論　説

処分手続の瑕疵をめぐる取消訴訟の審査方式に関する一試論

趙　　元　済

目次

Ⅰ　はじめに　－　処分手続による事前救済の意義
Ⅱ　不利益処分の取消訴訟における手続的瑕疵の取消事由論
Ⅲ　拒否処分の取消訴訟における手続的瑕疵の取消事由論
Ⅳ　第三者の利益保護・考慮のための手続と手続的瑕疵の取消事由論
Ⅴ　おわりに　－　処分手続による信頼関係の構築

Ⅰ　はじめに　－　処分手続による事前救済の意義

行政手続[(1)]について大雑把に言うと、行政領域別に個別法の定める手続のほかに、一般法たる行政手続法（以下「行手法」という。）が処分手続、行政指導手続および意見公募手続などを定めているという現状にある。とくに処分手続に関しては、行手法が申請に対する処分と不利益処分という処分の性質ないし種類にパラレルして、これらの処分の形成・決定過程における処分の名宛人に対する手続的権利を保障し、これによって処分の名宛人の権益保護をその趣旨・目的としている。こうした処分手続の意義はいうまでもなく、事前救済にある。処分手続の意義が事前救済にあるとされる所以は、以下の通りである。処分の名宛人が自己に対し何らかの利益を付与する授益処分ないし給付決定（以下「授益処分」という。）を行政庁に求めているときに、授益処分の適合要件を予めに知り、同適合要件に合わせて自己にとって有利な資料を提出することのできる機会の付与などといった手続的権利を十分に保障されているとすれ

(1)　本稿にいう行政手続とは、用語法として行政争訟による行政救済のための手続を除き、行政の作用ないし決定に関わる手続をいい、論者によっては、処分の名宛人の権利保護を直接の目的とする処分手続、行政調査手続および行政指導手続等と、行政過程の民主化を直接の目的とする行政計画（策定・決定）手続および行政立法手続等に分けられている（神長勲「行政手続の理念と法」法律時報 1993 年 65 巻 6 号 50 ～ 51 頁参照）。

ば、同手続的権利の行使を通して授益処分を求める申請を棄却・却下する処分（以下「拒否処分」という。）を事前に防ぎ、当該授益処分を行政庁に形成・確定させることができるからである。また、不利益処分が処されようとしているときには、同処分の名宛人は同処分に対する主張・防御をする手続的権利を十分に保障されているとすれば、同手続的権利の行使を通して当該不利益処分の違法・不当性を主張し、事前に同処分が行われるのを防げ、現在の法律関係を変動させず、維持することができるからである。換言すれば、処分手続は、不利益処分または拒否処分が処される前という事前に、行政庁による正しい処分手続の履践、その裏腹として処分の名宛人による手続的権利の行使を通して処分の名宛人が欲する法律関係を実現し、自身の権益保護を図ることにその意義があるのである。とくに不利益処分が権利ないし法的地位を制限・剥奪するなどの名宛人の法律関係を大きく変動させることになる点を勘案すれば、不利益処分における処分手続の正しい履践ないし手続的権利の行使による事前救済はその実効性において優れているといえよう。

ところが、行政事件訴訟法（以下「行訴法」という。）上の差止め訴訟も、不利益処分がされようとしているときに同処分がされるのを事前に防ぐためのものであり、また、義務付け訴訟も、処分の名宛人の欲する処分がされないとき、事前に行政庁が一定の処分をすべき旨を命ずることを求めるものである。これらは裁判手続による事前救済の方法にあたる。このため、事前救済には処分手続によるもののみならず、裁判手続によるものもあり、かつて行政処分の行われる時点（前と後）を基準とした事前の行政手続＝事前救済と、裁判（争訟）手続としての事後手続＝事後救済という区分は、新たな訴訟類型として義務付け訴訟と差止め訴訟の法定化によってその見直しを余儀なくされているのではないかと思われよう。もっとも、以上の裁判手続による事前救済の場合には「重大な損害を生ずるおそれがあり」、かつ、「その損害を避けるため他に適当な方法がないときに限り、提起することができる」とする行訴法上の適法要件を充足する必要があることのほかに、多くの場合に確定判決による権益救済を受けるまでに時間やコストがかかるなどのデメリットがある。これらのことからすれば、以上の裁判手続による事前救済との対比[(2)]において「処分手続

(2) 裁判的救済（取消訴訟）との関係で行政手続による事前救済の意義に関しては、塩野宏『行政法Ⅰ〔第5版〕』（有斐閣）、2012年）268頁参照。

による事前救済の意義」は大きいといえよう。

こうした事前救済の意義を有する行政手続の実状を物語る上では、「憲法３１条の定める法定手続の保障は、直接には刑事手続に関するものであるが、行政手続については、それが刑事手続ではないとの理由のみで、そのすべてが当然に同条による保障の枠外にあると判断することは相当ではない。」としつつも、行政手続の中で最も重要な処分手続の要否に関しては、「行政処分により制限を受ける権利利益の内容、性質、制限の程度、行政処分により達成しようとする公益の内容、程度、緊急性等を総合較量して決定されるべき」であるとする最高裁判決[(3)]が参照となろう。同判決は、結局のところ、厳格な履践の刑事手続とは異なる行政手続の特殊性を認めつつ、行政処分に対する事前の手続的規律をも要するとしながら、法令上、具体的にどのような内容・性質および態様・程度の処分手続を要するかについては、「解釈論として一義的に確定することは、必ずしも容易なことではない」こと[(4)]を示唆するものであろう。同示唆は、とりもなおさず、処分をめぐる利害関係が複雑多様化し、その対峙が先鋭化している現代の行政法現象において公益実現を目的とする処分の形成・決定過程にどのような内容・性質および態様・程度の手続が要されるかについては、ひとえに立法政策に委ねられていることを示すものであろう。こうした実状の下で現在、周知のように、行手法が行政手続に関わる一般法として結実しており、多くの個別法が行政領域別に独自の手続を定めているため、これらの行政手続の適正さやその運用などに関しては絶え間ない検討が必要であろう。

しかし、行政手続は枚挙にいとまがない。したがって、本稿では対象を絞り、以下の検討を行う。すなわち、行手法を含む様々な個別法が不利益処分および拒否処分の形成・決定過程において処分の名宛人の権益保護のための手続を定めて、その履践を行政庁に義務づけている。だが、行政実務においては、手続的履践の義務違反を含む手続的瑕疵の有無が争点となり、法的に争われているという実状があり、本稿では、まず、以上の「処分手続による事前救済の意義」を念頭に置き、行政庁が同義務違反を含む手続的瑕疵のある処分を行ったとき

(3) 最高裁 1992（平成 4）年 7 月 1 日成田新法に基づく工作物等使用禁止命令取消等請求事件上告審判決。

(4) 室井力「行政手続法制定の意義」法律時報 1993 年 65 巻 6 号 40 頁。

に、同瑕疵が如何なる場合に処分の瑕疵として同処分を取り消す取消事由となるか（以下「手続的瑕疵の取消事由論」という。）について見てみる。手続的瑕疵の取消事由論に関しては、従来、学説上、手続のやり直しによる手続的瑕疵を治癒し、適法な手続がとられることになれば、処分が見直される可能性があるとき、すなわち手続的瑕疵が処分内容に影響を及ぼす限り、同瑕疵を処分の瑕疵として処分の取消事由となるとする相対的取消事由説と、同瑕疵の処分への影響の有無にかかわらず、同瑕疵を処分の瑕疵として、当然、処分の取消事由と捉える絶対的取消事由説という２つの説があった[(5)]。前者は手続的瑕疵と処分の内容との相関性の観点から手続的瑕疵の取消事由論を決するという議論であり、結果依存型法理[(6)]とも称されている。とくに前者は、訴訟実務上、処分に手続的瑕疵があるにもかかわらず、裁判所によって手続そのものが処分内容に影響を及ぼさない内容・性質のものであると判断されれば、同手続的瑕疵が処分の瑕疵とされず、同瑕疵について行政庁が全く責めを負わないという現状を表すものである。この現状は、どうしても手続的履践義務を軽視する風潮を生み出すことになり、前記の「処分手続による事前救済の意義」からすれば、腑に落ちない。したがって、本稿では、不利益処分と拒否処分という処分の種類にパラレルした処分の名宛人の権益保護を趣旨・目的とする処分手続を取り上げ、処分の形成・決定過程において手続がとられる段階（時点）ごとに当該手続の内容・性質も異なっている点に着目し、また、手続的瑕疵を理由とする処分の取消請求訴訟における取消判決の効力をも考慮し、手続的瑕疵の取消事由論について検討を試みる。

つぎに、処分手続には、処分の名宛人の権益保護のための手続のみならず、法令が行政庁の行う授益処分に利害関係を有する者（以下「第三者」という。）

---

(5) これらについて、本多滝夫「手続的瑕疵の是正訴訟について」紙野健二ほか編『行政法の原理と展開』所収（法律文化社、2012年）159頁以下参照、田中健治「行政手続の瑕疵と行政処分の有効性」藤山雅行ほか編『行政争訟（新・裁判実務大系）』（青林書院、2004年）169頁。

(6) これについては、「手続をやり直したときに、処分内容に影響を及ぼす可能性がある場合（限り）手続の瑕疵は取消の事由となる」というのを伝統的公式と称し、現在では同公式が行政手続違反をめぐる原則的法理としての地位を有していないと指摘されている（大橋洋一「行政手続と行政訴訟」法曹時報63巻9号（2011年）2039頁以下）。

の手続的権利を保障し、これによって第三者の利益保護ないし考慮を趣旨・目的とする手続、または行政庁の権限行使の際に審査会・審議会などの第三者機関に諮問し、意見を求める手続を定め、これによって処分の公正さの確保を趣旨・目的とする手続もある。本稿では、第三者の利益保護ないし考慮のための手続および処分の公正さの確保のための手続の履践が行政庁に義務づけられている場合を取り上げ、行政庁がこの種の手続的瑕疵のある処分を行った場合に、同処分は、訴訟上、どのように扱われるべきか、いわゆる手続的瑕疵の取消事由論について見てみる。

以上のこれらの検討を通じて行政手続、とりわけ処分手続が行政活動の正当化の方法として利用されるか、または人々の不満のガス抜きの手段として用いられるのではなく、行政庁にとって真の行為規範となり、「処分手続による事前救済の意義」が行政実務に最大限に活かされることになれば幸いである。

Ⅱ　不利益処分の取消訴訟における手続的瑕疵の取消事由論

1　意思形成段階の手続的瑕疵と裁判所の審査方式

不利益処分に関わる行政手続における最も重要なものとしては、行手法13条の定める意見陳述のための手続たる聴聞と弁明機会の付与が挙げられよう。なぜなら、意見陳述のための手続（意見陳述機会付与の手続）は、処分の名宛人への意見・資料提出または主張・防御の機会を付与する手続だからである。個別法上では、行政庁が業務・営業停止などの不利益処分をしようとするときに、行手法13条1項の規定による意見陳述のための手続の区分にかかわらず、聴聞をとることが義務づけられている場合（風営法41条、建築士法10条2項および道路運送法90条1項等）もある。

確かに、行手法は、意見陳述機会付与の手続として不利益処分の重大さなどの性質に応じて聴聞と弁明機会の付与の2つの手続を定めており、聴聞手続がより慎重な手続となっていることから、同手続を正式手続と称するならば、弁明機会の付与の手続は略式手続となる。以上の区分にかかわらず、解釈論上では、「処分手続による事前救済の意義」からして、聴聞手続のみならず、弁明機会の付与をも含む意見陳述機会付与の手続が不利益処分の名宛人の権益保護のための手続として実質的に機能するための前

