

Effektivität und Grenzen des Argumentationsmodells der Gefahrenbeurteilung (1) -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/2297/19762

「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—

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二十九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卷一号一九頁）

第三項 最大の明細性の要件（最大詳述の要求）

—新島漂着砲彈爆発事故事件（最二小判昭和五九年三月三日民集三八卷五号四七五頁）（以上、本号）

第四項 現在かつ明白な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卷三号六八七頁）

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

はじめに

一 本稿は、前稿（「危険概念の解釈方法―損害発生の蓋然性と帰納的推論」）で示した「危険判断の論証モデル」（以下、「論証モデル」ないし「論証手続」と略す）を、危険の存否が争われた我が国の裁判例に当てはめることにより、当該論証モデルの有効性を検証するとともに、その限界を明らかにすることを目的とする。

筆者は、前稿において次のような問題意識を示していた。「訴訟当事者間で危険の認識に相違がある場合、裁判所は、これをどのような理由付けで結論付けているのであろうか。一方で危険を肯定し、他方で危険を否定する、その分水嶺は一体どこに認められるのであろうか、必ずしも明らかではない」「果たして危険を認定する一般的判断基準を立てることは、不可能なのであろうか。危険の認定方法を行政・裁判実務に堪え得るものとして提示する道はないのだろうか²。これを受け、前稿ではドイツ警察法学の議論に基づき、危険の存否を判定する「危険判断の論証モデル」を提示することを試みた³。しかしながら、前稿ではさらにこれを我が国の裁判例に当てはめることにより、当該モデルの有効性を十分に検証するまでには至らなかつた。当初の問題意識が、行政・裁判実務に堪え得る論証モデルを追求する点にあつた以上、この作業は不可欠であると考えため、本稿において前稿で残された課題を補いたいと考えている⁴。

そこで以下検討に入る前に、次節において改めて簡単に「危険判断の論証モデル」を確認しておくこととしたい。

1 拙稿「危険概念の解釈方法（一）」（四・定）―損害発生の蓋然性と帰納的推論」自治研究八三巻八号九五頁、一〇号八七頁、一一号（以上、二〇〇七）一一八頁、八四巻一号（二〇〇八）一〇三頁、参照。

2 拙稿「危険概念の解釈方法（二）」―損害発生の蓋然性と帰納的推論」自治研究八三巻八号（二〇〇七）九七頁以下。

3 前稿では、これを危険概念の「解釈方法」として論じてきたが、その実態は事実認定の領域も含めたものであるため、法解釈というよりも法適用の問題として位置づけた方がより正確であろう。そこで本稿では、便宜上、法解釈と法適用を包含するものとして、危険判断の「論証モデル」という用語を用いることとした。

4 従って本稿は前稿「危険概念の解釈方法」の「補論」として位置付けられるものである。

第一節 危険判断の論証モデルの確認

一 (一) ドイツ警察法学の議論に基づき「危険判断の論証モデル」を探った前稿によれば、「(具体的) 危険」とは、⁵ 「損害発生の十分な蓋然性」という解釈命題として定義づけられる。損害が現実に発生したかどうかは、危険の判断とは無関係である。

(二) 右「危険」は、事実に統計的法則(経験則)を適用することによって認定されるが、具体的には、次のような手続を経て認定される。

第一に、「決定可能な最終時点(事実についてさらなる認識を得るべく努力することで時間を逸すると危険防御措置が失敗に終わるリスクが高まるぎりぎりの時点)」において、あらゆる事実を確認する(決定可能な最終時点・全証拠の要請)。但し、損害発生の予測者が、①当該事実を知らなかった、②当該事実を知っていたが、この事実と予測すべき結果との間に重要な関連性が存在するということが、予測者には明らかではなかった、③当該事実を知っており、かつ、この事実が予測すべき結果の条件として一定の役割を果たしているということも明らかであったが、この事実は、他の事実に基づいて獲得された予測者の見解に影響を及ぼすには十分ではなかった、という三つのいずれかに該当する場合は、当該事実を無視しても構わない。⁸

第二に、損害発生にプラスとなる事実とマイナスとなる事実とを「最大の明細性の要件(最大詳述の要求)」⁹に

基づき明らかにする。¹⁰

最後に、得られたすべての事実から損害の発生を推論（帰納的推論）¹¹することが合理的に許容されるかどうかを判断する。

以上要するに、「危険」が認定されるのは、《決定可能な最終時点で、予測者によって重要とみなされたすべての事実（前提）から損害の発生（結果）を推論することが、合理的に許容できる場合》ということになる。第一の手續のポイントは、可能なかぎり、すべての事実を推論の基礎に取り入れるということ（危険を肯定する事実のみ、あるいは危険を否定する事実のみ取り上げることは許されない）、第二の手續のポイントは、事実を最も詳細に記述することによって、ある事実の中に反対の結論を導く性質をもった事実が含まれていないことを確保すること、第三の手續のポイントは、合理的に許容される蓋然性の程度は「確からしさ」があることで十分であること、である。¹²

二 なお、「危険」の派生概念として「外観的危険」や「危険の疑い」が挙げられることがある。「外観的危険」とは、予測者が、予測の時点では確信をもって損害発生の蓋然性があると認定したが、事後になって損害が発生せず結果的にこの認定が誤りであったような場合の「危険」を意味する。しかし、危険判断は損害が現実に発生したかどうかとは無関係であるため、「外観的危険」は通常の「危険」と何等異なるものではない。これに対し「危険の疑い」とは、損害予測の基礎とした事実（あるいは経験則）が不確定であることを予測者が認識しているにもかかわらず、損害発生の蓋然性を認めている場合の「危険」を意味する（但し、その場合の蓋然性の程度は、不確実な事実（あるいは経験則）が存在している分、僅かな程度のもので足りる）。この場合は、「危険の疑い」の存在を構成要件として規定する条文の根拠がある限りで、その不確実性を取り除くことに寄与する危険調査権限が認められる。

詳細は前稿に委ね、確認はここまでとし、以下、この論証モデルを我が国の裁判例に当てはめ、その有効性を検証することにしたい。¹³

- 5 具体的危険と区別される抽象的危険の詳細な意味、認定方法、効果などについては、別途、検討予定である。
- 6 解釈命題とは、法文の規定の在り様とは無関係に、法文の意味内容を命題として合理的に再構成したものを指す。従って、法文上、明示的に「危険」という用語が用いられていない場合であっても、その意味内容が、損害発生を一定の手続に従って予測することを行政庁に求めているものと理解される限り、「損害発生」の十分な蓋然性」と法解釈上理解されることとなる。
- 7 この論証モデルは、特殊ドイツのものとして理解する必要があることにつき、参照、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)九九頁、一〇八頁。
- 8 あらゆる事実を確認することは人間の認識能力を超える作業であるため、正確に言うと、「可能な限り、あらゆる事実を確認すること」ということになる。
- 9 すべての手持ちの前提事実を最も詳細に述べること。前稿では、「最大の明細性の要件」とだけ記していたが、その意味内容をより分かり易く示すため、森田邦久「科学とはなにか―科学的説明の分析から探る科学の本質」(見洋書房・二〇〇八)一二頁の訳に倣い、「最大詳述の要求」とも記すことにする。
- 10 前稿では「考慮すること」としていたが(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)一〇九頁以下)、このような表現は危険の存否についての最終的な判断を含むおそれがあるため、より分かり易く本文のような記述に改めた。なお、「最大の明細性の要件(最大詳述の要求)」は、「全証拠の要請」も含めた意味で用いられるのが一般的である。
- 11 科学哲学の領域で主に議論されている「科学的説明」の一種で、説明項の一つに統計的法則(経験則を含む)が取り入れられているタイプの「説明」を言う。帰納的統計的説明(IS説明)とも呼ばれる。本稿で扱う論証モデルの核となる部分である。詳細は、内井惣七「科学哲学入門」(世界思想社・一九九五)一〇三頁以下を参照。
- 12 この「確からしさ」というのは、事実に関する統計的確率を意味するのではなく、ある前提からその結論が導かれる論理的確率(確証度。帰納的確率とも言う)あるいは結論の支持の強さ(信頼度)を意味する。ちなみに、平野仁彦ほか著「法哲学」(有斐閣・二〇〇二)二二二頁(亀本洋)によれば、一般に「法的推論」と呼ばれるものは、前提がすべて真であれば結論も必ず真となるような論理的推論ではなく、(論理的には「いい加減な」推論ではあるが)「よい加減の推論」「合理的な推論」を追求する推論を意味するとされている。帰納的推論は、まさにこのよう

13 法推論の性格と親和的であるゆえ、法実務においても受け入れやすいと言えるだろう。
本稿の内容をより正確に理解するために、拙稿・前掲も併せて参照頂きたい。

第二節 裁判例の分析

一 論証モデルを我が国の裁判例に当てはめその有効性を検証する場合、注目すべきポイントは、裁判所を含む訴訟当事者が危険判断の論証手続を正しく踏んでいるかどうかである。すなわち、

①可能な限り、あらゆる事実を確認しているかどうか、

②その事実の確認が、決定可能な最終時点（事実についてさらなる認識を得るべく努力することで時間を逸すると危険防御措置が失敗に終わるリスクが高まるぎりぎりの時点）で行われたものであったかどうか、

③確認された事実が最も詳細に記述（主張）されているかどうか、である。

二 もつとも、これから取り上げる裁判の審理過程からも明らかのように、実務上、危険の存否は必ずしも右論証手続に則って認定されているとはいえない。むしろ、損害を被る利益の内容や危険を引き起こす事物の性格などの「総合的な考量」を経て「妥当な」結論を導くものとなっている。むしろこの「総合的な考量」がどのようにして行われているかは明らかではない。従って、論証モデルの有効性を検証するためには、危険判断の論証の過程がはっきり示されるよう、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形式（帰納的推論）として合理的に再構成することが求められる。その際、特に意を払うべきなのは、損害発生時の「蓋然性」の有無を認定するのに資する有意な事実を慎重に取り上げることである。¹⁴ このことを踏まえた上で次項では、概ね、①事件の内

