

小動物の高速道路への侵入と道路管理の瑕疵

【最判平成二二年三月二日(判例タイムズ一三二一七四頁)】

岡山公法判例研究会

一 事実と判旨

(1) 事実

Aは、平成一三年一〇月八日午後七時五十分頃、北海道苫小牧市付近の高速自動車国道である北海道縦貫自動車道函館名寄線において、普通乗用自動車(以下「A車」という。)を運転して走行中、約一〇〇メートル前方の中央分離帯付近から飛出してきたキツネとの衝突を避けようとして急激にハンドルを切り、その結果、A車は、横滑りして中央分離帯に衝突し、車道上に停止した。同日午後七時五十分頃、車道上に停車中のA車に後続車が衝突し、Aは、これにより頭蓋底輪状骨折等の傷害を負い死亡した。そこで、Aの相続人Xらが、キツネを含む小動物の侵入対策が講じられていなかったという道路管理の瑕疵を理由に日本道路公団(当時)に対し、国家賠償法二条一項に基づき損害賠償請求訴訟を提起した(日本道路公団は平成一七年一〇月一日に解散し、東日本高速道路株式会社が訴訟上の地位を承継した)。

本件事故現場は、北海道苫小牧市の郊外であり、上記自動車

道の苫小牧西インターチェンジと苫小牧東インターチェンジとの間の区間にある。本件事故現場の周囲は原野であり、本件道路は、ほぼ直線で、見通しを妨げるものはなかった。本件区間においては、道路に侵入したキツネが走行中の自動車に接触して死ぬ事故が、平成一一年は二五件、平成一二年は三四件、平成一三年は本件事故日である同年一〇月八日時点で四六件発生していた。また、上記自動車道の別の区間で、道路に侵入したキツネとの衝突を避けようとした自動車が中央分離帯に衝突しその運転者が死亡する事故が、平成六年に一件発生していた。

本件道路には、動物注意の標識が設置されており、また、動物の道路への侵入を防止するため、有刺鉄線の柵と金網の柵が設置されていた。有刺鉄線の柵には鉄線相互間に二〇cmの間隔があり、金網の柵と地面との間には約一〇cmの透き間があった。日本道路公団が平成元年に発行した「高速道路と野生生物」と題する資料には、キツネ等の小動物の侵入を防止するための対策として、金網の柵に変更した上、柵と地面との透き間を無くし、動物が地面を掘って侵入しないように地面にコンクリートを敷くことが示されていた。

一審判決（札幌地方裁判所・判例集未登載）は、道路管理の瑕疵を否定して、東日本高速道路株式会社に対するXらの訴えを棄却した。

(2) 原審判決（札幌高判平成二〇年四月一八日・判例集未登載）一部認容

「国家賠償法二条一項の营造物の設置又は管理の瑕疵とは、营造物が通常有すべき安全性を欠いている状態をいい、营造物が通常有すべき安全性を欠くか否かの判断は、当該营造物の構造、用法、場所的環境及び利用状況等諸般の事情を総合考慮して具体的、個別的に判断すべきものである」（最判昭和四五年八月二〇日など）。

「本件事故の発生した区間である苫小牧東インターチェンジと苫小牧西インターチェンジ間では、平成一一年から平成一三年にかけて、キツネが本件高速道路の本線に侵入して走行自動車にはねられて死亡するロードキルが多数回発生し、特に平成一三年は、本件事故が発生した同年一〇月八日の時点で、四六件のロードキルが報告されている……。また、同じ区間で、本件事故の前後にわたって、キツネなどの中小動物が高速道路上に現れ、交通に支障を生じさせた事例も多数報告されている。前記認定のとおり、高速道路は、法定の最高速度が時速一〇〇キロメートルの最高規格の自動車専用道路であり、その利用者は、一般道に比較して高速で安全に運転できることを期待し、信頼して走行していると認められることからすれば、自動車の高速運転を危険に晒すこととなるキツネが上記のような頻度で

本線上に現れることは、それ自体で、本件道路が营造物として通常有すべき安全性を欠いていることを意味するといふべきであり、前記認定した態様による本件事故は、まさに、その危険が現実化した事故であったと認められる。前記認定のとおり、被控訴人東日本高速道路は、「動物注意」の標識を設置しているが、これにより、運転者が、速度規制もされていないのに、出沒しないかもしれない動物の出現を予想して低速度で走行することを期待することは現実的ではない。また、頻繁に道路を巡回しているというが、巡回によって高速道路に侵入した動物が本線上に出現するのを防止することは不可能であり、せいぜいロードキルに遭った動物の死骸を片づけてその死骸による事故を防ぐ以上の効果は期待できない。「動物注意」の情報板による情報提供も事故防止の効果的な手段となり得ないことは明らかである。

