

## 国家賠償法二条の瑕疵概念における

### 「通常」性について

西 埜 章

#### はじめに

前稿「国家賠償法二条の『瑕疵』の意味について——营造物瑕疵説の再検討——」<sup>(1)</sup>において、筆者は次のように主張した。「营造物瑕疵説も、実定法上に『瑕疵』が責任成立要件とされている以上、瑕疵がない場合にまで損害賠償責任を認めるべきことを主張するものではない。瑕疵がなければ、損害賠償責任が生じないことは当然である。营造物瑕疵説に立てば、この瑕疵は、营造物が『通常』有すべき安全性を欠如している状態を指しているから、『通

「常」性が瑕疵の存否の判断基準となり、これが損害賠償責任の限界を画することになる。不可抗力は勿論、財政上の制約や予測可能性・回避可能性等の問題も、この「通常」性の判断の中に取り込まれなければならない」と。ここでは、「通常」性の解明が今後の課題とされていたのである。

客観説においては、「通常」性が瑕疵概念の中心に据えられている。<sup>(3)</sup>ただ、一般的に論ずることが不可能と解されているためか、あるいは自明のことと解されているために、「通常」性について詳論したものは見当たらない。そして、この点では、営造物瑕疵説においても同様である。

しかし、「通常」性を瑕疵概念の不可欠の要素とする以上は、ある程度までは一般的に論じておくべきであろう。また、自明であるといえないことは、同一の学説に立ちながらも、具体的事例における瑕疵の有無をめぐって意見の対立が生ずることからも明らかである。本稿では、判例・学説の動向を一瞥しながら、「通常」性の意味を明確にし、それによって営造物瑕疵説の妥当性を補強することにした。

(1) 法政理論一七巻一・二号九一頁以下。

(2) この私見に対して、遠藤博也教授から、「義務違反説や客観説との差異は必ずしも明確ではない」(「国家賠償法総説」室井編・行政救済法(別冊法学セミナー・基本法コンメンタール)一八頁)との御教示をいただいた。

(3) 古崎慶長・国家賠償法研究一五四頁参照。

## 一 「通常」性と社会通念

客観説においても营造物瑕疵説においても、「通常」性の判断基準として、一般に社会通念が挙げられている。また、社会通念という言葉が用いられていなくても、それを当然の前提にしていると思われるものが少なくない。ここでは、判例・学説における社会通念の取扱いをみておくことにしよう。

### 一 判例の動向

裁判例において、しばしば社会通念の語が使用されている。主要なものを次に掲げておこう。必ずしも客観説や营造物瑕疵説に立って判断しているとはいえないが、社会通念という判断基準を考察するにつき参考となるように思われる。

① 羽田空港ビル内の階段手摺りから幼児が転落受傷したため、手摺りの設置・管理の瑕疵が争われた事件において、東京地裁昭和三八年三月二七日判決（訟務月報九卷四号四八九頁）は、「手摺りが設置された主たる目的が、踊り場と階下との間を区画し転落等の危険を防止することには自明のことであるから、右手摺りにかしがあるかどうかは、右のような目的を果すために社会通念上必要とされる程度の性能、効用を具備しているかによつて定まる」と判示している。

② 大東水害訴訟において、大阪高裁昭和五二年二月二〇日判決（判例時報八七六号一六頁）は、「現存する物理的危険性を、吾人の健全な社会通念に照らし、社会生活関係上の一般的な危険負担ないしは受忍義務の範囲に吸収し尽し得ないときに、その危険が安全性の欠如として营造物の設置・管理の瑕疵を構成するものとしなければならない」と判示している。

③ 河川管理者に住民私有の堤防の買受け義務または代替堤防の築造義務があるか否かが争われた事件において、最高裁昭和五三年三月三〇日判決（判例時報八八六号二九頁）は、「河川管理者にそのような義務があるというためには、前述のようなあらゆる観点から総合的に判断して、河川管理上その地点に河川管理施設を設置することが必要不可欠であることが明らかであり、これを放置することが国における河川管理の一般的水準及び社会通念に照らして河川管理者の怠慢であることが明白であるといえるような特別な事情のあることを必要とするといわなければならない」と判示している。

④ 大東水害訴訟において、最高裁昭和五九年一月二六日判決（民集三八卷二五三頁）は、「当該河川の管理についての瑕疵の有無は、……前記諸制約のもとの同種・同規模の河川の管理の一般水準及び社会通念に照らして是認しうる安全性を備えていると認められるかどうかを基準として判断すべきであると解するのが相当である」と判示している。<sup>(1)</sup>

## 二 学説の動向

学説として、雄川一郎博士、古崎慶長判事、村上義弘教授の所説を紹介しておくことにしよう。

雄川博士は、「堤防等の治水施設を全く備えない河川については、社会通念上当然治水施設を設けるべきであるのにかかわらずこれを備えないような場合であれば……、そこから生ずる危険は社会通念上合理的に受忍されるべき範囲を超え、行政主体の負担とするのが妥当であるから、その氾濫による損害はやはり河川という営造物の設置・管理に瑕疵があるものと考えるべきである」と説かれて<sup>(2)</sup>いる。古崎判事も、「通常」性について、「この『通常』という文言は、法解釈の厳格性を保つためには不可欠であつて、単なる文章のあやではない。つまり、通常有すべき安全性を欠いている、ということは、安全性を欠いている状態が、『通常』具備すべきものでなければならず、かつそれで足りるということを意味する。そして、ここでは、何が『通常』かが重要な判断の決め手になるのであ

る」と説かれた上で、「营造物が、事故当時、通常有すべき安全性を欠如していたかどうかは、個別具体的に社会通念によってきまる一つの価値判断であるから、事柄の性質上、それ以上の定義づけは、困難であるというほかはない」と主張されている。<sup>(3)</sup>

さらに、村上教授は、「营造物の瑕疵とは、理想的見地から、かくあるべしと考えられる設備や性状を营造物が有していないことではなく、社会的・現実的見地からみて通常備えるべき安全性を備えているか否かによって、その有無が判断されるべきものである」と述べられている。<sup>(4)</sup> 村上説では、社会通念という言葉は使用されていないが、そこでいわれる「社会的・現実的見地」は社会通念に近いものと理解してよいであろう。

なお、民法七一条についても、同じような傾向がみられる。四宮和夫教授が、『通常性』は、結局は、社会通念によって決まることであり、社会通念は、社会の倫理秩序からの要求（人権意識や権利意識を含む）や科学技術の進歩によって規定されることが多いであろう」と説かれているのが、その代表的な例である。<sup>(5)</sup>

### 三 社会通念とは何か

最近の裁判例においては、「通常」性の判断基準として社会通念を持ち出すものが多くなっており、特にこの傾向は水害訴訟において顕著である。学説上では、それほど多いとはいえないが、おそらく当然の前提にしているものと思われる。それ故、「通常」性の判断基準として社会通念を持ち出すことには、それほど異論はないであろう。ただ、問題は、社会通念とはいっても一般的・抽象的で、その内容を明確にすることが容易でないため、果たして判断基準として有効性を示し得るか否かということである。「単純な社会通念によつては、その『瑕疵』の有無を決しがたい」<sup>(6)</sup> ことはいうまでもない。この意味において、下山瑛二教授が、「総合的判断であるとか社会的通念と

いう言葉は、事物の認識を曖昧にし、それを正当化する言葉として用いられやすいが、個々の事案における規定的要因が多種多様であり、かつ、それらの作用の相互関連性が複雑であることより由来する手法であり表現であり、そこに内在する要因の厳密な検討があつてはじめて可能になる方法である。そしてかかる検討を経て、社会的通念も俗見ではなくてはじめて良識となりうるということも銘記されねばならない」と説かれているのは、的確な指摘といふべきである。

社会通念という言葉は、確かに、曖昧な言葉である。そして、このことは、「健全な社会通念」と表現してみても殆ど変わらない。この曖昧さのために、何が社会通念であるかは、立場によって相違してくることになる。最終的には、最高裁判所によって判断されるにしても、最高裁判所のいう社会通念が果たして客観的なものといえるか否か、少なからず疑問となるであろう。大東水害訴訟上告審判決について、池田恒男教授が次のように説かれていることに留意すべきである。「本判決が繰り返し援用する『社会通念』によれば、大東水害ほど典型的な人災も珍しいと思われるが、最高裁と一般社会の『社会通念』の相違をもたらししているものもこの辺にあるのではあるまいか。」<sup>10)</sup>

何が社会通念であるかは、行政側の立場だけから判断されるべきでない。と同時に、また、被害者側の立場だけでも判断されるべきではない。社会通念とは、「社会一般で受け容れられている常識または見解」(広辞苑)を指しているからである。従つて、社会通念の確定に際しては、納税者としての国民の意識や国・公共団体の財政事情等を見無視するということとはできないであろう。それらをも視野に入れながら、事故当時の社会通念がどのようなものであつたかを考えていかなければならない。

社会通念の確定は、困難な作業ではあるが、不可能というわけではない。ただ、社会通念は一般的・抽象的基準であるから、その確定は具体的基準によってなされることになる。

- (1) 同旨のものとして、そのほか、加治川水害訴訟一審判決（新潟地判昭和五〇年七月二二日判例時報七八三号三頁）、平佐川水害訴訟一審判決（鹿児島地判昭和五三年八月三一日判例時報九二七号二二頁）、川内川水害訴訟一審判決（鹿児島地判昭和五三年一月一三日判例時報九三九号九〇頁）、加治川水害訴訟控訴審判決（東京高判昭和五六年一〇月二二日判例時報一〇一八号二九頁）、加治川水害訴訟上告審判決（最判昭和六〇年三月二八日判例時報一一四九号五四頁）等がある。
- (2) 雄川「行政上の損害賠償」田中⇨原⇨柳瀬編・行政法講座三卷二二頁。
- (3) 古崎・国家賠償法研究一五四頁。なお、古崎「營造物管理責任」民商法雑誌創刊五〇周年記念論集一三九五―三九六頁、芝池義一「行政裁量と河川管理責任」法律時報五六卷五号五二頁参照。
- (4) 村上「国家賠償と財政」鈴木⇨三ヶ月監修・新実務民事訴訟講座六卷二三八頁。
- (5) 四宮・事務管理・不当利得・不法行為下巻七三七頁。
- (6) 加治川水害訴訟一審判決（判例時報七八三号三頁）。
- (7) 下山「水害と賠償責任」雄川⇨塩野⇨園部編・現代行政法大系六卷一四三頁。同旨、石井宏治「大東水害訴訟事件」法律のひろば三七卷五号四二頁。
- (8) 松島諄吉「大東水害事件」昭和五九年度重要判例解説ジュリスト八三八号四五頁、遠藤「時効一〇年」法学教室六四号

二六頁等参照。

(9) 大東水害訴訟控訴審判決(判例時報八七六号一六頁)。

(10) 池田「水害と国家責任」法律時報五六卷五号四五頁。なお、下山教授は、社会通念の名の下に安易な救済拒否にならないように厳に戒めなければならない、と説かれている(前掲一四八頁)。

## 二 営造物管理の特殊性と社会通念

何が社会通念であるかは、営造物の種類・場所・利用状況等の具体的条件によって相違する。判例・学説がこれらを瑕疵の判断方法として挙げているのは、至極当然のことといつてよい。営造物の種類が異なれば安全性の水準も異なってくるであろうし、同種の営造物であっても、場所や利用状況等によって安全性の水準が異なってくるからである。ただ、この点に関して問題となるのは、営造物ごとの特殊性をどこまで考慮すべきであるか、という点であろう。

