

社会 保 障 法 判 例

新 田 秀 樹

障害を有するために保育所での集団保育の実施は不可能であると判断して市が保育実施不可決定をした児童について、保育所における保育の実施に代わる「適切な保護」を行わなかったのは違法であるとして、市に慰謝料の支払いが命じられた事例

さいたま地方裁判所平成16年1月28日判決(平成12年(行ウ)第28号保育実施不可決定処分取消等請求事件,平成13年(行ウ)第19号行政処分取消損害賠償請求事件)『賃金と社会保障』第1365号48頁,『判例地方自治』第255号78頁

I 事実の概要

1 原告 X_1 は、ともにT市役所に勤務する原告 X_2 と同 X_3 との間に平成7年8月24日に出生した長女であり、特別児童扶養手当の支給対象となる重度の障害を有している。

2 X_1 、 X_2 及び X_3 が居住する川越市(被告Y)は、川越市統合保育事業実施要綱に基づき、障害児保育を実施している。同要綱は、①障害児保育の形態として、一般の児童のクラスに入って健常児とともにする保育の形態の保育(統合保育)を行う旨、②入所対象児童は、保育所において集団保育が可能であり、かつ障害の程度が軽度から中程度までのおおむね3歳以上の障害児で日々通園できるものとする旨等を定めている。

3 X_2 は、Yに対し平成12年度における X_1 の保育所入所申請を行ったところ、Yは、川越市長名により、保育所における集団保育が不可能

であると判断したことを理由に、保育実施不可決定(以下「平成12年度処分」という)をした。これに対し、 X_1 、 X_2 及び X_3 は、川越市長に対し平成12年度処分の取消しを、また、Yに対し国家賠償法に基づく損害賠償を求めて出訴した(川越市長に対する平成12年度処分の取消訴訟は後日取下げ)。

さらに、 X_2 は、Yに対し平成13年度における X_1 の保育所入所申請も行ったが、平成12年度と同様の理由により保育実施不可決定(以下「平成13年度処分」という)がなされたため、 X_1 、 X_2 及び X_3 は、川越市長に対し平成13年度処分の取消しを、また、Yに対し国家賠償法に基づく損害賠償を求めて出訴した(川越市長に対する平成13年度処分の取消訴訟は後日取下げ)。

4 なお、 X_1 は、Yが設置・運営する肢体不自由児の療育施設であるひかり児童園に平成9年11月から通園し、さらに、平成10年4月からは、ひかり児童園に加えて、民間の認可外家庭保育室

であるすみれ保育室に通うようになり、平成12年度及び13年度においても両施設に通園していた(送迎はX₁の祖父母等が担当)。このすみれ保育室に対しては、X₁が3歳未満の平成10年度までは、Yが定めた川越市家庭保育室要綱に基づくYからの委託費(月額1万7,500円)及び県からの障害児保育委託費(月額4万2,900円)が支給されていたが、平成11年4月1日以降いずれの委託費の支給も打ち切られている。

II 判 旨

原告の請求を一部認容。裁判所は、以下(〔 〕内は筆者補足)のように述べて、X₁、X₂及びX₃が請求した慰謝料の一部の支払いをYに命じ、その余の請求を棄却した。原告、被告とも控訴せず、判決は確定した。

1 児童福祉法24条1項ただし書にいう「やむを得ない事由」に関して

「『保育に欠ける』状況は本来客観的に存在するものであるところ、……原告X₁は児童福祉法24条1項の『保育に欠ける』児童であったというべきであるから、被告には、特段の事情がない限り、保育所において保育しなければならない義務が課せられていた」。

「しかしながら、児童福祉法24条1項ただし書は……やむを得ない事由があるときは保育所入所以外の保護を行うことを認めているところ、この『やむを得ない事由』の中には、……物理的、定員の障害の場合のほか、児童の年齢、性質、体力、障害の程度等から慎重に判断した結果、市町村の保育所が実施している集団保育の方法によっては適切な保育が不可能と判断される場合も含まれる」。

「限られた人員、予算の範囲内でいかなる方法により児童を保育するかについては、市町村の合理的な裁量に委ねられている部分が多い……地域の保育所全体を通じての物的・人的条件、能力をもってしても申込にかかる児童を集団保育の観点から適切に受け入れ得ないと判断されるときは、

