

条例の処分性

—「公の施設」条例を中心として—

藤 巻 秀 夫

1 はじめに

(1) 検討の視点

2004年の行政事件訴訟法の改正は、行政救済法に関する裁判実務や理論に大きなインパクトを与えている。本稿でとりあげる抗告訴訟の対象問題、いわゆる「処分性」問題については変更が加えられなかったものの、改正作業における基本理念であった、行政訴訟における「国民の権利利益の実効的な救済」という観点に基づいて、これまでの判断枠組みとは異質な動きを見てとることができる。

その代表的なケースは、2008年の上島駅周辺土地区画整理事業取消請求事件の最高裁大法廷判決¹である。この事件において、最高裁は、1966年のいわゆる「青写真大法廷判決」を変更して、土地区画整理事業計画の決定・公告による権利制限効果は、なお一般的抽象的であるとしつつも、その後の事業の進展により自己の権利に対する影響は事業計画の決定の段階で相当程度確実であること、後の具体的な権利侵害の段階では、争訟を提起できるとしても実効的な権利救済を図るために、事業計画決定の段階において取消訴訟の提起を認めることに合理性がある、としている。

改正行政事件訴訟法が処分以外の行政の諸活動についていわゆる

1 最大判平成20年9月10日民集62巻8号2029頁。同判決については、人見四「判例解説」平成20年度重要判例解説52頁以下。筆者も不十分ながら、札幌法学20巻1・2合併号(2009年)113頁以下で検討している。

確認訴訟を活用する方向性を示してる中で、処分性に関する判例が今後どの方向に向かうのか、なお判断が困難な状況にあるが²、そのような中であって、2009年11月、最高裁は条例の処分性を認める初めての判断を示した（横浜市立保育園廃止条例事件・最高裁第一小法廷平成21年11月26日判決民集63巻9号212頁）。本稿は、この最高裁判決を契機として、地方公共団体の条例ないしは条例制定行為に対する抗告訴訟提起の可能性を検討するものである。

これまで条例の争訟可能性の問題は、法令一般に対する争訟可能性という枠組みにおいて、その一つの例として議論されることが多かった³。

もとより条例といってもその内容や性格は多種多様であり、抽象的な内容をもつ条例、一般的に住民の権利義務について定める条例、条例の内容自体は抽象的であってもその効果は住民の具体的な権利義務に影響を及ぼすような条例などが混在している。

このうち、本稿で検討するのは「公の施設」に関する条例である。「公の施設」に関する条例は、法令と対比される条例一般とは、相当に法的な扱いが異なっており、法令ないし条例の争訟可能性についてのこれまでの議論の枠組みを「公の施設」条例に直截的に適用することは適切ではないのではないかと考える。

すなわち、第1に、公の施設はいわゆる公物であり、公物法においてはその供用の開始や廃止行為は、通例は行政庁の処分と構成されるのであって、「公の施設」条例は公物の供用開始行為および供用廃止行為としての側面を有している、という特殊性がある^{*3}。

2 処分性をめぐる判例の状況およびいわゆる確認訴訟と取消訴訟の関係については、南博方・高橋滋編『条解行政事件訴訟法〔第3版補正版〕』（弘文堂、2009年）58頁以下、65頁以下参照。

3 たとえば、秋山義昭「法令に対する抗告訴訟」雄川一郎・塩野宏・園部逸夫編『現代行政法体系5 行政争訟Ⅱ』（有斐閣、1984年）55頁以下。

*3 脱稿後に接した、高橋滋「判例評釈」自治研究87巻2号（2011年）152頁以下も、公物の廃止行為との関連性に言及している（ただし、塩野先生の教示によるという留保が付されている）。

第2に、地方自治法の特異な仕組みについてである。地方自治法244条の2第1項は、「公の施設」の設置・管理・廃止について条例で定めることとしている。執行機関による公物管理の根幹について特に議会の議決事項としていることは、議会ひいては住民による統制の必要性が前提となっていると考えられる。言い換えれば、条例の争訟可能性を検討するにあたっては、住民自治の意義を踏まえた解釈が求められるのではないだろうか。

第3に、地方分権時代の今日、条例によって地域的課題を自主的に処理する必要性が高まっている。このことは同時に、条例に対する司法的統制のあり方も再検討することになろう⁴。

本稿は、以上のような視点を視野におさめつつ、近年の条例の処分性に関する最高裁判決を素材に、「公の施設」に関する条例の訴訟対象性の問題を検討するものである。

(2) 処分性をめぐる問題状況

行政事件訴訟法3条2項は、取消訴訟の対象を、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」と規定する。

「行政庁の処分」の意味するところについては、法令は何らの規定をしていないが、最高裁は、「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または公共団体の行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているもの」と定式化している⁵。

この定義によれば、行政庁の行為について、①公権力性の有無、②国民の権利義務に対する直接具体的な法的規律の有無、という観

4 高木光『行政訴訟論』（有斐閣、2005年）49頁以下、60頁は、当事者訴訟として命令・条例の確認訴訟という構成を提案している。

5 最判昭和39年10月29日民集18巻8号1809頁。

点から取消訴訟の対象となるかどうか判断されることになる⁶。

最高裁は、この定式を維持しつつも、近年、その具体的判断にあたっては、この定式では説明がつかないような行政庁の行為について処分性を肯定する判断を相次いで下している。

第1は、建築基準法42条2項の「みなし道路の一括指定」に処分性を認めた事案である。これは、知事の告示の形式により、幅員1.8m以上、4m未満の道路すべてをいわゆる2項道路に指定するものであり、この指定により、道路内の建築制限や私道の変更・廃止の制限等の私権制限が定められ、また罰則規定もある。しかし、告示では具体的な場所を特定・画定していないところ、最高裁は、後の建築確認処分や除却命令を争えばよいとした原審判決を覆して、一括指定をする告示によって具体的な私権制限をもたらす本来的な効果を、個別の土地に発生させ、個人の権利義務に対して直接的な影響を与える、との理由により処分性を認めた⁷。

この判決に対しては、処分性肯定の根拠づけがないとか、当事者訴訟に適合的な事案であるといった批判があるが⁸、紛争解決を先延ばしにすることによる関係当事者の負担を回避しようとするねらいがあったものと思われる。

-
- 6 櫻井敬子・橋本博之『行政法（第2版）』（弘文堂、2009年）271頁以下は、「公権力の行使に当たる行為」を、「法が認めた優越的地位に基づき、行政庁が法の執行としてする権力的な意思活動」であり、このような行為には、①法律関係を一方的（形成的）に変動させる（法律関係の規律）力と、②仮に違法なものであっても権限のある行政庁または裁判所によって取り消されない限り有効なものとして通用する効力（公定力）が、認められるものと整理している。
 - 7 最判平成14年1月17日民集56巻1号1頁。
 - 8 さしあたり、洞澤秀雄・行政判例百選Ⅱ（第5版）336頁以下を参照。山本隆司・法学教室335号（2008年）54頁以下は、都市計画法上の地域指定による建築制限より「権利侵害の切迫性が強（い）」ので処分性を肯定しやすかった事案ではあるが、他方で、私人に対する規律の内容の具体性を欠いており、本件は、通路部分が2項道路でないことの確認を求める公法上の当事者訴訟として処理すべき事案ではなかったかと指摘する。

第2に、それ自体は法的効果を有しない行政指導にすぎない都道府県知事による病院開設中止の勧告および病床数削減の勧告について、最高裁は勧告を受けた者がこれに従わない場合に、相当程度の確実さをもって健康保険法上の保険医療機関指定を受けられないという結果をもたらし、ひいては事実上病院の開設を断念せざるを得なくなるとして、処分性を肯定した⁹。

