

公立保育所の民営化

衣 笠 葉 子

横浜地裁平成18年5月22日判決（判例自治284号42頁，賃社1420号39頁）⁽¹⁾

事実の概要

本件は、被告横浜市が、その設置する4つの市立保育所を平成16年度末で廃止する内容の改正条例を制定し、民間の社会福祉法人の運営に移管したことにつき、入所児童およびその保護者である原告ら（67名）が、上記条例の制定は処分に該当し、原告らの保育所選択権等を侵害するもので違法であるとして、被告に対して、保育所廃止処分の取消しおよび慰謝料を求めたものである。

被告における保育所への入所申込者は平成2年以降増加傾向にあり、待機児童が多数発生し、また、延長保育など多様な保育サービスも求められるようになっていた。しかし、被告の財政状況は芳しくなく、限られた予算の中でこれらの課題を克服していかなければならなかった。そこで、まず、待機児童数ゼロを目標として、市有地を無償貸与する等して民間保育所の設置を誘導する等の政策も行われた。

被告は、保育サービスの充実に向けて平成15年4月に「今後の重点保育

(1) 参考：横浜市長立保育所廃止処分執行停止申立事件（横浜地決平16・3・22〈判例集未掲載〉，東京高決平16・3・30判時1862号151頁，判タ1162号150頁）一抗告棄却〔確定〕

施策（方針）」を策定し、大きな施策目標として、①多様な保育ニーズに応えるサービスの展開、②保育の質の向上、③市立保育所の民営化、④障害児保育の全園展開の4項目を挙げた。このうち③は、延長保育、一時保育、休日保育等の様々な保育ニーズに柔軟に対応することを目的として設定されたものであり、平成16年度からの移管計画が提示された。そこで、平成16年度に移管を実施する保育所として本件4園が示され、平成15年4月23日に、本件4園に入所する児童の保護者に対して、民営化するとの方針の通知文書が送付された。なお、同月末以降、各保育所ごとに保護者説明会が行われ、4園合わせて合計11回、開催された。また、それら保護者説明会と並行して、被告は、合計10通の書面を保護者に送付し、被告の財政状況、移管条件・選考状況、移管先の概要、引継ぎのための共同保育の予定（平成16年1月から3月まで）、被告・移管先法人・保護者から成る三者協議会の設置の提案、本件改正条例の可決等を説明し、Q&Aの冊子も同封するなど、本件民営化についての理解を求めた。上記保護者説明会では、いずれの保育所でもほぼ共通して、民営化決定前に保護者の意見を聴かなかつたことや民営化決定が唐突に過ぎる等の不満、民営化に対する不安、実施まで時間的余裕がないことに対する危惧などが保護者らから出された。そして、共同保育の課題等を協議するための三者協議会についても、互いの信頼関係が構築されず実現しなかつた。

被告は、同年7月、学識経験者、市民代表者等からなる民間移管にかかる法人選考委員会を設置して、移管条件を決定し、同年9月から、移管を受ける社会福祉法人の募集を開始し、同年11月に、選考委員会による選考を経てそれぞれの移管先を選定した。

同年12月5日、横浜市保育所条例の一部を改正する（すなわち、被告設置の保育所から本件4園の記載を削除）する条例案が提出され、同月18日に可決された。そして、平成16年4月1日の本件改正条例の施行によつ

て、本件4園は廃止され、それぞれ移管先となる社会福祉法人に移管された⁽²⁾。

そこで、原告ら保護者および児童は、就学まで選択した保育所で保育を受ける権利を有しており、性急な本件民営化は原告らの保育所選択権を侵害するものであり、被告の保育所廃止の裁量権を逸脱するもので違法である、本件保育所の廃止は「保育の実施の解除」(児童福祉法33条の4)に当たり保護者らの説明・意見聴取を受ける権利を侵害するもので違法である等と主張し、被告に対して、本件4園の廃止処分の取消しを求めるとともに、民営化の過程で意見聴取等の必要な手続きがとられなかったとして精神的苦痛等を主張し、保護者および児童1人当たり20万円の慰謝料を求めて提訴した。

争点は、①本件改正条例制定の処分性、②本件改正条例制定の違法性、③本件改正条例制定手続きの違法性、④国家賠償請求の成否の4つである。

(2) ちなみに、平成15年度の4園の園児数は、それぞれ107人前後、60人前後、100人前後、152人前後であった。

また、本件4園の嘱託職員あるいはアルバイト職員のうち合計35人が、平成16年4月以降移管先法人に雇用された。一方、常勤の公務員保育士は、民営化に伴って必然的に異動となる。一連の訴訟の背景には、そのような公務員保育士の雇用の問題が透けてみえる。

ちなみに、公立保育所の人件費の高コストは、従来から指摘されている。公立保育所の方が給与水準および正規職員比率が高く、しかも年功型の賃金体系において、保育士の勤続年数が長く平均年齢が高いため、経験豊かな人が多いといえる反面、平均給与が高くなっている(内閣府国民生活局物価政策課「保育サービス市場の現状と課題——『保育サービス価格に関する研究会』報告書——」(平成15年3月)、経済産業省商務情報政策局「パブリックビジネスの影響に関する研究会 報告書」(平成15年5月)等参照)。

判決理由 (一部却下・一部棄却 (違法の宣言)・一部認容〔控訴〕)

1 争点1 (本件改正条例制定の処分性) について

(1) 「条例の制定は、……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3条2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はあっても、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影響を及ぼす場合には、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」。

(2) ア 原告らの保育所選択権の侵害について

(児童福祉法24条2項, 5項, 児童福祉法施行規則24条, 25条, 平 9.9.25児発596号⁽³⁾等からすると,) 「乳幼児は保護者が申し込んだ保育所において保育の実施を受けることになり、選考が行われる場合でも、当該申込みに係る保育所ごとに行われる……。

このような仕組みからすると、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いると認められるのであって、この保育所を選択し得る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される。

「そして、……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

(3) 厚生省児童家庭局長通知「児童福祉法等の一部を改正する法律の施行に伴う関係政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596号)。

所後における継続的な保育の実施を要請するものということができる。そして、……具体的な保育の実施期間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得るとの法的利益を侵害するものと」いえる。

