

子ども・子育て支援法と改正児童福祉法の諸問題 －児童福祉法24条改正を中心に

伊藤 周平
(司法政策研究科教授)

目 次

- I 問題の所在－子ども・子育て関連法の成立
 - 1 子ども・子育て関連法案の提出と3党修正
 - 2 子ども・子育て関連法の成立と本稿の概要
- II 現行制度の概要
 - 1 児童福祉法24条による保育所保育の仕組み
 - 2 現行保育制度の特徴と保育を受ける権利
 - 3 保育所最低基準の地方条例化と保育を受ける権利
 - 4 2008年児童福祉法改正による家庭的保育事業の法定化
- III 児童福祉法24条改正の概要と問題点
 - 1 改正児童福祉法24条1項－市町村責任方式
 - 2 改正児童福祉法24条2項－直接契約方式
 - 3 市町村による利用調整・利用要請
 - 4 特別な支援を必要とする子どもに対する支援と困難児童に対する措置
- IV 今後の課題

I 問題の所在－子ども・子育て関連法の成立

1 子ども・子育て関連法案の提出と3党修正

(1) 子ども・子育て関連法案の提出

2012年2月17日、野田民主党政権（当時）は、2014年4月に消費税率を8%、2015年10月に同10%に引き上げることなどを内容とする「社会保障・税一体改革大綱」を閣議決定し、それにもとづき、同年3月30日、子ども・子

育て関連法案（総合こども園法案、子ども・子育て支援法案、関連法律の整備法案の3法案）、消費税増税法案（消費税法改正法案および地方税法改正法案の2法案）、年金機能強化法案（公的年金制度の財政基盤及び最低保障機能の強化等のための国民年金法等の一部を改正する法律案）を社会保障・税一体改革関連法案として、第180回通常国会に提出した。4月26日には、衆議院に社会保障・税一体改革特別委員会が設置され、これら社会保障・税一体改革関連7法案（前述の6法案に加え、4月13日に提出された被用者年金一元化法案）が一括して審議されることとなった。

特別委員会での審議は難航していたが、2012年6月になって、突如、民主党・自民党・公明党の3党による7法案の修正協議がはじまり、同年6月15日、3党が修正案に合意した（以下、3党が合意した修正内容を「3党修正」という）。3党修正では、消費税増税法案については、ほとんど修正はなされなかったが、子ども・子育て関連法案については大幅な修正がなされた。そして、同月26日、7法案の修正案に加え自民党が提案していた社会保障制度改革推進法案の計8法案が民主党・自民党・公明党の賛成多数で衆議院で可決され、参議院に送られた。

まさに、消費税の増税と社会保障制度改革については、3党大連立政権が樹立されたかのような様相であり、密室談合による3党のみによる修正協議は、国会審議の軽視とってよい。しかも、子ども・子育て関連法案に関しては、民主党は、修正協議を官僚に丸投げしていたという。修正は、子ども・子育て関連法案だけでも、300頁以上にのぼる資料になっており、国会議員すらもその内容を十分理解する暇さえ与えられず、採決が強行された。

(2) 3党修正の内容

衆議院段階で、子ども・子育て関連法案に加えられた3党修正の内容は次の通りである。

①総合こども園法案は撤回し、認定こども園法（就学前の子どもに関する教育、保育等の総合的な提供の推進に関する法律）の一部改正法案（議員立法）により、（i）幼保連携型認定こども園を単一の施設として認可・指導監督等を一体化したうえで、学校および児童福祉施設として法的に位置づけること、

(ii) 新たな幼保連携型認定こども園については、既存の幼稚園および保育所からの移行は義務づけないこと、(iii) 新たな幼保連携型認定こども園の設置主体は、国、地方公共団体、学校法人または社会福祉法人とすること、②子ども・子育て支援法案については、(i) 認定こども園、幼稚園、保育所を通じた共通の給付（施設型給付）と小規模保育等への給付（地域型保育給付）を創設し、市町村の確認を得たこれらの施設・事業について財政支援を行うこと、(ii) 市町村が児童福祉法24条に則って保育の実施義務を引き続き担うことにもとづく措置として、民間保育所については、現行どおり、市町村が委託費を支払い、利用者負担の徴収も市町村が行うこと、(iii) 保育の必要性を市町村が客観的に認定する仕組みを導入すること、(iv) 指定制度に代えて、都道府県による認可制を前提とし、大都市部の保育需要の増大に機動的に対応できる仕組みを導入すること（児童福祉法の改正）、③関連法の整備法案については、児童福祉法24条等について、保育所での保育については、市町村が保育の実施義務を引き続き担うこととするなどの修正を行う、となっている（民主党・自民党・公明党「社会保障・税一体改革に関する確認書」子育て関連部分）。

もともと、民主党政権のもとで構想されてきた子ども・子育て支援新制度（当初は「子ども・子育て新システム」と呼ばれていた。以下「新制度」という）の本質は、市町村が保育の実施義務（児童福祉法24条1項）を負っている現在の保育制度（施設補助方式、自治体責任による入所・利用の仕組み）を、介護保険法や障害者自立支援法のような利用者補助方式（個人給付方式）・直接契約方式（保護者の自己責任による利用の仕組み）に変えることにあった。実際、当初の児童福祉法改正案では、24条1項の市町村の保育実施義務を定めた規定が削除されていた。これに対して、多くの保育関係者の反対と広範な運動によって、3党修正で、保育所の利用児童に対する市町村の保育実施義務が再び挿入された⁽¹⁾。

一方で、子ども・子育て支援法の修正をみると、認定こども園、幼稚園、保育所は「教育・保育施設」とされ、保育所運営費などの現行の補助金が一本化され、施設型給付費として個人給付化されている（家庭的保育事業などについても地域型給付費として、同様に個人給付化されている）。保育所のみ、市町村の保育実施義務が残されたため、保護者と市町村との契約という形をとり直

接契約方式はとらず、私立保育所には委託費（ただし、施設型給付費の計算による）が支払われることとされたが、利用者補助方式への転換という、当初の子ども・子育て新システムの本質的部分は修正されなかった。そのため、児童福祉法24条1項と2項に典型的にみられるように、相互に矛盾する規定や整合性がとれていない規定が残ることとなった。

2 子ども・子育て関連法の成立と本稿の概要

参議院の審議では、こうした子ども・子育て関連法案の修正の不十分さと多くの問題点が明らかになり、3党合意に参加した自民党を支持する関係者からも、参議院での再修正を求める声が噴出した。しかし、参議院段階で再修正すれば、再度衆議院に戻す必要があり、セットで審議されていた消費税増税法案の成立が遅れる（もしくは、2012年の第180回通常国会での成立が難しくなる）との懸念があったため、結局、参議院での修正は断念され、参議院での可決時に19項目の附帯決議をつけることで、3党修正のまま可決することで決着がはかられた。

そして、2012年8月10日、子ども・子育て関連法案を含む社会保障・税一体改革関連8法案が参議院で可決・成立した。成立した子ども・子育て関連法である①子ども・子育て支援法、②就学前の子どもに関する教育・保育等の総合的な提供の推進に関する法律の一部を改正する法律（以下「改正認定こども園法」という）、③関連法律の整備等に関する法律（以下「整備法」という）は、同月22日に公布され（それぞれ、平成24年法律65号・66号・67号）、本格施行は、消費税率が10%に引き上げられる予定の年度（2015年4月）からとされている。

子ども・子育て関連法（以下「関連法」と総称）のうち、新法である子ども・子育て支援法と整備法の児童福祉法の改正については、もともと複雑だった法案に、3党修正が加えられ、さらに複雑な内容となっているが、前述のように、利用者補助方式が導入されるなど、現在の保育制度（保育所保育）を大きく変える内容となっている。実際、関連法の参議院での採決にあたり19項目もの附帯決議が付されており、相当に問題の多い内容であることは間違いない。そして、この関連法のきわめて複雑な内容のゆえに、その問題点はもちろん内容すらも、当事者である保護者をはじめ保育関係者には、ほとんど知られていない。

また、整備法により改正された児童福祉法（以下「改正児童福祉法」という）をめぐっては、前述のように、同法24条1項と2項など、整合性が取れておらず相互に矛盾する規定がみられ、法解釈的にも議論となる部分が多いが、社会保障法学をはじめ法学分野における議論は、まだ端についたばかりといえる。

