Effektivität und Grenzen des Argumentationsmodells der Gefahrenbeurteilung (2) -Analyse der Rechtsprechung zu Gefahr-

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/2297/23725

「危険判断の論証モデル」の有効性とその限界（二・完）
―危険の存否が争われた裁判例の分析―

米田雅宏

はじめに
第一節　危険判断の論証モデルの確認
第二節　裁判例の分析
　第一項　危険、外観的危険、そして決定可能な最終時点
　　―馬匹輸送車両火災誤認事件（広島地判昭和五八年九月二九日判例時報一一〇二号一〇九頁）
　第二項　全証拠の要請
　　―ナイフ一時保管懈怠事件（最三小判昭和五七年一月一九日民集三六巻一号一九頁）
　第三項　最大の明細性の要件（最大詳述の要求）
　　―新島漂着砲弾爆発事故事件（最二小判昭和五九年三月二三日民集三八巻五号四七五頁）（以上、五二巻一号）
　第四項　明白かつ現在の危険の合理的再構成
　　―泉佐野市市民会館事件（最三小判平成七年三月七日民集四九巻三号六八七頁）
　第五項　抽象的危険と裁量
　　―栃木県警銃所持許可事件（宇都宮地判平成一九年五月二四日判時一九七三号一〇九頁）
第三節　論証モデルの有効性とその限界
　第一項　論証モデルの有効性
　　1　説得価値の獲得（正当化の文脈）
　　2　迅速かつ適正な訴訟審理への寄与―要件事実論の視点から（発見の文脈）
　第二項　論証モデルの限界
おわりに

第二節　裁判例の分析（承前）

第四項　明白かつ現在の危険の合理的再構成

―泉佐野市市民会館事件（最三小判平成七年三月七日民集四九巻三号六八七頁）

一（一）次に取り上げるのは、関西新空港反対全国総決起集会を開催すべく行った市立泉佐野市民会館使用の申請が、泉佐野市長によって拒否された事件である（国家賠償訴訟）。この事件で主として争われたのは、本件集会のための会館の使用が市立泉佐野市民会館条例七条一号規定の「公の秩序をみだすおそれがある場合」に該当するか否かであった。

（二）ここで検討に入る前に、まず、この事件はこれまで見た事件とやや異なる問題状況であることを確認しておかなければならない。というのは、これまで見た事件は、損害発生の蓋然性（危険）がある場合に、これを阻止する警察措置（危険防御措置）が講じられるものであったのに対し、今回の事件は、損害発生の蓋然性（危険）がない場合にはじめて当該行為を許す（許可する）という、許可留保付き予防的禁止に基づく措置が講じられるものだからである。許可留保付き予防的禁止とは、周知の通り、社会的に害ある行為ではないが経験則上何らかの悪影響を及ぼすリスクと結びついている行為を一般的に禁止し、その解除を行政庁の事前の審査にかからしめることによって、当該行為を統制する法制度である。

さて、一般に損害発生の蓋然性（危険）がないことが当該行為の許可要件とされている場合、法は当該行為を厳しく規制しようとしているように思われる。というのは、《ある特定の行為について事前に統制する必要のないようなケースにおいて、当該行為が具体的ケースにおいて許されるか》という問題と《経験則上何らかの悪影響を及

ぼすリスクと結びついている行為について事前に統制する必要のあるケースにおいて、当該行為が具体的ケースにおいて許されるか》という問題とは別問題であり、後者のケースである許可留保付き予防的禁止の下での危険判断は、前者のケースである警察措置（危険防御措置）における通常の危険判断よりも厳しい判断方法、つまり、損害発生の蓋然性が、たとえ「僅か」であったとしても危険と認定するような判断方法が求められているようにも思われるからである。しかしこのような説明は誤解を招きやすい。なぜなら、これら問題状況の違いは、《危険防御措置は具体的ケースにおいて危険が存在する場合にはじめて講じられ、許可は具体的ケースにおいて危険が存在しない場合に初めて付与される》という意味以上でも以下でもないからである。経験則上何らかの悪影響を及ぼすリスクを伴う行為であっても、それが具体的ケースにおいて損害発生の蓋然性があると認められない限り許されるのであって、ここで十分な蓋然性に達していないケースを「僅かな蓋然性がある」として特徴づけることに特別意味をなすわけではない。あくまで許可要件は―「僅かな蓋然性（危険の疑い）」ではなく―「損害発生の蓋然性」だからである。ゆえに、これと同程度の蓋然性に達していない蓋然性は、すべて「蓋然がない」として特徴づけられる。「危険（蓋然性）」と「非危険（非蓋然性）」との間に中間（「僅かな蓋然性」）はないのである。[74] 従って、許可留保付き予防的禁止の下での危険判断は、通常の危険判断に比して特別厳格な判断方法が求められているわけではない。以上を踏まえた上で、以下検討することにしたい。

二（一）本件事件をもう少し説明すると次のようなものであった。X1・X2らは、市立泉佐野市民会館で関西新空港反対全国総決起集会を開催することを企画し、右会館の使用許可の申請をしたが、「本件集会には不特定多数の中核派の参加が予定されているところ、同派はいわゆる過激派集団であり、また他の団体と闘争関係にもあるため、本件集会に他の対立団体グループが介入し、本件会館内のみならず会館付近一帯が大混乱に陥るおそれがあり、付近住民の生命・身体・財産に重大な影響を及ぼす結果を招来する」として、泉佐野市長によって不許可処分とさ

れた。本件集会の名義人である全関西実行委員会は六団体によって構成されており、X2は全関西実行委員会の代表者である。X1はその六団体の一つの運営委員であり、中核派と活動を共にする活動家であった（なおX1は、昭和五六年に岸和田市市民会館で行われた関西新空港の説明会で混乱を引き起こしたことがあった）。

（二）一審において訴訟当事者によって行われた主張を示すと次の通りである。

【X（原告・控訴人・上告人）】

「どのような思想、信条を持つ者に対しても集会の自由は保障されるべきであり、中核派が本件集会に参加するからといって不許可とすることは許されない。」

「本件集会は主催者の統制下で行われる屋内集会であって、・・会館内や会館周辺が混乱するおそれは全くなく、抽象的に混乱が生ずるおそれがあるとの危惧感のみを理由に不許可とすることは違法である。現に、昭和五七、五八年にいずれも大阪市内の扇町公園で開催された関西新空港反対総決起集会や昭和五七年一〇月二四日に大阪城公園で開催された反核集会（中核派と対立していると目されるグループも参加）には中核派も参加したが、混乱が生じたことは一切ない。」[75]

【泉佐野市（被告・被控訴人・被上告人）】

「原告X1は、いわゆる中核派（・・）と行動を共にする活動家であり、本件集会にも不特定多数の中核派の参加が当然に予定されていた…」

「この中核派は、三里塚闘争から関西新空港反対闘争へと展開する反対闘争方針を打ち出し、デモ行進、集会等の活動を行う中で種々の社会的混乱を惹起しており、特に昭和五九年四月四日大阪府庁及び大阪科学技術センター等で起こった連続爆破事件につき自ら犯行声明を各新聞社に出しているもので、自らの思想、信条のためには全く手段を選ばず、法治国家に敵対するいわゆる過激派集団である。」

「X1も、昭和五六年に岸和田市において開催された関西新空港問題の集会で混乱を惹起したことがある。」

「中核派は他の過激派集団と左翼運動の主導権をめぐって従来から対立抗争中であり、昭和五八年七月一日中之島中央公会堂においていわゆる第

四インターが主催した三里塚闘争関西集会の際、中核派が実力行使に出て、同公会堂付近一帯が大混乱に陥ったことがある。」

「危険性を事前に察知し、憂慮した地元住民等から、泉佐野市長に対し、暴力行為防止と排除のため極左集団に本件会館を貸さないようにとの要望書等が提出されていた。」

「X1による『泉佐野新空港に反対する会』の名称での本件会館小会議室の利用申込みに対しては、従来から何度もこれを許可しているのであって、本件会館の使用許可につき関西新空港に反対する団体であるからといって差別的取扱いをしていないことは明らかである。」[76]

（三）右原告Xの主張では、集会の自由の保障の重要性は指摘されているが、混乱が生ずるおそれが全くないとする根拠は弱く、過去平穏に行われた集会の実績を挙げるのみに留まっている一方、被告泉佐野市の主張も、中核派の性格と過去の集会で起きた混乱の事実を指摘しているだけで、本件集会の開催が危険であることを必ずしも説得力をもって示せているわけではない。それでもあえて危険の存否を争う両当事者の主張を統計的法則（経験則）と事実とを組み合わせた推論図式の形で再構成するならば、次のようになるだろうか。

【X（原告・控訴人・上告人）の推論図式】

これまで中核派が参加した集会（五七年、五八年に開催された関西新空港反対総決起集会。昭和五七年一〇月二四日に開催された反核集会（中核派の対立するグループも参加））で、混乱が生じたことは一切ない（前提事実1）。

