

社会 保障 法 判 例

堀 勝 洋

労災保険法に基づく労災就学援護費の不支給決定は取消訴訟の対象となる処分にあたらな^いとして、その取消しを求める訴えが却下された事例（馬淵訴訟第一審判決）

東京地方裁判所平成10年3月4日判決（平成8年（行ウ）第256号労災就学援護費不支給処分取消請求事件）判時1649号166頁

I 事実の概要

1 原告 X は、業務上の事由により死亡した労働者 A の妻であり、労働者災害補償保険法（以下「労災法」という）16条の2の規定に基づく遺族補償年金の受給権者である。X は、その子（訴外 B）が日本の高等学校等に在学中の平成5年以来、同法23条1項2号に定める労働福祉事業の労災就学援護費の支給を受けていた。B が平成8年6月に A の母国フィリピン共和国のシリマン大学に入学したため、X は同月25日に同大学の在学証明書を中央労働基準監督署長（被告 Y）に送付した。Y は、同年8月9日、同大学は「学校教育法第1条に定める学校等ではない」という理由で、労災就学援護費を支給しない旨の決定（以下「本件決定」という）をした。これに対し、X は本件決定の取消しを求めて東京地方裁判所に出訴した。

2 同裁判所は、平成10年3月4日、労災就学援護費に係る決定は行政事件訴訟法（以下「行訴

法」という）3条2項の「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」にあたらな^いため、本件決定の取消しを求める訴えは不適法であるとして却下した。X は東京高等裁判所に控訴した。

II 判 旨

1 「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」とは、「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」をいうものと解される」。

2（1）「労災法23条1項2号は、それ自体では、労働福祉事業として、被災労働者の遺族の就学の援護を図るために必要な事業を行うことができると定めているにとどまるが、事業の内容として就学援護金を支給することを想定しており、これを実施するために、同条2項により労働省令に当該事業の実施に関して必要な基準を定めることを委任しているものであって、同条2項は、その

趣旨及び文言に照らして考えると、労働省令に労災就学援護金の支給のために必要な実体上の要件及び金額等の内容並びに事務処理上の実施の細則を定めることを委任しており、かつ、委任の限度は右にとどまるものと解するのが相当である。したがって、労働省令において、労災就学援護金の支給の実体上の要件及び金額等の内容を具体的に定めて要件に該当する者に支給を受ける請求権を付与することとするのは委任の範囲内であるし、あるいは贈与契約として支給を行うこととし、その支給の要件及び内容の骨子だけを定め、詳細は通達によって定めることとするのも委任の範囲内であるが、行政庁が公定力を有する処分により支給に関する決定を行うこととしてその手続を定めることは労災法23条2項の委任の範囲を超えるものと解するのが相当である」。

(2) 「労災法施行規則は、1条3項において事務の所轄を定め、同規則43条において労働福祉事業等に要する費用に充てるべき額の限度を定めるが、労災就学援護費の支給の実体上の要件及び金額等の内容並びに事務処理上の実施の細則については何ら定めていないから、支給を受ける請求権を付与することとしているものではなく、贈与契約として労災就学援護費の支給を行うこととすることが相当であるとの政策を採ったものであ……る。なお、労災法施行規則は、前記のとおり、労災法によって行政処分により支給を行うこととするの委任を受けておらず、またそのような規定も何ら置いていない」。

(3) 「本件通達及び本件要綱は労災就学援護費の支給内容及び手続等を具体的に定めているが、……本件通達及び本件要綱を根拠に、本件決定に行政処分性を肯定することはできない」。

(4) 「なお、労災法の規定によれば、労災就学援護費の給付は、業務上災害に関する保険給付に含まれるものではなく、それに付帯する労働福祉事業として給付が行われることとされているのであり、その給付を受けるべき地位が、災害補償請求権と一体をなす法的地位に当たるということはできないから、労災就学援護費の給付に関する決定を行政処分として構成することを要するもの

ということではできない」。

(5) 「以上によれば、本件決定は、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とはいえず、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」には当たらないから、その取消しを求める原告の訴えは不合法というべきである」。

III 解 説

1 はじめに

本件訴訟は、労災法の遺族補償年金の受給権者Xが行った労災就学援護費の支給申請に対し、Yが不支給の決定(本件決定)を行ったため、その取消しを求めた訴訟である。労災就学援護費が不支給とされた理由は、その支給対象者を具体的に定めた通達及び要綱において「学校教育法第1条に規定する学校」に在学する者について同援護費を支給すると規定されているが、Xの子Bが入学した学校がフィリピンの大学であって同条に規定する学校ではないとされたからである。本件訴訟においては、次の3点が争点となった。

- ①本件決定が行訴法3条2項の「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」にあたるか否か。
- ②フィリピンの大学が「学校教育法第1条に規定する学校」にあたるか否か。
- ③本件通達及び本件要綱が定める「学校教育法第1条に規定する学校」が日本国内の学校に限られるとすることが、憲法14条に違反するか否か。

本判決は、専ら①の問題について判断し、本件決定は取消訴訟の対象となる処分にあたらないとして、Xによる取消しの訴えを不合法だとして却下した。したがって、本稿でもこの①の問題について論ずることとする。

本判決が上のように判示したのは、労災就学援護費については労災法及び同法施行規則において行政庁の処分によって支給決定を行うとされていないからというものである。労災就学援護費の詳

細は本件通達及び本件要綱に定められているが、このように訓令、通達、要綱等(以下「要綱等」という)に基づく給付については、幾つかの訴訟において、その支給・不支給の決定が取消訴訟の対象となる処分にあたるか否か、またその支給申請に対し行政庁が何ら応答しない場合に不作為の違法確認訴訟が提起できるか否か、が争われてきた。

従来、社会保障法にかかわる訴訟のうち、社会保険法、社会手当法、生活保護法等に基づく給付に係るものについては、取消訴訟、不作為の違法確認訴訟などの抗告訴訟の形で訴えが提起されても、その適法性が争われることはほとんどなかった。これに対し、法律ではなく要綱等に基づく給付に係る訴訟については、訴えが抗告訴訟の形で提起された場合、その適法性が争われることが少なからずあった。これに対する判決は、訴えが適法であることを肯定するものと否定するものとに分かれている。馬淵訴訟に係る本判決は、否定する判決例に一例を加えるものであり、この点に本判決の意義がある。また、本判決は、後掲の東京高裁判決⑩が同じ労災就学援護費に係る決定について下したものと全く反対の結論に達している点でも注目される。

本件訴訟で争われている労災就学援護費の詳細は本件通達及び本件要綱で定められているが、その支給の根拠は法律に規定されている。すなわち、労災法23条1項は「政府は、この保険の適用事業に係る労働者及びその遺族の福祉の増進を図るため、労働福祉事業として、次の事業を行うことができる」と規定し、同項2号に「遺族の就学の援護……その他被災労働者及びその遺族の援護を図るために必要な事業」が掲げられている。したがって、本件訴訟は純粹に要綱等に基づく給付に係る訴訟というわけではなく、このことが本件訴訟の適法性の判断にどのような影響を与えるかも問題となる。

そこで、まず次の第2節で、法律、条例等に基づく給付に係る行政庁の決定の処分性の問題について論ずる。その後の第3節で要綱等に基づく給付について同じ問題を論じ、最後の第4節で馬淵

