

〔研究ノート〕

## 市立保育所廃止条例制定行為の処分性 －最高裁第1小法廷平成21年11月26日判決－

大竹 昭裕<sup>1)</sup>

### Whether the Enactment of an Ordinance to Abolish Municipal Nursery Centers May Be the Subject of a Protest Suit —Judgment rendered by the First Petty Bench of the Supreme Court on November 26, 2009—

Akihiro Otake<sup>1)</sup>

#### Abstract

The first Petty Bench of the Supreme Court ruled on November 26, 2009 that the enactment of an ordinance to abolish certain municipal nursery centers falls under an administrative disposition, against which a suit (protest suit) may be filed pursuant to Article 3 of the Administrative Case Litigation Act. This ruling is significant since it is the first case in which the Supreme Court acknowledged the enactment of an ordinance, which is a legislative function of a local government council, as being the subject of a protest suit. This paper has reviewed this ruling to a certain extent by taking into consideration conventional theories and judicial precedents. The points indicated in this paper include the following: that in this ruling, the judgment, which was made as a prerequisite for determining whether the enactment qualifies as the subject of a protest suit and which concerns the legal status of the children currently receiving childcare as well as their parents, is also worthy of attention; that this ruling almost directly adheres to the standard for determining qualification to be the subject of a protest suit, as extracted from the Supreme Court judgment made on July 14, 2006; and that while this ruling can be said to be in line with the trend in judgments to treat the question as to whether a matter may be the subject of a protest suit with flexibility; however, certain issues with this ruling still remain unsolved.

(J.Aomori Univ. Health Welf. 11 : 111 – 119, 2010)

キーワード：処分、条例制定行為、保育所廃止

Key Words : disposition, enactment of an ordinance, abolishment of nursery centers

#### 要旨

最高裁第1小法廷は、2009(平成21)年11月26日、特定の市立保育所を廃止する条例の制定行為が行政事件訴訟法3条による訴訟(抗告訴訟)の対象となる行政処分に当たるとの判断を下した。この判決は、最高裁が地方公共団体の議会による立法作用である条例制定行為について処分性を肯定した初めての判決として、重要性をもつ。本稿では、この判決について、従来の学説や判例を踏まえながら若干の検討を行った。この判決では、処分性判断の前提として下された、現に保育を受けている児童及び保護者の法的地位に関する判断も注目されること、この判決は2006(平成18)年7月14日の最高裁判決から引き出される条例制定行為の処分性判断基準をほぼそのまま踏襲したものであるこ

---

1) 青森県立保健大学健康科学部社会福祉学科

Department of Social Welfare, Faculty of Health Sciences, Aomori University of Health and Welfare

と、また、この判決は「処分性」を柔軟に捉える判例の傾向に即したものといえるが、そこには幾つかの課題があることなどを述べた。

## I. はじめに

市が設置する保育所のうち4保育所を廃止する旨の条例制定による保育所廃止処分の取消し等を求めた「横浜市立保育園廃止処分取消請求事件」において、最高裁判第1小法廷は、2009（平成21）年11月26日、本件条例制定行為が行政事件訴訟法3条に定める抗告訴訟の対象となる行政処分にあたるとの判断を下した<sup>1)</sup>。地方公共団体の議会が行う立法作用である条例制定行為については、後に見るように、例外的に処分性が認められる場合があるとするのが学説の通説であったものの、最高裁が審理の対象となった条例の処分性を肯定したことはなかった。本判決は、最高裁が条例制定行為の処分性を肯定した初めての判決であり、極めて重要性をもつものと思われる。本稿では、本判決について従来の学説や判例を踏まえつつ若干の検討を行うこととしたい。

ところで、地方公共団体の行財政改革の必要性や保育ニーズの多様化への対応などを背景に全国各地で公立保育所の「民営化」が進められてきているが<sup>2)</sup>、これに対する反対運動も起こっており、中には裁判に発展する例も見られる。「民営化」の形態には、その管理運営を民間事業者へ委託する方式（公設民営化方式）や公立保育所を廃止し土地・施設等を民間事業者に移譲する方式（民設民営化方式）などがあるが<sup>3)</sup>、特に後者の方式をめぐる