容、②争点、③訴訟当事者による主張内容並びにその推論形式への再構成、④判決（下級審・最高裁を含む）、⑤評価、といった順で検討することにした。¹⁷

14 事実と統計的法則（経験則）を明確に峻別することの意義については、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）一二二頁以下。

15 「何らかの法的利益の損害」が関連することは議論の前提である。そもそも何ら損害が関連しないような状況において危険を語っても法的意味は認められないからである。その意味において、危険概念は、既存の事実状態と損害と間の（法律上の）因果関係を既に内包していると言えるだろう。

16 このような考察方法を採用する詳細な理由については、本稿第三節第一項「論証モデルの有効性」で触れる。

17 なお、論証モデルの有効性の検証という本稿の目的上、判例分析では、危険の存否にかかる論点のみを扱うとこととし、その他の事件固有の論点には原則として言及しないこととする。従って、本稿は一般的な判例研究の方法をとるものではない。また、本稿で取り扱う（規制権限を規定する）法律は、権限行使の要件に危険（ないしその解釈命題）を明記しているものに限定している。実定法に規定がない場合、あるいは実定法が全く存在しない状況下において、危険の解釈命題を、法律上（法律の合理的体系的解釈によって）、あるいは憲法上（例えば基本権保護義務論を援用すること）読み取ることができるかどうかは一つの大きな問題であり、本稿の検討課題を超えるからである。

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二十九日判例時報一一〇二号一〇九頁）—

一（一）まず最初にモデルケースとして取り上げるのは、馬匹輸送車両火災誤認事件（広島地判昭和五八年九月二十九日判例時報一一〇二号一〇九頁）である。これは、路上駐車中のトラックに積載されていた数頭の競走馬からの湯気や鼻息を、警察官吏・消防官吏らが火災による白煙であると誤認して消火剤の噴射・放水を行い、結果、競走

馬に損傷を与えたことに対して損害賠償が請求された事件である。そこで争われたのは、馬匹輸送車両から白煙が出ている状態が、警察官職務執行法第四条一項にいう「人の生命若しくは身体に危険を及ぼし、又は財産に重大な損害を及ぼす虞のある・危険な事態」に該当するか否かであった。

(二) 原告・被告の両訴訟当事者によつて行われた主張は、大要、次のようなものであった(特に重要と思われる部分を示した傍点は、筆者による)。

【被害者(原告)】

“消防官吏及び警察官は、その職責上、消火活動を開始する前に果たして火事であるか否かを十分に確認する注意義務がある。本件の場合、本件車両の上へ上がってみれば、容易に火事か否かの判別が可能な状況であり、また、消防官吏は煙の状況等で車両暴発の危険はないと判断していたのであり、時間的に余裕があつたのであるから、単に懐中電燈で荷台内部をのぞき見るといった程度にとどまらず、梯子自動車を出動させて幌の上から火源を確認したり、荷台のシートをはずし、あるいは破つて白煙を拡散させて火源を確認すべきであつたが、これを怠つた。” “車両が燃える場合、真黒な煙が出るはずであり、白煙とは明らかにその色を異にしていること、また、火事の場合であれば、それ特有の焼ける匂いがあるものであるのに誰一人そのような匂いをかいでおらず、むしろ生臭い匂いがしていたもので、注意すれば火事の匂いと異なることに気づいたはずである。” “消防官吏及び警察官には、まず火事かどうかの判別について、少なくとも重大な過失があるが、さらにその消火活動には、正当な業務行為の範囲を逸脱したもので違法である。”¹⁸

【警察官吏・県、消防官吏・市(被告)】

“警察官及び消防吏員が本件現場に到着した時刻には、既に本件車両の荷台の中で馬が大暴れしており、白煙がもうもうと立ち昇り、今にも出火して車両全体が火に包まれるか、又は爆発でも起こるのではないかとさえ思えるような緊急事態であつた。荷台内部に白煙が立ち込めているのに加えて、馬が暴れているため、これ以上の荷台内部の調査・確認は不可能な状態であつた。右のような状況の中で、しかも、警察官や消防吏員が

見た白煙については、馬の体から発生した湯気としても、現場付近の街燈等からの弱い光のもとで浮かび上ったような状態であり、これを見ることは湯気とはとても思えない異様な状態に見え、警察官及び消防吏員らが、本件車両に火災が発生していると判断したとしても、無理はない。さらに、右のような夜間市街地の公道上の緊迫した状況のもとでは、仮に火災発生が確認できなくても、初期消火のための措置として、消火器を噴射したことは、車両全体の火災が発生し、又は車両が爆発した場合の危険性及び被害の大きさ等を考えるとき、極めて当然な措置であった。警察官及び消防吏員は、かかる異常事態に直面して、一刻を争う程に迅速にその対応措置をとることが求められていたのであり、幌の上からの火源確認のための梯子付消防自動車の出動や、施錠された本件車両を安全な場所に移動させるためのレッカー車の手配なども時間を要し、また暴れ馬が車外に飛び出す危険もあり、その他馬を車外に引き出すことも、馬についての取扱経験のない警察官らにとっては却って危険であり、現実的には他にとり得る方法はなく、本件において警察官及び消防吏員がとった措置は、当時可能なもので、かつ、まず最初にとるべき最低限の措置として必要適切なものであったといえる。¹⁹

(三) 右に挙げた主張は、必ずしも違法性と故意・過失の判断を明確に区別するものではないが、²⁰ 損害発生の一蓋然性の認定において、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（帰納的推論）として合理的に再構成するならば、次のようになるであろう。²¹

【被害者（原告）】

白煙がもうもうと立ち上っている（前提事実一）。

黒煙ではなく白煙が立ち上がっているに過ぎない場合は、たいてい火源は存在しない（経験則一）。

車両からは生臭い匂いがする（前提事実二）

車両が燃える場合、たいていそれ特有の焼ける匂いがする（経験則二）。

車両火災はたいてい発生しない。²²

【警察官吏・県、消防官吏・市（被告）】

白煙がもうもうと立ち上っている（前提事実1）。

白煙が立ち上がっている場合、たいてい火源が存在する（経験則3）。

車両火災はたいてい発生する。

二（一）さて、裁判所は、これらの主張を審理し被告側の主張を認めた上で、結果として原告の請求を退けた。「危険判断の論証モデル」に基づきこれを説明するならば、裁判所は、決定可能な最終時点で警察官吏らによって重要とみなされたすべての事実から火災の発生を推論することが合理的に許容されると判断した、ということになる。

確かに、警察官吏らは、結果的に馬の湯気・鼻息を火災の煙と見間違ったものであるから、危険判断は誤りであったとも言えそうである。しかし、危険の認定は、実際に火災による損害が発生したかどうかとは無関係である。むしろ、損害発生蓋然性があると判断したその時点で、の評価が何よりも重要である。本件において警察官吏らは認定したすべての事実から火災の発生を合理的に推論しえたのであれば―火災の有無に関係なく―危険があったと認定することができるのである（従って、今回の危険のタイプは、正確に言えば「外観的危険」のケースであったと言えよう）。

（二）もつとも、右結論が妥当と評価しうるのは、あくまで、危険判断（推論）の基礎とした事実が警察官吏らによって正確に認定されている限りにおいてである。原告の主張は、まさにこの点を問題とするものであった。つまり、原告によれば、《少し注意すれば、黒煙ではなかったこと、また生臭い匂いで火事特有の匂いはしなかったこ

とが明らかになるはずであり、またそれを確認するための時間的な余裕もあった、それにもかかわらず、警察官吏らはこれらの事実を危険判断の基礎として用いなかった」というわけである。確かに、危険の認定のためには「決定可能な最終時点で、予測者によって重要とみなされたすべての事実」が必要であるところ、もし新しい正確な事実を得る時間の余裕があったのであれば、警察官吏らが当該事実を危険判断の基礎としなかったことは、論証の過程に誤りがあったということになる(全証拠の要請を満たしていない)。つまり、推論自体に問題がなくとも、推論のために設定される諸事実の選定に誤りがあったということにわけである。しかしながら、裁判所はこの点につき詳細な検討を行った上で次のように判示している。

「警察官及び消防吏員らとして、…本件車両荷台内部部に二頭の馬が既に横たわったりしていたことも、当時、警察官や消防吏員らは、少なくとも第二回目の放水までは、白煙や車の振動などに妨げられて知り得ない状況であり、火災の有無及び火源の調査確認も、当時の状況からすると、警察官らのもとり得る措置は前記程度(強力ライトで照らす程度―筆者註)のものであったとみられる。警察官及び消防吏員らに、その通常の職務行為として、火災の有無に関連することはいえ、馬の性状についての本件のごとき異常事態(稀な現象とされる)に対する特別の知識経験を期待することは困難であり、なかならず、本件馬についての経緯を知らず、火源についての十分な調査もできないまま、前記きわめて特殊な状況に直面したものと、緊迫した状況下での迅速な判断としては、火災と判断したことも、やむを得なかったものといわざるを得ない。」なお、原告は、警察官らが梯子自動車を出動させて幌の上から火源を確認すべきであった旨主張しているが、幌を外すことの危険は前記のとおりである上、当時右出動を待っただけの時間的余裕があったともみられない。²⁴(強調―筆者註)

以上要するに裁判所は、緊迫した状況の下においてはさらに火災の有無の調査を行う時間的余裕がなかったことを認定し、警察官吏らが強力ライトを照らして荷台内部を確認した時点が、「これ以上火源確認等に手間どると火

