

## 社会 保 障 法 判 例

小 島 晴 洋

定員不足による保育所入所措置保留処分に関し、児童福祉法上の違法は認定されず行政手続上の違法のみが認定されて、慰謝料請求が認容された事例（東大阪市保育所入所保留処分損害賠償請求事件）

大阪地方裁判所平成14年6月28日判決『賃金と社会保障』1327号53頁（平成10年（行ウ）第62号損害賠償請求事件〔第1事件〕、平成12年（ワ）第8897号損害賠償請求事件〔第2事件〕）

## I 事実の概要

1 原告A1および原告A2（以下「原告Aら」という）、原告B1および原告B2（以下「原告Bら」という）ならびに原告C1および原告C2（以下「原告Cら」という）は、それぞれ夫婦であって、それぞれ子A3（平成7年9月28日生まれ）、B3（平成8年11月15日生まれ）およびC3（平成8年6月22日生まれ）を養育する者である。

原告Aらは平成9年中に、また原告Bらは平成9年1月10日に、それぞれ東大阪市中福祉事務所長に対し、A3およびB3につき保育所入所措置申請を行ったが、中福祉事務所長は、平成10年2月27日、保育所の収容能力の関係上入所の見込みがつきにくいとの理由で、保育所入所措置を保留する旨の処分を行った。また、原告Cらは平成9年5月8日、東大阪市東福祉事務所長に対し、C3につき保育所入所措置申請を行ったが、東福祉事務所長は、平成10年2月27日、保

育所の収容能力の関係上入所の見込みがつきにくいとの理由で、保育所入所措置を保留する旨の処分を行った。

2 原告Aら、原告Bらおよび原告Cらは、それぞれ平成10年4月24日東大阪市長に対し、本件各保留処分につき行政不服審査法に基づき審査請求を行ったが、同市長は、平成10年8月4日、それぞれの審査請求を棄却する旨の裁決を行った。

3 原告Aら、原告Bらおよび原告Cらを含む8組の父母は、平成10年10月9日「保育所入所保留処分の取消しを求める行政訴訟」を提起したが、その後、平成11年3月までに原告たちの養育する児童が全員保育所に入所するなど、状況が変化したことを踏まえ、平成11年3月、訴えを損害賠償請求に変更した。その時点で、原告は3組となった（第1事件）。その後、小平市事件（最判平成4.6.23）判決との関連を考慮し、父母だけでなく児童（A3）も原告に追加した（第2事

件)。

4 被告は東大阪市であり、原告側の請求は、①本件各保留処分に関する措置権者たる被告自身の違法行為による損害賠償請求(民法709条)<sup>1)</sup>、②本件各保留処分に関する中福祉事務所長および東福祉事務所長の違法行為による損害賠償請求(国家賠償法1条1項)、および、③裁決に関する東大阪市長の違法行為による損害賠償請求(国家賠償法1条1項)である。

5 判決は、本件各保留処分が児童福祉法(以下「法」という)24条に違反するという原告らの主張は認めず、①保育所入所措置を決定するための審査基準が公にされていなかったこと(行政手続法5条3項違反)、②本件各保留処分について理由が提示されていなかったこと(行政手続法8条1項違反)、③審査請求において口頭意見陳述の機会が与えられなかったこと(行政不服審査法25条1項ただし書違反)、および④裁決書に具体的な理由の記載がないこと(行政不服審査法41条1項違反)という、手続的な違法のみを認定し、国家賠償法1条1項に基づいて、第1事件原告らに対し、精神的損害に対する慰謝料として1人あたり15万円の支払いを命じた(請求一部認容)。第2事件に関しては原告の請求を棄却した。双方控訴せず、確定した。

## II 判 旨

### 1 法24条本文違反について

(1) …市町村は、児童の保護(ママ)に欠けるところがあると認めるときは、「やむを得ない事由」がない限り、当該児童を保育所に入所させて保育する措置を採る義務がある…

