

## 認可外保育施設の託児死亡に基づく 損害賠償請求事件（宇都宮市） （宇都宮地判令和2年6月3日判自470号56頁・ 判時2463号11頁・裁判所ウェブサイト）

三 野 靖

### 1. 事案の概要

被告会社Y1は、被告宇都宮市において、認可外保育施設（B園）を開設し、宇都宮市に児童福祉法（以下、「法」という場合がある。）59条の2に基づき認可外保育施設設置届を提出していた。

原告（父母）Xは、Y1との間で2014年1月、B園においてXの子（A）の保育を行う保育委託契約を締結した。2014年7月23日から26日にかけて、Xは、Aを宿泊保育させた。期間中、熱帯夜が続いていたが、エアコンは使用されず、Aは下痢症状があったが放置され、26日未明に熱中症で死亡した。

B園では、A死亡前にも宇都宮市に対して、子どもが虐待されているとの通報が複数（表1の通報①②）あったが、宇都宮市は、十分な調査等をしていなかった。

Xは、Y1に対して保育委託契約の債務不履行又は不法行為（民法715条又は会社法350条）、Y1の代表者Y2（B園長・保育士）らに対して不法行為（民法709条）に基づく損害賠償責任<sup>(1)</sup>、宇都宮市に対して国家賠償責任（国家賠償法（以下、「国賠法」という場合がある。）1条）を求めた<sup>(2)</sup>。

---

(1) 判決は、被告Y2に対しては民法709条の不法行為責任、被告Y1に対しては民法715条又は会社法350条の不法行為責任を認めた。

(2) 関連裁判として、保護責任者遺棄致死、暴行被告事件（宇都宮地判平成28年6月15日・平成27年（わ）第265号・平成27年（わ）第403号、東京高判平成28年11月24日・平成28年（う）第1347号）があり、経営責任者Y2に保護責任者遺棄致死罪を認め、懲役10年の判決をしている。

事件に至るまでの経緯の概要（時系列）は、以下のとおりである。

表 1 経緯の概要（時系列）

年月日	事実概要	内容等
2009. 7. 22	市の立入調査	是正改善指摘（防火訓練、避難器具、職員研修、緊急連絡表、在籍乳幼児の書類）
2010. 7. 30	市の立入調査	是正改善指摘（避難設備）
2011. 7. 21	市の立入調査	是正改善指摘（避難設備）
2012. 8. 3	市の立入調査	是正改善指摘（消防計画、防火管理者、プレスチェック表）
2013. 8. 6	市の立入調査	是正改善指摘（消火器）
2013. 9. 3	消防立入検査	査察指摘（防災物品、消防用設備設置届、火災報知設備、誘導灯、建築指導課の指導）
同	消防署から市保育課への連絡	「3階・4階は、自宅」との主張は、「検査のため片づけた形跡あり、保育室ではないか」
2014. 1. 11	Aの保育委託契約	宿泊保育含む。
2014. 4 頃	保育状況	Y2と手伝い（Y2二男）、児童30～40人
2014. 5. 27	利用者が市保育課を訪れ通報①	息子の指の爪が剥がれている。青あざを作ったこともあった（写真）。
同	市保育課が電話でY2に確認	Y2が事実否定。市が安全配慮を指導。
2014. 5. 28	従業員の知人から市保育課へ電話で通報②	毛布で巻いて紐で縛っている等。予告なしの立入調査の要求。
2014. 5. 29	市保育課の訪問調査（事前連絡）	Y2が拒否。市が再度、訪問確認を連絡。過去の報告書等は未確認。 4階・5階は調査せず。連絡帳、給食、勤務状況、プレスチェック表は確認せず。調査は、30分程度。 帰庁後、上司に口頭報告（危険、不審なし）以降、通報なく、「特別の立入調査」等は実施せず。
2014. 7. 23	Aの宿泊保育	26日まで。Y2・Y2二男のみ。エアコンつけず。期間中、Aは、水様便状況、体温37.6度～38.1度。
2014. 7. 26	Aが熱中症で死亡	

## 2. 関係法令等<sup>(3)</sup>

### (ア) 児童福祉法（現行法・抜粋）

第三十五条 国は、政令の定めるところにより、児童福祉施設（助産施設、母子生活支援施設

(3) 下線は、筆者。

設、保育所及び幼保連携型認定こども園を除く。)を設置するものとする。

- ③ 市町村は、厚生労働省令の定めるところにより、あらかじめ、厚生労働省令で定める事項を都道府県知事に届け出て、児童福祉施設を設置することができる。
- ④ 国、都道府県及び市町村以外の者は、厚生労働省令の定めるところにより、都道府県知事の認可を得て、児童福祉施設を設置することができる。

第三十九条 保育所は、保育を必要とする乳児・幼児を日々保護者の下から通わせて保育を行うことを目的とする施設（利用定員が二十人以上であるものに限り、幼保連携型認定こども園を除く。）とする。

第五十九条 都道府県知事は、児童の福祉のため必要があると認めるときは、……第三十五条第四項の認可……を受けていないもの……については、その施設の設置者若しくは管理者に対し、必要と認める事項の報告を求め、又は当該職員をして、その事務所若しくは施設に立ち入り、その施設の設備若しくは運営について必要な調査若しくは質問をさせることができる。この場合においては、その身分を証明する証票を携帯させなければならない。

- ③ 都道府県知事は、児童の福祉のため必要があると認めるときは、第一項に規定する施設の設置者に対し、その施設の設備又は運営の改善その他の勧告をすることができる。
- ④ 都道府県知事は、前項の勧告を受けた施設の設置者がその勧告に従わなかったときは、その旨を公表することができる。
- ⑤ 都道府県知事は、第一項に規定する施設について、児童の福祉のため必要があると認めるときは、都道府県児童福祉審議会の意見を聴き、その事業の停止又は施設の閉鎖を命ずることができる。
- ⑥ 都道府県知事は、児童の生命又は身体の安全を確保するため緊急を要する場合で、あらかじめ都道府県児童福祉審議会の意見を聴くいとまがないときは、当該手続を経ないで前項の命令をすることができる。

第五十九条の二 (略) 第三十九条第一項に規定する業務を目的とする施設(……)であつて……第三十五条第四項の認可……を受けていないものについては、その施設の設置者は、その事業の開始の日(……)から一月以内に、次に掲げる事項を都道府県知事に届け出なければならない。

- 一 施設の名称及び所在地

- 二 設置者の氏名及び住所又は名称及び所在地
  - 三 建物その他の設備の規模及び構造
  - 四 事業を開始した年月日
  - 五 施設の管理者の氏名及び住所
  - 六 その他厚生労働省令で定める事項
- ② 前項に規定する施設の設置者は、同項の規定により届け出た事項のうち厚生労働省令で定めるものに変更を生じたときは、変更の日から一月以内に、その旨を都道府県知事に届け出なければならない。その事業を廃止し、又は休止したときも、同様とする。
- ③ 都道府県知事は、前二項の規定による届出があつたときは、当該届出に係る事項を当該施設の所在地の市町村長に通知するものとする。

第五十九条の二の五 第五十九条の二第一項に規定する施設の設置者は、毎年、厚生労働省令で定めるところにより、当該施設の運営の状況を都道府県知事に報告しなければならない。

第五十九条の四 この法律中都道府県が処理することとされている事務で政令で定めるものは、指定都市及び中核市並びに児童相談所を設置する市（特別区を含む。以下この項において同じ。）として政令で定める市（以下「児童相談所設置市」という。）においては、政令で定めるところにより、指定都市若しくは中核市又は児童相談所設置市（以下「指定都市等」という。）が処理するものとする。この場合においては、この法律中都道府県に関する規定は、指定都市等に関する規定として指定都市等に適用があるものとする。

表2 児童福祉法の仕組み

59条	・ 認可外保育施設に対する知事（市長）の報告徴収、立入調査（1項）
・	” 改善勧告（3項）
・	” 公表（4項）
・	” 事業停止、施設閉鎖命令（5項）
59条の2	・ 認可外保育施設の届出（知事（市長））
59条の2の5	・ 認可外保育施設の運営状況の報告（知事（市長））

## (イ) 通知等（抜粋）

- ① 「認可外保育施設に対する指導監督の実施について」の一部改正について（平成23年9月1日）（雇児発0901第15号）（各都道府県知事・各指定都市市長・各中核市市長あて厚生労働省雇用均等・児童家庭局長通知）

認可外保育施設に対する指導監督の実施について（平成13年3月29日）（雇児発第177号）（各都道府県知事・各指定都市市長・各中核市市長あて厚生労働省雇用均等・児童家庭局長通知）<sup>(4)</sup>

