

## 〈判例研究〉

# 所沢市「育休退園処分」取消訴訟における 退園処分執行停止決定

—さいたま地決（2015（平成27）年9月29日）賃金と社会保障1948号57頁—

藤 枝 律 子

### 【事案の概要】

本件は、埼玉県所沢市内の保育所に通園している児童の保護者である申立人が、本件児童について、2015(平成27)年8月13日付けで、所沢市長から、保育の利用継続不可決定(以下「本件継続不可決定」という。)が、所沢市福祉事務所長から、保育の利用解除処分(以下、「本件解除処分」といい、本件継続不可決定と併せて「本件各決定」という。)がそれぞれされたことについて、本件各決定は、児童福祉法24条1項、子ども・子育て支援法施行規則1条9号の解釈、適用を誤った違法があるなどとして、本件各決定の取消しを求める訴え(本案事件)を提起するとともに、行政事件訴訟法25条1項に基づき、本件各決定の執行の停止を求めた事案である。

所沢市では、子ども・子育て支援法、認定こども園法(就学前の子どもに関する教育、保育等の総合的な提供の推進に関する法律)、改正児童福祉法の施行による子ども・子育て支援制度の実施に伴い、2015(平成27)年4月1日より、育休退園制度を導入した。当該制度は、所沢市内の保育所在園児の保護者が、育休休業を取得した場合、当該在園児が0~2歳児であるときは、「所沢市保育の必要性の認定等に関する基準を定める条例」(以下「本件条例」という。)及び「所沢市保育の必要性の認定等に関する規則」(以下、「本件規則」という。)に定める一定の場合を除き、原則として、当該在園児を退園させるものである。

在園児の保護者(妻)が出産をし、又は出産を予定し、出産後に育児休業をすることを予定しているときで、在園児について保育所等での保育の利用継続を希望する場合、当該在園児が引き続き当該保育所等を利用することが必要と認められれば、当該保育所等における保育の利用が継続されることとなる(子ども・子育て支援法19条1項2号、3号、20条1項、子ども・子育て支援法施行規則1条9号、本件条例3条11号、本件規則3条2項)。この場合、保護者は、「育児休業中における在園児の保育の利用継続申請書」を保育所等に提出する方法により、所沢市長に対し、在園児の保育の利用継続を申請する必要がある(本件規則10条1項)。所沢市長は、当該申請があった場合には、原則として、保護者(妻)が出産した

月の翌々月の10日までに、保育の利用の継続を実施するか否かを決定する。そして、所沢市長は、在園児について、本件規則3条2項の1号から6号までのいずれかの事由に該当すると判断し、保育の利用継続を実施すると決定したときは、保護者に対し、「育児休業中における在園児の保育の利用の継続決定通知書」をもって通知するが、他方において、上記1号から6号までのいずれにも該当しないと判断し、保育の利用の継続を実施しないと決定したときは、保護者に対し、「育児休業中における在園児の保育の利用の継続不可決定通知書」をもって通知することとなる(同条2項)。なお、本件規則3条2項は、当初は、1号から5号までであったが、2015(平成27)年6月1日、本件規則を一部改正し、本件規則3条2項に、6号として、「前各号に掲げるもののほか、在園児の家庭における保育環境等を考慮し、引き続き保育所等を利用することが必要と認められる場合」を追加した(以下、この改正を「本件改正」という。)。そして、在園児の保護者が、本件規則3条2項6号に当たるとして保育の利用継続申請をした場合には、所沢市こども未来部保育幼稚園課の職員が当該保護者と個別面談をするなどした上、所沢市長が、総合的に判断して、保育の利用継続の可否を決定することとされている。

上記手続により、在園児について、保育の利用継続決定がされた場合には、保育所等において、引き続き、保育を受けることができるが、他方、保育の利用継続不可決定がされた場合には、保護者は、「児童関係(申請)届出書」を所沢市福祉事務所に提出する必要がある(本件規則17条1項)、この届出がされたときは、当該福祉事務所長は、保育の利用を解除し、その旨を保護者に通知する(同条2項、4項)。また、保護者が上記届出をしない場合であっても、保育の利用継続不可決定がされている場合には、当該福祉事務所長は、保育の利用を解除し、その旨を保護者に通知することとなる(同条3項、4項)。そして、在園児は、保育の利用を解除された場合、運用上、保護者(妻)が出産した翌々月末をもって、保育所等を退園することとされている。

