HOKUGA 北海学園学術情報リポジトリ
学校法人北海学園
北海学園大学
北海商科大学

タイトル	道路法の原因者負担金制度と裁量統制(一) ： 復旧工事費用負担処分取消請求事件(札幌地裁判決、札幌高裁判決及び最高裁決定)再論
著者	秦，博美
引用	北海学園大学法学研究，45(4)：701-744
発行日	2010-03-31

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

研究ノート

道路法の原因者負担金制度と裁量統制(一)
――復旧工事費用負担処分取消請求事件（札幌地裁判決、札幌高裁判決及び最高裁決定）再論

秦　博美

目　次

一　はじめに
二　事実関係等
三　一審裁判所での審理・判断
四　二審裁判所での審理・判断
五　最高裁の判断
六　負担金額に関する学説
七　「減価償却」の問題点（論点一）（以上本号）
八　行政裁量と裁量統制（論点二）（以下仮題）
九　法の解釈適用と判断余地
十　終わりに

一　はじめに

1　自前の訴訟の初めての判決

筆者は、北海道の執行機関に勤務する自治体職員であるが、法曹等に依存しない「自前の訴訟」を実践してきた。自前の訴訟の八番目の案件である本件訴訟は、道路法五八条一項の原因者負担金[1]の性格と損害概念を争点に争われ、初めての判決として平成一五年一〇月一〇日に一審判決の言渡しがあったものである。実質的に被告・北海道の敗訴判決であったため、筆者は判決批判を北海道町村会の政策情報誌で行ったが[2]、雑誌の性格上、概略的・素描的なものに終わらざるを得なかった。その後、阿部泰隆教授が、概説書等で本件地裁判決を採り挙げ、基本的に賛同し、その際、「法学セミナー」の拙稿に疑問を呈していることから[3]、それらの議論をも踏まえ、法理論的に考察を加え、再論（詳論）するものである。

2　研究者による判例研究（評釈）の陥穽(?)

今回の考察を通じて改めて実感したことがある。それは、従来の、研究者による判例研究には、実は大きな問題点が伏在しているのではないかという懸念である。研究者は、判例集、判例雑誌や最高裁のＨＰから、判決書を入手することになるが、判決書は口頭弁論における当事者の主張・立証のごく一部しか採り挙げられていないケースが多いのである。手際よく論点が整理されてはいるが、裁判所が自らの結論を導くのに必要な最小限の範囲においてであり、場合によっては恣意的な取捨選択がなされる場合すらある。本件もその例に漏れないものであり、とりわけ地裁判決

は、およそ審理の実態とかけ離れ、かつ、偏頗のおそれのある判断と言わざるを得ないものである。

このため、本稿では、判決書上は採り挙げられていない当事者の主張等を「原記録」に基づき詳しく紹介しながら、訴訟当事者ではなく、基本的に判決書しか検討資料を持ち合わせない「第三者」である研究者の参考に供し、判決書からは隠されている個々の論点に関し、実務に役立つ理論の提示をいただければと願う次第である。(4)

注

(1) 原因者負担金制度は、特定の工事等の原因を与えた者に対して工事費用を負担させる制度であり、河川法六七条、自然公園法四七条等にも同様の規定がある。実務上の重要性とは裏腹に、最近の行政法の概説書で、原因者負担金制度に言及しているものは、極めて少数である。言及しているものとして、原田尚彦『行政法要論』（学陽書房、全訂第六版、二〇〇五年）二五八頁以下があるが、「これらの負担金にはその具体的な金額を決定する客観的な算定基準が発見しにくいなどの欠点がある。」とする。その他に、宇賀克也『行政法概説Ⅰ行政法総論』（有斐閣、第三版、二〇〇九年）一二一頁、二九五頁がある。

他方、櫻井敬子＝橋本博之『行政法』（弘文堂、第二版、二〇〇九年）、芝池義一『行政法総論講義』（有斐閣、第四版補訂版、二〇〇六年）、藤田宙靖『行政法Ⅰ（総論）』（青林書院、第四版改訂版、二〇〇五年）、塩野宏『行政法ⅠⅡⅢ』（有斐閣）等では、原因者負担金の記述は見られない。

木佐茂男教授は、「行政法学では伝統的に、一方で、各論の公用負担という部分で受益者負担や原因者負担・損傷者負担が、他方で、公法と私法の区分を論じる部分で公法上の不当利得や事務管理が論じられる。」と述べ、行政法学体系での位置付けを提示している。（「原因者負担制度と行政法上の不法行為・事務管理」法学教室九四号（一九九八年）一〇一頁）

この制度を巡る裁判例の分析について、土居正典「道路管理と原因者負担金」鹿児島大学法学論集三五巻一号（二〇〇〇年）四五頁以下参照。また、道路セミナー一九一号（全国加除法令出版、一九八四年）四頁以下では、原因者負担金制度の特集を組み、宇賀克也「原因者負担金制度の法的性格についての分析」、碓井光明「原因者負担金債権の性質について」、山田卓生「原因者負担金制度の私法的考察」、磯部力「原因者負担金制度の運用上の問題点に関する考察」等の論文が収められている。

(2) 「自治体争訟実践入門（上）（中）（下）（補遺・意義再論）」フロンティア一八〇　二〇〇三年夏季号四六頁以下・秋季号五四頁以下、

二〇〇四年新春号五六頁以下・夏季号六二頁以下。その概略版として、拙稿「自治体の訴訟は自前で！――分権時代の法的説明責任の在り方」法学セミナー六〇二号（二〇〇五年）一一六頁以下

(3) 阿部「行政法解釈のあり方(二)」自治研究八三巻八号（二〇〇七年）二二頁以下、同『行政法解釈学Ⅰ』（有斐閣、二〇〇八年）八四頁、二二七頁以下。阿部教授は、この問題を「公法私法二元論、一元論の問題と捉える向きもあるが、公法の領域では私法の適用がないと仮定しても、憲法二九条の財産権の制限の問題として、限定解釈が必要なのである」とする（前掲論文二三頁。前掲書二二八頁も同旨）。

(4) 藤田宙靖判事は、判例批評がその事件の原記録の分析を踏まえたものではない結果、しばしば説得力に欠ける憾みがあることを指摘しているが（『行政法の基礎理論上巻・下巻』（有斐閣、二〇〇五年）のあとがきの三）、場合によっては「的外れ」の論理評釈となる虞なしとしないというのが管見である。

