

論説

# 行政処分の反復禁止効と既判力

2012年4月入学

坂本 涼

## I. 緒論

## II. 学説の展開

### 1 議論の萌芽

(1) 行政裁判法下での議論

(2) 行政事件訴訟特例法下での議論

### 2 対立構造の確立

(1) 特殊効力説

(2) 既判力説——兼子説とは異なる立場の

(3) 拾遺——東亜由美の見解の紹介と評価

### 3 各見解の評価

## III. 既判力説の再構成

### 1 塩野宏の見解

### 2 山本隆司の見解

### 3 興津征雄の見解

### 4 評価と展望

## IV. 残された問題

### 1 解釈論の可能性

(1) 訴訟物の分断

(2) 基準時後の事情変動

(3) 解釈論の可能性

### 2 解釈論の余地——一時的取消判決の可能性

(1) 民事訴訟法学説における一時的棄却判決

(2) 行政処分取消判決への示唆——一時的取消判決の可能性

(3) 規律・既判力説と一時的取消判決のドグマティックな基礎づけ

(4) 派生問題——上訴可能性

## V. むすびにかえて

## I. 緒論

行政処分の反復禁止効<sup>1)</sup>の法的性質及びその意義については多くの議論の蓄積があ

る<sup>2)</sup>。従来、行政処分の反復禁止効に関する議論はいわゆる特殊効力説と既判力説という学説の対立のもとで論じられてきた<sup>3)</sup>。学説では特殊効力説をとるものが多数であったが<sup>4)</sup>、近時、有力な学説が既判力説をと

1) 取消判決の拘束力の規定(行政事件訴訟法33条1項)の効力としては、反復禁止効だけでなく原状回復義務や整合化義務といった多様な効果が語られる。その中でも反復禁止効は「拘束力の最小限度の内容」とされる(園部逸夫編『注解行政事件訴訟法』419頁(有斐閣,1989)[村上敬一])。本稿では議論の拡散を防ぐため、拘束力の規定の中核的な効力である反復禁止効に議論を限定する。なお、興津・後掲注2)46頁も参照。

2) 反復禁止効をめぐる近時のモノグラフとして、興津征雄『違法是正と判決効』1-108頁,227-356頁(弘文堂,2010)(以下、『判決効』と略記)がある。本稿の記述の多くは同書の精緻な分析に依る。

3) 学説の概観として、南博方=高橋滋編『条解行政事件訴訟法(第3版補正版)』569-596頁(弘文堂,2009)[東亜由美]。

4) 興津・前掲『判決効』11頁注15,南=高橋編・前掲注3)571-572頁[東亜由美]参照。

り<sup>5)</sup>、反復禁止効をめぐる議論は流動化の兆しを見せている。もっとも、このような学説の対立が構築されながらも、特殊効力説と既判力説の解釈論上の根拠や対立点は必ずしも明確にされてこなかったように思われる<sup>6)</sup>。本稿は、学説の展開の検討を通じて、どのようにして反復禁止効をめぐる学説の対立構造が成立したのかを解明し、近時の有力な学説がこのような学説の対立構造とどのような関係を取り結ぶのか、そして、そのような近時の有力な学説をいかに評価すべきかを検討する。

## II. 学説の展開

### 1 議論の萌芽

以下で検討する通り、反復禁止効をめぐる学説の対立は主として行政事件訴訟特例法、行政事件訴訟法下で形成されたものである。もっとも、後に述べるように、反復禁止効をめぐる学説の対立は行政裁判法下の議論との連続性を有する部分もあるように思われる。したがって、ここでは行政裁判法下での議論から検討を始める。

#### (1) 行政裁判法下での議論

行政裁判法下では、取消判決の拘束力を定

めた「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」(行政裁判法 18 条)という規定について、取消判決というものが行政行為と同じく国家の公権的行為であることを根拠として、行政行為の拘束力とパラレルに、取消判決の内容に従って行動するように関係行政庁を拘束するという効力を定めたものであり、既判力とは異なる効力を定めたものであるという解釈がなされていた<sup>7)</sup>。現在の反復禁止効に関する議論が、拘束力の規定は行政行為の拘束力とは異なる効力を定めたものと理解して形成されていることからすると、このような行政裁判法下での議論は現在の問題関心とは異なる視点からなされたものというべきであろう<sup>8)</sup>。

#### (2) 行政事件訴訟特例法下での議論

##### a 特殊効力説と既判力説の揺籃

拘束力の規定の性質をめぐる、特殊効力説と既判力説という学説の対立が形成されたのは行政事件訴訟特例法以降であった。行政裁判法 18 条を受け継いだ<sup>9)</sup>「確定判決は、その事件について関係の行政庁を拘束する」(行政事件訴訟特例法 12 条)という拘束力の規定について、判決の実効性を確保するための規定であるとの解釈がいち早く打ち出されたが、その根拠は明確ではなかった<sup>10)</sup>。

5) 塩野宏『行政法Ⅱ(第5版補訂版)』190-194頁(有斐閣, 2013)、山本隆司『行政上の主観法と法関係』484-485頁(有斐閣, 2000)(以下、『法関係』と略記)、山本隆司「訴訟類型・行政行為・法関係」民商130巻4-5号640頁, 656-657頁(2004)(以下、「訴訟類型」と略記)、興津・前掲『判決効』1-108頁, 興津征雄「取消判決の効力」法教360号26頁, 29-30頁(2010)。

6) 阿部泰隆は、「この両説は、いかにも一見対立しているごとくして、実はそれぞれの説のなかでも入りみだれ、その眼中に置く論点や既判力、訴訟物概念について一致しておらず、また、必ずしも取消判決の拘束力を正面から取り扱っていないし、両説の相互批判特に既判力説からする特殊効力説の批判は極めて不十分であった」と評する(南博方編『注釈行政事件訴訟法』305頁(有斐閣, 1972)[阿部泰隆])。

7) 美濃部達吉『日本行政法上巻』1018-1019頁(有斐閣, 1940)、田中二郎「行政法に於ける確定力の理論」『行政行為論』173頁, 226-227頁(有斐閣, 1954)[初出1934]。もっとも、佐々木惣一は、行政裁判所の判決の既判力を否定し拘束力のみを認めるという理論構成をとるが、必ずしも行政行為の拘束力に引き付けた理解はしていない(佐々木惣一『日本行政法論 総論』657-661頁(有斐閣, 1924))。

8) 塩野・前掲注5)186頁, 興津・前掲『判決効』229頁。なお、行政裁判法下では行政裁判所制度が採用され行政裁判所が上級行政庁の地位にあったことから、行政裁判所と行政庁との関係が現行憲法における司法裁判所と行政庁との関係とは異なる点にも留意が必要である(旧憲法下の行政裁判所のシステムについては、雄川一郎『行政争訟法』35-39頁(有斐閣, 1957)参照)。

園部逸夫は、佐々木と美濃部の見解を紹介したうえで「いずれにしても行政庁の監督官庁の地位にあった行政裁判所が存在していた時代の行政法特有の効力であったといえよう」と評する(園部逸夫「判批」塩野宏編『行政判例百選Ⅱ(第2版)』440頁, 441頁(1987))。

9) 田中二郎ほか「第十二条(確定判決の拘束力)・附則」『行政事件訴訟特例法逐条研究』427頁, 427頁(有斐閣, 1957)[初出1955][雄川一郎発言]。

(a) 兼子一の見解

取消判決の拘束力の規定の性質を明確に論じたのは兼子一である。兼子は、上級審の破棄判決の拘束力を既判力の作用であるとした上で、取消判決をこの上級審の破棄判決とパラレルな性質のものとして捉え、行政事件訴訟特例法 12 条は既判力の主観的範囲を関係行政庁へと拡張した規定であるとの理解を打ち出した<sup>11)</sup>。

兼子は、上訴を原判決の違法不当の判断を形成要件とする訴訟内の形成訴訟であるとする。兼子によると、形成の宣言と形成要件の確定は一体をなすことから、上級審の破棄判決の既判力は原判決の違法不当の判断という形成要件の判断にも生じ、下級審は破棄判決に反する判断ができなくなるという。行政処分の取消判決は、これとパラレルに、処分の違法がどの点にあるかが形成要件となり、かかる形成要件についての判断に既判力が生じることで「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く」なるが<sup>12)</sup>、行政事件訴訟特例法 12 条はこのような効力を有する既判力の主観的範囲を関係行政庁へと拡張した規定であるとする<sup>13)</sup>。

兼子一の見解は、反復禁止効を既判力の作用

であるとした上で、拘束力の規定を既判力の主観的範囲を拡張するものと捉え、取消判決の既判力の客観的範囲は判決理由中の判断をも含むとする特徴を有する。

(b) 浅賀栄の見解

これに対して、浅賀栄は、行政事件訴訟特例法 12 条の規定は、既判力の作用を意味するものではなく「判決が違法と確定した判断を尊重し、同一の過誤を繰返えしてはならないという効力」を定めたものとして<sup>14)</sup>、反復禁止効を拘束力の規定の効力であるとする。浅賀が拘束力の規定は既判力の作用を意味するものでないとする根拠は必ずしも明確ではないものの、反復禁止効の主観的範囲が訴訟当事者だけでなく利害関係のある第三者に及ぶこと、及び、その客観的範囲が判決理由中の判断をも含むこと<sup>15)</sup>が根拠とされているように思われる。

兼子と浅賀の見解は、現在からみると特殊効力説と既判力説の対立として整理することが可能であるかもしれない。しかし、兼子の記述には拘束力の規定が既判力と異なる特殊な効力を定めたものではないかという問題意識は見られず、兼子一の見解は特殊効力説との対立関係で構築されたものではない。また、浅賀の記述も、いかなる意味で拘束力の規定

10) 田中二郎「行政争訟の法理」『行政争訟の法理』1 頁, 125 頁 (有斐閣, 1954) [初出 1948-1950]、田中二郎『行政法講義案 [上巻第 2 分冊]』208-209 頁 (有斐閣, 1949) (以後の著作からは判決の実効性確保という記述は消えるが、基本的な記述は田中・後掲注 37)『新版行政法上巻 II (全訂第 1 版)』まで同一である)。田中ほか・前掲注 9)428 頁 [田中二郎発言] では、拘束力の規定の性質について行政裁判法下での理解 (注 7) 参照) を維持しているかのごとき口吻を示す。

11) 兼子一「上級審の裁判の拘束力」『民事法研究 II』81 頁 (酒井書店, 1954) [初出 1950]。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 5 巻』1429 頁, 1454-1460 頁 (有斐閣, 1956) も同一の見解であるといえよう。

12) 兼子・前掲注 11)93 頁。

13) 兼子・前掲注 11)89-98 頁。既判力が判決理由中の判断にも生ずることから、破棄判決の拘束力を既判力と捉えることに批判は強く、民事訴訟法学説においては、上級審の破棄判決の拘束力は審級制度の趣旨から生ずる特殊な効力であるとする見解が多数である (新堂幸司『新民事訴訟法 (第 5 版)』925 頁 (弘文堂, 2011)、伊藤眞『民事訴訟法 (第 4 版補訂版)』715 頁 (有斐閣, 2014)、高橋宏志『重点講義民事訴訟法 (下) (第 2 版補訂版)』751 頁, 759 頁注 135 (有斐閣, 2014))。

14) 浅賀栄『行政訴訟の諸問題——判例を中心とした——』362 頁 (酒井書店, 1954)。裁判例においては、このような理解が多かったようである (最高裁判所事務総局『行政事件訴訟十年史』161-165 頁 (法曹会, 1961) 参照)。

15) 浅賀が、反復禁止効の客観的範囲をいかに捉えているかは必ずしも明確ではないが、「(具体的事実においては拘束力はあるも) [大阪地方裁判所のように判決主文に包含されるものであると否とを問わず] 広く理由自体拘束力ありとするのは疑問である」、「判決が違法と確定した判断を尊重し、同一の過誤を繰返えしてはならないという効力である」という記述からは、判決が処分を違法とした理由を示す判決理由中の判断についてこのような効力を認めているように思われる (浅賀・前掲注 14)361-362 頁 ([ ] 内筆者))。なお、浅賀は、判決主文の簡潔な表現のみでは主文の内容を理解できないため、主文の意味内容を確定するのに必要な限りにおいて「理由も判決の効力の範囲となる」とする (同書・353 頁 (圏点筆者))。

