

# 処分その他公権力の行使について

## ——行政処分の新たな類型化の構築に向けて——

松 塚 晋 輔

### 目 次

はじめに

1. 私見による類型化
2. 私見による類型化の解説
3. 国有普通財産の私下処分
4. 行政財産の使用許可
5. 指定管理者による処分
6. 国税通則法 57 条による充当
7. 国公立学校学生の退学処分
8. 公営住宅の入居決定
9. 公務員の任用と不利益処分
10. 生活保護法に基づく処分
11. 補助金交付決定
12. 土地改良事業計画
13. 行政不服申立てがあると、処分性が導かれるのか
14. その他公権力の行使

おわりに

### はじめに

公権力の行使（国家賠償法 1 条 1 項）、公権力の行使（抗告訴訟（行政事

件訴訟法3条) )及び処分(同法3条の最初の文言を指し、以下、必要に応じて、「処分(狭義)」と書く)の関係について拙稿を著した<sup>(1)</sup>。そこでは、行政処分(「処分その他公権力の行使」(行訴法3条2項)のこと)と公権力の行使(国賠法)に関する私見による類型化も呈示した。しかし、この類型化は、一節として示したので、唐突であったかもしれない。本稿では、それについてさらなる説明と補充をしていきたい。

行政処分と公権力の行使(国賠法)に関する私見の類型化は、処分と公権力の行使(抗告訴訟)を並列させることから出発している。理由は以下である。

一般に、行政事件訴訟法の「処分その他公権力の行使」(3条2項)<sup>(2)</sup>の解釈に関して、公権力の行使が処分を含むものと解されているようである<sup>(3)</sup>。しかし、条文上「その他の」という用語が用いられていない。「その他の」であれば、「公権力の行使」は「処分」を含む概念であることは明瞭であったろう<sup>(4)</sup>。しかし、条文上は「その他」が用いられており、このことを重視すると、「処分」と「公権力の行使」が並列関係に立つことになり得る。つまり、「処分」は、理論上「公権力の行使」とは限らないことが含意されているように解せられる。しかし、「処分」が全く「公権力の行使」でないということは考えられない。よって、「処分」を「公権力の行使」たるものと、そうでないものとに分類するのが自然である。

このような前提から出発し、処分、公権力の行使(抗告訴訟)及び公権力の行使(国賠法)の3つの関係を構成し直して、行政作用を類型化してみた(私見による類型化)。それを最初に呈示して鳥瞰する。それから、行政処分をめぐる代表的な判決をとりあげ、それがどの領域に当てはまるかを考察する。この作業では、裁判所がどのような思考をたどって行政処分性を判定したか整理する。その際、私見による類型化の考え方を拠り所に整理するが、事例判断の結果の是非については私見を控えることにする。

## 1. 私見による類型化

最初に、処分、公権力の行使（抗告訴訟）及び公権力の行使（国賠法）の関係を再構成して形作られた私見による類型化を呈示しておきたい。行政作用は A から E の 5 つの領域に分類される。

領域 A 公権力の行使（国賠法）であるが、公権力の行使（行訴法）でも処分でもないもの。例えば、

国有普通財産の払下（最判昭和 35 年 7 月 12 日）、  
公証行為（最判昭和 39 年 1 月 24 日家賃台帳事件）、  
行政指導（東京地判昭和 46 年 11 月 8 日函数尺事件行集 22 卷 11・12 号 1785 頁）、

国鉄職員に対する不利益処分（最判昭和 49 年 2 月 28 日）、  
行政機関相互の内部行為（昭和 53 年 12 月 8 日日本鉄道建設公団事件）、  
工業地域指定の決定（最判昭和 57 年 4 月 22 日民集 36 卷 4 号 705 頁）、  
公務員の採用内定通知（最判昭和 57 年 5 月 27 日）、  
規則・要綱による補助金交付決定（不服申立手続なし）（東京地判昭和 63 年 9 月 16 日）、

要綱による一部負担金払戻金・見舞金の支給（最判平成 24 年 3 月 6 日）。

領域 B 公権力の行使（国賠法でも行訴法でも）であるが、処分でないもの。  
例えば、

行政財産の使用許可（最大判昭和 28 年 12 月 23 日）、  
国立学校学生の退学処分（最判所昭和 29 年 7 月 30 日）、  
国鉄職員の不利益処分（最判昭和 29 年 9 月 15 日）、  
要綱に基づく補助金支給の決定（大阪高判昭和 54 年 7 月 30 日）、  
第 2 種市街地再開発の事業計画決定（最判平成 4 年 11 月 26 日民集 46 卷 8 号 2658 頁）、  
国税通則法 57 条による充当（最判平成 6 年 4 月 19 日）、

2項道路の一括指定（最判平成14年1月17日民集56巻1号1頁）、  
食品衛生法違反通知書による通知（最判16年4月26日民集58巻4号  
989頁）、

労災就学援護費決定通知（最判平成15年9月4日）、

病院開設中止勧告（最判平成17年7月15日民集59巻6号1661頁）、

土地区画整理事業の事業計画決定（最大判平成20年9月10日民集62巻  
8号2029頁）、

保育園廃止条例制定行為（最判平成21年11月26日民集63巻9号2124頁）、  
人の収容・物の留置等その内容が継続的性質を有する事実行為。

領域C 公権力の行使（国賠法でも行訴法でも）であり、処分であるもの。

最判昭和39年10月29日ごみ焼却場事件の定式が妥当する行政作用。

領域D 公権力の行使（国賠法）であり、公権力の行使（行訴法）性が未  
決で、処分であるもの。例えば、

条例による補助金交付決定（不服申立ての教示あり）（札幌高判昭和44年  
4月17日）、

弁済供託金の取戻請求の却下（最大昭和45年7月15日）、

郵政職員に対する不利益処分（最判昭和49年7月19日）、

補助金適正化法による補助金支給決定（東京地判昭和51年12月13日、  
東京高判昭和55年7月28日）、

弁護士会による懲戒処分（東京高判昭和63年2月25日判時1272号74頁）、

指定管理者による処分（岡山地決平成19年10月15日）。

領域E 公権力の行使（国賠法）でなく、公権力の行使（抗告訴訟）性が  
未決で、処分であるもの。例えば、

指定確認検査機関による確認処分（東京地判平成25年3月22日LEX/  
DB文献番号25511700）。

## 2. 私見による類型化の解説

(1) 私見では、公権力の行使（抗告訴訟）は処分と並列関係にあるので、両者の定義は異なるということから出発する。

まず、公権力の行使（抗告訴訟）の定義としては学説上、規律力や一方性と解されることがある<sup>(5)</sup>。「実定法を吟味して通常の私人が持つ権力以上の権力性があれば、それを公権力の行使と解して、たとえば取消訴訟を認めればよい」<sup>(6)</sup>という説もある。さらに、私法上の行為は公権力の行使（抗告訴訟）の対立概念であるともいわれる<sup>(7)</sup>。他方で、公権力の行使（抗告訴訟）は、公定力を意味するという学説<sup>(8)</sup>もある。

私見としては、公権力の行使（抗告訴訟）は規律力や一方性を要素とする。他方、公定力は処分（狭義）の要素として整理する。

さて、公権力の行使（抗告訴訟）は救済を目的とする概念装置である点で、包摂的な概念と考える。この包摂性から、強制力を伴う事実行為をも公権力の行使（抗告訴訟）に含めてよいと解する<sup>(9)</sup>。

