

日本における抗告訴訟の處分性の動向

- 裁判所の處分性擴張路線と新司法試験 -

榊原秀訓*

目次

はじめに

一. 行政事件訴訟法改正と處分性

1. 行訴法改正の趣旨
2. 行訴法改正と處分性

二. 最高裁における處分性擴張路線

1. 伝統的行政處分概念
2. 處分性擴張路線
3. 處分性擴張の背景と理由

三. 處分性擴張の影響

1. 伝統的行政處分概念への影響
2. 行訴法上の影響— 取消訴訟の排他的管轄・出訴期間・違法性の承継
3. 形式的行政處分論議のリバイバル

四. 新司法試験と法科大学院教育における處分性

1. 處分性擴張路線と短答式問題・論述式問題
2. 法科大学院教育と處分性

おわりに

はじめに

日本における法科大学院制度は、2004年の制度発足から約6年を経過したところである。しかし、新司法試験合格者の数は、2009年の合格者数が前年を下回るなど、2000名程度に抑えられ、各法科大学院が定員削減をし、2010年5月には、法科大学院からの撤退を表明する大學も登場するなど、未だ制度として確立しているとは言い難い。

他方で、2010年5月に5回目の新司法試験が実施され、試験の方式や内容は、かなりの程度安定してきている。また、法科大学院のカリキュラムや教育内容についても、法科大学院の認証評価を通して、さらに、文部科学省・法科大学院協会によって法律基本科目等についての共通の到達目標(コア・カリキュラム)案の公表によって、一定の統一性が図られてきた。

行政法は、旧司法試験とは異なり、新司法試験において必修の試験科目となり、その結果、法科大学院においても必修の法律基本科目となっている。そして、現実の新司法試験の行政法に関する問題をみると、行政救済法、とりわけ行政事件訴訟法(以下「行訴法」)の比重が大きくなっている。

行政法の多くの基本法は、1990年以降、大きく変容を遂げ、行政手続法・情報公開法が制定され、2004年に法科大学院で授業がはじまったと同時期に、改正行訴法の適用が開始された。そして、行訴法改正直前から、最高裁における抗告訴訟(取消訴訟)の處分性擴張(行政處分への該当擴張)路線が顕著になってきており、その内容や影響の理解・分析が學問的にも重要なものとなり、多くの研究業績が発表されてきている。

そこで、本報告では、裁判實務と新司法試験において重要度を増し、行政法學者の研究教育においても、大きな關心事となってきている抗告訴訟の處分性に焦点をあてて報告を行う¹⁾。

1) 本稿は、2010年1月29日における西江大學における學術交流會の報告原稿から、日本の法科大学院の現状に関する説明部分をほぼ削除し、他方で、報告への質問から補充が必要と考えた若干の点、2010年5月に実施された第5回新司法試験に関する記述などを追加したものである。

一. 行政事件訴訟法改正と処分性

1. 行訴法改正の趣旨

行訴法改正は、第一に、国民の権利利益の救済範囲の拡大を図り、第二に、審理の充實及び促進を図るとともに、第三に、行政事件訴訟をより利用しやすく、分かりやすくするための仕組みを整備し、第四に、本案訴訟前における仮の救済の制度の整備を図ったものである²⁾。そして、最初の「実効的な権利救済」という目的達成のために、新たな抗告訴訟の類型として義務付け訴訟と差止訴訟が法定され、4条当事者訴訟においては、確認訴訟の存在が明定され、その活用が目指され、取消訴訟の原告適格について、「法律上の利益」の有無を判断する考慮事項が定められた。

2. 行訴法改正と処分性

改正行訴法における取消訴訟の訴訟要件をみると、原告適格改正が最重要ポイントであり、行政処分については、なんらの改正も行われなかったことがわかる。他方で、先に述べたように、4条確認訴訟活用論が改正法の目指す方向であると考えられた。下級裁判所の判決には、行訴法改正以前にも、処分性を積極的に認めるものがあり、また、最高裁も、行訴法改正直前の時期に、処分性を肯定すべきか疑わしい場合に、処分性を認める少数の判決を出してきた。しかし、行訴法改正後は、処分性を肯定すべきか疑わしい場合に無理に処分性を認めずに、処分性を否定しつつ、抗告訴訟ではなく、4条確認訴訟などによって争えば足りるとして、処分性の「純化」が期待された³⁾。

-
- 2) 司法制度改革推進本部行政訴訟検討会『行政訴訟制度の見直しのための考え方』(2004年1月6日)、小林久起『司法制度改革概説3 行政事件訴訟法』(商事法務、2004年)145頁～148頁など参照。
- 3) 橋本博之『解説改正行政事件訴訟法』(弘文堂、2004年)95頁は、「新しい行政事件訴訟法については、立法者意思として、「処分」概念をクリアなものへ接近させるという意図が読みとれるようにも思われる。」、福井秀夫・村田齊志・越智敏裕『新行政事件訴訟法逐條解説とQ&A』(新日本法規、2004年)257頁(福井秀夫執筆)は、「従来、実質的当事者訴訟が機能していない中で、處

しかし、実際にはこのような處分性「純化」の予想は期待はずれだった⁴⁾。行訴法改正後も、その直前の傾向を維持し、最高裁は、處分性が明確に認められるとは考えられない場合であっても、積極的に處分性を肯定する處分性擴張路線を採用してきたからである⁵⁾。

二. 最高裁における處分性擴張路線

1. 伝統的行政處分概念

行政處分の定義として、一般的には、大田區ゴミ焼却場設置事件の定式が用いられている。すなわち、「公權力の主体たる國または公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接國民の權利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているもの」⁶⁾というものである。このような伝統的行政處分概念は、講學上の行政行為概念とほぼ重複するものであり、①權力性、②法行為性、③具体性(さらに、以上と區別して、④外部性があげられることもある)を有する行為ということになると考えられる。そして、このような判断基準は、行訴法上の行政處分だけではなく、行政手続法(以下「行手法」)上の行政處分の判断基準にも妥当すると考えられる。もっとも、このような判断基準で行政處分該当性を決定することは必ずしも容易ではないこともまた明らかである⁷⁾。

分性を擴大することで取消訴訟による救済を認めようとする結果として生じてきた『取消訴訟の負担過重』が問題とされてきましたが、今後はむしろ處分概念が純化され、従前處分性があるとされた事案などについては確認訴訟による解決が適切であるとも考えられます。」、とそれぞれ行政處分概念の「純化」を主張する。改正前の主張として、高木光「處分性概念の純化」同『行政訴訟論』(有斐閣、2005年)62頁～74頁。

4) 越智敏裕「處分性をめぐる最近の最高裁判決の動向」法律のひろば59巻5号(2006年)12頁、大久保規子「處分性をめぐる最高裁判例の展開」ジュリスト1310号(2006年)18頁。

5) したがって、福井ほか・前掲注(3)259頁(福井秀夫執筆)が述べるように、「少なくとも当面の間は、原告代理人としては、グレーゾーンとなるケースについては、(法定一掃原)抗告訴訟、無名抗告訴訟、確認訴訟といった様々な訴訟類型を使って請求を立てる工夫も必要」ということになる。

6) 最判昭和39年10月29日民集18巻8号1809頁。

7) 行政手続法においては、審査基準・處分基準の設定の必要性等から、「行政手続法の施行に当たって」(總務事務次官通知・總管第211号平成6年9月13日)において、より具体的な行政處分該当性

2. 処分性擴張路線

行訴法改正直前から最高裁が処分性を認めた代表的な判決には以下のものがある⁸⁾。

- ① 御所町二項道路指定事件(2002年)⁹⁾
- ② 労災就學援護費不支給事件(2003年)¹⁰⁾
- ③ 冷凍スモークマグロ食品衛生法違反通知事件(2004年)¹¹⁾
- ④ 還付拒否通知処分取消請求事件(2005年)¹²⁾
- ⑤ 高岡市病院設置中止勧告事件(2005年)¹³⁾ (類似のものとして、⑥ 土浦市病床削減勧告事件(2005年)¹⁴⁾
- ⑦ 浜松土地區畫整理事業計畫事件(2008年)¹⁵⁾
- ⑧ 横浜市保育所廢止條例制定事件(2009年)¹⁶⁾

処分性が認められた行爲が、処分でなければどのような行爲として問題になるかを簡単に確認する。①においては、告示が法規命令ではないか、②においては、不支給決定が行政契約ではないか、③においては、届出に対する通知が法的効果を有しない事實行爲ではないか、④においては、還付拒否の通知が法的効果を有しない事實行爲ではないか、⑤と⑥においては、法定の勧告が行政指導ではないか、⑦においては、非完結型の行政計畫が青寫眞に過ぎないのではないか、⑧においては條例が特定の者に具体的効果を發生させないものではないかが問題となる。処分の相手方を考えると、②、③、④、⑤と⑥は個別の相手側を対象にし、①、⑦と⑧は多數の相手方を対象にする行爲である。

