

保育要求権と行政責任

—真理子ちゃん訴訟を素材に—

倉岡小夜

1. はじめに

いわゆる真理子ちゃん訴訟とは、市が要綱に基づいて実施した家庭保育福祉員制度の対象となっていた無認可保育施設内で死亡した乳児の保育要求権に基づく、同施設経営者・市・県・国を相手どった損害賠償請求事件である。東京都の隣県にあり、そのベッドタウンとして若年世帯が急増しつつあった街かどに発生した、見落すような事件であった。しかし、提訴された訴訟の経過を追っていくうちに、社会福祉・社会保障制度の根幹に関わるいくつかの重大な問題を抱えていることがわかってきた。

去る1988年12月2日、千葉地方裁判所松戸支部での判決は、死因については原告主張のとおり窒息死を認めたが、その責任を経営者のみとし公的責務は全く認めなかったため、原告側は翌12月3日、東京高等裁判所へ控訴した。第一審提訴後11年、事件発生から14年の長さに及び、その間、度々の裁判官の異動、児童福祉法の大改正、保育情勢の変化等に翻弄されての困難なたたかひが原告側に続いている。しかし、本件発生(1974年)前後1968~82年の間に全国の無認可保育所での死亡事故は調査の対象となったものだけでも実に130件(ちなみに同期間、公立では3件、認可保育所では4件のみ)に及んでいたその悲惨な事実と、近年、とりわけ自治体や住民の負担の高い地域福祉型行政が進められるなか、生命の危険の極めて高い乳幼児保育や、老人・障害児者の在宅ケア等につき見切り発車的、低水準の要綱類が乱発され、しかも要綱なるが故に法的な行政責任を問い難くしている現状にあって、本件訴訟継続の意味は一段と高まったと思われる。そのよ

うな視点に立ち、以下、問題点を考察してみよう。⁽¹⁾

2. 事件のあらましと訴訟経過

千葉県松戸市在住であった森岡真理子ちゃん(1973年5月4日生、事件当時9カ月児)の両親は、いずれも公立小学校の教員であり、日中居宅外勤務であるところから、真理子ちゃんは、児童福祉法(以下「児法」と略)第24条、および「児法による保育所への入所の措置基準について」(厚生省通達昭36.2.20児発129)の基準1.に該当する「保育に欠ける児童」であって児法の保育所へ入所できると考えた両親は、1973年11月、松戸市福祉事務所へ行き、申請書を提出した。しかし松戸市は欠員のないことを理由に口頭で申請を拒否し、同時に、松戸市には家庭保育福祉員制度があることを教示し、その要綱(昭和45年4月1日施行)も示してから、両親が「市の制度なら安心」と諾意を表わすと、市認定の福祉員を雇用している「郭公子の家」を具体的に紹介した。さらに松戸市は既に準備してあった児童委託幹せん決定通知書を発行したので、両親は同通知書に「児童同伴のうえ家庭保育福祉員と協議し委託の契約をしてください」とあったとおり、児童を同伴し郭公子の家で福祉員S(但しSは事件当時保育に当たっていなかったため訴外。経営者Nは福祉員の認定を受けていない。)と、1年間、午前7時30分から午後5時まで、月1万4,000円の保育料で保育委託契約を結んだ。約1カ月後の1974年2月18日、午後0時30分から発見される午後2時55分までの約2時間30分の間、うつぶせに寝かせられたまま放置され、シーツ上に置いてあったバスタオル(シーツ表面積より小さく、固定していない)を口に詰めた状態で死亡

していたものである。

したがって、①直接には、経営者Nに、鼻口閉塞による窒息死をもたらした過失が認められ、民法709条の不法行為が成立、これに基づく損害賠償責任のほか、両親と保育委託契約を締結したことから、受託児童への安全保育義務に違反し過失により死亡せしめた損害を賠償すべきこと。②松戸市の責任について。経営者Nらは国家賠償法上、松戸市の公権力の行使に当る公務員であるから、Nらの過失について松戸市は損害を賠償すべきこと。③千葉県の責任について。当時の児法58条2項は無認可施設への知事による事業停止または施設閉鎖命令を認めているが、同命令を出すためには当然立入調査が必要であり、本件について千葉県知事が行政指導により無認可保育所への立入調査を適切に実施していれば郭公子供の家の存在や劣悪な保育状況を知り得、改善勧告もしていれば本件事故は防止できたのであって、知事には予見可能性および結果回避可能性があった。④松戸市、千葉県、厚生大臣に対する共通の責任について。憲法13条、25条、26条、27条1項、児法1～3条、24条から認められる児童の保育要求権から当然に市、県、国には保育に欠ける児童への保育所設置・整備義務が生ずるが、当時、松戸市の保育需要は高かったのに、とりわけ乳児保育を殆ど実施していなかったことは同義務の懈怠がある、というものである。なお、提訴後の1977年9月27日、経営者Nの業務上過失致死罪により刑事上の罰金10万円が略式命令で科されている。⁽²⁾

3. 判決の要旨

① 死因については、鼻口閉塞による窒息死を認め、問題点の一つであった9カ月児の防禦体力については当時、肺炎・気管支炎に罹患していたから、運動機能も低下していたものとし、経営者Nらの危険防止、安全注意義務違反の過失を認めた。被告側が主張していた乳幼児突然死症候群説を退けた点は高く評価したい。しかし、② 経営者Nらは松戸市の公務員であるかの

