

# 行政処分の意味(その1)

橋本 勇 弁護士

判例は、ある行為が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ま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しながら、具体的な判断においては、抗告訴訟の対象とすべきであるか否かを基準として、当該行為が処分に該当するか否かを判断しているようにも思われる。すなわち、理論的には当該行為の処分該当性の判断が先行し、それが抗告訴訟の対象となるかどうかはその後に判断されるべきものであるにもかかわらず、抗告訴訟によって救済すべきであるから処分に該当するという判断がなされているケースが多いように思われる。

今回は、判例が処分に該当するとしたものを取り上げ、次回は該当しないとしたものを取り上げて考えることとする。

## 1 土地区画整理事業計画の決定

最高裁昭和39年10月29日判決(判例時報395号20頁)は、処分を「直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているもの」と定義しており、最高裁大法廷昭和41年2月23日判決(判例時報436号14頁)が、土地区画整理事業計画は事業の青写真にすぎないのでそれが決定されたというだけでは「訴訟事件としてとりあげるに足るだけの事件の成熟性を欠く」としていたが、市町村が行う土地区画整理事業計画の決定についての最高裁大法廷平成20年9月10日判決(判例時報2020号18頁)は、この昭和41年の大法廷判決を変更して、その決定は相手方の「法的地位に直接的な影響が生ずる」から、処分に該当するとされたことは前回紹介した。

この判例変更は、昭和41年判例が土地区画整理事業決定一般についての判示であると理解されるため、その一種である市町村が行う土地区画整理事業の決定が処分であるというためになされたのであるが(この判例変更の射程は市町村以外の者が行う土地区画整理

事業決定には及ばない)、この判例変更がなされる前である平成4年11月26日になされた最高裁判決(判例地方自治108号59頁)は、次のように述べて、都市計画法の第2種市街地再開発事業計画の決定は処分に該当するとしていた。

「再開発事業計画の決定は、その公告の日から、土地収用法上の事業の認定と同一の法律効果を生ずるものであるから(同法二六条四項)、市町村は、右決定の公告により、同法に基づく収用権限を取得するとともに、その結果として、施行地区内の土地の所有者等は、特段の事情のない限り、自己の所有地等が収用されるべき地位に立たされることとなる。しかも、この場合、都市再開発法上、施行地区内の宅地の所有者等は、契約又は収用により施行者(市町村)に取得される当該宅地等につき、公告があった日から起算して三〇日以内に、その対償の払渡しを受けることとするか又はこれに代えて建築施設の部分の譲受け希望の申出をするかの選択を余儀なくされるのである(同法一一八条の二第一項一号)。

そうであるとする、公告された再開発事業計画の決定は、施行地区

内の土地の所有者等の法的地位に直接的な影響を及ぼすものであって、抗告訴訟の対象となる行政処分当たると解するのが相当である。」

この平成4年判例は、前記平成20年判例と同様、前記昭和39年判例がいう「直接国民の権利義務を形成したはその範囲を確定することが法律上認められているもの」という表現によることなく、相手方の「法的地位に直接的な影響」を及ぼすものは処分に当たるとするのであり、この段階で前記昭和39年判例が述べる一般論は実質的に変更されていた（昭和39年判例の事案はごみ焼場設置条例無効確認訴訟であり、平成4年判例とは事案を異にするので判例変更の手続きが不要であった）といえることができるように思われる。

## 2 住民基本台帳法に基づく転入届の受理

最高裁平成11年1月21日判決（判例時報1675号48頁）は、住民票への記載と選挙人名簿の関係指摘するが、その観点から、転入届を提出した者について、市町村長はその届出を受理し、住民票を作成する義務があるとし、宗教団体A（改称前の名称、〇教）の信者からの転入届を受理しなかったことが違法であるとして、当該届出の不受理処分を取り消した判例（最高裁平成15年6月26日判決（判例時報1831号94頁））がある。

## 3 2項道路の指定

また、建築基準法42条2項の規定により同条1項の道路とみなされる道路（「2項道路」と称される）の指定の告示が処分に該当するとした判例（最高裁平成14年1月17日判決（判例時報1777号40頁））は、その理由を次のように述べて、当該告示によって個人の権

