

令和6年(ワ)第4388号 損害賠償請求事件

原告 ●●●●ほか

被告 小金井市

## 原告準備書面(1)

2025年3月25日

東京地方裁判所立川支部民事第3部 御中

原告ら訴訟代理人弁護士

富 永 由 紀



同 弁護士

植 木 則



同 弁護士

佐 藤



同 弁護士

神 垣 真



### 第1 答弁書への認否

#### 1 「第1 現市長の対応方針」について

被告が「小金井市立保育園の在り方検討委員会」を設置していることは認め、その余は否認ないし争う。

被告は、「本件改正条例については早急な改正等の対応が求められていると考える」などと述べるが、前訴判決が確定した後も本件改正条例を見直して募集を再開するための対応を何らとっておらず、その前提となる具体的な

検討すら何ら行っていない。

## 2 「第2 事実経過」について

### (1) 「1 保育業務の総合的な見直しに係る従前の経過」について

平成9年9月に策定された「小金井市行財政改革大綱」の記載内容、公立保育園の財政制度の経緯、保育行政に関する各制度の導入については認めるが、その余は否認ないし争う。

### (2) 「2 前市長による専決処分等に係る経過」について

#### ア (1)について

乙2号証の記載内容、公立保育園5園のうち3園についての築年数については認め、その余は否認ないし争う。

#### イ (2)及び(3)について

#### ウ (4)について

記載のとおり説明会を実施したことは認めるが、家庭の事情で参加できない保護者も多く、説明会における質疑に対して実質的な回答がなされないなど、説明会の実施は形式的なものにすぎなかった。

#### エ (5)について

記載の方針案が示されたこと、パブリックコメントが実施されたことは認めるが、方針案は市民の意見・要望を踏まえたものとは到底いえない。

#### オ (6)について

方針が策定されたことは認めるが、様々な意見に検討を加えていたとの点は不知。

#### カ (7)について

認める。

#### キ (8)について

本件改正条例が令和４年第３回市議会定例会に提案されたことは認め、その余は否認ないし争う。

ク (9) 及び(10) について

認める。

ケ (10) について

認める。

コ (11) について

前市長の判断という限りで 認める。

サ (12) ないし(14) について

認める。

シ (13) 及び(14) について

認める。

(3) 「３ 現市長就任後の施策等に係る経緯」について

ア (1) について

認める。

イ (2) について

不知。

ウ (3) について

令和４年１２月２６日に本件廃止条例が令和４年第４回市議会定例会に提案され、市議会が否決したことは認め、その余は不知。

エ (4) ないし(10) について

認める。

オ (5) について

認める。

カ (11) ないし(13) について

説明会が実施されたことは認めるが、家庭の事情で参加できなかった保護者も多く、内容も不十分であり、保護者の理解は得られていない。

キ (14)について

認める。

ク (15)について

説明会が実施されたことは認めるが、家庭の事情で参加できなかった保護者も多く、内容も不十分であり、保護者の理解は得られていない。

ケ (16)について

甲3号証の判決が言い渡されたことは認める。

コ (17)について

認める。

ただし、同報告において、市長は速やかに募集再開することを明確に否定している。

サ (18)について

認める。

もっとも、当該議会では22名のうち7名が棄権している。

シ (19)について

認める。

前訴原告が慰謝料の受領を拒否したのは、速やかに全市民に対して本件2園の募集を再開せず、不誠実な被告の対応を到底承服することはできなかったためである。

ス (20)ないし(27)について

認める。

セ (28)について

認める。

このような陳情があげられたにも関わらず、被告は本件改正条例の効力に

ついて慎重な検討を行っていない。

ソ (29)について

第6回在り方検討委員会の実施については認め、答申の予定時期については、不知。

タ (30)について

第1文は不知。

第2文は認めるが、そもそも前訴判決によって本件改正条例は無効であるから、改めて改正の提案をする必要がない。

### 3 「第3 原告らに対する権利侵害（違法性の不存在）」について

(1) 「1」について

ア (1)について

(ア) 第1段落について

被告が引用する平成21年最判の判示内容については認め、主張部分については争う。

後に詳述するが、被告の平成21年最判に関する主張は、処分性の議論と権利性の議論を混同しており、失当である。

(イ) 第2段落について

争う。

(ウ) 第3段落について

争う

(エ) 第4段落について

前訴原告の子についてのみさくら保育園への入園を措置が採られていることは認め、その余は争う。

(オ) 第5段落について

希望する保育園に入園できるかどうかは最終的な入所指数によって決せら

れることについては認め、その余は争う。

なお、「きょうだい」が同園にいる場合には入所指数が他の保護者と同数だった際に優先されるにすぎないことは事実であるが、保育園の入所希望者の大部分は父母とも正社員・フルタイムで働いており、その他の条件を加味しても同数の者が多く存在することから、同数の場合に優先されることには大きな意味がある。

(カ) 第6段落について

被告が本件2園を段階的に募集停止とする方針案をホームページに掲載していたこと、市民説明会を実施したこと、原告●●ならびに原告●●に対して段階的縮小を検討している旨の通知を行っていたことは認め、その余は否認ないし争う。

前訴により無効となった本件改正条例に基づく方針をどんなに周知したとしても、法律による行政の原則から逸脱した違法な施策であり、法的に何ら意味はない。

イ (2) について  
争う。

ウ (3) について

(ア) 「ア」について  
争う。

(イ) 「イ」について  
争う。

(2) 「2」について  
争う。

(3) 「3」について

ア (1)について

児童福祉施設に関する諸法令の規定内容については認め、その余は否認ないし争う。

イ (2)について

(ア) 第1段落について

原告の主張の整理であり、認否の対象ではない。

(イ) 第2段落について

保育所保育指針（乙8）の規定内容については認め、その余は否認ないし争う。

(ロ) 第3段落について

被告の引用する各乙号証の記載内容の限りで認め、主張については争う。

(ハ) 第4段落について

各原告の子が記載のとおり範囲に限り異年齢保育を受けられる環境であることは認める。

ただし、記載のとおり限られた範囲での異年齢保育となるうえ、今後は児童が入園しないことにより、子ども同士の新たな関係性構築など貴重な機会が失われることになる。

(ニ) 第5段落について

原告らの主張は、すでに本件2園に在園している原告らの子どもに関して、異年齢保育を含む児童の成長に極めて重要な機会が奪われることを主張している。

(4) 「4」について

争う。

4 「第4 国家賠償法上の違法性及び故意・過失の不存在」について

(1) 「1 国家賠償法上の違法性の不存在」について

ア (1) 以前について

違法性の判断基準について、積極的に争うものではない。

イ (1) について

争う。

ウ (2) について

争う。

エ (3) について

概ね認める。

原告らが保育施設入所申請を行わなかったのは、「きょうだい」と異なる本件2園以外の保育園に入園すれば、登園準備、送迎、行事への対応などの負担が格段に増えることから、募集のない本件2園以外の2園に入園させることが事実上不可能であったからである。

オ (4) について

原告らの主張整理部分は認否の対象ではない。

前訴判決確定後の議会での経緯は認め、その余は否認ないし争う。

カ (5) について

否認ないし争う。

(2) 「2 損害の不存在」について

ア (1) について

否認ないし争う。

原告らの抱える不安は、自身の子どもの成長に大きく関わる保育環境に関するものであり、具体的かつ深刻なものである。

イ (2) について

原告●●及び原告●●に「きょうだい」がないこと、児福法、子ども・

子育て支援法、本件規則の規定内容、乙29号証の判示内容については認め、その余は否認ないし争う。

仮に「きょうだい」で別々の保育園に在園している家庭があるとしても、両親の勤務条件、祖父母など監護補助者の存在、自宅や就労先と2園それぞれの保育園の距離、送迎手段などの事情によって負担は大きく異なるのであり、原告らに対して一般化できるものではない。

ウ (3) について

原●●及び原告●●に「きょうだい」が存在しないことは認め、その余は否認ないし争う。

エ (4) について

被告が引用する各乙号証の記載内容、本件2園では運動会や学芸会に代わるものとしてプレイデーや表現活動が行われていることは認め、その余は否認ないし争う。

オ (5) について

争う。

(3) 「3 当該公務員の故意又は過失がないこと」について

ア (1) について

争う。

イ (2) について

甲4号証の記載内容については認め、その余は争う。

5 「第5 結語」について

争う。

第2 補充主張ないし被告の主張への反論等

以下ではまず、「1」において、前提となる事実経過の整理や、事実を捻じ曲げる被告の主張の不当性・誤りを明らかにした上で、「2」において各侵害行為の違法性、「3」において原告らの権利侵害について、被告の主張への反論も含めつつ、従前の主張を補充する。その上で、「4」において、国家賠償法上の注意義務違反（違法性・過失）について端的に整理する。

