

## 保育所入所の法的性質をめぐる考察 ——1997年児童福祉法改正を契機として——

倉田 賀 世

### I はじめに

保育所入所制度は、1997年児童福祉法の改正により措置から契約になったと説明されているが、その法的性質については必ずしも明らかではない。そこで、本稿は1997年児童福祉法改正以降の保育所をめぐる利用者、施設、市町村間の法律関係を検討し、公立保育所の民営化が行われるようになった後の裁判例もふまえながら、この点につき論じるものである。より具体的には、まず97年法改正前の保育所入所の法的性質をめぐる議論を概観した後(II)、同法改正以降、裁判所がどのような判断を示しているのかを整理した上で(III)、法的性質の理解につき実体を踏まえながら私見を展開し(IV)、最後に今後の課題を述べる(V)。

### II 1997年児童福祉法改正前の保育所入所の法的性質をめぐる議論

1997年改正前の児童福祉法(以下、旧法と称する)第24条は「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(中略)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」と規定していた。この規定に基づく保育所をめぐる利用関係については、以下のような理解がなされていた。

まず措置権者である市町村と施設との関係については、市町村が都道府県知事に届出をして自ら

保育所を設置運営する場合と(旧法第35条3項)、社会福祉法人等が都道府県知事の認可を受けて設置した保育所に(旧法第35条4項)、市町村長が保育の措置を委託(旧法第46条2)(社会福祉事業法第5条2項)する場合があります。後者の場合、措置委託の法的性質は、行政解釈上、委託契約類似の公法上の契約であると解されていた〔厚生労働省児童家庭局編1991, p. 291〕。同様に、判例にもこのことを明示するものがあつた<sup>1)</sup>。なお、学説の中にはこれを第三者のためにする契約(民法第537条)であると解するものがある〔菊池1991, p. 52〕。

次に、保育所利用者と施設との関係については、「保育所は日々保護者の委託を受けて・・・保育することを目的とする施設である」という規定(旧法39条1項)を根拠に、保育所と保護者との間を契約関係と解する判例があるが<sup>2)</sup>、保育料や保育内容につき両当事者が自主的に決定できる部分が少ないことから、契約関係と理解することへの批判があつた〔菊池1991, p. 57〕<sup>3)</sup>。それゆえ、先に述べた市町村と保育所のために第三者のためにする契約が存在するという理解を前提として、第三者としての利用者が諾約者としての保育所に施設の利用を求めることができるという解釈が支持されていた〔菊池1991, p. 57〕<sup>4)</sup>。

他方、利用者と市町村との法律関係については、行政解釈においても、判例・学説上も、行政処分によるものと解されてきた〔児童福祉法規研究会編1999, p. 167〕<sup>5)</sup>。その理由としては、保育所利用者の法的地位がもっぱら行政の一方的決定により決まることがあげられていた〔岩村1999, p. 251〕。より具体的には、措置権者である市町

村が保育所利用を希望する児童が保育に欠けるか否かを認定し<sup>6)</sup>、サービス利用の可否やサービス提供施設を裁量に基づいて一方的に決定してきたことを指す<sup>7)</sup>。しかしこの方法に対しては「入所にあたって市町村が保護者に希望を聞くことはあっても、保育所、保育サービスの選択利用権が利用者にはなく、「これに対応して、保育者側に利用者の選択に対応して、利用者の需要をふまえた保育サービスを自主的に提供するという誘因が働きにくく、サービスが画一的・硬直的になりやすい」という問題点が指摘されていた〔児童福祉法規研究会編 1999, p. 167〕<sup>8)</sup>。これに加えて、施設の自主性、主体性が弱く、市町村の関与が多いので手続が面倒であるという批判もあった〔福田 1999, p. 89〕。そこで 1997 年法改正により、児童福祉法第 24 条は大幅に改正されたのである<sup>9)</sup>。

97 年法改正後の児童福祉法（以下、法と称する）第 24 条では、「利用者の立場に立った良質かつ多様な保育サービスが弾力的に提供できる体制」を整えるため、「保護者が各保育所に関する十分な情報を得たうえで、入所を希望する保育所を選択して、申し込みに基づき市町村と保護者が利用契約を締結する仕組み」が作られたとされている〔児童福祉法規研究会編 1999, p. 167〕。具体的には、法第 24 条 1 項から「措置」という文言がなくなり、代わりに「保護者からの申込み」という文言が新たに規定されたことによって、行政解釈上は「保護者と利用者の関係は、措置という行政処分の行政庁と対象者という関係から」、「申込みとこれに対する保育サービスの提供」という「双務関係に立つ利用契約関係に変更された」と解されている。同時にこの改正では新たに、申込書に希望保育園名を記載すること（2 項）、ならびに、希望者が定員を超過したような場合に、市町村が公正な方法による選考を行うことが明文化され（3 項）、さらに、市町村の情報提供義務が規定された（5 項）。

