

社 会 保 障 法 判 例

堀 勝 洋

家庭保育福祉員の保育の下での児童の死亡事故につき
市、県及び国に損害賠償責任がないとされた事例（森岡
訴訟第1審判決）

千葉地方裁判所松戸支部民事部昭和63年12月2日判決（昭和52年（ワ）
第41号損害賠償請求事件）『判例時報』1302号，133頁，『判例タイムズ』691号，180頁

Ⅰ 事実の概要

1 本件訴訟の被告 Y₁ は、松戸市の家庭保育福祉員（いわゆる「保育ママ」）制度を利用して、自宅で無認可の保育所を開設していた。ただし、Y₁ 自身は家庭保育福祉員の資格がなかったため、その資格がある訴外 B、C ら数人を雇用して、保育に当たらせていた。

2 本件訴訟の原告 X₁ 及び X₂ は共働きのため、その子訴外 A を保育所に入所させるべく、昭和48年11月ころ松戸市の福祉事務所を訪れた。しかし、市立保育所は満員で待機児童も多いため、入所はほとんど不可能であるとして入所を断られた。そして、当該福祉事務所の係官から、松戸市の家庭保育福祉員制度の概要の説明を受けるとともに、Y₁ が経営する保育所を紹介された。そこで、X₁X₂ は当該保育所に赴き、Y₁ から説明を受けた後、翌年1月からの保育を依頼した。その後、昭和49年1月5日、X₁X₂ は Y₁ との間で委託期間を同年1月から昭和50年3月31日まで、委託時間を午前7時30分から午後5時まで、保育料を1ヵ月につき1万4,000円とする内容の保育委託契約を締結した。ただし、この契約書の一方当

事者の氏名には、松戸市の家庭保育福祉員制度を利用する必要から、Y₁ に替えてその被用者である訴外 B の名義が記載された。

3 X₁X₂ の子 A は、昭和49年2月28日、Y₁ の経営する無認可保育所内で死亡した。このため X₁X₂ は、Y₁、松戸市 Y₂、千葉県 Y₃ 及び国 Y₄ を相手として、X₁X₂ のそれぞれに対し1,707万4,219円を連帯して支払うよう、昭和52年2月15日千葉地方裁判所松戸支部に出訴した。

4 千葉地方裁判所松戸支部は、昭和63年12月2日、①被告 Y₁ は原告 X₁X₂ のそれぞれに対し975万35円を支払え、②被告 Y₂Y₃Y₄ に対する原告の各請求を棄却する、との判決を下した。これに対し、X₁X₂ は昭和63年12月3日東京高等裁判所に控訴した。

Ⅱ 判 旨

1 「原告らの援用する憲法25条、26条、27条1項の各条規は、いわゆる社会権ないし生存権の保障を国政上の任務として宣言したものにすぎず、これらの条規が規定する事項を、個々の国民が国ないし地方公共団体に直接的かつ具体的に請求できるものではないと解するのが相当である。また、

同じく原告らが援用する児童福祉法1条ないし3条の規定も、児童福祉法における基本理念をうたった宣言的規定にすぎないのであって、個々の国民に対する具体的な法的権利を定めたものとは解することができないというべきである。してみると、国及び地方公共団体に対する具体的な請求権として、原告ら主張の『保育要求権』なる権利を認めるに由なく、原告らの主張には理由がない。」

2 「原告らは、被告 Y₁ 及び C が従事していた保育業務は、児童福祉法24条但書に基づく公務である旨を主張するので、この点について判断するに、児童福祉法24条に関する事務は、昭和61年法律第109号（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）17条により、児童福祉法が改正された結果、現行法上は市町村の事務とされているものの、本件事故当時は、国の機関委任事務として市町村長が執行していたものであることが明らかである。してみると、仮に、被告 Y₁ 及び C が従事していた保育業務が児童福祉法24条但書に基づく公務であったとしても、右公務は被告松戸市のものとはいえず、被告 Y₁ 及び C が同被告の公権力の公使を担当する公務員でないことは自明であるから、その余の点について判断するまでもなく、原告らの主張には理由がない。」