なお、公の营造物が、客観的に見て、ある時点で安全性を欠く状態に至ったとしても、それが管理者にとって予見可能性がなく結果回避可能性もないと認められる場合には、設置・管理に瑕疵はなかったといふべきところ（最高裁判所昭和五〇年七月二五日判決・民集二九卷六号一三六頁参照）、上述したキツネ・ロードキル等の事例は、いずれも旧公園が最初に報告を受けた事例であると認められ、本件道路にキツネがしばしば出沒することは、旧公園としては十分に予見可能であったといふことができる。

次に結果回避可能性であるが、キツネが地上に生息し地面を移動する動物であることからすれば、高速道路への侵入防止柵

を設けることによってかなりの程度キツネの侵入を防止することは不可能ではない。実際に、前記認定の通り、旧公団では野生動物の侵入防止策を記載した本件公団資料を、一九八九年の時点で作成しており、その中には、キツネ等中小動物の侵入防止策として、金網型の柵にした上で柵と地面の隙間がないようにし、地盤との間を掘って侵入されないようにコンクリート等を付設するとの対策が記載されている。にもかかわらず、本件事故地点付近に付設された侵入防止柵は、前記認定の通り、中小動物の侵入に全く役に立たない有刺鉄線タイプが大部分であり、一部金網タイプのもも、地面との間に約一〇センチメートルの隙間があり、中小動物の侵入を防ぐものではなかった。

被控訴人東日本高速道路は、北海道内の高速道路は長大であり、キツネ等中小動物の侵入を防止するには、全線について施工しなければ十分な効果は得られないところ、そのためには多大な費用を要する旨主張する。しかし、本件で問題となっているのは、本件事故が発生した本件道路においてキツネの侵入が頻発することであるから、結果回避可能性としては、本件道路においてキツネの侵入を防ぐための措置が問題となるのであって、そのためであれば、一定区間の侵入防止柵設置で足りる。本件事故後九〇〇万円をかけて本件道路付近の侵入防止柵を改修したことから考えても、結果回避可能性がなかったとはいえない。なお、自然公物たる河川等と異なり、人工公物たる道路については、当初から通常予測される危険に対応した安全性を備えたものとして設置され管理されるべきものであって、原

則として、予算上の制約は、管理の瑕疵に基づく損害賠償責任を免れさせるべき事情とはなり得ない（前記最高裁判所昭和四五年八月二〇日判決、最高裁判所昭和五九年一月二六日判決・民集三八卷二号五三頁参照）。

以上によれば、予見可能性、結果回避可能性がなかったから管理に瑕疵がないとの被控訴人東日本高速道路の主張には理由がない。

よって、旧公団は、本件道路の設置・管理者として、国家賠償法二条一項に基づき、本件第一事故の発生について損害賠償責任を負う。

(3) 最高裁判決

破棄自判（Xらの控訴棄却）

「国家賠償法二条一項にいう営造物の設置又は管理の瑕疵とは、営造物が通常有すべき安全性を欠いていることをいい、当該営造物の使用に関連して事故が発生し、被害が生じた場合において、当該営造物の設置又は管理に瑕疵があったとみられるかどうかは、その事故当時における当該営造物の構造、用法、場所的環境、利用状況等諸般の事情を総合考慮して具体的に判断すべきである」。

「前記事実関係によれば、本件道路には有刺鉄線の柵と金網の柵が設置されているものの、有刺鉄線の柵には鉄線相互間に二〇cmの間隔があり、金網の柵と地面との間には約一〇cmの透き間があったため、このような柵を通り抜けることができるキツネ等の小動物が本件道路に侵入することを防止することはで

きなかつたものといふことができる。しかし、キツネ等の小動物が本件道路に侵入したとしても、走行中の自動車等がキツネ等の小動物と接触すること自体により自動車の運転者等が死傷するような事故が発生する危険性は高いものではなく、通常は、自動車の運転者が適切な運転操作を行うことにより死傷事故を回避することを期待することができるものといふべきである。このことは、本件事故以前に、本件区間においては、道路に侵入したキツネが走行中の自動車に接触して死ぬ事故が年間数十件も発生していながら、その事故に起因して自動車の運転者等が死傷するような事故が発生してはどうかかわれず、北海道縦貫自動車道函館名寄線の全体を通じて、道路に侵入したキツネとの衝突を避けようとしたことに起因する死亡事故は平成六年に一件あつたにとどまることから明らかである。

これに対し、本件資料に示されていたような対策が全国や北海道内の高速道路において広く採られていたという事情はうかがわれぬし、そのような対策を講ずるためには多額の費用を要することは明らかであり、加えて、前記事実関係によれば、本件道路には、動物注意の標識が設置されていたといふのであつて、自動車の運転者に対しては、道路に侵入した動物についての適切な注意喚起がされていたといふことができる。