当該市町村が保育園の入所拒否をしたとしても、その判断は児童福祉法24条1項ただし書の『やむを得ない事由』に該当する」。

2 児童福祉法24条1項ただし書にいう「その他の適切な保護」に関して

「保育に欠ける児童について『付近に保育所がない等やむを得ない事由』があるときは、市町村がそれらの児童を保育所に入所させて保育を実施しなくとも違法ではないが、その場合それに代替して『その他適切な保護』_(ママ)を加えなかった場合には、かかる市町村の不作为は法24条1項ただし書に反し違法となる」。

「市町村としては、保育に欠ける児童でありながら保育所の入所を拒否した場合には、……それなりの保育状況の改善に資する措置を講じなければならない」。

「ことに、保育に欠ける児童でありながら当該児童が障害を有し、集団保育になじまないことを理由に保育所入所を拒絶するときは、……保育の実施に関する第一次的責任者である市町村としては、……可能な限りの代替的措置により、保育所に入所することができなかつた障害児やその保護者の不利益をカバーするよう努めるべき責務がある」。

「〔本件についてみるに、〕ひかり児童園は身体障害者のための機能回復施設であって、保育に欠ける児童の保育を目的とした施設ではなく、……原告X₁の保護に欠ける状態の改善のために事実上奉仕する部分もあるが、これをもって原告X₁の保育に欠ける状態の十分な代替的措置とまでは評価することはできない。そして、被告は、……平成11年4月1日以降は……すみれ保育室に対し委託費の支給をストップし、それ以降、原告X₁の保育を担当した民間保育施設に対する援助・協力等(補助金の交付等を含む)原告X₁の保育状況の改善に資するような特段の手立てを講じた形跡が全くない。このことは、被告が原告X₁の保育について保育所における集団保育になじまないと拒否しておきながら、特段の代替的措置をとることなく、いわば漫然原告X₁の祖父母

やすみれ保育室等の善意にまかせるまま放置したと評価されてもやむを得ないものがある。そうすると、本件の場合、被告には、児童福祉法24条1項ただし書に定める代替的保護義務違反があったものといわざるを得ない」。

「なお、……ひかり児童園は……〔保育所とは〕施設の目的を異にしている以上、被告が諸般の事情から原告の〔ひかり児童園における〕時間延長の要望を受け入れなかったとしてもやむを得ず、そのこと自体を代替的保護義務違反の理由とすることはできない」。

3 損害の認定に関して

「本件の場合、……〔被告からの委託金が〕打ち切られた平成11年以降でも原告らのやすみれ保育室に対する保育料に大きな変動はないが、これはやすみれ保育室の特段の配慮によるものであり、被告からやすみれ保育室等に相応の協力、援助があれば、原告らの出費も少なく済んだ可能性も十分あるし、被告の義務違反により原告らは相応の精神的負担、負い目を感じたことは優に推認されることであるから、被告は代替的保護義務違反に伴い生じた原告らの精神的損害に対し賠償する義務がある」。

III 解 説

1 はじめに

本判決のうち、児童(X₁)の慰謝料請求を認めた部分については反対である。その余の部分の結論には賛成する。

本判決は、児童が障害を有するために集団保育が不可能なことは児童福祉法24条1項ただし書の「やむを得ない事由」に当たるとした上で、被告Yは同ただし書の「その他の適切な保護」(本判決では「代替的措置」乃至「代替的保護」とも表記)の実施義務を果たさなかった違法があるとして、国家賠償法による損害賠償(慰謝料)請求を認めた初めての事例である。本判決の主たる意義は、次の2点である。

① 児童福祉法24条1項ただし書の「やむを

得ない事由」の中には、物理的・定員の障害がある場合の他、市町村の保育所が実施している集団保育の方法によっては適切な保育が不可能と判断される場合も含まれるとした上で、保育所における保育の実施方法についての市町村の行政裁量を認めることを通じて、「やむを得ない事由」に当たるか否かについての市町村の行政裁量を相当広く認めた点。

