

# 公立保育所民間移譲判決の比較検討

三 野 靖

## はじめに

### (1) 公立保育所の民営化

近年、公立保育所の管理運営を民間事業者に委託したり、土地や施設を民間事業者に譲渡したりするいわゆる「保育所の民営化」の流れが加速している。2001年3月からの保育所設置主体の制限緩和や保育所の運営委託先の制限撤廃等の規制緩和、2003年9月からの指定管理者制度の導入、三位一体改革による公立保育所の運営費や施設整備費の一般財源化、集中改革プランの策定等による自治体行財政改革の推進、そして自治体財政の逼迫がこれらの動きに拍車をかけている。

厚生労働省の発表によると、2006年4月現在の保育所数は、22,699箇所（前年比129箇所増）あり、このうち公立保育所は11,848箇所（同242箇所減）、私立保育所は10,851箇所（同371箇所増）で、保育所の民営化の流れが続いているとしている<sup>(1)</sup>。社会福祉法人全国社会福祉協議会・全国保育協議会が2005年1月に行った調査<sup>(2)</sup>によると、2000年度から2004年度の公立保育所の再編実績は511件で、このうち民営化（民間移管）が112件、統廃合が109件、廃止が108件、管理運営の民間委託が94件、休止が88件となっている。2005年度から2009年度の再編予定は836件で、このうち民営化（民間移管）が197件、統廃合が188件、廃止が165件、管理運営の民間委託が153件、休止が133件となっている<sup>(3)</sup>。そして、実際に多くの自治体で公立保育所の民間委託や民間移譲が進行しているなか、自治体によっては保護者等が裁判で争っている。

- 
- (1) 厚生労働省雇用均等・児童家庭局保育課保育係「保育所の状況（平成18年4月1日）等について」（2006年9月15日）。
- (2) 「市町村保育行政及び公立保育所の運営に係る実態調査報告書」（社会福祉法人全国社会福祉協議会・全国保育協議会、2005年9月8日）は、2,950市町村を対象にアンケート調査を実施し、1,450票を回収（有効回収率49.2%）。
- (3) 同67・96頁。1,354回答。

本稿では、このうち民間移譲に関する判決の論点を整理し比較検討したうえで、その法的課題について考える<sup>(4)</sup>。

なお、一般に「民営化」といわれる形態には、委託等による公設民営化方式と施設の（無償・有償）譲渡による民設民営化方式がある。前者は、指定管理者制度や業務委託により管理運営を委ねる方式であり、管理運営とも民間事業者が行うが、設置主体は自治体である。後者は、土地及び施設を（無償・有償）譲渡する場合と土地を（無償・有償）貸与し、施設を（無償・有償）譲渡する場合があり、設置主体及び管理運営は民間事業者が行う。前者と後者の中間の形態が、土地及び施設を普通財産にしたうえで、民間事業者に（無償・有償）貸与する方式であり、管理は自治体が、運営は民間事業者が行う。一般に「民営化」という表現が使われることがあるが、公設民営化と民設民営化では設置主体が異なるため、適切な表現ではなく、本稿で取り扱う判決はいずれも後者であるため、「民間移譲」という表現を使う。

### 公立保育所の民営化の区分と方式

区 分	方 式	設置主体	管理主体	運営主体
公設民営	指定管理者制度・業務委託	自治体	民間	民間
中 間	施設貸与（無償・有償）	民間	自治体	民間
民設民営	土地・施設譲渡（無償・有償）	民間	民間	民間
	土地貸与（無償・有償）・施設譲渡（無償・有償）	民間	民間	民間

### (2) 公立保育所民間移譲に関する訴訟

現在（2007年8月23日現在）、公立保育所の民間移譲をめぐる判決が出ているのは、高石市、大東市、枚方市及び横浜市における事案である。各市の民間移譲に関する保育所条例の改正、民間移譲の時期及び判決についての大まかな流れは次のとおりである<sup>(5)</sup>（各判決の詳細な内容については、資料1及び資料2）。なお、各判決は、以下本文中「〇〇市1審判決」又は「〇〇市2審判決」という。

- (4) 筆者がこの研究をするきっかけは、「『虹と緑』全国政策研究会 in 高松」（2006年7月29日・30日、サンポートホール高松会議室）における松尾京子高石市議会議員の報告「保育所民営化問題～各地の保育所裁判の論点整理から見えるもの」に触発されてからである。松尾市議には、示唆に富む報告のみならず、各地の判決文を提供いただき、感謝申し上げる。
- (5) 各市の経過等については、松尾市議の同上の報告資料の「保育所民営化の経過」に詳しく整理されている。このほか、神戸市及び八千代市においても裁判が起こされたが、却下された。ただし、前者の仮の差止め申立（第1次）は認容した（詳細は、田村和之『保育所の廃止』（信山社、2007年）参照）。

## 4市の保育所民間移譲の経過・判決の流れ

市	高石市	大東市	枚方市	横浜市
民間移譲発表	2000年9月	2001年11月	2003年6月	2003年4月
条例改正	2001年6月	2002年9月	2003年9月	2003年12月
民間移譲	2002年4月	2003年4月	2004年4月	2004年4月
地裁判決	2004年5月 棄却	2005年1月 棄却	2005年10月 棄却	2006年5月 棄却(違法判断) 賠償請求認容
高裁判決	2006年1月 棄却	2006年4月 棄却 賠償請求認容	2006年4月 棄却	

## 1. 関係法令

公立保育所の民間移譲に係る法律、省令、条例及び条例施行規則は、次のとおりである。なお、条例及び条例施行規則は、一例として横浜市のものに掲載している（      は、筆者記）。

## 児童福祉法（昭和22年12月12日法律第164号）

**第二十四条** 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、幼児又は第三十九条第二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。この場合において、保育所は、厚生労働省令の定めるところにより、当該保護者の依頼を受けて、当該申込書の提出を代わつて行うことができる。

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。

5 市町村は、第一項に規定する児童の保護者の保育所の選択及び保育所の適正な運営の確保に資するため、厚生労働省令の定めるところにより、その区域内における保育所の設置者、設備及び運営の状況その他の厚生労働省令の定める事項に関し情報の提供を行わなければならない。

**第三十三条の四** 都道府県知事、市町村長、福祉事務所長又は児童相談所長は、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。

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

**第三十三条の五** 第二十一条の六、第二十五条の七第一項第二号、第二十五条の八第二号、第二十六条第一項第二号若しくは第二十七条第一項第二号若しくは第三号、第二項若しくは第七項の措置を解除する処分又は保育の実施等の解除については、行政手続法第三章（第十二条及び第十四条を除く。）の規定は、適用しない。

### 第三十五条

6 市町村は、児童福祉施設を廃止し、又は休止しようとするときは、その廃止又は休止の日の一月前までに、厚生労働省令で定める事項を都道府県知事に届け出なければならない。

**第三十九条** 保育所は、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する。

**第五十一条** 次に掲げる費用は、市町村の支弁とする。

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

六 市町村の設置する児童福祉施設の設備及び職員の養成施設に要する費用

**第五十三条** 国庫は、第五十条（第一号から第三号まで、第五号の二、第六号の二及び第九号を除く。）及び第五十一条（第二号（第二十一条の二十五第二項の措置に係る費用に限る。）、第四号及び第五号から第七号までを除く。）に規定する地方公共団体の支弁する費用に対しては、政令の定めるところにより、その二分の一を負担する。

**第五十六条の七** 保育の実施への需要が増大している市町村は、公有財産（地方自治法第二百三十八条第一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。

**第五十六条の八** 保育の実施への需要が増大している市町村（厚生労働省令で定める要件に該当するものに限る。以下この条において「特定市町村」という。）は、保育の実施の事業及び主務省令で定める子育て支援事業その他児童の保育に関する事業であつて特定市町村が必要と認めるものの供給体制の確保に関する計画を定めるものとする。

2 特定市町村は、前項の計画（以下「市町村保育計画」という。）を定め、又は変更しよ

うとするときは、あらかじめ、住民の意見を反映させるために必要な措置を講ずるものとする。

#### 児童福祉法施行規則（昭和23年3月31日厚生省令第11号）

**第三十八条** 法第三十五条第六項に規定する命令で定める事項は、次のとおりとする。

- 一 廃止又は休止の理由
  - 二 入所させている者の処置
  - 三 廃止しようとする者にあつては廃止の期日及び財産の処分
  - 四 休止しようとする者にあつては休止の予定期間
- 2 法第三十五条第七項の規定により、児童福祉施設を廃止又は休止しようとするときは、前項各号に掲げる事項を具し、都道府県知事の承認を受けなければならない。
- 3 前項の承認の申請を受けた都道府県知事は、必要な条件を附して承認を与えることができる。

#### 地方自治法（昭和22年4月17日法律第67号）

**第二百四十四条の二** 普通地方公共団体は、法律又はこれに基づく政令に特別の定めがあるものを除くほか、公の施設の設置及びその管理に関する事項は、条例でこれを定めなければならない。

- 2 普通地方公共団体は、条例で定める重要な公の施設のうち条例で定める特に重要なものについて、これを廃止し、又は条例で定める長期かつ独占的な利用をさせようとするときは、議会において出席議員の三分の二以上の者の同意を得なければならない。

#### 横浜市保育所条例（昭和26年3月31日条例第7号）

（退所又は保育停止）

**第4条** 市長は、保育所に入所した児童が次のいずれかに該当するときは、保育所から退所させ、又はその保育を停止することができる。

- （1）法第24条第1項の規定による保育の実施の解除又は変更があったとき。
- （2）その他市長が退所又は保育の停止を適当と認めたとき。

#### 横浜市保育所保育実施条例施行規則（昭和62年3月25日規則第15号）

（入所の申込み）

**第2条** 条例第1条に規定する保育の実施を希望する保護者は、保育所入所申込書（第1号

様式)を市長に提出しなければならない。

(入所の申込みの審査等)

**第3条** 市長は、保育所入所申込書の提出があったときは、当該児童の保育に欠ける要件を審査しなければならない。

2 市長は、保育所への入所の申込みの承諾（以下「入所承諾」という。）をするときは、児童福祉法（昭和22年法律第164号）第56条第3項の規定による同法第51条第4号に規定する保育費用の徴収について、本人又はその扶養義務者から当該保育費用を徴収した場合における家計に与える影響を考慮し、その負担能力を認定しなければならない。

3 市長は、前2項の審査及び認定に必要な書類を保護者から提出させることができる。

(入所承諾等)

**第4条** 市長は、前条の規定により審査し、及び認定したときは、その結果を次の各号に掲げる場合に応じ、当該各号に掲げる通知書により、速やかに、当該申込者に通知しなければならない。

(1) 入所承諾及びそれに伴う負担能力の認定をした場合 保育所入所承諾書（第2号様式）又は保育所入所承諾内容等変更通知書（第3号様式）

(2) 入所承諾をしない場合 保育所入所不承諾通知書（第4号様式）

(保育の実施の解除)

**第6条** 市長は、入所承諾をした児童が次のいずれかに該当するときは、保育の実施を解除することができる。

(1) 条例第2条の規定に該当しなくなったとき。

(2) 保護者から保育の実施の解除の申出があったとき。

(3) 市長が保育の実施の継続が不可能であると認めたとき。

2 市長は、前項の規定により保育の実施を解除したときは、保育実施解除通知書（第7号様式）により、速やかに、当該保護者に通知しなければならない。

## 2. 判決の論点の整理

ここでは、各判決における論点を整理する。論点は、(1)保育所廃止条例<sup>(6)</sup>の処分性の有無、(2)保育所廃止条例の違法性の有無、(3)国家賠償請求の認容の有無、に大きく整理できる。より詳細には、(1)は、保護者及び児童の保育を受ける権利をどう位置付け

---

(6) 保育所を廃止するには、自治体の保育所条例（高石市は保育所設置条例、枚方市は児童福祉施設条例）の一部を改正する条例の制定が必要である。以下、「保育所廃止条例」という。

るかという観点から、①保育所廃止条例の処分性、②保護者の保育所選択権の保障、③継続的な保育を受ける権利の保障、④特定の保育所で保育を受ける権利の保障、⑤保育所の利用関係の法的性格、⑥保育所廃止と保育の実施の解除の関係、(2)は、保育所廃止条例は保育を受ける権利を侵害するかという観点から、①保育所廃止条例の違法性、②保育を受ける権利と保育所廃止の関係、③保育所廃止の裁量権の範囲、④保育所民間移譲の手続きの違法性、についてそれぞれ整理する。

## (1) 保育所廃止条例の処分性の有無

### ① 保育所廃止条例の処分性

一般に、条例の制定は、直接には当該自治体の住民に対し権利を制限し又は義務を課すという効果を生ぜず、通常条例に基づいた行政処分が行われて初めて現実の効果が生ずるため、直接条例に対して行政訴訟を提起することはできない。つまり、当事者間の具体的な権利義務に関する訴訟である法律上の争訟に該当しない抽象的法令審査は司法審査の対象とならず、条例は抗告訴訟の対象とならない。しかし、条例そのものの施行によって直接特定の者の具体的な権利義務に法律上の効果を生じ、これに基づいて特段の行政処分を要しないような特別の場合においては、通常の行政処分と異なるところがないため、条例に対し直接に行政訴訟を提起し得るものと解される<sup>(7)</sup>。

保育所廃止条例の処分性については、いずれの判決も認めている。例えば、最初の判決である高石市1審は、「改正条例の内容は、他に行政庁の具体的処分を経ることなく、当該条例自体によって、その適用を受ける特定の個人の具体的な権利義務に直接影響を及ぼすような例外的な場合に当たり、本件改正条例の制定行為自体をもって行政処分に当たる」と判示している。以下、保育所廃止条例の処分性の有無を考えるに当たっての判断要素となる保育の権利性（保護者及び児童の保育を受ける権利をどう位置付けるか）に関して、②から⑥の論点について各判決の考え方を整理する。

---

(7) 裁判例では、盛岡地裁昭和31年10月15日行集7巻10号2443頁、大阪高裁決定昭和41年8月5日行集17巻7・8号893頁、大阪高裁昭和60年11月29日行集36巻11・12号1910頁など。田中二郎『新版行政法上巻全訂第2版』（弘文堂、1974年）326頁、塩野宏『行政法Ⅱ第2版』（有斐閣、1994年）83・84頁、南博方・原田尚彦・田村悦一『行政法(2)行政救済〔第3版〕』（有斐閣、1996年）182頁など。

## 保育所廃止条例の処分性

市	横浜市	枚方市	高石市	大東市
地裁判決	○（保育の解除、不利益処分）	○	○	○
高裁判決		—	○	—

### ② 保護者の保育所選択権の保障

児童福祉法は、保護者に特定の保育所を選択する権利を保障しているのであろうか。

児童福祉法第24条第1項は、「保護者から保育の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。」とし、同条第2項で、保護者は「入所を希望する保育所」を記載した申込書を市町村に提出し、同条第3項で、市町村は、一の保育所について「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。」と規定している。そして、同条第5項で、市町村は、「保護者の保育所選択」等に資するため、「保育所の設置者、設備及び運営の状況」等に関し情報の提供を行わなければならないと規定している。一方、自治体の保育実施条例施行規則では、具体的な保育所入所申込書の様式が定められているが、希望する保育所名を第1希望から第3希望まで書くようになっている。そして、1997年の児童福祉法の改正は、一般に保護者の保育所選択権を保障したものと理解されている<sup>(8)</sup>。

高石市1審判決では、「保護者による保育所の選択権を認めた同改正の趣旨にかんがみれば」と正面から保育所選択権を認めた（大東市1審判決も同旨）が、高石市2審では、「保護者に保育所の選択権が認められたとまではいえない」とした。ただし、「保護者が自ら選択した特定の保育所において保育を受ける立場」を市町村は極力尊重すべきであるとしている。また、横浜市1審は、「選考が行われる場合でも、当該申込みに係る保育所ごとに行われるのであって、保護者が申込みをしていない保育所で保育の実施を受けるということはない」としている。枚方市1審判決及び同2審判決は、この点について言及していない。

(8) 1997年の児童福祉法の改正を検討した中央児童福祉審議会基本問題部会の「少子社会にふさわしい保育システムについて（中間報告）」（1996年12月3日）は、現行保育所制度は制度上は利用者が選択できる仕組みではないとして、利用者が保育所、保育サービスを選択する仕組みとすべきであるとした（後掲）。



## 保護者の保育所選択権の保障

市	横浜市	枚方市	高石市	大東市
地裁判決	○	—	○	○
高裁判決		—	× (尊重義務)	—

## ③ 継続的な保育を受ける権利の保障

児童福祉法が保育所選択権を保障していることは、高石市2審判決が尊重義務があるとした以外は、他の判決も認めたところであるが、入所時に選択した保育所で保育を受ける権利は、入所後も保障されるのであろうか。

高石市1審判決は、「保護者が選択した保育所で保育を受ける権利は、同利用契約の存続期間中保護されるべきもの」で、「利用契約の存続期間中、当該保育所が存続しているにもかかわらず、その意に反して他の保育所への転園を強要されることなく、当該保育所において保育を受ける権利を有する」とした（大東市1審判決も同旨）。そして、利用契約は「原則として、児童の就学までをその契約期間とする」とした。また、高石市2審判決は、特定の保育所において現に保育中の保護者は、「当該保育所に強い利害関係を有しているのであるから、なおさらその地位が尊重されなければならない」としたうえで、「当該児童の就学までの期間」、「当該保育所において、保育を受ける権利ないし法的利益」を有するとした。