ベビーホテル等の認可外保育施設については、昭和56年の児童福祉法の改正により、行政庁の報告徴収及び立入調査の権限が規定され、これらに基づき、指導監督に配慮願ってきたところであるが、今般、より効果的な指導監督を図る観点等から、別紙のとおり「認可外保育施設指導監督の指針」<sup>(5)</sup>及び「指導監督基準」を策定したので、より適切な指導監督が図られるようお願いする<sup>(6)</sup>。

### 認可外保育施設指導監督の指針

#### 第1 総 則

##### 1 この指針の目的及び趣旨

この指針は、児童福祉法等に基づき、認可外保育施設について、適正な保育内容及び保育環境が確保されているか否かを確認し、改善指導、改善勧告、公表、事業停止命令、施設閉鎖命令等を行う際の手順、留意点等を定めるものであること。

#### 第2 通常の指導監督

##### 1 通 則

通常の指導監督は、報告徴収及び立入調査により行うこと。

指導監督に当たっては、児童福祉法に基づく指導監督の趣旨及び内容等を明らかにし、関係者の理解及び協力が得られるよう努めることを旨とするが、保育内容、保育環境等に問題があると認められる又は推定されるにもかかわらず、関係者の理解、協力等が得られない場合には、児童福祉法に基づき厳正に対処すること。

##### 2 報告徴収

###### (1) 運営状況報告の対象

- 
- (4) 以下、「平成13年通達」という。なお、「通達」の表現は、判決文での表記をそのまま引用している。
- (5) 以下、「平成13年指針」又は「指導監督指針」という。「指導監督基準」と一括して「平成13年指針等」という。
- (6) 「平成13年指針等」と「平成13年通達」を一括して「平成13年通達等」という。

全ての認可外保育施設の設置者又は管理者に対して、運営状況の報告を、年1回以上、文書により、回答期限を付して求めること。その際、次のような場合にも報告するよう併せて指示すること。

① 事故等が生じた場合の報告（臨時の報告）

当該施設の管理下において、死亡事案、重傷事案、食中毒事案等の重大な事故が生じた場合は、速やかに報告させること。

② 長期滞在児がいる場合の報告（長期滞在児の報告）

当該施設に、24時間かつ週のうちおおむね5日程度以上入所している児童がいる場合は、当該児童の氏名、住所及び家庭の状況等を速やかに報告させること。

③ 届出事項に変更が生じた場合の報告

届出対象施設については、設置後届け出た事項のうち、省令で定める事項に変更が生じた場合は、変更後1か月以内に報告させること。（児童福祉法第59条の2第2項参照）

④ 事業を廃止し、又は休止した場合の報告

届出対象施設については、当該施設を廃止し、又は、休止した場合は、廃止又は休止の日から1か月以内に報告させること。（児童福祉法第59条の2第2項参照）

（留意事項10）運営状況報告を徴収することの意義

届出対象施設については、児童福祉法第59条の2の5第1項において、都道府県に対し定期報告を行うことを義務づけられているが、届出対象施設以外の施設についても児童福祉法第59条により、必要と認める事項の報告を求めることができるものであり、認可外保育施設の指導監督を行うにあたって、施設の状況を把握しておくことが必要であることから運営状況報告を徴収するものである。

（2）運営状況報告がない場合の取扱い

（1）による報告がない場合については、文書により期限を付して求めること。

（3）特別の報告徴収の対象

当初の届出事項からの変更が認められる場合、運営状況報告の内容に疑義がある場合、臨時の報告又は長期滞在児の報告はないがその事実が判明又は強く疑われる場合、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は、随時、特別に報告を求めること。

なお、この際には、必要に応じて3（1）②の特別立入調査の実施を考慮すること。

### 3...立入調査

#### (1) 立入調査の対象

##### ①...通常立入調査の対象

届出対象施設については、年1回以上行うことを原則とすること。届出対象外施設についても、できる限り立入調査を行うよう努力することとし、定期的な立入調査の実施が難しい場合は、市町村の協力を得て、当該施設に訪問するなどして状況を確認すること。

(留意事項14) 認可外保育施設が多数設置されている地域等における取扱い

認可外保育施設が多数存在し、届出対象施設に対して年1回以上の立入調査を当面行うことができない都道府県等にあつては、対象施設を絞って重点的に指導監督を行うこともやむを得ないこと。また、相当の長期間経営されている認可外保育施設であつて児童の処遇をはじめその運営が優良であるものについては、運営状況報告の徴収は毎年度としつつ立入調査は隔年とする等の取扱いも不適當ではないこと。しかしながら、これらの場合にあつても、ベビーホテルについては、必ず、年1回以上の立入調査を行うこと。

##### ②...特別立入調査の対象

重大な事故が発生した場合又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は、届出対象施設であるか否かにかかわらず、随時、特別に立入調査を実施すること。

##### ③ 事務所への立入調査

認可外保育施設への立入調査だけでは、運営状況等が十分に把握できない場合は、当該施設の設置者等の事務所に対して立入調査を実施し、必要な報告徴収をすること。(児童福祉法第59条第1項参照)

(留意事項16) 事務所に対する立入調査の意義

立入調査については、認可外保育施設への立ち入り及び施設長や保育従事者への聴取を基本とするが、施設側に施設の運営状況等を把握するうえで必要な報告や書類の提出を求めてもこれらがなされない場合や管理者等が質問に対して明確な応答ができない場合においては事務所への立入調査や報告徴収を検討すること。

#### (2) 立入調査の手順

##### ① 実施計画の策定

立入調査の実施計画は、届出対象施設であるか否かにかかわらず、問題を有すると考えられる施設について重点的に指導ができるように配慮して策定すること。また、策定に当たっては、必要に応じて、消防部局、衛生部局等と施設リストや既実施の立入調査結果の

情報交換を行う等の連携を図ることが望ましいこと。

（留意事項18）以下のいずれかに該当する施設は、「問題を有すると考えられる施設」に該当すると考えられること。

- ・著しく保育従事者数が少ないもの、又は著しく有資格者数が少ないもの
- ・著しく施設が狭隘なもの
- ・連続して改善指導を行っているにもかかわらず改善されないもの
- ・著しく低料金又は利用者から苦情や相談が寄せられており不適切な処遇が窺われるもの
- ・管理者や保育従事者が都道府県等が開催する研修会等へ参加していないもの
- ・通常の報告の徴収の指示に対して回答がないもの又は報告内容が空疎なもの
- ・事実発生に関わらず、臨時の報告又は長期滞在児の報告を怠っているもの
- ・設置後の届出義務、設置者の氏名等の掲示義務、利用者に対する書面交付義務等法令に定める義務の履行を怠っているもの

## ② 立入調査の指導監督班の編成等

立入調査の指導監督班は、関係法令等に係る十分な知識と経験を有する者2名以上で編成すること。ただし、やむを得ない場合は、知識と経験を有する者を含む2名以上で編成すること。

また、児童の処遇面で問題を有すると考えられる場合は、保育士、児童福祉司、心理判定員、児童指導員、保健師、看護師、医師等の専門的知識を有する者を加えること。

立入調査により指導監督を行う職員は、身分を証明する証票を携帯すること。また、この証票は、緊急の立入調査等に備え、あらかじめ交付しておくこと。（児童福祉法第59条第1項参照）

## ⑥ 事前通告

立入調査に当たっては、当該施設における帳票等の準備のために、設置者又は管理者に対し、期日を事前通告することを通例とするが、特別立入調査が必要な場合等には、事前通告せずに実施することが適当であること。

（留意事項21）問題を有すると考えられる施設に対する取扱い

留意事項18に掲げる「問題を有すると考えられる施設」については、通常の立入調査を実施する場合であっても、事前通告せずに実施することや、事前通告期間を短くするなど工夫が必要であること。

## ⑦ 保育従事者及び保護者からの聴取等

立入調査における調査、質問等は、設置者又は管理者に対して行うことを通例とするが、

必要に応じて、保育従事者からも事情を聴取すること。施設内での虐待や虚偽報告が疑われる場合等は、利用児童の保護者等から事情を聴取すること。また、施設内での虐待が疑われる場合は、利用児童の様子を確認すること。

⑧ 口頭の助言、指導等

改善指導は文書で行うことを原則としているが、これに先立ち立入調査の際においても、必要と認められる助言、指導等を口頭により行うこと。

⑨ 指導監督結果の検討

立入調査により行った指導監督の結果については、指導監督担当職員の所見や現地における状況等に基づき、施設の問題点を明らかにした上で、これに対する措置を具体的に決定し、速やかに問題点の解消に努めるよう必要な措置を講じること。具体的には、第3から第5までに規定するところによること。