3 「原告らは、被告 Y₁ 及び C が被告松戸市の被用者であり、被告松戸市が使用者責任（民法715条）を負担する旨主張するので、この点について検討するのに、……本件保育所が被告 Y₁ がその自宅の一部を利用して開設・経営した無認可保育所であることは前示認定のとおりであり、その保育業務の遂行には、被告 Y₁ が C ら被用者を使用して自主的に独立して行っていることが明らかで、前記要綱の予定する家庭保育福祉員に対する被告松戸市の指導監督も、行政庁の行う行政指導としてのそれを超えるものとは解されないものであって、これをもって、民法715条にいう指揮・命令・支配と服従・従属を基調とする使用関係になぞらえるのは適切といえず、他に、被告 Y₁ 及び C と被告松戸市との間に右使用関係の存在を認めるに足りる証拠はない。」

4 「Aが本件保育所に入園した経緯は、前示認定のとおりであって、被告松戸市の福祉事務所の係官により本件保育所を紹介されたことによるものである。ところで、右紹介行為が、児童福祉法24条但書の措置としてなされたものか、それとは別個の行政指導としてなされたものかは問題であるが、右のいずれであるにせよ、保育所において児童を安全に保育することは、当該保育所がその責任において行うべき事柄であって、紹介行為をなしたにすぎない市が、保育中に生じた事故について責任を負うのは、当該事故の発生につき、担当公務員に予見可能性があった場合に限られるというべきである。本件について、これを見るのに、担当公務員が前記紹介行為の当時において、被告 Y₁ ないし C の前記認定にかかる過失により A が死亡するに至る事態を予見し、あるいは予見することができたことは、本件全証拠によっても、これを認めるに足りず、原告らの主張には理由がない。」

5 「原告らは、千葉県知事が、無認可保育施設に対する立入調査権を行使すべきであり、そうすれば、本件保育所の危険な保育実態を把握し得、ひいて本件事故の発生を防止できた旨を主張するので、この点について検討を加える。本件事故当時の児童福祉法58条2項によれば、都道府県知事が無認可保育施設に対する事業の停止及び施設閉鎖の権限を有することが規定されているものの、都道府県知事が施設に対する立入調査権を有する旨の明文はなく、右立入調査権についての明規が置かれたのは、昭和56年法律第87号（児童福祉法の一部を改正する法律）による改正以降であることが明らかである。そして、右の法改正は、厚生大臣に対しても、都道府県知事と同様に無認可保育施設に対する事業停止及び施設閉鎖の権限を付与するとともに、厚生大臣及び都道府県知事に対し、報告徴収権及び立入調査権を与え、併せて、右の各権限を実効あらしめるために罰則を設けたのであって、かかる法改正の経緯からして、都道府県知事の施設に対する立入調査権は、昭和56年における法改正によって創設されたものであると解するのが相当であるから、千葉県知事に無認可

保育施設に対する立入調査権があることを前提とする原告らの主張は、その余の点について判断するまでもなく理由がない。」

6 「原告らは、仮に、千葉県知事に無認可保育施設に対する立入調査権がなかったとしても、同知事は、行政指導により無認可保育所の実態調査をした上で、本件保育所の施設・運営の改善勧告をなし、そのうえで事業停止又は施設閉鎖の権限行使をなすべきであったものであり、また、厚生大臣としても、都道府県知事を指揮監督し、前記行政指導ないし権限行使をなさしめるべきであったもので、そうすれば、本件事故の発生を防止できた旨を主張するので、検討を加える。一般に、行政庁の権限不行使がいかなる場合に違法となるかについては議論があるが、行政庁が法令上付与された権限を行使するか否かは、当該行政庁の専門技術的見地に立つ政策的な判断（自由裁量）に属するのが原則である。そうすると、行政庁の権限不行使が国家賠償法上の違法評価を受けるのは、当該権限の不行使が行政庁に付与された裁量権の消極的濫用ともいえる程度に不合理と判断される場合に限られるとするのが相当であり、このような観点からすれば、行政庁の権限不行使が、違法とされるためには、少なくとも、国民の生命、身体、財産に対する切迫した危険が存在し、行政庁において当該危険の存在を具体的に知り又は容易に知り得べき状態にあることが最小限度必要であるものというべきである。本件について、右の要件の存否を検討するのに、……本件全証拠によっても、本件事故当時ないしそれに接する時点において、千葉県知事又は厚生大臣が本件事故発生の具体的蓋然性を認識していたことあるいは容易にこれを認識しうべきことを認めることはできないものというべきである。なお、原告らは、行政指導としての実態調査を実施していれば、本件事故の発生を予見できた旨を主張するやであるが、危険の発生についての公務員の予見可能性は、一般的・抽象的なものでは足りず、具体的・現実的なものであることを要するものと解すべく、また、そもそも、行政庁は行政指導をなす法的義務を負担するものでもないから、所論は採用できず、論