ただ、高石市1審判決は、継続的な保育を受ける権利を認めたものの、「当該保育所が存続しているにもかかわらず」、意に反して転園を強要されることはないという意味での権利と位置付けている点で、後述2(2)②(保育を受ける権利と保育所廃止の関係)において、選択した保育所で保育を実施する利用契約は、「あくまでも当該保育所が存続することを前提とするもの」であるという点につながっていることに注意しなければならない（大東市1審判決も同旨）。

横浜市1審判決は、保育所選択権は、入所時だけの問題ではなく、「一定期間にわたる継続的な保育の実施を当然の前提としたもの」であり、「入所後に転園や退園を求めるのは自由であるというのでは入所時の選択は空疎なものとなるから、法が入所時における保育所の選択を認めていることは、必然的に入所後における継続的な保育の実施を要請するもの」であるとした。そのうえで、「保育期間中に当該選択に係る保育所を廃止することは、このような保護者の有する保育所を選択し得るとの法的利益を侵害する」として、保育所の廃止は保育所選択権の侵害であると

明言した点が他の判決と比して特徴的である。

#### 継続的な保育を受ける権利の保障

市	横浜市	枚方市	高石市	大東市
地裁判決	○	○	○	○
高裁判決		—	○	—

#### ④ 特定の保育所で保育を受ける権利の保障

保育所選択権及び継続的な保育を受ける権利は、いずれの判決も概ね認めるところであるが、関連して保護者が選択した特定の保育所で保育を受ける権利を有しているかについても概ね認めている。ただし、枚方市1審判決及び同2審判決は、この点について言及していない。

高石市1審判決は、前述2(1)③のうで「本件保育所が存続することを前提として」、「利用期間にわたって本件保育所において保育を受けることを内容とする利用契約を締結したもの」と解されるため、保育所の廃止は、「裁量権の逸脱ないし濫用に当たる場合」には保護者が選択した保育所で保育を受ける権利を侵害するもので違法であるとした。高石市2審判決は、「保護者が自ら選択した特定の保育所において保育を受ける立場を市町村も極力尊重すべきもの」としたうえで「特定の保育所において現に保育中であり、当該保育所と具体的利用関係が生じている保護者の場合は、それ自体、当該保育所に強い利害関係を有していることからすれば、このような保護者の利益を単に事実上の利益と考えるのは相当ではない」としている。

大東市1審判決は、「本件保育所が存続する限り本件保育所において保育の実施を受ける権利を有しており」、「通常は、児童が就学に至るまでの間継続して本件保育所における保育の実施がされることを期待してしかるべき法的地位を有している」として、「本件保育所の廃止は原告らの権利ないし法的地位に対して直接具体的な影響を与えるもの」であり、裁量権を逸脱・濫用して保育所を廃止した場合には、権利を侵害されたものとして争うことができるとした。

横浜市1審判決は、「児童が保護者の選択した特定の保育所で保育の実施を受け、また、将来保育期間中にわたって受け得るという利益は、保護者が保育所を選択したことによる反射的な利益に過ぎないと把握するのは相当ではない」とし、「法的

に保護された利益」であるとした。そして、改正条例は、保育所を廃止する効果を有し、「現に保育の実施を受けている当該保育所」で保育を受けることを不可能とするもので、「児童の特定の保育所において保育の実施を受けるという法的利益を侵害する」ものであるとした。

高石市1審及び大東市1審判決は、特定の保育所で保育を受ける権利を認め、保育所の廃止に関して裁量権の逸脱・濫用がある場合は権利を侵害するものであるとしたが、あくまでも当該保育所の存続を前提としたものであるとしたのに対して、横浜市1審判決は、そのような限定はしていない。

### 特定の保育所で保育を受ける権利の保障

市	横浜市	枚方市	高石市	大東市
地裁判決	○	—	○	○
高裁判決		—	尊重義務 (事実上の利益×)	—

#### ⑤ 保育所の利用関係の法的性格

現行の児童福祉法第24条第1項は、「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。」と規定しているが、1997年の改正前は、「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。」と規定していた。「欠けるところがあると認めるとき」が「欠けるところがある場合」に、「入所させて保育する措置を採らなければならない。」が「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。」に変わった<sup>(9)</sup>。この改正は、一般に措置という行政処分

(9) 1986年の改正前は、「入所させて保育しなければならない。」と規定していた。また、それまでは機関委任事務であった入所事務がこの改正で団体委任事務になった。

から公法上の利用契約に変わったと理解されている<sup>(10)</sup>。

この点について、各判決は判断が分かれており、高石市1審判決、枚方市1審判決並びに大東市1審判決及び同2審判決が厚生省の見解と同様に公法上の利用契約としているのに対して、高石市2審判決、枚方市2審判決及び横浜市1審判決が行政処分としている。このうち、後者については、各判決は次のように判示している。

高石市2審判決は、「行政処分の前提として申請を要件としているものはほかにも多数存在するし」、「単に「措置」という文言を削除しただけであり、実質的には何の変更もされていない」、「市町村長は、申込みがされた児童について……選考をその権限と責任において行わなければならないのであるから、このような入所決定を当事者の自由意思に基づく合意と見ることは困難である」、「厚生省は、保育所入所不承諾決定及び保育の実施の解除決定は、行政不服申立ての対象となる「行政庁の処分」であるとの見解を示している」、「契約であれば、保育料は契約の対価であるはずであるが、改正後も児童福祉法56条3項は「徴収する」という行政処分的な用語を用いている」などの理由により、「保育所の入所方式が行政処分から公法上の契約締結へという重大な変更がされたとまで認めることは困難であつて、平成9年改正後の児童福祉法の下においても、依然として、保護者の申込みを前提に、市町村長が行政処分により入所を認める制度である」としている。

枚方市2審判決も、「保護者の申請を前提にして行われる行政処分に該当する」

---

(10) 同法改正時の説明は、次のとおりである。1997年3月17日の全国児童福祉主管課長会議において厚生省児童家庭局保育課長は、措置制度については、「現行の行政処分による入所方式というものを改める」、「保育に欠けている子どもというものを行政の側で見つけ、発見して入所させるというものが一番原始的な意味での措置制度」などと、改正後は、「公法上の契約ということになる」、「保育に欠けているかどうかという事実上の確認をした上で保育サービスを保育所において提供しなければならない」、「法律上、原則として保護者の側からの契約申し込みに対しまして、応諾義務を市町村の側に課している」などと説明している（「全国児童福祉主管課長会議会議録（児童福祉法等の一部改正関係部分）」）。1997年6月23日の同会議において厚生省児童家庭局長は、「従来の措置という行政処分による入所方式を廃止し、利用者の選択による利用契約の方式に改める」と、同省同局保育課長は、「保護者と市町村の関係は、行政処分の関係から公法上の利用契約へ変わる」などと説明している（「97/06/23全国児童福祉主管課長会議会議録」）。1997年9月19日の同会議において厚生省児童家庭局保育課長補佐は、「行政が措置するという、言わば一方的なやり方から、利用者本位という観点から保護者が希望する保育所を選択し、それに行政が応ずるという双方向的な仕組みへ転換」、「利用者の申し込みに基づく利用契約の仕組みへの転換」、「保護者からの申し込みに対して市町村が承諾書を交付するといったことで基本的に公法上の契約というものが成立」と説明している（「97/09/19全国児童福祉主管課長会議会議録」）。

としている。

横浜市 1 審判決は、「法は入所後の保育所利用関係を保護者と市町村の契約（保育所利用契約）として構成しているようにも見える」が、「入所申込みに応じない場合の決定や保育の実施を解除する措置は、いずれも行政処分として運用されて」いることなどから、「保育所入所後の利用関係を直ちに契約関係といい得るかは疑問である」としている。

**保育所の利用関係の法的性格**

市	横浜市	枚方市	高石市	大東市
地裁判決	行政処分	利用契約（公法上）	利用契約（公法上）	利用契約（公法上）
高裁判決		行政処分（申請前提）	行政処分（申請前提）	利用契約（公法上）

**⑥ 保育所廃止と保育の実施の解除の関係**

児童福祉法第33条の4は、市町村長は、保育の実施を解除する場合には、あらかじめ児童の保護者に対し、「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。」と規定している。自治体の保育実施条例施行規則では、長は、入所承諾をした児童が保育の実施の基準に該当しなくなったとき、保護者から保育の実施の解除の申出があったとき又は長が保育の実施の継続が不可能であると認めたときは、保育の実施を解除することができる規定している。なお、1997年の改正前の同法第33条の4は、市町村長は、第24条本文の保育する措置を解除する場合には、あらかじめ、児童の保護者に対し、措置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と規定していた<sup>(11)</sup>。ここで問題は、保育所廃止条例による保育所の廃止及び民間移譲が「保育の実施等の解除」に当たるか否かである。

上記①から④の論点については、各判決とも概ね認めるところではあるが、保育所廃止条例による「保育の実施等の解除」への該当性については、横浜市 1 審判決

(11) この規定は、1993年の改正で盛り込まれたものであり、1994年に「福祉の措置の解除に係る説明等に関する省令」（平成6年9月27日厚生省令第62号）が制定された（後掲）。1993年の改正前は、同法には措置の解除に関する規定がなく児童福祉法施行令第9条の2で、市町村長は、法第24条本文の「措置を解除し、停止し、又は他の措置に変更する場合においては、現にその保護に当たっている児童福祉施設の長」の意見を参考としなければならないと規定していた。

以外はいずれも認めなかった。

高石市1審判決は、児童福祉法の規定は、「保護者が選択した特定の保育所において保育を実施することをもって、「保育の実施」とするものではなく、「保育所における保育を行うこと」をもって、「保育の実施」と定義付けているのであり、同法33条の4にいう保育の実施の解除も、市町村が保育所における保育を行うことを解除する場合をいう」として、「特定の保育所において保育を受けていた児童が他の保育所に転園する場合」、「当該保育所が民営化されたことに伴い、民営化後の保育所において保育を受ける」場合には、保育の実施の解除には当たらないとした（同2審判決も同旨）。

大東市1審判決は、高石市1審判決の前半と同様に述べたうえで、「本件各児童について新保育園又は他の保育所において保育を実施することを予定であったのであり、保育所における保育を行うことを解除する予定はなかったのであって、本件保育所の廃止、民営化は、保育の実施の解除には当たらない」とした（大東市2審判決は、より簡潔に「保育所における保育を行うこと」をもって「保育の実施」と定義付けており、保育所を民営化する廃止処分は33条の4の保育の解除に当たらないとした。）。

枚方市1審判決も、「「保育所における保育を行うこと」をもって「保育の実施」と定義付けているから、法33条の4にいう保育の実施の解除も、保育に欠けることの要件等を欠くことを理由として、市町村が保育所における保育を行うことを解除する場合」をいい、本件保育所の廃止は、保育の実施の解除には当たらないとした。

以上のいずれの判決も、児童福祉法第33条の4の「保育の実施」とは「保育所における保育を行うこと」であって、保育所の廃止に伴って他の保育所や民間移譲後の保育所で保育を受ける場合は、「保育の実施等を解除する場合」に当たらず、同条の説明聴取手続が必要であるとはいえないとした。

これらの判決に対して、横浜市1審判決は、本件改正条例は本件4園を廃止することを定めるものであり、児童福祉法第33条の4に定める保育の実施の解除に当たるとした。そして、民営化の場合は保育の実施が解除されるわけではないという市の主張は、「事実上、新たな保育所において引き続き保育が実施されるということに過ぎない」として、「保育の実施が解除されることを否定し得るものではない」とした。

## 保育所廃止と保育の実施の解除の関係

市	横浜市	枚方市	高石市	大東市
地裁判決	○	×	×	×
高裁判決		—	×	×

### (2) 保育所廃止条例の違法性の有無

#### ① 保育所廃止条例の違法性

横浜市1審判決以外は、いずれも、保育所の廃止は裁量権の逸脱・濫用に当たらないとして違法ではないとしたが、横浜市1審判決は、「民営化するという判断自体については、なお裁量の範囲内のことと解する余地もないではないが」、「本件改正条例の制定によって、民営化を平成16年4月1日に実施する」としたことは、「その裁量の範囲を逸脱、濫用したものであり」、違法であるとした。以下、保育所廃止条例の違法性の有無を考えるに当たっての判断要素となる保育の権利の侵害性（保育所廃止条例は保育を受ける権利を侵害するか）に関する②から④の論点について、各判決の考え方を整理する。

#### 保育所廃止条例の違法性

市	横浜市	枚方市	高石市	大東市
地裁判決	○	×	×	×
高裁判決		×	×	×

#### ② 保育を受ける権利と保育所廃止の関係

保育を受ける権利と保育所の廃止の関係については、いずれの判決も自治体の裁量であるとしたが、高石市1審判決などは利用契約は廃止を前提とするものであると、高石市2審判決は裁量に優先しないと、横浜市1審判決は絶対的制約事由ではなく、同意が得られなくても違法ではないとした。

高石市1審判決は、「保護者の選択した保育所において保育を実施することを内容とする利用契約は、あくまでも当該保育所が存続することを前提とするものであり、市町村がその有する広範な裁量により当該保育所を廃止することがあり得ることは、当該保育所の公の施設としての性格からくる制約として当該利用契約において前提とされている」とした。また、大東市1審判決及び同2審判決並びに枚方市

1 審判決も同様である。なおかつ、大東市1 審判決は、入所選択権が憲法25条、26条を具体化した権利であり、違憲審査基準としては、厳格に権利に対する侵害が必要最小限度のものであることを要するという原告の主張に対して、「社会権は、法により具体化された権利であっても社会情勢、財政等の制約を受けるものであり、立法裁量の結果定められる具体的権利の内容も多面的要素から評価されるものであって、一概に影響が必要最小限か否かの判断ができるものではなく、公の施設の廃止等に関する地方公共団体等の裁量権を原告らの主張するほど厳格に規律・制約するものとまでいうことはできない」とした。

一方、高石市2 審判決は、保育所の利用関係が公法上の契約ではなく、保護者が選択した特定の保育所における保育の義務まで規定していないことなどから、保育を受ける権利・法的利益は、「公の施設の廃止に関する地方公共団体ないしその長の裁量権に当然に優先するとまでは認められない」とした。

他方、横浜市1 審判決は、①児童及び保護者の特定の保育所で保育の実施を受ける利益が、保育所の廃止をも制約する絶対的なものであることを明示した規定が存在しないこと、②公の施設であるからには、住民全体の利益に沿う利用がされるべきであり、保育所の利用は長ければ6年間にも及ぶため、当該保育所を取り巻く諸情勢に変化が生じることも避け難いことなど、市町村の有する限られた資源等の有効利用を考えると、入所選択権や特定の保育所で保育を受ける権利が「保育所の廃止についての絶対的制約事由とまで解することは相当でない」とした。そして、保育所の廃止は、「設置者の政策的な裁量判断にゆだねられている」として、「児童や保護者の同意が得られない限りその廃止が違法となるとまでは解し得ない」とした。

**保育を受ける権利と保育所廃止の関係**

市	横浜市	枚方市	高石市	大東市
地裁判決	同意不要	利用契約は廃止前提	利用契約は廃止前提	利用契約は廃止前提
高裁判決		—	裁量に優先しない	利用契約は廃止前提

**③ 保育所廃止の裁量権の範囲**

保育所廃止の裁量権の範囲については、広い裁量権を認める判決、比較的広い裁量権を認める判決及び政策的判断を限定する判決に分類できる。



広い裁量権を認める判決は、高石市1審判決、枚方市1審判決並びに大東市1審判決及び同2審判決である。高石市1審判決は「市長の広範な裁量に委ねられた事項」、大東市1審判決は「裁量にゆだねられた事項」であるとし、そのうえで同2審判決は児童福祉法は「保育所廃止に関する裁量権を否定または限定する趣旨」を含まないとした。枚方市1審判決は、「保育所を廃止するか否かについても、就学前児童数、待機児童数、保育サービスの需要及び地方公共団体の財政状況などの諸事情を総合的に勘案して判断されるべき事柄であり、被告の裁量にゆだねられた事項」であるとしている。同判決は、保育所の廃止は、諸事情の総合的な判断に係る事項であるとしている点において、広い裁量権を認めた他の判決よりもさらに自治体の広い裁量を認めたものとも理解できる。

比較的広い裁量権を認める判決は、枚方市2審判決及び高石市2審判決である。前者は「保育を受けることがおよそ不可能となる事態が発生するような場合」は裁量権の逸脱・濫用に当たり、後者は「特定の児童ないし保護者に著しく過重な負担を課し、保育所において保育を受けることを事実上不可能にするなどの場合」は裁量権の逸脱に当たるとしている。

政策的判断を限定する判決は、横浜市1審判決である。同判決は、前述のように、保育所の廃止は「設置者の政策的な裁量判断にゆだねられている」としたものの、その判断は無制限に許容されるものではなく、「廃止の目的、必要性」、「利用者の被る不利益の内容、性質、程度等」を「総合的に考慮した合理的なもの」でなければならないとした。

