The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	公の営造物の供用関連瑕疵と警察責任 : 機能的瑕疵防止・除去義務としての実態的警察責任の可能性
Author(s)	高橋, 明男
Citation	阪大法学. 2005, 55(3,4), p. 163-180
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55161
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

公の営造物の供用関連瑕疵と警察責任

――機能的瑕疵防止・除去義務としての実体的警察責任の可能性――

高橋明男

Ⅰ はじめに
Ⅱ 営造物管理主体の実体的警察責任
Ⅲ 判例における供用関連瑕疵ないし機能的瑕疵
Ⅳ 公の営造物の供用の差止め請求
Ⅴ おわりに

Ⅰ はじめに

国家賠償法二条に基づく公の営造物の設置・管理責任については、これまで、どのような場合にその瑕疵責任を認めるべきかに関わって、学説において営造物責任論争が展開してきた。(1) この間、国家賠償法二条が適用される判例の分析として、従来の議論が考察の対象としてきた類型とは異なる類型として、供用関連瑕疵類型ないし機能的瑕疵を捉えるべきであるとする見解が明らかにされている。(2) この類型をめぐっては、国家賠償法二条の適用拡張と

して肯定的に見る見解がある一方で、[3] 判例における受忍限度を指標とする「違法性」概念の使用に対する疑問や[4] 損失補償との関連を伺わせる「特別の犠牲」概念の使用に対する評価[5] が出されている。

供用関連瑕疵ないし機能的瑕疵は、道路管理責任に代表される従来の営造物管理責任が営造物の利用者との関係で瑕疵を扱ってきたのに対し、営造物の周辺住民等の第三者との関係で瑕疵を問題にするものである。[6] その場合、利用者との関係では営造物の安全確保義務が営造物管理主体の管理権限から容易に導かれるのに対し、[7] 第三者に対する瑕疵（危険）の除去義務が何に由来するのかという点については、十分には論じられていない。[8] また、供用関連瑕疵ないし機能的瑕疵は、最高裁判例としては大阪空港判決において初めて承認されたものであるが、[9] そこで問題となった国営空港にかかる騒音等の公害防止権限について、供用行為の民事差止め請求との関連で、一体的な公権力性が認められたのに対し、その後の国道四三号線訴訟において、道路にかかる騒音等の公害防止権限については、さしあたり公権力性が不問とされている。[10] 空港の場合も道路の場合も、騒音等の公害を排出しているのは営造物管理作用そのものではなく、航空機や自動車といった利用者であり、その限りで、そのような公害防止は危険管理（防止）責任が問題となる点で共通するはずであるが、[11] 両者の責任根拠は異なった類型として捉えられるべきなのであろうか。

供用関連瑕疵ないし機能的瑕疵を不法行為責任の範疇で捉えるならば、第三者の法益についても供用行為に起因する損害がある限りで、損害発生防止義務が認められよう。しかし、そのような民事法的な責任根拠だけでは、「違法性」概念の使用、損失補償との関連、公害防止権限の「公権力性」といったこの瑕疵類型に特有の性質を説得的に説明するには十分でないように思われる。[12] 本稿では、供用関連瑕疵ないし機能的瑕疵について公法的な責任論拠として営造物管理主体の実体的警察責任を手がかりとすることができないかを探る。筆者は、国家行政主体の

警察責任を論じたことがあるが、[13] 本稿は、その展開として営造物管理主体の警察責任という観点から、営造物管理責任の一端を明らかにしようとするものである。以下、まず、行政主体の実体的警察責任という捉え方について述べ、判例に表れた供用関連瑕疵ないし機能的瑕疵について、この捉え方がどのような意義を有するかを分析し、更に、営造物の供用の差止めについて、この議論枠組の適用可能性を明らかにしていきたい。