- ② 代替的保護義務の程度及び内容に関し多数説や先行判決例に倣いつつ、保育所での保育を拒否した児童についての保育を行う認可外保育施設に対し市町村が財政的援助をしない場合には、保護義務違反となる場合があることを示した点。

その他の論点としては、③ひかり児童園における機能回復訓練その他のサービスの性格をどう考えるか、④本判決における損害の認定は妥当かといったことが考えられよう。以下順次検討する。

2 保育の実施についての行政裁量の性格・範囲(論点1)

本件訴訟では、児童が障害により保育所において集団保育できないことが、児童福祉法24条1項ただし書にいう「やむを得ない事由」に当たるか否かが争点の一つとなった。

本判決は、先行する判決例¹⁾や学説の多数説〔石川(1981)p.46、宮崎(1991)p.360、佐藤・桑原(1998)p.141(田村和之稿)等〕に倣い、児童福祉法24条1項本文にいう「保育に欠ける」状態の判断(要件認定の判断)は、伝統的な行政法学²⁾でいうところの羈束裁量行為であると解し、また、保育所における保育の実施決定の判断(給付の可否の判断)についても、原則として羈束裁量行為であると解した上で³⁾、同項ただし書の存在を理由として、保育所における保育の実施の判断につき市町村の行政裁量を認めるというロジックを採ったものと評することができる。

そして、本判決の特徴は、従来は「付近に保育所がない」、「すでに定員一杯の児童が入所している」など基本的に物理的・定員の理由と解されて

いた〔厚生省児童家庭局(1991) p.162, 児童福祉法規研究会(1999) p.180, 佐藤・桑原(1998) p.143(田村和之稿)等〕「やむを得ない事由」の中に「保育所における集団保育が不可能と判断されること」も含まれることを初めて明確に判示した点にあると言えよう。すなわち、本判決では、児童福祉法24条1項ただし書の「やむを得ない事由」の中には、物理的・定員の障害だけでなく、「保育所における集団保育が不可能と判断されること」も含まれ、しかも、保育所における保育方法については市町村の合理的な裁量(裁判所は保育士の加配については広範な裁量とした)に委ねられている部分が多いのであるから、本件において、YがX₁については保育所における集団保育が不可能であるとして保育不可決定をしたことは違法ではないとの結論を導き出しているのである。ただし、本判決の論理を少し細かく見ると、本判決は、「保育に欠ける」要件の判断に基づく保育の実施決定が羈束裁量行為であることを正面から否定したのではなく(すなわち要件裁量に係る便宜裁量を認めるというのではなく)、保育をどのように行うかという行政行為の内容の選択の部分での市町村の裁量(効果裁量に係る便宜裁量)を認めることで、結果的に(保育を行うことができないために)「やむを得ない事由」が成立する範囲とその逆に市町村が保育の実施決定を行わなければならない範囲をどのように区分するかについての市町村の裁量(便宜裁量)も認めるという論理構造になっている点に注意する必要がある。

また、①「やむを得ない事由」のうち、物理的・定員の障害は比較的客観的な判断が可能なものに対し、「保育所における集団保育が不可能と判断されること」といった保育実施上の障害の有無の判断は行政裁量に委ねざるを得なくなる部分が大きいといった元々の性質の違いがあること、②「限られた人員、予算の範囲内でいかなる方法により児童を保育するかについては、市町村の合理的な裁量に委ねられている部分が多い」との判旨は文脈から見て障害児保育に限らず保育一般に妥当すると解されること等を考慮すると、「保育所における集団保育が不可能と判断されること」と

いう保育実施上の障害を「やむを得ない事由」に加えることで、保育所における保育の実施の可否についての市町村の裁量の範囲はかなり広がったということができる。

仮に、本判決の判旨をそのまま肯うとすると、結果的に保育所における保育の実施を行うか否かについての市町村の裁量が広くなりすぎて、多数説のように保育の実施の判断を羈束裁量行為と解することで保育サービスを受ける権利をより確実に保障しようとする狙いが失われる恐れもある。そうならないようにするためには、「やむを得ない事由」の判断に当たって行われる行政裁量については、手続面の審査も含め、より厳格な司法統制を行うことを考える必要も出てくるのではない⁹⁾。

3 いわゆる代替的保護義務の内容及び程度(論点2)