…付近にある保育所の定員が不足している場合には「やむを得ない事由」が認められるものと解するのが相当である。もっとも…本来保育に欠ける児童は保育所に入所させて保育するのが原則であることからすると、…当該保育に欠ける児童よりも保育の必要性が高い保育に欠ける児童を優先

的に入所させた結果、付近にある保育所の定員に空きがなくなった場合にはじめて「やむを得ない事由」があるものと解すべきである。

…[いずれの者が保育の必要性が高いかについては]…基本的には、入所措置を行う権限を有する行政庁の裁量に委ねられているものと解するのが相当である。

…福祉事務所長は、本件選考指数に従って、入所の可否を判断している[が]…、本件選考指数が不合理なものとは認められない。[また、その適用にも違法はなく]…本件各保留処分は、いずれも法24条本文に違反するものとは認められない。

(2) …市町村が、「やむを得ない事由」がない限り、保育に欠ける児童を保育所において保育する義務を負担していることは法24条の文言上明らかであり、児童の保護者に児童を育成する義務があるからといって市町村のかかる義務が否定されるいわれはなく、また、市町村がかかる義務に反したことにより、保護者が損害を被った場合には、損害賠償請求を否定する理由はない…。

(3) …保育に欠ける児童ら全員が入所することができるよう保育所を整備する政治的責務があるものと解されるが、[法1条および2条は]…それを超えて市町村に対し保育所の設置に向けた特定の具体的な行為を行うことを義務づけた規定であるとまでは解することができず、その他、市町村に対して保育所を設置することを義務づける規定はないから、市町村は保育所を整備を行って定員を確保する法的義務を負っているとの主張はその前提を欠く…。

### 2 法24条ただし書違反について

…市町村が保育に欠ける児童につき保育所に入所させて保育する措置を採らなかつたうえ、「その他適切な保護」(ママ)を加えなかつた場合には、かかる市町村の不作为は法24条ただし書に反し違法である…。

…「その他適切な保護」とは、…保育に欠ける児童保育状況を改善することに資する措置を行うことを指すものと解され…、市町村が、保育に欠

ける児童が入所した簡易保育施設に対して補助金を交付することも法24条ただし書にいうところの「その他適切な保護」に当たるといふべきである。

…市町村が自ら保育事業を行うことに限定する必要性もない…。…「その他適切な保護」として保育所と同程度の内実を持つ代替措置をとらなければならないとする原告らの主張はとうてい採用することができない。

### III 解 説

判旨1には賛成するが、判旨2については疑問がある。

#### 1 はじめに

この事件は保育所入所措置をめぐるものであるが、入所措置要件である「保育に欠ける」(法24条)こと自体については、当事者間に争いがなかった。「保育に欠ける」ことを前提としながら不措置とすることができるかが争われた点が、この事件の特徴の1つである。

それに関連して、この事件で問題とされた行政処分が「保留処分」というものであったことについて、はじめに触れておく必要がある。

本件保留処分は、いずれも『「保育に欠ける」ことを前提とした不措置処分」と解される。背景は、慢性的な定員不足の中で形成されてきた実務上の工夫であったものと想像される(東大阪市において、かつて保育所入所申請に対する不作為の違法が確認された裁判例があった<sup>2)</sup>)。そのような実務自体が問題となる可能性があるが、本件では争点となっていない。本判決の判旨は、「保留処分」を「不措置処分」と読み替えても大差ないものと思われる。

また、本件においては、審査基準が公にされていないことが、処分について理由が提示されていないことなどの手続的な違法が認定されて、原告の請求の一部が認容された。行政手続法および行政不服審査法に関する争点については、それぞれ一定の意義があることが想像されるが(とく

に行政手続法5条3項など)、さしあたり扱わない(判旨も省略している<sup>3)</sup>)。児童福祉法に関する部分についてのみ、検討する。

#### 2 本判決の意義および先行裁判例

(1) 東京高裁の判例を正面から否定した意義  
保育所入所措置が争われた裁判例は数件報告されているが、もっとも類似した事案として、小平市損害賠償請求事件がある(①第一審：東京地判昭和61.9.30『判例時報』1218号93頁、②控訴審：東京高判平成1.3.28『東京高等裁判所民事判決時報』40巻1-4号31頁、③上告審：最3小判平成4.6.23判例集未登載)。被告側が東京高判の論旨に基づき保留処分が違法でない旨の主張を行ったのに対して、本判決は、正面からそれを否定した(判旨1(2))。

