

論 説

条例制定に対する抗告訴訟の可能性

渡 邊 互

はじめに

1. 予備的考察——行政活動の分類と処分概念
2. 条例改正に対する抗告訴訟にかかわる判例の展開
3. 判例が提起する行訴法上の諸論点

おわりに

はじめに

最高裁は、平成21年11月26日の第一小法廷判決⁽¹⁾（以下、「最高裁平成21年判決」ということがある。）において、ある市立保育園を——民営化のために——廃止する条例制定（改正）に対する取消訴訟の提起を適法と認める判断を示した。行政事件訴訟法（以下、「行訴法」という。）は、法律、政令、条例などの法規範の取消しや無効確認を求める訴えを規定しておらず、こうした「規範統制訴訟」が原則として適法と認められないことに異論はない。それにもかかわらず、本判決において条例改正に対する取消訴訟が適法と認められた理由は、それが行訴法3条の定める抗告訴訟の対象である「処分」に該当すると判断されたことにある。従来から判例は、条例の制定・改廃に対する抗告訴訟は原則として適法と認められない

(1) 最一判平成21年11月26日判例地方自治324号60頁。

とする一方で、「他に行政庁の具体的処分を経ることなく、当該条例自体によって、その適用を受ける特定の個人の具体的な権利義務に直接影響を及ぼすような場合には、当該条例の制定行為は行政処分に該当する」⁽²⁾という立場をとっている。もっとも、本判決で問題とされたような保育園などの公の施設を廃止する条例改正が処分と認められるのかについて、従来の判例の見解は一致しておらず、下級裁判所によって様々な判断が示されてきたところであった。本判決は、こうした争いに最高裁が決着をつけたものとみることができると同時に、行訴法上の多くの重要な論点にかかわる議論を触発する内容を含んでいると思われる⁽³⁾。

以上のような問題意識から本稿では、まず、予備的考察として、行政活動の分類と処分概念との関係について検討を加えた後(1)、条例制定に対する抗告訴訟をめぐる判例の展開を概観し、それを踏まえて本判決の意義を整理するとともに(2)、本判決をきっかけとして生じるとも思われる行訴法上の論点について若干の検討を加えておくことにしたい(3)。

1. 予備的考察——行政活動の分類と処分概念

① 行訴法3条2項は、「処分の取消しの訴え」を「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為(……以下単に「処分」という。)の取消しを求め訴訟」であると定義している。ここでは取消訴訟を提起するために処分の存在が前提とされており、これが「処分性」の要件といわれることは、周知のとおりである。かつて最高裁は、行訴法の前身である行政事件訴訟特例法1条の「行政庁の処分」の意義について、「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、その行為によつて、直接国民の権利義務を形成

(2) たとえば、大阪高判平成18年1月20日判例地方自治283号35頁、東京高判平成21年1月29日判例時報2057号6頁、大阪高決平成21年3月18日(判例集未掲載)。

(3) 本稿のテーマと関連のある先行業績は多くないが、ここでは「処分的法律」について検討を加えた大石和彦『「個別法律の問題」の問題性』白鷗法学13巻1号(2006年)167頁(とくに196頁以下)をあげておきたい。

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」とする見解を示したことがあるが⁽⁴⁾、これは現行の行訴法3条についても妥当するものと考えられている⁽⁵⁾。

なお、この最高裁の見解には、処分に該当する行政庁の行為は、「その無効が正当な権限のある機関により確認されるまでは事実上有効なものとして取り扱われている場合でなければならない」という説明が付されている。この「公定力」に関する説明は、上記の処分概念に限定を加えるものではなく、それがもつ性質を明らかにしたのと考えられるが、この点にも着目し、判例における処分概念が、伝統的な行政行為の概念に該当するものであるとする理解は、しばしば見られるところである⁽⁶⁾。こうした理解は、本稿のテーマである条例改正に対する行政訴訟の可否に関する裁判所の判断にも微妙な影響を与えているように思われるが、この点については後に触れることにしよう。

② さて、判例の処分概念は、いわゆる行政行為を中核としながらも、必ずしもこれに限定されないという、やや輪郭の不明確なものであることは、ひろく指摘されてきたところである⁽⁷⁾。そこで、議論の前提となっている行政活動の分類について整理を加えおくことにしたい。

行政処分と法規範との相違は、伝統的に、前者が個別的・具体的であるのに対して、後者は一般的・抽象的であると表現されてきた。いま、これらのメルクマールについて敷衍すれば、個別的／一般的の区別は、行政作用の名宛人が特定されているか否かという点に着目したものであり、具体

(4) 最判昭和39年10月29日民集18巻8号1809頁。

(5) 参照、宇賀克也『行政法概説Ⅱ〔第2版〕』(有斐閣、2009年)147頁。

(6) 参照、藤田宙埕『行政法Ⅰ(全訂第4版)』(青林書院、2003年)362頁、原田尚彦『行政法要論(全訂第7版)』(学陽書房、2010年)379頁。

(7) たとえば、塩野宏『行政法Ⅱ〔第4版〕』96頁以下は、最高裁判所の定式が当然に当てはまる「定型的行政処分」と、その対極にある(つまり定式が明らかに当てはまらない)「定型的非行政処分」という概念を設定したうえで、「定型的な行政処分、非行政処分に当たらない行政の行為の処分性をどのように考えるかが、解釈論の重要な課題となる」として、内部行為、法律行為代替的行為、一般的行為、段階的行為、事実行為などの処分性に関する判例に検討を加えている。

的／抽象的は、行政作用がある特定の事実ないし行動に関わるものであるか否かという区別であるといえよう⁽⁸⁾。このように観点を異にするふたつの区別を前提にすると、行政作用は次の4種類に分類することができる。第1は、一般的・抽象的という属性をもったものであり、政令や規則などの法規範の制定は、通常、これに該当しよう。第2は、個別的・具体的な性質のものであり、申請に対する許認可、法令違反者に対する是正命令などが、その例である。第1の行政作用は「行政立法」、第2のそれは「行政行為」の典型的な例といえることができるが、行政作用には、さらに第3に、個別的・抽象的な性質をもつものと、第4に、一般的・具体的な性質をもつものが考えられる。第3のそれに該当するものとしては、名宛人を特定した政令や規則があり、その例として、日本たばこ産業株式会社、旅客鉄道株式会社及び日本貨物鉄道株式会社に関する法律、日本電信電話株式会社等に関する法律などのいわゆる「措置法律」の施行令・施行規則の規定が考えられよう。第4のその例としては、名宛人を特定せずに具体的に権利を与え、義務を課すものとするものなどが考えられるが、これは伝統的に「一般処分」と呼ばれてきた。

