

公立保育所の廃止・民営化条例と裁判

蔡
秀
卿

目次

はじめに

- 一 自治体公立保育所の廃止・民営化の現状
- 二 公立保育所の廃止・民営化政策と条例
- 三 公立保育所の廃止・民営化裁判の現状
- 四 主な論点・争点の検討
 - (一) 差止め訴訟及び義務付け訴訟
 - (二) 取消訴訟及び無効確認訴訟
 - (三) 仮の救済
 - (四) 国賠訴訟
 - (五) 住民訴訟
- 五 結びに代えて―自治体民営化政策と条例への法的統制の課題

はじめに

周知の通り、一九八〇年代以降政府が推進している、市場競争原理に依拠する行政改革の諸政策は、社会福祉領域をはじめとする様々な個別の行政領域を大きく変容せしめている。一九九〇年代より始まる保育制度改革は、社会福祉構造改革の流れのなかで「最後の仕上げ」とも言えるものとして、かつ、保育行政の実施主体が市町村であるがゆえに社会福祉構造改革とほぼ同時進行している自治体構造改革の一環として、急激に進んでいる。そのうち、とりわけ市町村の公立保育所の廃止・民営化は、児童権利条約、憲法、児童福祉法等に基づく公的保育制度の崩壊につながりかねないため、大きな論議を引き起こしている。

「民営化」という概念はそもそも多義的であるため、公立保育所の廃止・民営化というものも、自治体の実際の使用手法によって、大別して①公立保育所の廃止・休止・統廃合②「公設公営」保育所から「公設民営」又は③「民設民営」保育所に移行するという三つの形態がある。①について、公立保育所が廃止・休止することである。②について、保育の設置主体が市町村であるが、保育の管理運営が民間事業者に委託するという民間委託、あるいは公の施設の指定者管理制度を通じて保育の管理運営を民間事業者に指定するという方式が挙げられる。③については、PFI方式、すなわち民間事業者が保育所を建設しその保育所を自治体がい上げ、自治体が改めて民間事業者に保育所を貸し付けるという方式を含めて、保育の管理運営を民間事業者に委託するのみならず、保育所土地及び（又は）施設を民間事業者に（無償・有償）貸与又は（無償・有償）譲渡するという民間移管の方式である。また、民間事業者とは、二〇〇一年三月児童福祉法改正後、社会福祉法人、医療法人、学校法人、宗教法人、公益法人、特定非営利活動法人（NPO）

のみならず、営利法人（会社）も含まれるものとされている。本稿では、公立保育所の廃止・民営化というのは、以上の三つの形態のすべてを含むもの、すなわち広義の民営化として理解しそれを検討することとする。

公立保育所の廃止・民営化は、②の方式を採用するのが相対的に少ないこともあるか、それを争う裁判事件まで発展した事例がまだ少ないようである。しかし、③の方式を採用する場合、保育所条例を改正し、それに基づく公立保育所を廃止することになるため、特に入所している児童や保護者らに影響が大きいもので、公立保育所の廃止・民営化政策の推進過程において、必ずしも保護者の理解が得られたとはいえないことから、保護者らにより提起された裁判事件がこれまで多数存在している。本稿は、②又は③の方式を採用した公立保育所の廃止・民営化に関する裁判事件を取り上げ、主な論点・争点を検討するうえ、民営化政策と条例への法的統制の課題を提示する。

一 自治体公立保育所の廃止・民営化の現状

二〇一〇年二月九日厚生労働省の公表した調査によると、二〇〇八年一〇月現在の保育所数は、二二八九八箇所（前年比六〇箇所増）あり、そのうち公設公営保育所は一〇九三五箇所（同三〇五箇所減）で、私営（公設民営、民設民営を含む）保育所は一一九六三箇所（同三六五箇所増）で、公私の比率は、公営四七・八％対私営五二・二％となっており、公立保育所の民営化の傾向が依然として続いているのみならず、二〇〇七年より起きた、私営数が公営数を上回る現象も続いている。² 社会福祉法人全国社会福祉協議会・全国保育協議会が二〇〇七年五月に行った「全国の保育所実態調査報告書」³によると、二〇〇六年一〇月現在保育所を設置主体別でみると、「公設」（「公設公営」と「公設民営」を含む）が五四・一％、「私設」が四五・六％を占めており、「私設」の内訳は、社会福祉法人が四二・四％と最も多

く、財団法人が〇・九%、宗教法人〇・八%、社団法人が〇・二%、NPO法人が〇・一%、その他が一・三%となっている。運営主体別で見ると、「公営」が五二・九%、「私営」(「公設民営」と「民設民営」を含む)が四六・六%となっており、「私営」の内訳は、社会福祉法人が四三・四%と最も多く、財団法人が一・〇%、宗教法人が〇・七%、NPO法人が〇・一%、その他が一・四%となっている。⁽⁴⁾また、同協議会が二〇〇六年一〇月に行った調査によると、二〇〇六年度保育所の設置・運営形態別の割合は、「公設公営」は四七・三%、「公設民営」は一・九%、「民設民営」は五〇・八%であった。二〇〇九年度の予定ではそれぞれ三五・三%、一・九%、六二・七%となり、一〇%を超す規模で民営化が進行するとみられる。自治体を単位で見ると、二〇〇六年度実績と二〇〇九年度予定を比較して、「公設公営」が減少する見通しである自治体が二三・一%あり、一方で増加する見通しの自治体はほとんどない。逆に「民設民営」について増加する見通しの自治体が二一・〇%、「公設民営」について増加する自治体が五・四%ある一方で、「民設民営」が減少する見通しの自治体はほとんどない。また、これを自治体の人口規模別にみると、人口規模の大きな自治体ほど民営化進行の見通しが強いことが分かる。⁽⁵⁾

二 公立保育所の廃止・民営化政策と条例

公立保育所の廃止・民営化政策の推進背景には、保育サービス供給増の必要性、それに当たったの制約(公務員定数の抑制、税収の低下傾向等)が存在すること、自治体の財政難のなかの保育コストの削減等が挙げられる。しかし、民営化批判論も際立っている。その詳細は立入らないが、公立保育所の公的責任、保育の質の低下、保育コストの削減には必ずしもつながらないこと等が主な理由である。⁽⁶⁾

