

## 横浜市が設置する市立保育所4園を廃止し民営化したことが 違法であるとされた事例

一(横浜市立保育園廃止処分取消請求事件、横浜地裁平成16年(行ウ)第4号、  
平成18年5月22日判決、賃社1420号37頁以下) 一

庄村 勇人

(愛知学泉大学コミュニティ政策学部)

### 【事実の概要】

被告(横浜市)は、横浜市内127ヶ所に保育所を設置し、これを管理運営していた(平成15年1月1日現在)。このうちの4つの保育所(丸山台保育園、鶴ヶ峰保育園、岸根保育園、柿の木台保育園、以下「本件4園」という)に入所している児童とその保護者、および当該保育所にかつて入所していた児童とその保護者(以下「本件保護者ら」という)が、本事件の原告である。

さて、被告の諮問を受けた横浜市児童福祉審議会においては、今後の「保育所のあり方と行政の役割はどうあるべきか」という点等について、平成14年度以降、議論を行ってきた。その結果、昨今の保育施策の状況について「多数の待機児童が発生」し、また「保育ニーズがますます多様化している」といった状況にあり、この状況に対応するためには民間の事業者の方が市直営の保育所よりも「柔軟かつ効率的な運営が期待できる」という認識を示し、一定の留意点を付した上で、民営化を実施すべきことを「意見具申」(以下、「本件意見具申」という)として提出した(平成15年2月28日)<sup>1)</sup>。

本件意見具申を受けて、被告は、平成15年4月23日「今後の重点保育施策(方針)」(以下「本件方針」という)を策定し、重点施策の一つとして「市立保育所の民営化」を掲げた。その内容としては、平成16年度から、市立保育

所の多い順に各区1園ずつ移管し、年4園程度を民営化するというものであった。また、その民営化される保育所は、各区ごとに施設の管理状況、敷地面積、利便性、児童の入所状況を調査し、これを点数化して評価の高い保育所を候補とし、近隣の民間保育所の設置状況を勘案して選定するとの説明がなされており、平成16年度については、本件4園がその対象としてあげられていた。

このような状況の中で、被告は、福祉局長名義で、本件4園に入所している児童の保護者らに対し、当該保育所を平成16年4月1日から民営化するとの方針を通知する平成15年4月23日付け文書を送付、その後、被告は、丸山台保育園及び鶴ヶ峰保育園については平成15年4月25日に、岸根保育園については同月26日に、柿の木台保育園については同年5月10日に、それぞれ保護者らに対する一回目の説明会を開催し、その後も各保育所ごとに数回の説明会を開催した。

また、同年7月1日には、被告は、「横浜市立保育所の民間移管にかかる法人選考会」を設置し、移管の際の条件について協議・決定するとともに、同年9月より本件4園の移管を受ける社会福祉法人の募集を開始した。その結果、同年11月11日、選考委員会による選考を経て、本件4園はそれぞれ別の社会福祉法人に移管することを決定・公表した。

そして同年12月5日、横浜市長は横浜市議会に、横浜市保育所条例の一部を改正する条例案を提出し、同月18日、「横浜市保育所条例の一部を改正する条例」が可決成立した。本件改正条例は、被告が設置する保育所を掲げる本件条例の別表から本件4園の記載を削除するという内容のものであり、その附則において、平成16年4月1日から施行するものとされた。

これに対し、原告は、本件各保育所の「廃止処分」の取消し及び本件改正条例の無効確認を求める訴訟を提起するとともに、本案判決に先立って被告が行った上記「廃止処分」及び本件改正条例の効力を停止することを求める執行停止の申立を東京地裁に対して行った。

執行停止の申立においては、まず東京地裁において、①民営化後も同じ場所の同じ施設での運営が予定されているので、本件各保育所と同水準の保育の実施が期待できること、②児童福祉法等の法令においては、児童及び保護者に特定の保育所で保育を受けることを保障しているとまではいえないこと、③保育士の入れ替わりによる保育環境の変化という点についても、人事異動は一般に行われるものでありそれらと大きな違いはないこと、との理由により、私立保育園の廃止によって申立人に回復困難な損害はない、と判断し、却下決定が出された。

これを不服とした原告が申立てた抗告審（東京高決平成一六年三月三〇日）においては、「特定の市立保育所において同一の保育環境の下で継続して保育を受けるといったような保育環境上の利益は、当該保育所が同一の環境で設置されていることに伴って生ずる事実上の利益というべきであり、児童福祉法その他の法令の規定からしても、これをもって法律上保護されるべき利益に当たるとすることはできない」として、申立を棄却。これを受けた本案訴訟において次

のような判決が出された。

#### 【判旨】

一部却下、一部棄却。

#### ＜争点1＞本件改正条例の処分性

「条例の制定は、通常は一般的抽象的な法規範を定立する立法作用としての性質を有するものであり、原則として個人の権利義務に直接の効果を及ぼすものではないから、それ自体が抗告訴訟の対象である上記行政事件訴訟法三条二項所定の「処分」に該当するものとは解されない。もっとも条例という形式によるものであっても、他に行政庁による具体的な処分を待つまでもなく、それ自体によって、その適用を受ける特定の個人の権利義務や法的地位に直接の変動を及ぼす場合には、例外的に当該条例の制定行為をもって処分と解するのが相当である場合もあることも否定できない。」