旨は理由がない。」

III 解 説

1 はじめに

本件訴訟は、無認可保育所での児童の死亡事故に対し、その両親が損害賠償を請求したものである。従来のこの種の訴訟と異なって、無認可保育所の設置経営者のみならず、市、県及び国をも訴えている点に、本件訴訟の特徴がある。また、本件訴訟における無認可保育所は、行政庁と全く無関係なのではなく、松戸市による家庭保育福祉員制度の対象となっていたもので、この点でも従来の無認可保育所での事故をめぐる訴訟と異なっている。

本件訴訟における争点は、大きく、①本件死亡事故の死因は何か、被告 Y₁ に注意義務に違反した過失はあるか、Y₁ の過失と本件死亡事故との間に相当因果関係があるかという問題と、②松戸市、千葉県及び国は本件死亡事故に対し損害賠償責任を負うべきかどうかという問題の2つに分けることができる。この①の問題について本判決は、本件死亡事故の原因は被告が主張した乳幼児突然死症候群（SIDS）ではなく鼻口閉塞による窒息死であり、Y₁ に過失があり、Y₁ のこの過失と本件死亡事故との間に相当因果関係があるとして、Y₁ に不法行為による損害賠償責任があると判示した。

次に、②の問題について本判決は、原告の主張を逐次詳細に検討し、松戸市、千葉県及び国のいずれにも損害賠償責任を負わすべき理由がないと判示した。そこで、本解説では、この②の問題につき、原告が主張した損害賠償責任の理由に沿いながら検討を加えたい。

2 国民の保育要求権の侵害

原告はこの論点につき、次のように主張した。すなわち、松戸市、千葉県及び国は、憲法第25条、第26条、第27条第1項、児童福祉法第1条ないし第3条によって認められている国民の保育要求権に対応する保育所の設置・整備義務を負っていたのにもかかわらず、これを怠るという違法な不作

為によって本件事故を発生させたものであり、しかも、この点につき重大な過失があるから、国家賠償法第1条第1項に基づく損害賠償責任を負うべきである。

これに対し本判決は、Ⅱ判旨1に引用したように、保育要求権なる権利を認めず、原告の主張を退けた。この論点に関する本判決の判旨は妥当である。

なお、児童福祉法第24条本文は保育に欠ける児童の保育所入所義務を市町村に課しており、筆者はこの規定は保育所入所の請求権を認めたものと解している（堀〔6〕205頁以下）。しかし、同法は地方公共団体又は国に対し、保育所設置の義務を課しているわけではない（同法第35条第1項ないし第4項、同法施行令第10条第1項参照）。したがって、保育所の整備が不十分なため、無認可保育所を利用せざるを得なくなってそこで事故が起きたとしても、そのことのためだけで地方公共団体及び国の責任を問うことはできないと考えられる。また、保育所整備の不十分さと本件死亡事故との間に、相当因果関係があるかどうかも疑問である。

宇賀〔2〕は本判決を評釈したものであるが、本節の論点については、児童福祉法が公立保育所への入所請求権を認めていないことを主な根拠として、原告の請求を否定的に解している。

3 被告 Y₁ 等の公務員性

次に、原告は、Aの死亡事故当時保育に従事していたC及びCを雇用するY₁が松戸市の公務員であったとして、国家賠償法第1条第1項に基づき、松戸市が損害賠償責任を負うべきだと主張した。C及びY₁が松戸市の公務員であるとする論拠は、次のとおりである。すなわち、松戸市の家庭保育福祉員制度は児童福祉法第24条ただし書に基づく松戸市の公務であり、家庭保育福祉員たるC及びCを雇用するY₁は松戸市からこの公務を委託され、しかも松戸市は家庭保育福祉員に対し指導監督権を有していたので、C及びY₁は松戸市の公務員であるというものである。