これらの事情を総合すると、上記のような対策が講じられていなかったからといつて、本件道路が通常有すべき安全性を欠いていたといふことはできず、本件道路に設置又は管理の瑕疵があつたとみることはできない。

二 研 究

(1) はじめに

最近、いわゆるロードキルが大きな社会問題となつていゝが、本件では中小動物の高速道路内への侵入防止対策を怠つたことが国家賠償法二条一項の公の営造物の設置又は管理の瑕疵に該当するといえるのが問題となつていゝ。公の営造物概念の中には、不動産のみならず、動産も含むとするのが判例・通説である。また、自然公物については、設置の観念は当てはまらないが、同法自体が河川の語を用いていゝので、自然公物も含まれると解されていゝ。しかし、警察犬などと異なり、野生動物そのものを公の営造物と解する場面ではない。

なお、本件では問題にならなかつたが、高速道路につき管理主体が旧道路公団から高速道路株式会社という民間会社に移行してあり、新たに高速道路株式会社は公共団体該当性が認められるのかといふ問題が出てきた。もちろん民法七一条一項の土地の工作物責任を問うことも考えられるが、国家賠償法二条一項の方が被害者救済にとり有利であると考へられていゝ。この点、形式的な面からではなく、実質的な観点から判断すべきであるとし、現実には、高速道路株式会社は高速道路の維持・管理にあたつていゝことから、依然として公共団体該当性が認められる余地はあるとの見解が有力である。

(2) 国家賠償法二条一項の公の営造物の設置又は管理の瑕疵
 国家賠償法二条一項の規定する「設置又は管理の瑕疵」の意

味については争いがあり、用語法を含めて学説は錯綜している。ここで詳しく学説の対立状況を見る余裕はないが、通説とされる客観説は、営造物が通常有すべき性状や設備を備えていないこと、すなわち安全性が客観的に欠如していることにウエイトを置き、その安全性欠如が、営造物の設置・管理作用の不完全によるものであると説く。そして、客観説の派生原理として、①営造物の物的安全性の欠如、②無過失責任、③財政的理由は免責事由とはならないという三原則が確立されている⁴。その根拠は、国や公共団体が物的施設を設置し国民に提供する以上は、その安全性を担保する高度の安全確保義務を負い、施設から生ずる危険についてはすべてこれを負担するという危険責任に基づく責任であること、国家賠償法一条と二条とでは、その規定の仕方が異なり、故意・過失を要件としないことなどが挙げられる。これに対して、義務違反説は、営造物の設置・管理の瑕疵は、損害防止措置の懈怠・放置に基づく損害回避義務違反であると解する。もつとも、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る。その理由は、営造物の設置又は管理の瑕疵を営造物自体の物的欠陥の意に傾斜して解するのは文理上不自然であり、管理者の安全管理義務違反の意に解する方が文理に合致すること、理論的に見ても不法行為の帰責事由は行為者の義務違反に求めるべきであって、物自体の欠陥に求めるのは論拠が薄弱であり、また不法行為の統一的論拠として理論的に明解であること、営造物の設置管理

の瑕疵の意義を、管理者の安全管理義務違反に統一して解釈すれば、国賠法二条の適用範囲を合理的に限定することができる⁵と説明される。しかし、客観説も義務違反説も、管理行為のフアクターを瑕疵の判断要素としている点で共通しており、基本的には説明の仕方の次元の問題である。客観説にいう瑕疵の判断に際して、包括的な損害回避義務違反という要素も取り込むことも、「客観説にいう瑕疵の形態を視点を変えて補完するもの」として許容される⁷。国家賠償法二条一項の規定する「設置又は管理の瑕疵」とは、設置・管理の不完全性・不適切さに起因するものであり、これをどのような考慮要素により判断していくのが大切である。したがって、抽象的次元で学説の優劣を論じることよりも、何が考慮要素になり、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ある⁸。このような考慮要素としては、①危険状態の存在（危険への接近・被害者の回避可能性など）、②「通常の予測」、③管理者の損害回避措置が期待できるかどうかなどが挙げられ、これらを総合判断して決せられる。最判昭和五九年一月二六日民集三八卷二号五三頁も、「国家賠償法二条一項の営造物の設置又は管理の瑕疵とは、営造物が通常有すべき安全性を欠き、他人に危害を及ぼす危険性のある状態をいい……、かかる瑕疵の存否については、当該営造物の構造、用法、場所的環境及び利用状況等諸般の事情を総合考慮して具体的個別的に判断すべきものである」と判示している。