保護者が、在園児の保育の利用継続を申請しなかった場合には、保護者は、「児童関係(申請)届出書」を所沢市福祉事務所に提出する必要がある(本件規則17条1項)。この届出がされたときは、当該福祉事務所長は、保育の利用を解除し、その旨を保護者に通知する(同条2項、4項)。また、保護者が上記届出をしない場合であっても、当該福祉事務所長は、保育の利用を解除し、その旨を保護者に通知する(同条3項、4項)。そして、在園児は、保育の利用を解除された場合、運用上、保護者(妻)が出産した翌々月末をもって、保育所等を退園することとされている。

申立人は、2015年3月5日に本件児童の通園する保育園からのプリントにより、同年4月1日から育休退園制度が導入されることを知らされたが、同年4月1日の時点において既に妊娠しており、出産予定日は6月であり、育休取得の予定であったため、当該制度によれば、

本件児童は退園させられることが明らかであった。そこで、本件児童の保育利用解除処分の差止訴訟を提起し、仮の差止めを、さいたま地裁に申し立てたが、却下決定がなされた。

申立人は、その後、出産し育休を取得したため、申立人の夫が、「在園児の家庭における保育環境等を考慮し、引き続き保育所等を利用することが必要」(本件規則3条2項6号)な場合に当たるとして、所沢市長に対し、育児休業中における本件児童の保育利用継続申請をしたところ、所沢市長は、本件児童について、本件規則3条2項6号に該当しないことを理由として、保育の利用継続不可決定をし、「育児休業中における在園児の保育の利用継続不可決定通知書」をもって通知した。同通知書には、本件継続不可決定に不服があるときは、取消しの訴えを提起することができる旨の教示がされている。

申立人が、「児童関係(申請)届出書」を所沢市福祉事務所長に提出しなかったところ、所沢市福祉事務所長は、保育実施の認定事由に該当しないことを理由として、保育の利用を解除し、「利用解除通知書」をもって通知した。また、同通知書には、本件解除処分に不服があるときは、取消しの訴えを提起することができる旨の教示がされている。

そのため、申立人は、本件利用継続不可決定及び本件解除処分は、児童福祉法24条1項、子ども子育て支援法施行規則1条9号の解釈運用を誤った違法があるとして、各決定の取消しを求める訴えを提起するとともに、行政事件訴訟法25条1項に基づき、各決定の執行停止を求めた。

さいたま地方裁判所は、「本案事件の判決が第1審で確定しなかった場合には、第1審の判決を踏まえて、改めて上記処分の効力を停止すべき要件があるか否かを判断するのが相当」とし、本案事件の第1審判決の言渡し後40日を経過するまでの間に限り、効力の停止を認めた。

### 【争点】

執行停止の要件としての

- ①「重大な損害を避けるため緊急の必要がある」か否か。
- ②「本案について理由がないとみえるとき」に当たるか否か。

### 【本決定の内容】

- ①「重大な損害を避けるため緊急の必要がある」(行訴25条2項)か否か。

「幼児期は、人格の基礎を形成する時期であるから、児童にとって、幼児期にどのような環境の下でどのような生活を送るかは、こうした人格形成にとって重要な意味を有するものである。そして、児童は、保育所等で保育を受けることによって、集団生活のルール等を学ぶとともに、保育士や他の児童等と人間関係を結ぶこととなるのであって、これによって、

児童の人格形成に重大な影響があるのは明らかである。そうすると、一旦、保育園で保育を受け始めた本件児童が、当該保育園で継続的に保育を受ける機会を喪失することによる損害は、本件児童、ひいては親権者である申立人にとって看過しえないものとみる余地が十分にある。」「本件児童の家庭における保育環境が厳しい状況にあることに照らせば、本件児童が本件保育所において保育を受けられないのは、本件児童及び申立人双方にとって酷な事態ということもできる。そして、本件児童や申立人のこれらの損害は、事後的な金銭賠償等によって補填されるものではあり得ない。以上によれば、申立人にとって、本件各決定により生ずる重大な損害を避けるため緊急の必要があるというべきである。」として、本件は、行政事件訴訟法 25 条 2 項の「重大な損害を避けるため緊急の必要がある」ときに当たると判断した。

②「本案について理由がないとみえるとき」（行訴 25 条 4 項）に当たるか否か。

(1)「①申立人は、出産後、産後高血圧となり、慢性的な頭痛に悩まされており、鎮痛剤の処方を受けているばかりか、出産した乳児の発育状況に不安があることなどから心理的に不安定な状況になっていること、②申立人の夫は、5 年前に病を発症し、3 箇月間休職をしていた上、現在も、就業が不規則であり、かつ夜勤があるために家を空けることが多く、家事や育児に対して十分な協力を求めることは期待し難いこと、また、仕事や家庭の環境の変化によって、夫が病を再発することも懸念されること、③申立人及び夫の両親は、いずれも高齢である上、夫の両親は、夫の祖母の介護もしていることなどが認められ、これらの諸事情を勘案すると、本件児童につき保育の利用を継続する必要性がないと断ずることはできないというべきである。」

