

# 条例の処分性についての一考察

——保育所廃止条例の処分性を中心に——

川 内 磊

- 1 はじめに
- 2 条例の処分性をめぐる判例
- 3 横浜市立保育園廃止条例事件最高裁判決
- 4 むすびにかえて

## 1 は じ め に

行政事件訴訟法（昭和37年法律第139号。以下、「行訴法」という。）は、1962年の制定から40年余りを経た2004年に初めて実質的な改正が行われ、翌2005年から施行された。今回の改正は、行政訴訟制度の従前の状況に対して「行政訴訟の機能不全」との批判もみられたことから、司法制度改革の一環として、行政に対する司法審査の機能を強化し国民の権利利益の救済手続の整備を目指す観点から行われたものである。その主な内容として、①救済範囲の拡大、②審理の充実・促進、③行政訴訟をより利用しやすく、分かりやすくするための仕組み、④仮の救済制度の整備が挙げられる<sup>1)</sup>。司法制度改革推進本部に設置され、行政訴訟制度の見直し作業を担当した行政訴訟検討会においては、処分性の拡大や多様な訴訟類型（是正訴訟等）の設置などの議論がなされたが、これらの案は採用に至らず<sup>2)</sup>、それに代わり「公法上の法律関係に関する確認の訴え」（行訴法4条後段）が当事者

---

1) 最高裁判所事務総局行政局監修『改正行政事件訴訟法執務資料』（法曹会、2005年）2頁。

2) 行政訴訟検討会「行政訴訟制度の見直しのための考え方」（2004年1月6日）。

訴訟に含まれることが明記された。その趣旨は、従来、抗告訴訟の対象とならないと考えられてきた行政の行為は、処分性の拡張によるのではなく確認訴訟の枠組みを活用する方向性を示したものと理解されている<sup>3)</sup>。行訴法改正をめぐる国会答弁においても、「行政立法、行政計画、行政指導等のそれ自体としては抗告訴訟の対象とならない行政の行為を契機として争いが生じた公法上の法律関係に関し確認の利益が認められる場合については、現行の行政事件訴訟法においても、当事者訴訟として確認の訴えが可能であるが、その活用を図るため、「公法上の法律関係に関する確認の訴え」を当事者訴訟の一類型として明記する改正を行う」としている<sup>4)</sup>。

学説においては、改正行訴法において「確認の訴え」が明記されたことが、改正前での「解釈上の主張であった「当事者訴訟活用論」を採用したものである」<sup>5)</sup>との認識の下、今後は、処分性の判断はこれまでとの比較において抑制的になり、処分概念が「純化」され、訴訟類型においては「クリアな仕切り」という方向が示されるとの見解が有力に主張された<sup>6)</sup>。他方、改正行訴法は処分性の解釈に対しては中立的であって処分性拡大論を否定したわけではないとする見解<sup>7)</sup>や、抗告訴訟と当事者訴訟の二元論的枠組みから両者の相対化を志向する方向を促進すべきとする見解<sup>8)</sup>などもみられた。

3) 橋本博之『解説改正行政事件訴訟法』(弘文堂, 2004年) 84頁以下, 小林久起『行政事件訴訟法』(商事法務, 2004年) 16頁以下, 中川丈久「行政訴訟としての『確認訴訟』の可能性—改正行政事件訴訟法の理論的インパクト」『民商法雑誌』130巻6号(2004年) 963頁以下, 参照。

4) 内閣総理大臣答弁書(内閣衆質159第69号, 2004年4月20日)。

5) 高木光『行政訴訟論』(有斐閣, 2005年) ii 頁。中川・前掲注3) 972-973頁は、このような認識に疑義を呈している。改正行訴法における「確認訴訟」については、橋本・前掲注3) 84頁以下, 福井秀夫・村田斉志・越智敏裕『新行政事件訴訟法逐条解説・Q&A』(新日本法規・2004年) 251頁以下など参照。

6) 高木・前掲注5) 82頁。

7) 亘理格「行訴法改正と裁判実務」『ジュリスト』1310号(2006年) 7 頁。

8) 塩野宏「行政事件訴訟法改正と行政法学」『行政法概念の諸相』(有斐閣, 2011年) 262頁以下参照。

最高裁は、改正行訴法施行後に、在外邦人選挙権に関する平成17年9月14日大法廷判決（民集59巻7号2087頁）において、衆議院及び参議院の小選挙区選挙で上告人らが「選挙権を行使する権利を有することの確認をあらかじめ求める訴え」を公法上の法律関係に関する確認訴訟として適法と認め、確認訴訟の活用という立法者のメッセージ及び有力な学説の期待に応える注目すべき判決を下している<sup>9)</sup>。しかし、最高裁は、行訴法改正前から、従来は処分に該当すると考えられていなかった行政の行為に対して、確認訴訟の活用というよりもむしろ、処分性の拡張的な解釈によって抗告訴訟を用い国民の権利利益の実効的救済を図っており、行訴法改正後もこの傾向は継続してみられるところである。いくつかの処分性をめぐる最高裁判例のうち、建築基準法42条2項のみなし道路に関する最高裁平成14年1月17日第一小法廷判決（民集56巻1号1頁）<sup>10)</sup>、労働者災害補償保険法23条の就学援護不支給決定に関する最高裁平成15年9月4日第一小法廷判決（『判例時報』1841号89頁）<sup>11)</sup>、食品衛生法16条（2003年改正前）に基づく違反通知に関する最高裁平成16年4月26日第一小法廷判決（民集58巻4号989頁）<sup>12)</sup>、医療法30条の7に基づく病院開設の中止勧告に関する最高裁平成17年7月15日第二小法廷判決（民集59巻6号1661頁）<sup>13)</sup> は、いずれもその処

- 9) 本判決については、その特集号である『ジュリスト』1303号（2005年）2頁以下に収録された座談会・論説等、木村琢磨「判例解説」『平成17年度重要判例解説』（『ジュリスト』1313号、2006年）50頁、早坂禧子「判例解説」『法令解説資料総覧』289号（2006年）77頁ほか参照。
- 10) 洞澤秀雄「判例解説」『行政判例百選Ⅱ（第5版）』（2006年）336頁、荏原明則「判例批評」『民商法雑誌』127巻2号（2002年）275頁、金子正史「判例解説」『法令解説資料総覧』247号（2002年）104頁、「二項道路に関する二、三の法律上の問題（上）・（下）」『自治研究』78巻2号・3号（2002年）3頁ほか参照。
- 11) 太田匡彦「判例解説」『行政判例百選Ⅱ（第5版）』（2006年）342頁、西田和弘「判例批評」『判例評論』552号（2005年）168頁、榊原秀訓「判例紹介」『民商法雑誌』130巻1号（2004年）150頁ほか参照。
- 12) 橋本博之「判例批評」『判例評論』554号（2005年）168頁ほか参照。
- 13) 本判決では、従来の処分性の定義が引用されことなく、法の仕組みに注目する柔軟なアプローチから処分性を肯定している。同じく医療法に基づく勧告が争われた病床数削減勧告事件最高裁平成17年10月25日第三小法廷判決（『判例時報』

分性を肯定している。さらに、土地区画整理事業計画決定に関する、いわゆる「青写真」判決と呼ばれた最高裁昭和41年2月23日大法廷判決（民集20巻2号271頁）を変更し、法律上は行政計画とされる土地区画整理事業計画決定の処分性を肯定した最高裁平成20年9月10日大法廷判決（民集62巻8号2029頁）<sup>14)</sup>、条例の処分性を初めて肯定した横浜市立保育園廃止条例事件最高裁平成21年11月26日第一小法廷判決（民集63巻9号2124頁、「横浜市立保育園廃止条例最高裁判決」という。）<sup>15)</sup>もあり、これら処分性を拡張する一連の裁判例は注目されるところである。このような判例動向から、抗告訴訟の対象たる処分の意味について改めて検討することが重要な課題となっている。

そこで、本稿においては、条例制定行為の処分性（以下、「条例の処分性」という。）に係る3つの最高裁判決、処分性を否定した千代田区立小学校廃止条例事件最高裁平成14年4月25日第一小法廷判決（『判例自治』229号52頁、以下「区立小学校廃止条例最高裁判決」という。）<sup>16)</sup>及び旧高根町簡易水道事業給水条例事件最高裁平成18年7月14日第二小法廷判決（民集

---

1920号32頁）の補足意見で、藤田宙靖裁判官は、処分性の『『従来の公式』を機械的に当てはめる』と、本件勧告に処分性を認めることはできないが、現実の行政活動においては「行政行為としての性質を持たない数多くの行為」が「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」とする。なお、本判決については、角松生史「判例解説」『行政判例百選Ⅱ（第5版）』（有斐閣、2006年）344頁ほか参照。

14) 大貫裕之「判例批評」『判例評論』615号（2010年）174頁は、本件においては、実効的救済の必要性が「独立の」処分性認定の要因になっていると述べる。

15) 判例評釈等として、久保茂樹「判例解説」『平成21年度重要判例解説』（『ジュリスト』1420号、2011年）62頁、高橋滋「判例研究」『自治研究』87巻2号（2011年）143頁、前田雅子「判例批評」『民商法雑誌』143巻1号（2010年）91頁、秦雅子「判例批評」『賃金と社会保障』1510号（2010年）69頁、北見宏介「判例解説」『速報判例解説』（『法学セミナー増刊』7号、2010年）45頁、古田孝夫「時の判例」『ジュリスト』1413号（2010年）99頁など参照。

16) 控訴審・『判例時報』1594号19頁。

60巻6号2369頁，以下「水道条例最高裁判決」という。)<sup>17)</sup>，処分性を初めて肯定した前記の横浜市立保育園廃止条例最高裁判決を取り上げ，条例の処分性に係る問題について検討する。

## 2 条例の処分性をめぐる判例

行訴法3条が定める抗告訴訟の対象となる処分の意義については，「公権力の主体である国又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」と解するのが最高裁の確立した判例（最高裁昭和30年2月24日第一小法廷判決・民集9巻2号217頁，最高裁昭和39年10月29日第一小法廷判決・民集18巻8号1809頁等）である。この定式から，処分の構成要素を，法的効果性，その個別具体性と外部性及び公権力性とするのが一般的であり，条例の処分性については，法的効果の個別具体性の存否が争点となる。

条例の処分性については，学説上，当初，条例の制定行為は立法機関による一般的規範の定立行為であり本来的な行政作用ではないとしてその処分性を否定する見解（「否定説」という。)<sup>18)</sup> がみられた。しかし，今日では，行為の形式ではなくその実質に照らして判断されるべきであるとして，条例の制定行為であっても執行行為を待たずに直ちに一定範囲の者の具体的な権利義務ないし法的地位に直接の影響を生じさせ，行政庁の処分と実質的に同視することができるような例外的な場合には，行政処分と解する余

