

「保育を受けることを期待し得る 法的地位」に関する一考察

山下 義 昭*

目次

- I はじめに
- II 平成21年判決の判示内容
 - 1. 保護者による保育所選択の制度上の保障
 - 2. 「保育を受けることを期待し得る法的地位」の承認
 - 3. 保育所の廃止と「保育を受けることを期待し得る法的地位」の侵害
- III 「保育を受けることを期待し得る法的地位」の分析
 - 1. 「保育を受けることを期待し得る法的地位」の発生
 - 2. 「保育を受けることを期待し得る法的地位」の内容
 - 3. 「保育の委託」と「保育を受けることを期待し得る法的地位」
- IV 子ども・子育て関連3法の成立と「保育を受けることを期待し得る法的地位」
 - 1. 子ども・子育て関連3法による保育制度の変更
 - 2. 支援新制度の下では「保育を受けることを期待し得る法的地位」存立の基礎が失われることになるか
- V むすび

*福岡大学法科大学院教授

I はじめに

本稿は、平成21年11月26日の最高裁判決¹（以下「平成21年判決」という）が判示した「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」（以下「保育を受けることを期待し得る法的地位」という）について考察するものである。平成21年判決は、後述のとおり、当該法的地位を承認した上で、公立保育所の廃止条例が当該地位を奪うものであることなどを理由として廃止条例の処分性を認めたものであるが、それ以上のこと、例えば当該法的地位の具体的な内容などについて明示的には触れていない。また、平成21年判決は、原告の保育の実施期間が経過したことで訴えの利益が消滅したとして上告を棄却しているので、どのような場合に当該法的地位の侵害が違法になるのかということも明らかになっていない。本稿では、これらの問題を、一定程度ではあるが、解明したいと考えている。また、平成24年に子ども・子育て関連3法が成立し（施行は平成27年4月1日）、平成21年判決が前提としている平成9年改正の児童福祉法24条が再改正されるなどこれまでの保育制度が大きく変わることとなった²。そのため、今次の改正後も、すなわち子ども・子育て関連3法の下でも「保育を受けることを期待し得る法的地

¹ 民集63巻9号2124頁。本判決の評釈として、西村淑子・訟務月報56巻1号別冊98頁、秦雅子・賃金と社会保障1510号69頁、戸部真澄・速報判例解説6号69頁、高橋滋・自治研究87巻2号143頁、下井康・法学教室356号154頁、江原勲＝北原昌文・判例地方自治329号4頁、北見幸介・速報判例解説7号45頁、前田雅子・民商法雑誌143巻1号91頁、松戸浩・法学教室判例セレクト2010〔Ⅱ〕5頁、石塚武志・法学論叢168巻5号84頁、石垣智子・平成21年行政関係判例解説58頁、久保茂樹・平成22年度重要判例解説（ジュリスト1420号）62頁、山本隆司・法学教室366号91頁、神橋一彦・法学教室369号101頁、宇賀克也・平成22年度主要民事判例解説（別冊判例タイムズ32号）352頁、古田孝夫・法曹時報64巻3号201頁、高木英行・東洋法学56巻1号1頁、興津征雄・別冊ジュリスト212号434頁等がある。

² 本稿では、便宜的に、平成9年改正前の児童福祉法を「旧法」、平成9年改正の児童福祉法を「平成9年法」、平成24年改正の児童福祉法を「平成24年法」という略称を、また、文脈上誤解を生じるおそれがないときは平成9年法を単に「児童福祉法」と表記する場合があることをお断りしておく。

位」がなお存続し得るか、あらためて問題になり、これについても解明したいと考えている。

以上の課題について、本稿では、まず、平成21年判決の内容を明らかにする（これについてはⅡで述べる）。その上で、平成21年判決が承認した「保育を受けることを期待し得る法的地位」の分析・検討を行う（これについてはⅢで述べる）。さらに、子ども・子育て関連3法の下でも「保育を受けることを期待し得る法的地位」が存立し得るかという問題を検討することとする（これについては、Ⅳで述べる）。

Ⅱ 平成21年判決の判示内容について

平成9（1997）年の児童福祉法改正（以下「平成9年改正」という）後、保育所³への入所は、それまでの措置方式から保護者の申請による方式に変更された（この点の詳細は後述する）。平成21年判決は、この保育所入所方式の変更等について次のような理解を示している。

「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

³ 保育所は、児童福祉施設の一つであり、平成9年法では、「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」（第39条1項）と定義されていたが、平成24年法では、「保育を必要とする乳児・幼児を日々保護者の下から通わせて保育を行うことを目的とする施設（利用定員が二十人以上であるものに限り、幼保連携型認定こども園を除く。）」（第39条1項）と再定義された。

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。」

このような理解に立った上で、平成21年判決は、「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」、「〔保育所の廃止は〕当該保育所に現に入所中の児童及びその保護者という限られた特定の者らに対して、直接、当該保育所において保育を受けることを期待し得る上記の法的地位を奪う結果を生じさせる」（亀甲括弧内の記述は筆者、以下同じ）と判示して、「本件改正条例の制定行為は、抗告訴訟の対象となる行政処分に当たる」⁴と結論付けている。

平成21年判決の契機となったのは、上記のとおり、平成9年の法律第74号による児童福祉法の改正である。改正の内容は多岐にわたるが⁵、保育所に関するものとしては、保育所の入所の仕組みを「措置」から保護者が希望す

⁴ 条例の処分性の問題は、注1で掲げた判例評釈等をはじめとして多くの文献が取り扱っているが、本稿は「保育を受けることを期待し得る法的地位」の考察が目的であるので、この問題は取り扱わない。

⁵ 平成9年改正の趣旨は、「少子化の進行、夫婦共働き家庭の一般化、家庭や地域の子育て機能の低下等児童及び家庭を取り巻く環境は大きく変化しており、保育需要の多様化や児童をめぐる問題の複雑・多様化に適切に対応することが困難になってきている」状況を踏まえ、「児童福祉法を中心とする児童家庭福祉制度を改革し、将来の我が国を担う子供たちが健やかに育成されるよう、児童保育施策の見直し、児童の自立支援施策の充実等を行い、新しい時代にふさわしい質の高い子育て支援の制度として再構築を図る」とされている。主な改正事項は、i) 保育所に関する事項、ii) 放課後児童健全育成事業に関する事項、iii) 児童相談所に関する事項、iv) 児童自立生活援助事業に関する事項、v) 児童福祉施設の名称及び機能に関する事項、vi) 児童家庭支援センターに関する事項、vii) 関係地方公共団体等の連携等に関する事項などである（「児童福祉法の一部改正について」平成9年6月11日児発第411号厚生省児童家庭局長通知）。

る保育所を選択する方式に変更したこと、また、それに伴い市町村に保育所に関する情報の提供を義務づけ（第24条5項）、さらに保育所にも情報提供及び保育相談に応じる努力義務を定めたこと（第48条の2）⁶、保育料負担方式の見直し（第56条）⁷などが主なものである。

平成21年判決は、この改正を前提として、「保育を受けることを期待し得る法的地位」とのかかわりで（1）第24条は「保護者の〔保育所〕選択を制度上保障した」ものである、（2）「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」、（3）「〔保育所の廃止は〕当該保育所に現に入所中の児童及びその保護者という限られた特定の者らに対して、直接、当該保育所において保育を受けることを期待し得る上記の法的地位を奪う結果を生じさせる」と判示している。以下では、これらの判示内容について少し詳しく検討することにしてしよう。

1. 保護者による保育所選択の制度上の保障

平成21年判決は、保育所の入所方式を「措置」から「保護者からの申込み」に変更した平成9年改正の第24条を「保護者の〔保育所の〕選択を制度上保障」したものと理解している。判決では、「〔保育所〕選択権」（傍点は筆者）という言葉こそ用いていないものの⁸、保護者の保育所選択を法的利益と認

⁶ 第48条の2の改正の趣旨は、第24条の保育所入所方式の改正に対応して、「市町村は地域の住民に対してその選択等に資するため保育所に関する情報の提供を行うこととする（第24条第5項）とともに、保育所自身も、その行う保育に関する情報の提供の努力義務を負うことを新たに規定」したというものである（児童福祉法研究会編『最新・児童福祉法 母子及び寡婦福祉法 母子保健法の解説』（1999）335頁）。

⁷ 従前の保育料の負担方式は、措置費について保護者の所得に応じた負担方式が採られていたが、平成9年の改正で保育所入所方式の改正に合わせて「利用の対価、すなわち保育に要する費用を基礎として、家計に与える影響も考慮した負担方式」にあらためられた（児童福祉法研究会編・前掲359頁）。