以上4種類の行政作用の処分概念とのかかわりについて、第1の行政立法が処分に該当せず、第2の行政行為がこれに該当するという点には、異論はないと思われる。処分に該当するか否かが問題となるものは、まず、第3の措置法律を実施する行政立法の規定であるが、そのなかには、名宛人は特定されているものの、要件と効果を定める構成のものがあり(例：旅客鉄道株式会社及び日本貨物鉄道株式会社に関する法律施行令1条)、これが判例のいう「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」という処分概念のメルクマールに該当しないことは明らかであろう。もっとも、その一方で、規定内容が十分に具体的といえるものもあり

(8) 参照、樋口陽一ほか『注釈法律学全集3 憲法Ⅲ』(青林書院、1998年)24頁(樋口執筆)。なお、この標識による分類に対する批判として、参照、大石『『個別法律の問題』の問題性』(注3)192頁以下。

（例：同法施行令2条）、これは正しく個別的・具体的という処分概念の要素を満たすものということができると思われるが、この点については、名宛人が特定されていない条例制定を念頭におく本稿のテーマとの関連上、これ以上立ち入らない。

③ これに対して第4の一般処分は、一般性という属性をもつ点で条例制定と共通の問題を含むものであり、以下、この論点に関わる判例についてやや詳しく検討を加えておくことにしよう。

行政活動のなかには、基準の設定やいわゆる「対物処分」などのように、相手方を特定しないでなされるものがあるが、そうした行為に処分性が認められた判例が存在することが注目される。その例として挙げられる森林法上の保安林指定処分の適法性が争われた事件の最高裁判決⁽⁹⁾は、いったん保安林の指定があると、森土地の形質を変更する行為が原則として禁止され、当該森林の所有者等が立木の伐採跡地につき植栽義務を負うなど、種々の制限が課せられるほか、違反者に対しては、都道府県知事の監督処分が規定されており、また、罰則による制裁も設けられていることを指摘し、「保安林指定処分は、森林所有者等その直接の名宛人に対しては、私権の制限を伴う不利益処分の性格を有するものである」としている。森林法によれば、保安林指定処分は（人ではなく）森林を対象として行われる対物処分であるが、保安林指定により、森林所有者等の権利に制限が加えられることに着目すれば、処分であるということができるといのが最高裁判決の趣旨ということができよう。

また、「二項道路指定事件」では、通路を含む土地の所有者が、奈良県内の幅員4m未満1.8m以上の道を建築基準法上の道路に指定するという告示に対して、それにより当該通路が違法に道路に指定されることになる

(9) 最一判昭和57年9月9日。参照、南・高橋『条解 行政事件訴訟法〔第3版・補正版〕』（弘文堂、2009年）53頁、宇賀『行政法概説II〔第2版〕』（注5）161頁。

として取消訴訟を提起した。最高裁判決⁽¹⁰⁾は、「指定の効果が及ぶ個々の道は二項道路とされ、その敷地所有者は当該道路につき道路内の建築等が制限され……、私道の変更又は廃止が制限される……等の具体的な私権の制限を受けることになる」と指摘し、「特定行政庁による二項道路の指定は、それが一括指定の方法でされた場合であっても、個別の土地についてその本来的な効果として具体的な私権制限を発生させるものであり、個人の権利義務に対して直接影響を与えるものということができる」という理由で処分性を認めている。

以上の概観から明らかなように、判例においては、原則として個別性は処分概念の属性であるという立場が維持されているように思われる。ただし、例外的に、名宛人が特定されていない「一般的」な行政作用であっても、「個人の権利義務に対して直接影響を与える」といえるような効果を含むものであれば、処分性が認められているということができよう。ここには、後に検討を加える条例制定の処分性をめぐる議論とパラレルな理論構成をみることができるように思われる。

④ 以上のような理論構成の特徴を明らかにするには、ドイツ連邦共和国における行政行為 (Verwaltungsakt) の概念との比較が有用であると思われる。行政訴訟について規定した法律である行政裁判所規則 (Verwaltungsgerichtsordnung) 42条は、「訴えによって行政行為の廃止を……求めることができる」と規定し、わが国の取消訴訟に相当する訴えを認めている。そして、行政手続法 (Verwaltungsverfahrensgesetz) 35条

(10) 最判平成14年1月17日民集56巻1号1頁。なお、第1審判決は、本件指定処分は、「不特定多数者に向けられた処分であって、内容的に抽象性をもつ処分」であるが、それに対する訴えは「原告に生じる義務が現実的、具体的であって、当該義務の存否の確認を求める利益がある限り、適法性が認められるものと解される」という立場から、後に見る最高裁判決と同様の指摘をして、その処分性を肯定している。しかし、控訴審判決では、「告示自体によって、直ちに建築制限等の私権の制限が生じるものと認めることはできず、それは「右指定後において、道路内建築制限違反に対する建物除却措置命令や建築確認等の手続の中でされることになるのであり、その結果、右建物除却措置命令等の行政処分を通じて、初めて右指定が現実具体的に個人に対する権利義務に影響を及ぼすか否かが判然とするのである」という理由で、処分性が否定されている。

は、行政行為の定義をした条文として知られているが、そこには次のような規定がおかれている。

「行政行為は、処分、決定その他の公権力的措置のなかで、行政官庁が公法の領域において、個々の場合（Einzelfalls）を規律するために行うものであって、外部に向けて直接の法効果を発生させるものすべてをいう。一般処分（Allgemeinverfügung）とは、行政行為であって、一般的な標識によって確定され、あるいは確定され得る人およびその集団に対するもの、または、一般的なかたちで、物の公法上の属性あるいはその利用に関わるものをいう。」