「所沢市長が本件継続不可決定をするに当たって、上記諸事情について、正確な情報提供が全ての事項にわたってされていたのか疑問も残る。」「今後、本案において、所沢市長が、本件規則 3 条 2 項 6 号の適用に当たって重視すべきファクター、保育の利用継続が認められたケースとの比較等について審理していくことなどによって、本件継続不可決定を違法とみる余地もないとはいえない。」

(2)「保護者が、育児休業をする場合、在園児につき保育所等を引き続き利用しようとするときは、保育の必要性の認定を受けなければならないところ(子ども・子育て支援法 19 条 1 項 2 号、3 号、20 条 1 項、子ども・子育て支援法施行規則 1 条 9 号)、市町村は、保育の必要性の認定を受けた場合には在園児を保育すべき義務を負うが、保育の必要性の認定を受けなかった場合には在園児を保育すべき義務を負わなくなるものと解される(児童福祉法 24 条 1 項)。そして、申立人の夫が、所沢市長に対し、本件児童につき、保育の必要性の認定を受けるために保育の利用継続申請をしたところ、本件継続不可決定がされたことから、本件児童については保育の必要性がないと認定されたこととなるのであって(子ども・子育て支援法 19 条

1項2号、20条1項、子ども・子育て支援法施行規則1条9号、本件条例3条11号、本件規則3条2項、10条1項、2項)、その結果、相手方は、本件児童について保育所において保育をする義務を負わなくなったものといえることができる。そうすると、本件継続不可決定は、保育所において保育を受ける本件児童の権利の有無に直接影響を与えるものであるから、「処分」(行政手続法2条2号)に当たると認めるのが相当である。このことは、子ども・子育て支援法20条6項、7項が、同条1項の申請による保育の必要性の認定について、「申請に対する処分」と規定していることからもうかがわれる。もっとも、保育の利用継続申請に対する不可決定は、申請に対する処分であるから、不利益処分には当たらず(行政手続法2条4号ロ)、聴聞手続を執ることなどは要しないものと解される。」

「他方において、保育の利用継続申請に対する不可決定は保育の必要性がないとの認定であり、これに基づき、相手方が、保育所等において、在園児を保育すべき義務を負わないこととなったからといって、そのことから直ちに相手方と保護者との間の保育の利用に係る契約関係が消滅するということはできず、当該契約関係を消滅させるためには、在園児が自主退園するか、所沢市福祉事務所長が保育の利用を解除することが必要というべきである(本件規則17条)。そうすると、本件解除処分は、所沢市福祉事務所長が上記契約関係を消滅させるものであるから、「処分」(行政手続法2条2号)、さらには、「不利益処分」(同条4号)に当たるといえるべきである(なお、保育の利用継続不可決定がされたときで、在園児が自主退園しなかった場合には、所沢市福祉事務所長は、正当な理由があるものとして、保育の利用を解除するのが通常であるが(本件規則17条3項)、本件規則によれば、保育の必要性を認定するのは所沢市長であり、保育の利用を解除するのは所沢市福祉事務所長であって、判断権者が異なっていること、本件規則17条3項は、保育の利用継続申請に対する不可決定がされた場合には、保育の利用を解除するとはされておらず、「正当な理由があるときは」保育の利用を解除するとされていることからすると、例えば、保育の利用継続決定がされたとしても、当該決定後、そこで提出された重要な資料が偽造されたものであることなどが判明すれば、所沢市福祉事務所長は、保育の利用を解除することが可能であるし、他方、保育の利用継続不可決定がされたとしても、当該決定後、在園児の保育環境が著しく変化し、本件規則3条2項2号、3号又は6号等の事由に該当することが明らかとなつたとすれば、同所長は保育の利用を解除することができないこととなると考えられる。)

「そして、平成24年8月22日法律第67号による改正前の児童福祉法33条の5では、保育の実施の解除は、行政手続法の適用が除外されていたところ、上記改正により、同条の5から保育の利用解除が削除されたことからすれば、保育の実施(利用)の解除につき、行政手続法の規定の適用があり、所沢市福祉事務所長は、保育の利用を解除する場合には、同法13条1項の聴聞手続を執る必要があると解することができる。そうすると、一件記録によれば、

所沢市福祉事務所長は、本件解除処分をするに当たって、聴聞手続を執っていないことが認められることから、本件解除処分は違法とみる余地があるというべきである。」として、「本案について理由がないとみえるとき」には当たらないというべきであるとした。