- ① 大阪府高石市事件第1審判決<sup>4)</sup>（大阪地判平成16（2004）年5月12日）
  - ② 大阪府高石市事件控訴審判決<sup>5)</sup>（大阪高判平成18（2006）年1月20日）
  - ③ 大阪府大東市事件第1審判決<sup>6)</sup>（大阪地判平成17（2005）年1月18日）
  - ④ 大阪府大東市事件控訴審判決<sup>7)</sup>（大阪高判平成18（2006）年4月20日）
  - ⑤ 大阪府枚方市事件第1審判決<sup>8)</sup>（大阪地判平成17（2005）年10月27日）
  - ⑥ 大阪府枚方市事件控訴審判決<sup>9)</sup>（大阪高判平成18（2006）年4月27日）
  - ⑦ 横浜市事件第1審判決<sup>10)</sup>（横浜地判平成18（2006）年5月22日）
  - ⑧ 横浜市事件控訴審判決<sup>11)</sup>（東京高判平成21（2009）年1月29日）
  - ⑨ 仙台市事件第1審判決<sup>12)</sup>（仙台地判平成21（2009）年9月28日）
- などの判決が下されている<sup>13)</sup>。本判決は⑧判決に対する

上告審判決であるが、①判決～⑦判決がいずれも市立保育所を廃止する条例の処分性を認めていたにもかかわらず、⑧判決はこれを否定する判断を示し、また、⑧判決で展開された条例制定行為の処分性否定の議論が同様に処分性を否定した⑨判決に影響を与えていた<sup>14)</sup>と見られるだけに、下級審段階での判断の対立に対して最高裁がどのような対応をとるかが注目されていたのである<sup>15)</sup>。

## II. 事案の概要

本判決によれば、事案の概要は次のとおりである。

Y市（横浜市、被告・控訴人・被上告人）は、その設置する保育所のうち4つの保育所（以下、「本件各保育所」という）を「民営化」の対象とすることとし、2003（平成15）年12月18日のY市議会の議決を経て「横浜市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）を制定し、同月25日にこれを公布した。本件改正条例は、Y市が設置する保育所の名称及び位置を定める「横浜市保育所条例」の別表から本件各保育所に係る部分を削除するもので、2004（平成16）年4月1日から施行された。これに伴い本件各保育所は廃止され、社会福祉法人に移管された（本件各保育所の土地は無償貸与、建物は有償譲渡、備品は無償譲渡）。本件各保育所で保育を受けていた児童又はその保護者であるX（原告・被控訴人・上告人）らは、本件改正条例制定行為はXらが選択した保育所において保育を受ける権利を違法に侵害するものであるとし、当該条例制定行為が行政事件訴訟法3条2項にいう「処分」に該当するとしてその取消しを求めると同時に、本件改正条例制定行為等による精神的苦痛に対する国家賠償を求めて出訴した。

第1審横浜地裁は、本件改正条例の制定行為を行政事件訴訟法3条2項の「処分」に当たるとし、同処分には民営化実施時期について裁量権の逸脱・濫用があり違法であるとしたが、本件各保育所の廃止以降2年余りが経過していることから、本件改正条例制定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31条1項）によりXらの取消請求は棄却した。但し、保護者の精神的苦痛に対する損害賠償義務を認め、国家賠償請求を認容した。

Yの控訴に対し、原審東京高裁は、本件改正条例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して、本件訴えのうち本件改正条例制定行為の取消しを求める部分を却下すると同時に、第1審判決が国家賠償

請求を認容した部分を取り消してその請求を棄却した。そこで、Xらが上告した。

### Ⅲ. 判 旨

最高裁第1小法廷は、次のように判示して上告を棄却した。

(a) 児童福祉法(平成20(2008)年法律85号による改正前のもの)24条1項～3項によれば、「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」。これは、「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、……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うことができる」。

(b) 「公の施設である保育所を廃止するのは、市町村長の担当事務であるが(地方自治法149条7号)、これについては条例をもって定めることが必要とされている(同法244条の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うことができる」。

(c) 「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」。

(d) 「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あたると解するのが相当である」。「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」。

なお、国家賠償請求に関する上告受理申立て理由は、上告受理決定で排除されている。

### Ⅳ. 検 討

#### 1. 学説・判例の状況

「抗告訴訟」とは、「行政庁の公権力の行使に関する不服の訴訟」をいうが(行政事件訴訟法3条1項)、その対象となる行政処分の意味について、判例は「公権力の主体たる国又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或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」<sup>16)</sup>をいうとしてきた。