### 一 営造物管理の特殊性

大東水害訴訟上告審判決は、「河川の管理については、所論も指摘するように、道路その他の営造物の管理とは異なる特質及びそれに基づく諸制約が存するのであつて、河川管理の瑕疵の存否の判断にあつては、右の点を考慮すべきものといわなければならない」と述べている。一般論としてみる限り、妥当な判断であるといつてよい。



学説上でも、このような考え方が多いようである。例えば、加藤一郎教授が、「河川と道路との責任の対比は、判旨にはつきりと述べられているが、河川はもともと災害の危険性を内包しており、災害を防止することが容易でないの対して、道路は当初から安全性を備えたものとして設置されるというのは、常識的な説明であり、説得力をもつといえよう」と説かれているのが、その代表的な例である<sup>(4)</sup>。

ただ、河川管理の特殊性を認めるとしても、それが瑕疵判断にどの程度影響するかについては、なお別個の検討を経なければならない。河川と道路とが異なるということから直ちに、瑕疵の判断基準も本質的に異なるということにならないのである。この意味において、古崎判事が、「河川の特性和河川管理の特殊性を強調し、道路と異なることを理由に、河川の設置管理の瑕疵について一般的抽象的に異なった取扱いをしようとする試みには、到底賛成できない」と主張され、また、須田政勝弁護士が、「損害賠償の定めに関する国賠法二条の道路と河川の管理の瑕疵に関する法的責任の解釈において、差異を設けるべきではなからう。すなわち、道路の管理も河川の管理も法的責任においては変りないはずである。……法律は損害賠償に関するかぎり、河川と道路の管理責任を並べて規定しており、両者に責任の質における差異を認めていない」と説かれていることには、傾聴すべきものがあるように思われる。大東水害訴訟上告審判決が、「河川の管理には、以上のような諸制約が内在するため、すべての河川について通常予測し、かつ、回避しうるあらゆる水害を未然に防止するに足りる治水施設を完備するには、相応の間を必要とし、未改修河川又は改修の不十分な河川の安全性としては、右諸制約のもとで一般に施行されてきた治水事業による河川の改修、整備の過程に対応するいわば過渡的な安全性をもつて足りるものとせざるをおかないのであつて、当初から通常予備される災害に対応する安全性を備えたものとして設置され公用開始される道路その他の

営造物の管理の場合とは、その管理の瑕疵の有無についての判断の基準もおのずから異なつたものとならざるをえない」と述べているのは、従つて、河川管理の特殊性を強調しすぎてゐるものといつてよい。<sup>(7)</sup>

営造物の種類による差異、例えば、河川と道路との差異がいかに相対的であるにしても、その差異を全く無視するというのは、その差異を強調しすぎると同様で、妥当ではないように思われる。営造物の種類による特殊性は、瑕疵判断にあつてある程度は考慮せざるを得ないであらう。<sup>(8)</sup> この特殊性は、一般に、財政的・技術的・社会的諸制約として具体化されるが、技術的・社会的制約は、結局、財政的制約に大部分吸収されるものと考えてよいから、<sup>(9)</sup>以下、もっぱら財政的制約についての判例・学説の動向を一瞥し、若干の私見を付加することにしよう。

## 二 判例の動向

(一) 消極的な裁判例 裁判例の中には、財政的制約は免責事由にならないとするものが散見される。その代表的なものとして、次の二つを掲げておこう。

① 高知落石事件において、最高裁昭和四五年八月二〇日判決（民集二四卷九号二二六八頁）は、「本件道路における防護柵を設置するとした場合、その費用の額が相当多額にのほり、上告人県としてその予算措置に困却するであらうことは推察できるが、それにより直ちに道路の管理の瑕疵によつて生じた損害に対する賠償責任を免れうるものと考えすることはできない」と判示している。

② 多摩川水害訴訟において、東京地裁昭和四四年一月二五日判決（判例時報九一三号三頁）は、「被告の前記主張は、多摩川について相当程度の財政的投資がなされ、その結果、高水準の整備が達成されている限り河川管理者は免責される趣旨の主張とも受け取れるが、現に多摩川の管理について前述のような瑕疵があつて損害が発生した以上、財政上の理由からこれに對

する賠償責任を免れ得るものと解することはできない」と判示している。

ただ、これらの裁判例が財政的制約を一切考慮すべきではないと考えているのか否かは、文面からは必ずしも明確ではない。<sup>(10)</sup>

(二) 違法性阻却事由とする裁判例　これに對して、近時の裁判例においては、何らかの意味において財政的制約を考慮すべきであると明言するものが増加している。それらは、一応、財政的制約を違法性阻却ないし減殺事由であると解するものと瑕疵の判断要素であると解するものとの二つに分けることができる。違法性阻却ないし減殺事由としている裁判例としては、次のようなものがある。

① 志登茂川水害訴訟において、津地裁昭和五六年一月五日判決（判例時報一〇二六号四三頁）は、「河川及び河川改修工事等治水工事に関しては被告らのいうごとく各種の特質、制約があるから具体的な施策として着手され実現されるまでにある程度の時間を要するものであることは当然の事理であり、従ってそれが合理的理由に基づくものと認められる限り、その間は仮に災害の発生があつたとしても義務違背の違法性は阻却あるいは減殺され、沿岸流域住民においてもこれを受忍すべき場合があるものといわなければならない」と判示している。

② 長良川・安八水害訴訟において、岐阜地裁昭和五七年二月一〇日判決（判例時報一〇六三三三〇頁）は、「被告らのいう河川管理上の諸制約は、これを違法性阻却事由として考慮すべきものであることは当然の事理である」と判示している。

(三) 瑕疵の判断要素とする裁判例　瑕疵の有無の判断要素であるとしている裁判例としては、次のようなものがある。

① 加治川水害訴訟において、東京高裁昭和五六年一〇月二二日判決（判例時報一〇一八号二九頁）は、「河川改修事業には、

現状においても、また将来においても巨額の負担を伴い、かつ技術的、社会的見地からみても相当長期間を要する要因を含んでいるものであるから、河川管理について、右のような諸制約、就中財政的制約のあることを度外視して瑕疵の有無を論ずるのは相当でなく、右の制約があつて河川の改修が計画高水流量を相当の期間達成できない場合において、右未改修が原因となつて河川事故が生じたときには、管理瑕疵責任について他の公の营造物とは異なる配慮をしなければならないものと考える」と判示している。

② 宇美川水害訴訟において、福岡地裁昭和五七年一月一九日判決（判例タイムズ四八四号二一六頁）は、「当該河川の通常有すべき安全性の判断にあつては、右に述べた河川管理の本質上、これらの財政的、技術的、社会的側面から諸制約が存在することを無視するわけにはいかないのは、むしろ当然とすべきである」と判示している。

③ 大東水害訴訟において、最高裁昭和五九年一月二六日判決（民集三八卷二五三頁）は、「我が国における治水事業の進展等により前示のような河川管理の特質に由来する財政的、技術的及び社会的諸制約が解消した段階においてはともかく、これらの諸制約によつていまだ通常予測される災害に対応する安全性を備えるに至つていない現段階においては、当該河川の管理についての瑕疵の有無は、……前記諸制約のもとでの同種・同規模の河川の管理の一般水準及び社会通念に照らして是認しうる安全性を備えていると認められるかどうかを基準として判断すべきであると解するのが相当である」と判示している。

④ 加治川水害訴訟において、最高裁昭和六〇年三月二八日判決（判例時報一一四九号五四頁）は、「河川の管理についての瑕疵の有無は、道路その他の人工公物の管理の場合とは異なり、……河川管理における財政的、技術的及び社会的諸制約のもとでの同種・同規模の河川の管理の一般水準及び社会通念に照らして是認しうる安全性を備えていると認められるかどうかを基準として判断すべきであると解するのが相当である（最高裁……五九年一月二六日第一小法廷判決・民集三八卷二五三頁

参照）」と判示している。<sup>(1)</sup>

### 三 学説の動向

(一) 否定説 学説の中には、財政的制約を考慮すべきではないとするものもないではない。古崎判事は、予算不足が免責の抗弁にならないことを繰り返して強調されている。すなわち、「道路が道路として容観的に安全性を具備しているかどうかが問題であり、この安全性を欠如している限り、道路管理に欠けると判断される以上、管理者側の予算の有無でこの判断が左右されてはならない」<sup>(12)</sup>。「営造物の管理権者に、予算不足の免責を許せば、被害者は何時も泣き寝入りを強いられることは必定である。したがって、設置・管理作用の不完全の判断には、管理権者側の都合——予算不足・管理能力不足など——が加味されてはならない」<sup>(13)</sup>。「予算不足が免責の抗弁にならないことは、すでに判例上確定している。このことは、二条の性格からいえることであり、予算不足が免責の抗弁にならない」と判示した判例が、いずれも道路に関する判例であることを理由に、その趣旨を道路に関する事故だけに封じ込めようとする考え方は、間違っている」<sup>(14)</sup><sup>(15)</sup>と。

しかし、学説の多くは、財政的制約を何らかの意味において考慮しようとしている。その位置づけについては見解が対立しているが、一応の分類をすれば、免責の抗弁として捉える見解、違法性阻却ないし減殺事由として捉える見解、瑕疵の判断要素として捉える見解、の三つに分けることができる<sup>(16)</sup>。ただ、この学説間の対立は、余り鮮明なものではなく、かなり相対的なものであるといつてよい。

(二) 免責抗弁説 免責の抗弁であるとの立場に立つものとしては、潮海一雄教授や綿貫芳源教授の所説を挙げることができる。潮海教授は、「河川管理の諸制約は、限定的に解し、これを免責の抗弁として位置づけるべきではないかと考える」<sup>(17)</sup>と主張されている。また、綿貫教授は、高知落石事件上告審判決の評価に際して、「この判決

は道路の管理に関するものであり、また、予算不足を抗弁事由にしないとすべくついでいくつかの条件をつけていることから、その趣旨も理解できないではないが、予算という国会または地方議会の最も重要な審議事項について判断していることは、裁判所が国会または地方議会に代る機能を果そうとしているのではないかとの疑問が残る。このように、予算による抗弁が許されないとするには、それがどの程度の支出を要するかを明示し、それが財政的に大きな負担になるものではない旨を付言すべきではなからうか。このような配慮を欠く本件判決は再検討が必要である<sup>(18)</sup>と主張されている<sup>(19)</sup>。

(三) 違法性阻却・減殺説 違法性阻却事由であるとの立場に立つものとしては、加藤一郎教授と大坪憲三検事の所説が挙げられる。加藤教授は、「問題となるのは、水が堤防を越したことが、他に高い堤防を作ったというような積極的な行為に起因する場合である。この場合にも、予算が不十分で全部に及ばないため、他を防禦する必要からやむをえずそちらの堤防だけを高くしたという場合には、違法性がなく、賠償責任を免れるというのが普通である<sup>(20)</sup>」と説かれているし、大坪検事も、「問題は不可抗力とまではいえない原因が營造物の設置、管理上の瑕疵に作用して損害を生じさせたが、その瑕疵があることについてはいわゆる期待可能性がないと見られる場合である。たとえば巨大な費用を要するため予算上の制約から、とりあえず中等程度の台風にしかな堪えられないような堤防、護岸が作られたが、その年度の通常の台風を防ぐことができなかつたというような場合である。この場合に不可抗力ではないとの理由で賠償責任があるとするのは著しく正義に反する。瑕疵があることについて真に止むを得ない事情があり、その匡正が国、公共団体の人力、財力をもつてしては一般に期待できないというのであれば、營造物に瑕疵があることによる違法は阻却されるものといわなければならない<sup>(21)</sup>」と説かれている。