利義務に直接的な影響が生ずることを指摘している。

「本件告示によって2項道路の指定の効果が生じるものと解する以上、このような指定の効果が及ぶ個々の道は2項道路とされ、その敷地所有者は当該道路につき道路内の建築等が制限され（法44条）、私道の変更又は廃止が制限される（法45条）等の具体的な私権の制限を受けることになるのである。そうすると、特定行政庁による2項道路の指定は、それが一括指定の方法でされた場合であっても、個別の土地についてその本来的な効果として具体的な私権制限を発生させるものであり、個人の権利義務に対して直接影響を与えるものといえることができる。」

## 4 行政指導（医療法30条の7に基づく勧告）

「直接国民の権利義務を形成したはその範囲を確定することが法律上認められているもの」ということと「法的地位に直接的な影響」を及ぼすこととの違いは微妙であるが、最高裁平成17年7月15日判決（判例時報1905号49頁）は、更に進んで、法的拘束力がないことが明らかである行政指導（行政手続法2条6号）であっても処分に該当することがあるとして、次のように述べていた。

「(1) 医療法は、病院を開設しようとするときは、開設地の都道府県知事の許可を受けなければならない旨を定めているところ（7条1項）、都道府県知事は、一定の要件に適合する限り、病院開設の許可を与えなければならないが（同条3項）、医療計画の達成の推進のために特に必要がある場合には、都道府県医療審議会の意見を聴いて、病院開設申請者等に対し、病院の開設、病床数の増

加等に関し勧告することができる（30条の7）。そして、医療法上は、上記の勧告に従わない場合にも、そのことを理由に病院開設の不許可等の不利益処分がされることはない。

他方、健康保険法（平成10年法律第109号による改正前のもの）43条ノ3第2項は、都道府県知事は、保険医療機関等の指定の申請があった場合に、一定の事由があるときは、その指定を拒むことができると規定しているが、この拒否事由の定めの中には、「保険医療機関等トシテ著シク不適当ト認ムルモノナルトキ」との定めがあり、昭和62年保険局長通知において、「医療法第三十条の七の規定に基づき、都道府県知事が医療計画達成の推進のため特に必要があるものとして勧告を行ったにもかかわらず、病院開設が行われ、当該病院から保険医療機関の指定申請があった場合にあっては、健康保険法四十三条ノ三第二項に規定する『著シク不適当ト認ムルモノナルトキ』に該当するものとして、地方社会保険医療協議会に対し、指定拒否の諮問を行うこと」とされていた（なお、平成10年法律第109号による改正後の健康保険法（平成11年法律第87号による改正前のもの）43条ノ3第4項2号は、医療法30条の7の規定による都道府県知事の勧告を受けてこれに従わない場合には、その申請に係る病床の全部又は一部を除いて保険医療機関の指定を行うことができる旨を規定するに至った。）。

(2) 上記の医療法及び健康保険法の規定の内容やその運用の実情に照らすと、医療法30条の7の規定に基づく病院開設中止の勧告は、医療法上は当該勧告を受けた者が任意にこれに従うことを期待してされる行政指導として定められているけれど

も、当該勧告を受けた者に対し、これに従わない場合には、相当程度の確実さをもって、病院を開設しても保険医療機関の指定を受けることができなくなるという結果をもたらすものということができる。そして、いわゆる国民皆保険制度が採用されている我が国においては、健康保険、国民健康保険等を利用しないで病院で受診する者はほとんどなく、保険医療機関の指定を受けずに診療行為を行う病院がほとんど存在しないことは公知の事実であるから、保険医療機関の指定を受けることができない場合には、實際上病院の開設自体を断念せざるを得ないことになる。このような医療法30条の7の規定に基づく病院開設中止の勧告の保険医療機関の指定に及ぼす効果及び病院経営における保険医療機関の指定の持つ意義を併せ考えると、この勧告は、行政事件訴訟法3条2項にいう「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に当たると解するのが相当である。後に保険医療機関の指定拒否処分の効力を抗告訴訟によって争うことができるとしても、そのことは上記の結論を左右するものではない。」

