

地方自治にかかわる判例動向研究60

保育所条例改正の専決処分の違法性  
— 小金井市立保育園廃止処分取消等請求事件 —  
(東京地判令和6年2月22日、令和4年(行ウ)第549号)

三 野 靖

<要 旨>

小金井市において、議会開会中に保育園廃止条例（年齢定員の段階的廃止）を専決処分したが、議会が不承認とし、市長交代後、廃止条例を廃止する条例（募集再開条例）案も否決された事案で、利用不可処分を受けた原告が、廃止条例及び募集廃止並びに利用不可処分の取消訴訟、国家賠償訴訟を提起した事件。

判決は、廃止条例及び募集廃止の取消訴訟は却下、利用不可処分の取消訴訟は取消、国家賠償訴訟は10万円を認めた。廃止条例及び募集廃止については、現に入所していない児童は、保育を受ける法的地位になく、処分性はない。専決処分は、議決すべき緊急性が客観的に高くなく、議決を得ることが社会通念上不可能な場合でなく違法であり、違法な専決処分に基づく廃止条例は無効であり、利用不可処分は違法で取り消す。

当該事件につき提出した法律意見書をもとに論述するものである。

## 1. 事案の概要

### (1) 事案の要旨

小金井市議会（以下、「市議会」という。）に提出された小金井市立さくら保育園（以下、「本件保育園」という。）の令和5年度における0歳児募集の廃止及び令和9年度末をもつての廃園などを内容とする小金井市立保育園条例の一部を改正する条例（令和4年小金井市条例第28号。以下、「本件募集廃止条例」という。）の制定に係る議案（以下、「本件議案」という。）につき、市議会が継続審査としたため、令和4年9月29日付けで、当時の小金井市長（以下、「前市長」という。）は、「議会において議決をすべき事件を議決しないとき」（地方自治法179条1項本文）に該当

するとして、本件募集廃止条例を制定する旨の専決処分（以下、「本件専決処分」という。）をした。また、令和5年1月26日付けで、前市長は、当時0歳児であった第2子につき令和5年度からの本件保育園の利用申請をした原告に対して、本件募集廃止条例の規定が有効であることを前提に、その施設利用を不可とする旨の処分（以下、「本件利用不可処分」という。）をした。

本件は、本件保育園に第1子を通園させている原告が、被告（小金井市）に対し、本件専決処分は違法であると主張し、（1）主位的請求として本件専決処分による本件募集廃止条例の制定、その予備的請求として本件募集廃止条例の制定による令和5年4月1日からの本件保育園における0歳児募集の廃止（以下、「本件各処分」という。）の各取消しを、（2）本件利用不可処分の取消しを求めるとともに、（3）国家賠償法1条1項に基づき、本件専決処分及び本件利用不可処分によって受けた精神的苦痛に対する損害賠償金50万円及びこれに対する本件専決処分の日から支払済みまで民法所定の年3分の割合による遅延損害金の支払を求める事案である。

## （2） 前提となる事実関係

原告の第1子は、令和3年4月に本件保育園の0歳児クラスに入園し、令和4年時点、本件保育園の1歳児クラスに通園している。

前市長は、令和4年9月1日、本件保育園ほか1園（以下、併せて「本件2園」という。）について、本件議案を市議会定例会に提出した。本件議案は、厚生文教委員会に付託され、4日間にわたり審議され、同月27日、参考人を招致すべきであるとして継続とすることに決し、議決には至らなかった。

前市長は、令和4年9月29日、市議会において議決すべき事件を議決しないことを理由に、本件募集廃止条例を制定する本件専決処分をした。前市長は、令和4年10月7日、市議会に対し、本件専決処分の報告をして承認を求めたが、市議会は、これを不承認とした。前市長は、10月14日に辞職した。

当選した白井市長（以下、「現市長」という。）は、令和4年12月21日、本件募集廃止条例を廃止する必要があるとして、小金井市立保育園条例の一部を改正する条例を廃止する条例（以下、「本件募集再開条例」という。）に係る議案を市議会定例会に提出したが、同定例会は、同月26日、同議案を否決した（以下、「本件否決」という。）。

原告は、令和4年11月8日、当時0歳児であった原告の第2子を申請児童として、

令和5年4月1日から本件保育園の利用を希望する利用申請書を提出したが、現市長は、令和5年1月26日、本件利用不可処分をした。

事案の概要（募集廃止、利用不可処分）

年 月 日	事案の概要
R 3. 7	さくら保育園（本件保育園）・くりのみ保育園（以上、本件2園）の段階的募集廃止方針案（R 4. 4～）
R 4. 5	方針案の修正（R 5. 4～）（本件方針）
R 4. 9. 1	前市長：保育園条例の一部改正条例（本件募集廃止条例）議案（本件議案）の提出 会期：～10. 7
R 4. 9. 12・22・26・27	厚生文教委員会審議、27日：継続審査（参考人招致）
R 4. 9. 29	前市長：本件募集廃止条例の専決処分（議決すべき事件を議決しない）
R 4. 10. 7	前市長：専決処分の報告（179条3項）、議会：不承認
R 4. 10. 14	前市長：退職（辞職）
R 4. 11. 8	原告：第2子（0歳）の本件保育園利用申請
R 4. 11. 27	白井市長当選：本件募集廃止条例廃止、募集再開を公約（11. 28就任）
R 4. 12. 21	本件募集廃止条例の廃止条例（本件募集再開条例）議案の提出
R 4. 12. 26	本件募集再開条例議案の否決（本件否決）
R 5. 1. 26	市長：利用不可処分（定員の設定がなく、募集を行っていない）

事案の概要（訴訟提起）

R 3. 4～	原告第1子：本件保育園通園（0歳児クラスに入園）
R 4. 11. 8	原告：第2子（0歳）の本件保育園利用申請
R 4. 12. 13	本件募集廃止条例の制定、0歳児募集の廃止（本件各処分）の取消請求 本件各処分の効力停止の申立て
R 5. 1. 24	申立て却下
R 5. 1. 26	市長：利用不可処分（定員の設定がなく、募集を行っていない）
R 5. 2. 10	利用不可処分の取消請求、国家賠償請求

（3） 関係法令

小金井市立保育園条例（昭和43年4月1日条例第14号）（抜粋）

（目的）
第1条 この条例は、児童福祉法（昭和22年法律第164号）第35条第3項の規定に基づき、保

育園を設置することを目的とする。

(名称、位置及び定員)

第2条 保育園の名称、位置及び定員は、別表のとおりとする。

(入園児童)

第3条 保育園は、子ども・子育て支援法（平成24年法律第65号）の規定により保育の実施を決定した児童を保育する。

(施行期日)

1 この条例は、令和5年4月1日から施行する。

(令和5年4月1日から令和6年3月31日までの保育園の名称、位置及び定員)

2 この条例による改正後の別表の規定にかかわらず、令和5年4月1日から令和6年3月31日までの間における保育園の名称、位置及び定員は、付則別表第1によるものとする。

(令和6年4月1日から令和7年3月31日までの保育園の名称、位置及び定員)

3 この条例による改正後の別表の規定にかかわらず、令和6年4月1日から令和7年3月31日までの間における保育園の名称、位置及び定員は、付則別表第2によるものとする。

付則別表第1

名 称	位 置	0歳 定員	1歳 定員	2歳 定員	3歳 定員	4歳 定員	5歳 定員
小金井市立くりのみ保育園	小金井市東町三丁目1番16号	0人	14人	18人	24人	24人	24人
小金井市立わかたけ保育園	小金井市前原町三丁目11番12号	10人	12人	18人	24人	24人	24人
小金井市立小金井保育園	小金井市本町五丁目6番19号	9人	14人	18人	20人	26人	27人
小金井市立さくら保育園	小金井市貫井北町三丁目30番6号	0人	14人	18人	24人	24人	24人
小金井市立けやき保育園	小金井市梶野町一丁目2番3号	15人	20人	24人	27人	27人	27人

備 考

1 この表における「0歳」とは、保育園における保育を行う日の属する年度の初日（同日に出生していない児童は、当該児童の出生の日）における年齢が0歳の児童をいう。

2 この表における「1歳」、「2歳」、「3歳」及び「4歳」とは、保育園における保育を行う日の属する年度の初日における年齢がそれぞれの年齢に該当する児童をいう。

3 この表における「5歳」とは、保育園における保育を行う日の属する年度の初日における年齢が5歳以上の児童をいう。

## 地方自治法179条

普通地方公共団体の議会が成立しないとき、第百十三条ただし書の場合においてなお会議を開くことができないとき、普通地方公共団体の長において議会の議決すべき事件について特に緊急を要するため議会を招集する時間的余裕がないことが明らかであると認めるとき、又は議会において議決すべき事件を議決しないときは、当該普通地方公共団体の長は、その議決すべき事件を処分することができる。ただし、第百六十二条の規定による副知事又は副市町村長の選任の同意及び第二百五十二条の二十の二第四項の規定による第二百五十二条の十九第一項に規定する指定都市の総合区長の選任の同意については、この限りでない。

- ② 議会の決定すべき事件に関しては、前項の例による。
- ③ 前二項の規定による処置については、普通地方公共団体の長は、次の会議においてこれを議会に報告し、その承認を求めなければならない。
- ④ 前項の場合において、条例の制定若しくは改廃又は予算に関する処置について承認を求め議案が否決されたときは、普通地方公共団体の長は、速やかに、当該処置に関して必要と認める措置を講ずるとともに、その旨を議会に報告しなければならない。

### (4) 判決（主文）

- 1 本件訴えのうち、被告が小金井市長の令和4年9月29日付け専決処分によってした小金井市立保育園条例の一部を改正する条例（令和4年小金井市条例第28号）に係る制定処分の取消しを求める部分及び被告が同条例の制定をもってした令和5年4月1日からの小金井市立さくら保育園の0歳児募集を廃止する旨の処分の取消しを求める部分をいずれも却下する。
- 2 小金井市長が令和5年1月26日付けで原告に対してした別紙児童目録2記載の児童の小金井市立さくら保育園の施設利用を不可とした処分を取り消す。
- 3 被告は、原告に対し、10万円及びこれに対する令和4年9月29日から支払済みまで年3分の割合による金員を支払え。
- 4 原告のその余の請求を棄却する。

## 2. 争点1 — 本件各処分の処分性の有無 —

### (1) 原告の主張のポイントは、次のとおりである。

最判平成21年11月26日民集63巻9号2124号（横浜市立保育園廃止処分取消請求事件）（以下、「平成21年最判」という。）を引用したうえで、希望する保育所で保育を受けることを期待し得る法的地位があり、利用申請につき利用調整を受け、入所対象の保育所の決定を受けて通知される法的地位ないし利益を有する。また、きょうだいも同じ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。よって、本件募集廃止条例は、これらの利益を奪う法的効果を有し、同条例の制定行為は、行政処分と同視し得る。