(3) 道路管理の瑕疵

道路瑕疵の問題は、道路に穴ほこが存在するような、交通障害が路面自体に現れる場合(第一類型)、信号機や工事標識をめぐる、付属物に起因する場合(第二類型)、もっぱら自然現象ないし第三者の行為に起因する場合(第三類型)に分けて考察する見解¹⁰⁾があり、本件は、このうち第三類型に該当し、道路そのものの物理的性状を責任根拠とするものではない。

自然現象に起因するものとして、落石事故が典型例である。最判昭和四五年八月二〇日民集二四卷九号一二六八頁は、道路の崩土、落石の危険性に対して「防護柵または防護覆を設置し、あるいは山側に金網を張るとか、……事前に通行止めをする等の措置をとったことはない」。「本件道路は、その通行の安全性の確保において欠け、その管理に瑕疵があったものというべきである旨、……本件における道路管理の瑕疵の有無は、本件事故発生地点だけに局限せず、前記二〇〇〇メートルの本件道路全般についての危険状態および管理状況等を考慮に入れて決するのが相当である旨、本件道路における防護柵を設置するとした場合、その費用の額が相当の多額にのぼり、(県)としてその予算措置に困却するであろうことは推察できるが、それにより直ちに道路の管理の瑕疵によって生じた損害に対する賠償責任を免れうるものと考えすることはできないのであり、その他、本件事故が不可抗力ないし回避可能性のない場合であることを認めることができな」としている。この判決の読み方は難しく、事故が自然的外力によるものであるが、結果責任を否定し、また単なる物的安全性を欠くことで足りるとしていない点で、義

一九二

務違反の要素を取り入れていると解することも可能である。本件は、防護柵を設置したり、あるいは危険の予測される期間、通行止めなどの損害回避措置をとらなかつた点に責任の根拠が認められよう。

また、故障車の放置事案である最判昭和五〇年七月二五日民集二九卷六号一一三六頁は、「道路管理者は、道路を常時良好な状態に保つよう維持し、修繕し、もって一般交通に支障を及ぼさないように努める義務を負うところ、前記事実関係に照らすと、同国道の本件事故現場付近は、幅員七・五メートルの道路中央線付近に故障した大型貨物自動車¹¹⁾が八七時間にわたって放置され、道路の安全性を著しく欠如する状態であったにもかかわらず、当時その管理事務を担当するA上木出張所は、道路を常時巡視して応急の事態に対処しうる看視体制をとつていなかったために、本件事故が発生するまでに右故障車が道路上に長時間放置されていることすら知らず、まして故障車のあることを知らせるためのバリケードを設けるとか、道路の片側部分を一時通行止めにするなど、道路の安全性を保持するために必要とされる措置を全く講じていなかったことは明らかで……同出張所の道路管理に瑕疵があったというほかに……道路交通法上、警察官が……違法駐車に対して駐車の方法の変更・場所の移動などの規制を行うべきものとされていることを理由に、前記損害賠償責任を免れることはできない」と判示した。道路上に長時間、故障車が放置されたことに起因する人身事故について、故障車が土砂と同じく道路上の障害物であるとすれば、当該国道には物理的な瑕疵が生じたことになる。本件も、道路管

理者は、相当の時間内に故障車を発見、除去し、あるいはバリケード等で第三者に注意を与えるなどの損害回避措置をとることが期待され、この損害回避措置を怠った点で責任が肯定される。

これに対して、道路が客観的には安全性を欠くことがあっても、安全策を講ずる余裕のない場合には、道路管理の瑕疵がないものとする趣旨と解される。赤色灯標柱倒壊事故において、最判昭和五〇年六月二六日民集二九卷六号八五一頁は、「事実関係に照らすと、本件事故発生当時、被上告人において設置した工事標識板、バリケード及び赤色灯標柱が道路上に倒れたまま放置されていたのであるから、道路の安全性に欠如があつたといわざるをえないが、それは夜間、しかも事故発生の直前に先行した他車によつて惹起されたものであり、時間的に被上告人において遅滞なくこれを原状に復し道路を安全良好な状態に保つことは不可能であつたといふべく、このような状況のもとにおいては、被上告人の道路管理に瑕疵がなかつたと認めるのが相当である。したがつて、これと同旨の原審の判断は、正当として是認することができる」と判示して瑕疵を否定した。本件は、工事中を示す標識板、バリケード及び赤色灯が他の車両に倒され、灯が消えていたため生じた後続車の事故について、道路の安全性に欠如はあつたとしつつ、それは夜間、しかも、事故発生の直前（一時間以内）に惹起されたもので、時間的に遅滞なくこれを原状に復させることは不可能であるから、管理者に損害回避措置を期待することはできないので、道路管理に瑕疵はないと判断したものと解される。

