



Title	危険管理責任における不作為の違法要件の検討
Author(s)	遠藤, 博也; ENDO, Hiroya
Citation	北大法学論集, 36(1-2), 459-483
Issue Date	1985-09-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16484
Type	departmental bulletin paper
File Information	36(1-2)_p459-483.pdf



危険管理責任における不作為の違法要件の検討

遠藤博也

- 一 序 説
- 二 四条件の性格
- 三 四条件の個別的検討
- 四 四条件の相互関係の検討

一 序 説

一 近年における国家賠償責任のいちじるしい拡大がみられる主要分野は、行政が自然や社会に存在する危険を適正に管理し損害の発生を防止しなかった、という不作为の違法を理由とするものである。筆者のいう危険管理責任（拙著『国家補償法上巻』二一九頁、三七七頁以下）であり、阿部泰隆教授の「行政上の危険防止責任」（判例評論二三二、二三三、二六九、二七〇、二七一号参照）である。

同じく不作为の違法を理由とする国家賠償責任であっても、日照紛争収拾のための行政指導の間の建築確認の留保や、違法建築物に対する水道の供給の拒否（水攻め）のような場合には、行政の不作为そのものが損害の直接の原因であり、一般の作為による損害賠償責任における責任根拠・要件がそのままに妥当する。ところが、これに対して、危険管理責任が問題となる事例にあつては、損害の直接の原因は薬害であり、土地災害であり、犯罪であり、野犬であり、砲弾の暴発であり、などなどの自然や社会における危険にある。行政の責任は、もっぱらこのような危険を適正に管理し損害の発生を防止しなかったところにある。さきの不作为責任が一般の作為同様にいわば打撃ミスないし打撃過剰によるものであつたのに対して、ここにあつては、守備ミスによるものであるということができよう。

このように、危険管理責任における不作为の違法が守備ミスであらわすものだとするれば、守備ミスの前提として、おのずから守備範囲が問題とならざるをえない。レフトフライについてライトに守備ミスの責めをおわせることができなからである。このような事情は危険管理責任における責任根拠・要件、すなわち全体としての責任の構造が一般の国家賠償責任におけるとは異なるのではないかとの推測を生じさせる。本稿は、危険管理責任における不作为の違法の要

件の検討をつうじてこの問題を解明しようとするものである。

二 危険管理責任の特殊性は、いわゆる反射的利益論が論じられる点にもあらわれている。

スモン訴訟の諸判決を例にとると、被告国側の主張する反射的利益論はことごとく排斥の憂目にあっている。ただ、その排斥の仕方は、それぞれニュアンスに富んだものであって、同一ではない。①至極簡単に、反射的利益論は抗告訴訟の原告適格に関するものであって、損害賠償制度においては制度目的を異にする（福岡地判昭和五三年十一月四日判例時報九一〇号三三頁以下、一五一頁）、次元を異とする（広島地判昭和五四年二月二二日判例時報九二四号一九頁以下、六二頁）、論理上関連がない（静岡地判昭和五四年七月一九日判例時報九五〇号一九頁以下、二三六頁。大阪地判昭和五四年七月三一日判例時報九五〇号二四一頁以下、二九八頁）などとするものがある。②また、問題となっていない身体、健康という固有の法益が反射的利益でないことを積極的に判断したうえで、行政の違法な行為（不作為）と損害との間に相当因果関係があれば足りるとするタイプのものがある（金沢地判昭和五三年三月一日判例時報八七九号二六頁以下、四七頁。東京地判昭和五三年八月三日判例時報八九九号四八頁以下、三一二頁。京都地判昭和五四七月二日判例時報九五〇号八七頁以下、一八四頁）。③さらに、そのほか、反射的利益論は薬事法の趣旨目的を問題としているものと理解したうえで、これについて判断しているもの（札幌地判昭和五四年五月一〇日判例時報九五〇号五三頁以下、八〇頁）、反射的利益論はそのまま適用することができないとしつつ、第三者に対する関係での違法を問題としなければならぬとするもの（前橋地判昭和五四年八月二二日判例時報九五〇号三〇五頁以下、三三一頁）がある。

しかしながら、他方で、反射的利益論を国家賠償請求訴訟において明言している判決例が存在している。たとえば、違法業者を通産大臣が取締るべき義務を怠ったとの主張がされた事案で、「正規業者の該利益は、通商産業大臣の権限行使に伴う反射的利益にすぎないものであって、直接これら法令によって保障された利益ではない」とし（東京地判昭

和四四年一月二五日判例時報五八〇号四二頁）、ふぐ中毒事故に関し、食品衛生法上の「権限行使によって得られる各個人の利益は反射的利益にすぎず、権限を行使せずに発生した結果について行政上の責任を問われることはともかく、特定の個人に対して損害賠償責任を負うことは原則としてない」とする（大阪高判昭和五五年三月一四日判例時報九六九号五五頁）のがその例である。海水浴場での水死事故について、地元地方公共団体の監視救難などのサービスを「公益の見地からの便宜供与」にすぎないとするもの（東京地判昭和五四年一〇月二三日判例時報九六二号九七頁）などもこれに数えることができよう。上記のスモン訴訟の諸判決のうち、②と③は必ずしも反射的利益論を全面的に否定するものではないし、そのことごとくが薬事行政の経緯を追うことによつて、薬事行政がみずから薬害防止をその守備範囲内のものとしてきた事実から規範的にも守備範囲内にあるべきだとする論証の努力をしている点で、結局は、反射的利益論をやっているに等しいといふことができる。

したがつて国家賠償請求訴訟においても、損害にかかわる被侵害法益が問題となつている関係法令上に保護されているものかどうかの判断が必要とされる点がある。抗告訴訟の原告適格論における共通のものがあるといわなくてはならない。ただし、損害賠償制度上保護に値するかどうかと、抗告訴訟制度上保護に値するかどうかとは、次元を異にすることに留意する必要がある。そこで、この点の差異を明確にする見地からすれば、反射的利益論という用語はむしろさけたほうがよいといえるであらう。ここでの問題は、結局のところ、筆者のいう行政の守備範囲論であり、あるいは個別根拠法令の保護範囲なり射程範囲の問題であるから、そのような用語のほうがベターだと思われる。

