

## 2012年の児童福祉法改正後の市町村の保育の実施義務

（東京高等裁判所平成29年1月25日判決、  
平成28年（ネ）第4173号、損害賠償請求控訴事件、  
賃金と社会保障1678号64頁）

新田 秀樹\*

## I 事実

X（原告、控訴人）は、平成26年11月20日、Y（三鷹市（被告、被控訴人））に対し、Xの子であるA（平成26年×月×日生まれ）につき、保育給付の支給認定の申請をするとともに、平成27年4月1日からの保育所入所の申込みをした。

Yは、「三鷹市保育所入所選考基準」及び「調整点数表」を設け、保護者の就労状況等を点数化して各児童の保育の必要度を審査し、保育の必要性の高い順にあっせんを行うなどして、施設の利用調整を行っている。また、平成15年度から平成27年度にかけ、市における保育定員を合計1709名増加させた。

Yは、平成27年1月30日、Xに対し、子ども・子育て支援法（以下「支援法」という。）に基づく施設型給付費・地域型保育給付費等の支給認定証（以下「支給認定証」という。）を交付する一方、同年3月25日、Aについての保育所の入所を不承諾とする決定（以下「本件処分」という。）を行い、その旨をXに通知した。

Xは、同年5月20日、Yに対し、行政不服審査法に基づき、本件処分についての異議を申し立てたが、同年6月25日に棄却された。そこで、Xは、Yに対し、国家賠償法（以下「国賠法」という。）1条1項に基づき、認可保育園等に入所した場合であれば公費負担される保育費用の一部とこれに対

する遅延損害金の支払いを求めて提訴した。

裁判では、「本件処分又はAを保育所に入所させるための措置を採らなかったY職員の不作為の違法性」が争点となった。Xは、Yは児童福祉法等に基づく子どもが確実に保育を受けることができるようにする市町村の責務を果たしていないなどと主張したが、原審（東京地裁平成28年7月28日判決、賃金と社会保障1678号61頁）は、最高裁判決（最高裁第1小法廷昭和60年11月21日判決、民集39巻7号1512頁）を参照しつつ国賠法1条1項にいう「『違法』とは、公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務違背をいうものと解するのが相当である」とした上で、児童福祉法に規定する「保育を必要とする児童を保育所等において保育しなければならない」との市町村の「責務」は、「市町村がその財政的状況と人的物的資源のもとで保育の実施について最善を尽くす当該市町村の住民全体に対する責務であって、すべての保育を必要とする児童を保育する義務を個々の住民に対して負う趣旨のものではない。これは、児童福祉法24条3項が、保育所等が不足する場合に保育所等の利用について調整を行うことを予定していることから明らかであり、Yは「市町村としてAが保育を受けられるためのできる限りの責務を果たしたと認められる。」と述べて、本件処分の違法性を否定し、Xの請求を棄却したため、Xが控訴した。

\* 中央大学法学部 教授

## II 判旨

東京高裁は、原審の判決を一部補正した上で引用し、Xの「請求は、理由がないから棄却すべきところ、これと同旨の原判決は相当であって、本件控訴は理由がない」として、Xの控訴を棄却した。

### 1 児童福祉法24条1項に規定する義務について・その1 (判旨1)

平成24年法律第67号による「改正前及び改正後の児童福祉法24条1項は、いずれも市町村に対し、保育所における保育の実施義務を定めているものの、改正前の児童福祉法24条1項ただし書及び同条3項は、やむを得ない事由があるときは、保育所に入所する児童を選考することができるとしており、改正後の児童福祉法は、改正前の24条1項ただし書を削除しつつも、2項で子ども・子育て支援法で創設された地域型保育給付等を前提に、市町村に地域の実情に応じて保育所以外の手段で保育を提供する体制の確保義務があることを明記し、さらに、3項で、いわゆる待機児童が発生している場合などを想定して、これらの利用調整等を行う規定を置いている。

このような法の定めによれば、児童福祉法は改正前後を通じて、市町村が、定員を上回る必要がある場合に調整を行い、その結果として保育の必要性がありながら保育所への入所が認められない児童が生じるという事態を想定しているものと解されるから、Yにおいて、保育所の定員を上回る必要があることを理由に、Xの希望する保育所への入所を不承諾とする本件処分を行ったとしても、そのこと自体をもって、児童福祉法24条1項の義務に違反したということとはできない。」

### 2 児童福祉法24条1項に規定する義務について・その2 (判旨2)

「Xは、Yが必要に足りる保育所の整備を怠ってきた違法があると主張するが、児童福祉法及び支援法は、保育を必要とする児童に対する市町村の責務を果たすための具体的な施策については、各