#### 保育所廃止の裁量権の範囲

市	横浜市	枚方市	高石市	大東市
地裁判決	廃止目的・必要性、不利益内容・性質・程度等の諸事情を総合考慮した合理的なもの	就学前・待機児童数、需要、財政状況等諸事情を総合的に勘案	広範な裁量	全くの自由裁量ではない
高裁判決		保育不可能な事態が発生する場合	過重な負担、保育不可能な場合	法は裁量権を否定・限定せず

#### ④ 保育所民間移譲の手続きの違法性

保育所民間移譲の経過や手続きに関しては、①経費節減や待機児童の解消などの

保育サービス拡充の目的の合理性、②新保育所での保育の継続性と水準の保持、③同意が得られない場合の合理的理由と代替措置、などの点から各判決の考え方を整理する。

①については、高石市1審判決が裁量権の逸脱・濫用に当たらないとし、同2審判決並びに枚方市1審判決及び同2審判決が目的に合理性が認められるとした。横浜市1審判決は、保育所の民間移譲による運営の効率化及び多様な保育ニーズへの対応を目的としたことについては認めている。

②については、高石市2審判決が「本件保育所と同じ場所で、同じ施設を用いて新たに設置運営される」児童福祉法等の水準を満たした保育所において、「同水準の保育を受けることが可能」であるから、特定の児童及び保護者に著しく過重な負担を課し、保育所において保育を受けることを事実上不可能にするなどの事情は認められないとした。また、枚方市1審判決も、保育内容の継続性と一定水準を保持するための手続きを予定していたとした。

大東市1審判決は、必要な引継ぎ等を行っており、一応の水準を備えた保育が期待できたとしたうえで、「新保育園における児童の安全等に影響を与えかねない出来事」については、「保育の基本的事項に関する問題であって」、「本件保育所の廃止、民営化に伴って必然的に生ずべき問題として当然に予想できたもの」とはいい難いとした。また、保育士の変更や保育内容の変更は、「本件保育所が存続していてもあり得ること」であり、民間移譲に合理性が認められる以上、一定程度の保育内容の変更も「受忍すべき範囲内のもの」であるとした。一方、同2審判決は、保育内容の変化は、「公法上の契約の債務不履行によって生じたもの」であって、廃止処分によって生じたものではないから、「保育内容の変化をもって、本件廃止処分の違法を根拠づけることはできない」とした。

③については、横浜市1審判決が、①の目的を実現するために民間移譲も「一つの選択肢」であるとしたうえで、入所児童がいる保育所については、児童及び保護者の特定の保育所で保育を受ける利益を尊重する必要があるとあり、同意が得られない場合は、「利益侵害を正当化し得るだけの合理的な理由とこれを補うべき代替的な措置」が講じられることが必要であるとした。そして、本件においては、多様な保育ニーズに応えるなどの理由は、「不利益を被る可能性のある児童、保護者の存在する」ことからすれば、「早急な民営化を正当化する根拠としては不十分」であり、裁量の範囲を逸脱・濫用し、違法であるとした。ただし、保育所廃止条例を取り消

すことは、公の利益に著しい障害を生じ、公共の福祉に適当しないものと認められるとして、行政事件訴訟法第31条第1項により、請求を棄却した。

**保育所民間移譲の手続きの違法性**

市	横浜市	枚方市	高石市	大東市
地裁判決	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 民営化……選択肢</li> <li>● 不同意の場合……合理的理由と代替措置</li> <li>● 早急な民営化根拠不十分</li> <li>● 特定の保育所での保育を受ける権利尊重せず</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 経費節減、待機児童解消……合理的理由</li> <li>● 新保育所での保育の継続性、水準保持の手續予定……裁量権の逸脱・濫用なし</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 財政効果、保育サービス拡充……裁量権の逸脱・濫用なし</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 新保育園での出来事……予想不可能</li> <li>● 保育士、保育内容の変更……保育所存続でもあること→受任範囲</li> </ul>
高裁判決		<ul style="list-style-type: none"> <li>● 合理的理由あり</li> <li>● 裁量権の逸脱・濫用なし</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 財政効果、保育サービス拡充……目的合理性あり</li> <li>● 同水準の保育可能……裁量権の逸脱・濫用なし</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 保育内容の変更……公法上の契約の債務不履行→廃止処分によるものでない</li> </ul>

**(3) 国家賠償請求の認容の有無**

国家賠償請求については、大東市1審判決は、公法上の契約義務違反及び国家賠償法上の違法行為はないとしたのに対して、同2審判決は、児童の心理的な不安定を防止し、懸念や不安を軽減するため引継期間を1年程度設定したり、民営化以降も保育士を派遣したりするなどの「十分な配慮をすべき信義則上の義務（公法上の契約に伴う付随義務）」を負っていたとしたうえで、実際に行った引継ぎは、十分な配慮をしたものではなく、同義務違反として債務不履行に基づく損害賠償責任を負うとした。

横浜市1審判決は、原告の主張する①保育所を廃止したことの違法、②民間移譲を進める過程における対応の違法、③民間移譲に伴ってとった措置の違法について、①について、保育所の廃止が直ちに不法行為にはならないが、民間移譲する場合には「児童への悪影響を最小限にとどめるに必要な措置をとり」、「そのような観点に立って民営化の実施時期を定めるべき注意義務」を負っており、国家賠償法上違法行為となるとした。②と③については、民間移譲を実施したことと別個の不法行為を構成するものとは認められないため、改正条例制定行為に係る事情として考慮すれば足りるとした。

国家賠償請求の認容の有無

市	横浜市	枚方市	高石市	大東市
地裁判決	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 児童への悪影響を最小限にとどめる措置</li> <li>● 民営化実施時期を定める注意義務</li> <li>● 改正条例の制定……違法 →損害賠償</li> </ul>	—	—	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 廃止処分……適法</li> <li>● 説明義務……保護者説明会実施</li> <li>● 契約義務違反、違法行為…なし</li> </ul>
高裁判決	/		—	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 信義則上の義務……1年間の引継期間設定、保育士派遣必要</li> <li>● 実際の引継……不十分な配慮</li> <li>● 債務不履行による損害賠償</li> </ul>

3. 「保育所廃止条例の処分性」論点の考察  
— 保育を受ける権利をどう位置付けるか —

(1) 保育所廃止条例の処分性

各判決とも保育所廃止条例の処分性に関しては、行政庁の具体的な処分によることなく、条例自体が具体的な権利利益に直接影響を及ぼす行政処分に該当すると判断した。進んで、横浜市1審判決は、保育所廃止条例が保育の実施を解除するものであり、法は不利益処分と位置付けているとしたが、他の判決は、保育の実施の解除に当たらないとした。

一連の判決で保育所の廃止に関しては、条例の処分性を認める考え方が定着したといえ、個別の保育を求める給付訴訟や確認訴訟などの当事者訴訟よりも合一的に問題全体を司法審査の対象とできるため、多数の当事者が係わる紛争には適合的であり、保育所の民間移譲そのものを直接に争えるとの評価がなされている<sup>(12)</sup>。ただ、民営化に関するこのような判断が保育所の民間移譲に関する事案に限られているのは、児

(12) 米丸恒治「行政の民営化・民間委託と行政救済法」法律時報79巻9号36頁。

児童福祉法が保育に関する個別の権利を認めているためであるとする見解がある<sup>(13)</sup>。公の施設のなかでも利用者との権利関係が密接な施設、特に人の処遇に継続的に係わる施設においては、当該施設を廃止する条例は、法律の規定の仕方に係わらず一般的に処分性をもつと解するべきであろう。

## (2) 保育所選択権と継続的な保育を受ける権利は密接不可分

児童福祉法第24条が、保護者の保育所選択権を保障したものであることは一般に認めるところであるが、1997年の改正前の同法第24条は、次のように規定していた。

### 1997年の改正前の児童福祉法第24条

(\_\_\_\_は、筆者記)

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。

現行法が、「保育に欠けるところがある場合において、保護者から保育の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。」と規定しているのに対して、1997年の改正前は、「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。」と規定しており、文言上は、市町村の保育に欠けることの認定と入所による保育の措置が、保護者の申込みに基づく市町村の保育義務に変わっている<sup>(14)</sup>。また、現行法の同条

- (13) 同36・37頁は、「児童福祉法24条が特定の保育所選択を認めていることなどから生じる、特殊な保育所の利用に関わる保護者の権利または法的な利益に対する侵害という法効果に着目して」、「児童福祉法に基づく個別の保育を受ける権利または利益が、契約上または法上保護され確保されていること」、「特定の保育所を選択し保育の実施を受ける継続的な法関係が個別の当事者との間で存在する、保育の特殊な施設利用関係を前提にした民営化措置であること」が処分性を肯定しているとしている。
- (14) なお、「保育に欠ける」の文言について、「保育を必要とする」に改めるという議論が国会でなされたが、①保護者が家庭で保育を行うことができる児童について、市町村にサービス提供義務を課して、公費負担を行うことについて国民のコンセンサスが得られないこと、②幼稚園制度との調整をどう図っていくかということ、の理由により引き続き検討課題となったとされている（注(10)の6月23日同会議の保育課長発言）。

第2項から第5項の規定は改正前はなかった。

入所の措置の権限については、「入所の措置は市町村長の権限であり、その責任と判断によって行なわれるべきものである」<sup>(15)</sup>とされてきたが、実際の運用では、保育所入所申込書に「入所を希望する保育所名」を記載することになっていた<sup>(16)</sup>。この保護者からの申込みは、市町村の行政処分発動の端緒又は契機と位置付けられており、また実態としても保護者の意に反して保育所に入所させるということではなく、申込みに基づいて入所を行っていた<sup>(17)</sup>。ただし、改正前の裁判例では、「法第二四条の措置権者が行なう入所措置は、保護者の申請の有無にかかわらず行なわなければならないのであつて（同条及び規則第一九条第三項）、右処分の内容をなすところの個々の保育所の指定についても、実際の運用に当たっては保護者の希望を聞き、これを尊重することが望ましいにしても、右希望に拘束されるものではないと解すべく、いつたん入所措置された児童につき保育所を変更する場合も同様に解すべきである」とする判決<sup>(18)</sup>もあった。また、入所措置は、「一旦なされれば特段の事由のない限り当該児童が就学年齢に達するまで継続されるものではなく、期限を含め措置の具体的方法については、法所定の保育の目的に反しない限度で措置権者の合理的な裁量に委ねられた行政処分である」とするもの<sup>(19)</sup>があった一方、「入所措置事由が存続しかつ入所措置除外事由の発生しない限りは、これを継続しなければならない」とするものもあった<sup>(20)</sup>。

しかし、1997年の改正では、保護者からの申込みを前提にして希望する保育所を保護者が「固有名詞的に指名して」選択するという仕組みに変わったのである。このことによって、保育の実施責任は法律上市町村にあるが、「保護者の希望に最大限沿うように対応する必要がある」とされ、新設された保育所の設備・運営等の情報提供の義務は、保護者が情報をもとに選択を実現ならしめるために設けられたものであると

(15) 「児童福祉法による保育所への入所の措置基準について」（昭和36年2月20日児発第129号、各都道府県知事・各指定都市市長あて厚生省児童局長通達）。

(16) 「保育所入所申請書その他保育所への入所措置に伴う関係書類の様式について」（昭和36年12月12日児発第1324号、各都道府県知事・各指定都市市長あて厚生省児童局長通知）。

(17) 注(10)の3月17日同会議の保育課長発言。

(18) 東京地裁決定昭和56年1月20日（行集32巻1号15頁）。

(19) 大阪地裁決定平成元年5月10日（平成1（行ク）1事件、最高裁判所判例情報判例検索システム）。そのほか、仙台地裁昭和63年9月29日（判例地方自治56号42頁）。

(20) 大阪高裁決定平成元年8月10日（平成1（行ス）2事件、行集40巻8号988頁）（同上事件の行政処分執行停止申立却下決定に対する即時抗告申立事件）。

された<sup>(21)</sup>。つまり、子どもや保護者を「保育所の利用」、「選択の主体」として制度上位置付け<sup>(22)</sup>、保護者の保育に関する権利の「権利性がより高まった」<sup>(23)</sup>のである。

では、入所時の保育所選択権は、入所後も選択した保育所で保育を受ける権利、つまり継続的な保育を受ける権利として保障されるのかという点については、「利用契約の存続期間中」（高石市1審判決、大東市1審判決）、「就学までの期間」（高石市2審判決）又は「必然的に」（横浜市1審判決）当該保育所で保育を受ける権利を有するとした。ただし、高石市1審判決及び大東市1審判決は「当該保育所が存続しているにもかかわらず、その意に反して」転園を強要されないという条件付である。

1997年の児童福祉法の改正前は、保育所の入所措置期間は6ヶ月とされていた<sup>(24)</sup>が、改正後は小学校就学始期までの保育に欠けると見込まれる期間とされた<sup>(25)</sup>。厚生省児童家庭局長通知「児童福祉法等の一部を改正する法律の施行に伴う関係政令の整備に関する政令等の施行について」（平成9年9月25日、児発第596号）の保育所入所申込書の様式では、「保育の実施を希望する期間」を書き<sup>(26)</sup>、また市町村の保育実施条例施行規則の様式では、入所申込書には「保育の実施を必要とする理由及び期間」を書き、入所承諾書には「実施期間」を書くこととなっている。

- (21) 「中央児童福祉審議会保育部会議事録第1回：平成9年10月13日」（厚生省児童家庭局保育課）の厚生省児童家庭局保育課長発言。亙理格「保育所利用関係における合意の拘束力」小林武・見上崇洋・安本典夫『「民」による行政——新たな公共性の再構築』（法律文化社、2005年）219頁参照。
- (22) 注(10)の3月17日同会議の保育課長発言。
- (23) 注(10)の9月19日同会議の保育課長発言。
- (24) 注(15)通達では、「入所の措置をとるに当たっては、あらかじめ六箇月の範囲内で入所の期間を定めて行なうものとし、その期限が到来した場合において、なおその措置児童の措置理由があると認められるときは、その入所措置を更新する等適切な措置権の行使に努めること。」としていた。「保育所の入所措置及び運営管理の適正化について」（昭和44年12月27日児発第809号、各都道府県知事・各指定都市市長あて厚生省児童局長通知）では、「入所措置の決定にあつては、必ず六か月以内の措置期限を付し、その期限が到来したときは、再調査を確実にを行うこと。」としていた。
- (25) 注(10)の9月19日同会議において保育課長補佐は、「これまでは措置期間というものを6月とか1年とかいうように一方的に行政側が定めている形をとっておりましたが、……今後は、保育の実施期間を最長小学校就学式前の期間に延長しており」、「小学校就学始期に達するまでの間で、保育に欠けると見込まれる期間内で個々の期間を記載させる」説明としている。田村和之『保育所の民営化』（信山社、2004年）26頁。
- (26) 同通知の別紙2「市町村における保育の実施に伴う関係様式の記入注意及びその運用について」では、「「保育の実施期間」の欄には、申込者からの希望期間のうち希望の小学校就学始期に達するまでの期間で保育に欠けると見込まれる期間」を記入するとしている。

同改正が保護者を「選択の主体」と位置付け、「固有名詞的」に保育所を選択する権利を付与したものであるとすれば、保育所選択権を実質化ならしめるためには、入所後も選択した保育所で引き続き保育を受ける権利として保障されることは必須である。そうでなければ、その「権利性を高めた」とはいえない<sup>(27)</sup>。その意味では、高石市1審判決及び大東市1審判決が条件付きで継続的な保育を受ける権利を認めた理論構成は、保育所選択権の権利性を低め、空虚なものとする理論である。このように考えると、保育所選択権と継続的な保育を受ける権利は密接不可分なものとして捉えられなければならない<sup>(28)</sup>。

### (3) 保育所廃止は特定の保育所で保育を受ける権利を侵害

保育所選択権と継続的な保育を受ける権利は、密接不可分なものとして捉えられなければならないことは前述したが、施設の廃止は法制度上も実態上もあり得るため、それらの権利が選択した特定の保育所で実施期間中保育を受け得るものとして保障されるか否かについても検討の必要がある。

高石市1審及び大東市1審判決は、特定の保育所で保育を受ける権利を認め、保育所の廃止に関して裁量権の逸脱・濫用がある場合は権利を侵害するものであるとしたが、あくまでも当該保育所の存続を前提としたものであるものに対して、横浜市1審判決は、そのような限定はせず、保育所廃止条例は、保育所の廃止効果を有するものであるため、特定の保育所で保育を受ける法的利益を侵害するものであるとした<sup>(29)</sup>。

特定の保育所で保育を受ける権利は、当該保育所の存続を前提としたものであるとする考え方は、公の施設である保育所の廃止の市町村長の裁量権を広く認め、それは保育所の利用に当たっての前提とされているとするものである。このような考え方は、

