

## 取消訴訟における処分理由の追完

秋 山 義 昭

### 目 次

- 一 はしがき
- 二 西ドイツの学説・判例
- 三 わが国における処分理由の追完の問題
- 四 あとがき
- 一 はしがき

一 近時の行政法理論は、行政手続を重視し、公正な手続による行政の適正化を期待し、行政の有効な法的統制をはからんとする傾向にあるが、行政処分における理由附記の問題も、最近はこの行政手続の一環として重要な地位を占めてきているといつてよい。かねてより、特に税法の分野においては、青色申告の更正処分等の理由附記規定（税法一三〇条二項、所得税法一五五条二項）に関して、最高裁判所は、一連の判決により、それを訓示規定と解する行政当局の見解を排して、少くとも青色申告の更生処分の理由附記は、その記載の欠缺・不備が処分の瑕疵をもたらすという意味で、それ

を効力規定と解し、更正処分<sup>(1)</sup>の理由附記に関して手続法重視の考え方を大きくおし進めた。最高裁のこの一連の判決は、更正処分についてのものであって、この法理を行政処分一般にまで直ちに拡張することはなお早急の感を逸れないとしても、最高裁のこの態度は、従来ともすれば軽視されがちであった行政処分の理由付けの問題について、行政法学上の検討を迫る一つの契機となったことは事実である。

二 一口に行政処分の理由附記といっても、行政処分には一般的に理由附記を要するの<sup>(2)</sup>か、理由附記を欠く処分の効力<sup>(3)</sup>はどうか、法律上要求された理由附記の程度等、それをめぐる問題は少なくない。しかし、なかでも、従来の下級審の裁判例で特に尖鋭な対立をみせてきた問題の一つに、行政処分の取消訴訟において、行政庁が処分時に看過していた新たな処分理由を、原処分を正当化する理由として追加変更することが許されるか、すなわち、取消訴訟における処分理由の追完の許容性の問題がある。そしてまた、それが許されるか否かは、理論的関心の側面からのみならず、特に税務訴訟の分野においては、訴訟の段階で原告側の予測しなかつた新たな課税根拠が主張されるため、それが訴訟遅延の一因となっているという<sup>(4)</sup>実際の問題の解決のためにも、検討すべき必要性に迫られているといえる。

三 西ドイツにおいても、行政行為の理由の追完(Nachschreiben von Gründen)が、行政裁判手続の段階で許されるか否かは、久しく争われてきた問題であった。西ドイツにおいては、一九六三年の行政手続法草案の作成にみられるごとく、最近にいたってようやく行政活動に対する手続的規制への関心が高まってきたとはいえ、判例・学説上はなおも——少くとも原理的には——行政の法律適合性の問題にとっては、行政行為が結果的に現行法に適合しているかどうかを志向する傾向が支配的である。したがって、取消訴訟における処分理由の追完も、西ドイツにおけるこのような手続法重視の伝統と相俟って、それを許さないとする見解は原則として採られてはいない。

我国における最近の下級審の裁判例の中には、法律が理由を附記すべきことを定めている場合に、この理由附記規

定の手続法的意義を強調して、理由の追完を認めないとするものがみられるが、戦後、特にアメリカ法の影響を強く受けた我国行政法の特徴を如実に示すものといえよう。先に述べた西ドイツの学説・判例の傾向を、その国の固有性と全く切り離して論ずることは軽率であるとしても、西ドイツの学説・判例自体が様々な観点からの例外を認めてきており、また手続法軽視の風潮に対して厳しい批判が加えられていることも事実である。そのことはまた、この問題が、結局は普遍的な「手続的規制の重視」という共通項の前に決断を余儀なくされた課題の一つであることを物語るものである。

四 本稿は、以上のような問題認識の上に立って、取消訴訟における処分理由の追完が許されるか否かにつき、豊富な学説と判例を有する西ドイツの状況を概観し、しかる後に、この問題についてのわが国の学説・判例の現状を整理して、問題解決のための方向を探らんとするものである。

(1) 最高裁判決昭和三八年五月三十一日(民集一七卷四号六一七頁)、最高裁判決昭和三八年二月二十七日(民集一七卷二二号一八七一頁)、最高裁判決昭和四七年三月三十一日(判例時報六六四号二八頁)

(2) 山田二郎・畦地靖郎「税務訴訟と裁判所」法律時報三九卷一〇号三四頁、杉本良吉「裁判の今日的課題—行政事件訴訟」判例時報四六五号六頁、司法研修所論集一九六八年Ⅲ一五九頁以下。

(3) この問題の持つ普遍的性格を示す一つの証左として、欧州共同体司法裁判所の判決がある。一九六三年七月四日の判決は、理事会および委員会の規則、命令、決定に理由を附すべきことを規定する欧州経済共同体設立条約(E.E.C.)一九〇条に関して、後になつてはじめて与えられる理由づけは、条約自体に定められた理由附記義務の目的をもちや完全に満たさうものではないが故に、理由の追完を認めていない。(Bd. IX, 155)。

## 二 西ドイツの学説・判例

### (1) 理由附記規定の存する場合

一 西ドイツにおいても、わが国にその例がみられる如く、行政処分ないし行政上の不服審査決定<sup>(1)</sup>について、法律上理由を附すべきことが要求される場合がある。このように、明文の規定で理由附記が義務づけられている(Begründungszwang, Begründungspflicht)場合に、理由附記を欠き、あるいは不十分な理由付けを附する行政処分・決定は、法律上要求された手続に違反し瑕疵ある処分・決定であるといえる。しかし、この手続違反の瑕疵がいかなる効果を有するかに関しては、それを無効ではないとする点では学説・判例は一致しているが、<sup>(3)</sup>それを取消しうるにとどまると解するか、法律上定められた取消訴訟の出訴期間を進行せしめないと解するかについては見解がわかれている。後者の見解は、理由付けを欠く訴訟の棄却決定は、法律上の権利救済期間を進行せしめないと規定していたプロイセン警察行政法(PVG)四八条三号の趣旨を、一般の警察処分あるいは広く行政処分に適用し、<sup>(4)</sup>さらに、理由附記規定が効力規定であって、この規定の違反は無効ではないとしても、非常に重大な手続上の瑕疵であることを根拠に主張されているが、<sup>(5)</sup>なお少数であり、前者の見解が支配的であるといえる。<sup>(6)</sup>

二 理由附記規定に反する処分・決定が取消しうる瑕疵を有するとしても、問題は、この瑕疵が、行政訴訟手続において理由を追完することにより治癒されるかどうかである。

学説の中には、この場合理由の追完を許さないとするものがある。たとえば、ウレは、「原告が理由付けの瑕疵を申し立てないならば、裁判所にその瑕疵を看過し本案判決をすべき権能を与えることになる。しかし、原告が、異議審査決定が理由なしに発せられたということを申し立てたならば、異議審査庁は、行政訴訟において理由をもちや追完することは許されない。(何故ならば)そうすることによってのみ、取消訴訟の提起以前に、行政庁が、異議審査決定を発する動機となった事実上、法律上の理由を知るといふ相手方の正当な利益が考慮される。この理由を知ることなしに取消訴訟を提起することは相手方に期待できないであろうし、もし理由が知らされていたならば、むしろ取消訴訟

訟を提起しなかったかも知れない。異議審査庁が訴訟において理由を追完することができるという解釈は、それ故に、相手方の正当な利益を考慮することなしに、専ら行政の利益のみを意図するものである」と述べる。この見解は異議審査決定における理由附記規定の手続的機能を重視するものとして十分傾聴に値するものを含んでいるが、学説における一般的な理解はそうではなく、理由附記義務違反は、相手方の訴えに基づき、異議審査決定を取消すことのできる手続違背ではあるが、被告行政庁が、行政訴訟手続において後に理由を相手方に知らせる場合にはこの限りではないと解している。もともと、それは無制限というわけではなく、瑕疵ある理由づけの追完は、異議審査決定が、行政裁判所法七三条二項に基づき、独立した委員会あるいは審議会によって発せられる場合には許されず、それは取消されるところを余地を認め、また、理由の追完を認めると、ウレの指摘するように、相手方の立場がいかにも不利益になることが懸念されるが、この立場に立つ学説は、費用負担の点を考慮すれば、必ずしも原告の不利益になるものではないという。<sup>(10)</sup>

三 この問題について西ドイツの裁判所はどう考えているであろうか。

連邦憲法裁判所は、一九五七年一月一六日の判決で、旅券法の施行に関する一般行政規定二五条一項に定めた理由強制の例外を、市民は理由を知るときにのみその権利を正当に守ることができるが故に、「法治国家の原則と一致しない」と認めながらも、行政庁は、行政裁判手続で相手方に処分理由を知らせ、相手方もそれに対して意見を表明することができたのであるから、それで十分であり、結論的には処分の正当性が証明されていると判決した。<sup>(11)</sup>これは、書面による行政処分について一般的に法治国家の原理から理由附記を要求したものと注目すべき判決であったが、行政訴訟手続で理由が相手方に知らされていれば足りるとした点が、結局、後の判決を支配する結果となった。すなわち、連邦行政裁判所一九五九年一月一〇日の決定は、大学工学部の教授採用が拒否された原告の提起した異議申し

立てが、理由付けなしに棄却された事案につき、「当該事案においても、理由は、行政庁によって遅くとも行政裁判手続で知らされていたのである……。原告はそれ故に、異議審査決定の理由を欠くことによって、権利の主張が妨げられたわけではなく、この欠缺の故にのみ決定を取消す根拠はない。」と判示している。<sup>(12)</sup>

