

判例評釈

〔社会保障判例研究〕

東京社会保障判例検討会

認可外保育施設での宿泊保育において体調不良の乳児が熱中症対策や医療的措置が講じられなかったために死亡したことについて、同施設の園長の不法行為に基づく園長及び有限会社の損害賠償責任と、同施設に対する市長の調査・指導監督権限の不行使に基づく市の賠償責任が認められた事例

（宇都宮地裁令和2年6月3日判決、損害賠償請求事件、
判時2463号11頁、判自470号56頁、賃社1762号26頁）

古 畑 淳

I. 事案の概要

1 (1) 平成25年9月生まれの女児Aの両親であるX1・X2（以下「Xら」という）は、平成26年1月に、認可外保育施設であるB園を経営する有限会社Y1との間で、Aの保育（宿泊保育を含む）をB園において行う旨の保育委託契約を締結した（以下「本件保育契約」という）。

(2) B園はビル内に設置されているが、Y1発行のパンフレットによれば、1階から5階までがB園の設備であった。平成26年4月頃のB園の保育状況は、預かっていた児童の合計が30人から40人であったのに対して、B園の園長で保育士資格を有するY2（Y1の取締役でもある）とY2の二男で保育業務の手伝いをしていたY3の2名のみが保育を行っているという状況であった。

(3) Xらは、平成26年7月23日から同月26日までの間、本件保育契約に基づき、宿泊保育を目的としてAをB園に預けた（以下「本件宿泊保育」という）。B園の保育業務に従事していたのは、この間もY2とY3の2名のみであり、本件宿泊保育に対しては、Y2がAの保育を担当していた。

本件宿泊保育において A は、23日と翌24日の2日間にわたり、少なくとも14回の水様便を催すなど、継続的な下痢症状が認められたばかりか、25日午後0時頃には38度を超える発熱があった。また、同日午後3時頃にはAの元気がなくなるなどした。しかしY2は医師の診察を受けさせることなくAを放置したために、Aは26日午前2時頃、エアコンが作動していない乳児室において、暑熱環境下の脱水による熱中症により死亡した（以下「本件事件」という）。

2 (1) B園の所在するY市は中核市であり、同市の市長が児童福祉法（以下「児福法」ないし「法」という）59条の4の規定により、法59条が定める認可外施設に対する調査・指導監督権限を有していたところ、Y市の保育課は本件事件の発生前である5月27日に、B園を利用している保護者から、託児していた2歳の子が左人差し指の爪を全て剥がして帰宅したが、施設からは十分な説明を受けていない旨の通報を受けていた。また、翌28日には、B園で働いている従業員の知人と名乗る匿名の人物から電話で、B園では人手が足りないので子どもを毛布でぐるぐる巻いて紐で縛って動けないようにしているなどといった実際に同施設の虐待的な保育状況を目の当たりにした者でなければ語り得ないほどの具体性と現実性を備えた内容の情報提供のほか、予告無しに立入調査をして施設の状況確認をして欲しい旨の通報を受けていた（以下「本件各通報」という）。

(2) 本件各通報を受けたY市の保育課は翌29日に、Y2に対して電話でB園の保育室の確認をしたい旨の連絡をした上でB園を訪問し、B園の保育施設の状況等を調査した。調査は保育課のC係長とD統括主査の2名により行われたが、C係長らは4階と5階に対する調査は行わず、また、連絡帳、給食に係る事項、職員の勤務状況に係る事項を確認しなかった。児童についても5名の児童の様子を確認したのみであり（立入調査が行われることを察知したB園ではこの時、3階にいた30名ほどの児童を4階と5階に移動させるなどしていた。その中には紐やワイシャツで体を縛られた状態の幼児も含まれていた）、調査の所用時間は30分程度であった（以上の調査を以下「本件立入調査」という）。帰庁後、C係長らは保育課の課長らに対して口頭で、本件立入調査の状況を踏まえ、B園の中には託児の怪我につながるような危険な場所や不審なところ、気になるところはなかった旨を報告した。以降、Y市の保育課は、B園に対する立入調査を実施せず、事態の推移を窺うにとどめた。

3 本件事件は以上の事実及び経緯の下、7月26日に発生したものであるが、Xらは本件事件によるAの死亡について、Y1に対して、保育委託契約上の債務不履行又は不法行為（民法715条又は会社法350条）に基づき損害賠償を請求する

とともに、Y2及びY3ら（XらはY2及びY3のほか、Y2の親族3名もB園の保育業務に従事していたとして、当該3名も被告とした）に対して、民法709条の不法行為に基づいて損害賠償を請求した。また、Y市に対して、Y市の市長のB園に対する調査・指導監督権限の不行使は国家賠償法（以下「国賠法」という）1条1項の適用上「違法」と評価すべきであり（主位的主張として、法59条5項及び6項が定める事業停止命令権ないし施設閉鎖命令権（以下「事業停止命令権等」という）の不行使の違法を主張、また、予備的主張として、同条1項の調査権限の行使の懈怠の違法を主張）、同市長の調査・指導監督権限の不行使とAの死亡との間には相当因果関係が認められるなどと主張して、国賠法1条1項に基づいて損害賠償を請求した。

4 なお、厚生労働省は、法59条が定める知事等の調査・指導監督権限について、認可外保育施設に対しより効果的な指導監督を図る観点等から、「認可外保育施設に対する指導監督の実施について」と題する通知（平成13年3月29日雇児発第177号厚生労働省雇用均等・児童家庭局長通知（以下「平成13年通達」という））を発し、同通知において、「認可外保育施設指導監督の指針」（以下「平成13年指針」という）及び「認可外保育施設指導監督基準」（以下「平成13年基準」という）を策定していた（平成13年指針と平成13年基準とを一括して、以下「平成13年指針等」という）。またY市は、「Y市認可外保育施設指導監督実施要領」（以下「Y市実施要領」という）を策定し、認可外保育施設に対する指導監督は、法その他の関連法令及び平成13年通達などに基づき実施し、立入調査の実施においては、平成13年基準に適合しているかを調査することを宣明していた。