本稿では、こうした状況を踏まえ、まず、現行の児童福祉法24条にもとづく保育所保育の仕組みを子どもの保育を受ける権利という観点から概観する（Ⅱ）。ついで、関連法の中心をなす子ども・子育て支援法と改正児童福祉法の内容を、児童福祉法24条の改正内容を中心に概説し、その問題点を指摘する（Ⅲ）。そのうえで、関連法にもとづく子ども・子育て支援新制度（以下「新制度」という）の施行前の現時点での課題を展望する（Ⅳ）。

Ⅱ 現行制度の概要

1 児童福祉法24条による保育所保育の仕組み

(1) 児童福祉法における「保育の実施」

まず、現在の児童福祉法24条にもとづく保育所保育の仕組み（保育制度）を概観する。

現行の保育制度については、1997年の児童福祉法改正により（1998年施行）、同法の「保育所への入所の措置」の文言が「保育の実施」に変更され、行政解釈では、措置制度から契約制度への転換がはかられたとされている。法改正で、市町村と保護者との間に利用契約が結ばれ、それにもとづいて保育が提供される仕組みに転換されたというわけである⁽²⁾。

もっとも、保育の実施義務は市町村にあることを考えると、保護者からの申込みに対して市町村が行う入所決定（もしくは入所不承諾）は、単なる申込みに対する承諾ではなく、行政処分該当すると解される。裁判例も、行政処分であることを前提にして、判断を進めており（東京地裁2006年10月25日判決・判例時報1956号62頁など）、学説も、行政処分性を肯定する説が有力である⁽³⁾。そして、この入所決定によって保育の実施が開始された後の保育所利用関係は、保護者と市町村との間の契約関係とみることができよう⁽⁴⁾。

保育所は「日日保護者の委託を受けて、保育に欠けるその乳児又は幼児を保育することを目的とする施設」（児童福祉法39条1項）である。児童福祉施

設のひとつとして、国、都道府県および市町村以外の者が設置する場合には、都道府県知事の認可を受けた認可保育所でなければならない（児童福祉法35条4項）。

保育の実施は、市町村などが設置管理する公立保育所で行うのが基本だが、こうした私立の認可保育所に委託することも可能で、この場合には、市町村と私立保育所との間に委託関係が成立することとなる。児童福祉法は、保育所（児童福祉施設）の長に対して「保育所における保育を行うことの委託を受けたときは、正当な理由がない限り、これを拒んではならない」（同法46条の2）として、受諾義務を課しており、行政解釈では、委託契約（準委任契約）が結ばれることを前提としている。そして、学説で有力な三面関係説では、この場合、市町村と私立保育所との間で第三者のためにする契約が成立しており、その効果として、子ども（保護者）は入所している保育所に対し、保育の実施に関して、直接権利主張することができる⁽⁵⁾と解されている。

(2) 保育所入所の仕組み

具体的な保育所入所の手続きをみると、まず、保護者は、入所申込書に入所を希望する保育所などを記載したうえで（通常は第1希望から第3希望まで、自治体によっては第5希望まで記載が必要）、居住地の市町村に申込みをする。申込みを受けた市町村は、入所要件の審査を行い、入所申込みの児童が「保育に欠ける」児童に該当すると認めたときは、保育に対する需要の増大など「やむを得ない事由」がないかぎり、入所決定を行い（実務上は、保育所入所の承諾通知という形がとられている）、「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）。

入所要件については、市町村の制定する条例（保育の実施条例）によるが、政令（児童福祉法施行令27条）に定める基準に従うとされている。厚生労働省は、条例の参考例を作成しており、ほぼすべての市町村の条例が、この参考例に従い、保護者が昼間労働することを常態としていることなど、政令の定める要件をそのまま採用している。厚生労働省の通知では、保護者が現に就労しておらず求職中である場合も、子どもは入所要件に該当するとされている。もともと、入所要件は、保護者の就労など、あくまで保護者についての事由であり、入所

する子どもの事由は考慮されない点で課題が残る⁽⁶⁾。また、入所要件の判定（保育に欠けるか否かの判定）は、保育所定員数とは別個に客観的に行われなければならない、保育所定員が不足していることを理由に、入所要件非該当とすることは違法となる（東京地裁1986年9月30日判決・判例時報1218号93頁参照）。

入所定員を超す申込みがある自治体では、保育所入所の優先順位の判断を行う必要がある。この場合、保護者の就労状況（フルタイムの方が高得点）などを点数化して、高得点順に入所を優先する方式をとっている自治体が多い（東京都世田谷区など）。そうした自治体では、わずか1点差で認可保育所に入所できないなど、受験並みの競争が生じている。

認可保育所の不足などにより保育所保育ができない場合も、市町村は、家庭的保育事業による保育を行うなど「その他の適切な保護」を行う義務がある（児童福祉法24条1項ただし書）。この場合の「適切な保護」とは、保育所保育に代わるものだから、保育所保育と同水準の保育が実施される必要がある。しかし、これまでのところ、ほとんどすべての市町村が、児童福祉施設最低基準を満たしていない認可外保育施設のあるところ（それすらもしていない自治体もある）、「適切な保護」を行う義務を果たしておらず、本来は、保育所で保育されるべき子どもが、保育所に入所できないまま放置されたり、認可外保育施設を利用せざるをえないという、違法状態が続いている（待機児童の発生）。

2 現行保育制度の特徴と保育を受ける権利

(1) 現行保育制度の特徴－公的保育制度

保育所運営の財源は、市町村が保護者から保育料を徴収し、残額を国が2の1、都道府県が4分の1、市町村が4分の1を負担している。この保育所運営費は、保育所に入所している児童1人あたりの運営費の月額単価（保育所の定員規模、児童の年齢などで異なる）をもとに算定され、人件費、事務費、事業費の3つに大別され、その割合は保育所の定員で決定される。公立保育所の運営費は、2004年度より国庫補助負担金が廃止され一般財源化されたが（市町村が全額負担）、市町村に交付される地方交付税に組み込まれている保育所経費は、国庫負担金制度において示される運営費の基準を踏まえて

決定されている。

保育所の保育料（費用徴収額）は、国の基準では、保護者の前年度の所得税額に応じて8区分に分けられ、所得に応じた応能負担となっている。3歳未満児の例（月額）でみると、第1階層（生活保護世帯）で0円、第2階層（市町村民税非課税世帯）で9000円、第8階層（所得税額73万4000円以上。推定年収1130万円以上）で10万4000円とされている。この国基準を参考に、各市町村が、条例で費用徴収額（保育料）を設定しているが、保育料の階層が市町村民税非課税世帯と認定された世帯のうち、母子（父子）世帯、在宅障害者（児）のいる世帯は保育料が免除となる。同一世帯から2人以上の児童が保育所に入所した場合も、年齢の高い順に2人目は保育料が半額となり、3人目以降は無料となる。また、ほぼすべての自治体が、保育料の独自軽減を行っており、国基準より安い保育料を設定している。たとえば、3歳未満児の国基準の保育料の最高月額、10万4000円だが、東京都杉並区では、最高額を5万7500円にまで軽減している。

なお、保育料に関しては、市町村が徴収し、自治体の一般会計に組み入れられ、他の税金などとあわせて一般歳入にプールされており、自治体会計上は、税金と同じ性格のものとして取り扱われている。保育料の納付がなされない場合には、行政上の強制徴収の手段である滞納処分⁽⁷⁾の例により処分することが許容されていること（児童福祉法56条10項）、つまり強制徴収の仕組みがあることもそのことを裏付けている。

以上のように、児童福祉法にもとづく保育所入所に関しては、保護者（子ども）と市町村との契約（公的契約）という形態をとりながらも、市町村に、保育の実施という現物給付の義務がある点に大きな特徴がある。言い換えれば、現行の保育制度は、国・自治体が責任をもって、保育を必要としている子どもに保育を実施する仕組みといえる。保育所入所の申込みは市町村に行い、市町村の入所承諾（決定）は行政処分と構成され（入所不承諾の場合は、後述のように義務付け訴訟の提起が可能）、保護者が負担する保育料も応能負担であり、その徴収も市町村が行う。申込みから保育の実施、保育料の徴収に至るまで、市町村（行政）が関与する仕組みであり、現行制度が公的保育制度といわれるゆえんである⁽⁷⁾。

こうした公的保育制度の特徴は、①市町村が、保育に欠ける（保育を必要とする）子どもに対し、保育所保育の実施という現物給付義務を負い、私立保育所に保育の実施を委託する場合にも、当該保育所に対して公費による委託費が支給される施設補助方式をとっていること（現物給付・施設補助方式）、②市町村（行政）の責任により、子どもの保育所入所・利用が保障されること、③費用負担（保育料）は、保護者の所得に応じた応能負担を特徴とすること、④財源は、国・自治体の公費負担によること（税方式）、にまとめることができる。