17) 判例評釈等として，黒川哲志「判例解説」『平成18年度重要判例解説』（『ジュリスト』1332号，2007年）47頁，野呂充「判例解説」『受験新報』669号（2006年）16頁，山本隆司「私人の法的地位と一般法原則（1）」『法学教室』344号（2009年）83頁，宇賀克也「判例解説」『平成19年度主要民事判例解説』（『別冊判例タイムズ』22号，2008年）296頁，下山憲治「条例制定と抗告訴訟の対象（処分性）」『法学セミナー』624号（2006年）102頁，牛嶋仁「判例解説」『法令解説資料総覧』299号（2006年）67頁，増田稔「判例解説」『法曹時報』60巻10号（2008年）3209頁，増田稔「時の判例」『ジュリスト』1335号（2007年）115頁など参照。

18) 杉本良吉『行政事件訴訟法の解説』（法曹会，1967年）9頁。

地があるとする見解（「限定的肯定説」という。）<sup>19)</sup>が、支配的となっている。もっとも、限定的肯定説は、否定説の前提となる立法行為一般の原則論を排斥するものではなく、例外的な場合に条例の処分性が肯定される余地を認めるものである。また、限定的肯定説の中には、具体的な権利義務等への直接の影響に加え、その適用対象が限定されている場合にその処分性を肯定する見解がみられる<sup>20)</sup>。なお、条例の処分性を肯定することには異論もみられる<sup>21)</sup>。

後記の公立保育所廃止条例を除き、条例の処分性をめぐる判例の動向をみると、従来の下級審の裁判例においては、条例の処分性を類型的に否定したものは見られず、一般論としては上記の支配的な定式を説示し、当該条例の個別具体的な法効果の存否を検討することによって処分性の有無が判断されている。条例の処分性を肯定する裁判例には、岩手県昇給期間延長条例に係る盛岡地裁昭和31年10月15日判決（『行裁集』7巻10号2443頁、

19) 塩野宏『行政法Ⅱ（第5版）』（有斐閣、2010年）107頁、芝池義一『行政救済法講義（第3版）』（有斐閣、2006年）32-33頁ほか参照。

20) 最高裁平成18年7月14日第二小法廷判決（民集60巻6号2369頁、「水道条例最高裁判決」）の担当調査官解説は、「条例の制定行為は抗告訴訟の対象となる行政処分には当たらないと解するのが相当であるように思われるが、仮に例外的にその処分性を肯定する余地があり得るとしても、条例の制定行為の処分性が肯定されるのは、当該条例によって限られた特定の者に対してのみ具体的な法効果が生ずることが規定上明らかにされている場合や要件等の規定の仕方は一応抽象的になっているものの実際には特定の者に対してのみ効果を生じさせることを目的として条例が制定され、他の者に適用される可能性がない場合など、その条例の制定行為をもって行政庁が法の執行として行う処分と実質的に同視することができるような極めて例外的な場合に限られるというべきであろう。」と述べる（増田・前掲注17）3219頁）。なお、芝池・前掲注19）32頁は、この見解と支配的見解との区別は必ずしも明確でないと指摘する。

21) 山田洋「判例解説」『自治研究』81巻1号（2006年）136頁は、「敢えて異論を唱えれば、条例については、たとえ個別具体的な権利利益に影響を及ぼすものであっても、なお、処分性を肯定することに躊躇を禁じえない。」そもそも、条例を「行政庁」の行為と呼ぶこと、被告となるべき行政庁を議会とすること、さらには、条例は、有効無効のいずれかしかなく本来の「取消し」の対象とはなりえないこと、出訴期間や取消訴訟の排他的管轄になじまないことから、無理に抗告訴訟という特殊な訴訟形態に乗せるべき必然性はないと指摘する。

『判例時報』97号9頁), 学校統廃合条例に係る事案である富山地裁昭和59年3月2日判決(『判例自治』4号77頁), 大津地裁昭和60年12月23日判決(『判例自治』24号26頁), 大津地裁平成4年3月30日判決(『判例タイムズ』794号86頁), 大阪高裁平成21年3月18日決定(『賃金と社会保障』1521号65頁)などがある。他方, 処分性を否定する裁判例には, 岐阜県職員勤務条件条例に係る名古屋高裁昭和37年5月21日判決(『行裁集』13巻5号935頁), 奈良県文化観光税条例に係る大阪高裁昭和41年8月5日決定(『行裁集』17巻7=8号893頁, 『判例時報』456号3頁), 釧路市工場誘致条例に係る札幌高裁昭和44年4月17日判決(『行裁集』20巻4号459頁), 京都市古都保存協力税に係る大阪高裁昭和60年11月29日判決(『行裁集』36巻11=12号1910頁, 『判例時報』1178号48頁), 東京都外形標準課税条例に係る東京高裁平成15年1月30日判決(『判例時報』1814号44頁), 大阪市立養護学校廃止条例に係る大阪地裁平成21年1月30日決定(『判例タイムズ』1300号133頁)などがある。下級審の裁判例では, 条例の処分性を否定する判例が多くみられる<sup>22)</sup>。

条例の処分性をめぐる最高裁判例としては, 上記のように, その処分性を肯定した横浜市立保育園廃止条例最高裁判決と, それに先行して処分性を否定した区立小学校廃止条例最高裁判決及び水道条例最高裁判決の2判決がある。そこで, まず, 処分性を否定した両判決の概要と問題点を検討する。

#### (1) 区立小学校廃止条例最高裁平成14年4月25日第一小法廷判決(『判例自治』229号52頁)

(事実)

東京都千代田区においては, 定住人口の減少による公共施設適正配置構

22) 最高裁判所事務総局行政局監修『主要行政事件裁判例概観3(第3版)―地方自治関係編一』(法曹会, 2007年)37頁～39頁参照。また, 野口貴公美「条例を争う訴訟(上)」『月刊自治フォーラム』563号(2006年)66頁参照, 同69頁以下は, 条例を争った主な裁判例を紹介する。



想が検討され、その一部として区立小学校の統廃合（既存の14校全校を廃止して8校を新設するもの）をその内容として含む条例（以下、「本件条例」という。）が1992年12月に制定され、1993年4月に施行された。千代田区教育委員会は、同年3月、本件条例によって廃止される同区立永田町小学校の就学児童を新設小学校に就学指定したところ、同校に在学していた児童の一部の保護者であるX（原告・控訴人・上告人）らが、同校の廃止を不服として、①区を被告とする本件条例の取消し、②区教育委員会を被告とする就学校を同区立麴町小学校に指定する処分の取消し、③区を被告とする各5万円の慰籍料の損害賠償などを求めて提訴した。

第1審東京地裁平成7年12月6日判決（『判例自治』148号59頁）は、永田町小学校の廃止は区が本件条例を制定することによって行ったものであるとして、①条例の制定は、一般的抽象的な規範の定立行為である立法作用であり原則として処分性はなく、例外的に専ら特定個人に向けられた法の執行としてその法的地位に個別具体的な影響を及ぼす場合には処分性が認められるが、本件原告らが永田町小学校で子女に教育を受けさせる利益は事実上の利益に過ぎず、本件条例の制定は原告らの法的地位に直接影響を及ぼすものではなく処分性を欠くとし、②就学校指定処分取消請求は、永田町小学校廃止後に同小学校に就学指定することは不能となることから回復すべき訴えの利益がないなどとして、その余の請求を含めいずれの取消しの訴えも不適法として却下した。また、③損害賠償請求については、本件条例制定による小学校廃止に手続的違法や裁量判断の逸脱がなく、教育長や学校長等の対応にも違法がないとして、請求を棄却した。

控訴審東京高裁平成8年11月27日判決（『判例時報』1594号19頁）は、第1審判決を引用し、基本的には第1審判決と同旨の理由により控訴を棄却した。なお、賠償請求については、小学校廃止の経緯について周知の遅れなど手続的配慮が欠けるうらみがあるなどとしつつも、結論として小学校廃止及びその手続が違法であったとまではいえないと棄却している。

Xらは、これを不服として上告した。上告棄却。



以下は、本件条例の処分性を否定した判旨部分である。

(判旨)

「本件条例は、東京都千代田区内に設置されていたすべての区立小学校を廃止し、新たに区立小学校8校を設置すること等をその内容とするものであるところ、原審が適法に確定した事実関係によれば、上告人らの子らが通学していた区立小学校の廃止後に新たに設置され就学校として指定を受けた区立小学校は、上告人らの子らにとって社会生活上通学することができる範囲内にはないものとは認められないというのである。これによれば、本件条例は一般的規範にほかならず、上告人らは、被上告人東京都千代田区が社会生活上通学可能な範囲内に設置する小学校においてその子らに法定年限の普通教育を受けさせる権利ないし法的利益を有するが、具体的に特定の区立小学校で教育を受けさせる権利ないし法的利益を有するとはいえないとし、本件条例が抗告訴訟の対象となる処分にあたらないとした原審の判断は、正当として是認することができる。」

(小活)

公立小・中学校の統廃合<sup>23)</sup>は、それに伴い不利益を蒙る学区内の児童・生徒の保護者からの不満が強く、これまで各地で保護者のみならず地域住民を巻き込む紛争が起きており、救済を求めて裁判で争われた事例も少なくない。小学校廃止をめぐる本件はその典型的な事例で、主な争点に、本件条例の処分性の有無があった。

---

23) 学校統廃合について、「戦後の学校統廃合政策は、大きく3期に整理される。第1期は1950年代の町村合併政策に伴うもの、第2期は1970年代の高度経済成長期の都市への人口流出による地方の農山漁村の過疎化に伴うものである。これにやや遅れ、都心では、人口集中による居住環境悪化のため、郊外へ人口が流出したことから、ドーナツ化現象による人口減少に伴う統廃合が進んだ。そして現在、第3期として、1990年代から将来に向けての長期的・構造的な少子高齢化に伴う統廃合が全国的に進みつつある。文部科学省によると、平成4年から平成19年までに、小学校は3,212校、中学校は959校が廃校になっている。今後、概ね3～5年間に全国の小中学校のうち1,100校以上が廃校となる見通しとの調査結果（『読売新聞』2008年1月11日号1頁）もある」との指摘もある（安田隆子「学校統廃合」『調査と情報』（2009年）640号1頁）。

学校教育法は、市町村に公立小・中学校の設置義務を定めている（旧29条、40条、平成19年法律第98号による改正後の現行条文は38条、49条。）。公立小・中学校は「公の施設」に該当するため、その設置及び管理に関する事項は法律又は政令に特別の定めがない限り条例によるべきこととされ、その廃止も設置主体である市町村等の学校設置に関する条例により定められることになる（地方自治法244条の2第1項）。ただし、管理については学校教育法及び同施行令に定めがあることから、学校設置条例には、学校の名称と住所を規定すれば足りるとされている<sup>24)</sup>。教育委員会は、法令上小・中学校の設置・廃止について権限を有するようにみえるが、それに関する事務を担うにすぎない（地方教育行政の組織及び運営に関する法律23条1号）。学校設置条例の施行に伴い、教育委員会は条例で列挙された各学校の通学区域を行政規則で定め、これに則り各児童の就学校を一方的に指定する就学校指定処分を行う（学校教育法施行令5条2項、6条）<sup>25)</sup>。この指定処分に不服のある保護者は、就学校変更を教育委員会に申し立てることができ、相当と認められれば変更されることになる（同施行令8条）。なお、就学校指定の際、保育所と異なり在学期間は明示されない。

