

主 文

- 1 処分行政庁が原告P 1 に対して平成 1 7 年 2 月 2 3 日付けでした原告P 2 の保育園入園を承諾しない旨の処分を取り消す。
- 2 処分行政庁が原告P 1 に対して平成 1 7 年 3 月 2 3 日付けでした原告P 2 の保育園入園を承諾しない旨の処分を取り消す。
- 3 処分行政庁は、原告P 1 に対し、原告P 2 につき、P 3 保育園、P 4 保育園、P 5 保育園、P 6 保育園又はP 7 保育園のうち、いずれかの保育園への入園を承諾せよ。
- 4 原告らのその余の請求をいずれも棄却する。
- 5 訴訟費用は、これを 2 分し、その 1 を被告の負担とし、その余を原告らの連帯負担とする。

事 実 及 び 理 由

第 1 請求

- 1 主文第 1 項から第 3 項までと同旨。
- 2 被告は、原告らに対し、それぞれ 1 0 0 万円及びこれに対する平成 1 7 年 1 月 1 0 日から支払済みまで年 5 分の割合による金員を支払え。

第 2 事案の概要

本件は、原告P 1 が、処分行政庁に対し、等のための手術を受けてカニューレ（のどに開けた穴に常時装着して気管への空気の通り道を確認する器具）を装着している長女の原告P 2 につき、保育園への入園申込みをしたところ、処分行政庁が、原告P 2 について適切な保育を確保することは困難であるとして、2 度にわたって保育園入園を承諾しない旨の処分をしたため、

原告 P 1 が、被告に対し、原告 P 1 には児童福祉法 24 条 1 項本文所定の「児童の保育に欠ける」事由があり、かつ、原告 P 2 はたんやだ液（以下「たん等」という。）の吸引が適切に行われれば、保育園に通園することができることを理由に、上記不承諾処分は違法である旨主張して、被告に対し、上記不承諾処分の取消し及び保育園入園の承諾の義務付けを求めるとともに、原告 P 2、原告 P 1 及び同原告の妻で原告 P 2 の母である原告 P 8 が、被告に対し、上記入園申込み等をめぐる被告の公務員の対応等が児童福祉法及び行政手続法等に反し国家賠償法上も違法なものであり、これにより損害を被った旨主張して、国家賠償として各自 100 万円及びこれに対する不法行為の後である平成 17 年 11 月 10 日から支払済みまで民法所定の年 5 分の割合による遅延損害金の各支払を求める事案である。

1 関係法令の定め

- (1) 児童福祉法 24 条 1 項は、「市町村は、保護者の労働又は疾病その他の政令で定める基準に従い条例で定める事由により、その監護すべき乳児、幼児又は第三十九条第二項に規定する児童の保育に欠けるところがある場合において、保護者から申込みがあつたときは、それらの児童を保育所において保育しなければならない。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しなければならない。」と規定している。
- (2) 児童福祉法 39 条 1 項は、「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とする。」と規定している。
- (3) 児童福祉法 43 条の 3 は、「肢体不自由児施設は、上肢、下肢又は体幹の

機能の障害（以下「肢体不自由」という。）のある児童を治療するとともに、
自立自活に必要な知識技能を与えることを目的とする施設とする。」と規定
している。

- (4) 児童福祉法施行令 27 条は、柱書で「法第 24 条第 1 項の規定による保育
の実施は、児童の保護者のいずれもが次の各号のいずれかに該当することによ
り当該児童を保育することができないと認められる場合であって、かつ、
同居の親族その他の者が当該児童を保育することができないと認められる場
合に行うものとする。」と規定し、その 1 号で「昼間労働することを常態と
していること。」と、その 4 号で「同居の親族を常時介護していること。」
とそれぞれ規定している。
- (5) 東大和市保育の実施に関する条例 2 条は、柱書で「保育の実施は、児童の
保護者のいずれもが次の各号のいずれかに該当することにより、当該児童を
保育することができないと認められる場合であって、かつ、同居の親族その
他の者が当該児童を保育することができないと認められた場合に行うものと
する。」と規定し、その 1 号で「居宅外で労働することを常態としているこ
と。」と、その 2 号で「居宅内で当該児童と離れて日常の家事以外の労働を
常態としていること。」と、その 5 号で「長期にわたり疾病の状態にあり、
又は精神若しくは身体に障害を有する同居の親族を常時介護しているこ
と。」とそれぞれ規定している。
- (6) 東大和市立 P 9 条例 1 条は、「この条例は、心身に障害がある就学前の児
童（中略）に対し、自立を助長するために必要な指導及び訓練を行うため、
東大和市立 P 9（中略）を設置し、その管理及び運営について必要な事項を

定めるものとする。」と規定している。

- (7) 東大和市立P9条例3条は、柱書で「学園に、次の施設を設ける。」と規定し、その1号で「肢体不自由児通園施設」と、その2号で「知的障害児通園施設」とそれぞれ規定している。

2 前提事実

本件の前提となる事実は、次のとおりである。証拠及び弁論の全趣旨により容易に認めることができる事実等は、その旨付記した。その余の事実は、当事者間に争いがない。

(1) 当事者等

ア 原告P2は、平成 年 月 日、父である原告P1及び母である原告P8の長女として出生した。原告P2は、(略)のため、同 年 月 日、手術を受け、以後、空気の通り道を確保するため、カニューレを常時のどに装着し挿入して現在に至っている。(略)。

イ 原告P1は、印刷加工等を目的とする株式会社の代表者である。

ウ 原告P8は、原告P1の妻であり、上記会社に勤め、その経理事務等を担当する者である。

(2) P9への入園申込み

ア 原告P1は、東京都知事に対し、平成15年5月16日、東大和市立P9に原告P2を入園させるため、肢体不自由児通園施設入園申請書を提出した。この申請に係る入園が承諾されたため、原告P2は、同年6月1日からP9に通園していた。(乙1, 2)

イ P9は、心身に障害のある就学前の児童に対し、自立を助長するため

に必要な指導や訓練等の早期療育を行い，児童の福祉増進を図ることを目的とした施設である。（乙9）

(3) 保育園への入園申込み

ア 原告P1は，処分行政庁に対し，平成16年3月2日，原告P2の平成16年度保育園入園申込書を提出して，保育園入園申込みをした。

イ 処分行政庁は，原告P1に対し，平成16年3月8日，入園申込書を受理しない旨を電話で通告し，その後，入園申込書一式を原告P1に返却した。

ウ 原告P1は，処分行政庁に対し，平成17年1月20日，希望保育園を社会福祉法人P4保育園として，平成17年度の保育園入園申込みを行った。

エ 処分行政庁は，原告P1に対し，平成17年2月23日，上記申込みに係る保育園入園を承諾しない旨の処分をし，これを通知した。

オ 原告P1は，処分行政庁に対し，平成17年3月4日，希望保育園をP3保育園，P4保育園，P5保育園，P6保育園又はP7保育園として，保育園入園申込みの変更届を提出した。

カ 処分行政庁は，原告P1に対し，平成17年3月23日，上記変更届による保育園入園を承諾しない旨の処分をし，これを通知した。

(4) 審査請求

ア 原告P1は，東大和市長に対し，平成17年4月21日，前記(3)エ及びカの各不承諾処分（以下「本件各処分」という。）に対する審査請求（以下「本件審査請求」という。）を行った。

イ 東大和市長は，原告 P 1 に対し，平成 1 7 年 8 月 1 2 日，本件審査請求を棄却するとの裁決をし，これを原告 P 1 に通知した。

(5) 訴えの提起及び仮の義務付けの申立て

原告らは，平成 1 7 年 月 日，本件訴えを提起するとともに，同日，行政事件訴訟法 3 7 条の 5 に基づき，処分行政庁が原告 P 2 の保育園入園を仮に承諾すべき旨を命ずることを求める申立て（以下「本件申立て」という。）をした（東京地方裁判所平成 1 7 年（行ク）第 2 7 7 号仮の義務付け申立事件）。（当裁判所に顕著な事実）

(6) 仮の義務付けの決定

当裁判所は，平成 1 8 年 1 月 2 5 日，本件申立てに理由があるものと認め，処分行政庁が原告 P 2 につき，P 3 保育園，P 4 保育園，P 5 保育園，P 6 保育園又は P 7 保育園のうちのいずれかの保育園への入園を仮に承諾すべき旨を命ずる決定（以下「本件決定」という。）をし，本件決定は，同年 2 月 3 日，確定した。（当裁判所に顕著な事実）