争点について、判決は、児法24条に関する事務は、当時、国の機関委任事務であり、松戸市の公務ではないからNらによる保育業務もまた松戸市の公務でなく、Nらも公務員でないとして市の責任を否定。また、松戸市長は、児法24条但書にいう保育所が不足する場合の代替措置が「適切な保護」として実施されるよう安全保育への注意義務があるかの争点についても、Nらの責任で行うべき保育で、松戸市は単に紹介行為をしたにすぎないから、その市が責任を負うのは、事故発生につき、紹介した職員に予見可能性のある場合だが、本件では予見しえたことの立証がないから等の理由において、松戸市の責任を否認した。③ 千葉県の責任については、当時の児法58条2項に県の立入調査権は明記されていないからその義務はなく、当時、千葉県下に無認可保育所での死亡事故は発生していなかったからその予見可能性なしと、県の責任も否定したのである。④ その他、松戸市・千葉県・厚生大臣への共通の憲法的要請に立つ保育要求権からの責任追求については、原告が援用した憲法25条等の規定は、いわゆる社会権の保障を国政上の任務として宣言したものにすぎず、また児法1～3条の規定も同様、個々の国民に具体的な法的権利を認めたものではないとし、いわゆるプログラム規定論をもって短絡に保育要求権を否定して、これに基づく行政の公的責任を免責してしまった。

以上、すべての公的責任を否定し、経営者Nにのみ保育者としての注意義務違反の過失を認め、損害として、真理子ちゃんの逸失利益、両親への慰謝料、遅延損害金など併せて約3,000万円の支払いを命じた。

この判決に対し、原告側は、死因に窒息死を認めたことは評価しつつも公的責任のすべてを否認した点について争うべく、直ちに東京高等裁判所へ控訴したものである。

4. 判決の問題点の考察

(1) 否認された保育要求権について

プログラム規定にすぎないと判決が否認した保育要求権を、原告は次のように主張していた。すなわち、①「児童自身の保育要求権」とともに、②「親の保育要求権」を、憲法第25条（生存権）、第26条（教育を受ける権利）、27条1項（勤労権）および児法第1条（児童の健全育成・平等生活保障への国民の責務を認めた児童福祉の理念）、第2条（児童育成の責任が国・地方公共団体・保護者にあること）、第3条（原理の尊重）等により保障された国および地方公共団体に対する国民の権利であるとする。そのうち、①は、現在、児童の社会環境は、共稼ぎの増加、核家族化、少子家庭、都市化による生活環境の悪化などが進行しているが、本来、児童は快適な環境の中で健やかに育つことが保障され、憲法上の権利として要求しようというのであり、②は、婦人の勤労権保障上からも充実した保育が要請される、とする。

これに対し判決は、原告が主張するこれらの諸権利を、いずれも個々の国民に対する具体的な法的権利を認めたものではないと否認し、したがって保育要求権も認められないと判断したが、そのような判断は保育への公的責任の否定につながる点があるので、対立する論旨を検討しておこう。

この点の判決の立場は、いわゆるプログラム規定説とよばれるもので、憲法上の人権規定は、国民に対し裁判上救済を受けうるような具体的な権利を認めたものではなく、単に国家に対し政治的・道徳的義務を課したにすぎないものとする。古く最高裁判所が食糧管理法違反事件判決（昭・23・9・29）や、朝日訴訟判決（昭・42・5・24）の中で示した論旨である。その論拠は、一般に、日本国憲法の予定している経済体制が資本主義体制であって、個人の経済的生活の維持は自己責任によると期待されていることや、日本国憲法には生存権保障の具体的方法や救済の裁判手続規定が

ないこと、更に生存権保障のための予算に関わる国の財政は政府の裁量である等々に求められている。しかしながら、資本主義経済体制であるからといって直ちに生存権の権利性を否定する根拠にはなりえず、むしろ、生存権保障はこれを必須とする大半の労働者階級を含む低所得者を生み出した原因を資本主義経済体制に求める思想にたつ制度であること。したがって国の予算は、朝日訴訟第一審判決（昭・35・10・19）がいうように「健康で文化的な最低限度の生活水準は予算の有無で決まるのではなく、これを指導支配すべきもの」であるから裁量論は本末顛倒であること。そして何よりも、朝日訴訟をはじめとする一連の社会保障・社会福祉関係訴訟の裁判において、憲法25条の生存権が国民の権利であることを明らかにし、さらに憲法25条の規範内容と、その効力を明らかにしてきたのである。とくに本件に関連したところでは、朝日訴訟第一審判決が、生活保護法という憲法25条を具体化する法律の存在を前提に、生存権に裁判規範としての効力を認め、厚生大臣による生活保護基準設定行為は一応客観的に決定しようとしてその処分を羈束行為と判断し、生存権の権利性を強く認めた。これは後に同最高裁判決が厚生大臣による合目的な自由裁量行為として生存権の権利性を一部後退させたものの憲法25条の裁判規範としての効力だけは否定しなかったのであった。さらに、憲法25条を具体化した法律規定の違憲性を争った堀木訴訟控訴審判決（大阪高裁判決・昭・50・11・10）でさえ、とくに憲法25条1項について、より厳しい違憲審査基準の必要性を示唆している。現在、判決のこのような「宣言的規定にすぎず」つまり国家に対し政治的・道徳的義務を課しただけで、裁判規範としての効力も有しないという文字どおりのプログラム規定説は、もはや存在していないのである。かような判例において、生存権の権利性を積極的あるいは曲りなりにも認めた判決を引き出したそれぞれの原告の訴訟における主張は、いずれも憲法25条のみを根拠として国に対し具体的な給付を請求したのではなく、25条を具

