

保育所廃止における仮の差止めの可能性

——神戸市立枝吉保育所廃止仮の差止め事件神戸地裁平成一九年二月二七日決定を考察して

大 沢 光

《目次》

はじめに

I 事案の概要

1 事案の概要

(1) 仮の差止め申立ての経緯

(2) 判旨

(3) その後の経緯

2 本決定の特徴と問題の所在

II 問題の考察

1 仮の差止めの対象をめぐって

(1) 確認訴訟を利用する場合の問題

(2) 条例の処分性をめぐる問題

- (3) 対象の特定をめぐる問題
 - (4) 仮の決定の拘束力をめぐる問題
 - (5) 仮の決定の第三者効をめぐる問題
- 2 必要性の要件をめぐる問題
- (1) 「償うことのできない損害」の意義
 - (2) 「償うことのできない損害」判断の考慮事項
 - (3) 「償うことのできない損害」の判断枠組み
 - (4) 「償うことのできない損害」の疎明の程度
- 3 本案勝訴要件をめぐる問題
- (1) 主張・疎明責任とその程度
 - (2) 審理手続
- 4 公共の福祉要件をめぐる問題
- おわりに

はじめに

本稿は、改正行政事件訴訟法（以下、「改正行訴法」という。）において創設された「仮の差止め」が初めて認容された事案である神戸市立枝吉保育所廃止仮の差止め事件⁽¹⁾の考察を通じて、条例を対象とする場合の仮の差止めの利用可能性を探ろうとするものである。

仮の差止めの利用については、国民の権利利益の救済の見地からその可能性に疑問もみられており、裁判所の柔軟な運用が期待されていた。本件は典型例⁽²⁾とはいえない条例制定の仮の差止めが認容された事案であるがゆえに、まさに仮の差止めを広く活用しようとしたときに生じうる問題の所在を確認することができるように思われる。

また、本件は、決定が出された翌日に差止めの対象であった条例改正案が撤回され、新たな条例改正案が提出されたことを受けて、控訴審においては申立てが却下されるとの経緯をたどっており、国民の権利利益の実効的な救済という今般改正の趣旨・目的からみると、仮の差止めの利用可能性について考えるべき問題を提起しているように思われる⁽³⁾。

そこで、本稿はまず、本件事案を概観し、その特徴と問題の所在を確認したうえで（Ⅰ）、仮の差止めの利用可能性という観点から現時点で考えられうる問題について簡単かつ不十分ではあるが考察を加え（Ⅱ）、仮の差止めの利用可能性にかかる課題の一端を明らかにしたいと考える⁽⁴⁾。

注

(1) 神戸地決平成一九年二月二七日賃金と社会保障一四四二号（二〇〇七年五月）五七頁以下。

- (2) 二〇〇四年改正の立案当時想定された典型例については、例えば、南博方・高橋滋編『条解行政事件訴訟法〔第3版〕』（弘文堂、二〇〇六年）（以下、「南」高橋編・条解〔第3版〕と略す。）六四四頁「永谷典雄」を参照。
- (3) 寺はこのような経緯につき、「本件は仮の差止めが認められた最初の事案であるともいわれているが、その限界も示されることとなった。」と指摘している。寺洋平「公立保育所の民営化と保護者・児童の権利・利益の保護」法学セミナー六三二号（二〇〇七年七月号）一一七頁。

(4) なお、仮の差止めの論点は、本案である差止訴訟の論点と重なる部分もあるので、その場合には両者を含めた考察を行う。

I 事案の概要

1 事案の概要

(1) 仮の差止め申立ての経緯

神戸市（以下、「被告」という。）は、保育所入所の待機児童の解消や多様な保育ニーズへの対応等の観点から、平成一七年二月に「神戸市次世代育成支援対策推進行動計画（神戸っ子すこやかプラン21）」を策定したが、これを実施して行くにあたり、厳しい財政状況の下で限られた人材や財源を最大限有効に活用すべきとして、上記プラン期間中に、二〇カ所程度の保育所の運営主体を被告から社会福祉法人に移管する（以下、「民間移管」という。）との方針を決定し、平成一八年度には三カ所の保育所についてこれを実施した⁽⁵⁾。被告は、平成一九年度には神戸市立枝吉保育所（以下、「本件保育所」という。）を含む三カ所の民営化を予定しており、その一環として、平成一九年二月一六日に、本件保育所を含めた三つの保育所を神戸市立児童福祉施設等に関する条例の別表第一から削除す

る旨の条例（以下「本件改正条例」という。）案が、神戸市長より神戸市議会に提出された。

このような経緯において、本件保育所を利用する児童及び保護者ら（以下、「本件申立人ら」という。）は、平成一九年二月一三日に、被告が計画している引継ぎのための共同保育案は不十分であり、また、そもそも本件保育所の民間移管にも反対であるとして、神戸地裁に対して差止訴訟を提起し、同日、本件仮の差止めを申し立てた。

（２）判旨

(a) 「償うことのできない損害を避けるための緊急の必要性」の有無について

神戸地裁は、「償うことのできない損害を避けるための緊急の必要性」（以下、「必要性の要件」という。）の有無の判断に当たっては、以上のような本件保育所民営化に至る経緯、及び、本件保育所の移管先法人（以下、「本件法人」という。）への引継ぎの計画内容・スケジュール等の諸般の事情を前提として、「市立保育所としての本件保育所の廃止が保育児童やその保護者らに与える影響について勘案すべきである。」とした（以下、「本件考慮事項」という。）。そして、「わずか五日程度の共同保育およびその他の書面等による引き継ぎ」は性急な民間移管であると認定し、それにより、「約九〇名又はそれに近い人数の児童を一举に引き継ぐ本件法人が」、「個々の児童の個性等を把握し、その生命、身体等の安全等に危険が及ぶことのない体制を確立できる」とはおよそ考えられ」ない等本件「申立人ら児童の生命・身体等に重大な危険が生ずる」と認め、また、「極めて不十分で実質的にみれば無きに等しい性急な共同保育を経ただけで市立保育所としての本件保育所を廃止しこれを民間移管することは、申立人らの保育所選択に関する法的利益を侵害するものであり、社会通念に照らして金銭賠償のみによることが著しく不相当と認められるものというべきである。」として、①個々の児童の生命、身体等の安全等への重大な危険、及び、②保護

者及び児童の保育所選択に関する法的利益（以下、「保育所選択権」という。）の侵害が「償うことのできない損害」に当たるとした。

(b) 「本案について理由があると認めるとき」か否かについて

また、「本案について理由があると認めるとき」（以下、「本案勝訴要件」という。）については、保育所廃止についての判断は市町村の政策的な裁量判断にゆだねられているものと解し、「本件保育所の廃止による保育所選択権の侵害を保育児童等に受忍させるには」「十分な措置を講ずることが必要」だとして、償うことのできない損害」の判断における本件考慮事項を勘案し、性急な民間移管は「申立人らの保育所選択権を、裁量権を逸脱又は濫用」（以下、併せて「裁量権の濫用」という。）「して侵害するもの」だとして、本案について理由があると認めるときに当たるとした。

(c) 公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれの有無について

さらに、「公共の福祉への重大な影響のおそれ」（以下、「公共の福祉要件」という。）の有無については、本件条例の制定を仮に差止めることによって、被告の財政計画や職員の配置計画、また、次世代育成支援対策推進行動計画に重大な影響が出るとまではいえないとして、これを認めなかった。

(d) 仮の決定の内容

以上のことから、神戸地裁は、平成一九年二月二七日に、「本案（……）の第一審判決言渡しまで」本件改正条

例の「制定をもってする」本件保育所を「平成一九年三月三十一日限りで廃止する旨の処分をしてはならない。」との仮の差止めを認容する決定を行った。

（3）その後の経緯

本決定を受けて、被告は翌日二八日に本件改正条例案（以下、「第一次改正案」という。）を撤回し、本件保育所の廃止時期を七月一日と変更することとして、本件保育所の廃止時期を神戸市の規則に委任する条例案（以下、「第二次改正案」という。）を議会に提出した。他方で、被告は三月五日に即時抗告をした。その後、第二次改正案は三月二〇日に条例として制定された。

本件の控訴審⁽⁶⁾においては、右の経緯が踏まえられ、本案訴訟である差止訴訟の対象自体が不存在となり、それゆえ訴えが排斥される可能性が高く、したがって、「本案について理由があるとみえる」とはいえず、他の要件についても存在しないとされて、申立てが却下された⁽⁷⁾。

注

(5) ここでいう「民間移管」とは、公の施設の運営主体を行政主体から民間主体に変更するいわゆる「民化」のことである。厳密にいえば「移管」ではないと考えるが、行政実務では当該用語が用いられているので、本稿においてもこの用語を用いることとする。

(6) 大阪高決平成一九年三月二七日（判例集未登載）。当該決定において、本文に記した第二次改正案提出の経緯が認定されている。

(7) なお、申立人らは、第二次改正案の提出に伴って、第一次改正案に対する差止めの訴えの変更を申し立てるとともに、改めて「再提出・可決された条例により保育所を廃止する旨の処分をしてはならない」との仮の差止めを申立てたという。これに對して、神戸地裁は、三月二三日に、すでに第二次改正案が可決され条例は制定されたので、「差止めの訴え」を取消訴訟に変更し、執行停止を申し立てることができるのだから、仮の差止めの必要性はないなどとして申立てを却下したという。田村和之『保育所の廃止』（信山社、二〇〇七年）四二頁以下を参照。

2 本決定の特徴と問題の所在

本件は本案訴訟として本件改正条例の制定の差止めを求める訴えが提起され、これとともに仮の差止めが申立てられた事案である。本件については以下のような特徴を挙げることができる。

まず、第一に、本件は、本件保育所を廃止する旨の本件改正条例を制定する行為を処分とみて、その差止めと仮の差止めが求められた事案であるが、これに對し、本件裁判所は条例の制定の処分性の有無を特に問題とせず、これが存在することを前提に仮の差止めを認容している。しかしながら、「条例」は一般的抽象的な規範であるため、その処分性は一般には否定されている。それゆえ、条例の制定は差止訴訟の対象に含まれるのかという問題を見えておく必要がある⁽⁸⁾（条例制定の処分性の問題）。

処分性の問題とかかわっては、そもそも条例の違法が争われる場合、処分性が一般に否定されている行政の行為形式を争う予防訴訟として活用が期待されている公法上の当事者訴訟である確認訴訟の許容性や⁽⁹⁾、これと差止訴訟の関係が問題となる⁽¹⁰⁾（訴訟類型の選択の問題）。また、本件差止訴訟の対象が明確に特定されていたがゆえに控訴審においては申立てが却下されたことから、差止訴訟の対象である「一定の処分」の意義や判決の効力について、

さらに論ずべき問題があると思われる。加えて、一般に、条例に処分性を認め、それを差止めするという場合には、公共の福祉要件の認定に影響が生じよう。

第二に、「償うことのできない損害」とは具体的にはどのようなものか、それはどのようにして判断されるのか、という、改正法制定当時、裁判所の運用にゆだねられていた問題につき、前提となる事実関係が詳細に認定されたうえで判断された点にある。このことから、当該要件の有無の判断の際の考慮事項としていかなるものが考慮されるのか、また、どこまで主張・疎明がなされなければならないのかが問題となる。

第三に、本案勝訴要件につき、裁量権濫用の判断が下されたことである。特徴の第二における詳細な事実認定と相まって、仮の決定においてこのような結論まで下されなければならないのかは問題である。この点と関わり、本案勝訴要件の審理の場面においてもどこまで主張・疎明がなされなければならないのかが問題となる。