中核派が参加した集会でこれまで混乱が生じたことがなければ、集会が開催されても混乱が生ずるようなことはない（経験則1）。

集会が開催されても、一般市民の生命、身体、財産に対する安全を侵害するおそれはない。

【泉佐野市（被告・被控訴人・被上告人）の推論図式】

X1は、昭和五六年に岸和田市において開催された開催新空港問題の集会で混乱を惹起したことがある（前提事実2）。

中核派は、三里塚闘争から関西新空港反対闘争へと展開する反対闘争方針を打ち出している（前提事実3）。

中核派は、本件集会の動向を左右し得る有力な団体として重要な地位を占めるものであった（前提事実4）。

昭和五八年七月一日中之島中央公会堂においていわゆる第四インターが主催した三里塚闘争開催集会の際、中核派が実力行使に出て、同公会堂付近一帯が大混乱に陥ったことがある（前提事実5）。

中核派が主導する集会が開催される場合、中核派と対立する団体がこれに介入するなどして、本件会館の内外に混乱が生ずる（経験則2）。

中核派が主導する集会が開催されると、一般市民の生命、身体、財産に対する安全を侵害するおそれがある。

ここから少なくとも明らかになるのは、原告Xと被告泉佐野市が、危険の有無を根拠づける過去の集会の実績例をそれぞれ別に挙げているという点であるが（原告Xは過去平穏に行われた昭和五七年、五八年の関西新空港反対総決起集会、そして昭和五七年一〇月二四日に開催された反核集会を、被告泉佐野市は昭和五八年中核派が実力行使に出て大混乱に陥った第四インター主催の三里塚闘争開催集会などを挙げている）、その他互いの具体的な争点は必ずしも明確ではない（推論形式として合理的に再構成することは困難である）。

（四）この点に関し、一審の大阪地裁（大阪地判昭和六〇年八月一四日民集四九巻三号八七二頁）は、「『公の秩序をみだすおそれのある場合』の、公の秩序をみだすとは、人々の生命、身体、財産の安全を侵害することを意味し、・・右侵害行為を助長するおそれがある場合をも含むと解される」とした上で次のように述べ、原告Xの請求を棄却している。

「本件においては、前記認定の通り、中核派は関西新空港反対闘争等において、前記四月四日の連続爆破事件等人の生命、身体、財産を侵害する違法な実力行使を行ってきており、これを是認する闘争方針を打ち出しているところ、前記認定の中核派と原告X1及び全関西実行委員会との関係、同原告及び同委員会の本件集会における地位、役割、本件集会の目的、同派の闘争方針及び本件集会への対応等を総合すると、同派は単に本

件集会の一参加団体というにとどまらず、本件集会の主体をなすか、そうでないとしても重要な地位を占めるものということができ、したがって、このような組織に本件会館を使用させることは、中核派の関西新空港反対闘争に寄与し、右闘争に基づく生命、身体、財産の侵害行為を助長する結果となるおそれが多分にあるといわざるをえない。」[77]（傍点―筆者）

一審判決の特徴は、「公の秩序をみだすおそれのある場合」の意味を拡張し、侵害行為を助長するおそれがある場合も含むとした上で、[78]本件集会の実質的な主催者を過激な活動組織である中核派とし、そこから侵害行為を助長するおそれを認定している点にある。もっとも中核派が主導する集会が、なぜ直ちに「公の秩序をみだすおそれがある」と認定されるのか、必ずしも明確ではない。事実、一審は、被告が主張する「X1は昭和五六年に集会で混乱を惹起したこと」「中核派が他の団体と対立抗争中であること」「同派が昭和五八年に他の団体の主催する集会へ乱入する事件を起こしたこと」などの事実は、原告X1や中核派自体が主催し、又は主体となる本件集会において自ら混乱を起こすことは考えられないゆえに参考にならない、また、原告の主張するように昭和五七年、五八年の本件集会と同旨の集会や全関西実行委員会主催の集会がいずれも平穏に行われていることに照らすと中核派と対立する団体が本件集会に介入して混乱を生ずるおそれが高いとは必ずしも認められない、と判示しているところであり、[79]このようなことを考えると、一審判決の結論はやや説得力を欠くものとなっている（従って裁判所は、この点を考慮に入れて「侵害行為が惹起されるおそれがある場合」ではなく、「侵害行為を助長するおそれがある場合」に該当すると判断したとも考えられる）。

これに対して、大阪高裁（大阪高判平成元年一月二五日民集四九巻三号八八五頁）は、同条項について拡大解釈などをせず、むしろ「公共の安全に対する明白かつ現在の危険が存在する場合」に限定しつつも、[80]一審と同様、本件集会の実質的な主催者を中核派と認定するとともに、さらに加えて次のように述べ、結果、原告Xの請求を棄却

している。

「このような状況（本件集会の実質的な主催者が中核派であること―筆者註）に加えて、前示のとおり、控訴人X1は昭和五六年の集会において混乱を惹起したことがあること、中核派が他の団体と対立抗争中であることは公知の事実であり、同派が他の団体の主催する集会へ乱入する事件を起こしたことがあることからして、本件集会に同派と対立する団体が介入するなどして本件会館内外に混乱が生ずることも多分に考えられたこと、本件不許可処分前日の中核派も参加したデモ行進については、市民の間からも不安の声が挙がり、このような極左暴力集団に対しては、本件会館を貸さないようにとの要望等がなされていた。

このような状況の下において、・・・被控訴人において、本件集会が開催されたならば、少なからぬ混乱が生じ、その結果、一般市民の生命、身体、財産に対する安全を侵害するおそれがあること、すなわち公共の安全に対する明白かつ現在の危険があると判断したことは、真に無理からぬものというべき」[81]（傍点―筆者）

高裁判決の特徴は、本件集会の実質的な主催者を過激な活動組織である中核派と認定し、さらに加えて過去の集会（X1が参加した昭和五六年の集会、中核派が実力行使に出た昭和五八年の三里塚闘争開催集会集会など）における混乱の存在をも危険判断の有意味な事実と認定した点にある。一審が、過去の集会の事実を主催者が開催した集会ではないことを理由に参考にならないとしたのに対して、高裁はこれを参考にしているということは、少なくとも主催者団体の性格のみでは判断していないという点で、結論に対する確証度は高いと言えるだろう。最高裁（最三小判平成七年三月七日民集四九巻三号六八七頁）もまた高裁が示した判断を支持しているところである。

（五）しかし高裁の判断に、なお曖昧な部分が残ることは否めない。

第一に、一審が過去の集会の事実について原告X1や中核派が主催者として開催した集会ではないことを理由に

参考にならないとしたことに対する高裁の判断が示されていない、という点である。高裁が示した判断を導くのであれば、少なくとも《原告X1や中核派が集会の主催者側であっても混乱が生ずる》という経験則についてさらに論じる必要があったと言えよう（経験則2の妥当性の問題）。全関西実行委員会と中核派には密接な関係があり、後者は前者の主催する本件集会において重要な地位を占めており、そして中核派が関西新空港の建設を実力で阻止する闘争方針を打ち出していたとしても、中核派の主体的に参加する集会がすべて直ちに混乱をもたらすと認定することは困難であるという見方[82]もなお可能である。もっとも最高裁は、「本件不許可処分は、本件集会の目的やその実質上の主催者と目される中核派という団体の性格そのものを理由とするものではなく、・・中核派が、本件不許可処分のあった当時、関西新空港の建設に反対して違法な実力行使を繰り返し、対立する他のグループと暴力による抗争を続けてきたという客観的事実からみて、本件集会が本件会館で開かれたならば、本件会館内又はその付近の路上等においてグループ間で暴力の行使を伴う衝突が起こるなどの事態が生じ、その結果、グループの構成員だけでなく、本件会館の職員、通行人、付近住民等の生命、身体又は財産が侵害されるという事態を生ずることが、具体的に明らかに予見されることを理由とするものと認められる」[83]と述べ、団体の性格そのものを理由とするものではないことを強調しているところである。しかし、「違法な実力行使を繰り返し、対立する他のグループと暴力による抗争を続けてきた」という客観的事実から「グループ間で暴力の行使を伴う衝突が起こるなどの事態が生じる」と推論するには、なおこれを支える事実乃至経験則を認定する必要があったであろう。[84]

また第二に、第一点の弱点を補うためか、高裁は地元住民等から提出された極左暴力集団に対する不許可処分の要望書を考慮に入れているが、これは損害発生の蓋然性の認定においては他事考慮である可能性がある。このことは、主催者団体の性格あるいは不十分な経験則に基づいて不許可処分をしたことを疑わせるのに寄与するであろう。[85]

三(一)しかし、右に見た点以上に、とりわけこの判決で注目すべきなのは、大阪高裁が「一般市民の生命、身体、財産に対する安全を侵害するおそれ」を「侵害行為の助長のおそれ」を含めることなく、むしろ「公共の安全に対する明白かつ現在の危険」に限定している点である。ここで問題となるのは、「侵害するおそれ」と「明白かつ現在の危険」との関係である。

