

保育の実施解除に関する仮の差止め

- 【文献種別】 決定／さいたま地方裁判所
【裁判年月日】 平成 27 年 7 月 23 日
【事件番号】 平成 27 年（行ク）第 15 号、平成 27 年（行ク）第 12 号
【事件名】 仮の差止め申立て事件
【裁判結果】 却下
【参照法令】 行政事件訴訟法 3 条 7 項・37 条の 4・37 条の 5、所沢市保育の必要性の認定等に関する規則 3 条・17 条
【掲載誌】 公刊物等未登載

LEX/DB 文献番号 25540859
25540860

事実の概要

Y 市（所沢市：相手方）は、子ども・子育て支援法 20 条における小学校就学前子どもの教育・保育給付に関する認定の基準を定めるため、Y 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、「本条例」という）を制定していた。その 3 条においては、保育の必要の認定がなされるために保護者のいずれかが該当していなければならない事由の 1 つとして、「育児休業をする場合であって、当該保護者の当該育児休業に係る子ども以外の小学校就学前子どもが特定教育・保育施設又は特定地域型保育事業……を利用しており、当該育児休業の間に当該特定教育・保育施設等を引き続き利用することが必要であると認められること」を規定していた（同条 11 号。これは、子ども・子育て支援法施行規則 1 条と同内容である）。また、Y 市保育の必要性の認定等に関する規則（以下、「本規則」という）3 条 2 項では、本条例 3 条 11 号の「引き続き利用することが必要であると認められる」場合として、①育児休業をする場合であって、当該保護者に出生児以外の在園児がいるときに、当該在園児が、当該保育所等を引き続き利用しようとする年度の初日の前日において、3～5 歳である場合（同項 1 号）、②出生児に疾病がある場合（同項 2 号）、③出産した母に疾病又は障害がある場合（同項 3 号）、④出生児に係る出産が多児出産であった場合（同項 4 号）、⑤在園児が混合保育を利用しており、かつ、引き続き混合保育を利用することが必要と認められる場合

（同項 5 号）を掲げており、Y 市は平成 27 年 4 月 1 日に本規則を施行した。

このため、0～2 歳の在園児の保護者が平成 27 年 4 月 1 日以降の出産により育児休業をする場合には、上記②～⑤の事由がない限り、保育の利用継続が認められないこととなったが、Y 市はその後、平成 27 年 6 月 1 日に本規則を改正し、3 条 2 項に第 6 号として、⑥「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、「本規則改正」という）。

本規則の下では、Y 市長に対して保育の利用継続の申請がなされ、これに対して Y 市長が保育の利用継続決定または保育の利用継続不可決定を行う（本規則 10 条）。Y 市長により利用継続不可決定がなされると、Y 市福祉事務所長が保育の利用の解除を通知し（本規則 17 条）、この場合には Y 市は、出産した月の翌々月末をもって在園児を保育所から退園させる運用となっていた。

すでに平成 25 年 2 月 26 日または平成 27 年 2 月 13 日に Y 市福祉事務所長による入所承諾を受け、Y 市の各保育所（以下、「本件各保育所」という）に平成 27 年 3 月 31 日時点で 3 歳未満の子を通園させており（以下、この子らを「本件在園児」という）、平成 27 年 4 月 1 日以降に出産し、または出産を予定しており、保護者のいずれかが育児休業をすることを予定している X らは、平成 27 年 7 月 2 日に、行政事件訴訟法（以下、「行訴法」という）3 条 7 項に基づき、本件在園児に係る保

育の利用の解除あるいは保育の利用継続不可決定を行うことの差止めを求める訴えを提起（平成27年（行ウ）第32号・第28号）するとともに、仮の差止めを求める申立てをした。

