

# 保育所民営化の法律問題(1)

又 坂 常 人

〔目次〕

- 1 本稿の課題
- 2 保育所利用の仕組みと民営化の手法
  - (1) 保育所利用関係と保護者の権利
  - (2) 民営化の法的手法（以上本号）
- 3 利用者の権利保護—訴訟法上の問題（以下次号）
- 4 利用者の権利保護—実体法上の問題
- 5 総括

## 1 本稿の課題

ここ10数年来の規制緩和と社会福祉改革＝福祉の市場化が進む中で、近時もっとも身近な福祉施設である保育所の「民営化」が進んでいる。平成13年4月1日段階では全保育施設の56.7%が公営施設であったが、平成23年では43.6%に減じ、公・民の比率が逆転した。そして、地方財政の逼迫に伴い、今後この傾向は一層強まることが予想される。

公営保育所の主たる設置者である市町村が民営化に踏み切る理由は様々である。例えば、本稿でも言及している横浜市の例をとれば、主として、長時間保育・一時保育への対応等ニーズへの柔軟な対応、人件費の削減による財政負担の軽減等がその理由としてあげられている。これは多くの市町村における民営化の理由と共通する傾向といえるが、国の政策意図をも反映するものであった。すなわち、平成17年に児童福祉法56条の7が新設された（H13年法律135号）が、その第1項は以下のように規定する。

「保育の実施への需要が増大している市町村は、公有財産（地方自治法第238条第1項に規定する公有財産をいう。）の貸付けその他の必要な措置を積極的に講ずることにより、社会福祉法人その他の多様な事業者の能力を活用した保育所の設置又は運営を促進し、保育の実施に係る供給を効率的かつ計画的に増大させるものとする。」また、これに関連して発せられた通達（平成13年11月30日厚生労働省雇用均等・児童家庭局長通知・雇児発第761号）でも、当該改正の趣旨として「保育所整備促進のための公有財産の貸付け等の推進」が明示されているのである。

このようにして進行しつつある民営化の背後に、少子高齢化の急激な進行と子育て支援施策の拡大、その一環としての保育所の整備・拡充という課題があることは明らかである。そしてこのような政策動向それ自体について、これを積極的に否定する理由はない。しかし、それが自治体の政策現場において、保育所等の児童福祉施設の民営化推進に一面化される傾向があるとすれば、それはそれとして問題であろう。実際、民営化が、保育サービスの低下を懸念する保護者からの激しい反発を生み、それが訴訟として噴出する例が近時増加傾向にあること、そしてそれが自治体政策当局者に民営化をためらわせる原因ともなっていることは否定できない。

現在行われている保育所の民営化とは、市町村等の地方公共団体が設置し、管理・運営している公立保育園を、社会福祉法人等の民間主体に移譲し、あるいはそれに管理・運営を委ねることをいう。それは必然的に民営化される公立保育所の廃止ないしそれと同等の変化をもたらすが、そのことは同時に、ほとんどの場合、保育士その他職員の全面的な入れ替えを意味する。保育サービスは属人的な要素の極めて強いサービスであるから、仮に物理的条件が以前と全く同じでも、児童や保護者が大きな違和感を持つのは当然であろう。ここに全国的な規模で訴訟が提起された理由がある。

行政改革や規制緩和の題目の下で、単なる行政コストの切り下げのみを目的とする民営化・福祉の市場化は、サービスの低下や現場の荒廃をもたらすおそれがあることは事実であるが、一方で、公営施設に特有のある種の硬直

性が、多様な保育ニーズへの十分な対応を困難なものにしているという側面もないわけではない。問題は、民営化の利点を最大に生かすための方策・仕組みの構築にあるのであって、現在はまだ過渡期にあるというべきであろう。

本稿は、以上のような現状認識に基づき、若干の判例を素材として、保育所の民営化が提起する法的問題を受給者の権利保護の見地から検討することを目的とするものである。まず、民営化を論ずる前提として、保育所利用の法的仕組みにおいて、利用者はいかなる権利ないし法的地位に置かれているのかを検討し、その上で民営化の法的手法の考えられうる類型を考察する。そして、利用者が民営化の適否を訴訟において争う場合の訴訟法上及び実体法上の問題を検討する。従って、考察の対象は専ら民営化を規定する実定法規の解釈論的検討に向けられ、民営化それ自体の政策的当否や、あり得べき民営化論を展開するものではない。

なお、平成24年8月の子ども・子育て支援法の成立に伴い、児童福祉法も大きく改正され、認定こども園等保育所以外の多様な施設が新たに登場した。それに伴い、本稿で考察の対象とする同法の条文もかなり大きな変更が加えられている。しかし、改正児童福祉法は平成28年4月1日までに施行されることとされ、現時点においてまだ施行日が定まっていない。また、改正法においても保育所利用の基本的な仕組み自体は維持されていると解されるので、本稿においては現時点での児童福祉法を対象として検討を加えることとし、必要に応じて改正法にも言及することとしたい。

また、民営化に伴う既存直営施設利用者の権利保護の問題は、保育所に限らず他の施設、例えば保育所以外の児童福祉施設、介護施設、障害者福祉施設等においても生じうる。本稿では必要に応じ、それについても言及する。