Ⅱ　営造物管理主体の実体的警察責任

(1)　警察責任の意義

まず、警察責任の意義を再確認してきたい。警察責任とは、警察違反の状態を生じさせてはならないという責任（義務）であり、自らの行為に起因した警察違反の状態を生じさせてはならない行為責任と自らの管理下にある物に起因した警察違反の状態を生じさせてはならない状態責任がある。[14] ここでいう警察違反の状態とは、公の安全と秩序に対する障害又は危険のことであり、具体的には、公の安全の下で国家又はその施設（Einrichtungen）の状態、個人の生命、健康、自由、名誉又は財産が保護法益とされる。[15] この警察責任を負う者は、警察違反の状態を生じさせた場合、危険除去のための警察官庁による介入によって自らの権利の内在的制約が明らかにされるだけであるから、介入を甘受しなければならず、自らの法益に生じた損失の補償を求めることはできない。[16] 警察責任は行政介入を受けるべき責任であるから、刑事罰を受けるべき刑事責任とも、また民事上の制裁を受けるべき民事責任（不法行為責任）とも異なる。その成立のためには、警察上の危険の切迫又は発生のみがあればよく、責任主体の故意・過失あるいは錯誤の存在を必要としない。[17]

警察責任は、ドイツにおいては実定法としての州警察法に根拠を持ち、実質的意味における警察に妥当する法原

理とされるが、わが国においては、少なくとも実定法律上の基礎があるわけではなく、条理法として説かれている。[17-2]

(2) 行政主体の実体的警察責任

このような警察責任は、通常は私人について問題となるものであるが、行政主体について問題とならないわけではない。行政主体がその行為又はその管理する物の状態から警察違反の状態を生じさせた場合、当然に行政主体の警察責任が問われうる。但し、警察責任は警察違反の状態を生じさせた者あるいは生じさせる恐れのある者が、警察官庁による介入を受けるべき地位であるから、行政主体が警察官庁から何らかの介入を受けることがあり得るのかが問題となる。仮に、行政主体が警察官庁から処分を受けうるとすれば、当該行政主体と警察官庁の間に、私人と警察官庁の関係と同様の上下関係が生じることになる。このような事態は、当該行政主体が行政組織の権限秩序において、警察官庁の指揮監督を受ける関係にある場合は、問題とならないが、そのような関係になく、対等の関係にある場合は、行政組織の権限秩序を破る恐れがある。

このような、一方で警察責任の発生が認められながら、他方で警察官庁の干渉権限を認めることが難しいという二律背反の状態を生じさせないため、ドイツにおいては、警察責任を警察官庁の干渉権限を受けるべき責任としての形式的警察責任と警察違反の状態を生じさせてはならない実体的警察責任に分離するという考え方が支持を得ている。[18] この考え方によれば、行政主体が警察官庁から処分を受けうるかという権限法上の問題とは別に、行政主体は実質的に警察責任を引き受けなければならない、つまり、自らの行為又は管理下にある物から警察違反の状態を生じさせてはならないことが認められ得る。ここから更に次の問題として、そのような実体的警察責任をどのように担保するかという問題がある。この点については、ドイツにおいても明確な解決には至っていない。連邦行政裁

判所判例では、行政主体は自らの自己責任において実体的警察責任を履行する（自らの管轄外にある他官庁の管轄法律を尊重する）ことが原則であり、警察官庁が行政主体に対して高権的干渉を行うことは許されず、それに至らない程度の影響力の行使のみが許されるとされているのに対し、行政主体に対しても私人に対するのと同様の高権的処分を行うことが可能であるとする見解や、行政主体の権限の否定にならない場合には干渉が可能であるとする見解、行政主体の専門的権限に危険が止まっていないと警察官庁が判断する場合に干渉が可能であるとする見解などが出されている。その際、全ての官庁が、高権的任務の遂行にあたって、国家に普遍的な警察権能を分掌しているという付随権限理論が共通理解として存在する。[19]

以上の議論の中で完全な一致が見られるのは、行政主体が実体的に警察責任を免れることはないという点である。実体的警察法が実質的警察作用に関する一般法として妥当するドイツ[20]と異なり、わが国では、行政主体に対して警察責任が妥当するかという形で問題が立てられておらず、実体的警察責任と形式的警察責任の分離といった考え方は見られない。しかし、行政主体の行為にも当然に法律の優位が妥当するから、自らが管轄しない法律であってもそれに従わないことは許されないといった見解が見られ、[21]他方で、行政主体が固有の資格において行為する場合には、行政庁から私人に対して向けられるような処分がなされることは原則的にないことも確認されている。[22]したがって、わが国においても、結論的には、実体的警察責任と形式的警察責任を区別し、警察官庁が警察責任を有する行政主体に対していかなる措置をとりうるかという問題への回答とは関わりなく、当該行政主体には実体的警察責任が妥当するとするドイツの考え方がなじまないとは言えないであろう。その限りで、わが国においても、行政主体には少なくとも実体的警察責任が妥当するという条理法も妥当すると言うことができよう。そうであれば、営造物を管理する権限を有する行政主体が、当該営造物について警察違反の状態を生じさせてはならないという命題