---

(27) 亘理前掲書225頁は、「極めて薄弱な権利保障に止まってしまう」としている。

(28) 同226頁は、「保育所選択権と保育所入所後の保育所利用関係における保護者の意思の尊重とを完全に切り離れた点に、致命的過誤がある」としている。

(29) 横浜市1審判決の事案の執行停止申立てに関する横浜地裁平成16年3月22日決定（判例集未搭載）は、児童福祉法は、特定の保育所における保育の実施を受ける権利を保障していないとした。また、同抗告審（東京高裁平成16年3月30日決定（判例時報1862号151頁、判例タイムズ162号150頁））は、「特定の市立保育所において同一の保育環境の下で継続して保育を受けるといったような保育環境上の利益は、当該保育所が同一の環境で設置されていることに伴って生ずる事実上の利益」であるとした。



保育所の廃止と保育を受ける権利を分離する<sup>(30)</sup>だけでなく、結果的に保護者の保育所選択権と保育を受ける権利（継続的に保育を受ける権利、特定の保育所で保育を受ける権利）を分離する<sup>(31)</sup>ことになり、保育を受ける権利を空虚なものにしてしまう。

現行制度上は、保育所の廃止に関する理由についての具体的な規定はないが、災害による倒壊や自治体の財政破綻などの特段の事情がある場合<sup>(32)</sup>は、保育内容の変更や保育所の廃止など、保育所の利用関係について変更を認めることは当然あり得る。しかし、通常の行政運営においては、保育所の利用関係における（合意）内容に拘束性<sup>(33)</sup>があり、特に保育所を廃止するという変更は、契約締結の目的や本質的条項に矛盾する契約内容の変更<sup>(34)</sup>に該当し、事情変更が認められる特段の事情がない限り許されないとはいえる<sup>(34)</sup>。

#### （４） 保育所の利用関係は処分と契約の複合的法律関係

1997年の児童福祉法改正によって、「措置という行政処分による入所方式」<sup>(35)</sup>から「利用者の選択による利用契約方式」に変わったと一般に理解されている。そして、後者は「公法上の契約」であると厚生省は説明している<sup>(36)</sup>。

各判決は、横浜市1審判決、枚方市2審判決及び高石市2審判決が行政処分と、枚方市1審判決、高石市1審判決並びに大東市1審判決及び同2審判決が利用契約であるとした。前者は、申請を要件とする行政処分の存在、保育所入所の審査と選考は市町村長の権限であること、保育の実施の不承諾と解除に不服申立てができること、などを理由としている。実際に市町村の保育実施条例施行規則では、保育所入所承諾書、保育所入所承諾内容等変更通知書、保育所入所不承諾通知書及び保育実施解除通知書

(30) 田村和之「高石市東羽衣保育所廃止処分取消訴訟大阪地裁判決について」月刊『保育情報』No.340（2005年3月）3頁。

(31) 互理前掲書226頁。

(32) 同。

(33) 同228頁は、行政主体と一方当事者とする契約であっても、また行政処分性が組み込まれていても、合意の拘束性の契約法原理の適用はあるとする。また、事後立法によって一方的かつ遡及的に変更することは契約法原理に反するとする。

(34) 同234頁。

(35) 改正前の措置の法的性格をめぐる判決としては、事実行為とするもの（松江地裁益田支部昭和50年9月6日決定（判例時報805号96頁、『社会保障判例百選（第二版）』202頁）、行政処分とするもの（東京地裁平成5年12月8日決定（判例集未搭載））などがあるが、前者は保護者と保育所との関係を契約（準委任）とし、後者は公法上の関係とした。

(36) 注(10)の6月23日及び9月19日の同会議の保育課長及び保育課長補佐発言。

の様式に不服申立てができる旨が記載されている。

このような考え方に対して、厚生省は、行政処分ではなく「簡易迅速な救済の観点から入所契約の拒否などを不服審査の対象」としたものであるとしている<sup>(37)</sup>。そして、保護者の申込みは、公法上の契約の申込行為であり、行政手続法の申請には当たらず、同法に定める拒否の場合の理由の開示義務はなく、選考行為は行政内部の手続きであるとしている<sup>(38)</sup>。また、2004年の行政事件訴訟法の改正に伴って、取消訴訟等の提起に関する事項について行政庁の教示義務が課された際には、保育所入所不承諾等における同法の適用について、次のように通知している<sup>(39)</sup>。

### 行政事件訴訟法改正に伴う通知

#### 1. 保育所入所不承諾等における行政事件訴訟法の適用について

保育所の入所については、保護者の意思表示を前提とした申込みを受け、市町村が保育サービスを提供し、当該サービスの提供を受けた利用者が市町村の定める保育料を支払うという双務関係に基づく利用契約と位置付けられている。

この契約については、市町村には、保育の実施責任を負っていることによる締結義務が課されている一方、保育所利用申込者が保育の実施基準に該当するか否かを判断し、やむを得ない場合には保育所入所児童を公正な方法で選考する権限が児童福祉法上認められているところであり（児童福祉法第24条第1項及び第3項）、こうした性質にかんがみ、保育所入所の不承諾又は保育の実施の解除は、行政事件訴訟法上の取消訴訟の対象となる。

このように保育所への入所に関しては、行政処分としての措置か、公法上の契約としての利用契約か、その法的性格については必ずしも見解が一致していない。1997年の児童福祉法の改正については、1996年に中央児童福祉審議会基本問題部会において議論され、「少子社会にふさわしい保育システムについて（中間報告）」（1996年12

(37) 注(10)の6月23日同会議の保育課長発言。前掲厚生省児童家庭局長通知（平成9年9月25日、児発第596号）も行政不服審査法の対象となるとしている。なお、国及び県の費用負担としての措置制度に関しては、市町村に保育義務を課すことを前提として、国及び県が負担金を支弁するシステムは変わらないとしていた（注(10)の3月17日同会議の保育課長発言）。

(38) 注(10)の3月17日同会議の保育課長発言。

(39) 「行政事件訴訟法の一部改正等に伴う保育所入所不承諾通知書及び保育実施解除通知書の様式の変更について」（平成17年6月3日雇児保発第0603003号、各都道府県・各指定都市・各中核市民生主管部（局）長あて厚生労働省雇用均等・児童家庭局保育課長通知）。

月3日)が取りまとめられたが、中間報告は、「子育ての責任者が、その子に最も適している方法を選ぶシステムが優れている」としたうえで、保育所のあり方について次のように述べている。

## 「少子社会にふさわしい保育システムについて（中間報告）」

### 2. 保育所について

#### (1) 保育内容の情報提供と利用者が選択できる保育所・保育サービス

現行の保育所制度は、市町村が保護者の労働等の事由により保育に欠けると認められた児童について保育所に措置することとなっている。措置を行う際に希望する保育所を訊くことが通例であるが、制度上は利用者が選択できる仕組みではない。

子どもの成長にとって保育所の与える影響は大きい。子どもの最善の利益の確保という観点からは、利用者が保育所の保育内容、保育サービスの種類等の情報が十分に提供され、これらに基づいて利用者が保育所、保育サービスを選択する仕組みとすべきである。

保育所、保育サービスを選択できるようにした場合においても、定員との関係での調整や優先度の高い人が利用できなくなるといった配慮の必要性などを考えると、申し込みは市町村に対して行うことが適当である。また、保育に係る費用等に対する公費負担などの面において全体として公的責任が後退することのないようにすべきである。

中間報告は、保育の措置を職権主義に基づく行政処分と捉えているといえる。このことは、「入所の措置は市町村長の権限であり、その責任と判断によって行なわれるべきものである」とする通達（注15）や1997年の児童福祉法改正時の厚生省の説明でも明らかである。では、改正後は措置制度そのものが廃止され、当事者の契約による保育に変わったと言い切れるのであろうか。この点について中間報告は、措置制度の充実により対応する考え方と措置制度に代えて契約制度を導入する考え方との立場の違いが反映されている<sup>(40)</sup>。

中間報告の「利用者が保育所、保育サービスを選択する仕組みとすべきである」というフレーズからすれば、後者の考え方に立っているようにもみえるが、「申し込み

(40) 秋元美世「保育制度改革と児童福祉法の改正」法律時報69巻8号27頁。

は市町村に対して行うことが適当である」とのフレーズは、後者の考え方の核心にある契約による直接入所の考え方を排しており、市町村の責任でもって保育サービスを提供するという枠組みは維持されており、中間報告の考え方は後者ではなく、前者の考え方に立っているとされる<sup>(41)</sup>。法律の文言上は、「措置」という言葉はなくなったが、「保育しなければならない」義務が市町村に課されていることもそれを裏付けている。仮に公法上の契約と位置付けても「応諾義務」<sup>(42)</sup>が市町村にはあり、このような考え方に立てば、改正によって新設された第24条2項以下の規定も本来保障されるべき事柄が明示的になったものであるともいえ、従来の措置制度を改善・充実していくものであると評価できる<sup>(43)</sup>。

また、措置制度と選択制は次元の異なるものであり、前者が「権利保障の根幹となる入所制度＝仕組み」であり、選択制は「入所制度の運用・利用方法の問題」である<sup>(44)</sup>と捉える考え方もある。さらに、保育所の入所承諾は行政処分であるが、保護者と保育所の法関係は公法上の利用契約関係と解する考え方<sup>(45)</sup>もありうる。また、保育サービスは、保育所と保護者との間に契約を介在させることなく提供され、保育料は強制徴収ができるが債務不履行による解除は想定されておらず、法令にもそのような規定はないため、「公法上の契約」の実態は限りなく行政処分に近い<sup>(46)</sup>という考え方もある。

以上の考え方などから、保育所への入所と保育の法律関係は、行政処分と契約関係との並存と交錯を含んだ「複合的な法律関係」と捉え、保育所入所決定は、情報提供と選択権が保障されたうえでの保育申請権に基づく行政処分として位置付ける<sup>(47)</sup>

(図1) という考え方に整理できる。なお、保育の申込みは、行政処分としての入所

(41) 同30頁。

(42) 注(10)の3月17日同会議の保育課長発言。

(43) 秋元前掲論文31頁。

(44) 浅井春夫「児童福祉法改正をめぐる論点と課題」社会福祉研究第69号27頁。同31頁は、第24条第2項から第5項の規定は、今後の運用によっては保育に自由競争の原理を導入する可能性をもっていると指摘する。具体的には、保育所の申込みの代行役割や情報提供が利用者獲得競争に連動する可能性があるとする。今回の改正は、法制度を正面から変えることを避け、競争原理の実態を先行させ、追認的に法改正をする意図があると指摘する。

(45) 村田哲夫「市立保育所廃止処分取消請求事件 枚方市」判例地方自治18-索引62頁、草野功一「市立保育所廃止処分取消等請求控訴事件 大東市」判例地方自治284号87頁。

(46) 内田貴「民営化 (privatization) と契約(1) — 制度的契約論の試み」(ジュリストNo.1305) 124頁。

(47) 亙理前掲論文221・222頁。

決定（承諾）の前提行為として捉えることもできるが、申込みと承諾という行為に契約的要素を見出し、特定の保育所を選択し、当該保育所で継続的な保育を受ける公法上の契約を締結したと位置付け（図2）、保育の権利制の意味合い（保育所選択権、継続的な保育を受ける権利、特定の保育所で保育を受ける権利）をより強調することによって、その後の行政裁量を縮小・限定するという考えもあるのではないか。

図1

情報提供 → 選択 → 保育申込 → 審査 → 承諾・負担認定 →  
(契約) 保育の実施 → 解除

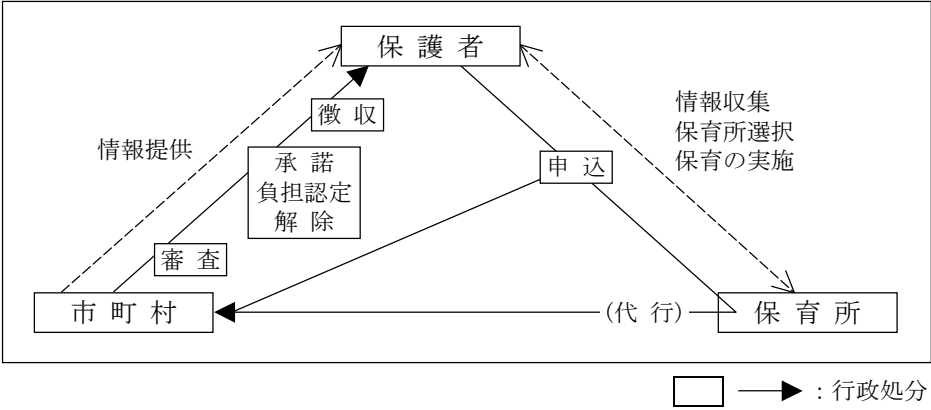
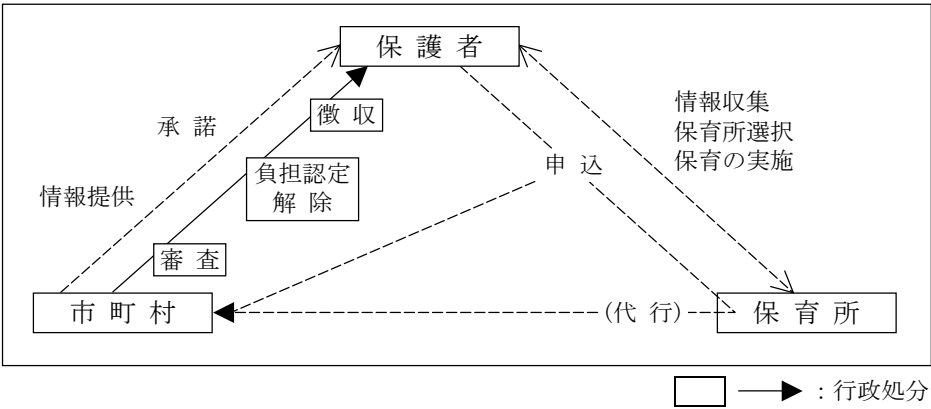


図2

情報提供 → 選択 → 保育申込 → 審査 → 承諾・負担認定 →  
(契約) 保育の実施 → 解除



いずれにしても、当事者の合意を基礎とし、法律関係の形成時又は変動時における法律関係を確定するための行政処分的行為と継続的な利用関係における契約的法律関係を包含した複合的法律関係と捉え、行政の処分性と市町村と保護者の合意にどこまで拘束力をもたせるか、また法律関係の形成時及び変動時並びに利用関係においてどこまで合意要素を考慮すべきかという観点から考えるべきであろう<sup>(48)</sup>。

#### (5) 保育所の廃止は保育の実施の解除以上の手続きが必要

保育所廃止条例による公立保育所の廃止及び民間移譲の「保育の実施等の解除」への該当性については、横浜市1審判決以外はいずれも認めなかった。いずれの判決も、児童福祉法第33条の4の「保育の実施」とは「保育所における保育を行うこと」であって、保育所の廃止に伴って他の保育所や民間移譲後の保育所で保育を受ける場合は、「保育の実施等を解除する場合」に当たらず、同条の説明聴取手続きが必要であるとはいえないとした。これらの判決に対して、横浜市1審判決は、民間移譲後の保育は、「事実上、新たな保育所において引き続き保育が実施されるということに過ぎない」として、保育所廃止条例は保育の実施の解除に当たるとした。

児童福祉法は、保育所の廃止については、市町村は廃止の1ヵ月前までに廃止の理由や入所者の処置などの事項を記載して都道府県知事に届け、承認を受けなければならない(第35条第6項、同法施行規則第38条)と規定している。一方、保育の実施の解除については、あらかじめ保護者に保育所の実施の解除の理由について説明するとともに、その意見を聴かなければならない(第33条の4)と規定している。そして、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(第33条の5)と規定している。第33条の4は、行政手続法の施行に伴う関係法律の整備に関する法律(平成5年法律第89号)による児童福祉法の一部改正によって規定されたのであるが、当該説明等の手続きに関しては、福祉の措置の解除に係る説明等に関する省令(平成6年9月27日厚生省令第62号)が制定された。同省令施行時の通知<sup>(49)</sup>では、制定趣旨として、福祉の措置の解除は、行政手続法第2条第4号に規定する「不利益処分に該当するものであるが、これらの措置の解除に当

(48) 同222頁。

(49) 「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」(平成6年9月30日支援更第243号・老計第129号・児発第894号、各都道府県知事・各指定都市市長あて厚生省社会・援護・老人保健福祉・児童家庭局長連名通知)。

たつては、ケースワークの過程において措置の解除に係る者の実情を斟酌し、かつ、その者の理解が得られるように努めながら判断を行っていることから、行政手続法上の不利益処分に係る手続（聴聞手続）の規定は適用除外とし、措置の解除によりふさわしい代替手続を福祉各法に規定したものである」と説明している。

## 福祉の措置及び保育の実施等の解除に係る説明等に関する省令（平成6年9月27日

厚生省令第62号）

（      は、筆者記）

### （趣 旨）

**第一条** 児童福祉法（昭和二十二年法律第百六十四号）第三十三条の四、身体障害者福祉法（昭和二十四年法律第二百八十三号）第十八条の三、知的障害者福祉法（昭和三十五年法律第三十七号）第十七条、老人福祉法（昭和三十八年法律第百三十三号）第十二条及び母子及び寡婦福祉法（昭和三十九年法律第百二十九号）第十八条の規定による措置又は助産の実施、母子保護の実施若しくは保育の実施（以下「保育の実施等」という。）の解除に係る理由の説明及び意見の聴取（以下「説明等」という。）の手続については、この省令の定めるところによる。