## 2 保育所利用の仕組みと民営化の手法

まず、議論の前提として、現行法上、保育所の利用＝保育サービスの受給は、どのような仕組みにおいてなされているかを(1)で概観する。民営化との

関連では、保護者の保育施設選択権が特に重要であるので、それに焦点を合わせ、保護者の保育所を利用する権利、保育所で児童に保育サービスを提供させる権利の提供枠組みを分析する。次いで(2)では、「民営化」に際して利用されている法的手法のタイプを分析し、それぞれについて保護者の選択権がいかなる意味において、いかなる程度に制限されるのかを検討し、3 以下への橋渡しを試みる。

## (1) 保育所利用関係と保護者の権利

### A 市町村・保護者（利用者）・保育所

保育所利用＝保育サービス受給の仕組みは、基本的には、サービス給付者（かつての用語法でいえば「措置権者」）としての市町村、受給者としての保護者（利用者）、そして保育サービス提供（給付）施設としての保育所の3者からなるので、ここではその三者間の関連をまず検討する<sup>1</sup>。

児童福祉法24条は、「市町村は、保護者の労働又は疾病その他の政令で定める基準に従い条例で定める事由により、その監護すべき乳児、幼児又は第39条第2項に規定する児童の保育に欠けるところがある場合において、保護者から申込みがあつたときは、それらの児童を保育所において保育しなければならない。ただし、保育に対する需要の増大、児童の数の減少等やむを得ない事由があるときは、家庭的保育事業による保育を行うことその他の適切な保護をしなければならない。」と規定する。

すなわち、まず、保護者が監護する児童が「保育に欠ける」ところがある場合（以下、このような状態を、「要保育状態」という）に、保護者の申し込みを前提として市町村に保育義務が生ずる。児童福祉法上、保育サービス

---

<sup>1</sup> このほかに国と都道府県がこの関係のいわば「外部」に存する。例えば、国は法令の整備を通して全体としての保育制度を形成・運用・監視し、同時に財政面でのサポートを行う。また、都道府県は施設に対する各種の監督権限を行使する。しかしいずれも、施設設置者となる場合でなければ、利用関係それ自体には直接には関与しない。また、入所する児童も当事者であるが、その利益は保護者の利益にいわば吸収されると考えられる。以上の理由から、ここでは考察の対象から除外する。

給付義務を負うのは市町村であり、それは現物サービスとしての保育サービスの給付主体として位置づけられている。市町村は当該義務を履行するために、保育所において保育を受けさせることと決定した児童を保育所に入所させるのである。他方、保育所における保育ができないときは他の適切な保護を与えなければならない。このように、市町村は保育所における入所その他の方法による給付提供を決定し、実施するものとして位置づけられている。このような立場にある市町村を、本稿では「サービス給付者としての市町村」と呼ぶことにする<sup>2</sup>。

児童福祉法39条1項によれば保育所とは「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」であり、同法35条によれば保育所を設置することのできるのは、国、都道府県、市町村、その他の者である。市町村が設置するためには都道府県知事に届出をする必要があり（第3項）、その他の者が設置するためには都道府県知事の認可が必要である（第4項）。保育所を経営する事業は第2種社会福祉事業に該当する（社会福祉法2条3項2号）。第1種社会福祉業を経営できるのは原則として国、地方公共団体、社会福祉法人に限定されるが（同法60条）が、第2種社会福祉事業に関してはこのような規制はないため、法令上はいかなる者でも保育園を設置することが可能である<sup>3</sup>。

保育所を含む児童福祉施設におけるサービスの質を確保するために、厚生労働大臣は、その設備と運営について最低基準を定めなければならない（児福45条1項）、また、施設設置者はこれを遵守しなければならない（同条2項）。そして、都道府県知事は当該基準を維持するため、児童福祉施設の設置者、児童福祉施設の長に対して、必要な報告を求め、児童の福祉に関する事務に従事する職員に、関係者に対して質問させ、若しくはその施設に立ち入り、設備、帳簿書類その他の物件を検査させることができる（児福46条1項）。

<sup>2</sup> ここでの市町村はかつての用語法でいえば「措置権者」としての市町村である。

<sup>3</sup> もっとも、国は平成12年にいたるまで、国と地方公共団体以外の設置者を社会福祉法人に限定する運用を続けてきた。田村 [2] pp.57-58参照。

都道府県知事は、児童福祉施設の設備又は運営が最低基準に達しないときは、その施設の設置者に対し、必要な改善を勧告し、又はその施設の設置者がその勧告に従わず、かつ、児童福祉に有害であると認められるときは、必要な改善を命ずることができ（同条3項）、さらに、それに加えて、児童福祉に著しく有害であると認められるときは、都道府県児童福祉審議会の意見を聴き、その施設の設置者に対し、その事業の停止を命ずることができる（同条4項）。

国は最低基準を定めることにより、ナショナルミニマムとしての保育水準の維持を図り、都道府県は各種の監督権限の行使を通してその遵守を図るのであり、両者とも、いわば実際の給付関係の「外部」から係わっているわけである。