また、いわゆる「青写真論」と「付随的効果論」により土地区画整理事業計画の決定・公告の処分性を否定した昭和41年最高裁大法廷判決が変更され、処分性が肯定された。

これによると、同事業計画が決定されると、施行地区内の宅地所有者等の権利にいかなる影響が及ぶかにつき「一定の限度で具体的に予測することが可能」となり、施行地区内の宅地所有者等は、事業計画の決定がされることにより、建築行為の制限等の規制を伴う土地区画整理事業の手續にしたがって換地処分を受けるべき地位に立たされ、その法的地位に直接的な影響が生ずる、としている¹⁰。

これらの最高裁判決は、取消訴訟の対象となっている行政庁の行為それ自体を取り上げるならば処分性を肯定するに足りる具体的な要件を充足できないとしても、係争行為が根拠法令の、場合によっては関連法令をも含めた全体的過程の中で有している役割やその位置づけ、紛争の成熟性などを総合的に判断して、処分性の有無を判定している。

以上のような近年の最高裁の処分性に関する判断をどのように理

9 最判平成17年7月15日民集59巻6号1661頁。

10 最大判平成20年9月10日民集62巻8号2029頁。なお、同判決は、事業計画決定・公告の段階で取消訴訟を認めることの必要性・合理性として、換地処分等の段階での取消訴訟では、権利侵害に対する救済が不十分となる可能性があること、したがって実効的な権利救済を図ることの必要性があわせて強調されている。

解すべきかについては、すでに多くの研究がある¹¹。

当事者訴訟の活用を促す改正行政事件訴訟法の下、取消訴訟の負担緩和のための「処分概念の純化」¹²の方向性も理論的には十分成立するものではあるが、最高裁は、従来処分性認定に消極的であった周辺部分の行政活動について、あえて抗告訴訟ないし取消訴訟の活用には舵をきったとみることもできるだろう¹³。

行政決定により生じる具体的な紛争をめぐる利益状況を重視し、どの段階で救済の機会を認めるべきかという機能的な観点（実効的な権利救済の視点）に加えて、行政過程全体の中で、ある行政決定の法的効果の内容と対象を厳密に抽出するのではなく、私人の法的地位に関する公権的判断の「最終性」が認められるかどうかを、処分性の判断基準として重視する最高裁の方向性は、評価すべきものと考えられる。

2 判例の検討

近年、条例を争う訴訟が多く提起されている。地方分権に向けた動きの中で、自治体が条例を政策達成手段として活用する傾向が高まっていることが原因であろう。すなわち、法令による全国一律的な基準設定では地域固有の課題に対処できず、条例によって個別具体的な問題について対応しようとする場合、特定の企業や住民らを

11 さしあたり、橋本博之『行政判例と仕組み解釈』（弘文堂、2009年）16頁以下、大久保規子「処分性をめぐる最高裁判例の展開」ジュリスト1310号（2006年）18頁以下、山本隆司「判例から探求する行政法：処分性」法学教室331号～333号・335号・339号～340号（2008年）などを参照。

12 高木光（前掲注4）62頁以下、101頁以下。

13 藤田宙靖元最高裁判事は、処分性をめぐる最高裁判例の「動揺」について、処分性その他の行政訴訟の訴訟要件について最高裁は決して「頑迷固陋」であったわけではなく、「水面下では、旧来の判例の考え方が現状に合わなくなっていることについての明確な意識が次第に蓄積されて来ていた」としている。藤田宙靖「行政事件と近時の最高裁」法の支配159号（2010年）16頁以下。

「狙い撃ち」せざるを得ないこともあるからである。

そのような事例として、大手銀行に対して法定外地方税を賦課しようとした東京都外形標準課税条例事件や国立市マンション事件などを挙げることができる¹⁴。これらの事案では、条例制定行為が処分であるかどうか、すなわち取消訴訟その他の抗告訴訟で争うことができるかどうかは主たる論点にはならなかった。

他方で、公の施設の設置管理は条例事項であることから、学校等の統廃合に関する条例はしばしば抗告訴訟で争われ、条例制定行為が処分に該当するかどうか争点となったが、大津地裁の一例を除いては、処分性を否定するものが多く、後に検討する永田町小学校事件において最高裁は、原告らは具体的に特定の区立小学校で教育を受ける権利ないし法的利益を有しないことから、条例制定行為は具体的な効果を持たないとして処分性を否定している¹⁵。

このような状況にあって、横浜市立保育園廃止条例事件において最高裁は、条例制定行為の処分性を正面から認めたものであり、その論理構成を検証するとともに、これに基づいて条例の処分性を否定した諸判決を再検証する必要があると考える。

(1) 旧高根町簡易水道事業給水条例事件¹⁶

1) 事案の概要

この事件は、山梨県高根町（市町村合併により現在は、北杜市）が供給している簡易水道事業の赤字状況を改善すべく、基本料金を

14 東京都外形標準課税条例事件（東京高判平成15年1月30日判例時報1814号44頁）、国立市マンション事件（東京地判平成14年2月14日判例時報1808号31頁。また神奈川県臨時特例企業税条例事件（東京高判平成22年2月25日判例時報2074号32頁もそのような事例の一つにあげられる。

15 大津地判平成4年3月30日判例タイムズ794号86頁、最判平成14年4月25日判例地方自治229号52頁。

16 最高裁第二小法廷平成18年7月14日判決民集60巻6号2369頁。増田 稔「調査官解説」法曹時報60巻10号（2008年）159頁以下。

改定する条例を制定したことに対して、別荘給水契約者（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）らが、簡易水道の基本料金を変更する条例の無効確認等を求めた訴訟である。

旧高根町は、昭和63年に簡易水道事業給水条例を制定した当初から、別荘給水契約者の基本料金を、別荘以外の一般住民給水契約者の基本料金よりも高額に設定していた。平成10年4月1日、水道料金の増額改定として、一般的な水道メーター口径13mmの場合、別荘給水契約者については1か月の基本料金を3,000円から5,000円に増額し、他方別荘以外の給水契約者についての基本料金の増額は1,300円から1,400円にとどまる内容の給水条例の一部を改正する条例を施行した。

これに対して、原告ら（1審では142名）は、本件改正条例による改正後の本件条例別表第1は、別荘給水契約者を不当に差別するものであると主張して、行政事件訴訟法3条4項の無効等確認の訴えとして本件別表が無効であることの確認を求めるとともに、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正前の基本料金との差額分に関し、未払水道料金の債務不存在確認と支払済みの水道料金相当額の不当利得返還又は不法行為による損害賠償を求め、さらに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等を求めた。

原審東京高裁平成14年10月22日判決（判例時報1806号3頁以下）は、条例の処分性を認め行政訴訟による無効確認請求の対象とし、原告らの前記請求をほぼ認容した。

2) 判旨

最高裁は、次のような理由から、条例制定行為の無効確認を求め訴えを却下した¹⁷。

「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

17 ただし、最高裁は、その他の請求（債務不存在確認請求、不当利得返還請求および水道の給水停止の禁止請求）については、原審と同様に認容した。

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。」として、これと異なる原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令違反があるとして、訴えを却下した。

原審の東京高裁¹⁸は、次のような理由から、条例制定行為の処分性を肯定し、これに対する無効確認訴訟を適法であるとするとともに、条例中の別荘給水契約者の基本料金について規定した部分(別表)を無効とした。

まず、給水条例の法的性質については、水道事業者が地方公共団体である場合には地方自治法228条により条例で定める必要があるものの、このような供給規程も地方公共団体以外の水道事業者が定める供給規程と何ら異なるところはなく、その実質は単なる約款であるにすぎない、とする。

すなわち水道需用者にとっては、給水契約を締結すると料金等の契約内容は条例の形式で定められた供給規程が適用され、料金の変更についても当該条例の施行によって給水契約の変更がもたらされ、これに従って義務を負うことになる。

