

# 論文式試験問題集 [ 公法系科目 ]

〔第2問〕(配点：100)

次の事例について、後記〔8〕において弁護士Lが弁護士Mに検討を指示した(A)及び(B)の各事項について、弁護士Mのレポートを踏まえて論じなさい。なお、解答に当たっては、関係法令は、現在施行されているものと同じのものが、弁護士Mの検討の時点においても適用されるという前提に立ちなさい。

〔1〕 地方自治法第252条の19第1項の指定都市(いわゆる政令市)であるA市は、児童福祉法(昭和22年法律第164号)及びA市立保育所設置条例(昭和39年制定。その後適宜改正)に基づき、平成17年4月の時点で、「A市立第1保育所」から「A市立第46保育所」まで、計46の市立保育所を設置し運営していた。

児童福祉法にいう「保育所」には、公立保育所のほか、同法第35条第4項の認可を得た民間保育所(民間の法人等が設立し運営主体となる保育所)も含まれるが、平成17年4月の時点でA市には、公立保育所として46の市立保育所があるほか、認可された民間保育所が52施設存在していた。

〔2〕 A市は、既存の市立保育所の一部を民間保育所に転換する方針(以下「市立保育所民営化方針」という。)を打ち出すこととした。その理由は、46の市立保育所を維持することが近い将来財政面で困難になるとの見通しであること、また、昨今の保育ニーズの量的拡大(保育所の受入れ能力を大幅に超える入所申込みがあり、いわゆる待機児童が多数存在すること)や質的多様化(月曜日から金曜日における午前8時から午後5時まで等の時間帯において行われるいわゆる通常保育に加えて、延長保育や一時保育、休日保育などの希望が強いこと)に対応するには、公立保育所よりも民間保育所の方が優れている面があると考えられること等であった。

A市長は、差し当たりA市内のB区においてこの方針を実施に移すこととした。それは、B区には市立保育所として第1保育所から第6保育所が設置されていたが、A市内では唯一、認可を受けた民間保育所が存在せず、前記保育ニーズに対応することが最も困難な地域と考えられたためである。

A市長は、平成17年6月7日、B区における市立保育所民営化方針について記者会見を行い、次のように説明した。

「A市B区内にある市立保育所のうち、第5保育所と第6保育所を、平成18年3月31日限りで廃止し、同年4月1日からは、別に設置認可される2民間保育所に、それぞれ第5保育所及び第6保育所の敷地(市有地)の無償貸与、備品の無償譲渡、建物の有償譲渡を行う(児童福祉法第56条の7参照)。」

「当該2民間保育所には、市として次のことを求める(以下「移管条件」という。)

民営化対象となる市立保育所で実施されている保育内容を継続すること

例) 保育士の配置・年齢構成、通常保育の曜日及び時間帯、給食、保育料その他の保護者の経費負担、休園日、年間行事、健康診断、障害児保育など

保護者が求める新たな保育サービスの実施を積極的に検討すること

例) 延長保育や一時保育の多様化、休日保育の導入など」

〔3〕 記者会見後、A市保健福祉局の児童福祉担当の職員数名は、平成17年7月から8月にかけて、第5保育所及び第6保育所に入所している児童の保護者らを集めた説明会を数度にわたり開催し、市立保育所民営化方針について理解を求めた。

説明会では、第5保育所及び第6保育所に入所している児童について、保護者がそれぞれの移管先として予定されている民間保育所への入所を希望するならば、これを認める方針である

ことが明らかにされた。

これに対して、児童の保護者からは、保育士や児童の間の人間関係、保育時間や保育内容など、これまで第5保育所や第6保育所において形成されてきた良好な保育環境が、新しい保育所でもそのまま維持されることの確約を求める強い要望が出された。A市側は、A市の児童福祉部長（A市保健福祉局に児童福祉部が置かれている。）名の書面で、こうした希望が移管先の民間保育所において実現されるよう、市として最大限の努力を払うことを表明した。

- 〔4〕 A市は、第5保育所及び第6保育所の敷地・施設等の移管先となる法人を募集し、選考の結果、法人H及び法人Iを選定することとした。A市は、平成17年11月10日、法人H及び法人Iとの間で、「保育所運営に関する協定」を締結し、前記の移管条件に関する詳細を定めた。

その後、A市議会において、第5保育所及び第6保育所を、平成18年3月31日をもって廃止する旨の条例案（A市保育所設置条例の一部改正条例案）が平成17年12月5日に可決され、A市長は平成17年12月20日にこれを公布した（以下「廃止条例」という。）

法人H及び法人Iは、平成18年1月10日付けで、それぞれH保育所及びI保育所を設置することにつき、児童福祉法第35条第4項に基づく認可をA市長から取得した。

- 〔5〕 Pは児童Q（平成14年5月26日生まれ）の保護者であり、Qについて、B区内での保育所入所を希望していた。平成17年1月5日、児童Qにつき、児童福祉法第24条第2項に基づき、入所を希望する保育所として第6保育所を記した申込書と添付文書を、A市保育実施条例施行規則第2条の定めるところにより、A市B区を管轄する福祉事務所長（以下「B区福祉事務所長」という。）に提出した。

B区福祉事務所長は、申込書及び添付文書に基づき、児童Qについて児童福祉法第24条第1項にいう「保育に欠ける」児童に該当すると判断し、保護者Pに対し、実施期間を平成17年4月1日から平成21年3月31日までとして第6保育所において保育することを承諾する旨の通知を、平成17年2月21日付けで行った。児童Qは、平成17年4月から第6保育所において保育を受けている。

保護者Pは、A市長の記者会見によって市立保育所民営化方針を知るところとなったが、第6保育所における保育士らと児童らの間の良好な関係や、保護者間で評価の高い保育内容などが、新しい民間保育所にうまく引き継がれないのではないかと、そのことで児童Qに悪影響が生ずるのではないかと不安を感じている。取り分け、第5保育所及び第6保育所に長年勤務し保護者からの信頼の厚いベテラン保育士のほぼ全員が、移管先である法人での勤務条件に不満を抱いて当該法人に移籍することを拒否しており、民営化がなされるならば一斉に退職するらしいという情報も得ており、移管先の民間保育所における保育環境の劣悪化を強く懸念している。

- 〔6〕 平成18年1月16日、A市の児童福祉部長名で、第5保育所及び第6保育所に入所している児童の保護者一人一人にあてて、次のような内容の書面が送付された。

第5保育所及び第6保育所が平成18年3月31日付けで廃止され、両保育所の敷地、施設、備品等が同日付で直ちに、第5保育所に関してはH保育所に、第6保育所に関してはI保育所に、それぞれ引き継がれること。

第5保育所及び第6保育所に入所していた児童について、保護者が、B区内における他の市立保育所か、H保育所若しくはI保育所に転所することを希望する場合には、希望する保育所名とその順位を三つまで記した転所希望書を作成し、2月16日までにB区福祉事務所長あてに提出すること。なお、保育料は、市立保育所と、H保育所若しくはI保育所とで変わることはない。

転所希望書が提出された場合は、当該児童に係る4月1日以降の保育の実施場所について、B区福祉事務所長の回答が3月上旬をめぐりに保護者に通知される予定であること。希望書が提出されなかった場合には、B区内における市立保育所又は認可された民間保育所での保育がなされないこと。

〔7〕 保護者Pは、A市の市立保育所民営化方針に伴う自分の苦境について、平成18年1月20日、弁護士Lに相談した。弁護士Lは、児童福祉法及びA市における保育の実施状況について、同じ事務所の若手弁護士Mに調査を指示したところ、弁護士Mからは、一週間後に次のようなレポートが提出された。

市町村による「保育の実施」について

- ・ 児童福祉法によれば、「保育に欠ける」児童について、市町村が「保育の実施」を行わなければならない。すなわち市町村は、当該児童について、公立の保育所(市町村立保育所又は都道府県立保育所)において、又は認可を受けた民間保育所に委託することによって、「保育の実施」を行うものと解されている。以上につき、同法第24条及び第35条を参照。
- ・ A市において保護者の負担する保育料は、46の市立保育所と、52の認可民間保育所のいずれに入所するかによって変わることはなく、専ら保護者の前年度の所得等の状況や児童の年齢に応じて、月0円から月6万5,000円までの間で設定されている(数字は平成17年度のもの)。児童福祉法第56条第3項及びA市保育実施条例施行規則第22条を参照。
- ・ 児童福祉法は、同法にいう「保育所」を「日日保護者の委託を受けて、保育に欠けるその乳児又は幼児を保育することを目的とする施設」と定義する(同法第39条第1項)。「日日保護者の委託を受けて」とは、事実行為として毎日、保育所が保護者から児童を預かり保育の上保護者に返すという意味であって、保護者と保育所が委託契約を毎日締結するという意味ではないと解されている。
- ・ A市においては、A市長の「保育の実施」に係る権限が、児童福祉法第32条第2項に基づき、区毎に設けられた福祉事務所の長に委任されている。B区福祉事務所長はこの委任に基づき、保護者Pの申込みを処理している。
- ・ 児童福祉法第24条に基づき、保護者は、市町村(福祉事務所)に、希望する保育所を記載した申込書を提出する。A市における実務運用を見ると、「保育に欠ける」と認められた場合、福祉事務所長は、保育所、保育期間、保育料を明記した入所承諾通知書をもって回答する。「保育に欠ける」と認められない場合や、希望者が保育所定員を超過して選考となり、選考に漏れた場合などは、入所不承諾通知書をもってその旨を回答する。
- ・ 児童福祉法にいう「保育実施の解除」とは、保育所を退所させることであり、その事由について、A市保育実施条例施行規則第4条に規定がある。
- ・ 保育所の利用関係については、例えば次のような見解が述べられている。
  - (甲説) 平成9年の児童福祉法改正により、保護者による保育実施の申込みと、これに対する市町村の応諾によって成立する利用契約関係へと変更された。
  - (乙説) 平成9年の児童福祉法改正により、保育所への入所承諾決定を申請する権利が明文で認められたが、保育所入所承諾決定は行政処分である。
- ・ 平成9年改正前の児童福祉法においては、保育所に児童を入所させることは、市町村が「措置」という行政処分によってその裁量をもって保育所を決めて行うものであると解されていた。実際には、保護者から市町村(福祉事務所)に入所の申込みが行われ、その際に入所を希望する保育所の聴取りも行われていたが、これは、「措置」という行政処分を行うための端緒に過ぎず、「措置」を求める申請権が児童福祉法上認められているわけではないという行政解釈が示されていた。当時の条文は次のとおりである。

第24条 市町村は、政令で定める基準に従い条例で定めるところにより、保護者の労働

又は疾病等の事由により、その監護すべき乳児、幼児又は第39条第2項に規定する児童の保育に欠けるところがあると認めるときは、それらの児童を保育所に入所させて保育する措置を採らなければならない。ただし、付近に保育所がない等やむを得ない事由があるときは、その他の適切な保護を加えなければならない。

大都市特例について

- ・ いわゆる政令市の区域においては、地方自治法第252条の19以下のいわゆる大都市等の特例として、児童福祉法において都道府県が処理することとされている事務の多くが、政令市において処理され、それに伴い、種々の読替規定がある。児童福祉法第59条の4第1項、児童福祉法施行令第45条第1項、地方自治法施行令第174条の26第1項を参照。
- ・ 本件において、法人H及び法人Iに対し、それぞれH保育所及びI保育所についての設置認可を、知事ではなくA市長が行ったのも、大都市特例のゆえである。
- ・ A市が行う「保育の実施」に要する保育費用の支弁については、児童福祉法第50条ではなく、同法第51条が適用されるものと解されている。保育の実施に伴う費用の支弁は、従来より市町村が負担していたものであり、大都市特例によって政令市が新たに行うことになったものではないからである。

