

行政処分の意味(その2)

橋本 勇 弁護士

処分に該当するというためには、それが「直接国民の権利義務を形成したはその範囲を確定する」(最高裁昭和39年10月29日判決(判例時報395号20頁))とか、「法的地位に直接的な影響を及ぼす」(最高裁平成4年11月26日判決(判例地方自治108号59頁)、最高裁大法廷平成20年9月10日判決(判例時報2020号18頁))ものであることが必要であるとされながら、その効力が事実上のものである場合にまで拡大されてきていること(最高裁平成17年7月15日判決(判例時報1905号49頁))は前回述べたところであるが、その一方で処分に該当しないとされた行政上の行為も多数ある。

1 行政庁間の行為

建築物を建築しようとする場合は、建築主事等による確認等を得なければならず、その確認をするに際しては、消防長又は消防署長の同意を得なければならないとされているが(消防法7条1項)、その同意について、最高裁昭和34年1月29日判決(裁判集民35号153頁)は、次のように述べてそれが処分に該当することを否定するとともに、それに引き続く処分の取消訴訟に

おいてその違法を主張できるとした。

「本件消防長の同意は、知事に対する行政機関相互間の行為であつて、これにより対国民との直接の関係においてその権利義務を形成し又はその範囲を確定する行為とは認められないから、前記法律の適用については、これを訴訟の対象となる行政処分ということはできない。それ故、本件においては、知事のなした建築出願不許可処分に対し、その違法を理由として行政訴訟を適法に提起し、その訴訟において、右不許可処分の前提となつた消防長の同意拒絶乃至同意取消の違法を主張しうることは格別、行政機関相互間の行為たるに止まる、知事に対する消防長の本件同意拒絶乃至同意取消の違法を主張して消防長を被告としてその取消乃至無効確認を求める訴は、不適法たるを免れ」ない。

2 法律に根拠のない処分

最高裁昭和38年6月4日判決(判例時報343号25頁)は、法律に根拠のない保険医に対する「戒告」は処分に該当しないと述べる。

「本件戒告は、保険医の監督機関

たる上告人知事が『社会保険医療担当者監査要綱』(昭和二八年六月一〇日保発四六号厚生省保険局長の都道府県知事あて通達参照)に基づき保険医たる被上告人に対してした行政上の措置であることは、原判決によつて明らかである。ところで、保険医に適用さるべき健康保険法(昭和三二年法律四二号による改正前のもの)には、かかる行政措置につき出訴を認める旨の特段の規定はなく、その法的効果を推認し得るに足る規定も存しない。また、前示監査要綱によれば、監査後の措置として、事案の軽重により、指定取消、戒告および注意指導の三種類が予定されており、指定取消は、『故意に不正又は不当な診療、報酬請求を行つたもの』のほか、戒告の事由たる『重大なる過失により不正又は不当な診療、報酬請求』を『しばしば行つたもの』に対して行われることとなつているので、戒告事由がたび重なることによつて一層不利益な指定取消(それが行政処分であることは疑問の余地がない。)を受ける虞れのあることは首肯し得るとしても、戒告を受けたこと自体が指定取消の事由とはなつていない。いいかえれば、

戒告を受けた者は将来指定を取り消される虞れはあるとしても、それは、戒告の事由がたび重なることによるものであつて、戒告という行政上の措置を受けたこととは直接の関係はない。従つて、本件戒告は、所詮、被上告人に対し何等かの義務を課するとか権利行使を妨げる等法的効果を生ずるものではないといわなければならない。もつとも、本件戒告は、前叙のごとく行政上の指導監督措置であつて、制裁を目的とするものではないとはいえ、それによつて被上告人の名誉、信用等を害することは、否定し得ないところである。しかし、行政事件訴訟特例法上の行政処分といひ得るためには、当該処分がそれ自体において直接の法的効果を生ずるものでなければならないことは、当裁判所の判例とするところである(昭和三〇年二月二四日第一小法廷判決、民集九卷二号二一七頁、昭和三六年三月一五日本法廷判決、民集一五卷三号四六七頁参照)。それ故、本件戒告は、仮りに違法でありこれに対する損害賠償の請求が可能であるとしても、行政事件訴訟特例法によつてその取消を求めることは許されないもの、といわなければならない。」