二　事実関係等

1　事件に係る事実関係

本件は事実認定では、当事者間で基本的に主張の相違がないので、事実関係を一審判決の事実認定から拾って紹介する。

① 原告は、平成一三年一一月二三日午前四時ころ、北海道千歳市内の道道丸駒線（以下「本件道路」という。）において、運転していた車両を路外に逸脱させ、反対車線側に設置してあった定置式凍結防止剤自動散布装置（以下「本件装置」という。）を損壊するという交通事故（以下「本件交通事故」という。）を起こした者である。

② 被告北海道は、道路法（以下「法」という。）一五条に基づいて、本件道路及び本件道路の付属物（法二条）であ

る本件装置を管理する者である。

③　本件装置の維持管理業務を所掌する北海道札幌土木現業所（以下「札幌土現」という。）は、当初、法二二条一項の規定に基づき原因者による復旧工事を施行させるべく、原告の契約保険会社と協議を行った。

④　しかし、協議が調わないうちに降雪期が迫ったため、早急に本件装置を復旧すべく、自ら復旧工事を施行することとした。

⑤　札幌土現は、平成一四年一一月一一日、訴外株式会社との間で、本件装置の復旧工事（以下「本件工事」という。）に係る請負契約を、代金三五一万七五〇〇円で締結した。その内容は、損傷した本件装置を撤去し、新たに同程度の施設一式を設置するというものであり、本件装置を修理した場合と比較して割安であった。

⑥　被告は、原告に対し、法五八条一項に基づき、同月二五日付けで、本件工事に要した費用の全額である三五一万七五〇〇円の負担を命ずる処分をした（以下「本件処分」という。）。

⑦　原告は、同年一二月一六日、本件処分について、被告に対して行政不服審査法に基づく異議を申し立てたが、[5] 被告は、平成一五年一月一六日、これを棄却する旨の決定をした。

⑧　原告は、同年二月五日、札幌地方裁判所に対し、本件処分の取消しを求め、訴訟を提起した（平成一五年札幌地裁（行ウ）第六号　復旧工事費用負担処分取消請求事件）。

2　地裁での審理の経過

①　第一回口頭弁論期日　平成一五年五月九日

原告は、訴状及び平成一五年五月八日付け第一準備書面を陳述。被告は、同年四月一七日付け答弁書を陳述。

② 第二回口頭弁論期日　平成一五年六月二〇日

原告は、平成一五年五月九日付け第二準備書面及び同年六月一七日付け第三準備書面を陳述。被告は、同月一三日付け準備書面㈠を陳述。裁判長から次回で弁論終結の予定である旨告げられる。人事異動により本期日から筆者は指定代理人から外れた。

③ 第三回口頭弁論期日　平成一五年七月二五日

被告は、平成一五年七月八日付け準備書面㈡を陳述。事前の予告どおり、裁判長から被告に対し、法五八条一項の「全部又は一部」について、実際に一部を負担させた例があるかと聴かれ、「道では事例はない」旨を回答した。[6]裁判長が「今の点も調書に記載することとする」旨発言し、弁論終結。

④ 原告は、平成一五年七月二五日付け第四準備書面を裁判所に提出(期日後の提出であるため、陳述はしていない。)。

⑤ 判決期日　平成一五年一〇月一〇日

主文　一　被告が、原告に対し、平成一四年一一月二五日付け…でした復旧工事費用負担処分のうち、二二五万一二〇〇円を超える部分を取り消す。

二　原告のその余の請求を棄却する。

判決文は、最高裁のHPに掲載されているが、判例集未登載である（道路行政セミナー（道路広報センター）二〇〇三年一一月号五五頁以下に概要掲載）。

3　高裁及び最高裁での審理の経過

① 北海道は、平成一五年一〇月二三日付けで、札幌高等裁判所に控訴を提起した（札幌高裁（行コ）第一七号　復

旧工事費用負担処分取消請求控訴事件）。四囲の客観的状況から自前の訴訟追行という選択肢はなく、断腸の思いで弁護士を訴訟代理人に選任した。

② 第一回口頭弁論期日　平成一六年二月一〇日

控訴人（被告）は、控訴状及び平成一五年一二月八日付け控訴理由書を陳述。被控訴人（原告）から、控訴の趣旨に対する答弁がなかったことから、裁判長が「被控訴人は控訴棄却を申し立てるということか」と確認の上、被控訴人の平成一六年二月九日付け第五準備書面を陳述。[7] 双方特に主張がないことから、弁論終結。

③ 判決期日　平成一六年三月二五日

主文　一　原判決中控訴人の敗訴部分を取り消す。

二　被控訴人の請求を棄却する。

判決文は判例集未登載であるが、北海道町村会のＨＰで概要を知ることができる（http://houmu.h-chosonkai.gr.jp/hanrei/jirei20.htm）。

④ 被控訴人（原告）は、平成一六年四月五日、札幌高裁に対し最高裁あての上告状を提出し、同年五月二一日付けで上告理由書を提出した（札幌高裁からの上告提起事件番号は平成一六年（行サ）第二号　復旧工事費用負担処分取消請求上告提起事件であった）。

⑤ 平成一六年九月二一日、最高裁判所第三小法廷は、裁判官全員一致の意見で「本件上告を棄却する。」旨の決定を行った（平成一六年（行ツ）第一八二号）。

注

(5) 都道府県道に関する事務については、地方公共団体の自治事務とされており、上級行政庁は存在しないので、行政不服審査法五条一項一号及び六条の規定からすると異議申立てのみが認められることになるが、法九六条二項前段は、特に国土交通大臣に対する審査請求を認めている。そして、同項後段は、都道府県に対する異議申立てをすることもできると規定しているが、これは行政不服審査法の原則であり、法において確認的に規定したものである（道路法令研究会『道路法解説』（大成出版社、改訂四版、二〇〇七年）五八九頁）。訴訟との関係では行政不服審査前置主義ではない。

(6) 最終期日の前日、左陪席裁判官から、被告の法制文書課へ電話照会があった。その内容は、法五八条一項の「全部又は一部」の解釈について、道に「一部を負担させる場合」の基準が定められているか、また、一部を負担させた実例があるかというものであり、七月二五日の期日で、裁判長から同趣旨の質問をするので、回答するよう求められた。七月二五日の期日対応として、「一部を負担させる場合の基準は定められていない。道では一部を負担させた実例はない。」旨回答する予定であったが、裁判長からは前段の質問はなかった。それに呼応する形で、原告は、同日付けの第四準備書面で、「原告は、弁論の再開を求める意思はない。」と締めくくりつつ、「本日の弁論期日において、被告は、被告において一部負担を命じた前例はあるかとの裁判長の質問に対して、そのような前例はないとの釈明をなした。」との書き出しで、行政庁と道民のお上意識、行政庁の前例踏襲主義に対する批判をステレオタイプ的に展開した。法的主張としては「空虚」の一語に尽きるが、残念ながらそれ以上の議論の深化はなかった。当時、筆者は裁判所からの質問の趣旨を図りかねていたが、現時点で考えると、行政裁量に係る重要な論点を実は提示していたのではないかと思われる。とりわけ前段の質問が重要であると思料するが、裁判長がその質問を失念したということは、当該質問は、（右又は左）陪席裁判官の理論的関心に起因するものと思われる。