地方公共団体の水道事業に関する供給規程のうち料金の算定基準の定めやその変更などが、憲法その他の法令に抵触するとして争う場合は、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

18 なお、第一審甲府地判平成13年11月27日判例時報1768号38頁以下は、本件条例制定行為の処分性を否定し、基本料金を定めた別表は条例で定められているものの供給規程である約款にすぎないから、民事訴訟により条例の効力を争うことができるとした。本案については原告らの請求を棄却している。

こともできるが、このような争い方は迂遠であり、「より抜本的な紛争解決のためには、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。」この場合、「供給規程が条例の形式で定められ、その施行によって、その後には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要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として、行政訴訟による無効等確認請求の訴えの対象とすることができるといふべきである。」

3) 検討

条例の処分性をめぐる判断については、東京高裁判決と最高裁判決とは議論がかみ合っていない。

最高裁は、供給規程たる条例がどのような法的性質を有するものかについて言及することなく（民事訴訟によって本件紛争を処理している以上、約款であることを前提としているともいえるが）、本件条例の一般性のみを根拠に、法の執行として行なわれる処分と同視できないとしている。

これに対して、東京高裁は、本件条例が約款としての供給規程を定めるものであることを認めつつも、紛争の抜本的解決・一体的解決という視点を重視している点、さらに、条例制定により給水契約上の義務の変更がもたらされる構造であって個別的処分を必要としないといういわば地方公共団体の行為の「最終性」を重視している点を指摘することができよう。

なお、いずれの判決にも共通している点としては、処分性に関する一般論および条例の処分性に関する議論は直接的には展開していないことがあげられる。

条例の処分性を肯定した東京高裁判決に対する評価は、概ね厳しいものが多い。たとえば、ある地裁判事は、地方公共団体が営む水道事業は私法上の契約であることは一般的に承認されており、そうだとすれば料金等は条例で定められるものの料金に不服がある者は、民事訴訟によりその無効確認を求めるのが筋であり、料金を定

める条例の制定が処分といえるのか疑問があるとする¹⁹。

また、山田洋教授は、水道給水条例という新たな素材について処分性を肯定することは、救済の途を広げる観点からは歓迎されるとしつつも、条例について、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処分性を肯定することは、条例を「行政庁」の行為と呼ぶ点、被告となる行政庁を議会とする点、などから座りの悪さを指摘する。また条例は、有効無効のいずれしかなく、本来の取消しの対象とはならないものであって、結局は、条例の効力については、その無効を前提とする当事者訴訟（確認訴訟）または民事訴訟の前提問題として争えば足りるとする²⁰。

また、高木光教授も、本件の争いの中心的な争点は、条例改正という町の行為の当否であるとしつつも、処分性に関する判例の定式に照らした場合、東京高裁の処分性拡大論を採用する理由づけにはやや無理があることは明らかだとしている。一方、住民と町との間の具体的な権利義務の直接的な根拠が給水契約であるとしても、事業者（町）が一方的に定める供給規程によって権利義務の内容が左右される実態を踏まえて、「給水契約」のみに着目するのでは不十分であって、「条例」を含めた「法的仕組み」を視野に入れられ

19 千葉就一「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）271頁。なお、同判事は、水道料金の決定は、別荘であるか否か、メーターの口径の大きさ、超過料金の有無の認定なしでは定まらないはずであり、したがって行政庁の何らの処分を待たずに料金が定まるものではないことも、処分性を否定する根拠に挙げている。

20 山田洋「判例評釈」自治研究81巻1号（2002年）135頁以下。調査官解説（増田稔・ジュリスト1335号（2007年）116頁）においても、条例の制定行為は、地方公共団体の議会の固有の立法作用であり、これを「行政庁」の行為と解することには、文言解釈として疑問があること、条例の制定行為に公定力や不可争力を認めることは適当ではないこと、条例の無効を前提とした当事者訴訟や民事訴訟を提起することで十分な権利救済を図ることができること、などから条例の効力を争う確認訴訟を抗告訴訟として認める必要性はない、と指摘する。

ばならない、と指摘する²¹。

以上の議論を踏まえると、次の諸点が検討課題となろう。

①条例の形式で定められた供給規程は、その後の個別的行政処分を要せず、給水契約の内容として契約者に直接義務を課すものであるか（東京高裁）、それとも水道料金を一般的に改定するものであるか、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（最高裁）のかどうか。

②本件条例制定行為は、議会による立法的行為か、行政庁の行為か。

③本件条例が処分ではないとすると、どのような訴訟形式が効果的な権利保護につながるのか、そして取消訴訟との関係をどのように考えるか。

(2) 永田町小学校廃止条例事件²²

1) 事案の概要

本件は、東京都千代田区が、既存の区立小学校14校をすべて廃止し、あらたに8校の区立小学校を新設することを内容に含む条例（東京都千代田区立学校設置条例の一部を改正する条例・平成4年千代田区条例第35号、以下「本件条例」という。）を制定したことに対して、同区立永田町小学校に当時在学していた児童の保護者らが、同小学校の廃止を不服として提起した事案である。原告らは、小学校の廃止に係るプロセスを構成する各種行政の行為のほぼすべ

21 高木光「行政法入門29 法的仕組み」自治実務セミナー2007年11月号6頁。

22 最高裁第一小法廷平成14年4月25日判決判例地方自治229号52頁。第1番：東京地判平成7年12月6日判例時報1594号23頁、第2番：東京高判平成8年11月27日判例時報1594号19頁。

てに対して取消訴訟などを提起している²³。

小学校廃止に至る経緯は次のとおりである。

- ①区教育委員会が、既存の学校をすべて廃止する旨の内容を含む「教育条件の整備推進にかかわる基本方針」を議決（平成3年12月17日）。
- ②区教育委員会が、本件条例の制定を請求する決議（平成4年12月21日）。
- ③区長が、本件条例の案を区議会に提出（平成4年12月21日）。
- ④区議会が、本件条例を議決（平成4年12月25日）。
- ⑤区長が、本件条例を公布（平成4年12月28日）。
- ⑥区教育委員会が、東京都教育委員会に対して区立小学校14校の廃止届を提出（平成5年3月1日付け）。
- ⑦区教育委員会が、各児童の平成5年4月1日以降就学すべき小学校を千代田区立麴町小学校とする旨の指定（平成5年3月5日付け）。
- ⑧永田町小学校を含む14小学校の廃止（平成5年3月31日）。
- ⑨本件条例の施行（平成5年4月1日）。

原告らの主張は、第1に、区は、児童の保護者や一般国民に対して平成3年12月20日にいきなり永田町小学校の廃止を公表したものであり、公表後もこれらの者に意見等を提出する機会を与えずに、計画公表後1年3か月という短期間で廃止したという手続的な違法があること、第2に、①永田町小学校の校舎はそれほど老朽化が進

23 原告らが求めた訴訟は、①区を被告とする本件条例の取消しおよび本件条例による永田町小学校の廃止処分の取消し、②区議会を被告とする本件条例の議決の取消し、③区長を被告とする本件条例の公布の取消し、④区教育委員会を被告とする本件条例制定請求決議の取消し、⑤区教育委員会を被告とする都教育委員会あての学校の廃止届の取消し、⑥区教育委員会を被告とする就学校を区立麴町小学校に指定する処分の取消し、⑦区教育委員会を被告とする既存小学校廃止の基本方針議決の取消し、⑧区を被告とする各5万円の慰謝料を求める損害賠償請求、である。