三 もうひとつ、危険管理責任事例において、しばしば争点とされるものに自由裁量論と裁量収縮論がある。

一方で、被告行政側は、行政権限行使について、なすとなさざるの自由をもつことを強調し、この点の自由裁量が例外的に「著しく不合理」となる場合にかぎつて、不作為が違法となる立場をとる。これに対して、他方で、原告側は、

裁量収縮の理論により、具体的事情・情況のもとで裁量が収縮し、選択の余地が一つしかありえないものとなっている。ゆえにこれをとらないことが違法だとする立場をとる。それぞれそれなりに成り立ちうる理論構成であろうが、しかし、ここでも抗告訴訟における裁量論と損害賠償請求訟におけるそれとが次元を異にするものであり、判断構造を異にすることに注意しなければならない。（拙稿「行政法における法の多元的構造について」公法の課題七七頁以下、九五頁）。抗告訴訟においては、行政処分形の形で示された行政庁の認定判断がそのまま最終的（ファイナル）なものとして通用するのか、それとも司法権による再審査（レビュー）をうけて裁判所の認定判断によってとって代わられる可能性を残した一応のものにすぎないのか、という見地から行政の裁量が問題とされる。行政庁の公権的判断の存在を前提としてこれを再審査する形をとるため、伝統的学説は抗告訴訟を覆審的訴訟構造をとるものとしていた。これに対して、国家賠償請求訴訟は民事訴訟手続によるものであり、始審的訴訟である。裁判官は、はじめて責任要件充足の有無について判断するのであって、いくら行政庁の公権的判断が存在しようが、それは事実として存在する教ある事情のひとつにすぎない。第一、行政庁の認定判断の適否を根拠法令にてらして判断しようとするものではない。現に生じた損害についてその填補責任ないし負担を誰におわせるのが公平であるのかの見地に立って、被害者側、原因者側の諸事情を総合判断するものである。判断枠組、判断資料をおよそ異にしているといわなくてはならない。

ここでの判断は、要するに守備ミス型の危険管理責任において守備ミスがあったかどうかであり、自由裁量論から出発しようが、裁量収縮論から出発しようが、それだけでは、ただちには解答が出てこない独自の責任構造・要件をもった複雑なものである。

四 はたして判例も、守備ミス型の危険管理が独自の性格のものであることをみとめ、この場合の不作為の違法について独自の要件をかかげる傾向にある。判決例の表現はそれぞれニュアンスに富んでいるが、最大公約数的にはつぎの

四条件があげられるのが例である。

まず第一に、被害にかかわる被侵害法益の重大性であつて、生命、身体の安全、健康などがそれである。スモンなどの薬害被害であれ、新島砲弾暴発事件（最判昭和五九年三月二三日民集三八卷五号四七五頁）であれ、ナイフによる犯罪被害（最判昭和五七年一月一九日民集三六卷一号一九頁）であれ、崖くずれによる宅地災害事例（大阪地判昭和四九年四月一九日判例時報七四〇号三頁）であれ、人の生死、健康にかかわるものであつたことが、行政の不作為の違法をみとめる重要な要素となつている。

第二の条件は、予見可能性であつて、重大な法益侵害の危険が切迫していることを現に予見したか、または、容易に予見することが可能であつたことである。この要件中の危険の「切迫性」は、突発的事故タイプ以外のものについては、かならずしも妥当しないのではないかとの見解があり、争われている。

第三の条件は、回避可能性であつて、行政権限を行使しさえすれば、いとも容易に結果の発生を防止することができたとするものである。ここにおいても、権限行使の容易さ、それによる結果回避の容易さ、をどの程度要求するかについて人の見解は分かれる。後に論ずるとおりである。

最後に第四の条件として期待可能性があげられる。重大な法益侵害について、行政には予見可能性も回避可能性もあつて、行政権限を行使しさえすれば、容易に危険を防止できる反面、被害者たる私人の側には、危険を予見しこれを回避する手段をもたないなどの事情から、社会通念上、行政権限の行使を期待し信頼することがもつともだと思われる事情が存在することである。薬害のような薬の副作用によるものについて、一般私人は危険を回避するに必要な情報を手にもっていない。行政に頼らざるをえない事情がある。京都スモン訴訟判決が「厚生省さえしっかりして早期に規制してしてくれたら、もっと早くスモンの発生を防止できたのにとの国民の嘆き、非難は即厚生大臣の不作為に対す

る評価といえる」(前掲一八六頁)としているのは、このような信頼、期待を裏切ることが違法であることをよく物語っているといえよう。

さて、以上の条件は、全体として、また、それぞれいかなるいみをもつのであろうか。

二 四条件の性格

一 以上の法益条件、予見条件、回避条件、期待性条件のあわせて四条件からなる要件は、いかなる性格をもつものであるか。

まず第一に、当然のことながら、それは危険管理責任型の不作為の「違法」性の要件である。形式的にみるかぎり、数ある責任要件のひとつにすぎない。他に、故意過失、因果関係、損害などの要件が存在している。とはいうものの、以上の四条件をみると、他の責任要件と重なるものが少くないことに気がつく。まず、損害は、法益条件のところすでにふれられている。生命の喪失、重篤な健康障害など重大な被害、被侵害法益の重大性が、最も重要な条件のひとつとされている。これがあればこそ、行政の権限行使に対する期待可能性もまたみとめられるものといえよう。軽微な被害についてまで行政の不作為責任がみとめられるわけではないのである。ということ、ついで、行政の不作為と損害との因果関係もやはりこの要件の中にとりこまれていることをいみする。特定の損害との関係において行政の権限行使への期待可能性が論じられているからである。さらに、故意過失判断は、予見条件と回避条件の二つによって与えられていると理解することが可能である。

