

## 社会 保 障 法 判 例

橋 爪 幸 代

保育所入所措置の措置権者たる市と入所児童の保護者との間に幼児保育委託契約又はこれに準じる法律関係が存在するとされた事例（山崎訴訟第一審判決）

東京地方裁判所八王子支部平成10年12月7日判決（平成7年（ワ）第1412号，損害賠償請求事件）『判例地方自治』188号73頁

### I 事実の概要

1 Y（武蔵野市，被告，控訴人，附帯被控訴人，被上告人）は，児童福祉法24条（平成9年法律第74号による改正前のもの。以下同じ。）に基づき，X（原告，被控訴人，附帯控訴人，上告人）が保育に欠けるとの認定を行い，Yが設置経営する境南第二保育園（以下，「本件保育所」という。）への入所措置をした。Xは，昭和56年4月から本件保育所に通所していた。

昭和60年12月6日，Xが属していたクラスでは，担当保母が児童に対して，園舎の玄関内に入らないことなどの注意をした上で，担当保母の指導のもと，午前10時頃から，園庭においてクラス全員で鬼ごっこを始めた。Xは，鬼役の児童に追われて玄関に並行に走って逃げている際，前記鬼役の児童に背中を手で押されて足がもつれて倒れ，ポーチの縁止め部分に前額部をぶつけて，長さ約3センチメートルの裂傷を負い，そのほぼ中央に約3センチメートルの斜めの線状痕が残った。

2 Xは，玄関前の段差の設備上の瑕疵，保

母の配置人員の不備，担任保母の注意義務違反などを理由として，措置権者たるYに民法415条の債務不履行責任があるとして，東京地方裁判所に損害賠償請求訴訟を提起した。これに対し，同裁判所は，平成10年12月7日，Xの保護者とYとの間の法律関係をXのためにする幼児保育委託契約又はこれに準じる法律関係であるとした上で，Yに安全配慮義務違反があったとして，損害賠償請求を認めた。

3 Yは，原判決中Y敗訴部分の取消し等を求めて東京高等裁判所に出訴した。Xは，原判決における損害賠償請求額の減縮部分に関する附帯控訴を行った。これに対し，同裁判所は，平成11年9月29日，Yに安全配慮義務違反があったとはいえないとして原判決におけるX敗訴部分を取り消すとともに，附帯控訴を棄却した（東京高裁平成11年9月29日判決・判例集未登載）。

4 Xは，この判決を不服として，最高裁に上告及び上告受理申立てをした。しかし最高裁は，平成12年3月17日，本件申立ては民事訴訟法312条1項又は2項の場合に当たらないとして上告を棄却し，同法318条1項の事件に当たらないとして上告審として受理しない旨の決定をした

(最高裁平成12年3月17日判決・判例集未登載)。

## II 判 旨

1 (1) 「入所措置が保護者の保育所への入所申請に基づく場合、実質的には保護者の申請が幼児保育委託契約の申込み、市町村の入所措置の決定が右契約の承諾に当たり、その結果市町村と保護者の間に、第三者である児童を保育することを内容とする第三者のためにする契約が締結されることとなると解される。すなわち、本件の場合、実質的には原告の両親により武蔵野市福祉部福祉事務所長に対する原告の入所申請が幼児保育委託契約の申込みに当たり、被告の入所措置の決定が承諾に当たり、これによって第三者である原告のためにする幼児保育委託契約が締結された、又はこれに準じる法律関係が形成されたというべきである。」

(2) 「被告が経営する保育所における保育の実施は権力的作用を伴わないいわゆる給付行政であり、入所措置によって発生する原告の両親と被告との間の法律関係は右に述べたとおり原告のためにする幼児保育委託契約又はこれに準じる法律関係と解することができるから、入所措置が行政処分であることは原告の両親と被告との間の法律関係が幼児保育委託契約又はこれに準じる法律関係であることを否定する根拠にはならない。」

2 「原告の両親と被告との間には幼児保育委託契約又はこれに準じる法律関係が存在するから、右法律関係の付随義務として、被告は保育に当たり児童の生命、身体及び健康等を危険から保護するよう配慮すべき義務を負っているものである。」

