

〔論 説〕

処分性の拡大と公法上の当事者訴訟との
役割分担について（その2・完）

小 島 延 夫

- I はじめに
- II 3つの行政活動の分野と行政処分のメリット、行政処分の意味
- III 中川論文（行政訴訟の諸類型と相互作用）について
- IV 土地利用に関する都市計画決定について（以上Law&Practice11号）
- V 前回と今回の論文の位置づけ
- VI 行政処分と裁判において処分性が認められたものとの関係、公法上の当事者訴訟というときの「公法」の意味と従来の公法と私法の間をめぐるとの議論
 - 1 行政法でいう、行政処分概念
 - 2 裁判において処分性が認められた行政の行為と行政処分概念の関係をどのように考えるか。
 - (1) 供託金払戻請求却下についての最高裁判決（最大判昭和45年7月15日民集24巻7号771頁）と行政処分概念
 - (i) 私法上の法律関係について、行政処分が介在しうるのか。
 - (ii) 不可争力のない行政処分があるのか。
 - (2) 私法上の法律関係について、行政処分が介在しうると解すべき
 - 3 公法上の当事者訴訟というときの「公法」の意味と従来の公法と私法の間をめぐるとの議論
 - (1) 本稿における、公法上の法律関係
 - (2) 公法上の法律関係と私法上の法律関係をどうやって峻別するのか。
 - (3) 従来の公法と私法の間をめぐるとの関係
 - 4 小括
- VII 私法上の法律関係だが、行政処分を介在させることが望ましい場合
 - 1 公営住宅の使用許可
 - 2 介護保険の要介護認定
 - 3 保育所などの公的施設を民間委託する場合などに民間事業者を選定する際の選考結果の通知などについて
 - (1) 最終的に法的効果を確定する行為である委託契約（あるいは移譲契約）の前の段階の行為について
 - (2) 岐阜地判平成19年8月29日・平成17年（行ウ）第9号新增島保育園運営事業者地位確認等請求事件・裁判所ウェブサイト
 - (3) 最三小判平成23年6月14日裁判集民事237号21頁
 - (4) 分析と検討
 - 4 公営住宅の開始、介護認定、保育所などの公的施設を民間委託する場合などに民間事業

- 者を選定する際の選考結果の通知について、処分性を否定した場合の救済方法について
- (1) 私法上の法律関係について介在している行政処分がなくなった場合
 - (2) 公営住宅の利用を拒否された場合
 - (3) 介護認定制度がない場合
 - (4) 保育所などの公的施設を民間委託する場合などに民間事業者を選定する際の選考結果の通知の処分性を否定した場合

VIII 処分性を認めるかどうかの判断基準について（特に、契約と処分の峻別について）

- 1 処分性の判断について統一的な基準を設けることは適切ではない。
- 2 契約と処分の峻別 公権力性の有無はどのようにして判断するのか。
 - (1) 一方行為性では判断できない。また、言葉の本来の意味の公権力的性格も必ずしも必要ではない。
 - (2) 「公権力性」を認める要素＝法令が当該行為を抗告訴訟の対象としているかどうかをどのようにして判断するのか。
 - (3) 小括

V 前回と今回の論考の位置づけ

「処分性の拡大と公法上の当事者訴訟との役割分担について（その1）」においては、平成16年の行政事件訴訟法改正と前後し、従来処分性が認められるのか議論のあった問題について次々と処分性を肯定する最高裁の判決が下されたりことと、公法上の当事者訴訟を活用していく動き²⁾が続いていることを踏まえ、処分性の拡大と公法上の当事者訴訟との役割はどのように整理されるべきであり、それぞれはどのような役割を担うべきなのか検討するとして、第一に、行政活動の3つの分野（規制的行政活動、サービス提供活動、私的法律関係による行政活動）と行政処分のメリット、行政処分の意味について検討し、第二に、日本の訴訟の現実から、処分性の拡大が望ましい分野がある可能性について考え、処分性を認めて、取消訴訟によって解決する道を従来の判例より広げていくことにも相当の意味があることを述べた。

そして、具体的に、完結型の都市計画決定と言われる、用途地域指定変更の都市計画などの土地利用に関する都市計画決定を取り上げ、処分性を認めるべ

¹⁾ 最判平成15年9月4日判例時報1841号89頁，食品衛生法16条違反の旨の検疫所長の通知（最判平成16年4月26日民衆58巻4号989頁），医療法30条の7についての最高裁判決（最判平成17年7月15日・民集59巻6号1661頁），浜松土地区画整理事業の事業計画についての大法廷判決最大判平成20年9月10日民集62巻8号2029頁。

²⁾ 最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁や君が代処分予防訴訟の最高裁判決（最一小判平成24年2月9日民集66巻2号183頁）。

きかどうか、公法上の当事者訴訟ではどうなのかについて実際上の問題状況を踏まえ検討した。

今回は、視点を変えてみて、この問題を考えるにあたっての行政処分と裁判において処分性が認められたものとの関係、公法上の当事者訴訟というときの「公法」の意味と従来の公法と私法の間をめぐり議論を整理した上で、その問題を考えるに重要な具体的事例を検討していき、公法上の当事者訴訟または民事訴訟での救済では不十分なのかを検討し、最後に、行政処分かどうかについての判断基準をどのように考えるべきかについてまとめてみたい。