災が広がり、あるいは車両爆発、人家への延焼、馬の暴走等の重大な結果の発生」²⁵を招いてしまいうぎりぎりの時点、つまり決定可能な最終時点であったと認定しているのである。このように見ると、警察官吏らが新たな事実を危険判断の基礎として用いなかったとしても、そもそも用いることが不可能であったわけであるから、推論の前提事実の選定に誤りはなかったということになる。また、さらに裁判所は、「少し注意すれば、黒煙ではなく、火事の匂いでもないことを容易に知りえた」という原告の主張に対しても、「馬の性状についての本件のごとき異常事態（稀な現象とされる）に対する特別の知識経験を期待することは困難であ」²⁶ると認定し、警察官吏らの知識の欠如も問題とはしていない。つまり、警察官吏は馬の経緯を含めた当該事実を知らなかったとして扱ったのである（従って、経験則3は警察官吏にとつて成り立ちうるものとされた）。よつて裁判所は、「かようにみた場合、警察官及び消防吏員らが、その消火活動に着手する前に、本件事態が火災でないことを知っていなかったのはもとより、……警察官らの通常の知識、経験に照らした場合、当時の緊迫した、かつ、特殊な諸状況の下での迅速な対応としては、右事態が火災でないことを予知し得たものとも認め難い」²⁷（強調―筆者註）と述べ、諸事実の選定に対する誤りはなかったと示している。以上要するに、本判決は、警察官吏らによる論証の過程に誤りは認められないとして「危険の事態」の存在を否定し、結果原告の請求を退けた、と説明することができるであろう。

なお、裁判所は、警察官吏らの過失等、責任の有無について検討するに先立ち、次のような一般的定式を示している。「一般に、警察官及び消防官吏らの右（火災などの―筆者註）判断及び措置は、その性質上、極めて緊迫した現在の危険状態に対するもので、迅速な対処を必要とする行為であるとともに、通常、火災の存在を見落としたことによる結果は重大であり、それぞれに状態に応じ、できるだけ速やかに、可能な程度の判断をして、相応の措置を講ずべきものといえる」²⁸。「できるだけ速やかに」や「可能な程度の判断」という言葉が使用されているように、この説示は「危険判断の論証モデル」を法実務において言語化したものと評価することができよう（前者について

は「決定可能な最終時点」に、後者については「全証拠の要請」にはば対応する。迅速な対応が常に求められる警察官・消防官吏の職責として示されたものであるがゆえに、論証モデルの姿が最も鮮明に現れたとも考えられる。²⁹

18 判例時報一〇二号一一頁以下。

19 判例時報一〇二号一四頁以下。

20 特に原告の主張では、「危険の事態」に該当するかどうかの判断を専ら故意・過失の問題として扱うとともに（危険の事態の有無については必ずしも明確に認定していない）、消火活動の適切性を違法性の問題として扱っている。他方、被告の主張では、過失と違法性は実質的に一元的に判断されている。

21 ちなみに、傍線は、直線で示される演繹的推論とは異なり、前提（説明項）がすべて真であれば結論（被説明項）も真になるとは限らない（帰納的推論の特徴）、ということを示している。

22 ここでいう「たいてい」は、損害発生の統計的な確率を意味するのではなく、前提からその結論が導かれる論理的な確率、つまり結論が前提との関係で支持される強さを意味する。つまり、「二車両火災が発生しない」という命題は、前提事実との関連で強く支持される」ということである。誤解を招かぬよう、改めて注意を促しておきたい。

23 推論の帰結が正しいかどうかは、推論そのものの問題ではなく、むしろ推論のために設定される諸前提の選択にかかわる問題であることにつき、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）一一〇頁以下。

24 判例時報一〇二号一二二頁。

25 判例時報一〇二号一二二頁。

26 判例時報一〇二号一二二頁。

27 判例時報一〇二号一二二頁。なお、故意・過失と違法性は、判決においても必ずしも明確に区別されていない。論証モデルから言えば、「危険の事態」に該当するかどうかは法律要件該当性に関する問題であるため、本来、違法性の問題として処理されなければならない。ただ、その認定においては、予測者の（主観的な）対応がどうしても問題とならざるを得ないので、實際上、過失の問題としても処理されることになる。この点については、改めて後述する。

29 ちなみに、侵害的作用を伴う調査権限の場合には、それが果たしてまでの程度、そしてどのような法的根拠に基づいて行使することができるか、という問題がある。危険の確証が得られない状況は、「危険の疑い」に該当すると考えられるが、この疑いを解消するため侵害的性質を持つ調査権限を行使するには、明文上の根拠が必要と解されているのがドイツ警察法の通説である（「危険」の存在を前提とした危険防御権限に危険調査権限も依拠せしめることは、法律の留保の原則に反する）。もっとも、火災などの場合には、調査権限の行使が終局的な危険防御措置となる場合もありうる。

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卷一号一九頁）

一 危険の存否をめぐり、行政法・警察法上しばしば議論となるのは、先の事例に見たような作為による違法ではなく、むしろ不作為による違法の場合であろう。次に取り上げるナイフ一時保管懈怠事件は、まさにこの点が争われた事件である。本件は、警察がスナックでナイフを持って暴れていたXからナイフを一時保管せず帰宅させたが故に、Xが他人に怪我をさせる事件を引き起こしてしまったとして、被害者から損害賠償が請求された事案である。そこで問題となったのは、Xの状況が一時保管権限の要件を定めた銃刀法の規定（銃刀法二四条の二第二項）、「他人の生命又は身体に危害を及ぼすおそれがあると認められる場合」に該当するか否かである。

二（一）まず被害者（原告・控訴人・被上告人）側の主張を見てみよう。被害者側は、警察官吏がXにナイフを所持させまま帰宅させた行為を挙げた上で次のように述べ、この行為を「公共の安全を防止し市民生活を保護すべき義務を怠った違法な行為である」と主張している。

【被害者（原告・控訴人・被上告人）】

「警察官としては、Xを威力業務妨害、銃砲刀剣類所持等取締法違反の現行犯として逮捕し、右ナイフを差押若しくは領置し、又は酒に酔って公衆に迷惑をかける行為の防止等に関する法律三条によりXの親族、知人その他関係者に通知して同人の引取方につき必要な手配をし、同法四条の違反者として右ナイフの占有を剥奪する等をして、Xが公衆に危害を加えることを予防するべき義務があつたといふべきである。」³⁰ (一番)

これに対し、警察官吏・大阪府(被告・被控訴人・上告人)側の主張は、次のようなものであつた。

【警察官吏・大阪府(被告・被控訴人・上告人)】

「原告は警察官に対し、『人や物に対する被害があつた訳ではなく、ただわめきたてナイフを出して商売の邪魔になつたから連れて来ただけである』と述べ、警察官としてはXが威力で業務を妨害したものと認めることができなかつた」

「Xの携帯していた飛出しナイフは刃渡り七・五センチメートルで飛出し装置が壊れており、しかも同人は飯場生活者として食物用又は仕事上でもこの程度のナイフを携帯するのに正当の事由があると認められた」

「Xは若干は酒に酔っていることは認められたが保護を要する酩酊者と言へる状態ではなく、警察署を出る時には全く常人と変わらない状態であつた」³¹ (一番)

右主張で挙げられた、《本件ナイフは刃渡り七・五センチメートルで飛出し装置が壊れている》とか、《飯場生活者として食物用又は仕事上でも必要と認められた》という事実は、一見、銃刀法二四条の二第二項にいう「他人の生命又は身体に危害を及ぼすおそれがある」か否かを判断するために真に有意味な事実であるかどうか疑わしいところがある。これは被害者原告の主張が、威力業務妨害罪、銃砲刀剣類所持等取締法違反罪による現行犯逮捕や「酒に酔って公衆に迷惑をかける行為の防止等に関する法律」に基づく保護を介してのナイフの差押・占有の剥奪を主張し、銃刀法二四条の二第二項の該当性に言及していなかつたことによるものと考えられよう。しかしそれでもな

おこれらの事実を、先の事件と同様、統計的法則（経験則）と事実とを組み合わせた推論図式（帰納的推論）として再構成するならば、次のようになるであろう。

【警察官吏・大阪府（被告・被控訴人・上诉人）の推論図式】

警察署を出る時には、Xの酔はさめ、全く常人と変わらない状態であった（前提事実¹）。

酩酊していない者の多くは、他人の生命又は身体に危害を及ぼさない（経験則¹）。

（本件ナイフは刃渡り七・五センチメートルで飛出し装置が壊れている）

（飯場生活者として食物用又は仕事上でも必要と認められた）

Xは、たいてい、他人の生命又は身体に危害を及ぼさない。

(二) これらの主張を受け、一番の大阪地裁（大阪地判昭和五三年九月二七日民集三六卷一号二五頁判例タイムズ三七八号一二四頁）は、被害者原告側の主張を認め、銃刀法二四条の二第二項の該当性を認定している（但し、警察官の義務違反行為と原告が受けた傷害との間には法律上の因果関係はないとして、原告の請求を棄却している）。その判示部分は次のようなものであった。

「入墨をした男のXは飲酒、酩酊し、深夜に具体的に必要もない鋭利なナイフを腹巻の中に携帯しており、同人は警察署に連れて来られる直前にこのナイフを出して『殺してやる』等と言って他人を脅したものである。傷害、暴行、脅迫等の粗暴犯罪はその者の性格に由来し同一人によって反復して犯されることが多いこと、入墨をした者に粗暴犯常習者が少なくないこと、飲酒、酩酊者が粗暴な行為に至ることが多いことは当裁判所に顕著であつて、このことは警察官ならば当然知っていたものと認められる。そのうえ、Xには前科がないとは断定できない状態であつた・・・。