訴訟に係る本判決について検討する。

なお、要綱等に基づく給付については、本件馬淵訴訟のような取消訴訟としてだけではなく、不作為の違法確認訴訟としても提起されてきた。不作為の違法確認訴訟は行訴法3条5項によって「法令に基づく申請」に行政庁が応答しない場合に認められているため、法令とはいえない要綱等に基づく給付に係る訴訟の提起が適法か否かが争われた²⁾。この問題も重要であり、かつ、本稿の問題と密接に関連するため、適法性を肯定した判決例³⁾と否定した判決例⁴⁾とに分けて、その結果と判決理由の要約を注記する。また、要綱等に基づく給付について請求権を認めた判決⁵⁾もある。なお、これらはすべて同和対策事業のいわゆる「窓口一本化」を巡ってのものである。

2 法律、条例等に基づく給付に係る行政庁の行為の処分性

(1) 行訴法上の処分性概念

行訴法3条1項は「行政庁の公権力の行使に関する不服の訴訟」を「抗告訴訟」とし、その典型的なものとして同条2～5項において「処分の取消しの訴え」、「不作為の違法確認の訴え」等を規定している。同条2項においては、「処分の取消しの訴え」(以下「取消訴訟」という)の対象となる「処分」を、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」と定義している。したがって、行政庁の行為がこの処分の定義に該当しなければ、その取消しを求める訴えは不適法として却下される。なお、行訴法上「公権力」については定義されていない。

取消訴訟の対象となるこの「処分」の意義や範囲を巡って、過去数多くの裁判で争われてきた。そのリーディング・ケースは、ごみ焼却場の設置決定行為の処分性を否定した最判昭和39年10月29日・民集18巻8号1809頁である。同判決は、処分を「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」と定式化した(II判旨の1を参照)。同判決は行

政事件訴訟特例法上の処分性概念を巡ってのものであるが、同判決の定式は行訴法の下で学説・判例にも引き継がれている〔塩野 1995, p. 78〕。同判決及び馬淵訴訟に係る本判決はまた、取消訴訟を公定力⁹⁾を排除する訴訟と位置づけている。このことを逆にいうと、公定力をもたない行政庁の行為は取消訴訟の対象となる処分にあたらぬということになる。

上のような伝統的処分性概念に対し、処分性概念を拡大する下級審判決や学説が見られるようになっている。すなわち、講学上の「行政行為」のほか、私法行為、内部行為、事実行為、一般処分・立法行為等、従来取消訴訟の対象にあたらぬとされてきた非権力的行政活動も取消訴訟の対象に含める考えが出てきた〔阿部 1983, p. 202 以下〕。ただし、千差万別の行政庁の行為について、取消訴訟の対象となる処分にあたるか否かを判断することは必ずしも容易ではない。また、有力な学説が処分性概念の拡大を唱えているのに対し、裁判実務の大勢は伝統的処分性概念を維持しているとされる〔金子 1990, p. 203〕。

(2) 給付行政と処分

行政庁の行為のうち、規制行政における命令、強制等が取消訴訟の対象となる処分にあたることには、原則として問題はない。これに対し、給付行政における行政庁の行為は、一般的には「公権力の行使に当たる行為」とは言い難い。しかし、たとえ給付行政における行政庁の行為であっても、法律、条例等が行政庁に処分という形で一方的に国民の権利義務を決定することを認めている場合や、不服申立てをすることができる旨を定めている場合は、取消訴訟の対象となる処分にあたりと解される。このことは多くの学説が認めている⁷⁾〔原田 1983, p. 117〕。その例を挙げると、地方自治法 244 条の 4 は、地方公共団体が設置した「公の施設を利用する権利に関する処分」に対し不服申立てをすることができることを規定している。社会保障法にも多くの例があるが、例えば国民年金法 16 条は給付を受ける権利は社会保険庁長官が裁定すると規定し、同法 101 条は給付に関する処分について不服申立てをすることができる

ことを規定している。

判例も、法律自体が行政庁の決定に対し不服申立ての途を開いていれば処分と認めるが、必ずしもそれだけでなく、法令の趣旨等を総合的に判断して処分か否かを判断している、とされる。例えば、摂津訴訟控訴審判決（東京高判昭和 55 年 7 月 28 日・行集 31 巻 7 号 1558 頁）は、国の補助金に関し、補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律（以下「補助金適正化法」という）全体の趣旨・構成からその交付決定の処分性を導き出している⁸⁾。また、札幌高判昭和 44 年 4 月 17 日・行集 20 巻 4 号 459 頁は、地方公共団体の補助金に関し、具体の条例、同施行規則、行政実務を総合して処分性を認定している〔以上、塩野 1995, pp. 82-83〕。

それでは、法律、条例等が給付に関し具体的に規定してはいても、処分によって支給決定を行うかどうか、また給付について権利（特に不服申立ての権利）を認めているかどうか明らかでない場合はどうであろうか。例えば、児童福祉法、老人福祉法等の社会福祉法は、福祉サービス等の給付について具体的に規定しているが、処分によって行うかどうか、また不服申立てのできるかどうか、原則として規定していない。しかし、学説⁹⁾も行政解釈〔厚生省児童家庭局 1982, p. 290〕も、この「福祉の措置」を処分であると解し、多くの裁判でもそのことを前提に判決が下されている。

社会福祉法には、地方公共団体に「……しなければならぬ」と福祉の措置を採ることを義務づける規定と、「……することができる」という福祉の措置を採る権限を与える規定とがある。前者の義務づけ規定に係る給付については、学説の多くは対象者に請求権を与えたものと解している¹⁰⁾。権利と義務は相関関係にあるのであり、個人の利益保護を目的として法律が地方公共団体に義務を課した反面として、当該個人は地方公共団体に対し請求権を有すると解すべきである〔堀 1994, p. 223〕。したがって、義務づけ規定に係る行政庁の行為は、最高裁の定式である「直接権利義務を形成することが法律上認められているもの」に

該当し、取消訴訟の対象となる処分にあたるべきである。

次に、いわゆる「できる」規定＝権限付与規定については、対象者に給付の請求権を与えたかどうか学説は一致していない¹¹⁾。「できる」規定であっても裁量瑕疵のない決定を求める権利があるとする説があるが〔小川 1974, p. 10, 河野 1991, pp. 104-105〕、権限付与規定は一定の給付を行う権限を与えただけであり、その給付を行うかどうかについて行政庁に裁量が認められ、国民はその給付の請求権を取得すると解釈すべきではあるまい。

ただし、請求権が認められないとしても、権限を与えられた行政庁が一般的にその給付を行うこととし、しかも特定の個人に給付を行うことを決定した場合は、その個人は受給権¹²⁾を取得すると解される。このように解すると、その給付を行う決定は、最高裁の定式の「権利義務を形成することが法律上認められているもの」と解することも可能であるように思われる¹³⁾。しかし、馬淵訴訟に係る本判決は、労災就学援護費に係る権限付与規定が労災法 23 条 1 項にあるにもかかわらず、その決定を取消訴訟の対象となる処分にはあたらないと判示した。このように法律、条例等に一応の根拠がある給付に係る行政庁の行為の処分性の問題については、次節で更に検討する。