めているのは明らかであり⁹、この点については、行政解釈と共通の理解に立つものといえることができる¹⁰。

平成9年改正前においては、保育所の入所は市町村の措置によるとされていた¹¹。措置については学説上種々の理解が示されているが¹²、行政解釈を含め一般的には、行政処分的一种であって「①私人の申出を契機としつつも、行政が、その一方的決定によってサービス提供の要否を決定する、②サービスの提供を要すると判断した場合、行政が、施設や在宅サービス提供者およびサービスの内容を一方的に決定する、③以上の決定に従い、行政は、自ら、あるいは、施設等に委託して、サービスを提供する、④サービス利用者・扶

⁸ 行政当局は、明確に「保育所入所・選択の権利」を認めている（児童福祉法規研究会編・前掲335頁）。なお、倉田賀世（『保育における課題』日本社会保障法学会『新・講座社会保障法2 地域社会を支える社会福祉』（2012）114頁）は、平成9年改正後も、「具体的に保育所入所が保障されるわけではな^い」ことを指摘しているが（傍点は筆者）、本件判決が「選択権」という言い方をしないのは、このような点を考慮しているとも考えられる。

⁹ この点、平成21年判決の第1審である横浜地判平18. 5. 22（以下「第1審判決」という）は、次のように述べて、保育所選択が法的な利益であることを明言している。「法〔児童福祉法〕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のであって、この保育所を選択しようという地位を保護者における法的な利益として保障しているものと解するのが相当である」（判例タイムズ1262号157頁）。

¹⁰ 行政当局の見解は次のようなものである。すなわち、「…平成9年の法改正後は、保護者が希望する保育所等を記載して市町村に申し込むという意思表示を前提としたうえで、これに対して市町村が保育に欠ける乳児等かどうかの事実確認をし、その保育所の受け入れ能力がある限りは、希望どおりに保育所入所を図らなければならないこととし、保護者の選択を制度上保障したものである」（児童福祉法規研究会編・前掲168頁）。

¹¹ 平成9年改正前の第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、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。」と規定していた。なお、同条第2項から第5項までの条文は平成9年改正時に追加されたものである。

¹² 例えば、倉田聡『これからの社会福祉と法』（2001）11頁以下、又坂常人『『福祉の措置』の法律問題』成田頼明・園部逸夫・金子宏・塩野宏・小早川光郎編『雄川一郎先生献呈論集 行政法の諸問題 中』（1990）759頁以下など。

養義務者の費用負担の要否、および負担額は、所定の基準に依拠して、行政が一方的に決定する、⑤利用者等の費用負担にかかる部分を除いて、行政が、サービス提供者に措置費として支弁する」¹³仕組みと理解されていた。したがって、措置制度の下では、利用者には保育サービスの内容決定への主体的関与は認められておらず、保育サービスの開始も内容の決定も職権主義が妥当するものとされ、保育所選択権はもとより入所申請権も——少なくとも行政解釈によれば¹⁴——認められていなかったのである¹⁵。

平成9年の児童福祉法24条の改正は、それまでの「保育所への入所の措置」という仕組みを保護者の意思（「保護者からの申込み」）に基づいて市町村が保育所入所を承諾（または不承諾）するという仕組み（これを行政処分と見るか契約と見るかについては後述する）に変更したものである。平成21年判決は、このような制度改正を前提として「保護者の〔保育所の〕選択を制度上保障」したと判示しているのであるが、「保育所選択権」という言い方はしていない。なるほど、第24条は、保護者に希望どおりの保育所への入所を確定的に保障しているわけではない。この点は、同条第3項が、「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

¹³ 岩村正彦「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（1999）251頁。

¹⁴ 「平成9年の法改正前においては、保育に欠ける乳幼児等の保育所入所を市町村の措置という行政処分によって実施していた。ここでは、事実上、保護者からの申請によって保育所入所が行われることが通例であったが、この申請は法律上の位置づけとしては行政処分の端緒として行われるものに過ぎず、保護者の意思表示は前提とされていなかった。」（児童福祉法規研究会編・前掲167頁以下）。

¹⁵ もっとも措置制度の下でも、学説では、保護者等の主体的権利性を認める見解が唱えられていた。例えば、保護者の申請権を認めていたものとして、田村和之『保育所行政の法律問題新版』（1992）119頁。

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」と規定していることから条文上明らかである。しかし、市町村は保護者が希望した保育所について「受け入れ能力がある限りは、希望どおりに保育所入所を図らなければならない」こととされ¹⁶、また、保育所の「選考が行われる場合でも、当該申込みにかか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」¹⁷と解されるから、これを本件判決のように「保護者の選択」の「制度上保障」と呼ぶか、「保育所入所・選択の権利」¹⁸と呼ぶかは「言葉の問題に過ぎない」¹⁹といえよう。

2. 「保育を受けることを期待し得る法的地位」の承認

保護者の保育所選択（権）を認める以上、選択した保育所の入所が認められた場合には、特段の事情がない限り、当該保育所入所後も引き続き当該保育所で保育を受けることが保障されることは当然のことといえる²⁰。本件判決も、この理を認めて、「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を有する」と判示している²¹。当該法的地位の詳細については後ほど検討するとして、ここでは、最高裁が、保護者

¹⁶ 児童福祉法規研究会編・前掲168頁。

¹⁷ 「第1審判決」（判例タイムズ1262号157頁）。

¹⁸ 児童福祉法規研究会編・前掲335頁。

¹⁹ 亘理格「保育所利用関係における合意の拘束力」『「民」による行政—新たな公共性の再構築』（2005）219頁。

²⁰ 「第1審判決」も次のように述べ、保育所選択権の保障が当然にその後の継続的保育の保障につながることを肯定している。「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し、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になるから、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といえることができる」（判例タイムズ1262号157頁）。

の選択した保育所で保育を受けること（保育を受けることを期待できること）が児童及び保護者の法的利益である²²と認めたことを確認するに止めておきたい。

ところで、本件判決は「保育を受けることを期待し得る法的地位」の存続期間を「保育の実施期間が満了するまで」とするが、その具体的な期間について明確には述べていない。これについて、下級審の裁判例では、原則として児童が就学するまでと解するものが多いようである²³。また、行政事例では、従来、保育所入所措置期間を一律6か月と取り扱っていたが²⁴、平成9

²¹ この判示は、「第1審判決」が判示した「保育所において保育を受ける権利」を実質的に承認したものと解される。「第1審判決」はこの権利について次のように述べる。「児童は保育の対象であるとともに、その利益を享受する主体であり、保護者による保育所の選択も児童が心身ともに健やかに育成されることを旨として行われるべきものであるから（法1ないし3条）、現に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ない。そうだとすれば、児童が特定の保育所で保育の実施を受けており、また、将来保育期間中にわたって受け得るという利益は、法的に保護された利益と解するのが相当である」（判例タイムズ1262号158頁）。

²² 平成21年判決が、当該法的地位を「保育を受けることを期待し得る法的地位」（傍点筆者）と呼び、「保育を受ける地位」と呼んでいないのは、当該利益が法的保護に値する利益であること承認しつつも、同時にこれは強い権利性を有するものではないということを示唆するものと推測される。この点、「第1審判決」も、特定の保育所で保育を受ける法定利益を承認した上、それが保育所廃止の絶対的制約になるわけではないとして、次のように述べている。「一定の利益を保障する以上は、それができ得る限り尊重されるべきは当然としても、公の施設であるからには、基本的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年間にも及び、その間には選択された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がたいし、もともと入所時に定める保育期間も当該時点における見込みという性質を有するものである。市町村の有する限られた資産の有効利用ということを考えると、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当該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」。

²³ 例えば、大阪高判平18. 1. 20（判例集未登載）、東京地判平18. 10. 25（判時1956号62頁）等。

²⁴ 参照、田村和之「児童福祉法をどう活用するか—保育所入所の権利実現のために」賃金と社会保障1347号72頁以下。

年改正をうけて、保育所の申込みにあたり、申込者自身に「小学校就学始期に達するまで」の期間内で、かつ「保育の実施を必要とする理由に該当すると見込まれる期間の範囲内」において、「保育の実施を希望する期間」を記入させるという取扱に変更している²⁵。これは、保育の実施期間を最長小学校就学までの期間に延長するというものであるが²⁶、具体的な保育期間の決定においても保護者（＝申込者）の意思を尊重するものであって、平成9年の第24条の改正の趣旨がここにも反映しているといえよう。そうすると、保護者は、通常、保育所で保育が可能な期間すなわち「小学校就学始期に達するまで」の期間入所した保育所での保育を希望するであろうから、保護者がとくに保育の実施期間を記載していない場合は、「小学校就学始期に達するまで」の期間を「保育の実施期間」と解すべきことになろう²⁷。