## 1 前提となる事実関係と被告主張の不当性

### (1) はじめに

答弁書において被告は、「本件改正条例については早急な改正等の対応が求められていると考える」としつつも、「現場の状況、保育士体制を踏まえると、本件2園について直ちに安心・安全な児童の預りを本件改正条例前と同様に再開できるような状況ではない」とか、「公立保育園5園直営維持の困難等も、より差し迫った問題となっている」などと主張する。そして、今後の小金井市立保育園の役割及び在り方を検討する「小金井市立保育園の在り方検討委員会」を設置してその答申を得た上、「令和7年9月に本件改正条例の改正をめざす」とし、これが「前訴判決を踏まえた政策的な判断」である旨、主張する（答弁書9～10頁）。

しかしながら、これまでの被告の対応は、前訴判決による司法判断を踏まえたものでも、また政策的な検討を重ねた結果のものでもなかった。

被告は、違法な専決処分に基づく本件廃園条例を無効と断罪した前訴判決に控訴せず、これを「重く受け止める」として確定させておきながら、前訴判決確定後も前訴原告以外の市民に対して有効なのは本件廃園条例であるとし、被告としてはこの本件廃園条例に基づいて行政事務を行うと明言した。その上で、本件廃園条例のもとでは0～1歳児（令和7年4月からは2歳児も含む）の定員が「0」であるから、本件廃園条例を改正しない限り募集事務に着手もできないなどと繰り返すのみで、本来であれば、募集定員のある

従前の条例（本件廃園条例が専決処分される前の条例。以下「従前条例」という）に基づき、速やかに募集事務を行うことが求められているにもかかわらず、募集事務を再開するための条件整備に速やかに入るどころか、募集事務を行うことができるか否かの検討すらしようとしなかった。そして、「小金井市立保育園の在り方検討委員会」の答申を経なければ条例改正もできないなどとして、司法により違法無効と断罪された本件廃園条例による行政執行を、いまだに続けているのである。

以下、項を改めて、前訴判決後の被告の対応をめぐる事実経過につき、整理して述べる。

## (2) 前訴判決後の事実経過

ア 小金井市議会におけるやりとり

(ア) 令和6年3月5日 本会議（甲9の1 会議録）

前訴判決の控訴期間中である令和6年3月5日、小金井市議会の本会議が開催され、そこで小金井市長は、前訴判決への控訴を断念する旨の市長報告を行った（乙34号証）。

これに対し、議員からの質問が集中したのは、市長報告中の以下の部分である。

「なお、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とされました。また、現在、私立保育園全体では退職等に対する保育士を確保できず欠員が生じており、段階的縮小の取り組みを進めていました両保育園において、0歳児・1歳児の募集を再開し、その児童を受け入れるための安定的な保育体制の確保ができ

ない状況です。このため、段階的縮小の取り組みが進んでおりました小金井市立くりのみ保育園及びさくら保育園における0歳児・1歳児の募集を直ちに行うことはできません。」

質問に立った議員らは、口々に、違法な専決処分に基づく本件廃園条例を無効と断罪した前訴判決を受け入れる以上、小金井市として速やかに2園の0歳児・1歳児の募集事務を開始すべきではないかと問いただした。

しかし小金井市長や子ども家庭部長、法務担当らは、以下のとおり、前訴判決が主文第1項にて条例制定自体の取消しを求める部分を却下したことを理由に、前訴原告以外の第三者との関係においては本件廃園条例はいまだ有効であるとして、条例改正がなされない限りは募集再開を行わない旨の答弁を繰り返した。

市長「先ほどの水上議員のご主張では、いわゆる廃園条例は無効であるというふうなことをおっしゃっておりますが、私どもはそのように認識はしておりません。判決主文の1では、『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』とあります。その上で、主文の2、3の判断において、判決要旨5頁のように、本件専決処分は違法である。また本件募集廃止条例もまた無効であるとされております。このため、専決処分による保育園条例改正が無効とされたのは原告に対してであり、条例改正そのもの、つまり、原告以外の市民に対しても無効とする判決ではないと認識しております。」(甲9の1・3/31～4/31頁)

市長「私たちとしては、この廃園条例が、この判決をもってすぐさま取り消された状態ではないと考えておりますので、いわゆるこの廃園条例と

いうのは、そのまま生きている状況だと認識はしております。」(甲9の1・22/31頁)

法務担当課長「主文1のとおり、条例制定自体の取消しを求める部分は却下され、取消しは無効との判決は出されておられません。他方、主文2において、原告に対する施設利用不可処分が取り消されておりますが、その判断において、専決処分が違法であり、それによる条例制定が無効と述べられています。これによって、原告に対しては条例制定が無効であるとして再度の処分をしなければならないことになる。ただし、これはあくまで原告との関係において処分を取り消す前提として、専決処分を違法、条例制定を無効とするにとどまるものであって、主文1の判決を飛び越えて、原告以外の第三者に対して、直ちに条例制定を無効として取り扱わなければならない法律上の義務を生じさせるものではないとの理解であります。」「主文1と主文2において不整合が生じるような判決となっているとは思いません。司法の判断はここまでであり、非常に難問を突きつけられたような感じです」(甲9の1・5/31頁)

子ども家庭部長「条例の方はそのような意味で、専決処分は違法、無効だという判断は示されていますが、条例としては、あるというか、死んでいないという状態でございますので、その下での手続を、事務処理をしていく必要がある。」(甲9の1・25/31頁)

改めて言うまでもなく、前訴判決の主文1項は、前訴原告の請求のうち、本件廃園条例の取消しを求める部分につき、廃園条例制定が「処分」(行政事件訴訟法3条2項)に該当せず、訴訟要件を満たさないことから、実体判断に入らず、請求を却下したものにすぎない。従って、同主文1項は、いかなる意味においても、本件条例の有効、無効についての判断を示したもではない。しかるに被告は、主文1項にて条例制定自体の取消しを求める部分が却下されたことをもって、あたかも本件廃園条例の有効性が導かれるかのよ

うな独自の解釈を行い、「主文1項を飛び越えて」本件廃園条例を無効として取り扱うことはできないとか、前訴判決の主文1項と主文2・3項との間に「不整合」があるなどとの答弁を繰り返した。そして、前訴判決には控訴しないとしつつも、本件廃園条例は前訴原告以外の市民との関係では有効であるから、引き続きこの本件廃園条例に基づいて募集事務を行っていくとの立場を明言して憚らなかった。

(イ) 令和6年3月12日 予算特別委員会（甲9の2 会議録）

前訴判決が確定した後の令和6年3月12日、小金井市議会の予算特別委員会が開催された。

出席した委員からは、違法な専決処分によって制定された本件廃園条例を無効とする前訴判決を受け入れ、これが確定した以上、本件廃園条例を前提とした令和6年度予算案を訂正すべきと立場にたった質問が相次いだ。しかるに被告は、ここでも「主文1項を飛び越えて廃園条例を無効として取り扱うことはできない」旨の答弁を繰り返し、以下のように、違法に専決された本件廃園条例に基づいて募集事務を行っていくこと、故に2園の0歳児・1歳児の定員は0のままで、園児の募集再開は行わないとの立場を改めて鮮明にした。

渡辺（大）委員「・・・（中略）・・・そこで伺いますが、現在、小金井市に有効に存在している、この保育園の定数に関する条例、有効に存在している保育園に関する条例というのは、どの条例が有効に存在しているという存念のもとで行政執行されていますか。今、どの条例が有効なんですか。それを明確に教えてください。・・・（中略）」

子ども家庭部長「・・・現在はどの条例が有効かというご質問でございました。こちらの方は、専決処分された、それによって一部改正された小金井市保育園条例が有効であると理解します。・・・（中略）・・・市は、今

申しあげましたとおり、専決された条例が無効となっていない状態だと思っておりますので、その下での予算を編成するという事なので、こちらについて、現在、是正する必要はないと考えているものでございます。」

(以上、甲9の2・32/75～33/75頁)

(ウ) 令和6年3月25日 本会議（甲9の3 会議録）

令和6年3月19日、「小金井市立保育園の在り方検討委員会設置条例案」案が議会に提出され、令和6年度第一回定例会の最終日である同年3月25日の本会議にて、同条例案の審議がなされた。

議員からは、在り方検討委員会を設置するにしても、違法無効とされた本件廃園条例の存在を前提とするのではなく、違法な専決処分がなされる前の条例に基づいて募集事務を開始しつつ、公立保育園の在り方についての検討を進めるべきとの立場に立った質問が相次いだ。

しかるに被告は、以下のとおり、あくまで本件廃園条例を有効としてその下で行政執行を行っていく（従って2園についての0歳児・1歳児の募集事務は再開しない）との立場を変えようとせず、実際に在り方検討委員会での議論を進めるにあたって、本件廃園条例がいまだ効力を有していることを前提とする旨を明言していた。

高木議員「何のために在り方検討委員会を設置するのか具体的に見えてこないもので、7点伺います。・・・3点目、判決との関係ですが、判決の概要については在り方検討委員会の委員にお伝えするか伺います。」

子ども家庭部長「まず、判決の概要については委員に伝えるのか。今の状況を説明する、原告の方に対して取消しの対応としては、専決処分される前の条例であり、原告以外の方に対しては専決処分された条例という状態は、まさにこの判決に基づいておりますので、現在の状態を示すためにもしっかりと説明する必要があると考えております。」（以上、甲9の3・26/76～

27/76 頁)