次に、本件訴訟では、被告Yが児童福祉法24条1項ただし書の「その他の適切な保護」(いわゆる「代替的保護」)を行ったと言えるかどうかに関連して、代替的保護の内容及び実施義務の程度が問題となった。

この代替的保護の内容については、これまでに、清水訴訟一審判決及び東大阪市保育所入所訴訟判決が、入所を拒否された児童に個別の措置を採らなくても、その児童が入所した無認可保育施設に補助金を交付していれば、代替的保護義務を履行したことになる旨の判断を示している⁹⁾。

しかし、本判決は、代替的保護義務の程度については、保育所での保育実施を拒否しながら代替的保護を行わないのは違法であるとする学説の多数説〔石川(1981) p.45, 菊池(1988) pp.38-39, 堀(1993) p.89, 佐藤・桑原(1998) p.145(田村和之稿), 加藤他(2003) p.261(前田雅子稿)等〕や先行判決例(清水訴訟一審判決, 東大阪市保育所入所訴訟判決)に従いながら、代替的保護は当該児童の保育状況の改善に資する措置でなければならない⁹⁾、また、特に障害児については可能な限りの代替的措置に努める責務があるとした上で、本件についてはその義務を果たしておらず違法との

結論を導いた。

本判決と先行判決と判断が分かれたポイントは、今回の対象者 (X₁) が障害児であったことと、X₁ を受け入れて保育を行っていた認可外保育施設に対する委託費の支給を Y が打ち切っていることの2点にあるものと思われる。特に、後者のウェイトが高いと考えてよいであろう。したがって、本判決の意義は、どのような措置が代替的保護に当たるかについては諸般の事情を考慮する必要があるものの、他に特段の代替的措置を講じていない場合には、保育所における保育を拒否した児童について保育を行っている認可外保育施設への一定の財政的援助 (委託費の支給, 補助金の交付等) の有無が市町村が代替的保護義務を果たしているか否かのメルクマールとなり得る (財政的援助をしない場合には義務違反となり得る) ことを、これまで代替的保護義務の具体的内容を明らかにした判決例が少なかった中で、先行判決例とあいまって明確に示した点にあると言えるのではないか。

もっとも、学説では、認可外保育施設への財政的援助のみでは代替的保護とは言えず、認可外保育施設への保護委託といった市町村自身の主体的対応までが必要だとする説も有力である [秋元 (1991) p. 205, 佐藤・桑原 (1998) p. 146 (田村和之稿), 田村 (2004) p. 42, 小島 (2003) p. 329, 古畑 (2005) p. 73 等]。児童福祉法 24 条 1 項ただし書の文言に忠実であり、保育サービスを受ける権利の確実な保障という観点からも傾聴に値する意見であるが、保護の内容については市町村の裁量が相当程度認められること、施設への財政的援助は児童の保護者の負担の中心を占める経済的負担の軽減に結果的に資することを考えると、施設への財政的援助のみでは代替的保護義務を果たしたことにならず違法であるとまでいうことはできない⁹⁾。ただし、一般論としてそのように解せるとしても、障害を有することを理由として保育所入所を拒否する場合には、市町村は、定員超過を理由として健常児の入所を拒否するようなケースに比べ、より重い代替的保護義務を負うと解する余地はある。

4 ひかり児童園における機能回復訓練その他のサービスの性格 (論点 3)

ひかり児童園における機能回復訓練その他のサービス提供が保育所における保育の代替的措置たり得るかという点も、一応検討の余地があろう。

判決文によれば、ひかり児童園は、被告 Y (川越市) が条例により設置・運営する公的な肢体不自由児の療育施設であり、作業療法士、理学療法士、保育士等が配置され、機能回復のための指導・訓練と併せ、基本的な生活習慣を身につけさせるための保育を行っていた。X₁ は、平成 12 年度及び 13 年度において、週 5 日、午前 10 時から午後 3 時までひかり児童園での母子分離保育を受けていた。