この規定における「個々の場合」という行政行為の属性は、ドイツにおいても個別的・具体的なものを典型とすると理解されているが⁽¹¹⁾、行政行為が一般的な性質をもちうることは、立法によっていわば正面から認められている。この点に、一般的な属性をもつ行政活動が処分に該当することを根拠づけるために、個別的・具体的な効果を指摘するわが国判例との違いをみてとることができよう。さらに、ドイツでは、行政訴訟における行政行為の概念を明らかにする際に、行政手続法のそれが参照されていることにも注意が必要である。わが国では、判例において処分の概念が定義されてから、約30年後に行政手続法（1994年）が制定されているが、そこにおける処分の定義との関係は必ずしも明らかにはなっていないからである。この点については、わが国における条例改正に対する抗告訴訟にかかわる判例の展開をみた後に、改めて検討に付すことにしたい（3）。

2. 条例改正に対する抗告訴訟にかかわる判例の展開

① 判例による処分の定義がなされる以前であるが、すでに、条例に対する行政訴訟の提起の可能性を認めている注目すべき判決がある。盛岡地判昭和31年10月15日⁽¹²⁾は、職員の法定昇給期間を延長する県条例に対して提起された無効確認訴訟等を適法と認める判断を示しているが、そのなか

(11) Vgl. Hartmuth Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl., S. 196.

(12) 盛岡地判昭和31年10月15日行政事件裁判例集7巻10号2443頁。

で条例制定に対する行政訴訟の可能性を初めて明らかにした部分は、ここに引用しておく価値があろう。

「条例の制定のような立法行為であつても、それが具体的な処分的意味を持つ場合がある。すなわち条例そのものの施行によつて当然に直接特定の者の具体的な権利義務に法律上の効果を生じ、これに基いて更に行政処分が行われることを要しないような特別の場合においては、何ら通常の行政処分と異なるところがないから、条例に対し直接に行政訴訟を提起し得るものと解すべきである。若しそうでないとするればこの場合には条例が違法であり、権利の侵害があるにもかかわらず、全く行政訴訟を提起する途が存しないこととなり、その不当であることはいうまでもない。」

以上の見解は、条例の制定が、その効果の点において行政処分と同視しうるような場合には、これに対して行政訴訟を提起しようと考えられること、そして、その根拠が行政訴訟を通じた権利救済の実現にあることを示している。前者の考え方は、処分概念への該当可能性という論点となり、後の判例に受け継がれることになる。また、その根拠となる後者の見解は、その後、必ずしも明示されることはないが、条例制定に処分性を認める判例の基本的な問題意識を示しているものとみることができよう。

② 判例において処分概念が明らかにされた後、すでに昭和40年代から、こんにちの判例が形成されるにあたり重要な意味をもつ判決がみられる。たとえば、寺院の拝観者に賦課される「文化観光税」について規定した奈良県文化観光税条例に対して取消訴訟が提起された事件の判決⁽¹³⁾では、次のような、すでに判例の基本的な枠組みを示す見解が述べられている。

「抗告訴訟の対象となるのは、個人の具体的な権利義務に影響を及ぼす行政庁の処分その他公権力の行使に当る行為……に限られることは明らかである。ところで普通地方公共団体の制定する条例は、通常、その規定内容が一般的抽象的で、その効力の存否が法律上の争訟に該当しないため、無効確認の訴の対象とならな

(13) 奈良地判昭和43年7月17日行政事件裁判例集19巻7号1221頁。

いが、例外として規定の内容が特定の、具体的で、特定の個人の権利義務に直接具体的な影響を与えるときには、右処分としての要件をみたすこととなり、無効確認の訴の対象となりうる。」

もっとも、本件で問題とされた条例の規定は、一般的抽象的な内容のものであると判断され、その無効確認を求める訴えは却下されている。また、これ以降の判例では、水道料金に関する条例及びその施行規程の規定⁽¹⁴⁾、「古都保存協力税」を新設する条例⁽¹⁵⁾について、やはり規定の内容が一般的・抽象的であるという理由で、これに対する抗告訴訟が却下されている⁽¹⁶⁾。それにもかかわらず、これらの判決には、先にふれた判例の基本的な枠組みが示されていることに加えて、もうひとつの注目すべき点がある。それは、抗告訴訟が却下される理由が、もっぱら、これらの条例の一般的抽象的な「規定内容」が処分に該当しないことに求められている、という点である。すなわち、ここでは条例の制定主体が地方議会であることは処分性を否定する論拠とされておらず、その内容が個別具体的なものであるならば、処分性が認められ得るという理論構成がとられている。ここに、後の判例において条例制定に処分性が認められることになる要因をみることができよう。

③ 以上のように、昭和40年代～60年代の判例では、税や料金を新設・改定する条例の規定の処分性が問題とされていたのに対し、平成に入り、特定の小学校を廃止する条例の改正に対する取消訴訟が提起されていることが注目される。この事件では、公立小学校14校をすべて廃止し、8校を新設する条例の制定の取消を求めて、廃止の対象となった小学校に在学

(14) 大阪地判昭和45年3月20日判例時報609号29頁。

(15) 大阪高判昭和60年11月29日行政事件裁判例集36巻11・12号1910頁（第一審：京都市判昭和59年3月30日）参照。

(16) なお、条例制定に対する訴えではないが、同時期に、初任給、昇格、昇給等の基準に関する規則の一部を改正する規則について、「法規範としての性質を有することを否定できない」として、地方自治法242条の2第1項2号（当時）の訴えの対象となる行政処分に当たらないとした秋田地判昭和60年4月26日行政事件裁判例集36巻4号613頁がある。

している児童の保護者が取消訴訟を提起した。本事件において最高裁は、平成14年4月25日の判決⁽¹⁷⁾(以下、「最高裁平成14年判決」ということがある。)において、本件条例は一般的規範にほかならないとしたうえで、児童の保護者は、自治体が設置する小学校において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、本件条例の処分性を否定している。