(2) 公的保育制度と子どもの保育を受ける権利

以上のような保育所入所の仕組み、さらに、市町村が保育の実施義務を負うとする児童福祉法の構造から、児童福祉法には明文の規定はないが、「保育に欠ける」とされた子どもについては、その固有の権利として保育所保育を受ける権利があると解される⁽⁸⁾。

市町村の側に保育の実施義務がある以上、保育を必要としている子どもの側に、それに対応する保育を受ける権利があるとするのが自然な解釈だからである。横浜市立保育所廃止事件に関する最高裁判決（2009年11月26日・民集63巻9号2124頁）も「権利」とまではいっていないが、「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」としている⁽⁹⁾。

また、前述のように、保育所入所（入所承諾）の決定を行政処分ととらえるならば、保育に欠けると認定された子どもが保育所に入所できない場合、市町村に対し保育所入所決定の義務付け訴訟を提起することも可能である（行政事件訴訟法 3 条 6 項）。実際、気管に障害のある子どもの保育所への受け入れを拒否した市に対して、市の入所拒否処分は裁量権を逸脱し違法であるとし、保育所への入所承諾を義務づけた事案がある（前述の東京地裁2006年10月25日判決）。

そして、現行の保育制度では、保育に欠けると認定された子どもは、その状態が続くかぎり、保育所保育を受ける権利があると解されるから、保護者が何らかの事情で保育料を滞納したとしても、子どもの保育を受ける権利は保障さ

れる。児童福祉法上、市町村に「保育に欠ける」子どもに対する保育の実施義務がある以上、保育料滞納を理由とした子どもの強制退所やその弟妹の入所拒否はできず、そのことは厚生労働省の通知（「保育所保育料の徴収状況に関する調査の結果について」2007年8月22日）でも明らかにされている。

3 保育所最低基準の地方条例化と保育を受ける権利

(1) 保育所最低基準と保育を受ける権利

さらに、保育を実施する保育所は、児童福祉施設最低基準（以下、保育所についての基準をさす場合は「保育所最低基準」という）を満たした認可保育所でなければならないことから、保育所に入所している子どもは、保育所最低基準にもとづく保育を受ける権利を有するかが問題となる。この権利を肯定した事例もあるが（神戸地裁1973年3月28日決定・判例時報707号86頁）、近年の判例（名古屋地裁2009年11月5日判決・賃金と社会保障1526号50頁。同控訴審名古屋高裁2010年9月16日判決）は、いずれも否定している。

名古屋地裁判決の事案は、愛知県田原市立保育園に入所する児童の保護者である原告らが、内閣総理大臣が構造改革特別区域法4条8項にもとづき、同市に対してした「地産地消の食育による安心子育て特区」の構造改革特別区域計画の認定が違法であるとし、その取消しを求めた事案である。2007年4月に、田原市は、市立伊良湖岬保育園を開設したが、給食については、外部搬入（給食センター）方式をとっていた。児童福祉施設最低基準11条によれば、保育所給食は、保育所内に調理室を設置して行う自園調理方式が義務付けられており、外部搬入方式は、同基準に違反する。そこで、同市は、この違法状態を是正するために、特例的に外部搬入方式が認められる前記の構造改革特別区域計画の認定を申請し、2008年6月に、内閣総理大臣はこれを認定した（以下「本件認定」という）。これに対して、同保育園の園児の親が原告となり、保育所の自園調理による給食の提供を受ける権利または法的利益を有することを主張して、本件認定の取消訴訟を提起したのが本事案である。名古屋地裁判決は、本件認定が「行政主体ないし機関相互の行為と見るべきもの」であって、取消訴訟の訴訟要件たる行政処分該当しないとして、原告らの訴えを却下した。そして、判決理由において、保育所における食事の提供に当たっては、児童の発

育・発達状況に応じ、健康を害しないよう児童のアレルギー等に対応することに留意するほか、食を通じた子どもの健全育成に配慮することが求められ、「これらを満足させるための基準として」、児童福祉施設最低基準において自園調理方式が定められているが、「外部搬入方式によったとしても上記の事柄を満足させることが不可能になるもの」ではないとして、「保育所に入所する児童やその保護者が、自園調理による給食の提供を受ける権利又は法的利益を有すると解することは困難である」と判示した。

しかし、本事案における田原市の認定申請は、児童福祉施設最低基準で自園調理方式を定めた趣旨を実質的に空洞化させる脱法行為といえ、名古屋地裁判決は、同市の児童福祉施設最低基準違反を追認することになり問題がある⁽¹⁰⁾。そもそも、児童福祉施設最低基準は憲法25条1項の「健康で文化的な最低限度の生活」を、児童福祉の分野において具体化したものであり、法規性を有すると考えられることから、また児童福祉法の趣旨から、保育所に入所している子どもは、保育所最低基準にもとづく保育を受ける権利を有すると解するのが妥当だろう⁽¹¹⁾。ただし、次にみるように、児童福祉施設最低基準の地方条例化により、「最低基準」が全国一律のものでなくなったことから、この問題については、さらなる考察が必要となっている。

(2) 児童福祉施設最低基準の地方条例化

児童福祉施設の最低基準については、2011年改正前の児童福祉法45条が、厚生労働大臣（国）が「児童福祉施設の設備および運営」について「最低基準」を定めなくてはならないと規定し、これにもとづき、1948年に、児童福祉施設最低基準が厚生省令（昭和23年厚生省令63号）として定められ、改定をかさねてきた。同基準は、保育所をはじめ児童福祉施設の設置者が遵守すべき人員配置基準や設備・運営の基準を示しており、これらは、同施設の子どもが全国どこにいても最低限保障される基準であり、その意味で、児童福祉施設における全国一律の最低保障（ナショナルミニマム）の機能を果たしてきた。

ところが、2011年4月に成立した「地域の自主性及び自立性を高めるための改革の推進を図るための関係法律の整備に関する法律」（平成23年法律37号。以下「第1次一括法」という。なお、対象法律を拡大した同名の法律、いわ

ゆる「第2次一括法」は、同年8月に成立している)により、児童福祉施設最低基準が、地方条例化された⁽¹²⁾。すなわち、児童福祉法45条が「都道府県は、児童福祉施設の設備および運営について、条例で基準を定めなければならない」と改正され、これまで、国が省令により全国共通で定めてきた児童福祉施設最低基準を、各都道府県(政令市・中核市も含む)が条例で定めることとされたのである。

そして、児童福祉施設最低基準のうち①人員配置基準、②居室面積基準、③人権に直結する運営基準(保育所であれば保育所保育指針、給食調理室など)については「従うべき基準」を国が定めることとされた。「従うべき基準」は「条例の内容を直接的に拘束する、必ず適合しなければならない基準」であり、その意味で、全国共通のナショナルミニマムであり、この限りでは、現在の最低基準の仕組みと実質的にほとんど変わらないと指摘されている⁽¹³⁾。これに対して、①②③以外の項目は、国が省令で「参酌すべき基準」を示すものの、自治体は、条例により自由に基準を設定できる。拘束性の異なる基準設定を通じて、条例による福祉施設の設置基準の緩和を許容しているともいえ、福祉のナショナルミニマムを変質させるものとなっている⁽¹⁴⁾。

しかも、厚生労働大臣が指定する地域(指定地域)に限っては、待機児童解消までの一時的措置として、保育所の居室面積基準についても、厚生労働省令で定める基準を「標準」とする特例措置がとられる(第1次一括法附則4条)。つまり、居室面積についても、国の基準と異なる自治体独自の基準を条例で制定することができるわけである。省令によれば、この特例措置が適用される地域に指定されるのは、①前々年の4月1日において、保育所待機児童数が100人以上であること、②前々年の1月1日において、地価が、地価公示法2条の規定により公示された価格の平均額を超えている、の2条件を満たした自治体とされ(2011年9月2日・厚生労働省令112号)、さいたま市、千葉県市川市、東京都中央区、港区、文京区、世田谷区、三鷹市や神奈川県横浜市、川崎市、京都市、大阪市、兵庫県西宮市などが指定された(2011年9月2日・厚生労働省告示314号)。なお、第1次一括法施行令(政令)により、特例を講ずる期間は、2015年3月31日までとされている。

(3) 児童福祉施設最低基準の地方条例化にかかる改正省令

福祉施設などの最低基準の地方条例化に関しては、第 1 次一括法の一部施行にともない厚生労働省令が改正され、2011年10月 7 日に告示された（以下「改正省令」という）。