もまた、当面の議論の前提として妥当するということが確認できる。

Ⅲ　判例における供用関連瑕疵ないし機能的瑕疵

本節では、判例に表れた供用関連瑕疵ないし機能的瑕疵の性質について整理した上で、前節で扱った営造物管理主体の実体的警察責任という思考枠組がどのように適用されうるかを考察する。

一　供用関連瑕疵ないし機能的瑕疵

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つて一般的に右のような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つ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。すなわち、当該営造物の利用の態様及び程度が一定の限度にとどまる限りにおいてはその施設に危害を生ぜしめる危険性がなくても、これを超える利用によつて危害を生ぜしめる危険性がある状況にある場合には、そのような利用に供される限りにおいて右営造物の設置、管理には瑕疵があるというを妨げず、したがつて、右営造物の設置・管理者において、かかる危険性があるにもかかわらず、これにつき特段の措置を講ずることなく、また、適切な制限を加えないままこれを利用に供し、その結果利用者又は第三者に対して現実に危害を生ぜしめたときは、それが右設置・管理者の予測しえない事由によるものでない限り、国家賠償法二条一項の規定による責任を免れる

ことができない。」また、「本件空港の供用のような国の行う公共事業が第三者に対する関係において違法な権利侵害ないし法益侵害となるかどうかを判断するにあたつては、……侵害行為の態様と侵害の程度、被侵害利益の性質と内容、侵害行為のもつ公共性ないし公益上の必要性の内容と程度等を比較検討するほか、侵害行為の開始とその後の継続の経過及び状況、その間にとられた被害の防止に関する措置の有無及びその内容、効果等の事情をも考慮し、これらを総合的に考察してこれを決すべきものである。[23]」

二　ここでは、まず、供用関連瑕疵ないし機能的瑕疵は利用者に対する瑕疵と第三者に対する瑕疵を区別することを前提とされている。つまり、利用者に対しては瑕疵がない状態であっても、第三者に対しては瑕疵が認められる。ここには、瑕疵の人的相対性と言うべき状況が成立することになる。国家賠償法一条が適用される行政作用に関しては、周知の通り、他の者あるいは一般との関係では適法と言える場合であっても、特定の者との関係で違法性が問題となる場合がある。例えば、風俗営業である個室付浴場業の開業を阻止するために、地元町長が行った児童遊園設置認可申請を認めた県知事の認可処分は、当該業者との関係では違法であるとした例[24]が典型であるが、民法七〇九条が適用された事例として、町が工場の誘致施策をとりやめ、工場進出への協力を拒否したことについて、前町長の誘致施策に応じて進出した業者に対する関係で違法となりうるとされた例がある。[25]国家賠償法二条においては、国家賠償法一条におけるような違法性が要件となっているのではないにもかかわらず、供用関連瑕疵ないし機能的瑕疵の場合、第三者に対する「違法な権利侵害ないし法益侵害」の枠組が用いられていることは、人的相対性という構造自体において既に、国家賠償法一条の適用における違法性の人的相対性という問題状況との近時性とともに、問題の解決には行政過程論的な複眼的な考察を要することを示している。[26]

ところで、国家賠償法一条や民法七〇九条が適用される違法性の人的相対性の場面については、違法性が認められる私人以外に対しては、問題となる行政作用が適法とされ得る。このことから、このような場面は、行政作用の違法性を前提とする損害賠償よりも、行政作用自体は適法としつつ、行政作用によって生じた意図された損害について補塡を行う損失補償の方が適合的であるという指摘がなされている。[27] 供用関連瑕疵ないし機能的瑕疵についても、前記大阪空港訴訟最高裁判決は、違法性の判断要素としての空港供用行為の公共性に関して、航空機による迅速な公共輸送の必要性という「公共的利益の実現は、被上告人らを含む周辺住民という限られた一部少数者の特別の犠牲の上でのみ可能であつて、そこに看過することのできない不公平が存することを否定できない」という表現を用いて、損失補償との近似性を示唆している。このことは、空港周辺の騒音対策が特別法に基づいて行われていることからも、既に指摘されていた。[28] このような損失補償的な構成については、異論もあるところであるが、[29] 供用関連瑕疵ないし機能的瑕疵が問題となる局面では、供用行為にかかる被害者と受益者の数的なバランスが崩れていることとともに、それにもかかわらず、公共性を理由として被害者の救済を否定してしまわない論理が求められることを示している。[30]

