

狭まり、ついには裁量がゼロとなって権限行使規定が権限行使義務に転化する可能性を認める見解もある（これを「裁量権のゼロ収縮」という）。裁量がゼロになる要件としては、国民の生命・身体等の重大な法益侵害への危険の切迫、予見可能性、結果回避可能性等があげられている。

行政庁の不作为を争うための理論的工夫はそれなりになされているが、実効的な裁量統制という観点からみると、現時点で成功しているとはとうていえないであろう。行政の不作为は、裁量の範囲内にとどまるのが常態であり、問題の本質は、権限の不行使が違法かどうかというより、裁量権の行使のあり方が不適切であったという点にこそ存在するからである。行政の不作为、権限の不行使が、現代行政法の克服すべき重大な問題であると認識するのであれば、裁判所による裁量審査のあり方を変革する、あるいは行政機関の権限発動を促すような行政機関内部のシステムを考案することが急務と考えられる。

(3) 国家賠償法2条

277 | 趣旨 国賠法2条は、「道路、河川その他の公の営造物の設置又は管理に瑕疵があったために他人に損害を生じたときは、国又は公共団体は、これを賠償する責に任ずる」と規定する。立法者によれば、1条が公権力の行使にかかる活動によって損害が生じた場合の規定であり、2条が公権力の行使とはいえない公の管理作用に基づく損害を救済するものである。伝統的な公法・私法二元論においても、公権力の行使にかかわらない2条の領域については、民法の不法行為に関する一般規定である709条ないし工作物責任を定める717条の適用があることは認められていたので、同条に創設的な意義があるわけでは必ずしもない。

しかし、条文にも掲げられる道路、河川を中心として、同条の解釈をめぐる裁判の帰趨が、後に見るように、道路行政ないし河川行政に非常に大きな影響を与えてきた。この一事をもってしても明らかなように、わが国において、行政にかかわる訴訟はそれ自体として少ないとか、裁判所が本質的に機能しないというわけではなく、国民は、使い勝手の悪い行政訴訟ではなく、より使いやすい仕組みである国家賠償に流れているにすぎないように見える。

278 | 要件 2条の要件で、重要なものは、①公の営造物、②設置・管理の瑕疵である。

1) 公の営造物 この概念は公物と同義であり、国または公共団体により直接に公の目的のため供されている個々の有体物のことをいう。有体物であるから、不動産のみならず、動産も含み、公用自動車、電気かん、拳銃、警察犬、テニスの審判台等も公の営造物に当たる。また、道路のような人工公物のみならず、河川を代表とする自然公物を含み、海岸、湖沼等もこれに該当する。設置・管理の主体は、国または公共団体であるが、その管理権は、必ずしも法律上の根拠があることを要せず、事実上管理する場合も含むと解されている（河川法の適用のない普通河川について、これを公の営造物であるとしたものに、最判昭和59・11・29）。

2) 設置・管理の瑕疵 設置・管理の瑕疵をどう理解するかについては、従来、これを管理義務違反ととらえる主観説と、物理的欠陥の存在とする客観説との対立があるとされてきた。そして、施設に物的欠陥がない場合であっても、主観説によれば瑕疵が認められるので、被害者救済に厚い等の指摘もあった。しかし、この点については、最高裁が、高知落石事故判決において、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いていること」として客観説を採用することを明示したことにより（最判昭和45・8・20百選II155）、実務上は決着がついたようにも見える。しかし、以下に見るように、その後国賠法2条に関する判例は、事案を積み重ねるにつれ、客観説を基礎としつつも、次第に瑕疵概念を変遷させていくことになる。その過程は、瑕疵概念の抽象化と言い表すことができるが、今日、瑕疵概念を主観説ないし客観説のいずれかに割り切ってとらえることはもはや必ずしも適切ではない。判例理論は、道路に代表される人工公物と、河川に代表される自然公物とで、その判断基準を異にしたうえで変化してきている。以下では両者を分けて説明し、その後改めて瑕疵概念のとらえ方について言及することとしよう。

279 | 人工公物をめぐる判例 道路の設置・管理の瑕疵に関する判例のリーディング・ケースとなったのは、前述した高知落石事故に関する判決である。事案は、過去にしばしば落石・崩土のあった国道において、管理者が「落石注意」の標識を立てる等注意を促す程度のこと