んでいないこと、在校児童数も222名であり児童の少人数化の弊害が生じていないこと、永田町小学校の廃止後の跡地利用計画も具体化されていないことなど、要するに廃止する合理的理由がないこと、②転校後の小学校は大規模になり(児童数570名)、運動場等が過密化すること、通学にあたって通学距離が看過できないほど増加し、また交通量の多い通学路を使用せざるをえない児童がいることなど、転校後の良好な修学環境が確保されていないこと、は裁量権の逸脱・濫用にあたるというものであった。第3に、複数の帰国子女は、教育委員会や校長などから強く勧められて、帰国子女教育に定評のあった永田町小学校に平成3年に編入したものであるが、当時小学校の廃止について何らの説明もなく、廃止は信義則違反にあたる、というものであった。

2) 判旨

1 審、2 審とも、上記の行政の行為(議会の議決も含む)について、抗告訴訟の対象となる処分にあたらないとして却下し、また損害賠償請求についても違法がないとして請求を棄却した²⁴。

最高裁は、条例の処分性について次のように判示する。

「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

24 なお、第2 審東京高判平成8年11月27日判例時報1594号19頁は、条例制定の過程すなわち小学校の統廃合手続について問題があることを指摘している。「本件条例の制定過程において、その案が確定する以前の段階で利害関係者の意向を聴取し、その納得を得る努力に欠ける点があったといわざるを得ないにしても、…未だ本件条例の制定、施行の課程に憲法や法令の要求する手続を欠いた点があったとまでいうことはできず、永田町小学校の廃止の手続に違法があるとはいえない。」

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当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。」

3) 検討

最高裁判所の判断を、原審東京高裁判決を参照しつつ、整理すると次のようになる。

①まず、条例の処分性に関する判断枠組みとしては、従来の公式を維持し、きわめて例外的な場合に限って処分性が認められるというスタンスである。

すなわち、他に行政庁の具体的な処分をまつまでもなく当該条例そのものによってその適用を受ける特定個人の具体的な権利義務や法的地位に直接影響を及ぼすような場合には、条例の制定行為自体をもって、抗告訴訟の対象となる行政処分と解する余地もないではないとするが、このような表現は、児童および保護者の法的地位の評価や小学校廃止後の利益状況と結びついた判断であろう。

②条例の適用を受ける児童および保護者の権利や法的地位の性質について、市町村等が社会生活上通学可能な範囲内に設置する学校で教育を受けさせることができるというに止まり、具体的に特定の学校で教育を受けさせることまでも含むものではないとする。したがってその子女に永田町小学校で教育を受けるという利益は、単なる事実上の利益に過ぎないことになる。

また、新たに指定された就学校は原審の認定によれば、廃止された永田町小学校から直線距離にして約800メートルしか離れておらず、永田町小学校に通学していた児童にとって、社会生活上通学することが不可能なものではない、としている。

本事案において条例の処分性が否定された理由は、まさにこの点にあると考えられる。本件原告らが被る程度の「不利益」な状況では条例そのものを争わせる必要性がないということであろう。

③なお、区教育委員会が行った区立千代田麹町小学校への就学校指定処分が取消訴訟の対象となる行政処分に当たることについては争いはない。しかし、1 審判決（判例時報1594号29頁）が述べるように、本件条例の施行により既に永田町小学校が廃止されている以上、教育委員会としては、原告らの子女の就学校を永田町小学校に指定し、本件指定以前の状態を回復することは不可能であり、結局原告ら訴えは、訴えの利益を欠くものとして、却下されざるを得ない。同様のことは条例の処分性が認められた場合でも起こりうる。また当事者訴訟等で争う場合でも同様であろう。

以上の整理から次の点を指摘できる。

a 区域内に通学できる学校が全くなってしまうとか、通学が極めて困難となるような例外的場合には、条例により児童・保護者の権利ないし法的地位が奪われることになるから、抗告訴訟で争うことができる、とするものと理解できる。すなわち、違法性が高い条例についてのみ処分性が肯定され、同時におそらく原告適格が肯定される、ということになるだろう。

b 他方、学校廃止後の新しい就学校指定処分に対する取消訴訟の場合はもとより、条例そのものに対する抗告訴訟が認められたとしても、通常の場合は訴えの利益がないとして却下される可能性が高い。結局、法的救済の途が閉ざされてしまう。

c 以上のことからすると、もし自治体・議会によって「違法」な学校統廃合計画が議決されたとき、仮の救済の可能性が重要な問題であり、訴訟形式の議論はこの点を重視する必要がある。

(3) 横浜市立保育園廃止条例事件²⁵

この事件は、最高裁として条例の処分性を肯定した初めての事案である。

25 最高裁第一小法廷平成21年11月26日判決民集63巻9号212頁。

1) 事案の概要

横浜市は、児童福祉法（平成16年法律第153号による改正前のもの）35条3項に基づいて設置していた市立保育所のうち4つの保育所（以下「本件各保育所」という。）をいわゆる民営化の対象とすることとし、平成15年12月18日の横浜市議会の議決を経て、平成16年3月31日限りでこれらを廃止する旨の条例（昭和26年横浜市保育所条例の一部を改正する条例。平成15年横浜市条例第62号。以下「本件改正条例」という。）を制定した。

本件改正条例は、平成16年4月1日から施行され、これによって本件各保育所は廃止されて社会福祉法人が運営することとなった（以下「本件民営化」という。）。

これに対して、本件各保育所に入所していた児童および卒園した児童とその保護者らが、本件改正条例を制定する行為は、抗告訴訟の対象である処分に該当し、本件児童・保護者らの保育所選択権等を侵害するものであって違法であるとして、本件改正条例の制定をもってした平成16年3月31日限り本件各保育所を廃止する旨の「処分」の取消し、国家賠償法1条1項に基づき、上記処分等により被った精神的損害の賠償を求めた事案である。

1審判決²⁶は、①本件改正条例の処分性を認めた上で、②卒園していない児童およびその保護者らの原告適格または訴えの利益を肯定し、③本件改正条例の制定による本件各保育所の廃止は、保育の実施の解除にあたり、その処分は地方公共団体の裁量権の逸脱、濫用があって違法であること、④また、国家賠償法上も違法であることを認めたものの、⑤これを取り消すことは公の利益に著しい障害を生じ、公共の福祉に適合しないとして事情判決（行政事件訴訟法

26 横浜地判平成18年5月22日判例地方自治284号42頁。1審判決についての判例解説・評釈としては、笠木映里・ジュリスト1341号（2007年）188頁以下がある。

31条1項)を適用し、請求を却下した。

2 審判決²⁷は、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あたらないとして、訴えを却下した。

その理由として、「保育所などの公の施設の設置及びその管理に関する事項を定める条例は、公の施設が設置される地域の住民の生活に實際上種々の影響を与えるものではあるが、当該普通地方公共団体の住民全体の福祉の増進を目的とし、総合的見地から上記の基本的事項を定めるものであり、公の施設を利用する特定の個人の権利義務を直接形成し、その範囲を確定するなど、住民の権利義務や法的地位の内容を定めるものではなく、一般的規範の性質を有するものであり、公の施設を廃止することを内容とする条例についても同様である」。また、本件改正条例の制定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事情も見当たらない、というものである。

2) 判旨

最高裁は、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あたるとしつつも、結論として、児童の卒園により保育の実施期間が満了していることから、取消しを求める訴えの利益が失われたとして、本件訴えを却下した原審の判断を、結論において是認し、児童・保護者らの上告を棄却した。

①保護者の法的地位：平成9年法律第74号による児童福祉法の改正により、市町村は「その保育所の受入れ能力がある限り、希望通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、横浜市では、「保育所の入所承諾の際に、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なされない限り（同法33条の4参照）、保

27 東京高判平成21年1月29日判例時報2057号6頁。

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本件条例の法的効果：「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あたるものでは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、行政庁の処分と同視し得るものといえることができる。」