3. 保育所の廃止と「保育を受けることを期待し得る法的地位」の侵害

平成21年判決は、公立保育所を廃止する条例の「施行により各保育所廃止の効果を発生させ、当該保育所に現に入所中の児童及びその保護者という限られた特定の者らに対して、直接、当該保育所において保育を受けることを期待し得る…法的地位を奪う結果を生じさせる」と述べて、公立保育所の廃止が「保育を受けることを期待し得る法的地位」の侵害になることを明らかにしている。平成21年判決で問題になったのは、「公立保育所」の廃止の場

²⁵ 参照、「児童福祉法等の一部を改正する法律の施行に伴う関係法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号厚生省児童家庭局長通知）。

²⁶ 取扱の変更（記載事項の変更）については、平成9年9月19日の全国児童福祉主管課長会議で、保育課長補佐が次のような説明をしている。「記載事項の変更の関係ですが、これまで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ます、これによりまして、毎年申請書を提出するといったようなことはなくなるものと考えております」（全国児童福祉主管課長会議録26頁）。

²⁷ 田村和之・前掲（注24）73頁。

合であるが、後ほど詳述するように、市町村は保育サービスの提供を、認可を受けた「民間保育所」に委託して実施することもできるので²⁸、この場合に平成21年判決の射程が及ぶか問題になる。

この問題に関し、平成21年判決の調査官解説は、保育の委託をうけた民間保育所の設置者がその保育所を廃止しようとするときは都道府県知事の承認を受けなければならない（児童福祉法第35条7項）、民間保育所の廃止は、この承認があつて初めて効力が生じると解されることを指摘した上で、「平成21年判決の説示するところによれば、市町村が行う『保育の実施』により当該民間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、上記の承認〔都道府県知事の承認〕によって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利益を侵害される者として、その取消し又は差止めを求める原告適格…を有することになるものと考えられる」との見解を述べている²⁹。この見解は、直接には、承認の取消訴訟又は差止め訴訟の原告適格についてのものであるが、その前提として、保育の委託をうけている民間保育所の廃止も、公立保育所の廃止と同様、「保育を受けることを期待し得る法的地位」の侵害になることを認めているということができる。

Ⅲ 「保育を受けることを期待し得る法的地位」の分析

1. 「保育を受けることを期待し得る法的地位」の発生

これまでの検討から、平成21年判決のいう「保育を受けることを期待し得る法的地位」とは、市町村に対して、「保護者の選択」した「特定の保育所」で「保育サービス」を「継続して」享受することの期待を利用者（保護者及

²⁸ 児童福祉法規研究会編・前掲168頁。

²⁹ 古田孝夫「判解」法曹時報64巻3号716頁以下。

び児童)の法的利益として承認したものと理解することができよう。ところで平成21年判決は、市町村と利用者との間で保育所の利用関係が成立していることを前提として、「その利用関係に基づき現に保育を受けている児童及びその保護者が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」と判示するが、本判決の争点である条例の制定行為の処分性の判断のために必要がないことから、利用関係の発生原因やその法的性質については判断を示していない³⁰。しかし、本稿は「保育を受けることを期待し得る法的地位」を包括的に考察するという観点から、まず、この問題から検討することとしたい。

平成9年改正前は、保育所の利用関係が、入所措置という行政処分によって生じることにについて見解はほぼ一致していた³¹。むしろ問題は、利用者には(措置)申請権が認められるかであった。旧法第24条でも市町村の保育の実施義務が定められていたが、それについては「措置を採らなければならない」(旧法第24条第1項)(傍点筆者)と規定されていたので、措置申請権を承認する有力学説はあったものの、行政解釈では、利用者には保育サービスの内容決定への主体的関与は認められておらず、保育サービスの開始も内容の決定も職権主義が妥当するものとされ、保育所選択権はもとより入所申請権も認められていなかったのである³²。このような保育所利用の仕組みを大きく変更したのが、平成9年法第24条である。同条は一方で、市町村の保育の実施義務を維持し、他方で、措置制度を廃止するものである。保育の実施義務は、本来は、利用者に対する義務と考えられるので、平成9年法第24条に

³⁰ 参照、古田・前掲723頁。

³¹ 参照、藤本知彦「児童福祉法改正と保育所利用の契約関係(2・完)」日本法学69巻3号103頁。

³² 以上については、Ⅱの1を参照されたい。

³³ この権利の詳細を分析するものとして、木下秀雄「『保育所における保育』を受ける権利と改正児童福祉法24条－再論」月刊保育情報455号(2014)6頁以下。

における措置制度の廃止は、利用者に保育の実施を求める権利の承認を意味することになろう³³。さらに同条は、「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」を規定し、前述のとおり、保育所選択権も承認している。

平成9年法における保育所利用関係の発生原因やその法的性質については、以上のことを前提とした上で、議論が展開されることになった。保育所利用関係が利用者による申し込みと市町村の承諾によって発生することは明らかであるので、問題は、その法的性質ということになる。この点について、これを契約と理解する見解、申請・行政処分と理解する見解などに分かれている³⁴。行政解釈は契約説を採っており³⁵、これに従う裁判例もある³⁶。一方、学説の多数は行政処分説を採っており³⁷、裁判例もこの説を採るものが多い³⁸。

行政処分説が理由とするところは、①平成9年改正法が、「市町村長（行政庁）は入所要件該当性の審査と入所の優先順位の判断を行ったうえで保育所入所を決定するのであり、これによって保育所入所という法的効果が生じ

³⁴ 他に、行政処分と契約の結合によって生じるとの見解もある（原田大樹「福祉契約の行政法学的分析」法政研究69巻4号115頁）。

³⁵ もっとも、この契約は純然たる私法上のものとは異なるとして次のように述べる。「利用者と市町村との関係は、…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ていることから、一種の附合契約であり、『公法上の契約』といえるものである」（児童福祉法規研究会編・前掲168頁）。

³⁶ 例えば、大阪地判平16. 5. 12（判例地方自治283号44頁）、大阪地判平17. 1. 18（判例地方自治282号74頁）、大阪高判平18. 4. 20（判例地方自治282号55頁）など。

³⁷ 田村和之「1997年児童福祉法改正による保育所入所制度改革について」『社会福祉の思想と制度・方法』（桑原洋子教授古稀記念論集）（2002）240頁、亘理格・前掲220頁、西村健一郎『社会保障法』（2003）469頁、藤本・前掲108頁等。倉田聡（『これからの社会福祉と法』（2001）18頁）は、平成9年改正後の「施設利用にかかる福祉給付システム」を「申請手続型の措置制度」と理解する。

³⁸ 横浜地判平18. 5. 22（前掲）、東京地決平18. 1. 25（判例時報1931号10頁）、大阪高判平18. 1. 20（前掲）。

る」³⁹仕組みを採用していると解されること、②入所不承諾決定については不服申立てができるとされていること⁴⁰にあると思われる。ただ、①の論拠は、契約説と相容れないものではないので、行政処分説を基礎づける決定的な理由とはならないと思われる。また、②の論拠についても、不服申立てができるとされているのは、行政解釈でそのように取り扱われているからであって⁴¹、不服申立てができるとする法令上の確たる根拠があるわけではない。そうすると、この点でも行政処分説を基礎づける決定的な理由とはならないと思われる。しかも、行政解釈は契約説に立っているのであるから、そもそも不服申立てを認めること自体理論的一貫性を欠くというほかない⁴²。

このように考えると、平成9年法の申込み・承諾が契約なのか行政処分なのか、なお問題の決着はついていないというべきであろう。もっとも、保育を求める利用者の権利や入所承諾によって生じる保育所の利用関係の中身⁴³については、何れの説を採るにせよ、それほど大きな違いはないと考えられ