三　前記大阪空港訴訟最高裁判決が採用する「違法性」の判断枠組は、公害訴訟において用いられてきた受忍限度論に依拠しているが、その際、被害発生の予見可能性・結果回避可能性といった「過失」の要素は含められていない。[31] これに対し、空港供用行為について騒音対策の不備を理由に国家賠償法一条を適用した場合、不作為を理由とする違法性の判断枠組の中には被害発生の予見可能性・結果回避可能性が含められ得ることを考慮すると、[32] 国家賠償法二条を適用することに意義が認められることになる。それでは、このような「過失」の要素なしに成立する

損害賠償責任はどのように捉えるべきなのであろうか。損害賠償責任は、被害発生を防止しなかった責任であるから、当然に被害発生防止のための権限と責任が営造物管理主体に存在しなければならない。つまり、営造物管理主体に第三者に対する瑕疵除去に関する権限と義務が認められなければならない。この点に関して、前記大阪空港訴訟最高裁判決では、差止め請求に関わってであるが、公権力の行使を本質的内容としない非権力的な営造物管理権と航空機の離発着の規制等の航空行政権が不可分一体的に行使されているとされた。[33] このことは、本判決においては民事差止め請求を不適法とする根拠とされたのであるが、その点はさしあたり措いておく。[34] ここで注目されるのは、第三者に対する瑕疵防止・除去に関する権限が包括的に捉えられていることである。[35] このような、営造物の管理に関わって第三者に対する瑕疵を防止・除去する包括的な権限と責任は、どのようにして基礎づけられるのであろうか。

ここで、先に述べた営造物管理主体の実体的警察責任という枠組の適用可能性を考えてみたい。先に見たように、警察責任は民事責任（不法行為責任）と異なり、責任主体の過失を要件としていない。したがって、まず、営造物管理主体の第三者に対する瑕疵除去義務に求められる「過失」なき責任という構成には適合的である。

また、警察責任は、自己の行為又はその管理する物から警察違反の状態を生じさせないという内容であるから、営造物の管理に際しては、とりわけ周辺住民に対して警察違反の状態を生じさせないという包括的な責任が導かれる。

供用関連瑕疵については、受忍限度の判断要素として、侵害行為の態様と侵害の程度、被侵害利益の性質と内容、侵害行為のもつ公共性ないし公益上の必要性の内容と程度等、侵害行為の開始とその後の継続の経過及び状況、その間にとられた被害の防止に関する措置の有無及びその内容、効果等の事情の総合的考察が求められる。他方、警

察法上の保護法益には、個人の生命、健康、自由、名誉又は財産とともに、国家又はその施設（Einrichtungen）の状態が含まれる。したがって、警察違反の状態が発生しているかどうかの判断においては、必然的に、保護法益間の利益衡量が必要であり、営造物の持つ公共性と個人の法益の間でも利益衡量が必要となる。[36] このような警察責任の捉え方は、営造物の第三者に対する瑕疵除去義務の捉え方と親和的である。

最後に、警察責任を担保する権限については、先に見たように、第一次的には問題となる行政主体が自らの自己責任において実質的な警察責任を引き受けるという考え方がドイツにおいては通説・判例である。そして、とりわけ営造物管理主体の場合、営造物管理権限に付随する警察権能がその場合の責任履行のための権限根拠とされる。したがって、営造物管理主体の包括的な第三者に対する瑕疵除去の権限と責任を基礎づける枠組として、（実体的）警察責任の理論は妥当しうる。[37]