公立小学校廃止の違法を争う手段として、上記のように、教育委員会により廃止される小学校と異なる学校への就学校指定が行われることから、この就学校指定処分を取消訴訟で争うことが考えられる。従래の下級審判例においては、この指定処分は取消訴訟の対象となる処分であるとされており<sup>26)</sup>、また、学校教育法138条及び同施行令22条の2が就学校指定を行政

24) 鈴木勲編著『逐条学校教育法（第7次改訂版）』（学陽書房、2009年）381頁。

25) 旧文部省は1958年に、通学距離の基準として、法令上、小学校はおおむね4km以内、中学校はおおむね6km以内と示していた（「義務教育諸学校等の施設費の国庫負担等に関する法律施行令」第4条第1項第2号）。この基準は、当時、児童生徒の歩く時間や疲労度をもとに決められたとされているが、その後、強引な統廃合が問題となり、1973年にこの基準を下回る小規模校も容認する通達が発出されている。

26) 就学校指定の処分性を肯定する裁判例として、大阪地決昭和50年3月28日『判例時報』785号53頁、徳島地決昭和52年3月18日『行裁集』28巻3号249頁、岐阜

手続法第3章の適用を除外する旨定めているのは指定が処分であることを前提とすると解されている。このように、就学校指定の処分性が肯定されることから、同処分の取消訴訟等において、学校廃止条例の違法を争うことは可能となる。しかし、これは学校廃止条例の違法を争う手段として適切なものであるとはいえない。というのも、学校廃止条例が施行されると、廃止学校それ自体が存在しなくなることから就学校指定の取消しを求める訴えの利益が否定されることになるためである<sup>27)</sup>。

そこで、条例自体の違法を抗告訴訟でもって争う事例も多くみられる。この種の訴訟においては、廃止条例の処分性が訴えの訴訟要件として主要な争点となっている。

公立学校の廃止条例の処分性については、下級審の判断は分かれていた。当該条例の処分性を肯定する裁判例としては、前記の富山地裁昭和59年3月2日判決（『判例自治』4号77頁）のほか、大津地裁昭和60年12月23日判決（『判例自治』24号26頁）、大津地裁平成4年3月30日判決（『判例タイムズ』794号86頁）、大阪高裁平成21年3月18日決定（『賃金と社会保障』1521号65頁）などがある<sup>28)</sup>。他方、当該条例の処分性を否定する裁判例には、

---

地決昭和54年4月20日『判例時報』942号36頁、神戸地決昭和56年3月31日『行裁集』32巻3号519頁、大阪高決昭和56年7月29日『判例時報』1031号108頁、高知地判昭和56年10月26日『判例タイムズ』457号137頁、福岡地決昭和59年4月5日『判例タイムズ』534号211頁、佐賀地判昭和60年12月11日『判例時報』1196号95頁、福岡高判昭和61年8月6日『行裁集』37巻7＝8号1009頁、長野地決昭和63年4月1日『行裁集』39巻3＝4号230頁、福岡高判平成元年7月18日『判例タイムズ』721号139頁、東京高判平成8年11月27日『判例時報』1594号19頁、大阪地判平成9年10月29日『判例タイムズ』968号136頁、大阪地決平成20年7月18日（判例集未掲載）ほか。

27) 富山地決昭和57年3月13日『行裁集』33巻3号410頁、名古屋高裁金沢支決昭和57年4月5日『行裁集』33巻4号808頁ほか。また、下井康史「小学校廃止条例を争う訴訟形式」『法と実務』7号（2008年）188頁参照。

28) 公立学校の廃止条例をめぐる訴訟で、大津地判昭和60年12月23日は市立高等専修学校を廃止する旨の条例の公布につき処分性があるとし、大津地判平成4年3月30日は小学校分校を廃止する旨の条例の無効確認請求につき処分性があるとした。

本件第1審東京地裁平成7年12月6日判決（『判例自治』148号59頁）、控訴審東京高裁平成8年11月27日判決（『判例時報』1594号19頁）、宇都宮地裁平成17年8月10日判決（判例集未登載）、大阪地裁平成21年1月30日決定（『判例タイムズ』1300号133頁）などがある<sup>29)</sup>。

条例の処分性の判定においては、処分の構成要素のうち「直接具体的な法的効果」、そもそも学校廃止条例が特定の国民の権利義務ないし法的地位に直接具体的な影響を及ぼすかが主な争点となる。条例により廃止される学校に通学している児童・生徒は、当該学校に通学することができなくなるのであるが、そのことが児童・生徒及びその保護者の権利義務ないし法的地位に直接の影響を及ぼすものといえるかどうかは、現に学校に就学する児童・生徒及びその保護者の権利ないし法的利益をどのような性質のものと理解するかにかかっている。

この点について、①学校の廃止により侵害される児童・生徒及びその保護者の利益を事実上の利益と解する見解、②学校の利用関係が生じた以上、児童・生徒及びその保護者は当該児童・生徒が特定の学校で法定の義務年限は教育を受ける権利ないし法的利益を有すると解する見解<sup>30)</sup>、③児童・

29) その他、処分性を否定したものとして、教育委員会を被告とする廃校処分取消訴訟は被告を誤ったか又は処分性を欠くとして不適法とした裁判例に、大阪高決昭56年7月29日『行裁集』32巻7号1324頁、東京高決昭60年5月27日『判例時報』1157号102頁などがある。

なお、特別養護学校廃止条例をめぐる執行停止申立事件において、大阪地裁平成21年1月30日決定（『判例タイムズ』1300号133頁）及び大阪高裁平成21年3月18日決定（判例集未登載）は、ともに当該廃止条例が権利・法的利益に直接影響を与えるということを認めるが、前者は処分性を否定し、後者はそれを肯定するという結論を導き出している。このように結論が分かれたのは、条例の効果の個別性・特定性についての判断が両者において異なったことによる。この個別性・特定性の要件は、高根町簡易水道事業給水条例事件（最判平成18年7月14日民集60巻6号2369頁）において最高裁が示したものであり、条例の処分性を判断するに当たっては、条例の効果の具体性のみでなく、特定性をも充たさなければならぬといえるかなり厳格な要件である。

30) 阿部泰隆「学校統廃合の法律問題」『神戸法学年報』11号（1995年）98頁、福井秀夫「公立小中学校廃止の法的論点」『自治研究』78巻11号（2002年）78頁参照。

生徒及びその保護者は、法定の義務年限は学校で教育を受ける権利ないし法的利益を有するが、具体的に特定の学校で教育を受ける権利ないし法的利益を有するものではなく、社会生活上通学可能な範囲内にある学校で就学する権利ないし法的利益を有するにとどまると解する見解がみられる<sup>31)</sup>。第2及び第3の見解は、法定年限は教育を受ける権利ないし法的利益を肯定する点では共通するものの、第2の見解は、特定の学校で教育を受ける権利ないし法的利益を肯定するのに対し、第3の見解は、教育を受ける権利を特定の学校への就学の権利ないし法的利益としては捉えない。公立小・中学校に関する現行の就学校指定制度の下では、それは特定の学校で教育を受けることまでをも含むものではなく、学校の廃止によって、当該市町村等の区域内に公立小・中学校が全く存在しなくなってしまうとか、社会生活上通学可能とみられる公立小・中学校が存在しなくなってしまうような場合に限り、実質的に学校で教育を受ける権利ないし法的利益自体が侵害されることになるかと解するのである。

第1審判決は、条例の制定は、一般的抽象的規範の定立行為である立法作用であり原則として処分性はなく、例外的に専ら特定個人に向けられた法の執行としてその法的地位に個別具体的な影響を及ぼす場合に限り処分性が認められる余地があるとし、本件原告らはその子女を区設置の学校で法定年限の普通教育を受けさせる権利ないし法的利益を有するといえるが、この権利ないし法的利益は区が社会生活上通学可能な範囲内において設置する学校で教育を受けることができるということであって、それ以上に、具体的に特定の学校で教育を受けるということまで含むものではなく、原告らが永田町小学校で子女に教育を受けさせる利益は事実上の利益に過ぎないとして処分性を欠くとしている。控訴審判決は、新たに指定を受けた小学校と廃止小学校との距離が直線距離にして800mしか離れていないことをも指摘し、基本的には第1審判決と同旨の理由により控訴を棄却して

31) 区立小学校廃止条例最高裁判決の匿名コメント（『判例自治』229号53頁）。

いる。

上告審判決は、条例の処分性について一般的判断枠組みを示すことなく、新たに設置され就学校として指定された小学校が廃止小学校から直線距離にして 800 m しか離れていないことから、社会通念上通学不能とは認められないという事実関係を前提に、Xらは「社会生活上通学可能な範囲内において設置する小学校においてその子らに法定年限の普通教育を受けさせる権利ないし法的利益を有するが、具体的に特定の区立小学校で教育を受けさせる権利ないし法的利益を有するとはいえない」として処分性を否定している。

このように、上告審判決も第1審・控訴審と同様に第3の見解の立つものである。ただ、条例を執行する行為の存否に言及せず、「条例の法的性質というよりは、私人の法的地位におよそ関わらない」ことを指摘するその判断は、個別具体性ではなく、法的効果性自体が欠如していることを理由として処分性を否定するものと解さる<sup>32)</sup>。

後記の横浜市保育園廃止条例最高裁判決と比較すると、「通学すべき公立小学校の選択が法律上保障されていない保護者、児童の法的地位と、保育を受けるべき保育所の選択が法律上保障されている保護者、児童の法的地位との違い、ひいては、それぞれの施設の廃止条例が当該保護者、児童の法的地位に及ぼす影響の違いを明らかに」<sup>33)</sup>しており、同事件は区立小学校廃止条例事件とは事案が異なることになる<sup>34)</sup>。

このような判断に対して、差し当たり、以下の問題点が指摘できる。

第1は、第2の見解からの批判で、地方公共団体の住民は保護する児童を学校へ就学させる義務と権利を有する（憲法26条、教育基本法5条、学校教育法16条）。学校廃止条例によって廃止される学校に就学していた児童

32) 山本・前掲注17) 89頁。

33) 『判例時報』2063号4頁の匿名コメント。

34) 北見宏介「判例解説」『速報判例解説行政法』No. 65 (TKC, 2010年) 4頁は、「(影響を受ける利益の法的性格)に係る規定の差異に基づく評価の違いによる」と指摘する。