さらに、飛騨川バス転落事故において、名古屋高判昭和四九年一月二〇日判例時報七六一号一八頁は、「国道四一号は、その設置（改良）に当たり、防災の見地に立つて、使用開始後の維持管理上の問題点につき、詳細な事前調査がなされたとは認め難く、そのため崩落等の危険が十分に認識せられなかつたため、その後における防災対策や道路管理上重要な影響を及ぼし、防護対策および避難対策の双方を併用する立場からの適切妥当な道路管理の方法が取られていなかったもので、国道四一号の管理には、交通の安全を確保するに欠けるところがあり、道路管理に瑕疵があつたものといわなければならない。そして、本件事故は右管理の瑕疵があつたために生じたものであるから、被控訴人は国家賠償法二条により本件事故によつて生じた損害を賠償すべき義務がある」と判示した。本判決は、施設対策については、不可抗力を認めたとが、避難対策について集中豪雨による災害は予測しえたのに、事前規制などの必要な措置をとらなかつた点に管理瑕疵を肯定した¹²。

- (4) キツネの侵入と道路管理の瑕疵該当性
① 危険の存在

本件において、道路管理者がキツネを含む中小動物の本件道路への侵入防止対策を講ぜず、本件道路にキツネが侵入できる状況にあつたことが、本件道路の高速道路としての通常有すべき安全性を欠くものであり、道路の設置又は管理に瑕疵があると考えることができるであろうか。道路管理の瑕疵該当性の有無は、上述の考慮要素を緻密に検討し、総合考慮することにな

る。

本件札幌高裁判決は、①危険の存在、②予見可能性、③結果回避可能性を検討し（なお、後述のとおり、この中で前記最高裁四五年判決を引用して予算制約論を考慮しない旨明らかにしている）、結果として道路管理の瑕疵を肯定した。すなわち、「高速道路は、法定の最高速度が時速一〇〇キロメートルの最高規格の自動車専用道路であり、その利用者は、一般道に比較して高速で安全に運転できることを期待し、信頼して走行している」と認められることからすれば、自動車の高速運転を危険に晒すこととなるキツネが上記のような頻度で本線上に現れることは、それ自体で、本件道路が営造物として通常有すべき安全性を欠いていることを意味するといふべきであり、前記認定した態様による本件事故は、まさに、その危険が現実化した事故であったと認められる」として危険状態を肯定し、「公の営造物が、客観的に見て、ある時点で安全性を欠く状態に至ったとしても、それが管理者にとって予見可能性がなく結果回避可能性もないと認められる場合には、設置・管理に瑕疵はなかつたといふべきところ……、本件道路にキツネがしばしば出没することとは、旧公団としては十分に予見可能であつたといふことができる。次に結果回避可能性であるが、キツネが地上に生息し地面を移動する動物であることからすれば、高速道路への侵入防止柵を設けることによつてかなりの程度キツネの侵入を防止することは不可能ではない」と判示している。

また、エゾシカの侵入事故で、札幌地判平成一〇年一二月一四日判例時報一六八〇号一〇九頁は、「エゾシカの進入を防ぐた

めに、事故現場付近には防護フェンスその他の防護設備を設置する具体的必要性があつたと認めることができる」が、「このような防護設備は設置されていなかったのであるから、本件道路は、高速道路として通常備えるべき安全性を欠き、その設置又は管理に瑕疵があつたといわなければならない」と結論づけた。続けて、「自動車の運転者は、高速道路には走行の障害になるようなものはなく、高速で安全に走行することができることを信頼して、それだからこそ、必ずしも安いとはいえない通行料金を負担してでも高速道路を利用する。高速道路が通常備えるべき安全性は、このような利用者の信頼にこたえることができる高度のものでなければならぬ」、「高速道路における大型野生動物との衝突事故は、人命にかかわる重大な結果をもたらす危険をもつ。エゾシカが出現する蓋然性が低く、他方、防護設備の設置には多大な費用を要するといふような費用対策効果の考へ方によつて、高速道路の安全性が十分に確保されないといふことがあつたとすれば、それは、まさに利用者の容認するところではない」と判示している。

学説でこの問題を検討するものは少ないが、自然遊歩道に熊が出没する可能性がある場合でも、遊歩道が通常の安全性に欠ける危険な状態にあるなどと解すべき余地はないとの見解がある。なぜなら「自然遊歩道にたまたま熊の出る可能性があるから」といつて、遊歩道の管理者が損害賠償を心配しなければならぬほどに、国賠法二条の適用が拡大されているとすれば、それは、同条の解釈が異常なまでに拡張されている証左ということではないであろうか。国賠法二条の解釈には、歯止めとなる