II. 判旨（一部認容・一部棄却（控訴））

1. Y1及びY2、Y3らの責任

「Y2は、Aの熱中症死について、Xらに対し、不法行為に基づき損害賠償責任を負い、また、Y1は、取締役兼保育従事者（従業員）であるY2が行った上記不法行為について、民法715条又は会社法350条に基づき損害賠償責任を負う。」

Y3らに対する請求は棄却。

2. Y市の責任

（1）法59条5項及び6項の事業停止命令権等の不行使の違法について

「国又は公共団体の公務員による規制権限の不行使は、その権限を定めた法令の趣旨、目的や、その権限の性質等に照らし、具体的事情の下において、その不

行使が許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くと認められるときは、その不行使により被害を受けた者との関係において、国賠法 1 条 1 項の適用上『違法』と評価されるものと解するのが相当である（最高裁平成元年11月24日第二小法廷判決・民集43巻10号1169頁、最高裁平成 7 年 6 月23日第二小法廷判決・民集49巻 6 号1600頁、最高裁平成16年10月15日第二小法廷判決・民集58巻 7 号1802頁等各参照）。

そして、上記判例法理にいう『不行使が許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠く』か否かは、一般的に、①危険の切迫、②予見可能性、③補充性、④期待可能性、⑤回避可能性などを重要な要素として、これらを総合考慮して判断すべきである」。

本件においては、①④⑤の要件の充足は認めることができるが、「本件各通報を受けた時点において、Y 市市長（Y 市保育課）が B 園の保育業務に上記切迫した危険が存在することを高度の蓋然性をもって認識することができたものとはいえず（②予見可能性）、むしろ、直ちに事業停止命令権等といった最も強力な規制権限を行使するのではなく、迅速かつ的確な『特別の報告』の徴求や立入調査を継続的に実施する中で、改善指導、改善勧告を繰り返し、必要に応じて、（略）事業停止命令等を発動する方法も、本件各通報時における選択肢の 1 つとして存在したものというべきであるから（③補充性）、本件各通報があった時点において、Y 市市長が B 園に対して事前予告なしの特別立入調査を実施し事業停止命令権等を行使しなかったことは、法の趣旨、目的や、その権限の性質等に照らし、具体的事情の下、上記①④⑤の各事情を考慮にいれたとしても、許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くものであったとまでは認められず、その不行使により被害を受けた者（原告ら、被害児童）との関係において、国賠法 1 条 1 項の適用上『違法』と評価することはできない。」

（2）法59条 1 項の調査権限の行使を懈怠したことの違法及び過失について

①違法性について

「Y 市市長（Y 市の保育課）は、本件各通報からうかがわれる B 園の保育状況等に関する疑義や虐待的託児業務の有無を明らかにするため、平成13年指針等に基づき、B 園の設置者又は保育従事者等に対し、随時、①『特別の報告』を徴求し、保育従事者等からの事情聴取を行うとともに、②『特別の立入調査』を実施するなどして、平成13年基準違反の事実の有無を調査、確認すべき職務上の注意義務（以下「本件職務上の注意義務」という。）を負っていたものと解するのが相当である」ところ、本件において Y 市市長は、本件各通報の内容が「託児の生命身体に重大な危害を及ぼしかねない虐待的な保育業務が行われていることを相当程度の可能性をもって示唆するものであ」ったにもかかわらず、「本件立入調査

の直後はもとより、それ以降も本件事件発生までの間、上記『特別の報告』の徴求や保育従事者等からの事情聴取というに値するものは一切実施していないのであるから、かかる Y 市市長（Y 市の保育課）の対応は、『特別の報告』徴求に関して付与された権限を著しく逸脱するものであって、本件職務上の注意義務を尽くしたものとはいえない。」また、Y 市市長は、「本件立入調査以降も、改めて事前通告なしの『特別の立入調査』を一切実施することなく、『通常の立入調査』における再調査を念頭に事態の推移をうかがうにとどめたものであり、かかる Y 市市長（Y 市の保育課）の対応は、事態を漫然と傍観するに等しいものと言わざるを得ず、『特別の立入調査』に関して付与された権限を著しく逸脱するものであって、本件職務上の注意義務を尽くしたものとはいえない。」よって、「本件における Y 市市長の B 園に対する指導監督権限の行使は、国賠法 1 条 1 項の適用上『違法』と評価されるべき」である。

②過失について

①予見可能性 本件立入調査は、「虐待的保育を防止する上で極めて不十分なものであったことなどからみて、平成13年指針等に基づき B 園に対して随時『特別の報告』徴求や『（事前通告なし）の特別の立入調査』を継続的に実施する必要があることをうかがわせるに足りる程度の『虐待的保育業務の徴表』は本件立入調査によっても払拭されることなく存在していたものというべきであるから、Y 市市長は、そうした虐待的保育業務の存在を予見し、又は予見すべきであったものというべきである」。

①結果回避可能性 「Y 市市長（Y 市の保育課）が本件職務上の注意義務を尽くしていたならば、平成26年 7 月26日の時点において、本件事件（A の熱中症死）が発生しなかった可能性が高かったにもかかわらず、上記のとおり、これを怠ったものであるから、Y 市市長は、本件事件の発生を未然に防止する措置を執ることができ、かつ、そうすべき義務があったにもかかわらず、これを懈怠したものである」。

よって、「Y 市には国賠法 1 条 1 項の『過失』があるといわざるを得ない。」

（3）Y 市市長の職務上の注意義務違反と A 死亡との間の因果関係について

「Y 市市長が本件職務上の注意義務を尽くしていたならば、（略）その過程において当然、B 園における虐待的な託児保育の状況の一端ないしはこれを裏付ける物証等が発見される蓋然性が高く、そうなれば、Y 1（B 園）に対して、法59条及び平成13年指針（略）に基づき、改善指導、改善勧告、公表はもとより、これにも応じない場合には事業停止命令又は施設閉鎖命令の措置が講じられ、B 園の託児の生命・身体に対する切迫した危険な状況は排除されていたものということ

ができ」る。そして、「Y 市市長 (Y 市の保育課) が本件職務上の注意義務を尽していたならば、平成26年 7 月26日の時点において、本件事件 (A の熱中症死) が発生しなかった蓋然性が高かったものといえることができ、したがって、Y 市市長の本件職務上の注意義務違反と本件事件 (A の熱中症死) の発生との間には因果関係の存在を肯認することができるものというべきである。」