文言通り解するのであれば、「侵害するおそれ」と「明白かつ現在の危険」とでは、危険判断に違いが認められるであろう。後者の場合、明らかに時間的要素が加味されており、その分、危険認定のハードルが高められている。しかしながら、危険判断は常に「決定可能な最終時点」が選択されなければならないことになっているため、あえて時間的要素を加味する必要がないことは既に述べた通りである。[86] このように考えると「明白かつ現在の危険」という表現は、不許可処分によって被る法益侵害が大きい場合に、安易な規制が行われることのないよう裁判所がこれを注意的に表現したものと考えるべきであろう。[87] 事実、高裁は、特別厳格な危険判断を行っているわけではないし、最高裁も次に示すように、通常の危険判断と異なる判断方法をとっているわけではない。

「本件条例七条一号は、『公の秩序をみだすおそれがある場合』を本件会館の使用を許可してはならない事由として規定しているが、同号は、広義の表現を採っているとはいえ、右のような趣旨からして、本件会館における集会の自由を保障することの重要性よりも、本件会館で集会が開かれることによって、人の生命、身体又は財産が侵害され、公共の安全が損なわれる危険を回避し、防止することの必要性が優越する場合をいうものと限定して解すべきであり、その危険性の程度としては、前記各大法廷判決の趣旨によれば、単に危険な事態を生ずる蓋然性があるというだけでは足りず、明らかな差し迫った危険の発生が具体的に予見されることが必要であると解するのが相当である（最高裁昭和二六年（あ）第三一八八号同二九年一一月二四日大法廷判決・刑集八巻一一号一八六六頁参照）。そう解する限り、このような規制は、他の基本的人権に対する侵害を回避し、防止するために必要かつ合理的なものとして、憲法二一条に違反するものではなく、また、地方自治法二四四条に違反するものでもないとい

うべきである。

そして、右事由の存在を肯認することができるのは、そのような事態の発生が許可権者の主観により予測されるだけではなく、客観的な事実に照らして具体的に明らかに予測される場合でなければならないことはいうまでもない。」[88]（傍点―筆者）

右説示の中で最も重要なのは後半の危険の認定方法に関する部分であるが、「事態の発生が許可権者の主観により予測されるだけではなく、客観的な事実に照らして具体的に予測される」ことを必要としている点は、通常の危険判断と全く異なるところはない。憲法上の権利である集会の自由（乃至表現の自由）に対する制限を特に意識した上での危険判断ではあるが、実際、その認定方法は特別なものではないのである。従って「明白かつ現在の危険」という表現（最高裁は、新潟県公安条例事件最大判昭和二九年一一月二四日刑集八巻一一号一八六六頁の説示に倣い「明らかな差し迫った危険」と呼んでいるが、その内容に大きな違いはないと考えられる）は、集会の自由（乃至表現の自由）という憲法上の権利に重要な価値を見出し、これを規制する広範な条文を、形式上、危険の程度を高めることによって補ったものと見るべきである。[89]「右（不許可処分の―筆者註）要件の設定あるいは右要件の解釈については、憲法の定める集会の自由ひいては表現の自由の保障にかんがみ、特に周到な配慮が必要とされるのである」としてその解釈適用に特別な注意を促す園部補足意見は、このような見立てを端的に裏付けるものと言える。[90]

（二）この点、憲法学では、集会の自由（乃至表現の自由）に対する制限について憲法上の価値を前面に出した解釈論が展開されている。まずは、「公の秩序をみだすおそれがある場合」という曖昧な文言による文面上の無効を主張し、仮に無効でないとしても、利益較量による審査を経た上でさらに限定解釈を施し、行政裁量の恣意的な行使を防ぐといった具合にである（利益較量→限定解釈の二段階審査）。ここでは、高裁ないし最高裁が施した限定

解釈（「明白かつ現在の危険」）に、本件条例が文面上漠然としており過度に広汎であるゆえにもたらされる、許可権者による恣意的な裁量権行使をコントロールするという役割が期待されていることは間違いない。[91] しかしながら、その実効性という点では、夙に指摘されているように、十分な役割を果たしているとは言えない。例えば、一段階目の利益較量論は、利益状況の差異を考慮に入れるものではなく、また二段階目の「明らかな差し迫った危険」の基準は、自由の制約が必要最小限のものであることを要求するものではなく「必要かつ合理的なもの」であればよいとしている点で厳格な基準にはなっていない、と批判されているし、[92] また、限定解釈だけでは不十分であるという認識から危険原則の内容を具体的に類型化した条項そのものがはじめから許可基準として明文化されていることが望ましいといった主張もなされている。[93] このような問題点が指摘されるのも、憲法学説が「明白かつ現在の危険」を、その概念自体の内容というよりも、他にも複数存在する違憲審査基準の一つとして単に審査密度の観点から論じていることに由来しよう。そういった意味では、「危険判断の論証モデル」は、（被侵害利益に注目するあまり、いまだ曖昧で不十分さが残る）右憲法解釈論をより見透しよく具体化させるものと言えるのではないだろうか。

---

74 Vgl. Hansen-Dix, Die Gefahr im Polizeirecht, im Ordnungsrecht und im Technischen Sicherheitsrecht, 1982, S.92ff.

75 民集四九巻三号八七四頁以下。なお原告は、その前提として、本件条例が極めて抽象的包括的な許可基準を定めているにすぎないとして、いわゆる「漠然性による無効」の理論により違憲の条例であると主張している。

76 民集四九巻三号八七七頁以下。

77 民集四九巻三号八八三頁。

78 同様の解釈は、長野地判昭和四八年五月四日行集二四巻四・五号三四〇頁以下も採用している。

79 従って、前提事実5は結論を導くのに少なくとも有意味な事実ではなかったということになる。

80 なお原告は、原審において「同条例七条一号の不許可事由の解釈につき、『生命、身体、財産の侵害行為が直接惹起されるおそれがある場合』だけでなく、右『侵害行為を助長するおそれがある場合』をも含むとするが如きは、尚更許されない」と主張していた。民集四九巻三号八八六頁。

81 民集四九巻三号八九一頁。

82 紙谷雅子「判批」判例評論四四二号（一九九五）二一九頁は、最高裁判例の評釈において、泉佐野市は、自身が行った不許可処分が原告Xの性格に基づくものではないことを立証するために、過去、原告Xもしくは「全関西実行委員会」に対して会館の使用許可を与えていた事実を示すべきところ、これを示していないとする（「泉佐野・新空港に反対する会」に対して会館の使用を許可した例は、泉佐野市が原告X全員を一体として、あるいは本件集会の主催者である「全関西実行委員会」に対して過去会館の使用を許可してきたことを示すものではないとする）。

83 民集四九巻三号七〇〇頁以下。

84 この点に関し、最高裁は「主催者が集会を平穏に行おうとしているのに、その集会の目的や主催者の思想、信条に反対する他のグループ等がこれを実力で阻止し、妨害しようとして紛争を起こすおそれがあることを理由に公の施設の利用を拒むことは、憲法二一条の趣旨に反するところである」と述べ、《主催者側と対立グループとの衝突による混乱》という論点に言及している。学説ではこの判示部分とアメリカの判例法理である「敵意ある聴衆」の理論との類似性が指摘されることがある（紙谷・前掲二一九頁、竹中勲「判批」ジュリスト臨時増刊一一三号（一九九五）二〇頁）が、判決は、本件は主催者自らが対立抗争を続けている事例であるから、このような場合に該当しないとしている（近藤崇晴「判解」最判解民事篇平成七年度（一九九五）二九四頁）。その後、やはり同じく公の施設の利用不許可処分が争われた上尾市福祉会館事件において最高裁（最二判平成八年三月一五日民集五〇巻三号五四九頁）は、「主催者が集会を平穏に行おうとしているのに、その集会の目的や主催者の思想、信条等に反対する者らが、これを実力で阻止し、妨害しようとして紛争を起こすおそれがあることを理由に公の施設の利用を拒むことができるのは、・・警察の警備等によってもなお混乱を防止することができないなど特別な事情がある場合に限られるものというべきである」と述べ、泉佐野市市民会館事件での不許可処分が特別な事情が存在するケースであったことを明らかにしている。

もっとも、損害発生の蓋然性があるか否かという問題と、警察の警備等によって混乱を防止することができるかどうか、という問題は別個の問題であり、後者から前者の結論を導くことはできない、という点に注意が必要である。損害発生の蓋然性をもたらす原因が集会を阻止しようとするグループにある場合に限り、不許可処分の要件である「公の秩序をみだすおそれ」に形式的には該当していても、「警察の警備などによって混乱を防止することができるかどうか」が新たに不許可要件として加味される、ということになろう。

85 泉佐野市が、政治団体による集会や社会的影響のある集会等を「比較的重要な事項」に該当すると分類し、泉佐野市総務部長の専決事項として取り扱っていた事実の存在もこれを裏付ける。参照、紙谷・前掲二一九頁。

86 拙稿「『危険判断の論証モデル』の有効性とその限界（一）―危険の存否が争われた裁判例の分析」金沢法学五二巻一号（二〇〇九）八六頁以下。

87 なお、芝池義一「判批」判例評論三一一号（一九八五）一六頁以下は、新島漂着砲弾爆発事故事件の評釈の中で「危険の切迫性」について論じている。芝池教授は、判決が「〔砲弾類が〕毎年のように海浜に打ち上げられていることにより継続して存在し、島民等は絶えずかかる危険に