第3...問題の有すると認められる場合の指導監督

1 通 則

立入調査の結果、指導監督基準等に照らして改善を求めると認められる場合は、改善指導、改善勧告、公表、事業停止命令又は施設閉鎖命令の措置を通じて改善を図ること。

(留意事項22) 指導監督にあたっては、市区町村や消防部局、衛生部局等の関係部局との連携を図ること。また、施設内で犯罪があると思料する場合は、警察と連携を図ること。

2...改善指導

(1)...改善指導の対象

立入調査の結果、指導監督基準に照らして、改善を求めると認められる認可外保育施設については、文書により改善指導を行うこと。

(2)...改善指導の手順

①...改善指導の内容

立入調査実施後概ね1か月以内に、改善されなければ児童福祉法第59条第3項に基づく改善勧告及び同法第59条第4項に基づく公表等の対象となり得ることを示した上で、改善すべき事項を文書により通知すること。

この場合、概ね1か月以内の回答期限を付して、文書により報告を求めると。また、改善に時間を要する事項については、概ね1か月以内に改善計画の提出を求めると。

② 改善指導結果の確認

改善指導に係る回答又は提出があった場合は、その改善状況を確認するため、必要に応

じ、設置者又は管理者に対する出頭要請や施設又は事務所に対する特別立入調査を行うこと。回答期限又は提出期限が経過しても報告又は提出がない場合についても、同様であること。

### 3...改善勧告

#### (1)...改善勧告の対象

改善指導を繰り返し行っているにもかかわらず改善されず、改善の見通しが無い場合には、改善指導に止めずに、児童福祉法第59条第3項に基づく改善勧告を行うこと。

#### (2)...改善勧告の手順

##### ①...改善勧告の内容

文書による改善指導における報告期限後（改善指導を経ずに改善勧告を行う場合にあっては立入調査実施後）概ね1か月以内に、改善されなければ、公表、事業停止命令又は施設閉鎖命令の対象となり得ることを明示した上、改善勧告を文書により通知すること。

この場合、概ね1か月以内の回答期限を付して文書で報告を求めること。なお、建物の構造等から速やかな改善が不可能と認められる場合は、移転に要する期間を考慮して適切な期限（この期限は、3年以内とすること）を付して移転を勧告すること。

##### ② 関係機関との調整

改善勧告を行う場合は、必要に応じて、事前に又は事後速やかに、児童相談所、近隣市区町村、近隣児童福祉施設等の関係機関との間で、当該施設が運営を停止した場合に備えた利用児童の受入れ先の確保等について調整を図ること。

##### ③ 確認

改善勧告を受けた設置者又は管理者から、当該改善勧告に対する報告があった場合は、その改善状況等を確認するため、速やかに特別立入調査を行うこと。回答期限が経過しても報告がない場合についても、同様であること。

また、必要に応じて改善勧告に対する回答の期限内においても、当該施設の状況の確認に努めること。

#### (3) 利用者に対する周知及び公表

##### ① 利用者に対する周知

改善勧告にもかかわらず改善が行われていない場合には、当該施設の利用者に対し、改善勧告の内容及び改善が行われていない状況について個別通知等により周知し、当該施設の利用を控える等の勧奨を行うとともに、利用児童に対する福祉の措置等を講ずる必要があること。

## ② 公表

改善勧告にもかかわらず改善が行われていない場合には、改善勧告の内容及び改善が行われていない状況について報道機関等を通じて公表すること。また、地元市区町村に対し、その内容を通知するとともに、公表するよう要請すること。（児童福祉法第59条第4項及び第7項参照）

### 第4...事業停止命令又は施設閉鎖命令

#### (1)...事業停止命令又は施設閉鎖命令の対象

改善勧告を行ったにもかかわらず改善が行われていない場合であって、かつ、改善の見通しがなく児童福祉に著しく有害であると認められるとき、又は、改善指導、改善勧告を行う時間的余裕がなく、かつ、これを放置することが児童福祉に著しく有害であると認められるときは、 弁明の機会を付与し、児童福祉審議会の意見を聴き、事業停止又は施設閉鎖を命ずること。（児童福祉法第59条第5項参照）

（留意事項23）「事業停止命令」及び「施設閉鎖命令」の意義

- ・「事業停止命令」は、期限を付して又は条件を付して当該認可外保育施設を運営する事業の停止を命ずる行政処分をいうこと。
- ・「施設閉鎖命令」は、施設の閉鎖を命じることにより、将来にわたり当該認可外保育施設を運営する事業を禁止する行政処分をいうこと。

（留意事項24）施設内で犯罪があると思料する場合は、警察と連携を図ること。この場合にあっても、利用者や地域住民を保護するための周知及び公表等は、引き続き行うこと。

#### (2) 事業停止命令又は施設閉鎖命令の手順

##### ①...関係機関との調整

事業停止命令又は施設閉鎖命令を行おうとする場合は、必要に応じて、事前に又は事後速やかに、児童相談所、近隣市区町村、近隣児童福祉施設等の関係機関との間で、当該施設が運営を停止した場合に備えた利用児童の受入れ先の確保等について調整を図ること。

##### ② 弁明の機会の付与

事業停止命令又は施設閉鎖命令を行おうとする場合は、事前に弁明の機会を付与すること。

（留意事項25）弁明の機会の付与は、行政手続法第29条から第31条までに定めるところにより、当該施設の設置者又は管理者に対し、次の事項を書面によって通知して行うこと。

- ・予定される命令の内容
- ・命令の原因となる事実

・弁明書の提出先及び提出期限

③ 児童福祉審議会からの意見聴取

弁明書の提出を受けた後又は提出期限を経過した後、速やかに、児童福祉審議会の意見を聴くこと。

④ 事業停止命令又は施設閉鎖命令の発令

児童福祉審議会の意見を聴き速やかに判断した上で、文書により事業停止又は施設閉鎖を命ずること。通常は事業停止命令を先ず検討すべきであるが、改善が期待されずに当該施設の運営の継続が児童の福祉を著しく害する蓋然性がある場合は、施設閉鎖命令を発することとすること。

(参照条文) 児童福祉法第60条の4

第46条第4項又は第59条第5項の規定による事業の停止又は施設の閉鎖の命令に違反した者は、これを6月以下の懲役若しくは禁錮又は30万円以下の罰金に処する。

(3) 公表

事業停止又は施設閉鎖命令を行った場合は、その名称、所在地、設置者及び管理者名、処分の内容等について報道機関等を通じて公表すること。また、地元市区町村に対し通知するとともに、その内容を公表するよう要請すること。(児童福祉法第59条第7項参照)

第5 緊急時の対応

(1) 緊急時の手順

児童の福祉を確保すべき緊急の必要があるときは、第3及び第4までの手順によらず、文書による改善指導を経ずに改善勧告を行う、改善指導・改善勧告を経ずに事業停止命令若しくは施設閉鎖命令の措置を行うなど、児童の安全の確保を第一に考え、迅速な対応を行うこと。

(2) 緊急時の改善勧告

児童の福祉を確保するため、次の場合は、改善指導を経ることなく、改善勧告を行うこと。

① 著しく不適正な保育内容や保育環境である場合

② 著しく利用児童の安全性に問題がある場合

③ その他児童の福祉のため特に必要があると認められる場合

(留意事項26) 上記の①から③の具体的事例については、以下のとおり想定しているが、これらはあらかじめ児童福祉審議会の意見を聴いて設定し、公表しておくことが望ましい。

- ・「1. 保育に従事する者の数及び資格」及び「2. 保育室等の構造設備及び面積」に関して、いずれも著しく下回るもの
- ・「1. 保育に従事する者の数及び資格」の「(2)保育に従事する者の概ね3分の1（保育に従事する者が2人の施設にあつては1人）以上は、保育士又は看護師の資格を有する者であること。」に関して、有資格者が1人もいないもの
- ・「4. 保育室を2階以上に設ける場合の条件」中「(2)保育室を3階以上に設ける建物は、以下のイからハまでをいずれも満たすこと」に関して、ロに規定する屋外階段を有しておらず、かつ、消防法施行令第7条に規定する滑り台、救助袋、緩降機又は避難橋が設置されていないもの
- ・認可外保育施設の管理責任が明確に否定し得ない重大な事故等が発生しており、かつ、当該事故等に対応した適切な改善策が講じられていないもの