以上、要するに市町村は要保育状態にある児童の保護者に対して負う保育サービス給付義務を、保育所に入所させることによって履行し、そのサービスの質は最低基準によって担保されるという仕組みが採用されているわけである。以下では、市町村と保護者（利用者）、市町村と保育所、保護者（利用者）と保育所の間に、それぞれどのような法律関係が生ずるかを検討する。

## B 市町村と保護者（利用者）との関係

### i 保育サービス受給権

前に述べたように、要保育状態にある児童の保護者に対して保育サービス給付義務を負うのは第一義的には市町村である。しかし、当該義務に対応して、保護者にいかなる権利ないし法的地位が生ずるのかは、平成9年改正前の児童福祉法においては、必ずしも明らかではなかった。この問題は、保育所に限らずその他の社会福祉サービスの利用関係にも共通する問題であって、いわゆる「措置制度」<sup>4</sup>の理解に深く関わる。措置制度下において、措置権者である市町村との関係で、保護者にいかなる権利が生ずるかは必ずしも明確

---

<sup>4</sup> 措置制度については、又坂 [1] を参照されたい。

ではなかったが、措置決定としての入所決定は行政処分であること、従って保護者と市町村との関係は契約関係ではないこと、要保育状態の存否及び入所すべき保育所は措置権者である市町村が一方的に定め、保護者が自由に保育所を選択する権利は認められないこと、以上については共通理解があったといつて良い<sup>5</sup>。

平成9年の改正児童福祉法は、以上のように理解された「措置制度」を廃止し、契約方式を導入したものとされた。すなわち、保護者が入所を希望する保育所を選択し、その申し込みに基づいて市町村と保護者が「利用契約」を締結する仕組みに変更されたとされたのである<sup>6</sup>。しかし、申し込みの拒否に対して行政不服審査及び取消訴訟の提起を認める実務の扱い<sup>7</sup>もあり、市町村と保護者との関係が契約関係といえるかについて、学説・判例を通して共通の理解があるとはいえない状況にある。一般的に言えば、契約に関する紛争であれば抗告訴訟ではなく当事者訴訟が選択さるべきであるが、契約

<sup>5</sup> 改正前の同条は以下のように規定していた。

「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とらなければならない。ただし、付近に保育所がない等やむを得ない事由があるときは、その他の適切な保護を加えなければならない。」この条文を見る限りでは、保育所入所措置は職権措置が原則であり、保護者には申請権も施設選択権もないように読める。なお、又坂〔1〕pp.775-777参照。

<sup>6</sup> 児童福祉法規研究会編『最新児童福祉法の解説』（H11時事通信社）p.167参照。

<sup>7</sup> 「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」と題する通達（H17.6.3 雇児保発第0603003号）によれば、「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」が、「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」。そして、その旨を不承諾通知書及び解除通知書に教示しなければならないとされている。



関係であることを前提としつつ、契約申し込みの拒絶や契約の解除を制定法上行政処分として構成し、これについて抗告訴訟の提起を認めることは、十分にありうることであって、児童福祉法が保育所の利用関係についてこのような仕組みを採用したという解釈も十分に成り立つところである。

児童福祉法24条1項によれば、要保育状態にある児童について、市町村は「やむを得ない事由によって保育所における保育ができない」場合は、別の保護を与えなければならない。従って、「保育に欠ける」という要件が存したとしても、そこから直ちに保護者の、監護する児童を保育所において保育を受けさせる権利（以下、「保育サービス受給権」という）が生ずるわけではない。保育所の設置数が要保育児童の数に見合っていない場合は、すべての要保育児童について保育所における保育を実施することは不可能だからである。従って、同条同項の規定は、要保育状態にある児童に対する市町村の保育所における保育義務ないしそれ以外の形態による保護義務を規定したものであり、当該義務に対応して、保護者には一定の権利-保育所への入所ないしそれ以外の保護の実施に対する一が生ずることになるが、この段階ではこの権利はいまだ仮定的で抽象的なものとどまる。

児童福祉法24条2項は、要保育状態にある児童について「保育所における保育を行うこと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。」と規定し、また、同条第3項は「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を行うこと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。この条項は平成9年の児童福祉法改正によって新たに導入されたものである。しかし先に述べたように、この条項が契約（行政契約）締結の申込みとその受諾を規定し、当該契約の法効果として保育サービス受給権が成立すると見ることができるかについて、学説・判例の見解は



必ずしも一致しない。むしろ学説上は入所承諾（ないし拒否）を行政処分と理解するのが大勢であり、さらに田村 [2] p.82や河野 p.16は措置制度が基本的には維持されていると言う。この点について簡単に検討しよう。

入所申込みを受けた市町村は、対象児童の要保育性の有無と程度を審査・判断し、保育所への入所の可否を決定する。要保育性がないと判断された場合、要保育性があっても入所させる保育所がない場合、志望者が多く入所を希望する保育所の選に漏れた場合は、入所させない決定がなされ、不承諾通知がなされる。この一連のプロセスは、抽象的な保育サービス受給権が具体化される過程ということができるが、そこにおいて、要保育状態にあるか否かの判断や希望する保育所に入所させるか否かの判断は、すべて法令に基づいて市町村が定めた基準に従って行われ、保護者と市町村の協議や話し合いによって決定が左右される仕組みはとられていない。

