

## 研究ノート

# 行政法教育における難しさ ——「処分性」を例にして——

椎名 慎太郎

### はじめに

筆者は2004年から2010年まで大学院法務研究科専任教員として、行政法と環境法を教えてきた。その後も非常勤講師として同じ科目を教えている。自分自身が司法試験を受けた経験がなく、また、行政法という科目は、一時は選択科目にも入っていない時期もあって、司法試験に向けてどのように教育をしたらよいか、当初は迷うばかりであった。2年程が経過するうちに、なんとなく教え方が分るようになった気になり、いつのまにか10年の歳月が経過した。しかし、本音を言えば、いまだにどう教えたらいいか十分納得していないことがある。その大半は筆者自身の不勉強によるものであろうが、そればかりではない部分もあるのではないか。とくに、抗告訴訟の訴訟要件の一つである「処分性」という概念をどう教えたらよいか、積年の疑問を今回、研究ノートとしてまとめることで、問題提起を試みたい。

学生が行政法の授業にとまどうのは、民法や刑法という中心になる法典がなく、いきなり風俗営業法や建築基準法などの個別法が素材となることだ。しかも、それを理論化するための道具としての法概念は、ここで取り上げる処分性のように、事件が個別具体的である反面、かなり抽象度が高い。これも行政法を難しく感じる理由ではないか。

処分性を取り上げるのには、二つ理由がある。一つは、定型的概念から外れ

る事例ほど問題に出やすい、逆にいえば、定型的概念が問題になることはほぼありえないことである。そこで、学生たちには、処分性の定義にぴたりとあてはまる核心部分と、それをとりまく曖昧さをもった外周という図を描いてみせて、その外周部分にあたる判例をしっかりと理解しなければならないのだと教えている。これは、きわめてファジーな仕事である。

第二に、最高裁判例ではこの法概念が拡大傾向にあり、それと関係があるか否かさだかではないが、最近の司法試験問題に連続して出題されていることである。この点は第2章で説明することにする。

なお、以下の記述では敬称を略させていただく。

## 1 行政処分の核心部分とその拡大

### (1) 処分性の定型的概念を示す判決

本稿では、筆者の従来<sup>(1)</sup>の考え方に従い、「行政行為」という学問上の用語は原則として使わず、実定法用語に近い「行政処分」と言うことにするが、この行政処分の定型的定義として学生たちに教えるのは、最判昭和39年10月29日のごみ焼却場の設置行為を行政処分ではないとした事例における定義である。

事件の経過は次の通りである。<sup>(2)</sup>1957年に東京都(Y)が大田区にごみ焼却場を設置する計画を決定してこれを広報に記載して建築請負契約を締結したところ、近隣住民9名が、この設置場所の選定が環境衛生上最も不適当な土地になされていて清掃法に違反し、ばい煙・悪臭などによって保健衛生上重大な脅威を受け、かつ経済上多大の損失を被るとして、東京都によるごみ焼却場設置の一連の行為の無効を求める訴訟を提起した。第一審、控訴審ともに一連の設置行為は公権力の行使に当たらないとして、その処分性を否定し、訴えを却下した。最高裁も以下のような論理で上告を棄却した。

---

(1) 筆者の従来からの考え方については、椎名ほか著『ホーンブック新行政法』3改訂版、北樹出版2010年89頁参照。

(2) 以下、『行政判例百選』6版2012年156事件の北原仁の解説を参考にした。

「行政事件訴訟特例法1条にいう行政庁の処分とは、所論のごとく行政庁の法令に基づく行為のすべてを意味するものではなく、公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によって、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をいうものであることは、当裁判所の判例とするところである。(中略) 本件ごみ焼却場は、Yがさきに私人から買収したY所有の土地の上に、私人との間に対等の立場に立って締結した私法上の契約により設置されたものであるというのであり、原判決がYにおいて本件ごみ焼却場の設置を計画し、その計画案を都議会に提出した行為はY自身の内部的な手続行為に止まると解するのが相当であると判断は、是認できる」。

この判決の「公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によって、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」という部分は、法科大学院の学生たちが必ず暗記して置くべき定型的定義である。

ただし、この判決については次の2点を指摘する必要がある。第一に、これは、ごみ焼却場の設置行為が行政処分には当たらないという、処分性否定例であることである。授業でもこのことは学生たちに注意を促すのであるが、ある法概念に該当しないという論理を組み立てる場合には、当該法概念の外延についてはできる限り切り詰めて、ここに含まれるもの以外は、それに当たらないとする論法が分りやすい。しかし、それ故に、その外延の周辺にある、灰色領域については別の考え方をしなければならない場合が多いということでもある。もちろん、この定型的定義になんとかはめこむことが可能な事例もあるが、むしろ問題になるのは、それがかなり難しいか、不可能な事案である。

第二に、この判決のうち、今日の通説的法理論から見て、前記引用では省略した部分にかなり問題があることである。判決は次のように言う。

「……そして、かかる行政庁の行為は、公共の福祉の維持、増進のために、法の内容を実現することを目的とし、正当の権限ある行政庁により、法に準拠

してなされるもので、社会公共の福祉に極めて関係の深い事柄であるから、法律は、行政庁の右のような行為の特殊性に鑑み、一方このような行政目的を可及的速やかに達成せしめる必要性と、他方これによって権利、利益を侵害された者の法律上の救済を図ることの必要性とを勘案して、行政庁の右のような行為は仮りに違法なものであっても、それが正当な権限を有する機関により取り消されるまでは、一応適法性の推定を受け有効として取り扱われるものであることを認め、これによって権利、利益を侵害された者の救済については、通常の民事訴訟の方法によることなく、特別の規定によるべきこととしたのである」。