これに対し、松戸市は次のように主張した。松

戸市の家庭保育福祉員制度は児童福祉法第24条に基づく制度ではなく、善意の奉仕者に対して報償金を支給し、社会奉仕活動を勧奨するとともに、保護者の経済的負担を軽減するものである。また、保護者と家庭保育福祉員との間の児童保育委託契約についても、松戸市は保護者を斡旋するにとどまり、契約は当事者が自由意思によって締結したもので、保育そのものが松戸市の監督下にあるものでなく、したがってC及びY₁は松戸市の公務員ではない。

この問題について本判決は、Ⅱ判旨の2に引用したように、児童福祉法第24条に関する事務は国の機関委任事務であって松戸市の事務ではなく、したがって松戸市が損害賠償責任を負うものではないと判示した。なお、そうすると、CとY₁が国の公務員として国が損害賠償責任を負う可能性があるが、この論点については原告が主張しなかったためか、本判決は何も判示していない。

ところで、本件事故当時の児童福祉法第24条は、「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。」と規定していた。そして、この第24条の本文による保育所入所の事務は、「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。）によって市町村の団体事務¹⁾とされるまでは、国の市町村長に対する機関委任事務とされていた。しかし、同条のただし書に基づく事務（以下「第24条ただし書事務」という。）が機関委任事務であるかどうかについては、従来あまり論ぜられてこなかった。本判決は、これをも機関委任事務と解しているが、筆者は以下の理由により、第24条ただし書事務は市町村の団体事務であると解すべきであると考えている（同旨田村〔4〕210頁）。

（1） 国の機関委任事務なら、第24条ただし書

事務の費用についても国庫負担されるべきであるのに、児童福祉法はこれについて何も規定していない（同法第51条第1号及び第53条参照）。なお、季節保育所やへき地保育所はこの児童福祉法第24条ただし書に基づく措置とされるが（厚生省児童家庭局〔3〕151頁）、それに対しては国庫負担ではなく国庫補助がなされている（昭和63年5月23日付厚生事務次官通知厚生省発児第109号「特別保育事業費の国庫補助について」）。いうまでもなく、補助金は負担金と異なって、地方公共団体の事業に対する国の任意的な助成であり、季節保育所やへき地保育所は地方公共団体の事務であると観念されているのである。

(2) 第24条ただし書事務が国の機関委任事務なら、それに関し国から詳細な指示指導がなされてよいはずなのに、ほとんどなされていない。第24条ただし書事務は、市町村の創意工夫に任されており、まさに市町村の団体事務というにふさわしい実態にある。

(3) 機関委任事務整理法に関する国の通達では、「保育所への入所措置に関する事務は、市町村が行うものとする。」とだけ述べられ、第24条ただし書の事務については何も触れられていない（昭和61年12月26日付厚生省社会局長及び児童家庭局長連名通知社庶第225号「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（社会福祉関係部分）の施行について」）。これは、第24条ただし書事務の法的性格について、機関委任事務整理法の施行の前後で変更がなかったと国が解釈していることを裏づけるものであると考えられる。

以上のように第24条ただし書事務を団体事務と解すると、これを機関委任事務と解してC及びY₁が松戸市の公務員でないとした本判決は、同条の規定の解釈を誤ったものといわざるを得ない。そうすると、C及びY₁が国家賠償法第1条第1項の公務員であるかどうかについて、改めて判断せざるを得ないことになる。以下、この問題について検討を加えたい。

ところで、国家賠償法第1条第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、C及びY₁がこの「公権力の行使に当る公務員」であるかどうかが問題となるが、これは「公権力の行使に当る」かどうかという問題と、「公務員」であるかどうかの2つの問題に分けられる。

