、処分の違法性は前提問題に過ぎなかった）。この疑問を逆転させれば、処分の違法性が確定することにより処分の取消しという効果が生じるならば、さらに進んで処分の反復禁止効をも導けないかという発想に想到するのは容易である。本稿で既判力説の論者たちの見解を特に取り上げるのは、反復禁止効を既判力で基礎づけようとする試みの中に、処分の違法と取消しの関係、訴訟物と判決効の関係、さらに取消訴訟の性質ないし構造に関する、彼ら独自の解釈が見出されるからである。本節では、日独におけるこれらの論者たちの見解を分析・検討することを通じて、これらの一端に迫ろうとする。

本稿の視点から重要なのは、拘束力説から既判力説に向けられる前述（一）の①および②の批判を、既判力説がどのように克服しているかである。したがって、問題を単純にして理論的見通しをよくするために、行政庁が裁判所で否定された以外の理由にもとづいて再処分を行う事例をさしあたり考えない。理由付記が義務づけられているか否かに関わらず、前処分取消判決において裁判所が（判決理由中で）違法であると指摘したのと同じ処分理由を、行政庁が再処分取消訴訟で再び主張してきた場合を念頭に置く。その意味で、本節の関心は、取消「訴訟の訴訟物の「表現」の問題であって、その訴訟物のひろがり・はばの問題、つまりいわゆる訴訟物論

争とは直接の関係がない」⁽³⁷⁾ 点に留意されたい。

次の2において日本における既判力説の議論を取り上げ、続く3においては拘束力概念を知らないドイツ法の議論を検討した後、4で反復禁止効の法律構成と取消訴訟の構造とを関連づけて考察する。

2 反復禁止効を認める意義

本項で取り上げるのは、比較的初期に反復禁止効を既判力により根拠づけようとした論者の見解である。これらの見解は、緻密な概念構成に成功したというよりも、反復禁止効を認めるべき意義を析出した点に功績がある。第一に、処分の違法性の確定を反復禁止効に結びつけた見解を（A）、第二に、取消訴訟制度の機能から反復禁止効を根拠づけようとした見解を（B）、順に取り上げる。

A 取消訴訟における違法性の確定——確認訴訟原型観と確認訴訟説

（一）違法性の確定Ⅱ反復禁止——兼子一、白石健三

兼子一によれば、形成訴訟たる取消訴訟の請求原因は当該行政処分に対する不服の主張一般であって、これは訴訟内における附随的な形成の訴えともいえるべき上訴の場合に、原判決に対する不服一般が審判の対象となるのと同様である。形成判決の形成力は形成要件の確定に法が結びつけた反射的効果であるから、「形成の宣言だけが判決主文に掲げられても、

形成要件の確定の判断は同時にこれは表明されたことになるのであつて、判決理由中の判断に止まるものではない。行政処分取消請求にあつては、「裁判所が何等かの点で違法と認めれば、その処分の取消を宣言するのであり、その確定判決のあつた以上判決を受けた行政庁は、以後同一当事者の同一事項を処理するに当つては、判決が違法と確定した判断を尊重しなければならず同一の過誤をくり返すことができないのである」⁽³⁹⁾。

また、白石健三は次のように述べる。行政庁の行為（意思表示的行為・事実行為）の有効性・適法性は、行政庁が抗告訴訟（取消訴訟）において敗訴することをいわず解除条件として与えられているものにすぎない。抗告訴訟は、行為時における具体的行為要件ないし具体的権限の存否を訴訟物とする確認訴訟である⁽³⁹⁾。これに対し、通説は、抗告訴訟をもつて処分の違法性を確定するとともに処分を遡及的に失効させる形成訴訟と解するのであるが、請求認容判決の主文において取消しを宣言するのは単に便宜の意味をもつにすぎず、処分の失効は制度自体の内にはじめから予定されたものであつて、判決自体の直接の効果（形成力）によると解すべきでない⁽⁴⁰⁾。言い換えれば、適法要件を欠く処分は実体法上無効となるはずである⁽⁴¹⁾。このように解すれば、処分を取り消す判決は処分当時における具体的権限の不存在を確定する効果を生ずることとなるので、処分当時と法律上・事実上の状態が変わらない場合には、同じ処分の再度の発動が許されないこととなる

のは当然である⁽⁴²⁾、と。

さて、兼子説と白石説とを、次の二点において比較してみよう。第一は、訴訟類型である。形成訴訟のメルクマールは、「形成判決の確定がない限り、訴えの目的たるその法律関係の変動を何人も主張しえない（他の訴えの前提問題としても主張しえない）」という点⁽⁴³⁾に求められる。そうであるとすれば、取消訴訟が形成訴訟とされるのは、取消訴訟の排他的管轄（所管）が認められるからであるといふことができる⁽⁴⁴⁾。ところで、白石は当時にあつて先駆的に、処分の公定力を、適法要件に争いがある場合に行政庁の判断を私人の判断に手続法上優越させる妥当力（通用力）の意に解していた⁽⁴⁵⁾。このように手続的に理解された公定力が取消訴訟の排他性と表裏をなすことは今日常識に属するから、白石説においても取消訴訟が形成訴訟のメルクマールに該当することを否定できないであろう⁽⁴⁷⁾。形成訴訟説においても判決を裁判所の意思表示的処分行為と捉える説はすでになく、行政処分の失効を判決の存在に法が結びつけた効果と説くのも（兼子⁽⁴⁸⁾）、制度内に予定された効果と説くのも（白石）、説明の仕方の違いにすぎないように思われる⁽⁵⁰⁾。

第二に訴訟物の問題がある。形成要件としての違法性すなわち処分の効果を遡及的に消滅させる原因（取消原因）を訴訟物と考える通説⁽⁵¹⁾によれば、処分当時の具体的要件の具備如何は前提問題（取消原因の発生の原因）となるにすぎず、この点について既判力を生ずることはありえない、と白石は述

べる。⁽⁵²⁾この点は、雄川一郎が「行政行為の違法性を形成要件の概念を通じて把え」と、「…」行政行為の違法性の問題は前提問題となるに止まり、訴訟物自体ではなくなる⁽⁵³⁾と述べるのも同旨である。しかしながら、兼子説にあつても、形成要件の存在の既判力による確定を形成判決の形成力の根拠として認めていた。⁽⁵⁴⁾いわゆる「確認訴訟原型観」⁽⁵⁵⁾に裏付けられた理論構成である。そして、ここにいる形成要件とは処分の違法にほかならないのだから、(主として)兼子を標的とした白石や雄川の言明は、さほどの射でないことになる。⁽⁵⁷⁾以上の二点において、兼子の確認訴訟原型観と、白石の確認訴訟説とは、相似をなしているように思われる。⁽⁵⁸⁾

(二) 違法性の確定と反復禁止——中田淳一、市原昌三郎
なお補足的に、確認訴訟原型観あるいは確認訴訟説をとりながら、既判力説に属さない見解を取り上げることにより、逆に兼子説・白石説の意味を浮き彫りにしてみよう。

確認訴訟原型観における兼子のカウンターパートは中田淳一である。彼によれば、形成判決が形成力を生ずるのは「形成の要件(形成原因又はいわゆる形成権)の存在が確定されることの当然の結果」であり、「形成原因について既判力を生ずることの理由もここにある」⁽⁵⁹⁾。にも拘らず、反復禁止効の根拠は行特法一二条に求められ、その性質は形成力でもなければ既判力でもなく、「一種の反射効」である。⁽⁶⁰⁾その意味は詳らかでないが、中田は、権利形成の一般的承認義務、すなわち当該法律関係の当事者ならぬ一般第三者までもが形成の

結果に服さねばならない効果を形成判決の事実効ないし反射効と呼んでいる。⁽⁶¹⁾しかし、反復禁止効は一般的承認義務と必ずしも関係がない。⁽⁶²⁾したがって、「一種の反射効」とは、取消判決の存在を前提として実体法にもとづいて生ずる要件事実的效果(法律要件の効力)ということではないように思われる。⁽⁶³⁾

取消訴訟を確認訴訟と解する論者は、白石のほかに市原昌三郎がいる。彼によれば、「司法裁判所が行政訴訟の裁判をするのは、あくまでも本来の司法権の行使としての、又その限界内での作用であり、司法裁判所は原処分庁(訴願裁判庁)に対する上級監督庁のような立場にあつて自由に反対の行政処分としての取消変更をなすことは許されない」。⁽⁶⁴⁾この意味で裁判所の判決による行政処分の取消というのは、判決による当該処分の違法性確定に伴う効果とみななければならぬ。⁽⁶⁴⁾取消判決は「一種の確認判決と見なければならぬ」⁽⁶⁴⁾。この点において兼子らの見解と同旨である。⁽⁶⁵⁾にも拘らず、取消判決後の処分のくり返しは前訴と同一事件とはいえないため、既判力によつては遮断されず、特殊効力たる拘束力によつて実体的に禁止される、と説く。⁽⁶⁶⁾

中田説・市原説にみられるように、形成力(処分の取消し)の根拠を既判力による形成原因(処分の違法性)の確定に求めたとしても、そのことが反復禁止効に直結するわけではない。この間には、もう一枚、実際的な考慮が挟まっているようにも見える。兼子や白石にあつて中田や市原にないも

の、それは、結論を先回りすれば、行政処分による規律を取消訴訟の対象とすることの意味だと思われる。すなわち、処分の取消しを単に違法性の確定の帰結としてのみ見るのではなく、違法性の確定と処分の取消しがともに等しく取消訴訟の対象となるということである。具体的には、次にみる小山説と、ドイツの学説を検討した後で得られる結論とにおいて、明らかにされることであろう。

B 取消訴訟制度の機能と反復禁止効——小山昇

反復禁止効を既判力により根拠づける前提として、その作用ないし機能を詳細に分析したのは、小山昇である。彼によれば、法治行政主義・国民主権原理が認められているところでは、「違法な行政処分をしないことを求める基本権」が国民に与えられていると解すべきであり、取消訴訟制度はかかる基本権の行使・満足を目的とするものである。右の基本権の満足を得るためには、取消訴訟の訴訟物を「当該処分の取消しの要求」とするだけでは不十分である。したがって、訴訟物は「当該処分のあるとき、処分の違法取消性——Aufhebungsbedürftigkeitをもたらし Rechtswidrigkeit——の確定」と構成されなければならない。このとき、前処分取消判決は、「一定の事実であるときは一定の処分は違法であるとの判断」に通用性を生ずるので、原因事実に変化がないときは、前処分と内容の再処分の違法性を（被告が）争うことが前訴判決の既判力によって遮断され、原告は再処分取

消判決を容易に得ることができる。⁽⁶⁷⁾

兼子説、白石説（および雄川説）が、処分が違法であるとの判断に既判力を生じさせるべく理論構成を試みていたのに対し、小山の分析の鋭さは次の二点にある。第一に、そこにいう違法性は当該処分の違法性ではなく当該処分のごとき処分についての違法性であることを明らかにした点である。⁽⁶⁸⁾この点は、高橋宏志の周到な指摘を待つ必要がある。高橋によれば、「一定の事実であるときは一定の処分は違法であるとの判断」は、法的評価さらには法の解釈の問題であり、判決の先例的価値（先例拘束力）に近似する。⁽⁷⁰⁾すると、小山の分析は（論者の意図とは逆に）そのような違法性判断に生じる通用性・拘束性が通常の既判力のそれとは別の作用であることを示唆しうるのである。⁽⁷¹⁾第二に、取消訴訟が処分の効力を失わせる手続としての性質をもつことを捉え、処分の取消性（Aufhebungsbedürftigkeit）（処分が取り消されるべきこと、とでもいえるようか）の主張をも、処分の違法性に加えて訴訟物に含ませた点が注目される。このように訴訟物を構成することは、「一方、『Streit des Gegenstand』としての違法性を分析し、これと Rechtskraft が生ずるポイントとの対応関係」を「きめ細かく」説明しようとする実践的意図に導かれたものであった。⁽⁷²⁾他方で、「取消し（＝形成）の効果が判決により生ずることができるところを理論づけること」⁽⁷³⁾に目を瞑り、概念的にはむしろ形成訴訟理論から遠ざかった。これにより、形成要件（形成原因）を媒介にする訴訟

物の構成とそうでない構成との差異⁽⁷⁴⁾、さらには形成訴訟と確認訴訟との差異が、いつそう相対化するであろう。むしろ、この見解の意図は、かかる緻密な形成訴訟理論から（意識的にか無意識的にか）いったん離れることによって、取消訴訟制度の実際の機能を析出してみせることにあったのかもしれない⁽⁷⁵⁾。

C その他

その他の民事訴訟法学説では、紛争解決への信頼保護や法的安定などの実質的理由をもって、また争点効理論への類推から、かかる通用性を認めるものが多いものの⁽⁷⁶⁾、厳密な理論構成は審らかにしない⁽⁷⁷⁾。

3 法律構成の試み

A ドイツにおける既判力概念

ドイツにおいても、取消判決後の同一事情（*unveränderte Sach- und Rechtslage*）の下で同一行政行為のくり返しが禁ぜられることについては、異論をみない⁽⁷⁸⁾。そして、この効果が取消判決の既判力から直接に導き出されることに關しても一致がある⁽⁷⁹⁾。もっとも、取消訴訟によって将来における行政行為の禁止（不作為）を請求できるわけではないから⁽⁸⁰⁾、反復禁止効を理論的にどう説明するかについては争いを生じる余地がある。

ドイツの行政裁判所法（*Verwaltungsgerichtsordnung*）

VwGO⁽⁸¹⁾）一二一条は、次のように定めている。

「確定判決は、訴訟物に關して裁判された限りで、次の者を拘束する。

一 当事者およびその承継人

二 第六五条第三項に定める場合において、参加の申立てを行わなかった者または期限内に行わなかった者⁽⁸²⁾」

文言の上では日本法の拘束力の規定（行訴法三三条・行特法一二条）に類似しているけれども、ドイツでは既判力（*materielle Rechtskraft*）について定めたものであると解されている⁽⁸³⁾。そもそもドイツでは、既判力とは別に拘束力という効力が観念されているわけではなく、既判力の一内容としての拘束的効果（*Bindungswirkung*）が認められるにすぎない。したがって、反復禁止効の理論構成をめぐる対立は、既判力か拘束力かという形をとらず、既判力理論の内部における対立ということになる。大きく分けて、①先決関係によつて処理する説（B）、②既判力を判決理由中の判断にまで拡張する説（C）、③訴訟物を行政行為においてなされた規律によつて捉える説（D）、の三説がありうる。このうち、①と②は《訴訟物Ⅱ判決主文Ⅱ既判力の客観的範圍》の定式をすでに逸脱するものであり、結論を先に言えば、そこには既判力と異なる特殊な効力のごときものが観念されているように思われる⁽⁸⁴⁾。それに対し、③は、訴訟物の構成を前二者と

違えることにより前記定式の枠内で反復禁止効を説明しようとしている。以下、順に検討しよう。

B 先決関係によって処理する説

先に見たように、前処分と再処分とは形式的には別個の処分であるため、前訴判決の既判力が後訴に及ぶことをどう説明するかが問題となる。民事訴訟法理論上、前訴の訴訟物と後訴の訴訟物との関係で既判力が作用するのは、訴訟物が同一の場合のほか、前訴の訴訟物が後訴の先決（前提）問題となる場合である。⁽⁸⁶⁾ ここで取り上げる見解は、前処分取消訴訟の訴訟物が再処分取消訴訟の訴訟物の先決問題であると構成し、前訴判決の既判力を後訴に及ぼそうとする。

先決関係 (Präjudizialität) とは、後訴において主張されている法効果の構成要件が前訴で既判力をもって確定された場合（前訴の訴訟物となっている場合）に認められる。⁽⁸⁷⁾ クラウジンクによれば、既判力をもって取り消された行政行為を、事実状況および法状況の変更がないのに裁判所により否定された理由によって再び行う場合が、これにあたる。なぜなら、前訴判決は、そのような行政行為 (ein solcher Verwaltungsakt) を行うことが許されないということを、拘束的に確定したからである。⁽⁸⁸⁾

しかし、この考え方には疑問がある。その理由は次の通りである。既判力の射程は訴訟物によって画されるとは、論者自身認める前提であるから、クラウジンクの見解が成り立つ

ためには《そのような行政行為を行うことは許されない》という判断（主張）が前訴の訴訟物に含まれている必要がある。ところが、クラウジンクによれば、議論の出発点はあくまでも取消請求の対象となっている係争行政行為 (der angefochtene Verwaltungsakt) であって、取消訴訟の訴訟物は「係争行政行為が違法であるために原告が自己の権利を毀損されたとの権利主張」と定義される。⁽⁸⁹⁾ したがって、前処分取消判決の既判力がかかる係争行政行為を超えて《そのような行政行為を行うことは許されない》との判断にまで及ぶと考えることは難しいであろう。さもないと、クラウジンクの説は訴訟物に含まれない判決理由中の判断にまで既判力を及ぼしてしまうことになる。⁽⁹¹⁾

もっとも、彼によれば、係争行政行為に着目するのは行政庁がいかなる生活事実関係をいかなるやり方で規律したかを知らためである。⁽⁹²⁾ これが、生活事実関係の同一性によって行政行為を同定するという意味ならば、前訴と後訴は先決関係にあるというより、むしろ同一の規律を行うという意味で端的に訴訟物は同一であると構成すべきであると思われる（後に述べる、訴訟物を行政行為においてなされた規律によって捉える説）。結局、反復禁止効を先決関係によって説明する見解は理論的な難点を克服しておらず、結論を先取りする嫌いがあるといえよう。⁽⁹³⁾

C 判決効を拡張する説

(二) 既判力を判決理由中の判断にまで拡張する説

既判力の客観的範囲を拡張することにより反復禁止効を説明しようとする見解が存在する。コップが注釈書の旧版で展開した見解である。⁽⁹⁴⁾ 彼によれば、「取消訴訟において判決が請求を認容した場合には、既判力は係争行政行為の取消しのほかに、行政庁が当該取り消された行政行為を行う権限がなかったことを拘束的に確定する点にも及ぶ」。反復禁止効を是認する諸判例は、それを超えて、「同一事情の下で同一の理由により前訴で問題とされたのと同じの内容を伴う新たな行政行為を再び行う行政庁の権限が存在しないことを、既判力をもって拘束的に確定する」。⁽⁹⁶⁾ 彼はこれを「拡張された既判力の効果」(eine erweiterte Rechtskraftwirkung)と呼ぶ。そして、このような既判力の効果は、裁判所によって審理され判決を支える取消事由に限定される。この見解は、連邦行政裁判所の次のような判示からも根拠づけられる。いわく、「この判決の既判力の当事者間における効果は、取り消された行政行為を行政庁が同一事情の下でくり返すことが同一の理由によっては許されない、ということの意味する。その限りで、行政庁は当然に裁判所の法解釈に拘束される」。⁽⁹⁷⁾

先に見たように、取消判決の既判力は当該争われていた(取り消された)行政行為を超えて及ばないのが原則である。コップの説も、先決関係説と同様に、当該争われていた(取り消された)行政行為を超えて判決の既判力を及ぼそうとする。先決関係説が当該係争行政行為を超えて《そのよう

行政行為を行うことは許されない》との判断に既判力を及ぼすことの説明に成功していなかった(というよりその論点を意識していなかった)のに対し、コップの説はこれを既判力の拡張と捉えた点で理論的な先進性がある。反復禁止効の客観的範囲を実際に審理された具体的取消事由に限定する点からしても、理論構成としては判決理由中の判断に拘束性を認める日本の学説(拘束力説)に近いということができよう。しかしながら、この説の最大の難点は、そのように既判力の客観的範囲を拡張する根拠が判然としない点である。⁽⁹⁸⁾ コップは、行政裁判所法一一三条五項二文にもとづく再決定義務づけ判決が裁判所の法解釈への拘束性を認めることから類推して、拡張された既判力が認められるという。⁽⁹⁹⁾ 確かに、同条項は判決理由中の判断に拘束が生じうることを定めている。⁽¹⁰⁰⁾ しかし、同条項は日本の行訴法三三条と異なり、取消判決の効力について定めたものではないと考えられる。⁽¹⁰¹⁾ また、それを別にしても、再決定義務づけ判決における裁判所の法解釈が行政庁を拘束するのは処分のやり直しを指導するためであって、同一過誤のくり返しの禁止が問題となるこの場合とは状況を異にしている。したがって、想定する場面が異なる一三条五項二文を類推して反復禁止効を基礎づけることは解釈の限界を超えるように思われる。にも拘らず、判決理由中の判断の拘束性でもって反復禁止効を基礎づけようとする、既判力と拘束力の境界を曖昧にしてしまった日本の学説の過ちをくり返すことにもなりかねず、妥当でない。

(二) 手続内での拘束力を認める説

既判力とは区別された手続内における拘束力 (innerprozessuale Bindungswirkung) を認めることにより、反復禁止効を基礎づけうるとする見解がある。シュロツサー、トイフェルらによって唱えられた見解である。

シュロツサーによれば、形成対象のくり返しを禁ずるには、取消訴訟の訴訟物を不作為請求権にまで拡張するか、手続内における拘束力を援用するか、いずれかの可能性がある。これらの考え方はいずれも、上級審の判決の下級審に対する拘束力や、連邦憲法裁判所法 (Gesetz über Bundesverfassungsgericht = BVerfGG) 九五条一項二文⁽¹⁰⁾の定める違憲の措置のくり返し禁止に発現されているような、法秩序が一般に形成対象のくり返しを禁じているのだという実体的および手続的法思想の表れである。行政裁判所と行政庁は本来の審級関係にはないけれども、行政裁判所法一一三条五項 (当時四項、以下同じ) や、財政裁判所法 (Finanzgerichtsordnung = FGO) 一〇〇条一項⁽¹¹⁾が、裁判所の判断の行政庁に対する拘束を認めているところから、この法思想は行政権と裁判権との分立を超えて作用しうる。そして、このような法原則を認めるためには、実体法上の不作為請求権構成によるよりも、手続内における拘束力による方が、既判力の範囲に關する困難を回避できるという利点がある (前者によると判決理由に拘束力を認める説明がつかない⁽¹²⁾)。

トイフェルは、よりはつきりと手続内部における拘束力と

既判力とを区別したうえで、やはり行政裁判所法一一三条五項二文と財政裁判所法一〇〇条一項とを検討し、行政処分の反復禁止効は取消判決そのものの拘束力ではなく判決で示された法的判断の拘束力なのだから、既判力では説明がつかず、手続内の拘束力によるべきだ⁽¹³⁾という。

これらの見解は、取消判決の反復禁止効を手続内部における拘束力だと理解した点において、日本における兼子一説を想起させるものがある。しかしながら、兼子は形成訴訟の独自の理解から上級審の破棄判決の効力を既判力だと断定したのに対し、特にトイフェルの見解に顕著のように彼らはこれを既判力とは異なる効力と解するので、両説はその前提において乖離があると考えられる。むしろ、彼らの見解は日本における「拘束力Ⅱ特殊効力説」の理解に非常に近い。だとすると、表面上の相違にも拘らず議論の構造においてコップの見解 (一一) とトイフェルらの見解とは共通しており、コップの見解に対して述べたことがここにもほぼそのまま当てはまるであろう。すなわち、この見解は明文の規定がないにも拘らず他の条項を類推する根拠を明らかにしていない。また、行政裁判所法一一三条五項二文の規定が審級関係 (あるいはそれに類似する関係) を前提としていることの論証もなされていない。

D 訴訟物を行政行為においてなされた規律によって捉える説

(二) 二分肢的訴訟物概念

現に争われている行政行為を基準にして訴訟物の広がりを書きとすれば、前訴と後訴とで訴訟物が異なることを承認せざるをえない。その場合の反復禁止効が、もはや《訴訟物Ⅱ判決主文Ⅱ既判力の客観的範囲》の定式における既判力と異なる意味をもたせられていることは、以上に見た通りであった。⁽¹⁰⁶⁾ 翻って前記定式における既判力の意味を維持しようとするれば、逆に訴訟物の構成に手を加えざるをえないことになる。本稿で検討されるのはそのような試みである。

この考え方によれば、訴訟物の広がりを書くメルクマールは、当該係争行政行為を超えて、行政行為においてなされた規律とその対象たる事実、関係とに求められる。⁽¹⁰⁷⁾ すなわち、デッターベックによれば、行政行為はそれによってなされる規律 (Regelung) によって特徴づけられる。行政行為の制定によって行政庁は歴史的に生じる個々の生活現象 (Lebensvorgang) からなる生活事実関係 (Lebenssachverhalt) を一方的に規律し、それと結びつけられた法効果が関係人に対して生じることを確認する。原告は訴えをもって行政行為によってなされた規律を攻撃する。すなわち、原告は行政行為を争うことによって、一定の仕方 (in einer bestimmten Art und Weise) 一定の生活現象を内容的に秩序づける規律を争うのである。したがって、前訴で行政行為が取り消された後に、行政庁がそれと (本質的に) 同じ内容をもつ行政行為を制定した場合、再行為を争う