第四に、本件申立人らの保育所選択権の侵害が、保育児童の生命・身体の安全への危険と並んで「償うことのできない損害」と認められたことである。しかし、その論理構成についてはさらに検討の余地があるように思われる。そこで、以下では右の問題について、若干の考察をしていくことにする。

注

(8) 差止訴訟は、行政庁が「一定の処分」をすることを差止めようとするものであるから、差止めを求める行為に処分性が認められることが前提となる。南Ⅱ高橋編・条解〔第3版〕六三三頁「山崎栄一郎」。

(9) 改正行政事件訴訟法四条は実質的当事者訴訟の例として確認訴訟を明らかにしたが、当該改正は、「処分性が認められない行政の権力的行為ないしこれに準じた特定の類型の行為に着目して、これらの行為そのものを争う訴えによるのではなく、そ

れによって脅かされる法律関係の確認の訴えを通じて国民の権利・法的地位の安定を図ること」を想定しているという。室井力・芝池義一・浜川清編『コンメンタールⅡ 行政事件訴訟法・国家賠償法〔第2版〕』（日本評論社、二〇〇六年）（以下、「室井他編・コンメンタールⅡ〔第2版〕」と略す）。七一頁「浜川清」。また、四条改正の経緯について、例えば、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―」民商法雑誌一三〇巻六号（二〇〇四年九月）九六三頁以下、九六六頁など。なお、小早川光郎は、「できあがった四条を見ると、……処分性に代わる手法としての意味合いが少し後ろに退いてしまっているような気がします」⁽¹⁰⁾と述べている。小早川光郎編『改正行政事件訴訟法研究』（有斐閣、二〇〇五年）一五四頁。

(10) 人見剛「行政事件訴訟法改正と行政救済法の課題」法律時報七九巻九号（二〇〇七年九月）四頁以下、一一頁。また、中川・前掲注(9)論文九八〇頁以下。高木は、差止訴訟が法定されたことにより、予防訴訟という観点からは、確認訴訟との役割分担が難問となると述べている。高木光『行政訴訟論』（有斐閣、二〇〇五年）八〇頁。

Ⅱ 問題の考察

1 仮の差止めの対象をめぐって

本件をめぐる、行訴法改正により法定された差止訴訟と予防訴訟としての活用が期待されている確認訴訟との役割分担の問題は、将来予想される「不利益処分」やその具体性の程度等をめぐる振り分けの問題ではなく、⁽¹¹⁾そもそもそのような不利益処分が存在せず、改正法が確認訴訟の利用を想定した行政の行為形式を、にもかかわらず「処分」と捉えて差止訴訟で争うべきか否かという問題であるといえる。訴訟類型の選択の基準は、今後、運用の積み

重ねの中で次第に明らかになると考えられているが、本件は確認訴訟が想定された行為形式であってもそれぞれの訴訟類型を利用する場合にいかなる問題が生じうるかを考えるための具体的な例として考察に値しよう。¹⁰⁰そこで、以下ではまず、本件を確認訴訟で争おうとする場合にいかなる問題が生じうるかを考察し、次に、本件に即して処分として争う場合の問題を考察する。

（１）確認訴訟を利用する場合の問題

本件につき確認訴訟を利用するとすれば、一般的には、違法な本件改正条例によって当該保育所を利用する法的地位に変更がないことの確認あるいは当該保育所において保育を受ける権利を引き続き有することの確認を求める公法上の当事者訴訟を提起するという途が考えられる。このような確認訴訟を提起する場合にはいかなる問題が生じうるのだろうか。

第一に、このような公法上の当事者訴訟としての確認訴訟を提起した場合に、その地位の保全を求める仮処分の申立てが可能であるかは明らかではないという問題がある。¹⁰¹ 本件は、いわゆる行政処分は介在していないものの、権力的行為と解される条例（制定）の違法無効を前提とした訴えであるから、行政処分が介在する場合の問題に準じて考えられ、仮処分が排除されるおそれは十分ある。¹⁰² 国民の権利利益の実効的な救済という観点から空隙のない仮の救済を可能にするためには、さしあたりは本件のような事案についても仮処分を認める方向で解釈していくことになる。¹⁰³

第二に、確認の利益の問題がある。確認訴訟の訴えの利益の問題は、論者によれば、①紛争の成熟性、②補充性、③対象の選び方の三つの点に整理されるという。¹⁰⁴

まず、①については、本件改正条例案が提出されることにより申立人らの権利や法的地位に現実的かつ具体的な不安や危険が生じていることが必要である。本件のように、特定の公の施設の廃止が争われる場合には、おそらく「ある特定の」公の施設を利用する権利ないし法的利益があるか否かが主として問題となる。というのは、行政立法や行政計画など、確認訴訟の活用が想定される行政上の行為の場合は、それにより何らかの具体的な個人の権利・請求権あるいは明確な法的地位が常に確定されうるとは一般に考えられないからである。そうなると、問題状況は処分性の有無の判断基準と同じ様相を呈する。

例えば、千代田区の小学校廃止条例の取消しが求められた事案（以下、「千代田区事件」という。）において、最高裁は特定の学校に通学する権利自体を否定している。¹⁹⁾ そのことから、確認の利益の基礎となる権利そのものも否定されていると読まざるを得ないように思われる。²⁰⁾ これに対し、中川は、最高裁が児童保護者らに「社会生活上通学可能な範囲内の小学校に子らの普通教育を受けさせる権利ないし法的利益」を認めていることから、既存の小学校しか「社会生活上通学可能」ではないとして、同校に通学させる権利を引き続き有することの確認の訴えという方法が考えられるとする。²¹⁾ このような訴えが許容されるのであれば、処分性は肯定されなくても確認訴訟は一般に肯定されることになる。²²⁾

そこで、さしあたりは、実体法上個人の権利・請求権として確定しにくい利益であってもそれが関係する行政法制度の法構造全体において生じているものであり、それゆえ全くの事実上のものとはいえないものであれば、なんらかの法的な関係は存在するとして紛争の成熟性を肯定する解釈をしていくことが考えられる。²³⁾

次に、②については、本件改正条例に基づいて将来不利益処分がなされることは考えられないので、差止訴訟及び取消訴訟との関係での確認訴訟の補充性はここでは問題とならない。²⁴⁾ また、国民の権利利益のより実効的な救済

という観点からは、そもそも確認訴訟を補充的なものと解する必要もないであろう。⁸³⁾

③については、本件改正条例によって法的地位が変更されないことの確認を求めることは、本件改正条例が違法であることを確認することと同義であるといえるから、端的に条例の違法確認訴訟という構成も可能であろう。⁸⁴⁾

第三に、判決の実効性という問題がありうる。対世効が認められていない確認訴訟で勝訴したとしても、多数の当事者が関わる条例の違法を争う紛争に、判決の拘束力だけで合一的な処理が可能かは疑問である。⁸⁵⁾ もっとも、差止訴訟についても対世効は認められていないから、問題状況は同じであるとはいえる。⁸⁶⁾

第四に、差止訴訟に対するメリットが問題となる。

まず、確認訴訟は出訴期間がないというメリットがあるとされるが、差止訴訟の場合も出訴期間は存在しない。ただし、本件のような事案は条例で定められた期限が来ると廃止という効果が生ずるため、理論的には差止訴訟は不適法となり、取消訴訟が提起されることになると思われる。取消訴訟との関係では、確認訴訟の出訴期間に関するメリットがあるといえる。また、差止訴訟から取消訴訟への訴えの変更等の手続が必要になるが、確認訴訟にはそのような意味での原告への負担は生じない。

次に、排他的管轄との関係では、条例は性質上違法であれば無効であるから、仮に本件改正条例の処分性が肯定されたとしても、その違法は取消訴訟（抗告訴訟）でしか争えないということにはならず、本件改正条例を違法とする実体法上の請求をすることも可能であると考えられる。⁸⁷⁾

これらの点に照らせば、本件のような場合に差止訴訟と比較して確認訴訟を利用するメリットはそれほどないように思われる。

(2) 条例の処分性をめぐる問題

それでは、条例に処分性が肯定される場合の問題を次に考察していこう。

一般に、条例を含めて理解されるいわゆる立法行為の処分性が争われた最近の事案において、処分性が認められた最高裁判例としては、建築基準法四二条二項の道路指定の告示に処分性を認めた、平成一四年一月一七日判決（民集五六卷一号一頁）がある。この道路指定の告示は一般処分としての性質を有するものであるが、最高裁は当該指定が個人の権利義務に対して直接影響を与えるものと判断しており、当該判断は従来の公式と判断方法を用いたものと評価されている⁸⁰。他方、旧高根町の水道料金改定条例の無効確認が求められた平成一八年七月一四日判決（民集六〇巻六号二三六九頁）（以下、「旧高根町事件」という。）においては、最高裁は同じく従来の公式と判断方法を当てはめてもつばら個別性の有無の観点から処分性を否定し、当該条例の無効確認とともに提起された、改定前の基本料金との差額分に関する未払い水道料金の債務不存在確認と、支払済の水道料金相当額の不当利得返還又は原告らのうち未払い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の請求を認容している⁸¹。

旧高根町事件の場合、水道料金の支払いをめぐる法律関係は一般に契約関係と捉えられうるから、契約上の債務不存在確認訴訟とその保全の訴えを肯定するのは筋としてわかりやすい。しかし、当該水道料金改定条例により一部の者の水道料金が他に比して非常に高額になることからすれば、その点でこれらの者の財産権に対して個別具体的な影響を与えるものであると解して処分性を肯定することも可能であったと考えられる⁸²。

これに対し、一般に当然に契約関係があるとは解されていない特定の公の施設の継続的な利用関係を強制的に終了させる条例の違法が争われる場合には、当該公の施設を継続的に利用する権利ないし法的地位が存在するか否かが処分性を肯定しうるかどうかの判断要素となっている。すでにみた千代田区事件においても、最高裁は、従来の

公式に基づくのであるが、その具体的な判断において「原告らの子が新たな就学校として指定を受けた区立小学校は、原告らの子らにとって社会生活上通学可能な範囲内にはないものとは認められないとの事実関係の下では、当該範囲内に区が設置する小学校において子らに法定年限の普通教育を受けさせる権利又は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を有するとはいえない」として処分性を否定している。

当該最高裁判決とは異なり、下級審においては、小学校の統合廃止条例の処分性につき同じく従来の公式と判断方法を当てはめて、当該条例の処分性が認められたものがあった（例えば大津地裁平成四年三月三〇日判決⁸⁶）。当該事案においては、学校教育法施行令六条一項、二項の就学指定の解釈として、当該規定は保護者に対し具体的にその子女を特定の学校に就学させる義務を生じさせる効果を有するものであるから、保護者はその子女を当該学校で法定の義務年限は授業を受けさせる権利ないし法的利益を有すると解されたのである。

このように、従来の公式と判断方法を用いて条例の処分性を判断する裁判例の傾向は定着しており、結論が分かれるのは、その公式を当てはめる際の具体的な法令の解釈の相違であるといえよう⁸⁷。

