

「保育所選択権」とは何か

—— その「権利」としての成否に関する試論的考察 ——

大 野 拓 哉

はじめに

2009（平成21）年11月26日の最高裁第1小法廷判決¹⁾は、市立保育所を廃止する条例の制定行為が抗告訴訟の対象となる行政処分にあたるとの判断を示した。

この事案は、横浜市（Y）が、市立保育所を民営化すべく、4つの保育所を2004年3月31日で廃止する旨の条例を制定し、その施行によってこれらの保育所が廃止され、その建物等を利用して引き続き社会福祉法人により運営されることになったところに端を発する。これに対して、上記の廃止に係る各市立保育所で保育を受けていた児童とその保護者であるXらが、本件改正条例の制定行為はXらが選択した保育所において保育を受ける権利を違法に侵害するものであるなどと主張して、行政事件訴訟法3条2項に基づき、上記制定行為が抗告訴訟の対象となる行政処分にあたるとの前提で、その取消しを求めるとともに、国家賠償法1条1項に基づき、上記制定行為等により被った精神的損害の賠償としてXら各自20万円の支払を求めるに至ったものである。

ここからだけでもわかるように、本件に関しては、その背景にあると同時に、今日では社会福祉の領域にまで及んできたいわゆる「民営化」の問題や、行政訴訟に関わる諸論点など、幾通りかの切り口がありそうである。

そうしたなかで、本稿では、さしあたり、本件諸判決によって何が・どのように判断されることになったかを、その受け止め方と共に明らかにしたい。そのうえで、様々な論点のうちでも、特に、保護者の側の権利として主張されてきた「保育所選択権」をとりあげ、本件諸判決に即してみた場合、この権利が果たして認められ得るものだったのかどうかを検討することにしたい。

1 本件諸判決の概要

ここにおいて、本件諸判決とは、2006（平成18）年5月22日の一審・横浜地裁判決²⁾、2009（平成21）年1月29日の二審・東京高裁判決³⁾および上告審たる前記の最高裁第一小法廷判決を指す。

これらのうち、まず、一審・横浜地裁判決は、a. 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あたるとした上で、その制定行為には民営化の実施時期について裁量権を逸脱濫用した違法があるとしたが、各市立保育所の廃止から2年余りが経過していることからこれを取り消さずに行政事件訴訟法31条のいわゆる事情判決とし、他方、b. 国家賠償請求については1世帯につき10万円の限度で認容した。この判決を不服として、市側が控訴したが、これに対して、二審・東京高裁判決は、反対に、a. 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あたらず、それに関するXらによる取消しの訴えは不合法だとしてこれを却下し、b. 国家賠償請求についても本件改正条例の制定行為に違法はないなどとしてXらの請求を棄却した。

二審判決に対しては、当然のこと、Xらが上告したが、上告審では、本件条例制定の処分性についてのみ争点とされた。この点に関して、最高裁は、まず、保育所の利用関係が保護者の選択に基づき保育所及び保育の実施期間を定めて設定されるものであるところ、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、当該保育所において保育の実施期間が満了するまでの間、保育を受けることを期待し得る法的地位を有するものである、という。そのうえで、条例の制定は普通地方公共団体の議会が行う立法作用に属し、一般的には、抗告訴訟の対象となる行政処分には当たらないとしつつも、「本件改正条例は、本件各保育所の廃止のみを内容とするものであって、他に

行政庁の処分を待つことなく、そ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ものであるから、その制定行為は、行政庁の処分と実質的に同視し得るものといえることができる」として、二審の判断には法令の解釈適用を誤った違法があるものといわざるを得ない、とする。しかし、Xらに係る保育の実施期間がすべて満了していることが明らかであるから、本件改正条例の制定行為の取消しを求める訴えの利益は失われたものというべきである、として、Xらによる上告は棄却された。

2 本件訴訟の背景としての「民営化」

近年、「民営化」、「民間化」、「私化」などと呼ばれる動きが広くみられるところ、それは社会保障の分野にも及んでいる。その場合、「業務の民間開放、民間活力の活用などの旗印によることが多いが、国又は地方公共団体の財政事情も大きな背景となって」おり、これらは、「社会保障を支える財政問題の視点から見逃すことのできない論点」⁴⁾ともいわれる。