このようにして、四条件からなる不作為の違法要件は、単なる違法要件にとどまることなく、さらにそれをこえて危

險管理責任型の不作為の責任要件のすべてであるときとさへみることができそうである。もちろん、四条件の全体ならびにそれぞれについて詳細な検討をおこなう前に、このような結論を急ぐことは早計であろう。それぞれの概念のカバーする範囲に重複する部分が見られるとしても、判断の特色がかたや定型的類型的であるのに対して、かたや個別的具体的であるなどの差異がみられるのがふつうであるから、重複のあることのゆえをもって兩者を同一とみることは早計のそしりをまぬがれないことがあるからである。しかしながら、そのような点の留意をしつつ、以上の四条件からなる要件が相当程度に包括的なものであり、責任要件の相当部分を広範にカバーすることによって、責任の成否を実質的に左右するものであることは否定できないように思われる。

二 判例学説に登場する反射的利益論、裁量収縮論もこの四条件からなる要件の中にふくまれているものとみることが出来る。これまたこの要件の包括性を示すものといつてよいと思われる。

まず、反射的利益論に対しては、この四条件とりわけ最後の期待性条件が答えを与えている。四条件全体の読み方、とくに、法益、予見、回避の三条件と最後の期待性条件との関係のとらえ方は、はっきりしない点が残されているものの、前三条件が成立したうえで期待性条件が加われば、行政の権限行使を期待することが当然だとするのであるから、それはまさしく反射的利益ではないとする判断を示していることになる。

ついで、自由裁量論から出発して「著しく不合理」な場合にかぎって例外的に違法となるというアプローチをとろうが、裁量収縮論により、複数存在しえた選択の余地が具体的事情・情況のもとで、単一の選択しかありえないものに収縮しているとするアプローチをとろうが、いずれにせよ具体的な違法判断の基準を必要とする。アプローチはともかく、何をもちて違法とするかの基準がなくてはならない。四条件からなる要件はこの必要にこたえるものであるといえよう。

三 さらに、筆者のいう守備範囲論、守備ミス論にあたるものをこれら四条件の中に見出すことも可能である。少し大きっぱなことをいえば、反射的利益論は守備範囲に関する議論であり、裁量収縮論は守備ミスに関する議論であるから、これらに関して右にのべたことが、ほぼパラレルに守備範囲論、守備ミス論に妥当するからである。

すなわち四条件中とりわけ最後の期待性条件は問題となっている損害発生防止が行政の守備範囲内にあるとする判断を示している。また、法益条件、予見条件、回避条件をあわせると守備ミスの判断を示しているとみることができ。重大な法益侵害について予見可能性も回避可能性もあったのにそれを怠ったというのは、守備上の手落ち手ぬかりをあらわすものだからである。

ただ、守備範囲論と守備ミス論とが、それぞれ上記四条件中、期待性条件とその他の三条件に機械的に対応する形で整然と整理できるほど簡単なものとはいえないであろう。論理的には、守備範囲内にあつてはじめて、守備ミスを論ずることができるはずであつて、前者の判断を前提として後者の判断があるという二段構えの構成をとるものとみられる。しかし、実質的には、一方で、守備範囲内にある以上は当然にミスだとみる見方もあれば、他方で、少し乱暴ながら、所詮ミスった以上は守備範囲外とのいい逃れはできないとする見方もありうるであろうから、両者の判断の間には密接な関係があり、むしろ一体不可分に一体的な判断が下されているのではないかと思われる。四条件についても、前三条件がそろえばおのずから第四の期待性条件がでてくるようでもあり、逆に、第四の条件のいかんによって、第二、第三の予見、回避条件の内容が左右されるようでもある。内部的に相互関係はさまざまありながら、あわせて一体の判断がされているといつてよいようである。

四 四条件からなる要件は、四条件バラバラにみることもできるものの、また、四条件あわせて一本とみることもできる。重大な法益侵害について、その危険が切迫していることを行政が容易に予見することができ、かつ、行政権限を

行使しさえすれば、いとも容易に損害発生を防止することができる反面、被害者となった一般私人にはみずからこれを予見し回避できないなどの理由から、行政の権限行使を期待するのが社会通念上もつとんどと思われる特別の事情が存在するときには、それにもかかわらず、行政が権限行使しなかった場合にその不作為は違法となる。このあわせて一本の判断は、常識的にそれなりにわかりやすい。行政が予見し回避できるものについて、すなわち、決して行政に不可能を強いることにはならない場合について、加えて、生命、身体の安全、健康などの被侵害法益がきわめて重大な場合にかぎって、しかも、行政の権限行使を信頼、期待して然るべき特別の事情が存在することを要件として、守備ミス型の不作為の違法をみとめようとするものであるから、常識的にも納得できる線を目指しているものといえよう。それとして評価に値するものと考えられる。

しかしながら、それぞれの条件について、どの程度のものが要求されるかについて、人の価値判断が分かれるのみならず、とくに最終結論とでもいうべき最後の期待性条件ならびにこれを核心とするあわせて一本の判断には、政策的判断としての色彩を否定できないのである。というのは、先に引いた京都スモン訴訟判決がいみじくも示しているように、行政にかける人の信頼・期待の程度によって期待性条件充足の基準が自在に動くものであり、それに応じて違法性要件全体の基準が動くものだからである。言葉のうえで、あちらからこちらからも一応限定づけられた条件からなる要件のようにみえつつ、あわせて一本の政策的判断がその実体をなしているというのが本當の姿のように思われる。野犬事故を不幸な事故とみるか行政の責任とみるか、水害を天災とみるか人災とくに行政の責任とみるかは、人の総合的な価値判断によって異なってくる。その判断の結果をパラフレイズすれば四条件のような形になるという、ただけであって、それは結論の合理化にすぎないとさえいって過言でないように思われる。

このようにして、実のところ、あわせて一本の政策的判断にすぎないとしても、まさにそれゆえにこそ、四条件の内

容に立入った検討を加えることによって、個別的にも、あわせて全体の要件についても、具体化の試みをする必要があると思われる。要件が不明確、不確定のままでは、実用法学の要請にこたえることができないのみならず、根本的には、責任要件がグラグラしたままで責任の成否を決するものとすれば、広義の法治主義の見地からしてもゆゆしい事態とらわゆるをえないからである (cf. James A. Henderson, Jr., *Expanding the Negligence Concept: Retreat from the Rule of Law. in Perspectives on Tort Law.* ed by Robert L. Rabin, second ed. p.108 ff.=51 Indiana Law Journal 467 (1976)).