なお、Xらのうち2名については、平成27年7月16日にY市長から利用継続決定を受けた。

決定の要旨

両事件の決定は、利用継続決定を受けた2名に係る箇所を除いてほぼ同文であるため、以下にまとめて記載を行う（〔 〕内は筆者による）。

「行訴法37条の4所定の差止めの訴えは、厳格な要件の下に、行政庁が一定の処分又は裁決をしてはならないことを命ずるものであるところ、同条の5第2項所定の仮の差止めは、本案である差止めの訴えに係る判決の前に、裁判所が仮にその差止めを命ずる裁判でありながら、実質的には本案訴訟の判決と同様の内容を仮の裁判で実現するものであることから、同項の『差止めの訴えの提起があった場合』とは、適法な差止めの訴えの提起があった場合をいうと解するのが相当である。そして、差止めの訴えにおいては、一定の処分又は裁決をすべきでないにかかわらずこれがされようとしていることが要件とされていることから（行訴法3条7項）、仮の差止めにおいては、一定の処分等がされる蓋然性があることが要件となると解される。

これを本件についてみると、……Y市長は、本件在園児らについて、本件規則3条2項の2号から6号までのいずれかの事由に該当すると判断した場合には、保育の利用の継続をすることの決定をすること、本件在園児らについて、保育の利用継続決定がされた場合には、本件在園児らは引き続き本件各保育所において保育を受けることができることとなること、当該利用継続決定がされた場合には、その後、Xらが、Y市福祉事務所長から、保育の利用を解除する旨の処分を受けることはないことなどが一応認められる。」

Xらのうち、Y市長から保育の利用継続決定を受けた者は、「Y市福祉事務所長から、上記保育の利用を解除する旨の処分を受けることはないということができ」、また、Xらのうちその他の者が保育の利用継続申請をしたことを一応認めるに足りる証拠はなく、「当該申請をしても、保育の

利用継続決定がされない蓋然性が高く、その結果、Y市福祉事務所長から、上記保育の利用の解除を受ける蓋然性が高いことを根拠付ける事実を何ら主張立証していない」から、「Xらが、本件各処分を受ける蓋然性が高いと認めることはできず、本件規則改正により、「Xらが、本件在園児らについて、保育の利用継続申請をした場合、Y市長は、同〔＝本件規則3条2〕項2号から6号に該当するか否かを判断した上、保育の利用継続決定をするか否かを定めることとなるのであって、当然に、本件在園児らにつき保育の利用の解除がされることはないというべきである。

「のみならず、……Xらの本件申立ては、……争点(3)（本案について理由があるとみえるか）に係る仮の差止めの要件も欠くものというべきである。

……前記説示のとおり、……仮の差止めは、本案である差止めの訴えに係る判決の前に、裁判所が仮にその差止めを命ずる裁判でありながら、実質的には本案訴訟の判決と同様の内容を仮の裁判で実現するものであることから、同〔＝行訴法37条の5第2〕項の『本案について理由があるとみえるとき』とは、本案について、理由がある可能性があるといた程度では足りず、本案について、理由があると認め得る蓋然性があることまで必要であると解するのが相当である。」

「この点につき、Xらは、Yは、本件規則3条2項に6号を追加したが、子ども・子育て支援法施行規則1条9号及び本件条例3条11号に徴修正を施したものにすぎず、その規定の内容は抽象的なものにとどまっていること、Yが、自主的に退園に応じた場合には在園児と出生児の利用調整指数に100点を加算して極端に優遇して自主退園を強要している等を理由に、「Yの保育の利用継続に関する運用は、子ども・子育て支援法施行規則1条9号及び本件条例3条11号の解釈適用を誤ったものであると主張する」が、「本件規則3条2項6号は、『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』というものであるところ、このような補充的な規定は、ある程度抽象的な表現になることはやむを得ないことであって、そのこと自体、不当であるということとはできない」。また自主的に退園に応じた場合と、申請に対する保育の利用継続

不可決定によって退園した場合のいずれについても、「在園児にも出生児にも、利用調整指数に100点を加えることとなるものと一応認められる」。

「以上によれば、本案について、理由があると認め得る蓋然性があるということとはできない」(なお、Xらのうち保育の利用継続決定を受けている2名については、保育の利用解除がなされる蓋然性は存在しないとしている)。

