

意見書 — 保育所選択権について

田 村 和 之

本意見書は、2003年1月20日付けで大阪地方裁判所第7民事部に提出した「意見書」(平成14年(行ウ)第173号保育所廃止処分取消等請求事件)の全文である。

事件のあらましは以下のとおりである。大阪府大東市は、2002年9月、市議会に「大東市立保育所条例の一部を改正する条例」案を提出し、同条例は、同月26日、同議会会で可決され、同月30日、公布された(平成14年大東市条例第23号)。本条例は、2003年4月1日から施行され、同日、同市が設置する大東市立上三箇保育所を廃止するものである。

そこで、同年11月5日、子どもを同保育所に入所させている親たち74名(後に76名)は、同保育所が廃止されると、行政庁の具体的な処分を待たず当然に同保育所に入所する利益を失うとして、大東市を被告として、前記条例の公布により行った同保育所の廃止処分の取消し等を求めて大阪地裁に提訴した。

なお、本件では、執行停止も申立てられていたが、大阪地裁は、2003年3月26日、これを却下した(平成14年(行ウ)第151号。判例集等未掲載)。本案訴訟は、現在なお同地裁に係属中である。

はじめに

本件では、原告らが監護する児童(以下では「本件児童ら」という)は、大東市福祉事務所長の決定により、それぞれの就学前までの間(その終期は児童ごとに異なり、もっとも遅い者の終期は平成20年3月31日である)、大東市立上三箇保育所(以下では「本件保育所」という)において保育を受けることができる権利が成立している。この権利は、①本件保育所という特定の保育所に入所し、保育を受けること、②本件保育所で保育を受けることができる期間が上記のように定まっていること、を内容とするものである。

①について言えば、従前、市町村の保育所入所は特定の保育所を選択することを保護者に認めていたかどうかは曖昧な面があったが、後述のように、平成9年の児童福祉法改正により保護者に保育所選択権が認められ、

児童を特定の保育所で保育を受けさせることが保護者の権利となった。**第1**でこの権利について詳しく述べる。

②について言えば、やはり平成9年の児童福祉法改正の前は、保育所入所措置期間が6ヶ月とされるのが一般的であったが、同改正後は、保育所入所の期間（保育の実施期間）は就学前までとされるようになった。

したがって、①の権利は決定された保育の実施期間が終了するまで保障されなければならない。この保育の実施期間の途中で入所した保育所を廃止することが法的に許されるのかどうか、もう1つの検討事項であり、**第2**で考察する。

第1 特定の保育所で保育を受ける権利－保育所選択権

1. 児童福祉法24条の平成9年改正の趣旨

1) 児童福祉法は平成9年の第140回国会において改正され（法律74号。以下では「平成9年改正」という。）、改正法は平成10年4月より施行された。これにより保育所入所について規定する同法24条は大きく改められた。改正前の条文を示そう。

「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。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。」

同条は一部改正のうえで改正後の24条1項とされ、さらに24条に2項から5項までが追加された。1項では改正前と同じく「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ているが（本文）、新たに保護者からの申込み手続を定め、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」が「保育所において保育しなければな

らない」に改められた。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(前段)と申込書提出の保育所による代行(後段)、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ている。

2)平成9年改正の改正法案(児童福祉法の一部を改正する法律案。以下では「改正法案」という。)の趣旨について、平成9年3月21日、小泉純一郎厚生大臣は参議院本会議において(参議院先議)次のように説明した(『官報号外』平成9年3月21日第140回国会参議院会議録11号1頁)。

「第一は、児童保育施策等の見直しであります。

まず、保育所について、市町村の措置による入所の仕組みを、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する仕組みに改めるとともに、保育料の負担方式について、現行の負担能力に応じた方式を保育に要する費用及びこれを扶養義務者から徴収した場合における家計に与える影響を考慮した方式に改めることとしております。

次に、保育所は、地域の住民に対し、その保育に関し情報提供を行うとともに、乳幼児等の保育に関する相談、助言を行うよう努めなければならないこととしております。

また、放課後児童健全育成事業を社会福祉事業として制度化し、その普及を図ることとしております。」

以上が、保育所と児童健全育成事業を含めた「児童保育施策等の見直し」に関する説明部分のすべてである。その冒頭で厚生大臣は、保育所入所について「市町村の措置による入所の仕組み」から「保護者が保育所を選択する仕組み」に改めると説明している。このような説明は、改正法案を審議した第140回国会の衆参両院の厚生委員会において、同大臣および厚生省関係者が繰り返し行っている。

平成9年改正における保育所入所の仕組みの改革の趣旨について、やや詳しく説明しているものとして、1999年に刊行され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』（本書は厚生省児童家庭局編『改訂児童福祉法・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、1991年の改訂版であり、編者名は変わっているが、実質的な編者が同局であることに変わりなく、平成9年改正に関する厚生省児童家庭局またはその当局者の見解が記されているとみられる。）がある。同書は、児童福祉法24条の改正の趣旨について次のように説明する。