ここで、執行力の現れが公権力の行使（抗告訴訟）に取り込まれるか問題となる。確かに、執行力（「規律権力によって形成された法状態の強制的実現の意味における権力性」）<sup>(10)</sup>は特別の規定がなければ認められない行政処分之力であるが、執行力もその一方性ゆえ、行政処分発見の端緒となることから、執行力のある作用は公権力の行使（抗告訴訟）に捉え得ると解する。

他方、法規命令は規律力や一方性を有しているかもしれないが、行政処分として認定される他の要素（例えば、「直接」性や権利義務確定性）を持っていないので、これは行政処分には捉えられない<sup>(11)</sup>。そのため、一方性、すなわち公権力の行使（抗告訴訟）性を詮索する必要がなく、従って、公権力の行使（抗告訴訟）性を認識するに及ばない。

類似のものとして、行政規則（最判 43 年 12 月 24 日墓地埋葬法事件<sup>(12)</sup>）は一方性を有するが、外部性欠如の点で、公権力の行使（抗告訴訟）性の認識

には及ばない。また、そもそも公定力がないので処分でもない。

消防庁の同意（最判昭和34年1月29日）や行政機関相互の作用（昭和53年12月8日）<sup>(43)</sup>は、一方性があったとしても、外部性を有さないもので、これも公権力の行使（抗告訴訟）性の認識には及ばない。

BとCは、公権力の行使（抗告訴訟）性を有する行政作用が入る領域である。

Cには、最判ごみ焼却場事件の定式（「行政庁の処分とは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又は公共団体が行う行為のうち、その行為によつて、直接国民の権利義務を形成し又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」（最判昭和39年10月29日<sup>(44)</sup>）が当てはまる行政作用が入る。Dを度外視すると、理論上、伝統的な行政行為の多くがここに取り込まれるのである。

他方、Bは、公権力の行使（抗告訴訟）という概念装置で裁判の救済を与えるべき領域である。Bは、最判ごみ焼却場事件の定式に厳密には当てはまらないが、それに準じた行政作用を取り込む先である。但し、Bを救済の必要から行政処分性を認められる領域と位置付けるにしても、法律又は立法者が許容する限りにおいてである。

また、そもそも、文言上、「公権力の行使」に関する不服の訴訟（行訴法3条1項）であって、行政処分の概念に関して、国・公共団体性、外部性、法令の根拠、直接性（又は具体性）<sup>(45)</sup>等の他の要件<sup>(46)</sup>は判例学説で形成されたものである。このような他の要件を再び裁判で緩めることは不可能でなからう。そうすると、他の要件が緩和されることで、ある行政作用が行政処分に近付き、そこで、当該行政作用が公権力の行使（抗告訴訟）としての性格もまた認識されるというような意味で、Bは包摂性又は拡がりを持つ領域といえよう。

(2) 次に、処分は、公定力を付与された又は公定力を前提としている行政作用であると解する。公定力は取消訴訟の排他的管轄であるが、これは法律の

規定に基づく。よって、C、D及びEは、法律又は立法者により処分性を付与された又はそれを前提とする行政作用の入る領域である。これらの領域の行政作用には、不服申立手続が当然予定されていたり、抗告訴訟の利用が規定されていたりする。

中でも、DとEは、処分性を立法により擬制された領域である。処分が、公定力を有するものであるということは、最判ごみ焼却場事件ですでに明示されている<sup>17)</sup>。ゆえに、処分の領域であるC、D及びEは、公定力を有するものといえる。DとEの違いは、Dは公権力の行使（国賠法）であるが、Eはそうではないという点にある。

Bに該当する行政処分について、公定力や不可争力が備わるのか問題となる。例えば、裁判の結果、行政処分性が認められた後、立法によることなく、不服申立てについて要綱等で定められ、相手方に不服申立てができる旨の教示がなされるようになったのであれば、不可争力を必ずしも否定する理由はなかろう。なぜなら、裁判でも行政処分性が認められ、行政がそれを受けて行政処分性を認めるような措置をとっているのであるから、法令が処分たることを許容していると解釈できるのではないか。

CかDかの分類は困難なことがある。そこで、もし不服申立手続が設けられていたり、抗告訴訟の利用が規定されていたりするならば、Dに含めておくことにする。CとDのいずれに該当するかで、法的効果が異なることはないからである。つまり、思考経済的なスタンスである。

同じように、BかDかの分類に困ることがある。両方の性質を持つ行政処分があるからだ。例えば、輸入禁制品についての税関長による通知は、最判昭和59年12月12日税関長通知事件<sup>18)</sup>で公権力の行使（抗告訴訟）性を肯定されたが、不服申立てを認める法改正によって処分性を付与されるに至っている（関税法91条）。この場合も、思考経済的なスタンスに立って、Dに含めることにする。

(3) 公権力の行使（抗告訴訟）と公権力の行使（国賠法）の関係に関して、

私見では、前者は後者の枠内に入る。後者の定義には広義説が通説判例であり<sup>19)</sup>、それは前者に該当する行政作用を包摂するからである。公権力の行使（抗告訴訟）と公権力の行使（国賠法）とは、異なる法律における用語であるから、関係はないという考え方もあろう。しかし、無関係ならば、立法者は別の用語を用いたはずである。同じ文言が見られるということは、何か共通項があるはずだというのは自然な観察者の思いである。そこで、共通項があると解した場合、例えば、公権力の行使（抗告訴訟）に当たる作用は、公権力の行使（国賠法）にも当たると導くことができるわけで、国公立学校の学生退学処分が、私立学校のそれと違って、公権力の行使（国賠法）であることの側面支援となり得る。このように、事例判断に際して他分野の文言解釈を援用する可能性がわずかながら残っているのではないか。

(4) これら私見による類型化の有する意義としては、第1に、「処分その他公権力の行使」（行訴法3条2項）において、「その他の」ではなく「その他」と記されているのはなぜかという疑問<sup>20)</sup>を解消することができることである。

第2に、処分（狭義）の要素が公定力であり、公権力の行使（抗告訴訟）の要素が規律力や一方性であると解することで、処分に当たらないが公権力の行使（抗告訴訟）に取り込まれた行政処分には公定力が伴わないこと<sup>21)</sup>を説明できることである。

第3に、公権力の行使（抗告訴訟）でない処分（狭義）、及び処分（狭義）でない公権力の行使（抗告訴訟）を想定することで、形式的行政処分論を整理できることである。つまり、形式的行政処分には、救済のためのもの（理論上のもの）と法定のもの<sup>22)</sup>とがあり、それぞれBとDに位置付けることができる。また、形式的行政処分の矛盾含みの説明を解消することもできる。例えば、雄川一郎は、形式的行政処分について、公権力の行使ではあるが、公権力の発動の実体がない旨説くが<sup>23)</sup>、私見からすると、これは公権力の行使（抗告訴訟）でない処分（狭義）の領域Dを指していると考えればよい。

第4に、不服申立ての規定がない場合、行政処分性を認めない根拠になるといった「逆推論に転じかねない」ことが指摘されているが<sup>24)</sup>、私見による類型化によれば、このような逆推論は生じにくい。不服申立ての規定がないならば、処分（狭義）性が否定されるだけであって、公権力の行使（抗告訴訟）性の検討が当然に控えているからである。

第5に、私見による類型化では、公権力の行使（抗告訴訟）でない処分については国賠法1条1項が不適用となる領域を確認できる。とりわけ、指定確認検査機関の確認処分に対して国賠法を不適用とする説を説明するものとなる。もちろん、国賠法不適用説には反対説がある<sup>25)</sup>。しかし、民事法の適用は、指定確認検査機関（民間法人）による建築確認処分制度の導入における立案関係者の考え方に沿ったものでもある<sup>26)</sup>。