(7) 処分行政庁による仮の保育園入園承諾

処分行政庁は，平成 1 8 年 2 月 2 日，原告 P 2 につき P 3 保育園への入園を仮に承諾し，その旨原告 P 1 に通知した。原告 P 2 は，同月 1 0 日から P 3 保育園へ通園している。（乙 1 5 ，弁論の全趣旨）

3 争点

本件の争点は，次のとおりである。

- (1) 処分行政庁が原告 P 2 の保育園入園を承諾しなかったことが，児童福祉法 2 4 条 1 項ただし書にいう「やむを得ない事情」の有無の判断において裁量

権の逸脱又は濫用があるものとして、違法であるか。

(2) 原告P 1の入園申込みをめぐる被告の職員の対応等について、国家賠償責任が認められるか。

4 争点に関する当事者の主張の要旨

別紙のとおり。

第3 当裁判所の判断

1 認定事実

前記前提事実に加え、証拠及び弁論の全趣旨（各事実の後に付記する。）によると、以下の事実を認めることができる。

(1) 原告らの状況

ア 原告P 2は、平成 年 月 日、父である原告P 1及び母である原告P 8の長女として在胎 週 日、体重 グラムで出生したが、 のため、 がされ、 の投与を受けた。

その後、 は改善したが、原告P 2は、（略）等のため、同 年 月 日、手術を受け、以後、カニューレをのどに装着し挿入して現在に至っている。（略）。

その結果、原告P 2においては、気管内にたまるたん等を定期的に除去することが必要となっており、多ければ1時間に1回程度、通常は2、3時間に1回程度、風邪気味などであれば30分に1回程度の間隔で、1回につきおよそ1分間程度、吸引器を用いてたん等の吸引を行っている。また、誤えんを避けるために水分にとろみをつけることも必要となっている。（前記前提事実、甲1の1、弁論の全趣旨）

イ 原告 P 1 は、印刷加工等を目的とする株式会社の代表取締役であり、同社は東京都小平市に所在する。同原告の妻の原告 P 8 も同社に勤務して経理事務等を手伝っている。また、原告らと同居している原告 P 8 の母 P 1 0（昭和 年 月 日生まれ）は、
、
、
等を患い、月 1 回の割合で通院しており、原告 P 8 は、P 1 0 の付添い及び日常生活での看護を行っている。また、原告 P 1 の父 P 1 1 も、
等により患っており、同人の通院等の介護も時折原告 P 8 が行っている。（前記前提事実、甲 2 の 1、弁論の全趣旨）

(2) P 9 への入園申込み

ア 原告 P 1 は、東京都知事に対し、平成 1 5 年 5 月 1 6 日、原告 P 2 を P 9 に入園させるため、肢体不自由児通園施設入園申請書を提出した。この申請に係る入園が、入園期間を同年 6 月 1 日から同 年 月 日までとして承諾されたため、原告 P 2 は、同 1 5 年 6 月 1 日から P 9 に通園していた。（前記前提事実、乙 1、2）

イ 上記申請の際に提出された、原告 P 2 の主治医である社会福祉法人 P 1 2 病院・P 1 3 小児科 P 1 4 医師作成に係る原告 P 2 に関する平成 1 5 年 5 月 1 5 日付け療育意見書には、次のような記載があった。（乙 3、弁論の全趣旨）

(ア) 「身体障害者手帳」の欄には、「（略）」と、「障害名」の欄には、「（略）」と、「障害の原因となった病名」の欄には、「（略）」との記載があった。

(イ) 「現病歴（これまでの経過）」の欄には、「（略）」との記載があっ

た。

- (ウ) 「身体状況」の欄には、「(略)」との記載があった。
 - (エ) 「知的発達遅滞」の欄には、「(略)」と、「合併症」の欄には「(略)」と、「生活」の欄には、「(略)」との記載があった。
 - (オ) 「療育方針」の欄には、「(略)」。を受け、唾液の気管への流入もあるため排痰を充分に行い、呼吸状態を安定させる必要がある。」との記載があった。
 - (カ) 「療育見込期間」の欄には、「平成15年6月1日～平成 年 月 日」との記載があった。
 - (キ) 上記意見書の末尾には、「上記のとおり、肢体不自由児通園施設での療育が適当と判断します。」との記載があった。
- ウ(ア) P9は、昭和47年10月1日に開設され、被告が設置運営を行う施設であり、心身に障害のある零歳から就学前の乳幼児に対し、自立を助長するために必要な指導及び訓練等、早期療育を行い、児童の福祉増進を図ることを目的としている。P9の定員は、肢体不自由児が15名、知的障害児(ただし、東大和市に住所を有する児童)が15名である。児童らは、午前10時に登園して「自由あそび」をし、午前10時半から「おあつまり」や「グループ活動」を行い、正午には給食を食べ、午後1時から睡眠や「自由あそび」をして、午後2時半に降園することになっている。P9では、小児科医、整形外科医、神経科医による身体的及び精神的な健康管理を行っており、また、理学療法士、作業療法士、言語療法士、音楽療法士、心理相談員による専門の指導を行っている。

(甲8の1, 8の2, 乙9, 前記前提事実)

(1) P9においては、平成17年度は、主任保育士1名、保育士8名(そのうち2名は臨時職員)、看護師3名(そのうち2名は臨時職員)が3グループ20名の園児を担当しており、臨時職員である2名の看護師のうち1名が日替わりで常時原告P2に対応し、正規職員である1名の看護師が、全園児の健康管理、医師及び訓練士との調整事務のほか、原告P2に対応している看護師及び他の職員の休暇の補充要員の役割を果たしていた。(乙8)

エ 原告P2は、平成17年4月は10日間、同年5月は14日間、同年6月は16日間P9へ通園した。原告P2のP9におけるたん等の吸引は、おおむね1時間に1回程度、1日平均5回から6回行われていた。例えば、同年5月9日には、10時50分、11時45分、13時05分、13時50分にそれぞれ吸引が行われた。P9入園後、原告P2は、医師の療育意見書に基づく理学療法士による理学療法を受け、身体機能向上に一定の成果が上がった。(甲4の4, 乙5, 弁論の全趣旨)

オ 原告P2は、平成 年 月 日、衣類を着替える際に介助を拒否したが、その後徐々にぜん鳴が激しくなり、呼吸が困難となり、(略)、 の状態となった。そこで、看護師らが合同で吸引を実施したところ、ぜん鳴が軽減し、 も消失した。(乙5, 10)

(3) 保育園の看護師の配置状況

原告P1の入園申込みに係る各保育園(P3保育園, P4保育園, P5保育園, P6保育園, P7保育園)には、看護師が各1名配置されている(前

記の仮の入園承諾後は、P 3 保育園に看護師が 1 名増員されている。)。なお、平成 16 年 5 月 17 日現在で、全国に約 2 万箇所ある保育所のうち約 4 400 箇所に看護師が配置されている。

本件要綱は、看護師は「保育士との協力のもとに零歳児の異常の発見、特に登所時における健康観察を通じての異常の有無の確認及び医師との連絡を行うほか、健康診断、予防接種の計画及びその実施に対する協力等保健活動に従事するものとする。」と規定している。また、国が定める児童福祉施設最低基準（昭和 23 年厚生省令第 63 号）33 条は、職員について規定しているところ、保育園における看護師の配置の義務を定めていない。原告 P 1 の入園申込みに係る前記各保育園には、それぞれ約 100 名から 180 名の園児が通園しており、看護師は、園児全体の看護に当たっている。（甲 12，乙 7，12，弁論の全趣旨）

(4) 平成 16 年当時の原告 P 2 の状況

ア 原告 P 2 の平成 16 年度保育園入園申込書に添付された P 15 小児科の P 16 医師作成の原告 P 2 に係る平成 16 年 2 月 18 日付け診断書には、以下のような記載があった。（甲 1 の 1，2 の 1）

「病名 ・ …（中略）…発達に関しては、定頸 6 カ月，坐位は 1 歳，一人立ちは 1 歳 4 カ月，一人歩きは 1 歳 6 カ月で可能となっております。また，言葉も 2 歳時ころから，出るようになり，現在は の使用も可能となっております。現在，遠城寺式乳幼児分析発達検査表にて，移動運動 歳 カ月，手の運動 歳，基本的習慣 歳，対人関係 歳 カ月，発語 歳 カ月，言語理解 歳 カ月と良好な発達も認めており