自治体が公立保育所を民営化に移行する政策を決定すると、既存の公立保育所を廃止し民間移管にする場合、公立保育所は地方自治法二四四条一項にいう「公の施設」であり、同法二四四条の二第一項によれば、その設置と管理に關する事項は、条例でこれを定めなければならないことから、現に制定している児童福祉施設条例、保育実施条例又は保育所条例等の一部を改正することになる。条例改正の仕方は、公立保育所の名称及び位置を掲げる条例の別表から、廃止予定のものに記載を削除するというものである。改正条例の施行について、その附則において施行日を定めるのが一般的である。また、条例改正前に、一般に、保護者の説明会等を開催し、改正条例の施行までに、移管先（社会福祉法人等）の選定手続を経て移管先を決定し、引継期間における共同保育を行うという民営化の準備手続を完了しておくのである。

三 公立保育所の廃止・民営化裁判の現状

公立保育所の廃止・民営化をめぐる裁判は、現在（二〇一〇年九月）、筆者の知っている限り、表一に列挙している、高石市、大東市、枚方市、横浜市、神戸市、川崎市、八千代市、仙台市、大阪市及び練馬区における事案（公立保育所名を省略する）がある。これらの事案を民営化の形態別で見ると、表二のように、二つの形態がある。一つは、市立保育所を民間事業者（社会福祉法人）に移管する「民間移管」が争われたものであり、高石市、大東市、枚方市、横浜市、神戸市、八千代市及び仙台市の事案がそれである。もう一つは、公立保育所を指定管理者方式又は民間委託方式をもって民間事業者に移行する「公設民営」が争われたものであり、指定管理者方式を採る川崎市事案と、民間委託方式を採る大阪市事案（社会福祉法人への委託）及び練馬区事案（株式会社への委託）がそれである。各事案の

概要と救済類型別は以下の通りである。

- ① 高石市事案は、市に居住し監護する児童を市立保育所に入所させていた保護者らが、市が条例の改正によって市立保育所を廃止したため、市立保育所において保育を受けてきた保護者らの権利を侵害したとして、主位的請求として、市立保育所の廃止処分の取消を、予備的請求として、改正条例の無効確認並びに無名抗告訴訟としての条例に基づき準備行為及び市立保育所における保育の実施の解除の禁止（予防的不作為訴訟）と市立保育所における保育の実施（義務付け訴訟）を求めたものである。また、保護者らは、市が改正条例を公布してなした市立保育所を廃止する処分の効力と改正条例の効力を本案判決の確定に至るまで停止することを申し立てた（執行停止申立て）。控訴審において、新たに国家賠償を追加請求した。

- ② 大東市事案は、予防的不作為訴訟、取消訴訟、無効確認訴訟、義務付け訴訟及び執行停止について、高石市事案と同様であるが、国家賠償については、一審から請求した点で高石市事案と異なる。

- ③ 枚方市事案は、市に居住し監護する児童を市立保育所に入所させていた保護者らが、市が条例の改正によって市立保育所を廃止したため、保護者らの入所選択権等が侵害されたとして、廃止処分の取消を求めるとともに、市が公法上の契約義務違反及び国家賠償法上の違法行為に該当するとして市に対して損害賠償を請求したものである。市立保育所を廃止する処分の効力と改正条例の効力を本案判決の確定に至るまで停止することを申し立てた（執行停止）。

- ④ 横浜市事案は、市が設置する市立保育所のうち四つの保育所を廃止する内容の条例を制定し、その施行によってこれらの保育所は民間の社会福祉法人が運営することとなったところ、当該廃止された各保育所に入所していた児童及びその保護者らが、市に対して上記条例の制定は原告らの保育所選択権等を侵害するものであって違法で

- あるとして、これによる「廃止処分」の取消を求めるとともに、上記処分等により被った精神的損害についての賠償を求めたものである。また当該廃止処分及び改正条例の効力停止をも求めた（執行停止）。
- ⑤ 神戸市事案は、まず、市立保育所に入所していた児童及び保護者らが、同保育所を廃止して民間の社会福祉法人に運営を移管することを内容とする条例の改正は、彼らの保育所選択権等を侵害するものであって違法であるとして、市に対して同条例の制定をもって同保育所を廃止する処分の差止めと同処分の取消を求めるとともに、同処分及び市の一連の行為により保護者の保育所選択権が侵害されたこと、児童の成長発達に悪影響を及ぼさないように配慮しなかったこと、共同保育実施上の注意義務違反があることなどにより精神的苦痛を被ったとして、損害賠償を求めた。また、同処分の仮の差止めをも申し立てた。
- ⑥ 八千代市事案は、市が本件条例を改正して本件市立保育園を廃止したところ、本件保育園で保育を実施されていた児童及び保護者らが、本件保育園の廃止処分の取消し、本件廃止処分の無効確認、本件改正条例に基づく本件保育園における保育の実施解除処分の取消を求めるとともに、市に対して損害賠償を請求したものである。
- ⑦ 仙台市事案は、市が二か所の市立保育所を廃止する内容の条例を制定したことから、本件保育所に入所している児童の保護者らが、条例の施行日を定める処分の差止めと、本件保育所の廃止処分の取消を求めたものである。
- ⑧ 川崎市事案は、川崎市長が本件市立保育園の指定管理者として社会福祉法人を指定した処分について、処分当時において入所中の児童及び保護者らが、その取消しを求めるとともに、精神的損害を被ったとして国家賠償法に基づく損害賠償を求めたものである。本案判決の確定まで本件指定の効力を停止することも申立てられた。
- ⑨ 大阪市事案は、市立保育所に入所し保育を受けてきた児童の保護者らが、市が当該保育所の運営を社会福祉法人に委託したことなどが国家賠償法上の違法行為又は契約上の債務不履行に該当するとして損害賠償を求めたもの