### (2) 被告の主張のポイントは、次のとおりである。

本件募集廃止条例は、入所中の児童の卒園を保証し、児童が存在する間は廃止されず、平成21年最判の事案と異なる。第1子は、卒園まで本件保育園に在籍でき、法的地位は奪われない。第2子は、入所しておらず、法的地位は奪われない。

### (3) 判 決

#### (1) 判断枠組み

行政事件訴訟法3条2項にいう「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」とは、公権力の主体たる国又は公共団体が行う行為のうち、その行為によって直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定することが法律上認められているものをいう（最高裁昭和28年（オ）第1362号同30年2月24日第一小法廷判決・民集9巻2号217頁、最高裁昭和37年（オ）第296号同39年10月29日第一小法廷判決・民集18巻8号1809頁等参照）。

条例の制定行為は、普通地方公共団体の議会が行う立法作用に属し、一般的には、処分の取消しの訴えの対象となる処分に当たるものでないことはいうまでもないが、他に行政庁の法令の執行行為という処分を待つことなく、その施行により特定の個人の権利義務や法的地位に直接影響を及ぼし、行政庁の処分と実質的に同視し得ることができるような例外的な場合には、処分の取消しの訴えの対象となる処分に含まれるものと解するのが相当である（平成21年最判参照）。

(2) 検 討

ア 本件2園に現に入所している児童及びその保護者は、当該保育所において保育の実施期間が満了するまでの間保育を受けることを期待し得る法的地位を有するものの、本件募集廃止条例は、段階的に募集を廃止するにとどまり、本件2園に現に入所している児童については通常卒園まで在籍することができるようにする措置を講じているから、本件募集廃止条例の制定行為によっても、上記の法的地位が奪われる結果が生ずるとはいえない。

イ 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は、当該保育所への入所承諾等をもって当該保育所での利用関係が生ずることに伴って初めて取得するものと解するのが相当であるところ、令和5年度から本件2園での保育を受けることを希望する0歳児又はその保護者は、本件募集廃止条例によってその希望を断念せざるを得なくなるという事実上の影響を受けるにすぎず、当該児童又はその保護者について、本件募集廃止条例の制定行為によってその法的地位に直接的な影響があるということとはできない。そして、現に本件保育園で保育を受けているきょうだいが在籍しているとしても、当該児童のきょうだいが本件保育園を利用することができるかどうかは、本件保育園について、当該児童及びそのきょうだいの保護者以外にどの程度その利用を希望する保護者がいるかどうかや、他の保護者の入所指数の大小にもよるのであり、きょうだいが既に本件保育園に在籍している事実は、同一の入所指数の保護者がいた場合において優先的に扱われる事情にすぎず、現に本件保育園で保育を受けているきょうだいが在籍していることをもって、当該児童のきょうだいが本件保育園における保育を期待し得る法的地位を有していたということとはできない。

ウ 以上に照らせば、本件募集廃止条例の制定行為は、その施行により特定の個人の権利義務や法的地位に直接影響を及ぼし、それが行政庁の処分と実質的に同視し得るような例外的な場合に該当するものということとはできず、処分の取消しの訴えの対象となる処分に該当するとはいえない。そして、本件募集廃止条例の制定行為が処分に該当しないものと解する以上、本件保育園の0歳児募集が廃止されたことは本件募集廃止条例の施行による効果にすぎず、これについても同様に処分に該当するとはいえない。要するに、本件は平成21年最判とは事案を異にするのであって、原告の主張のうち、これと異なる前提に立つものと解される部分は、採用することができない。

エ そうすると、本件訴えのうち、本件各処分の取消しを求める部分は、いずれも不適法

であって却下を免れない。

### 3. 争点2 — 本件専決処分の適否 —

#### (1) 原告の主張のポイントは、次のとおりである。

本件議案は、議会が条例という形で判断することが極めて強く要請される「公の施設」の改廃を内容とするものであるうえ、「公の施設」のなかでも高度の利用権が保障される保育所利用権に関わる条例案であるから、専決処分の対象に本来的になじまないものである。また、議会会期中に議会「事件」について、専決処分することは、議会の自律権との関係で問題である。参考人の招致を決定し、継続審査としたもので、通常の議事手続で審議をしていたもので、「議会において事件を議決しなかったとき」に該当しないことは明白であって違法である。

#### (2) 被告の主張のポイントは、次のとおりである。

令和3年7月の方針案（当初版）策定以降、市議会で議論され、議決を得ようとすることに無理はなかった。令和5年4月から段階的縮小を開始するには、入所事務を令和4年10月から開始する必要があった。

#### (3) 判 決

##### (1) 判断枠組み

憲法98条は、「地方自治の本旨」（同法92条）である住民自治の原則を具体化するため、地方公共団体の長、議会の議員を住民が直接選挙することを定め、地自法は、これを受けて、いわゆる首長主義を採用し、議決機関としての議会と執行機関としての長とを共に直接民意に基礎を置く住民の代表機関として対立させ、それぞれその権限を分かち、その自主性を尊重しながら相互の間の均衡と調和とを図るという見地に立って、地方自治の運営を図ろうとしている。しかるところ、地自法179条1項本文に規定する長の専決処分は、議会がその本来の機能を発揮し得なくなっている場合に長の執行機能を確保するための制度であり、普通地方公共団体の長と議会との間の調整を図るため、長に対して議会の

権限に属する事項を代わって決定する権限を与えるものである。もっとも、長は、議会の権限に属する事項については議会の意思決定に従うのが本来であることからすれば、専決処分は、議会の意思決定を得ようとしても得られない場合に、例外的に長に認められる手段にすぎないものというべきである。そして、地自法179条1項本文の定める専決処分をすることができる事由として列挙されているもののうち、「議会において議決すべき事件を議決しないとき」以外の事由が、いずれも普通地方公共団体の執行機関である長にとって議会の議決を得ることが不可能ないし著しく困難な場合に当たることをも考慮すれば、「議会において議決すべき事件を議決しないとき」の意味するところについても、議決を欠く事態が出現すれば直ちにこれに当たるというのではなく、法改正との整合性、災害対応その他の公益的見地から客観的に議決をする緊急性が高い事件につき、何らかの事情により議会がその機能を発揮し得なくなっているために、長にとって議会の議決を得ることが社会通念上不可能ないしこれに準ずる程度に困難と認められるときでなければならないものと解するのが相当である。

## (2) 認定事実 (略)

## (3) 検討

ア 被告においては、本件専決処分の25年前から公立保育園の運営の見直しの検討をしてきたものであり、その中で民営化の議論もされてきたところであったが、令和3年7月の方針案（当初版）により、本件2園について令和4年4月から段階的に募集廃止とする方針が初めて定められた。これに対し、公立保育園に入所中の児童の保護者等から多数の反対意見が出されると、被告は、令和3年10月、段階的募集廃止を1年延伸するとした。これらの経緯を踏まえてみれば、本件2園の築年数が約50年を超えて建物の老朽化が進んでいたなどの事情があるとしても、被告において、本件2園の段階的募集廃止を令和5年4月までに開始しなければならない緊急性が客観的に高かったとまでいえず、むしろ、本件議案を令和4年度第3回市議会定例会で可決しなければならないという期限は、基本的には前市長の政策的な意思決定の帰結として設定されたものであって、厚生文教委員会もかかる理解の下にその審議を進めていたことがうかがわれる。また、現市長が本件募集再開条例の制定を令和4年12月の市議会に提案していたことや、

市議会から本件議案が厚生文教委員会に付託された際にその審査につき会議規則44条本文に基づく期限は付されていなかったことなどからみて、被告において、令和5年度の本件2園の募集につき、改正前の本件条例の定員を適用した上でこれを行うことが人的・物的におよそ困難であったとの事情を認めることはできない。そうすると、前市長は、本件議案につき、令和4年度第3回市議会定例会の会期の最終日である令和4年10月7日までに議決がされなければ、本件募集廃止条例については同定例会においては成立しないものとして、それを前提に改正前の本件条例の募集要項に基づいて本件2園の次年度の募集をすることが不可能であったとまではいえないから、本件議案の議決が公益の見地から客観的に緊急性の高いものであったとまでいうことはできない。

イ また、市議会の審議の経緯をみるに、本件議案は、令和4年9月2日に市議会本会議において議題とされ、担当部局による趣旨説明と若干の質疑がされた後、所管の厚生文教委員会に付託されたものであり、これは会議規則にのっとり通常の取扱いであったものといえる。そして、前記(2)カのとおり、厚生文教委員会は、同月28日に予定されている本会議への報告が求められていることを踏まえ、同月12日、同月22日、同月26日及び同月27日の計4日にわたって、時に深夜にまで及ぶ審議を行い、前市長側からは本定例会での議決がタイムリミットである旨の主張がされたものの、廃園の是非については更に慎重な判断を要するとして参考人の招致を決定し、賛成多数で継続審査となったというのである。しかるところ、厚生文教委員会が参考人招致を決定して本件議案を継続審査としたこともまた二元代表制の下における市議会による一つの政治的な意思決定であるといえ、このような決定が法的に許容されないものであったということもできない。これらの議論の経過は、同月28日の本会議で報告され、議員からは、継続審査となった経緯について若干の質問が出たものの、進行についてそれ以上の意見は出されなかったのであって、同日当時、市議会では、本件募集廃止条例につき十分な審査を経た上で議決に至るべく、審議が進められていたのであり、その過程が慎重であったということはいえても、市議会が故意に本件議案に係る議事の進行を遅らせたり、その議決を拒絶したりしたなどという事実も認められないから、本件議案をめぐって市議会がその機能を発揮し得なくなっていたと解することも相当ではない。

ウ 以上のとおり、本件議案は特定の日時までには議決をすべき緊急性が客観的に高い事件であるということとはできず、また、何らかの事情により前市長にとって市議会の議決を得ることが社会通念上不可能ないしこれに準ずる程度に困難と認められる場合であったということもできないから、本件専決処分は、地自法179条1項本文の「議会において

議決すべき事件を議決しないとき」の要件を充足しないものというべきである。

エ 被告は、市議会においては、令和3年7月の方針案（当初版）策定以降、本件方針及びその関連事項について、厚生文教委員会等において多数回にわたり、説明や質疑等が行われ、議論もされてきたところであり、令和4年度第3回市議会定例会の最終日まで議決を得ようとするのに無理がある事情は全くなかった旨主張する。しかしながら、本件2園の段階的募集廃止の方針に対しては、市民からも多くの反対意見が出されていたものであり、厚生文教委員会でも様々な意見が出されて議論がされていたものであって、上記最終日まで議決を得ることが容易であったなどとはいえないし、令和3年7月以降議論の対象となってきた本件方針及びその関連事項と、本件条例の改正案である本件議案とを直ちに同視することも相当ではないから、被告の主張は採用することができない。

オ したがって、本件専決処分は違法であるといわざるを得ない。

#### 4. 争点3 — 本件利用不可処分の適否 —

(1) 原告の主張のポイントは、次のとおりである。

① 本件募集廃止条例の効力

本件専決処分は、地自法179条1項の要件を充足しないものであり、違法かつ無効である。ましてや、本件専決処分の違法は重大であり、明らかに無効である。専決処分が無効である場合、それによる条例制定行為も無効になるから、本件募集廃止条例は無効である。