3 「本件ポーチの設置又は管理には安全配慮義務違反があるというべきであるから、被告が被った後記損害を賠償すべき義務がある。」

## III 解 説

### 1 はじめに

本判決は、保育所入所児童が保育時間中に保育所の園庭において転倒し負傷した事件に係る損害

賠償請求訴訟に関し、措置権者と保護者との間に、幼児保育委託契約関係があると判断した上で、その契約関係に基づく安全配慮義務の違反があることを認めたものである。従来保育所入所措置は措置権者による行政処分であると解されてきたが、本判決は措置権者と保護者との間に契約関係を認めた。これはおそらく裁判所による初めての判断であると思われる。

本件訴訟の第一審では、次の2点が争点となった。

(1) 保育所入所措置において、措置権者と保護者との間に幼児保育委託契約が成立しているか否か。

(2) Yに安全配慮義務違反があったか否か。

前記の(2)について、本判決は、措置権者と保護者との間に幼児保育委託契約が締結されたと解したため、その契約関係に基づく安全配慮義務を前提として、本件における具体的事実に関し同義務違反があったと判示した。

ところで、安全配慮義務はもともと私法上の雇用契約における使用者の付随義務として観念されていたが、最高裁昭和50年2月25日判決・判時767号11頁は、公法上の関係であるとされる国と国家公務員との間においても国に前記義務を認めた。すなわちこの判決は、「ある特別な法律関係に基づいて特別な社会的接触の関係」にある場合にも安全配慮義務を負う旨を判示し、安全配慮義務はもはや私法上の雇用契約に限られないことを示した。この判決以後、安全配慮義務に関して、請負契約、賃貸借契約、売買契約等、私法上の雇用契約に限られない法律関係についても訴訟が提起されてきており、その適用範囲が拡大される方向にある。

ただし、本稿においては、保育所入所措置における措置権者と保護者との法律関係について幼児保育委託契約ととらえたところに本判決の意義があると思われるので、前記(1)の争点を中心に解説したい。

なお、本件訴訟の控訴審判決は以下のように第一審判決とは異なる判示をした。第一に、XとYとの法律関係について「保育所入所措置によ

り生じる公法上の法律関係」である、と判示した。これは、第一審判決が判示したように措置権者と保護者との法律関係を幼児保育委託契約ととらえたものではない。しかし、従来の学説・裁判例のように行政処分であるとする判示もしなかった。第二に、XとYは「一定の公法上の法律関係に基づいて特別な社会的接触の関係」に入ったため、その関係を基にして安全配慮義務が生じた、と判示した。すなわち、前述した安全配慮義務に関する最高裁昭和50年判決を踏まえた判示であった、といえよう。なお、特別な社会的接触の関係に入り安全配慮義務が生じているとした理由として、Yが保育所入所措置における措置権者であること及びYが保育所の設置経営者であること、の両者を挙げている。第三に、Yに安全配慮義務があることは認めたものの、具体的事実に関して判断した上で同義務の違反はない、と判示した。

## 2 保育所入所措置における契約関係の存否

本件訴訟では、損害賠償請求のために安全配慮義務違反の有無が問題とされ、安全配慮義務の前提としてXとYとの間の契約関係の存否が問題とされた

ところで、児童福祉法24条は、市町村は児童が保育に欠けるところがあると認められる場合には、「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」と規定している。そして、同条の規定に基づいて市町村は児童の保育所入所措置を採るが、その市町村による児童の保育所入所措置の法的性質が問題となる。

### (1) 従来の通説・裁判例—保育所入所措置を行政処分ととらえる見解

従来の通説・裁判例では、保育所入所の措置権者の措置は行政処分としてとらえられている。福祉六法上の入所措置に関して(堀 1987, p. 179)は、「本来的な行政処分とは異なるものの、やはり行政処分性があり、行政法学上「相手方の同意を要する行政行為」であると解すべきである。」と述べている。保育所の入所措置についても、学説の多くは、本来的な行政処分、すなわち「行政庁が、法に基づき、優越的な意思の発動又は公権