### 3. 国有普通財産の払下処分

物納された土地（国有の普通財産）の払下は、行政処分性を否定されている。最高裁は、国有普通財産の払下は私法上の売買であり、「払下が売渡申請書の提出、これに対する払下許可の形式をとっているからといって、右払下行為の法律上の性質に影響を及ぼすものではない」と判示している（最判昭和35年7月12日<sup>27)</sup>）。学説でも、「公権力の発動としての行為ではなく、たんに私法上の売買契約の性質を有するにすぎない」といわれている<sup>28)</sup>。これはAに含めることができる。

これについて、学説はさらに一般論をも呈示する。「公法的優位関係にあることをうかがうに足りるような趣旨又は法規定がみられない限り、私法行為性の原則を堅持することを示したもの」という理論である<sup>29)</sup>。これは、給付行政では特別の規定がなければ契約方式の推定が働くとする説<sup>30)</sup>に通じているように思われる。しかし、契約方式の推定に懐疑的な説もある<sup>31)</sup>。

なお、私法行為性の原則や契約方式の推定の是非はさておき、もしある行

政作用に行政不服申立手続が設けられているならば、当該行政作用はDに入るといふ推定はあり得る。CもDも処分ということで法的効果（公定力や不可争力）に違いはなく、このような推定は思考経済に資するのである。

その他、農地法旧80条による農地売払いも、行政処分性を否定されている（最判昭和46年1月20日<sup>32</sup>）。

また、最判平成23年6月14日<sup>33</sup>は、老人福祉施設の民間移管において建物の無償譲渡と土地の貸付は民事上の契約であるとの前提を置いている。

これとは反対に、自作農創設特別措置法により農地を売渡す行為は行政処分と解されている（例、浦和地判昭和30年12月6日<sup>34</sup>）。農地改革という制度自体の権力性が判決に影響しているようにも思われるが、売渡計画の不服申立手続を重視するならば、Dに該当する事例となろう。

なお、普通財産の処分でも、不服申立手続が設けられている場合は、行政処分であり、Dに含めることができる（社寺等に無償で貸付けてある国有財産の処分に関する法律（昭和22年法律53号）によると、主務大臣は社寺等に譲与できるとされており、同法2条2項では不服申立てについて規定されている）。

#### 4. 行政財産の使用許可

古い判例には、普通財産のみならず、行政財産であっても、私法上の使用権を設定することを妨げられないとするものがある（大審院判決昭和17年3月14日<sup>35</sup>）。また、今日、国有財産法18条2項4号によって、庁舎等の国有財産が民間への貸付けが可能となるなど、私権設定禁止が穏和されている。

田中二郎<sup>36</sup>は、行政財産使用許可を形式的行政処分の例として挙げる。また、目的外使用については、私法上の契約か否か争いがあるが、国有財産法や地方自治法上、行政処分性が文言上明らかであるといわれている<sup>37</sup>。

具体的事案では、メーデーにおいて皇居外苑の使用許可申請に対しなされ

た不許可決定に関するものとして、最大判昭和28年12月23日<sup>38</sup>がある。判旨は、法律上の利益を喪失した旨述べているが、不許可決定が行政処分であること<sup>39</sup>については当然の前提とされている<sup>40</sup>。つまり、Bに入る。しかし、なぜ行政処分性が肯定されるのか理由が必ずしも明らかではない。これについては、法律による具体的な委任もなく（せいぜい国有財産法5条）、国民公園管理規則に基づく不許可を行政処分と見なすことは、法律による行政の原理に照らして問題であると指摘されている<sup>41</sup>。

但し、国有財産の使用許可において、行政不服審査法による不服申立ての教示がなされることがある<sup>42</sup>。この場合、行政処分性は肯定できるのはいか（参照、2（2））。つまり、Dに入る可能性がある。

より明確な不服申立ての規定を有するのが、例えば、公の施設（地方自治法244条1項）の使用許可に基づく使用関係である。もちろん、これは民間の賃貸借関係に似ているが、幸いなことに、立法的に処理されている。すなわち、「普通地方公共団体の長がした公の施設を利用する権利に関する処分」に不服がある者は、都道府県知事がした処分については総務大臣、市町村長がした処分については都道府県知事に審査請求をすることができる」（同法244条の4第1項）と規定されており、行政処分性が明らかである。ゆえに、公の施設の使用許可は、Dに入るとしてよからう。

## 5. 指定管理者による処分

公の施設の指定管理者（地方自治法244条の2第3項）は、処分権限を委任された場合<sup>43</sup>、指定管理者は公権力の主体たる公共団体ではないので、それによる処分は、典型的な行政処分ではない（施設の賃貸借契約にも類似）。しかし、指定管理者は処分権限を委任されているし、しかも、その処分については審査請求の途が明文で定められているので（地方自治法244条の4第3項）、Dに含め得よう。例えば、指定管理者の処分を仮に義務付けた事例

として、岡山地決平成19年10月15日<sup>44)</sup>がある。

## 6. 国税通則法57条による充当

国税通則法57条による充当は、機能的には、民法における債権の一般的清算方法たる相殺と異ならないとしつつも、還付にかえて法定の要件の下で行われる充当の一方性に鑑み、行政処分性を認めたものとして、最判平成6年4月19日<sup>45)</sup>がある。この最判の判旨を見る限り、Bに入る事例である。

## 7. 国公立学校学生の退学処分

国公立学校の学生の退学処分は、行政処分である<sup>46)</sup>。もちろん、国公立学校の在学関係は、私立学校のそれと区別することは困難であって、契約類似の関係を強調すると、一方性や公権力の行使（抗告訴訟）性を見出すことは難しい。もともと、公権力の行使（抗告訴訟）は確定困難な概念であるからだ。しかし、一定の一方性が発見された、すなわち、国公立学校の学生に対する処分には公権力の行使（抗告訴訟）性が発見されたものと解する。これはBに入る。

今日、国立大学が独立行政法人化され、行政主体性又は公共団体性に異論が生じるが<sup>47)</sup>、行政主体たることに変わりはないであろう<sup>48)</sup>。また、処分権限が独立法人に法律で移譲されても、処分権限の行使は公権力の行使（抗告訴訟）のままという解釈なのであろう。

なお、国公立学校による学生退学処分が公権力の行使（抗告訴訟）であるというのは、それが公権力の行使（国賠法）であることの側面支援となるのではなかろうか。同じ学生退学処分でも私立学校の場合、公権力の行使（抗告訴訟）でないとされているが、国公立学校でのみ公権力の行使（抗告訴訟）性があるということは<sup>49)</sup>、国賠法適用の考慮要素の1つとなる（参照、2（3））。

## 8. 公営住宅の入居決定

公営住宅の入居決定は、講学上の行政行為であり行政処分であると解されているようである<sup>50</sup>。もっとも、契約的な行為は、行政処分ではないという文脈で、公営住宅使用関係の取消行為は、私人間の賃貸借契約における行為と同じと解説するものもある<sup>51</sup>。裁判例にも、公営住宅の使用関係を「権力の行使を本質とするものではない」とするものがある<sup>52</sup>。私見では、入居決定（公営住宅同居不承認、公営住宅承継入居不承認等も含む）に関して公営住宅条例等に不服申立ての規定がない場合、公営住宅の入居決定は、領域Bに含めることになる。逆に、不服申立手続が設けられているならば、Dに含める。

## 9. 公務員の任用と不利益処分

(1) 公務員の任用には多様なものがある。第三者に対する公権力行使を執行担当させるものや、それ以外の事務的な作用を担当させるもの、あるいは現業と非現業などである。