ます。患児は の児ではありますが、保育園の看護師さんの協力（吸引等）も得られる状態であり、普通保育園、学級の進むことが、より患児の成長発達を促し、また患児もそれに対応する能力があると思われます。患児が普通保育園、学級に進むことは、東京都心身障害教育改善検討委員会の最終報告の、今後の東京都の特別支援教育の展開に向けた改善の方向（第2章）の理念に合致すると思われます。」

イ P 1 4 医師の作成した平成16年3月4日付け診療情報提供書には、「傷病名」欄に「（略）」との記載があり、「紹介内容」欄に以下のような記載があった。（甲1の2）

「現在は身体的には呼吸の問題を除き急速な伸びが見られ知的にも順調に発達しておられます。よって健常児との統合保育が児にとっての発達に極めて有効かつ必要だと考えます。一方気管からの分泌物、唾液の気管への流入、誤嚥の可能性などがあり気管内吸引などの医療的ケアが必要な状況です。気管内吸引は適切な指導を受けた職員が決められた手順で行えば安全に行える手技であります。また気管カニューレが抜けた場合も気切孔がすぐには閉じることはなく、これも手技を習得すれば安全に行うことができます。当院では職員の方へのご指導もお引き受けいたしましすし、急変時の対応あるいはご相談にも随時応じていける体制をとる予定ですのでご配慮のほどよろしくお願いいたします。」

ウ 原告P 2は、P 9入園時である平成15年6月1日には身体障害者手帳 級であったものが、同16年3月4日には身体障害者手帳 級になった。（甲4の4）

エ P 1 4 医師が東大和市長にあてて作成した原告 P 2 に関する平成 1 6 年 5 月 1 7 日付け診療情報提供書には、「傷病名」欄に「(略)」との記載があり、「紹介内容」欄には以下のような記載があった。(甲 1 の 3)

「原告 P 1 殿が貴市に提出された陳情書の添付資料「危険を伴う『たんの吸引行為』について原告 P 2 殿の主治医として、たんの吸引に際して引き起こされる恐れのある危害の内容に従って見解を述べさせていただきます。…(中略)…

【口腔鼻腔内吸引】

長時間の吸引が行われると低酸素血症を引き起こす恐れがある。

- ・通常は 1 回の吸引は約 1 0 ~ 1 5 秒以内で終了します。吸引時間を定めてそれを厳守すれば回避可能です。

…(中略)…

【カニューレ内部までの気管内吸引】

清潔保持が徹底されないと感染症に罹患する恐れがある。

- ・吸引前に手洗いの励行や清潔操作を厳守することにより回避可能です。

長時間の吸引が行われると低酸素血症，肺胞の虚脱，無気肺を引き起こす恐れがある。

- ・口腔鼻腔内吸引と同様の理由で回避可能です。

【カニューレ下端より肺側の気管内吸引】

吸引によって刺激され，咳そう反射（残存している場合）がおり，カニューレの位置の移動や抜去による出血，気管切開孔の閉塞の危険性

がある。

- ・通常気管内吸引は気管カニューレの先端より先にはチューブを挿入せずに吸引いたします。その場合にはこのようなことはおこりません。しかし、もう少し深くチューブを挿入して吸引をしないと十分に排痰できない方もいらっしゃいます。その際には医師の指示に従い吸引チューブの挿入長さ、挿入時間などを厳守して家庭で安全に行っている手順に従って行うことにより十分回避可能です。万が一カニューレが抜去された際には児の場合は気管切開孔がすぐには自然閉鎖しないため、その際の対応をきちんと習得していれば十分に対応可能と考えます。

清潔保持が徹底されないと感染症に罹患する恐れがある。

- ・カニューレ内部までの気管内吸引と同様の理由で回避可能です。

気管分岐部の粘膜を傷つけ、出血をおこす恐れがある。

- ・通常の医療行為においても気管分岐部以下までチューブを挿入して吸引することは例外的な場合を除いてありません。よってこのような吸引は家族にも認めることはありません。チューブの挿入長を制限していればおこりえない事故です。

長時間あるいは高い吸引圧での吸引が行われると、抹消部の空気まで吸引されて低酸素血症、肺胞の虚脱、無気肺を引きおこす可能性がある。

- ・口腔鼻腔内吸引と同様の理由および適切な吸引時間を設定することで回避可能です。

迷走神経そうを刺激することにより、呼吸停止や心停止を引き起こす恐れがある。

・気管内吸引が刺激になり呼吸状態が悪くなる方もいらっしゃいますが、その方の場合には日頃からそのような症状が既に見られていることが多く、そのような方の場合には保育園の職員に医療的ケアを依頼することは難しいと思います。しかし日頃から安定的に気管内吸引が行われている方に急に上記のような症状が出現するという事は可能性としてはありえますが、日常診療を行っている経験上その可能性は極めて低いと思われれます。もしおこるとすると体調不良であったり呼吸器感染症に罹患していたりする場合がございますが、その際には園をお休みしたり家族にお迎えに来ていただいたりして対応することになると思います。

気管粘膜を傷つけ、粘膜のびらんや気管拡張を招き、気管食道ろうや大血管穿破による動脈の大量出血により失血死を引き起こす恐れがある。

・これは気管内吸引を行っている方には十分に注意していてもおきうる合併症です。特にチューブを深くまで挿入して頻回に吸引する方や気管内に肉芽を形成しやすい方などに多く見られる合併症です。そうでない方は日頃から気管内からの出血や肉芽の形成に気をつけ医師の定期的な診察を受けていけば十分に回避可能です。このような合併症をおこさないためにもできるだけ吸引チューブの挿入長が短くて済むように調整していく必要があります。保育園職員は医師の指示に従い家族のアドバイスを受けながら吸引を行えば事故は最小限に防げます。

上記の危害の内容はあくまで可能性について述べられているものであって、すべて十分に回避可能であったり仮におこったとしても適切な対応をしている場合には責任を問えない不可抗力に属する内容と考えます。

…（以下略）…」

オ P 1 7 耳鼻咽喉科 P 1 8 医師作成に係る平成 1 6 年 1 1 月 2 2 日付け診断書には、「診断名」の欄に「（略）」との記載があり、附記として以下のような診断内容の記載があった。（甲 1 の 4）

「 を使用しており、発声も可能で、言語によるコミュニケーションも問題がない。発達も少し遅れてはいたが、現在は精神発達、運動発達に問題がない。これからの成長のためには他の子ども達とのコミュニケーションにより、精神面の発達、身体面の発達がさらに伸びていくことが期待できる。保育園での経験が児にとって、さらに豊かな人格形成につながると期待する。カニューレの管理は母親の管理が上手で脱落防止のテープをカニューレホルダーの上からがっちりとカニューレを固定しており、脱落することはない。吸引を必要とする可能性があるが、 を使用しているので、痰は口の方に出すことが可能である。医学的にも安全な状態になっている。」

カ P 1 7 呼吸器科 P 1 9 医師作成に係る平成 1 6 年 1 1 月 2 2 日付け診断書には、「診断名」の欄に「 による 障害」との記載があり、附記として以下のような診断内容の記載があった。（甲 1 の 5）

「 を現在まで続けているが、母親は とその管理についての十分な知識を有しており、平素の在宅管理に問題を認めない。現在 歳となり、知的発達にとって重要な時期にあると考えられる。特に同年齢の健常児との共同生活を行える保育園への通園は、このような知的発達にとって必要不可欠なものと考えられる。 における吸引については、いまや在宅で広く行

われているものであり、医療に関する知識を有する看護師であれば、安全かつ有効に行うことが出来ると考えられる。またカニューレの事故抜去については、母親が固定法を工夫するなど事故防止に努めており、現在の固定法で十分に事故抜去を防止できるものとする。これらの状況にかんがみ、本児が保育園に通園できることが望ましく、可能な限りのご配慮をお願いします。」

(5) 平成17年当時の原告P2の状況

ア 原告P2の主治医であるP12病院・P13小児科P20医師作成に係る平成17年9月28日付け診療情報提供書には、「傷病名」欄に「(略)」との記載があり、「紹介内容欄」には以下のような記載があった。(甲1の6)