後訴は、同一の仕方で同一の生活現象を内容的に秩序づける規律を争うという点で、前訴と同一の訴訟物をもつ。裁判所は、生活事実関係の本質的な変化がないならば、前訴取消判決の既判力の帰結として新たな本案審理ぬきに再度の行政行為を取り消さなければならぬ。このことを取消訴訟の訴訟物の定義に反映させると、次のようになる。すなわち、「取消訴訟の訴訟物は、この種の行政行為の取消を求める原告の (訴訟上の) 請求である (Streitgegenstand der Anfechtungsklage ist der (prozessuale) Anspruch des Klägers auf Aufhebung eines Verwaltungsakts dieser Art)」⁽¹⁰⁸⁾。

このような訴訟物概念は、ドイツ訴訟法理論において通説の地位を占める「二分肢説 (二分肢的訴訟物概念) (die Theorie des zweigliedrigen Streitgegenstandes; der zweigliedrige Streitgegenstandsbegriff) を前提とするものである。⁽¹⁰⁹⁾ 二分肢説とは、原告の申立てと、それを支える請求原因すなわち生活事実関係との二要素によって訴訟物を定義しようとする考え方である (原告の申立てのみによって訴訟物を定義しようとする一分肢説⁽¹¹⁰⁾ に対してこの名がある)。このような訴訟法的訴訟物概念においては、実体法は法的観点を示すにとどまり、実体法上の権利 (請求権) は訴訟物を構成しない。したがって、原告の申立てとは純粹に訴訟法上の概念であり、実体法とは関係がない。生活事実関係とは、訴えを提起する原因となり原告の申立てを支える事実上の経過・出来事 (Lebensvorgang) の総体であり、請求原因

(Klage- oder Anspruchsgrund) とも呼ばれる。これが異なる場合または申立てが異なる生活事実関係に支えられている場合には、訴訟物は異なる。一分肢的訴訟物概念においては、原告の申立てを解釈し訴訟物の異同を識別するために生活事実関係が援用されることはありうるが、それは訴訟物の構成要素とはならないのに対し、二分肢説においては生活事実関係に訴訟物を構成する意義を与える点に特徴がある⁽¹²⁾。

しかしながら、ここに至ってわれわれは、二分肢説なる訴訟物概念が、すでに三〇年以上前に日本で提示されていた次なる見解と親和的であることに気づくであろう。すなわち、「抗告訴訟の訴訟物は、一定の事実関係を基礎とし、これについて行政庁が明示的又は黙示的に示した第一次的判断（公権力の行使）を媒介として生じた違法状態の排除である」とする田中二郎の見解である⁽¹³⁾。事実、田中は訴訟物をこのように解することの帰結として、反復禁止効を既判力によって基礎づけていた⁽¹⁴⁾。そして訴訟物をこのように理解することは、行政権が具体的事実に関して一方的先行的になした処分を直接攻撃するという形態をとる抗告訴訟の構造上、必然的なことなのではないかとさえ思われる。そこで次に、二分肢的訴訟物概念に理論的基盤を提供した考え方を、時間を遡って見ていくことにしよう。

(二) 二分肢説の理論的前提とその帰結

(1) 一九六二年判決

このような訴訟物概念の嚆矢になったと思われるのは、次

に掲げる連邦行政裁判所の一九六二年の判決である。

一九三〇年に被告行政庁がなした、原告所有の道路地を公用に使用させる処分（前処分）は、同年中に判決をもって取り消されたが、一九五五年になって被告は再び同内容の公用使用処分（再処分）を行った。再処分を争う本件訴訟の争点は、前処分取消判決の既判力の内容と射程である。（上告審係属中に施行された行政裁判所法が本件にも適用されること、前処分取消判決が当時の法制度のもとでも形式的に確定したがって既判力をもつこと、は前提とされている。）

「それゆえ、この「一九三〇年の」判決は訴訟物に関する決定について事案の一部分を拘束する。①争訟の対象は、一九三〇年の被告の次のような権利主張、すなわち係争地のそばで公道が問題となるがゆえに原告「…」は道路を公用に供する義務があるという主張であった。これに関し、管区委員会（Bezirksausschuss）は、かかる権利主張にもとづいて発せられた被告の一九三〇年二月二七日の処分および「当該処分に向けられた異議審査請求は」理由なし」とする一九三〇年三月一八日の異議審査決定を取り消す旨の判決を下した。判決理由は取消判決を解釈するために援用されるべきであるが、それによれば、本判決の実質的な内容は次の点に存する。すなわち、道路は旧来から公道だったわけでも法的に拘束力のある公共物指定によって公道

となつたわけでもないのだから、被告は道路を公共のために使用させることができない、ということを確認した点である。被告の権利主張を否定した本判決には、「……原告および被告が拘束される。②この拘束の効果は、被告にとつては、同一の事実および法状況において同一の法効果を伴う新たな行政行為をなすことが禁止されるという点にある。行政裁判所法一二一条の規定は、判決によって既判力をもつて決定された、確定した構成要件から導き出される法効果が、同一当事者（またはその承継人）の間でくり返し手続の対象となることを、防止している。にも拘らずかかる事態が生じ、新たな行政行為が訴えをもつて争われる場合には、裁判官は当事者が拘束されるのと同じ範囲で確定判決に拘束される。裁判官は、旧判決にとって重要な構成要件および法効果の観点から、判決時に存在していたのと何の変化も生じていないことを確認したならば、前訴において一定の構成要件から肯定されあるいは否定された法効果を今度の判決の基礎としなければならない」⁽¹⁵⁾。

この判決は、取消判決が行政行為の反復禁止の効果を生じること明らかにした（②の傍線部分）最上級審判決としてよく引照される。しかし、ここではその前提として、取消訴訟の対象について述べた①の傍線部分に注目したい。すなわち、争訟の対象は被告の権利主張であると述べた部分である。以下では、ジークムント・シュルツェの見解を参照しつつ、

判決がこのように述べたことの意義を検討しよう。

（2）攻撃・防御の逆転

ジークムント・シュルツェによれば、本判決の核心はまさにこの点にある。「連邦行政裁判所が行政行為制定者の権利主張から出発したのは、正当である。これはつまり、行政行為においてなされた規律（Regelung）を行うように権限づけられているとの主張、短く言えば、かかる規律の適法性の主張である。もし行政庁が法的拘束力をもった規律を自ら行うことができなかつたら、行政庁は関係人に対して訴えを提起しなければならぬであろう。行政庁は原告の役割として訴訟物を定立するだろう。これは、すなわち、行政庁が行政行為を行うことによつて実際は後の取消訴訟の対象を定めるのと内容的に同様の方法においてするのである。したがつて、なされた規律を行うべく権限づけられているとの被告の主張もまた訴訟物に含まれる。その主張は、別の定式化をすれば、係争行政行為に含まれる規律が違法であるとの原告の主張である。訴訟物は伝統的に原告の視点から定義されてきたことから、ここでは後者の定義が優位する。しかし、実質においては何の違いもない。もはや訴訟物は具体の行政行為に限定されるのではなくて、事実および法状況の変更がないことを前提とする一定の生活事実関係の規律にまで広がりをもつ。このようにして、前訴取消判決の既判力が、その後の、同じ規律を含む行政行為に関する訴訟に及ぶことが明らかにされる」⁽¹⁶⁾。

ジークムント・シュルツェの論述のポイントは二つある。第一は、取消訴訟の訴訟物を被告（行政庁）の権限ありとの主張と解したこと、第二は、生活事実関係の規律という概念でもって訴訟物の広がりを書いたこと、である。

まず、第一点に着目したとき、われわれは先に検討した白石説を想起せざるをえない（本節2A（一））。すなわち、彼も取消訴訟の訴訟物を行政庁の具体的権限の存否と解していた。それどころか、白石は次のようにさえ述べている。「本来、行政庁は、もし公定力が認められていないとすれば、行為の具体的権限の存在が相手方から争われた場合には、適法にこれを発動し、その結果を有効・適法なものとして保持し得るためにはあらかじめ、自ら、具体的権限が存在することを積極的に確定する訴訟——意思表示的行為については、それは、ひつきよう形成訴訟にほかならない——を提起し、勝訴の判決を得ておかねばならないはずであるが、公定力が認められているため、かような訴えの提起をまたないで、一応、自己の認定により行為を発動し、かつその結果を保持することができ。しかし、それは、その行為により不利益を受ける相手方が抗告訴訟を提起して、具体的権限の存在を争う場合には、行政庁はあらためて、相手方と対等の地位に立つて、この訴訟を進行しなければならぬ地位におかれることを初めから予定している。抗告訴訟を提起することは、行政庁をこのような地位に引きずり込む役割を果すものであり、この場合、形式的には、処分の相手方が原告となるが、実質的に

は、むしろ、行政庁の側が原告として訴訟を進行しなければならない地位に立たされるものということが出来る。[…]抗告訴訟「…」の訴訟物の本質的部分は、事前に、積極的な形で訴訟が提起された場合と同じものであるということが出来る」⁽¹⁰⁾。

彼らによれば、行政庁は本来ならば訴えをもって自己の権限を主張しなければならないところ、実際には自己のイニシアティブをもって先制攻撃的に権限を発動することができ、それに不服をもつ私人は後から訴えをもってこれを争わなければならない。その限りで、攻撃側（被告、行政庁）と防御側（原告、私人）が通常の民事訴訟の場合とは逆転している。ジークムント・シュルツェも白石も、このような手続上の特徴を訴訟物の構成に反映させるべきだと説いた。したがって、訴訟物は行政の権限の存否（の主張）である⁽¹¹⁾⁽¹²⁾。

かかる手続上の特徴は、多くの論者に前提として共有されていたと思われる。例えば、一方で、バホフの取消訴訟理解と密接な関係を有するように思われる。彼によると、行政行為により当事者の役割は交換される。取消判決は、国家が行政行為によって主張した請求権、行政行為に含まれる確定的いし行政行為によってなされた形成に実体法上の理由がないこと（Unbegündetheit）を確認する消極的形成判決（negatives Gestaltungsurteil）である⁽¹³⁾。また、民事訴訟法学の側からもベティヒャーが同様の指摘をしている。いわく、一般の形成訴訟においては、従前の法状態から新しい法状態

へと発展させるために形成権が訴訟物として主張される。それに対し、行政処分取消訴訟のように、相手方によってもたらされた形成を除去し、原状へ回復することを目的とする訴訟では、訴訟物は原告の反対形成権（例えば取消請求権）ではなくて、相手方の形成権能（例えば処分権限）である。このような形成訴訟は取消しの訴え（Anfechtungsklage）もしくは形成防止の訴え（Gestaltungsabwehrklage）と呼ばれる。形成防止の訴えを認容する判決により被告の形成権能を否定するので、形成対象のくり返しを既判力によって封鎖することができる。⁽¹³⁾

他方、ニーゼも、取消訴訟の訴訟物を「行政行為が違法であることの確認の要求」すなわち「求められた形成を判決によりもたらすべき事実および法状況の確認」であると定義し、「この事実状況のもとでは、そのような行政行為は違法であるとの確定」に既判力が生じると説いた。⁽¹⁴⁾ ニーゼが実体的な取消権の存在を否定し、取消訴訟の民衆訴訟的性格を強調していたことと重ね合わせると、いっそう興味深い。

(3) 生活事実関係の同一性

次に、第二のポイント（生活事実関係の規律によって訴訟物を同定すること）との関わりにおいてイエレスの見解を取り上げる。以上に指摘した手続上の特質、すなわち公法においては行政庁が法関係の一方的規律をなすべく権限づけられているので、原告と被告とで攻撃防御関係が逆転し、被告行政庁の権利主張によって訴訟物が定立されるという点は、イ

エレスも認めるところである。⁽¹⁵⁾ もっとも、イエレスも、行政行為が違法であってそれにより自己の権利を毀損されたとの原告の権利主張という通説の訴訟物構成を否定しない。しかし、この訴訟物概念はあくまでも被告の権利主張、すなわち被告により行政行為の中でなされた決定に依存して定まるものだという。「その際、そのつど争われている行政行為ではなく、行政行為に含まれる具体的生活事実関係の規律が、決定としてみなされるべきである。例えば租税賦課決定を攻撃する者は、この単一の行政行為に対してのみ防御しようとしているのではない。彼は、それを超えて、原則として彼が納税をなすべく義務づけられているとの被告の権利主張に対して異議を唱えているのである。これを否定することが行政庁の権利主張と一致する。すなわち、この一つの行政行為の適法性のみならず、行政行為をもってなされた規律の適法性を、処分を行うことによって一般的に表明する権利主張である。この包括的意味における決定にまで既判力が及ぶことは、十分な権利保護を原告に与えるために必要である。そのつど攻撃されている行政行為の違法性のみが訴訟物であるとするならば、原告は請求認容判決の既判力をもってしても、同じ内容の行政行為がなされることを覚悟しなければならないだろう。既判力が欠けているために、新たな取消訴訟は前訴訟決と異なり棄却されるかもしれないのである」。結局、訴訟物を行政行為に含まれる具体的生活事実関係の規律（die in dem Verwaltungsakt enthaltene Regelung des konkreten

Lebenssachverhalts)にまで広げることによってのみ、反復禁止効は根拠づけられる⁽¹⁵⁾。

リユケもまた、原告たる私人が被告たる行政庁の攻撃（処分）に対して防御の地位に立つという逆転が生じており、したがって、行政庁は取消訴訟の対象を先制的に決定することを認めた上で、取消訴訟の訴訟物に関して次のように述べている。「前訴で」争われた行政行為と内容的に同一の新たな行政行為が単になされても、訴訟物は変わらない。時間の要素は訴訟物の相違を根拠づけるのに十分ではない。決定的なのは、争われている侵害の同一性に依存した「…」判決要求の同一性なのである⁽¹⁶⁾。したがって、処分のくり返しを既判力によって封鎖することが可能となる。そして、取消訴訟において行政行為の取消を求めることは、判決要求ないし権利主張と請求原因たる生活事実関係との二要素によって訴訟物を定立することを意味する。「原告が実質的に防御者の立場に立つという取消訴訟の特殊性が、必然的に、訴訟物の事実に関する側面にも影響する。係争行政行為は、判決要求の識別にとって意味をもつだけでなく、訴訟の対象たる事実関係をも同時に識別するのである。訴えがそれに対して向けられる行政行為を示せば、原告はすでに請求原因を表示したことになる。請求原因とは、係争行政行為によって規律された（geordnet）具体的生活事実関係と同一である⁽¹⁷⁾」。

以上の諸見解から、取消訴訟は行政の先攻に対する私人の防御という構図によって特徴づけられていることがわかる⁽¹⁸⁾。

ここにおいては、行政行為の構造と二分肢的訴訟物概念とが重なり合っている⁽¹⁹⁾のであり、その実際の帰結が既判力による反復禁止効の基礎づけである。

（三）二分肢説と法律関係——塩野宏

さて、ここで、本稿冒頭で引用した塩野の見解に戻ろう。塩野のように取消訴訟の訴訟物を行政処分の違法性に求めつつ、反復禁止効を既判力の効果として説明するためには、《訴訟物＝判決主文＝既判力の客観的範囲》の定式を逸脱しない限り、やはり二分肢説によるほかないと思われる。いみじくも彼は、既判力の範囲を画する基準として「法律関係」の概念を用いていた。一般に法律関係とは「社会生活関係のうちで法律の規律をうけるもの⁽²⁰⁾」と定義されるから、その意味は、処分による規律の対象としての法律関係、すなわち二分肢説（もはや、訴訟物の二分肢的理解というより、行政行為の二分肢的理解というべきかもしれない）という生活事実関係に相当するとみることとも許されよう。塩野が実際にドイツ法を参照していたかどうかは明らかではないが、先に述べた第一の疑問に対しては、彼は反復禁止効の既判力による構成に見事に成功していると答えるべきである。

とはいえ、二分肢説における生活事実関係の同一性を画する基準はいまだ提供されていない。具体的に反復禁止効の及ぶ範囲が明らかにならなければ、第二の疑問には答えられないのである。しかし、われわれは、この問題の探求に向かう前に、本節における議論の意味を再確認しておくことにしよう。

う。

4 取消訴訟の構造

本節における議論をまとめると、次のようにいうことができるだろう。①行政庁の行う行政処分は、具体的生活事実関係の規律である。②行政庁は、法律によって与えられた権限にもとづいて、私人に対し、行政処分を一方的先行的に行うことができる。③行政処分を争う訴訟（取消訴訟）は、行政処分に対して、私人がこれを防御するという性格をもつ。

第一点と第二点は、行政行為概念の伝統的理解に沿うものであると思われる。行政行為（行政処分）の定義には種々のヴァージョンが考えられるが、①で述べたことを実質において否定する学説は存在しないであろう。②および③は行政行為の権力性といわれることを手続的に表現したものにほかない。以下、敷衍しよう。

ドイツ行政手続法（Verwaltungsverfahrensgesetz＝VwVfG）三十五条一文は行政行為を定義して次のように述べる。「行政行為とは、処分、決定、その他の高権的措施であって、官庁が公法の領域において個々の場合を規律するために行い、外部への直接の法効果に向けられたものをいう」。日本の学説もほとんどはこの定義を逸脱しない。これまでの検討からすれば、「個々の場合の規律（Regelung eines Einzelfalles）」という概念は行政行為の一つの核である。マウラーによれば、「規律とは、法的拘束力のある命令、法効

果の定立に向けられた意思表示（または相互に合致した複数の意思表示）である。法効果は、権利および／または義務を根拠づけ、変更し、取り消し、または拘束的に確定するところ⁽¹¹⁾に存在する」。すなわち、規律を権利義務関係の変動として捉えているとみて大過ない⁽¹²⁾。また、シュテルケンスらによれば、「個々の場合」とは、規律の対象・手続の対象（官庁の処分権限や申請人の申請）が実体法にもとづいて主張される基礎となる生活事実関係のことである⁽¹³⁾。結局、行政行為とは、規律の内容そのものであると考えられている⁽¹⁴⁾。

そして、行政行為のもう一つの重要な要素とされるのは、一方性である⁽¹⁵⁾。これは、日本で権力性と呼ばれているところにほぼ対応する。もちろん、権力性の概念自体がきわめて多義的であるけれども、これまでに述べたところからすれば、ここという一方性（権力性）が手続法的な通用力を意味するものであることは、明らかであろう⁽¹⁶⁾。すなわち、「その処分による規律を承認すべきことを関係者に対して強要する力⁽¹⁷⁾」としての通用力である。そして、③で述べたところは、この手続法的な通用力を伴って一方的になされる規律を攻撃する方法が、制度上、取消訴訟に限られるということにほかならない。一般に行政処分の公定力といわれるところは、権限発動の一方性（②）と争訟手続の排他性（③）の両面を表裏に備えた、歴史的に形成された一つの法制度だということである⁽¹⁸⁾。

以上にみたような取消訴訟の構造を念頭において、取消訴

訟の訴訟物が行政処分の違法性であるということの意味を分析しよう。取消訴訟の対象の第一は、まさに処分の取消しであるが、これは処分によつてなされた規律の否定を意味する。いわば取消訴訟の原状回復機能である⁽¹⁰⁾。それでは、なぜ処分が取り消されるかといえ、それは処分が違法だからである。ここで違法とは、行政庁が一方的先行的に規律をなす権限がなかったことを意味する（白石、ジークムント・シュルツエ）。別の言い方をすれば、処分の適法要件（公権力発動要件）が欠如していることである⁽¹¹⁾。およそ法が妥当する領域では、法に定められた要件が存在しなければ効果も発生しないというのは行政処分に限られることではないが、効果の発生（規律）に一方性先行性が伴う行政処分にあつては、このことがいっそう強く妥当しよう⁽¹²⁾。判決において処分の違法性が確定されることは、私人による防御訴訟としての取消訴訟の第二の対象であると考えられる⁽¹³⁾（取消訴訟の適法性維持機能⁽¹⁴⁾）。処分の取消しは一回限りのことであるから、この部分に既判力を生ずる余地はない⁽¹⁵⁾。しかし、取消判決は同時に処分の違法を確定する部分をも訴訟物（主文）に包含すると解すべきであつて、この部分には既判力を生じうる⁽¹⁶⁾。処分の違法が確定する効果として、以後同一の事実および法状況のもとでは同種の規律をなす行政庁の権限（を発動する要件）が否定される。これが反復禁止効である。

三 反復禁止効と“差戻し”

1 はじめに

前節における検討によれば、取消訴訟は行政処分による被告の一方的先行的攻撃に対して原告私人がこれを防御するという特殊な構造をもつ。本節においては、かかる特殊な構造が現在の実定法制度にどのように反映しておりまたはいないのかを、二つの観点から考察する。

第一の観点は、反復禁止効と処分理由との関係、換言すれば反復禁止効による遮断の範囲の問題である。反復禁止効による遮断の範囲とは、取消判決が確定した後に、行政庁は理由を換えれば再度同一内容の処分をくり返すことが許されるか、それとも理由を換えてもそれは許されないかという問題として現れる。日本における拘束力説は原則としてそれを肯定しつつも信義則や権利濫用等の一般条項によつてそれに枠をはめようとしていること、それに対し塩野宏が既判力説の立場から原則禁止の解釈論を提示していること、は一で見た通りであつた。これに対する応答を2で行う。

第二の観点は、“差戻し”という法技術である。差戻しとはいふまでもなく、上訴審裁判所が原審裁判所に対して行う判決の形式であるが、取消訴訟の上訴類似性を強調すれば、かかる法技術が裁判所と行政庁との間にも見出される可能性がある。事実、2における検討はドイツ法においてこの法技術が部分的に生きていることを示している。3においては、

これを受けて、かつて日本法にも存在し、また構想されていた「差戻し」という法制度が、現行法に受け継がれているのかどうかを、立法史の中から明らかにすることを試みる。

以上の検討から、行政庁（行政手続）と裁判所（訴訟手続）との関係を考察する視点を4において析出する。

2 反復禁止効と処分理由

A ドイツ法

(一) ドイツにおける義務づけ訴訟制度 (1) 制度の概要

取消訴訟における救済の仕方は、職権による不利益処分の場合と申請に対する拒否処分の場合とで考慮を異にする可能性がある。というのは、職権不利益処分を争う私人は単に消極的な妨害排除を求めるに過ぎないのに対し、申請拒否処分を争う私人は行政庁の積極的な作為を求めているからである。したがって、後者の場合に拒否処分が取り消されるだけでは私人の救済として十分でない場合がある。

日本においてもドイツにおいても、この違いは争訟制度に反映している。日本においてはわざわざ行訴法三三条が設けられているに過ぎないけれども、ドイツにおいては申請に対する処分のために義務づけ訴訟が用意されている⁽⁴⁷⁾。しかしながら、こと反復禁止効の範囲にのみ関していえば、職権不利益処分の場合と申請拒否処分の場合とで、考慮を分ける必要はないように思われる。そこで、まずドイツにおける義務づ

け訴訟法制的概要をつかんでおくこととしよう。

ドイツにおいては、ある処分をなすように求める申請を拒否する行為は処分（行政行為）であると解されている⁽⁴⁸⁾。しかし、ドイツにおいては、日本と異なりいわゆる義務づけ訴訟（Verpflichtungsklage）が明文の規定をもつて認められているために、通常はこれが直接攻撃されること（拒否処分取消訴訟）はない。すなわち、ドイツ行政裁判所法四二条および一一三条五項は次のように定める。

四二条一項 「訴えをもって、行政行為を取り消すこと（取消訴訟）および拒否されあるいは行われなかった行政行為の制定を命ずること（義務づけ訴訟）を求めることができる。」

同二項 「法律に他の定めのない限り、訴えは、原告が行政行為またはその拒否もしくは不作為によって自己の権利を侵害されたと主張する場合にのみ、許される。」

一一三条五項 「行政行為の拒否もしくは不作為が違法であり原告がそれによって自己の権利を侵害される場合に限り、事案が判決をなすに成熟しているときは（wenn die Sache spruchreif ist）、裁判所は求められた職務行為を行うべき行政庁の義務を宣告する。そうでないときは（Andernfalls）、原告に裁判所の法解釈を尊重して決定をなすべき義務を宣告する。」

四二条によれば、求められた行政行為が拒否された場合と、およそ行政行為が何らなされなかった場合に、義務づけ訴訟を提起することができる。講学上、前者の場合を「拒否に対する訴訟 (Versagungsgegenklage; Weigerungsgegenklage)」もしくは「履行訴訟 (Vornahmeklage)」⁽¹⁴⁾、後者の場合を「不行為訴訟 (Unfähigkeitsklage)」⁽¹⁵⁾と呼ぶ。不行為訴訟は、行政庁の不作为自体を攻撃するのではなく行政行為の制定を直接求める点で、日本でいう不作为の違法確認訴訟 (行訴法三条五項) とは異なる。義務づけ訴訟の一般論にとっては重要な訴訟類型であるけれども、本節では拒否行為に焦点を当てて訴訟の構造を検討するので、前者 (拒否に対する訴訟という呼称に統一する) についてのみ扱う。