力の行使として、人民に対し、具体的事実に関し法的規制をする行為」(田中 1974, p. 104)とは異なるものの、措置要件該当の判断や具体的措置の内容に関して、行政庁の一方的な意思に任されている部分が少なくないことから、行政処分としてとらえている(又坂 1990, pp. 779-780)(碓井 1980, p. 306)。

また、保育所入所措置を行政処分としてとらえている裁判例や保育所入所措置が行政処分であることを前提としている裁判例も多い<sup>1)</sup>。大阪地裁平成元年5月10日判決・判時1331号38頁は、「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」と判示し、入所決定行為のみならず、その措置の具体的方法の決定についても行政処分である旨を判示している。

### (2) 行政処分と契約の併存を認める見解

このように、従来から保育所への入所措置は、行政処分としてとらえられている。ただし、保育所入所措置に関して、行政解釈は「保護者の意思に反して強制的に本条の措置をとることは当然許されない」(厚生省児童家庭局 1996, p. 161)としており、その入所措置に当たっては相手方の同意を必要とするとしている。この意味で、保育所入所措置は純粋な行政処分とは異質な要素がある、といえよう。

ところで、まず一般に行政処分と契約との関係がどのようにとらえられているのか、学説を検討する。従来の通説は、行政処分と契約との関係を相反する性質の行為としてとらえていた。(田中 1957, p. 298)は、「相手方の協力を要する行為の中には、相手方の申請を行政行為となすに当たっての動機(Motif)とするに止まり、必ずしも、これを行政行為をなすための前提要件としない場合と、相手方の申請又は同意を行政行為を行うための前提要件とする場合とがある。前者の場合には、その申請が存しない場合においても、行政行為そのものは、それとは別個に成立するものであるから、その行為の効力に何らの影響を受けないと解すべきであるのに反し、後者の場合には、相手方の申請又は同意を欠くときは、前提要件を欠

くものとして、行政行為としては、有効に成立し得ないと解すべきであろう。しかし、この場合においても、行政庁は、相手方の同意又は申請を前提としながら、公権力の行使として、その行為を行うものである限り、対等の立場における当事者間の意思の合致たるべき契約の観念をもって説明すべきでない。」と述べている。

これに対して、近年、行政処分と契約とは必ずしも相反する関係に立つものではない、とする見解が現れてきている。まず、(山田 1966, pp. 49, 51) は、「給付行政においては、契約によるか処分によるかは、立法政策の問題であり、そこに「選択の自由」がある」とした上で、その法形式について、「行政処分と契約との選択の自由が、立法政策的にあるということと、そして、かりに行政処分の形式を選んだとしてもなお解釈論的に契約原理がいわば準用されてくる余地がある。」と述べ、行政処分と契約との複合的な法律関係を示唆している。更に、(小早川 1983, p. 127) は「特許または行政的給付の法律関係を形成しあるいは変動させる行為が行政行為としての取扱いを受ける場合であっても、そのことはこれらの法律関係から契約の観念を当然に排除するものではないと考えるべきであろう。」とした上で、「行政行為の概念における権力性の要素を……実体的な意味においてではなく、人為的に与えられた通用力という意味で理解するならば、契約と行政行為とは、概念上必ずしも相互排他的な関係に立つと言うことはできないであろう。」と述べており、行政処分と契約との併存した関係の可能性を指摘している。今日では、このように、一つの法律関係について行政処分と契約とが交錯するという可能性を肯定する見解が有力となってきている。

このような流れを受け、従来行政処分と解されてきていた保育所入所措置についても、契約的要素を認める見解が現れてきている。(木佐 1984, p. 160) は、「申請を契機とする福祉の措置にあっては、すでにとりわけ、同意に基づく行政行為という以上の契約的要素が認められる。」とした上で、「保育に欠けることの判断ととるべき措置内容(保育所への入所措置またはその他適切な保

護)とは論理的に区別されるべきである。この後者の判断も別個の行政処分であるとの見方も成り立ちえないわけではないが、措置基準充足の判断に伴い確定した利用権が、契約的に実現されると考えてよからう。しばしば申請書への入所希望施設の順位記載、措置決定後の施設の選択が認められており、措置権者による昼間里親や無認可保育所などへの具体的な措置行為も行政対保護者間での契約的実体をもつのである。」と述べている。この見解は、保育所入所措置を「保育に欠ける」ことの判断と、採るべき「措置内容」の判断とに区別して考え、後者の行為に契約的要素を認めるものである。また、措置決定がなされた後の関係について契約的要素を示唆するものとして(前田 1997, p. 27) は、「措置決定後のサービス実施をめぐる関係への契約法理の妥当性」を示している。