「公権力の行使」の意義については、稲葉〔1〕26頁以下によれば次の3つの説に分かれている。第1の狭義説は、公権力を優越的な意思の発動たる作用と解し、非権力的行政作用、私経済作用及び国家賠償法第2条の营造物の設置管理作用は公権力の行使に当たらないとする。第2の広義説は、公権力を私経済作用と营造物の設置管理作用を除くすべての国又は公共団体の作用と解し、狭義説と異なって非権力的行政作用も含める。第3の最広義説は、私経済作用をも含む国又は公共団体の一切の作用をいう。

このうち、狭義説が田中二郎、今村成和等による有力説であったが、近年は成田頼明、古崎慶長等による広義説が通説とされるようになったとされる。判例の大勢も広義説に固まりつつあるとされるが、少数説の最広義説を除いて、具体的事案についてみると、狭義説も広義説もあまり相違はないとされている（稲葉〔1〕28頁）。

本件訴訟においては、Y₁らが行っていた保育事業が「公権力の行使」に当たるとかが問題となるが、市から精神薄弱者援護施設の業務を委託された法人の職員を「公権力の行使に当る公務員」とした判例がある。これは高橋訴訟第1審判決（広島地方裁判所福山支部昭和54年6月22日判決昭和51年（ワ）第249号損害賠償請求事件『判例時報』947号、101頁）で、この訴訟は、広島県福山市が設置した精神薄弱者援護施設を社会福祉法人福山愛生会にいわゆる経営委託していたところ、入所者の1人が死亡したため、その両親が福山愛生会と福山市に損害賠償を求めたものである。この判決は、福山愛生会の過失を認めて民法第

715 条第1項の損害賠償責任を認めるとともに、福山市についても次のように判示して、国家賠償法第1条第1項に基づく損害賠償責任を認めた。

「国家賠償法1条1項にいう『公権力の行使』には、単に国家統治権に基づく優越的意思の発動たる作用のほか、私経済作用に属する行為および同法2条にあたる行為を除き、広く非権力的な行政作用を含むと解するのが相当であり、また右条にいう『公務員』には、同法の被害者救済の目的に照らし、必ずしも公務員としての身分資格を有する者に限定せず、実質的に公務を執行するすべての者、したがって、すべての国または公共団体のため公権力を行使する権限を委託された者をも含むと解するのが相当である。そうすると、被告福山市の行なう社会福祉事業は国家賠償法1条1項にいう『公権力の行使』に該当し、また被告福山市から精神薄弱者の生活指導、職業授産の委任を受けた被告愛生会の被用者として、現実に右業務の執行に携わるその職員は、右法条にいう『公権力の行使に当る公務員』であるといえるので、被告福山市は同法1条1項に基づき、○の死亡につき損害賠償の責任を免れない。」

この判決の趣旨及び非権力的作用も含むとする広義説に従うなら、本件訴訟で問題となっている保育業務も「公権力の行使」に当たると解される。そうすると、本件訴訟においてC及びY₁が松戸市の公務員であるかどうかが次に問題となるが、以下この問題を検討したい。

稲葉〔1〕24頁以下によれば、国家賠償法第1条第1項にいう公務員とは、公権力行使の権限を与えられた一切の者を指し、必ずしも国家公務員・地方公務員その他国又は公共団体と身分的つながりを有する者に限られないとされる。そして、市から精神薄弱者援護施設の経営委託を受けた社会福祉法人の職員が、この公務員に当たると判示されたことは上にみたとおりである。

本件訴訟におけるC及びY₁が公務員であるかどうかは、結局松戸市が行うべき公務をC及びY₁にその権限が与えられていたかどうかによって決まり、このことは松戸市の家庭保育福祉員制度の法的構造によると考えられる。原告が主張す

るように家庭保育福祉員が松戸市から保育業務の委託を受けていれば公務員となり、被告Y₂が主張するように松戸市は単に家庭保育福祉員を紹介して必要な助成をなすにすぎないのなら公務員ではないということになろう。(なお、家庭保育福祉員制度が児童福祉法第24条ただし書の「その他の適切な保護」に当たるかどうかにについても争われているが、松戸市が主張するようにこの制度は単に紹介と助成をするにすぎないものだとしても同条ただし書の措置と考えるべきであるので²³、C及びY₁が公務員であるかどうかを判断するのに、この論点はあまり関係がないと考えるべきであろう。)