③取消訴訟の合理性：「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。」

3 検討

以上、最高裁が条例の処分性について判断している3件の判決は、いずれも「公の施設」にかかわる事案である。このうち、横浜市立保育園廃止条例事件において最高裁は初めて条例の処分性を認

めた点で、注目されている。

最高裁の3判決において共通する判断枠組みは、従来から確立している「他に行政庁の具体的な処分をまつまでもなく当該条例そのものによってその適用を受ける特定個人の具体的な権利義務や法的地位に影響を与える」ような場合かどうか、すなわち行政庁の処分と実質的に同視できるかどうかである²⁸。これら3件の判決はこの基準そのものについて判断しているものではなく、事例判決ではあるが、結論が分かれたのは、「事案の相違」とする理解が示されている²⁹。しかし、筆者は、「公の施設」条例の特殊性を踏まえて、積極的に「公の施設」条例の処分性を肯定し、抗告訴訟とりわけ取消訴訟の提起を容認する立場を追究したいと考えている。

(1) 「公の施設」条例の特殊性

一口に条例といっても、その内容および法的効果は多様である。本稿で考察の対象としている条例は、いずれも地方自治法244条に基づいて自治体が制定することを義務づけられている「公の施設」に関する条例である。

「公の施設」とは、住民の福祉を増進する目的をもって住民の利用に供するための施設であり、地域住民の生活にとって不可欠かつ重要な意義を有するものである。それゆえ、地方自治法は、これらの公の施設の適正・公平な設置管理を図り、利用者住民の権利を確保するために、条例による特別な規律に服せしめていると考えられる。従来「营造物」利用関係とされ、行政内部的な規則による設置・管理・廃止で足りるとされていた領域について法治主義を通用させることに意義があるといえよう。

28 このような判断枠組みは、学説でも通説的な見解である。たとえば、田中二郎『新版行政法(上)全訂第2版』(弘文堂、1974年)326頁。

29 判例時報2063号4頁の匿名コメント、北見宏介『速報判例解説vol.7』(2010年)47頁参照。また高橋滋(前掲注4)153頁。

このことは、公の施設の設置、管理および廃止の権限を有する自治体の長を民主主義的なコントロール下に置くことを意味している。

公の施設の設置、管理および廃止することは本来的には執行機関による判断決定事項であり（自治法149条7号）、これに議会を関与させているのは民主主義的な統制のためであり、したがって地方議会が有する一種の行政的権限の行使と解することが適当ではないだろうか。すなわち、小学校や保育園を廃止し、あるいは水道料金を変更することは本来的には「行政庁の行為」として、「公示」等の法形式により実施することもできるものである。

その意味においては、この種の条例制定行為は、法令制定行為というよりは、一般処分ないしは計画決定に類似した法形式とみることができ³⁰。それゆえ本稿で検討対象としている条例は、いずれも具体的な長の行為を要することなく、具体的な法効果を生じさせる仕組みを採用している。

以上のような理解からすれば、この種の条例制定行為を単に一般的抽象的な立法行為と理解している諸判決は、表面的な法形式に着目するあまりこの種の条例が行政過程において有している実態ないし実質を見落しているものと言わざるを得ない。

(2) 条例の処分性に関する判断枠組み

条例の処分性について直接判断している前記の3つの最高裁判決は、若干のニュアンスの違いはあるものの、いずれも同様の判断枠組みを採用している。

第一に、条例の制定行為は、普通地方公共団体の議会が行う一般的、抽象的な法規範を定立する立法作用に属するものであり、した

30 したがって、公の施設条例に限っていえば、地方議会の固有の立法作用を「行政庁」の行為と解することは文言解釈として疑問があるとする理解（前掲注20参照）は妥当でない。

が、原則として個人の具体的権利義務に直接の効果を及ぼすものではないため、原則的には抗告訴訟の対象となる行政処分にあたらない。

第二に、他に行政庁の具体的処分をまつまでもなく当該条例そのものによってその適用を受ける特定個人の具体的な権利義務や法的地位に直接影響を及ぼすような場合には、すなわち条例の制定行為が行政庁の処分と同視できるような場合には、条例の制定行為自体をもって、抗告訴訟の対象となる行政処分と解する余地がある。

要するに、条例それ自体または条例の制定行為それ自体から、「特定の住民」に対して、直接、その「具体的な」権利義務または法的地位を左右するものであるか、どうかによって決せられることになる。言い換えれば、個別的な行政処分にどれほど近接性があるかが、問われているといつてよいであろう。

ニュアンスの違いは、「対象となる住民の特定性の範囲」の捉えかたと、条例によって影響をうける「権利義務または法的地位の具体性の内容」の理解の仕方にある。

この点につき、学説は、条例や政令など抽象的内容の規範を定立する行為であっても、処分と実質的に同視できるものであれば、それらの制定行為について処分性を認めている³¹。しかし、それ以上に具体的な分析はこれまで十分になされているといえない。

(3) 対象の特定性

旧高根町水道料金改正条例事件では、最高裁判決は、「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いとする。これに対して同事件東京高裁判決は、条例の形式で定められる供給規程の内容が、「給水契約の内容となっ

31 塩野宏『行政法Ⅱ（第5版）』（有斐閣、2010年）107頁、芝池義一『行政法読本』（有斐閣、2009年）28頁。

て水道需用者は義務を課されることになる」としている。

本件条例は、形式的には住民全体の一般的な権利義務にかかわる規範ではあるが、その実質は、別荘住民という限られた水道需用者に対する水道料金のうちの基本料金部分を決定するものである。そのことは、条例中においても一般住民と別荘住民とを区別し、基本料金を一律に定めていることから明らかである。

最高裁が、どのような理由から、限られた特定の者に対してのみ適用されるものではないとしているのか何ら言及していないため不明であるが、本件条例は、旧高根町に別荘を所有している者について簡易水道の基本料金を一律に定める内容と効果を有しており、範囲は広いものの対象は特定されているといえる³²。

次に、永田町小学校廃止条例事件で最高裁は、「本件条例は、小学校についていえば、千代田区に設置されていたすべての区立小学校（14校）を廃止し、新たに区立小学校8校を設置することを内容とするもので、その内容自体一般的なものであって特定の個人に向けられたものではない」としている。

公の施設の廃止を内容とする条例は、当該区域住民に向けられた一般的な内容と効果を有するとするこの判断は、条例という法形式である以上原則的には正当といえよう。しかし、当該条例は、14校の小学校をそれぞれ廃止する行為と8校の小学校をそれぞれ設立する行為の集合体というとらえ方も可能ではないだろうか。また、当該区域の住民をもう少し丁寧に分解すると、現在小学校に通っている児童や保護者、将来の児童や保護者、さらにはそれぞれの小学校の卒業生に対して影響を及ぼす行為である。条例はこれらの中の特定個人ないし層を対象としたものではないものの、特定の区域の児童が通学することを極めて困難にするような事情があるときは、すなわち小学校の廃止・統合の内容によっては、住民内部の特定の者

32 宇賀克也「判例解説」『平成22年度主要民事判例解説』（判例タイムズ）296頁以下も同旨と思われる。

に、特別な影響を及ぼす可能性を排除することはできないだろう。このことは、次に検討する法的地位の具体性の判断にかかわる問題である。

そうすると施設の廃止条例は一般的にもので特定個人に向けられたものではないとする論旨は正確ではない。

他方、横浜保育所廃止条例事件では、最高裁は、「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」一定の影響を与えているとして、これを条例の処分性を肯定する一つの判断材料となっている。

事件当時、横浜市が設置していた保育所の中で、本件の4保育所の民営化をするための条例改正であり、これらの保育所の児童・保護者らという特定された者を対象とする条例であるという理解であろう。

