

KULS ニュースレター No. 37

INDEX

- 保育所入所と行政訴訟（後編）
- 専門職教育研究チームとのコラボレーション
- 6月度チューター指導ご案内
- 図書紹介

● 保育所入所と行政訴訟（後編） ●

今号では、第36号『保育所入所と行政訴訟（前編）』に掲載した事例問題についての解説を行います。

1 保育所入所契約の拒否と抗告訴訟

設問の現実の事件（東京地判平成18年10月25日判例時報1956号62頁。社会保障判例百選101事件）では、市町村が保育所入所申込みを承諾しない場合、その不承諾の違法性を訴訟上どのように主張できるのか、解釈が分かれる余地がある。行政解釈によると、現行の児童福祉法24条は、保護者による保育所選択の権利を明確にしており、保護者（利用者）と市町村の関係は「その権利の設定・内容が児童福祉法という公法によって規定され〔る〕…『公法上の契約』」であるとされる（児童福祉法規研究会編『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〕168頁）。そうすると、入所不承諾は契約の締結拒否であり、公権力の行

使たる処分ではない、という議論もありうる。

新司法試験プレテスト（2005年）の公法系科目論文式第2問で扱われた、公立保育所の民営化をめぐる紛争に関し、例えば、大阪高判平成18年4月20日判例地方自治282号55頁（73-74頁）は、公法上の契約たる保育所利用契約に伴う付随的義務として、市には保育士の事務引継ぎに十分な配慮をするなどの信義則上の義務があったとしている。他方、横浜地判平成18年5月22日判例地方自治284号42頁は、行政実務上、入所不承諾通知書に不服申立ての教示が記載されることなどを指摘し、「直ちに契約関係といい得るかは疑問」（同63頁）としながら、民営化の実施過程における注意義務違反があったと判示し、前掲大阪高判と同じく国家賠償請求を一部認容した。もっとも、この2つの事件では、条例改正による公立保育所廃止が争われているので、個別の不承諾の処分性は問題となっていない。

より重要な手掛かりは、児童福祉法の他の条文にみられる。同法33条の4の柱書きとその3号は、保育の実施の解除に先立ち、保護者との関係で一定の意見聴取の手續を要求し、また、同法33条の5は、保育の実施の解除については「行政手続法第3章（第12条及び第14条を除く。）の規定は、適用しない」と定める。どちらも、行政手続法の制定に伴い児童福祉法に挿入された規定である。これらの条項は、保育の実施の解除が行政手続法にいう不利益処分にあたること（前掲横浜地判・判自284号64頁）を前提とした上で、これに行政

● 専門職教育研究チームとのコラボレーション ●

5月18日から29日までのべ11日間、徳島大学の榎田美雄准教授をトップにした研究チームが「専門職養成のビデオエスノグラフィー」研究の調査の一環として、本学の授業をビデオに収録する調査活動を行いました。

榎田先生の専門は社会学。この研究チームは、医療や看護、都市計画、法学、教育学など多様な分野の専門職養成に携わる研究者がメンバーであり、収録映像によるエスノグラフィーの作成やそれを素材とした専門教育組織の研究と現場への改善提案を目指しています。これまでは、医療、福祉における専門家養成過程での調査研究を中心に取り組んできましたが、調査資料の充実を図り研究を発展させるため、4年前より本学で実施している司法修習生や若手弁護士を対象とするロイヤリング実践セミナーの収録を行い、一昨



憲法A（小栗先生）収録の様様

ら授業ビデオの収録を行っています。

今回は、集中的に多くの授業のビデオ収録が行われ、憲法問題演習、民法A、法情報論、司法文書実務、憲法A、労働法問題演習、自治体法政策問題演習、行政法問題演習B、民事訴訟法問題演習、日本法制史の10科目が収録されました。この収録映像は、本学のFD活動にも活用され、さらに、この研究チームとの共同研究会を通じて授業改善を進めることになっています。