② 本件否決による瑕疵の治癒の有無

市議会は前市長による本件専決処分について明確に不承認の議決をしていること、本件専決処分の対象となった本件議案については何ら市議会の議決がされていないこと、本件専決処分には重大な瑕疵があり、法律による行政の原理からして治癒を認めるべき事案でないことからすれば、本件否決によって本件専決処分の重大な瑕疵が治癒されることはない。否決という議決により議決を欠いた条例案が有効となることもあり得ない。

③ 本件利用不可処分<sup>の</sup>処分性<sup>の</sup>有無等

本件募集廃止条例は無効であり、これを前提とすれば、原告に本件保育園に対する利用申請権が存在するのはいうまでもなく、本件利用不可処分に処分性が認められることは明らかである。本件募集廃止条例の存在を前提にされた本件利用不可処分には、存在しない条例を適用した違法がある。

(2) 被告の主張のポイントは、次のとおりである。

① 本件募集廃止条例の効力

裁判例は、従前より、一般に、その瑕疵の程度の区別の基準として、重大かつ明白な違法の基準を採用し、これがある場合には無効原因となり、そうでない場合には取消原因にとどまるとしている。仮に本件募集廃止条例の制定行為が行政処分であるとしても、本件専決処分については、専決の基本的要件すら欠くとまで評価されるものでは全くなく、瑕疵の重大性は認められず、外形上、客観的に瑕疵が明白であると認められるものでもないのであって、本件募集廃止条例は無効ではなく、有効である。

② 本件否決による瑕疵の治癒の有無

仮に本件専決処分に瑕疵があったとしても、後に議会が承認の議決をすれば瑕疵は治癒されるどころ、本件では、市議会は本件専決処分について地自法179条3項の承認の議案を否決する本件不承認をしたものの、その後、現市長が提案した本件募集再開条例の制定に係る議案をも否決して、被告の団体意思として本件募集廃止条例の制定を是とする議決をしたのであるから、本件否決は実質的に本件専決処分を承認する議決をしたものであり、仮に本件専決処分に瑕疵があったとしても、その瑕疵は治癒されている。

③ 本件利用不可処分<sup>の</sup>処分性<sup>の</sup>有無

本件募集廃止条例の制定により本件保育園は0歳児を募集対象としておらず、保護者に本件保育園への入園の申請権は認められないから、本件利用不可処分に処分性はない。

(3) 判 決

(1) 本件募集廃止条例の効力について

本件専決処分は地自法179条1項本文の要件を充足しない違法なものであるところ、地自法2条17項は、法令に違反した地方公共団体の行為は、これを無効とすると規定している。また、本件募集廃止条例の制定行為には処分性が認められないから、いわゆる取消訴訟の排他的管轄が及ぶものでもない。

そうすると、違法な専決処分であれば、重大かつ明白な違法性があるか否かを問わず、原則としてこれに基づいて制定された条例は無効と解すべきであって、本件募集廃止条例もまた無効であるといわざるを得ない。

## (2) 本件否決による瑕疵の治癒の有無について

### ア 判断枠組み

地自法179条1項本文の要件を満たさない専決処分であっても、本来権限を有する議会が事後において承認を与えた場合には、議会の議決があった場合と同様の結果が生じたものといえるから、専決処分の瑕疵は治癒されるものと解するのが相当である。これに対し、専決処分の承認がされなかった本件のような場合には、承認によるその瑕疵の治癒は生じ得ない。

そして、その後の本件否決によって専決処分の瑕疵が治癒されるかについても、否決という議決は積極的な議会としての意思表示を明確に示すものではないことから、本件募集廃止条例と実質的に異ならない条例を再度議決し直したような場合と異なり、原則としてこれによって瑕疵の治癒があったということはできない。しかしながら、本件否決の審議の実態として、明らかに市議会による追認の意思表示が認められるといえるような特段の事情がある場合には、本件専決処分について瑕疵の治癒が認められると解する余地はあり得るものというべきである。

### イ 検討

本件否決の審議結果につき、本件募集再開条例の制定に反対の票を投じた議員は、自由民主党・信頼の小金井、みらいのこがねい、小金井市議会公明党及び小金井市民会議の各会派からの出席者全員（議長を除く。）であること、その議事においては、自由民主党・信頼の小金井の会派に属する遠藤百合子議員、清水がく議員及び五十嵐京子議員から、本件2園の段階的募集廃止については会派として賛成の立場が表明されていたことが認められ、本件不承認時に本件保育園の廃止自体はやむを得ないと考えていた旨の発言をした議員がいたことや、市議会が、本件募集廃止条例が一応有効に成立している

ことを前提に本件募集再開条例の採否を議論している（被告子ども家庭部長は、本件募集再開条例に係る議案の提案理由について、本件専決処分が不承認とされたことに伴い、本件2園の廃園の事務がそのまま進んでいくことは好ましくない、令和5年4月1日からの本件2園の0歳児募集を再開するには本定例会での可決がタイムリミットとなるなどと説明している。）ことも踏まえると、本件否決において反対の票を投じた議員の中には、本件募集廃止条例の内容自体には賛成であった者がいたものとみることでは

できる。

しかしながら、本件否決の議事録から認められる審議内容によっても、市議会が、本件否決によって本件専決処分の瑕疵を治癒し、その内容を追認する明らかな意思表示をしたとまで認めることはできない上、前記のとおり、市議会は、本件募集廃止条例が有効であることを前提に本件募集再開条例の採否を議論しており、無効な本件募集廃止条例を有効なものとするべきか否かという観点から本件募集再開条例に係る議案を審査していたともいえない。むしろ、認定説示したとおり、本件2園の段階的募集廃止に関しては、被告において時間を掛けて慎重な議論がされてきたところであり、意見の分かれる内容であったことも踏まえると、市議会としては、本件2園における令和5年度からの0歳児の募集廃止にも本件募集再開条例の制定にも賛成することができず、まだいずれにも決めることができないという消極的な意思表示をしたにすぎないと見ることも十分に可能といえる（なお、その結果として現状が維持され、本件募集廃止条例の効力が存続するものと認識していた議員も多かったとは考えられるが、かかる法的に誤った認識を根拠に瑕疵の治癒を認め、事実上本件募集廃止条例を有効なもの扱うとすれば、無効な本件専決処分に現状を変更する法的な効力を認めるに等しい点で背理であるというほかはない。）。

また、本件募集再開条例を令和5年12月26日に可決して成立させた場合には、翌年度における本件2園の0歳児の募集受付事務を直ちに始める必要があり、被告の保育現場にも混乱をもたらすおそれがある等の考慮から、本件募集再開条例のこの段階における制定には賛成をしなかった議員がいたことも考えられる。以上の事情に加え、本件否決は、本件議案を継続審査とし、その時点で令和5年度からの本件2園における0歳児の募集廃止を事実上不可能とした厚生文教委員会の決定（その報告を受け、市議会も最終的には特段の異議なくこれを了承したものと解される。）及びこれを受けて行われた本件専決処分に対する本件不承認から3か月足らずでされており、その間に市議会議員選挙（現市長の議員辞職に伴うものを除く。）が行われたわけでもなく、基本的には同じ

議員がそれぞれの意思表示をしていることも踏まえると、本件募集再開条例に係る議案の審議の実態としても、本件否決によって本件専決処分を追認して改めて本件募集廃止条例を成立させる趣旨の市議会による明らかな意思表示があったと認めることができるような特段の事情まではうかがうことができない。

ウ 小 括

したがって、本件否決をもって本件募集廃止条例が有効になったとか、本件専決処分に存する瑕疵が治癒されたということとはできないものというほかはない。

- (3) 以上のとおり、本件募集廃止条例は無効であり、本件否決をもってこれが有効になったということもできないから、現市長は、本件利用申請に対して本件募集廃止条例による改正前の本件条例を適用すべきであったところ、本件利用不可処分は、本件保育園の令和5年度の0歳児募集の定員を0人とする内容を内容とする本件募集廃止条例が有効であることを前提とし、本件保育園の募集定員が存在しないことを理由にされているものであるから、その前提において重大な誤認があり、結果として違法であるから取消しを免れないものというべきである。

なお、被告は、本件募集廃止条例によって保護者の本件保育園への入園の申請権が消滅していることを理由に、本件利用不可処分には処分性がないと主張するが、前記のとおり本件募集廃止条例は無効であるから、被告の主張は前提を欠くものであって、これを採用することはできない。

## 5. 争点4 — 国家賠償請求の成否 —

- (1) 原告の主張のポイントは、次のとおりである。

① 小金井市長の行為の違法性及び過失の有無

- (ア) 本件専決処分の違法性及び前市長の過失の有無

長の専決処分は極めて例外的な場合に許容されるものであること、条例制定は議会で議決されるのが大原則であること、本件専決処分は公の施設として市民の財産である公立保育園の廃止に関する判断であることから、前市長は、通常の職務上の法的義務と比較して、より高度な注意義務を負っていた。しかるところ、本件専決処分は、明らかに要件を満たしておらず、原告はこれによっ

て就労の機会を長期間奪われたものであって、前市長の注意義務違反は明らかであり、その行為には違法及び過失が認められる。

(イ) 本件利用不可処分 of 違法性及び現市長の過失の有無

現市長は、本件専決処分が要件を欠いているという認識を有し、本件募集廃止条例の撤回を求めている状況下で、原告が本件各処分の取消訴訟やその執行停止の申立てをしていたのであるから、現市長は、本件利用申請に際して本件募集廃止条例の効力を判断するについては、極めて高度な注意義務が課せられていた。しかるところ、現市長は、漫然と本件募集廃止条例が有効であることを前提に原告に対して本件利用不可処分をしたものであって、現市長の注意義務違反は明らかであり、その行為には違法及び過失が認められる。

(ウ) 原告の損害の有無及び損害額

原告は…前市長の本件専決処分と、それに基づく現市長の本件利用不可処分により、児童2を児童1と同じ本件保育園に入園させ、原告自身が復職するという切実な希望が否定されることとなり、甚大な精神的苦痛を被ることとなった。仮に児童1と児童2を別々の保育園に通わせることで原告の復職が可能であったとしても、本件専決処分や本件利用不可処分により、原告の保育所選択の権利又は法律上保護された利益が侵害され、原告に精神的苦痛が生じている。

本件では、本件専決処分によって、原告が本件保育園を選択して応募する権利がその時点で既に侵害され、その後の本件利用不可処分によって、原告の本件保育園を選択する権利がより明確かつ強固に侵害されたという関係にあり、本件保育園の0歳児を募集しない状態が継続している現時点までに生じている原告の精神的苦痛は、本件専決処分との関係においても因果関係のある損害といえる。原告の精神的苦痛に対する賠償としては、50万円を下らない。