3 要綱等に基づく給付に係る行政庁の行為の処分性

我が国においては、要綱等に基づいて多くの給付が行われている。国民の権利自由を侵害しない授益的な行政＝給付行政については、伝統的な侵害留保説からすれば、必ずしも法律、条例等に根拠がなくても行うことができるとされているからである¹⁴⁾。このような要綱等に基づく給付に係る行政庁の行為については、取消訴訟の対象となる処分にあたるか否か問題となる。以下では、まず(1)でこの問題に関する判決例を紹介し、(2)で学説を簡単に紹介し、(3)でまとめて検討する。

(1) 判決例

要綱等に基づく給付とはいっても、労災就学援

護費のように法律、条例等に一応の根拠があるものと、要綱等にしか根拠がないものがある。以下では、この二つに分けて、判決の結論を簡単に紹介するとともに、判決理由を簡単に述べる。なお、これらの訴訟において問題となっている給付は、社会保障に関するものとは限らない。

1) 法律、条例等に一応の根拠がある給付に係る判決

A 取消訴訟の適法性を肯定した判決

⑩東京地判昭和 58 年 12 月 12 日・労民 35 卷 6 号 620 頁(控訴)一労災就学援護費の不支給決定は取消訴訟の対象となる処分にあたりと判示したが、不支給決定の取消請求自体は棄却した。

⑪東京高判昭和 59 年 11 月 26 日・労民 35 卷 6 号 615 頁(確定)一⑩の控訴審判決であり、原判決の結論を維持した(この評釈として田中 [1991] がある)。

上記の判決の理由は、おおむね以下のとおりである。労災法上労働福祉事業を行うか否かは政府の自由な裁量にゆだねられているが、被災労働者が通達に基づいて行った支給申請に対する労働基準監督署長による支給要件の確認は、その優越的な地位に基づいて一方的に行う公権的判断である。労災法にその一般的規定が存する以上は、同署長の地位、権限や援護費支給請求権はいずれも法律上のものであり、署長による支給・不支給の決定は行訴法上の処分にあたる(以上⑩)。判決⑪は、理由を以下のように付加訂正している。労災法及び同法施行規則は被災労働者に労働福祉事業に伴う利益を享受し得る地位を付与することを予定し、通達はこの規則を補充しており、被災労働者はこの規則及び通達に従って申請しなければならないため、労働基準監督署長が援護費を支給しない旨通知する行為は被災労働者の具体的権利義務に影響を及ぼすから、その行為は処分にあたる。

なお、取消訴訟提起の適法性を直接認めただけではないが、それを前提にした判決がある。生活保護法は外国人には直接適用されず、厚生省社会局長通達(昭和 29 年 5 月 8 日付社発第 382 号「生活に困窮する外国人に対する生活保護の措置

について)によって同法に準じた措置が採られている。そして、同通達は「外国人に対する保護は、……単に一方的な行政措置によって行っているものであり、「権利としてこれらの保護の措置を請求することはでき」ず、したがって「外国人の場合は不服の申立をすることができない」としている。この通達からすると、外国人は不服申立てのみならず、同法69条が審査請求前置を規定しているので取消訴訟をも提起できないことになる。しかし、⑫東京地判平成8年5月29日・判タ916号78頁は、外国人である原告に審査請求適格はあり、かつ、適法に審査請求に対する裁決を経ているとして、審査請求前置の要請を満たすと判示して、取消訴訟の本案の判断に入っている。この判決は、外国人に対する保護は生活保護法ではなく通達に基づく行政措置として行われていると解釈しているようであるが、取消訴訟の対象となった処分自体は同法に基づくと判示しており、この点で若干矛盾がある¹⁵⁾。

B 取消訴訟の適法性を否定した判決

⑬長崎地判平成4年12月22日・訟月39巻10号2040頁(確定)―地域雇用開発等促進法、雇用保険法、同法施行規則及び地域雇用開発助成金支給要領に基づく地域雇用(特別)奨励金の受給資格決定及び支給決定に処分性はないとして、その取消請求を却下した。

⑭那覇地判平成5年4月28日・訟月41巻1号10頁(控訴)―地域雇用開発等促進法、雇用保険法、同法施行規則及び通達¹⁶⁾に基づく地域雇用特別奨励金の不支給決定は行訴法3条2項の処分にはあたらないとして、その取消請求を却下した。

⑮福岡高裁那覇支部判平成5年12月9日・訟月41巻1号1頁・判時1508号120頁(確定)―⑭の控訴審判決であり、原判決の結論を維持した。

⑬～⑮の判決の理由は、最高裁の定式と同じ判示部分を除くと、おおむね以下の(a)(b)のとおりである。なお、当該奨励金に係る当時の法律上の根拠規定は、「必要な助成及び援助を行うものとする」(地域雇用開発等促進法8条1項)及

び「必要な助成及び援助を行うことができる」(雇用保険法62条1項2号)であった。また、雇用保険法施行規則107条は、地域雇用開発助成金として地域雇用奨励金等を「支給するものとする」と規定していた。

(a) 本来助成金支給のような給付行政は、契約的な性質をもつ非権力的な行為であり、法律等が交付決定手続を定め、それに対して不服申立て手続を設けるなど処分性を付与しない限り、行訴法上の処分にはあたらない。

(b) 法律には処分性を認める趣旨の規定はなく、規則は内部的に事業の内容を定めたとすにすぎず、「地域雇用開発助成金支給要領」は内部手続の細則を定めたもので、その交付決定に処分性を付与したものではない。

⑯東京高判平成9年7月16日・判例集未登載(上告)―老人福祉法10条の4第1項¹⁷⁾による「大田区高齢者ホームヘルプサービス事業実施要綱」に基づくヘルパーの派遣に係る決定通知は行訴法3条2項の処分にあたらないとして、傍論的にはある¹⁸⁾がその取消請求を不適法だとしている。その理由として、「ヘルパー派遣の法律関係は、利用者の申出とこれに対する福祉事務所長の承認との合意によって設定される公法上の契約関係である」ことを挙げている。なお、この判決は、ヘルパー派遣は老人福祉法ではなく当該要綱に基づいて行われているととらえている。これに対し、同じくヘルパー派遣の決定処分の取消しを求めた訴訟に対する判決である大阪地判平成10年9月29日・判例集未登載は、ヘルパー派遣は、「大阪市ホームヘルプサービス事業運営要綱」及び「大阪市ホームヘルプサービス事業事務処理要領」ではなく、老人福祉法10条の4に規定する措置として行われているとし、その派遣決定を処分ととらえている¹⁹⁾。

2) 要綱等にはのみ根拠がある給付に係る判決取消訴訟の適法性を否定した判決のみで、肯定したものは見当たらなかった。

⑰大津地判昭和57年2月8日・行集33巻1・2号35頁(控訴)―法務省の訓令である「被疑者補償規程」に基づく補償の申出に対する検察官の裁定は抗告訴訟を提起できる行政処分にあたらないとして、その取消請求を却下した。

⑱大阪高判昭和57年6月29日・行集33巻6号1436頁(確定)―⑰の控訴審判決であり、原判決の結論を維持した。

⑲東京地判昭和60年6月27日・行集36巻6号1063頁(控訴)―「荒川区同和生業資金貸付事業実施要綱」に基づく資金の借入申込書の受理拒否は行訴法3条2項の処分にはあたらないとして、その取消請求を却下した。