「法は入所後の保育所利用関係を保護者と市町村との契約（保育所利用契約）として構成しているようにもみえるし、実務的にはそのような理解に立った運用がされているものといえる。しかしその一方で、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おり……、このような運用は一貫しないように思われる。そして、保護者からの申込みに対しては、市町村において、当該児童に保育に欠けるところがあるかどうかの認定や、場合によれば選考も実施し、1年に1回は保育の実施の要件を認定して、その要件が消滅した児童については保育の実施を解除するともされている。このようなことからすれば、保育所入所後の利用関係を直ちに契約関係といい得るかは疑問である」。

イ 児童原告らの「保育所において保育を受ける権利」の侵害について

「児童福祉法が上記総則規定を受けて、その24条1項で、前記のとおり、市町村の保育所における保育義務を定めており、その反面として児童に対して『保育所において保育を受ける権利』を保障しているものと認められる。」

（本件改正条例によって、）「当該児童らは当該保育所での保育は受けられなくなるが、上記の市町村の義務に照らすならば、そのことは、直ちに当該児童らが保育所における保育が受けられなくなることを意味するものではない……し、新たな保育所で行われる保育が必然的に保育内容において劣るとい根拠もない。

しかしながら……保育所における保育であれば、どの保育所であっても児童が受ける利益は共通、等質であるとはいえない。……そして、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ふ利益は, 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。……法的に保護された利益と解するのが相当である。

本件改正条例は, ……上述した児童の特定の保育所において保育の実施を受けるという法的利益を侵害するものといえる。」

ウ 保護者原告らの「手続上の権利」について

(本件改正条例の制定が「保育の実施の解除」に関する保護者の意見聴取という手続上の権利を侵害するという原告らの主張は, 本件改正条例制定が処分性を有する根拠としては採用できないが,) 「上記の手続上の権利侵害ということとは別に, 原告らが指摘している「保育の実施の解除」ということについてみると, 本件改正条例は, 本件4園を平成16年3月末日をもって廃止することを定めるものであるから, これが法33条の4に定める保育の実施の解除に当たることは否定できないと思われる……。

そうだとすれば, 法は, 保育の実施の解除を行うについては, 解除理由を説明し, 保護者の意見を聴かなければならないと(法33条の4), 行政手続法12ないし14条の適用がある旨を規定している(法33条の5)。このことからすれば, 法は保育の実施の解除をもって不利益処分と位置づけていることは明らかであって, この点からも本件改正条例の処分性は裏付けられるというべきである。」

エ 「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3条2項所定の「処分」に該当するものと解するのが相当である。」

2 争点2(本件改正条例制定の違法性)について

(I) 本件4園の廃止に係る被告の裁量権について

(「公の施設」(地方自治法244条)としての保育所の廃止の制限規定は, 地方自治法(244条の2参照)にも児童福祉法(35条6項参照)にもなく, また,) 「市町村の

有する限られた資産等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。」

「以上のことからすれば、市町村の設置する保育所の廃止については、設置者の政策的な裁量判断にゆだねられているものと解するのが相当であり、これら児童や保護者の同意が得られない限りその廃止が違法となるとまでは解し得ない。」

「もっとも、……保育所廃止に係る判断は、もとより無制約に許容されるわけではないのであり、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上で、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。」

「保育所としての性質からして、……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、その廃止が利用者を与える影響は……一般的には深刻なものがあると考えられること、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(24条)、そして、……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…点にかんがみるならば、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。」

(2) 本件改正条例制定後の事情について

「本件改正条例制定後の事情については、基本的に本件改正条例の制定を違法と評価すべき事情とはなり得ない。」

(3) 本件民営化の違法性について

「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応えていくことを目的としたものと認められ……、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、……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、……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も、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いい難い状況であった。のみならず、……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つ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事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つ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……一概に理不尽なものということとはでき」ない。

「上記のような事態は……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」。

「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。

……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到底いえない。」

「以上のことからすれば、本件4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、本件改正条例の制定によって、上記民営化を平成16年4月1日に実施する……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、その余の点（争点3）について検討するまでもなく、違法であると認めるのが相当である。」

(4) 事情判決の理由

「本件4園が廃止されてから既に2年余りが経過しており、……本件改正条例の制定を取り消すことは公の利益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31条1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ことにとどめ、原告らの請求は棄却する。」

3 争点4（国家賠償請求の成否）について

「被告において本件4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……仮に本件4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える。」

そして、本件改正条例の制定により、本件4園を廃止、民営化する時期を平成16年4月1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。」

「これら保護者原告らの精神的な苦痛を慰謝する額としては、1世帯につき金10万円を……認めるのが相当である。」

「また、児童原告らも損害の賠償を請求しているが、……個々の児童原告らがどの

ような影響を受けたのかは明らかでないし、また、これら児童原告らの年齢を考えると、その被った精神的な苦痛といったものを、全児童原告らに共通のものとして定型的に把握することも困難である。したがって、これら児童原告らの損害賠償の請求は、理由がないものと解するのが相当である。」

検 討

本件は、民営化を前提とした公立保育所の廃止について、公立保育所を廃止する旨の条例制定が違法な処分であると判断された初の事例である（ただし事情判決）。横浜市以外にも、高石市、大東市、枚方市および神戸市等の公立保育所に関して同様の訴訟が行われているが、これまでに判決の出ている高石市、大東市、枚方市の3事件とも、保育所の廃止処分の取消請求は却けられている。

また、本判決では慰謝料請求も行われており、一部認容されている。大東市と枚方市の事件でも慰謝料が請求されたが、大東市の控訴審判決で一部認容されたのみである。

以下、それらの事件の判決とも比較しながら検討する。

1 改正条例制定の処分性（争点1）

条例の制定は、通常は、一般的・抽象的な法規範を定める立法行為であって、取消訴訟などの抗告訴訟の対象となる「処分」に当たるとは解されない。しかし、条例であっても、他の具体的な処分を待たず、それ自体で国民の権利を直接かつ具体的に決定づけるものは、その処分性が認められる（判決理由1(1)）⁽⁴⁾。

(4) なお、田中二郎『行政法上巻（新版全訂第2版）』（弘文堂、1974年）326頁参照。

本判決は、本件改正条例の制定行為が、「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影響を及ぼす」ものであるどうか、取消訴訟の対象となる処分性の根拠について、①-1原告保護者らの「保育所選択権」、①-2児童原告らの「当該保育所において保育を受ける権利」（あわせて「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」）、および、②保護者原告らの「手続上の権利」の侵害の3つの点から検討している。