こうした一般的な指摘があるなかで、本件にいわゆる「民営化」はどのような経過をたどったのであろうか。さしあたり、一、二審判決により認定された事実を徴すると、まずは、平成15年2月、横浜市児童福祉審議会が市長に対して次のように意見具申したことが嚆矢となろう。その内容は、保育所における主な保育サービスの実施状況等に関する公立・私立保育所の現状の比較、入所率の比較、運営経費の比較を踏まえて、Y市では今後、待機児童の解消に向けた定員拡大や多様な保育ニーズに応じていく必要があるが、これまでのような税収増は見込めないとして、「民間施設で十分対応が可能な場合は、漸次民営化していくべきであり、公立保育所についても民営化を進めていくことが必要である」といったものであった。次いで、同年4月、Y市は、「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項目を含む重点保育施策を作成、公表した。

そして、同年12月Y市議会において本件改正条例が可決され、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。(なお、「③市立保育所の民営化」の計画及びスケジュールとして、平成16年4月の実施と民営化する保育所として本件4園が既に示されていた。)

このような経緯に関して、原告Xらが、本件民営化の原因を被告の財政問題に求めたのに対して、被告Y市は、多様な保育ニーズに応えることが目的であり、財政問題の解決は主たる目的ではない旨を主張したが、第一審判決は、次のようにいう。すなわち、「本件民営化の目的は、被告の置かれた財政状況の中で、多様な保育ニーズに応じていくことにあったと認めて差し支えないものと考えられる」。

3 本件諸判決の受け止め方

ところで、本件の最高裁判決について、原告弁護団の一人は次のように記す。『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ものといえることができる。』／原告がここまできたのはまさにこの一文のためだった！／『以上によれば、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当たると解するのが相当である。』／勝訴！急ぎ最高裁の門の外で待ち合わせていた原告らのもとへ（原告らは別扱いだった）。／原告らの顔がまぶしかった。警備にあたっていた多数の裁判所職員の前でそれぞれが感嘆の声を上げた⁵⁾（傍点：引用者）。

また、次のようにも記す。「横浜市は、保護者・児童の利益は反射的な利益である等と主張し、法的な利益であることを認めてこなかった。遑れれば、横浜市が保護者に対して一方的に説明を行い、あとは既定方針に従って強行するのだ、という態度に終始したことの淵源は、横浜市が保護者らを法的な主体と認めなかったことにあった。保護者らは、この対応に危機感をおぼえ、子どもたちを守るために訴訟提起にまで至った。保護者そして子どもは、保育行政の客体であるだけでなく、保育所を選択し、子ども／自らの安全と健全な養育環境を確保する主体としての法的な地位を児童福

祉法によって与えられているのであり、行政は保護者らの判断を尊重しなければならない。このことが最高裁でも確認された。この判断は、民営化事例における行政の姿勢を根本から問いたす起点となるはずである⁶⁾。

以上は、当然ながら、本件最高裁判決を実質的な勝訴判決と捉える原告側弁護団の一員としての感慨も含むであろうから、必ずしも一般的な受け止め方とはいえない。そこで、上記以外の受け止め方をみてみたいのだが、その場合、いくつかの争点をめぐってまとめられるように思える。例えば、一審判決においては、①条例の制定が行政事件訴訟法3条2項にいう「処分」に当たるかどうか、そして、②本件条例制定の違法性、すなわち、入所児童の存在する保育所を廃止することはY市の裁量行為として許容されるかどうか争点となり、共に、認められるところとなった。