そこで、以下、本稿では、四条件の個別的検討とその相互関係の検討をつうじて、本要件の解明の一步としたい。

三 四条件の個別的検討

一 法益条件 損害が重大な法益侵害にかかるものであればこそ、行政の守備ミスとしてその不作為責任がみとめられる。たとえば、学校事故においても、児童生徒の死亡事故であり、失明、半身不随その他重篤な後遺症をとまなう人身事故であればこそ、学校の責任が肯定される。スリ傷、切り傷程度でいちいち責任がみとめられるわけではない。その程度のことには保護者としても予期し覚悟のうえであろう。しかし、まさかわが子が学校で死亡事故や失明事故にあらうとは予想だにしないことであって、せめてそのような重大な事故にあわないだけの安全性の確保を学校側に信頼し期待しても常識的に無理からぬものがあるといえる。このように、法益の重大性が後の期待性条件の重要な要素となっている。これは守備ミス型だからである。打撃ミスや打撃過剰の場合は必ずしも法益条件は重要なキメ手になるとはかぎらない。たとえば、教師が法の許さない体罰を児童生徒に加えたとき、たんなる軽傷であろうが精神的ショックにすぎ

ないものであるが、その損害を賠償すべき責任が生ずる。直接の加害者としての責任だからである。守備ミスと打撃ミスとこのように事情を異にするわけである。

そこで、法益条件については、被侵害法益の重大性の程度に応じて段階づけをすることが考えられる。

(1) まず、生命、身体の安全、健康が第一にあげられる。薬害、犯罪被害、野犬事故、宅地災害等々の危険管理責任の不作為の違法の有名事例の大半は、このような法益侵害にかかわるものであった。すなわち、重大な人身事故であった。右にのべた学校事故もそうであるし、また、国賠法二条の事例中、道路事故と並んで、その数が多い河川、ため池等への子供の転落水死事故もそうである。危険責任か危険管理責任か見方が分かれうるものであるが（拙著『国家補償法上巻』二二二頁）、予防接種事故もその一例である。

(2) つぎに第二に、生業生計の基盤、生活の本拠の喪失をあげることができよう。高知南国市の廃ビニール事件における漁業被害（高知地判昭和四九年五月二三日判例時報七四二号三〇頁）、河川水害のうち、多数の家屋が流失した多摩川水害（東京地判昭和五四年一月二五日判例時報九一三号三頁）、農地が流失し以後三年収穫がえられなかった川内川水害（鹿児島地判昭和五三年十一月一三日判例時報九三九号三〇頁）などがその例である。南国市廃ビニール事件は廃棄物公害にかかわるものであるが、大気汚染、水質汚濁などによる公害被害であって、生業の基盤に甚大な被害をもたらし、生活の本拠たる住居の移転を強いるものはここに数えられるべきであろう。もちろん現に重大な健康被害を生じさせている場合にあつては、第一の類型に属することはいうまでもない。

(3) 第三順位の類型として、日照阻害、通風障害、騒音などの近隣公害による被害をあげることができよう。公害ではあるものの、生業の基盤、生活の根拠の喪失をもたらすほどの程度にはいたらないものである。判例は、第一、第二類型におけると異なり、ここでは比較的に行行政の責任をみとめるのに消極的であるということができよう（東京高判昭和

四二年一〇月二六日高民集二〇卷五号四五八頁、横浜地判昭和三八年一〇月三〇日下民集一四卷一〇号二一三五頁、新潟簡判昭和五一年一月二七日判例時報八一二号一〇五頁など）。大東水害訴訟に関する最高裁昭和五九年一月二六日判決（判例時報一一〇四号二六頁）の射程距離をめぐっては議論のあるところであるが、家屋立退をめぐる社会的制約が相当程度のものであったこと、水害態様そのものが河川から水があふれたといわんよりはドブ川同然の小河川が付近一帯の雨水を吸収流下せしめることができなかつたことによるものであることと並んで、被害の程度が床上二昼夜浸水という「家庭生活利益の破壊」の程度にとどまつたことが重要な判断要素をなしていると考えられる。水害訴訟の各事業はいずれも、その事実関係が個性に富んだもので、一概に共通に論じられないものをもっているのであつて、とりわけ大東水害訴訟事案は、右のような特殊性が顕著なものであるから、これに関する最高裁判決の射程距離もおのずから限定されたものと理解すべきであらう。

(4) 最後に第四類型として、その他の軽微な被害をあげることができる。たとえば、水害における床下浸水がその例である。水害を準備ミス型の危険管理責任ではなく打撃ミス型の危険責任としてとらえたためであらうか、やや大ざっぱな理由づけで床下浸水被害について河川管理責任を肯定している志登茂川水害訴訟第一審判決（津地判昭和五六年一月五日判例時報一〇二六号四三頁）においても床下浸水被害については責任を否定している。

二 予見条件 予見可能性についても、つぎのようにいくつかの類型的な程度の差異をみとめることができる。ただ予見の内容について、危険の「切迫性」を必要とするかどうか、さらに進んでは、期待性条件なども予見可能性の内容にとりくむべきかどうかなどの問題がある。ただたんに程度の問題につきないことにはあらかじめ留意しておいていただきたい。