そして本判決は、本件改正条例の制定が、①他の行政庁による具体的な処分によることなく、法律上保護された「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」を必然的に侵害するものであり、また、②本件4園における「保育の実施の解除」（児童福祉法33条の4）として不利益処分に当たるものと解して、その処分性を肯定した。なお、本判決は、その理由の中で、保育所利用の法的性質（公法上の契約に基づくものか行政処分によるものか）や、「保育の実施の解除」の法的性質についても見解を示している。そこで、それらの論点も含めて検討する。

① 「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」——保育所利用契約と行政処分のどちらが根拠となるか

本判決は、保護者による申込みから保育所の決定に至るまでの仕組みをみて、児童福祉法24条は、保護者に対して「保育所を選択し得る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」として、具体的な保育期間中に当該選択に係る保育所を廃止することは、そのような法的利益を侵害するものであると述べた。この点、保育所選択は市町村に保育応諾義務が課されていることの反射的利益に過ぎないという被告の主張を否定している。なお、本判決は、原告が主張した「保育所選択権」⁽⁵⁾ という表現

(5) 原告の主張した「保育所選択権」の内容は次のとおりである。①選択（希望）[△]

は用いず、保育所を選択しうる「法的な利益」（あるいは、「保育所選択に關する一定の主體的な地位」）と表現している（判決理由1(2)ア）。

本判決は、「保育所入所後の利用関係を直ちに契約関係といい得るかは疑問である」としており、その理由として、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がいずれも行政処分として運用されていること（児童福祉法33条の5参照）、保護者からの申込みに對して、市町村が当該児童に保育に欠けるかどうかの認定や選考をし、1年に1回は保育の実施の要件を認定して、要件が消滅した児童については保育の実施を解除するともされていること等を挙げている。

他の裁判例をみると、平成9年改正後の保育所の入所方式について、高石市（第1審）判決^⑥、枚方市（第1審）判決、大東市（第1審・控訴審）判決はいずれも、「保育所利用契約」（公法上の契約）と解し、「同保育所利用契約に基づき、〔公の施設という性質から（下記検討2参照）本件保育所が存続する限りとの条件付きで、同控訴人らの監護に係る児童らが就学するまでの間、本件保育所において保育を受ける権利」（大東市（控訴審）判決）を導いている。

一方で、高石市（控訴審）判決および枚方市（控訴審）判決は、これを行政処分と明言している。とりわけ、高石市（控訴審）判決は、行政処分と解する根拠を詳しく述べているが^⑦、行政処分であるからといって、本

⑤ した保育所に入所する（希望しない保育所に入所決定されない）権利、②選択（希望）した保育所に入所した後に、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ない権利（その意に反して転園させられない権利）、③定められた保育の実施期間が満了するまで、選択（希望）した保育所での保育を受ける権利（小学校就学の始期まで当該保育所に就園する権利）。

⑥ 高石市（第1審）判決の評釈として、岡村世里奈・季刊社会保障研究42巻1号（2006年）91頁、田村和之・季刊教育法146号（2005年）76頁、山崎国満・賃金と社会保障1385・86号（2005年）81頁。

⑦ 行政処分と解する根拠として、児童福祉法24条は平成9年改正によって実質

件改正条例の制定によって保護者の「当該保育所において、保育を受ける権利ないし法的利益」が侵害されないわけではないとも述べている。

保育所利用を公法上の契約に基づくものと解さない本判決や高石市（控訴審）判決の場合、児童福祉法24条の規定が市町村に対して保護者の保育所選択を可能な限り尊重すべきものとしているという点から、保護者のかかる（権利ないし）法的利益を肯定している。なお、枚方市（控訴審）判決は、行政処分であることは明言したものの、かかる権利ないし法的利益について、とくに言及していない。

このように、裁判例の立場は別れているものの、保育所利用の法的性質について、正面からとり上げて見解が示されていることは興味深い。

保育所利用は、公法上の契約に基づくものか、それとも行政処分によるものか。平成9年の法改正当初、厚生省は、公法上の契約と説明してきたが^⑧、学説はおおむね行政処分と解する立場をとる^⑨。この点、契約方式と

↘ 的には何も変更されていない（「申込み」は「申請」に当たる、「措置」の文言が削除されただけ、など）、入所決定は当事者の自由意思に基づく合意とみることは困難、保育料について改正後も同法56条3項は「徴収する」という行政処分的用語を用いている、平成9年改正時の国会審議のために厚生省が作成した資料や答弁に保育所利用に関する公法上の契約を締結するとは明記されていない。以上から、利用契約の形になったとする当時の厚生省担当官の発言や解説は、「一種の比喩的表現であるというべき」とする。

⑧ 全国児童福祉主管課長会議（1997年3月17日）における厚生省児童家庭局保育課長の説明として、保育情報243号（1997年）16、17頁。また、児童福祉法規研究会編『最新・児童福祉法 母子及び寡婦福祉法 母子保健法の解説』（時事通信社、1999年）167、168頁。

⑨ 堀勝洋『現代社会保障・社会福祉の基本問題——21世紀へのパラダイム転換——』（ミネルヴァ書房、1997年）178-180頁、同「社会保障の給付」『講座社会保障法 第1巻 21世紀の社会保障法』（法律文化社、2001年）129頁、秋元美世「保育制度改革と児童福祉法の改正 保育所措置制度の見直しをめぐって」法律時報69巻8号（1997年）30-32頁。田村和之「児童福祉法をどう活用するか——保育所入所の権利の実現のために」賃金と社会保障1347号（2003年）71、74頁、同『『改正』児童福祉法の概要と問題点』『保育白書1997年版』（1997年）

解することは理論上不可能ではないが⁽¹⁰⁾、条文上「申込み」という表現が用いられている以外に、契約方式と解しうだけの明確な論拠がみあたらないため、消極的ながら、保育所の入所決定は従来と同様に行政処分であると解するのが妥当であると考え⁽¹¹⁾。

ㄨ年) 23-26頁, 他。佐藤進・桑原洋子監修『実務注釈児童福祉法』(信山社, 1998年) [田村和之] 142頁は, 「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るのだから, この決定は行政処分というほかない」と論じる。

また, 措置制度を「職権手続型」と「申請手続型」に区分し, 保育所入所を後者に位置づける見解もある(倉田聡『これからの社会福祉と法』(創成社, 2001年) 5頁, 6頁, 16-21頁参照)。