行政解釈ではこの改正で、市町村と利用者の関係はそれまでの行政処分から「利用契約関係に立つものであるが、その権利の設定・内容が児童福祉法という公法によって規定され、サービス水準も最低基準により担保されることから、一種の附

合契約であり、『公法上の契約』に基づくものになったと説明されている〔児童福祉法規研究会編 1999, p. 168〕。これに対しては、入所決定や費用徴収において従来どおり行政が主導的に関与することから、依然として行政処分であるという見解〔田村 2002, p. 240, 堀 1997, p. 178, 交告 2004, p. 91〕、あるいは、行政処分と契約が結合したものであると解する見解〔原田 2003, p. 115〕<sup>10)</sup>があり、両者間の法律関係について、かならずしも統一された理解があるとはいえない状況にある。そこで次に、97 年法改正以降の保育所利用者と市町村との法律関係について、この点が論じられている公立保育所の民営化をめぐる判例を整理していくことにしよう。なお、この改正においては保育所をめぐる上述の 3 つの関係、すなわち①市町村と保育所、②保育所と利用者、③市町村と利用者のうち、③の一部のみに変更があったとされており、①②について変更はなかったとされている〔福田 2008, p. 207〕。したがって、以下ではこれらのうちもっぱら③を中心に検討を行い、必要な範囲で①②にも言及することにする。

### III 公立保育所民営化裁判での保育所入所にかかる法的性質理解

一般に、公立保育所の民営化と称されるものには以下のものがあるとされる〔田村 2004, p. 13〕。すなわち、一つ目としては公設民営方式と呼ばれるもので、市町村が保育所を設置するが、その運営は民間に委ねる方法である。このうちのひとつである「運營業務委託方式」は、2001 年 3 月 30 日の厚生労働省通達<sup>11)</sup>に基づいている。この通達は、保育所の運營業務を事実上の行為と理解し、地方自治法 244 条の 2 第 3 項（2003 年法改正前のもの）の適用対象外であるとすることにより、それまで公共団体や社会福祉法人等に限定されていた保育所委託先を、NPO 法人や株式会社にも広げたものである。この方式の特徴は、条例の制定や改正なしに、これまで対象外とされてきた民間団体への保育所運營業務委託を可能にする点にある<sup>12)</sup>。

公設民営方式のもう一つの方法としては「指定管理者方式」がある。これは、地方自治法 244 条の 2 第 3 項（2003 年法改正前のもの）の下で管理委託方式と呼ばれていたものが、地方自治法改正により廃止され改められたものである。すなわち、2003 年法改正以前の地方自治法 244 条の 2 第 3 項では、公立保育所など公共施設の運営は地方公共団体が出資している法人、または公共団体、ならびに公共の団体にしか管理委託できないとされていた。それゆえ、公立保育所の管理委託先はもっぱら社会福祉法人であった。ところがこの改正により、指定管理者と称される団体（営利企業も含む）への管理委託も可能になったのである。ただし、これには条例の規定が必要であるとされ（地方自治法 244 条の 2 第 3 項）、指定に際しては議会の議決を経ることが必要とされている（地方自治法 244 条の 2 第 6 項）。公設民営方式では、保育所の設置者が市町村のままであることから、いわゆる純粋な民営化とは異なるが、運営を私的団体にも広く委ねることができるという意味で、いわば広義の民営化であると考えられる。

つぎに、民営化と称される二つ目の方法は、それまで市町村が設置・運営していた保育所を廃止し、建物や土地を民間法人等に有償で譲渡したり無償で貸与して、新たな保育所を設置するものである。この方法は、設置者自身も民間の法人等になる点が先の公設民営方式との違いである。

ところで、1997 年の児童福祉法改正以降、公立保育所の民営化が争われた裁判の中で公刊されているもの（執行停止・仮差止事案を除く）としては、①-a 大阪地判平 16 年 5 月 12 日（棄却）、①-b 大阪高判平 18 年 1 月 20 日（控訴棄却）（高石市）<sup>13)</sup>、②-a 大阪地判平 17 年 1 月 18 日（棄却）、②-b 大阪高判平 18 年 4 月 20 日（控訴棄却）（大東市）<sup>14)</sup>、③大阪地判平 17 年 10 月 27 日（棄却）（枚方市）<sup>15)</sup>、④横浜地判平 18 年 5 月 22 日（違法性は認めるが、取消を求める請求は事情判決により棄却）（横浜市）<sup>16)</sup>、がある。これらはいずれも二つ目の意味での民営化、すなわち、公立保育所を廃止し、新たな保育所を設置することが問題となった事案であり、利用者の申込み時点で保育所