3. Y 市と Y 1 及び Y 2 との間の責任関係について

「Y 市市長の上記調査・指導監督義務の不尽 (Y 市の不法行為) と Y 1 及び Y 2 の不法行為は競合し、かつ、その各債務は不真正連帯債務の関係に立つが、ただ、その効果として Y 市と Y 1 及び Y 2 は当然に全額不真正連帯の責任を負うものとは解されないところ、本件のような Y 市の調査・指導監督権限の不尽の違法が問題とされる事案においては、その規制の対象者である Y 1 が一次的、最終的責任を負担すべきものであって、Y 市の損害賠償責任は、規制対象者である Y 1 が損害賠償責任を負うことを前提として初めて認められる二次的、補充的な性質のものにとどまることに加え、Y 1 の責任者である Y 2 の不法行為は犯罪行為そのもので極めて違法性の高い行為であるのに (刑法218条後段)、Y 市の上記不法行為は、飽くまで Y 市市長の上記調査・指導監督権限の不尽という過失行為にとどまり、その違法性の程度は X らとの関係においても大きな差異があること (略) などの事情を合わせ考慮すると、損害の公平な分配の観点から、Y 市は、X らに対し、その全損害 [筆者注、損害の合計額は6201万円余] の 3 分の 1 を限度として賠償すべき義務があるものとするのが相当である」。

Ⅲ. 検討 (結論、判旨ともに一部疑問あり)

1. はじめに

(1) 本件は、9 か月児の乳児が認可外保育施設において宿泊保育を受けていたところ、下痢症状や発熱が継続的に見られながらも、熱中症対策や医療的措置が講じられないまま保育室に放置されつづけたために、暑熱環境下の脱水による熱中症により死亡した事件である。認可外保育施設における乳幼児の死亡をめぐる裁判例は少なくない⁽¹⁾が、大別すると、保育における保育者の過失の有無を争点とする死亡事故 (乳幼児の死因が争われたものを含む) の事例と施設長の虐待行為による乳幼児の死亡事件の事例とが見られる。本件は、保育における施設長のネグレクトによる乳児の死亡事件といえるべき内容の事案であり、後者に分類されるべ

(1) 田村和之＝古畑淳＝倉田賀世＝小泉広子『保育判例ハンドブック』(信山社、2016年) 128-149頁 [古畑] に所収の裁判例を参照。

き事例である。

(2) 児福法はその59条において、知事（法59条の4により指定都市及び中核市の市長も同条の権限を有する。そのため、本稿では「知事等」という場合もあるし、また、本件事案に即して「市長」という場合がある）は認可外施設に対する調査・指導監督権限を有することを定めているが、この権限は、児童の生活保障の権利を謳う法1条の下で、児童福祉施設の設備及び運営の基準を満たさない施設の存在を前提にして、そのような認可外の施設を利用する児童の福祉の保障のために設けられた権限である。とりわけ認可外保育施設に関しては、「児童の福祉のため必要があると認めるとき」（法59条1項、3項、5項）について、自ら被害を訴え危険を回避することのできない乳幼児の生命及び身体の安全を確保するために、より積極的な行使が期待されている権限である。

(3) しかし、法59条が定める調査・指導監督権限は知事等において必ずしも積極的に行使されてきたとは言えず、とくに認可外保育施設における乳幼児の死亡をめぐる損害賠償請求事件においては、当該施設に対する知事等の調査・指導監督権限の不行使の違法を争うものが見られる⁽²⁾。中でも施設長の虐待行為による乳幼児の死亡事件においては、虐待通告に対応する知事の調査権限の行使の不尽を含む、知事の指導監督権限の不行使の違法が主たる争点として争われている。そのような事件として、香川県小鳩幼児園事件⁽³⁾（以下「香川県事件」という）、神奈川県スマイルマム大和ルーム事件⁽⁴⁾（以下「神奈川県事件」という）と呼ばれる2つの事件がある。いずれも平成13年法律第135号による改正前の法59条が適用された事件ではあるが、事件発生前に2度の立入調査がなされ、また、文書による改善指導がなされていた点で共通する事件である。両事件の相違点の1つとしては、香川県事件では、園児に対する体罰を園長自身が認めていた（裁判所は虐待

(2) 東京高判平成7年2月3日判時1591号37頁、判自140号61頁（原審・千葉地松戸支判昭和63年12月2日判時1302号133頁、判タ691号180頁、判自55号46頁）、福岡地小倉支判平成23年4月12日判例集未登載（LEX/DB 文献番号25471153）、那覇地判平成25年4月30日判例集未登載（判例秘書 L06850258）、大阪高判平成27年11月25日判時2297号58頁（原審・大阪地判平成26年9月24日判例集未登載（LEX/DB 文献番号25505250））、仙台高判平成27年12月9日判時2296号86頁（原審・福島地郡山支判平成27年3月6日判時2265号93頁）。

(3) 原審・高松地判平成17年4月20日判時1897号55頁、判自273号63頁、賃社1403号40頁、控訴審・高松高判平成18年1月27日裁判所ウェブサイト。

(4) 横浜地判平成18年10月25日判タ1232号191頁。

(5) 法59条の規定は、平成13年法律第135号により改正されている。現行規定にある「改善勧告の権限」（3項）、「改善勧告に従わなかったときの公表」（4項）、「都道府県児童福祉審議会の意見聴取を経ずして行う事業停止命令及び施設閉鎖命令の権限」（6項）等は、上記改正により設けられた規定である。

行為と評価している) 点を挙げることができるが、両事件について裁判所は、結論として、香川県事件については、知事の指導監督権限の不行使の違法及び過失を認めたのに対し、神奈川県事件では、危険に対する知事の見込み可能性を否定するなどして、これを否定する判断をしている。