また、植木哲教授は、物損については違法性減殺事由であるとされて、次のように主張されている。「营造物責任の義務違反構成よりすれば、管理者の損害回避義務違反は違法性の判断を伴うものであるから、当該营造物の危険性の程度と被害法益の重大性の程度に依りて予算制約の抗弁は違法性の判断要素に影響を与えうる。その概括的な基準を被害法益の重大性の程度に即して述べれば、人損の場合にあつては、予算制約の抗弁は原則として排斥されるべきであるが、物損、それも軽微な物損にあつては、これは違法性減殺要素として違法性の判断において考慮されて然るべきであろう。」<sup>(22)</sup>

(四) 瑕疵判断要素説　瑕疵の有無の判断要素であるとの立場に立つものとしては、村上教授、遠藤教授、田代暉氏等の所説を挙げることができる。村上教授は、「予算不足を理由に瑕疵責任を免れることはできない。このことは、私のように营造物責任をやや限定的にとらえる者にとつても、異論はありえない。しかし、瑕疵の存否、すなわち营造物の通常備うべき安全性の存否を判断するに際しては、それを備えることの現実的可能性を判断するに当たつては、他の諸要素とともに、経済的もしくは財政的見地から、そのような要求が現実的妥当性をもつものか否かが慎重に検討されるべきであり、それゆえそういう局面においては、国や地方公共団体の財政的能力の限界は、瑕疵責任の存否に関わる場合がありうる」と説かれ、<sup>(23)</sup> 遠藤教授は、「瑕疵責任が肯定された後における個別具体的な予算不足とか数ある安全確保措置の中の一つが巨大な予算措置を必要とするだとかの理由が免責事由とならないことはいうまでもないが、これとは全く次元を異にした、社会的費用配分の見地からする財政的制約論は、瑕疵責任を判断する際の重要な要素の一つであり、技術的制約論や社会的制約論もまた同様だといつてよい」と説かれている。<sup>(24)</sup>

同様に、田代氏も、次のように主張されている。「回避義務がある以上は、一般的には、予算不足のときは回避措置をとらなくてもよいということにならないことは当然である。しかしながら、いかなる場合にも予算を問題にすることができないと考えることには問題がある。このような個別の予算不足ではなく、たとえば、回避可能性ない回避義務の有無を一般的な社会的相当性の見地から判断するとき、回避措置をとることに要する費用・予算を全く考慮に入れてはならないということではないであらう。<sup>(25)(26)</sup>」

#### 四 判例・学説の検討

(一) 営造物瑕疵説と財政的制約 右に概観したように、判例・学説上、財政的制約の捉え方について見解が対立しているが、有力なのは、違法性阻却ないし減殺事由であるとする見解と瑕疵の判断要素であるとする見解である。このうち、最近では、後者の見解の方がやや優勢であるといつてよい。

違法性阻却ないし減殺事由であるとする見解は、主観説や義務違反説(論)に立てば、首尾一貫しているものといえるであろう。しかし、客観説や営造物瑕疵説からすれば、営造物の設置・管理の瑕疵とは「営造物が通常有すべき安全性を欠如した状態」をいうのであるから、通常有すべき安全性を欠如していたか否かだけが問題となる。違法性が阻却されるか否か、減殺されるか否かは、ここでは直接問題とはならない。財政的制約が考慮されるべきであるとするれば、それは通常有すべき安全性を判断する際に、その判断要素としてである。

客観説や営造物瑕疵説に立ちながら財政的制約を考慮することは、一見すると、自己矛盾であるかのように見えるかもしれない。特に営造物瑕疵説に対して、この点についての批判が予想されるところである。従来の営造物瑕疵説は、財政的制約の問題について必ずしも態度を明らかにしていなかった。しかし、瑕疵を「通常有すべき安全



性を欠如した状態」と定義する以上は、「通常」性の判断過程において財政的制約を考慮せざるを得ないであろう。そうでなければ、営造物の絶対的安全性を要求することとなり、かえって右の瑕疵概念と矛盾してしまうからである。それ故、瑕疵の判断要素として財政的制約を考慮することは、決して背理ではないのである。

古崎判事は、先に紹介したように、客観説に立って、「設置・管理作用の不完全の判断には、管理権者側の都合——予算不足・管理能力不足など——が加味されてはならない<sup>(27)</sup>」と説かれている。しかし、これが財政的制約を如何なる意味においても一切認めない趣旨であると断定してよいかどうかは、実は余り明確ではない。同判事は、別の箇所において、営造物の「通常的安全性<sup>(28)</sup>」ないしは「社会通念上要求される安全性<sup>(29)</sup>」の有無が問題であると説かれているから、あるいは真意は別のところにあるのかもしれない。

(二) 河川管理瑕疵と予算配分 瑕疵の判断要素として財政的制約を考慮するとしても、どの程度まで考慮すべきであるかについては、なお別個の検討を必要とする。一般論としては、安全性確保のために、国・公共団体の財政規模に照らして著しく巨額の出費を要する場合には、通常有すべき安全性を欠いたものとはいえないと考えるべきであろう。もつとも、財政規模に照らして巨額の出費を要する場合というのは、河川以外の他の営造物では一般に考えられないかもしれない。他の営造物においては、その場合には、廃止または使用の禁止をすれば足りるからである。この意味において、大東水害訴訟上告審判決が、「河川は、本来自然発生的な公共用物であつて、管理者による公用開始のための特別の行為を要することなく自然の状態において公共の用に供される物であるから、通常は当初から人工的に安全性を備えた物として設置され管理者の公用開始行為によつて公共の用に供される道路その他の営造物とは性質を異にし、もともと洪水等の自然的原因による災害をもたらす危険性を内包しているものであ

る」と述べているのは、この限りに、おいて、妥当な指摘であるというべきであらう。ただ、河川管理についてであっても、すべての場合に巨額の出費を伴うわけではないから、財政的制約を理由に瑕疵が否定される場合とそうでない場合とが区別されなければならない。

河川管理の瑕疵の有無を判断するにあたって、どのような場合に財政的制約を考慮すべきであるかについては、結局、国・公共団体の予算配分の問題にまで遡らなければ解決できないであろう。すなわち、河川管理に対する予算の配分が全体的にみて適正であったか否か、当該河川の管理に配分された予算が個別的にみて適正であったか否か、が検討されなければならないのである。大東水害訴訟上告審判決も、「原則として、議会が国民生活上の他の諸要求との調整を図りつつその配分を決定する予算のもとで、……それぞれの河川についての改修等の必要性・緊急性を比較しつつ、その程度の高いものから逐次これを実施していくほかはない」と述べている。

(三) 立法行為の瑕疵　予算と瑕疵の関係について、下山教授は、次のように説かれている。「設置および管理の瑕疵が実は『予算』という立法措置に左右されている場合が多いのである。末川博士は予算措置の欠陥は、いわゆる『瑕疵』の概念に入るという前提に立つて考察をすすめられたように考えられるし、加藤助教は『予算』問題は『瑕疵』に入らぬという前提から考察を進められている。しかし、現実の問題は多く『予算』に関係してきているのである。……権力的作用において問題になった立法行為の瑕疵がいかほどの国家賠償責任の問題として取り上げられるかという理論的問題の解決なくしては、現実には到底被災者を一般に且つ広汎に救済することは不可能である<sup>(30)</sup>」と。有倉遼吉博士も、右の下山教授の所説を引用されつつ、「予算措置は、行政庁の管理義務の範囲には入らない。入るとしても、せいぜい予算獲得の努力だけで、予算の決定者は立法機関だからである。したがって、

この場合は、問題は、行政庁たる管理者の管理の瑕疵から離れて、立法行為の瑕疵に転化する<sup>(31)</sup>と説かれている。この下山・有倉説によれば、財政的制約の問題は、最終的には、立法行為の瑕疵（立法上の不法）の問題に行きつくことになる。

しかし、このような考え方に対しては、批判的見解がないではない。須田弁護士は、「予算制約論を立法府の瑕疵で捉ようという非実論的な論議もある<sup>(32)</sup>」と説かれているし、今井敬弥弁護士も、「我々が今問題にしているのは、財政論を導入すると、裁判所も当事者も政治と行政、即ち、国家予算の配分の適否そのものの検討に入らざるを得ないという点にある。大体、民事訴訟の審理構造そのものが、これらを可能にするのであろうか。答は自ずと明らかであろう<sup>(33)</sup>」と主張されている<sup>(34)</sup>。

財政的制約を立法行為の瑕疵の問題とすることに対しては、右のような批判的立場もあるが、予算の議決権が議会に留保されている以上は、一般論としては、立法行為の瑕疵の問題として捉えざるを得ないであろう。ただ、立法行為の瑕疵の問題であるとしても、そのことにより直ちに国賠法一条の問題となるわけではない。ここでは、瑕疵の有無の判断要素として立法行為の瑕疵が問われているにすぎないからである。

四 予算配分と立法・行政裁量 予算配分については、一般に行政権や立法権の裁量に委ねられていると解されている<sup>(35)</sup>。しかし、全くの自由裁量というわけではないから、その裁量が著しく不合理であるときは、行政裁量や立法裁量の瑕疵が認められてよいであろう。現実には、予算配分が著しく不合理である場合というのは非常に少ないかもしれないが、皆無とも思われない<sup>(36)</sup>。予算配分が著しく不合理であったために河川の管理が不十分で、水害が発生したという場合には、従って、通常有すべき安全性を欠如していたものとして、瑕疵の存在が肯定されること

になる。

ただ、右に述べたことは、河川管理予算を国民生活上の他の諸要求との関連で全体的に眺めた場合のことであつて、特定の河川の管理のために配分された予算を個別的に眺めた場合のことではない。予算の配分が全体的にみて適正であつたとしても、個別的に眺めた場合には、別個の検討が必要である。この場合には、「国民生活上の他の諸要求との調整」は問題とならないからである。問題となるのは、当該河川に割り当てられた予算が適正であつたか否かであつて、適正でなかつたために破堤・溢水等により損害を惹起した場合には、通常有すべき安全性を欠如したものととして、瑕疵の存在が肯定されることになる。そして、予算が適正であつたか否かは、「同種・同規模の河川の管理の一般的水準」を基準として判断されるべきではなく、当該破堤・溢水箇所を事前に改修しておくのに必要な金額が河川管理予算全体に照らして著しく巨額であるか否かを基準として判断されるべきである。<sup>(37)</sup> 改修に著しく巨額を要したと思われない場合には、財政的制約は、瑕疵の存在を否定する理由とされるべきではないであらう。このような観点からすれば、大東水害訴訟上告審判決は、予算の配分が全体的にみて適正であつたか否かに重点を置きすぎており、当該河川の問題箇所を改修するのに河川管理予算全体に照らして著しく巨額の費用を要したか否かについては、殆ど論じていないものといつてよい。大東水害事故については、「本件の場合、河川改修地点も明確に限定されているので、莫大な費用を要するわけでもないであらう<sup>(38)</sup>」との意見もあるのである。財政的制約が瑕疵の有無の判断要素であるとはいつても、これを理由にして瑕疵の存在が否定される場合というのは、相当限定されることにならう。<sup>(39)</sup>