³⁹ 『実務注釈児童福祉法』（1998）142頁。

⁴⁰ 例えば、西村健一郎・社会保障法（2008）469頁など。

⁴¹ 児童福祉法規研究会編・前掲は、保育所入所を契約と解しつつ、「保育所入所契約の拒否や解除、希望する保育所に対する入所が拒否された場合には、行政不服審査法の『行政庁の違法又は不当な処分その他公権力の行使に当たる行為に関し、国民に対して広く行政庁に対する不服申立てのみちを開くことによつて、簡易迅速な手続による国民の権利利益の救済を図るとともに、行政の適正な運営を確保する』（法第1条第1項）の趣旨に照らし、権利利益の簡易迅速な救済という観点から…不服申立ての対象としたものである」と述べる（181頁）。

⁴² 不服申立ての対象は「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」（法1条2項）であるから、行政解釈のように、契約（の一部）を便宜的に不服申立ての対象とすることは疑問である。「第一審判決」も行政解釈の契約的運用と行政処分的「運用は一貫しないように思われる」と述べている。

⁴³ 平成9年改正前には、入所措置によって利用者が得られる利益は、法的利益ではなく「反射的利益」であるとする裁判例もあった（東京高判4．11．30。判例評釈として、堀勝洋・季刊社会保障研究32巻1号78頁）。しかし、学説の多数は、入所措置請求権を認めており（この点については、藤本・前掲104頁を参照）、さらに積極的に入所申請権を認める見解もあった（例えば、田村・前掲（注12）等）。なお、申請権を認めていると見られる裁判例として、東京地判昭61．9．30（判時1218号93頁）等がある。

る。というのは、契約説も、利用者の保育を求める権利は承認しており⁴⁴、また、「利用者と市町村との関係は、…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」る⁴⁵と解し、当事者の合意によって決定されとは解していないのであるから、どちらの説に立っても、この関係は、結局、児童福祉法（の解釈）によって規定されることになるからである。

2. 「保育を受けることを期待し得る法的地位」の内容

「保育を受けることを期待し得る法的地位」が、前述のとおり、利用者の保育所選択権に由来するものであり、申込・入所承諾によって生じる保育所の利用関係の存在に基づいて成立するものであることにかんがみれば、利用者が当該法的地位において「期待し得る」具体的な利益内容として、少なくとも、（i）特定の保育所における「保育サービス」の享受、（ii）特定の保育所における「場所的環境」の享受が問題となろう。以下、それぞれについて検討することしよう。

（1）特定の保育所における「保育サービス」の享受

「保育を受けることを期待し得る法的地位」は、利用者が特定の保育所において「保育サービス」を享受する利益を含むものであることは明らかであるが、この「保育サービス」の中身については問題がある。

この点、平成9年改正前には、利用者が受ける「保育サービス」はいわゆる「児童福祉施設最低基準」⁴⁶に従った保育サービスの提供に限定されると

⁴⁴ 児童福祉法規研究会編・前掲168頁。

⁴⁵ 児童福祉法規研究会編・前掲168頁。

⁴⁶ 「児童福祉施設の設備及び運営に関する基準」（昭和23年12月29日厚生省令第63号）。この基準は、保育所を含む児童福祉施設の設備、職員、運営等の最低基準をさだめたもので、児童福祉法45条の規定に基づき制定されたものである。

というのが学説の大勢であり⁴⁷、また、裁判例でも、利用者に最低基準による保育サービスを受ける権利を明言するものがあった⁴⁸。なるほど、このような理解は、平成9年改正前の法の仕組みには適合的なものであったと考えられる。すなわち、改正前の措置制度の下では、利用者には保育所選択権などは認められず、行政が保育サービスの内容を一方的に決定するものとされていたので⁴⁹、行政が「最低基準」に従った均一的保育サービス内容を決定し、当該保育サービスを提供するという理解は児童福祉法の解釈として妥当なものであったと考えられるのである。しかし、平成9年の第24条の改正によって、行政が「最低基準」に従った均一的保育サービス内容を決定するという前提は、実質的に変更されたものと考えられる。というのは、そもそも第24条の改正の趣旨は、「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される制度的仕組みを整備する」ところにあり⁵⁰、この改正自体、行政が「最低基準」に従った均一的保育サービス内容を決定するという仕組みを改める意図をもつものといえるからである。さらに、改正の趣旨の実現のため利用者に保育所選択権が認められることとなったが⁵¹、保育所選択権は、各保育所の提供する保育サービスが多様であることを当然の前提としていると考えられるからである。したがって、「最低基準」に従った保育サービスが特定の保育所において提供すべき保育サービスの下限を規定する

⁴⁷ 参照、菊地馨実「児童福祉施設最低基準と保育を受ける権利」賃金と社会保障1178号48頁。

⁴⁸ 神戸地決昭48. 3. 28（判時707号86頁）は次のように判示している。「法45条〔昭和48年時点の児童福祉法〕が児童福祉施設につき、厚生大臣にその最低基準の定立を義務づけたのは、憲法25条、児童福祉法1条ないし3条の趣旨にかんがみ、児童がひとしく適正施設のもとに保護育成されるべきことを担保することを目的としたものというべく、これらの一連の規定の態様趣旨から考えると、少なくともひとたび児童が保育所に入所し、そのもとでの保護が開始された以上、当該児童に右厚生大臣が適正な保護をするに足りると認めて設置した保護基準（最低基準）による保護を受ける権利がある」。

⁴⁹ この点については、本稿Ⅱ1（1）を参照されたい。

⁵⁰ 児童福祉法研究会編・前掲167頁。

⁵¹ 参照、児童福祉法研究会編・前掲167頁。

のはもちろんであるが、これに限定されると解するのは平成9年法の解釈としては妥当とはいえないであろう。

それでは、上記の他にどのようなものが保育サービスの中身に含まれるのであろうか。この問題を考えるに当たっては、利用者（保護者）が保育所情報を踏まえた保育所選択権の行使をしているということが重要である。それはこういうことである。利用者の保育所の選択は、単に特定の保育所を選択するというだけでなく、当該保育所における特定の保育サービスを選択することでもある。そして、この保育所選択は、市町村が児童福祉法24条5項⁵²に基づき提供すべき保育所の情報を前提としてなされるのである。そうすると、利用者としては、提供された情報に従った保育サービスを受けられるものと期待するのは当然といえ、それゆえ、かかる期待も児童福祉法は保護している、すなわち、「保育を受けることを期待し得る法的地位」に含まれるものと解すべきことになる⁵³。

そうすると、保育サービス内容の一方的変更は「保育を受けることを期待し得る法的地位」——この地位は、前述のとおり、申込・入所承諾により生じる法的地位である——を侵害することになるので、保育所は保育サービス

⁵² 市町村が提供すべき保育所の情報は、平成9年改正の児童福祉法24条5項とこれを受けた児童福祉法施行規則25条1項が規定している。主要なものを挙げると、①「保育所の名称、位置及び設置者に関する事項」（規則同項1号）、②「保育所の施設及び設備の状況に関する事項」（同2号）、③「保育所の入所定員、入所状況、職員の状況及び開所している時間」、「保育所の保育の方針」、「その他保育所の行う事業に関する事項」などを含む「保育所の運営の状況に関する事項」（同3号）、④「保育料の額に関する事項」（同4号）、⑤「保育所への入所手続に関する事項」（同5号）などであり、保育サービス全般にわたっている。

⁵³ 笠木映里（「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其の適法性—横浜市私立保育所廃止事件」ジュリスト1341号191頁）は、「〔児童福祉〕法は、保護者の選択を支えるものとして、市町村に情報提供義務を課している。そして、この規定を受けた法施行規則25条1項は、提供すべき情報として、施設や設備、入所定員等の形式的事項に加え、保育の指針のような実質的な事項をも挙げている…。このような法令の規定によれば、保護者による保育所選択は、保育所の場所や設備のような形式的要素に基づく判断にとどまらない実質的・総合的な判断になることが想定されているといえるだろう」と指摘している。

の変更等につき制約を受けるということになる。もっとも、保育サービスの内容の変更等については児童福祉法等で特段の規制はなされていないこと⁵⁴、また、保育サービスの内容は保育状況等の変化に対応する必要があるが、これは事の性質上保育所の専門的判断に委ねられるべきものと考えられることから、この判断については保育所の裁量が認められると解される⁵⁵。したがって、保育所の保育サービス内容の変更は、裁量の逸脱または濫用があった場合に限り、「保育を受けることを期待し得る法的地位」を違法に侵害するということになるろう。