VI 行政処分と裁判において処分性が認められたものとの関係、公法上の当事者訴訟というときの「公法」の意味と従来の公法と私法の間をめぐり議論

1 行政法でいう、行政処分概念

行政法でいう、行政処分概念は、その行為によって、直接、具体的に権利義務が変動するものとして、単に、人の行動をうながすに過ぎない行政指導や、双方の意見の一致によって権利義務関係が変動する行政契約、あるいは、一般的抽象的に権利義務を定めるに過ぎないものとしての行政立法から区別される。

実定法上は、行政事件訴訟法において、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」と定義され（行政事件訴訟法3条2項）、行政不服審査法でも同一の定義がされ（行政不服審査法1条2項）、行政手続法においても同一の定義がされている（行政手続法2条2号）。

行政事件訴訟法および行政不服審査法の定義だけならば、行政処分概念は、救済法上の概念に過ぎないとみることも不可能ではないが、行政手続法における定めがあり、また、取消訴訟制度や審査請求制度があることに起因して行政処分に一定の効果が結びついている（取消訴訟の排他性あるいは公定力、無効原因と取消しうる違法との区別など）以上、行政処分概念は、行政作用における重要な概念である。

2 裁判において処分性が認められた行政の行為と行政処分概念の関係をどのように考えるか。

(1) 供託金払戻請求却下についての最高裁判決（最大判昭和45年7月15日民集24巻7号771頁）と行政処分概念

では、この行政処分概念と、裁判において処分性が認められた行政の行為の関係をどのように考えるべきか。

この点の議論は、古くは、供託金払戻請求却下についての最高裁判決（最大判昭和45年7月15日民集24巻7号771頁）のときに起きている。この最高裁判決については、2つの点から、行政処分概念との関係で、緊張関係が発生した。

(i) 私法上の法律関係について、行政処分が介在しうるのか。

第一の点は、同判決が、弁済供託についての法律関係について、「もともと、弁済供託は、弁済者の申請により供託官が債権者のために供託物を受け入れ管理するもので、民法上の寄託契約の性質を有する」と論じた点である。民法上の寄託契約である以上、純然たる私法上の法律関係である。その供託金取戻請求に対し却下した行為について、「供託官が供託物取戻請求を理由がないと認めて却下した行為は行政処分であり、弁済者は右却下行為が権限のある機関によつて取り消されるまでは供託物を取り戻すことができないものといわなければならない」とすることができるのかという問題である。

行政処分は、公法上の法律関係、それも権力関係についてのものだとする学説が唱えられてきた。この見解からすれば、この判決が、弁済供託は、民法上の寄託契約という、純然たる私法上の法律関係としつつ、その供託金取戻請求に対し却下した行為を行政処分とするという点をどのように説明するのかということである。

特に、供託物取戻請求とその請求を却下するという関係は、通常民法上の寄託契約において、寄託物の返還を求め、それを拒否するという関係と、きわめて類似していることもあり、それを行政処分とすることができるのかという問題ともなった。

さらに、付言すれば、寄託物の返還を求められたのを拒否する行為が、ある一定の場合には、行政処分となるとすれば、それはどのような場合なのかが問題となることとなる。

(ii) 不可争力のない行政処分があるのか。

もう一つは、供託官の処分を不当とする者が、監督法務局または地方法務局の長に対してする審査請求については、期間の制限がない（供託法1条の7）点との関係をどう考えるかであった。

行政処分は、それに対して争う方法を取消訴訟その他の抗告訴訟に限定すること（公定力、あるいは取消訴訟の排他性）と提訴期間を制限すること（行政事件訴訟法14条、行政不服審査法14条）（不可争力）を特徴とし、そのことによって、処分の相手方の救済方法について便宜を図る一方、法律関係の早期の安定を図るものとしている。

その2つの特徴の一つである不可争力が欠けている点をどう考えるかという問題である。

以上のことから、この場合の処分性は、救済の必要性から特別に認められたものであって、通常の行政処分とは異なるという見解が唱えられ、そのため、形式的行政処分その他の概念が唱えられた。

(2) 私法上の法律関係について、行政処分が介在しうると解すべき

この点については、すでに、本稿の(1)の「第3」の「3」において、すでに、私法上の法律関係でも、行政処分が介在しうるとすべきだと述べたところである。

そもそも、公法上の法律関係か私法上の法律関係かどうかということと、行政処分に該当するかどうかという点は別次元の問題であると考えべきではないか。

その点を考える素材として、公営住宅をめぐる法律関係について考えてみたい。

公営住宅は、公有財産であるものの、その使用者（通常の賃貸借の賃借人）が排他的独占的に使用しており、かつ、その利用関係は通常の賃貸借関係に類似している。最高裁判決も、最一小判昭和59年12月13日民集38巻12号1411頁において、原審である東京高等裁判所が「無断増築を理由とする本件住宅の使用許可の取消及び明渡請求について信頼関係理論を持ち込むことは相当ではない」とした判断を覆して、「入居者が右使用許可を受けて事業主体と入居者との間に公営住宅の使用関係が設定されたのちにおいては、前示のような法及び条例による規制はあつても、事業主体と入居者との間の法律関係は、基本的には私人間