「…児童保護者の特定の保育所で保育の実施を受ける利益は、いずれも法律上保護された利益であり、本件改正条例の制定は、このような利益を他に行政庁による具体的な処分によることなく、必然的に侵害するものである。また、本件改正条例は本件四園における保育の実施を解除するものであり、法はこれを不利益処分と位置づけていると解される。これらのことからすると、本件改正条例の制定は、行政事件訴訟法三条二項所定の「処分」に該当するものと解するのが相当である。」

#### ＜争点2＞本件改正条例の違法性について

「本件民営化は、被告の置かれた財政状況を前提として、その中で待機児童の解消を図るとともに、多様な保育ニーズにこたえていくことを目的としたものと認められる。多様な保育ニーズにこたえる必要があるということと保育所の民

営化ということは必ずしも必然的な関係にあるものではないが、所与の条件下において、必要とされる行政課題に対して、民営化でもって対処するというのも一つの選択肢であることは否定できないというべきであるから、このこと自体を違法とまでいうことはできない。」

「しかしながら、入所児童がいる保育所を民営化するについては、当該保育所で保育の実施を受けている児童及び保護者の特定の保育所で保育の実施を受ける利益を尊重する必要がある、その同意が得られない場合には、そのような利益侵害を正当化し得るだけの合理的な理由とこれを補うべき代替的な措置が講じられることが必要であると解される。」

「上記代替措置として、本件4園の廃止に伴って移管先として本件社会福祉法人が選定されており、その選定手続を含め、この移管先に特段の問題があったとは認められない。そして、その他の措置として、上記(7)ウで述べたような措置も検討されていたものと認めることができるから、被告としては現実的に対応できる範囲の措置をとる用意があったものと評価できる。」

「しかし他方で保護者との関係をみてみると、本件改正条例制定時点において、本件民営化について大方の保護者の承諾が得られているとはいえない状況であった。のみならず、これら保護者と被告との関係は、本件民営化に向けて建設的な話し合いが期待できるという状況ではなく、早急に信頼関係の回復が見込める状況にもなかったといわざるを得ない。」

保護者らが態度を硬化させていた根本的な理由は、被告において、1年後に本件民営化を実施するということは行政的には決定事項であり、変更できないものとして対応していたため、この点について協議の余地がなかった点にあるものと認められる。公立保育所を民営化するにつ

いて、保護者全員の同意が必要とまでは解されないが、本件民営化について保護者らが上記のような対応をとったことについては、突然に本件民営化が公表されたことや上記の被告の対応等に照らすと、一概に理不尽なものということとはできず、また、それが極く一部の保護者の意向であったとも認められない。」

「上記のような事態は、本件民営化について、本件4園を選択した保護者の同意が得られていないということのほか、円滑に民営化が実施されることを危惧させる事情ともいえる。本件民営化に向けての具体的協議の場として予定されていた三者協議会は、本件4園のいずれについても設置にも至っていない。そして、被告が主張していた3か月の引き継ぎ及び共同保育期間ということについては、十分な根拠があるとはいえないし、保護者の納得が得られていない状況下では、なおさらのことといえる。」

「このような状況下にあった平成15年12月18日の時点で、平成16年4月1日に本件民営化を実施しなければならないといった特段の事情があったとはいえない。「多様な保育ニーズに応えるため」「子どもの成長が早い」といった被告が説明してきた理由は、他方で種々の不利益を被る可能性のある児童、保護者の存在することを思えば、このような状況下での早急な民営化を正当化する根拠としては不十分といわざるを得ない。このような民営化は、児童及び保護者の特定の保育所で保育の実施を受ける利益を尊重したものとは到底いえない。」

「本件条例を取り消すことは、公の施設に著しい障害を生じるものであり、公共の福祉に適合しないものと認められるから、行政事件訴訟法三一条一項を適用して、本件改正条例の制定が違法であることを宣言するにとどめ、原告らの請求は棄却することとした。」

### ＜判旨3＞国家賠償請求について

「…被告において本件四園を廃止することが直ちに原告らに対する不法行為になるとまでは解されないが、被告としては、平成一六年四月一日以降も保育期間が満了しない児童らが本件四園で保育の実施を受ける予定であったのであるから、仮に本件四園を廃止、民営化する場合には、これによる児童への悪影響を最小限にとどめるに必要な措置をとり、また、そのような観点に立って民営化の実施時期を定めるべき注意義務を負っていたものというべきである。」

「…本件改正条例の制定により、本件四園を廃止、民営化する時期を平成一六年四月一日としたことが、その裁量権を逸脱、濫用したもので、違法と解されることは前述したとおりであり、上記の注意義務に照らすならば、この点は国家賠償法上も原告らに対する違法行為となるものと解される。」

