

社 会 保 障 法 判 例

堀 勝 洋

保育に欠ける児童を保育所に入所措置しなかったとしても、その保護者らの法益を違法に侵害するものではないとして、損害賠償請求が棄却された事例（清水訴訟控訴審判決）

東京高等裁判所第8民事部平成元年3月28日判決（昭和61年（ネ）第2977号損害賠償請求控訴事件）

I 事実の概要

1 原告・控訴人 X_1 (子) は同 X_2 (父) と X_3 (母) との間に昭和53年6月4日に出生した児童であるが、 X_2 は同月24日小平市福祉事務所長¹⁾ に対し X_1 を保育所に入所させるよう申請を行った。しかし、同福祉事務所長は保育所への入所措置を採らず、この不措置決定は翌年の昭和54年3月1日になされた。この不措置決定の理由は、 X_2 が第1に希望した保育所は零歳児保育の定員に対して希望者が多く、かつ先順位者がおり、第2希望の保育所は零歳児保育を行っていないというものであった。

2 これに対し X_2 は同年5月1日東京都知事に審査請求を行った²⁾ が、同知事はその翌年の昭和55年4月7日、 X_1 が既に同年4月1日から保育所に入所措置されているため、不措置決定の取消しを求める法律上の利益は失われたとして、審査請求を却下する裁決を行った。

3 これに対して、 X_1 、 X_2 及び X_3 は昭和58年2月21日、小平市長又はその委任を受けた小平市福祉事務所長（以下「小平市長等」という。）は

X_1 が保育に欠ける状態にあるにもかかわらず保育所入所措置を採らず、またその他の適切な保護を採らなかったため（以下この保育所入所措置その他の適切な保護を採らなかったことを「本件不措置処分」という。）、財産的及び精神的損害を受けたとして、被告・被控訴人 Y （小平市³⁾）に対して国家賠償法に基づく損害賠償を求める訴えを提起した（東京地裁昭和58年（ワ）第1633号損害賠償請求事件）。

これに対し、東京地方裁判所民事第24部は原告の訴えを棄却する判決を下した（東京地裁昭和61年9月30日判決・判時1218号93頁）。その理由は、第1に、保育所の入所定員が不足し原告 X_1 に優先する要保育児童がいたため、本件不措置処分をしたのを違法と評価することは相当でないこと、第2に、 X_1 が保育所に入所措置されなかったために入所していた無認可保育所に被告 Y が補助金を交付しており、しかも小平市長等の本件不措置処分は X_1 の生命身体に対する侵害等著しい不利益を与えるものではなく、違法とはいえないというものであった。

4 これに対して、 X_1 、 X_2 及び X_3 は原判決の取消し等を求めて昭和61年10月13日控訴したが

(東京高裁昭和61年(ネ)第2977号損害賠償請求控訴事件)、東京高等裁判所第8民事部は控訴を棄却する判決を下した(東京高裁平成元年3月28日判決)。その理由は、第1審判決の理由と違って、要保育児童について保育所に入所措置しなくても、その保護者らの法益を違法に侵害するものではないというものであった。

5 これに対し、X₁、X₂及びX₃は、平成元年4月14日最高裁判所に上告した。

II 判 旨

1 (1) 「まず、控訴人 X₂ 及び同 X₃ の請求についてみると、右控訴人らは、小平市福祉事務所長が本件不措置決定をし、かつ、その代替措置がとられなかったことにより、右控訴人らに生じた保育費用の負担の増加分について損害賠償を求めている。しかしながら、法24条が市町村長(法32条2項の規定によりこれらの者から権限の委任を受けた福祉事務所の長を含む。以下同じ。)の保育所入所措置等の義務について定めているのが専ら児童自身の健全な育成を図るためであることは、同法の趣旨に照らして明らかであるところ、児童の保護者は、国及び地方公共団体と並んで児童の保育の責任を負い(法2条参照)、右責任の負担について国及び地方公共団体に劣後するものとは到底いえないから、当然その費用をも負担すべきであり、自らの経済的負担の軽減を図る見地から市町村長に対し法24条による措置をとることを要求することのできる立場にあるものではない。したがって、仮に市町村長が右措置を懈怠したことによって児童の保護者が保育費用の全額を負担せざるを得なくなったとしても、右懈怠は保護者の財産的法益を違法に侵害するものであるということとはできず、また、逆に右措置がとられることによって保護者が保育費用の一部を免れることがあっても、それは右措置に伴う反射的利益にすぎない。……以上の次第であるから、小平市長又は小平市福祉事務所長が法24条所定の措置をとるべき義務を懈怠した結果、控訴人 X₂ 及び同 X₃ の保育費用の負担が増加したとしても、被控訴人は右