(4) 以上の状況において本判決が注目されるのは、虐待通告に対応する市長の調査権限の行使の懈怠について、裁判所が違法及び過失を認め、当該違法及び過失と乳児の死亡との間の因果関係を認めた点である。また、認可外保育施設での乳児の死亡について、市の責任と園長及び施設を経営する有限会社の責任との関係について検討し、両者は全額不真正連帯の責任を負わないと述べて、市は全損害の3分の1を限度として賠償すべき義務があると判断した点である。なお、本件では有限会社及び園長らの責任も争われているが、認定の事実からすれば、乳児の保育を担当していた園長の不法行為責任と施設を経営する有限会社の不法行為責任(民法715条又は商法350条)を認めた判旨1の判断は妥当と言うべきであろう。そこで本研究では、Xらの国家賠償請求に関わる争点の判断部分である判旨2及び3に焦点を当てて、以下、検討を行うこととする。⁽⁶⁾

2. 市長の事業停止命令権等の不行使の違法性について

(1) 本争点の違法判断の判断枠組み

(1) 規制権限の不行使の違法判断について判例は、いわゆる「裁量権の消極的濫用」論に立って、権限不行使の違法は「不行使が許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くと認められるとき」に認められるとの立場をとってきたところである(㉞最判平成16年4月27日民集58巻4号1032頁[筑豊じん肺事件判決]、㉟最判平成16年10月15日[熊本水俣病関西事件判決]、㊱最判平成26年10月9日民集68巻8号799頁[泉南アスベスト事件判決]⁽⁷⁾)。本判決もそうした判例法理を前提として(本判決は㉟のほか「裁量権の消極的濫用」論を最高裁が示したとされる最判平成元年11月24日[京都宅建業事件判決](㉞)、最判平成7年6月23日[クロロキン薬害事件判決](㉟)を引用)⁽⁸⁾市長の事業停止命令権等の不行使の違法性について検討している

(6) 本判決の解説、評釈としては、田村和之・保育情報525号(2020年)9頁、同・賃社1762号(2020年)10頁、鈴木秀洋・議員NAVI(議員のためのウェブマガジン <https://gnv-jg.d1-law.com/article/20201110/22970/>、2020年)、奥宮京子・高橋哲也・判自477号(2021年)4頁、石田瞳・判自482号(2022年)54頁、三野靖・自治総研通巻523号(2022年)67頁がある。

(7) 宇賀克也=小幡純子編『条解 国家賠償法』(弘文堂、2019年)116-117頁[中原茂樹]、406頁[戸部真澄]を参照。

(8) 判決が、㉞㉟㊱が判示する規制権限の不行使の違法判断の定式を引用しながら、㉞㉟を引用しなかった理由は定かではない。なお、本判決は、㉞㉟㊱が判示していた規制権限の「適時にかつ適切に行使」する行政機関の責任については引照していない。

が、判決が本争点の違法性（作為義務違反）の有無の検討において実際に考慮しているのは、いわゆる「裁量収縮」論が提示してきた5つの考慮要素、すなわち、①危険の切迫、②予見可能性、③補充性、④期待可能性、⑤回避可能性の5つである。

(2) ここで、作為義務導出の判断枠組みにつき、法59条の指導監督権限の不行使の違法性が争われた裁判例を確認しておく、香川県事件の一審判決では、裁量収縮論が提示する5つの考慮要素が丁寧に検討されて違法性の判断がなされている（同判決は上記㉗㉘の判例の後になされた判決であるが、㉗㉘を含む判例について言及していない）のに対し、同事件の控訴審判決では、上記㉗㉘の判例の判断枠組みに従い（判決は㉗を引用）、裁量権の消極的濫用論に立って、危険の切迫、予見可能性、指導監督権限の行使状況等の事情が総合考慮されて違法性の判断がなされている。また、神奈川県事件では、上記㉗㉘㉙㉚の判例を引用の上、裁量権の消極的濫用論に立って、危険の存在・切迫性、予見可能性、指導監督権限の行使状況、結果回避可能性等の事情が総合考慮されて違法性の判断がなされている。

なお、法59条の指導監督権限の不行使の違法性が争われた裁判例ではないが、世田谷区保育ママ乳児虐待傷害事件⁽⁹⁾（以下「世田谷区事件」という。同事件は、世田谷区が定める要綱に基づいて保育ママの認定を受けていた保育者が、保育中の乳児を虐待し傷害を負わせたことについて特別区の区長の要綱等に基づく指導監督権限の不行使の違法性が争われた国家賠償等請求事件である）に注目してみると、同事件において裁判所は、裁量権の消極的濫用論に立った上で、裁量収縮論が提示する各要件、すなわち、危険の切迫、予見可能性、結果回避可能性、期待可能性の各要件の充足の有無について検討して違法性の判断をしている。西荻章は、世田谷区事件を裁量権収縮論と裁量権消極的濫用論の融合説（両理論の融合説）に立つ裁判例に分類している⁽¹⁰⁾が、西荻の分類に従えば、作為義務導出についての本判決の判断枠組みは、世田谷区事件と同様、両理論の融合説に立つものとして見る事ができると思われる。

（2）本争点の検討

(1) 以上において、本争点における作為義務導出の判断枠組みについて確認したが、本争点の検討において注目しておきたい点は、判決の5つの考慮要素への事実の当てはめは、市長が「本件各通報を受けた時点」の事実について行っている点である。その理由について判決はとくに説明していないが、推察するに、本件では市長の調査権限行使の懈怠が争点となっており（Xらの予備的主張）、実際

(9) 東京地判平成19年11月27日判時1996号16頁、判タ1277号124頁。

(10) 西荻章『国家賠償法コンメンタール 第3版』（勁草書房、2020年）291-292頁。

に本件は市長の調査権限行使の懈怠により事業停止命令権等の行使の検討が市長においてなされなかった（権限行使の検討にまで至らなかった）との事実があったからであると思われる。つまり裁判所は、上記の事実に注目して、本争点の違法性の有無の検討は一先ず「本件各通報を受けた時点」において判断するとしたのではないと思われる。後に検討するように判決は、調査権限行使の懈怠の事実を重視して、Y市の国家賠償責任を認容するとの判断をしている。

(2) このように判決は、「本件各通報を受けた時点」の事実に基づき本争点の検討を行っている。そして結論として、前記考慮要素のうち①④⑤の要件は充足されるとしたが、②③の要件は未充足であるとして、市長の事業停止命令権等の不行使に違法性はないと判断している。