が既判力の作用を意味するものではないかについて体系的に記述したものではない。特殊効力説と既判力説という学説の対立は、当時においては明確には形成されていなかったというべきであろう。

#### b 特殊効力説と既判力説という磁場の形成

しかし、次第に、拘束力の規定の性質について特殊効力説と既判力説の差異が明確に意識され、特殊効力説が優位にたっていくこととなる。

ここでは、当時の議論状況を理解するために、行政事件訴訟特例法逐条研究と題された座談会と行政事件訴訟特例法を改正するべく設けられた法制審議会行政訴訟部会小委員会<sup>16)</sup>の第14回会議(1956年9月6日に行われた。以下、「第14回会議」と略記)<sup>17)</sup>における議論をまず紹介する。両者とも、研究者・実務家により構成された座談会・会議

であり、当時の議論状況の理解に資する。座談会形式であるため、一義的に明確な結論が出されたわけではないが、行政事件訴訟特例法逐条研究においては、拘束力の規定は判決の実効性確保のために認められた既判力とは異なる実体法上の効力を定めたものであり<sup>18)</sup>、その客観的範囲は判決理由中の判断を含む<sup>19)</sup>という理解が共有されたといえよう。第14回会議では、既存学説の整理がなされたのち<sup>20)</sup>、取消判決の拘束力の規定は、既判力の作用を意味するものではなくて広義の執行的作用を営ませるとする積極的な義務を課す実体法上の規定であり、その客観的範囲は主文だけでなく判決理由をも一体として考えるという結論に落ち着きをみたと評価できる。第14回会議がこのような結論に至ったのは、拘束力の規定の効力には既判力の概念では包摂しきれない「行政上の特殊性」があることが理由とされている<sup>21)</sup>。このよう

16) 詳細については、興津・前掲『判決効』232-233頁参照。

17) 拘束力の規定についての実質的議論が行われたのは第14回会議においてであり、その後の議論は「事件の差戻」を巡る議論に割かれ、拘束力の規定についての立ち入った検討は行われなかったようである(興津・前掲『判決効』232-253頁参照)。

18) 田中ほか・前掲注9)428-433頁〔田中二郎発言、三ヶ月章発言〕。

19) 田中ほか・前掲注9)432頁〔田中二郎発言〕。

20) 杉本良吉から行政事件訴訟特例法12条の解釈の分類として、①上級審裁判所の判断の下級審裁判所への拘束力と同趣旨の規定とする説、②判決の実効性を確保するための規定とする説、③既判力の主観的範囲を拡張する規定とする説の三つの説に分類がなされた(塩野宏編著『日本立法資料全集5 行政事件訴訟法(1)』392頁(信山社,1992))。当時の配布資料は資料としては残っていないため——「第三巻〔資料2〕には、「抗告訴訟の問題点」が配布された記録があるが、入江文書中には収録されていない(三神正昭「行政事件訴訟立法関係資料(第3巻～第7巻)の出版一覧および解題」塩野宏編著『日本立法資料全集37 行政事件訴訟法(3)』6頁(信山社,1994))——杉本が誰の見解をどのように分類したかについては判然としない。杉本は、①の説について裁判所と行政庁の関係は上級行政庁と下級行政庁の関係とは異なるとしてその欠点を指摘し、②の説が有力であるとしている(塩野編著・前掲『日本立法資料全集5』392-393頁〔杉本良吉発言〕)。

21) 塩野編著・前掲注20)『日本立法資料全集5』403頁〔入江俊郎発言〕。そこにいう行政上の特殊性とは、拘束力の規定が、行政に対して積極的な是正措置を課すものであること、行政処分の反復を防止するものであること、及び、その客観的範囲がその主文と理由中の判断とが一体となって判断されるものであることを指すといえようが、前二者の効力については既判力でも導きうるものが審議においても示唆されている(同書・396頁〔小沢文雄発言、浜本一夫発言〕)。拘束力の規定の効力の客観的範囲を判決主文と理由中の判断を一体として判断するという点では、一般的な既判力の理解とは異なる行政上の特殊性というものが看取できるが、そのように解する根拠は語られていない。杉本は、上級審裁判所の判断の下級審裁判所への拘束力と同趣旨の規定とする説によると判決理由中の判断についても拘束力の規定の効力が生ずるとするが、他の説については拘束力の規定の効力が生ずる範囲は不明瞭であるとしている(同書・393頁〔杉本良吉発言〕)。兼子は、従前の理解(II 1(2)a(参照)を踏襲し形成要件たる個別の違法事由につき既判力が生じるとしているように思われる(同書・396-397頁〔兼子一発言〕)。田中は、取り消す理由を一体として考えなければ「拘束力を論ずる場合におかしなことになる」とするが、その意味するところは必ずしも明瞭ではない(同書・398-399頁〔田中二郎発言〕)。

立案担当官である杉本はのちに、行政事件訴訟法33条1項の拘束力の規定については、既判力を根拠にする見解と、判決の主文と一体となった判決理由中の判断について生ずる既判力と異なる効果であるとの見解のうち、後者の見解によって理解すべきものと述べているが(杉本良吉『行政事件訴訟法の解説』110-111頁(法曹会,1963))、実際は、「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」との評価(塩野・後掲注22)169頁)が正当であると思われる。

に、行政事件訴訟特例法逐条研究及び第14回会議が行われた当時においては、既判力かそうでない効力かという形で特殊効力説と既判力説という学説の対立の原像が荒削りとはいえ形成されていたといえるだろう。

## 2 対立構造の確立

行政事件訴訟特例法逐条研究及び第14回会議が行われた時期以降に、既判力説の解釈論としての難点を指摘し、拘束力の規定の効力について特殊効力説にたつ論攻が多数発表された。この時期に、特殊効力説と既判力説の対立という構造が確立するとともに<sup>22)</sup>、特殊効力説が通説としての地位を獲得していくこととなる<sup>23)</sup>。以下では、それぞれの論者の見解を、特殊効力説と既判力説に分類して紹介する。

### (1) 特殊効力説

特殊効力説と一口でいっても、そこにいう「特殊効力」の意味する内容は論者により異なり、それ自体として明確な外延を有するわけではない<sup>24)</sup>。特殊効力説にたつ論者にお

おむね共通する解釈論上の特徴は、既判力説に対し、①既判力は判決理由中の判断には生じない、②既判力は訴訟法上の効力にすぎず、実体法上の効力を生じるものではない、あるいは、③先行処分と後行処分は形式上別個の行為であり、先行処分の取消判決の既判力は後行処分には及ばない、といった批判を加え、拘束力の規定は既判力と異なる判決の実効性を確保するための特殊な効力を実体法上定めたものであり、その客観的範囲は判決で否定された処分理由に限定されるとする点にある<sup>25)</sup>。特殊効力説にたつ論者の見解をみる限り、彼らが特殊効力説を支持するのは既判力説が上記①～③にあげられた解釈論上の難点を孕むからであって、必ずしも彼らから特殊効力説を積極的に基礎づける論拠は示されているわけではない。特殊効力説はあくまで、既判力説の解釈論上の難点という消極的な論拠によって支えられているというべきであろう。

特殊効力説における「特殊効力」の法的性質については語らない見解も多いが<sup>26)</sup>、具体的な内容を語るものも存在する。拘束力の

なお、田中の発言については、田中がかつて既判力の客観的範囲を判決理由も含むものと考えていたことと（田中・前掲注7）248頁）——田中は、かかる立場を少なくとも、『行政法大意』までは維持していたようである（田中二郎『行政法大意』459-460頁（勁草書房、1950）と田中・前掲注10）「行政争訟の法理」126頁、田中・前掲注10）『講義案』209頁の記述を比較対照のこと。なお、田中二郎『行政法 上巻』381頁（有斐閣、1953）には、既判力が判決理由中の判断にも生ずるとの記述が再度見られるが、これは行政法講義案の記述を利用したことから生じたものと考えられる（同書・2頁。田中二郎『要説行政法』321頁（弘文堂、1960）ではかかる記述は見られない）——あるいは関連があるかもしれないが、明確な典拠はなく想像の域を出るものではない。なお、田中の既判力は判決理由中の判断にも生ずるとの理解は、一般的な既判力理解（たとえば、兼子一『新修 民事訴訟法体系（増訂版）』341頁（酒井書店、1965））とは大きく異なることは言を俟たない。田中があげる行判昭和4年2月9日行録40輯120頁の理解としては、「主文で判断されている事項を確定するには理由をも参照しなければならないことが多いが、その限度で理由に示された判断が既判力の範囲を定めることになる」との理解（雄川・前掲注8）221頁（圏点筆者））が妥当であろう（なお、兼子・同書341頁の記述も参照）。

22) 特殊効力説が「特殊効力説」と呼ばれるようになったのもこの時期であると考えられる。どの論者が「特殊効力説」と呼ぶようになったのかは定かではないが、小沢文雄「判批」田中二郎編『行政判例百選（初版）』223頁（1962）は「拘束力説」、塩野宏「行政事件訴訟判決の効力」法教7号168頁（1963）は「特殊の制度的効力」と呼称する。これに対して、外間寛「取消判決の拘束力」ジュリ300号104頁（1964）は「特殊効力説」と呼称する。

23) 興津・前掲『判決効』11頁注15、南＝高橋編・前掲注3）571-572頁〔東亜由美〕。

24) 岡光民雄は、「特殊効力説が通説とされているが、そこでいう特殊効力とは非既判力というに等しく、特殊効力の性質と内容を明確にすることが通説内部における今後の課題といってよい」と評する（南博方編『条解行政事件訴訟法（初版）』759頁（弘文堂、1987）〔岡光民雄〕）。

25) なお、特殊効力説にたちながら、前訴において十分に主張可能であった事由を主張しないで取消判決を受けたものの、再処分を禁ずることによって弊害が生じないという場合には、権利濫用・信義則違反として再処分を禁ずるとの見解も存在する（鶴岡・後掲注107）277-278頁）。この見解についてはIV 2(3)で触れる。

26) 市原昌三郎「抗告訴訟の本質と判決の効力」一橋論叢37巻3号221頁、234-235頁（1957）、小沢・前掲注22）223-224頁、塩野・前掲注22）169頁、杉本・前掲注21）111頁、近藤昭三「判決の効力」田中二郎ほか編『行政法講座第3巻 行政救済』325頁、336-339頁（有斐閣、1965）、吉川正昭「判決の拘束力」鈴木忠一＝三月月章監

規定は、確定判決の存在自体により実体法上の法律効果が生じるという判決の構成要件的效果 (Tatbestandswirkung)<sup>27)</sup> を定めたものとする見解である<sup>28)</sup>。

## (2) 既判力説——兼子説とは異なる立場の

既判力説の代表的な論者は兼子であるといえようが、兼子とは異なる立場から反復禁止効を既判力の作用であるとする見解も存在する。

### a 白石健三の見解

白石健三は、抗告訴訟を行政処分にかancel力認めることに対応して認められた行政処分の具体的権限の存否を確認する確認訴訟として捉え、抗告訴訟の訴訟物は行為時における行政庁の具体的権限の存否であるとする。白石によると、権力主体たる行政庁は、本来は

形成の訴えによらないと実現できない権利変動を自らの一方的な認定により実現できる権限を有し、その判断に通用力が認められることから行政処分には公定力が認められる。取消判決はこのような具体的権限の不存在を確定することから、処分の反復は既判力により防止されるとして反復禁止効を既判力の作用であるとし、拘束力の規定は既判力の主観的範囲を関係行政庁へと拡張する効力を定めたものとする<sup>29)</sup>。白石の見解は、抗告訴訟を確認訴訟として捉えるという特徴を有し<sup>30)</sup>、通説のような訴訟物の捉え方——兼子のように処分の違法性が形成要件として訴訟物となるという理解——では反復禁止効を基礎づけることは困難であるとする<sup>31)</sup>。白石が、反復禁止効が生ずる範囲、すなわち既判力の客