さて、公務員の任用に関しては、公法上の特殊法関係説と労働契約説<sup>53</sup>とがある。「そもそも公務員の勤務関係の本質が特別権力関係か契約関係かといった大上段の超実定法的議論によって二者択一的に割り切ろうと考えるべきではない」という批判がある<sup>54</sup>。また、労働契約説は、解釈論的に意義が乏しいと批判されている<sup>55</sup>。労働契約説を採り得ないとすれば、非現業の公務員の勤務関係を本来、契約関係であるものと措定する意義は小さい<sup>56</sup>。逆に、非現業公務員の任用は、公権力行使を担う特別な地位の付与と解すれば、Cに入れるべきであろう。

ここでは本稿のスタンスに戻って、不服申立ての規定が存すれば、思考経済的にDに含めることにする。つまり、公務員の不利益処分は、公権力の

行使（抗告訴訟）性を発見される前に、不服申立制度ゆえ端的に行政処分性を認め得るということである。この場合、不服申立制度を根拠に思考経済的に行政処分性を導いたとしても、公権力の行使（抗告訴訟）性を否定されたとまで解する必然性はない<sup>57</sup>。追究する必要がなかつただけと解すればよい<sup>58</sup>。

(2) 問題は現業公務員に対する不利益処分の分類である。国鉄職員に対する懲戒処分の行政処分性を否定し、私法上の行為の性格を有するものとして、最判昭和49年2月28日雇用関係存続確認等請求事件<sup>59</sup>がある。同判決は、国鉄やその機関を行政庁に準ずるものとして扱い、その行為を行政処分に準ずるものとするような実定法規も存する（参照、国鉄法60条ないし63条）と言及しつつも、懲戒処分は、実定法規が「行政処分たる性格を有するものとして規定していると認められないかぎり、行政処分たる性格を有するものとはいえない」と判示する。結局、国鉄法31条に基づく懲戒処分は行政処分に準ずる性格（すなわち、B該当性）を否定されたのであるから、Aに含め得よう。

(3) 但し、国鉄職員の勤務関係について、私的側面と公的側面を持つとし、仮処分を排除するものとして最判昭和29年9月15日解雇無効確認等仮処分請求上告事件<sup>60</sup>がある。これは、「国鉄が〔行政機関職員〕定員法によつて行う免職も、…『行政機関』が同法によつて『職員』に対して行う免職に準じて、行政庁の行政処分と同様に取扱うことが妥当である」としている。もっとも、これは特別法（行政機関職員定員法）による措置であったためであろう<sup>61</sup>。しかし、行政機関職員定員法には不服申立ての定めはないし、本判決で不服申立ての可否について言及されてもいない。「職員」の免職処分がC又はDに入るとすると、これに準じた本件国鉄職員の免職処分は、少なくともBに入れることができよう。

(4) 最判昭和49年7月19日<sup>62</sup>は、現業公務員に対する懲戒処分（国家公務員法の規定に基づく）について、その行政処分性を認める。この判決で重要なのは、行政不服審査法が適用されるため、行政処分性が認められていると

したことである。公共企業体の勤務関係は、私的労働契約関係に近似していること（労働組合法等の適用がある）に鑑み、本来は労働契約関係であるが、法律の定めにより、懲戒処分が行政処分化されているにすぎないという説も主張されている<sup>63</sup>。この理解は必ずしも間違いではないと思われる。いずれにせよ、Dに含め得るのではなからうか。

同最判はさらに述べる。「不利益処分に不服のある者は、直ちに右処分に対する取消訴訟を提起することができ…処分のすべての瑕疵を争い得るのであり、ただ、不当労働行為該当の瑕疵以外の瑕疵を当事者が主張した裁判所が審理するについては、国公法 92 条の 2 における審査請求前置の趣旨に鑑み、審査請求に対する人事院の裁決を経由することを要し、これを経ないかぎり…、その主張、審理が制限される」。この判示は、不利益処分に対する不服申立ての内容にかかわらず、常に相手方は不服申立てを経由する必要がある、また、おしなべて不利益処分が抗告訴訟の対象になるという法的構造を説いている。

この点、現業公務員に対する不利益処分で、不当労働行為の瑕疵がある場合、本来の行政処分ではないが、あえて不服申立ての対象にしているという解釈も成り立つように思われる。

(5) 地方公営企業の企業職員や単純労働職員に対する不利益処分には、不服申立手続の適用がない（地方公営企業法 39 条 1 項）。私法上の契約関係であるからという<sup>64</sup>。そうすると、Aに含め得よう。

(6) 条件附採用の職員に対する不利益処分には、不服申立手続の適用はなく（参照、地方公務員法旧 49 条 5 項、現行 29 条の 2 第 1 項）、審査の請求はできないが、取消の訴えを適法なものとした判決（高松高判昭和 37 年 11 月 27 日）<sup>65</sup>がある。Bに入るであろう。

(7) その他、公務員の行政措置要求（地公法 46 条。参照、国公法 86 条）に対する却下又は棄却の決定は、職員の具体的権利に影響を及ぼすので、行政処分であるとしたものとして、最判昭和 36 年 3 月 28 日<sup>66</sup>がある。もっとも、

「委員会の判定の内容は、多くの場合、勧告的意見の表明であつて、それ自体で、直接職員の勤務条件に影響を及ぼすものでなく、それ自体としては一種の行政監督的作用を促す効果をもつに過ぎない」と判示されている。このように、措置要求を受けての勧告は、法的な拘束力を持たないが、却下や棄却の判定はそのような勧告が行われることすら否定されるので、却下・棄却の判定は具体的権利に影響があるといえよう。ゆえに、行政措置要求に対する却下・棄却の決定はBに入るであろう。なお、実務で、行政措置要求を却下・棄却する判定や一部認める判定には、当該職員に取消の訴えが可能である旨の教示がなされているならば、これはDへ組み入れる要因となり得る。

(8) 公務員採用の内定通知は、公権力の行使（抗告訴訟）に当らず、取消訴訟の対象と解されてない（最判昭和57年5月27日民集36巻5号777頁）。従って、Aに含められることになる。

## 10. 生活保護法に基づく処分

形式的行政処分の例として、生活保護法に基づく処分が挙げられることがある。学説上、「法定の形式的行政処分とは、具体的場合の行政庁の規律が私法的法律関係に関するものであつても、訴訟手続上、それを行政処分と見なすものをいう」として、生活保護69条（抗告訴訟）が例に挙げられている<sup>67)</sup>。もともと、生活保護の拒否・変更・停止・廃止は、契約上の行為として把握できなくもないといわれているのである<sup>68)</sup>。しかし、国から定期的に金銭を支給される地位は特別なものである（特許行為）という解釈もあり得る。ここでは、不服申立手続が設けられている点に鑑み、本稿のスタンス通り思考経済的に、Dに入るとしておく。

## 11. 補助金交付決定

(1) 「補助金等の交付の決定、補助金等の交付の決定の取消、補助金等の返還の命令その他補助金等の交付に関する各省各庁の長の処分に対して不服のある地方公共団体（…）は、…、各省各庁の長に対して不服を申し出ることができる」（補助金適正化法 25 条 1 項）と規定されている。地方公共団体が不服申立てをすることができるとするこの規定は、私人が行政不服審査法により不服申立てができることを当然の前提としていると解されるのであり、従って、補助金適正化法による補助金の交付決定は行政処分であると解釈できる<sup>(69)</sup>。例えば、東京地判昭和 51 年 12 月 13 日<sup>(70)</sup>、東京高判昭和 55 年 7 月 28 日<sup>(71)</sup>がそれであり、D に含め得る。