これまでに、本件と同じく保育所廃止条例の違法性が争われた事案においても条例の処分性が争点となっているが、各裁判所はいずれも一九九七年の改正（以下、「九七年改正」という。）後の児童福祉法二四条一項が保育所選択の権利ないし法的利益を保障していると解釈し、保育所廃止条例は当該権利ないし法的利益に直接影響を及ぼすとして当該条例の処分性を認めている⁸⁸。児童福祉法の解釈上このような権利ないし法的利益の存在が肯定されるのであれば、公立保育所の廃止はまさにその権利を侵害するものとなるから、保育所廃止条例の処分性が肯定されるのは論理必然である⁸⁹。本件裁判所は処分性の有無についてとくに述べるところはないが、必要性の要件の審査において、選択した保育所において継続的な利用関係を生じさせる保育所選択権が九七年改正後の児童福祉法二四条一

項の解釈上導きだされていることから、条例の処分性が肯定されているとみることができよう。

このようにして、公の施設の廃止をめぐる抗告訴訟の許容性をめぐっては、当該施設の継続的な利用関係を設定している法令がそのような利用関係を権利ないし法的利益として保障していると解釈しうるものであるかが重要な問題となる³⁹⁾。それゆえ、いずれの保育所を選択するかを保護者の意思にゆだね、それ以前には実務上事実上の利益とされていた保護者の選択を制度上保障することを目的とした九七年改正は、民営化が進む現在からみれば非常に重要な改正であったといえよう⁴⁰⁾。

問題は法令上にそのような規定が存在しない、あるいはそのように解釈しうる手がかりがないという場合である⁴¹⁾。

このような場合にも差止訴訟を利用可能とするには、さしあたりは、そのような利用関係にかかる行政法制度が法構造全体において原告に何らかの利益を生じさせていることをもって、国民の権利利益の直接的かつ具体的な影響があったと柔軟に解していくことが考えられる。本件に即していえば、仮に保護者が「選択した」保育所で保育を受ける権利利益が否定される場合であっても、児童福祉法が保育所の最低基準を定め、それを維持するための監督権限等の仕組みをおいていることから、そのような水準の保育を受ける権利が保障されているにもかかわらず、本件改正条例によって保育を受ける権利の内容としての保育水準が低下したことにより、本件保育所に入所している児童の保育を受ける権利が直接侵害されたと法律構成することが考えられる。行政法改正前後に処分性を拡大する最高裁判決がいくつか見られている状況にあり、それらの判決が従来の公式を維持しつつ、実質的な法的効果が生ずる根拠を関係法令も含めた法構造の中に求めている傾向からすれば、このような考え方をとることも不可能ではなからう。また、このような解釈論は、確認訴訟における確認の利益論に通じる内容を有しているので、裁判例の傾向も明らかでない現段階においては、このような解釈論は抗告訴訟か確認訴訟のいずれの場合にもさしあたり

通用しうると考えられる。このようにして、特定の公の施設の継続的な利用関係を強制的に終了させる条例が争われる場合にも、仮の救済の空隙のない利用可能性の余地がみられよう。⁴³⁾

ところで、本件のほか一連の保育所民営化訴訟においては、公立保育所を廃止する条例の「制定」の処分性が認められているが、先に挙げた大津地裁判決は条例の「制定・公布行為」については処分性を否定し、条例自体の処分性を認めている。このように、従来、条例を争う抗告訴訟において、訴えの相手方が誰であるか、いかなる請求の仕方をすべきか等の問題があった。⁴⁴⁾ この問題は請求の法律構成の仕方とともに、いかなる段階で当該請求をなすべきかというタイミングの問題でもあると思われるが、少なくとも差止訴訟・仮の差止めについては、「一定の処分」という文言を定めた今般改正の趣旨と被告適格が行政主体に統一されたことから、条例にかかるどの段階の行為かを細かく議論する必要は必ずしもないように思われる。⁴⁵⁾ これに対し、差止訴訟の取消訴訟に対する補充性を強調する考え方からすれば、条例が制定・公布され、効力が生じた後は取消訴訟を提起すべきということになるだろうが、その必要がある場合には裁判所がその旨釈明し、訴えの変更などを求めればよいだけである。それゆえ、裁判所は「一定の処分」を条例にかかるすべての段階の行為を含むものと解釈して訴訟運営をすることが可能であり、そのことが仮の差止めの利用可能性を高めるものとなる⁴⁶⁾と考える。

以上の考察からは、本件事案においてどちらの訴訟類型を選択することがより妥当であるかの結論を見いだし難い。しかし、今般改正の趣旨・目的である国民の権利利益のより実効的な救済という観点からは、仮の救済の空隙を作らないことが重要であるから、⁴⁷⁾ どちらかの利用が妥当であるかの結論を求めるよりも、両者の利用可能性が重層的に存在していると考え、できる限りその利用可能性を高め、原告がこれらの可能性を検討して、その救済の便宜からいずれかを採用できるようにしておくことがさしあたり重要なことである。⁴⁸⁾ そして裁判所には、仮に、提起

された訴訟類型が不適当であると判断される場合には、釈明により、原告が請求の範囲を特定するのを補助し、訴えの変更を促し、あるいは「原告の請求の趣旨を善解しその権利利益の実効的な救済を図る方向での訴訟運営」をするなどの対応が求められよう。⁵³⁾

それゆえ、右のような認識の下で、仮の差止めの利用可能性を高めるためにいかなる点が問題となるかを引き続き考察していくことにする。

(3) 対象の特定をめぐる問題

差止訴訟の対象となる「一定の処分」とは、「ある程度の幅」を表すものであり、「内容の完全に特定された処分に限られず（例えば、原告へのある行為を禁止する処分）、違法性及び即時確定の利益を一括して判断できる処分」という意味に解されている。⁵⁴⁾ その特定は、差止め請求の要件の判断に必要な限りでの特定性（対象・程度）であればよく、処分を一括して差止訴訟の対象とするいわゆる「処分一括差止訴訟」も許容される。⁵⁵⁾

このような処分一括差止訴訟は、日の丸・君が代義務不存在等確認訴訟（以下、「日の丸訴訟」という。）において許容されたと指摘されている。⁵⁶⁾ この事案において、原告らは、不起立・不斉唱等に対して通達に基づき繰り返しなされるおそれのある複数の異なる懲戒処分を一括して対象とし、「いかなる処分もしてはならない」との判決を求めており、これが認容されたからである。⁵⁷⁾

これに対し、本件事案においては、本件改正条例は何らかの処分の根拠規定を定めるものではなく、条例そのものが直接原告らの権利利益を侵害する効果をもたらすものである。それゆえ、条例の制定公布あるいはその効力を阻止しなければ、原告らの権利利益の事前の救済が可能とならない。そのため、本件改正条例に基づく複数の処分

は存在しないものの、共通の理由に基づく同じ趣旨の条例案が複数存在することは理論的に考えられよう。

そこで、本件のような事案について処分一括差止訴訟の論点⁸⁰を参考にしていかなる問題が生じうるかを考察してみよう。

まず、第一に、共通の理由によって制定されうる複数の条例を差止めの対象とすることができるか、という問題が考えられる。

ここでは原告適格が問題となるであろう。保育所の民営化の実態をみると、数年かけて、年に数カ所の保育所を民営化するという方式をとる市町村がある⁸¹。その場合には、共通の理由に基づき保育所条例は複数回改正されることになる。しかしながら、そこでの改正の内容は、各条例において異なる保育所の名称を削除するものであるから、個々の改正条例の制定により直接権利利益に影響がある者は、個々の改正条例ごとに異なるのであり、すべての改正条例に共通して原告となりうる者は存在しない。それゆえ、このような複数の条例を対象とする差止訴訟は認められないであろう。

第二に、共通の理由による、当初提案されていたものと同趣旨であるが別の条例が提案されうるおそれがあるとして、将来予想されるこのような条例も含めて一括して差止めの対象とすることはできるだろうか。

この場合は、差止訴訟の対象が同趣旨の内容を有するという点で特定することができるから、対象とすることも許容されうるのではなからうか。訴訟係属中に新たに同趣旨の内容を有する別の条例が制定される場合、その内容が同趣旨である限りにおいて、訴えの利益を肯定することが可能であり、かつ、訴訟要件を審査することが可能であるように思われるからである。本件についていえば、「本件保育所を廃止する旨の条例に基づく処分」という程度の特定は許容されうるのではないか。

(4) 仮の決定の拘束力をめぐる問題

右の問題は、本件においては、第一次改正案の撤回と第二次改正案の提出にかかる決定の拘束力の問題とかわる。

まず、仮に、右の程度の特定をした請求をし、第二次改正案が出される前に第一次改正案に対する差止判決が下された場合、そこにいわれる違法事由が第一次改正案に限定されない内容であれば、いいかえれば、民営化を実施する条例そのものの違法性が認められた場合には、第二次改正案を提出することは判決の拘束力に反するものと考えられる。¹⁰¹

では、仮の差止め決定が同様の状況で下された場合はどのように考えられるか。この場合、条例の違法性の問題は本案の問題なのであるから、勝訴の見込みがあれば違法事由が必ずしも明確でなくともよく、かつ、そうあるべきではないかと思われる。そうでなければ本案訴訟と同じことになり、仮の決定の意義がなくなるからである。それゆえ、仮の差止めを求める場合には、違法事由が明確でなくとも、違法が見込まれるとの理由は明らかにされるだろうから、その範囲で決定の趣旨に照らして考えられるべきである。そうすると、仮に、第一次改正案に対する仮の差止め決定において本件改正条例に基づく民営化それ自体が違法であると見込まれる場合には、第二次改正案の提出は仮の差止め決定の拘束力に反するものとなるだろう。

他方、仮の差止め決定の理由が本件の決定におけるような勝訴の見込み理由であれば、第二次改正案が決定の趣旨に従ったものと解しうる場合もあろう。どちらと解されるかは本決定が違法と見込んだ理由及び第二次条例案の目的・内容、本決定の考慮事項にかかる諸般の事情から判断するしかあるまい。

本決定においては、「単に共同保育の期間が三か月間で十分か否かを論ずるのみでは足りないというべきところ、

現時点では、相手方にはこの視点が欠落しているといわざるを得ないのである。⁸²⁾と述べられており、本件法人における保育児童の生命・身体の安全に危険が及ぶことのない体制の確立が民間移管後であっても差し支えないとの見解が排斥されている。それゆえ、民営化前に共同保育を実施する期間の長さは一つの考慮事項であるが、それだけが問題ではないと読むこともできる。本決定は「共同保育の計画の期間、内容及び実行可能性等について計画自体において問題があることは明らか」であるとしていたのであるから、第二次改正案が民営化の時期を遅らせ共同保育を実施する期間を三ヶ月確保したという点では判決の趣旨に従ってはいえるものの、その計画の内容及び実行可能性等が判決の趣旨に従って変更され、上記の安全確保体制の確立が民間移管前に行われる計画となっているのがさらに問題となる。しかし、第二次改正案自体にはそのような内容が含まれるわけではないから、被告が決定の趣旨に従った対応をとったのであるかは第二次改正案それ自体からは明らかにならない。それゆえ、この点を明らかにするには結局のところ、第二次改正案に対する差止訴訟及び仮の差止めを提起せざるを得ないであろう。ただし、その場合には一連の訴訟であることは明らかであるから、負担の公平の観点から、被告に第二次改正案の適法性について疎明させるべきではなからうか。なお、仮に、(3)の程度に対象を特定した差止め訴訟係属中に第一次改正案が撤回され第二次改正案が提出された場合には、第二次改正案は引き続き当該訴訟の審理の対象になるから、原告が新たな差止訴訟及び仮の差止めを提起する負担は軽減されよう。