350字以上にわたる文章がコンマだけで、一続きという、裁判判決に典型的な悪文である。それはともかく、問題なのは、一つには、「適法性の推定」という、旧憲法下のような文言が登場していることである。これは単なる用語の使用に関する言いがかりではない。この判決は、この一続きの文章で行政処分には「公定力」があることを説明している。これは、その後の行政法理論の発展の中で否定された、行政処分には公定力があるから取消訴訟という排他的手続によらなければならないという考え方を前提にしている。この考え方では、なぜ公定力があるかという、行政処分はその成立によってそれ自体「適法性の推定」を受けるからであるということになる。では、なぜ「適法性の推定」を受けるのかという、旧憲法下であれば、「天皇に奉仕する官吏は、臣民に対して命令できるのが当然だ」という説明になるだろう。だが、国民主権の現行憲法ではこの説明は通らない。今日、この考え方は、北原仁が説明するように「行政行為には公定力が伴うからこれを争うには取消訴訟によらなくてはならないのではなく、公権力性を排除するために取消訴訟という制度（取消訴訟の排他性）を設けたがゆえに、公定力が生じた<sup>(3)</sup>と考える」というように、公定力を訴訟制度の反射的效果として把握するようになっている。

---

(3) 同・325頁。

公定力の理解は、行政法理論でも、かなり難しいもののひとつである。筆者が参加していた「山梨実務判例研究会」（甲府地裁、県弁護士会、山梨学院大学法学部などで結成）で、地裁に司法修習に来ていた修習生が住民訴訟を事例に判例研究報告をした際に、行政処分たる先行行為とそれに続く財務会計行為の関係を、「行政処分には公定力があるから適法性の推定を受けるがゆえに、先行行為に重大明白な違法性がないかぎり、後行の財務会計行為を違法とすることができない」と説明したので、それは今日の公定力の理解とは違うとかなり説明したのだが、当の修習生はもちろん、裁判所のメンバーにも十分な理解を得られなかった記憶がある。これは、当時の筆者自身の公定力の理解が十分に整理されたものではなかったことに責任があり、筆者の反省材料ではあるのだが、このような実体的公定力の観念が実務家の中に根強くあることは稲葉一将が指摘する通りである<sup>(4)</sup>。

以上のように、この判決は行政事件訴訟特例法時代の遅れた考え方を基礎としており、学生たちが暗記している定型的定義の部分にはひとまず問題がないとはいえ、ここで言われる「行政庁の処分」の実質が、やや古臭く感じられることは事実である。

## (2) 定型を外れる「処分性」の肯定例

下井康史は、行政処分に当たる定型的定義の特質を、[1] 法的効果性、[2] 個別具体性（直接具体性・終局性・成熟性）、[3] 外部性（対外性）、[4]（公）権力性、の4点に分ける説明にしたがい、各々の特質がないにもかかわらず、処分性が肯定された近年の最高裁判決を挙げ、分析している<sup>(5)</sup>。以下、[1]～[4]の特質について、処分性が問題となった近年の最高裁判例を下井の記述を中心に概観してみる。なお、下井はより多くの判例を挙げてい

(4) 稲葉「処分性の拡大と権利利益救済の実効性」法律時報82巻8号2010年。

(5) 下井「『処分性』拡張と処分性概念の変容」法律時報85巻10号2013年。



るが、ここでは拙論の論旨に関係するものを中心に、9例を挙げることにする。

### [1] 法的効果性

この範疇に入る最高裁判例の代表例は、①最判平成16年4月16日の、検疫所長が交付した食品衛生法違反通知の処分性が争われた事件<sup>(6)</sup>、②最判平成17年4月14日の、登録免許税過誤納金がある旨の請求について登記官がした拒否通知の処分性が争われた事件<sup>(7)</sup>、そして、③医療法30条の7（現行法では30条の11）を根拠とする病院開設中止勧告に処分性を認めた最判平成17年7月15日<sup>(8)</sup>、④土壤汚染対策法3条2項に基づく通知に関する最判平成24年2月3日<sup>(9)</sup>である。なお、判例の丸囲み数字は、以下⑨まで含めて筆者が付したものである。

①判決について下井は、この通知が「平成15年改正前の食品衛生法16条（現27条）に基づく食品等輸入届出に対してなされるものだが、通知についての根拠が法律になく、行政規則にしかなかったこと、輸入申告に係る食品につき、食品衛生法不適合を理由とする不許可が予定されていること（関税法70条3項）からすると、法的効果性欠如による処分性否定が従来の公式に適う」と言う。だが「最高裁は、この通知が、輸入届出をした者に対してなされる応答であり、輸入届出の手続が完了したことを証する届出済証を交付しない旨の決定であるとし、そして、同通知が交付されると、その相手方は、関税法70条2項による『検査の完了または条件の具備』の確認が受けることができなくなり、その結果、当該食品の輸入許可も受けられなくなることを理由に、同通知は食品衛生法16条に根拠があり、かつ、輸入許可を受けられなくなるという『法的効力』<sup>(10)</sup>を有するとして、その処分性を肯定した」のであるとする。