しか行っていなかったところ、崩土および岩石が道路を通行中の自動車に落下し、被害者が死亡したというものである。最高裁は、ここで、①設置・管理の瑕疵について客観説を採用すること、②2条が無過失責任であることを明示するとともに、③予算のないことが免責事由にはならないこと（予算抗弁の排斥）を判示し、以後、これが瑕疵認定の3要件となる。その後、国道に故障車が87時間にわたって放置されていたところ、夜間原動機付自動車に乗った青年が当該故障車に激突して即死した事案において、判決は、道路管理者は道路を常時良好な状態に保つよう維持・修繕し、一般交通に支障を及ぼさないように努める義務を負っており、「道路の安全性を著しく欠如する状態であった」として、道路管理に瑕疵があったと認定した（最判昭和50・7・25百選II156）。これは、道路そのものに物理的欠陥があったわけではなく、道路に故障車が長時間放置されていた事案であり、そうであるにもかかわらず、道路の設置・管理に瑕疵があったと判断されたという点に特徴がある。同じような事例としては、工事中のため土砂が堆積した状態の道路で起きた事故について、道路管理者の責任を認めた事例がある（最判昭和37・9・4）。もっとも、工事中の道路で、他車が設置されていた赤色灯を倒したため赤色点滅灯が消え、その直後に現場を通った自動車が事故を起こしたという事案では、道路管理の瑕疵が否定されている（最判昭和50・6・26）。

道路の設置・管理の瑕疵については、客観説を前提として、道路に物理的欠陥があったかどうかを問題にするというのが、基本的な判例の立場である。まず、高知落石事故では、道路それ自体に落石・崩土のおきる危険性が認められ、道路が物理的に見て安全性を欠いている事案であったとすることができる。しかし、道路に故障車や土砂があるという事案においては、道路そのものに欠陥はなく、故障車を速やかに撤去すべきだったのにしなかった、あるいは、土砂の存在について赤色灯を設置する等注意を促す措置を講ずべきであったのにそうした措置をとらなかったことが道路管理の瑕疵とされたものであり、管理者のなすべき管理行為を検討するという主観説的な考慮の跡を見てとることが可能である。さらに、赤色灯が転倒、消滅した直後に自動車が現場に侵入したという事例では、時間的切迫性から道路管理者が対策をとることが事実上不可能であったという事情が考慮されてその道路管理の瑕疵が否定されていると見ら

れ、主観説的な思考がなされていることは明らかである。

こうして、物理的な安全性という客観説の基準で出発した瑕疵概念は、道路管理者の管理態様をも次第に射程に入れるようになり、概念として徐々に抽象化していくことになる。ただ、これらの諸事例においては、故障車が放置された道路というかたちで、全体的にみて、障害物と道路を一体的に観察するとすれば、なお、道路の物理的安全性を欠くものとして、客観説の枠組みの中で説明することに決定的な困難はなかったともいえる。

280 機能的瑕疵

ところが、このような物理的安全性の基準およびその延長上のものとしてはもはや説明できない瑕疵概念の劇的ともいえる変化が判例に現れる。それは、大阪空港訴訟最高裁判決（最判昭和56・12・16百選II163）である。これは、都市部に存在する国際空港における大型ジェット機の運行による騒音被害を周辺住民が争った事案であり、民事訴訟として提起された使用差止請求を却下した悪名高い判例として有名であるが、国家賠償請求にかかる判示部分は、被害者救済の法理としては、極めて画期的な内容を含むものである。ここでは、空港そのものになら物理的瑕疵はなく、単に、空港が、飛行機が離着陸するという通常の用法にしたがって使用されているにすぎない。問題の本質は、まさに、空港を空港として使用することが、周辺住民という第三者に騒音被害を与えてしまうという事例をどのように処理するかという点に存するものであった。したがって、従前どおりの客観説では、設置・管理の瑕疵を認定することは困難であったのであるが、最高裁は、次のように述べて、結果として空港という公の営造物の設置・管理に瑕疵があることを認めたのである。すなわち、最高裁は、「国家賠償法2条1項の営造物の設置又は管理の瑕疵とは、営造物が有すべき安全性を欠いている状態をいうのであるが、そこにいう安全性の欠如、すなわち、他人に危害を及ぼす危険性のある状態とは、ひとり当該営造物を構成する物的施設自体に存する物理的、外形的な欠陥ないし不備によって……危害を生ぜしめる危険性がある場合のみならず、その営造物が供用目的に沿って利用されることとの関連において危害を生ぜしめる危険性がある場合をも含み、また、その危害は、営造物の利用者に対してのみならず、利用者以外の第三者に対するそれをも含むものと解すべきである」と述べて、損害賠償請求を認容した。