そこで、松戸市の「家庭保育福祉員制度要綱」(本件事故が起きた当時に施行されていた昭和48年4月1日改正後のもの)を詳細に検討すると、必ずしも明確ではない部分があるものの、児童の委託と費用の負担関係は次頁の図のようになっているものと解される。すなわち、児童の委託受託はその保護者と家庭保育福祉員の間で行われ、松戸市福祉事務所長は委託の斡旋のみを行うものと解される。そして、保育料は保護者が家庭保育福祉員に支払い、松戸市福祉事務所長は保護者に対しては保育料の助成、家庭保育福祉員に対しては報償金を支給する。

ただし、松戸市は、①家庭保育福祉員の資格を定め(同要綱第2条第1項)、同福祉員の認定を行い(第5条)、同福祉員の守るべき事項を定め(第11条)、②家庭保育施設の基準を定め(第4条)、③保護者が支払うべき保育料の額を定めるとともに、保育料の助成を行い(第7条及び第7条の2)、④同福祉員に報償金を支給し(第8条)、⑤同福祉員に対し保育及び保健衛生等について巡回指導する(第12条)など、松戸市の関与の程度は大きい。

以上のような制度の下において、松戸市が家庭保育福祉員に対しその公務を行う権限を与えているかどうかを判断するのはなかなか難しいが、同要綱第9条の「幹せん」という文言を重視するなら、C及びY₁は国家賠償法第1条第1項の「公務員」に当たらないということになろう。

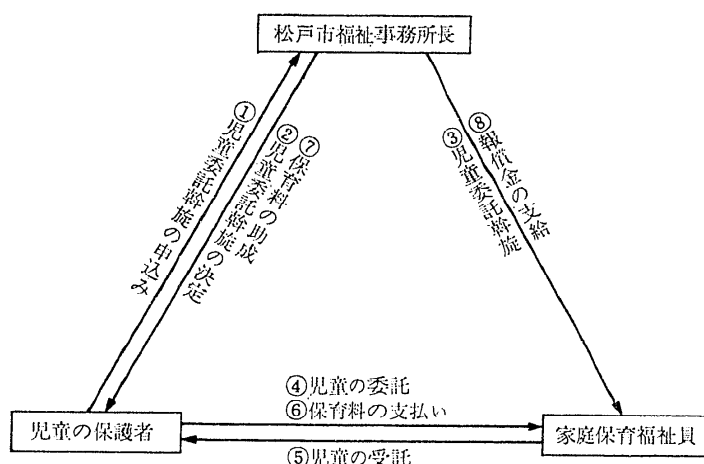


図 松戸市家庭保育福祉員制度の児童委託及び費用負担関係

なお、Y₁ が公務員であるとする、国家賠償法第1条第1項の損害賠償責任は国・公共団体のみが負い、公務員は被害者に対しては負わないというのが通説・判例とされる（稲葉〔1〕28頁）ので、Y₁ の損害賠償責任を認めた本判決と齟齬することになる。

4 Y₁ 等の被用者性

原告は、たとえC及びY₁ が国家賠償法第1条第1項にいう公務員でないとしても、同人らは松戸市の被用者であるから、松戸市は民法第715条により損害賠償責任を負うべきだと主張した。これに対し本判決は、Ⅱ判旨の3に引用したように、使用関係はないとして原告の主張を退けた。

民法第715条第1項本文は、「或事業ノ為メ他人ヲ使用スル者ハ被用者カ其事業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス」と規定している。この「他人ヲ使用スル」ことには、雇用や委任以外に広く使用する場合を含むとされるが、使用者と被用者の間に実質的な指揮監督関係が必要とされる。

本件訴訟において、松戸市とC及びY₁ との間にこの使用関係があったかどうかであるが、松戸市の家庭保育福祉員制度要綱はかなり詳細に家庭保育福祉員の遵守事項や指導について定めているが、具体的な保育業務についてまで指揮監督して