ただし、最後の警察責任を担保する権限については、先に述べたように、ドイツにおいては実質的警察法が一般法として機能しているという事情を無視して理解すべきではない。わが国の場合、営造物管理主体にそのような付随的な警察権能が認められ得るかどうか、認められるとしても、どのような権限が含まれうるかは、それ自体問題である。[38] しかし、第三者に対する瑕疵除去義務の履行が営造物管理権限のみならず、警察機関等の他の官庁の権限の履行も必要とするとしても、営造物管理主体の実体的警察責任という構成が成り立ちうることを妨げるものではないであろう。国道四三号線訴訟最高裁判決が、適切な被害防止措置が道路管理者の直接の権限に属していないとか、法律に規定がないといったことで、損害賠償責任を否定できないとすることは、このことと整合的である。[39]

以上から、営造物管理主体の第三者に対する瑕疵除去義務は、営造物管理主体の実体的警察責任の枠組で基礎づけるならば、整合的に捉えることができる可能性があると言えよう。

Ⅳ　公の営造物の供用の差止め請求

前節で検討したように、第三者に対する瑕疵除去義務を実体的警察責任の枠組で捉えることができれば、営造物の供用の差止めについても、従来とは異なった視点を提供することがあり得る。すなわち、最高裁判例においては、空港公害防止の場合と道路公害防止の場合に、公権力性が異なって理解され、結果として差止めに関する救済のあり方が不明瞭なままであるが、公害防止義務の基礎を実体的警察責任の枠組で共通させることができると、救済のあり方も従来とは異なって捉えることができる可能性がある。

一　まず、従来の議論を整理しておこう。民事上の差止め請求については、物権的請求権説、人格権説、環境権説、不法行為説があるとされる。[40] 公の営造物の供用についても、大阪空港訴訟最高裁判決以前は、民事上の差止めが可能だと考えられ、実際上、大阪空港訴訟控訴審判決においては、人格権に基づく差止め請求が認められていた。[41] これに対し、先にも触れたように、大阪空港訴訟最高裁判決は、国営空港の管理においては空港管理権と航空行政権が不可分一体的に行使されているということを論拠に、供用差し止めが航空行政権の行使の取消変更ないしその発動を求めるものだとして、行政訴訟の方法により何らかの請求ができるかどうかはともかくとしつつ、民事上の請求は不適法であると断じた。

この結果、空港の供用差止め請求のあり方について、学説において大きな議論が巻き起こり、民事差止め請求を適法とする見解[42]が依然として主張される一方で、行政事件訴訟法四条の公法上の当事者訴訟を活用すべきであるとする見解[43]、無名抗告訴訟としての義務付け訴訟も考えられるとする見解[44]、無名抗告訴訟としての権力的妨害排除訴

訟が考えられるとする見解[45]などが提示された。また、この間、最高裁判例においては、新潟空港訴訟で周辺住民に定期航空運送事業免許取消訴訟を提起する原告適格が認められ、取消訴訟の選択肢が示される一方で、道路の供用差止めについては、民事差止め請求を適法とする判断も示された。さらに、下級審裁判例においては、実際に道路公害を理由とする道路供用の民事差止め請求を認容する例[46]も見られる。

このような議論状況の中で、営造物の供用差止めの法的根拠は統一的見解が見られないまま、今日まで推移している。

二

この状況を変える可能性は、行政事件訴訟法の二〇〇五年改正がもたらしている。行政事件訴訟法において、従来から無名抗告訴訟として学説が承認してきた義務付け訴訟と差止め訴訟が実定化されるとともに、公法上の当事者訴訟の一類型として公法上の法律関係に関する確認の訴えが、確認的に明示された。後者の訴えは、処分性の隘路の中で、行政行為（処分）以外の行政作用に関する訴訟上の受け皿が見出されないことの解決策として採用されたという経緯から、処分以外の行政作用に関する訴訟的コントロールの切り札として注目されている。[47]

問題は、公法上の差止め請求を行う場合、処分については抗告訴訟としての差止め訴訟の提起をまず考えなければならず、処分以外の行政作用については抗告訴訟を使えないため、当事者訴訟としての差止め訴訟の可能性を探らなければならないという点である。[48]後者の可能性は、理論的には否定されていないものの、訴訟法上どのような要件で認められるのか、必ずしも明確ではない。実際上は、訴訟追行上の不明確さのゆえに、何らかの措置をとることの義務確認訴訟を提起することが考えられるかもしれない。しかし、より根本的な問題は、抗告訴訟としての差止め訴訟にしろ、当事者訴訟としての差止め訴訟にしろ、差止めを求めるべき法的根拠が何かであり、本稿の課