(3) 以上についてはまず、判決が②の予見可能性についてごく簡単にその充足を否定する旨の判断をしている点の検討が必要である。確かに、判決が言うように市長は、本件各通報を受けた時点においては「B園の保育業務に切迫した危険が存在することを高度の蓋然性をもって認識することができた」とは言えない。この時点で市長が把握していた「切迫した危険」に係る情報は、本件各通報から得られた情報にすぎなかったからである。しかし市長は、認可外保育施設の保育業務の状況を調査、確認し、切迫した危険の存在を把握、認識するための権限を法59条1項の規定により有していたのであるから、判決が市長の調査不尽の違法を問題とせず切迫した危険の存在についての予見可能性を否定する旨の判断をした点は疑問がある。

この点についてなおも付言すると、本件では市長が法59条1項の調査権限を適切に行使していたならば、「B園の保育業務に切迫した危険が存在すること」を市長が認識することは十分可能であったと考えられる。特にB園における保育業務に従事する者の恒常的な不足状態といった事実は容易に確認することができた事実であったと言えよう。つまり市長は、自らの調査権限の行使の懈怠によりB園を利用する児童の生命又は身体に切迫した危険が存在していたことを認識する機会を逸したのであるから、本件には調査不尽による予見義務違反が市長に認められると言うことができる。

(4) そうすると、判決が③補充性の判断として述べていることも説得力を欠くことになるとと思われる。確かに、本件各通報時（本件各通報に対応する調査義務が市長に生じた時点）において、市長に直ちに事業停止命令権等の行使の作為義務が生じたといえるかどうかは検討の余地がある。しかし、判決の「改善指導、改善勧告を繰り返し、必要に応じて、(略)事業停止命令等を発動する方法も、本件各通報時における選択肢の1つとして存在した」との判示は、市長において法59条1項の調査権限が適切に行使されたとはい得るとの前提があつてはじめて説

得力を持つものになると思われる⁽¹¹⁾。⁽¹²⁾

(5) 本件は、B園の利用児童の生命又は身体に切迫した危険が存在し、そのことを市長が法59条1項の調査権限を行使することにより認識し得たと言いうる事案である。判決も、本件事件が発生するに至るまでの期間において、市長には法59条各号の指導監督権限の段階的行使の作為義務が生じたことを前提とする旨の判示をしている（Ⅱ．2．（3）の判示も参照）。何れにしても本事案は、保育者による在園児への虐待が疑われる旨の通告がなされたときの、知事等の調査権限の行使のあり方が問題となったものである。Xらの予備的主張はこの点の問題を争点とするものである。

3. 市長の調査権限行使の懈怠の違法及び過失について

（1）本争点における違法性の判断の基準と違法判断の判断枠組み

(1) 本争点について判決は、職務行為基準説に立って（判決は最判平成5年3月11日民集47巻4号2863頁〔奈良更正処分事件判決〕、最判平成11年1月21日集民191号127頁〔非嫡出子住民票統柄記載事件判決〕、最判平成19年11月1日民集61巻8号2733頁〔在外被爆者402号通達事件判決〕を引用）市長の調査権限行使の懈怠に国賠法1条1項の「違法」が認められるか否かを判断している。職務行為基準説とは公務員の職務上の注意義務違反を国賠法上の違法の基準とする考え方であり、違法と過失を一体的、一元的に判断するものであるが、本件において判決はそのような職務行為基準説に立ちながらも調査権限行使の「過失」の有無の判断を別に行っている点に特徴がある。因みに、香川県事件の控訴審判決は、違法の判断に続けて過失の判断を別に行っており、この点で本判決は、同判決との類似性を認めることができる。何れにしても本判決の判断は、国賠法1条1項が「違法」と「過失」を区別して規定していることに忠実に従ったものであると見ることができる。

(2) ところで判決は、本争点の検討においては先の争点とは異なる判断枠組みにより違法性の有無の検討を行っている。その理由は定かではないが、以下で考察するように判決は、法59条1項の調査権限の行使の行為規範は、Y市において

(11) 行政機関の適切な権限行使と行政調査の適切性との関係については、曾和俊文『行政調査の法的統制』（弘文堂、2019年）210-211頁を参照。

(12) 調査により明らかになった事実の評価により、法59条3項の「改善勧告」や同条4項の「改善勧告に従わなかったときの公表」の措置を経ることなく、直ちに同条5項ないしは6項の「事業停止命令権等」の行使の検討が必要になる場合があり得ることに注意する必要がある。なお、横田光平は、香川県事件の一審判決の判例研究である「行政判例研究533」自治研究84巻5号（2008年）の141頁において、「虐待については改善指導などに期待できない」と述べている。

(13) 宇賀＝小幡編・前掲注（7）105頁以下〔中原茂樹〕。

は平成13年指針等及び Y 市実施要領により具体化されていたと見て、本争点の検討においてはこの点を重視して、当該規範の違反の有無の観点から市長の調査権限行使の懈怠の違法性を判断することにしたのではないと思われる。

(2) 本争点の検討

①違法性について

(1) はじめに「違法性」の判断について検討する。本争点の検討にあたりまず確認しておきたい点は、判決がいう「特別の報告」徴収及び「特別立入調査」とは何かということである。

平成13年指針によれば、「特別の報告徴収」(傍点筆者)とは、「利用者から苦情や相談又は事故に関する情報等が行政庁に寄せられている場合等で、児童の処遇上の観点から施設に問題があると考えられる場合」に、知事等が認可外保育施設の設置者又は管理者に対して「随時、特別に報告を求めること」を言う。また、「特別立入調査」とは、「利用者から苦情や相談が寄せられている場合等で、児童の処遇上の観点から施設に問題があると認められる場合」に、都道府県等の職員をして、認可外保育施設に対して「随時、特別に立入調査を実施すること」を言う(これとは別に、認可外保育施設に対して年1回以上行うことを原則とする定期的な「立入調査」があるが、これを「通常の立入調査」という。なお、両者は、立入調査の実施にあたり事前通告を行うか否かによって区別されるのではないことに注意が必要である)。いずれも行政庁に「利用者から苦情や相談」が寄せられている場合で、「児童の処遇上の観点から施設に問題がある」と考えられる、あるいは認められるときに随時、実施される調査であり、法59条1項を根拠として実施されるものである。