このような事情の下においては、Xが「周囲の事情から合理的に判断して他人の生命又は身体に危害を及ぼすおそれがあると認められる場合」で

あつたと言ふべきである。」³³

判決文中に示された被害者原告の主張からは、果たして、またどのような事実に基づき「他人の生命又は身体に危害を及ぼすおそれがある」とされるのか明確に読み取ることはできなかったが、裁判所が物証、証人の証言、原告本人尋問により詳細な事実を認定した上で認められた右原告被害者の主張を、改めて推論図式として合理的に再構成するならば、次のように示すことができるであろう。

【被害者（原告・控訴人・被上告人）の推論図式】

Xは、傷害、暴行、脅迫、強姦未遂などの粗暴犯一九犯を含む二三犯の前科を有する者である（前提事実②）。

傷害、暴行、脅迫等の粗暴犯罪はその者の性格に由来し同一人によつて反復して犯されることが多い（経験則②）。

Xの両眉及び左首より胸の付近には入墨がある（前提事実③）。

入墨をした者には粗暴犯の常習者が少なくない（経験則③）。

Xは相当酌量していて当夜の行動を明確に記憶していないほどであり、その供述態度も反抗的であつて必ずしも信用できるものではなかった（前提事実④）。

飲酒、酩酊者が粗暴な行為に至ることが多い（経験則④）。

Xは、たいてい、他人の生命又は身体に危害を及ぼす。

「危険判断の論証モデル」に基づきこれを説明するならば、裁判所は、決定可能な最終時点で警察官吏によつて重要とみなされたすべての事実からXが他人の生命又は身体に危害を及ぼすと推論することが合理的に許容できると判断した、ということにならう。原審大阪高裁（大阪高判昭和五五年一月三〇日判例時報九六九号六四頁）と最高

裁（最三小判昭和五七年一月一九日民集三六卷一号一九頁）も、一番と同様、警察官の不作為を違法と判断している（但し、原審・最高裁は、一番と異なり法律上の因果関係も認め、原告の請求を認容している）。

三 そもそも本件において、原告・被告とで認識を大きく異にしたのは、Xが酩酊しているかどうかの事実認定であつた（前提事実1と前提事実4）。この点につき一番は、Xの当夜の飲酒量などの証拠に基づき、《警察署を出るときにはXは全く常人と変わらない状態であつた》との当直警察官吏の証言は信用できないと認定している。この時点で警察官吏側の主張は大きく崩れることになるが、しかし裁判所はこの部分のみをもって銃刀法二四条の二第二項の該当性を判断したわけではない。むしろ、裁判所は、警察官吏がXの「前科」そして「入墨」の事実をよく調べて危険判断の材料としなかつた点を問題としている。《傷害、暴行、脅迫等の粗暴犯罪といつた「前科」を有する者は反復して同じ罪を犯しやすい》（「入墨」のある者には粗暴犯が多い）といつた経験則が認められる中でこれらの事実を調べず見過ごしたことは、結論に影響を及ぼす重大なミスであつたというわけである。もつとも、警察官吏が、これらの事実を危険判断（推論）の基礎としなかつたことについて合理的な理由が存在する場合には、この限りでない。しかし、警察官吏において、①これらの事実を認定する時間的余裕がなく知り得なかつたという事情が主張されていたわけではないし、さらに②これらの事実を知っていたが、傷害事件の発生という予測すべき結果との間に重要な関連性が存在するであろうということが明らかではなかつた、とか、③これらの事実を知っていたし、またこれらの事実が傷害事件の発生の条件として一定の役割を果たしているということも明らかであつたが、他の事実に基づいて獲得された自らの見解に影響を及ぼすには十分ではなかつた、などといった事情が主張されていたわけでもない（③に関しては、前科や入墨が存在することを知つた上での判断ではないが、《本件ナイフは刃渡り七・五センチメートルで飛出し装置が壊れている》とか《飯場生活者として食物用又は仕事上でも必要と認められた》といつた他の事実が、警察官吏の判断に影響を与えていたことは窺える）。このように見ると、裁判

所は、この警察官吏による危険判断は可能な限りあらゆる事実を確認することを求める「全証拠の要請」を満たしていなかった点で論証の過程に誤りがあると判断した、と評価することができる。本判決のポイントをこのように警察官吏の調査懈怠による事実認定の欠如に見る論者は多い(また、警察官吏は、損害発生の蓋然性判断に寄与する事実ではなく、「ナイフが短く壊れていた」とか「ナイフを所有する必要性がある」など、本来考慮すべきでない事実を過重に考慮したと指摘することもできるであろう)。

四(一)もつとも、ここで注意を要するのは、警察官吏に求められる「全証拠の要請」ほどの程度のものであるのか、換言すれば、警察官吏に求められる調査義務の範囲はどこまでか、という問題である。「全証拠の要請」は、警察官吏が全く知り得ないような事実までも判断(推論)の基礎に取り入れることを求めるものではない。あくまで警察官吏がその予測の時点で知っていた事実に限られるのである。では、どのような場合に「知っていた」と認定してもよいのだろうか、あるいは、この「知っていた」には果たしてまたどの程度「知り得た」部分まで含めてよいのであろうか。

(二)この点、第一項で見た馬匹輸送車両火災誤認事件では、裁判所は馬の性状に関する警察官吏らの知識の欠如を問題としなかった。「馬の性状についての本件のごとき異常事態(稀な現象とされる)に対する特別の知識経験を期待することは困難」としたわけである。しかし本件に関して一審は、「警察官としてはXが・(銃刀法違反・脅迫罪の)罪を犯していることを容易に知ることができた筈である」とか「警察官らは、Xの入墨のうち眉及び首の部分にあるものは見ることができた」と認定し、さらに「傷害、暴行、脅迫等の粗暴犯罪はその者の性格に由来し同一人によつて反復して犯されることが多いこと、入墨をした者に粗暴犯常習者が少なくないこと、飲酒、酩酊者が粗暴な行為に至ることが多いことは当裁判所に顕著であつて、このことは警察官ならば当然知っていたものと認められる。」(強調―筆者註)とも述べ、警察官吏に当然備わるべき一定の知識水準を求めている。むしろ、本件

事案において警察官吏は全く無策であつたわけではない。警察官吏は、犯罪事実の有無に関しては傷害の事実や被害の有無について質問を行っているし、前科の有無に関しては大阪府警察本部への照会を行っている。しかしこの点についても、一審は、質問に関しては「(当該) 質問は、銃砲刀剣類所持等取締法・の罪、脅迫罪の調査としては無意味、不十分な質問」であると認定し、さらに照会についても「大阪府警察本部では他府県での前科は登録されていないこと、Xの本籍、前居住地は佐賀県であること、Xは入墨をし、警察署に来る直前にナイフを用いて罪を犯しているのであるから、Xについて前科がないとは言い切れない状態であつた」とし、事件の経緯全体を踏まえた十分な調査を警察官吏に求めている。このように見ると、少なくとも本件事案では、問題となつた事実が警察官吏の日々の職務活動で得られる知識で十分捕捉できる性質のものであつたことが、調査義務の範囲を考慮の上で重要な要素となつていると考えられるだろう。

ただ本件でやや注意すべきなのは、今回求められている十分な調査が、銃刀法の適用においては、脅迫罪・銃刀法違反罪の犯罪捜査による事情聴取から導かれていくという点である。例えば、最高裁は、「Xの本件ナイフの携帯は銃砲刀剣類所持等取締法二二条の規定により禁止されている行為であることが明らかであり、かつ、同人の前記の行為が脅迫罪にも該当するような危険なものであつた」ということを直接の根拠として警察官吏による事実の収集を導いている。この部分とそれに続く当該示部分を見てみよう。

「以上の事実関係からすれば、Xの本件ナイフの携帯は銃砲刀剣類所持等取締法二二条の規定により禁止されている行為であることが明らかであり、かつ、同人の前記の行為が脅迫罪にも該当するような危険なものであつたのであるから、淡路警察署の警察官としては、飲酒酩酊したXの弁解をうのみにすることなく、同人を警察に連れてきた栗山らに対し質問するなどして『スナックニュー阪急』その他のXの行動等について調べるべきであつたといわざるをえない。そして、警察官が、右のような措置をとつていたとすれば、Xが警察に連れてこられた経緯や同人の異常

な挙動等を容易に知ることができたはずであり、これらの事情から合理的に判断すると、同人に本件ナイフを携帯したまま帰宅することを許せば、帰宅途中右ナイフで他人の生命又は身体に危害を及ぼすおそれが著しい状況にあつたといふべきであるから、同人に帰宅を許す以上少なくとも同法二四条の二第二項の規定により本件ナイフを提出させて一時保管の措置をとるべき義務があつたものと解するのが相当であつて、警察官が、かかる措置をとらなかつたことは、その職務上の義務に違背し違法であるといふほかはない。」³⁶ (強調—筆者註)

つまり、既に犯罪捜査として事情聴取等をすべき状況であり、そうであれば「容易に」事実を知りえるものであつたにもかかわらずこれを行わなかつた点を、裁判所は特に問題としてるように評価できる。収集の難易度を示す事実の性質に加え、犯罪捜査そのものが不徹底であつたといふ事情もまた判決に大きな影響を与えていたと考えられよう。³⁷