以上は、行訴法の取消訴訟に係る判決である。このほか、地方自治法242条の2第1項2号は住民訴訟の一つの類型として「行政処分たる当該行為の取消し又は無効確認の請求」を認めているが、要綱等に基づく給付に関し同号の処分にあたらないとした判決がある²⁰⁾。なお、下記の訴訟に係る給付は国の補助金適正化法に相当する規則(東京都補助金等交付規則・東京都会計事務規則、東村山市補助金等の予算の執行に関する規則)に基づいて補助金等の交付の申請、決定等がなされたが、下記のいずれの判決も、これらの規則は内部的定めに過ぎず、相手方を法的に拘束するものではないから、同規則に基づく交付決定は行政処分たる性質をもつものではないと判示している。

⑳東京地判昭和56年6月26日・行集32巻6号959頁(確定)―「東京都三角バケツ配布事業補助金交付要綱」に基づいて都知事がした補助金交付決定は地方自治法242条の2第1項2号の処分にあたらないとして、その取消請求を却下した。

㉑東京地判昭和63年9月16日・行集39巻9号859頁(控訴)―「昭和59年度東村山市社会教育団体のうち青少年団体に対する補助金支給要綱」に基づいてした補助金の交付決定は地方自治法242条の2第1項2号の処分にあたらないとして、その取消請求を却下した。なお、この判決は、同決定が同要綱に違反す

るものであっても、同要綱は内部規則であって法規としての性質をもつものではないから、直ちに違法となるものではないと判示している。

㉒東京高判平成元年7月11日・判タ717号135頁(上告)―㉑の控訴審判決であり、原判決の結論をほぼ維持した。

㉓最判平成2年2月22日・判例集未掲載(確定)―㉒の上告審判決であり、原判決の結論を維持した。

上記⑰～㉓の判決の理由は、おおむね以下のようなものである。

(a) 国民の権利義務を形成するのは法律、条例等であり、行政庁の内部規則として制定された要綱等は法律等の委任を受けたものでない限り国民の権利義務に影響を及ぼさないため、要綱等に基づく行政庁の行為は処分とはいえない(⑰⑱⑲⑳㉑)。

(b) 要綱等に基づいて給付の請求権は発生しない(⑱)。

(c) 要綱等に基づく給付に係る法律関係は、贈与契約ないしはこれに類似の一種の無名契約であり、支給しない旨の決定は契約申込みに対する拒絶であり、取消訴訟を提起できる処分にあたらない(⑰)。

(2) 学 説

学説の多くは、要綱等は行政庁内部の指針であって、権利義務に影響を及ぼすような法的効力をもたず、また要綱等に基づく給付については権利は生ぜず、したがってその給付に係る行政庁の行為は取消訴訟の対象となる処分にあたらないとしている²¹⁾。ただし、取消訴訟と不作の違法確認訴訟とに区分して論じたり、法律、条例等に給付についての一応の根拠がある場合とない場合とに分けて詳細に検討しているわけではない。

要綱等に基づく給付について一定の法的効果を認める趣旨の学説としては、以下のようなものがある。塩野[1994, p. 88]は、一般的に補助金等の給付規則(=補助要綱)は法規命令ではなく、相手方が補助金等の請求権をもつものではないことは認めつつも、「補助金行政に際して適用され

る平等取扱いの原則からすると、合理的理由がないのに、一方に給付し、他方に給付しないことには、違法の問題も生ずることもありうるのではないか。この限りで、一定の外部効果を給付規則がもつことも認められよう」と述べている。宮崎 [1984, p. 283] は、「要綱なり行政指針なりに慣習法的効力を認め、受給の申請者に裁判的保証を認められる余地が生ずると解すべきであろう」と述べている。村上 [1983, pp. 93-94] は、「要綱などに基づいて給付行政が行われているような場合でも、それゆえ法的に受給権者が明確化されていないような場合においても、平等原則により、配分請求権は十分に尊重されなければならない」と述べている。兼子 [1983, p. 236] は、「要綱等にもとづく補助金・貸付金の交付可否決定について、……給付申請権の保障にかんがみ抗告訴訟対象処分性を認める判例が有力で……、それは形式的処分性の肯認として妥当であろう」と述べている。碓井 [1980, p. 339] は、「形式的行政処分の観念を、交付決定の手續が法令(条例・規則を含む)に定められていない場合の補助金交付に関する意思決定にこそ用いる実益があるのではないか」と述べている。河野 [1991, p. 105] は、「要綱に定める資格を満たす者は憲法、法令、要綱に照らして裁量瑕疵のない決定を求める請求権を有する」と述べている。平岡 [1995] はこの問題について最も詳細に検討しているが、四つの解決の方向を提示している(pp. 236-237)。なお、室井 [1979, p. 143] は、要綱等に基づく給付に係る申請の不作为の違法確認訴訟の適法性を認めている。

(3) 検 討

上の(1)で紹介した判決の理由、処分の意義に関する最高裁の定式等から、要綱等に基づく給付に係る行政庁の決定が取消訴訟の対象となる処分にあたらぬとする理由は、次のようにまとめることができる。

(a) 給付行政に係る行政庁の行為は、一般的に、私法上の贈与と異なるところはなく、「公権力の行使」とはいえないため、処分にあたらぬ。ただし、給付行政に係る行

政庁の行為であっても、法律、条例等に給付決定を処分として行う趣旨や不服申立てできる旨などが規定されている場合は、立法政策によって処分性を認めている。しかし、上の(1)で紹介した具体的な裁判において問題となっている法律、条例等に一応給付の根拠があっても、当該法律、条例等に処分性を認める等の規定はない。また、要綱等だけにに基づく給付については、そもそも処分性を認める法律、条例等がない。

(b) 行政庁の行為が法律、条例等の規定に基づき直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定する場合は処分にあたるが、本来要綱等は権利義務を形成する等の法的効力をもつものではない。また、上の(1)で紹介した具体的な裁判において問題となっている法律、条例等に一応給付の根拠があっても、権利義務を形成する等の規定はない。すなわち、これらの給付について国民に権利が認められていない。

上記の(a)のように、給付行政に係る行政庁の行為は、一般的には公権力の行使にあたる行為とは言いがたい。しかし、給付行政のように公権力行使の実態を伴わない行為についても、法律、条例等が認めさえすれば取消訴訟の対象となることを学説・判例が認める以上、公権力の行使にあたらぬ行政庁の行為は取消訴訟の対象とならぬと一般的にいうことは、もはやできなくなっているのではないか。国家賠償法1条1項の「公権力の行使」の意義に関し、通説・判例は、伝統的な権力作用のみならず、純粋な私経済作用と同法2条の営造物の設置管理作用を除くすべての国家作用を含める広義説を採っている。給付行政に係る行政庁の行為が公権力の行使にあたる行為ではないからといって、取消訴訟を提起できないとする理由はもはやないのではないか²²⁾。

処分の意義についてのリーディング・ケースとなった前記最高裁判決や馬淵訴訟に係る本判決は、公定力をもたない行政庁の行為については、公定力を排除する訴訟としての取消訴訟も認められないという趣旨を述べている。しかし、現在では、