さらされている」ことを、「継続的危険状況」と呼び、危険の顕在化、被害の発生が真近いことを意味する「危険の切迫性」の要件に対応するものと整理している。「本判決のいう継続的危険状況においては、被害は住民の行為を媒介にしてはじめて生ずるのであるが（・・）、ただ、そのような住民の不注意な取扱いが何時でも起りうるという状況は、危険の切迫性の要件をみたしているとみることも不可能ではないように思われる」というのがその理由である。しかし、他方で芝池教授は、「不作為責任の要件として、危険の切迫性があげられるのは、・・・法理論的要請にもとづくものではなく、行政の任務拡大・責任拡張への懸念や被規制者の権利利益への配慮など現実的考慮によるものと考えられる」（傍点―筆者）ゆえ、特にそのような事情を考慮に入れる必要性がない場合には、「危険の切迫性は不作為責任の不可欠の要件とはいえない」としている。

88 民集四九巻三号六九七頁以下。

89 「基本的人権たる集会、表現の自由を制限できるのは、右公共の安全に対する明白かつ現在の危険が存在する場合に限る」としているように（民集四九巻三号八九〇頁）、大阪高裁が「明白かつ現在の危険」と被侵害法益の内容との関係を特に意識していることは明白である。

なお、「明白かつ現在の危険」に類似する表現として、「せん動」が処罰される場合を限定する、アメリカ連邦最高裁の判例の判断原理「明白かつ差し迫った危険（clear and present danger）」がある。これは、表現の自由の内容規制に関する「違憲審査基準の一つ」とされており、①ある表現行為が近い将来、ある実質的害悪をひき起こす蓋然性が明白であること、②その実質的害悪がきわめて重大であり、その重大な害悪の発生が時間的に切迫していること、③当該規制手段が右害悪を避けるのに必要不可欠であること、の三つの要件が認められる場合には、当該表現行為を規制することができるとする（参照、芦部信喜／高橋和之補訂『憲法（第四版）』（岩波書店・二〇〇七）一九四頁以下）。下級審では、公職選挙法の戸別訪問禁止規定についてこれを適用するものが見られるが、最高裁は「（同規定は）害悪の生ずる明白にして現在の危険があると認められるもののみを禁止しているのではないと解すべきである」として、これを採用していない（最判昭和四二年一一月二一日刑集二一巻九号一二四五頁）。この判例法理と本判決の類似性を指摘する学説も存在するが、小山剛『「憲法上の権利」の作法』（尚学社・二〇〇九）八四頁は、「明らかな差し迫った危険」が、アメリカの判例法理として紹介される「明白かつ現在の危険」と同じかどうかについては議論がある、としている。ちなみに田上穣治『警察法〔新版〕』（有斐閣・一九八三）七五頁は、この表現を警察上の比例原則の説明の中で用いている（明瞭な危険が切迫している場合（clear and present danger）でなければ、警察作用は違法となる）。

90 小高剛「判批」法学教室一八〇号（一九九五）一〇三頁も、公の施設条例には、本件条例と同様に「公の秩序をみだすおそれがある場合」など比較的広義の表現で不許可事由を定めるものが多いため、規定の仕方や解釈運用上の歯止めが問題となると指摘している。

91 浅利祐一「判批」法学セミナー四八八号（一九九五）七六頁は、「明白かつ現在の危険」も、それ自体としてはなお抽象的であって、具体的な適用段階において明確な基準となりうるのか疑問とする。

92 川岸令和「判批」『憲法判例百選Ⅰ（第五版）』別冊ジュリスト一八六号（二〇〇七）一七九頁。

93　藤井俊夫「判批」『平成七年度重要判例解説』ジュリスト一〇九一号（一九九五）一七頁。

第五項　抽象的危険と裁量
―栃木県警銃所持許可事件（宇都宮地判平成一九年五月二四日判時一九七三号一〇九頁）

一（一）最後に取り上げるのは、銃砲刀剣類所持等取締法（以下、銃刀法と略す）に基づき銃所持の許可を得た者（以下、Xと略す）が、長年トラブル関係にあった隣家住民ら（以下、Yと略す）を猟銃で殺害したため、銃所持の許可を与えた警察に対し被害者から損害賠償を請求された事件である。ここで争われたのは、銃所持の許可審査の際、銃刀法五条一項六号（平成一四年法改正前。現行法一一号）で「他人の生命若しくは財産又は公共の安全を害するおそれがあると認めるに足りる相当な理由がある者」と規定する欠格事由に加害者Xが該当していたかどうかであった。[94]

（二）本件事案は、事実認定以前に、銃刀法五条一項六号の解釈をめぐって両訴訟当事者間で見解が分かれている点に特徴がある。被害者原告側は、銃刀法五条一項六号を次のように解釈していた。

【被害者Y（原告）】

「我が国では、銃砲の所持は、その甚だしい危険性に鑑み、一般人については厳重に禁止され、一定の要件を備えた者の許可申請があった場合に、例外として都道府県公安委員会が許可するものであり、その許可は、厳重な羈束裁量行為である。・・・したがって、六号の欠格事由の解釈運用においても、実質上の絶対禁止的運用を前提にした上で、必要性、適格性が特に明らかに認められる場合に例外的に許可するというものであるべきである。すなわち、六号の欠格事由に該当する場合とは、違法な使用の具体的蓋然性が認められるときという狭いものではなく、所持者によっ

て違法な使用がされる可能性が皆無とはいえないという事情が存在すれば足りるというべきである。」[95]

これは、銃砲を所持すること自体の危険性（「甚だしい危険性」）を踏まえ、許可を「厳重な羈束裁量行為」と捉えた上で六号の欠格事由を広く解している点に特徴がある。そして、このような解釈を前提とした上で、次のような事実を挙げ、六号該当性を認定している。

"YとXとの間では、不正常かつ不穏な状況が二〇年以上存在しており、Xの退職後には轢過事件（Xが運転する自家用車がセンターラインをまたいでYのすぐ脇で停止しYを轢こうとした事件―筆者註）も起きていた"、"Xによる本件事件は計画的犯行であった"、「Xにおける、隣人との甚だしい不和の関係、トラブルの継続という状況は、根深い怨恨感の醸成の原因となり、銃が不正使用されるきっかけを与えやすい危険な環境因子であったから、本件では、所持者によって違法な使用がされる可能性が皆無とはいえない事情があり、六号の欠格事由の『他人の生命若しくは財産又は公共の安全を害するおそれ』が存在したことは確実である。」[96]

ここでは、六号該当性が、違法な銃使用の「具体的蓋然性が認められるとき」ではなく、銃所持者によって違法な使用がされる「可能性が皆無とはいえない」という事情が認められれば足りる、とされている点が重要である。これに対して許可の審査をした警察官吏側は、被害者原告とは異なり、銃刀法五条一項六号を狭く厳格に解釈している。

【警察官吏・栃木県（被告）】

「六号の欠格事由については、主観的な憶測では足りず、同号所定の『おそれ』を認定すべき客観的・合理的な根拠が必要と解されるのであり、本件では、XとYとの間のトラブルが、銃器による殺傷事件等にまで発展しかねないとのおそれを人に抱かせるようなものであったかどうかが関係する。」[97]

その上で、大要次のような事実を挙げ、六号該当性を否定している。

“XとYのトラブルは、刑事事件として立件できるようなものではなく、隣同士の諍いが些か度を過ぎているといった類のものであった”“平成一三年一一月二日以降、警察への通報、相談等はなかった”“Xのトラブルは専ら被害者らとの間のものであって、他の近隣との間では何の問題もなかった”“Xは穏和な性格で粗暴性はないと認められた”[98]

つまり警察官吏側は、六号の欠格事由を限定的に厳格に解釈した上で、警察官吏が認定した事実によれば六号該当性は否定されるべきと主張するものであった。原告と警察官吏のこの対立を見ても分かるように、本件事案は、六号の欠格事由を広く解するか狭く解するかが、結論を左右する争点の一つになっていると言える。

二　では、両訴訟当事者からの主張に基づき、裁判所は、どのように判断しているのであろうか。裁判所はまず「殺傷を目的とする凶器である銃砲刀剣類及びこれらに類する物件を所持、使用することなどにより生ずる危険性に鑑み、その危害を予防し、国民の生活の安全を図る」という銃刀法の目的を踏まえた上で、欠格事由を定めた六号の条文の文言に在り様に注目し、同号は「不許可の幅を広げる意味」を有すると判示する。いわく、

「‥六号の欠格事由の規定が上記一般的禁止の目的を実現すべく、『おそれ』『認めるに足りる相当な理由がある者』と、不許可の幅を広げる意味で認定者の要件該当判断の裁量を広く認めていることに照らせば、六号の欠格事由に該当しないとして銃所持を許可する判断については、判断の基礎とされた重要な事実に誤認があること等により事実の基礎を欠くか、又は事実に対する評価が合理性を欠くこと等により判断が社会通念に照らし妥当性を欠く場合に、裁量権の逸脱又は濫用があったものとして、処分要件の充足を欠くというべきである。」（傍点―筆者）[99]