## 【評釈】

### 1. 執行停止の意義

執行停止とは、執行不停止原則をとる代償として、処分の執行等により既成事実が先行し、後に本案勝訴判決を得てもすでに重大な損害が生じてしまうおそれのあるときに、申立てにより裁判所が、本案の付随的措置としてこの処分の執行等を仮定的・暫定的に停止させる制度である<sup>(1)</sup>。行政事件訴訟法は、25条1項において、取消訴訟の提起があっても、処分の効力、処分の執行・手続の続行は、いずれも停止することはないという執行不停止を原則として定めている。そして、その代わりに、25条2項では、申立てがある場合に限って、「処分の執行または手続の続行により生ずる重大な損害を避けるため緊急の必要があるとき」、裁判所が処分の効力、処分の執行又は手続の続行の全部または一部の停止を命ずることができると規定している。さらに、その解釈基準として、同条3項は「前項に規定する重大な損害を生ずるか否かを判断するに当たっては、損害の回復の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度並びに処分の内容および性質をも勘案するものとする」ことを定めている。ただし、執行停止は、「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるとき、又は本案について理由がないとみえるときは、することができない」（同条4項）ことになっている。

本件において、争点となっているのは、積極要件としての①「重大な損害を避けるため緊急の必要がある」（25条2項）か否か、および消極要件としての②「本案について理由がないとみえるとき」（同条4項）に当たるか否か、であり、以下ではその争点について、順次考察を加えるものである。

### 2. 争点①「重大な損害を避けるため緊急の必要がある」か否か。

行政事件訴訟法の改正により、執行停止の必要性につき、「回復の困難な損害」は「重大な損害」との文言に置き換えられ、あわせて、その判断にあたって、「損害の回復の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度並びに処分の内容および性質をも勘案するものとする」（行訴25条3項）という考慮事項が明文化された。

改正前の執行停止に関する「回復の困難な損害を避けるため緊急の必要があるとき」という要件は、損害が原状回復不能もしくは金銭賠償不能のもの、または社会通念上それを被ったときにその回復が困難とみられるものをいうと、一般論としては説かれていた<sup>(2)</sup>が、事後的な金銭賠償が可能なケースでも、社会通念上金銭賠償によっては償えない重大な損害が

生じる場合には「回復の困難な損害」に当たると解され、改正前の裁判実務においても、比較的柔軟な解釈が行われて、執行停止が認められる場合もある程度存在した<sup>(3)</sup>。また、学説においても、原状回復不能の損害、金銭賠償不能の損害だけでなく、究極的に金銭賠償が可能であっても社会通念上それによっては回復が困難とみられる程度の損害も含むと解釈されてきた。

現行法においては、「重大な損害を避けるため緊急の必要があるとき」の解釈基準として、「損害の回復の程度を考慮する」ことから、損害回復の困難性が執行停止の判断基準として重要な要素となっている。そこで、処分により生ずる損害について、その損害の回復の困難の程度が著しいとまではいえない場合であっても、具体的な処分内容及び性質をも勘案したうえで、損害の程度を勘案して重大な損害を生ずると認められる場合には、執行停止を認めることができることになる<sup>(4)</sup>。

この事件において、所沢市は、「児童は、多様な生活環境の中で、多様な経験、習慣、社会体験及び家庭環境の下で育まれるものであるから、本件各決定がされたことにより、本件保育所で保育を受けられなくなったとしても、損害が発生することはない。」とし、「市町村は、『保護者の労働又は疾病その他の事由により、その監護すべき乳児、幼児その他の児童について保育を必要とする場合において…当該児童を保育所において保育しなければならない』（同法 24 条 1 項）とされているのであるから、保育所で保育をするかどうかは保育を必要とするかどうかの判断によるものであり、仮に保育所での生活が児童の人格形成に一定の影響を与えることがあったとしても、保育所における人間関係や生活を保障するために、保育所に入園させたり、継続利用させたりしなければならない性質のものではないし、そもそも児童の人格形成において保育所以外の環境が悪いということにはならない。」と主張している。

しかし、それに対して、裁判所は、幼児期は、「人格の基礎を形成する時期」であり、「幼児期にどのような環境の下でどのような生活を送るか」が、人格形成にとって重要な意味を有することを述べる。そして、集団生活のルール等を学ぶとともに、保育士や他の児童等と人間関係を結ぶ等の保育所における保育が「人格形成に重大な影響があるのは明らかである。」とし、人格形成に関わる損害であることを認めている。