(2) 法24条ただし書「その他の適切な保護」を明確に判示した意義

「その他の適切な保護」についての過去の裁判例としては、次の2件が報告されている<sup>4)</sup>：①広島地判昭和42.4.18『判例タイムズ』207号135頁、②東京地判昭和61.9.30『判例時報』1218号93頁(小平市事件一審)。前者は、保育所と同様の機能を有する「町立児童館」(法40条の児童厚生施設)へ入館させることを「やむを得ない事由」に該当するとして違法でないとしたものであり、後者は、原告が入園している無認可保育施設に被告市が補助金を交付していることをもって、「違法はない」とした。

しかし、これらの裁判例では、「町立児童館への入所」も「無認可保育施設への補助金交付」も、それ自体が「その他の適切な保護」に当たるとは、明確には言っていない。本判決では、一般論として「その他の適切な保護」の定義を示すとともに、さらに「簡易保育施設に対する補助金交付は『その他の適切な保護』に当たる」と言い切るなど、法24条ただし書について詳細な解釈を示している(判旨2)。

#### (3) 法改正と本判決の射程

法24条は、平成9年6月4日法律74号により大幅に改正され、措置制度から「保育の実施」に

改められた(平成10年4月1日施行)。本事件は、改正前の法24条に関するものである<sup>5)</sup>。新制度(現行)についてはいくつかの解釈があり、行政解釈が「公法上の契約」としているのに対して(児童福祉法規研究会(1999) pp.167-168)、学説は従来の措置制度と本質的な変化はないとするものが多い(秋元(1997) pp.30-32、堀(1997) pp.178-180、桑原・田村(1998) pp.142-144)。しかし、いずれにしても法24条本文に関しては、文言が大幅に変わっている以上、判旨を現行制度にそのまま当てはめることは難しいであろう。

法24条ただし書については、平成9年改正でもほとんど変更はなかった。「その他の適切な保護」の意義に関する判旨は、現行制度にも当てはまるものと考えられる。

### 3 法24条本文について

#### (1) 本判旨の基本構造(判旨1(1))

本判旨の基本的な構造は、次のとおりである：

- ①「保育に欠ける」、
- ②「やむを得ない事由」がない限り措置義務がある、
- ③保育の必要性が高い順に入所させた結果の「定員不足」は「やむを得ない事由」に該当する、
- ④保育の必要性の判断は措置権者の裁量に委ねられている。

この基本構造は、極めて順当で適切なものといえることができる。そして、福祉事務所長が判断の根拠とした「選考指数」と、その具体的適用とを詳細に審査・判断した結果、裁量を逸脱した違法はないとしたが、その判断も是認しうるものであろう。

#### (2) 小平市事件裁判例との関係(判旨1(2))

これに対して被告は、「入所措置を懈怠したことにより、児童の保護者が費用を負担せざるを得なくなったとしても、保護者の財産的法益を違法に侵害したもとはいえない」と主張していた。その主張に従えば、本件保留処分の適否に関わらず、保護者には損害賠償が認められないことになるが、判旨はその主張を退けて、処分の適否につ

いての実体的判断を行った。以下、この問題について論ずる。

被告のこの主張は、小平市損害賠償請求事件控訴審判決に沿ったものである。小平市の事件は、本件とほとんど同様の事案であるが、一審判決が「不措置処分が違法でない」との実体判断をしたのに対して、控訴審判決は「入所措置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」として、不措置処分の適否を判断することなく、原告の損害賠償請求を棄却したものであった。以下、控訴審判決の主要部分を引用する：