条例制定行為などの立法行為がこれに当てはまるかについては、それらは一般的抽象的な規範を定立するもので「行政庁の処分」(同法3条2項)に該当しないとし、「もし仮に、行政庁の処分と同じように直接国民の権利義務に変動を生ずるような法律または条例があるとすれば、その場合の救済は、現在の法律関係に関する訴え……において、その前提問題として、その効力を争う方法によるべきである」<sup>17)</sup>とする見解もあるが、「立法行為の形式をとるものであっても、単なる一般的抽象的な規範の定立ではなく、行政庁の具体的な行為をまたずに直接国民の権利利益に具体的な影響を及ぼすものは、純粋な立法ではなく立法の形式をかりた処分というべきもの」<sup>18)</sup>



として、実質的に見て具体的処分と同視し得る場合には処分性を認めるべきであるとするのが通説<sup>19)</sup>となっていた。

最高裁の判例では、14の区立小学校全部を廃止し新たに8つの小学校を新設する条例が抗告訴訟の対象となる処分には当たらないとした原審の判断を正当として是認した2002（平成14）年4月25日の千代田区立小学校廃止事件判決<sup>20)</sup>（以下、「2002年判決」ともいう）、水道の基本料金について別荘に係る給水契約者とそれ以外の者との間に大きな格差を設ける条例の制定行為が行政処分には該当しないとした2006（平成18）年7月14日の旧高根町簡易水道事業給水条例事件判決<sup>21)</sup>（以下、「2006年判決」ともいう）がある。しかし、両判決ともに審理の対象となった条例ないしその制定行為の処分性は否定しているものの、条例制定行為の処分性全般に関する判断が示されていたわけではないため、最高裁の立場は必ずしも明瞭なものではなかった。

これに対し、公立保育所の廃止をめぐる前記①判決～⑨判決では、すでに述べたように、①判決～⑦判決は処分性を肯定し、⑧判決・⑨判決はこれを否定していた。

## 2. 条例制定行為の処分性肯定の論理

本判決は、Xらの訴えの利益が失われていることを理由に上告を棄却したもの（判旨（d））、Xらが保育実施期間満了まで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前提に（判旨（a））、本件改正条例が本件各保育所廃止のみを内容とし、その施行が各保育所廃止の効果を発生させ、各保育所に現に入所中の児童及び保護者という限られた特定の者に対して、直接、上記法的地位を奪う結果を生じさせることを理由に本件改正条例制定行為の処分性を肯定し（判旨（b））、処分の取消判決や執行停止の決定に第三者効が認められることをもって、その結論の合理性の裏づけとしている（判旨（c））。

### 2-1. 現に保育を受けている児童及び保護者の法的地位（判旨（a））について

行政解釈によれば、1997（平成9）年の児童福祉法改正により、保育所入所の方式は基本的に措置という行政処分から公法上の利用契約関係に変わったとされる<sup>22)</sup>。これに対し、学説では、市町村が入所要件該当性を審査し、入所の優先順位の判断を行った上で入所決定がなされ、これにより保育所入所の効果が生じることから、入所決定は依然として行政処分であると見るべきだとする見解が有力であるが<sup>23)</sup>、行政処分と契約とは両立し得る

とし、保育所入所決定が行政処分だとしてもその後の保育所利用関係を踏まえれば契約的要素を否定できないとの見方もある<sup>24)</sup>。この点について、下級審では、これを行政処分とするもの（②判決・⑥判決）と公法上の契約とするもの（①判決・③判決～⑤判決）とがあったが、本件の第1審判決である⑦判決は、「保護者からの入所申込みに応じない場合の決定や保育の実施を解除する措置は、いずれも行政処分として運用」されていることなどを挙げて、「保育所入所後の利用関係を直ちに契約関係といい得るかは疑問」としていた。本判決では、この点への言及はなされていない（⑧判決・⑨判決も同様）。

しかし、本判決は、児童福祉法24条が「保護者の選択を制度上保障したもの」と解し、「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」とし、「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」が「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」ことを認めた。保護者等の法的地位については下級審の判決でも言及されていたが、「保育所が存続する限りとの条件付き」（④判決）とするものが見られた。その点、最高裁がこのような留保なしに児童・保護者の法的地位を認め、特定の者のこの法的地位を直接奪う結果となることを本件改正条例制定行為の処分性肯定の根拠としていること（判旨（b））は、注目に値する<sup>25)</sup>。