また同じく連邦行政裁判所一九六一年一月二三日の判決も、軍人の性格審査委員会 (Personalgutachterausschuss) が、国境警備隊から連邦軍への移行が拒否された原告の異議申し立てを、理由付けをすることなく拒絶した事案につき、「一般的な理由強制から、委員会がいかなる考慮に基づいて移行に反対しているかを知らせなければならぬ」とすることはできない。上告理由は、まず、行政行為は、それが依拠している理由が相手方に知れている場合には理由附記を要しないということ (同旨 BVerwG Urt. v. 4. 12. 1959 DVBL 1960 S. 322) および、性格審査委員会法一条に関して、原告の性格上の適性が最高のものではなかったということを確定するだけで、否認の理由たりうることを看過している……<sup>(13)</sup>と述べている。

一方、理由の追完をより実地的な必要から許容する裁判例も存する。違法建築物の除却命令の法的根拠 (§ 20 Abs. 3 des Ordnungsbehördengesetzes NW により理由附記が要求されている) を、訴訟の段階で差しかえることが許されるかについて、ミュンスター上級行政裁判所 (OVG Münster) は、取消訴訟の係属中に、処分に附加された理由が不十分であることを知った行政庁が、正当な理由を付した新たな行政行為をしなければならず、原告もこれに対して新たな行政訴訟を提起しなければならないというのでは、いかにも訴訟経済的に好ましくない結果となるであろうこと、立法者は、理由附記規定の採用によって、そのような結果を意図したものではないこと、相手方の権利防禦の可能性が害される場合には、理由の差しかえは許されないのであるから、当事者に不利益が生ずることもないこと、を根拠に、これを肯定している。<sup>(14)</sup>

要するに、理由附記規定の存する場合に、取消訴訟手続において、理由を相手方に知らせ、あるいは、一旦附された処分理由を訴訟の段階で被告行政庁が追加主張することは妨げず、被告行政庁がそれをしない時にのみ、理由附記規定違反の処分・決定は、取消しうる瑕疵を有するというのが、西ドイツの判例上確立された法理であるということができる。

- (一) 行政処分について特に理由附記を要求する立法例としては、§ 44 Abs. 2 Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz, § 20 Abs. 3 Nordrhein-Westfälisches Ordnungsbeförderungsgesetz, § 18 Abs. 4, § 63 Gewerbeordnung, § 30 Abs. 4 Satz 2 Außenwirtschaftsgesetz 等をあげよう。
- (二) § 73 Abs. 3 Verwaltungsgerichtsordnung: 「異議審査決定 (Widerspruchsbescheid) には理由を附し、不服手段の教示を付加し、かつこれを送達しなければならないこと」。同様の規定は、西ドイツ行政裁判所法以前の § 46 Abs. 2, § 49 Militärregierungsverordnung Nr. 165 für die britische Zone, § 40 Abs. 2 Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit für die amerikanisch besetzte Zone, § 21 Abs. 2 Landesgesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit für Rheinland-Pfalz にもみられる。
- (三) Forsthoft, Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Bd. 1, 9 Aufl. 1966 S. 230; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2 Aufl. 1962 S. 257; Eyermann-Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar: 6 Aufl. 1974 S. 295; Klinger, Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 2 Aufl. 1964 S. 208; BayVGH Urt. v. 5. 12. 1955 DVBl 1956 S. 660 usw.
- (四) Dreues-Wacke, Allgemeines Polizeirecht. 6 Aufl. S. 115; Pr. OVG v. 24. 2. 1938 Bd. 101 S. 258.
- (五) Klinger, aaO. S. 366; Wolff, Verwaltungsrecht I. 4 Aufl. 1961 S. 267. 兼訴訟について BVerwG Beschl. v. 10. 1. 1959 DVBl 1959 S. 260.
- (六) Ule, aaO. S. 257. 44年 Zsacke, Die Begründung des Verwaltungsaktes und ihre Bedeutung im Verwaltungsstreitverfahren, NJW 1954 S. 413 f. は、この問題について、理由附記を欠く行政行為は出訴期間を進行せしめなごうという見解は、法律上の規定にも相手方の利益にも合致しないことを説明している。
- (七) Ule, aaO. S. 257. 根拠は必ずしも明確な述べてはならないが、Klinger, aaO. S. 367 へ同の見解である。

(80) Eyermann-Fröhler, aO. S. 484; Schunck-De Clerck, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 2 Aufl. 1967 S. 348; Wolff, aO. S. 267. Wolff は、行政行為は、この場合確かに瑕疵はあるが、後にその内容が補なわれることにより瑕疵なきものとなり、権利救済期間は、この補充によってはじめて進行しはじめるといふ。

(81) Schunck-De Clerck, aO. S. 348.

(10) すなわち、原告が追完された理由を知った後、即座に本案が解決されたと宣言すれば、§ 161 Abs. 2, § 156 VwGO の規定に基づき、費用は被告行政庁の負担となる。Schunck-De Clerck, aO. S. 348. Eyermann-Fröhler は、理由附記に瑕疵のある異議審査決定には、追完を認めてこの効果を結びつけている (aO. S. 484) が、理由附記規定の存する通常の行政行為においては、違法な行政行為は、後からの結果によって原則として適法となるものではないから、後に理由が追完されることによって、この瑕疵に変更をきたすものではないと述べている (aO. S. 650)。

(11) BVerfG v. 16. 1. 1957 BVerfGE 6, 32 f. (44)

(12) BVerwG Beschl. v. 10. 1. 1959 DVBl 1959 S. 260 f.

(13) BVerwG Urt. v. 23. 1. 1961 DVBl 1961 S. 375.

(14) OVG Münster Bescheid v. 14. 7. 1959 DÖV 1960, S. 145.

(2) 理由附記規定の存しない場合

一 西ドイツの通説・判例は、理由附記を要求する特別な法律上の規定のない限り、一般的には行政処分には理由附記を要しないと解している。<sup>(1)</sup>連邦行政裁判所の判決からはその根拠は明らかではないが、行政処分は書面で行なわれるとは限らず、口頭により、あるいは、災害の際の警察命令のように、緊急の場合の合図によって行なわれることがあり、かかる場合には理由を付することはほとんど不可能であること、行政訴訟手続において理由が知らされたならば、相手方の権利保護は害されることはないこと、が通説・判例の前提になっている。<sup>(2)</sup>したがって、この立場に立つ限り、行政処分に理由付けを欠いていても、そのことだけで取消しうる瑕疵があるとはいえず、また行政処分とそ



の理由付けとは厳格に区別すべきであるから、訴訟の段階で処分理由を追完することは妨げないことになる。

二 しかし、この見解に対しては、有力な批判がないわけではない。学説としては、行政処分の相手方は、処分の理由を知ってはじめて権利を守ることができるのであるから、行政裁判上の権利保護ないし法治国家の観点から、理由付けが原則として要求されているとみるものがある。<sup>3)</sup> また、連邦憲法裁判所の判決も、理由強制の除外は、法治国家の原則と矛盾するとの見解をうち出し、下級審の裁判例には、基本的にその判決に従っていると思われ<sup>4)</sup>るものもあるが、連邦行政裁判所の判決は、ほとんどこの立場を認めていない。<sup>5)</sup>

行政処分一般に理由付けを要求することには、学説・判例共に消極的であるが、裁量処分に理由を付すべきことについては、これを肯定的に解するものが多い。たとえば、チャッケは、「羈束行為に理由が付されていなくてもその行政行為は十分に具体的である」が、裁量行為においては、「行政行為は、いかなる事情があっても、主文が依拠する理由の申し立てによつてはじめて具体化され、相手方は、行政庁により、それがいかなる理由に基づいて何かを命じるいは拒絶したのかを知らされてはじめて色々な措置をとることができ、また裁判所も、行政裁判法上の義務である事後審査を行なうことができる。……行政庁が、行政訴訟の時点にいたるまで、いかなる事実と考慮によつて、以前行なつた処分を根拠づけようとしているのかを留保することが許されるとすれば、それはもはや法治国家的行政の要請に合致しない。……裁量行為に理由付けを欠いておれば、それは是正することのできない瑕疵である」と述べている。<sup>6)</sup> また、アイエルマン・フレラーは、裁量行為に瑕疵ある場合として、行政庁が裁量決定をすべきにもかかわらず羈束行為に関するものだと考えて行為した場合<sup>8)</sup>、および裁量行為が誤つた理由に基づいて行なわれた場合をあげ、後に裁量行為が行政裁判手続の間に行なわれることにより、また、正当な理由付けが彼に与えられることにより、この瑕疵は是正されないと説明している。

連邦行政裁判所も、この裁量処分に関しては、一九五七年の連邦憲法裁判所の判決に示された法治国家に対する配慮に冷淡であるわけではなく、「裁量の審査を可能にするために、負担的裁量決定は、当該裁量決定に基づいていた考慮を、その理由付けの中で明示的に示さなければならない」とする法理を判例上確立してきているといえる。<sup>(9)</sup> ただ、その場合にも、右法理は、市民には裁量処分の際に行なわれた事実状態、法律状態に関する行政当局の見解が知られないのは許されないということを意味するにとどまり、したがって理由附記規定の存する場合と同様に、理由がすぐに明らかであるか、あるいは相手方に知れている場合には理由を付する必要はなく、理由は、また、行政裁判手続で知られることで足りると解されている。<sup>(11)</sup>

