

公害・環境裁判と差止請求（1）

土
居
正
典

【目次】

- I はじめに（問題の所在）
- II 公害・環境裁判における差止請求
 - 1、大阪国際空港上告審判決の問題点
 - （1）同判決の整理
 - （1）差止請求について
 - （2）過去の損害賠償請求について
 - （2）同判決の評価
 - （1）瑕疵論と供用関連瑕疵（機能的瑕疵）
 - （2）差止請求（以上本号）
 - 2、他の公害・環境裁判における差止請求の認容状況（以下次号）
 - 3、差止請求の可否を巡る学説
- III おわりに

I はじめに（問題の所在）

供用関連瑕疵を巡る大阪国際空港上告審判決が昭和五六年一二月一六日に下された（最大判昭和五六・一一・一六 判時一〇二五―三九）。同判決は、空港周辺住民が航空機の離着陸に伴う騒音被害の損害賠償請求（過去・将来の）と共に、航空機の夜間・早朝飛行の差止請求を行ったもので、わが国初の公害・環境裁判ともいえる。本件が特に注目されたのは、差止請求が認容されるか否かであり、差止請求を認容した控訴審判決に対し、上告審判決はこれを否定した訳である。この上告審判決に対して、学界は驚愕し、多くの批判が学術雑誌等に寄せられた。その代表的論者として、原田尚彦教授の次の論評が挙げられる。長い引用になるが、原田は、「・・・しかし、それにもかかわらず、多数意見が『航空行政権』というマジック・ワードを作り出し、その行使あたる行為はすべてが権力作用であり対世的效果をもつかのように論じ、本来、非権力作用であるはずの空港管理作用が、ひとたび『航空行政権』と結合すると、とたんにすべての国民に服従を要求するオール・マイティの権力作用に変身するかのよう立論しているのは、きわめて不可解であるといわざるをえない。判決は、最高裁の権威をタネに、『空港管理権』と『航空行政権』が合体すると、元来いずれの権限にも含まれていなかった強力な権力が創成されるといった、論理上のイカサマ手品を演じているようにみえる。・・・しかし、国の事業につきここまで広くかつ容易に『政策高権』ないし『公共事業遂行特権』を認め民事救済を拒否して『受忍せよ。しかる後に補償を求めよ』の原理を認めるのは、大いに疑問である。国策遂行上重要な国営事業であっても、法に特段の定めのない以上、一個の事業体として一般市民法上の存立要件を満たしたうえで運営されるべきであり、国民に不法行為を受忍せしめるような特権をやたらに認めるべきではないというのが、法治主義の基本であるからである。筆者には、国営空港の公害に対し民事差止めの道を完全に閉ざしてしまった今回の判決は、最高裁大法廷の判決であるとはいえ、きわめて不

当であるようにおもわれてならない」旨、本件上告審判決の多数意見を強く批判している。本稿では、大阪国際空港上告審判決の多数意見を手懸かりとして、公害・環境裁判を巡る供用関連瑕疵と差止請求の現状を整理・検討し、それらに対する学説を一瞥することにより、供用関連瑕疵と差止請求についての行方等について言及していく。

注（1） 原田尚彦「判例にみる行政事件と民事事件―『公権力の行使』の意義をめぐって」同・行政判例の役割九五頁～九六頁所収（弘文堂 平成三年）。

II 公害・環境裁判における差止請求

1、大阪国際空港上告審判決の問題点

（1）同判決の整理

大阪国際空港上告審判決の判示事項は、1、差止請求の適否（一定の時間帯の航空機の離着陸のために行う国営空港の供用に対する差止請求の適否）、2、過去の損害賠償請求の可否（国賠法二条一項の供用関連瑕疵の有無）、3、危険への接近理論の適用問題（一部原告らに対する危険への接近理論による損害賠償請求の否定問題）、4、将来の損害賠償請求の可否であるが、特に、判示事項1、2についてのみ言及する。本公害訴訟は、大阪国際空港に離着陸する航空機の発する騒音等によって被害を受けたと主張する空港周辺地域の住民らが国に対し右空港を夜間・早朝航空機の離着陸に供用することの差止めと慰籍料の支払いを求めた訴訟である。従って、差止請求と過去の損害賠償請求につき、第一審・第二審判決と対比しながら、上告審判決を整理すると、次のように要約できる。