「…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、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ものであり、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護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ふことはできず、また、逆に右措置がとられることによって保護者が保護費用の一部の負担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。」

被告の主張はこの判旨をほとんどそのまま引用するものであったが、本判決は、それを退け、「児童の保護者に児童を育成する義務があるからといって市町村にかかる義務が否定されるいわれはなく、また、市町村がかかる義務に反したことにより、保護者が損害を被った場合には、損害賠償請求を否定する理由はない」と判示した。この点で、本判決は、小平市損害賠償請求事件における東京高裁の判断を、正面から否定したものと評することができる。

小平市事件控訴審判決に対しては、学説はおおむね批判的であった(菊池(1991b) pp.48-50、堀(1992) pp.455-459)。主要な論点は、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 条の利益が与えられる対象は児童のみか保護者も含むか、の 2 点であるが、いずれに関しても判決の論旨が説得的でなかったためである。本文は小平市事件の評釈ではないので詳論は差し控えるが、私見では、この控訴審判決は単に「もともと権利がないから権利侵害もありえない」といつているにすぎないものと思われる。その点で、これは、その 3 年後に同じ東京高裁から出された「養護老人ホーム個室入所請求事件」判決（平成 4.11.30 判例集未登載、「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、地方公共団体に措置義務があることから派生する反射的利益にすぎない」とする）と同根のものであろう<sup>8)</sup>。措置制度における伝統的な行政解釈であるいわゆる「反射的利益論」が、国家賠償訴訟の場面においても表出してきたものと想像できるからである<sup>9)</sup>。

保育所や養護老人ホームのような「義務づけ規定」<sup>8)</sup>の措置制度の場合には、利用者に入所の請求権を認める立場が通説であり、その考えに立てば、その侵害による損害賠償は当然認められるべきであることになる<sup>9)</sup>。本判決はそのような立場に立ったものと考えられるが、学説の大勢に従ったむしろ当然の判断とはいえ、東京高裁の先例を正面から否定した意義は大きいものと思われる。

なお、小平市事件の上告審判決（最 3 小判平成 4.6.23 判例集未登載）は、控訴審判決と異なり、明確に損害の発生を否定するという論理構成をとっている<sup>10)</sup>（控訴審判決は、むしろ、違法性を否定しているように読める）。本判決では、被告側が違法性の問題として小平市事件控訴審判決の論旨を引用して主張したため、やはり違法性の問題として判断された。すなわち、損害発生についての最高裁判例には触れられていないことになる。

#### （3）市町村の保育所整備義務について（判旨 1（3））

原告側は、「法 24 条の権利は、保育所が設置され、その定員が確保されていることを前提として成立する権利であるから、市町村は、保育所の整備を行って定員を確保する義務を負っている」と主張した。

保育所の整備が、市町村の政治的な責務であることは当然としても、直ちに法的な義務とはいえないだろう。第一に、法 24 条ただし書の存在により市町村は「その他の適切な保護」を加えればいいのであり、第二に、市町村自らが整備するのではなく民間の保育所に措置委託をしてもいいからである。ゆえに判旨は正当である。

なお、法 24 条ただし書がないとすれば、「保育に欠ける」のに不措置とすることは、保育所の収容能力の有無に関わらず違法となると考えられる。その前提に立てば、「市町村が自ら整備する義務」は困難としても、「民間施設も含め、定員を確保する義務」を構成する余地はあるものと考えられる。

#### 4 法 24 条ただし書について

##### （1）はじめに

法 24 条ただし書についての本判旨の基本構造は、『『保育に欠ける』児童について、保育所入所措置も『その他の適切な保護』も加えないのは違法である』とするものであり、それ自体は正当である。法 24 条の文言からそれ以外の解釈を導き出すことは難しいだろう。