この判示は、空港という営造物に物理的な瑕疵がないという前提に立ちながら、一定の限度を超えた利用の仕方により、営造物管理者が特段の措置を講ずることなく、あるいは適切な制限を加えないまま、営造物を利用に供した場合には、その設置・管理に瑕疵が生ずることを認めたものである。このような瑕疵概念は、客観説を前提としつつも、物理的瑕疵ではないという意味で、「機能的瑕疵」ないし「供用関連瑕疵」等と呼ばれ、保護法益としても、従来国賠法2条では想定していなかった環境利益の保護をその射程に入れるとともに、利用者以外の第三者をもその保護範囲に取り込んでいる。そして、より根本的には、空港を空港として使うことそれ自体は本来違法とはいえないはずであることからすれば、このような空港騒音被害者を救済するという価値判断には、損失補償的思考が介在しているといわざるを得ないのである。大阪空港判決をもって、瑕疵概念は大きく変貌を遂げたといえることができる。

その後、道路に関する重要な判決として、国道43号線に関する最高裁判決が出されている（最判平成7・7・7百選II165）。ここでも、国道それ自体に物理的欠陥があるわけではなく、国道を走行する自動車をもたらす騒音・振動・大気汚染が問題とされたが、最高裁は、損害賠償請求を認容した。大阪空港の事例では、運輸大臣（当時）が、国営空港たる大阪空港の設置管理者であると同時に、離発着する航空機に対する規制権限を有する航空行政権の主体でもあったことから、空港の利用のあり方について運輸大臣にコントロール可能性があり、それゆえ国の責任を認めることが比較的容易であったといえることができる。これに対して、国道の場合、道路管理者が建設大臣（当時）であるとしても、騒音や排気ガス抑制という観点から、当該道路を日常的に走行する大量の民間自動車の走行を直接規制する行政権限は認められておらず、この点、道路利用についてのコントロール可能性は極めて低いものとなっている。それにもかかわらず、判決では、道路管理者の設置管理責任が認められた。これは、国道43号線判決が、大阪空港判決から一段と進んで、公の営造物の設置管理者に対して周辺環境に配慮した管理行為を要請したものであり、周辺住民に対する関係では、損失補償の考慮を一層明確に打ち出したものと解することができる。

付言すると、このようなかたちで瑕疵概念が抽象化し、管理行為の適切さをも瑕疵概念と関連させて検討するようになると、国賠法2条が本来1条でカバ

ーする領域にも及んでくることに留意しておく必要がある。1条では、公務員の公権力の行使のあり方が問題とされるところ、管理行為の適切さは、1条でも2条でも議論することが可能であるからである。

281 河川に関する判例

公の営造物にかかわるもうひとつの判例理論を形成している分野が、河川をめぐる領域である。河川は、人工公物と対比される自然公物の代表であるが、河川水害について、初期の下級審判例は、その設置・管理の瑕疵について、とくに道路と区別することなく同様の判断基準を示していた。その結果、河川水害については、水害が現実に発生したこと自体が、河川の安全性が達成されていないことを示すものであるかごとき判決が下級審で続いたこともあり、水害訴訟では被害者勝訴の流れがあるように受け止める向きもあった。しかしながら、大東水害訴訟最高裁判決がこうした流れを一変させる（最判昭和59・1・26百選II157）。判決は、河川が自然公物であることを強調し、その設置・管理の瑕疵については道路の場合と異なる判断基準がとられることを示した。すなわち、「河川は、本来自然発生的な公共用物であって、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っ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」として道路等の人工公物との差異を強調し、河川という自然公物が洪水等の災害をもたらす内在的危険性をもつものであるとする。したがって、河川管理は、もともと危険な河川を対象として開始されるものであり、その安全性の確保は、治水事業によって徐々に達成されていくことが当初から予定されているのであって、治水事業の実施には、財政的制約、技術的制約、社会的制約等があることから、「未改修河川又は改修の不十分な河川」の安全性は、これら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」をもって足りる、というのである。

この判決は、改修計画が定められていることを前提とする、現に改修中である河川を対象とするが、その場合に要求される安全性は、「過渡的な安全性」であればよい、とするものである。過渡的な安全性とは、つまるところ、現状