そしてその上で裁判所は、「六号の欠格事由の規定が不許可の幅を広げる意味で認定者の要件該当判断の裁量を広く認めていることからすれば、同号に該当すると判断するには、他人の生命若しくは財産又は公共の安全を害する抽象的危険性の存在をもって足りると解するべきであり、本件許可申請については、前記・・に説示した事実によれば抽象的危険が認められるといえるから」、不許可処分には「現実的危険性及び明白性がある」ことが必要であるとする被告警察官吏側らの主張を退けたのであった。[100]

二（一）本判決で注目すべき点は、六号の規定が行政庁に裁量を広く認めていることを理由に、不許可処分は抽象的危険性の存在でもって足りると判示している部分である。しかし、ここで直ちに湧いてくる疑問は、裁量を広く認めていることと抽象的危険との関係である。判決文を読む限り、前者から後者への導出過程は不明である。[101] またそもそも「抽象的危険」と「具体的危険」の違いについて特に示されているわけでもない。被害者原告側が主張していた「所持者によって違法な使用がされる可能性が皆無とはいえない」という状況を念頭に、蓋然性の程度が低い場合でも可とすることで、抽象的危険という概念を用いたということだろうか。いずれにせよ、本判決は、六号が規定する裁量の広狭が、危険判断を大きく左右すると考えているようである。

しかし実際に裁判所の判断過程を見てみると、裁量の広狭とは無関係に六号該当性を判断しているようにも思われる。裁判所が抽象的危険を認定する際の根拠として挙げている認定事実を改めて確認してみると、①XがYとの間に長期かつ険悪、深刻なトラブルを抱えていた、②XはYに対する加害意思を有していた、③Xは激情性というべき性格を有していた、④XはYへの加害に銃を用いることを意図して本件許可申請を行った、という事実がそれぞれ認められるが、これをもって具体的危険を認定することも十分可能であろう。つまり、これを統計的法則（経験則）と事実とを組み合わせた推論図式の形として次のように合理的に再構成することができる。

【裁判所の推論図式】

XとYとの間のトラブルは二〇年以上の長期にわたり継続しており、両者間のトラブルは、通常見られるような近隣同士のトラブルにとどまらず、相当険悪化しており、深刻なものであった（前提事実1）。

隣人との甚だしい不和の関係、トラブルの継続という状況は、根深い怨恨感の醸成の原因となり、銃が不正使用されるきっかけを与えやすい（経験則1）。

（XはYに対して加害意思を持っていた（前提事実2）。）

（Xは激情性に該当する性格を有していた（前提事実3）。）

（XはYに危害を加える意図で本件許可申請を行った（前提事実4）。）[102]

Xは、Yの生命あるいは身体に危害を加えるであろう。

事実、裁判所は、被告が主張するような「違法な使用がされる可能性が皆無とはいえない」という表現ではなく、端的に「本件許可処分時において、Yの生命あるいは身体に危害を加えるおそれがあったというべきである」と断定して述べている。このように見ると、抽象的危険という概念には特別な意味が認められているわけではなく、通常の（具体的）危険を認定しているのとほとんど異ならないと言えるであろう。むしろ、裁判所が特に強調しているように、銃それ自体の危険性並びにそれによる損害の重大性を重視した結果が、単に、危険の認定を広く認めやすいイメージをもつ「抽象的危険」という概念を使用せしめたと考えるのが妥当である。[103]

（二）もっとも、本件の場合、銃の不正使用に関する経験則を提示することが難しく、結果判定が困難であることが考慮に入れられ、当該概念が用いられたということも考えられなくはない。実際、右に見た経験則1は、「銃が不正使用されるきっかけを与えやすい」としか述べておらず、危害を加える蓋然性を測る物差しとしては何とも頼りない。しかしながら、経験則が完全に未知ではない以上、裁量を認める規定を根拠として抽象的危険で足りると

するのはやや強引であり、これを認めてしまうと具体的危険概念が有している法治国家的機能を著しく弱めてしまうことになろう。裁判所は、この点を考慮に入れてか、これら経験則の不十分性を、前提事実2乃至4によって補強し、[104] また加えて、銃所持の審査の過程をかなりの程度丁寧に審理しているようにも考えられるのである。[105]

このような混乱は、危険判断と裁量判断が混同されていることにその原因の一つがあると考えられる。しかしそもそも、文言から直ちに裁量の有無を断定することは困難であるし、仮に裁量が認められるとしても、そこから何か特別な危険の判断方法が採用されるわけでもなかろう（蓋然性の程度が低くても構わないといった解釈が可能であると読み取ることはできない）。[106] 確かに、論証モデルの適用の局面を考えた場合、予測者に全く「判断の余地」が認められないと断定することは難しいが、それはあくまで危険判断に内在的な判断の余地であり、法的拘束を緩和する意味での裁量などではない。やはり《裁量→抽象的危険》の図式は認められないと考えられよう。

---

94 この事件もまた、先の事件と同様、許可要件の中に《損害発生の蓋然性（危険）がないこと》が挙げられているタイプのものである。

95 判例時報一九七三号一一二頁。

96 判例時報一九七三号一一二頁。

97 判例時報一九七三号一一五頁。審査担当者が審査の際参考とした警察庁保安部保安課編集『銃刀法解説書』には、六号の欠格事由について「例えば、殺人、強盗、傷害等の犯罪を犯し再犯の疑いのある者、‥、犯罪の経験はないが、その性格、環境などからみて現に人の生命、身体、若しくは財産又は公共の安全を害するおそれのあることが明らかである者等がこれに該当する」と記載され、「公共の安全を害する」の例として、「直接には人の生命又は財産に対して危害を加えないが、絶えずゆすり、たかり、脅迫等を行っている者が、近隣の者に畏怖心を起こさせるような言動をする場合」が挙げられていた。

98 判例時報一九七三号一一四頁以下。

99 判例時報一九七三号一二六頁以下。

100 判例時報一九七三号一二八頁（傍点―筆者）。なお北村和生教授は、本判決は猟銃所持許可を講学上の許可よりもむしろ特許に近いものとして

捉え行政庁に裁量的判断を認めていると考えられる、としている。北村和生「判批」速報判例解説編集委員会編『速報判例解説一号』（日本評論社・二〇〇七）四三頁。

101 また、裁量と危険とのこのような関係は、被害者原告側からも特に主張されていたわけでもなかった。

102 なお、前提事実2～4は、損害発生の蓋然性を認定するのに直接有意味な事実ではなく、前提事実1を補強するものと理解すべきであろう。

103 ちなみに、抽象的危険という概念は、具体的危険ではないという意味合いと同時に、しばしば「非危険」として扱われる傾向がある。具体的危険概念と対比される抽象的危険概念の法理論的解明が求められると言えよう。

104 中でも前提事実2（並びにこれと密接な関連がある前提事実4）は、加害意思を示すものであり強い因果性を推定させる。

105 参照、田井義信「判批」判例評論五九一号（二〇〇八）一九頁以下、拙稿「銃所持の許可」法学教室三三七号（二〇〇八）三頁以下。

106 もっとも、「『おそれ』を『認めるに相当の理由がある』」は、場合によっては、「危険の疑い」の認定を許容する趣旨（つまり、事実が不確実である分、蓋然性の程度が僅かであっても足りる）と読み込むこともできるかもしれない。確かに、現行法上、「おそれ」と「おそれを認めるに相当の理由」が使い分けられることがあるが、これが法実務的にも独自の意味を有するものであるかどうかは、必ずしも明確ではない（なお、法制局長官を長年務めた林修三氏の手による『法令用語の常識』（日本評論社・一九七五）一六六頁以下によれば、「おそれのある」「必要があるとき」「必要があると認めるとき」の表現のどれを用いるべきかが問題となった場合には、原則として、その必要性が客観的に明らかに立証される場合にのみ行政権限が発動できることになるように、規定の書き方に厳重なしぼりをかける立前（ママ）で、用語を選択する心がけが必要であろう、と述べるに留まる）。ちなみに、このような論点を、情報公開法の不開示情報規定（「公共の安全と秩序の維持に支障が生ずるおそれがあると実施機関が認めることにつき相当の理由がある情報」）にかかる情報公開審査会の判断事例（とりわけ当不当審査（裁量問題審査））において検討するものとして、稲葉馨「情報公開審査会における裁量問題審査に関する一考察」稲葉馨・亘理格編『行政法の思考様式』（青林書院・二〇〇八）二八七頁以下が参考になる。

第三節　論証モデルの有効性とその限界

以上、危険判断の論証モデルの有効性を危険の存否が争点とされた裁判例を素材にして検証してきた。右検証によって、論証モデルが危険存否の判断のために一定の役割を果たしうることが示されたであろう。むろん、訴訟当