次に、対象が明確に特定されている本件事案の場合においても本決定が確定したと仮定した場合、第二次改正案が第一次改正案に対する本決定の趣旨に従ったものであるかは問題になる。この点を明確にする意図から第二次改正案を司法審査の対象とするためには、本件申立人らが行ったように、差止訴訟の訴えの変更を行った上で、改めて仮の差止めを申し立てなければならぬだろう。⁸³⁾

以上のように、仮の差止めの利用可能性を高める観点からは、訴えの変更のための手続をとらなければならない原告の負担や、審理の迅速性の必要に鑑みても、差止訴訟の対象をある程度特定しないことが有用であると考えられるが、決定の拘束力の及ぶ範囲についても一定の場合には差止訴訟の対象をある程度特定しないことが有用であると思われるが、個々の事案についてさらに個別具体的な考察が必要であろう。

なお、判決・決定の拘束力の実効性にかかわっては、本件被告の対応から仮の差止め決定をいかに担保するかという問題が示唆されうる。義務付け訴訟・差止訴訟及び仮の義務付け・仮の差止めの創設目的の達成という観点からも、この問題を改めて考察する必要があるだろう。

(5) 仮の決定の第三者効をめぐる問題

執行停止決定は、第三者に対しても効力を有するとされているが（行訴法三二条）、仮の義務付け・仮の差止めには同条項が準用されていない。新設された義務付け訴訟及び差止訴訟については無名抗告訴訟として取り扱われてきたときと同様に、抗告訴訟一般に妥当するとされる取消訴訟に関する規定の準用がされているにとどまってお⁶⁷⁾り、仮の義務付け・仮の差止めに準用される規定についても本案訴訟への準用との整合性がはかられたものと考えられる。

行訴法三八条の定める準用規定については、これが最小限度のものを定めたものである以上、その他の諸規定について新設された差止訴訟等に準用できるか否かは解釈上の問題である。取消訴訟の第三者効を規定する行訴法三二条一項の準用に関しては、申請通りの行政処分を求める義務付け訴訟や予防的不作為訴訟において、判決に第三者効を認める必要性は多くの場合にはないが、行政庁が第三者に対して公権力を発動することを求める義務付け訴

訟においては、義務付け判決に対応した行政庁の行為が第三者にも対抗できるようにするため、三二条一項、三四条の準用を認めるべきであるとする考え方があったとの指摘がある⁸⁰⁾。

確かに、復効的行政処分の場合には、対立する利害を有する第三者が存在するので第三者効を及ぼす必要性はあるが、自らに対する行政処分を差止める場合には一般に第三者は存在しないだろうから、三二条一項を準用する必要性に乏しいというべきであろう。しかし、処分性を柔軟に解して本件のように条例の差止訴訟を許容すると、対立する利害関係者である第三者が多数生じてくるという問題が生ずる。本件に即していえば、条例の差止めが仮に決定されて条例が施行されないと、申立人になっていない当該保育所の児童・保護者らに対しても影響が生ずることになる。

そこで、本件のような場合には解釈論上仮の決定に第三者効を認めるべきかが問題となる。一般的な予防不作為訴訟において第三者効を認める必要性が乏しいということは、逆に第三者効を認めても実害がないと考えられるから、処分性を柔軟に解して差止訴訟の可能性を拡げていく立場からは、紛争の合一的かつ早期の処理の観点から、差止訴訟及び仮の差止めにおいても第三者効に関する三二条一項を準用すべきだということになる。仮に三二条一項が準用されない場合に多数の利害関係者に仮の決定の拘束力を及ぼすためには、本件改正条例に関わる多数の当事者に訴訟参加を求めることになろうが、その場合には審理の長期化や複雑化、事務的負担が増大するように思われる。訴訟参加をしないこれらの者が逆に民営化を進めたい場合には、理論的には義務付け訴訟を起こすことは可能であろうが、そのような個々の紛争のレベルで条例の違法を争う訴訟の解決を図るのは必ずしも適切とは思われない。本件のような事案が抗告訴訟のルートで争われることが定着化するのであれば、差止訴訟の第三者効を認める必要が生じよう。

なお、取消判決の形成力の客観的範囲に関し、不特定多数者に対する一般処分ของそれに關しては議論のあるところである。⁽¹¹⁾ 例えば、取消訴訟が主観訴訟であることから、差止めを求め得る範囲はあくまで原告の法律上の利益が不利益を受けないために必要な限度にとどまるべきであって、第三者と行政主体との間で生じた効力は原告の法律上の利益を回復するに必要な限度で取り消しうるに過ぎず、一般処分の効力が不可分一体であるために原告との関係でのみその効力を失わせることができない場合に限って、他の者との関係で生じた効力をも失わせることができるとの見解が見られる。⁽¹²⁾ この見解から示唆されるのは、条例に処分性を肯定することによって多数の利害関係者・当事者が関わることになること、取消訴訟や差止訴訟においてはむしろ一般に第三者効を認めるべきではないかという点である。処分性を柔軟に解し、本件のような事案の場合に条例に処分性を肯定することを認めるならば、差止判決・仮の差止め決定の第三者効は多数の利害関係者に対しても一般に及ぼされうると解すべからう。それでは次に、仮の差止め特有の要件について考察していこう。

注

(11) 例えば、中川・前掲注(9)論文九八〇頁以下の議論を参照。

(12) 山田洋は、行政立法の無効確認訴訟や通達の違法確認訴訟は、立法過程では実質的当事者訴訟と解されている節があるが、こうした行為は、処分性はないものの、公権力の行使と解して、抗告訴訟の対象と解する余地があり、このような確認訴訟は法定外抗告訴訟に分類されることとなろうという。山田洋「確認訴訟の行方」法律時報七七卷三号（二〇〇五年三月）四五頁以下、四七頁。このような訴訟の可能性も考えられるが、本稿ではこれに対する考察は行わない。

(13) 例えば、久保茂樹「行政事件訴訟法の改正について——研究者の立場から（第四回行政法研究フォーラム 行政事件訴訟法の

一部を改正する法律」判例時報一八七七号（二〇〇五年二月）二六頁以下、三〇頁。

- (14) 国民の権利利益のより実効的な救済の必要性からは、具体的な事案において確認訴訟を活用する場合に考えられうる問題の考察を深めておくことが必要であろう。同旨、大久保規子「処分性をめぐる最高裁判例の展開」ジュリスト一三一〇号（二〇〇六年四月）一八頁以下、二四頁。

- (15) 行政処分が介在する場合の当事者訴訟・争点訴訟における仮処分の許否についてはさまざまな考え方があるが、ここでは問題の所在を指摘するにとどめる。詳細は、芝池義一『行政救済法講義 第3版』（有斐閣、二〇〇六年）一五八頁以下、南〓高橋編・条解「第3版」七三〇頁以下等を参照せよ。

- (16) 同旨、橋本博之『解説 改正行政事件訴訟法』（弘文堂、二〇〇四年）八六頁。

- (17) より詳細かつ慎重な検討を要しよう。なお、仮に仮処分が排除されなかった場合、その履行確保の問題が別途生ずる。中川・前掲注(9)論文九七四頁を参照。

- (18) 中川・前掲注(9)論文九七六頁以下。中川は、横川川事件や長野勤評事件において最高裁が示した確認の利益の判定基準は変更を余儀なくされるのではないかと指摘している。同・前掲注(9)論文九八二頁以下。

- (19) 最判平成一四年四月二五日判例地方自治二九号五二頁。

- (20) 山田洋・前掲注(12)論文四七頁。

- (21) 中川・前掲注(9)論文九九五頁。

- (22) ただし、このような解釈は、処分性を肯定する解釈としても主張することができ、その意味で処分性を判断する考え方と同じ発想であるといえる。山田は、従来の処分性を否定する裁判例の考え方を確認の利益の判断に引き継ぐべきではなく、新たに考え直すべきものであることが明確に確認されなければならないと説く。山田・前掲注(12)論文四七頁。確認の利益の柔軟な解釈が公法上の確認訴訟の活用 の前提になると指摘する、人見・前掲注(10)論文一一頁も参照。

また、民事訴訟の確認の利益論を参照する場合にも行政訴訟との相違が考慮されなければならないと指摘するものとして、例えば、前田雅子「行政作用と行政訴訟改革―行政訴訟の対象と類型を中心として」ジュリスト一二七号（二〇〇四年一〇月）二九頁以下、三三頁や、安念潤司・越智敏裕・園部逸夫・市橋克哉「座談会 改正行政事件訴訟法は、国民・住民の包括的・実効的な権利利益救済を可能にするか」法律時報七七卷三号（二〇〇五年三月）四頁以下、一二頁「市橋克哉発言」なども参照。

(23) 市橋は、民事訴訟とは異なる公法ということから、「何かもつと抽象的で一般的で間接的な利益であっても、これは公法上の権利なのだから、その程度でも法関係は公法では作られているのだということになれば、……確認の利益もクリアするということになるのかもしれないですが、……」と述べている。前掲注(22)法律時報座談会・一二頁。

(24) 中川・前掲注(9)論文九八一―九八二頁も参照。なお、他の保育所民営化訴訟においては、確認訴訟も併せて提起されていたが、いずれも取消訴訟が許容されたので、確認訴訟は補充性の観点から許容されなかった。

(25) 高木・前掲注(10)書八〇頁、山田・前掲注(12)論文四七頁以下。

(26) 中川・前掲注(9)論文九七九頁。なお、「法令の違法の確認が、紛争の直截で実質的な解決に資する場合には、法令自体の違法を確認する訴えも許容されるものと思われる。」が、「実質的当事者訴訟としての確認訴訟では、一般的な規範統制訴訟は許容されない」と指摘されている。小早川光郎・高橋滋編集『詳解 改正行政事件訴訟法』（第一法規、二〇〇四年）（以下、「小早川・高橋編・詳解」と略す。）一一〇頁「黒川哲志」。ただし、条例の違法確認訴訟が許容される場合には、すでに見たように、理論的には、法定外抗告訴訟としての条例の違法確認訴訟との関係が問題となろう。山田・前掲注(12)論文四八頁。なお、高木は、在外邦人の選挙権の最高裁判決をみると、何か権利義務に引きなおせるときはそちらの方に法律構成した方がよいというのが最高裁のメッセージのようだと指摘する。斉藤浩・高木光・阿部泰隆「更なる行政訴訟制度の改革について（上）」自治研究八二卷三号（二〇〇六年三月）三頁以下、三一頁。

(27) 久保・前掲注(13)論文二九頁。このような点から、曾和は、行政立法や行政計画に関しては、確認訴訟による救済だけでは限界があると指摘している。曾和俊文「行政事件訴訟法改正の意義と今後の課題」法律時報七七卷三号（二〇〇六年三月）二六頁以下、三二頁。

(28) この問題は後述する。なお、公立保育所廃止を定める改正条例の取消訴訟については、個別児童に対す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であろうとの指摘が見られる。人見・前掲注(10)論文一一頁。また、福井秀夫・村田斉志・越智敏裕『新行政事件訴訟法―逐条解決とQ&A―』（新日本法規、二〇〇四年）（以下、「福井他・新行訴法」と略す。）二六四頁も参照。

(29) 人見は、「条例は、本来的には行政行為ではなく、それに取消訴訟の対象性としての処分性を認めたところで、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あろう。したがって、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はずである。」と述べる（同・前掲注(10)論文一一頁）。このような解釈が可能であるなら、処分性の拡大の方向は、確認訴訟の活用メッセージとともに、国民の権利利益の救済をより充実させる可能性をもたらしかもしれないが、なおも個別具体的な考察を踏まえる必要がある。この問題に対する取り組みへの示唆として、室井力「形式的行政処分について」『現代行政法の展開』（有斐閣、一九七八年）三三頁以下、五六頁以下を参照。