### 【検討】

#### 1. はじめに

近年、PFI、指定管理者制度、市場化テストなど公務の民間化をするための枠組みが、矢継ぎ早に導入されてきている。その対象も、非権力的な事務事業についての民間化のみならず、昨今は刑務所などの公権力の行使といわれる業務の民営化までもその検討の俎上に上っている。このような状況の中で、公務の民間化に関する問題については、これまでは立法政策上の問題として、ややもすると司法は立入ることのできない領域の一つとして捉えられていたように思われる。

横浜市立保育園廃止処分取消請求事件判決

（横浜地裁平成18年5月22日、質社1420号37頁以下）（以下、「本判決」と略称）は、特に公立の保育所の民間化について争われたものであり、設置者の保育所民営化・廃止処分について裁量権を濫用した違法なものと初めて判断した判決としてとりわけ注目を浴びたものである。この裁判においては、いくつかの限定はあるものの、公務の民間化という問題に司法がどのように係わっていくのか、また、より積極的にいうとすると、司法による公務の民間化に対するコントロールのあり方はどのようにあるべきなのだろうか、といった問題についての論点を提起しているように思われる。

そこで本稿では、本判決以前に、すでに大阪において行われた公立保育所民営化に関する裁判例として、①高石市保育所廃止処分取消等請求事件高裁判決（大阪高裁平成一八年一月二〇日）（以下「高石高裁判決」と略称）、②高石市保育所廃止処分取消等請求事件地裁判決（大阪地裁平成一六五月二二日）（以下「高石地裁判決」と略称）、③大東市保育所廃止処分取消等請求事件判決（大阪高裁平成一八年四月二〇日）（以下「大東高裁判決」と略称）、④大東市保育所廃止処分取消等請求事件判決（大阪地裁平成一七年一月一八日）（以下「大東地裁判決」と略称）を取り上げ、これと対比させつつ、本判決の意義について若干の考察することとしたい。

#### 2. 改正条例の処分性

まず、市立保育所を廃止する条例の取消を求める訴訟提起自体が適法かどうか、という点である。この点、判例学説とも、条例が実質的にみて具体的処分にあたると介される場合には処分性ありという判断をすることで一致しているといつてよい<sup>2)</sup>。本判決もこれらと同じく、小学校廃校処分取消・損害賠償請求控訴事件判決

（東京高裁平八年一二月二七日）での枠組み、すなわち「地方公共団体の行う条例の制定は、通常は、一般的、抽象的な規範を定立する立法作用の性質を持つものであり、そのような条例を制定する行為は、原則として個人の具体的権利義務に直接の効果を及ぼすものではなく、抗告訴訟の対象となる処分」とはいえないが、「条例の形式をとっている場合であっても、他に行政庁の具体的処分をまつまでもなく当該条例そのものによってその適用を受ける特定個人の具体的な権利義務や法的地位に直接影響を及ぼすような場合」には、抗告訴訟の対象となりうる余地があるという枠組みを引用し、この点に適合するかどうかについて検討している<sup>3)</sup>。すなわち、本件条例により児童およびその保護者の権利利益に具体的に影響を及ぼしているのかという点である。

#### （1）「保育所を選択する利益」について

まず第一に、本判決では、児童福祉法（以下、「法」と略称）の条文をもとにして原告の「保育所を選択する利益」について踏み込んだ検討を行っている。まず保育所への入所しようとする者は、その居住地の市町村長に入所申込書を提出しなければならないという法二四条一項の規定、またその申し込みは、「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」の提出を持って行われる（同条二項）事が定められている点について触れ、さらに、市町村には、「児童の保護者の保育所の選択及び保育所の適正な運営の確保に資するため…保育所の設置者、設備及び運営の状況その他の厚生省令の定める事項」について情報提供をする義務を課せられている（同条5項）ことを踏まえて、法二四条の趣旨を次のように解する。つまり「法二四条は、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」と判断し、「保育所を選択する利益」を認めている。

このようないわゆる保育所選択を選択する利益の存在については、高石高裁判決や大東高裁判決においても指摘されている部分であるが、本判決では、さらにより踏み込んだ判決を行っている。すなわち、「…入所時における保育所の選択は、入所時だけの問題だけではなく、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となるから、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。そして、入所に当たっては、前記のとおり、具体的な保育の実施機関を前提として利用関係が設定されるのであるから、この保育期間中に当該選択に係る保育所を廃止することは、このような保護者の有する保育所を選択しようとの法的利益を侵害するものと評価することができる」とする。言い換えると、保育所に入所する時点でのみ保育所を選択する利益を保障するのでは権利保障のあり方としては不十分であり、その後の実施期間にわたり適正に保育を受けうることをもって初めて保育所選択の利益が保障される、ということを描いたものである<sup>4)</sup>。

なお、このような保育所については、児童福祉法を根拠にして、「保育所を選択する利益」を認めた一方、小学校を廃止する条例については、前記小学校廃校処分取消等請求控訴事件の最高裁判決（第一小法廷平成14年4月25日）に