(7) 2の④で述べたとおり、原告の第四準備書面は陳述されていないことから、第五準備書面は、第四準備書面として陳述されるべきものであるが、この点について裁判長からの訴訟指揮はなかった。

三　一審裁判所での審理・判断

1　原告の主張（判決書から）

本件処分は次の理由により違法である。

①　法五八条一項の「必要を生じた限度」違反

法五八条一項は、工事費用について「その必要を生じた限度において」原因者に負担させる旨規定しているが、これは、負担額については民法の原則に従うことを宣言したものにほかならない。仮に、そうでないとしても、衡平の原則に従うことを宣言したものである。本件装置は、平成一〇年一二月に設置されたもので、予算編成上五年の減価償却を見込んでいたのであるから、本件交通事故当時における本件装置の現存価格を計算すると、一三六万八〇〇円となる。本件処分が許されるとすると、被告は、本来、本件装置を本件交通事故の二年後には交換しなければならなかったのに、原告の負担により、本件交通事故の五年後までは交換する必要がなくなり、三年分の減価償却費相当分を利得することになるが、法五八条一項は、このような利得を許すものではない。

したがって、本件処分は、一三六万八〇〇円を超える限度において法五八条一項に違反する。

②　法五八条一項の「その全部又は一部」違反

法五八条一項は、道路に関する工事又は道路の維持の費用について、「その全部又は一部」を原因者に負担させるとしている。したがって、被告は原告に対し、①のとおり、本件交通事故当時の本件装置の現存価値である一三六万八〇〇円の範囲内で本件工事に要した費用の一部を命ずべきところ、本件工事に要した費用の全額である三五一

万七五〇〇円の負担を命じたのであって、本件処分は、道路管理者に与えられた裁量権の範囲を著しく逸脱するものであり、法五八条一項の「その全部又は一部」に違反する。

③　相当因果関係の不存在

法五八条一項は、道路管理者に対し、道路ないし道路関係施設の公共性による早期復旧の必要性から、原因者の行為によって道路管理上必要になった工事又は費用について、原因者に対してその全部又は一部を負担させることができるという行政処分上の権限を与えたものに過ぎない。

したがって、道路利用者が、本件装置のような道路関係施設を損壊した場合、その者が負担すべき復旧工事の費用に係る法律関係は、民法によって規律され、上記損壊と相当因果関係にない損害の賠償義務はない。

以上のとおり、本件処分は、民法上の不法行為における相当因果関係の原則に反するから、①のとおり、本件交通事故当時の現存価値である一三六万八〇〇円を超える限度において法五八条一項に違反する。

④　憲法二九条違反

公の営造物を私人が損壊した場合の賠償に関する法律関係は、権力関係を基礎とした法律関係ではないから、私人の所有物を私人が損壊した場合の法律関係と何ら異なるところはなく、民法の原則により規制されるべきものであり、これに関する行政処分の権限も民法の原則に従って行使されるべきである。

したがって、被告は、道路関連施設の現存価値を超過する負担を原因者に課すことはできないから、これに反する本件処分は憲法二九条一項、三項の趣旨に反する。

2　被告の主張（判決書から）

本件処分は違法ではない。法五八条一項は、道路を損傷した者に対し、私法上の不法行為による損害賠償請求とは別個に、その復旧費用を負担させることを特に認めた、公法上の人的公用負担に関する規定である。したがって、法五八条一項が、損傷行為当時の価値の賠償について定めたものであるという原告の主張は、以下のとおり、根拠のない独自の見解である。

①　法五八条一項の「必要を生じた限度」について

法五八条一項の「必要を生じた限度」との文言は、民法の原則を採用したものではない。すなわち、法五八条一項にいう費用は、損傷行為当時の価値の賠償ではなく、機能回復（効用の原状回復）に要する費用の趣旨であるから、損傷した施設の現存価値を意味するものではない。

新品への交換も、見積りの結果、修理に要する費用の方が高額であったこと、本件装置の製造業者が一社のみであり、需要者が道路管理者に限られていること、製造開始から日が浅いことなどから、中古品を調達することが不可能であった。したがって、その費用も必要最小限のものであった。

②　法五八条一項の「その全部又は一部」について

法五八条一項は、「その全部又は一部を負担させるものとする」と規定しており、法文上、道路管理者の裁量によって原因者が負担すべき額を減額し得ると考える余地がある。しかしながら、本件において、本件工事の費用全部が道路の機能回復に必要な限度であり、衡平の観点からみて、特に裁量により負担額を減額すべき必要性はないと判断し、全額を負担させるとしたものである。

③　相当因果関係について

法五八条一項は、道路管理者である被告に対し、道路を損傷した原因者である原告に「損傷した機能を回復するための費用」を負担させる権限を定めたものであって、原告が道路管理者に与えた「損害の賠償」（価値の復元）を請求する権限を定めたものではない。

道路損傷行為により原因者が負担すべき額は、原因者の損傷行為により喪失した道路維持管理機能の回復に必要な限度であって、原因者が喪失させた道路維持管理機能と、その復旧のための工事費用との関係においてのみ、その相当因果関係が問題となるものである。

これを本件についてみると、本件工事は、原告が損傷した本件装置の機能回復のみを目的とし、その内容がすべて機能回復に必要なものであり、その全額が原告の損傷行為と相当因果関係のあるものである。

④　憲法二九条について

憲法二九条に違反するとの原告の主張は、公の営造物を私人が破損した場合の賠償に関する法律関係は、権力関係を基礎とした法律関係（公法関係）ではなく、私人の所有物を私人が破損した場合の法律関係と何ら異なるところはないとの原告独自の見解を前提とするものであって、失当である。

3　裁判所の判断

札幌地裁（民事第五部：裁判長裁判官　笠井勝彦　裁判官　寺西和史　片山博仁）は、「法五八条一項は、道路管理者に対し、その優越的地位に基づき、行政上の裁量に基づいて道路に関する工事又は道路の維持の費用の負担をその原因者に課する命令権限を付与したものと解すべきであ」り、「法五八条一項が、民法上の不法行為の特則であるとす