ところで、2002年判決は、「本件条例は一般的規範にはかならず、……本件条例が抗告訴訟の対象となる処分には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」として保護者らの上告を退けた。同じく地方公共団体が設置する公の施設の廃止、しかも学校という類似の施設の廃止であるにもかかわらず結論を異にするのは、2002年判決の場合は学校選択権のない学区制の下でのケースで、それ故に「上告人らは、被上告人……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」とされたのに対し、本判決の場合は、児童福祉法24条を根拠に保護者の選択の保障を認めることができ、そこから「保育所で現に保育を受けている児童及びその保護者」の「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」を引き出し得たという違いに由来するといえよう<sup>26)</sup>。

ただ最近では、小学校・中学校について「学校選択制」を導入する地方公共団体も見られる。保護者の選択の保障の有無が児童・生徒や保護者の法的地位を決定的に

左右するとすれば、「学校選択制」の下で入学した公立小中学校を廃止する条例制定行為が争われた場合、本判決と同様の論理が展開されることになるのかどうか<sup>27)</sup>。同じく選択を認めるものであるとしても、その根拠となる法制の違い<sup>28)</sup>により異なった判断となる可能性も高い。ここでの児童・保護者の法的地位に関する判断は、児童福祉法 24 条という根拠をもった保育所に限定されたものと見た方がよいであろう。

なお、判旨（a）で認められた児童及び保護者の法的地位は、本判決自らが「保育の実施の解除がされない限り（同法 33 条の 4 参照）」との留保を付しているように、全く無制限なものではありえない<sup>29)</sup>。児童及び保護者の法的地位に関する判断は条例の違法性判断にも重大な影響を及ぼすとし、「本判決の判示内容を正面から受け止めれば、保護者・児童らの意思を尊重し、廃止について同意が得られない場合には、正当事由と代償措置が必要であるとした横浜地裁判決〔本件第 1 審判決（⑦判決）－引用者〕の違法性判断基準こそがバランスのとれた優れた基準として正当性を有する」<sup>30)</sup>との指摘も見られるが、この法的地位の制約がどのような条件の下で許容されるかは判旨から明らかであるとはいえず、今後の判例の展開に待つほかない。

## 2-2. 条例制定行為の処分性の判断基準（判旨（b）について）

本件改正条例制定行為の処分性を肯定する判断が示されているのは判旨（b）であり、本件改正条例の「制定行為は、行政庁の処分と実質的に同視し得る」と結論づけられている。

同じく条例制定行為の処分性が問題となった 2006 年判決は、「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」としていた。この判決は、必ずしも明示的ではないものの、「処分性を認めるにあたり、権利義務に直接的な影響が及ぶこと（法効果の具体性）だけでは十分でなく、名宛人が特定されていること（個別性）がかなり厳格に要求」<sup>31)</sup>されたものと捉えられ、そこから、「今後は条例の処分性が基本的に一律に否定される方向に判例が展開される可能性がある」<sup>32)</sup>との指摘や、「条例制定行為については、抗告訴訟により直接争うことはかなり困難」<sup>33)</sup>、「条例そのものを対象とする訴訟を行うためには法律による制度創設が必要」<sup>34)</sup>との

指摘もなされていた。

条例制定行為の処分性判断に際して「条例の効果の具体性（個人の権利義務に対する直接具体的な影響）」・「個別性（名宛人の特定）」<sup>35)</sup>を基準とする立場は、その後、本判決の原審判決である⑧判決に基本的には受け継がれていくが<sup>36)</sup>、それは条例制定行為の処分性肯定の余地をほとんど断ち切るに等しい極めて限定的なものとなった。すなわち、「仮に、行政庁の具体的な処分を待つまでもなく、条例それ自体によって、その適用を受ける特定の個人の権利義務ないし法的地位に直接具体的な影響を及ぼす場合について、例外的に条例制定に処分性を認める余地があるとしても、条例制定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」<sup>37)</sup>というのである。そして、⑧判決のこの立場がさらに⑨判決に引き継がれたことは、すでに述べたとおりである。