において、「具体的に特定の区立小学校で教育を受けさせる権利ないし法的利益を有するとはいえない」として、その処分性が否定されている。これは、当時の小学校がいわゆる学区制のもとにあり、保護者にとって特定の小学校を選択することが認められておらず、上記保育所を選択することを認めている児童福祉法のケースとは異なるものとして把握する必要がある<sup>5)</sup>。

## (2)「保育所において保育を受ける権利」について

判決では、法二四条一項において、市町村の保育義務を定めていることの裏返しとして、児童には「保育所において保育を受ける権利」が保障されているものとしている。しかも、保育所における保育の質・内容は、保育所ごとに変わりうるものであり、一定の保育方針の下で物的・人的体制を含めて決定付けられるものであるから、「…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」としている。

この点についても、大東地裁判決などとも比較すると、異なる点である。すなわち、大東地裁判決では、先ほどの保育所選択権を認めつつ当該保育所が存続する限りは当該保育所で保育を受ける権利を有するとする。しかしその保育所自体の廃止については長に大きな裁量権があるとし、「市町村がその有する裁量により当該保育所を廃止することがありうることは、当該保育所の公の施設としての性格からくる制約として、当該利用契約において前提」としている。つまり保育所において保育を受ける権利は保障されているが、その契約期間、「特定の」保育所で保育を受ける権利は保障されていないという判断である。

このような大東地裁判決に比して、「特定の」

保育所において保育を受ける権利を示した本判決は踏み込んだ判決を行ったといえる。

## (3)「手続上の権利」について

そして最後に、児童の保護者に対する手続上の権利について言及する。法三三条の四においては、「…市長…は、次の各号に掲げる措置又は保育の実施を解除する場合には、あらかじめ、当該各号に定める者に対し、当該措置又は保育の実施の解除の理由について説明するとともに、その意見を聴かなければならない」と規定している。問題となるのは、今回の保育所の民営化に伴う「保育所の廃止」が、法三三条の四に定める「保育の実施の解除」にあたるかどうかという点である。

この点高石高裁判決においては、保護者の選択した保育所で保育を行うことを「保育の実施」と解するのではなく、単に「保育所において保育を受けること」をもって保育の実施とする。よって、民営化によって民営化後の保育所において保育を受けることとなったような場合には「保育の実施の解除」にあたらない、と解して、法三三条の四に見られるような意見聴取義務の存在を否定した。

これに対して、本判決では、本件改正条例があくまで保育所の廃止を定めるものであることから、「これが、保育の実施の解除に当たすることは否定できない」とし、このような保育の実施の解除を行うについては、当然法三三条の四に定められた意見聴取の手続を行う権利をもち、行政手続法一二条ないし一四条の規定の適用がありうることになったとした。ここでは「保育の実施の解除」を不利益処分と解しており、この点からも本件改正条例についての処分性を肯定できるとした。

## (4)小括

以上みてきたように、本判決では「保育所選

損の利益」、「保育所において保育を受ける権利」および「手続上の権利」という原告側の権利利益をもとに、これらが具体的に本件改正条例によって影響を及ぼす可能性があるので、その処分性を肯定した。

このような判断を行った前提として、本判決では、本件改正条例の内容を一個のいわゆる「民営化」として捉えるのではなく、「従来の保育園の廃止と新たな私立園の創設」として捉え、とりわけ「廃止」という処分に注目して検討を行ったという側面があるように思われる<sup>9)</sup>。この点被告側は、本件における「民営化」という一連の手続によって、仮に従前の保育所が廃止されとしても、新しい保育所への入所を前提としているのであるから何も「保育の実施」が損なわれる、とは把握していないので、本件改正条例の具体的影響を否定する。しかし、本判決においては、保護者が「選択した」保育所、すなわち「特定の保育所」で「保育を受ける権利」があることを前提にして、これが保育園の廃止によって解除されるということに重きを置いている。つまり、新たな私立園において保育を受けるという点についての考慮は措いたうえで、あくまで従来の保育園の廃止に注目をしている。この点、被告の主張する「民営化の場合には保育の実施が解除されるわけではない」との主張については、「事実上、新たな保育所において引き続き保育が実施されるということに過ぎないのであって、このような場合にいかなる手続が必要かについての議論はあり得ても、本件四園における保育の実施が解除されることを否定し得るものではない」との判決における批判にもあらわれている。

このように「民営化」という一連の手続を具体的に細分化して、個別の権利利益との関係を考慮して判断した点に本判決の一つの特徴が見

られる。

### 3. 本件改正条例制定の違法性について

#### (1) 公の施設の廃止と利用権

上記の議論を前提にして、本判決では本件改正条例の違法性について検討を行う。ここで問題となっているのは、保育所という施設についてこれを廃止することが果たしてなんらの法的制約もなく行われて良いことなのかどうかという点である。

すなわち保育所という施設は、地方自治法二四四条にいう「公の施設」として説明されている。そして本判決を含めた上記大阪の四つの判決においては、このような「公の施設」の廃止について設置者の裁量にゆだねられているとする点では一致するが、その公の施設の廃止に關しての裁量権を逸脱・濫用することがあれば、違法と判断されることになる。したがって、ここでの考察の対象は公の施設の廃止に関する設置者の裁量権に行使について逸脱・濫用があったのかどうかである。