三 通説・判例に対する批判的見解の第二は、理由付けが行政処分の本質に属するものではなく、両者を区別すべきであるとする点に向けられている。理由付けを行政処分と一体として理解すべきか否かは、行政処分の同一性を判定する上において重要な意義を有する。

まず、行政処分の理由付けないしその動機 (Motiv, Beweggrund) は、行政処分と不可分の一体を為すとする説がある。たとえば、「警察上の命令それ自体が問題になるのではない。理由付けとして述べられていようとまいと、動機もまた必然的に警察処分に属する。」「命令の趣旨 (Befehlssprache) 以外に、意図された事実との内的な関連も処分に属する。基礎にある事実が同一でなく、単に命令の形態が一致するというだけでは、処分の同一性 (Identität) ・類似性を保証するものではない。」「行政裁判所は、訴えられた行政行為を、それが異議審査決定によって形造られたような形態で審査しなければならない。理由付けが後に変更されたならば、もはやそれは訴えられた行政行為ではなくて、全く新たな行政行為となる。」<sup>(12)</sup>と主張する学説は、明らかに理由付けを行政処分の本質に属するとみなしている。<sup>(13)</sup>

レルヒエ (Terche) は、取消訴訟における処分理由の追完との関連で、理由付けを、事実上の理由付け (tatsächlicher Grund) と法律上の理由付け (rechtlicher Grund) に分けて、次のように論じている。<sup>14)</sup> 「(新たな事実の追完においては)、実際新たな行政行為が問題となる。行政庁の決定が依拠している事実関係の著しい変更により行政行為の具体的形態も変更される。この、具体性 (Konkretheit) の変更は、同時に目的が同じであっても、行政行為自体の変更である。」「いかなる行政行為も、具体的場合の規制のために発せられる。したがって、個別的な場合の状況は、それが規制のための基準となっていた限り、同時に行政行為自体の徴標である。」「そして、取消訴訟において事実上の理由を変更する行政庁の主張の中に、最初の行政行為を撤回し、また、そこにすぐに新たな行政行為を発するということがありうるが、その場合には、最初の行政行為の取消を求める原告の訴えの利益は、一定の場合を除き、喪失することになる。これに対して、法的理由の追完においては、事実関係に変更をきたすものではないから、行政行為が基本的に変更されるわけではない。しかし、その点では、行政行為の転換 (Konversion) と共通しており、法的理由の追完が転換となりうる場合のあることを認めている。<sup>15)</sup>

事実上の理由付けを問題にするが、特異な説を主張して、理由の追完の限界を明らかにしようとしたのはロイス (Reuß) である。<sup>17)</sup> ロイスも「行政行為は、単に、その命令的部分 (anordnender Teil)、処分命題 (Verfügungssatz)、単なる処分 (schlichte Verfügung)、主文 (Tenor)、命令の趣意 (Befehlsspitze) によってのみ個別化されるのではない。むしろ、行政行為は、命令的部分とその原因となった事実・考慮に対する基礎からなる不可分の一体である。行政庁の処分が根づいているこの地面は、行政行為にとっての本質を決定するものである。」と考えているが、行政行為の Grund と Begründung を区別する点に特色が認められる。すなわち、「いかなる行政行為も Grund を有するが、Begründung のない、それ故に Grund の告知 (Kundmachung) なしに発せられる行政行為も Grund は有する

のである。」ところで、理想としては Grund と Begründung とは重なり合うのであるが、Grund が一切 Begründung の中に記載されるわけではない。そうした上で「Begründung の追完あるいは補充は、行政行為にとって実際に決定的となっていた Grund の範囲内では常に許される。」つまり、「この範囲内で行なわれる新たな Begründung の追完は、行政行為の発布にとってどっちも原因となっていた所与の事実のヴェールを剥ぐことでしかない。」しかし、この Grund 自体の変更に關しては、「事実上の Grund の追完、それ故に他の事実関係の補充においては、通常、行政行為の同一性の変更が認められる（から許されない）。ただその際に、新たな事実は、たまたま新たに主張されただけのものでないこと、それ故に、——述べられていないとしても——すでに行政行為を発する際に、行政庁にとって決定的となっていた事実に属していなかったものであることが前提である。（これに反して）すでに行政行為にとって決定的であった事実、すなわち、その——潜在的な Grund に属している——新たな事実の追完は、したがって常に許される。」と主張する。

クリンガー (Klinger) においても、事実上の理由と法律上の理由は区別<sup>(18)</sup>されている。しかし、クリンガーの場合には、この区別は瑕疵ある行政行為の轉換の問題との関連で扱われている。すなわち、彼によればドイツ民法一〇四条の規定するような、無効の法律行為の轉換を準用した無効の行政行為の轉換は、無効の行政行為が轉換されるべき代替行為も同じ瑕疵を帯びているであろうから、通常は考えられない。したがって、轉換は無効の瑕疵の付着していない行政行為においてのみ可能であるが、それも、瑕疵ある行政行為が、その性格、その効果において本質的に區別された別の行政行為に置きかえられあるいは書きかえられる場合には行なうことができないと考えている。そうすると、法的理由の追完は、この意味での轉換ではないが、認められ得る轉換としては、事実の追完は行政行為の同一性を變更するというレルヒエ、ロイスの見解に従うとすれば、事実上の理由の追完のみしか残されていないことにな

る。ところで、行政庁が行政行為をした時の事実上の理由はそれを是認しないが、取消訴訟において、行政行為を適法ならしめる別の理由を行政庁が主張し、あるいは裁判所自体がそれを認めるときには、行政行為は可能と思われる限り国家的権威の利益のために維持されねばならないとする要請から、裁判所は原告の訴えを棄却することができる<sup>(21)</sup>と主張するのである。

しかし、理由付けが行政行為と一体を為し、行政行為は理由付けの追完によって変更されるとするこのような見解は、なお少数説にとどまり、通説・判例は、行政行為は主文が同一である限り原則として同一であると解している。

四 西ドイツ行政裁判所法一一三条は、行政行為が違法であり、かつこれにより原告の権利が侵害される限り、裁判所は、行政行為および異議審査決定を取消すと規定する。行政行為が違法であるかどうかは、裁判所が、職権により(von Amts wegen)調査することができる(同法八六条)。職権探知主義(Untersuchungsgrundsatz)を定めたこの規定から、通説・判例は、原則として、行政行為の主文、および、行政庁の決定にとって一定の役割を果たしていたかどうか、原告によって主張されているかどうかに関係なく、行政行為を是認しようと考えられる理由すべてを争いの対象(Streitgegenstand)とみなし、事実上、法律上のあらゆる観点から行政行為の違法性を審理すべき裁判所の権利と義務とを肯定する<sup>(22)</sup>。このような行政裁判手続の構造を前提とする限り、行政庁は、行政行為を発する際に、それを正当化する事実・法的根拠を全て挙げる必要はなく、行政裁判所は、通常、行政行為を発したときに存在してはいたが、行政訴訟の段階ではじめて、行政庁によってそれを理由づけるために追完された事実・法的根拠をも、取消訴訟において考慮しなければならぬ<sup>(23)</sup>。しかも、この場合に行政庁の理由の追完を許さないことは、行政庁は結局他の理由を付した新たな行政行為を発することになり、裁判所による最初の行政行為の取消しは、争いを解決するものではなく、新たな訴訟の提起によって訴訟経済上も好ましからざる結果をもたらすという実際上の要請が存することも否定できない<sup>(24)</sup>。

五 一般的に、取消訴訟において行政庁および裁判所による理由の追完が妨げられないとしても、この原則には、学説・判例上、いくつかの重要な制約が認められている。

a まず、行政庁によって追完され、あるいは裁判所によって確定された理由を取消訴訟で考慮することにより、行政行為の本質が変更されるはならない。<sup>22)</sup> しかして、「行政行為においても、その宣言 (Aussage) とその理由付けとは区別される。宣言は、行政行為に他の理由付けが附されることにより変更されるものではない。というのは、行政庁は、ここで常に同じことを宣言しようとするものであり、それをただ他の方法によって維持しようとするものだからである。それ故に、例外を除き、他の法的な理由付けによって他の行政行為が作られるのではなくて、ただ同一の行政行為が他の基礎の上に置かれるにすぎないのである。」と述べる連邦行政裁判所の決定に鮮明に表現されているように、行政行為の同一性を定める基準は、その主文であると解されている。<sup>24)</sup> 主文が同一でも行政行為の変更がありうる場合として、アイエルマン・フレラーは、行政庁の管轄権が変る場合、法律上の規定から行政行為の変更が効果として生ずる場合、行政庁が裁量決定をすべきに拘らず羈束決定を行なった場合、<sup>25)</sup> を挙げるが、判例上承認されているとはいえない。<sup>26)</sup>

b 理由の追完によって、原告の権利防禦 (Rechtswerteiidigung) が害されてはならない。<sup>27)</sup> このことは、訴訟手続の間に、理由の追完に対して、意見を表明する機会が原告に与えられていることを意味し、<sup>28)</sup> 原告に最初から正当な理由が知らされていたならば、訴えに見込みがないことを知ってこれを放棄したとか、被告の行為によって原告に不測の費用が生じたとかは、原告の権利防禦を害するものではない。

c 判決の中には、行政行為が法律上の規定に基づき、行政庁の職員とは異なる者からも構成されている委員会 (Ausschuss) によって発せられる場合には、理由の追完を認めるとすれば、被告の後からの措置によって行政行為が