(1) まず第一類型としては、現に予見した場合をあげるべきであらう。災害が例年のようにくりかえされ、陳情もま

たくりかえされている事例とか、現に災害が進行を開始している事例などがこれにあたる。すでに知っている以上は、何らかの手を打つべきは当然であるから、権限行使への期待は高まるはずである。たとえば、函館バス海中転落事故控訴審判決（札幌高判昭和四七年二月一八日高民集二五卷一号九五頁）は「本件道路区間の全体にわたって何らかのきわめて異常な現象が相互に関連しながら現に生起し進行しつつあることを感知するに十分である」としているから、また、危険発生の時間の切迫性もあわせて予測可能であったとしている点からして、文章表現上、飛騨川バス転落事故控訴審判決（名古屋高判昭和四九年一月二〇日判例時報七六一号一八頁）のいう定性的予見可能性説と類似した点があるにせよ、この両判決はおよそ異質のものといわなくてはならない（拙著『国家補償法中巻』四九〇頁以下、六五五頁以下参照）。

(2) 第二に、定量的予見可能性がある場合があげられる。飛騨川バス転落事故第一審判決（名古屋地判昭和四八年三月三〇日判例時報七〇〇号三頁）がその例であって、「土石流に関する学問的水準は、溪流堆積物の流動による土石流と降雨量との関係に限ってみても、特定の地域で、どれ丈の雨量が降れば発生するのか、未だ不明であって、その発生を予見しうる域にまでは到達していない」というのがそれである。時期、場所、規模等によって特定された個別具体的な予見可能性である。これが与えられれば、事前の行為規範のいみにおいても、現実に、行政が権限行使をすることができるがゆえに、権限行使をすべきとする判断をみちびきやすいであろう。

(3) 第三に、定性的予見可能性がある場合があげられる。飛騨川バス転落事故控訴審判決（名古屋高判昭和四九年一月二〇日判例時報七六一号一八頁）がその例であって、「当該自然現象の発生の危険を定量的に表現して、時期・場所・規模等において具体的に予知・予測することは困難であっても、当時の科学的調査・研究の成果として、当該自然現象の発生の危険があるとされる定性的要因が一応判明していて、右要因を満たしていることおよび諸般の事情から判

断して、その発生、の危険が、蓋然的に認められる場合であれば、これを通常予測し得るものといつて妨げない」とするものがそれである。具体的問題は、予見可能性を判断する資料、予見の内容の両面において、どれだけ時期、場所等の特定性をとりはらうことができるかである。たとえば、判断資料として落石等の過去事例を「本件道路」についてみると、同じ「本件道路」という言葉がいみするものが、函館バス海中転落事故の四〇〇メートル、高知落石事故の二〇〇〇（実質、数百）メートルもあれば、東伊豆有料道路事故（大津地判昭和五四年一〇月一日判例時報九四三号二八頁）の三七キロ、飛驒川バス転落事故の二〇数キロに及ぶものがある。また、予見内容の時間的特定性についても、函館バス海中転落事故におけるように時間的切迫性が顕著なものもあれば、飛驒川バス事故におけるように、土石流発生の百年数十年の周期性がいわれ特定性をおよそ欠くと思われるものがある。千葉県野犬咬死事件においても、第一審判決（千葉地判昭和五〇年一二月二五日判例時報（八二七号九〇頁）が、県内における過去の「野犬」事故が一件にすぎないところから、危険の具体的切迫性も相当の蓋然性をもった予見可能性もないとしていたのに対して、第二審判決（東京高判昭和五二年一月一七日判例時報八七五号一七頁）が、放し飼いの飼犬をもふくめた「野犬等」の事故が過去事例として三件あるところから、「多発する咬致死傷事故の一つとして発生」したものととして、その予見可能性を当然のこととしている。

したがって、この定性的予見可能性は、判断資料、判断内容のとり方のいかんによって、その成否が大きく左右されるものといわなくてはならない。簡単にいって、回顧的にいかに物語を構成するかであり、フィクションといつても過言ではないであろう。

(4) 最後に、漠然とした危惧感をあげることができよう。公害企業とか薬害における製薬会社、食品公害における製業者等の責任判断の前提としては、このような予見可能性をもって足りるとする考え方は、十分の理由があるものと

思われる。みずからの企業活動や製品による被害であるがゆえに、いささかでも危惧感があるときには、製造等を取りやめることによって重大な健康被害等の発生をさけるべきであった、というのは、直接の加害者に対する関係では当然主張できるものである。打撃ミスの結果について、打撃者に対して、打撃をひかえなかったお前が悪いということは、いくらでもいえるはずだからである。スモンなど薬害における製薬会社、カネミ油症事件における食品製造販売業者、合成化学物質（PCB）製造業者などがその例であって、これらにあっては安全性確保のためのきわめて高度の注意義務を課し、これにてらして予見・回避の可能性が判断されている。

しかしながら、これらを監督すべき行政の規制権限不行使による守備ミスの責任を問題とするときに、このような漠然とした危惧感をもってただちに予見可能性があることに疑問がある。それは規制が人の権利自由の制限をとらぬものだからであり、また、打撃ミスと守備ミスとは責任の性格が異なるからである。たとえば、カネミ油症事件第一審判決（福岡地小倉支判昭和五三年三月一〇日判例時報八八一号一七頁）は、「もし食品衛生監視員が装置の運転を停止して長時間脱臭罐内を点検するとすれば、被告カネミに相当の営業上の損失を蒙らせることになるから、そのような食品衛生法に基づく規制は、被告国において国民の生命、身体に対する具体的な危険が存在することを現認若しくは予測しえて初めてなしうるのであり、逆にそのような危険の存在も知りえない場合でも、その存在を主観的に多少なりとも疑つて、右のような規制を加えるべき法律上の義務があるとすれば、そのような規制の結果装置に何等の瑕疵がなく、その危険が存在しなかったとしても、規制は濫用とならず賠償を要しないという法理を承認しなければならぬし、その不合理なことは明らかである」としている。また、原田尚彦教授は「もし論者の主張に従い、相対的違法論の立場に立ってこの関係を考えると、事業者に対して規制をすると違法となるのに、規制をしないと、今度は国民に対する関係で違法となるといった事態が生じ、行政庁を進退きわまる地位に追い込むことになってしまふであろう」とし、