(30) 大久保・前掲注(14)論文一八頁。

(31) 大久保・前掲注(14)論文二〇頁。

(32) 最高裁は、条例の無効確認訴訟以外については本案について審理し、当該条例が別荘給水契約者のみに高額な基本水道料金を課す旨の改定は不当な差別的取り扱いであり、それゆえ当該条例のうちこの改定部分は無効であるとして、原告らの請求を認容した原審の判断を結論において認めており、別個に請求されていたこれらの訴訟を当事者訴訟として許容しているように

思われる。この問題については、例えば、斎藤浩『行政訴訟の理論と実務』（三省堂、二〇〇七年）三三八頁、黒川哲志「旧高根町簡易水道事業給水条例無効確認等請求事件『平成一八年度重要判例解説』ジュリスト臨時増刊一三三二号（二〇〇七年四月）四七頁などを参照。

⁽³³⁾ 黒川は、二〇〇四年の法改正は、訴訟類型を重視して訴えの許容性を判断するアプローチを改めて、権利救済の実現を柔軟に図っていくことを志向するものであるので、処分性がないことを理由に無効確認の訴えをすべて却下した最高裁判決のスタンスには疑問が残るとする。同・前掲注⁽³²⁾評釈四八頁。

⁽³⁴⁾ 分校を廃止して本校に統合する旨の条例の違法性が争われた。大津地判平成四年三月三〇日判例タイムズ七九四号八六頁以下。その時点までの裁判例については、さしあたりその解説を参照。また、阿部泰隆『行政訴訟要件論』（弘文堂、二〇〇三年）（以下、「阿部・要件論」と略す。）一六七頁以下は分校廃止条例の処分性が争われた裁判例を整理している。

⁽³⁵⁾ なお、行訴法改正後、仮の差止めが申し立てられた事件のうち、対象の特定を欠くため又は対象が処分性を欠くため不適法であるとされたものとしては、市議会解散請求に基づいて相手方が行うことが予定されている解散の投票のための一切の投票事務の執行の仮の差止めが求められた事案があるが（水戸地裁平成一八年八月一日決定判例タイムズ一二二四号二三三頁）、これについても同様の判断基準及び判断方法がとられている。

⁽³⁶⁾ 千代田区事件最高裁判決と大津地判の相違は学校教育法令（具体的に就学指定）が特定の学校における具体的な利用関係を生じさせるものか否かにかかる解釈上の相違であったといえる。同旨、田村・前掲注(7)書五七頁。

⁽³⁷⁾ 田村・前掲注(7)書二〇頁、寺・前掲注(3)一一七頁。

⁽³⁸⁾ 同旨、古畑淳「公立保育所の廃止・民営化と特定の保育所において保育の実施を受ける権利―横浜州市立保育所廃止事件・横浜地裁平成一八年五月二二日判決（賃社一四二〇号三九頁）の検討」賃金と社会保障一四二九号（二〇〇六年十一月）五七頁以下、六二頁及び同注(7)に掲げる文献を参照。ただし、裁判所によっては、九七年改正により保育所入所の仕組みは保護者

と市町村との間の保護者の選択した保育所における保育を実施することを内容とする利用契約を締結する仕組みに変更されたと捉え、保護者らは当該契約期間中当該保育所において保育を受ける権利を有するが、それはあくまでも当該保育所が存続する限りであると解するものがある。判決の整理については、上記古畑評釈の他、衣笠葉子「公立保育所の民営化」近畿大学法学五五卷一号（二〇〇七年六月）一四一頁以下、一五三頁以下を参照。

(39) 米丸は保育所の民営化措置をめぐっては条例取消訴訟が定着しているとみ、このような現状を積極的に評価している。ただし、「こうした判断は、特定の保育所を選択し保育の実施を受ける継続的な法関係が個別の当事者との間で存在する、保育所の特殊な施設利用関係を前提とした民営化措置であることによるといえる。」と指摘しており、差止訴訟（抗告訴訟）の利用可能性の点からみて例外的な事案であることを示唆している。米丸恒治「行政の民営化・民間委託と行政救済法」法律時報七九卷九号（二〇〇七年九月号）三五頁以下、三七頁を参照。

(40) 児童福祉法規研究会『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、一九九九年）一六八頁。これによれば、措置制度の下では、保育所の入所に当たって「市町村が事実上保護者の希望を聴くことはあっても、保育所、保育サービスの選択権が利用者にはなかった」ため、「措置（行政処分）による入所方式から、保護者が各保育所に関する十分な情報を得たうえで、入所を希望する保育所を選択して、申し込みに基づき市町村と保護者が利用契約を締結する仕組みに見直したものである。」と説明されている。同書一六七頁。なお、保育所入所決定の法的性格については、九七年改正後も行政処分とみる見解が有力である。議論の概観として、衣笠・前掲注38評釈一五三頁以下を参照。

(41) 保育サービス提供主体そのものの民化に至って、利用者の意思を尊重する権利としての保育所選択権の保障のあり方が問われることになったといえよう。この点に関する問題提起として、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・見上崇洋・安本典夫編『「民」による行政』（法律文化社、二〇〇五年）二〇八頁以下を参照。

- (42) このような場合に確認訴訟を利用するというのが一つの想定される方法であるわけだが、すでに(1)で見たように、公の施設の廃止条例の処分性が否定される事案については確認の利益が柔軟に解されなければ確認訴訟も利用できない可能性がある。
- (43) さらに挙げた道路指定の告示に処分性を肯定した最高裁判決の他、通達・要綱に基づきなされた労災就学援助費の支給に関する決定の処分性を肯定した、最判平成一五年九月四日判例時報一八四一号八九頁、食品衛生法に基づき食品の輸入届出をした者に対して検疫所長が行った違反通知について処分性を肯定した最判平成一六年四月二六日民集五八巻四号九八九頁、病院開設中止勧告について処分性を肯定した最判平成一七年七月一五日判例時報一九〇五号四九頁などがみられる。
- (44) 前注で挙げた判決以外の判決も含めた処分性拡大の傾向を分析するものとして、例えば、大久保・前掲注(4)論文、橋本博之「処分性論のゆくえ」立教法学七〇号(二〇〇六年)二九五頁以下、越智敏裕「処分性をめぐる最近の最高裁判決の動向」法律のひろば五九巻五号(二〇〇六年五月号)一二頁以下などを参照。このような最高裁判決の動きを、確認訴訟の活用という改正法のメッセージとの関係でどのように捉えたらよいのかというのは、一つの問題である。
- (45) 社会福祉施設の継続的な利用権自体が実務上否定されているものが多いことに鑑みれば(例えば老人福祉法上の養護老人ホームへの入所「措置」決定に基づく入所)、このような解釈論を定着させていくことが重要であろう。
- (46) 大津地裁判決を掲載している判タ七九四号八六頁以下の解説においては、「公立学校の廃止統合処分に対して、これが争えることについては問題がないものの、誰を被告として、どのような請求の趣旨によればよいのかについては最高裁判決がないこともあって、裁判例は一致していない」とされている(同八六頁)。本件控訴審においては、条例案が議会で議決される前の段階における当該条例案による条例の制定に関する仮の差止めの申立てについては、本文に挙げたような問題があり、これが本件改正条例制定の行政処分性の有無の判断にも重要な関連性を有すると述べられている。
- (47) 阿部は、法律が複雑で解釈に争いがある結果、裁判所の取扱いが異なることによって、訴訟やり直しの負担や救済の時期の遅延が生じ、また、出訴期間の関係で裁判の拒否に通ずることから、裁判所は釈明するなどの対応が必要であると指摘している。

たが、本文のように解しうるのであれば、このような問題は改善されるように思われる。阿部・要件論一六七頁以下、一六九頁。また、同『行政救済の実効性』（弘文堂、一九八五年）（以下、「阿部・実効性」と略す。）一頁以下も参照。

- (48) このような考え方から、以下の論述ではこれらの行為をすべて「条例」と表現し、必要な場合には個々の行為を特定することにする。

- (49) 山本は、「差止の対象となる処分ないし訴訟物となる法律関係を特定すること（略）、仮の権利保護がおよそ認められない空白を作らないことが重要であり、予防的訴訟をどちらの訴訟類型に振り分けるかにこだわる必要はない」という。小早川＝高橋編・詳解七八頁「山本隆司」。

- (50) 山田・前掲注(2)論文四八頁など注で掲げた諸論文、また、橋本・前掲注(4)論文三二二頁など。

- (51) 山本隆司「訴訟類型・行政行為・法関係」民商法雑誌一三〇巻四・五号（二〇〇四年七・八月）六四〇頁以下、六四二頁。山本は、改正法により義務付け訴訟と差止訴訟が法定されたことを受けて、「請求の範囲は（略）、原告の意思により特定すべきであるとしても（処分権主義）、訴訟類型と判決形式の特定は、裁判所が行うべき純粹な法解釈の問題である（略）。そして翻って、訴訟類型を特定する責任を負う裁判所は釈明により、原告が請求の範囲を特定するのを補助すべきである」と指摘している。同頁。

- (52) 前田・前掲注(2)論文三五頁。また、同旨、久保・前掲注(3)論文三〇頁、大久保・前掲注(4)論文二四頁なども参照。

- (53) 室井他編・コンメンタールⅡ「第2版」四一三頁「深澤龍一郎」。

- (54) 小早川＝高橋編・詳解八五頁「山本隆司」。

- (55) 小早川＝高橋編・詳解八五頁「山本隆司」。また、小林久起『司法制度改革概説③ 行政事件訴訟法』（商事法務、二〇〇四年）一八六頁など。山本は、民衆訴訟ではあるが、私人と異なる行政機関の性格に対応した差止めの可能性を考える上で参考になるとして、地方自治法二四二条の二第一項第一号の住民訴訟（差止め請求）の対象の特定に関する議論を参照している。

- 二〇〇二年に改正された地方自治法二四二条の二第一項第一号請求については、たとえば、小幡純子「住民訴訟における一号請求の重要性」法律のひろば五五巻八号（二〇〇二年八月）二頁以下、園部逸夫編『最新地方自治法講座4 住民訴訟』（ぎょうせい、二〇〇二年）「6 住民訴訟の請求」一七七頁以下、一八七頁以下などを参照。また、西島羽和明「一号請求の可能性―新宿区人骨焼却差止請求住民訴訟事件に寄せて―」近畿大学法学四四巻一号（一九九六年一〇月）五三頁以下も参照。
- (56) 小早川＝高橋編・詳解八五頁「山本隆司」。
- (57) 石崎誠也「日の丸・君が代訴訟東京地裁平成一八年九月二〇日の検討―行政法の視点から」法律時報七九巻二号（二〇〇七年二月）六七頁以下、六八頁。
- (58) 条例の違法を理由とする処分一括訴訟の例としては、（行訴法改正前に提起されたものであるが）東京都外形標準課税条例に基づいて行われるおそれがある更正処分・決定処分の一括差止訴訟が挙げられよう。改正後はこれが許容されるのではないかとするものとして、橋本・前掲注⑥書八二頁。また、条例に基づく処分をしてならないとの請求をした事案につき、その差止訴訟の可能性を検討した、阿部泰隆『行政訴訟改革論』（有斐閣、一九九三年）第二部第三章「三 京都市古都保存協力税訴訟の考察」四〇七頁以下も参照。
- (59) 当該訴訟における処分一括訴訟にかかる論点としては、訴えの利益や訴えの変更、判決の拘束力をめぐる問題があることが指摘されている。石崎・前掲注⑤論文六九頁。また、稲葉一将「国歌斉唱等の義務不存在確認訴訟と処分の差止訴訟」速報判例解説編集委員会編『法学セミナー増刊 速報判例解説 Vol.1』（二〇〇七年一〇月）三九頁以下、四二頁も参照。
- (60) 例えば、神谷和孝「少子化対策と保育の公的責任―公立保育所民営化の動向を中心として―」東海女子大学紀要二六号（二〇〇六年）一三五頁以下、一三七頁、保育行財政研究会編著『公立保育所の民営化―どこが問題か―』（自治体研究社、二〇〇〇年）七頁以下などを参照。
- (61) この場合には、本件改正条例の違法性が問われることを通じて、本件民営化政策そのものの違法性が問われているといえる。