(2) 次に、法59条1項の規定を確認する。同項は、知事等は「児童の福祉のため必要があると認めるとき」は、認可外施設に対して報告徴収及び立入調査等ができる旨を規定している。つまり同項は、知事等の調査権限の行使につき、要件裁量と効果裁量を認めているので、どのような場合に知事等に調査権限の行使義務が生じるかが問題となる。

そこで、本件において判決は、平成13年指針等及び Y 市実施要領に着目し、Y 市実施要領がその3条において、認可外保育施設に対する「指導監督は、法、その他の関連法令及び『認可外保育施設に対する指導監督の実施について』(略)に基づき実施する。」と定めていたことから、判決は、平成13年指針等が Y 市における調査・指導監督権限行使の行為規範としての意味を有していたと捉えて、Y 市市長は「平成13年指針等に基づき、(略)平成13年基準違反の事実の有無を調査、確認すべき職務上の注意義務を負っていた」と判示した。

(3) このように判決は、平成13年指針等及びY市実施要領を法59条1項の調査権限行使の行為規範として見ているが、判決が着目するように、平成13年指針等及びY市実施要領は、法59条が定める知事等の調査・指導監督権限の適正行使を担保するという意味で大きな意義を有するものである。このことは、認可外施設においては設備及び運営に関する基準が法令により定められていない（ゆえに、児福法において認可外施設として位置づけられることになる）ことから明らかである⁽¹⁴⁾。つまり、本件におけるY市のように、指導監督の実施要領の策定により調査権限の行使にかかる裁量に準則が設定されていることは、裁量の合理的行使の要請に応えることになる⁽¹⁵⁾（そして、調査権限の行使・不行使の違法が裁判における争点となる場合は、当該準則の違反の有無が審査されることになる）。この点で、Y市がY市実施要領を策定していたことは適切であったといえることができる。なお、乳幼児は自ら被害を訴えることも危険を回避することも困難であるから、以上の準則の適用においては平成13年基準に適合しない抽象的可能性ないし蓋然性が認められる場合に、知事等は法59条の調査権限の行使を義務付けられることになる⁽¹⁶⁾と言える⁽¹⁶⁾ことができる。

ところで、認可外保育施設に対する調査権限行使の行為規範は、以上の通達及び要領に依らずとも、法59条1項の規定のほか、児福法の1条から3条までの規定等に見出すことも可能である。児福法をはじめとする児童福祉の法令は次のことを定めているからである。

すなわち、児福法（以下に示す条項は本件事件発生時のものである）は1条2項⁽¹⁷⁾で、児童が「生活を保障され、愛護され」る権利を有する旨を謳い、2条で、国及び地方公共団体の児童育成責任を定め、3条で、前2条がいう「児童の福祉を保障するための原理」の法令施行にあたつての尊重義務⁽¹⁸⁾を定めているから、法59

(14) この点に関しては、令和元年のいわゆる「保育の無償化」において（令和元年法律第7号による子ども・子育て支援法の改正及び同年内閣府令第6号による同法施行規則の改正を参照）、認可外保育施設を子ども・子育て支援施設等の一類型に位置付ける要件としての基準（子ども・子育て支援法7条10項4号）が、子ども・子育て支援法施行規則1条に定められた点に注目しておく必要がある。常森裕介「保育における認可の意義——質の確保の視点から」社会保障法研究14号（2021年）162-163頁を参照。

(15) 参照、神長勲「行政調査」雄川一郎＝塩野宏＝園部逸夫編『現代行政法大系 第2巻』（有斐閣、1984年）321-322頁、桑原洋子＝田村和之編『実務注釈 児童福祉法』（信山社、1998年）347頁〔本多滝夫〕。

(16) 参照、桑原＝田村編・前掲注（15）348頁〔本多滝夫〕。

(17) 桑原＝田村編・前掲注（15）34頁〔桑原洋子〕。

(18) 児福法の1条と2条の規定は、平成28年法律第63号により改正されている。旧1条2項は1条として全文が改められ、旧2条は文言はそのままに2条3項として規定されている。

条 1 項の調査権限は、法 3 条が定める児童の福祉の保障原理の尊重義務に基づいて行使されることが求められているとすることができるからである。そしてさらに、児童福祉の法令は「児童の福祉」の保障のために、児童福祉施設における体罰、虐待等の行為を禁じており（児童福祉施設の設備及び運営に関する基準 9 条の 2、9 条の 3 参照）、これら規定が同種の目的の下で同種の事業を行う認可外施設に適用されないと解する合理的理由はないとすることができるから、体罰や虐待等が疑われる通告が知事等にあった場合には、法 59 条の調査権限を有する知事等は、当該施設に対する調査を適時にかつ適切に行うことを児童の福祉の保障の観点から義務付けられることになる⁽¹⁹⁾と見ることが⁽²⁰⁾できるからである。⁽²¹⁾

(4) 以上、認可外保育施設に対する法 59 条 1 項の調査権限行使の行為規範について考察してきたが、本件において市長は、虐待的な保育状況を示唆する内容の本件各通報を受けていながらも、本件立入調査における調査を行ったのみであり、虐待的な保育業務が B 園において行われているか否かを明らかにするために必要となる調査を（本件立入調査を含めて）一切行っていないから、B 園に対する市長の調査権限の行使は、判決が述べるように、法 59 条 1 項により「付与された権限を著しく逸脱するものであ⁽²⁰⁾」ったと言わざるを得ないことになる。したがって、市長の法 59 条 1 項の調査権限の行使の懈怠は、自らが定めていた準則（Y 市実施要領）の違反であると同時に、児福法違反である⁽²¹⁾とすることができる。

(5) なお、本件において市長は、本件各通報が示唆する内容からみて、B 園における日常の保育業務の実態を調査する必要があったとすることができるから、

(19) また、児福法は、33 条の 11 において、被措置児童等虐待等の禁止について定めている。そして、児福法と児童虐待の防止等に関する法律は現在、令和元年法律第 46 号の改正により、児童の親権を行う者、児童相談所長、児童福祉施設の長等の児童に対する体罰の禁止を定めるに至っている（児福法 33 条の 2 第 2 項、47 条 3 項、児童虐待の防止等に関する法律 14 条 1 項参照）。