### (3) 緊急時の事業停止命令又は施設閉鎖命令

児童の生命又は身体の安全を確保するために緊急を要する場合で、あらかじめ都道府県児童福祉審議会の意見を聴くいとまがないときは、当該手続きを経ないで、事業停止又は施設閉鎖を命じることができるものであること。

この場合、弁明の機会の付与は事後的に行う必要はなく、また、児童福祉審議会に対しては事後速やかに報告すれば足りること。（児童福祉法第59条第6項参照）

#### (留意事項27)

行政手続法第13条において、公益上、緊急に不利益処分をする必要があるときは、弁明の機会の付与を行うことなく不利益処分をすることが可能とされており、また、事後に弁明の機会の付与を行うことは必要とされていないこと。

#### (留意事項28)

施設の施設長や設置者が利用児童に虐待を加え、危害を及ぼしていることが明白である場合などは、児童の生命又は安全を確保するために緊急を要する場合に該当すると想定されること。

表3 認可外保育施設指導監督指針の概要

通常の指導監督（59条1項）

- ・報告徴収（年1回以上）
- ・特別報告徴収（施設に問題）
- ・立入調査（年1回以上、専門者）（通例：事前通告）
- ・特別立入調査（施設に問題）（必要に応じて事前通告なし）

問題を有する場合の指導監督

- ・改善指導（立入調査1か月以内に改善されない場合）
- ・改善勧告（繰り返しの改善指導にもかかわらず、改善されない場合）（59条3項）
- ・利用者への周知・公表（改善勧告にもかかわらず、改善されない場合）（59条4項）

事業停止命令・施設閉鎖命令（59条5項）

- ・改善勧告にもかかわらず改善されない場合で、改善の見通しがなく著しく有害なとき
- ・改善指導、改善勧告の時間的余裕がなく、著しく有害な場合
- ・社会通念上著しく悪質な（生命身体に著しい影響を与える）場合

緊急時の対応

- ・改善指導を経ない改善勧告
- ・改善指導、改善勧告を経ない事業停止命令等（児童福祉審議会不要（59条6項）、弁明の機会不要）

② 宇都宮市認可外保育施設指導監督実施要領（平成14年10月1日施行）

第1条 この要領は、認可外保育施設に対し、指導監督を実施することにより、適正な保育内容及び保育環境の確保に寄与することを目的とする。

第2条 指導監督の対象は、法39条1項に規定する業務を目的として宇都宮市内に設置されている施設であって、法35条4項の認可を受けていないものとする。

第3条 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」並びに「認可外保育施設指導監督基準を満たす旨の証明書の交付について」に基づき実施する。

第4条 認可外保育施設の設置者に対しては、原則として年1回、運営状況の報告等を求めるものとする。

第5条 ア 立入調査の実施においては、指導監督通知で定めた認可外保育施設指導監督基準に適しているかを調査する。

イ 法59条の2に定める施設の立入調査については、原則として年1回実施し、他の施設については実施に努めることとする。

ウ 特に、児童の処遇上の観点から問題があると認められる場合には、随時、必要と認められる報告を求め、立入調査を実施する。

### 3. 原告・被告の主張（被告宇都宮市の責任）

#### （ア）原告Xの主位的主張（要点）

被告市市長は、本件各通報を受けた時点において、託児施設に対し、速やかに事前予告なしの特別立入調査を実施して法59条5項及び6項に基づく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。）を行使すべきであったのに、これを行使しなかったのは、国賠法1条1項の適用上違法と評価すべきである。

#### （イ）原告Xの主位的主張に対する被告宇都宮市の主張（要点）

法59条は、「することができる」規定で、指導監督権限の行使を義務づけられておらず、各通報（の真偽（筆者要約））を確認できなかったが、国の指導監督指針に則り、調査（2014.5.29）を実施したもので、事前予告を伴うものでも「特別立入調査」に当たり、法59条1項の調査権限を適正に行使しており、事業停止命令等を発しなかったとしても違法ではない。

#### （ウ）原告Xの予備的主張（要点）

被告市市長が本件各通報を受けていたにもかかわらず事前通告なしで特別立入調査を実施せず、事業停止命令ないし緊急閉鎖命令を発令しなかったことが国賠法1条1項の適用上違法と評価されないとしても、被告市による本件調査の具体的な内容等は極めてずさんかつ不十分なものであって、法59条1項等によって付与された指導監督権限の行使を著しく怠ったものといえることができるから、かかる規制権限の不行使は、被告市市長に付与された裁量を著しく逸脱するものとして、国賠法1条1項の適用上違法と評価されるべきである。

#### （エ）原告の予備的主張に対する被告の主張（要点）

立入調査の際、虐待の様子はなく、4階・5階の調査を強行することは住居侵入罪に該当しかねず、緊縛された児童が隠されていること、死亡の結果発生は予測不可能

で、市長の裁量を逸脱するものではなく、違法ではない。

表4 原告の主張

原告の主位的主張

- ・事前予告なしの特別立入調査の実施
- ・事業停止命令権、施設閉鎖命令権の行使
- ・上記の不行使……違法

原告の予備的主張

- ・5/29の訪問調査（事前連絡）……極めてずさん・不十分
- ・59条の指導監督権限の不行使
- ・市長の裁量逸脱……違法

#### 4. 判決（被告宇都宮市の責任）<sup>(7)</sup>

原告らの被告市に対する請求を基礎付ける主位的・予備的主張は、いずれも被告市の市長（以下「被告市市長」という。）の認可外保育施設（被告会社の運営するB）に対する指導監督権限の行使の在り方（不作為も含む。）が国賠法1条1項の適用上「違法」と評価とすべきであるとする点で共通するところ、同条項にいう「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注意義務に違反する」ことをいうものと解されるから、その「違法」評価は当該公務員の職務行為を基準に判断されるべきである（いわゆる職務行為基準説・最高裁昭和60年11月21日第一小法廷判決・民集39巻7号1512頁参照）。

そこで以下、別紙「関連諸法令」等に基づき、被告市市長の職務行為（認可外保育施設に対する調査・指導監督権限の行使）の前提となる法及び関連諸法令の内容等を概観した上、被告市市長の上記職務行為は〔1〕国賠法1条1項の適用上「違法」と評価されるか、〔2〕評価されるとして同項の「過失」が認められるか、〔3〕認められるとして本件事件の発生（Aの死亡）との間に因果関係が認められるか否かについて順次、検討する。

---

(7) 下線は、筆者。

## (ア) 原告の主位的主張について

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〕危険の切迫性、〔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から、被告市市長の上記規制権限（事業停止命令権等）の不行使が国賠法1条1項の適用上「違法」と評価することができるか否かを判断するに当たっても、……本件事件発生当時の法の趣旨、目的やその権限の性質に照らし、**【1】Bが同施設の園児の生命、身体に対し重大な危険性を加える危険性が存在し、その危険が切迫しているか否か、【2】被告市市長（被告市の保育課）において上記危険の存在及び切迫性を予見し又は予見し得たか否か、【3】結果を防止するには上記事業停止命令権等を行使するよりほかなかったか否か、【4】かかる事業停止命令権等の行使を期待し得る状況が存在したか否か、【5】上記事業停止命令権等を行使することにより容易に結果を回避することができたか否か等の諸事情を総合考慮することにより、被告市市長の上記事業停止命令等の不行使が「許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠く」ものと認められる場合には、国賠法1条1項の適用上「違法」と評価すべきものと解される。**

そこで以上の観点に基づき検討すると、……被告市の保育課に本件各通報が行われた平成26年5月27、28日の時点でBの保育業務を実質的に差配している被告Y1は、保育業務を行う人手が足りなかったことから、託児に対し、その体を紐や毛布でぐるぐる巻きにし、あるいはワイシャツを前後逆さまに着せて袖を縛り付けるなどして、身動きができない状態にしたり、あるいは、ベッドを檻代わりにして、その中に子どもを長時間閉じ込めるなどの行為を日常的に行っており、かかる虐待的な保育業務は、本件事件が発生した同年7月23日から同月26日頃にかけても平然と行われていたことがうかがわれるのであるから、少なくとも本件各通報が行われた上記時点において、

客観的には被告Y1の上記虐待的保育業務によって、Bの託児の生命・身体に対して重大な危害が及ぶ可能性が存在しており、かつ、その危険は、本件事件のような被害がいつ発生しても不自然ではないという意味において切迫した状況にあったというべきである（【1】危険の切迫性）。また、Bのような認可外保育施設によって保育されている乳幼児は、保育士等から虐待に対しては、これを回避したり防御することは事実上不可能であって、その生命、身体に対する危険を回避するための自助努力を期待することは困難であるから、侵害が予想される法利益の重大性や法の趣旨・目的に照らし、認可外保育施設を指導監督する責務を負っている被告市市長（被告市の保育課）においては、認可外保育施設としての不適格施設を速やかに排除して上記危害の発生を回避するための措置を講じることが期待され、かつ、法及び平成13年通達等の規定に則り、かかる措置を講じることが可能な状況にあったものといえることができる（【4】期待可能性）、仮に、本件各通報があった上記時点で、被告市市長がBに対して上記事業停止命令権等を発動していたならば、本件事件の発生を容易に回避することができたことも否定し難い（【5】回避可能性）。