五 ちなみに、本件では《不作為による損害》が問題となつているため、不作為と損害との間の因果関係の認定も争点の一つとされている。この点に関して、一審は、「他人の生命又は身体に危害を及ぼすおそれ」を認定しつつも、本件ではXが、原告に対する傷害行為の前に原告の兄らによつて暴行を受けていることを踏まえ、「Xが・・・(原告の兄らによつて)暴行を受けるであろうことを警察官において事前に予測できたものとも認めることができ³⁸ない」として、一時保管の不作為とXの原告への傷害行為との法律上の因果関係(相当因果関係)を否定し、原告の請求を退けている。これに対して、原審では「Xを酔いのさめないまま、ナイフを携帯させて帰すとすれば、場所柄、途中で他人と何らかの悶着を惹起し、所持のナイフで他人に危害を加えるに至ることは十分予見し得たものといわなければならない」と述べ、³⁹法律上の因果関係を認定するとともに原告の請求を認容している。法律上の因果関係の認定について両判決の結論を分けたのは、警察官吏の「予測可能性」の存否であることは明らかである。ただここで問題となるのは、予測可能性の内容(予見すべき対象)、そして予測可能性と法律上の因果関係との関

係である。というのは、一番では、「Xが暴行を受けるであろうこと」が予測すべき対象とされているのに対して、原審では、「ナイフを携帯させて帰せば、他人に危害を加えるであろうこと」が予測すべき対象とされているからである。しかし、そもそも予測可能性の判断において評価される内容は、究極的には、損害の発生であり、それは、実質上、危険判断と異なるところはない。⁴⁰ 予測可能性は、いわば危険判断の主観的要素の部分に重きを置いた表現にすぎないのである。このように考えると、原審（そして最高裁）が、「他人に危害を加えるおそれ」を認定するのと同時に、不作為と損害との間の法律上の因果関係を認めているのは妥当な判断である。⁴¹ これに対して一番が、「危害を及ぼすおそれ」を認定しつつも法律上の因果関係を否定したのは、本件訴訟が、実際に他人に対する危害が生じていることを前提とした国家賠償訴訟であることを踏まえ、不作為と損害との因果関係を回顧的に見て厳密に認定しようとしたものと考えられる。⁴² しかし、国家賠償訴訟においても重要なのはあくまで損害の現実の発生とは無関係な―当時の警察官の行為の違法である。そういった意味において―損害の発生を前に裁判官の心証が全く左右されないということはないとしても―原審以降、「危害を加えるおそれ」と法律上の因果関係を認定した裁判所の判断は妥当であつたと評することができるのである。⁴⁴

30 民集三六卷一七頁（判例タイムズ三七八号二二五頁）。

31 民集三六卷一八頁以下。

32 明示的に主張されていないが、再構成によつて補充が必要となつた経路である。

33 民集三六卷一三三頁以下（判例タイムズ三七八号一二七頁）。

34 大村敦志「判批」法協一〇〇巻一〇号（一九八三）二〇六頁。岡光民雄「判批」『昭和五七年度行政関係判例解説』五一五頁は、本件は「第一次的には、警察署の警察官に本件ナイフの一時保管権限不行使があつたか否かではなく、右警察官にそのような権限行使をすべきか否かの判断を可能にするような事情を調査する義務があつたか否かを問題とすべきではないかと思われる」としている。塩崎勲「判解」ジュリスト七

六五号(一九八二)七五頁も参照。

- 35 民集三六卷一三三頁(判例タイムズ三七八号二二七頁)。もつともこれに対して最高裁は、前科照会を本籍地所轄の警察本部に対して行っていないことまでを注意義務違反として捉えておらず、「前科」を危険認定の基礎事実としていない(民集三六卷一三三頁以下)。このような最高裁の判断を、近藤昭三教授は、「銃刀法二四条の二第二項が「異常な挙動その他周囲の事情から合理的に判断して」と規定し、外観的事実のみを挙げていることに対応している」と評している(近藤昭三「判批」判例評論二九二号(一九八三)三八頁)。ただ、「異常な挙動その他周囲の事情から合理的に判断して」という条文が果たして外観的事実のみを挙げているかどうかについては疑わしい部分もある。逐条解説などによれば、「その場の外形的事実だけでは判断できなくても、警察官が持つていたそれまでの関係情報と総合した上で該当すると判断できた場合も、当然に対象となる」とされているところであり(田村正博編著「現場警察官権限解説下巻」(立花書房・二〇〇六)二八六頁。また、二八五頁以下において「本人の行動や、運搬ないし携帯されている物の状況から判断されることが一般的であるが、事前に得ている情報(例えば、その者の行動に関して第三者から得られている情報)や、本人の態度、言語も判断の資料となり得る(例えば、職務質問をしている中で、相手方の言動等から銃砲刀剣類等を所持していると疑われるだけの理由が生じることもある)」とも説明されている)。また、そもそも危険を認定する際、危険判断の基礎事実を外形的なものに限定しなければならない合理的理由も見当たらない。「異常な挙動その他周囲の事情から合理的に判断して」は、あくまで例示と読むべきであろう。
- 36 民集三六卷一三三頁以下。
- 37 岡光・前掲五一五頁以下はこの点を指摘する。そして同五一七頁以下は、「本件では刑法一八九条等の明文に基づく事情調査義務があり、これに対する違反としての不作為が、銃刀法二四条の二に定める一時保管権限という裁量権の不行使に著しい合理性の欠如をもたらしたものと評価している。
- 38 民集三六卷一三三頁(判例タイムズ三七八号二二八頁)。
- 39 民集三六卷一四〇頁(判例時報九六九号六六頁)。
- 40 西整章「判批」ジュリスト一三三三号(一九九三)二七五頁は、この点を捉え、「因果関係の判断が違法性の判断の中に先取りされているものといつてよ」と評価している。
- 41 但し、大村・前掲二〇八頁は、このような事態は全く予測不可能ではないにしても非常に抽象度が高いものとなっているとし、相当因果関係の認定に批判的な立場に理解を示している。
- 42 「因果関係の判断が違法性の判断に先取りされている」(註40)と見るならば、「回顧的に見た厳密な認定」とは、むしろ危険判断における統計的法則(経験則)の信頼性の度合いに対応するように思われる。この点については、改めて後述する。

43 この点が影響したのか、原審は、Xの犯行直前になされた原告の兄の暴行を被害者側の過失と見て、四割の過失相殺を認めている。

44 ちなみに、近藤・前掲三七頁は、本判決は、裁量収縮による作為義務を肯定する要件としてしばしば挙げられる、①「国民の生命、身体に対する具体的危険が切迫し、その危険を知っているか、容易に知りうる場合であり」、②「規制権限を行使しなければ結果の発生を防止しえないこととが予測され」、③「被害者たる国民として規制権限の行使を要請し期待しうる事情にあるとき」という要件を明示することなく、銃刀所持規制の在り方を根拠とすることによって右②③の要素を当然の前提とし、専ら①の具体的危険の存在とその予見可能性を不作為責任の成立の問題としている点に特色がある、と分析している。ただ、「危険判断の論証モデル」に従えば、具体的危険の存在とその予見可能性は、異なる二つの要素として捉えられるのではなく、後者は前者に吸収されるものと理解されるであろう（主観的危険概念）。というのも、ここでいう予測可能性とは、つまるところ、損害発生（危険）の予測を意味するからである（両者の区別が意味を持つのは、危険を「客観的危険概念」（損害が確実に発生する場合の「危険」概念）として捉える場合であろう。客観的な事実に基づけば危険が存在するが、予測者（警察官吏）の判断では（主観的には）危険があったとは認められない、つまり予測可能性がなかった、という具合にである。参照、拙稿「危険概念の解釈方法（二）」自治研究第八三巻一〇号（二〇〇七）八七頁以下）。

なお、さらに厳密に言えば、危険の存在の肯定は、「他人に危害を及ぼすおそれ」という要件が認定されるだけであって、これが直ちに効果裁量の否定、つまり作為義務を導くことにはならない。これを導くためには、もう一つ、説明が必要である。法律要件と効果裁量の関係については、次節で改めて検討する。

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（最一小判昭和五九年三月二三日民集二八巻五号四七五頁）―

一（一）次に取り上げるのは、やはり同じく不作為の違法となった新島漂着砲弾爆発事故事件である。これは、海浜に打ち上げられた旧（日本）軍の砲弾を警察官吏らが回収しなかつた故に、右砲弾を焚火に入れるなどして遊んでいた中学生が爆発の被害にあったという事件である。そこで争われたのは、海浜に打ち上げられた砲弾を放置しておくことが警察官職務執行法第四条一項にいう「人の生命若しくは身体に危険を及ぼし、又は財産に重大

な損害を及ぼす虞のある・危険な事態」に該当するか否かであった。⁴⁵

(二) まず被害者（原告・被控訴人・被上告人）側の主張を見てみよう。被害者側は、一番（東京地判昭和四九年一月一日判例時報七六六号七六頁）において「被告都の公務員である警察官は、本件事故現場付近の海中および前浜海浜一帯に爆発の危険のある砲弾類が多数存在している事実を知りながら、・警察官職務執行法第四条第一項に規定する措置を何ら講じないで放置し、本件事故の発生を招来させたものである」と主張した上で、原審（東京高判昭和五五年一〇月二三日判例時報九八六号五四頁）で砲弾の爆発の危険性を簡潔に次のように主張している。

【被害者X（原告・被控訴人・被上告人）】

「本件砲弾類は、その大部分が信管付きのものであって、衝撃又は加熱による爆発の危険性が大きい（旧軍の砲弾用火薬は主としてピクリン酸を用い、自衛隊のそれより安定度が低い）。したがって、わが国における旧軍の砲弾類の爆発及びこれによる死傷例はすくなくない。」⁴⁷

ちなみに、被害者側からは明示的に主張されていないが、一番東京地裁では、「前浜海岸では暖をとるための焚火が一般に行われていたうえ、子供達の中には、拾得した砲弾類の火薬を抜き取り、これに点火して花火のようにして遊ぶ者がいた」という事実、⁴⁸そして原審東京高裁では、「旧軍の砲弾が焚火に投ぜられ、あるいは中学生が手でいじくる程度の衝撃を受けて爆発した例がいくつか存した」という事実も認定されている。⁴⁹これに対し、警察官吏・東京都側（被告・控訴人・上告人）の主張は次のようなものであった。