以上のプロセスや改正された児童福祉法24条の規定の文言を虚心に読めば、保育サービス受給権は利用契約締結の効果として成立するが、申込者の要保育状態を法の定めるところに従って適正適切に把握し、かつ決定が法の拘束下に行われることを担保するために、その受諾の可否の決定（承諾ないし不承諾）及び成立した受給権を失わせる決定（契約の解除）を行政処分という形式でなすべき仕組みが、児童福祉法上採用されていると解すべきであろう。この限りにおいて従来の措置制度は改変されていると考えられる。従って、申込みに対する応答（承諾をするか否か）は行政処分と見るべきであり、申込みは申請と解すべきことになる<sup>8</sup>。

## ii 保育所選択権

児童福祉法24条2・3項は、一般に保護者の保育所選択権を認めたものと

<sup>8</sup> 加藤 p.261参照。もっともこのような契約的構成を取ることの意義が専ら後述の「選択権」を弁証するためのものであるとすれば、それは意味がないということになる。というのは、選択権それ自体は契約的構成を取らなくとも、制定法上の制度として説明することが可能だからである。

解されている。しかし、選択権という語で何が示されているのかは必ずしも明らかではない。通常の日本語の用法では、選択「権」とは選択する権利であるから、保護者が選択した保育所で保育サービスを受給する権利をいうということになろう。しかし、児童福祉法がこの意味での選択権を保障しているのではないことは明かである。選択した保育所への希望者が多く、全員を入所させた場合に定員を超過する場合には、何らかの基準で順位付けをせざるを得ないからである（児福24条3項）。それでは、選択権とはいかなる「権利」であるのか。

田村 [1] p.22によれば、保育所選択権の内容は以下の3つに整理される。すなわち、①選択（希望）した保育所入所に入所する（希望しない保育所に入所決定されない）権利、②選択（希望）した保育所に入所した後に、市町村の一方的な決定により他の保育所へ転園させられない権利（その意に反して転園させられない権利）、③定められた保育の実施期間が満了するまで選択（希望）した保育所で保育を受ける権利（小学校入学まで当該保育所に就園する権利）である。②の権利は③の権利に包含されと考えられるので、氏の言う「選択権」は結局ところ①と③を意味すると考えられる。しかし、先に述べたように、希望する（選択した）保育所に入所できる権利は、保育所の入所定員に依存するので、実質的には氏が言うように、希望しない保育所へ入所決定されない自由を意味するにとどまる。また、③についても、まさに多くの裁判例で問題とされているように、いかなる場合にも希望した保育所で保育を受ける権利が絶対的に保障されるかについては、議論のあるところである。

横浜事件最高裁判決（最1小判H21.11.26／判例地方自治324号60頁，判タ1313号104頁，判時2063号3頁）は、以上の点について、以下のように判示する。

「市町村は、保護者の労働又は疾病等の事由により、児童の保育に欠けるところがある場合において、その児童の保護者から入所を希望する保育所等を記載した申込書を提出しての申込みがあったときは、希望児童のすべてが

入所すると適切な保育の実施が困難になるなどのやむを得ない事由がある場合に入所児童を選考することができること等を除けば、その児童を当該保育所において保育しなければならないとされている（児童福祉法24条1項—3項）。平成9年法律第74号による児童福祉法の改正がこうした仕組みを採用したのは、女性の社会進出や就労形態の多様化に伴って、乳児保育や保育時間の延長を始めとする多様なサービスの提供が必要となった状況を踏まえ、その保育所の受入れ能力がある限り、希望どおりの入所を図らなければならないこととして、保護者の選択を制度上保障したものと解される。そして、前記のとおり、被上人においては、保育所への入所承諾の際に、保育の実施期間が指定されることになっている。このように、被上人における保育所の利用関係は、保護者の選択に基づき、保育所及び保育の実施期間を定めて設定されるものであり、保育の実施の解除がされない限り（同法33条の4参照）、保育の実施期間が満了するまで継続するものである。そうすると、特定の保育所で現に保育を受けている児童及びその保護者は、保育の実施期間が満了するまでの間は当該保育所における保育を受けることを期待し得る法的地位を有するものということができる。」（下線は筆者）。この判決によれば上記①は改正児童福祉法によって創設された「選択制」の制度的効果として、③は選択保育所における継続保育を期待しうる法的地位として整理されている。この点について、以下で若干の検討を試みよう。

### iii 選択「権」の内実

前記最高裁のいう保護者の選択の制度的保障や前記田村 [1] ①の意味での選択権は、希望しない保育所に入所決定されない権利（自由）、すなわち拒否権ないし拒否の自由を意味する。しかし、保護者が希望しない保育所に児童の入所を強制されえないことは自明のことである<sup>9</sup>ので、それにもかかわらず拒否権を言うことにどれだけの意味があるのか。それが意味を持つと