森戸議員「さくら保育園の会長名で来ている要請書の中には、・ ・大変切実な声が出されています。・ ・上二人がさくら保育園、下の子が4月に保育園に入るが、ほかの保育園に入るので、上の二人も転園が決まっている。・ ・さくら保育園が通常運営されるのであれば、戻りたいという気持ちもある、などですね。」「今、このように転園をされたご家庭が何件かございますが、さくら保育園とくりのみ保育園の転園をせざるを得ないご家庭の実態、そして人数、世帯数などを把握なさっているのでしょうか。ぜひ、私はどうなっているのかということ把握していただき、速やかに対応することが、措置をすることが必要だと考えますが、見解はいかがでしょうか。」(甲9の3・40/76～41/76頁)

子ども家庭部長「・ ・結局、私どもとしましては、判決に基づきますけれど、原告以外の第三者の方については、専決された条例というところがございします。そうすると、具体的にさくら保育園、くりのみ保育園に戻れるというような対応をとることはできないという状態になってきます。結局、在り方を踏まえてどのような対応ができるかということになりますので、その辺を踏まえていく必要があるところでございします。」(甲9の3・43/76頁)

上記のとおり、小金井市立保育園の在り方について検討することの必要性はあるにしても、違法な専決処分に基づいて制定された無効な本件廃園条例を前提とするのは誤りである、との立場に立った質問・意見が議員から相次いだ。被告は本件廃園条例が前訴原告以外の第三者にとっては有効であるとの態度を崩さず、議論は平行線となった。

小金井市立保育園の在り方検討委員会設置とこれに関連する予算についての審議はこの最終日の本会議1日のみで、直ちに採決に付された。結果、賛成多数で可決されたものの、22名中7名の議員は棄権をした。

イ 保護者らがおかれた状況とこれに対する被告の対応

(ア) こうした被告の対応は、本件廃園条例により直接に影響を受けていた保護者らに対しても、同様のものではなかった。

すなわち、前訴判決の言渡し後である令和6年2月26日、小金井市庁舎の会議室には、本件廃園条例によって直接影響を受けている多くの保護者が詰めかけ、市長や副市長、子ども家庭部長に対し、直接、口々に以下のような切実な訴えをした。

「さくらに2人通っているが、3人目は0歳児をさくらに入れることができず、この春上の子2人を下の子が入った保育園に転園させることを考えている。働きながら別々の保育園への送迎は厳しい。さくらが残るのならこのまま2人もさくらに通わせたいが、転園させてからさくらが残ることが決まったらそのあと転園申請をまた出し直すのか？早く市の方針を決めて欲しい。」

「下の子がさくら保育園に入れなくて困っている。長男に選択をさせなければならぬ。一緒に遊ぶために保育園の友達をとるか、弟をとるか。選ばせてはいけないと思っている。いま、さくら保育園の廃園のことを長男が知り、保育園は無くなっちゃうから行きたくないと言ってきている。市は、子どものメンタルケアをすと言っていたが、実際にはなされていない。」

そして、小金井市立くりのみ保育園の父母の会会長より、あらためて、市は判決に対し控訴せずに早急に2園の園児の募集を再開すること、子どもたちにとってよい保育になるよう早急に検討を始めて欲しいとの申入れがなされた。

しかしながら、これら保護者らの切実な訴えに対する市長の応答は、「現在のところは、判決文を精査した上で、としか言えない」というものであった。

(イ) 前訴判決が確定した後も、市立保育園の保護者らは、早期の募集再開を求める要請を、市に対し繰り返し行ってきた。

(a) 令和6年3月24日には、小金井市立さくら保育園父母の会会長名で、「可能な限りの早期の0、1歳児の募集再開と公立保育園の廃園撤回を求める要望書」(甲10)が市長宛提出された。そこには、「私達は、専決処分が違法・条例が無効であるという判決が出た以上、募集定員がある状態まで戻し、原告の子だけではなく他の保護者との関係でも早期に募集再開を行うことが本来の進め方であると考えます。市の方針として一刻も早く上記の切実な声に理解を示し、募集再開・廃園の撤回を示してください」と記載されていた。

(b) 令和6年4月13日、さくら保育園とくりのみ保育園にて、前訴判決を受けての市の対応に関する保護者向け説明会が開催された。

そこでも市は、前訴判決が主文1にて条例制定処分の取消しを求める部分を却下したことを殊更に強調して、この主文1を飛び越えて本件廃園条例を無効と取り扱うことはできないとし、さらに保育士に欠員が生じていることから、0歳児・1歳児の募集を直ちに行うことはできないとの説明を繰り返した。

こうした市の説明に対しては、これを疑問視する以下のような保護者の質問が相次いだ。

「判決の内容を見ると、専決処分は違法であり、廃園条例は無効と記載されている。私達は、廃園条例があったから転園せざるを得なくなり、下の子をさくらに入れられなくなった。一般的な常識から考えて、この判決を読む限り、原告にのみ適用されると解釈するのはナンセンス。」「元に戻す条例が必要という回答だったが、そもそも条例がない状態に戻っているわけで、元に戻す条例など必要ないのではないか。まず市がやるべきことは、園児の募集再開であるはず。さくらでは、保護者から2年も待てない

という声もあり、要望書を提出した。」「保育士の安定的確保ができないということも理由に挙げられているが、さくらでは現在2歳児クラスで9名の空きがある。0、1歳児を若干名であれば募集できるはず。募集できない理由はない。」「廃園条例があるような市で働きたいと思う保育士はいないのではないか。子ども家庭部長も、廃園条例が出た時期と保育士が集まらなくなった時期は同じ、と発言されている。保育士が集まらない理由は、市はわかっているのではないか。廃園条例があるから。ではどうしたらいいのか。廃園条例が無効なのだから、市がしっかりと条例は無効なので募集再開をする、と明言することが大事なはず。」

以上はさくら保育園での説明会における保護者の発言の一部であるが、くりのみ保育園でも同様の質問が相次ぎ、説明会は予定の1時間半を大きく超過して3時間半にも及んだ。くりのみ保育園では、この市による説明会開催にあわせ、令和5年度・令和6年度の父母の会会長連名にて、「廃園へ向けた取り組み停止及び0・1歳児クラス募集再開を早急に実施することについての要望書」が市長宛提出された（甲11）。そこでは、「(市が説明する方針によれば) 今後2年間は現行の廃園条例がそのまま適用されることになるが、これは現在子どもを預かる保護者には到底受け入れられるものではない」

「専決処分は違法であるという判決が出ている以上、まずは廃園条例を専決処分で制定する前の状態に戻すべきというのが判決の趣旨ではないか」「保育士体制の点についても、定員の一部の募集再開であれば、少なくとも5園の公立保育園全体で考える問題として対応することで2年もかけずに募集再開を行う対応は出来るのではないか」として、廃園に向けた段階的縮小の停止及び廃園の撤回と、0・1歳児の募集再開を早急に実施することが、求められていた。

(ウ) さらに、2024（令和6）年4月20日には、小金井市立保育園5園全

ての父母の会会長と、小金井市公立保育園運営協議会の共同委員長の、計6名の連名にて、「早急な廃園へ向けた取り組みの停止及び0・1歳児クラス募集再開についての要望書」が、小金井市長宛に提出された（甲12）。その要望書では、これまで出された保護者らの意見が集約されており、「中長期の対応としての在り方の検討とは並行して（切り離して）足元の対応を行うべきものであり、まずは専決処分前の状態に戻して募集再開を可能な限り早急に実施いただきたい」との要望が、重ねて記載されていた。

#### ウ 小金井市立保育園在り方検討委員会

(ア) 令和6年3月25日に成立した条例に基づく「小金井市立保育園在り方検討委員会」（以下、単に「在り方検討委員会」という）の第1回会議は、同年6月20日に第1回会議が開催された。

そこではまず、同委員会に対する市長からの諮問内容が説明されたが、以下に引用するとおり、そもそも本件廃園条例が違法な専決処分により制定されたもので、前訴判決において本件廃園条例は無効と判断されたこと等が正しく説明されていなかった。

「市では、小金井市における保育の質のガイドラインと今後の保育施策として取り組むべき方向性を明らかにするため、令和3年3月に『小金井市すこやか保育ビジョン』を策定しました。そして、市立保育園を取り巻く課題を踏まえて、令和4年5月に『新たな保育業務の総合的な見直し方針』を策定し、同年9月に小金井市立保育園条例を専決処分により一部改正しました。

しかし、同処分について、令和6年2月22日に『小金井市立保育園廃止処分取消等請求事件』の東京地裁判決が出されました。このため、同条例は法的に極めて不安定な状況にあり、早急な対応が求められております。」

（甲13）

そして、在り方検討委員会の進行においても、被告・小金井市は、違法な専決処分に制定された本件廃園条例に基づいて行政執行を行うことに問題はないとの理解を前提に、在り方検討委員会では、差し迫った課題であるはずの、2園についての0歳児・1歳児の募集再開についての議論はしない、との議事進行に固執した。