負担増加分についての損害賠償義務を負うものではない。」

(2) 「控訴人 X₂ 及び X₃ は、前記のような措置義務の懈怠により右控訴人らが差別的不利益を受けたとしてこれに対する慰謝料を請求するが、前示のように、児童に対して不当に法24条所定の措置がとられなかったことは児童の保護者の法益に向けられた違法な侵害ということができないのであるから、仮にこれに基因して保護者において主観的に精神的苦痛を被ったとしても、客観的評価の上からは、これに基づいて慰謝料の支払を求めることはできないものというべきである。なお、控訴人 X₁ が法24条所定の措置を受けられなかったことにより同人自身が精神的苦痛を被ったと認めることができないことは後述のとおりであるから、同人の両親としての控訴人 X₂ 及び同 X₃ につき民法711条の類推適用による慰謝料請求権の発生を認めることもできないことは明白である。」

2 「控訴人 X₁ の請求についてみると、同控訴人は前示のとおりどんぐり保育園(筆者注一無認可保育所)に入園して保育を受け、その費用は控訴人 X₂ 及び同 X₃ が負担したものであるから、控訴人 X₁ 自身の出捐はないのみならず、前記私立こぶし保育園(筆者注一零歳児保育を行っている認可保育所)と同控訴人が保育を受けたどんぐり保育園との保育の内容・態様について若干の径庭があったとしても、それにより同控訴人の心身の成長・発達に障害が生じたことについては何ら立証はないから、私立こぶし保育園に入園することができず、かつ入園措置に代わる適切な保護措置を受けることができなかったため、同控訴人が精神的損害を被ったものと認めるに足りない。」

3 「そうすると、その余の点について判断を加えるまでもなく、控訴人らは前記入所措置義務又は代替措置義務の懈怠を理由として被控訴人に対し損害賠償を求めることはできないものというべく、本訴請求を棄却した原判決は結論において正当である。」

III 解 説

1 本件訴訟は、共働きの両親の子の保育所入所が認められなかったため損害を受けたとして、国家賠償法に基づいてその損害の賠償を求めて提起されたものである。これに対する第1審判決及び控訴審判決のいずれも原告・控訴人の請求を棄却するものであったが、その理由は異なるものであった。すなわち、第1審判決は、小平市長等による本件不措置処分を具体的に検討して、違法と評価するのは相当でないとして請求を棄却した。これに対して、控訴審判決は、児童とその保護者について別々に検討し、児童については損害の発生についての立証がないとして請求を棄却した。児童の保護者については、児童福祉法（以下「法」という。）24条は保護者に法益ではなく反射的利益を与えるにすぎないから、市町村長が法24条の義務を懈怠したとしても保護者の法益を違法に侵害するものではないとして請求を棄却した。すなわち、第1審判決は小平市長等の処分を具体的に検討して違法性がないと判示しているのに対し、控訴審判決は法24条の一般的・抽象的な解釈から、児童の保護者に対する損害賠償義務を否定しているのである。

ところで、国家賠償法1条1項は、「国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によつて違法に他人に損害を加えたときは、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる。」と規定している。したがって、同法に基づく損害賠償請求が認められるためには、公務員の行為が違法であること、またそれによって損害が生じたことが必要である。本件訴訟の第1審判決はこの違法性を欠くことを請求棄却の理由とした。これに対して、控訴審判決は、児童については損害発生の立証がないことを請求棄却の理由にしているが、児童の保護者について請求を棄却したのは違法性を欠くと判断したためか、損害が発生していないと判断したためか必ずしも明らかではない。

本件訴訟の第1審においては、①保育所入所等

について規定した法24条は児童やその保護者に具体的請求権を与えたものか、単なる反射的利益を与えるにすぎないものか、②同条に規定する「保育に欠ける」の認定判断は、行政庁の羈束裁量であるか自由裁量であるか、③小平市長等が X_1 を保育所に入所させなかったりその他の適切な保護を加えなかったことが違法であるかどうか争点となった。これに対して、第1審判決は、①については直接判示せず、②については「保育に欠ける」の認定は羈束裁量処分であると判示し、③については、小平市長等の本件不措置処分は違法ではないと判示した。

筆者は、この第1審判決について堀〔13〕223頁以下で評釈したので、本稿では専ら控訴審判決について解説する。なお、この第1審判決の評釈としては、秋元〔1〕204頁以下及び菊池〔6〕37頁以下があるが、いずれも幾つかの問題点を指摘した上で、判決の結論は支持している。

本控訴審判決は、両親（ X_2 及び X_3 ）の請求と子（ X_1 ）の請求について別々に判示しているので、本稿でも前者を以下の2及び3のパラグラフで、後者を4のパラグラフで解説する。