の判断基準が示されている。

- 8) 前掲注(4)にあげた論文のほか、橋本博之「処分性論のゆくえ」同『行政判例と仕組み解釋』(弘文堂、2009年)61頁～94頁など参照。
- 9) 最判平成14年1月17日民集56卷1号1頁。
- 10) 最判平成15年9月4日判時1841号89頁。
- 11) 最判平成16年4月26日民集58卷4号989頁。
- 12) 最判平成17年4月14日民集59卷3号491頁。
- 13) 最判平成17年7月15日民集59卷6号1661頁。
- 14) 最判平成17年10月25日判時1920号32頁。
- 15) 最大判平成20年9月10日民集62卷8号2029頁。
- 16) 最判平成21年11月26日判時2063号3頁。

以下では、紙幅(報告時間)の関係もあり、①から④についてはごく簡単に内容を説明し、行訴法改正後の注目度の高い⑤以下のものを多少詳しく説明する。

①は、建築基準法上の道路の指定について、個別指定ではなく、一定の条件に合致する道について一律に指定する一括方式について、指定の効果が生じる以上、具体的な私権制限を発生させるとして、處分性を認めた。②は、法律・省令・通達とその別添要綱により、申請の上、決定を受ける労災就學援護費に関する制度の仕組みにかんがみれば、法は、労働者が業務災害等を被った場合に、保険給付を補完するために、労働福祉事業として、保険給付と同様の手続により、労災就學援護費を支給することができる旨を規定しているとして、處分性を認めた。③は、食品衛生法違反通知書による通知は、法16條に根據を置くものであり、食品について法規定に違反すると認定し、食品等輸入届出済証を交付しないと決定したことを通知する趣旨のもので、關稅法の「検査の完了又は條件の具備」を税關に証明し、その確認を受けることができなくなり、その結果、輸入の許可も受けられなくなるとして、處分性を認めた。④は、登録免除税法における還付通知をすべき旨の請求に対する拒否通知は、簡易迅速に還付を受けることができる手続を利用することができなくなるから、手続上の地位を否定する法的効果を有するとして、處分性を認めた。

⑤は、特定の地域(医療圏)において、病院の病床数が地域医療計畫に定める必要病床數に既に達しているために、病院開設を中止することを求める勧告を行政處分として争ったものである。この勧告に従わない場合も病院開設は許可されるが、勧告に従わない場合には、相当程度の確實さをもって、病院を開設しても保険医療機關の指定を受けることができなくなるという結果、國民皆保険制度が採用されているため、保険医療機關の指定を受けずに診療行為を行う病院はほとんど存在せず、指定を受けられない場合には、實際上病院の開設自体を斷念せざるを得ないことになるとして、勧告の處分性を認めた(⑥は、申請通り認めると必要病床數を越えるため、病床數削減を求めた勧告を對象とするもの)。

⑦は、土地區畫整理事業計畫を施行地區内の宅地所有者等が行政處分として争ったものであり、處分性を否定する1966年の判決¹⁷⁾を判例変更したものであ

17) 青寫眞判決ともよばれる高円寺土地區畫整理事業計畫事件(最大判昭和41年2月23日民集20卷2号271

る。事業計画が決定されると、特段の事情がない限り、事業計画に従って具体的な事業が進められ、その後の手続として換地処分が当然に行われることになり、建築行為等の制限は、具体的な事業の施行の障害となるおそれのある事態が生ずることを防ぐため法的強制力を伴って設けられ、換地処分の公告がある日まで、宅地所有者等は制限を継続的に課され続ける。宅地所有者等は、そのような規制を伴う土地區畫整理事業の手続に従って換地処分を受けるべき地位に立たされ、その意味で、その法的地位に直接的に影響が生ずるものというべきであり、また、換地処分等を対象とする取消訴訟に対しては、行訴法の事情判決がされる可能性が相当程度あり、宅地所有者等の被る権利侵害に対する救済が十分に果たされるとはいい難いとして、処分性を認めた。

⑧は、公立保育園の廃止條例制定行為を争うもので、改正條例が保育所の廃止のみを内容とし、他に行政廳の処分を待つことなく、その施行により各保育所廃止の効果を発生させ、保育所に現に入所中の児童・保護者という限られた特定の者に對して、直接、保育所において保育を受けることを期待し得る法的地位を奪う効果を生じさせるものとして、処分性を認めた。

3. 処分性擴張の背景と理由

(1) 処分性擴張の背景

このような処分性擴張の背景としては、行訴法改正によって、原告適格に關して、「法律上の利益」を判断するための考慮事項が規定され、原告適格の判断の際に、關連法令の趣旨・目的や害される利益の内容・性質及び態様・程度を考慮しているため、処分性に關して法改正はなかったにもかかわらず、原告適格の解釋方法が処分性判断の解釋方法にも影響を与えていることが指摘されてきている¹⁸⁾。

頁)である。

18) 高橋滋「行政訴訟をめぐる裁判例の動向と課題」法曹時報59卷8号(2007年) 13頁～14頁、また、⑦に關して、大久保規子「判批」ジュリスト1373号(2009年) 62頁。なお、狹義の訴えの利益にも同様の傾向がみられる。最判平成21年2月27日民集63卷2号299頁。大久保規子「判批」法學セミナー

(2) 處分性擴張の理由

また、これらの判決が處分性を擴張した理由の一つとして、行訴法改正の目的である「實効的な権利救済」の必要性をあげることができる。⑤では、杉原則彦調査官が、保険医療機関の指定を受けるためには、「病院の建物や医療設備を整え、医師や看護婦を雇うなどして、必要な人員や施設を確保」しなければならず、勧告を争えないとすると、保険医療機関の指定を受けうるかについて高いリスクを負うことになることを指摘している¹⁹⁾。⑦は、既にみたように「實効的な権利救済」をより明示的にあげる。後の行爲を争う場合の「事情判決」の可能性から、「實効的な権利救済を図るためには、事業計画の決定がされた段階で、これを対象とした取消訴訟の提起を認めることに合理性がある」とするわけである²⁰⁾。中川丈久教授が指摘するように、「『實効的な権利救済』の實現に対する、最高裁自身の並々ならぬ意欲」がみられる²¹⁾。⑧においては、「實効的な権利救済」の必要性は明示的に議論されていないが、保育所の廢止條例が対象であり、「他の行政廳の處分」を待っているのは、「實効的な権利救済」は不可能であると考えられる。

もっとも、「實効的な権利救済」の必要性があるとしても、認めるべき訴訟が抗告訴訟でなければならぬかは別問題である。すなわち、行政處分ではないとしても、處分性の「純化」論者が指摘するように、4條当事者訴訟の活用が考えられるからである²²⁾。

655号(2009年)119頁も参照。

19) 杉原則彦「判解」法曹時報58巻3号(2006年)308頁~309頁。

20) また、藤田宙靖裁判官補足意見は、行政計畫の事前手續の不備を前提に、「当裁判所として今行うべきことは、事案の實態に即し、行政計畫についても、少なくとも必要最小限度の實効的な司法的救済の道を、(立法を待たずとも)判例上開くということであろう。」としている。さらに、増田稔調査官は、本判決と判例変更前の1966年判決とで判断を異にすることになった最も大きな理由は、「實効的な権利救済の必要性に関わる価値判断の違いにあるのではないかと思われる。」とする。増田稔「判解」ジュリスト1373号(2009年)69頁、70頁。

21) 中川丈久「判批」法學教室341号(2009年)22頁。山下龍一「判批」民商法雑誌140巻3号352頁~353頁、人見剛「判批」ジュリスト1376号(2009年)52頁~53頁も参照。

22) 医療法上の勧告について、行政訴訟實務研究会編集『自治体法務サポート行政訴訟の實務』(第一法規・2004年)178頁(中川丈久執筆)は、「むしろ当事者訴訟で争わせる方がよかったように思われる」、下井康史「判批」ジュリスト1313号(2006年)49頁は、「勧告の違法確認訴訟や、勧告を

この点で注目されるのは、多数当事者が存在する場合に、判決の第三者効に關心が向けられていることである。⑧は、児童・保護者が、保育所廃止条例の効力を争って、当事者訴訟ないし民事訴訟を提起し、勝訴判決や保全命令を得たとしても、訴訟の当事者である児童・保護者と市町村との間でのみ効力を生ずるにすぎないから、これらを受けた市町村としては保育所を存続させるかどうかについての実際の対応に困難を来すとして、取消判決の第三者効に言及して、救済方法として民事訴訟法・当事者訴訟と對比した抗告訴訟の合理性を述べる。また、同様に、多数当事者が存在する⑦において、近藤崇晴補足意見は、絶対的効力説を前提に²³⁾、畫一的規律を重視するようである²⁴⁾。このような事案では、計畫段階と後の行政處分段階の二段階に分かれることから、個別の行政處分の違法性にかかわらない計畫段階の違法性に関して、①出訴期間制限(さらに、違法性の承継の否定)、②取消判決の第三者効を重視して、抗告訴訟を重視することも考えられるが、他方で、現行制度においては、主張制限に見合う情報公開や参加制度が不十分であることをどのように評価するかという問題も存在する²⁵⁾。