(イ) こうした被告による恣意的な進行方法に対し、在り方検討委員会の委員の中からも、次第に疑問の声があがるようになった。

たとえば、令和6年10月24日に開催された第4回在り方検討委員会では、さくら保育園に入園している児童の保護者から委員宛に要望書が提出されていることが紹介された。委員会の事務局である保育施策調整担当課長より、正副委員長と相談した結果、在り方検討会は市長からの諮問に基づいて中長期的な市立保育園の役割と在り方につき検討する場であるため、要望書について検討することはできない旨の報告がなされたのに対し、委員からは、「私個人的には明らかに市の対応はおかしいと思っている」「子どもの育つ権利が侵害されているという現状があるということ。それを放置したまま、未来を語るというのはあるべき姿だろうかということに関しては、疑問を持っている。」という趣旨の発言があった。

さらに、翌11月21日に開催された第6回在り方検討委員会でも、前訴原告からの文書、またさくら保育園父母会有志の文書が、委員会宛に提出されていることが紹介された。委員会担当事務局の子ども家庭部長が、「本委員会として、本文書を議題とするかというところがございますけれども、市が対応していく部分であろうと思いますので、委員会資料とはなりにくい」旨説明したのに対し、委員からは、「在り方検討委員会の方向性が決まるまでは回答できませんので悪しからず的な感じでペンディングされて、そのまま来年度の募集が始まってしまっている現状がある」「今お話を聞くと、

回答は市がしますということだが、市が回答するときに『在り方検討委員会で方向性が定まるまでお待ちください』と回答したら、同じことが起こるのではないか」という趣旨の発言があった。

しかし、在り方委員会の事務局を務める被告・小金井市は、在り方検討委員会では、2園についての0歳児・1歳児の募集再開についての議論はしないとの議事進行に固執しており、かかる対応は現在に至っても同様である。

### (3) 保育士体制について

ア 以上のとおり、被告は、違法な専決処分により制定された無効な本件廃園条例に基づく行政執行を続けているが、被告は、かかる対応を続ける理由として、保育士体制が整わないことをもを挙げている。

イ しかしながら、まず指摘すべきは、前訴判決が確定した令和6年3月当時の保育体制でも2園の0歳児募集を再開することは可能であり、また同年4月以降の保育体制でも2園につき0歳児・1歳児の募集を再開することは十分可能であった、という点である。

すなわち、前訴判決が確定した後、前訴原告の1歳になる次男がさくら保育園へ入園したため、同保育園には1歳児のクラスが設けられた。1歳児のクラスが設けられたということは、その分の保育士が配置されたはずであるところ、1歳児についての保育士配置基準がおおむね保育士1：児童6である点に鑑みれば、少なくとも前訴原告の子に加えて数名の1歳児の募集が可能であることは、明らかである。

また、被告は、無効な本件廃園条例による行政執行を続けているところ、令和6年度の2園については、それぞれ2歳児の定員が18名、3歳児から5歳児までの定員が各24名ずつとして運用されていた。従って、2園には当該定員にみあう人数の保育士が配置されていたが、廃園対象となったさく

ら保育園・くりのみ保育園の2園とも、園児の恒常的な定員割れが続いており、以下のとおり毎月募集が継続されている状況であった（甲14）。このような状況に鑑みれば、たとえばさくら保育園の場合には2歳児クラスに配置されていた保育士を0歳児あるいは1歳児クラスに振り分けたり、くりのみ保育園についても3～5歳児クラスに配置されていた保育士での対応を検討するなどのことも、十分可能であった。

< 2園の園児募集状況 >

入所月	さくら保育園				くりのみ保育園			
	2歳児	3歳児	4歳児	5歳児	2歳児	3歳児	4歳児	5歳児
R6.5	9	10	9	12	0	9	3	5
R6.6	9	10	9	11	0	2	1	0
R6.7	11	10	9	11	0	9	3	5
R6.8	11	10	9	11	0	8	3	5
R6.9	11	10	9	11	0	9	3	5
R6.10	10	10	8	11	0	9	3	5
R6.11	10	10	8	10	0	8	3	5
R6.12	10	10	8	10	0	8	3	5
R7.1	10	10	8	10	0	8	2	5
R7.2	10	10	8	10	0	8	2	5

さらにいえば、令和7年3月までは2園とも2歳児クラスを運営していたのであるから、保育士体制という観点からいえば、令和7年4月以降の2歳児クラスの募集を停止する必要性が無かったことは、明らかであった。

ウ 現状の保育士体制でも募集再開が可能であったことは上記のとおりである

が、これに加えて、廃園方針を前提とした従来の採用方法を改めることにより、新規に保育士を採用することも十分可能である。

すなわち、本来であれば、保育士として働くことを希望する者にとって、公務員という安定した地位で働くことができることは、大きな魅力となる。

実際、市内に10の公立公営保育園を擁している西東京市では、令和7年4月1日付け採用に関し、15名を採用予定者数とした令和6年8月14日募集開始については応募者数が34名、5名を採用予定者数とした同年11月の募集開始でも応募者数10名と十分な数の応募があり、必要人数の採用ができています（甲15）。小金井市と同じ5箇所 of 公立保育園を擁する東村山市でも、令和5年4月2日～令和6年4月1日の保育士採用で合計22名の受験があり、同時期の退職者数にみあう、3名の保育士採用が実現していた（甲16）。

これに対し、小金井市は、無効な本件廃園条例を前提としての保育士募集活動を続けており、職員採用試験実施要綱でも、「試験区分の職種（保育士A及びB）で採用された場合であっても、他の職種にて勤務していただく場合があります。」などと、明記されている（甲17）。かかる募集方法が、保育士として働き続けることを希望する有資格者に対し、応募を躊躇させる大きな原因となっていることは言うまでもない。廃園方針を前提とした従来の採用方法を改めることにより、新規に保育士を採用することも十分可能であるにもかかわらず、被告・小金井市は、一切かかる対応をとっていないのである。

エ 以上のとおり、前訴判決が確定した令和6年3月当時の保育体制でも2園の0歳児募集を再開することは可能であり、また同年4月以降の保育体制でも2園につき0歳児・1歳児の募集を再開することは十分可能であった。また、廃園方針を前提とした従来の採用方法を改めることにより、新規に保育

士を採用することも十分可能であった。

被告は、「現場の状況、保育士体制を踏まえると、本件2園について直ちに安心・安全な児童の預りを本件改正条例前と同様に再開できるような状況ではない」などとし、「政策判断」としても、違法・無効な本件廃園条例のもとで行政執行をせざるを得ないかの如く主張するが、明らかに客観的事実に反する主張である。

#### (4) 小括

本件は、市民や保護者の多くが反対していた公立保育園2園を段階的に廃園とする旨の条例案を、市議会が「慎重な審議が必要」として継続審査としたにもかかわらず、当時の市長が、違法な専決処分によってその制定を強行したことに端を発する事件である。

かかる専決処分が、市議会の圧倒的多数をもって不承認とされた以上、そもそも本件廃園条例に基づく行政執行を行うべきではなかったにもかかわらず、被告は、本件廃園条例に基づき、2園について令和5年度の0歳児の定員を0に、令和6年度の0歳児・1歳児を0にして募集を停止した。そして、前訴判決が専決処分の違法と本件廃園条例の無効を明確に認め、被告としてこれを受け入れて確定させた後も、被告は、「前訴判決の主文1で条例制定処分の無効が却下された」ことなどを理由とする独自の解釈を弄し、さらには、従前条例に基づき早期の募集が求められる法的状況であり、募集をすることが可能であったにもかかわらず、無効とされた本件廃園条例のもとで、2園の0～2歳児の定員を0とする募集事務を続けている。

こうして、無効なはずの本件廃園条例に基づく行政執行は、令和5年4月から現在まで2年に及び、前訴判決も無効と断罪した本件廃園条例による行政執行が既成事実化されようとしている。

本件訴訟において原告らが問題としているのは、かかる被告小金井市の対

応である。

## 2 侵害行為についての被告主張への反論ないし補充主張

### (1) 侵害行為①：本件専決処分について

被告は、本件専決処分が要件を欠く違法があることについて、認否において抽象的に争うとするのみで、具体的な反論をしていない。

そして、訴状請求の原因「第4・1・(1)」で述べたとおり、本件専決処分の違法性は明らかである（なお、国家賠償法上の違法も当然認められるが、この点は「4」において後述する）。

### (3) 侵害行為②：本件廃園条例に基づく募集事務の実施をし続けていること

#### ア 被告の主張

被告は、前訴原告以外との関係では本件廃園条例がなおも有効に存在しているとか、前訴判決の拘束力は第三者に及ばないなどと主張し、本件2園の募集をしないことの違法性を否定する。

#### イ 無効な本件廃園条例に基づく募集事務を継続している侵害行為と違法性

##### (7) 主張の整理

訴状においては、本件2園の募集を再開しないことの作為義務違反（不作為）を侵害行為と主張していたが、これは逆から言えば、実体法上無効である本件廃園条例に基づいて募集事務を継続しているという作為行為と構成される。そして、その行為は、本件専決処分前の従前条例に基づいて、募集事務を実施する義務に違反する違法な侵害行為である。