ちなみに, 田中・前掲(注4)書112頁は, 相手方の同意又は申請を前提とはするが, その内容を行政庁が一方的に決定するような行為について, 「公法上の契約」ではなく「相手方の同意又は申請を条件とする特殊の行政行為」と捉えている。

(10) 例えば, 保育所入所を契約方式によるものと解した場合でも, 保護者の入所申込みに対する市町村の拒否行為については, 保護者の保育を受けるという権利ないし法的利益を侵害するものとして, 行政処分に当たると解し, 行政救済の対象とすることが可能であると考えられる(参考として, 保険医療機関の指定(公法上の契約)の拒否が行政行為であるとされた事例(鹿児島地判平11.6.14判時1717号78頁))。

(11) この点, 保育所入所決定について, 行政処分であることをベースに, 一部に契約的要素を認める見解や, 契約としての性質が併存するとみる見解があるが, 保育所入所・利用に契約的要素を認める, あるいは契約に基づくものであると認めるには, さらなる議論の積み重ねが必要であろう。

平成9年改正前の措置の段階で既に, 行政処分であるか契約であるかが議論されている。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(1997年)27頁以下においては, 行政行為と契約の伝統的な峻別論に対して, 両者は概念上必ずしも相互排他的な関係に立つということとはできないとする見解(小早川光郎「契約と行政行為」『講座基本法学4—契約』(岩波書店, 1983年)126頁以下参照)を前提に, 保育所入所措置決定の構成要素である, 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)とは理論的に区別されるべきとして, 措置基準充足の判断に伴い確定した利用権に契約的実体を認める見解(木佐茂男「保育所行政からみた給付行政の法律問題」公法研究46号(1984年)160頁以下参照)が紹介さ

しかし、どちらの立場をとっても、本判決をはじめ、裁判例をみる限り、保護者等の保育所選択が尊重され、その権利ないし法的利益が認められるということ、したがって保育所廃止はそのような権利・利益を侵害する「処分」に当たるといふことについては左右しない。この点、神戸市の仮の差止申立事件第1審決定が、「公法上の契約関係に基づき発生する極めて強固なものであるか、行政処分として発生する範囲内の程度のものであるかはともかくとして、児童福祉法24条は……保護者に対して保育所を選択しうるといふ地位（入所後、当該保育所において、一定期間にわたる継続的な保育の実施を受ける地位を含む。）を法的利益として保障したものと

なっている。木佐氏は、その中で、行政行為に行政行為と契約の双方の性質が併存しうることに関して、「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」と述べている（同頁）。

また、菊池馨実『「措置から契約へ」が意味するもの——法学的アプローチから——』月刊福祉83巻13号（2000年）11頁においては、平成9年改正前の保育所入所措置決定について行政処分と契約申込みに対する承諾の二面性を認めた山崎訴訟第1審判決（東京地八王子支判平10・12・7判例自治188号73頁）を引用した上で、前田氏の上記論文を参照しつつ、「継続的・可変的性格を持つ福祉サービスの利用関係においては、利用資格の有無などを行政処分により判定するのが適当であるとしても、給付の具体的内容については……そこに契約的要素の存在を否定できない」と述べられている。さらに、保護者が、保育所入所契約の申込みをすると同時に、「保育に欠ける」という要件を満たすかどうかの認定行為（行政行為）の申請を行っていると捉える見解もある（原田大樹「福祉契約の行政法学的分析」法政研究69巻4号（2003年）120頁参照）。

ちなみに、それらの見解に対して、堀氏は「単独行為・一方的行為である行政行為と双方行為である契約とが併存するとするのにも理論的には理解しにくい」と論じる（前掲（注9）「社会保障の給付」130頁参照）。

なお、古畑淳〔本件・第1審評釈〕は、上記の論文等を参照して、保育所利用に関する保護者と市町村の関係は「契約関係として把握されるべき実質を持っている」との見解を示す（賃金と社会保障1429号（2006年）64頁、65頁）。また、これらの立場は、岡村・前掲（注6）〔高石市・第1審評釈〕95頁では、「保育所入所決定行為は行政行為であっても契約性は必ずしも否定されないとする説（併存説）」として紹介されている（ただし、岡村氏自身は保育所入所は行政処分と解している）。

認められること、児童自身についても、直接の保育の対象であることから、上記の法的地位が認められるべきであることからして、かかる意味での保育所選択権であるというべきである」と端的に述べているのがわかりやすい。

ところで、本判決は、本件改正条例の処分性を裏付けるためではあるが、原告らの主張に呼応する形で、保護者の場合と同様に児童自身に対しても、保護者の選択した「特定の保育所」で保育の実施を受ける具体的な法的利益を認めた点に特徴がある。

原告らは、憲法13条、25条、26条、子どもの権利条約3条および児童福祉法（1章・総則）に基づいて、児童らが「健全に発展することを保障される権利」を有し、その中に「保育所において保育を受ける権利」が包摂されているという意味で主張したが、本判決は、その主張を否定しながらも、当該権利に関して独自に見解を示した。すなわち、「保育所において保育を受ける権利」は、児童福祉法24条1項に規定される市町村の保育義務の反面として保障されるものであるとした上で、保育所によって保育の質・内容が異なりうるということを理由に、保護者の選択した特定の保育所で保育の実施を保育期間中にわたって受けるという利益は、保護者の選択による反射的利益ではなく法的利益であると述べたものである（判決理由1(2)イ）。

このように児童自身にも「特定の保育所」で保育を受ける法的利益を認めることは、後述する保育所廃止に関する被告の裁量権の行使をより制約する方向に導くことになると考えられる。

② 保護者原告らの「手続上の権利」——「保育の実施の解除」の意味

本判決は、本件改正条例が原告らに対する説明や意見聴取といった手続上の権利を侵害するという原告らの主張に対して、本件改正条例にはかか

る権利自体に何らかの影響を及ぼす効果はないとして、改正条例制定に処分性がある根拠としては採用できないとした。

しかし、本判決は、原告がその主張の中で触れていた「保育の実施の解除」について、独自に検討を加えている。すなわち、本判決は、本件4園の廃止は、「法33条の4に定める保育の実施の解除に当たることは否定できないと思われる」と述べ、民営化の場合には「保育の実施の解除」に当たらないという被告の主張に対し、それは事実上新たな保育所で引き続き保育が実施されるということに過ぎず、本件4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述べた。そして、「保育の実施の解除」の際には保護者に対する解除理由の説明および意見聴取（児童福祉法33条の4）、行政手続法12条ないし14条の適用（同法33条の5）が定められていることから、「保育の実施の解除」は不利益処分に当たるとして、処分性の裏付けの一つとした（判決理由1(2)ウ）。