（1）差止請求について

本件差止請求は、午後九時から翌日午前七時までの空港供用の差止めを求めるものであるが、第一審・第二審判決は本

請求を肯定し、上告審判決はこれを斥けた訳である。本請求を適法とした第一審判決は、午後一〇時から翌日午前七時までの時間帯につき請求を一部認めたのに対し、第二審判決は請求を全て認容している。これに対して、上告審判決は本請求を不適法として、訴えを却下している（多数意見）。多数意見は、国营空港の一つである本件空港の管理に関する事項のうち、少なくとも航空機の離着陸の規制等の空港の本来の機能の達成実現に直接にかかわる事項については、空港管理権に基づく管理と航空行政権に基づく規制とがいわば不即不離、不可分一体的に行われ、右両者の立場を合わせた複合的観点からの判断に基づく規制がされているものと解される。原告らが本件空港の設置、管理主体たる被告国に対し人格権又は環境権に基づく妨害排除又は妨害予防請求として航空機の離着陸のためにする空港供用の差止めを求めるものであって、通常の民事上の請求たる性質を有するものと解されるが、右空港供用の前記のような性質にかんがみると、右請求は不可避免的に航空行政権の行使の取消変更又はその発動を求める請求を包含するものといわなければならないから、原告らが行政訴訟の方法によって何らかの請求をすることができるとはともかくとして、右請求は不適法である、とする内容である（四名の反対意見がある）。

これに対し、四名の反対意見（団藤、環、中村、木下の各裁判官）中、団藤重光裁判官は、原告らが民事訴訟という手段を選択して来た以上、なるべく被害者救済の途を閉ざさないような法解釈をとるべきであるとの基本的立場を明らかにしたうえ、国の営造物による活動の本質は非権力的作用であること等に照らし、本件差止請求を適法と解し、環昌一裁判官も国营空港の供用を一般国民との関係において国の権力的作用とみるのは相当でなく、更に憲法一七条、国家賠償法の趣旨を参酌すれば、本件差止請求は私法上の請求としての実質を備えていると述べられ、他の二裁判官も同様の結論に至っている。

(2) 過去の損害賠償請求について

① 国家賠償法（以下、国賠法という。）二条一項にいう「営造物の設置又は管理の瑕疵」について、多数意見は、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他人に危害を与える危険性がある場合のみならず、営造物がその目的に沿って利用されるに際し、利用の態様及び程度が一定の限度にとどまる限りでは危害を生ぜしめる危険性がないが、右限度を超えることによって利用者又は第三者に危害を生ぜしめる危険性のある状況にある場合も含まれるものと解すべきであり、右供用につき利益衡量の結果として違法性を肯定することができる限り、右空港の設置、管理には瑕疵があるというべきである、と判示している（栗本、藤崎、本山、横井の四名の裁判官の反対意見がある）。

②本判示事項に関する多数意見は、営造物の設置・管理の瑕疵の意義を、「営造物が通常有すべき安全性を欠いていることである」とする従前の判例理論（例えば、高知落石事件等）を踏襲するものであるが、さらに、その安全性の欠如は、施設の物理的瑕疵（物的性状瑕疵）に基づくものに限定せず、公の営造物の利用の具体的な状況それ自体から生じたものであってもよいとしている（供用関連瑕疵）。すなわち、多数意見は、空港自体に物的瑕疵（穴ぼこ、段差等の施設の欠陥）がなくても、空港が交通の用に供されていることにより、空港周辺の住民が騒音被害を受けている場合は、国賠法二条一項所定の公の営造物の設置・管理の瑕疵があり、空港に通常有すべき安全性が欠如しているということになる。つまり、多数意見は国賠法二条一項の賠償責任の有無を判断する際に、供用関連瑕疵という考えにより、過去の賠償責任を肯定した訳である。

（2） 同判決の評価

従来、国賠法一条一項（過失責任主義）は違法性が問題視されるのに対し、国賠法二条一項は無過失責任主義を採用し、違法性は問題とされなかった。つまり、それは、公の営造物の設置・管理の瑕疵の有無のみが賠償責任を判定する基準となつたことから窺知できる。例えば、国賠法二条一項のリーディング・ケースである高知落石事件（最判昭和四五・八・二〇 民集二四一九―二二六八）は、公の営造物の設置・管理の瑕疵とは、公の営造物である道路が通常有すべき安全性

に欠けている場合である、と判示している。この考えは、道路に穴ぼこ、段差、落石等の物理的欠陥があること（物的性
状瑕疵の存在）が道路の設置・管理に瑕疵があったということの意味する。ところが、大阪国際空港公害訴訟では、過去
の損害賠償請求については、第一審から上告審まで供用関連瑕疵により国の賠償責任を認めている。この点をどう評価す
るかをまず検討し、その後、差止請求に対する上告審判決の検討を行う。