しかし、以上の状況等の下においても、被告市市長による上記事業停止命令権等の不行使が国賠法1条1項の適用上「違法」か否かを判断するための重要な要素である「予見可能性」の程度は、被告市市長（被告市保育課）が、本件各通報を受けた時点において、具体的な状況の下、高度の蓋然性をもって上記切迫した状態の危険を認識し得る程度のものであることが必要と解される。

そこで、この点につき検討すると、……確かに、本件各通報は、いずれも具体的で、かつリアリティーに富む内容のものである。すなわち、……本件通報①は、Bの利用者で医師でもある保護者が、自ら被告市の保育課を尋ね実名を名乗った上、Bに託児していた2歳になったばかりかの二男が左人差し指の爪を全て剥がすという看過し難い怪我を負ってBから帰宅したというものであり、しかも、その数か月前にも同じくBに託児していた4歳の長男が右眼の上に眼球強打を疑わせる青あざを作って帰宅した事実も合わせて報告されていたというのであるから、以上の本件通報①は、B内において託児の身体に危害を及ぼすおそれのある保育（託児）業務が恒常的に行われていたことをうかがわせる。

また、本件通報②は、匿名の通報者によるものとはいえ、……その内容は、正に虐待的託児業務が平然と行われていることを具体的かつ詳細に報告するものであって、Bの保育業務の実態を悉知していた者からの情報提供がなければ語り得ない事実を含

むものということができる。

しかし、……被告市の保育課は本件各通報を受けた時点において、これらの徴表を客観的に裏付ける物証等の存在までは把握していなかったのであるから、本件通報②の翌日にBに対して行われた立入調査（以下「本件立入調査」という。）やその後の対応（特別報告の徴求等）等が「職務上通常尽くすべき注意義務」を尽くしたものであるか否かはともかく、本件各通報を受けた時点において、被告市市長（被告市保育課）がB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、平成13年指針所定の手順に則り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であるから（【3】補充性）、本件各通報があった時点において、被告市市長がB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【1】【4】【5】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。

表5 主位的主張に対する判決の概要

- 【1】危険の切迫性……虐待的保育を平然と実施
- 【4】期待可能性……乳幼児の自助努力困難
- 【5】回避可能性……事業停止命令権等の発動による事件の回避容易
- 【2】予見可能性……客観的物証がなく、高度の蓋然性での危険認識できず
- 【3】補充性……特別報告徴収、立入調査の継続実施、改善指導・勧告の繰り返し  
必要に応じて事業停止命令検討の発動の選択肢あり

・事前予告なしの特別立入調査を実施し、事業停止命令権等の不行使  
⇒ 許容限度の逸脱、著しい不合理……なし → 違法でない

#### (イ) 原告の予備的主張について

職務行為基準説においては、被告市市長が認可外保育施設に対して法59条1項等に

基づく指導監督権限を行使せず、その結果として当該施設内における虐待的保育等違法行為を防止することができなかつたとしても、そのことから直ちに国賠法1条1項の適用上「違法」であったとの評価を受けるものではなく、被告市市長が同市保育課職員の調査活動等を通じて、当該施設の保育状況等を把握し、これに基づき指導監督権限の行使を決する上において、職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然とこれを行行使したと認め得るような事情がある場合に限り、上記「違法」評価を受けるものと解するのが相当であるところ（最高裁平成5年3月11日第一小法廷判決・民集47巻4号2863頁、最高裁平成11年1月21日第一小法廷判決・集民191号、最高裁平成19年11月1日第一小法廷判決・民集61巻8号2733頁等各参照）、……被告市市長の認可外保育施設に対する指導監督権限は、法及びその関連法令の趣旨、目的を踏まえ、平成13年通達等に則り行使されるべきものである。

そうすると、被告市市長は、認可外保育施設に対する指導監督権限を行使するに当たって、法及びその関連法令の趣旨・目的を踏まえ、平成13年通達等に則り当該施設に対する調査・指導監督権限を行使すべき職務上の注意義務を負っていたものというべきであるから、かかる義務を尽くすことなく漫然と当該調査・指導監督権限を行行使したと認め得るような事情がある場合には、国賠法1条1項の適用上「違法」と評価されるべきものと解される。

以下、上記観点に基づき、本件における被告市市長の調査・指導監督権限の行使に上記国賠法上の「違法」評価を根拠付ける事情が認められるか否かにつき検討する。

この点、……平成14年実施要領の第3条と5条及び平成13年通達等によれば、被告市市長は、「利用者の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」には、(a) 随時、施設の設置者又は管理者（以下「設置者等」という。）あるいは必要に応じて保育従事者に対し、「特別の報告」を徴求するとともに、(b) 届出対象施設であるか否かにかかわらず、「保育士、児童福祉司、心理判定士等の専門的知識を有する者」を指導監督班に加え、事前通告をせずに「特別に立入調査を実施」することにより、平成13年基準に適合するものであるか否かを調査し、(c) これらの立入調査の結果、「指導監督基準に照らして改善を求める必要があると認められる場合は、改善指導、改善、公表、事業停止命令又は施設閉鎖命令の措置を通じて改善を図ること」が求められているところ、これらの諸規定（職務行為基準）は、……被告市市長が、Bに対し指導監督権限を行使するに当たっての「職務上通常尽くすべき注意義務」を構成し

ているものというべきである。

上記……の事実によれば、被告市市長（被告市の保育課）は、平成26年5月27日にBを利用している保護者（母親・医師）から、「託児していた二歳の子が爪を全て剥がして帰宅し、同託児室からは十分な説明を受けていない」という本件通報①を受けたばかりか、立て続けに、その翌日である同月28日には、同託児室の職員の知人と称する匿名者から、……実際にB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本件通報②を受けていたものであって、その内容等は、本件各通報時において、B内で平成13年基準に抵触するものであるばかりか、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と考えられるから、本件各通報により生じた状況等は、上記平成13年指針にいう「利用者の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、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」に該当するものというべきである（ちなみに平成13年指針に関する留意事項18は、本件のような「利用者から苦情や相談が寄せられており不適切な処遇が窺われるもの」は「問題を有すると考えられる施設」に当たるものとする）。

そうすると、被告市市長（被告市の保育課）は、本件各通報からうかがわれるB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、同託児室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。

なお、この法理の適用につき若干付言すると、上記判断枠組みを前提にしたとしても、そこである「特別の報告」徴求や「特別の立入調査」の具体的な内容等の決定については、被告市市長（被告市の保育課）の裁量が働く余地があることは否定し難い。しかし、これらの「特別の報告」徴求等は、……「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」に行われるものであるから、年1回以上文書により行われている「運営状況報告」や「通常の」立入調査をもって代替することができないことはもとより、その内容も、上記のとおり「児童の処遇上の観点から」当該施設の問題性（平成13年基準の不適合性）を解明する上で著しく不合理なものであってはならず、したがって、上記「特別の報告」徴求等に関する被告市市長の裁量は上記観点か

らの一定の制約に服しているものというべきである。

そこで、まず本件職務上の注意義務のうち、被告市市長（被告市の保育課）は、平成13年基準違反の有無を調査確認するため、被告会社（B）に対し、上記「特別の報告」を徴求し、保育従事者等からの事情を聴取すべき義務（以下「本件職務上の注意義務〔1〕」という。）を尽くしたか否かにつき考察する。