手続法をそのまま適用することは不適切であるとの立法者の判断を示している。そうであれば、保育の実施解除に対応する入所申込不承諾も抗告訴訟の対象とたる行政処分であるといえる。

児童福祉法規研究会編・前掲181頁は、保育所入所契約の解除だけでなく入所拒否も行政不服審査法により不服申立ての対象となるとしている。厚生省（当時）の関係局長による平成6年9月30日付の通達「福祉の措置の解除に係る説明等に関する省令の施行について」は、保育の実施の解除は「行政手続法…に規定する不利益処分該当する」としている。

2 仮の救済の手段

処分性を肯定した後は、どうすべきか。直ちに取消訴訟を提起することにより、裁

判外で和解に至り、訴えを取り下げて済むことになるかもしれない。しかしそうでなければ、地裁判決まで、おおかた1年以上待つ覚悟がいるし、地裁で勝訴できても市側が控訴して争うなら、Aは小学校入学の年齢を迎えるだろう。期日指定の施設利用拒否の場合ほどではないが、設問でも、取消訴訟の訴えの利益が失われる可能性が高い。

そこで、2004年の行訴法改正で導入された、申請拒否（および申請に対する不作為）に関する義務付けの訴え（37条の3）と、その提起があったときの仮の義務付け（37条の5）を活用することができる。仮の義務付けを得るためには、執行停止における「重大な損害」（行訴25条2項）より文言上厳しい、「償うことのできない損害」要件（同37条の5第1項）の充足を疎明しなければならない。必要なときに通

園・通学ができないことは「償うことのできない損害」の具体例にあたるだろう。設問の場合、最終的に慰謝料などの国家賠償で“償われる”可能性はある。しかし、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ような場合が「償うことのできない損害」に含まれることには異論がない（南博方・高橋滋編『条解行政事件訴訟法〔第3版〕』（弘文堂，2006年）646頁〔永谷典雄〕）。設問の事例は、その典型例といえる。

仮の義務付けについては、「本案について理由があるとみえるとき」要件（行訴37条の5第1項）もあり、その疎明は、本案における違法事由の主張・立証と相当程度重なり合う（行訴25条4項の書き方との違いに注意）。仮の義務付けを封じる「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれ」（行訴37条の5第3項）については、本事例では考えにくい。

3 義務付けの訴えの訴訟要件

取消判決の場合、その拘束力が再度の拒否処分を一律に違法とはしないのに対し、義務付けの場合、申請を全部または一部認容する以外の選択肢が行政庁にないことが必要である（行訴37条の3第5項）。一般の取消判決の場合も、拘束力の具体的な働き方により、行政庁に以後の選択の余地がない事例はしばしばあるが、それらは、裁量の範囲が狭い処分に見られる（課税処分の一部取消しや情報不開示処分の取消しなど）。

もっとも、非申請型の義務付けと比べると、申請型の場合、傾向としては、広範な諸利益への考慮が裁量を広げる可能性は低いといえよう。設問では、まず、「保育に欠ける」要件（児童福祉法24条1項・39条1項）は、政令と条例で十分に明確化さ

れており（児童福祉法施行令27条を参照）、その充足の判断は容易である。

設問の事例では、保育所に既にいる看護師が休暇を取れない人員配置は無理であるから、Aのためにもう1人増やすなどのコスト増が見込まれる点なども、児童福祉法24条1項ただし書きの「やむを得ない事由」に当たる、とY市が主張するかもしれない（町立幼稚園への入園につき仮の義務付けを認めた徳島地決平成17年6月7日判例時報270号48頁における町側の主張を参照）。しかし、憲法と障害者基本法、児童福祉法その他の関連法令、さらに現にある行政上の諸措置を勘案すると、予算不足や他の子どもへの影響が拒否理由を支える考慮要素となりうるとはいいがたい。