事者は、意識してこのようなモデルに基づいて危険存否の主張立証を行っているわけではないし、従って推論構造も―既に本稿からも明らかなように―常に明確な形で示すことができるわけではない（何らかの合理的再構成は避けられない）。しかし、この論証モデルを自覚的に採用することによって得られる効用は決して少なくないように思われる。以下、改めて「危険判断の論証モデル」の有効性を、行政決定（乃至裁判判決）の「正当化の文脈」と、「発見の文脈」の観点から、二点示すこととしたい。

第一項　論証モデルの有効性

1　説得価値の獲得（正当化の文脈）

一　第一点は、論証モデルを可視化することにより、行政決定（乃至裁判判決）に対する説得価値を獲得することができる[107]、という点である。従来、如何なる事実に如何なる専門的知識や経験則を適用することによってどのように危険の存否が認定されるのか明かではなく、これらの点の多くは行政機関による裁量事項として処理されてきたように思われる。ゆえに、我々はこれまでこの主題を主に裁判所による裁量統制論の中で扱ってきたと言えよう。しかしこれでは、厳格な統制が期待できない予測不能な行政決定をもたらし、常にその決定内容の正当性を疑う状況を作り出してしまうおそれがある。いかなる事実をいかなる過程を経て評価し結論を導き出したのかが明確に示されることによってはじめて、その行政決定の正当性が獲得され、説得価値もまた生まれるのである[108]。とりわけ、国賠訴訟で危険の存否が争われる場合、従来は往々にして「諸般の事情の総合考慮」の下、行為の違法性と決定権者の故意・過失などが混然一体となって考慮されていたが、危険判断の論証モデルは、この点において見通しのよい整理を可能にするであろう[109]。

二　説得価値の獲得は、また同時に、行政庁による規制権限の積極的な行使を促すことにも寄与する。例えば、危険概念は、場合によってまた論者によって、損害発生の「可能性」とか損害発生の「僅かな蓋然性」、あるいは「差し迫った危険」や「明白かつ現在の危険」など、様々な呼び名で示されてきたが、このことは、これまで行政庁の規制権限の適正な行使を妨げる原因にもなっていた。つまり、行政庁が法適用（危険判断）をするに際し常に難しい判断を強いられるため、違法な介入行為による訴えの提起を恐れ、規制権限の行使を控える事態が生じていたのである。[110] しかし、危険判断の論証モデルは、危険類似の概念を、論証モデルの適用の局面において、簡潔に統一的に説明することを可能にするため（不確実な事実を含む危険概念（危険の疑い）・被侵害利益の重大性・決定可能な最終時点などを通じて。概念の最小化・単純化の試み）、単なる理論上の利点のみならず、行政庁の権限行使を見通しよくし、執行欠缺の是正に寄与するという点で、実務的にも効果が認められるのである。[111][112]

2　迅速かつ適正な訴訟審理への寄与―要件事実論の視点から（発見の文脈）

一　もう一点は、論証モデルは迅速かつ適正な訴訟審理に寄与する、という点である。[113] 従来、危険の存否については訴訟手続上、訴訟当事者により、単に危険判断に関連するであろう事実が列挙され、「危険がある」あるいは「危険がない」のどちらかの主張（結論）が示されるだけで、危険判断を支えるどのような事実に見解の相違があるのか不明確なまま審理されることがあったように思われる。例えば、これまで見た裁判の審理過程においても、危険の存否が最終的な問題であるにもかかわらず、それを論証する主張の中に既に損害発生の蓋然性を判断する事実とは無関係の事実が並べられるようなこともあったし（泉佐野市市民会館事件）、作為義務を認定する事実と危険を認定する事実が曖昧なまま主張されることもあった（ナイフ一時保管懈怠事件、新島漂着砲弾爆発事件）。しかし、これまでの検討からも明らかなように、危険判断は、損害発生にプラスとなる事実とマイナスとなる事実相互間の

評価にかかわるものであることが示されると、危険をめぐる争いは、危険があるかないかという二者択一の問題ではなく、具体的な個々の事実をめぐる争いであることがより一層明確になると思われる。つまり訴訟当事者間の争いが、「否認」から「抗弁」へと変わるわけである。[114]

この点の分析にとって有効なのは、特に民事法領域で注目されている、いわゆる要件事実論であろう。本稿では詳細に論ずることはできないが、要件事実とは「法律効果を生じるために必要な実体法の要件に該当する具体的事実」であって、「民事訴訟において主張立証責任の対象となる事実」を意味するとされていることから、要件事実論は、主張立証責任対象事実を決定すること（つまり証明責任の分配）がその基本的な機能であるとされている。[115]行政訴訟の分野においてはまだ本格的な展開を見ていないが、[116]当該理論は、複数の要件事実が訴訟物との関係で訴訟当事者の攻撃防御方法として相互にどのような意味をもっているかを考え、各攻撃防御方法の体系的位置づけを行うことによって裁判における合理的な法的判断の構造を明らかにする、という点で大きく期待されている。こういった観点に基づき、「おそれ」規定（評価的要件）[117]など危険判断においても、危険存否の判断にかかわる事実（評価根拠事実ないし評価障害事実）を具体的に示していくことになれば、危険の存否を主張立証する場合、どのような事実を誰が主張立証すればよいのか当事者並びに裁判所にとって明らかになり、立証活動・訴訟指揮の指針として紛争の適正迅速な解決に寄与することになると言えよう。前節では、（甚だ不十分ではあるが）原告・被告の主張を対比させ、両者の推論構造（危険の存否を支える事実と経験則）を検証しやすい形で示したが、このような方法を採用したのも、行政決定乃至裁判判決の妥当性を明らかにする上で有意義であることを示すためでもあった。[118]

二　もっとも、評価的要件をめぐる審理方法に関しては、藤山雅行裁判官が《裁量処分取消訴訟では、要件事実は審理の指標とならない》と述べている点が注目される。[119]藤山判事によれば「裁量権行使の内容をなす裁量判断の対象は、・・・具体的事実の有無に関するものではなく、一定の事実関係を前提とする法的価値判断であ」り、最終

的には「総合した事実関係の下で」法が適用されるのだから、誰がどのような要件事実について主張立証しなければならないかは審理においては重要ではなく、むしろ「裁判所が、当該事案ごとに処分の根拠法規の趣旨目的や当該事案の性質を基に健全な社会通念に照らして審理の対象となる事項を画す」ことこそが重要というわけである。[120] この見解は、裁量判断が法的価値判断であることを強調しつつ裁判官の訴訟指揮の重要性を指摘する、説得的な見解であるが、しかし裁量判断につき「要件事実は審理の指標とならない」と言い切ることについてはなお慎重な検討を要するように思われる。そもそも、裁量判断とされる評価的要件といっても事実性の強いものから弱いものまで多種多様であるし、少なくとも危険の存否については、事実認定がとても重要な役割を果たしている。確かに従来危険判断は、「おそれ」規定などが不確定法概念であることを理由に、裁量判断であるとみなされる傾向があったように思われるが、[121] しかし、第一に、危険判断は、認識されている事実から将来の出来事を導く（推論する）という作用であり、そもそも概念が確定であるか不確定であるかとは全く無関係であるし、また第二に、危険判断において評価の基礎となる事実すべては、基本的には損害発生にプラスに作用するかマイナスに作用するかという観点から取捨選択されるため、事実認定の側面が強く評価の幅は限定的である（土地利用計画のように高度な利益調整が求められているわけではない）。[122][123] このようなことを考えると、評価的要件を強調することで「裁判官の健全な社会通念」による審理対象の画定に過度に期待することは、裁判官による恣意的判断を誘発する（審理方法をいたずらに不明確なものにする）危険性があることに注意しなければならないだろう。訴訟の審理過程を透明にし、行政決定に対する統制を確実に及ぼしていく観点からすれば、重要なのは、訴訟指揮を執る裁判官の「健全な社会通念」といった曖昧な基準ではなく、《諸事実を総合的に勘案する評価的要件の判断過程を構造化》した上で、《その判断構造を組成する諸因子を分解し、さらにこれを相関的に評価することを可能とするような審理手続》[124]を明らかにすることであるように思われる。[125] その意味においては、評価的要件の判断過程を構造化する本論証モデルは、このよ

うな審理手続を明らかにすることに寄与すると言えるだろう。

第二項　論証モデルの限界

一　しかしながら、本件で示してきた論証モデルも決して万能なものではなく、次に見るように一定の限界があることもまた確認しておかなければならない。

（一）第一に「事実の認識可能性の有無」をどのように判定するか、という問題である。繰り返し述べてきたように、危険を判断するためには決定可能な最終時点におけるすべての事実を推論の基礎に取り入れなければならないが（全証拠の要請）、但しそれは予測者がその事実を知っている限りにおいてである。そこで問題となるのは、予測者にどの程度までの事実の認識可能性を要求するかである。予測者の立場によっては容易に当該事実を知り得ることができる場合もあれば、これが困難な場合もありえ、これをどのように評価するかが問われるのである。例えば、ナイフ一時保管懈怠事件では、警察官吏が加害者の前科や入墨という事実を推論の基礎に取り入れていたかどうかが特に問題とされたが、この事案では警察官吏は容易に事実を調査することができる立場にあったことから、その認識可能性が求められていたと説明することができよう。しかし、例えば薬害訴訟においてしばしば問題とされるように、最新の医学的知見など、それが海外で行われた学会発表などによって初めて入手し得るようなものである場合には、処分権限を持つ行政庁が、果たしてその調査手段を容易に行使できる状況にあったかどうかについて議論の余地があろう。[126] 予測者に期待される調査権限の範囲に幅があることは否めず、この場合、予測者の主観的要素（予測者が置かれている状況）をどうしても問わざるを得ないのである。いずれにせよ、予測者が「当該事実を知っていた」と「当該事実を知り得た」の間を測る物差しを論証モデル自身は持ち合わせていないことは確認し