2 本件訴訟において、 X_1 の両親である X_2 及び X_3 は、小平市長等による本件不措置処分が違法に財産的及び精神的損害を加えたとして、その損害の賠償を請求した。財産的損害としては、無認可保育所であるどんぐり保育園に X_1 を入所させざるを得なかったために X_2 及び X_3 が現実に支出した費用の額から、認可保育所に入所したら徴収されるべきであった保育料の額を控除した額14万2,200円を支払うよう請求した。精神的損害については、小平市長等による本件不措置処分によって保育における差別的な不利益を受け、著しい精神的苦痛を被ったとして、 X_2 及び X_3 の各人に100万円を支払うよう請求した。これに対し、本控訴審判決は、財産的損害についてはⅡ判旨の1(1)に、精神的損害についてはⅡ判旨の1(2)に引用したように、いずれについても X_2 及び X_3 の請求を棄却した。精神的損害については次の3のパラグラフで検討することとし、このパラグラフ

では財産的損害について論ずる。

本控訴審判決は被控訴人YはX₂及びX₃の財産的損害について賠償義務を負うものではないと判示したが、その理由は次の6つにまとめることができる(Ⅱ判旨1(1)参照)。

- ① 法24条の保育所入所措置等の定めは専ら児童の健全育成を図るための規定であること
- ② 法2条により保護者も児童の保育の責任を負うこと
- ③ 保護者が保育費用を負担すべきものであること
- ④ 保護者は自らの経済的負担の軽減を図る見地から、市町村長(法32条2項の規定によりこれらの者から権限の委任を受けた福祉事務所長を含む。以下同じ。)に対し法24条による措置を採ることを要求することのできる立場にあるものではないこと
- ⑤ 市町村長が保育所入所措置等の義務を懈怠したため、保護者が保育費用の全額を負担せざるを得なくなったとしても、市町村長のこの懈怠は保護者の財産的法益を違法に侵害するものではないこと
- ⑥ 保育所入所措置等が採られることによって保護者が保育費用の一部を免れることがあるとしても、それはその措置に伴う反射的利益にすぎないこと

本判決のこの理由の論理の展開は極めて分かりにくい。①及び②から③を導き、③から④を導き、④から⑤及び⑥の結論を導き出していると考えられる。この判決理由の結論を筆者なりにまとめると、法24条は児童の保護者に法的利益ではなく反射的利益しか与えないから、それを侵害したとしても市町村は損害賠償義務を負うものではないということになる。この判決理由で問題となるのは次の2点であり、以下これについて検討する。

- (1) 国家賠償訴訟において反射的利益論は成立するか。
- (2) 法24条は児童の保護者に対し法益ではなく反射的利益しか与えないものか。そして、法24条が児童の保護者に法益を与えないとする

本判決の理由は妥当か。

国家賠償訴訟と反射的利益 従来の行政法学においては、行政主体に対して国民の有する公権(特別な公法・行政法上の権利)と反射的利益(行政法規が特に公益目的のために国や個人の作為不作為を規定している結果、その反射的な効果として国民が単に事実上受けるにすぎない利益)とを区別してきた(反射的利益に関する以下の記述は、主として安達〔2〕、阿部〔3〕、三橋〔15〕などによっている)。この公権という概念は伝統的行政法学における公法と私法の区別に由来するものであるが、現在では公法と私法とを区別する意義がほとんどなくなったとする説が強まり、したがってもはや実体法上公権概念をたてることはあまり意味がないとされるようになってきている。今日では、公権と反射的利益という区別ではなく、権利・法益と反射的利益という区別にとらえ直されている。そして、この反射的利益の概念は、特に抗告訴訟において訴えの利益(原告適格)を有するかどうかを判断する概念として用いられている。すなわち、行政事件訴訟法において抗告訴訟の原告適格が認められるためには「法律上の利益」を有する者である必要があり(同法9条及び36条)、単に反射的利益を有するだけでは原告適格がないとして訴えが却下される。

このように、抗告訴訟においてはさまざまな問題点が指摘されながらも反射的利益論が成立することは学説や判例でも認められているが、国家賠償訴訟においては反射的利益論の成立を認めるのは少数説にとどまっている。すなわち、阿部〔3〕185頁、原田〔11〕13頁などは国家賠償訴訟においても例外的に反射的利益として扱うべき場合があると主張するが、下山〔10〕322頁、三橋〔15〕163頁など多数説は抗告訴訟における反射的利益論を国家賠償訴訟に持ち込むべきではないとしている。

この問題が争点となったのが各地のスモン訴訟であり、群馬スモン訴訟において国側は次のように主張した。「医薬品の副作用により被害を受けたとする特定の個人が厚生大臣の義務違反を理由として国に対し損害賠償を請求することは、『法律上の利益』ではなく、単なる事実上の利益ない