そしてこの判断を行う際、従来の学説・判例では、利用者の利用権との関係で考えられてきた。例えば、公立中学校の廃止処分について、保護者が学校廃止・設置処分の取消請求を行った事例においては、「保護者の子女を就学させる義務を規定した学校教育法二二条、三九条は、同時に子女の就学を保護者の権利とする趣旨を包含し、同条の保護者たるものは、その属する市町村が設置する小中学校に子女を就学させるかかる営造物を利用する権利を有するものと解すべきである」（盛岡地判昭三七年七月九日行裁例集一三卷七号一三三一頁）として、中学校の廃止問題における住民の利用権との関係を考察している。また学説において原田尚彦教授は「公共施設をどのように設置し配置するかは、地方

公共団体の政策的判断事項である。ここの住民に、特定の施設の設置やその存続を要求する権利が当然に認められるわけではない。…しかし、今日、自治体は住民の生活必須施設を少なくとも住民のシビル・ミニマムを保障できるように配置すべき法的責務を負っている。施設の廃止等によって特定の住民の生活が著しく困難となり生存権侵害を招くような特段の事情がある場合には、例外的に、住民に施設の存続を求める法的権利が承認される場合がある」とする<sup>7)</sup>。このような考え方によると公の施設の廃止については、利用者の権利利益と関連付ける必要性が指摘されている<sup>8)</sup>。

ところが、従来の保育所廃止に関する裁判例においては、保育所廃止に関して、このような利用権との関係を限定的に解して、裁量の逸脱・濫用はないとしてきた。例えば高石地裁判決においては、保育所の廃止については設置者の広範な裁量の下にゆだねられており、保護者らとの利用契約も「当該保育所が存続することを前提とする」限りでの契約であり、保育所を廃止することについての裁量権の逸脱・濫用はなかったとする<sup>9)</sup>。この判決については、自由裁量論を認めたものであり、個別実定法の趣旨目的に由来する法的制約が存在しないか否かに関する検討を怠っている点で一種の独断に陥っている、との厳しい批判が存在する<sup>10)</sup>。また、このような批判を考慮してか、高石高裁判決においては、児童福祉法の規定・趣旨を踏まえたうえで、「保育所の廃止が特定の児童ないし保護者に著しく過重な負担を課し、保育所において保育を受けることを事実上不可能にするなどの場合は、その廃止処分は、原則として上記の裁量権の範囲を逸脱しているもといわなければならない」とする。しかし当該保育所の廃止処分自体については、法二四条一項は「特定の」保

育所において行う保育を市町村に義務付けているわけではないとして、裁量権の逸脱・濫用はないものと判断する。

このような判決に対して、本判決においては、保育所廃止処分について一定の規範を設定したうえで、今回の横浜市の判断は裁量権を逸脱・濫用した違法なものであるとしている。

## (2) 保育所利用関係の法的性質について

以上のような問題は、具体的には、市町村側が、就学時まで保育を行うことを前提にして入所した児童に対して、保育期間が終了する前にもかかわらず、当該保育所を廃止するというところをもって保育の実施を解除することが可能かどうかという問題となる。この点を検討するうえで、まず保育所利用関係の法的性質はどう捉えられているのか、という点について簡単に整理しておきたい。

周知のように平成九年に改正された児童福祉法においては、「行政がその内容を、サービス利用者の意向とは別に(画一的に)決定する措置」を実施する仕組みから、「サービス利用者が、自らの意思と責任において、利用したサービスを選択」し、保育所と利用契約を締結する仕組みへと変更された<sup>11)</sup>。具体的な仕組みは、上述した法二四条の内容を中心とするものであるが、このような趣旨を考慮して、大阪における裁判例のうち、例えば、高石地裁判決、大東地裁判決、そして大東高裁判決においては、保育所利用関係は、市町村と利用者との利用契約関係であるとした。一方高石市高裁判決、そして本判決においては、「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」されていることなどから、契約と解するのではなく「処分」を前提とする関係と捉えている。このような転換は果たして保育所の廃止に関して何らかの制約



根拠となるのであろうか。また、利用関係を契約関係と捉えるのか、そうではなく行政処分を前提とした関係と捉えるのかによって、保育所廃止裁量を限定する仕組みは変化するのであろうか。

この点、亘理教授によると<sup>12)</sup>、保育所の利用関係を契約関係と解するかどうかはともかくとして、いずれの関係と捉えるにしても、保育所の廃止については限定を受けるとする。すなわち、「第一に、改正後の保育所利用関係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を基に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ると考えるべき」であり、「第二に、改正後の保育所利用関係が利用契約であるとの前提に立った場合には、以上のことは一層強く当てはまるのであり、それ故、保育所を設置した市町村には、契約締結時において、契約の相手方である保護者が想定していた契約締結の目的及び本質的契約事項に矛盾するような契約条件ないし契約条項の変更をなし得る地位は認められないと言うべき」としている。いずれの関係に立つとしても、保育所廃止を行う際には大きな制約が課せられることが指摘されているとするかか  
る見解は、保育所民営化の法的統制を考えるうえで重要な指摘であると思われる。