地域の実情や財政状況等を踏まえた、市町村の政策的、裁量的判断に基づくことを前提としているものと解されるどころ、児童福祉法24条1項も、改正前後を通じて、市町村に対して、保育所への入所を希望する全ての児童が入所できるだけの保育所の整備を一義的に義務づけているとは解しがたく、また、本件全証拠によっても、Yに児童福祉法及び支援法の趣旨を没却するような著しい懈怠があるとは認められ」ない。

### 3 2012年改正後の児童福祉法24条2項に規定する義務について (判旨3)

「Xは、Yが、認定こども園等への入所のあっせん等、改正後の児童福祉法24条2項が求める必要な措置を講じておらず、Yの不作为は明らかであるとも主張する。しかし、XがYに対し認定こども園等への入所を申し込んだと認めるに足りる証拠はなく、したがってYがあっせんを行っていないことをもって違法とすることはできない。また、Xの主張が、Yが同条2項に基づく保育を確保するための体制を整備する義務を怠った違法があるという趣旨であるとしても、Yに同条2項の趣旨を没却するような著しい懈怠があることを裏付けるに足りる証拠はない。」

## III 解説

判旨1及び判旨2の結論に一応賛成するが、改正の前後を同列に論ずる判旨の論理にはやや粗さを感じる。また、判旨が把握しにくい記述が散見され、特に判旨3には不明瞭さが残った憾みがある。

### 1 はじめに

本判決は、2012年の児童福祉法の改正（平成24年法律第67号による改正、以下「2012年改正」という。）後の同法24条施行後、保育所申込み入所拒否が裁判で争われた最初の事例であり〔田村（2017）p.49〕、改正後の同条に規定する市町村の保育の実施義務の内容・法的性格・程度について、部分的にせよ初めて判示した点に意義がある。

同条を巡る論点としては、①改正後の24条1項

に規定する「保育所……において保育しなければならない」（保育所において保育する義務（義務④））の内容・法的性格・程度<sup>1)</sup>（論点1）、②改正後の24条2項に規定する「認定こども園……又は家庭的保育事業等……により必要な保育を確保するための措置を講じなければならない」（認定こども園・家庭的保育事業等により保育確保措置を講ずる義務（義務⑤））の内容・法的性格・程度（論点2）、③義務④と義務⑤の関係（論点3）が問題となろう。

これらの論点のうち、本判決が判示乃至言及したのは論点1及び論点2についてであり、論点3については明示的には触れていないが、以下順次検討したい。

## 2 本判決における国賠法1条1項の「違法」の捉え方

各論点の検討の前提となる論点として、本判決が国賠法1条1項の「違法」をどのように捉えているかという問題を検討する必要がある。国賠法上の違法性の概念についての判例・学説は「きわめて不明瞭・不統一である」〔西埜（2012）p.131〕が、ここでは、諸説を行為不法説（法規に違反する行為は違法であるとする考え方）、結果不法説（法の許さない結果を発生させた行為は違法であるとする考え方）、相関関係説（侵害行為の性質・態様と被侵害利益の種類・内容とを総合的に考慮する考え方）にわけた上で、行為不法説の中に、公権力発動要件の欠如をもって違法と解する「公権力発動要件欠如説」と、公務員として職務上尽くすべき注意義務を懈怠したことをもって違法と解する「職務行為基準説」があると理解しておきたい〔宇賀（1997）p.46, p.67, 西埜（2012）pp.131-

132〕。前者の「公権力発動要件欠如説」は公務員を媒介としてなされる国家行為の客観的違法と当該公務員の故意・過失を区別して違法概念を構成する（→客観的違法と故意・過失の二元的審査となる）考え方であり、後者の「職務行為基準説」は国家行為の違法だけでなく当該公務員に課せられた職務上の注意義務の懈怠も（国賠法上の）違法性に加える（→違法性の一元的審査となる）考え方であるが、いずれも国賠法1条の要件として公権力発動の要件不存在と当該公務員の注意義務違反を要求しているので国家賠償請求権成立要件に関しては結果的には異ならず、理論上・説明上の区別に過ぎないともされる〔塩野（2010）p.314, p.320, p.324, 宇賀（1997）p.53, p.61〕。

本判決は、国賠法1条1項にいう違法とは公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務違背をいうものと解するのが相当である旨の原審の判示をそのまま引用していることからすると、原審が参照した最高裁判決（在宅投票制度訴訟上告審判決）の考え方に従っているように一応は思われる。同判決は立法の不作为に係るものであるが、国賠法における違法を定式化されたものとされ、行為不法説中の職務行為基準説を採用したものとされている〔北村（2014）p.147, 宇賀（1997）pp.54-55, 西埜（2012）pp.134-135, p.155〕。

しかし、本判決の判旨1は児童福祉法の保育所における保育の実施義務に係る違法性の有無を、また、判旨3はYの保育確保体制整備義務に係る懈怠の有無を一元的に審査しているように読めるが、判旨2は児童福祉法上の保育所整備義務に係る違法性の有無の審査とは別にYの懈怠の有無を審査しているようにも読める<sup>2)</sup>。さらに、判旨1における違法性の有無の審査は児童福祉法の条文解