入所の義務付けは、民事訴訟や当事者訴訟に引き直すと、契約申込みを承諾する意思表示に代わる裁判（民法414条2項ただし書）に相当し、民事法の分野なら異例の救済方法である。ただ、①一方では、行政が申請に適法な対応をすべき拘束は、民事法上の契約自由の原則に対する修正以上に厳しいものと考えられること、②他方で、義務付け判決の確定だけでは新たな法律関係の形成はなく、判決の拘束力に従った行政庁の処分がなお必要な仕組みとなっていること、の2点が指摘されてよい。設問の事例は、申請型の義務付け訴訟に関し仮の義務付け認容例として2番目、本案での最初の認容例であるという。しかし、子ども・子育て新システムになれば、市町村に保育の実施義務はなくなり、保護者と民間保育所の直接契約となるため、そもそも、行政訴訟を提起することができなくなる。

伊藤 周平（社会保障法）



（制作：鹿児島大学法科大学院司法政策研究センター
編集：同センターコンポーザー 久木野大輔）

● 6月度 チューター指導のご案内 ●

6月度のチューター指導の日程を下記のとおり、お知らせします。

◆日程

6/11 19:00～ 下村哲也 弁護士
6/12 18:00～ 本田貴志 弁護士
6/15 18:00～ 林宏嗣 弁護士
6/18 19:00～ 下村哲也 弁護士
6/25 18:00～ 林宏嗣 弁護士
6/26 18:00～ 本田貴志 弁護士
6/29 18:30～ 河合利弘 弁護士（1年生対象）

◆概要

今回の案内は予約制です。
1枠60分×2枠（または40分×3枠）にて予約を受け付けます。
内容は、具体的な問題を一緒に考えていただく



チューター指導を行う、林宏嗣弁護士（写真右）

ことを想定しています。たとえば定期試験の問題（特に総合問題演習系の点数が低かった科目）の答案を書き直したものを添削して頂く、新司法試験過去問の答案を添削して貰う、など。また、具体的な学修方法についての相談などでも、結構です。

◆予約申し込み先

専門職大学院支援室：草野（くさの）
ls_support@leh.kagoshima-u.ac.jp

● 図書紹介 ●

図書委員からみなさんの学習の手助けとなるおすすめの本を不定期でご紹介させていただきます。

ぜひ、試験対策に、日ごろの学習に、学習の合間の自己啓発にと、お役立て下さい。

●井田良（慶應義塾大学教授）・城下裕二（北海道大学教授）編『刑法総論判例インデックス』（商事法務）

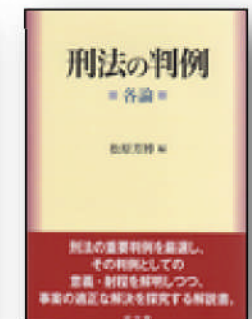


初学者から上級者までマルチに使える！！

事実の概要と判旨（決定要旨）を簡潔にまとめ、当該判例の位置づけにつき若干の解説を付したものであり、図が示されることによって理解の促進が図られています。初学者にとっては有用な書籍であり、また、上級者においても短時間で判例の再確認ができるようになっています。

※配架場所：7階資料室 新着書籍コーナー

●松原芳博（早稲田大学教授）編『刑法の判例〔総論〕』『刑法の判例〔各論〕』（成文堂）



判例を極めるなら！！

重要判例を深く掘り下げた書籍です。当該判例の事案および判旨（決定要旨）が丁寧に紹介され、その上で、当該判例にまつわる学説や類似判例の解説がなされています。

判例・通説の理解のみでは飽き足らない学習者をも満足させ得よう議論が展開されており、上級者向けといえるでしょう。

尚、『刑法総論判例インデックス』および『刑法の判例〔総論〕』には、南由介准教授も共著者として執筆に参加しています。是非、活用して下さい！！

※配架場所：7階資料室 新着図書コーナー