る原告の主張は採用することはできない。」（傍線筆者。以下同じ。）と、正当にも判断しながら、誰と誰との間の「衡平」であるかを深く考究することなく、安易に「衡平の理念」を持ち出し、「本件装置の現存価値」である「二二五万一二〇〇円を超える部分の取消し」を認めた。すなわち、

① 「法二二条一項は、法五八条一項と同様の原因で必要を生じた道路に関する工事又は道路の維持に関して、道路管理者に、法五八条一項による金銭給付とは別に、原状回復を命ずる権限をも付与している。（改行）このように、法二二条一項及び法五八条一項は、無過失責任と行政の優越性に基づき、原状回復や負担金の徴収を認める制度であり、過失責任（民法七〇九条）や金銭賠償の原則（民法四一七条）を前提として、対等な立場に立つ二当事者間の損害を公平に分担しようとする民法上の不法行為の制度とは異なる性質のものである。（改行）そうすると、法五八条一項は、原則として、公共用物である道路に関する費用は、すべて道路管理者が負担すべきところ（法四九条）、道路に関する工事又は道路の維持が、道路管理者以外の者の工事又は行為に起因する場合には、その費用までも道路管理者が負担することは衡平の原則に反するため、これを原因者に負担させることとした、いわゆる原因者負担制度を定めたものと解するのが相当である。」

② 「法五八条一項は、昭和二七年に施行されてから（…）、昭和四六年に、道路の維持の費用を負担させることを追加する改正が行われた（…）だけで、その内容にはほとんど変更が加えられておらず、立法当時と比較して交通量が増加し、道路自体の整備が進み、道路付属物等も多様化している現代においては、法五八条一項にいう道路に関する工事又は道路の維持の費用も、多様な原因、態様で発生し、さらに、場合によっては、発生する費用の額も相当高額になるのであって、同項を単に原因者負担制度であることを理由として、原因者に対し生じた費用の全額を一律に負担させるものであるとして、解釈・運用することは、衡平の理念に著しく反する結果になりかねない。[8]（改

行）…法四九条は、本来、道路に関する費用は全て道路管理者が負担すべきとしているところ、本件装置のように一定の期間が経過すれば、道路管理者が全ての費用を負担してその更新をすることが予定されている物（…）について、たまたまその期間経過前に原因者の行為によって損傷が生じ、これを更新すべき時期が早まったからといって、その費用の全部を原因者に負担させることは、予定されていた更新時期における道路管理者の出損を原因者の負担によって免させることになるのであって、そのような事態は、法五八条一項が前提とする衡平の理念に合致しないことは明らかである。（改行）このような観点からすると、道路管理者の有する行政上の裁量権も無制限なものではなく、道路に関する工事又は道路の維持の費用が発生した原因や現に発生した費用の額などの諸条件を勘案し、衡平の理念からみて許容される限度において行使すべきであって、当該処分がこの範囲を超えている場合には、当該処分のうち上記範囲を超える部分は、違法となると解すべきである。このことは、法五八条一項が、「全部又は一部」と規定して、道路に関する工事又は道路の維持の費用について、必ずしも全部ではなく、一部だけを負担させることができると定めていることとも符合する。[9]」

③「本件装置の損壊は、原告の過失による本件交通事故によって生じたものであり、原告の故意に基づく…ものではないこと、本件装置は、その設置から二年余りが経過していること、本件装置自体が相当高額なものであり、…であることを考えると、本件工事に要した費用である三五一万七五〇〇円の全額を原因者である原告に負担させる本件処分は、結果として、原告に本件装置の現存価値を超える高額の金銭の支払を命じ、道路管理者である被告に、現存価値を超える部分を利得させることになるのであって、原告に酷にすぎるといえ、衡平の観点から許容することができないものといわざるを得ない。（改行）したがって、本件処分は、本件装置の現存価値を超える部分について原告に負担を命じている限度で違法である。[10]」

④　平成一一年二月の本件装置の設置当時の価格（二九一万九〇〇〇円）と平成一四年一一月の時点における本件工事に要した費用（三五一万七五〇〇〇円）とは等価であるとし、三五一万七五〇〇〇円を基準に、「被告は、法人税法上、非課税とされている地方公共団体であるが、本件装置の使用年数が五年を超えることを認めるに足りる証拠もないから、法人の財産に係る価値の算定方法として一般的であると解される定額法による法人税法上の減価償却を行うこととし、本件装置の設置から本件交通事故の発生までにおよそ二年九か月が経過していることから経過年数を二年とし、耐用年数経過後の現存価値を取得額の一〇パーセント、償却率を〇・二、償却期間を五年として計算すると、本件装置の現存価値は二二五万一二〇〇円となる。[11]」

⑤　被告が主張する、「新品しか調達できないことや法五八条一項が機能の復旧を目的としていることだけから、いかなる金額であっても全額を負担させることができると解することはできず、前記②（筆者番号）のとおり、これらの被告の主張を採用することはできない。[12]」

4　判決書の主張整理から漏れている被告の主張

被告は、平成一五年六月一三日付け準備書面(1)で、以下の主張をしたが、判決書には一切現れてはいない。果たして、本件事案の判断において法的に意味のない主張であるか否かについて、疑問が残る。詳細は後述する。

①　「原告は、道路法解説が『…不可避的に道路の改良を伴うような場合（耐用年数等について）には、超過分は、道路管理者において負担する』としていること（四四三ページ）を挙げ、残存価値の範囲内での負担を命じるべきであると主張する。ここで言う『道路管理者において負担する耐用年数の超過』とは、アスファルト舗装（減価償却資産の耐用年数等に関する省令（…）別表第一により耐用年数一〇年）をコンクリート舗装（…耐用年数一五年）

に改良する等、従前の施設より耐用年数が長い他の施設に改良する場合を意味し、従前と同一の施設を再築する場合は、道路維持管理機能は何ら変化がないから道路の改良とはいえず、したがって、『道路管理者において負担する耐用年数の超過』には当たらないものである。」

「念のため付言すると、被告は公共法人であり、法人税の非課税団体であるので（法人税法（…）第四条第三項）、本件復旧工事により本件道路施設を新品に交換したことによって、被告は少なくとも会計上で減価償却費相当額を利得することはあり得ないものである。」

② 原告の「法第五八条第一項又は本件処分が憲法第二九条第三項（の趣旨）に違反する」との主張に対しては、次のとおり反論した。

「原告が主張する『民事法の原則』とは、『不法行為による物的損害の額は、その物の損傷当時の残存価値を超えることがない』というものであり、これが憲法第二九条の趣旨であるという一点に尽きる。（改行）しかしながら、この命題は、中古品についても高度の市場性を有し、現実に、全損当時の車両と同程度の車両を、全損当時の残存価値によって容易に再調達できる、車両の損害について妥当するものであって、すべての物的損害にそのまま適用できるものではない。ましてこれが民事法の一般原則であり、しかも憲法第二九条の趣旨であるとまでは到底いえないものであるから、原告の主張はその前提において失当である。」