(20) 参照、桑原＝田村編・前掲注（15）345-348 頁 [本多滝夫]。

(21) 児福法は、被措置児童等虐待（法 33 条の 10）については、その防止等に関する諸規定を置いている（第 2 章第 7 節）。たとえば、法 33 条の 14 は、被措置児童等虐待を受けたと思われる児童を発見した者からの通告（法 33 条の 12 第 1 項）等について、「都道府県は、（略）必要があると認めるときは、速やかに、当該被措置児童等の状況の把握その他当該通告（略）に係る事実について確認するための措置を講ずるものとする。」と定めている。この規定は、「被措置児童等」（法 33 条の 10 参照）について定めるものであるが、虐待による児童の生命又は身体の安全への侵害の重大性からすれば、上記と同様の諸規定を持たない他の児童福祉施設の利用児童についての虐待通告に対しても、さらには、認可施設と同種の事業を行う認可外施設の利用児童についての虐待通告に対しても、明らかに体罰、虐待でないと判断される通告以外は、児童の安全確認のための調査義務が指導監督権限を有する知事等（法 46 条、59 条）に生じると見るべきであろう。

Y市保育課は事前通告に拠らない方法で立入調査を実施する必要があったと言えることができると思われる。また、法59条1項の立入調査は、調査の拒否、妨害、忌避に対しては罰則を科すとする事で調査の受忍を強制することができる（法62条7号）ものであるから、本件立入調査の実施時には、以上の強制力を用いるなどしてB園の4階と5階部分の調査を試みることも可能であったと言えることができる。

②過失について

(1) 以上の「違法」判断に続けて判決は、市長の調査権限の行使の懈怠に予見義務違反と結果回避義務違反が認められる旨の判断を行っている。この部分の判断も先の違法性の判断と同様に妥当であると考えることができる。

(2) まず、予見可能性については、①本件各通報の内容は、B園において虐待的な保育が行われている可能性を相当程度の確かさをもって示唆するものであったこと、②Y市保育課が本件各通報後に行った本件立入調査の内容は、B園における虐待的な保育業務の存在の有無を明らかにするための調査とは到底言えないものであったこと、そのため、③本件立入調査においてY市保育課は、B園に対し、保育態勢の不備等に対する指導をはじめ、虐待的保育の防止に資すると考えられる助言なども行うことがなかったとの事実が認められるから、市長は本件立入調査の実施後も、B園において「虐待的保育業務の徴表」が払拭されることなく存在していたことを認識しなければならなかったと考えることができるからである。

(3) 次に、結果回避可能性についてであるが、本件では市長が法59条1項の調査権限を適切に行使していたならば、I. 2(2)の事実に見るように、市長はB園に存在していた保育態勢の著しい不備や虐待的保育業務の存在を確認することができた蓋然性が高かったと言えるのであり、これにより市長は、確認された事実に対して、法59条各号が定める指導監督権限の行使を平成13年指針等ないし法3条の「児童の福祉の保障原理の尊重義務」に基づいて義務付けられることになったと考えることができるから、本件においてはB園に対する調査が市長において適切に実施されていたならば、本件事件の発生をY市において回避することが可能であったと考えることができるからである。

したがって、市長の調査権限の行使の懈怠には、判決が述べるとおり、「過失」があると言えることができる。

(4) なお、指導監督権限の作為義務の成否の判断においては、指導監督権限の行使の前提となる「危険に対する予見」の対象ないし程度が問題となるが、これについて判決は、「本件における予見可能性の判断は、B園内における虐待的保育の存在を対象に行うことで足り、本件事件の発生についてまでは不要であると

解される。」と述べている(判時2463号34頁)。以上の判示は、香川県事件の一審判決及び控訴審判決、さらには神奈川県事件の地裁判決の判示に沿うものと見ることができるが、法59条の指導監督権限は、児童の福祉の保障を目的として「児童の福祉のため必要があると認めるとき」に行使されるべきことからしても妥当であると言うべきである(念のため付言するならば、予見の対象となる保育者の虐待的保育の態様も、暴行等の特定の行為に限定されないと見るべきである)。以上のように解することにより、知事等において、本件事件と同類の事件の発生を含む、児童の生命又は心身に及ぶ危険の回避が可能となるのである。

4. 市長の調査権限行使の懈怠の違法及び過失と A 死亡との間の因果関係について

(1) 判決は、市長の本件職務上の注意義務違反(法59条1項の調査権限行使の懈怠の違法及び過失)と本件事件の発生との間の因果関係を認める判断をしている。

(2) 本争点についても、先の「結果回避可能性」についての検討と同様に、市長の本件職務上の注意義務違反と法59条各号の指導監督権限の不行使との関係性をどのように見るかが問題になるが、先に検討したように、そして、本争点の検討において判決が述べるように、本件では「市長が本件職務上の注意義務を尽くしていたならば、(略) B 園における虐待的な託児保育の状況の一端ないしはこれを裏付ける物証等が発見される蓋然性が高」かったと言えるのであり、これにより市長は「Y1 (B 園) に対して、(略) 改善指導、改善勧告、公表はもとより、これにも応じない場合には事業停止命令又は施設閉鎖命令の措置」を講じることが義務付けられることになったと考えることができるから、市長の本件職務上の注意義務違反と法59条各号の指導監督権限の不行使との関係は一連の関係にあるものとして把握することができると考えることができる⁽²²⁾。そして市長において、法59条3項から6項までの指導監督権限が平成13年指針等ないし法3条の「児童の福祉の保障原理の尊重義務」に基づいて適切に行使されていたならば、「B 園の託児の生命・身体に対する切迫した危険な状況は排除されていたものといえることができるから、本件では本件各通報から50日以上経過した7月26日の時点において、「本件事件(Aの熱中症死)が発生しなかった蓋然性が高かった」と言うことができる⁽²³⁾。したがって、本争点に対する判断も妥当であると考えこ