これに対し、本判決では、条例の施行が「各保育所廃止の効果を発生させ、……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……法的地位を奪う結果を生じさせる」という「条例の効果の具体性（個人の権利義務に対する直接具体的な影響）」とそれが「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」に対するものであるという「個別性（名宛人の特定）」が充たされることをもって「行政庁の処分と実質的に同視し得る」としており、2006 年判決から引き出される条例制定行為の処分性判断基準がほぼそのまま踏襲されているといえる。

しかし、そうだとすると、審理の対象となった条例制定行為の処分性が否定され、さらには条例の処分性の一律否定さえ予想された 2006 年判決と同じ判断基準の下で、なぜ本判決で処分性を肯定できたのが問題となろう。この点について、2006 年判決は、「条例の形式で定められた約款のように……反復継続して適用・執行されるものの処分性を否定したもの」<sup>38)</sup>との見方がある。このような見方との対比でいえば、本判決のケースは、条例である以上、形式的には名宛人が一般化されて広がりを持つものの、本件改正条例で行われるのは特定の保育所の廃止という 1 回限りのものであり、その結果として、実際に法的地位に直接的影響を受けることになる者の範囲を現に保育所に入所中の児童及びその保護者に絞り込むことができた、ということが大きかったと思われる。

る<sup>39)</sup>。

2006年判決のケースでも、水道の基本料金を改定する当該条例の制定によって具体的な財産権に直接的影響を及ぼすこと（「条例の効果の具体性」）は比較的容易に立証しえたであろう。結局、条例制定行為の処分性の結論を左右するのは「個別性」の要件の満足如何ということになる。今後、公立保育所廃止とは異なる条例の処分性が争われる場合、この点をいかに立証するかが問われることになるだろう。

### 2-3. 条例制定行為の処分性肯定の合理性（判旨（c）について）

判旨（c）は、処分の取消判決や執行停止の決定に第三者効が認められることをもって、条例制定行為の処分性を肯定して取消訴訟でその適法性を争い得るとすることの合理性の裏づけとしている。学説からは、「取消訴訟は、個別児童に対する保育を求める給付訴訟や確認訴訟などの当事者訴訟によるよりも、多数の当事者が関わる紛争の実質に適合的<sup>40)</sup>との指摘がなされてきており、本判決については、「多くの当事者の関わる公の施設であっても、個々の利用者の法的な利益の侵害があれば、場合によっては廃止を止めて第三者効を確保することも辞さないという……実効性のある権利救済を実現することに対する最高裁の意気込みが感じられる<sup>41)</sup>」との評価も見られる。

しかし、本判決の原審である⑧判決は、条例制定行為に処分性を認めることに伴う公定力や不可争力の問題を挙げ、処分性を肯定できないことの理由の一つとしていた。学説には、条例制定行為に処分性を認めたとしても「取消訴訟でしか争えないという意味での公定力は随伴しないと考えるべき」で「これまでどおり民事訴訟や公法上の当事者訴訟において条例の違法を理由とする実体法上の請求をすることは遮断されない」とする見解<sup>42)</sup>も見られるが、本判決はこの点について言及しておらず、最高裁が処分性肯定に伴う公定力などの問題をどう認識しているかは不明である<sup>43)</sup>。本判決が原審の判断とは全く逆の判断を示すものである以上、その合理性をいうだけではなく、原審の判断を支えていた論拠についての見解も明示すべきではなかったかと思われる<sup>44)</sup>。

## V. 結びにかえて

以上、あくまで例外的なものとしてはあるが、最高裁として初めて条例制定行為の処分性を肯定し、それが抗告訴訟の対象となる行政処分に当たるとの判断を下し

た判決について、極めて簡単ながら検討を行ってきた。そして、最高裁が、その判断の前提として、児童福祉法24条の下で「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」が「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」という注目すべき判示をしていたことも確認してきた。

ところで、2004（平成16）年の行政事件訴訟法改正に際して、義務付け訴訟・差止め訴訟が法定されたものの、抗告訴訟で問題とされる「処分性」については何ら改正が行われなかった。しかし、この法改正の前後から「処分性を柔軟に解して取消訴訟の途を開く最高裁判例<sup>45)</sup>」が相次いで登場してきているのも事実で、最近の土地区画整理事業計画大法廷判決<sup>46)</sup>はその典型例といえる。本判決も、「処分性」を柔軟に捉える判例の流れの中に位置づけられるといえよう。しかし、行政計画や本来は立法行為に当たる条例制定行為などが行政処分に含まれ得るということになると、行政事件訴訟法上の「処分」概念と講学上の行政行為概念とはどのような関係に立つことになるのか、この点について改めて検討し直す必要も出てこよう<sup>47)</sup>。