表一 公立保育所の民営化をめぐる裁判（救済類型別）

	差止訴訟（予防的不作為訴訟を含む）	仮の差止め	執行停止	取消訴訟	無効確認訴訟	義務付け訴訟	国賠訴訟・損害賠償	住民訴訟
高石市	大阪地裁 H16.5.12 判決（却下）。 大阪高裁 H18.1.20 判決（却下、棄却）。 最高裁第2小法廷 H18.10.6 決定		大阪地裁 H14.3.29 決定（却下）	大阪地裁 H16.5.12 判決（棄却）。 大阪高裁 H18.1.20 判決（却下、棄却）。 最高裁第2小法廷 H18.10.6 決定	大阪地裁 H16.5.12 判決（却下）。 大阪高裁 H18.1.20 判決（却下、棄却）。 最高裁第2小法廷 H18.10.6 決定	大阪地裁 H16.5.12 判決（却下）。 大阪高裁 H18.1.20 判決（却下、棄却）。 最高裁第2小法廷 H18.10.6 決定	大阪高裁 H18.1.20 判決（却下） 最高裁第2小法廷 H18.10.6 決定	
大東市	大阪地裁 H17.1.18 判決（却下）。 大阪高裁 H18.4.20 判決（棄却）。 最高裁第1小法廷 H19.11.15 決定（棄却、上告不受理）		大阪地裁 H15.3.26 決定（却下）。 大阪高裁 H15.3.28 決定（棄却）。	大阪地裁 H17.1.18 判決（棄却）。 大阪高裁 H18.4.20 判決（棄却）。 最高裁第1小法廷 H19.11.15 決定（棄却、上告不受理）	大阪地裁 H17.1.18 判決（却下）。 大阪高裁 H18.4.20 判決（棄却）。 最高裁第1小法廷 H19.11.15 決定（棄却、上告不受理）	大阪地裁 H17.1.18 判決（却下）。 大阪高裁 H18.4.20 判決（棄却）。 最高裁第1小法廷 H19.11.15 決定（棄却、上告不受理）	大阪地裁 H17.1.18 判決（棄却）。 大阪高裁 H18.4.20 判決（一部認容） 最高裁第1小法廷 H19.11.15 決定（棄却、上告不受理）	
枚方市			大阪地裁 H16.3.22 決定（却下）。 大阪高裁 H16.3.31 決定（棄却）。	大阪地裁 H17.10.27 判決（棄却）。 大阪高裁 H18.4.27 判決（棄却）。 最高裁第1小法廷 H18.10.12 決定			大阪地裁 H17.10.27 判決（棄却）。 大阪高裁 H18.4.27 判決（棄却）。 最高裁第1小法廷 H18.10.12 決定	
横浜市			横浜地裁 H16.3.22 決定（却下） 東京高裁 H.16.3.30 決定（棄却）	横浜地裁 H18.5.22 判決（棄却、事情判決による違法の宣言） 東京高裁 H.21.1.29 判決（原判決一部変更、一部却下、一部棄却） 最高裁 H21.11.26 判決（棄却）			横浜地裁 H18.5.22 判決（一部認容）	
神戸市	神戸地裁 H20.12.16 判決（却下）	神戸地裁 H19. 2.27 決定（一部認容、一部却下） 大阪高裁 H.19.3.27 決定（原決定取消、却下）		神戸地裁 H20.12.16 判決（棄却）				

公立保育所の廃止・民営化条例と裁判

川崎市			横浜地裁 H19.3.9 決定 (却下) 東京高裁 H19.3.29 決定 (棄却)	横浜地裁 H21.7.15 判決 (一部却下、一 部棄却) 東京高裁 H22.5.27 判決 (原判決変更、 却下)			横浜地裁 H21.7.15 判決 (棄却) 東京高裁 H22.5.27 判決 (棄却)
八千代市		千葉地裁 H19.3.29 決定 (却下)	千葉地裁 H19.3.29 決定 (却下)	千葉地裁 H20.7.25 判決 (一部却下、一 部棄却)	千葉地裁 H20.7.25 判決 (却下)		千葉地裁 H20.7.25 判決 (棄却)
仙台市	仙台地裁 H21.9.28 判決 (却下)			仙台地裁 H21.9.28 判決 (却下)			
大阪市							大阪地裁 H22.4.15 判決 (棄却)
練馬区							東京地裁 H20.12.19 判 決 (棄却)

表二 公立保育所の民営化をめぐる裁判（民営化の形態別）

民間移管（民設民営）		高石市、大東市、枚方市、横浜市、神戸市、八千代市、仙台市	
公設 民営	指定管理者方式	川崎市	
	民間 委託	社会福祉法人への委託 株式会社への委託	大阪市 練馬区

である。

⑩ 練馬区事案は、区の住民が、区長が株式会社との間で区立保育園の運営業務を委託する旨の契約をしたことが違法な公金の支出に当たるとして、区に対し地方自治法二四二条の二第一項四号に基づき損害賠償を請求すること及び不当利返還を請求することを求めた住民訴訟である。

四 主な論点・争点の検討

以下、各事案の主な論点・争点を救済類型に即して検討する。

(一) 差止め訴訟及び義務付け訴訟

差止め訴訟が提起されたのは、高石市、大東市、神戸市及び仙台市事案であり、義務付け訴訟が提起されたのは、高石市及び大東市事案のみである。

1 差止め訴訟の処分性

差止め訴訟の処分性が争点となったのは、仙台市事案のみである。同事案は、差止め訴訟の処分性の概念を取消訴訟のそれと同視し、「行政庁の行為が個人の具体的な権利ないし法的利益を侵害している」ものとしたうえ、「本件条例の施行日を定める行為は、その定められた日に本件条例が施行されることにより、係争保育所が廃止されるという本件条例の改正内容が実施されるということにとどまるのであって、本件保育所の廃止の効果それ自体は、あくまでも本件条例に基づくものであるから、市が本件条例の施行日を定める行為は、それ自体で個人の具体的な権利ないし法的利益に影響を及ぼすという完結した効力を有するものではなく、独立に抗告訴訟の対象となるものではない」と