この点、加治川水害訴訟上告審判決は、いくらか詳細に個別的な予算配分に触れている。同判決によれば、「新

潟県における中小河川の改修事業費は、全国的にみれば高順位にあったが、河川改修予算が災害河川に対して優先的かつ重点的に配分されていたため、昭和四年以降顕著な災害を受けていなかった加治川に対する改修事業費の割当額は、他の中小河川と比較して、昭和二七年から昭和三五年ころまでは下位にあったものの、昭和三六ころから昭和四〇年ころにかけては中位又は中位の上増額され、結局、昭和二七年から昭和四一年までの間に加治川に対する改修工事のために支出された総事業費は約三億七五〇〇万円となっている。……加治川全般ないし加治川本川の姫田川合流点の下流の改修に対する財政的措置が他と比較して不十分であったとすることもできない」ということである。しかし、この程度の金額でもって財政的制約というのであれば、やはり疑問を払拭できない。当該箇所の改修にその数倍の予算を必要としたとしても、河川改修予算全体に占める割合が著しく巨額となるとはいえないからである。

(1) 裁判例については、東京高判昭和四〇年三月二四日判例時報四〇八号一一頁、最判昭和五三年七月四日民集三二卷五号八〇九頁等、学説については、古崎・国家賠償法の理論一七〇―一七一頁、野村好弘「道路の安全性の欠如による交通事故」とその賠償責任」ジュリスト四一三号一〇九頁等参照。

(2) 吉戒修一「河川の管理と国家賠償法二条」民事研修二二六号四九頁参照。

(3) 加藤「大東水害判決をめぐって」ジュリスト八一―一四二―一四五頁。

(4) 同旨、國井和郎「河川管理責任と国家賠償責任」河川四二一―一六〇頁、下山・前掲現代行政法大系六卷一三二―一三三頁、石井「水害と河川管理の瑕疵」昭和五六年行政関係判例解説七二三頁、藤原淳一郎「道路事故への国・公共団体の賠

償責任」雄川Ⅱ塩野Ⅱ園部編・現代行政法大系六卷九一頁、松山雅昭「河川管理責任についての一考察（上）」自治研究六〇巻五号六五頁等。

(5) 古崎・国家賠償法研究二二三頁。

(6) 須田「水害と国の責任」全国公害弁護団連絡会議編・公害と国の責任二八五頁。同旨、鬼追Ⅱ浜田Ⅱ山田Ⅱ出水「河川の营造物責任」法律時報臨時増刊・現代と災害一〇六―一〇八頁。

(7) 同旨、古崎・国家賠償法研究一四二―一四三頁、國井「营造物管理責任法理の現状と課題」判例タイムズ五二七号四五頁。

(8) 宇美川水害訴訟一審判決（福岡地判昭和五七年一月一九日判例タイムズ四八四号二二六頁）が、「人工公物、自然公物といった公物成立上の分類によつてその管理責任の範囲に質的な差異を設けることは相当でないとしても、……当該河川の通常有すべき安全性の判断に当つては、右に述べた河川管理の本質上、これらの財政的、技術的、社会的側面から諸制約が内在することを無視するわけにはいかないのは、むしろ当然とすべきである」と述べているのは、従つて、穩当な判断であるといつてよい。

(9) 潮海一雄「大東水害最高裁判決の問題点」法律時報五六巻五号五八頁、下山・前掲一四四―一四八頁、須田・前掲二九一頁等参照。

(10) 高知落石事件上告審判決の理解の仕方については、意見が分かれている。古崎判事が、「設置・管理作用の不完全の判断には、管理権者側の都合——予算不足・管理能力不足など——が加味されてはならない。このことは、判例によつて確認済みである」（国家賠償法の理論二一〇頁）と理解されているのに対して、速藤教授は、「それは（本判決、筆者注）、費用がどんなに多額でも予算措置を講ずべきであるなどとは毛頭いっていないのであつて、安全性確保のため数ある危険

防止措置のいずれもがとられていないという事実関係のもとにおいて、その措置の一つである防護柵を設置するとした場合に予算困難だからといって、『それにより直ちに』免責されないといっているだけ（である）」（国家補償法上巻五六―五七頁）と理解されている。

- (11) 同旨のものとして、そのほか、大東水害訴訟控訴審判決（大阪高判昭和五二年二月二〇日判例時報八七六号一六頁）、鶴田ダム災害訴訟一審判決（鹿児島地判昭和五九年三月二三日判例タイムズ五二四号一一一頁）、長良川・墨俣水害訴訟一審判決（岐阜地判昭和五九年五月二九日判例時報一一一七号一三頁）、平作川水害訴訟一審判決（横浜地横須賀支判昭和六〇年八月二六日判例タイムズ五六六号七三頁）等がある。

(12) 古崎・判例営造物管理責任法二二八頁。

(13) 古崎・国家賠償法の理論二〇九―二一〇頁。

(14) 古崎・国家賠償法研究一一六頁。

(15) 同旨、須田・前掲二九一頁。なお、筆者も以前にこのように考えていたが（「水害と河川管理の瑕疵」法政理論一五巻三号二〇一頁、「損害賠償」遠藤Ⅱ阿部編・講義行政法Ⅱ（行政救済法）一〇三頁）、本稿において後述するように、見解を改めることにしたい。

(16) 潮海・前掲五七頁参照。

(17) 潮海・前掲五八頁。

(18) 綿貫「河川の設置・管理の瑕疵についての賠償責任（下）」法曹時報三六巻五号八七六頁。

(19) 同旨、松山・前掲六七―六八頁、原龍之助・公物営造物法（新版）二〇四頁、下山「公の営造物の設置管理の瑕疵」行政判例百選（新版）一七八頁、雄川・前掲二一―二二頁等。

- (20) 加藤・不法行為法の研究三八頁。
- (21) 大坪・国家賠償法詳解二二四―二二五頁。
- (22) 植木・災害と法二五八頁。
- (23) 村上・前掲二四四頁。
- (24) 遠藤・国家補償法中巻七二六頁。なお、同・国家補償法上巻五五―五七頁参照。
- (25) 田代「国家賠償法二条にいう瑕疵について」民事研修三二二号一八頁。
- (26) 同旨、中路義彦「水害と営造物管理責任」昭和五四年行政関係判例解説六九四頁注(19)、石井・前掲昭和五六年行政関係判例解説七二四頁、同・前掲法律のひろば三七巻五号四二頁、高橋利明「大東水害最高裁判決と水害訴訟」法律時報五六巻五号六一頁、松島・前掲四五頁等。
- (27) 古崎・国家賠償法の理論二一〇頁。
- (28) 古崎・国家賠償法の理論一六四頁。
- (29) 古崎・国家賠償法の理論一八五頁。
- (30) 下山・国家賠償(法学理論篇)五四頁。
- (31) 有倉「洪水と河川管理上の賠償責任」田中雄川編・行政法演習Ⅱ二二頁。
- (32) 須田・前掲二九一頁。
- (33) 今井「河川災害訴訟の提起と展開」自由と正義三三巻七号四一頁。同旨、綿貫・前掲八七六頁。
- (34) 同じ趣旨は、水害訴訟における原告側主張の中にも見出される。例えば、平作川水害訴訟において、原告側は次のように述べている。「被告らのように河川改修の必要性・緊急性を総合的に判断して河川改修予算の当・不当を論ずること



とは河川行政の当否を論ずることになり、本来議会がすべきことを司法が判断することになり、憲法の基本原理である三権分立を侵す危険性すら生ずることになる。」

(35) 例えば、加藤教授は、「予算配分についていちおうの基準はあるとしても、それは原則的には行政庁の裁量行為であって、訴訟による裁判官の判断にはなじまないであろう」（前掲ジュリスト八一―号二六頁）と説かれ、また、原田教授も、「防災対策の推進は、結局は、他の福祉政策と同様に、限られた予算や他の重要施策とのバランスを勘案しながら総合的かつ漸進的に実現していくほかはない」（「水害と国家賠償法二条との関係」ジュリスト八一―号三四頁）と説かれている。なお、荒田建「水害と河川管理責任」ジュリスト六一―三三四頁参照。

(36) 現在の予算配分が著しく不合理であるというわけではないが、一般会計予算に占める防災関係予算の割合が年々下降しているというのは、問題視されてよいであろう（古崎・国家賠償法研究一四一頁参照）。

(37) 大東水害訴訟控訴審判決が、「常識を超えるような高額の費用を投入しなければ達せられないような高度の絶対的安全対策が要求されるものではない」と述べているのは、この限りにおいて妥当であるように思われる。

(38) 潮海「大東水害訴訟第一審判決」判例評論二二―号二七頁。同旨、芝池・前掲五二頁、古崎・国家賠償法研究一四三頁。

(39) 芝池「公の営造物の設置管理の瑕疵による損害賠償責任および求償権」室井編・行政救済法（別冊法学セミナー・基本法コンメンタール）五二頁参照。

### 三 「通常」性と管理の一般的水準

「通常」性の判断基準として、社会通念のほかに、管理の「一般的水準」が挙げられることがある。最近の水害裁判例においては、むしろこれが通例であるといつてよい。判例の動向と学説の対応をみながら、若干の検討を行なうことにしよう。

#### 一 判例の動向

裁判例において、管理の一般的水準は、社会通念と合わせて判断基準とされている。それ故、裁判例の紹介は、先に紹介したものと大部分重なることになるが、判断基準としては一応区別されるから、再度掲げておくことにする。

① 最高裁昭和五三年三月三〇日判決は、「河川管理者にそのような義務があるというためには、前述のようなあらゆる観点から総合的に判断して、河川管理上その地点に河川管理施設を設置することが必要不可欠であることが明らかであり、これを放置することがわが国における河川管理の一般的水準及び社会通念に照らして河川管理者の怠慢であることが明白であるといえるような特別な事情のあることを必要とするといわなければならない」と判示している。

② 東京高裁昭和五六年一〇月二一日判決（加治川水害訴訟控訴審判決）は、「本件仮堤防が……破壊したことは、本件仮堤防が当時の河川工事の一般的水準及び社会通念上具備すべき通常の安全性を欠如していたことによるものであるとみるよりは、右降雨、洪水の規模が異常であつて、前記のように制約された諸条件のもとで築堤された仮堤防の耐えうる強度を越えて

いたためであると認めるのが相当である」と判示している。

③ 最高裁昭和五九年一月二六日判決（大東水害訴訟上告審判決）は、「当該河川の管理についての瑕疵の有無は、……前記諸制約のもとでの同種・同規模の河川の管理の一般水準及び社会通念に照らして是認しうる安全性を備えていると認められるかどうかを基準として判断すべきであると解するのが相当である」と判示している。

④ 最高裁昭和六〇年三月二八日判決（加治川水害訴訟上告審判決）は、右の③判決を引用した上で、「本件仮堤防を設置するに当たり、築堤材料に砂丘砂を単一使用したこと及び築堤材料の点を除く断面・構造を旧堤防又は在来堤防と同じくしたことは、……時間的、財政的及び技術的制約のもとでの同種・同規模の河川に同趣旨で設置する仮堤防の設計施工上の一般水準ないし社会通念に照らして是認することができるから、本件仮堤防の断面・構造は安全性に欠けるものではなく、河川管理の瑕疵があるとは認められないものというべきである」と判示している。<sup>(1)</sup>

## 二 学説の動向

裁判例においては、右のように、社会通念に加えて、管理等の一般的水準が瑕疵の判断基準とされている。しかし、判断基準として、社会通念のほかに何故に一般的水準が必要であるのか、また、一般的水準とは一体何であるのか、については必ずしも明確ではない。<sup>(2)</sup> 一般的水準が文献において論議されるようになったのは、主として、加治川水害訴訟控訴審判決と大東水害訴訟上告審判決の評価をめぐってであるが、これについては賛否両論がある。