ておかなければならない。[127]

（二）第二に「決定可能な最終時点」、つまり、さらなる情報を得るために時間を費やすと危険防御が失敗に終わるリスクが高まるぎりぎりの時点をどのように判定するか、という問題である。そこでは当然、危険にさらされる法益の種類や危険防御の種類について、さらに問われなければならない。特に重要となるのは、危険にさらされる利益の内容である。ドイツ連邦行政裁判所によって採用され、学説でも通説的見解となっている逆比例定式（「損害の程度が大きければ大きいほど蓋然性の程度は僅かであってもよい」）[128]は、この被侵害利益を危険判断に取り組むことによって妥当な結論を導くことに成功しているが、本稿が示す論証モデルにおいても、その適用の局面において被侵害利益を完全に無視することはできない。むろん注意しなければならないのは、それはあくまで決定可能な最終時点を定める判定要素であり、危険の存否を最終的に決定するための判断要素ではない、ということである。既述の通り、損害発生の蓋然性と、これを阻止する警察措置の成功可能性は、あくまで別次元の判断に属する事柄である。[129]もっともこれがいくら理論的要請から導かれるものであるとしても、現実にはその判断は非常に困難であることは認めざるを得ない。被侵害利益に対する重みづけ評価は、危険存否の最終的な判断を左右することもあり得、その意味において一定の価値判断はやはり避けられないだろう。

（三）第三に、これまで当然のように用いてきた「統計的法則（経験則）」というものをどこまで信頼してよいか、という問題である。そもそも統計的法則（経験則）を明確に打ち立てることができるのかどうか疑わしい。もしある程度信頼性のある統計的法則を打ち立てるのであれば、一定以上のサンプルが必要であるし、またそのサンプルも偏りがあってはならない。既述の新島漂着砲弾爆発事故事件では、中学生が砲弾をいじって爆発したケースを統計的法則（経験則）として裁判所は採用したわけであるが、これについては中学生の異常な行動という特異なケースであり統計的法則としては成立しないと判定することもできるであろう（実際、裁判でも被告側はこの点を争っ

ていたが、結果として、裁判所によって明確に否定されている)。[130] 今日のリスクをめぐる論点は、まさにこのような「統計的法則」自体が認識不可能であるということも前提としていると解され、[131] そういった意味においては、上記モデルは、事実や統計的法則が比較的明らかである単純な事例にのみ妥当するものなのかもしれない。統計的法則をあまり有効に活用できない場合には、最終的には、事実等に一定程度の重み付けの評価をした上での判断が求められることになろう(栃木県警銃所持許可事件)。[132]

二　このように、論証モデルも決して万能なものではないが、しかし右に見た問題点・限界を指摘することができるのも、当該論証モデルが危険の存否を測る一定の物差しとしての役割を果たしていることを示すものであろう。論証モデルを用いる際、その限界を意識しておくことは重要である。モデルに固執するのではなく、[133] 裁判官が採用している思考方を内在的に読み解く姿勢が重視されなければならないことは言うまでもない。モデルはあくまでその手段に過ぎない。

107　説得価値については、参照、中村治朗『裁判の客観性をめぐって』(有斐閣・一九七〇)八一頁以下。

108　「諸事情の総合考慮」は、一見するとわかりやすい理論であるかのように思われるが、現状を追認し、国家賠償責任の否定を導きやすい考え方であるとする旨、参照、西埜章『国家補償法概説』(勁草書房・二〇〇八)六三頁。

109　論証モデルによれば過失など主観的要件は、危険判断(違法性判断)において考慮されることになろう。後述註(126)(127)も参照。

110　参照、阿部泰隆『行政法解釈学Ⅰ』(有斐閣・二〇〇八)三六七頁以下。

111　また、危険判断の基礎となるべき要件事実を法律レベルのみならず政令・省令レベルで細かく規定することも、これを助けるであろう。

112　なお、危険判断の論証モデルは、義務付け訴訟(行政事件訴訟法第三十七条の二「第三条第六項第一号に掲げる場合において、義務付けの訴えは、一定の処分がされないことにより重大な損害を生ずるおそれがあり、かつ、その損害を避けるため他に適当な方法がないときに限り、提起することができる」)や差止め訴訟(同法第三七条の四第一項「差止めの訴えは、一定の処分又は裁決がされることにより重大な損害を生ずるおそれがある場合に限り、提起することができる」)、仮の権利救済など、一定の損害発生の予測が求められるような行政活動の適法性を審理す

る場合にも広く応用される可能性を持つ。そもそも、帰納的推論による論証モデルは、「予測の仕方」を明らかにしたものだからである（むろん、要件審理と本案審理では、その蓋然性の程度（正確には確証度）に違いが認められる可能性はあろう）。

113 詳細は、拙稿「行政訴訟における要件事実論・覚書」伊藤滋夫編『環境法の要件事実』（日本評論社・二〇〇九）一九七頁以下。

114 参照、河村浩「環境訴訟と予測的因果関係の要件事実」伊藤滋夫編『環境法の要件事実』（日本評論社・二〇〇九）一六〇頁以下。

115 参照、伊藤滋夫「要件事実と基礎法学の協働・序説」法学セミナー六三九号（二〇〇八）九頁。さらに包括的に「要件事実というものが法律的にどのような性質のものであるかを明確に理解してこれを意識した上、その上に立って民法の内容・構造や民事訴訟の審理・判断の構造を考える理論」とも説明される。伊藤滋夫『要件事実の基礎―裁判官による法的判断の構造』（有斐閣・二〇〇〇）一四頁。

116 近時これを扱うものとして、笠井正俊「行政事件訴訟における証明責任・要件事実」法学論叢一六四巻一～六号（二〇〇九）三二〇頁以下、王天華「行政裁量の観念と取消訴訟の構造（五・完）」国家学会雑誌一二〇巻七＝八号（二〇〇七）四八頁以下、参照。

117 評価的要件（乃至規範的要件）については、差し当たり、難波孝一「規範的要件・評価的要件」伊藤滋夫＝難波孝一編『民事要件事実講座1』（青林書院・二〇〇五）一九七頁以下、参照。

118 これを弁証法的論理学の観点からさらにその意義を強調するのは、高橋文彦教授である。高橋教授は、法的思考の論理を、全称命題を大前提とする三段論法の形式で捉えることができないことを指摘し、対話的なデフォルト論理（「非単調論理」）の規則の有効性について論じている。高橋文彦「法的思考と法論理学―シャーロック・ホームズのように『論理的』に考える」法学セミナー（二〇〇九）三八頁は、「要件事実論は対話的なデフォルト論理（非単調論理―米田註）という基礎の上で法的思考を理論化したもの」と定式化する。「法律家（は）、法律や判例から学んだ法規範や経験則というデフォルト論理の規則を用いて、「正しい結論」を導こうと全力を傾ける」との記述は、法的思考の核心と法律家の「経験」と結び付けている点で非常に興味深い。また同「要件事実論と非単調論理：〈法律要件⇒法律効果〉における「⇒」の論理学的意味について」河上正二ほか編『要件事実・事実認定論と基礎法学の新たな展開―伊藤滋夫先生喜寿記念』（青林書院・二〇〇九）三頁以下も参照。

119 藤山雅行「行政事件と要件事実」伊藤滋夫＝長秀之編『民事要件事実講座2』（青林書院・二〇〇五）三三八頁。

120 藤山・前掲三三四頁、三三八頁。

121 詳細は、拙稿「危険概念の解釈方法（一）」自治研究八三巻八号（二〇〇七）九五頁以下。

122 もっともそれでもなお、裁判所における、裁量の判断過程における考慮要素審査（村上裕章「判批」判例評論五八四号（二〇〇七）一八一頁以下（小田急線高架化事業認可取消訴訟））のうち、形式的考慮要素審査（これは、「最良の判断条件充足義務」（亘理格『公益と行政裁量』（弘文堂・二〇〇二）三三二頁）、「考慮事項発見義務」（仲野武志「判批」判例評論五七八号（二〇〇七）一七八頁（呉市学校施設使用不許可処分取消訴訟））に対応しよう）は「全証拠の要請（ないし最大の明細性の要件）」に、実質的考慮要素審査は「無視してもよい事実かどうかの判定」