しかし、問題は「その他の適切な保護」とは何かということであり、以下この問題について論ずることとする。

##### （2）「その他の適切な保護」の意義について（判旨に疑問がある）

###### （a）本判決の判示内容

「その他の適切な保護」についての判示内容は、以下のように整理できよう：

- ①「その他の適切な保護」とは、「保育に欠ける児童保育状況を改善することに資する措置を行うことを指す」。
  - ②市町村が、保育に欠ける児童が入所した簡易保育施設に対して補助金を交付することも「その他の適切な保護」に当たる。
  - ③市町村が自ら保育事業を行うことに限定する必要はない。
  - ④保育所と同程度の代替措置である必要はない。
- これらは、先に紹介した先行裁判例による判示

内容と比較して、詳細で明確である。本判決では、一般論として①を明確に述べ、さらに「簡易保育施設に対する補助金交付は『その他の適切な保護』にあたる」と言い切っている(②)。また、主体、程度に関する③④も新しい。

#### (b) 行政解釈および学説

行政解釈では、ほぼ一貫して、昼間里親や隣人への委託、家政婦の斡旋、季節保育所、へき地保育所などが例として挙げられてきた(竹内(1978) p. 151)。平成9年改正後のものであるが、最近ではそれらに加え、家庭内保育(いわゆる「保育ママ」)による対応や、「『適切な保護』にふさわしい一定の質が確保された認可外保育施設に対するあっせん等を行うことも該当しうるものである」との見解が示されている(児童福祉法規研究会(1999) p. 180)。

学説では、第一に厳格に解釈する立場がある。たとえば、「補助金支出だけでは、市町村が自らの事務として、『その他の適切な保護』を行ったことにならない」とするもの(田村(1992) pp. 127-128)、「そもそも入所措置という個別な行為の代替措置である以上、少なくともそれは当該要保育児童に対する個別具体的な対応であるべき」とするもの(秋元(1991) p. 205)などである。一方で比較的緩やかに解釈する見解も示されており、「無認可保育施設に対する補助が、一般的には『届出人員を基礎として一定の委託費の交付決定を定期的に行う』ことから、その過程全体を包括的に捉えて『適切な保護』が尽くされたと考えることができる」(菊池(1988) p. 41)、「常に行政処分性を有しなければならないとすれば疑問である」(菊池(1991) p. 53)などとする。この立場からは、法51条1号の2が法24条本文の措置にのみ市町村の支弁を定め、法24条ただし書の「その他の適切な保護」には財政上の法的裏付けがないことも指摘されている(菊池(1991) p. 53)。

#### (c) 考 察

行政処分である必要があるか、また市町村が自ら事業を行う必要があるかは別としても、法24条の文言を素直に読む限り、「その他の適切な保護」は、少なくとも当該児童に対する「個別具体

的な対応であるべき」と思われる。その点で、判示①②は、広きに失するものと考えられる。簡易保育施設に対する補助を「その他の適切な保護」というためには、緩やかに解する上記学説の考え方を採用したとしても、当該要保育児童に関する個別の対応として補助を行った旨の立証が必要と考えるべきであろう。

また、内容的には、必ずしも保育所と同等でなくとも、均衡を失さない程度の一定の質が必要であろう。この点で、本判決が「保育所と同程度の代替措置である必要はない」とのみ判示する(④)のは、行政解釈よりも緩やかであり、法の趣旨に反するのではなかろうか。なお、財政上の裏付けがないのは、あくまでも例外的な施策と捉えられているためであり、本来の施策である保育所の整備を促すためと考えるべきであろう。

#### (3) 結 論

結論として、本事件の場合、「その他の適切な保護」がなされていない違法があると考えべきである。

なお、違法性相対化説によれば、それは、抗告訴訟上の違法であっても国家賠償法上の違法とはいえないのではないかとの意見があり得る(堀(1990) pp. 234-235)。私見は、むしろ違法性は同一と考え、故意・過失の有無や損害の有無、相当因果関係などで判断すべきものと考えるが(宇賀(1997) pp. 42-68など)、いずれにしても、本件の事実関係のもとでは、被告東大阪市の行政努力は極端に不足しているようであるので、損害賠償を認めるべきであったらうと思われる。