提は、行政庁が不利益処分を処しようとすることについて「合理的な説明」をしなければならないという行政庁の説明責任[(7)]を全うすることにあろう。だとすれば、以上の「合理的な説明」には、行手法15条1項または同法30条の定める処分の名宛人への通知事項にとどまらず、少なくとも以下のよう事項に関する説明も要請されよう。すなわち、「合理的な説明」には、行政庁が行政調査手続などを経て得られた処分の基礎となる事実の認定（不利益処分の原因となる事実の特定）を明らかにし、処分の根拠となる法条項はもちろんのこと、同認定事実に如何なる法条文を適用し、同条文の定める処分要件へのあてはめ（要件認定）を行い、そして、かりに考慮事項があれば、同事項を考慮し、最終的に如何なる効果のある処分を選択したかについて説明し、また、行政庁が処分基準を策定している場合には同基準を如何に適用し、その結果として如何なる効果の処分を選択することになったかに関する処分基準の適用関係を示し、もしくは同基準を適用しなかったときには不適用の理由についても説明を行い、行政庁が処分基準を策定しなかった場合に根拠法令の文言のみで当該処分を行っているのか、あるいは根拠法令の文言のみではなく、根拠法令の趣旨・目的解釈から当該処分を行ったとすれば、如何なる趣旨・目的解釈を行っているかについて明らかにすることが要請されよう。むろん、以上の要請通りに「合理的な説明」がされる保障がない。これについては別論として、意見陳述機会付与の手続の履践において以上のような内容の「合理的な説明」が要請されるとする理由は、行政庁による「合理的な説明」こそが、行政権限行使(処分等)を正当化するための手続の単なる履践の「アリバイ作り」から、適正かつ公正な処分を確保するとともに、実質的に手続的権利を保障することになるからである。以上のような「合理的な説明」が意見陳述機会付与の手続の具体的な履践として行為規範として定着してくると、不利益処分の名宛人は、手続的履践の一環としての行政庁の説明が「合理的な説明」とかけ離れているとし、その反論として自ら意見・資料提出または主張・防御するという手続的権利の行使を通して行政庁に「合理的な説明」を求めることになる。言い換えれば、意見陳述機会付与の手続は、行

(7) これについて、「行政手続による事前規制は、…手続を履践する過程で市民に対する国家機関の説明責任を果たす…」（大橋洋一前掲論文2039頁）と述べられている。

政庁によって行われた説明が「合理的な説明」との隔たりがあれば、これに対して不利益処分の名宛人が意見・資料提出または主張・防御する手続的権利の行使を通して反論し、最終的に自ら権益保護を図るという趣旨・目的と有するといってよい。この「合理的な説明」こそが行政庁の適正な意思形成による意思決定としての処分を発出させることになる。また、同手続は、行政庁が不利益処分を決定し、これを処分の相手方に発する前にとられるため、適正な意思形成を図るためのものとして「意思形成段階における手続」という内容・性質を有するといえよう。

以上の意見陳述機会付与の手続の趣旨・目的および内容・性質からすれば、同手続は、行政庁の適正な意思形成・決定においてその履践が必要不可欠であるため、意思形成に影響を及ぼし、その結論を左右するといった点において「処分の内容に影響を及ぼす手続」にあたる。したがって、同手続の履践が義務づけられているにもかかわらず、同履践がなかったため、行政庁による「合理的な説明」もなかったという手続的瑕疵の立証があれば、同瑕疵は、畢竟、事実認定の誤り、あるいは要件認定の不合理性などに基づく不利益処分をもたらしたことになり、処分の瑕疵として同処分を取り消す独立の取消事由と解しなければならない。これは、とりもなおさず、正しい手続によってのみ正しい意思形成・決定が生み出されるという論理的思考方式に立つものである[(8)]。この思考方式によれば、意見陳述機会付与の手続における履践義務の違反を理由とする不利益処分の取消請求訴訟の場合に、被告によって同処分が実体法的に適法なものであるため、手続のやり直しによっても処分の内容が変わらないと主張されても、手続のやり直しによる処分の結果如何は考慮される必要がなく、以上の手続的履践がなかったとすれば、同不履践を手続的瑕疵として、同瑕疵は不利益処分の瑕疵として同処分を取り消す独立の取消事由とされよう。

ところが、実際に手続的瑕疵が訴訟上の争点となるのは、意見陳述機会付与の手続の履践の態様・程度における不備などの不十分さをめぐる見解の相違がある場合である。たとえば、処分の名宛人は、聴聞通知書に記載すべき事項の欠缺、または資料・文書閲覧、聴聞実施の回数や時期、聴聞

(8)「基本的に」という表現を用いるが、この前提を立つべきであるとされている（塩野宏前掲書 320 頁）。

主宰者適格性などに問題があったとする不十分な履践を主張し、これらを手続的瑕疵として、同瑕疵を不利益処分の瑕疵として同処分の取消を求める場合がこれにあたろう。むろん、処分の名宛人たる原告は、以上のような手続的瑕疵の故に意見・資料提出または主張・防御などの手続的権利を自らの権益保護のために実質的に行使することができず、かつ行政庁の説明が「合理的な説明」となっていない不十分なものであるという主張・立証をもって、同手続的瑕疵を処分の瑕疵として処分の取消を求めることになる。以上の主張・立証に対して、裁判所は、「処分手続による事前救済の意義」を充分に考慮し、意見陳述機会付与の手続の趣旨・目的に即して、原告の意見・資料提出または主張・防御の機会が十分に保障されておらず、かつ、被告による説明が「合理的な説明」となっているか否かについて個別・具体的に判断し、同判断の如何により、「手続的瑕疵の取消事由論」を決しなければならず、かりに以上の原告の主張・立証に理由がないと判断すれば、原告の取消請求訴訟を退けることになる[(9)]。以上のことは、不利益処分の際にとられる意見陳述機会付与の手続における如何なる態様・程度の不備が手続的瑕疵として認められるかに関する主張・立証だけに止まり、手続的瑕疵が処分内容に影響を及ぼしているからかどうかについて原告が立証するという立証責任を課されないことを意味する。しかし、訴訟実務上では、原告が手続的瑕疵を理由とする処分の取消請求訴訟を提起し、同瑕疵の有無をめぐって争う場合に、かりに裁判所によって同請求が認容されないときに、新たに処分の実体的な違法性を理由とする処分の取消を求める訴えを提起し、争うことになると、その際には同処分の出訴期間の徒過を理由に、同訴えが却下されるため、これを回避することを目的として手続的瑕疵に関する主張・立証に併せて処分の実体的な違法性を理

(9) これについては、札幌地裁（差戻第一審）2015（平成27）年6月18日業務停止処分取消請求事件判決参照、同様に最高裁2002（平成１４）年7月9日固定資産評価額審査決定判決も、手続的瑕疵を理由とする不利益処分の取消請求訴訟において、「瑕疵が処分の取消事由となるかどうかは、手続規定の趣旨、目的や瑕疵の程度、内容を勘案し、当該瑕疵が、処分の内容のいかんを問わず、処分を違法として取り消さなければならないほどのものであるか否かを個別的に判断して決すべきである。」としつつ、原告の主張する手続的瑕疵について消極的に判断し、同瑕疵が不利益処分を取り消さなければならないほどの瑕疵がないと判断した。

由とする本案主張をも行うこととなる。

以上のような手続的瑕疵に関する原告の主張・立証に対して、被告は、かりに意見陳述機会付与の手続における不十分な履践を含め手続そのものに何らかの瑕疵があったとしても、これらの瑕疵が軽微であるなどを挙げ、同瑕疵が事実認定や要件認定の誤りまたは処分の不合理性をもたらすものではなく、処分の内容に影響を及ぼすものではないとして、手続のやり直しがあっても、当該処分が変更される可能性がないなどの実体法的に処分の適法性を理由に、手続的瑕疵を理由とする原告の処分取消請求を棄却することを求める主張をする場合もあろう。この場合に、裁判所が以上のような被告の主張を制限することなく、同被告の主張の是非について判断する過程を採ると、同判断過程は、手続的瑕疵を処分の瑕疵とする処分の取消訴訟において手続的瑕疵と処分の内容との相関性の観点から手続的瑕疵が処分の取消事由となるかどうかにより、手続的瑕疵の取消事由論を決する判断となる。これは、相対的取消事由説ないし結果依存型法理に立脚したものとなる。以上の説には、手続的瑕疵が処分の内容に影響を及ぼさないにもかかわらず、裁判所が同手続的瑕疵を不利益処分の瑕疵として同処分を取り消したとしても、処分庁が手続をやり直し、判決によって取り消された処分と同じ内容の処分を再び行うことになる行政実務を挙げ、同実務が行政効率（経済）を害すること[10]、また、手続のやり直しによって行われた処分が裁判所において再度争われる事態になる訴訟実務には時間、費用等の労力が必要となるという訴訟経済の問題[11]があるとする思

(10) 常岡孝好「裁量権行使に係る行政手続の意義」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅱ』（有斐閣、2008年）259頁。

(11) 訴訟経済の問題については、最判2011（平成23）年6月7日一級建築士免許取消処分等取消請求事件判決における那須弘平裁判官の反対意見は、「本件では、多数意見のように、当審で原判決を破棄し自判により上告人らの請求を認容して本件免許取消処分を取り消すことも、事例判断の一つとして論理的に採り得ない話ではない。しかし、この場合、処分行政庁が前回と同様な懲戒手続により、理由中で処分基準の適用関係を明示した上で、再度同様な内容の免許取消処分を行い、更に訴訟で争われる事態が生じることもあり得る。このような事態も手続的正義の貫徹という視点からは積極的に評価できる面もあろうが、これに要する時間、労力及び費用等の訴訟経済の問題を考慮すれば逆の評価をせざるを得ない面もある。以上のことをも考慮すれば、本件では、原審の判断を維持するのを相当とすべきであり、これと異なる多数意見には賛成できない。」と述べている。

考方式がその根底にある。

かりに相対的取消事由説が通用されると、同説は処分庁にその履践が義務づけられているにもかかわらず、処分庁が同手続を履践しない適正手続軽視の風潮をもたらすことになる[(12)]。そのほかに、手続的瑕疵を理由として不利益処分の取消を求める原告の訴えにおいて、かりに裁判所が上記の行政効率および訴訟経済などを勘案し、相対的取消事由説に立脚し、手続の内容・性質の故に、手続のやり直しによっても同処分が変更される可能性がないから、同処分の取消を求める訴えを棄却すべきであるとする被告の主張を制限することなく、同主張の是非について判断することになると、これは、裁判所が処分の実体的な適法か違法かの判断によって手続的瑕疵を理由として不利益処分の取消請求の適否を審査することになり、結果的に原告が手続的瑕疵を理由とする処分の取消を求めているのに、別の理由をもって処分の取消を求める訴えを退けることになり、実質的に原告の訴えを変更させ、被告による訴えの変更を認める本案審理となるのではないかと思われよう。このため、同説には、被告への主張制限ないし訴えの変更の可否に関わる問題点があるのではないかと思われよう。言い換えれば、相対的取消事由説ないし結果依存型法理は、原告が手続的瑕疵を理由に、不利益処分の取消を求めているにもかかわらず、裁判所が手続的瑕疵の有無に関する本案審理を、処分の実体的な適法性の可否によって原告の訴えについて判断するという本案審理のすり替えにあたるか、あるいは両者の混交にあたるのではないかという疑問点がある。さらに、以上の相対的取消事由説の可否に関しては、以下の「３　手続的瑕疵を理由とする不利益処分の取消判決と原告の実益」で検討を行う。

２　行政決定発出段階の手続的瑕疵と裁判所の審査方式

(12) 相対的取消事由説に対しては、「理由の提示や聴聞・弁明機会の付与のような重要な手続を懈怠したり、懈怠するに等しいような不備がある場合には、処分を取り消して手続をやり直させることは、手続の軽視の風潮を生まないためにも必要である」という批判的な見解がある（宇賀克也『行政法概論Ⅰ（第４版）』（有斐閣、2011年）450頁））。

不利益処分の形成・決定過程は、意思形成段階における手続である意見陳述機会付与の手続（＝先行手続）を経てから、行政庁の意思決定として当該不利益処分が発出される際にその履践を義務づけられている行手法 14 条の定める処分理由の提示という後続手続によって完結する。この手続は、行政決定発出段階における手続という内容・性質を有する。このように、不利益処分は、先行手続を経てから、行政決定発出段階における手続である処分理由の提示という後続手続が履践されるため、異なる 2 つの手続が連続してとられる特徴を有する。この特徴は、先行手続と後続手続の連続性と称されよう。

以上の処分理由の提示という手続に関しては、最高裁 1963（昭和 38）年 5 月 31 日所得税青色審査決定処分等取消請求事件判決（以下「更正処分取消請求事件判決」という。）が、処分庁による処分理由の提示（附記）という手続的義務の履践には①処分庁の判断の慎重と合理性を担保してその恣意を抑制する（恣意抑制）機能、および②処分の理由を相手方に知らせて審査請求または訴訟の提起に便宜を与える（争訟便宜）機能という趣旨・目的があることを挙げていた。争訟便宜機能には、不利益処分の取消を求める取消請求訴訟が行われてから、被告（行政庁）が新たな主張をすることによる不意打ちを防止する機能も含まれていると解されよう。このように、争訟便宜機能には不意打ち防止機能という趣旨・目的があるとすれば、裁判所は、口頭弁論開始時以降において被告が不利益処分の適法性を維持することを目的として行政決定発出時の処分理由を差し替えたり、追加したりすることを禁止するという被告への主張制限を課することとなる。