いたかどうかは、本判決がいうように疑問である。

5 委託・紹介行為の違法性

原告は、松戸市長又は松戸市福祉事務所長による本件無認可保育所への委託ないし紹介が違法なものであるため、松戸市は国家賠償法第1条第1項に基づく損害賠償責任を負うべきだと主張した。違法である理由としては、児童の生命・身体に害を及ぼすおそれのある劣悪な保育環境にある本件保育所への委託又は紹介は、注意義務違反又は条理上の義務違反であるというものである。

これに対して本判決は、Ⅱ判旨の4に引用したように、松戸市は単に紹介をただけで、Aの死亡につき予見可能性がなかったため、松戸市はその紹介について責任を負わないと判示した。

この論点に関する判旨は妥当である。なお、宇賀〔2〕51頁も、松戸市の行為を紹介とみる以上それは助言的行政指導の性格をもち、これについて違法となるのは本件事故について予見可能性があった場合に限るとしている。

6 債務不履行責任

原告は、松戸市はY₁ との間でAの保育委託契約を締結したものであり、Y₁ の履行代行者Cの過失によって本件事故が発生したものであるから、松戸市は債務不履行責任を負うべきであると主張

した。

これに対して本判決は、原告主張の事実は本件全証拠によってもこれを認めるに足りないとして、原告の主張を退けた。松戸市と Y₁ との間で保育委託契約が成立していたと解することは困難である以上（本稿第3節の図参照）、債務不履行責任を問うことはできないと考えられる。

7 立入調査権の有無

原告は、被告千葉県と被告国の責任について、次のように主張した。本件事故当時の児童福祉法第58条第2項は、都道府県知事に無認可児童福祉施設の事業の停止又は施設の閉鎖命令権を与えていたが、これには立入調査権も含まれる。千葉県知事がこの立入調査権を行使し、本保育所の危険な実態を把握していたら、本件事故は防止できたはずである。一方、この児童福祉法第58条第2項の事務は機関委任事務であるため、主務大臣たる厚生大臣は、都道府県知事を指揮監督して、無認可保育所に対して立入調査を実施させるべき義務があった。このような立入調査を実施しなかったため本件事故が起きたものであり、千葉県及び国は国家賠償法第1条第1項により、損害賠償責任を免れない。

これに対し本判決は、Ⅱ判旨の5に引用したように、立入調査権は「児童福祉法の一部を改正する法律」（昭和56年法律第87号）によって創設されたもので、本件事故当時都道府県知事に立入調査権はなかったと判示した。

立入調査というような国民の自由を相当程度侵害するような権限は、明文の規定をもって初めて与えられると解すべきであり、この論点に関する判旨は妥当である。宇賀〔2〕53頁も、判旨に賛成している。

8 規制権限の不行使の違法性

原告は、千葉県及び国の責任について、次のようにも主張した。千葉県知事は、たとえ立入調査権がないとしても、行政指導により実態調査をした上で本件保育所の施設及び運営の改善勧告をなし、その上で事業停止又は施設閉鎖の権限行使を

すべきであった。また、厚生大臣としても、千葉県知事を指揮監督し、前記行政指導ないし権限行使をなさしめるべきであった。そうしなかったため本件事故が起きたのであり、千葉県及び国は国家賠償法第1条第1項により、損害賠償の責任を免れない。

これに対し本判決は、Ⅱ判旨の6に引用したように、①本件事故の予見可能性がなかったこと、②行政庁は行政指導をなす法的義務はないことを理由として、原告の主張を退けた。

本節での論点は、①事業停止又は施設閉鎖という行政庁に与えられた権限を行わなかった場合の損害賠償責任の有無、及び②行政指導を行わなかった場合の損害賠償責任の有無の2点である。このうち②の問題については、無認可保育所について実態調査を行い、その施設・運営の改善勧告を行う等の行政指導の権限を行政庁は有するとは考えられるが、それは法的義務ではなく、それを行わなかったからといって違法とすることはできないと考えられる。したがって、この論点に関する本判決は妥当であり、宇賀〔2〕53頁も判旨に賛成している。