### （3）裁量基準と本件廃止処分の具体的検討

本判決においては、このように利用関係については処分を前提とした関係と解している。そのうえで上述したように、本判決においても保育所を廃止するかどうかの判断は、「保育所を

取り巻く諸事情を総合的に考慮したうえでの当該市町村の政策的な裁量判断にゆだねられている」としている。しかし、このような裁量権は無限定に認められるものではなく、「当該施設が保育所であるという施設の性質や入所中の児童や保護者の前記利益が尊重されるべきことを踏まえたうえで、その廃止の目的、必要性、これによって利用者の被る不利益の内容、性質、程度等の諸事情を総合的に考慮した合理的なものでなければならない」、とする。このような考え方は、「廃止」というすでに生じている利用関係を消滅させる行為については、より限定的にかつより慎重に議論するべきとの考え方から導かれている<sup>13)</sup>。

さらに保育所を廃止する場合に具体的に考慮すべき事項として、「その保育所としての性質からして、利用者の日々の生活と密接に結びついており、長期間にわたる継続的な利用関係が想定されていること、その廃止が利用者に与える影響は、児童及び保護者のいずれに対しても、一般的には深刻なものと考えられること、法は市町村に対して必要な保育所の設置義務を定めていること（二四条）、そして再三述べるように、法は、児童及び保護者の特定の保育所で保育の実施を受ける利益を尊重すべきものとしていること等のこと」を挙げ、「これらの点についてかんがみるならば、その廃止について被告が主張するように市町村の広範な裁量にゆだねられているとは解し得ない」としている。

このように保育所という公の施設の特性を踏まえて、これを廃止する際の考慮事項を明示した点は評価することができる。そして、「入所児童がいる保育所を民営化するについては、当該保育所で保育の実施を受けている児童及び保護者の特定の保育所で保育の実施を受ける利益を尊重する必要がある、その同意が得られない場

合には、そのような利益侵害を正当化し得るだけの合理的な理由とこれを補うべき代替的な措置が講じられることが必要」であり、もし「合理的な理由」がない場合は、裁量権を逸脱濫用した違法な行為であるとする。

そしてさらに、以上のような基準に照らし、市と保護者との関係、民営化の目的、内容等について具体的に考察する。

特に、「民営化の目的」としては、被告側が掲げる「多様な保育ニーズを満たすための民営化」という目的について、「市立の保育所のままでも、制度的には、本件民営化が目的と掲げているような多様な保育ニーズに応えることは不可能ではないと思われ」、「その意味では、多様な保育ニーズに応えるということと、保育園を民営化することは論理必然の関係にはない」、としながらも「多様な保育ニーズに応えるために民営化を推進するというのも一つの選択肢」として民営化そのものの目的の正当性には一応の理解を示した。原告側は、この点について民営化の目的はむしろ財政難の解消にあると主張しており、判決で「多様な保育ニーズに応える」という市立保育園廃止の正当な目的があったと把握した点について批判している<sup>14)</sup>。なお、判決においては、財政難の解消という点を被告側も積極的に主張してこなかったもので、「本件民営化を正当化する事情としてそれほど重視することは適切では」なく、「背景事情として考慮」するにとどめるとしている。それでは、被告側がこの点を積極的に主張した場合、本件廃止処分を正当化する有力な「合理的な理由」になりうるか、実体的な判断基準の問題として考察する必要がある。

一方で、「市と保護者との関係」については、保育所民営化の告知の経緯や決定事項を了承してもらっただけの説明会であったことなどから

「保護者の納得は得られていない」とするとともに、このことを前提に「民営化の時期」として引き継ぎ、共同保育の期間を三ヶ月のみとした判断を疑問視する。さらに、民営化が「入所児童に与える影響」については、引き継ぐ社会福祉法人の行う保育の質について「懸念される状況にあったわけではない」としながらも、「現に保育士が入れ替わるという保育環境の変化が入所児童へ与える影響は軽視し得ないもの」とする。そして民営化によって、移管先保育所が同時に六〇人から一五〇人もの児童を新たに受入れるということは、「少なくとも民営化後相当の期間にわたって相乗的な混乱が起こるのであることは容易に想像」することができるので、より慎重な対応が要求される、とする。

このような具体的な検討の結果、「このような民営化は児童及び保護者の特定の保育所で保育の実施を受ける権利を尊重したものとは到底いえない」、「本件四園を民営化するという判断自体については、なお裁量の範囲内のことと解する余地もないではないが、被告が改正条例の制定によって、上記民営化を平成一六年四月一日に実施する（平成一六年三月末日をもって本件四園を廃止する。）としたことは、その裁量の範囲を逸脱、濫用したものであり、…違法である」とした。

このように本判決では、多様な保育ニーズに応えるための選択肢の一つとして保育所民営化という方法の存在自体は認めつつ、一方で、保護者の同意が得られていない点や引継ぎ共同保育に三ヶ月しか設けられていないといった、主に手続的な側面から廃止処分の違法を導いている。ただ、手続的に問題があったという側面のみならず、民営化の必要性やその目的の妥当性など実体的な部分にも目を向けている点については評価できる面があるように思われる。