(2) 被告の主張のポイントは、次のとおりである。

① 小金井市長の行為の違法性及び過失の有無

原告は、本件専決処分及び本件利用不可処分により保育所選択の権利が侵害されたと主張するが、児童2は本件保育園に入所していない以上、原告は保育を受けさせることを期待し得る法的地位にはなく、原告の権利侵害はない。本件専決処分は公益上の必要性に基づくものであり、本件利用不可処分は本件募集廃止条例の制定による当然の措置である上、原告は希望する保育施設等を本件保育園のみとした本

件利用申請をし、これを維持しているのであって、本件専決処分及び本件利用不可処分につき、被告の公務員において職務上の法的義務違反はなく、違法はない。

本件専決処分は、裁判例や文献の解説等によれば瑕疵はなく、法令の解釈につき異なる見解が存在していたのであって、小金井市長に過失はない。

## ② 原告の損害の有無及び損害額

児童2は本件保育園で現に保育を受けておらず、原告の本件保育園への入園希望は事実上の希望であって、希望どおりにならず従前勤めていた職場を退職せざるを得なかったとしても、それは被告が賠償すべき損害ではない。原告の自宅付近には通園に困難があるとはいえない複数の保育施設等があり、児童2が本件保育園に通園しなくても原告が退職を余儀なくされることはなく、その損害は生じない。

原告が児童1を本件2園以外の保育施設等へ転園することを申請し、同時に児童2を申請すれば、きょうだい在同一の保育施設等に入所できる可能性もあるのであって、原告主張の損害が生ずることはない。

## (3) 判決

### (1) 小金井市長の行為の違法性及び過失の有無について

#### ア 判断枠組み

国家賠償法1条1項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に违背して当該国民に損害を加えたときに、国又は公共団体がこれを賠償する責任を負うことを規定するものであるから、公務員による公権力の行使に同項にいう違法があるというためには、当該公務員が職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と当該行為をしたと認め得るような事情があることが必要である。本件利用不可処分については、前記3に説示したとおりの違法があり、取り消されるべきものであるが、行政処分が違法であるからといって、直ちに国家賠償法1条1項所定の違法が肯定されるわけではなく、その違法が肯定されるのは、当該公務員が上記注意義務を尽くさなかったと認め得るような事情がある場合に限られるものと解される（最高裁平成元年（オ）第930号、第1093号同5年3月11日第一小法廷判決・民集47巻4号2863頁参照）。

また、ある事項に関する法律解釈につき異なる見解が対立し、実務上の取扱いも分かれていて、そのいずれについても相当の根拠が認められる場合に、公務員がその一方の

見解を正当と解しこれに立脚して公務を遂行したときは、後にその執行が違法と判断されたからといって、直ちに上記公務員に過失があったものとするは相当ではない（最高裁昭和42年（オ）第692号同46年6月24日第一小法廷判決・民集25巻4号574頁、最高裁昭和63年（行ツ）第41号平成3年7月9日第二小法廷判決・民集45巻6号1049頁、平成14年（受）第687号同16年1月15日第一小法廷判決民集58巻1号226頁等参照）。

## イ 検 討

### （ア） 本件専決処分について

前記2で説示したとおり、本件専決処分は地自法179条1項本文の要件を満たさない違法なものである。そして、同項本文の「議会において議決すべき事件を議決しないとき」の解釈に関する裁判例としては、東京高裁平成25年8月29日判決・判例時報2206号76頁が、「議決を欠く事態が出現すれば直ちにこれに当たるのではなく、外的又は内的な何らかの事情により長にとって議会の議決を得ることが社会通念上不可能ないしこれに準ずる程度に困難と認められる場合、例えば、天災地変等の議決を不可能ならしめる外的事情がある場合、議会が議決しないと意思を有し、実際にも議事が進行せずに議決にまで至らない場合などでなければならぬ」としているところ、同裁判例は本件専決処分時に既に存在していたものであって、前市長においても容易に調査して知り得たものといえる。そして、同裁判例の規範を当てはめれば、本件専決処分が地自法179条1項本文の要件を満たさないことは明らかであったものといえる。また、本件専決処分時に、これが上記要件を満たすことについて他に相当の根拠があったと認めるべき証拠もない。そうすると、本件専決処分を行うに際し、前市長には国家賠償法上の注意義務違反があったものと認められ、国家賠償法1条1項の違法及び過失があるというべきである。

これに対し、被告は、本件専決処分は、他の裁判例や文献の解釈に照らせば瑕疵はないと主張する。しかしながら、その指摘する甲府地裁平成24年9月18日判決・判例地方自治363号11頁は、形式的には「議会において議決すべき事件を議決しないとき」という要件を一応充足しているように見える専決処分につき、種々の事実を認定した上、地方公共団体の長が専決処分に係る権限の与えられた趣旨を殊更潜脱する目的でこれを行使した場合であるとして専決処分を違法とした事案であり、「議会において議決すべき事件を議決しないとき」の要件を満たす場合であっても違法となるときがあるとの趣旨で説示されたものであって、その控訴審である東京

高裁平成25年5月30日判決・判例地方自治385号11頁では、長が議会の議決がない状態を作出したとはいえないと判断された事案である。そうすると、これらの裁判例は、地自法179条1項本文の「議会において議決すべき事件を議決しないとき」の解釈について直接判断したものということはできない。また、その指摘する新版逐条地方自治法第9次改訂版628頁も、「議決を得ることができない一切の場合をいい、その原因が議会の故意に基づくものはもちろん、外的事情に基づく場合も包含する。例えば、議会が普通地方公共団体の長の提出に係る議案を議会において議決すべきではないとしてそのまま返付する等積極的に議決しない旨の意思を表明したとき、会期の定めがあるにもかかわらずいたずらに当該会期を空費し、あるいは会期を定めずして故意に議事を遷延し、法定の期間又は相当の期間内に議決を得ることができないとき等」としているものであって、その規範を当てはめたとしても、本件専決処分が地自法179条1項本文の要件を満たすものということはできず、被告が指摘する他の文献についても、本件専決処分が適法であることを根拠付けるものということはできない。そうすると、これらはいずれも本件専決処分が地自法179条1項本文の要件を満たすことについて相当の根拠となるものとはいえないから、被告の主張は採用することができない。

(イ) 本件利用不可処分について

本件利用不可処分がされた当時、地自法179条1項本文の要件を充足しない違法な専決処分によって制定された条例が無効になるとの見解が一般的であったとまで認めるに足りる証拠はなく、また、本件否決によっても本件専決処分の違法は治癒されないとして公務を遂行することに相当の根拠があったことをうかがわせる証拠もない。また、証拠によれば本件募集廃止条例は、令和4年9月29日条例第28号と条例番号が付されて小金井市例規類集に現に掲載されていたことが認められ、形式的には有効に成立した通用力を有するものとして存在していたことは否定し難い。以上に加え、現市長がその選挙公約に従って自ら本件募集再開条例の制定を提案したものの、これが市議会によって否決された（本件否決）こと、上記審議においては現市長側も各議員も本件募集廃止条例が有効であるとの認識を前提に議論を行っていたことをも踏まえると、現市長が本件利用申請に対し、本件募集廃止条例を有効なものとしてこれを適用せざるを得ないものと判断したことにも相応の根拠があったというべきであり、現市長が本件保育園の募集定量が存在しないとして本件利用不可処分をしたことには無理からぬ面があったといわざるを得ない。そうする

と、現市長が職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と本件利用不可処分をした事情は認められないというべきであるから、現市長が本件利用申請を拒絶したこと（本件利用不可処分）について国家賠償法上の違法及び過失を認めることはできない。

(2) 原告の損害の有無及び損害額について

証拠及び弁論の全趣旨によれば、原告は、児童1が入園し、肩書住所地从からも近い本件保育園に愛着を持ち、児童2をも同様に本件保育園に入園させ、その上で、〇年以上勤務していた職場に復職をする強い希望を有していたにもかかわらず、違法な本件専決処分がされ、本件利用申請に対して本件募集廃止条例が適用されたことによって、児童2をそのきょうだいと共に本件保育園に通園させて原告が復職をするという希望が絶たれ、これに対する憤りや悲しみにより心を痛めたものと認められ、これは本件専決処分と相当因果関係にある損害といえる（前記イにおける検討に照らすと、本件利用不可処分それ自体は本件募集廃止条例が形式的に有効なものとして存在していたことの必然的な帰結であるといえ、上記のとおり原告に生じた損害の結果について被告が国家賠償法1条1項に基づいて負う責任は、前市長の過失に基づく違法な本件専決処分に起因するものと解すべきこととなる。）。そして、原告の上記のような精神的苦痛を慰謝する額としては、本件に現れた一切の事情を考慮すると、10万円と認めるのが相当である。

被告は、原告の本件保育園への入園の希望は事実上のものにすぎないこと、原告の自宅付近には複数の保育施設等があること、児童1を転園申請すればきょうだい在同一の保育施設等に入所できる可能性があること、原告の勤務してきた職場の勤務形態の適切な設定ないし夫の勤務する会社の育休制度等の利用により原告が復職することは可能であることなどから、原告には損害が発生していない旨を主張する。しかしながら、被告の主張はいずれも抽象的な可能性を述べるにとどまるものである上、仮にいずれかの方策が可能となったとしても原告の当初計画していたのと同じ程度に通園や復職が容易であったと認めるに足りる証拠もない一方、原告が児童2に対する関係で本件保育園において保育を受けることを期待し得る法的地位を有していなかったとしても、前記のとおり、原告が児童2を児童1と同じく本件保育園に通園させて復職をするという希望が絶たれて精神的苦痛を被ったことは認められる。そして、仮に本件募集廃止条例がなくても選考の結果として児童2を本件保育園に通わせることができない可能性があった（もっとも、児童1を現に本

件保育園に通わせている原告が優先される地位にあったのは前提事実のとおりであるし、証拠によれば、令和4年4月1日の時点で被告区域内の待機児童はほとんどおらず、0歳児保育の定員は70人を超える欠員となっていたことが認められる。)とか、児童2を他の保育施設に通わせるなどして原告が復職すること自体は可能であったとしても、原告の上記のような苦痛が回避されるものではないから、被告の主張は採用することができない。

## 6. 評 釈

ここでは、本件の裁判において、筆者が提出した法律意見書の一部を掲載することによって、本件の評釈とする。

### (1) 議会と長の関係と専決処分<sup>(1)</sup>

憲法93条は、議事機関として議会を設置し、長及び議会の議員は住民が直接選挙で選び、地方公共団体は、財産の管理、事務の処理及び行政を執行する権能を有し、条例を制定することができる」と規定している。このように議会と長の二元代表制を採用する理由は、①議会の議員と長の直接公選による住民意思の反映と民主的な政治行政の運営、②議会と長との相互けん制による均衡と調和（機関対立主義）、③議会から独立した長による計画的・効率的な行政運営、などである。議会は、住民から選ばれた代表によって構成される合議制の意思決定機関であるが、自治体の意思のすべてが議会で決定されるものではなく、法令等で議会の議決権限として定められた事項について、自治体としての意思決定（団体意思の決定）をするのであって、それ以外の場合は長及び行政委員会が決定したことが自治体の意思となる。