の家屋賃貸借関係と異なるところはな」いとしている。

事業主体という公営住宅法の用語（公営住宅法5条以下）自体、公物の管理主体ではなく、私法上の法律関係を推認させる用語である。

以上からすれば、公営住宅をめぐるその使用者（通常の賃貸借の賃借人）と公営住宅を設置し、管理する者（事業主体）（通常の賃貸借の賃貸人）との関係は、民法上の家屋賃貸借関係という、私法上の法律関係である。また、公営住宅の明渡訴訟は、通常の民事訴訟として扱われる。

しかし、公営住宅の入居の際には、使用申込みに対する許可という行政処分で、法律関係が開始され（東京都営住宅条例4条、13条）、終了の際も、許可の取消という行政処分による（同条例39条）。その法律関係の開始と終了が行政処分によっているのである。終了の際に紛争状態となったときには、明渡しを強制するためには、民事訴訟としての建物明渡訴訟が提起しなければならないので、民事訴訟で争うことになる。しかし、使用申し込みに対する不許可がされた場合の争い方としては、取消訴訟の排他性から、使用申し込みに対する不許可処分に対する審査請求または取消訴訟によることになる。

さらに考えると、公営住宅の使用申込みに対する許可の際には、具体的な審査基準が定められ公にされることが望ましく、さらに、不許可の場合の理由提示が望ましい。こうしたことから考えると、公営住宅の使用申込みに対する許可は、救済法としての意味だけでなく、行政手続法や行政手続条例の対象となる行政処分でもある。

ところが、前述の通り、この使用許可によって開始される法律関係は、民法上の賃貸借という私法上の法律関係である。

こうしたことを考えると、そもそも、「行政処分は、公法上の法律関係、それも権力関係についてのものだとする」考え方自体が適切でないと言わざるを得ない。

私法上の法律関係についても、法令の定めによって、行政の特定の行為を行政処分として定め、それについて、行政処分としての特質を付与して、一方では、処分の相手方などの救済方法について便宜を図り、また、行政手続法などによる規律の対象として行政活動の透明性・公正さを確保し、他方、法律関係の早期の安定を図るとすることも十分に合理的な方策である。

行政処分に該当するかどうかと、公法上の法律関係か私法上の法律関係かど

うかということは別次元の問題であり、私法上の法律関係についても、行政処分を介在させることはでき、場合によってはそれが望ましい。

3 公法上の当事者訴訟というときの「公法」の意味と従来の公法と私法をめぐる議論

以上の議論の前提として、公法上の法律関係と私法上の法律関係を区別すべきか、その実益があるのか、ここで公法上の法律関係というときの「公法」の意味はどう解するべきであろうか、また、この点は、従来の公法と私法をめぐる議論とどう関係してくるのであるか。

(1) 本稿における、公法上の法律関係

実務的には、公法上の法律関係と私法上の法律関係の区別は、行政事件訴訟法4条の公法上の当事者訴訟によるべきなのか、通常の民事訴訟によるべきなのかという点の区別の必要性（訴訟手続き上の区別の必要性）によると解するべきである。

公法上の当事者訴訟によるべきなのか、通常の民事訴訟によるべきなのかについては、区別の実益がないのではないかという議論もあり、行政裁判所制度がない今日、そのように見えないわけでもない。

しかし、なお、以下の2点で区別の実益は認められる。

第1点は、訴訟の判決の効力が、判決理由中の判断に及ぶかどうかという点である。

民事訴訟では、判決主文およびその前提とされた権利義務の存否の点についてのみ既判力が生じ、その前提とされた判断については、判決効はないとするのが通説である。

しかし、公法上の当事者訴訟においては、行政事件訴訟法41条・33条によって、判決理由中の判断であっても、その判断に判決効が生じるので、行政機関はそれによって法的に拘束され、制度を改廃する法的義務が発生する。

例えば、高速道路の料金の値上げに対し、「ある一定の金額以上を支払わずに高速道路を通行することができる法的地位」が確認されたら、高速道路の管理者は、その判決の理由中の判断に従って、制度を改正すべき法的義務が発生する。

これは大きな差異である。

第2点は、訴訟運営上の問題であるが、実務的には、かなり重要な問題である。控訴審である高等裁判所において、訴えの変更あるいは追加的併合が認められるかどうかという問題である。

民事訴訟では、これにより著しく訴訟手続を遅滞させることとならなければ、請求の基礎に変更がない限り、口頭弁論の終結に至るまで、請求又は請求の原因を変更することができる（民事訴訟法143条）。高等裁判所における控訴審においても同様である。

しかし、公法上の当事者訴訟は、行政事件訴訟法41条2項で、同法16条から19条までの規定を準用しているので、控訴審においては、たとえ請求の基礎が同一であっても、被告が同意しない限り、訴えの追加的併合は認められない。

これは、実際的にはありうることであって、先例としては、当初は国家賠償請求を請求し、控訴審において、損失補償を追加的に併合しようとした事例で否定された事例（最三小判平成5年7月20日民集47巻7号4627頁）などがある。

この2つの点は、実務的には大きな違いであるが、他に、公法上の当事者訴訟では、地方裁判所の本庁で審理するといった取扱い上の違いもある。こうした違いがある以上、両者の区別の実益はある。