これに対して、同事件控訴審判決は、本件改正条例が施行されることにより、4保育所の存立の法令上の根拠を失わせるものであるが、「限られた特定の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に当たるものではない」ことを繰り返し強調する。すなわち、この特定性を厳格に解している。このような考えを根拠に、条例の制定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場合の例として、「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た条例」をあげているが、このようないわば狙い撃ち条例のようなきわめて例外的な場合を念頭に置いているようである。

(4) 非侵害法益

本稿で考察の対象としている3件の最高裁判決において結論を分けたのが、「非侵害法益」に対する評価の違いである。厳密な意味で対象が特定されているかどうかは別として、それぞれの条例が、

ある一定の範囲の住民のどのような利益に、どのように影響を及ぼしているか、またその程度はどうかという判断枠組みである。

公立保育所の廃止条例をめぐる一連の下級審判決では、横浜市立保育園廃止条例事件の第2審東京高裁判決などわずかな例を除いて、条例制定行為の処分性が肯定されてきた。そこでは、児童福祉法の仕組みが決め手となっている³³。

まず、高根町簡易水道事件において最高裁は、別荘住民は、地方自治法244条3項が公の施設の管理に関して平等的な取扱いを受ける権利を保障する「住民に準ずる地位にある者」であることを前提に、別荘給水契約者と別荘以外の給水契約者との間で基本料金について大きな格差をつけることは、地方自治法244条3項にいう不当な差別的取扱いにあたるものであり、このような別荘給水契約者の基本料金を改定した条例部分は、同条に違反し無効であるとしている。

これは民事訴訟における判断であるが、供給規程である本件条例が別荘給水契約者の法的地位を具体的に制限する効果を有することについては最高裁も是認しているといえることができる。

次に、永田町小学校事件において最高裁は、原告らの子が新たに就学校として指定をされた区立小学校が、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ある³⁴という事案の中で、原告ら

33 保育所の廃止・民営化をめぐる下級審諸判決は、ほぼ共通して処分性を肯定している(高橋滋(前掲注*3)149頁以下により最新の状況が把握できる)。なお、児童福祉法24条の改正の評価については、保育所入所にかかる法律関係が、市町村による措置から、市町村と保護者との間の契約関係に変わったものであり、保育所の廃止がこの契約上の保護者の理解に直接影響を及ぼすとして処分性を肯定するものと、法が保護者に付与している法的利益の観点から保育所廃止の処分性を肯定するものがある。笠木映里(前掲注26)1341号189頁参照。本最高裁判決は、本件1審判決と同様に、後者の理解に立っているものと思われる。

34 原審の事実認定によると、永田町小学校の廃止後に新たに設置され、原告らの児童が就学校として指定を受けた千代田麹町小学校は、永田町小学校から直線距離にして約800メートルしか離れていないという(判例時報1594号25頁)。

は、社会生活上通学可能な範囲内にある「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」ものの、「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」とした原審の判断を正当としている。

この点で横浜市立保育園廃止条例事件とは性格が異なることが指摘されているが、筆者は本件判決が、住民はその子女について、少なくとも社会生活上通学することができる範囲内の小学校で普通教育を受けさせる権利を有することについては是認していることに注目したい。すなわち、小学校の統廃合により、客観的にみて教育環境や通学条件等において極めて重大な不利益を子や保護者らに強いるような場合であれば、小学校の統廃合条例の制定行為であっても処分性が肯定される条例の違法性ないし違憲性の有無が審理されなければならないだろう³⁵。1997年に改正された児童福祉法の仕組みが根拠とされている。

すなわち、同法24条は、「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ね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。」とりわけ、保育所への入所承諾において保育の実施期間が指定されており、児童や保護者らにおける「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）、保護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

35 越智敏裕『アメリカ行政訴訟の対象』（弘文堂、2008年）425頁以下も、通学することができないような場合など原告の困難性が特に高いときは、例外的に処分性を認める余地を残したものであるとする。

する」とする。

以上のように児童福祉法の仕組みにより、児童・保護者は、保育の実施期間の満了まで、現に保育を受けている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ことを根拠に、これらの者についての条例の処分性を認め、これらの者だけが取消訴訟を提起できるとしている。この要素は、他の2件の事案にはない本事案における重要な特殊性であることは疑いない。また、前述のように、この点を根拠に本件最高裁判決を評価する論評が多い。しかしこれに対してはいくつかの疑問が浮上する。

第1は、本件条例は直接的には4つの保育園の廃止・民営化を内容とするものではあるが、たとえば横浜市のすべてのあるいはある区の保育園の廃止・民営化をすすめる条例であっても、児童や保護者の法的地位は認められることになるだろう³⁶。このような場合でも、条例制定行為は行政庁の処分と実質的に同視できるものと評価されるのであろうか。

第2に、条例の制定・廃止に伴う住民の権利の捉え方に対する疑問である。児童福祉法と学校教育との間には、法律の仕組みにおいて明らかな違いがあることは否定できない。多くの就学校の指定処分に対して住民（保護者）の個人の権利としては自治体に対して特定の小学校で普通教育を受けさせる権利を承認することは困難を伴うものであるとしても、この2件の裁判の本質は、公立小学校や公立保育園の廃止・統合という公権的判断の適否である。

その限りにおいては、両者の権利には質的な差異があるとはいえないのではないだろうか。

36 ただし、最高裁は「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」という表現によってこれを限定する意図も読み取れる。北見宏介（前掲注29）47頁を参照。

(5) 救済形式

条例に対してどのような争訟を選択することが適当であろうか。通常は、条例制定段階では住民の権利義務が最終的に確定せず、条例を具体的に執行する行政活動に対する抗告訴訟などの前提問題として条例の違法・違憲性を主張することになる。

これに対して、「公の施設」条例のように条例制定の段階で住民の権利義務を一定の範囲で確定し、具体的な条例執行行為を必要としない場合が問題となる。

学説においては、この種の条例のように多数の当事者が関わる紛争にあっては取消訴訟が適格的であるとか、取消判決の対世効ないし第三者効による紛争の一体的解決を重視して取消訴訟の有用性を主張するものもあるが、多くは例外的場合を除いて取消訴訟の活用に消極的であり、当事者訴訟や民事訴訟の提起によって十分な救済を図ることができるとする³⁷。また、典型的な処分に該当しない行政活動について抗告訴訟と当事者訴訟の併行活用の可能性を主張する見解もある³⁸。

このような中において、横浜市立保育園条例事件において最高裁は直截的に、抗告訴訟（取消訴訟）の有用性を展開している。

すなわち、保育所の廃止条例の効力を争う当事者訴訟ないし民事訴訟は、訴訟の当事者である保護者らと市町村との間で効力を生じるものであって、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なるのに対して、取消訴訟においては取消判決や執行停止の決定に第三者効が認められていることから当該条例の制定行為の適法性を争い得るとすることに合

37 増田稔（前掲注20）116頁。高橋滋（前掲注*3）155頁以下も参照。

38 橋本博之『改正行政事件訴訟法』（弘文堂、2004年）87頁以下。また白藤博行「『国民の権利利益の実効的救済』にかかる行政判例と学説の相剋」戒南通厚ほか編『渡辺洋三先生追悼論集 日本社会と法律学』（日本評論社、2009年）220頁は、原告の選択に委ねられるべき問題とする。

理性がある、としている³⁹。

これに対して、旧高根町水道条例事件では最高裁は、条例に対する抗告訴訟（無効確認訴訟）を否定する一方で民事訴訟を当然視している。この事件において原告らは、①条例別表において示された基本料金について規定した部分の無効確認、②市と原告らの間で未納基本料金部分等に関する債務が存在しないことの確認、③支払済みの水道料金相当額の不当利得返還の請求、④未払い水道料金がある原告らに対して、市は簡易水道の給水を停止してはならないことの請求、などを求めていた⁴⁰。