の設置運営主体であった市町村が、予定されていた保育期間の終了前に、当該保育所の廃止を理由に利用者に転園を求めることができるかという共通の問題が論じられている。

いずれの事案でも本案審理以前の問題として、公立保育所を廃止する条例の制定が、行政事件訴訟法上の抗告訴訟で争える行政処分（行訴法 3 条 2 項）といえるかが争点となっている。条例制定は、一般抽象的な権利義務を定めるものであり、行政と私人との間に具体的権利変動を生じさせるものではないという理由から、原則として処分性を有しないとされているが〔塩野 2008, p. 100〕、判例の中には、制定行為自体が特定人の権利義務や法的地位に直接的な影響を有する場合に、例外的に行政処分であることを認めるものがある<sup>17)</sup>。そこで、上記の事案において裁判所は、抗告訴訟の可否を判定するために、保育所廃止条例の制定により原告らの権利や法的地位の侵害が生じているかにつき判断をおこなっているのであるが、これと関連して、97 年法改正後の 24 条に対する裁判所の理解が示されている。より具体的には、①-a、②-a、②-b、③では、改正によりそれまでの措置が保育所利用契約となり、これに基づき保護者は当該保育所の存続期間中、選択した保育所で原則として児童が就学するまでの間保育を受ける権利を有すると解している。そのうえでこれらの判決は、廃止条例制定が個別具体的な権利侵害にあたるとして処分性を認めている。これに対して①-b、④は、改正による利用契約の成立に対しては否定的な見解を示しながら、法 24 条に基づいて保護者は保育所を選択し得る法的利益を保障されている（④）、あるいは、保護者は児童の就学までの間、当該保育所で保育を受ける強い利害関係を有している（①-b）と解し、このような権利・利益は可能な限り尊重されるべきものであるので、保育所廃止条例の制定はこの権利・利益を具体的処分によることなく必然的に侵害することになるとして、条例制定の処分性を認めている<sup>18)</sup>。

このように、裁判所の見解は 97 年法改正以降の市町村と利用者の関係を、契約であると理解するものと、依然として行政処分であると理解する

ものに大別できる。とはいうものの、いずれの判例も、利用者に認められているとされる保育所利用の権利・利益は、必ずしも絶対的なものとまではいえないと述べる。すなわち、保育所廃止条例制定の適法性判断において、①保育所が地方自治法第244条1項でいうところの「公の施設」であり、法解釈上その設置、管理、廃止については地方公共団体またはその長の裁量に委ねられるとされていること、および、②児童福祉法第35条6項において、児童福祉施設の廃止に際しては厚生労働省令で定める事項を都道府県知事に届出ることが必要である旨規定し、これを受けて児童福祉法施行規則38条1項2号は具体的な届出事由として「入所させている者の処置」を規定していることから、児童福祉法は、入所者のいる児童福祉施設の廃止を予定しているものと解することができることを理由に、利用者に認められる保育所利用の権利・利益は、同意がないかぎり当該保育所を廃止できないというような、絶対的なものではないとしているのである。その結果、仮に当該園に在園児がいたとしても、廃止に至るまでの過程において行政裁量の逸脱や濫用がないかぎり、市町村は利用者の同意なしに保育所の廃止とそれに基づく利用者の転園を求めることが可能になる。裁量権の逸脱・濫用性判断においては、廃止の目的、必要性、それにより利用者がこうむる不利益の内容や性質、程度等を総合的に考慮すべきとされ、個別具体的な判断の結果④のみが行政裁量の逸脱、濫用をみとめ、公立保育所の民営化を違法と評価している。その理由として④では、廃止に同意していない利用者との間で十分な協議が尽くされていない状況下で、引き継ぎ期間がわずか3カ月間という早急な民営化を実施しようとしたことにつき正当化事由がないことをあげている<sup>19)</sup>。

このような判例の理解を基礎として97年法改正後の市町村と利用者との法律関係を検討する場合、「1997年の児童福祉法改正によって、保育所入所のあり方が従来の措置制度から要保育児童の保護者に保育所選択の可能性を保障した申込みに基づく入所制度へと転換が図られたことが、市町村の設置した保育所の廃止に対して何らかの制約