もちろん、予算や条例の議決を通して自治体運営全般についての方針を決定するという意味においては、議会が自治体の意思決定機関といえる。議会は、地方自治法96条の議決事件に対する議決権以外に、広い意味での議決の一部であり、監視的機能も有する同意権も有している。同意権は、長等の執行機関がその権限に属する事務を処理する前提としての議会の議決権限であり、副知事及び副市町村長の選任（162条）

---

(1) 以下、三野靖「専決処分」自治総研通巻392号（2011.6）83頁。

や監査委員の選任（196条1項）等、職員の賠償責任の免除（243条の2の2第8項）、条例で定める特に重要な公の施設の廃止・長期独占的利用（244条の2第2項）などがあり、専決処分の事後承認（179条3項）も含まれる。

一方、長は、当該自治体の事務を管理し及び執行する権限（包括的管理執行権限）を有し（148条）、法令により他の執行機関の権限とされていない事務については、当然に長の権限として執行することができる。具体的に、長の担任する事務は149条に掲げられているが、これらの事務に限られるものではない（概括列举主義）。このように二元代表制のもと、議会と長の権限の分立が図られている一方、それぞれの権限の行使について、相互の調和を図り、抵触を解決するために、再議制度や不信任制度等の議会と長の関係に関する規定があり、専決処分制度もその一つである。

これらの制度は、首長制民主主義と議会制民主主義の相互が機能するためのものである。専決処分には、議会が議決すべき事件又は決定すべき事件に関して、議決又は決定が得られず、法定の要件に該当する場合に補充的手段として長が処分するもの（179条）と議会の権限に属する軽易な事項で、議決により指定した場合に長が処分するもの（180条）がある。本件で対象とするのは、179条の専決処分である。

## （2） 専決処分（179条）の基本的位置付け

地方自治法179条は、専決処分の認められる場合、その場合の処置の議会への報告及び承認、条例及び予算に関する処置についての不承認の場合の措置の議会への報告について、規定するものである。なお、1項ただし書き及び4項は、「地方自治法の一部を改正する法律」（平成24年法律第72号）により規定されたものである<sup>(2)</sup>。

本条は、議会において議決すべき事件又は決定すべき事件に関して、必要な議決又は決定が得られない場合において補充的手段として、長に専決処分の権限を認めたものである。専決処分とは、議会が議決すべき事件又は決定すべき事件について、特別の場合に、議会の議決又は決定を経ずに、長が、議会において議決又は決定したものと同様の法的効果を持つ処分又は決定を行うことである。執行機関と議決機関の間の調整を図るための制度である<sup>(3)</sup>。

---

(2) 植田昌也（総務省自治行政局行政課理事官）「地方自治法の一部を改正する法律について」地方自治779号（2012.10）27頁以下。

(3) 松本英昭『新版逐条地方自治法〈第9次改訂版〉』（学陽書房、2017年）626頁。

### (3) 専決処分の要件

#### ① 法令上の解釈

専決処分は、議会の議決又は決定を得られないときに長の権限として認められるものであり、次の四つの場合がある。「議会が成立しないとき」、「第百十三条ただし書の場合においてなお会議を開くことができないとき」、「長において議会の議決すべき事件について特に緊急を要するため議会を招集する時間的余裕がないことが明らかであると認めるとき」、「議会において議決すべき事件を議決しないとき」である。

本件専決処分は、令和4年9月29日付で「小金井市立保育園条例（昭和43年条例第14号）の一部を改正」するもので、令和4年第3回定例会の会期中（令和4年9月1日から10月7日）になされたものであり、上記四つの要件のうち、前三要件ではなく、四つ目の要件である「議会において議決すべき事件を議決しないとき」に該当するか否かが前提として問題になる。

まず、「議会において議決すべき事件」とは、議会が議決をする権限を有する事件であるが、法令上議決が必要であるものでなければならず、条例の制定改廃は、対象事件である（96条1項1号）。

次に、「議決しないとき」とは、「議会が成立しないとき」、「113条ただし書の場合においてなお会議を開くことができないとき」、「議会を招集する時間的余裕がないことが明らかであると認めるとき」の外、議決を得ることができない一切の場合をいい、その原因が議会の故意に基づく場合はもちろん、外的事情に基づく場合も包含する。例えば、議会が長の提出に係る議案を議会において議決すべきものでないとしてそのまま返付する等積極的に議決しない旨の意思を表明したとき、会期の定めがあるにもかかわらずいたずらに当該会期を空費し、或いは会期を定めずして故意に議事を遷延し、法定の期間又は相当の期間内に議決を得ることができないとき、議会開会後天災地変等のため、法定の期間又は相当の期間内に議決を得ることができないとき等が考えられる<sup>(4)</sup>。また、上記解釈に加えて行政実例として、次の解釈も示されている<sup>(5)</sup>。

---

(4) 同628頁。

(5) 「昭和26.5.31、地自行発第143号、長野県議会事務局長宛、行政課長回答」（地方自治制度研究会編『地方自治関係実例判例集 普及版〈第15次改訂版〉』（ぎょうせい、2015年））871頁。

問 議会がただちに議決しないとき、知事は、「議会において議決すべき事件が議決しない」と認めこれを専決処分することができるか。

答 所問の「ただちに」の意義が明らかでないが、知事が第179条第1項の適用をしようするためには、具体的事情の下において客観的根拠に基づいて「議会において議決すべき事件を議決しないとき」が認定されるものである。

## ② 裁判例

本件専決処分に関しては、「議会において議決すべき事件を議決しないとき」に該当するか否かが最大の争点であるが、同要件の適否が争われた裁判例として、次の裁判例がある<sup>(6)</sup>。

(ア) 千葉地判平25. 3. 22判時2196号3頁

「法179条1項が、普通地方公共団体の議会が成立しないとき、法113条ただし書の定める定足数の例外規定によってもなお会議を開くことができないとき（議会が議長ほか2名の出席者すら得られない場合を意味する。）、長において、特に緊急を要するため議会を招集する時間的余裕がないことが明らかであると認めるときという、相当例外的な場合を列挙していることからすれば、同項の「議会において議決すべき事件を議決しないとき」という要件を形式的に満たすとみえる場合であっても、普通地方公共団体の長が、議会が議決することができないような状況をことさら作出・利用して専決処分をした場合や、その案件の経過や内容等客観的な事情に照らして、議会が議決しないことが社会通念上相当なものとして是認されるべきであるのに、あえて専決処分をした場合等、上記専決処分の制度の趣旨を潜脱することが明らかである場合には、「議会において議決すべき事件を議決しないとき」に該当せず、当該専決処分は違法となることがあるものと解するのが相当である。」

---

(6) 評釈として、板垣勝彦「専決処分の許容性について — 特に「議会において議決すべき事件を議決しないとき」要件に着目して — 」横浜法学23巻2号（2014.12）37頁以下参照。同53頁は、議会が事実上「否決」した予算を専決処分（会期最終日に補正予算案を提出し、審議未了のまま会期終了後、専決処分）で執行しようとするのは、実質的にみると、議会の権限を奪う脱法行為に他ならず、違法とする。

(イ) 東京高判平25. 8. 29判時2206号76頁 (①控訴審)<sup>(7)</sup>

「専決処分制度（法179条）は、法が重要な事項を議会の議決事件と定める（法96条）一方で、必要な議決又は決定が得られない場合の補充的手段として、普通地方公共団体の長（以下、単に「長」という。）に議会の権限に属する事項を代わって決定する権限を与え、議会と長との関係の調整を図り、地方行政の渋滞を防止する制度と解される。上記趣旨に鑑みれば、長は、議会の権限に属する事項については議会の意思決定に従うのが本来であり、専決処分は、議会の意思決定を得ようとしても得られない場合に例外的に認められる手段であると解される。これに加えて、法179条1項の定める専決処分をすることができる事由のうち、本件で問題となる「議会において議決すべき事件を議決しないとき」以外の事由が、いずれも普通地方公共団体の執行機関である長にとって議会の議決を得ることが不可能ないし著しく困難な場合に当たることをも考慮すれば、「議会において議決すべき事件を議決しないとき」の意味するところについても、議決を欠く事態が出現すれば直ちにこれに当たるのではなく、外的又は内的な何らかの事情により長にとって議会の議決を得ることが社会通念上不可能ないしこれに準ずる程度に困難と認められる場合、例えば、天災地変等の議決を不可能ならしめる外的事情がある場合、議会が議決しないとの意思を有し、実際にも議事が進行せずに議決にまで至らない場合などでなければならぬと解される。」

③ 本件専決処分の適否

(ア) 本件専決処分の理由

本件における最大の争点は、本件専決処分が「議決をしないとき」に該当するか否かである。被告（小金井市）の決裁文書（起案書）によれば、専決処分を行う理由として「本件は、新たな保育業務の総合的な見直し方針に基づき、令和5年4月から小金井市立くりのみ保育園及び小金井市立さくら保育園の段階的縮小を開始するためには、令和4年9月までに小金井市立保育園条例（昭和43年条例第14号）の一部を改正する必要がある、令和4年第3定例会に議案を提出したところであるが、議会において議決すべき事件を議決しないため、地方自治法（昭和22年法律第67号）第179条第1項に基づき、専決処分を行う

---

(7) 前掲5争点4(3)判決で取り上げられている。

ものである。」とする。

また、経過として「市内保育園における令和5年4月の入所に向け、保護者や受け入れる保育園の準備に必要な期間を考慮すると、一次募集内定通知を1月中に送付する必要がある。そこからスケジュールを逆算すると9月中での本条例案の議決が必要であった。そのため、第3回定例会に本条例案を提案したところであるが、これまでも本条例案の基となる方針については1年以上かけ議会で説明し、質疑が行われ、さらに本定例会においても9月中での議決を再三求めてきたものの、継続審査が決定し、議決がなされなかったものである。」としている。

#### (イ) 議会の権限との関係からの考察

地方自治制度における議会の議事機関としての位置付けや権限、長との関係等については、(1)で述べたとおりであるが、地方自治法の条文構成上も議会の重要性を表徴している。同法は、次のように構成されている。

「第一編 総則」、「第二編 普通地方公共団体」のうち、「第一章 通則」、「第二章 住民」、「第三章 条例及び規則」、「第四章 選挙」、「第五章 直接請求」に次いで、「第六章 議会」で「第一節 組織」から「第十一節 議会の事務局及び事務局長、書記長、書記その他の職員」を規定し、「第七章 執行機関」で「第二節 普通地方公共団体の長」（「第一款 地位」から「第五款 他の執行機関との関係」）を規定している。専決処分については、第二節「第四款 議会との関係」で規定されている。つまり法制上の構成として、「住民」、「条例」、「議会」、「執行機関（長等）」の順で規定されており、法律上の優先順位を示しているといえる。そのうえで、本件専決処分の適否を検討するうえで、考慮すべき又は関係する条文として、次の規定がある。