そして、処分理由の提示の態様・程度に関しては、最高裁 2011（平成 23）年 6 月 7 日一級建築士免許取消処分等取消請求事件判決（以下「建築士免許取消事件判決」という。）が参照されよう。同判決によれば、かりに処分の名宛人が処分の基礎となる事実の特定と根拠法令の提示によって処分要件の該当性に関わる理由について相応に知り得るとしても、行政庁が確定した処分の基礎となる事実から、如何なる根拠法令の条文に基づいて如何なる不利益処分を選択したのか、また処分基準を策定しているとすれば、どのような処分基準の適用によって如何なる理由に基

づいて不利益処分を選択したかという適用関係（意思形成過程）を分かるように提示するべきであると判示されている。このように、処分理由の提示という手続は、行政決定発出段階における手続として処分の名宛人に処分に関わる詳細かつ具体的な情報を知らせるという内容・性質を有するものである。以上のような内容・性質からすれば、かりに処分理由の提示が全く履践されておらず、あるいはその提示が上記の建築士免許取消事件判決にいう態様・程度に照らして欠けているところ（不備）があれば、これは手続的瑕疵となり、同瑕疵は不利益処分の瑕疵として処分の取消事由となろう。むろん、行政庁に処分理由の提示を義務づける現行の行手法は、以上の判例法理[(13)]を明文化したものである。しかし、以上の判例法理は、不利益処分に関わるものである。したがって、処分の性質ないし種類にかかわらず、拒否処分にも共通してその射程が及ぶのかという問題がある（この点については、以下の「Ⅲ　拒否処分の取消訴訟における手続的瑕疵の取消事由論」の「２　行政決定発出段階の手続的瑕疵に関する裁判所の審査方式」で検討する。）。

さて、処分理由の提示においては、その手続的瑕疵がどのように認定されるかについて見てみる。かりに後続手続たる処分理由の提示という手続の履践において理由の提示が不十分であるなどの手続的瑕疵があるとしても、その先行手続である意見陳述機会付与の手続の履践過程において処分の名宛人が意見・資料提出または主張・防御権を充分に行使し、これに照応して行政庁が不利益処分を処しようとすることについて「合理的な説明」を行うなどの説明責任を果たすことになれば、同説明を通して処分理由が十分に投影されることになろう。だとすれば、後続手続である行政決定発出段階における処分理由の提示が不十分であるなどの手続的瑕疵は、表面上のものに過ぎず、先行手続の履践によって実質的に治癒されるとして、処分理由の提示における手続的瑕疵を理由とする不利益処分の取消請求訴訟は棄却されよう。なぜなら、前掲の更正処分取消請求事

(13) これには、最判 1963（昭和 38）年 5 月 31 日民集 17 巻 4 号 617 頁、最判 1974（昭和 49）年 4 月 25 日民集 28 巻 3 号 405 頁、最判 1985（昭和６０）年 1 月 22 日民集 39 巻 1 号 1 頁、最判 1992（平成４）年 12 月 10 日裁判集民事 166 号 773 頁判決を参照されたい。

件判決にいう処分理由の提示の趣旨・目的たる恣意抑制機能および争訟便宜機能は処分理由の提示という後続手続だけではなく、先行手続たる意見陳述機会付与の手続によっても十分に果たされるからである。翻って、かりに意見陳述機会付与の手続などの先行手続が処分の名宛人の手続的権利として保障されておらず、また、その履践があったとしてもその不備があったため、処分の名宛人が自ら権益保護のための意見・資料提出または主張・防御権を行使することができず、したがって、これに照応して行政庁が処分に関わる「合理的な説明」を行っていないとすれば、処分理由の提示における手続的瑕疵の有無に関する判断は、処分に関わる一方的な通知書のみに対する検討を通して行われよう。行手法上、意見陳述機会付与という先行手続が整備されている状況の下では、先行手続の履践を通じて行政庁による「合理的な説明」がされることなく、しかも後続手続たる処分理由の提示という手続においてもその態様・程度に不十分な履践があり、処分理由の提示という手続の趣旨・目的が実質的に果たされていないと判断すれば、これは手続的瑕疵として、不利益処分の瑕疵となり、同処分の取消事由とされよう。以上は、処分理由の提示という後続手続の瑕疵の有無の判断に関しては、裁判所が先行手続と後続手続の連続性において手続的瑕疵の取消事由論を決するという審査方式を妥当とするものにほかならない。

ちなみに、意見陳述機会付与の手続である聴聞と弁明機会の付与という両手続の使い分けとして、行手法 14 条の定めるところにより、より慎重な手続たる聴聞手続は一定の重大な不利益処分にとどまらず、行政庁の裁量的判断によってとられることになっており、その拡大的運用がその趣旨・目的として謳われている。さらに、聴聞手続の場合に聴聞主宰者の要請があれば、行政庁の職員が「予定された不利益処分の内容及び根拠となる法令の条項並びにその原因となる事実」を説明しなければならない（同法 20 条 1 項）し、当事者などが意見陳述・証拠資料の提出はもちろんのこと、聴聞主宰者の許可を得て行政庁の職員に対し質問を発することもできる（同条 2 項）。以上の聴聞主宰者の行政庁職員に対する説明要請権と、処分の名宛人による意見陳述・証拠資料の提出権および質問権が十分に活用されることになり、これに照応して行政庁が「合理的な説明」を真摯に

行うという説明責任を果たしていれば、処分理由の提示という手続の履践においては瑕疵たるものはそもそも生じえないはずであろう。以上に対して、弁明機会の付与手続の場合には、行手法上、行政庁が「予定された不利益処分の内容及び根拠となる法令の条項」、「不利益処分の原因となる事実」、「弁明書の提出先と提出期限」を書面で通知しなければならない（同法30条）だけであり、聴聞手続に認められている説明要請権および質問権は法定されていない。しかしながら、「処分手続による事前救済の意義」からすれば、弁明機会の付与手続においても処分の名宛人による行政庁職員に対する事実上の質問があれば、同職員はこれに真摯に応答するという弁明機会の付与手続の適正な運用を図るべきであろう。この適正な運用とは、行政庁が行手法29条1項にいう口頭による弁明機会の付与を積極的に認めることから始められよう。このように、聴聞と弁明機会の付与手続のいずれかが実際に十分に活かされ、機能しているとすれば、処分の名宛人が不利益処分を処されるのを事前に防ぐために、これらの手続を活用し、行政庁の事実認定や要件認定の誤りを指摘するなどの主張・防御権の行使による積極的な疎明を行うことになり、これらに照応して、行政庁は、畢竟、不利益処分を処しようとすることについて「合理的な説明」を行うという説明責任を果たすことになる。かりに行政庁が以上の「合理的な説明」を行わなかったという行政の対応は必然的に処分理由の提示における手続的瑕疵を招来することになるといえよう。したがって、手続的瑕疵の取消事由論は、手続的履践の対象たる当該処分の重大さや、手続的瑕疵の重さの如何によらしめられているというよりも、むしろ「処分手続による事前救済の意義」および「先行手続と後続手続の連続性」に着目し、処分の名宛人の主観的な事情の如何にかかわることなく、処分の形成・決定の全過程において行政庁による「合理的な説明」の有無に関わる審査[14]により、

(14) 建築士免許取消事件判決に対する那須裁判官の反対意見は、「不利益処分に先行して行われる聴聞手続の審査では、名宛人となる者が、自らの非違の有無・程度、不利益処分のあるべき内容等について相応の情報を取得し、反論の機会を与えられる。この手続によって、処分行政庁による判断の慎重・合理性を担保して恣意の抑制を図ることや、名宛人による不服の申立てに便宜を供与することもある程度期待できる。この意味で、不利益処分の理由提示と聴聞とは、その機能面において一部重なり合い、相互に補完する関係にある」とし、「聴聞の審査の中で、更に詳しい情報

決せられるべきであろう。

以上の先行手続と後続手続の連続性に着目し、後続手続の瑕疵を認定する審査方式としては、前掲の更正処分取消請求事件判決が参照となる。同判決は、更正処分には処分理由の提示における不備があるとして同処分を取り消す第一審判決を維持し、原判決を破棄している。その第一審判決を見てみると、第一審は、更正通知書の理由附記の要件を欠いている瑕疵を理由に更正処分の取消を求める訴えにおいて、同瑕疵の認定に関わる判断として、以下のような審査方式を採用している。すなわち、第一審は、更正処分への再調査請求に対して行われた決定の通知書からは、「どういう調査資料によったかについては何ら具体的な根拠を示しておらず処分理由の合理的な説明がなされているとは解し難いものといわなければならない。」とし、さらに審査決定の通知書記載からも「概括的で何ら具体的に処分の正当性を明らかにしているものとはいえない」と認定し、「更正通知書の理由附記の要件を欠いていても再調査請求、審査請求の段階において、その決定通知書により処分の具体的な根拠が明らかにされればその瑕疵は治癒されると解するが相当であるけれども、…（省略）…再調査の決定、審査の決定においても処分の具体的根拠が明らかにされていないと認めるべきである」から、更正処分には理由附記という手続瑕疵があるとし、同瑕疵は同更正処分の取消事由にあたると判示している[15]。すなわち、第一審判決は、処分理由の提示が不十分であるとき、更正処分への再調査

を入手することもできる」ことを理由に、処分理由の提示に「一律に処分基準の適用関係を明示しなければ処分自体が違法となるとの原則を固辞しなくて」もよいと述べられているように、処分理由の提示における瑕疵を先行手続との連続性というスタンスで判断していることが分かる。だが、同様のスタンスを採る同原田裁判官の補足意見との違いを摘示すると、「詳しい情報を入手することもできるかどうか」の主観的事情というより、むしろ聴聞手続などにおいて処分基準の適用関係についての説明があったかどうかの事実認定の違いにあるのではないかと思われよう。

(15) 東京地裁 1959（昭和 34）年２月４日判決は、更正処分を違法とする手続的瑕疵の１つとして、「更正通知書の理由附記の要件を欠いていても再調査請求、審査請求の段階において、その決定通知書により処分の具体的な根拠が明らかにされればその瑕疵は治癒されると解するが相当であるけれども、…（省略）…再調査の決定、審査の決定においても処分の具体的根拠が明らかにされていないと認めるべきであるから、本件更正の右瑕疵は治癒されない。」ことを挙げている。

請求などの先行手続においても更正処分の理由に関する行政庁の「合理的な説明」が行われなかったことをもって、後続手続たる更正処分の通知書に処分理由提示の瑕疵があると認定し、同瑕疵を更正処分の瑕疵として更正処分を取り消している。このため、第一審判決は先行手続と後続手続の連続性において手続的瑕疵の有無を判断する審査方式を採用しているといえよう。したがって、第一審判決を維持する最高裁判決も、処分理由の提示という手続の瑕疵を認定する際に、更正処分の形成・決定過程における先行手続と後続手続の連続性に着目し、行政庁による「合理的な説明」の有無を必要的考慮要素に入れて手続的瑕疵の有無を判断する審査方式として再構成し、読み直すことが可能であろう。

また、先行手続と後続手続の連続性に着目し、後続手続に瑕疵を認定する審査方式に関しては、前掲の建築士免許取消事件判決における田原裁判官の補足意見も参考となろう。同補足意見は、同判決の多数意見に与しつつ、「本件免許取消処分に係る聴聞手続の段階から、構造基準不適合設計及び構造計算偽装の本件処分基準との適用関係を問題とするなど違反行為の性質や程度を争っていた」し、処分の名宛人が聴聞手続において「本件処分基準の適用関係について質問したのに対して、何ら具体的な応答がなされなかった」という事実関係を指摘し、したがって、「聴聞手続が行われたことをもって，本件処分通知書の理由記載の不備の瑕疵が治癒され得るとは到底解し得ない」と述べている。この補足意見は、訴訟提起時（＝口頭弁論開始時）までに、処分の名宛人が意見陳述機会付与の手続を通じて意見・資料提出または主張・防御権を十分に行使しなければならず、同手続的権利の行使に照応じて行政庁が不利益処分を処しようとすることについて「合理的な説明」を真摯に行っているとすれば、後続手続たる処分理由の提示に処分基準の適用関係が示されていないなどの不十分な点があっても、これだけをもって、処分理由の提示における手続的瑕疵とせずに、同瑕疵が表面上の瑕疵に過ぎないとして、実質的に同瑕疵が治癒されたとする見解である。翻って、同意見は、行政庁が免許取消処分を発出するまでの行政過程において処分基準の適用関係を明らかにすべきであったにもかかわらず、処分理由の提示という後続手続にも処分基準の適用関係を示すことなく、また、先行手続において同適用関係に関する説明をすること