本判決が本件条例の処分性を否定した理由としては、そもそも児童の保護者には特定の小学校で教育を受けさせる権利ないし法的利益が認められず、したがって、そもそも処分概念のメルクマールである国民の権利義務への影響は存在しない、という点に重点が置かれているように思われる。というのも本判決では、条例の規定内容が、先にみた例外的に処分性が認められる場合に該当するののかという論点については、本件条例は一般的規範であると述べるのみで、その根拠が示されていないからである。

④ 最高裁平成14年判決により、条例改正による小学校廃止に対する抗告訴訟の可否をめぐる問題には決着がついたように思われたが、その後、判例では再び同じ論点が検討されることになる。そのきっかけとなった大阪地裁平成16年5月12日判決⁽¹⁸⁾では、条例改正により廃止された保育所において保育を受けてきた児童の保護者が提起した取消訴訟について、こんにちの判例とほぼ同様の見解が示されている。すなわち本判決は、平成9年改正後の児童福祉法24条⁽¹⁹⁾が「保護者による保育所の選択権」を認めているという理解から、保護者は「利用契約の存続期間中、当該保育所が存続しているにもかかわらず、その意に反して他の保育所への転園を強要されることなく、当該保育所において保育を受ける権利を有する」という判

(17) 最一判平成14年4月25日判例地方自治229号52頁。

(18) 大阪地判平成16年5月12日判例地方自治283号44頁。

(19) 平成9年改正前の児童福祉法24条では、児童の保育に欠けるところがある場合において、保護者から申込みがあったときは、それらの児童を保育所に入所させて保育する措置を採らなければならないという規定であったが、平成9年改正後の同法24条1項は、これらの要件が満たされた場合に市町村は、児童を保育所において保育しなければならない旨の規定となった。

断を示している。こうして、国民の権利への影響という点で、本件保育所の廃止が処分性の要素を満たしていると判断したのち、同判決は、条例の規定内容の検討に進み、「本件改正条例の内容は、他に行政庁の具体的処分を経ることなく、当該条例自体によって、その適用を受ける特定の個人の具体的な権利義務に直接影響を及ぼすような例外的な場合に当たり、本件改正条例の制定行為自体をもって行政処分に当たる」という結論に至っている。

第二審（確定）判決⁽²⁰⁾も、児童福祉法24条の解釈についてはやや異なる理解を示しているものの、「現に保育に欠ける児童が特定の保育所で保育を受けている保護者は、原則として、当該児童の就学までの期間……当該保育所において、保育を受ける権利ないし法的利益を有する」としたうえで、原告は「本件改正条例の制定による本件保育所の廃止により、直接、上記の権利ないし法的利益を侵害されることになるから、本件改正条例の制定は……抗告訴訟の対象である処分」と結論づけている。

⑤ 同様の理論構成により条例改正に処分性を認める判断は、ほぼ同時期の複数の判例⁽²¹⁾でもみることができるが、その一方で、やはり同時期に、これとは異なる傾向をもつ複数の判決・決定⁽²²⁾があり、本報告のテーマとの関連で注目に値する。そのなかで、横浜市の保育所を廃止する条例の改正に対して取消訴訟および無効確認訴訟が提起された事件の第二審判

(20) 大阪高判平成18年1月20日判例地方自治283号35頁。

(21) 大阪地判平成17年10月27日判例地方自治280号75頁、大阪高判平成18年4月20日判例地方自治282号55頁（第一審：大阪地判平成17年1月18日判例地方自治282号74頁）。

(22) 本文で取上げるもののほかに、仙台地判平成21年9月28日（判例集未登載）、大阪地決平成21年1月30日判例タイムズ1300号133頁（ただし、控訴審の大阪高決平成21年3月18日は、養護学校を廃止する改正条例の制定により、抗告人らの、養護学校において、「教育を受けたり受けさせる権利ないし法的利益が具体的に侵害されることは明らかである」として、その処分性を肯定している）。

決⁽²³⁾は、従来の判例では指摘されなかった様々な論点に検討を加え、条例改正の処分性を否定していることが注目される。本判決も、これまでと同様に、「立法の形式を借りた行政処分であるとの理由に基づき、例外的に抗告訴訟の対象となると解する余地」は否定していないが、条例制定には公定力や不可争力などの行政行為の効力が認められないことを指摘するほか、条例の制定改廃は議会の議決によるとしている地方自治法の規定に加えて、条例の制定又は改廃の直接請求、議会の解散の請求及び議員の解職請求等に関する同法の規定を考慮すれば、それは、「議会の固有の立法作用に基づく行為」であって、「基本的な事項を定める条例の制定」は処分には該当しない、という結論を導いている。さらに、同判決は、例外的に条例制定の処分性が認められる場合について、「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、……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」という判断基準を示したうえで、「本件改正条例は、横浜市の住民全体の福祉の増進を目的とし、総合的見地から横浜市立保育所の設置、運営という市政の基本的な事項を定める本件条例の規定の内容を改正するもの」にすぎないことを指摘し、その処分性を否定している。

この第二審判決は、小学校を廃止する条例改正の処分性を否定した最高裁平成14年判決が、特定の小学校で教育を受けさせる権利ないし法的利

(23) 東京高判平成21年1月29日判例地方自治316号60頁。なお、第一審判決の横浜地判平成18年5月22日判例地方自治284号42頁は、「児童及び保護者の特定の保育所で保育の実施を受ける利益は、いずれも法律上保護された利益であり、本件改正条例の制定は、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、必然的に侵害するものである」という理由で、条例改正の処分性を認めている。さらに同判決では、「本件改正条例は……保育の実施を解除するものであり、法はこれを不利益処分と位置づけている」として、条例改正は行政手続法上の不利益処分にも該当するといふ注目すべき理解が示されている。

益を否定して訴えを却下したのと異なり、本件条例の規定が、特定の個人の権利に影響を与えるだけでなく、一般的な法的効果をもつものであることを理由に、その改正の処分性を否定している点に特徴があるといえよう（もつとも、その際には、従来の処分概念を変更するのではなく、それへの当てはめを厳密にしたものと考えられる）。さらに、条例制定が地方議会による「立法」であることを強調する見解は、後に検討するように、多くの重要な論点を含んでいるものと考えられるが、これまでの検討からも明らかなように、従来の判例とは大きく見解を異にするものであることには注意が必要である。