(一) 肯定的見解 賛意を表するものとして、ここでは、加藤教授と綿貫教授の所説を紹介しておこう。加藤教授は、「現状では、相当の規模の河川にはいちおう改修・治水計画が定められており、それが集って全国的な計画となって予算の配分がなされることになるから、直接にはそれぞれの河川について改修計画の合理性・妥当性を検

討すればよいということになり、この判決の判断方法が是認されることになるであろう」と評価されている。<sup>(3)</sup>また、綿貫教授は、若干の疑義を指摘されながらも、「本件判決は公の営造物の管理に裁量を認めると共に、管理者の賠償責任の成立に過失責任を導入することになり、アメリカの不法行為請求法等と同様な解釈を採用することを意味する。我が国の現行法の下でも、このような解釈を採らざるを得なくなつた本件判決は本稿で述べた私の主張を裏付ける一例ではないかと私は解している」<sup>(4)</sup>と評価されている。

(二) 批判的見解　これに対して、批判的見解を表明されるのは、古崎判事、芝池義一教授、鬼追明夫弁護士等である。まず、古崎判事は、「同種・同規模の河川管理の一般水準」が、国の怠慢から相対的に低い場合、水害訴訟は、勝ち目が無いことになる。そして、このことは、現状肯定の何ものでもない<sup>(5)</sup>と批判されている。次に、芝池教授は、「一般に、営造物の設置管理の瑕疵たる通常有すべき安全性の欠如の有無が社会通念に従つて行なわれべきものであるとすれば、本件判決（大東水害訴訟上告審判決、筆者注）において、社会通念に加え河川管理の一般水準が挙げられているところに、その瑕疵基準の厳格さの具体的なあらわれがみられるのである。この河川管理の一般水準という基準の、河川管理の瑕疵判断基準へのとり込みは、河川管理についての現状追認的機能をもっているようである。すなわち、社会通念という基準は、その意味内容が不明確であるという不十分さをもつものの、当為の要素を含む規範的観念の面があるように思われるが、これに対し、河川管理の一般水準とはまさに現状であつて、現在の一般水準に達してさえおれば、瑕疵の存在を否認する方向に働くという意味において、現状追認的であるということが出来る<sup>(6)</sup>」と説かれている。

さらに、鬼追弁護士は、次のように評されている。「証明の問題とならんで重要なことは、『河川管理の一般水

「準」というのが具体的に何を指すのか必ずしも明らかでないことである。判決がその河川管理責任論を本件事案に適用して判示した部分から臆測すると、判決のいう一般水準というのは、全国または都道府県における同種、同規模の水系、河川の平均改修率や投資額などを指すものと思われる。もしそうだとすると河川管理の現状に対する裁判所の価値判断は放棄したのに等しいことになりはしないであろうか。……判決が行政追認と評される最大の理由はこの点にある。<sup>(7)(8)</sup>

### 三 判例・学説の検討

一般的水準の導入については、このように意見が分かれているが、批判的見解が問題にしているのは、もっぱら、これが現状追認の機能を果たしているのではないかという点である。同種・同規模の河川とは一体どのような河川を指すのかさえ不明確である上に、たとえこれが明確になったとしても、全国の河川管理の現状が決して十分とはいえない事情を考慮すると、批判的見解には傾聴すべきものがあるように思われる。瑕疵判断の基準である以上は、あるべき水準を示すものでなければならぬところ、<sup>(9)</sup> 現実には、一般的水準が現状肯定的に働かざるを得ないことは、判決自体がよく示しているところである。勿論、判決の本来の意図はそうではないであろうが、一般的水準が右のような問題を包蔵しているとすれば、このような基準の導入は疑問であらう。<sup>(10)</sup> 判決の意図は、社会通念という判断基準の導入だけで十分達成できるものといつてよい。

ただ、このように考えることに対しては、平佐川水害訴訟一番判決も川内川水害訴訟一番判決も、ともに一般的水準を採用しながら瑕疵を肯定しているから、必ずしも現状肯定的に機能するとは限らない、との反論が予想される。確かにそのとおりであるが、しかし、この二判決を仔細に検討すれば、一般的水準を採用しながらも、その内

容については殆ど触れるところがなく、結局、一般的水準を採用しなくても同一の結論に到達し得たものといつてよい。一般的水準は、そこでは何ら機能していないのである。

- (1) 同旨のものとして、そのほか、平佐川水害訴訟一審判決（鹿児島地判昭和五三年八月三十一日判例時報九二七号二二一頁）、川内川水害訴訟一審判決（鹿児島地判昭和五三年一月二三日判例時報九三九号九〇頁）等がある。
- (2) 松島・前掲四五頁参照。
- (3) 加藤・前掲ジュリスト八一―号二六―二七頁。
- (4) 綿貫・前掲八九八頁。同旨、原田・前掲三四頁。
- (5) 古崎・国家賠償法研究一四四頁。
- (6) 芝池・前掲法律時報五六卷五号五一頁。
- (7) 鬼追「大東水害最高裁判決の問題点」ジュリスト八一―号四六―四七頁。
- (8) 同旨、池田・前掲四四頁、高橋・前掲六一頁、研究会「大東水害訴訟最高裁判決をめぐって」判例タイムズ五二六号四〇頁における國井教授の発言、潮海「都市近郊型水害」土地問題双書二二二号一二二頁、小早川光郎「加治川水害訴訟最高裁判決について」ジュリスト八四三号八一頁等。
- (9) 國井「加治川水害訴訟控訴審判決及び志登茂川水害訴訟第一審判決について」判例タイムズ四五八号一九頁参照。
- (10) このほか、河川管理の一般的水準を判断するための資料を一体誰が提出すべきであるかという問題が出てくる。古崎判事は、「原告側が、このような一般水準の判断資料を提出せよ」というのであれば、水害訴訟の提起は、ますます困難にな

ることだろう」（国家賠償法研究一四四頁）と説かれている。

#### 四 「通常」性と未完成堤防

「通常」性をめぐって最も問題となるのは、未完成堤防、すなわち改修途上における堤防が有すべき安全性の程度である。「改修途上」とは、須田弁護士によれば、①堤防のないところへ堤防をつくる場合、②既存の堤防を嵩上げて改修する場合、③洗掘または溢水破堤した堤防を修築する場合、の三つの場合を含んでいる。<sup>1)</sup>三者は区別して扱われるべきであるかもしれないが、未完成堤防という点では同じであるので、ここでは一括して論ずることとする。「通常」性が社会通念を基準にして判断され、その社会通念がさらに具体的基準に基づいて判断されるにしても、未完成堤防については必ずしも明確とはいえない。

##### 一 判例の動向

この問題もまた、判例主導型で展開されている。その主要なものを次に掲げておこう。

① 加治川水害訴訟において、新潟地裁昭和五〇年七月二二日判決は、「一般に仮堤防は、本堤防工事が完成するまでの間の応急対策ないし過渡的安全対策として緊急に施工される仮施設である。……本堤防については、既往最大洪水程度の洪水あるいはそれを数割程度上回る洪水に対し安全な設計と施工にするのが普通であろう。しかし、仮堤防については、このような設

計と施工にしくとも本堤防工事が完成するまでの間の、すなわち、仮堤防存置期間内の、後背地の暫定的な安全が確保される断面、構造とすれば足りる」と判示している。

② 大東水害訴訟において、最高裁昭和五九年一月二六日判決は、「既に改修計画が定められ、これに基づいて現に改修中である河川については、右計画が全体として右の見地からみて格別不合理なものと認められないときは、その後の事情の変動により当該河川の未改修部分につき水害発生の危険性が特に顕著となり、当初の計画の時期を繰り上げ、又は工事の順序を変更するなどして早期の改修工事を施行しなければならぬと認めるべき特段の事由が生じない限り、右部分につき改修がまだ行われていないとの一事をもつて河川管理に瑕疵があるとはできないと解すべきである」と判示している。

③ 長良川・墨俣水害訴訟において、岐阜地裁昭和五九年五月二九日判決は、「工事実施基本計画に基づく改修が完了してない堤防（以下未完成堤防という）においては、工事実施基本計画上当該堤防に予定された設計外力に耐えられるようには出来上っていないことは明らかであるうえ、財政上の制約並びに時間的、技術的、社会的諸制約があつて改修事業の実施に年月を要することも考慮すると、改修の遅延について河川管理者の責任を問うのを相当とする特段の事由が存在する場合は別として、計画高水位以下の水位の洪水により破堤したからといって、右事実から直ちに河川管理の瑕疵を事実上推定することは相当でないといふべきである」「未改修河川又は改修の不十分な河川の安全性としては、右諸制約のもとで一般に施行されてきた治水事業による河川の改修、整備の過程に対応するいわば過渡的な安全性をもつて足りるものとせざるを得ないのである」と判示している。

④ 加治川水害訴訟において、最高裁昭和六〇年三月二八日判決は、「本件仮堤防は、……応急対策として短期間に築造され臨時に存置された仮施設であるところ、このような性格の仮堤防が有すべき断面・構造は、河川法一三条の趣旨に則つた一定の技術的水準に基づき後背地の安全を保持する効用を果たすべき本堤防の断面・構造と同一でなければならないものとするの



は相当ではないといふべきである」と判示している。<sup>(2)</sup>

## 二 学説の動向

学説の動向とはいつても、ここでも判例主導型で進行しているので、判例に対する文献の対応ないし評価ということになるが、賛否両論がある。

(一) 肯定的見解 判例の見解に賛意を表するものとして、加藤教授と原田教授の所説を紹介しておこう。加藤教授は、「改修の遅れをすべて河川管理の瑕疵だとして、溢水による損害に対して賠償を支払うのでは、賠償額は巨額になるし、その分だけ全体としての改修計画は遅れることにもなるであろう。それでは危険性の多いところから優先順序をつけ、水害の起る確率の高いところについては改修の遅れが管理の瑕疵になるとしていくのがよいか」と、それを判断するためには全国の河川を調べることが必要になり、それは行政の分野に立ち入ることになって、裁判所としては判断不可能ということになるであろう<sup>(3)</sup>と主張されている。また、原田教授も、「防災対策の推進は、結局は、他の福祉政策と同様に、限られた予算や他の重要施策とのバランスを勘案しながら総合的かつ漸進的に実現していくほかはない。このように考えれば、防災施設の遅れないし不十分さをただちに国賠法二条という営造物の管理の瑕疵に読み込もうとするのは、行き過ぎであり、防災計画とその実施に特段の不合理のないかぎり、ただちに法的責任をとらなうものと解することは不可能ではないであろうか<sup>(4)</sup>」と説かれている。<sup>(5)</sup>

(二) 批判的見解 判例の見解に反対の意を表明するものとしては、今井弁護士と須田弁護士の所説がある。今井弁護士は、加治川水害訴訟の原告側弁護団の一員であるが、同訴訟控訴審判決について、次のように批判されている。やや長文になるが、引用しておこう。『仮堤防』については、河川工学も河川法上も何らこれについて特別

に定義するところがなく、河川管理施設であることに間違いはない。そうとすれば、河川法一三条の定めるところに従って安全な構造でなければならず、その機能として少なくとも連続する在来堤防とほぼ同一の強度が要求されることは当然である。但し本件では、改修計画に基づく本堤防設置までの二洪水期のみ存在が予定され、その機能維持が短期間保障されればよいという条件の相違だけであり、仮堤防が存置される限り、洪水に対する安全性が在来堤防より劣っていてよいとする理由は全く存しない。判決が河川法一三条の適用がないとする理由づけは、唯一つ、判示の諸制約のもとで在来堤に匹敵する安全性を有する仮堤を築造することは困難とする点だけである。しかし、堤体盛土に本件被覆土に使用した土や河川敷の砂礫を使用し、表法面の蛇籠部分に被覆土を施工し、あるいは仮堤防の表法面にビニールフィルムを張る等の施工をすることは困難なことではないのである。<sup>6)</sup>