### （説明等の通知）

**第二条** 都道府県知事、市町村長、福祉事務所長又は児童相談所長（以下「行政庁」という。）は、説明等を行うに当たっては、あらかじめ説明等の相手方となるべき者に対し、予定される措置又は保育の実施等の解除の内容及び理由並びに説明等の期日及び場所を通知しなければならない。

2 前項の通知をするときは、説明等の期日において意見を述べ、又は説明等の期日への出頭に代えて意見書を提出することができる旨を教示しなければならない。

3 行政庁は、説明等の相手方となるべき者の所在が判明しない場合においては、第一項の規定による通知を、その者の氏名及び同項に規定する事項を記載した書面をいつでもその者に交付する旨を当該行政庁の事務所の掲示場に掲示することによって行うことができる。この場合においては、掲示を始めた日から二週間を経過したときに、当該通知がその者に到達したものとみなす。

### （説明等の期日又は場所の変更）

**第三条** 行政庁が前条第一項の通知をした場合（同条第三項の規定により通知をした場合を含む。）において、同条第一項の通知を受けた者（同条第三項後段の規定により当該通知が到達したものとみなされる者を含む。以下「当事者」という。）は、やむを得ない理由がある場合には、行政庁に対し、説明等の期日又は場所の変更を申し出ることができる。

2 行政庁は、前項の申出により、又は職権により、説明等の期日又は場所を変更すること

ができる。

- 3 行政庁は、前項の規定により説明等の期日又は場所を変更したときは、速やかに、その旨を当事者に通知しなければならない。

(代理人)

**第四条** 当事者は、代理人を選任することができる。

(説明等の方式)

**第五条** 行政庁が指名する職員（以下「担当職員」という。）は、説明等の期日において、予定される措置又は保育の実施等の解除の内容及び理由を当事者に説明し、当該措置又は保育の実施等の解除についての当事者の意見を聴かなければならない。

- 2 前項の手続は、行政庁が公開することを相当と認めるときを除き、公開しない。

(意見書の提出)

**第六条** 当事者は、説明等の期日への出頭に代えて、行政庁に対し、説明等の期日までに意見書を提出することができる。

- 2 前項の規定による意見書の提出は、提出する者の氏名及び住所、説明等の件名並びに当該事案の内容についての意見を記載した書面により行うものとする。

(当事者の不出頭の場合における説明等の終結)

**第七条** 行政庁は、当事者が正当な理由なく説明等の期日に出頭せず、かつ、前条第一項に規定する意見書を提出しない場合には、説明等を終結することができる。

- 2 行政庁は、前項に規定する場合のほか、当事者が説明等の期日に出頭せず、かつ、前条第一項に規定する意見書を提出しない場合において、当事者の説明等の期日への出頭が相当期間引き続き見込めないときは、当事者に対し、期限を定めて意見書の提出を求め、当該期限が到来したときに説明等を終結することとすることができる。

(調書)

**第八条** 行政庁は、説明等の経過を記載した調書を作成しなければならない。

- 2 前項の調書には、次に掲げる事項（説明等の期日において当事者が出頭しなかった場合においては、第四号に掲げる事項を除く。）を記載し、行政庁がこれに記名押印しなければならない。

- 一 説明等の件名
- 二 説明等の期日及び場所
- 三 担当職員の氏名及び職名
- 四 説明等に出頭した当事者及びその代理人
- 五 説明等に出頭しなかった当事者及び当該当事者については、出頭しなかったことについての正当な理由の有無
- 六 担当職員の説明並びに当事者及びその代理人の意見の要旨（提出された意見書における意見を含む。）



七 その他参考となるべき事項

3 当事者は、第一項の調書の閲覧を求めることができる。

(説明等を経てされる措置又は保育の実施等の解除の決定)

**第九条** 行政庁は、措置又は保育の実施等の解除の決定をするときは、前条第一項の調書の内容を十分に参酌してこれをしなければならない。

ここで問題になるのが、児童福祉法第33条の4の「保育の実施」の意味であるが、第24条第2項では「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。）」と定義されている。「前項に規定する児童」とは「保育に欠ける」児童であるが、「保育所における保育を行うこと」が、保護者が選択した「保育所における保育を行うこと」まで意味するか否かである。なお、自治体の保育実施条例施行規則では、保育の実施の解除は、「保育の実施の基準に該当しなくなったとき」、「保護者から保育の実施の解除の申出があったとき」又は「市長が保育の実施の継続が不可能であると認めたとき」のいずれかに該当するときに行うことができると規定している。

この問題を考えるに当たって、判決の各市が当該保育所の廃止に伴ってどのような手続きを行ったか整理してみる。なお、説明会等の実質的な手続きについては、個別具体の詳細にわたるので判決文の事実経過に譲り、ここでは書類上の手続きについて整理する。

横浜市の事案では、市は毎年提出している「保育所入所継続書類」（市の条例施行規則に様式なし）を提出させ、入所承諾内容等変更の手続きは行っていない（同規則に通知書の様式あり）。枚方市の事案では、市は毎年行われる入所継続手続として「入所継続確認書」（市の条例施行規則に様式なし）により保護者の入所継続の意思の確認を行った。大東市の事案では、市は「保育所変更申請書」（同）の提出を求めた。高石市の事案では、市は「保育所入所変更申込書」（同）の提出についての依頼書を配布した。横浜市と枚方市は、従来から毎年行っている入所継続の手続きで対応し、大東市と高石市は、変更申請の手続きで対応したが、いずれも条例施行規則で定められた手続きではない。

前者の対応は、保育所の民間移譲は設置主体が変更するものの、当該保育所は存続し、保育は継続するため、保育所の変更には当たらないので入所継続の手続きで足りるとするものである。後者の対応は、現行保育所からの退所と民間移譲後の保育所を

含む他の保育所への入所申込とを一体として行ったものである<sup>(50)</sup>。

前者のうち、枚方市1審判決は保育内容に継続性があったとしたが、横浜市1審判決は、「被告の計画としては、上記4園の廃止後、新たに認可された社会福祉法人等によって当該保育所の運営が引き継がれることを当然の前提としていたものであるが、本件改正条例自体は本件4園を廃止するとの効果しか有しない」、「「保育の実施の解除」ということについてみると、本件改正条例は、本件4園を平成16年3月末日をもって廃止することを定めるものであるから、これが法33条の4に定める保育の実施の解除に当たることは否定できない」という判決理由からもわかるように、廃止される市立保育所と民間移譲後の新保育所を分けて考える、つまり新たに別の私立保育所が設置されたものであるという考え方に立っている<sup>(51)</sup>。

後者は、民営化後の保育所において保育を受ける場合には保育の実施の解除には当たらず（高石市1審・2審判決）、「本件保育所と同じ場所で、同じ施設を用いて新たに設置運営される児童福祉法その他の法令等によって要求される水準を満たした保育園において、概ね、本件保育所と同水準の保育を受けることが可能」（高石市2審判決）、「同じ所在地にある新保育園で保育を受けることが可能」（大東市1審判決）、「同じ場所・施設において保育を受けることができる」（大東市2審判決）という判決理由からもわかるように、廃止される市立保育所と民間移譲後の新保育所の継続性又は同一性を重視したといえる。ただし、実際の手続きは、変更申請の手続きで行われており、整合性がない。

以上、各事案の実際の取り扱いと判決理由の意味合いについて整理した。前者については、横浜市1審判決の考え方に立つと、保護者が選択した保育所は廃止されたのであるから、保育の実施の解除に当たるという理屈になるが、その場合、必ずしも保育の実施の解除要件に該当するかどうか、廃止と捉えた場合、法令上は何ら基準や規制等がないため、逆に市町村長の裁量に委ねられるのではないかとの疑問も出てくることになる。後者については、保育所の継続性を認めたとしても、変更申請書の提出が余儀なくされたものであり、現行保育所からの退所は保護者の意思に反して行われたものであるとすれば、保育の実施の解除に当たるといえる<sup>(52)</sup>。

---

(50) 田村和之「高石市立東羽衣保育所廃止事件」『季刊教育法』No.146（2005年9月）81頁。

(51) 猿田佐世「横浜市立保育園廃止・民営化勝訴判決を受けて」賃金と社会保障No.1423（2006年8月上旬号）54頁。

(52) 田村注(50)前掲論文81頁。

さて、法令の規定ぶりを見る限り、「保育の実施」の意味合いは、自治体の条例における解除規定を考え合わせると「保育所における保育を行うこと」と一般的に捉えるのが素直であるとも考えられる。しかし、自治体の保育実施条例施行規則に「市長が保育の実施の継続が不可能であると認めたとき」という解除要件があるが、「保育の実施」義務が市町村にあることを考え合わせ、その意味するところは単なる「保育の実施」ではなく、保護者を選択の主体として位置付け、権利性を高めたという法改正の趣旨に鑑みれば、「保育の実施の継続が不可能である」という特段の事情は例外であり、保護者の保育所選択権と保育を受ける権利を実質化なさしめるためにも特定の保育所の廃止は、形式的な保育の実施の解除への該当性の有無にかかわらず、同様の、それ以上の手続きが必要であると理解するべきである。

#### 4. 「保育所廃止条例の違法性」・「国家賠償請求の認容」 論点の考察 ― 保育所廃止条例は保育を受ける権利を侵害するか ―

##### (1) 保育の権利性は自治体施設裁量権を縮小・限定

児童福祉法は、第35条第6項で児童福祉施設の廃止を規定しており、同法施行規則第38条第1項は「入所させている者の処置」を規定していることからしても、現在保育に欠ける児童のいる保育所を廃止することを予定している。また、保育所も地方自治法の「公の施設」である限り廃止することもある。いずれの判決も、①保育を受ける権利は、公の施設の廃止の裁量権に優先しない（高石市2審判決）、②保育所利用契約は当該保育所の存続が前提で、保育所廃止は公の施設としての性格からくる制約の前提（枚方市1審判決、高石市1審判決、大東市1審・2審判決）、③保育を受ける権利は、保育所廃止の絶対的制約事由でなく、設置者の政策的裁量判断である（横浜市1審判決）、という理由で市町村長の保育所廃止の裁量権を認めている。

そして、その裁量権の範囲については、広い裁量権を認め、裁量権の逸脱・濫用の場合は違法とするもの（高石市1審判決、大東市1審・2審判決、枚方市1審判決）、比較的広い裁量権を認め、過重な負担を課し、保育を受けることが不可能となる場合は裁量権の逸脱・濫用に当たるとするもの（枚方市2審判決、高石市2審判決）、政策的裁量判断は認められるが、廃止の目的・必要性、不利益の内容・性質・程度等を

総合的に考慮した合理的なものに限定するもの（横浜市1審判決）、に分かれている。

保育所廃止の裁量権の範囲を考えるに当たって必要なことは、一つは、公の施設である保育所の位置付けと保育行政における利用者の権利性、二つは、児童福祉法制における保育行政の位置付けとあり方、をどう考えるかである。

一つは、保育所であっても公の施設である限り、また児童福祉法も廃止を認めていることは否定しないが、問題は、自治体における公の施設の位置付けをどう考えるかである。自治体の公の施設は、その施設の種類だけでなく、業務内容、サービス、利用者及び利用の仕方など多種多様である。そのなかには、時代状況や地域事情によっては、必ずしも自治体が設置し、管理運営をしなくていい施設もある。しかし、基本的には公の施設は「住民の福祉の増進」のために設置されたものであるため、管理運営を他に委ねる場合でも、指定管理者制度など一定のルールのもとに行わなければならない。まして、公の施設の廃止に関しては、現行の地方自治法でも、設置条例の改廃の議決、適正な対価なくして譲渡する場合の議決、条例で定める特に重要な公の施設の廃止の特別多数議決、行政財産の貸し付け・売り払い・譲与等の制限、などのさまざまな制約がある。また、1964年3月までは、重要な施設の廃止に関しては住民投票制度もあった<sup>(53)</sup>。このような公の施設の位置付けを踏まえたうえで、各判決の事案は民間委託による公設民営化ではなく、公の施設の廃止に伴う民間移譲による民設民営化であることをあらためて認識する必要がある<sup>(54)</sup>。横浜市1審判は、次のように述べている。

「公の施設といっても種々のものがあり、その廃止による利害も様々であることからすれば、「公の施設」というだけで、一律にそのように論じることは相当でない。これを保育所の廃止ということについてみれば、その保育所としての性質からして、利用者の日々の生活と密接に結びついており、長期間にわたる継続的な利用関係が想定されていること、その廃止が利用者に与える影響は、児童及び保護者のいずれに対しても、一般的には深刻なものがあると考えられること、法は市町村に対して必要な保育所の設置義務を定めていること（24条）、そして、再三述べるように、法は、児

---

(53) 現在の自治体の「議会の議決に付すべき契約及び財産の取得又は処分に関する条例」及び「議会の議決に付すべき特に重要な公の施設の廃止に関する条例」の附則では、「議決又は住民の一般投票に付すべき財産及び営造物に関する条例」の廃止規定がある。

(54) その意味では、これらの事案を「民営化」と称するのは誤解を招き、適切ではないため、本稿では「民間移譲」という表現を使用している。

童及び保護者の特定の保育所で保育の実施を受ける利益を尊重すべきものとしていること等のことが挙げられるのであり、これらの点に鑑みるならば、その廃止について被告が主張するように市町村の広範な裁量にゆだねられているとは解し得ない。」

他の判決のように、保育を受ける権利を公の施設の廃止の裁量権に優先しないと安易に位置付けたり、保育所利用契約は当該保育所の存続が前提で保育所廃止は公の施設としての性格からくる制約の前提であると位置付けたりするのではなく、公の施設の廃止の裁量権の範囲を施設ごとの個別具体的な判断が必要であるとしたことは、大きな意味をもつ<sup>(55)</sup>。つまり、公の施設としての公設民営化ではなく、公の施設の廃止に伴う民間移譲による民設民営化については、地方自治法は大きな制約を課しており、決して自治体の自由裁量とは位置付けていないのである。ここに、保育に関する権利が単なる反射的利益ではなく、保育を受ける権利として法律に位置付けられても、行政資源の有限性や行政裁量の問題をクリアしなければ、その権利の実質化は困難であることを考える必要があるといえる<sup>(56)</sup>。横浜市1審判決でさえも、「資源等の有効利用」に言及しているのである。

二つは、児童福祉法が、近年、民営化や民間移譲を推進する方向で改正されていることをどう考えるかである。2001年には、第56条の7が新設され、保育需要が増大する市町村においては、市町村自らの公有財産（学校、公営団地等の公共施設の余裕スペース、公有地等）の貸付け、保育所の運營業務の委託その他の措置を積極的に講じ、社会福祉法人等多様な民間事業者による保育所の設置運営を効率的かつ計画的に促進することとされた。この改正は、認可外保育施設に関する問題の背景に保育所の不足があることを踏まえ、保育所の供給拡大を図るためのものであるとされているが、貸付先や委託先等の選定に当たっては、保育所が児童福祉を担う重要な機能を有していることに鑑み、手続の透明性、公正性に配慮しなければならないとしている<sup>(57)</sup>。

また、この改正前に、自治体が設置する保育所の運營業務（施設の維持・保存、利用者へのサービス提供等）については、事実上の行為として、地方自治法第244条の2第3項の適用はなく、同項に規定する公の施設の管理受託者の要件を満たさない民

(55) 猿田前掲論文58頁。

(56) 秋元前掲論文33頁。秋元美世「措置制度の諸問題——「反射的利益」と権利性の確保の問題をめぐって——」社会福祉研究第66号83頁以下参照。

(57) この改正は議員提案である。「児童福祉法の一部を改正する法律等の公布について」（平成13年11月30日雇児発第761号、各都道府県知事・各指定都市市長・各中核市市長あて厚生労働省雇用均等・児童家庭局長通知）参照。

間事業者にも当該業務を委託することは可能であるとする通知<sup>(58)</sup>を出している。具体的には、管理委託制度における委託先は、公共団体、公共的団体又は自治体出資法人に限られていたが、これら以外の民間主体（NPO、株式会社等）への委託も可能であるとし、事実上脱法的に株式会社等による公設民営の道を開いたのである。また、保育所の土地及び建物等を普通財産としたうえで、適切な主体に有償又は無償で譲渡又は貸与する場合は、当該保育所の設置者は、自治体ではなく譲渡又は貸与先となる旨もあわせて通知している。

筆者は、保育所の民間委託や民間移譲が好ましいとは思わないが、それ自体を否定するものではない。いずれもさまざまなメリット・デメリットが考えられるが、自治体の関与や責任の面では次のように考える。

指定管理者制度や業務委託による公設民営化は、公立保育所であることには変わらないため、設置者である自治体の関与や責任の面では、民間移譲による民設民営化よりは公的責任を担保することが可能である。しかし、短い指定期間又は年度契約で経営が不安定化し、業務や職員の継続性・専門性をどう確保するかという問題は、制度矛盾として認めざるを得ない。一方、民間移譲による民設民営化は、自治体の関与や責任の面では直接的な関係は希薄になるが、当該法人の経営が安定化するのであれば、公設民営化による細切れの管理運営よりは、一定の継続的なサービス提供も可能である。