---

(6) 西田幸介「判批」ジュリスト重判平成16年44～45頁。

(7) 北見宏介「判批」『行政判例百選』6版168事件。

(8) 角松生史「判批」『行政判例百選』6版167事件。

(9) 桑原勇進「判批」ジュリスト重判平成24年43頁。

(10) 下井、前掲12頁。

従前の判決が、旧関税定率法21条3項による、輸入申告に係る貨物が輸入禁制品である旨の通知の実質が最終決定であることに求めていたのに対して、この判決は、通知が最終的決定を前倒しする判断であった点を重視したと考えられる。この「判断の前倒し」という考え方は、近年の最高裁判決に見られる処分性拡張の顕著な傾向である。

②判決は、登録免許税の過誤納金取り戻しについて、登録免許税法31条2項に基づき、同条1項に規定する過誤納付金がある旨の（納税地の税務署長あての）通知をなすべき申請に対する拒否通知の処分性が争われた事件である。この事件はやや複雑な制度的背景がある。登録免許税は、不動産等の登記をする場合などに、国の登記官を通じて納める税金である。この登録免許税については、納税義務は登記の時に成立し、納付すべき税額は納税義務の成立と同時に特別の手續を要しないで確定することになっている（国税通則法15条2項12号、3項5号）。これは申告納税方式または賦課課税方式のいずれかを基本とする国税通則法16条の例外をなしている。「通知をなすべき申請」は、要するに過大に支払った登録免許税の還付申請である。この制度は、申請権は31条2項に規定されているが、これに対する応答についてはなんら規定がない。これは、この税額が自動的に確定することになっているから、課税行為も、申告に関する更正決定も介在しないと考えられているからである。しかし、現実には、納付した税額に不足がある場合には、登記機関がその旨の通知を税務署長宛に通知して不足額が徴収されることになるし、登記機関が31条2項の申請によって過誤納付金があると判断すれば、還付をすべき通知がなされる。そこには、行政処分に相当する判断行為が介在する。そこで、不足税額の認定も31条2項による申請拒否も「行政処分として把握して、これを取消訴訟のルートに乗せようという考え方が有力に主張されてきた<sup>(11)</sup>」のである。

この過誤納付金還付請求については、不当利得返還請求訴訟で救済を受ける

---

(11) 首藤重幸「判批」ジュリスト重判平成8年40頁。

べきものとされてきたが、②判決は、これと並行して、登記機関の拒否通知を行政処分と認め、この制度が「簡易迅速に還付を受けることができる地位を保障している」とした。「簡易迅速」というのは、この「通知をなすべき請求」が登記等を受けた日から1年が経過するまでになすべきものと規定されているからである。これについては、これを行政処分と認めた場合に、並行して不当利得返還請求訴訟が出来ることが取消訴訟の排他性という原則に反するのではないかという疑問がありうるが、最高裁判決はいずれの方法も認めている。この点の詳細は、本稿では省略する<sup>(12)</sup>。

③判決については、次章の平成20年の司法試験問題との関係で説明することにする。

④判決は、法3条2項の「通知」の処分性が争点になった事件である<sup>(13)</sup>。訴外Aは原告Xから賃借した土地に土対法3条1項所定の有害物質使用特定施設を設置していたが、Y市の市長は平成20年4月17日に本件施設の廃止を確認したので、同年8月21日付でXに対して法3条2項に基づく通知を行った。これに対してXがこの通知の取消を求めて出訴した。第一審は次のような論理で処分性を否定した。①調査報告義務は3条1項により生じており、2項通知はこの義務を知らせるに過ぎない、②通知を受けただけでは調査報告義務を強制されることはなく、任意履行することを期待されるにとどまる、③3項命令を争うことで救済としては十分である、④以上のことから、第1審判決は、法は3項命令を受けた時にこれを争わせることとし、2項通知を行訴法の対象から外していると解した。これに対して第二審は処分性を認めたので、Yが上告した。

「その通知を受けた当該土地の所有者等は、法3条1項ただし書所定の都道府県知事の確認を受けたときを除き、当該通知を受けた日から起算して原則と

---

(12) この点については、高世三郎「時の判例」ジュリスト1300号2005年11月1日参照。

(13) 以下の論述につき、ジュリスト重判平成24年及び『民事判例V—2012年前期』所載の桑原勇進評釈を参考にした。



して120日以内に、当該土地の土壌の法2条1項所定の特定有害物質による汚染の状況について、環境大臣が指定する者に所定の方法により調査させて、都道府県知事に所定の様式による報告書を提出してその結果を報告しなければならない（法3条1項、同施行規則1条2項2号、3項、2条）。これらの法令の規定によれば、法3条2項による通知は、通知を受けた当該土地の所有者等に上記の調査及び報告の義務を生じさせ、その法的地位に直接的な影響を及ぼすものというべきである。