して、差止めの請求を却下した。差止め訴訟の処分性の概念を限定的に解釈した見解である。

差止め訴訟の処分性の範囲のあり方について、取消訴訟のそれと同様に、根本的には、訴訟類型の問題に帰結する。本件は、条例の施行日を定める行為の差止めを求めたのであるが、条例の制定・公布行為と併せて、条例・規則の制定・公布行為の争訟方法が問題となる。この点について、学説において、処分性拡大論による抗告訴訟（法定外抗告訴訟を含む）説と、処分性維持論による当事者訴訟説との膠着状態が続いている。抗告訴訟説によれば、条例・規則の違法性や是正に着目し、条例・規則自体の処分性を認め取消訴訟又は差止め訴訟によるか、あるいは法定外抗告訴訟として提起できる。違法性のみに着目すれば、条例・規則の違法確認訴訟がありうる。ただ条例・規則の違法確認訴訟を抗告訴訟として提起するのか、それとも当事者訴訟として提起するのかという問題がなお残る。また、条例・規則の効力に着目し、条例・規則の無効確認訴訟の可能性もある。ただ違法確認訴訟と同様に、当事者訴訟として提起するのか、それとも抗告訴訟として提起するのかについても、相変わらず明らかではない。

2 狭義の訴えの利益

差止め訴訟が提起された後、訴訟係属中に、その対象である処分又は裁決がなされた場合には、訴えの利益が失われると解されている。訴えの変更でその処分又は裁決の取消を求める訴訟に変更することができることも解されている。高石市及び大東市事案では、保護者らが予備的請求として条例に基づく準備行為及び市立保育所における保育の実施の解除の禁止、すなわち保育の実施解除の差止めを求めた。

判決は、取消訴訟を提起できるものと解する以上、予防的不作為訴訟を提起することは許されず、不適法とした。これは、一見差止め訴訟の「補充性」要件の不充足によったのであるように見えるが、実際、訴訟係属中に改正条例が施行したため、差止め訴訟が認められなくなったのである。神戸市事案でも、保護者らは市が改正条例をもってす

る係争市立保育所を廃止する処分の差止めを求めたが、訴訟係属中に、改正条例が制定され公布され施行日を定める規則も制定・公布されたため、一審判決は、訴えの利益が失われたとして却下した。本件の場合、差止め訴訟の提訴日（平成一九年三月九日）から改正条例の公布日（同年月二八日）までの期間はわずか一九日だけで短かったという事実がある。差止め訴訟は、こうした条例制定行為の差止めには限界があることが明らかである。⁽¹⁰⁾

3 義務付け訴訟の「補充性」要件

義務付け訴訟の「補充性」要件（取消訴訟との関係）が争点となったのは、高石市及び大東市事案のみである。両事案では、保護者らが予備的請求として市立保育所における保育の実施を求めたが、判決は、取消訴訟を提起できるものと解する以上、義務付け訴訟を提起することは許されず、不適法とした。これは、損害を避けるため他に適当な方法（取消訴訟）があり、義務付け訴訟で課せられている「補充性」要件を充たさないからである。妥当な結論だと考える。

(二) 取消訴訟及び無効確認訴訟

公立保育所の民営化（指定管理者方式を含む）裁判事案の殆どでは、取消訴訟が提起された。無効確認訴訟も提起されたのは、高石市、大東市及び八千代市事案のみである。ここで取消訴訟に限定し検討する。各事案の取消訴訟の共通する争点は以下のものがある。

1 保護者及び児童の保育を受ける権利の法的性質と射程範囲

各事案の取消訴訟において、いずれも、保護者（及び児童）らが、市が条例の改正によって公立保育所を廃止したこと、あるいは公立保育所の運営管理を社会福祉法人に指定することによって、公立保育所において保育を受けてきた彼らの入所選択権等が侵害されたとして、廃止処分又は指定処分の取消を求めたのである。基本的な争点は、児童

福祉法二四条に基づく保護者らの保育を受ける権利の性質及び射程範囲である。同条の意義について、判決や学説を含めて、大別して以下の三つの見解がある。「保育の実施を受ける権利」又は「保育所選択権」（保育所を選択しうる権利（又は法的利益）にとどまるものとしてとらえるとする見解（狭義説）、入所時だけではなく「選択した保育所（又は特定の保育所）」において保育の実施を受ける権利（又は法的利益）」までとらえるとする見解（広義説）、「選択した保育所（又は特定の保育所）」において就学まで（又は入所後の一定期間にわたって）市町村の一方的な決定により他の保育所に転園させられず、継続的な保育を受ける権利」までとらえるとする見解（最広義説）である。各事案の見解は、以下の表三である。これらの判決をみると、最広義説が多数説であるが、狭義説もある。ただ、最広義説を採用する判決でも、最広義説を採用しつつも、その権利に一定の制約があり、その権利が廃止条例により侵害されたとして違法であるまでとはいえないとされた点で共通する。

2 公立保育所の利用関係の法的性質

公立保育所は、厳密に言えば公設公営と公設民営があるため、その利用関係の法的性質について、両者に分けて検討する必要がある。

(一) 公設公営保育所をめぐる法律関係

公設公営保育所をめぐる法律関係は、設置者である市町村と利用者との二面関係である。その利用関係の法的性質は、各事案において、「公法上の契約説」と「行政処分説」とがあり、判断が分かれているところである。「公法上の契約説」の主たる理由は、児童福祉法二四条の平成

表三 保護者及び児童の保育を受ける権利の法的性質

	高石市	大東市	枚方市	横浜市	神戸市	川崎市	八千代市	仙台市
一審	最広義説	最広義説	最広義説	広義説	最広義説	最広義説	狭義説	狭義説
控訴審	最広義説	最広義説	—	広義説	?	—	?	?
上告審	—	—	—	最広義説	?	?	?	?