また、一一三条五項によれば、義務づけ請求が本案の要件を満たし、かつ、事案が成熟している場合に、裁判所は特定の行為を行うべく行政庁を義務づける判決を下す (第一文)。これは「特定行為義務づけ判決 (Verpflichtungsurteil)」と呼ばれる。事案の成熟に欠けるときは、行政に対してもう一度事案に対する決定をやり直すよう義務づける判決を下す (第二文)。これは「再決定義務づけ判決 (Bescheidungsurteil)」⁽¹⁶⁾と呼ばれる。以下、順に検討する。

(2) 義務づけ訴訟の訴訟物

日本において申請拒否処分取消訴訟はあくまでも拒否処分 (の違法性) を争う訴訟であると認識されているのに対し、ドイツでは拒否に対する訴訟において拒否行為がいかなる意

味をもつのかは必ずしも明らかではない。それでは、拒否に対する訴訟の訴訟物は何だろうか。

ヴェールの整理によれば⁽¹⁷⁾、次の五つの見解が可能である。第一は、行政行為の制定を求める請求権に加えて、拒否行為が違法であり原告の権利圏を侵害したという権利主張を訴訟物と捉える見解である⁽¹⁸⁾。これは、義務づけ訴訟の給付機能に加えて拒否行為の取消機能をも重視した初期の学説にみられる。第二に、行政行為を求める請求権を直接に訴訟物と捉える見解がありうる⁽¹⁹⁾。この場合、拒否の適法性と権利侵害は前提問題と解することになる。第三に、違法な拒否によって権利を侵害されたとする原告の権利主張とする見解⁽²⁰⁾、第四に、拒否が違法でありそれによって権利を侵害されたとする原告の権利主張とする見解がある⁽²¹⁾。これらの見解によれば、第二の見解とは逆に、行政行為を求める請求権は単なる結果であって、訴訟物ではないと解することになる。第五に、拒否の違法性、原告の権利侵害、行政行為制定請求権のすべてを訴訟物の要素とする見解がある⁽²²⁾。

さて、どのように解すべきか。端的に行政処分を捕まえて直接攻撃する取消訴訟とは異なり、義務づけ訴訟は行政庁が私人に対して処分をなすべき義務があるかないか (すなわち私人に請求権があるかないか) が審理・判断の対象となる。換言すれば、拒否時にはそのような義務を負っていたが、事実状況・法状況の変化により、判決時 (事実審口頭弁論終結時) にそのような義務が存在しない場合、裁判所は給付を命

することができない。逆に、拒否時にはそのような義務を負っていないため拒否処分は適法になされたとしても、判決時にそのような義務が生じていたらやはり給付が命ぜられるのである。したがって、義務づけ訴訟において拒否処分⁽¹⁵⁷⁾の違法性は関連性を有さず、端的に行政処分を求める請求権が訴訟物として捉えられるべきである⁽¹⁵⁸⁾。その性質は給付訴訟である⁽¹⁵⁹⁾。裁判の基準時も、取消訴訟が処分時に求められるのに対して義務づけ訴訟は判決時を基準とすべきである⁽¹⁶⁰⁾。理由の差替えも問題なく認められる⁽¹⁶¹⁾。

もともと、処分を求める請求（権）に加えて、拒否処分の取消しを求める請求（権）をも訴訟物に含めるかどうかという点には、若干争いがある⁽¹⁶²⁾。行政裁判実務では、法的明確性のために拒否処分の取消しをも主文において宣言するという慣行があるようであるが、それも義務的ではない⁽¹⁶³⁾。結局、（新たな）処分をなすように行政庁に義務づける確定判決は、拒否処分の取消しをも論理必然的に含むと考えられ⁽¹⁶⁴⁾、拒否処分の取消請求（権）をも拒否に対する訴訟の訴訟物に含める必要はない⁽¹⁶⁵⁾。

(3) 取消禁止効

反復禁止効に準ずる問題としては、行政庁が特定行為義務づけ判決に従って求められた処分を発給した後に、その処分を職権で取り消すことが既判力によって封ぜられるかという論点がある。このようなことを無制限に許せば、反復禁止の問題状況と同様に、取消判決の実効性を著しく損なうであ

う。そこで、学説は次のようにして「取消禁止効（*Verwaltungsakt-Aufhebungsverbot*）」を構成する⁽¹⁶⁶⁾。すなわち、義務づけ訴訟で求められているのは特定の行政処分ではなく、行政庁によってなされる一定の規律である。義務づけ判決は、規律が処分としていったん発給されるにとどまらず、当該規律が事実状況・法状況の変化のない限り維持されるべきことを要請する。それにも拘らずいったんなされた処分が職権で取り消された場合には、取消処分取消訴訟において前訴義務づけ判決が先決問題をなし、前訴義務づけ判決の既判力によって取消処分取消判決を簡単に得ることができる。このような理論構成は、これまで取消判決の反復禁止効について述べてきたところからすれば、当然に認められるべきものであると思われる。反復禁止効と異なり、前訴判決の既判力が先決関係として後訴に作用する点は、前訴義務づけ判決で処分を求める原告の請求権（処分をすべき行政庁の義務）が確定するので、首肯することができよう⁽¹⁶⁷⁾。

(二) ドイツにおける反復禁止効と処分理由

既判力は、基準時（事実審口頭弁論終結時）における法状況について生じる⁽¹⁶⁸⁾。したがって、反復禁止効を既判力で根拠づける以上基準時以前に存在した理由をもつて再処分を行うことは許されず、後の取消訴訟で前訴取消判決の既判力が援用され再処分は実体審理ぬきに取り消されなければならないかと思われる。

しかしながら、前訴で主張しえなかった理由をもつてする

再処分までも既判力によって遮断されると解することは、行政権限の行使を著しく制約することとなり、妥当でないであろう。⁽¹⁵⁾そこで、ドイツの行政訴訟法学は次のような解決をとっている。

(1) 形式・手続の瑕疵

まず、形式または手続の違法を理由に最初の処分が取り消された場合、形式または手続を適正なものに直して同一内容の再処分をすることは前訴判決の既判力によって妨げられないとされる。⁽¹⁶⁾この点は日本でも行訴法三三条の解釈論として同様の結論がとられている。⁽¹⁷⁾

(2) 実体の違法——羈束処分の場合

次に、実体の違法によって取り消された場合でも、裁判所によって違法と判断された理由以外の理由にもとづいて再処分をなすことは許されると解されている。⁽¹⁸⁾そうすると、裁判所はいかなる理由の違法性を審理判断することができ、またはしななければならないかが問題となる。行政訴訟では職権探知主義の原則（行政裁判所法八六条⁽¹⁹⁾）と自由心証主義（同法一〇八条⁽²⁰⁾）が妥当するので、最終的な解決をなすのに必要な事情をすべて裁判所が自ら調査・説明しなければならぬのが原則である。しかし、理由の追加・差替え（Nachschieben von Gründen⁽²¹⁾）が許容される範囲の如何によって、裁判所の審査範囲が制約される可能性がある。そこで、理由の追加・差替えの許される範囲について、羈束処分と裁量処分とで場合を分けて論ずることにする。

まず、羈束処分の場合には理由の追加・差替えが原則として許容されるが、次の三つの場合には禁止ないし制限される。⁽²²⁾すなわち、①差し替えられる理由が処分時に存在していなかった場合、②差替えによって行政処分の本質が変更される場合、③原告の権利防御を困難にする場合、である。このうち、反復禁止効の範囲との関係で最も重要な論点は②である。理由の差替えが処分の本質すなわち処分の同一性を害すると、差替え後の処分はもはや当初とは別の処分と言わざるをえず、むしろ違法行為の転換（Umdeutung; Konversion⁽²³⁾）の問題となる。処分の同一性を判断する基準とされるのは、処分における「個々の場合の規律（Regelung eines Einzelfalles）」（行政手続法三五条⁽²⁴⁾）である。規律とは先に述べたように法効果（Rechtsfolge⁽²⁵⁾）であり、形式的には処分の主文（Tenor）なごし決定（Spruch）そのものである⁽²⁶⁾。ところが、主文が同じでも実質的に「手続の対象（Verfahrensgegenstand）」が異なれば処分の本質は異なると解されている。⁽²⁷⁾手続の対象とは、処分による規律の対象となる実体行政法関係を訴訟物（Streitgegenstand）に準えて捉えた概念であり、主張されている実体法関係の枠内で具体的生活事実関係にもとづいて行政手続により達成されるべき目的を表現している。⁽²⁸⁾以上を要するに、羈束処分の取消訴訟の場合には、理由の追加・差替えは処分の同一性の範囲内、すなわち、同一の生活事実関係の範囲内でのみ許され⁽²⁹⁾、かつ、裁判所はこの範囲内ですべての理由を審理判断しなければならない（行政庁の

側からすれば、理由の追加・差替えが許されるのみならずそれが義務づけられるに等しい。興味深いことに、これは前節で述べた訴訟物・行政行為の二分肢的理解に符合する。すなわち、羈束処分の場合には訴訟物の範囲内ですべての理由が審理判断される結果、処分が取り消されるのは処分の適法性を根拠づけるあらゆる理由（要件）が存在しないことの結果であって、行政庁にはもはや理由を換えて再処分をなす余地が残されていないことを意味する。このことをもって、事案の行政過程への「差戻し」（Zurückverweisung）の禁止と表現することができる。⁽¹⁸⁾

義務づけ訴訟の場合にも、申請を認容するか否かが法律に羈束されている場合には、取消訴訟におけると同様、法律上の要件の存否をすべて明らかにし、事案の成熟（Spruchreif）を導くこと（すなわち申請を認容すべき行政庁の義務の存否を一義的に明らかにすること）が裁判所の任務である。⁽¹⁹⁾ 審理の結果、申請を認容すべき行政庁の義務が存在すると判断されれば、特定行為義務づけ判決がなされる。⁽²⁰⁾ この場合、理由を換えて再拒否処分をなす余地はもはやない。もっとも、判決通り行政の作為がなされるか否かは判決の履行の問題であって既判力の問題ではない。義務づけ判決の履行は間接強制によって担保されており、行政庁が義務を怠ると強制金（Zwangsgeld）を課される仕組みになっている（行政裁判所法一七二条⁽²¹⁾）。

(3) 実体の違法——裁量処分の場合

それに対し、行政に裁量ないし判断余地が認められている場合には事情が異なる。裁判所による全面審査を建前とするドイツ法においても、行政庁の裁量行使は基本的に訴訟外で行われ、裁判所の判断を代置することは許されない⁽²²⁾。裁判所の審査は裁量の踰越・濫用に限定される（行政裁判所法一四条⁽²³⁾）。したがって、処分が裁量の瑕疵を理由として違法とされる場合は、行政庁は瑕疵なき裁量を行って再度の決定をなすべき義務を負うのみである⁽²⁴⁾。取消訴訟の場合には取消判決が、義務づけ訴訟の場合には再決定義務づけ判決が下されるが、裁量の瑕疵を補正して再度同じ処分を行うことは原則として遮断されない⁽²⁵⁾。要件の認定判断に判断余地が認められている場合も同様である⁽²⁶⁾。ただし、例外的に、行政庁が裁量を瑕疵のない態様で行使しようとすれば、ただ一つの決定（申請認容処分）を行うしかない場合がある（裁量の零への収縮（Ermessensschrumpfung auf Null; Ermessensreduzierung auf Null））。裁判所がそのような結論に達した場合には、羈束処分の場合と同様、事案の成熟が認められ、特定行為義務づけ判決をなすことができる⁽²⁷⁾。

さて、理由の追加・差替えとの関係で問題となるのは、一九九六年の第六次行政裁判所法改正法（6. VwGO-ÄndG）により創設された一一四条二文が「行政庁は、行政行為に関する裁量的考慮事項（Ermessensabwägungen）を、行政裁判手続においてもなお補完することができる」と定めていることである⁽²⁸⁾。しかし、この規定は理由の追加・差替えに関す

る従来のルールを変更するものではないようである。⁽¹⁹⁶⁾ すなわち、羈束処分の場合と同様、行政庁からする裁量処分の理由の追加・差替えは、追加されまたは差し替えられる理由が処分時にすでに存在しており、差替えにより処分の本質が変更されず、かつ原告の権利防御に支障のない限りで認められる。⁽¹⁹⁷⁾ その反面、行政庁が提出しない理由を裁判所が職権で審理したり、行政庁に理由を追加するよう求めたりすることは、羈束処分の場合と異なり許されないと解される。⁽¹⁹⁸⁾ したがって、取消判決後に行政庁が訴訟で提出しなかった理由をもって再処分を行うことは、裁量処分の場合には既判力（反復禁止効）によって遮断されないという解決を取るのが、ドイツ法の筋道だといえよう。

B 日本法

（一）既判力説と処分理由——塩野宏

以上のようなドイツ法の検討を踏まえて、塩野説（一）をどのように評価すべきだろうか。少なくとも、既判力が訴訟物の範囲全体に及ぶのだから、取消判決後の別理由再処分が当然に禁止されるという結論は、反復禁止効を既判力の作用とするドイツにおいてもとられていないことがわかった。そうすると、塩野説が訴訟物・判決効論のみからかかる結論を引き出しているのだとすれば、性急に過ぎるといわざるをえない。

しかし、訴訟物・判決効論のほか塩野説を支える次のよ

うな実質的論拠を見逃すべきではないと思われる。つまり、行政過程においては公益上の必要から処分のくり返しに一定の合理性が認められる場合がありうるが、「行政庁は訴訟の過程においても調査権限を有しその結果を随時、訴訟に持ち出すことができるのであって「…」、その判決確定後においても、異なった理由によって行政権限を発動させなければならぬほどの公益が存する場合は通常考えられない」という点である。この叙述からも明らかなように、塩野は訴訟段階における理由の追加・差替えを比較的広範に認める。⁽²⁰⁰⁾ その代償として、差替えを怠った理由を判決後に持ち出すことを制裁的に遮断する趣旨であるとすると、その根拠は訴訟物ないし既判力の客観的範囲にあるのではなく、信義則等の実質的な考慮を重視することによるものと思われる。既判力説の意義を「新たな問題の発見にも役立つところ」⁽²⁰¹⁾に見出している点からしても、塩野が反復禁止効の既判力による根拠づけとその範囲とを強く結びつけていると理解すべきではないだろう。⁽²⁰²⁾

（二）理由の追加・差替え

すでに塩野説の検討から明らかなように、取消判決後に別理由再処分が許されるかどうかは、取消訴訟における理由の追加・差替えをどの程度認めるかという問題と相関する。少なくとも理由の差替えを一切認めないとすれば、別理由再処分が禁止されるいわれはない。⁽²⁰³⁾ 取消訴訟において理由の追加・差替えが許されるかどうかは学説上争いがあるが、一般

に根強い理解は次のようなものである。すなわち、訴訟物の範囲内で攻撃防御方法を提出するのは時機に後れぬ限り可能である。⁽²⁰⁸⁾そして、取消訴訟の訴訟物は処分の違法性一般であるから、処分の適法性を根拠づける個々の事由は訴訟物ではなく攻撃防御方法であり、理由の追加・差替えは処分の同一性の範囲内で許される。これについては、なお次の二つのことが指摘されなければならない。

第一に、理由の追加・差替えが訴訟物の範囲内で許される⁽²⁰⁹⁾としても、裁判所の審理権が訴訟物の範囲内すべて及ぶことにはならないということである。⁽²¹⁰⁾前者は理論的に当然の前提である。訴訟物すなわち処分の同一性を超える主張は、それが処分の変更とみなされるのでなければ、むしろおよそ請求を基礎づけえないとして主張自体失当とされるに過ぎないからである。それに対し、後者は必ずしも成り立たない。例えばドイツにおいて、裁量処分の審理が行政庁の主張する理由に限定されるのは、訴訟物論とは別次元の、行政庁と裁判所の役割分担といった機能的な理由にもとづくものと思われるからである。⁽²¹¹⁾

第二に、そのコロラリーであるが、理由の追加・差替えを幅広く認める前提に立つとしても、必ずしも理由の追加・差替えが義務づけられることにはならない。先に見たように、ドイツにおいては裁判所に事案説明・成熟義務を課すことの反射として、行政庁が処分の適法性を支えるあらゆる理由を訴訟の場に持ち出すことが求められていた。翻って、裁判所

の職権探知を前提としない日本において、行政庁に理由の追加・差替え義務を認めることができるかどうか、理論構成として弁論主義だけで足りるか、それとも信義則等を持ち出すのか、そもそも別理由再処分を禁ずる実質があるかどうかには、訴訟物論とは別次元の検討を要する。ましてや、問題となっているのが裁量処分である場合には、ドイツにおいてすら別理由再処分が禁止されないのに、日本においてそれを禁止する根拠があるのかという疑問が生じえよう。⁽²¹⁵⁾

以上に見たように、ドイツにおいて羈束処分につき行政庁への事件の「差戻し」の禁止（A（二）（2））が、逆に裁量処分においては行政庁への「差戻し」が語られる。⁽²¹⁶⁾この考え方は行政庁と裁判所との役割分担に係る一つの理解であると思われるが、興味深いのは、かかる差戻しの考え方が日本の行政訴訟法制にもかつて存在し、現在の行訴法三三条（取消判決の拘束力）に形を変えて流れ込んでいることである。塩野説に対する最後の疑問、すなわち行訴法三三条二項の解釈論（「1参照」）を考えるためにも、項を改めて差戻しの系譜に関する若干の備忘をとどめておくことにしたい。

3 “差戻し”と拘束力

A 戦前における判決の拘束力と「原審差戻」判決

拘束力なる概念は、戦前の行政裁判制度下においても存在した。旧行政裁判法一八条が「行政裁判所ノ判決ハ其事件ニ付キ関係ノ行政庁ヲ羈束ス」と定めていたのがその根拠とさ

れる。しかし、その内容は、戦後における拘束力概念からかなり隔たったものである。「判決の拘束力とは判決が其の内容に従ひて總ての關係者を拘束する力を謂ふ」と定義されるが、その拘束の内容は今ひとつ明らかではない。戦前においても、拘束力は処分のかり返しを禁ずる趣旨であるとする見解はありえた。⁽²¹⁸⁾しかし、かかる見解が引用する判決は⁽²¹⁹⁾いずれも行政裁判所法一八条または拘束力概念に言及しておらず、二の考察がここにもあてはまるとすれば、反復禁止は既判力の問題と解することもできる。⁽²²⁰⁾美濃部達吉は、国家の統治権の行使たる判決が、その内容に従い關係するすべての者（行政庁に限られない）を拘束する力を有することはその性質上当然であるとし、行政裁判法三二条二項（「前項ノ場合」）⁽²²¹⁾「第三者の訴訟参加があつた場合」ニ於テハ行政裁判所ノ判決ハ第三者ニ対シテモ亦其効力ヲ有ス」の規定にも拘らず判決効の主観的範圍を拡大するところに拘束力の意義を見出している。⁽²²²⁾

それに対し、判決による行政過程への指導の問題は別次元で意識されていたようである。行政裁判所においては、請求認容判決において処分・裁決を取り消すにとどまらず、紛争を終局的に解決するために、行政庁に代わつてなすべき処分を定めることが認められていた。⁽²²³⁾その一方で、処分・裁決を取り消すのみで、これに代わるべき定めをしない判決も可能であった。後者の場合には、判決が取り消された処分に代わる処分をなすことを許さない趣旨でない限り、行政庁は判決

を受けてさらに相当の処分をなすことが義務づけられる。そしてこれは「原審差戻」の判決と呼ばれる。⁽²²⁴⁾

ここで原審差戻の要件・効果あるいはその基礎をなす行政裁判制度の構造について詳述することは避けざるをえない。次なる課題は、戦前に知られていたこの制度が、現行の行政訴訟制度にどのように接続しあるいはしなかったかを解明することである。行訴法三三条の前身である行特法一二条は、ただ一項「確定判決は、その事件について關係の行政庁を拘束する」とのみ定めていた。一九六二年に行政事件訴訟特例法を改正するという形で現行行政事件訴訟法が成立した際に、二・四項にあたる条文が創設されたわけであるが、差戻制度との関連において特に行訴法三三条二項の立法過程に注目しよう。

B 行政事件訴訟法三三条二項の成立過程

(一) 行政事件訴訟成立過程の概観

はじめに、行政事件訴訟法成立の経過を概観しておく。⁽²²⁵⁾日本国憲法施行後早々に立案された行政事件訴訟特例法が解釈上の疑義や各種行政法規との不統一などを呈していたために、抜本的再検討の要望が高まり、法務大臣から法制審議会に対して改正要綱の諮問がなされたのは一九五五年三月であった。法制審議会には行政訴訟部会が設けられ、学者・法曹等から委員約二〇名、幹事約一〇名が選任された。⁽²²⁶⁾部会は一九五五年六月に第一回の会合が開かれ、部会長に入江俊郎（当時最

高裁判所判事・第一小法廷所屬⁽²⁵⁾が選出された。その席で、周到な審議を尽くすために部会内に小委員会を設けることとし、約一〇名の小委員会委員が選任され、入江が小委員会委員長をも務めることとなった。小委員会は一九六一年二月までに合計五七回の委員会と、一回の懇談会を開き、小委員会より部会へ提出する報告案（小委員会案）を決定した。一九六〇年七月の行政訴訟部会では、「行政事件訴訟特例法改正要綱試案」（小委員会案としての第五次案）を公表し、一九六一年法制審議会総会において政府に対する答申案が確定、翌一九六二年の第四〇回国会ではほぼ答申通りの行政事件訴訟法（昭和三十七年法律一三九号）が成立・公布され、同年一月一日より施行の運びとなった。本稿で分析・検討の対象とするのは、行特法一二条が五次にわたる小委員会案を経て行政事件訴訟法三三条へと結実するに至る変遷であり、それをめぐる小委員会の議論である。

（二）取消判決の拘束力をめぐる議論

判決の拘束力に関する規定は、行特法下でも疑義の多かった規定であり、小委員会でも当然に議論の対象とされた。まず、第六回小委員会（一九五六年一月一三日）において、杉本良吉幹事（当時法務省訟務局第六課長）は、「現行法には、その事件について」となっているだけであつて、将来同種の処分がなされる場合にその処分にも拘束力が及ぶのか、というような拘束力の範囲について、解釈上必ずしも明瞭でない点があるのではなからうか」【(1)一四二頁】と説明してい

る。

この問題について実質的な議論が交わされたのは、第十四回小委員会（一九五六年七月六日）においてである。塩野宏の分析によれば、「審議の過程で新たな解釈の統一がなされたわけではなく、その段階でも旧法下と同様な意見の対立がうかがわれる」けれども、「審議過程の最大公約数的見解をみると、拘束力の内容として、取消判決の趣旨に従って、行政庁が何らかの具体的行動（その内容は、判決の趣旨によって異なる）を訴訟手続外においてとることを義務づける力が、予定されているといつてよい」⁽²⁶⁾。会議の結論としては、「既判力という観念と別な表現でなにか規定を作って行くということが必要」【(1)四〇三頁Ⅱ入江委員長発言】というところに着いている。

（三）杉本良吉の「事件の差戻」構想

第一五回までの小委員会で「抗告訴訟の問題点」の審議が一通り終了した後、行政事件訴訟特例法改正要綱試案（第一次案）【(4)〔資料52〕一三八頁以下】が作成され、第一六回小委員会（一九五六年一〇月五日）において配布された。同試案は、その第三十三で確定判決の拘束力について定めていた。これには、行特法一二条に相当する規定に加えて、その二項で、現行訴訟法三三四項に相当するとみられる規定が加えられているものの、現三三三二項、三項に相当する規定はまだみられない。しかし、結局その前身となったと思われる規定が、形式的には判決の効力とは別のところに存在し

た。それが、第二十七の事件の差戻に関する規定である。以下に、この両規定を掲げよう。

(確定判決の拘束力)

第三十三 確定判決は、その事件について、当事者である行政庁その他関係行政庁を拘束するものとする。

2 前項の規定は、第二十八「執行停止等保全処分」の決定に準用するものとする。【(4)一五一頁】

(事件の差戻)
註(一)

第二十七 裁決の取消の訴または処分及び裁決の取消を求める訴において、裁判所は、訴願を不適法として却下した裁決を取り消す場合または訴願の手続が法令に違反したことを理由として、裁決を取り消す場合においては、事件を裁決をした行政庁に差戻すことができるものとする。

2 前項の訴において、当事者の新しい主張または証拠の申出により、裁決をした行政庁が審理しなかつた事項について、さらに審理をさせることを相当と認めるときは、裁判所は、判決をもつて、裁決をした行政庁に対し、事件を差戻し、当該事項を審理した上適当な処置をとるべきことを命ずることができるものとする。