処分は本来的に公定力が備わっているのではなく、処分は取消訴訟によってしか取り消されないという排他的管轄に服しめられているがゆえに、処分は公定力が認められると考えられるようになっていく[阿部 1983, p. 207, 塩野 1995, pp. 79, 83]。このように公定力が取消訴訟の存在を前提にしているとすると、ある行政庁の行為は公定力がないから取消訴訟の対象とならないと考えるべきではなく、その行政庁の行為がそもそも取消訴訟の対象となるか否かを検討すれば足りる。取消訴訟の対象となれば、公定力が認められる²³⁾。

立法は決して完全無欠なものではなく、ある給付の決定を処分として行うか否かについて考慮することなく立法されることはいくらかでもある。前述したように、社会福祉法は地方公共団体に福祉の措置を採ることを義務づけたり権限を与えたりしているだけで、処分が契約かのいずれによって行うかは法文上は明らかではないが、解釈により処分によって行うとしているのである。また、不服申立てについて規定されていないといっても、行政不服審査法の一般ルールに従うという意味で規定しないこともあり得る。以上のように考えれば、少なくとも給付の根拠規定が法律、条例等があれば、当該法律、条例等が国民の権利義務を形成するものととらえ、それに係る行政庁の決定を取消訴訟の対象と解することは可能であるように思われる。

次に、同じく上記の(a)の考えによれば、公的な給付であっても私法上の贈与と異なるところはないとされる²⁴⁾。このようにそれを贈与であると解すると、対象者による支給申請は贈与を受けするための申込みであり、行政庁による支給決定は贈与を行う旨の承諾である²⁵⁾(釧路地判昭和43年3月19日・行集19巻3号408頁、札幌高判昭和44年4月17日・行集20巻4号459頁を参照)。したがって、行政庁が支給決定した内容に不服がある場合、又は不支給の決定をした場合は、取消訴訟で争うことはできず、民事訴訟(ないしは行訴法4条の当事者訴訟)で争うべきことになる。

しかし、公的な給付でも私法上の贈与だとする

と、契約自由の原則により、行政庁は自由に給付の対象者、内容等を決め得ることにならないであろうか。要綱等でそれらが定められているとしても、それは行政内部の準則にしかすぎず、国民の権利義務にかかわる法的効力をもたないとされている。したがって、要綱等の解釈に関し行政庁と対象者との間で意見の違ひがあり、対象者が給付内容、不支給の決定等に不服があったとしても、行政庁の贈与をするしないの決定及びその内容に関する決定のみが法的効力をもつため、民事訴訟ではその行政庁の決定の違法性を問うことは困難である²⁶⁾。もっと極端なことをいうと、たとえ要綱等に反する行政庁の決定がなされたとしても、要綱等に法的効力が認められない以上、民事訴訟でその違法性を問うことは困難である。要綱等に基づく給付のように、「行政が裁量権を有する場合には、行政が裁量濫用、手続ミスを犯しても、必ずしも特定の行為をなすべく義務づけられていないので、権利義務を争う民事訴訟のシステムは機能しにくい」[阿部 1983, p. 216]からである。また、民事訴訟では、例えば契約に瑕疵がある場合には、その契約の取消訴訟ではなく、原因となった行為の前又は後の実体法上の権利(贈与契約の履行請求権等)を主張するだけであるため[塩野 1994, p. 117]、行政庁の決定行為の違法性を問うことは困難である。

これに対し、取消訴訟は行政庁の行為そのものが行為規範に従っているかどうかを争う訴訟であるため、行政庁の行為の違法性を問うことは一応は可能である[阿部 1983, p. 216]。すなわち、要綱等に基づく給付に係る行政庁の決定を処分と解し、取消訴訟で争えりとした場合は、要綱等に反する決定は裁量基準又は平等原則に反する瑕疵ある処分として、その違法性を争う余地がある。また、要綱等の解釈に関する行政庁の裁量は一般には広く認められるとしても、裁量権の逸脱・濫用がある場合は、その決定の違法性を争う余地があると考えられる。要綱等は行政内部の基準とはいっても、実際には国民に一定の効果を及ぼしている以上、行政訴訟によって争うことを認める必要性が高い²⁷⁾。

ただし、このように解すると、要綱等について一定の法的効力を認めることになり、また訴訟で争うことを認めると対象者に給付についての権利を認めることにならないかという問題が生ずる。一般的には、要綱等は行政内部の準則にしかすぎず、行政庁がそれに反したとしても違法と評価することはできないであろう（最大判昭和53年10月4日・民集32巻7号1223頁、前記判決²⁰）。しかし、行政庁の裁量基準であってもその適用が積み重なると、同種のケースを合理的理由なく従来と異なった取扱いをすることは許されず、裁量が収縮するとする「裁量の自己拘束論」が唱えられている。このような理論が認められないとしても、要綱等に反する決定については平等原則違反という形で違法性を問うことはできよう。

次に、要綱等に基づく給付に係る行政庁の決定を処分と解して取消訴訟の対象としたからといって、対象者に権利を与えたことには必ずしもならないであろう²¹ [高木 1995, p.208, 判決²¹]。権利というためには裁判所に訴えてその確定判決により行政庁をして給付を行わしめる必要があるが、裁判所に訴えることができるからといって必ずしも権利を認めたことにはならない。行政庁の行為が、たとえ法的な権利にかかわるものではなくても、国民の利益にかかわる場合は、行政裁量の手続的統制という観点から裁判所の統制の下におくべき場合があるからである。

確かに、要綱等に基づく給付に係る決定は一般的には行政庁の裁量に任されていると考えられるため、三権分立の観点からも原則として裁判所の統制の外におくべきではあろう。しかし、行政庁が公金の支出を伴う決定を行う場合には、客観的な基準に基づいて国民に公平に行うことが必要不可欠であるが、要綱等に反するなど恣意的な行政庁の行為まで国民が訴訟で是正できないというのでは極めて不都合である。単にその公務員の行為について行政内部の統制に任せたり、国家賠償請求訴訟を提起できるとするだけで足りる問題であるように思われぬ。行政庁が生活保障にかかわる給付を行うのは、文房具の購入、電話の利用といったような純粹に私法上の取引を行うのとは

異なって、一定の公益目的を遂行するためである。文房具の購入等は取消訴訟の対象としなくても何ら問題はない。しかし、生活保障の給付に係る行政庁の決定は、たとえそれが要綱等に基づくものであっても、その決定そのものを対象とする取消訴訟が提起できないのは問題である。

要綱等に基づく給付に係る行政庁の行為を取消訴訟の対象となる処分にあたりと解すると、上記の(b)や処分の意義に関する最高裁の定式「直接権利義務を形成することが法律上認められているもの」にそぐわないことになる。しかし、行政の役割が拡大し、しかも特に給付行政については必ずしも法律、条例等で規定されるとは限らない現状をみると、この定式は狭すぎる感を否めない。取消訴訟の対象である処分を「権限のある機関の……通用力ある行動・態度」ととらえる考えがあるが [小早川 1983, p.152²⁹]、文房具の購入等とは異なって、生活保障の給付に関する決定については「通用力ある行動」ととらえて、取消訴訟の対象とすべきであるように思われる。