適切な理論構成が要請されている」こと、「自然から受ける、予想される危険に、あえて立ち向かおうとする場合には、各人がその危険を負担し、これに対応すべきは自律した市民の当然の責務であるといわねばならない。事故があれば、国や公共団体の責任にしようとするのは、いささか虫のよい話」と考えられるからである¹³⁾。この見解は、「危険への接近の理論」を前提にしているものと思われるが、生活と密着している高速道路にあってはこの理論は妥当しないであろう。遊歩道の安全性と高速走行が予定されている高速道路の安全性では自ずから事情を異にすると思われる。

本件最高裁判決は、危険の存在について、「キツネ等の小動物が本件道路に侵入したとしても、走行中の自動車等がキツネ等の小動物と接触すること自体により自動車の運転者等が死傷するような事故が発生する危険性は高いものではなく、通常は、自動車の運転者が適切な運転操作を行うことにより死傷事故を回避することを期待することができるものというべきである」。

「加えて、前記事実関係によれば、本件道路には、動物注意の標識が設置されていたというのであって、自動車の運転者に対しては、道路に侵入した動物についての適切な注意喚起がされていたということができると判示している。しかし、自動二輪や家用自動車にとって高速道路上の急ブレーキ及び急ハンドルは危険であることは公知の事実であり、事故を避ける方法としては、唯一、小動物を轢き殺すこともやむを得ないことになるが、果たしてこのような回避方法に妥当性があるのか、また、「動物注意の標識」の設置にどれほどの有効性があるのか極

めて疑問である。仮に、道路の瑕疵を判断するに当たり、運転者が安全運転義務を果たしたとしても事故が発生したのかという観点を考慮し、その義務違反運動によって事故が発生したからといって道路管理者の責任が阻却されることにはならないし、運転者の安全運転義務違反は、損害額の過失相殺事由として考慮すれば十分である。

② 予算制約論

「高速道路は長大であり、キツネ等中小動物の侵入を防止するには、全線については多大な費用を要する」という予算制約論を抗弁ないし瑕疵の要素として主張することができるか。本件の札幌高裁判決は、最高裁判昭和四五年判決を引用し、「原則として、予算上の制約は、管理の瑕疵に基づく損害賠償責任を免れさせるべき事情とはなり得ない」と判示し、また、前記札幌地判平成一〇年一二月一四日も、同様に「防護設備の設置に多額の費用を要するとしても（ただし、高速道路の建設に必要な費用の全体からすると、防護設備の設置費用が甚大であるとは思われない）、そのことにより直ちに道路の設置又は管理の瑕疵によって生じた損害賠償責任を免れるものと考えすることはできない」と判示している。両判決が引用する最判昭和四五年八月二〇日民集二四卷九号一六八頁は、「本件道路における防護柵を設置するとした場合、その費用の額が相当の多額にのぼり、上告人県としてその予算措置に困却するであろうことは推察できるが、それにより直ちに道路の管理の瑕疵によって生じた損害に対する賠償責任を免れうるものと考えすることはできない」と

判示している。また、最判昭和五九年一月二六日民集三八巻二号五三頁は、「治水事業は、もとより一朝一夕にして成るものではなく、しかも全国に多数存在する未改修河川及び改修の不十分な河川についてこれを実施するには莫大な費用を必要とするものであるから、結局、原則として、議会が国民生活上の他の諸要求との調整を図りつつその配分を決定する予算のもとで、各河川につき過去に発生した水害の規模、頻度、発生原因、被害の性質等のほか、降雨状況、流域の自然的条件及び開発その他土地利用の状況、各河川の安全度の均衡等の諸事情を総合勘案し、それぞれの河川についての改修等の必要性・緊急性を比較しつつ、その程度の高いものから逐次これを実施していくほかは「ない」とし、この意味で、道路の管理者において災害等の防止施設の設定のための予算措置に困却するからといってそのことにより直ちに道路の管理の瑕疵によつて生じた損害の賠償責任を免れうるものと解すべきでないとする当裁判所の判例……も、河川管理の瑕疵については当然には妥当しない」と判示し、予算制約論の意義について河川と道路では異なることを示した¹⁵。

これに対して、本件最高裁判決は、「対策を講ずるためには多額の費用を要することは明らか」と述べており、仮に道路についても予算制約を瑕疵判断の要素とするとの趣旨であれば、最高裁昭和四五年判決との整合性が問題となる。本件判決が事例判決であり、判例変更を伴わないと考えれば、二つの方向が考えられる。一つは、予算制約という用語の多義性を前提に、最高裁昭和四五年判決は「危険防止のための具体的な措置をとる