体化した法律（朝日訴訟では生活保護法、堀木訴訟では児童扶養手当法）を前提にし生存権が法的権利として裁判所による司法審査を受け、救済を受けうると論理構成している点の理解が重要である。本件、真理子ちゃん訴訟判決が「憲法25条や児法1～3条の理念規定は個々の国民に対する具体的な法的権利を定めたものではない」としている点の認否を、もともと原告は求めておらず、憲法25条や児法1～3条に基づく、あるいはそれらを具体化した「児法24条の保育所入所措置に関わる規定」を根拠に保育要求権を構成し、これに対応する松戸市、県、国の公的責任を問うているのであって、その点、判決には混同があったといわざるをえない。なるほど、判例上は、朝日訴訟（最高裁判決・昭42・5・24）が生活保護法の保護受給権の法的権利性を認めた以外、社会福祉行政の分野では、施設入所措置をはじめその他の福祉サービスの請求権の法的権利性を認めていないかもしれない。しかし、判例上、認められていないから請求権を認めないのではなく、20世紀初頭以降、人類が文字どおり生命を賭してかちとり築いてきた世界的な生存権形成の歴史にたつて日本国憲法の生存権規定を考察することを忘れてはならないと思う。

とりわけ、1966年、第21回国連総会で採択され、日本も1979年に批准した「国際人権規約」は、それまでの世界人権宣言（1948年）や児童権利宣言（1959年）等と違い、締約国に対し強い法的拘束力をもつ条約である。うち「経済的、社会的および文化的権利に関する国際規約」（A規約）は、生存権内至は社会権的な人権の保障への国家機関の積極的関与を義務づけ、国民がA規約を根拠に立法措置を政治的に要求できるとしている。さらに「市民的および政治的権利に関する国際規約」（B規約）は、自由権的な基本権への国家保障規定であるが、新しい生命権・人間的保障を受ける権利の動向をもち、国民がB規約自体を根拠として直接に国内裁判所に同規約に定められた人権の侵害につき救済を求めることが可能となり、裁判所も救済し執行

を確保しなければならないとしている。いずれも人権が、すべてに優先し、立法上、司法上、絶対的な価値において守られ、保障されねばならないと宣言しており、日本も既に批准したのである。⁽⁴⁾日本国憲法25条にいう「健康で文化的な最低限度の生活」保障を、保育所入所によって受けたいとする期待は、保育に欠ける乳幼児やその両親にとって、緊急かつ必須欠くべからざる人権保障の手段であり、国家はこれに答え、立法上、司法上、行政上、最大限の努力を尽さねばならぬと、A、B規約の多くの条文が訴えていると確認できる。

また、保育に欠ける児童が児法に定める保育所保育保障を受けたいという期待は、憲法25条で保障される範囲や内容に関わる主張であり、このような主張は、朝日訴訟以来、福祉法でも少しずつ深められてきた。たとえば、神戸本山保育所訴訟や名古屋東山保育所訴訟⁽⁵⁾では、保育所の保育環境への要請は憲法上保障されることが認められ、その他、福岡市の住宅困窮者である老人のひとり入居する権利の主張や、第二次藤木訴訟では、裁判・弁護士費用が生活保護費に含まるべきとする主張など、憲法25条の「健康で文化的な最低限度の生活」の規範内容を明確にしていくなかからも生存権の法的権利性が高められつつあるものであり、本件真理子ちゃん訴訟の目的もまた例外ではない。

判決は、児法24条の法的権利性についての判断を避けている。しかし、同24条から保育要求権が発生する過程は、児法の他の施設への入所措置規定と比較しても相当に整備されていて、行為規範としての要件が定まりやすい。24条本文は「児童の保育に欠けるところがあると認めるときは」として、保育に欠けるか否かの認定権を市町村長に与え、市町村長の広範な自由裁量行為であるかのようである。しかし、同条文は保育に欠ける状態の原因を「両親の就労又は疾病等の事由により」とし、さらにその事由を厚生省通達「児童福祉法による保育所への入所の措置基準について」（1961年2月20日、児発129号）で7項目に渡って具体的に

示し、かつ、「市町村長の保育所への入所措置はその家庭が次のいずれかの事情に該当する場合に行なう」として、市町村長の法定要件の認定に関する裁量の余地は既に限りなく縮小し、法定要件に該当すれば保育所保育を受ける権利は羈束的に発生するとしていると考えられる。

仮に、保育に欠けるか否かの認定行為を、市町村長の完全な自由裁量行為とまではしなくても、法規裁量（羈束裁量）行為であるとしても、保育所保育を要求することの法的権利性を認めないとしても、市町村長の保育に欠ける児童への措置義務は、児法24条に明記されていてプログラム規範解釈の余地はなく、これを直接裏付ける児法2条の国・地方公共団体の児童健全育成の責任規定や、憲法25条の規定からも疑いない。

したがって、市町村長には保育に欠ける児童への児法24条本文の措置を一義的に履行するため、あらゆる努力が要請され、不可能な場合は代替措置をもってこれに替え、児法1条の理念や児童福祉施設最低基準に準じた「適切な保護」を提供し、その義務を最終的に履行しなければならない。代替措置をしなかったり、著しく非保育的な代替措置を放置していれば、不作為の違法の瑕疵が明瞭である。

(2) 事務の配分とその行政責任

原告側が「松戸市が要綱で実施している家庭保育福祉員制度は児法24条による制度であり、被告Nらは但書による保育措置業務を松戸市から委託されていたもので、Nらは国家賠償法1条1項にいう公務員だから松戸市は事故についての国家賠償法上の賠償責任を負うべき」と主張したのに対し、判決は「仮に但書に基づく公務であったとしてもその公務は、当時、国の機関委任事務として市町村長が執行していたものだからその公務は松戸市の公務ではなく、経営者Nらも市の公権力の行使を担当する公務員ではないから、すべて責任がない」とした。そこで、原告は改めて児法24条本文および但書の事務配分と、行政庁の責任を明確に