なく、処分の発出に至ったことが、結局のところ、その帰結として手続的瑕疵のある処分を招来したとし、同瑕疵を不利益処分の瑕疵として同処分を取り消す独立の取消事由となりうることを示唆するものである。

以上の２つの最高裁判決は、処分理由の提示という手続の有する恣意抑制機能と争訟便宜機能が同手続の瑕疵によって没却されているかどうかについての判断を以下のように行っているといえよう。すなわち、最高裁判所は、先行手続と後続手続の連続性において先行手続の具体的な履践の態様・程度をも考慮入れて、処分の形成・決定の全過程において行政庁による「合理的な説明」の有無に関する審査をもって、後続手続たる処分理由の提示における瑕疵の有無を判断するという審査方式を採用し、最終的に手続的瑕疵の取消事由論（とりわけ処分理由の提示における瑕疵が不利益処分の瑕疵として処分の取消事由となるかどうかに関する論議）に関して審査してきたのではないかと思われよう。このような審査方式は、手続のやり直しがあれば、不利益処分という結論を左右するかどうかにより、手続的瑕疵を処分の瑕疵として処分の取消事由になったりならなかったりするという相対的取消事由説ないし結果依存型法理に与しないものであり、処分理由の態様・程度の緩和か加重[(16)]かという捉え方をもしないものであろう。

以上に対して、依然として処分理由の提示という手続が「意思形成段階における手続」ではなく、「行政決定発出段階における手続」であるという手続の内容・性質に着目すれば、かりに処分理由の提示が全く履践されておらず、あるいはその提示がその態様・程度において不十分な履践などの不備があったとしても、これらの手続的瑕疵は処分の基礎となる事実認定および要件認定などに影響を及ぼすことができないものであるため、行政庁の意思決定過程に影響を及ぼし、その結論を左右するといった意味において「処分の内容に影響を及ぼす」ものではないことを理由に、処分の瑕疵とならず、処分を取り消す独立の取消事由にならないとする論理的思考方式が働かれよう。むろん、同思考方式は、以上の「１　意思形成

(16) これに関しては、本多滝夫「行政手続法における理由の提示と瑕疵の効果」龍谷法学 45 巻 4 号（2013 年）1252 頁参照。

段階の手続的瑕疵と裁判所の審査方式」にも見たように、処分理由の提示という手続の瑕疵を理由に不利益処分が裁判所によって取り消されても、そもそも、同手続の内容・性質の故に、行政庁が手続のやり直しとして処分理由を新たに提示・追加し、従前に取り消された処分と同じ内容の不利益処分を再び行うこととなる行政実務を挙げ、同実務が行政効率（経済）を害すること、さらに手続のやり直しによって行われた不利益処分が再度争われる事態になる訴訟実務には時間、費用等の労力がかかるなどという訴訟経済の問題を重視した結果によるものである。以上の思考方式から、行政庁は、処分理由の提示における瑕疵を理由に不利益処分の取消を求める原告の請求において当該処分を維持するために、原告にいう手続的瑕疵が処分の内容に影響を及ぼす手続にあたらないことを主張するとともに、処分理由の差し替え・追加などを通して原告の請求を退けることを裁判所に求めることとなろう。かりに裁判所が被告による処分理由の差し替え・追加を許容し、これによる手続的瑕疵の治癒を認めるか、あるいは行訴法23条の2にいう釈明処分を通して処分理由の提示における手続的瑕疵を治癒する方法を採り、その上、手続的瑕疵と処分の内容との相関性の観点から手続的瑕疵の取消事由論について判断することになれば、同判断過程は、相対的取消事由説ないし結果依存型法理によるものとなろう。以上の相対的取消事由説の可否に対しては、すでに以上の「1　意思形成段階の手続的瑕疵と裁判所の審査方式」において被告の主張制限の問題として本案審理に関わる問題点があることを指摘したが、この問題点に関しては以下の「原告の実益」という観点からさらなる検討を行う必要がある。

3　手続的瑕疵を理由とする不利益処分の取消判決と原告の実益

不利益処分を取り消す判決が行われると、取消判決には遡及効があるため、当該処分は行政庁の職権取消を要することもなく、不利益処分の行われた時点までに遡ってその効力を失うことになる。したがって、手続的瑕疵を理由とする不利益処分の取消判決には、実体的違法を理由とする不利益処分の取消判決と同じく、不利益処分によって形成・確定された原告の法律関係を解消させ、原告の欲する元の法的地位ないし権利状態に戻すという原状回復のリセット効果がある。この原状回復のリセット効果

は、原告の実益となり、同実益の故に、原告が手続的瑕疵を理由に不利益処分の取消判決を求める大きな要因の1つとなろう。その一例としては、国税の法定申告期限から5年を経過した日以後においては、更正処分をすることができないとする期間の制限が国税通則法70条によって規定されているように、期間の経過による行政権行使の制限などがある場合に、手続的瑕疵を理由とする不利益処分の取消判決は、原状回復のリセット効果にとどまらず、法定期間の経過以後には、手続のやり直しによる不利益処分がされないという原告の実益をもたらすことになる[(17)]。

そして、原告が手続的瑕疵を理由とする不利益処分の取消を求める訴えを提起し、同瑕疵を処分の瑕疵とする本案に理由があることなどの立証をもって、処分の効力または執行などの停止の申立てを行い、仮の権利救済を求めることができる[(18)]。行手法上、とくに聴聞手続の履践が要される不利益処分の場合は、行訴法25条1項の定める「処分、処分の執行又は手続の続行により生ずる重大な損害を避けるため緊急の必要があるとき」という執行停止の積極的要件に照らせば、同要件該当性が高く、同条4項の定める執行停止の消極的要件である「本案について理由がないとみえるとき」および「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるとき」という要件該当性が傾向的に低いことからすれば、裁判所は、手続的瑕疵の立証をもって行う執行停止の申立てを認容する決定を行う可能性もあろ

(17) 最高裁1972（昭和４７）年12月5日法人税課税処分取消請求上告事件判決は、「更正期間の制限によりあらたな更正をする余地のないことがあるなど処分の相手方の利害に影響を及ぼすのであるから、審査裁決に理由が附記されたからといって、更正を取り消すことが…無意味かつ不必要となるものではない。」とし、更正処分における処分理由の不備という瑕疵は、後日の審査裁決において更正処分の具体的な根拠が明らかにされても、治癒されないと判示している。

(18) 裁判所は「本件各処分に当たって、Aの保育の必要性に関する諸事情について、十分な情報収集がされ、それに基づく適切な評価がされたかについては疑問があることなどからすれば、本件解除処分については、実質的にみて、申立人の防御権を行使する機会が奪われており、その手続の公正を害する程度の違法があるとみる余地もないとはいえない。」という点をも挙げ、行訴法25条4項にいう「本案について理由がないとみえるとき」には当たらないとし、執行停止の消極的要件該当性を否定し、保育の利用解除処分等に対する執行停止の申立てを決定している（さいたま地決2015（平成27）年12月17日保育の利用継続不可決定等執行停止申立事件）。

う。このように、手続的瑕疵を理由とする不利益処分の取消請求訴訟において裁判所が執行停止の決定を行うとともに、手続的瑕疵を争点とする本案において同瑕疵を処分の瑕疵として不利益処分を取り消す判決を行うとすれば、その後、かりに行政庁が同取消判決の趣旨に従って手続的瑕疵を治癒し、あるいは手続をやり直して、従前の不利益処分と同様の処分を行う場合でも、原告は、不利益処分に対する執行停止の決定がされてから、手続のやり直しによる新たな処分が行われるまでの期間に、原状回復のリセット効果による元の法的地位ないし権利を享受することになる。この期間が長ければ長いほど原告の実益は大きくなる。そして、法令の定める要件適合たる違反の回数によって累積・加重される態様・程度の不利益処分の場合は、手続的瑕疵を理由とする執行停止の決定および取消判決がもたらす原告の実益はさらに大きくなる。以上の実益からすれば、手続的瑕疵を不利益処分の瑕疵として同処分の取消を求める訴えは処分の名宛人たる原告にとって充分な意義がある。

以上のあれこれの実益からすれば、手続的瑕疵を理由とする不利益処分の取消請求訴訟における手続的瑕疵の取消事由論に関する裁判所の審査においては、相対的取消事由説と同説の支柱の１つとなっている前述の行政効率・訴訟経済の問題は考慮すべき事情ではないと解されよう[(19)]。したがって、裁判所は、手続的瑕疵が処分の内容に影響を及ぼす手続の瑕疵にあたるかどうかや、瑕疵の軽重に拘泥せずに、取消判決がもたらす原告の実益を第一義的に考慮し、絶対的取消事由説に立脚し、手続的瑕疵を処分の瑕疵として同処分を取り消す独立の取消事由とするべきであろう[(20)]。むろん、裁判所は、少なくとも口頭弁論開始以降、被告が瑕疵のある手続、たとえば手続的履践の態様・程度における不十分な処分理由の提示を治癒

(19) 建築士免許取消事件判決の補足意見の中にも、「行政処分の正当性は、処分手続の適正さに担保されることによって初めて是認されるのであって、適正手続の遂行の確立の前には、訴訟経済は譲歩を求められてしかるべきである。」と述べられている。

(20) 現状では、不利益処分に聴聞の実施とその実施の時期、聴聞主宰者の適格者および文書閲覧などの種々の手続的瑕疵があったとして、これを理由に不利益処分の取消を求める原告の請求に対して、原告の主張に理由がないとして原告の請求を棄却する判決例（札幌地判（差戻第一審）2015（平成27）年６月18日業務停止処分取消請求事件判決参照）がある。

するために、処分理由の差し替え・追加することを許容しないという被告への主張制限を課する審査方式を採り、手続的瑕疵の取消事由論を決することになる。前掲の更正処分取消請求事件判決は、周知のように、直接に原告の実益について言及することなく、手続的瑕疵を理由として更正処分の取消を求める原告の請求を認容している。だが、同判決の理解としては、処分理由の提示という手続にはその趣旨・目的たる争訟便宜機能があるとされ、そして争訟便宜機能には、不利益処分の取消を求める取消請求訴訟が行われてから、被告（行政庁）が新たな主張をすることによる不意打ちを防止する機能も含まれていると解されるため、口頭弁論開始時以降においてかりに被告が不利益処分の適法性を維持することを目的として行政決定発出時の処分理由を差し替えたり、追加したり、あるいは手続的瑕疵と処分の内容との相関性から同瑕疵が処分内容に影響を及ぼすものではないとする主張・立証を行うことになれば、裁判所はこれらの主張・立証を許容しないという被告への主張制限を課することとなろう。こうした被告への主張制限は、取消判決がもたらす原告の実益を考慮した結果であると考えられよう。つまり、取消判決がもたらす原告の実益からすれば、処分理由の提示などの手続の履行に不十分さがあるなどの手続的瑕疵を理由として、同瑕疵を不利益処分の瑕疵として同処分を取り消すことの意義は大きい。したがって、不利益処分の取消判決がもたらす原告の実益を一義的に考慮し、手続的瑕疵の態様・程度に応じて同瑕疵を類型的に特定し、同手続的瑕疵の特定によって同瑕疵を処分の瑕疵とし、同処分を取り消す独立の取消事由とする絶対的取消事由説は堅持されるべきであろう。

Ⅲ　拒否処分の取消訴訟における手続的瑕疵の取消事由論

1　意思形成段階の手続的瑕疵に関する裁判所の審査方式

申請に対する処分に関わる主な手続的規律を見てみると、行手法は、具体的な審査基準の策定と、同基準を公にしておくこと（法５条）を原則とし、とくに拒否処分の際に処分理由の提示（法８条）を行政庁に義務づけている。個別法上では、行手法の制定・施行以前から，外務大臣等が一般旅券の発給等をしないと決定したとき、速やかに理由を付した書面で通知しなければならないと定めている例（旅券法 14 条）もある。