第八十九条 普通地方公共団体に、その議事機関として、当該普通地方公共団体の住民が選挙した議員をもつて組織される議会を置く。

② 普通地方公共団体の議会は、この法律の定めるところにより当該普通地方公共団体の重要な意思決定に関する事件を議決し、並びにこの法律に定める検査及び調査その他の権限を行使する。

③ 前項に規定する議会の権限の適切な行使に資するため、普通地方公共団体の議会の議員

は、住民の負託を受け、誠実にその職務を行わなければならない。

第九十六条 普通地方公共団体の議会は、次に掲げる事件を議決しなければならない。

一 条例を設け又は改廃すること。

第百十五条の二 普通地方公共団体の議会は、会議において、予算その他重要な議案、請願等について公聴会を開き、真に利害関係を有する者又は学識経験を有する者等から意見を聴くことができる。

② 普通地方公共団体の議会は、会議において、当該普通地方公共団体の事務に関する調査又は審査のため必要があると認めるときは、参考人の出頭を求め、その意見を聴くことができる。

第百十九条 会期中に議決に至らなかつた事件は、後会に継続しない。

第百二十条 普通地方公共団体の議会は、会議規則を設けなければならない。

本件における市議会の審議は、まさに小金井市の議事機関として、同市の重要な意思決定に関する事件に関して、議会の権限の適切な行使に資するため、住民の負託を受け、誠実にその職務を行っているのであり、なかでも最も重要な事件である条例の審査過程における専決処分である。

より具体的事案に即していうと、本件専決処分は、会期中（令和4年9月1日から10月7日）の参考人招致と継続審査の決定（9月27日）直後の専決処分（9月29日）である。議会開会中であるうえ、調査又は審査のため、参考人の出頭を求め、その意見を聴くため、継続審査としたまでのことであり、議会として本来の当然の権限行使及び審査手続である。議会がその組織運営に関して決定処理する自律権（内部組織運営権、規則制定権及び規律・懲罰権）に属するものであり、長が口出しすべきものではない。本件専決処分は、要件に該当せず違法であるにとどまらず、議会が明らかにその責務を果たさない又は果たし得ない状況ではないことはいうまでもなく、本来的には無効であるといえる。

以上、上記法令解釈上「議決を得ることができない一切の場合」をいうとしても、本件専決処分に至る議会の審議過程等が具体的に「積極的に議決しない旨の意思を表明したとき」、「いたずらに当該会期を空費」（①法令上の解釈参照）し、相当の期間内に議決を得ることができないときに該当しないことはいうまでもない。

## (ウ) 「公の施設」と議会の関与からの考察

現行地方自治法は、「普通地方公共団体は、住民の福祉を増進する目的をもってその利用に供するための施設（これを公の施設という。）を設けるものとする。」（244条1項）と規定し、「公の施設」という概念を使用している。地方自治法上、行政権としての「公の施設を設置し、管理し、及び廃止すること。」（149条7号）の権限は、長にあるが、公の施設の設置管理については、条例で定めることとしており（244条の2第1項）、いわゆる設置管理条例の制定・改正・廃止については、議会の議決に係らしめている（96条1項1号）。このほかにも、地方自治法は、公の施設に関して多くの場面で議会の関与を規定している。

条例で定める重要な公の施設につき条例で定める長期かつ独占的な利用をさせる場合には、議会の議決が必要であり（96条1項11号）、そのうち特に重要なものについて、これを廃止し、又は条例で定める長期かつ独占的な利用をさせようとするときは、出席議員の3分の2以上の同意（特別多数議決）が必要である（244条の2第2項）。

二元代表制の地方自治制度は、一般に強首長主義といわれるが、以上みたとおり、公の施設に関しては、あらゆる場面で議会の関与に係らしめており、「強議会主義」といえる。このことは、公共施設の統廃合や民営化等（以下、「統廃合等」という。）においては、極めて重要な意味をもってくる。公共施設の統廃合等、公共施設のあり方についての検討や判断は、長（教育財産については、教育委員会（地教行法21条2号））がすることになるが、決定権は議会に委ねられており、地域住民の代表である議会は、極めて重要な位置付けとなっている。

## (エ) 保育所利用権の法的保障からの考察

1963年の地方自治法改正で、「公の施設」は、「住民の福祉を増進する目的をもってその利用に供する施設」として定義され、自治体は、「正当な理由がない限り、住民が公の施設を利用することを拒んではならない。」（244条2項）、「住民が公の施設を利用することについて、不当な差別的取扱いをしてはならない。」（3項）と規定された。これらの規定は、集会の自由や法の下での平等を公の施設の利用権に関して明文化し、住民の公の施設の利用権を保障したものである。そこで、公共施設の統廃合等と住民の利用権に関して問題と

なるが、指定管理者制度等の民営化や統廃合のターゲットになり問題化する場合の多い（公立）保育所の裁判例を整理すると次のように法構成できる。

保育所の統廃合等に関する裁判例の分析については、拙稿<sup>(8)</sup>で横浜市立保育所廃止処分取消請求事件（最判平成21年11月26日民集63巻9号2124頁）<sup>(9)</sup>を分析したうえで<sup>(10)</sup>、（a）大阪市立保育所民間委託損害賠償請求事件（大阪地判平成22年4月15日判自338号57頁）<sup>(11)</sup>、（b）仙台市立保育所廃止損害賠償請求事件（仙台地判平成23年8月30日裁判所裁判例情報）<sup>(12)</sup>を分析している<sup>(13)</sup>。

---

（8） 三野靖「公共施設のあり方と統廃合・民営化」野呂充・岡田正則・人見剛・石崎誠也『現代行政とネットワーク理論』（法律文化社、2019年）275頁。

（9） 保育所利用関係は保護者の選択に基づき保育所、保育実施期間を定めて設定、継続されるため、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、保育の実施期間満了までの間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し、地方公共団体の設置する特定の保育所を廃止する条例の制定行為は、他に行政庁の処分を待つことなく、条例施行により各保育所廃止の効果を発生させ、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に対し、直接、法的地位を奪う結果を生じさせるものであるから、条例制定行為は行政庁の処分と実質的に同視でき、取消訴訟で争うことに合理性があるから、抗告訴訟の対象となる行政処分当たるとした。

（10） 三野前掲（8）論文282頁。

（11） 市立保育所の運営をいかに行うかは市の政策的な裁量判断に委ねられており、保育所の運営を民間法人に委託する場合、目的やメリットと保育内容の変更、児童及び保護者に与えた影響とを対比して、判断が合理性を欠くときに、児童及びその保護者の保育を受けることを期待しうる法的地位が違法に侵害されたものとして裁量違法となるが、社会福祉法人への運営委託の実施が合理性を欠いていたとはいえず、市が保育所において保育を受けている児童の保護者が当該保育所において保育を受けることを期待しうる法的地位を違法に侵害したとはいえないとした。

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うる法的地位を有するから、保育内容において重要な変更がされる場合、あらかじめ、変更の理由について説明を受け、意見を述べることは法的地位の一内容として法的保護に値するが、説明や意見聴取の形については市の裁量判断に委ねられるから、市が運営委託を行う際に、保護者説明会を開催して説明を行っており、説明及び意見聴取において、保護者らの法的地位に対する配慮を著しく欠いた明らかに不合理な措置をとったとはいえない場合には、説明や意見聴取を違法とはいえないとした。

（12） 仙台市立保育所を廃止する条例を制定したことについて、市を取り巻く保育の状況、予算の効率的配分、市全体の保育行政の充実等を勘案し、保育所を廃止・民営化することとしたのであり、合理性を欠くとはいえないとした。

（13） 三野前掲（8）論文284頁。三野靖「公立保育所民間移譲判決の比較検討」自治総研通巻347号（2007.9）17頁以下では、横浜市（横浜地判平成18年5月22日（最判平成21年11月26日の1審））、枚方市（大阪高判平成18年4月27日、大阪地判平成17年10月27日）、高石市（大阪高判平成18年1月20日、大阪地判平成16年5月12日）、大東市（大阪高判平成18年4月20日、大阪地判平成17年1月18日）の各裁判例を分析している。

(a)判決は、特定の保育所で実施期間が満了するまで保育を受ける法的地位に、保育所の運営主体を変更（民間委託）されないことも含まれるとしたうえで、メリット・デメリットを比較較量して合理性を欠く場合は違法となり、民間委託の過程における手続・方法の妥当性も斟酌する必要があり、説明を受け、意見を述べることも法的地位として認める。

(b)判決は、保護者が有する法的利益について、保育所の廃止を許さない絶対無制約のものではなく、保育所の廃止は設置者の合理的な裁量判断に委ねられているとし、保育所廃止回避義務があるとはいえないとする一方、保育所の廃止・民営化は、保育所選択等の利益を侵害するため、移管先法人の選定や引継ぎ等の適切な措置を講ずる義務を負うとする。

これらの裁判例を総合すると、公共施設における住民の利用権の法的保障については、次の点がポイントである。①関係法令が特定の公共施設の選択と継続的な利用を前提とした設計になっていること、②保育所のように児童福祉法等がそのような前提になっている場合、民間委託の是非とその手続も法的地位に含まれること、③そのような前提になっていない場合（学校等）でも、利用可能な代替施設等の措置が講じられる必要はあり、そうでない場合は利用権を侵害すること<sup>(14)</sup>、④そのほか、公園や各種会館等、誰もが自由に利用できる施設では、より一般的な利用権に留まること。

このように公の施設のなかでも保育所はその関係法令の構成があらゆる観点から保育所利用権を保障した制度設計になっており、その他の公の施設に比べてより高度な利用権として位置付けているといえる。

#### (オ) 本件専決処分の適否

一般的な法令解釈上「議決しないとき」とは、「議決を得ることができない一切の場合」をいうとしても、前述（(イ)）のとおり本件専決処分に至る議会の審議過程等が具体的に「積極的に議決しない旨の意思を表明したとき」、「いたずらに当該会期を空費」し、相当の期間内に議決を得ることができないときに該当しないことはいうまでもない。また、客観的根拠に基づいて「議会において議決すべき事件を議決しないとき」に認定できるかについても、条例

---

(14) 三野前掲(8)論文では、千代田区立小学校廃止処分取消等請求事件（最判平成14年4月25日判時229号52頁）、大阪市立特別支援学校廃止処分取消請求事件（大阪地判平成24年7月4日裁判所裁判例情報）を分析した。

の議決は、「議会の本来的権限」でかつ最も重要な議決事件であることを踏まえなければならない。憲法は、第8章地方自治において、次のように規定する。

第九十三条 地方公共団体には、法律の定めるところにより、その議事機関として議会を設置する。

② 地方公共団体の長、その議会の議員及び法律の定めるその他の吏員は、その地方公共団体の住民が、直接これを選挙する。

第九十四条 地方公共団体は、その財産を管理し、事務を処理し、及び行政を執行する権能を有し、法律の範囲内で条例を制定することができる。

つまり、地方自治法96条1項の法定の議決事件15項目のなかでも第1号として規定される「条例を設け又は改廃すること。」は、憲法上の「議事機関」としての憲法上の自治立法権（条例制定権）を有することを確認する規定である<sup>(15)</sup>。この議会の憲法上の位置付けと自治体の自治権のなかでも最も重要な自治立法権に鑑みると、議会が「議決しないとき」を認定する「客観的根拠」、「客観的な事情に照らして」、「社会通念上相当なものとして是認される」要件該当性は、まさに「天災地変等の議決を不可能ならしめる外的事情」くらいしか想定されていないといえる（②裁判例参照）。