する必要に迫られた。

① 機関委任事務について

日本国憲法の制定により、同92条に「地方自治の本旨」が掲げられ、同94条では地方公共団体が「財産を管理し、事務を処理し、行政を執行する権能」を有することを規定した。ここに地方自治が創設され、官僚主義的中央集権主義から民主主義的地方公権主義への転換を果たすとみられた。地方公権が確立したのであるから、地方公共団体が自主的に実行できる事務は、特に地域住民の利益に直接関わりの深い事務などでできる限り広く認められるべきところ、地方自治法制定(1947年)以降、事務配分は結局、従来の国の事務と、地方公共団体の事務（その固有事務と機関委任事務および団体委任事務）の形で残存してしまった。1955年以降、広域行政の要請の名のもとに、地方自治に対する国の介入・統制は強化され、中央集権的統制強化の傾向が指摘されるようになり、改革論議は沸騰したけれども、現実には殆ど停滞が続き、最終的には1986年、「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」(法109号・以下整理合理化法と略)による大改革を迎えたものである。

一般に、機関委任事務とは、地域的な事務であってもこれを国の事務であるとして国に留保した上で、その実施を地方公共団体の長などに委任して行なわせるものをいう。つまり、この機関委任事務については、都道府県知事・市町村長などはいずれも国の機関たる地位にあるものとされ、国の監督官庁（都道府県知事にあつては主務大臣、市町村長にあつては第一義的に都道府県知事さらに主務大臣）の包括的な指揮監督下に処理することになる（地方自治法150条）。機関委任事務については地方議会は関与できず議決権や調査権を行使できない。原則として条例の対象とならない（同法14条）など、住民自治の反映が困難であること、また、長が機関委任事務の執行を怠るときは主務大臣から（市町村長の場合は都道府県知事から）職務執行命令訴訟を提起され得、職務が代執行されたり、最終

的には長の罷免まで可能となっていて（同法150、151、146条。）、国の機関（長）への指揮監督権限は極めて強大となっている。何が機関委任事務とされているかについては、地方自治法とくにその別表第3、第4が列挙しているが、本件に関連のある市町村長が管理し執行しなければならない機関委任事務は第4表である。

② 児法24条の事務配分と行政責任

児法24条は「本文」と「但書」から成り立っている。

当時、「本文」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。」とあり、「但書」としては「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。」と規定されていた。

まず、「本文」について、「市町村長は……入所させて」までを前段、そのあと「保育しなければならない。」を後段として分け、前段を機関委任事務とし、後段を団体委任事務と考え構成してみる。前段、すなわち、「市町村長がある児童を保育に欠ける法定要件を充たすと認めて入所措置を決定し、特定の保育所—それが市町村立保育所へなら受託処理命令を出し入所させ、それが民間の認可保育所であれば委託契約をして入所させるところまで」が機関委任事務と考えられる。事由は、機関委任事務を定めた地方自治法2条3項但書、同148条、さらに市町村長が管理執行する機関委任事務を列記した地方自治法別表第4・2号(24)に「児法の定めるところにより児童を保育所に入所させ」とあることによる。また、千葉県知事は、「家庭保育制度運営費補助金交付要綱（1973年7月23日・婦372号）」により「児法24条但書により日々保育に欠ける児童について適正なる保護を与えるため、家庭保育制度を行う市町村に対し」補助金を支出したのは、児法24条本文前段、但書前段ともに機関委任事務と認め、だとすると地方自治法232条2項「国はそのために要する経

費の財源につき必要な措置を講じなければならない」ので（それにしては微々たる額だが）支出したのである。つぎに後段、すなわち「保育しなければならない」という保育所内での日々の保育業務は団体委任事務（本来、国の事務であるが地方公共団体そのものに委任され国の指揮監督は及ばない）と考えられる。その理由は、前段の機関委任事務たる市町村長の措置義務を市町村が市町村長を補佐し団体の事務として実行するから、であるが、固有事務としない理由は、まず、市町村が固有事務として処理しなければならない事務を列記した地方自治法別表第2、の中に積極的な規定がないことと、地方財政法10条が、国が経費の全部又は一部を負担する事務に機関委任事務又は団体委任事務をあげ、その中に児童福祉施設の経費があげられていること、さらに、費用支弁の点から、市町村長にまず費用全額支弁義務を認め（児法51条）、しかも設置者支弁方式は市町村が都道府県立施設へ、都道府県が国立施設へ措置した場合のみ例外的に認め、他をすべて措置者支弁方式、つまり入所措置をした市町村長に、まずもって費用全額支弁を認めていることから、費用全額支弁のたて前から日々の保育業務に当る事務は、当然に機関委任事務ではなく、少なくとも団体委任事務と考えられること等々による。

つぎに、「但書」については、文章が本文ほど整っていないので、内容上、これを解釈し、「附近に……適切な保護を」を前段とし、内容上、代替措置としての適切な保護を計画し、認可保育所以外の施設等へ入所を決定し、委託契約を結ぶところまでが機関委任事務、後段、「加えなければならない」を保育の実施そのものと考え、これを団体委任事務と考える。その理由は、まず前段は、本文で、市町村長に発生した機関委任事務としての入所措置義務が保育所の不足等で履行できない場合の、入所措置義務完結のための代替措置の事務であるから、本文の前段の解釈に準じ機関委任事務である。後段は、但書が本文の代替措置であり、その代替の保育の実施も本文後段同様、団体委任事務と考

える。なお、児法51条は24条本文の費用全額支弁を決めていて但書の措置の費用支弁を規定していないので、地方財政法9条により市町村の全額負担となることから、団体委任事務と解してよいと考えられる。