仮に多数の相手方を有する場合に4條当事者訴訟等よりも抗告訴訟が合理的であるとしても、それ以外の場合に、選擇可能性を含めた兩者の関係をどのように考えるべきかは問題となる。

三. 処分性擴張の影響

1. 伝統的行政處分概念への影響

許否(拒否-榊原訂正)しても不利益を受けないことの確認訴訟が適切である。」とする。

23) 山本隆司「第8回行政訴訟補遺」法學教室340号(2009年)76頁は、本件において實際上兩説によって大きな差がでるかを疑問視する。

24) 近藤崇晴補足意見は、一般處分に關する行政事件訴訟法32條1項の取消訴訟の第三者効(對世効)について、「相對的効力説(原告との關係における當該處分の相對的効力のみを第三者との關係でも失わせるものであるとする見解)と絶対的効力説(第三者との關係をも含む當該處分の絶対的効力を失わせる者であるとする見解)」の内、詳論は避けることとしつつ、「行政上の法律關係については、一般に畫一的規律が要請され、原告とそれ以外の者との間で異なった取扱いをする」と行政上不要な混亂を招くことなどから、絶対的効力説が至当であると考えている。」とする。

25) 大久保・前掲注(18)64頁。

(1) 伝統的な行政處分概念の修正・限界

最高裁の處分性擴張判決は、伝統的な行政處分の定式をかなり柔軟に解釋するものである。⑤は、勸告拒否の法的影響ではなく、「相当程度の確實さ」をもつ實務上の取扱いを重視するものであった。さらに、⑥の藤田宙靖裁判官補足意見は、勸告の處分性を肯定するものの、行政處分の定式を「採用するのは、適当でない」として、定式自体の限界を明示的に指摘する²⁶⁾²⁷⁾。

(2) 行手法における行政處分概念との同一性

行訴法上の行政處分概念の擴張がなされた場合、行手法上の行政處分概念が、行訴法と同一とすると、同様に、行手法上の行政處分概念も擴張されることになる。その結果、行政手続法の適用のされ方が変化し、手続保障の有無やその内容が異なることになる。處分性概念の「純化」論者である橋本博之教授は、同一と考えた場合、行手法上の手続を裁判所がつくり変えることになり、不適切ではないかという意見を提出する²⁸⁾。これに對して、むしろ、裁判所による許可制創

26) ⑥の藤田裁判官補足意見は、「行政指導その他、行政行為としての性質を持たない数多くの行為が、普遍的かつ恒常的に重要な機能を果たしていると共に、重要であるのは、これらの行為が相互に組み合わせられることによって、一つのメカニズム（仕組み）が作り上げられ、このメカニズムの中において、各行為が、その一つ一つを見たのでは把握し切れない、新たな意味と機能を持つようになっている」おり、處分性の定式は、「必ずしもこういった事実を前提としているものとは言い難いのであって、従って、本件においてこれを採用するのは、適当でないものというべきである。」とする。

27) また、「實効的な権利救済」を強調した⑦の増田稔調査官は、「處分性」定式に「該当するものであれば實効的な権利救済のために当該行為を抗告訴訟の対象として取り上げるのが合理的であるとの価値判断を当然に伴っているものと解することができる。そうであるとすれば、判例法理として確立している處分性の有無に關する一般的な判断基準の下においても、實効的な権利救済のために当該行為を抗告訴訟の対象として取り上げるのが合理的であるかどうかという観点からの判断は、少なくとも潜在的にはなされているものといえることができよう。」とし、定式に「實効的な権利救済」の基準を盛り込む。

28) 橋本博之『要説行政訴訟』（弘文堂、2006年）36頁は、「處分性の有無が行政法令の仕組み全体の解釋に委ねられることになれば、處分について行政廳がなすべき教示や、處分であれば必要となる行政手続について、國民・行政廳の双方にとって予測可能性がゆらいでしまうとも考えられる。」とする。

設・行政手続実践義務創設を積極的に評価する意見も出されている²⁹⁾。

もっとも、行訴法上の行政処分概念と行手法上の行政処分概念をこのように連動して考えるべきか自体は問題である³⁰⁾。異なる法である以上、連動しなくても良いとも考えられる。この同一性の問題は、行訴法において行政処分を擴張する理由をどのように考えるかという問題にも関連している。同一と考える山本隆司教授は、②、③、⑤における最高裁の処分性擴張は、「處分手續の保障を及ぼすため」の「立法・行政實務に改革を促すメッセージ」であるとするが³¹⁾、行手法ではなく、行訴法上の理由を考える方が自然であるようにも思われ、最高裁による処分性擴張の理由をこのように理解すべきか検討が必要である。さらに、処分性が擴張された行為の類型によっては、行手法における行政処分と一致させ難いと思われる。

2. 行訴法上の影響——取消訴訟の排他的管轄・出訴期間・違法性の承継

⑥の藤田宙靖裁判官補足意見が問うように、ある行為を行政処分として性格付けたとき、その行為は、(ア)いわゆる公定力を有することになり、取消訴訟以外の方法によって、その適法性を争うことはできないのか、(イ)取消訴訟の出訴期

29) 越智・前掲注(4)21頁注(20)は、「救済の必要性から裁判所がある行為に処分性を付与することで、例えば通知を許可制に作り変え教示や必要な行政手続を履踐する義務を行政廳に課すことになり、裁判所が法律解釋を通じて實體法の法的仕組みを改変することになるとの重要な指摘がある」と紹介しつつ、「それでよいのではないか。司法救済を与えるべき場合であるのに適切な行政手続が整備されていないと判断したのであれば、裁判所が司法救済の観点から見て實體法の不備を是正・補充する役割を果たしてもよいように思われる。實體法、行政手続法、行政不服審査法及び行政事件訴訟法において、処分性概念はある程度連動して機能する法概念として仕組みられており(ただしすべての場合に同様に連動させる必要があるか否かは検討の余地もあろう)、立法府もまた裁判所による補充を予定しているといえないであろうか。」という結論を導く。

30) 大久保・前掲注(4)23頁は、「病院開設中止勧告判決は、行政手続法上の処分概念と行訴法上の処分概念との乖離の可能性を示唆している。医療法上は勧告は行政指導である旨の判示が、行政手続法上は行政指導に関する規定が適用されるという趣旨であるとすれば、その意味で処分概念は相對化することとなり、その是非が問われることになろう。」とする。また、高橋・前掲注(18)12頁～13頁は、「処分性を柔軟に解し、その外延を擴張した場合には、行政手続法等の他法令における処分概念との乖離が生ずる理論的な可能性は否定できないだけに、今後、判例がどのような解答を示すのかに注目したい。」とする。

31) 山本隆司「第4回処分性(4)」法學教室335号(2008年)57頁。

間の適用を受け、これを徒過した場合には、もはや出訴の道を塞がれることになるのか、(ウ)處分處分と判断された行爲を直接に争うことなく、後行の行政處分の効力を抗告訴訟で争うこととした場合、この後の訴訟において、先行行爲の違法性を主張することはできないのか(違法性の承継)が問題となる。

このような論点について、藤田裁判官補足意見は、行政處分とする以上、排他的管轄を認めるとする³²⁾。改正行訴法14條1項ただし書きは、6ヶ月の出訴期間の例外として、「正当な理由があるときは、この限りではない。」と規定し、教示義務が存在するにもかかわらず、それがなされない場合には、「正当な理由」が存在すると考えられることを前提に³³⁾、藤田裁判官補足意見は、「行政事件訴訟法46條に定める行政廳の教示義務、出訴期間等徒過についての『正当な理由』條項(同法14條1項及び2項における各ただし書を参照)等の活用がなされることにより、對處することが可能であると考えられる。」とする³⁴⁾。

3. 形式的行政處分論議のリバイバル

(1) 1970年代の議論

上記の論点は、1970年代のいわゆる形式的行政處分をめぐる議論の論点と同様のものであると考えられ、かつての議論を簡単に紹介しておくことにする。まず、重要であるのは、形式的行政處分とは何かである。形式的行政處分を大きく、法定された形式的行政處分と解釋による形式的行政處分の順にみていくこと

32) 藤田裁判官補足意見は、「行政事件訴訟法の定めるところに従い取消訴訟の対象とする以上は、この行爲を取消訴訟外において争うことはやはりできないものというべきであって、こうした取消訴訟の排他的管轄に伴う遮断効は(これを公定力の名で呼ぶか否かはともかく)否定できないものというべきである。」とする。