よって、本書面において、侵害行為②については、無効な本件廃園条例に基づく募集事務を継続している侵害行為という作為行為に再整理する。

以下、この点を具体的に明らかにするために、本件廃園条例が当初より実

体法上無効であること、及び従前条例に基づき募集事務を実施する義務の違反について順を追って述べる。

(イ) 実体法上当初より本件廃園条例は無効である

訴状の請求原因で述べ、かつ前訴判決が明確に認めたとおり、本件専決処分は、要件を欠き違法であり、その対象とされた本件廃園条例も無効である。

そして、本件廃園条例は行政処分でないところ、公定力はないのであるから、実体法上、本件廃園条例は当初より無効である。

このことは、前訴判決が「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、…そ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言わざるを得ない」と明確に述べているとおりである（甲3 27頁）。

また、前訴判決は、本件廃園条例を廃止する条例案が否決されたことについて、被告が瑕疵の治癒を主張したことに対し、その主張を排斥したが、その理由においても、「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とするれば、無効な本件廃園条例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他はない」として、上記否決がなされた時点（＝前訴判決がなされる前の時点）において、既に本件廃園条例が存在しない（無効である）法状態であったことを明確に述べている（甲3 29頁）。

この点について、神奈川県の臨時特例企業税を定めた条例が、判決の理由中の判断で無効と判断された事案（最判平成25年3月21日）につき、その後の税金の返還手続に関し、神奈川県議会の議事録が被告より提出されている（乙43）。その議会において、当該訴訟の原告以外の納税者に対し、

還付請求権が消滅時効となる5年間ではなく、10年間にさかのぼって納付された税金の返還をする理由を尋ねられたことに対し、県担当者は「地方税の還付請求権としては5年で時効ということです。ただ、…地方税の根拠であります条例が違法、無効というような判断でしたので、これはもう地方税ではないんだということです。したがって、地方税の範囲外の事柄として私どもはもう捉えざるを得ないかという認識です。」「それから、納税者、納付済みの企業からすれば、もう無効の条例であったのであれば、納付した全額、県が不当利得を得ているということになりますので、企業からご請求があれば、県としてはもう返還せざるを得ないということです。その時の不当利得返還の請求権、これは民法上（注：当時の民法）で10年が時効」となると回答しており（下線は引用者による）、課税の根拠となる条例が判決で無効と判断された以上、実体法上、当該事件の原告以外の納税者との関係でも、もとより同条例が無効であったとして、納税された税金相当額が県の不当利得となることを明確に述べている。

(イ) 従前条例に基づいて募集事務を実施する義務

以上のとおり、廃園条例は当初より無効であり、実体法上は、廃園条例制定前の、本件2園の募集定員のある条例（以下「従前条例」という）が存在し、適用される状態にあった。そして、行政は、法律（条例）に基づいて実施されなければならない（法律による行政の原理）

したがって、小金井市は、本件専決処分の前後を通して、従前条例に基づき、本件2園の募集事務を実施する義務を負う。

これに対し、被告は、原告との関係でのみ本件廃園条例が無効となるにとどまるとし、上記義務の存在を否定するが、公定力のない廃園条例制定について、なぜ原告との関係でのみ無効となるとなるにとどまるのか、その論拠が全く不明であり、失当である（まして、上述のとおり、本件廃園条例が公

定力がなく、本来的に無効であると明言する前訴判決を受け入れておきながら、廃園条例が原告との関係でのみ無効であるとなるにとどまると主張することは矛盾というほかない。

(ウ) 遅くとも判決確定後も廃園条例に基づき募集事務を継続していることは、明らかに違法な侵害行為である

条例は、属地主義に基づき、当該自治体区域内に居住ないし存在する者全てに適用され（最判昭和29年11月24日、松本英昭「要説 地方自治法」315頁以下）、本件廃園条例も同様である。

そして、公立保育園は、「公の施設」であるところ公の施設の設置及び管理は、必要的条例事項であり（地自法244条の2）、条例に基づき設置した「公の施設」を廃止する場合も、条例によらなければならない。

また、住民は、普通地方公共団体の役務を等しく受ける権利を有する（10条2項）。とりわけ、「公の施設」は、その利用について不当な差別をしてはならず、また、正当な理由なくその利用を拒んではならないと規定されており（244条2項、3項）、特に住民に平等利用権が保証されている。

属地的、画一的に適用されるべき公立保育園の設置又は廃止についての条例が、住民ごとに、設置（募集定員あり）を前提とする従前条例が適用されるか、廃止（募集定員なし）を前提とする本件廃園条例が適用されるかが、異なることはあり得ないし、あってはならない。

そして、本来的には、上述したとおり、本件専決処分後も、本来的には同処分による廃園条例の制定が無効であることを前提に、従前条例に基づき募集事務を実施する義務がある。

その上で、百歩譲って、専決処分後の状況から、前訴判決の判断が確定するまでの間は、被告にとって従前条例と本件廃園条例のいずれが適用されるかが明確でなく、本件2園の募集再開を見送っていたことが、直ちに上記義

務に違反するとまでは言えないとしても、どんなに遅くとも、被告が前訴判決を受け入れ、確定した後は、被告としても、従前条例が適用される法状態にあったことを認識する状況となった。

にもかかわらず、本件判決後も、本件廃園条例がなおも有効であるなどとして、同条例に基づき、本件2園の募集定員が法的に存在しないことを前提に募集事務を実施し、本件2園の募集を再開を拒み続けている。

かかる被告の行為が、上述した従前条例に基づき募集事務を実施する義務に違反することは明らかである。

(E) 仮に従前条例が適用されても義務違反がないとする被告主張への反論

なお被告は、仮に、従前条例が適用されるとしても、0歳児の募集定員が0人でなくなるだけで、定員通りの募集をすることが法律上義務付けられるものではなく、保育士体制等を理由に募集を行わないことも可能であるとする（答弁書28頁「(5)」）。

しかし、従前条例が適用される以上、被告は、従前条例に基づき募集事務を実施する義務を負う。この義務の内容は、従前条例のもと、本件2園について令和5年4月度以降も、本件従前条例により0歳児の募集定員があることを前提に、募集事務を行うものであり、この義務には、遅くとも前訴判決後は、従前条例にもとづき、速やかに本件2園の募集を行うことも含まれるというべきである。

また、万一、具体的な事情のもと、定員全員の募集をしないことも、この義務に直ちに違反するものではない場合がありうるとしても、少なくとも、従前条例が適用され、募集定員枠が存在することを前提に募集事務を実施することが求められることには変わりはない。

しかし被告は、上述のとおり、前訴原告以外の保護者との関係では、なおも本件廃園条例が有効に存在するなどとし、従前条例が適用されることを完

全に否定し、従前条例を前提とする本件2園の募集事務を一切行わなかったのである。

したがって、遅くとも、前訴判決確定以降、本件廃園条例に基づき募集事務を実施し続けている行為が、上記義務に違反する違法な侵害行為であることは明らかであり、上記被告の主張は不当な言い逃れに過ぎない。

#### ウ 前訴拘束力にも違反する

##### (7) 被告の主張

被告は、本件判決の拘束力により、前訴原告との関係でのみ、本件判決が無効であることを前提に行動する範囲でしか生じず、同人以外の者との関係では拘束力は及ばないとする。

##### (イ) 法規範等の無効が理由中の判断に示されている場合は当該法規範等が一般的に無効であることを前提に行動をする義務が含まれること

しかし、とりわけ、個別処分的前提となる法規範等が一般的に無効であることを理由に個別処分が取り消された場合について、当該事件の原告との関係で生じる拘束力により、関係行政庁には、当該法規範が無効であることを前提に行動する義務が生じる。その結果、当該無効とされた法規範が、適用対象の一般性を持つ以上、当該事件の原告との関係で生じる拘束力の内容には、同原告以外の、当該法規範の適用対象となる者との関係でも、当該法規範が無効であることを前提に行動することが含まれるというべきである。

この点に関し、生活保護基準の引き下げに基づく生活保護費減額決定の取消し、及び慰謝料の請求を求めた訴訟において、東京地裁令和6年6月13日判決は、生活保護基準（厚生労働大臣の告示）の引き下げの違法性を認めつつも、慰謝料請求を棄却した。当該事件の原告には、減額決定の取消し及び慰謝料のいずれも請求した原告と、慰謝料のみを請求した原告がいるが、

後者との関係でも、以下の理由から慰謝料請求を棄却した。

すなわち、同判決は、「原告らが本件不支給により被ったと主張する精神的損害は、本件改定に基づき原告らに対してされた保護変更決定(本件各国賠請求対象決定)を取り消す旨の判決又は同判決の拘束力により回復されるべき性質のものであり、本件全証拠によつても、これらによつては回復できない損害を原告らが被ったとまでは認められない。なお、このことは、原告らが本件各国賠請求対象決定に対する取消訴訟を提起したか否かによつて左右されるものではない」(下線は引用者による)として、当該判決の効力ないし拘束力に基づいて、保護費減額決定の取消しを求めている原告との関係でも、減額決定による不利益が回復されるべきことを前提としている。