ことが實際上予算の制約のためにできないという意味」で使用したものであり、他方、「資源配分の見地から、『なすべき行政措置に必要な財政支出が、一般的に予想される危険に比較しても客観的に期待可能性がなく、現実には生じた損害との関連においても、手落ちとしてとがめだてするのは實際上酷だと判断される場合に』一國・公共団体の責任を否定するという考え方」¹⁶があり、本件最高裁判決は後者の資源配分の意味で用いられたものであり、両判決は次元を異にすると考えるのである。しかし、最高裁昭和五九年判決とも対比すれば、このような読み方に合理性があるのかは疑問である。

もう一つの考え方は、例外的余地を認めるものである。判例タイムズ一三二一号七五頁の「解説」によれば、「前掲昭和四五年判決等は、費用がどんなに多額でも予算措置を講ずべきであると述べているのではなく、瑕疵があると判断される場合に、たとえ防御策を執ることに多額の費用を要するとしても、直ちには免責されない旨を述べているにすぎないものであって、瑕疵の有無を判断するに当たり、財政面の困難性は判断要素として考慮し得ないということにはならないと解される」。「本判決も、そのような意味で、本件資料のような対策を講ずるために多額の費用を要することを、瑕疵を否定する方向の事情に挙げているものと考えられる」と解説している¹⁷。速藤博也教授も、高知落石事件の最高裁判決は、「費用がどんなに多額でも予算措置を講ずべきであるなどは毛頭いっていないのであって、安全性確保のため数ある危険防止措置のいずれもがとられていないという事実関係のもとにおいて、その措置の一つである防御

柵を設置するとした場合に「予算上困難だからといって」「それにより直ちに」は免責されないといっているだけだからである」と述べている。確かに、道路整備といえども有限の財政の枠内で実施されるものであるから、無限の資力をもって、高度に絶対的安全性を完備したものと捉えることは期待できない。「道路といえども予測可能な危険に対し絶対安全なものとして設置されているものとはいえず、危険性を内包しているものであり、常により安全なものへ向けられた補強維持管理業務が伴う」存在であるとの見解には一定の合理性が認められる。一般に学説も、「一般論としては、安全性確保のために国の財政規模に照らして著しく巨額の出費を要する場合には、通常有すべき安全性を欠いたものとはいえない」ことを肯定しつつ、瑕疵が否定される場合は相当限定されると解し、あるいは、危険防止措置をとらなかつたことが国民の法意識に照らして明白に合理的であるような場合に限定している。

予算制約論を瑕疵の判断要素に取り込むことに一定の合理性が認められるとしても、本件最高裁判決については容易に賛成することはできない。前記最高裁判昭和五九年判決の「道路の管理者において災害等の防止施設のための予算措置に困却するからといってそのことにより直ちに道路の管理の瑕疵によつて生じた損害の賠償責任を免れうるものと解すべきでないとする当裁判所の判例……も、河川管理の瑕疵については当然には妥当しない」との判示事項からすれば、道路の場合は河川の場合と比較して予算制約の程度に差異が認められるべきである。学説も、一般論として、「社会的資源配分という観点からみ

て正当化されないような巨額の投資を必要とするような安全対策を講ずることまで要求されると解することには疑問の余地がないではない」としつつ、河川の場合と比較して「道路の場合には、社会的資源配分という観点から要請される安全対策を講ずる上で、マクロにみて予算措置が不十分であったとしても、瑕疵責任を免れることはできないという点で、差異が生ずる」と解している。

いずれにせよ、本件の場合「社会的資源配分の観点からみて正当化されないような巨額の投資をしなければ、結果を回避できなかつた」という事案であるのか否かを具体的に検討する必要があるはずである。本件最高裁判決は「そのような対策を講ずるためには多額の費用を要することは明らか」と述べるにとどまり、何ら具体的な事実を検討していない。札幌高裁判決によれば、旧道路公団は本件事故後約九〇〇〇万円かけて防護柵を補修したと認定しているが、仮にそのとおりであれば、果たして九〇〇〇万円が多額といえるのであろうか。それとも最高裁は全国的な規模を考えているのであろうか。少なくとも「多額費用」の妥当性を示すべきであった。

三 本件最高裁判決の射程

本件判決は、第一に、危険の存在について運転者側の結果回避義務を重視し、第二に、安易に予算配分論を瑕疵判断の要素に取り入れた点で大きな問題がある。しかし、危険の存在や予算制約論は、事案ごとの個々具体の総合判断に委ねられるので、