「(略)

この2年間における画像所見の改善、知的な伸びは大きく、身体的にはを除いてほとんど問題ない状況となっております。よって今後の本児の発達を考えた時、健常児との統合保育は極めて重要であり、その権利は十分に保障されるべきと考えます。」

イ 原告P2は、平成17年11月の時点では、たん等の吸引の必要がある場合に、自ら申し出るだけでなく、自分自身でチューブの挿入及び吸引を行うことも可能となっている。また、原告P2は成長に伴い既に鼻と口からの呼吸も一部可能となっており、成長に伴って完全な自己呼吸が可能となり、カニューレの装着が不要となる可能性もある。(甲15, 20, 22, 23, 弁論の全趣旨)

(6) 保育園への入園申込み

ア 原告P1は、P9の関係者から、原告P2の兄や妹の通う保育園に入園をしてみてはどうかとの助言を受けたことから、処分行政庁に対し、平成16年3月2日、平成16年度保育園入園申込書を提出して、入園申込みをした。(前記前提事実、弁論の全趣旨)

イ 処分行政庁は、原告P1に対し、平成16年3月8日、入園申込書を受理しない旨を電話で通告し、その後、入園申込書一式を原告P1に返却した。原告P1は、これ以後も、原告P2を保育園に入園させようと処分行政庁や東大和市と折衝するなど様々な行動を続けたが、入園についての承諾は得られなかった。(前記前提事実、弁論の全趣旨)

ウ 原告P1は、処分行政庁に対し、平成17年1月20日、希望保育園をP4保育園として、平成17年度の保育園入園申込みを行った。(前記前提事実)

エ 処分行政庁は、原告P1に対し、平成17年2月23日、上記申込みに係る保育園入園について、入園の承諾をすることができない旨の処分をし、これを通知した。その通知書に記載された不承諾の理由は、以下のとおりであった。(前記前提事実、甲3の1)

「原告P2様の保育園入園申請につきましては、 をされ、たんの吸引措置が必要な健康状態であるところから、申請があった認可保育園において通常の集団保育を行うことに支障が無いかどうかを含め、検討を行ってまいりました。

この結果、原告P2様が申請された保育園に入園した場合、市として

児童福祉法第24条における適切な保育を確保することが困難との判断をいたしました。」

オ 原告P1は、処分行政庁に対し、平成17年3月4日、希望保育園をP3保育園、P4保育園、P5保育園、P6保育園又はP7保育園として、保育園入園申込みの変更届を行った。（前記前提事実）

カ 処分行政庁は、原告P1に対し、平成17年3月23日、上記変更届に係る保育園入園について、入園を承諾することはできない旨の処分をし、これを通知した。その通知書に記載された不承諾の理由は、以下のとおりであった。（前記前提事実，甲3の2）

「原告P2様の保育園入園申請につきましては、 をされ、たんの吸引措置が必要な健康状態であるところから、平成17年1月20日付で申請があったことに伴い、通常の集団保育を行うことに支障が無いかどうかを含め検討を行なった結果、入園は困難と判断した経過があります。

今回の変更届に基く申請については、過去の経過も踏まえ、入園の適否について検討した結果、原告P2様が申請された保育園に入園した場合、市として児童福祉法第24条における適切な保育を確保することが困難との判断をいたしました。」

(7) 仮の保育園入園承諾及びその後の状況

ア 処分行政庁は、当裁判所が平成18年1月25日に本件決定をしたことから、同年2月2日、原告P2につきP3保育園への入園を仮に承諾し、その旨を原告P1に通知した。原告P2は、同月10日からP3保育園へ通園している。（前記前提事実）

イ 原告P2は、P3保育園へ入園後、1日当たり4回から7回の吸引を行っており、風邪をひいていた平成18年2月20日には9回の吸引を行った。また、原告P2は、同月16日にはカニューレ挿入部の痛みを訴えたこともあったが、P3保育園での生活をおおむね順調に送っている。(甲13ないし15, 17, 乙16ないし18)

(8) カニューレの装着状況

原告P2のカニューレの装着状況は、以下のとおりである。(甲20, 弁論の全趣旨)

ア カニューレを装着するひもを堅結びにして、そのひもの端を更に粘着力のある布テープで巻く。

イ その上から中心部分にボタンホール及び両端にマジックテープの付いたバンドをする。その際、ボタンホールの穴からカニューレのチューブの先を出し、両端のマジックテープを留める。

ウ その上から人口鼻をカニューレにかぶせ、マジックテープの重なり部分を更に粘着力のある布テープで留める。

エ 最後に、その上にバンダナをエプロンのように付ける。

2 争点(1)について

(1)ア 児童福祉法24条1項本文は、市町村は、保護者の労働又は疾病その他の政令で定める基準に従い条例で定める事由により、その監護すべき乳児、幼児又は同法39条2項に規定する児童の保護に欠けるところがある場合において、保護者から申込みがあったときは、それらの児童を保育所において保育しなければならない旨規定しており、また、同法施行令27条柱

書は、同法24条1項の規定による保育の実施は、児童の保護者のいずれもが次の各号のいずれかに該当することにより当該児童を保育することができないと認められる場合であって、かつ、同居の親族その他の者が当該児童を保育することができないと認められる場合に行うものとする旨規定し、その1号で「昼間労働することを常態としていること。」と、その4号で「同居の親族を常時介護していること。」とそれぞれ規定しており、さらに、東大和市保育の実施に関する条例2条柱書は、「保育の実施は、児童の保護者のいずれもが次の各号のいずれかに該当することにより、当該児童を保育することができないと認められる場合であって、かつ、同居の親族その他の者が当該児童を保育することができないと認められた場合に行うものとする。」と規定し、その1号で「居宅外で労働することを常態としていること。」と、その2号で「居宅内で当該児童と離れて日常の家事以外の労働を常態としていること。」と、その5号で「長期にわたり疾病の状態にあり、又は精神若しくは身体に障害を有する同居の親族を常時介護していること。」とそれぞれ規定している。

イ そして、前記前提事実のとおり、原告P1は、株式会社の代表者であり、原告P1の居宅外で労働することを常態としており、また、妻の原告P8は、同社に勤務して経理事務を手伝いつつ、病気の母の看護をするとともに、原告P1の父の介護もしていることが認められるから、原告P1及び原告P8は、居宅外で労働することを常態としており、また、原告P8は同居の親族の常時介護もしているため、結局、いずれも原告P2を保育することができないと認められる場合であって、かつ、同居の親族その他の

者が原告 P 2 を保育することができない場合に該当するということができる。以上のことからすると、原告 P 1 の監護すべき児童である原告 P 2 の保育に欠けるところがあるというべきであるから、児童福祉法 24 条 1 項本文所定の保育所の入所要件を満たしているということができる。

(2)ア 児童福祉法 24 条 1 項ただし書は、同項本文の入所要件に該当する場合であっても、付近に保育所がない等やむを得ない事由があるときは、保育所への入所以外の適切な保護をすべき旨規定している。

イ ところで、児童福祉法 1 条 1 項は、「すべて国民は、児童が心身ともに健やかに生まれ、且つ、育成されるよう努めなければならない。」と規定し、また、同法 2 条は、「国及び地方公共団体は、児童の保護者とともに、児童を心身ともに健やかに育成する責任を負う。」と規定して、児童の健やかなる育成の重要性を強調している。そうすると、同法 24 条 1 項に基づいて、児童の保育に欠けるところのある保護者から申込みがあったときは、市町村は、当該児童を保育所において保育する際に、当該児童が心身ともに健やかに育成する上で真にふさわしい保育を行う責務を負うものというべきであり、このことは、当該児童が障害を有する場合であっても変わりはない。そして、真にふさわしい保育を行う上では、障害者であるからといって一律に保育所における保育を認めないことは許されず、障害の程度を考慮し、当該児童が、保育所に通う障害のない児童と身体的、精神的状態及び発達の点で同視することができ、保育所での保育が可能な場合には、保育所での保育を実施すべきである。