<sup>1)</sup> 義務の内容については、④「具体的な保育ニーズを有する個々の住民に対する直接的・個別的義務」（以下「個別の保育提供義務」という。）なのか、それとも、「住民全体に対する抽象的・一般的義務」なのか、また、それと関連して、⑤「財政措置を含めて保育サービスの提供体制を整備する義務（通常は抽象的・一般的義務であることが多い。以下「保育提供体制整備義務」という。）を含んでいるのか否かが問題となろう。また、法的性格は、義務付けの強さ・程度とも関連するが、これについては、「（義務違反に対して裁判により損害賠償等が請求できる）法的義務」（→強い義務）なのか、「遵守に努めるべき努力義務乃至道義的・政治的責務」（→弱い義務）なのか問題となる。この問題は、保育所における保育の実施に、市町村の行政裁量がどの程度認められるかと裏腹の関係にあると言え、一般的には、義務付けの程度が強まれば、（特に行政行為の内容やこれを実施するかどうかの判断に関わる効果裁量に関しては）裁量の幅が狭くなると考えられる。以上は、義務⑤についても同様である。

釈に基づく客観的違法の有無について行っているように見えることからすると、本判決が国賠法上の違法性の一元的審査を行うこととなる職務行為基準説を明確に採用しているとは言い難いところもある。尤も、前述のとおり、職務行為基準説と公権力発動要件欠如説のいずれをとるにしても国家行為の客観的違法を実質的に審査する点では変わりはない。

そこで、本判決が、客観的違法の有無を審査する際の対象となる児童福祉法を2012年改正前のものとしているのか、それとも改正後のものとしているのか問題となる。なぜならば、本判決が別の箇所述べているように、支援法20条に基づく支給認定や児童福祉法24条3項に基づく利用の調整は2012年改正法の施行日（2015（平成27）年4月1日）前から行うことが改正法の規定により認められているが、保育所における保育の実施に係る市町村の義務を規定した児童福祉法24条1項については、そうした取扱いとすることが規定されていないからである。だが、この点について本判決は、判旨1及び判旨2にあるとおり、2012年改正の「改正前後を通じて」、即ち改正前（施行日前）と改正後（施行日後）の両方の規定の違法性についての審査を行っているように見える。これは、本裁判においては、2012年改正法の施行日前に行われた本件処分<sup>2)</sup>の違法性と、Aを保育所に入所させなかったY職員の不作為（Aが保育所における保育サービスを受けることができないという損害が生じているのは施行日後）の違法性の両方が争点になっており、裁判所がその両方につき判断を示す必要があると考えたためではないかと思われる。

本解説では、1で述べたとおり、本判決で初めて示された、2012年改正後の児童福祉法24条が規定する市町村の保育の実施義務の内容・法的性格・程度に重点を置いて、検討を行う。

### 3 保育所において保育する義務（義務④）の内容・法的性格・程度（論点1）

義務④について、本判決は、判旨1のとおり、改正前の24条1項ただし書及び3項並びに改正後の同条2項及び3項の規定の概要を紹介し、改正前後の「24条1項は、いずれも市町村に対し、保育所における保育の実施義務を定めているものの」「このような法の定めによれば、児童福祉法は改正前後を通じて、市町村が、定員を上回る必要がある場合に調整を行い、その結果として保育の必要性がありながら保育所への入所が認められない児童が生じるという事態を想定しているものと解されるから、Yにおいて、保育所の定員を上回る必要があることを理由に、Xの希望する保育所への入所を不承諾とする本件処分を行ったとしても、そのこと自体をもって、児童福祉法24条1項の義務に違反したということはできない。」と判示した。

すなわち、本判決は、24条1項が改正前後を通じて保育に欠ける乃至保育を必要とする個々の児童（以下「要保育児童」という。）に対し市町村が保育所における保育を提供する直接的・個別的義務を原則として負っていることを認めた上で、改正前の24条については、同条3項が、やむを得ない事由がある場合には保育所に入所する児童の選考を行うことができるとして、選考に漏れて保育所に入所できない児童が生じることを当然想定していると解されることから、また、改正後の24条については、同条3項で、保育所・認定こども園・家庭的保育事業等に係る利用調整<sup>3)</sup>の結果保育所に入所できない児童が生じることを当然想定していると解されることから、改正前においても、改正後においても、市町村は、すべての要保育児童に対して認可保育所における保育を行わなければならないという意味での保育の実施義務を負っているわけではないと結論付けた。このように、保育所において保育する義務がすべての要保育児童に対する一律の義務（以下単に「一律の保育義務」という。）ではないことを、改正前後を通じて24条3