#### (4)事情判決

以上のように本判決では、裁量権の行使に逸脱・濫用があるとして、当該改正条例を違法としたものであるが、行政事件訴訟法三一条一項の事情判決を適用して、本件改正条例の制定が違法であることを宣言したうえで、原告の請求を棄却するとした。その理由として、「本件四園が廃止されてから、既に二年余りが経過しており、既に保育所の建物敷地は売却ないし貸与され、保育士等もそれぞれ新たな職場で勤務しているものと推測され」ること、そして、その一方で、「上記期間の経過によって、本件各保育所では新たな保育の環境が形成されるとともに、新たに同保育所で保育の実施を受けるに至った児童も存在する」と考えられることを前提に、「現時点で本件条例の制定を取り消すことは、これらの新たな秩序を破壊するものであり、無益な混乱を引き起こすことにもなりかねない」としている。

しかし、このように事情判決をやむを得ないとすると、事実上、公立保育所の廃止について裁判所では利用者児童の権利は回復されないことになる。本件のように保育所を廃止しその財産を他に譲渡するような場合、現実には処分が実行されてからでは本質的な救済は厳しい状況にあるであろう。したがって、仮の救済手続きを如何に活用していくかが問われると思われる。特に本件では、執行停止の申立てが行われたものの「回復困難な損害はない」として退けられた経緯を考えると、余計にこの点は強調されなければならないように思われる<sup>15)16)</sup>。

#### 4. 国家賠償請求について

この点については、本判決に先立って行われた大東高裁判決において、原告側の損害賠償請求を認める判決が出されている。すなわち、す

で見たように市と利用者の関係を利用契約関係と捉え、この利用契約に付随する義務、すなわち例えば、引継ぎ期間を三ヶ月とは言わず、長期（一年程度）に設定し児童の心理的な負担を取り除く信義則上の義務が大東市にあり、その義務に違反していたというものである。ただ大東高裁判決はあくまで保育所廃止条例制定自体については適法との判断であり、この点は本判決とは異なる点である。

本判決においては、「被告において本件四園を廃止することが直ちに原告らに対する不法行為とまでは解されない」が、四園を廃止する場合には児童への悪影響を最小限にとどめ、かつそういう観点に立った民営化の実施時期を定めるべき注意義務を負っていたものとして、一世帯につき一〇万円を基準とする慰謝料の支払いを命じた。

#### 5. 本判決の意義と課題

本判決の意義について、既に述べてきたことを中心にして確認してみたい。

まず第一に、民営化という概念を、「従来の保育園の廃止と新たな私立園の創設」というように分けて捉え、とりわけ「廃止」という処分に注目して検討を行った点が挙げられる。すなわち、民営化においては、新たな保育園に移るかどうかはともかく、それまで利用してきた保育園自体は廃止されるのであるから、このことの当否をまず問おうとするものである。新たな受け入れ先があることを理由に、従来の保育園における利用者の権利利益についての検討を重視してこなかったこれまでの判例の傾向からすると、このように民営化の過程を分けて、その一過程について具体的に考察しようとする点は評価してよいように思われる。

第二に、保育所に入所する際の保護者の保育

所選択権について、保育所入所後の保育所利用関係においても尊重し、保護者が選択した「特定の」保育所において保育の実施を受ける利益を認定したことである。このことにより、平成九年の法改正の趣旨、つまり保育所の運営状況を客観的な情報に基いて保護者が理性的におこなった判断を尊重するという、保護者の保育所選択権の意義を確かなものとしている。

また、このような考え方は、前述した原田教授の「施設の廃止等によって特定の住民の生活が著しく困難となり生存権侵害を招くような特段の事情がある場合には、例外的に、住民に施設の存続を求める法的権利が承認される場合がある」といった見解<sup>17)</sup>に見られるように訴えの利益や原告適格・あるいは違法性が認められる場合を若干限定的に解しているとみられる学説<sup>18)</sup>に対しても疑問を投げかけているように思われる。

第三に、以上を踏まえ市町村が保育所を廃止しようとする際の考慮すべき事項として、具体的な基準を設けたことである。すなわち保育所廃止に際しては、廃止の目的、必要性、利用者の不利益の内容、性質、程度等の諸事情を総合的に考慮する必要性を示した。そして、かかる判断基準を前提に、入所児童のいる保育所の民営化の場合には上記権利を保障することを前提にするとともに、仮に同意が得られない場合には、当該廃止を正当化しうる合理的理由及び代替的措置を講じるべきとした点は、今後の保育所民営化に関する裁判にも大きな影響を与えると思われる。

このような意義を見ることができ一方、今後考慮しておくべき課題もある。本判決では、設置者による保育所廃止条例の制定が設置者の裁量権を逸脱・濫用しているものと捉えその設置を違法とするものの、しかし現実に条例を取

消すことは公の利益に著しい障害を与えるとして、請求を棄却した（事情判決）。しかし、これでは保育所選択権を認められた児童もしくはその保護者に対する現実の救済はなされない訳であり、やはり廃止条例を制定する前段階における執行停止や差止訴訟などを活用した救済システムの在り方を整えていく必要がある。