保育園で保育を受ける機会の喪失という損害に係る類似の事件として、東大和市における保育園入園承諾に関する仮の義務付け申立事件がある（東京地裁決定平成 18. 1. 25. 判例タイムズ 1218 号 95 頁）。この事件の争点の一つは、仮の義務付けが認められる要件としての「償うことのできない損害を避けるために緊急の必要がある」（行訴 37 条の 5 第 1 項）か否かであった。東京地裁は、「本案訴訟の判決の確定を待っている間は、保育園に入園して保育を受ける機会を喪失する可能性が高い」こと、「子どもにとって、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、自律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見につけたりするなどの重要な時期であるということが出来るから、子どもにとって、幼児期においてどのような環境においてどのような生活を送るかはその子どもの心身の成長、発達のために重要な事柄である」ことから、「保育園に入園して保育を受ける機会を喪失するという損害は、その性質上、原状回復ないし金銭賠償による填補が不能な損害である」としている。共に、損害の回復の困難性および損害の性質に関して、幼児期における人格形成の重要性に着目した判断であるといえる。

また、執行停止がなされないために処分の結果生じる「損害の程度」を勘案すれば、この事件においては、保育園で継続的に保育を受ける機会の喪失という損害は、「看過しえないものとみる余地が十分にある。」として、損害の程度が大きいことから、重大な損害に該当することになる。さらに、本件児童の家庭における保育環境が厳しい状況を考慮した上で、「事後的な金銭賠償等によって補填されるものではあり得ない。」として、金銭賠償不能のものとの認識に立ち、本件は、行政事件訴訟法 25 条 2 項の「重大な損害を避けるため緊急の必要がある」ときに当たると判断している。

東大和市における保育園入園承諾に関する仮の義務付け申立事件において、裁判所は、「親権者は、子どもを監護及び教育する権利を有し、義務を負っている(民法 820 条)。したがって、幼児期において子どもをどのような環境においてどのような生活を送らせるかは、親権者の権利、義務にも影響するところであるから、上記損害は、申立人の損害でもあるというべき」として、当該児童に係る損害がすなわち、保護者申立人の損害でもあることの認識の上で判断しているが、本件においても、児童の損害は、「ひいては親権者である申立人にとって看過しえないもの」であり、「本件児童が本件保育所において保育を受けられないのは、本件児童及び申立人双方にとって酷な事態」として、児童に係る損害がすなわち、保護者申立人の損害でもあることを認めている。

### 3. 争点②「本案について理由がないとみえるとき」(行訴 25 条 4 項)に当たるか否か。

本件においては、(1)本件規則 3 条 2 項 6 号所定の「引き続き保育所等を利用することが必要な場合」に当たらないとした判断が違法であるか否かという実体的側面、および(2)各決定をするに当たり、行政手続法 13 条 1 項の聴聞手続を執らなかつたことについて違法であるか否かという手続的側面から判断している。

(1)「引き続き保育所等を利用することが必要な場合」(本件規則 3 条 2 項 6 号)に当たらないとした所沢市長が行った本件継続不可決定が違法とされる余地があるか否か

所沢市は、育児休業中における保育の利用継続申請がされたことから、所沢市子ども未来



部保育幼稚園課の職員が、申立人らと個別面談をするなどした結果、本件規則 3 条 2 項 6 号にいう「引き続き保育所等を利用することが必要な場合」に当たらないと判断し、本件継続不可決定をしたことは、正当というべきであると主張した。

それに対して、申立人は、①出産後、産後高血圧が続いており、現在も慢性的な頭痛に悩まされ、鎮痛剤を処方されていること、②本件児童が退園することについて不安を抱え、ノイローゼ状態に陥っていること、③出産した乳児の発育状態に懸念があり、申立人を心理的に不安にしていること、④申立人は出産直後、助産院に通院を余儀なくされたこと、⑤申立人の夫は、家事に協力的ではあるが就業が不規則であり、夜勤も多く、家事の負担軽減には至っていないこと、⑥夫は、発病した後の三箇月間の休業を余儀なくされ、これ以上家事・育児への協力を求めるのは困難であること、⑦申立人及び夫の両親はいずれも高齢であること、⑧夫の両親は祖母の介護で手一杯であること等の状況に照らせば、本件規則 3 条 2 項 6 号にいう「在園児の家庭における保育環境等を考慮して、引き続き保育所等を利用することが必要な場合」に当たることは明らかであると主張した。

本決定では、本件規則 3 条 2 項 6 号所定の事由該当性について、申立人の出産後の精神的・身体的状態(上記①③④)、申立人の夫の状況(上記⑤⑥)のみならず、申立人夫婦の各両親の諸事情(上記⑦⑧)等を検討し、保育の利用を継続する必要性がないと断ずることはできないとした。また、所沢市長が本件継続不可決定をするに当たって、「上記諸事情について、正確な情報提供が全ての事項にわたってされていたのか疑問も残る。」とし、所沢市長が申立人の家庭について本件規則 3 条 2 項 6 号該当性を判断するにあたって基礎となる事実を誤りがある可能性を指摘した<sup>(5)</sup>ことや、本件規則 3 条 2 項 6 号の適用に当たって重視すべき要素や、保育の利用継続が認められた場合と認められない場合との比較等についての審理を通じて、本案において、判断過程に過誤があり、本件継続不可決定が違法とされる余地があることが示唆されている。