33) 小林・前掲注(2) 310頁~317頁、福井ほか・前掲注(3) 400頁~401頁(越智敏裕執筆)。

34) また、⑦の近藤崇晴補足意見も、行政處分に該当することから出訴期間の制限があることを前提に、「本判決より先にされた事業計畫の決定で、既に6か月の出訴期間を経過し、あるいはこれが切迫しているものについては、別途の配慮を要する」とし、「本判決より前にされた事業計畫の決定については、6か月の経過について上記の『正当な理由』があるものとして救済を図るといういわば経過措置的な解釋をすることが相当であろう。」とし、違法性の承継も否定する。なお、④は、個別法の規定から、取消訴訟の排他性を限定的に解釋する。

にする。

まず、法定された形式的行政処分である。これは、もともとの法的性質が「行政処分」でないものを、法律が「行政処分」として扱うものであると考えられる³⁵⁾。そのような例としては、負担付贈与「契約」とも考えられる行為(生活保護法の保護決定)に対して不服申立てが個別法に規定されている場合である。つまり、不服申立てができることから、法律は、その行為を「行政処分」とであると判断していることがわかる。

上記と全く同様の意味で、「契約」とも考えることが可能である行為について、個別法に行政手続法(第二章申請に対する処分・第三章不利益処分)の適用除外規定がある場合も、法律がその行為を「行政処分」と理解し、それに對して行政手続法の適用をしないように適用除外規定を置いていることがわかる。

しかし、このように不服申立ての規定がある場合または行政手続法の適用除外規定がある場合以外は、判断が難しい。釧路市雪印乳業奨励金事件における補助金不交付決定を行政処分として理解するか否かは見解が分かれる得ることになる³⁶⁾。

次に、解釈による形式的行政処分である。これは、法上は行政処分ではないことが明確な行為を、権利救済のために(権利救済を擴張するために)、抗告訴訟の対象となる「行政処分」概念を擴張して解釈するものである。典型例は、国立歩道橋事件であり³⁷⁾、法上は「行政処分」と考える余地がない複数の行為をまとめて、「行政処分」としたものであると考えられる。

以上の大きく二つに分かれる形式的行政処分に關して、室井力教授の整理に従うならば、かつての議論において意見が相違した主な対象は、法定された形式的行政処分ではなく、解釈による形式的行政処分であったと考えられる³⁸⁾。すなわ

35) 芝池義一『行政法總論講義(第4版補訂版)』(有斐閣、2006年)47頁は、「授益的行為の多くはもともとは非権力的なものであって(例、補助金や社會保障の給付)、法律により権力的行為(行政行為)の形式をとることを認められてはじめて、権力的な行為としての性格をもつことになる(形式的行政行為(行政処分))。』と説明する。

36) 札幌高判昭和44年4月17日行集20巻4号459頁。

37) 東京地決昭和45年10月14日行集21巻10号1187頁。

38) 室井力「形式的行政処分について」同『現代行政法の展開』(有斐閣、1978年)44頁~53頁。兼子仁『行政争訟法』(筑摩書房、1973年)279頁、原田尚彦「抗告訴訟の対象について」同『訴えの利益』(弘文堂、1973年)146頁~148頁も参照。

ち、法定された形式的行政処分については、行政処分とする以上は、それに伴う制限等も受けると考えられるのに對して、解釋による形式的行政処分について、同様に制限等を受けると考える必要があるのか、それとも、もともと行政処分でない行爲を權利救済のために行政処分と解釋するだけであるので、同様の制限等を受けることはないとするかの相違があることになる。

(2) 現在の議論

現在、これと同様の議論が展開されている。まず、白藤博行教授は、「取消訴訟を選択するか、民事訴訟ないしは当事者訴訟を選択するかは、あくまでも原告の選擇にゆだねられている」としつつ、「原告が自らの意思で取消訴訟を選択するからには、取消訴訟にまつわりつくさまざまな制度または不利益を受忍しなければならないのも当然である」とする³⁹⁾。

これに對して、山本隆司教授は、行政行爲と處分性が擴張された行政行爲以外の行政機關の行爲を區別して、後者に對しては、「行訴法の適用を制限する」ことを主張する。すなわち、行政行爲は、「行政機關が法律を根據にして一方的に責任を負って定める、私人一般を拘束する具体的な規律であり、こうした規律に法的安定性をもたせるために、私人からの異議に期間制限を設けるのに適合した行爲と見られる」が、處分性が擴張された行爲には、出訴期間制限を課すためには、「当該行爲の根據法律上の根據が必要と解される」とし⁴⁰⁾、また、後の行政行爲の取消訴訟において、處分性が擴張された先行行爲の違法性を主張することが、「原則として可能と解される。」とする⁴¹⁾。

白藤教授・山本教授はともに、かつての形式的行政処分論議を意識して議論を

39) 白藤博行「『國民の權利利益の實効的救済』にかかる行政判例と學說の相克」戒能通厚・原田純孝・廣渡清吾編『渡辺洋三先生追悼論集日本社會と法律學』（日本評論社、2009年）220頁。

40) 山本隆司「第3回處分性(3)」法學教室333号(2008年)51頁、同・前掲注(31)58頁。

41) 山本・前掲注(40)52頁。また、越智・前掲注(4)19頁は、「そもそも早期の段階で司法審査の機会を与えることが直ちにその段階での審査を原告に對して強制するものと理解する必然性はないはずである。……争点が司法判斷に適している限り、司法救済の段階は複数あってよく、特に法的効果がまだ確實とはいえない早期の段階で訴訟提起を認める場合には、違法性の承継を緩やかに認めていく余地も出てくるのではないか。」とする。

行っているが、処分性を認める対象を比較した場合、主な議論の対象はかつての議論とは異なっていると考えられる。すなわち、現在の議論は、解釈による形式的行政処分ではなく、不服申立規定等はないものの、法令の規定の仕組みから特定の行為を行政処分として理解するという意味で、法定された形式的行政処分を対象とするものと考えられるからである⁴²⁾⁴³⁾。

したがって、山本教授は、解釈による形式的行政処分を対象とするかつての論者以上に、取消訴訟に伴う制限の緩和を主張しているように思われる。そして、行政処分に該当するとしても、行政行為と、もともと明確には行政行為とは言えない行為を区別する柔軟な解釈が可能であるならば、さらに一步進んで、行政行為の中にも制限に服すものと服さないものを区別できないかも検討対象になり得るのではないかと思われる。かつての形式的行政処分論議以上の活発な論争が期待される。

四. 新司法試験と法科大学院教育における処分性

1. 処分性擴張路線と短答式問題・論述式問題

まず、短答式問題については、2006年第30問イでは、行政指導の処分性に關する問題が出されたが、これは、⑤を意識したものと思われる。また、2009年年第30問では、⑦の内容を問う問題が出された。これまでも、2006年には、2005年の在外邦人選挙権事件の大法廷判決⁴⁴⁾、2007年には、同じく2005年の小田急事件(原告適格)の大法廷判決⁴⁵⁾に關する問題が出題されており、大法廷判決について

42) もっとも、⑤のように、法の仕組みを考えて、勧告を「行政処分」と考えたとも言えるが、後の行政処分に對する取消訴訟では、實効的な権利救済にならないことから、より早期の段階で権利救済を重視したものとも考えられ、法律に定められた規定の解釋という意味での法定された形式的行政処分と、権利救済を重視するという点で解釋による形式的行政処分の中間的なものとも考えられるものもある。

43) また、取消訴訟(抗告訴訟)と4條当事者訴訟(民事訴訟)の選擇についても、現在では、取消訴訟に關する教示と取消訴訟の出訴期間における「正当な理由」の規定や、仮の権利保護制度の改革などを前提にすると、かつての議論とは有する意味は異なっているように思われる。

44) 最大判平成17年9月14日民集59卷7号2087頁。

45) 最大判平成17年12月7日民集59卷10号2645頁。

は、判決翌年においても当然のように出題がなされている。

また、論述式問題においては、2006年に、①をベースにした問題が出された。二項道路の告示が處分性を有することは問題文において示されたが、それを前提に、どのような訴訟類型で争うかが重要な論点であった。また、2008年には、勧告とそれに従わない場合の公表の争い方が最大の論点であったが、それについては、⑤の応用が期待されているようであった⁴⁶⁾。現在の論述式試験においては、訴訟類型の選擇または訴訟要件が大きな比重を占めており、處分性の問題も欠かすことができない重要論点になっている。新しい動向を正確に理解しておかないと、短答式問題のみならず、論述式問題にも対応できないと考えられる。