これに対して、他の裁判例では、「保育の実施の解除」についてこれと異なる解釈がとられている（なお、それらの裁判例では、この論点は条例制定の適法性判断の中でとり上げられており¹²⁾、条例制定が適法である理由の一つとして、上記裁量権の逸脱・濫用が無いことと並んで、「保育の実施の解除」にかかる手続違反が無いことが掲げられている）。

「保育の実施の解除」について、高石市（第1審・控訴審）判決、枚方市（第1審）判決、大東市（第1審・控訴審）判決のいずれも、「保育所における保育を行うこと」をもって「保育の実施」と定義づけられると解しており（つまり、保護者が選択した「特定の保育所」における保育の実

12) 本件においては、下記争点2の段階で、被告の裁量の範囲の逸脱・濫用が認められたため、争点3（本件改正条例制定の手続上の違法性）については判断されなかった。本判決は、「保育の実施の解除」について、他の裁判例とは異なる解釈をしているため、この争点についての判断が行われていたならば興味深いものであったと思われる。

施とは解していない),したがって,他の保育所への転園や民営化後の保育所で保育を受けるようになった場合には,同条の「保育の実施の解除」には当たらないとして,保護者に対する説明・意見聴取(児童福祉法33条の4)の手続きの必要を認めず,手続上の違法性を否定している。

児童福祉法24条2項の「前項に規定する児童について保育所における保育を行うこと」(=「保育の実施」)というフレーズのうち,「保育所における保育」について,本判決のように,保護者からの申込書に記載された特定の保育所ごとに行われる保育を指すと解するのか(本件原告主張)⁽³⁾,他の裁判例のように「前項に規定する児童」(すなわち「保育に欠ける乳幼児等」)という文言に重心を置いて,「保育所」に関して特段の限定はなく,設置主体の相違を問わないものと理解するのか(本件被告主張),この見解の相違は,上記のように,保育所廃止の際の保護者に対する説明・意見聴取といった手続面における違法性の判断にもかかわってくる重要な論点である。

以上のとおり,本判決は,児童福祉法33条の4に規定される「保育の実施の解除」の「保育」を,保護者の選んだ「特定の保育所」における保育と初めて解したものであり,その点でも特徴を有する。

しかし,本判決のそのような解釈には,次のような理由で疑問を感じる。すなわち,「保育の実施の解除」とは,保育要件に該当しなくなったり,保護者から辞退の申出があったりしたときに,保育の実施を終了し,それ以降の保育の実施を行わないことを意味すると考えられるからである。本件でも,民営化後の保育所で保育を受けるにあたって,保育の実施決定はあらためて行われていない。

児童福祉法24条1項,2項および33条の4第3号の規定の仕方のみて

(3) また,田村和之「意見書——公立保育所廃止を巡る法律問題——」龍谷法學39巻1号(2006年)138,139頁参照。

も、「保育の実施」について保護者の選択した特定の保育所を意味しているといえるだけの積極的な根拠はみいだせないし、また、保育に欠ける児童に対する市町村の保育の実施責任が、特定の保育所ごとの実施責任にとどまると考えるのは、むしろ適当とはいえない。

したがって、児童福祉法24条1項は、市町村の保育に欠ける児童に対する一般的な保育の実施責任を規定しているものと解するのが自然であり、「保育の実施」の逆に当たる同法33条の4に規定する不利益処分としての「保育の実施の解除」とは、基本的に、上述のように保育理由が消滅したこと等を理由として、保育サービスを終了させることであると解される。

もっとも、実際の入所決定は保護者の選んだ個別の保育所ごとに行われるものであることから、一連の規定の文言について、特定の保育所における「保育の実施」を指していると解することが全く不可能なわけでもない。

しかし、たとえそのように限定的に解したとしても、当該児童が「保育に欠ける」という保育要件を満たすことに変わりがなく、かつ、民営化後の保育所で、継続して、行政による保育の実施責任が果たされるような場合には、特定の保育所における「保育の実施の解除」に当たるともいえないのではないだろうか。とりわけ、本件のように、経営主体の変更や一部の保育士の入れ替わりはあるが、同じ場所で従来と同様の保育を受けることができるのであれば、なおさらである。

すなわち、保護者および児童の「特定の保育所において保育を受ける権利ないし法的利益」を尊重すべきとはいえ、本件のような民営化の場合、経営主体は変更していても、同一の場所・施設において、従来と同様の保育が行われているのであって、全体として保育の継続性は図られているといえるからである。原告らは、保育所選択権の内容の1つとして、「意に反して転園させられない権利」を主張しているが、そのような保育の継続性があるものを「転園」とみるのは難しいのではないだろうか。なお、一部

の保育士を除いて保育士が一度に入れ替わっていることについては、確かに保育の継続性という点で問題とする余地はあるが、公務員保育士は一般行政職であるため、もともと異動が行われていることから、保育の継続性を否定する根拠としてはあまり説得的ではないといえる。

2 改正条例制定の違法性（争点2）

本判決は、「公の施設」である公立保育所の廃止は、「保育所を取り巻く諸事情を総合的に考慮した上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、その判断は「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「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ぬ」としている（判決理由2(1)）。この点、「広範な裁量」にゆだねられているとする被告の主張は却けられている。

そして、本判決は、本件民営化の目的および内容（保育の質の確保、時期、入所児童に与える影響など）について検討を行ったうえで、民営化の目的、移管先等に問題はないとしたものの、児童に与える影響やとりわけ保護者との関係に着目して、本件民営化そのものではなく、民営化を平成16年4月1日に実施するとしたことについて、児童および保護者の上記法の利益を尊重したものといえないとして、被告の裁量の範囲を逸脱・濫用したもので違法であると結論づけた（判決理由2(3)）。

ただし、本件4園が廃止されてから2年余りが経過した時点で改正条例制定を取り消しても現実問題として従前の保育環境が復活するわけでもなく、新たな秩序を破壊し無益な混乱を引き起こすことにもなりかねないとして、事情判決となった（判決理由2(4)）。