は、それだけで就学できなくなるのであるから、廃止条例は児童及び保護者の学校に就学する権利に直接影響を与える行為であり、その法的効果は肯定される<sup>35)</sup>。さらに、就学校指定に係る現行制度に鑑みると、實際上原則として保護者の選択肢を認めない前提での学校の配置・指定は、どの学校への就学になるかによって教育をうける法的権利の内容に影響を及ぼすものといえ、特定校への就学の利益は、単なる事実上の利益と解することはできない。

第2に、処分性は法律・条例の仕組みから客観的に判定されるのが原則であるところ<sup>36)</sup>、本件においては、その判断要素として、「社会生活上通学可能な範囲内において設置する小学校」に就学することが困難な事情の存否という原告の主観的事情が考慮されている。このことは、「社会生活上通学困難な事情」にある保護者との関係においてのみ直接具体の法的効果が認められ当該条例の処分性が肯定されること<sup>37)</sup>になるわけで、処分性の判定が主観的事情により左右されることを意味する。このような事情は、むしろ原告適格の問題として検討されるべきであろう。

第3に、就学校指定処分の取消しの訴えを提起したとしても、訴えの利益がないとの理由から、この訴えは訴訟要件を欠き却下を免れない。このことを考慮すると、実効的救済の観点からは、条例それ自体の処分性を肯定して抗告訴訟の途を開くことが「合理的」<sup>38)</sup>といえよう。

なお、近年の公立小・中学校の「選択制」の導入や就学校指定・変更に係る学校教育法施行規則の改正などを踏まえると、本判決については再検討が必要となろう。この点、市町村教育委員会が定めた指定校変更の基準

---

35) 阿部・前掲注30) 93頁、福井・前掲注30) 78頁。

36) 司法研修所編『改訂行政事件訴訟の一般的問題に関する実務的研究』（法曹会、2001年）16頁。

37) 下井・前掲注27) 188頁。

38) 前記のとおり、土地区画整理事業計画をめぐる最高裁平成20年9月10日大法廷判決（民集62巻8号202頁）は、処分性を判断する際「抗告訴訟提起を認めることが合理的」なことが要素となると述べている。



に、通学の利便性、部活動等の学校独自の活動等の事由が列挙されている場合には、就学指定を受ける権利・利益が保障され、就学指定校に現に就学している児童とその保護者には当該学校において教育を受けることを期待し得る地位を有すると解する余地があるとの指摘もみられる<sup>39)</sup>。

(2) 旧高根町簡易水道事業給水条例事件最高裁平成18年7月14日第二小法  
廷判決（民集60巻6号2369頁）<sup>40)</sup>

（事実の概要）

山梨県旧高根町内に別荘を所有するXら（原告・控訴人・被上告人）は、町営簡易水道事業を営むY（旧高根町。被告・被控訴人・上告人、上告後、2004年の町村合併により北杜市が訴訟承継。）との間で給水契約を締結している。旧高根町は、同町簡易水道事業給水条例を制定した当初から、同町の住民基本台帳に記録されていない別荘に係る給水契約者（以下、「別荘給水契約者」という。）の給水契約の基本料金をその他の給水契約者の基本料金より割高に設定していたが、1998年4月、同条例の一部改正により同条例別表に定める水道料金を改定した際、別荘給水契約者の基本料金を大幅に引き上げ、その他の給水契約者の基本料金との間に大きな格差（たとえば水道メーターの口径が13mmの場合、1カ月の基本料金は、別荘以外の給水契約者が1,300円から1,400円に、別荘給水契約者は3,000円から5,000円に値上げ。）を生じさせた。同時に、高根町簡易水道事業給水条例及び施

39) 高橋・前掲注15) 157頁参照。

40) 判例評釈等として、注17)の評釈等のほか、上告審判決については、渡井理佳子「判例解説」『判例自治』292号（2007年）103頁、伊藤繁「判例解説」『平成18年行政関係判例解説』（ぎょうせい、2008年）66頁、関哲夫『弁護士関哲夫行政事件全仕事』（ぎょうせい、2007年）215頁ほか、控訴審判決については、山田・前掲注21) 130頁、中原茂樹『地方自治判例百選（第3版）』（2003年）108頁、山村恒年＝恩地紀代子「判例解説」『判例自治』242号（2003年）105頁、加藤就一「判例解説」『平成15年度主要民事判例解説』（『判例タイムズ』1154号、2004年）270頁、江原勲＝北原昌文「判例解説」『判例自治』242号（2003年）4頁、関・前掲書209頁ほか、第1審判決については、室井敬司「判例解説」『法令解説資料総覧』242号（2002年）108頁ほか、参照。

行規則に関する内規（以下、「内規」という。）を定め、別荘給水契約者には水道利用の一時的休止を認めないこととし、休止した後に再開する場合は再度加入金（一時休止は、2,000円、加入金は30万円。）を課すこととした。これに対して、別荘給水契約者から不公平であるとの声があがり、同年4月の料金値上げ後、別荘給水契約者の相当数が従前の料金での支払いを行い、そのため、Yは新料金での支払いを行わない別荘給水契約者に給水を停止する旨を通知した。

そこで、Xらは、本件改正条例による水道料金の定め及び内規は別荘給水契約者を不当に差別するものであり、法の下での平等を保障する憲法14条1項のほか、原価主義及び差別的取扱いの禁止を定める旧水道法（平成13年法律第100号による改正前のもの）14条4項1号・4号、地方公営企業法21条2項に違反すると主張して出訴した。請求内容は、本件条例のうち料金を定めた料金表部分及び一時休止・再開について定める内規の無効確認請求（主位的に民事訴訟、予備的に行政訴訟）、本件改正条例施行後と改定前の基本料金との差額についての未払料金の債務不存在確認、既払料金の不当利得返還又は損害賠償の請求（民事訴訟）、給水停止の差止め、であった。

第1審甲府地裁平成13年11月27日判決（『判例時報』1768号38頁）は、内規の無効確認については、紛争の未成熟を理由に却下した上で、条例の無効確認については、本件条例は私法上の給水契約の関する約款の実質を有するものであり、「個々の水道料金について、債務不存在確認を求めることは迂遠であり、より抜本的な紛争解決のためには、約款たる供給規程自体の無効確認を求めることも許される」とし、民事訴訟としての無効確認の訴えを適法としたが（行政訴訟は、民事訴訟が許されない場合の申立てであるとして判断しなかった）、本案の争点である料金体系の合理性については、不当な差別に当たらないとしてXらの請求を棄却した。控訴審東京高裁平成14年10月22日判決（『判例時報』1806号3頁）は、「確認の利益」について第1審とほぼ同様の内容を説示し、「約款的性質を有する供給規程自

体の無効確認を求めることも許される」とし、「供給規程が条例の形式で定められ、その施行によって、その後にされる個別的行政処分を要せず、その内容が給水契約の内容となって水道需用者は義務を課されることになるから、当該条例自体を行政処分性を有するもの」であることから、抗告訴訟による無効確認の訴えを許容し、本件改正条例は憲法14条1項等に違反するとして無効を確認した。また、差額については債務不存在確認請求あるいは返還請求を認容し、給水停止の禁止を命じた。そこで、この判決に不服なY（旧高根町）が上告した。その後の町村合併により、北杜市（Y）が同町の訴訟上の地位を承継した。上告審は、本件を上告審として受理した上、本件改正条例の無効確認請求に係る訴えは不適法として破棄し、その訴えを却下し、原判決において認容されたその余の請求はこれを認容した。

以下、判旨を紹介する。

（判旨）

（1）「抗告訴訟の対象となる行政処分とは、行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為をいうものである。本件改正条例は、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く、本件改正条例の制定行為をもって行政庁が法の執行として行う処分と実質的に同視することはできないから、本件改正条例の制定行為は、抗告訴訟の対象となる行政処分には当たらないというべきである。」

（2）「被上告人らは、当審において、本件別表の無効確認を求める被上告人らの訴えは抗告訴訟として不適法であるとしても行政事件訴訟法4条の当事者訴訟として適法である旨新たに主張しているが、抗告訴訟としての無効確認の訴えと当事者訴訟としての無効確認の訴えは別個の訴えであるところ、Xらは、抗告訴訟として本件別表の無効確認を求める訴えを提起していたものであり、当事者訴訟としてこれを提起していたものではないから、Xらの主張はその前提を欠くものであって失当である。」

(3)「普通地方公共団体が経営する簡易水道事業の施設は地方自治法244条1項所定の公の施設に該当するところ、……普通地方公共団体が設置する公の施設を利用する者の中には、当該普通地方公共団体の住民ではないが、その区域内に事務所、事業所、家屋敷、寮等を有し、その普通地方公共団体に対し地方税を納付する義務を負う者など住民に準ずる地位にある者が存在することは当然に想定されるところである。……住民に準ずる地位にある者による公の施設の利用関係に地方自治法244条3項の規律が及ばないと解するのは相当でなく、これらの者が公の施設を利用することについて、当該公の施設の性質やこれらの者と当該普通地方公共団体との結び付きの程度等に照らし合理的な理由なく差別的取扱いをすることは、同項に違反するものというべきである。」

(4)「以上によれば、本件改正条例のうち別荘給水契約者の基本料金を改定した部分は、地方自治法244条3項に違反するものとして無効というべきである。そうすると、……被上告人らは別荘給水契約者に係る本件別表所定の基本料金と本件改正条例による改定前の基本料金との差額分について支払義務を負うものではないから、同差額分に関する未払水道料金の債務不存在確認及び支払済みの水道料金相当額の不当利得返還並びに被上告人らのうち未払水道料金がある者に対する簡易水道の給水停止の禁止を求める被上告人らの請求を認容した原審の判断は、結論において是認することができる。」

(小活)

現在、水道事業はそのほとんどが地方公共団体により経営される企業（地方公営企業）によって独立採算制で運営されている。地方公共団体が水道事業を運営するためには、厚生労働大臣の認可（水道法6条）を受けなければならない、認可を得た地方公共団体の水道事業者は料金、給水装置工事の費用の負担区分その他の供給条件について供給規程を定めなければならない（同14条1項）。公営水道事業の水道料金は公の施設の利用について徴収する使用料に該当する（地方自治法225条）ことから条例対象事項となり、

水道料金は条例でもって定めることが義務付けられる（同228条）。また、地方公共団体である水道事業者が料金を変更する場合は、やはり条例で定めて厚生労働大臣に届け出なければならないとされている（水道法14条5項）。水道事業者と個別の利用者との利用関係は、契約約款である供給規程のもとで給水契約を締結することにより生じる。この仕組みからすると、水道料金は給水契約によって個別に設定されるものとはいえないことになる。

公営水道の利用関係については、かつて使用料が国税滞納処分の例により徴収されることを根拠に、公法上の法律関係であると解されていたが、その後、1963年の法改正により滞納処分の例によるとの規定が削られたことから、基本的には給水契約を基礎とする私法上の法律関係と解するのが一般的となっている<sup>41)</sup>。公営水道の利用関係が私法上の契約関係であるとすれば、水道料金は条例で定められるものの、それは給水契約によって課されるもので、契約の効果として発生するものである。