都道府県知事は、法3条2項による通知を受けた当該土地の所有者等が上記の報告をしないときは、その者に対しその報告を行うべきことを命ずることができ（同条3項）、その命令に違反した者については罰則が定められているが（平成21年法改正前の法38条・現行法65条）、その報告の義務自体は上記通知によって既に発生しているものであって、その通知を受けた当該土地の所有者等は、これに従わずに上記の報告をしない場合でも、速やかに法3条3項による命令が発せられるわけではないので、早期にその命令を対象とする取消訴訟を提起することができるものではない。そうすると、実効的な権利救済を図るという観点から見ても、同条2項による通知がされた段階で、これを対象とする取消訴訟の提起が制限されるべき理由はない。」

第一審の理由①は3条1項の読み方として問題がある。土地所有者等については、2項の通知があつて初めて義務が生ずるように規定されているからである。たしかに2項通知そのものには罰則がついていないが、3項命令まで待たなければ争えないとするのは、土地所有者等の地位を不当に不安定なものとする可能性が強い。ただし、調査義務不存在確認訴訟で争う可能性はある。最判は3項命令前に、2項通知段階で、取消訴訟で争うことが救済に資すると考えた。処分性に関する最近の判例の傾向（先に挙げた①最判平成16年4月26日判決など）に沿う判決といえよう。

[2] 個別具体性（直接具体性・終局性・成熟性）

この範疇に入るのは、条例制定のような規範定立行為と土地区画整理事業のような計画策定行為である。前者には、典型例として、横浜市立保育所の一部を廃止することを定めた条例に処分性を認めた⑤最判平成21年11月26日<sup>(14)</sup>がある。下級審では、山梨県旧高根町の水道料金条例をめぐる東京高判平成14年10月22日など条例に処分性を認めた事例があったが、最高裁がこれを認容したのは、この事件が初めてである。水道供給規程を定める条例について、最高裁は、「(本件条例は) 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い」として、処分性を否定していた。

これに対して、横浜市の条例については、つぎのような論理で処分性を認めている。「(この廃止条例は) 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えることができる」。

これだけであれば、なるほど条例にも処分性を認めることがあるのかと素直に考えるが、実は、これには続きがある。つまり、このような紛争については当事者訴訟や民事訴訟で争って勝訴しても、それは訴訟当事者と当該市町村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園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を争い得るとすることは合理性がある」とする判示である。

---

(14) 興津征雄「判批」『行政判例百選』6版211事件。

この判示は、取消判決の効力がどこまで及ぶかという、かなりやっかいな問題と関連している。これに関しては、原告と利益を共通にする第三者に及ばないとする相対効力説と及ぶとする絶対効力説の対立がある。これについては、さらに、効力の実体的範囲をめぐる対立と、処分が取り消された結果が原告と被告（及び対立第三者）の関係でのみ通用するのに過ぎないのか、それとも共通第三者との間でも通用するのかという対立が区別される<sup>(15)</sup>。この判決については、絶対効力的見地の処理が望ましいと言えよう。また、このようなケースは、民事的紛争解決ではなく、行政訴訟による解決にメリットがあるとされる<sup>(17)</sup>。

計画策定行為の典型例として下井が挙げるのは、いうまでもなく⑥土地区画整理事業計画に処分性を認めた平成20年9月10日であるが、これについては次章で2012年の司法試験問題との関係でふれることにする。

### [3] 外部性（対外性）

下井の解説によれば、この要素を緩やかに解して処分性を肯定する判例はない。ここで下井が処分性否定例として挙げているのは、通達と職務命令の処分性に関する⑦最判平成24年2月9日<sup>(18)</sup>である。これは、マスコミでは大きく報道された国歌斉唱の職務命令をめぐる事件で、懲戒処分の差し止めを認めた事案である。控訴審が通達と職務命令が不可分一体の関係にあるとして、通達に処分性を認めたのに対して、最高裁はこれを否定した<sup>(19)</sup>。

### [4] (公) 権力性

この要素を緩やかに解した判例として、下井は労災就学援護費支給に関する⑧最判平成15年9月4日<sup>(20)</sup>を挙げる。事案は、以下のようなものである。労働者

(15) 同・435頁。

(16) 久保茂樹「判批」ジュリスト重判平成22年63頁。

(17) 阿部泰隆『行政法解釈学』Ⅱ有斐閣2009年64～65頁。

(18) 村上裕章「判批」判例評論651号2013年140頁以下。

(19) 下井、前掲15頁。

(20) 太田匡彦「判批」『行政判例百選』6版164事件。

災害補償年金受給者である原告 X が、都立高校在学中の子 A のために同法23条1項2号（現在の同法29条1項2号に相当）及び通達・要綱に基づき、労災就学援護費支給申請を被告中央労働基準監督署長 Y に申請し、これが認められ、その後、都立の高等専門学校に進学後もこの援護金を引き続き受給していた。ところが、A が外国の B 大学に入学し、引き続き援護費の支給を求めたのに対して、Y が「学校教育法に定める学校でない」ことを理由に援護費を支給しない旨の通知を行った。X は、この通知を行訴法3条2項にいう行政処分にとりて取消訴訟を起こしたものである。第一審、控訴審ともに処分性を認めなかった。