また、本件改正条例制定行為の処分性が承認されたとすると、公立保育所廃止のような事例についてより実効的な救済を図る上では、差止め訴訟の提起や執行停止・仮の差止めなどの仮の救済の重要性が高まると考えられる<sup>48)</sup>。学説の側でもその許容性に関する検討が求められるという指摘<sup>49)</sup>は、尤もだといえよう。ただ、処分性が認められ抗告訴訟の対象とされることが、公法上の当事者訴訟や民事訴訟との関係にどのような影響を及ぼすのかは、前述したように本判決からは不明である。救済の実効性の観点から見た場合、訴訟類型が訴訟手続効率化のための便宜的区分に過ぎないとすれば、当事者による訴訟類型の選択に裁判所がどう関わるかを含め、訴訟類型全般の見直しが求められることになるのかもしれない<sup>50)</sup>。

〔受理日：22年12月10日〕

### 〈注〉

1）最一小判平成21（2009）年11月26日民集63巻9号2124頁。なお、以下では原則として、法令の公布年や判例表示は「元号（西暦）」の形で、著書・論文の発行年は西暦で、それら以外は「西暦（元号）」という形で表記する。また、判例・文献等に漢数字で表記されている場合でも、適宜アラビア数字に置き換えて引用する。

2）厚生労働省「平成20年社会福祉施設等調査結果の



- 概要」によれば、2003（平成15）年10月1日現在で、公営保育所12,236施設、私営保育所10,155施設、合計22,391施設だったが、2008（平成20）年10月1日現在では、公営保育所10,935施設、私営保育所11,963施設、合計22,898施設となっている。  
<http://www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/fukushi/08/index.html>
- 3) 三野 靖「公立保育所民間移譲判決の比較検討」自治総研347号（2007年）17～18頁参照。なお、この論文は、本文中の①判決～⑦判決（注4）～注10）を詳細に分析しており有益である。
  - 4) 大阪地判平成16（2004）年5月12日判例地方自治283号44頁。
  - 5) 大阪高判平成18（2006）年1月20日判例地方自治283号35頁。
  - 6) 大阪地判平成17（2005）年1月18日判例地方自治282号74頁。
  - 7) 大阪高判平成18（2006）年4月20日判例地方自治282号55頁。
  - 8) 大阪地判平成17（2005）年10月27日判例地方自治280号75頁。
  - 9) 大阪高判平成18（2006）年4月27日判例集未登載、三野・前掲論文注3）58頁以下参照。
  - 10) 横浜地判平成18（2006）年5月22日判例タイムズ1262号137頁。
  - 11) 東京高判平成21（2009）年1月29日判例時報2057号6頁。
  - 12) 仙台地判平成21（2009）年9月28日。  
<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20091006154411.pdf>
  - 13) これらのほかに、条例の執行停止や条例制定行為の差止め・仮の差止めの申し立てに対する判断の例として、東京高決平成16（2004）年3月30日判例時報1862号151頁、神戸地決平成19（2007）年2月27日賃金と社会保障1442号57頁、大阪高決平成19（2007）年3月27日（<http://www.courts.jp/hanrei/pdf/20071016160701.pdf>）などがある。