具体的には、「裁判例においても、交通事故により中古営業用設備品を全損させた場合について、『本件事故によって失った前記物品を店舗に備付けある原状に回復するには、新品を調整するのほか方法がなく、これに要した費用はその全額が本件事故によって生じた損害であり、しかも相当因果関係の範囲内にある損害であると解するのが相当である。』（東京高裁昭和二九年七月一〇日判決下級裁判所民事裁判例集五巻七号一〇六〇ページ）とし、不法行

為に基づく損害賠償においても、中古品の全損に対して新品調達費用を損害額と認めた例が存在し、損害額に関する被告の主張は、私人間の民事関係においても認められているところである。」「本件道路施設の物的な損害額の算定は本件道路施設の再調達費用によるべきであり、本件道路施設を税法上又は会計上の減価償却により算定した金額によることは、交通事故における中古車の損害額の算定においてさえ、『課税又は企業会計上の減価償却の方法である定率法又は定額法によって定めることは、加害者及び被害者がこれに異議のない等の事情のない限り、許されない（最高裁昭和四九年四月一五日判決交通事故民事裁判例集七巻二号二七五ページ）』とされ、『民事法の原則』どころか、むしろ『民事法の例外』であり、本件事故における本件道路施設の物的な損害額の算定には相当でない。」と主張した。

これに対する平成一五年六月一七日付けの原告の第三準備書面では、上記論点に関する反論は一切なかった。判決書においても、当事者の主張としての記載もなく、当然のことながら、それに対する裁判所の判断もないのである。相手方の主張に沈黙（無視？）すれば、当該論点（争点）は「当事者の主張」から外れるとでも言うのであろうか。ここに裁判所による恣意的な争点の取捨選択がなされているのである。そして、その事件における当該論点は、第三者である研究者の眼からは、（当面あるいは永久に）、葬り去られることになる。本件装置の現存価値を媒介項にして本件処分の一部取消しという結論を導く一審判決においては、周到に論証すべきものと思われるにもかかわらず。

注

（8）この判旨は、一見、憲法の違憲審査制の議論における「運用違憲」を認定されているが如きである。すなわち、運用違憲とは「法令そのものの合憲性を前提にしながらも、その運用のあり方を憲法上問題とし、違憲の運用が行われている場合にその一環として現

れた当該処分は違憲だと判断する方法で、法令の当該事件への具体的な適用の次元ではなく、その前の運用一般の次元で違憲と判断する点に特色がある」（野中＝中村＝高橋＝高見『憲法Ⅱ』（有斐閣、第四版、二〇〇六年）三〇五頁）ところ、一審判決は、被告の法五八条一項の「解釈・運用」の在り方（不文の基準？）を問題視し、それを端緒に結論を導いているものとも解されるのである。また、笹倉秀夫教授は、「憲法が保障している基本的人権を、下位の法律によって制限する場合には、その法律は、――たとえそうした制限自体は合憲であっても――憲法との体系的連関において、限定的に運用されなければならない、という原則がある。」とし、これは比例原則やＬＲＡの基準につながる思考であるとする（『法解釈講義』（東京大学出版会、二〇〇九年）三一頁）。

この点、行政法学の裁量基準設定説は、次のように説明する。「行政法規が、行政庁に行政行為を授権する際に、これに裁量権をみとめる場合にも、行政庁の定立する具体的裁量基準が、害意をもって根拠法規の目的以外の目的を追求し、もしくは、根拠法規の目的との関係において、関連のない事項をとり入れ、関連のある要考慮事項を考慮しないなど、根拠法規の目的に違反し、または、比例原則・平等原則に違反して定立され、この裁量基準に従って具体的な行政行為が行なわれる場合や、右の裁量基準には瑕疵のない場合でも、その適用に際して、その要件事実の誤認があり、または、比例原則・平等原則に違反して行政行為が行なわれる場合には、裁量の踰越または濫用があり、当該行政行為は違法であって、訴の利益が存する限り、司法審査の対象となると解する。」（杉村敏正『全訂行政法講義総論（上巻）』（有斐閣、一九六九年）一九七頁。同『法の支配と行政法』（有斐閣、一九七〇年）二〇八頁及び二七七頁も同旨）一審判決の判旨は、裁量基準と明示はしていないが引用文の前段の場合と解される。後段は裁量基準の硬直的適用を禁止する趣旨であろう。

(9) 法五八条一項の「全部又は一部」との規定は、諸刃の剣である。一審判決は、行政処分の違法性を裏打ちするものとして「一部」を援用しているのに対し、後述の高裁判決は、裁量権の誤りがない根拠として「全部」を援用している（四の3の④）。

(10) 「現存価値を超える」（A）と「高額の金銭（の支払）」（B）との論理構造の分析が必要である。Aだけで、「現存価値を超える利得」を導き、「本件処分は、本件装置の現存価値を超える部分について原告に負担を命じている限度で違法である。」と結論付けることはもとより法理論的に可能であろうが、その場合、Bの存在意義は不明と言わざるを得ない。他方、A＋Bで初めて「原告に酷に過ぎる」と評価でき、「衡平の観点から許容することができない」と言えるのか、その論理構造は不明瞭・不分明である。付言すれば、原因者負担金の無過失責任の当否に関する議論はあるものの、刑事法の如く、故意と過失を区分する論理は到底納得できるものではない。

(11) この算定方式は、東京地判昭和四三年三月二一日交通民集一巻一号二八七頁等に倣ったものである。加藤一郎・木宮高彦編『自動

車事故の法律相談』（有斐閣、新版〔改訂〕、一九八三年）一八五頁参照

(12) 「いかなる金額」の具体的内容についても本件装置の現存価値との関連で本件事案に即して当然検討が必要であるが、その後の論証過程ではかかる検討は一切なされていない。

四　二審裁判所での審理・判断

1　控訴人の主張（控訴理由書から）

控訴人（被告）北海道は、控訴理由書により、大きく二つの観点から詳細な主張を展開した（傍線筆者）[13]。

第一は、原因者負担金と本件処分の適法性に関するもので、次のように主張した。

「不法行為による損害賠償義務と法第五八条第一項の費用負担義務は、性質を全く異にするものであるから、両者は当然に併存するものであり、仮に民法上の損害賠償義務の範囲が法第五八条第一項の費用負担義務の範囲よりも小さいものであっても、費用負担義務が損害賠償義務の範囲にまで縮減されることはありえない。」