以上、①法令上の解釈、②裁判例を踏まえたうえで、上記(イ)議会の権限、(ウ)「公の施設」と議会の関与、(エ)保育所利用権の法的保障のそれぞれの観点からの考察とあわせて考えても、本件専決処分は、客観的根拠に基づいて「議会において議決すべき事件を議決しないとき」に該当せず、違法で無効な処分といわざるを得ない。

#### (4) 要件を欠く違法な専決処分の効力

##### ① 法令上の解釈

(ア) 要件を欠く違法な専決処分の効力の基本的な考え方

地方自治法は、2条16項において、「地方公共団体は、法律に違反してその

---

(15) 村上順・白藤博行・人見剛編『別冊法学セミナーno. 211 新基本法コンメンタール地方自治法』（日本評論社、2011年）121頁。

事務を処理してはならない」とし、同条17項において、「前項の規定に違反して行つた地方公共団体の行為は、これを無効とする」として、違法な地方公共団体の行為は無効となることを定めている。

また、前掲東京高判平成25年8月29日（(3)②(イ)）が述べるように「長は、議会の権限に属する事項については議会の意思決定に従うのが本来であり、専決処分は、議会の意思決定を得ようとしても得られない場合に例外的に認められる手段である」ことからすれば、法定の要件を欠いた違法な専決処分は、本来無効である。

とりわけ、上述（(3)③(イ)(ウ)）のように、本件のように、議会が議決すべき事件のうち最も重要な条例に関する専決処分であり、また、本件の条例のように地方自治法があらゆる場面で議会の関与に係らしめている「公の施設」の改廃に関するものであり、かつ要件を欠く違法なものであるにもかかわらず、専決処分が効力を有し、条例も有効に成立すると解することはあまりに不合理である。よって、本件専決処分は、要件を欠く以上、原則無効といわざるを得ない。

#### (イ) 承認・不承認と違法な専決処分の効力

なお、専決処分について長は、次の会議においてこれを議会に報告し、その承認を求めなければならないが（179条3項）、この議会の承認が得られなかった場合、一般論としては、当該処分の効力そのものには影響がないとの見解もある（行実 昭 21.12.27、昭 22.11.29、昭 26.8.15 参照）。しかし、当該見解は、要件を満たした適法な専決処分を前提とし、議会の承認を得られなかった場合でも、その効力に影響がない（無効とはならない）ことを述べたものであり、要件を欠く違法な専決処分について述べたものではないと解さざるを得ない。

引用されている行政実例<sup>(16)</sup>でも、「当該条例を議会が自ら修正し又は廃止しない限り、たとえ不承認となった条例でも法的効力に影響はない。但し、…裁判所の判決により違法の条例として取り消されることはありうる。」とされることから、本件のようにすでに行政訴訟が提起された場合に、判決によって

---

(16) 「昭和22.11.29、地発乙第885号、各都道府県知事宛、地方局長通知のうち」（前掲地方自治制度研究会編871頁）

専決処分の効力や専決処分の対象となった条例が否定されることも想定しており、少なくとも不承認とされた専決処分について、裁判所が要件を欠く等の違法性を認めて取り消すことは否定していない。

他方、専決処分の対象やその後続行為の性質によっては、行為等の外観や第三者保護、行政の安定等の要請を考慮すべき場合もありうる。この点、旧自治省の官僚の解釈ではあるものの、将来効を失わせるとするものもある。条例制定のような立法行為であって、かつ一時的なものでなく継続的な効力を有する内容をもつ専決処分について、議会が承認しない場合は、将来に向かって効力が失われるとする考えである。理由としては、制定改廃が議会の議決事項とされていながら、長の専決処分によって制定された条例のみは、議会の事後承認が得られなくとも、その将来に向かっての法律的効力には影響はなく、引き続き有効な条例として存続するというのは、いかにも不合理であるし、不承認となった専決処分によって制定された条例に基づく処分が、無効の条例に基づく処分として裁判所の判決で取り消されることがあることを考えれば、行政の安定を確保する点からも、当該条例は少なくとも不承認となった以降は、将来に向かって効力を失うものとするのが適当であるためである<sup>(17)</sup>。

## ② 裁判例

青森地判昭52. 10. 18判時895号65頁

本件専決処分に重大かつ明白な瑕疵があれば、これによって制定された条例に基づいてなされた給料、報酬の支給は違法となり、受領された給料、報酬は法律上の根拠のない不当利得となる道理であり、本件不当利得返還請求の訴が不適法とされる理由はない。

なお、前項までに認定した事実に照らし、本件専決処分をするについては、地方自治法一七九条一項に定める、長が専決処分をなしうるその他の場合のいずれにも該当しないことも明らかである。

以上により、結局本件専決処分は本来なしうべきでないのになされた処分であり、法の定める要件に適合しない瑕疵ある処分であり、しかも右瑕疵は重大かつ明白といわねばならない。よって、本件専決処分は無効である。

---

(17) 三野前掲(1)論文92頁。永瀬孝夫(自治省行政課)「長の専決処分について」地方自治334号(1975.9)66頁。

### ③ 2012年地方自治法改正

2012年の地方自治法改正（「地方自治法の一部を改正する法律」（平成24年法律第72号））では、179条に第4項が追加され、条例・予算の専決処分について議会が不承認としたときは、長は必要と認める措置を講じ、議会に報告しなければならないこととされた<sup>(18)</sup>。

地方行財政検討会議（2010年1月設置）における検討過程においては、議会が不承認とした場合、将来効を失わせるなどの法的効果を検討すべきではないかとの意見があり、条例改正案の提出や補正予算の提出など実質的に専決処分の効果を失わせるための措置を義務付けることなどが議論された<sup>(19)</sup>。同会議第一分科会（第6回、2010年9月30日）では、次のような論点整理がされていた。

#### 不承認の効力

○専決処分をした場合、議会に報告し、承認を求めることとなっているが、専決処分が適法になされているれば、不承認でも長に政治的責任が残るのみであり、処分の効力は有効であると解されている。そこで、議会の不承認が法的効果を有することとすることについてどう考えるか。

- 議会が専決処分を不承認とした場合、将来効を失わせるなどの法的効果を検討すべきではないか。
- 不承認に法的効果を与える場合、行政事務の法的安定性、第三者の利益保護との兼ね合いをどのように考えるか。加えて、「議会において議決すべき事件を議決しないとき」にまで、不承認に効力を与える必要はないのではないか。

○不承認の法的効果を考えるときには、※専決処分の対象として残した場合

#### ① 予 算

- 専決処分に基づき予算が決定されると、その執行手続が開始されることとなるため、議会が承認するか否かによって、契約等の法的効力が否定されるとすることは、第三者の利益保護や住民サービスの法的安定性の観点から問題があると考えられるのではないかな。

#### ② 条 例

(18) 植田前掲(2)論文27頁以下。

(19) 地方行財政検討会議の議論の経緯については、三野前掲1論文108頁以下。

- 議会が必ず開会されることとなれば、議会としては改正案の提案が可能であることから、あえて不承認に法的効果を付与する必要はないのではないか。

③ 人事案件（副知事、副市町村長、監査委員など）

- 不承認の場合、失職することとするなど、不承認の効力のあり方を考えるべきか。

**無効な専決処分**

○専決要件を満たさない専決処分については、本来無効であることから、不承認であっても無効であることに変わりはないが、一度専決処分が行われると、当該処分に基づく具体の行為について住民訴訟等により争われない限り、当該処分の内容で行政が執行されてしまうことについてどう考えるか。

地方行財政検討会議 第一分科会（第6回）「資料1 専決処分に係る論点について」より

その後の第30次地方制度調査会（2011年8月）では、「地方自治法改正案に関する意見」（2011年12月15日）において、専決処分に関しては次のように取りまとめられた<sup>(20)</sup>。

議会の不承認に何らかの法的効果を生じさせる制度を導入するにあたって、議会が不承認とした場合、当該専決処分についてはその時点から将来に向かって法的な効力を失わせるという制度も考えられるが、一方で円滑で安定的な行政運営や既に形成された法律関係等による利害関係者等に生じる影響等を考えれば、慎重に検討する必要があるものと考えられる。

原案は、専決処分の効力そのものには影響を与えず長に対して将来に向かって一定の措置をとることを義務付けるものであって、専決処分によって既に生じた法律関係にも配慮されており、その制度化を図るべきである。

長のとる措置の内容については、議会が不承認とした趣旨を踏まえ補正予算や条例改正案の提出及び予算の未執行部分の執行停止を行うことが基本となるものと考えられるが、これら以外にも長が議会や住民に対して専決処分の考え方について説明責任を果たす観点から必要な対応を行うこともこの措置に含まれることとすべきである。

(20) 新田一郎（総務省自治行政局行政課行政企画官）「第30次地方制度調査会「地方自治法改正案に関する意見」について」地方自治772号（2012.3）68頁。

#### ④ 不承認となった違法な本件専決処分の効力

以上を踏まえ、違法（要件不充足）の重大性及び事件の性質との兼ね合いの関係のなかで、専決処分の効力については、次のように考えてよいのではないか<sup>(21)</sup>。

まず、上述のとおり、大原則として、専決処分制度は、執行機関である長と議決機関である議会との間の調整を図るために例外的に認められたかつ補的手段であることから、少なくとも、議会の議決を逃れることを意図して又は議会の議決に反してなされた専決処分は、明らかに長の裁量を逸脱濫用しており、重大かつ明白な瑕疵があり無効である。例えば、議会が否決した事件と同一な事件の専決処分、議会の開会日前又は閉会日後の専決処分、臨時会招集請求後の専決処分などは、事件の性質上極めて強い緊急性を要し、専決処分をしなければ意義効果が失われるほどの特別な事情がない限り、また議会開会中の専決処分は、議会が明らかにその責務を果たさない又は果たし得ない状況でない限り、原則無効であるといえる。

次に、無効とするまでに至らない瑕疵ある専決処分については、議会で不承認となった場合は、それ以降の効力は失い、新たな契約行為や行政処分等はできず、仮にした場合でもその行為は無効であると解すべきである。その後の行政の変化（長の交代や社会情勢等の変化に伴う政策変更等）や住民訴訟等での違法判決等、様々な可能性もあり得ることからすれば、むしろ将来効として無効とした方がかえって「行政の安定」性に資するといえるのではないか<sup>(22)</sup>。そのうえで、不承認以前に既になされた行為は、行為の性質、相手方及び第三者の利益や信頼の保護の必要性、諸利益の比較衡量などの観点から、取り消すことが可能で妥当か、代償措置等の必要性など、総合的に考慮することになる。