また、須田弁護<sup>7)</sup>は、若干観点は異なっているが、次のように主張されている。「加治川水害の事案のように前年に計画高水流量を越える溢水破堤があつて、一年後また同様……の洪水……で破堤水害が発生したとき、改修途上を法的にどう評価するかおおいに問題となるところである。判例・通説でいけば予見可能性があつても回避可能性がなかったことになり不可抗力とされよう。私見では、この場合も免責されない。理由は次節のとおり、あとの水害が計画高水流量以内の洪水であるとそれ以上の洪水であることを問わず、前の水害につき破堤そのものを技術的に十分回避できるのに、回避措置をとらずに水害を惹起せしめたからである。<sup>8)</sup>」

### 三 判例・学説の検討

判例・学説の大勢は、未完成堤防の安全性は必ずしも本堤防と同じ程度であることを要しない、と解している。一見すると、常識的判断であるように思えないでもない。しかし、国賠法二条の理念を状態責任・危険責任・無過

失責任に求める筆者の基本的立場からすれば、少なからず疑問の残るところである。

未完成堤防といえども、营造物である以上は、通常有すべき安全性を具備するものでなければならぬ。この点では、判例・通説も同じである。ただ、判例・通説によれば、「未完成堤防として通常有すべき安全性」がなければ十分であつて、本堤防として通常有すべき安全性までは必要でない、というわけである。しかし、未完成堤防については、何故に「通常有すべき安全性」の水準が本堤防よりも低くてもよいのか、その根拠は必ずしも明確ではない。<sup>(8)</sup> 未完成堤防、特に仮堤防は応急施設であるから本堤防よりも構造的に劣つていてもやむを得ない、ということかもしれないが、これはいわば河川管理の側面からの発想であるから、これを基準にして瑕疵の有無を判断するのは妥当とはいえないであらう。<sup>(9)</sup> 河川管理者の責任を国賠法一条で追及するのであればともかくも、二条で追及するのであれば、管理者側の設置・管理行為の違法性は要件とされていなければならないからである。仮堤防であれ本堤防であれ、同一の基準によつて、通常有すべき安全性を具備していたか否かが問われるべきである。文字どおり通常有すべき安全性が基準となるのであつて、仮堤防であるか本堤防であるかは、この判断には何ら影響しないのである。その時点における状態が通常有すべき安全性を欠いていたものである限り、たとえ仮堤防であつても、瑕疵の存在は肯定されなければならない。それはまた、無過失責任・危険責任を定めた二条の解釈の帰結でもある。<sup>(10)</sup>

判例・通説は河川改修計画の合理性を問題にしているが、これは一条と二条をやや混同しているように思われる。他方、判例・通説に批判的な見解も、二条の責任の性質を明確にした上で瑕疵論を展開すべきであらう。

(1) 須田・前掲二九一―二九二頁。

- (2) 同旨のものとして、そのほか、加治川水害訴訟控訴審判決、平作川水害訴訟一審判決等がある。
- (3) 加藤・前掲ジュリスト八一―二五―二六頁。
- (4) 原田・前掲三四頁。
- (5) 同旨、小早川・前掲八二頁、吉戒・前掲五二頁、芝池「加治川水害訴訟上告審判決」判例評論三二五号三六頁等。
- (6) 今井・前掲四〇頁。
- (7) 須田・前掲二九二頁。
- (8) 下山「長良川・墨俣訴訟判決批評」ジュリスト八二〇号六四―六五頁参照。
- (9) 塩野宏教授は、河川管理の論理と救済の論理を分けて考えることを提唱されているが（座談会「河川行政と治水対策」ジュリスト八一―一四頁における発言）、この考え方は、未完成堤防についても応用できるとであろう。
- (10) 拙稿・前掲法政理論一五卷三号一九七頁参照。

## 五 「通常」性と営造物の通常用法に即しない行動

営造物の通常用法に即しない行動により、損害が発生する場合がある。営造物自体は、通常用法に従って利用されている限り、何ら瑕疵あるものではないが、被害者が通常用法に即しない異常な行動をするために、損害が発生するわけである。このような場合にも、営造物の通常有すべき安全性の有無が問題となる。ただ、「通常の

用法に即しない行動」あるいは「異常な行動」が果たして独立した判断基準といえるか否か、疑問がないわけではない。後述の「予測可能性」の問題と密接に関連しているが、一応分けて検討することにしよう。

### 一 判例の動向

通常の用法に即しない被害者の異常な行動によるものであるとして、国・公共団体の損害賠償責任を否定した代表的裁判例としては、次のようなものがある。必ずしも「通常の用法に即しない行動」と「異常な行動」の両者に同時に言及しているわけではないが、両者は結局殆ど同じ趣旨であると思われるので、ここでは厳密に区別しないで紹介することにする。

① 六歳の男児が市道の南側端（路端は崖になっている）に設置してある転落防止用の防護柵に腰かけて遊んでいたところ、誤って崖下に転落負傷したため、道路の設置・管理の瑕疵が争われた事件において、最高裁昭和五三年七月四日判決（民集三二巻五号八〇九頁）は、「上告人の転落事故は、同人が当時危険性の判断能力に乏しい六歳の幼児であつたとしても、本件道路及び防護柵の設置管理者である被上告人において通常予測することのできない行動に起因するものであつたということができた。したがって、右営造物につき本来それが具有すべき安全性に欠けるところがあつたとはいえず、上告人のしたような通常の用法に即しない行動の結果生じた事故につき、被上告人はその設置管理者としての責任を負うべき理由はないものといふべきである」と判示している。

② 六歳の男児が防護柵及びパラペット（余裕高）を乗り越えて、河川内の堆積土の上で遊んでいるうちに、誤って水中に転落死亡したため、河川管理の瑕疵が争われた事件において、最高裁昭和五五年七月一七日判決（判例時報九八二号一八八頁）は、「原審が適法に確定した事実関係のもとにおいては、本件堆積土の存在自体に危険性はなく、本件事故は河川管理者であ

る京都府知事において通常予測することのできない上告人らの子智史の異常な行動によって発生したものであって、同知事による本件河川の管理に瑕疵があったものということはできないとした原審の判断は、正当として是認することができる」と判示している。

③ 八歳の男児が米軍基地内にある送信用高圧鉄塔に触れて感電死したため、鉄塔の設置・管理の瑕疵が争われた事件において、名古屋高裁昭和五九年一〇月二五日判決（判例時報一一四七号一〇四頁）は、民事特別法二条にいう「瑕疵」と同義であるとした上で、「訴外秀樹の本件感電死事故は、通常では予測することのできない同人の異常な行動に起因するものと評さざるを得ず、本件鉄塔及びその関係防護施設の設置・管理に瑕疵があったものとはいえない」と判示している。

④ 四歳九月の男児が市の設置管理する防火用貯水槽の防護網によじ登って遊んでいるうちに、貯水槽内に転落死亡したため、貯水槽の設置・管理の瑕疵が争われた事件において、最高裁昭和六〇年三月二二日判決（判例時報一一五八号一九七頁）は、「本件事故は通常予測することのできない上告人らの子秀雄の行動によって発生したものであって、本件貯水槽の設置又は管理に所論の瑕疵があったものということはできないとした原審の判断は、正当として是認することができる」と判示している。

## 二 学説の動向

右のような判例の動向については、学説上は賛意を表するものが多数である。判例評釈において説かれているので、事案の特殊性があり、必ずしも一般化できないかもしれないが、代表的な見解を以下に紹介しておく。

(一) 肯定的見解 賛意を表するものとして、村上教授、林修三教授、國井教授等の所説がある。まず、村上教

授は、前記①判決について、「本最高裁判所判決は本件第一審判決のような極端な不真正客観説に立つ判決を是正したという意義はある」と評価されて、市の賠償責任を認めた一審判決に対して、「この判決の特徴は、本来道路の安全設備として具有すべき安全設備のレベル・アップを求めているというよりも、むしろ本来道路の安全設備として備えるべきものかどうかさえ疑わしい性質の設備まで求めて、それが無いがゆえに道路が安全性に欠け、したがって瑕疵があるとしている<sup>3)</sup>」と批判されている。次に、林教授も、①判決について、「最高裁判決の原審である……大阪高裁判決が、第一審の神戸地裁判決が近頃のマスコミなどにみられる風潮に押されて、いわば安易に道路管理者の設置又は管理上の瑕疵を認めたのをひっくり返したのは、稀少価値をもつ行為であったともいえそうである。しかし、ものごとこのすじ道からいえば公の営造物の設置者又は管理者は、その営造物が本来予定している用法とはちがった異常な方法で使用された場合の責任まで負う理由はないはずであり、きわめて事理に合致した判断であったといつてよいと思われる。前掲昭和四五年八月の最高裁判決の示したテーゼは、当然にこういう考え方を含んでいるものといふべきであり、今回の第三小法廷判決が、原審大阪高裁判決の判断を支持したのは、当然のことながら妥当な判断であったとしてよいと思われる<sup>4)</sup>」と評されている。

さらに、國井教授は、①判決について、用法違反をどこで画するかは必ずしも容易ではないとされながらも、次のように説かれている。「最高裁の新判断は、従来の裁判例に窺知しうるのであって、異とするに当らない。先述したように、営造物管理の守備範囲が、裁判例における瑕疵判断の基底にあるわけで、それは明らかに、営造物の用法にかかわっている。現に、転落事故に関する裁判例では、瑕疵の総合的判断の一要素として営造物の用法が明示されている。理論的に考えても、瑕疵は規範的概念であるべきだから、管理者の作為・不作為に対する評価視点

に營造物の用法を加えることに異論はあるまい<sup>(5)(6)</sup>」。

(二) 批判的見解　これに対して、やや批判的な立場に立たれるのは、古崎判事、森島昭夫教授、川井健教授等である。古崎判事は、①判決の原審判決（①判決は原審判決を是認したものである）について、次のように評されている。「市道の防護柵は、市道を通行人車が踏み外して転落しないよう防止するもので足り、これが防護柵の『守備領域』、『守備範囲』であり、防護柵が子供らの格好の遊び場になっていることなんか管理者の知ったことか、遊ぶなら自分の危険と責任で勝手に遊べというのが、二審の判決の主眼であるなら、『守備範囲』論は、被害者を斬り捨てる恐怖の刀である。わが国には子供らの遊び場がなく、仕方なく子供らは、車の行きかう道路で遊んでいるのが現状である。本件市道もその例外ではない。この現状を直視したとき、裁判所の判断は、この実態と隔絶したものであつてはなるまい。市道で危険を犯して遊ぶ子供らと親の責任は、法律上は過失相殺によつて調節できる<sup>(7)</sup>」と。

次に、森島教授は、一般的には民法七二二条二項（過失相殺）で処理するべきであるとされて、「五三年の最高裁判決の適用範囲は、かなり異例な場合に限られるべきであつて、多少普通でない使い方をしたというようなことであれば、その事情を瑕疵判断のなかに取り込んでくるべきではない<sup>(8)</sup>」と批判されている。川井教授も、民法の工物責任についてであるが、「通常の用法に即しない行動というのを重視すると、七一七条を置く意味があまりなくなり、七〇九条的な処理になってしまうおそれがありますので、この点は少し警戒していい問題ではないかと感じます<sup>(9)</sup>」と疑問を提起されている<sup>(10)</sup>。