これらのうち、①に関しては、否定的な見解⁷⁾もあるものの、肯定的⁸⁾、ないしは、本件判決のような捉え方を所与とでも捉える論者⁹⁾もみられる。

しかし、②に関しては、少々事情は異なる。というのは、「本判決の意義は、保育所民営化に際して十分な移行措置をとる義務が、国賠法上の賠償責任を根拠づけるのみならず、取消訴訟における違法原因となりうることを示したことにあるといえよう¹⁰⁾と肯定的に評する向きこそあるものの、むしろ、次に引用するような判決の論の運びに少なからず疑問が呈されるからである。すなわち、判決においては、入所児童がいる保育所の民営化の場合、(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、「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」必要がある。民営化については、条例改正の時点で大方の保護者の承諾が得られているとは言い難い状況であったし、保護者とYは建設的な話し合いが期待できる状況にはなく、また、早急に信頼関係の回復が見込める状況にもなかった。「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」。「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あるが、Yが「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」違法である、という論の運びがとられた。これについて、ある論者は、「本件でどのような結論を導くべきかは微妙なところであるが」とことわったうえで、「少なくとも、判旨が重視している民営化の時期や保護者との信頼関係等の考慮要素は、(保育内容の変化が急激かつ大幅なものであることを推測させる1つの事情になるとしても)決定的なものではないと思われる¹¹⁾といい、また、他の論者は、「民営化は一般市民の代表である議会の議決という最も民主的な形の中で進められており、また、十分とは言えないまでも、Yは民営化に向けた一定の手順を踏んできたようにも思われる。利用者の同意を必要以上に重視した本判決は疑問で、違法ではないとする判断も十分可能だったと考えられる¹²⁾と評する。

その他、本件最高裁判決の影響等について、主として行政訴訟の観点から、次のような一連の検討課題が摘示される。すなわち、本件最高裁判決は、現時点で、Xらに係る保育の実施期間がすべて満了しているから本件改正条例の制定行為の取消しを求める訴えの利益は失われたとして上告を棄却したので、とりあえず、本案の問題たる本件改正条例の実体上及び手続上の適法性についての判断は行っていない。しかし、そこからすると、ア)公立保育所の廃止により、「現に入所中の児童及び保護者は、保育の実施期間が満了するまで当該保育所で保育を受けることを期待し得る法的地位が侵害されることを理由に廃止条例の取消しを求めることが可能となる。そうすると、イ)本件一審判決が判断したように、「どのような場合に入所中の児童及び保護者がいる保育所を廃止することが許されるかという保育所廃止条例の適法性の問題が今後の検討課題となる。また、ウ)「抗告訴訟の対象となる行政処分は、出訴期間内に提起する取消訴訟によってのみ争うことができる」とされているので、「条例制定行為が抗告訴訟の対象となる行政処分に当たる場合にも同様に扱われるのが問題となる。さらに、エ)「本件のよ

うな事例の場合の訴訟手段としては、行政事件訴訟法4条の実質的当事者訴訟としての地位確認訴訟が利用できるかも今後の課題となる¹³⁾という。

もとより、以上が本件訴訟に寄せられたコメントのすべてではない。それにしても注目し得るのは、いずれかといえば、行政訴訟の観点からの関心が強いように思われる点ではなかろうか。それにひきかえ、(その主張内容に同調するか否かはさておき)「保育所選択権」とでも呼ぶべきもののへの言及がほとんどみられないのは、あるいは、予想外のこともかもしれない。

そこで、以下においては、改めて、この「保育所選択権」とでも呼ぶべき「権利」として説かれる内容を概観したうえで、それを本件諸判決と対比し、この「権利」が結果的に本件諸判決で採り上げられなかった理由を、本稿なりに、試論として推し量ってみようと思う。

4 「保育所選択権」の検討

(1) 「保育所選択権」の主張

この「保育所選択権」と呼ばれる「権利」は、2005年8月に横浜地方裁判所に提出された「意見書」¹⁴⁾等において展開されている。その前提として、まず、児童福祉法24条の1997(平成9)年の改正に関して以下のようにいわれる。すなわち、「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とらなければならない。ただし、付近に保育所がない等やむを得ない事由があるときは、その他の適切な保護を加えなければならない。」と規定していた改正前の24条は改正後の24条1項になり、これに2項から5項までが追加された。そこにあつては、改正前と同様に「保育に欠ける」児童を保育所に入所させる市町村の義務が規定された一方で、新たに、保護者からの申込み手続が定められ、また、改正前の「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」から「保育所において保育しなければならない」へと表現が改められた。また、新設の2項では入所を希望する保育所等を記載した申込書の市