異なった内容を有することになるであろうし、委員会自体法律によって意図された意義を失ってしまうことになるから、追完は許されないとするものがある。<sup>29)</sup>

d 学説・判例が、裁量処分について理由を付すべきことを要求し、行政庁によって遅くとも取消訴訟の段階で相手方に理由が知らされない限り、取消されるべき瑕疵が存すると解する傾向にあることは先にも述べたが、裁判所による理由の追完は、それによって行政庁の裁量の自由が侵害され、裁判所が行政行為を行なうことになるであろう場合には、許されないとする見解が有力である。<sup>30)</sup> この場合、行政庁による理由の追完をも許さないとみる一部の学説もあるが、<sup>31)</sup> 多くの学説・判例は、権力分立、司法権の行政権に対する関係から、裁判所による理由の追完が制約されると理解する。

六 以上の、西ドイツにおける学説・判例の展望を通じて明らかなのは、少くとも通説・判例は、取消訴訟において理由の追完を認めないとする結論を承認するについては、かなり消極的であるか、または相当のためらいをみせてきていることである。すなわち、通説・判例は、法律上理由を付すべき旨の特別の規定がある場合、および、政治家の原理から一般的に事前に理由を明らかにすべきことが要請される場合についても、理由の欠缺が直ちに、当該行政行為の取消しに結びつく瑕疵であるとは考えておらず、行政訴訟の段階で相手方に理由が知らしめられれば、行政行為は最初から適法なものとして存続し続けると解しているといえる。このことはまた、西ドイツの通説・判例の依って立つ手続法一般に対する理解と符合する。西ドイツにおいては、周知のように、オーストリア行政法との密接な親近性にもかかわらず、従来、オーストリア一般行政手続法 (Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz) にはほとんど注目を示さず、行政法学の主たる目標は、行政裁判所による行政の事後的統制に向けられ、行政作用の手続的規制については無関心であった。ところが、最近に至ってようやく、行政の能率化・経済化、国民の権利利益の保護、

説  
行政裁判所の負担軽減といった実際の・法理論的要請から、行政に対する手続的規制の必要性が痛感され、一九六三年には、行政手続法草案 (Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetz v. 1963) が作成されている。<sup>(32)</sup>しかし、概していえば、この行政に対する手続的規制の意義が、いまだ必ずしも十分に学説・判例の中に浸透しているとはいえないというのが現状であろう。たとえば、通説・判例は、行政手続法の基本的な原則あるいは規定の違反は、違反する規定の目的が、裁判手続におけるそれに対応した行為によってなおも達成することができる場合には治癒することができる<sup>(33)</sup>と考えている。そしてこの考え方は、同じく手続上の瑕疵である理由附記義務違反の場合にもあてはまるのである。一九六七年の表現にかかる一九六三年の行政手続法草案三五条一項は、法三四条により行政行為を無効としな

い手続・形式規定の違反は、必要な理由づけが後に与えられる場合には考慮されないと定めて、事後の理由の追完によって瑕疵ある理由づけの治癒が実定法上にも許容される根拠が与えられている。<sup>(34)</sup>

もとより、こういった見解には、先にもみてきたように、学説・判例は一定の制約を認めてきており、その限りでは無条件に理由の追完を認めるわけではない。また、瑕疵ある理由づけであっても、行政訴訟における事後の追完によって治癒されうるといふ連邦憲法裁判所および連邦行政裁判所の見解、および行政手続法草案に対しては、それが理由強制の意義を正しく理解しておらず、行政手続の意義が、総じてあまりにも低く評価されているという観点の下に、強い批判が加えられている<sup>(35)</sup>ことを看過できないであろう。

(一) 学説・判例の一般的傾向である。Klinger, aO. S. 196; Zschacke, aO. S. 415; Schütz, Nachschrieben von Gründen, Berichtigung der Bezeichnung und "Konversion" bei Verwaltungsakten, MDR 1954 S. 495; BVerwG Beschl. v. 24. 9. 1953 BVerwGE 1, 12; BVerwG Urt. v. 13. 1. 1955 BVerwGE 1, 311; BVerwG Urt. v. 14. 10. 1965 DÖV 1966 S. 137; WürtBad VGH Urt. v. 6. 10. 1950 DVBl 1951 S. 112; Bayer VGH v. 13. 2. 1952 ZMR 1953 S. 91.



- (2) OVG Koblenz v. 29. 3. 1958 DVBl 1958 S. 835.
- (3) Forsthoff, aaO. S. 230. ウレは、相手方は、要件が完全に正しく認められるかどうか、行政庁が挙げられた立証を正当に評価したかどうか、行政行為が法的な点で異論なく根拠づけられているかどうかを確認することができなくてはならない、けだしそうした時にのみ取消の期待ができるかどうかを判断することができる、とする観点から、行政手続における閲覧権の一つとして、負担的行政行為の十分な理由づけを要求する権利をあげている(Ule, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl 1957 S. 602)。
- (4) BVerfG Urt. v. 16. 1. 1957 BVerfGE 6, 32 f (44) ; BVerfG Urt. v. 30. 10. 1956 DVBl 1957 S. 200 f (203).
- (5) 特別の規定なき限り、行政処分には理由附記を要しないとする連邦行政裁判所の判決に対しては、VGH Freiburg Urt v. 5. 12. 1955 NJW 1957 S. 36 が、「行政行為の発布の際の理由強制の問題は、基本法一九条四項によって保障された権利保護の観点の下で、法治国家を基準として解決されねばならない。行政行為を発布するに於いて決定的となっていた理由を挙げることは今日法治国家の要請とみなされている」と述べて疑問を提起したが、理由付けを欠く行政処分も、それによって相手方の権利妨害を生じないならば、瑕疵あるものとはいえないとみているので、結論的には連邦行政裁判所の判決とあまり差はない。OVG Berlin Urt. v. 21. 1. 1959 DVBl 1959 S. 514, 517 は、「重大な方法で原告の法的地位を侵害する行政行為の理由付けに関する行政庁の義務は、一般的な法治国家の原則から生ずる」と判示するが、原告が訴えを提起した後は、訴訟手続中に、理由付けの追完を認める。逆に、「一定の行政処分に理由を要しないと法律が明示的に定めている場合 (§ 7 Richtervorordnung) について、OVG Berlin Urt. v. 8. 7. 1954 DVBl 1954 S. 743 は、もしそれが、取消訴訟の提起後も理由付けを拒否するものとするれば、取消訴訟が実際上不可能になってしまう、基本法一九条四項と矛盾するので、取消訴訟提起後は理由の申し立てが妨げられてはならないと解した。
- (6) Bender, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2 Aufl. 1956 S. 111 は、「いかなる行政行為も、それを具体化し、時には法律上の規定により形式的な理由付けの中で通知されねばならない(理由強制)根拠に基づいている。行政行為はその場合に、単なる命令(主文、処分の趣意)のみならず、事実上・法律上の観点における理由の表明からも成り立っている。明示的な法律上の規定が存しなくても、全ての書面で発せられる負担的行政行為においては、相手方に救済手段の機会の判断を可能にするために、理由の表明は少くとも『望ましい』(erwünscht)」としている。

- (7) Zschacke, aaO. S. 414, 415.
- (8) Eyermann-Fröhler, aaO. S. 651, 652.
- (9) BVerwG Urt. v. 7. 11. 1958 MDR 1959 S. 331; BVerwG Urt. v. 8. 12. 1961 DVBl 1962 S. 562; BVerwG Urt. 14. 10. 1965 BVerwGE 22, 215; WürttBad VGH Urt. v. 26. 9. 1952 VRspr. 5, Nr. 123.
- (10) BVerwG Urt. v. 4. 12. 1959 BVerwGE 10, 37, 43 は、原告が行政行為の基礎にされていた事実を、行政裁判手続の開始以前にすでに知られていたことを理由に、公務員免職処分の手続上の瑕疵の主張を排斥した。
- (11) たとえば、BVerwG Urt. v. 14. 10. 1965 BVerwGE 22, 215 は、「行政庁は、本質的な理由を行政裁判手続ではじめて挙げることは足りうる。このことは原則として裁量決定に対しても承認される。」と述べ、BVerwG Urt. v. 28. 4. 1966 DÖV 1967 S. 63 も、公務員の配転処分に関して、「動機に瑕疵のある配転処分は、『訴訟手続において他の理由を追完することにより瑕疵がなくなる』とすることはできない」という解決は誤りである。当該事案においても、連邦行政裁判所が、行政訴訟手続における理由の追完の問題に関して発展させてきた一般的な行政法上の法原則がそのまま妥当する。」と述べて、この点を明らかにした。同旨の判決としては、BVerwG Urt. v. 28. 11. 1958 BVerwGE 8, 46; BVerwG Urt. v. 15. 4. 1959 BVerwGE 8, 234. かつ、理由を欠く裁量処分の瑕疵を認め、行政訴訟手続の中でこの理由の追完を許さず、行政処分を取消すべきとする下級審の裁判例もある。WürttBad VGH v. 19. 10. 1948 DÖV 1949 S. 179; VGH Freiburg v. 8. 9. 1958 VRspr. 11 Nr. 131; WürttBad VGH v. 26. 9. 1952 VRspr. 5 Nr. 123.
- (12) Tannert, JW 1938 S. 3233.
- (13) Hufnagl, ÖV 1951 S. 221.
- (14) Lerche, Das Nachschieben "tatsächlicher" Gründe in Anfechtungsprozessen, NJW 1953 S. 1897 f.
- (15) レルヒェによれば、訴訟における行政行為の発布自体の有効性が問題となるとき、あるいは、最初の行政行為の効果が持続するような場合は、行政行為が違法であった旨を宣言する判決を得る利益が生ずる（現在の西ドイツ行政裁判所法一一三条一項）。そして、原告が、追完された理由から結論された主張に反対することができないと思えば、本案が解決されたと宣言すべき（これにより、費用負担の点で原告に有利になる。当時の § 128 Abs. 2 Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit für Bayern 等）だし、追完された理由が不十分だと思えば、原告は、訴えの交換的変更、拡張的変更をせざるをえないことになる。