修『実務民事訴訟講座 (8)』259頁, 262-275頁 (日本評論社, 1970), 千葉勇夫「取消判決の効力」金子芳雄ほか編『法学演習講座 (13) (行政法下巻)』558頁, 562-567頁 (法学書院, 1974), 兼子仁『行政法学』190-191頁 (岩波書店, 1997) など。

27) 鈴木正裕「判決の法律要件の効力」山木戸克己選暦『実体法と手続法の交錯 (下)』149頁 (有斐閣, 1978), 新堂・前掲注13)735-736頁, 伊藤・前掲注13)563頁。民事訴訟法学では、Tatbestandswirkung に法律要件的效果の語をあてるのが一般的であるが、本稿では構成要件的效果の語をあてる。

28) 中田淳一「判批」民商34巻1号72頁, 75-79頁 (1956), 鈴木正裕「形成判決の効力」論叢67巻6号27頁, 43-44頁 (1960), 園部編・前掲注1)420頁 [村上敬一]。なお、中田淳一は「一種の反射効」であるとするが、「確定判決を契機として生じる」実体法上の効果であるとしていることから、ここにいう反射効とは構成要件的效果を指すと理解して大過ないであろう (鈴木・同論文46頁注13), 高橋宏志『重点講義民事訴訟法 (上) (第2版補訂版)』664頁注79 (有斐閣, 2013) も中田の見解を構成要件的效果にたつものと理解する。なお、鈴木正裕「判決の反射的效果」判タ261号2頁 (1971) も参照。

このような見解に対しては、「法律要件的效果はいわば特殊例外的効果であるから、明確な規定を要するのではないか」、あるいは、「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効果であるのに対し、右条項 [行政事件訴訟法33条1項] では判決の内容的効果が問題」となっているとして、疑問を呈する見解もある (本間靖規「形成訴訟の判決効」新堂幸司ほか編『講座民事訴訟6 裁判』283頁, 298頁 (弘文堂, 1984) ([ ] 内筆者)。

29) 白石健三「公法関係の特質と抗告訴訟の対象」岩松裁判官選暦『訴訟と裁判』419頁 (有斐閣, 1956)。

30) 抗告訴訟を確認訴訟として捉える点については疑問がある。白石は、行政処分の取消という効果を取消訴訟の確定をえないまま他の訴訟の前提問題として主張すること自体は想定していないように思われる。そうすると、結局、抗告訴訟が権利変動の結果を他の訴訟の前提問題として争うことができないという形成訴訟としての特質を有することを否定しては興津というべきであろう (このような形成訴訟の有する特質については、本間・前掲注28)285頁参照。なお、興津・前掲『判決効』39頁も参照。白石が形成効を等閑視することへの疑問は、雄川・前掲注8)60-61頁も示す)。

31) 白石・前掲注29)446-448頁。白石は、兼子の見解を「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」ものと理解し、そのような理解では「処分当時処分の具体的要件が具備されていたかどうか」は前提問題にすぎなくなるとする (白石・前掲注29)446頁, 452頁注22も参照)。しかし、兼子の見解でも、形成要件の判断たる個々の違法事由の検討を通して「処分当時処分の具体的要件が具備されていたかどうか」についても既判力が生ずるのであり、白石の批判は失当であるように思われる (II 1 (2) a (a)も参照)。なお、興津・前掲『判決効』35-39頁は、白石、兼子、そして後述する雄川の諸説の近似性を説き、白石や雄川の兼子に対する批判を「さほどの射ていない」と評した旧稿 (興津征雄「行政処分反復禁止効の法的構成」法協121巻2号213頁, 222頁 (2004)) の評価を改め、雄川の「行政行為の違法性を形成要件の概念を通じて捉えると、……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」との評価 (雄川・前掲注8)59頁) を正当としている (興津・前掲『判決効』86頁注116)。確かに、兼子の見解は判決主文である取消の宣言とその原因である形成要件において既判力は生ずるとしており、行政行為自体の違法性の問題は前

観的範囲についてどのように考えていたかは明確でないが、後に述べる通り、行政庁の権限の不存在が既判力によって確定されるとすると、理論的には、その客観的範囲は判決で否定された処分理由に限定されることなく処分の違法性一般に及ぶことになろう。

#### b 雄川一郎の見解

雄川一郎は、先行処分の既判力は後行処分へ及ばないとの市原昌三郎の見解を紹介し、言葉を継いで「その結果は恐らくは既判力の意義を失わしめるものであって、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」から、「全く同一の事情の下で同一理由に基き同一の行為をなすことは、既判力によって妨げられると解すべき」として<sup>32)</sup>、反復禁止効を既判力の作用であるとする<sup>33)</sup>。雄川は「全く同一の事情の下で同一理由に基き同一の行為をなすことは、既判力によって妨げられる」と述べているものの、「既判力は原則として主文について生ずることは民事訴訟の判決と変らず、主文で判断されている事項を確定するのには理由をも参照しなければならないことが多いが、その限度で理由に示された判断が既判力の範囲を定めることになる」としていることから<sup>34)</sup>、このような記述は判決主文の内容を判決理由中の判断を参酌して判断するという趣旨であると解すべきで、反復禁止

効の客観的範囲は判決で否定された処分理由に限られることなく処分の違法性一般に及ぶことになろう。

#### c 田中二郎の見解

田中二郎は、「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」であるとし、「同一の事実関係に基づく限り」時点を異にする処分であっても同一性を失わず「取消訴訟の対象の同一性は失われることはない」とする<sup>35)</sup>。そして、田中は、「当初の一定の事実関係が変らず、その同一性を維持する限り、確定判決の既判力が及び、同一内容の処分を繰り返すことは許されず、第二、第三の同一内容の処分は、当然に無効と解されるべき」として、反復禁止効を既判力の作用であるとする<sup>36)</sup>。田中は自らの体系書において、違法状態の排除という観念のもと、「その事件について、拘束する」という文言の意味として「裁判所が違法であるとしたのと同一の理由に基づいて、行政庁が同一人に対し同一の処分をすることを禁止する趣旨である」と述べていることからすると<sup>37)</sup>、反復禁止効の客観的範囲は判決で否定された処分理由に限られると考えているといえようか<sup>38)</sup>。

提問題になるにとどまる。しかし、白石が、兼子の見解を「処分の違法性ということを一応有効に成立した処分の取消原因の趣旨に解する」としている点については（白石・前掲注 29）453 頁注 24）、上述の通り当を得たものではないと評価すべきではないか。

なお、行政と私人との法関係において私人の形成権の存在は観念しづらいことから、取消訴訟の訴訟物は処分の違法性自体に求めるのが直截であろう（雄川・前掲注 8）58-61 頁。小早川光郎「取消訴訟と実体法の観念」『行政訴訟の構造分析』1 頁（東京大学出版会、1983）〔初出 1973〕も参照。

32) 雄川・前掲注 8)221 頁。

33) なお、雄川はこのように反復禁止効を既判力の作用であるとしているが、拘束力の規定については「拘束力の性質を既判力の効果に外ならないとみる説があるが……既判力は右に述べたように行政行為の内容の違法性の有無を確定しこれに反する主張を当事者間で主張し得ない所にあるが、ここでいう拘束力の意義は、行政庁の行動の規範となる所にあるので、その性質を異にする。即ち、行政庁が判決の趣旨に従って行動すべき義務を生ぜしめる」ものであるとして既判力と異なる効力を承認している（雄川・前掲注 8)222 頁）。

34) 雄川・前掲注 8)220-221 頁（圏点筆者）。

35) 田中二郎「抗告訴訟の本質——その訴訟物を中心として」『司法権の限界』73 頁、82-83 頁（弘文堂、1976）〔初出 1967〕。

36) 田中・前掲注 35)84 頁。

37) 田中二郎『新版行政法上巻（全訂第 2 版）』354 頁注 2（弘文堂、1974）（圏点筆者）。この記述は、田中二郎『新版行政法上巻Ⅱ（全訂第 1 版）』335 頁注 2（弘文堂、1964）と同一である。注 10）で述べた通り、同書に至るまでの諸著作では基本的に田中・前掲注 10）「行政争訟の法理」125 頁、田中・前掲注 10）『講義案』208-209 頁と同旨の記述が維持されている。

#### d 小早川光郎の見解

小早川光郎は、「取消訴訟の訴訟物は、……処分が違法であって取り消されるべきものである旨の原告の主張であり、処分を取り消すべき違法性ありという裁判所の判断は、訴訟物についての判断であって、既判力を生ずる。そこでいう訴訟物としての処分の違法性とは、すでにされた一定の日付をもつ処分が違法であることも含めて、しかしそれに限らず、およそその事情のもとでその者に対しその態様において処分がされることの違法性、という意味で捉えることが可能である。そう考えるときは、取消判決の後に、判決により違法とされたのと同一態様の行政庁の行動が同一事情のもとで同一人に対して繰り返されることは、取消判決の既判力によって妨げられる」と解するのが「取消訴訟制度の救済機能にても妥当」であるとして、反復禁止効を既判力の作用であるとし、拘束力の規定については既判力の主観的範囲を関係行政庁へと拡張する規定であるとする<sup>39)</sup>。

小早川は、反復禁止効の客観的範囲について「救済の実効性を確保するためのものであり、判決において処分の取消しの理由とされた違法事由の判断についてのみ生ずる」として<sup>40)</sup>、判決で違法とされた処分理由に限定する<sup>41)</sup>。

#### (3) 拾遺——東亜由美の見解の紹介と評価

特殊効力説あるいは既判力説のどちらにも包摂できないようにみえる見解を構築する論者もいる<sup>42)</sup>。ここでは、特殊効力説に包摂しきれない意義を有するとも評される東亜由美の見解を紹介することとする。

東は、拘束力の規定の効力を「取消判決の理由中で示された具体的違法事由についての判断に与えられた通用力と解」し、「本条1項〔行政事件訴訟法33条1項〕自体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と解すべき」とする<sup>43)</sup>。そこでいう「手続的な拘束規定」の意義が問題となるが、拘束力の規定が行政庁に対し実体法上の義務を課すこと自体は否定していないように思われるため、その点は特殊効力説と軌を一にする。判決理由中の認定判断に通用力を認めるという点についても、判決で否定された理由による再処分を禁ずるという特殊効力説の効力を、取消判決の判断の通用力という別の側面から説明したものであるというべきでないか。取消判決の判断の通用力という観点を提供したこと自体は高く称せられるべきではあろうが、東の見解が特殊効力説と異なる観点を提供したものは必ずしも評価できないように思われる<sup>44)</sup>。

38) もっとも、田中・前掲注37)の体系書においては、拘束力の規定の効力として反復禁止効に言及しており、反復禁止効の基礎づけについて田中・前掲注35)の論文と同じ立場にあるかは疑問がないではない。

39) 小早川光郎『行政法講義〔下II〕』221-223頁(弘文堂, 2005)。

40) 小早川・前掲注39)223頁。

41) もっとも、小早川は、拘束力の客観的範囲は取消訴訟の訴訟物の範囲と同じであるとする(小早川・前掲注39)223頁)。このような立論と、反復禁止効の客観的範囲についての記述とは必ずしも整合的でないようにみえる。この点については、山本隆司「取消訴訟の審理・判決の対象——違法判断の基準時を中心に(1)」曹時66巻5号1頁,13頁注17(2014)の「次述3〔既判力の範囲〕の問題を意識して妥当な結論を導くための立論であるが、必ずしも論理が明確でない」との評価が適切であろう(〔 〕内筆者)。

42) 本文で紹介するもの以外に、実質的根拠をもって反復禁止効を説明する見解がある。三権分立を根拠にするものとして、木村弘之亮「行政事件上の取消判決の効力(1)~(4・完)」民商72巻2号263頁(1975)、3号424頁(1975)、4号614頁(1975)、5号785頁(1975)。権利濫用を根拠にするものとして、南編・前掲注24)772頁〔岡光民雄〕。