この判例は、当該事案における戒告が相手方に対して何等かの義務を課するとか権利行使を妨げる等法的効果を生ずるものではない(将来保険医の指定を取り消されるおそれがあるとしても、それは戒告の事由が度重なることによる事実上の効果である。前掲平成17年判例における行政指導の場合は、相当程度の確実さをもって当該指導に従わないことによる不利益がもたらされるとされる)から、それが違法であり、それによつて名誉や信用が毀損されたとして損害賠償請求をすることはできるとしても、その取消しを求める

ことはできないとする。すなわち、行政上の措置が違法な場合には国家賠償法1条1項に基づく損害賠償請求をすることができるものの、当該措置が処分に該当しない場合にはその取消しを求めることはできないとされるのである。

なお、上記昭和38年判例の論理によると、効力についての定めがない地方公務員法29条1項の戒告も処分に該当しないということになりそうである。しかし、同条の戒告は法律が定める懲戒処分の一つであり、昇給等においてその事由が必ず考慮されることを考えると、上記判例の事案における戒告とは異なつて、処分に該当することになろう(前回紹介した最高裁平成17年7月15日判決(判例時報1905号49頁)参照)。

3 国土調査における誤差があることの申出に対する応答

我が国には土地の登記の制度があり、権利の変動は登記なくして第三者に対抗できない(民法177条)とされながら、その登記事項やそれに附属する地図(いわゆる公図。不動産登記法14条4項の「地図に準ずる図面」)が必ずしも正確ではないことが指摘されている。このような状況を踏まえて、地積の明確化を図ること等を目的とした国土調査が全国的に行われており、その正確さを担保するために、国土調査法17条は、国土調査の結果に基づいて作成された地図及び簿冊を公告するとともに、一般の閲覧に供し(同条1項)、その地図及び簿冊に一定以上の誤差があると認める者は当該国土調査を行った者に対して、その旨を申し出ることができ(同条2項)、その申出があつた場合は、当該国土調査を行った者は、その申出に係る事実があると認めるときは、遅滞なく、当該地図及び簿冊を

修正しなければならない(同条3項)としている。この申出に対する応答の是非が問題となつた事案について、最高裁は次のように述べて、その応答は処分に該当しないとしている(平成3年3月19日判決(判例時報1401号40頁))。

「国土調査法一七条二項に基づく申出は、国土調査を行った者に対し、地図及び簿冊に測量若しくは調査上の誤り又は所定の誤差があることを指摘し、地図及び簿冊を修正するように職権の発動を促すものにすぎず、国土調査を行った者は、右申出をした者に対し何らかの応答をする法令上の義務を負うものではないと解するのが相当である。上告人がした地図及び簿冊に関する本件更正の申立てが右規定による申出であるとしても、右申立てに対する被上告人の回答は、法令に根拠のない事実上の応答にすぎず、上告人の権利義務ないし法律上の地位に直接影響を及ぼすものと解することはできない。したがつて、被上告人がした右申立てを容れない旨の回答は抗告訴訟の対象となる行政処分に当たらず、本件訴えは不適法である。」

この判決は、地籍調査はあくまでも「毎筆の土地について、その所有者、地番及び地目の調査並びに境界及び地積に関する測量を行い、その結果を地図及び簿冊に作成する」もの(国土調査法2条5項)にすぎず、それによつて権利義務が創設又は変更されたり、その範囲が確定されるものではないから行政処分には該当しないという理解を前提とするものであるが、国土調査の結果に基づいて作成された地図及び簿冊に従つて登記における地積等を内容とする表示登記や所有権の登記名義人の氏名等が改められ(国土調査法20条2項)、その地図が登記所に備え付けられる(不動産登記法14条1項)こと

からすれば、後の私人間の訴訟においてその調査の成果を否定することは事実上不可能に近いように思われ、前回紹介した最高裁平成17年7月15日判決(判例時報1905号49頁)の趣旨からすれば、抗告訴訟の対象となるという解釈もできるように思われる。

4 住民票への続柄の記載

住民は地方公共団体の基本的な構成要素の一つであり(地方自治法(以下「自治法」という)2章参照)、基礎的自治体である市町村においては、住民の居住関係の公証、選挙人名簿の登録その他の住民に関する事務の処理の基礎とするとともに住民の住所に関する届出等の簡素化を図り、あわせて住民に関する記録の適正な管理を図るため、住民に関する記録を正確かつ統一に行う住民基本台帳を整備するものとされ(住民基本台帳法1条)、住民基本台帳は、個人を単位とする住民票を世帯ごとに編成して作成されることとなっている(同法6条1項)。この住民票に続柄を記載する行為について、最高裁平成11年1月21日判決(判例時報1675号48頁)は、次のように述べて、その処分該当性を否定した。