無認可保育所について

- ・ 児童福祉法上の「保育所」は、公立保育所か、同法第35条第4項の認可を受けた民間保育所のいずれかである。
- ・ このほかに、同法第39条が定義する「保育所」と同じ内容のサービスを、同法第35条第4項の認可を得ずに提供する民間施設があり、これは認可外保育所（無認可保育所）と呼ばれる。認可外保育所は、児童福祉法にいう「保育所」ないし「児童福祉施設」に当たらないため、児童福祉法第46条の最低基準の適用などが無い。認可外保育所は、それぞれが直接に、保護者と契約して、保育サービスを提供している。

〔8〕 弁護士Lは弁護士Mに、次のように指示した。

「Pさんと面談したところ、Pさんは、保育士が絶対的に不足するであろうことが目に見えているH保育所やI保育所に子供を預ける気にはならないし、B区内の他の市立保育所は既にかなり定員を超過しているので、仮に特例的に受け入れてくれるとしても、子供を預けるには十分な環境ではないことを心配していました。ちなみに、B区内の無認可保育所は、どれも極めて規模が小さく、とても受入れの余裕はなさそうです。Pさんによれば、こうした状況でのA市の市立保育所民営化方針にはかなり無理があり、やはり第6市立保育所でこのまま保育を受けたいので、転所希望書の提出もしたくないそうです。ただ、このまま何もしないと、保育実施の解除がされるかもしれません。そうすると4月以降、B区内ではQちゃんを預ける保育所がないことになってしまいますね。」

(A)「児童福祉法の仕組みはなかなか複雑なようですが、とりあえず、保育実施の解除の性格について、君のレポートに示されている見解や関連条文等を手掛かりにして、処分であるとの主張を構成してみてください。」

注) 本問を解答するに当たっては、公の施設の利用関係について定める地方自治法第244条から第244条の4までについて言及する必要はない。

(B)「Pさんのお子さんが4月1日以降も第6保育所に行くことができるようにするためには、今の時点だと、例えば、廃止条例を処分と見て、その取消訴訟を提起することが考えられますね。住民訴訟は少し迂遠ですし、間に合いそうにありませんね。ほかに、廃止条例制定後の行為をも視野に入れるとすると、A市に対してはどのような訴訟を提起することが考えられるか、その訴訟要件や本案上の主張について、検討しておいてください。」

注) 本問を解答するに当たっては、仮の救済に言及する必要はない。

(参照条文)

児童福祉法(昭和22年法律第164号)

第1条 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。

2 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。

第2条 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。

第3条 前2条に規定するところは、児童の福祉を保障するための原理であり、この原理は、すべて児童に関する法令の施行にあつて、常に尊重されなければならない。

第4条 この法律で、児童とは、満18歳に満たない者をいい、児童を左のように分ける。

一 乳児 満1歳に満たない者

二 幼児 満1歳から、小学校就学の始期に達するまでの者

三 少年 小学校就学の始期から、満18歳に達するまでの者

第7条 この法律で、児童福祉施設とは、助産施設、乳児院、母子生活支援施設、保育所、児童厚生施設、児童養護施設、知的障害児施設、知的障害児通園施設、盲ろうあ児施設、肢体不自由児施設、重症心身障害児施設、情緒障害児短期治療施設、児童自立支援施設及び児童家庭支援センターとする。

第8条 .....第4条第4項.....の規定によりその権限に属させられた事項を調査審議するため、都道府県に児童福祉に関する審議会その他の合議制の機関を置くものとする。.....

2 前項に規定する審議会その他の合議制の機関(以下「都道府県児童福祉審議会」という。)は、同項に定めるもののほか、児童、妊産婦及び知的障害者の福祉に関する事項を調査審議することができる。

3 市町村(特別区を含む。以下同じ。)は、前項の事項を調査審議するため、児童福祉に関する審議会その他の合議制の機関を置くことができる。

4 都道府県児童福祉審議会は、都道府県知事の、前項に規定する審議会その他の合議制の機関(以下「市町村児童福祉審議会」という。)は、市町村長(特別区の区長を含む。以下同じ。)の管理に属し、それぞれその諮問に答え、又は関係行政機関に意見を具申することができる。

5 都道府県児童福祉審議会及び市町村児童福祉審議会(以下「児童福祉審議会」という。)は、特に必要があると認めるときは、関係行政機関に対し、所属職員の出席説明及び資料の提出を求めることができる。

6, 7 (略)

第24条 市町村は、保護者の労働又は疾病その他の政令で定める基準に従い条例で定める事由により、その監護すべき乳児、幼児又は第39条第2項に規定する児童の保育に欠けるところがある場合において、保護者から申込みがあつたときは、それらの児童を保育所において保育しなければならない。ただし、付近に保育所がない等やむを得ない事由があるときは、その他の適切な保護をしなければならない。

2 前項に規定する児童について保育所における保育を行うこと(以下「保育の実施」という。)を希望する保護者は、厚生労働省令の定めるところにより、入所を希望する保育所その他厚生労働省令の定める事項を記載した申込書を市町村に提出しなければならない。.....

3 市町村は、一の保育所について、当該保育所への入所を希望する旨を記載した前項の申込書に係る児童のすべてが入所する場合には当該保育所における適切な保育の実施が困難となることその他のやむを得ない事由がある場合においては、当該保育所に入所する児童を公正な方法で選考することができる。

4, 5 (略)

第32条 (略)

2 都道府県知事又は市町村長は、……保育の実施等の権限並びに……及び第24条第1項ただし書に規定する保護の権限の全部又は一部を、それぞれその管理する福祉事務所の長に委任することができる。

第33条の4 都道府県知事、市町村長、福祉事務所長……は、次の各号に掲げる措置又は保育の実施等を解除する場合には、あらかじめ、当該各号に定める者に対し、当該措置又は保育の実施等の解除の理由について説明するとともに、その意見を聴かなければならない。ただし、当該各号に定める者から当該措置又は保育の実施等の解除の申出があつた場合その他厚生労働省令で定める場合においては、この限りでない。

一、二 (略)

三 母子保護の実施及び保育の実施 当該母子保護の実施又は保育の実施に係る児童の保護者

四 (略)

第33条の5 ……保育の実施等の解除については、行政手続法(平成5年法律第88号)第3章(第12条及び第14条を除く。)の規定は、適用しない。

第35条 (略)

2 都道府県は、政令の定めるところにより、児童福祉施設を設置しなければならない。

3 市町村は、厚生労働省令の定めるところにより、あらかじめ、厚生労働省令で定める事項を都道府県知事に届け出て、児童福祉施設を設置することができる。

4 国、都道府県及び市町村以外の者は、厚生労働省令の定めるところにより、都道府県知事の認可を得て、児童福祉施設を設置することができる。

5~7 (略)

第39条 保育所は、日々保護者の委託を受けて、保育に欠けるその乳児又は幼児を保育することを目的とする施設とする。

2 (略)

第45条 厚生労働大臣は、児童福祉施設の設備及び運営……について、最低基準を定めなければならない。この場合において、その最低基準は、児童の身体的、精神的及び社会的な発達のために必要な生活水準を確保するものでなければならない。

2 児童福祉施設の設置者……は、前項の最低基準を遵守しなければならない。

3 児童福祉施設の設置者は、児童福祉施設の設備及び運営についての水準の向上を図ることに努めるものとする。

第46条 都道府県知事は、前条の最低基準を維持するため、児童福祉施設の設置者、児童福祉施設の長……に対して、必要な報告を求め、児童の福祉に関する事務に従事する職員に、関係者に対して質問させ、若しくはその施設に立ち入り、設備、帳簿書類その他の物件を検査させることができる。

2 (略)

3 都道府県知事は、児童福祉施設の設備又は運営が前条の最低基準に達しないときは、その施設の設置者に対し、必要な改善を勧告し、又はその施設の設置者がその勧告に従わず、かつ、児童福祉に有害であると認められるときは、必要な改善を命ずることができる。

4 都道府県知事は、児童福祉施設の設備又は運営が前条の最低基準に達せず、かつ、児童福祉に著しく有害であると認められるときは、都道府県児童福祉審議会の意見を聴き、その施設の設置者に対し、その事業の停止を命ずることができる。

第49条 この法律で定めるもののほか、……児童福祉施設の職員その他児童福祉施設に関し必要な事項は、命令で定める。

第50条 次に掲げる費用は、都道府県の支弁とする。

一~六 (略)

六の二 都道府県の設置する保育所における保育の実施に要する保育費用(保育の実施につき第

45条の最低基準を維持するために要する費用をいう。次条第4号及び第4号の2並びに第56条第3項において同じ。)

六の三～九 (略)

第51条 次に掲げる費用は、市町村の支弁とする。

一～三 (略)

四 市町村の設置する保育所における保育の実施に要する保育費用

四の二 都道府県及び市町村以外の者の設置する保育所における保育の実施に要する保育費用

五～七 (略)

第56条 (略)

2 (略)

3 第50条第6号の2に規定する保育費用を支弁した都道府県又は第51条第4号若しくは第4号の2に規定する保育費用を支弁した市町村の長は、本人又はその扶養義務者から、当該保育費用をこれらの者から徴収した場合における家計に与える影響を考慮して保育の実施に係る児童の年齢等に応じて定める額を徴収することができる。

4～8 (略)

9 都道府県知事又は市町村長は、……第3項の規定による費用の徴収……に関し必要があると認めるときは、本人又はその扶養義務者の収入の状況につき、官公署に対し、必要な書類の閲覧又は資料の提供を求めることができる。

10 (略)

11 ……第3項……の規定により徴収される費用を 指定の期限内に納付しない者があるときは、……第3項……に規定する費用については地方税の滞納処分の例により処分することができる。この場合における徴収金の先取特権の順位は、国税及び地方税に次ぐものとする。

第56条の7 保育の実施への需要が増大している市町村は、公有財産(地方自治法第238条第1項に規定する公有財産をいう。)の貸付けその他の必要な措置を積極的に講ずることにより、社会福祉法人その他の多様な事業者の能力を活用した保育所の設置又は運営を促進し、保育の実施に係る供給を効率的かつ計画的に増大させるものとする。

2 (略)

第59条の4 この法律中都道府県が処理することとされている事務で政令で定めるものは、地方自治法第252条の19第1項の指定都市(以下「指定都市」という。)……においては、政令で定めるところにより、指定都市……が処理するものとする。この場合においては、この法律中都道府県に関する規定は 指定都市……に関する規定として指定都市……に適用があるものとする。

2 (略)

児童福祉法施行令(昭和23年政令第74号)

この政令において、「法」とは児童福祉法を指す。

第27条 法第24条第1項の規定による保育の実施は、児童の保護者のいずれもが次の各号のいずれかに該当することにより当該児童を保育することができないと認められる場合であつて、かつ、同居の親族その他の者が当該児童を保育することができないと認められる場合に行うものとする。

- 一 昼間労働することを常態としていること。
- 二 妊娠中であるか又は出産後間がないこと。
- 三 疾病にかかり、若しくは負傷し、又は精神若しくは身体に障害を有していること。
- 四 同居の親族を常時介護していること。
- 五 震災、風水害、火災その他の災害の復旧に当たっていること。
- 六 前各号に類する状態にあること。



第36条 都道府県は、法第35条第2項の規定により、児童自立支援施設を設置しなければならない。

2～5 (略)

第37条 国、都道府県又は市町村の設置する児童福祉施設……は、法第49条の規定により、それぞれ厚生労働大臣、都道府県知事又は市町村長が、これを管理する。

第38条 都道府県知事は、当該職員をして、1年に1回以上、国以外の者の設置する児童福祉施設が法第45条第1項の規定に基づき定められた最低基準を遵守しているかどうかを実地につき検査させなければならない。