43) 南=高橋編・前掲注3)570-579頁〔東亜由美〕(〔 〕内筆者)。

44) もっとも、興津は、東の見解を「拘束力の概念を“実体法上の行動義務”から解放し、これを手続的に理解する契機を提供した点で、大きな意義を有すると思われる」と評する(興津・前掲『判決効』29頁)。特殊効力説が「実体法」という場合、それは訴訟法との対比で述べられているものであり、東の見解も、拘束力の規定が訴訟法との対比における実体法の範疇に属していることは否定していないと考えられる。興津のかかる言明は、東の見解が実体法の規定の実体的側面と手続的側面という緩やかな対比において手続的側面を照射したものであり、その意味において意義を有すると述べたものとして理解されるべきであろう。



### 3 各見解の評価

以上の検討から、特殊効力説と既判力説という学説の対立は、反復禁止効の客観的範囲とその法的性質を巡って形成されたものといえることができよう。その際に特徴的であるのが、特殊効力説だけでなく既判力説にも、前訴で否定された処分理由について反復禁止効が生ずるとする見解がみられることである。既判力説においてこのように考える根拠については、必ずしも明確ではない。特殊効力説においても、反復禁止効の客観的範囲を判決で否定された処分理由に限定する根拠が明確に述べられているわけではない<sup>45)</sup>。

雄川によれば、行政事件訴訟法は、「戦後から日本国憲法の発足に際してなされた制度改革における行政訴訟法制の立法の継承であり発展であるという性格を基本的にもっていた」という<sup>46)</sup>。そして、戦後の制度改革における行政訴訟観には、「従前の行政裁判制度の否定」という側面と、「技術的には、行政裁判所時代の行政訴訟法理を受けついで」という側面が併存しており、このような2つの側面の併存により、「行政訴訟については、民事訴訟の法理法制度によらしめることを基本としながら、行政訴訟の特質に応じた特別——それは従前の行政訴訟の法理法制度を多分に受けついでいた——を必要の限りで立法することとなったのである。これが、戦後の民訴応急措置法、行政事件訴訟特例法の立法

であった。……〔行政事件訴訟法は行政事件訴訟特例法と異なり、「行政事件訴訟」を民事訴訟の一範疇とは考えていないという行政訴訟観の相違があるが、〕行政事件訴訟法の実質的内容は行政事件訴訟特例法を継承しこれを発展させたものがその中心になっている」という<sup>47)</sup>。反復禁止効の客観的範囲が判決で否定された処分理由に限定されるという理解は、上級審の破棄判決の拘束力をめぐり議論を想起させるが、このような類似の淵源に行政裁判法下で行政裁判所が上級行政庁的地位にあったことが影響していると考えるのは穿ちすぎであろうか<sup>48)</sup>。

ともあれ、判決で否定された処分理由にのみ反復禁止効が生ずるとする観念が共有されていたということは特筆されるべき事柄であろう。

このような議論状況下で、特殊効力説から既判力説に対し、①既判力は判決理由中の判断には生じない、②既判力は訴訟法上の効力にすぎず、実体法上の効力を有するものではない、あるいは、③先行処分と後行処分は形式上別個の行為であり、先行処分の取消判決の既判力は後行処分には及ばない、といった批判がなされた。反復禁止効が前訴で否定された処分理由について生ずることを前提としたことによって、①の批判は既判力説の解釈論的な難点を指摘する致命的なものとなった。また、③の批判に対しても、既判力説側からは、白石・田中のように訴訟物の概念を通説的な見解とは異なる形で定式化するとい

45) 例外的に、小沢・前掲注 22)224 頁は、反復禁止効の客観的範囲を判決で否定された処分理由に限定する根拠として「過誤防止」という観点を提示する。この見解の評価については、注 48) 参照。

46) 雄川一郎「行政事件訴訟法立法の回顧と反省」『行政争訟の理論』184 頁、197 頁（有斐閣、1986）〔初出 1983〕。

47) 雄川・前掲注 46)197-198 頁（〔 〕内筆者）。

48) 小沢・前掲注 22)224 頁は、行政裁判法下では行政裁判所は上級行政庁としての性格を有していたことから、取消判決の拘束力は前訴で否定された処分理由に限定されると解するのが自然であり、拘束力の規定は「行政内部における権限分配を定める組織規定の性格を有」するとする。その一方で、行政事件訴訟特例法下では、裁判所は上級行政庁としての地位を有しないのであるから明文なくして上記のような効力を認めることはできず、それを行政事件訴訟特例法 12 条が定めたものであるという。そして、このような効力は過誤防止のために認められたものであることから裁判所法 4 条、民事訴訟法 325 条 3 項後段と同じ性格をもち、その客観的範囲は判決で否定された処分理由に限られるとする。

この小沢の見解は、行政裁判法下の司法と行政の関係と行政事件訴訟特例法下での両者の関係との間の非連続性を意識しつつ構築されたものとして高く称されるべきである（なお、千葉・前掲注 26)563 頁も参照）。しかし、そうであればこそ、拘束力の規定に裁判所法 4 条、民事訴訟法 325 条 3 項後段と同じ性格を見出してよいか問われるべきではなかったか。

う、必ずしも説得的であるとはいえない見解の構築による応答しかなされなかった<sup>49)</sup>。結局、特殊効力説からの批判に対して既判力説は有効な応答をしておらず、「既判力を通常の意味に理解するかぎり、特殊効力説が正当といえよう」との評価は<sup>50)</sup>、ここまでの検討の限りにおいては正当なものであると思われる。もっとも、II 2(1)で述べたように、特殊効力説は、既判力説に対する批判をもって自己の基礎づけとしており、それ自体として積極的な基礎づけを有するものではなかった。特殊効力説は、既判力説の解釈論的な困難とその沈黙を背景に、それ自体として積極的な基礎づけをもたぬまま通説としての地位を獲得することとなった。

### Ⅲ. 既判力説の再構成

近時、新たな理論構成によって反復禁止効を既判力の作用であるとする見解が登場している。塩野宏、山本隆司、興津征雄の見解であり、三者ともに、既判力の作用としての反復禁止効の客観的範囲を判決主文を導く判決理由中の判断に限定せず、「取消判決にも真正の既判力を認める」<sup>51)</sup>という特色を有する。これにより特殊効力説からの既判力説への批判のうちもっともクリティカルなものへの応答がなされるだけでなく、むしろ、これらの見解は、反復禁止効の客観的範囲を前訴で否定された処分理由に限定する理由がない

として特殊効力説を批判する。これらの見解は、これまで漠然と前提とされていた、反復禁止効の客観的範囲は前訴で否定された処分理由であるという思考を前提から問い直すものであり、これらの見解の登場によって反復禁止効をめぐる議論は新たな局面に入ったといえよう。特に、特殊効力説がそれ自体として積極的な基礎づけを有しない以上、これらの見解をどう定位するかによって反復禁止効をめぐる議論状況は大きく変転する可能性がある。そこで、以下ではこれらの見解を検討することとする。

#### 1 塩野宏の見解

塩野宏は<sup>52)</sup>、先行処分の「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もの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みるならば、まさに同一事件なのである」として、法律関係の同一性を根拠として既判力の作用としての反復禁止効を

49) なお、この批判に対しては、上村明広と小山昇がそれぞれ「法的効果の目指す秩序」、「基本権」といった論拠をもって応答をしている。

上村は、先行処分の取消訴訟と後行処分の取消訴訟の訴訟物は異なるが、紛争の実質的同一性を根拠に後行処分が取り消されることが「取消判決により実現せしめられた法的効果の目指す秩序に属する」ことから「先決関係概念を拡張的に解釈」し、前訴判決の既判力が後訴判決に作用するものとする（上村明広「形成対象の繰返しと既判力」民商55巻1号28頁、44-45頁（1966））。

小山は、「憲法が予定する司法権と行政権の関係——司法権は行政権にとって代わるものでないという関係——」から「訴訟事件判決の中に行政庁に対する行為禁止の意思表示を見ることはできない」が「法治行政主義の下では、違法な行政処分をしないことを求める基本権が認められ」「右の基本権は当該処分のごとき処分をしないことが確保されてはじめて満足される」ため、「当該処分のごとき処分の違法取消性——AufhebungsbedürftigkeitをもたらずRechtswidrigkeit——の確定」が取消訴訟の訴訟物となるとして、前訴判決の既判力が後訴判決に作用するものとする（小山昇「行政処分取消判決の効力について」『判決効の研究 小山昇著作集第2巻』139頁、147頁、153頁、154頁（信山社、1990）〔初出1976〕（圏点原文）。小山の見解の評価については、高橋・前掲注28)663-664頁も参照）。

50) 南編・前掲注6)306頁〔阿部泰隆〕。

51) 山本・前掲『法関係』485頁。

52) 以下の見解は、つとに、塩野宏『行政法II（初版）』144-147頁（有斐閣、1991）の時点で提示されていたものであり、時的には後述する山本、興津の見解に先行する。

基礎づける<sup>53)</sup>。

## 2 山本隆司の見解

山本隆司は、行政行為の理解自体を変化させ、行政行為を措置ではなく規律と捉える。山本によれば、「行政行為は措置であるとともに規律でもあり、むしろ規律としての性格が重要である。そして、規律の内容（例、Xは租税債務をA円以上負う）は、措置としての手続が区切られても（例、第一次・第二次・第三次更正処分、取消判決後に反復される行政行為と当初の行政行為）、同一性を失わない。取消訴訟の訴訟物としての行政行為の違法性は、このように連続する規律の内容の実体的違法性と、措置としての手続の違法性の両方として捉えるべきである。……また、行政行為の内容を違法として取り消す判決の既判力は、反復される行政行為に及ぶと解される」のである<sup>54)</sup>。このように行政行為を規律として捉えることによって、山本は、既判力の作用としての反復禁止効を基礎づける。

## 3 興津征雄の見解

興津征雄は、訴訟物についての二分肢説の立場から既判力の作用としての反復禁止効を基礎づける。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特定しようとする考え方」であり、興津は、「行政行為（行政処分）を一定の生活事実関係の規律と捉えたうえで、前提となる事実関係と規律の

内容によって訴訟物を同定する立場をとれば、前処分と再処分が形式的には（措置としては）別の処分であるにもかかわらず、前訴取消判決の既判力を後訴に及ぼすことができる。これは、ドイツにおける二分肢的訴訟物概念の説くところと一致する」として、訴訟物を「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」により画定することによって訴訟法的に既判力の作用としての反復禁止効を基礎づけられるとする<sup>55)</sup>。

## 4 評価と展望

三者の見解は、塩野の提示した法律関係の同一性という視点を、山本が行政行為の「深さ」<sup>56)</sup>——措置か、規律か——という観点からモディファイし、更にそれを興津が訴訟法的に展開したものと評価できる。塩野は、法律関係が同一であることから先行処分の取消判決の既判力が後行処分へと及ぶとするが、しかし、そこでいう「法律関係」というものをいかに捉えるか自体が問題なのであり、特殊効力説にたつ論者は、法律関係は個々の行政処分により形作られるものであって、時点の異なる行政処分により形成される法律関係はそれぞれ異なると反論するであろう。これに対して、山本が「措置としての行政行為」と「規律としての行政行為」という観念を導入したことにより、議論をより高い精度で分析することが可能となる。時点の異なる行政処分が形式上別個の行為であるという特殊効力説の論者による主張は、行政行為を措置として捉え、措置ごとに行政上の法関係を個別化する見解であり、逆に、時点の異