<sup>2)</sup> 判旨2では違法性<sup>2)</sup>の有無の検討と懈怠の有無の検討を「また」という接続詞で繋いでいる。

<sup>3)</sup> 改正後の24条3項の適用については、児福附則73条1項による読替により、当分の間、待機児童の有無にかかわらず市町村が利用調整を行うこととされた。

項の入所選考乃至利用調整規定（これらの規定が保育所に入所できない児童の存在を当然想定していると考えられること）により根拠づけた点に、本判決の特徴がある。

判旨1のような解釈は、条文の規定に基づく論理的な解釈としては一応成り立ち得ると考える。しかし、改正前の24条3項が保育所の枠内のみの選考に係る規定であるのに対し、改正後の同項は保育所・認定こども園・家庭的保育事業等という3者の枠内での利用調整に係る規定であるという違いがあることに留意する必要がある。すなわち、改正前の24条3項による入所選考は、入所希望者が定員を超過した保育所について、保育実施義務を負う市町村が公正な方法で選考を行い入所児童を決定するというもので、選考による調整の実効性が担保されていた。これに対し、改正後の24条3項による利用調整については、利用者が施設・事業者と直接利用契約を結ぶ認定こども園・家庭的保育事業等に関しては、市町村が行い得る調整は、（市町村が自ら行う施設・事業を除き）基本的に利用可能な施設のあっせん・紹介といった行政指導ベースのものに止まり、また、施設・事業者に対する利用の要請も利用契約の締結を強制することまではできず〔伊藤（2013）pp.67-68〕、調整の実効性を欠くところがある<sup>4)</sup>。判旨1の「改正前後を通じて」という文言が以上述べたような違いを度外視する趣旨であるとする、論旨の展開が些か粗いように思われる。

また、保育所等の入所希望者が入所定員を超過する或いは超過するかもしれないという事実を法が想定することが、市町村は保育所において保育を実施すべしとの規範に当然に優先し保育実施義務を緩和するという本判決の価値判断の根拠と論理も、必ずしも明確ではない。そもそも沿革的には、改正前の24条3項は、1997年の児童福祉法改正により設けられた規定であるのに対し、同条1項ただし書きは同法制定時からその前身となる規定が置かれていて<sup>5)</sup>、学説や判決例も、義務④の内容・法的性格・程度については、同項本文とただし書との関係に着目して論じてきた経緯がある。すなわち、学説は改正前の24条1項の保育の実施義務の程度を主として行政裁量論として論じ、1項本文にいう「保育に欠ける」状態の判断（要件認定の判断）は羈束裁量行為であるとした上で、保育所における保育の実施決定の判断（給付の可否の判断）については、羈束裁量行為とする説と便宜裁量を認める説がわかれているものの、同項ただし書の「やむを得ない事由があるとき」<sup>6)</sup>に保育所における保育を実施するか否かにつき一定の行政裁量が認められるとする点では異論はない〔新田（2005）p.170, p.174〕。また、2012年改正前の判決例<sup>7)</sup>も、本文の「保育に欠ける」の認定判断を羈束裁量事項とした上で、市町村が入所を承諾するか否か（入所選考）や入所保育の施行方法については行政庁の裁量を認めてきている〔菊池（2014）p.494, 倉田（2012）pp.114-115〕。

<sup>4)</sup> 市町村が、認定こども園・家庭的保育事業等についても、保育所と同様の利用者選考を行うというのであれば、利用者と施設・事業者との直接契約によるサービス利用に対する制約ということになるので、法令上の明文の根拠が必要であろう。

<sup>5)</sup> 1947年の制定当初の児童福祉法24条は「市町村長は、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又は幼児の保育に欠けるところがあると認めるときは、その乳児又は幼児を保育所に入所させて保育しなければならない。但し、附近に保育所がない等やむを得ない事由があるときは、この限りでない。」と規定されていたが、1949年の改正（昭和24年法律第211号）により、本文が微修正されたほか、但し書が「但し、附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。」と改められた。この段階で「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」という、2012年改正前の24条1項ただし書の骨格は固まったと言える。

<sup>6)</sup> 保育所への入所希望者が保育所の定員を超える場合が「やむを得ない事由」の典型的な例であることにつき、厚生省児童家庭局（1991）p.162、児童福祉法規研究会（1999）p.180、桑原・田村（1998）p.143、菊池（1991）p.54等を参照。

<sup>7)</sup> 東京地判昭61・9・30判時1218号93頁、仙台高判昭62・4・27判時1236号59頁、大阪地判平14・6・28賃社1327号53頁、さいたま地判平16・1・28判例自治255号78頁等。