上記……で認定したとおり、本件各通報は、平成13年基準が規定する、〔1〕Bにおける保育に従事する者の数及び資格、〔2〕保育内容、〔3〕保育従事者としての保育姿勢、〔4〕保護者との連絡等のほか、〔5〕給食の衛生管理及び内容等、〔6〕託児の健康管理・安全確保全般にわたるものである上、その内容は、本件各通報が行われた時点（平成26年5月27、28日）で、B内において平成13年基準に抵触し、かつ、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ること、そして以上に加え、……Bは、年1回の通常の立入調査等においても、避難消火訓練未実施・保育従事者の研修未実施、保護者の緊急連絡票等の未整備、利用者に対する契約内容の書面交付の未実施、消防計画等の未作成、乳幼児突然死症候群予防のためのブレスチェック表の未作成、各階の消火器の未設置等について文書指摘を受けていたにもかかわらず諸々の違反事項等を抱えたまま認可外保育施設の運営を続けていたものであって、法59条及び平成13年指針等に照らしても被告市市長の指導監督上、保育従事者の保育姿勢や安全意識の点で相当注意を有する託児施設であったことは、これまでの立入調査の結果や消防局等との情報交換により認識することが可能であったこと……など事情を合わせ考慮すると、被告市市長は、上記……で認定したような「通常の」運営状況報告を求めるだけでは不十分であって、本件各通報の内容を踏まえ、当該施設の管理者等に対し、少なくとも平成13年基準に基づき、〔ア〕保育従事者数及びその資格、〔イ〕保育中の託児数とその年齢構成、〔ウ〕同託児室内の保育場所及び面積、〔エ〕託児に対する健康・安全管理の方法について「特別の報告」徴求を行い、かつ、必要に応じて保育従事者等から事情を聴取することが求められていたというべきである。

にもかかわらず、被告市市長（被告市の保育課）は、……本件通報①に関して、Bの責任者である被告Y1から電話で事情を聴取した上、口頭で簡単な指導を行っただけで、……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、かかる被告市市長（被告市の保育課）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〔1〕を尽くしたものとはいえない。

次に、本件職務上の注意義務のうち、被告市市長（被告市の保育課）は、平成13年基準違反の有無を調査確認するため、被告会社（B）に対し、「特別の立入調査」を実施すべき義務（以下「本件職務上の注意義務〔2〕」という。）を尽くしたか否かにつき考察する。

上記……のとおり、本件各通報は、平成13年基準が規定する諸事項全般に及ぶものである上、その内容は、（高度の蓋然性をもって予見できたか否かはともかく）、託児の生命身体に重大かつ致命的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ることに加え、被告市市長の指導監督上、施設の安全面や遵法意識の点で相当注意を有する託児施設であったことなどの事情を合わせ考慮すると、被告市市長（被告市の保育課）は、可及的に速やかに「特別の立入調査」の可否を検討し、「特別の報告」徴求の結果等を踏まえ、随時、保育士等の専門的な知識を有する者を加えた、事前通告なしの「特別の立入調査」を敢行した上、少なくとも、〔ア〕保育従事者数、〔イ〕保育中の託児数とその年齢構成、〔ウ〕同託児室内の保育場所、〔エ〕託児に対する健康・安全管理の方法等の実状を調査することが求められていたというべきである。

しかるに、被告市市長（被告市の保育課）は、本件各通報のあった日の翌日（平成26年5月29日）、本件立入調査を実施したものの、その内容は、……対象届出施設（B）の責任者（被告Y1）に対して、事前に当該施設への立入調査の実施を知らせた上、保育士等の専門的知見を有する者を立入調査班に加えることなく実行されたものであって（……）、事前通告なしの「特別の立入調査」というに値しないものである上、その対象も本件通報②にある虐待的な保育状況の有無及びその裏付けとなる物証確認に限られており、その所要時間も僅か30分程度であったこと、調査に保育士等の専門的知見を有する者を立ち合わせておらず、確認することができた託児に異常は見られなかったとする保育課職員の見立ては必ずしも専門的知見に裏付けられた客観性のあるものとはいえないことなどの事情を合わせ考慮すると、本件立入調査は、実質的に「通常の」立入調査の域を出ない暫定的ないしは応急的なものであって、「児童の処遇上の観点から」当該施設の問題性（平成13年基準の不適合性）を解明し、本件通報②にあるような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といわ

ざるを得ない。

そうすると、平成13年指針にいう「児童の処遇面で問題を有すると考えられる」状態は、本件立入調査以降も基本的にその性質を变じることなく継続していたものというべきである。にもかかわらず、……被告市市長（被告市の保育課）は、そうした「児童の処遇面で問題を有すると考えられる」状態が継続していることを見誤り、新たな通報がないことも相俟って、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、かかる被告市市長（被告市の保育課）の対応は、事態を漫然と傍観するに等しいものといわざるを得ず、「格別の立入調査」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〔2〕を尽くしたものとはいえない。

以上のとおりであるから、被告市市長は、平成13年通達等に則り当該施設に対する指導監督権限を行使すべき義務（＝本件職務上の注意義務）を負っていたにもかかわらず、漫然とその行使を怠ったものというべきであるから、本件における被告市市長のB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」と評価されるべきものであって、これと同旨の原告らの予備的主張は理由がある。

もっとも、この点につき、被告市は、本件各通報に対して、いかなる立入調査及び報告徴求を行うかは法59条1項等には何ら具体的な定めは存在せず、平成13年通達等や平成14年実施要領が行政機関内部の通達等をどのように解釈し適用するかは被告市市長の広範な裁量的な判断に委ねられている旨主張している。

しかし、平成13年通達等は、……法2条、3条及び59条等による認可外保育施設に対する法的規制強化の要請を受け、より効果的な指導監督権限の行使を可能にするため策定されたものであるから、かかる平成13年通達等によって具体化された行政庁（本件においては被告市市長）の行為規範……は、個々の国民（児童）の権利利益の保護を目的とする法59条等に具体的かつ直接的な根拠があるものというべきであって、単なる行政機関内部の取決め（内規）にとどまるものではない。

そして、被告市市長は、上記……のとおり、平成14年実施要領を策定した上、その3条及び5条において、認可外保育施設に対する指導監督権限の行使は平成13年指針等に基づき行うことを明文をもって規定しているのであって、このことは、被告市市長が、個々の国民（児童）との関係において、自ら、その裁量権の行使に縛りをかけたものと解するのが合理的であるから、そうである以上、かかる平成13年指針等は、

被告市市長が上記指導監督権限を行使するに当たって上記「職務上通常尽くすべき注意義務」の内実を構成しているというべきであって、その裁量権の行使には上記のとおり一定の制約があるものというべきである<sup>(8)</sup>。

表6 予備的主張に対する判決の概要

<p>職務上通常尽くすべき注意義務（職務行為基準説）の構成</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>・法令の趣旨目的を踏まえ、13年通達等に則り行使されるべきもの</li> <li>・「特別の報告」の徴求</li> <li>・専門者を加えた事前通告なしの「特別の立入調査」</li> <li>・改善指導、事業停止命令権等の措置を通じた改善</li> </ul> <p>本件事実関係……児童の処遇上、施設に問題がある場合に該当</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>・「特別の報告」の徴求の職務上の注意義務あり → 実施していない</li> <li>・「特別の立入調査」の職務上の注意義務あり → 「通常の」立入調査の域を出ず、極めて不十分</li> </ul>
---

## 5. 考 察

### (ア) 本判決の意義

本判決以前の認可外保育施設における死亡事故に関する指導監督権限の行使に関する裁判例としては、高松地判平成17年4月20日判時1897号55頁・判自273号63頁（県

(8) 判決は、この後、国賠法上の過失要件として、予見可能性と回避可能性について検討したうえで、因果関係についても認めている。しかし、職務行為基準説は、違法性要件の判断に過失要件も含んで判断する理論であるにもかかわらず、別途判断している（田村和之「認可外保育施設における乳児死亡の損害賠償責任」賃金と社会保障1762号16頁）。

前者については、本件各通報があった時点で、託児虐待が行われていることを高度の蓋然性をもって認識し得る状況が存在していたとまではいい難いとした一方、平成13年指針等に基づき随時「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性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」は立入調査によっても払拭されることなく存在していたとして、市長は、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としている。

後者については、市長が職務上の注意義務を尽くしていたならば、2014年7月26日の時点において、本件事件が発生しなかった可能性が高かったにもかかわらず、怠ったものであるから、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、これを懈怠したとしている。

の指導監督権限の不行使：認容）、同控訴審の高松高判平成18年1月27日裁判所ウェブサイト（県の事業停止命令権の不行使：認容）、横浜地判平成18年10月25日判タ1232号191頁・裁判所ウェブサイト（事業停止・施設閉鎖命令権の不行使：棄却）があるが、いずれも児童福祉法2001年法律135号改正前（改善勧告・公表、地域福祉審議会の意見不聴取の規定なし）の事案である。