(2) 補助金適正化法が不服申立てを規定しているから、同法の適用を受ける補助金交付決定は行政処分であるという論法は、法定の形式的行政処分の理論とリンクする。

この点、不服申立ての規定ではなく、不服申立ての教示を根拠に、かなり緩やかに行政処分性を肯定した例がある。札幌高判昭和 44 年 4 月 17 日条例公布処分等取消請求控訴事件<sup>(72)</sup>である。この事案には、補助金適正化法の適用はないが、条例によって補助金の交付が定められていた。同事案では、行政不服申立てについて規定はなかったものの、実務上、異議の申立ができる旨の教示をする取扱いをしていたため、行政処分（抗告訴訟）であることが肯定されたと整理できる<sup>(73)</sup>。しかし、法令にも要綱にも不服申立ての定めがなかったにもかかわらず、不服申立ての教示が行われていたにすぎない同事案は、限界事例に近いと思われる。このような場合にも行政処分性を肯定してよいかについては判断が分かれるであろう。例えば、これに対する批判として、「実務上、教示制度がとられていたことは、立法者意思の推定の一要素ではあるが決め手となるものではない」<sup>(74)</sup>というものがある。そうすると、同事例を D に入れることに異論があろう。しかし、本稿では裁判所がどの

ような思考をたどって行政処分性を判定したかを考察するとして、同事例はDに整理する。行政不服申立手続が一応設けられていたと解されるからだ。

これとは反対に、補助金適正化法の適用がない例で、雇用保険法施行規則に基づく受給資格決定・支給決定について、行政処分性を否定するものとして、長崎地判平成4年12月22日地域雇用奨励金受給資格決定事件<sup>(76)</sup>がある。本件では、施行規則の規定の他に、要領（通達）に基づき審査請求（行政不服審査法）ができる旨の教示がなされていたが、手続等を規則に委任する趣旨の規定が法律にはなかったことが理由である。

(3) 補助金適正化法の適用がなく、法令に基づくものか疑わしい行政処分の事例として、最判平成15年9月4日労災就学援護費不支給処分取消請求事件<sup>(77)</sup>がある。同判決は、不服申立手続はないが、要綱を主な根拠にして、支給決定の行政処分性を肯定したのものである。これに対しては、就学援護費の支給決定は、法律に基づいているのではなく、要綱に基づいているにすぎないから、行政処分に該当するのか疑問が生じ得る<sup>(78)</sup>。この点をとらえて、通達まで含めて行政処分性の手掛かりを見出そうとしている同判決の態度は鷹揚と評されている<sup>(78)</sup>。興味深いことに、この判決では「法を根拠」という言葉が用いられている点で、最判ごみ焼却場事件による行政処分の定式中の用語（「法令」や「法律」）との違いが見られる。私見によると、同判決は、一方的な公権力の行使（抗告訴訟）性に力点を置いているように思われる。また、就学援護費の支給決定には、特に不服申立手続が設けられていないにもかかわらず、最高裁は行政処分性を認めている<sup>(79)</sup>。明文はないが、不服申立ての対象となることについて最高裁が極めておおらかに法令の委任があったものとしたならば、同事案はDに該当するかもしれない。しかし、本件では相手方にとって不服申立手続が設けられていたと明確にいけない。よって、不服申立てとは無関係に行政処分性が肯定されたと整理するほうが自然である。つまり、処分ではなく、公権力の行使（抗告訴訟）性が重視されたゆえであると解すべきではなかろうか。つまり、これはBに入る。

同様に、大阪高判昭和54年7月30日助成金交付申請却下処分無効確認等請求控訴事件<sup>80)</sup>は、要綱による補助金給付の事例であるが、要綱に基づく申請を、法令に基づく申請（行訴法3条5項）であるとして、これに対する応答（支給・不支給の決定）は、もはや「単なる給付の申込に対する承諾・不承諾の意思表示に止まらず、一個の公権的行為として、行政処分性をも具有するもの」とした。理由は、要綱に具体化された給付制度が、同和対策事業特別措置法の同和対策事業を具体化したものとして、同法に根拠を置いていと認められたからである。但し、本件では、行政不服申立手続には言及がない。よって、申請者の法的利益の保障という救済のために行政処分性を認めた（公権力の行使（抗告訴訟）に取り込まれた）事例として位置付けられよう<sup>81)</sup>。つまり、この事例はBに該当する。

同じように、要綱に基づく補助金給付申請に対する応答につき、行政処分性を認めたものに、福岡地判昭和55年9月26日<sup>82)</sup>、福岡高判昭和56年7月28日<sup>83)</sup>がある。

(4) これらとは正反対に、要綱があっても、行政処分性を否定した事例がいくつかある。

例えば、最判平成24年3月6日<sup>84)</sup>がある。地方公務員等共済組合法上の短期給付ではないところの、定款と要綱に基づいて支給される一部負担金払戻金と見舞金は、贈与契約に基づくと判示したのである。これによると、地方公務員等共済組合法の療養費・高額医療費・入院附加金と異なり、本件一部負担金払戻金・見舞金は、同法の給付と解することができず、専ら定款と要綱で定められたところによる贈与契約に基づくとしている。また、本件では、不服申立ての教示もなされず、行政手続法所定の手続もとられていなかった。このような事状の下、定款・要綱に基づく支給は行政処分でないとしたものと位置付けられた。つまり、Aに入る事例である。同じ最高裁判決でも、本判決は、要綱にかかる法律の根拠を探索する厳密な態度において、最判平成15年9月4日とは対照的な判決である。

また、申請の根拠である要綱が、法令の委任によるものでないことから、行政処分性が否定されたものとして、東京地判昭和60年6月27日<sup>85)</sup>がある。本判決では、不服申立手続には言及されていない。Aに入る事例である。

さらに、要綱ではないが、長の補助金交付規則が制定されていた東京地判昭和63年9月16日<sup>86)</sup>では、不服申立手続を設けおらず、また、教示がされていないことなどから行政処分（地方自治法242条の2第1項2号）性が否定されている。つまり、本判決はまず、「補助金を交付する関係は、地方自治体はその優越的地位に基づき公権力を発動して私人の権利、自由を制限し、これに義務を課するものではなく、本来、資金の交付を受けたいという私人の申込みに対する承諾という性質を有する非権力的なものであるから」、行政処分性はないと示す。但し、「法令等が補助金の交付申請に対して行政庁が交付決定をするという手続を定め、右決定に対する不服申立手続を設けているような場合など、法令等が特に補助金の交付決定に処分性を与えたものと認められる場合には」、交付決定は行政処分に該当すると続ける。もっとも、条例ではない、内部規則として定めた規則や要綱等は、それが法律や条例等の委任を受けたものでなければ、法治主義の原則上、法令等に含まれないと述べている。この事例もAに入る。

かくして、(4)の諸事例では、規則・要綱による交付決定の行政処分性を肯定するには、規則・要綱に法律や条例の委任があることを前提にしているものと整理できる。

## 12. 土地改良事業計画

その他にも、国営又は都道府県営の土地改良事業について農林水産大臣又は都道府県知事が決定した事業計画に対しては、異議申立てが法定されており（土地改良法87条6項）、行政処分性が認められる（参照、最判昭和61年2月13日土地改良事業施行認可事件<sup>87)</sup>）。よって、Dに入る。

但し、異議の申出（土地改良法（平成11年法律87号による改正前のもの）96条の2第5項及び9条1項）は、市町村営の土地改良事業に関して都道府県知事が事業施行の認可を行う前の段階で、利害関係人に異議を申し出る機会を付与し、都道府県知事の監督権の発動を促す途を開いたものであり、「審査請求，異議申立てその他の不服申立て」（行訴法3条3項）に該当しないため、都道府県知事による異議の申出の棄却決定（土地改良法96条の2第5項及び9条2項）は、「裁決」（行訴法3条3項）に該当しないと同最判昭和61年2月13日は判示する。この判決は、本件異議申出棄却決定は、利害関係者の法的地位に何ら影響を及ぼさないと述べている。