第45条 地方自治法(昭和22年法律第67号)第252条の19第1項の指定都市(以下「指定都市」という。)において、法第59条の4第1項の規定により、指定都市が処理する事務については、地方自治法施行令第174条の26第1項から第7項までに定めるところによる。

2 (略)

地方自治法施行令(昭和22年政令第16号)

(児童福祉に関する事務)

第174条の26 地方自治法第252条の19第1項の規定により、指定都市が処理する児童福祉に関する事務は、児童福祉法及び児童福祉法施行令(昭和23年政令第74号)……の規定により、都道府県が処理することとされている事務……とする。この場合においては、……児童福祉法及び同令……中都道府県に関する規定……は、指定都市に関する規定として指定都市に適用があるものとする。

2 (略)

3 第1項の場合においては、指定都市は、第5項の規定によりその権限に属させられた事項を調査審議するため、児童福祉法第8条第3項の規定により児童福祉に関する審議会その他の合議制の機関を置くものとする。……

4 (略)

5 第1項の場合においては、第3項に規定する児童福祉に関する審議会その他の合議制の機関……は、児童福祉法……第46条第4項……の規定による権限を有するものとする。

6 (略)

7 第1項の場合においては、児童福祉法……第35条第3項……中「市町村」とあるのは「指定都市以外の市町村」と、同法第46条第1項、第3項及び第4項中「児童福祉施設」とあるのは「児童福祉施設(都道府県が設置するものを除く。)」と、同法第51条……第4号中「市町村」とあるのは「都道府県及び市町村」と、……読み替えるものとする。

8 (略)

児童福祉法施行規則(昭和23年厚生省令第11号)

この省令において、「法」とは児童福祉法を指す。

第24条 法第24条第2項に規定する厚生労働省令の定める事項は、次のとおりとする。

- 一 法第24条第1項の規定による保育の実施(以下単に「保育の実施」という。)を希望する保護者の氏名、居住地、生年月日及び職業
- 二 保育の実施に係る児童の氏名及び生年月日
- 三 保育の実施を希望する理由

2 法第24条第2項前段に規定する申込書は、保育の実施を希望する保護者の居住地の市町村に提出しなければならない。

3 前項の申込書には、法第56条第3項の規定により徴収する額の決定のために必要な事項に関する書類を添えなければならない。

4 (略)

児童福祉施設最低基準(昭和23年厚生省令第63号)

第5章 保育所

(設備の基準)

第32条 保育所の設備の基準は、次のとおりとする。

一~八 (略)

(職員)

第33条 保育所には、保育士、嘱託医及び調理員を置かなければならない。……

2 保育士の数は、乳児おおむね3人につき1人以上、満1歳以上満3歳に満たない幼児おおむね6人につき1人以上、満3歳以上満4歳に満たない幼児おおむね20人につき1人以上、満4歳以上の幼児おおむね30人につき1人以上とする。ただし、保育所1につき2人を下ることはできない。

(保育期間)

第34条 保育所における保育時間は、1日につき8時間を原則とし、その地方における乳児又は幼児の保護者の労働時間その他家庭の状況等を考慮して、保育所の長がこれを定める。

(保育の内容)

第35条 保育所における保育の内容は、健康状態の観察、服装等の異常の有無についての検査、自由遊び及び昼寝のほか、第12条第1項に規定する健康診断を含むものとする。

(保護者との連絡)

第36条 保育所の長は、常に入所している乳児又は幼児の保護者と密接な連絡をとり、保育の内容等につき、その保護者の理解及び協力を得るよう努めなければならない。

A市立保育所設置条例(昭和39年条例第 号)

第1条 市内に居住する乳幼児の福祉を増進するため、本市に、保育所(以下「市立保育所」という。)を設置する。

第2条 市立保育所の名称及び位置は、次のとおりとする。

A市立第1保育所 A市B区松野2丁目3番地

A市立第2保育所 A市B区竹山3丁目4番地

A市立第3保育所 A市B区梅田4丁目5番地

A市立第4保育所 A市B区桃井5丁目6番地

A市立第5保育所 A市B区桜丘6丁目7番地

A市立第6保育所 A市B区菊川7丁目8番地

……………

A市立第46保育所 A市G区桜谷8丁目9番地

第3条 (以下略)

A市保育実施条例(昭和39年条例第 号)

第1条 この条例は、児童福祉法(昭和22年法律第164号)第24条第1項の規定に基づき、保育の実施に必要な事項を定めることを目的とする。

第2条 保育の実施は、児童の保護者のいずれもが次の各号のいずれかに該当することにより当該児童を保育することができないと認められる場合であつて、かつ、同居の親族その他の者が当該児童を保育することができないと認められる場合に行うものとする。

(ア) 昼間労働することを常態としていること。

(イ) 妊娠中であるか又は出産後間がないこと。

(ウ) 疾病にかかり、若しくは負傷し、又は精神若しくは身体に障害を有していること。

- (エ) 同居の親族を常時介護していること。
- (オ) 震災，風水害，火災その他の災害の復旧に当たっていること。
- (カ) 前各号に類する状態にあること。

第3条 申込みの手続その他保育の実施に必要な事項は，市長が別に定める。

A市保育実施条例施行規則（昭和39年規則第 号）

第1条 この規則は，児童福祉法(昭和22年法律第164号。以下「法」という。)，児童福祉法施行令(昭和23年政令第74号。以下「施行令」という。)，児童福祉法施行規則(昭和23年厚生省令第11号。以下「施行規則」という。)及びA市保育実施条例(以下「実施条例」という。)の施行に関し必要な事項を定めるものとする。

第2条 保護者は，保育所に児童の保育を委託しようとするときは，保育所入所申込書を福祉事務所長に提出し，その承諾を得なければならない。

2 福祉事務所長は，保育上又は管理上適当でないと認めるときは，前項の承諾をしないことができる。

第3条 福祉事務所長は，前条の承諾又は不承諾を決定したときは，保育所入所承諾書又は保育所入所不承諾書によりこれを申込者に通知するものとする。

第4条 福祉事務所長は，次の各号に定める場合においては，児童につき，一時その出席を停止し，又は退所させることができる。

- (ア) 実施条例第2条に該当しなくなったとき
- (イ) 保護者が福祉事務所長の行う保育上の指示に従わないとき
- (ウ) 疾病その他の事由により他の児童に悪影響を及ぼすおそれがあるとき
- (エ) 第2条第2項に該当するに至ったとき
- (オ) その他児童を出席させることが適当でないと福祉事務所長において認めるとき

第5条 福祉事務所長は，前条の規定により児童を退所させるときは，保育実施解除通知書によりこれを保護者に通知するものとする。

第22条 福祉事務所長は，法第56条第2項又は第3項の規定により，本人又はその扶養義務者から徴収金として，次に掲げる額を徴収する。

- (ア) 保育の実施に係る費用 別表第1

……

別表第1 (略)

# 直前指導ゼミ（行政法）のご案内

受講生各位

令和5年7月23日（日）

担当講師：弁護士 山下大輔

## ○解説日程

令和5年8月6日（日） 13:00～（Zoom）

## ○ゼミの内容

答案提出	司法試験プレテスト（模擬試験）※下記のとおり、問題文を差し替えて検討すること。
解説	司法試験プレテスト 令和5年度司法試験本試験 ※令和5年度本試験は、口頭での解説にとどまるため、答案作成は不要。問題文は読んでおくこと。

## ○答案作成方法

司法試験プレテストのみ答案を提出する。問題文・資料が長いので、時間を計らず解いてもよい。また、基本書や判例集を見ながら作成してもよいし、何も見ずに作成してもよい。なお、答案枚数は特に指定を設けないが、概ね4枚程度が望ましい。

## ○問題文の差し替え

- ・(A) については、差し替えなし。
- ・(B) については、下記のとおり差し替える。

「Pさんのお子さんが4月1日以降も第6保育所に行くことができるようにするためには、今の時点だと、例えば、廃止条例を処分と見て、その取消訴訟を提起することが考えられますね。住民訴訟は少し迂遠ですし、間に合いそうにありませんね。そこで、廃止条例の取消訴訟の訴訟要件を検討してください。ほかに、廃止条例制定後の行為をも視野に入れるとすると、A市に対してはどのような訴訟を提起することが考えられるかを踏まえた上で、その訴訟要件について、検討しておいてください。」

注）本問を解答するに当たっては、仮の救済に言及する必要はない。

以上

【司法試験プレテスト公法系科目第2問(行政法)答案構成例】

第1 (A) について

1 「処分」性 (行政事件訴訟法3条2項, 以下「行訴法」という。)

処分とは, ①公権力の主体たる国又は公共団体の行う行為のうち, ②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。これらは, 紛争の成熟性・権利利益の実効的救済を加味して判断する。

2 ①について

(1) 保育実施解除 (児童福祉法 (以下「法」という。) 33条の4以下, 以下「本件解除」という。) は, 保護者の申込み (A市保育実施条例施行規則 (以下「条例規則」という。) 2条) と児童福祉事務所長の承諾 (同条) によって成り立つ保育サービス実施契約を解除するものとして, 無認可保育所の利用関係と同様, 私的關係に過ぎず, ①が否定されるのではないか。

(2) ①は, 法が認めた優越的地位に基づいて, 行政庁が法の執行としてする権力的な意思活動である場合に認められる。具体的には, ①a法律上の優越的地位に基づき法律関係を一方的に変動させる法的仕組みとなっているか, ①b根拠法令上その行為につき不服申立て等の行政争訟が認められているか, 手続や法の文言が行政処分として扱っているかを基準に判断する。

(3) ①aについて

法24条1項は, 「保育しなければならない」と規定し, 法32条2項は「保育の実施等の権限」と規定する。これら規定は, 保育の実施が児童の福祉 (法1条乃至3条) という公益目的の観点から法32条2項等の保育実施権限により認められた優越的地位に基づくことを示している。そして, 保育実施解除行為は, 保育を実施する権限と表裏の関係にあるから, 本件解除も同様に, 保育実施権限の一内容として認められた優越的地位に基づくといえる。

また, 法33条の4は, 保護者等の意見聴取を定めているに過ぎず, 一方的意思表示たる「解除」を規定しているから, 本件解除は下記の保育を受ける権利を一方的に制限する行為といえる。

(4) ①bについて

さらに, 法33条の5によると, 本件解除については, 原則として行政手続法第3章の規定を適用しないところ, 本件解除が不利益処分でなければ, もとより同章の規定の適用はなく, 適用除外規定を置く必要はない。このことから, 法は, 本件解除を不利益処分として扱っているといえる。

しかも, 私的な契約に基づく金銭債権であれば, 官公署の資料提供要請 (法56条9項), 行政庁による強制徴収 (同11項) の規定が置かれることは考え難い。

(5) 以上のことから, 保育実施解除は, B区福祉事務所長が法33条の4以下に認

められた優越的地位に基づき、保育実施権限の一内容として一方的に行う意思表示であり、①は認められる。

### 3 ②について

法24条1項は、児童の福祉（法1条乃至3条）の観点から、「保育しなければならない」と規定し、条例規則4条は、保育所を退所させることができる場合を限定列挙している。これは、女性の社会進出や就労形態の多様化、核家族化に伴って、乳児保育や保育時間の延長を始めとする多様なサービスの提供が必要となった状況を踏まえ、その保育所の受入れ能力がある限り、希望どおりの入所を図らなければならないこととして、保護者の選択を制度上保障する趣旨である。また、保育所の利用関係は、保護者の選択に基づき、保育所及び保育の実施期間を定めて設定されるものであり、保育実施解除がされない限り、保育の実施期間が満了するまで継続する。これらの規定や趣旨から、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。そして、保育実施解除により、後に具体的な処分を待つことなくかかる法的地位が直ちに害される。保育実施解除の適法性を民事訴訟で争い、仮に勝訴判決を得ても、市町村と当該保護者らとの関係でしか効力を生じず、勝訴保護者のみのために当該保育所の運営を継続しなければならないのかなどにつき、困難な判断を伴うのであり、保育実施解除を争うことが第三者効（行訴法32条）の観点からも、権利利益の実効的救済に適う。保育実施解除は、かかる法的地位を制限するものとして、②を有する。