周知のように、多くの行政作用法は公益目的実現のための仕組みの１つとして私人に一定の行為をすることを求める作為義務や、一定の行為を禁止する不作為義務の要件を定める一方で、他方では、私人からの申請に対する処分として授益処分の要件（基準）を定め、同要件適合の場合に義務を免除したり、あるいは一定の法的地位ないし権利を付与したりする法的仕組みを採択している。同法的仕組みの下で、行政庁は個別・具体的事実関係に基づいて競合関係にある多数の申請者の中から他の申請者を排除し、特定の申請者のみに対する授益処分を行ったり、もしくは多数の申請者の中から法令の定める要件等を充足するすべての適格者に一定の法的地位ないし権利を付与するなどの授益処分を行ったり、または申請が法令の定める要件等を充足しないとして拒否処分を行ったりするのである。ところが、授益処分の要件を定める法令の文言は、抽象的ないし概括的であったり裁量の余地を多く含んでいたりするのが常である。たとえば、墓地、埋葬等に関する法律10条１項は墓地などの経営に対する知事の許可権のみを規定し、当該許可の基準に関する具体的な規定を置いていないため、同許可の法的要件に関しては全く知事に委ねている例もあろう。この例は立法上の不備にあたるともいえよう。このように、授益処分の要件を定める法令の規定が抽象的、概括的であるという実情から、行手法５条は、授益処分の要件に関わる立法上の不備があるとすれば、これを補うものとして、授益処分の要件を明確にし、分かりやすくするために、審査基準を具体的に策定し、これを公にしておくことを行政庁に義務づけているのである。これは、法律による行政の具体的実現の表れであるのみならず、行政の予見可能性や透明性を高めるという趣旨・目的をも有する。

そして、行手法５条にいう手続が履践されると、授益処分を欲する者は、公にされている審査基準を予め綿密に検討し、同基準に照らして適合要件を見出し、これらの要件を申請書に記載し、行政庁に許・認可その他の自己に対し何らかの利益を付与することを求める申請をすることになる。このように、行手法５条の定める手続は、実質的に申請者が審査基準に照らして申請書を記載･提出することをその前提とするものである。このため、申請を前提とする同法５条にいう手続は、結局のところ、申請者に自己に有利な資料･証拠を提出させる機会の付与と同等の手続であるといえよう。

とくに行政庁が個別・具体的事実関係に基づいて競合関係にある多数の申請者の中から他の申請者を排除し、特定の申請者のみに対する授益処分を行うという法的仕組みがとられている場合に、申請者は同法５条の定める手続の履践によって公にされている審査基準に照らして申請書記載とその提出を通して自ら授益処分の処されるのに相応しいとする資料・証拠を提出することになる。以上の申請に対して、行政庁は申請通りの授益処分または拒否処分を発出する前に、申請書に表れている処分の基礎となる事実を認定し、根拠法令の定める要件のみならず、審査基準をも用いて、同事実認定に処分要件をあてはめるという要件認定の意思形成（審査）過程を経て、最終的に授益処分と拒否処分の中のいずれかを発出することになる。したがって、同法５条にいう手続は、実質的に申請者に審査基準に照らして自己に有利な資料・証拠を提出させる機会を付与し、これによって適正かつ公正な処分を行うことはもちろんのこと、申請者の権益を保護するという趣旨・目的を有しており、手続の内容・性質として意思形成段階における手続（＝先行手続）にあたり、適正な意思形成に必要不可欠な手続である。このため、同法５条にいう手続は、規制行政・給付行政を主要な特徴とする現代行政において、不利益処分における意見陳述機会付与の手続に劣らない重要な意味を有するものであろう。

以上のように、同法５条にいう手続には法律による行政を具体的に実現し、また、行政の予見可能性や透明性を高めるという趣旨・目的があるだけではなく、適正かつ公正な処分によって申請者の権益をも保護する趣旨・目的があり、意思形成段階における手続という内容・性質があることからすれば、同手続は、当然、行政庁の意思形成に影響を及ぼし、その結論を左右するといった点において「処分の内容に影響を及ぼす手続」となる。したがって、行政庁が同手続を正当な理由なく、全く履践しなかったとすれば、これは申請者が公にされている審査基準を予め綿密に検討し、同基準に照らして適合要件を見出し、申請行為を通して自己に有利な資料・証拠を提出するという申請権そのものを侵害することになり、当然、重要な事実の誤認に基づき、あるいは要件認定の誤り等による意思形成の合理性を欠くことになり、結果として違法な拒否処分を招来し、申請者の権益を侵害することになる手続的瑕疵となる。したがって、同瑕疵は、行訴法上、

拒否処分の瑕疵として当該処分を取り消す独立の取消事由と解しなければならない。言い換えれば、行手法５条にいう手続の瑕疵を理由とする拒否処分の取消訴訟が提起された場合に、被告によって当該処分が実体的に適法なものであるため、手続のやり直しによっても処分内容が変わらないと主張されても、処分の結果如何は考慮される必要がなく、以上の手続的履践の有無に関わる判断のみによって同履践がなかったとすれば、同不履践を手続的瑕疵として、同瑕疵は、拒否処分の瑕疵として同処分を取り消す独立の取消事由とされよう。このことは、裁判所が手続のやり直しによる処分の結果如何を考慮することなく、以上の手続的履践の有無に関わる判断のみを行い、同手続的瑕疵を認めることになれば、拒否処分の瑕疵として同処分を取り消すという手続的瑕疵の取消事由論において絶対的取消事由説を妥当とするものであろう。

行手法が制定・施行される前の事例として、個人タクシー免許申請に対する拒否処分の場合に聴聞手続の履践が要されなければならないとし、同履践がなかったことを瑕疵として、同瑕疵を処分の瑕疵とする最高裁1971（昭和46年）10月28日行政処分取消請求上告事件判決（以下「個人タクシー事件判決」という。）がある。同判決は、免許の諾否を決するにつき重要な審査「基準の適用上必要とされる事項については、聴聞その他適切な方法によって、申請人に対しその主張と証拠の提出の機会を与えなければならない」とし、「被上告人に対する聴聞担当官は、被上告人の転業の意思その他転業を困難ならしめるような事情および運転歴中に含まるべき軍隊における運転経歴に関しては被上告人に聴聞しなかったというのであり、これらの点に関する事実を聴聞し、被上告人にこれに対する主張と証拠の提出の機会を与えその結果をしんしやくしたとすれば、上告人がさきにした判断と異なる判断に到達する可能性がなかったとはいえない」とし、被上告人の免許申請に対する却下処分を違法として取り消した原審を維持し、上告を棄却した。同判決に関しては、同判決にいう「被上告人に対する聴聞担当官は、…（省略）…これらの点に関する事実を聴聞し、被上告人にこれに対する主張と証拠の提出の機会を与えその結果をしんしやくしたとすれば、上告人がさきにした判断と異なる判断に到達する可能性がなかったとはいえない」という点に重きを置けば、同判決におけ

る審査方式は、相対的取消事由説ないし結果依存型法理によるものであるとの見方[21]も一応可能であろう。

確かに、かつての個人タクシー免許の法的仕組みに見るように、需給調整などの新規参入規制が採られていた当時、処分の根拠法は、行政庁が個別・具体的事実関係に基づいて競合関係にある多数の申請者の中から他の申請者を排除し、少数特定の申請者のみに対する授益処分を適正かつ公正に行うことを目的として、適正手続の保障として意見陳述のための手続（聴聞と弁明機会の付与のいずれか）をとることを義務づけている規定を置いていた。たとえば、旧道路運送法上では、一般乗合旅客自動車運送事業免許の諾否に関わる手続として申請者に対する陸運局長による聴聞手続の履践、または利害関係人の申請があったときに運輸審議会における公聴会の開催が義務づけられており、これに併せて運輸審議会の裁量的判断による公聴会の開催が規定されていた。ところが、現行の道路運送法上では、同法の定める不利益処分に対する聴聞手続の履践を義務づける聴聞の特例が定められているのみで、同法の定める許認可などの授益処分を求める申請者への聴聞手続が廃止された。同廃止は、申請に対する処分が行政庁において蓄積された高度の専門的または技術的知見に基づき、しかも大量かつ反復的に行われており、こうした場合には意見陳述のための手続を必要としないという立法政策の転換によるものである。これに相まって、行手法も、申請に対する処分の場合には同法５条の定める具体的な審査基準の策定と、同基準を公にしておくという手続でも、適正かつ公正な授益処分が可能であり、申請者の権益保護を充分に果たしうるという立法政策を採ることになったといえよう。現行法上、行政庁が法令の定める抽象的な処分要件を具体化した審査基準を策定し、これを公にしておくことを義務づける行手法５条の手続は、以上の個人タクシー事件判決にいう「聴聞その他の適切な方法」にとって代わるものである。言い換えれば、道路運送法の改正および行手法５条の定める手続からは、当時の個人タクシー事件判決にいう「聴聞その他の適切な方法により、申請人に対しその主張と証拠の提出の機会を与えなければならない」とする手続的権利の保障は、行手法

(21) 高木英行「処分性拡大と行政手続」東洋法学 60 巻 3 号（2017 年）204 頁。

5条にいう申請に対する処分の手続で代替可能であり、代替された同法5条の定める手続でも申請者の権益が十分に保護されるという趣旨が読み取れよう。そして、個人タクシー事件判決にいう手続的瑕疵は、結局のところ、行手法5条の定める手続的履践がされていなかったため、行政庁に何らかの利益を付与することを求める申請者が公にされている審査基準を予め綿密に検討し、同基準に照らして適合要件を見出し、申請行為を通して自己に有利な資料・証拠を提出することができなかったという手続的瑕疵と同等のものとなろう。したがって、個人タクシー事件判決にいう手続的権利の保障と同様に、行手法5条にいう手続も、行政庁の適正な意思形成においてなくてはならないものであるため、意思形成に影響を及ぼし、その結論を左右するといった点において「処分の内容に影響を及ぼす手続」である。このため、行政庁がこれらのいずれかの手続を履践しなかったという手続的瑕疵は、畢竟、処分内容に影響を及ぼすものであることを理由に、行訴法上、拒否処分の瑕疵として当該処分を取り消す独立の取消事由と解されることになる。以上のことを踏まえてみると、個人タクシー事件判決は、被告が実体法的に適法な処分であるため、手続のやり直しによっても処分内容が変わらないと主張しても、裁判所が手続のやり直しによる処分の結果如何を考慮することなく、絶対的取消事由説に立脚し、以上の手続的履践の有無に関わる判断のみを行い、同手続的瑕疵を認めることになれば、拒否処分の瑕疵として同処分を取り消すべきであるという審査方式をとるものと読み直すことも可能であろう。つまり、同判決は、絶対的取消事由説によるものであるという見方も可能である。

他方で、行手法5条にいう手続の履践においては、審査基準の態様・程度として具体性の有無が法的争点となる場合もあろう。行政庁が申請後に審査基準に関する補完[22]をしなかったため、かりに拒否処分の名宛人が審査基準における具体性の欠如を手続的瑕疵として、同瑕疵を拒否処分の瑕疵として同処分の取消訴訟を提起した場合に、被告は当該手続的瑕疵が処分の内容に影響を及ぼさないのものとして、かりに裁判所が同手

(22) 申請後、審査基準が申請人に不利益に変更されても、特段の定めのない限り、変更された処分時の審査基準に従って申請の諾否を決すべきとする名古屋高裁金沢支部判昭和57年12月22日自動車運送事業免許却下処分取消請求控訴事件の判決がある。

続的瑕疵を拒否処分の瑕疵として同処分を取り消したとしても、処分庁が審査基準の補完などによる手続のやり直しを行い、判決によって取り消された拒否処分と同じ内容の処分を再び行うことになるとし、この場合には前述した行政効率および訴訟経済の問題があることを指摘し、手続的瑕疵と処分の内容との相関性の観点から処分の取消事由の可否を決するという相対的取消事由説に立脚し、手続的瑕疵の取消事由論について判断することを裁判所に求めることになろう。結局のところ、行手法５条によって公にされている審査基準の具体性の欠如を含み、行政庁が同手続を全く履践しなかったことなどの手続的瑕疵を理由とする拒否処分の取消訴訟において裁判所が被告による審査基準の差し替え・追加を許容し、手続的瑕疵と処分の内容との相関性の観点から手続的瑕疵の取消事由論について判断するという相対的取消事由説に立脚することになるのか、さもなければ、以上の被告による審査基準の差し替え・追加の主張に対してその制限を課し、審査基準における具体性の欠如を含む行手法５条における手続的義務違反を手続的瑕疵とし、同瑕疵を処分の瑕疵とする絶対的取消事由説に立脚し、手続的瑕疵の取消事由論について判断することになるのか、いずれの説に立脚した判断過程が手続的瑕疵を理由に拒否処分の取消を求める原告にとって実益となるのかという問題がある。この問題については、以下の「３　拒否処分の取消判決における原告の実益の有無に関する検討」で再論する。