具体的な事情の下では異なる判断が可能であると思われる。

なお、札幌高裁判決が判決文で「中小動物」という文言を使用しているのに対し、本件最高裁判決は「小動物」を使用している。最高裁が意図的に用語を使い分けたのかは不明であるが、仮に最高裁判決が事例判決として「小動物」に限定する趣旨であれば、エゾジカのような「大動物（大型野生動物）」（札幌地裁平成一〇年判決）や「中動物」は射程外ということになる。最後に、本件とは直接的には関係はないが、わが国において非常に多くのロードキルが発生していることが浮き彫りになった。動物と人間の共生という観点からも、環境問題としても、道路行政としてロードキル対策が不十分であることは明らかである。今後は、道路の安全性確保の観点のみならず、環境問題としてもロードキル対策の議論を深めていくことが必要である。

(吉野夏巳)

- (1) 宇賀克也『国家補償法』(有斐閣、一九九七年)二二九頁、宇賀克也『行政法概説Ⅱ・第2版』(有斐閣、二〇〇九年)四一八頁
- (2) 西塾章『国家補償法概説』(勁草書房、二〇〇八年)一〇九頁
- (3) 学説については、用語法の整理とともに、宇賀・国家補償法の争点(新版)一六八頁など参照。
二四九頁以下、古崎慶長「営造物の管理の瑕疵の意義」行政法の争点(新版)一六八頁など参照。
- (4) 原田尚彦『行政法要論・全訂七版』(学陽書房、二〇一〇年)一九八頁、三〇〇頁
- (5) 原田尚彦・行政法要論三〇四頁参照
- (6) 宇賀克也・国家補償法二五二頁、塩野宏『行政法Ⅱ・第五版』

- (7) (有斐閣、二〇一〇年)三四四頁(注5)
室井力・市橋克哉編『基礎演習行政法』(有斐閣、一九九三年)一八八頁(福家俊朗)
- (8) 宇賀克也・行政法概説Ⅱ四二六頁、櫻井敬子・橋本博之『行政法・第二版』(弘文堂、二〇〇九年)三八八頁
- (9) 芝池義一『行政救済法講義・第三版』(有斐閣、二〇〇六年)二八四頁。また、宇賀克也・行政法概説Ⅱ四二六頁以下参照。
- (10) 國井和郎「道路の設置・管理の瑕疵について(3)」判例タイムズ三三二号三三頁以下
- (11) 藤原淳一郎・行政判例百選Ⅱ四八〇頁、阿部泰隆『国家補償法』(有斐閣、一九八八年)二〇四頁
- (12) 塩野宏・行政法Ⅱ三三七頁、阿部泰隆・国家補償法二一四頁
- (13) 原田尚彦「熊の出る遊歩道は瑕疵ある営造物か」『行政法散歩』(有斐閣、一九八五年)一〇八頁
- (14) 宇賀克也・行政法概説Ⅱ四三三頁も「財政的制約が瑕疵判断において持つ意義につき、道路と河川では異なるという立場を前提としていることになる。すなわち、河川の場合には、マクロでみた場合、治水対策予算が不十分であるために十分な治水対策を講ずることができなかった場合には、瑕疵が否定されてもやむをえないことになるが、道路の場合には、社会的資源分配という観点から要請される安全対策を講ずる上で、マクロにみて予算措置が不十分であったとしても、瑕疵責任を免れることはできない」という点で、差異が生ずることになる」としている。
- (15) 芝池義一・行政救済法講義二九五頁以下。宇賀・行政法概説Ⅱ四三三頁も「同判決が、予算上の制約があるからといって賠償責任を免れることはできない」という場合、社会的資源配分の見地からみて必要とされるような安全対策への投資が具体的な予算措置の不足のために十分行いえなかったとしても、それは

免責事由にならないという意味にとどまるのか、それとも、危険が予見可能であり、一定の防災対策を講ずることによって結果回避が可能であったとすれば、それがいかに多額の予算を必要とするものであったとしても、瑕疵が肯定されるという趣旨なのかは、必ずしも定かではない」と述べている。

(16) 瑕疵の有無を判断するに当たり、財政面の困難性を判断要素として考慮する学説については、判例タイムズ一三二一号七五頁「解説」の引用文献参照。仮に、予算制約論を限定的であれ肯定するとして、これを抗弁事由と構成するのか、それとも瑕疵の判断要素として構成するのかという問題が残る。学説の多くは、他の諸事情と併せて考慮されるべきものであり、瑕疵判断の要素として考えるべきだとしている（西瑛章・国家補償法概説一四一—一四二頁）。

(17) 遠藤博也『国家補償法 上巻』(青林書院新社、一九八一年)五六—五七頁

(18) 中村勲「予算・技術的制約」村重慶一編『裁判実務体系』(18) (青林書院、一九八七年)六七〇頁

(19) 西瑛章・国家補償法概説一四二頁

(20) 芝池義一・行政救済法講義二九六頁

(21) 宇賀克也・行政法概説II四三二頁