以上を踏まえ、本稿では、公法上の当事者訴訟の対象となる法律関係を公法上の法律関係とし、民事訴訟の対象となる法律関係を私法上の法律関係とする。

このように、公法上の法律関係と私法上の法律関係の区別を主に訴訟手続法上の問題ととらえると、そこでいう「私法上の法律関係」に該当しても、公法的規制の必要性が生じる場合は当然あるのであって、そのようなときに対応すべく、行政処分をそこに介在させる必要性も生じることとなる。

(2) 公法上の法律関係と私法上の法律関係をどうやって峻別するのか。

では、ある法律関係が、公法上の法律関係か私法上の法律関係かどうかによって区別するか。

これは実際上の明確な基準の確立は難しい点である。

通常、の民有財産とは明らかに違った特質を有する公物の利用関係、あるいは、生活保護・年金・児童福祉・高齢者福祉などの社会保障サービスなどの公的なサービスや税金に関する法律関係などのように私人には成し得ない関係が、公法上の法律関係となる。

行政が行うことであって、公共事業工事の請負契約、公共事業用地の取得

の売買契約、行政の所有する普通財産の払下げなどは、民法上の請負工事契約や売買契約と差異はない。私法上の法律関係である。

公務員の勤務関係をどう考えるべきか。その実質は、民間の労働者の雇用関係に極めて近いが、勤務関係の開始と終了が行政処分によっていることなどから、公法上の法律関係と解されている。したがって、公務員がその受け取るべき賃金が少ない場合や多くもらい過ぎた場合は、いずれも、公法上の当事者訴訟としての不当利得返還請求訴訟（公務員が多くもらい過ぎた場合）や未払賃金などの請求訴訟となる。この場合、単に前述した二つの特質だけでなく、時効が民法上の時効ではなく、会計法30条や地方自治法236条によることになる。

別に問題になったのが、水道の供給関係である。水道という生活に欠かせないものの供給であり、かつ、水道供給は独占的に地方自治体が営む（水道法6条2項）こと、水道供給が義務付けられ原則として供給契約の締結を拒み得ないこと（水道法15条）、水道料金の決定その他が公的に統制されていることを考えると、公法上の法律関係であるようにも思われる。しかし、水道供給と同様に従来独占とされてきた、電気・ガスなども、供給契約の締結義務付けがあり、価格その他について公的規制が存在する。そして、電気・ガス供給は私法上の法律関係としての継続的供給契約であることは争いがない。さらに、水道供給者は、水道事業者と呼ばれ、水道事業を営むこと（水道法6条他）を考えあわせると、水道供給についての法律関係も私法上の法律関係ということになる。

（3）従来の公法と私法をめぐる議論との関係

従来、公法と私法をめぐる議論は、もともとは、訴訟手続法上の問題に限定されるものではなく、それが実体法的にも意味を有するものであった。

公法上の権利は、融通性がないので、譲渡できないし、未払いがあっても死亡によって消滅するとされたり（生活保護給付や年金給付については、いまでも原則その扱いである）、公物については、私法上の物と違って、排他的独占的支配をすることが原則として認められないので、時効取得もできないとされたり、あるいは、公法上の債権については、民法上の時効ではなく、会計法30条や地方自治法236条によることになり、援用は不要で、絶対的に発生するとしたりする点である。

しかし、公務員の賃金請求権については、未払いがあっても死亡によって消滅しないし、公法上の債権についても時には会計法30条や地方自治法236条によ

る消滅の主張が訴訟上信義則によって制限されるなど、多くの例外が存在する。

また、他方、私法上の法律関係であっても、前述した、水道・電気・ガスなどの供給契約などのように、契約締結が義務付けられたり、料金が公的に統制されたりするなど、私法の大原則である契約自由の原則が大幅に変更され、むしろ、公法的原理が強く支配し、公法的規制がされているものもある。公共事業の発注や公共事業用地の取得の売買契約、行政の所有する普通財産の払下げについても、入札が原則とされたり、買収価格が厳しく統制されたりするなど、公法的規制がされている。

仮に、従来の公法と私法をめぐる議論が、主に実体法的効果について議論するものであれば、それは、いままで定義してきた、公法上の当事者訴訟の対象となる法律関係である公法上の法律関係と民事訴訟の対象となる法律関係である私法上の法律関係との区別とは別問題となろう。

以上を踏まえると、ここで、私法上の法律関係とされるものについても、行政が関与する場合などでは、公法的原理が強く支配し、公法的規制がされているもの（公営住宅の利用関係だけでなく、公共事業の発注や公共事業用地の取得の売買契約、行政の所有する普通財産の払下げ）があるので、そうしたものについて、法令の定めによって、行政の特定の行為を行政処分として定め、それについて、行政処分としての特質を付与することは可能であるし、適切であろう。

4 小括

以上をまとめると、以下の通りとなる。

(1) 本稿における私法上の法律関係と公法上の法律関係の区別は、現行の訴訟制度上行政事件訴訟法に公法上の当事者訴訟という制度がある以上、判決の効力という点と高等裁判所における訴えの併合の点で、実益があり、必要であり、訴訟上、民事訴訟によるべき法律関係が私法上の法律関係、公法上の当事者訴訟によるべき法律関係が公法上の当事者訴訟ということになる。

(2) したがって、従来の公法と私法をめぐる議論と本稿における私法上の法律関係と公法上の法律関係の区別は、別に考えるべきである。

(3) 私法上の法律関係についても、法令の定めによって、行政の特定の行為を行政処分として定め、それについて、行政処分としての特質を付与することは可能であり、場合によってはそれが望ましい。