２　行政決定発出段階の手続的瑕疵に関する裁判所の審査方式

前述のように、行手法５条の定める手続は、実質的に申請者が審査基準に照らして申請書を記載・提出することをその前提とするものである。このため、行政庁は申請書に表れている処分の基礎となる事実を認定し、根拠法令の定める要件のみならず、審査基準をも用いて、同事実認定に処分要件をあてはめるという要件認定の意思形成（審査）過程を通じて最終的に授益処分と拒否処分の中のいずれかを発出することになる。したがって、申請を前提とする同法５条にいう手続は、意思形成段階における手続（＝先行手続）にあたり、結局のところ、申請者にとって自己に有利な資料・証拠を提出させる機会の付与と同等の手続である。以上に対して、行手法

８条の定める処分理由の提示という手続は、当然、同法５条にいう手続を経てから、行政庁の意思決定として拒否処分を発出する際に、行政庁が確定した処分の基礎となる事実から、如何なる根拠法令の条文および審査基準の適用によって如何なる理由に基づいて拒否処分を選択したかという意思形成過程を分かるように、拒否処分に対する「合理的な説明」を行うことを行政庁に義務づけるものである。不利益処分の場合には、前述したように、先行手続たる意見陳述機会付与という手続の内容･性質からすれば、先行手続との連続性において後続手続たる処分理由の提示に関わる瑕疵の有無について判断するという審査方式が採用されると論じてきた。ところが、申請に対する処分の場合には、同法５条にいう先行手続では、申請者が行政庁の職員に説明を求める法的質問権を付与されておらず、同先行手続の内容・性質から事実上の質問をすることもできないため、申請に対する処分について「合理的な説明」がされず、処分理由が全く投影されることがない。このため、申請に対する処分の場合には、不利益処分の場合と異なって先行手続と後続手続の連続性が成立しない[(23)]。つまり、行手法８条の定める処分理由の提示という手続の瑕疵は、同法５条にいう審査基準策定等の先行手続との連続性においてその有無を判断することができないのである。したがって、拒否処分の場合には、同処分に関わる「合理的な説明」を行政庁に義務づける手続的措置としては、処分理由の提示が唯一であるため、同提示に表れている記載事項それ自体から具体的根拠など

(23) 旧道路運送法が一般乗合旅客自動車運送事業の免許の許否に関わる決定手続としては、免許申請者に対する陸運局長による聴聞手続の履践を義務づけており、また、運輸審議会の裁量による公聴会の開催または利害関係人の申請があったとき運輸審議会における公聴会の開催を義務づけられていた当時では、最高裁 1975（昭和 50）年５月 29 日群馬中央バス路線免許申請却下処分取消請求事件判決は、「免許の許否の決定に関する審理手続において最も重要な意義を有するのは、運輸審議会における公聴会であり、陸運局長の聴聞は、主として運輸審議会における公聴会審理が行われない場合に特別の価値をもつものであつて、これが行われる場合には、単なる補充的な意義及び機能しか有しないものと解せられる。そうすると、陸運局長の聴聞が右のような従たる意義しかもたない場合には、たとえその聴聞手続に瑕疵があつたとしても、最終的な運輸大臣の許否の決定自体を取り消さなければならないほどの違法があるものとするには足りないと解するのが相当である。」と判示しているように、聴聞手続と公聴会の開催という両手続の連続性において手続的瑕疵を処分の瑕疵として処分の取消事由となるかどうかについて判断している。

の適用関係が明確に理解できるように、処分理由の提示という手続において「合理的な説明」がされなければならない[24]ということになる。だとすれば、同法８条の定める処分理由の提示という手続的瑕疵の有無に関する判断は、先行手続と後続手続の連続性ではなく、同手続の履践のみにおいて完結することになる。

さて、行手法８条にいう処分理由の提示が全く行われておらず、あるいはその提示がその態様・程度において不十分さがあれば、これは手続的瑕疵となり、同瑕疵は拒否処分の瑕疵として同処分を取り消す独立の取消事由となるかどうかの議論があろう。まず、同議論とは、処分理由の提示という手続の趣旨・目的が恣意抑制機能および争訟便宜機能にあるとする前掲の更正処分取消請求事件判決の射程範囲が不利益処分のみならず、拒否処分にも及ぶのかという問題に関するものであろう。処分理由の提示という手続の趣旨・目的として恣意抑制機能および争訟便宜機能は、前掲の更正処分取消請求事件判決にみるように、確かに不利益処分に関わるものでる。ところが、拒否処分の場合も不利益処分と同様に、拒否処分の名宛人たる原告が行政庁によって提示された処分理由を検討し、当該拒否処分が如何なる事実の特定をもって、如何なる法的根拠および審査基準との適用関係から、如何なる理由をもって行われたかを知ることができなかったため、十分な主張・立証のための訴訟準備をすることができなかったことを理由に、処分理由の提示の態様・程度において不十分さを立証すれば、同立証が処分理由の提示という手続の瑕疵に関する立証となろう。そして、同瑕疵は、前掲の更正処分取消請求事件判決に示されている処分理由の提示制度の趣旨・目的たる恣意抑制機能および争訟便宜機能を没却することになるため、拒否処分を取り消す独立の取消事由となろう。この点に関わっては、処分に付されている理由の提示から、「いかなる根拠により同号所定の非開示事由のどれに該当するとして本件非開示決定がされたのかを、処分の名宛人において知ることができるようなものでなければならない」としつつ、前記の理由の提示制度の趣旨から、「非開示理由の程度は、相手方の知、不知にかかわりがないものというべきである（…中略…）し、

(24) 西鳥羽和明「理由付記判例法理と行政手続法の理由提示（二）」民商 113 巻 1 号（1995 年）９頁参照。

また、本件において、後日、実施機関の補助職員によって、被上告人に対し口頭で非開示理由の説明がされたとしても、それによって、付記理由不備の瑕疵が治癒されたものということはできない。」とする公文書非開示決定を取り消す最高裁判決[25]が参照となる。この判決は、口頭で非開示理由の説明では足りず、処分理由について十分かつ合理的な説明が行われるべきであるにもかかわらず、これが行われていないことを理由に、処分理由の提示の不備を手続的瑕疵としているため、拒否処分の場合も不利益処分と同様に、前掲の更正処分取消請求事件判決の射程範囲が及ぶことを示すものである。しかし、手続的瑕疵を拒否処分の瑕疵として同処分を取り消す判決は、非開示決定以前の開示請求の段階に戻す効果を有するに過ぎず、開示請求者の欲する情報の開示にならないのはいうまでもなく、また、同法８条の定める処分理由の提示という手続は、前述の不利益処分における処分理由の提示手続と同様に、行政庁の意思決定過程に影響を及ぼし、その結論を左右するものではないといった意味において「処分の内容に影響を及ぼす」ものではない。このため、行政庁は判決の趣旨に従って処分理由の差し替え・追加ないし補完という手続のやり直しによる再度の非開示決定を行うことになる。したがって、処分理由の提示における瑕疵を理由とする拒否処分の取消を求める訴えにおいては、処分理由の提示における瑕疵を治癒することを目的とする被告による処分理由の差し替え・追加等の主張に対して裁判所がその制限を課し、処分理由の提示制度の趣旨・目的たる恣意抑制機能および争訟便宜機能に重きを置き、処分理由の提示における手続的瑕疵を拒否処分の瑕疵と認め、当該拒否処分を取り消す判決を下す裁判所の判断過程（絶対的取消事由説）が原告の実益となるのかという疑問がある。これについては、以下でさらなる検討を行う必要があろう。

3　拒否処分の取消判決における原告の実益の有無に関する検討

行政庁が正当な理由もなく、行手法５条の定める審査基準を策定しなかったり、策定をしても、その具体性が欠如したりする場合、また、同法８

(25) 最高裁 1992（平成 4）年 12 月 10 日警視庁個人情報非開示決定取消訴訟上告審判決。

条にいう処分理由の提示が全く行われておらず、あるいはその提示がその態様・程度において不十分さがある場合に、これらを手続的瑕疵として同瑕疵の立証があれば、裁判所はこれらの手続的瑕疵を拒否処分の瑕疵として同処分の取消事由とするかどうかといった手続的瑕疵の取消事由論において、絶対的取消事由説と相対的取消事由説のいずれの説に立脚して、その判断を行うべきかという問題がある。前述のように、不利益処分の場合には手続的瑕疵を理由として不利益処分を取り消す判決の効力からして、裁判所が絶対的取消事由説に立脚し、また、処分理由の提示という手続の瑕疵に対しても、同瑕疵を治癒するための被告による処分理由の差し替え・追加等を認めず、手続的瑕疵を理由として不利益処分を取り消すことが原告の実益となる。このため、不利益処分における手続的瑕疵の取消事由論では、絶対的取消事由説が堅持されるべきであると論じてきた。

さて、手続的瑕疵を理由とする拒否処分の取消請求訴訟においても、拒否処分の取消判決が不利益処分の場合と同様の実益を原告にもたらすことになるかどうかについて見てみる。これには行訴法33条2項が参照となる。裁判所が行手法5条や同法8条に関わる前述の手続的瑕疵を理由に拒否処分を取り消したときに、拒否処分の取消判決の拘束力に関する行訴法33条2項により、当該拒否処分をした行政庁は、判決の趣旨に従い、改めて申請に対する処分をしなければならないため、当該拒否処分以前の元の状態として申請に対する白紙状態に立ち返り、手続のやり直しを行い、申請に対して再度拒否処分をするのか、あるいは申請通りの処分をするかの可否を決しなければならない[(26)]。このことからすれば、裁判所が手続的瑕疵を理由として拒否処分を取り消す判決は、申請者たる原告の法律・事実関係を何ら変動させることなく、拒否処分以前の申請の状態に戻す効果があるにすぎず、原告の欲する法律・事実関係を実現することにはならない。拒否処分の取消判決には、不利益処分の取消判決が不利益処分の行われた時点までに遡って原告の不利益な法律関係を解消させ、原告の欲する元の法的地位ないし権利状態に戻すという原状回復のリセット効果がな

(26) 最高裁1968(昭和43)年12月24日テレビジョン放送局の開設に関する予備免許処分・同免許申請棄却処分等取消請求上告事件判決。

い。これは、拒否処分の性質から来る論理的帰結であろう。以上のような論理的帰結において、行手法５条または同法８条に関わる前述の手続的瑕疵を理由とする拒否処分の取消請求訴訟において裁判所が絶対的取消事由説に立脚し、または、被告による処分理由の差し替え・追加等の主張を認めることなく、被告への主張制限を課することによって、原告の請求通りに、手続的瑕疵を理由に拒否処分を取り消し、原告の勝訴判決を下したとしても、原告の法律関係が拒否処分以前の申請の状態に戻されるだけであり、手続のやり直しによって再び拒否処分が行われる可能性があるという行政効率の問題や、同拒否処分が再び争われるという訴訟経済の問題があるだけである。つまり、手続的瑕疵を理由とする拒否処分の取消判決が原告の実益にならない。以上のことを考慮すれば、かりに原告が拒否処分に関わる手続的瑕疵を立証すれば、裁判所は、釈明処分権（行訴法 23 条の 2）を行使し、審査基準または処分理由を明らかにする資料の提出を求めるか、あるいは以上の原告による手続的瑕疵の立証に対して被告が審査基準を明らかにしたり補完したりすることを認め、また、処分理由を差し替え・追加することなどを認め、手続的瑕疵の治癒を容認し、その上で、最終的に拒否処分が実体的に違法であると判断したときに、拒否処分の取消を求める原告の訴えを認容し、当該拒否処分を取り消すことによって紛争の一回的解決による法律関係の早期確定を図ることになろう[27]。以上の審査方