ここでは、本件改正条例の違法性の判断に関する論点として、①保育所

廃止に関する行政庁の裁量の範囲、②保護者に対する説明・協議の程度の2点について検討してみたい。

① 公の施設の廃止に関する裁量の範囲と違法性の判断基準——「裁量」か「広範な裁量」か

上に述べたように、本判決は、保育所廃止は被告の政策的な裁量判断にゆだねられているとする¹⁴⁾。

他の裁判例をみると、大東市（第1審・控訴審）判決および枚方市（第1審）判決が、公の施設である保育所廃止について、同じく、設置者の「裁量にゆだねられた事項」とし、当該裁量の逸脱・濫用については、大東市（第1審・控訴審）判決は、「本件廃止処分目的、その目的を達成する方法としての本件廃止処分の合理性、本件廃止処分が原告らの上記権利利益に与える影響等を踏まえて」判断するとし、枚方市判決は第1審が、廃止処分の理由および入所児童と保護者への配慮等から、控訴審は、民営化の目的、保育内容の継続性や保育水準の保持のための措置、保護者への説明や話合いの態様から、裁量権の逸脱・濫用の有無を判断した。

他方で、高石市判決は、他の事例とは異なり、第1審が、公の施設である保育所の廃止は「広範な裁量」にゆだねられるとし、一方で控訴審は、公の施設の廃止は「相当広範な裁量」にゆだねられるが、保育所のような施設の場合は児童福祉法の規定・趣旨から裁量権に一定の制約がある、と述べつつも、違法性の判断において、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」に裁量権の範囲を逸脱しているとする、と

14) 「公の施設」の廃止に関する学説の整理として、田村・同意見書135-137頁参照。また、洞澤秀雄〔本件・抗告審評釈〕は、行政法学的な切り口で検討を加えている（自治研究82巻5号（2006年）158-160頁）。

狭い基準を示した（その上で、「目的の合理性」と「児童ないし保護者に対する著しく過重な負担の有無」から違法性を判断した）。すなわち第1審は、保育所利用契約に基づく保護者の保育所選択権を認めたにもかかわらず、保育所の廃止自体には被告の「広範な裁量」を認め、控訴審も、結果的に、公立保育所の廃止に関する裁量権の逸脱・濫用に当たるとされる範囲をかなり狭く設定している。

いずれにしても、「選択した当該保育所において保育を受ける権利ないし法的利益」を保護者に対して明確に認めていることを考えると、保護者・児童の継続的な利用関係にある保育所の廃止について、民営化を前提としたものとはいえ、「(相当) 広範な裁量」を認めることは適切ではないと思われる。この点は、本判決や大東市判決、枚方市判決のアプローチが妥当であろう。

② 保護者と被告との関係——どこまで説明や協議を尽くすべきか

本判決は、入所児童がいる保育所の民営化については、児童および保護者の上記法的利益を尊重する必要がある、保護者の「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」と述べた。その上で、代替措置としては移管先に特段の問題は認められないとしたものの、他方で、保護者との関係に着目して本件民営化を違法と判断した。

本判決は、先で「児童や保護者の同意が得られない限りその廃止が違法となるとまでは解し得ない」と示しながらも（判決理由2(1)）、ここでは、「同意が得られない場合には……」、「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いい難い状況……」、「保護者全員の同意が必要とまでは解されないが……」、「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……」など、何度と

なく保護者の「同意」ないし「承諾」という文言を登場させており、違和感のあるところである。

もっとも、そもそも保育所の廃止自体は被告の裁量事項と解しているので、ここでいう保護者の「同意」ないし「承諾」は、民営化にかかる手続的条件としての「同意」ないし「承諾」ということを意味しているのではない。保護者と被告との関係が、「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にはなく、早急に信頼関係の回復が見込める状況にもなかった」など、円滑な民営化の実施を危惧させる事情が存在していたことが問題なのであり、したがって、民営化そのものではなく、平成16年4月1日を実施日とする「早急な」民営化が違法と判断されたものである。

また、本判決が、保護者らの態度硬化の原因について、「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、……この点について協議の余地がなかった点にあると認められる」と述べている点についても、保育所廃止という政策判断の過程に保護者を関与させるべきであったという意味ではなく、保護者の理解をできる限り得て、円滑な民営化を導きうるのに十分な協議・説明および準備を尽くすだけの余裕を持つべきであったと捉えるのが妥当であろう。本件の場合、予定していた三者協議会が設置まで至らなかったことや、保護者の納得が得られていない状況下でも引継ぎ・共同保育を3か月間と予定していたことなども、「早急な」民営化と判断された一端となっている。

しかし、いったいどの程度、保護者に対する説明や協議、あるいは準備を尽くせば違法性は除去されるのであろうか。当事者の意見が平行線をたどり、折り合いのつく見通しがなかなか立たないような協議を、どのように捉えるかが重要な視点となる。

民営化が余裕をもって慎重に行われることが望ましいのはもちろんであ

るが、民意を踏まえつつ様々な事情を考慮してなされた民営化の決定も尊重されるべきである。そこで、相手方である保護者の理解が得られないときであっても、その理解を得られるよう協議・説明を十分に尽くしていたと客観的に認められる状況であれば、違法性が除去される余地があると考えるべきではないだろうか。

そうすると、本件において、被告が保護者への説明に約1年間かけ、共同保育も他の民営化事例とほぼ同じように少なくとも3か月は確保できる状況にあったことを考えれば、本件当事者の協議に対する本判決の判断は厳しいものに感じられる。もちろん、違法性の判断はケース・バイ・ケースで行われるものであるし、児童や保護者の上記法的利益が尊重されるべきことは当然であるが、それでも本判決の結論には疑問が残る。

3 国家賠償（慰謝料）請求（争点4）

本判決は、被告が本件4園の廃止、民営化にあたって、「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」を負っていたとし、本件改正条例制定が被告の裁量権の逸脱、濫用にあたり違法と解される点が、国家賠償法上も違法行為となると解して、慰謝料各20万円の請求に対して、1世帯につき慰謝料各10万円を認めた（判決理由3）。本件廃止の違法性を認めていることを前提にすれば、妥当な判断であろう⁽⁵⁾。この点、児童原告らの損害賠償請求は却けられたが、就学前という児童らの年齢を考えると、本判決の判断に問題はないと思われる。