次に、①の行政権限の不行使に係る国家賠償請求については、近年スモン訴訟等を契機として理論的検討が集中して行われるようになってきた。国家賠償法第1条第1項にいう公権力の行使には、学説上作為のみならず不作為も含まれるとされてきたが、昭和40年代半ばまで以前の判例は、「反射的利益論」又は「行政便宜主義」の考えによって、行政の不作為に関し政治的・道義的責任を問い得たとしても、法的責任を問い得ないとするものが多かったとされる（以下、この問題に関する一般論については、三橋〔7〕151頁以下による。）。しかし、その後この反射的利益論及び行政便宜主義を理論的に克服して、スモン訴訟を始め行政の不作為の損害賠償責任を認める判例が集積されるようになってきている。その理論というのは、反射的利益論については国家賠償請求訴訟にそれを持ち込むべきでないとする理論であり、行政便宜主義についてはいわゆる裁量権収縮の理論である。後者は、行政権限を行使すべきかどうかは行政庁

の裁量に任されているとする行政便宜主義に対し、一定の条件の下ではその裁量がゼロに収縮し、行政権限の発動が義務づけられるとするものである。そして、いかなる場合に裁量が収縮して作為義務が発生するのか、あるいは権限不行使の裁量が違法となるかについては必ずしも明確な基準が確立しているとはいいがたいが、三橋〔7〕169頁は一応の基準として次の4つを挙げている。すなわち、①生命、身体及び財産に重大な損害をもたらす危険が存在し、②行政側にとって、その具体的危険の予見可能性や結果回避・防止の可能性があり、③被害者側には、危険回避の手段・可能性がなく、また規制権限の行使を期待し得る状況があり、④発生した被害が社会的要因によるもので、被害者の負担にあまる不測の損害であることである。

本件訴訟においては、被告（Y₃Y₄）が反射的利益論を主張することなく予見可能性がなかったことのみを主張したため、本判決もこの点についてのみ判断を下している。すなわち、Ⅱ判旨の6に引用したように、まず行政庁が権限を行使するか否かは自由裁量であるとした上で、その不行使が違法となる条件として、①国民の生命、身体、財産に対する切迫した危険が存在すること、②行政庁において当該危険の存在を具体的に知り又は容易に知り得べき状態にあることを挙げ、本件事故については②の要件を満たしていないと判示した。この論点に関する判旨は妥当である。

9 おわりに

本件訴訟は、いわゆる保育ママを雇用する無認可保育所での事故に関して、地方公共団体や国に損害賠償責任があるかどうかを争うもので、さまざまな法律上の論点を含む理論的に興味深い訴訟である。今後福祉サービスの供給は、従来のような公的なものにとどまらず、ますます多様化していくことが予想される。そうしたなかで、事故を防止するための努力やその補償制度を確立するだ

けでなく、事故に対する損害賠償責任についても法律的に検討しておく必要がある。また、逆に事故への損害賠償責任の問題を考えつつ、福祉サービスの諸制度を構築していく必要がある。従来はこの面での検討・研究が、地方公共団体や国においてもまた学問の分野でも、なおざりにされてきたという感じを否むことができない。橋本〔5〕がその唯一の例外といってもよい状況であり、今後これに続く研究が待たれている。

注

- 1) 従来講学上「団体委任事務」といわれてきたもので、機関委任事務整理法によって機関委任事務が地方公共団体の事務とされた際に、その事務を指すものとして国が用い始めた用語である。この事務は、地方自治法第2条第2項の「法律又はこれに基く政令により普通地方公共団体に属する」事務で、必ずしも国から委任されたものと考えする必要はないので、以下本稿でこの事務を団体事務という。
- 2) 本判決は、松戸市の家庭保育福祉員制度を児童福祉法第24条の規定に基づく機関委任事務と解している。また、宇賀〔2〕51頁は、同条ただし書に基づくものと解している。

引用文献

- 〔1〕 稲葉 馨「公権力の行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
- 〔2〕 宇賀克也「無認可保育所における事故の責任」『ジュリスト』平成元年3月15日号
- 〔3〕 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
- 〔4〕 田村和之『保育法制の課題』、勁草書房、昭和61年
- 〔5〕 橋本宏子「在宅サービスと公的責任——民間委託の現状を中心に」『神奈川法学』昭和61年6月1日
- 〔6〕 堀 勝洋『福祉改革の戦略的課題』、中央法規出版、昭和62年
- 〔7〕 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

（ほり・かつひろ 社会保障研究所調査部長）