を課することになるのかという問題」〔亘理2005, p. 216〕が重要となる。この問題について亘理は、「依然として利用契約関係ではないと仮定したとしても、個々の保育所の運営状況や保育条件に関する客観的情報に基づき保護者が行った保育所選択の意思は、入所後の保育所利用関係の継続時においても最大限尊重されるべきであることからすれば、保育所を設置した市町村には特段の事情<sup>20)</sup>がない限り当該保育所における保育実施の継続を求める保護者の意思を尊重すべき義務が課せられ」、このことは97年法改正によって「保育所利用関係が全面的に利用契約関係であるとの前提に立った場合には」「一層強く当てはまる」と述べる〔亘理2005, p. 233〕。しかしながら、上述の判例を見る限り、いずれの構成を取るかによって裁量権の逸脱・濫用性判断に大きな差違は見られず、したがって、一概に制約の度合いが異なるというような理解を導くことは困難であるものと思われる<sup>21)</sup>。このように仮に、市町村と利用者の法律関係を利用契約関係とみるのか、あるいは、行政処分とみるのかによって当事者間の権利義務関係に差異が生じないということになるのであれば、当事者間の法律関係が行政処分によるものか、利用契約によるものかという議論は、両者の関係を検討するにあたってさほど意義を有しないことになる。この点と関連して倉田は「サービス供給主体の自律性を前提として制度がサービス保障型からサービス費保障型に移行し始めていることを考えるならば、契約すなわち当事者の自律的決定の存在を前提とした上で、受給者保護の観点から自律的決定のどの部分を制限し、どの部分を積極的に認めるかを検討するほうが、措置と契約の二者択一的な議論よりもいろいろな面で有益であると思われる」〔倉田1999 a, p. 64〕と述べる<sup>22)</sup>。現行の法制度のもとで、保育サービスの保障に対する行政の役割がサービス費保障に移行しつつあるとは言い難く、また、保育所の自律性や行政からの独立性が完全に認められているとすることも困難な状況にあるが、少なくとも97年法改正で利用者の自律的決定<sup>23)</sup>という要素が、保育所をめぐる法制度に、わずかながらも取り入れられたと見

ることは可能であると思われる。よって、このような観点から市町村と利用者の法律関係を検討することは誤りとまでは言えないだろう。

#### IV 97年法改正以降の保育所をめぐる法律関係の検討

97年法改正後の児童福祉法は、利用者の申込み（法第24条1項）や入所を希望する保育所の明示（法第24条2項）、および、市町村の情報提供（法第24条5項）というような、利用者の自律的な決定を認めそれを補完するための規定が定められた一方で、児童の保育所入所要件充足性は依然として市町村が認定し（法第24条1項）、保育内容についても、最低基準と称されながら実質的には最高基準となっているとされる〔菊池1998, p. 282〕、児童福祉施設最低基準や保育所保育指針に基づき、行政により画一的に決定されている（法第45条）。また、保育料に関しても従前の応能負担から、「保育費用を支弁した市町村の長は、本人又はその扶養義務者から、当該保育費用をこれらの者から徴収した場合における家計に与える影響を考慮して保育の実施に係る児童の年齢等に応じて定める額を徴収できる」（法第56条3項）ことになったものの、その性格は依然として利用者が施設に支払う保育サービスへの対価ではなく、児童福祉法に基づいて市町村が徴収する自己負担金のままである〔福田2005, p. 145〕。さらに、保育の実施の解除は保護者の申し出による場合のほかは不利益処分該当するとされ、行政手続法をふまえた類似の手続が予定されている（法第33条の4）。このような法規定を概括した場合、現行法に基づく保育所入所にかかる利用者と市町村との関係は、利用者の自律的決定を端緒としながら、その具体化にあたっては法規定により一定の制約が課せられている関係であると解することができる。これを福祉契約〔小西2004, p. 102〕<sup>24)</sup>と称するのか、あるいは申請手続型の措置制度〔倉田2001, p. 18〕と称するのかはともかく、従来の枠組みを超えた新たな法形式であると解することは可能であろう。そこで次に、両者

の法律関係をより実体的に検討していくことにする。検討に当たっては先述した制約、つまり両者の法律関係における行政裁量の幅に着目することにした。

ここでいうところの制約は、その目的に応じて二つに大別できる。すなわち一つは、限られた財である保育所を公正かつ適正に分配するための、いわば公益的な観点からの制約であり〔内田2006, p. 96〕、今一つは、当事者意思の尊重がかって本来的な目的を阻害することのないように行われる制約である〔倉田1999 a, p. 64〕。前者の例としては、複数の保護者が同じ保育所の利用を希望し、いずれの者の児童も法定の入所要件を充足するにも関わらず施設に十分な定員枠がないことから、市町村の選考（法第24条3項）により、相対的にニーズが高いと判断された利用者が優先された結果、他方が当該保育所に入所できないような場合があげられる。このような利用者の主体的選択や申込みへの制約にたいして、判例の中には、選考方法や一定の制約の下での入所決定につき、行政側の裁量が少なからず認められると述べるものがある<sup>25)</sup>。また、学説上でも「マクロ的な資源配分の観点から」市町村の行政裁量を肯定するものがある〔倉田2001, p. 62〕<sup>26)</sup>。これらを前提とすれば、この種の制約は、提供できるサービスに限りがあるという現状の下では、その目的の公益性ゆえに比較的緩やかに認められるものと解することができよう。

一方、後者の制約としては、例えば法令に基づく保育サービス内容の画一的決定があげられる。すなわち、97年法改正以降の保育所入所をめぐる法律関係においては、上述のとおり市町村と利用者との関係を除いて大きな変更はなかったと考えられている。それゆえ、措置制度の下で、措置にかかる福祉給付の内容が措置開始決定時点で法令等に基づく最低基準によって確定されていたのと同様に、97年法改正後の保育所利用に際しても、たとえば利用者が認可保育所で保育サービスを受けることになった場合、保育所は、市町村との間で締結された厚生労働省令規定の最低基準を保育内容とする保育実施委託契約に基づいて、児