  - 14) 田村和之「解説／横浜市保育所廃止（民営化）事件 2009年11月26日最高裁判決」月刊保育情報398号（2010年）13頁。
  - 15) なお、公立保育所民営化問題全般については、田村和之『保育所の民営化』（信山社、2004年）参照。また、保育行政における公共性の観点から公立保育所の廃止・民営化を批判するものとして、蔡 秀卿「保育行政の公共性－公立保育所の廃止・民営化裁判を手がかりにして」名古屋大学法政論集225号（2008年）155頁以下参照。
  - 16) 最一小判昭和30（1955）年2月24日民集9巻2号214頁。なお、最一小判昭和39（1964）年10月29日民集18巻8号1809頁参照。
  - 17) 杉本良吉「行政事件訴訟法の解説」法曹時報15巻3号（1963年）36頁。条例の処分性肯定に疑問を示す見解として、園部逸夫編『注解行政事件訴訟法』（有斐閣、1989年）19頁（山田洋）、増田稔「最高裁判所判例解説33」法曹時報60巻10号（2008年）169頁など。
  - 18) 越山安久「抗告訴訟の対象」鈴木忠一・三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座9』（日本評論社、1983年）44頁。
  - 19) 越山・前掲論文注18）43～44頁、田中二郎『新版行政法 上巻 全訂第2版』（弘文堂、1974年）326頁、芝池義一『行政法読本』（有斐閣、2009年）283頁、宇賀克也『行政法概説Ⅱ 行政救済法〔第2版〕』（有斐閣、2009年）160頁、塩野宏『行政法Ⅱ〔第5版〕』（有斐閣、2010年）107頁など。
  - 20) 最一小判平成14（2002）年4月25日判例地方自治229号52頁。
  - 21) 最二小判平成18（2006）年7月14日民集60巻6号2369頁。
  - 22) 例えば、児童福祉法規研究会編『最新 児童福祉法 母子及び寡婦福祉法 母子保健法の解説』（時事通信社、1999年）166頁以下。
  - 23) 西村健一郎『社会保障法』（有斐閣、2003年）453頁。衣笠葉子「公立保育所の民営化」近畿大学法学55巻1号（2007年）154頁、岡村世里奈「社会保障法判例」季刊社会保障研究42巻1号（2006年）95頁なども保育所入所決定を行政処分と見る。なお、秋元美世「保育制度改革と児童福祉法の改正－保育所措置制度の見直しをめぐって」法律時報69巻8号（1997年）27頁以下参照。
  - 24) 菊池馨実「『措置から契約へ』が意味するもの－法学的アプローチ」月刊福祉83巻13号10～11頁。給付行政における行政処分と契約との複合的関係を指摘した先駆的業績として、山田幸男「給付行政法の理論」『岩波講座 現代法4 現代の行政』（岩波書店、1966年）49～52頁。その他、小早川光郎「契約と行政行為」『岩波講座 基本法学4－契約』（岩波書店、1983年）127～128頁、木佐茂男「保育所行政からみた給付行政の法律問題」公法研究46号（1984年）160～161頁、交告尚史「演習行政法」法学教室289号（2004年）161頁、亘理 格「保育所利用関係における合意の拘束力－保育期間中における保育所廃止・民営化に対する法的制約の存否問題を素材に－」小林武他編『「民」による行政 新たな公共性の再構築』（法律文化社、2005年）208頁以下なども参照。