このうち、児童福祉施設最低基準の改定についてみると、まず、①児童福祉法にもとづいて厚生労働省令で定める基準は「最低基準」の名称から「児童福祉施設の設備及び運営に関する基準」（以下「施設運営基準」という）に改められ、今後、都道府県などが地方条例で定める基準が「児童福祉施設最低基準」と呼ばれることとなった。また、国の施設運営基準で定められた基準のうち、職員配置基準、乳児室・ほふく（いわゆるハイハイのこ）室、保育室・遊戯室、調理室に関する基準、保育所保育指針などに関しては、前述のように「従うべき基準」とされ、条例制定の際にそれを下回る基準を設定できない。児童福祉施設最低基準を定めるのは、都道府県となるが、大都市特例が適用されて、政令市・中核市でも条例により定めることができる。また、国には施設運営基準を、都道府県などには児童福祉施設最低基準を常に向上させる努力義務が課せられている。

なお、改正省令の告示にともない、改正の概要等について説明した厚生労働省の雇用均等・児童家庭局長通知（「地域の自主性及び自立性を高めるための改革の推進を図るための関係法律の整備に関する法律の一部の施行に伴う厚生労働省関係省令の整備に関する省令の施行について」）と同局保育課長通知（「『地域の自主性及び自立性を高めるための改革の推進を図るための関係法律の整備に関する法律の一部の施行に伴う厚生労働省関係省令の整備に関する省令の施行について』の留意事項について」）が、2011年10月28日に発出されている。2つの通知は、居室面積基準の考え方について、0、1 歳児は、ほふくをしない子ども 1 人につき 1.65m^2 、ほふくをする子ども 1 人につき 3.3m^2 という基準を適用し、保育所認可や審査にあたっては、ほふくをする子どもとしない子どもの内訳（見込み）にもとづき、面積確保することを求めている。ただし、1 歳児は、そのほとんどがほふくをすると考えられ、0 歳児も満 1 歳に達する以前にほふくする子どもが相当数見られるため、条例制定の際には留意するようとしている。

第1次一括法の施行は、原則、2012年4月となっていたが、改正省令の告示が遅れたため、条例の制定が遅れており、猶予期間経過後の2013年4月から地方条例化をはかる自治体が多いようである。また、都道府県の制定する条例と政令市・中核市が制定する条例に齟齬がある場合はどうなるのかについても不透明である。

(4) 保育所最低基準の地方条例化の問題点

以上のような児童福祉施設最低基準、とりわけ保育所最低基準の地方条例化にはいくつかの問題がある⁽¹⁵⁾。

まず、保育水準の地域格差が拡大するという問題がある。児童福祉施設最低基準は「児童の身体的、精神的及び社会的な発展のために必要な生活水準を確保するものでなければならない」（児童福祉法45条1項）とされている（この文言は、2011年改正においても変更されていない）。しかし、この最低基準の地方条例化は、国が定める「従うべき基準」以外の基準については、これまでの全国一律のナショナルミニマムによる保育の仕組みを崩すことを意味する。結果として、住んでいる自治体によって、子どもの保育や発達保障に格差を生み出すこととなる。

また、地域によっては、現在の最低基準の引き下げによる保育水準の低下が起きるといえる問題がある。もともと、1948年に制定された児童福祉施設最低基準は、敗戦直後の当時の経済状況から、低い水準にとどめられ、保育所最低基準についてみると、たとえば、2歳以上の子どもの保育室の面積は、1人当たり1.98㎡にとどまり（しかも机やイスの配置や保育士の存在は含まれていない）、諸外国と比較しても、非常に狭いことが指摘されている。にもかかわらず、施設基準も、人員配置基準のうち、たとえば4・5歳児の場合、30人に保育士1人という基準も、児童福祉施設最低基準の制定以後60年以上にわたって、一度も改善されていない。このただですら低い最低基準を国レベルで引き上げることなく、自治体の条例に委ねれば、実質的な最低基準の引き下げがなされることは容易に想像がつく。とくに、保育所面積基準については、前述のように、指定地域の自治体に限って、自治体独自の基準を条例で制定することができる。2011年12月に、東京都町田市議会が行った調査では、該当自治体（35

自治体)の多くが、保育環境の悪化が生じるとして、面積基準の緩和には否定的であった⁽¹⁶⁾。ところが、2012年3月に入り、指定地域24区市を抱える東京都は、0～1歳児を年度途中で定員を超え入所させる場合、保育室の面積基準を1人当たり国基準の3.3㎡から2.5㎡に緩和することを認める条例を制定、指定地域の1つである大阪市も、これまで0歳児5㎡、1歳児3.3㎡を基準としてきたものを、0～5歳児まですべて1人当たり1.65㎡(畳約1畳分に相当)に引き下げることができるよう基準を緩和する条例を制定した。地方条例化により、懸念された保育水準の引下げが現実のものとなったのである。

さらに、第1次一括法では、保育所最低基準の防火・防災上の設備、避難設備が「参酌基準」とされている。現在の保育所最低基準では、2階以上の保育所については「退避上有効なバルコニー」と「準耐火構造の外傾斜路」(滑り台)または避難用外階段の設置が義務づけられているが、建築基準法には、こうした規制はなく、仮に現在の厳しい基準が設定されたとしても、それが「参酌基準」にすぎないということになると、自治体の判断によっては、建築基準法に準拠していればよいということになる(つまり「退避上有効なバルコニー」と「準耐火構造の外傾斜路」または避難用外階段の設置をしなくてもよくなる)。しかも、床面積100平方メートル未満の雑居ビルに保育所を新設する場合、そもそも建築確認が不要であり、用途変更申請の義務もなく、建築基準法の網にもかからないなどの問題が指摘されている⁽¹⁷⁾。

(5) 保育所最低基準の地方条例化と子どもの保育を受ける権利

すでに、この間の保育所定員の超過入所の規制緩和により、保育所の「詰め込み保育」が問題化している。保育施設などでの乳幼児の死亡事件を調査している「赤ちゃんの急死を考える会」は、2000年度までの40年間で15件だった認可保育所での死亡事故が、規制緩和による「詰め込み」が顕著に進展した2001年度以降の8年間で22件と、大幅に増加しているという調査結果を明らかにしている。保育所最低基準の引下げとそれにとまなう保育水準の低下は、まさに子どもの命にかかわる問題といえる⁽¹⁸⁾。

保育所最低基準にもとづく保育を受ける権利という観点からみても、前述の第1次一括法により、保育所最低基準が自治体ごとに定められることとなり、

その権利は、全国一律のナショナルミニマムの権利ではなく、自治体ごとに定められた保育所最低基準にもとづく保育を受ける権利に変容している。ましてや、子ども・子育て関連法にもとづく新制度のもとでは、保育所保育が相対化され、認定こども園や地域型保育事業のように、さまざまな施設・事業者ごとに異なる基準が設定されることになる。同じ保育を必要としている子どもが、利用する（できる）施設・事業所によって保育水準が異なるという問題が生じるわけである。

4 2008年児童福祉法改正による家庭的保育事業の法定化

一方、2008年の児童福祉法改正により、家庭的保育事業が法定化され（2010年4月から実施）、同法24条1項ただし書きの「その他の適切な保護」の例示として「家庭的保育事業による保育」の文言が加えられた。

法定化された家庭的保育事業は、市町村が、児童福祉法24条1項に規定する「保育に欠ける」児童について、家庭的保育者（市町村長が行う研修を修了した保育士その他の厚生労働省令で定める者で、市町村が適当と認める者）が居宅その他の場所において、保育を実施する事業である（児童福祉法6条の3第9号）。通常は、家庭的保育者が、保育所と連携しながら、自身の居宅などで、3人以下の主に3歳未満児を対象に保育を実施する。実施形態には、家庭的保育者が市町村と委託契約を結んだ保育所と連携を図りながら行う個人実施型と、保育所が雇用する家庭的保育者が、当該保育所と連携を図りながら行う保育所実施型がある。

前述のように、児童福祉法24条1項ただし書では「保育に対する需要の増大、児童の数の減少等」やむを得ない事由があるときは、市町村は、家庭的保育事業による保育を行うことなど、その他の適切な保護をしなければならないとされており、家庭的保育事業が、保育所保育の代替として位置づけられている。ただし、同事業は、あくまで、やむを得ない事由がある場合の例外的な措置の位置づけであり、現行児童福祉法上は「保育に欠ける」児童については、市町村が保育所保育を行うのが原則であることに変更はない⁽¹⁹⁾。しかし、自治体によっては、家庭的保育者に対して市町村が委託せずに、市町村は利用決定のみを行い、家庭的保育者と保護者が直接契約を結び利用する仕組みとしていると