4 以上より、保育実施解除は処分に当たる。

## 第2 (B) について

### 1 考えられる訴訟

(1) 第6保育所の廃止は廃止条例に基づくことから、第6保育所に引き続き入所させたいPとしては、廃止条例の取消訴訟を提起することが考えられる。また、第6保育所の実際の廃止・保育実施の解除は平成18年3月31日であるから、保育実施解除の差止訴訟を提起することも考えられる。

### 2 廃止条例の取消訴訟

#### (1) 処分性（行訴法3条2項）

ア 廃止条例の制定は、A市が条例制定権（憲法94条1項、地方自治法14条1項）によって認められた優越的地位に基づき一方的に制定するものであるから、①が認められる。

イ 条例の制定・廃止は一般的抽象的な権利義務の基準を定めるものであって、立法作用に属し、国民に対して②がないように見える。しかし、形式的には立法作用に属するとしても、当該法令の具体的規定を実質的にみて、限られた特定の者らに対し、直接的かつ具体的な法効果を及ぼす場合は、直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定するものに当たる。

本件改正条例は、第5・第6保育所の廃止のみを内容とするものであって、他に行政庁の処分を待つことなく、その施行により各保育所廃止の効果を発生させ、当該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らに対して、直接、当該保育所において保育を受けることを期待し得る上記の法的地位を奪う結果を生じさせる。また、保育実施の解除を待って上記取消訴訟を提起した場合に、既に廃止や転所の手続を終えていることが想定され、事情判決（行政事件訴訟法31条）がなされる虞が十分にあり、現時点で廃止条例の効力を争うことが実効的な権利救済に適う。

これらのことから、廃止条例に②が認められる。

ウ 以上より、廃止条例の制定は、処分に当たる。

## (2) 原告適格

「法律上の利益を有する者」（行訴法9条1項）とは、処分により自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者をいう。上記のとおり、P、Qは廃止条例により第6保育所が廃止され、同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が侵害される。そのため、原告適格が認められる。

(3) その他の訴訟要件も満たし、適法に取消訴訟を提起できる。

## 3 保育実施解除の差止訴訟（行訴法3条7項）

(1) 「一定の処分がなされようとしているとき」（行訴法3条7項）

保育実施の解除は上記のとおり「処分」に当たり、かつ、裁判所の判断が可能な程度に特定されているので、「一定の処分」に当たる。また、平成18年1月16日に、第6保育所が同年3月31日に廃止されることが保護者宛てに通知されているので、保育実施解除される蓋然性が高いので、「なされようとしているとき」にあたる。

(2) 「重大な損害を生ずるおそれ」（同法37条の4第1項）

上記「損害」とは、司法と行政の均衡の観点から、同2項の要素を考慮した上、取消訴訟及び執行停止の方法では容易に救済できず、差止訴訟によるのではなくては救済困難な損害をいう。

第6保育所での保育の実施が解除され、保育自体がなされない、または充実した保育がなされないと、上記のとおり保育を受けられる利益が害される。保育の実施の解除を待って取消訴訟の提起、執行停止の申立てをしても、既に保育所の廃止や転所に向けて人員等が異動していると予想される第6保育所において、保育自体あるいは少なくとも充実した保育を受けることはおよそ不可能である。そして、幼少期の保育が実施されないことにより、豊かな感性等心身の発育が害されたり、親の就労の機会が失われたりし、かつ、その後それらを取り戻すことはおよそ不可能である。

これらのことから、保育実施の解除の取消訴訟及び執行停止の方法では容易に救済できない損害が発生するといえ、上記要件を満たす。

(3) 「他に適当な方法があるとき」でないこと（同条1項但書）

廃止条例の取消訴訟等を提起すれば、当然に保育実施の解除ができないことが法令上定められている場合には当たらないから、上記要件を満たす。

(4) その他の訴訟要件も満たし、適法に差止訴訟を提起できる。

以 上



# 司法試験予備試験対策ゼミ解説レジュメ

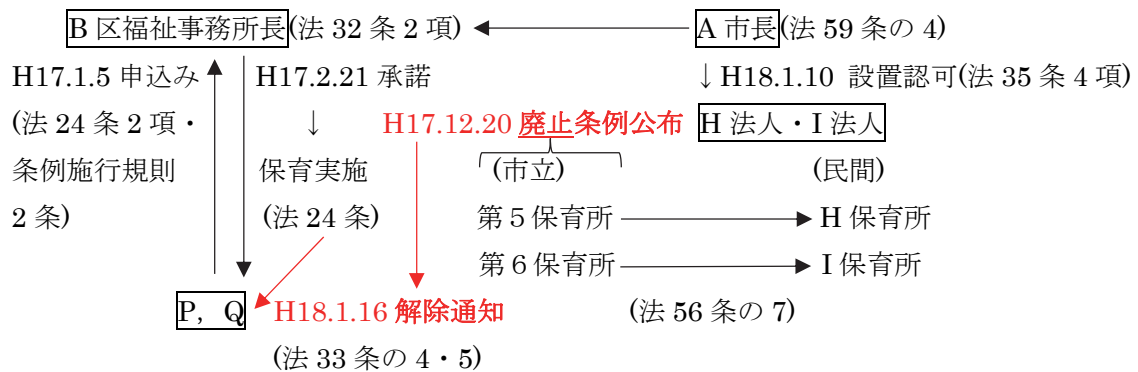
## (司法試験プレテスト公法系科目第2問 (行政法))

担当講師：弁護士 山下大輔

### 問題状況

A市 B区(H18.1.27 現在)

(地方自治法施行令 174 条の 26)



### 第1 (A) について

#### 1 問題の所在

保育実施の解除は、保護者の申込みと児童福祉事務所長の承諾によって成り立つ保育サービスの実施に関する契約を解除するものとして、無認可保育所の利用関係と同様、私人(契約)関係に過ぎず、①公権力性が否定されるのではないか。

#### 2 ①公権力性<sup>1</sup>

##### (1) 判断要素

**Point** 議論の実益は、私法関係との峻別。

法が認めた優越的地位に基づいて、行政庁が法の執行としてする権力的な意思活動。

<sup>1</sup> 「処分性判断の定式に沿って個々の要素を検討した答案の中には、「公権力性」を挙げておきながら検討過程でこれに全く触れない、触れるにしても単に「公務員」ないし地方公共団体の長たる市長が選定を行ったとか、「一方的態様」で行ったなどといった理由で権力性を認める答案が相当数あった。こうした理由で権力性が認められるのであれば、例えば地方公共団体の長が行った行政指導に関しても、およそ権力性があることになってしまう」(令和3年度本試験採点実感)。

→④優越的地位（法の根拠）に基づき法律関係を一方的に変動させる効果。

⑤仮に違法なものであっても、権限のある行政庁又は裁判所によって取り消されない限り有効なものとして通用する効果(公定力)。

→⑥優越的地位に基づき法律関係を一方的に変動させる法的仕組みとなっているか。

⑦根拠法令上その行為につき不服申立て等の行政争訟が認められているか、手続や法の文言が行政処分として扱っているか。

**重要判例**最判昭和 39 年 10 月 29 日(行政判例百選Ⅱ[第 8 版]143 事件)

…本件ごみ焼却場は、被上告人都がさきに私人から買収した都所有の土地の上に、私人との間に対等の立場に立つて締結した私法上の契約により設置されたものであるというのであり、原判決が被上告人都において本件ごみ焼却場の設置を計画し、その計画案を都議会に提出した行為は被上告人都自身の内部的な手続行為に止まると解するのが相当である…。

それ故、仮りに右設置行為によつて上告人らが所論のごとき不利益を被ることがあるとしても、右設置行為は、被上告人都が公権力の行使により直接上告人らの権利義務を形成し、またはその範囲を確定することを法律上認められている場合に該当するものということを得ず、…。

**重要判例**最判平成 15 年 9 月 4 日(行政判例百選Ⅱ[第 8 版]152 事件)

…被災労働者が本件通達及び本件要綱に定める支給要件を具備するとして援護費の支給を申請した場合、労働基準監督署長はこれが所定の支給要件を具備しているか否かの確認をしなければならず、ここにおいて支給要件を具備するものと確認されることによって、被災労働者に具体的な援護費支給請求権が発生し、逆にこれを具備しないものとされることにより、右請求権が否定されることになるものであって、これはまさに労働基準監督署長がその与えられた優越的地位に基づいて一方的に行う公権的判断であり、…。

(2) ⑥について

・法 24 条 1 項…「保育しなければならない」。

法 32 条 2 項…「保育の実施等の権限」。

→保育の実施は児童の福祉（法 1 条乃至 3 条）という公益の観点から法律上認められる保育実施権限により認められた優越的地位に基づく。

→保育を解除する行為も同様。

・法 33 条の 4…保護者等の意見聴取を定めているに過ぎず、一方的意思表示たる「解除」文言。

→保育実施の解除は下記の保育を受ける権利を一方的に制限する行為。

(3) ⑥について

- ・法33条の5…保育の実施の解除について、行手法第3章（不利益処分の章）の規定を適用しない（ただし、処分基準と理由提示の条項は適用し、法33条の4による簡略な告知・意見聴聞の機会はある。）。
  - 保育の実施の解除が法に基づく不利益処分でなければ、もとより行手法第3章の規定の適用はなく、適用除外規定を置く必要はない。
- ・法56条9項…官公署に対し、費用徴収のために収入状況等の資料提供等を求めることができる。

同11項…「地方税の滞納処分の例により処分をすることができる」。

→契約に基づく金銭債権について官公署の資料提供要請、行政庁による強制徴収の規定が置かれることは考え難い。

**重要判例**最判平成19年1月25日(行政判例百選Ⅱ[第8版]226事件)

法は、国及び地方公共団体が、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と規定し（法2条）、その責務を果たさせるため、都道府県に児童相談所の設置を義務付け（法15条…）、保護者がいないか又は保護者による適切な養育監護が期待できない児童…については、都道府県は、児童相談所の長の報告を受けて児童養護施設に入所させるなどの措置を採るべきこと（法27条1項3号）、保護者が児童を虐待しているなどの場合には、都道府県は、親権者又は後見人（以下、併せて「親権者等」という。）の意に反する場合であっても、家庭裁判所の承認を得て児童養護施設に入所させるなどの措置を採ることができること（法28条）、都道府県が3号措置により児童を児童養護施設（国の設置する施設を除く。）に入所させた場合、入所に要する費用のほか、入所後の養育につき法45条に基づき厚生労働大臣が定める最低基準を維持するために要する費用は都道府県の支弁とし（法50条7号）、都道府県知事は、本人又はその扶養義務者から、負担能力に応じて費用の全部又は一部を徴収することができること（法56条2項）、児童養護施設の長は、親権者等のない入所児童に対して親権を行い、親権者等のある入所児童についても、監護、教育及び懲戒に関し、その児童の福祉のため必要な措置を採ることができること（法47条）などを規定する。