町村への提出等が、同じく新設の3項では入所申込みがなされた児童の公正な方法による選考が規定された。さらに、こうした条文上の変化に加えて、いわば立法者意思として、国会の参議院本会議における厚生大臣による改正法案の趣旨説明が引用されるほか、「措置(行政処分)による入所方式から、保護者が(…)入所を希望する保育所を選択して、申し込みに基づき市町村と保護者が利用契約を締結する仕組みに見直した」¹⁵⁾旨の解説も引用される。

以上に引き続いて、次のような解説が紹介される。すなわち、1997年の改正以前に、保育所の入所は市町村の措置という行政処分によって実施されていた。それは、通例、保護者からの申請により行われ、また、申し込みにあたって保護者から保育所の希望を聴く運用もなされていたが、「児童をどの保育所に入所させるかは市町村の広範な裁量に委ねられており、保護者の保育所の選択が制度上保障されていなかった」。しかし、1997年の法改正後は、「保育所入所方式を、保護者が希望する保育所等を記載して申し込むという意味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幼児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」¹⁶⁾という。そして、「これにより、利用者の意思表示を前提として保育所入所が行われ、保育所入所・選択の権利が明確になるなど、利用者の立場を尊重した制度となる」¹⁷⁾と続く。(なお、このように説かれる、「保育所をはじめ児童福祉施設の選択の権利」の憲法論的根拠も挙げられるが、意外にもそれは素っ気ないくらいに簡潔である。すなわち、「そのような児童福祉施設・保育所の施設選択権は、一般には自己決定権、教育の自由、宗教の自由などの憲法上の基本的人権に基づくものであると考えられている」¹⁸⁾というのみである。)

ところで、この「意見書」によれば、「保育所選択権」の内容は、第一には、「保育所入所にあたり保護者が申込書に記載した希望保育所以外の保育所に入所決定されない権利」¹⁹⁾だという。第二に、「希望保育所に入所した児童は、当該保育所で保育の実施を受ける権利を有する」、すなわち、「入

所後に市町村の一方的な判断で当該保育所以外の保育所で保育の実施を受けさせられること（つまり、意に反する転所・転園）はない²⁰⁾という。そして、第三に、この「意見書」において、保育の実施期間については、さしあたり、「平成9年改正の後には保育の実施期間として市町村長（福祉事務所長）が定めた期限まで、児童は希望（選択）して入所した保育所において保育を受ける権利を有する²¹⁾」という。なお、この「意見書」の執筆者はまた、他の機会に、別様の見解を示す。すなわち、1997年の「この法改正に伴い保育所入所の事務処理が改革され、それまで入所措置は期間は一律6ヶ月とされていたが、1998年4月以降、『保育の実施』期間は原則として小学校就学の始期までとされることになった。したがって、小学校就学始期まで、選択した保育所で保育を受けることが保護者の権利として保障されている²²⁾」と述べる。

(2) 本件諸判決と「保育所選択権」

さて、ざっと、以上のように主張される「保育所選択権」だが、それは、本件諸判決においていかに採り上げられ、あるいは、採り上げられなかったのだろうか。

第一審の横浜地裁判決は、(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するのが相当である」という。ただし、この判決は、本件の三判決の中では保護者側の主張を最も容認した判決ともみえるが、意外にも、保育所の選択に関しては、「法的な利益」とはいうものの、特にこれを何らかの「権利」として認めているわけではない。

次いで、第二審の東京高裁判決は、「保護者は、やむを得ない事由のない限り保護者の選択した特定の保育所においてその監護下にある児童につき保育の実施を受け、将来の保育期間中にわたって当該保育所での保育の実施を受けるとい利益を有する」と認める一方で、公の施設として基本的には住民全体の利益に適う利用がされるべき保育