以上は、給付が要綱等にのみ根拠がある場合を念頭において論じた。給付の根拠規定が法律、条例等にある場合は、たとえそれがいわゆる「できる」規定＝権限付与規定であり、具体的な給付内容、手続等が要綱等にしか規定されていないときであっても、その給付に関し「権利義務を形成することが法律上認められている」と解し、取消訴訟の対象とすべきであると考えられる³⁰。

なお、要綱等が行政庁の給付決定について処分性を認めていたり不服申立てができる旨を定めている場合、また行政庁が給付決定に際し不服申立てできる旨を教示した場合は、取消訴訟が提起できると解すべきかという問題がある。本来、行政庁の行為について取消訴訟が認められるべきか否かは、裁判所が法令の解釈により決定すべき事柄であって、行政庁の判断に左右されるものではない。したがって、要綱等や行政庁による具体的な教示において、処分性を認めたり不服申立てができる旨の判断を示したからといって、取消訴訟を提起できると解すべきではない³¹。

4 労災就学援護費の不支給決定の処分性

馬淵訴訟に係る本判決は労災就学援護費の不支給決定は取消訴訟の対象となる処分にあたらないと判示したが、その理由は以下のようなものである。まず、行訴法3条2項の処分の意義についての最高裁の定式を述べた後(II判旨の1)、給付に関し、①法律に定める要件に該当すれば当然に請求権が付与される場合、②行政庁の処分を待って初めて給付が行われる場合、③契約上の義務履行として給付が行われる場合の三つがあるとし、②の場合についてののみ取消訴訟の対象となるとした。そして、労災就学援護費がこのいずれの場合にあたるかは、その「給付の根拠法規の文言、趣旨、支給通知の規定の有無、不服申立てに関する規定の有無及び内容等を広く検討して判断すべきである」と判示した上で、労災就学援護費の根拠法規等を詳細に検討した。その結果、労災就学援護費については、II判旨の2(1)～(4)に引用した理由により、「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とはいえないため、本件決定は取消訴訟の対象となる処分にはあたらないと判示した(II判旨の2(5))。

本判決が上のように判断した理由の核心は、以下のようなものである。すなわち、労災法23条1項の労働福祉事業の実施に必要な基準は同条2項により労働省令に委任されているが、その「支給のために必要な実体上の要件及び金額等の内容並びに事務処理の細則を定めることを委任」するにとどまり、その支給決定を行政庁が公定力を有する処分によって行うことは委任の範囲を超えるため、上記の②にあたらないとしている。また、労働省令(労災法施行規則1条3項、43条)においては労災法によって委任された事項については何ら定めていないため、支給を受ける請求権を付与していないとして、上記の①にあたらないとしている。以上のように上記の①②にあたらないと判断した結果、本判決は③の贈与契約によって労災就学援護費の支給を行うものとしたと判示した³²⁾。

処分によって支給決定を行うこととするのは労

災法23条2項の委任の範囲を超えると判断した理由は、同項の規定の趣旨及び文言に照らして考えた結果だとする(II判旨の2(1))。しかし、本判決は労働省令において労災就学援護費の支給を受ける請求権を付与することは委任の範囲内であると判示しているが(同)、請求権を与えることまで委任が許されるのに、処分によって支給決定をすることの委任がなぜ許されないこととするのかは、分かりにくい。法律ではなくともその委任を受けた省令で給付の請求権が認められれば、「権利義務を形成することが法律上認められている」と解し得るからである。

労災就学援護費については、労災法及び同法施行規則において処分によって支給決定することは明確に規定されていないことは確かである。しかし、贈与契約によって支給するということも、これらの法令上明確ではない。同法35条及び37条の規定から不服申立て及び取消訴訟が提起できることが明らかな保険給付と対比すると、労災就学援護費を含む労働福祉事業についてはそれができないかのようにみえる。しかし、労働福祉事業の根拠規定は「できる」規定＝権限付与規定であり、一般的に同事業を行うか否かは政府の裁量にゆだねることとした結果、不服申立て及び取消訴訟について規定しなかったとも考えられる。

政府は、この労災法の根拠規定に基づき一般的に労災就学援護費を支給することとしたのであり、その詳細は通達に規定されているとはいっても、その根拠は法律にある。したがって、前節で検討したように、このような法律に基づく給付に係る決定は、最高裁の処分の意義に関する定式「国民の権利義務を形成することが法律が認められているもの」に該当するとして、取消訴訟の対象とすべきであるように思われる³³⁾。

注

1) すなわち、昭和45年10月27日付基発774号「労災就学援護費の支給について」(以下「本件通達」という)においては、労災就学「援護費は、学校教育法第1条に定める学校……に在学する者(以下「在学者」という)がある場合に限りて支給する」と規定している。また、「労災就学

援護費支給要綱（以下「本件要綱」という）においては、労災就学援護費は「遺族補償年金受給権者のうち、労働者の死亡の当時その収入によって生計を維持していた当該労働者の子……で現に在学者等であるものと生計を同じくしている者であって当該在学者等に係る学資等の支弁が困難であると認められるもの」に支給すると規定している。本件要綱中「在学者等」とは、「学校教育法……第1条に定める学校……に在学者」とされている。

- 2) なお、要綱等に基づく給付のみならず、社会福祉法のように申請手続を規定していない給付に関しても、やはり不作為の違法確認訴訟が提起できるか否かが問題となる。この問題に関する通説・判例は、行訴法3条5項の「法令に基づく申請」は、必ずしも法令の明文の規定に基づくことを要せず、現行法制の条理解釈として国民が処分を求め得る申請制度が存すると認められる場合も含まれるとしている〔塩野 1995, p.182〕。
- 3) 不作為の違法確認訴訟の適法性を肯定した判決—①福岡地判昭和53年7月14日・判時909号38頁（控訴）—「北九州市進学奨励金及び入学支度金等支給要綱」に基づく交付申請は行訴法3条5項の申請にあたるとして、本件要綱は受給資格の許否の決定をなすべく義務づけているとして、被告福岡市教育委員会委員長が何ら決定をしない不作為は違法であることを確認した。ただし、本件申請が行訴法3条5項の申請であるとした根拠は明確ではない。②大阪高判昭和54年7月30日・行集30巻7号1352頁（上告後和解）—注4)の⑥の控訴審判決であるが、「大阪市同和地区保育所児童に対する服装品及び保育用品購入費助成支給要綱」に基づく支給申請が行訴法3条5項の申請にあたるとして、原判決中これに反する部分を取り消し、大阪地裁に差し戻した。③大阪高判昭和54年7月30日・判時948号44頁（上告後和解）—原判決（大阪地判昭和53年5月26日・判例集未掲載）は「妊産婦対策費支給要綱」に基づく支給申請は行訴法3条5項の申請にはあたらないとして不作為の違法確認の訴えを却下したが、本判決は原判決中のこの部分を取り消し、大阪地裁に差し戻した。④福岡地判昭和55年9月26日・行集32巻7号1290頁（控訴）—「北九州市進学奨励金及び入学支度金支給要綱」に基づく交付申請は行訴法3条5項の申請にあたるとして、不作為の違法確認の請求を認めた。⑤福岡高判昭和56年7月28日・行集32巻7号1290頁（確定）—④の控訴審判決であり、原判決の結論を維持した。