下級審がこの通知の処分性を認めなかった理由は、下井によれば、第一に、労災就学援護費の支給対象、支給額、支給手続などが行政規則で定められていること、第二に、労働者災害補償年金保険給付決定には行服法に基づく不服申立てができる旨定められているが、労災就学援護費支給は保険に含まれない。これは、従来の公式では法律上の根拠があることを処分性肯定の条件としていることから、処分性を否定することがこの公式に適するからだと下井はいう。しかるに、最高裁は労災法が保険給付と同じ手続で就学援護費を支給できると規定しているとした上で、この給付を受ける抽象的地位を具体化するためには、労働基準監督署長に申請し、その支給決定によって初めて具体的な支給請求権を取得するのであるから、同署長の行う支給決定は、労災法を根拠とする優越的地位に基づく一方的決定であるとして処分性を肯定した<sup>(21)</sup>。

これに対して、下級審が処分性を認めた「決定」について、最高裁が処分性を否定した例として、⑨最判平成23年6月24日<sup>(22)</sup>がある。この事件の経過は次のようなものである。紋別市が直営で維持してきた老人福祉施設を、指定管理者方式ではなく、施設譲渡方式で民営化することとして、募集要綱を定めて応募

---

(21) 下井、前掲15～16頁。

(22) 交告尚史「判批」ジュリスト重判平成23年。



者を募ったところ、A会のみが応募した。これについて選考手続を進めたが、紋別市はこれについて決定に至らなかったとして、その旨の通知（「本件通知」）をした。この通知を理事長就任予定者らが処分であるとして争ったものである。地裁は処分性を否定したが、控訴審は本件通知の処分性を認め、通知を取り消した。これについて最高裁は、本件通知は紋別市の指定管理者指定手続を定めた条例を参考にして行われたものであるが、募集手続には条例が適用されないことから、法令に基づかずに行われたことを理由に処分性を否定した。しかし、この結論については、「本件募集は市が私人と同じ立場で本件契約の相手方を選定するために任意に行ったものと見るべきではない」という有力な学説の批判がある<sup>(23)</sup>。この判決と⑧判決は、処分性について、相矛盾する論理を用いているのではないかという疑問がある。

## 2 新司法試験論文問題における「処分性」

この問題を考えた一つの理由が、実際の論文問題に処分性に関する設問が多いことであった。ここで、実際の問題を見ておきたい。

### (1) 2013年問題の設問1

これは土地区画整理組合の定款変更認可について処分性があるかどうかを問う問題である。土地区画整理というと、従来判例を変更して換地処分ではなく、その前提としての土地区画整理事業計画の処分性を認めた最判平成20年9月10日が想起されるが、この問題は、土地区画整理が資金難を理由として組合員に対する賦課金を新設するための定款変更に関する県知事の認可が行政処分に当たるかが争点になっている。問題文では①土地区画整理組合は県の下部機関であるから、認可は上級行政機関と下級行政機関との内部関係における行為であって、外部性がないこと、②市町村が土地区画整理事業を行う場合

---

(23) 同・45頁。



には、定款ではなく施行規程を条例で定めることとされているので、条例制定行為に処分性が認められないのと同様に、本件認可は処分に該当しないこと、の2点が被告側から主張されている。

前章で見た下井康史の分類でいえば、理由①は外部性（対外性）が欠けるといいう主張であり、理由②は個別具体性に欠けるといいう主張と整理されるであろう。これに対する解答としては次のような主張が考えられる。

理由①については、鉄道建設公団に対する運輸大臣の工事实施計画認可を行政内部関係として処分性を否定した最判53年12月8日<sup>(24)</sup>との関係が問題になるであろう。鉄建公団が行政上の必要性から、独立採算制をとる日本国有鉄道からこれを切り離すべく設けられた法主体であって、学説の多くは批判的であるが、最判のように内部関係と解する余地がありうる。これに対して、土地区画整理組合は私人が結成した団体に、法律の規定で公共組合の地位が付与される仕組みであり（土地区画整理法14条）、都道府県知事のもつ監督権限は、行政主体とは明確に区別される法主体への関与として把握すべきである。つまり、外部性が欠けることはないという主張は可能である。

理由②については、たしかに、定款変更という規範定立行為に関する行為である。しかし、この定款変更は、一般的なルールの設定ではなく、特定の算定方法により、特定の者を名宛人とする義務の賦課行為であり、これを認可する行為は直接的に国民の権利義務の範囲を形成、またはその範囲を確定するもの<sup>(25)</sup>と言える。また、ここで争われているのは知事の認可であって規範定立行為そのものではないことも理由になろう。

この問題は、問題とされる行為が定型的定義に外れる可能性を指摘しつつ、それには当たらないで、処分に該当するという解答を求めるものであり、鉄建公団判決などをきちんと学習している受験者には比較的解答しやすい問題とい

---

(24) 『行政判例百選』6版2事件。

(25) 以上の記述について、別冊法学セミナー222号2013年所載の野村武司解説を参照した。

えよう。

(2) 2012年問題の設問1

この問題は、都市計画決定の処分性を問うものである。いうまでもなく、そんな簡単な問いではなく、問題文では、「本件計画決定がどのような法的効果を有するかを明らかにした上で、そのような法的効果が本件計画決定の処分性を根拠付けるか否か、を検討して」答えることを求めている。