童に保育サービスを提供することになる〔倉田 2001, p. 27〕。保育実施委託契約を、上述のように第三者のためにする契約（民法第 537 条）であると解した場合、利用者がこの契約に基づく受益の意思表示をすれば、施設は最低基準に従った保育サービスを提供しなければならないため<sup>27)</sup>、施設も利用者も保育内容の決定に、少なくともこの部分に関しては自律的に関わる余地がないことになる。このように、保育内容につき当事者の自律的決定を制約する目的は、行政解釈上「児童の健康を守り、その心身の健全な育成を図るため」であるとされている〔児童福祉法規研究会編 1999, p. 326〕。つまりこの制約は、施設と利用者間の力関係に配慮して予め一定の基準を設けることで政策目的を達成し、同時に、サービスの利用者に一定の質を有するサービスを保障するための制約であると考えられる。このような、サービス内容の画一的決定という形式での当事者意思の制約については、学説上、福祉施設の水準が不十分であった昭和 20 年代ないし 30 年代前半の状況を前提とすれば、統一した制度運用をはかることで認可施設においては同質のサービスがナショナルミニマムとして供給されるという点で相応の合理性があったといえるが、福祉施設の整備拡充が進められた状況下で、とりわけ、保育サービスのように当初から所得とは無関係に発生する福祉ニーズを普遍的に充足するものについては、少なくとも措置費における「費日間流用の禁止が解除された後の措置委託契約については、最低基準の部分のみが措置委託契約において具体化されるにとどまり、それ以外の部分については福祉施設の専門的な裁量に委ねられていると理解すべきであろう」とするものがある〔倉田 2001, p. 34〕。これに加えて、施設の専門的な裁量に委ねられるとされる部分についても、「利用者と施設との私的自治に委ねられていると構成すべき」であり、「施設側が一方的に変更できると解するべきではない」とされている〔倉田 2001, p. 35〕<sup>28)</sup>。このような見解、および、利用者の意向の尊重といった観点に基づけば、利用者によって一定のサービスを保障する目的による自律的決定の画一的な制約に関しては、

少なくともサービス内容の決定への規制に関するかぎり、最低基準の部分にとどめるべきことになる。その結果、その他の部分について利用者と保育所との間に契約的な構成を認める余地が生じる。ここでの最低基準以外の保育内容としては、例えば、医務室に看護師を常駐させるかどうかといった事項、あるいは、保育の中に体操教室や英語教室といったお稽古ごとのような要素を取り入れるかといった具体的な保育内容に関わる事項等が考えられる。仮に、これが認められるとすれば、97 年法改正の目標でもあった保育サービスの弾力化が図られ、利用者のニーズに応じやすくなると同時に、措置制度の下で画一化していると批判されてきた保育サービスに、保育所ごとの独自性が生まれるという利点が生じ得る。また、成立する契約関係は、児童にたいする保育サービスの供給を目的とするものであるため、準委任契約（民法 656 条）としての性質を有することになることから、施設側が責務を履行しない場合に債務不履行責任（民法 415 条）を問えるようになること、および、利用者と提供者の関係が法的な意味で対等な法主体と位置づけられるようになることも指摘できる〔原田 2003, p. 772〕。これにより、最低基準以上の保育内容についても履行請求が可能になるばかりでなく<sup>29)</sup>、不法行為法理における以上の施設側の注意義務〔内田 2007, p. 132〕を導出することが可能になる〔倉田 1999b, p. 229〕。それゆえ施設が利用者の意向をより一層鑑みるようになる可能性は高く、契約構成を認めることで利用者に生じる利益は小さくないものと思われる。

ちなみに、利用者と施設との間に契約構成を認めるかどうかについては議論の余地が存するところであるが、この点について、97 年法改正以降の保育所での死亡事故をめぐる判例において、保護者と施設との間に児童の保育に係る保育委託契約の存在を認めるものがある<sup>30)</sup>。また、学説上においても施設と保護者間の契約構成を支持する見解がある<sup>31)</sup>。このような理解に対しては、あえて契約構成をとらなければ自治的側面を説明できないわけではないといった批判〔内田 2006, p. 124〕もあるが、上述のとおり措置制度が改正

された目的や、契約と解することによる利用者の利益を鑑みた場合、保育所と利用者との間に私法上の契約関係があると解することの意義は少なからず存在するものと考えられる。

以上をまとめると、97年法改正以降の保育所をめぐる法律関係は、利用者の自律的決定を基礎としながら、公益的観点およびサービスの質の保障的観点から、自律的決定に公的制約が課されているものと解することが可能であり、このうち、公益目的による制約は比較的緩やかに認められる一方で、サービスの質の保障的観点による制約は、少なくとも保育内容に関しては最低限度に限られ、その他の部分については施設と利用者間に契約構成が認められる余地が存することになる。