このように、法は、保護者による児童の養育監護について、国又は地方公共団体が後見的な責任を負うことを前提に、要保護児童に対して都道府県が有する権限及び責務を具体的に規定する一方で、児童養護施設の長が入所児童に対して監護、教育及び懲戒に関しその児童の福祉のため必要な措置を採ることを認めている。上記のような法の規定及び趣旨に照らせば、3号措置に基づき児童養護施設に入所した児童に対する関係では、入所後の施設における養育監護は本来都道府県が行うべき事務であり、このような児童の養育監護に当たる児童養護施設の長は、3号措置に伴い、本来都道府県が有する公的な権限を委譲されてこれを都道府県のために行使するものと解される。

したがって、都道府県による3号措置に基づき社会福祉法人の設置運営する児童養護施設に入所した児童に対する当該施設の職員等による養育監護行為は、都道府県の公権力の行使に当たる公務員の職務行為と解する…。

### 3 ②直接的個別具体的法効果性

#### **重要判例**最判平成 21 年 11 月 26 日(行政判例百選Ⅱ[第 8 版]197 事件)

市町村は、保護者の労働又は疾病等の事由により、児童の保育に欠けるところがある場合において、その児童の保護者から入所を希望する保育所等を記載した申込書を提出しての申込みがあったときは、希望児童のすべてが入所すると適切な保育の実施が困難になるなどのやむを得ない事由がある場合に入所児童を選考することができること等を除けば、その児童を当該保育所において保育しなければならないとされている（児童福祉法 24 条 1 項～3 項）。…児童福祉法の改正がこうした仕組みを採用したのは、女性の社会進出や就労形態の多様化に伴って、乳児保育や保育時間の延長を始めとする多様なサービスの提供が必要となった状況を踏まえ、その保育所の受入れ能力がある限り、希望どおりの入所を図らなければならないこととして、保護者の選択を制度上保障したものと解される。そして、前記のとおり、被上告人においては、保育所への入所承諾の際に、保育の実施期間が指定されることになっている。このように、被上告人における保育所の利用関係は、保護者の選択に基づき、保育所及び保育の実施期間を定めて設定されるものであり、保育の実施の解除がされない限り（同法 33 条の 4 参照）、保育の実施期間が満了するまで継続する…。そうすると、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ものといえることができる。

## 第 2 (B) について

### 1 考えられる訴訟

- ①第 6 保育所の廃止は廃止条例に基づく。  
→第 6 保育所に引き続き入所させたい P としては、廃止条例の取消訴訟を提起。
- ②第 6 保育所の実際の廃止・保育実施の解除は平成 18 年 3 月 31 日。  
→保育実施解除の差止訴訟を提起。

### 2 廃止条例の取消訴訟（行訴法 3 条 2 項）

#### (1) 処分性

形式的には立法作用に属するとしても、当該法令の具体的規定を実質的にみて、限られた特定の者らに対し、直接的かつ具体的な法効果を及ぼす場合は、直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定するものに当たる。

#### **重要判例**最判平成 18 年 7 月 14 日(行政判例百選Ⅱ[第 8 版]150 事件)

本件改正条例は、旧高根町が営む簡易水道事業の水道料金を一般的に改定するものであって、そもそも限られた特定の者に対してのみ適用されるものではなく、本件改正条例の制定行為をもって行政庁が法の執行として行う処分と実質的に同視することはできないから、本件改正条例の制定行為は、抗告訴訟の対象となる行政処分には当たらないといえるべきである。

**重要判例**最判平成 21 年 11 月 26 日(行政判例百選Ⅱ[第 8 版]197 事件)

市町村は、保護者の労働又は疾病等の事由により、児童の保育に欠けるところがある場合において、その児童の保護者から入所を希望する保育所等を記載した申込書を提出しての申込みがあったときは、希望児童のすべてが入所すると適切な保育の実施が困難になるなどのやむを得ない事由がある場合に入所児童を選考することができること等を除けば、その児童を当該保育所において保育しなければならないとされている（児童福祉法 24 条 1 項～3 項）。…児童福祉法の改正がこうした仕組みを採用したのは、女性の社会進出や就労形態の多様化に伴って、乳児保育や保育時間の延長を始めとする多様なサービスの提供が必要となった状況を踏まえ、その保育所の受入れ能力がある限り、希望どおりの入所を図らなければならないこととして、保護者の選択を制度上保障したものと解される。そして、前記のとおり、被上告人においては、保育所への入所承諾の際に、保育の実施期間が指定されることになっている。このように、被上告人における保育所の利用関係は、保護者の選択に基づき、保育所及び保育の実施期間を定めて設定されるものであり、保育の実施の解除がされない限り（同法 33 条の 4 参照）、保育の実施期間が満了するまで継続するものである。そうすると、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ものということができる。

ところで、公の施設である保育所を廃止するのは、市町村長の担当事務であるが（地方自治法 149 条 7 号）、これについては条例をもって定めることが必要とされている（同法 244 条の 2）。条例の制定は、普通地方公共団体の議会が行う立法作用に属するから、一般的には、抗告訴訟の対象となる行政処分当たるものでないことはいうまでもないが、本件改正条例は、本件各保育所の廃止のみを内容とするものであって、他に行政庁の処分を待つことなく、その施行により各保育所廃止の効果を発生させ、当該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らに対して、直接、当該保育所において保育を受けることを期待し得る上記の法的地位を奪う結果を生じさせるものであるから、その制定行為は、行政庁の処分と実質的に同視し得るものということができる。

また、市町村の設置する保育所で保育を受けている児童又はその保護者が、当該保育所を廃止する条例の効力を争って、当該市町村を相手に当事者訴訟ないし民事訴訟を提起し、勝訴判決や保全命令を得たとしても、これらは訴訟の当事者である当該児童又はその保護者と当該市町村との間でのみ効力を生ずるにすぎないから、これらを受けた市町村としては当該保育所を存続させるかどうかについての実際の対応に困難を来すことにもなり、処分の取消判決や執行停止の決定に第三者効（行政事件訴訟法 32 条）が認められている取消訴訟において当該条例の制定行為の適法性を争い得るとすることには合理性がある。

以上によれば、本件改正条例の制定行為は、抗告訴訟の対象となる行政処分に当たる…。

## (2) 原告適格

### ア 問題の所在

個別の国民を対象としたいいわゆる措置条例を除き、一般的な条例の制定・廃止については、具体的な処分の名宛人が想定できない。この場合、原告適格はいかなる場合に認められるか。

### イ 意義

「取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者」(行訴法 9 条 1 項)<sup>2</sup>。

…処分により自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者(法律上保護された利益説)。∴基準の明確性<sup>3</sup>

←法律上、当該利益が保護されているか(保護範囲要件)を重視する。

### **重要判例**最判平成 4 年 9 月 22 日(行政判例百選Ⅱ[第 8 版]156 事件)

…行政事件訴訟法 36 条…にいう当該処分の無効等の確認を求めるにつき「法律上の利益を有する者」の意義についても、右の取消訴訟の原告適格の場合と同義に解する…。

### ウ 類型

①権利を侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者

㊦処分の形式的名宛人

㊧処分の形式的名宛人ではなくとも、処分の法的効果によって直接権利を侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者<sup>4</sup>=処分の名宛人と同視できる者(実質的名宛人・準名宛人)

→行訴法 9 条 2 項を適用するまでもなく原告適格が認められる。

②(形式的にも実質的にも)処分の名宛人ではないが、法律上保護された利益を侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者(処分の第三者)<sup>5</sup>

→行訴法 9 条 2 項を適用し、判断。

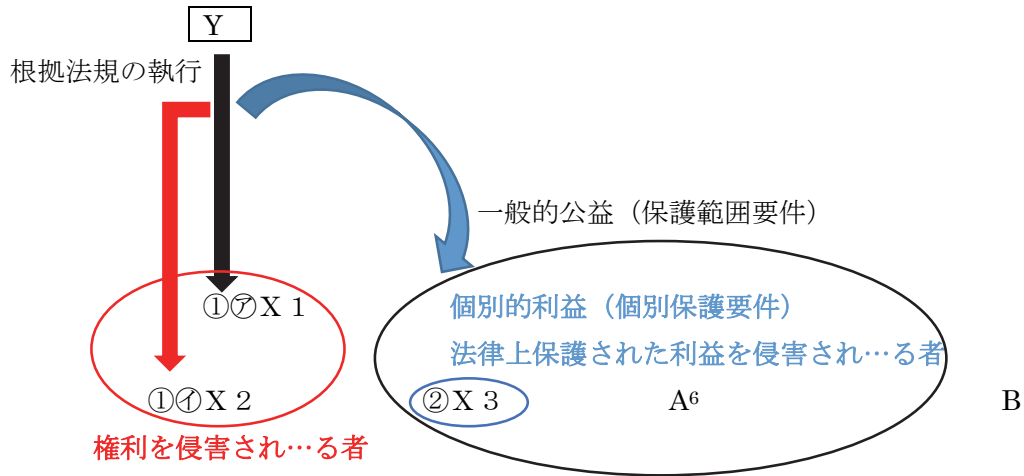
<sup>2</sup> 取消訴訟における「法律上の利益を有する者」の意義は、無効等確認訴訟(最判平成 4 年 9 月 22 日(行政判例百選Ⅱ[第 8 版]156 事件)等、抗告訴訟全般に妥当する。

<sup>3</sup> 法律上保護に値する利益説は、法律上保護に値する利益かどうか、すなわち、個別保護要件を重視する。しかし、同説に対しては、何が保護に値するか基準として明確ではないとの批判がなされる。

<sup>4</sup> 処分の法的効果により直接権利を制限されるとは、処分本体の法的効果によって直接に、特定の国民に対して権利制限を課すことをいい、処分性の要件のうち、直接的具体的法効果性の検討と実質的に重なり合う。

<sup>5</sup> 第三者とは、処分本体の法的効果によっては、直接権利制限効を受けず、処分後の事実上の介在事情があつてはじめて被害が生じる者をいう。例えば、付近住民等は、処分によって直ちに土地所有権等の制限を受けたりするわけではなく、違法な処分によって、(処分の直接的効果ではない)公害等が発生し、それにより健康又は生活環境の悪化を受けることになるが、このような付近住民を第三者という。

○イメージ図



エ 実質的名宛人・準名宛人例

a 対地域処分

都市計画事業を内容とする都市計画決定のように、形式的には地域を対象とするが、実質的に地域内の土地所有者等の権利を制限する処分<sup>7</sup>

**重要判例**最大判平成 20 年 9 月 10 日(行政判例百選Ⅱ[第 8 版]147 事件)

…土地区画整理事業の事業計画については、いったんその決定がされると、特段の事情のない限り、その事業計画に定められたところに従って具体的な事業がそのまま進められ、その後の手続として、施行地区内の宅地について換地処分が当然に行われることになる。前記の建築行為等の制限は、このような事業計画の決定に基づく具体的な事業の施行の障害となるおそれのある事態が生ずることを防ぐために法的強制力を伴って設けられているのであり、しかも、施行地区内の宅地所有者等は、換地処分の公告がある日まで、その制限を継続的に課され続けるのである。

そうすると、施行地区内の宅地所有者等は、事業計画の決定がされることによって、前記のような規制を伴う土地区画整理事業の手続に従って換地処分を受けるべき地位に立たされるものといふことができ、その意味で、その法的地位に直接的な影響が生ずるものといふべきであり、事業計画の決定に伴う法的効果が一般的、抽象的なものにすぎないといふことはできない。

…以上によれば、…土地区画整理事業の事業計画の決定は、施行地区内の宅地所有者等の法的地位に変動をもたらすものであって、抗告訴訟の対象とするに足りる法的効果を有するものといふことができ、…「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に当たる…。