さらに、解答の前提となる【資料1 法律事務所の会議録】では、土地区画事業計画の処分性を認めた最判平成20年9月10日<sup>(26)</sup>の射程を確かめながら、道路に係る都市計画決定の法的効果を分析して、本件都市計画決定に処分性が認められるかどうか判断するという考え方、その際に、土地区画事業についての事業計画は、都市計画については、都市計画決定に基づく事業認可に相当することを前提に論ずるように求められている。

これを単純に考えると、本件都市計画決定には処分性がないという答えになるが、設問全体が、「弁護士Tの立場に立って、弁護士Sの指示に応じ、設問に答えなさい」となっているから、この答えでは不適當ということになる。そこで事実関係を詳細に読むと、従来<sup>(26)</sup>の判例では当分の間、従来<sup>(26)</sup>の最高裁判例で処分性が肯定されている事業認可が出る見通しのないことが分かる。これをふまえて、40年以上都市計画決定が施行されていない区域に土地建物を有するPの救済を考える観点から、「本件都市計画決定がどのような法的効果を有するかを明らかにした上で」という設問になっていると考えられる。具体的には、Q県職員が言っている都市計画決定「青写真」論について、都市計画法53条及び54条の効果として生ずる建築制限等を根拠に反論する趣旨の論述をすることになる。つまり、全体としては、処分性なしという判例の論拠を説明した上で、都市計画決定のもつ法効果から、処分性ありという立論を示すことが求

---

(26) 山下竜一「判批」『行政判例百選』6版159事件。

められているのであろう。

これに解答するには、最判平成20年9月10日をしっかりと理解し、とくにこの判決が青写真判決論についてどう考えているのかを正しく理解しておく必要がある。さらに、この判決が処分性肯定の理由とした、①土地区画事業計画により生ずる土地利用規制、②これに続く換地処分を受ける地位に立たされること、の2点のうち、前者（これを、従来は「付随的効果」と読んできた）のみでも処分性を肯定できるとした涌井少数意見の考え方を知っておく必要がある。後述するように、最高裁判決は近年処分性についてやや拡張的な傾向を示しているが、これをどのように（そして、どこまで）法科大学院教育の中で教えるか、一番悩ましい部類の設問である。

### (3) 2008年問題設問1

この問題は、介護保険法が定める、介護施設に対する都道府県知事の監督手法としての勧告と公表の制度（法103条1項、2項）について、具体的には公表を避けるための訴訟方法を考えることを求めている。これについて、勧告を非権力的事実行為としての行政指導であるとして、これが違法であることの確認、あるいは、これに服従する義務がないことの確認を求める当事者訴訟と、勧告に連動する可能性がある公表されない地位を定める仮処分という手段がありうる。また、公表の差し止めを求める民事訴訟も考えられる。しかし、これと同時に、勧告に従わないとある程度以上の確実さで行われる公表によるさまざまな損害や不利益を理由にして、勧告の取消訴訟と、手続の続行としての公表停止を求める執行停止申立てが考えられる。行政法の問題であるから、後者の訴訟方法は必ず検討すべきであろうし、当事者訴訟ないし民事訴訟よりも端的な手段という評価も可能であろう。

こう考えると、この問題でも勧告あるいは公表の処分性を検討する必要がある。ここで想起しなければならないのが、筆者が③とした、医療法30条の7を根拠とする病院開設中止勧告に処分性を認めた最判平成17年7月15日であ

る。この判例は、前章の下井論文では、[1]の法的効果性が問題になる事例として扱われている。この事件では、中止勧告に従わないと、「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」から、国民皆保険制度が採用しているわが国では、「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て考えると、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」としている。

これに比べてみると、この問題における勧告に続くと想定される公表が介護施設経営に及ぼす実際上の効果が、病院経営における保健医療機関不指定ほどに決定的な意義をもつかどうか問題になる。ここで、資料に掲げられている法文を読むと、公表だけではなく、「正当な理由なく勧告に係る措置をとらなかったとき」は、措置命令ができると規定されており（103条3項）、これに従わないと許可の取消し（104条1項9号）が規定されていることにひとまず注目しておく必要がある。もっとも、問題の要求が「公表を避ける法的措置」であるから、ここまで考える必要がないとも言えそうだが、資料に挙げてある以上、明確に処分性を有する措置命令の前倒しの救済という観点を、公表による介護施設経営へのさまざまな損害や不利益と併せて論じておく必要があるだろう。なお、公表そのものを処分とする判例はこれまでない。

この問題は、平成17年最判を知っていて、それとの比較で立論すれば、それほど難しい問題ではない。ただし、その他の手段を考えられる限り挙げて、その中でどれが適切であるかという比較検討が必要であり、また、最近の最高裁判例がしばしば用いている「救済の前倒し」という視点を理解している必要があるから、柔軟かつ総合的な理解力が求められる問題ともいえる。



(4) 2006年問題設問1

この問題は、直接に処分性の有無を問うものではないが、最判平成14年1月17日<sup>(27)</sup>の理解をふまえて、建築基準法42条2項の定めによるいわゆる2項道路の一括指定を争う訴訟方法を問う問題である。この問題を初めて見たときに、かなり当惑したことを記憶している。以前この判決を読んだときに、かなり議論が分かれそうな判断であると感じていたからである。