九年改正の趣旨に依拠したものであり、すなわち平成九年改正前の市町村の措置による入所の仕組みから、保育所に関する情報の提供に基づき保護者が保育所を選択し市町村と保護者との間で保護者が選択した保育所における保育を実施することを内容とする利用契約（公法上の契約）を締結する仕組みに変更された、ということである。行政実務に共通の理解でもある。これに対して、「行政処分説」の主たる理由は、保護者からの入所申込みに応じない場合の決定や保育の実施を解除する措置は、いずれも行政処分として運用されているからである。

学説においても、「行政契約説」¹²と「行政処分説」¹³とが対立している。また、行政処分説に立ちつつも、契約的要素も認められるとする見解もあるが、¹⁴実質的に「相手方の同意を要する行政処分」であるため、「行政処分説」に近いものと思われる。

筆者としては、公設公営保育所の利用関係が入所前と入所後という二段階の法関係からなるもので、入所前の法関係の中心となる入所決定を行政処分、入所後の法関係を行政契約と捉えることが可能であることをここで提示したいと考える。入所前の法関係について、入所決定又は入所拒否はいずれも行政処分としてとらえ、入所を拒否された保護者又は入所決定により保育を受ける権利が侵害された他の保護者（保護者の間は、競願関係にある）の争い方はいずれも取消訴訟による。取消訴訟は、第三者効が発生するため、これらの競願関係の紛争を画一的に処理することができるため、最適な救済方法といえるからである。入所後の法関係については、市町村と保護者との間で保護者が選択した保育所における保育を就学までの期間で実施することを内容とする「行政契約」ととらえる。保育実施期間中に、公立保育所が民間に移管された場合、民間移管を受け入れた保護者が、移管先である社会福祉法人との間の法関係は私法契約になるが、民間移管を拒否し訴訟を起こした保護者と市町村との「行政契約」という法関係には変更がない。市町村が公立保育所を廃止し民間に移管することはその行政契約に基づく市町村自らの保育サービスの提供という義務を市

町村が履行しないため、当事者訴訟としての違法確認訴訟又は給付訴訟を提起することができると考える。

入所後の法関係を行政処分と捉えるならば、取消訴訟によることになり、民間移管を受け入れる保護者と、それを拒否し訴訟を起こした保護者との間に利害対立が生じるおそれがあり、取消訴訟の第三者効を認めたとしても、民間移管を受け入れた保護者・児童は、後続の法関係を形成している場合、取消訴訟判決がその後続の法関係をどう処理するかという「後始末上の問題」も残るため、取消訴訟が最適な救済方法であるとは思えない。逆に「行政契約」と捉えるならば、保護者の間は、そもそも、それぞれ保育実施期間等の契約条項を内容とする契約を締結することから、法的地位や法関係が異なるため、民間移管を受け入れる保護者と、それを拒否し訴訟を起こした保護者との間に利害対立が生じる、という懸念がない。とすると、横浜市事案一審判決でみられるように、法治主義違反と夙に指摘されてきたが、その後続の法関係を維持するための、必要悪といわれる事情判決を下す必要もないであろう。

(2) 公設民営保育所をめぐる法律関係

公設民営保育所は、保育の設置主体が市町村であるが、保育の管理運営は指定管理者方式又は委託方式によって社会福祉法人を中心とする事業者がこれを行うものである。それをめぐる法律関係は、①市町村と指定管理者又は受託者との関係、②指定管理者又は受託者と利用者との関係、③市町村と利用者との関係という三面関係である。①の関係について、指定管理者方式による公設民営保育所の場合、指定前と指定後という二段階の法関係からなるもので、指定前の法関係の中心となる指定の法的性質を行政処分ととらえ、指定されなかった事業者が指定処分の取消を求めることができ、指定後市町村と管理者との法関係は保育の運営管理を内容とする委託契約（行政契約）と考える。この委託契約は、入所している児童及び保護者という第三者に保育所選択権等が侵害されるため、その第三者の同意をもって効力が発生すると解しなければならぬ。また、民間委託の場合、市町村と受託者との法関係も行政契約と考

える。この委託契約も、入所している児童及び保護者という第三者の同意をもって効力が発生すると解しなければならぬ。②の關係、すなわち管理者又は受託者と利用者との關係は、私法契約であることに異論がない。③の關係、すなわち市町村と利用者との關係については、一見權利義務關係が発生しないようにみえるが、両者に權利義務關係がないと解されると、児童福祉法による利用者の入所選択權の付与とは矛盾することになる。だからといって、両者は自由意思に基づいて形成される契約關係といえるものでもない。また、単に行政処分と解するのも無理がある。したがって、公設公営と同様に、入所前と入所後という二段階の法關係にとらえ、入所前の法關係について、行政処分にとらえ、入所後の法關係については、保育内容の最低基準、保育料等は、法令規定によることから、法令により形成された、公法上の法定債權關係にとらえたいと思われる。保育の実施請求權が入所關係上重要な權利であることから、入所關係が私法上の債權關係と類似性があるという点で示唆を得たのである。児童の保育所での事故による國家賠償責任が問われた場合、こうした公法上の法定債權關係を前提にして市町村の債務不履行があるかを判断することになるため、市町村と利用者とは無關係ではない。

(3) 入所後、公設公営から公設民営に移行した場合、移行を受け入れた利用者と市町村との法關係は、(2)で述べた公法上の法定債權關係である。それに対して、移行を受け入れず訴訟を起した利用者と市町村との法關係は、(1)の公設公営の場合と異なることなく、行政契約であろう。

3 改正条例の処分性

改正条例の処分性について、横浜市事案一審判決及び仙台市事案一審判決を除き、これを肯定している。肯定説の主たる理由は、条例制定・公布は、その施行により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らという限られた特定の者に対して、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

位を奪う結果を生じさせるものである、ということである。ただ改正条例の処分性の肯定と公立保育所の利用関係の法的性質との関係について、必ずしも結び付いたわけではなく、「公法上の契約説」を採りつつも、改正条例の処分性を肯定した判決もある（高石市事案一審、大東市事案一審及び控訴審、枚方市事案一審、八千代市事案一審）。主な理由は、裁量権逸脱濫用論を利用契約まで持ち出し、改正条例が当該保育所で保育を受ける権利を侵害する行政処分に当たるものというものである。

しかしながら、論理的には、公立保育所の利用関係を市町村と保護者との間で保護者が選択した保育所における保育を就学までの期間で実施することを内容とする「公法上の契約」と捉えるならば、市町村が自らその保育実施期間中に保育サービスを提供し、当該サービスの提供を受ける保護者が市町村の定める保育料を支払うという義務がそれぞれ発生する。その保育実施期間中に市町村が公立保育所を廃止し民間移管へ移行することは、市町村自らの保育サービスの提供という義務を履行しないことになり、改正条例の処分性を認めるはずがない。「公法上の契約説」を採りつつも改正条例の処分性を肯定した、という論理の矛盾を露呈した諸判決は、公権力の行使に限定したはずの裁量権逸脱濫用論を公法上の契約まで適用したわけであり、その真の目的は、処分性の肯定より救済方法としての抗告訴訟（特に取消訴訟）の道を認める必要があるという判断が先行されたのであろう。そうであれば、これらの判決と対照する仙台市事案一審判決のように、救済方法としての取消訴訟の適否について検討し、結論的に民事訴訟や当事者訴訟等の訴訟形式で争う余地は否定されないのであって、取消訴訟を認めるべき場合

表四 公立保育所の利用関係の法的性質

	高石市	大東市	枚方市	横浜市	神戸市	川崎市	八千代市	仙台市
一審	公法上の契約説	公法上の契約説	公法上の契約説	行政処分説	行政処分説	行政処分説	公法上の契約説	—
控訴審	行政処分説	公法上の契約説	行政処分説	—	?	—	?	?
上告審	—	—	—	—	?	?	?	?