(1) 瑕疵論と供用関連瑕疵（機能的瑕疵）

国賠法二条一項を巡る賠償責任に関する考え（瑕疵論）は、学説上、主観説、客観説、義務違反説等が挙げられるが、
論者により依拠する瑕疵論によって、その典型的裁判例として引用されるものが異なっている。例えば、高知落石事件を
客観説を採った典型例であると主張する論者もいれば、飛騨川バス転落事件につき、義務違反説を採った典型例であると
主張する論者もいる。³ 判例・学説通説は客観説であるが、大阪国際空港上告審判決の多数意見に対する評価はどうであ
う。ある論者は同判決について、「直接義務違反の有無を瑕疵の判定基準として掲げるものではないが、瑕疵を物理的瑕
疵に限定しないことを明言する一方、瑕疵の有無の判断の一部に利益衡量による違法性判断が取り込まれることを明らか
にして瑕疵の有無に規範的要素が関係することを明らかにしており、その意味で、実質的には義務違反説にかなり近い立
場にたつものと評価することもできよう。右のような見解によった場合、更に、国家賠償法二条一項の責任と一条一項の
責任との関係、主張立証責任の分配の問題等が今後検討されなければならないものと思われる」と述べている。⁴

さて、このような評価の中で、この点をより理解するためにここで、瑕疵論中、客観説と義務違反説につき、古崎慶長
判事と植木哲教授の見解を検討してみる。

①通説の客観説の代表とし、古崎慶長判事の所説が挙げられる。古崎説によれば、瑕疵とは、営造物Ⅱ公物が通常備え
るべき性質または設備を欠くこと、すなわち、本来の安全性に欠けている状態をいい、「そうすると、二条の立法者意思

は、民法七二七条のそれと異なるわけである。二条は、民法七二七条の延長線上に位置しないから、民法七二七条の立法者意思を、そのまま二条に持ち込むことは明らかに間違いである。換言すると、二条は、瑕疵を客観的に物的安全性欠如としてとらえる二条立法当時の民法七二七条の通説的解釈を、その基礎においているということである」と説明されている。⁵⁾そして、同説は、客観説をとると、瑕疵とは、客観的な基準に照らして、営造物が通常有すべき性状や設備を具備していないこと、すなわち、安全性の欠如していることをいうわけで、その安全性欠如が、設備・管理上のものである限り、その安全性欠如の理由が管理者の管理義務違反によるかどうかを問う必要はない、とも述べている。⁶⁾

これに対して、加治川水害訴訟判決を契機に義務違反説を唱える植木哲教授は、「判例は、営造物責任を認容する場合においても、また、否定する場合においても、その論理構成として、営造物設置・管理者の損害（危険）防止措置の有無に伴う損害回避義務違反にその帰責の根拠を求めている。したがって、営造物責任の認否の帰趨は、営造物管理者が相当の損害（危険）防止措置を講じたか否かにかかっている」。「そして、右の営造物設置・管理者の損害回避義務は、それぞれの設置・管理者の主観的事情とは一切関係なく、営造物の危険性の程度と被侵害利益の重大性の程度との相関関係のもとで客観的に決定される違法性要素としての注意義務であり、客観的注意義務である。かかる意味において、営造物責任の本質は、義務違反説であり、かつ、客観説である」。「右述の義務違反説は、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している。かかる意味において、義務違反説は注意義務二元説に立っている」。「義務違反説は、営造物設置・管理者の損害回避義務違反を追求することにより、一方で理論構成の一貫性に裏打ちされ、最も妥当な結論を導くことができる。・・・けだし義務違反説は、損害回避義務違反の観点から判例を自覚的に整理し、その理論体系化を試みたものにはかならないからである。かくして、義務違反説の意義は、損害賠償法の全体的な観点から営造物責任の本質を説明・再構成し、もって、妥当な結論を図ることにある」とし、最後に、「そうだとすると、過失と瑕疵は、客観的注意義務（損害回避義務）違反という連

続系列上の程度の差にすぎず、瑕疵概念を義務違反説によって再構成することは可能である。否、義務違反説こそがはじめて過失・瑕疵・無過失の全体像を理論的観点から把握することを可能にする。かくして、民法と国家賠償法の関係が明らかになる、と説示している。