### 三 判例・学説の検討

判例・学説の大勢は、右にみたように、営造物の通常の用法に即しない行動による損害については、国・公共団体の賠償責任を否定する方向にある。このような考え方は、一見すると、常識的判断に適合し、また国・公共団体の賠償責任の限界を画する上で有効であるように見受けられないではない。しかし、仔細に検討すれば、次の点において疑問が残るように思われる。

それは、「通常の用法」の範囲についてである。営造物はすべてそれぞれの目的を果たすために設置管理されているのであるから、「通常の用法」それ自体を明確にすることは、それほど困難ではない。しかし、前記判例といえども、通常の用法の範囲を文字通りに狭く制限しようとしているわけではないであろう。最高裁判所調査官であった牧山市治氏による①判決の解説においても、「営造物は本来その用法に従って利用すべきであり、その具有すべき安全性も先ずその観点から判断すべきである。しかし、いかに用法に即しない利用行為であつても、それが一般化し、管理者において予見しうるような事情にあればこれに対応した安全性が要求されるものというべきである」<sup>(1)</sup>となつている。それ故、通常の用法とはいつても、ある事例がそれに該当するか否かは、現実には判断が困難な場合が少なくないであろう。<sup>(2)</sup>先に紹介したように、古崎判事は①判決に対して批判的であるが、批判的であるのは、一般論に対してというよりも、むしろ当該具体的事案における被害者の行動が異常であると判示した点についてであるといつてよい。<sup>(3)</sup>そのことは、古崎判事が、「市道の安全性は、そこを通行する人車の安全性の有無だけで足りるとしてしまうと、市道の現にある状態つまり子供らの格好の遊び場として利用されていることを無視してしまうことになる。現にある状態とは、客観的状态をいうのであつて、それが、好ましくないかどうか、設置・管理者が

当初予想し、あるいは現に認識していたかどうかとは無関係である<sup>(14)</sup>と説かれているところに端的に表現されている。

このように、「通常の用法」の範囲を広く解することになれば、その範囲を画することが困難となるのは理の当然であろう。そして、このことは、結局、「通常の用法」の有効性を殆ど消失せしめることになるのである。ことさらに通常の用法に即した行動であったか否かを瑕疵の判断基準とすることは、たとえそれが補強的な意味を有するものであっても、<sup>(15)</sup>不必要なものではなからうか。

- (1) 遠藤・国家補償法中巻四九〇頁、芝池・前掲基本法コンメンタール行政救済法四八頁参照。
- (2) 同旨のものとして、そのほか、大阪高判昭和五九年八月二十九日判例タイムズ五四四号一五二頁がある。
- (3) 村上「児童の転落事故に関して道路の設置管理が問題とされた事例」判例評論二四七号三〇―三二頁。
- (4) 林「公共施設による幼児の被害と国家賠償法の適用」時の法令一〇一三号六〇頁。
- (5) 國井「营造物の通常の用法に即しない行為による事故と国賠法二条」判例タイムズ三九〇号一七七頁。
- (6) 同旨、櫻見由美子「幼児が道路の防護柵を越えて転落した事故につき、国家賠償法二条一項にもとづく市の責任が否定された事例」法学協会雑誌九七巻一〇号一五二七頁、岡崎彰夫「营造物の通常の用法と設置管理の瑕疵」昭和五三年行政関係判例解説七四三頁、牧山市治「营造物の通常の用法に即しない行動の結果生じた事故と营造物の設置管理の瑕疵」ジュリスト六七九号九四頁等。
- (7) 古崎「市道防護柵の設置又は管理の瑕疵が否定された事例」判例タイムズ三六七号一三七頁。

- (8) 森島「ゼミナール・不法行為法の考え方」法学セミナー増刊不法行為法四六頁における発言。
- (9) 川井「ゼミナール・不法行為法の考え方」法学セミナー増刊不法行為法四七頁における発言。
- (10) 同旨、芝池久保「判例回顧行政法」法律時報五八巻三号五六頁、芝池・前掲基本法コンメンタール行政救済法四七―四八頁等がある。
- (11) 牧山・前掲九四頁。なお、岡崎・前掲七四二頁参照。
- (12) 國井・前掲判例タイムズ三九〇号一七七頁。
- (13) 古崎・国家賠償法の理論一七五頁、同・国家賠償法研究一三一頁、一六一頁参照。
- (14) 古崎・前掲判例タイムズ三六七号一三六頁。
- (15) 樫見・前掲一五二七頁参照。

## 六 「通常」性と予測可能性・回避可能性

義務違反説に立つ論者はもとより、客観説に立つ論者もまた、しばしば予測可能性・回避可能性に言及している。裁判例においても、予測可能性・回避可能性に触れているものが少なくない。筆者は、以前に別稿<sup>(1)</sup>において、「損害の予測可能性と回避可能性は、営造物が通常有すべき安全性を欠如している状態という瑕疵概念における『通常』性の判断に取り込まれるから、直接問題にする必要はない」と述べたことがある。しかし、説明不足であったこと

は否めない<sup>(2)</sup>ので、判例・学説の動向を一瞥しながら、ここで改めて予測可能性・回避可能性と「通常」性の関係について検討を加えることにする。

## 一 判例の動向

予測可能性・回避可能性に触れている裁判例の主要なものとしては、次のようなものがある<sup>(3)</sup>。

① 飛驒川バス転落事故訴訟において、名古屋高裁昭和四九年一月二〇日判決（判例時報七六一号一八頁）は、「本件土石流の発生そのものが予知し得なかつたものであることは前記認定のとおりであるが、その発生の危険およびこれを誘発せしめた集中豪雨は通常予測し得たものであることも前記認定のとおりであるから、被控訴人は、本件土石流による事故を防止するために、適切な管理方法を講ずべきものであった。……本件土石流による事故を防止するためには、防護施設が唯一のものでなく、避難方式たる事前規制その他の方法によりその目的を達し得たものであるから、被控訴人の主張するような事由によつては、本件事故が不可抗力であつたとはとうていいい得ない」と判示している。

② 先にも紹介したが、営造物の通常の用法に即しない行動の結果生じた事故についての最高裁昭和五三年七月四日判決は、「上告人の転落事故は、同人が当時危険性の判断能力に乏しい六歳の幼児であつたとしても、本件道路及び防護柵の設置管理者である被上告人において通常予測することのできない行動に起因するものであつたといふことができる。したがつて、……被上告人はその設置管理者としての責任を負うべき理由はないものといふべきである」と判示している。

③ 港湾施設の建設工事中である埋立地内の道路を夜間走行していた自動車から転落して運転者が死亡し、埋立地の管理瑕疵が争われた事件において、最高裁昭和五五年九月二一日判決（判例時報九八四号一六五頁）は、「当該営造物の利用に付随して死傷等の事故の発生する危険性が客観的に存在し、かつ、それが通常の子測の範囲を超えるものでない限り、管理者と

しては、右事故の発生を未然に防止するための安全施設を設置する必要があるものというべきである」と判示している。

④ 長良川・安八水害訴訟において、岐阜地裁昭和五七年一月二〇日判決（判例時報一〇六三号三〇頁）は、「降雨、洪水が予測不可能な異常のものであったなど、本件災害が不可抗力ないし回避可能性のない場合であったとすべき事由はなんら認められない」と判示している。<sup>(4)</sup>

## 二 学説の動向

(一) 肯定的見解 学説上でも、一般に何らかの意味において、予測可能性・回避可能性が瑕疵の判断基準にされている。

義務違反説の提唱者である植木教授によれば、「義務違反説は、損害の回避可能性に依拠する営造物の設置・管理者の損害回避義務を論拠とするが、それは同時に、損害の予見可能性に依拠する予見義務を前提としている。かかる意味において、義務違反説は注意義務三元説に立っている」ということである。また、義務違反説の提唱者である國井教授も、次のように主張されている。「義務違反論は瑕疵認否の判断準則を明らかにしたが、これによれば、瑕疵の有無は、事故発生時の「危険性」、事故防止措置の「必要性」と「可能性」の各存否によって決せられる。そして、右三者の各判断は結局のところ、「道路管理の守備範囲」に対する評価態度に規定された価値判断によってなされる。かかる判断準則は、右の価値判断に依拠した事故発生時の予見可能性と回避可能性の有無をもって、責任認否の分水嶺とするものである」<sup>(6)</sup>。

客観説の主唱者である古崎判事は、「営造物の設置管理の瑕疵は、……営造物が通常具備すべき性状を欠いていることをいうが、このことは、営造物が、事故当時、事故との関連で通常予測することができる危険に対して安全

性を備えていれば足り、あらゆる危険に対し完全無欠な安全性を備えることまでの必要がない、ということである<sup>(7)</sup>とされた上で、前記③判決について、次のように理解されている。「この判例は、一般の人車が理立地に侵入することが、管理者にとつて予測することができた以上、一般の人車の安全性の確保措置をとるべきであるとした。そうして、この予測性は、管理者の主観的知・不知の問題ではなく、諸般の事情から客観的に認められる問題であることは、その判文から読み取れるのである。このことから、この判例も、通常の予測の範囲を超えた危険に對してまで営造物の安全性を具備すべきことを要求するものではない、といえる」<sup>(8)</sup>。

さらに、客観説に近い立場であるが、右の古崎説とは若干異なる観点から、「管理可能性」を問題にする見解もある。この見解によれば、管理可能性の中に予見可能性と回避可能性が含まれることになる。吉戒修一検事は、次のように主張されている。「客観説といえども、営造物のかがし設置・管理上のものであることを承認せざるを得ず、主観説とのメルクマールは、右の設置・管理を客観的に判断することに求めるわけである。ことばを換えていえば、営造物のかがしが客観的な管理可能性の枠内にあるときはじめて、それが営造物の設置・管理のかがしに該当するといえるのである。そして、右の客観的な管理可能性の中に、客観的な予見可能性と回避可能性が包含されるというべきである」<sup>(9)</sup>。また、中路義彦検事も、次のように説かれている。「これらの判例の傾向を見たとき、判例は、営造物の設置又は管理の瑕疵の意義につき、通常有すべき安全性の欠如と管理可能性（具体的には予測可能性と回避可能性）をその要素としていることは明らかである。……判例が営造物の設置・管理の瑕疵の内容として『管理可能性』（予測可能性及び回避可能性）を要するとしているのは、営造物の瑕疵が『設置又は管理』にかかるものでなければならぬことから正当である。もとより、右の管理可能性の判断は客観的になされるべきである」<sup>(10)</sup>。

(二) 批判的見解 このように、何らかの意味において予見可能性・回避可能性を考慮すべきであるというのが学説の大勢である。しかし、これに対して、予測可能性・回避可能性を考慮する必要がないとの異論もないわけではない。

野村好弘教授は、「瑕疵は、防止措置義務、事前調査義務などの義務の違反あるいは予見可能性というようなことを問題にする過失とは異なる。瑕疵は、営造物または工作物の物的な安全性の欠如のみを問題とし、それを予見し得たかどうか、防止し得たかどうか、というような人の側の対処の仕方とは無関係に判断されるのである」<sup>(11)</sup>と説かれている。また、宮原守男弁護士も、「道路管理上の瑕疵とはいわば道路管理者の過失を客観化したものである。被害者側に道路管理者の結果予見可能性（過失の一要素）を立証する負担を軽減させて、管理上の瑕疵だけを立証すればよいとしたのである。したがって、ふたたび『瑕疵』のなかに予測可能性を持ち込むことは過失の客観化の方向に逆向するものである」<sup>(12)</sup>と主張されている。<sup>(13)</sup>