- (16) 単なる法的理由の追完は別として、事実上の理由の追完は、行政行為の同一性を害するものであるから、裁判所自体がそれを為すことは、裁判所が行政行為を発することになり許されない。Lerche, aaO. S. 1899.
- (17) Reuß, Der Verwaltungsakt und seine Begründung, DVBl 1954 S. 593 f.
- (18) Klingner, aaO. S. 507 f. なおクリンナーのこの所説については、高林克「瑕疵ある行政行為の転換と処分理由の追加」法曹時報二二巻四号五頁。
- (19) Eyermann-Fröhler, aaO. S. 650; Redeker-v. Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 4 Aufl. 1971, 19 zu § 13; Schütz, aaO. S. 459. もちろん、シャッツは、法律上の理由の追完について、一定の要件の下で、行政裁判手続における職権探知主義 (Untersuchungsmaxime) に基づくこの法理を肯定する。事実上の理由の追完は、「行政行為は、それを正当づけるものとされた事実が存在であった場合にも違法とみなされる」と規定する当時の MRVO Nr. 165 (イギリス地区軍政府命令一六五号)二三条二項の趣旨から、裁判所は申し立てられた事実ではなく、客観的に存在していた事実を探索すべきであると述べている。判例も、「行政裁判所は、事実関係を本案判決に必要な範囲で説明し、自ら提起された訴えを判決しなければならぬ。裁判所は、(行政庁によって主張された理由の誤りが判明したような場合には) 事実を、考えられうる全ての理由を考慮して自ら説明し、最終的に判決をしなければならぬ」と解する。BVerwG Urt. v. 4. 3. 1960 DVBl 1961 S. 37; BVerwG Beschl. v. 24. 9. 1959 BVerwGE 1. 12; BVerwG Urt. v. 23. 4. 1952 DVBl 1953 S. 176. (しかし「免職に関連のある要件が存在する事実関係の変更は、少くとも、行政庁がそれを追完する場合、すなわち、裁判手続において他の事実をも批難の基礎にしようとしていることを明らかにする場合のみ許される。この追完がなければ、行政裁判所は、免職が他の事実関係に基づき是認されるかどうかを、自ら審査する権能を有しなす」と判示した判決もある (BVerwG Urt. v. 21. 10. 1960 BVerwGE 11. 170)。
- (20) Eyermann-Fröhler, aaO. S. 651; Schunck-De Clerck, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 2 Aufl. 1967 S. 348.
- (21) BVerwG Beschl. v. 24. 9. 1953 BVerwGE 1. 12; BVerwG Urt. v. 13. 1. 1955 BVerwGE 1. 311; Lerche, aaO. S. 1899; Schütz, aaO. S. 460. ウェンは、「裁判所が、行政行為を、後に提出された事実上・法律上の理由がそれを是認するにわかかわらず、最初の理由が誤っていたということだけで取消さなければならぬとすれば、それは耐えがたい形式主義 (unertäglicher Formalismus) である」(Ule, aaO. S. 372)。
- (22) Eyermann-Fröhler, aaO. S. 649 f.; Ule, aaO. S. 372 BVerwG Beschl. v. 24. 9. 1953 aaO.; Urt. v. 13. 1. 1955 aaO.;

- BVerwG Urt. v. 24. 5. 1956 DVBl 1957 S. 61 ; BVerwG Urt. v. 14. 10. 1965 DöV 1966 S. 137.
- (23) BVerwG Beschl. v. 24. 9. 1953 aO.
- (24) Eyermann-Fröhler, aO. S. 651. その限りでは、先に述べたレルビエ、ロイス等によって主張された、理由の変更により行政行為も変更されるとみる見解は、通説・判例により明確に排斥されている。
- (25) Eyermann-Fröhler は、この例を挙げている。たとえば、行政庁が § 12 Abs. 1 Gaststättengesetz に基づいて飲食店の許可を取消す場合、§ 2 Abs. 1 Nr. 1 に掲げる事実の不正申告を理由として取消したにもかかわらず、後に § 2 Abs. 1 Nr. 2 に掲げる事実の不正申告による取消を主張することは妨げない。しかし、この許可を § 12 Abs. 2 に基づいて取消すことを主張することは許されない。というのは前者はいずれも羈束行為であるに對し、後者は裁量行為であるからである。
- (26) ただし、OVG Münster Urt. v. 17. 2. 1966 DöV 1966 S. 870 は、「裁量決定の追完によって、被告の認可決定はその本質が変更される。何故なら、それによって羈束決定が裁量決定によって置きかえられるからである。」とする。しかし、BVerwG Urt. v. 28. 4. 1966 DöV 1967 S. 63 は追完を認めた。
- (27) 註(22)に挙げられた学説・判例。
- (28) BVerwG Urt. v. 28. 11. 1958 BVerwGE 8. 47, 54.
- (29) OVG Hamburg. Urt. v. 1. 10. 1956 MDR 1957 S. 252 ; OVG Hamburg. Urt. v. 23. 3. 1961 DVBl 1961 S. 828. しかし、これらの判決に対しては、委員会の活動は法律によってではなく行政命令 (Verwaltungsanordnung) によって規律されるものであること、政府が委員会を設置して手続を定める権限を有するのは、単にそれを自己コントロールとして設置したものであること、等を理由として厳しく批判する学説がある。たとえば、Schulz-Schaeffler, Das Nachschieben von Gründen nach der Entscheidung eines Einspruchsausschusses, MDR 1958 S. 299, BVerwG Urt. v. 15. 4. 1959 BVerwGE 8. 234 も、原則的に OVG Hamburg. の判決を承認しているが、全体の事情からして、特に決定の理由付けによっても、委員会が当該事情を知っていたとすれば、裁判手続で追完された理由付けを採用したであろうという駁論が確実に是認される場合にのみ、決定の際に決め手となっていない別の観点を考慮することが可能であると判決した。一九六三年の行政手続法草案 (Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes von 1963) 三六条は、同様に、手続上の瑕疵は、他の決定を實際上行なうことができなかつたであろう場合、あるいは手続違反が實際上決定に影響を与えなかつたということが認められる場合には、当該行政行為を取消すことができ

ないと規定している。

- (30) Jellinek, Verwaltungsrecht, 3 Aufl., 1948 S. 264; Rappenheim, Die Konversion fehlerhafter Staatsakte, Fischers Zeitschrift Bd. 60, 1927 S. 23, 33/35; Schunck-De Clerck, aO. S. 485; Schack, Anmerkung zum Bescheid des LVG Düsseldorf v. 21. 9. 1953 DVBl 1952 S. 320. シャックは、行政庁が行為の無効を知ったならば、それに応じた有効な行為を欲したであろうという無効の行政行為の転換の一要件を、この場合には満たさないから許されないと考へる。判例としては、WittteBad VGH v. 5. 8. 1949 NJW 1947 S. 396; BVerwG Urt. v. 6. 3. 1959 DVBl 1959 S. 438; BVerwG Urt. v. 4. 3. 1960 BVerwGE 10, 202; BVerwG Urt. v. 18. 8. 1960 BVerwGE 11, 95; BVerwG Urt. v. 21. 10. 1960 BVerwGE 11, 170.
- (31) Zschacke, aO. S. 415; Eyermann-Fröhler, aO. S. 652.
- (32) わが国における西ドイツの行政手続法の紹介については、南博方「西独の行政手続法草案(上)―その基本的構想と概要―」ジュリスト三二二号三〇頁以下、同三二四号。
- (33) 一九六六年三月二九日の連邦行政裁判所判決は次のようにいう。「しかしながら、ここにおいても、原告の利益のために、行政行為は手続法に違反しており、それ故に違法であるということから出発しなければならぬ。にもかかわらず、このことから、それが行政訴訟で取消されなければならないとすることは直ちに出不ない。これは、違反している手続法規の目的、および行政手続の中で為された手続違反が、行政行為に対して、裁判所の手続によりもはや正すことのできない影響を及ぼしうるかどうかにかかっている。」(BVerwG Urt. v. 29. 3. 1966 BVerwGE 24, 29) 同種の判決としては、BVerwG Urt. v. 8. 7. 1959 BVerwGE 9, 69; BVerwG Urt. v. 4. 11. 1960 BVerwGE 11, 205; BVerwG Urt. v. 28. 8. 1964 BVerwGE 19, 221; BVerwG Urt. v. 13. 7. 1967 BVerwGE 27, 299.
- (34) 行政手続法草案三五条二項は、手続上の瑕疵が治癒される可能性を、取消訴訟の提起にいたるまで、行政行為が事前手続で審査される場合には事前手続の完結するにいたるまでの間に制限するが、理由の追完についてはこの制限を課していない。
- (35) カール・ヘルマン・ウーレ「ドイツ連邦共和国における公法の発展」(田口精一監訳)一一〇頁以下、一一四頁。