「上告人甲野花子及び同乙野太郎の被上告人武蔵野市長に対する訴えは、いずれも同被上告人が上告人甲野一郎の住民票に世帯主である上告人甲野花子との続柄を記載する行為が抗告訴訟の対象となる行政処分に当たることを前提として、その取消し及び義務付けを求めるものである。

しかしながら、市町村長が住民基本台帳法七条に基づき住民票に同条各号に掲げる事項を記載する行為は、元来、公の権威をもって住民の居住関係に関するこれらの事項を証明し、それに公の証拠力を与えるいわゆる公証行為であり、それ自体に

よって新たに国民の権利義務を形成し、又はその範囲を確定する法的効果を有するものではない。もっとも、同法一五条一項は、選挙人名簿の登録は住民基本台帳に記載されている者で選挙権を有するものについて行うと規定し、公職選挙法二一条一項も、右登録は住民票が作成された日から引き続き三箇月以上当該市町村の住民基本台帳に記載されている者について行うと規定しており、これらの規定によれば、住民票に特定の住民の氏名等を記載する行為は、その者が当該市町村の選挙人名簿に登録されるか否かを決定付けるものであって、その者は選挙人名簿に登録されない限り原則として投票をすることができない(同法四二条一項)のであるから、これに法的効果が与えられているといえることができる。しかし、住民票に特定の住民と世帯主との続柄がどのように記載されるかは、その者が選挙人名簿に登録されるか否かには何らの影響も及ぼさないことが明らかであり、住民票に右続柄を記載する行為が何らかの法的効果を有すると解すべき根拠はない。したがって、住民票に世帯主との続柄を記載する行為は、抗告訴訟の対象となる行政処分には当たらないものといえるべきである。」

上記平成11年判例は、住民票に法定の事項を記載するのは公証行為であるという。公証行為というのは講学上の概念であり、この判決がいうように、公の権威をもって特定の事実関係又は法律関係の存否を証明し、それに公の証拠力を与えるものであり、それ単独では当該行政庁の認識を示すだけであって、具体的な法律効果を有するものではないが、それに何らかの法的な効果が結びつけられていることも少なくない(この法律効果は当該行政庁の意思にかかわらず発生することから、

このような行為は準法律行為的行政行為と称される)。なお、転入届の受理が処分に該当するとした最高裁平成15年6月26日判決(判例時報1831号94頁)は前回紹介した。

また、上記平成11年判例と同様の考え方によって、いまだ住民票が作成されていない2歳の子について「嫡出子又は嫡出でない子」の別を記載する欄を空欄として父からなされた届出(法律上の届出義務者は母である)を受理しないとした応答は処分に該当しないとした判例(最高裁平成21年4月17日判決(判例時報2055号35頁))もある。

5 水道料金を定める条例の制定

水は住民の日常生活に欠かせないものであり、その供給は市町村の基本的な責務の一つであるといえることができる。水道についての基本法である水道法14条1項は「水道事業者は、料金、給水装置工事の費用の負担区分その他の供給条件について、供給規程を定めなければならない。」としているが、水道のための施設は自治法244条1項の公の施設であるとされ(最高裁平成18年7月14日判決(判例時報1947号45頁))、その料金は条例で定めることが必要となる(自治法228条)。この結果、このような水道の利用関係が公法上のものか私法上のものが問題となるが、最高裁(平成15年10月10日決定(新版水道関係判例集113頁))は、自治体と需要者との水道供給契約は私法上の契約であるとした東京高裁平成13年5月22日判決(上掲判例集111頁)を維持している。上掲平成18年判例は、水道料金の決定については不当な差別的取扱いの禁止を定めた自治法244条3項が適用され、水道料金を改定する条例中、不当な差別に該当する値上げを定める部分は無効であるとしながら、水道料金を改定する条例の制定は処分に