所の廃止まで制約する絶対的なものと解することはできず、また、保護者側の選択に係る保育所において一定の期間保育を実施することを(市の側に)請求することができる権利を有するものではない²³⁾、との判断も示す。ただ、大いに興味深いことに、この判決は、第一審判決とは違って保護者側の主張を基本的に認めないにもかかわらず、また、否定的な意味合いにおいてではあるが、保護者の側の「権利」に言及する。

さらに、上告審の最高裁判決は、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当たらない旨の二審判決の判断を是認できない理由を示す一環として、次のように判示した。すなわち、「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74号による児童福祉法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。そして、前記のとおり、被上告人においては、保育所への入所承諾の際に、保育の実施期間が指定されることになっている。このように、被上告人における保育所の利用関係は、保護者の選択に基づき、保育所及び保育の実施期間を定めて設定されるものであり、保育の実施の解除がされない限り(同法33条の4参照)、保育の実施期間が満了するまで継続するものである。そうすると、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ものといえることができる。」

以上、さしあたって、これらの判決に共通して

いるのは、いずれも、「保育所選択権」なる「権利」を正面切って認めるものではないということである。しかし、そのことは、先に紹介した「保育所選択権」の主張とこれらの判決の該当する部分が全く相容れないということではなさそうである。例えば、一審判決が、「保育所を選択し得るといふ地位を保護者における法的な利益として保障している」というとき、それは、ちょうど、かの論者が、「保育所選択権」の内容の一つとして、「保育所入所にあたり保護者が申込書に記載した希望保育所以外の保育所に入所決定されない権利」²⁴⁾ということと内容の点で概ね重なり合うであろう。また、第二審の東京高裁判決が、「保護者は、やむを得ない事由のない限り保護者の選択した特定の保育所においてその監護下にある児童につき保育の実施を受け、将来の保育期間中にわたって当該保育所での保育の実施を受けるといふ利益を有する」と認めるとき、それは、かの論者が、「保育所選択権」の第二として、「希望保育所に入所した児童は、当該保育所で保育の実施を受ける権利を有する」、すなわち、「入所後に市町村の一方面的判断で当該保育所以外の保育所で保育の実施を受けさせられること（つまり、意に反する転所・転園）はない」²⁵⁾ということと、やはり、内容的に概ね重なり合うであろう。

さらにいえば、最高裁判決が、「被上告人における保育所の利用関係は、保護者の選択に基づき、保育所及び保育の実施期間を定めて設定されるものであり、保育の実施の解除がされない限り（同法33条の4参照）、保育の実施期間が満了するまで継続するものである。そうすると、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ものといふことができる。」というとき、それは、あたかも、かの論者が、前述のように、三点に分けて提示した「保育所選択権」の内容²⁶⁾につき、その三点全てにわたってほぼ重なり合うようにも見える。

(3) 「保育所選択権」の成否

それでは、最高裁判決をはじめとする本件諸判決は、何故、「保育所選択権」を認めたり、それを

踏まえて事案の解決を図らなかったのだろうか。

いずれにせよ、そうした「権利」を認めていないのだから、この間に答えることは必ずしも容易なことではなさそうだが、ともあれ、ここでは、その理由を推し量ってみようと思う。すると、まず、思い至るのは、第一審判決にしても第二審判決にしても、かの論者が説く「保育所選択権」の内容と比較した場合、いずれの判決も、共に、いわれるところの「保育所選択権」の権利内容とすべて過不足無く重なり合うというよりは、せいぜい、その一部と重なるにすぎなかったであろう、ということである。そして、おそらく、それだけでは、何と命名するかは別にして、一つの独立した「権利」として捉えるには内容として十分だとは考えられなかったのかもしれない。