本件は、公営簡易水道事業において別荘給水契約者の水道料金を値上げする改正条例は平等原則に反し違法であるとして、改正条例及び内規の無効確認、改定前後の基本料金の差額分の債務不存在確認、不当利得返還等を求めて提起された訴訟である。

水道の利用関係については、給水拒否や水道料金をめぐる裁判例が少なからずみられるものの、水道料金を改定した条例自体を対象にその無効確認を求めた事案はこれまでほとんどみられない。類似の裁判例として、下級審で用途別料金体系を採用する水道条例は平等原則に反し違法であるとして条例の無効確認等が求められた裁判例があるが、そこでは「条例及び規程が直接に原告の権利、義務に変動を及ぼすような具体的な内容をもつものではない」との理由から条例の無効確認請求は法律上の争訟に該当しないとして却下されている（大阪地裁昭和45年3月20日判決『判例時報』

41) 司法研修所・前掲注37) 11頁、大阪地決平成2年8月29日『判例時報』1371号122頁ほか参照。

609号29頁)。

本件についてみると、第1審では、改正条例の無効確認が主位的に民事訴訟、予備的に行政訴訟により求められ、第1審判決は、別荘の基本料金を定める条例別表は、条例で定められているものの、地方公共団体以外の水道事業者が定める規程と同様に私法上の契約約款の実質を有するとして民事訴訟としての無効確認訴訟を適法とし、行政訴訟は民事訴訟が許されない場合の申立てであるとして判断せず、別荘での水道利用が夏季等に集中するところ、一時的な水道使用量の増加に見合った給水施設の設置管理費用の公平負担の方法として、別荘給水契約者の基本料金を一般契約者より高額に設定することは許され、その差異は合理的範囲内にあるとして、Xらの請求を棄却した。

控訴審では、条例の無効確認については、第1審で主位的請求とされていた民事訴訟による無効確認請求が取り下げられ、行政訴訟による無効確認が求められた。控訴審判決は、供給規程が条例の形式で定められていることに着目し、その無効確認訴訟を行政訴訟として適法であると判示した。そして、内規の無効確認の訴えについては却下し、条例別表中の超過料金及び臨時給水料金を規定した部分の無効確認は不合理な差別をするものではないとして棄却した上で、その余の請求についてはいずれも認容している。別荘給水契約者と一般契約者との基本料金の差異の程度は不当な差別には当たらないとして未払分の債務不存在確認等の請求を棄却するなどした第1審判決は大幅に変更されている。

このように控訴審判決は、地方公共団体が営む水道事業の料金を定めた条例の処分性を肯定し、その無効確認を認めた最初の裁判例であり、「比較的オーソドックスな理論構成」を採ったと評価されている<sup>42)</sup>。ただし、「具体的に発生した個々の水道料金について債務不存在確認を求めるなどして、その訴えの中で約款たる供給規程の効力を争うこともできる」と説示して

---

42) 山田・前掲注21) 134頁。

いることからすると、取消訴訟の排他的管轄に服するという意味での処分性を認める趣旨ではないのではないかと指摘もみられる<sup>43)</sup>。

ところで、第1審判決と控訴審判決は、本件改正条例の適法性という実体判断においては、これを適法とする第1審と違法とする控訴審とで結論を異にする。しかし、両判決に通底しているのは、「給水契約という供給契約においては、日々料金債務が発生しているのであるから、個々の水道料金について債務不存在確認を求めることは迂遠であり、より抜本的な紛争解決のためには、約款たる供給規程自体の無効確認を求めることも許されるものと解される」(第1審判決。控訴審判決もほぼ同一の文言。)との判断である。このような判断が先行して存在していたことが、異なる訴訟類型の概念的な区別に拘泥することなく、無効確認の訴えを、第1審は民事訴訟として提起されたので条例で定める供給規定は約款の実質を有するとして民事訴訟として適法とし、控訴審は行政訴訟として提起されたので供給規程が条例の形式を採ることに着目して条例の処分性を肯定して行政訴訟として適法とする結論を導出している。実効的救済の観点から、両判決は訴訟類型の相違に柔軟に対応したものと理解される<sup>44)</sup>。

上告審判決は、本件を上告審として受理した上、判旨(1)のとおり、別荘給水契約者の基本料金を定める本件改正条例の無効確認請求に係るXらの訴えは、本件条例は旧高根町が営む水道事業の水道料金を一般的に改定するものであって、限られた特定の者に対してのみ適用されるものではなく、行政庁が法の執行として行う処分と実質的に同視することはできないことから、抗告訴訟の対象となる行政処分に該当せず不適法な訴えであるとして、控訴審判決のうち同請求に関する部分を破棄して、その訴えを却下した。また、判旨(3)のとおり、普通地方公共団体の住民に準ずる地位にある者による公の施設の利用について、当該公の施設の性質やこれらの者と当該普通地方公共団体との結び付きの程度等に照らし合理的な理由な

43) 中原・前掲注40) 109頁。

44) 中原・前掲注同頁。



く差別的取扱いをすることは、地方自治法244条3項に違反することになることから、本件改正条例のうち別荘給水契約者の基本料金を改定した部分は、地方自治法244条3項に違反し無効となるとして、控訴審判決において認容されたその余の請求についてはこれを認容して、Yのその余の上告を棄却している<sup>45)</sup>。

上記のとおり、上告審判決は、条例の処分性の有無をめぐる一般論については判断を留保しつつ、事例判断として、本件改正条例が、町営水道の水道料金を一般的に改定するものであって、限られた特定の者に対してのみ適用されるものではなく、本件改正条例の制定行為をもって行政庁が法の執行として行う処分と実質的に同視することはできないことから、本件改正条例は抗告訴訟の対象となる行政処分に該当しないとしている。条例の処分性の認定基準である「行政庁が法の執行として行う処分と実質的に同視し得る」との要素に、従来一般的であった個人の権利義務に対する直接具体的な影響という法効果の具体性に加え、名宛人の特定という個別性をも厳格に要求した点が注目される<sup>46)</sup>。ただ、このような考慮要素に言及していることから、本判決が、条例という法形式であることを理由に本件条例の処分性を否定したと解することはできない。条例が、法効果の具体性と個別性を備え、実質的に行政庁が法の執行として行う処分と同視し得る場合には、例外的に、その処分性が肯定される余地は認められている<sup>47)</sup>。

45) 本判決は、住民に準ずる地位にある者による公の施設の利用につき地方自治法244条3項の規律が及ぶことを最高裁として初めて明らかにしたことも重要である。しかし、本稿のテーマとの関係で、この点の検討は別の機会に委ねる。

46) 野呂・前掲注17) 16頁。

宇賀・前掲注17) 297頁は、「別荘給水契約者に適用される基本料金部分の効力が争点となっており、対象は相当に特定されているともいえるが、本件判決は、それでも処分性を肯定するに足る特定性の要件を満たしていないと考えていると思われ、特定の要件をかなり厳格に解しているようである。したがって、実際には、条例の処分性が肯定されるケースは、ほとんど考えられないことになろう。」と指摘する。

47) 前記のとおり、同最判の調査官解説は、仮に処分性を肯定する余地があり得るとしても、極めて例外的な場合に限られるとしている（増田・前掲注17) 3219頁）。

ところで、本判決は、条例の処分性を否定し抗告訴訟としての無効確認請求を却下しているが、他方で、本件条例が地方自治法244条3項に違反し無効であるとして、民事訴訟としての債務不存在の確認と不当利得の返還等の請求を認容していることに留意する必要があるだろう。というのも、本件では、行政訴訟としての条例の無効確認請求と、民事訴訟としての債務不存在確認等の請求とが求められていて、本件条例の違法性は、無効確認訴訟でもって直截に争わせることも、民事訴訟において債務不存在確認等の請求の適否の前提として争せることも可能となる案件である。控訴審判決は、「債務不存在確認を求めることは迂遠であ」り、「より抜本的な紛争解決」には、直截に条例の効力を争う無効確認が本件紛争の抜本的解決に適うとして「確認の利益」を認め、行政訴訟を適法とした。これに対して、行政訴訟を斥けた本判決は、本件紛争の解決としては債務不存在確認請求等の民事上の請求を認容することで十分であって、条例自体の無効確認を求める「確認の利益」を認める必要はないと判断したものと解することができる<sup>48)</sup>。本判決と控訴審判決とで処分性の有無について結論が分かれたのは、本件の紛争解決における「確認の利益」の有無に対する判断の違いから生じたものといえる。

なお、上告審においてXらは、本件無効確認訴訟が行訴法3条4項の無効確認訴訟として不適法であったとしても、同法4条の当事者訴訟としては適法であると追加主張している。この点、上告審判決は、「抗告訴訟としての無効確認の訴えと当事者訴訟としての無効確認の訴えは別個の訴えである」ということを理由に、公法上の当事者訴訟としての無効確認訴訟を斥けている。しかし、本件での請求は、本件条例の「無効を確認する」ことを求めるという訴えが存在するにすぎない。この訴えが民事訴訟か、公法上の当事者訴訟か、あるいは抗告訴訟かという訴訟類型の問題は、必要

48) 黒川・前掲注17) 48頁は、「それゆえ、当事者訴訟としての無効確認の訴えを認めない判示部分については、先例としての価値は割り引いて評価される必要がある。」とする。

に応じて裁判所が明らかにすれば十分な事柄である。それだけに、2004年行訴法改正の趣旨に配慮したならば、異なった判断が導かれるべきであったと指摘されている<sup>49)</sup>。

前記のとおり、本判決の意義は、条例の処分性の認定基準として、従来の法的効果の発生ないし法的地位の侵害の直接性に加え、名宛人又は利害関係者の特定性をも要することを示したことにある。しかし、処分性を肯定する近時の最高裁判決においては、これらの要素を厳格に要求していない<sup>50)</sup>。これらの判例を踏まえ、差し当たり、本判決の問題点として以下の3点を指摘しておく。

第1は、本件条例は、取消訴訟の対象となる処分に該当し、処分性が肯定されると解すべきではないかという点である。水道利用関係においては、約款たる性質をもつ水道の供給規程が条例によって制定され、この規程のもとで個々の給水契約者が水道事業者と給水契約を締結することになる。このような仕組みの下では、水道料金は給水契約によって個別に設定されるものとはいえないであろう。そして、本件改正条例は、後続行為を介在させずに給水契約の内容を変更する、つまり給水契約者の水道料金債務を変更するという効果をもつ。このような効果は、直接に権利義務を形成し又はその範囲を確定する効果とみることができるわけで、条例の制定は公権力の行使でもあることから、取消訴訟の対象となる処分と捉えることができよう<sup>51)</sup>。