註(一) B案

第二十七(事件の差戻)を削除する。【(4)一四八頁】

第二十七という規定は、いかなる趣旨で盛り込まれたのか。第二三回小委員会(一九五七年五月一七日)における杉本の説明を聴こう。

杉本幹事(第二十七を朗読)

A案とB案と両方ありまして、B案の方は、この第二十七の差戻の制度は必要でないから、削除するという意見があります。

先ずA案について説明します。第一項と第二項とは、その趣旨が相当違うのでありますが、同じく事件の差戻ということで、同じ箇所に入れたわけです。

第一項の方は、従来裁判所は、訴願を不適法として却下した裁決を取り消すということだけでありまして、果して訴願に対し、裁決庁としてさらに裁決をすべきかどうかはつきりしなかったのを、裁決をした行政庁に差戻すことができるようにしたものであります。この差戻の制度は、訴願前置主義と深い関係がありまして、もし訴願前置主義を採用とすれば、裁判所は、単に却下の裁決を取り消すだけでなく、事件を差戻して、更に裁決庁の方で実体的な判断をさせる方が訴願前置の趣旨に合致するゆえんであるから、民事訴訟法と同じように、事件を裁決をした行政庁に差戻して実体的な判断をさせるという考え方であります。

第二項の方は、訴願前置主義の趣旨からすれば、裁決の際に審理に現われなかった新しい主張なり証拠は、改めて、

裁決庁の方で審理すべきであるという要請に従ったものである。裁判所としても、新しい主張に基づき²³²判断することになると、審理が錯雑し、訴訟が遅延するおそれがあることは現に実例の示すところでもあります。そこで特に技術的な事項については、裁決庁が新しい主張なり証拠に対して如何なる判断をするかを聞いたうえで、司法審査に服させた方が、裁判所としても、好都合な場合があるから、差戻の制度を考慮すべきであるというわけであります。

ただ、すべての場合にこの制度を適用することになりますとかえって国民が裁判所の判断を受ける機会が遅れるという心配がありますので、事案によることとし、「さらに審理をさせることを相当と認めるときは」と場合を限定しているわけであります。

第一項も第二項も、未解決の問題になっている訴願前置主義の採否の問題と密接な関係がありますが、一応、訴願前置主義を採ることを前提として、この問題について一応御審議をお願いできたらと思います。

B案の方は、事件の差戻という制度は、運用の如何によつては弊害も多いので、現行の裁判所の取扱で充分であるという考え方です。参考までに紹介させていただきます。

【(1)六七七―六七八頁(傍線引用者)】

発言の傍線部が示す通り、本条項はいわゆる訴願前置主義と密接な関係をもつ。訴願前置主義とは、行特法下でとられ

ていた原則であつて、その二条が「行政庁の違法な処分⁽²³³⁾の取消又は変更を求める訴は、その処分に対し法令の規定により訴願、審査の請求、異議の申立その他行政庁に対する不服の申立(以下単に訴願という。)⁽²³⁴⁾のできる場合には、これに対する裁決、決定その他の処分(以下単に裁決という。)⁽²³⁵⁾を経た後でなければ、これを提起することができない」と定めていたことをその内容とする。旧法下においても一律に訴願前置とすることには強い批判が存在し、小委員会においてもこの点は当初から議論の焦点となっていた⁽²³⁶⁾。

本条項の実質的な発案者と思しき杉本が、当初どのような構想を描いていたのかは必ずしも明らかではないが、一方で訴願前置主義をもって訴願裁決庁と裁判所とが審級関係にあることを前提とし、他方で戦前の差戻制度を念頭においた立案ではないかと想像される。もともと、杉本の説明によれば、第二十七の一項と二項とは、ともに訴願前置主義と密接に関わるとはいえ、その趣旨は異なる。一項は、まさにこれから見るように、現行の行訴法三三条二項・三項に流れ込む規定であるが、二項に対応する問題は現行の行訴法においては条文としても解釈論としても見られない。したがって、本稿では二項の検討を割愛し、一項にのみ光をあてる⁽²³⁷⁾。

(四)「差戻」構想の挫折から行訴法三三条二項へ

ところが、小委員会のメンバーたちは、第二十七の想定する問題状況が、実は訴願裁決の場合に限られないことに思い至る。すなわち、第二三回小委員会で真田秀夫幹事(当時法

制局参事官)の「訴願採決の手續が違法の場合のみならず、原処分自体についての規定が必要なのではないか、例えば羈束^マ「羈束」行為で許可すべきものを不許可にした場合、その不許可処分が判決で取消された場合、最初の許可申請は残っているのかどうか」という発言をきっかけに、申請に対する拒否処分が判決で取り消されたとき、判決を受けた行政庁はどう行動すべきかという議論が生じた【(1)六八一―六八二頁】。第二十七は訴願裁決のやり直しを命ずる規定であるが、これと同様の規律が申請に対する処分のやり直しにも及ぶのか、という点が問題になる。田中眞次委員(当時最高裁判所調査官)は、当事者たる(原)処分庁に差し戻すのはおかしいという主張をする【(1)六七九、六八一頁】けれども、議論の大勢は、裁判所による処分庁に対するやり直しの指示、判決による拘束という論点へと移っていく。「差戻」構想の変容は、田中二郎委員(当時東京大学教授)と中村治朗幹事(当時最高裁判所事務総局行政局局付判事補)⁽²⁴⁾の次の発言で決定的となる。

田中(二)委員 不許可処分を取消した結果、行政庁が拘束され、当然許可しなければならないように解されるおそれがある。A、B、C、……という色々の要素があり、Aの理由で不許可処分をしたのが判決で取消された場合、Cの理由でまた不許可処分をしても良いわけである。これは判決の拘束力の問題で解決できることでもあると思います。

裁決が取消された場合、手續の面でもう一度裁決庁に判断しろというのか、それによって処分庁自身まで拘束するの疑問がありますから、規定があった方がはつきりして良いですね。

中村幹事 判決の効力で一本にまとめて書いたほうが技術的にやりやすいのではないですか。【(1)六八三―六八四頁(傍線引用者)】

田中のこの発言は、取消判決後の行政庁の行動義務は判決の羈束力(拘束力)の問題であるという戦前からの――先に見たように必ずしも一般的ではなかった――彼の理解⁽²⁵⁾の反映であると思われる。

これに続き、入江委員長は、差戻しという形式を取らず、裁決庁が取り消された裁決に代わる処分をすべき旨を判決の効力として規定することを提案する。田中眞次委員は、事件が長びくことを理由に、必要的差戻しとすることに反対する。田中二郎委員は、訴願で実質的審理をやり直させるというのではなく、手續だけふめばよいという程度のものならば、判決の効力として規定すればよいと発言している。そして、真田幹事は、本条項の問題は裁決が取り消されたときに最初の訴願提起行為がどうなっているかであって、これは訴願前置主義とは関係がないという指摘をした。雄川一郎幹事(当時東京大学助教授)もこれに同調している【(1)六八五頁】。この後の議論は、裁決の取消しと拒否処分の取消しの異同、訴

願前置主義との関係が明らかにならぬままに進行するが、結局「幹事に」案を書いてもらつて、その点についてじっくり検討することにしませう」【(1)六八七頁】という入江委員長の発言でいったん打ち切られる。

「書いてもらつた案は「行政事件訴訟特例法改正要綱試案(第二次)」【(4)【資料61】一六一頁以下】であり、第三二回小委員会(一九五八年三月七日)で配布された。これには、事件の差戻に関する規定が設けられず、判決の拘束力の規定に新たな条項が挿入された。これを次に掲げる。なお、「○は、小委員会における論議に基づき、幹事においてあらたに作成した改正案を示す」【(4)一六一頁】。

(確定判決の拘束力)

第三十 確定判決は、その事件について、当事者である行政庁その他関係行政庁を拘束するものとする。

○2 訴願を不適法として却下した裁判を取り消す判決または訴願の手續が法令に違反したことを理由として裁判を取り消す判決が確定した場合には、当該裁判をした行政庁は、従前の訴願に対し、あらためて裁判をしなければならぬものとする。

3 第一項の規定は、第二十四「執行停止命令」の決定に準用するものとする。【(4)一六九頁】

第三十第二項は、「差戻」という言葉こそ使われていない

ものの、内容においては第一次案第二十七第一項と同一であり、小委員会で議論となった拒否処分取消の場合も手当されていらない。また、この条項について小委員会で「じっくり検討」された形跡もないのである。すなわち、第三二回小委員会は第二次案全体についての意見交換を目的としていたために時間に追われ、各条項について突っ込んだ議論が交わされることはなかった。第三十に関しては、わずかに刑事事件との関係が論ぜられたにとどまる【(2)九八五頁】。

第三二回小委員会を受けて、二ヶ月後に新たに作成された「行政事件訴訟特例法改正要綱試案(第三次)」【(4)【資料62】一七二頁以下】では、なぜか本条項の二項に相当する規定が削除されてしまった。第三次案における判決の拘束力に関する規定は、以下の通りである。

(確定判決等の拘束力)

第三十一 確定判決は、その事件について、当事者たる行政庁その他関係行政庁を拘束するものとする。

2 前項の規定は、第二十五第二項又は第八項「執行停止命令」の決定に準用するものとする。【(4)一八〇頁】

これが提出された第三三回小委員会(一九五八年五月三日)において、杉本幹事は「第三十一の確定判決等の拘束力についてありますが、第二次案第二項を削除した以外は、同じであります」【(2)一〇二六頁】と述べるのみで、削除の

理由を説明していない。しかし、第三四回小委員会（一九五八年六月二〇日）で配布された「要綱試案（第三次）」の説明【(4)〔資料63〕一八三頁以下】においては、次のような説明がなされている。なお、傍線部は主な修正箇所を示す。

（確定判決等の拘束力）

第三十一

（備考）

第二次案第二項は、裁決についてだけ規定を設けているが、理論的には、もしかような趣旨の規定を設けるとすれば、処分についても併せて規定すべきである。しかし、処分の場合は、裁決におけるように、手続と内容とはつきりと区別することが困難であるから、立法技術上、規定の仕方がきわめてむづかしい。それ故、これらの問題は、解釈にゆずることとし、本項を削除する。

【(4)一九六頁（傍線原文）】

本条項について実質的な論議が交わされたのは、第四一回小委員会（一九五九年二月六日）においてである。まず、杉本幹事が第二項を削除した理由について、「要綱試案（第三次案）の説明」とほぼ同様の説明をした【(2)一三六一—一三六二頁】のち、次のような議論が行われた（なお、この日は入江委員長が欠席し、田中二郎委員が代理で司会を務めている）。

第一の論点は、第二項の削除の是非である。

田中（二）委員 「…」先程杉本幹事から説明があった削除された第二項、これは削除したままでいいのかどうか、

この点はいかがでしようか。立法技術的にむづかしい、特に処分の関係について非常に問題があるという御意見のようですが、いかがでしようか。

雄川幹事 この説明書に「解釈にゆずること」と書いてあるので、解釈だけでは必ずしもはつきりしない場合が、今まであったわけですけど。

田中（二）委員 私もよく分りませんが、手続の法令違背を理由とする裁決の取消判決が確定した場合に、裁決庁がもう一辺〔遍〕遡って裁決をしなければならぬという趣旨は、解釈で当然に認められるでしょうか。仮りに認められるとしても、こういう規定は置いておいた方がはつきりするという感じがするし、処分の場合は、その手続なりがいろいろ問題になって、非常に解決がむづかしいということになるので、何かその場合の違法が処分に関しても同じような取扱をするというようなことの、ごく漠然とした規定を設けることにしても、この規定を全部削除してしまふよりは、いくらか解釈上に利するところがあるのではないかという感じがしないでもないですが、どうなのですか。

杉本幹事 私も、今、田中（二）委員の言われたところと

同感でございますし、せめて裁定についてだけでも置いておいた方がいいではないかという御意見も、前の委員会ではあったものですから、この規定を設ける方がよいと考えておりますが、幹事会では、削除の意見が多くて……。

雄川幹事 処分の場合は、説明書に書いてあるように、実体要件と手続要件と、そうはつきり分けられるかという問題があったのですが……。【(2)一三六四頁(一)は翻刻編集者】

ここまでは、差戻構想の流れを汲む第二項プロパーの問題、すなわち訴願前置主義⁽²⁶⁾と密接に絡み合う問題である。しかし、青木義人委員(当時法務省訟務局次長)の発言を機に、議論は微妙に変転することになる。

青木委員 「…」処分の場合は、申請があつて処分しなければならぬような場合と、申請なしに処分するような場合があるのです。そこにいろいろの形態があるから、一概にいかぬではないか、割合にはつきりしている裁決だけについて規定を置いておいたら、よいように考えられるのだが、逆に裁決についてだけ規定を設けると、処分については反対解釈されて困るのではないだろうか、こういう配慮でなかったですか。

田中(二)委員 この場合は、申請なしに処分を行う場合を問題にすべきでないので、或る申請があつて処分がなさ

れることになっていいる場合について、その申請だけが生きていると考えて、それについて処分する、あとのものが先になつてしまうということになるけれども、しかし申請そのものが土台になるのだと考えるべきではないかと思う。

【(2)一三六四—一三六五頁】

これまで何度か俎上に上りつつ、案として結実することのなかった申請に対する処分の問題が、俄かに脚光を浴びる。⁽²⁷⁾これに対する幹事の応答は、必ずしも要領を得ない。

中村幹事 その点は、真田幹事からそういう意見が出て、私の「メモ」によりますと、もつと、広く、申請に対してした処分又は裁決の取消判決が確定したときは、行政庁は、その申請に対して改めて処分又は裁決をしなければならぬものとする、こと、こういう案が確か出たのです。それが幹事会で消えた経緯はどうだったですか。

杉本幹事 あの時は、明日までに案を作つて出せということだったので、とても出来ないもので、それでは全部、解釈にまかせることにして落そうということになった……。
雄川幹事 そうばかりではない。いろいろな組合せを考えて……。

三ヶ月「章」幹事 「当時東京大学助教授」 そうなのだ。裁決の取消の訴と処分の取消の訴を分けたところから、当然その裁決の手続をもう一度やり直さなければならぬと

いう論理が出てくるだろうか……。

雄川幹事 いや、一段階の場合は、大したことはないけど、二段階、三段階まで行くことを考えると、いろいろな組合せがありうるのです。

三ヶ月幹事 だから、それはむしろ裁決の取消の訴えということの性格から、それと処分の取消の訴えと分けたところから、出てくることではないかというようなことが一つの問題だったと思うのですね。それを下手に書いてしまうと、先程言った組合せのときに……。【(2)一三六五頁】

議論の関心は、もはや訴願前置主義との関係や裁決の取消しについてではなく、およそ処分一般が取り消された場合の事後措置という面に移っていく。これに一気に決着をつけたのが、田中二郎委員である。

田中(二)委員 その二段階、三段階という問題は、訴願前置主義をどうするかという問題とも関連しますが、おそらくどちらの考え方によっても、法律に特別の規定がある場合でしたら、二段階でいいという考え方になると思う。そうだとすると、余り複雑な組合せを考えなくても、申請による処分、それから裁決、この二つの場合を考えてゆけば足りる。立法技術的に若干困難があっても、その点をはつきりさせることに意味があるなら、もう一辺〔遍〕考えて案を生かすことを考慮したら……。

雄川幹事 最初は、差戻みたいなことを考えたと思うですね。第一次案あたりでは、行政庁に差戻すというような……。【(2)一三六五頁】

中村幹事 杉本幹事の原案は、そうでしたね。

三ヶ月幹事 それでは斬新的で今の訴訟に乗っからないものですからというわけで……。

田中(二)委員 その点をもう一辺〔遍〕考えてみたらどうですか。第三十一はそのようなところで、次へ移つてよろしいでしょうか。【(2)一三六五―一三六六頁(傍線は引用者、〔〕は翻刻編集者)】

処分の取消しと裁決の取消し、実体の瑕疵と手続の瑕疵をそれぞれ組み合わせることによって、「二段階、三段階」(実際は二×二で四通りの組合せが考えられる)の規律を定める必要があるとの幹事諸氏の認識に対し、田中は大胆に「申請による処分、それから裁決」の二つの場合に整理した(傍線部分)。これが結果的に現行法の規律を決定づけることになった。すなわち、第四三回小委員会(一九五九年五月二十九日)で配布された「行政事件訴訟特例法改正要綱試案(第三次案の整理案)」【(4)〔資料65〕二〇九頁以下】では、以下のよう⁽²³⁾に規定されている。傍線部が修正箇所である。

(確定判決等の拘束力)

第三十一 確定判決は、その事件について、当事者たる行

政庁その他関係行政庁を拘束するものとする。こと。

2 処分の申請を却下若しくは棄却した処分又は訴願の申請を却下若しくは棄却した裁決を取り消す判決が確定したときは、その処分又は裁決をした行政庁は、判決の趣旨に従い、改めて申請に対する処分又は裁決をしなければならぬものとする。こと。

3 申請に基いてした処分又は訴願を認容した裁決を手續に違法があることを理由として取り消す判決が確定したときには、前項の規定を準用するものとする。こと。

4 第一項の規定は、第二十五第二項又は第八項「執行停止命令」の決定に準用するものとする。こと。【(4)二一九頁(傍線原文)】

第四三回以降の小委員会の記録は、「法制審議会総会・行政訴訟部会・同部会小委員会会議経過概要」【(3)〔資料1〕一七頁以下】のみ存在し、議事録の形では残されていないため、結局いかなる経緯でこのような形の条文に落ち着いたのか審らかにしない。ただ、田中二郎委員の示唆を受けて、幹事において改めて問題状況の整理を行った結果であろうということのみ、推測されるにとどまる。

その後の第四次案【(4)三〇二頁】、小委員会としての第五次案たる「行政事件訴訟特例法改正要綱試案(小委員会案)」【(4)〔資料85〕三四三頁】、「行政事件訴訟特例法改正要綱(法制審議会答申案)」【(5)〔資料120〕二四頁】、「行政事件訴

訟法案(法務省)」【(5)〔資料121〕三六頁】に至るまで、この規定は内容において変更されることなく、現行行訴法三三条に流れ込むことになった。

C 「差戻」構想と行訴法三三条の評価

「斬新的で今の訴訟に乗っからない」とすら評された杉本良吉の当初の構想に、現在の行訴法三三条二項、三項の直接の系譜を見出すことは困難であろう。すなわち、杉本の構想とは、訴願前置を前提としたうえで、第一次案第二十七の第一項二項相俟って、訴願裁決庁の審理能力に信頼をおき、訴願裁決庁が裁判所に先んじて主張・証拠の吟味を行い、実体審理を行うという形を原則としたものだった。先に指摘した通り、現行法でいえば行政審判における審理の規律にきわめて近いものといえよう。⁽²⁹⁾したがって、裁判所が手續の瑕疵を理由に裁決(および原処分)を取り消したときは、訴願裁決庁に実体審理をやり直させる点に、「差戻」という制度の眼目があったはずである。したがって、訴願前置主義を採らない制度において「差戻」という制度が機能する余地はもはやなく、おまけに申請拒否処分⁽³⁰⁾の取消しは当初の杉本構想では想定されていない論点だった。判決の拘束力という制度も、「差戻」の制度とは直接の関わりはもたないはずである。上級審の破棄判決の拘束力は、審級関係を前提としているが、取消判決の拘束力をそれと同視できないことは前節の検討が示す通りだからである(なお、四二参照)。訴願前置主義と

の結合が否定された時点で、「差戻」の構想は命脈を絶たれた。要綱試案の作成にあたった幹事会の議論が明らかでない以上推測の域は出ないが、第二次案から第三次案にかけて第二項が削除されたのは、このような認識があったからではないだろうか。第三次案の整理案で復活した二項と三項は、「差戻」の構想とはもはや似てもつかぬものであり、取消判決があつたら申請の効力が失われるかどうかという、どちらかに決まっていればいい問題をどちらかに決めたにすぎない（小委員会における議論でも、この点は副次的に論じられにすぎない）。

現行法の成立後における、行訴法三三条二項に関する杉本の次のような説明は、以上のような構想の挫折を念頭において、よく理解できることと思う。いわく、「〔取消判決後の〕やり直しをうけるためには、申請人または不服申立人は改めて申請または不服申立てをする必要はない。けだし、取消判決の形成的効果により処分または裁決のなかった状態に復帰しているのであるから、従前の申請または不服申立てはそのまま存続し、行政庁について、改めてこれに応答的行為をしなればならない関係が復活するからである。従来、行政庁によつては、この場合、改めて申請、申立てを要するものとする取扱いをしていたものもあつたので、特にこの点を明らかにしたものである」⁽²⁰⁾。

一方で、差戻制度を拘束力の問題として扱うことを主張し、規律の類型（申請に対する処分および裁決）を具体的に指示

した田中二郎が、もともと行政庁と比べて裁判所の審査に強い信頼を置いていたとは考えられない⁽²¹⁾。杉本構想に反対した趣旨は、訴願前置主義に対する反対⁽²²⁾、および、立法技術的考慮にあつたと理解するのが、周到であろう。他方また、前述のように、訴願手続に対する相当の信頼を前提とした杉本の構想が、訴願前置主義を採用しなかった行訴法下で生きていくとも思えない。したがって、塩野説のように行訴法三三条二項が申請拒否処分の場合に一般的に事案の再度の考慮を明文で認めたものと解釈することは、俄かには支持し難いように思われる。

とはいえ、当時の状況では、訴願制度に代わる（事前）行政手続の整備など望むべくもなかったのに対し、一九九四年の行政手続法施行後の現在の法状況の下では、事前行政手続にどの程度の期待ないし信頼を置くかによつて、考え方が変わつてきうる。その視点を4において述べることにしよう。

4 行政手続と訴訟手続の関係を捉える視点

本節で明らかとなつたのは、反復禁止効による遮断の範囲、すなわち理由を換えてなす再処分の可否が、反復禁止効の法律構成それ自体とは必ずしも直結しないことである。二分肢的訴訟物概念を前提とすれば、民訴理論をも参照しつつ生活事実関係概念の精緻化を図ることによつて遮断の範囲は明らかにするはずであるが、それは結局のところ行政処分の同一性をいかに画するかという実体法の解釈問題に帰するように

も思われる。しかも、その問題は訴訟内における理由の追加・差替えの可否ないし裁判所の審査範囲といった、一回の訴訟で行政の活動をどの程度コントロールすることが可能でありまた必要かという、行政争訟法理論の根本問題にも連なっていると思われる。

現在の学説に即していえば、行政手続法上の理由提示義務（同法八条、一四条）の意義を重視し、訴訟内における理由の差替えを否定する見解⁽²⁴⁾は、裁判手続に到る前の前審手続としての行政手続に対する期待に根ざすものと思われる。いわば、訴願前置ならぬ「行政手続前置」の思想といえよう⁽²⁵⁾。逆に、行政庁に理由の追加・差替え義務を課す立場は、取消訴訟における紛争の一回的解決を重視し、裁判所の審査を行政庁の判断に優越させるものである。聴聞手続を経た処分⁽²⁶⁾についてのみ理由の差替えを否定する現在の通説は、部分的に行政手続前置の思想に連なるものといえようか。そして、この問題は、行政（処分）手続と行政争訟手続、行政争訟における行政手続（不服申立て）と訴訟手続との権限分配・役割分担⁽²⁸⁾、具体的にいえば裁判所の判断を行政庁の判断に代置することが妥当か否かという視角からの検討を、裁量か羁束かという処分の類型ごとに行うことが不可欠であると思われる⁽²⁹⁾。

四 結論と展望

以上をもって、本稿における検討をいったん終了する。最

後に、本稿の問題関心の根底に流れるより大きな文脈から本稿の考察をふりかえることで、本稿で得られた結論の意義を確認し、同時に本稿の限界をも明らかにする。

1 手続における行政庁と裁判所の役割分担

行政は、一定の政策目的を実現するために、社会・経済に對してたえず働きかけ（作用）を行っている。それはもちろん様々な形態をとって行われるのであるが、現実の行政過程を法的に分節する係留点として、また同時に行政の作用を法的に（訴えをもって）攻撃する目標として、古くから重視されてきたのが行政処分（行政行為）概念であることはいうまでもない。

つとに指摘されているように、行政上の行為は、行政を権限づけると同時に規制する種々の法律の定め（法的仕組み）のなかに位置づけられてはじめて、その法的な意義を獲得する⁽²⁹⁾。これを手がかりにさらに考えを進めれば、行政処分（行政行為）という概念を次のように定式化することができるであろう。すなわち、行政処分とは、法律が一定の構成要件が存在するときに一定の法効果が発生するというプログラムを仕組んでいて、構成要件の存否に関する認定判断が行政機関に授權されているときに、構成要件の存在に関する行政機関の認定判断を基礎として生じる法効果（規律）そのものである、と。行政処分の効力を受けるべき者（私人）が、行政機関の認定判断とは異なる（すなわち構成要件が存在しないと

いう) 認定判断にもとづいて、法効果が発生しないことを主張しようとするとき、それは必ず取消訴訟によって主張しなければならぬ。これが取消訴訟の排他性の意義であり、公定力の手続法的意義である。以上で述べたことは、ニュアンスの違いはともかく、今日の行政法学界における共通の前提といつてよいと思われる⁽²³⁾。

本稿の考察は、このことを別の側面(訴訟法理論)から確認する作業にすぎない。すなわち、われわれは、二における考察から次のような結論を得た。① 行政庁の行う行政処分は、具体的生活事実関係の規律である。② 行政庁は、法律によって与えられた権限にもとづいて、私人に対し、行政処分を一方的先行的に行うことができる。③ 行政処分を争う訴訟(取消訴訟)は、行政処分に対して、私人がこれを防御するという性格をもつ。行政処分が、一定の事実関係の存否(構成要件)を前提として生じる法効果(規律)であり、取消訴訟がその効果の覆滅と構成要件の不存在の確定とを対象にする訴訟であると解する限り、二分肢的訴訟物概念が採用されるのはトートロジーにすぎない。そして、三における考察からすれば、かかる一方的先行的行為に対する防御をいかなる範囲で行えるかは、どの訴訟物概念を採用するかとは無関係の問題である。

2 取消訴訟の上訴類似性?