### 13. 行政不服申立てがあると、処分性が導かれるのか

判例上、不服申立ての途のあることが、行政処分性を肯定する重要な要素であるという<sup>88</sup>。

例えば、土地改良事業法の規定のように、行政不服申立手続の存在が行政処分性肯定の論拠として挙げられている。その他、供託法1条の4以下は、審査請求を制度化していることから、供託官の処分はDに位置付けられよう（最大昭和45年7月15日<sup>89</sup>）<sup>90</sup>。また、供託官の処分については、供託官が身分上の公務員であることに鑑み、行政処分性のみならず、公権力の行使（国賠法）性を認めることにも障害はない。

しかし、不服申立手続の存在がどれほど決定的なものであるかの問いに関して、行政処分性の論拠と考えない裁判例が出ている。例えば、東京高判平成11年3月31日司法書士登録拒否事件<sup>91</sup>は、不服申立手続が設けられているにもかかわらず、司法書士会連合会による登録取消の行政処分性を否定するのである。

この東京高判平成11年3月31日では、司法書士会連合会による司法書士の登録について審査請求が規定されていたにもかかわらず、登録取消（公証

行為)は行政処分ではないと判示されている。つまり、これは、行政不服審査法の適用が予定されているだけでは、行政処分性を導かないとした例である。これに対して、弁護士会による登録取消については、行政不服審査法の適用があるだけでなく、取消訴訟の適用について明文規定もある(弁護士法16条, 61条)<sup>92</sup>。なお、司法書士会も弁護士会も同じく強制加入団体である。

反対に、同事件の地裁判決では、行政処分性が肯定されていた(東京地判平成10年11月13日<sup>93</sup>)。その他にも、資格者団体の事案で、行政不服申立手続の存在から行政処分性を導くことを示唆するような判決がある<sup>94</sup>。東京地判平成8年10月30日税理士登録抹消処分無効確認請求事件<sup>95</sup>である。同判旨は、「税理士名簿からの抹消については、登録の取消し等と異なり、行政庁に対し不服申立てを行う手続規定も置かれていない」と述べて、行政処分性を否定する論拠の1つにしている。

同じく、不服申立てが規定されていないことで、最高裁が行政処分性否定の根拠の1つとしたものとして、最高裁昭和46年1月20日政府保有農地売り払い事件がある<sup>96</sup>。すなわち、農地法旧80条による売り払い行為は、不服申立てが認められないので、行政処分性を否定したのである(つまり、私法上の行為)。

もっとも、東京高判平成11年3月31日では、司法書士会連合会による登録取消が公証行為であるところ、そもそも公証行為自体の行政処分性は、その法的効果の欠如ゆえ否定されている<sup>97</sup>。他の事例でも、公証行為の行政処分性は否定されている<sup>98</sup>。このような公証行為の事例をもってきて、資格者団体(司法書士会連合会のこと)による登録等の行為は、行政不服申立手続が用意されていても、行政処分ではないと導くのは、論理的に余分な説示であるとも思われる。つまり、もともと本件は、公証行為であるがゆえ行政処分性がないという判断で足りたともいえよう。私見ではあるが、資格者団体の公証行為でない規律的作用で、不服申立手続が設けられている場合は、行政処分性が肯定されるのではなかろうか。東京高判平成11年3月31日の判

示がどこまで通用力を有するのか疑問である。

## 14. その他公権力の行使

行訴法3条2項に「処分」と「その他公権力の行使」が並列的に挙げられているが、「その他」であって「その他の」公権力の行使という文言ではないのだから「公権力の行使」（行訴法3条2項）は「処分」を包摂する概念ではない。また、同じ文言「公権力の行使」が直前3条1項に使われているわけで、両者を別の概念として把握するよりも（例えば、「処分」、「裁決」及び「その他公権力の行使」を合わせて、「公権力の行使」（3条1項）と整理する学説<sup>99</sup>もある）、同一概念であるとして、行訴法3条1項では公権力の行使を例として挙げたにすぎないと解するほうが、用語の混乱が少ないであろう。こうして、行訴法3条1項と2項の公権力の行使が同じ概念であるとする、1項の「公権力の行使」は例示となる。

この点、高木光説<sup>100</sup>では、公権力の行使（抗告訴訟）とは、行政処分をすることとしないことを「包括するための言い換え」であるとしている。公権力の行使（抗告訴訟）が行政処分とほぼ同義になっている。そうすると、行訴法3条1項の公権力の行使は、行政処分の語に置き換えることができ、一貫した考え方であると思う。もっとも、同説は、行訴法3条の抗告訴訟の対象を縮減し、行訴法4条の当事者訴訟を活用しようという目的を伴っている。それゆえ、同説は行政処分性を拡大してきた判例のベクトルに反する訳であって、同説が支持を得るかは、行政処分性の拡大を見直すような方向に判例が近い将来転轍していくかにかかっている。

あるいは、立法者意欲の表れ（立法者意欲説）と読み込むことはできないであろうか。行訴法3条1項には、処分でなく「公権力の行使」に関する不服の訴訟と書かれている。私見の類型化を前提にすれば、処分と書かれずに、公権力の行使の文言が用いられているおかげで、いわゆる行政処分性拡大の

方向性は正当化しやすい。なぜなら、公権力の行使（抗告訴訟）概念を活用することは、救済のためであって、権限としては裁判所マターである。反対に、処分を拡大させるのは立法者（行政立法制定権者を含むこともある）マターであり、後者について、原則として裁判所の判断で処分は拡大し得ない。しかし、公権力の行使の文言が行訴法3条1項に冠せられていることで、裁判所としてもこれを自身の解釈で活用しやすいといえないだろうか（看板効果）。

## おわりに

本稿は主に、「処分その他公権力の行使」（行訴法3条2項）を分解整理することで、先人のなしてきた行政処分性の判断にかかる諸事例を分類してみた。もちろん、私見による類型化によって、必ずしも行政処分性の有無を確定できるわけではない。つまり、魔法の杖でないことは自覚している。しかし、こうすることで、処分と公権力の行使（抗告訴訟）の理論的整理が可能となる。また、批判の多かった形式的行政処分論についても<sup>(10)</sup>、その完成形に向けて後押しできるのではないかと考えている。

さらに、私見による類型化では、公権力の行使（国賠法）をも統合することで、同一文言を同じ土俵で比較対照させる議論が可能となる（総合理論）。とりわけ、領域Eの認識によって、公権力の行使でない行政処分という存在を説明することができ、指定確認検査機関の民法責任説をバックアップできるものとする。民法責任説は立案者の意図でもあって、民営化の意義を忠実に裁判を通して具現化できるのである。