したがって、障害のある児童であっても、その障害の程度及び内容に照

らし、保育所に通う障害のない児童と身体的、精神的状態及び発育の点で同視することができ、保育所での保育が可能な場合であるにもかかわらず、処分行政庁が、児童福祉法24条1項ただし書にいう「やむを得ない事由」があるとして、当該児童に対し、保育所における保育を承諾しなかった場合には、そのような不承諾処分は、考慮すべき事項を適切に考慮しなかったという点において、処分行政庁の裁量の範囲を超え、又は裁量権を濫用したものというべきであって、違法であると解するのが相当である。

ウ そこで、原告P2が、その障害の程度及び内容に照らし、保育所に通う障害のない児童と、身体的、精神的状態及び発達の点で同視することができ、保育所での保育が可能か否かについて検討するに、前記のとおり、以下の事実が認められる。

(ア) 原告P2は、平成15年5月ころには、障害(障害、障害)、障害等を有し、級の身体障害者手帳を有していた。しかし、その後、心身の健全な発育と障害の改善がみられ、カニューレをのどに装着して挿入しているため、気管内にたまるたん等を定期的に除去する必要があるため、30分に1回から2、3時間に1回程度の間隔で、1回につきおよそ1分間程度、吸引器を用いてたん等を吸引する必要があること、及び障害による誤えんを避けるため、水分にとろみをつけることが必要となっているという障害が残っている程度で、身体障害者手帳も、P9へ入園した平成15年6月1日には級であったものが、同16年3月4日には級となっている。

(イ) 原告P2の身体的機能は年々回復してきており、上記(ア)のたん等の

吸引及び の誤えんへの注意の点を除いては、本件各処分の当時は、障害のない児童とほとんど変わらない身体的機能を有するようになってきている。原告P2がP9に入園する際の資料であったP14医師の平成15年5月15日付け療育意見書（乙3。原告P2の 歳 か月当時）において指摘されたような、（略）、肢体不自由児通園施設での療育の相当性、療育見込期間については、その後の診断書、診療情報提供書等では見当たらず、精神的発達、運動発達にも問題がなくなり、かえって、保育園に入園し、障害のない児童との集団保育をすることが勧められている。また、原告P2は、成長に伴い既に鼻と口からの呼吸も一部可能となっており、今後、成長に伴って完全な自己呼吸が可能となり、カニューレの装着が不要となる可能性もあるとされている。

(ウ) たん等の吸引に関しても、P14医師作成に係る平成16年3月4日付け診療情報提供書（甲1の2）及び同年5月17日付け診療情報提供書（甲1の3）並びにP19医師作成に係る同年11月22日付け診断書（甲1の5）によると、たん等の吸引行為には各種の危険が伴うが、いずれも回避可能であるか、あるいは、その事故が起こる可能性が極めて低いものであり、在宅でも広く行われているものであって、原告P2のような症状の安定した健康状態に近い患者の場合には、医療に関する知識を有する看護師であれば、安全かつ有効に行うことができるものであって、殊に原告P2の場合にあっては、医師による保育園職員への指導や危急時の対応も可能であったと認めることができる。

(I) カニューレの脱落ないし抜去事故については、P21病院小児系病棟

における重大な事故の発生例が報告されている（乙 1 1）が、当該事故は、当時 1 歳 6 か月の入院中の幼児の例であり、本件各処分当時、 歳 であって、知的機能、運動機能ともに順調に成長しつつあった原告 P 2 の場合に参考となるものではない。また、原告 P 2 のカニューレは、ひもやバンド等により容易に脱落しないよう固定されているところ、P 1 8 医師作成に係る平成 1 6 年 1 1 月 2 2 日付け診断書（甲 1 の 4）、P 1 9 医師作成に係る同日付け診断書（甲 1 の 5）、P 2 0 医師の陳述書（甲 1 9）及び P 1 6 医師の陳述書（甲 2 3）によると、その固定法で十分に事故抜去を防止することができるかと認めることができたものである。また、万一、事故抜去が生じたり、たん等の吸引の遅れ等が生じたとしても、原告 P 2 の年齢、精神発達、運動発達の状況、看護師等の存在、さらには、主治医の協力等を考えると、それが重大事故に発展する可能性は極めて乏しかったというべきである。

(イ) 誤えんに対する注意については、保育士によっても可能であったことが明らかである。

(カ) 原告 P 1 の希望する保育園には、いずれも看護師 1 名が配置されていた。

(3) 以上の事実関係によれば、原告 P 2 は、平成 1 5 年当時は、種々の 障害等を有していたものの、成長につれてこれが改善され、本件各処分当時は、呼吸の点を除いては、知的及び精神的機能、運動機能等に特段の障害はなく、近い将来、カニューレの不要な児童として生活する可能性もあり、医師の多くも、原告 P 2 について障害のない児童との集団保育を望ましいとしている

ものであって、たん等の吸引については、医師の適切な指導を受けた看護師等が行えば、吸引に伴う危険は回避することができ、カニューレの脱落等についても、十分防止することができたといえることができる。

したがって、本件各処分当時、原告P2については、たん等の吸引と誤えんへの注意の点について格別の配慮を要するものではあったが、保育所に通う障害のない児童と、身体的、精神的状態及び発達の点で同視することができるものであって、保育所での保育が可能であったと認めるべきである。

そうであるとする、原告P2の保育所での保育が困難であって、児童福祉法24条1項ただし書にいう「やむを得ない事由」があると判断した処分行政庁の判断は、上記事情を考慮すべきであるにもかかわらず考慮しなかったという点において、裁量の範囲を超え、又はその裁量権を濫用したものというべきである。したがって、原告P2の保育所入所を承諾しなかった本件各処分は、違法であるといわざるを得ない。

(4)ア(ア) これに対し、被告は、現在、各保育園に勤務する看護師は、零歳児保育特別対策事業を実施するために配置されたものであり、たん等の吸引などの医療行為を必要とする特定の児童のために配置されたものではない旨主張する。

(1) しかしながら、被告の主張する本件要綱は、その1条で、「この要綱は、…(中略)…区市町村が、児童福祉法(以下「法」という。)第24条の規定に基づき保育を実施する児童の在籍する保育所について、その児童の処遇の改善及び保育所の運営の充実を図るため支出した費用

に関し、東京都が地方自治法第232条の2の規定に基づき、補助する事業を規定し、もって児童の福祉の増進を図ることを目的とする。」と規定しており、本件要綱が東京都の補助すべき事業の対象を定めるものにすぎないことは明らかである。そうすると、本件要綱3条柱書で「区市町村が、法第24条の規定に基づき法第39条に規定する保育所において保育を行う児童を対象として行う次に掲げる事業を対象とする。」と定め、同条1項表題で「零歳児保育特別対策事業」と、同項(1)-A号で「零歳児保育を推進するため、次の各号の要件を満たす公立保育所及び社会福祉法人等立保育所の運営の充実を図るために行う事業をいう。」と定め、さらに、同号の中の(カ)において、「保健師又は助産師若しくは看護師(以下「保健師等」という。)を1名配置すること。…(中略)…保健師等は、保育士との協力のもとに零歳児の異常の発見、特に登所時における健康観察を通じての異常の有無の確認及び医師との連絡を行うほか、健康診断、予防接種の計画及びその実施に対する協力等保健活動に従事するものとする。」とそれぞれ定めているものの、これらの規定は、補助対象事業を定めているものであり、実際に保育所に配置された看護師が、零歳児に対する健康観察等のほか、たん等の吸引等の医療行為を必要とする特定の児童のためにも働くことを妨げるものではないというべきである。

その他、本件全証拠を精査してみても、看護師がたん等の吸引等の医療行為を必要とする特定の児童のために働くことを妨げる根拠は見当たらない。逆に、衆議院第159回通常国会における決算行政監視委員会

第3分科会の平成17年5月17日付け議事録(甲12)によれば、同日の審議において、P22議員が、原告P2を想定した の児童に関する保育所入所の可能性に関する質問をしたのに対し、政府参考人であるP23厚生労働省雇用均等・児童家庭局長(当時)は、「たんの吸引ということが、これが医療行為とされておりますことから、保育所に看護師が配置されておるかどうかが決め手になるわけでございます。現在全国に2万カ所ございます保育所のうち、看護師が配置されておるのが4千4百カ所程度でございます。…(中略)…こういったところでは状況によっては受け入れが可能ではないかと思えます」と回答していることが認められ、この回答も、看護師がこうした職務も行い得ることを示すものと評価することができる。