し反射的利益の侵害に対して国家賠償を請求することであって、法的根拠を欠くものである。」

これに対して、スモン訴訟判決はいずれも国の主張を排斥し、例えば静岡地裁昭和54年7月19日判決・判時950号199頁は、次のように判示している（三橋〔15〕160～162頁）。「元来いわゆる反射的利益論なるものは、取消訴訟その他の抗告訴訟においていかなる範囲の者にまで訴えの利益を認めるべきかという、原告適格を画する基準設定の必要性を背景として主として論じられてきたものであるのに対し、本件の如き公務員の不法行為を理由とする国家賠償請求事件においては、公務員の職務行為が違法と評価されるものであり、当該違法行為と原告の主張する損害の発生との間に相当因果関係が認められればそれで足りるのであって、処分の相手方でない者に抗告訴訟の原告適格が認められるか否かの問題と、許可・承認申請手続上の第三者たる個々の特定人に損害が生じた場合の不法行為の成否とは、論理上直接の関連を有するものではない」。

この判決からも分かるように、抗告訴訟上の反射的利益と国家賠償訴訟上の反射的利益は意味が異なる。すなわち、抗告訴訟においては反射的利益しか有しない者は原告適格が否定されて却下されるのに対し、国家賠償訴訟上は法の保護する利益の侵害がないとして棄却されるのであり、原告適格の問題ではない（安達〔2〕51頁、阿部〔3〕186頁等）。

国家賠償訴訟において反射的利益の成立を認めないとする立場を採れば、本控訴審判決が反射的利益を理由に訴えを棄却しているので、本判決は妥当ではないということになろう。しかし、阿部〔3〕185頁が「各種の行政法規はそれぞれ一定の法益を保護する。そこで、法律が保護することを意図する利益は反射的利益ではないが、それにはいらない利益は反射的利益であろう。」と述べているのは、妥当であるように思われる。ただし、法律が保護する利益は、立法の趣旨・目的等を広く考え、必ずしも権利として確立していることまでは要しないと考えるべきである（阿部〔3〕14頁）。なお、東京地裁昭和40年12月24日判決・下

民集16巻12号1814頁、東京地裁昭和44年12月25日・判時580号42頁、福岡高裁昭和53年7月3日判決・判タ370号10頁なども、反射的利益を理由に請求を棄却している。

法24条と保護者の利益 次に、前記の(2)の問題、すなわち、法24条は児童の保護者に法益ではなく反射的利益しか与えないものかどうかについて論ずる。

この事件当時の法24条は、次のように規定していた。「市町村長は、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しなければならない。但し、附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。」

この規定は、保育に欠ける児童について保育所入所措置又はその他適切な保護措置を採ることを市町村長に義務づけたものであり、その意味で児童の健全育成を図ることを直接の目的としている。

しかし、法24条が児童を要保育状態に置く要因として「保護者の労働又は疾病」を具体的に挙げているように、保育所は保護者特に母親の就労を可能ならしめるのに大きな役割を果たしてきた。このことは、厚生省児童家庭局編〔8〕254頁が、「保育所は、両親の働く家庭や母親が病気になった場合になくってはならない施設であり」、「保育所は、たんに児童のみでなく地域社会全体の生活と福祉を確立するために不可欠な施設であるということが出来る」と述べていることからうかがえる。

また、児童福祉法案の国会提出に際して厚生省児童局が準備した予想質問答弁資料の第一輯（昭和22年7月30日）では、「保育所は労働保護の面を多くもつてゐると思ふが、児童一般の保護法規と一緒に規定する事は不適當でないか」とする予想質問さえ用意されていた。そして、これに対しては、保育所は「児童の環境を良くするために入所させるところであつて、乳幼児を有する保護者が安心して働き、労働能率を高めることによつて生計が補助され、子の生活と発育を保障すること

になる」こと、「いままで恵まれなかつた勤労大衆の母が時間的に養育の任務より解放され、国家の経済、文化並びに政治的活動に参加し、又は、教養を受け、休養することによつて家庭生活の向上改善を図りその結果は乳幼児の福祉を増進させる基盤となる」ことなどにより、児童福祉法に規定したと答えることとしていた（児童福祉法研究会編〔9〕871頁）。以上のように保育所の本来の目的は児童の健全育成にあることは疑いないが、それとは別に保護者特に母親の就労を容易にするという機能をも有しているのである⁴⁹。