<sup>9</sup> 文言上も希望する保育所への入所申し込みを承諾するとなっており、希望しない保育所への承諾はありえない。

すれば、おそらく以下のような場合であろう。

Y市に居住する保護者XがA保育所への入所を希望したが、当該保育所の空き定員に対して希望者の方が多かったために、Yが法令で定める基準に従い選考したところ、Xは選に漏れてしまった。通園可能圏内に他の保育所Bがあり、そこであれば定員に余裕があるので入所可能である。しかし、Xが当該保育所を希望していない場合、Yはそこへの入所決定をすることができない。この場合、Yは同法24条1項の「その他の適切な保護」を与える義務を負うのか。この場合、拒否権があるとすれば、市はBへの入所をもって「その他の適切な保護」となすことはできず、それ以外の保護をなす必要があるということになろう。このような場合、保護者にはBを選択するか、その他の保護を求めるかを選択する権利があることになる。しかしこのような意味での選択権が認められるかは、24条の文言上直ちに肯定するのは困難であるし、そのような意味での選択権に何か実質的な意味があるかは疑問である。

以上から、選択権の実質的な意味は、選択した入所した保育所における保育を受ける権利が、保護者の同意なくサービス給付者である市の一方的な行為によって奪われないところにあると言って良いであろう。そこで問題は、当該権利が当該保育所が存続する限りでの権利なのか、あるいは入所期間中の当該保育所の存続を求める権利なのか、という点にある。これについて、田村 [1] p.25は後者を肯定し、まさにそこに選択権保障の核心をみるのである。この問題は、要するに「保育実施期間中、選択した保育所で保育を受け続ける権利」の相対性の問題である。すなわち、いかなる場合であっても保障すべき権利なのか、あるいは一定の要件の下では制約されうる権利なのか、という問題である。前記横浜事件最高裁判決は、この点について「特定の保育所で現に保育を受けている児童及びその保護者は、保育の実施期間が満了するまでの間は当該保育所における保育を受けることを期待し得る法的地位」と述べている。ここでいう「法的地位」とは、前記田村 [1] p.25が言う意味での選択権の保障を含むものなのか。別言すれば、保育所の廃止

によって消滅する相対的な地位なのか、あるいは保育実施期間中は廃止を許さないという意味での絶対的な地位なのか。

サービス給付者と施設設置者は児童福祉法上概念的に区別されている。このことは、私立保育所の場合には明かであるが、公立保育所の場合でも、サービス給付者以外の地方公共団体が設置している場合には、同様である。サービス給付者が自ら設置する公立保育所の場合は、サービス給付者と保育所設置者は同一の法主体に属する。保育所選択権は、保護者とサービス給付者としての市町村との関係で成立する権利であるが、これを施設設置者の側からみれば、自らの設置する保育所を入所児童及び保護者との関係で存続させる義務ということになる。この義務が保護者との関係においても絶対的なもの-入所児童が存する限りは廃止できないという意味で-であれば選択権もまた絶対的なものということになる。しかしその意味での保育所存続義務が、一般的に施設設置者に対し、児童福祉法上課されているのだろうか。

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」(児福39条)であるが、後述Cで述べるように、保育所設置者と保護者との間に何らかの契約が締結されるわけではなく(実務的にもそのようには考えられていない)、両者の間に契約上の権利義務関係は存しない。従って、いわゆる「私的契約児童」<sup>10</sup>以外の一般の入所児童について、契約に基づく保育所存続義務を觀念することは困難である。そして、児童福祉法は、施設設置者の当該義務について直接的な規定を置かず、また保育所廃止の要件について積極的な規定を置いていない。他方、同法36条6項は「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1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」と規定し、また、同7項は「国、都道府県及び市町村以外の者は、児童福祉施設を廃止し、又は休止しようとするときは、厚生労働省令の定めるところにより、都道府県知事の承認を受

<sup>10</sup> 保育所の定員に余裕のある場合に、サービス給付者の決定を介在することなく、施設設置者と保護者との契約に基づいて入所する児童をいう。

なければならない」と規定している。

多くの判例は、公立保育所についてではあるが、この規定を根拠に施設設置者の施設存続義務を否定している。例えば前記最高裁判決の原審判決（東京高判H21.1.29／判時2057-6、判例地方自治316-609）は、「児童福祉法においても、35条6項が『市町村は、児童福祉施設を廃止しようとするときは、その廃止の1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。』と規定して、児童福祉施設が廃止されることがあることを当然の前提としているのであるが、その廃止を制約する事由等についての明文の規定はない。そして、同法35条6項の規定を受けた同法施行規則は、同法35条6項に規定する命令で定める事項の一つとして『入所させている者の処置』を掲げている（同法施行規則38条1項2号）から、児童福祉法は入所者が現に存在する児童福祉施設を廃止することもあることを当然の前提としているものといえる」と判示している。