②過去の損害賠償請求について、上告審判決の多数意見は、国賠法二条一項を根拠に供用関連瑕疵を認めているが、本件第一審判決は国賠法一条一項を根拠として、過去の損害賠償を認めている。上告審の多数意見は、右供用につき利益衡量の結果として違法性を肯定することができる限り、右空港の設置、管理には瑕疵があるというべきであるとして、原審認定判断を支持している。これに対し、四名の反対意見は国賠法一条一項に基づき、瑕疵の有無を判断すべきという立場をとっている。国賠法一条と二条の関係について、宇賀教授は、「国家賠償法二条一項の立法者は、『公の営造物』とは、人的施設を捨象した公物として理解していたと考えられ、したがって、管理行為の不適切さの問題は、一条の問題として処理することが想定されていたと考えられる」旨述べられ、さらに、「もつとも、一条と二条の責任の性格が全く同様ということになる」と、別個の条文を設けた意味はなくなるし、また、瑕疵と過失が、同一の法律の中で使い分けられているのに、両者が同じ意味であると解することはできないであろう。したがって、義務違反説（論）のいう損害回避義務や、客観説のいう設置又は管理作用の不適切さの判断は、一条の過失判断と相違するものでなければならぬと思われる。このことは、国家賠償法二条のもとになった民法七一条一項ただし書が、瑕疵より広いという前提で設けられていることからいえる。そして、瑕疵という用語が、一般に主観を離れて、客観的に欠陥のあることを意味する点に照らすと、国家賠償法二条の瑕疵は同法一条の過失よりも、一層客観的に捉えられるべきことになろう。しかし、問題は、過失概念が客観化し、そのために瑕疵と過失が接近し、両者の区別が困難になっている点にある。民法七一条一項についても、そのただし書による免責は、ほとんど認められていない。過失の客観化が進んでいる点は、国家賠償法一条についても同様であり、かかる状況に照らすと、確かに、営造物瑕疵説に立たないかぎり、国家賠償法一条と二条の相違を説明するこ

とに困難が伴うことは否めない。他方、国家賠償法二条が『設置又は管理』の瑕疵と規定している点に照らすと、『設置又は管理』作用の側面を捨象するわけにはいかないというジレンマにおちいることになる。もともと、营造物瑕疵説においても、絶対的安全性が要求されているわけではなく、『通常』有すべき安全性が要求されているにとどまり、この『通常』性の要件に関して、規範的判断がなされることになる。そうすると、この要件の解釈如何によっては、義務違反説（論）や客観説との接近、相対化の可能性も生ずることになる。さらに、『公の营造物』『設置又は管理』の瑕疵の概念自体、多様な類型を包摂するものであり、そもそも、すべての類型を通じて、同一の基準が妥当しうるのか自体、検証を要するところである。瑕疵論争は、理論的に重要な問題提起をしたものであり、その意味で高く評価されるべきではあるが、抽象的次元でその優劣を論じることよりも、考慮要素になり、それらが、いかに衡量されるかを類型ごとに考察していくことがより重要ではないかとも思われる。しかし、類型的考察をするに際しても、その基本的指針を定めておくことは、やはり必要であろう」と述べておられる。

③澤井教授は供用関連瑕疵につき、「一条、二条の規範統合というべきであろうが伝統的表現によれば、いずれを適用してもよく、その際は、条文の適用によって具体的差異を生じないように、阿部説のいう通り、二条に引き寄せて解すべきである」とし、違法性の判断については受忍限度を超えているか否かで判断すべきとし、「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」と述べられている¹⁰。

これに対し、古崎判事は国賠法二条と公害訴訟につき、「近時、公害訴訟―大阪国際空港訴訟、阪神高速道路公害訴訟、大阪西淀川大気汚染公害訴訟などで、国家賠償法二条が活用されているが、二条の前述した機能に着目したとき、被害者救済の見地から正当である。二条を公害訴訟に適用する際の理論構成は、次のとおりである。高速自動車道や新幹線そ

のものには、物的欠陥がなく交通の安全に支障がない場合でも、沿線住民に受忍限度を超える騒音、振動、大気汚染をまき散らす高速自動車道や新幹線は、機能的欠陥のある交通機関といわなければならぬ。そして、この機能的欠陥を、当該高速自動車道や新幹線の設置管理上の瑕疵としてとらえるのである」旨述べられ、供用関連（機能的）瑕疵が被害者救済の見地から正当であると評している¹¹⁾。

最後に、宇賀教授は、公共施設の供用に伴い、周辺住民に事業損失を与える場合、これを損害賠償の問題として処理するか、損失補償の問題として処理するかにつき、各国の法制は、必ずしも一致しているわけではないとし、「立法者が、かかる供用関係（機能的）瑕疵を念頭に置いていたかには、疑問がないわけではないが、事業損失については、各国が固有の歴史的背景のもとで発展させてきた法制度を利用して救済を図っており、わが国の場合には、国家賠償法二条一項が裁判所にとって利用しやすかつたということであろう。損害賠償としての構成は、損失補償としてのそれに比して、差止めの可能性を残す点ですぐれており、また、事業損失の場合、国家賠償法一条一項の問題として処理することが容易でない場合も少なくないことから、前掲最大判昭五六・一二・一六（筆者注・大阪国際空港上告審判決）のような対応は是認されよう。ただし、『設置又は管理』の瑕疵の中に、供用関連（機能的）瑕疵を包摂するということは、当然、国家賠償法二条一項の瑕疵概念を多元化し、その概念についての一般論を展開する意義を希薄にせざるをえず、類型的考察が不可避になっている」と論じられている¹²⁾。