以上によれば、被告の前記(ア)の主張を採用することはできない。

イ(ア) また、被告は、東大和市内の各保育園には、約100名から180名の園児が通園しており、そのような状況の下で、各保育園に配置された1名の看護師は、園全体としての看護行為に当たらなければならない、実際問題として、1人の園児に対し、付きっきりで看護することができる態勢にはないとして、P9の方が適切な対応をすることができる旨主張する。

(イ) しかしながら、本件各処分当時、原告P2について必要であった特別な世話の内容は、30分ないし2、3時間に1回、1分間程度行われるたん等の吸引行為と 誤えんを防ぐために水分にとろみをつけることであった。そして、これら以外の点については、仮に、被告が主張する

ように、原告P2は体力的に疲れやすく、散歩等の際にも5分から10分ごとに休憩を必要とすることなどがあつたとしても、保育士のみでも十分対応することができるはずのものであつた。しかも、原告P2の年齢や、精神面、運動面の発達状況、さらには、原告P2が、既に平成17年11月の段階では、自分自身で吸引行為を行うことができるようになってきていることも考え合わせると、本件各処分当時においても、看護師が原告P2の世話に付きっきりになる必要があつたとはいえず、看護師にとって過大な手間となるということまではできない。

(ウ) この点につき、P3保育園の准看護師であるP24の陳述書(乙18)には、園外活動時に吸引セット等を持参しなければならないこと、及び吸引のための場所の選択が困難であること等についての記載があるが、これらの事情をもってしても、直ちに上記認定を左右するものではない。

(I) したがって、被告の前記(ア)の主張を採用することはできない。

ウ 被告は、P14医師作成に係る平成15年5月15日付けの療育意見書(乙3)において、理学治療等の必要性が記載され、療育見込期間も平成 年 月 日までとされていることを主張するが、この診断は、幼児の発達の速さに照らせば、相当程度過去のことであり、既に認定判断した原告P2の発達状況等からすると、本件各処分の当時に妥当するものではない。

エ 被告は、原告P2が、平成 年 月 日に、状態になったことを指摘するが、これは、結局事なきを得た出来事である。

オ このほか、同一保育中の他の園児とのけんか、悪ふざけなどにより起こ

り得るカニユーレ脱落事故等についても，カニユーレの固定法の工夫等により防止することが可能であり，万が一事故が起こった場合でも，適切な処置がなされれば，大事に至ることはないと考えられる点については，前記認定判断のとおりである。

- (5) 以上によると，本件各処分は，処分行政庁がその裁量権を逸脱し，又は濫用してしたものとして違法であり，取消しを免れないというべきである。

3 保育園入園の承諾の義務付けについて

以上によると，原告P1がした原告P2の保育園入園申込みを不承諾とした本件各処分は取り消されるべきものであり，保育園入園の承諾の義務付けと共に併合提起された本件各処分の取消しの訴えに係る請求には理由があると認められ，また，処分行政庁がP3保育園，P4保育園，P5保育園，P6保育園又はP7保育園のうちいずれかの保育園への入園を承諾しないことは，処分行政庁の裁量権の範囲を超え，又はその濫用となると認められる。

したがって，行政事件訴訟法37条の3第5項の規定に基づき，処分行政庁に対し，原告P2につきP3保育園，P4保育園，P5保育園，P6保育園又はP7保育園のうちいずれかの保育園への入園を承諾すべき旨を命ずる判決をするのが相当であるというべきである。

4 争点(2)について

- (1)ア 原告らは，被告の担当者は違法に原告P2の保育園入園を拒否し，P9への登園を勧めるばかりであったから，その行為は国家賠償法上違法である旨主張する。

イ 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たる公務員

が、その職務を行うについて、故意又は過失によっ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任がある旨規定しているところ、同項にいう「違法」とは、公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務違背をいうものと解されている（最高裁昭和53年（オ）第1240号同60年11月21日第一小法廷判決・民集39巻7号1512頁参照）。

ウ 被告の担当者の前記アの行為のうち平成16年度保育園入園申込書の提出の際に行われたものについては、前記認定の平成16年当時の原告P2の状況に照らせば、処分行政庁が原告P1から提出された平成16年度保育園入園申込書について原告P2の保育園入園を承諾しなかったことをもって、処分行政庁が裁量権を逸脱し、又は濫用したものと直ちに認め難いというべきであるから、被告の担当者の前記アの行為が職務上の法的義務に違背するもので国家賠償法上違法であるということとはできない。

エ 被告の担当者の前記アの行為のうち平成17年度保育園入園申込書の提出の際に行われたものについては、同入園申込みに対してされた本件各処分が児童福祉法上違法であると認められることは前記のとおりである。しかしながら、他方、前記認定のとおり、原告P2が本件各処分当時に定期的にたん等の吸引が必要な状況にあり、たん等の吸引は医療行為とされていたこと、P9では小児科医等による身体的及び精神的な健康管理を行っており、原告P2の健康管理の面では保育所よりも手厚い措置が可能であると考えられたこと、本件全証拠を精査しても、本件各処分当時、原告P2に係る事案以外にカニューレを装着した児童の保育所入所の諸否

が争われた事案があったことをうかがうことはできないことなどを勘案すると、被告の担当者の前記アの行為が直ちに原告らに対して負担する職務上の法的義務に違背するものであったとまでいうことはできない。

オ したがって、被告の担当者の前記アの行為が国家賠償法上違法であるということとはできない。

(2)ア 原告らは、被告の担当者が平成16年度保育園入園申込書を申込みのわずか6日後に原告P1に返戻したことは、行政手続法7条に違反するものであり、また、その判断はずさんである旨主張する。

イ しかし、前述したとおり、処分行政庁が原告P1から提出された平成16年度保育園入園申込書について原告P2の保育園入園を承諾しなかったことをもって、処分行政庁が裁量権を逸脱し、又は濫用したものとは認め難いから、被告の担当者の上記イの行為が国家賠償法上違法であるということとはできない。

(3)ア 原告らは、平成16年度保育園入園申込書を返戻する際、その理由が記載された平成16年3月24日付け文書(甲2の2)を渡されたところ、当該文書の中に「他の園児への影響」という記載があり、原告らに多大の精神的苦痛を与えた旨主張する。

イ しかし、証拠(甲2の2)によると、上記記載は、保育園において医療行為を行うことが「現行の中では保育園としての機能を超えることとなり、他の園児への影響や保育園に対する負担も考慮しなければなりません。」というものであることが認められるところ、前記認定の平成16年の原告P2の状況に照らし、被告の担当者が「他の園児への影響」を考慮するこ

とは当然のことというべきであるから，当該記載をしたこと自体が原告らに対して負担する職務上の法的義務に違背し，国家賠償法上違法であるといふことはできない。

(4)ア 原告らは，被告の担当者が平成17年度保育園入園申込書の提出した際にも当初申込書を受理しないとの態度を示し，原告らに必要以上の精神的苦痛を与えた旨主張する。

イ しかし，前述したところからすれば，仮に，被告の担当者が平成17年度保育園入園申込書を受理しないとの態度を示したという事実であったとしても，そのことが直ちに国家賠償法上違法であるといふことまではできない。

(5)ア 原告らは，処分行政庁は原告P2の現状について具体的に調査をして把握したという形跡はなく，一般的抽象的に常時医療行為が必要であるとして入園を拒否している点において国家賠償法上違法である旨主張する。

イ しかし，前述したところによれば，処分行政庁が原告P1から提出された平成17年度保育園入園申込書について原告P2の保育園入園を承諾しなかったことは，児童福祉法上違法であると認められるものの，そのことを理由に処分行政庁による入園の拒否が国家賠償法上違法であるといふことまではできない。

(6)ア 原告らは，児童福祉法24条1項ただし書がやむを得ない事由があるときは「適切な保護」をしなければならない旨規定しているところ，P9側の諸事情又は原告P2の年齢という理由により保育が実施されない，定期的な延長保育が受けられない，保護者の付添いを条件とする保育し

か受けられないなどの点において，P 9 への通所によって適切な代替措置を尽くしたとはいえず，国家賠償法上違法である旨主張する。

イ しかし，前記認定事実によると，原告 P 2 は健常者である児童と全く変わらないにもかかわらず，療育施設である P 9 に入所したわけではなく，相応の障害を持つ児童として P 9 に入所したのであるから，仮に原告 P 2 の P 9 への入所中に上記アの から まで等の不利益を被ったとしても，そのことは P 9 という療育施設の特殊性に起因するものとしてやむを得ないものと評価することができる。したがって，上記アの から まで等の不利益をもって，原告 P 2 の P 9 への通所につき国家賠償法上の違法があるということとはできない。