該当しないとして、次のように述べる。

「本件別表の無効確認を求める被上告人らの訴えは、本件改正条例の制定行為が抗告訴訟の対象となる行政処分当たることを前提に、行政事件訴訟法3条4項の無効等確認の訴えとして、本件改正条例により定められた本件別表が無効であることの確認を求めるものである。しかしながら、抗告訴訟の対象となる行政処分とは、行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為をいうものである。本件改正条例は、旧高根町が営む簡易水道事業の水道料金を一般的に改定するものであって、そもそも限られた特定の者に対してのみ適用されるものではなく、本件改正条例の制定行為をもって行政庁が法の執行として行う処分と実質的に同視することはできないから、本件改正条例の制定行為は、抗告訴訟の対象となる行政処分には当たらないといふべきである。」

6 市営の老人福祉施設を民間に譲渡する際における応募者に対する契約を締結しない旨の通知

公の施設の管理については、設置者が自ら行う以外の方法として、法人その他の団体に行わせる指定管理者の方式（自治法244条の2第3項）が法定されているが、当該施設を事業者に譲渡した上で、契約によって当該施設を長期的に運営することを義務づけることも可能である。後者の方式による場合であっても、手続の透明性を確保し、適正な選定を行うために契約の相手方を公募することが多いと思われる。施設の建物を有償で譲渡し、その敷地の土地を無償で貸し付けるという方式による民間移行のために行われた公募について、原審が「指定管理者方式を採用場合には原則として指定管理者の候

補者を公募することとされているから、本件募集要綱を定めて本件募集を行ったのは指定管理者方式を参考にしたものと推認され、より慎重に受託事業者を選定する必要がある施設譲渡方式においては公募によることが地方自治法の解釈上要求されているものと解される。以上によれば、本件募集は法令の定めに基づいてされたものということができ、本件募集に応募した者には本件募集要綱に従って適正に選定を受ける法的利益があり、本件通知はこの法的利益を制限するものであるから行政処分性がある。」としたのに対して、最高裁判平成23年6月14日判決（裁判所ウェブサイト）は次のように述べて、公募に対する応答は処分に該当しないとした。

「本件民間移管は、上告人と受託事業者との間で、上告人が受託事業者に対し本件建物等を無償で譲渡し本件土地を貸し付け、受託事業者が移管条件に従い当該施設を老人福祉施設として経営することを約する旨の契約（以下「本件契約」という。）を締結することにより行うことが予定されていたものといふべきである。本件募集要綱では、上告人は受託事業者の決定後においても移管条件が遵守される見込みがないと判断するときはその決定を取り消すことができることとされており、本件契約においても、これと同様の条項が定められれば解除権が留保されるほか、本件土地の貸付けには、公益上の理由による解除権が留保されており（地方自治法238条の5第4項、238条の4第5項）、本件土地の貸付け及び本件建物等の無償譲渡には、用途指定違反を理由とする解除権が留保され得るが（同法238条の5第6項、7項）、本件契約を締結するか否かは相手方の意思に委ねられているのであるから、そのような留保によ

って本件契約の契約としての性格に本質的な変化が生ずるものではない。

そして、本件契約は、上告人が価格の高低のみを比較することによって本件民間移管に適する相手方を選定することができる性質のものではないから、地方自治法施行令167条の2第1項2号にいう『その他の契約でその性質又は目的が競争入札に適しないもの』として、随意契約の方法により締結することができるのである。また、紋別市公の施設に係る指定管理者の指定手続に関する条例及び同条例施行規則は、上告人の設置する公の施設に係る地方自治法244条の2第3項所定の指定管理者の指定の手続について定めたものであって（同条例1条参照）、本件契約の締結及びその手続につき適用されるものではない。そうすると、本件募集は、法令の定めに基づいてされたものではなく、上告人が本件民間移管に適する事業者を契約の相手方として選考するための手法として行ったものである。

以上によれば、紋別市長がした本件通知は、上告人が、契約の相手方となる事業者を選考するための手法として法令の定めに基づかずに行った事業者の募集に応募した者に対し、その者を相手方として当該契約を締結しないこととした事実を告知するものにすぎず、公権力の行使に当たる行為としての性質を有するものではないと解するのが相当である。したがって、本件通知は、抗告訴訟の対象となる行政処分には当たらないといふべきである（最高裁昭和33年（オ）第784号同35年7月12日第三小法廷判決・民集14巻9号1744頁、最高裁昭和42年（行ツ）第52号同46年1月20日大法廷判決・民集25巻1号1頁参照）。」