【警察官吏・東京都（被告・控訴人・上告人）】

「砲弾類は、海中に投棄されてからすでに二〇年以上も経過していたため、特に強い衝撃等を加えない限り、爆発する危険がなかった」「警察官職務執行法第四条一項・は、危険物の爆発等の危害が現に発生している場合または右のような危害の発生が予測されり場合に限り、その危害を除

去するために必要最小限の措置をとる権限を警察官に認めたにすぎないのである。・本件では、前浜海岸に打ち上げられた砲弾類は、・強い衝撃等を加えない限り爆発する危険がなかったのであるから、・本件では右法条に基づいて警察官の権限を行使すべき具体的状況はいまだ発生していなかったというべきである。」(一番)⁵⁰「旧軍では、普通、炸裂弾は信管を本体・薬莖と別に保管し、本件砲弾類のうち炸裂弾は弾頭に信管が着装されていたものはなかった。しかも、信管付きの砲弾も長時間の高熱・人力を超える衝撃等極めて特別の条件のない限り爆発の危険はない。」(原審)⁵¹

これも先の事件と同様、統計的法則(経験則)と事実とを組み合わせた推論図式(帰納的推論)として、それぞれ合理的に再構成するならば、次のようになろう。

【被害者X(原告・被控訴人・被上告人)の推論図式】

本件砲弾は、海浜に打ち上げられた旧軍の砲弾である(前提事実1)。

中学生が本件砲弾を焚き火に投じ、またいじくる状況が存在する(前提事実2)。

海浜に打ち上げられた旧軍の砲弾は、焚火に投ぜられ、あるいは中学生が手でいじくる程度の衝撃を受けても爆発する(経験則1)。

本件砲弾は、たいてい爆発する。

【警察官吏・東京都(被告・控訴人・上告人)の推論図式】

本件砲弾は、旧軍の(一般的な)砲弾である(前提事実3)。

長時間の高熱・人力を超える衝撃等極めて特別の条件は存在しない(前提事実4)。

旧軍の(一般的な)砲弾の多くは、長時間の高熱・人力を超える衝撃等極めて特別の条件が存在すれば爆発する(経験則2)。

本件砲弾は、たいてい爆発しない。

二(一)さて、これらの主張を受け、一審東京地裁、原審東京高裁、そして最高裁(最一小判昭和五九年三月二三日民集三八巻五号四七五頁)は「危険な事態」の存在を認定し、被害者Xの主張を認容している。「危険判断の論証モデル」に基づきこれを説明するならば、裁判所は、決定可能な最終時点で警察官吏らによって重要とみなされたすべての事実から他人の生命又は身体に危害を及ぼすと推論することが合理的に許容できると判断した、ということになるが、これをもう少し詳しく見ていこう。

(二) 本件の主たる争点は旧軍の砲弾に爆発のおそれがあったかどうかであるが、そこで特に問題となったのは両訴訟当事者が、いかなる種類の「砲弾」を念頭に主張立証を行っていたかであった。右の主張から見ても分かるように、原告被害者Xは、「海浜に打ち上げられた旧軍の砲弾」(これを砲弾Aと呼ぶ)を対象としてその爆発の危険性を主張するものであった。それに対し、被告東京都・警察官吏の方は、その点必ずしも明確ではない。というのは、一方で《砲弾類は、海中に投棄されてからすでに二〇年以上も経過していた》と主張し「海浜に打ち上げられた旧軍の砲弾」(砲弾A)を問題にしているように見えるが、他方で旧軍が所有していた「一般的な砲弾」(これを砲弾Bと呼ぶ)を問題にしているふしもあるからである。例えば、原審で主張されていた、《旧軍では、普通、炸裂弾は信管を本体・葉莖と別に保管し、本件砲弾類のうち炸裂弾は弾頭に信管が着装されていたものはない》⁵²と

しかも、信管付きの砲弾も長時間の高熱・人力を超える衝撃等極めて特別な条件のない限り爆発の危険はない》といった内容は、旧軍が所有していた「一般的な砲弾」(砲弾B)を念頭に置いているようにも思われる。⁵² 当事者が前提としている砲弾の種類が如何なるものであるのかは、爆発のおそれ(危険)の認定に大きな影響を与える要素である。というのは、仮に旧軍の砲弾が、「一般的な砲弾」(砲弾B)ではなく「海浜に打ち上げられた(その限りで一般性を失っている)特別なタイプの砲弾」(砲弾A)であった場合には、被告東京都・警察官吏側

のような結論は得られないということになるからである。なぜなら、砲弾Bの場合であれば、『旧軍の一般的な砲弾の多くは、長時間の高熱・人力を超える衝撃等極めて特別の条件が存在すれば爆発する』という経験則が適用されることになるが、砲弾Aの場合であれば、『海浜に打ち上げられた旧軍の砲弾は、しばしば、焚火に投ぜられあるいは中学生が手でいじくる程度の衝撃を受けても爆発する』という経験則が適用されることになり、結論が異なってくるからである。この点、原審東京高裁は、砲弾Bを念頭に「自衛隊の使用するTNN火薬を用いた砲弾による実験例」の結果を参照しつつも、次のように述べこれを否定し、砲弾Aに関して生じた事件を採用することで爆発の危険性を認定している。

「控訴人（都―筆者註）らは、本件砲弾類は高熱の持続・人力を超える衝撃等極めて特別の条件下におかれない限り爆発の危険がない旨主張し、《証拠》によれば、自衛隊の使用するTNN火薬を用いた砲弾による実験例として、弾体をハンマーで外側から叩いても爆発しなかった例、焚火中に砲弾を投じてから四〇分ないし六〇分の経過により、あるいは弾の外側が摂氏五〇〇度に達してから数分ないし十数分後、弾薬箱の表面温度が摂氏三〇〇度に達してから一〇分ないし二〇分後に爆発した例があることが認められるが、《証拠》によれば、旧軍が主として砲弾に使用した炸薬は、発火点摂氏三〇九度ないし三二〇度位のピクリン酸火薬であつて、TNN火薬に比し発火点が著しく低いこと、《証拠》によれば、旧軍の砲弾が焚火に投ぜられ、あるいは中学生が手でいじくる程度の衝撃を受けて爆発した例がいくつか存したことがそれぞれ認められるので、前示実験例をもって控訴人らの右主張を裏付け、前記認定判断を左右しうるものではない。」（強調―筆者註）^{53 54}

なるほど、二〇年以上も海中に投棄されていた砲弾が砲弾としての一般的な性能を維持しているかどうかは疑わしいことは容易に想像することができる。裁判所が「自衛隊の使用するTNN火薬を用いた砲弾による実験例」の結果を採用しなかったのは妥当であろう。旧軍が所有していた砲弾そのものの爆発のおそれではなく、今まさに問

題となつてゐる砲弾（海浜に打ち上げられた砲弾）の爆発のおそれが問われているのである。もつとも、砲弾の種類が結論に大きな影響を与えることから、この点がまさに当事者間で争われた形跡があるが、⁵⁵しかし原審東京高裁は、「本件事故にかかる砲弾がいかなる性質・由来のものか直接確定すべき証拠はないが、⁵⁵・・・事実関係からすれば、第二次大戦中新島駐屯の旧軍が装備していた砲弾であつて、右海中投棄後前浜海浜に打ち上げられたものの一つであると推認するのが相当である」と述べ、最高裁もこれを支持しているところである。

このように見ると、要するに裁判所は、この警察官吏は砲弾のタイプを最も詳細に示していない、つまり、「危険判断の論証モデル」でいうところの「最大・明細性の要件（最大詳述の要求）」を満たしていなかつた、ということの問題とし、被害者側の主張通り危険を認定したと評価することができらるであろう。⁵⁷警察官吏は「一般的な砲弾」（砲弾B）ではなく、これをさらに詳細に記述した「海浜に打ち上げられた旧軍の砲弾」（砲弾A）を推論の基礎事実とし、これに適用すべき経験則を示さなければならなかつたのである。⁵⁸

三（一）ところで、本件事案では「危険な事態」の存否と関連して、さらに警察官職務執行法第四条の要件の中にある「特に急を要する場合」の解釈についても問題とされている。例えば塩崎勸調査官は、最高裁判決の判例解説の中で、砲弾類に爆発の危険があつたとしてもこのような事態を同法第四条にいう「特に急を要する場合」にあつたとすることに⁵⁹ついて疑問がないわけではないとする。曰く、

「右にいう『特に急を要する場合』というのは、現実には危険が一段と切迫してきたような状態をいうのであつて、もはや警察の警告だけでは間に合はず、即時強制の手段を用いるのでなければ、危害を避けることができないような場合をいうものであろう。これを本件のような事例でいえば、海岸に漂着した砲弾を子供達がもて遊んでいることを警察官が現認したとか、少なくとも砲弾が海岸に漂着したことを警察官が現認又は報告により認識したような場合を指すものであるといえよう。右のような解釈を前提とすると、本件事故の発生した昭和四四年六月当時新島の警察官とし

ては、新島の海岸に不発弾が漂着していたとか、これらが子供達の遊び道具として使用されているようなことは現認していないし、またそのような報告を受けていないようであるから、厳格に言えば、不発弾爆発の危険の事態が「特に急を要する場合」に至っていないかといわざるを得ないようにも思われる。殊に、原審はY（東京都―筆者註）に対し警職法四条一項に基づき「砲弾類を回収する義務」を負わせているが、不発弾の爆発の危険が「特に急を要する場合」にあたるかどうかの点に明確な判断を示していないので、この点に原判決の一つの問題があるように思われる」⁵⁹