では、私法上の法律関係において、行政処分を介在させることが望ましい場合というのとはどのような場合であろうか。次項でその点を検討してみたい。

Ⅶ 私法上の法律関係だが、行政処分を介在させることが望ましい場合

1 公営住宅の使用許可

私法上の法律関係において、行政処分を介在させることが望ましい場合であり、現にそのように運用されているものは、公営住宅の使用開始の際の法律関係である。

公営住宅は、住宅に困窮する低額所得者に対して低廉な家賃で賃貸することなどを目的として設置されている住宅である（公営住宅法1条）。

こうした住宅については、その設置目的に沿った要件に該当する要件を満たしたかどうか審査する必要がある（公営住宅法23条、25条、東京都営住宅条例8条）、原則として公募手続きを経る必要がある。

要件を満たした者については、空きがある以上入居を認めるのが原則であり、公募して当選したのも同一である。

このように、公営住宅は、一定の要件を満たし、一定の手続を経たものを入居させるのが原則であり、設置管理者（事業主体）側には、人の個性による選択の余地はなく、その点で、契約自由の原則は大幅に制限されている。また、要件に該当し、手続上も満たされているにも関わらず、使用不許可とすることは違法となる。

それに対し、常に民事訴訟を起こすとするのではなく、審査請求による簡易迅速な救済制度を活用できるというのは、利用者にとって利点大きい。また、行政処分として、行政手続法または行政手続条例による手続的統制の対象とするのも、公営住宅の使用申込みに対する許可の際には具体的な審査基準が定められ公にすることを必須とし、かつ、不許可の場合の理由提示を必須とすることになるので、行政手続きの透明化および申請者の権利保護が図れ、適切である。

2 介護保険の要介護認定

また、私法関係ではあるが、そこに、行政処分を介在させることによって、適正化と当事者の権利保護を図っている制度の例としては、介護保険法19条・27条の要介護認定がある。

介護保険のサービス提供は、サービスの提供を受ける被保険者が、サービスを提供する事業者と契約して、事業者からサービスを受ける形で受け、その対価は、介護保険から7割から9割が支払われ、残額が自己負担となる。

このサービス提供の部分及び保険料を被保険者が負担し、保険から相当部分が支払われるという形態は、医療契約とほぼ同一である。ただし、医療の場合は、医師が判断権を持つものとして、どのような医療が必要かを決定し、それに応じて費用が定まって行く。もちろん医師のこうした判断に対しては、行政の厳しい監督があるが、基本的には医師がどのような医療サービスを提供するのが適切か判断するという仕組みになっている。

介護保険サービスの場合は、どのようなサービスを行うのが適切かというところは、サービスを提供する事業者には判断できない。その判断を行政に行わせるのが適切であるということで、市町村に、介護認定審査会を置き、そこがどのような介護の段階にあるかどうかを判断することとした（介護保険法27条）。これが、介護保険法19条・27条の要介護認定である。

このことによって、介護保険サービスの適正な提供を確保する仕組みとした。

この要介護認定は、国の法律に根拠を有する行政処分であり、かつ、行政手続法第2章に定める申請に対する処分となるので、審査基準の設定や、不認定の場合の理由附記が必要となる（行政手続法5条、8条、介護保険法27条9項）。また、審査請求による簡易迅速な救済も受けられる（介護保険法183条）。

介護保険サービスは、本来的には、社会保障的サービスであるので、行政が自ら提供すべきとも思われるが、サービス提供そのものは、民間の創意工夫を生かすことが適切と考え、民間事業者から提供することとした。ただし、その入り口として、介護認定という制度を設け、そこで行政が介入することによって、サービスの適正化を図るとともに、被保険者の権利確保を図ったのである。

これも、サービス提供という基本的な法律関係は、私法上の法律関係としつつ、社会保障的サービスに求められる公法的原理を、その入り口を行政処分とすることによって実現している。

3 保育所などの公的施設を民間委託する場合などに民間事業者を選定する際の選考結果の通知などについて

(1)最終的に法的効果を確定する行為である委託契約（あるいは移譲契約）の前の段階の行為について

さらに、保育所などの公的施設を民間委託する場合などに民間事業者をいわゆるプロポーザル方式などで選定する際の選考結果の通知について、最終的に法的効果を確定する行為である委託契約（あるいは移譲契約）の前の段階であるものの、その選定段階の通知を処分とできるか、また、それが適切か。

この点については、岐阜地判平成19年8月29日・平成17年（行ウ）第9号新增島保育園運営事業者地位確認等請求事件・裁判所ウェブサイト、最三小判平成23年6月14日裁判集民事237号21頁という、二つの裁判所の判断がある。

(2)岐阜地判平成19年8月29日・平成17年（行ウ）第9号新增島保育園運営事業者地位確認等請求事件・裁判所ウェブサイト

最初の事案は、多様化する保育ニーズに応えるため、民間経営者のノウハウを活かした柔軟で効率的な保育園運営を実施しようと考え、公立保育園の運営業務を委託または委譲するという際に、「募集要項」を定め、新保育園の運営事業者を民間法人からプロポーザル方式の公募により選考することとしたというもので、その際の選考通知が行政処分に該当するかどうか争われた事例である。