国家賠償法1条の規制権限の不行使に関しては、最判平成元年11月24日民集43巻10号1169頁（宅建業法訴訟）、最判平成7年6月23日民集49巻6号1600頁（クロロキン薬害訴訟）及び最判平成16年10月15日民集58巻7号1802頁（水俣病関西訴訟）における判例法理を引用している。職務上の注意義務違反に関しては、職務行為基準説を採用し、最判昭和60年11月21日民集39巻7号1512頁（在宅投票制度訴訟）、最判平成5年3月11日民集47巻4号2863頁（所得税更正処分訴訟）、最判平成11年1月21日集民191号（住民票非嫡出子記載訴訟）及び最判平成19年11月1日民集61巻8号2733頁（在外被爆者訴訟）を引用している。

#### （イ） 事前予告なしの特別立入調査、事業停止命令権等の不行使について（主位的主張）

事前予告なしの特別立入調査、事業停止命令権等の不行使について、判決は、次のように構成している。

危険の切迫性については、通報時点の重大な危害の可能性・切迫性があった（判決【1】）。期待可能性については、危害の発生を回避することが期待された（同【4】）。回避可能性については、通報時点で事業停止命令等を発動していれば容易に回避できた（同【5】）。

しかし、【2】予見可能性については、危険の切迫性の存在を高度の蓋然性をもって認識しがたい。【3】補充性については、改善指導、改善勧告を繰り返し、必要に応じて指導監督指針の手順に則り事業停止命令権等を発動する方法も選択肢の一つであった。以上が主位的主張に対する判決の構成である。

児童福祉法59条の認可外保育施設に対する指導監督権限については、報告徴収・立入調査（1項）→改善勧告（3項）→公表（4項）→停止閉鎖命令（5項）の流れで構成されており、具体的な運用については、指導監督指針で次のとおり定められている。

特別の報告徴収は、利用者から苦情や事故情報等が寄せられている場合に実施し、そのうえで児童の処遇上、施設に問題がある場合には、特別立入調査を実施する。立

入調査の指導監督班は、十分な知識経験を有するもの2名以上、専門的知識を有する者で編成し、特別立入調査の場合は、事前通告せずに実施することが適当とされている。立入調査実施後1か月以内に改善されない場合には、改善勧告・公表の対象となることを示して改善指導することとされているが、緊急時の対応として、改善指導を経ずに改善勧告を行うこと、指導勧告を経ずに事業停止命令等の措置を行うこととされている。

判決は、事前通告なしの特別立入調査、事業停止命令権等の不行使について、予見可能性及び補充性について、次のように判断し、違法性を否定している。

予見可能性については、「被告市の保育課は本件各通報を受けた時点において、これらの徴表を客観的に裏付ける物証等の存在までは把握していなかったのであるから、本件通報②の翌日にBに対して行われた立入調査（以下「本件立入調査」という。）やその後の対応（特別報告の徴求等）等が「職務上通常尽くすべき注意義務」を尽くしたものであるか否かはともかく、本件各通報を受けた時点において、被告市市長（被告市保育課）がB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いい難く（【2】予見可能性）、」として、予見可能性の要件を否定している。補充性については、「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、平成13年指針所定の手順に則り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であるべきであるから（【3】補充性）、」として、補充性の要件を否定している。

そのうえで、「本件各通報があった時点において、被告市市長がB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【1】【4】【5】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。」としている。

しかしながら、判決は、一方で主位的主張に対する予見可能性を否定する文脈のなかで、次のようにも判示している。

「各通報は、いずれも具体的で、かつリアリティーに富む内容のものである。」、

「通報①は、Bの利用者で医師でもある保護者が、自ら被告市の保育課を尋ね実名を名乗った上」、「危害を及ぼすおそれのある保育（託児）業務が恒常的に行われていたことをうかがわせる。」。通報②の内容は、「正に虐待的託児業務が平然と行われていることを具体的かつ詳細に報告するものであって、Bの保育業務の実態を悉知していた者からの情報提供がなければ語り得ない事実を含むものということができる。」。

各通報に対する事実認定をする一方、市が物証等を把握していないと認定するなど、矛盾を否定できない。

また、同じく予見可能性を否定する文脈のなかで、「本件通報②の翌日にBに対して行われた立入調査（以下「本件立入調査」という。）やその後の対応（特別報告の徴求等）等が「職務上通常尽くすべき注意義務」を尽くしたものであるか否かはともかく」と述べるが、職務行為基準説に則り判断するのではなかったのか、判決の文脈の一貫性に疑問がある。

#### （ウ） 自治事務としての指導監督権限

児童福祉法59条の指導監督権限及び指導監督指針の構成については前述したが、判決は、この点について次のように判示している。

「平成13年通達等によって具体化された行政庁の行為規範……は、個々の国民（児童）の権利利益の保護を目的とする法59条等に具体的かつ直接的な根拠があるものというべきであって、単なる行政機関内部の取決め（内規）にとどまるものではない。」

「市長は、……平成14年実施要領を策定した上、その3条及び5条において、認可外保育施設に対する指導監督権限の行使は平成13年指針等に基づき行うことを明文をもって規定しているのであって、このことは、被告市市長が、個々の国民（児童）との関係において、自ら、その裁量権の行使に縛りをかけたものと解するのが合理的であるから、そうである以上、かかる平成13年指針等は、被告市市長が上記指導監督権限を行使するに当たって上記「職務上通常尽くすべき注意義務」の内実を構成しているというべきであって、その裁量権の行使には……一定の制約がある」。

平成13年通達等は、自治事務である児童福祉法の指導監督権限に対する国の技術的

な助言（自治245の4第1項1号イ）である<sup>(9)</sup>が、同通知等は、行政内部の内規ではなく、また自治体の実施要領（要綱）も同通知等に基づき策定されているので、長の裁量権の行使に縛りをかけているとする。つまり、国の通知が自治体の認可外保育施設に対する指導監督権限の職務行為基準を構成しているとするが、地方分権改革以前の通達行政を思い起こさせる機関委任事務的発想ではないかと危惧される。

## （エ） 認可外保育施設の現況

認可外保育施設とは、児童福祉法に基づく認可を受けていない保育施設のこと、  
「認証保育所」などの地方単独保育事業の施設も対象に含み、同法の届出対象の認可外保育施設数は、2020年3月31日現在、19,078か所である<sup>(10)</sup>。内訳として、ベビーホテル1,255か所、事業所内保育施設8,210か所、認可外の居宅訪問型保育事業5,454か所、その他の認可外保育施設4,159か所であり、本件の対象施設は、その他の認可外保育施設である。届出対象施設の入所児童数は、合計243,882人で、その他の認可外保育施設は104,237人である。

立入調査の実施状況<sup>(11)</sup>は、届出対象施設数13,624か所のうち実施か所数合計10,125か所（実施率74.3%）、未実施か所数合計3,499か所（同25.7%）、その他の認可外保育施設4,159か所のうち実施か所数2,972か所（同71.5%）、未実施か所数1,187か所（同28.5%）である。立入調査結果は、実施か所数合計10,125か所のうち指導監督基準に適合しているもの6,053か所（59.8%）、適合していないもの4,072か所（40.2%）、その他の認可外保育施設2,972か所のうち適合しているもの1,719か所

(9) 地方分権改革後は「通達」という表現は適切ではなく、当該通知も、「この通知は、地方自治法（昭和22年法律第67号）第245条の4第1項に規定する技術的な助言に当たるものである。」と記している。

(10) 以下、「令和元年度 認可外保育施設の現況取りまとめ」（令和3年8月6日、厚生労働省子ども家庭局総務課少子化総合対策室）

(11) 2020年度末時点では、都道府県知事、指定都市市長又は中核市市長への届出が義務付けられている認可外保育施設に対する立入調査は、原則として年1回以上行い、1日に保育する乳幼児の数が5人以下の施設（認可外の居宅訪問型保育事業を除く。）については、できる限り年1回以上行うよう努力することとされていた。また、認可外の居宅訪問型保育事業については、都道府県等が必要と判断する場合に指導を行うこととされていた。また、やむを得ずに対象を絞る場合でもベビーホテルについては必ず年1回以上立入調査を行うこととされている。2021年度から、認可外の居宅訪問型保育事業については年1回以上集団指導を行うこととし、それ以外の1日に保育する乳幼児の数が5人以下の施設については、年1回以上立入調査を実施することを原則としている。（以上、同上）

(57.8%)、適合していないもの1,253か所(42.2%)である。指導監督基準に適合していないものについての最終的な指導状況は、合計4,072か所のうち、口頭指導1,590か所、文書指導2,473か所、改善勧告9か所であり、公表、事業停止命令及び施設閉鎖命令はない。その他の認可外保育施設で適合していないもの1,253か所のうち、口頭指導452か所、文書指導801か所である。

保育施設等における死亡事故は、2004年から2021年まで合計215件が報告されており、

表7 2019年度認可外保育施設の現況

(2020.3.31現在)