2. 法科大学院教育と處分性

上記のような判例や學説の議論の展開は、法科大学院の授業の中で当然に検討されていると考えられる。處分性擴張路線(少なくともその繼續)が行訴法改正の影響を受けているものであるとすれば、學生とともに、法科大学院教員も、新しい判例・議論を検討し、授業に反映していると思われる。その意味で、實務と學説の架橋とまで言えるかはともかく、研究と教育の統一が行われているはずである⁴⁷⁾。

もっとも、本報告で検討してきた處分性は、あくまで訴訟要件として、訴訟の入口の問題であるにすぎず、違法性ではなく、このような入口の問題に多くの時間を割くことが、實際の「實効的な權利救済」にとって好ましいか疑問もある⁴⁸⁾⁴⁹⁾。

46) 榎原秀訓「行政法思考で試験問題を解く2008年新司法試験問題」法學セミナー657号(2009年)34頁～40頁も参照。

47) 2010年の新司法試験の行政法の問題は住民訴訟であり、行政法の授業においてはあまり扱われていないテーマであり、素材の適切性には疑問が残るが、その中で議會の債權放棄といった2009年の公法學會でも議論された極めてホットな論点も扱っており、その意味で研究と教育を統一するものとなっている。

48) 新司法試験における憲法と行政法をあわせた公法系の論述的問題の試験時間は4時間であり、単純に半分に分けても、行政法に割ける時間は2時間にすぎず、この時間で問うことができる違法性の難易度は高いものにし得ないという問題もある。

49) したがって、訴訟類型に力を注ぐ必要のない訴訟の制度設計が必要である。高橋・前掲注(18)24

おわりに

はじめに触れたように、法科大学院は、短期間の内に様々な改革にさらされている。法科大学院の教育が理念通りに受験勉強の弊害を脱することができるかは、新司法試験の合格率の変化に大きな影響を受ける。他方、司法修習も期間が短縮され、弁護士會は、弁護士人口が急激に増加するといった状況に対応することを求められているが、司法修習における教育内容や、弁護士となってからの仕事といった点では、憲法や行政法についての変化はほとんどないのではないかとすら思われる。司法修習においては、新司法試験とは異なり、憲法や行政法は全く重要なものではなく、さらに、弁護士として就職した後に、憲法や行政事件にかかわることは多くはないと考えられる。その意味で、より大きな司法改革が必要であり、現在の処分性への關心は、日本における行訴法改革、さらには司法改革の限界を示しているようにも思われる。

[논문투고일 : 2010. 5. 17, 논문심사일 : 2010. 6. 8, 게재확정일 : 2010. 6. 17]



キーワード (日本)行政事件訴訟法, 処分性, 処分性擴張, 新司法試験, 法科大学院教育

頁~25頁は、「訴訟類型を可能な限り簡素化し、裁判所の判断で必要な救済を与えていく改正の方向性が検討されることが望ましい」とする。

参考文献リスト

司法制度改革推進本部行政訴訟検討會『行政訴訟制度の見直しのための考え方』

(2004年1月6日)

小林久起『司法制度改革概説 3 行政事件訴訟法』(商事法務、2004年)

橋本博之『解説改正行政事件訴訟法』(弘文堂、2004年)

橋本博之「處分性論のゆくえ」同『行政判例と仕組み解釋』(弘文堂、2009年)

橋本博之『要説行政訴訟』(弘文堂、2006年)

福井秀夫・村田齊志・越智敏裕『新行政事件訴訟法逐條解説とQ & A』(新日本法規、2004年)

高木光「處分性概念の純化」同『行政訴訟論』(有斐閣、2005年)

越智敏裕「處分性をめぐる最近の最高裁判決の動向」法律のひろば59巻5号
(2006年)

大久保規子「處分性をめぐる最高裁判例の展開」ジュリスト1310号(2006年)

大久保規子「判批」ジュリスト1373号(2009年)

大久保規子「判批」法學セミナー655号(2009年)

高橋滋「行政訴訟をめぐる裁判例の動向と課題」法曹時報59巻8号(2007年)

杉原則彦「判解」法曹時報58巻3号(2006年)

増田稔「判解」ジュリスト1373号(2009年)

中川丈久「判批」法學教室341号(2009年)

山下龍一「判批」民商法雑誌140巻3号

人見剛「判批」ジュリスト1376号(2009年)

行政訴訟實務研究會編集『自治体法務サポート行政訴訟の實務』(第一法規・
2004年)

下井康史「判批」ジュリスト1313号(2006年)

山本隆司「第8回行政訴訟補遺」法學教室340号(2009年)

山本隆司「第4回處分性(4)」法學教室335号(2008年)

芝池義一『行政法總論講義(第4版補訂版)』(有斐閣、2006年)

室井力「形式的行政處分について」同『現代行政法の展開』(有斐閣、1978年)

戒能通厚・原田純孝・廣渡清吾編『渡辺洋三先生追悼論集日本社會と法律學』

(日本評論社、2009年)

榊原秀訓「行政法思考で試験問題を解く2008年新司法試験問題」法學セミナー

657号(2009年)34頁～40頁も参照。

요 약

일본에서의 항고소송의 처분성의 동향

- 법원의 처분성확장노선과 신사법시험 -

榊原秀訓(사카키바라 히데노리)*

목 차

- I. 서
- II. 행정사건소송법개정과 처분성
 1. 행소법개정의 취지
 2. 행소법개정과 처분성
- III. 최고재판소에서의 처분성확장노선
 1. 전통적 행정처분의 개념
 2. 처분성확장노선
 3. 처분성확장의 배경과 이유
- IV. 처분성확장의 영향
 1. 전통적 행정처분개념에 대한 영향
 2. 행소법상의 영향 - 취소소송의 배타적 관할 · 출소기간 · 위법성의 승계
 3. 형식적 행정처분 논의의 리바이벌
- V. 신사법시험과 법과대학원교육에서의 처분성
 1. 처분성확장노선과 단답식 문제 · 논술식 문제
 2. 법과대학원교육과 처분성
- VI. 결 어

* 일본 南山(난잔)대학 법무연구과 교수

I. 서

일본에서의 법과대학원제도는 2004년의 제도발족으로부터 약 6년이 경과되었다. 그러나 신사법시험합격자의 수는 2009년의 합격자수가 전년보다 적었다는 등 2000명 정도로 제한되고, 합격율도 3할을 밑돌고 있으며 당초의 계획과는 큰 차이가 발생하고 있다. 또한 법과대학원의 정원삭감이 요구되어 실제로 많은 법과대학원에서 2할 전후의 정원삭감을 하거나 신사법시험의 합격율이 법학기수자보다도 낮은 미수자 1학년을 대상으로 법률기본과목의 충실이 요구되어 연간 취득가능학점수의 상한규제의 완화에 의해 6학점까지 증가가 가능하게 되는 등, 벌써부터 큰 전환점을 맞이하고 있다. 나아가 2010년 1월 22일에는 중앙교육심의회 대학분과회 법과대학원특별위원회 제3워킹그룹 “2009년 4월 중앙교육심의회 법과대학원특별위원회보고에 입각한 각 법과대학원의 개선상황(정리)”가 공표되었다.

이와 같이 법과대학원제도는 아직 제도로서 안정되고 있지 않은데, 신사법시험 자체는 4회 실시되고 그 내용은 상당히 안정되어 2009년 12월에 법과대학원협회의 조사연구반이 법률기본과목 등에 관하여 공통적인 도달목표(코어 커리큘럼)모델안(제1차안)을 공표하는 등 법과대학원교육의 내용도 대략 견고해지고 있다고 생각된다.

신사법시험과 구사법시험은 몇 가지 차이가 있는데, 그 큰 차이의 하나는 신사법시험도입 직전에는 사법시험과목이 아니었던 ‘행정법’이 헌법, 형법, 민법, 상법, 형사소송법, 민사소송법이라는 6법과목과 더불어 법률기본과목이 되고, 법조를 목표로 하는 자는 어쨌든 ‘행정법’을 배울 필요가 생긴 것이다. 실제의 신사법시험의 행정법에 관한 문제를 보면 행정구제법, 특히 행정사건소송법(이하, ‘행소법’)의 비중이 크다.

행정법의 많은 기본법은 1990년 이후 크게 변용되고 행정절차법·정보공개법이 제정되었으며 2004년에 법과대학원 수업이 시작됨과 동시에 개정행소법의 적용이 개시되었다. 그리고 행정법개정 직전부터 최고재판소에서의 항고소송(취소소송)의 처분성확장(행정처분에 대한 해당확장)노선이 현저해지고 있고, 그 내용이나 영향의 이해·분석이 학문적으로도 중요한 것이 되어 많은 연구업적이 발표되고 있다.

이에 이 보고에서는 재판실무와 신사법시험에서 중요도가 높아지고 행정법학자의 연구교육에서도 큰 관심사가 되어 있는 항고소송의 처분성에 초점을 맞추어 보고를 하기로 하겠다.