われわれは、取消訴訟の対象(目的)が、行政処分が違法

であることを確定し、行政処分の効力を遡及的に失わせることだという結論を得た。これは、行政手続と訴訟手続との関係について、ドイツにおいてO・マイヤーの構想をメンガーが受け継いで理論化した「取消訴訟の上訴類似性⁽²⁴⁾」の観念を今に伝えるものであるように思われる。

確かに、三で検討された「差戻し」という法技術は、本来は審級関係を前提とした上級審と下級審との間で働くものである。取消判決に反復禁止効が認められることは、上訴類似的に構成された取消訴訟システムの当然の帰結であるという立場もありえよう⁽²⁵⁾。しかし、このような説明が成り立つのは「比喩的に言う限り⁽²⁶⁾」に過ぎず、取消訴訟の上訴類似性を解釈論上の道具概念として機能させるのは難しいということを、最後に指摘しておかなければならない。二点に分けて述べる。

第一に、取消訴訟を行政の一方的先行的攻撃に対する私人の防御であると解したとしても、私人がいかなる範囲で防御を行えるか、すなわち理由の追加・差替えの可否ないし裁判所の審理範囲の問題が、一義的に明らかになるわけではないという点が、三において確認された。重要なのは結局、事前の行政手続をどれくらい丁寧にするか、それを裁判所がどれくらい尊重するか、という、行政庁と裁判所との役割・権限の配分の問題である。立法過程の当初で構想されていたように、訴願前置制度や実質的証拠法則と強く結びついた差戻制度が存在すれば、これを取消訴訟の上訴類似性にもとづいて説明することは可能かもしれないが、現行法の下で取消訴訟

の上訴類似性のみを根拠として例えば反復禁止効の範囲を制限する解釈論を唱えれば、それは行政の第一次判断権説と同断、論点の先取りを犯すものである⁽³⁵⁾。

第二に、上訴の概念それ自体がもつと細かい分節を要する。つまり、単に上訴といっても、第一審判決に対して事実問題をも含めて審理をやり直す控訴審モデル⁽³⁶⁾と、法運用の統一のために法律問題のみに審理が限定される上告（破毀）審モデル⁽³⁷⁾とではだいぶ様相が異なるであろう。さらに、例えば仮に上告（破毀）審モデルに立って裁判所の審理範囲を制限する解釈論を唱えるにしても、民事訴訟におけるような《法律問題と事実問題の区別》が取消訴訟にも妥当するかどうかについては、なお留保が必要であると思われる⁽³⁸⁾。

このように、上訴類似性という訴訟構造のみをもつて本案審理や判決効の客観的範囲を規律することは困難である。この問題は、行政庁の裁量（政策・公益判断）をどのようにに訴訟（適法性判断）のルールに乗せていくかという問題に帰するからである（審級制においては、下級審に行政庁と同じ意味での「裁量」があるわけではない）。再三指摘するように、行政庁と裁判所との権限配分や役割分担のあり方を細かく分析しなければ説明することができない問題であり、これをより法技術的に説明し整序することのできる概念やドグマティックの探究が今後の課題となろう。しかし、これはもはや本稿の範囲を超える課題であり、新たな研究に委ねられるべきものである。

要 旨

- (1) 反復禁止効の根拠・性質を既判力によって説明しようとする、取消訴訟の対象は処分の要件が欠如して違法であることの確定（既判力）と処分の効果の取消し（形成力）の両者にあると解することになる。
- (2) それを理論的に説明すると、行政行為（行政処分）はある生活事実関係（要件）に対する規律（効果）に他ならないのであって、取消訴訟の訴訟物もこれを前提に把握される（二分肢的訴訟物概念）。なお、処分の規律は形式的には処分の主文によって示される。
- (3) しかし、反復禁止効の法律構成と、それによって遮断される別理由再処分の範囲とは、理論的に直接の關係にはない。
- (4) ドイツの行政裁判所は取消訴訟においても義務づけ訴訟においても、羈束処分の場合には裁判所の全面審査を、裁量処分の場合には行政庁への事案の「差戻し」を原則としている。
- (5) 日本においてもかつて「差戻し」の考え方が存在したが、現行法には取り入れられていない。わずかに拘束力の規定に痕跡をとどめるのみである。
- (6) 理由の追加・差替え、別理由再処分の遮断の是非を考えるには、行政庁と裁判所との権限配分、行政手続と司法手続との役割分担の観点からの検討が不可欠である。

【文献略語】

① ユー・ン行政裁判所法の邦訳書

Bader u.a., VwGO

Johann Bader / Michael Funke-Kaiser / Stefan Kuntze /
Jörg von Albedyll, Verwaltungsgerichtsordnung.
Kommentar anhand der höchstrichterlichen
Rechtsprechung, Heidelberg (1999)
Eyermann, VwGO

Erich Eyermann (Begr.), Verwaltungsgerichtsordnung.
Kommentar, 11. Aufl., München (2000)

Kopp, VwGO

Ferdinand O. Kopp, Verwaltungsgerichtsordnung, 10.
Aufl., München (1994)

Kopp / Schenke, VwGO

Ferdinand O. Kopp / Wolf - Rüdiger Schenke,
Verwaltungsgerichtsordnung, 11. Aufl., München (1998)

Nomos-Komm. VwGO

Helge Sodan / Jan Ziekow (Hrsg.), Nomos-Kommentar
zur Verwaltungsgerichtsordnung, Baden-Baden (Stand:
2001)

Redeker / v. Oertzen, VwGO

Konrad Redeker / Hans-Joachim von Oertzen / Martin
Redeker, Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar, 12.
Aufl., Stuttgart u.a. (1997)

Schoch u.a., VwGO

Friedrich Schoch / Eberhard Schmidt - Altmann / Rainer

Pietzner (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung.
Kommentar, München (Stand: 2000)

Schunck / De Clerck, VwGO

Egon Schunck / Hans De Clerck, Verwal-
tungsgerichtsordnung. Kommentar, 3. Aufl., Siegburg
(1977)

② ユー・ン行政手続法の邦訳書

Kopp / Ramsauer, VwVfG

Ferdinand O. Kopp / Ulrich Ramsauer, Verwal-
tungsverfahrensgesetz, München (2000)

Meyer / Borgs, VwVfG

Hans Meyer / Hermann Borgs-Maciejewski, Kommentar
zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., Frankfurt a.
M. (1982)

Obermayer, VwVfG

Klaus Obermayer (Begr.), Kommentar zum
Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl., Neuwied u.a.
(1999)

Stelkens u.a., VwVfG

Paul Stelkens / Heinz Joachim Bonk / Michael Sachs,
Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar, 5. Aufl.,
München (1998)

③ 行政訴訟法の邦訳書

Hufen

Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozeßrecht, 4. Aufl.,
München (2000)

研究

Lorenz

Dieter Lorenz, Verwaltungsprozeßrecht, Berlin u.a. (2000)

Schenke

Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsprozeßrecht, 4. Aufl., Heidelberg (1996)

Schmitt Glaeser / Horn

Walter Schmitt Glaeser / Hans - Detlef Horn, Verwaltungsprozeßrecht, 15. Aufl., Stuttgart u.a. (2000)

Ule

Carl Hermann Ule, Verwaltungsprozeßrecht, 9. Aufl., München (1987)

塩野・II

塩野宏『行政法II〔第二版〕』有斐閣（一九九四年）

その他 Hildebert Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 4. Aufl., Berlin u.a. (1993) および「文献略語表」法時七五巻一号（二〇〇三年）一七〇頁以下に準拠した。

（一）問題の所在を具体的に示すのが、大津地判平成九・六・二判例自治一七三号二七頁および大阪高判平成一〇・六・三〇判時一六七二号五一頁である。情報公開条例上、ある文書がある非開示事由に該当するとなされた非開示処分が判決で取り消された後で、再び同じ文書が別の非開示事由に該当するとなされた非開示処分が前訴判決の拘束力（反復禁止効）に触れるかどうかが問題となった事案で、一審（前者）は肯定、二審（後者）は否定に解した。後者を評する島

村健「判批」自研七七巻九号（二〇〇一年）一一七頁以下は議論の現状を明晰に描く。

（二）杉本良吉『行政事件訴訟法の解説』法曹会（一九六三年）一一頁「曹時一五巻四号（一九六三年）五三四頁」、田中二郎『新版行政法（上）〔全訂第二版〕』有斐閣（一九七四年）三四四頁註（二）、小早川光郎「取消訴訟で敗訴した行政庁は同じ処分をもう一度やりなおせるか——取消判決の効力（1）——」室井力・塩野宏編『行政法を学ぶ2』有斐閣（一九七八年）一〇五頁、竹田稔「判決に関する特則」渡部吉隆・園部逸夫編『行政事件訴訟法体系』西神田編集室（一九八五年）四一二頁。

（三）塩野・II一四六—一四七頁、傍点引用者。〔…〕で囲まれた部分は引用者による挿入であり、〔…〕は特に引用者による省略を意味する（以下同じ）。

（四）塩野・II七〇頁。

（五）大淵哲也『特許審決取消訴訟基本構造論』有斐閣（二〇〇三年）二九〇頁註（240）。

（六）理論構成は塩野と同じ既判力説に立ちながら、別理由による再処分を排除しないのは瀧川叡一「行政訴訟の請求原因、立証責任及び判決の効力」民事訴訟法学会編『民事訴訟法講座第五巻』有斐閣（一九五六年）一四五八頁である。その反面、近藤昭三「判決の効力」田中二郎ほか編『行政法講座第三巻 行政救済』有斐閣（一九六五年）は拘束力説にあつて（三三七頁）、反復禁止効の範囲を「取り消された行政行為の対象であつた法律関係（Sachverhalt）」（三三八頁、傍点引用者）によって画そうとするけれども、やはり別理由による

再処分を禁ずるわけではない（三三九頁註（八））。

（7）大淵・注（5）二九一頁註（246）。

（8）兼子一「上級審の裁判の拘束力」〔一九五〇年〕『民事法研究第二卷』酒井書店（一九五四年）九〇—九三頁。

（9）瀧川・注（6）一四三九—一四四〇、一四五五、一四五九頁。

（10）白石健三「公法関係の特質と抗告訴訟の対象」垂水克己『兼子一編』『岩松裁判官還暦記念 訴訟と裁判』有斐閣（一九五六年）四三七—四五五頁。

（11）既判力説と特殊効力説との対立を扱う文献はおしなべてこの批判に触れるが、自説として展開するものとして次の文献がある。①と③につき、市原昌三郎「抗告訴訟の本質と判決の効力」一論三七卷三号（一九五七年）二三四頁。①ないし③に加えて行政権に対する司法権の抑制を説く、鈴木正裕「形成判決の効力」論叢六七卷六号（一九六〇年）四三頁。①と②につき、小沢文雄「判決の拘束力」我妻栄編『行政判例百選（新版）』〔別冊ジュリ二八号〕有斐閣（一九七〇年）二七三—二七四頁。

（12）旧民事訴訟法（大正一五年法律六一号）一九九条一項（確定判決ハ主文ニ包含スルモノニ限り既判力ヲ有ス）、現民事訴訟法（平成八年法律一〇九号）一一四条一項（確定判決は、主文に包含するものに限り、既判力を有する）。このように既判力の範囲を形式的に規定する日本法においても『訴訟物』主文に包含するもの（既判力の客観的範囲）という定式が、実質主義に立つドイツ法（注（85）参照）と同様に妥当するとされる（日本法の立法史につき、坂原正夫「民

訴訟一九九条一項の沿革について」〔一九八一年〕『民事訴訟法における既判力の研究』慶応通信（一九九三年）一八〇頁以下）。後述の反復禁止効に関する既判力説は、日本においてもドイツにおいても、この定式といかに整合させつつ既判力の客観的範囲を説明するかの試みであった。

（13）例えば、阿部泰隆／南博方編『注釈行政事件訴訟法』有斐閣（一九七二年）三〇五頁の的確な要約を参照。

（14）外間寛「取消判決の拘束力」ジュリ三〇〇号（一九六四年）一〇四頁。

（15）雄川一郎『行政争訟法』有斐閣（一九五七年）二二—二二二頁。

（16）小山昇「行政処分取消判決の効力について」〔一九七六年〕『小山昇著作集第二卷 判決効の研究』信山社（一九九〇年）一三九頁以下。

（17）田中二郎「抗告訴訟の本質——その訴訟物を中心として——」〔一九六七年〕『司法権の限界』弘文堂（一九六七年）八四頁。もっとも、同・注（2）『新版行政法（上）』三五三頁は拘束力説に立っており、一貫していない。なお、石川正「判決の効力」園部逸夫・時岡泰編『裁判実務体系1 行政訴訟法』青林書院（一九八四年）二三〇頁参照。

（18）鈴木正裕「既判力論に対する一考察」中務俊昌編『中田淳一先生還暦記念 民事訴訟の理論（下）』有斐閣（一九七〇年）四五—四六頁、同「既判力本質論の実益」三ヶ月章『青山善充編『民事訴訟法の争点（初版）』有斐閣（一九七九年）二六〇頁以下。

（19）兼子一『新修民事訴訟法体系（増訂版）』酒井書店（一

九六五年）三四八頁。

(20) 瀧川・注(6)一四五九頁は、既判力本質論において訴訟法説をとるか実体法説をとるかによって拘束力の効果も異なるとするが、鈴木(正)・注(11)論叢六七卷六号四七頁註⑬はこれを批判して、仮に実体法説をとったとしても拘束力の性質を既判力と解する限り行政庁の実体法上の行動義務や再処分の実体法上の違法性は導きえないと述べる。

(21) 再処分の違法を前提とする損害賠償請求訴訟についても問題となりうるが、取消違法と賠償違法が一致するかどうかという国家賠償法の解釈論に左右されるため(宇賀克也『国家補償法』有斐閣(一九九七年)三八五頁)、ここでは触れない。

(22) この仮定は①および②の批判内容に関わるものであり、まさにこの点をクリアできるかどうかが次節の課題となる。③の批判は①および②とは独立に成り立っていないと意味がないから、③を検討するこの文脈において①および②に反する仮定をおいても結論の先取りとはいえない。

(23) 島村・注(1)自研七七卷九号一二一頁。

(24) 小山・注(16)『著作集第二卷』一六一頁。

(25) 原状回復義務や不整合処分の取消義務が論ぜられる。原田尚彦「取消判決の拘束力」ジュリ九二五号(一九八九年)二一三頁、芝池義一『行政救済法講義(第二版)』有斐閣(二〇〇〇年)九〇頁、石崎誠也「取消判決の拘束力と不整合処分の取消義務について」新潟三一巻四号(一九九九年)一六六頁以下。

(26) 塩野宏「行政事件訴訟判決の効力」法教一期七号(一九

六三年)一六九頁。

(27) 阿部・注(13)『注釈行訴法』三一〇頁、村上敬一／園部逸夫編『注解行政事件訴訟法』有斐閣(一九八九年)四二八—四二九頁。

(28) 石崎誠也「取消判決の拘束力」法教二六三三号(二〇〇二年)四三頁は、反復禁止効が拘束力の効果であるとしても、それは行訴法が立法政策的に創設したものではなく、訴訟制度の本質に関わるものであると指摘する。

(29) 吉川正昭「判決の拘束力」鈴木忠一『三ヶ月章編』実務民事訴訟講座8「行政訴訟I」日本評論社(一九七〇年)二七一頁は「根拠づけを何に求めるかは困難ではあるが」新たな証拠資料にもとづく再処分は許されないという。阿部・注(13)『注釈行訴法』三一頁も同旨ながら特に理由を述べないが、同「基本科目としての行政法・行政救済法の意義(八)」自研七八巻五号(二〇〇二年)一〇頁は「信義に反する」ことを理由とする。今村成和「判批」判評一六七号判時六八五号(一九七三年)一七三頁は被告が処分の「違法ならざる所以を立証すべき立場」にあるのだから、別理由再(拒否)処分を行うことは防衛の手段を尽くさなかった被告に利益を与える結果となり、許されないとする。木村弘之亮「行政事件上の取消判決の効力(四・完)」民商七二巻五号(一九七五年)七九五頁は「取消判決の排除効は、後行の訴訟手続におけると同様に、判決確定後の行政過程においても訴訟物の範囲以内において生じる」という。山内敏彦「判決の拘束力」山田幸男ほか編『演習行政法(下)』青林書院新社(一九七九年)一七二頁は「既判力の遮断効」の趣旨

にもとづいて」(傍点原文) 別理由再処分を禁ずるが、争点効理論(注(77))に通ずるものか。南川諦弘「取消判決の拘束力に関する一考察」大阪府立大学経済研究二八巻三号(一九八三年)二〇頁は吉川・阿部に同旨。岡光民雄／南博方編『条解行政事件訴訟法』弘文堂(一九八七年)七七二―七七三頁は取消判決の既判力を否定しつつも「既判力の背後にある精神または権利濫用の法理という一般法理」を援用して反復禁止効そのものを根拠づけたうえで、別理由再処分は正当事由があるときに限って許されるとする。村上(敬)・注(27)『注解行訴法』四二五頁は拘束力や既判力に別理由再処分の禁止作用を求めることは困難であり、「例外的な場合において、信義則その他別途の法理に依拠して解決すべき」とする。兼子仁『行政法学』岩波書店(一九九七年)は取消訴訟の訴訟物を「公式に表示された処分理由に関する違法性一般」と解したうえで(一八七頁)、申請拒否処分の場合には「当該取消訴訟内で主張しえた処分理由を援用」して再拒否処分を行うことが許されないが(一九〇頁)、不利益処分の場合には同一内容再処分の余地が残るという(一八八頁)。同『行政法総論』筑摩書房(一九八三年)二九六、三一〇頁をも参照。芝池・注(25)九一頁は「紛争の蒸し返しの禁止を図るため」別理由再処分が禁止されるという。なお、注(203)参照。

(30) 遠藤博也『行政法スケッチ』有斐閣(一九八七年)三六〇―三六一頁、久保茂樹「取消訴訟の判決」杉村敏正編『行政救済法Ⅰ』有斐閣(一九九〇年)二三六頁。

(31) Karl August Bettermann, Wesen und

Streitgegenstand der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage, DVBl. 1953, S. 163 ff./202 f. かつ「ベッターマン自身は取消訴訟を形成訴訟とも給付訴訟とも捉えうると考えていた(S. 164 f.)。参照、村上義弘「抗告訴訟の訴訟物」大阪府立大学経済研究一四号(一九六〇年)一七二頁。

(32) 詳細は、鈴木(正)・注(11)論叢六七巻六号三四―三五頁。

(33) ベティヒャー旧説(Eduard Böttcher, Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozess, Berlin (1930), S. 24-26. のち改説、注(121))、三ヶ月旧説(三ヶ月章『民事訴訟法』[法律学全集]有斐閣(一九五九年)四八頁。のち改説、注(129))等。なお、注(145)に対応する本文をも参照。

(34) Leo Rosenberg / Karl Heinz Schwab / Peter Gottwald, Zivilprozessrecht, 15. Aufl., München (1993), S. 529. 参照、本間義信「形成判決には既判力なる観念を容れる余地はない」との意見を論評せよ」法教二期二号(一九七三年)一三二頁以下。

(35) 鈴木正裕「形成訴訟の訴訟物」ジュリ三〇〇号(一九六四年)二五〇頁以下、兼子仁『行政行為の公定力の理論(第三版)』東京大学出版会(一九七一年)一七八頁。もつとも、鈴木は、この問題は「もっぱら抽象的な法理論、理論構成をめぐるものであって、実際上の結果にまで影響をおよぼすものではない」(前掲二五一頁)とする。なお、同旨を述べる雄川・注(15)『行政争訟法』五九頁は、形成訴訟の訴訟物が

「実体私法上の形成権」であつて「抗告訴訟の場合にあつては事は同様ではない」とするが、排他性が認められる以上民事上の形成訴訟と取消訴訟とで径庭はないというべきであろう。なお、小早川光郎「取消訴訟と実体法の観念」〔一九七三年〕『行政訴訟の構造分析』東京大学出版会（一九八三年）六六頁をも参照。

(36) 塩野・II七〇頁。

(37) 鈴木正裕「形成訴訟の訴訟物」同ほか『演習民事訴訟法』有斐閣（一九八二年）七一頁。

(38) 兼子（一）・注（8）『研究第二卷』九一、九三頁。瀧川・注（6）一四三九—一四四〇、一四五五、一四五九頁もほぼ同旨。

(39) 白石・注（10）『岩松還暦』四三九—四四〇頁。

(40) 同右四四五—四四六頁。

(41) 白石健三「抗告訴訟」山田幸男ほか編『演習行政法（下）』青林書院新社（一九七九年）二二頁。

(42) 白石・注（10）『岩松還暦』四四七頁。

(43) 新堂幸司『新民事訴訟法（第二版）』弘文堂（二〇〇一年）一七八頁。

(44) 岩原紳作「株主総会決議を争う訴訟の構造（一）」法協九六巻六号（一九七九年）六七二頁註（2）、六九八頁註（11）。

(45) 白石・注（10）『岩松還暦』四二五頁、同・注（41）『演習行政法（下）』二二—二二頁。

(46) 手続法的公定力説を唱える兼子仁は、白石説を支持しつつ、確認訴訟説が取消判決の形成効をよく説明しえない難点

は「そもそも原理的および制度技術的の両面にわたる問題を一つの訴訟物・訴訟法的性質論でとり扱おうとしたことに由来している」と述べる（兼子仁「行政争訟法」杉村敏正『同「行政手続・行政争訟法」筑摩書房（一九七三年）二〇三頁）。

(47) 安念潤司「取消訴訟における原告適格の構造（一）」『国家九七巻一一・一二号（一九八四年）七四九頁註（一）』は、「ある類型の訴訟が確認的作用をもつことと、それが確認訴訟であることは、全く別の事柄である」（七五〇頁、傍点原文）と正当な指摘をする。さらに、ドイツにおいて形成訴訟の創成期に、形成訴訟概念を否定してこれを確認訴訟と解する説に対して加えられた、「何人も有効なものとして取扱わねばならず、また、取扱いうる法律関係が、実は無効である」、というのでは概念の矛盾であり虚構である」（鈴木正裕「形成訴訟の訴訟物——学説の整理——」民訴五号（一九五八年）一一九頁）との批判をも想起せよ。

(48) 大竹敬喜「行政処分取消判決の効力について」新報五九巻九号（一九五二年）八六四頁は裁判所による行政処分の取消変更は裁判所の行政行為であり、したがって行政事件は非訟事件であると説く。今日かかる見解を支持するものはない。もつとも、歴史的にみて形成判決と行政行為との同質性（鈴木（正）・注（11）論叢六七巻六号三九頁註⑭に対応する本文）、形成訴訟と非訟事件との同質性（三ヶ月・注（33）『民訴法』四六—四七頁、鈴木正裕「非訟事件と形成の裁判」鈴木忠一『三ヶ月章監修「新・実務民事訴訟講座」8 非訟・家事・人訴事件』日本評論社（一九八一年）四—五頁）が指摘

されていたことは事実である。いわゆる「形式的形成訴訟」の存在もこの例証といえよう。なお、関連して、判例・通説が形式的形成訴訟と解する境界（筆界）確定訴訟を行訴法四条の実質的当事者訴訟と捉え、立法論として行政処分制への移行をも構想する山本和彦「境界確定訴訟」〔一九九九年〕『民事訴訟法の基本問題』判例タイムズ社（二〇〇二年）六三―六八頁および同「高橋滋」『行政事件訴訟法』〔二〇〇二年〕宇賀克也ほか編『対話で学ぶ行政法』有斐閣（二〇〇三年）一五四頁が注目に値する。ただし、公簿上の筆界確定が「公法上の法律関係に関する訴訟」であるとして、どうしてそれが私人間で争われるのかの説明はない。