ただし、いずれも共通して問題となっているのは、コスト削減による労働環境の悪化とそれに伴う継続性・専門性の欠如である。公設民営化の場合は、現実はともかく自治体の対応次第では、公契約として一定の質を確保するための手法は考えられる<sup>(59)</sup>が、民間移譲による民設民営化の場合は、そこまで立ち入ることはできない。その意味では、民間移譲による民設民営化は、保育行政の分野に留まらない自治体責任の移譲又は放棄の要素や意図が強いといえる。このような観点からは、仮に保育所の管理運営を民間に委ねるにしても、公設民営化による管理運営の方が、より自治体の関与や責任を確保することが可能であるといえる。

以上のことから考えると、保育所に関する自治体の施設裁量権は、保育の権利性に

(58) 「地方公共団体が設置する保育所に係る委託について」（平成13年3月30日雇児保第10号、各都道府県・各指定都市・各中核市民生主管部（局）長あて厚生労働省雇用均等・児童家庭局保育課長通知）。

(59) 三野靖「指定管理者制度における「公契約」」市政研究第156号（2007年7月）36頁以下参照。

鑑みるならば縮小・限定されるべきであり、基本的には公設民営化に限定され、特に保育所を廃止して民間移譲する民設民営化は、自治体の施設裁量権の範囲を逸脱する可能性が高いといえる。

## (2) 保育所民間移譲の手続きの義務性

保育所の民間移譲に対する判決は、民間移譲の経過や手続きの違法性をどこまで認めるかによってその判断が分かれた。

高石市と枚方市の各判決は、経費節減や保育サービスの拡充などの民間移譲の目的の合理性を認め、保育内容の継続性と一定の水準を保持することは可能であり、そのための手続きも行っていることから、裁量権の逸脱・濫用はないとした。また、大東市1審判決は、新保育園での出来事は予測不可能であり、保育士や保育内容等の変更は保育所が存続してもありうることであり、受忍範囲であるとした。

これに対して、大東市2審判決は、保育内容の変化は、保育所廃止処分によるものではないが、公法上の契約の債務不履行によるものであるとしたうえで、1年程度の引継期間の設定や民営化後の保育士派遣等の「十分な配慮をすべき信義則上の義務（公法上の契約に伴う付随義務）」を負っており、実際の引継ぎは配慮が不十分であり、債務不履行による損害賠償責任を負うとした。この考え方は、市と保護者の関係を契約関係と捉え、その関係を前提に信義則上の配慮義務を導き出したものであり、保育所の廃止前後を連続関係で捉え、保育所廃止条例による廃止行為が違法でなくても、保育の継続性の配慮義務を負うとしたものである<sup>(60)</sup>。

一方、横浜市1審判決は、保護者の同意が得られない場合は、利益侵害を正当化し得る合理的理由と代替的措置が必要であるとしたうえで、多様な保育ニーズに応えるなどの理由は早急な民営化の根拠として不十分であり、特定の保育所で保育を受ける権利尊重したものとはいえず、裁量の範囲を逸脱・濫用し、違法であるとした<sup>(61)</sup>。また、保育所の廃止に当たっては、児童への悪影響を最小限にとどめる必要な措置と民営化実施時期を定める注意義務があり、国家賠償法上の違法行為となるとした。この判決は、単に早急な民間移譲は違法であるというのではなく、一般に広く認められ

(60) 村田浩治「保育所の廃止民営化で高裁が保護者に慰謝料を容認」賃金と社会保障No.1423(2006年8月上旬号) 51頁。

(61) 横浜市の民間移譲後の経過については、横浜市福祉局「市立保育所の民間移管検証結果報告書(平成16年度～18年度移管)」(平成17年11月)参照。

てきた公の施設の廃止に関する政策裁量判断を廃止の目的・必要性、不利益の内容・性質・程度等を総合的に考慮した合理的なものに限定したこと、合理的理由と代替措置の必要性、影響を最小限にとどめるための義務があること、などを個別具体的に検討し、指摘した点こそが注目されるべきである<sup>(62)</sup>。

二つの判決は、信義則上の義務違反と民間移譲に伴う注意義務違反と、義務違反の根拠は異なるが、民間移譲に当たっては、十分な引継ぎや影響を最小限にとどめるための措置が必要で、そのために必要な民間移譲の実施時期を定める義務があることを示したといえる。

## 5. まとめ

保育所の民間移譲に関する判決の比較検討を通してみえてきたことを整理して、まとめとする。

児童福祉法は、保育所選択権、継続的な保育を受ける権利及び特定の保育所で保育を受ける権利を認めていることは、各判決を通じて概ね定着してきたといえる。しかし、それは選択した保育所の存続を前提とした脆弱なものであってはならず、各権利は密接不可分のものとして位置付けられ、理解しなければ、その権利性を高めたことにはならない。

また、保育所の利用関係の法的性格については、行政処分と契約関係を包含した複合的法律関係であり、その関係のなかに保育の権利性と当事者の合意要素を見出すことができる。このように考えると、保育所の利用関係の法的性格にかかわらず、当事者の法律関係には拘束性があり、保育所廃止という利用関係の本質的な変更は特段の事情がない限り許されないと考えるべきである。

保育所の廃止が保育の実施の解除に当たるかについては、児童福祉法等の関係法令上、保育所の廃止と保育の解除がどのような関係にあるか整理する必要がある。法令上は相互にリンクした規定はないが、保育の義務は自治体にあること、保育の実施の解除は、保育基準への非該当又は保護者の申出以外は例外であることなどに鑑みれば、保育所の廃止はそれ以上の例外措置であるといえる。となれば、保育の権利性と利用関係の拘束性に鑑みれば、保育所の廃止については、保育の実施の解除の際に必要とされる以上の慎重な手続

---

(62) 猿田前掲論文60頁。同判決に批判的な論考として、伴義聖・小安政夫「はんれい最前線 市立保育所民営化、定着には時間が必要」判例地方自治288号4頁以下。



きを踏むことは当然であるといえる。

公の施設である保育所の廃止の裁量権の範囲については、二つの面から考える必要がある。一つは、児童福祉法における保育所の廃止規定と保育需要増大自治体の公有財産貸付け等の措置規定との関係を整理する必要がある。保育所の廃止規定は何ら要件等を定めていないが、保育需要増大自治体の公有財産貸付け等の措置規定は、あくまでも保育需要の増大に応えるため、財産の貸付けや運営委託等によって民間事業者による保育所の設置運営を図ろうとするものである。また、地方自治法では、公の施設の廃止等にはさまざまな制約もある。このように考えると、二つの規定は決して別々にあるものではなく、保育需要が増大している自治体においては、公設民営化による保育所運営は許容又は促進されても、もっぱらそうではない理由でもって民間に委ねることはむしろ法の趣旨に反するといえる。ましてや、公立保育所を廃止し、民間移譲による民設民営化は例外中の例外と位置付けていると解するべきである。よって、仮に民間に委ねるとしても、自治体の関与や責任を一定確保することが可能な公設民営化による方式を基本に考えるべきである。

二つは、公の施設の廃止に関する裁量権の範囲を一律に考えるのではなく、施設ごとの個別具体的な判断が必要である。保育の権利性や利用関係の拘束性をどう位置付けようと、また保育所の廃止の手続きをどう位置付けようと、行政資源の有限性や行政裁量によってその性格や手順が左右されたのでは、その権利は極めて脆弱で、権利の実質化は困難である。保育所や障がい者施設など、人の生命や健康、福祉にかかわる行政分野における施設のあり方に対する自治体の裁量権は、一般的な裁量に比して縮小又は限定されると考えるべきである。そして、保育所に関する自治体の施設裁量権は、保育の権利性に鑑みるならば縮小・限定されるべきであり、特に保育所を廃止して民間移譲する民設民営化は、自治体の施設裁量権の範囲を逸脱する可能性が高いといえる。

(みの やすし (財)地方自治総合研究所研究員)

---

※ 本文中掲載以外の参考文献

- 垣内国光『民営化で保育が良くなるの?』(ちいさいなかま社、2006年)  
 櫻井慶一『保育制度改革の諸問題——地方分権と保育園——』(新読書社、2006年)  
 杉元政光「保育所民営化取消訴訟で広がる波紋」ガバナンス2006年11月号  
 田村和之「大東市立三箇保育所廃止処分取消等請求事件の大阪高裁判決(2006年4月20日)について」月刊『保育情報』No.355(2006年6月)  
 洞澤秀雄「行政判例研究509」自治研究第82巻第5号  
 亘根格「公立保育所廃止・民営化訴訟における相対的紛争解決の可能性」政策科学13-3(2006年3月)  
 『社会保障・社会福祉判例体系第3巻年金・福祉・生活保護』(労働旬報社、1996年)

<資料1>

公立保育所の民間移譲に関する判決概要比較

市	横浜市	枚方市	
裁判年月日	平成18年5月22日	平成18年4月27日	平成17年10月27日
裁判所	横浜地方裁判所	大阪高等裁判所	大阪地方裁判所
判決	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 条例による廃止処分取消請求棄却(処分は違法)・却下</li> <li>● 賠償請求一部認容</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 控訴棄却</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 条例による廃止処分取消請求棄却・却下</li> <li>● 賠償請求棄却</li> </ul>
保育所廃止条例の処分性	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 特定の保育所で保育を受ける利益……法律上保護された利益</li> <li>● 改正条例の制定……具体的な処分によることなく、必然的に侵害</li> <li>● 改正条例……保育の実施を解除 →法は不利益処分と位置づけ</li> <li>● 改正条例の制定……処分に該当</li> </ul>		<ul style="list-style-type: none"> <li>● 条例……具体的な処分を待つことなく施行日をもって本件保育所を廃止 →権利利益に直接影響を及ぼす</li> <li>● 条例の制定行為……行政処分</li> </ul>
保護者の保育所選択権の保障	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 法24条……保護者にどの保育所で保育を受けさせるかを選択する機会を与え、選択を可能な限り尊重すべき</li> <li>● 保育所を選択し得る地位…保護者の法的な利益として保障</li> </ul>		
継続的な保育を受ける権利の保障	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 入所時における保育所の選択……入所時だけでなく、その後の一定期間の継続的な保育の実施を当然の前提</li> <li>● 保育期間中の保育所の廃止…保護者の有する保育所を選択し得る法的利益を侵害</li> </ul>		<ul style="list-style-type: none"> <li>● 契約に基づく権利……利用契約の存続期間中保護</li> </ul>
特定の保育所で保育を受ける権利の保障	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 特定の保育所で保育の実施を受け、将来保育期間中にわたって受け得る利益……保護者が保育所を選択したことによる反射的な利益ではなく、法的に保護された利益</li> <li>● 改正条例……廃止する効果を有するもの →当該保育所で保育の実施を受けることを不可能とするもの →児童の特定の保育所において保育の実施を受けるという法的利益を侵害</li> </ul>		

作成：(財)地方自治総合研究所 三野 靖

高 石 市		大 東 市	
平成18年1月20日	平成16年5月12日	平成18年4月20日	平成17年1月18日
大阪高等裁判所	大阪地方裁判所	大阪高等裁判所	大阪地方裁判所
<ul style="list-style-type: none"> <li>● 条例による廃止処分取消請求・無効確認等却下・棄却</li> <li>● 賠償請求却下</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 条例による廃止処分取消請求棄却</li> <li>● 無効確認等却下</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 控訴棄却</li> <li>● 賠償請求一部認容</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 条例による廃止処分取消請求棄却</li> <li>● 無効確認請求等却下</li> <li>● 賠償請求棄却</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>● 改正条例の制定……保育所の廃止により、直接、権利・法的利益を侵害 →改正条例制定……抗告訴訟の対象である処分</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 保育所の廃止……具体的権利を侵害する行政処分</li> <li>● 改正条例……具体的処分を経ることなく、当該条例自体によって、特定の個人の具体的な権利義務に直接影響を及ぼす →改正条例の制定行為自体…行政処分</li> </ul>		<ul style="list-style-type: none"> <li>● 改正条例……具体的処分を待つことなく施行日をもって本件保育所を廃止 →権利・法的地位に直接具体的な影響</li> <li>● 改正条例の制定行為……行政処分</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>● 保護者に保育所の選択権が認められたとまではいえない</li> <li>● 児童福祉法……保護者が自ら選択した特定の保育所において保育を受ける立場を市町村は極力尊重すべき</li> <li>● 児童福祉法……保護者が自ら選択した特定の保育所において保育を受ける立場を市町村も極力尊重すべきもの</li> <li>● 特定の保育所において具体的利用関係が生じている保護者……強い利害関係を有しており、その地位を尊重</li> <li>● 特定の保育所で保育を受けている保護者……就学までの期間、当該保育所において、保育を受ける権利・法的利益を有する</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 保護者が選択した保育所で保育を受ける権利……利用契約の存続期間中保護されるべき →利用契約の存続期間中、当該保育所が存続しているにもかかわらず、その意に反して他の保育所への転園を強要されることはない</li> <li>● 利用契約……当該保育に欠ける児童の就学までが契約期間</li> </ul>		<ul style="list-style-type: none"> <li>● 保護者が選択した保育所で保育を受ける権利……利用契約の存続期間中に保護されるべき →利用契約の存続期間中、当該保育所が存続しているにもかかわらず、その意に反して他の保育所への転園を強要されることはない</li> <li>● 利用契約……当該保育に欠ける児童の就学までをその契約期間</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>● 保護者の利益……事実上の利益ではない</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 本件保育所が存続することを前提とした利用契約</li> <li>● 裁量権の逸脱・濫用に当たるような保育所の廃止……保育所で保育を受ける権利を侵害</li> </ul>		<ul style="list-style-type: none"> <li>● 本件保育所が存続する限り本件保育所で保育を受ける権利 →就学時まで本件保育所での保育の実施を期待した法的地位</li> <li>● 保育所の廃止……権利・法的地位に対して直接具体的な影響を与えるもの</li> <li>● 裁量権を逸脱・濫用して保育所を廃止した場合……権利・法的地位を侵害</li> </ul>

市	横浜市	枚方市	
裁判年月日	平成18年5月22日	平成18年4月27日	平成17年10月27日
裁判所	横浜地方裁判所	大阪高等裁判所	大阪地方裁判所
保育所の利用関係の法的性格	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 保護者からの入所申込みに応じない場合の決定や保育の実施を解除する措置……行政処分として運用</li> <li>● 異議申立て、保育に欠けるかどうかの認定・選考の実施、要件が消滅した児童についての保育の実施の解除→保育所入所後の利用関係を直ちに契約関係といい得るかは疑問</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 保育所の入所決定……保護者の申請を前提にして行われる行政処分</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 平成9年改正後の法24条…保育所に関する情報の提供に基づき保護者が保育所を選択する仕組みを採用</li> <li>● 保護者の希望した保育所への入所を承諾した場合……保護者が当該保育所における保育を受けることを内容とする利用契約（公法上の契約）を締結</li> </ul>
保育所廃止と保育の実施の解除の関係	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 改正条例……法33条の4に定める保育の実施の解除</li> <li>● 保育の実施の解除……不利益処分</li> </ul>		<ul style="list-style-type: none"> <li>● 「保育所における保育を行うこと」をもって「保育の実施」と定義付けている→法33条の4にいう保育の実施の解除……保育に欠けることの要件等を欠くことを理由として、保育を行うことを解除する場合</li> <li>● 保育所の廃止……保育の実施の解除にはあたらず、手続違反はない</li> </ul>
保育所廃止条例の違法性	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 改正条例の制定によって、民営化を平成16年4月1日に実施するとしたこと……裁量の範囲を逸脱、濫用したもので、違法</li> </ul>		<ul style="list-style-type: none"> <li>● 廃止処分……裁量権の逸脱、濫用はなく、違法ではない</li> </ul>
保育を受ける権利と保育所廃止の関係	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 保育所の選択、当該保育所において保育の実施を受ける利益……保育所の廃止についての絶対的制約事由ではない</li> <li>● 保育所の廃止……設置者の政策的な裁量判断にゆだねられており、児童や保護者の同意が得られない限りその廃止が違法となるとまでは解し得ない</li> </ul>		<ul style="list-style-type: none"> <li>● 保護者の選択した保育所において保育を実施する利用契約……当該保育所が存続することを前提</li> <li>● 市町村の裁量による保育所の廃止……保育所の公の施設としての性格からくる制約の前提</li> <li>● 保育所の廃止……入所児童の保護者の権利に直接影響を与える→裁量権……全くの自由裁量ではなく、逸脱・濫用がある場合は違法</li> </ul>