石崎は、先の日の丸訴訟東京地裁判決の拘束力として、行政庁には違法とされた事由を有する通達に基づき懲戒処分を行わなければならないことになるので、仮に当該通達が改定されたとしても、それが形ばかりのものであり、内容は違法とされた同通達と異ならないものであったとしたら、それは拘束力に反することになると指摘する。同・前掲注⑦論文七〇頁。

⑥2 賃社一四四二号六二一六三頁。

⑥3 注(7)を参照。

⑥4 一定の処分の特定をある程度しないことの有用性については、義務付け訴訟の請求・判決内容の特定に関する記述であるが、山本隆司「義務付け訴訟と仮の義務付け・差止めの活用のために（上）」自治研究八一巻四号（二〇〇五年四月）七一頁以下、七八頁を参照。一定の処分の特定度合いについては、「あまり厳格に考える必要はないし、厳格に考えてはならない」との指摘もみられる。斎藤・前掲注③書二六九頁。

⑥5 義務付け判決の効力にかかる文脈においてであるが、「裁判所の判決に行政庁が従わないという事例が未だ生じていないので、判決の執行確保のための制度はおかれていない。」と指摘されている。塩野宏『行政法Ⅱ「第四版」』（有斐閣、二〇〇五年）二二二頁。

⑥6 例えば、阿部は仮執行宣言の準用と担保の提供制度の創設などを提案していた。同・実効性一三七頁以下など。山本は、行政は司法の判断に従わないという前提を仮に置かなければ、何らかの強制手段が必要となるが、差止判決は間接強制によるほがなく、その実効性・相当性には疑問があるという。山本和彦「民事訴訟法理論から見た行政訴訟改革論議」法律時報七六巻一号（二〇〇五年一月）一〇八頁以下、一一一頁。また、橋本・前掲注①書七五頁も参照。

⑥7 南Ⅱ高橋編・条解「第3版」六五六頁「高橋滋」。

⑥8 南Ⅱ高橋編・条解「第3版」六七九頁「高橋滋」。

⑥9 この問題は、不特定多数者に対する一般処分の取消判決の第三者効として議論された問題であるが、原告と行政主体との間

で生じた処分の効力が取り消されると、これにより原告以外の者と行政主体との間で生じた効力までも取り消されることになるのかという問題であり、形成力の客観的範囲に属する問題と位置づけるべきだとされている。南Ⅱ高橋編・条解〔第3版〕五三九頁「東亜由美」。

(70) その他の見解も含めて、南Ⅱ高橋編・条解〔第3版〕五三九～五四〇頁「東亜由美」。

2 必要性の要件をめぐって

(1) 「償うことのできない損害」の意義

「償うことのできない損害」とは、学説においては文言上厳しい要件が定められたものと理解されており、実際の解釈・運用にあたっては、執行停止の要件（「重大な損害」との「あるべきとされる差」を意識しつつも、これを柔軟に解することの必要が指摘されている。⁷⁰⁾しかし、その具体的な例については今後の判例の積み重ねによるところが大きいと考えられ、改正後の裁判例の動向が注目されていた。

行訴法改正後申し立てられた仮の差止めにかかる事案としては、本案である差止訴訟が許容されるだけの「重大な損害」とはいえないとして却下された事案のほか、「償うことのできない損害」とは認められないとして却下された事案があった。⁷¹⁾

後者の各事案においては、「償うことのできない損害」とは、表現の差はあるが、概ね、ひとたび違法な処分がなされてしまえば、当該申立人の法的利益が侵害され、その侵害を回復するために後の金銭賠償によることが不可能であるか、（社会通念上）これのみによることが著しく不相当である場合に認められると解されている。⁷²⁾

本決定においても、「償うことのできない損害」の意義は、「金銭賠償が不可能な損害が発生する場合のほか、社会通念に照らして金銭賠償のみよることが著しく不相当と認められるような場合」と解されており、学説や裁判例の傾向に従うものとなっている。

本件においては、具体的には、①保育児童の生命・身体等の安全等、及び、②本件申立人らの保育所選択権の侵害がこれに当たると認められたが、②については、本件裁判所は、当該法的利益の侵害が直ちに「償うことのできない損害」となるわけではなく、その侵害がいわば受忍限度を超える場合に初めてこれに当たると解している。⁸⁶⁾

①の重大な危険が「償うことのできない損害」と認められることにおそらく異論はないだろう。本件決定においてとりわけ注目されるのは、②の侵害を償うことのできない損害と認めた点であろう。⁸⁷⁾

（２）「償うことのできない損害」判断の考慮事項

本決定は、償うことのできない損害の判断に当たっては、I-1（２）(a)で挙げた本件考慮事項を「勘案」すべきとしている。

このような考慮事項は、執行停止の要件である「重大な損害」が生じるか否かを判断するにあたり考慮すべき事項としてあげられている内容と同趣旨のものであるということができ、その意味で、「重大な損害を要件とする執行停止とは別の枠組みで特殊な判断をするという趣旨ではない」ことが確認されたといえよう。⁸⁸⁾

本件においては、もっぱら乳幼児の生命・身体に対する危険の有無が考慮されており、保育所選択権の受忍の限界もその観点から示されているのであるが、生命・身体等に危険が及ばなければ「償うことのできない損害」は認められないのか、という疑問も生ずる。⁸⁹⁾ 保育所選択権の侵害を検討するにあたっては、例えば、生命・身体に対す

る危険がなくても、「子供にとって、幼児期は、その健康かつ安全な生活のために必要な習慣を身につけたり、自主的、自立的な精神をはぐくんだり、集団生活を経験することによって社会生活をしていく上での素養を身につけたりするなどの重要な時期であるということができるから、子供にとって、幼児期においてどのような環境の中でどのような生活を送るかはその子供の心身の成長、発達のために重要な事柄である。」⁸⁰⁾という観点から、民営化によってそのような保育を受ける機会を喪失することがないかどうかを考慮する視点もあってよいと思われる。⁸¹⁾

なお、本件に係る第二次の仮の差止めの申立てについては、第二次改正案を内容とする条例が制定された後に決定が下されたため、当該条例に対する取消訴訟を提起するとともに、執行停止の申立てができることを理由に申立てが却下されている。⁸²⁾ 条例の処分性を肯定して取消訴訟が許容されることを前提とする場合には、条例の発効により廃止処分が生ずるとの法律構成をとらなくても、条例自体を差止めるという法律構成をする余地もあり得よう。このように解することができれば、条例が制定された後にも差止訴訟は可能となろうが、しかし、差止訴訟は、取消訴訟と執行停止という手段によっては十分な救済が図れない場合があることから法定されたのであるから、⁸³⁾ このような場合にまで差止訴訟を認めなければ救済が不可能というわけでもなからう。問題はむしろ、保育所廃止条例が発効し、民営化の既成事実が積み重ねられていくことである。それゆえ、このような場合には、執行停止の申立てにおいて「重大な損害」をより柔軟に解釈し、迅速に執行停止を認めていくことがむしろ必要であろう。

(3) 「償うことのできない損害」の判断枠組み

本決定は、①について、当該権利利益に危険が及ぼされて、また、②について、この受忍限度を超えて、いずれの場合においても「償うことのできない損害」が生じるのは本件保育所廃止により保育児童に重大な悪影響が及ぼ

される場合であるとして、これに当たるか否かにつき十分な引継ぎがなされていたかを考慮して判断している。

このような判断枠組みについては、次のような疑念が生ずる。

保育所選択権とは、本決定によれば、「保護者に対して保育所を選択し得るという地位（入所後、当該保育所において、一定期間にわたる継続的な保育の実施を受ける地位を含む。）を法的利益として保障したものと認められること、児童自身についても、直接の保育の対象であることから、上記の法的地位が認められるべきであることからして、かかる意味での保育所選択権というべきである」⁸⁰。

右の定義からすれば、児童の生命身体の安全と保育所選択権とはその性質上異なる価値を有するものであるにもかかわらず、本決定は、保育所選択権の問題を、（２）でみたように、もっぱら保育児童の生命身体⁸¹の安全と重なる問題として捉えている。保育を受ける権利の問題として、入所後、当該保育所において、一定期間にわたる継続的な保育の実施を受ける地位にそのような権利の保障が含まれていることは理解できる。しかし、本決定の定義からすれば、保育所選択権の本来の意義は特定の保育所を選ぶことができ、その保育所で希望する期間、保育の実施を受けることができるというものであろう。そうであれば、当該保育所を廃止することは当然にこの権利を回復できないほどに侵害することになるのではなからうか。九七年児童福祉法二四条一項の改正の趣旨が利用者の自由な選択の保障だったことからすれば、保護者が諸般の事情を考慮して希望を出し、選択した保育所が一方的に廃止されるにもかかわらず、廃止が違法とされない限りは受忍されなければならないことの実質的な正当化理由は十分に述べられていないといえる。⁸²

本決定の論理からすれば、「償うことのできない損害」としての保育所選択権の侵害の有無の判断と、「理由があるとき」という本案勝訴要件の判断としての裁量権の逸脱濫用の有無の判断が、いずれについても十分な

措置を講じていたか否かという点から行われるのは必然的である。しかし、裁量権の逸脱濫用の問題は、処分の違法性の存否の問題であり、本案が認容されるか否かの問題である一方で、「償うことのできない損害」の有無の問題は、仮の差止めの必要性に係る問題である。そうであれば、「償うことのできない損害」については右のように端的に回復不能な損害であるとし、本案勝訴要件の有無の判断において民間移管に当たって十分な措置がとられていたか否かを検討すべきであったと考える。

(4) 「償うことのできない損害」の疎明の程度

本決定においては、引継ぎの内容やスケジュールが具体的にどのようなものであったか、本件保育所の保護者説明会でどのような発言があったか、本件法人がどのような見解を有していたかなど、かなり具体的な事実について「疎明資料」(あるいは「本件記録」と述べられている。)が提出されているようであり、本決定は本案におけるほぼ同様の事実認定を行っているともみることができる。

必要性の要件の判断においてこのような事実認定がなされたのは、本決定の判断枠組みによるところが大きいが、ここまで詳細な事実を疎明することが一般に求められるのかは疑問である。しかし、償うことのできない損害の有無が社会通念上著しく不相当か否かで判断されるのであれば、事実関係の評価はこの存否の認定に当たり不可欠の要素となる。そこで、同じく事実関係の評価が不可欠の要素である執行停止の場合と比較してどの程度の疎明が求められるべきかを考察してみよう。