53) 塩野・前掲注5)191頁（圏点筆者）。

54) 山本・前掲「訴訟類型」656頁。ここでは行政行為の性質が述べられているのであり、必ずしも行政処分の性質が述べられているわけではない。山本は、のちに、自身の見解について、「ただしそこでの叙述は、処分と行政行為との区別に重点を置いていなかった」としている（山本隆司『判例から探究する行政法』387頁注36（有斐閣、2012）（以下、『判例探究』と略記））。この記述と、「本書では、行政行為ではないけれども行政行為に関連する決定に処分性を認める可能性を考えており、行政行為概念自体の解体までは意図していない」との記述（同書・341頁注11）とをあわせ読む限り、行政処分が「[規律としての]行政行為に関連する決定」として私人の法的地位に関するものであることから、反復禁止効を議論する限度においては、行政行為と行政処分との差異を厳密に区別せずに議論を進めることも許されるだろう。行政行為と行政処分との区別は、行政処分についての訴訟手続の特則と、その中における行政行為についての訴訟手続の特則という形で「特則の積み重ねを観念する」場合に意義を有する（同書・387頁）。

55) 興津・前掲『判決効』51頁、52頁、63頁（圏点原文）。

56) 山本・前掲「訴訟類型」656頁。

なる行政処分であっても「法律関係」としてみると同一であるという塩野の主張は、行政行為を規律として捉えるものであると評価できよう。このように、塩野の見解の当否は、山本の見解の当否と軌を一にすることになる。そこで、節を改めて、山本の見解の当否を検討し、しかる後に興津の見解を検討する。

#### (1) 措置か規律か——行政上の法関係

行政行為を規律として捉えるという山本の見解はなにを意味するのか。この点を考えるには、そもそも取消訴訟の審判対象、訴訟物はなにかということから考える必要がある。訴訟物とは、裁判所の審判対象となる権利・法律関係を指すものであり、訴訟物の同一性は権利・法律関係の同一性から判断される<sup>57)</sup>。したがって、取消訴訟において既判力がいかなる範囲において作用するかも訴訟物たる権利・法律関係の同一性という観点から判断されることとなる。形成訴訟において、訴訟物は、「原告が特定の権利変動をもたらす法的地位にあるとの主張であり、その同一性は、もたらす権利変動の同一性によって定まる」のであるから<sup>58)</sup>、ここにいう「権利」というものをいかに捉えるべきかが問われるのである。取消訴訟の訴訟物は処分の違法性一般に求めるのが多数の見解であるが<sup>59)</sup>、この訴訟物の定式も審判対象となる権利・法律関係という観点から再解釈される必要がある。

山本は、取消訴訟の訴訟物について、「規

律としての行政行為の内容の実体的違法性と、措置としての行政行為の手續の違法性を、取消訴訟の訴訟物と考えると、それは行政庁の側からは、ある内容の行政処分を、ある手續により行う権限の存否と表現できよう。また原告私人の側からは、行政行為が規律する私人（原告とは限らない）の実体法上の権利・義務ないし法的地位の存否、あるいは原告私人が行政行為に当たり適正な手續を受ける法的地位と表現できよう」とする<sup>60)</sup>。山本の見解は、行政行為を規律として捉えることを通して、取消訴訟の訴訟物を行政庁の権限・私人の法的地位へと引き直し、「取消訴訟も一種の「公法上の法律関係」に関する訴訟と見ること」を可能とするものであり<sup>61)</sup>、取消訴訟の訴訟物を審判対象となる権利・法律関係の側から再解釈したものであると評価できる。この見解によれば、たとえば、行政行為が、措置としてみれば異なっても、規律としてみれば同一である限り、行政庁の権限・私人の法的地位もまた同一性を有するのである<sup>62)</sup>。通常形成訴訟が従来の法律関係を変動させるという構造を有するのに対して、取消訴訟が行政によって形成された法状態を排除し、原状回復を行うという構造を有することから<sup>63)</sup>、行政処分の取消訴訟においては原告の反対形成権ではなく、被告行政庁の形成権能が訴訟物となるといわれることがあるが<sup>64)</sup>、山本の見解はこのような性質を直截に表現するものともいえよう。

これに対して、行政行為を措置として捉え

57) 周知の通り、かつて民事訴訟法学では、権利・法律関係をどのような括り方で捉えるかについて訴訟物論争が華々しく展開された（高橋・前掲注28）25-64頁）。

58) 兼子一ほか『条解民事訴訟法（第2版）』756頁（弘文堂、2011）〔竹下守夫〕。

59) 取消訴訟の訴訟物については、岡田正則「行政訴訟における取消訴訟の訴訟物」新井隆一古稀『行政法と租税法の課題と展望』3頁（成文堂、2000）を参照。

60) 山本・前掲「訴訟類型」657-658頁。

61) 山本・前掲「訴訟類型」658頁。

62) このような差異から、行政行為を規律として捉えると取消訴訟の審理が義務付け訴訟における審理と同じあり方になるという言明が導かれるのであろう（大貫裕之「行政訴訟の審判の対象と判決の効力」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅲ』131頁、138頁（有斐閣、2008））。もっとも、行政行為を規律として捉えたとしても、反復禁止効の客観的範囲が広いことから主張立証過程に変化は生じえようが、審理の対象となるのは行われた処分の要件が充足されているか否かであり、必ずしも義務付け訴訟のようにあるべき処分を審理判断することにはならないのではないか。

63) 妨害排除という発想と自由権理論における所有権との類比の関係については、小早川・前掲注31）78-111頁。

64) 一般的に、ベティヒャーの見解として紹介される理解である（本間・前掲注28）298-299頁、上村・前掲注49）37-39頁）。このような理解は、白石の公定力論にも通底する（興津・前掲『判決効』54-58頁参照）。

る立場は、そもそもこのように行政庁の権限・私人の法的地位に引き直して捉えるという発想自体が乏しかったようにも思われるが<sup>65)</sup>、行政庁の権限・私人の法的地位を措置ごとに個別化して捉える見解といえるだろう。

このように行政庁の権限・私人の法的地位という観点から取消訴訟の訴訟物を考えると、むしろ、行政行為を措置と捉える見解の理論的根拠こそが問われることとなるように思われる。行政行為を規律と捉えて、取消訴訟の訴訟物を行政庁の権限・私人の法的地位という観点からみると、行政庁が私人の法的地位を形成する際に、たとえ行政行為が措置としては異なっている、行政行為の対象となる社会生活関係が同一であって<sup>66)</sup>行政行為が規律としての同一性を有する場合には、行政庁の形成権能が同一性を有していると捉えることができる<sup>67)</sup>。これに対して、行政行為を措置と捉える見解は、措置ごとに行政庁の権限・私人の法的地位が異なることとなるが、一連の措置<sup>68)</sup>が規律としてみると行政庁の同一の形成権能に含まれる場合に、現在の行政法学説・民事訴訟法学説において、行政庁の形成権能を措置ごとになお個別化する理論的な手掛かりを見出すことは困難である。また、そのように解する必要性も乏しい<sup>69)</sup>。行政行為を措置として捉える見解には、取消訴訟の訴訟物を当事者の権利・法律関係という観点から解釈するという

モーメントは稀薄であったが、取消訴訟が主観訴訟である以上、当事者の主観化・個別化された利益が訴訟の対象とされるべきであり、前述の通り行政行為を措置として理解する根拠、必要性が乏しいことからすれば行政行為を規律として捉えるのが適切であろう。

## (2) 二分肢説への疑問

興津は、このような行政行為の規律としての性格を訴訟法的に表現すると二分肢説へと至るとし<sup>70)</sup>、「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 ([d]ie in dem Verwaltungsakt enthaltene Regelung eines konkreten Lebenssachverhalts)」にまで広げることによってのみ、反復禁止効を根拠づけることができる」として二分肢説を採用することで既判力の作用としての反復禁止効を基礎づける<sup>71)</sup>。しかし、ここには飛躍がないか。前述の通り、取消訴訟の訴訟物は「規律としての行政行為の内容の実体的違法性と、措置としての行政行為の手續の違法性」と定式化される<sup>72)</sup>。これを訴訟法的に表現するには二分肢説によるしかないのか。

興津は、「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そうとすれば、前訴と後訴で訴訟物が異なることを承認せざるをえない」として行政行為を措置として捉える見解では訴訟物の同一性を認めることはできないが、「行政行為（行政処分）を一定の生活事実関係の規律と捉えたうえで、前提となる事実関係と規律の内容によって訴訟物

65) 取消訴訟の訴訟物を処分の違法性一般とすることに対して取消訴訟の客観訴訟性が説かれるのも（岡田・前掲注 59)21-22 頁）、従来、必ずしも、取消訴訟の訴訟物と行政庁の権限・私人の法的地位との関連が明確には意識されていなかったことを裏付けるように思われる（岡田の見解の評価として、塩野・前掲注 5)91 頁注 1 も参照）。

66) 社会生活関係が異なれば形成権能は当然別個のものとして評価されることとなる。高橋・前掲注 28)663 頁があげた交通事故、鈴木・前掲注 28)「形成判決の効力」42 頁があげた婚姻関係はこの例である。

67) もっとも、行政庁の形成権能をどのような広がりで見出すかは必ずしも明確ではない（山本・前掲「訴訟類型」668-669 頁を参照）。

68) 行政行為には、同一の社会生活関係に対して同一の行政法規から複数の措置が生じうる（例、第一次更正処分と第二次更正処分）という通時的な性格をもつ特殊性がある（最判昭和 42 年 9 月 19 日民集 21 卷 7 号 1828 頁の田中反対意見、山本・前掲「訴訟類型」656 頁参照）。山本は、かかる性質を「行政庁は訴訟の前・間・後を通じて継続的に、規律作用をなす権限と責任を持つ」と表現する（山本・前掲『法関係』484 頁）。行政処分においては行政行為の規律効が更に分節的に展開され、このような特殊な性質がより顕在化することとなる（山本・前掲『判例探究』327-387 頁の透徹した分析は、このような性質を「最終決定性」という観点から照射する）。

69) 更正の請求に対する更正をすべき理由がない旨の通知処分の取消訴訟と更正処分の取消訴訟とが二重起訴にあたることを裁判例は（岡田・前掲注 59)26 頁注 43 掲記の裁判例を参照）、このことの端的なあらわれであろう。

70) 興津・前掲『判決効』63 頁。

71) 興津・前掲『判決効』59 頁。

72) 山本・前掲「訴訟類型」657 頁。

を同定する立場をとれば、前処分と再処分が形式的には（措置としては）別の処分であるにもかかわらず、前訴取消判決の既判力を後訴に及ぼすことができる」として行政行為を規律として捉え、訴訟物について二分枝説をとることで訴訟物の同一性を認めることができるとする<sup>73)</sup>。しかし、行政行為を措置としてではなく規律として捉えることが、訴訟物について二分枝説をとることに直結するのであろうか。行政行為を規律として捉えることと訴訟物について二分枝説をとることとの関係にはなお検討すべき点があるように思われる。

訴訟物についての一分枝説と二分枝説の差異は、訴訟物を申立てのみで特定するか申立てと事実関係で特定するかという点にある。しかし、一分枝説と二分枝説とはその実、訴訟物の同定に関して大きな差異を生じないとされている。そもそも、一分枝説においても、二分枝説とは異なり事実関係を訴訟物の構成要素とはしないものの、申立てを解釈し訴訟物の異同を判断する際に事実関係は参酌されるのであって、事実関係が訴訟物の同一性を判断する資料としての役割を果たすことは承認されている<sup>74)</sup>。一分枝説と二分枝説とがその差異を生ずるのは、給付訴訟において原因関係債権と手形債権が競合する場合と、形成訴訟・行政訴訟の領域であるとされている<sup>75)</sup>。これらの領域で二分枝説による場合には、事実関係を訴訟物の構成要素とすることから訴訟物が細分化され<sup>76)</sup>、一分枝説による場合より既判力による遮断の範囲が狭くなるのである<sup>77)</sup>。このような二分枝説

は、事実概念がそれ自体として明確な範疇を有するものではないとして批判にさらされており<sup>78)</sup>、日本においては少数説にとどまる。確かに、二分枝説の妥当領域の一つとされる行政訴訟の場面においても、なぜ処分の取消事由がそれぞれ別個な事実関係にあると評価できるのかについての説得的な論拠は示されていないように思われる<sup>79)</sup>。