裁判で、原告側は、ひかり児童園への入園による機能回復のための指導・訓練等は「適切な保護」に値しないとした上で、「適切な保護」としてひかり児童園における時間延長措置が可能であったのに Y がひかり児童園は療育施設であるから保育所の代替ができないとの理由でそれを行わなかったことは違法との主張をした⁷⁾。これに対し、Y は、市町村が自ら児童を「保護」することが唯一無二の「適切な保護」というわけではないとの反論をしつつ、他方で、「『適切な保護』と位置づけられるものではないが」と断りながら、ひかり児童園への入園による機能回復のための指導・訓練等を実施したと述べている⁸⁾。

こうした両者の主張を受けて、本判決は、ひかり児童園で X₁ が受けたサービスは十分な代替的措置とまで評価することはできないとする一方で、Y が諸般の事情から時間延長措置をしなかったこと自体を代替的保護義務違反とすることはできないと判示した。ひかり児童園のサービスがその実質的内容からすると保育所保育の代替と評価する余地があったにもかかわらず、裁判所が代替的措置として不十分としたのは、原告、被告の双方がひかり児童園への入園による機能回復のための指導・訓練等は「適切な保護」ではないとの主張をしていたためと思われる⁹⁾。他方で、時間延長措置をしなかったこと自体は代替的保護義務違反ではないとした理由については、①ひかり児童園

が保育所と施設の目的を異にする以上、時間延長をしても代替的措置たり得ないのだから、逆に延長をしなくても義務違反は生じないとするのか、②ひかり児童園における時間延長措置をすれば代替的措置になり得るが、複数の代替的措置の選択肢が考えられる以上、ひかり児童園における時間延長措置を選択しなかったということのみをもって義務違反にはならないとするのかは判然としない。

このように判旨が分かり難いところがあるが、本判決では、ひかり児童園におけるサービスが代替的措置たり得るかかどうかについては、裁判所は、その実質的・具体的内容の判断にまでは立ち入らず、原告、被告双方の主張に沿った形式的な判断をするに留めたように思われる。

5 本判決における損害の認定について(論点4)

本件において、裁判所は、児童(X₁)とその保護者(X₂及びX₃)の双方について、精神的損害に対する慰謝料の支払請求を認めた。その論理は、児童福祉法24条1項ただし書の代替的保護義務違反(不作為)を国家賠償法1条上も「違法」と捉え、①Yからすみれ保育室等への相応の協力・援助があれば原告の出費が少なくすんだ可能性及び②経済的負担(持ち出し)までしてX₁の保育をしてきたすみれ保育室の特段の配慮に対し原告が感じたであろう精神的負担・負い目を「損害」と認定した上で、違法行為(代替的保護を行わなかった不作為)と損害発生間の相当因果関係を認めたものと思われる。そして、慰謝料の額の算定に当たって裁判所が考慮した事情として、Yの代替的保護義務違反の程度・内容、すみれ保育室と公立保育所の保育時間や保育料の差等の事情を挙げている。

しかし、出費が少なくすんだ可能性(損害①)は、精神的な損害というよりは財産的な損害であろうし、すみれ保育室と公立保育所の保育料の差も慰謝料ではなく財産的損害額の算定に当たり考慮されるべき要素であろう。判決文を読むと、元々、原告側は、(ア)Yの職員から原告が受けた精神的苦痛に対する損害賠償請求と(イ)Yが

代替的措置を怠ったことにより被った経済的(財産的)損害に対する賠償請求を行ったにもかかわらず、「事案の要旨」においては原告が受けた精神的苦痛に対する損害賠償(慰謝料)請求を求める事案として整理され、しかも、判決は、(ア)の請求を否定した上で、(イ)に関連してYが代替的措置を怠ったことにより原告らが「精神的損害」を被ったことを認めて原告の賠償請求を認めるという論旨になっている。