（２）特定の保育所における「場所的環境」の享受

「保育を受けることを期待し得る法的地位」は保育所の「場所的環境」の享受を含むかという問題についても、（１）の場合と同様、利用者が保育所情報を踏まえた保育所選択権の行使をしていることが重要な意味をもつといえる。すなわち、利用者は、保育所の選択に当たり、当該保育所の施設や保育サービスの内容のみならず、その保育所の所在地も重要な要素——これにはその場所的環境（通園の便宜、安全性、保育所周辺の静穏等）も含む——として保育所を選択するのが通常である。そして、保育所の所在地に関する情報は市町村が提供すべき保育所情報にも含まれるのであるから、（１）の場合と同様、利用者としては、当該所在地において保育サービスを受け得る

⁵⁴ 平成9年法の下での児童福祉法施行規則は、保育所の運営の方法の変更等の場合に知事への届出を定めるにとどまっていた（第37条1項、5項）。

⁵⁵ 浦和地裁熊谷支判平2. 10. 29（判例集未登載）は、保育サービスの実施における保育所の裁量について「保育園における児童の保育は、資格を有する母が専らその専門的な技術及び経験によって行う行為であって、児童の保育の具体的な内容及び方法等については母もしくは母を中心とする保育所に委ねられている」と判示する（当該判決及び評釈については、菊池馨実「私立保育園園児事故による市町村の損害賠償責任」賃金と社会保障1131号（1994）29頁以下）。なお、保育サービスの提供における保育士や保育所の専門性については、文献の紹介も含め、参照、藤本・前掲111頁以下。

——その場所的環境も享受し得る——と期待するのは当然といえ、それゆえ、このような期待も児童福祉法は保護している、すなわち「保育を受けることを期待し得る法的地位」に含まれるものと解される。したがって、その限りにおいて、保育所は保育所の移転につき制約を受けると解すべきであろう。

もっとも、保育所の移転については平成9年改正をうけた児童福祉法施行規則37条5項で届出が必要となっているほか、特段法令の規制はないこと、また、保育施設の老朽化、入所定員の増加等に対処するため、また保育環境の改善等のため保育所の移転が必要なことがありうるが、これは事の性質上保育所の専門的判断に委ねられるべきものと考えられることから、(1)の場合と同様、この判断については保育所の裁量が認められると解される。したがって、保育所の移転は、裁量の逸脱または濫用があった場合に限り、「保育を受けることを期待し得る法的地位」を違法に侵害するということになるだろう。

3. 「保育の委託」と「保育を受けることを期待し得る法的地位」

前述のとおり、平成9年の児童福祉法の改正で、保育所の入所方式は「措置」による方式から「保護者からの申込み」を前提とする方式に変更されたので、「保育の実施」義務（保育所における保育サービスの提供義務）を負う市町村は、「保護者の申し込みがあった場合には、…市町村は保育サービスの提供をみずからが経営する保育所（市町村営…）で実施するか、社会福祉法人等が経営（民営）する保育所に委託して保育サービスを提供することになる」⁵⁶。ところで、平成21年判決は、「〔保育所の〕利用関係に基づき現に保育を受けている児童及びその保護者が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」（傍点は筆者）と判示している。ここで当該保育所とは、保護者が申し込み

⁵⁶ 児童福祉法規研究会編・前掲168頁。

をし、選択した保育所であるから、公立保育所である場合も、また、市町村から委託を受けた民間保育所である場合もありうることになる（ちなみに本件では当該保育所は公立保育所である）。そうすると、平成21年判決は、「保育を受けることを期待し得る法的地位」は民間保育所への「保育の実施」の委託（以下「保育の委託」という。なお平成9年改正前は「措置委託」と呼ばれていた）の場合にも認められることを含意していると解される。しかし、利用者と市町村（公立保育所）の間では申込・入所承諾により直接の法律関係が生じるのは明らかである——したがって、利用者は公立保育所に対して「保育を受けることを期待し得る法的地位」を主張できる——が、「保育の委託」の場合に利用者と民間保育所との間で同様の法律関係が生じるか——したがって、利用者は民間保育所に対して「保育を受けることを期待し得る法的地位」を主張できるか——については、必ずしも明らかとはいえない。それゆえ、この問題については、保育の委託の性質論も含め若干の検討が必要であろう。

まず市町村による民間保育所への「保育の委託」についてであるが、これは保育所の入所決定によって生じる市町村の保育サービス提供義務の履行を民間保育所に委託するもので、法的性質は契約と解されており⁵⁷、この点については平成9年の改正の前後を通じて変わりはない⁵⁸。なお「保育の委託」は、児童の保育という事実行為を内容とする事務の委託であるから、契約類型としては準委任（民法656条）ということになろう⁵⁹。もっとも、当該委託

⁵⁷ 児童福祉法46条の2が「正当な理由がない限り」福祉施設側に委託契約の締結を義務付けていることなどから、行政解釈はじめ、多くの学説が「保育の委託」を「公法上の契約」と理解している（田村和之『保育法制の課題』（1986）143頁、菊池・前掲57頁等。）。

⁵⁸ 藤本・前掲108頁。

⁵⁹ 堀勝洋（『福祉改革の戦略的課題』（1987）192頁）は「措置委託は措置権者の法律行為…を委託するものでなく、施設に福祉サービスの提供という事実行為を委託するものであるので、措置委託は準委任契約に類するものであると解される」と述べる。

は児童福祉法による規制を受けているのであるから、これを「公法上の契約」と呼ぶかどうかは別として、当該規制に抵触するような委任に関する民法の規定（例えば、委任の任意の解除を規定する第651条1項など）は適用を制限されると解される。

「保育の委託」を上記のように解するとしても、この契約はあくまで市町村と民間保育所との契約であって、利用者と民間保育所との間には直接の契約関係は存在しない⁶⁰。そこで、学説の多数は、保育の委託について、市町村を要約者、民間保育所を諾約者とする「第三者のためにする契約」（民法537条以下）と解し⁶¹、利用者は、受益の意思表示をすることによって、直接民間保育所への権利主張が可能としている。筆者も、以下に述べるとおり、この見解を支持しておきたい⁶²。

ある契約が「第三者のためにする契約」といえるためには「第三者に直接権利を取得させる趣旨が契約の内容とされなければならない」⁶³が、当該契約にこのような趣旨が認められるか否かは、結局のところ、当該契約の性質を踏まえた、契約当事者の合理的な意思解釈の問題に帰着することになる⁶⁴。ところで、前述のとおり、公立保育所で「保育の実施」が行われる場合、利

⁶⁰ 利用者と民間保育所の間には、（入所決定の内容である）保育サービスに関する契約は存しないというのが一般的な見方といってよいであろう（古川孝順「措置制度と利用制度」古川・副田あけみ・秋元美世編著『現代社会福祉の争点（下）～社会福祉の利用と権利～』（2003）21頁、堀・前掲195頁以下、菊池馨実「保育所入所をめぐる法律問題（上）——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1051号（1991）56頁以下等）。少数ながら、松江地裁益田支部決定昭50年9月6日（判時805号96頁）や盛岡地裁一関支部判決昭和56年11月19日（判タ460号126頁）のように利用者と市町村との直接の契約関係の存在をみとめる裁判例もあるが、学説は批判的である（藤本・前掲107頁、菊池・前掲56頁以下）。

⁶¹ 参照、田村和之『保育所行政の法律問題』（1981）139頁、菊池・前掲57頁等。反対するものとして、堀・前掲194頁等。

⁶² もっとも、平成9年法の解釈としては、入所承諾を行政処分と解する立場では、端的に、民間保育所との関係も——「保育の委託」契約の成立を条件として——入所決定（処分）により生じると解する余地もありえよう。

⁶³ 谷口知平／五十嵐清編『新版注釈民法（13）〔補訂版〕』（2006）699頁〔中馬義直／新堂明子〕。

用者は市町村と直接の法律関係に立つので、公立保育所に対し「保育を受けることを期待し得る法的地位」に基づく法的利益の享受を主張することができる。他方、市町村が民間保育所に「保育の委託」をする場合、仮に当該契約を「第三者のためにする契約」と解しないとすれば、利用者は、現実に保育サービスを受ける民間保育所に対して、「保育を受けることを期待し得る法的地位」の主張をすることができないということになるので、公立保育所の場合と比べて利用者に不利ということになる。しかし、「保育を受けることを期待し得る法的地位」は、前述のように、平成9年改正の児童福祉法24条に基づくものであるから、保育の実施主体が公立保育所か民間保育所かで利用者にこのような不利益が生じる解釈は問題といわなければならない。さらに、「保育の委託」の場合に限り児童福祉法の要請にそぐわない不利益を利用者に強いることになる取り扱いを民間保育所に許容する合理的な理由は見出しがたい⁶⁵。そうだとすれば、市町村は、利用者を受益者とする第三者のためにする契約を民間保育所と締結すると解するのが当事者の合理的な意思に合致することになろう。