「いずれに転んでも国は結果的にどちらかの側に賠償を払うべき地位におかれるとするのは、いかにも安易な見方なからうか」としている（『裁量収縮論』月刊法学教室五四号七四・七五頁。ただし、かつて教授自身が『行政責任と国民の権利』八五頁において、このような「進退きわまる地位に追い込む」からなどといった議論は「在来の官僚本位の行政法解釈」として非難していたのだが）。さらに、カネミ・油症事件第一審判決が、食品製造業者ならびに合成化学物質製造業者について責任を肯定しつつ、行政の責任については、「前代未聞の事件であり」「一般的な危惧感もなかった」としてこれを否定しているのは、業者の責任と行政の責任との間においてその性格の差異、予見可能性の内容程度の差異をみとめているためであろうと推測される。

三 回避条件 回避可能性についても、つぎのような類型的な程度の差異をみとめることができるであろう。

(1) 行政が積極的に損害発生に寄与、加功している場合、その典型例は作為起因性の不作為の場合（拙著『国家補償法上巻』四二七頁）である。いわば、みずからの不始末の後始末をちゃんとつけていない場合であるから、回避可能性もしくは前提たるべき回避義務の程度が最も高いといつてよい。スモン訴訟の諸判決は、国の責任について、許可、承認という作為に違法性と過失をみとめている金沢、静岡判決、作為とその後の不作為とをあわせて一体として判断している広島、札幌、大阪、前橋判決、最後に不作為のみを問題としている東京、福岡、京都判決の三グループに分けることができる。ところが、この第三グループにおいても、国みずからがキノホルムの製造者、開発者であったなどの事情をあげている（拙著・前掲書四二二頁参照）。とすると、スモン訴訟の諸判決は行政の純粹の不作為に責任をみとめたものではないことになる。予見可能性などについて特段、製薬会社と国との間に差異をみとめないで、行政の責任を比較的きびしくみとめているのもこのような点からするとうなづけないこともないわけである。

(2) 積極的な寄与、加功といわないまでも、チェックのチャンスがあったにもかかわらず、見逃した場合がつきにあ

げられる。スモン訴訟において、許可、承認といった作為とその後の回収命令等の措置を講じなかった不作為とを一体的に判断している判決例の事例がこれにあたる。また、後に犯罪行為に用いられたナイフの銃刀法二四条の二による一時保管の措置をとらなかつた不作為が違法とされた事例（最判昭和五七年一月一九日民集三六卷一号一九頁）も、現実的にそのチャンスがあつたことが、その責任をといやすくしている事情の最たるものであろう。

(3) 第三類型としては、逆に、さまざまの制約のために、回避可能性が限定づけられ、責任肯定にやや消極的とならざるをえない場合があげられる。大東水害訴訟上告審判決（前出）をはじめとする水害訴訟判決でいわれる財政的制約、技術的制約、社会的制約がその例であるが、そのほか、とくに重要なものとして、対象となる私人の権利自由との関連からくる権限行使の自制、抑制がある。刑事司法権、警察権の民事法律関係介入その他権限発動への謙抑主義（東京高判昭和五二年三月三〇日判例時報八五三号五二頁）がその典例である。銃刀所持許可における調査の範囲程度の問題もこれに数えられよう（拙著『国家補償法上巻』四〇三頁）。江戸時代の世界的大都市江戸は犯罪件数は少なかつたといわれるが、その反面、犯罪防止のためにする自由の制約も大きかつた。今日、権利自由尊重の見地からそのような犯罪防止システムをとることができない。このような制度をとつたコストとして犯罪被害者給付金等を構想するのはひとつの有力な考え（大谷実『被害者の補償』一一二頁）であるが、しかし、賠償責任の前提としての回避可能性が狭くなっているといわなくてはならないであろう。また、犯罪防止にかぎらず、ひろく行政権限行使について、比例原則をはじめ権限行使の抑制をはかるための法理が一方に存在することとの間に、ひとつのジレンマがあることは予見可能性のところであつたとおりである。さらに加えて、直接の損害原因である第三者の行為が行政権限行使と損害との間に介在するとき、権限行使の実際的効果がさまざまであつて、一応、不作為と結果の間に因果関係があるとしても、権限行使の実際のキキメが不確定であるといういみでの回避可能性の制約もまたみとめられるであろう。

(4) 最後に、交通事故、違法行為、犯罪、火災のように、相当程度頻発し、その生起がいわば日常的であって、その根絶を期しがたいものがある。千葉県野犬咬死事件控訴審判決（前出）によれば、県下における野犬等の事故件数三件は危険切迫を告げるものとされているが、これらにおいては県下三件などという稀少な出来事でないことは周知のとおりである。単一犯人による連続強盗事件が数件に及ぶことも珍しくない。といって、よほど特別の手がかりなり、現実のチェックのチャンスを選した手ぬかりでもないかぎり、行政の不作為責任がみとめられることはないであろう。悪くいえば、日常的であるため不運としてあきらめているわけであるが、別の表現をとれば、あらゆる犠牲を払ってまでその根絶を未然にはかることまでもが行政に期待されているわけではないといえよう。

四 期待性条件 期待性条件について、段階的な類型化を試みることは大変むずかしい。この条件は、以上の三条件の組みあわせによって生じてくる面がある（たとえば、上記三条件の第一類型がそろえば、おのずから期待可能性が高くなるが、第四類型がそろったのではとうてい期待可能性はみとめられないであろう）と同時に反面、期待可能性の程度に応じて、予見義務、回避義務の程度が高くなることなどが生じるからである。すなわち、本条件は他三条件の総合された結論、結果であると同時に、その前提、基礎ともいえるわけである。