なお、このような当事者の自律的決定に対する制約に関しては、そもそもそれが絶対的に必要なものであるのかという疑問がないわけではない。この点に関して内田は、保育サービスの「公共性」に対する社会的コンセンサスの有無によってその是非が決められると述べる。すなわち内田によれば、保育を含めた福祉サービスを完全に民営化することも原理的には可能であるが、福祉サービスには限定的な資源を利用者の意思ではなくニーズに応じて公平・平等に配分すべきであるという内在的要請があるゆえに、完全に市場メカニズムに委ねることが社会的に認容されないのではとされる。それゆえ、現行法上では国家が当事者意思を制約するかたちで介入することによりこの要請を実現しているわけであるが、保育サービスがそもそもこのような要請が内在するサービスであるか、つまり制約を必要とするサービスであるかといえるか否かは、国民が保育サービスを利用者のニーズに応じて公平・平等に配分すべき財であるという共通の認識を有しているかどうかによるとされるのである〔内田 2006, pp. 95-97〕。思うに、改正後においても法第 24 条は保育の要件として「保育に欠ける」ことをあげ、保育所利用が当事者意思のみならず、利用者のニーズによって決定される仕組みが維持されており、このことは、このような手法が広く国民に受け入れられていることの証左であると解することや、保育所に対する

公費助成の必要性が仮に契約構成を採った場合でも完全にはなくなると考えられる〔堀 1987, p. 257〕ことなどからすれば、保育サービスの「公共性」とそれに対する国民の認容は否定できないように思われる。それゆえ保育サービスは、本質的に、完全に市場メカニズムに委ねることが不可能であり、当事者の自律的決定を制限する何らかの制約が必要不可欠なサービスであると言い得るのではないだろうか。

## V 今後の課題

最後に、保育所制度に関する今後の課題を述べる。平成 20 年 12 月に出された社会保障審議会少子化対策特別部会の第 1 次報告書（案）<sup>32)</sup>では、現行法に基づく保育制度の課題として、①スピード感のあるサービス量の抜本的拡充の困難、②深化・多様化したニーズへの対応不足、③認可保育所の質の向上、④認可外保育施設の質の向上、⑤人口減少地域における保育機能の維持・向上、⑥多様な保育サービスをあげている。その上でこれを克服する新たな保育の仕組みとして、市町村が保育の必要性・量・優先度を判断した上で、優先度が高い児童については優先受入義務を課す一方で、客観的に保育の必要性が判断された者にはすべて受給権を付与し、利用者とは保育所が公的契約を締結する仕組みが提案されている<sup>33)</sup>。

厚生労働省が平成 20 年 8 月に発表した報道資料によれば<sup>34)</sup>、平成 20 年 4 月時点でも都市部を中心に約 2 万人もの待機児童がいることから、上述の課題のうちとりわけ①のサービス量の拡充は、今なお重要な課題であるといえよう。また、97 年法改正によって利用者による保育所の選択が法文上に明記されたが、施設の選択は選ぶことのできる選択肢が存在して初めて可能になるものであり、施設数が不十分である場合、本来の意味での選択は不可能である。それゆえこの点からも、保育所の量的拡充は望まれるところである。ただしその具体的手法として報告書（案）があげているのは、現在の都道府県による認可制を指定制にして新規参入における行政裁量を限定し、客

観的基準をみたした施設には保育所開設を認めるというもの、あるいは、現在施設整備費の対象外となっているNPO法人や株式会社にも広く補助を認め、今まで以上に参入を容易にすることで量的な拡大を図ろうという考え方である。このような変革を直ちに否定するものではないが、仮にこのような方法で量的拡充を図っていくのであれば、現行法に基づく保育の質を確保していくためには、行政による定期的な監査などよりきめ細やかな規制のあり方を検討する必要がある。また、②⑥であげられている多様なニーズに対応できるようなサービスの拡充においては、これまでの議論を前提とするかぎり、最低基準にかかるサービス以外については利用者と施設との私的自治という要素を認める余地が生じることになる。それゆえ、この部分については、利用者の意向が適切に反映された保育サービスが供給されるような合意形成の仕組みを更に検討することが求められるだろう。なお、いずれの課題においても、さらなる財源的な措置が必要であることはいうまでもない。