なお、民間保育所への委託を第三者のためにする契約と解した場合、「第三者の権利が発生した後」の当事者による当該権利の変更消滅を制限している民法538条が問題となりうる。すなわち、児童が「保育に欠ける」状態でなくなった場合等には、「保育の委託」の解除が必要になるが、同条が適用されると解除ができなくなるのではないかという問題である。しかし同条は、「第三者が受益の意思を表示して権利を取得した以上は、当事者といえども、これを任意に変更または消滅させることができないのは、一般の法理上当

⁶⁴ 参照、谷口／五十嵐・前掲701頁。なお、大判昭2. 4. 16（法律新聞2740号11頁）は、第三者のためにする契約かどうかは「意思解釈ニ依リテ定マル可キ問題ニ外ナラス」と判示する。

⁶⁵ 菊地・前掲57頁は、「保育の委託」について「その契約内容には、当然に児童福祉法の趣旨・目的に即し一定の適切な保育をなすべき債務が含まれているものと思われる」とする。

然のことである。本条は、この当然の法理を明らかにしたものにすぎない」⁶⁶のであるから、同条は、保育の委託の性質上認められる委託の解除を制限するものではないと解すべきである⁶⁷。

Ⅳ 子ども・子育て関連3法の成立と「保育を受けることを期待し得る法的地位」

子ども・子育て関連3法、すなわち、「子ども・子育て支援法」（以下「支援法」という）、「就学前の子どもに関する教育、保育等の総合的な提供の推進に関する法律」の一部改正法、「子ども・子育て支援法及び就学前の子どもに関する教育、保育等の総合的な提供の推進に関する法律の一部を改正する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律」が、平成24年8月10日成立し、同月22日に公布され、平成27年4月1日施行された。子ども・子育て関連3法は、「保育を受けることを期待し得る法的地位」承認の基礎である児童福祉法24条の改正をはじめ現行保育制度の大幅な変更をもたらすもの——いわゆる「子ども・子育て支援新制度」（以下「支援新制度」という）——であるので、この支援新制度の下でもなお「保育を受けることを期待し得る法的地位」が存立しうるか問題になる。ところで、これまで検討してきたところから明らかなように、「保育を受けることを期待し得る法的地位」承認の基礎は、児童福祉法24条が保護者に「保育所選択権」を認めているところにあった。したがって、この問題は、子ども・子育て新制度の下でも「保育所選択権」を法解釈上認めることができるかということが決定的な意味をもつことになる。

上記を踏まえ、以下では、まず、支援新制度の下での保育制度の変更点を

⁶⁶ 谷口／五十嵐・前掲789頁。

⁶⁷ 参照、菊池・前掲57頁。

確認し、さらに、この変更によって「保育を受けることを期待し得る法的地位」存立の基礎が失われることになるかという問題を検討することにする。

1. 子ども・子育て関連3法による保育制度の変更

子ども・子育て関連3法による支援新制度の下でも、保育制度の基礎を定めるのは平成9年法と同様、平成24年の改正児童福祉法24条である。本条に関する主な改正点は、以下のとおりである。

(1) 市町村の「保育所保育」の実施義務の維持と申込み関連規定の削除

平成24年法第24条第1項は、「市町村は、この法律及び子ども・子育て支援法の定めるところにより、保護者の労働又は疾病その他の事由により、その監護すべき乳児、幼児その他の児童について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（認定こども園法第3条第1項の認定を受けたもの及び同条第9項の規定による公示がされたものを除く。）において保育しなければならない」（傍点筆者）と規定して、平成9年法と同じく市町村の保育所における保育の実施義務を維持した。

しかし、他方で、同条は、平成9年法が置いていた利用者の保育所への申込みに関する規定を削除している。すなわち、平成9年法第24条は、「保護者から申込みがあったときは」（第1項）、「保育所における保育を行うことを希望する保護者は…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」（第2項）等の規定を置いていたが、平成24年法は、これらの規定を削除している。

(2) 「保育所保育」の利用要件の変更

まず「保育所保育」を利用する要件として、平成9年法第24条は「児童の保育に欠けるところがある場合」（第1項）と規定し、この要件認定は保育

所の入所申込・承諾（不承諾）手続の一環として行われていた。具体的には、「保護者は、入所申込書に入所を希望する保育所等を記載したうえで（通常は第一希望から第三希望まで、自治体によっては第五希望までの記載が必要）、居住地の市町村に申し込みをする。申込みを受けた市町村は、入所要件の審査を行い、入所申込の児童が『保育に欠ける』児童に該当すると認めたときは保育に関する需要の増大など『やむを得ない事由』がないかぎり、入所決定を行」う、というものであった⁶⁸。これに対して、平成24年法第24条は、保育所の入所要件とその認定手続を次のように変更している。すなわち、①保育所の入所要件については、平成9年法の「保育に欠ける」に代えて、「保育を必要とする場合」とし、②その認定（保育の必要性の認定）手続については「子ども・子育て支援法の定めるところ」によるものとした（第1項）。

次に入所要件については、「従前の『保育に欠ける事由』…に加えて…昼間以外の就労、妊娠・出産、保護者の疾病・障害、同居の親族の介護・看護、災害復旧、求職活動、就学・職業訓練及び育児休業取得時の継続利用を明記したこと」⁶⁹などはあるものの、実質的に大きな変更はないといってよい。一方、保育の必要性の認定手続については、保育所の入所申込・承諾（不承諾）手続とは別の「教育・保育給付」の支給認定手続⁷⁰の一環として「保育必要量」の認定とセットで認定が行われることになった（支援法第20条1項、3項）⁷¹。支援法では、保育所は「認定こども園」や「幼稚園」と並んで「教育・保育施設」の1つとされており（第7条第4項）、保育所への入所を希

⁶⁸ 伊藤周平「子ども・子育て支援新制度における市町村の保育実施義務と子どもの保育を受ける権利」賃金と社会保障1607号（2014）7頁（以下、伊藤・賃社1607号7頁という形で表記）。

⁶⁹ 内閣府統括官等通知「子ども・子育て支援法に基づく支給認定等並びに特定教育・保育施設及び特定地域型保育事業者の確認に係る留意事項等について」平成26年9月10日。

⁷⁰ なお、この認定について支援法は、保育所の入所承諾——平成24年法における入所承諾の法的性質については後述する——とは別個の独立した行政処分として位置づけている（この点については、伊藤・賃社1624号12頁を参照）。

⁷¹ この点については伊藤・賃社1624号5頁以下を参照。

望する保護者は、「認定こども園」や「幼稚園」と共通の手続で、市町村に「教育・保育施設」の支給認定を申請し、市町村から保育の必要性と「保育必要量」の認定をうけ（同条1項、3項）、支給認定証を交付してもらうことになる。

したがって、保護者は、手続上は、支給認定を得て、あらためて市町村に保育所の入所申込を行うことになるはずであるが、実務上は、「保護者は、支給認定の際に『支給認定申請書』に『利用を希望する期間、希望する施設（事業者）名』を一緒に記入する形式になっており、…支給認定と利用申込みが同時にできる」という便宜的方法が可能となっている⁷²。もっとも、この方法は保育所の利用を希望する場合に限られるわけではなく、認定こども園や家庭的保育事業等の利用を希望する場合にも用いられる。すなわち、「保護者は、支給認定の申請の際に『支給認定申請書』に『希望する施設（事業者）名』を一緒に記入することができる形式になっている。そして、この『希望する施設（事業者）名』には、保育所（公立・私立）のほかに、認定こども園や小規模保育事業など直接契約施設・事業者の名称を記載することもできる（あるいは、保育所と併願する場合は、両者の名称）」ことになっている⁷³。

（３）「保育所保育」の位置づけの変更と「必要な保育を確保するための措置を講じ」る義務

平成9年法第24条第1項は、（保護者からの申し込みを前提とする）市町村の保育所保育の実施義務を定めるとともに、「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」に、「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」をすべきこと——家庭的保育等の「保