高 石 市		大 東 市	
平成18年1月20日	平成16年5月12日	平成18年4月20日	平成17年1月18日
大阪高等裁判所	大阪地方裁判所	大阪高等裁判所	大阪地方裁判所
<ul style="list-style-type: none"> <li>● 平成9年改正後の児童福祉法……保護者の申込みを前提に、市町村長が行政処分により入所を認める制度</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 児童福祉法24条……措置による入所の仕組みから、保育所に関する情報の提供に基づき保護者が保育所を選択</li> <li>● 保護者が選択した保育所における保育を実施することを内容とする利用契約（公法上の契約）を締結</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 保育所利用契約</li> <li>● 公法上の契約</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 法24条……措置による入所の仕組みから、保護者が保育所を選択し、保護者が選択した保育所における保育を実施することを内容とする利用契約（公法上の契約）を締結する仕組みに変更</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>● 児童福祉法……保護者が選択した特定の保育所において保育を実施することをもって、「保育の実施」とするものではない →「保育所における保育を行うこと」をもって、「保育の実施」と定義付け</li> <li>● 保育の実施の解除……市町村が保育所における保育を行うことを解除する場合</li> <li>● 他の保育所に転園する場合、民営化後の保育所において保育を受ける場合…「保育の実施の解除」には当たらない</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 児童福祉法……保護者が選択した特定の保育所において保育を実施することをもって、「保育の実施」とするものではない →「保育所における保育を行うこと」をもって、「保育の実施」と定義付け</li> <li>● 保育の実施の解除……市町村が保育所における保育を行うことを解除する場合</li> <li>● 他の保育所に転園する場合、民営化後の保育所において保育を受ける場合…「保育の実施の解除」には当たらない</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 「保育所における保育を行うこと」をもって「保育の実施」と定義付けている</li> <li>● 保育所を民営化する廃止処分……保育の解除にあたらない</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 保護者が選択した特定の保育所において保育を実施することをもって「保育の実施」とするものではない →「保育所における保育を行うこと」をもって「保育の実施」と定義付け</li> <li>● 保育の実施の解除……保育に欠けることの要件等を欠くことを理由として、保育を行うことを解除する場合</li> <li>● 新保育園又は他の保育所において保育を実施する予定…保育所における保育を行うことを解除する予定はなかった →保育所の廃止、民営化…保育の実施の解除には当たらない</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>● 改正条例……裁量権の逸脱・濫用はなく、手続上の違法もない</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 改正条例の制定による廃止処分……裁量権の逸脱・濫用ない</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 廃止処分……適法</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 廃止処分……適法</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>● 保育所の利用関係……公法上の契約でなく、保護者が選択した特定の保育所における保育義務は規定していない</li> <li>● 保育を受ける権利・法的利益……公の施設の廃止に関する地方公共団体・長の裁量権に当然に優先するとは認められない</li> <li>● 保育所の廃止……裁量権を逸脱するとはいえない</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 保護者の選択した保育所において保育を実施する利用契約……当該保育所が存続することを前提</li> <li>● 市町村の広範な裁量による保育所の廃止……保育所の公の施設としての性格からくる制約の前提</li> <li>● 保育所の廃止……裁量権の逸脱・濫用に当たる場合に違法</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 裁量による保育所の廃止…保育所の公の施設としての性格からくる制約として、保育所利用契約において前提</li> <li>● 保育所において保育を受ける権利……保育所利用契約に基づき、本件保育所が存続する限りとの条件付きで有していたもので、無条件の権利ではない</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 保育所の廃止、民営化……経費削減のため理由があるもの →新保育園での保育の実施を受けることができ、合理性あり</li> <li>● 保育所の廃止……裁量事項</li> <li>● 選択した保育所において保育を実施する利用契約……当該保育所が存続することを前提とするもの</li> <li>● 保育所の廃止……公の施設としての性格からくる制約として利用契約において前提</li> </ul>

市	横浜市	枚方市	
裁判年月日	平成18年5月22日	平成18年4月27日	平成17年10月27日
裁判所	横浜地方裁判所	大阪高等裁判所	大阪地方裁判所
保育所廃止の裁量権の範囲	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 保育所廃止の判断……廃止の目的、必要性、利用者の被る不利益の内容、性質、程度等の諸事情を総合的に考慮した合理的なものでなければならぬ</li> <li>● 公の施設の廃止……一律に論じることは不相当</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 保育所の廃止……廃止される保育所に入所している児童の処置についての配慮が求められる →児童が保育所において保育を受けることが不可能な事態が発生する場合……裁量権の逸脱、濫用</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 保育所の廃止……就学前児童数、待機児童数、保育サービスの需要及び地方公共団体の財政状況などの諸事情を総合的に勘案して判断されるべき事柄であり、被告の裁量にゆだねられた事項</li> </ul>
保育所民間移譲の手続きの違法性	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 民営化……一つの選択肢であり、違法ではない</li> <li>● 保育所の民営化……児童及び保護者の特定の保育所で保育の実施を受ける利益を尊重する必要がある →同意が得られない場合…利益侵害を正当化し得る合理的な理由と代替的な措置が必要</li> <li>● 「多様な保育ニーズに応えるため」「子どもの成長が早い」という理由……早急な民営化を正当化する根拠としては不十分 →児童及び保護者の特定の保育所で保育の実施を受ける利益を尊重したものとはいえない</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 保育所の廃止……合理的な理由がある →保育所において保育を受けることが不可能となる事態が発生するような事情はない</li> <li>● 保育所の廃止……裁量権の逸脱、濫用はない</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 廃止処分……経費削減、待機児童解消という合理的な理由、新保育園における本件保育所での保育内容の継続性、一定の水準を保持するための手続を予定 →廃止処分……裁量権の逸脱、濫用はない</li> </ul>
国家賠償請求の認容	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 保育園の廃止……児童への悪影響を最小限にとどめるに必要な措置をとり、民営化の実施時期を定めるべき注意義務を負う</li> <li>● 改正条例の制定……違法行為 →損害賠償</li> </ul>		<ul style="list-style-type: none"> <li>● 保育内容の継続、水準の維持……注意義務違反なし</li> <li>● 他の保育所への入所……注意義務・契約違反なし</li> </ul>

高 石 市		大 東 市	
平成18年1月20日	平成16年5月12日	平成18年4月20日	平成17年1月18日
大阪高等裁判所	大阪地方裁判所	大阪高等裁判所	大阪地方裁判所
<ul style="list-style-type: none"> <li>● 保育所の廃止……特定の児童ないし保護者に著しく過重な負担を課し、保育所において保育を受けることを事実上不可能にする場合は、裁量権の範囲を逸脱</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 保育所の廃止……市長の広範な裁量に委ねられた事項→裁量権の行使に逸脱ないし濫用が存した場合……保育所の廃止が違法</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 保育所の廃止……裁量事項であり、裁量の範囲を逸脱・濫用したものといえない限り、廃止処分は適法</li> <li>● 児童福祉法……保護者の選択権を認めたものではあるが、保育所廃止に関する裁量権を否定又は限定する趣旨は含まない</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 保育所の廃止……裁量事項</li> <li>● 裁量権……全くの自由裁量ではなく、裁量権の行使に逸脱ないし濫用が存した場合には違法</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>● 保育所の廃止……財政効果の観点、民営化による待機児童の解消、延長保育の実施といった保育サービスの拡充の観点から、保育所を廃止・民営化することを目的 →目的に合理性がある</li> <li>● 本件保育所と同水準の保育を受けることが可能 →著しく過重な負担を課し、保育所において保育を受けることを事実上不可能にするなどの事情は認められない →裁量権の逸脱・濫用ない</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 保育所の廃止、民営化……財政効果の観点、民営化による待機児童の解消、延長保育の実施といった保育サービスの拡充の観点 →裁量権の逸脱・濫用はない</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 保育内容の変化……公法上の契約の債務不履行によって生じたもの →廃止処分によって生じたものではない</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 新保育園における児童の安全等に影響を与えかねない出来事……保育所の廃止、民営化に伴って必然的に生ずべき問題として当然に予想できたものではない</li> <li>● 保育士の変更、保育内容の変更……保育所が存続していてもあり得ること</li> <li>● 保育内容の変更……受忍すべき範囲内のもので、権利を実質的に侵害しない</li> </ul>
		<ul style="list-style-type: none"> <li>● 信義則上の義務（公法上の契約に伴う付随義務）……引継期間を1年程度設定したり、民営化以降も保育士を派遣するなどの十分な配慮をすべき</li> <li>● 実際に行った引継ぎ……十分な配慮をしたものではなく、債務不履行に基づく損害賠償責任を負う</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 廃止処分……適法</li> <li>● 保護者説明会等の実施……一応の説明義務を果たしている →公法上の契約義務違反、国家賠償法上の違法行為はない</li> </ul>

<資料2>

公立保育所の民間移譲に関する判決比較

市	横浜市	枚方市	
裁判所	横浜地方裁判所	大阪高等裁判所	大阪地方裁判所
裁判年月日	平成18年5月22日	平成18年4月27日	平成17年10月27日
判例掲載誌	判例地方自治No.284 (平成19年1月号)		判例地方自治No.280 (平成18年9月号)
判決	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 条例による廃止処分取消請求棄却（処分は違法）・却下</li> <li>● 賠償請求一部認容</li> </ul>	● 控訴棄却	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 条例による廃止処分取消請求棄却・却下</li> <li>● 賠償請求棄却</li> </ul>
保育所廃止条例の処分性	<p>児童及び保護者の特定の保育所で保育の実施を受ける利益は、法律上保護された利益であり、本件改正条例の制定は、このような利益を他に行政庁による具体的な処分によることなく、必然的に侵害するものである。また、本件改正条例は本件4園における保育の実施を解除するものであり、法はこれを不利益処分と位置づけている。</p> <p>これらのことからすると、本件改正条例の制定は、行政事件訴訟法3条2項所定の「処分」に該当する。</p>		<p>本件条例は、他に行政庁の具体的な処分を待つことなく施行日をもって本件保育所を廃止するものであり、これにより、本件各児童が本件保育所における保育を受けられなくなるものであるから、原告らの権利利益に直接影響を及ぼすものというべきであり、本件条例の制定行為をもって行政処分当たると解する。</p>
保護者の保育所選択権の保障	<p>法24条は、保護者に対して、その監護する乳幼児にどの保育所で保育の実施を受けさせるかを選択する機会を与え、市町村はその選択を可能な限り尊重すべきものとして認められる。</p> <p>保育所を選択し得るといふ地位を保護者における法的な利益として保障している。</p>		
継続的な保育を受ける権利の保障	<p>入所時における保育所の選択は、入所時だけの問題ではなく、その後の一定期間にわたる継続的な保育の実施を当然の前提としたものである。</p> <p>保育期間中に当該選択に係る保育所を廃止することは、保護者の有する保育所を選択し得るとの法的利益を侵害する。</p>		<p>契約に基づく権利は、原則として利用契約の存続期間中、すなわち通常は就学するまで保護される。</p>



作成：(財)地方自治総合研究所 三野 靖

高 石 市		大 東 市	
大阪高等裁判所	大阪地方裁判所	大阪高等裁判所	大阪地方裁判所
平成18年1月20日	平成16年5月12日	平成18年4月20日	平成17年1月18日
判例地方自治No.283 (平成18年12月号)	判例地方自治No.283 (平成18年12月号)	判例地方自治No.282 (平成18年11月号)	判例地方自治No.282 (平成18年11月号)
<ul style="list-style-type: none"> <li>● 条例による廃止処分取消請求・無効確認等却下・棄却</li> <li>● 賠償請求却下</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 条例による廃止処分取消請求棄却</li> <li>● 無効確認等却下</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 控訴棄却</li> <li>● 賠償請求一部認容</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 条例による廃止処分取消請求棄却</li> <li>● 無効確認請求等却下</li> <li>● 賠償請求棄却</li> </ul>
改正条例の制定による本件保育所の廃止により、直接、権利ないし法的利益を侵害されることになるから、改正条例の制定は抗告訴訟の対象である処分と解する。	保育所の廃止は、原告らが具体的に有する上記権利を侵害する行政処分に当たるものと解するのが相当である。改正条例の内容は、他に行政庁の具体的な処分を経ることなく、当該条例自体によって、その適用を受ける特定の個人の具体的な権利義務に直接影響を及ぼすような例外的な場合に当たり、本件改正条例の制定行為自体をもって行政処分に当たる。		改正条例は、他に行政庁の具体的な処分を待つことなく施行日をもって本件保育所を廃止し、上記原告らの権利ないし法的地位に直接具体的な影響を与えるものであり、本件改正条例の制定行為自体をもって行政処分に当たるものと解するのが相当である。
市町村の措置による入所の仕組みを、保育所に関する情報の提供に基づき保護者が保育所を選択する仕組みに改める改正の内容からすれば、保護者に保育所を選択権が認められたとまではいえないにしても、児童福祉法は、保護者が自ら選択した特定の保育所において保育を受ける立場を市町村も極力尊重すべきものとしている。	保護者による保育所の選択権を認めた同改正の趣旨にかんがみれば、上記利用契約の内容とされた保護者が選択した保育所で保育を受ける権利は、同利用契約の存続期間中保護されるべきものと解されるから、上記保護者は、同利用契約の存続期間中、当該保育所が存続しているにもかかわらず、その意に反して他の保育所への転園を強要されることなく、当該保育所において保育を受ける権利を有するものと解するのが相当である。そして、同改正後においては、上記利用契約は、原則として、当該保育に欠ける児童の就学までをその契約期間とするものと解するのが相当である。		保護者による保育所の選択権を認めた同改正の趣旨にかんがみれば、上記利用契約の内容とされた保護者が選択した保育所で保育を受ける権利は、利用契約の存続期間中において保護されるべきものと解されるから、保護者は、利用契約の存続期間中、当該保育所が存続しているにもかかわらず、その意に反して他の保育所への転園を強要されることなく、当該保育所において保育を受ける権利を有するものと解するのが相当である。そして、同改正後においては、上記利用契約は、原則として、当該保育に欠ける児童の就学までをその契約期間とするものと解するのが相当である。
児童福祉法は、保護者が自ら選択した特定の保育所において保育を受ける立場を市町村も極力尊重すべきものであり、特定の保育所において現に保育中で、当該保育所と具体的利用関係が生じている保護者の場合は、当該保育所に強い利害関係を有しており、その地位が尊重されなければならない。現に保育に欠ける児童が特定の保育所で保育を受けている保護者は、当該児童の就学までの期間、当該保育所において、保育を受ける権利ないし法的利益を有する。			

市	枚 方 市		
裁 判 所	横 浜 市 横浜地方裁判所	大阪高等裁判所	大阪地方裁判所
<p>特定の保育所で保育を受ける権利の保障</p>	<p>児童が保護者の選択した特定の保育所で保育の実施を受け、将来保育期間中にわたって受け得る利益は、保護者が保育所を選択したことによる反射的な利益ではない。児童が特定の保育所で保育の実施を受けており、将来保育期間中にわたって受け得る利益は、法的に保護された利益である。 改正条例は、廃止するという効果を有するものであり、現に保育の実施を受けている当該保育所で保育の実施を受けることを不可能とするものであり、児童の特定の保育所において保育の実施を受けるといふ法的利益を侵害する。</p>		
<p>保育所の利用関係の法的性格</p>	<p>保護者からの入所申込みに応じない場合の決定や保育の実施を解除する措置は、いずれも行政処分として運用されている（保育所入所不承諾通知書には異議申立てができる旨が記載される）。保護者からの申込みに対しては、市町村において、当該児童に保育に欠けるかどうかの認定や選考も実施し、1年に1回は保育の実施の要件を認定して、その要件が消滅した児童については保育の実施を解除することからすれば、保育所入所後の利用関係を直ちに契約関係といえるかは疑問である。</p>	<p>保育所の入所決定は、保護者の申請を前提に行われる行政処分に該当する。</p>	<p>平成9年改正後の法24条は、保育所に関する情報の提供に基づき保護者が保育所を選択する仕組みを採用しており、市町村が、保護者の希望した保育所への入所を承諾した場合には、市町村と保護者との間に、保護者が当該保育所における保育を受けることを内容とする利用契約（公法上の契約）が締結されたものと解される。</p>
<p>保育所廃止と保育の実施の解除の関係</p>	<p>改正条例は、本件4園を廃止することを定めるものであるから、法33条の4に定める保育の実施の解除に当たる。法は、保育の実施の解除を行うについては、解除理由を説明し、保護者の意見を聴かなければならないとし（法33条の4）、行政手続法12ないし14条の適用がある旨を規定している（法33条の5）ことからすれば、法は保育の実施の解除をもって不利益処分と位置づけていることは明らかであって、この点からも本件改正条例の処分性は裏付けられる。</p>		<p>法は、「保育所における保育を行うこと」をもって「保育の実施」と定義付けているから、法33条の4にいう保育の実施の解除も、保育に欠けることの要件等を欠くことを理由として、市町村が保育所における保育を行うことを解除する場合をいう。 したがって、本件保育所の廃止は、保育の実施の解除にはあたらず、本件廃止処分に原告らが主張するような手続違反はない。</p>