#### 注

- 1) 盛岡地裁一関支判昭56年11月19日判タ460号126頁。
- 2) 松江地裁益田支決昭50年9月6日判時805号96頁。
- 3) ただし、延長保育のような特別の取り決めについては保育所と利用者との合意が存在するという指摘がある。〔倉田1999a, p. 68〕。
- 4) なお堀は、「社会福祉法令の規定や措置委託の実態からみて、施設入所者が直接施設に対して福祉サービスを受ける権利を取得するものであるとはとらえにくい」と述べ、第三者のためにする契約であるという理解に疑問を呈している〔堀1987, p. 194〕。
- 5) 行政処分であることを前提とする判例として、例えば大阪地決平元年5月10日判時1331号38頁、仙台高判昭62年4月27日判時1236号59頁がある。これに対して、97年改正前の児童福祉法24条に基づく保育所入所措置においても、措置権者と利用者との間に幼児保育委託契約があったと解する唯一の判例として、東京地八王子支判平10年12月7日判例自治188号73頁がある。なお、学説上では児童福祉法施行規則22条(改正前のもの)により、措置が保護者からの申請に基づくものとされていることから、契約的要素も存在しうることが指摘されてきた〔菊池1991, p. 56〕。
- 6) ここでの認定処分について覇束裁量であるか自由裁量であるか争われた事例があるが、裁判所は覇束裁量であるとしている〔東京地判昭61年9月30日判時1218号93頁〕。
- 7) 保育所選択につき市町村に広い行政裁量があるとする判例として、福岡地小倉支判昭55年7月8日判時1005号150頁。
- 8) なおこのような理解に対しては、1997年以前の保育所入所においても実態としては選択権があるかのごとき取扱いがされていたことを指摘するものとして、〔田村2004, p. 230〕がある。
- 9) ここであげた以外の措置制度の問題点については、〔堀1987, p. 245, 秋元1997, p. 33〕を参照のこと。
- 10) このような見解を示す原田は、保育所の入所は「保護者の申込みを受けて行われる保育に欠けるかの認定行為と、保護者の希望する保育園で市町村が保育の実施をする契約関係が結合した」ものであると述べている。この考え方は従来の法分類を超え、より実体的な観点から当事者の法的関係性を把握しようとするものであるといえよう。
- 11) 「地方公共団体が設置する保育所に係る委託について」(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)(雇児保第10号)
- 12) この方式を違法と解するものとして、〔田村2004, p. 17〕。
- 13) 地裁判決 判例自治283号44頁、高裁判決判例自治283号35頁、このほかに執行停止に係る地裁判決として大阪地決平14年3月29日賃金と社会保障1325号62頁。
- 14) 地裁判決 判例自治282号47頁、高裁判決判例自治282号55頁。
- 15) 地裁判決 判例自治280号75頁。
- 16) 地裁判決 判例自治284号42頁。なおこの事案の高裁判決(東京高判平21年1月29日(原判決取消却下)判例集未搭載)は、本件条例は、特定の者にたいしてのみその効果を生じさせることを目的として制定されたものではないので、処分と実質的に同視できないことから、抗告訴訟の対象にはならないとして原判決を取消した上で、民営化過程においても原告らの利益を最大限尊重しているのも利益侵害は明白でないとして条例制定の違法性も否定している。このほかに執行停止に係る判決として、横浜地決平16年3月22日(却下)判例集未搭載、東京高決平16年3月30日判時1862号151頁。
- 17) 例えば、大阪高決昭41年8月5日行集17巻7=8号893頁。



- 18) ただし、注 16 参照。
- 19) 判例自治 284 号 73 頁以下参照。この判断は高裁判決（注 16 参照）で覆されている。
- 20) ここでの特段の事情とは、保育所入所時における当事者の合意よりも優先すべき事情をさすとされ、具体例としては天災事変により保育所が利用できない場合や市町村財政の急激かつ極度の逼迫により保育所運営の財源が一刻の猶予もない程度に払底しかねない場合といった非常に例外的な場合があげられている〔亘理 2005, p. 226〕。
- 21) 同様の理解を示すものとして〔笠木 2007, p. 191〕(④事件の評釈)。
- 22) 同様の理解を示すものとして〔堀 1997, p. 179〕。
- 23) なお、ここでの「自律的決定」とは 97 年法改正によって利用者の選択、申込みが明文化されたことを前提として、「人が他者の意思に服することなく自己の生の作者」〔佐藤 2002, p. 136〕として自らに関する事柄に能動的に関わっていくという意味で、職権主義的な決定と対置するものとして用いている。ただし私見としては本文中で述べるように、「自律的決定」は保育所制度に関するかぎり一定の制約に服するものと考えている。
- 24) 小西によれば、福祉契約とは「社会福祉事業において提供されるサービスを利用するための契約」であるとされる〔小西 2004, p. 99〕。
- 25) 選考方法につき市町村の合理的な裁量に委ねられているとする事案として、さいたま地判平 14 年 12 月 4 日判例自治 246 号 99 頁。重度障害児の保育所入所の却下決定につき「限られた人員予算の範囲内でいかなる方法により児童を保育するかについては、市町村の合理的な裁量に委ねられている部分が多いというべきである」とした事案として、さいたま地判平 16 年 1 月 28 日判例自治 255 号 78 頁。
- 26) このほかに、法 24 条の「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には、その他の適切な保護を加えなければならない」という規定から市町村に裁量が認められていると解するものとして〔堀 1987, p. 217〕。
- 27) このように解する判例として神戸地判昭 48 年 3 月 28 日判時 707 号 86 頁。
- 28) 人権尊重の立場から、入所者の施設運営への参加を検討すべきであるとするものとして〔田村 1990, p. 305〕。
- 29) 最低基準にかかる保育内容の履行請求権を憲法 25 条、児童福祉法 1 条、3 条（いずれも改正前のもの）の態様趣旨に基づいて認める判例として神戸地決昭 48 年 3 月 28 日判時 707 号 86 頁。
- 30) 名古屋地判平 17 年 3 月 29 日判時 1898 号 87 頁、名古屋高判平 18 年 2 月 15 日判時 1948 号 82 頁。なおこの事案で原告は不法行為と債務不履行の