この最高裁判決では、争いとなっている土地が2項道路に当たるか否かは、一括指定で確定していることになっている。しかし、原審は、「本件告示のような包括的指定処分によっては具体的にどの道路が2項道路に当たるかも不明である」として、この一括指定の処分性を否定している。たしかに、問題文では平成14年最高裁判決が示され、これを前提に訴訟方法を検討するように指示されているが、個別具体性がないとする疑問が解答する受験者に影響を与えることはなかったのだろうか。また、問われている訴訟方法も、実質的当事者訴訟の可能性を考えた上で、無効等確認訴訟の一つである、処分不存在確認訴訟という所に必然的に落ち着くとは限らない。実際に、この判例を解説している洞澤秀雄は、疑義があるとしている<sup>(28)</sup>。この判決については後にさらに検討する。

### 3 最高裁判例のゆらぎと私の迷い

(1) 最高裁判例のゆらぎをどう見るか

先にみた下井論文は、結論部分でこのように述べている。「以上の雑ばくな概観によれば、最高裁の処分性拡大傾向は、さほどドラステックなものではない。とはいえ、だからこそ、処分と非処分との境界、あるいは、典型的な処分と周辺的な処分との区別が見えにくくなっているかもしれない。加えて、処

---

(27) 洞澤秀雄「判批」『行政判例百選』6版161事件。

(28) 同・335頁。



分または非処分の典型と思われる【9】【15】【16】の例についてさえ、下級審と上告審で判断が分かれたことを想起すれば、処分性概念につき安定した相場感が得られるには、今暫くの時を要する<sup>(29)</sup>ように思える」。

下井の引用中で【9】とは、第1章(2)で挙げた、土壤汚染対策法3条2項に基づく通知に関する、④判例のこと。【15】というものは、同じく私が⑦判例として挙げたもの、【16】とは、私が⑧判例として挙げたものである。要するに、最高裁判例はなお流動的であって、ゆらいでいるという評価であろう。

たしかに、学説には最高裁判例の拡大傾向を指摘するものが多い。2004年の行訴法改正からあまり時間をおかずに編まれた改正後の動向ないし展開を探る法律雑誌の特集の中に、すでに拡大傾向を示唆するものがある。

越智敏裕は、『法律のひろば』2006年5月の特集(改正行政事件訴訟法施行1年の動向)で、第1章(2)で挙げた判例のうち、労災就学援護支援費関係判決、食品衛生法違反通知に関する判決、登録免許税還付通知関係判決、そして第2章(3)の2008年問題の関係で引用した医療法に基づく病院開設中止勧告に関する判決を挙げ、とくに、労災就学援護支援費判決と医療法判決を重点に、処分性拡大の兆しが見られる<sup>(30)</sup>としている。

同じ時期に大久保規子は、同じように、労災就学援護支援費関係判決、食品衛生法違反通知に関する判決、そして、病院開設中止勧告判決、そして、第2章(4)で2006年問題の関係で引用した、みなし道路一括指定判決を挙げて、「処分性の拡大傾向が明確に現れている」と指摘<sup>(31)</sup>している。

この傾向は、2010年段階でも変わっていない。稲葉一将は、病院開設中止勧告判決とともに、平成20年の土地区画整理事業判決と平成21年の横浜市立保育所部廃止条例判決を挙げて、最高裁判決について処分性拡大を確認<sup>(32)</sup>している。

(29) 下井・前掲16頁。

(30) 越智「処分性をめぐる最近の最高裁判決の動向」法律のひろば58巻5号2006年18頁。

(31) 大久保「処分性をめぐる最高裁判例の展開」ジュリスト1310号2006年4月15日23頁。

(32) 稲葉・前掲論文。

さらに、2013年段階でも、同じ傾向が指摘されていることは、第1章(2)で細かく参照した下井論文と同時に、榊原秀訓論文<sup>(33)</sup>及び越智敏論文<sup>(34)</sup>が指摘するところである。

下井は、前掲のように、処分性拡張傾向を「さほどドラステックなものではない」とするが、榊原は「行訴法改正後も、最高裁は、積極的に処分性を肯定する処分性拡大路線を採用してきた」と言う<sup>(35)</sup>。ここには、処分性の拡大がどのような意義をもつかという評価に関わる見解のずれがあるのではないかと推測している。

## (2) 筆者の迷いはどこから来るのか

これまで処分性をめぐる判例を中心に、最高裁の考え方とこれを素材とする司法試験問題を振り返ってきたが、最初に述べた「処分性という概念をどう教えたらよいか」という疑問をここで考え直してみたい。これは、単に処分性という概念が難しいということではない。これまで見たように、定型的概念から外れる部分を教える必要があること自体が先ず難しい。それ以上に、最高裁判例の拡大傾向の説明が難しい。これが原告適格であれば、揺れ動く面はあっても、拡大傾向の説明は難しいことではない。それは、抗告訴訟による裁判的救済の拡充としてひとまずの説明ができる。

処分性拡大の説明が難しいのは、そのことが、必ずしも救済の充実ないし拡大とイコールではないからである。もちろん、そのように説明できる判決は少なくない。保育所判決は、条例を取消訴訟で争うことを可能にすることで、訴訟当事者だけでなく、同じ問題をかかえる関係者にとって救済の道をひらいたことになる。土地区画整理事業判決も、遅すぎたとはいえ、救済の前倒しにつながった。救済の前倒しという点では、食品衛生法違反通知もこの範疇に属す