### 三 判例・学説の検討

義務違反説（論）の立場からすれば、予測可能性・回避可能性が瑕疵の判断基準とされるのは理の当然であろう。しかし、筆者の立場は、義務違反説（論）とは基本的に異なっているから、予測可能性・回避可能性についても、これに同調することはできない。そこで、ここでは、客観説や営造物瑕疵説からすればどのように解するのが首尾一貫しているか、ということについて検討することにする。

(一) 客観説と予測可能性・回避可能性 客観説の代表的論者である古崎判事は、先に紹介したように、予測可能性を瑕疵の判断基準の一つにされている。しかし、客観説が瑕疵を「営造物が通常有すべき安全性を欠如した状

態」と定義するのであれば、予測可能性・回避可能性を考慮することは、果たして右の瑕疵概念に適合しているといえるであろうか。なるほど、古崎判事は、予測可能性は「管理者の主観的知・不知の問題ではなく、諸般の事情から客観的に認められる問題である」<sup>(14)</sup>と説かれてはいるが、過失の客観化が進んでいる今日では、いかに客観的に判断するにしても、これによって瑕疵と過失の区別が不鮮明となることは避けられないであろう。管理可能性（予見可能性と回避可能性）を瑕疵の判断基準とする見解もまた同様であって、これでは義務違反説（論）との区別は著しく困難となるように思われる。國井教授が、「通説は營造物瑕疵説を採るものではないが、その所論に照らして明らかのように、營造物の物理的性状を瑕疵判断の中心に据え、設置・管理の瑕疵を擬物化している、と見てよい。かかる考え方からすれば、營造物の用法や被害者の行為態容はともかく、管理者の作為・不作為や予見可能性は、瑕疵判断の視野に入らないはずである」<sup>(15)</sup>と述べられているのは、的確な指摘といふべきである。

(二) 營造物瑕疵説と予測可能性・回避可能性　それでは、營造物瑕疵説に立てば、どのように捉えられるべきであろうか。營造物瑕疵説によれば、瑕疵とは「營造物が通常有すべき安全性を欠如した状態」をいう。この点では、客観説の瑕疵定義と全く同じである。しかし、この瑕疵定義は、二条の責任が状態責任であることを強調する。營造物瑕疵説にこそふさわしいであろう。營造物瑕疵説は、營造物自体に物的欠陥がある場合はもとよりのこと、營造物自体に物的欠陥がなくても、それをとりまく周囲の状況を総合的に考慮して、通常有すべき安全性が欠如した状態であったか否かだけに着目する。管理者側の予測可能性・回避可能性は、ここでは直接の問題とはならない。營造物瑕疵説の主唱者である木村実教授が、「本来、營造物の設置・管理の瑕疵は、營造物の瑕疵を中心に論ずべきものであって、管理の瑕疵を強調することは、国賠法一条一項の問題であろう。したがって、免責事由としての



不可抗力は、営造物の瑕疵にあたるか否かが検討されるべきであり、不可抗力の予測可能性の有無、交通規制措置等の管理の瑕疵を重視すべきではない<sup>(16)</sup>と説かれているのは、この趣旨であろう。

もし、予測可能性・回避可能性がいくらでも問題となるとすれば、それは「通常」性の判断過程においてである。通常有すべき安全性を欠如していたか否かを判断する際に、予測可能性・回避可能性を考慮することは、必ずしも右に述べた趣旨と矛盾するものではない。予測可能性・回避可能性がなければ、一般には、通常有すべき安全性を欠如していなかったということになるであろう。裁判例の多くにおいて、「回避措置」の存否に触れているのはこのためである。しかし、この場合にも、予測可能性・回避可能性の有無は、「通常」性の判断資料の一つにすぎず、独立した別個の瑕疵判断の基準となるわけではない<sup>(17)</sup>。たとえ管理者側に予測可能性・回避可能性がなくても、通常有すべき安全性を欠いていたと認められるケースも十分考えられ得るのである<sup>(18)</sup>。道路上の障害物の放置や前述の未完成堤防の決壊等がその適例である。別稿で論じたように、道路上に放置された障害物が原因で自動車事故が発生した場合の管理者の責任については、放置時間が短時間であれば、時間的不可抗力として免責されるとする見解が支配的であるが、この場合でも、たとえ予測可能性・回避可能性がないにしても、道路が通常有すべき安全性を欠如した状態であったことは確かであるから、これだけに着目して瑕疵を認めてもよいであろう。

予測可能性・回避可能性を瑕疵の判断基準とするのは、おそらく国・公共団体に無限の責任を負わせることを回避するためであろう。もっともな配慮ではあるが、営造物瑕疵説といえども、国・公共団体に無限の責任を負わせようとしているわけではない。国賠法二条が瑕疵を要件としている以上は、この瑕疵がなければ国・公共団体の賠償責任が生じないのは当然である。ただ、営造物瑕疵説に立てば、瑕疵とは営造物が通常有すべき安全性を欠如し

た状態をいうのであるから、「通常」性が国・公共団体の責任の限界を画することになる。もつとも、大部分の事例においては、予測可能性・回避可能性と「通常」性の判断は重なるかもしれないが、これは別論である。また、予測可能性・回避可能性が次第に緩やかに解されることになれば、あるいは「通常」性の判断と同一に帰することになるかもしれない。しかし、その場合には、むしろ予測可能性・回避可能性の有無を問題にする必要性がなくなつたものというべきであらう。<sup>(2)</sup> 予測可能性・回避可能性を瑕疵の判断基準とすることは、国賠法二条の責任の性質(状態責任・無過失責任・危険責任)に適合しないように思われる。

- (1) 拙稿・前掲法政理論一七卷一・二号一一二頁。
- (2) その概観については、秋山義昭・国家補償法一〇〇―一一二頁参照。
- (3) 裁判例の動向とその分類については、芝池・前掲基本法コンメンタール行政救済法四八頁参照。
- (4) 最近のものとして、そのほか、最判昭和五八年一〇月一八日判例時報一〇九九号四八頁、名古屋地判昭和五八年一二月二六日判例時報一一〇六号二二〇頁、高知地判昭和五九年三月二六日判例時報一一三七号二二頁、東京地判昭和五九年五月二九日判例タイムズ五三三二号一八二頁、松山地八幡支判昭和六〇年一月二五日判例時報一一五六号二一九頁等がある。
- (5) 植木・前掲九頁。
- (6) 國井「道路の設置・管理の瑕疵について(一五)」判例タイムズ四八〇号二三頁。なお、同「水害と営造物管理責任」法律時報四九卷四号一〇三頁参照。
- (7) 古崎・国家賠償法研究一七一頁。

- (8) 古崎・国家賠償法研究一七六頁。
- (9) 吉戒・前掲五〇頁。
- (10) 中路「水害と营造物管理責任」昭和五四年行政関係判例解説六八一～六八二頁。
- (11) 野村「国道の管理の瑕疵」交通事故民事裁判例集三卷索引・解説号二七五頁。なお、同・前掲ジュリスト四一三号一〇頁参照。
- (12) 宮原「道路管理の瑕疵による事故責任」交通事故民事裁判例集三卷索引・解説号二六六頁。
- (13) 同旨、西原道雄「大阪空港訴訟大法廷判決と損害賠償（上）」ジュリスト七六一号五三頁、田邨正義「国道の落石事故につき、道路の設置管理に瑕疵があるとした事例等」交通事故民事裁判例集四卷索引・解説号二五三頁、国家賠償法研究会(3)・法令解説資料総覧一四号一四四頁における森島教授の発言等。
- (14) 古崎・国家賠償法研究一七六頁。
- (15) 國井・前掲判例タイムズ三九〇号一七六頁。
- (16) 木村「国家賠償法二条をめぐる判例の動向」ジュリスト五八一号五五頁。
- (17) 森島教授は、「回避措置の存在は瑕疵認定の理由づけ（正当化）であって、認定基準ではないということも考えられる」（「工作物責任（一）」法学教室一六号二八頁）と説かれている。なお、木村「营造物の設置・管理の瑕疵」法学教室（第二期）六号一五五頁参照。
- (18) 野村教授は、「予見可能性がなかったことは、道路管理の責任を免れさせる決定的な理由とはならない」（前掲ジュリスト四一三号一一〇頁）と説かれているし、西原教授も、民法七一条の事例についてであるが、「鉄道企業の承継直後の事故、天災や第三者による保安設備の破損等の場合には、どうしても無過失責任としての構成が必要となろう」（「保安設

備のない踏切と土地の工作物の瑕疵」法律時報三八卷三号六九頁」と説かれている。なお、森島・前掲法学セミナー増刊  
不法行為法四六頁、四宮・前掲七二九頁参照。

(19) 拙稿・前掲法政理論一七卷一・二号一―四頁、一一六頁。

(20) 古崎・国家賠償法研究一八七頁参照。

(21) 藤田宙靖・新行政法Ⅰ(総論)三八〇頁参照。

## むすび

客観説と営造物瑕疵説によれば、瑕疵とは「営造物が通常有すべき安全性を欠如した状態」である。この瑕疵概念においては、従って、「通常」有すべき安全性が瑕疵の有無を決することになる。しかし、瑕疵論争の方に関心が奪われてしまったために、これまで「通常」性の問題が直接論じられるということはなかった。あるいは、これは、「通常」性について一般的に論ずることが不可能であると解されたためかもしれない。確かに一般的に論ずることは困難であるが、瑕疵概念の中に「通常」性を盛り込む以上は、ある程度までは一般的に論じておかなければならないであろう。本稿において、筆者は、営造物瑕疵説に立つて、この「通常」性の意味を考察した。

判例・学説の大勢は、「通常」性を社会通念によって判断しようとしている。それ故、「社会通念とは何か」が問われなければならない。社会通念の確定もまた困難な作業であるが、少なくともいえることは、行政の立場にも被

害者の立場にも偏ってはならないことであろう。これまでは、当事者の一方に偏った捉え方が少なくなくかつたように思われる。社会通念の確定の際に、場合によっては財政的制約を考慮せざるを得ないと説いたのも、このような考え方に基づくものである。財政的制約を考慮することは、一見すると営造物瑕疵説の趣旨に適合しないように見えるかもしれない。しかし、「通常」性を社会通念によつて判断し、その社会通念が財政的制約を全く考慮外におくものでない限りは、整合性を欠いているとはいえないであろう。

被害者の通常の用法に即しない行動や管理者の予測可能性・回避可能性は、「通常」性の判断資料の一つとはなり得ても、独立した判断基準とはなり得ない。予測可能性・回避可能性を判断基準とすることは、二条の責任の性質を曖昧にし、二条と一条の区別を不明確にする。判例・通説が予測可能性を判断基準としていることには、それが客観説に立っているといわれているだけに、疑問を払拭できない。

営造物瑕疵説の立場からすれば、「通常」性は瑕疵概念の本質的部分を構成している。本稿は、この「通常」性の意味について一般的に論ずることを意図したものであるが、「大山鳴動してねずみ一匹」の感がしないでもない。しかし、たとえ結論において大差がないにしても、瑕疵概念及びその構成要素を明確にすることは、二条の責任の体系的位置づけのために不可欠の作業であろう。本稿における結論は、二条の理念を状態責任・無過失責任・危険責任に求めたことからの一つの帰結である。