<sup>6</sup> 主張利益が個別的利益として保護されていない場合 (A の場合)、当該利益は一般的公益として、法によって反射的に保護されているに過ぎない (反射的利益論)。

<sup>7</sup> (平成 24 年度本試験)

参考判例 東京地判令和 3 年 8 月 27 日

…原告…は本件事業地内に不動産を所有する者であるところ…、都市計画事業の認可が告示されると、事業地内の土地の収用が可能となり（都市計画法 69 条参照）、当該土地上の建物は移転されることになるから、事業地内の不動産について所有権等の権利を有する者は、当該事業認可の法的効果により権利の制限を受ける者に当たる…。したがって、…原告…は、本件事業認可の取消訴訟における原告適格を有する。

- b 形式的には特定の古墳等を文化財に指定するなどといった対物処分であるが、  
実質的にその土地所有者に対する権利制限効を持つ処分<sup>8</sup>

参考判例 神戸地判平成 6 年 5 月 25 日

無効等確認の訴えは、…取消訴訟等と同じく、自己に対する処分により法律上の利益を侵害された者が救済を求め得る訴訟で…ある。

したがって、無効等確認の訴えにおいては、自己の法律上の利益に関係のない無効事由を主張することは許されない。

この観点から検討すると、本件指定処分は、原告ら所有地以外の土地をも対象としているが、土地は、本来可分の性質を有し、各個の土地につき別個の所有占有関係などが存在することからすれば、法律上の利益も、原則として各個の土地ごとにその有無を判断するのが妥当であり、原告らは、原則として原告ら所有地に対する指定処分についてのみ無効を主張する法律上の利益を有し、原告ら所有地以外の土地に対する指定処分の無効主張は、原告ら所有地に対する指定処分の効力に影響のある場合にのみ法律上の利益を有する…。

- c 対組織処分

形式的には特定の（行政）組織に対する処分でも、処分の法的効果を幅広く検討することによって、当該組織の構成員に対する権利制限効を持つ処分<sup>9</sup>

参考判例 東京地判平成 29 年 4 月 21 日

…処分の名宛人以外の者が処分の法的効果による権利又は法律上保護された利益の制限を受ける場合には、その者は、処分の名宛人として権利又は法律上保護された利益の制限を受ける者と同様に、当該処分により自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者として、当該処分の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者に当たり、その取消訴訟における原告適格を有する…（最高裁平成…25 年 7 月 12 日…判決…）。

…法は、外務員の登録を申請してこれを受ける主体を金融商品取引業者等と定め（64 条 1 項、3 項）、法 64 条の 5 第 1 項の規定に基づいて外務員の登録を取り消す旨の処分をすることとしたと

<sup>8</sup> 令和 4 年度予備試験

<sup>9</sup> （平成 25 年度本試験・）令和 5 年度本試験



きは、その旨を登録申請者である金融商品取引業者等に通知しなければならない旨を定めている（同条3項）ことからすれば、同条1項の規定による外務員の登録を取り消す旨の処分の名宛人は金融商品取引業者等であって、登録を取り消される外務員は同処分の直接の名宛人ではないものといわざるを得ない。

しかしながら、法の規定によれば、登録を取り消された外務員については、その取消しの日から5年を経過するまでは再度の登録が拒否されることとなり（64条の2第1項2号）、その間、金融商品取引業者等は、当該外務員に外務員の職務を行わせることができなくなる（64条2項）のであるから、金融商品取引業者等との間で労働契約を締結し、外務員の登録を受けて当該金融商品取引業者等の外務員の職務に従事していた者（以下「労働者外務員」という。）について、法64条の5第1項の規定による外務員の登録を取り消す旨の処分がされた場合には、その処分の法的効果として、当該外務員が、その本来の職務である外務員の職務に就くことができず、使用者の責めに帰することができない事由による就労不能として、その対価である賃金の支払請求権を失う（民法536条1項）などの労働契約上の権利の制限を受けることとなることは明らかである。

そうすると、労働者外務員は、自己についてされた法64条の5第1項の規定による外務員の登録を取り消す旨の処分の法的効果による権利の制限を受けるものであって、当該処分により自己の権利を侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者として、当該処分の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者に当たり、その取消訴訟における原告適格を有する…。

d 対権利（制限）同一・共通者処分

**重要判例**最判平成25年7月12日(平成25年度重要判例解説行政法3事件)

…処分の名宛人以外の者が処分の法的効果による権利の制限を受ける場合には、その者は、処分の名宛人として権利の制限を受ける者と同様に、当該処分により自己の権利を侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者として、当該処分の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者に当たり、その取消訴訟における原告適格を有する…。

…国税徴収法47条1項に基づく差押処分は、滞納者の所有する特定の財産につき、その名宛人である滞納者に対しその譲渡や用益権設定等の処分を禁止する効力を有するものであるから、滞納者と他の者との共有に係る不動産につき滞納者の持分が同項に基づいて差し押さえられた場合には、滞納者において、当該持分の譲渡や当該不動産に係る用益権設定等の処分が禁止されるため、滞納処分による差押登記後に当該不動産につき賃貸や地上権設定等をしてこれを公売処分による当該持分の買受人に対抗することができず、その結果、滞納者の持分と使用収益上の不可分一体をなす持分を有する他の共有者についても当該不動産に係る用益権設定等の処分が制約を受け、その処分の権利が制限されることとなる。加えて、不動産につき同項に基づく差押処分がされた場合の使用又は収益については、当該不動産の価値を著しく減耗させる行為がされると認められるときに、税務署長は滞納者及び当該不動産につき使用又は収益をする権利を有する第三者に対しその使用又は収益を制限することができるものとされており（同法69条1項ただし書、同条2

項), 滞納者と他の者との共有に係る不動産における滞納者以外の共有者は上記の第三者に当たるものと解されるので, 滞納者の持分が差し押さえられた土地上に建物を新築するなど, 当該不動産の価値を著しく減耗させる使用又は収益に関しては, 滞納者のみならず, 他の共有者についても同法69条所定の上記制限が及ぶこととなる。

以上に鑑みると, 滞納者と他の者との共有に係る不動産につき滞納者の持分が国税徴収法47条1項に基づいて差し押さえられた場合における他の共有者は, その差押処分の法的効果による権利の制限を受けるものであって, 当該処分により自己の権利を侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者として, その差押処分の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者に当たり, その取消訴訟における原告適格を有する…。

### 3 保育実施解除の差止訴訟

(1) 「一定の処分…がされようとしている」(行訴法3条7項<sup>10</sup>)

① 処分性

② 蓋然性

③ 特定性…裁判所の判断が可能な程度に特定されていることを要し, かつ, それで足りる<sup>11</sup>。∴将来行われる処分の特定の困難性。  
→処分の内容が一義的に明確である必要はない。

(2) 「重大な損害を生ずるおそれ」(同法37条の4第1項・同2項)

処分がされることにより生ずるおそれのある損害が, 処分がされた後に取消訴訟等を提起して執行停止の決定を受けることによりなどにより容易に救済を受けることができるものではなく, 処分がされる前に差止めを命ずる方法によるのでなければ救済を受けることが困難なものであることを要する。

∴司法と行政の権能の適切な均衡(事前差止めの必要性)。

#### **重要判例**最判平成24年2月9日(行政判例百選Ⅱ[第8版]200事件)

行政庁が処分をする前に裁判所が事前にその適法性を判断して差止めを命ずるのは, 国民の権利利益の実効的な救済及び司法と行政の権能の適切な均衡の双方の観点から, そのような判断と措置を事前に行わなければならないだけの救済の必要性がある場合であることを要するものと解される。したがって, 差止めの訴えの訴訟要件としての上記「重大な損害を生ずるおそれ」があると認められるためには, 処分がされることにより生ずるおそれのある損害が, 処分がされた

<sup>10</sup> 「行政事件訴訟法第3条第7項の「一定の処分…がされようとしている」の要件の問題であるにもかかわらず, 同法第37条の4第1項の「一定の処分…がされることにより」という要件と混同する答案も一部に見られた」(平成27年度本試験採点実感)。

<sup>11</sup> 特に問題となり得るのは, 公務員の懲戒処分例のように, 要件を充足する場合に複数の処分が予定されている場合である。

後に取消訴訟等を提起して執行停止の決定を受けることなどにより容易に救済を受けることができるものではなく、処分がされる前に差止めを命ずる方法によるのでなければ救済を受けることが困難なものであることを要する…。

本件においては、…本件通達を踏まえ、毎年度2回以上、都立学校の卒業式や入学式等の式典に際し、多数の教職員に対し本件職務命令が繰り返し発せられ、その違反に対する懲戒処分が累積し加重され、おおむね4回で（他の懲戒処分歴があれば3回以内に）停職処分に至るものとされている。このように本件通達を踏まえて懲戒処分が反復継続的かつ累積加重的にされる危険が現に存在する状況の下では、事案の性質等のために取消訴訟等の判決確定に至るまでに相応の期間を要している間に、毎年度2回以上の各式典を契機として上記のように懲戒処分が反復継続的かつ累積加重的にされていくと事後的な損害の回復が著しく困難になることを考慮すると、本件通達を踏まえた本件職務命令の違反を理由として一連の累次の懲戒処分がされることにより生ずる損害は、処分がされた後に取消訴訟等を提起して執行停止の決定を受けることなどにより容易に救済を受けることができるものであるとはいえず、処分がされる前に差止めを命ずる方法によるのでなければ救済を受けることが困難なものであるということができ、その回復の困難の程度等に鑑み、本件差止めの訴えについては上記「重大な損害を生ずるおそれ」がある…。

**(4) 「その損害を避けるため他に適当な方法があるとき」でないこと（同条1項但書）**

第三者に対する民事訴訟の提起が可能であるのみでは「他に適当な方法」とはいえず、先行処分の取消訴訟を提起すれば、当然に後続行為をすることができないことが法令上定められているような場合をいう。

∴但し書として例外的に定められていることから、重大損害要件を満たせば原則として補充性要件も満たすと考えられ、補充性要件を満たさないのは例外的場合に限る。

以 上

論文式試験問題集 [公法系科目第 2 問]

## 【公法系科目】

【第2問】（配点：100〔【設問1】(1)、【設問1】(2)、【設問2】(1)、【設問2】(2)の配点割合は、35：25：20：20〕）

Aは、B県において、特別養護老人ホーム及び老人デイサービスセンター等の複数の社会福祉事業を経営し、B県における社会福祉事業の中核を担ってきた社会福祉法人であり、Cがその理事長を務めている。Aの所轄庁であるB県知事は、社会福祉法（以下「法」という。）第56条第1項及びB県社会福祉法人指導監査実施要綱（以下「本件要綱」という。）に基づき、Aに対し、定期的実施している一般監査を実施したところ、Aから、Aの業務執行理事（法第45条の16第2項第2号）であるDに対し、無利子・無担保でAの総流動資産の2分の1に当たる1億円もの金員（以下「本件貸付金」という。）が貸し付けられ、Aが法第27条（特別の利益供与の禁止）に違反している状況にあることが判明した。そこで、B県知事は、Aに対し、本件要綱第7条第1項及び第2項に基づき、期限を定めて、上記貸付けに至った経緯及び責任の所在について調査（以下「本件調査」という。）をした上、その結果を踏まえた改善状況報告書を提出するよう指示した。Cは、理事会において、本件調査に協力するよう各理事に働き掛けたが、Cと対立するDの非協力的な態度により本件調査が滞ったため、Aは、やむを得ず、B県知事に対し、本件調査が終わればその結果を報告する旨を記載した改善状況報告書を提出した。しかし、B県知事は、社会福祉法人として高い公益性の確保が求められるAの運営を適正化する必要があると判断し、法第56条第4項に基づき、Aに対し、期限を定めて、本件調査を速やかに終えた上で、早急に本件貸付金の回収と理事会の機能強化を図る旨の改善措置を採るよう勧告した（以下「本件改善勧告」という。）。これに対し、Aが上記期限内に本件調査を終えることができなかったため、B県知事は、同条第5項に基づき、本件改善勧告に関するAの不遵守を公表したが、Aがこの公表後にも具体的な改善措置を講じなかったことから、同条第6項に基づき、Aに対し、令和4年9月1日、期限を定めて、本件改善勧告と同じ内容の改善措置を採ることを命じた（以下「本件改善命令」という。）。