(2) 差止請求

①大阪国際空港公害訴訟判決において注目すべき点は、差止請求に対する第一審判決・第二審判決と上告審判決の違いである。その差異は、第二審判決等で原告らの請求が認容されたのに対し、上告審判決はその請求を却下したことである。

まず、第二審（控訴審）判決は差止請求の可否につき、「本件空港の設置・管理の法的主体は国であり、運輸大臣は、行政組織上、国の機関としてその設置、管理にあたるものであることは、明らかである。そして、公共用飛行場の設置は

元来私経済上の事業としてもなされうることがらであり、国が公益的目的から自ら飛行場を設置した場合にその利用関係にある程度公法的規律が加えられ、飛行場利用者に対する関係において管理者たる運輸大臣の管理行為に行政権の行使たる側面が見られるとしても、飛行場の設置、管理が利用者以外の第三者との関係を含めて全面的に公権力の行使となるものと解する必要はない。本件差止請求は、国が事業主体である本件空港の設置、管理上の瑕疵ないしその供用によって生じている事実状態が、その周辺の住民である原告らの私法上の権利を侵害しているとして、その侵害状態の排除を求めるものであって、このような場合における国と原告らとの関係をもっぱら私法上の関係として把握し、原告らの請求を私法上の請求権の行使と解することに、何らの妨げはないというべきである」と判示した¹³。そして、差止請求の被保全権利については、判決は、人格権に基づく妨害排除および妨害予防請求権が私法上の差止請求の根拠となりうるとし、「・・・本件空港の供用によって生ずる航空機の騒音等は、原告ら全員に著しい精神的苦痛と生活妨害をもたらし、さらに身体被害をも一部の者にはすでに与え、他の者をも同様の危険に暴しているものと認められるのであるから、原告らの人格権は侵害されているものというべきである。そして、その被害の重大性を考えるならば、その救済のためには、過去の損害の賠償を命ずるだけでは不十分であって、差止めの問題を十分検討しなければならぬ」として、差止の許容範囲につき検討した結果、原告らの人格権に基づく差止請求を認容し、被保全権利としての環境権については言及しなかつた¹⁴。

つぎに、上告審判決は前述したように、本件空港の離着陸のためにする供用は運輸大臣の有する空港管理権と航空行政権という二種の権限の、総合的判断に基づいた不可分一体的な行使の結果であるとみるべきであるとして、公権力の行使に対する民事訴訟手続による差止請求を不適法であるとして却下した訳である。

②この上告審判決について、加藤一郎教授は、「大阪空港の最高裁大法廷判決は、私たち法学者に予想もしなかつた大きな衝撃を与えた。・・・おそらく今回の判決の問題点と結論を外部から予測できた人はほとんどいなかったのではあるまいか」と述べられ、本判決の意外性を指摘する¹⁵。多数意見のこの意外性は、行政にからんだ差止訴訟に対する一種の危

惧感というものがあつたのではあるまいかという分析に恐らく集約されるだろうし、そうだと思われる⁽¹⁶⁾。そして、多数意見に対する感想として、「多数意見は、国营空港の管理権は、非権力的な行政権能であるという正しい認識から出発しながら、空港管理権と航空行政権とが同一行政機関の手中にあるという事実⁽¹⁷⁾に近視眼的に着目し、実定法上の根拠を欠く運輸大臣の処分権限を創出してしまったのである。そして、これを根拠に、民事上の差止請求を退けたのであるが、そこには、国側の主張に典型的に現れている、いわれのない行政権優越の思想に引きずられた跡はないだろうか。団藤裁判官の少数意見は、これに対し、憲法三二条違反という重大な問題を提起している。そこには、単なるこの事件の解決の域をこえた、最高裁の在り方を問う意味が含まれていよう。私はこの団藤意見に、強い共感を覚えるものである」と評する論者もいる。

③さて、差止請求を却下した上告審判決は、二三名の裁判官中、九名が多数意見を構成し、四名が反対意見（団藤、環、中村、木下）を唱えている。この多数意見に対して強く批判をしたのが、「はじめに」の所で引用した原田教授である。多数意見九名中、伊藤正己補足意見は、公共性の高い事業は行政争訟の手続で解決すべきとし、主流六裁判官の方は差止請求を否定した訳であるが、原田教授は、補足意見の三裁判官中、伊藤補足意見を特に批判しているので、この点について言及してみる。