II. 행정사건소송법개정과 처분성

1. 행소법개정의 취지

행소법개정은 첫째로 국민의 권리이익의 구제범위의 확대를 도모하고, 둘째로 심리의 충실 및 촉진을 도모함과 동시에, 셋째로 행정사건소송을 보다 이용하기 쉽고 알기 쉽게 하기 위한 시스템을 정비하며, 넷째로 본안소송 전에 있어서의 가구제 제도의 정비를 도모한 것이다. 그리고 최초의 ‘실효적인 권리구제’라는 목적달성을 위하여 새로운 항고소송의 유형으로서 의무부여소송과 차지(差止)소송이 법정되고 4조의 당사자소송에서는 확인소송의 존재가 명기되어 그 활용이 목표로 되었으며 취소소송의 원고적격에 관하여 ‘법률상의 이익’의 유무를 판단하는 고려사항이 정하여졌다.

2. 행소법개정과 처분성

개정행소법에서의 취소소송의 소송요건을 보면, 원고적격개정이 가장 중요한 포인트이고, 행정처분에 관하여는 아무런 개정도 이루어지지 않은 것을 알 수 있다. 다른 한편 앞서 언급하였듯이 4조 확인소송 활용론이 개정법이 목표로 하는 방향이라고 생각되었다. 하급법원의 판결에는 행소법개정 이전에도 처분성을 적극적으로 인정하는 것이 있고, 또한 최고재판소도 행소법개정 직전의 시기에 처분성을 긍정할지 의심스러운 경우에 처분성을 인정하는 소수의 판결을 내리고 있었다. 그러나 행소법개정 후에는 처분성을 긍정할지 의심스러운 경우에 무리하게 처분성을 인정하지 않고 처분성을 부정하면서 항고소송이 아니라 4조의 확인소송 등에 의해 다투면 충분하다고 하여 처분성의 ‘순화’가 기대되었다.

그러나 실제로는 이러한 처분성 ‘순화’의 예상은 기대를 저버렸다. 행소법개정

후에도 그 직전의 경향을 유지하고 최고재판소는 처분성이 명확히 인정된다고는 생각되지 않는 경우라도 적극적으로 처분성을 긍정하는 처분성확장노선을 채용하여 왔기 때문이다.

Ⅲ. 최고재판소에서의 처분성확장노선

1. 전통적 행정처분의 개념

행정처분의 정의로서 일반적으로는 오오따구 쓰레기소각장설치사건의 정식이 사용되고 있다. 즉 “공권력의 주체인 국가 또는 공공단체가 하는 행위 중 그 행위에 의해 직접 국민의 권리의무를 형성하거나 그 범위를 확정하는 것이 법률상 인정되어 있는 것”이라는 것이다. 이것은 내용적으로는 ①권력성, ②법행위성, ③구체성, ④외부성을 갖는 행위라는 것이라고 생각된다. 그리고 이러한 판단기준은 행소법상의 행정처분만이 아니라 행정절차법(이하, ‘행수법’)상의 행정처분의 판단기준에도 타당하다고 생각된다. 물론 이러한 판단기준으로 행정처분해당성을 결정하는 것은 반드시 용이하지 않은 것도 또한 분명하다.

2. 처분성확장노선

행소법개정 직전부터 최고재판소가 처분성을 인정한 대표적인 판결에는 이하의 것이 있다.

- ① 御所町二項도로지정사건(2002년)
- ② 勞災就學원호비 부지급사건(2003년)
- ③ 냉동스모크참치 식품위생법위반통지사건(2004년)
- ④ 환급거부통지처분 취소청구사건(2005년)
- ⑤ 高岡시병원설치중지 권고사건(2005년)(유사한 것으로 ⑥ 土浦시병상삭감 권고사건(2005년))
- ⑦ 浜松토지구획정리사업 계획사건(2008년)
- ⑧ 横浜시보육소폐지조례 제정사건(2009년)

처분성이 인정된 행위를 확인한다면, ①은 고시, ②는 행정계약, ③과 ④는 통지, ⑤와 ⑥은 (법정)행정지도, ⑦은 (비완결형) 행정계획, ⑧은 조례이다. 처분의 상대방을 본다면, ①, ⑦과 ⑧은 다수의 상대방을 대상으로 하는 행위이다. 이하에서는 보고시간의 관계를 고려하여 행소법개정 후의 주목도가 높은 ⑤이하의 것을 중심으로 다루어 구체적인 논점을 살펴보도록 하겠다.

각각의 내용을 간단히 확인하겠다. ⑤는 특정의 지역(의료권)에서 병원의 병상수가 지역의료계획에서 정하는 필요병상수에 이미 도달하였기 때문에 병원개설의 중지를 요구하는 권고를 행정처분으로서 다룬 것이다. 이 권고에 따르지 않는 경우에도 병원개설은 허가되지만, 권고에 따르지 않는 경우에는 상당한 정도의 확실성을 갖고 병원을 개설하여도 보험의료기관의 지정을 받을 수 없게 되는 결과, 국민개(皆)보험제도가 채용되어 있기 때문에 보험의료기관의 지정을 받지 않고 진료행위를 하는 병원은 거의 없고, 지정을 받지 못하는 경우에는 실제상 병원의 개설 자체를 단념할 수 밖에 없다고 하여 권고의 처분성을 인정하였다(⑥은 신청대로 인정하면 필요병상수를 초과하기 때문에 병상수 삭감을 구한 권고를 대상으로 하는 것이다).

⑦은 토지구획정리사업계획을 시행지구 내의 택지소유자 등이 행정처분으로서 다룬 것이고, 처분성을 부정하는 1966년의 판결을 판례변경한 것이다. 사업계획이 결정되면 특단의 사정이 없는 한 사업계획에 따라 구체적인 사업이 추진되고, 그 후의 절차로서 환지처분이 당연히 행하여지게 되어 건축행위 등의 제한은 구체적인 사업의 시행의 장애가 될 우려가 있는 사태가 발생하는 것을 방지하기 위한 법적 강제력을 동반하여 시행되고 환지처분의 공고가 있기까지 택지소유자 등은 제한을 계속적으로 받게 된다. 택지소유자 등은 그러한 규제를 동반하는 토지구획정리사업의 절차에 따라 환지처분을 받아야 하는 지위에 서게 되고, 그 의미에서 그 법적 지위에 직접적으로 영향이 발생한다고 하여야 하며, 또한 환지처분 등을 대상으로 하는 취소소송에 대하여는 행소법의 사정판결이 내려질 가능성이 상당 정도 존재하고, 택지소유자 등이 입는 권리침해에 대한 구제가 충분히 이루어진다고는 말하기 어렵다고 하여 처분성을 인정하였다.

⑧은 공립보육원의 폐지조례제정행위를 다루는 것으로, 개정조례가 보육소의 폐지만을 내용으로 하고 달리 행정청의 처분을 기다리지 않고 그 시행에 의해 각

보육소폐지의 효과를 발생시켜 보육소에 실제로 입소 중인 아동·보호자라는 한정된 특정한 자에 대하여 직접 보육소에서 보육을 받는 것을 기대할 수 있는 법적 지위를 뺏는 효과가 발생되게 하는 것이라고 하여 처분성을 인정하였다.

3. 처분성확장의 배경과 이유

(1) 처분성확장의 배경

이러한 처분성확장의 배경으로서는, 행소법개정에 의해 원고적격에 관하여 '법률상의 이익'을 판단하기 위한 고려사항이 규정되고, 원고적격의 판단시에 관련법령의 취지·목적이나 침해되는 이익의 내용·성질 및 태양·정도를 고려하고 있기 때문에 처분성에 관하여 법개정은 없었음에도 불구하고, 원고적격의 해석방법이 처분성판단의 해석방법에도 영향을 주고 있는 점이 지적되고 있다.

(2) 처분성확장의 이유

또한 이들 판결이 처분성을 확장한 이유로서는 '실효적인 권리구제'의 필요성을 들 수 있다. ⑤에서는 杉原則彦조사관이 보험의료기관의 지정을 받기 위하여는 "병원의 건물이나 의료설비를 갖추고 의사나 간호부를 고용하는 등 필요한 인원이나 시설을 확보"하여야 하고, 권고를 다룰 수 없다고 하면, 보험의료기관의 지정을 받을 수 있는지에 관하여 높은 리스크를 부담하는 것이 된다고 지적하고 있다. ⑦은 이미 보았듯이 '실효적인 권리구제'를 보다 명시적으로 든다. 뒤의 행위를 다투는 경우의 '사정판결'의 가능성 때문에 "실효적인 권리구제를 도모하기 위하여는 사업계획의 결정이 있는 단계에서 이를 대상으로 한 취소소송의 제기를 인정하는 것에 합리성이 있다"고 하는 것이다. 中川丈久교수가 지적하듯이 "'실효적인 권리구제'의 실현에 대한 최고재판소 자신의 남다른 의욕"이 보여진다. ⑧에서는 '실효적인 권리구제'의 필요성은 명시적으로 논의되고 있지 않지만, 보육소의 폐지조례가 대상이고 '다른 행정청의 처분'을 기다려서는 '실효적인 권리구제'는 불가능하다고 생각된다.