興津は、二分枝説に対して、「ここで援用される二分枝説が、個々の処分の形式的な相違（少なくとも処分の日付が異なる点）を超えて事実関係の同一性の範囲内で既判力による遮断の範囲を拡張する点に主眼がある」とし、「わが国の取消訴訟においては、原告の主張する違法事由を基礎づける事実関係によって訴訟物を限定するという二分枝的訴訟物概念を採用するのではなく、むしろ行政処分の規律する事実関係の同一性によって訴訟物の同一性を画するという考え方をとることによって、二分枝説の発想を活かしていく方向性が妥当なように思われる」とするが<sup>80)</sup>、果たしてその企図は二分枝説によって適切に表現されているであろうか。このような興津の記述を見る限り、その記述の力点は、規律対象となる事実関係という概念を導入することにより、規律してみれば同一性を有する行政行為の訴訟物としての同一性を弁証することにあるように思われるが、果たしてその企図は二分枝説をとることで適切に表現されているであろうか。規律としての行政行為の同一性は、取消訴訟の訴訟物たる行政庁の権限・私人の法的地位を基準に判断されることになるが、その同一性を判断するには二分枝

73) 興津・前掲『判決効』50-51頁、63頁。

74) 新堂幸司「『訴訟物』の再構成」『訴訟物と争点効（上）』1頁（有斐閣、1988）〔初出1959〕。

75) 三ヶ月章『民事訴訟法（第3版）』124頁（弘文堂、1992）。

76) 三ヶ月・前掲注75)123頁。

77) 三ヶ月は、二分枝説の魅力が「訴訟物として主張される一定の法効果が複数の異なる事実関係に支えられている場合には、一方の事実関係のみを主張して原告が敗訴したときでも、別の事実関係を主張して同一の法効果を改めて裁判上主張しても前訴の判決の既判力の対抗を受けることはない」とされるということにある」とする（三ヶ月章『訴訟物再考』『民事訴訟法研究 第7巻』19頁、42頁（有斐閣、1978）〔初出1973〕）。

78) 新堂・前掲注74)60頁。

79) 三ヶ月・前掲注75)129-130頁は、国家の公権的な行為に対する救済の訴えであることから紛争の一回的解決の要請が後景に退くとするが、紛争の一回的解決の要請と事実関係という概念との相互関係が明瞭でなく説得力を欠くように思われる。このような三ヶ月の立論は、「三ヶ月説の後退と見られたためか、支持は多くはない」ようである（高橋・前掲注28)57頁注17）。

80) 興津・前掲『判決効』60-61頁。

説によるしかないのか。

そもそも、一分肢説によっても訴訟物の同一性を判断する際に事実関係を資料として参酌するのであるから、二分肢説によらずとも取消訴訟の訴訟物たる「規律としての行政行為の内容の実体的違法性と、措置としての行政行為の手續の違法性」は問題なく同定できるように思われる<sup>81)</sup>。そして、行政処分の違法性を基礎づける事実関係により訴訟物を細分化するという考えをとらないのであれば、事実関係という概念を訴訟物の構成要素と考える必要はないのではないか。このように考えるのならば、一分肢説によっても規律としての行政行為の性質を訴訟法的に表現できるように思われる。そして、日本においては一分肢説にたつ論者が多数であり、従来の議論状況との緊張をいたずらに生じさせないためには、一分肢説によることが妥当であるように思われる。確かに、二分肢説は事実関係という側面に目を向けさせるものではあるが、概念上の混乱を避けるためには、そこで問題となっている事実関係というものがいかなるものなのかを検討することによってなお理論枠組を整える余地があったように思われる<sup>82)</sup>。

### (3) 中間総括

以上の検討から、行政行為を規律として捉えるべきこと、及び、訴訟物の同一性を画する規律の同一性については、規律の対象となる事実関係に目を向けつつ私人と行政の法関係を判断すべきであるものの、それを訴訟法的に表現するには必ずしも二分肢説による必要はなく、一分肢説によることでも十分に可能であるとの結論を暫定的に得た。もっとも、行政処分を規律として捉える見解にはなお理論枠組として不明確な部分があるように思われる。この点について、章を改めて検討

する。

## IV. 残された問題

行政行為を規律として捉えることで既判力の作用としての反復禁止効を基礎づける見解(以下、「規律・既判力説」という)においては、「取消判決にも真正の既判力を認める」ことから、反復禁止効の客観的範囲は判決で否定された処分理由に限られず、「訴訟物の範囲内にある行政行為の根拠事由を行政庁が後で援用して行政行為を反復すること」が禁じられる<sup>83)</sup>。このように取消判決に「真正の既判力」を認めることにより、規律・既判力説は、かつての既判力説に加えられていた判決理由中の判断に対して既判力を生じさせることとなるという批判に応答し、むしろ、特殊効力説が反復禁止効の客観的範囲を限定する合理的根拠がないと反批判するのである。

しかし、このように取消判決に「真正の既判力」を認めることによって、規律・既判力説は困難な問題を抱え込むことになる。すなわち、「手續的瑕疵を帯びていた処分がそのことゆえに違法として取り消された場合、当該瑕疵を補正したうえで再び同一内容の処分を行うことは、反復禁止効ないし拘束力によって妨げられないとするのが一致した解釈である。……問題は、これをどのように説明するかである」とされるように<sup>84)</sup>、取消判決に「真正の既判力」を認める場合には、取消判決によって処分が違法であり行政庁が形成権能を有しないことが既判力をもって確定されるのであるから、手續的瑕疵を補正して同一内容の処分を行うことが既判力に抵触しないかが問題となるのである<sup>85)</sup>。

この点については、規律・既判力説の論者

81) 二分肢説をとる論者はこのような一分肢説の解釈は理論的一貫性を欠くとするが(松本博之＝上野泰男『民事訴訟法(第7版)』188頁(弘文堂、2012))、一分肢説に理論的一貫性があるか否かは反復禁止効を議論する際にはさしあたり無関係であろう。

82) 行政処分の通時的な性質により、民事上の法関係より行政上の法関係の方が事実関係の果たす役割は大きい。通時的に展開される行政処分については、規律対象となる事実関係を見ずに規律としての同一性を判断することは難しい。その意味で、興津が二分肢説を採用し、規律対象となる事実関係という観点を指摘した意義は大きい。

83) 山本・前掲『法関係』485頁。

84) 興津・前掲『判決効』64頁。

も当然意識しているところであり、いくつかの解釈論の可能性が提示されている<sup>86)</sup>。以下ではそれらを概観したい。

## 1 解釈論の可能性

### (1) 訴訟物の分断

まず一つ提示されている解釈論としては、手続法関係と実体法関係で訴訟物を分断することである<sup>87)</sup>。しかし、この解釈によると、一方については違法判断が下された場合において、他方は未だ裁判所による判断を受けていないのであるから、裁判所は訴訟物について審理判決をする義務（民事訴訟法 258 条）を果たしていないこととなる。仮に、他方の訴訟物については裁判所に係属し続けると考えとしても、手続法関係に違法があるとして処分が取り消されたのちに手続法関係の瑕疵を補正した再処分が行われた場合に再度取消訴訟を提起すると、実体法関係については未だ前訴が係属中であり、同一の訴訟物についての二重起訴状態が生ずることとなる。また、私人が手続法関係の違法を理由とする取消判決で満足した場合でも、実体法関係の訴訟はなお係属し続けていることには変わりはなく、判決がされることがない訴訟が係属しつづけることとなる。訴えが判決を経ずに当然に終了するという解釈も考えられないではないが、現行法の解釈としては疑問がある。結局、解釈論としては技巧的にすぎただけでなく、実際に生ずる帰結も妥当でないと評さざるをえない。

### (2) 基準時後の事情変動

もう一つ提示されている解釈論としては、手続的違法の補正を基準時後の事情変動と捉えることである。しかし、再処分に対する取消訴訟において、行政庁は再処分が処分要件

をみたすことを主張立証する必要があるが、前訴で基準時において処分が処分要件を満たさないことは確定していることから、既判力によりかかる主張は遮断されるはずであり、この解釈も難点を抱える。

### (3) 解釈論の可能性

結局、「論理的に筋の通った説明は困難なところではあるが、取消訴訟の訴訟物を実体の違法と手続の違法とで分断しないという前提を維持する限り、訴訟物の範囲は処分の規律する事実関係の同一性で画されるところ、手続の違法については、行政手続と訴訟手続との関係ないし役割分担の観点から裁判所の審理範囲が制限されると解さざるを得ない<sup>88)</sup>」というのが現在の到達点ということとなろう。しかし、このような解釈は、特殊効力説の側から解釈論としての一貫性の点で批判を受けるように思われる。

では、なんらの解釈論の余地もないのか。解釈論の余地を探る上で出発点となるのは、山本の「行政手続との関係ゆえに、取消訴訟手続における審理・判断の対象が、訴訟物の一部に限定される<sup>89)</sup>」という記述、あるいは、興津の「行政手続と訴訟手続との関係ないし役割分担の観点から裁判所の審理範囲が制限される<sup>90)</sup>」という記述である。以下では、民事訴訟法学説において審理・判断の対象、すなわち既判力の生ずる範囲が限定される類型を概観し、行政処分の取消判決に対して示唆するものがないかを見ることとした。

85) 塩野・前掲注 5)192-193 頁は、「手続的要件は通常の民事訴訟の予定しないものであるので、既判力一般理論が当然に及ぶものではなく、また、この場合にまで同一内容の処分の反復禁止効を及ぼすとすれば、法律による行政の原理に正面から衝突することになると思われる」とする。

86) 興津・前掲『判決効』64-66 頁。

87) フランスでは訴訟物を行為の内的違法の有無と外的違法の有無に二分するようである（小早川光郎「取消判決の拘束力」前掲注 31)『行政訴訟の構造分析』207 頁、228 頁参照）。

88) 興津・前掲『判決効』66 頁。

89) 山本・前掲「訴訟類型」669 頁。

90) 興津・前掲『判決効』66 頁。



## 2 解釈論の余地——一時的取消判決の可能性

### (1) 民事訴訟法学説における一時的棄却判決

民事訴訟法学説においては、再訴許容性の面から見て通常の既判力とは異なる効力が認められている一時的棄却判決と呼ばれる判決が存在する。前訴において期限未到来を理由に請求を棄却された原告は、その判決の既判力により当該請求権を再度行使できなくなるというわけではなく、判決後に期限が到来した場合には再度訴訟を提起し、請求を認容されうるとするのが一般的な理解である。このような再訴の許容性について、多くの見解は既判力の時的限界の問題として捉える。しかし、時的限界の問題として捉えるのであれば、後訴において、前訴の基準時以前の事由の主張は既判力により遮断されるのであるから、前訴の基準時以前の事由である債権の成立は主張することができないはずである<sup>91)</sup>。そこで、「時的限界という一般的枠組みで処理するのではなく、期限未到来という棄却理由の特殊性からの拘束として説明する方がよい<sup>92)</sup>」とする見解が有力に主張される。棄却理由の特殊性について敷衍すると、前訴で

の請求棄却判決というものは、原告の請求権が存在しないという判断——終局的棄却——ではなくて、請求権の構成要件要素 (Tatbestandsmerkmal) の一つを欠きま現在は請求できる地位にないという内容の判断——一時的棄却 (Abweisung als zur Zeit unbegründet) ——である<sup>93)</sup>。一時的棄却と終局的棄却とは、既判力の基準時後に、前訴で欠くと判断された、換言すれば前訴で請求棄却の理由となった構成要件要素を具備する可能性があるか否かで区別され、基準時後に前訴で請求棄却の理由となった構成要件要素を具備する可能性のある理由での棄却判決は一時的棄却と解され、基準時後に前訴で請求棄却の理由となった構成要件要素を具備する可能性のない理由での棄却判決は終局的棄却と解されることとなる<sup>94)</sup>。