この事例では、選考された民間法人が、市と協議して、最終的に、移譲契約（新保育園運営についての基本協定と土地建物の使用貸借契約）を締結することが予定されていた。この場合、新保育園の施設は、公物ではなく、普通財産として扱われていた。この事例では、最終的には、移譲契約の締結によって、権利関係が確定する。問題は、その前の選考通知が処分といえるかどうかである。

ちなみに、この事例では、いったん選考通知で、選定された者に対し、その通知を取り消す旨の通知がされたことに対し、選定された者が原告として取消訴訟を提起している。

この事件では、被告（市）は、選考通知により、通知を受けた者と被告との間で委譲予定者の地位の獲得という法律効果は発生するとしつつも、プロポーザル参加者の応募は委譲予定者の地位の獲得という法律効果の発生を目的とする

申込みであり、選考通知は、その承諾又は承諾と同様の法律効果を発生させるものであって、市と私人との間で委譲予定者の地位の獲得という法律効果の発生を目的としてなされた合意であり、契約であるから行政処分ではないと主張した。

それに対し、裁判所は、「委譲契約は、地方公共団体（被告）と相手方である私人（原告）とが対等な立場で交渉し、合意に至るものであって、地方公共団体が特定の私人に対して直接に権利を付与し又は義務を課すものであるとはいえない。したがって、本件決定は、将来被告と対等の立場で委譲契約を締結する相手方として原告を選定したものにすぎず、直接国民の権利義務を形成するものとはいえないので、行政処分性は認められない。」と判断して、処分性を否定した。

(3) 最三小判平成23年6月14日裁判集民事237号21頁

最三小判平成23年6月14日裁判集民事237号21頁の事例は、市が営む老人福祉施設を、最初の事例同様に、施設譲渡方式（事業者に施設の資産を譲渡する方式）を取り、「募集要項」を定め、当該老人福祉施設の資産の譲渡先としてその運営を引き継ぐ事業者（以下「受託事業者」という。）を公募により選考するとし、その選考結果を通知する行為の処分性が争われた事例である。

なお、この事例では、いったん選考委員会が認めたにも関わらず、その後市長が拒否通知を出すという経過をたどっている。

この事例では、選考の結果、拒否する旨の通知が出されたのに対し、その応募者で拒否通知の相手方が、その拒否通知の取消しを求めて提訴した。

この事例では、高等裁判所と最高裁裁判所の判断が分かれた。

原審である札幌高等裁判所は、当事例では、公の施設に係る指定管理者の指定手続に関する条例において、指定管理に先立ち、候補者を公募し、審査をした上で、最も適当と認める団体を指定管理の候補者として選定するという手続きがある（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）ので、それを参考にして、施設譲渡方式における適切な受託事業者を選定する手続きが定められており、かつ、施設譲渡方式の場合の方がより長期にわたり慎重を期する必要があるのだから、公募は必要であり、その公募に応じた者に対し、拒否の選定結果を通知することは、その者の法的利益を制限するのだから処分性があるとした（札幌高判平成21年11月27日・平成21年（行コ）第12号・裁判所ウェブサイト）。

それに対し、最高裁判所は、「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は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。」「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。」として、処分性を否定した。

（4）分析と検討

いずれの事例においても、処分性は否定されている。

しかし、最終的に法的効果を確定する行為が契約だとしても、その前段階における通知を処分とすることはできないのだろうか、また、前段階の判断である以上、それでは権利義務を形成するものではないので処分と認められないのであろうか。

この点は、多角的検討を要するようと思われる。保育園などの公的施設を民間委託あるいは民間移譲を考える場合、すでに公的施設を利用している者の利益も重要である。

前段階の行為であるという点で、選考結果の通知が争えないということになると、すでに公的施設を利用している者は、審査請求などの簡易迅速な救済手段がなくなる。また、選考結果の通知が処分でないとする、この通知については、行政手続法や行政手続条例の規制が及ばないことになるので、審査基準の設定・公開や拒否した場合の理由の付記もなされないこととなり、行政判断の過程が不透明なものとなりかねない。

最終的に法的効果を確定する行為が契約だとしても、法令の規定の仕方次第では、その前段階の行為であっても、選考結果の通知によって、「委譲予定者の地位の獲得」あるいは「移譲予定者の地位の否定」という法効果が発生する以上、それを処分と構成することは可能である。

前出の二つの事例は、いずれも、条例によって、選考手続きを定めていない。

法規命令とはいえ「募集要項」によっているに過ぎない。行政処分は、それによって法的権利義務を変動させるものである以上、法令上の根拠が必要である（処分性についての最高裁判例である、大田区ゴミ処分場事件の判決、最一判昭和39年10月29日民集18巻8号1809頁は、「法令に基づく行為のうち、公権力の主体たる国または公共団体が行う行為で、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」と定義しており、あくまでも法令上の根拠があるものを大前提としている）。

その点からいうと、法令上の根拠がない（条例上の規定がない）以上、「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。」との結論になるのもやむを得ないように思われる。

他方、最終的に法的効果を確定する契約の前段階における行為であるとしても、その行為について、行政手続法などによる規律の対象として行政活動の透明性・公正さを確保し、かつ、処分の相手方などの救済方法について便宜を図るため、条例において明確に規定するならば、処分とすることも適切であり、むしろ望ましいように思われる。