(49) 形成力の根拠については民事訴訟法学に議論がある。本間義信「形成力について」民訴一四号（一九六八年）六四―七六頁。なお、三ヶ月・注(33)『民訴法』四五頁註(一)。

(50) 鈴木（正）・注(47)民訴五号一五二頁（なお、一五四頁註(5)）。

(51) 白石・注(10)『岩松還暦』四五二頁註(二〇)によれば、兼子（一）・注(19)『体系』一六五頁、中田淳一「訴訟上の請求」民事訴訟法学会編『民事訴訟法講座第一巻』有斐閣（一九五四年）一八一頁がそれである。

(52) 白石・注(10)『岩松還暦』四四六頁。

(53) 雄川・注(15)『行政訴訟法』五九頁。雄川は、「当該行政行為の違法の確定の意義は、行政行為の具体的な内容の違法の確定にある」と述べ、反復禁止をやはり既判力によって基礎づける（二二二頁）。

(54) 兼子（一）・注(8)『研究第二巻』九一頁、同「行政処

分の取消判決の効力——判決の形成力の主観的範囲——」

〔一九五一年〕同書一一三頁、同・注(19)『体系』一四七頁。

(55) 兼子（一）・注(19)『体系』一四四頁。兼子の形成力概念と確認訴訟原型観との関係を指摘するものとして、三ヶ月章「民事訴訟の機能的考察と現象的考察——兼子一著「実体法と訴訟法」の立場をめぐって——」〔一九五八年〕『民事訴訟法研究第一巻』有斐閣（一九六二年）二六四頁、本間（義）・注(49)六六―六七頁参照。

(56) 兼子（一）・注(19)『体系』一六五頁。

(57) 「取消訴訟においても、訴訟物は形成要件であるという「不動のテーゼ」（鈴木・前掲論文・民事訴訟雑誌五号一三〇頁）が妥当している」（安念・注(47)七五一頁註(八)（七五四頁））。

(58) 今村成和「行政事件と司法の権能——「司法権の限界」に関する諸学説の検討——」〔一九六五年〕『現代の行政と行政法の理論』有斐閣（一九七二年）二〇六頁。

(59) 中田・注(51)『民訴法講座第一巻』一七一頁。ただし、同「形成判決の既判力」〔一九四〇年〕『訴訟及び仲裁の法理』有信堂（一九五三年）二一四―二二五頁はトーンが異なる。参照、鈴木（正）・注(11)論叢六七巻六号三八頁註⑩。

(60) 中田淳一「判批」〔一九五六年〕『民事訴訟判例研究』有斐閣（一九七二年）二〇九―二一〇頁。

(61) 中田・注(59)『訴訟及び仲裁の法理』二二―二三頁。
(62) 例えば兼子は形成力の及ぶ範囲を既判力のそれと同視し、第三者への一般的な拡張を認めない。兼子（一）・注(8)『研究第二巻』一〇三頁、同・注(51)『体系』三五―三五

二頁(三九四)。

(63) 鈴木(正)・注(32)論叢六七卷六号四六頁註⑬。これに對しては、「通常法律要件的效果という場合、判決の外在的存在に結びつけられる実体法上の效果であるのに対し、右条項「Ⅱ行訴法三三条」では判決の内容的效果が問題である」という批判がある(本間靖規「形成訴訟の判決効」新堂幸司編『講座民事訴訟⑥裁判』弘文堂(一九八四年)二九八頁)。

(64) 市原昌三郎「行政事件訴訟における判決の効力」『一橋大学創立八十周年記念論集(下)』勁草書房(一九五五年)二五七頁。同旨、同・注(11)一論三七卷三号二二三頁。

(65) 参照、近藤・注(6)『行政法講座第三卷』三三〇頁註(四)。

(66) 市原・注(11)一論三七卷三号二三四頁。

(67) 小山・注(16)『著作集第二卷』一五三—一五四、一六〇—一六一、一五二頁。引用文中の傍点は原文。

(68) 同右一六一頁によれば、「処分庁、処分の名宛人、処分内容(買取とか売渡しとか)、処分理由、処分をするのに必要な前提判断(事実の認定と法規の適用。違法原因たる瑕疵に該当する事実を含む)」が同一であるときに、再処分の違法取消性の主張は前処分についてのそれと同一と評価される(すなわち前訴判決の既判力を援用しうる)。

(69) 宮崎良夫「取消訴訟の訴訟物」『一九八七年』『行政争訟と行政法学』弘文堂(一九九一年)一九四頁も「特定の具体的な行政処分とは一応切り離された」違法性が訴訟物であるとする。

(70) この点につき、兼子が、取消判決の拘束力に類比しうる

上級審の裁判の拘束力は英米のように判例の一般的拘束力を認める法制のもとで「いわゆる大は小を兼ねる」として認められると述べていた(兼子(一)・注(8)『研究第二卷』八四—八五頁)のは、直観において鋭いものを含んでいたといえよう。ただし、田中英夫『英米法総論(下)』東京大学出版会(一九八〇年)四七七頁によれば、英米における先例拘束性の原理(doctrine of stare decisis)は、上級審の裁判の拘束力(law of the case)および既判力(res judicata)とは区別されなければならない。つまり、「先例の拘束性とは、ある事件についての判決でなされたある法律問題の解決が、後で起こった全然別の事件において同じ法律問題が争点となったときに先例として扱われ、後の事件でも、前と同じ解決がなされるべきだとされるということなのである」。なお、上級審の破棄判決の拘束力の法的性質については、遠藤功「差戻判決の拘束力(一)」『法学三四卷二号(一九七〇年)二五〇—二六七頁。ここでも既判力とは区別された特殊効力との説明が通説とされる(同/鈴木正裕・鈴木重勝編『注釈民事訴訟法(8)上訴』有斐閣(一九九八年)三五三—三五四頁)。

(71) 高橋宏志/鈴木正裕・青山善充編『注釈民事訴訟法(4)裁判』有斐閣(一九九七年)三三五—三三八頁、同『重点講義民事訴訟法(新版)』有斐閣(二〇〇〇年)五五八—五六一頁。

(72) 小山・注(16)『著作集第二卷』一五八頁。

(73) 同右。

(74) 本間(靖)・注(63)三〇四頁註(72)。

(75) 小山説にあつては、形成訴訟における請求(訴訟物)は「有を無に又は無を有にすべき旨の主張」すなわち形成の主張である(小山昇「訴訟物論」[一九六一年]『小山昇著作集第一巻 訴訟物の研究』信山社(一九九四年)三七頁)。これを取消訴訟に当てはめれば、行政処分の取消しの主張こそが請求(訴訟物)と捉えられるべきであろう。しかるに、「行政訴訟における請求と、民事訴訟における請求とを、統一的に概念構成することはその必要がない」(三六頁)。行政(処分取消)訴訟にあつては先に述べた法治主義・基本権の要請から、処分の違法性もまた訴訟物に含まれる。したがって、かかる訴訟物構成は「焦点が「形成ではなく」法適用上の判断にあるところにその特徴がある」(同・注(16))『著作集第二巻』一五五頁、傍点原文)。これに対し、「不適法婚に対しても、株主総会決議に対しても、裁判所が当事者の法適用上の判断を上級審的に review するという地位にあると解する根拠は見当らず、その訴訟物を取消しの要求に止めては足りないとはいえない」(同右)。結局、小山説は違法取消性概念においてすでに形成原因(形成要件)を訴訟物に据える理論の枠を超えていたといえるかもしれない。

(76) 竹下守夫/兼子一ほか『条解民事訴訟法』弘文堂(一九八六年)五九八頁註(10)、高橋(宏)・注(71)『注釈民訴法(4)』三三八頁、同・注(71)『重点講義』五六〇頁。

(77) 小島武司/石川明『同編『新民事訴訟法(補訂版)』青林書院(一九九八年)二五五頁は、「理論構成としては争点効によるのが簡明」とする(ただし念頭にあるのは株主総会決

議のくり返し)。確かに、当事者の平等や紛争解決への信頼を實質的根拠とする反復禁止効と、訴訟上の信義則・公平の理念に立脚する争点効とが、共通の側面をもつことは否定しがたい。しかし、判例(最判昭和四四・六・二四判時五六九号四八頁)が争点効を認めていない点を別にしても、やはり反復禁止効は争点効とは異質の制度であると考えざるをえない。なぜなら、争点効を正当化する根拠としての信義則ないし公平は、争うことが平等に可能であるという地位ないし権能を現実に行使して、自ら判決の基礎を作ったことに起因する。当事者間の責任を内容とするのに対し、反復禁止効のそれは、そのような地位ないし権能に直接由来する当事者間の責任としての既判力のそれと同質であるように思われるからである。反復禁止効が争点効であるとなると、例えば前訴において被告が欠席を続け処分の違法を実際に争わないで敗訴を招いた場合、当事者が主張立証を尽くすという争点効の要件に欠けるので反復禁止効は発生しないことになる。ところが、このような結論は反復禁止効の趣旨に悖ると思われる。実際に争われたか否かに関わらず、判決が処分を取り消すことをもって「一定の事実であるときは一定の処分は違法である」との判断に通用性が生じると構成する方が、紛争解決制度の实效性確保への配慮からも、適切であると考ええる。争点効と既判力の異同に関する説明は、新堂・注(43)『新民訴法』六〇三—六〇六頁による。

(78) 行政裁判所法施行後の最上級審の判例では、次のものがその旨を判示している。BVerwG Urt. v. 30. 8. 1962 BVerwGE 14, 359, 362; BVerwG Urt. v. 16. 7. 1963

BVerwGE 16, 224, 226; BVerwG Beschl. v. 15. 3. 1968 BVerwGE 29, 210, 213 f.; BVerwG Urt. v. 8. 12. 1992 BVerwGE 91, 256, 258. なお BVerfG Beschl. v. 31. 1. 1978 BVerfGE 47, 146, 165 f. 字説の詳細は後に検討するが、教科書・注釈書のレベルで結論のみを明示的に述べた文献として次のものを掲げよう。Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Berlin (1931), S. 309; Ule, S. 317; ders., Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2. Aufl., Köln u.a. (1962), S. 409; Schunck/De Clerck, VwGO, S. 650; Schenke, Rn. 629; Redeker/v. Oertzen, VwGO, § 121 Rn. 7, 10; Bader u.a., VwGO, § 121 Rn. 4, 18; Hufen, § 38 Rn. 32; Schmitt Glaeser/Horn, Rn. 114; Klaus Rennett, in: Eyermann, VwGO, § 121 Rn. 27; Lorenz, § 35 Rn. 36.

(6) Berthold Clausing, in: Schoch u.a., VwGO, § 121 Rn. 81; Dieter Leipold, in: Friedrich Stein/Martin Jonas (Begr.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 4. Bd., 1. Teilbd., 21. Aufl., Tübingen (1998), § 322 Fn. 288. 株主総会決議 (BGH Urt. v. 27. 9. 1956 BGHZ 21, 354) および労働契約上の解雇告知 (BAG Urt. v. 26. 8. 1993 BAGE 74, 143) のくり返し禁止も既判力の作用とされることにつき、Leipold, a. a. O., Rn. 209-211. なお、鈴木正裕「既判力」我妻栄編『ドイツ判例百選』[別冊ジュリー二二二号]有斐閣(一九九九年)一五六頁以下も参照。

(8) Steffen Deterbeck, Das Verwaltungsakt-Wiederholungsverbot, NVwZ 1994, S. 36; ders., Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im

Öffentlichen Recht, Tübingen (1995), S. 157. 取消訴訟の妨害排除的性格を指摘してこれに反対するのは Otto Bachof, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung [1951], 2. unveränderte Aufl., Tübingen (1968), S. 86 f., 140 (なお注(20)に対応する本文参照); Helmut Schmidt, Zum Streitgegenstand der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage, DÖV 1962, S. 493. なお、田頭章「権利保護形式としての形成訴訟の特質(二・完)——会社法上の形成訴訟を中心として——」六甲台三四巻四号(一九八八年)一八九頁をも参照。

(11) 同法の邦訳として、南博方・高橋滋訳「西ドイツ行政裁判所法」南博方編『条解行政事件訴訟法』弘文堂(一九八七年)一〇〇〇頁以下がある(ただし一九八五年一月六日現在のもの)。この訳文はその後の改正を織り込んだうえで、最高裁判所事務総局行政局監修『欧米諸国の行政裁判法制について』[行政裁判資料六九号]法曹会(一九九五年)一五頁以下に転載されている。本稿における引用は、同訳文を参照しつつも、基本的に引用者自身の訳である。

(12) 二号は一九九〇年の改正で付け加えられた規定である。六五条三項は、必要的参加人の数が五〇人に及ぶ場合に、一定期間内に申立てをした者のみの参加を許す旨裁判所が決定できると規定している。改正前の二二一条の条文は、「確定判決は、訴訟物に関して裁判された限りで、当事者およびその承継人を拘束する」というものであった。

(13) Clausing, in: Schoch u.a., VwGO, § 121 Rn. 1. ちなみに、田中二郎ほか『行政事件訴訟特例法逐条研究』有斐閣(一九

五七年) 四二七頁の雄川一郎発言をも参照。

- (84) Michael Kilian, in: Nomos-Komm. VwGO, § 121 Rn. 77 f. は、反復禁止効のドグマティッシュな根拠づけには困難があるとし、既判力の意義および目的と基本法 (Grundgesetz = GG) 二〇条三項 (「[...] 執行権および裁判権は法律および法に拘束される」) とにより説明する。
- (85) 民事訴訟法 (Zivilprozessordnung = ZPO) 三二二条一項は、「判決は、訴えまたは反訴により提起された請求について裁判された限りで、確定力 (Rechtskraft) を有する」と定める。ドイツ法においても《訴訟物 = 判決主文 = 既判力の客観的範囲》の定式 (注 (12)) は妥協する (Wolfgang Lücke, Zivilprozessrecht, 7. Aufl., München (1999), Rn. 360; Othmar Jauernig, Zivilprozessrecht, 27. Aufl., München (2002), S. 254)。⁹⁸ 歴史的には、霜島甲一「ドイツ民事訴訟法三二二条の前身——「請求権」概念の生成——」民訴八号 (一九六二年) 一〇八頁以下。
- (98) W. Lücke (Anm. 85), Rn. 352; Jauernig (Anm. 85), S. 246; 伊藤眞『民事訴訟法〔補訂第二版〕』有斐閣 (二〇〇二年) 四五二頁。
- (98) Rosenberg / Schwab / Gottwald (Anm. 34), S. 928; Peter Gottwald, in: Gerhard Lücke / Alfred Walchshöfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 1. Bd., München (1992), § 322 Rn. 46; Deterbeck (Anm. 80), Streitgegenstand, S. 116.
- (88) Clausing, in: Schoch u.a., VwGO, § 121 Rn. 26, auch Rn. 81.
- (88) Ebd., Rn. 54.
- (96) Ebd., Rn. 60 f.
- (16) クラウジンは法規の解釈適用にまで既判力が及ぶことはないという前提を認めておきながら (Clausing, a. a. O., Rn. 47)、『その結論がこれに反するとコッセンは批判する (Johannes Heinrich Gotzen, Das Verwaltungsakt-Wiederholungsverbot. Zu Umfang und Grenzen der Bindung der Verwaltung an rechtskräftige klagestatgebende Anfechtungsurteile, Diss. Bonn (1997), S. 62 f.)』。
- (96) Clausing, a. a. O., Rn. 60.
- (96) ショイナーの見解はクラウジンク説と相關する (Albrecht Zeuner, Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge, Tübingen (1959))。ショイナーによれば、ある具体的な形成対象の除去が目的は、そのような行為 (ein solcher Akt) なく、そのような法関係 (ein solches Rechtsverhältnis) がもはや存在しない法秩序を実現することにあるのだから、行政行為が既判力をもって取り消されると行政庁は同一事情の下で同一の相手方に対してそのような行為を行うことが許されないということが同時に確定される (S. 120. 強調原文)。
- この結論は、『先決関係を目的論的に拡張して判決理由中の判断に拘束力を生じさせようとする彼独自の法的意味連関 (rechtliches Sinnzusammenhang) の理論に立脚している点で (vgl. S. 13 f., 41 f., 54-57, 172 f.)』《訴訟物 = 判決主文 = 既判力の客観的範囲》の定式をその前提において放棄して

いるのであろう。上村明広「形成対象の繰返しと既判力」民商五五巻一号（一九六六年）四五頁はツォイナーに依拠する。木村・注(29)（一）民商七二巻二号（一九七五年）二八二—二八五頁も参照。

(94) Kopp, VwGO, § 121 Rn. 21. ただし、シェンケが補筆した第一版（一九九八年）以降この見解は改められた。「取り消された行政行為を行う官庁の権限の不存在の確定」に既判力が生ずるとの記述に変化はないが、シェンケはそれ以上の理論的説明を加えていない。Vgl. Kopp / Schenke, VwGO, § 121 Rn. 21.

(95) 注(78) 参照。

(96) また、Kopp, VwGO, § 121 Rn. 11 及び「この種の行政行為 (ein VA dieser Art) は許されなく」との確定が取消判決に含まれる」と述べる。この部分の論述のみからすれば、Dで取り上げる規律によって訴訟物を捉える見解に近いようにも見受けられる。しかし、ders., Der für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage maßgebliche Zeitpunkt bei verwaltungsgerichtlichen Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen, in: Hans-Uwe Erichsen u.a. (Hrsg.), Festschrift für Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburtstag. System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Köln u.a. (1985), S. 700 及び「行政行為によって具体化されることのできる、行政庁の市民に対する請求権が存在するかどうか」という問題は、取消訴訟の審理とは関係がないとする。

(97) BVerwGE 16, 224, 226 (Anm. 78).

(98) Vgl. Ulrich Joeres, Die Rechtsstellung des notwendig Beigeladenen im Verwaltungsstreitverfahren, Berlin (1982), S. 86; Gotzen (Anm. 91), S. 57.

(99) Kopp, VwGO, § 113 Rn. 9, § 121 Rn. 21 (S. 1610); ebenso ders./Ferdinand J. Kopp, Grenzen der Rechtskraftwirkung von Urteilen aufgrund von Anfechtungsklagen, NWZ 1994, S. 5. 他に同旨の文献として ders. (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung. Rechtsprechung der Obergerichte, 5. Aufl., München (1991), S. 75 f. なども見だが、参照しえなかった。

(100) Kopp, VwGO, § 113 Rn. 9, 93.

(101) Vgl. Klaus Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit, 7. Aufl., München (1995), Rn. 283.

(102) 「『憲法異議が認容される場合』連邦憲法裁判所は同時に、異議を申し立てられた措置をくり返すことはおしなべて基本法の侵害となることを宣言することができる」。

(103) 「税務官庁は、『行政行為の』取消の根拠となつた法的判断および新たに知られた事実または証拠方法が異なる判断を正当化する限りで、事実上の判断に拘束される」。

(104) Peter Schlosser, Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, Bielefeld (1966), S. 409 ff., bes. 414 f., 417-419. 同書の紹介として、鈴木正裕・民訴二三号（一九六七年）三〇九頁以下。

(105) Wolfgang Teufel, Die Bindung der Verwaltung an ein der Anfechtungsklage statgebendes verwal-

tungsgerichtliches Urteil, Diss. Frankfurt a. M. (1972), S. 110 ff., bes. 110 f., 122-125.

(96) Vgl. Holger Jacobi, Spruchreife und Streitgegenstand im Verwaltungsprozess, Frankfurt a. M. u. a. (2001), S. 215 bes. Fn. 850.

(107) 訴訟物に関する文献は、特にドイツにおいて、汗牛充棟の観を呈するほど存在する。しかし、本稿においてそれらすべてを逐一検討することは可能でも必要でもない。本稿では、反復禁止という観点から訴訟物を論じた文献のみを検討の対象とする（ただし、その検討ももとより網羅的ではない。なお、注(108)参照）。したがって、本稿における結論の射程もおのずと限定されることに注意が必要である。日本では、先駆的な業績として村上（義）・注(31)、村井正「抗告訴訟の訴訟物——抗告訴訟の法的構造（Ⅰ）——」論叢七一巻六号（一九六二年）六一頁以下、金子芳雄・木村弘之亮「抗告訴訟の訴訟物」法研四五巻二号（一九七二年）二四七頁以下、近時の簡単な整理として岡田正則「行政訴訟における取消訴訟の訴訟物——違法性一般説の帰結——」佐藤英善・首藤重幸編『新井隆一先生古稀記念行政法と租税法の課題と展望』成文堂（二〇〇〇年）六一―一頁がある。

(108) 訴訟物の構成としては、権利主張または訴訟上の請求の二通りの表現が考えられるが、反復禁止の基礎づけという文脈では、当該係争行政行為を超えてそこにおいてなされる規律によって訴訟物が同定されることこそが肝要なのであり、どちらの表現によるかは重要な問題ではない。以下においても訴訟物の表現の違いにはこだわらずに議論を進める。この

点に「*vgl. Gotzen (Anm. 91), S. 56. なお、前述した小山の『違法取消性』の観念をも想起せよ（本節2B）。*」

(109) Deterbeck (Anm. 80), Streitgegenstand, S. 158 f. 強調原文。ほむ同旨 Gotzen (Anm. 91), S. 56-61.

(110) Deterbeck (Anm. 80), Streitgegenstand, S. 46-49, 73-76, 86 f.; Gotzen (Anm. 91), S. 59.