(7) よって，国家賠償請求に係る原告らの主張を採用することはできないといわざるを得ない。

第 4 結論

以上によれば，原告 P 1 の本件各処分取消し及び保育園入園の承諾の義務付けを求める請求はいずれも理由があるからこれらを認容し，原告らの国家賠償請求はいずれも理由がないからこれらを棄却することとすべきであり，また，訴訟費用の負担については，原告 P 1 の本件各処分取消し及び保育園入園の承諾の義務付けを求める請求は，同原告の入園申込みの実現を目的とするものである一方，原告らの国家賠償請求は上記入園申込み等をめぐる被告の公務員の対応等によって原告らが被った損害の賠償を目的とするものであること，上記入園申込みは原告 P 2 のためにされたものであり，原告 P 1 及び原告 P 8 は原告 P 2 の父母であることなどを考慮すると，原告 P 1 の本件各処分の取

消し及び保育園入園の承諾の義務付けを求める請求に係る訴訟費用と原告らの国家賠償請求に係る訴訟費用はこれを合算した上でその負担割合を決定することが相当であり、また、原告らの負担すべき訴訟費用は原告らの連帯負担とするのが相当であるというべきであるから、行政事件訴訟法7条、民訴法61条、64条本文、65条1項ただし書を適用して、主文のとおり判決する。

東京地方裁判所民事第38部

裁判長裁判官 杉 原 則 彦

裁判官 鈴 木 正 紀

裁判官 松 下 貴 彦

別紙

争点に関する当事者の主張の要旨

(1) 争点(1)について

(被告の主張)

ア 原告P2にとっては、P9における療育の方が、通常の保育園における保育よりも適しており、原告P2のP9への入園は、児童福祉法24条1項ただし書にいう「その他適切な保護」としての合理性を有しており、本件各処分が同項に違反し違法であるということとはできない。

イ 原告P2にとって、P9における療育の方が適している理由は、以下のとおりである。

(ア) 障害を有する原告P2は、気管内に詰まったたん等をおおむね1時間に1回程度吸引することが必要な状態であり、P9及びP3保育園において、医師の指示を受け、療養上の世話又は診療の補助行為として看護師が吸引を行っている。

たん等の吸引を行うことは、家族以外の者が行う場合は、医師法17条所定の医業をなすことに当たり、医師の指示に基づき看護師等資格を有する者が行う場合のみ可能であり、これ以外の者が行う場合には医師法に抵触する違法な行為になる。

(イ) 現在、原告P1の申請に係る各保育園には、各1名の看護師が配置されている。しかし、現在各保育園に配置されている看護師1名は、東京

都保育所事業実施要綱（以下「本件要綱」という。）に定める零歳児保育特別対策事業を実施するために配置したものである。本件要綱においては、看護師は、「保育士との協力のもとに零歳児の異常の発見、特に登所時における健康観察を通じての異常の有無の確認及び医師との連絡を行うほか、健康診断、予防接種の計画及びその実施に対する協力等保健活動に従事するものとする。」とされている。このように、各保育園に配置されている看護師は、たんの吸引等の医療行為を必要とする特定の児童のために配置しているわけではない。なお、国が定める児童福祉施設最低基準（昭和23年12月29日厚生省令第63号）33条に定める職員の規定においても、医療行為を想定していないため、保育園における看護師の配置の義務は定めていない。

そして、東大和市内の各保育園には、約100名から180名の園児が通園している状況の下で、各保育園に配置された1名の看護師は、園全体としての看護行為に当たらなければならない、1人の園児に対し、付きっきりで看護することができる態勢ではない。

- (ウ) これに対し、P9では、園児20名に対し、看護師2名が常駐し、原告P2に対しては、常時1名の看護師が常に状況を把握するなどして、適切な対応をとっている。これにより、おおむね1時間に1回程度必要となる原告P2のたん等の吸引行為に即対応することができ、水分補給の際にとろみをつけることや、体力的に疲れやすいために散歩等の際にも5分から10分ごとに休憩を必要とすることなど、原告P2の健康状態や介護の必要性に合った看護を行うことができる。

(I) 原告 P 1 が、東京都知事に対し、平成 15 年 5 月 6 日、原告 P 2 を P 9 に入園させるため、肢体不自由児通園施設入園申請書を提出した際に共に提出された同月 15 日付けの P 1 2 病院医師による療育意見書においても、理学治療、排たん等の措置の必要性が記載されており、療育見込期間も平成 年 月 日までとされている。

(オ) 実際にも、原告 P 2 は、平成 年 月 日、戸外で遊んだ後、シャワーを浴び、着替えの最中に 状態となった。このときは、原告 P 2 自身からたん吸引の申告が全くなかったが、付添いの看護師が原告 P 2 の様子の変化をすぐ発見し、看護師 2 名で対応し、吸引をして を消滅させた事実がある。

ウ 原告らは、原告 P 2 のために専任の看護婦を配置する必要性はない旨主張する。

しかし、保育士は 1 人 1 人の園児全員にくまなく目を配ることはできず、原告 P 2 の転倒や他の園児との接触事故等が発生し、カニューレが抜管した場合には、保育士が適切に対応することは困難である。

また、原告 P 2 のたん等の吸引は、体調によって回数が変わるのであり、また、原告 P 2 にたん等の吸引時期を判断させることは適切でないから、このような体調を常時把握し、適切な行為が行えるのは看護師であるが、零歳児保育を担当している看護師が、原告 P 2 の体調を常時把握することは不可能である。

エ なお、現在、被告は、原告 P 2 につき仮の保育園入園承諾をし、P 3 保育園において専任の看護師を配置して保育を行っている。

もとより、医療行為を行いながら原告P2につき保育園での保育を行うことは、原告P2のためにより適切であるといえるが、そのために看護師1名を増員して配置することまで児童福祉法24条1項が要求していると解することはできない。

(原告らの主張)

ア 処分行政庁は、原告P2の保育に欠けるところがあるにもかかわらず、保育園への入園を不承諾とし、その理由として、によりたんの吸引が必要な健康状態であるために通常の集団保育が困難である旨主張する。

しかし、たんの吸引については、「生活行為・生活援助行為」又は「医療的な要素を持つ生活援助行為」であるとする見解も有力であるところ、仮にたんの吸引が医療行為の範ちゅうに入るとしても、保育園に現在既に配置されている看護師が主治医の指示を受けてたんの吸引を実施すれば足りることであり何らの支障もない。現に、原告P2が通所していたP9でも、同園勤務の看護師等がこれを実施しているが、医師が常駐しているわけではない。

したがって、原告P2の保育の実施に当たり、保育園に現に配置されている看護師が主治医の指示を受けてたんの吸引を行うことは、たんの吸引が医療行為であるかどうかとは無関係であり、いずれの立場を採ったとしても実施可能であるから、処分行政庁は、いたずらにたんの吸引の医療行為性を強調してかたくなに入園を拒否すべきではない。

イ 処分行政庁は、保育園に現に配置されている看護師が主治医の指示を受けてたんの吸引を実施すれば足りるとの原告らの主張に対し、保育園にお

いて看護師が日に数回特定の医療行為を行うことは想定外であって、たんの吸引への対応は困難であると主張する。

しかし、たんの吸引は、既に一定の範囲で非医療識者による実施も認められる行為であって、そもそも医療行為の範ちゅうには入らず、排せつ介助などと同様の生活介助業務であるというべきである。

また、たんの吸引は、原告P2の申出、明らかな呼吸音の変化又はある程度時間がたったことなどをきっかけに、1回1分程度で行われ、その頻度も3時間に1回程度である。これは、児童を排せつに誘導するような保育の区切りの時間帯であって、その際に吸引行為を行うことは何ら保育の妨げにもならない。

さらに、原告P2は、現時点では、吸引の必要がある場合に自ら申し出るだけでなく、自分自身でチューブの挿入及び吸引を行うことも可能である。そして、吸引器に電源を入れることや吸引チューブを消毒綿でふく行為は、介助行為にすぎず、そもそも医療行為でないから、看護師の手をわずらわせることなく保育士が行うことに問題はなく、かつ、極めて容易である。