「(改正前の同条の問題点について。筆者) 保育所の入所は、市町村が、保育に欠けると認める児童を措置により保育所に入所させる仕組み(いわゆる措置制度)となっており、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。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」と認識し、このような問題を改めるため、「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ものである。」(167頁)

これを整理すれば、従前の同法24条による保育所入所制度では、利用者側に保育所・保育サービスの選択権がなかったが、平成9年改正で①保護者が保育所を選択できるように、②申込みに基づく保育所入所制度に、③措置(行政処分)による入所から市町村と保護者との契約による入所(注)に、改められたということである。

(注) ③は改正法案の説明において厚生省が強調した点の1つである。保育所選択権をどのように考えるかに直接関係ない問題であるが、平成9年改正の重要な論点の1つであるので、私見を述べておく。

改正後の児童福祉法24条1項に基づく市町村長(福祉事務所長。以下同じ。)の保育所入所(行政実務では「保育の実施の承諾」と呼ばれている。)決定が、従前と異なり契約となったという説明は理解しがたい。その理由を述べよう。

改正後の24条1項では「保護者からの申込み」が追加されたが、基本的な条

文の構造は改正前と変わっていない。「申込み」手続が入ったから契約となると解しているのかも知れないが、周知のように行政処分とされるものの多くは申請（請求、申込みなどの語が用いられることもある。）を前提として行われる。したがって、申込み手続が規定されたからといって市町村長による決定が契約化されたと解するのは早計である。

改正後も市町村長は、申込みがなされた児童について、保育所入所要件該当性の判断・審査と、同条3項の選考をその権限と責任において行わなければならないのであって、このような保育所入所（保育の実施の承諾）決定を契約とすることはできない。

関連していえば、厚生省は保育所入所不承諾（入所申込みの却下）決定および保育の実施の解除（保育所退所）決定は行政不服申立ての対象となるとしており（後記の平成9年9月25日児童家庭局長通知、これらは「行政庁の処分」としている）。

2. 保育所選択の権利

児童福祉法規研究会・前掲書は、前記の引用文につづけて保護者による保育所選択について、次のようにいう。

「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。また、入所の申し込みにあたって、保護者から保育所の希望を聴いて保育所入所を行う運用が行われていたが、これは入所調整にあたっての事実上・便宜上の取り扱いに過ぎず、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は制度上保障されていなかった。

平成9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。」(167-168頁)

この説明によれば、平成9年改正の前は、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いた、保護者から保育所の希望を聴いて保育所入所を行う運用が行われていたとしても、これは入所調整にあたっての事実上・便宜上の取り扱いに過ぎなかったが、改正後は、保護者が申込書に記載した希望保育所に受け入れ能力がある限りその保育所に入所を図らなければならなくなったということである。「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。」(168頁)と同書は説明している(前述のように、同趣旨の説明は第140回国会において厚生省当局者が繰り返し行っているが、いちいち引用紹介しない)。

以上の説明から明白であるが、厚生省は平成9年改正によって保護者に保育所選択の権利(保育所選択権)が保障されることになったと説明し、そのように理解していた。

3. 施設選択権の憲法上の根拠

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に触れておこう。

児童福祉は多かれ少なかれ児童の発達保障を内容としている。具体的には、児童福祉施設の目的・性格により少しずつ異なるが、保育所は児童の「保育」を目的とする施設であり(児童福祉法39条1項)、「保育」は保護養育を意味する概念であるとされ、児童の発達保障を包含していると考えられている。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。

4. 保育所選択権の内容

ここでは、保育所選択権は具体的にどのような権利であるについて検討

したい。

1) 既に明らかであるが、保護者が申込書に記載した希望する保育所（複数記載が通例である。保育所入所申込書の様式につき後記の平成9年9月25日厚生省児童家庭局長通知に付されている第1号様式参照）に受け入れ能力がある限り、市町村はその保育所に入所させなければならない。したがって、保育所選択権とは、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である。

厚生省児童家庭局長通知「児童福祉法等の一部改正について」（平成9年6月11日、児発411号）は、「市町村は、一の保育所について申込児童のすべてが入所するときに適切な保育が困難になる等の場合には、入所児童を公正な方法で選考できるものとする」という。つまり、選考は保育所ごとに行うのであり、選考の結果、入所させることができない（保育の実施を行わない）と判断した者については、「保育所入所不承諾通知書」を交付する（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）。希望しない他の保育所に定員空きがあるからといって、他の保育所に入所させるという「選考」はあり得ない。

2) 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。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）はできない。これが保育所選択権の第2の意味である。市町村による意に反する転所・転園が行えるとすれば、保育所選択権は絵に書いた餅である。