題に則して言えば、営造物の第三者に対する瑕疵除去義務がどこから導かれるかという問題である。この点を明確にしないまま、訴訟の形態だけを議論しても、肝心の本案で審理すべき実体的法問題が定まらないという状況が起こりうる。

本稿で可能性を探ってきた、営造物管理主体の実体的警察責任という枠組は、第三者に対する瑕疵除去義務を履行するための権限が権力的なものか非権力的なものかに関わりなく妥当する理論枠組であり、その限りで、抗告訴訟としての差止め訴訟においても当事者訴訟としての差止め訴訟においても、実体審理の基礎となしうるものである。

Ⅴ おわりに

本稿は、国家賠償法二条の適用の一場面としての供用関連瑕疵ないし機能的瑕疵について、営造物管理主体が第三者に対して瑕疵防止・除去義務を負担することをどのように基礎づけうるかという観点から、ドイツにおいて妥当している行政主体の実体的警察責任という理論枠組の適用可能性を検討したものである。しかし、その理論的端緒を述べることができたに止まり、裁判例や諸学説を十分に咀嚼した検討を行うことはできなかった。この点は、今後に課された課題としておきたい。

本稿で扱った実体的警察責任の思考枠組は、さしあたり営造物管理主体の第三者に対する瑕疵防止・除去義務を念頭に置いたものであるが、この枠組を供用関連瑕疵に止まらず、営造物管理責任一般に適用できないか、さらには、差止めの法的根拠について論じたように、（国家賠償法一条が適用される）行政作用全般に妥当する可能性はないか、という点についても今後の検討課題である。

また、実体的警察責任（危険除去義務）と危険除去権限としての付随的警察権限の関係、さらに付随的警察権限と家産管理権の関係も、本稿においては深めることができなかった。後者の点は、民法上の工作物責任と営造物責任の関係を見極めるためには明らかにされなければならないが、今後の課題として残る。

（1）論争に深く関わってきた当事者によるまとめとして、特に通説である客観説の立場から古崎慶長『国家賠償法の諸問題』（一九九一年）二一〇頁以下、義務違反論の立場から國井和郎「営造物管理責任」『大阪大学法学部創立五十周年記念論文集』（二〇〇二年）一六一頁（一七一頁）。

（2）小幡純子「国家賠償法二条の再構成」上智法学三七巻一・二号八三頁、三八巻二号一頁（一九九四・一九九五年）。用語法としては、「社会的営造物瑕疵」を用いる見解もある。参照、木村実「営造物にかかわる賠償責任」『現代行政法大系6』（一九八三年）七七頁。

（3）古崎慶長「大阪空港控訴審判決と国家賠償責任」判時七九七号一五頁。

（4）西埜章「国家賠償法二条の解釈論」判時一〇五六号一四頁。

（5）宇賀克也『国家補償法』（一九九七年）二六四頁、高木光『行政訴訟論』（二〇〇五年）三四六頁、小幡・前掲（注2）（下）四〇頁以下、ほか多数の行政法研究者が積極的に評価する。

（6）小幡・前掲（注2）（上）九七頁。ただし、河川管理責任は、利用者との関係で論じられてきたわけではなく、「物的性状瑕疵」についても第三者に対する損害があり得ることにつき、小幡・前掲（注2）（下）三頁以下。

（7）例えば、道路法四二条。

（8）小幡・前掲（注2）（上）一〇七頁以下は、「物的性状瑕疵」類型については公物法の目的から利用者に対する責任を導き出し得ることを指摘する。また、宇賀・前掲（注5）二六五頁は、供用関連瑕疵の類型が一般論を希薄化すると述べる。

（9）最大判昭和五六年一二月一六日民集三五巻一〇号一三六九頁。

（10）最判平成七年七月七日民集四九巻七号一八七〇頁。

（11）阿部泰隆『国家補償法』（一九八八年）二四八頁は、空港騒音被害について国賠法一条の構成も二条の構成も可能であることを指摘する。また、遠藤博也『国家補償法中巻』（一九八四年）八三六頁は、空港騒音は都市計画不在による土