물론 '실효적인 권리구제'의 필요성이 있다고 하여도 인정하여야 할 소송이 항고소송이 아니면 안되는지는 별문제이다. 즉 행정처분이 아니라고 하여도 처분성의 '순화'논자가 지적하듯이 4조의 당사자소송의 활용을 생각할 수 있기 때문이다.

이 점에서 주목되는 것은 다수당사자가 존재하는 경우에 판결의 제3자효에 관심이 향해지고 있는 것이다. ⑧은 아동·보호자가 보육소폐지조례의 효력을 다투어 당사자소송 내지 민사소송을 제기하고 승소판결이나 보전명령을 받았다고 하여도 소송의 당사자인 아동·보호자와 지방자치체와의 사이에서만 효력이 발생하는 것에 불과하므로 이것을 받은 지방자치단체로서는 보육소를 존속시키는지의 여부에 관한 실제의 대응이 곤란하게 된다고 하여 취소판결의 제3자효에 언급하고 구제방법으로서 민사소송법·당사자소송과 대비된 항고소송의 합리성을 말한다. 또한 동일하게 다수당사자가 존재하는 ⑦에서 近藤崇晴보충의견은 절대적 효력설을 전제로 획일적 규율을 중시하는 것 같다. 이러한 사안에서는 계획단계와 뒤의 행정처분단계의 2단계로 나누어지므로 개별 행정처분의 위법성에 관계없는 계획단계의 위법성에 관하여 ①출소기한제한(나아가 위법성의 승계의 부정), ②취소판결의 제3자효를 중시하여 항고소송을 중시하는 것도 생각할 수 있지만, 다른 한편으로 현행 제도에서는 주장제한에 어울리는 정보공개나 참가제도가 불충분한 점을 어떻게 평가하는지 라는 문제도 존재한다.

가령 다수의 상대방이 있는 경우에 4조의 당사자소송 등보다도 항고소송이 합리적이라고 하여도 그 이외의 경우에 선택가능성을 포함한 양자의 관계를 어떻게 생각하여야 하는지는 문제가 된다.

IV. 처분성확장의 영향

1. 전통적 행정처분개념에 대한 영향

(1) 전통적 행정처분개념의 수정·한계

최고재판소의 처분성확장판결은 전통적인 행정처분의 정식을 상당히 유연하게 해석하는 것이다. ⑤는 권고거부의 법적 영향이 아니라 '상당한 정도의 확실

성'을 갖는 실무상의 취급을 중시하는 것이었다. 나아가 ⑥의 藤田재판관의 보충의견은 권고의 처분성을 긍정하지만 행정처분의 정식을 "채용하는 것은 적당하지 않다"고 하여 정식 자체의 한계를 명시적으로 지적한다.

(2) 행수법에서의 행정처분개념과의 동일성

행소법상의 행정처분개념의 확장이 이루어진 경우, 행수법상의 행정처분개념이 행소법과 동일하다고 하면 마찬가지로 행수법상의 행정처분의 개념도 확정되는 것이 된다. 그 결과 행정절차법의 적용방법이 변화하고 절차보장의 유무나 그 내용이 달라지게 된다. 처분성개념의 '순화'논자인 橋本博之교수는 동일하다고 생각한 경우 행수법상의 절차를 법원이 다르게 만드는 것이 되어 부적절한 것이 아닌가 라는 의견을 제출한다. 이에 대하여 오히려 법원에 의한 허가제창설·행정절차실천의무창설을 적극적으로 평가하는 의견도 나와 있다.

물론 행소법상의 행정처분개념과 행수법상의 행정처분개념을 이와 같이 연동하여 생각할지는 문제이다. 다른 법인 이상 연동하지 않아도 좋다고도 생각할 수 있다. 이 동일성의 문제는 행소법에서 행정처분을 확장하는 이유를 어떻게 생각하는지 라는 문제에도 관련된다. 동일이라고 생각하는 山本隆司교수는 ②, ③, ⑤에서의 최고재판소의 처분성확장은 "처분절차의 보장을 미치게 하기 위한 입법·행정실무에 개혁을 촉구하는 메시지"라고 하는데, 행수법이 아니라 행소법상의 이유를 생각하는 쪽이 자연스럽다고 생각되고, 최고재판소에 의한 처분성확장이 이유를 이와 같이 이해하여야 하는지 검토가 필요하다. 나아가 처분성이 확장된 행위의 유형에 의해서는 행수법에서의 행정처분과 일치시키기 어렵다고 생각된다.

2. 행소법상의 영향 - 취소소송의 배타적 관할·출소기간·위법성의 승계

⑥의 藤田재판관 보충의견이 묻고 있듯이 어떤 행위를 행정처분으로서 성격 부여 하였을 때 그 행위는 (a)소위 공정력을 갖게 되고 취소소송 이외의 방법에

의해 그 적법성을 다룰 수는 없는지, (b)취소소송의 출소기간의 적용을 받고 이를 도과한 경우에는 더 이상 출소의 길이 봉쇄되는 것인지, (c)행정처분이라고 판단된 행위를 직접 다투지 않고 후행의 행정처분의 효력을 항고소송으로 다투려고 한 경우, 이 뒤의 소송에서 선행행위의 위법성을 주장할 수 없는지(위법성의 승계)가 문제가 된다.

이와 같은 논점에 관하여 藤田재판관 보충의견은 행정처분인 이상 배타적 관할을 인정한다고 한다. 개정행소법14조1항 단서는 6개월의 출소기간의 예외로서 "정당한 이유가 있을 때에는 그러하지 아니하다"고 규정하고, 교시의무가 존재함에도 불구하고 그것이 이루어지지 않는 경우에는 '정당한 이유'가 존재한다고 생각할 수 있는 점을 전제로, 藤田재판관 보충의견은 "행정사건소송법46조에 정하는 행정청의 교시의무, 출소기간 등 도과에 관한 '정당한 이유'조항(같은 법14조1항 및 2항에서의 각 단서를 참조) 등의 활용이 이루어지게 되는 것으로 대처할 수 있다고 생각된다"라고 한다.

3. 형식적 행정처분 논의의 리바이벌

상기의 논점은 과거 소위 형식적 행정처분을 둘러싼 논의의 논점과 같은 것이다.

白藤博行교수는 "취소소송을 선택하는지 민사소송 내지는 당사자소송을 선택하는지는 어디까지나 원고의 선택에 맡겨져 있다"고 하면서 "원고가 자신의 의사로 취소소송을 선택하였다면 취소소송에 관련된 여러 가지 제도 또는 불이익을 수인하여야 하는 것도 당연하다"고 한다.

이에 대하여 山本隆司교수는 행정행위와 처분성이 확장된 행정행위 이외의 행정기관의 행위를 구별하고, 후자에 대하여는 "행소법의 적용을 제한한다"는 것을 주장한다. 즉 행정행위는 "행정기관이 법률을 법적 안정성을 갖게 하기 위하여 사인으로부터의 이의에 기간제한을 두는 것에 적합한 행위라고 보여지지"만, 처분성이 확장된 행위에는 출소기간제한을 부과하기 위하여는 "당해 행위의 근거법률상의 근거가 필요하다고 해석된다"고 하고, 또한 뒤의 행정행위의 취소소송에서 처분성이 확장된 선행행위의 위법성을 주장하는 것이 "원칙적으로 가능하다고 해석된다"고 한다.

白藤교수·山本교수는 모두 과거 형식적 행정처분 논의를 의식하면서 논의를 하고 있지만, 처분성을 인정하는 대상을 비교한 경우 과거의 논의에서 의견이 다른 주된 대상은 법정된 형식적 행정처분이 아니라 법령의 실마리가 없을 때에 처분성을 인정하는 경우를 전형적이라고 하는 해석에 의한 형식적 행정처분이었다고 생각된다. 이에 대하여 현재의 논의는 이러한 의미에서의 해석에 의한 형식적 행정처분이 아니라 불복신청규정 등은 없지만 법령의 규정의 구조에서 보아 특정한 행위를 행정처분이라고 이해한다는 의미에서 법정된 형식적 행정처분과 유사한 것이라고 생각된다.

따라서 山本교수는 해석에 의한 형식적 행정처분을 대상으로 하는 과거의 논자 이상으로 취소소송에 동반되는 제한의 완화를 주장하고 있는 것처럼 생각된다. 나아가 행정행위와 그 이외의 행위를 명확히 구별하지만 이러한 유연한 해석을 한다면 행정행위 중에도 제한에 따르지 않는 것이 있다고 해석할 수 없는 가라는 점도 검토대상이 될 수 있는 것이 아닌가 생각되고, 과거의 형식적 행정처분 논의 이상의 활발한 논쟁이 기대된다.