に対応するとも言え、その限りにおいて、裁量判断と危険判断が親和的であることは否定できない。

123 もっとも藤山・前掲三三四頁註（二五）は、一般に評価的要件（規範的要件）と呼ばれているものの中には、正当事由など当該事案における事実関係の総合評価によってその有無を決すべきものと、過失などその事案に則して具体的に特定された注意義務違反（それに該当する具体的事実）によって直接その有無を決すべきものの両者が含まれているとし（そして、後者は評価的要件の典型例ではないとする）、正当にも、評価的要件と呼ばれているもの中に性質の違いがあることに既に注意が払われているところである。本文で示した藤山判事の見解は、「おそれ」規定について論じているものではない。

124 小粥太郎『民法学の行方』（商事法務・二〇〇八）七一頁以下。一般条項（評価的要件）の判断に関する審理手続に関してではあるが、同書八〇頁註（五〇）は、興味深い。「一般条項の該当性の判断過程が構造化されているなら、①手続の初期段階では、法規から導かれるその判断構造の組成因子を手がかりに構成されたおおまかな事実を当面の審理の目標とし、②手続の進行途上では、事実関係の解明・裁判官と当事者との法的対話によって徐々に具体的な要件事実が裁判所にも当事者にも明らかになり、さらに判断構造を組成する諸因子間のバランスについて裁判所・当事者間の緩やかな共通認識が形成されるなら、当事者は容易に争点を把握して攻撃防御活動をすることができる。③手続の最終段階では、判決の基礎とすべき事実関係が明らかになり、一般条項の判断構造に即した総合判断が行われる。」

125 拙稿「行政訴訟における要件事実論・覚書」伊藤滋夫編『環境法の要件事実』（日本評論社・二〇〇九）二〇四頁。

126 この点を指摘するものとして、「第二部会　討論要旨」公法研究七一号（二〇〇九）二二〇頁（野呂充教授発言）。但し野呂教授は、予見可能性に依拠した危険（ナイフ一時保管懈怠事件の事例）と、予見可能性の有無にかかわらず客観的に存在する危険（医薬品の副作用の事例）を区別し、この区別が国家賠償訴訟と義務付け訴訟における認容要件の違いにも対応する可能性について述べている。しかしながら危険の判断はすべて予測者の認識状況から導かれるとする主観的危険概念（拙稿「危険概念の解釈方法（二）」自治研究八三巻一〇号（二〇〇七）八九頁以下）を前提とすると、予見可能性の要素はすべて危険判断（つまり違法性判断）に吸収されることになるため、両者の危険の区別は解消されよう。

むしろ問題となるのは、危険判断の基礎とすべき事実を予測者が知り得たかどうかの認定時期であろう。医薬品の副作用などは、医学的知見の進展によって徐々に明らかになるという性質をもつものであるから、これに伴って予測可能性の有無は時間とともに変化する。危険判断の時期などについて検討する最近の業績として、参照、日野辰哉「行政の危険防止責任と作為義務成立の時期（一）薬害C型肝炎訴訟判決を素材として」人文社会論叢社会科学篇（弘前大学人文学部）二一号（二〇〇九）一八三頁、一九六頁以下。

127 ちなみに、この「事実の認識可能性」の部分に関する予測者の判断を、その当否は別として、行政庁の裁量の問題として位置付けることも考えられよう。どのような手段を用いて事実を収集するかについて、一義的な解答を導き出すことは困難であり、行政庁の「判断の余地」を認めざるを得ないからである。

また、この「事実の認識可能性」の部分は、国家賠償訴訟では、予見可能性にかかる過失の問題と結びつけて議論されることもありうる。馬匹輸送車両火災誤認事件やナイフ一時懈怠事件においても「事実の認識可能性」は、過失の問題として処理されていたところである。しかし、推論の基礎に取り入れる事実の選定はまさに危険の構成要件該当性にかかわる判断であるため、「事実の認識可能性」は理論的には、違法性の問題として処理するのが筋であろう。野呂教授は、栃木県警銃所持許可事件の評釈の中で、判決が、担当警察官の、第三者に対する加害行為の予見可能性を違法性の問題とは別個に過失の問題として取り上げたことに疑問を呈している。野呂教授は、加害者が銃刀法五条一項六号の欠格事由に該当していたのであれば、加害者による第三者への侵害を予見しえたことが既に違法性要件において認定されているとしており（野呂充「判批」受験新報二〇〇七年一二月号二九頁）、この主張は、本稿の立場と一致する。

128 拙稿「危険概念の解釈方法（二）」自治研究八三巻一〇号（二〇〇七）九三頁以下。

129 拙稿『危険判断の論証モデル』の有効性とその限界（一）」金沢法学五二巻一号（二〇〇九）八六頁以下、同「危険概念の解釈方法（三）」自治研究八三巻一一号（二〇〇七）一三四頁以下。

130 判例時報七六六号（一審）八一頁、八四頁以下、判例時報九八六号（原審）六〇頁以下。

131 但し、リスク（より具体的には、いわゆる「予防原則」）をめぐる議論は、実定的内容が乏しいという点で、法解釈学的議論が積み重ならないという弱点がある。「予防原則」が法原理であることを認めたとしても、これが個別の実定法解釈にどのような影響を及ぼすのかという点の考察は不可欠であろう。しばしば議論されるところの「予防原則の一般化可能性」といった問題は、仮象問題である疑いが強い。なお、リスクに対する法的制御に関する基礎的かつ包括的な研究として、参照、戸部真澄『不確実性の法的制御』（信山社・二〇〇九）。

132 もっとも、この考慮にあまりに期待すると、その判断過程が見えにくくなり、結果的に恣意的な判断を助長することにもなりかねない。そういった意味では、むしろ「経験則」をより柔軟に用いることにより、妥当な結論を導く可能性を模索していくことも考えるべきであろう（伝統的に活用されてきた「経験則」の再発見・再検討の必要性）。蓋然性の認定は、究極的には、「合理的な理由付けの問題」であることが想起されるべきである。参照、拙稿「危険概念の解釈方法（四・完）」自治研究八四巻一号（二〇〇八）一一一頁。

133 モデルの採用は、立法者による慎重な法律用語の選択を平均化してしまう危険性（！）がある。さらに「明白かつ現在の危険」といったような解釈論的営為による国家権力の統制機能を弱めてしまう危険性も認めざるを得ない。しかし逆に言えば、被侵害利益の内容によって如何様にでも処理されうる判断方法を明るみに照らすことにより、恣意性を排除したヨリ強固な判断方法を確立することができる、と言うこともできよう。

おわりに

以上、「危険判断の論証モデル」を、危険の存否が争点とされた我が国の裁判例に当てはめ、当該論証モデルの有効性を検証し、その限界を明らかにしてきた。むろん、本稿で扱った判例は極僅かであり、これら分析から一般的結論の類を導き出すことはできない。判例分析としても甚だ不十分なものである。ただ、従来「危険」は、刑法分野では抽象的危険犯や具体的危険犯などの考察において、また民事法分野では因果関係論などの考察において、法律学上議論の対象とされてきたが、これを行政法学（乃至憲法学）分野で危険防御という視点から扱うものは比較的少なかった。そういった視点から、本稿は、行政法（警察法）秩序で暗黙に共有されてきた（或いは、被侵害利益の評価や裁量概念で染められてきた）「危険」の茫漠としたイメージを判例の中から意識的に掬い上げ、評価の対象となるよう検証可能な形で提示することを意図したつもりである。

もっとも本稿は、この危険の認定問題を素材にして、行政機関が如何に諸利益を考慮し適切な行政決定を下すのか、その「行政決定の法構造（乃至判断構造）」を探りたいという意図もまた有していた。実際、行政機関が「決定」を下すべき環境はより複雑であり、その都度非常に高度な利益衡量が求められる。とりわけ、平成一六年の行訴法改正により、裁判官に対して一定の解釈方法をとることを命じる規範（いわゆる解釈条項）が増え、行政法規の解釈方法が耳目を引いている中[134]、行政機関による法適用の方法（論）は、今後一層の問われることになるであろう。この問題については今後の課題とし、一先ず本稿を閉じることとしたい。

134 例えば、「考慮」（行政事件訴訟法九条二項、二五条三項）「参酌」（同法九条二項）「勘案」（同法九条二項、三七条の二第二項）の意味などについて。なお、裁判官に対する立法府からの解釈方法の指示に関しては、憲法七六条三項との関係において理論的な問題点も指摘されている。藤田宙靖『第四版行政法Ⅰ（総論）改訂版』（青林書院・二〇〇五）四二一頁以下。

本稿の主たる内容を、北陸公法判例研究会（於：石川県教育文化会館）・北海道大学公法研究会（於：北海道大学）・行政法制研究会（於：グランドアーク半蔵門）の各研究会で報告した際、参加者より多くの貴重な助言を頂いた。この場を借りて御礼申し上げたい。

なお、本稿は、平成二一年度文部省科学研究費補助金（若手B）の助成を受けた成果の一部である。

第52巻第1号57頁に誤記がありました。左のように訂正致します。

誤	現在かつ明白な危険
正	明白かつ現在の危険