以上の検討を踏まえて解釈すると次のように整理できる。

本件専決処分は、3でも検討したとおり、市政の重要案件にかかる条例案について、会期中の参考人招致と継続審査の決定直後の専決処分であり、議会として本来の当然の権限行使及び審査手続への長の違法な権限踰越的関与であり、議会が明らかにその責務を果たさない又は果たし得ない状況でもないため、重大かつ明白の違法があり無効である。仮に、直ちに専決処分当初より無効とするまでに至らないとしても、議会で不承認となって以降は無効（将来無効）である。

(21) 三野前掲(1)論文118頁。

(22) 永瀬前掲(17)論文66頁。

## (5) 瑕疵の治癒

### ① 被告の主張

被告（小金井市）は、次のように主張する。本件の場合、本件改正条例の専決処分について地自法179条3項の承認議決はいったん否決されたとはいえ、本件改正条例を廃止して本件2園の0歳児の募集を再開するために現市長が提案した本件廃止条例（本件改正条例を廃止する旨の条例）を議会は否決し、小金井市の団体意思として本件改正条例の制定を是とする議決をしており、実質的には本件改正条例の専決処分を承認する議決をしているものであって、仮に本件改正条例の前市長の専決処分に瑕疵があったとしても、その瑕疵は治癒されている。

### ② 裁判例

(ア) 名古屋高判昭55.9.16行集31巻9号1825頁

条例の制定は本来議会の権限であるところ、普通地方公共団体の長の専決処分に対し議会の承認がなされた場合には結局議会の議決のあったのと同視してよいのであるから、専決処分が前記要件を欠いてなされた場合であっても後に議会の承認があれば右瑕疵は治ゆされると解するのが相当である。

(イ) 青森地判昭52.10.18（再掲(4)②）

専決処分により一部改正された各給与、報酬条例をさらに改正して、当該職員の給料、報酬を再度引上げる旨の各改正条例を可決成立させたことが認められる。右事実によれば、右各改正条例の制定により、本件専決処分によって制定された各改正条例は適用される余地がなくなり、実質的に廃止されたものといふことができ、したがって、その効力が無いことを判決によって確認しても、村が将来蒙るであろう損失を予防する意義はすでに存せず、また過去に受けた損失を回復するためには、あえて処分の無効確認の訴を提起しなくとも、損害賠償請求等の請求訴訟によってより抜本的な解決を得ることができるから、右無効確認の訴は必要かつ有効であるといえず、前述の客観的意味における確認の利益はないといわざるをえない。

(ウ) 甲府地判昭29.10.26行集5巻10号2418頁

（専決処分に対する議会の承認がない事件について、後の議会で別の議決が行われた場合の専決処分の効力及び議決について）

前村長が懲戒審査委員会委員を専決処分で任命したが議会の承認を経ないままであったが、現村長が議会の同意を得て別の者を同委員に任命した場合、議

会の同意は前村長の専決処分による委員の任命を承認しないことを前提としてなされたものと解することができ、現村長によって任命された同委員によって構成された委員会のみが適法に成立した委員会である。

### ③ 本件専決処分の瑕疵の治癒

被告は、本件改正条例を廃止する条例（廃止条例）の否決（令和4年12月26日）は、実質的には本件専決処分を承認する議決をしているものであるとする。

しかし、本件専決処分は、前述のとおり本来的に無効、少なくとも議会不承認以降は無効であり、瑕疵の治癒を論ずべき事案ではないことはいうまでもない。

仮に、取り消しうべき瑕疵があるにとどまると理解したとしても、本件改正条例を「廃止する」条例（案）が否決されただけで、本件改正条例自体に変更はなく、いわば条例の「上書き」はされていない。前記裁判例のように、専決処分条例を改正する条例が議決された場合（青森地判昭52.10.18）、専決処分人事について別の人事を承認議決した場合（甲府地判昭29.10.26）のような、専決処分を上書きする議決がなされておらず、本件改正条例を専決処分した状態は残っており、（取り消しうべき）瑕疵が治癒されるものではない。

## 7. 判決の課題

### （1） 保育所条例の改廃の処分性と未入所児童の法的地位

判決は、本件における保育所条例の改正と条例の処分性について、次のように位置付けている。

「現に入所している児童と保護者は、当該保育所において保育の実施期間が満了するまでの間、保育を受けることを期待し得る法的地位を有するが、本件募集廃止条例は、段階的に募集を廃止するもので、現に入所している児童は卒園まで在籍できるから、法的地位が奪われる結果が生ずるとはいえない。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は、当該保育所への入所承諾をもって利用関係が生ずることに伴って取得するもので、令和5年度から本件2園での保育を希望する0歳児と保護者は、断念せざるを得ない事実上の影響を受けるにすぎず、法的地位に直接的な影響はない。また、きょうだいが本件保育園に在籍している事実は、利用調整の優先事情にすぎない。よって、本件募集廃止条例は、処分に該当せず、平成21年最判と事案を

異にする。」

保育所条例の改廃の処分性についての原告の主張は、概ね次のとおりである<sup>(23)</sup>。

平成21年最判が条例の処分性を認める論拠は、(a)制定行為が実質上行政処分と同視しうるものであること、(b)制定行為を取消訴訟で争うるとすることに合理性が認められること(救済方法の合理性)としたうえで、それぞれ次のように整理している。なお、利用調整の基準に関しては、小金井市保育の実施に関する規則(平成26年11月14日規則第45号)で次のとおり規定している。

(保育の実施及び利用調整)

第3条 施行規則第1条の5で定める事由に該当するときは、保育を実施する。ただし、一の特定教育・保育施設及び特定地域型保育事業において適切な保育の実施が困難なとき、及び当該児童の保育を実施した場合、他の児童の適切な保育が実施できないと認められるときは、この限りでない。

2 利用調整は、特定教育・保育施設及び特定地域型保育事業の受入状況に応じて、次項の入所指数の高いものから選考の上、順次実施するものとする。

3 入所指数は、別表に定める保育の実施基準指数及び調整指数の合計により算定する。この場合において、入所指数が同一の場合は、別表に定める優先項目における順位の高い者を優先させるものとする。

優先項目(世帯)

世帯の状況	
順位	項目
1	きょうだいが入籍している特定保育施設又は特定地域型保育事業の利用を申請した場合。ただし、入所希望日時点できょうだいが卒園し、又は退園する予定の場合を除く。
2	保護者が保育士又は幼稚園教諭で、保育士証の写し又は幼稚園教諭免許状の写しを提出し、次の①から③までのいずれかに該当する場合 ① 育児休業・産前産後休業を終了しその職に復帰予定の場合 ② その職としての就労内定が証明できる場合 ③ 申請児童が市内特定地域型保育事業以外の保育施設の最終年齢クラスを卒園し、引き続き市内の特定教育・保育施設の利用を申し込む場合
3	保護者合算の前年度の市区町村民税の所得割の額が低い世帯

(23) 原告準備書面(7)より。

(a)については、①法的効果の直接性と②対象の特定性が要素であるとする。①については、利用申請から入所保育所決定までの手続等の法的仕組みから希望す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し、利用調整の基準（上記）からすれば現に保育を受けているきょうだいと同じ保育所で保育を受けることを期待し得る法的地位を有し、本件改正条例は、特定の保育園の募集定員を0人とするもので、利用申請に対する処分を待つことなく、入所させることができないことが確実となり、その法的効果は、具体的な処分を待つことなく直接生じるとする。②については、条例改正は、特定の保育園の募集定員を0人とするもので、当該保育園での保育を希望する保護者という特定の者にのみ法的効果を有するものであるとする。

(b)については、平成21年最判も条例の取消訴訟の第三者効を述べており、改正条例を処分として、取消訴訟をする方が適切かつ合理的であるとする。

しかしながら、本件判決は、「現に入所している児童と保護者は、当該保育所において保育の実施期間が満了するまでの間、保育を受けることを期待し得る法的地位を有するが、本件募集廃止条例は、段階的に募集を廃止するもので、現に入所している児童は卒園まで在籍できるから、法的地位が奪われる結果が生ずるとはいえない。」、「本件募集廃止条例は、処分に該当せず、平成21年最判と事案を異にする。」とする。

本件判決を前提にすると、そもそも平成21年最判は、法的地位のある者（在籍児童）にのみ条例の処分性を認める判決であり、未入所児童の場合は、条例自体には処分性はなく、具体的な利用不可処分を捉えての取消訴訟をするしかないことになる。また、各年齢の募集を年次移行で段階的に廃止する条例改正の場合も、条例自体には処分性はなく、当該保育所の当該年齢の入所を希望する児童にも法的地位はないことになる。このように、平成21年最判には限界があり、「現に入所中の児童」、「現に保育を受けている児童」の法的地位は認めるものの、未入所児童の法的地位、「きょうだい」

（既入所児童・未入所児童）の未入所児童の保育を受ける法的地位まで認めるものではないことになる。このことと、前述の民間委託の是非及びその手続も法的地位に含まれるとする判決とを併せて整理すると次のようになる。

条例の処分性と法的地位

条例の改廃	在籍児童への影響	処分性	法的地位	
			在籍児童	未入所児童
全面廃止	有	有	有	無
民間移譲	有	有	有	無
民営化（民間委託、指定管理等）	有	有	有	無
段階的廃止（年次移行）	無	無	無	無

以上の整理を踏まえて、未入所児童の法的地位と利用申請権の有無（利用不可処分  
の適否）について考えてみると、本件では、違法な専決処分による条例改正は無効で  
あり、市長は改正前の条例を適用すべきであったのに、条例改正が有効であることを  
前提とし、利用不可処分をしたものであるから、当該利用不可処分は違法であるとの  
結論に至ったが、もし、適法な専決処分に基づき条例改正も有効で改正後の条例を適  
用した場合であれば、そもそも保護者に利用申請権はなく、利用不可処分も適法とい  
う論理構成になる。

(2) 判決後の市の対応

判決を受けて、小金井市は控訴をしないこととしたが、条例はそのまま運用し、新  
年度2024年4月を迎え、廃止対象の市立さくら保育園などの園児募集が再開されない  
事態となり、廃園に反対する保護者らが反発している<sup>(24)</sup>。市側は判決について「効  
力が及ぶのは（入園不許可処分の取り消しを命じられた）原告に対してのみ」と主張。  
原告の子どもについてはさくら保育園への入園を認める一方、判決によって条例自体  
が無効になるわけではないとして、現時点では園児の募集は再開しない方針である<sup>(25)</sup>。

（みの やすし 香川県地方自治研究センター理事長・前香川大学法学部教授）

キーワード：専決処分／保育所廃止条例／保育所利用不可処分／段階的廃止

(24) 「「うちの子に同級生が1人もいない…」勝訴した母親が想定外の事態に直面 小金井市の  
保育園問題は継続中」（東京新聞2024年4月9日）。

(25) 「東京地裁判決を受けての市の対応について」（東京地裁判決を受けての市の対応に係る保  
護者説明会、令和6年4月13日）。