(27) 住民監査請求に関する記録（四逗監収第一七号の三）に関わる各文書の公開請求に対していずれも非公開の拒否処分の取消を求める訴訟において、下級審（横浜地裁 1994（平成 6）年８月８日と東京高裁 1996（平成８）年７月１７日）判決は、「原告に対する本件各処分の通知書に付記しなかった非公開事由をもって、同通知書に付記した事由に代替させ、あるいはこれを補充することは許されず、これにより右各処分についての瑕疵の治癒を認めることはできないと解される」とし、「非公開事由があると認めることはできないから、右各文書を非公開とした本件各処分は、本条例に違反し、違法であるといわざるを得ない。」とし、本件各文書一部公開拒否処分の取消を求める原告の請求を認容した。ところが、最高裁 1999（平成 11）年 11 月 19 日公文書一部公開拒否処分取消請求事件判決は、「一たび通知書に理由を付記した以上、実施機関が当該理由以外の理由を非公開決定処分の取消訴訟において主張することを許さないものとする趣旨をも含むと解すべき根拠はないとみるのが相当である。したがって、上告人が本件処分の通知書に付記しなかった非公開事由を本件訴訟において主張することは許され」ないとした原審の判断を、本件条例の解釈適用を誤るものであるとして、原判決を破棄し、本件を原審に差し戻した。

式は、相対的取消事由説に立脚したものであり、拒否処分の取消訴訟においては紛争の一回的解決による法律関係の早期確定が原告の実益となる点を第一義的に考慮した結果であろう。つまり、行手法5条または同法8条に関わる手続的瑕疵の取消事由論においては、法的紛争の一回的解決による法律関係の早期確定という原告の実益を考慮し、手続的瑕疵と処分の内容との相関性の観点から処分の取消事由の可否を決すべきであるという相対的取消事由説が支持されよう。とくに行手法5条にいう手続の瑕疵が行政庁の意思決定過程に影響を及ぼし、その結論を左右した可能性が高い場合には、義務付け訴訟が原告にとってもっとも実効性のある救済方法となろう。

Ⅳ　第三者の利益保護・考慮のための手続と手続的瑕疵の取消事由論

行手法は、周知のように、不利益処分と拒否処分という処分の性質ないし種類にパラレルした処分の名宛人の権益保護を趣旨・目的とする処分手続を定めており、同処分手続が行手法の主たる内容となっている。他方で、処分の名宛人の権益保護のための処分手続のほかに、行政庁が申請通りの授益処分を行う際に、同授益処分に利害関係を有する者（第三者）が存在しているときに、当該第三者の利益保護ないし考慮のための手続も憲法31条の定める適正手続の保障の1つとして数えられよう。行手法10条は、行政庁が授益処分を行う際に、同処分の根拠法令が申請者以外の者の利害を考慮すべきことを当該処分の要件としている場合には、必要に応じ、公聴会の開催その他の適当な方法により当該申請者以外の者の意見を聴く機会を設けるよう努めなければならないとし、第三者の利益保護ないし考慮のための手続の履践を規定している。しかし、同法10条は、公聴会の開催を例示列挙しつつも、公聴会を開催するか否かを含め如何なる手続をとるかについて裁量事項とし、同手続の履践を努力義務としている。都市計画案の作成に関わっては、都市計画法16条1項が「都道府県又は市町村は、次項の規定による場合を除くほか、都市計画の案を作成しようとする場合において必要があると認めるときは、公聴会の開催等住民の意見を反映させるために必要な措置を講ずるものとする。」と規定し、前記の行手法10

条と同様に、公聴会開催の可否を含め如何なる手続をとるかについては行政機関に委ねている。これは、手続裁量と呼ばれるものであり、第三者に対しては適正手続が権利として保障されていない。

しかし、個別法の中では、第三者の利益保護ないし考慮のための手続があり、その手続的履践を行政庁に義務づけている場合もある。たとえば、行政庁は建築基準法48条14項ただし書きにいう建築の例外許可を行う際に、あらかじめ、同例外許可に利害関係を有する者の出頭を求めて公開による意見の聴取を行い、かつ、建築審査会の同意を得なければならない（同条15項）。これは、いうまでなく、行政庁が建築の例外許可を行う際には公聴会を開催しなければならず、第三者が公聴会を通して意見を陳述することができるという第三者の手続的権利を保障するものである。また、森林法30条の2第1項にいう都道府県知事による保安林の指定または解除の告示に対して、同指定もしくは解除に直接の利害関係を有する者は、同告示の内容に異議があるときは知事に意見書を提出することができるし、意見書の提出があったときは、知事は同意見書について公開による意見の聴取を行わなければならない（同法32条1項・2項）。これも、処分の根拠法令が第三者の意見書提出と公聴会の開催による意見陳述という第三者の手続的権利を保障するものである。これらは、むろん、処分の名宛人ではない第三者の利益保護ないし考慮のための手続的権利の保障にあたる。したがって、これらの手続は、前掲の行手法10条にいう「申請者以外の者の利害を考慮す」るためのものとして「許認可等の要件とされている」ため、これらの手続が履践されていないなどの手続的瑕疵は、とりあえず、許認可等の授益処分の瑕疵として同処分を取り消す独立の取消事由となると解されよう。

以上に対して、温泉法上、知事は、土地掘削等の許可申請に対する許可（同法4条1項）、あるいは増掘または動力の装置の許可（同法11条1項）等をしようとするときは、自然環境保全法51条により置かれる審議会等の意見を聴かなければならない（同法32条）。道路運送法上では、一般乗合旅客自動車運送事業における運賃等の上限に関する認可の申請（同法9条1項）および一般乗用旅客自動車運送事業における運賃及び料金に関する認可の申請（同法9条の3第1項）等に対して大臣がこれらの認可をす

る際に運輸審議会への諮問を義務づけられている（同法88条の2)。行政庁が権限行使の際に審査会・審議会などの第三者機関に諮問し、意見を求めるという手続は、処分の名宛人の権益保護のための手続の保障、あるいは第三者の利益保護ないし考慮のための手続の保障にあたらず、行政庁の意思形成ないし決定という処分そのものの適正さを確保するためのものである。

確かに、行政手続をその趣旨・目的から見てみると、とくに処分手続には、法令が処分の名宛人に対する手続的権利を保障し、これによって処分の名宛人の権益保護を趣旨・目的とする手続を定めている場合（処分の名宛人の権益保護のための手続＝①の手続)、授益処分に利害関係を有する者（第三者）に対する手続的権利を保障し、これによって第三者の利益保護ないし考慮を趣旨・目的とする手続を定めている場合（第三者の利益保護ないし考慮ための手続＝②の手続)、単に処分などの行政作用ないし決定の適正さの確保を趣旨・目的とする手続を定めている場合（単に処分そのものの適正さの確保のための手続＝③の手続）といった三種類がある。①の手続に関しては、周知のように、行手法が一般法として処分の名宛人の権益保護のための具体的な手続を定めている。①の手続における手続的瑕疵が如何なる場合に処分の瑕疵として同処分を取り消す独立の取消事由となるかどうかといった手続的瑕疵の取消事由論については、すでに本稿のⅡおよびⅢで検討してきた。そして、②の手続は、行政庁が授益処分を行う際に同授益処分に利害関係を有する者が存在するという三面関係の行政法現象にとられる手続という特徴を有する。以下では、②の手続および③の手続における手続的瑕疵の取消事由論について見てみる。

さて、拒否処分の取消判決の拘束力を定める行訴法33条2項は、同条3項により、申請に基づいてした処分又は審査請求を認容した裁決が判決により手続に違法があることを理由として取り消された場合に準用することになっている。この準用規定は②の手続を想定したものである。すなわち、行政庁が申請通りの処分として授益処分を行う場合に当該処分の根拠法令が②の手続の履践を行政庁に義務づけているときに、行政庁による手続的履践の義務違反があったとき、第三者が原告となり、同義務違反を手続的瑕疵として、同瑕疵を当該授益処分の瑕疵として同処分の取消を求め

る取消訴訟を提起することになるが、かりに同訴訟において裁判所が手続的瑕疵を認め、手続に違法があるとして同授益処分を取り消すと、取消判決の拘束力に関する同法33条3項の準用規定により、授益処分をした行政庁は、判決の趣旨に従い、改めて申請に対する処分をしなければならないため、手続のやり直しを通して申請通りの授益処分を再びするか、あるいは改めて申請を棄却・却下する拒否処分をするかの可否を決しなければならないのである。ところが、裁判所が授益処分に手続的瑕疵を認め、同処分を取り消す場合に、①の手続と同様に、相対的取消事由説と絶対的取消事由説のいずれの審査方式を採用するべきかという問題がある。処分の名宛人に対する授益処分は、場合によって第三者である原告に生命・身体、健康などの生活環境を侵害する重大な損害をもたらすものであるとすれば、手続的瑕疵を違法として当該授益処分を取り消す判決は、「Ⅱ　不利益処分の取消訴訟における手続的瑕疵の取消事由論」の「3　手続的瑕疵を理由とする不利益処分の取消判決と原告の実益」でみるように、原告に同様の実益をもたらすことになる。この実益を含めて処分の根拠法令が第三者の利益保護ないし考慮を趣旨・目的とする手続を定めていることの意義に着目すれば、裁判所は審査方式としては絶対的取消事由説を堅持し、手続的瑕疵の立証があれば、同立証をもって、同瑕疵を処分の瑕疵として処分を取り消す独立の取消事由とすべきであろう。ただし、第三者が原告となり、すでに行われている授益処分に手続的瑕疵があるとして、同瑕疵を同処分の瑕疵として同処分の取消を求める取消請求訴訟を提起した場合に手続的瑕疵の取消事由論に関しては、同授益処分をめぐる三面関係という行政法現象の特殊性の故に、以下の審査方式が要されよう。同審査方式とは、手続的履践の義務違反という手続的瑕疵を理由として同授益処分を取り消し、当該授益処分以前の元の状態として申請に対する白紙状態に戻すことによって当該授益処分の名宛人が被る不利益と、第三者が受ける利益（原状回復のリセット効果）との比較考量を不可欠とする方式となろう。そして、以上の利益の比較考量の際には、第三者に保障されている手続が授益処分の意思形成過程の要件認定などにおいて考慮すべき事情を考慮しないことなどによる意思形成の不合理性をもたらしたなどのように、処分の内容に影響を及ぼし、その結論を左右するかどうかについての審査も行

われよう。つまり、裁判所は、行政庁が手続のやり直しによって授益処分を再度行うことができない蓋然性が高いと判断したときにはじめて、手続的瑕疵を理由とする同授益処分の取消請求を認容することになろう。だとすれば、②の手続における手続的瑕疵の取消事由論に関わる裁判訴の審査方式は、相対的取消事由説に立脚したものとなろう。これは、一旦行われた授益処分に対して第三者が手続的瑕疵を理由とする当該授益処分の取消を求めるという三面関係の行政法現象の特殊性から来る論理的帰結であろう。

以上に対して、③の手続は、前述の温泉法32条にみるように、処分の根拠法令が処分の名宛人あるいは第三者に対する手続的権利を直接に保障していない。このため、この種の手続が履践されずに、処分が行われた場合には、処分の名宛人あるいは第三者との関係において手続的履践の義務違反という問題は生じない。他方では、温泉法上、かりに処分の名宛人または第三者が③の手続において行政庁による手続的履践の義務違反を手続的瑕疵とし、同瑕疵を処分の瑕疵として処分の取消を求める取消請求訴訟を提起し、同瑕疵を理由として処分の取消を求める主張は、行訴法１０条１項にいう「自己の法律上の利益に関係のない違法」にあたり、同違法を理由として取消しを求めることができないという主張制限を受けることになろう。③の手続における手続的履践の義務違反を手続的瑕疵とする処分の取消訴訟に関しては、「知事が動力装置につき許可、不許可の処分をするに当り、温泉審議会に諮問してその意見を聞くのは、利害関係人の権利利益を保護するための手段として、そのものの意見を聞くというのとは異な」るとする原審の判断を支持し、「知事に対し温泉審議会の意見を聞かなければならないこととしたのは、知事の処分の内容を適正ならしめるためであり、利害関係人の利益の保護を直接の目的としたものではなく、また、知事は右の意見に拘束されるものではないと解せられる。」とする最高裁判決[28]が参照となろう。すなわち、同判決は、とりもなおさず、こ