このように、保育所入所措置についても、その一部について契約的要素を認めてもよいのではないかという見解が現れてきているが、本件訴訟の第一審判決はこのような見解とはやや異なる判断をしているのではないかと、と思われる。本判決は、入所措置による保育の実施は権力的作用を伴わない給付行政であるから、入所措置が行政処分であることは措置権者と保護者との関係が契約関係又はこれに準じる法律関係であることを妨げない、としており、入所措置自体を契約とみなしているかのようにみられるからである。

### (3) 私 見

保育所入所措置の法的性質については、やはり行政処分と考えるのが妥当ではないかと思われる。確かに、保育所入所措置は本来的な権力関係とは異なり、入所に当たっては保護者の同意が必要であるという点は留意すべきであろう。また、具体的な措置内容としての保育所の選択についても、申請書への入所希望施設の順位記載などが実施されているということも否定できない。しかし、措置要件である「保育に欠ける」か否かの判断は措置権者により一方的に判断されており、また保育所入所申請をする者が希望の保育所を申し出るのはあくまで措置権者の参考に供するに過ぎず、入所

する保育所の決定は措置権者の裁量にゆだねられている<sup>2)</sup>。このような法律関係は、対等の立場における当事者間の意思の合致である契約関係とはいえないのではないかと、思われる。

保育所入所措置決定における「保育に欠ける」ことの判断と「採るべき措置内容(保育所への入所措置又はその他の適切な保護)」の判断とを区別して、後者の判断について契約的要素を認める見解についてであるが、このように一つの決定行為の構成要素について二つに分けて分析する可能性については否定できないように思われる。しかし、たとえ「保育に欠ける」ことの判断と「採るべき措置内容」の判断を区別して考えたとしても、その「採るべき措置内容」の判断も措置権者がその財政的制約や施設面における物理的制約を踏まえた上での合理的な裁量にゆだねられており(前掲の大阪地裁平成元年判決を参照)、この点についても措置権者の一方的な判断に任されており、後者の行為も行政処分といえるのではないかと考えられる。

しかし、措置決定後のサービス実施における法律関係を契約法理を適用する見解については、検討の余地があるのではないかと考えられる。確かに措置決定後のサービス実施においては、措置権者と利用者との関係は一定期間継続する。また、実際のサービスの内容に関しても、当事者が具体的に定めていくことになる。これらを考慮すると、措置決定後の法律関係における契約性については否定できないのではないかと考えられる。

最後に、本第一審判決は、保育所入所措置における措置権者と保護者との間に幼児保育委託契約があるとした上で、安全配慮義務の違反の有無を判断した。しかし、前述したとおり、安全配慮義務は最高裁昭和50年判決以後、特定の契約関係に基づいてのみ存在するものではなくなっている。したがって、安全配慮義務を認めるために、必ずしも措置権者と保護者との間に幼児保育委託契約があると判示する必要はなかったのではないであろうか。控訴審判決は、XとYとの関係を「一定の公法上の法律関係」とした上で、これに基づいて特別な社会的接触の関係に入ったと判

示した。そして、このような当事者間においては、当該法律関係の付随義務として、保育に際し、園児の生命、身体及び健康等を危険から保護するよう配慮すべき安全配慮義務を負うと判示しているが、このような判旨の方が妥当であろう。

### 3 その他の問題

#### (1) 保育所の設置経営者と保護者との幼児保育委託契約に基づく責任の有無

Yは、保育所入所措置における措置権者であるとともに、本件保育所の設置経営者でもある。措置権者としてのYとXの保護者との関係については既に検討したので、ここでは保育所の設置経営者であるYと保護者との間に契約関係が生じている、と考える立場に立った上で、当該保育所の設置経営者としての責任を問い得るかについて検討したい。