---

(33) 榊原「行政関係紛争における訴訟類型の交錯」法律時報85巻10号2013年。

(34) 越智「訴訟実務から見た『処分性』拡大の傾向」法律時報85巻10号2013年。

(35) 榊原・前掲論文5頁。

ると言える。

しかし、ある行為が行政処分であるとなると、取消訴訟の排他的権限に属することになり、「これが否定されない限り、出訴期間制限のほかにも執行不停止原則（25条1項）や事情判決（31条）といった、原告にとっては不利な仕組みが規定された取消訴訟の利用を強制されることとなる<sup>(36)</sup>」。多くの事案については、根拠条文の適切な解釈で違法判断が可能になる取消訴訟の対象になることは、原告にとって利益であろう。だが、そういう場合ばかりではない。

2項道路の一括指定に関する最判平成14年の事案では、最高裁が処分性を認めたことは、原告にとって不利益に働いたと私は考えている。この判示について疑問を呈する有力な学説がある<sup>(37)</sup>。この事案では、処分性拡大は個別事案の救済としてではなく、建築基準法の解釈の論理一貫性を重視したものと見られる。こうした一括指定では、自治体担当者すら、個別の道路が2項道路に当たるかどうかは、現場に臨んで個別に判断しなければ分からないという現実がある。そうすると、これを処分として争わせることにどれほどの意味があるのだろうか。たしかに、この訴訟において原告は、主位的請求としては県建築主事の、本件道路が2項道路にあたる旨の回答を行政処分と捉えてその無効確認、そして、予備的請求として、本件指定が不存在であることの確認を求めている。最判は、主位的請求を退け、予備的請求を認めた形ではあるが（大阪高裁判決は、主位的請求も認めず、一括指定告示を行政処分に当たらないとして訴えを不適法としていた）、予備的請求は、指定処分が存在しないことの確認を求めているのであるから、一括という方式による指定処分を肯定した最高裁の判断は、原告の意図に反したことになる。

大貫裕之は、筆者が⑥判例とした最判平成20年9月10日の土地区画整理事業計画判決の評釈の中で、処分性について興味深い指摘をしている<sup>(38)</sup>。筆者は第1

---

(36) 稲葉・前掲論文11頁。

(37) 金子正史「判批」法令解説資料総覧247号2002。

(38) 大貫「判批」判例評論615号2010年。

章(2)で最高裁判例の傾向を概観する際に下井康史の分析を参考にしたのだが、大貫は、そこで挙げられた法効果性、個別具体性（直接性）、外部性、公権力性の4つのメルクマールのうち、公権力性はその紛争を取消訴訟の排他的所管を認めさせるためのファクターとして機能しているが、その他の観点は、つまるところ訴えの利益を問題にしているのだ、と整理する<sup>(39)</sup>。そして、前者を重視して「処分が法律関係を一方的に変動させ、そうした変動の法的な否定は、形成訴訟によってのみなされるという原則からものを考えていくか、そうしたことには余りこだわらず、取消訴訟の所管に服させるのが救済の観点から適切か、という考慮から処分性を考えるかで、処分性認定の結論は異なる」とい<sup>(40)</sup>う。

この大貫の整理に従えば、最近の最高裁判決における処分性拡大にも、この二つの観点の違った判例が混在していることになるであろう。そして、私は、2項道路の一括指定に処分性を認めた判決は、間違いなく、前者の観点を重要視したものにあたると思う。

もう1点付け加えるならば、処分性をめぐる最高裁判例の論理は全体として大雑把である。この大雑把ということに意味があるという指摘もあるが<sup>(41)</sup>、少なくとも学生指導では困惑の原因となる。それは、処分性の肯定の事案でも否定の事案でも、最高裁が下級審の判断を逆転している判決に論理一貫性があるのかという疑問にもつながる。第1章(2)で指摘した⑧判決と⑨判決の矛盾はこの疑問の一つである。

くり返しになるが、処分性を拡大することは出訴期間制限などの権力性の契機の拡大につながる危惧がありうる<sup>(42)</sup>。これについて、榊原秀訓が指摘する一部<sup>(43)</sup>

---

(39) 同・166～167頁。

(40) 同・167頁。

(41) 太田匡彦・前掲「判批」341頁。

(42) 稲葉・前掲論文12頁。

(43) 榊原・前掲論文6頁。

学説（榊原は兼子仁、原田尚彦を例として挙げている）のように、本来行政処分には当らないものに処分性を認めた場合に公定力や不可争力等を否定する考え方が採用されるなら、問題がないことになるが、この点はまだ説が分かれていて決着をみていない<sup>(44)</sup>。この点も筆者の疑問の理由である。

## おわりに

筆者がこの論文を「研究ノート」として書いた理由は、書き始める段階で結論が見通せなかったからである。そして、ほぼ書き終えた段階でも、どのように結んだらいいのか迷っている。私の迷い歩きにつきあっていただいた読者諸賢には申し訳ないが、シャキッとした結論が書けない状況そのものが問題であるというほかない。また、論述の中でふれた個別の問題をさらに深く掘り下げる余力は、現在の筆者にはない。そんなわけで、論の途中で歩みを止めたような状態で、小論を閉じることをお許しねがいたい。

---

(44) 同・8～9頁。