最高裁は、本件条例は地方自治法244条3項に違反するものとして無効であることを前提として、民事訴訟による前記の各請求をすることを肯定したものである⁴¹。その理由づけは明らかといえないが、同事件第1審判決を手がかりに推測できる。

これによると、水道料金は地方自治法の規定により条例で定める必要があるものの、そのような条例は、地方公共団体以外の水道事業者が定める供給規程と何ら異なるものではなく、その実質は「単なる約款」にすぎない、したがって何ら権力的作用を有するものではないから、民事訴訟により約款たる条例の効力を争うことができる、というものである。

本件は、水道料金をめぐる争いであるから、水道事業者からの料

-
- 39 この判示に対して、取消訴訟を選択することのデメリットや他の訴訟の遮断効果など言及していない問題が指摘されている。北見宏介（前掲注29）48頁。
- 40 なお、原告らは、上告審において、本件条例の無効確認を求める訴えが抗告訴訟として不適法であるとしても、行訴訟4条の当事者訴訟としては適法である主張をしたようである。この主張は、行政事件訴訟法の2004年改正を念頭において新たに追加したものと推測できるが、最高裁は、両者は別個のものであり、原告らは抗告訴訟としての条例無効確認をしたのであるから、その主張は失当であるとしている。
- 41 この判決を受けて、市町村合併によって旧高根町の権利義務を承継した北杜市は、条例を改正し別荘の基本料金を本件改正前のものに減額したとのことである。高木光（前掲注21）6頁。

金請求があった段階で自己の権利を主張し、その前提として条例の違法性を主張する当事者訴訟ないしは民事訴訟になじみやすいものであり、司法により条例の無効確認が可能であるという意味では実質的な違いはないかも知れない。しかし、抗告訴訟としての条例無効確認請求を否定することは理論的にはなお問題があると考えられる。

第 1 に、旧高根町水道条例事件において原告住民らは、条例によって「住民」の間で基本料金に差異をつける「公権的判断」に対して不服を提起しているのであって、当事者訴訟ないし民事訴訟が可能であるからという理由で、そのような判断の違法・無効を訴訟により求める途を閉ざす理由にはならないのではないだろうか（もっとも無効確認訴訟の補充性は無視しえないが）。適法な訴訟の選択という負担を過大に住民に負わすことは適切ではない。

第 2 に、判決の効力の問題である。当事者訴訟ないし民事訴訟は、水道事業者である市町村と原告ら当事者の間で効力を有するにすぎないものであって、条例の適用や運用において対象住民の間で個性があり、個々の水道料金をめぐる争いであるならばそれによい、本事案のような基本料金に差をつけることの適法性をめぐる紛争にあっては抗告訴訟によって紛争を一体的に解決する必要が高い。

ただし、保育園の廃止や小学校の廃止条例と異なり、条例制定行為を争うことを認めなくても、権利を主張する機会が後にあるという事情は、両事件と異なる点である。しかしながら、地方公共団体の意思が最終的に表明され、条例の発効と同時に水道基本料金の値上げの効果が生じているのであるから、後の段階まで争訟の提起を待たせる実質的な必要性はないであろう。

4 まとめ

(1) 処分概念と改正行政事件訴訟法

2004年に成立した改正行政事件訴訟法は、行政処分概念そのもの

については旧法をそのまま維持している⁴²。しかし、他の改正条文と関連づけると無視できない変更が実質的に加えられているように思われる。

それは原告適格に関する改正である。いわゆる処分の根拠法規によって「法律上保護される利益」に限定されていた原告適格の根拠づけが、関連法規にまでその射程が拡大している。

このことは、処分性の判断にも大きな影響を与える可能性がある。すなわち、処分性概念のもつ直接の法的効果という要素は、処分の相手方がどのような法的利益を有するかによって変わりうるものである。たとえば、本稿で検討した永田町小学校事件において、小学校廃止条例により居住地から遠く離れた小学校に通学せざるを得ない児童・保護者らと、新たに指定された就学校が近くにある児童・保護者らとが、法的には区別されている。前者であれば、条例制定は、法的に保護されている権利・利益に対する侵害効果を有する行為であり、処分性が肯定される可能性があり、処分性が肯定されるならば彼らの原告適格も肯定されるという連関がある。これに対して、後者であれば、彼らの法的地位に影響を及ぼさない、または及ぼすとしても一般的抽象的に影響にすぎず、条例制定行為の処分性が否定され、それはとりもなおさず原告適格が否定されることを意味する。

すなわち、原告適格が肯定される範囲が広がることは、処分性が肯定される範囲が広がることを意味するのである。

(2) 当事者訴訟の活用論

2004年の行政事件訴訟法改正により、公法上の法律関係に関する

42 議論としては、行政処分概念を放棄し、「行政決定」概念を採用することも提唱されていた。日本弁護士連合会編『使える行政訴訟へ』（日本評論社、2003年）149頁以下、芝池義一「行政訴訟制度改革に関する覚え書」原野昶＝浜川清＝晴山一穂『民営化と公共性の確保』（法律文化社、2003年）79頁以下、参照。

確認訴訟が当事者訴訟の一つとして明示された。法律関係に関する訴訟の中に確認訴訟が含まれることは以前から承認されてきたことであり、この改正は確信的な意味合いをもつにすぎない。しかし、このことは、確認訴訟の形式による当事者訴訟の活用を図ることに向けて立法者からの強いメッセージが示されたものという理解がなされている⁴³。

かねてより当事者訴訟の活用を主張していた高木光教授は、行政立法、行政計画、行政指導など処分に該当しない各種の行政活動に対して「確認訴訟」の有効性を論じ、これまで処分性の有無が争点となった事件、たとえば土地区画整理事業計画事件（最高裁昭和41年判決）、墓地埋葬等に関する通達事件（最高裁昭和43年判決）、用途地域指定事件（最高裁昭和57年判決）、採用内定取消し事件（最高裁昭和57年判決）、地区計画事件（最高裁平成6年判決）、公共施設管理者の同意事件（最高裁平成7年判決）、住民票の続柄記載事件（最高裁平成11年判決）などは確認訴訟を認める方向で見直されるべきであり、さらに処分性が肯定された近時の最高裁の諸判決（2項道路事件に関する最高裁平成14年判決、労災就学奨護費に関する最高裁平成15年判決、検疫所長の通知に関する最高裁平成16年判決など）などは、本来は、確認訴訟によって紛争を解決すべき事案であるとしている⁴⁴。

しかし、法改正後間もないこともあり、当事者訴訟としての「公法上の法律関係に関する確認訴訟」が活用されているとは少なくとも現時点ではいえないところである。この改正は具体的なことを何も述べておらず、結局は解釈論に委ねられており、どのような確認訴訟なら適法なのか不明確なままであるという指摘がなされている

43 橋本博之『解説改正行政事件訴訟法』（弘文堂、2004年）84頁、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。

44 たとえば、高木光（前掲注4）90頁以下。土地区画整理事業計画の処分性を肯定した最高裁平成20年判決についても同様であろう。

が正当であろう⁴⁵。そもそもこのような確認訴訟が抗告訴訟の補完するにすぎないものか、典型的な処分をめぐる紛争以外について広範に用いられるべきものなのか、抗告訴訟中心主義との関係でどのように位置づけられるべきなのか、今後の議論に委ねられている問題が多く存在している。

また、確認訴訟を含む当事者訴訟には第三者効がないことによる紛争の終局的な解決が困難であるという重大な問題に、当事者訴訟活用論は答えていないように思われる。本稿で検討している紛争状況は、多数の「当事者」がかかわるものであり、横浜市立保育園条例事件で最高裁が述べているように被告となった行政上の法主体と原告らとの間だけの法律関係に解消できないというべきである。