上記の判決が不作為の違法確認訴訟を適法とした理由は、おおむね以下のとおりである。(a) 行訴法3条5項の「法令に基づく申請」とされ

るためには、その申請権が法令の明文によって規定されている場合だけでなく、法令の解釈上行政庁から何らかの応答を受け得る利益ないし申請権が法律上保障されている場合を含む。(b) 要綱等で申請制度を採用している場合は、その制度の趣旨、目的等から行政庁として応答すべき義務が一般法理上認められるときは、その申請は行訴法3条5項の申請となり、それに対する行政庁の応答は処分となる。(c) 同和対策のための要綱等に基づく給付制度は、憲法、同和対策事業特別措置法（以下「同対法」という）、地方自治法、議会の議決等によって定められているため、同対法によって裏付けられた一つの法制度ということができ、したがって当該要綱等に基づいて申請をした者は支給・不支給の応答を受ける法律上の利益を有し、行政庁には応答をなすべき義務が生じ、当該要綱等に基づく申請は行訴法3条5項の申請にあたる。なお、同対法8条は、「地方公共団体は、国の施策に準じて必要な措置を講ずるよう努めなければならない」と規定していた。

- 4) 不作為の違法確認訴訟の適法性を否定した判決—⑥大阪地判昭和53年5月26日・行集29巻5号1053頁（控訴）—「大阪市同和地区保育所児童に対する服装品及び保育用品購入費助成支給要綱」に基づく支給申請は行訴法3条5項の申請にあたらぬとして、不作為の違法確認の請求を却下した。⑦大阪地判昭和53年5月26日・判時909号27頁（控訴）—「特別就学奨励費執行要項」に基づく支給申請は行訴法3条5項の申請にはあたらないとして、不作為の違法確認の請求を却下した。

上記の判決において不適法とした理由は、おおむね以下のとおりである。要綱等は、条例・規則ではなく、機関及び職員に対する訓令又は通達であり、要綱等に基づいて支給を受けようとする者に対してする措置は行政指導にすぎず、したがって行訴法3条5項の「法令に基づく申請」にあたらぬ。

- 5) ⑧福岡地判昭和52年3月25日・判時860号105頁（控訴）—被告福岡市同和奨学振興会は「福岡市同和奨学振興会規約」及び「福岡市同和奨学振興会奨学奨励金入学支度金給付規程」に基づいて進学奨励金を継続して給付すべき義務があり、原告に給付請求権が生じているとして、被告にその金員の支払いを命じた。ただし、この権利義務が公法上のものか私法上のものか、また申請があれば給付の権利義務が発生するとする根拠は、判決上明らかでない。⑨福岡高判昭和52年11月8日・判時886号67頁（確定）—⑧の控訴審判決であり、原判決の結論を維持した。なお、申請に対する決定がなくても給付の権利義務が生ずる根拠として、「同対法の精神

- と本件規程の運用のあるべき姿からの合理的な考察」を挙げている。
- 6) 公定力とは、「行政行為は仮に違法であっても、取消権限のある者によって取り消されるまでは、何人（私人、裁判所、行政庁）もその効力を否定することはできない、という法現象」を指す [塩野 1994, p.116]。
- 7) このような非権力的な行政庁の行為であっても取消訴訟の対象となるものを、「形式的行政行為（行政処分）」ということがある（兼子 1983, p.227 以下）。[塩野 1995, pp.94-95] は、形式的行政行為については三つの用語法があることを指摘するとともに、この語を用いることに疑問を呈している。
- 8) したがって、仮に労災就学援護費が補助金適正化法に基づいて支給される場合は、その決定に対し取消訴訟を提起することができることになる。しかし、同法の適用を受ける補助金等は同法2条1項に規定されているものに限られ、労災就学援護費は同項4号の「相当の反対給付を受けない給付金」であると解されるが、この給付金については政令で定めるものに限られている。政令（同法施行令2条）では労災就学援護費は規定されていないため、補助金適正化法を根拠に労災就学援護費に係る決定を取消訴訟の対象となる処分にあたることはできない。
- 9) 堀 [1987, pp.175-179] は福祉の措置を処分と解する根拠を述べ、同書179頁の注8は処分と解する他の学説を紹介しているので、参照されたい。
- 10) 堀 [1994, p.239] の注4は、義務づけ規定に係る給付に関し、対象者に権利を認める学説を紹介している。なお、行政解釈は、措置を受けることは反射的利益にすぎず、対象者に権利を与えたものではないとしている [厚生省社会局老人福祉課 1984, pp.79-80]。森訴訟控訴審判決（東京高判平成4年11月30日・判例集未掲載）も措置を受けることは反射的利益にすぎないと判示し、その上告審判決（最判平成5年7月19日・判例集未掲載）はこの判決を正当であると判示している（この評釈である堀 [1996 a] を参照）。
- 11) この問題に関する学説については、堀 [1994, pp.227-228] とそこの注を参照されたい。
- 12) 本稿で「受給権」とは、給付を受ける具体的な権利を発生させるためには行政庁による一定の行為が必要な場合において、その行政庁の行為が行われたために発生した具体的な権利を指すものとして用いている。これに対し、「請求権」とは、その行政庁の行為が行われる前の、行政庁に対して請求し得る抽象的な権利を指している。
- 13) ただし、最高裁の定式は「直接権利義務を形成することが法律上認められているもの」であり、権限付与規定に基づく給付は法律が直接権利を認めるものではなく、行政庁の決定によって権利が発生するという意味では、最高裁の定式にそのまま当てはまるというわけではない。しかし、最高裁のこの定式自体が厳格すぎることは、後述するとおりである。
- 14) ただし、法律、条例等に直接の根拠がない給付についても、各省設置法等の組織法、財政法、会計法、補助金適正化法、地方自治法、財政・会計関係の条例等における一般的な規定や国会・議会による予算の議決に基づいているという意味では、法治主義の要請に反しているわけではない。
- 15) この判決については、堀 [1996 b] による評釈を参照。
- 16) 昭和63年2月25日付職発80号労働省職業安定局長通達及び昭和63年12月21日付労働省職業安定局国鉄・地域雇用対策室室長補佐事務連絡。
- 17) 「市町村は、必要に応じて、次の措置を採ることができる」という権限付与規定であり、同項1号にホームヘルプ事業が規定されている。
- 18) 取消請求を却下した理由は、第1審判決（東京地判平成8年7月31日・判時1593号41頁）の理由（口頭弁論終結時において原告はヘルパー派遣の要件に該当せず、訴えの利益がない）と同じである。
- 19) ただし、派遣回数を増やす変更決定の取消しを求めた原告の請求に対し、訴の利益はないとして却下している。
- 20) なお、住民訴訟に係る処分性については、行訴法における処分性概念のように厳格に解する必要はないとする考えがある [佐藤 1980, p.230]。
- 21) 行政法の各種教科書のほか、高田編 [1981, p.146 (寺田友子稿)]、又坂 [1995, p.72] 等を参照。ただし、又坂 [1990, p.301] は、通達によって行われている外国人に対する生活保護の申請の拒否やその廃止について処分性を認め、争訟の提起可能性を認めている。
- 22) 塩野 [1990, pp.286-287] は、「行政行為を命令と強制の場から解き放し、一般的に行政主体と私人の関係を規律する一つの道具たらしめた」オットー・マイヤー行政法学を引きつつ、行政行為の権力性（公定力、不可争力、執行力）のうち給付行政のように執行力のない非権力的行政行為についても行政行為ととらえる考えについて述べている。
- 23) なお、前記の処分性拡大説を唱える兼子 [1983, p.227 以下] は、公定力のない形式的行政処分を取消訴訟の対象として認めている。
- 24) 塩野 [1990, p.309] 以下は、要綱等に基づく