ころもあり（福岡市など）、問題が残る。

もつとも、保育所の整備が進まなければ、本来、例外であるはずの家庭的保育事業が、保育所保育と、事実上、同列に扱われる危険がある。また、2008年の児童福祉法改正の特徴は「すべての子育て家庭」を視野にいれた、子育て支援サービスの拡大や「保育に欠ける児童」に対するサービスの柔軟化にあるとの指摘もある⁽²⁰⁾。その意味で、同改正は、保育所保育を基本とする現行制度から、家庭的保育など多様な保育サービスを保育所保育と同列に扱う制度、すなわち、子ども・子育て関連法にもとづく新制度導入のための布石であったとも考えられる。

なお、保育所での延長保育は、個別の保育所と保護者との契約関係によっており、民間の認可保育所の場合には、保育料も個別の保育所に納付される。保護者の傷病、入院などにより一時的に保育を必要とする児童に対する一時預かりについても、同様である。

Ⅲ 児童福祉法24条改正の概要と問題点

1 改正児童福祉法24条1項－市町村責任方式

(1) 改正児童福祉法24条1項の概要

関連法は、以上のような保育制度を大きく変えるものである。まず、現行制度の根幹といえる市町村の保育実施義務を定めた児童福祉法24条1項の改正について考察する。

改正児童福祉法24条1項は「市町村は、この法律及び子ども・子育て支援法の定めるところにより、保護者の労働又は疾病その他の事由により、その監護すべき乳児、幼児その他の児童について保育を必要とする場合において、次項に定めるところによるほか、当該児童を保育所において保育しなければならない」と規定している。これにより、新制度のもとでも、保育所を利用する場合だけ、現在と同様、市町村が保育実施義務を負い、利用者負担（保育料）の徴収も市町村が行う形となる。

実際、政府資料の「地方自治体職員向けQ&A」（2012年9月）でも、「児童福祉法第24条1項に規定されている保育所での保育に関しては、新制度の下でも、引き続き、現在の制度と同様に、市町村が保育の実施義務を担うことにし

ました」と記され「保護者が保育所での保育を希望する場合は、現在と同様、施設ではなく市町村に申し込み、保護者が市町村と契約して利用する仕組み」となり、「私立保育所に対しては、保育の実施義務を担う市町村から委託費が支払われ、保育料の徴収も市町村が行うこととします」と説明されている。つまり、保育所の場合は、保護者が、保育の実施義務を負う市町村と契約を結ぶ仕組みとなるため、公立保育所の場合はもちろん私立保育所でも、市町村に保育所利用の申込みをすることになり、保育料の徴収も市町村が行うことになる。

これに対して、政府説明資料（内閣府・文部科学省・厚生労働省「子ども・子育て関連3法について」2012年11月）では、公立保育所は施設の設置者が市町村ということで、認定こども園などと同様、施設に直接申込みする直接契約方式に類型化されている（17頁）。しかし、この説明は、前述の「Q&A」の記述と矛盾しており、誤りといえる。公立保育所の場合も、私立保育所と同様、市町村に申込みすることが基本になるからである⁽²¹⁾。

改正児童福祉法24条1項の規定を受けて、民間保育所については、現行どおり、市町村が保育所に委託費を支払うものとされたが、保育所への委託費の支払いについては、本則ではなく附則に盛り込まれ、「当分の間」という期間限定とされた（子ども・子育て支援法附則6条1項）。利用者補助方式（個人給付方式）を基本にすえ、保育所のみ暫定的に、施設型給付費に該当するものを市町村が委託費として支払う、つまり、現行制度と同様、施設補助方式をとるという制度設計である。したがって、代理受領方式を定めた子ども・子育て支援法27条の規定は、保育所については適用されない。

(2) 現行の保育所入所手続きとの相違

ただし、現在の保育所入所の仕組みとは大きく異なるところがある（新制度では「保育所利用」の言葉が使われるが、現行制度では「保育所入所」の言葉が使われることが多いので、現行制度の場合は「保育所入所」、新制度の場合は「保育所利用」の言葉を用いる）。

第1に、改正児童福祉法24条1項の規定では「子ども・子育て支援法の定めるところにより」とされているので、新制度のもとでの保育所利用の手続き・流れは次のようになる。①保護者は、まず、子ども・子育て支援法20条の規定

にしたがい、市町村に支給認定を申請する。②市町村が、当該申請にかかる保護者の子どもについて給付資格（保育の必要性）と保育必要量（時間区分）を認定し、認定証を交付する。③保護者が、保育所利用を希望する場合には、認定証をもって市町村に利用の申込みを行う。④市町村が保育所利用を承諾。⑤市町村は、認定を受けた子どもに対して保育所において（もしくは私立の認可保育所に委託し）保育を提供する。

前述のように、現在の保育制度では、保護者が、第 1 希望から第 3 希望、場合によっては、第 5 希望ぐらいまで入所を希望する保育所を書いて、市町村に申込みをし、保育に欠ける要件に該当すれば保育所入所が決まる仕組みであるが、子ども・子育て支援法のもとでは、保護者は、まず市町村に支給認定の申請をし、給付資格や保育必要量（時間区分）の認定を受けたうえで、認定証をもって、再び市町村に利用を申込み、市町村が利用を承諾して、はじめて保育所が利用できる。いわば 2 段階の手続きを踏まなくてはならず、煩雑な手続きとなっている。

前述の政府説明資料では、支給認定（保育の必要性の認定）の申請と保育利用の申込みについては同時に手続きが可能とされているが、申請用紙などは、それぞれ別個となり煩雑な手続きになることは間違いない。修正前の子ども・子育て支援法案について、日本弁護士連合会（日弁連）の意見書（2012年 4 月 12 日）が批判していた、複雑な「2 段階の手続」は残ったままである⁽²²⁾。

(3) 24 条 1 項ただし書きの削除

第 2 に、認可保育所の不足などで保育所保育ができない「やむを得ない事由」がある場合も、市町村は、家庭的保育事業による保育を行うなど「その他の適切な保護」を行う義務があることを定めた現行の児童福祉法 24 条 1 項ただし書きは、改正法では削除されている。同時に、子ども・子育て支援法 33 条 1 項により、特定教育・保育施設の設置者に課せられる応諾義務（「正当な理由」がなければ利用申込みを拒めない義務、逆にいえば、定員に空きがないなど「正当な理由」があれば、利用申込みを拒める）も、同条 2 項の選考規定も、当分の間は適用されない（子ども・子育て支援法附則 6 条 2 項）。ただし書きが削除されたのは、保育所保育を原則とする現行の公的保育制度と異

なり、新制度では、保育所以外の多様な保育施設・事業所（直接契約施設・事業者）が並存することを踏まえたためと考えられる。また、市町村が保育所利用を決定し、私立保育所には委託して保育を行うという方式をとることから、応諾義務規定も適用されない。

とはいえ、改正法24条1項の文言を素直に読めば、ただし書きはないのだから、定員以上の申込みがあった場合の保育所利用の選考にもれても、また、定員に空きがなくても、どうしても、特定の保育所を利用したいという保護者が出てきた場合（たとえば、その子の兄や姉がその保育所を利用している場合など）、文言上、市町村は、必ず保育所で保育しなければならない可能性がある。その場合は、市町村は、保育所定員に空きがないなどの言い訳は通用せず、保育所をつくるしかなくなる。この点は、今後さらなる検討が必要と考えるが、少なくとも、保育所を利用している（しようとしている）子ども・保護者にとっては、24条1項は、有効な権利主張の根拠（武器）となりうる。その意味で、市町村の保育実施義務が残された意義は大きい⁽²³⁾。

もっとも、大半の保護者は、保育所定員に空きがなければ、保育所利用はあきらめ、別の認定こども園や家庭的保育事業の利用を考えるだろうし、市町村も、後述の利用調整の場面において、それを勧めるだろう。そのため、24条1項の規定を活かすためには、保護者の保育所利用の集団申込みを組織的に行う運動などが不可欠といえる。

(4)「申込み」規定の削除と利用承諾の行政処分性

第3に、改正児童福祉法24条1項には、現在の条文にある市町村に対する「保護者からの申込み」についての規定を置いていない。現行法の「申込み」の文言は、1997年の児童福祉法改正の際に挿入されたが、これにより、保育所入所の法的関係が市町村と保護者との公法上の契約になった、さらには保護者の申請権が明確化されたなどの説明がなされた。もっとも、行政実務上は、保護者からの保育所入所の申込みは当然の前提として運用されており、保護者の保育所入所申請権を認める見解も早くから主張されている。そのことから、改正児童福祉法24条1項の「申込み」という文言の不在は、保護者の申請権を否定するものではなく、新制度のもとでも、市町村の保育実施義務（保育所利用の