このような一時的棄却という棄却判決は、前訴で請求棄却の理由となった構成要件要素が基準時後に具備されるに至った場合には、再訴が許容されるという特殊性を有する<sup>95)</sup>。前訴の既判力は、基準時において原告の請求権は構成要件要素の一部を欠くことからいまま現在請求できる地位にないという形で生じ、前訴において欠くとされた構成要件要素が前訴の基準時において存在したと判断することを許さないという形で後訴を拘束する。この

91) 新堂・後掲注 97)152-153 頁, 松本博之『既判力理論の再検討』64 頁注 111 (信山社, 2006), 三木浩一ほか『民事訴訟法』421 頁 (有斐閣, 2013) [垣内秀介]。高橋宏志は、期限到来が基準時後の新事由になるとすると「債務不成立等々による請求棄却であっても、標準時後の期限の到来が立証できたならば、時的限界の外にあるとして既判力による拘束が解け、債務の成立・不成立等々を含めての再審理が許されることになるのではなからうか」とする (高橋宏志「既判力と再訴」三ヶ月章古稀『民事手続法学の革新 (中)』521 頁, 534 頁 (有斐閣, 1991))。この記述は、期限の到来を基準時後の新事由と捉える見解を整合的に理解すると、後訴の訴訟物である期限到来後の請求権と前訴の訴訟物である到来前の請求権とでは訴訟物が異なると解さざるを得ず、そう解する限り、「弁済を理由に請求棄却された原告も、標準時後に期限が到来したと主張立証しさえすれば……既判力の拘束を免れ、請求権の存否したがって弁済の存否を再び争うことができることになる」(高橋・前掲注 28)604 頁)ということの意味するように思われる。本文で述べた通り、前訴と後訴の訴訟物が同一である場合、基準時に請求権が存在しないことが確定されているのであり、基準時後に期限が到来したとしても債権の成立の主張は既判力により遮断されているから不可能であるはずである。しかし、多くの見解は基準時後に期限が到来した場合には債権の成立の主張が可能であるとする。この見解を説明するとすれば、基準時後の期限到来により訴訟物が同一性を失い既判力が作用しなくなると解さざるを得ないということであろう。このように期限到来を基準時後の新事由とする見解は、遠くドイツの制限的拘束力説と響きあう (制限的拘束力説については、松本・同書 47-51 頁)。

92) 高橋・前掲注 28)604 頁。

93) 高橋・前掲注 91)531-540 頁, 松本・前掲注 91)13-109 頁, 吉野正三郎「判批」ジュリ臨増 792 号 129 頁 (1983)。

94) 松本・前掲注 91)93-94 頁。

95) 理由説 (Begründungstheorie) と呼ばれ、ドイツでは通説的な立場である (ドイツの学説の分布については、松本・前掲注 91)13-109 頁が優れた見通しを与える)。

ような解釈は判決理由中の判断に既判力を認めるものではないとされる<sup>96)</sup>。このように棄却理由によって既判力の客観的範囲を解釈することは、裁判所の審理判断の方法や基準時後の事情変動というものをより高い精度で分析することを可能にするものであるといえよう。一時的棄却という構成は多くの学説の支持を集めている<sup>97)</sup>。

では、一時的棄却という構成をとる場合、前訴で請求棄却の理由となった構成要件要素以外の判断は後訴においてどのような意味を有するのであろうか。この問題については、民事訴訟法学説上もあまり議論の蓄積はないようにみえるが、前訴を棄却する理由となった判断以外の判断については、争点効のような別の法理によらない限り、後訴に対して拘束力を有しないと一般的には考えられているようである<sup>98)</sup>。また、棄却判決のうちに再

訴が可能な一時的棄却判決と不可能な終局的棄却判決の二種類が生ずることから、被告に審理順序の指定権を認めるか、被告は一時的棄却判決を終局的棄却判決とするために上訴することが可能かという問題も派生することとなる。この点についてはIV 2(4)で触れるが、民事訴訟法学説上も争いがあるところである<sup>99)</sup>。

## (2) 行政処分取消判決への示唆——一時的取消判決の可能性

このような一時的棄却判決という解釈は、行政処分の取消判決についても示唆するところがあるように思われる。民事訴訟法学説においては、債権の期限未到来を理由とする請求棄却判決が一時的棄却判決の典型として想定されているが、一時的棄却判決の類型はそれに限られないとされている。行政処分が判決によって取り消されるのは、行政処分が行

96) 松本・前掲注 91)38 頁。高橋・前掲注 28)604 頁注 24 も参照。

なお、高橋は、「ドイツでは「一時的棄却」による説明と、判決理由中の判断の拘束力による説明の二つがあるようである。しかし、この二つの説明は必ずしも相互排斥的なものではなく、要は、期限未到来を判決理由とする請求棄却は特殊だ」とし、「期限未到来という判決理由中の判断が後訴に影響を与えることを正面から認めることによってはじめて、事態をよく説明することができる」とする(高橋・前掲注 91)533-534 頁)。

この点については、高橋が指摘する一時的棄却判決と訴え却下の訴訟判決との類似性に鑑みれば(高橋・前掲注 91)529 頁, 537 頁注 15), 訴え却下の訴訟判決において「いかなる訴訟要件が欠けていると判断されたかは、判決事実および判決理由を斟酌して判定される(兼子ほか・前掲注 58)519 頁 [竹下守夫])」のとパラレルに、前訴でいかなる構成要件要素が欠けていると判断されたかを、判決事実および判決理由を斟酌して判定しているものであって、判決理由中の判断に既判力を認めるものではないと考えるべきでないか。訴え却下の訴訟判決の既判力が却下理由とされた訴訟要件の欠缺のみに限定されるのは、訴訟判決は本案について判断していないためであるというのが一般的であるが、高橋・前掲注 91)529 頁は、通常の棄却判決と訴え却下の訴訟判決では基準時後の新事由の発生の可能性が類型的に異なるためであると解する可能性を指摘している。このような基準時後の新事由の発生の可能性から再訴許容性を判断する解釈は一時的棄却判決の理論構成と同一であり、一時的棄却判決と訴え却下の訴訟判決とをパラレルに把握する可能性を示唆しているように思われる。

97) 高橋・前掲注 28)602-607 頁, 高橋・前掲注 91)521-553 頁, 新堂幸司「既判力と訴訟物」『訴訟物と争点効(上)』145 頁(有斐閣, 1988), 松本・前掲注 91)1-109 頁, 吉野正三郎『集中講義民事訴訟法(第4版)』233 頁(成文堂, 2007), 吉野・前掲注 93)129-132 頁, 兼子ほか・前掲注 58)520-521 頁 [竹下守夫], 中野貞一郎「既判力の標準時」『民事訴訟法の論点 I』243 頁, 249-250 頁(判例タイムズ社, 1994), 新堂幸司ほか『演習 民事訴訟法 2』273 頁(有斐閣, 1985) [小島武司]。ただし、越山和広「請求棄却判決と再訴の可能性(1)~(2・完)」近畿大学法学 45 卷 3・4 号 129 頁(1998), 46 卷 4 号 47 頁, 68 頁(1999)は「遮断の実質的根拠を問うべき」とする。また、栗田隆「却下・棄却判決の既判力」青山善充編『民事訴訟法の争点(第3版)』242 頁, 243 頁(1998)は、「訴訟物たる請求権の不存在あるいは期限未到来の判断も主文の中に取り込まれ、この点の判断にも既判力が生ずる」とするが、ドイツにおける相対的既判力説と同様の立場と分類できようか。

98) 松本・前掲注 91)42-68 頁は明確に拘束力を否定する。高橋・前掲注 28)604 頁注 24 は、争点効という一般的な法理での拘束力を認める。新堂・前掲注 97)155-157 頁は前訴で認定された期限について拘束力が生ずるとする。新堂の立場について、高橋は「争点効を肯定する」ものと整理する(高橋・同書 604 頁注 24)。新堂は前訴で認定された期限について拘束力を認める根拠を必ずしも明確には語らないものの、「かりに既判力は訴訟物に対する結論に包摂される全判断について生じると考えても、右の期限を積極的に認定した判断には既判力は生じようがない」としながらも、「実質的に紛争の解決基準を示してやるという建前を貫こうとする場合には、……[前訴で認定された期限について]後訴に対する拘束力を認める必要がある」と述べることからすると(新堂・同書 156-157 頁([ ] 内筆者)), 妥当な整理であろう。

99) 松本・前掲注 91)95-96 頁, 高橋・前掲注 28)604 頁注 24。

政法規の要件を満たさない違法なものであったからである。これを、取消訴訟の訴訟物の観点からあらわすと、行政庁の「ある内容の行政処分を、ある手続により行う権限」<sup>100)</sup>の構成要件要素のうち欠けるものがあったと表現できよう。そして、このような行政庁の権限の構成要件要素にも、取消判決後に事後的に具備される可能性のあるものと、事後的に具備される可能性のないものとが観念できる。前者の、事後的に具備される可能性のある構成要件要素を欠き処分が違法であるとの判決の既判力は、一時的棄却判決における既判力の解釈とパラレルに、いま現在私人の法的地位を規律する地位にないという形で生ずるものと解釈することが可能である。このような解釈は、欠けると判断された構成要件要素が事後的に具備された場合に、行政庁が再処分を行うことは前訴判決の既判力には触れないという解釈を導く<sup>101)</sup>。このような取消判決を、再処分の余地のあるという意味で終局的でない一時的な取消判決であることから、一時的取消判決と呼ぶことができよう。このような一時的取消判決という構成は、判

決の理由中の判断を参酌することによって既判力の客観的範囲を画定するものであり、取消訴訟における裁判所の判断の実質に即した構成であるといえる<sup>102)</sup>。一時的取消判決という構成によって、規律・既判力説の孕んでいた手続的瑕疵・裁量行使の瑕疵の取り扱いという問題は解消できるように思われる。

一時的取消判決という構成は新たな視点ももたらす。従来、手続的瑕疵や裁量行使の瑕疵を理由とした取消判決は、事件を行政過程に差し戻して再度の考慮を求めるものと性格づけられてきた。もっとも、「〔申請〕拒否理由に質的な差異がある場合、行政庁が処分理由 A に関する実体法上の判断の過誤により、処分当時、他の処分理由に関して十分調査・判断・説明を行わなかったことを理由に、処分を取り消すことが考えられよう。このような処分の違法事由は、処分時における調査・判断・理由付記の瑕疵と、実体法上の裁量権の踰越・濫用との中間形態と位置づけられ」とされるように<sup>103)</sup>、手続的瑕疵・裁量行使の瑕疵のどちらか一方には包摂しきれないような瑕疵も存在するのであって、手続的瑕

100) 山本・前掲「訴訟類型」658頁。

101) 松本によると、一時的棄却という問題をいち早く取り上げたツォイナーは、労働者の解雇の際に手続的な要件を満たさないとして前訴で解雇制限訴訟の請求認容判決が出た後に、手続的瑕疵を補正して行われた解雇に前訴判決がどう影響するかを扱っているとのことである(松本・前掲注91)28頁)。ドイツと日本の安易な比較は慎むべきであるが、参考に値するであろう。