⑥ これに対して最高裁平成21年判決は、結局、同時期の多くの判決と同様に、本件改正条例の規定について、「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……法的地位を奪う結果を生じさせる」として処分性を肯定している。

いま述べたように、この見解自体には新しい論点が含まれているわけではないが、本判決において注目されるのは、この直後に述べられた、他の訴訟形態との比較を通じて取消訴訟を認めることの合理性を説く、次のような部分である。

「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。」

ここでは条例の改正に対する当事者訴訟や民事訴訟の提起の可能性が示

唆されているとともに、従来から争いのある取消判決の第三者効の範囲について、条例制定の取消判決についてこれを認める見解が示されている。最後に、これらの点も含めて、以上に概観した判例の展開において現れた条例制定に対する抗告訴訟をめぐる論点に検討を加えておくことにしたい。

3. 判例が提起する行訴法上の論点

(1) 「行政庁の行為」としての条例制定？

以上に概観した条例制定の処分性を認める判例について、第一に疑問に思われるのは、行訴法3条によれば「行政庁の公権力の行使」であるはずの処分に、なぜ、地方議会の行為が該当すると考えられるのか、という点であろう。行訴法の制定に関わった杉本良吉は、抗告訴訟の対象は行政庁の行為に限られるのであって、「立法機関たる国会や地方議会の固有の立法行為（法律、条例）、裁判所の裁判上の行為のような公権力の行使には及ばないことは、いうまでもない」⁽²⁴⁾と明確に述べている。条例制定に処分性を認めることは、したがって、立法者が想定していなかった法解釈の結果であるように見える。こうした法解釈が判例上成立した経緯についてはすでにみたとおりであり、その問題意識は、さきに引用した盛岡地判昭和31年10月15日のいう「権利の侵害があるにもかかわらず、全く行政訴訟を提起する途が存しないこと」となるという点に見いだせよう。この見解は、当事者訴訟の可能性を検討していない点で必ずしも十分な説得力があるとはいえないが、その背景としては、2004年の行訴法改正以前は、当事者訴訟の活用という発想があまりなく、司法による国民の実効的な権利救済を図るためには、条例制定を抗告訴訟（とくに取消訴訟）で争うほか方法が考えられなかったという事情を挙げることができよう。また、地方自治法149条によれば、公の施設の廃止は普通地方公共団体の長の事務

(24) 杉本良吉『行政事件訴訟法の解説』（法曹会、昭和38年）9～10頁。

とされており、その実質ないし本質は、行政であるという見方もありえよう。しかし、長と議会の活動の間には、その組織や手続の面で大きな違いがあることはいうまでもなく、それにもかかわらず条例制定に処分性を認めることは、後に触れるように（（3）、（4）、（5））、多くの新たな理論的問題を抱え込むことになると思われる⁽²⁵⁾。

（2）処分概念との関係

主体に関わる問題を措くとして、条例制定が処分であり得るとしても、いかなるものが処分に該当するのかという、あてはめのレベルにおいても困難な問題がある。条例は、法規範であるという性質上、行政行為とまったく同様に個別的・具体的な属性をもつものは想定し難く、こうした属性を処分概念のメルクマールとした場合には、おそらく処分と認められる条例はほとんど皆無になってしまうだけでなく⁽²⁶⁾、処分性をもつような条例自体の適法性にも平等原則の観点から疑問が生じよう。一方、先にみた条例制定の処分性を否定するいくつかの判決は、処分とは、基本的に公定力などの特殊な効力をもつ行政行為であるという見方から出発し、とくに条例による小学校などの廃止がもつ一般的な効果を強調するものようであるが、これが決定的な根拠となるかはやや疑問である。というのも、さきにも触れたように判例においては、名宛人が特定されていない、その意味で「一般的」な行政作用であっても、「個人の権利義務に対して直接影響

(25) 以上のように、もっぱら「実効的な権利救済」を理由として条例制定に処分性を認める論理によれば、法律制定にも処分性が認められる可能性が開けてこよう。法律＝「処分」の取消訴訟に原告が勝訴した場合、裁判所の判決によって、ある法律の規定が取消されることになるが（この可能性に論及するものとして大石「『個別法律の問題』の問題性」（注3）197頁以下）、これは違憲審査論において、「裁判所が立法権を行使することになる」という理由で、わが国の通説的見解が否定しているはずの結論と非常に類似したものであることには、注意が必要である。こうした結論を避けるためには、条例制定に対してのみ取消訴訟の可能性を肯定する論理が必要であるはずであるが、この問題については、こんにちに至るまで、おそらく論点が指摘されたことすらないのが現状であると思われる。

(26) 参照、稲葉一将「市立保育所の廃止を内容とする条例制定に対する取消し請求が却下され、国家賠償請求が棄却された事例」速報判例解説 vol. 5（2009年）43頁。

を与える」といえるような効果を含むものであれば、処分性が認められているからである⁽²⁷⁾。

もっとも、一般的な性質をもつ行政活動に処分性を認めるためには、理論的には、以上のような理由づけのほかに、さきに見たドイツの行政手続法のように、処分(行政行為)概念の範疇に一般処分を含めることにより、いわば正面から処分性を認める方法も考えられよう。この点、わが国の判例において、従来、一般的・抽象的であるという理由で処分性を否定されてきた土地区画整理事業の事業計画決定について、近年、処分性を認める最高裁の判断が示されたことが気になるところである⁽²⁸⁾。しかし、その根拠は、「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って……その法的地位に直接的な影響が生ずるものというべきであり、事業計画の決定に伴う法的効果が一般的、抽象的なものにすぎないということとはできない」というものであって、ここでも「一般性のある行政活動は、原則として処分ではない」という処分概念の理解は維持されていることは明らかである。

このように判例における処分概念の理解自体には、一定の安定性がみられるとあってよい⁽²⁹⁾。したがって、一般処分や条例制定のような、いわば非典型的な「処分」を認める(いわば処分の概念に「押し込める」)ためには一定の論理操作が必要であり、それは処分性を認める範囲が拡大すればするほど困難なものとなろう。この困難を緩和するためには、処分概念への該当性という実体法上の要素に加えて、実効的な権利救済のた