決定権限)が規定されている以上、当然に、それに対応する保護者の「申込み」と利用申請権が前提とされていると解すべきだろう⁽²⁴⁾。

第4に、新制度でも、保護者からの申込みに対し、特定の保育所において定員を超える希望が集まり、選考が必要となる可能性があるが、改正児童福祉法24条では、現行の児童福祉法24条3項のように「選考」に関する規定が置かれていない(前述のように、子ども・子育て支援法附則6条2項により、特定教育・保育施設の設置者が行う「選考」に関する規定も適用されない)。これも、法律上の規定がなければ、選考ができないと解する必要はなく、保育所利用の決定権限過程の問題として、当然に市町村による選考が前提とされていると解される。もしくは、改正児童福祉法24条7項の市町村の行う「調整」に、こうした選考が含まれると解することもできる。

問題となるのは、市町村の利用承諾(不承諾)の行政処分性である。前述のように、現行制度のもとでは、市町村の保育所入所承諾については、入所決定処分(申請に対する処分)として捉えられおり、不承諾処分(不決定処分)に対しては取消訴訟と入所義務付けの訴えが可能である(行政事件訴訟法37条の3)。しかし、改正児童福祉法では、現行の児童福祉法33条の4にある「保育の実施の解除」に関する規定が削除されている。このことから、市町村の利用承諾(不承諾)は、契約の申込みに対する応答にすぎず、行政処分性はなく、保護者は利用不承諾に対して不服申立ても行政訴訟も提起できないとする行政解釈がなされる可能性がある。しかし、これも、改正児童福祉法でも市町村の保育実施義務が規定されている以上、現行の児童福祉法と同様、市町村は利用決定の権限を有しており、市町村が行う利用承諾(不承諾)は行政処分であり、保護者は不服申立てや行政訴訟を提起できると解される。改正児童福祉法33条の4で「保育の実施の解除」が外されたのは、行政手続法の適用除外を定めた同法33条の5において「保育の実施」が外された改正に伴うもので、この結果、改正児童福祉法24条1項の保育の実施を解除については、原則に戻って、行政手続法が適用される(つまり「不利益処分」として、行政手続法第3章以下に規定する聴聞等の手続きを必要とする)と解するのが妥当であろう⁽²⁵⁾。

2 改正児童福祉法24条2項—直接契約方式

一方で、改正児童福祉法24条1項には「次項に定めるところによるほか」との文言も加えられている。これを受けて、改正児童福祉法24条2項は「市町村は、前項に規定する児童に対し、…認定こども園又は家庭的保育事業等により必要な保育を確保するための措置を講じなければならない」との規定している。

すなわち、保育所以外の特定教育・保育施設（認定こども園、幼稚園など）や地域型保育事業（家庭的保育事業など）の利用については、認定を受けた子どもの保護者が当該施設・事業者と契約を結ぶ仕組み（直接契約）となり、この場合の市町村の責任は、保育を必要とする児童（前項に規定する児童）に対して、認定こども園や家庭的保育事業など（以下「直接契約施設・事業者」と総称）により必要な保育を提供するための「措置」を講じる責任となる。ここにいう「措置」は、従来の措置入所や後述する改正児童福祉法24条6項の規定による「措置」とは異なり「手段・方法」という意味で用いられており、行政処分性はない。したがって、かりに、市町村がこれらの措置を履行しなかったからといって、保護者から不服申し立てや行政訴訟を提起することはできず、その意味では、市町村の措置といっても努力義務にとどまる。

保育所利用については、前述の改正法24条1項により、市町村の責任で保育の利用が保障されるが、保育所以外の直接契約施設・事業者の利用については、同じ保育を必要とすると認定された子どもであっても、改正法24条2項により、契約当事者は、当該施設や事業者となり、保育料の徴収も施設・事業者が行うことになる。市町村は、契約当事者ではないため、保育の提供を図るための措置（諸手段）を講じる努力義務を負うにすぎない。

いずれにせよ、改正児童福祉法24条1項と2項とは異なる利用方式と市町村責任を定めているといえる。いわば、全く異質の規定が並存しているといつてよい。この点、政府説明資料では、改正法24条2項の規定は、改正前の（現行）24条1項ただし書きに該当すると説明し、認可保育所が利用できない場合には、2項により認定こども園などが利用できるように「あっせん」することで市町村の責任は果たせるという解釈がみられるが、妥当とはいえない。1項と2項は、あくまでも並列的な条文であり、市町村は、1項の責任と2項の責

任を同時に果たしていかななくてはならず、2 項の存在により 1 項の責任が狭められるわけではないからである⁽²⁶⁾。政府説明資料の解釈は、改正児童福祉法 24 条 1 項の市町村責任による保育所保育の規定を形骸化するものであり、3 党修正の際の提案者の説明（立法者意思）にも反している。

3 市町村による利用調整・利用要請

改正児童福祉法 24 条 3 項は、保育の需要に対して保育所や認定こども園、家庭的保育事業などが不足するおそれがある場合その他必要と認められる場合に、市町村が利用調整や利用の要請を行うと定めている。市町村による利用調整・利用要請の規定である。

新制度のもとでは、保育所以外の認定こども園や家庭的保育事業などの直接契約施設・事業者を利用する場合には、保護者は施設・事業者に直接利用の申込みを行うのが基本だが、待機児童が多数存在するなど保育需要が供給を上回っている場合の市町村の関与の仕組みとして、直接契約施設・事業者を利用する場合も、保育所利用の場合と同じく、保護者が市町村に利用希望を提出し、市町村が利用調整などを行う仕組みとされた。ただし、保育所利用については市町村が利用決定権限を有しているため、市町村が行う利用要請の相手方は「認定こども園の設置者又は家庭的保育事業等を行う者」、つまり直接契約施設・事業者に限定されている。政府説明資料では、さらに進んで「当分の間、待機児童の有無にかかわらず、すべての市町村で、保育所以外の保育（認定こども園や小規模保育など）を含めたすべての保育について市町村が利用調整を行う」（前掲「地方自治体職員向け Q & A」）、「当面の間、保育を必要とする子どもの全ての施設・事業の利用について市町村が利用調整を行う」（前掲「子ども・子育て関連 3 法について」17頁）とされている。

しかし、市町村が行う利用調整は、定員に空きがあり利用可能な施設・事業者をあっせん・紹介するなどの行政指導であり、利用の要請も、直接契約施設・事業者と保護者との契約締結を要請するにとどまる。契約当事者でない市町村は、応諾義務の規定を根拠にしたとしても、施設・事業者と保護者との契約締結を強制することなどできないからである。しかも、施設・事業者側が、定員に空きがないなどの「正当な理由」により利用要請を拒否した場合には（子

も・子育て支援法33条1項)、もはや市町村に打つ手はない。市町村は利用調整・利用要請を行いさえすればよいのであって、その結果、保護者と認定こども園などが契約締結に至らず、保育を必要とする子どもに保育が保障されなくても、市町村に責任はない。市町村は、あくまでも契約締結に向けた支援を行う義務があるに過ぎず、それらの義務ですら果たされなかったとして、保護者が不服申立てや行政訴訟を提起することはできない。

また、保護者の側も、市町村の行う利用調整(行政指導)に従う義務はない⁽²⁷⁾。前述のように、認可保育所が不足している自治体では、保護者が保育所利用を申し込んだ場合も、市町村の利用調整により認定こども園などを勧められることが想定されるが、保護者が、それに従わず保育所利用を希望し続ければ、市町村は保育所を増設するなどの対応を迫られるし、その保護者に不利益な扱いをすることは違法となる(行政手続法32条2項)。何よりも、利用可能な施設・事業者がなければ紹介などの利用調整そのものがない。そのため、改正児童福祉法24条7項に、市町村は「児童が、その置かれている環境等に応じて、必要な保育を受けることができるよう、保育を行う事業その他児童の福祉を増進することを目的とする事業を行う者の活動の連携及び調整を図る等地域の実情に応じた体制の整備を行うものとする」との規定が置かれた。ただし、この規定による市町村の責務も「連携及び調整を図る」責務でしかない。結局、待機児童の多い市町村では、保護者に保育所利用を断念させるため手間のかかる利用調整などの仕事が増えるだけであり、保護者としても、市町村に利用希望を提出したところで、認定こども園などの直接契約施設・事業者を利用する場合は、当該施設・事業者との契約がさらに必要になるため2度手間になる。