(2)各決定をするに当たり行政手続法 13 条 1 項の聴聞手続を経していないことが違法とされる余地があるか否か

ここで問題となるのは、保育所利用継続不可決定および解除処分が、聴聞手続を要する「不利益処分」に該当するか否かであり、該当することになれば、聴聞手続を経していない各決定は、本案審理において、違法とみる余地があることになる。

#### ①本件不継続決定の法的性質および聴聞手続の必要性

所沢市は、保育の実施は契約上の権利ないし法的地位であるから、これを喪失させる法律関係も原則として契約法理によることとなる。そして、保育の利用継続申請は、契約の内容である「育児休業をする場合」(本件条例 3 条 11 号)という保育の必要性の消極要件の発生により、保育の実施を受ける法的地位が一応消滅したことを前提に、なお保育の必要性があ

るとしてする継続保育の申請の性質を有し、保育の必要性があるという契約上の地位の確認を求めるものである、と言う。したがって、保育の利用継続申請は、保育の利用継続という行政処分を求めるものではないから、その申請を却下する行為は「不利益処分」ではなく、保育の必要性が認められないという通知でしかない。その通知は、当該法的地位を喪失したことを確信的に示しているものであり、契約解除の意思表示を示す書面に当たることから、本件各決定は、いずれも「処分」(行政手続法2条2項)に当たらないから、「不利益処分」(4号)にも当たるとはいえず、聴聞手続(13条1項1号)を執ることを必要としないと主張した。

それに対して、申立人は、本件保育所で保育を受ける権利をはく奪させるものであり、「名あて人の資格又は地位を直接にはく奪する不利益処分」に当たることから、本件各決定をする前に、聴聞手続を執る必要がある(行政手続法13条1項1号ロ)と主張している。

本決定では、保育の利用継続申請に対する不可決定は、申請に対する処分であるから、不利益処分には当たらず(行政手続法2条4号ロ)、聴聞手続を執ることなどは要しないとしている。本件の場合、保護者が、育児休業をする場合、在園児につき保育所等を引き続き利用しようとするときは、保育の必要性の認定を受けなければならない(子ども・子育て支援法19条1項2号、3号、20条1項、子ども・子育て支援法施行規則1条9号)ことから、保護者は、「育児休業中における在園児の保育の利用継続申請書」を保育所等に提出する方法により、所沢市長に対し、在園児の保育の利用継続を申請している(本件規則10条1項)。そして、市長は、当該申請があった場合には、面談・聴き取りをした上で、保育の利用の継続を実施するか否かを決定することになる。在園児について、本件規則3条2項各号のいずれかの事由に該当すると判断し、保育の利用継続を実施すると決定したときは、保護者に対し、「育児休業中における在園児の保育の利用の継続決定通知書」をもって通知するが、いずれにも該当しないと判断し、保育の利用の継続を実施しないと決定したときは、保護者に対し、「育児休業中における在園児の保育の利用の継続不可決定通知書」をもって通知する(同条2項)。市は、保育の必要性の認定をした場合には在園児を保育すべき義務を負うが、保育の必要性の認定を受けなかった場合には在園児を保育すべき義務を負わなくなるものと解される(児童福祉法24条1項)。本件では、継続不可決定がされたことから、本件児童については保育の必要性がないと認定されたこととなるのであって(子ども・子育て支援法19条1項2号、20条1項、子ども・子育て支援法施行規則1条9号、本件条例3条11号、本件規則3条2項、10条1項、2項)、その結果、市は、本件児童について保育所において保育をする義務を負わなくなったものということができる。そのことから、本決定では、本件継続不可決定は、保育所において保育を受ける本件児童の権利の有無に直接影響を与えるものであるから、「処分」(行政手続法2条2号)に当たると認めるのが相当であるとした。

しかし、子ども・子育て支援法 20 条 6 項、7 項が、同条 1 項の申請による保育の必要性の認定について、「申請に対する処分」と規定していることから、保育の利用継続申請に対する不可決定は、申請に対する処分であり、不利益処分には当たらず、聴聞手続を執ることは要しないとの判断を下している。