(111) 一分肢説を代表するシュヴァブと二分肢説の嚆矢となったハーブシャイトの所説については新堂幸司「訴訟物の再構成——給付の訴えと確認の訴えを手がかりとして——」『一九五八―五九年』『訴訟物と争点効（上）』有斐閣（一九八八年）三五―五〇頁参照。

(112) Jaernig (Anm. 85), S. 154-157; W. Lücke (Anm. 85), Rn. 162 f.; Gerhard Lücke, in: MüKo-ZPO (Anm. 87), Vorb. § 253 Rn. 31-33; Rosenberg/Schwab/Gottwald (Anm. 34), S. 532 f.; Deterbeck (Anm. 80), Streitgegenstand, S. 38-41, 70-73; Rennert, in: Eyermann, VwGO, § 121 Rn. 23-26. 日本語では、松本博之・上野泰男『民事訴訟法（第二版）』弘文堂（二〇〇一年）一三二―一三四頁（240）参照。

(113) 田中（二）・注(17)『司法権の限界』八二頁、傍点引用者。このことは同書八二頁註（一）が白石およびリュケ（後述（二）参照）の見解を参照することからも示唆される。

(114) 同右八四頁。ただし、注(17)参照。

(115) BVerwGE 14, 359, 361 f. (Anm. 78). ①②の番号および傍線は引用者が付加した。

(116) Gerhard Siegmund-Schultze, Zum Streitgegenstand

- bei der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage, in: Studien über Recht und Verwaltung (Carl Hermann Ule zum sechzigsten Geburtstag), Köln u.a. (1967), S. 129-131.
- (117) 白石・注(9)『岩松還暦』四三九—四四〇頁。
- (118) 岡田／Günther Barbey, Bemerkungen zum Streitgegenstand im Verwaltungsprozeß, in: FS-Menger (Anm. 96), S. 188 Fn. 47.
- (119) もっとも「ジークムント・シュルツェによれば」これを原告側からみれば処分の違法性(の主張)ということになり、伝統的な訴訟物の構成と齟齬しないのだという(Siegmund-Schultze (Anm. 116), S. 130)°。この点は、白石説も反対の趣旨ではないと思われる(白石・注(10)『岩松還暦』四四六頁)。
- (120) Bachof (Anm. 80), S. 55 f.
- (121) Eduard Böttcher, Besinnung auf das Gestaltungsrecht und das Gestaltungsrecht, in: Ernst von Caemmerer u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans Dölle, Vom Deutschen zum Europäischen Recht, 1. Bd., Tübingen (1963), S. 59-67. (紹介として「本間義信・民訴一二号(一九六六年)二〇六頁以下」)。それに対して「シュロツサーは処分権者の権限は先決関係であって」これを訴訟物に含ましめるベティヒャー説は伝統的訴訟物概念から乖離すると批判する(Schlösser (Anm. 104), S. 419 f.)°。
- (122) Werner Niese, Über den Streitgegenstand der Anfechtungs- und Vornahmeklagen im Verwaltungsprozeß, JZ 1952, S. 353 f. 強調原文°。なお参照
- 白石・注(9)『岩松還暦』四五三頁註(二四)°。
- (123) Niese (Anm. 122), S. 355 f. 参照「小早川・注(35)『構造分析』二六—二七頁」。
- (124) Joeres (Anm. 98), S. 84 f.
- (125) Ebd., S. 85-87. イェハンスは「先に引いたBVerwGE 16, 224 (Anm. 78)を批判する」°。
- (126) Gerhard Lüke, Der Streitgegenstand im Verwaltungsprozeß, JuS 1967, S. 4. 同旨「ゲルハルト・リュケ／中野貞一郎訳「行政訴訟における訴訟物と判決の効力」民訴一二号(一九六七年)三二—三四頁」。
- (127) G. Lüke (Anm. 126), S. 5 f. リュケ・注(126)三五—三九頁°。
- (128) 直前のリュケの引用にある通り、原告は取り消してもらいたい行政処分を示せば訴訟対象を特定したことになるのであり、現にドイツの裁判実務はそうに扱っている。木佐茂男『人間の尊厳と司法権』日本評論社(一九九〇年)三二九、三五八頁。あわせて、同書一五—一七頁の紹介する「訴状」の実例をも参照°。
- (129) わが国では三ヶ月章が救済訴訟と呼ばれる独自の訴訟類型に二分肢説を導入している。彼によれば、取消訴訟は、再審の訴えなどと同様、その性質は行政処分の違法を確定する確認作用と公定力を覆すための形成作用とを併せもった救済訴訟という訴訟類型である(三ヶ月章「執行に対する救済」「一九五五年」『民事訴訟法研究第二巻』有斐閣(一九六二年)六二頁、同「訴訟物再考」「一九七二年」『民事訴訟法研究第七巻』有斐閣(一九七八年)四九頁註(六))。かかる訴

- 訟類型は、違法な国家権力の行使が先行し私人がそれによって拘束されている状態から法が認めている事由を主張して解放を求めるというところに、二分肢的訴訟物概念を適用する基礎がある（同『民事訴訟法（第三版）』〔法律学講座双書〕弘文堂（一九九二年）一二九—一三〇頁）。ただし、彼は反復禁止の理論的基礎づけという問題には関心を示していない。すなわち、三ヶ月は第三者異議の訴えで原告勝訴後の同一債務名義にもとづく同一物への再度の執行は既判力により封ぜられないと説く（三ヶ月・前掲『研究第二巻』七一頁註（一））。この点、いわゆる命令訴訟に立つ竹下守夫が、第三者異議訴訟の請求認容判決は「当該種類の執行一般」の違法を確定すると説くのと異なる（竹下守夫「第三者異議訴訟の構造——執行関係訴訟の体系的位置付けに関する一試論——」〔一九七七年〕『民事執行における実体法と手続法』有斐閣（一九九〇年）三五六頁）。もともと三ヶ月も、第三者異議訴訟請求認容判決は実体関係の確定に既判力が生じるとする（三ヶ月・前掲『研究第二巻』七二頁註（二））。
- (130) 我妻栄『新訂民法総則』岩波書店（一九六五年）二二〇頁〔二六三〕。注（6）に引用した近藤説が「法律関係」に「Sachverhalt」という原語を付している点にも注意せよ。
- (131) Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., München (1999), § 9 Rn. 6.
- (132) 小早川光郎「行政行為」山田幸男ほか編『演習行政法（上）』青林書院新社（一九七九年）一三六頁は「法的規律」をパラフレーズして「法律関係の規律」、「権利義務に関する規律」または「法律効果の発生」といってもよい」と述べる。

る。

- (133) Paul Stelkens / Ulrich Stelkens, in: Stelkens u.a., VwVfG, § 35 Rn. 82; Paul Stelkens / Heribert Schmitz, in: a. a. O., § 9 Rn. 98.
- (134) このような見方の代表は行政行為を「法源 (Rechtsquelle)」とみる見方である (Hans Meyer, in: Meyer / Borgs, VwVfG, § 35 Rn. 5)。行政行為の規律としての性格に着目する静態的な法源論と、措置としての性格に着目する動態的な法形式論との区別につき、山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査——ドイツ（上）」ジュリー二三八号（二〇〇三年）九七—九八頁参照。
- (135) 規律概念に一方性の要素を含める見解もありうる (Hans J. Wolff / Otto Bachof / Rolf Stober, Verwaltungsrecht, 2. Bd., 6. Aufl., München (2000), § 45 Rn. 43. 塩野宏「行政事件訴訟法改正論議管見」〔一九九六年〕『法治主義の諸相』有斐閣（二〇〇一年）三二二頁、同『行政法Ⅰ（第三版）』有斐閣（二〇〇三年）一二二—一二三頁はこの意味で「規律（権）力」なる概念を語る）。一方性とは、契約等の法律行為から行政行為を区別するためのメルクマールであるが、契約との相違を強調すると同時にその共通性をも視野に収めて分析をするためには、規律概念に一方性という要素を含めない用法が有益であると考えられるので、本稿ではこの見解に従わない（公法上の契約にも行政行為におけると同様の意味の規律が認められることにつき、Hans Meyer, in: Meyer / Borgs, VwVfG, § 54 Rn. 4; Walter Pauy, Grundlagen einer Handlungsformenlehre im

Verwaltungsrecht, in: Kathrin Becker-Schwarze u.a. (Hrsg.), Wandel der Handlungsformen im Öffentlichen Recht, Stuttgart u.a. (1991), S. 33)。¹³⁶ マウラーは一方性の要素を官庁の行為である点に求める (Maurer (Ann. 131), § 9 Rn. 25)。¹³⁷

(136) 例えば白石における公定力の把握を想起せよ (本節 2 A (一)、3 D (二))。

(137) 小早川光郎『行政法(上)』弘文堂(一九九九年)二六八―二六九頁で「手続法的公定力概念」と呼ばれているもの。塩野・注(135)『法治主義の諸相』三二二頁にいう通用力も同旨。

(138) このことを鋭く指摘するのが、小早川光郎「抗告訴訟の本質と体系」雄川一郎ほか編『現代行政法体系 4 行政訴訟 I』有斐閣(一九八三年)一三九頁である(「一般的にいえば、それら『抗告訴訟的諸制度』は、行政作用に関して裁判所の正式訴訟手続を経ない決定とその執行が許容されるという事情のもとで、それにもかかわらず行政作用における訴訟手続の優越を確保するという意義を有し、かつ、前述のようにに民事訴訟の方法による行政活動の統制について制約が存することと表裏の関係に立つ制度である」)。また、塩野・注(135)『行政法 I』一二七頁は、「なぜ行政行為が介入するときには、原因行為である当該行政行為を攻撃せよというシステムをとったのか」は明らかではないと述べる(同旨、森田寛二「公定力の根拠」成田頼明編『行政法の争点(初版)』有斐閣(一九八〇年)八四頁以下)。仲野武志「公権力の行使概念の研究(五)」法協一二〇巻二号(二〇〇三年)三一

六―三二〇頁はこの問題に対する理論的な解答の試みである。「形成訴訟の排他性の根拠は、単なる立法政策にあるのではな」く、処分が介入する場合には「論理的」に取消訴訟が排他性をもつとする思考(三一九頁)は本稿の立場と軌を一にするように思われる。もつとも、仲野のいう実体法の「客観的構成」はさしあたり本稿の関心の外にあり、仮に「拘束力は、被差戻審に対する羈束力(裁判所法四条、民訴三二五条)と同様、同一事件手続内における審級秩序(処分↓取消判決↓再処分)に由来する」(三三六頁)のだとしても、このことの解釈論上の帰結が明らかでない以上(四二)、この見解に対しては距離を置かざるをえない。仲野は既判力説に對して否定的である(三四九頁註(145)、三六一頁註(255))。

(139) 塩野・II六四頁。

(140) 宇賀・注(21)『国家補償法』六一―六四頁は取消原因としての違法性をこのように理解することを前提とする。

(141) 小早川・注(137)『行政法(上)』一三七頁。

(142) 遠藤・注(30)三五―一頁が、「処分、強制の両段階における行政の先攻と、争訟段階における私人の後攻という行政法の全体構造からみても、行政に先攻の特権が認められる反面において最終的な確定判決が下された以上は、これを尊重し、過誤をただし、過誤をあらため、同一過誤をくりかえさないことが、法治主義の原則から行政に要求されるものというべきであろう」と述べるのは、基本的に本文の趣旨に合致すると思われる。抗告訴訟を刑事訴訟と類比させつつ「紛争の主題が、行政処分の法適合性という、被告の行動糾弾型で構成

される訴え」と捉える中川丈久「行政事件訴訟法の改正——その前提となる公法学的営為——」公法六三号（二〇〇一年）一三三頁およびそれに同調する亙理格「行政訴訟の理念と目的」ジュリー一三三四号（二〇〇二年）八頁以下も同旨か。なお、注(122)に引用したニーゼの見解をも参照せよ。

- (143) 日本の学説はこの点において一致がある（参照、藤田宙靖『第四版行政法Ⅰ（総論）』青林書院（二〇〇三年）四四四頁。芝池・注(25)は訴訟物論に冷淡な態度をとるも（iii頁）、この点を否定しない（六一頁））。ドイツにおいても、Kopp / Schenke, VwGO, § 90 Rn. 8; Jacobi (Ann. 106), S. 214 f., 234 は明示に同旨を述べる。

- (144) 塩野・II六五頁。同書六六頁は原状回復機能と適法性維持機能が取消訴訟の中核であるとする。

- (145) 参照、注(33)（三ヶ月旧説、ベティヒャー旧説）。

- (146) 小早川光郎「処分の取消しと拘束力」法教一六六号（一九九四年）一二二頁。なおフランス法においても同様の理論構成が可能であることにつき、同「取消判決の拘束力——越権訴訟における取消の観念に関する一考察——」【一九七六年】注(35)『行政訴訟の構造分析』二一七—二二二、二二三、二二二—二二三頁参照。

- (147) 義務づけ訴訟を明文で認める法制（ドイツ）とそうでない法制（日本）とを単純に比較する意味があるのかという批判はむろんありうる。しかし、おそらく拒否処分の性質をいかに理解するかという問題（参照、小早川・注(35)『構造分析』四頁註(2)）と密接に関係するが、義務づけ訴訟と申請拒否処分取消訴訟との差異は少なくとも機能的にはそれほど大きくない（山本隆司『行政上の主観法と法関係』有斐閣（二〇〇〇年）四八八頁。Vgl. auch Christian-Friedrich Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen (1954), S. 163, 193 f.）という前提に立って議論を進める。なお参照、田中真次「拒否処分に對する抗告訴訟について」曹時七卷一一号（一九五五年）一三一頁以下。反対、雄川・注(15)『行政争訟法』七三頁註(11)。

- (148) Paul Stelkens / Ulrich Stelkens, in: Stelkens u.a., VwVfG, § 35 Rn. 56; Dietmar Jansen, in: Obermayer, VwVfG, § 35 Rn. 61; Jost Pietzcker, in: Schoch u.a., VwGO, § 42 Abs. 1 Rn. 96; Maurer (Ann. 131), § 9 Rn. 48.

- (149) Schmitt Glaeser / Horn, Rn. 289, 304. Vgl. auch Ule, S. 154; Hufen, § 13 Rn. 8. 論者により用語法が異なることについては、雄川・注(15)『行政争訟法』五六頁註(三)を参照。塩野宏「無名抗告訴訟の問題点」【一九八三年】『行政過程とその統制』有斐閣（一九八九年）三〇八—三〇九頁は前者を「申請満足型義務づけ訴訟」、後者を「直接型義務づけ訴訟」と呼ぶ。

- (150) 日本では Verpflichtungsurteil が単に「義務づけ判決」と訳され、Bescheidungsurteil には「指令判決」という訳語があてられることが多かった（すでに阿部泰隆「義務づけ訴訟論」【一九七七年】『行政訴訟改革論』有斐閣（一九九三年）二八五頁、野村武司「西ドイツ義務づけ訴訟と現代行政（二・四・完）——裁量統制に着目して」自研六四卷一一号（一九八八年）一二二頁以下、六五卷二号（一九八九年）一

一〇頁以下、三号(同)一〇〇頁以下、四号(同)一〇一頁以下、山本(隆)・注(147)『主観法と法関係』三五〇頁等)。
Beschheidungsurteil という名称は、行政裁判所法一二三条五項の「裁判所の法解釈を尊重して原告に決定をなす、(den Kläger unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu *bescheiden*)」(強調引用者)という文言に由来するが、これを指令判決と訳したのでは誰に対して何を指令するのか意味がよくわからない。そもそもドイツ語の *bescheiden* に指令という意味合いはないし、*bescheiden* の目的語は行政庁ではなく原告である。義務づけと指令とのニュアンスの差も不明瞭である。したがって、*Beschheidungsurteil* の訳語としては、直訳であるが「応答判決」とか「決定判決」のような訳語が一応考えられる。しかし、両判決はともに *Verpflichtungsklage* (義務づけ訴訟) において下される判決の形式であることに鑑みて、本稿ではむしろ判決内容を直截に表現するよう⁹¹⁾ *Verpflichtungsurteil* を「特定行為義務づけ判決」と、*Beschheidungsurteil* を「再決定義務づけ判決」と訳すことにした。(山本(隆)・注(134)シニリー一二三八号九一頁は、後者に「再決定判決」の訳をあてる)。両者を包含する概念として「(広義における)義務づけ判決」という語を用いることもある。

(91) Vgl. Matthias Wehr, *Versagungsgegenklage und ablehnender Verwaltungsakt*, Jura 1998, S. 576.

(92) Christian - Friedrich Menger, *Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht*, VerwArch. 54 (1963), S. 202; Ernst - Günther Richter, *Ist das*

Verwaltungsgericht verpflichtet, eine Sache der Leistungsverwaltung spruchreif zu machen (§ 113 Abs. 4 VwGO)?, DVBl. 1960, S. 885 ff.; Klaus Rennert, in: Eyermann, VwGO, § 121 Rn. 28; Kopp / Schenke, VwGO, § 90 Rn. 9.

(93) Deterbeck (Anm. 80), *Streitgegenstand*, S. 206; Berthold Clausung, in: Schoch u.a., VwGO, § 121 Rn. 63; Kopp, VwGO, § 90 Rn. 9; Redeker / v. Oertzen, VwGO, § 113 Rn. 38 (anders aber § 121 Rn. 7); Schmitt Glaeser / Horn, Rn. 290 (anders aber Rn. 113).

(94) Ule, S. 217.

(95) Hufen, § 10 Rn. 10, § 15 Rn. 3; Schmitt Glaeser / Horn, Rn. 113.

(96) Schenke, Rn. 611.

(97) Wehr (Anm. 151), S. 577.

(98) Ule, S. 154; Hufen, § 15 Rn. 1; Schmitt Glaeser / Horn, Rn. 288; Lorenz, § 16 Rn. 1.

(99) Kopp (Anm. 96), in: FS - Menger, S. 705; Michael Gerhardt, in: Schoch u.a., VwGO, § 113 Rn. 66 Fn. 307; Jörg Schmidt, in: Eyermann, VwGO, § 113 Rn. 45; Ule, S. 302; Schmitt Glaeser / Horn, Rn. 525, 528; Lorenz, § 34 Rn. 61.

(99) Schmitt Glaeser / Horn, Rn. 291. なお、Kopp / Schenke, VwGO, § 113 Rn. 232 は、それ「違法な理由について申請が拒否されたにも拘らず正当な理由に差替えられたことにより義務づけ請求が棄却される場合、正当な利益があ

れば一一三条一項四文（「行政行為が撤回その他によってあらかじめ処理されてしまった場合、原告が確認を求める正当な利益を有するならば、裁判所は、申立により、判決をもって行政行為が違法であったことを宣告する。」）を類推して拒否処分の違法確認ができるとする。同旨 Schenke, Rn. 853.

(19) Deterbeck (Anm. 80), Streitgegenstand, S. 209 bes. Fn. 254.

(20) Schmidt, in: Eyermann, VwGO, § 113 Rn. 33 (S. 906), Rn. 36.

(21) BVerwG Urt. v. 17. 12. 1954 BVerwGE 1, 291, 296. 同旨 Karl August Bettermann, Die Verpflichtungsklage nach der Bundesverwaltungsgerichtsordnung, NJW 1960, S. 651; Kopp / Schenke, VwGO, § 113 Rn. 179; Deterbeck (Anm. 80), Streitgegenstand, S. 210 f. bes. Fn. 260. 反対 Schunck / De Clerck, VwGO, S. 627. 拒否処分取消しは義務づけ判決を履行する行政庁の任務であって、判決により取り消されるべきものではない。Ule, S. 154.

(22) BVerwG Urt. v. 17. 11. 1972 BVerwGE 41, 178, 182; Lorenz, § 16 Rn. 6.

(23) Redeker / v. Oertzen, VwGO, § 113 Rn. 38; Deterbeck (Anm. 80), Streitgegenstand, S. 211.

(24) Joeres (Anm. 98), S. 90 f.; Deterbeck (Anm. 80), Streitgegenstand, S. 207 f.

(25) W. Lüke (Anm. 85), Rn. 367; Jauernig (Anm. 85), S. 257.

(26) 小早川・注(2)『行政法を学ぶ』100頁。

(27) Redeker / v. Oertzen, VwGO, § 121 Rn. 10; Rennert, in: Eyermann, VwGO, § 121 Rn. 22; Kopp / Schenke, VwGO, § 121 Rn. 21 (S. 1798); Clausing, in: Schoch u.a., VwGO, § 121 Rn. 81; Michael Kilian, in: Nomos-Komm. VwGO, § 121 Rn. 72.

(28) 阿部・注(1)『注釈行訴法』三二頁、岡光・注(2)『条解行訴法』七七三頁、村上(敬)・注(2)『注解行訴法』四二四頁、塩野・二一四七—一四八頁。

(29) Deterbeck (Anm. 80), NVwZ 1994, S. 35; Bader u.a., VwGO, § 121 Rn. 18.

(30) 一項「裁判所は、事実関係を職権で調査する。その際、当事者を関与させなければならない。裁判所は、当事者の陳述および証拠の申出に拘束されない」。二項以下略。

(31) 一項「裁判所は手続の全結果から得られた自由な心証にもとづいて裁判をなす。判決には、裁判官の心証にとって主導的な理由を付さなければならない」。二項略。

(32) 一九七六年に制定された行政手続法四五条二項は、当初行政行為に理由付記の不備があった場合の追完(Nachholen der Begründung)は「前置手続の終結まで、または前置手続が行われなかったときには行政訴訟の提起までに限りなすことができる」と定めていた(邦訳は高木光「ドイツ行政手続法」[一九八八年]『技術基準と行政手続』弘文堂(一九九五年)一五〇頁による。強調引用者)。したがって、この規定が訴訟内での理由の追加・差替えを制限しない禁止するかどうか問題となった(vgl. Friedrich K. Schoch, Nachholen der Begründung und Nachschieben von

- Gründen, DÖV 1984, S. 402-404; Jürgen-Johann Rupp, Nachschieben von Gründen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, Heidelberg (1987), S. 13-19. 日本語では「交告尚史『処分理由と取消訴訟』勁草書房(二〇〇〇年)一五二―一五七頁に詳しい)。しかし、一九九六年に改正された同条項は、「行政裁判手続の終結まで」(傍点引用者)なすことができる」と定め、問題は立法的に解消された(vgl. Schmidt, in: Eyermann, VwGO, § 113 Rn. 22 (S. 901); Michael Sachs, in: Stelkens u.a., VwVfG, § 45 Rn. 45; Wolfgang Schafer, in: Obermayer, VwVfG, § 45 Rn. 24)°。現在の通説は、大要以下のように解して、「理由の追完と理由の追加・差替えとは概念上も法律上も無関係とみている。すなわち、行政手続法三九条における理由付記の要請が処分時に満たされていなければ処分は形式的瑕疵を帯びるが、争訟手続内で追完されることによって瑕疵が治癒されるかというのが前者の問題である。それに対し、後者は、形式的には適法な理由付記が実体的に誤っていた場合に、訴訟内で実体的に正しい理由に差し替えることができるかという問題である。なお参照、高木・前掲一九一頁、海老沢俊郎「処分理由の差替えと理由付記」[一九九〇年]『行政手続法の研究』成文堂(一九九二年)四六三頁、八木良一「福井章代／司法研修所編『ドイツにおける行政裁判制度の研究』」[司法研究報告書五一輯一号]法曹会(二〇〇〇年)三三頁。
- (175) Hans-Detlef Horn, Das Nachschieben von Gründen und die Rechtmässigkeit von Verwaltungsakten, Verv. 25 (1992), S. 228-230 は「その根拠として」「裁判所は法を知る(iura novit curia)」の法格言「職権主義」訴訟経済を挙げ⁸⁰。
- (176) BVerwG Urt. v. 15. 6. 1971 BVerwGE 38, 191, 195. Vgl. auch Ule, S. 307 f.; Maurer (Anm. 131), § 10 Rn. 40; Hufen, § 24 Rn. 22; Gerhardt, in: Schoch u.a., VwGO, § 113 Fn. 112; 秋山義昭「取消訴訟における処分理由の追完」北法二七卷三・四号(一九七七年)七一二頁、海老沢・注(174)四六六―四六八頁。
- (177) 行政手続法四七条は「轉換(Umdeutung)の要件を定め⁸⁰。UmdeutungとKonversionは同じ意味で用いられる(Peter Nikolaus Wirth, Umdeutung fehlerhafter Verwaltungsakte, Frankfurt a. M. u.a. (1991), S. 13)°。
- (178) Hans-Werner Laubinger, Die Umdeutung von Verwaltungsakten, VerwArch. 78 (1987), S. 217. Vgl. auch BVerwG Urt. v. 19. 8. 1988, DVBl. 1988, 1161, 1162.
- (179) Horn (Anm. 175), S. 232 f.
- (181) Felix Weyreuther, Zur richterlichen Umdeutung von Verwaltungsakten, DÖV 1985, S. 128; Sachs, in: Stelkens u.a., VwVfG, § 45 Rn. 49.
- (181) Hermann Hill, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, Heidelberg (1986), S. 256; Paul Stelkens/Heribert Schmitz, in: Stelkens u.a., VwVfG, § 9 Rn. 102.
- (182) Klaus Obermayer, Dogmatische Probleme des Verwaltungsverfahren, in: Walter Schmitt/Glaeser (Hrsg.), Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des

- Richard Boorberg Verlags. Verwaltungsverfahren, Stuttgart u.a. (1977), S. 128 f.; Joachim Martens, Die Praxis des Verwaltungsverfahrens, München (1985), Rn. 90; P. Stelkens / Schmitz, in: Stelkens u.a., VwVfG, § 9 Rn. 98; Magnus Riedl, in: Obermayer, VwVfG, Vorb. § 9 Rn. 3-6; Kopp / Ramsauer, VwVfG, Rn. 24. 以下 Hill, a. O. (Anm. 181).
- (82) Wolf-Rüdiger Schenke, Das Nachschieben von Gründen im Rahmen der Anfechtungsklage, NVwZ 1988, S. 4.
- (83) Redeker / v. Oertzen, VwGO, § 108 Rn. 29; Willy Spannowsky, in: Nomos-Komm. VwGO, § 113 Rn. 89 f.
- (84) Gerhardt, in: Schoch u.a., VwGO, Vorb. § 113 Rn. 17; Schmidt, in: Eyermann, VwGO, § 113 Rn. 21. かなる「ドグマ」を批判的な Albert von Mutius, Gerichtsverfahren und Verwaltungsverfahren, in: FS-Menger (Anm. 96), S. 575 ff. において厳格に縛られた処分の場合にのみ裁判所の事実成熟義務を否定する趣旨はなからざる (S. 603)。
- (85) BVerwG Urt. v. 4. 3. 1960 BVerwGE 10, 202, 204. Vgl. Gerhardt, in: Schoch u.a., VwGO, § 113 Rn. 66; Schmidt, in: Eyermann, VwGO, § 113 Rn. 39; Geiger, in: Eyermann, VwGO, § 86 Rn. 12; auch Redeker / v. Oertzen, VwGO, § 108 Rn. 35; Spannowsky, in: Nomos-Komm. VwGO, § 113 Rn. 240 f. 理由の追加・差替えも義務づけられる (Spannowsky, a. a. O., Rn. 259)。
- (187) ただし、例外的に高度に複雑な専門技術的判断を要する場合には、事実の成熟を導くことを断念して専門技術的行政手続に要件の存否の認定を委ねることが許され、再決定義務づけ判決がなされる (BVerwG Urt. v. 14. 4. 1989 DVBl. 1989, 1050. Vgl. Gerhardt, in: Schoch u.a., VwGO, § 113 Rn. 69)。
- 「一九九〇年の第四次行政裁判所法改正法 (4. VwGO-ÄndG) により新設された行政裁判所法一三条三項 (「裁判所はなるなる事実の解明が必要であると判断する場合には、性質および範囲に応じてなお必要な調査が重要であり当事者の利益を考慮して有益である限り、本案について自ら裁判することなく、行政行為および異議審査決定を取り消すことができる」) が義務づけ訴訟にも準用・類推適用されるかどうかという問題がある。これを肯定する場合には、羈束処分の場合にもたらなる事実の解明が必要ならば、事実の成熟を否定し再決定義務づけ判決を下すことが可能となる」。
- 肯定説 (Schmidt, in: Eyermann, VwGO, § 113 Rn. 40; Marcus Hödl-Adick, Die Bescheidungsklage als Erfordernis eines interessengerechten Rechtsschutzes, Berlin (2001), S. 198-208) によれば (Redeker / v. Oertzen, VwGO, § 113 Rn. 24; Paul Stelkens, Das Gesetz zur Neuregelung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens (4. VwGO-ÄndG) - das Ende einer Reform?, NVwZ 1991, S. 209, 217; Gerhardt, in: Schoch u.a., VwGO, § 113 Rn. 55, 68; Kopp / Schenke, VwGO, § 113 Rn. 166, 197 f.) によ分かれるが、肯定説に立つ場合、紛争の一回的解決という義務づけ訴訟のメリットは少なからず後退するように思われる。

(188) 「行政庁が一一三条一項二文および五項ならびに一二三条の定める場合に判決においてまたは仮命令において自己に課された義務を履行しない場合、第一審裁判所は行政庁に対し申立てにもとづき期限を定めて二千ドイツマルクに至るまでの強制金を課すことを警告し、効果なく期限を徒過した場合にはこれを確定し、職権で執行することができる。強制金の賦課はくり返し警告し、確定し、執行することができる」。

(31) Schmidt, in: Eyermann, VwGO, § 113 Rn. 41; Spannowsky, in: Nomos-Komm. VwGO, § 113 Rn. 91. 理由の追加・差替えは許されない (Spannowsky, a. a. O., Rn. 260)。

(190) 第一文「行政庁が自己の裁量にもとづいて活動することが授權されている場合には、裁判所は、行政行為または行政行為の拒否もしくは不作為が、裁量が法律の限界を越えまたは授權の目的に適合しない方法で行使されたという理由により違法となるかどうかについても、審査する」(第二文は後述)。

(191) 無瑕疵裁量行使請求権 (vgl. Hans J. Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober, Verwaltungsrecht, 1. Bd., 11. Aufl., München (1999), § 31 Rn. 54 f.; Maurer (Anm. 131), § 8 Rn. 15) が実体法上の基礎をなす。

(32) Redeker/v. Oertzen, VwGO, § 113 Rn. 40; Kopp/Schenke, VwGO, § 113 Rn. 195, 198.