以上のように、児法24条本文および但書の事務配分を解釈することにより、肝心の、24条の公的実務を考察し、判決に論及したい。

④児法24条本文前段の入所措置、および但書前段の代替措置の委託決定までの事務を、機関委任事務と解するにつき、判決が（但し前段・後段と分離はせず全文で解釈しているが）、「機関委任事務だから松戸市の公務でないので免責される」として、機関委任事務を地方公共団体とは無関係な国の事務として国と地方を極端に対立させてとらえている。なるほど現行制度は、現実の地方公共団体の処理している事務を、地方公共団体の事務（固有事務・自治事務）と委任事務（団体委任事務・機関委任事務）とははっきりと分け、機関委任事務については、たとえば福祉の措置行政のようにいかに地域性の強い事務であろうとも、地方議会すなわち地域住民の関与を全く排除するという、「地方自治の本旨」に反した制度となっている。判決はこのような制度上の非自治的な対立を安易に援用したものである。

地方公共団体を利用して国の事務を処理するという中央集権的な機関委任事務が、新しく制定された地方自治法に残存した理由は、「国全体を通じ統一的に処理される国政事務の要請」（地方自治法制定第92帝国議会内務大臣答弁・内務省編「改正地方制度資料」2部）にあり、とくに福祉を中心とする給付行政に多いのは予算の枠内で全国統一的に把握する必要があったためであろう。

地方自治法制定まもなく、1949年のシャープ勧告による三原則を指針に、1950、51年に、のちに神戸委員会勧告といわれた地方行政調査委員会議の勧告や、1963年の第九次地方制度調査会の「行政事務再配分に関する答申」などが次々提言したなかに「国と地方公共

団体との協力・協同関係」論が現われている。この論を契機に、その後の動向について、佐藤功氏は論文「行政事務の再配分⁽⁹⁾」の中で、塩野宏氏の「地方公共団体が法的に国法上いかに位置づけられているかの法的吟味を経ずに協力関係化を性急におし進めることは、かつての後見的監督を復活させるおそれがある」という警告をふまえて、田中二郎氏の「国と地方公共団体との間の適切な機能分担と協力の関係の確立と、そのための機関委任事務方式廃止論」を検討し、新しい事務再配分への提言を行っている。

日本国憲法がその第八章「地方自治」で、団体自治および人民自治の意味における地方自治を保障した地方公権の原理から、地方の行政は、原則として地方公共団体の事務とし、地方住民の創意と責任において実現されるべきことが要請されている。地方自治法2条の事務配分に関する原則は、この要請にたつもので、国の官庁の関与を排しているものといえる。地方自治に対する国の後見的監督を排除するためには、地方公共団体の自主財源を確立し地方公共団体の機能を強化し、一方で、福祉の措置費などは現在の地方公共団体全額支弁第一主義を改め、憲法的要請に立って国庫全額支弁にすべきであろう。整理合理化法による改正以前は、児童福祉法の保育所をはじめとする施設へ入所した場合の費用徴収は費用支弁者である自治体の長として行なうのだから、費用徴収の負担能力の限界を事態を調査し適切な額を決められるはずであるのに、児童福祉法の負担能力認定事務のみが地方公自治法上、機関委任事務となっているため（地方自治法、別表第3、(50)、第4、2、(24)）、毎年、国は地方への行政通達で費用徴収基準を公示すると、地方自治体は、国庫負担金交付の決済基準と考えればよいのに、通達に従わざるをえない事態などは、まさに、地方分権主義に立つ地方自治の本旨を害する行為であったといえよう。整理合理化法により負担能力認定事務も団体委任事務化したのが、改正後も依然として費用徴収基準を公示し、一方で、国庫負担金交付に当り、児童一人当

りの保育単価や保護単価を試算しこれに入所人数を乗じ、費用徴収された分を引いてその差を交付する方法をとっており、機関委任事務方式は実質的に改められていない。自治体も住民の状態を反映させ独自に費用徴収を軽減しようとするればその分だけ自治体の負担増となり、自然、消極的にならざるをえない窮地に追い込まれるのである。本件判決の先の論旨は、まさに潜在的に進行するこのような動向を反映しているものといえよう。

⑩機関委任した国と、国の機関たる地位にある松戸市長の責任について。

国（一義的に千葉県知事、総括的に厚生大臣）から機関委任された松戸市長が、国の指揮監督下、国の事務を代執行する場合、国と市長の代替措置への責任はどのように考えるべきであろうか。

松戸市長に機関委任した厚生大臣や千葉県知事の指揮監督権限の内容は、松戸市長の措置義務履行に関わるものである。したがって、まず、市長が、法定要件に該当する保育に欠ける児童を洩れなく措置決定し、特定の保育所に措置し又は措置委託するまでの事務に関しての指揮監督となる。しかし、本件のように、保育所不足のため、認可保育所以外の施設へ但書の代替措置をとらねばならないときは、代替措置の委託契約（本件でいえば、原告森岡真理子の保育委託に関する松戸市福祉事務所長と郭公子供の家との委託契約—第一審原告側提出証拠として、児童委託幹せん通知書・児童委託申込書・児童委託幹せん通知書あり）までについて国の指揮監督は及ぶとみなければならない。その範囲・内容について重要なことは、松戸市長に、代替措置を実施するにつき、まず、認可を受けられなかった施設への代替措置であるから、認可保育所以上に万全の注意義務が要求されること、また、当時、松戸市長では公立での乳児保育を殆ど実施しておらず、民間認可保育所が僅かに開始していた状況であったため、代替措置の大半は乳児保育であり、乳児保育自体危険を伴うものであるという高度の認識が必要であった。