これに対して、最高裁判決では、「保育所選択権」の主張内容はほぼ受け容れられているようにも思われるのだが、それにしては、何故、それは「権利」として認められなかったのだろうか。筆者としては、最高裁判決にしても、「保育所選択権」の主張内容にしても、＜保護者による保育所の「選択」→選択した保育所での「保育の実施」→実施期間満了まで「保育を受けることを期待し得る法的地位」＞という基本的な構図そのものは異ならないとみる。ただ、その力点の置き所が微妙に違うのではないかと考えるものである。というのは、「保育所選択権」の主張は、まさに文字通り、「選択」をすることに重きが置かれているようには思われ、かつ、それに引き続くプロセスはすべてその「選択」の結果（効果）として捉えられているようにさえ見えるのに対して、最高裁判決では、保護者の「選択」に基づくことこそ変わらないものの、むしろ、当該保育所において保育を受けているということ、そして、そうであればこそ、かかる保育の実施を期間満了まで期待し得ることに重きが置かれているのではなからうか。そして、このように、当該保育所において保育を受けているということがより重要なのだと解すれば、そのような事態がどのような経緯によってもたらされたのかは、必ずしも第一義的な重みをもたなくとも大勢にはさしたる影響をもつものではないのかもしれない。

こう考えると、(かつてのように、措置によっ

て保育所が決定されていた場合にも同様にいえたかどうかはさておき、)例えば、保護者による選択の結果、特定の保育所に希望が集中したような場合に(児童福祉法24条3項に定める)公正な選考によって第二希望以下の保育所への入所が決定したというようなときでさえも、その保育所において保育の実施を受けるということは、少しも変わらず、重い意味をもち得るであろう。(反対に、これがもしも「保育所選択権」であるならば、「選択」は「選択」に違いないものの、それが「選択」である以上、その希望順位が下がれば下がる程、その分だけ積極的な意味は薄れていくに違いないだろう。)そして、そのことは、最高裁判決が、「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ものということができる」として、かつて「選択」したことではなく、「現に保育を受けている」ことの故に実施期間満了まで「保育を受けることを期待し得る法的地位」を有することになるとみているところからもいえるのではなかろうか。

また、そもそも、ここで、仮に、保育所を「選択」することを「権利」だと捉えたとして、だから直ちに、「保育の実施期間が満了するまでの間は当該保育所に於ける保育を受けることを期待し得る」というところまでひとつ飛びに結論づけられるとも考えられまい。そこはやはり、「選択」の後には、それによって入所が決定した「特定の保育所で現に保育を受けている」ということが続くのは自然な展開であろう。さらに、こうした利用関係は、(ある種の既得権の保護とでもいうのか)「保育の実施の解除がされない限り(…)、保育の実施期間が満了するまで継続するもの」というのも自然な展開であろうし、最高裁判決もそう捉えているものと思われる。なるほど、こうした展開は、いわゆる「保育所選択権」が提示する三つの「権利」内容²⁷⁾に沿うものではある。しかし、そうだとし、ても、「保育所選択権」が重視する「選択」は、この一連のプロセスにおいて、その起点をなすことこそ間違いないが、だからといって、保育所への入所であれば「措置」によってももたらされ得るから、「選択」は、それに引き続くプロセスにとつ

て、必ずしもそれなくしてはその後の展開があり得ないような要素でもなかろう。それ故、もし、この一連のプロセスを何らかの「権利」として捉えるにしても、少なくとも、それを単一の「選択権」として捉えるのは内容的にも、また、命名としても相応しくないのではなかろうか。

おわりに

本件最高裁判決に対して、既述のように、原告側弁護士団の一人は、『『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ものということができる。』原告がここまできたのはまさにこの一文のためだった!』²⁸⁾(傍点:引用者)と記す。「保育所選択権」という形で認められることこそなかったものの、本件については、上記は十分な感慨であったのかもしれない。

ところで、この「保育所選択権」については、まだまだ検討を加えるべきところが多々あるように思われる。ちなみに、1997年の児童福祉法の改正によって、その24条は大きく変わったが、例えば、その解釈も変わったであろうか。少し先回りしていえば、改正前と改正後では、当然ながら、論調は明らかに異なる。しかし、興味深いのは、改正後の解釈、とりわけ「権利」としての把握も、今日いわれるところの「保育所選択権」に直結するものでもなさそうだとすることである。