(33) BVerwG Urt. v. 3. 3. 1987 BVerwGE 77, 75, 78; ebenso Schmidt, in: Eyermann, VwGO, § 113 Rn. 42. もともと、野村・注(150) (四・完) の分析によれば、「裁判所は事案の成

熟を「…」(ア) 訴訟手続上の「事案の成熟」の問題、(イ) 要件充足の際の事案の成熟の問題、(ウ) 職務行為の内容における事案の成熟の問題の三段階に区分し、(ア) および(イ) を原則として要考慮事項をめぐる事実認定の問題として裁判所の責任に帰し、(ウ) を行政庁の責任、従って行政裁量に委ねている」(自研六五巻四号一二二頁)。

(194) Gerhardt, in: Schoch u.a., VwGO, § 113 Rn. 71; Kopp/Schenke, VwGO, 11. Aufl., § 113 Rn. 207.

(195) 日本語でこの改正に触れるものとして、ギュンター・ゲンチュ/山本隆司訳「ドイツにおける行政法上の権利保護——立法・裁判に見る最近の発展」自研七四巻三号(一九九八年)二二頁、小原清信「一九九六年ドイツ行政裁判所法改正について」久留米三八号(二〇〇〇年)一二九—一二一頁。

(196) Rennert, in: Eyermann, VwGO, § 114 Rn. 85.

(197) Ebd., Rn. 87-89. なお、八木・福井・注(174)二五—二五五頁参照。

(198) Rennert, a. a. O., Rn. 22 f.

(199) 反復禁止効の範囲を本文のように解すると、裁量の瑕疵および手続・形式の瑕疵による取消しの場合には、羈束処分の実体の違法による取消しの場合と異なり、判決理由中の判断に拘束力を生じさせているのか、それとも処分理由ごとで訴訟物を分断することになるのではないか、という疑問が生じる (vgl. Deterbeck (Anm. 80), Streitgegenstand, S. 97)。日本法の検討でも再び問題となる(注(214)参照)が、ここではさしあたり、裁量、羈束、手続・形式の別を問わず、訴訟物の範囲は処分の規律する生活事実関係の同一性で画さ

- れるが、裁量および手続・形式の瑕疵の場合には機能的な理由から裁判所の審理権が制限され、その範囲でのみ反復禁止効も生じる、と考える。この問題に類似した、期限未到来を理由とする請求棄却判決後に期限の到来を主張して再訴を許すことを理論的にどう説明するかという民法上の論点につき、ドイツではこれを「一時的棄却（さしあたり理由なし）」（*Klageabweisung als zur Zeit unbegründet*）」として、訴訟物を分断することも判決理由中の判断に拘束力を生じさせることもなく説明する見解がある。文献参照と批判を含めて、高橋宏志「既判力と再訴」中野貞一郎ほか編『三ヶ月章先生古稀祝賀 民事手続法学の革新（中）』有斐閣（一九九一年）五二一頁以下、越山和広「請求棄却判決と再訴の可能性——期限未到来による棄却判決を中心に——」（一一・二・完）近法四五卷三・四号（一九九八年）一二九頁以下、四六卷四号（一九九九年）四七頁以下、松本博之「請求棄却判決の確定と標準事後の新事実による再訴（一一四・完）」法雑四八巻四号（二〇〇二年）一〇一六頁以下、四九巻一号（同）六九頁以下、二号（同）二四五頁以下、三号（同）四八九頁以下参照。なお、伊藤・注（86）四六四頁註（189）をも見よ。
- (200) Kopp / Schenke, VwGO, § 113 Rn. 69, § 121 Rn. 21.
- (201) 塩野・II一四五、一四七頁。
- (202) 塩野・II一三三—一三五頁。
- (203) 注（29）に引いた見解のうち、阿部・自研七八巻五号一〇頁が明示的にその旨を述べるほか、村上、岡光、芝池が同旨であると思われる。
- (204) 塩野・II一四七頁。
- (205) 同旨、大淵・注（5）二九二頁註（248）。
- (206) 交告・注（174）『処分理由と取消訴訟』は、取消訴訟における理由の差替えを認めない（六三頁）けれども、行政庁は処分時にすべての理由を示すよう義務づけられているとし（二四四頁）、「理由付記を要する行政処分を取り消す判決が確定したときは、当初の決定基礎資料から無理なく構成できる理由に関しては、行政庁がそれをもって再度同一内容の行政処分を行うことを許すべきではない」（二三二頁）とする。
- (207) 最判平成一一・一一・一九民集五三巻八号一八六二頁に関する島村健「判批」法協一一八巻一〇号（二〇〇一年）一六三四—一六三九頁が詳細である。
- (208) 「一般に、取消訴訟においては、別異に解すべき特別の理由のない限り、行政庁は当該処分の効力を維持するための一切の法律上及び事実上の根拠を主張することが許される」（最判昭和五三・九・一九判時九二一号九九頁（二〇〇頁））。
- (209) 小早川光郎「処分の瑕疵と違法性」注（2）『行政事件訴訟法体系』二三八頁註（28）および同「争訟対象処分の同一性」法教一六二号（一九九四年）九四頁以下は、処分の転換と理由の差替えとを区別する基準としての「処分の同一性」の觀念に疑問を呈し、「両者を連続的一体的に捉えて考察を加えるべき」こと、すなわち「処分根拠の差替えが許されるかどうかは、審判の対象ないし訴訟物の範囲の問題ではなく、一定の訴訟物に関する種々の主張の可否の問題だ」と主張する（法教一六二号九五頁）。同旨、山本隆司「違法行為の転換」塩野宏ほか編『行政判例百選Ⅰ（第四版）』〔別冊

ジュリ一五〇号」有斐閣（一九九九年）一九六頁以下、同「行政処分の瑕疵論」法教二二七号（二〇〇〇年）四三—四四頁。もっともこれは、差替えと転換を言葉の上でどう区別するかという問題に過ぎないように思われる。交告・注（174）『処分理由と取消訴訟』一七三頁註（7）によれば、小早川の議論は処分の主文（規律）に変更のない場合、すなわち訴訟物の範囲内での議論だということになる。なお、高林克巳「瑕疵ある行政行為の転換と処分理由の追加」曹時二一巻四号（一九六九年）七七五—七七六頁参照。

(210) おそらく同旨、早坂禧子「行政処分の同一性試論」桐蔭五巻二号（一九九九年）一〇九—一一〇頁。

(211) その場合は訴訟法上複雑な処理を要する。参照、高木光「取消訴訟係属中の処分の変更」碓井光明ほか編『金子宏先生古稀祝賀 公法学の法と政策（下）』有斐閣（二〇〇〇年）四〇三頁以下。ドイツ法では行政行為の転換が適法に行われた場合、請求が棄却されるので（Schmidt, in: Eyermann, VwGO, § 113 Rn. 23）、原告の側で請求を拡張（訴えを変更）してそれに対応するしかない（Redeker / v. Oertzen, VwGO, § 108 Rn. 38）。

(212) 参照、札幌高判昭和五一・八・三〇判時九一一号一〇三頁（一〇四頁）（最判昭和五三・九・一九（注208）の原審）。

(213) フランス法においても同様の指摘が可能であることにつき、小早川・注（146）『構造分析』二三九頁。

(214) 「論理的には先行しているはずの訴訟物（ひいては違法性）の構成が、実際には結論から逆算されている観がある」（安念・注（47）国家九七巻一一・一二号七五三頁）。行政庁の

第一次判断権行使の有無によって訴訟物を分断し、裁判所の審理範囲の限定までもを説明しようとする見解（中込秀樹「市村陽典『綿引万里子』深山卓也／司法研修所編『改訂行政事件訴訟の一般的问题に関する実務的研究』」司法研究報告書四五輯二号」法曹会（二〇〇〇年）一四二—一六四頁）は、まさに「結論からの逆算」の一例であるように思われる。第一次判断権説に対する徹底的な批判として、大淵・注（5）一七六—一八八頁。同じ批判は、山本（和）「高橋（滋）・注（48）『対話で学ぶ行政法』一六三頁にも妥当しよう。なお、注（199）、注（245）参照。

(215) 交告尚史「理由の追完と差替え」法教二六三号（二〇〇二年）三〇頁。

(216) Bernhard Stürer, Zurückverweisung und Bescheidungsverpflichtung im Verwaltungsprozeß, in: FS -Menger (Ann. 96), S. 779 ff.

(217) 美濃部達吉『行政裁判法』千倉書房（一九二九年）二八〇頁。

(218) 行政裁判所編『行政裁判所五十年史』内閣印刷局（一九四一年）一四一頁。

(219) 行判昭和五・一一・一八行録四一輯一四三〇頁（前訴判決で取り消されたのと同様の租税賦課処分をくり返した事例で、「本件賦課額ノ算定ハ右判決ノ趣旨ニ從ヒテ為シタルモノニ非サル」…」所ニシテ「…」違法」（一四三四—一四三五頁）と述べた、行判昭和八・九・二九行録四四輯六九三頁（当選無効を決定した前訴判決に従って当選者を定めた選挙会の決定が、再び争われた事例で、「選挙会ハ決定、行政

判決又ハ司法判決ニ依リ当選無効ト為リタル者アリタル場合ニ其ノ善後処分トシテ更ニ当選者ヲ定ムルコトヲ任務トスルモノナルヲ以テ其ノ之ヲ定ムルニ当リテハ右決定又ハ判決ノ趣旨ニ抵触スルコトヲ得サルモノトス」(六九七頁)と述べた。判旨自体は拘束力を念頭においているようにも読めるが、事案は同一争訟の蒸し返しであつて既判力の守備範囲とも解されよう。

(220) 参照、美濃部達吉『日本行政法(上)』有斐閣(一九三六年)一〇一一頁。

(221) 美濃部・注(217)『行政裁判法』二八〇—二八二頁、同・注(220)『日本行政法(上)』一〇一八—一〇二〇頁。

(222) 美濃部・注(217)『行政裁判法』二七〇—二七七頁、同・注(220)『日本行政法(上)』一〇一四—一〇一六頁、行政裁判所編・注(218)一三六頁。なお、美濃部達吉『行政法撮要(上)』(第四版)有斐閣(一九三四年)六三七頁は、判決で命ぜられた処分をなすべく行政庁を拘束するのが行政裁判法一八条の趣旨だと述べる。

(223) 美濃部・注(220)『日本行政法(上)』一〇一三—一〇一四頁。同・注(217)『行政裁判法』二六九頁は、行政裁判所は上告審と違つて事実審であるために「原審差戻の判決は行政裁判に付いては其の実例甚だ稀である」とする。行政裁判所編・注(218)一三七頁註(5)によれば、行判大正一二・三・八行録三四輯一二九頁が差戻判決の例である。

(224) 以下の叙述は入江俊郎「行政事件訴訟法立案の経過——法制審議会の論議を顧みて——」(一九六二年)『憲法成立の経緯と憲法上の諸問題 入江俊郎論集』第一法規(一九七六

年)七二三—七二五頁による。

(225) 委員・幹事の名簿は【(3)〔資料7〕一四二頁以下】。内は、塩野宏編『日本立法資料全集 行政事件訴訟法(昭和三七)年』全七巻、信山社(一九九二—一九九五年)の巻数(1)(7)と頁数・資料番号である(以下同じ)。本文中に引用する場合も脚注ではなく引用箇所の直後に組み入れた。

(226) 入江の経歴については、高木光「行政事件訴訟法制定の経過」【(1)八頁】を参照。

(227) 委員の名簿は【(3)〔資料19〕一九九頁以下】。

(228) その一例として、田中(二)ほか・注(83)『行特法逐条研究』四二七—四四一頁を参照。

(229) 杉本については、高木・注(226)【(1)七頁註(14)】を参照。

(230) 塩野・注(26)法教一期七号一六九頁。塩野は「拘束力は広い意味で、判決の執行に関する効力であるということが出来るが、これは立案当局の考え方でもある」とも述べる。

(231) 田中二郎「行政争訟の法理」(一九四九—五一年)『行政争訟の法理』有斐閣(一九五四年)四七頁、同「現実に行政救済を阻むもの——訴願前置主義の適用に関する最高裁判所の考え方——」(一九五二年)同書一七一頁以下、雄川一郎「行政救済制度」(一九五七年)『行政争訟の理論』有斐閣(一九八六年)六三頁、同・注(15)『行政争訟法』一三三頁、兼子一「行政救済と司法救済——訴願前置に関する問題点——」(一九六〇年)『民事法研究第三巻』酒井書店(一九七四年)五一頁。

(232) 入江・注(224)七二七—七二〇頁、中村治朗「最高裁行政

局時代の回顧「一九八五年」『裁判の世界を生きて』判例時報社（一九八九年）四五頁、市原昌三郎ほか「研究会・行政事件訴訟特例法改正要綱試案（小委員会案）をめぐる諸問題（下）」ジュリ二一〇号（一九六〇年）六一一五頁、雄川一郎ほか「研究会・行政事件訴訟法（三）」ジュリ二六一号（一九六二年）六八—七〇頁。

(233) 裁判所から行政庁に対する差戻しの立法例としては、當時すでに「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」（昭和二十二年法律五四号）および土地調整委員会設置法（昭和二十五年法律二九二号。昭和四十七年法律五二号により「鉱業等に係る土地利用の調整手続等に関する法律」と改称されて現在に至る）が存在した。やや長くなるが、当時の立法者が前提としていた規定（すなわち、「行政事件訴訟法の施行に伴う関係法律の整理等に関する法律」（昭和三十七年法律一四〇号）による改正前のもの）を掲げておこう（それぞれ現行法と対照されたい）。

土地調整委員会設置法五三条三項「裁判所は、第一項の規定による新しい証拠を取り調べる必要があると認めるときは、自ら取調をし、又は委員会に対し、当該事件を差しもどし、当該証拠を取り調べた上適当な措置をとるべきことを命ずることができる。」（独禁法八一条三項もほぼ同旨。）同法五五条二項「前項の場合において、裁判所は、自ら変更の裁判をし、又は変更すべき点を指示して事件を委員会に差しもどすことができる。」（独禁法八三条もほぼ同旨。）同法五六条「裁判所は、裁定の申請の却下の決定を取り消

したときは、事件を委員会に差しもどさなければならぬ。」（独禁法には対応する規定なし。）

文言からすると、第二十七の一項が設置法五六条の、二項が同法五三条三項の影響を受けていることはほぼ確実と思われる（もつとも、このことは審議経過からは必ずしも審らかではない。参考資料のなかに当該条文を含む「土地調整委員会設置法（抄）」【(3)（資料25）二二一頁以下】を見出すこと、第二三回小委員会でも田中二郎委員が同法に言及していること【(1)六八〇頁】がわずかな傍証である）。そうであるとすれば、設置法五三条三項および独禁法八一条三項の差戻しがそれぞれ実質的証拠法則（設置法五二条、独禁法八〇条）を前提とするものである（独禁法につき、古城誠／厚谷襄児ほか編『条解独占禁止法』弘文堂（一九九七年）五七九頁）以上、実質的証拠法則を定める第一次案の第二十六【(4)一四八頁】が第二二回小委員会（一九五七年四月五日）において否定された【(1)六七六頁】時点で、第二十七の二項の命運はすでに決していたのである。それに対して、実質的証拠法則とは関係のない一項が別の運命を辿ったこともまた、むべなるかなというべきであろう。

(234) 参照、高木・注(226)【(1)七頁註(15)】。

(235) 田中二郎「行政法に於ける確定力の理論」【一九三四年】『行政行為論』有斐閣（一九五四年）二二七頁。

(236) 第三次案の段階ではまだ訴願前置主義の採否に決着がつかず、両案併記となっている（第三次案第九【(4)一七四頁】）。第三七回小委員会（一九五八年一〇月三日）では、訴

願法改正の動向を待つて議論することとし、この訴願前置主義の問題は「後まわし」にされている【(2)一一九頁】。

(237) 短時日のうちに一定の成果を要求された幹事らの苦勞を物語るものともいえよう。参照、入江・注(224)七一五頁。

(238) なお、第十一の二【(4)二二三頁】において裁決主義を採用した場合のために、第三十一第二項以下の「参考案」が付されているが、内容において変更がないので省略する。

(239) 高柳信一「行政訴訟法制の改革」東京大学社会科学研究所戦後改革研究会編『戦後改革4 司法改革』東京大学出版会(一九七五年)三四四頁は、行特法立法時における訴願前置主義の採用に対する「アメリカ行政法的な行政手続前置の発想をさらに強化するに至った総司令部の主張」(傍点引用者)の影響を指摘する。

(240) 杉本・注(2)一一二頁「曹時一五卷四号五三五頁」。雄川一郎ほか「研究会・行政事件訴訟法(四・完)」ジュリニ六二号(一九六二年)六七頁の杉本発言も同旨。

(241) 別理由再処分を一律に封ずる趣旨でない旨の発言があるし、行政の第一次判断権の留保を強調して義務づけ訴訟を原則否定する立場からしてもそうである(田中二郎「司法権の限界——特に行政権との関係——」【一九七四年】注(17)『司法権の限界』一頁以下)。田中が訴願前置主義に反対であったのは、訴願制度それ自体が不備で不明確であるという認識からであり、訴願制度を含む事前行政手続が整備されればこれに一定の意義を認めていたであろうと思われる。例えば、第一回小委員会(一九五五年七月八日)における田中発言【(1)四七—四八頁】を参照。もっとも、市原ほか・注(232)九

頁の田中発言は訴願制度そのものに否定的である。

(242) 第五三回小委員会(一九六〇年五月一三日)(議事録は不存在)における田中二郎委員の発言で、訴願前置主義の廃止が決定づけられたとされる。参照、入江・注(224)七一五頁、高木・注(226)【(1)一八頁】。

(243) 塩野・II一四七頁。

(244) 高橋滋『行政手続法』ぎょうせい(一九九六年)四三〇頁、交告・注(174)『処分理由と取消訴訟』六二—六三頁。

(245) 行政の第一次判断権を重視する発想(注(214))が、かかる見解と相關することにつき、島村・注(207)法協一一八卷一〇号一六四〇頁註(3)。

(246) 阿部・注(29)自研七八卷五号一〇頁は、このように解することによって申請拒否処分取消訴訟が「実質は義務づけ訴訟と同じになる」と述べる。なお、注(147)参照。

(247) 塩野・II一三五頁、久保茂樹／室井力ほか編『コンメンタール行政法I 行政手続法・行政不服審査法』日本評論社(一九九七年)一四〇頁(弁明手続を経た処分についても否定)、玉國文敏／南博方・高橋滋編『注釈行政手続法』第一法規(二〇〇〇年)一七三頁、宇賀克也『行政手続法の解説(第三次改訂版)』学陽書房(二〇〇一年)一一四頁(弁明手続を経た処分についても否定)。

(248) 雄川一郎「司法審査に関する一問題——兼子博士の「審決」理論について——」【一九七〇年】注(231)『行政訴訟の理論』五七六頁註(11)は、この理が「行政行為に対する裁判的統制の制度一般について妥当する」と述べる。

(249) 高柳信一「行政国家制より司法国家制へ」雄川一郎編

『田中二郎先生古稀記念 公法の理論（下II）』有斐閣（一九七七年）二三二五頁も裁量か羈束かという視点を重視する（なお、一三二七頁註（10）をも見よ）。野村武司「行政手続法制的整備と義務づけ訴訟の可否」兼子仁・磯部力編『手続法的行政法学の理論』勁草書房（一九九五年）二四六—二四七頁も同方向と思われる。

(250) 小早川光郎「行政の過程と仕組み」兼子仁・宮崎良夫編『高柳信一先生古稀記念論集 行政法学の現状分析』勁草書房（一九九一年）一五四—一五五頁。なお、藤田宙靖「行政行為の分類学」『一九七七年』『行政法学の思考形式』木鐸社（一九七八年）一一三頁。

(251) 参照、小早川光郎「行政行為概念の意義」成田頼明編『行政法の争点（新版）』有斐閣（一九九〇年）五四頁以下。

(252) 参照、山本隆司「外国法制からみた日本行政訴訟制度・理論の検討（下）——第二回行政法研究フォーラム IV ドイツとの比較」自研七九卷六号（二〇〇三年）三五頁。もっとも、山本によれば「一九六〇年に制定されたドイツ行政裁判所法、および現在までの同法の解釈論は、メンガーのように覆審的訴訟としての抗告訴訟の概念に、決定的な意義を認めていない」（三七頁）。

(253) 注（138）末尾で引用した仲野説を参照。さらに、同論文・法協一二〇巻二号三三七頁註（11）における兼子一説に対する指摘を参照。なお、仲野説が以下に述べるような解釈論と必然的に結びつくという趣旨ではない。

(254) 雄川・注（15）『行政争訟法』六四頁註（四）。

(255) 注（214）参照。

(256) 控訴審モデルにおいても、覆審主義・事後審主義・続審主義が対立する（高橋宏志「控訴について（三）」法教一六〇号（一九九三年）一二四頁）。

(257) 越権訴訟を破毀訴訟に準えて理解してきたフランス法において、『法律問題と事実問題の区別』が越権訴訟の審理範囲を画す基準としては機能していないという指摘がなされていることは興味深い。Cf. Sabine Bousard, L'étendue du contrôle de cassation devant le Conseil d'État, Paris (2002), nos 112-119. なお参照、仲野・注（138）（二）法協一一九巻七号（二〇〇二年）一二六〇頁（特に註（238）（239））。

〔後記〕

* 校正時に南博方・高橋滋編『条解行政事件訴訟法（第二版）』弘文堂（二〇〇三年）に接した。同書の三三条注釈（東亜由美執筆）は、「本条の下で特殊効力説は既に確立された見解になっている」（四六九頁）と述べながら、特許無効審決取消訴訟に係る最判平成四・四・二八民集四六巻四号二四五頁に依拠して、処分根拠規定の要件事実に関する取消判決理由中の認定判断に通用力が認められる、つまり「本条一項は手続的な拘束規定であり、拘束の下で個別の処分根拠規定を解釈適用することにより同一処分の繰返禁止効が生じる」（四七四頁）とし、この立場から、「新たな処分理由による同一処分は拘束力に反しないが、新たな証拠資料による同一処分は拘束力に反する」（四七五頁）と解するなど三三条の解釈論を理論的に一貫させようと試みており、きわめて注目に値する。反復禁止効の性質を手続的な通用力と解する点で本稿

と軌を一にするが、右主張の内容の当否および論証の成否については評価を留保する。

*本稿は、二〇〇一年一二月に東京大学大学院法学政治学研究科へ提出した修士論文に加筆と改題を施したものである。取りまとめの段階で、二〇〇三年度科学研究費補助金（特別研究員奨励費）による研究成果を反映させた。

〔完〕

（東京大学大学院博士課程）