#### ②本件解除処分の法的性質および聴聞手続の必要性

所沢市は、児童に対する保育の利用解除は、「処分」(行政手続法 2 条 2 号)ではないから、「不利益処分」(同条 4 号ロ)には当たらず、聴聞手続(同法 13 条 1 項 1 号)を取る必要はないと主張した。これに対し、本決定では、継続不可決定は保育の必要性がないとの認定であり、そのことから直ちに市と保護者との間の保育の利用に係る契約関係が消滅するということはできず、当該契約関係を消滅させるためには、所沢市福祉事務所長が保育の利用を解除することが必要(本件規則 17 条)であり、すなわち、所沢市福祉事務所長が上記契約関係を消滅させるものであるから、本件解除処分については、「処分」(同法 2 条 2 号)であり、「不利益処分」(同条 4 号ロ)に当たると判断している。

保育所の利用関係は、保護者と市町村の契約によるものであり、市町村による保育所入所の応諾は、保護者の申し込みに対するものであり、また、不利益をもたらすものではないことから、行政手続法上の「不利益処分」にはあたらない。それに対して、保育の実施の解除は、保護者からの申請にもとづくことなく、保育の必要性の消滅を理由として、市町村の職権で行われる<sup>(6)</sup>ことから、申請に対する処分には当たらない。しかも、保育の実施も解除を行う場合については、不利益処分とみなして、2012 年改正前の児童福祉法では、第 33 条の 4 に基づく事前聴聞手続を課すこととし、行政手続法上による聴聞手続は課さない<sup>(7)</sup> こととしていたという経緯があることから「不利益処分」に当たるといえよう。

さらに、聴聞手続を執る必要性について、本決定では、上記のように、改正前の児童福祉法 33 条の 5 では、保育の実施の解除は、行政手続法の適用が除外されていたところ、上記法改正により、同条の 5 から保育の利用解除が削除されたことからすれば、本件解除処分を行う場合には、聴聞手続(行政手続法 13 条 1 項 1 号ロ)を執る必要があるとしている。

福祉の措置の解除または保育の実施の解除については、これまでサービスを受けて生活していた者がその終了後どのように生活していくかという点について、本人や関係者との双方向的な話し合いを通じて確認したうえで結論を出すことが必要という特徴を有しており、また現にそのような手続きが行われていることから、①最初の通知の段階から不利益処分の内容が確定、②通知と弁明書という文書のやりとりが原則、③代理人によってすべての手続きが可能、といった特徴を有する行政手続法による弁明手続きが必ずしもなじまない面がある。このため、福祉の措置の解除処分または保育の実施の解除処分の特徴をふまえて、一般法たる行政手続法並みの意見聴取を義務づける独自の手続き(理由の説明と意見の聴取)を児

童福祉法において定めるとともに、行政手続法の関係規定を適用除外し<sup>(8)</sup>ていた。すなわち、改正前の児童福祉法 33 条の 4 では、児童福祉法 24 条 1 項にもとづく保育の実施を市町村が解除する場合には、あらかじめ保護者に対して、保育の実施の解除の理由について説明するとともに、その意見を聞かなければならないとしたうえで、行政手続法の規定を適用しないとしていた(同法 33 条の 5)のである。これに対して、改正児童福祉法(2015 年 4 月施行)では、行政手続法の適用除外を定めた同法 33 条の 5 において「保育の実施」が削除されたことに伴い、33 条の 4 から「保育の実施の解除」が外された。このことにより、市町村が行う当該児童の保育所からの退園処分(保育の実施の解除)は、一般法である行政手続法の適用を受けることとなった<sup>(9)</sup>のである。

行政手続法は、聴聞手続をとるべき場合として、許認可等を取り消す不利益処分(同法 13 条 1 項 1 号イ)と並んで、「名あて人の資格又は地位を直接的にはく奪する不利益処分をしようとする場合」(同法 13 条 1 項 1 号ロ)を挙げている。相手方にとくに重大な不利益を与える処分については、慎重な手続を執ることが要請されるからである。横浜市立保育所廃止事件に関する最高裁判決(2009 年 11 月 26 日民集 63 卷 9 号 2124 頁)が、「特定の保育所で現に保育を受けている児童及びその保護者は、保育の実施期間が満了するまでの間は当該保育所における保育を受けることを期待し得る法的地位を有する」としているように、保育の実施の解除は、「保育の実施期間が満了するまでの間は当該保育所における保育を受けることを期待し得る法的地位」をはく奪するものであるといえよう。