しかし一般論として、以上から直ちに設置者の意思に基づき全く制約なく、すなわち入所児童の保護者の意思を全く忖度することなく保育所を廃止することができる—そうしても違法ではない—という解釈が可能かは、なお吟味が必要である。とりわけ、サービス給付者と設置者が同一の法主体に属する公立保育所の場合はそうである。この問題を以下Cで検討することとしよう。なお、私立保育所の場合、当該施設設置者はサービス給付者の委託に基づいて入所した児童に対して保育を実施する。学説の多くは施設設置者とサービス給付者との間には委託契約が締結され、この契約は第三者のためにする契約と解されている<sup>11</sup>から、入所児童について保育期間終了までの施設存続義務を負うことが契約内容とされていると解する余地があるが、市町村等行政が私立保育所の存続を保護者との関係で保障することは不可能である。従って以下の考案から私立保育所は除外する。

<sup>11</sup> 例えば、田村 [3] p.139は第三者のためにする準委任契約であるとする。

## C 保護者と保育所との関係

### i 一般論

一般に施設によるサービス給付の仕組みにおける行政（市町村等）のなすべき役割について、大きく2つのタイプを区別することができる。一つは、「措置制度型」の仕組みであって、この制度の下ではサービス給付義務者は行政（市町村等）であって、給付義務者は自ら設置する施設において、あるいは他者（民間主体等）の設置する施設に委託することによって、当該義務を履行する。この場合、実際に給付を提供する施設の設置者は、サービス給付者としての市町村等との契約に基づいて受給者に対して給付義務を負うが、受給者と施設管理者の間に契約が締結されるわけではない。そして純粹措置型の仕組みでは、利用者（入所者）とサービス給付者（地方公共団体等）との間でも契約が締結されることはない。保育所利用においては、保護者と行政（給付者としての市町村）の間で利用契約が締結されるので、その限りで改変された措置型ともいえるべき仕組みが取られている。

いま一つは、「支援費給付型」ないし「介護保険型」の仕組みであって、そこにおいては、受給者とサービス提供者（事業者）との間に契約が締結され、それに基づいて給付がなされる。そしてそれに要する費用を、行政（市町村等）が一定の基準に基づいて算出された支援費ないし報酬として受給者に対して支給する（実際には事業者が代理受領する）のである。ここでは、サービス給付義務を負うのは事業者であって市町村ではない。すなわち、行政（市町村等）はサービス給付者ではなく、費用負担者として法令に定める基準によって算定された金銭給付義務を負うにすぎない<sup>12</sup>。

このような一般論を踏まえた上で、公立保育所の場合について、私立保育所と異なる点に焦点を当てて検討を加えよう。

### ii 公立保育所の利用関係と選択権

---

<sup>12</sup> この問題については、河野 pp.33-66参照。



先に述べたように、サービス給付者としての市町村は要保育状態にある児童を保育所において保育する義務を保護者との関係で負うのであるが、保護者の希望する保育所が自らが設置する公立保育所である場合は、当該義務はそこにおいて履行される。この場合、サービス給付者と施設設置者は同一なので、私立保育所の場合と異なり委託契約を觀念する余地はない。そして、市町村等地方公共団体の設置する保育所は、地方自治法244条1項でいう「公の施設」に該当するので、上記の関係はサービス給付者としての市町村が、公の施設として自らが設置した保育所で保育サービスを提供する関係として整理される。つまり、保育所利用関係は、公の施設の利用関係である。

ところで「公の施設」は極めて広い概念であって、「住民の福祉を増進する目的を持ってその利用に供するための施設」ものは悉くこれに含まれる。学校、図書館、美術館、公民館等の教育・文化施設、公園、テニスコート、運動場等の体育・レクリエーション施設、児童福祉施設、介護施設、障害者福祉施設等の福祉施設等々。そしてその利用関係について、地方自治法は不当な利用拒否の禁止と不当な差別的取扱の禁止を定める規定（地自法244条2・3項）、施設利用に関する処分に対する不服申立てに関する規定（244条の4）を置くのみである。同様に設置・管理に関しては、条例主義の原則（244条の2第1項）と指定管理者による管理と指定手続（同条3—11項）が定められているだけである。従って、公の施設の利用関係の法的性質、とりわけ利用者の権利の性質については、地自法の他の規定に加えて当該施設について定めるそれぞれの個別法の規定（保育所の場合は児童福祉法等福祉関連法）も併せてみていく必要がある。

先に述べたとおり、保育所の利用関係は利用契約の締結によって成立するが、公立保育所においては保育サービス提供者と施設設置者は同一であるので、公の施設としての保育所の利用について、施設設置者である市町村との間で利用契約が締結されたものというべきであろう。従ってまた、保護者の選択権に対応する施設存続義務も市町村に帰属することになる。そこで、先に述べた絶対的な意味での選択権が認められるか否かは、まさに公の施設の

廃止について地方自治法がどのような規律をしているのかの解釈問題ということになる。このことはほとんどの判例において承認されているところであり、例えば最も近時の判例である仙台公立保育所廃止損害賠償事件一審判決（仙台地判H23. 8. 30 LEX/DB25443726）は以下のように判示する。