### 三 わが国における処分理由の追完の問題

#### (1) 議論の対立

一 西ドイツにおける通説・判例は、以上みてきたように、原則として、取消訴訟における処分理由の追完を妨げないと解するが、この点に関するわが国の学説・判例はどうかであろうか。わが国においては、学説は、ほぼ、法令で行政庁に処分理由の明示を要求している場合には、付記された処分理由と異なった理由を訴訟で主張することは許されない<sup>2</sup>と解する傾向にあり、裁判例は、これを許されないとするものと妨げないとするものとに分かれる。学説および一部の裁判例が、法が処分に理由を付すべきことを要求する趣旨を重視し、理由の追完を許さないとしている点は、西ドイツにおける学説・判例の現状と比べて、行政手続に対する理解と評価を現わしたものと見て注目されるが、わが国における見解の対立は必ずしも単純ではなく、常に行政手続との関連でこの問題が論じられているわけではない。この問題に対する接近の仕方としては、当然に処分理由の追完は妨げないとする初期の判決例を別とすれば、大別して、取消訴訟における審理の対象、すなわちその訴訟物の観点からアプローチするもの、処分の同一性の基準を問題にするもの、処分理由の附記を命ずる法の趣旨を強調するもの、の三種が存すると思われる。

二 わが国においては、処分理由の追完の問題は、取消訴訟における審理の対象、すなわち訴訟物の理解とからみ合わせて論じられることが多く、これを肯定的に解する裁判例のほとんども一定の訴訟物観を前提に据えている。取消訴訟における訴訟物が何であるかは、行政訴訟法上の難問の一つとされ、学説も分かれているが、この問題が最も活発に論じられてきた税務訴訟の分野では、おおよそつぎのように解されてきているといつてよい。すなわち、課税処分の取消訴訟を租税債務不存在確認訴訟のアナロジーで理解し、その審理の対象を課税庁の決定した所得金額の存否そのものであるとした上で、通常の民事訴訟法におけると同様に、被告課税庁の課税根拠に関する主張も、口頭弁論の終結にいたるまでに随時提出することを妨げない、というのである。<sup>3</sup> それでは、通常の行政処分取消訴訟においてはどうかという点、通説の見解は、取消訴訟を一種の形成訴訟と解して、当該行政処分の違法性一般を訴訟物と

理解するから、この観点に立って処分理由の追完も当然許されると考えられている。すなわち、「懲戒処分<sup>(4)</sup>の取消の訴えにおける訴訟物は処分の違法一般であり処分理由の当否でない故、行政庁が処分の適法性を理由付けるために処分理由書に記載のない事由をも懲戒処分の事由として主張することを妨げない」といい、「裁判所が審理する対象は、第一審原告……らを第一審被告が休職処分<sup>(5)</sup>に付したことが違法かどうかという点であって、被告がなした処分説明書や裁決書の説示内容の当・不当を再審理するものではない」という判決がこれである。結局、税務訴訟では民事訴訟との類似性により、行政処分取消訴訟ではその審理の方式・訴訟物理論により、いずれも理由の追完を妨げないとする結論を導くものである。

一三 これに対して、学説上は、処分の「同一性」の判定基準をもとにして、理由の追完の是非を扱うものがみられる。たとえば、高田教授は、不服審査手続における新たな主張の提出としては、新たな事実を新たな理由として主張する場合と、同一事実について別の理由を主張する場合があるとされ、そのいずれについても、実質的法治主義の観点から、新たな理由の主張は新たな別個の行政処分を構成するから、理由の変更は許されず、このことは行政訴訟においても妥当すると説かれる<sup>(6)</sup>。また、山田・畦地検事も、「処分の理由附記の有無を問わず、処分は必ず法律所定の特定の理由に基づいて行なわれるべきであり、その理由を異にすれば通常の場合には別個の処分（同一性のない処分）となるのであり、新たな課税根拠を主張することは許されない」と解しており、成田他「現代行政法」は、「法的理由の追加は、基礎たる事実の同一性が失なわれないうり許されるが、事実の追加は、行政行為の変更をきたすので、原則として許されない<sup>(8)</sup>」と主張している。これらの見解は、法的理由と事実上の理由の両者ないしそのいずれかの変更が、処分の変更をきたすから許されないとする点で共通する<sup>(9)</sup>。しかし、この見解に対しては、行政処分の同一性を定める基準は、その発布の主体、名宛人、発布の日時およびその主文にあるとして、行政処分が別個のものとな

る場合に瑕疵ある行政行為の転換が許されるかどうかは実体法上の問題であって、行政処分が同一である限り、行政庁がその処分の基礎となった法律上および事実上の理由をどの程度訴訟上主張変更することができるかは訴訟法上の問題であるから、その両者は区別すべきであるとする有力な批判が存する。<sup>⑩</sup>これは、従来、行政行為の転換の問題として扱われてきたものの多くは、実は処分理由の追完の問題に他ならず、わが国の学説・判例がこの両者を混同してきたことを指摘するもので興味深い。

四 最近の学説・判例の中には、法令で特に処分に理由を附すべきことを要求している場合、専ら、法が理由附記を命じた趣旨から、附記された理由以外の理由を取消訴訟で追加主張することは許されないとするものがある。和歌山地裁昭和四八年九月一二日判決は、地方公務員法四九条に定める不利益な処分を行なう際の「処分の専ら」を記載した説明書の交付につき、つぎのように述べている。「その趣旨は、不利益処分を受けた当該職員に処分時における処分事由を熟知させ、もって人事委員会等に対する審査請求をしようかとの判断資料にさせ、よって当該職員の不利益処分に対する不服申立権を手続的に確保し、その身分の保障を図るとともに懲戒処分の公正を確保しようとするにあると解される。したがって……ひとたび、被処分者が審査請求をし、あるいは当該処分の取消を求め訴えを提起した後においては、もはや処分理由説明書に記載された具体的事実と同一性のない事実を処分の基礎事実として主張こととするは、前記法条の趣旨にもとり許されないと解するのが相当である。」<sup>⑪</sup>学説上もこの見解を支持すると思われるものがある。高林判事は、「行政処分が同一であるかぎり、行政庁はその処分の基礎となった法律上および事実上の理由をどの程度まで訴訟上変更主張することが許されるであろうか。……法令で、処分にその処分理由の明示を要求している場合に、理由を付さないでした処分は違法であって、そのことだけで取消されるべきであり、また、いったん付した理由を訴訟によって変更主張することは許されないとすべきである。ただし、処分理由の追加変更を許すこと



は、処分に理由を付して被処分者の権利を擁護せんとした趣旨をまったく没却してしまふからである。……しかしながら、……実定法の解釈としては、処分に理由を付すべきことが要求されていない場合には、理由を付さなくても違法でない以上、……理由の追加は許されるものといわなければならない。」と述べて、公務員の懲戒処分の際の処分事由を記載した説明書の交付につき、記載事由以外の事由を追加または変更主張することを認めた裁判例を批判しておられる。<sup>(12)</sup>

- (1) 国家公務員の懲戒処分に關し、処分理由書に記載されていない事由を取消訴訟において主張することが許されるかにつき、東京地裁判決昭和三〇年七月一九日（行集六卷七号一八三五頁）、新潟地裁判決昭和四三年四月九日判決（行集一九卷四号五八一頁）は、いずれも、「懲戒処分取消の訴えにおいて処分理由書に記載されていない事由でも懲戒処分の事由として主張することを許さないとする理由はない」と述べるのみで、ここでは、理由の追完が許されることは当然の前提となっている。
- (2) 課税処分取消訴訟を租税債務（不存在）確認訴訟と構成する判決としては、東京地裁判決昭和三九年三月二六日（下民集一五卷三号六四一頁）、岡山地裁判決昭和四一年五月一九日（行集一七卷五号五四九頁）等。しかし、東京地裁判決昭和三八年一月三〇日（行集一四卷一〇号一七六六頁）は、課税処分の取消訴訟の性質を、所得の認定の手続または認定の仕方の違法（合理性）を争う訴訟と解している。同一の見解をとる学説としては、白石健三「税務訴訟の特質」税理昭和三九年一月号八頁、町田顕「税法事件の審理について」判例タイムズ二〇一七四頁。なお学説上は、通常の処分取消訴訟における訴訟物の通説的見解と同じく、課税処分の違法性一般と解する説（緒方節郎「課税処分取消訴訟の訴訟物」実務民事訴訟講座9三頁以下）、原告の主張する個々の具体的違法事由と解する説（杉本良吉「裁判の今日的課題—行政事件訴訟」判例時報四六五号六頁）がある。
- (3) 雄川一郎「行政争訟法」五八頁、田中二郎「抗告訴訟の本質—その訴訟物を中心として」裁判と法「下一一四五頁。
- (4) 東京高裁判決昭和四六年一〇月八日（行集二二卷一〇号一三七二頁）。
- (5) 東京高裁判決昭和四四年一月三〇日（行集一〇卷一七七一頁）。宮崎地裁判決昭和四四年三月二四日（行集二〇卷二・三号二五九頁）も同旨。
- (6) 高田敏「不服審査庁の審査の範囲、課税根拠の変更」租税判例百選二二〇頁。