まず、保育所設置経営者と保護者との間に幼児保育委託契約による法律関係が生じているといえるか否かについて、いくつかの裁判例がある<sup>3)</sup>。松江地裁益田支部昭和50年9月6日決定・判時805号96頁は、「児童を保育するいわば保育契約は、債権者[保護者]らと町との間で成立しているが如き外観を呈しているが、法的には、保護者たる債権者らと債務者[保育所設置経営者]との間で私的な保育契約が成立しているものと解せられる」([ ]内は筆者挿入)とし、保護者と保育所との間の保育契約を認めている。この決定に対し、(棚田 1990, p.170)は「保育契約については、若干公的性格を帯びた私的な準委任契約が成立して」いる、としている<sup>4)</sup>。しかし、(堀 1987, p.197)は「保護者と保育所の間に私的な準委任契約が成立しているとする考えも消極的に解すべき」と述べており、学説上、争いがある。

保育所の設置経営者と保護者との関係の法的性質について、契約関係があるとする裁判例や学説もあるが、消極に解すべきなのではないかと考えている。その理由としては、第一に、保育サービスの提供は、措置権者と保育所の設置経営者との間の措置委託契約に基づいてなされるものであり、保護者と保育所との間で決めることはできな

い。そのため、必ずしも保護者の意思が反映されるわけではなく、具体的にどのようなサービスの提供を受けることができるかについて、措置権者により一方的に決められることとなる。第二に、保育所の設置経営者側も、児童福祉法46条の2「市町村長からこの法律の規定に基づく措置のための委託を受けたときは、正当な理由がない限り、これを拒んではならない」により、その契約締結が強制されている。そのため、保育所設置経営者も入所措置を受けた児童を受け入れるか否かについての判断をすることはできず、措置権者により一方的にその入所が決定されることとなる。この二点を考慮に入れると、保育所の設置経営者と保護者の間に契約関係は成立していないのではないか、と考えられる。

#### (2) 国家賠償法に基づく損害賠償請求の可否

本件訴訟において、原告は損害賠償請求の根拠を国家賠償法1条及び2条に求めているが、同法に基づく損害賠償請求の可否について、保育所の設置経営者としての市町村と措置権者としての市町村とに分けて検討したい。設置経営者としての市町村に対しては、同法1条に基づき公立保育所の保育者がその職務を行うについて故意又は過失によって違法に他人に損害を加えたとき、又は同法2条に基づき保育所の設置又は管理に瑕疵があったために他人に損害を生じさせたときは、賠償の請求ができる。これに対して、措置権者としての市町村に対して国家賠償法に基づく損害賠償請求ができるか否かは問題である。仮に、措置権者としての市町村に損害賠償請求ができるとすれば、措置委託した保育所が私立保育所であっても、公立保育所と同様に国家賠償を請求することができることとなる。しかし、この問題に関しては、学説<sup>5)</sup>・裁判例<sup>6)</sup>は分かれている。

国家賠償法に基づく損害賠償請求を措置権者としての市町村に対して行うのは、以上のように問題があると思われるが、設置経営者としての市町村に対しての請求をすることは可能である。しかし、本件訴訟において、Xは国家賠償法ではなく、債務不履行を根拠とする損害賠償訴訟を提起した。これは、本件訴訟の提起が不法行為による

時効期間である損害及び加害者を知った時から3年を経過していたためであると考えられる。これに対し、安全配慮義務違反については、前掲の最高裁昭和50年判決により債務不履行の10年の時効期間が適用されるため、債務不履行のみを根拠に損害賠償請求を行ったものと考えられる。

#### (3) 第三者のためにする契約とすることの当否

本判決は、Xの保護者が第三者たるXのためにYとの間に幼児保育委託契約を締結した、と判示した。しかし、Xが未成年であるため、保護者がXの親権者として市町村との間で契約を締結したととらえるべきであろう。すなわち、この契約は、民法537条に規定されている第三者のためにする契約とはいえないのではないかと考えられる。

#### 4 本判決の射程

本判決は、保育所の入所措置を措置権者と保護者との間の幼児保育委託契約であると判示したが、保育所と同様に措置によって入所させるその他の福祉施設の利用関係についても本判決の射程内にある、と考えられる。