改正前に保育所民営化にかかる取消訴訟の提起とともに執行停止が申し立てられた事案はいくつかあり、いずれも却下されている。そのうち本案において条例の違法性が認められた執行停止の事案(以下、「保育所廃止執行停

止事件」という。）をみると、形式的な審査しかなされていない。この事案においては、改正前の行政事件訴訟法二五条一項にいう「回復困難な損害」の有無の判断において、保育の水準の変化と児童への精神的影響の二点が主として審査されたが、そこで前提とされた事実としては、廃止条例の制定に至る経緯および引継ぎが行われていること、民間移管に伴う保育環境の変化への対策として民間移管後の四月以降に臨床心理士二名の本件各保育所への定期的な巡回や退職した園長等による訪問などが予定されていることが認定されているにすぎない。東京高裁は、保育環境の変化が「児童に堪え難い精神的影響を及ぼしたり、その保護者が保育所における保育の利益を実質的に享受できなくなるなどの重大な影響を及ぼす場合があり得ないわけではない」ものの、「上記の事実関係によれば、抗告人らは、希望すれば、本件各新保育所において、概ね、同水準の保育を受けることができるのであり、また、民間移管に当たっては、保育の引き継ぎなど一定の配慮がされ、移管後の保育体制や児童に対するケアにつき相応の手当も予定されているのであるから、民間移管に伴う保育環境の変化が、回復困難な損害を生ずるものとはいえない。」と判断していた。

ところが、その後その本案においては、保育所廃止条例が可決された頃までの状況が詳細に把握され、保育所廃止執行停止事件において考慮された事項の実質的な内容が認定されており、その妥当性について疑問が示されている。⁸⁸⁾ このことから、「回復の困難な損害」か否かの判断に当たってより詳細な事実が認定されていれば執行停止が認められた可能性があったとも考えられる。⁸⁹⁾

そうすると、仮の差止めの場合には、執行停止にましてその重大さを疎明しなければならないのであるから、申立人にとってはかなりの負担となるように思われる。⁹⁰⁾

しかし、右の保育所廃止執行停止事件の本案である取消訴訟においては条例が違法とされたにもかかわらず、事

情判決により取り消されなかったことからすれば、そこにおいて問題となっていている保育所選択権はまさに回復困難であったということができ、その意味では(3)で述べたように、回復不能な性質の損害であることの疎明があれば足りると解するべきではなからうか。

注

(71) 小早川＝高橋編・詳解二四二頁「下井康史」、福井他・新行訴法三八七頁などを参照。

(72) 小早川＝高橋編・詳解二四二頁「下井康史」、南＝高橋編・条解「第3版」六四六頁「永谷典雄」、市村陽典・越智敏裕・福井秀夫・深山卓也・阿部泰隆「座談会 新行政事件訴訟法の解釈」判例タイムズ一一四七号(二〇〇四年六月)一七頁以下、三五～三六頁「深山発言」など。

(73) 保険医登録取消し処分の仮の差止めが申し立てられた事案(大阪地決平成一八年五月二二日判例タイムズ一二二六号一一五頁)、野宿者のテントに対する除却命令の仮の差止めが申し立てられた事案(大阪地決平成一八年一月一三日判例タイムズ一二二二号二五六頁)がある。

(74) 退去強制令書の発付処分の仮の差止めを求めた事案(大阪地決平成一八年一月一二日判例タイムズ一二三六号一四〇頁)、パチンコ店の営業許可申請について、その許可処分の仮の差止めが申し立てられた事案(大阪地決平成一八年八月一〇日判例タイムズ一二二四号二二六頁)、産業廃棄物処理施設の許可処分の仮の差止めが申し立てられた事案(大阪地決平成一七年七月二五日判例タイムズ一二二二号二六〇頁)がある。その他、当該処分により何らかの具体的な損害は発生しないとして申立てが却下された事案として、大阪地決平成一八年一月一三日がある。これらの例は、以下の本文において紹介するものも含めて、LEX/DBインターネットTKC法律情報データベースにより検索した。

(75) 仮の義務付けの事案においても概ね同様である。例えば、徳島地決平成一七年六月七日判例地方自治二七〇号四八頁、東京

地決平成一八年一月二五日賃金と社会保障一四二二五〇頁を参照。

(76) 本案勝訴要件にかかる判断における以下の記述からそのように解されよう。「本件においては、市立保育所としての本件保育所の廃止による保育所選択権の侵害を保育児童やその保護者らに受忍させるには、児童及び保護者の損害及び不利益をできる限り少なくするため十分な措置を講ずることが必要となるべきである。」（賃社一四二二二六四頁）。

(77) 石崎誠也「社会福祉行政上の処分と義務付け訴訟の機能」法律時報七九卷二二（二〇〇七年九月）二二頁以下、一三三頁。

(78) 前掲注(72)判例タイムズ座談会・三五頁「深山発言」、小早川＝高橋編・詳解二四五頁。

(79) 同旨、田村・前掲注(7)書四一頁。田村は、「ここまでいえるような事態でないと『償うことのできない損害』は認められない」とすると、仮の差止め決定を得ることは簡単なことでない。」と指摘している。

(80) 保育所入所・仮の義務付け申立て事件・前掲注(75)東京地決賃金と社会保障一四二二五七頁。

(81) この説示からは、入園後に受ける保育の質・内容がそのようなものであるべきことが示されているといえよう。

(82) また、約三ヶ月間の共同保育期間が設けられたことで、児童の生命・身体等に危険が及ぶなどの事態は回避できると考えられるから、「償うことのできない損害」は生じ得ないと判断されたという。田村・前掲注(7)書四三頁。II-1-(4)において考察した事項まで考慮されたのか否かは明らかではない。

(83) 改正行訴法施行後現れた仮の差止めにかかる裁判例においても、原告らに生じうる損害は取消訴訟及び執行停止により避けることができるような性質、内容のものであるとして、「償うことのできない損害」はないとされた事案もみられる。産業廃棄物処理施設の許可処分の仮の差止めが申し立てられた事案（大阪地決平成一八年二月二二日判例タイムズ一二二二一三三八頁）である。

(84) 南＝高橋編・条解「第3版」六三四頁「山崎栄一郎」など。

(85) 賃金と社会保障一四四二二六三頁。

(86) この問題につき、本決定が依拠していると思われる横浜市立保育園廃止処分取消請求事件横浜地裁判決（平成一八年五月二日判例地方自治二八四号四二頁）によれば、それが認められるのはもっぱら法律規定の欠缺による。横浜地裁は、「法は、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を法的な利益として尊重すべきことを規定しているものと解される。したがって、これらの利益を侵害し得ないものと考えらるならば、市町村は、入所児童の保護者の同意が得られない限りはその設置する保育所を廃止できないということになるが、上記諸利益の保障をそこまで絶対的なものと解するのが適切かは疑問なしとしない。」（同六五頁）と述べる。そして、なぜそのように解することが相当でないのかの理由として、公の施設の廃止を制約する規定が地方自治法や児童福祉法におかれていないことや、保育所利用関係の実体的な性質及び市町村における資産活用上の必要性（から市町村の政策的な裁量を認める必要性が導かれている。）などを挙げている。

(87) 東京高決平成一六年三月三〇日判例時報一八六二号一五一頁。本案である取消訴訟が認容された前掲注(86)の横浜地裁判決の事案につき、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案である。

(88) 判例時報一八六二号一五二頁。

(89) 前掲注(86)横浜地裁判決判例地方自治二八四号七一〜七二頁。

(90) ただし、保育所廃止執行停止事件においては、保育所選択の法的利益は認められていない。

(91) なお、執行停止の要件は、改正法により、「回復の困難な損害」から「重大な損害」へ「緩和」されている。「償うことのできない損害」は執行停止の要件より厳格であるとされるため、本件決定の枠組みに従うならば、民営化のための十分な措置がなされていない場合には、「重大な損害」が認められようが、そのためにも、かなり詳細な事実認定が求められるように思われる。

3 本案勝訴要件をめぐって

（1）主張・疎明責任とその程度

「本案について理由があるとき」という要件は、本案勝訴の見込みが高いことを求める積極要件であり、その主張・疎明責任は申立人の側にあると一般に解されている。⁸⁰ 本条がこのような要件を採用したことに対しては、これにより申立人の疎明が強く要求される可能性が高いと考えられ、それが仮の救済の本案化や審理の長期化につながり、制度の趣旨・目的を不当に阻害しかねないといった批判がなされ、その必要性に疑問が提起されてきた。⁸³

行訴法改正後の運用をみると、仮の差止めの申立てにつき、裁量権の濫用はないとして却下された事案がみられたが、⁸⁴ 本件も、本案における裁量権の濫用の有無が審査され、濫用されたとの結論に至っている。その意味で、仮の救済の本案化現象がみてとれよう。⁸⁵ また、そのことから審理の長期化も現実のものとなりつつあるように思われる。⁸⁶

しかし、改正行訴法の規定からすれば、処分（ここでは条例であるが）が適法か否かは断定できなくてもよいのであって、申立人らの主張事実が差止判決をする理由となる事情に該当すると一応認められ、かつ、当該事実があると一応認められれば、⁸⁷ 処分の違法の可能性が一応存在するのであるから、結論を出すまでもなく当該要件の充足が認められなければならない。⁸⁸ 裁量権濫用に対する審査密度が学説・裁判例の努力により高められるほど、仮の救済においても高度な疎明が求められる可能性は高まると思われるが、⁸⁹ 処分の違法性の確定はあくまでも本案の問題なのである。⁹⁰

保育所民営化訴訟においては、先の横浜地裁判決が、執行停止が却下された事案について二年間の審理の後に事情判決を選択したことに鑑みても、仮の差止めは一応の理由があれば速やかに認めたいうえで、本件決定で行ったような詳細な事実認定と違法性の判断は本案訴訟においてできるだけ迅速に行われるべきであると考ええる。⁹¹

なお、訴訟係属中に行政庁が別の理由で処分をしたり、処分を取り消して新たな処分をし、これを原告がさらに争う場合には新たな訴えの提起等を余儀なくされるが、これとともに仮の差止めの申立てがなされた場合には、裁判所は行政庁に新たな処分についてその理由あるいは適法性を釈明し、これを申立人に伝えるなどして申立人の疎明を尽くさせるための補助をするなど、迅速に必要な仮の救済が図られるよう、その利用可能性を高める観点から種々の対応が考えられるべきであろう。

次に、疎明の程度や審理の長期化にかかわって、審理手続のあり方について若干の考察をしておこう。

(2) 審理手続

仮の差止めまたは仮の義務付けは、審理手続について執行停止に関する規定を準用している(二五条五、六項)。執行停止の場合には、急を要する場合がほとんどであることから、実務上は書面審理が原則となっており、求意見書の提出期限は、緊急性を考慮して、求意見書送達後三週間程度と定められることが少なくなく、仮の義務づけ・仮の差止めの審理に関しても、実務上は、同様に、口頭弁論が開かれることはなく、書面審理がされているという¹⁰⁰⁾。口頭弁論を開かない場合には、裁判所はあらかじめ当事者の意見を聞かなければならないが、これを書面によって求める場合には、求意見書に記載された催告期間経過前に意見を聞かずに停止決定することは手続違背の違法がある¹⁰¹⁾とされている。また、求意見の方法については書面(求意見書)の送達による方法が多いとされるが、直接口頭による方法又は急を要する場合は電話による方法も可能であるという¹⁰²⁾。口頭であると明確性に欠ける場合もあるが、迅速さや書面の内容を補うなどその長所が生かされるような運用が求められる。