判例の解説

一 本件は、育児休業を取得した場合に、すでに保育所に在園している0～2歳児について保育施設の利用の必要性を原則的には認めない、いわゆる「育休退園」の運用が裁判上争われたことで注目を集めたものである¹⁾。ここでは、Xらの申立てを却下する根拠となっている、「処分がなされる蓋然性」と「本案について理由があるとみえる」という2要件に関する判示について検討を加える。

二 Xらが差止めを求めている保育の実施解除については、その前提として、Y市長に対する保育の利用継続申請がなされることが予定されている。本決定では、Xらが申請をしたことを一応認めるに足りる証拠はないことから(申請を行い保育継続決定を受けた2名を除く)、保育の利用解除処分がなされる蓋然性を否定した。保育継続決定の申請型義務付け訴訟を提起することが自然なようにも思われるが、本件規則3条2項の規定ぶりや、処分の予告であったと本決定で認められてはいないが、Y市からの通知等が影響しているのではないかと推測される。

これまで、差止めの訴えまたは仮の差止めの申立てにおいて、処分の蓋然性が存在しない旨を述べた裁判例としては、不利益処分と同様の図式に関するものとして、①最一小判平24・2・9(民集66巻2号183頁)、②東京地判平26・3・28(判時2248号10頁)、申請に対する処分に関するものとして、③奈良地判平25・8・20(判例自治387号57頁)、がある。このうち③判決は、一般廃棄物処理施設の建設に係る自然公園法20条に基づく許可の差止めが、施設建設の原案における予定地周辺の住民らによって、未申請の時点で求

められたものであったが、蓋然性がないことを理由に請求は却下されている。

仮に本決定の認定を前提とすれば、本件では申請がなされていない状況で差止めの訴えが提起されており、とりわけ③事件と異なり、Xらが申請者となるべき地位にある。この点からは、一般論としては、本決定の判断は正当といえるであろう。

とはいえ、関連する法令等の規定や処分に関する運用状況等から、処分がなされることが一定の程度で予期される場合には、申請がなされているか否かにかかわらず、処分の蓋然性が肯定される余地を想定することもありうるだろう。①②判決は、関連法令や懲戒処分の量定方針に照らしつつ、処分の蓋然性の判断を行っている。

この点に関して本決定は、本件規則を参照しつつ、Y市長が本件規則3条2項の第2号から6号に該当するという判断をする可能性があることから、「当然に、本件在園児らにつき保育の利用の解除がされることはない」として、蓋然性を否定した。

しかし、確かにXらが第2号から6号に該当する可能性が残されているとしても、本件規則改正は、育児休業をする場合における保育所の継続利用について0～2歳児を除外している第1号を削除するものではなく、これと並列的に第6号を追加するものであり、追加される第6号は本決定が認めるとおり、抽象的な表現による補完的な規定として位置づけられる条項である。そこで本件規則の構造としては、育児休業をする場合における0～2歳児の在園児の取扱いとしては第1号の規定が原則とされるものと理解されることになるのではなかろうか。そうすると、例外的に第2号ないし5号の限定的な事由に該当するか、第6号によっていわば拾い上げられない限りは、申請を行ったとしても保育の利用継続不可決定がなされ、ひいては保育の解除処分がなされることになる。本件でのXらは本件規則3条2項1号に該当することは明らかであるから、これをもって処分の蓋然性を認める余地も必ずしも全面的には否定できないとも思われる。

特に本決定では、保育の解除処分が「当然に」なされないことから、その蓋然性を否定しているが、この判示箇所を文字通りに捉えるならば、差止めの訴えの利用可能性は大幅に縮小することになる。差止めの訴えにおいては、行訴法上、必ず

しも処分なされる必然性までは要求されていないと解される²⁾。

三 行訴法 37 条の 5 第 2 項では、仮の差止めの要件として「本案について理由があるとみえる」ことを要件として規定する。

これまで学説では、文理的には本案について勝訴の見込みがあることを意味するものとは解し難いとの指摘³⁾がなされ、同要件に係る内容はそもそも本案の問題であり、仮の救済の時点でこの点に係る疎明を強く求めることは、制度の趣旨にそぐわず、申立人の権利利益保全という本来の制度目的を不当に阻害しかねないといった主張がなされてきた⁴⁾。