この判決は最高裁第二小法廷によるものであるが、その直後の同年10月25日には最高裁第三小法廷が病床数削減の勧告も行政処分に該当するとの判決をしており(判例時報1920号32頁)、その判決において、藤田宙靖裁判官は従来の伝統的な考え方との関係について次の補足意見を述べている。

「1 医療法30条の7の規定による開設中止勧告は、病院の開設許可等や医療法に基づく手続の関係では、行政指導としての性質を有するに止まり、名宛人の法律上の地位ないし権利義務に具体的な影響を及ぼすも

のではないこと、また、中止勧告がなされたとしても、名宛人の保険医療機関指定申請が当然に拒否されるという法律上の構造とはなっておらず、中止勧告が発せられれば、指定申請が拒否される可能性が高いとしても、それは事実上の問題に過ぎないのであって、勧告が直接国民の権利義務を形成またはその範囲を確定するものとは言えないことは、原審判決の指摘するとおりである。従って、「従来公式」を、機械的に当てはめるとすれば、本件勧告に「行政庁の処分」としての性質を認めることはできないという結論が導かれることになるのであって、この意味において、原審判決が判示するところにも、理由が無いわけではない。

ところで、「従来公式」においては、行政事件訴訟法3条にいう「行政庁の処分」とは、実質的に講学上の「行政行為」の概念とほぼ等しいものとされているものであるところ、このような行為のみが取消訴訟の対象となるとされるのは、取消訴訟とはすなわち、行政行為の公定力の排除を目的とする訴訟である、との考え方がなされているからに他ならない。そしてその前提としては、行政活動に際しての行政主体と国民との関わりは、基本的に、法律で一般的に定められたところを行政庁が行政行為によって具体化し、こうして定められた国民の具体的な権利義務の実現が強制執行その他の手段によって図られる、という形で進行するとの、比較的単純な行政活動のモデルが想定されているものということができる。しかしいうまでもなく、今日、行政主体と国民との相互関係は、このような単純なものに止まっているわけではなく、一方で、行政指導その他、行政行為としての性質

を持たない数多くの行為が、普遍的かつ恒常的に重要な機能を果たしていると共に、重要であるのは、これらの行為が相互に組み合わされることによって、一つのメカニズム(仕組み)が作り上げられ、このメカニズムの中において、各行為が、その一つ一つを見たのでは把握し切れない、新たな意味と機能を持つようになっている、ということである。本件における医療法30条の7の規定に基づく勧告についても、まさにそういったことが指摘され得るのであって、法廷意見が4(2)において述べるのは、まさにこの趣旨である。ところが、先に見た当審判例における「従来公式」は、必ずしもこういった事実を前提としているものとは言い難いのであって、従って、本件においてこれを採用するのは、適当でないものというべきである。

2 なお、医療法30条の7による勧告を、行政事件訴訟法3条にいう「処分」であるとして性格付けたとき、それでは、この勧告は、いわゆる公定力を有することになり、取消訴訟以外の方法によって、その適法性を争うことはできないのか、また、取消訴訟の出訴期間の適用を受け、これを徒過した場合には、もはや出訴の道を塞がれることになるのか(例えば、本件において、勧告自体を直接に争うことなく、後に、保険医療機関の指定拒否処分の効力を抗告訴訟で争うこととした場合、この後の訴訟においては、もはや、勧告の違法性を主張することはできないのか)が問題となる。法廷意見も明示するとおり、この勧告それ自体の性質が行政指導であることは、否定するべくもないから、それは、相手方に対する法的拘束力を持たず、従って又、理論的に厳密な意味での(最