- 25) 秦 雅子「保護者・児童の法的地位を認めるクリアな判決」賃金と社会保障 1510 号 (2010 年) 72 頁参照。
- 26) 洞澤秀雄「市立保育所の民営化方針に伴い、改正条例による市立保育所の廃止について、その廃止処分及び改正条例の効力停止を求める執行停止の申立てを却下した原決定に対する抗告が棄却された事例」自治研究 82 巻 5 号 (2006 年) 159 頁、春日修「市立保育所廃止処分取消請求事件」判例地方自治 300 号 (2008 年) 50 頁参照。
- 27) 伴 義聖・子安政夫「市立保育所民営化、定着には時間が必要」判例地方自治 288 号 (2007 年) 8 頁参照。
- 28) 「学校選択制」は学校教育法施行規則が「市町村の教育委員会は、……就学予定者の就学すべき小学校又は中学校……を指定する場合には、あらかじめ、その保護者の意見を聴取することができる」(32 条) とし、「市町村の教育委員会は、……その指定した小学校又は中学校を変更することができる場合の要件及び手続に関し必要な事項を定め、公表するものとする」(33 条) と定めていることによるものである。
- 29) 田村・前掲論文注 14) 14 頁は、「保育の実施期間中に保育の実施の解除が適法に行われれば、この『法的地位』は否定され得る」とし、「これからの公立保育所廃止・民営化裁判では、保育の実施を解除する手続が適法に行われたかどうかも争点となりうる」と指摘する。
- 30) 秦・前掲論文注 25) 73 頁。
- 31) 野呂充「旧高根町簡易水道事業給水条例無効確認等請求事件 (最三小判平 18・7・14)」受験新報 2006 年 11 月号 16 頁。
- 32) 山本隆司「私人の法的地位と一般法原則 (1) - 水道料金の平等取扱い」法学教室 344 号 (2009 年) 91 頁。
- 33) 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) 55 頁 (高橋)。
- 34) 野口貴公美「条例を争う訴訟 (下)」自治フォーラム 564 号 (2006 年) 52 頁。
- 35) 中野妙子「市立保育所を廃止する条例の制定行為の処分性および適法性 - 横浜市市立保育所廃止事件」ジュリスト 1390 号 (2009 年) 149 ~ 150 頁。
- 36) ⑧判決が 2006 年判決の判断方法に従っていることを指摘するものとして、例えば、大沢光「公立保育所の廃止・民営化と特定の保育所において保育を受ける権利」賃金と社会保障 1491 号 (2009 年) 40 頁。
- 37) この判示の後半部分 (「条例制定の処分性が肯定されるのは」以下の部分) は、最高裁調査官による 2006 年判決の解説 (増田・前掲論文注 17) 169 頁) とほとんど同一である。
- 38) 山本・前掲論文注 32) 91 頁。
- 39) 同旨、北見宏介「保育園廃止条例の処分性が肯定された事例」速報判例解説行政法 No.65[z18817009-00-02 0650428] (2010 年) 3 頁。判例時報 2063 号 (2010 年) 4 頁の匿名解説も同様の見方をする。戸部真澄「保育所廃止条例の処分性が否定された事例」法学セミナー増刊速報判例解説 6 号 (2010 年) 72 頁も同様の見方を示し、本判決は「さほど『名宛人の特定性』を緩和した判断を示したものともいえない」とする。
- 40) 人見剛「行政事件訴訟法改正と行政救済法の課題」法律時報 79 巻 9 号 (2007 年) 11 頁。米丸恒治「行政の民営化・民間委託と行政救済法」法律時報 79 巻 9 号 (2007 年) 36 頁も、「個別の保育を求める給付訴訟や確認訴訟など当事者訴訟によるよりも、合一的に措置全体の問題を司法審査の対象とすることができる点で、多数の当事者が関わる紛争の実質には適合的」と述べる。
- 41) 秦・前掲論文注 25) 73 頁。本判決におけるこの部分の判断は、土地区画整理事業計画大法廷判決 (最大判平成 20 (2008) 年 9 月 10 日民集 62 巻 8 号 2029 頁) が「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」とするのと同じ判断をしたものと指摘される (江原勲・北原昌文「保育行政の民営化に重い教訓」判例地方自治 329 号 (2010 年) 7 頁)。
- 42) 人見・前掲論文注 40) 11 頁。
- 43) 北見・前掲論文注 39) 4 頁。
- 44) なお、原審判決では、条例制定行為の処分性否定の理由の一つとして、政治過程を通じた解決方法の存在も挙げられていたが、本判決では、この点についても言及されていない。
- 45) 人見・前掲論文注 40) 10 頁。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 頁以下も参照。処分性拡大に伴う諸問題について、実効的な権利利益の救済の観点から検討したものとして、稲葉一将「処分性拡大と権利利益救済の実効性」法律時報 82 巻 8 号 (2010 年) 8 頁以下。なお、処分性の問題を含めて、元最高裁判事が最近の行政訴訟を振り返ったものとして、滝井繁男『最高裁判所は変わったか 一裁判官の自己検証』(岩波書店、2009 年) 83 頁以下参照。
- 46) 前掲注 41) 最大判平成 20 (2008) 年 9 月 10 日。
- 47) 大久保・前掲論文注 45) 24 頁参照。この点の理論状況については、人見剛「行政処分の法効果・規律・公定力」磯部力他編『行政法の新構想 II』(有斐閣、2008 年) 72 ~ 73 頁参照。
- 48) 米丸・前掲論文注 40) 36 頁参照。また、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）213 頁以下も参照。なお、執行停止や差止め・仮の差止めの申立ての例として、本稿注 13）参照。

49) 北見・前掲論文注 39) 4 頁。

50) 蔡秀卿「市立保育所廃止（民営化）条例事件」判例地方自治 323 号（2010 年）92～93 頁。蔡は、「訴訟類型の選択の負担を原告が負うべきではなく、裁判所が自ら適切な訴訟類型を判断する義務を負うべき」とすると同時に、「訴訟類型に多大な労力を費やし解釈論を展開するより、国民に分かりやすい包括的な訴訟類型の創設を視野に入れる余地もある」とする。