<sup>1)</sup>横浜市児童福祉審議会『「保育サービスの充実に向けて保育所のあり方と行政の役割はどうあるべきか」について（意見具申）』（平成15年2月）。

<sup>2)</sup>塩野宏『行政救済法Ⅱ行政救済法（第四版）』（有斐閣、2005年）101頁。

<sup>3)</sup>この点、上記小学校廃止処分事件判決においては、「本件条例は、小学校についていえば、千代田区に設置されていたすべての区立小学校

（一四校）を廃止し、新たに区立小学校八校を設置することを内容とするもので、その内容自体一般的なものであつて特定の個人に向けられたものではなく、また、控訴人らは、その子女に市町村（あるいは東京都の区）が設置する学校において法定年限の普通教育を受けさせる権利ないし利益を有するものではあるが（憲法二六条、教育基本法三、四条、学校教育法二九条等）、右権利ないし利益は、市町村等が社会生活上通学可能な範囲内に設置する学校で教育を受けさせることができるというに止まり、具体的に特定の学校で教育を受けさせることまでをも含むものとは考えられない」として、就学学生の権利をかなり限定的に捉えている。

<sup>4)</sup>この論点に対する判決内容については、原告代理人弁護士も評価している（猿田佐世「横浜保育園廃止・民営化勝訴判決を受けて」賃金と社会保障1423号56頁参照）。

<sup>5)</sup>山崎国満「公立保育所の廃止・民営化と保護者・入所者の権利」賃金と社会保障1385・1386号83頁。

<sup>6)</sup>前掲注4・54頁。

<sup>7)</sup>原田尚彦『新版地方自治の法としくみ（改訂版）』（学陽書房、2005年）189頁。また、塩野教授も、「公物一般理論においても、公用廃止は、管理者の完全な裁量に属するものではなく『管理者の公物をその公の目的に適するやうに維持保存すべき義務あるものであるから、自由に其の公用を廃止し得べきものでなく、唯其の公の目的に供用すべき必要の失はれた場合にの

みこれをなし得べきものである』（美濃部・日本行政法下巻七九五頁）とされていたところである。…さらに、一般使用といっても、公物はまさに現実の利用に提供されているのであって、当該公物と利用者のかかわり合いは多様である。いいかえれば、利用形態の如何によっては、その者の利益を公衆の利益一般に吸収し得ない場合があることに注意しなければならない。このような実体公物管理法の規律及び現実の利用状況を前提とするならば、利用者のなかでも、生活上特段の利益を有するものに着目して、この者に原告適格をみとめることは、最高裁判所の原告適格の判断枠組みの範囲内にあると解される」とする（塩野宏『行政法Ⅲ（有斐閣、1997年）』280頁）。

<sup>8)</sup>原野教授によると、公の施設の利用権については、「現実利用している者の請求権として構成されるだけでなく実は、いまだ利用者ではないが、これから利用を要求する者や、すでに利用しているものがその利用を何等かの理由で拒絶される場合にも問題になる」として、その管理者に対して幅広い施設利用権を実現する責務を課している（原野翹『現代行政法と地方自治』（法律文化社、1999年）99頁）。

<sup>9)</sup>大東地裁判決においては、保育所廃止に関する裁量権については全くの自由裁量ではなく、「保育の実施を期待してしかるべき法的地位」にいる保護者らの保育の実施を受ける権利をある程度考慮すべきものとしたものの、当該廃止処分については裁量権の逸脱・濫用はなかったとした。

<sup>10)</sup>亘理格「高石市立東羽衣保育所事件控訴審『意見書』」賃金と社会保障 1385・86号 98頁。

<sup>11)</sup>『民生委員法、児童福祉法の解説』（社会福祉法人全国社会福祉協議会、2001年）34頁。

<sup>12)</sup>このような問題意識について具体的に検討するものとして、前掲注9を参照。

<sup>13)</sup>前掲注4・58頁。

<sup>14)</sup>前掲注4・59頁。

<sup>15)</sup>田村和之「四つの市立保育所の廃止・民営化は違法」福祉の広場 2006年9月号 42頁。

<sup>16)</sup>保育所の民営化問題に限定した上で、いわゆる「後始末上の問題」として事情判決の活用の可能性を探る見解もある。すなわち、もともと例外的に活用されるべきものとされてきた事情判決の制度について、「保育児童やその保護者間に現実には著しい利害対立が存在しうるケースでは、事情判決の適用を通して、行政と相対立する保護者間での利害調整のための契機を提供

するというメリットも存在する」として、事情判決の可能性を指摘する（亘理格「公立保育所廃止・民営化訴訟における相対効的紛争解決の可能性」政策科学 13-3、211頁参照）。

<sup>17)</sup>前掲注・7、189頁。

<sup>18)</sup>田村和之「高石市東羽衣保育所廃止取消請求控訴事件意見書」賃金と社会保障 1385・1386号 88頁以下は、原田説について本文のように批判する。