には当たらないとして、改正条例の処分性を否定する、という論理構成をとれば明快であろう。

4 公立保育所の廃止と保育の実施の解除との関係

公立保育所の廃止が児童福祉法三三条の四にいう「保育の実施の解除」に当たるかについて、すべての判決はそれを否定している。同条にいう「保育の実施の解除」を市町村が保育所における保育を行うことを解除する場合に限定すると解し、特定の保育所において保育を受けていた児童が他の保育所に転園する場合や、あるいは当該保育所が民営化されたことに伴い、民営化後の保育所において保育を受けることとなった場合には、同条にいう保育の実施の解除には当たらないものとしたのである。同条を前述のように限定解釈したのは、保育の実施の解除が行政処分として運用されていることと直結する¹⁵⁾。確かに、同条における保育実施の解除の理由説明と意見徴収の義務、同条に基づく「福祉の措置及び保育の実施等の解除に係る説明等に関する省令」の諸手続規定や、三三条の五における保育実施の解除の手続の行政手続法第三章の適用除外から、保育の実施の解除が不利益処分であるようにみえる。しかしながら、当該二条及び当該省令は、現行行政手続法で公法上の契約の締結手続が欠如するため、不利益処分の手続の適用関係を選択せざるを得ぬ立法政策にすぎず、本質的に保育の実施の解除を行政処分と捉える論拠とはならない。

それに対して、前述の管見のように、入所後の法関係を行政契約と捉えるならば、行政契約の特殊性から、契約締結後、市町村が事情変更や公益の保護等をもって一方的に契約を修正又は解除するという一方的変更権を認めることができる。そうであれば、保育実施期間中に、財

表五 改正条例の処分性

	高石市	大東市	枚方市	横浜市	神戸市	川崎市	八千代市	仙台市
一審	○	○	○	○	○	—	○	
控訴審	○	○	○		?	—	?	?
上告審	—	—	—	○	?	?	?	?

政支出の抑制による民間移管を採ったことは、こうした事情変更をもって契約の修正又は解除を認めることができるのであって、同条の「保育の実施の解除」というのは、契約の解除と読むことも可能であろう。市町村が前述の公益等の理由で契約を解除する場合、契約の相手方である保護者の損失に相当の補償を行わなければならないであろう。

5 改正条例・廃止処分又は指定処分の適法性

改正条例・廃止処分又は指定処分の適法性をめぐっては、裁量権逸脱濫用の有無と手続違反の有無という二点が争点となる。前者についてはすべての判決が適法と判断したが、後者については、横浜事案一審判決のみが手続違反を認めた。適法性の判断の枠組みは、いずれも、改正条例・指定処分の処分性を肯定したことを前提にしたものである。

しかしながら、前述の管見のように、入所関係を行政契約ととらえるならば、保育実施期間中に市町村が公立保育所を廃止し民間移管へ移行することは、市町村自らの保育サービスの提供という義務を十分に履行しないことになり、損害賠償の有無だけを判断すればよいのであり、改正条例や廃止行為自体の適法性を判断する必要性はない。

(三) 仮の救済

1 執行停止

廃止処分（又は指定処分）の効力と改正条例の効力の停止を申し立てた（執行停止）六事案のうち、高石市、大東市、枚方市及び横浜市事案は、改正前行訴法二五条の厳しい「回復困難な損害」要件が適用されたもので、いずれも、公立保育所が廃止されれば児童らに回復困難な

表六 公立保育所の廃止と保育の実施の解除との関係

	高石市	大東市	枚方市	横浜市	神戸市	川崎市	八千代市	仙台市
一番	当たらない	当たらない	当たらない	—	—	—	当たらない	—
控訴審	当たらない	当たらない	当たらない	—	?	—	?	?
上告審	—	—	—	—	?	?	?	?

損害が生ずるとはいえないとして却下された。川崎市事案及び八千代市事案は、現行行訴法二五条の緩和された「重大な損害」要件が適用されたものの、いずれも、保育内容の変更や保育環境の変化により児童らに重大な損害が生じるとは認められないとして却下された。公立保育所の利用関係を行政処分と捉える以上、裁判実務の通説的な理解では執行停止が簡単に認められないであろう。仮処分も排除される(行訴法四四条)。逆に前述の管見のようにそれを行政契約と捉えるならば、民事保全法二三条一項を適用し、比較的認められやすい仮処分命令を申し立てることができると考ええる。

2 仮の差止め

仮の差止めが申立てられたのは、神戸市と八千代市事案のみである。行訴法三七条の五第二項で仮の差止めの認容要件には、「償うことのできない損害を避けるための緊急の必要性」、「本案について理由があるとみえる」、「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがある」、「申立人が申し立ての利益を有する」がある。

神戸市事案の一審判決は、これらの要件のすべてを充たすとして、仮の差止めを認容したものであり、二〇〇四年行訴法改正で新設された仮の差止めの認容第一号判決である。主な理由は「わずか五日間程度の共同保育及びその他の書面等による引継ぎにより、個々の児童の個性等を把握し、その生命、身体の安全等に危険が及ぶことのない体制を確立できるとは考えられない等からすると、係争移管により、児童らの生命、身体等に重大な危険が生ずるばかりか、児童及び保護者らの保育所選択に関する法的利益を侵害するものであり、社会通念に照らして

表七 改正条例・廃止処分又は指定処分の適法性

	高石市	大東市	枚方市	横浜市	神戸市	川崎市	八千代市	仙台市
一審	適法	適法	適法	違法	適法	適法	適法	—
控訴審	適法	適法	適法	—	?	—	?	?
上告審	—	—	—	—	?	?	?	?