- (7) 山田二郎・畦地靖郎「税務訴訟と裁判所」法律時報三九卷一〇号三四頁。
- (8) 成田頼明他「現代行政法」一五一頁。
- (9) 判例の中にも、税務署長が法人税法二五条八項の特定の号に該当するとしてした青色申告書承認取消処分を、国税局長が審査決定において右特定の号に当たらないが、他の号に当たるものとして維持した事案につき、その各号のそれぞれを事由とする取消処分は、それぞれ各別個の取消処分を構成するから許されないとしたものがある（大阪高裁判決昭和三八年二月二十六日行集一四卷二二号二一七四頁、上告審である最高裁判決昭和四二年四月二一日訟務月報一三卷八号九八五頁はこの見解を容認した）。
- (10) 高林克己「瑕疵ある行政行為の転換と処分理由の追加」法曹時報二二卷四号一頁以下。同旨、緒方・前掲書一二頁。なお、処分理由の追完が訴訟法上の問題であり、いわゆる転換（Konversion）に関する実体法上の問題とは区別しなければならないとの指摘は、西ドイツにおいてもみられる。Bender, aaO. S. 107; Ute, aaO. S. 373; Lerche, aaO. S. 1897; Schunck-De Clerck, aaO. S. 485; Schack, aaO. S. 318; Schütz, aaO. S. 460; 判例Φ16兩者を区別せよ。OVG Münster v. 3. 4. 1952 DÖV 1952 S. 760; LVG Düsseldorf v. 21. 9. 1950 DVBl 1952 S. 317.
- (11) 判例時報七一五号九頁。同旨の判決としては、和歌山地裁判決昭和五〇年六月九日（判例時報七八〇号三頁）、東京地裁判決昭和四一年八月一六日（労民集一七卷四号九三八頁）、東京地裁判決昭和四九年七月一日（訟務月報二〇卷一〇号七四頁）、大阪地裁判決昭和五〇年二月二五日（労民集二六卷六号一一九四頁）、大阪地裁判決昭和五一年五月二四日（判例時報八二七号一一〇頁）。
- (12) 高林・前掲論文二二頁以下。

(2) 検討

一 わが国においては、以上にみてきたように様々な見解の対立がみられる。そしてこの問題は、取消訴訟における審理の方式および訴訟の対象すなわちその訴訟物とからみあわせて論じられることが多い。しかし、取消訴訟において、処分理由の追加変更の主張ないし追完が許されるか否かという場合、そこにはレベルの異なる二つの側面がその根底に横たわっていることを看過すべきではない。その一つは、同じく処分理由の追完の許容性といっても、被告

行政庁は、取消訴訟において、訴訟法上、処分の効力を維持するために処分理由・根拠の追加変更を主張することが許されるかどうかの問題である。これを、法令上処分に理由を附すべき旨の規定がある場合についていえば、処分理由書に全く記載のない事実を取消訴訟において当該処分を正当化づけるために行政庁が追加主張することができるかどうか、ということであって、処分に理由を付さないことが違法であるか否かとは全く無関係な純粹に訴訟法レベルの問題である。これに対して、処分が一定の事実・法的根拠に依拠しなかったという状態が当該行政処分の適法性にいかなる影響を与えるのか、それが違法であるとされる場合に、被告行政庁が別の理由を取消訴訟の段階で追加変更することによって適法の評価を受けうるものであるか否かは、それとは区別された実体法レベルの問題である。西ドイツにおいては、先に述べたように、行政処分が違法かどうかは裁判所が職権により調査しうるとされているのであるから、行政処分が同一である限り行政庁が処分を維持すべき理由を行政訴訟で追完することは原則として妨げず、むしろ裁判所は行政庁の主張する理由とは関係なしに事実上法律上のあらゆる観点を考慮しなければならない。しかし、この訴訟法上の問題と、一定の事実・法的根拠があげられていないが故に処分が違法となるか、違法となる場合に行政庁はそれを追完することができず、新たな理由を付した新たな処分を発する他はないのかの問題は、実体法上の問題であってその両者は区別して説明されている。<sup>2)</sup>しかし、この両者は、わが国においては従来必ずしも判然と区別されてきたわけではなく、また両者の相互関係についても明確な認識がなされてきてはいなかったのではないかと思われる。

二、取消訴訟において、被告行政庁が訴訟法上処分を維持するために処分理由を追加主張することが許されるかは、取消訴訟に固有の問題であり、したがってこれは取消訴訟の審理の方式、取消訴訟の対象、訴訟物と密接に絡み合っている問題である。これらの観点からみて、処分理由の追加・変更を主張することが制限されるか否かがここで

説は検討されなければならない。

論

民事訴訟においては、時期に遅れたものとして却下されることのある場合（民訴法一三九条）のほかは、原則として自由に攻撃防禦の方法を提出しうるのであるから、課税処分取消訴訟のように、それが通常、民事訴訟の債務不存を確認訴訟のアナロジーで行なわれているというのであれば、その是非はともかくとして、<sup>(3)</sup> 少くとも訴訟法理論上は被告行政庁による課税根拠の新たな主張も当然許されるということになる。また、通常の行政処分取消訴訟については、通説・判例はその訴訟物を、個々の具体的な違法事由ではなく、抽象的な違法性一般と解しているから、それを一応前提とすれば、被告行政庁は特段の制限規定のないかぎり、処分の効力を維持するための一切の根拠を主張することができる。訴訟物論によって理由の追完を制限することは困難である。

しかし、税務訴訟および取消訴訟の訴訟物をそのように解したとしても、法が、処分庁の判断の慎重・合理性を担保してその恣意を抑制し、同時に処分理由を相手方に知らせて不服申立に便宜を与えるために、処分に理由を付すべき旨を定めている場合には、かかる規定の趣旨を尊重して、取消訴訟における随時提出主義の適用に対し、この面からの制限を認めることは可能であると思われる。この場合に、記載された処分理由と異なる理由を訴訟上主張することが許されるとなれば、処分理由の明示を要求した法の趣旨を全く没却してしまうことになる。<sup>(4)</sup>

三 取消訴訟における主張制限の問題とは一応別に、行政処分が理由の欠缺あるいは不備を原因として実体的にも違法になるというのであれば、行政庁は理由の欠缺・不備の違法原因を、処分後に補正することによって処分を適法たらしめることができるかの問題がある。これは確かに行政処分の形式上の瑕疵が治癒されるかどうかという実体法上の問題であるが、処分理由の追完による瑕疵の治癒を認めず、処分は結局取消されなければならないとなれば、結果的には理由の追完をこの側面から制限することになる。

一般に、同一の目的・意味・効果を有する複数の行政処分が同時に存在することは矛盾であるから、処分理由の変更によって目的・意味・効果に変更をきたさないかぎり、処分は同一であると解するほかはない。<sup>5)</sup> 理由の変更によって処分も変更される場合には、他種の行政処分としてなおも効力を維持しうるかどうかという違法行為の転換の問題が残るだけのことである。

したがって、行政処分の同一性に変更をきたさない枠内で処分理由の追完がどこまで認められるかは、実体法的には、処分理由の欠缺・不備が当該行政処分の適法性にいかなる影響を及ぼすか、その後の理由の補正によって当該行政処分を適法たらしめることができるかの問題と不可分である。

最高裁判所は、青色申告の更正処分の理由附記規定について、その法的意義を、処分庁の判断の慎重・合理性を担保してその恣意を抑制すること、処分の理由を相手方に知らせて不服申立てに便宜を与えること、に存するとみて、理由附記の欠缺・不備自体が更正処分の取消原因を構成するという意味でそれを効力規定と解している。<sup>6)</sup> そして、この更正理由の附記が不備である場合に、その瑕疵はその後の理由の追完によって治癒されるかどうかの問題について、下級審の裁判例は治癒を認めるものと認めないもの<sup>7)</sup>とに對立していたが、最近の最高裁判所の判例は、理由附記の不備は、再調査決定や審査決定の理由附記によって治癒されないとしている。<sup>8)</sup> この場合に治癒が認められるものとするれば、行政庁は当初は抽象的な理由を附記するにとどめ、不服申立てに對する決定または裁決等の段階で理由を追完すればよいとの安易な態度にできる可能性が存在し、<sup>9)</sup> 相手方としても審査決定によってはじめて具体的な処分根拠を知らされたのでは、それ以前の審査手続において十分な不服理由を主張することができないという不利益を免れないことになる。<sup>10)</sup> しかもこのことは、不服審査の段階においてのみならず、行政訴訟の提起後においてはなおのことあてはまるといわなければならないであろう。<sup>11)</sup> また、更正処分における理由附記規定の法的意義が、処分庁の恣意の抑制

と相手方に対する不服申立ての便宜にあると解される以上、この事理は、更正処分の場合のみならず、公務員の不利益処分の際の処分事由を記載した説明書の交付（国家公務員法八九条一項、<sup>①</sup>地方公務員法四九条一項）その他の理由附記規定においても、基本的には異なるところがないと思われる。<sup>②</sup>結局、附記された理由では処分の適法性を維持しえないのであるから、当該行政処分が違法とされるかぎり取消しを免れない。行政庁は新たな理由を附した新たな行政処分をするほかはないが、場合によっては同一処分のくり返しになっても、行政過程に対する手続的規制を認めることが必要であると考えられる。

- (1) 高田・前掲書二二三頁、高林・前掲論文三頁、山田・畦地・前掲書三五頁、「行政事件訴訟の審理をめぐる実務上の諸問題」6（判例タイムズ一七五号三二頁以下）。
- (2) Eyermann-Föhler, aaO. S. 650.
- (3) 税務訴訟を租税債務不存在確認訴訟にみてよいかどうかについては、司法研修所論集一九六八年Ⅲ一五九頁以下に詳しい。
- (4) 公務員懲戒処分において、処分理由の明示を要求した法の趣旨から、処分理由説明書記載の事実と別個の事実をあらたに追加主張することは許されないとする判決が最近相ついで出されているが、公務員の懲戒は、あらゆる事情を総合的に斟酌して行なわれる裁量処分であることを考えれば、あらゆる事情を全て処分理由説明書に記載することは不可能である。そこで、裁判例は「懲戒処分の際に斟酌された諸般の事情」を「情状として後の訴訟において追加主張することは許される。」（和歌山地裁判決、昭和三〇年六月九日判例時報七八〇号三頁）あるいは、「付加的処分事由として、これらを総合勘案して、当該免職処分が相当であるか否かを判断すべき」（東京地裁判決、昭和四一年八月一六日労民集一七卷四号九五七頁）として、その矛盾を解消しようとしている。