原田教授は、「本件の訴訟で原告らが行政訴訟の道を選ばず、民事訴訟の手段で夜間飛行の差止めを求めたのも、こうした従来の判例の傾向と無関係ではない。判例の実績を踏まえて考えると、一学究の理論としてはともかく、裁判実務家が事ここに至ってから本件の訴えは行政訴訟で争うべきで、民事訴訟では許されないなどというのは、いかにも現実無視の逃げ口上であり、裁判所が判断回避のために二枚舌を使ったと受け取れてもやむをえないであろう」と酷評している⁽¹⁸⁾。

また、三補足意見が主流六裁判官に合流したことにより、多数意見が構成された点についても、原田教授は以下のように批判なされている。つまり、「補足意見の真意はともあれ、現実には補足意見の三裁判官が訴え却下を支持されたこと

によって大法廷の多数意見が形成され、本件の差止請求は却下される運びとなった。・・・三裁判官が多数意見に合流したことによって公共施設の差止訴訟が一般的にむつかしくなったことだけは、たしかである。この事実の重大性にくらべれば、争訟手続の選択などは二の次の問題であろう。・・・これらの諸点を考えると、人権感覚に富む補足意見の裁判官が、何故にこの期に及んでささいな訴訟手続の選択問題にこだわったのか、筆者には不可解である。・・・本判決において、もし、三裁判官が手続問題などの小異を捨てて大同につき裁判所へのアクセスの確保を第一義に考えて反対意見にまわっていたら、七対六で本件の結論は逆転していたはずである¹⁹。

さて、原田教授以外にも、上告審判決の多数意見に対する批判は、多くの論文等で窺知できる。本判決に対する批判乃至評価の中心は、差止請求を否定する論理として、「航空行政権」なる奇異な文言を持ち出し、供用行為を「公権力の行使」と見做し、差止請求を却下した点と、補足意見が述べた、原告らが（被上告人らが）行政訴訟の方法により何らかの請求をすることができるかともかくとしても、という、いわゆる行政訴訟の訴訟形式の選択問題（民事訴訟の差止請求に代替する訴訟形式の選択問題）の点である。この二点を巡り、学界でも供用関連瑕疵を差止請求で争えるのか否か、本件のような公害訴訟を争う場合に、いかなる行政訴訟の訴訟形式があるのか等、大いに議論された。この点について言及は、次号で行う。

注

（1）判時一〇二五号三九頁（コメント欄）。

（2）瑕疵論の通説的見解は客観説であるが、その代表的見解として、古崎慶長判事が挙げられる。参照、古崎慶長・国家賠償法二二九頁以下（有斐閣 平成二年）、同・国家賠償法研究二二頁以下（日本評論社 一九八五年）。

また、通説的考えとして、田中二郎・新版行政法上巻（全訂第三版）二〇九頁～二一〇頁（弘文堂 昭和四九年）、今村成和・国家補償法二二三頁～二二五頁〔法律学全集九巻〕（有斐閣 昭和三年）等が挙げられる。

(3) 義務違反説の代表的論者としては、植木哲教授や国井和郎教授等が挙げられる。国井教授は飛騨川バス転落事件を契機として義務違反説の構成説を唱え、植木教授は加治川水害訴訟を契機として義務違反説を唱えるようになったとされている。参照、植木哲・災害と法―営造物責任の研究―〔第二版〕七頁以下（一粒社 一九九一年）、国井和郎「道路の設置・管理の瑕疵について―義務違反的構成の試み―（1）（8）」判タ三三六号、四二五号（昭和五〇年、五五年）。