本件改善命令後、Cは、ようやく事実経緯の一部をDから聴取することができたが、なおその詳細は不明であり、また、Dから本件貸付金の返済は直ちには困難であるとの説明を受けた。そこで、Aは、B県知事に対し、本件改善命令を上記期限内に履行することは困難であると申し出たところ、B県知事は、CをAの役員（「役員」とは、法所定の理事及び監事をいう。以下同じ。）から退任させるため、法第56条第7項に基づき、Aに対し、Cの役員解職勧告を行うことにした。Aの代表者として同条第9項に基づく弁明手続に赴いたCは、同手続において、本件調査は徐々に進んでいることや、本件貸付金を回収した上で理事会の機能強化を図る意欲を有しているため、CをAの役員から解職する理由はないことを弁明したが、B県知事は、令和5年3月1日、Aに対し、本件改善命令により課された義務の不履行を理由として、Cをその対象とする役員解職勧告を行った（以下「本件解職勧告」という。）。これに対し、Aは、当該勧告に従うつもりがない旨をB県知事に表明したところ、B県知事は、Aに対し、行政手続法に基づく聴聞手続を履践した上で、同年4月20日、Aが法第27条及び本件改善命令に違反し、他の方法により監督の目的を達することができない旨を理由として、法第56条第8項に基づき、解散を命じた（以下「本件解散命令」という。）。

Cは、本件解職勧告及び本件解散命令の取消訴訟を提起できないかを弁護士Eに相談したところ、Eからは、Aによる本件解散命令の取消訴訟（以下「本件取消訴訟」という。）の提起と執行停止の申立て（以下「本件申立て」という。）が提案される一方、Aが本件解職勧告の取消訴訟を適法に提起できるかどうかについては、引き続き、Eにおいて検討するとの回答を得た。そこで、Cは、理事会において、Eからの上記提案について説明したところ、Dは、自らも原告となり、本件解散命令の取消訴訟を提起することを検討したいと発言した。

以下に示された【法律事務所の会議録】を踏まえて、弁護士Eの指示に応じる弁護士Fの立場に

立って、設問に答えなさい。

なお、法の抜粋を【資料1 社会福祉法（昭和26年法律第45号）（抜粋）】に、本件要綱の抜粋を【資料2 B県社会福祉法人指導監査実施要綱（抜粋）】に、それぞれ掲げてあるので、適宜参照しなさい。

#### 【設問1】

- (1) 本件解職勧告が取消訴訟の対象となる処分に該当するか否かについて、想定される反対の見解の論拠を踏まえて、検討しなさい。
- (2) Dが本件解散命令の取消訴訟を提起した場合を想定し、Dに当該取消訴訟の原告適格が認められるか、法の規定を踏まえて検討しなさい。ただし、行政事件訴訟法（以下「行訴法」という。）第9条第2項による検討を行う必要はない。

#### 【設問2】

Aが適法に本件取消訴訟を提起したことを前提に、以下の点を検討しなさい。

- (1) 本件申立てにおいて、Aは、行訴法第25条第2項の「重大な損害」について、どのような主張をすべきか、想定されるB県の反論を踏まえて、検討しなさい。
- (2) 本件取消訴訟において、Aはどのような違法事由を主張すべきか、想定されるB県の反論を踏まえて、検討しなさい。解答に当たっては、本件改善勧告及び本件改善命令が適法であること、並びに本件解散命令に手続的違法はないことを前提にしなさい。

## 【法律事務所の会議録】

弁護士E：今日は、Aの案件について検討します。Aに対しては、本件取消訴訟の提起と本件申立てを提案したところですが、本件解職勧告についても取消訴訟を適法に提起できるかについては我々の宿題事項となりました。Fさんには、医療法上の病院開設中止の勧告について処分性を認めた最高裁判決（最高裁判所平成17年7月15日第二小法廷判決・民集59巻6号1661頁）も参考にしながら、本件解職勧告が処分に当たるかどうかの検討をお願いしていましたが、この点はいかがですか。

弁護士F：はい。本件では、処分性を肯定できる根拠もあるかもしれませんが、当該最高裁判決の事案との違いや勧告の不遵守に対する罰則規定がないことなどもあり、悩ましいところです。

弁護士E：そうですか。ただ、本件解職勧告に関しては、法第56条第9項により、「弁明の機会」が設けられています。弁明手続は、処分に関して設けられることが多いようにも思うのですが。

弁護士F：しかし、行政手続法第13条第1項第1号の聴聞手続の対象を見ると、本件解職勧告が処分として法定されているとは一概には言えないかもしれません。

弁護士E：確かにそうですね。それでは、本件解職勧告の処分性の有無については、否定・肯定いずれの見解もあり得るかもしれませんので、当該最高裁判決を参考にしつつ、想定される反対の見解の論拠も踏まえて、引き続き検討をお願いします。

弁護士F：承知しました。

弁護士E：では、次に本件解散命令の取消訴訟について検討しましょう。Cによれば、Dは自らも原告となって本件解散命令の取消訴訟を提起することを検討したいと発言していたようです。Dも本件解散命令の取消訴訟を提起するのであれば、私たちの訴訟戦略に影響があるかもしれませんから、念のため、まずはDの原告適格についても検討しておきましょう。本件解散命令はAを相手方とする処分ですから、Dは処分の相手方以外の第三者に当たります。Dの原告適格については、行訴法第9条第2項によって検討することになりそうですね。

弁護士F：しかし、行訴法第9条第2項による検討を経ることなく、Dの原告適格を認める余地がないのかが気になります。事案を異にするとは思いますが、例えば、形式的には処分の相手方以外の第三者に当たるけれども、処分の相手方に準ずる者として不服申立適格又は原告適格を認めた複数の最高裁判決（第二次納税義務者に不服申立適格を認めた最高裁判所平成18年1月19日第一小法廷判決・民集60巻1号65頁、滞納者の財産が差し押さえられた場合の当該財産の共有者に原告適格を認めた最高裁判所平成25年7月12日第二小法廷判決・裁判集民事244号43頁）もあるところですから、本件でも、Dを本件解散命令の相手方に準ずる者として捉えられるかどうかを検討しておく必要があるように思います。

弁護士E：そうですね。では、行訴法第9条第2項による検討を行うことなく、法の規定を踏まえて、Dに本件解散命令の取消訴訟の原告適格が認められることになるのか、検討してください。

弁護士F：承知しました。

弁護士E：次に、Aによる本件申立てについて、今日は、行訴法第25条第2項の「重大な損害」の要件を満たすかどうか絞って検討しましょう。「重大な損害」の有無を判断する上での必要な情報は収集しましたか。

弁護士F：はい。本件解散命令によりAは経営している社会福祉事業を継続することができなくなるという不利益を被ることになります。特に、Aは複数の社会福祉事業を経営している法人ですから、それらの事業を継続できなくなると、Aだけではなく、多数のAの福祉サービス利用者やAの従業員にも不利益が生ずることになります。もっとも、B県としては、本件改善勧告、本件改善命令を経ても、Aから依然として具体的な改善策が示されていない現状では、Aの経営基盤は不安定であると言わざるを得ず、これを放置すれば、Aの福祉サービス利用者の待遇が悪化し、B県におけるAの多数の利用者にも福祉サービス利用上の被害が及ぶこ

とを問題視しているようなのです。

弁護士E：分かりました。そういえば、「重大な損害」については、弁護士に対する業務停止3か月の懲戒処分について執行停止を認めた最高裁決定（最高裁判所平成19年12月18日第三小法廷決定・裁判集民事226号603頁）がありましたね。この決定と今回のAの案件とでは、損害の回復の困難の程度、損害の性質や程度等は異なるかもしれませんが、この決定も参考にしながら、「重大な損害」の有無について検討してください。

弁護士F：承知しました。

弁護士E：次に、本件取消訴訟の本案部分を検討しましょう。B県は、本件解散命令に関して法第56条第8項が定める解散命令の要件を満たす旨の理由を提示しています。Aは、AのDへの貸付けが法第27条で禁止されている行為に該当することを認めており、また、本件改善勧告及び本件改善命令の適法性を争うつもりもありません。以上を踏まえて、Aとしては、本件解散命令の違法事由として何を主張することになりますか。

弁護士F：はい。本件解散命令は、法第27条違反及び本件改善命令違反を理由とするものですが、Cが退任しないならばAには適正な法人運営が期待できず、「他の方法により監督の目的を達することができない」として、直ちに本件解散命令を選択したB県知事の判断には問題があると主張することができると思います。C自身はAの運営改善に向けて努力はしており、今回の貸付けの事実経緯も一部判明してきたようです。また、B県知事は、今回の不正がDに起因することを認識しているにもかかわらず、本件解職勧告の拒否を本件解散命令において重視しているようなので、Cがこれに反発するのは無理もありません。

弁護士E：御指摘の点は、本件解散命令を選択したB県知事の判断が正しかったのかどうかに影響しそうですね。ところで、法第56条の監督措置に関して処分基準はあるのでしょうか。

弁護士F：処分基準に当たるものはありません。B県では、法第56条に基づく監督措置に関し、個別事案ごとに判断しているようです。ただ、B県が公表している実績資料を基に本件に類似すると考えられる事案を確認してみると、Aと同等の資産規模の法人が理事に対して無利子・無担保で1億5000万円を貸し付けたことを理由として改善命令が出されたが、当該貸付金が回収されるなど、改善措置が採られた事案では、解散までは命じられていませんでした。他方で、Aよりもはるかに資産規模の小さい法人において、1億円が用途不明金として理事長個人に流出した結果、破産の危機にまで陥り、改善命令が出された後も、理事長自身が事案の解明にも全く協力せず、当該用途不明金の回収の見込みも立たずに、当該改善命令に係る措置が採られなかった事案では、解散が命じられていました。これに対して、Aは今回の貸付けにより、そこまで経営が破綻している状況にあるわけでもありません。

弁護士E：分かりました。では、これらの実績資料で挙げられている事例をも参考にしながら、本件解散命令を選択したB県知事の判断が正しかったのかについて検討してください。

弁護士F：承知しました。



**【資料 1 社会福祉法（昭和 26 年法律第 45 号）（抜粋）】**

（目的）

第 1 条 この法律は、社会福祉を目的とする事業の全分野における共通的基本事項を定め、社会福祉を目的とする他の法律と相まって、福祉サービスの利用者の利益の保護及び地域における社会福祉（中略）の推進を図るとともに、社会福祉事業の公明かつ適正な実施の確保及び社会福祉を目的とする事業の健全な発達を図り、もって社会福祉の増進に資することを目的とする。

（定義）

第 2 2 条 この法律において「社会福祉法人」とは、社会福祉事業を行うことを目的として、この法律の定めるところにより設立された法人をいう。

（経営の原則等）

第 2 4 条 社会福祉法人は、社会福祉事業の主たる担い手としてふさわしい事業を確実、効果的かつ適正に行うため、自主的にその経営基盤の強化を図るとともに、その提供する福祉サービスの質の向上及び事業経営の透明性の確保を図らなければならない。