(1) 第一類型は、いうまでもなく上記三条件の第一類型がそろった場合である。生命、身体健康という重大な法益に対する侵害が現実のものとなり、かつ、行政自体が損害発生に積極的に寄与していた場合に、その発生防止を行政に期待しうべきは当然といわなくてはなるまい。いわばポーカーゲームでエースが四枚そろったようなものである。

(2) 第二類型としては、他の三条件の第一、第二の類型が混じりあって存在する場合があげられよう。この場合も期待可能性は相当に高いといえるべきであろう。

(3) 第三類型としては、ちょっと問題があるものの、大東水害上告審判決にいう「一般水準および社会通念」であ

る。問題があるというのは、まさしく何が一般水準であり社会通念であるかこそが問題であって、その内容は、本稿が試みているような類型的差異に依じて、具体的には当然に変わってくる筋合いだからである。したがって、これを類型のひとつとしてかかげることは適切さを欠くであろう。しかし、第一、第二の期待可能性の類型のように、行政の手落ち手ぬかりを問題とすべき手がかりが顕著な場合をのぞいては、このような一般抽象的な基準によらざるをえないであろう。

(4) 最後に、第四類型として、私人みずからによる自己回避が十分に可能な場合があげられる。ふぐ中毒事件控訴審判決（大阪高判昭和五五年三月一日四日前掲）がその典型例であって、いかに法益条件では第一類型に属するとはいっても、「ふぐ中毒事故を回避するためには、ふぐ料理を食べる客の側で肝臓の提供を求めなければ足りることである（中略）。行政庁の権限行使をまたなければ私人の側の努力で危険を回避することが困難な状況にあるとは認められない」わけである。この点で、薬の副作用による薬害の場合とは事情を異にする。加えて、薬は行政に公認されなければ、世に出て人に用いられることがないという特殊性がある。

四 四条件の相互関係の検討

一 総合合算主義 四条件について、まことに不完全なものではあるものの、一応の目安となる類型化を試みた。それでは、これらを総合した結論としての責任要件充足の有無はいかにして判断されるべきであろうか。

ひとつのやり方は、四条件に与えられた類型化の程度を総合してあわせて判断するものである。たとえば、それぞれ第一類型から第四類型に、3点、2点、1点、0点という点数を与えたいうで、四条件について、足し算、掛け算を

し、ある点数以上の合計点があるときに、責任を肯定することがそのやり方である。水害事例、外在的原因による道路事故について、総合点数制により、一応の目安づくりをすることも有益であろう。大東水害について、法益条件1点、予見条件1点、回避条件1点、期待性条件1点、足し算による総合点数4点とするのがその例であり、また、ふぐ中毒事故について、法益条件は最高の3点としつつ、期待性条件0点のため、掛け算による総合点数は結局0点であり行政の責任なしとするのがその例である。さまざまな不作為事例について行政の責任が裁判上争われている今日、このような作業は一般市民に一応の目安を与える点では有益でありそれなりの効用があるであろう。総合点数かならずしも絶対的ではないものの、共通一次試験によるいわゆる足切り程度には使えるであろう。

二 重点主義（その一） 四条件を均等にみて、類型ごとの点数を単純に足し算、掛け算するやり方に対して、いずれかの条件にウェイトを与えて、総合判断するやり方が考えられる。入試について世にいう傾斜配点とかア・ラ・カルト方式である。たとえば、法益条件を最重要視し、重大な法益侵害については、予見、回避義務をきわめて高くすることがおこなわれるから、法益条件に予見条件と回避条件が追隨することが考えられるであろう。また、回避条件から期待性条件がでてくるものとみることができ。さらに、法益、予見、回避の前三条件があわせられて、最後の期待性条件がでてくるとすることができ。

三 重点主義（その二） 四条件中より前の条件がより後の条件を規定するというのとは逆の方向から、最後の期待性条件こそがキメ手となるとする判断がありうるであろう。さまざまな事情の総合的判断により、期待可能性の程度が他に先行して判断され、これが高いときには、あるいは法益条件は必ずしも高くなくてはよいものとし、あるいは、高度の予見、回避義務を課することによって、予見条件、回避条件はたやすくクリアーできるものとするのがその例である。行政の分野等によって行政に対する期待可能性に差異がみとめられるであろうから、これにに応じて他の条件を判

断することはそれなりの理由がある。また、直接打撃型の危険責任については、当然にこの期待可能性がみとめられるから、危険責任をも他方の極端にふくみながら、行政の全責任類型をこのような見地から分類整理し位置づけることも可能であろう。ただし、これは、期待可能性から出発するものであるため、最初のにべた包括的な政策的決断の色彩を濃厚にもち、主観的判断に墮すおそれをとまなっていることに注意しなければならない。

四 人間観 行政に対する期待可能性の判断は、私人の自主的自律的な危険回避への期待可能性、私人個人によらないまでも私人からなる共同体、社会、等々による危険回避への期待可能性に関する判断と密接な関係がある。

たしかに、いわゆる構造的被害の名でよばれる諸事象において、私人みずからの力による危険回避の可能性はしだいに制約されつつあることは否定できない。これに代るものとして、社会構造に深刻かつ広範にかかわりをもつにいたった行政の責任が問題とされつつあることはそれとして理解できる。しかし、たんなる傾向や気分、風潮に乗っかるだけでは、法解釈学としての役割を放棄することになる。類型化や事実関係の分析などにより、可及的に具体化を試みなければならぬ。たとえば、かりに期待可能性から出発するとしても、それを根拠づけるものを明らかにしておく必要がある。期待可能性を先行させることは、あらかじめ包括的に安全確保義務を課しておいて、そのあとで履行の有無、履行の完全・不完全を判断する形をとるため、ひろいみでの安全配慮義務の問題と似かよっている。ところで、安全配慮義務の根拠はさまざまである。

(1) 雇用関係を前提とした労災型の事故においては、諸設備、諸施設など職場の物的環境のみならず、勤務条件をも使用者が支配管理しているがゆえに、そこに存在している危険についても使用者が支配管理していることが実質的根拠だと考えられる。