今後も、許認可権限が民間に移譲され、賠償責任の行方が問われることが予想される。このような課題の追究は、その意義を増していくであろう。

## 注

- (1) 拙稿「処分と公権力の行使の関係」久留米大学法学 72 号 92 頁。
- (2) 制定の経緯については、参照、宮田三郎『行政訴訟法第 2 版』（信山社，2007 年）83 頁以下。
- (3) 参照、田中二郎『新版行政法上巻全訂第 2 版』（弘文堂，1974 年）104 頁、芝池義一『行政法総論講義第 4 版補訂版』（有斐閣，2006 年）122 頁。
- (4) 参照、法制執務用語研究会『条文の読み方』（有斐閣，2012 年）36 頁以下。
- (5) 塩野宏『行政法 I 第 5 版補訂版』（有斐閣，2013 年）140 頁、太田匡彦「行政行為——古くからある概念の、今認められる意味をめぐって」公法研究 67 号 237 頁以下。参照、大橋洋一『行政法 I 現代行政過程論第 2 版』（有斐閣，2013 年）175 頁以下。
- (6) 村上武則「二段階論，行政行為一元論および形式的行政行為論」政経論叢 24 卷 3 号 51 頁。裏返して言い換えると、この見解は、行政作用について私人の法作用と同視し得るものは、取消訴訟の対象から除外するという意味であろう。
- (7) 宮田・前掲『行政訴訟法』77 頁。
- (8) 小早川光郎『行政法上』（弘文堂，1999 年）269 頁。
- (9) 芝池義一『行政法読本第 3 版』（有斐閣，2013 年）292 頁。領域 B における、人の収容・物の留置等その内容が継続的性質を有する事実行為は、即時強制を指すとするものとして、参照、神橋一彦『行政救済法』（信山社，2012 年）92 頁、兼子仁『行政法総論』（筑摩書房，1983 年）230 頁以下。
- (10) 塩野宏「行政事件訴訟法改正論議管見」成蹊法学 43 号 61 頁。
- (11) 但し、形式的行政処分性が濃厚だとするものとして、兼子・前掲『行政法総論』232 頁。
- (12) 民集 22 卷 13 号 3147 頁。
- (13) それぞれ、民集 13 卷 1 号 32 頁、民集 32 卷 9 号 1617 頁。
- (14) 民集 18 卷 8 号 1809 頁。
- (15) 神橋・前掲『行政救済法』49 頁では、行政処分性の基準である直接性と個別・具体性は同じである。
- (16) 参照、宮田・前掲『行政訴訟法』74 頁以下。
- (17) 参照、塩野『行政法 II 第 5 版補訂版』（有斐閣，2013 年）101 頁以下。
- (18) 民集 38 卷 12 号 308 頁。
- (19) 西埜章『国家賠償法コンメンタール第 2 版』（勁草書房，2014 年）94 頁以下。
- (20) 例えば、阿部泰隆『行政法解釈学 II』（有斐閣，2009 年）89 頁。
- (21) 参照、兼子・前掲『行政法総論』229 頁。政省令や条例等の形式的行政処分には、取消訴訟の排他的管轄が及ばないとするものとして、芝池・前掲『読本』293 頁。その他、

稲葉一将「処分性の拡大と権利利益救済の実効性」法律時報 82 卷 8 号 11 頁。

- (22) 芝池・前掲『総論』135 頁。
- (23) 雄川一郎「現代における行政と法」岩波講座『現代法 4 現代の行政』（岩波書店、1966 年）18 頁。
- (24) 例えば、最判平成 7 年 3 月 23 日民集 49 卷 3 号 1006 頁、最判昭和 46 年 1 月 20 日政府保有農地売り払い事件民集 25 卷 1 号 1 頁。神橋・前掲『行政救済法』81 頁。
- (25) 米丸恒治「建築基準法改正と指定機関制度の変容」政策科学 7 卷 3 号 264 頁、板垣勝彦「耐震強度不足のマンションの建築確認をめぐる損害賠償請求事件」自治研究 89 卷 6 号 144 頁、西埜・前掲『コンメンタール』91 頁、110 頁、原田大樹『行政法学と主要参照領域』（東京大学出版会、2015 年）309 頁。
- (26) 参照、建築行政研究会編『改正建築基準法のポイント』（ぎょうせい、1998 年）14 頁。
- (27) 民集 14 卷 9 号 1744 頁。
- (28) 南博方「納税のため物納された土地の払下処分の性質」民商法雑誌 44 卷 2 号 302 頁。同様に、菊井康郎「行政庁の私法上の行為」別冊ジュリスト『行政判例百選新版』（有斐閣、1970 年）84 頁。
- (29) 菊井康郎「普通財産の売払行為の性質」別冊ジュリスト『行政判例百選 I』（有斐閣、1979 年）156 頁。
- (30) 塩野・前掲『行政法 I』190 頁以下、佐藤由佳「処分性拡大に関する一考察」志學館法学 15 号 120 頁。
- (31) 山本隆司『判例から探求する行政法』（有斐閣、2012 年）320 頁。神橋・前掲『行政救済法』90 頁は、最判平成 15 年 9 月 4 日が契約方式の推定を必ずしも採っていないことを述べている。
- (32) 民集 25 卷 1 号 1 頁。
- (33) 裁判所時報 1533 号 24 頁。
- (34) 行集 6 卷 12 号 2545 頁。措置法に基く農地の売渡計画の樹立又は売渡処分は「優越的な意思即ち公権力の発動としてなす作用」であるとする。
- (35) 大審院民事判例集 21 卷 230 頁。
- (36) 田中・前掲『行政法上巻』108 頁。
- (37) 塩野宏『行政法Ⅲ第 4 版』（有斐閣、2012 年）398 頁。
- (38) 行集 4 卷 12 号 3288 頁。
- (39) 賛同するものとして、成田頼明「皇居外苑の使用不許可」別冊ジュリスト『行政判例百選 I 第 2 版』（有斐閣、1987 年）167 頁。
- (40) 大久保規子「皇居外苑の使用許可」別冊ジュリスト『行政判例百選 I 第 6 版』（有斐閣、

2012年）139頁。

- (41) 塩野・前掲『行政法Ⅲ』353頁。大橋・前掲『行政法Ⅰ』176頁は、法令による具体的委任のない公園管理規則に基づくような許可については、これを法令に基づかない行政行為として一般化するべきではなく、あくまで、法的根拠を要請していくべきであると論ずる。この論理は、要綱にのみ基づく補助金交付決定にも妥当すると思われる。
- (42) 「行政財産を使用又は収益させる場合の取扱いの基準について」（昭和33年1月7日蔵管第1号）別紙様式11財務省ウェブサイト。
- (43) 参照，成田頼明監『指定管理者制度』（第一法規，2009年）92頁。
- (44) 判タ1259号182頁。
- (45) 判タ864号204頁。
- (46) 最高裁判所昭和29年7月30日民集8巻7号1463頁。本件は行政処分性が争点となっていないようである。同様に，国立療養所の退所処分は抗告訴訟の対象となるものとして，大阪高判昭和28年4月28日行集4巻4号964頁，最判昭和33年10月30日裁判所ウェブサイトがある。
- (47) 例えば，岐阜地判平成21年12月16日損害賠償請求事件裁判所ウェブサイト。
- (48) 塩野・前掲『行政法Ⅲ』99頁，徳本広孝『『大学の法律関係』の研究——国立大学法人における教育活動と国家賠償法1条の適用可能性を中心として』宇賀克也編『行政法研究第3号』（信山社，2013年）52頁，拙稿「公共団体とは何か」久留米大学法学48号74頁。名古屋高判平成22年11月4日裁判所ウェブサイト，佐賀地判平成26年4月25日判時2227号69頁。
- (49) 但し，国立大学法人の大学教師の教育活動は，公権力の行使（国賠法）でないとするものとして，徳本・前掲61頁以下。
- (50) 板垣勝彦「公営住宅法の課題（一）」自治研究88巻6号95頁，大阪地決昭和49年12月10日判時770号76頁。
- (51) 室井敬司「抗告訴訟の対象となる行政処分の範囲」高木光・宇賀克也編『行政法の争点』（有斐閣，2014年）112頁。参照，最判昭和59年12月13日民集38巻12号1411頁。
- (52) 大阪地判昭和34年9月8日下民集10巻9号1916頁。
- (53) 労働契約説として，原田尚彦『訴えの利益』（弘文堂，1973年）111頁。
- (54) 原田・前掲『訴えの利益』157頁。
- (55) 塩野・前掲『行政法Ⅲ』281頁。参照，宇賀克也『行政法概説Ⅲ第3版』（有斐閣，2012年）341頁。
- (56) 田中二郎も，形式的行政処分の例として，行政職員定員制限法附則に基づく国鉄職員の罷免を挙げるだけで，公務員の勤務関係一般を挙げていない。田中・前掲『行政法