生活保護費額は、厚生労働大臣の告示という法規命令(法8条1項による委任命令)により決定され、かつ、生活保護法はこの告示による基準にしたがって、無差別平等に適用される(生活保護法2条)、この告示による生活保護基準の引き下げが違法である以上、減額決定の取消訴訟の原告となっていない減額変更決定の取消し及び追支給がなされるべきことは当然であり、この判決が確定すれば、取消訴訟の原告になっていない者との関係でも、生活保護基準の引き下げが違法であることについて、判決の拘束力が及ぶことは明らかである。

(ウ) 一般的に本件廃園条例が無効であることを前提に行動をする義務が拘束力の内容に含まれる

そして、上述のとおり、前訴判決は、本件専決処分が違法であり、本件廃園条例が無効であることを理由として、前訴原告に対する入所不許可処分を取り消している。これは、理由中の判断として、特に原告との関係でのみ無効となるものではなく、原告以外との関係でも、客観的・一般的に無効であることを明確に示している。かかる理由中の判断に拘束力が生じる以上、前

訴原告との関係で生じる拘束力には、同人の保護者との関係でも、本件廃園条例が客観的・一般的に無効であることを前提に行動する義務が含まれる。

その結果、前訴原告以外との関係でも、関係行政庁としての被告は、本件廃園条例が無効であることを前提に行動をする義務、すなわち、従前条例に基づき募集事務を実施する義務を負う。

以上より、これに反する被告の主張は失当である。

なお、上記主張は、前訴判決の拘束力が第三者との関係でも生じることを主張するものではなく、あくまで、前訴原告との関係で生じる拘束力の内容として、同人以外の保護者を含め、従前条例に基づき募集事務を実施する義務を生じさせるものである旨の主張であることを、念のため述べておく。

## エ 小括

以上より、いずれにせよ、遅くとも本件専決処分確定後も、被告が、原告以外の保護者との関係で、本件廃園条例が有効であるとして、同条例に基づいて募集事務を継続していることは、従前条例に基づき募集事務を実施する義務に違反するものであり、違法な侵害行為である。

## 3 違法性判断における侵害利益

### (1) 保育所選択権

#### ア 被告の主張

被告は、平成21年最判が、当該保育所に入所中の児童及び保護者に限り、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利益を認めているとした上で、本件2園に子どもを入所させていない原告との関係では、上記法的利益が認められず、また、既に子どもを入所させている原告との関係でも、本件廃園条例による段階的廃止によっては、法的利益に影響を与えないのであるから、権利侵害は存在しないと主張する。

## イ 被告の主張の誤り

しかし、平成21年最判が認めた保育所選択権は、現に入所させている児童又は保護者に限定されるものではない。被告が答弁書17頁において引用している平成21年最判の判示内容は、平成21年最判で主要な争点となっていた条例の処分性を判断するうえでの理由部分である。

処分性の判断基準は、「公権力の主体たる国また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また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」（最判昭和39年10月29日）とされている。

そして、被告が引用する平成21年最判の、「…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えることができる。」という部分は、当該廃止条例の効果によって直ちに保育所に入所中の児童が在籍できなくなることから、上記処分性の規範のうち「直接国民の権利義務を形成し」という直接の法効果を認めた判示である。

本件で問題となっているのは、国家賠償法1条の要件である「権利または法律上保護された利益」であり、被告の引用部分は本件の争点と異なる判示である。

以下では、原告らには保育園入園前の「保育所選択権」が権利もしくは少なくとも法律上保護された利益に該当することを改めて述べる。

ウ 原告らに保育所選択権が認められること

(ア) 平成21年最判から導かれる保育所選択権

訴状記載のとおり、平成21年最判は、児福法24条1項ないし3項に基づき保育所選択権が認められる趣旨として、「…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はじ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、その保育所の受け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。」としている。

被告は、平成21年最判の認定事実当時から、児福法24条3項の規定が改正されて利用調整が必ず行われるようになったことを指摘するが、原告らの保育所選択権になんら影響を与えるものではない。

すなわち、平成21年最判が挙げる上記のような「女性の社会進出」「就労形態の多様化」は当時よりも現在の方がより顕著になっており、その結果として「その保育所の受け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」という保育所選択権保障の必要性はむしろ増大している。児福法24条3項の改正は、入園する保育所の最終的な判断にあたっては利用調整が必要になると定めるが、その前提として、保護者が希望する保育園に入園を申請すること自体には何ら変更はない。原告らが主張しているのはあくまでも「保育所選択権」であり、「最終的に希望の保育園に入園できる権利」ではないのであるから、被告の主張は失当である。

実際に、前訴原告における国家賠償請求は、当然ながら改正後の児福法のもとでの判断であったが、保育所選択権侵害に基づく慰謝料請求を認容している。

(イ) 被告小金井市における制度

被告は、児福法の改正がなされた後も、被告における保育園入所に係る手続

や制度は従前のままであり、被告としても保育所選択権を制度として認めているといえる。

小金井市は、児童福祉法、子ども・子育て支援法及び同規則に定めるもののほかに、保育の実施及び利用についての調整（児童福祉法 24 条 3 項所定の利用調整）に関し、必要な事項を定めるものとして、「小金井市保育の実施に関する規則」（乙 39）を制定している（以下「規則」という）。

同規則によれば、保育所の入園手続では、まず保護者が、同市長に対し、利用申請書を提出する（規則 2 条 1 項）。これを受け市側は、子ども子育て支援法 20 条の保育の必要の「認定」判断を行うと共に、保護者の希望する保育所等の希望状況から、利用調整が必要な場合には、保護者の希望内容を前提に、規則 3 条 3 項に定める保育の実施基準及び調整指数、優先項目に基づき選考することになっており、保護者の希望ができる限り尊重される方式で利用調整がなされる（国の通達（甲 6）・3 (1) においても、利用調整が「保護者の利用希望順位を踏まえ」て行われることが明記されている。）。

また、利用調整が必要な場合には、規則 3 条 3 項に定める保育の実施基準及び調整指数、優先項目に基づき、選考することになっている。そして、同基準によれば、「きょうだい が在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」が優先項目として定められており、現に児童が本件 2 園のいずれかに通園している場合には、きょうだいも同じ保育園に入所させたいという保護者の選択が優先される仕組みになっている。このような優先枠は、きょうだい で同じ保育所に預けることができない環境では、保護者による児童の送り迎え等の負担が重くなり、保護者に過酷な生活環境を強いることになってしまうことを防ぐことを目的とした制度といえる。

なお、利用調整がなされた場合、その結果が保護者について通知されることとされているが（規則 3 条 4 項）、その通知に不服がある場合は、審査請求や取消訴訟をすることができる（乙 39・様式第 1 号 「特定教育・保育施設及

び特定地域型保育事業利用調整結果通知書」末尾の教示参照)。

以上より、被告小金井市が、「小金井市保育の実施に関する規則」(乙39)を制定することにより、最終的な入園を保証するものではないものの、少なくとも全ての保育園の中から自身が希望する保育園を選択して応募することが、小金井市民のうち該当年齢の子がいる全保護者に対して等しく権利として認められているといえる。

(ウ) 前訴原告の慰謝料請求が認容されていること

訴状「第1 はじめに」にも記載したように、違法な専決処分によって制定された廃園条例に基づいて、令和5年4月のさくら保育園への応募すら認められなかった前訴原告(本件訴訟追加原告)が市を相手取って訴訟を提起し、これに対し東京地方裁判所は、本件廃園条例は無効であることを理由に慰謝料請求を認容し・同判決は確定している。

なお、前訴とは異なり、前訴原告を除く本件原告らは本件2園の入園申請を行ってはいないが、これは、被告作成の保育施設等入園案内(乙1)の本件2園の原告らの子どもの該当年齢募集欄には斜線が引かれており、募集していないことが明確であるため、申請までは行ってない。もっとも、募集がない以上は申請できないのは当然であり、申請していないこと自体が原告らの権利・利益に何らかの影響を与えるものではない。

以上のように、本件と同様の条件において慰謝料請求が認容されている以上、本件においても原告らの権利ないし法律上保護される利益が認められなければならない。

(イ) 小括

このような、児童福祉法24条、及び子ども子育て支援法の諸規定、及びそれに関する規則(乙39)の規定からすれば、原告らには平成21年最判が述

べる保護者の保育所選択の権利が導かれることに加え、

- ① 当該年度において、当該保育所の募集対象となる児童を現に監護する保護者は、原則として、希望する保育所において保育の実施を受けることを期待し得る法的利益にあるといえる。

加えて、規則3条3項所定の利用調整の基準からすれば、

- ② 現に特定の保育所で保育を受けている児童と、そのきょうだいの保育を必要とする保護者は、より具体的に、当該児童のきょうだいも当該児童と同じ保育所で保育を受けることを期待し得る法的利益を有するものといえる。

さらに、万一、上記①、②の法的利益まで認められないとしても、保護者による利用申請の手続き、利用調整の具体的基準が定められ、利用調整後の保育施設の決定・通知に対して不服申立手続きが定められていることからすれば、少なくとも、

- ③ 当該年度において、当該保育園の募集対象となる児童を現に監護する保護者は、対象児童の入所を希望する保育施設を記載して利用申請を行い、利用調整が必要な場合でも、規則3条3項に定める保育の実施基準及び調整指数、優先項目に基づく利用調整を受け、入所対象の保育所の決定を受け、通知される法的利益を有することは明らかである。