そのあたりを瞥見すれば、まず、1997年の改正より遙か前の解説書²⁹⁾には、当然のことながら、入所の「措置」に関する記述はあっても、いかなる意味でも「権利」としての解説はみられない。

これに対して、1997年改正後の解説書は、保育所の入所は、改正前には、「措置により保育所に入所させる仕組み」であり、「事実上、入所にあたって市町村が保護者に希望を聴くことはあっても、保育所、保育サービスの選択権が利用者にはなかった」と、必ずしも積極的にではないが、「選択権」に触れる。そして、「これに対応して、保育所側に利用者の選択に対応して、利用者の需要をふまえた保育サービスを自主的に提供するという誘因が働きにくく、サービスが画一的・硬直的になりやすいという問題があった」と振り返る。そ

のうえで、「このため、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枠組みを整備するため、措置(行政処分)による入所方式から、保護者が各保育所に関する十分な情報を得たうえで、入所を希望する保育所を選択して、申込みに基づき市町村と保護者が利用契約を締結する仕組みに見直したものである」³⁰⁾と述べる。

他方、同じく1997年の改正後の別の解説書は、保育所入所の決定に関して、次のように説明する。すなわち、保育の実施を希望する保護者は、入所を希望する保育所等を記載した入所申込書を居住地の市町村に提出しなければならない。これに対して、市町村長は、入所申込者が保育所入所の要件に該当するとみとめたときは、「付近に保育所がない等やむを得ない事由」(1項但し書)がないかぎり、保育所への入所を決定しなければならない。「この意味で、保育所入所の要件に該当する児童には保育所入所の権利(入所請求権)が認められるということができる」³¹⁾。また、「入所決定は入所申込書に記入された保育所ごとに行われる。このような入所申込み手続は第50次改正により明文化されたものであり、入所申込者に保育所選択権が保障されることになる」。なお、「以上のような市町村長の保育所の決定は行政処分であり、「保育所入所の決定が行政処分であるとすれば、保育所入所の申込みは行政手続法2条3号という『申請』に当たる」³²⁾ともみられる。

以上から「権利」概念だけを拾っても、それらは、「保育所、保育サービスの選択権」であったり、「保育所入所の権利(入所請求権)」であったり、「保育所選択権」であったりする。また、かくいう「保育所選択権」にしても、今日主張されているそれとネーミングこそ同一であるが、今日のそれが前述のように三つに分けて解説され、さりとて、そのどこまでが「選択」という行為による効果なのか少々不明なまでに射程の長い「権利」概念であるのに対して、よかれあしかれ、どこまで内容を詰められたものであるのかは不明でさえあろう。(ことによると、「保育所入所の決定が行政処分である」ということにこそ、重きが置かれているだけかもしれない。)

なるほど、a)「選択」がなされたから、特定の

保育所への入所が叶ったであろう。そして、b)特定の保育所に入所したからこそ、そこにおいて「保育の実施」を受けることができたであろう。さらには、c)(本件の最高裁判決に従えば)「保育の実施」が解除されない限り、「保育の実施」の期間満了までは「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」を有したであろう、というように、一応、論理は連なろう。しかし、だからといって、上記に関して、a)から直ちにc)を引き出し得るであろうか。つまり、仮に、「選択」が「権利」だとしても、それが当該「選択」にかかる保育所で保育を受け続ける「法的地位」に直結するかどうかは、別途、検討を要するに思われてならない。すべてを「選択」に帰することができるのかどうか、といってもよいかもしれない。こうした「権利」内容の考究は、まず確実に、今後の検討課題の一つにはなり得よう。

その他、「保育所選択権は絶対に侵害してはならないのか、自治体には公の施設管理を行う権限があるので、その権限との関係で保育所選択権の範囲をどう考えるかが次に問題とな」との指摘の下、この問題に関する考え方が三つに分かれるとも指摘される³³⁾。また、従来、専ら保護者の権利として論じられてきた傾きがあるが、本件訴訟にしても、元々、原告は、Y市による廃止に係る4つの市立保育所で保育を受けていた児童とその保護者であるXらであって、保育の実施を受ける当の子どもたちの視点は導入し得ないのか、仮にそれが叶うなら、単に保育所を選択するというに止まらず、どこであれ、入所している保育所における保育の質を問うことはできないのか、といった論点にまで、視野は拡大してゆかざるを得ないかもしれない。これらも、今後の課題として、ここに付け加えておくことにしたい。