これに対して、本控訴審判決は、法24条が専ら児童の健全育成を目的としていること及び法2条が保護者の児童育成責任を規定していることから、児童の保護者の保育費用負担責任を導き出している。しかし、法2条の規定はむしろ児童の健全育成の責任を保護者ととも国・地方公共団体に負わせるものであり、本判決が示唆するようにその責任を保護者にだけ負わせるものではない。現に、法51条1号、53条、55条等の規定により保育所入所費用について、国・地方公共団体が負担することが児童福祉法上明確に規定されているのである。したがって、児童が保育所に入所措置された場合は、その保護者は法56条の規定によって費用徴収された額以外の保育所入所費用について公費負担してもらえするという利益を有する。ただし、本判決はこの利益を反射的利益にすぎないと判示する。しかし、本件訴訟において X_2 及び X_3 が賠償請求しているのはこの利益（保育所入所費用に係る公費負担額）ではなく、保育所入所措置等が採られなかったために生じた余分な出費である。この意味で、本判決の反射的利益に関する判示部分は、やや的外れのような感じを受ける。

更にいうと、本判決の反射的利益論は、国家賠償法1条の定める賠償責任要件とどのようにかわるのか明らかでない。もともと、国家賠償訴訟における反射的利益論は国家賠償法1条の要件——特に、違法、故意・過失、因果関係、損害発生——のいずれに関係する議論であるのか明瞭でないとされるが（安達〔2〕51頁）、本判決の反射的利益論についても同じことがいえる。すなわち、

本判決は児童の保護者の法益の侵害がないということで違法要件を欠くと判示しているのか、保護者にはそもそも法益がなく損害が生じ得ないとして損害要件を欠くと判示しているのか、あるいはこの違法と損害発生との間の因果関係要件を欠くと判示しているのか判然としない。

次に、本判決は、児童の保育費用は当然保護者が負担すべきであるという理由で、保護者の経済的負担の軽減を図る見地から市町村長に対し法24条による措置を採ることを要求することのできる立場にないと判示する。経済的負担の軽減を図ることを理由に保育所入所を要求できないことは本判決の判示するとおりであるが、保護者は児童が保育に欠けることを理由に保育所入所を要求できる立場にある⁵⁰ ことを忘れてはならない。そして、本件訴訟においては、この後者が問題なのであり、この後者の要求が拒否された場合に保護者の法益が侵害されたと言い得るかどうかが問われているのである。

本判決は、以上に述べた論理の展開の上に立って、市町村長が保育所入所措置等を採らなくても保護者の財産的法益を違法に侵害するものではないと結論づける。しかし、以上に考察したようにこの論理自体必ずしも説得力があるものではないし、法24条は以下に述べるように保護者に一定の利益を保障していると考えられる。すなわち、児童が保育に欠ける場合は、市町村長は保育所入所措置等を採らなければならない、保護者はその限りで児童を保育することから免れるという利益を有する。市町村長が保育所入所措置等を採らない場合は、保護者が自ら保育せざるを得なくなり、この利益が失われる。保護者というのは、法6条によれば、「親権を行う者、後見人その他の者で、児童を現に監護する者をいう。」とされているため、市町村長が保育所入所措置等を採らない場合は自ら児童を監護する状態に復さざるを得ないからである。

保育所への入所措置基準である「保育に欠ける」の具体的状態は、かつては通知（昭和36年2月20日付厚生省児童局長通知第129号「児童福祉法による保育所への入所措置基準について」）に

より定められていたが、現在は法24条により「政令で定める基準により条例で定める」こととされ、児童福祉法施行令9条の2が具体的に定めている。これによれば、保護者の労働、出産、傷病、障害、介護従事、災害復旧等、主として保護者が児童を保育できない状態にあることが、保育に欠けるかどうかの基準とされている。すなわち、保護者が児童を保育できないときに保育所入所措置が採られるのであり、市町村長が保育所入所措置等を探らない場合は、保護者が保育できないにもかかわらず、自ら保育せざるを得なくなる。この意味で、市町村長が保育所入所措置等を探るか否かは保護者の利害に重大な影響を及ぼす。

多くの場合保護者は父母であるが、父母は親権者として民法820条に基づく監護及び教育の義務を負う。市町村長が保育所入所措置等を探らない場合は、この監護義務に従って自ら保育せざるを得ず、この意味で保育所入所措置は父母の利害にかかわる。また、子の扶養は民法760条の婚姻費用分担の規定により夫婦が負担するとされ（遠藤ほか編〔5〕68頁，我妻〔17〕84頁等），その他の扶養義務者も民法877条の規定により扶養義務を負う。したがって、父母やその他の扶養義務者たる児童の保護者は、市町村長が保育所入所措置等を探らず公費負担をしない場合には、自ら保育費用を負担しなければならなくなる。逆にいうと、父母その他の扶養義務者たる児童の保護者は、市町村長が保育所入所措置等を探った場合は、監護や養育費の一部を免れるという利益を有する。