(27) 参照、阿部泰隆「誤解の多い対物処分と一般処分」自治研究80巻10号(2004年)26頁。

(28) 最大判平成20年9月10日民集62巻8号209頁。

(29) もっとも、最高裁判例のなかには、伝統的な処分概念にとくに言及することなく(つまり、それを変更することもなく)、明らかに処分の定義に該当しないと考えられる行政活動についても、処分性を認めている事例があることには注意が必要である。これらの諸判例の動向と伝統的な処分概念を整合的に理解しようとするれば、最高裁判例における処分性の拡大の動向のなかには、行訴法3条2項にいう「その他公権力の行使に当たる行為」に該当する行政活動の範囲を拡大するものがある、と位置づけるほかないであろう。この点について詳細は、渡邊互「抗告訴訟と当事者訴訟の機能分配に関する一試論—行政訴訟における「処分性の拡大」と「確認訴訟の活用」の関係について—」白鷗法学15巻2号(2008年)226頁以下。

めの訴訟提起のタイミングといった訴訟法上の要素を処分性の有無の判断に取り込むことが考えられよう。こうしたアプローチは伝統的に判例にみるることができるものであり、上に引用した最高裁判決においても、「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」という見解が示されている。

もっとも、最高裁平成21年判決には、こうした見解に相当する視点をみることはできない。しかし、本件で問題となったような保育園の廃止については、条例の制定（改正）を争う以外に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」という観点が暗黙の前提とされている、と考えられよう（この点、さきにみた盛岡地判昭和31年10月15日が、条例に対し直接に行政訴訟を提起し得ないとすれば、「条例が違法であり、権利の侵害があるにもかかわらず、全く行政訴訟を提起する途が存しないこととなり、その不当であることはいうまでもない」と述べていた点が想起されてよいであろう）。

（3）当事者訴訟との関係

最高裁平成21年判決で示唆された当事者訴訟との関係については、やはり杉本良吉による次のような興味ぶかい説明がある。すなわち、「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（第4条参照）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」⁽³⁰⁾と。こうした立法者の意思を踏まえれば、本件で取上げたような事例について、少なくとも「特定の小学校（保育園）で保育を受ける法的地位の確認」を求めて当事者訴訟を提起した場合には、これが不適法として却下されることは考えにくいであろう。そうすると行政事件訴

(30) 杉本『行政事件訴訟法の解説』（注24）10頁。

訟法では、従来は二者択一的な関係にあると考えられてきた、抗告訴訟と当事者訴訟の両者が提起可能な場合が存在するという解釈が考えられることになるが、この点については報告者の別稿⁽³¹⁾を参照願いたい。

もっとも、最高裁平成21年判決は、判決の第三者効が認められていることを根拠に取消訴訟がより望ましい訴訟形態であると考えているようである。しかし、周知のように、取消判決の第三者効を認めた行訴法32条は、いわば論理必然的に第三者効を認めることが必要な場合（例：周辺住民が原告である場合、建築確認の取消判決の効力は建築主にも及ぶ）を想定したものであり、一般的な性格をもつ処分の取消判決については、絶対的効力説と相対的効力説が対立している（例：料金の値上げ認可の取消判決の効力が原告にのみ及ぶのか、あるいは対世効をもつのかについては争いがある）。最高裁平成21年判決は、この点、一般的に絶対的効力説を採用したもののようにも見えるが、その理由付けがないところをみると、もっぱら本件事案における必然的な結論、つまり、保育園を廃止する条例の取消判決は、当然に対世効をもつ必要があると考えているのであろう。

しかし、当事者訴訟を提起して、条例制定が違法と判断された場合には、第三者効が認められないとしても、議会が司法の判断を尊重することは十分に期待することができるのであって、行訴法改正によって当事者訴訟の活用が期待される背景には、こうした「法律による行政の原理」の尊重が前提となっていると考えられる。この前提を弁えなければ、当事者訴訟としての確認訴訟には第三者効が認められていないほか、形成力をもたないといった、取消訴訟などに比較した「弱点」が浮き出てしまい、その活用は覚束ないことになってしまうであろう。以上のような背景を前提にすれば、最高裁平成21年判決において、行訴法の改正による当事者訴訟の活用という要請に対し、どのような立場がとられているのかについては、

(31) 渡邊「抗告訴訟と当事者訴訟の機能分配に関する一試論—行政訴訟における「処分性の拡大」と「確認訴訟の活用」の関係について—」（注29）226頁以下。

やや不明なところがあるといわざるを得ず、今後の検討が必要となろう。

（４）その他の抗告訴訟の可能性

議会の行為である条例制定に——たとえ限定された場合であっても——処分性を認めた場合、理論的に想定されるもっとも困難な問題は、2004年の行訴法改正により追加された義務づけおよび差止め訴訟をめぐって生じると思われる。すなわち、保育園や小学校を廃止する条例制定（改正）に処分性が認められるのであれば、理論的には、その差止めを求める訴えも可能であり、さらに、これらの施設を設置する条例制定の義務付けを求める訴えも可能と考えられる余地が生じよう。しかし、これらの訴訟は、合議体である議会に一定の議決をすること（しないこと）を求めているにほかならず、住民の代表が公開の討論を通じて決定を下すという、議会に与えられた役割と整合性をもつとは考えにくいであろう。もっとも、これらの根拠は、要するに行政機関とは異なる議会の組織・手続上の特徴をあらわすものであり、これを強調することは、さきにみた取消訴訟の可能性を否定する判例の論理と軌を一にすることにもなりかねないであろう。そう考えると、条例制定の処分性を認めながら、義務づけ・差止め訴訟の可能性を否定する理由を見つけることは、それほど簡単ではないようにも思われる。

この点、保育所を廃止する条例の制定の差止めを求める本案訴訟を提起するとともに、同条例の制定の仮の差止めを求めた最近の事案において、神戸地裁は、差止訴訟および仮の差止めの要件について検討し、「条例の制定をもってする……保育所を平成19年3月31日限り廃止する旨の処分をしてはならない」という決定を下している。本判決のように条例制定（改正）の差止めを可能とする場合、議会の判断をいわば先取りして裁判所が拘束力のある決定を下す余地がある、ということが論理的に前提となっていると考えられる。そして、この前提から出発すれば、一定の内容