「法第五八条第一項による負担の対象たる『道路に関する工事又は道路の維持の費用』とは、…、本件装置を原状に回復するために必要な費用にほかならず、本件装置の現存価値とは何らの関係もないものである。」

「本件のような事案で、裁量権の逸脱・濫用と考えられる場合としては、復旧工事により設置された装置が従前の装置よりも機能が向上し、その分だけ高額の費用を要したのに、その全額を原因者に負担させた場合、修理をすれば安価な費用で済んだのに、新装置と取り替えたことにより高額の費用を負担させる結果となった場合、原因者の行為と

相当因果関係のない損傷についても一括復旧工事を行い、その費用の全部を負担させた場合などが考えられる。そのような場合には、法第五八条第一項にいう『一部を負担させる』べきものであり、相当額を超える部分は裁量権の逸脱・濫用として違法となるものと考えられる。」

第二は、原判決における法令の解釈適用の誤りに関するもので、次のように主張した。

「原判決は、本件事故によって控訴人が蒙った財産上の損害の額を超える復旧費用の請求をすることは、衡平の理念に照らし許されないとしたものであり、法第五八条第一項の費用負担義務を公法上の原因者負担制度であることを認めながら、その金額の適否の基準として、不法行為責任における損害論を当てはめたものといわざるを得ない。(改行)…法第五八条第一項の費用負担義務は、道路管理者の損害を賠償させるものではなく、機能回復費用を負担させるものであるから、道路管理者の損害額を基準として費用負担額の上限を画するかのような議論は、およそ法律論として容認し得ない誤りを犯したものであり、前掲大阪高裁判決（筆者注：昭和六一年三月二五日判決行政事件裁判例集三七巻三号四四一頁）ほか従来の裁判例にも明らかに相反するものである。」

以下は、原判決のいう「衡平の理念」が全く根拠のないものであることにつき、個別に詳論したものである。

ア　「苛酷な負担」とはいえないこと

「当然ながら、被控訴人の車両についても、自動車保険が付保されており、本件訴訟の提起追行は当然保険会社の費用負担において行われているものと推定される。(改行)したがって、原判決が指摘する点は、道路交通の発達した今日の状況を踏まえているかのように見えて、実質は社会実態から乖離したものといわざるを得ない。」

イ　道路施設と公会計

「本件装置の更新時期が予め定められているわけではなく、将来の更新については全く未確定の事柄であり、道路

管理者が予定されていた更新時期に費用負担を免れるという考え方自体当を得ないものである。（改行）それに加えて、控訴人の会計は公会計であり、『各会計年度における歳出は、その年度の歳入をもって、これに充てなければならない』（地方自治法第二〇八条第二項）とされ、会計手法としてはいわゆる現金主義が採用されている。公会計においては、各会計年度を区分し、それぞれ独立して収支を均衡させることが求められているものであり、ある会計年度に行った支出を他の会計年度の費用として配分する減価償却は認められていない。控訴人の会計がこのようなものである理由は、控訴人は住民からの租税を財源として運営されるものであり、将来の住民からの租税収入を当てにして現在の支出を行うことは、財政の健全性を害するとともに、将来の住民が決定すべき租税の使途を先に決定してしまうことになり、将来の住民の権利を害することとなるからである。（改行）したがって、本件装置の機能回復費用の一部を控訴人が負担することとなれば、その財源をすべて本件処分時の住民から徴収した租税により賄わざるを得ず、本件事故がなければ一切必要のない負担を本件処分時の住民に強いるものにほかならない。本件処分時の住民と本来本件道路施設の更新を要する時期の住民とはその構成が一致しないことは当然であり、本件復旧工事の結果、仮に数年後の住民の負担が減少したとしても、それをもって道路管理者が将来の負担を不当に免れたとはいえず、むしろ、本件処分時の住民が無用な負担を強いられることの方が不合理である。[14]」

ウ　道路管理者の「利得」

「原判決は、また、被控訴人に本件装置の現存価値を超える金額の支払をさせることは、控訴人にその現存価値を超える部分を利得させることになるとも指摘している。（改行）しかし、そのような考え方自体、損害賠償理論を基礎とするものというほかなく、失当である。…法第五八条第一項の費用負担義務の範囲は、もともと原因者が負う機能回復義務に由来するものであるから、本件装置の財産上の価値が従来のものより増加したとしても、それ

は、機能そのものの増加とは異なり、法律上の利得を得たと評価すべきものではない。（改行）翻って考えると、道路管理者による道路の管理はもっぱら道路の利用者の便益のために行うものであって、道路管理者自身が道路及び道路施設から便益を受けることはありえない。…道路の維持管理に要する費用が道路管理者（…）の負担とされている（法第四九条）のは、道路が住民の生活上必要不可欠な社会基盤であるため、住民全体が負担する租税によってその費用を賄うことが最も適切かつ衡平であるからである。（改行）したがって、本件における問題の本質は、原因者である被控訴人と住民全体のどちらが費用を負担することが衡平の理念に合致するかの問題であって、単に一法人である控訴人が受けた損害の負担を原因者と控訴人との間でどのように分配するかという問題ではない。住民全体が道路の維持管理に要する費用を負担すべき根拠は、住民全体が道路を通常の用法に従って利用したことにより生じた費用であることに求められるのであるから、通常の用法によらない特別の原因行為により道路の機能が損なわれたときは、原因者において、損なわれた機能を回復させることが必要であり、そのことこそが『衡平の理念』に合致するというべきである。[15]」

エ　道路施設の現存価値

「原判決は、本件装置の現存価値を新装置の設置費用を基準として法人税法上の減価償却計算により算出している。本件装置の現存価値を問題とすること自体不当であることは既に述べたが、そもそも、法人税法上の減価償却は、固定資産を取得した場合において、定率法又は定額法により、その取得原価を数年度にわたって段階的に費用計上することができる上限を定めたものに過ぎず、減価償却計算をした結果がその現存価値を示すものと認める根拠はない。原判決は、その意味で、二重の誤りを犯したものといわざるを得ない。[16]」

以上は、原判決のいう「衡平の理念」の不当性についての立論であるが、他の法令等との不整合について、次のよ

うに主張した。

「法第二二条第一項による工事施行命令処分の内容は道路の機能回復であり、法第五八条第一項のように『全部又は一部』との文言により道路管理者の裁量を認める規定もないから、原因者がその費用のすべてを負担し、原因行為以前の道路機能を回復しなければならない。（改行）ところが、原判決に従えば、被控訴人はその費用のすべてを負担して原状回復を行うべき義務はないことになるため、本件において控訴人が法第二二条第一項による工事施行命令処分を行うこともまた違法と解さざるを得ない。」