102) 伝統的にも、取消判決には終局的に取り消すものと一時的に取り消すものとが観念されてきた。行政裁判法時代の記述ではあるが、美濃部によれば「一は其の処分の全体に付いてこれを違法とし否認し、其の内容の処分の適法には行はるべからざることを宣言する趣意である場合で、此の場合の破棄判決は其の処分に代はるべき定めを為すことをも否定し、随つて判決を以つて自ら其の処分に代はるべき定めを為す場合と等しく、終局の効力を以つて其の事件を終了せしむるものである。……此等の場合に於いては、行政庁に於いて更に同様の処分を為すことは、新たな事由の発生した場合の外は、判決の既判力を侵すもので、許されない。……他の一は、其の処分の全体を違法として否認するのではなく、唯其の内容に違法の廉が有り更正を必要とするが、裁判所に於いて自らこれに代はるべき定めをなすことは事情に適しないものと認めて、判決に依つて直接に処分を更正することを為さず、行政庁をして更に適當の処分を為さしむる場合である。判決の本文には此の場合にも唯「何々ノ処分ハ之ヲ取消ス」といふに止まる例であるが、其の意味する所は単純な破棄判決ではなく、行政庁は更に相當の処分を為すべしといふ意味を含んで居るもので、原審差戻の判決に相當する」とする(美濃部・前掲注7)1011-1012頁)。また、美濃部は、「破棄判決が此の両者の何れに属するかにより、其の効果を異にするもので、前の場合は其の種の処分を為すことは絶対に許されないのに反して、後の場合には行政庁は更に破棄せられた処分に代はるべき適當の処分を為すことを要するのである。前の場合には、係争の事件は終局の効力を以つて確定し、再びこれを争ふことを得ないのに反して、後の場合には、事件は未だ終了せず、行政庁がこれに代はるべき処分を為した場合には、再びこれを争ふことができる。両者共に判決の本文に於いては同様であり、而して判決の既判力は専ら本文に付いて生ずるのであるが、併し本文の意義の解釈に付いては、其の理由を斟酌してこれを定むることを要し、而して破棄判決の意義が両者の何れに属するかは、其の理由に因つて判断せられねばならぬ」とも述べており(同書・1012頁)、判決理由中の判断を参酌して既判力の生ずる範囲を解釈するという発想はつとに美濃部においても示されていた、ともいえるだろう。

103) 山本・前掲「訴訟類型」669頁(〔 〕内筆者)。

疵・裁量行使の瑕疵という分類では、処分  
の瑕疵の類型をその実質に即して把握する  
ことが難しかったように思われる。これに  
対して、一時的取消判決・終局的取消判  
決という判決の類型を構想する場合、必  
ずしも手続的瑕疵・裁量行使の瑕疵とい  
うカテゴリーにとらわれずに、事後的に  
構成要件要素を具備する可能性があるか  
という観点から行政過程へと差し戻され  
る瑕疵の類型を実質的に考察することが  
可能となるのではないか。

### (3) 規律・既判力説と一時的取消判決の ドグマーティッシュな基礎づけ

以上の検討で、規律・既判力説からも一  
時的取消判決という構成をとることで、  
解釈論としての一貫性を保ちながら既判  
力の作用としての反復禁止効を基礎づけ  
ることが示されたといえよう。もっとも、  
以上の検討はあくまで機能的な観点から  
の検討にすぎず、必ずしもドグマーティ  
ッシュな観点からの検討ではない。ドグ  
マーティッシュな観点からすると、規律  
・既判力説、一時的取消判決はどのよ  
うに評価されるべきか検討する必要があ  
らう。

この点については、規律・既判力説とそ  
の批判対象であり現在の通説でもある特  
殊効力説とを比較して議論することが有  
益である。もっとも、特殊効力説を積  
極的に基礎づける論拠は提示されてい  
ないというのは前述の通りである。あ  
えて両説をドグマーティッシュに基礎  
づけるとすると、特殊効力説は古典的  
な権力分立原理から司法と行政を対抗  
関係において理解し、司法の役割を限  
定的に捉え行政の行動の余地をより広  
く確保するものであるといえよう。こ  
れに対し、規律・既判力説は、任務の  
特性に応じた組織分化を志向する機  
能的権力分立原理に親和的であろう<sup>104)</sup>。

この点については、権力分立原理を機  
能的に理解する潮流が有力であることを  
さしあたり措いて、権力分立原理の古  
典的理解によっても、特殊効力説が前  
提とする司法・行政関係が、あまりに  
硬直的にすぎると指摘できる。行政は  
公共善を実現する義務を負い、私人に  
対して自己の判断・推論過程の合理性  
を説明する責任を負うが、この責任は  
訴訟の場合において「最も強く課され  
る」ものである<sup>105)</sup>。このような行政  
の説明責任と、司法が行政に対する統  
制審級としての役割を果たすという構  
造からすると、「行政庁が紛争解決の範  
囲を主張の仕方によりある程度決定で  
きる」ことは「紛争解決の制度として  
合理性を欠く」ものであるというべき  
であろう<sup>106)</sup>。むしろ、古典的権力  
分立原理を前提としたとしても、行政  
の説明責任と司法の統制審級としての  
性格を考えると、反復禁止効の客観  
的範囲は、特殊効力説のように判決で  
否定された処分理由に限らずに、「真正  
の既判力」を認めて制度上広範囲に生  
じさせるべきでないか。この点につい  
ては、既判力ではなく信義則、権利濫  
用等で個別的に対処すべきとの主張も  
見受けられる<sup>107)</sup>。このような主張  
は、「真正の既判力」を認めることによ  
り広範囲に反復禁止効を生じさせるこ  
とへの警戒感からなされたものと考え  
られる<sup>108)</sup>。しかし、この点につい  
ては、民事訴訟法学説において、前  
訴で主張することに期待可能性のない  
場合には既判力を生じさせる正当化根  
拠たる手続保障に欠けていたものとし  
て、後訴での主張が遮断されないとし  
る解釈論が有力に提唱されており<sup>109)</sup>  
、このような形での柔軟な調整も既判  
力という概念の内部で可能なのである。  
信義則、権利濫用といったアドホック  
な判断によって行政を統制するより

104) 古典的、機能的権力分立原理については、山本隆司「行政の主体」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅰ』89頁、95頁（有斐閣、2011）参照。なお、日比野勲「政治過程における議会と政府」岩村正彦ほか編『岩波講座 現代の法3』69頁、87-89頁（岩波書店、1997）も参照。

105) 山本・前掲『法関係』445頁、455-458頁、471-473頁。なお、小早川光郎「行政訴訟改革の基本的考え方」ジュリ1220号62頁、64頁（2002）も参照。

106) 山本・前掲「訴訟類型」657頁。

107) 鶴岡稔彦「抗告訴訟の訴訟物と取消判決の効力」藤山雅之編『新・裁判実務大系 25巻 行政争訟（改訂版）』260頁、277-278頁（青林書院、2012）。

108) 鶴岡・前掲注107)215-216頁の見せる警戒感を参照。それに対する応答として、塩野・前掲注5)194頁。

109) 新堂・前掲注13)691頁、高橋・前掲注28)608-614頁。

は、「真正の既判力」を認めることによって制度的に広く反復禁止効を生じさせ、必要に応じて期待可能性による調整をはかるべきであろう。

また、一時的取消判決という構成をとり、行政庁の権限の構成要件要素の事後的な変動を正面から承認することは、行政庁へ事件が差し戻されることとなり紛争解決の実効性の面から問題がないかも検討する必要がある。この点については、義務付け訴訟が法定されたことにより、取消訴訟は段階的な紛争解決手段としての色彩を帯びることとなったのであり<sup>110)</sup>、むしろ、一時的取消判決という構成は、行政手続と訴訟手続の間により高度の連関をもたせるものとして積極的に評価されるべきであろう。一時的取消判決という形で裁判所が事柄の性質に即した判断をすることが可能となることは、任務の特性に応じた組織分化を志向する機能的な権力分立原理の観点からも望ましいものであるように思われる。

#### (4) 派生問題——上訴可能性

一時的取消判決・終局的取消判決という判決の種別を観念すると、一時的取消判決を下された原告の上訴可能性という問題が派生することとなる。一時的取消判決はあくまで処分を一時的に取り消すにすぎず、観念上は再処分の可能性があるため、その点を捉えて、原告としては請求が認容されていてもなお上訴することが可能でないかが問題として前景化するのである。この問題自体は、特殊効力説にたっても、自己の欲する具体的違法事由と異なる違法事由が判決で認定された場合という形で伏在していたが、従来はあまり意識されてこなかった問題である<sup>111)</sup>。規律・既判力説にたち一時的取消判決と終局的取消判決という判決の類型を観念することにより問題として明確に意識されることとなる。

一時的棄却をめぐる民事訴訟法学説では、一時的棄却判決を下された被告の上訴について両様の立場があるようであるが<sup>112)</sup>、取消訴訟における一時的取消判決に対する上訴及び審理順序の指定については消極に解して良いように思われる。この点については、一時的取消判決の典型例である手続的瑕疵・裁量行使の瑕疵と終局的取消判決との関係を考える必要がある。

まず、裁量行使の瑕疵についていえば、裁量行使の瑕疵を理由とする一時的取消判決と終局的取消判決とは請求の一部と全部という関係にはない<sup>113)</sup>。請求のレベルでは処分の取り消しを求めているのであり、両者は区別されない。そして、終局的取消判決が下される瑕疵のある行政処分について、裁量行使の瑕疵による一時的取消判決を原告が求めたとしても、裁判所としては終局的取消判決をするほかない。また、裁量処分について原告が終局的取消判決を求めたとしても、裁量の行使に瑕疵があった場合には裁判所は裁量行使の瑕疵による一時的取消判決をすることとなる。この場合にこれを一部認容とすることは観念上不可能ではないが、認容部分と棄却部分とが截然とは区別できず技巧的な解釈にすぎるように思われる。結局、両者は請求の一部と全部という関係にはなく、上訴の利益がないと解するべきであろう。

次に、手続的瑕疵についていうと、手続的瑕疵を理由とする一時的取消判決と終局的取消判決の場合には、観念的には請求の一部と全部という関係と観念する余地はある。しかし、仮に、原告が終局的な紛争解決を望むのであれば義務付け訴訟等の手段によるべきであり、取消訴訟が段階的な紛争解決手段という性格を帯びていることからすると、原告は一時的であっても処分の取り消しが得られたのでありこの場合も上訴の利益がないと解す

110) 山本隆司「義務付け訴訟と仮の義務付け・差止めの活用のために（上）——ドイツ法の視点から」自治81巻4号70頁、90頁（2005）。

111) なお、南＝高橋編・前掲注3)582頁〔東亜由美〕も参照。

112) 審理順序の指定を肯定し、上訴も肯定する松本と、審理順序の指定を否定し、上訴も否定する高橋が対照的である（松本・前掲注91)95-96頁、高橋・前掲注28)604頁注24）。

113) 以下の記述は、それ自体としては義務付け訴訟についてのものであるが、山本・前掲注110)76-77頁の分析を参考にした。

べきであろう。

## V. むすびにかえて

以上の検討により、規律・既判力説が内包していた問題点は一時的取消判決という構成によって解消されたように思われる。そして、規律・既判力説が解釈論としての一貫性とドグマーティッシュな基礎づけを有するのに対して、特殊効力説がそれ自体として解釈論として積極的な基礎づけを有しておらず、ドグマーティッシュな基礎づけも弱いことからすると、本稿としては、規律・既判力説から反復禁止効を基礎づけることが妥当であるとの結論に至る。

なお、本稿では、既判力は訴訟法上の効力にすぎず実体法上の効力を生じるものではないという特殊効力説からの批判に対しては、明確な検討をすることができなかった。この点については、行政庁は私人のように一般的行為の自由を有する主体ではなく、公共善を実現するという目的に拘束された基本権を有しない主体であることから、既判力それ自体の効力が行政庁にも作用すると解釈することも可能であろう。もっとも、既判力が後訴裁判所への拘束力であるという観念を重視すれば、拘束力の規定が確定判決の存在によって実体法上の法律効果を生じるという判決の構成要件的効果を定めた規定であり、反復禁止効はこのような判決の構成要件的効果として認められると解釈する余地もあるように思われる<sup>114)</sup>。

\* 本稿は、2013年12月に東京大学法科大学院に提出したりサーチペーパー「行政処分・既判力・反復禁止効」に修正と改題を施したものである。

(さかもと・りょう)

114) このような解釈は、特殊効力説において主張されてきたものではあるが、反復禁止効の客観的範囲の問題と拘束力の規定に実体法上の効力を承認するかという問題は別の次元に属する問題であり、反復禁止効の客観的範囲を規律・既判力説とパラレルに捉えつつ、拘束力の規定に実体法上の効力を承認することは可能であるように思われる。もっとも、拘束力の規定を判決の構成要件的効果を定めたものと解する見解には批判もあり（注28参照）、このような解釈が可能であるかについてはなお検討の必要がある。