このように判旨が原告の請求内容とやや整合性を欠いているように見える背景には、保育入所不措置処分に関し保護者について財産的損害の発生を認めなかったとされる最高裁判決¹⁰⁾(以下「清水訴訟上告審判決」という)を本判決を下したさいたま地裁が意識していたということもあるかもしれない。しかし、清水訴訟上告審判決は、代替的措置が採られなかった或いは不十分であった場合の財産的損害については特に判示していない〔堀(1993) p. 91〕以上、代替的措置が採られなかった或いは不十分であったが故に財産的損害を被ったとの原告の主張が直ちに清水訴訟上告審における最高裁の判断に抵触するというにはならなかったのではないか。もっとも、本件の場合、仮にそのような主張をしたとしても、X₁は保育費用を負担していない以上財産的損害の発生が認められる可能性は殆ど無いであろうし、保護者たるX₂及びX₃についても、損害①は可能性であって、実際にはすみれ保育室の好意によりY及び県の委託費打切り後もX₂及びX₃が負担する保育費用に変化がなかったことを考えると、財産的損害の発生を認めることは困難であったと思われる。したがって、さいたま地裁がそこまで配慮して判旨のような形で事案の整理を行ったとの推測も成り立とう。

以上のような点が気になるものの、本判決が認定した損害のうち、原告が感じたであろう精神的負担・負い目(損害②)については、少なくとも保護者(X₂及びX₃)に関しては、これまで学説が指摘してきたもの¹¹⁾とはやや異なるが、十分な代替的措置が採られなかったことにより発生した精神的損害と認めてよいのではないか。そうだと

とすれば、上記の論理により X_2 及び X_3 の慰謝料請求を認めた本判決は、結論としては妥当と言えよう。しかし、児童自身 (X_1) に精神的損害の発生を認め慰謝料請求を認容した点には、疑問がある。保育所入所を拒否されても認可外保育施設等で保育が行われた場合には児童の精神的損害は発生しないとの判例¹²⁾があり、また、学説もこうした場合に精神的損害の発生を認めることには消極的なものが多い〔菊池 (1991) p. 50, 堀 (1993) p. 92〕。そして、本判決が認定した損害②が元々保育費用の負担の認識に起因する精神的苦痛であるとする、これを児童である X_1 が感じたとするのは無理であろう。以上の理由から、本判決のうち、 X_1 についてまで慰謝料請求を認めた部分については反対である。

6 おわりに

上記論点の他、児童福祉法 24 条の対象児童に障害児は含まれるか、Y (川越市) の統合保育事業実施要綱及び統合保育判定基準の性格をどう解するか、現行の児童福祉法 24 条 1 項にいう「保育の実施」は 1997 年の法改正以前の「保育の措置」と同様の行政処分と解してよいかといった点も、一応検討する必要があると思われるが、紙幅の関係で省略する。

最後に、本判決の射程についてであるが、「児童福祉法 24 条 1 項ただし書の『やむを得ない事由』の中には、物理的・定員の障害がある場合の他、市町村の保育所が実施している集団保育の方法によっては適切な保育が不可能と判断される場合も含まれる」とする判旨及び「限られた人員、予算の範囲内でいかなる方法により児童を保育するかについては、市町村の合理的な裁量に委ねられている部分が多い」とする判旨は、障害児保育だけでなく、保育一般に射程が及ぶと考えられる。

少子化という人口面・社会面からの変化、また、措置から契約への流れという法制度面からの変化の両方が進行する中で、保育所における保育の実施主体である市町村はどのような責任をどこまで負うべきなのかが、改めて問われている。本判決は、「やむを得ない事由」に係る市町村の裁量及