(28) 最高裁1971（昭和46）年1月22日温泉動力装置許可処分取消請求事件判決参照。同様に処分の取消ではく無効確認訴訟に関わるものして、施行者が仮換地を指定する際にあらかじめ土地区画整理審議会の意見を聞く手続(土地区画整理法98条3項）をとらなかったとしても、それだけで右仮換地の指定が当然に無効となるものではないとした最高裁1984（昭和59）年9月6日建物収去土地明渡等請求事件判決が参照暗唱となる。

の③の手続が処分の名宛人のみならず、第三者を保護するための手続でもないことに拘泥し、手続的履践の義務違反という手続的瑕疵を理由とする処分の取消訴訟において同処分の取消事由としないものにほかならない。だとすれば、処分の取消を求める原告は、③の手続における手続的履践の義務違反が処分の内容に影響を及ぼしたことについて具体的な主張・立証を行い、実体的に処分の取消事由となる違法性の主張・立証をもって処分の取消を求めなければならない。

ちなみに、東京都中高層建築物の建築に係る紛争の予防と調整に関する条例（以下「紛争予防条例」という。）は、建築主が中高層建築物を建築しようとする場合において近隣関係住民からの申出があったときは、建築に係る計画の内容について、建築主の近隣関係住民に対する説明会等の開催を義務づけている（同条６条）。これは、行政庁による手続的履践ではなく、建築主（授益処分の名宛人）が近隣関係住民に対する説明会を開催しなければならないという建築主に対する手続的履践を義務づけるものである。かりに建築主が同手続を履践しなかった場合に、以上の紛争予防条例の定める第三者たる近隣関係住民は、手続的履践の義務違反という手続的瑕疵を理由に、建築主に対して行われた開発許可や建築確認などの授益処分の取消を求める取消訴訟を提起しても、説明会開催という手続が同授益処分の要件とされていないため、以上の手続的瑕疵は、同授益処分の瑕疵として同処分を取り消す事由にはならないと解されよう。手続の分類としても、条例の定める建築主の近隣関係住民に対する説明会の開催という手続的履践の義務は、建築主と近隣関係住民との紛争の予防を趣旨・目的とするものであるにすぎず、以上の①の手続にあたらないことはもちろんのこと、そのほかの処分手続たる②と③の手続のいずれにも該当しないからである。また、建築主が紛争予防条例の定める説明会開催という手続の履践をしなかったにもかかわらず、建築主に対して建築確認などの授益処分が行われたとき、第三者が建築主による手続的履践の義務違反を手続的瑕疵とし、同瑕疵を処分の瑕疵として処分の取消を求める取消請求訴訟を提起した場合に同瑕疵を理由とする処分の取消請求に関わる主張は、裁判所によって同主張が行訴法１０条１項にいう「自己の法律上の利益に関係のない違法」にあたるとして制限されることとなろう。

V　おわりに　－　処分手続による信頼関係の構築

行政調査手続として行政調査の相手方への事前通知[29]、または相手方の同意[30]がその要件とされている場合に、行政庁がこれらの要件を違反しながら、同行政調査によって得た基礎事実に基づいて不利益処分を行ったときに、同処分の相手方が以上の行政庁による行政調査手続の要件違反を手続的瑕疵にあたると主張し、同処分の取消請求訴訟を提起することになる。同訴訟において、裁判所が同瑕疵を理由に不利益処分を取り消すことになれば、行政庁が再び行政調査を行ったとしても、以前の違法な行政調査によって得られた処分の基礎となる事実と同様のものを得られると限らない。だとすれば、従前の不利益処分と同様のものが行われなくなる可能性がある。

ところが、処分手続における手続的瑕疵の場合には、同手続が処分の基礎となる事実の取得および特定に関わる手続ではなく、処分の形成・決定過程に関わる手続であるため、手続のやり直しによって従前の処分と同様の処分が再び行われる可能性がある。この可能性から、処分手続の瑕疵を理由とする処分の取消請求訴訟においては、手続的瑕疵が如何なる場合に処分の瑕疵として同処分を取り消す独立の取消事由となるかどうかという手続的瑕疵の取消事由論が存在している。これに関しては、周知のように

---

(29) 2011年11月30日に税務調査手続の明確化等を内容とする国税通則法の改正により、所得税等に関する調査に係る質問検査権行使（国税通則法74条の2以下参照）、いわゆる税務調査の際に、税務署長等は原則として調査の相手方に対する事前通知を行うこととされた（同法74条の9）。ただし、税務署等が保有する情報から、事前通知をすることにより正確な事実の把握を困難にし、または調査の適正な遂行に支障を及ぼすおそれがあると認められる場合には、事前通知せずに税務調査を行うことができるようになった（法74条の10）。

(30) 行政調査の分類として任意調査や、介護保険法100条1項の定める帳簿書類の提出、質問、立ち入り検査などといった間接強制調査の場合は、調査の相手方の同意が要件とされよう。だが、以上の介護保険法100条1項の定める行政調査を拒否した場合には、都道府県知事は、当該介護老人保健施設開設の許可を取り消すなどの不利益処分を処することができるし、同法100条1項などの規定による質問に対して答弁をせず、若しくは虚偽の答弁をし、若しくはこれらの規定による検査を拒み、妨げ、若しくは忌避したときことなどに対しては、30万円以下の罰金に処される（法209条2号）ことになっている。

相対的取消事由説と絶対的取消事由説があり、本稿ではこれらについてはその検討を行ってきた。この検討にみるように、憲法31条の定める適正手続の保障の１つとしての処分手続は、その趣旨・目的ないし内容・性質からして一般に刑事手続のような厳密な適用を前提としていない。だが、不利益処分に関わる処分手続の趣旨・目的からすれば、手続的瑕疵を理由とする不利益処分の取消請求訴訟における同瑕疵に関する原告の立証があれば、瑕疵の種類や軽重に拘わることなく、不利益処分の取消判決がもたらす原告の実益（原状回復のリセット効果）に着目すれば、同瑕疵は、不利益処分の瑕疵として同処分を取り消す独立の取消事由となると論じてきた。言い換えれば、手続的瑕疵を理由とする不利益処分の取消請求訴訟においては、取消判決がもたらす原告の実益からして、意見陳述機会の付与ないし処分理由の提示における手続的瑕疵が認められれば、裁判所は、手続の種別やその瑕疵の軽重に拘わることなく、さらに瑕疵が処分の内容に影響を及ぼすものかどうかについて判断することなく、絶対的取消事由説に立脚し、同瑕疵を理由に不利益処分を取り消すべきである。これは、手続的瑕疵の取消事由論に関する判断として絶対的取消事由説を妥当とするものである。この場合に、不利益処分の取消事由となる手続的瑕疵は、判例の蓄積によって定型化が可能であり、同定型化は、行政庁に対して如何なる手続の不備が手続的瑕疵となるかを知らしめるという周知機能を有することになり、行政庁にとって行為規範として機能し、手続的規律の重視につながることになる。

以上に対して、拒否処分の取消判決には、原告の法律関係を拒否処分以前の元の状態として申請に対する白紙状態に戻す効力があるだけであり、原告の欲する法律関係が形成･確定されるわけではない。このため、原告は、拒否処分の手続的瑕疵の主張・立証に止まらず、実体的違法性についても主張・立証を行い、紛争の一回的解決による紛争の早期解決を図り、これによって原告の欲する法律関係を形成･確定することにその実益を有する。以上のような原告の実益からすれば、かりに申請に対する処分、とりわけ拒否処分の手続に関わる行手法５条または同法８条の定める手続の履践において義務違反の瑕疵があったとしても、裁判所は、被告への主張制限を課することなく、原告による手続的瑕疵の立証に対して被告が審査基準を

明らかにしたり補充したりすることを認め、また、処分理由を差し替え・追加することを認め、あるいは行訴法23条の2にいう釈明処分を通して手続的瑕疵に対する被告の反論を聞いた上で、手続的瑕疵を理由に拒否処分の取消を求める原告の訴えを審査することが原告にとって有効かつ適切な審査方式となろう。同審査方式は、手続的瑕疵を理由とする拒否処分の取消訴訟において手続的瑕疵と処分の内容との相関性の観点から手続的瑕疵の取消事由論を決する判断であり、これは、相対的取消事由説に立脚したものである。

以上にみるように、不利益処分と拒否処分のそれぞれにおける手続的瑕疵の取消事由論に関わる裁判所の審査方式が異なっているが、それは、法令が手続的履践を行政庁に義務づけているため、その違反が直ちに法令違反とされる場合でも、不利益処分と拒否処分が全く異なる性質のものであり、これらの処分にパラレルした異なる処分手続があり、そして、処分手続には趣旨・目的ないし内容・性質が異なる種類の手続があり、また、手続的瑕疵の態様や程度もさまざまであり、何よりもそれぞれの処分に対する取消判決の効力が異なる働きをするからである。これらのさまざまな相違点があるにもかかわらず、従来の手続的瑕疵の取消事由論は、これらを勘案することなく、一緒くたにして、とくに処分の種類に応じた取消判決の効力を考慮せずに、相対的取消事由説と絶対的取消事由説のいずれかを二者拓一的に論じてきたのではないかと思われよう。したがって、手続的瑕疵の取消事由論に関わる相対的取消事由説と絶対的取消事由説は、二者択一的に決着がつく性質のものではなく、不利益処分と拒否処分にパラレルした異なる処分手続があり、同処分手続には①処分の名宛人の権益保護のための手続、②第三者の利益保護ないし考慮の手続、③単に処分の適正さの確保のための手続があり、いずれの手続的瑕疵に関わるものであるかを明らかにし、これらに照応して取消判決の効力を考慮に入れて、その検討が行われるべきであろう。

ちなみに、憲法31条の適正手続の保障としての行政手続の意義は、「処分手続による事前救済」にあるのはいうまでもないが、とくに不利益処分と拒否処分にパラレルした処分手続それぞれがその趣旨・目的および内容・性質を異にしていても、共通して行政庁が処分を発出する前に、処分

の形成・決定の全行政過程を通して如何なる事実を認定し、認定事実を処分要件へのあてはめるという要件認定を行った際に如何なる処分の根拠法令および審査基準ないし処分基準を用いたかの適用関係を説明することにより、どのようにして処分がされようとしているかについての「合理的な説明」を真摯に行うという処分の名宛人への配慮義務を尽くすことにあると解されよう。現状においては行政による説明が「合理的な説明」にかけ離れているか、または「合理的な説明」をめぐる行政庁と処分の名宛人との隔たりがあるのも否めない。しなしながら、憲法31条の定める適正手続の保障の要請からすれば、行政庁が手続の履践を通した「合理的な説明」を真摯に行い、これによる処分の名宛人への配慮義務を果たすことこそが行手法の目的規定にいう「行政運営における公正の確保と透明性の向上」を図り、最終的に行政法学の到達点の１つとして行政庁と処分の名宛人との関係（パブリリックリレーションズ）を信頼関係へと構築していくための最も有効な手法となろう。

最後に、本稿では、総じて不利益処分の取消判決における原告の実益（原状回復のリセット効果）からすれば、手続的瑕疵の取消事由論において絶対的取消事由説が支持されるべきであるとの試論を行ってきた。しかし、手続的瑕疵が認められると、裁判所は同絶対的取消事由説に立脚し、否応なしに同瑕疵を処分の瑕疵として不利益処分を取り消すことになったとしても、行政庁は手続のやり直しによって従前の不利益処分と同様の処分を再び行うことも可能である。このことは、以上の絶対的取消事由説の下においても手続的瑕疵を犯した行政庁が何ら咎められることのないことを意味し、行政庁による手続の軽視風潮を容認することにほかならない。このことからして、「法の支配」の現代的な展開の１つとして、手続の重視のためには行政庁が処分手続、とりわけ①処分の名宛人の権益保護のための手続、②第三者の利益保護ないし考慮の手続に手続的履践の義務違反という手続的瑕疵があったときに、同違反のある処分をどのように取り扱うべきかについては立法措置による解決も求められよう。前述した「処分手続による事前救済の意義」、および手続の履践による行政庁と処分の名宛人との信頼関係の構築という観点からすれば、行政庁による手続の軽視風潮を防ぐための立法措置による解決策としては、とくに不利益処分の場合に

は手続的瑕疵（違法な手続による行政調査を含む。）を処分の瑕疵とし、同瑕疵を理由とする不利益処分の取消判決があれば、同判決の効力として処分庁が手続のやり直しで再び不利益処分を行うことを禁ずる立法論も必要ではないかと考えられる。