「仮に控訴人が法第二二条第一項を適用し、工事施行命令処分を行ったとすると、被控訴人はこれに従わないという明示の意思を表示していたので、行政代執行法に基づき控訴人が代わって復旧工事を行い、その費用を処分の相手方である被控訴人から費用納付命令により徴収する（行政代執行法第五条）こととなる。（改行）行政代執行法第五条により徴収し得る費用は、『実際に要した費用の額』であり、一部を徴収するという文言はないため、全部を徴収することしかあり得ない。（改行）前記経緯からみて、法第五八条第一項に基づく本件処分は、法第二二条第一項による工事施行命令に従わなかったことにより行政代執行を行ったことと行為の外形上は全く同一であり、根拠法令が異なるからといって、負担させる費用の額に著しい較差が生じることは不自然というほかない。[17]」

そして、結論部分では、「原判決は、法第五八条第一項の費用負担義務を公法上の原因者負担制度を定めたものとしながら、衡平の理念に照らし、本件処分のうち本件装置の現存価値を超える部分を違法としたが、その実質は、民事上の損害賠償における損害の算定方法に従ったものといわざるを得ず、原判決の結論は明らかに矛盾している。（改行）また、原判決が「衡平の理念」に反すると判断した理由として指摘する事実はいずれも根拠を欠くものであり、何をもって衡平の理念に反するのかその合理的な理由が何ら示されていないに等しい。」とし、「原判決には法令の解釈適

用の誤り及び理由不備の違法があるから取り消されるべきである。」と締めくくられている。

なお、控訴理由書は、A四版一一頁（正味一〇頁）にわたる詳細なものである。

2　被控訴人の主張（第五準備書面から）

被控訴人の控訴理由書に対する反論は、「控訴人の主張は、畢竟、旧態依然たる公法私法に二分論に立脚するもので、理由がない。」というものである。具体的には、道路法の趣旨については、「法は、衡平の原則及び道路という公共の施設の維持管理のための公益上の観点から、道路管理者に対して私人に対する強力かつ迅速な自力執行権を認めたに過ぎない。したがって、法は、自力執行力を与えはしたが、私人が道路施設の現存価値以上の負担をすべきことを認めてはいないし、仮に、法がそのようなことを容認していると解釈しうるならば、法が憲法二九条の趣旨に反すること明らかである。」とする。

また、高額の負担については、「控訴人は、…保険制度があるから問題がないとするようである。（改行）しかし、この議論は全く本末転倒と言わざるを得ない。保険制度は、本来、保険契約者の損害賠償義務に対応するものであり、事故との相当因果関係にある損害についてのみ保険金が支払われるものである。むしろ、保険制度から見れば、控訴人の行政命令は、保険ではカヴァーできない負担を私人に強いるものである。」とする。

そして、住民の負担について、「控訴人は、本件装置の機能回復費用の一部を道路管理者たる控訴人が負担することになれば、その財源をすべて本件処分時の住民から徴収した租税により賄わざるを得ず、本件事故がなければ一切必要のない負担を住民に強いることになると主張する。（改行）では、控訴人は、本件装置の復旧によって装置の機能存続期間が伸長され、私人の負担によってその分住民は租税の支払を将来に渡って免れたことについてはどう評価する

のであろうか。住民は装置の存続期間の伸長という利益を得ているのであるから、必要のない負担を強いられたことには全くならないのである。（改行）なお、控訴人は公法人の会計準則について言及しているが、公法人では、財政の健全化の観点から原則として単年度会計主義がとられているのすぎず、…公法人の会計準則があるから私人は復旧費用の全額を負担すべきであるとの論理にならないことは明らかである。」と反論した。

なお、被控訴人の第五準備書面は、A四版四頁（正味二・五頁）足らずのものであった。

3　裁判所の判断

札幌高裁（第三民事部：裁判長裁判官　坂本慶一　裁判官　北澤晶　石橋俊一）は、次のように述べて、原判決を取り消した（傍線筆者）。

①　法二二条一項と法五八条一項は、「いずれも原因者負担に関する規定、すなわち前者は『原因者工事』の施行命令に関する規定、後者は『原因者負担金』に関する規定とされている。なお法五八条一項による原因者負担金については、国税滞納処分の例による徴収（法七三条三項）が認められている。（改行）すなわち、法五八条一項の原因者負担金制度は、過失責任を前提として対等な立場に立つ二当事者間で損害を公平に分担しようとする民法上の不法行為の制度とは異なり、住民の生活上の利便に不可欠の重要性を持つ公共用物としての道路の迅速な機能回復という極めて公共性の高い法目的の実現を図るための手段として、行政庁である道路管理者に対して、その優越的地位に基づく行政上の裁量により道路に関する工事又は道路の維持のための費用を公用負担としてこれを原因者に課する命令権限と強制徴収権限を付与したものと解することができる。」

②　「原因者負担金制度は道路の機能回復を図るための手段であり、原因者が負担する『道路に関する工事又は道路の

維持の費用』とは、道路の機能回復（効用の原状回復）に要する費用と解すべきところ、原因者には『その必要を生じた限度において』上記費用の負担が課せられることになる。（改行）…本件においては、…被控訴人が本件交通事故により法二条の道路の付属物である本件装置を損壊したことから、本件装置の維持管理事務を所掌していた札幌土現は、本件装置を修理した場合より割安である、本件装置を撤去して新たに同程度の施設一式を設置するという本件工事を施行することにしたのであるから、控訴人が本件処分により被控訴人に負担を命じた本件工事に要する費用三五一万七五〇〇円は本件装置の機能回復に必要な限度内にあったものと認められる。」

③「被控訴人は、法五八条一項の『その必要を生じた限度において』とは、負担額について民法の原則あるいは衡平の原則に従うことを宣言したものであり、法五八条一項は私人が道路施設の現存価値以上の負担をすべきことを認めてはいない旨、また、本件装置は平成一〇年一二月に設置されたもので、予算編成上五年の減価償却を見込んでいたのに、仮に本件処分が許されるとすると、控訴人は、被控訴人の負担によって、平成一三年一一月の本件交通事故後五年後までは交換する必要がなくなり、三年分の減価償却費用相当額を利得することなる旨主張する。（改行）しかしながら、法五八条一項の趣旨は、上記のとおりであって、機能回復に必要である限り、結果的に原因者に対して現存価値以上の負担を課することとなったとしても、それだけでは法五八条一項に反するものではないというべきである。（改行）また、本件装置の設置時（…）にその償却ないしは更新に関する何らかの計画が立てられていたとしても、それが本件交通事故時までに具体化した形跡はなく、本件装置が本件交通事故時に経年劣化等により設置時の機能を保っていなかったとも認められないから、本件工事の施行によって控訴人に必要な機能回復以上の利得が生じたものともいえない。」