ところで、過去において保育所入所措置処分の取消等の訴訟⁶⁾が保護者らによって提起されてきたが、保護者には訴えの利益がない又は反射的利益しかないとして、原告適格が否定された判決は見当たらない。むしろ、大阪地裁昭和47年3月29日判決は、児童の保護者の保育所入所申請権を明確に認めている⁷⁾。また、同様に保育所入所に関する損害賠償訴訟についても、保護者には法益がなく反射的利益しかないとして、保護者の請求が棄却された判決も見当たらない⁸⁾。これは被告がそのような主張をしなかったためであるかもしれないが、基本的には保育所入所については保護者

に法益があることを当然の前提としているからであるように思われる。

前述したように、本控訴審判決が本訴請求を棄却したのは、法24条が児童の保護者に法益を与えるものではなく、したがって市町村長が法24条に違反したとしても保護者に対して損害賠償義務を負うものではないからということである。しかし、法24条が保護者にも利益を与えることはこれまで詳述したとおりであり、問題はこの利益を法的利益と解するか反射的利益と解するかにかかっている。筆者は、保育所設置の趣旨や保育所が現に果たしている役割等にかんがみ、法24条は国家賠償請求を根拠づける意味での法律上保護された利益を保護者に認めるものではないかと考える（同旨、菊池〔7〕49頁）。なぜならば、国家賠償法上の違法性は「権利を侵害したかどうかを基準となるのではなく」（阿部〔3〕14頁）、「何が『法益』に当たるかは結局のところ『不法行為法的保護に値する利益』か否かに帰着」する（稲葉〔4〕44頁）と考えるからである。したがって、本控訴審判決が保護者には法益がないとして請求を棄却したのは妥当ではないと考える。

しかし、法24条が保護者に法的利益を与えると解しても、 X_2 及び X_3 の請求が認められるためには国家賠償法に定めるその他の要件を満たす必要がある。この点については、第1審判決が判示したように、小平市における保育所の定員不足の状況、 X_1 が入所した無認可保育所に対する小平市の補助金交付、 X_1 の生命身体に対する侵害等を考慮すると、小平市長等の本件不措置処分は違法性を欠き、したがって X_2 及び X_3 の損害賠償の請求は国家賠償法の定める要件を満たしてはいないのではないかと考える。

3 このパラグラフでは、児童の保護者の精神的損害について論ずる。 X_2 及び X_3 は、 X_1 について保育所入所措置等が採られなかったため著しい精神的苦痛を被ったとして、それぞれ100万円の慰謝料を支払うよう請求した。しかし、本判決は、II判旨の1(2)に引用したように、その請求を棄却した。その理由は、保育所入所措置等が採ら

れなかったことは直接児童の保護者の法益を違法に侵害するものではないため、それによって精神的苦痛を被ったとしても、これに基づいて慰謝料の支払いを求めることはできないからというものである。

しかし、保護者の法益の違法な侵害がないという理由で慰謝料の請求を認めないのは、上のパラグラフ2の財産的損害のところでも述べたと同じ批判が成り立つ。やはりこの精神的損害についても、保護者に法益がないとするよりも、第1審判決が行ったように違法性を具体的に判断した方がより説得力があったものと思われる。

なお、菊池〔7〕50頁は、保護者について慰謝料の請求を認める考えのようである。

本判決は、以上のほか、 X_1 の精神的苦痛について、民法711条の類推適用による同人の両親としての X_2 及び X_3 の慰謝料請求権の問題についても判示している。民法711条は「他人ノ生命ヲ害シタル者ハ被害者ノ父母、配偶者及ヒ子ニ対シテハ其財産権ヲ害セラレサリシ場合ニ於テモ損害ノ賠償ヲ為スコトヲ要ス」と規定し、生命侵害に対する慰謝料の請求を被害者の一定の親族にも認めている。

これが生命侵害以外の場合にも認められるか否かについて、判例・通説は身体障害について「被害者が生命を害された場合にも比肩すべき、または右場合に比して著しく劣らない程度の精神的苦痛を受けたとき」は被害者の親族にも慰謝料請求を認めている（最高裁昭和42年1月31日判決・民集21巻1号61頁、遠藤ほか編〔5〕229～230頁、森島〔16〕377頁等）。しかし、本件訴訟における精神的苦痛は、保育所入所措置等が採られなかったことによる児童の精神的苦痛にすぎず、生命侵害にも「比肩すべき」ものとは言い難い。したがって、このような精神的苦痛についてまでその児童の父母による損害賠償の請求を認め得るかどうかは疑問である（同旨、菊池〔7〕50頁）。