金銭賠償のみよることが著しく不当であるから、「償うことのできない損害」がある」と認められ、また前記民間移管の態様からすると、市は裁量権を逸脱又は濫用して前記保育所選択権を侵害するものといえるから、「本案について理由がある」とみえる」、本件条例の制定を仮に差止めることによって公共の福祉に重大な影響を及ぼすとまではいえないと判断した。ただ「申立人の申し立ての利益」について、廃止予定日の平成一九年四月一日までに保育期間が終了する児童及びその保護者について、その日以降、保育の実施を受ける法的利益があるとは認められず、申立ての利益がないため、不適法とされた。しかし、抗告審では、改正条例案はすでに撤回され、新たに保育所の廃止時期について、前記条例案と異なる内容を定める条例案（第二次改正条例案）が議会上程され、条例として制定されたことからすると、撤回された原条例案が条例として制定されたことがないことは確定的であり、係争の申し立ての本案である訴訟は、差し止めの対象自体が存在しないことを理由として、訴えが排斥される可能性が高いから、係争の仮の差止めの申し立てについて、「本案について理由がある」とみえる」とはいえず、「償うことのできない損害」を被ること及び同損害を避けるため「緊急の必要」があるとの要件も存在するとはいえないとして、原決定を取消し、係争の申し立てを却下した。その前に保育所の廃止日を三か月延ばしたため、保護者らがまた第二次仮の差止めを申し立てた。一審決定は、償うことのできない損害を避けるための緊急の必要性がないとしてこれを却下した。仮の差止めは、差止め訴訟とともに、こうした条例制定行為の処分性を認めた以上仮の差止めには限界があることが明らかであり、また仮処分も排除される（行訴法四四四条）。

（四） 国賠訴訟

国家賠償が請求された七事案のうち、（一部）認容されたのは、大東市事案控訴審判決及び横浜市事案一審判決のみである。大東市事案控訴審判決では、市立保育所を廃止し民営化することにより保育士が交代し新保育園への登園を

嫌がる児童がいたことなどを考慮すると、引継期間を少なくとも一年設けるべきであったなどとして、市において公立保育所の廃止に伴う信義則上の義務（公法上の契約に伴う付随義務）違反があるとの理由で、市に対する債務不履行に基づく損害賠償請求が認められた。横浜市事案一審判決でも市において児童への悪影響を最小限にとどめるといふ観点に立つて民営化の実施時期を定めるべき注意義務違反があるとの理由で損害賠償請求が認められた。

国家賠償の違法性と取消訴訟の違法性の関係についてみると、国家賠償請求が棄却された諸判決は、いずれも、国賠違法と取消違法とは一致する。すなわち取消違法がないと同時に国賠違法もない、という「一元説」を採ったものである。横浜市事案一審判決も、民営化の実施時期を定めるべき注意義務違反に着目したとはいえ、取消違法と国賠違法と一致するという「一元説」を採ったものである。これらに対して、大東市事案控訴審判決は、国家賠償請求が認容されたが、加害行為の違法性の判断を避けて信義則上の義務違反に着目したものであり、実質的に「二元説」を採ったものである。

国家賠償請求が認められないのは、入所関係を行政処分ととらえることと、取消違法と国賠違法とが一致するという「一元説」が強く働いたものと考えられる。したがって入所関係を行政契約ととらえるならば、入所中に公立保育所が民間移管されれば、その契約に基づく市町村自らの保育のサービスの提供という義務を市町村が履行しないため損害賠償請求が認められるはずである。

(五) 住民訴訟

住民訴訟が提起されたのは練馬区事案のみである。区長と株式会社との保育園運営委託契約の違法性が争点となった。判決は、民間委託施策、受託事業者の選定手続、選定組織、受託事業者決定、委託時期の合理性・適法性を検討したうえ、区長の裁量権逸脱濫用を否定したとして委託先に対する損害賠償と不当利得を請求することの訴えを棄却

した。住民訴訟の違法性の有無を判断するための法規範について、財務会計を規律する行政法規に限られるとする「限定説」と、財務会計を規律する行政法規に限られず、他人の権利を侵害する不法行為、信義則違反等の違反も含まれるとする「非限定説」がある。本件は、委託契約の違法性の有無につき、地方自治法二四四条の二第一項、一四九条七号、二八三条一項に限定し、民間委託施策、受託事業者の選定手続、選定組織、受託事業者決定、委託時期の適法性を判断し、信義則違反の有無については判断しないことから、「限定説」を採ったようである。しかし、信義則違反の有無を判断しない理由について明らかでない。

五 結びに代えて—自治体民営化政策と条例への法的統制の課題

以上述べた公立保育所の廃止・民営化裁判をみると、真の争点は、民営化政策とそれに基づく改正条例の適法性であるが、横浜市事案一審判決における民営化時期等の手続違反による改正条例の違法判断を除き、民営化政策又はそれに基づく条例の違法性を認めた判決はない。その適法性の共通する論拠として、公の施設である保育所の設置及び管理の方法に関し、市町村・区が行う方法（公設公営）を採るか、設置主体が市町村・区としたままでその運営業務のみを民間事業者に委託する民間委託、又はその運営管理を民間事業者に指定する指定者管理方法（公設民営）を採るか、民間事業者に移管する民間移管（民設民営）を採るかという政策の選択並びにいずれの方法を採った場合、民間委託・指定・民間移管の時期、方法、受託事業者・指定管理者・移管先の選定手続、選定組織は自治体の長の合理的裁量に委ねられる事項であることを前提にして、保護者の保育所選択権等を認めても、その権利に一定の制約があり、自治体の長の裁量権を制限するものでない、ということである。政策的裁量権を制限する原理原則が求め