4 特別な支援を必要とする子どもに対する支援と困難児童に対する措置

(1) 特別な支援を必要とする子どもへの支援

改正児童福祉法24条4項・5項は、要保護児童や障害児など特別な支援を必要とする子どもに対する支援を定めた規定である。

4項は、市町村は①保育の利用や後述する措置が適当であると認められる児童や②優先的に保育が必要であると認められる児童の「保護者に対し」て「保育所」等への「申込みを勧奨し」児童が「保育を受けることができるよう支援

しなければならない」と規定している。これらの支援の対象となる児童は、①の児童は、都道府県の設置する福祉事務所の長と児童相談所長が認定し、市町村長に報告または通知し（改正法25条の8第3号、26条1項4号）、②の児童は、市町村長が認定することになる。

ただし、この場合の市町村が行う申込みの勧奨や支援も、前述の利用調整や利用要請と同様、行政指導であり、強制力を伴うものではない。市町村による勧奨の結果、保護者が申込みをしない場合（とくに虐待事例の場合など）、つまり保育の利用が必要と判断されるにもかかわらず、保護者が進んで保育の利用をしない場合や虐待予防の観点から保育の利用が必要と判断される場合などは、次の措置の段階に進むこととなる。あくまでも契約利用を優先させる仕組みになっており、措置はきわめて例外的な扱いとされている。

なお、優先利用の子どもについては、実務的には、特定施設・事業者の利用定員に一定数の優先利用枠を設定することが考えられる。優先利用の場合は、認定証にその旨が明示されるので、市町村からの利用要請などを受けた特定施設・事業者は、優先利用枠で保護者と契約を結ぶことになる。しかし、この仕組みだと、優先利用枠を超えた申込みや利用要請があった場合には、さらなる調整が必要となる。そのためか、市町村は、要保護児童、障害児等を含め、地域における学校教育・保育の需要の見込みおよび見込量確保のための方策を市町村子ども・子育て支援事業計画に明記することとされている。おそらく、現在の公立保育所が、これら特別な支援を必要とする子どもの受け皿となるのであろうが、こうした差別化には、子どもの立場からみて問題がある⁽²⁸⁾。

(2) 困難児童に対する措置

これに対して、改正児童福祉法24条5項は、市町村が、それらの「勧奨及び支援を行っても、なおやむを得ない事由」により、保育所などの利用が「著しく困難であると認める」児童（以下「困難児童」という）については、困難児童を「市町村の設置する保育所」等に入所させ、または入所を委託して「保育を行わなければならない」と規定している。5項では「措置」という言葉は使われていないが、改正法25条の8において「24条第5項の規定による措置」とされているので、措置による入所といってよい。

また、3党修正により改正児童福祉法24条6項が追加され、市町村は「前項に定めるほか、保育を必要とする乳児・幼児」が、子ども・子育て支援法42条1項、54条1項の規定によるあっせん、利用の要請その他市町村による支援を受けたにもかかわらず、「なお保育が利用できないなど、やむを得ない事由により」子ども・子育て支援法による特定施設・事業者の利用が「著しく困難であると認める」児童について「市町村の設置する保育所」等に入所させ、または入所を委託して保育を行うなどの「措置を採ることができる」とされた。3党修正案にあった措置の対象範囲の拡大（虐待が疑われるケースだけでなく、あっせん・要請による円滑な入所ができない場合にも拡大）に対応した規定である。ただし、6項は「できる」規定のため、措置を採るかかどうかは市町村の裁量に委ねられている。

以上の24条5・6項の措置は、保護者からの申込みを前提とせず、市町村の職権で、保育所入所や保育の利用がなされることになるが、問題はそれが十分に機能するかである。

(3) 老人福祉法における「福祉の措置」の形骸化

介護保険の例でみると、介護保険法施行に伴い老人福祉法が改正され、「福祉の措置」は残されたが、それが適用される範囲は、65歳以上で、身体上または精神上の障害があるために日常生活や在宅生活が困難な高齢者が、やむを得ない事由により介護保険サービスを利用することが著しく困難な場合とされている（老人福祉法10条の4・11条参照）。厚生労働省は、この「やむを得ない事由」を、①本人が家族等の虐待・無視をうけている場合、②認知症等の理由で意思能力が乏しく、かつ本人を代理する家族等がない場合、と限定的に解している（行政解釈）。そして、特別養護老人ホームへの入所などによって家族等の虐待・無視の状況から離脱し、または成年後見人制度等にもとづき、本人を代理する補助人等を活用することができる状態となり、サービス利用の契約等が可能となった時点で、措置が解消され、通常介護保険契約による介護保険サービスの利用に移行するとしている。その意味で、措置はきわめて例外的な扱いとなっているといつてよい。

法解釈上は、老人福祉法の改正により「福祉の措置」は職権主義に一本化さ

れたと解されることから⁽²⁹⁾、最終的には、十分な介護保障がなされず「健康で文化的な最低限度の生活」が侵害される急迫性がある場合には、市町村の側に、老人福祉法にもとづく在宅サービスの提供や施設入所などの措置義務が生じると考えられる⁽³⁰⁾。また、成年後見制度等の利用が必要な場合には、それを徹底させるとともに、後見人などが選任されるまで、サービスの中断なしに同制度につなげていくために、福祉の措置が積極的に活用される必要がある。しかし、現実には、厚生労働省の限定的な解釈のゆえに、介護保険法施行後、老人福祉法による措置がなされた事例はわずかにとどまっている。措置制度が廃止されたという誤解からか、2000年度から措置の予算的裏付けをしていない市町村も多く、高齢者担当の自治体ケースワーカーが激減し、市町村の福祉機能が大きく低下したため、老人福祉法の措置は形骸化しているのが現状である。市町村の措置義務は、全体として市町村に現物給付義務が残されていないかぎり、十分機能しえないのである。

改正児童福祉法では、前述のように、24条1項に、保育所利用の子どもに限定してとはいえ、市町村の保育実施義務（現物給付義務）が残り、都道府県が担う児童相談所などとの連携体制や市町村の利用調整や支援の規定も組み込まれた。そのため、介護保険のように、措置が必要な高齢者を見つけることすらできなくなるまでには至らないと考えられる。

IV 今後の課題

本来であれば、国会の審議過程において、子ども・子育て関連法案の問題点を十分審議したうえで廃案にすべきであったと考える。少なくとも、3党修正において、保育関係者の運動で、再規定された児童福祉法24条1項（市町村の保育実施義務を定めた規定）と矛盾する子ども・子育て支援法案は廃案とすべきであった。3党修正という政治的な妥協の産物として、整合性がとれない条文が並列したままで関連法が成立してしまったが、子ども・子育て支援法を含む関連法の施行は、2015年4月とされている。それまでに、改正児童福祉法24条1項の市町村の保育実施義務の規定を活かし、市町村責任方式の認可保育所の増設をどこまで進められるかが今後の課題となろう。

I1でみたように、関連法の政策意図は、現在の保育制度（施設補助方式、

自治体責任による入所・利用の仕組み)を、介護保険法や障害者自立支援法のような利用者補助方式(個人給付方式)・直接契約方式(保護者の自己責任による利用の仕組み)に変えることにあった。しかし、多くの保育関係者の運動によって、3党修正の段階で、保育所の利用児童に対する市町村の保育実施義務が残された。少なくとも、保育所については、市町村責任による入所・利用の仕組みが残されたわけで、このことは、おそらく、関連法の法文化作業にあたった内閣府等の官僚にとっては、痛恨の極みだったはずである。

しかも、現在、認可保育所の利用者総数は、年間で約218万人にのぼっているのに対して、認定こども園や認可外保育施設など直接契約による保育の利用者は、多く見積もっても、その2割程度と推計されている⁽³¹⁾。したがって、新制度になったとしても、認定こども園などの直接契約施設・事業者が急増しないかぎり、市町村が保育の実施義務を負う保育所保育が利用者数の上では圧倒的に多く、主流であることには変わりはない。そこで、関連法の施行前に、政府は、市町村の保育実施義務が残っている保育所から、それがない直接契約施設である幼保連携型認定こども園への移行を促す政策をとろうとしている。実際、幼保連携型認定こども園については、幼稚園児受け入れのための定員を設定しなくても、学校教育を行う体制が整備されれば、幼保連携型認定こども園の認可が受けられるよう法令が変えられている。ここで、学校教育を行う体制とは、おそらく、幼稚園教諭の資格と保育士資格を併用する保育教諭という資格を創設し、その配置などの条件が設定されるものと思われる。同時に、学校教育を行う体制を整備しているという理由で、幼保連携型認定こども園の給付単価を、保育所運営費の単価より引き上げ、保育所から幼保連携型認定こども園への移行を促す誘導策がとられる可能性もある。ただし、それほど極端な単価格差を設定することは、保育団体からの批判が大きく難しいと考えられる。