本判決は、上記のような理由ではなく、 X_1 自身の精神的苦痛を認めることができないこと（次のパラグラフ4を参照）を理由に、請求を棄却している。

4 最後に、保育に欠ける児童自身の損害賠償請求について簡単に触れておきたい。

X_2 及び X_3 の子である X_1 は、精神的苦痛についての慰謝料100万円の支払いだけを請求した。これに対し、本判決はⅡ判旨の2に引用したように、 X_1 自身が無認可保育所の保育費用を支出したわけではなく、かつ、無認可保育所に入所したからといって X_1 の心身の成長・発達に障害が生じたとの立証はないとして、 X_1 が精神的損害を被ったとは認めるに足りないとして、請求を棄却した。

注

1) 保育所への入所措置は、この事件当時の児童福祉法24条の規定により市町村長が行うこととされていたが、同法32条2項はその権限を福祉事務所に委任することができる旨規定していた。小平市では、当時の小平市福祉事務所長委任規程により、福祉事務所長にこの権限を委任していた。

なお、「地方公共団体の執行機関が国の機関として行う事務の整理及び合理化に関する法律（昭和61年法律第109号）」（以下「機関委任事務整理法」という。）により、法24条の保育所入所措置は市町村長ではなく市町村が行うように改正された。これにより、市町村の長は国の機関としてではなく、市町村の執行機関として保育所入所措置を採ることになったが、児童福祉法32条2項はそのまま残され、福祉事務所長にその権限を委任できることとされている。

2) 審査請求は通常は処分庁の直近上級行政庁に対して行うこととされており（行政不服審査法5条2項）、小平市福祉事務所長の直近上級行政庁たる小平市長に審査請求を行うべきであるが、この事件当時の児童福祉法58条の3が保育所への入所措置権限を市町村長が福祉事務所長に委任した場合の審査請求は都道府県知事に対して行うと特別に規定していたため、東京都知事に対して審査請求を行ったものである。

なお、この児童福祉法58条の3の規定は、機関委任事務整理法により保育所入所措置事務が機関委任事務から団体事務にされたことに伴い、削除された。

3) この事件当時、保育所入所措置事務は国の機関委任事務とされていたが（当時の児童福祉法24条及び地方自治法別表第4の2の(24)参照）、機関委任事務についての賠償責任は国が負うとされるため（阿部〔3〕55頁）、国をも相手に訴訟を提起することができたと考えられる。現に、永井訴訟第1審判決（京都地裁平成3年2月5日判決・判タ751号238頁）では、都道府県知事に機関委任されていた児童扶養手当の支給事務に関し、知事が同手当の周知徹底義務を違法に怠ったとして、国に対する損害賠償請求が認められている（堀〔14〕200頁以下）。

4) 本控訴審判決の評釈である菊池〔7〕49頁も、「児童の健全育成のために親の就労保護等が不可欠である」とすれば、法24条はいわば間接的に親の就労権をも一体として保障していると見る余地がある。」と述べている。ただし、児童の健全育成のため親の就労保護等が必要であるという論理は、筆者にとって分かりにくい。

また、同論文は、児童福祉法が必ずしも児童だけを保護の対象とするものでない（したがって、児童の保護者をも保護の対象とする考えが成り立つ）ことの根拠として、①児童福祉法は母子福祉法や母子保健法がそれから分離独立する前までは母子福祉対策や母子保健対策を含んでいたこと、②現行の児童福祉法には法22条の助産施設や法23条の母子寮の規定があり、これらは母親の福祉を図ることも目的としていることを挙げている。しかし、①については、母子福祉法や母子保健法が独立したことで、児童福祉法はかえって児童の福祉の保障を図るための法律としての性格が強まっていることを指摘したい。②については、法22条及び23条が妊産婦や配偶者のない女子を直接保護の対象としているのに対し、法24条は保育に欠ける児童の保護者を直接保護の対象にしているわけではないので、法22条及び23条の規定と法24条の規定を同一に論ずることはできないことに留意する必要がある。

5) 国民に社会福祉施設への入所を請求する権利があるかどうかについて、国は老人ホームについてであるが、「措置は、措置の実施機関に課せられた義務であって、……希望者からの請求権に基づくものではない。したがって、措置を受けることにより老人ホームにおいて養護されることは、老人に与えられた権利ではなく、公的機関に措置義務があることから派生する『反射的利益』であると考えられる。」と解釈してきた。

しかし、ほとんどすべての学説は、少なくとも行政庁に入所措置が義務づけられている社会福祉施設への入所については、請求権があると解している。また、保育所入所に係る多くの下級審判決（後掲の注6）参照）のなかにも、児童やその保護者の利益は反射的利益にすぎないとして原告適格を否定しているものは見当たらない。この問題についての学説や判決例については、堀〔12〕201頁以下で検討したので参照されたい。