も狭い意味での) 公定力を有するものではない。しかし、行政事件訴訟法の定めるところに従い取消訴訟の対象とする以上は、この行為を取消訴訟外において争うことはやはりできないものというべきであって、こうした取消訴訟の排他的管轄に伴う遮断効は(これを公定力の名で呼ぶか否かはともかく)否定できないものというべきである。もっとも、従来の判例学説上、一般に行政指導は「処分」ではないとされて来たから、これを専ら取消訴訟で争うべきものとするのは、国民に不測の不利益をもたらしかねない、という側面があることを否定できない。しかし、この勧告につき処分性が認められることになれば、今後は、通常の場合、当事者において、まずはその取消訴訟を通じて問題の解決が図られることになるものと予想される外、必要に応じ、行政事件訴訟法46条に定める行政庁の教示義務、出訴期間等徒過についての「正当な理由」条項(同法14条1項及び2項における各ただし書を参照)等の活用がなされることにより、対処することが可能であると考えられる。」

## 5 公の施設(保育所)の設置条例を廃止する条例の制定

ところで、立法府の立法行為は処分に該当しないことは前回述べたとおりであるが、地方議会による立法である条例の制定(廃止)が行政庁の処分に該当することがあるというのが判例(最高裁平成21年11月26日判決(判例時報2063号3頁))である。

「市町村は、保護者の労働又は疾病等の事由により、児童の保育に欠けるところがある場合において、その児童の保護者から入所を希望する

保育所等を記載した申込書を提出しての申込みがあったときは、希望児童のすべてが入所すると適切な保育の実施が困難になるなどのやむを得ない事由がある場合に入所児童を選択することができること等を除けば、その児童を当該保育所において保育しなければならないとされている(児童福祉法24条1項~3項)。平成9年法律第74号による児童福祉法の改正がこうした仕組みを採用したのは、女性の社会進出や就労形態の多様化に伴って、乳児保育や保育時間の延長を始めとする多様なサービスの提供が必要となった状況を踏まえ、その保育所の受入れ能力がある限り、希望どおりの入所を図らなければならないこととして、保護者の選択を制度上保障したものと解される。そして、前記のとおり、被上告人においては、保育所への入所承諾の際に、保育の実施期間が指定されることになっている。このように、被上告人における保育所の利用関係は、保護者の選択に基づき、保育所及び保育の実施期間を定めて設定されるものであり、保育の実施の解除がされない限り(同法33条の4参照)、保育の実施期間が満了するまで継続するものである。そうすると、特定の保育所で現に保育を受けている児童及びその保護者は、保育の実施期間が満了するまでの間は当該保育所における保育を受けることを期待し得る法的地位を有するものということができる。

ところで、公の施設である保育所を廃止するのは、市町村長の担当事務であるが(地方自治法149条7号)、これについては条例をもって定めることが必要とされている(同法244条の2)。条例の制定は、普通地方公共団体の議会が行う立法作用に属す

るから、一般的には、抗告訴訟の対象となる行政処分に当たるものでないことはいうまでもないが、本件改正条例は、本件各保育所の廃止のみを内容とするものであって、他に行政庁の処分を待つことなく、その施行により各保育所廃止の効果を発生させ、当該保育所に現に入所中の児童及びその保護者という限られた特定の者らに対して、直接、当該保育所において保育を受けることを期待し得る上記の法的地位を奪う結果を生じさせるものであるから、その制定行為は、行政庁の処分と実質的に同視し得るものということができる。

また、市町村の設置する保育所で保育を受けている児童又はその保護者が、当該保育所を廃止する条例の効力を争って、当該市町村を相手に当事者訴訟ないし民事訴訟を提起し、勝訴判決や保全命令を得たとしても、これらは訴訟の当事者である当該児童又はその保護者と当該市町村との間でのみ効力を生ずるにすぎないから、これらを受けた市町村としては当該保育所を存続させるかどうかについての実際の対応に困難を来すことにもなり、処分の取消判決や執行停止の決定に第三者効(行政事件訴訟法32条)が認められている取消訴訟において当該条例の制定行為の適法性を争い得るとすることには合理性がある。」

この判例も、「処分の取消判決や執行停止の決定に第三者効(行政事件訴訟法32条)が認められている取消訴訟において当該条例の制定行為の適法性を争い得るとすることには合理性がある。」としていることからわかるように、理論的な観点よりも実際の必要性、有益性に重きを置いた判断をしており、前掲平成17年の2つの判例と相通じるものがあるように思われる。☪