選択的請求をしており、遅延損害金の起算点との関係上裁判所は不法行為構成を選択しているものの、判旨中で施設と保護者の間での保育委託契約の成立を認めている（地裁判決、判時 1898 号 102 頁）。

- 31) 97 年法改正前につき、〔棚田 1977, p. 171〕。改正後につき〔倉田 1999 a, p. 64〕、主に高齢者福祉の観点からの考察であるが、福祉サービス一般についても射程が存在するものとして〔前田 1997, p. 342〕。これとは逆に改正後も受託者と利用者の間には権利義務関係が存在しないとするものとして〔古川 2003, p. 21〕。
- 32) <http://www-bm.mhlw.go.jp/shingi/2008/12/s1209-8.html>
- 33) <http://www.mhlw.go.jp/shingi/2008/12/dl/s1216-7d.pdf>
- 34) <http://www.mhlw.go.jp/houdou/2008/08/h0828-1.html>

#### 参考文献

- 秋元美世 1997 「保育制度改革と児童福祉法の改正」『法律時報』69 巻 8 号
- 岩村正彦 1999 「社会福祉サービス利用契約の締結過程をめぐる法的論点」『季刊・社会保障研究』35 巻 3 号
- 内田貴 2006 「民営化と契約 (4)」『ジュリスト』1308 号
- 2007 『民法Ⅲ第 3 版』有斐閣
- 笠木映里 2007 「私立保育所を廃止し「民営化する」条例制定行為の行政処分性とその適法性」『ジュリスト』1341 号
- 菊池馨実 1991 「保育所入所をめぐる法律問題⑤」『賃金と社会保障』1051 号
- 1998 第 45 条 最低基準の制定 桑原洋子・田村和之編『実務注釈 児童福祉法』信山社
- 倉田聡 1999a 「医療・福祉分野におけるサービス供給主体論」日本社会保障法学会編『社会保障法第 14 号』法律文化社。
- 1999b 「福祉サービスの供給契約と福祉専門職の役割」『北海学園大学法学研究』第 35 巻第 2 号
- 2001 『これからの社会福祉と法』創成社
- 厚生労働省児童家庭局編 1991 『改訂児童福祉法の解説』時事通信社
- 交告尚史 2004 「保育園入園不承諾処分取消請求事件」『季刊教育法』142 号
- 小西知世 2004 「福祉契約の法的関係と医療契約」日本社会保障法学会編『社会保障法第 19 号 法律文化社
- 佐藤幸治 2002 『日本国憲法と「法の支配」』有斐閣
- 塩野宏 2008 『行政法 II』有斐閣
- 児童福祉法規研究会編 1999 『最新児童福祉法の解説』時事通信社
- 田村和之 1990 「福祉施設の利用関係」成田頼明編

- 『ジュリスト増刊行政法の争点(新版)』有斐閣  
—— 2002「一九九七年児童福祉法改正による  
保育所入所制度改革について」桑原洋子教授古  
稀記念論集編集委員編『社会福祉の思想と制度・  
方法』永田文昌堂  
—— 2004『保育所の民営化』信山社  
棚田洋一 1977「保育所契約の法的性格—七光保  
育所事件」『社会保障法判例百選』有斐閣  
原田大樹 2003「福祉契約の行政法学的分析」『法政  
研究』69巻4号  
福田素生 1999『社会保険の構造改革』中央法規  
—— 2005「保育サービスの供給システムとサー  
ビス供給の実態」岩村正彦 大村敦志編『個を  
支えるもの』東京大学出版会  
—— 2008「公立保育所の民営化」『社会保障判  
例百選』有斐閣。  
古川孝順 2003「措置制度と利用制度」古川孝順  
福田あけみ 秋元美世編『現代社会福祉の争点  
(下)』中央法規出版  
堀勝洋 1987『福祉改革の戦略的課題』中央法規出版  
—— 1997『現代社会保障・社会福祉の基本問題』  
ミネルヴァ書房  
前田雅子 1997「生存権実現の理論」『公法研究』59号  
亘理格 2005「保育所利用契約における合意の拘束  
力」小林武 見上崇洋 安本典夫編『「民」によ  
る行政：新たな公共性の再構築』法律文化社  
(くらた・かよ 関西外国語大学講師(特任))