ちなみに、慰謝料請求がなされた他の事例をみると、大東市判決は債務不履行構成をとるところに特徴があり、第1審は、廃止処分が適法である

(5) ただし、仮に、本件廃止が適法なものだとすれば、当該損害賠償請求を認める根拠については慎重な検討が必要となってくる。

と認められること、保護者説明会等を開催して一応の説明義務を果たしたと認められることから原告らの請求を棄却したが、控訴審は、児童が心理的に不安定になることの防止、保護者らの懸念や不安を軽減するため引継期間を少なくとも1年程度設定して、民営化後も数か月程度もとの保育士を新保育園に派遣するなどの「十分な配慮をすべき信義則上の義務（公法上の契約に伴う付随義務）」を負っていたとした上で、十分な配慮をしたとはいえないとして、債務不履行に基づく損害賠償として、（1人当たり慰謝料50万円、弁護士費用5万円の請求に対して）1世帯あたり慰謝料30万円および弁護士費用3万円を認めた。また、枚方市（第1審・控訴審）判決では、慰謝料各100万円と弁護士費用各10万円が請求されたが、当該廃止処分が適法である、保育内容の継続や保育水準の保持等のために担当者が職務上尽くすべき注意義務の違反が認められない、として却けられている。

4 むすび

昨今、公立保育所の民営化は一般的な傾向となっている⁽⁶⁾。人件費等の財源問題や、待機児童の増加に対応するためだけでなく、サービスの柔軟性を高め、多様な保育ニーズに対応するなど、民営化には積極的な意味がある。他方で、公立保育所も、従来の保育サービスに加え、障害児保育の充実や、子ども家庭支援センターとの連携による保育支援など、公立保育所の特色をいかして、その役割を強化していくことが望まれる。

本判決は、各争点について詳細な検討を加えており、保護者の選んだ特定保育所で保育を受ける児童の法的利益を認めるなど新しい見解を示している点、児童福祉法33条の4にいう「保育の実施の解除」に関して従来

(6) 厚生労働省「平成17年社会福祉施設等調査結果の概況」（平成19年2月）によると、平成17年10月1日現在の、公営保育所の施設数は11,752で、前年比-261（-2.2%）、私営保育所の施設数は10,872で、前年比+391（+3.7%）となっている。

の裁判例とは異なる解釈を施している点など、意欲的な判決である点は評価できる。しかし、民営化を違法と判断した本判決の理由付けとその結論には、釈然としないものが残る。

参考資料

高石市立保育所廃止事件（大阪地判平16・5・12賃社1385・86号103頁，大阪高判平18・1・20判例自治283号35頁〔上告〕）

[概要] 行財政改革の一環として、平成12年8月、財政効果、待機児童の解消や延長保育の実施といった保育サービスの拡充を目的に民営化計画を策定。同年9月、保護者説明会を開催して民営化を発表。平成13年6月、民営化する保育所の廃止を旨とする改正条例案を可決（平成14年4月1日施行）。条例制定後まもなく平成14年1月までの間に、保護者説明会が数回開催。移管先事業者は、平成13年9月に決定し、当該事業者も保護者に対して説明会を数回開催。当該保育所の廃止・民営化に際し、入所園児0～4歳児85名（平成13年度）のうち転園率は42%、保育士は全員入れ替わり。

保護者らが、本件改正条例の制定による本件保育所廃止処分の取消しを求めて提訴。

[第1審] 処分取消請求：棄却。保育所利用につき公法上の契約によるものと解し、当該保育所の存続を前提とした、保護者の「利用契約の存続期間中……その意に反して他の保育所への転園を強要されることなく、当該保育所において保育を受ける権利」を肯定。公の施設である保育所の廃止は被告の「広範な裁量」に委ねられた事項であり、「裁量権の行使に逸脱ないし濫用が存した場合に」保育所廃止が違法になると示した上で、財政効果や保育サービス拡充の観点からの本件廃止・民営化につき、裁量権の逸脱・濫用なしと判断。また、本件保育所の廃止は「保育の実施の解除」（児童福祉法33条の4）に当たらないとして、裁量権の逸脱・濫用と認められるような手続上の違法性もないと判断。

〔控訴審〕 処分取消請求：棄却。保育所利用につき行政処分によるものと解し、保護者の「児童の就学までの期間、当該保育所において、保育を受ける権利ないし法的利益」を肯定。公の施設の廃止は「相当広範な裁量」に委ねられているが、保育所の場合は、児童福祉法の規定・趣旨からその裁量権に一定の制約があるとして、「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、保育所廃止処分は裁量権の範囲の逸脱に当たると示した上で、財政効果、保育サービス拡充の観点からの本件廃止・民営化は目的に合理性が認められ、上記制約事由などの事情も認められないとして、裁量権の逸脱・濫用なしと判断。また、本件保育所の廃止は「保育の実施の解除」（児童福祉法33条の4）に当たらないとして、手続上の違法性もないと判断。

大東市立保育所廃止事件（大阪地判平17・1・18判例自治282号74頁、大阪高判平18・4・20判例自治282号55頁・賃社1423号62頁〔上告〕）

〔概要〕 行財政改革の一環として、平成13年5月、保育所運営検討会が設置され、同年11月民営化方針が発表。その後、平成14年2月までに保護者説明会が数回開催。同年4月、移管先事業者が決定。同年9月、改正条例案を可決（平成15年4月1日施行）。民営化に際して、児童の大部分は新保育園を利用。保育士は全員入れ替わり。引継期間は約3か月。

保護者らが、本件改正条例の制定による保育所廃止処分の取消し、慰謝料各50万円と弁護士費用各5万円を求めて提訴。

〔第1審〕・処分取消請求：棄却。保育所利用につき公法上の契約によるものと解し、当該保育所の存続を前提とした、保護者の「利用契約の存続期間中……その意に反して他の保育所への転園を強要されることなく、当該保育所において保育を受ける権利」を肯定。公の施設である保育所廃止は被告の「裁量」にゆだねられた事項であり、「本件廃止処分の目的、その目的を達成する方法としての本件廃止処分の合理性、本件廃止処分が原告らの上記権利利益に与える影響等を踏まえ