注

- 1) 『判例地方自治』324号60頁。
- 2) 同誌284号42頁。
- 3) 同誌316号60頁。
- 4) 碓井光明『社会保障財政法精義』(信山社、2009年)26頁。
- 5) 秦雅子「保護者・児童の法的地位を認めるクリアな判決」『賃金と社会保障』1510号69頁。
- 6) 秦・前掲5)文献71-72頁。

- 7) 福田素生「公立保育所の民営化」『別冊ジュリスト 社会保障判例百選 [第4版]』(有斐閣、2008年) 207頁。
- 8) 笠木映里「市立保育所を廃止し『民営化』する条例制定行為の行政処分性と適法性」『ジュリスト』1341号189-190頁。
- 9) 春日修「市立保育所廃止処分取消請求事件」『判例地方自治』300号50頁。むしろ、②に関して「取消訴訟における条例の違法性が認定されたのは、本件が初めてであって、ここに本判決の意義がある」とする。
- 10) 春日・前掲9) 文献52頁。
- 11) 笠木・前掲8) 文献191頁。
- 12) 福田・前掲7) 文献207頁。
- 13) 江原勲・北原昌文「保育行政の民営化に重い教訓」『判例地方自治』329号7-8頁。
- 14) 田村和之『保育所の廃止』(信山社、2007年) 52頁以下。
- 15) 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頁。
- 16) 同書167-168頁。
- 17) 同書168頁。
- 18) 田村「意見書——保育所選択権について」『広島大学総合科学部紀要 社会文化研究』29巻156頁。この意見書は、2003年1月20日付で大阪地裁第7民事部に提出したものである。
- 19) 田村・前掲14) 文献62頁。
- 20) 同書63頁。
- 21) 同書63-64頁。
- 22) 田村『保育所の民営化』(信山社、2004年) 26頁。
- 23) なお、本件民営化について、その廃止処分および改正条例の効力停止を求めて行った執行停止の申立てに対する2004年3月30日の東京高裁決定(『判例時報』1862号151頁)も、児童福祉法24条において保護者の保育所選択権が制度上保障されている旨の主張について、「同条は、市町村が設置した保育所につき、保護者が希望する保育所への入所を希望した場合は、保育に欠ける乳幼児等か否かの事実確認の上で、当該保育所の受入れ能力がある限りにおいては、希望どおりに保育所入所を図るべき旨を規定したものであり、これをもって当然に特定の保育所を一定の年限の間利用し続けることについて保護者の具体的な権利、利益を保障したものとはいえない」という。
- 24) 田村・前掲14) 文献62頁。
- 25) 同書63頁。
- 26) 同書62-64頁。
- 27) 同書62-64頁。
- 28) 秦・前掲5) 文献69頁。
- 29) 厚生省児童家庭局編『改訂新版 児童福祉法 母子及び寡婦福祉法 母子保健法 精神薄弱者福祉法の解説』(時事通信社1987年) 149頁以下。
- 30) 前掲15) 文献167頁。なお、ここにみられるような契約という把握に関しては、例えば、堀勝洋『現代社会保障・社会福祉の基本問題』(ミネルヴァ書房、1997年) 178-179頁が批判的に取り上げる。
- 31) 佐藤進・桑原洋子監修、桑原洋子・田村和之編『実務注釈 児童福祉法』(信山社、1998年) 142頁[田村和之]。
- 32) 同書142-143頁。なお、堀・前掲書179-180頁は、手続的権利としての「申請権」に論及する。
- 33) 杉山隆一・田村和之編『保育の理論と実践講座 第4巻 保育所運営と法・制度』(新日本出版社、2009年) 212頁[河村学]。