しかし、2000年に行われたいわゆる社会福祉基礎構造改革(社会福祉の増進のための社会福祉事業法等の一部を改正する法律(平成12年法律第111号))によって、行政処分による措置制度から、利用者と事業者との契約制度に転換がなされた福祉施設入所関係については、本判決の射程外である。

なお、保育所入所についてはこの2000年法改正の対象とならず、平成9年法律第74号による改正のまま維持された。この改正により、保育所入所関係については、①措置という言葉を廃止し、②保護者は保育所への入所の「申込み」をすることができることとし、③申込書に「入所を希望する保育所」を記載することとし、④特定の保育所への入所希望が集中した等の場合は、公正な方法により選考することとされた。政府は、改正後「保護者と市町村の関係というのは……児童福祉法という特別の法律に基づく、いわゆる公法上の

契約ということになるのではないか」(厚生省児童家庭局局長 1997, pp.15-17)と述べ、保育所入所措置について従来の行政処分としての措置から契約関係へと変わった、ととらえている。ただし、学説の多くは「措置」の文言が削除されても措置の法的性格が改められた、とは解釈していないようである(堀 1997, pp.178-180)<sup>7)</sup>。

#### 注

- 1) 福岡地裁昭和52年12月23日判決・判時898号42頁、仙台高裁昭和62年4月27日判決・判時1236号59頁。
- 2) 福岡地裁小倉支部昭和55年7月8日判決・判時1005号150頁。
- 3) 京都地裁昭和50年8月5日判決・判タ332号307頁は「乳児の保育契約は準委任契約であり、保育園は善良な管理者の注意をもって保育に当たるべきである」としている。
- 4) 同旨田村和之「福祉施設の利用関係」ジュリスト増刊行政法の争点(新版)(1990年)305頁。
- 5) 堀勝洋「私立保育所における事故について措置委託した地方公共団体に損害賠償責任がないとされた事例」季刊社会保障研究29巻2号(1993年)186頁、菊池馨美「私立保育園園児による市町村の損害賠償責任」賃金と社会保障1131号(1994年)29頁、田村和之『保育法制の課題』(頸草書房, 1986年)136頁以下。
- 6) 浦和地裁熊谷支部平成2年10月29日判決・判例集未掲載、広島地裁福山支部昭和54年6月22日判決・判時947号101頁。
- 7) 同旨・田村和之「保育所制度改革案の問題点」

保育情報243号(1997年)5頁。

#### 引用文献

- 碓井光明(1980)「福祉施設の利用関係」『ジュリスト増刊行政法の争点』, 306頁。
- 木佐茂男(1984)「保育所行政からみた給付行政の法律問題」公法研究46号, 160頁。
- 厚生省児童家庭局編(1996)『改訂児童福祉法・母子及び寡婦福祉法・母子保健法の解説』時事通信社, 161頁。
- 厚生省児童家庭局保育課長発言(1997)『保育情報』243号, 15-17頁。
- 小早川光郎(1983)「契約と行政行為」芦部信喜他編『岩波講座・基本法学第4巻』岩波書店, 127頁。
- 田中二郎(1974)『新版行政法上巻全訂第二版』弘文堂, 104頁。
- (1986)『行政法総論』有斐閣, 298頁。
- 棚田洋一(1977)「保育契約の法的性格—七光保育所事件—」別冊ジュリストNo.56社会保障判例百選, 170頁。
- 堀 勝洋(1987)『福祉改革の戦略的課題』中央法規出版, 179頁。
- (1997)『現代社会保障・社会福祉の基本問題』ミネルヴァ書房, 178-180頁。
- 前田雅子「生存権の実現にかかわる行政裁量の統制」『社会問題研究』46巻2号, 27頁。
- 又坂常人(1997)「『福祉の措置』の法律問題」成田頼明他編雄川一郎先生献呈論集『行政法の諸問題下』有斐閣, 779-780頁。
- 山田幸男(1966)「給付行政法の理論」雄川一郎, 高柳信一編『岩波講座・現代法(4)』岩波書店, 49, 51頁。
- (はしづめ・さちよ 上智大学大学院)