これに対し本決定では、「理由がある可能性がある」といった程度では足りず、本案について、理由があると認め得る蓋然性があることまで必要」と判示して、一見すると厳格な姿勢をとっているように読める。こうした判示は、これまでの裁判例では見られないものと思われる。本決定はその理由として、「判決の前に、……実質的には本案訴訟の判決と同様の内容を仮の裁判で実現するものである」からとするが、趣旨は必ずしも明確ではない。

この判示は、本案判決までに請求認容判決と同様の内容が実現することに慎重あるいは消極的な評価をしているようにうかがわれるが、仮の救済は、本案訴訟の継続を前提としたものであり、その決定は終局的なものではなく本案判決により変更されうるものである。むしろ仮の救済が「保護法益が本案判決までの時間に失われるリスクの最小化」であり、決定の時点で、そのための利益衡量がなされる⁵⁾ものだとすると、仮の救済に係る各要件の判断も総合的になされ、例えば、申立人の損害が大きいほど、「本案について理由があるとみえる」程度が低くても申立ては認容されるべきと考えられることになり⁶⁾、公益（や第三者の利益）の侵害可能性が低い場合にもまた同様に考えることになる⁷⁾。

しかし、本件において仮の差止め決定の公益に与える支障は大きくはない（Y は、待機児童対策は副次的な事項だと主張している）ようにも思われるが、本決定でこうした利益衡量を行っている箇所は見当たらず、同要件について厳格な基準を一般的に提示したかのようにもうかがわれる。本決

定のこの基準に係る判示には疑問がある。

●—注

- 1) 参照、「特集・所沢市保育所『育休退園』事件」賃社 1642 号（2015 年）14 頁以下。
- 2) 本決定における判断の根底には、本件規則 3 条 2 項 6 号の文言の抽象性があるかもしれない。元裁判官の中島肇教授は、仮の差止めの際に裁判官が、「予想される行政庁の処分の根拠となる処分の目的や背景事情全体についての『不存在の証明（悪魔の証明）』を『疎明』に基づいて行うという無理を強いられる」と述べている（中島肇「原告適格・仮の差止めに関する実務的雑感」論ジュリ 8 号（2014 年）54 頁）。
- また裁判所が損害の重大性や、本件規則における、保育の利用継続申請に対する決定を Y 市長が行い、保育の利用解除処分を Y 市福祉事務所長が行うという制度構造を考慮していた可能性もある。というのは、本決定と同じさいたま地裁第 4 民事部は、保育の利用継続不可決定と保育の利用解除処分の取消訴訟（さいたま地裁平成 27 年（行ウ）第 43 号・第 45 号）に係る執行停止の申立てに対して、保育の利用解除処分を行政手続法上の不利益処分とした上で、聴聞手続がとられていないことを理由に執行停止決定を行っているからである（さいたま地決平 27・9・29 公刊物等未登載（平成 27 年（行ク）第 17 号・第 18 号））。当該処分の根拠規定と行政手続法の適用に関する論点は残るが、聴聞手続を経るべき処分について仮の差止めを行うことへの躊躇があったかもしれない。
- 3) 参照、高橋滋ほか編『条解行政事件訴訟法〔第 4 版〕』（弘文堂、2014 年）824 頁 [八木一洋]。
- 4) 参照、小早川光郎＝高橋滋『詳解改正行政事件訴訟法』（第一法規、2004 年）248 頁 [下井康史]、北村和生「行政訴訟における仮の救済」ジュリ 1263 号（2004 年）72 頁等。
- 5) 山本隆司「行政訴訟における仮の救済の理論（上）」自研 85 巻 12 号（2009 年）33 頁。
- 6) 参照、下井・前掲注 4）250 頁。また、塩野宏『行政法 II 〔第 5 版補訂版〕』（有斐閣、2013 年）207 頁。
- 7) 大阪地決平 19・3・28 判タ 1278 号 80 頁は、「本案について理由があるとみえるとき」の判断の際に、住民基本台帳制度の目的や選挙の適正な執行の要請という公益上の考慮を行っているように読める。

名城大学准教授 北見宏介