の条例制定(改正)を義務づける訴訟が適法と認められる可能性も残されているとも考えられよう。こうした議会と裁判所の権限分配にとって重大な意味をもつ問題について、判例はもちろん、学説においても検討を加えられた例を筆者は寡聞にして知らないが、条例制定に処分性を認める以上、その理論的な帰結として、この問題に検討を加えておくことは避けて通れないであろう。

本稿では、この論点について立ち入った検討をする余裕はなく、ここで基本的な視角のみを示しておくにとどめたい。条例制定に対する義務づけ訴訟や差止め訴訟の可能性を考えるに当たっては、行訴法改正以前にいわゆる無名抗告訴訟として義務づけ訴訟や差止め訴訟の許容性として論じられていた、裁判所と行政庁との間の権限配分をめぐる議論に相当するような検討が必要となると考えられる。すなわち、議会と裁判所それぞれの組織、手続、権限などに関する考察から、果たして、裁判所が議会に特定の立法を差止める、あるいは義務づけるという判断を法解釈上、導くことが妥当かを検討することになる。現時点での暫定的な結論を述べるなら、さきに触れたように、議会には行政機関とは異なる組織・手続上の特徴があり、これらの相違が、それぞれの抗告訴訟の適法性にとってもつ意味に関する検討を経ていない以上は、議会の行為に対する行政訴訟を認めることには慎重であるべきだと思われる。

(5) 行政手続法上の処分概念との関係

行政手続法2条2号は、同法にいう「処分」を「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」として、行訴法3条2項の「処分」とまったく同様の定義を与えている。それにもかかわらず、最高裁平成21年判決において処分性が認められた条例制定は、行政手続法上の処分には該当しないと考えられる。というのも、同法2条は、条例を含む「法令」(1号)と「処分」(2号)とを別個の形式として規定しているからであ

る。したがって、行訴法上の処分は、その一般的な定義を同じくするにもかかわらず、行政手続法上のそれとは異なる外延をもつものと理解されていることになる。その趣旨は、さきにも触れたような原告の権利救済という観点から、もっぱら行訴法の解釈上、条例制定が取消訴訟の対象＝「処分」と認めたということであろう。

こうした理解には、かつて1970年代に主張された「形式的行政処分論」とパラレルな理論構成を見ることができるようと思われる。すなわち、この主張によれば、「自治体による公共施設設置や要綱行政など非権力行政において、行政処分性の法定もなく、公定力ある行政処分が存しえない場合であっても、もっぱら国民の法益救済の必要から取消争訟手続をも利用しようとするのが適切な場合に、争訟手続法上で形式的に行政処分が存するものと解釈することが、しだいに学説・判例上に支持されつつある」とされた⁽³²⁾。この形式的行政処分は、「現代の非権力的行政は時に国民の法益に対して強い事実上の支配をもたらす」にもかかわらず、「日本の現行法制においては、それに対する救済訴訟手続が必ずしも定かでない」⁽³³⁾という問題意識のもと、本来は処分性をもたないと考えられる行政活動についても抗告訴訟の可能性を認めようとするものと要約することができる。このような形式的行政処分論には——「しだいに学説・判例上に支持されつつある」という評価については、こんにちでは留保が必要なものの——、近年における「処分性の拡大」の動向と共通の問題意識をみることができるといってよいであろう（もっとも、判例は、処分概念を国民の権利義務への直接的影響という、実体法的な側面に着目して定義をしているために、それへの当てはめの面で困難が生じつつあることはさきに触れたとおりであるが）。

一方、行政手続法における「処分」に条例制定や行政指導が含まれない

(32) 兼子仁『行政法総論』（筑摩書房、1983年）228頁。

(33) 兼子『行政法総論』（注29）228頁。

という法状況のもとで、もっぱら行訴法上の観点から処分性の拡大を図ってゆくことは、形式的行政処分論の時代よりも大きな問題を伴うことになろう。それはいうまでもなく、ふたつの法律において同じ定義を与えられた「処分」ということばが指し示す対象にズレが生じているからである。これは最高裁判例も意識するところで、たとえば病院の開設中止の勧告に対して取消訴訟が提起された事件では、勧告を「専ら取消訴訟で争うべきものとする」とは、訴訟選択や出訴期間の適用等の点で国民に不測の不利益をもたらしかねない、という側面があることを否定できない」と指摘している。そのうえで、「この勧告につき処分性が認められることになれば、今後は、通常の場合、当事者において、まずはその取消訴訟を通じて問題の解決が図られることになるものと予想される外、必要に応じ、行訴法46条に定める行政庁の教示義務、出訴期間等徒過についての「正当な理由」条項（同法14条1項及び2項における各ただし書を参照）等の活用がなされる」という対処が示されている⁽³⁴⁾。

以上のような「勧告は、行政手続法上の処分ではないが、行政事件訴訟法上の処分である」という構成は、具体的な問題への対応という観点からは、首肯できるものかもしれないが、法制度の体系性や国民への「分かりやすさ」という観点からは、大きな問題であることは確かであろう。ここに、裁判所の法解釈により個別的な問題について妥当な解決を示してゆく、という方法の限界を見ることができるようと思われる。それでは、こうした問題にどう対処すべきなのか。最後に、以上の議論をまとめるとともに今後の展望を示して、本稿のまとめにかえたいと思う。

まとめにかえて

以上、条例制定に対する抗告訴訟の可能性について検討を加えてきたが、その結果は、判例上形成された「条例制定にも処分性が認められ得

(34) 最判平成17年7月15日民集59巻6号1661頁。

る」という命題は、それが述べられた事実関係においては妥当性をもちうるかもしれないが、これを行政法理論に組み込もうとする場合には、多くの困難な法理論上・法解釈上の問題を生じさせてしまう、というものであった。こうした結果にかんがみれば、法解釈によって条例制定に処分性を認めることは——たとえその範囲が限定されたものであったとしても——理想的な解決とはいえ、理論的には、なんらかの代替案を考えておく必要がある。