現況		認可外保育施設 計	その他の認可外保育施設
施設数		19,078か所	4,159か所
入所児童数		243,882人	104,237人
立入調査	実施	10,125か所 (74.3%)	2,972か所 (71.5%)
	指導監督基準	適合	6,053か所 (59.8%)
		不適合	4,072か所 (40.2%)
	未実施	3,499か所 (25.7%)	1,187か所 (28.5%)
最終的指導	口頭指導	1,590か所	452か所
	文書指導	2,473か所	801か所
	改善勧告	9か所	—

表8 指導監督基準に適合していないものについての最終的な指導状況

年度	口頭指導	文書指導	改善勧告	公表	事業停止命令	施設閉鎖命令	計
2008	654	2,050	2	2	—	—	2,708
2009	710	1,872	1	—	—	—	2,583
2010	734	1,843	1	—	—	—	2,578
2011	757	1,747	1	2	—	—	2,507
2012	759	1,550	1	—	—	1	2,311
2013	636	1,494	2	—	—	—	2,132
2014	657	1,344	5	—	1	—	2,007
2015	567	1,208	6	1	—	—	1,782
2016	644	1,284	6	—	—	—	1,934
2017	828	1,572	6	1	—	—	2,407
2018	985	1,690	17	3	—	—	2,695
2019	1,590	2,473	9	—	—	—	4,072

※ 2017年度から事業所内保育施設も届出対象施設になっている。

認可外保育施設<sup>(12)</sup>は142件である<sup>(13)</sup>。また、指導監督基準に適合していないものについての最終的な指導状況の過去12年度間の状況は、改善勧告57か所、公表9か所、事業停止命令は2014年度に1か所、施設閉鎖命令は2012年度に1か所あるのみである<sup>(14)</sup>。

#### (オ) 認可外保育施設の現況を踏まえた考察

上記のとおり認可外保育施設に対する立入調査は、30%弱の施設で実施されておらず、実施施設でも不適合施設が40%程度ある。個別の自治体ごとに見ると、自治体の施設数にもよるが、未実施率の全国平均を上回る自治体も少なからずある<sup>(15)</sup>。このような現状を踏まえてか、本判決に対して批判的な見解もある<sup>(16)</sup>。本判決は、保育行政のこのような現状等に鑑みて、事前予告なしの「特別立入調査」の実施及び「事業停止命令権等」の行使までは求めず、「特別の報告」の徴収及び事前予告なしの「特別立入調査」の不行使の違法性にとどめたのであろうか。また判決は、「直ちに」事業停止命令権等を行行使するのではなく、「迅速かつ的確な」特別の報告の徴収や立入調査を「継続的に」実施し、改善指導や改善勧告を「繰り返し」、「必要に応じて」事業停止命令等を発動する選択肢もあったとする。

確かに、特に事業停止命令権等の行使は、他の入所児童の処遇の問題もあり、そのための対応策等も踏まえて行使する必要がある、実務的には躊躇するのであろうか。指導監督指針にも、「事業停止命令又は施設閉鎖命令を行おうとする場合は、必要に

(12) 2014年までは、その他の認可外保育施設以外も含む。

(13) 「令和2年教育・保育施設等における事故報告集計」の公表について（令和3年6月18日、内閣府子ども・子育て本部）

(14) 各年度の「認可外保育施設の現況取りまとめ」（厚生労働省）

(15) 「認可外保育施設に対する指導監督の徹底について」（厚生労働省子ども家庭局総務課少子化総合対策室長、令和3年8月6日）

(16) 保育担当部署には、様々な情報提供や相談、虐待ケースについての輻輳した情報が寄せられ、対応に追われ、個々の実態を直ちに把握しにくい実情があることから、本件各通報時点において、実態を明確に把握するのは難しい面があったとする。また、通常立入調査での指摘事項（表1の2009～2014の立入調査）も時折みられる事項で、「指導監督上、相当注意を要する保育施設」（判決）と認識されるべきとはいえないとする。また、通報②後の訪問調査（2014.5.29）は、13年指針上の特別の調査に当たるとする。また、本件調査時には重大な事故が発生しているわけではないので、縛る行為などの改善指導はできても、保育士不足の解消や適切な保育等は、事前予告なしの調査を行っていても50日余りの間に死亡原因の除去ができたか疑問があるとする。（奥宮京子、高橋哲也「はなれい最前線 認可外保育施設の指導監督のあり方に厳しい司法判断」判例地方自治477号4頁）

応じて、事前に又は事後速やかに、児童相談所、近隣市区町村、近隣児童福祉施設等の関係機関との間で、当該施設が運営を停止した場合に備えた利用児童の受入れ先の確保等について調整を図ること。」とされている。

しかし、本件のように行政の対応レベルが低い状況の場合、それを前提に緩やかな対応をすることでもって、規制権限の行使・不行使の違法性を判断するのであれば、違法と判断されることはまれなことになりはしないか。本件における市の緩慢な対応状況、一般的にも改善勧告が少ない状況に鑑みると、判決の方が保育行政における指導監督の実態をみていないともいえるのではないか。そのうえで、本件は、改善指導にとどまらず、指導監督指針（緊急時の改善勧告）でもいう「著しく不適正な保育内容や保育環境である場合」、「著しく利用児童の安全性に問題がある場合」に該当するといわざるをえず、緊急時の改善勧告はもとより、「施設の施設長や設置者が利用児童に虐待を加え、危害を及ぼしていることが明白である場合」（指導監督指針の留意事項28）にも該当し、緊急時の事業停止命令権等を行使すべき事案であったのではないか<sup>(17)</sup>。

指導監督基準に適合していないものについての最終的な指導状況をみる限り、改善勧告は最近では若干増えているものの数件で、概ね0.1%未満又は0.2%から0.6%であり、事業停止命令及び施設閉鎖命令も過去12年度間で各1件のみである。このような実態に鑑みると、児童福祉法上の指導監督権限は、形骸化しているといえよう。行政現場においては、指導と勧告の間には、行政手続制度上は同じ行政指導の類型であっても、勧告は処分にも等しい認識の格差や実施のハードルがあるのであろうか。児童福祉法59条4項の「勧告に従わなかったとき」の公表可能規定の文言（ひいては、行政手続法32条2項「行政指導に従わなかった」の文言も）が勧告の性格・効力を実質的には処分的なものとして受け止められているのかもしれない。

（みの やすし 香川大学法学部教授）

---

(17) 鈴木秀洋「行政による保育所への規制権限不行使の法的責任の視座」「議員NAVI 議員のためのウェブマガジン」（2020.11.10、<https://gnv-jg.d1-law.com/article/20201110/22970/>）は、行政権限の不行使に対する違法・過失の判断は作為の場合に比べれば厳格な認定がなされてきたのが判例の流れであるとしたうえで、その厳格な判断基準をもってしても本件事案は、具体的に相当程度の確からしい虐待通告が事前にあるなかでのことであり、ここまでの証拠がありながら予見可能性を否定するのであれば、当該停止命令等は、一体どういった場合に行使されるものなのか、施設側の営業の利益に傾いた制度設計・運営を重視し、子どもの権利を迅速に守る観点が後退してしまう危険性があるとする。

キーワード：認可外保育施設／指導監督権限／国家賠償／規制権限の不行使

**【参考文献・資料】**

- 「認可外保育施設の託児死亡に基づく損害賠償請求事件（宇都宮市）」判例地方自治470号56頁  
奥宮京子、高橋哲也「ほんれい最前線 認可外保育施設の指導監督のあり方に厳しい司法判断」判例地方自治477号4頁
- 田村和之「認可外保育施設における乳児死亡の損害賠償責任」賃金と社会保障1762号10頁  
寺町東子「認可外保育施設乳児死亡事件の宇都宮地裁令和2年6月3日判決（賃社1762号26頁）について」賃金と社会保障1763号32頁
- 鈴木秀洋「行政による保育所への規制権限不行使の法的責任の視座」 「議員NAVI 議員のためのウェブマガジン」（2020.11.10、<https://gnv-jg.d1-law.com/article/20201110/22970/>）
- 「令和2年教育・保育施設における事故報告集計」の公表について（内閣府子ども・子育て本部、2021.6.18）
- 「令和元年度 認可外保育施設の現況取りまとめ」（厚生労働省子ども家庭局総務課少子化総合対策室、2021.8.6）
- 「認可外保育施設に対する指導監督の徹底について」（厚生労働省子ども家庭局総務課少子化総合対策室長、2021.8.6）
- 平成20年度～令和元年度「認可外保育施設の現況取りまとめ」（厚生労働省）