そこで松戸市長は、家庭保育福祉員の認定の際は、当該施設の、保育目標、施設設備、職員の数や保育者としての資質、そして保育内容（乳幼児の心身の発達を理解した保育か、本件のように危険な状況下で安易にうつぶせ寝を妥当とするような保育がないか等）などについて調査し認定し、その後も実情把握に努力する義務があったが、国の指揮監督も、そこまで及ぶと考えられる。現に、千葉県知事は前述のとおり「家庭保育制度運営費補助金交付要綱」を発令して若干の補助をし、費用負担して機関委任した責任の一端を履行しようとしている。しかしそれ以上の指揮監督を行っていないことは前述のとおりである。さらに、厚生大臣の総括的な指揮監督責任も、当時、無認可保育所が漸増しつつあることを厚生省自身が調査しており（1966年度、2,209カ所、入所児童115,813人）、中央児童福祉審議会の1966年以來の再三の答申にもかかわらず、認可保育所の整備（1966年「保育所緊急整備五カ年計画要綱」）には着手したものの、無認可保育所対策は自治体を実施すべきで国は関与できない（1971年10月14日・参議院社会労働委員会における斉藤厚生大臣の答弁）とするうちに、全国的に前記のような惨事が続発し、本件も発生したのである。以上、判決が、民法24条本文ならびに但書の措置が市長に機関委任されたものとするのなら、この三段構えの責任がある。

⑪松戸市長から代替措置の実施を団体委任された松戸市は、本件では、郭公子供の家に委託して「適切な保護」義務を果そうとしたといえる。認定された家庭保育福祉員を雇用し、既に、原告を受託するについての契約を松戸市長との間に締結し、具体的に松戸市から代替措置としての保育業務を開始した被告郭公子供の家の経営者Nは、次のような理由で松戸市の「公務員」であり、Nの、真理子窒息致死に関わる不法行為責任について、松戸市に国家賠償法上の責任がある。

国民が行政活動によって損失を受けたときについて、憲法17条が公務員の不法行為による損害賠償を定め、この原則を受けた国家賠償法が国・地方公共団体の責

任について定めている。そこでは、4種の賠償責任が定められているが、本件に関しては、第1条第1項の「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に任ずる」の規定が該当する。つまり、郭公子供の家内での保育業務が、「公権力の行使」に当るか、また、経営者Nを松戸市の「公務員」といえるかが重要な点となる。判例、学説は広義説、狭義説、最狭義説に多岐に分れているが、被告らは、最狭義に解し、公権力を国家統治権に基づく優越的な意思発動作用のみに限定し、本件は該当せずとしていた。判決は、先述のとおり、公権力概念解釈の前に、24条但書に基づく公務は機関委任事務だから松戸市の公務ではない、として公権力の行使でもなく公務員でもないとした。しかし、既に詳細に述べたように、郭公子供の家での保育業務は松戸市の公務であるから、この公務を委託され、契約を結び、要綱上の指導下にあり事実上の公務を執行した経営者Nは「公権力の行使」に当る「公務員」である。原告も同旨だが、公権力概念を公務を委託した場合にも拡大して考える広義説は、国や地方公共団体の行政作用のうちから純然たる私経済的作用と国家賠償法2条関係を除き、いわゆる非権力的作用も「公権力の行使」に含めるとするもので通説になりつつある。¹⁰⁾「措置の委託」行政が大半を占める福祉給付行政上、損害発生への国や地方公共団体の責任を明確にし、受給者の被害を最大限填補しようとする考え方で、国家賠償法1条が過失責任主義に立ち被害者側で加害者の過失を立証しなければならぬ欠点を除けば、¹¹⁾今後、裁判上、積極的に援用されることが期待される。

5. 行政権限の不行使と国賠償責任

千葉県知事の責任に関する原告側の主張のうち、民法58条2項（のち1981年、1987年に改正され、現行、59条）に「児童福祉施設（保育所を含む）であって都道府県知事の認可を受けない施設については、知事は

都道府県児童福祉審議会の意見をきいて、その事業の停止又は施設の閉鎖を命ずることができる」とあることから、これらの権限を適切に行使するためには立入調査を行うことが必要であり、知事はこれを怠った違法性があるとしていた。これに対し判決は、同条文に立入調査権限が明記していないことを理由にこれを認めなかった。しかし、原告主張のとおり、無認可施設の事業停止や施設閉鎖を命ずるのに、調査もせず、いきなり命令を出すことは事実上不可能であり、不可能なもの押し通す論理は、知事の監督権限の不行使を正当化しようとするもので、58条2項は死文に等しいといえよう。

また原告側は、仮に立入調査権が存在しなくても、知事は「行政指導」により実態調査を行うべきであり、厚生大臣も知事を指揮監督し、立入調査を行わせるべきであったと主張した。しかし判決は「行政庁の権限行使は原則として自由裁量に属し、不行使が国家賠償法上の違法を成立させるには、『裁量権の消極的濫用ともいえる程度に不合理』な場合に限られ、そのためには、少なくとも国民の生命・身体・財産への切迫した危険が存在し、行政庁においてそれを知り得たことが必要」とし、本件については、本件事故発生以前に千葉県下の家庭保育福祉員制度を受ける施設において乳幼児の死亡事故が発生していたわけではなく、また、本件保育所は、松戸市の家庭保育福祉員制度要綱の要件を満たしており、事故発生前に格別問題はなかったし、保育上の問題点につき知事または厚生大臣に対し、原告を含む誰からも申し入れはなかったから、行政庁において本件事故発生 of 具体的蓋然性を認識していなくても止むをえない、として知事・厚生大臣の監督権限の不行使に違法性はないものとした。

この判決の「」の部分、被告千葉県が引用した、食品公害に関わるカネミ油症全国統一訴訟の判決（福岡地裁小倉支部判決、昭和53・3・10）の理由中に示された論理をそのまま援用したものである。すなわち、行政上の監督権限の行使は原則として自由裁量行為事