上巻』108頁。

- (57) これに対して、兼子仁『行政争訟法』（筑摩書房、1973年）286頁は、「実体的な公権力性はずも身分保障制度に連るだけの形式的行政処分であると解されうようになっている」と説明する。しかし、私見では、公権力の行使（抗告訴訟）性はあるともないとも断定せず、不服申立手続が設けられているならば、Dに含めると考える。不服申立手続が設けられていなければ、公権力の行使（抗告訴訟）性を検討する必要は残るからである。
- (58) 田中・前掲『行政法上巻』108頁は、「契約の一方当事者の行為としての実質をもってしている行為であるにもかかわらず、法令上、これに処分としての形式を与えることも少なくなく」、例えば、補助金の交付決定、行政財産の使用の許可、行政機関職員定員法附則に基づく国鉄職員の罷免（…）、供託官による供託金の取戻請求の却下（…）等がこれで、これらの行為については、行政争訟の提起が認められている」という。これらの多くは、法令による処分性付与の例ということで公権力の行使（抗告訴訟）性の追究は必要ない。
- (59) 民集28巻1号66頁。
- (60) 「この免職処分について民事訴訟法による仮処分を求めることは、行政事件訴訟特例法一〇条七項により許されない」と判示された。民集8巻9号1606頁。
- (61) 南博方編『条解行政事件訴訟法第4版』（弘文堂、2014年）43頁（高橋滋執筆部分）。
- (62) 「国公法は、不利益処分につき、人事院に対して行政不服審査法…による審査請求をすることができ…、また、右の審査請求に対する人事院の裁決を経た後でなければ、右処分の取消しの訴えを提起することができない…と規定しているが、…現行実定法は、右処分が行政処分…であることを当然の前提としているものと解するほかはない」。民集28巻5号897頁。
- (63) 中西又三「公務員の勤務関係」別冊ジュリスト『行政判例百選Ⅰ第2版』（有斐閣、1987年）15頁。
- (64) 参照、田中館照橘『公務員法』（有斐閣、1986年）53頁。
- (65) 行集13巻11号2108頁。同判決は次のように述べる。「条件附採用の場合は、不利益な処分に対して簡易迅速にその是正を求める審査の請求権は認められていないが、これを以つて、直ちに本件の如き違法な解職処分に対する司法裁判所への出訴までも禁じられているものと解することはできない。…本訴提起は、違法でない。」
- (66) 民集15巻3号595頁。
- (67) 宮田・前掲『行政訴訟法』76頁。参照、芝池・前掲『読本』292頁。なお、規律力（公権力の行使）の観点から生活保護法27条の指導又は指示を分析するものとして、太

田匡彦「生活保護法二七条に関する一考察——『行政の行為の行為形式特定』に関する一例として——」小早川光郎・宇賀克也編『塩野宏先生古稀記念行政法の発展と変革』（有斐閣，2001年）597頁以下。

- (68) 芝池・前掲『読本』292頁。
- (69) 塩野宏「補助金交付決定をめぐる若干の問題点」成田頼明他編『行政法の諸問題：雄川一郎先生献呈論集中』（有斐閣，1990年）285頁以下。
- (70) 行集27巻11・12号1790頁。
- (71) 行集31巻7号1558頁。
- (72) 行集20巻4号459頁。
- (73) 「釧路市においては、従来奨励金を交付する場合には、市長が同市指令として奨励金交付の決定をしたうえ、これを申請者に通知する方法をとり、奨励金交付申請を却下する場合には、却下通知書に行政不服審査法第六条による異議の申立ができる旨を教示する取扱をしていることが認められる。」札幌高判昭和44年4月17日行集20巻4号459頁。
- (74) 塩野・前掲「補助金」299頁。
- (75) 訟月39巻10号2040頁。
- (76) 判タ1138号61頁。
- (77) 但し、芝池・前掲『総論』126頁。
- (78) 太田匡彦「労災就学援護費の支給に関する決定」別冊ジュリスト『行政判例百選Ⅱ第6版』（有斐閣，2012年）341頁。参照、榊原秀訓「労災就学援護費の支給・不支給の処分性」民商法雑誌130巻1号153頁、山本・前掲『判例から』319頁。
- (79) 神橋・前掲『行政救済法』90頁。
- (80) 行集30巻7号1352頁。原審は行政処分性を否定していた。大阪地判昭和53年5月26日行集29巻5号1053頁。
- (81) これに対して、法律ではなく要綱で補助金が交付される仕組みの場合、交付決定に行政処分性を認めるのは困難とするものとして、大橋洋一『行政法Ⅱ現代行政救済論』（有斐閣，2015年）85頁。
- (82) 行集32巻7号1291頁。
- (83) 行集32巻7号1290頁。
- (84) 判タ1371号96頁。
- (85) 行集36巻6号1063頁。
- (86) 行集39巻9号859頁。控訴審も、訴えを不適法なものと判示する。東京高判平成11年7月11日行集40巻7号925頁。

- (87) 民集 40 卷 1 号 1 頁。
- (88) 参照, 塩野・前掲「補助金」285 頁, 神橋・前掲『行政救済法』80 頁。
- (89) 民集 24 卷 7 号 771 頁。
- (90) 反対に, 供託事件で, 不服申立ての規定から処分性を肯定することに疑問を呈するものとして, 宮田・前掲『行政訴訟法』78 頁。
- (91) 判時 1680 号 63 頁。
- (92) 両団体について, 学説には, 「弁護士会や司法書士会は, 公共組合と解すべきでない以上, 法律上特別の定めがある場合のほかは, 民法等の私法が適用されることになり, 構成員が弁護士会等との間で権利義務関係を争う場合には, 民事訴訟の手續によるべきことになる」とするものがある。日暮直子「公共組合」藤山雅行編『新・裁判実務大系第 25 卷行政争訟』(青林書院, 2004 年) 117 頁。
- (93) 判時 1680 号 65 頁。
- (94) 参照, 見上崇洋「日本司法書士会連合会がした司法書士の登録取消の行政処分性」判評 493 号 180 頁。
- (95) 判時 1589 号 43 頁。
- (96) 参照, 塩野・前掲「補助金」292 頁。
- (97) 関連して, 法務局長が司法書士に対して行った戒告を行政処分でないとし示したものとして, 東京高判平成 20 年 6 月 24 日裁判所ウェブサイト。これに賛同しないものとして, 石井昇「司法書士法に基づく懲戒としての戒告の処分性」法学セミナー 653 号 119 頁。
- (98) 最判昭和 39 年 1 月 24 日民集 18 卷 1 号 113 頁。大橋・前掲『行政法 I』177 頁。
- (99) 参照, 周作彩「処分性の拡大と行政行為概念の今日的存在意義」法学教室 401 号 26 頁。その他, 藤田宙靖『行政法総論』(青林書院, 2013 年) 383 頁以下。
- (100) 高木光『行政訴訟論』(有斐閣, 2005 年) 104 頁。
- (101) 塩野・前掲「補助金」286 頁以下, 大橋・前掲『行政法 I』178 頁。