⁷² 伊藤・賃社1624号6頁

⁷³ 伊藤・賃社1625号36頁。

育所保育」以外の「保育」の実施義務——を定めていた（同項ただし書き）。すなわち、「保育所保育」を原則とし、家庭的保育等の「その他の保育」は例外と位置づけていた。

これに対して、平成24年法第24条は、上述のとおり平成9年法第24条第1項ただし書きを削除し、「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」（第1項）と規定した。すなわち、「保育所保育」の実施義務を維持するとともに、「保育所保育」を原則とし「その他の保育」は例外という位置づけを廃止した。そして、第2項で「前項に規定する児童〔「保育を必要とする」児童〕に対し、…認定こども園…又は家庭的保育事業等…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」と規定して、あらたに「必要な保育を確保するための措置を講じ」る義務を定めている。平成24年法で、このような改正がなされたのは「保育所保育を原則とする現行の〔平成9年法を指す＝筆者〕公的保育制度と異なり、新制度では保育所以外の多様な保育施設・事業所…が並存し、保護者がそれらの利用を選択できることを踏まえたため」⁷⁴ということができるが、そのことから種々問題が生じることになる（後述）。

（４）措置による保育所等への入所に関する規定の新設

平成24年法第24条は、限定的・補充的ではあるが、措置＝職権による保育所等への入所、その他の保育の実施に関する規定を設けた。すなわち、第5項は、虐待等が疑われる要保護児童等特別の支援が必要な児童について、第4項が規定する保育所等又はその他の保育を受けることの勧奨、支援を行ってもなお「やむを得ない事由により子ども・子育て支援法に規定する施設型給付費若しくは特例施設型給付費…又は…地域型保育給付費若しくは特例地

⁷⁴ 伊藤・賃社1609号6頁。

域型保育給付費…の支給に係る保育を受けることが著しく困難であると認めるとき」は、「当該市町村の設置する保育所若しくは幼保連携型認定こども園に入所させ、又は当該市町村以外の者の設置する保育所若しくは幼保連携型認定こども園に入所を委託して、保育を行わなければならない」と定め、市町村の措置義務を規定している⁷⁵。また、第6項は、支援法第42条第1項又は第54条第1項の規定による市町村のあっせん等の支援にもかかわらず、「やむを得ない事由により同法に規定する施設型給付費若しくは特例施設型給付費又は同法に規定する地域型保育給付費若しくは特例地域型保育給付費の支給に係る保育を受けることが著しく困難であると認めるとき」は、「保育所若しくは幼保連携型認定こども園」または「家庭的保育事業等」での保育実施の「措置を採ることができる」と定め、市町村の裁量的措置を規定している。

すでに述べたように、平成9年法は、それ以前の措置による保育所の入所方式を改め、利用者の申込みにより保育所を選択する方式を採用したのであるが、平成24年法は、上記の限りで、措置方式による保育所入所をいわば復活している。もっとも、平成24年法の措置方式採用の趣旨は、あくまで各規定が定める「保育を受けることが著しく困難」な場合に例外的・補的に市町村の関与を認めるというものであって、保育所の入所を平成9年法以前の仕組みに戻すということでないのはもちろんである。

2. 支援新制度の下では「保育を受けることを期待し得る法的地位」存立の基礎が失われることになるか

以上、支援新制度の下での保育制度の変更点を見てきた。これらの変更によって「保育を受けることを期待し得る法的地位」存立の基礎である保育所

⁷⁵ 市町村の措置義務については、立法の経緯も含め、伊藤・賃社1609号12頁以下を参照。

選択権が失われたと解されるか。結論から言えば、以下に述べるとおり、支援新制度の下でも、保育所選択権を認めることができ、それ故、「保育を受けることを期待し得る法的地位」も認めることができる考える。

（１）市町村の「保育所保育」実施義務維持の意義

支援新制度の下でも、前述のとおり、平成24年法第24条第1項において、市町村の「保育所保育」の実施義務は維持されている。保育の実施義務は、本来、利用者に対する義務と考えられるので、この義務が維持されたことは、平成9年法で認められた利用者の保育を求める権利についても同様に維持されたものと解するのが合理的であろう。というのは、市町村の保育所における保育の実施義務の履行手法については、旧法のように市町村の措置による場合と平成9年法のように利用者に保育を求める権利を付与する場合とがありうるが、平成24年法は、第5、第6項の場合に限って市町村の措置によることを認め、それ以外の場合には措置によることを認めていないので、平成9年法と同様の履行手法を採用したものと理解できるからである⁷⁶。

上記のような理解に立つ場合、平成24年法が申込み関連規定を置かなかったこと（＝申込み関連規定を削除したこと）が利用者の「保育所保育」を求める権利を否定することを意味しないのは明らかである。しかし、このことを前提にしても、なお、同法の申込み関連規定削除の趣旨をどのように理解すべきか問題になろう。この点について、ある論者は、保育所の利用関係の発生原因を、平成9年法と同様、申請・行政処分（入所承諾・不承諾処分）と理解したうえで⁷⁷、行政実務上は利用者からの保育所入所申込みが当然の

⁷⁶ 平成9年法第24条の改正に当たり、当初政府案では市町村の保育実施義務が削除されていたものが「保育関係者の広範な反対運動により…民主党・自民党・公明党の三党による法案修正…によって再び挿入された」（伊藤・賃社1959号5頁）という立法の経緯からも、このような解釈の合理性が裏付けられるといえよう。

⁷⁷ 伊藤・賃社1609号7頁。

前提となっていること、申請は明文の定めがある必要はなく法令の解釈上認められればよいことなどを根拠に、「『申込み』という文言の不在は、保護者の申請権を否定するものではなく、新制度の下でも市町村の保育実施義務…が規定されている以上、当然にそれに対応する保護者の『申込み』と利用申請権が前提とされていると解するべきである」⁷⁸とする。この見解は、申込関連規定の削除に特段の意味を認めない見解と言えようが、申込関連規定は申請権を認める条文上の根拠となりうるものであるから、当該規定の削除に何らかの意味を認めないわけにはいかないのではないと思われる。

それでは、この問題はどのように理解すべきか。私は、申込み関連規定の削除は、保育所利用関係の発生原因が契約であることを明確にする趣旨と捉えることができるのではないと思う。それはこういうことである。すでに述べたように、平成9年法の保育所利用関係についても行政解釈では契約であるとされていた。しかし、申込み関連規定の存在は、当該発生原因が行政処分であるとする明文上の根拠とされたことから、今次の改正で当該規定を削除して当該発生原因が契約であることを明確にしたと理解するわけである。契約であれば——申し込みが必要なのは当然であるから——法律に申込み規定を置く意味はないからである。もとより契約と解することによっても利用者の保育を求める権利の存否に影響はない。この点はすでに述べたとおりである⁷⁹。

（２）保育所選択権の存否

平成24年法における申込み関連規定の削除には、利用者の保育所選択に関する平成9年法24条2項（「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なければならない」）の規定も含まれているので、

⁷⁸ 伊藤・賃社1609号7頁。

⁷⁹ この点については、Ⅲ 1を参照されたい。

当該規定の削除は、利用者の保育所選択権を否定する趣旨ではないか、一応問題になりうる。しかし、次のような理由で、当該規定の削除は、利用者の保育所選択権を否定する趣旨ではないと解すべきである。

前述したように、平成24年法においても利用者の保育を求める権利は認められており、これを前提として、利用者は市町村と保育所利用契約を締結することが想定されている。そして、保育所利用関係の形成に措置などの手法——行政の判断で入所する保育所等を決定する手法——を想定せず、契約という手法を想定しているのは、保育所選択等に関する利用者の意思を尊重する趣旨と解される。そうすると、平成24年法における利用者の保育を求める権利には、平成9年法と同様、利用者の保育所選択権——最高裁のいう「保護者の選択を制度上保障したもの」——を含意していると解される。したがって、平成9年法24条2項の削除は、前述したように、保育所利用関係の発生原因が契約であることを明確にする趣旨でなされた申込み関連規定の削除にともなうものであって、当該規定の削除は、利用者の保育所選択権を否定する趣旨ではないと解すべきである。

（３）「保育所保育」の利用要件等変更の意義と「必要な保育を確保するための措置を講じ」る義務

前述のとおり、保育所保育の利用要件が「保育に欠ける」から「保育の必要性」に変更されたことは、利用要件の内容に実質的な変更をもたらすものではないから、保育所選択権や「保育を受けることを期待し得る法的地位」に影響を及ぼすことはないといえよう。また、利用要件の認定が、保育所の入所申込・承諾（不承諾）手続から独立した支援法の支給認定手続において行われることとなった点も、この手続変更それ自体が、保育所選択権や「保育を受けることを期待し得る法的地位」の存否に直接影響を及ぼすものではないと解される。