項であるとし、結論的には国の賠償責任を否定し、被告製造会社だけの責任が問われたものだが、国の責任を否定するに際し、『裁量権の消極的濫用の法理』を打ち出し、一定の具体的な状況のもとでは行政の自由裁量権の範囲が収縮するとし、国に国家賠償責任の成立する可能性を示唆した点が、本件真理子ちゃん訴訟判決にも採用されたのである。両判決の、この部分に関する共通点は、①行政庁は権限を適正に行使すべき責任は負っているが、大幅な自由裁量権が与えられていて、その責任は個々の国民に対する法律上の義務でないこと、②自由裁量権が収縮制限されるのは、人の生命身体等に具体的な危険が切迫し、かつ、それを行政庁が知り得た場合に限るなどの厳しい制限を設けたことである。そして、両判決とも、②の点をいずれも否認し、結果、国の賠償責任を否定したものである。このような考え方は、裁量権収縮理論¹¹²とよばれ、従来のいわゆる行政便宜主義の法理（行政庁が法律で授權された規制権限を行使するか否かの決定は、行政庁の自由な判断によるとする伝統的な行政法理論）の修正理論とされているところであるが、原告側が引用した、千葉県野犬幼児咬死事故の判決（東京高裁判決、昭和52・11・17、判例時報875号17ページ）も、理論的には同じ立場にたちつつ、②の点についてこれを積極的に容認し、つまり、行政庁の裁量権を殆ど零に近く収縮してとらえ、野犬を捕獲すべき県の権限不行使が全面的に認められたものである。また、薬害に関わる東京スモン訴訟判決（東京地裁判決、昭和53・8・3、判例時報899号48ページ）も、同じ裁量権収縮理論に立ち具体的な事情を考慮し、厚生大臣の裁量権を限りなく収縮させ、キノホルム剤の製造承認の撤回権を適正に行使しなかった不作為が国賠法上の違法な加害行為に当たると認めた。しかし、同じスモン訴訟でも、北陸スモン訴訟判決（金沢地裁判決、昭和53・3・1、判例時報879号26ページ）は、先の②の点については逆に、厚生大臣の安全確認義務を薬事法上の法的義務としてとらえ、その安全確認には大幅な自由裁量権は

なく、万全を期さねばならないのに製造許可・輸入承認に厚生大臣の過失があるとして、国の薬事法上の監督責任¹¹³をストレートに法的責任として認めたのである。さらに続く福岡スモン訴訟判決（福岡地裁判決、昭和53・11・14、判例時報910号33ページ）では、北陸スモン判決を超えるものがあるが、とくに国の責任について「人の生命・健康の保全が国政の中心に据えられるべきことは新憲法下、その13条、25条等から自明であり¹¹⁴」とし、欠陥医薬品と過失の推定について「消費者の生命身体に副作用被害を及ぼしただけで、薬品供給を可能ならしめた国の過失は推定される¹¹⁵」とまで断言し、国の違法性のところでは「欠陥医薬品かと疑わしめる情報があるときは、自由裁量性の余地はなく、いかに医薬品の安全性を確保するかだけである¹¹⁶」として、国の主張した自由裁量権を排し、裁量収縮論と趣きがやや異なるが、その違法性を認めた。

この福岡スモン判決の示した、国民の生命・健康に関わる国の行政では、自由裁量論は存在しえず、予見可能性があれば違法性認定の決め手とすることができる、という極めて明快な論旨は、本件真理子ちゃん訴訟の今後に大きな示唆を与えているものといえよう。

このように、食品害・薬害の事例において、国の行政権限の不行使による損害発生防止の懈怠に広く国の責任が認められてきたが、国民の安全確保のために、まず、行政指導を含む何らかの規制措置をとるべき国の義務を前提とし、そして、予見可能性が存在すれば直ちに行政の作為義務違反に結びつけていくような、福岡スモン判決に端的に完結した論旨に、強い影響を与えたのは、やはり下山瑛二氏の学説であろうか。¹¹⁷

これを本件真理子ちゃん訴訟に適用できないかについて考えてみると、先に詳細にみてきたように、憲法上の生存権的な人権保障を具体化した見解において、その24条本文（とりわけ「乳幼児保育」措置）に基づく但書の代替措置による、という実定法規から国の安全確保義務は当然に引き出しうること、さらに、当時、「切迫した危険」が次のような状況から明らかに存在し、

危険発生の予見可能性は十分にあったことがあげられる。

まず、④一般に、「乳児保育」そのものが、いかに生命の危険を伴うものであるか。

1973年（事件発生の前年）の全国乳児死亡総数は、23,683人。うち「不慮の事故」死が1,080人(4.6%)、そのうち本件と同じ「食物その他物体による機械的窒息死」は実に740人にのぼっている。つぎに⑤保育施設内乳幼児事故死数を、事故に遭遇した親たちの「考える会」の調査報告書「130の小さな叫び」¹⁹⁾で見ると、1968年から本件発生の1974年までの6年間で、本件を含め46件、うち公立保育所2件、認可保育所3件、無認可保育施設41件となっている。この46件中、乳児が39人を占め、うち26人が窒息死と判明している。なお、その後、1982年までに更に84件の死亡事故が発生し、うち実に82件が無認可施設で起っている。但し、同調査は、新聞報道や口コミなど限られた情報集取であり、実数は更に多いものとみられる。しかし、この調査から歴然とする点は、無認可施設内事故が約95%に及ぶことで、社会事業法、児童福祉法、児童福祉施設最低基準などにより法的規制を受けることが保育水準を上げる効果をもたらしているのがわかる。

さて、厚生省は乳児の不慮の事故の詳細な実態について④のように毎年把握しているのが知られるが、この実態に関する情報を各都道府県にも流し、指導していたことが推測される。ところが、本件のように「事故発生の予見性」となると、判決のいうように「本件発生以前に、千葉県下の、家庭保育福祉員制度を受ける施設において」と狭く限定して、「乳幼児の死亡事故は発生していなかったから」と縮小化しようとする。