地利用の混乱が根本的原因であって、「打撃ミス」と言うことができるとする一方で、関係者の応分の危険管理責任の分担も考えうるとする。

(12) 供用関連瑕疵を営造物管理責任の拡張として捉えるべきことにつき、國井・前掲(注1)二一一頁。これに対し、行政法的手段として、警察比例の原則が類推適用されるべきことをいち早く指摘していた見解として、塩野宏「国土開発」『未来社会と法』(一九七六年)一七五頁。なお、警察比例の原則の位置づけにつき、高木光「比例原則の実定化」芦部古稀(下)(一九九三年)二一一頁。

(13) 高橋明男「ドイツにおける国家行政主体の警察責任」阪法四一巻四号(一九九二年)一〇一七頁。

(14) ドイツにおいて一般的な定義である。Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr 9. Aufl., 1986, Carl Heymanns Verlag, S. 293, 299ff. わが国の警察法のテキストも同様である。田上穣治『警察法(新版)』(一九八三年)七〇頁。

(15) Drews/Wacke/Vogel/Martens (Anm. 14), S. 232. なお、警察責任の主たる要件である「危険」概念については、参照、須藤陽子「ドイツ警察法における危険概念の展開」大分大学経済論集四八巻三・四号(一九九六年)二八八頁、桑原勇進「危険概念の考察」金子古稀(二〇〇〇年)六四七頁、同「非『客観的』危険」塩野古稀(下)(二〇〇〇年)六七七頁。

(16) Drews/Wacke/Vogel/Martens (Anm. 14), S. 293. わが国でも、このことは一般的に認められている。参照、最判昭五八年二月一八日民集三七巻一号五九頁。

(17) Drews/Wacke/Vogel/Martens (Anm. 14), S. 293.

(17—2) 田中二郎『新版行政法下巻 全訂第二版』(一九八三年)五二頁、奥平康平「警察権の限界——条理上の限界について——」『行政法講座第六巻』(一九六六年)六七頁。なお、ドイツにおいて、警察責任の原則が土壌汚染除去に関する原因者負担原則との関係で議論されていることにつき、山下竜一『ドイツ環境法における原因者負担原則』(一九九五年)三一頁以下。もっとも、わが国において、現時点で、実質的意味における警察法を語ることができるか、またそれが適当かという問題がある。最近の警察法研究は、このことに懐疑的な傾向を示している。参照、藤田宙靖「警察行政法学の課題」警察政策一巻一号(一九九九年)一七頁、高木光「警察行政法論の可能性」警察政策二巻一号(二〇〇〇年)一

七頁。

(18) W・ヴェーバー（W. Weber, Gutachten v. 11. 3. 1957, APF 1958, S. 65ff.）に始まる見解であり、連邦行政裁判所の判例（BverwG, Urt. v. 16. Januar 1968, BVerwGE 29, 52）においても受け入れられている。詳細は、高橋・前掲（注13）一〇三五頁以下。

(19) これらの見解につき、詳細は、高橋・前掲（注13）一〇四七頁以下。

(20) Drews/Wacke/Vogel/Martens (Anm. 14), S. 20, 33ff.

(21) 原田尚彦「みんなで考える行政法入門7・8――池子訴訟から(1)・(2)」法教一三三号五三頁、一三四号五三頁（一九九一年）。

(22) 行政手続法四条、行政不服審査法五七条四項参照。

(23) 最大判昭和五六年一二月一六日民集三五巻一〇号一三六九頁。

(24) 最判昭和五三年五月二六日民集三二巻三号六八九頁。

(25) 最判昭和五六年一月二七日民集三五巻一号三五頁。他にも、最高裁判例では違法とされなかったものの、パトカーに追跡された車両が信号を無視して交差点に進入したために、青信号に従って通行中の車両に衝突し、当該車両に乗っていた第三者を死傷させた行為が第三者との関係で違法となるかが問われた例（最判昭和六一年二月二七日民集四〇巻一号一二四頁）も、違法性の人的相対性が問題となったものである。