いずれにせよ、児童福祉法24条1項に、市町村の保育実施義務が規定された意義は大きい。今後は、改正児童福祉法24条1項を形骸化するような行政解釈をさせず、立法者意思に即した解釈を定着させることが必要となろう。また、24条1項を活用し、保育所利用を希望する保護者を組織化して集団訴訟などが提起できれば、市町村としても保育所を整備しなければならない(少なくとも、市町村側は、保育所不足を理由に損害賠償責任を負わされる可能性

がある)。そうした運動を進めつつ、関連法の施行凍結、もしくは施行前の法改正を含めた抜本改革を求める保育運動を拡大していくべきと考える。

注

- (1) 児童福祉法24条1項をめぐる3党修正の経緯については、伊藤周平『子ども・子育て支援法と社会保障・税一体改革』（山吹書店、2012年）70頁以下参照。
- (2) もっとも、1997年改正前の児童福祉法のもとでも、保護者と保育所との間に契約関係（準委任契約）の成立を認めた裁判所の決定もある（松江地裁益田支部1975年9月6日決定・判例時報805号96頁）。ただし、学説では、同決定の法律構成には無理があるとの批判が多い。堀勝洋『福祉改革の戦略的課題』（中央法規、1987年）195頁以下参照。
- (3) たとえば、碓井光明『行政契約精義』（信山社、2011年）65頁も、単に契約の申込みに対する不承諾とみなしたのでは、不公正な選考がなされた場合や申込みに対して応答がない場合に、申込みをした保護者が争うことがほとんど不可能になること考えると、入所決定、入所不承諾の両方を含めて行政処分とみることが妥当としている。
- (4) 学説で有力な「処分・契約並存説」と呼ばれる解釈である。学説の動向については、古畑淳「私立保育所の廃止・民営化」賃金と社会保障1501号（2009年11月上旬号）18頁参照。
- (5) 加藤智章・菊池馨実・倉田聡・前田雅子『社会保障法〔第4版〕』（有斐閣、2009年）271頁〔前田雅子執筆〕参照。
- (6) 典型的には、子どもに障害がある場合でも、保護者が就労などしていなければ、保育所入所要件に該当せず、保育所入所はできない。ただし、障害児保育の定員を設けている自治体などでは、そうした場合も、障害をもつ子どもの入所を認めている。
- (7) 公的保育制度の特徴と意義については、伊藤周平『保育制度改革と児童福祉法のゆくえ』（かもがわ出版、2010年）43頁以下参照。
- (8) 同様の指摘に、松宮徹郎「ドイツにおける保育政策・制度の現状－子どもの権利を前面に立てた保育制度改革の内容」月刊保育情報410号（2011年1月号）8頁参照。
- (9) 同判決の評釈は多くあるが、さしあたり、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1501号（2009年11月上旬号）69頁以下参照。
- (10) なお、2010年4月には、児童福祉施設最低基準（当時）が改正され、3歳以上児の給食については、自園調理方式ではなくても、外部搬入方式でよいとされている（同基準32条の2）。
- (11) 学説も同様の見解を示すものが多い。田村和之「児童福祉施設最低基準をめぐる法的諸問題－保育所の最低基準を中心に」賃金と社会保障1526号（2010年11月下旬号）47頁参照。
- (12) 社会福祉関係では、このほか、老人福祉法の養護老人ホームおよび特別養護老人ホームの設備・運営基準（17条2項）や介護保険法の指定居宅サービス事業の設備・運営基準（74条2項など）などについて、地方条例化することが規定されている。詳しくは、地域主権改革研究会『解説・地域主権改革』（国政情報センター、2011年）187頁以下参照。
- (13) 田村和之「保育所行政と地方分権改革」季刊自治と分権39号（2010年）50頁参照。
- (14) 同様の指摘に、本多滝夫「分権改革の展開とナショナルミニマム」法律時報

- 1044号（2012年3月号）8頁参照。
- (15) 保育所最低基準の地方条例化とその問題点については、伊藤周平「地域主権改革と保育政策—福祉ナショナルミニマムの解体と保育制度の介護保険化の動向」賃金と社会保障1526号（2010年11月下旬号）7頁以下参照。
 - (16) 当該自治体のうち「面積基準の緩和を」採用しない」と回答した自治体が20、「検討中」と解答した自治体が15で、採用しないと回答した自治体は「緩和することは入所児童の保育環境の悪化となる」（東京都中央区）、「保育の質を担保するため」（東京都多摩市）などの理由をあげ、基準の緩和は、保育環境や子どもの安全面で懸念があると、多くの自治体が考えていることが明らかになっている。
 - (17) 岡田広行「地域主権改革とナショナルミニマムの解体」全国保育団体連絡会・保育研究所編『保育白書／2010年版』（ひとなる書房、2010年）127頁参照。
 - (18) 同様の指摘に、逆井直紀「子どもの成長・発達の権利を脅かす最低基準の引き下げ—保育現場からの問題提起」月刊保団連1034号（2010年5月号）18頁参照。
 - (19) 同様の指摘に、田村和之「家庭的保育事業の法定化—その意義、問題点、課題—」月刊保育情報391号（2009年6月号）4頁参照。
 - (20) 橋爪幸代「児童福祉法の一部を改正する法律—子育て支援」ジュリスト1374号（2009年）37頁参照。
 - (21) 同様の指摘に、田村和之「子ども・子育て支援法関連3法の『意義』と問題点・疑問点」月刊保育情報434号（2013年1月号）6頁参照。
 - (22) 日本弁護士連合会（日弁連）の「子ども・子育て新システムの関連法案に関する意見書」（2012年4月12日）は、修正前の子ども・子育て支援法案について「市町村の認定と直接契約という2段階の手続を踏まなければならない仕組み」をやめるべきと指摘していた。修正後の子ども・子育て支援法についても2段階の手続きが解消されていないことについて、大井琢「日弁連意見書からみた子ども・子育て新システム修正法案の問題点」月刊保育情報429号（2012年8月号）7頁も参照。
 - (23) 3党合意に至る修正協議の過程で、民主党側は、子ども・子育て関連法案については、すべて内閣府や厚生労働省の官僚に丸投げし、官僚側は、市町村の保育義務規定を置くことについては、最後まで難色を示したようである。関係者の証言によれば、村木厚子内閣府政策統括官（当時）は、児童福祉法24条1項の修正について「保育しなければならない」ではなく、「保育することができる」という規定にする案も提示したという。
 - (24) 同様の指摘に、木下秀雄『『新システム』と保育を受ける権利—子ども・子育て支援法と修正された児童福祉法改正法の検討』学童保育研究13号（2012年11月号）82頁参照。
 - (25) 同様の指摘に、大井・前掲注（22）6頁参照。
 - (26) 同様の指摘に、田村・前掲注（21）5頁参照。
 - (27) 田村・前掲注（21）7頁は、市町村の利用調整は、異なる内容・手続きを定める2法律（子ども・子育て支援法と改正児童福祉法）を実施していく上で必要な「行政手続きの統合」を図ろうとする意図から考え出されたものに違いないが、行政指導では達成しがたいものがあると指摘している。
 - (28) この問題について詳しくは、伊藤・前掲注（1）156頁以下参照。
 - (29) 同様の指摘に、前田雅子「社会保障の法関係」芝池義一・小早川光郎・宇賀克也編『行政法の争点〔第3版〕』（有斐閣、2004年）232頁参照。
 - (30) もっとも、老人福祉法の規定を字義どおりに解釈すれば、「やむを得ない事由」を行政解釈のように限定する必然性はなく、「身体上又は精神上の障害がある

ために日常生活を営むのに支障のある」高齢者が、利用者負担ができずにサービスを利用することが困難な場合も「やむを得ない事由」で介護保険のサービスを利用することが著しく困難な場合に当たり、措置が可能ではないかと思われる。とくに特別養護老人ホームへの入所の場合には、市町村が「措置を採らなければならない」と規定されており（老人福祉法11条1項）、当該要件に該当する場合には、措置義務が市町村に生じると解される。この点については、伊藤周平『介護保険法と権利保障』（法律文化社、2008年）77頁参照。

- (31) 逆井直紀「子ども・子育て関連法でどうなる」経済207号（2012年12月号）37頁参照。