また、児童福祉法は、「すべて国民は、児童が心身ともに健やかに生まれ、且つ、育成されるよう努めなければならない」(1 条 1 項)とし、「すべて児童は、ひとしくその生活を保障され、愛護されなければならない」(同条 2 項)と規定している。さらに、「国及び地方公共団体は、児童の保護者とともに、児童を心身ともに健やかに育成する責任を負う」(2 条)として、国・地方公共団体に児童に対して健全育成する責任があることを明確にしており、このような児童福祉法の理念に基づいて公的保育制度が実施されているのである。1997 年改正前の児童福祉法 24 条 1 項の規定によれば、「保育に欠けるところがあると認めるときは」「保育所に入所させて保育する措置をとらなければならない。」とされていたところ、1997 年改正により、「保護者からの申込み(保育所入所申請)があったとき、市町村は「保育に欠ける」状態にある乳幼児を保育所に入所させて保育しなければならない。」とされ、さらに 2012 年改正により、保育所要件が、改正前の「保育に欠ける」から「保育を必要とする」に変更されている(24 条 1 項)。同時に、市町村による保育の実施が、児童福祉法と並んで子ども・子育て支援法の定めるところによる<sup>(10)</sup>(2 項)と定められることになった。そして、所沢市では、保護者が、育児休業をする場合、在園児につき保育所等を引き続き利用しようとするときは、保育の必要性の認定を受けなければならない(子ども・子育て支援法 19 条

1項2号、3号、20条1項、子ども・子育て支援法施行規則1条9号)、市長による保育の利用継続不可決定がされたときで、在園児が自主退園しなかった場合には、所沢市福祉事務所長は、正当な理由があるものとして、保育の利用を解除する(本件規則17条3項)。このように、本件規則によれば、保育の必要性を認定するのは所沢市長であり、保育の利用を解除するのは所沢市福祉事務所長であって、判断権者が異なっている。しかし、保育所利用に関して、市が保育の実施義務を負っており、また、児童福祉法と並んで子ども・子育て支援法の趣旨・目的から、保育を必要とする子どもについては保育所において保育を受ける権利があると解される<sup>(11)</sup>ことから、本件保育所で保育を受ける権利をなく奪するものであるといえる。したがって、本件保育の実施の解除は、「名あて人の資格又は地位を直接にはく奪する不利益処分」に当たることから、聴聞手続を執る必要があるといえよう。

そうすると、所沢市福祉事務所長は、本件解除処分をするに当たって、聴聞手続を執っていないと認められることから、本件解除処分は違法とみる余地があるとして、「本案について理由がないとみえるとき」には当たらないというべきであるとした判断は、肯定的に評価できる。

なお、所沢市に対して、同様の訴えが地裁に提起され、同年12月に執行停止が認められている<sup>(12)</sup>。このことにより、いずれの児童も保育所に継続して通園することが可能となり、「訴えの利益」がなくなったとして、訴訟取り下げが申し立てられ、市側もそれに同意することで、訴訟は終結した。このように、執行停止は、もはや暫定的に申立人の権利利益を保全するという枠を超えて、より確定的に事実上本案原告勝訴判決と同様の機能を果たしているとみることができる<sup>(13)</sup>。執行停止等の仮の救済が迅速になされれば、より効果的な権利救済が可能であるということが示された事例である。

## 注

(1) 室井力ほか編『コンメンタール行政法Ⅱ行政事件訴訟法・国家賠償法〔第2版〕』(日本評論社、2006年)284-285頁[市橋克哉執筆]。

(2) コンメ・注(1)287頁参照。

(3) コンメ・注(1)295頁参照。金銭的補償が可能ではあるが、終局的救済までの間に、社会通念上、金銭的補償だけでは補填されない著しい損害を被ることが予想されるおそれがある事例として、岐阜地決平8.9.30判タ770号165頁、大阪地決平成2.12.25判時1382号21頁。社会通念上、金銭補償だけでは補填されない著しい損害を被るおそれがある事例として、名古屋地決平成10.7.1判自206号82頁等。

(4) 小林久起『行政事件訴訟法』(商事法務、2004年)71頁。

- (5) 北永久「所沢市保育所『育休退園』処分執行停止決定」賃金と社会保障 1648号 41頁。
- (6) 伊藤周平「『育休退園』と子どもの権利保障—所沢市育休退園処分取消訴訟の執行停止決定を受けて」特集2 所沢市保育所「育休退園」事件・その2 賃金と社会保障 1648号 47頁。
- (7) 児童福祉法規説明会編『最新・児童福祉法 母子及び寡婦福祉法母子保健法の解説』（時事通信社、1999年）181頁。
- (8) 児童福祉法規説明会・注(7) 252-253頁参照。
- (9) 伊藤・注(6) 45頁参照。
- (10) 加藤智章・菊池馨実・倉田聡・前田雅子『社会保障法 第5版』（有斐閣、2013年）312頁。
- (11) 伊藤周平『子ども・子育て支援法と社会保障・税一体改革』（山吹書店、2012年）17-18頁参照。
- (12) さいたま地決(2015(平成27)年12月17日)賃金と社会保障 1656号 45頁。
- (13) コンメ・注(1) 302頁。