3) 希望保育所に入所した児童は、当該保育所においていつまで保育の実施を受ける権利を有するのであろうか。平成9年改正の前は、一般に保育所入所措置期間は6カ月とされていたが、改正の後、厚生省はこれを次のように改めた。

厚生省が示した保育所入所申込書（前述）には「保育の実施を希望する期間」の記入欄があり、その「記入上の注意」書の3に「小学校就学始期

に達するまでの4の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で記入してください。」と書かれている。市町村長が保育所入所決定者に送付する「保育所入所承諾書」（前記の厚生省児童家庭局長平成9年9月25日通知に付されている第3号様式）には「保育の実施期間」を記入する欄があり、そこには「申込者からの保育の実施希望期間の範囲内で、小学校就学始期までの保育に欠けると見込まれる期間を記入すること」とされている（平成9年9月19日厚生省児童家庭局実施の「全国児童福祉主管課長会議資料」55頁。なお、同局保育課長による同趣旨の説明は旧厚生省のホームページ掲載のこの課長会議の「会議録」の中に見ることができる。）。

本件原告らについていえば、保育の実施期間がそれぞれ平成16年、17年、18年、19年、20年の3月31日となっているが、これは上記のような厚生省の新しい方針に従ったからである。

こうして、平成9年改正の後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ことになる。したがって、原告らは、上記の保育の実施期間の間、本件児童らについて、入所した本件保育所で保育を受ける権利を有するのである。

第2 特定の保育所で保育を受ける権利と保育所廃止

1) 児童が入所した保育所が適法に廃止され、存在しなくなってしまうえば、保育の実施期間の満了以前でも、当該保育所で保育を受ける権利は消滅すると解するほかないであろう。問題は「適法な保育所の廃止」とはどのような場合をいうのかである。

例えば、災害により保育所の施設が壊滅してしまったとき、あるいは、私立保育所の設置者が破産してしまったときなどは、一見、保育所の廃止を認めざるを得ないように考えられなくもない。しかし、このような場合

であっても、法的・観念的には保育所は存在しているのであり、最終的に廃止するかどうかの決定・手続が必要である。そして、例としてあげたような極端な事例であっても、応急的な措置を講じて児童の保育が行われる場合が多いと考えられ、保育所廃止を避ける努力がなされるのが通例であり、直ちに保育所廃止やむなしとならない場合が多いのではないだろうか。

2) 同一市町村内に複数の公立保育所が設置されているが、特定の保育所が諸種の理由により極端に入所者が少なく、将来的にも入所者数の回復がまったく見込めないとき、その市町村の経営合理化の見地から公立保育所の統廃合が行われることがある。このような市町村経営の合理化のために行う公立保育所の廃止は、当該保育所に入所している児童の保育を受ける権利を侵害しない形で行われるのであれば問題ないであろうが、入所児童の権利を侵害するようなそれは違法であるといわざるを得ない。具体的にいえば、現に入所児童がいて保育の実施期間が残っている場合は、その児童の卒園または転所・転園をまつて行う当該保育所の廃止でない限り違法である。このような廃止の仕方は、周知のように高校や大学（生徒・学生が選択して入学した学校ということが出来る。）の廃止にあたっては広くに行われている（具体的な手順をいえば、まずは新規の募集を停止する。そして、在校生・在学生が卒業した後に学校、学部、学科などの廃止手続をとる。）。

本件保育所の廃止は、なお保育の実施期間が残っている児童がいるのに、それらの児童の転所・転園をまつことなく一方的に行われようとしており、特定の保育所で保育を受ける権利を侵害するものであるといわざるを得ない。

3) 児童福祉法規研究会・前掲書の児童福祉施設の廃止または休止に関する説明を紹介しよう。

「国または都道府県は、すでに設置し経営している児童福祉施設を廃止または休止することができる。廃止または休止する場合は現に入所している児童の処置につき十分の考慮をほらい、いやしくも一時的で

あれその福祉が害されるようなことがあってはならない。

またその地域に当該児童福祉施設が必要であるにもかかわらず、財政上の理由等で廃止または休止されてはならないのは当然である。」

(284頁)

この説明は保育所選択権を意識したものではないが、「現に入所している児童の処置につき十分な考慮を払い……」ということは、保育所の廃止についていえば、児童と保護者の保育所選択権を考慮し、これを侵害しないようにしなければならないということの意味するということができるであろう。原告らの保育所選択権を一方的に侵害し、意に反した形で転所・転園を強いるとすれば、多かれ少なかれ本件児童らの福祉が一時的であれ害されるようなことになることは否定しがたい。

なお、大東市は、上記の引用部分の後段で戒められていることを行おうとしている。そのような保育所廃止はいかなる意味でも合理化しがたいというほかない。

以 上