#### 注

- 1) 原告側は、法24条違反について、公務員(福祉事務所長)の違法行為による国家賠償請求と並んで、被告(市)自身の違法行為による民法に基づく損害賠償請求も主張した。一般に、国または公共団体の活動に基因する損害について、その賠償請求が国家賠償法に基づくか民法に基づくかは、国家賠償法1条1項の「公権力の行使」に当たるかどうかによって区分される(塩野(1994) p. 235など)。原告側が民法に基づいて請求した理由は、とくに法24条ただし書に基づく「その他の適切な保護」を行うことが、「公権力

- の行使」に当たらない可能性があることを考慮したものと思われる。しかし、判決では法24条違反はないとされたので、この問題についての判断は示されなかった。
- 2) 大阪地判昭和47.3.29 田村和之(1982)『保育所関係判例集』保育研究所19頁。
- 3) 法24条に基づく保育所入所措置処分が「申請に対する処分」として行政手続法5条の対象となるかについては、争点とならず、対象となることを前提として審理・判断が行われている。
- 4) 千葉地松戸支判昭和63.12.2『判例時報』1302号133頁(無認可保育所乳児死亡損害賠償請求事件)では、原告側は「家庭保育福祉員制度」を「その他の適切な保護」であると主張したが、判決では法24条ただし書についての判断はされなかった。
- 5) 改正前の法24条は次のとおりである：  
第24条 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。
- 6) この事件については、堀(1996)を参照。
- 7) 老人福祉法と児童福祉法の違い、義務づけ訴訟と損害賠償訴訟の違いなど、両事件の相違点は多く、単純に比較できないことは当然であるが、基本的な思考回路は同一のものと考えられるのではなからうか。
- 8) 法24条、老人福祉法11条のような、「措置を採らなければならない」との規定。これに対して、「措置を採ることができる」との規定は、権限賦与規定である。
- 9) 措置を受ける権利は児童のみであって、保護者にはないのではないか、という論点はなお残される。しかし、私見ではこれはそれほど大きな論点とは思われない。保育という場面においては、児童の利益も保護者の利益も、基本的には不可分のものと考えられるからである。菊池(1991b) p.49および堀(1992) pp.457-459は、それぞれ詳細に論じて、法24条は保護者にも法

益を与えたものとしている。

- 10) 小平市事件最高裁判決については、堀(1993)を参照。

#### 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2版)、204-205頁。
- (1997)「保育制度改革と児童福祉法の改正」『法律時報』69巻8号、27-33頁。
- 宇賀克也(1997)『国家補償法』、有斐閣。
- 菊池馨実(1988)「「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、37-43頁。
- (1991a)「保育所入所をめぐる法律問題(上)」『賃金と社会保障』1051号、45-60頁。
- (1991b)「保育所入所をめぐる法律問題(下)」『賃金と社会保障』1053号、41-56頁。
- 桑原洋子・田村和之編(1998)『実務注釈児童福祉法』、信山社。
- 塩野 宏(1994)『行政法II [第二版]』、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。
- 竹内嘉巳(1978)『新版増補児童福祉法・母子福祉法・母子保健法の解説』、時事通信社。
- 田村和之(1992)『保育所行政の法律問題(新版)』、勁草書房。
- (2002)「東大阪市保育所未入所訴訟に關する大阪地方裁判所宛意見書(抜粋)(2001年12月17日)」『保育情報』304号、18-26頁。
- 原野早知子(2002)「東大阪保育所訴訟・大阪地裁判決(平14・6・28)の意義」『賃金と社会保障』1327号、49-52頁。
- 堀 勝洋(1990)『社会保障法判例』中央法規、223-237頁。
- (1992)「社会保障法判例」『季刊・社会保障研究』27巻4号、453-462頁。
- (1993)「社会保障法判例」『季刊・社会保障研究』29巻1号、87-94頁。
- (1996)「社会保障法判例」『季刊・社会保障研究』32巻1号、78-85頁。
- (1997)『現代社会保障・社会福祉の基本問題』、ミネルヴァ書房。  
(こじま・せいよう 大阪学院大学教授)