4 公営住宅の開始、介護認定、保育所などの公的施設を民間委託する場合などに民間事業者を選定する際の選考結果の通知について、処分性を否定した場合の救済方法について

(1) 私法上の法律関係について介在している行政処分がなくなった場合

では、公営住宅の開始、介護認定、保育所などの公的施設を民間委託する場合などに民間事業者を選定する際の選考結果の通知について、仮に、処分性を否定した場合の救済方法はどうか。また、手続き上、実態の適正さ確保の上でどのような問題が生じるであろうか。

(2) 公営住宅の利用を拒否された場合

公営住宅の開始を処分によらないとした場合、使用申込者からの賃貸借契約の申し込みに対し、その承諾を拒否するという契約上の行為となる。それに対する救済方法は、通常民事訴訟である。この時点では契約は成立していないので、直接、公営住宅の引き渡しなどは求められない。しかし、契約締結義務がある場合には、承諾せよとの意思表示を求めることはできるので、民法414条

2項但書の意思表示に代わる判決を求めることになる。

第一の問題は、仮の救済である。純然たる民事訴訟である以上、民事保全法により、仮の地位を定める仮処分によって、仮に居住することを認めてもらうことになる。この場合、まだ契約は成立していないのに、被保全権利があるのだろうかという問題がある。

また、行政処分ではないので、契約申し込みに対する承諾については、行政手続法の第2章の規制は及ばない。その意味では、審査基準の設定公表や拒否した場合の理由の提示なども法的に必要ない。

さらに、行政処分であれば、必ずしも訴訟による必要はなく、審査請求という簡易な手続きによることもできる。

(3) 介護認定制度がない場合

この場合は、救済制度だけの問題ではない。介護サービスの提供は民間事業者によってなされるが、公的なサービスである。介護認定制度がない場合、どのようなサービスが提供されるべきかを判断する適正な手続きがなくなり、公的なサービスが公正に提供される保障がなくなってしまう。

介護認定審査会を含めた、介護認定制度は、民間による公的サービスを可能にするための必要不可欠な行政介入であり、それを行政処分とすることによって、手続き的公正さも、また、救済の便宜も、さらには、サービス内容の適正さも確保しているのである。

(4) 保育所などの公的施設を民間委託する場合などに民間事業者を選定する際の選考結果の通知の処分性を否定した場合

この場合、選考結果の通知自体は、最終的な契約に向けての一過程に過ぎなくなるので、権利義務の確定は、最終的な契約締結に結び付けられることになる。

水道供給や公営住宅の利用開始などのように、契約か、処分かの違いはあれども、その供給行為をすべきことについて、行政に義務があり、要件を満たした場合には供給が義務付けられるような場合には、前記の（2）で公営住宅についてみたように、不十分点・問題点はあるものの、なんらかの救済方法はあるであろう。

しかし、プロポーザル方式で選考する場合、そこで選考から落ちた民間業者は、その選考過程そのものを争うことができないとすると実質的に救済手段が

なくなってしまう。

また、公的施設の現在の利用者がその選考結果を争いたい場合はどうであろうか。

契約締結行為の差し止めを求める民事訴訟あるいは公法上の当事者訴訟が可能であるし、この場合、行政処分が介在せず、行政事件訴訟法44条の制限もないので、民事保全法による救済も可能となり、特に問題がないようにも思われる。

しかし、民事訴訟の提起を強いられることが適切であろうか、行政不服審査法による審査請求による簡易な救済が得られるメリットは決して小さくないように思われる。手続き統制の有無はどうだろうか。審査基準の設定公表はもちろんだが、審査会などの審査の義務付けとその審査過程の公表は、処分の適正さを確保するために重要なプロセスではないだろうか。

VIII 処分性を認めるかどうかの判断基準について (特に、契約と処分の峻別について)

1 処分性の判断について統一的な基準を設けることは適切ではない。

以上、私法上の法律関係や契約によって最終的な法的効果が生じる場合でも行政処分を介在させることは可能であり、場合によってはそれが望ましいことはいままでみてきた通りである。

では、契約と処分をどのようにして峻別するのか、あるいは、処分性を認めるのかどうかについての判断基準をどのように考えるべきなのか。

この点について、大田区ゴミ処分場事件の判決、最一判昭和39年10月29日民集18巻8号1809頁をもとに、処分性が認められるのは、①法令に基づく②公権力性のある行為で③直接、具体的な④法効果を生じさせるものだとの統一的判断基準を設定することが可能であるかのような議論がされている。

しかし、実際的に考えてみるとそれは無理があるし、誤解を生みやすいように思われる。

このような基準を設定することによって、処分性が問題となるすべての事例について、①から④までのすべての基準にあてはまるか検討しなければならないのかという点である。

処分は、強制的に権利義務を形成し変動するものであるから、法律による行政の原理からして、①の法令に基づくとの点は必須である。

それ以外の3つの点は、基本的にはバラバラに現れてくる。

例えば、医療法30条の7の中止勧告のような、精神的な事実行為について検討してみよう。ここで問題となるのは、その行為に「④法効果」があるかどうかである。もっぱらその点の検討で必要にして十分である。

そもそも、勧告や行政指導のような精神的な事実行為は、相手方の任意の履行に委ねているだけである以上、公権力性はない。勧告や行政指導のような精神的な事実行為に法効果が認められる場合、相手方の意思に反しても権利義務を形成する行為がされたと同視できる場合なのだから、公権力性は認められることになる。このような精神的な事実行為については、法効果の有無を検討すればいいのである。