民法学者山本隆司教授も、この点を問題にする。山本教授は、「本件では、作為義務発生要件として、(a) 危険状態の継続性、(b) 公権力行使による危険状態除去の可能性、(c) 公権力行使による除去の必要性、が挙げられている。損害賠償責任の発生という民事的法効果との関係で具体的事案を回顧的に見る時には、確かに右の(a) (b) (c) の要件が作為義務を根拠づける(・・)ものとなることが妥当である(・・)と思われるが、逆に、行政作用法的見地から具体的事案発生以前の段階で現場警察に対し如何なる行為規範を設定していることになるか、という観点から見ると、若干の問題なしとなしえない」として、その具体例として、(a) (b) (c) と「特に急を要する場合」という要件とは、「前者が後者を補強するのか、一方が他方に代替するのか(・・) 本判決理由にこの要件に触れるところがないので不明確であるが、いずれにせよ、結果的に警職法四条一項の権限行使要件を緩和することになる可能性がある」と指摘している。両見解ともに、「特に急を要する場合」に該当しないケースでこれを認めることに、警察権力拡大の危惧を示していると言えよう。

(二) ここで改めて検討してみよう。まず、右に見た「『特に急を要する場合』」というのは、現実には危険が一段と切迫してきたような状態をいうのであって、もはや警察の警告だけでは間に合わず、即時強制の手段を用いるのであれば、危害を避けることができなような場合をいう」という見解には、より正確な説明を与える必要がある

ように思われる。特に重要なのは、「危険が一段と切迫してきた」と「警察の警告だけでは間に合わず、即時強制の手段を用いるのでなければ、危害を避けることができない」との関係である。前稿でも示したように、損害発生
の蓋然性を予測する場合、その予測の時点は「決定可能な最終時点」、つまり、《事実についてさらなる認識を得る
ために努力することによって時間を逸すると危険防御措置が失敗に終わるリスクが高まるぎりぎりの時点》が選択
されなければならない。⁶¹これを前提とすると、「危険が一段と切迫する」という表現で示されるように、通常の危
険判断にさらに時間的要素を加味して危険を判断するようなことは、不要ということになるであろう。なぜなら、
時間的要素は、結局のところ、《事実についてさらなる認識を得るために努力し時間を逸することによって危険防
御措置の失敗のリスクが高まるぎりぎりの時点はどこか》という通常の危険判断の中に吸収されることになるから
である。⁶²このように考えると、「特に急を要する場合」というのは、「現実に危険が一段と切迫してきたような状態」
をいうのではなく、警察措置によって期待される防御措置の効果（成功可能性）について規定したもの、と理解す
べきことになるのではないだろうか。⁶³事実、警職法四条一項は、「危険な事態がある場合」は、「警告」を発し、「特
に急を要する場合」においては、「引き留め」若しくは「危険防止のため通常必要と認められる措置をとること」
を命じ、又は「自ら措置をとることができる」と定め、「特に急を要する場合」という基準を、警察措置の種類（警
告か措置か）を区別する指標として扱っている。⁶⁴もともと、蓋然性判断の中に組み込まれている「決定可能な最終
時点」の判断には、警察措置の成功可能性の判断が実質上含まれると見ることができ、そのため（危険防御が失敗に終
わるリスクが高まるか否かの判断がそれ）、その限りで、両者は一致するようにも見える。しかし、損害発生の際
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ことに注意が必要で
ある（危険防御措置の成功可能性を問うには、損害発生の際の蓋然性が前提として認められていなければならない）。⁶⁵
従って、これを踏まえれば、本件では、一判決文上では明確ではないが一損害発生の際の蓋然性（危険）を前提とした

上で、警告に留まらず積極的な措置を講じなければならぬ状況（具体的には、①砲弾類が毎年のように海浜に打ち上げられている（危険状態の継続性）、②島民等としてはこの危険を通常的手段では除去することができない（公権力行使による除去の必要性）、といった諸事実がこれに該当するであろう）が存在していたがゆえに、「特に急を要する場合」に該当した、と説明することができよう（上記①②の諸事実は、損害発生蓋然性を認定する直接的に有意な事実ではない）。

四（一）さらに、本件事案で注目すべきなのは、法律要件の充足と効果裁量の関係についてである。本来、不作為による違法は、法律要件が充足していることを前提に、効果裁量の存在を理由に不作為とした場合の行政庁の法令違反を意味するものである。従って問われるべきなのは、（裁量権消極的濫用論によれば）効果裁量の存在を理由に不作為としたことに裁量権の逸脱濫用がなかったかどうか、（裁量権零収縮の理論によれば）不作為が作為義務に違反したかどうか、ということになる。法律要件を充足していたか否かではない。しかし、しばしば法律要件の充足と効果裁量とが不可分に議論されることがある。

例えば芝池義一教授は、本件最高裁が作為義務を導く際、効果裁量に言及していないことに関連して次のように述べている。「本件では、行為権限が認められる要件と行為が義務付けられる要件との間に余り懸隔がなく、前者の要件が認められる場合には同時に行為を行うか否かについての裁量が余り認められないという特殊性がある」と。また原田尚彦教授は、本判決が避難等の措置の決定についての裁量性に触れていないのは、上告審ではもっぱら警職法四条に基づく避難等の措置を発動すべき要件である「警告によっては間に合わず、即時強制の手段をも散るのでなければ危害を避けることのできない状態」があったかどうか、という点が争われたからであるとみる。なぜ上告審では要件充足の有無のみが争われ、避難等の措置の決定について裁量の有無が問題とされなかったのかについて、原田教授は「この点は想像のほかでないが」としつつも、警職法四条に基づく避難等の措置の場合は、それ

自体が一種の緊急避難的な性格をもつ措置であるから、同条により避難等の措置の実施が許容される要件と、その実施が義務付けられるに至る要件との間にあまり大きな開きが認められないので、裁量権を論ずる実益があまり大きくないと考えられたためであろうと評している。⁶⁷

右両見解に共通しているのは、要件が充足された場合には、もはや、する・しないの効果裁量は（余り）認められない（ないし論ずる実益がない）、とする点にある。これは端的に言つて、危険の存在が法律要件で認定されておきながら法律効果として何らの措置も講じないというのは、多くの場合、当該措置を講ずることを認めた法規定の趣旨に反するからであろう。「行為権限が認められる要件と行為が義務付けられる要件との間に余り懸隔がなく」といった表現は、以上のことを示すものと思われる。

(二) 危険の存在が法律要件で認定された場合にはもはや効果裁量の余地はなくなるといふ、このような思考を可視化することで、この問題の理論的整理に寄与するのは、森田寛二教授が提示した「結合空間の費消的否定論」である。⁶⁸

一般に、「pの場合にはqをすることができる」という規定がある場合に規制権限の不行使の違法性が導かれるのは、(裁量権零収縮論であれ裁量権消極的濫用論であれ) pという明示的要件が充足されている場合でも、一定の条件の下では、「qをする」という効果発動の決定でなければならないとされるような場合であるが、そこでいふ一定の条件とは、規制権限それ自体の規律目的と効果裁量承認の目的（多くの場合不明確であるため、行政庁によつて補充される）を比較した場合、前者が後者に優先する場合を意味する。しかし、規制権限の不行使の違法性を導く法律構成には、裁量を一旦認める右のようなやり方とは別に、明示的要件の判断において考慮要素がすべて尽くされてしまう結果、効果裁量が認められないとされるものも存在する（結合空間の費消的否定論）。本件は、まさにこの後者の事例に当てはまるということになるであろう。事実、(効果裁量を否定し) 作為義務を導く要件

として挙げられているもの（例えば予見可能性（損害発生の予測）の有無など）は、法律要件である危険の成立要件（決定可能な最終時点で、予測者によって重要とみなされたすべての事実（前提）から損害の発生（結果）を推論することが、合理的に許容できる場合）の中で、消費し尽くされていると言つてよい。ゆえに、裁量について論ずる余地がなかったと推測できるのである（換言すれば、効果裁量の問題が要件充足の問題として処理されたと言つてもよい）。

もつとも、一審判決は、作為義務を導く際、「前浜海岸付近の海中に存在する砲弾類は、前記の通り、客観的にも、一定の条件のもとでは、爆発する可能性があり、かつ、その爆発によって人身事故等の惨事の発生する危険性があったのであるから、警察官としては、右に認定したような状況のもとにおいては、砲弾類の爆発による人身事故等の発生を未然に防止すべき法律上の義務があったものと解するのが相当である」と判示しているのであるが、この判示中に示された「前記の通り」と「右に認定したような状況」は、それぞれ別の事実（前者は砲弾それ自体の危険性を示す事実、後者は海中に多数の砲弾が存在していること、これを放置することの危険性、これを回収する必要性をそれぞれ警察官吏が知っていた（予見可能性があった）ことを示す事実）を指しており、危険を認定した事実と異なる事実によって効果裁量を否定したかのようにもみえる（これに対して、最高裁の判示は、事実を網羅的に挙げた上で作為義務を導いており必ずしも明確ではない）。しかし、危険判断は最初から予測者の主観的要素を内在させたものであることを想起すれば（主観的危険概念）、予見可能性の有無は、結局のところ、砲弾類それ自体の危険性の判断に結びつくのであるから、両事実は表裏の関係にあり、全く異なる種類の判断というわけではない。⁷²

この点、先に見たナイフ一時保管懈怠事件の一審判決は、「ナイフを一時保管する要件が充たされているかどうかという判断」（要件判断）と「一時保管をする義務があったかという判断」（効果裁量の有無の判断）をそれぞれ

形式上区別して審査し、前者の要件判断において要件充足を認めたと作爲義務の審査を行っているが、(銃砲刀剣類所持等取締法の) 法制と運用を考慮しつつも、最終的には、要件充足の時に用いた事実認定と全く同じ条件下で作爲義務を導いている。これは、完全に、法律要件の充足から直接的に一時保管義務(効果裁量の否定)を導いたものと言えるだろう。(銃砲刀剣類所持等取締法の) 法制と運用は、作爲義務を導く単なる解釈上の補強論理として用いられていると解される。