(22) 以上については、田村・前掲注(6) 質社1762号の16頁の記述を参照。

(23) 奥宮京子＝高橋哲也は、前掲注(6)の9頁において、「保育士不足を解消し、適切な保育姿勢・知識の保育士を確保させるには、一定の時間を要」するとした上で、本件事件のAは「保育士不足と体調不良児の保育方法の不備が原因となって死亡に至った」ものであるとの理解に基づいて、「市長が事前通告なしに十分な調査を行っていたとしても、50日余

とができる。

5. Y市とY1及びY2との間の責任関係について

(1) 行政の規制権限の不行使における行政主体の責任と直接加害者の責任との関係については、両者は共同不法行為の関係に立つものではなく、単に対外的に責任を等しくする不真正連帯債務の関係になるとの判断ないし理解が、裁判例・学説の多数であるとされている⁽²⁴⁾（また、行政の内部的負担割合はゼロというのが一つの方向性ないしパターンである⁽²⁵⁾とされている）が、本件について裁判所は、共同不法行為の成立を否定した上で、Y市とY1及びY2は「全額不真正連帯の責任を負うものとは解されない」と述べて、損害の公平な分配の観点から、Y市はXらに対して「全損害の3分の1を限度として賠償すべき義務がある」と判断している。

(2) このように判決は、Y市とY1及びY2との関係は共同不法行為の関係には立たないとした上で、Y市は全額の不真正連帯債務を負わない旨の判断をしているが、この判断は、虐待により幼児を死亡させた園長（殺人罪により懲役10年の実刑判決が確定⁽²⁶⁾）と県との関係は共同不法行為の関係にあるとして、双方が連帯して全額の損害賠償責任を負う旨の判断をした香川県事件の一審判決と控訴審判決とは対照的なものとなっている（なお、両判決はともに共同不法行為の成立を認めるとする理由をとくに述べていない）。香川県事件の判断は以上のとおりであるが、本事件における共同不法行為の成立の有無については次のように考えることができるのではないと思われる。すなわち、本件の事実関係にみるようにY市は、直接加害者であるY1及びY2の加害行為に加担し、Y1及びY2とともに危険を創出した（Aを死亡に至らしめた）わけではないから、Y市はY1及びY2とともに共同不行為責任を負うことにはならないと考えることができる⁽²⁸⁾ということである。したがって、共同不法行為の成立を否定した本判決の判断は

りの間にその死亡原因を除去できたか疑問がある」と述べている。しかし、以上の見解に対しては、B園に存在していた危険に対する理解を含めて、疑問がある。

(24) 判例・学説の動向については、西塾・前掲注（10）891頁以下を参照。

(25) 黒川哲志「行政の危険管理責任の再構成——直接加害者と行政主体との賠償責任の内部分担を手がかりとして」早稲田社会科学総合研究4巻3号（2004年）56頁。

(26) 高松地判平成15年1月31日賃社1366号63頁。

(27) 世田谷区事件もまた、裁判所が自治体の国家賠償責任を認めた事件の1つであるが、判決は、区認定の保育ママ（傷害罪により懲役2年6か月の実刑判決が確定）と区は連帯して全額の損害賠償責任を負う旨の判決をしている。なお、判決は、共同不法行為の成立の有無については言及していない。

(28) 共同不法行為の成立をめぐる論点については、宇賀克也「行政介入請求権と危険管理

妥当であると言えることができる。

(3) しかし、本判決の内容は次の点で問題があると思われる。それは、判決が Y1 及び Y2 との責任関係において Y 市の責任範囲を縮減する旨の判断をしたがために、判決の内容が X らに対して不利な内容 (X らに対する Y 市の責任を限定した内容) になっている点である。確かに、行政主体の責任は被規制者との関係では二次的、補充的な性質のものとして捉えることができる。しかし、本件における Y 市の調査・指導監督権限の行使の懈怠は児福法の義務違反として重大であり、当該義務違反により A が死亡するとの損害が発生していることは間違いないのだから、Y 市は被害者である X らとの関係では Y1 及び Y2 と等しい責任を負うと考える必要がある。したがって裁判所は、Y 市に対しても損害額の全額の賠償を命じる必要があったと言えることができる。なお、行政主体の外部的責任 (被害者に対する責任) を考える際には、認可外保育施設の財政基盤が一般に脆弱であるとの事情が存することも考慮されるべきである。

(4) 最後に、Y 市と Y1 及び Y2 との間の内部的負担関係について言及しておくこととする。まず判決が、「Y 市は (略) 全損害の 3 分の 1 を限度として賠償すべき義務がある」と判示した点であるが、上記内容の判示は、Y 市に固有の責任割合があることを示すものとして見ることには無理があると考えられるべきである。つまり、本判決の内容はあくまでも両者が負う不真正連帯債務の範囲のみを画しただけであり、損害の負担割合における Y 市の上限を示したに過ぎないものとして解すべきである。

その上で、両者の間の内部的負担関係についてであるが、本件では Y 市と Y1 及び Y2 の関係が共同不法行為の関係にない上に、損害を発生させた Y2 の不法行為が重大な犯罪行為 (保護責任者遺棄致死罪などにより懲役 10 年の実刑判決が確定)⁽³⁰⁾ であることから、Y 市に賠償額の負担部分が生じると解することには無理があると考えられるべきである。したがって、内部関係における Y 市の負担割合はゼロと見るのが妥当であると思われる。

【付記】 本事件の控訴審・東京高裁令和 3 年 12 月 15 日判決 (控訴棄却・附帯控訴棄却 (上告・上告受理申立て)) は、判自 483 号 56 頁に登載された。

責任」磯部力＝小早川光郎＝芝池義一編『行政法の新構想Ⅲ 行政救済法』(有斐閣、2008 年) 269 頁を参照。

(29) 行政の規制権限の不行使における行政主体の責任について宇賀・前掲注 (28) 268 頁は、「権限不行使と相当因果関係にある損害については、被害者との関係では、被規制者とともに全面的に不真正連帯債務を負うと解すべきといえるのではないかと考える。」と述べている。

(30) 判自 470 号 58 頁の「コメント」欄 (判例掲載誌解説) を参照。