したがって、本件原告らには、いずれも国家賠償請求において要件となる「権利または法律上保護された利益」が認められる。

## (2) 平等利用権の侵害

### ア 被告の主張

被告は、本件2園についての平等利用権が認められるのは、「当該保育所において保育を受ける法的地位にある者同士の間で問題となるものであって、このような法的地位にあるとはそもそもいえない原告らについて、本件にお

いて平等利用権の侵害が成立する余地はない」とし、「被告は、本件2園については、全ての保護者に対し当該年度には当該年齢の児童の募集事務をしていないのであって、何らかの原告らの特定の事情に着目して殊更原告らの利用を拒否しているものではない」として、平等利用権侵害を否定する。

#### イ 被告の主張の誤り

まず前提として、原告らは、「公の施設」たる「公立保育園」である本件2園について、平等に利用する権利（不当に差別されない権利）を有する（地方自治法244条3項）。

そして、本件では、被告が、本件廃園条例に基づいて募集事務を継続していること（侵害行為②）により、当初より無効である本件廃園条例について、「前訴原告」と「前訴原告以外の保護者」で、公立保育所という「公の施設」の利用の可否（より正確に言えば、適法な利用申請ができるか否か）に差が出ており、この差が「不当な差別的取扱い」に該当するか、という問題である。

上述した通り、本来であれば、従前条例に基づき、令和5年4月（前訴原告が本来入所が認められるべきであった年度）だけでなく、令和6年4月、令和7年4月の募集事務がなされていなければならない、令和8年4月についても、同様の募集がされなければならない。

したがって、前訴原告以外の保護者＝令和6年（ワ）第4388号事件（以下「第1事件」という）の原告らの希望入初年度が、令和5年4月と年度が異なるとしても、前訴原告と同様（平等）に従前条例の適用を受け、然るべき時期に適法に入所申請をし、従前条例に基づき利用調整等を経た結果に応じて、本件2園への入所を適法に申請し、入所を期待しうる法的利益を有する（したがって、入初希望年度が異なることは、平等利用の前提を失わせるものではない）。

これに対し、被告が「前訴原告」にのみ従前条例を適用し、「前訴原告以外の保護者」について本件廃園条例を適用し、後者のみ新たな0歳児の募集申請ができないと扱いを変えることには、全く合理的な理由はない。

したがって、被告が、前訴判決確定後も、前訴原告との関係でのみ募集（入所）認め、それ以外の保護者（第1事件原告ら）との関係で判決確定後も募集事務を一切行わないことは、「不当な差別的取扱い」にほかならず、同人らの公立保育所の平等利用権（地方自治法244条3項）を侵害する。

### (3) 異年齢保育・交流を含めた子どもたちの関わりの中で適切な保育を受けさせる権利ないし法的利益の侵害

#### ア 被告の主張

被告は、本件廃園条例や募集を再開しないことにより、既に子どもを入所させている原告らの法的地位を何ら侵害するものではないと主張する。

#### イ 被告の主張の誤り

##### (ア) 保育所保育指針から導かれる適切な保育を受けさせる権利ないし法的利益

(a) 児童福祉法45条1項は、都道府県に、児童福祉施設（保育所も含まれる。同法7条）の設備及び運営について、条例でその基準を定める義務を課している。そして、同条2項3号は、保育所にかかる基準の条例につき、「保育所における保育の内容その他児童…の適切な処遇及び安全の確保並びに秘密の保持並びに児童の健全な発達に密接に関連するものとして内閣府令で定める」基準に従うべきことを定めている。

(b) 上記「内閣府令」として定められたのが、児童福祉施設の設備及び運営に関する基準（甲7。以下「設備運営基準」という）。設備運営基準は、第5章において保育所の設備運営に関する基準を定めており、その35条におい

て「保育所における保育は、養護及び教育を一体的に行うことをその特性とし、その内容については、内閣総理大臣が定める指針に従う」とする（なお、この点は、東京都児童福祉施設の設備及び運営の基準に関する条例４５条においても同様の規定が定められている）。

- (c) この「内閣総理大臣が定める指針」として定められたものが、「保育所保育指針」（乙８。以下「保育指針」という。厚生労働大臣告示の形式が採られている）である。この保育指針については、保育所の保育についての基本的原則から、児童の年齢に応じた保育内容について詳細かつ具体的な指針が定められている。そして、児童福祉法４５条を委任もとする法規命令として、設備運営基準が定められ、さらに同基準の委任に基づき保育指針が定められているところ、保育指針は、児童福祉法４５条に基づく基準の一部を定めるものであり、単なるガイドラインなどではない。

この点、厚労省作成の平成３０年版「保育所保育指針解説」（以下「指針解説」という）においても、「保育所保育指針は、厚生労働大臣告示として定められたものであり、規範性を有する基準としての性格をもつ。」と明記されている（甲８・２頁）。

- (d) そして、保育指針は、「第１章 総則」、「１ 保育所保育に関する基本原則」「(1) 保育所の役割」の「ア」として「保育所は、児童福祉法３９条の規定に基づき、保育を必要とする子どもの保育を行い、その健全な心身の発達を図ることを目的とする児童福祉施設であり、入所する子どもの最善の利益を考慮し、その福祉を積極的に増進することに最もふさわしい生活の場であればならない」とし、「イ」において「保育所は、その目的を達成するために、保育に関する専門性を有する職員が、家庭との緊密な連携のもとに、子どもの状況や発達過程を踏まえ、…養護及び教育を一体的に行うことを特

性としている」と定める。

また、同「(2) 保育の目標」の「イ」において「保育所は、入所する子どもの保護者に対し、その意向を受け止め、子どもと保護者の安定した関係に配慮し、…その援助にあたらなければならない」と定めた上で、児童の年齢に応じて求められるべき保育内容について詳細かつ具体的な内容を定めている。

以上より、保育指針は、保育所における保育の内容を具体的な基準等（単に保育所の面積や保育士の人数等ではなく、具体的な「保育の内容」である）を定めることで、同指針に基づいた適切な保育の内容が実施されることを、児童ないし保護者に保障するものである。

このように、保育指針より、保護者の適切な保育を受けさせる権利ないし法的利益が導かれる。

(イ) 保育指針で異年齢保育・交流を含めた子ども相互の関わりが重視されている

(a) 人や子ども同士の関わりが重視されていること

保育指針では、「第1章 総則」「1 基本原則」「(2) 保育の目標」「ア」「(ウ)」において、「人とのかかわりの中で、人に対する愛情と信頼感、そして人権を大切にすることを育てるとともに、自主、自立及び強調の態度を養い、道徳性の芽生えを培うこと」が目標の一つとして掲げられている。

また、同「1 基本原則」の「(3) 保育の方法」において、「エ 子ども相互の関係づくりや互いに尊重する心を大切にし、集団における活動を効果あるものにするよう援助すること」、や「オ 子どもが自発的・意欲的に関わられるような環境を構成し、子どもの主体的な活動や子ども相互の関わりを大切にすること。」と定められている。

また、同「1 基本原則」「(4) 保育の環境」において「エ 子どもが人と

関わる力を育てていくため、子どもが自ら周囲の子どもや大人と関わっていくことができる環境を整えること」が定められている。

(b) 異年齢保育・交流等の重要性

その上で、保育指針が同「3 保育の計画及び評価」「(2) 指導計画の作成」の「イ」において「指導計画の作成にあたっては、第2章及びその他の関連する事項のほか、子ども一人一人の発達過程や状況を十分に踏まえるとともに、次の事項に留意しなければならない」として、その留意事項の一つとして「(ウ) 異年齢で構成される組みやグループでの保育においては、一人一人の子どもの生活や経験、発達過程などを把握し、適切な援助や環境調整ができるよう配慮すること」が挙げられている。

この異年齢保育につき、指針解説は、「【異年齢の編成による保育の指導計画】様々な年齢の子どもたちが共に生活する場という保育所の環境を生かし、異年齢編成での保育によって自分より年上、年下の子どもと交流することによって、子どもたちがより多様な体験を得られることが期待される。」「異年齢の編成による保育では、自分より年下の子どもへのいたわりや思いやりの気持ちを感じたり、年上の子どもに対して活動のモデルとして憧れをもったりするなど、子どもたちが互いに育ち合うことが大切である。また、こうした異年齢の子ども同士による相互作用の中で、子どもは同一年齢の子ども同士の場合とは違った姿を見せることもある。このように、異年齢の子どもたちが関わり合うことで、日々の保育における遊びや活動の展開の仕方がより豊かなものとなることが望まれる。」として、異年齢の子ども同士の交流をすることで、保育内容がより豊かなものとなることを述べている（甲8・51頁）。