2 （略）

（要件）

第 2 5 条 社会福祉法人は、社会福祉事業を行うに必要な資産を備えなければならない。

（特別の利益供与の禁止）

第 2 7 条 社会福祉法人は、その事業を行うに当たり、その評議員、理事、監事、職員その他の政令で定める社会福祉法人の関係者に対し特別の利益を与えてはならない。

（機関の設置）

第 3 6 条 社会福祉法人は、評議員、評議員会、理事、理事会及び監事を置かななければならない。

2 （略）

（評議員の資格等）

第 4 0 条 次に掲げる者は、評議員となることができない。

一～四 （略）

五 第 5 6 条第 8 項の規定による所轄庁の解散命令により解散を命ぜられた社会福祉法人の解散当時の役員

六 （略）

2～5 （略）

（役員等の選任）

第 4 3 条 役員及び会計監査人は、評議員会の決議によつて選任する。

2、3 （略）

（役員等の資格等）

第 4 4 条 第 4 0 条第 1 項の規定は、役員について準用する。

2～7 （略）

（理事会の権限等）

第 4 5 条の 1 3 理事会は、全ての理事で組織する。

2 理事会は、次に掲げる職務を行う。

- 一 社会福祉法人の業務執行の決定
- 二 理事の職務の執行の監督
- 三 理事長の選定及び解職

3 理事会は、理事の中から理事長一人を選定しなければならない。

4、5 （略）

（理事の職務及び権限等）

第 4 5 条の 1 6 理事は、法令及び定款を遵守し、社会福祉法人のため忠実にその職務を行わなけれ

ばならない。

2 次に掲げる理事は、社会福祉法人の業務を執行する。

一 理事長

二 理事長以外の理事であつて、理事会の決議によつて社会福祉法人の業務を執行する理事として選定されたもの

3 前項各号に掲げる理事は、3月に1回以上、自己の職務の執行の状況を理事会に報告しなければならない。(以下略)

4 (略)

(解散事由)

第46条 社会福祉法人は、次の事由によつて解散する。

一～五 (略)

六 所轄庁の解散命令

2、3 (略)

(監督)

第56条 所轄庁は、この法律の施行に必要な限度において、社会福祉法人に対し、その業務若しくは財産の状況に関し報告をさせ、又は当該職員に、社会福祉法人の事務所その他の施設に立ち入り、その業務若しくは財産の状況若しくは帳簿、書類その他の物件を検査させることができる。

2、3 (略)

4 所轄庁は、社会福祉法人が、法令、法令に基づいてする行政庁の処分若しくは定款に違反し、又はその運営が著しく適正を欠くと認めるときは、当該社会福祉法人に対し、期限を定めて、その改善のために必要な措置(役員の解職を除く。)をとるべき旨を勧告することができる。

5 所轄庁は、前項の規定による勧告をした場合において、当該勧告を受けた社会福祉法人が同項の期限内にこれに従わなかつたときは、その旨を公表することができる。

6 所轄庁は、第4項の規定による勧告を受けた社会福祉法人が、正当な理由がないのに当該勧告に係る措置をとらなかつたときは、当該社会福祉法人に対し、期限を定めて、当該勧告に係る措置をとるべき旨を命ずることができる。

7 社会福祉法人が前項の命令に従わないときは、所轄庁は、当該社会福祉法人に対し、期間を定めて業務の全部若しくは一部の停止を命じ、又は役員の解職を勧告することができる。

8 所轄庁は、社会福祉法人が、法令、法令に基づいてする行政庁の処分若しくは定款に違反した場合であつて他の方法により監督の目的を達することができないとき、又は正当の事由がないのに1年以上にわたつてその目的とする事業を行わないときは、解散を命ずることができる。

9 所轄庁は、第7項の規定により役員の解職を勧告しようとする場合には、当該社会福祉法人に、所轄庁の指定した職員に対して弁明する機会を与えなければならない。この場合においては、当該社会福祉法人に対し、あらかじめ、書面をもつて、弁明をなすべき日時、場所及びその勧告をなすべき理由を通知しなければならない。

10、11 (略)

(事業経営の準則)

第61条 国、地方公共団体、社会福祉法人その他社会福祉事業を経営する者は、次に掲げるところに従い、それぞれの責任を明確にしなければならない。

一 (略)

二 国及び地方公共団体は、他の社会福祉事業を経営する者に対し、その自主性を重んじ、不当な関与を行わないこと。

三 (略)

2 (略)

## 【資料2 B県社会福祉法人指導監査実施要綱（抜粋）】

（趣旨）

第1条 この要綱は、B県知事が社会福祉法第56条第1項の規定に基づき同法第22条に規定する社会福祉法人（以下「法人」という。）に対して実施する法人指導監査（以下「指導監査」という。）に関し、基本事項を定めるものとする。

（類型）

第3条 指導監査は、一般監査及び特別監査とし、いずれも実地において行う。（以下略）

（実施後の措置）

第7条 県は、指導監査を実施後、法令又は通知等の違反が認められる事項を文書指摘事項に、違反の程度が軽微又は改善が見込まれる事項を口頭指摘事項に、また、違反が認められない場合で法人運営に資するものと考えられる事項を助言事項として整理し、文書により通知を行うものとする。

2 前項の規定による文書により通知した事項のうち、文書指摘事項については、期限を付して改善状況報告書の提出を求め、必要に応じて、確認のための再調査を行うものとする。（以下略）

# 最優秀答案

回答者: J.O.

## 第1 保育実施解除の処分性

1 「処分」(行政事件訴訟法(以下「行訴法」)3条2項)に~~あた~~  
2 ~~る~~かは、公権力の主体たる国又は公共団体の行う行為のうち、そ  
3 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  
4 を確定することが法律上認められるものをいう。そして、処分性  
5 は、①公権力性、②直接具体的法効果性の有無によって判断され  
6 る。 ← X紛争の成熟性を考慮

7 2(1)①公権力性が認められるためには、行政庁が、法令の根拠に  
8 基づき、私人に対して一方的な優越的地位の発動として行う行為  
9 であることが必要であると解する。

10 (2)本件では、第6市立保育所の保育実施解除処分は、地方公共  
11 団体であるA市が、Pに対して、A市保育所設置条例を改正して  
12 第6市立保育所を廃止したうえで、同条例施行規則3条及び4条  
13 という根拠法令に基づき、一方的な優越的地位の発動として行う  
14 行為であるから、公権力性が認められる(①)。

15 X単なる私的契約に過ぎない  
16 のではないか(問題文になり  
17 ます。  
18 3(1)直接具体的法効果が認められるためには、行政庁が、法令  
19 の根拠に基づき、私人に対して法的地位の変動をもたらすことが  
20 必要であると解する。明確な恣意的規範があるわけではないので不  
21 要です。

22 (2)本件では、保育所における保育は、児童福祉法(以下「児福  
23 法」)24条、35条1項、A市保育実施条例2条、同条例施行  
24 規則2条1項及び地方自治法施行令174条の26第1項によ  
25 り、市町村長の承諾を受けた者のみが享受できるから、当該保育

△保障されている理由は？

を継続する地位は法的地位といえる。そして、本件保育実施解除処分は、Pという特定の名宛人に対し、A市の特定の保育所である第6市立保育所で保育を継続する地位を実質的に剥奪するものであり、法的地位を変動させるものであることから、直接具体的法効果性も認められる(②)。

4 したがって、本件保育実施解除は「処分」に該当する。

第2 A市に対する訴訟提起の訴訟要件及び主張

×何に対する取消訴訟を提起するのですか？

1 取消訴訟を提起するにあたり、以下、訴訟要件を検討する。

(1)ア まず、Pに原告適格が認められるか。「法律上の利益を有する者」(行訴法9条1項)の意義が問題となる。

イ 「法律上の利益を有する者」とは、当該処分により自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害され、又は必然的に侵害されるおそれのある者をいう。

ウ 本件では、Pは、児童Qの保護者であり親権者であり(民法818条1項)、親権者は「子の利益のために子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負う」(同法820条)ことから、Q

は侵害される利益は、Pの侵害利益と同視することができると考えられる。たしかに、A市は46の市立保育所を維持することが近い将来財政面で困難になる見通しであること、昨今の保育ニーズの量的拡大・質的拡大に対応するには、公立保育所よりも民間保育所の方が優れていると考えたうえで、廃止予定の第6市立保育所の児童の保護者らを集め、1回の開催ではなく、複数回の開

1 催にわたって、丁寧に説明会を実施し、可能な限り保護者に寄り  
2 添って、対応を進めてきている。

3 　しかし、廃止予定の第6市立保育所に関してはI民間保育所  
4 に引き継がれることが決定しているが、I民間保育所で保育を受  
5 けることとなった場合、これまで第6市立保育所で保育を行って  
6 きた保育士、看護師、栄養士等の多くが離職することが想定され  
7 ることから、これまで享受してきた第6市立保育所の保育を受け  
8 る利益を逸失する。~~4~~ ~~X~~ 何の処分によ、て逸失されるのですか？

9 　また、I民間保育所での保育をやむなく断念し、第6市立保  
10 育所以外の公立保育所や無認可保育所（児福法35条4項の認可  
11 なし）での保育を受けることも考えられる。

12 　しかし、第6市立保育所以外の公立保育所の定員を超過して  
13 いる状況であることから、申請したとしても不承諾となることが  
14 容易に想像できる。さらに、無認可保育所では児福法35条4項  
15 の認可を受けていないことから、認可保育所が拘束される最低基  
16 準の適用がなく、質の高い保育を受けることが困難である。

17 　以上のことから、児童Q及び保護者Pが第6市立保育所で保  
18 育を受けられないことは、自己の権利若しくは法律上保護された  
19 利益を侵害され、又は必然的に侵害されるおそれがある。

20 したがって、原告適格を満たす。

21 (2)被告については、「当該処分をした行政庁の属する国又は公共団  
22 体」（行訴法11条）であることから、A市となる。

1 (3)出訴期間については、保育実施解除があったことを知ったとき  
2 から、「6箇月」(行訴法14条1項)以内に提起することが必要  
3 である。

4 2 次に、廃止条例制定後の行為を視野に、A市に対してどのよ  
5 うな訴訟提起するかが問題となる。

6 (1)本件では、行政庁であるA市が、第6市立保育所廃止及び解除  
7 決定を行うという一定の処分をすべきでないにもかかわらず、  
8 これをなされようとしている。このことから、「差し止めの訴  
9 え」(行訴法3条7項)を提起すべきである。以下、要件を検討  
10 する。 △対象設定が抽象的です。

11 (2)「重大な損害を生じるおそれ」(行訴法37条の4第1項)と  
12 ともに、「損害を避けるために他に適当な方法」(同項但書)が  
13 ないことが必要である。上述のとおり、第6市立保育所で受け  
14 た保育を受けることが困難となり、二度と戻らない有限の幼い  
15 子の保育を害するため「重大な損害を生じるおそれ」がある。  
16 また、上述のとおり、他の市立保育所及び無認可保育所での保  
17 育を受けることができないから、「損害を避けるために他に適当  
18 な方法」もない。 ×判例を踏まえた規範を設定してください。

19 (3)「法律上の利益を有する者」(行訴法37条の4第3項)が問  
20 題となるも、上述のとおり、Pは当該利益を有する。

21 以上のことから、差し止め訴訟の要件も満たす。

22 3 したがって、取消訴訟及び差し止め訴訟を併合提起し、上記

× 先行処分の取消訴訟を提起すれば、当然に後続行為をすることからできないことか法令上定められているような場合 × 何の?

1  
2  
3  
4  
5  
6  
7  
8  
9  
10  
11  
12  
13  
14  
15  
16  
17  
18  
19  
20  
21  
22

主張を展開すべきである。

以

上