以上要するに、危険防御に関わる権限行使にあつては、基本的に、法律要件(危険)の充足から直接効果裁量の否定が導かれると結論づけることが可能であろう。これは、危険を認定しつつもこれに対する対応を講じない特別の理由があまり認められない規制権限に特徴的な事情であるといえる。⁷³⁾

45 本件では、危険の原因を国自身もたらしたという事情も無視することはできないが、ここでは専ら東京都の責任について、しかも国家賠償法一条一項の公権力行使責任のみを問題とする。国が危険物の管理者として最終の責任を負うべきだとしても、都に警察上の職務義務違反に伴う責任が、それとは別個に、成立すると解されるからである(原田尚彦「判批」民商法雑誌九二巻三号(一九八五)一〇六頁)。

46 判例時報七六六号七九頁。

47 判例時報九八六号五五頁。

48 判例時報七六六号八三頁。

49 判例時報九八六号五八頁。

50 判例時報七六六号八二頁。

51 判例時報九八六号五七頁以下。

52 このことは、上告論旨からも窺い知ることができる。「砲弾は、一般的に、薬莖、信管、弾丸からなり、信管には、必ず二つ以上の安全装置がついており、安全装置は、弾丸が発射されたときの衝撃による慣性及び砲弾の回転による遠心力的作用によつてはじめて安全が解放される構造になっている」(本件砲弾類が前浜海岸に打ち上げられても、右に述べた以上の衝撃が砲弾類に加えられるということは通常考えられない)(強調―筆者)

53 判例時報九八六号五八頁。

54 ちなみに、一番東京地裁は、砲彈Aを念頭に「前浜海浜一帯においては、前記砲彈類の海中投棄が実施された直後から本件事故の発生時に至るまでの間、本件の場合のように砲彈類が焚火の中に投入された場合はもちろん、砂中に隠れて存在する砲彈類の上で焚火がされるなど、一定の条件が具備した場合には、その砲彈類の爆発によって人身事故等の惨事の発生する危険性が十分にあつたものといわなければならない」と簡潔に述べている。

55 上告諭旨では、明確に、「(中学生が手でいじくって爆発した例は)新島の砲彈によるものではなく、かつ、右砲彈の種類、性能、信管装着の有無及び使用弾か未使用弾かの区別が明確ではないのであるから、これを、本件砲彈類と同一に論ずることはできない」と主張されている。

56 判例時報九八六号五八頁。

57 ちなみに、原田・前掲一〇〇頁以下は、本判決が、反射的利益に言及することなく警察官の不作為を国家賠償法上の加害行為と認定したのは、警察作用が公益維持だけではなく国民の権利保護をもその責務とするようになった警察作用の構造的な意味変化に対応するという。またその意味において、意味変化が行われない領域においてはなお反射的利益論が妥当することになる。

58 もっとも、東京都・警察官吏側は、「原判決は、本件砲彈類の爆発の危険性について、その判断を誤り、若しくは、その危険性を過大視するという誤りを犯している」として、上告諭旨においてこの点を集中的に詳細に主張している。しかし、そこでもあくまで「一般的な砲彈」の爆発の危険性について論じられているのみであり、結局、最高裁は「原審の専権に属する証拠の取捨判断、事実の認定を非難するか、又は原審の認定にそわない事実若しくは右と異なる見解に立って原判決を論難するものによらず、採用することができない」と退けている。

59 塩崎勤「判解」『最判解民事篇昭和五九年度』一一三頁以下。

60 山本隆司「判批」法律時報五七卷四号(一九八五)一一〇頁。

61 拙稿「危険概念の解釈方法(三)」自治研究八三卷一、二、三、四頁。

62 従って、「危険が切迫した場合」(河川法二二条一項)や「急迫した危険」(消費生活用製品安全法三九条一項)など、時間的要素を考慮に入れた危険概念も、通常の危険判断における「決定可能な最終時点」の問題として処理されることになろう。

63 拙稿「危険概念の解釈方法(三)」八三卷一、二、三、四頁註(一七六)。

64 古谷洋一編著『注釈警察官職務執行法(再訂版)』(立花書房・二〇〇七)三三七頁以下は、警職法六条一項に規定する立入の要件(「危害が切迫した場合」)に関して「危害が『切迫』するとは、何らかの具体的な実力的措置を講じなければこれらの危害の発生や拡大を避けられないような状況になることをい、第四条第一項後段に基づき避難等の措置をとることができる場合(「特に急を要する場合」)・・・がおおむねこれに当たると考えられる」とする。

- 65 《損害発生の蓋然性があるか否かの判断》と《警告をするか即時強制を行うかの判断》の違い。
- 66 芝池義一「判批」判例評論三一〇号（一九八五）一五頁。同様の指摘は、既に前節で見たナイフ一時保管懈怠事件の評釈でも示されていた（芝池義一「判批」民商法雑誌七八巻六号（一九八三）九〇頁以下）。
- 67 原田・掲掲一〇三頁。また、川上宏二郎「判批」法学論集（西南学院大学）一七巻一号（一九八四）二四〇頁も、生命等に危険を及ぼす虞れのある「危険な事態があつて特に急を要する場合」にあつてもなお、一定の措置をとるかどうかの裁量をはたらし、その一定の措置をとらないということは考えられないとする。
- 68 森田寛二「行政裁量論と解釈作法（下）」判例評論三二八号（一九八六）一七頁以下、同「裁量零収縮論と結合空間の費消的否定論」小嶋和司博士東北大学退職記念「憲法と行政法」（良書普及会・一九八七）七九六頁。
- 69 判例時報七六六号八四頁以下。
- 70 最高裁は次のように述べている。「①島民が居住している地区からさほど遠からず、かつ、海水浴場として一般公衆に利用されている海浜やその付近の海底に砲弾類が投棄されたまま放置され、その海底にある砲弾類が毎年のように打ち上げられ、②島民等が砲弾類の危険性についての知識の欠如から不用意に取り扱うことよつてこれが爆発して人身事故等の発生する危険性があり、しかも、③このような危険は毎年のように海浜に打ち上げられ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曝されているが、④島民等としてはこの危険を通常的手段では除去することができないため、⑤これを放置するときは、島民等の生命、身体の安全が確保されることが相当の蓋然性をもつて予測される状況のもとにおいて、⑥かかる状況を警察官が容易に知り得る場合には、警察官において、権限を適切に行使・することは、その職務上の義務でもあると解するのが相当である」（番号は筆者註）。本文で示した疑問は、つまり、ここで①～⑥に挙げられた事実のいずれが爆発の危険性を認定するものであり、また作為義務を認定する（効果裁量を否定する）ものであるのか、必ずしも明確ではない、ということである。もっとも、これは、最高裁が法律審であり、事実審のような厳密な包括作業を意識していないことも一つの理由として挙げられるのかもしれない。
- 71 参照、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）八七頁以下。一審判決が砲弾類の危険性を認定した際、いみじくも「客観的にも」という表現を用いたように、要件部分で（主観的要素を排除した）客観的危険概念を採用し、効果の部分で主観的要素を審査していることと見ることができるとはならない。なお、国家賠償法二条が規定する営造物の「設置又は管理の瑕疵」は、「通常有すべき安全性を欠いている」状態と解釈されているが、これが、物的性状瑕疵（客観説）を前提としつつ設置管理者の主観的要素をも問うていること（義務違反説）に考えを及ぼすと、ここで検討している危険判断と非常に類似していることに気づくであろう。
- 72 もっとも、効果裁量の有無を判断する際、どのような事実が要件の判断において考慮されるのか、慎重に見極めることが必要である。なお、宇賀克也教授は不作為の違法を論じる中で「Aの場合には、Bの処分をすることができない」（X）と規定されていても、「Aの場合には、Bの処

分をすることができる。ただし、Cの場合にはBの処分をしなければならぬ(Y)というのが立法者意思である場合もありうる」とし、この解釈に立てば、Xの規定は、Cの状況以外で効果裁量が与えられているにすぎず、Cの状況では常に作為義務があることになる、との試論を提示している(これを宇賀教授は「効果裁量概念を用いない説明」と呼ぶ。そして宇賀教授は、正当にも、この試論は、裁量権収縮論が効果裁量の問題として論じてきた要素を要件裁量の問題として取り扱うものと言ひ換えることも可能である、と述べている。宇賀克也「行政介入請求権と危険管理責任」磯部力ほか編「行政法の新構想Ⅲ」(有斐閣・二〇〇八)二六二頁)。そして続けて宇賀教授は、Cの要件の充足の有無は、裁量権零収縮の理論や裁量権消極的濫用論が提示した諸事情を総合的に考慮することにより判断されることになるので、どちらの理論を採用するにせよ説明の仕方の相違に過ぎないと結論付けている(宇賀克也「行政法概説Ⅰ(第三版)」(有斐閣・二〇〇九)三二二頁)。但し、そこにいう「総合的な考慮」の内容が明確にならないまま、従来効果裁量の問題として処理されてきたものを要件裁量の問題として扱うだけでは、考察の場所が移ったということだけで、理論的な説明としては説得的であるもの、効き目のある法的統制を及ぼすことは期待できない。本稿は、この「総合的な考慮」として処理される一類型を、「危険判断の論証モデル」として明らかにすることで、Aの状況の中から効果裁量を否定するCの状況を抽出する(発見する)作業を容易にし、法的統制の実を上げることを狙いとするものである。

73 もちろん、危険を防止する手段が全くないような場合(結果回避可能性がない場合)は、危険の認定から直ちに作為義務が導かれるということにはならない。