(u) 原告らに異年齢保育・交流を含めた子どもたちの関わりの中での適切な保

育を受けさせる権利ないし法的利益があること

そして、本件2園においては、現に異年齢保育がなされているところ、原告らの子どもの内、既に本件2園に入所している子どもは、異年齢保育を受けるべき利益にある。

そして、上述したように保育指針が、保育計画作成において、異年齢保育を保育をより豊かなものにするものとして特に言及している。加えて、本件2園においては、いずれも、募集要項添付の施設の紹介ページにおいて、特に異年齢保育を実施していることについて具体的な記載がなされている（くりのみ保育園について甲42・68頁、さくら保育園について同71頁）。

このことからすれば、原告らは、いずれも異年齢保育が実施されている本件2園に子どもを通わせているところ、保育指針より導かれる、保護者の適切な保育を受けさせる権利ないし法的利益の具体化として、子どもに異年齢保育を受けさせる権利ないし法的利益が認められる。

さらに、保育指針が、保育所における保育において、集団における子どもたち相互の関係を通して、成長できるような保育方法や保育環境とすべきことを定めており、子どもたち相互の関わりの中には、同学年はもちろん、学年を異にする子ども同士のかかわりも含まれると解されることからすれば（同学年に限られるとする合理的な理由はない）。上述したような「異年齢保育」そのものだけでなく、異年齢の学年の子どもたちと交流できることができる環境下での保育を受けさせる権利ないし法的利益が広く認められる。

以上をまとめると、原告ら（全員が既に本件2園に子どもたちを通わせている）については、異年齢保育・交流を含めた子どもたちの関わりの中で適切な保育を受けさせる権利ないし法的利益がある。

さらに述べると、本件2園を含む小金井市の私立保育園においては、別紙の挙げるような、公立保育園の保護者が、保育園側や被告（小金井市）側と積極的に保育内容等について意見・要望を出したり、協議したりする場が多

く設定されている。原告らも、公立保育園に子どもを通わせる保護者として、このような場を通して、直接ないし間接に、より良い保育環境となるよう積極的に保育内容等に関わっているのであり、このことを考慮すれば、原告らに上記適切な環境で保育を受けさせる権利ないし法的利益が認められることは、いっそう明らかである。

(E) 侵害行為により適切な保育を受ける権利が侵害されていること

しかし、①本件専決処分<sup>1</sup>に令和5年4月度以降の0歳児の新規募集が打ち切られたこと、及び②無効な本件条例に基づいて募集事務を継続していることにより、原告らの子どもたちは、異年齢保育を含めた、年少児と触れ合う機会を奪われている。

したがって、原告らは、異年齢保育・交流を含めた子どもたちの関わりの中での適切な保育を受けさせる法的利益ないし権利が違法に侵害されている。

そして、これらの法的利益・権利を侵害されたことにより、原告らは訴状に記載したような精神的苦痛を被っているのであり、原告らに重大な損害が生じていることもまた明白である（したがって、権利侵害が存在しないことを前提に損害を否定する被告の主張も失当である）。

ウ 全ての原告らに権利侵害が存在すること

(ア) 被告の主張

被告は、原告●●の子及び原告●●の子は現在4歳児クラスに在籍していることから、現在は3歳児と5歳児との異年齢保育の機会があり、5歳児クラスとなる際は3歳児と4歳児クラスがあるのであるから、異年齢保育の機会は保障されていると主張する。

また、原告●●の子、原告●●の子、原告●●の子、原告●●の子は現在2歳児クラスに在籍していることから、3歳児クラスでは4歳児及び5歳児

と、4歳児クラスでは5歳児との異年齢保育の機会が確保されており、適切な保育環境は保障されていると主張する。

#### (イ) 反論

まず、原告●●の子、原告●●の子、原告●●の子、原告●●の子については、5歳児クラスとなった際に他の学年の児童が全くいなくなるため、本来は最年長クラスとして年下のクラスの児童の子に対して慈しみをもって対応したり、年下のクラスの児童の憧れの存在として振舞うことによる自尊心・自己肯定感を育む機会が完全に失われることとなる。

また、原告らは、適切な保育環境の際たるものとして異年齢保育を挙げているが、形式的に一定期間の異年齢保育が保障されていたとしても、本来のあるべき保育環境であるとはいえない。

すなわち、上述のとおり、発達段階に応じて新たな児童との交流により新しい人間関係を構築する機会が確保されたり、大人数の集団の中で自身の役割を実感したりする機会もまた不可欠なのである。原告●●の子及び原告●●の子を含め、今後は2歳児クラス以下の児童の新入生が全くいないことから、異年齢保育の有無に関わらず、乳幼児の児童とのふれあいの機会はもちろん、上述のような大人数の集団の中での生活や、新たな児童との関りやの機会も失われてしまうのである。

したがって、原告らの子全員について、適切な保育環境が確保されないことに伴う損害が生じることとなる。

### 4 国家賠償法上の違法、及び故意・過失について

#### (1) 明かな注意義務違反（違法性、過失）の存在

ア 以上述べた侵害行為及び権利侵害の存在を前提に、国家賠償法上の違法性、及び故意・過失の存在を端的に整理し、被告の主張への反論も行う。

イ まず、国家賠償法上の違法性について、いわゆる職務行為時基準説に基づいたとしても、いずれの侵害行為の違法性も明らかである。

すなわちまず、本件専決処分については、上述のとおり専決処分の要件を欠いていることは明らかである（この点は被告も具体的に争っていない）。そして、前訴判決（甲3 31頁以下）も述べるとおり、地方自治法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」の解釈の示す先例判断として、本件専決処分時においても、東京地裁平成25年8月29日判決が存在しており、前市長をしても、この先例判断の存在を容易に知ることができ、かつ、この判断にあてはめれば、当時において専決処分の要件を満たさないことが明らかであった。したがって、前市長には国家賠償法上の注意義務違反＝違法が認められる。

ウ また、無効な本件廃園条例に基づく募集事務を継続していることについて、実体法上、及び判決効（拘束力）上の義務違反が認められることは既に述べたとおりである。そして、本件廃園条例が無効であると明言された前訴判決を重く受け止めるとしながら、前訴原告以外との関係でのみ本件廃園条例が無効となるにとどまり、他の保護者との関係ではなおも本件廃園が有効に適用されるなどとするのは誰の目にも不合理であり、このような解釈をする合理性はない。したがって、本件判決確定後の時点における、現市長をして、速やかに従前条例に基づき募集事務を開始しなかったことには、国家賠償法上の注意義務違反＝違法が存在する。

エ そして、いわゆる職務行為基準説からは、注意義務違反について過失の存否も同様に判断されるところ、本件専決処分には前市長の、従前条例に基づき速やかに募集事務を実施する義務違反については現市長の、少なくとも過

失が認められる。

## (2) 被告の主張への反論

被告は、①2つの侵害行為によって原告の法的地位・権利が侵害されないこと、②前訴判決後も本件2園の募集をしていないことは、園舎の安全性、保育行政に係る予算や人員の適正配置という公益上の必要に基づくものであること、③原告らが他の保育所の利用申請を選択することができたにもかかわらずしていないことから、国家賠償法上の注意義務違反がないとする（答弁書26頁以下）。

しかし、①上述のとおり、各侵害行為により原告の権利・法的利益が侵害されている。また、②被告が本件2園の募集をしていないのは、上述した通り、前訴原告以外との関係では、なおも本件廃園条例が有効に適用されるという理由からである。また、保育士不足などが事実にも反することも上述した通りである。

そして、③については、仮に被害者側の関与が考慮される場合があるとしても、それは、「行政処分の発動に対する」関与である（被告がかかる考慮要素を挙げる先例として引用する最判平成5年3月11日も、被上告人が税務調査に協力しなかったことが、過大に所得金額が認定された原因の一つとされた事案である）。本件専決処分がなされることや、早期に従前条例に基づき募集事務が行われなかったことについて、原告らの関与は皆無であり、むしろ募集再開を強く希望していた。自身の違法行為を棚に上げて、あたかも他の保育所を募集しなかった原告らに落ち度があるかのような被告の主張は、原告らとしては到底是認できるものではない。

## 5 結語

よって、答弁書における被告の主張はいずれも失当である。

小金井市立保育園をめぐる、この明らかに不当な現状が是正され、原告らの権利が救済されるためにも、請求は速やかに認められなければならない。

以上

## 別紙

### ① 父母会役員会

概ね月1回・園内で開催され、その場には基本的に園長が出席し、園側から日々の子どもたちの様子や園の運営に関する報告・相談があるほか、父母側からも園に対しての意見・要望等が行われる。

### ② 保護者説明会

数か月に1度、各園から全保護者に対する説明会があり、子どもたちの様子や園の状況について直接意見交換を持つ場がある。

### ③ 小金井市公立保育園運営協議会

2013年に設置され、公立保育園の運営に関する課題やありかたについて、小金井市（保育担当部局）、各園（園長）、保護者各園代表（各園2名計10名）によって、協議が行われている。

### ④ 各園父母会が加入する小金井市公立保育園父母の会（通称：五園連）

市長との懇談会がここ数年毎年2回以上行われ、公立保育園に関する諸課題に関して、意見交換が行われている。

### ⑤ 小金井市保育問題協議会（保問協）

保育士と保護者によって構成され、月に1度程度の意見交換会を実施するほか、保問協と市保育課との懇談会が年に1度開催され、保育課題に関する協議が行われている。