しかし、仮にも、乳児保育が中心であった家庭保育福祉員制度を要綱を作り策定する行政庁には、中央行政庁からの情報を正しく把握して、まず乳児保育自体の危険性について、厳しい認識をもつことが要請されていたのである。当時、保育施設内事故死は千葉県下にこそ発生していなかったが、千葉県周辺の地域では、

本件発生までに東京都で18件、埼玉県・神奈川県で各3件発生しており、とくに72年発生の東京都野市の家庭福祉員制度下の乳児死亡事故にかかわる担当福祉員の自殺、また都足立区の竹の塚ベビーセンター事件が大きく報道されていたから、無認可保育施設の危険性は予見でき、(要綱による認定した施設であっても)「行政指導」としての実態調査をすべきであったのである。調査を実施していれば、本件発生当時の当該施設の実態〔乳児6名、幼児6名を受託。職員は、認定を受けた福祉員が既に2名退職。1名は福祉員の登録するも階上の碁会所手伝いで保育に当らず。事件の2月当時は、経営者N(栄養士。2歳児がいるため福祉員の認定受けられず。保育に当らず給食調理担当と証言。)と、A、B2名の福祉員(Bのみ保育資格)が活動。しかもBは午前中のみパート勤務のため、午後は実質的にA1人。なおかつAは、12時30分より14時まで児童の午睡時間を自らの休憩時間に当てていたから、この1時間30分は連日、保育者不在。事件当日も、12時40分に外出したAが帰り、真理子ちゃんの異常に気付いたのは15時。〕が、市の家庭保育福祉員制度要綱の基準(特に要綱6条の「福祉員1名につき児童3名以内、共同保育の場合は5名まで」に違反)を大きく割り、かつ午後は保育者不在の時間帯を平常から設けていたなど、いかに低劣な保育であったか、既に児法58条2項の「無認可施設への事業停止又は施設閉鎖命令」を適用すべき事態であったことが理解できたはずである。

このように見えてくると、事態はまさに「生命に対する切迫した危険が存在」していたのであり、このような緊急かつ重大な事態においては、千葉県知事に家庭保育福祉員制度下の施設はもちろん、無認可保育施設全般の実態調査を実施すべき作為義務は当然に生じていたのである。したがってその作為義務の不行使や、家庭保育福祉員制度要綱明記(同11、12条)の指導も実施していない松戸市への、同制度に基づく補助金交付者としての、あるいは松戸市長へ機関委任した千葉

県知事としての指導監督権限の不行使は、判決が、本件は該当せずとした「裁量権の消極的濫用ともいえる程度に不合理」な場合に、まさに該当するのであって、

注)

- (1) 論考の基本的資料は、「真理子ちゃん訴訟・最終準備書面」1987・3・13、および、「判決文」。判例時報1302号
- (2) 参考文献は、倉岡小夜「真理子ちゃん訴訟と保育要求権」・保育の研究・4号・保育研究所編・1983年・P48。
- (3) 中村睦男「社会権の解釈」有斐閣・1983年・P17以下に詳しい。
- (4) 国際人権規約・B規約正文「International Covenant on Civil and Political Rights」は、『国際人権規約』日本評論社・法学セミナー・1979年5月臨時増刊に掲載。参考文献としては、小寺初世子「国際人権規約の発効」ジュリスト613号・1976年。
- (5) 神戸本山・名古屋東山両保育所訴訟については、倉岡小夜「本山・東山保育所事件」・小川政亮編『社会保障裁判』所収、ミネルヴァ書房・1980年・P332以下。
- (6) 河野正輝「ひとり暮らし訴訟」・小川政亮編『社会保障裁判』所収、ミネルヴァ書房・1980年・P284。
- (7) 小川政亮「第2次藤木訴訟東京地裁判決所感」ジュリスト699号・1979年。
- (8) 佐藤功「行政事務の再配分」・田中二郎先生古稀記念『公法の理論・下I』所収、有斐閣・1977年・P1832以下。
- (9) 前掲、(8)と同じ。
- (10) 下山瑛二「国家補償法」・現代法学全集13巻・筑摩

国家賠償法上の違法評価は受けざるをえないと考える。

(くらおか さよ：聖徳学園短期大学教授)

書房・1973年・P93以下。

- (11) 援用された判例として、公立・民間経営委託だが、福山愛生会精神薄弱者授産施設事件がある。広島地裁福山支部判決、昭和54・6・22、判例時報947号。
- (12) たとえば、原田尚彦「行政責任と国民の権利」・弘文堂法学選書9・1974年。阿部泰隆「義務づけ訴訟論」・田中二郎先生古稀記念『公法の理論・下II』所収、有斐閣・1977年・P2103。阿部泰隆「行政裁量と行政救済」三省堂、1987年。
- (13) 森島昭夫「北陸スモン判決の問題点」・ジュリスト663号・P15、1978年。
- (14) 福岡スモン訴訟第一審判決文・「第四、被告国の医薬品安全性確保義務の存否、四、まとめ・2」判例時報910号、P115以下。
- (15) 前掲(14)、判決文、「第五、医薬品安全性確保義務の顕現、三、欠陥医薬品と過失の推定2。」判例時報910号P133。
- (16) 前掲(14)、判決文、「第六、違法性について、2。」判例時報910号P140。
- (17) とくに下山瑛二「薬害と国の責任」、ジュリスト547号、P67、1973年。
- (18) 厚生指標「国民衛生の動向」厚生統計協会編、1975年版。
- (19) 保育施設での事故例調査報告書「130の小さな叫び」・径一ちゃんの死をムダにしない為に保育を考える会編。1982年。