(5) 高林・前掲論文一五頁、二五頁、緒方・前掲書二二頁。

(6) 最高裁判決昭和三八年五月三十一日（民集一七卷四号六一七頁）、最高裁判決昭和三八年二月二十七日（民集一七卷二二号一八七一頁）、最高裁判決昭和四七年三月三十一日（民集二六卷二号三一九頁）、最高裁判決昭和四七年二月五日（民集二六卷一〇号一七

- 九五頁)。
- (7) 遠藤博也「瑕疵の治癒」行政判例百選(新版)一五二頁。
- (8) 最高裁判決昭和四七年十二月五日(民集二六卷一〇号一七九五頁)ほか。青色申告書提出承認取消処分附記理由の不備に関して、最高裁判決昭和四九年四月二五日(民集二八卷三三〇四五頁)。ただ、最高裁判決昭和三八年五月三一日(民集一七卷四号六一七頁)は、「審査の請求を棄却する場合には、その決定通知書の記載が当初の更正処分通知書または再調査棄却決定通知書の理由と相俟って原処分を正当として維持する理由を明らかにしておれば足りるというべきである。」と述べているのは、不服審査段階での更正理由の補完を認める趣旨のようにも読める。
- (9) 北野弘久「更正理由附記の法理」判例評論一六五号一二三頁、高柳信一「青色申告に対する更正の理由附記」租税判例百選一六七頁。
- (10) この理解が西ドイツの判例の立場と決定的に異なる点である。西ドイツの判例が、行政裁判手続ではじめて相手方に理由を知らせ、相手方もそれに対して意見を述べることであれば、理由附記の要請は満足されていると解していることは先に述べた通りである。たとえば、BVerfG v. 16. 1. 1957 BVerfGE 6. 32, 44.
- (11) 奈良地裁判決昭和三三年九月一六日(行集九卷九号一九一六頁)は、「被告は本訴においてはじめて右更正の理由を具体的に述べるが、これによって右の瑕疵が追完されて右更正決定を適法かつ有効ならしめるものでないことは、更正の理由の記載を更正決定の適法かつ有効ならしめる要件と解すべき前記説示からみて当然のことである。」と述べて、更正決定取消訴訟における理由の追完を認めていない。
- (12) 理由附記規定といっても、更正処分の理由附記は、青色申告者は税法所定の帳簿書類を備えているところから、その記載を無視して更正が行なわれないことを手続的に保障することに、その固有の根拠があり(北野・前掲論文一三三頁)、公務員の不利益処分の場合には、不公正な懲戒処分から職員の身分を保障しようとするものであることは否定できないが、いずれにしても、処分庁の判断の慎重・合理性を担保し、被処分者に不服申立ての便宜を与える点では共通であり、両者を別異に扱うだけの根拠はないと思われる。

一 行政処分は一般に不要式行為であることが原則であるから、法令がとくに理由を付することを要求している場合のほかは、理由を付さない処分であっても、そのことだけでは違法とはならないと解されている。行政処分のうちには、口頭で行なわれるものもありあるいは事実行為として行なわれる場合のあることを考えれば、あらゆる行政処分に理由の明示を要求するのは、不可能を強いることになる。しかし、法治主義のもとでは、行政処分が行なわれる以上、それは必ず一定の事実の上に一定の法律を適用して行なわれるものであって、明示されるか否かにかかわらず、行政処分はこの一定の認定事実と根拠法条を前提にして成り立っているはずである。最高裁判所は、更正処分の理由附記規定の意義を、「処分庁の判断の慎重、合理性を担保してその恣意を抑制するとともに、処分の理由を相手方に知らせて不服申立ての便宜を与えることに存する」とくり返し述べているが、もしそうだとすると、この要請は、法令上理由附記が要求されている場合に必ずしもかぎられるものではない。処分理由を相手方に知らせて不服申立てに便宜を与える、という点についてのみいえば、処分自体に理由が付記されていなくても他の何らかの方法でその理由を推知されれば瑕疵は治癒されたといえようし、また、行政不服審査法上の教示制度によっても、その目的は相当程度達することができる。したがって、むしろ理由附記規定の主たる趣旨は、「処分庁の判断の慎重、合理性を担保してその恣意を抑制する」という判断過程の一種の手続的公正を保障することに重点が置かれていると考えなくてはならない。そのことはまた、恣意に陥りやすいがためにとくに慎重・合理性の要求される判断については、実体的正当性と同時に手続的正当性が保障されねばならないとする近時の傾向ともその軌を一にする。

二 そうであれば、行政処分一般について、理由附記が要求せられ、その欠缺・不備が当該行政処分を違法たらし



めると解することはできないとしても、判例の趣旨を一步進めて、明文の規定のあるなしにかかわらず、少くとも、とくに「処分庁の判断の慎重、合理性を担保してその恣意を抑制」すべきことが要請される場合には、一般に処分理由の明示が手続的に要求されており、それを行政処分の適法要件と解することはできないであろうか。一定の行政処分における理由附記を解釈的に適法要件と考えることができれば、処分理由を後になってから追完するということは、理由附記を要するとされる趣旨およびそれを適法要件と解することと基本的に矛盾するから、許されない。

三 行政庁にとって、法律に定められた一定の行為をなす可能性しか与えられておらず、この一定の行為のみが適法となるいわゆる羈束行為においては、行政は行為の選択をする余地がなく、行政庁の判断の慎重、合理性の担保を、事前にさほど考慮する必要はない。これに対して、裁量行為においては、一定の要件に該当する事実が存する場合にも、行政庁には複数の行為をなしうる余地が認められるのであって、それだけ行為の選択に恣意的な配慮が入りこむ可能性が大である。しかも裁量判断の内容に対する司法審査には限界がある。近時のわが国の裁判例は、裁量処分における基準内容を相手方に告知し、聴聞の機会を与えることをもって公正手続の要件となし、これらを欠いた手続上の瑕疵を理由に裁量処分を取消した例もみられるが、処分をする際の具体的審査基準やこの基準を適用するうえで必要とされる事項を相手方に告知するのみならず、処分庁が一定の結論をうるに到った根拠をも明らかにする必要があるのでないかと思われる。裁量処分における処分理由の明示を要求することによって、処分庁も十分公正慎重に処分をせざるをえないことになり、また、あわせて無用の出訴が防止され、出訴における争点が明確にされる。理由の明らかにされない裁量処分は、それだけで、処分庁の独断や恣意を疑われてもやむをえないであろう。

また、行政不服審査法四一条は、判決は書面で行ない、かつ理由を附さなければならぬことを規定するが、この趣旨は、判決が審査請求に対する審査庁の判断であることに鑑みて、審査庁の判断の慎重、公正を保障するのと

に、審査請求人に対して審査庁の判断に到達した理由を知らせ、審査請求の当否についてさらに再考する機会を与え、出訴における争点を明確にさせることにあると思われる。しかし、このことは、審査請求に対する裁決についてのみならず、判断の慎重、公正を保障する意味あいからいえば、およそかかる争訟の裁断的行為においては、明文の規定がないとしても、同様に理由附記が要求されるものと解すべきであろう。下級審の裁判例の中にも、この見地から固定資産の評価に関する審査決定（地方税法四三三条）に相当の理由を付すべきことを要求したものがみられる<sup>3</sup>。

四 取消訴訟における処分理由の追完の問題は、結局、処分理由の行政処分に対する意味づけ、その評価の仕方と密接に関連している。処分理由の記載は、行政処分に付される日付の記載や処分行政庁の署名捺印等とは、その性格を基本的に異にするものであって、形式的要件とはいっても、行政処分の内容的適正を保障することを目的とした行政手続の一環としての意味を有している。したがって、処分理由の明示およびその取消訴訟における追完に対してあまりにも寛大な態度をとることは、この処分理由の手続上の意義を軽視することになり、近時の行政手続の整備、手続的保障の傾向にも逆行することになる。行政手続に対する関心が高まりつつある今日、行政に対する統制手段の一つとしての処分理由の機能について検討が急務とされる所以である。

(1) 田中二郎「行政法総論」二九九頁。

(2) 学説の中には、「行政法は第一次的には行為規範とみるべきであり、行為の法的根拠は被処分者たる国民に知らざるべきであり、デュー・プロセス的要請として、明文の規定がなくてもその根拠法条を記載することが処分の適法要件である」とするもの（兼子仁「自治研究三四卷一四一頁」）、「重大な侵害的効果を伴う行政処分を書面で示さなければならない」とするもの（認定事実の明示とともに、実質的法治主義的要請するところであると考えることはできないであろうか）（真砂泰輔「形式に関する假庇一行政判例百選一四六頁」）、「明文規定がなくても、憲法三二条（適法手続）の趣旨から、一般に処分には理由附記が要求

取消訴訟における処分理由の追完

されるのではないか、との問題が存在する(北野・前掲論文二二四頁)と述べるものがあるが、現状ではまだ問題提起にとどまっている。

(3) 東京高裁判決昭和四五年五月二〇日(行集二二卷五号八二三頁)。