(4) 判時一〇二五号四三頁（コメント欄）。

(5) 古崎・国家賠償法二一八頁、二一九頁（有斐閣 平成二年）。

(6) 古崎・前掲法二二二頁、同・前掲研究二二三頁。植木の前掲書は、「通説によれば、国賠法二条は、同法一条と異なり、損害が直接には営造物に内在する物的瑕疵または営造物自体を設置し管理する行為に基因するとき成立する。ここでは『営造物の設置・管理の瑕疵』の認定は、管理者の作為・不作為義務違反にかかわらず、営造物の物的瑕疵如何によって決まる。これを文字通り解するとき、一旦事故が発生すれば、営造物の物的瑕疵を介し容易に設置・管理の瑕疵を認定できる。営造物の設置・管理の瑕疵とは、営造物の建造およびその後の維持、修繕等に不完全な点のあることで、営造物が通常備うべき安全性に欠けている状態をいい、そして右の安全性の欠如は瑕疵の客観的判断を通して認定される。しかも損害が第三者や自然力によって惹起される場合にも、瑕疵は管理者の設置・管理の方法によって客観的に判断される。さらにまた、通説は、営造物責任の本質を無過失責任として捉え、損害の発生につき管理者の過失の有無を問わない。その根拠は、国賠法二条が民法七二七条を受けて制定されたこと、国賠法一条Ⅱ過失責任との比較、および最高裁判例にある。したがって、通説は、営造物管理者の設置・管理義務違反を問題とすることなく、幅広く営造物責任を成立せしめることができる」と客観説を説明している（前掲書五頁、六頁）。

(7) 植木・前掲書八頁、九頁。宇賀教授は瑕疵論中、義務違反説について、「義務違反説（論）は、道路や河川の管理瑕疵に関する判例を分析すると、物的欠陥よりも、損害回避義務違反という行為の側面から瑕疵が認定されていると指摘し、たとえば、飛騨川バス転落事故訴訟において、道路の通行止めというソフトな損害回避義務の懈怠が、道路の管理瑕疵とされているが、これなどは、義務違反説（論）に立ってはじめて、合理的に説明しうるとする。そして、このように損害回避義務として構成する方が、不法行為法の体系に適合し、また、損害回避義務の懈怠を問責する方が、損害抑止効果という点からすぐれており、さらに、避難対策の懈怠なども、『公の営造物』の設置又は管理の瑕疵として構成しうるので、国家賠償法二条一項による救済の範囲を拡

大することになるとする。たとえば、国井教授は、客観説より義務違反説（論）の方が、避難対策の分だけ瑕疵認定の幅が広いと述べられている。もっとも、避難対策のようなソフトの措置は、同法一条一項の問題としても処理しうるわけであるから、営造物の『設置又は管理』の瑕疵の中にかかる人的要素を包含することが、直ちに救済の拡大につながるわけではない。しかし、瑕疵は過失により容易に認定しうるという前提に立てば、人的対策を同法二条一項の『設置又は管理』の瑕疵の中に含めることが、被害者救済の拡大につながりうることになる。国井教授も、『瑕疵の先在義務はいわば極限的に高度化されており、民法七〇九条の過失におけるそれに比して、当初から著しく高度なものとして措置されている』と述べられており、このような前提のもとで、義務違反説（論）が被害者救済の面ですぐれていると主張されているのである。・・・義務違反説（論）は、判例内在的説明としての色彩をもっとも濃厚に有する。もっとも、国井教授の説は、飛騨川バス転落事故という、いわゆる外在的瑕疵類型に関する道路事故の判例分析を出発点とされているし、植木教授の説も、加治川水害訴訟を初めとする水害訴訟の判例分析を通じて形成されてきており、国家賠償法の運用拡大期の主要判例の論理の内在的分析を通じて、学説を展開しているという特徴を有する。このような判例内在的説明としての色彩が濃いため、判例の整合的説明という点では、義務違反説（論）は、強みを発揮することが多い。とりわけ、道路事故における避難対策等のソフトな措置が、管理瑕疵の判断要素として取り上げられている判例の現状を説明するためには、義務違反説（論）は無理がないといえる」旨評している（宇賀・前掲書二四九頁～二五二頁）。

これに対し、客観説を支持する古崎判事の義務違反説の評価として、次のように述べられている。同判事は、「さて、近時、営造物の設置管理の瑕疵の解釈をめぐって、義務違反説又は義務違反的構成説がとえられていることは、周知のとおりである。今ここに、瑕疵論争を繰り返すつもりはないが、義務違反又は義務違反的構成が一条の義務と異なるのなら、二条が無過失責任であることを否定するほかない。二条の自己否定にたらなる義務違反説又は義務違反的構成説の正当性は、この点で崩壊する。もっとも、義務違反説又は義務違反的構成説がとええる『義務違反』の内容は、一条の『過失』の内容である『注意義務違反』と異なる異質のものと主張するならば、これらの説をとええ、あるいは賛成する者は、一条の注意義務と異なり二条にだけ通用する義務の内容を明らかにする必要がある。しかし、わたくしは、二条にだけ通用する『義務違反』などあるはずがないと考える。なぜなら、義務違反という以上、行為者の作為義務が前提にならなければならないが、人の行為それ自体を問責する制度は、一条又は民法四四條、七一五條であって、二条又は民法七一七條ではないからである。このように、二条が、行為者の主