他方、契約と処分の峻別については、どちらも法効果を持つということになるので、法効果という点は差異がない。基本的には、公権力性の有無の問題を論じるだけでいい。ここでは、それ以外の点は問題とならない。では、公権力性があるかどうかという点はどのようにして判断するのであろうか。それは次に論じたい。

それ以外の、段階的行為についてどの段階で処分性を認めるのか（計画）や法令その他の一般的な行為について処分性が認められる場合はどのような場合なのか、これは、主に、「③直接、具体的な」（法効果）の問題である。これはまた別に基準なり判断要素を具体的にみていく必要がある。

本稿では、紙幅の関係上、契約と処分の峻別について検討してみたい。

2 契約と処分の峻別 公権力性の有無はどのようにして判断するのか。

(1) 一方行為性では判断できない。また、言葉の本来の意味の公権力的性格も必ずしも必要ではない。

直前に述べた通り、契約も処分も法効果を持つという点では同一である。

区別は、公権力性の有無ということになるが、そこはどこで判断するのか。

一部では、「公権力性」の判断要素として、一方行為性をあげるものがある³⁾。

³⁾ 桜井敬子、橋本博之「行政法」（有斐閣、第2版、2009年）272頁など。

しかしこれは適切であろうか。

例えば、私法上の法律関係について処分性を肯定した最初の最高裁判例である、供託法の事例は、民法上の寄託物返還請求に対し、それを拒否するという通知である。これは私法上の意思の表示と理解することも不可能ではないし、請求に対する拒否であるので、一方的行為でもない。公営住宅の使用関係の開始もそうである。賃貸借契約の申込とそれに対する承諾または拒否の意思表示とも理解できるし、一方的行為ではない。

実はこのような申請に対する処分だけではない。不利益処分であっても、例えば公務員の勤務関係における免職処分や懲戒処分は、確かに一方的行為であるが、民間の雇用関係において、労働者が重大な違法行為をしたようなときには、一方的に解雇できるのであって、この点でも、一方的行為であるかどうかによって、公権力性のある行為かどうかは区別されるわけではない。

そう考えてみると、一方行為性は、公権力性の判断要素となりえない⁴⁾。結局、契約と処分を峻別する際の公権力性とは、法令が当該行為を抗告訴訟の対象としているかどうか、またその点について合理性があるかということとなる。

供託金の払戻請求に対して却下する行為、あるいは、公営住宅の使用申込みに対し拒否する行為、こうした行為について、言葉の本来の意味の「公権力的性格」は存在するのであろうか。その意味では、実は、公権力性といいつつ、それは、言葉の本来の意味の「公権力的性格」を必ずしも意味しているわけではない。

(2) 「公権力性」を認める要素＝法令が当該行為を抗告訴訟の対象としているかどうかをどのようにして判断するのか。

では、公権力性を認める要素が、法令が当該行為を抗告訴訟の対象としているかどうかであるとして、それはどのような点から判断されるのであろうか。

法令の規定の仕方であるが、具体的には、3つの点から検討される。

① 法令の文言

措置、処分、決定、却下といった用語を使用しているかどうか（供託法1条の3「処分」、東京都営住宅法4条「許可を受けなければならない」）。逆に、契約と

⁴⁾ 公権力的行為が一方的な性質を持っている場合は多く、これは特質の一つではあると考えられるが、契約との区別では、必ずしも基準として機能しない。

いった用語を用いているかどうか（水道法15条「給水契約の申込み」）。

② 特段の争訟手続の有無

特段の争訟手続が設けられているかどうか。（供託法1条の4「供託官ノ処分ニ不服アル者又ハ供託官ノ不作為ニ係ル処分ノ申請ヲ為シタル者ハ監督法務局又ハ地方法務局ノ長ニ審査請求ヲ為スコトヲ得」）

③ 行政手続法との関係

行政手続法第2章・第3章などの適用を排除する規定があるかどうか。処分だから排除しておく必要がある。（供託法1条の3「供託官ノ処分ニ付テハ行政手続法（平成五年法律第八十八号）第二章ノ規定ハ之ヲ適用セズ」）

以上をもとに、契約と処分を峻別すると以下の通りとなる。

（例1 供託法の払戻請求の却下）

供託法の払戻請求の却下については、法令の文言上は、「処分」という用語が使用され、審査請求制度が設けられ、行政手続法の適用を排除する条文が存在している。これらからすれば、供託法の払戻請求の却下は、法令上、行政処分であることが認められる。

（例2 水道供給申込みの拒否）

他方、水道供給の申込みに対する拒否については、水道法15条で「給水契約の申込み」といった用語が用いられている一方、拒否について、審査請求できることを定める規定や、行政手続法の適用を排除する規定はない。

(3) 小括

以上の通り、契約と処分の峻別の際の基準である「公権力性」については、その言葉の本来の意味の公権力的性格があるかどうかでは区別できない。

また、一方行為性でも、判別はできない。

結局のところ、法令が当該行為を抗告訴訟の対象としているかどうか、によって判断する他なく、法令が当該行為を抗告訴訟の対象としているかどうかは、①法令の文言、②特段の争訟手続の有無、③行政手続法との関係などの法令の具体的規定を手掛かりにして、判断していくことにならざるをえないのである。