られることになる。

筆者としては、民営化政策を制限する原理原則として、行政上の一般原理原則としての信義則又は信頼保護原則が有意義であるところで提示したいと考える。信義則又は信頼保護原則は、行政処分取消又は撤回への適用から始まったのであるが、それにとどまらず、政策やそれに基づく条例の改廃にも妥当すると考えるからである。住民が政策や条例の効力を信頼しそれに基づいて法律行為・事実行為をなしてきたことから、政策の変更や条例の改廃によって信頼し続けてきた法律関係・事実関係が崩されることによつて、法律上の利益が侵害され、将来に期待予見可能な利益が失われた場合、信義則又は信頼保護原則違反になるといえよう。そうであれば、公立保育所の廃止・民営化政策と条例にも妥当するであろう。保護者が条例に基づく公立保育所での保育サービスを信頼して公立保育所を選択し児童をそれに入所させると同時に、児童が就学までその選択した公立保育所での公的保育を受け続けるという信頼利益が存在する。その信頼利益が、すでに児童を入所させた保護者のみならず、将来公立保育所での保育を受けることを期待する他の住民にも享有するものである。このような信頼利益は、自治体と住民との信頼関係に基づくもので、法治主義と遜色のないほど、保護すべき重要なものであるため、信頼保護原則は自治体の政策や条例の改廃の裁量権を制約できるものといえよう。そうであれば、民営化政策とそれに基づく条例の改正は、公設公営から公設民営又は民設民営に移行することによつて、自治体と保護者ないし住民との間の信頼関係が損ねられたと同時に、保護者が前述の信頼利益が侵害され、住民が前述の期待予見可能な信頼利益が侵害されたことから、信義則又は信頼保護原則違反になるといえよう。民営化政策又は（及び）条例の改正を前提とする受託事業者の決定又は管理者の指定も同様であり、受託事業者、指定管理者又は民間移管先と市町村との行政契約も、その信頼利益が市町村の財政支出の削減の利益を上回るため市町村の一方的変更権が認められず、信義則又は信頼保護原則違反のため無効とならう。また、その

行政契約において、契約によって保育所選択権等が侵害される入所中の児童・保護者という第三者の同意が得られないため、効力が発生しないと解しなければならぬ。

- (1) 「民間移譲」という表現を使用するものもある。三野靖「公立保育所民間移譲判決の比較検討」自治総研通巻三四七号（二〇〇七年九月）、一八頁。
- (2) 厚生労働省大臣官房統計情報部社会統計課「平成二〇年社会福祉施設等調査結果の概況 4 『保育所の状況』」。
- (3) 社会福祉法人全国社会福祉協議会・全国保育協議会『全国保育所実態調査報告書』（二〇〇八年五月）は、二〇六二一施設を対象にアンケート調査を実施し一一六〇五件を回収したもの（回収率五六・三％）である。
- (4) 社会福祉法人全国社会福祉協議会・全国保育協議会、前掲注3、九―一〇頁。
- (5) 社会福祉法人全国社会福祉協議会・全国保育協議会『公立保育所アクションプランの具体化に向けて』平成一八年度公立保育所に関する調査報告書』は、全国一八四〇自治体を対象にアンケート調査を実施し三五一件を回収したもの（回収率一九・二％）である。
- (6) 社会福祉法人全国社会福祉協議会・全国保育協議会、前掲注5、四、六頁。
- (7) 例えば、二宮厚美『自治体の公共性と民間委託―保育・給食労働の公共性と公務労働』（自治体研究社、二〇〇〇年）12頁以下、同『構造改革と保育のゆくえ 民営化・営利化・市場化に抗して』（青木書店、二〇〇三年）第4章以下、保育行財政研究会『市場化と保育所の未来―保育制度改革どこが問題か』（自治体研究社、二〇〇二年）、垣内国光『民営化で保育が良くなるのか』（ひとなる書房、二〇〇六年）六一頁以下、木村雅英『どうする公立保育所民営化―保育の市場化の現状、保育の公共性を求める運動の方向―』第六回とちぎ地域自治研究所定期総会学習会（二〇〇七年九月三〇日）。
- (8) 厳密にいえば、高石市及び大東市事案は、提訴した当初、差止め訴訟及び義務付け訴訟がまだ法定化されていなかったため、無名抗告訴訟として提起したものである。
- (9) 厳密にいえば、第一次請求として市が改正条例（予定）の制定をもってする係争保育所を平成一九年三月三十一日限り廃

止する旨の処分の差止めと、第二次請求として市が改正条例の制定をもってする係争保育所を廃止する旨の処分の差止めとがある。

(10) 同旨、古畑淳「保育所廃止条例の制定・公布行為の差止めと取消し―神戸市立枝吉保育所廃止・民営化事件（神戸地裁平成二〇年二月一六日判決）の検討」賃金と社会保障一五一六号（二〇一〇年六月下旬号）三二頁。

(11) 例えば田村和之『保育所の廃止』（信山社、二〇〇七年）一二頁、岡村世里奈「社会保障判例―高石市東羽衣保育所事件第一審判決」季刊社会保障研究四二巻一号九四、九五頁。

(12) 例えば、大橋洋一『行政法Ⅰ、現代行政過程論』（有斐閣、二〇〇九年）三六四、三六五頁。

(13) 例えば、巨理格「公立保育所廃止・民営化訴訟における相對効的紛争解決の可能性―取消判決の第三者効及び国家賠償法上の違法性を中心に―」政策科学一二三巻三三三号（二〇〇六年）二〇六頁、堀勝洋『福祉改革の戦略的課題』（中央法規出版、一九八七年）第四章第一節。

(14) 例えば、田村和之『保育所の廃止』（信山社、二〇〇七年）四六頁。

(15) 巨理格、前掲注一三、二〇九頁。

(16) しかし、裁判実務の通説では、事業者募集手続が後の指定行為の準備行為として位置づけられ、手続の適法性を争うことができず、取消の対象とはならないとされている。

(17) これは、以下の管見を前提とするものである。行政契約は、私法契約との区別は、訴訟法において実益がないものの、行政契約の特殊性から、行政契約の締結手続の法的統制や公益による一方的変更権の是認等を含めて、立法論的に私法契約から行政契約独自の原理原則を構成する必要がある。

(18) 「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」と題する厚生労働省雇用均等・児童家庭局保育課長通知（平成一七年六月三日雇児保発第〇六〇三〇〇三三号）において、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」とされている。

【付記】 本稿は、二〇一〇年十一月四日開催された二〇一〇年度日本地方自治学会総会・研究大会第一分科会「自治体政策と条例」での報告原稿を若干加筆・修正したものである。