(3) 実効的な救済の観点

「公の施設」を廃止する条例にあっては、公法上の当事者訴訟が有効に機能せず、利害関係者の実効的な権利救済がなされない可能性を指摘しなければならない。横浜市立保育園条例事件や永田町小学校条例事件に典型的なように、訴訟係属中に、保育園や小学校が物理的に廃止され、あるいは民間委託されて原状回復が困難となるような事態は容易に想定でき、このような場合にあっては訴えの利益の消滅し、あるいは損害賠償によってしか救済される途はなくなってしまうことが考えられる⁴⁶。

このような事態にあって有効な手だては、2004年の行政事件訴訟法の改正で採用された差止め訴訟（行訴3条7項）であり、仮の救済手段としての仮の差止めの申立てであろう。これらの手段は、い

45 阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』（有斐閣、2009年）315頁以下。

46 たとえば、大阪府大東市の市立保育園を廃止する条例制定行為の処分性を肯定しつつも、裁量権の逸脱・濫用はないとして保育園廃止「処分」は適法であるとした大阪高裁平成18年4月30日判決（判例地方自治282号55頁）は、保護者らとの間の公法上の契約について市の債務不履行に基づく損害賠償責任を肯定している。

ずれも、いうまでもなく公権力の行使に関する不服の訴訟（行訴3条1項）の一類型として構成されており、処分等がなされることによって事後の金銭賠償では回復できないような重大な損害が生じるおそれがあり、その損害を避けるために他に適当な方法がない場合に限られているとはいえ、小学校や保育園の廃止統合行為に対する訴訟形式として適格的であろう⁴⁷。

また、仮の救済制度がどの程度整備されているかも、実効的な権利救済の観点にとっては重要な問題である。公法上の当事者訴訟や予防的確認訴訟にあつては、明文上、仮の救済手続は用意されていない。公権力の行使の予防を目的とする確認訴訟においてそもそも仮の救済が認められるのか、認められるとしてもいかなる要件となるのかなど未解決の問題が残っている⁴⁸。

これに対して、処分に対する差止め訴訟においては、「仮の差止め」が新設された（行訴37条の5）。その要件はハードルが高いものの、公の施設の廃止条例を争う際の大きなメリットであろう⁴⁹。

(4) むすびに代えて

本稿は、多種多様な条例の中で「公の施設」に関する条例という対象に限定して、争訟対象性を検討してきた。

その要点は、典型的な処分とはいえない各種行政活動については取消訴訟の過重負担から脱却して当事者訴訟を活用すべしという魅力ある議論が多数主張されている中で、しかし筆者は、行政活動は原則として抗告訴訟によって争えるものは争うようにすることを基

47 もっとも実際の利用可能性については、差止め訴訟の訴訟要件、差止め判決要件、判決の効力などクリアすべき課題は多い。さしあたり園部逸夫・芝池義一編『改正行政事件訴訟法の理論と実務』（ぎょうせい、2006年）185頁以下（高安秀明執筆）参照。

48 園部・芝池（注47）219頁。

49 この問題については大沢光「保育所廃止における仮の差止めの可能性」名古屋大学法政論集225号（2008年）222頁以下を参照。

本として、それではカバーできない領域や行政活動について補充的に当事者訴訟の可能性を追求すべきではないかというスタンスがベースになっている。その理由は、抗告訴訟とりわけ取消訴訟について規定されている様々な制度（たとえば取消判決の第三者効など）は、行政の決定により多数の当事者に関する法律関係に関する紛争を、「一回的・一体的解決」などの要請に基づくものであって、このような制度は、まさに行政立法・計画・条例などをめぐる紛争にこそ意義があるものであって、当事者訴訟（確認訴訟）の方法では十分な救済が困難ではないかということにある⁵⁰。もっとも抗告訴訟と当事者訴訟の相互排他的運用がなされるべきではないという主張もあり⁵¹、今後の確認訴訟の運用によって問題点がクリアになっていく可能性もあるが、現時点で当事者訴訟を主張することは、両訴訟の間でのキャッチボールが始まり、国民の権利救済の充実には寄与しない可能性が高いと思われる⁵²。

第2に、横浜市立保育園条例事件最高裁判決の分析を通じて、そこで示された枠組みは、条例の処分性議論に大きな変容をもたらすものであるという視点から、小学校廃止条例と水道料金改正条例をみるといずれも処分性が肯定されてしかるべきという点である。

すなわち、いずれの条例も当該地方公共団体における一定範囲に限定される「特定された住民」に対する効果を有していること、その住民の権利義務を終局的に決定する効果を有していること、そし

50 南・高橋（前掲注2）66頁以下（高橋滋執筆）。阿部泰隆（前掲注45）64頁、136頁。他方、石垣智子（訟務検事）「判例解説」『平成21年度行政判例解説』（ぎょうせい、2011年）67頁は、条例の取消判決の第三者効によって、当該条例の適法・有効を考える者に対しては不利益を与える危険性もはらんでいるとする。しかし違法な条例が存続しえないのは当然のことであり、第三者の手続保障など別途考えるべき問題であろう。

51 橋本博之（前掲注38）88頁。

52 阿部泰隆（前掲注45）69頁以下参照。阿部は救済ルールを明確にするためのアイデアとして「違法是正訴訟」を提案する（74頁）。

て条例の内容をさらに具体化する行政機関の処分は予定されていない仕組みであること、また、早期にかつ一体的に解決する必要性が高いものであること、という点で共通している。したがって、前述したようにこれらの条例は形式的には地方議会による立法的作用ではあるが、実質的には「地方公共団体の機関による処分」と異なるものではない。

条例は地方議会制定法であって「行政庁」の行為と呼ぶことに無理があり、また条例は本来は有効無効のいずれかしかなく「取消し」の対象とはなりえないとする見解⁵³は、本来的な立法行為である条例については妥当するものではあるが、しかしすべての条例がこのようなものではないことには注意を要する。特に、公物管理条例は実質的には行政庁の行為と理解されるべきものであり、そのほかにも住民の具体的な権利義務を規律する「処分的な行為」を条例の形で一般的に定立することも予想される。

第3に、条例の争訟形式について、抗告訴訟がベターであるとする理由は、例外的ではあっても差止め訴訟の提起が可能となり、ひいては仮の救済として仮の差止めが認められうる利点があるという点である。2004年の行政事件訴訟法改正により行政法上の紛争を早期に解決することが国民の実効的な救済につながるという視点が立法化された。小学校や保育園その他の公の施設を廃止するような条例制定に対して住民による早期の法的統制の機会を開く工夫が解釈論には求められるだろう。

もともと行政法の仕組みは、行政庁と相手方私人との二面関係を念頭において形成されたものであるが、近年解釈論や法改正により三面関係も一部を取り込んで発展してきている。これに対して、都市計画や条例制定行為など多数当事者を相手とする行政活動を行政法制度にどのように位置づけるかについては課題が多い。とりわ

53 たとえば、山田洋（前掲注20）138頁。

け、これらの行政活動を取消訴訟制度の土俵にのせた場合に派生する取消訴訟の排他性、出訴期間、違法性の承継など多くの訴訟法的な諸問題のほか、「処分」を中心に形づくられている行政手続法と行政不服審査法における「処分の標準装備」を周辺部分の行政活動に対して適用することの是非などである⁵⁴。これらはいずれも困難な課題であるが今後の研究課題である。

54 塩野宏（前掲注31）119頁以下は、「処分の周辺部分」と標準装備を連動させないことは、「取消訴訟制度を含む行政制度の根幹を揺るがすこと」にもつながると、ある種の危惧を表明している。また山本隆司（前掲注11）は、行政争訟法制と行政手続法制における「処分」の一体的理解の必要性を指摘している（法学教室335号56頁以下）。