こうした学説や裁判例から見ても、改正前の児童福祉法においては、義務④は個別の保育提供義務であり、また、24条1項ただし書きにいう「やむを得ない事由」がないにもかかわらず市町村が保育所における保育を行わなければ損害賠償請求訴訟等を提起され得る法的義務であると解されていたことがわかる。逆に言えば、「やむを得ない事由」がある場合には市町村は保育所における保育の実施義務を負わないという意味で、義務④は一律の保育義務を市町村に課しているとは言えないというように、1項ただし書があることが、市町村の保育実施義務がすべての要保育児童に対する一律の義務ではないことの論拠とされてきた。この論法からすれば、改正前は24条1項ただし書が、やむを得ない事由がある場合は保育所における保育を行わないことを認めており、また、改正後は24条2項が、認定こども園・家庭的保育事業等により、認可保育所における保育以外の手段で保育サービスを受ける児童の存在を認めていることを理由として、市町村の保育実施義務がすべての要保育児童に対する一律の義務ではないということになるようにも思われるが、本判決はこれらのことを明示的には述べていない。このことは、本判決が、改正前の24条1項ただし書のいわゆる代替的保護義務と、改正後の24条2項の認定こども園・家庭的保育事業等により保育確保措置を講ずる義務（義務㊦）を等価のものと考えていないことを窺わせる。この点については次節で検討したい。

結局、本判決は、改正前の24条1項のただし書きや改正後の24条2項の規定よりも、改正前後を通じて24条3項の入所選考乃至利用調整の規定に重点的に依拠して、義務④が一律の保育義務ではないとしたわけであるが、これは、後述のとおり、市町村の保育責任を強化し必要な保育を確保するとの観点からただし書きを削除したとされる2012年改正の趣旨には逆行する面がある。

また、判旨2は、市町村の保育所整備義務について、市町村が地域の実情や財政状況等を踏まえて政策的・裁量的に整備を行うことを認め、保育所

への入所を希望する全ての児童が入所できるだけの保育所の整備を一義的に義務づけていないと判示した。保育所整備義務についての判旨2のような理解は一般論としては妥当と考える。ただ、本判決が、24条1項が改正前後を通じて財政措置を伴う保育所整備義務について直接的に規定していると解しているとしたら些か疑問がある<sup>8)</sup>。①改正前の「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」という規定も、改正後の「当該児童を保育所……において保育しなければならない」という規定も、文理的には、個々の児童に対する個別な保育サービスの提供と解するのが自然なこと、②改正前の24条1項本文が規定する義務は個別の保育提供義務と解されていたこと、③改正後の24条1項については、後述のとおり、2012年改正法案の国会審議の過程で、政府提出法案の「当該児童に必要な保育を、保育所……により確保するための措置を講じなければならない。」という規定が、「当該児童を保育所……において保育しなければならない。」という規定に修正された経緯があること、④サービス提供体制の整備については、2012年改正前は児福56条の7、56条の8等、改正後は児福56条の4の2や支援法61条といったより直接的な規定があることからすると、24条1項は、保育提供体制整備義務に関しては、改正前後を通じて、保育所における個別な保育サービス提供の前提として間接的に想定していると解すべきであろう。

#### 4 認定こども園・家庭的保育事業等により保育確保措置を講ずる義務（義務㊦）の内容・法的性格・程度（論点2）

判旨3は義務㊦に言及しているものの、「XがYに対し認定こども園等への入所を申し込んだと認めるに足りる証拠はな [い]」、「Yに……著しい懈怠があることを裏付けるに足りる証拠はない」といった事実認定のレベルでXの主張を退けている上、「Xの主張が、Yが同条2項に基づく保育を確保するための体制を整備する義務を怠った違法があ

<sup>8)</sup> もっとも、判旨2は、保育所整備を怠ってきた違法があるとのXの主張にいわば引きずられてこのように述べている可能性もある。

るという趣旨であるとしても」というようにXの主張を仮定的に捉えている部分もあって、義務④の内容・法的性格・程度についての踏み込んだ判示を行っているとはいえない。しかしながら、私見では、改正後の24条2項が規定する義務④については、改正前の24条1項ただし書に規定する代替的保護義務との対比において相違が見られると思われるので、この点につき若干検討することとしたい。

まず、代替的保護義務についてであるが、裁判例は、同義務に関しては、保育に欠ける児童については、保育所への入所保育が代替的保護のいずれかを行わなければならない、「やむを得ない事由」があるときは保育所における保育を実施しなくても違法ではないが、その場合に代替的保護を行わなかった場合には、ただし書きに反し違法になると解しており<sup>9)</sup>、学説も、保育所での保育実施を拒否しながら代替的保護を行わないのは違法であるとするのが多数説であった〔新田(2005)171頁〕。すなわち、代替的保護義務を個別的な法的義務と解していた。

しかし、代替的保護義務を定める24条1項ただし書があるが故に、市町村は、保育に欠ける児童に対して認可保育所における保育を行わなくともよい例外が認められるという意味では保育所における保育サービス利用の権利性が損なわれていると言えなくもないことから<sup>10)</sup>、2012年改正に係る政府提出法案においては、24条1項は「市町村は、