したがって、原告P2について保育園でたんの吸引を実施するに際しては、それらをすべて看護師が実施したとしても看護業務の負担とならないことはもちろんであるが、吸引器の電源や吸引チューブの消毒等の介助行為を保育士にも分担してもらい、主治医の許可が得られた場合には原告P2の自己吸引を看護師が介添えする方法等も取り入れることにより、なお一層看護業務の負担とならない。したがって、現に保育園に配置されてい

る看護師による対応は看護業務の負担となるので困難であるとの処分行政庁の主張に合理的理由はない。

ウ 被告は、カニューレの脱落が生命にかかわることであるから、安全確保の面から即時の対応が必要なため、医師や措置室等の人的物的態勢を整える必要がある旨主張する。

しかし、そもそもカニューレは簡単に脱落するものではなく、児童の行動によっても容易には脱落しないよう医学的にみて安全な固定方法を採用している。

また、万一何らかの理由でカニューレが脱落したとしても、気切孔がすぐに閉じることはなく、キシロカインゼリーをカニューレに付けて挿入すればよいだけである。また、P 1 2 病院は、原告 P 2 の急変時には対応する態勢がある旨申し出ている。

さらに、そもそも児童の急病又は突発的なけが等があれば、大至急応急手当をし、病院に連れて行くというのが保育園の責務であり、原告 P 2 の場合もこれと何ら変わることはない。むしろ、異常時の受入れ病院や対処方法が事前に手順として決まっている点で、保育士の負担はかえって少ない。

しかも、原告 P 2 が通園していた P 9 においても、医師が常駐しているわけではなく、万一脱落事故が発生した場合に即時に医師が処置できるわけではないから、やはり看護師が適切に挿入するか、速やかに P 1 2 病院等の適切な病院へ搬送する必要がある。

したがって、カニューレの脱落の危険及び脱落の際の処置については、

P 9に通園する場合と、通常の保育園に通園する場合とで何ら差異はなく、処分行政庁の主張に何ら合理的理由はない。

エ 被告は、あたかも保育所に配置されている看護師は零歳児保育にのみ従事することを目的とするように主張するが、本件要綱は、都が補助すべき対象となる事業を定めるものであって、保育所に配置された看護師の職務を制約するものではない。東京都が零歳児保育を充実させるため、保育所に看護師を配置させることに対し、補助金を支出したとして、配置された看護師は、すべての園児を対象としてその健康を維持すべく看護及び保健の活動に従事するものである。

オ 被告は、たん等の吸引を看護師等資格を有する者以外が行うことは違法であると主張する。

しかしながら、原告らは、非医療職者によるたん等の吸引実施を想定し、これを求めているのではなく、飽くまで原告P 2本人又は看護師等資格を有する者による医師の指示に基づくたん等の吸引の実施を想定しているのである。

衆議院第159回通常国会における決算行政監視委員会第3分科会における平成17年5月17日付け議事録によれば、P 22議員による、原告P 2を想定した被告に居住する の児童に関する保育所入所の可能性に関する質問に対し、政府参考人であるP 23厚生労働省雇用均等・児童家庭局長（当時）は、「たんの吸引ということが、これが医療行為とされておりますことから、保育所に看護師が配置されておるかということが決め手になるわけでございます。現在全国に2万カ所ございます保育所の

うち、看護師が配置されておるのが4千4百カ所程度でございます。…
(中略)…こういったところでは状況によっては受け入れが可能ではないかと思えます(以降、省略)」と回答していることは、看護師がこのような職務を行うことに何ら支障がないことを示している。

カ 原告P1は、原告P2がP9で状態となった際には、看護師がを外して吸引を行い、人工鼻に切り替えることで対応できた旨聞いており、万が一の事態にも十分対応が可能であることは明らかである。このような万が一の緊急時には、保育方針やあらかじめ打ち合わせておいた具体的手順に従った対応を行うべきことは保育園でもP9でも同様であり、むしろ、原告P2の場合には、非常時の受入れ病院、対処方法が事前に手順として決まっている点で、保育士の負担はかえって少ないとさえいえる。専門医らの診療情報提供書や診断書によれば、における吸引はいまや在宅で広く行われているものであり、適切な指導を受けた職員が決められた手順に従えば安全に行うことができるものであること、原告P2の主治医が勤める病院において職員への指導も引き受け、急変時の対応にも応じられる態勢を取ることなどが記載されている。また、今では歳の原告P2自身でも吸引行為ができるようになっている。こうした点を考えると、吸引行為を医療行為であるとして過度に強調し、看護師等の人員の配置や整備上の問題があるとして、受入れを拒否するような姿勢は望ましくない。

キ 被告は、原告P2がP9に入園した当時の療育意見書に及びこれに対するトレーニングの必要性が指摘されていることを根拠としてP9での療養の方が適切である旨主張する。

しかしながら，上記療育意見書は平成15年5月15日付けであって，今日の原告P2の状態を示すものではない。原告P2の ， 等は既に解消され，療育の必要性は消滅しており，当該療育意見書を作成した医師自身が，平成16年3月4日付けの診療情報提供書で，「健常児との統合保育が児にとっての発達に極めて有効かつ必要」であるとの意見を述べているのであるから，何ら理由とはならない。

ク 原告P2において他の一般の園児と異なる配慮が必要とされる内容は，通常1時間から3時間に1回程度の吸引措置が必要である点と，誤えんを防ぐために水分にとろみをつける必要がある点である。

吸引は基本的に看護師が行うものとしても，原告P2は遅くとも平成17年11月当時において自分自身で行うことができるようになっており，原告P2が行うたん等の吸引の補助ないし介助であれば，看護師であればもちろんのこと，保育士においても十分に可能である。また，水分にとろみをつける必要があることをもって，看護師が常時対応することを要求するものでない。

ケ なお，被告は，原告P2は，同年代の児童に比べ体力的に疲れやすいと指摘するが，乳幼児は個々の発達に差異があるのが当然であって，看護師が常時原告P2を看護することの理由とならないことは明らかである。

(2) 争点(2)について

(原告らの主張)

ア 被告の担当者は，違法に原告P2の保育園入園を拒否し，肢体不自由児や知的障害児の療育施設であるP9への登園を勧めるばかりで，原告P2

の保育園入所の権利を侵害した。

そして、原告P 2は、P 9では同世代の健常児童との集団生活を体験することができなかったことから、集団生活の体験不足が既に損失となっている。

イ 被告の担当者は、原告P 1が平成16年3月2日付けで提出した原告P 2の平成16年度保育園入園申込みに対し、同月8日、申込みを受理しない旨を電話で通告し、その後上記入園申込書一式も返却するなどして行政手続法7条に反する違法な対応を行い、単なる入園拒否処分をはるかに超える不法な混乱に原告らを陥れた。

また、被告の担当者は、上記入園申込書一式を提出後わずか6日で受理しないとしており、その判断はきわめてずさんである。

ウ 被告の担当者は、上記入園申込書一式を返却する際、その理由の中で他の園児への影響という極めて不適切な指摘をし、原告らに多大な精神的苦痛を与えた。

エ 被告の担当者は、平成17年度保育園入園申込書の提出に際しても、当初、申込書を受理しないとの態度を示し、原告らに必要以上の精神的苦痛を与えた。

オ また、その判断過程においても、原告P 2の現状につき具体的に調査をして把握したという形跡はなく、一般的抽象的に常時医療行為が必要として入園を拒否したのであるから、この点においても違法である。

カ 児童福祉法24条1項ただし書は、仮にやむを得ない事由があるときは、その他の適切な保護をしなければならない旨規定しているところ、被告の

職員は、原告 P 2 につき保育園への入所は困難であるとして入所を拒否しておきながら、漫然と療育施設である P 9 への通所を勧めるばかりで、P 9 において保育所に入所した場合と同程度の保育の実施をせず、例えば、グループ活動日等 P 9 側の諸事情により少なくとも毎月 1 回は P 9 を休まざるを得ない状況にあり、年齢という理由により平成 17 年 3 月までは毎月 3 回（水曜日）は保育の実施がなく、定期的な延長保育の実施は P 9 から拒否され、P 9 では保護者の付添いを条件として保育を実施するなどしており、被告は適切な代替措置を尽くしていない。

以上