第2は、本判決が処分性認定の考慮要素とした、条例の名宛人又は利害

---

49) 黒川・前掲注同頁。

50) 前記のとおり、建築基準法42条2項のみなし道路に関する最高裁平成14年1月17日第一小法廷判決（民集56巻1号1頁）、労働者災害補償保険法23条の就学援護不支給決定に関する最高裁平成15年9月4日第一小法廷判決（『判例時報』1841号89頁）、食品衛生法16条（2003年改正前）に基づく違反通知に関する最高裁平成16年4月26日第一小法廷判決（民集58巻4号989頁）、医療法30条の7に基づく病院開設の中止勧告に関する最高裁平成17年7月15日第二小法廷判決（民集59巻6号1661頁）などがある。

51) 渡井・前掲注40）104頁。

関係者の特定性についてみると、本件条例が名宛人を特定していないという意味では「一般的」である。しかし、本件では条例の適用される基本料金の値上げ部分の効力が問題となっており、その対象は別荘給水契約者という特定の範囲の者に限定されている。最高裁が処分性を認めている判例、例えば、特定の名宛人をもたず、指定により権利侵害を受ける者も特定されないところのみなし道路の一括指定に係る最高裁平成14年1月17日第一小法廷判決（民集56巻1号1頁）<sup>52)</sup> などと比較するとより特定された対象と考えることができる<sup>53)</sup>。条例の処分性を判定する際に、このような適用対象の「特定性」を考慮要素に付加することの是非は議論されるべきであるが、本判決を前提にして「特定性」の要素を必要とすることを仮に認めるとしても、本件条例は十分に適用対象が特定されており、処分性は肯定されることになる。

第3は、抗告訴訟及び公法上の当事者訴訟としての無効確認訴訟が否認されているが、無効確認訴訟による救済の可否は、訴訟類型とは関わりなく、「確認の利益」の有無によって判断される。「確認の利益」は、「現在の権利または法律関係の個別的な確定が必ずしも紛争の抜本的な解決をもたらさず、かえって、それらの権利または法律関係の基礎にある過去の基本的な法律関係を確定することが、現に存する紛争の直接かつ抜本的な解決のため最も適切かつ必要と認められる場合」（最高裁昭和45年7月15日大法廷判決・民集24巻7号864頁の大隅裁判官の補足意見）に認められると解されている。本件は、条例の形式で定められた供給規程が反復継続して適用・執行され、水道料金が継続して発生する性質を有するところの紛争であり、その抜本的な解決には、直截に条例の効力を争うことが最も適切であり、

52) 判例評釈等として、前掲注10)の評釈等のほか、久保茂樹「判例解説」『平成14年度重要判例解説』（『ジュリスト』246号、2003年）32頁、金子正史「時の判例」『法学教室』264号（2002年）130頁、竹田光広「判例解説」『法曹時報』56巻11号（2004年）105頁、松戸浩「建築基準法42条2項所定の道路一括指定の処分性」『法学』67巻4号（2004年）167頁ほか参照。

53) 山本・前掲注17) 89頁。

「確認の利益」が認められる事案であるといえる。本判決は、本件条例の無効確認を求める「確認の利益」は認められないと判断しているよう思えるが、この判断については検討が必要となろう。また、本件では「確認の利益」はないとの判断の下、処分性が否認され無効確認の訴えがすべて却下されている点も疑問となる。抗告訴訟としての無効確認訴訟と当事者訴訟としての無効確認訴訟は別の訴訟類型ではあるが、「本件に限っては両方での構成が可能であった」と考えられるからである<sup>54)</sup>。

### 3 横浜市立保育園廃止条例事件最高裁判決

地方公共団体においては、2001年以降、保育所設置主体や運営委託先の制限等の規制緩和、指定管理者制度の導入、公立保育所の運営費・施設整備費の一般財源化、さらには財政状況の逼迫等を背景として、保育所の、いわゆる「民営化」<sup>55)</sup>が実施されている。こうした動きに対して、保育サービスの質の低下を招くとの懸念などからこれに反対する声が強くなり、公立保育所の廃止・民営化の中止を求める多くの訴訟が提起されている。

一般に公立保育所の「民営化」の方式には、指定管理者制度や業務委託により管理運営を委ねる公設民営化<sup>56)</sup>と、土地・施設を貸与・譲渡（無償・有償）を受け民間社会法人等が管理主体となって管理運営する民設民営（「民間委譲」ともいわれる。）がある。後者の民設民営は、公の施設で

54) 渡井・前掲注40) 105頁参照。

55) 2006年から2010年の認可保育所数（出典：厚生労働省）は、以下のとおり。

年 度	2006	2007	2008	2009	2010
認可保育所数	21,699	22,848	22,909	22,925	23,068
公立	11,848	11,603	11,328	11,008	10,766
私立	10,851	11,245	11,581	11,917	12,302

この表から、認可保育所数及び私立保育所は漸増傾向にあるのに対して、公立保育所は漸減傾向にあり、保育所の民営化が進展していることが窺える。

56) 公立保育所の運営を指定管理者に管理委任する指定管理者指定処分の取消しと処分の執行停止を申し立てた事例（川崎市立小田中保育園等指定管理者指定事件・横浜地決平成19年3月9日『判例自治』297号（2008年）58頁など）がある。

ある公立保育所を条例改正により廃止し、これを民間社会福祉法人等に移管することで実施されるもので、この民営化に反対して公立保育所廃止を内容とする改正条例制定行為の取消し及び損害賠償を求める訴訟が各地で争われている。

保育所を廃止する条例制定行為（以下、「保育所廃止条例」という。）の処分性については、保育所廃止条例が執行行為を待たず児童及びその保護者の法的地位に具体的効果を生じさせるか否かという一般的な認定基準により判断されている。近時の保育所廃止条例に係る下級審の裁判例をみると、その処分性を肯定する裁判例として、高石市立東羽衣保育所事件大阪地裁平成16年5月12日判決（『判例自治』283号44頁）、同控訴審大阪高裁平成18年1月20日判決（『判例自治』283号35頁）、大東市立上三箇保育所事件大阪地裁平成17年1月18日判決（『判例自治』282号74頁）、同控訴審大阪高裁平成18年4月20日判決（『判例自治』282号55頁）、枚方市立宇山保育所事件大阪地裁平成17年10月27日判決（『判例自治』280号75頁）、同控訴審大阪高裁平成18年4月27日判決（判例集未登載）、本件第1審横浜地裁平成18年5月22日判決（『判例タイムズ』1262号137頁）、神戸市立枝吉保育所事件神戸地裁平成19年2月27日決定（『賃金と社会保障』1442号57頁）、同控訴審大阪高裁平成19年3月27日決定（判例集未登載・LEX/DB 文献番号28130776）、八千代市立神津保育所事件千葉地裁平成20年7月25日判決（判例集未登載）などがある。これに対して、否定する裁判例として、本件控訴審東京高裁平成21年1月29日判決（『判例時報』2057号6頁）、仙台市立2保育所事件仙台地裁平成21年9月28日判決（判例集未登載・LEX/DB 文献番号25441290）などがある。条例の処分性に係る事案においては、前記のとおり、下級審では限定的肯定説の立場に立つものの処分性を否定する傾向がみられるのとは異なり、保育所廃止条例に係る事案では、処分性を肯定する裁判例が大勢を占める状況にある。

処分性を肯定する下級審の論理構成をみると、概ね児童福祉法24条等の規定を根拠に、児童及びその保護者は、選択した特定の保育所で保育の実

施を受ける権利ないし利益が法律上保護されているとし、保育所廃止条例は、他の具体的処分によることなく保育所を廃止し、児童及びその保護者の権利ないし法的地位に直接具体的な影響を与えるものであって、条例自体が処分性を有しているとしている。

保育廃止条例の処分性に係る事案において、最高裁が初めて判断を下したのが横浜市立保育園廃止条例最高裁判決（民集63巻9号2124頁）である。本件では、第1審が改正条例の処分性を肯定したものの、控訴審が否定し、その結論が分かれただけに、最高裁の判断が注目されていた。最高裁は、条例についても行政処分と解される場合があることを明らかにした上で、現に条例の処分性を肯定する初の判断を下した。

以下、本判決を概観する。

（事実の概要）

Y（横浜市、被告・控訴人・被上告人）は、児童福祉法35条3項に基づき、「Y保育所条例」（以下、「本件条例」という。）により保育所を設置し保育を実施していた。Yは、厳しい財政状況のなか、2003年4月、「今後の重点保育施策（方針）」を策定し、「市立保育所の民営化」を重点施策の一つに掲げ、2004年度に民営化する保育所として4保育所（丸山台保育園、鶴ヶ峰保育園、岸根保育園及び柿の木台保育園、以下、「本件4園」という。）を挙げた。Yは、本件4園の入所児童の保護者らに対し民営化の方針を通知し、合計11回の説明会を実施する一方、同年7月に「Y立保育所の民間移管にかかる法人選考委員会」を設置し、民間移管の際の条件（定員構成、受け入れ年齢、年間行事等の継承、Yの定めた法外基準に基づく職員数の確保など）を決定し、同年11月、本件4園の移管を受ける社会福祉法人を選定・公表した。

同年12月、Yが設置する保育所の名称及び位置を定める本件条例の別表から本件4園に係る部分を削除することを内容とする「Y保育所条例の一部を改正する条例」（以下、「本件改正条例」という。）がY議会に提案され、議決・制定され、同月25日、これが公布された。2004年4月1日、改正さ



れた本件条例の施行により、本件4園はYの保育所としては廃止され、各社会福祉法人に移管された。

本件4園の入所児童及びその保護者であるXら（原告・被控訴人・上告人）は、本件改正条例はXらが選択した保育所において保育を受ける権利を侵害する違法な処分であるなどと主張して、行訴法3条2項に基づき、本件改正条例が抗告訴訟の対象となる行政処分に該当するとの前提でその取消しを求めるとともに、国家賠償法1条1項に基づき、条例制定行為等により被った精神的損害の賠償として各20万円の支払いを求めて訴訟を提起した。また、これとともに、本件改正条例の効力停止を求めて執行停止を申し立てた。この執行停止の申立は、Xらに回復困難な損害が生じるものとは認めることはできないとして棄却された（横浜地裁平成16年3月22日決定（判例集未登載）、東京高裁平成16年3月30日決定（『判例時報』1862号151頁））。

第1審横浜地裁平成18年5月22日判決（『判例タイムズ』1262号137頁）<sup>57)</sup>は、特定の保育所で保育の実施を受ける利益は法律上保護された利益であるとして、本件条例についてその処分性を肯定した上で、裁量権を逸脱濫用した違法があるとして事情判決を下した。国家賠償請求についても、一部認容した。

控訴審東京高裁平成21年1月29日判決（『判例時報』2057号6頁）<sup>58)</sup>は、前記給水条例最高裁判決と同様の論理を展開し、例外的に当該条例の制定行為をもって処分と解すべき場合もあるとしつつも、「当該条例によって限られた者に対してのみ具体的な効果が生じることが規定上明らかにされて