V. 신사법시험과 법과대학원교육에서의 처분성

1. 처분성확장노선과 단답식 문제·논술식 문제

우선 단답식 문제에 관하여는 2006년 제30문(b)에서는 행정지도의 처분성에 관한 문제가 나왔는데, 이것은 ⑤를 의식한 것이라고 생각된다. 또한 2009년 제30문에서는 ⑦의 내용을 묻는 문제가 나왔다. 지금까지 2006년에는 2005년의 재외국민선거권사건의 대법정판결, 2007년에는 동일하게 2005년의 오다큐사건(원고적격)의 대법정판결에 관한 문제가 출제되어 있고, 대법정판결에 관하여는 판결 다음 해에 당연하듯이 출제되고 있다.

또한 논술식 문제에서는 2006년에 ①를 베이스로 한 문제가 나왔다. 二項도로의 고시가 처분성을 갖는다는 것은 문제문에서 제시되었지만, 그것을 전제로 어떠한 소송유형으로 다투는지가 중요한 논점이었다. 또한 2008년에는 권고와 그에 따르지 않는 경우의 공표를 다투는 방법이 최대의 논점이었는데, 그에 관하

여는 ⑤의 응용이 기대되고 있었던 것 같다. 현재의 논술식 시험에서는 소송유형의 선택 또는 소송요건이 큰 비중을 차지하고 있고 처분성의 문제도 빠트릴 수 없는 중요한 논점이 되고 있다. 새로운 동향을 정확히 이해하지 않으면 단답식 문제만이 아니라 논술식 문제에도 대응할 수 없다고 생각된다.

2. 법과대학원교육과 처분성

상기와 같은 판례나 학설의 논의의 전개는 법과대학원의 수업에서 당연히 검토되고 있다고 생각된다. 처분성확장노선(적어도 그 계속)이 행소법개정의 영향을 받고 있는 것이라고 한다면, 학생과 함께 법과대학원교원도 새로운 판례·논의를 검토하고 수업에 반영하고 있다고 생각된다. 그 의미에서 실무와 학설의 가교로 까지 말할 수 있는지는 차치하고 연구와 교육의 통일이 이루어지고 있을 것이다.

물론 이 보고에서 검토하여 온 처분성은 어디까지나 소송요건으로서 소송의 입구의 문제임에 불과하고 위법성이 아니라 이러한 입구의 문제에 많은 시간을 쓰는 것이 실제의 '실효적인 권리구제'에 있어서 바람직한지는 의문이 없지 않다.

VI. 결 어

앞서 말했듯이 법과대학원은 단기간에 많은 개혁이 이루어지고 있다. 법과대학원의 교육이 이념대로 수험공부의 폐해를 벗어날 수 있을지는 신사법시험의 합격율의 변화에 큰 영향을 받는다. 다른 한편 사법수습도 기간이 단축되고 변호사회는 변호사인구가 급격히 증가한다는 상황에 대응하는 것을 요구받고 있는데, 사법수습에서의 교육내용이나 변호사가 되고 나서의 임무라는 점에서는 헌법이나 행정법에 관한 변화는 거의 없는 것이 아닌가 생각된다. 사법수습에서는 신사법시험과는 달리 헌법이나 행정법은 전적으로 중요한 것이 아니고, 나아가 변호사로서 취직한 후에 헌법이나 행정사건에 관여하는 것은 많지 않다고 생각할 수 있다. 그 의미에서 보다 큰 사법개혁이 필요하고 현재의 처분성에 대한 관심은 일본에서의 행소법개혁, 나아가 사법개혁의 한계를 보여주고 있는 것같이도 생각된다.

국문초록

일본에서의 항고소송의 처분성의 동향
- 법원의 처분성확장노선과 신사법시험 -

榊原秀訓(사카키바라 히데노리)**

행정법의 많은 기본법은 1990년 이후 크게 변용되고 행정절차법·정보공개법이 제정되었으며 2004년에 법과대학원 수업이 시작됨과 동시에 개정행소법의 적용이 개시되었다. 그리고 행정법개정 직전부터 최고재판소에서의 항고소송(취소소송)의 처분성확장(행정처분에 대한 해당확장)노선이 현저해지고 있고, 그 내용이나 영향의 이해·분석이 학문적으로도 중요한 것이 되어 많은 연구업적이 발표되고 있다. 그중에서도 재판실무와 신사법시험에서 중요도가 높고, 행정법학자의 연구교육에서도 큰 관심사가 되어 있는 항고소송의 처분성은 주목할 만하다.

행소법의 개정은 첫째로 국민의 권리이익의 구제범위의 확대를 도모하고, 둘째로 심리의 충실 및 촉진을 도모함과 동시에, 셋째로 행정사건소송을 보다 이용하기 쉽고 알기 쉽게 하기 위한 시스템을 정비하며, 넷째로 본안소송 전에 있어서의 가구제 제도의 정비를 도모한 것이다. 그리고 최초의 '실효적인 권리구제'라는 목적달성을 위하여 새로운 항고소송의 유형으로서 의무부여소송과 차지(差止)소송이 법정되고 제4조의 당사자소송에서는 확인소송의 존재가 명기되어 그 활용이 목표로 되었으며 취소소송의 원고적격에 관하여 '법률상의 이익'의 유무를 판단하는 고려사항이 정하여졌다.

한편, 최고재판소는 행소법개정 이전부터 처분성 확장노선을 견지하였는데, 이러한 배경으로는 행소법 개정에 의해 원고적격에 관하여 '법률상의 이익'을 판단하기 위한 고려사항이 규정되고, 원고적격의 판단시에 관련법령의 취지·목적이나 침해되는 이익의 내용·성질 및 태양·정도를 고려하고 있기 때문에 처

** 일본 南山(난잔)대학 법무연구과 교수

분성에 관하여 법개정은 없었음에도 불구하고, 원고적격의 해석방법이 처분성판단의 해석방법에도 영향을 주고 있는 점이 지적되고 있다. 또한 최고재판소 판결이 처분성을 확장한 이유로서는 ‘실효적인 권리구제’의 필요성을 들 수 있다. 이러한 최고재판소의 처분성 확장판결은 전통적인 행정처분의 정식을 상당히 유연하게 해석하는 것이다. 예컨대, 高岡시병원설치중지 권고사건(2005년)은 권고거부의 법적 영향이 아니라 ‘상당한 정도의 확실성’을 갖는 실무상의 취급을 중시하는 것이고, 나아가 土浦시병상삭감 권고사건(2005년)의 藤田재판관의 보충의견은 권고의 처분성을 긍정하지만 행정처분의 정식을 “채용하는 것은 적당하지 않다”고 하여 정식 자체의 한계를 명시적으로 지적하고 있다.

이와 같은 처분성 확장노선과 관련하여, 판례나 학설의 논의의 전개는 법과대학원의 수업에서 당연히 검토되고 있고, 처분성확장노선이 행소법개정의 영향을 받고 있는 것이라 한다면 학생과 함께 법과대학원 교원도 새로운 판례·논의를 검토하고 수업에 반영되고 있는 것이고, 이러한 의미에서 실무와 학설의 가교로 까지 말할 수 있는지는 몰라도 연구와 교육의 통일이 이루어지고 있다고 할 수 있다. 물론 여기서 검토한 처분성은 어디까지나 소송요건으로서 소송의 입구의 문제임에 불과하고 위법성이 아니라, 이러한 입구의 문제에 많은 시간을 쓰는 것이 실제의 ‘실효적인 권리구제’에 있어서 바람직한지는 의문이 없지 않다.

법과대학원은 단기간에 많은 개혁이 이루어지고 있다. 법과대학원의 교육이 이념대로 수험공부의 폐해를 벗어날 수 있을지는 신사법시험의 합격율의 변화에 큰 영향을 받는다. 한편, 사법수습도 기간이 단축되고 변호사회는 변호사인가 급격히 증가한다는 상황에 대응하는 것을 요구받고 있는데, 사법수습에서의 교육내용이나 변호사가 되고 나서의 임무라는 점에서는 헌법이나 행정법에 관한 변화는 거의 없는 것이 아닌가 생각된다. 사법수습에서는 신사법시험과는 달리 헌법이나 행정법은 전적으로 중요한 것이 아니고, 나아가 변호사로서 취직한 후에 헌법이나 행정사건에 관여하는 것은 많지 않다고 생각할 수 있다. 그 의미에서 보다 큰 사법개혁이 필요하고 현재의 처분성에 대한 관심은 일본에서의 행소법개혁, 나아가 사법개혁의 한계를 보여주고 있는 것 같다고 생각된다.

▶ **주제어** (일본) 행정사건소송법, 처분성, 처분성확장, 신사법시험, 법과대학원교육