6) 松江地裁松田支部昭和50年9月6日決定、福岡地裁昭和52年5月19日決定・行集29巻5号498頁、福岡地裁昭和52年12月23日判決・判時898号42頁、福岡地裁昭和54年3月13日判決、東京地裁昭和56年1月20日判決・判時999号40頁、仙台地裁昭和61年7月29日判決・判時1236号59頁、仙台高裁昭和62年4月27日判決・判時1236号59頁、大阪地裁平成元年5月10日決定、大阪高裁平成元年8月10日決定・判時1331号38頁。

7) 児童福祉法施行規則19条2項は、保護者に保育所入所の申請を義務づけており、これが保護者に一定の権利を認めたものか問題となる。これに対し本判

決は、「児童福祉法施行規則19条2項によれば、その監護すべき児童につき法24条による保育所入所措置を受けさせることを希望する者は市町村長にその旨の申請をしなければならないと定められているが、この規定も、その文理からみて、対象者が乳・幼児又はこれに準ずる者であって自ら申請することは望めないことから、その監護義務者の義務遂行の一環としての申請権限を定めたものにすぎないと解される」と判示している。しかし、保護者にも申請権限が認められている以上、保護者からの保育所入所申請が却下された場合は保護者は不服申立てや行政訴訟を提起することができると解される。したがって、少なくとも行政訴訟法上は保護者の入所申請について反射的利益と解することはできない。

なお、本判決が以上のように判示したことに対して、菊池〔7〕48頁は、「本判決は少なくとも保護者についての入所申請にかかる法的権利を否定しているようにも思われる。」と述べているが、そうではあるまい。本判決は、法24条に係る保護者の利益について児童福祉法施行規則19条2項を根拠に法的利益と認めることはできないとだけ述べたもので、保護者の申請権を否定したものではなからう。本判決は、監護義務遂行の一環としてではあれ、親権者の申請権限を認めているのである。

8) 福岡地裁小倉支部昭和55年7月8日判決・判時1005号150頁、仙台地裁昭和63年9月29日判決、千葉地裁松戸支部昭和63年12月2日判決・判タ691号180頁。

引用文献

- 〔1〕 秋元美世「保育に欠ける児童に対する保育所入所措置をとらない違法性」佐藤 進ほか編『別冊ジュリスト No. 113 社会保障判例百選（第二版）』、平成3年10月25日
- 〔2〕 安達和志「公権と反射的利益」成田頼明編『ジュリスト増刊 行政法の争点（新版）』、平成2年6月20日
- 〔3〕 阿部泰隆『国家補償法』、有斐閣、昭和63年
- 〔4〕 稲葉 馨「公権力の公使にかかわる賠償責任」雄川一郎ほか編『現代行政法大系 6 国家補償』、有斐閣、昭和58年
- 〔5〕 遠藤 浩ほか編『民法(7)事務管理・不当利得・不法行為（第3版）』、有斐閣双書、昭和62年
- 〔6〕 菊池馨実「『保育に欠ける』児童と児童福祉法第24条但書にいう『適切な保護』」『賃金と社会保障』、981号、昭和63年3月上旬
- 〔7〕 菊池馨実「保育所入所をめぐる法律問題（下）——小平市保育所入所訴訟控訴審判決を契機として——」『賃金と社会保障』、1053号、平成3年3月上旬
- 〔8〕 厚生省児童家庭局編『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、昭和57年
- 〔9〕 児童福祉法研究会編『児童福祉法成立資料集成 上巻』、ドメス出版、昭和53年

- [10] 下山瑛二「国賠法1条1項をめぐる若干の理論的課題について」『今村成和教授退官記念・公法と経済法の諸問題 上巻』, 有斐閣, 昭和56年
- [11] 原田尚彦「薬害と国の責任」『判例時報』, 899号, 昭和53年
- [12] 堀 勝洋『福祉改革の戦略的課題』, 中央法規出版, 昭和63年
- [13] 堀 勝洋『社会保障法判例——近年の動向と解説』, 中央法規出版, 平成2年
- [14] 堀 勝洋「社会保障法判例——児童扶養手当に関する周知徹底義務を違法に怠ったとして損害賠償請求が認められた事例（永井訴訟第1審判決）——」『季刊・社会保障研究』, 27巻2号, 平成3年秋
- [15] 三橋良士明「不作為にかかわる賠償責任」雄川一郎ほか編『現代行政法大系 6 国家補償』, 有斐閣, 昭和58年
- [16] 森島昭夫『不法行為法講義』, 有斐閣法学教室全書, 昭和62年
- [17] 我妻 栄『親族法』, 有斐閣法律学全集, 昭和36年
- (ほり・かつひろ 社会保障研究所研究部長)