---

57) 判例評釈等として、福田素生「判例解説」『社会保障判例百選（第4版）』（『別冊ジュリスト』191号（2008年））206頁、笠木映里「労働判例研究」『ジュリスト』1341号（2007年）188頁、春日修「判例解説」『判例自治』300号（2008年）49頁ほか参照。

58) 判例評釈等として、中野妙子「労働判例研究」『ジュリスト』1390号（2009年）148頁、蔡秀卿「判例解説」『判例自治』323号（2010年）90頁、豊島明子「判例研究」『季刊教育法』（2010年）164号90頁ほか参照。

いる場合や要件等の規定の仕方が一応抽象的になっているものの、実際には特定の者に対してのみ効果を生じさせることを目的として条例が制定され、他の者に適用される可能性がない場合など、その条例の制定をもって行政庁が法の執行として処分と実質的に同視することができる極めて例外的な場合」にのみ処分性が肯定されると指摘して、本件改正条例の処分性を否定し、その取消しの訴えは不適法であるとしてこれを却下した。国家賠償請求については、本件改正条例に違法はないなどとして請求を棄却した。

これに不服なXらが上告したのが本件で、本判決は以下のように述べて、上告を棄却した。なお、上告受理決定において国家賠償請求に関する上告受理申立て理由が排除されたため、上告審では、本件改正条例の処分性のみが争点となった。上告棄却。

(判旨)

(1)「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考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えることができる。」

(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えることができる。」

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。

以上によれば、本件改正条例の制定行為は、抗告訴訟の対象となる行政処分に当たると解するのが相当である。」

(3)「しかしながら、現時点においては、上告人らに係る保育の実施期間がすべて満了していることが明らかであるから、本件改正条例の制定行為の取消しを求める訴えの利益は失われたものというべきである。そうす

ると、本件訴えのうち上記制定行為の取消しを求める部分を不適法として却下すべきものとした原審の判断は、結論において是認することができる。」

（小活）

前記のとおり、公立保育所の「民営化」の動きに対して、その中止を求める訴えが各地で提起されている。本件は、そうした訴訟の1つであり、保育所廃止条例の取消しと損害賠償請求が求められた事案である。本判決の検討に入る前に、まず、その予備的考察として、保育についての児童福祉法等の法制度を略述する。

保育所での保育について、児童福祉法24条1項は、乳幼児の保育に欠けるところがある場合において、保護者から保育の申込みがあったときは、市町村が当該児童らを保育所において保育しなければならないとして、市町村の義務を定めている。そして、同条は、この申込みは入所を希望する保育所等を記載した申込書を市町村に提出して行うこと（2項）、適切な保育の実施が困難となる等やむを得ない事由がある場合は当該保育所に入所する児童を公正な方法で選考することができること（3項）、市町村は必要があると認めるときは児童の保護者に保育の実施の申込みを勧奨しなければならないこと（4項）、市町村は保護者に保育所の設置者、設備及び運営の状況等に関する情報の提供を行わなければならないこと（5項）を定める。さらに、同法施行規則24条1項は、保護者の氏名、児童の氏名及び生年月日、保育の実施を希望する理由等の上記申込書の記載内容を、また、同規則25条は、法24条5項に規定する市町村が提供すべき情報として、保育所の名称・位置、保育所の施設・設備の状況、入所定員・入所状況その他の保育所運営の状況等を定めている。そして、入所申込みに対しては、入所選考基準に基づき選考が行われ、その結果は「入所承諾通知書」又は「入所不承諾（保留）通知書」でもって通知されることとなる。

ところで、1997年に保育所について選択利用制度の導入、保育料負担方式の見直し等を内容とする児童福祉法改正が行われ、その結果、法改正前には市町村の保育に欠けることの認定と入所による保育の措置の制度が採

られていたのが、現行の保護者の申込みに基づく市町村の保育義務の制度に変更された。

上記の法制度からすると、市町村の提供情報等を基礎に保護者が保育所を選択することが予定され、児童は、保護者が申し込んだ保育所で保育を受けることが可能となっており、保護者が申し込んだ保育所で保育を受けることができないのは、やむを得ない事由がある場合に限定されることになる。また、入所選考が行われる場合、その選考は申込みを希望した保育所ごとに実施されるので、保護者が申込みを希望していない保育所で、児童が保育を受けるということは想定されていないことになる。

ただし、保育所を含む児童福祉施設の廃止手続に係る関係法令の規定から、入所児童が存在するかぎり保育所を廃止できないことにはならないと解されている。

このような保育についての法制度において、児童・保護者の保育所利用関係をどのように理解するかは、保育所廃止条例の処分性を判断する上で重要な要素となる。

この点を本件についてみると、第1審判決は、上記の児童福祉法の法的仕組みに照らし、児童・保護者の特定の保育所で保育の実施を受ける利益は法律上保護された利益であって、本件改正条例は、このような利益を他に行政庁による具体的な処分によることなく侵害するものであることから、抗告訴訟の対象となる行政処分に該当するとした上で、その制定行為には民営化の実施時期について裁量権を逸脱濫用した違法が認められるものの、既に本件4園の廃止から2年余りが経過しているため、これを取り消さず、本件改正条例が違法であることを宣言して請求を棄却する事情判決を下した。また、国家賠償請求については、1世帯につき10万円を限度で賠償を一部認容した。

控訴審判決は、条例は、一般的、抽象的な法規範を定立する立法作用であり、原則として抗告訴訟の対象となる「処分」に該当するものではないが、他に行政庁による具体的な処分を待つまでもなく、それ自体によって、

その適用を受ける特定の個人の権利義務や法的地位に直接の影響を及ぼす場合には、例外的に処分と解すべき余地があるとした上で、それは、「当該条例によって限られた者に対してのみ具体的な効果が生じることが規定上明らかにされている場合や、要件等の規定の仕方が一応抽象的になっているものの、実際には特定の者に対してのみ効果を生じさせることを目的として条例が制定され、他の者に適用される可能性がない場合など、その条例の制定をもって行政庁が法の執行として処分と実質的に同視することができる極めて例外的な場合に限られる」と述べ、本件改正条例は、一般的な法的効果をもつものであることを理由に、抗告訴訟の対象となる行政処分に当たらず、その取消しの訴えは不適法としてこれを却下した。また、本件改正条例に違法はないなどとして、その余の請求も棄却した。

控訴審判決は、これまでの下級審の多くが示していた保育所廃止条例の認定基準と異なり、適用対象者の特定性を考慮要素に付加する点で、水道条例最高裁判決を踏襲するものとみることができる。

処分性を否定する控訴審判決に対し上告審判決は、本件条例が、①他の行政処分を経ずにその施行により保育所廃止の効果を発生させ、②廃止される保育所に現に入所中の児童・保護者という「限られた特定の者」に対し、直接、当該保育所において保育を受けることを期待しうる法的地位を奪い、③その結果、「行政庁の処分と実質的に同視し得る」として、処分性を肯定している。本判決は、最高裁として初めて、限定肯定説に立つことを明らかにした上で、現に保育園廃止条例の処分性を認めた点に、重要な意義を有するものである。

本判決が処分性を肯定した重要なポイントは、判旨（1）にみるように、保護者による保育所の選択を制度上保障する児童福祉法等の法的仕組みに照らし、児童・保護者には保育実施期間が満了するまでの間、特定の保育所で保育を受けることを期待し得る法的地位を有することを認めたことである。児童・保護者の法的地位については、従来の下級審が保育の実施を受ける「法的権利ないし利益」と、また第1審判決では「法律上保護され

た利益」としていたが、本判決では「保育実施期間が満了するまでの間は当該保育所で保育を受けることを期待し得る法的地位」という表現を用いて、その法的地位を承認している。これは保育の実施期間の満了まで継続的反復的な保育の実施関係が生じていることを前提に、「保育実施の要件に該当しなくなる等の事情変更の可能性を考慮に入れたもの」<sup>59)</sup>で、表現に多少の差異は見られるものの、基本的に児童福祉法等の法的仕組みについて下級審の多くで採用されていた解釈を承認したものである。

それだけに、本判決の判示内容に新しい論点が含まれている訳ではないが、注目されるのは、判旨(2)にみるように、本件改正条例を争う民事訴訟又は当事者訴訟と比較して、取消判決・執行停止決定に第三者効(行訴法32条)が認められる取消訴訟が、紛争解決のための受け皿とすることに合理性があると説示し、本件訴えの適法性を補充している部分である。本判決は、本件のように複数の当事者が存在する場合、各々が当該保育所を廃止する条例の効力を争い、「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」、紛争の抜本的解決には、「処分の取消判決や執行停止の決定に第三者効(行訴法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。」と判示している。

このような実効的権利救済を図るとの観点から、条例の処分性を認めることに合理性があるとする考え方は、市町村の施行に係る土地区画整理事業の事業計画決定の処分性を肯定した最高裁判所平成20年9月10日大法廷判決(民集62巻8号2029頁)<sup>60)</sup>が、「実効的な権利救済を図るという観点か

59) 前田・前掲注15) 98頁。

60) 判例評釈等として、人見剛「判例解説」『平成20年度重要判例解説』(『ジュリスト』1376号、2009年) 52頁、山下竜一「判例批評」『民商法雑誌』140巻3号(2009年) 344頁、大貫・前掲注14) 164頁、中川丈久「土地区画整理事業計画決定



ら見ても、これを対象とした抗告訴訟の提起を認めるのが合理的である」と判示した部分を想起させるものである。本判決は、実効的な権利救済のために当該行為の処分性を肯定することが合理的であるかどうかという要素を土地利用計画以外の場面でも用いることの可能性を示唆したものと位置付けられよう<sup>61)</sup>。

しかし、この説示に対しては、本件は、当該条例の処分性を児童福祉法の法的仕組みから「無理なく導くことができた事案」であるので、「このような説示をあえて述べる必要性」はないのではないかと疑問も提示されている<sup>62)</sup>。

ところで、本判決は、判旨（１）の中の「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」という部分があり、水道条例最高裁判決と同様に、条例の適用対象が限定、特定されていることを重視しているようにみえる。たしかに、給水条例は、将来の契約者も含め広く給水契約者を適用対象としており、同判決が判示するように「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のに対して、保育所廃止条例は、より特定少数の者、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を対象としている。しかし、処分性の有無は、単に条例の適用対象あるいは具体的効果の及ぶ範囲の広狭でもって結論が左右されるものではないであろう。むしろこの点は、給水条例が、条例の

---

の処分性」『法学教室』341号（2009年）20頁、山本隆司「処分性（5）」『法学教室』339号（2008年）57頁、渡邊互「土地区画整理事業の事業計画決定の処分性」『白鷗法学』15巻2号（2008年）181頁、和久田道雄「土地区画整理事業訴訟判決」『法律のひろば』61巻12号（2008年）49頁ほか参照。