觀的事情と遮断された無過失責任であるということは、営造物に設置管理上の瑕疵が認められる以上、その設置管理上の瑕疵が生じた原因を問わないという結果となって現れる」として、植木教授、国井教授の瑕疵論を批判している（古崎・前掲研究一一六頁）。

これに対し、植木教授も、「義務違反説の提唱は、必然的に、営造物責任の無過失責任性を根幹とする通説」『客観説』批判としての性格を有していたので、義務違反説に対する通説側からの反応が期待された。同時に、義務違反説は、国賠法二条に関する判例の分析を通じて提示されたものであるだけに第一線で活躍中の実務家の関心を惹かずにおかなかつた。義務違反説の提唱を契機として、営造物責任ひいては損害賠償責任の本質をめぐり、現在論争が展開されつつある。ところで、義務違反説に対する通説側からの反論は、古崎判事のそれに代表される。同判事は、周知のように、第一線の裁判官でありかつ国家賠償法研究の第一人者であるだけに、その批判は熾烈を極め、読む者をして圧倒せずにおかない。同判事の批判は、いまだ駆け出しの一介の研究者の問題提起に対し堂々と反論されたものであり、わたしに多くの啓発と感謝の念を起こさせた。しかしその批判の内容たるや義務違反説に対する論駁に性急すぎ、十分に整理されてなされたものとはいえない。しかも論争の前提となる土俵の設定に配慮を欠くうらみがある。本書は、これらの反論事項を整理し、できるだけ論点を噛み合わせながら、右反論を再検討しようとするものである」として、古崎判事に反批判を行っている（植木・前掲書二頁～三頁）。

(8) 宇賀・前掲書二五三頁。

(9) 宇賀・前掲書二五四頁～二五五頁。

(10) 澤井裕「大阪国際空港事件―空港公害と差止め賠償請求」森島昭夫・淡路剛久・公害・環境判例百選一一四頁（有斐閣 一九九四年）。澤井教授は、供用関連瑕疵と国賠法の根拠条文についての考えにつき、阿部泰隆教授は、「一条における過失認定を薄めて二条に接近して解釈すべきだ」と捉え、遠藤博也教授については、「一条と二条が合体してはじめて認められる責任」と捉えている旨、述べられている（一一四頁）。

(11) 古崎・前掲研究一一七頁。

(12) 宇賀・前掲書二六三頁～二六五頁。小幡純子教授は、供用関連瑕疵を国賠法ではなく、損失補償的構成で捉えることを示唆されている。つまり、同教授は、「供用関連瑕疵にかかる騒音等の被害については、公の営造物の本来の用途への供用の結果、不可避

- 的に生じる損害であると捉えるならば、事業損失として、損失補償的に構成することも可能である。判例の中には、損失補償原理の中心要素である『特別の犠牲』について、言及するものが多く見られる。すなわち、大阪空港最高裁判決が、公共的利益の実現は、『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、そこで看過することのできない不公平が存在する』と判示しているとして、供用関連瑕疵を損失補償的構成することが可能であるとしている。そのようなアプローチをする論者として、同教授は綿貫芳源教授（Law School 一四二号五五頁）、雄川一郎博士（『国家補償総説―国家補償法の一般的問題―』雄川Ⅱ塩野Ⅱ園部編・現代行政法大系六卷一〇二頁）、遠藤博也教授（『国家補償法中巻八三〇頁』）等を挙げられている（小幡「最高裁大阪空港判決後における『供用関連瑕疵』の適用等に関する裁判例及び学説について」財団法人道路環境研究所・平成二年度道路管理に関する検討業務報告書四七頁、四八頁〔平成二年三月〕）。
- (13) 判時七九七号七〇頁。
- (14) 判時七九七号七一頁、七三頁。
- (15) 加藤一郎「大阪空港大法院判決の問題点」ジュリスト七六一号六頁（一九八二年）。
- (16) 加藤・前掲論文九頁。
- (17) 今村成和「空港管理権と差止請求―大阪国際空港事件最高裁判決批判―」ジュリスト七六一号三四頁（一九八二年）。
- (18) 原田尚彦「判決にみる行政事件と民事事件―『公権力の行使』の意義をめぐって―」同・行政判例の役割八六頁以下所収（弘文堂）、特に、九八頁参照。
- (19) 原田・前掲論文九八頁、一〇〇頁。尚、大阪国際空港上告審判決は、公共性を受忍限度の判断要素としたが、学説は受忍限度の判断要素に公共性の要素をいれることには否定的である。小幡教授は、供用関連瑕疵を損失補償的に捉えた場合、公共性が高いほど補償を肯定する方向になる旨述べられている（前掲報告書四八頁、五〇頁）。