び代替的保護義務の具体的内容について一定の判断を示すことで、そうした議論に新たな一石を投じたものとして評価できよう。

注

- 1) 東京地判昭和 61 年 9 月 30 日判時 1218 号 93 頁・判タ 621 号 237 頁 (以下「清水訴訟一審判決」という)、仙台高判昭和 62 年 4 月 27 日判時 1236 号 59 頁等。
- 2) 行政裁量についての伝統的な行政法学の考え方とその変化については、原田 (2000) pp. 137-145, 塩野 (2005) pp. 112-126, 堀 (2004) pp. 215-219 等を参照。
- 3) 先行判決例として大阪地判平成 14 年 6 月 28 日賃社 1327 号 53 頁 (以下「東大阪市保育所入所訴訟判決」という) を参照。また、この点について、学説は、羈束裁量行為と解する多数説〔佐藤・桑原 (1998) p. 144 (田村和之稿) 等〕と、保育所への入所措置義務を課した法令の内在的制約の観点、或いは、適切妥当なマクロ資源配分の観点から行政裁量 (便宜裁量) を認める有力説〔堀 (1987 a) p. 436, 倉田 (2001) p. 62, 西村 (2003) p. 469 等〕とに分かれている。もっとも、児童福祉法 24 条 1 項ただし書の「やむを得ない事由があるとき」に保育所における保育を実施するか否かにつき一定の行政裁量が認められるとする点〔菊池 (1991) p. 52, 加藤他 (2003) p. 261 (前田雅子稿) 等〕では違いはなく、問題は、その裁量の範囲をどの程度認めるかにあるとも言える。
- 4) この点につき古畑 (2005) p. 72 を参照。
- 5) 代替的保護の内容についての行政当局の見解については児童福祉法規研究会 (1999) p. 180 等を、また、学説については堀 (1987 b) p. 217, 桑原 (2002) p. 231, 西村 (2003) p. 468 等を参照。
- 6) 補助金交付をもって「適切な保護」に当たり得るとするものとして菊池 (1988) p. 41, 菊池 (1991) p. 53。
- 7) この主張については、原告側は、ひかり児童園への 1 日 5 時間、週 5 日程度の登園では代替的措置たり得ないが、より長時間のものであれば代替的措置になり得ると考えていたと解すべきであろうか。
- 8) この Y の主張については、ひかり児童園での機能回復のための指導・訓練等は児童福祉法 24 条 1 項にいう「適切な保護」ではないことは認めるが、事実上は代替措置の機能を果たしていたという情状を汲んでほしいと解すべきであろうか。
- 9) もっとも、裁判所は、その判断の中で、Y がひかり児童園における機能回復訓練等も「適切な保護」の一部であると主張したと述べている

ところもあり、本文のようなYの主張をそのまま認めたと断言することまではできない。

- 10) 最3小判平成4年6月23日。
 11) 菊池(1991) p. 50は、保護者の精神的損害として、他の保育手段を探すなど本来であれば不必要な労力等を費やすことにより被る精神的損害が考えられるとする。
 12) 東京高判平成元年3月28日東民40巻1-4号31頁(以下「清水訴訟控訴審判決」という)、清水訴訟上告審判決。なお、各判決の評釈として、堀(1992)、堀(1993)があり、本文5(論点4)に係る検討の参考となる。

参 考 文 献

- 秋元美世(1991)「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」『別冊ジュリスト113号 社会保障判例百選(第二版)』。
 石川 稔(1981)「保育所入所措置の適正化」『ジュリスト』744号。
 加藤智章他(2003)『社会保障法〔第2版〕』,有斐閣。
 菊池馨実(1988)「『保育に欠ける』児童と児童福祉法24条但書にいう『適切な保護』」『賃金と社会保障』981号。
 ———(1991)「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。
 倉田 聡(2001)『これからの社会福祉と法』,創成社。
 桑原洋子(2002)『社会福祉法制要説〔第4版〕』,有斐閣。
 厚生省児童家庭局編(1991)『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。
 小島晴洋(2003)「社会保障法判例」『季刊・社会保障研究』38巻4号。
 佐藤 進・桑原洋子監修(1998)『実務注釈 児童福祉法』,信山社。
 塩野 宏(2005)『行政法I〔第四版〕行政法総論』,有斐閣。
 児童福祉法規研究会編(1999)『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。
 田村和之(2004)『保育所の民営化』,信山社。
 西村健一郎(2003)『社会保障法』,有斐閣。
 原田尚彦(2000)『行政法要論(全訂第四版増補版)』,学陽書房。
 古畑 淳(2005)「判例研究・『保育に欠ける』障害児童と市町村の保育義務―川越市障害児保育所入所拒否国家賠償請求事件」『季刊教育法』144号。
 堀 勝洋(1987 a)「社会保障法判例」『季刊・社会保障研究』22巻4号。
 ———(1987 b)『福祉改革の戦略的課題』,中央法規出版。
 ———(1992)「社会保障法判例」『季刊・社会保障研究』27巻4号。
 ———(1993)「社会保障法判例」『季刊・社会保障研究』29巻1号。
 ———(2004)『社会保障法総論 第2版』,東京大学出版会。
 宮崎良夫(1991)『行政争訟と行政法学』,弘文堂。
 (にった・ひでき 大正大学教授)