高 石 市		大 東 市	
大阪高等裁判所	大阪地方裁判所	大阪高等裁判所	大阪地方裁判所
<p>児童福祉法は、保護者が自ら選択した特定の保育所において保育を受ける立場を市町村も極力尊重すべきものとしていること、特定の保育所において現に保育中であり、当該保育所と具体的利用関係が生じている保護者の場合は、それ自体、当該保育所に強い利害関係を有していることからすれば、このような保護者の利益を単に事実上の利益と考えるのは相当ではない。</p>	<p>本件保育所が存続することを前提として、利用期間にわたって本件保育所において保育を受けることを内容とする利用契約を締結したものと解され、本件保育所の廃止は、裁量権の逸脱ないし濫用に当たると認められる。裏返せば、裁量権の逸脱ないし濫用に当たると認められる本件保育所の廃止を行った場合には、利用契約に基づいて有する、本件各児童について本件保育所で保育を受ける権利を侵害するものといえることができる。</p>		<p>本件保育所が存続する限り本件保育所において保育の実施を受ける権利を有しており、これに伴って、通常は、児童が就学に至るまでの間継続して本件保育所における保育の実施がされることを期待してしかるべき法的地位を有しているものといえることができるのであって、本件保育所の廃止は原告らの権利ないし法的地位に対して直接具体的な影響を与えるものと認められ、被告が裁量権を逸脱・濫用して本件保育所を廃止した場合には、原告らは上記権利ないし法的地位を侵害されたものとしてこれを争うことができる。</p>
<p>平成9年改正により、保育所の入所方式が行政処分から公法上の契約締結へという重大な変更がされたことと認められることは困難であって、平成9年改正後の児童福祉法の下においても、依然として、保護者の申込みを前提に、市町村長が行政処分により入所を認める制度であると解さざるを得ない。</p>	<p>児童福祉法24条は、平成9年改正前の市町村の措置による入所の仕組みから、同改正により、保育所に関する情報の提供に基づき保護者が保育所を選択し、市町村と保護者との間で、保護者が選択した保育所における保育を実施することを内容とする利用契約（公法上の契約）を締結する仕組みに変更されたものと解される。</p>	<p>保育所利用契約 公法上の契約</p>	<p>保育に欠ける児童に対する保育について規定する法24条は、平成9年改正前の市町村の措置による入所の仕組みから、同改正により、保育所に関する情報の提供に基づき保護者が保育所を選択し、市町村と保護者との間で、保護者が選択した保育所における保育を実施することを内容とする利用契約（公法上の契約）を締結する仕組みに変更されたものと解される。</p>
<p>児童福祉法は、保護者が選択した特定の保育所において保育を実施することをもって、「保育の実施」とするものではなく、「保育所における保育を行うこと」をもって、「保育の実施」と定義付けている。33条の4にいう保育の実施の解除も、市町村が保育所における保育を行うことを解除する場合をいう。特定の保育所において保育を受けていた児童が他の保育所に転園する場合や当該保育所が民営化されたことに伴い、民営化後の保育所において保育を受ける場合には、「保育の実施の解除」には当たらない。</p>	<p>児童福祉法の規定は、平成9年改正後においても、保護者が選択した特定の保育所において保育を実施することをもって、「保育の実施」とするものではなく、「保育所における保育を行うこと」をもって、「保育の実施」と定義付けている。33条の4にいう保育の実施の解除も、市町村が保育所における保育を行うことを解除する場合をいう。特定の保育所において保育を受けていた児童が他の保育所に転園する場合や、当該保育所が民営化されたことに伴い、民営化後の保育所において保育を受ける場合には、保育の実施の解除には当たらない。</p>	<p>「保育所における保育を行うこと」をもって「保育の実施」と定義付けているのであって、保育所を民営化する場合、本件廃止処分は33条の4にいう保育の解除にあたらない。</p>	<p>法は、保護者が選択した特定の保育所において保育を実施することをもって「保育の実施」とするものではなく、「保育所における保育を行うこと」をもって「保育の実施」と定義付けている。法33条の4にいう保育の実施の解除も、保育に欠けることの要件等を欠くことを理由として、市町村が保育所における保育を行うことを解除する場合をいう。本件各児童について新保育園又は他の保育所において保育を実施する予定で、保育所における保育を行うことを解除する予定はなかったものであって、本件保育所の廃止、民営化は、保育の実施の解除には当たらない。</p>

市	枚 方 市		
裁 判 所	横 浜 市	大阪高等裁判所	
	横浜地方裁判所	大阪高等裁判所	大阪地方裁判所
保育所廃止条例の違法性	<p>民営化するという判断自体については、裁量の範囲内のことと解する余地もないではないが、本件改正条例の制定によって、民営化を平成16年4月1日に実施するとしたことは、その裁量の範囲を逸脱、濫用したものであり、違法である。</p>		<p>本件廃止処分に裁量権の逸脱、濫用があるとは認められず、違法ということはできない。</p>
保育を受ける権利と保育所廃止の関係	<p>保護者が入所時にする保育所の選択や当該保育所において保育の実施を受ける利益というものを保育所の廃止についての絶対的制約事由とまで解することはできない。 市町村の設置する保育所の廃止については、設置者の政策的な裁量判断にゆだねられており、児童や保護者の同意が得られない限りその廃止が違法となるまでは解し得ない。</p>		<p>保護者の選択した保育所において保育を実施することを内容とする利用契約は、あくまでも当該保育所が存続することを前提とするものであり、市町村がその有する裁量により当該保育所を廃止することがあり得ることは、当該保育所の公の施設としての性格からくる制約として前提とされている。 保育所の廃止が、入所児童の保護者の権利に直接影響を与えるものである以上、地方公共団体ないしその長の裁量権も全くの自由裁量ということではなく、その裁量権の行使に逸脱ないし濫用がある場合には違法になる。</p>
保育所廃止の裁量権の範囲	<p>保育所廃止に係る判断は、無制約に許容されるわけではないのであり、保育所であるという施設の性質や入所中の児童や保護者の前記利益が尊重されるべきことを踏まえた上で、その廃止の目的、必要性、これによって利用者の被る不利益の内容、性質、程度等の諸事情を総合的に考慮した合理的なものでなければならない。</p>	<p>法の趣旨、目的、保育に関する諸規定等に照らすと、保育所の廃止に当たっては、廃止される保育所に入所している児童の処置についての配慮が求められるのであって、保育所の廃止によって、当該保育所に入所している児童が保育所において保育を受けることがおよそ不可能となる事態が発生するような場合には、当該保育所の廃止は、裁量権の逸脱、濫用に当たり、違法となる。</p>	<p>保育所を廃止するか否かについても、就学前児童数、待機児童数、保育サービスの需要及び地方公共団体の財政状況などの諸事情を総合的に勘案して判断されるべき事柄であり、被告の裁量にゆだねられた事項というべきである。</p>

高 石 市		大 東 市	
大阪高等裁判所	大阪地方裁判所	大阪高等裁判所	大阪地方裁判所
改正条例に裁量権の逸脱・濫用はなく、手続上の違法も認められない。	改正条例の制定によってした本件廃止処分について、被告の裁量権の逸脱ないし濫用が存したものと認めるに足る証拠は存しない。	廃止処分は適法である。	廃止処分は適法である。
現に保育に欠ける児童が特定の保育所で保育を受けている保護者は、原則として、当該児童の就学までの期間、当該保育所において、保育を受ける権利ないし法的利益を有するが、平成9年の児童福祉法改正により、保育所の利用関係が公法上の契約になったとまでは解されないし、同法24条1項も市町村に「保育所」において保育しなければならない旨規定しているにとどまり、「保護者が選択した特定の保育所」における保育の義務まで規定していないことなどから、上記の権利ないし法的利益が、公の施設の廃止に関する地方公共団体ないしその長の裁量権に当然に優先するとは認められない。したがって、現に児童が入所している状態で保育所を廃止することが前記の市町村ないしその長の裁量権を逸脱するとはいえない。	保護者の選択した保育所において保育を実施することを内容とする利用契約は、あくまでも当該保育所が存続することを前提とするものであり、市町村がその有する広範な裁量により当該保育所を廃止することがあり得ることは、当該保育所の公の施設としての性格からくる制約として当該利用契約において前提とされている。したがって、当該保護者は、市町村がした当該保育所の廃止が市町村の有する裁量権の逸脱ないし濫用に当たる場合、当該保育所の公の施設としての違法をいうことができる。本件保育所が存続することを前提として、利用契約を締結したものであって、本件保育所の廃止も、これが裁量権の逸脱ないし濫用に当たらない限りは、当然に上記利用契約が前提とするものである。	裁量によって本件保育所を廃止することがありうることは、本件保育所の公の施設としての性格からくる制約として、保育所利用契約において前提とされていたと解するのが、当事者間の合意的意思に合致する。保育所利用契約に基づき、本件保育所が存続する限りとの条件付きで、就学するまでの間、本件保育所において保育を受ける権利を有していたものの、無条件で同様の権利を有していたものとはいえない。	本件保育所が存続する限り本件保育所において保育の実施を受ける権利であって、公の施設である保育所の廃止があり得るとする制約を前提としたものであり、また、そもそも、社会権は、法により具体化された権利であっても社会情勢、財政等の制約を受けるものであり、立法裁量の結果定められる具体的権利の内容も多面的要素から評価されるものであって、一概に影響が必要最小限か否かの判断ができるものではなく、公の施設の廃止等に関する地方公共団体等の裁量権を原告らの主張するほど厳格に規律・制約するものまでいうことはできない。廃止処分は、経費削減のため理由があるものであり、原告らは、本件各児童について新保育園での保育の実施を受けることができた以上、本件保育所の廃止、民営化には合理性があると認められ、本件廃止処分に裁量権の逸脱、濫用があるとまでは認められず、これを違法ということではできない。
保育所のような施設の場合は、児童福祉法の規定やその趣旨から地方公共団体ないしその長の裁量権にも一定の制約がある。保育所の廃止が、特定の児童ないし保護者に著しく過重な負担を課し、保育所において保育を受けることを事実上不可能にする場合は、その廃止処分は、原則として裁量権の範囲を逸脱している。	公の施設である本件保育所を、廃止するか否かは、市長の広範な裁量に委ねられた事項といふべきであって、その裁量権の行使に逸脱ないし濫用が存した場合に初めて本件保育所の廃止が違法となるものと解される。	保育所を廃止するか否かは、裁量に委ねられた事項であり、裁量の範囲を逸脱・濫用したものと認めない限り、本件廃止処分は適法なものである。児童福祉法は、現に存する保育所の中からの保護者の選択権を認めたものではあるものの、保育所廃止に関する裁量権を否定又は限定する趣旨を含むものとは解されない。	保育所を廃止するか否かは、被告の裁量にゆだねられた事項である。保護者の選択した保育所において保育を実施することを内容とする利用契約は、当該保育所が存続することを前提とするものであり、市町村がその有する裁量により当該保育所を廃止することがあり得ることは、公の施設としての性格からくる制約として当該利用契約において前提とされている。裁量権も全くの自由裁量ということではできず、その裁量権の行使に逸脱ないし濫用が存した場合には違法となる。

市	横浜市	枚方市	
裁判所	横浜地方裁判所	大阪高等裁判所	大阪地方裁判所
<p>保育所民間移譲の手續きの違法性</p>	<p>民営化も一つの選択肢であることは否定できないから、このこと自体を違法ということではできない。入所児童がいる保育所を民営化するについては、当該保育所で保育の実施を受けている児童及び保護者の特定の保育所で保育の実施を受ける利益を尊重する必要がある、その同意が得られない場合には、そのような利益侵害を正当化し得るだけの合理的な理由とこれを補うべき代替的な措置が講じられることが必要である。</p> <p>「多様な保育ニーズに応えるため」「子どもの成長が早い」といった被告が説明してきた理由は、他方で種々の不利益を被る可能性のある児童、保護者の存在することを思えば、早急な民営化を正当化する根拠としては不十分である。</p> <p>このような民営化は、児童及び保護者の特定の保育所で保育の実施を受ける利益を尊重したものととは到底いえない。</p>	<p>保育所の廃止には、合理的な理由があるというべきであり、これによって本件保育所に入所している児童が保育所において保育を受けることがおよそ不可能となる事態が発生するような事情があるといえることもできない。したがって、本件保育所の廃止に裁量権の逸脱、濫用があるといえることはできない。</p>	<p>廃止処分には、経費削減及び待機児童解消という合理的な理由があり、しかも本件保育所の入所児童及びその保護者への配慮として、新保育園において本件保育所での保育内容と継続性があり、かつ、保育として必要とされる一定の水準を保持するための手続を予定していたと認められるから、本件廃止処分に裁量権の逸脱、濫用があるとは認められず、違法ということではできない。</p>
<p>国家賠償請求の認容</p>	<p>保育園を廃止することが直ちに不法行為になるとまでは解されないが、児童への悪影響を最小限にとどめるに必要な措置をとり、そのような観点に立つて民営化の実施時期を定めるべき注意義務を負っており、国家賠償法上違法行為となる。</p> <p>民営化を決定した改正条例の制定を違法行為としてとらえれば足り、改正条例の制定及びこれに起因する諸事情により共通に被ったと認められる損害を賠償すべきである。</p>		<p>本件保育所の保育内容を継続し、保育に必要な一定の保育水準を保持するために通常必要な手続を履行してきており、その担当者において職務上尽くすべき注意義務に違反していない。</p> <p>被告が本件保育所を民営化することを決定した以降、本件保育所に児童を入所させている保護者との間で、公立保育所の民営化の考え方、新保育園の運営法人の選考及び民営化に伴う引継ぎなどについて説明会や話し合いの機会を設けてきたこと、保護者が公立・私立保育所の紹介文書を入手できること、現に本件保育所の民営化に伴い、他の保育所に転所した児童が8名いたことからすれば、原告らは本件保育所の廃止により、新保育園又は他の保育所に入所できることを理解できたと認められ、被告担当者に職務上尽くすべき注意義務違反、契約違反はない。</p>

※ 文章は、一部、判決文を簡略化して記載している。

高 石 市		大 東 市	
大阪高等裁判所	大阪地方裁判所	大阪高等裁判所	大阪地方裁判所
<p>保育所の廃止は、財政効果の観点及び民営化による待機児童の解消や延長保育の実施といった保育サービスの拡充の観点から、保育所を廃止・民営化することを目的として行ったものであって、その目的には合理性が認められ、これによって、現に本件保育所に入所していた児童が就学時まで本件保育所において保育を受けることができなくなるなどの不利益を受けることは認められるものの、希望すれば、本件保育所と同じ場所で、同じ施設を用いて新たに設置運営される法令等の水準を満たした保育園において、概ね、本件保育所と同水準の保育を受けることが可能であるから、これによって、特定の児童ないし保護者に著しく過重な負担を課し、保育所において保育を受けることを事情上不可能にするなどの事情は認められず、裁量権の逸脱ないし濫用があるということではない。</p>	<p>財政状況が悪化している被告が、財政効果の観点及び民営化による待機児童の解消や延長保育の実施といった保育サービスの拡充の観点から、本件保育所を廃止、民営化したことをもって、裁量権の逸脱ないし濫用に当たると認めることはできない。 本件保育所の廃止が児童福祉法33条の4にいう保育の実施の解除に当たらないことかから、同規定に基づく本件保育所保護者への事前の説明や保護者からの意見聴取義務が存在するものとは認められない。</p>	<p>保育内容の変化は、公法上の契約の債務不履行によって生じたものと認められるのであって、本件条例の制定による本件廃止処分によって生じたものとはいえないから、保育内容の変化をもって、本件廃止処分の違法を根拠づけることはできない。</p>	<p>保育所の廃止、民営化に当たり、適当と認められる移管先を選定し、必要な引継ぎ等を行っており、新保育園での保育内容についても、当初から本件保育所と全く同様の保育を行うことは難しいとしても、一応の水準を備えた保育が期待できたというべきである。新保育園における児童の安全等に影響を与えかねない出来事についても、保育の基本的事項に関する問題であって、本件保育所の廃止、民営化に伴って必然的に生ずべき問題として当然に予想できたものとはいえず、本件廃止処分の判断時点で、本件保育所廃止、民営化に伴い必然的に生ずる事態として当然考慮すべきであったとまではいえない。新保育園で実施される保育内容は、従前本件保育所で実施されていた内容と当然異なる点が生じるものではあるが、保育士の変更やそれに伴う保育内容の変更自体は本件保育所が存続していてもあり得ることであるし、また、本件保育所の廃止、民営化に合理性が認められる以上、一定程度の保育内容の変更も原告らの受忍すべき範囲内のものであるというべきであり、これを超えて原告らの前記権利を実質的に侵害する程度に内容の変更があったということではない。</p>
		<p>保育士の総入替を伴う本件保育園の廃止・民営化という児童及び保護者の権利内容に大きな影響を及ぼす可能性のある決定を実行するに際して、移管先の新保育園において児童が心理的に不安定になることを防止するとともに、懸念や不安を少しでも軽減するため、引継期間を少なくとも1年程度設定したり、民営化以降も保育士を派遣するなどの十分な配慮をすべき信義則上の義務（公法上の契約に伴う付随義務）を負っていた。実際に行った引継ぎは、十分な配慮をしたものではなく、債務不履行に基づく損害賠償責任を負う。</p>	<p>本件廃止処分は適法なものであり、また、被告の原告らに対する対応について疑問を抱かされる点はあるものの、被告が保護者説明会等を実施したこと等に照らせば、違法な点があったとまでいうことはできず、被告に公法上の契約義務違反及び国家賠償法上の違法行為を認めることはできない。したがって、原告らの損害賠償請求は、その余の点について判断するまでもなく理由がない。</p>