……当該児童に必要な保育を、保育所、総合こども園……又は家庭的保育事業等……により確保するための措置を講じなければならない。」というように改められ、ただし書きは削除されたとされる<sup>11)</sup>。

しかし、こうした24条1項の改正案に対しては、市町村による保育の実施義務の後退であるとの批判が生じ、政府提出法案を大幅に修正した法案が議員提案の形で国会に提出され、これが2012年改正法として成立したという経緯がある〔伊奈川(2016) pp.117-122, 田村(2017) p.55〕。この修正により、政府提出法案の24条1項は、「市町村は、……保育を必要とする場合において、次項に定めるところによるほか、当該児童を保育所……において保育しなければならない。」という1項と「市町村は、前項に規定する児童に対し、……認定こども園……又は家庭的保育事業等……により必要な保育を確保するための措置を講じなければならない。」という2項に分割されて規定されることとなった。

以上の立法経緯を踏まえて、改めて義務④の内容・法的性格・程度について検討すると、「当該児童に必要な保育を……確保するための措置を講じなければならない」との政府提出法案の文言を、保育所についてのみ「当該児童を保育所……において保育しなければならない」という修正法案(成立法)の文言に修正することで市町村が改正前と変わらず保育の実施義務を引き続き担う<sup>12)</sup>法

<sup>9)</sup> 東京地判昭61・9・30判時1218号93頁、大阪地判平14・6・28賃社1327号53頁、さいたま地判平16・1・28判例自治255号78頁等。

<sup>10)</sup> 2012改正の出発点になったとされる〔田村(2017) p.54〕社会保障審議会少子化対策特別部会第1次報告「次世代育成支援のための新たな制度体系の設計に向けて」(平成21年2月24日)は、「[市町村の]『保育の実施義務』には例外が設けられており、……個人に対しては、権利としての利用保障がなされない」と述べ、また、「子ども・子育て新システムに関する基本制度」を決定した2012(平成24)年3月2日の政府の少子化社会対策会議決定は「子どもが確実に学校教育・保育を受けることができる仕組みとすることが必要であり、その視点から現在の児童福祉法第24条を見直す」と述べている。

<sup>11)</sup> この点に関し、2012年改正に関与した伊奈川秀和は、政府提出法案は「市町村を保育の直接的実施者とし、保育を必要とする全ての子どもに対して、市町村が必要な保育を確保する措置を講じなければならない」としていた。さらに、……例外規定である児童福祉法24条1項但書は削除することで、子ども・子育て支援法と相俟って、必要な保育を確保し、待機児童の解消を実現することになっていた。と述べている〔伊奈川(2016) p.120〕。

<sup>12)</sup> 内閣府「地方自治体職員向けQ&A」(内閣府ウェブサイト)では、「児童福祉法第24条1項に規定されている保育所の保育に関しては、新制度の下でも、引き続き、現在の制度と同様に、市町村が保育の実施義務を担う」と述べている〔田村・古畑(2013) p.201〕。

意とされた経緯を見る限りでは、「必要な保育を確保するための措置を講じなければならない」との文言を残した改正後の24条2項がいう義務㊸は、保育の実施義務（保育を必要とする個々の児童に市町村が個別的な保育サービスを直接提供する法的義務）ではなく<sup>13)</sup>、財政措置等を講じて認定こども園又は家庭的保育事業等による保育サービス提供体制を整備すべき義務（抽象的・一般的義務かつ努力義務乃至道義的・政治的責務）と解するのが妥当であろう<sup>14)</sup>。認定こども園や家庭的保育事業等については、利用者が施設・事業者と直接契約を結んで保育サービスの提供を受けるものであり、市町村がそれらを直接提供し得る仕組みとなっていないことも、そうした解釈を補強する。したがって、仮に、市町村が24条2項に定める義務㊸を怠ったとしても、児童の保護者がその違法性を訴訟等で争うことは難しいということになろう〔伊藤（2013）p.66〕。

しかし、他方で、①「前項に規定する児童に対し、……必要な保育を確保するための措置を講じなければならない。」との規定は、文言上は個々の児童に対する個別的な保育サービスの確保を義務づけている規定と読む方が素直と思われること、②24条2項の義務が抽象的・一般的な保育提供体制整備義務であるとする、同条1項の保育実施義務が個別具体的な義務であることとの整合性に欠けること〔田村（2017）p.57〕、また、③24条2項の義務が市町村の努力義務乃至道義的・政治的な責務にとどまるとすると、保育サービス利用の権利性を強め、サービス利用を保障するという改正の理念<sup>15)</sup>に逆行すること、④保育サービス提供体制の整備に関しては、前述のとおり児福56条の4の2や支援法61条といった規定が別にあることなどからすると、単に認定こども園又は家庭的保育