61) 土地区画整理事業計画最高裁判決では、「事業計画の適否が争われる場合、実効的な権利救済を図るためには、事業計画の決定がされた段階で、これを対象とした取消訴訟の提起を認めることに合理性があるというべきである」と説示されている。しかし、本判決にはこれに相当する部分がないものの、保育園廃止について、条例の制定を争う以外に適切な方法が存在しないとすれば、実質的には、やはり「実効的な権利救済」という要素が処分性肯定の暗黙の前提とされていると考えられよう。

62) 高橋・前掲注15) 154-155頁参照。

形式で定められた約款のごとく基本料金の支払い義務を反復継続して別荘給水契約者に課するという形で具体的な法効果を生じさせるのに対して、保育所廃止条例については、従前の保育所利用関係を終了させるという具体的な効果を一回限りで生じさせるものである点に着目して、そこに行政庁の処分との同質性を見出したものと解すべきである<sup>63)</sup>。

そもそも、公物の廃止行為は通常処分をもって行われる。地方公共団体の公の施設となる公立保育所の廃止は、地方自治法149条7号により長の担任职務であるものの、同法244条の2第1項に従い条例によらなければならない。このことに鑑みると、保育所廃止条例は、条例の規律内容としては特殊なものであって、その実質において「公共用物の供用廃止行為に類するという視点が有益である」と指摘されている<sup>64)</sup>。従来の公物法理論では、公共用物の公用開始・廃止行為は、具体的な法効果を有する行政行為と解されており、公用廃止行為については、処分性があることを前提にこれを争う利用者の原告適格の有無がもっぱら争点となる。保育所廃止条例の処分性の判断においては、法律上の利益の有無とこれに直接影響を与える具体的な法的効果の存否が判断されることになる。

以上、本判決の意義として、保育所選択権を認める児童福祉法等の法的仕組みに照らすと、廃止される保育所で現に保育を受けている児童及び保護者に保育の実施を受ける法的地位を肯定するとともに、廃止条例の法的効果の直接性・特定性を認めてその処分性を肯定し、取消訴訟で争うことが合理的な紛争解決に資するという考え方を示していることを指摘できる。

そこで、敢えて本判決の問題点を挙げるとすれば、差し当たり、以下の3点を指摘できる。

第1に、上記のように、公共用物の公用開始・廃止行為は、具体的な法効果を有する行政行為として解されている。保育所廃止条例は、条例の形式をとりつつも、その実質において公共用物の供用廃止行為に類する行為

63) 前田・前掲注15) 100頁。

64) 前田・前掲同頁、同旨高橋・前掲注15) 152-153頁。

に相当する。また、児童・保護者には、児童福祉法等の法的仕組みに照らし、「保育実施期間が満了するまでの間、特定の保育所で保育を受けることを期待し得る法的地位」が認められ、廃止条例はその地位を直接に奪う法的効果を有している。これらを踏まえると、本件条例の処分性は肯定されることになるが、名宛人の特定性などの要素は、条例の処分性についての一般論としてではなく、原告適格の問題として検討されるべきではないかと考える。

第2に、本判決は、民事訴訟や当事者訴訟と比較して、取消判決・執行停止決定に第三者効が認められる取消訴訟が、本件紛争の抜本的な解決にとってより望ましい訴訟形態であると判断している。しかし、周知のように、一般的な性格をもつ処分取消判決については、絶対的効力説と相対的効力説の対立がみられる。本件判決は、絶対的効力説を採用しているものと思えるが、判決にはその理由付けの説明がみられない。保育園廃止条例を取り消す判決は、当然に対世効をもつ必要があると考えているのであれば、その理由について言及する必要がある<sup>65)</sup>。

第3に、条例の処分性を肯定したわけであるが、そのことが民事訴訟、当事者訴訟あるいは抗告訴訟による条例の無効確認において、条例の違法性を争うことに制約が生じるのか否かの問題については、不明である。事案解決にとり不要と判断していると思われるが、この点の検討も必要となろう。

#### 4 むすびにかえて

以上、条例の処分性に係る近時の最高裁判例、区立小学校廃止条例最高裁判決、水道条例最高裁判決及び横浜市立保育園廃止条例最高裁判決を分析し、各々の判決につき若干の問題点を指摘した。そこで、これらの判決

65) 山本隆司「訴えの利益／処分性(6)／原告適格(3)」『法学教室』366号95頁は、「取消判決の第三者効に関する従来の議論が前提としてきた利害状況とは、かなり異なる。したがって、本判決が従来の絶対的効力説、相対的効力説のいずれかに与するものではないと考えられる。」と指摘する。

について簡単な整理を行ない、条例の処分性に係る今後の検討課題を提示する。

前記のとおり、今日では、条例の制定行為は、一般的抽象的規範の定立行為である立法作用であり、原則としてその処分性が否定されるものの、条例の制定行為であっても執行行為を待たずに直ちに一定範囲の者の具体的な権利義務ないし法的地位に直接の影響を生じさせ、行政庁の処分と実質的に同視することができるような例外的な場合には、行政処分と解する余地があるとする限定的肯定説が、支配的な見解となっている<sup>66)</sup>。

最高裁判例においては、区立小学校廃止条例最高裁判決及び水道条例最高裁判決は条例の処分性を否定するが、両判決は、あくまで、両者の原判決が認定した当該条例に関わる具体的な事実関係を前提とする事例判断であって、条例の処分性につき一般的枠組みを提示するものではない。また、限定的肯定説を採用しているかどうかについても必ずしも明確なものともなっていない。

これに対して、横浜市立保育園廃止条例最高裁判決は、限定的肯定説に立つことを明らかにした上で、当該条例の処分性を肯定するが、ここでも事例判断にとどまる。

要約するに、横浜市立保育園条例最高裁判決の事案は、区立小学校廃止条例最高裁判決の事案とは法的地位に及ぼす影響の有無という点において前提を異にし、水道条例事件最高裁判決の事案とは当該条例によって権利利益に直接の影響を及ぼす名宛人の特定の有無において前提を異にすると整理できる。

横浜市立保育園条例最高裁判決が条例の処分性を肯定したことから、今後は、いかなる要素がある場合に「行政庁の処分と実質的に同視し得るもの」となり、行政処分に該当することになるかについて詳細な検討が必要となる。同判決を踏まえると、従来の、①法効果の直接性、②条例適用の

---

66) 前掲注19)を参照。

対象となる名宛人の特定性，に加え，③抗告訴訟で争うことの合理性，という点が重要な考慮要素となると解される。しかし，いずれの要素についても，不明確な部分が残されており，条例の処分性についての明確な判断基準が求められる。

ところで，条例を抗告訴訟の対象となる行政処分と捉え，その処分性を認めることは，当該事案の関係においては妥当性を持ち得るとしても，それを行政法理論に組み込む場合は，法理論上も法解釈上多くの困難な問題を抱えることになる。これまでも，条例は有効か無効かのいずれかであって，条例に公定力や不可争力を認めることはできず，その無効を前提とする当事者訴訟又は民事訴訟の先決問題として争えば足りるとの指摘があり，条例の処分性と公定力・不可争力との関係の整理が求められてきた<sup>67)</sup>。さらに，2004年の行訴法改正の趣旨を踏まえると，抗告訴訟と当事者訴訟との機能分配，条例と義務付け及び差止訴訟との関係の整理，条例を含める処分概念と行政手続法上の処分概念の整合性などの問題もあり，条例に処分性を認めることに伴う多くの課題が指摘されている<sup>68)</sup>。

しかし，より根源的な課題は，抗告訴訟の対象となる処分概念自体の見直し，再検討であろう。

横浜市立保育園条例最高裁判決を含め処分性を拡張する一連の判例を見ると，通例の解釈手法では処分の法効果とは認められないようなもの，当該行為による事実上の影響にすぎないようなものを，無理に処分の法的効果（法的効力）の枠内に押し込めているのではないかという疑問を禁じ得ない。というのも，これらいずれの判決も，判例法理として確立している処分性の有無に関する一般的な基準を変更するものではなく，むしろ，これを当然の前提としての判断である。しかし，例えば，法的効果についてみると，「直接の法的効果」，「付随的效果」，「間接効果」などいろいろな効

67) 増田・前掲注17) 3219頁，山田・前掲注21) ほか。

68) 渡邊互「条例制定に対する抗告訴訟の可能性」『白鵬大学法科大学院紀要』4号（2010年）66頁以下参照。

果が考えられるわけで、最高裁判例からはどの範囲までの効果を法的効果として捉えるのか、さらには、そもそも法的効果が必要となるのか、不明確な状況になっている<sup>69)</sup>。この点について、「明示的な判例こそなされていないものの、最高裁はもはや「従来の公式」を放棄して、訴訟法上の処分性を実体法上の行政行為概念から切り離して判断する方向へ舵を切ったとみる余地もあるように思われる。一連の処分性拡大判例において、昭和39年判決の引用も、「従来の公式」の復唱も見られないのが、その例証となる。しかし、いまだに「従来の公式」に代わる処分性判定のメルクマールが提示されていないことは事実である」との指摘がみられる<sup>70)</sup>。条例の処分性の検討とともに、それをも踏まえた、処分性概念それ自体の再検討が求められているのである<sup>71)</sup>。

本稿では、これらの課題について立ち入った検討をする余裕はなく、今後の課題としたい。

69) 行政訴訟による権利保護の拡大の理論を、“公定力を伴わない行政処分”(＝形式的行政処分)というカテゴリーを認めない「狭義の処分性拡大論」、形式的行政処分というカテゴリーを認める「形式的行政処分論」、「当事者訴訟拡大論」として整理する見解がみられる(興津征雄『違法是正と判決効』(弘文堂、2010年)337頁)。その「狭義の処分性拡大論」を提唱する学説のなかに「抗告訴訟の対象となる行政処分とは、訴訟物の客体たる資格、すなわち、行政処分の適法性に関する紛争解決の客体としての適格性である。すなわち、当該行政庁の行為が、裁判所によって適法性を判断する資格を有するか否かということになる。この資格がある場合、次に紛争解決の客観的利益と当事者適格が具備される必要がある。」として、法的効果の発生は不要とする見解がみられる(山村恒年「判例解説」『判例自治』313号(2009年)69頁)。

70) 興津・前掲書『違法是正と判決効』339-340頁参照。

71) 処分性を再検討するうえで、「抗告訴訟の構造を『違法判断+是正措置(救済)』という二重構造によって把握することができるとすれば、抗告訴訟の対象を判決によって排除されるべき規律力や法効果をもつ行為に限定するいわれはないであろう。裁判における違法判断になじむ程度に具体的な行為であれば十分である。」(興津・前掲書340頁)との指摘は貴重な視座を与えるものである。

[付記]

竹中康之先生の突然の訃報に接したときは、その少し前に大学でお元気な姿を拝見していただけに、言葉を失いました。ここに改めて、竹中先生の長きにわたる法学部及び法学研究科の教育研究へのご貢献に対して感謝の気持ちを述べさせていただきますとともに、先生のご冥福を心よりお祈り申し上げます。