(2) 刑務所、留置場、少年院など、強制的な拘禁施設の被收容者に生じた傷害、病気などについては、自由が強度に

拘束された施設であるため、本人の危険回避もまた重大な制約のもとにおかれていることが、施設管理者に高度の安全確保義務が課される理由であろう。

(3) 生徒間傷害型などの学校事故において学校の責任がみとめられる理由は、被害者側に危険回避能力が乏しく、加害者側にも判断能力が乏しい年少の児童生徒の身柄をあずかっているため、その身柄の安全の確保が学校に期待されるためであって、ボランティアの引率者などに年少者の安全確保について期待されるものと類似している。

(4) 医療事故について債務不履行責任が問題とされるのは、医療行為が高度の専門技術的なものであり患者としては全面的に医師の措置に頼らざるをえない事情が、医師に安全確保義務が課される理由であろう。

以上の職場、刑務所、学校、病院においては、安全を確保すべき者と安全が確保されるべき者との間に特別の関係がある。ところで、行政と一般私人との間には、個別具体的にこのような関係は存在していない。この関係は、職場、刑務所、学校、病院のいずれと類比的（アナロジー）に理解すべきであろうか。それとも、ときおり判例上に国の後見的な責任という言葉が用いられることにてらして、親子関係として理解すべきであろうか。太平洋戦争末期、小学一年生の筆者は国民学校の校門で毎朝雨の日も風の日も「我等ハ陛下ノ赤子ナリ」で始まる掲示板上の一文を声高に朗読しなければ校門内に入れないという経験をした。まさに国家と国民の関係を親子関係になぞらえて理解するやり方は日本国民の心情にマッチしたものだといえそうである。被害者救済のため最終的には国家が常に乗りに出して、慈愛にみちた親として振舞うことを期待する心情にこたえ、この種の心情を育成することは国家統合の手段としてたいへん賢明なことと思われる。それは日本人の智慧といえるかもしれない。しかし、伝え聞くところによると、ライオンなどは別の智慧をもっているようである。

個人の自主性、自律性、自己責任の原則などの見地から、なにもイリイチやノジクなどをもちだすまでもなく、あま

りにも過剰な行政依存に対する批判的検討の視点を失ってはならないと考える。この見地から、直接の加害第三者が現に存在する場合の行政の責任の根拠とは何であろうかを明らかにすることが緊急の課題であろう。とりわけ兵庫県崖くずれ事件（大阪地判昭和四九年四月一九日判例時報七四〇号三〇頁）のように、くずれた擁壁の所有者・占有者であり、みずからが直接の責任者であり加害者でないかと思われる者が、被害者として行政の規制権限不行使の責任を追及している場合をどのように理解したらよいのであろうか。落第したのは教師の教育が悪いとして損害賠償請求をしてはねられた事例があるが（札幌地判昭和五六年十一月一六日判例時報一〇四九号一一〇頁）、高校全入とか中高六年一貫教育が声高に叫ばれている今日の趨勢からみて将来この種の請求がみとめられる余地も相当ありそうである。犯罪の被害者が救済されることは当然として、さらに進んで、その加害者からも「こんな私に誰がした」と行政の責任を追及する日も遠いことではないかもしれない。裁判所自身、水俣不作為違法確認訴訟や同国家賠償責任訴訟において、もともと司法の機能不全を補完するためにもうけられた行政救済の遅滞を理由とする行政の責任を肯定しているから、皮肉な見方をすれば、司法の責任が行政によって肩代わりされ、民事責任が行政責任によって肩代わりされていることをみとめているといえそうである。

かつて、行政依存型の現代人を表現するために「動物園の猿」という言葉を用いたことがある。今はたいへん失礼な言葉であったと後悔している。もちろん現代人に対してではなく、本物の「動物園の猿」に対してである。自尊心の強い彼等は木から落ちてでも決して他人のせいにはしないであろう。

あとがき

一昨年、富田先生がお見えになって、日本人の政治イメージ、国家イメージの意識調査を主要内容とする研究計画書を示され、多少健康を害してでも生涯の仕事のまとめとしてやりたいと静かな情熱をこめて語られた。即座に喜んで協力しましょうと申上げたのは、同じく学問の途を歩む者としての当然の共感のほか、その成果に対して強い個人的関心があったからである。その後、再びお見えになって、案の定、担当医から断念するよう勧められ、研究断念の余儀ない旨をやはり淡々と語られた。ところが、療養に専念されたかもなく突然去ってしまった。先生のご研究が陽の目を見ていれば、国家に対する日本人の意識のホンネがあばき出されたのではないかという気がしてならない。そうすれば、本稿のまとめの部分ももっとちゃんとしていたのに、というのはまさに日本人的な依頼心のあらわれであろうか。見知らぬヤクザになぐられてもそれは不運ですむ。親しい人のささいな言葉に心傷つき不幸となるのは信頼・期待の濃厚さの程度の差異を示している。行政の不作為に激怒する国民の姿は、行政への信頼・期待の程度の高さを物語って余りあるといえよう。かねて刑法理論におけると同様に、行政法理論においても人間観ないし理論の前提におくべき人間像に関する議論が必要だと感じていたが、富田先生の研究計画書はこの気持ちを強めて下さった。しかし、まだ、自分にこれという成果はない。徐々に一生かかって探究するほかなさそうである。感謝の微意をあらわして小稿を先生に捧げる次第である。

When is the Government Liable for Failure to
Protect Citizens Against Risk?

— Consideration on the elements
of the cause of action —

Hiroya ENDO*

- I. Introduction
- II. Analysis of each element
 - (1) Importance of right or legal interest injured
 - (2) Foreseeability
 - (3) Avoidability
 - (4) Expectability of government protection
- III. Analysis of relation among the elements
- IV. Conclusion

* Professor, Faculty of Law, Hokkaido University.