もっとも、「保育を受けることを期待し得る法的地位」の存続期間については、支援新制度によって影響を受けることになる。すなわち、平成9年法の下では、当該法的地位の存続期間は、保育の実施期間が満了するまでであり、これは原則として児童が小学校に就学するまでと解されていた。他方、支援新制度の下では、当該地位の存続期間は、支給認定の有効期間（支援法21条）によって画されることになる。具体的には、保育の必要性の認定事由に該当しなくなった場合を除き、①満3歳以上の小学校就学前こどもについては、「支給認定が効力を生じた日」（効力発生日）から「小学校就学の始期に達するまで」の期間、②満3歳未満の小学校就学前子どもについては、「効力発生日からこどもが満三歳に達する日の前日」までの期間である（支援法施行規則8条2号以下）。したがって、「保育を受けることを期待し得る法的地位」は当該期間に限定されることになるかと解される⁸⁰。

（４）「保育所保育」の位置づけ変更の意義

前述のとおり、平成24年法第24条は、「保育を必要とする」児童に対し、第1項で、市町村の保育所での保育の実施義務を定めるとともに、第2項で、認定こども園又は家庭的保育事業等より「必要な保育を確保するための措置を講じ」る義務を規定している。このため、後者の市町村の義務をどのよう

⁸⁰ 伊藤は、この制度変更により「『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、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』とした最高裁判決…は、まったく意義を失うといってよい。現在の公立保育所廃止を争う裁判のように、保護者側から『保育の実施期間の満了以前に当該保育所を廃止することは違法』といった主張はできなくなるからである」（伊藤・賃社1625号12頁）と述べている。しかし、支援新制度の下でも、公立保育所廃止が違法な場合は——廃止条例の取消訴訟が訴訟係属中の訴の利益の消滅等により、現実的には当該訴訟の目的達成が不可能であるとしても——例えば、「保育を受けることを期待し得る法的地位」の侵害を理由に損害賠償を求めることが可能であるので、平成21年判決が「まったく意義を失う」わけではないと思われる。

に理解するか、また前者と後者の義務の関係、とりわけ後者の義務を果たすことで前者の義務を果たすことになるか、などが問題になる。

まず第2項の市町村の義務であるが、これは「必要な保育を確保するための措置を講じ」る義務であって、第1項の場合と異なり、市町村が認定こども園での保育又は家庭的保育を実施するという意味ではない⁸¹。すなわち、「保育を必要とする子どもの保育所利用については、…24条1項により、市町村が保育の実施義務をもち、市町村の責任で保育の利用が保障されるが、直接契約による認定こども園などの施設・事業者…の利用については、同じ保育を必要とすると認定された子どもであっても、保育の実施義務を負うのは、契約の当事者である当該施設・事業者」なのである⁸²。

そうすると、第1項と第2項とでは同じ市町村の義務とはいえ、「両者の義務の性質と構造」が異なるので、市町村が第2項の義務を果たしたからといって、直ちに第1項の義務を果たしたことにはならないと解される⁸³。な

⁸¹ この「措置を講じ」る義務について、伊藤は「ここにいう『措置』は、従来の措置入所や…改正児童福祉法〔平成24年法を指す〕24条5項の規定による『措置』とは異なり『手段・方法』という意味で用いられており、改正児童福祉法24条1項にいう直接的な保育の実施（現物給付）義務ではない。したがって、かりに市町村がこれらの措置（義務）を履行しなかったからといって、保護者から不服申し立てや行政訴訟を提起することはできないと解される。その意味では、改正児童福祉法24条2項の市町村の義務は、法的に履行を強制できる法的義務ではなく、努力義務にすぎないといえよう」（伊藤・賃社1609号8頁）と述べている。本項の「措置」の意味についてはそのとおりであるが、「措置を講じ」る義務を「法的に履行を強制できる法的義務ではなく、努力義務にすぎない」と解する点については以下のような理由で賛成できない。すなわち、第1に、法24条2項は「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」（傍点筆者）と規定して、義務規定であることを明示していること、第2に、法24条2項の「措置」は、伊藤も指摘するとおり、（仮にこれを法的義務と解するとしても）行政処分と解することはできないから、「措置」を講じない場合に行政不服申し立てや義務付け訴訟を提起することはできないが、別の法的手段、例えば、市町村に具体的な「措置を講じる義務」が存在することの確認訴訟（行政事件訴訟法4条）などは考えられるところであり、法的に履行を強制できる手段がないとはいえないからである。

⁸² 伊藤・賃社1609号8～9頁。

⁸³ 参照、木下秀雄「『保育所での保育』を受ける権利と改正児童福祉法24条」月刊保育情報437号（2013）5頁。

お、実務上は、「当分の間」保育を必要とする子どもの全ての施設・事業の利用について——したがって、第1項の保育所での保育と第2項の認定こども園等での保育全てについて——市町村が利用の調整を行うとされているが⁸⁴、この利用調整は、利用者、事業者に対する行政指導と解すべきものであって⁸⁵、市町村が利用調整を実施したからといって、第1項の義務を果たしたことはないとは解される⁸⁶。

むすび

本稿において、平成21年判決が認めた「保育を受けることを期待し得る法的地位」に関し、以下の諸点を明らかにした。すなわち、第1に、当該地位は、市町村の保育実施義務と利用者の保育所選択権——保育所保育を求める権利の存在を前提とする——に由来するものであることである。第2に、当該地位は、特定の保育所において、提供された情報に従った「保育サービス」を享受する利益を含むことである。もっとも、このことは保育所による「保育サービス」の変更を認めないことを意味するものではなく、「保育サービ

⁸⁴ 内閣府、厚労省はウェブサイトや文書でしばしばこの調整について告知している。例えば、内閣府子ども子育て支援新制度施行準備室「すくすくジャパン！ 子ども子育て新支援制度について」（平成26年10月）32頁。

⁸⁵ 参照、田村和之「子ども・子育て関連3法の問題点—その2」月刊保育情報448号（2014）14頁。

⁸⁶ この点について、伊藤は次のように指摘している。「政府資料では、改正児童福祉法24条2項の規定は、改正前の…24条1項ただし書きに該当すると説明し、認可保育所が利用できない場合には、2項により認定こども園などが利用できるように『あっせん』することで市町村の責任は果たせるという解釈がみられるが、妥当とはいえない。1項と2項は、あくまで並列的な条文であり、市町村は、1項の義務と2項の義務を同時に果たさなくてはならず、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からである。こうした解釈は、改正児童福祉法24条1項の市町村の保育実施義務を形骸化するものであり、三党修正の際の提案者の説明（立法者意思）にも反している」（伊藤・質社1609号9項）。

ス」の内容決定や変更には保育所の裁量が認められるので、変更が当該地位を侵害することになるのは、裁量の逸脱濫用があった場合に限られる。第3に、当該地位は、保育所の「場所的環境」を享受する利益を含むことである。したがって、保育所の移転は制約を受けることになるが、この点についても保育所に裁量が認められるので、保育所の移転が当該地位を侵害することになるのは、裁量の逸脱濫用があった場合に限られる。

また、本稿において、子ども・子育て支援新制度の下でも、「保育を受けることを期待し得る法的地位」——平成9年法と比べて存続期間の短縮など一定の制限はあるものの——を認めることができることを明らかにした。なお、この中で、平成24年法24条において市町村の保育所保育の実施義務が維持されたことが、保育所選択権や「保育を受けることを期待し得る法的地位」を認める上で決定的な意味をもつこと、申込規定等の削除やその他の規定改正は当該地位の否定にはつながらないことなどを示した。

以上の内容を含む「保育を受けることを期待し得る法的地位」は、利用者の保育における主体性を保障するものとして、重要な意味をもちうると考える。本稿では取り上げなかったが、平成24年に成立し、本年（平成27年）4月1日より施行された支援新制度は、法制度上も、制度運営上も多くの問題をはらんでいることが指摘されている⁸⁷。そのなかで、「保育を受けることを期待し得る法的地位」承認の根拠である市町村の保育実施義務に関する規定が、かろうじて生き延びたのは⁸⁸これからの保育のあり方にも少なからぬ影響を与えるのではないかと思われる。

⁸⁷ 支援新制度の問題点については、伊藤の一連の論考（賃社1597号4頁以下、第1607号4頁以下、同1609号4頁以下、同1624号4頁以下、同1625号35頁以下が詳しい。

⁸⁸ 市町村の保育実施義務復活の経緯については、注76を参照されたい。