て、裁量権の逸脱・濫用の有無を判断していく」と審査基準を示した上で、経費削減効果など本件廃止・民営化には合理性があり、一定程度の保育内容の変更は受忍すべき範囲内のものであるとして、裁量権の逸脱・濫用なしと判断。また、本件保育所の廃止は「保育の実施の解除」（児童福祉法33条の4）に当たらないとして、手続上の違法性もないと判断。

・損害賠償請求：棄却。本件廃止処分が適法なものであり、また、被告が保護者説明会等を開催し一応の説明義務を果たしていること等に照らして、公法上の契約義務違反および国賠法上の違法行為を否定。

[控訴審]・処分取消請求：棄却。原審を維持。

・損害賠償請求：一部認容。1審被告は、本件児童が心理的に不安定になることの防止とともに、本件保護者らの懸念や不安を軽減するため、引継期間を少なくとも1年程度設定したり、民営化以降も保育に当たっていた保育士を新保育園に派遣するなどの「十分な配慮をすべき信義則上の義務（公法上の契約に伴う付随義務）」を負っていたとした上で、3か月間のみ引継ぎ、新保育所への指導助言等の態様からみて十分な配慮をしたとはいえないとして、債務不履行に基づく損害賠償として1世帯当たり慰謝料30万円および弁護士費用3万円を認容。

枚方市立保育所廃止事件（大阪地判平17・10・27判例自治280号75頁，大阪高判平18・4・27〈判例集未登載〉〔上告〕）

[概要] 公立保育所の経費削減や待機児童解消等のため、平成13年6月，市委嘱の検討委員会が民営化を提言。平成15年4月の市長選で当選した市長の公約の1つが公立保育所の民営化。同年6月，民営化の対象を本件保育所とすることを市議会が報告。同年9月，改正条例案を可決（平成16年4月1日施行）。同年11月，移管先事業者を決定。引継期間は約3か月。新保育園で採用した21名の保育士のうち，5名が民営化前の保育所経験者。

保護者らが，本件改正条例の制定による保育所廃止処分の取消し，慰謝料各100万円と弁護士費用各10万円を求めて提訴。

[第1審]・処分取消請求：棄却。保育所利用につき公法上の契約によるものと解し、当該保育所の存続を前提とした、保護者の「各利用契約に基づき、本件各児童について、原則として就学するまでの期間、本件保育所において保育を受ける権利」を肯定。公の施設である保育所の廃止は被告の「裁量」にゆだねられた事項であるとして、経費削減および待機児童解消という合理的理由や、保育内容の継続性や水準保持のための手続きを予定するなど保護者への配慮が認められるとして、裁量権の逸脱・濫用なしと判断。また、本件保育所の廃止は「保育の実施の解除」(児童福祉法33条の4)に当たらないとして、手続上の違法性もないと判断。

・損害賠償請求：棄却。本件廃止処分が適法なものであり、また、被告は保育内容の継続、保育水準の保持のため通常必要な手続きを履行してきた等、その担当者の職務上尽くすべき注意義務の違反は認められないとして、公法上の契約義務違反および国賠法上の違法行為を否定。

[控訴審]・処分取消請求：棄却。原審の判断を一部訂正。保育所利用につき行政処分によるものと解し、「保育所の廃止によって、当該保育所に入所している児童が保育所において保育を受けることがおよそ不可能となる事態が発生するような場合には、当該保育所の廃止は、裁量権の逸脱、濫用に当たり、違法となる」と示した上で、本件廃止には合理的理由があり、保育所において保育を受けることが不可能となる事態が発生するような事情もないとして、裁量権の逸脱・濫用なしと説示。

・損害賠償請求：棄却。原審と同旨。また、保育所入所を行政処分と解するとしたことから、契約上の義務違反を理由とする1審原告らの主張を否定。

神戸市立保育所廃止事件(仮の差止申立事件・神戸地決平19・2・27<判例集未登載>)、大阪高決平19・3・27<判例集未登載>)

[概要] 公立保育所の経費削減や待機児童解消等のため、平成22年までの間に20か所程度の保育所を民間移管する方針。平成18年度に3か所民営化。平成19年度

も、本件保育所を含む3か所の民営化を予定していた。平成17年12月から趣旨・概要等説明会が数回開催。平成18年11月、予定より2か月遅れて移管先の事業者決定。平成19年2月11日、引継ぎのための共同保育実施を同月26日から3か月間と説明。同月23日、共同保育を3月26日からの3か月間に変更。

保護者・児童らが、平成18年12月13日、条例の制定の差止めを求める本案訴訟を提起するとともに、同条例の制定の仮の差止めを申立て。

[第1審] 仮の差止申立：認容。行政事件訴訟法37条の5第2条に定められる第1の要件「償うことのできない損害を避けるため緊急の必要」について、共同保育の計画自体に問題があり、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金銭賠償のみによることは著しく不相当と判断。この「保育所選択に関する法的利益」については、「公法上の契約関係に基づき発生する極めて強固なものであるか、行政処分として発生する範囲内の程度のものであるかはともかくとして」、児童福祉法24条は保護者および児童自身に対して「保育所を選択し得るという地位（入所後、当該保育所において、一定期間にわたる継続的な保育の実施を受ける地位を含む。）を法的利益として保障」していると述べる。第2の要件「本案について理由がある」については、保育所廃止の判断は「保育所を取り巻く諸事情を総合的に考慮した上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」が、「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ぬ」と示した上で、共同保育の計画自体に問題があるとして、裁量権の逸脱・濫用に当たり保育所選択権を侵害するものと判断。同37条の5第3項に定められる仮の差止めによる「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれ」はなしと判断。

[抗告審] 即時抗告：却下。本件差止めの対象である本件改正条例が制定されないことが確定的であるため^{*}、本件申立ては理由がなく却下すべきであるとして、原決定を取消し。

※神戸市は、平成19年3月20日、第2次改正案を条例として制定。当初の予定を変更し、本件保育所の廃止時期を同年6月末日に遅らせることによって、約3か月の共同保育（引継ぎ）期間を確保した。

これに対して、新たに、差止めを求める本案訴訟の提起とともに、仮の差止めの申立て（第2次）がなされたが、廃止時期が延長されたことから「緊急の必要」はない、また、約3か月間の共同保育期間が設けられたことで、「児童の生命、身体等に危険が及ぶなどの事態は回避できると考えられ……『償うことのできない損害』が生ずるということとはできない」として、却下された（神戸地決平19・3・23〈判例集未登載〉）。