(26) 「違法性」の枠組の使用に対しては、国家賠償法二条の危険責任（潮海一雄「空港の設置・管理の瑕疵と損害賠償」法時五四巻二号（一九八二年）三一頁）や状態責任（西埜・前掲（注4）一四頁）から見て問題があるとする見解がある。

(27) とりわけ、「計画保障責任」が認められる場合について指摘されている。例えば、参照、原田尚彦『行政法要論（全訂第六版）』（二〇〇五年）一三一頁。

(28) 例えば、遠藤博也『行政法スケッチ』（一九八七年）二六八頁以下、阿部泰隆「賠償と補償の間」曹時三七巻六号（一九八五年）一頁（三〇頁）。

(29) 西埜・前掲（注4）一五頁。

(30) 小幡・前掲（注2）（下）三九頁は、損失補償的構成では、公共性が高いことが賠償を否定する方向でなく、補償を肯

定する方向に働きうるとする。

(31) 小幡・前掲(注2)(下)三〇頁。国道四三号線訴訟最高裁判決(最判平成七年七月七日民集四九巻七号一八七〇頁)においても、結果回避可能性は瑕疵を認めるための積極的要件ではないとされている。

(32) 不作為を理由として国家賠償請求を認めた最近の最高裁判例において、このことは明らかである。参照、最判平成一六年四月二七日民集五八巻四号一〇三二頁(じん肺訴訟)、最判平成一六年一〇月一五日判時一八七六号三頁(水俣病関西訴訟)。

(33) 前掲(注23)最判昭和五六年一二月一六日。

(34) 周知の通り、新潟空港訴訟最高裁判決(最判平成元年二月一七日民集四三巻二号五六頁)において、航空機の離発着規制権限の一つとしての定期航空運送事業免許処分に際して、空港周辺住民の騒音被害の防止が考慮されなければならないことが、航空法と航空機騒音による障害の防止等に関する法律を関連づけることによって導かれた。

(35) 大阪空港訴訟最高裁判決における一体的な公権力の捉え方については、高木光『事実行為と行政訴訟』(一九八八年)八二頁以下。

(36) Drews/Wacke/Vogel/Martens (Anm. 14), S. 295.

(37) ドイツにおいて実体的警察責任と形式的警察責任を区別し、行政主体に実体的警察責任が認められることの契機となった事件は、連邦郵便のハノーバー中央局における積み替え作業に伴う騒音に対して、付近住民が警察官庁に連邦郵便に対する夜間作業禁止の義務づけを求めて出訴したというものであり、この事件において提出されたW・ヴェーバーの鑑定書で、行政主体の実体的警察責任が初めて定式化されたのである。Vgl. Urteil v. 14. 4. 1955, APF 1958, S. 62. その意味で、行政主体の実体的警察責任という理論枠組は、まさに営造物の第三者に対する瑕疵除去義務に関わって定式化されたと言える。

(38) 皇居外苑メーデー事件に関する最判昭和二八年一二月二三日民集七巻一三号一五六一頁参照。

(39) 前掲(注31)最判平成七年七月七日。

(40) 沢井裕『公害差止の法理』(一九七六年)の分類による。

(41) 最判昭和三九年一〇月二九日民集一八巻八号一八〇九頁(東京都ゴミ焼却場事件)以来、公共施設の設置管理作用は

非権力的作用と把握され、民事法的な救済が考えられていた。

(42) 原田・前掲(注27)三五二、三六五頁。

(43) 園部逸夫「グレイ・ゾーンと行政訴訟」季刊実民四号(一九八四年)七頁、高木・前掲(注5)一三六頁、鈴木庸夫「当事者訴訟」『現代行政法体系5』(一九八四年)八六頁。

(44) 阿部泰隆『行政救済の実効性』(一九八五年)第二章。但し、阿部教授は民事訴訟と抗告訴訟の併用説を主張されている。阿部泰隆『行政訴訟改革論』(一九九三年)二一八頁。

(45) 塩野宏『行政過程とその統制』(一九八九年)三三四頁。

(46) 神戸地判平成一二年一月三一日判時一七二六号二〇頁。

(47) 高木・前掲(注5)七九頁、九〇頁。

(48) 高木教授は、「当事者訴訟の負担過剰」の可能性を指摘される。高木・前掲(注5)九四頁。