そのひとつは、当事者訴訟としての確認訴訟を活用することである。条例制定の適法性を争うために当事者訴訟を提起できることは、さきに述べたように、立法者意思からも明らかであり、平成16年の行訴法改正の趣旨にもかなうものであると考えられる。もっとも、最高裁平成21年判決のように、条例制定に対しては「抗告訴訟も当事者訴訟も認められる」という理論構成をとるなら、当事者訴訟の活用を図るのみでは、必ずしも条例制定に処分性を認める問題の全面的な解決には繋がらなくなってしまう。

そこで、法規範の制定行為を対象とした規範統制訴訟を規定する、という立法的な対処も考えられよう。これについては、すでに昭和30年代における行訴法の制定過程のなかで、法制審議会行政訴訟部会において「規範統制請求訴訟等」に関する議論が見られるが、「出訴権者の範囲を確定することが困難」、「判決の効果を当事者間のみにかぎらないで第三者にも及ぼすものとすれば、司法権の範囲を超える」といった疑問が示され、「抽象的規範統制請求訴訟を新たに設けることについてどこまでも固執する委員は見受けられず、殆んど消極に意見が一致した」とされている⁽³⁵⁾。また、平成16年の行訴法改正の際に具体的な提案をまとめた行政訴訟検討会においても、行政立法や行政計画といった行政活動が一般的抽象的な形で行われること、多種多様であることなどの特徴をもつことを踏まえながら、訴訟参加、判決の効力等の問題点を検討する必要が指摘されるにと

(35) 塩野宏編著『日本立法資料全集37 行政事件訴訟法(3)』83頁。

どまり、議論はほとんど進歩を見せていない⁽³⁶⁾。

こうした状況のなかで注目されるのが、上記の法制審議会行政訴訟部会において、すでに今日の状況を予測したかのような問題提起がなされていることである。すなわち、田中二郎委員は、「法令制定により国民の権利侵害がおり、あるいはその侵害が極めて近迫するような場合に、これを救済する措置として、かかる訴訟を認める必要はあるのではないか」と規範統制請求訴訟の必要性を指摘するとともに、この訴訟がもつ上記のような問題点も踏まえつつ、「かかる場合には、法令制定を行政処分的なものとして、抗告訴訟に準じて取扱うような規定を設けて解決する」という意見を述べている⁽³⁷⁾。この意見は採用されることはなかったものの、田中によれば、「ふつうの訴訟では救済されないような場合にもなお司法救済を与えてやる……必要性の有無については、すでに従来の小委員会の審議において一応積極的結論が出ている」⁽³⁸⁾という状況であった。こうした問題意識のもと、「法令の違法宣言の訴」(ないし「法令の効力の訴」)が検討に付されているが、意見はまともならず、立法化には至っていない。しかし、これによって、これらの訴えが適法ではないと判断されたわけではないことには注意が必要である。すなわち、「法令の効力の訴……の削除については、この種の訴を排除する趣旨ではなく、真にその必要がある場合には第三の第一項の概括規定によりこれを認めることも可能とする余地を残すという条件の下にほぼ了解された」⁽³⁹⁾、と。

ここにいう「概括規定」とは、抗告訴訟の定義をした行訴法3条1項に相当するものであり⁽⁴⁰⁾、いま引用した部分は要するに、法令制定により直接、国民の権利侵害が発生する場合には、これを救済する措置として、法

(36) 参照、行政訴訟検討会第31回配布資料「参考資料8 行政立法の司法審査」(<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/gyouseisoyou/dai31/31sankou8.pdf>)、「参考資料9 行政計画の司法審査」(<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/gyouseisoyou/dai31/31sankou9.pdf>)。

(37) 塩野『日本立法資料全集37 行政事件訴訟法(3)』(注35)85頁。

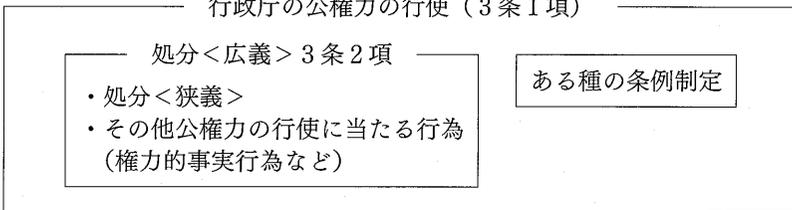
(38) 塩野『日本立法資料全集37 行政事件訴訟法(3)』(注35)100頁。

(39) 塩野『日本立法資料全集37 行政事件訴訟法(3)』(注35)103頁。

(40) 参照、塩野宏編著『日本立法資料全集39 行政事件訴訟法(5)』17頁。

令の効力の訴を無名抗告訴訟として認める余地を立法者が認めていたという事にほかならない。さきに検討した杉本良吉による解説もあわせて考えると、条例制定に対する抗告訴訟に関する立法者意思は、次のようなものであったということができよう（図表参照）。

図表：行訴法3条の構造のイメージ



すなわち、条例制定の違法性を一般的に争うような訴訟は、行訴法には規定されておらず、これを提起しても原則として適法とは認められない。もっとも、条例制定により直接、国民の権利侵害が発生すると認められる場合には、当該条例制定の違法を前提問題として現在の法律関係の確認を求める当事者訴訟を提起することができるほか、無名抗告訴訟として、法令の違法宣言の訴えを提起することも可能である。以上のような構成のもとでは、「条例制定は処分であり得る」という、多くの理論的問題をともなう理解によらなくても、これを行政訴訟で争うことが可能となろう。具体的には、裁判所は、条例制定の取消しを求める訴えを、行訴法3条2項の処分の取消訴訟ではなく、無名抗告訴訟として取り扱うことになる。

「条例制定が処分であり得る」ことを認める判例は、明らかに立法者意思にはない内容を「処分」の概念に付与するという意味で「法の創造」を行うものということができよう。こうした判例の役割は、一概に否定されるものではないが、ここには、個別的な事件において創造された法が、それを含む法秩序全体と整合するののかという懸念がつけまとうことに

なる。こうした不安を思うとき、すでに存在する法の意味を、文言の吟味や立法者の意思の解明により明らかにすることの重要性に思いが至る。

「法」は、つねに創造する必要はなく、すでにそこにあるのかも知れないのである。

(本法学科准教授)