事業等についての保育提供体制整備義務のみを規定したと解することにも違和感があるのは否めない。

本判決が24条2項の義務を判旨1で「保育所以外の手段で保育を提供する体制の確保義務」と述べ、判旨3で「保育を確保するための体制を整備する義務」と述べていることから、本判決が同項の義務を認定こども園又は家庭的保育事業等についての保育提供体制整備義務というように解していると読めなくもない。また、前述のとおり、判旨1が改正前の24条1項ただし書と改正後の24条2項を並列的に取り上げなかったことも両規定が定める義務の相違を弁えていたからとも解せる。しかし、一方で、判旨1は、「改正後の児童福祉法は、改正前の24条1項ただし書を削除しつつも、2項で……保育所以外の手段で保育を提供する体制の確保義務があることを明記し」と両規定を代替的に捉えているようにも述べていて、首尾一貫性を欠くところもあるように思われ、本判決が、24条2項が規定する義務の内容・法的性格・程度について正面から答えなかったことが惜まれる。

### 5 義務㊸と義務㊹の関係（論点3）

改正後の義務㊸を個々の住民に対する個別の法的義務と理解し、義務㊹を財政措置等を講じて保育サービス提供体制を整備すべき努力義務乃至道義的・政治的責務と理解した場合、この「全く異質」〔伊藤（2013）p.66〕な両義務の関係、或いは両義務を合わせた市町村の保育に係る義務全体（義務㊹）の内容・法的性格・程度が問題となろう。この論点3については、本判決は明示的には触れていないが、少し検討してみたい。

義務㊹については、2012年改正前は、24条1項ただし書の「その他の適切な保護」（代替的保護）の

<sup>13)</sup> 伊奈川（2016）・前掲注11を参照。また、前田（2015）p.310も、認定こども園・家庭的保育事業等の事業者に係る保育サービス利用については、市町村は（市町村が自ら行う事業を除き）保育実施義務を負わず、保護者は市町村に対して保育の実施（特に施設入所の承諾）を求めて争訟を提起することはできない旨を述べる。

<sup>14)</sup> 24条2項の趣旨に関し、修正案提出議員の一人である池坊保子衆議院議員は、「[市町村が] 財政支援をして質の高い保育をしてほしい、……そのように2項をしっかりと明確化いたしました」との説明を行っている。〔第180回国会参議院社会保障と税の一体改革に関する特別委員会会議録第8号（平成24年7月26日）p.17〕。

<sup>15)</sup> 前掲注10の「子ども・子育て新システムに関する基本制度」は、「子どもが確実に学校教育・保育を受けることができる仕組みとする」、「確実な給付の保障を図る」などと述べる。

外延や内容が必ずしも明確ではないという難はあったものの、保育に欠ける児童に対しては保育所における保育か代替的保護のいずれかを必ず行わなければならない（＝両方とも行わないのは違法）と解されていたことからすると、市町村は何らかの方法により個別に保育サービス（或いはそれに代わるもの）を提供することを法的に義務づけられていたといえる。

これに対し、2012年改正後は、24条1項及び2項により、保育を必要とする児童に対する保育サービスが保育所・認定こども園・家庭的保育事業等のいずれかにより提供されることは明らかになったものの、前述したとおり、義務㊸が保育サービス提供体制を整備すべき努力義務乃至道義的・政治的責務であるとする、これと個々の住民に対する個別の法的義務である24条1項の義務㊹とが、「次項 [=2項] に定めるところによるほか、当該児童を保育所……において保育しなければならない」（24条1項）との文言でどのように関連付けられているのかが判然としなくなっている。

一つの考え方としては、義務㊹と義務㊸が異なる性格のものである以上、両者を相互補完的にではなく独立し並立したものと捉え<sup>16)</sup>、2項の義務㊸についての市町村の遂行状況に関わりなく、市町村は1項の義務㊹を果たさなければならないとする考え方があり得よう<sup>17)</sup>。これは筋は通っており、保育所において保育を受ける権利の保障という面でも優れているが、やや観念的で現実にそぐ

わない嫌いがある。

もう一つの考え方は、義務㊹と義務㊸を相互補完的に捉え、保育所・認定こども園・家庭的保育事業等の3つの組み合わせにより市町村の保育に係る義務全体（義務㊹）を果たそうとするものである。これは、行政実務にはなじみやすいが、義務㊸について個別の法的義務の要素も持ち込む点で理論的整合性を欠く上、仮に義務㊸がそのような性格も有すると解した<sup>18)</sup>としても、本判決によれば、24条3項が利用調整を行ってもいずれの施設・事業も利用できない児童の発生を想定乃至許容していると解される以上<sup>19)</sup>、市町村が利用調整に最善を尽くせば、結果的に保育サービスを受けられない児童が発生しても義務違反（違法）とはならないということになるのではないか。そうであるとすると、政府は2012年改正により保育に係る市町村の責任は後退しないとしているが<sup>20)</sup>が、実際には、上記のとおり、市町村は保育を必要とする全ての児童に対して何らかの方法により保育サービスを提供する法的義務を負っておらず、その分改正前より市町村の責任は後退したことになろう。改正後の24条2項が保育所における保育以外の保育の内容・外延を認定こども園・家庭的保育事業等だけに明確化した結果生じたパラドックスともいえるが、この論点3についても、今後の司法の判断を俟つことになる。