「公立保育所は、被告が設置し、運営している保育所であるから、地方自治法244条にいう『住民の福祉を増進する目的をもってその利用に供するための施設』、すなわち『公の施設』に該当するところ、公の施設の廃止は普通地方公共団体の長の担当事務とされ（地方自治法149条6号）、公の施設の廃止については同法244条の2がその手続を規定しているほかは同法上に特段の制限規定は設けられていない。①また、児童福祉法35条6項は、市町村が、保育所を含む児童福祉施設を廃止しようとするときは、その廃止の1か月前までに、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とし、児童福祉施設が廃止され得ることを前提としており、児童福祉法35条6項の規定を受けた児童福祉法施行規則38条1項は、『法35条6項に規定する命令で定める事項』について、同項2号において、『入所させている者の処置』を挙げており、現に入所者がいる児童福祉施設の廃止を前提とした規定となっていることに照らせば、児童福祉法は、入所者がいる児童福祉施設の廃止を予定しているものと解される。②これに加えて、公立保育所も公の施設であるから、住民全体の利益に適う有効利用がされるべきであり、保育所の利用は長ければ6年間にも及び、当該保育所を取り巻く諸情勢に変化が生じることは避け難く、もともと入所時に定める保育期間も入所時における見込期間という性質を有するものである。そして、市町村の有する限られた資産等を有効利用する必要性があることを考慮すると、保護者が有する上記法的利益について、保育所の廃止を許さない絶対無制約のものと解することはできず、市町村が設置する保育所の廃止は、基本的には設置者の合理的な裁量判断に委ねられているものと解するのが相当である。」③（下線部は筆者）

この判決は、地方自治法には公の施設の廃止を制限する格段の規定はない

こと（下線部①）、児童福祉法は施設の廃止を前提とする規定を置いていること（下線部②）という実定法上の根拠と、資産の有効利用の必要性や事情の変化等の実質的理由（下線部③）を根拠として、「保護者の法的利益」の相対性を導き、さらに廃止について設置者の「合理的裁量」を導いている。他のほとんどの判決も同様の枠組みに従い、保育所を廃止するか否かの決定は、設置者の裁量であるとしている<sup>13</sup>。

ところで保護者には絶対的な選択権が保障されているという場合、それは保育期間中はいかなる理由がある場合でも保育所の廃止を許さないという意味であるとすれば、1名でも入所児童がいれば当該廃止行為は違法と評価されることになる。例えば、田村 [1] p.65は「市町村経営の合理化のために行う公立保育所の廃止は、当該保育所に入所している児童の保育を受ける権利を侵害しない形で行われるのであれば問題ないであろうが、入所児童の権利を侵害するようなそれは違法であるといわざるをえない。具体的にいえば、現に入所児童がいて保育の実施期間が残っている場合はその児童の卒園または転所・転園をまっとうする当該保育所の廃止でない限り違法である」と断じる。筆者も基本的な方向性においてこの見解に賛成するものであるが、現行法の解釈上これが成り立つかどうかは、裁量権の有無及び範囲との関係でなお吟味を要する。これについては、4において詳細に検討する。

## (2) 民営化の法的手法

以上の検討を踏まえて、以下ではいわゆる「民営化」といわれる現象が、法的にはいかなる意味を持つのかということを、保育所に即して簡単に検討

---

<sup>13</sup> 例えば、横浜事件一審判決（横浜地判H18.5.22／判タ1262号137頁、判例地方自治284号42頁）、高石市事件一審判決（大阪地判H16.5.12／判例地方自治283号44頁）、同二審判決（大阪高判H18.1.20／判例地方自治283号35頁）、大東市事件一審判決（大阪地判H17.1.18／判例地方自治282号74頁）、同二審判決（大阪高判H18.4.20／判例地方自治282号55頁）、神戸市事件一審判決（神戸地判H20.12.16／LEXDB25463601）等。なお、指定管理方式による民営化に関する事案であるが、川崎事件一審判決（横浜地判H21.7.15／判例地方自治327号47頁）がある。

しょう。

まず、民営化とは、市町村等の行政主体が設置し、かつ直接それを管理運営する形態から、管理・運営を民間の法主体（社会福祉法人、NPO、営利法人等）に委ねる形態へ移行することをいうと定義しよう。この場合、現在は2つの方法が民営化の手法としてとられている。一つは完全民営化方式ともいふべきものであって、従来の公立保育所を廃止し、その敷地と施設を民間の法主体に譲渡ないし貸与し、新たに私立保育所を設置する方法である。民間移管方式、あるいは民間移譲方式とも言う。この方式の場合、廃止前の保育所と新設の保育所は全く別の施設であり、両者の連続性は形式的にも実質的にも存しない。いま一つは、委託方式ともいふべき方法であって、市町村が設置者としての地位にとどまりつつ、すなわち公立保育所としての設置形態を維持しつつ、管理・運営業務を民間の法主体に委託する方法である。委託の方式としては、地方自治法244条の2第2項に規定する指定管理者方式が主として用いられている。保護者の選択権との関係で、この両者について必要な範囲で検討を加えよう。

#### A 完全民営化方式

今述べたように、完全民営化方式による民営化は、公立保育所の廃止と私立保育所の設置という2つのそれ自体は独立のプロセスを経て行われる。

地方自治法は、公の施設の廃止について直接には規定していない。しかし、同法244条の2第1項が公の施設の設置は条例によると規定している関係から、廃止するためには当該設置条例を廃止しなければならない<sup>14</sup>。通常は複数の保育所について一つの設置条例を制定している場合が多いので、当該条例の改正手続によることが多いであろう。また、児童福祉法35条6項は、市町村が、保育所を含む児童福祉施設を廃止しようとするときは、その廃止の1か月前までに、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