以上のような執行停止の際の審理手続の運用は、仮の差止めの場合も基本的に同様に当てはまると考えるが、申

立人に本案勝訴要件につき主張・疎明責任がある等執行停止と異なる部分もあるため、それに応じて申立人に十分に疎明を尽くさせるための審理方法が工夫される必要がある。

例えば、処分の理由に関する申立人の疎明には限界があると考えられるため、求意見書によっても提出されなかった処分の理由を明らかにする資料の提出を命じうる釈明処分の特則の規定の類推適用が検討されてよいと思われる。本件においても、本件保育所の民間移管に係る行政資料は内部的に作成されているのであり、必要な資料を迅速に提出させることが仮の差止めの利用可能性を高めることにつながると考えられる。仮に類推適用が認められないとしても、裁判所は民事訴訟法上一般的な釈明権限を有しているのであるから、申立人の疎明の程度が高く要求されると考えられる場合には、行政訴訟における当事者間の証拠の偏在に鑑み、当事者間の公平を実現するという観点や、行政の説明責任の理念が果たされるような運用により、原告の疎明を補助する役割が求められよう。¹⁰⁶

注

⑩2 小早川＝高橋編・詳解二四七頁。

⑩3 小早川＝高橋編・詳解二四七頁以下及びそこに掲げる文献、また、拙稿「改正行政事件訴訟法『仮の義務付け』活用が開く可能性」賃金と社会保障一四二二号（二〇〇六年七月）四〇頁以下、四七頁注⑨に掲げる文献を参照。このような問題への対応として、例えば、処分の性質によって疎明の程度に相違をもたせることもその一つの方法として考えられるが、これが許容されるか否かについては見解の対立がある。異なるべきであるとする見解として、小早川＝高橋編・詳解二四八頁以下「下井康史」を参照。これに対し、南＝高橋編・条解「第3版」六四七頁「永谷典雄」はこれを正当でないと述べ、処分の内容及び性質は必要性の要件において考慮されるべき事柄であるとする。なお、執行停止にかかる同様の問題については、さしあたり「室井他編・コンメンタールⅡ」第2版「三〇〇頁以下」「市橋克哉」を参照。

(94) 名古屋地判平成一八年九月二五日（判例集未登載）。電話勧誘販売業務停止命令及び同命令の公表措置の仮の差止めを求めた事案である。

(95) 義務付け訴訟においても同様の現象が見られるように思われる。例えば、拙稿・前掲注93評釈四三頁以下を参照。

(96) 保育所廃止執行停止事件では、申立てから約一ヶ月後に決定がくだされており、その抗告に対する決定はその一週間後である。これに対して、本決定までは二ヶ月半、即時抗告に対する決定は約二週間かかっている。

(97) 小林・前掲注95書一九二頁、室井他編・コンメンタールⅡ「第2版」四二三頁「深沢龍一郎」など。

(98) 逆に違法が明白であるか、その見込みがかなりの程度高い場合には、必要性の要件を緩和してその充足を認めてよいのではないか。両要件はすでに指摘したように別個のものであるが、相互に関連性をもっていること、また、「償うことのできない損害」という厳格な要件が必要であるかについて疑問があるからである。前者について、執行停止におけるものであるが、室井他編二九四頁「市橋克哉」、後者について、室井他編・コンメンタールⅡ「第2版」四二二頁「深沢龍一郎」、芝池義一・小早川光郎・阿部泰隆「鼎談」行政訴訟検討会の『考え方』をめぐって「ジュリスト」二六三号（二〇〇四年三月）六頁以下、三五頁「阿部泰隆発言」などを参照。

(99) 阿部は、第二次行政訴訟改革として考えるべき論点として行政裁量の問題を挙げ、幼稚園入園の仮の義務付けを認めた徳島地裁決定について、従来なら裁量の範囲内といわれそうなものが、丁寧に審査してくれた画期的なものと評価しているが（前掲注98自治研究座談会・一〇頁「阿部泰隆発言」）、その丁寧に審査は、詳細な事実認定によるものとみることもできる。

(100) 執行停止についてはあるが、南Ⅱ高橋編・条解「第3版」四七六頁「金子正史」。なお、本案における条例の違法性の判断のあり方については、これを認定した前掲注98の横浜地裁判決、また、古畑・前掲注98評釈を参照。古畑は、同意がない場合には、保育所廃止は違法と考えるべきだとする。同・前掲注98評釈六四頁。いずれの保育所民営化訴訟においても児童福祉法三三条の四に定める保育の実施解除の際の行政手続を履行していないとの主張がなされているが、そのことから、保育所

の民営化にあたり、被告となっている市町村が利害関係者に対する適正手続や決定過程への参加を保障するという視点を欠いていることが問われているといえよう。

(101) 同旨、古畑・前掲注⑧評釈六八頁。古畑は、司法救済のあり方、時機に適った司法判断の必要を指摘する。

(102) 行政事件訴訟実務研究会編集『行政訴訟の実務』（きょうせい、二〇〇七年）一二八頁、一四三頁。また、大門匡「改正行政事件訴訟法施行後一年の回顧と今後の課題」法律のひろば五九巻五号（二〇〇六年五月）四頁以下、一〇頁などを参照。

(103) 南Ⅱ高橋編・条解「第3版」四七八頁「金子正史」。

(104) 南Ⅱ高橋編・条解「第3版」四七八頁「金子正史」。

(105) 義務付け訴訟や差止訴訟などの釈明処分の特則規定（行訴法二三条の二）が準用されない訴えについても、一定の資料は作成されているのが通常の行政実務の運用であるとして本条の類推適用の必要を指摘するものとして、室井他編・コンメンタールⅡ「第2版」二六三頁、二六九頁「前田雅子」を参照。

4 公共の福祉要件をめぐって

あらゆる行政処分は何らかの形で公益を達成しようとするものであるから、これを過大に評価すると、仮の義務付け・差止めが認められる例がまれとなり、国民の権利利益を不当に否定することになりかねない。それゆえ、この要件の有無については事案ごとの個別判断が必要で、申立人に生ずる損害と公益を対比させ、前者を犠牲にしても後者を保護すべきとの判断に達することが求められるとされており、この要件が認められるのは「極めてまれであるべきと考えられなければならない」⁽¹⁰⁶⁾。

しかし、条例の処分性が認められる場合には、これを差止めることによる、条例が達成しようとする公益への影

響の度合いは一般的には通常の行政処分比して高いようにも思われ、個別具体的な考察が必要である。その際、条例を差止めることにより生じうる公益侵害のおそれが重大である具体的事実が、被告によって具体的に疎明される必要がある。

本件改正条例の場合は、保育所民営化という政策自体をこれにより選択するものではなく、民営化の手続の一環であり、この政策選択を法的に処理するものにすぎないものであった。それゆえ、本決定がその制定を仮に差止めたとしても、被告神戸市の政策自体に重大な影響は生じないとしたのは妥当な判断であったと考える。

注

(106) 小早川＝高橋編・詳解二四九頁「下井康史」。

(107) 福井他・新行訴法三八九頁。

おわりに

国民の権利利益のより実効的な救済を図る観点から、本件のような事案においても仮の差止めの利用可能性を高めようとするならば、その前提として条例の処分性を柔軟に解することが必要である。公の施設の廃止をめぐる本件のような事案においては、「特定」の公の施設を継続的に利用する権利ないし法的利益の存在が処分性肯定のポイントとなっているが、仮にこのような権利ないし法的利益が法令上認められないとしても、最高裁判決における近年の処分性拡大傾向を見据えつつ法体系全体の構造の中でこれらを解釈上柔軟に認めていくことが課題となろう。

このように条例に処分性を認める場合には、仮の決定に第三者効を及ぼしうるかなど、多数当事者に関わる条例をめぐる紛争ゆえの解釈論上の考慮が必要となる。

また、仮の差止めの利用可能性を高めるためには、必要性の認定や本案勝訴要件の判断のあり方に課題がみられる。右で述べた特定の公の施設を継続的に利用する権利ないし法的利益が緩やかに解されつつ、そのような権利利益は当該施設の廃止により将来的に回復不可能であるから端的に「償うことのできない損害」とされるべきであるし、必要性の要件と本案勝訴要件は関連するが別の問題であるから、基本的に区別して判断されるべきである。これらの要件充足に関する原告による疎明のあり方とかかわっては、裁判所による一般的な釈明権の行使など、国民の権利利益のより実効的な救済という理念を生かす訴訟運営が求められている。

さらに、国民の権利利益のより実効的な救済という観点からする利用可能性の問題には、仮の差止め決定により原告の権利利益が現実には救済されるのかという問題も含まれている。本件被告の対応を踏まえると、決定の拘束力の考え方やその担保のあり方についてもさらなる検討が必要であろう。また、取消訴訟との役割分担をどのようなものとも考えるかも課題となる。

このようにして、本件のような事案における仮の差止めの利用については、各要件を柔軟に解しうるならば、裁判所の訴訟運営のあり方を通じてその可能性を拡げる余地はあるように思われる。公法上の確認訴訟における仮の救済の可能性が不明であることから、今後、本件のように特定の公の施設を継続的に利用する関係があり当該公の施設を廃止する条例が争われる場合にも、仮の差止めが利用されていくであろう。そのような傾向は、理論的には、取消訴訟におけると同じく主観訴訟である差止訴訟とその仮の救済である仮の差止めのあり方や、公法上の確認訴訟との関係のあり方に問題を投げかけることになる。この問題へのさらなる取り組みは今後の課題であるが、

結局のところ、行政処分とは何か、行政訴訟とは何かという問題に行き着くことになると考えられる。

本稿では、条例の違法を理由とする権利利益の侵害に対する救済手段としての仮の差止めの解釈論上の可能性を検討してきたが、立法論的には次のような課題があると思われる。まず、訴訟対象性の問題は、立法政策あるいは個別具体の事案につき適切な救済を可能とする観点からの判例政策の問題であるとされることから、個別行政実体法に処分性を肯定しうる規定をおくことや、裁判を受ける権利の保障の観点から訴えが却下されることなく仮の救済がなされることを明確にする訴訟法上の規定をおくことが考えられる⁽¹⁰⁸⁾。また、本件のような行政立法の違法性を直接争う訴訟対象の問題については、行政計画も対象とすることを含めた抽象的規範統制訴訟の法定化という課題があり、これと併せて行政手続の段階における合意形成手続の充実や不服申立手続の整備が検討されるべきであるとの指摘もなされている⁽¹⁰⁹⁾。それゆえ、多数当事者にかかわる紛争の行政訴訟による司法的解決のあり方についての立法論的な検討が不可避であることはいうまでもない。

注

(108) 越智・前掲注(44)論文一八頁、橋本・前掲注(44)論文三二一～三三二頁。

(109) 米丸は、民営化措置や行政改革措置を住民が訴訟で争うことは困難であるとして、改めて立法論的には抽象的規範統制訴訟などの制度化が課題となっていると指摘している。米丸・前掲注(39)論文三九頁。立案過程においては、この立法論的課題を排除する趣旨はなかったという。塩野宏「行政訴訟改革の動向―行政訴訟検討会の『考え方』を中心に―」法曹時報五六卷三号(二〇〇四年三月)五二九頁以下、五三八頁を参照。

(110) 前掲注(98)自治研究座談会・二四頁以下。