<sup>16)</sup> 改正後の24条1項（義務㊹）と2項（義務㊸）の関係についての修正案提出者の理解は必ずしも明確ではないが、池坊保子衆議院議員が「どちらがどうなのかということではございません」と述べているところからすると、両者を並列的に捉えていた可能性がある〔第180回国会参議院社会保障と税の一体改革に関する特別委員会会議録第8号（平成24年7月26日）p.17〕。なお、伊奈川（2016）p.128も参照。

<sup>17)</sup> 伊藤（2013）pp.66-67は、「市町村は1項と2項の責任を同時に果たしていかなくてはならず、2項の存在により1項の責任が狭められるわけではない」と述べる。

<sup>18)</sup> 認定こども園や家庭的保育事業等の整備を進めることは、結果的にそれらによる個別の保育サービスの提供につながるという説明はできるかもしれない。

<sup>19)</sup> 倉田（2015）p.217は、希望者が多い場合、市町村が利用調整や利用要請を行っても、待機児童が生じる可能性は依然として残ると指摘する。

<sup>20)</sup> 内閣府「地方自治体職員向けQ&A」（内閣府ウェブサイト）では、①従来どおり市町村と保護者が契約して保育所における保育を提供する仕組みの維持（児福24条1項）、②認定こども園・家庭的保育事業等についての必要な保育を確保するための措置（同条2項）、③すべての保育についての市町村の利用調整の実施（同条3項）、④利用が著しく困難である場合の保育の措置の実施（同条6項）により、市町村の保育に関する責任は後退することはないと説明している〔田村・古畑（2013）p.201-202〕。

## 6 おわりに

最後に、本判決の射程についてであるが、2012年改正により児童に係る様々なサービス提供が行政庁による措置から利用者事業者・施設との直接契約によるものに切り替えられた中で、保育所における保育の実施はその例外として市町村と利用者との契約による措置乃至措置委託類似のものとして残されたこと（児福24条1項、支援法附則6条参照）からすると<sup>21)</sup>、本判決の射程は認可保育所における保育の実施に係る市町村の義務についてのものにとどまるものと思われる。

### 参考文献

- 伊藤周平（2013）「子ども・子育て支援法と改正児童福祉法の諸問題—児童福祉法24条改正を中心に」『鹿兒島大学法学論集』47巻2号。
- 伊奈川秀和（2016）「子ども・子育て支援新制度の立法過程」『社会保障法研究』6号。
- 宇賀克也（1997）『国家補償法』有斐閣。
- 菊池馨実（1991）「保育所入所をめぐる法律問題（下）—小平市保育所入所訴訟控訴審判決を契機として—」『賃金と社会保障』1053号。
- （2014）『社会保障法』有斐閣。
- 北村和生（2014）「国家賠償における違法と過失」『ジュリスト増刊 新・法律学の争点シリーズ8 行政法の争点』有斐閣。
- 倉田賀世（2012）「保育における課題」『新・講座 社会保障法第2巻 地域生活を支える社会福祉』法律文化社。
- （2015）「第7章 社会福祉」西村健一郎他編『よくわかる社会保障法』有斐閣。
- 桑原洋子・田村和之編（1998）『実務注釈 児童福祉法』信山社。
- 厚生省児童家庭局編（1991）『改訂・児童福祉法 母子及び寡婦福祉法 母子保健法 精神薄弱者福祉法の解説』、時事通信社。
- 小林孝明（2012）「新たな子ども・子育て支援制度の創設—子ども・子育て関連3法案—」『立法と調査』333号。
- 塩野宏（2010）『行政法Ⅱ〔第五版〕行政救済法』有斐閣。
- 児童福祉法規研究会編（1999）『最新・児童福祉法 母子及び寡婦福祉法 母子保健法の解説』時事通信社。
- 田村和之（2017）「市町村の『保育の実施義務』について—三鷹市保育所入所申込み不承諾裁判を契機に—」『賃金と社会保障』1678号。
- 田村和之・古畑淳編（2013）『子ども・子育て支援ハンドブック』信山社。
- 西埜章（2012）『国家賠償法コンメンタール』勁草書房。
- 新田秀樹（2005）「社会保障法判例」『季刊・社会保障研究』41巻2号。
- 前田雅子（2015）「第7章 社会福祉」加藤智章他『社会保障法〔第6版〕』有斐閣。

（にった・ひでき）

<sup>21)</sup> ただし、母子支援施設に係る規定（児福23条1項）は改正されていないことに留意する必要がある。