補助金は、補助金適正化法等の特別の規制法が存在しない限り負担付贈与契約になるとしつつも、それには平等原則が働いたり、要綱等に外部効果を認めるなど、民法とは異なる面があると述べている。高木 [1995, p.208] は、補助金等の支給を民法上の贈与契約ととらえるのは疑問であると述べている。

- 25) このように解した場合、要綱等は申込みの誘因であると考えられる。
- 26) 座談会「研究会・現代型行政訴訟の検討課題 III 給付行政を巡る問題点」『ジュリスト』925号、1989年1月1/15日、p.51以下では、条例に基づかない給付に係る訴訟の問題について議論しているが、その中で小早川光郎は民事実体法(民法1条1~3項、平等原則)により民事訴訟でも救えるとしているが、塩野宏等他の出席者はこの意見に対し懐疑的である。
- 27) ただし、行政訴訟は、民事訴訟と比べて、出訴期間が3箇月と短い(行訴法14条1項)、処分の執行は原則として不停止である(同法25条1項)など不利な面もある。なお、兼子 [1983, p.229] は、形式的行政処分には公定力が存しないので、行政訴訟と民事訴訟等の併用も可能であるとしている。
- 28) 行政庁による支給決定がない間は請求権がないという意味であり、支給決定があればそれによって受給権が発生するとすることは別問題である。
- 29) 同稿は、この通用力には、実定法が認めていれば、権力作用以外の行政作用が含まれるとする。ただし、通用力をもつことを実定法が認めていないような種類の——手続的な意味で権力性もたない——行政作用について訴訟が提起されても、それは行訴法上の抗告訴訟にあたらなとしている(pp.151-152)。
- なお、兼子 [1983, p.229] は、形式的行政処分についてであるが、「事実上の支配力」を処分であることの要素としている。
- 30) なお、前記の判決⑩の評釈である高木 [1995, p.210] は、公法上の当事者訴訟を提起して、規則や通達による「自己拘束」ないし平等原則から、支給決定が違法であるとの確認を求めべきだとしている。
- 31) このことは前記の判決⑩で判示され、また高木 [1995, p.210] もこの判旨を支持している。
- 32) なお、本件の場合、Xは既に労災就学援護費の支給を受けていたので、取消訴訟の形ではなく、契約に基づく同援護費の継続支給を請求する訴訟が提起できたのではないかと指摘を、判例研究会の席で受けた。注5)の判決⑧⑨は、同様に継続給付を求めた訴えに対する判決であるが、給付請求権を認めている。
- 33) ただし、桑原 [1972, pp.454-456] は、労災

法23条が労働福祉事業としてではなく、「保険施設を行う」と規定されていた時代の労災法に係る行政による解説書であるが、保険施設の支給に関しては請求権がなく、その支給・不支給の決定は行政不服申立て及び行政訴訟の対象とならないと述べている。

引用文献

- 阿部泰隆 (1983) 「取消訴訟の対象」雄川一郎他編『現代行政法大系第4巻 行政争訟Ⅰ』有斐閣。
- 原田尚彦 (1983) 「行政訴訟総説」雄川一郎他編『現代行政法大系第4巻 行政争訟Ⅰ』有斐閣。
- 平岡 久 (1995) 『行政立法と行政基準』有斐閣。
- 堀 勝洋 (1987) 『福祉改革の戦略的課題』中央法規出版。
- (1994) 『社会保障法総論』東京大学出版会。
- (1996 a) 「社会保障法判例 老人ホームにおいて養護されることは老人に与えられた権利ではなく反射的利益にすぎないとされた事例(森訴訟控訴審及び上告審判決)」『季刊社会保障研究』32巻1号。
- (1996 b) 「社会保障法判例 不法残留の外国人による生活保護の申請を却下した処分が違法ではないとされた事例(宋訴訟第一審判決)」『季刊社会保障研究』32巻3号。
- 金子正史 (1990) 「抗告訴訟の対象となる行政処分の範囲」『ジュリスト増刊 行政法の争点(新版)』。
- 兼子 仁 (1983) 『行政法総論』筑摩書房。
- 河野正輝 (1991) 『社会福祉の権利構造』有斐閣。
- 小早川光郎 (1983) 「抗告訴訟の本質と体系」雄川一郎他編『現代行政法大系第4巻 行政争訟Ⅰ』有斐閣。
- 厚生省児童家庭局編 (1982) 『新版児童福祉法・母子及び寡婦福祉法・母子保健法・精神薄弱者福祉法の解説』時事通信社。
- 厚生省社会局老人福祉課編 (1987) 『老人福祉法の解説』中央法規出版。
- 桑原敬一 (1972) 『労災保険論』労務行政研究所。
- 又坂常人 (1990) 「外国人と社会保障」『ジュリスト増刊 行政法の争点(新版)』。
- (1995) 「権利救済手続の諸問題」日本社会保障法学会『社会保障法』10号。
- 宮崎良夫 (1984) 「社会保障行政と権利保護」東京大学社会科学研究所編『福祉国家4 日本の法と福祉』東京大学出版会。
- 村上武則 (1983) 「給付行政の諸問題」雄川一郎他編『現代行政法大系第1巻 現代行政法の課題』有斐閣。
- 室井 力 (1979) 「要項に基づく補助金申請と不作為の違法確認訴訟」『判例評論』244号。
- 小川政亮 (1974) 『社会保障権と福祉行政』ミネル

- ヴァ書房。
- 佐藤英善 (1980) 「住民訴訟の要件」『ジュリスト増刊 行政法の争点』。
- 塩野 宏 (1990) 「補助金交付決定をめぐる若干の問題点」成田頼明他編『行政法の諸問題中 雄川一郎先生献呈論集』有斐閣。
- (1994) 『行政法 I 第二版』有斐閣。
- (1995) 『行政法 II 第二版』有斐閣。
- 高木 光 (1995) 「公共職業安定所長が雇用保険施行規則 (平成元年労働省令第 20 号及び第 21 号による改正前のもの) により雇用改善事業の一つとして定められた地域雇用特別奨励金の支給を申請した事業主に対してした不支給決定は、抗告訴訟の対象となる行政処分にあたらないとされた事例」『判例評論』437 号。
- 高田 敏編 (1981) 『福祉行政・公有財産条例』学陽書房。
- 田中清定 (1991) 「労働福祉事業における援護費の不支給と抗告訴訟」『ジュリスト No. 113 社会保障法判例百選 (第二版)』。
- 碓井光明 (1980) 「補助金交付請求権」『ジュリスト増刊 行政法の争点』。
- (ほり・かつひろ 上智大学教授)