<sup>14</sup> 松本 p.993参照。

ばならない旨定めている。

以上のように、地方自治法及び児童福祉法は施設廃止について手続的な規定を置くにとどまり、いかなる場合に公立保育園を廃止できるのかについてはまったく規定するところがないのであって、前記仙台地裁判決はこのことを理由に廃止にかかる設置者の裁量権を認め、そしてそれを論拠として保護者の選択権の相対性を導き出しているわけである。

このタイプの民営化においては、これまで通關していた保育所が廃止されるわけであるから、保育実施期間にそれが行われた場合に、保護者の選択権が侵害されることは明らかである。

問題は、(1)で検討してきたように、当該選択権の侵害が違法と評価されうるのはいかなる場合かであって、これは保育所廃止が実体法上の違法とされるのはいかなる場合かという問題である。これについては4で検討する。

さらに、公の施設としての公立保育所の廃止は、先に述べたように条例によって行われる。そこで、当該廃止行為の違法を争う場合、いかなる訴訟によるべきかが問題となる。これについてはすでに前出最高裁判決（最1小判H21.11.26）が取消訴訟の提起を認めているが、結論的には訴えの利益がないことを理由として請求を却下している。そのため、仮にこのような訴えで原告が勝訴した場合の勝訴判決の各種効力がいかなるものかは、必ずしも明らかではない。また、取消訴訟以外の抗告訴訟、あるいは当事者訴訟の提起可能性等も明らかにされていない。下級審も含めて、損害賠償請求以外の請求は悉く却下ないし棄却されているので、これについては詳細な研究が存しない状況にある。この問題を3で検討する。

## B 委託方式

この方式は、公立保育所の形態を残したままその管理・運営を民間の団体（社会福祉法人、NPO、営利法人等）委託するものである。「公設公営」型の保育所を「公設民営」型の保育所へ転換するものと言って良い。この方式は古い歴史を有するものであって、かつては「管理委託方式」とよばれるも

のが主流であった。2006年の地方自治法改正によって「指定管理者制度」が導入されたことに伴い、それに取って代わられることとなった。

この方式の特徴は先に述べたように、保育所の管理・運営のみを民間の団体に委託し、市町村等地方公共団体は設置者としての立場にとどまり続けるところにある。地方自治法244条の2第3―11項に主として手続面の規律規定が置かれている。法改正以降全国の地方公共団体において急速に普及し、保育所をはじめとする福祉施設においても指定管理方式による運営が増大している。

この方式では、公立保育所の形態は残っているが、指定後は指定管理者の職員である保育士等が配置されるため、通園児童にしてみれば、実質的には別の保育所と認識されるであろう。管理・運営の仕方もかわるだろうし、これまでとは別の保育士によって保育されることになるのであるから、移行前と移行後の保育所は、形式的には連続していても、実質的には断絶していると言って良いのではないか。このことが保護者の選択権との関係でどのように評価されるか。

そもそも、「選択権侵害」といえるかが問題である。仮にそれが肯定されたとしても、それが違法か否かの問題が完全民営化と同様に生ずる。これについては、4で検討する。

この方式による場合、民営化は条例の改正とそれに基づく指定管理者の指定というプロセスで行われる。指定は行政処分と解されているので、民営化を争う場合は、指定に対する取消訴訟等の抗告訴訟を提起すべきことになる。この方式による民営化を争った事案として、川崎市事件判決（註13参照）があるが、請求棄却事案であるために、勝訴した場合の取消判決の各種効力がいかなるものであるかは明かではなく、また詳細な研究も存しない。これについても3で検討することとしたい。

\*\*\*\*\*

〔参考文献〕

文中で引用する場合は、姓で示す。

田村和之 [1]『保育所の廃止』 平成19年 信山社

同 [2]『保育所の民営化』 平成16年 信山社

同 [3]『保育所行政の法律問題（新版）』 昭和57年 勁草書房

加藤智章・菊池馨実・倉田聡・前田雅子 『社会保障法（第3版）』 平成20年 有斐閣

河野正輝・阿部一光・増田雅暢・倉田聡 社会福祉法入門（第2版） 平成20年 有斐閣

堀勝洋 社会保障法総論（第2版） 平成16年 有斐閣

塩野宏 行政法1（第5版補訂版） 平成25年 有斐閣

松本秀明 新版逐条地方自治法（第5次改訂版） 平成21年 学陽書房

又坂常人 [1]「福祉の措置の法律問題」（雄川献呈『行政法の諸課題・下』平成3年 有斐閣

同 [2]「権利救済手続の諸問題」平成7年 社会保障法学会誌 第10号

同 [3]「契約による福祉と行政の責任—介護保険法を中心として」（塩野古希『行政法の発展と変革・下』 平成18年 有斐閣

同 [3]「行政の法的行為形式の多様化と権利救済手続の諸課題(3)」平成19年 信州大学法学論集第8号