「したがって、本件処分に法五八条一項の『必要を生じた限度』違反があるとする被控訴人の主張は採用すること

ができない。」

④「被控訴人は、本件装置の現存価値を超えて本件工事に要した費用の全額負担を命じた本件処分は道路管理者に与えられた裁量権の範囲を著しく逸脱するものであり、法五八条一項の『その全部又は一部』に違反する旨主張する。（改行）しかしながら、道路管理者が行政上の裁量により原因者に対して『道路に関する工事又は道路の維持の費用』の全額負担を命じ得ることは法五八条一項の規定上明らかであり[18]、また、本件において、控訴人が被控訴人に対し、本件装置の機能回復のために必要であった本件工事費用の全額の負担を命じたことは以上の説示に照らせば正当な処分というべきであり、それが控訴人の裁量権を逸脱したものと評価すべき事情は何ら見あたらない。」

⑤「被控訴人は、道路利用者が本件装置のような道路関係施設を損壊した場合、その者が負担すべき復旧工事の費用に係る法律関係は民法によって規律され、上記損壊と相当因果関係にない損害を賠償する義務はない旨主張するが、上記のとおり、法五八条一項の原因者負担金制度は民法上の不法行為の制度とは異なるものである上、本件工事は本件交通事故により必要を生じたもので、本件交通事故との間に相当因果関係があるというべきであるから、被控訴人の上記主張は理由がない。」

⑥「被控訴人は、本件処分ないし法五八条一項は憲法二九条の趣旨に反する旨主張するが、上記のとおり、法五八条一項の原因者負担金制度は、極めて公益性の高い法目的の実現を図るための手段であって、同制度及びこれに基づく本件処分には以上説示のとおりの合理性が認められるから、これが憲法二九条の趣旨に反するということはできない。」

注

(13) 最終的に法曹の手になる控訴理由書（原案は被告の法制文書課で作成）に、一日の長を認めない訳にはいかないが、基本的な主張内容は一審段階とそう大きく異なるものではない。「損害論」に論点が絞られた分、主張もより詳細かつ洗練されたものになったというべきであろう。

(14) 地方自治法二〇八条二項の「会計年度独立の原則」については、「各会計年度における歳出は、その年度の歳入をもって、これに充てなければならない。」「ある年度の歳出に他の年度の歳入を充てることは原則として許されない。」とされている。碓井光明『要説　自治体財政・財務法』（学陽書房、改訂版、一九九九年）二八五頁参照

(15) 管見では、誰と誰との間の「衡平」かという問題は重要な論点と思われるが、その必要性がないためか、高裁判決では一切言及されていない。控訴人（被告）は納得しても、被控訴人（原告）は、到底、納得いかないであろう。

(16) 平井宣雄教授は、物の滅失の場合の金銭的評価の基準は、滅失当時の交換価格（すなわち、時価又は市場価格）によって算定するのが原則であるとし、流通市場が形成されていない場合において同種の物がある場合は、その物（中古品であれば中古品）を取得するのに必要な代金額であり、それが明らかでない場合は鑑定等を基礎として諸般の事情により評価するほかないであろうとする。その上で、会計学上の減価償却によった東京地裁昭和四四年一二月一九日判決と、滅失した旧建物の耐用年数に対する経過耐用年数の割合額を控除した東京地裁昭和四三年三月二一日判決を挙げているが、最高裁昭和四九年四月一五日判決は引用していない（『債権各論Ⅱ不法行為』（弘文堂、一九九二年）一四一頁）。

(17) 一審の答弁書では、原因者負担金制度が人的公用負担である根拠として、「法第二二条第一項の規定と法第五八条第一項の規定が、同一の行政目的を達成するための規定で、表裏一体をなすものであることは、その対象である『他の工事』及び『他の行為』の内容が全く同一であり、必要を生じた道路に関する工事等を施行すべき者のみが異なることから明らかである」「法第五八条第一項と法第二二条第一項はその制度趣旨を同じくしており、その手続のみが異なるものである」と法的仕組みについて主張したが、負担させる費用の額の異同までは敷衍して主張しなかった。もっとも、『道路法解説』（前掲注（5））では、「原因者に対して発する施行命令の範囲は、当該工事の必要を生ぜしめた限度であることを原則とするが、当該道路工事が技術的に改良を伴わなければ施行できないものである場合においては、このような改良部分を含めた工事の施工命令を出すことができるものと解する。ただし、その費用を負担せしめることができるのは、あくまで必要を生じた限度であって、必要限度以上の工事に要した費用は当該道路管理者が負担しなければならないこととなる（法第五八条関係参照）。」（一二九頁）としている。

（18）「全部又は一部」の議論である。前掲注（9）参照

五　最高裁の判断

1　最高裁決定

平成一六年九月二一日の最高裁判所第三小法廷決定（裁判長裁判官　上田豊三　裁判官　濱田邦夫　藤田宙靖）は、巷間言われるところの「三行半上告棄却例文判決（決定）[19]」であった。すなわち、「民事事件について最高裁判所に上告をすることが許されるのは、民訴法三一二条一項又は二項所定の場合に限られるところ、本件上告理由は、違憲をいうが、その実質は単なる法令違反を主張するものであって、明らかに上記各項に規定する事由に該当しない。」

三行半の例文で「理由」を理解することはおよそ不可能であるが、上告人の憲法上の主張は「明らかに」理由がないと判断されたことは確かであろう[20]。付言すれば、この決定には、行政法学者の藤田宙靖判事も加わっている。

2　上告理由

阿部教授は、『行政法解釈学Ⅰ』（前掲注（3））で、詳しい説明はないが、「公用負担とすれば復旧費用まで原因者に負担させることを認めるとするのでは、原因者の財産権を一方的に侵害する」と述べ、憲法二九条に言及していることから（二二九頁）、参考までに、本件事件の上告理由を以下に紹介する（なお、阿部教授の憲法二九条に関する立論は、上告棄却決定により消極的に否定されたことになる。）。

第一　道路法五八条一項の解釈適用の重大な誤りについて

省略

第二　法の支配並びに憲法一四条一項及び同七六条違反について

省略

第三　憲法二九条違反について

憲法二九条一項は、「私有財産を保障しているのみでなく、社会的経済活動の基礎をなす国民の個々の財産権につきこれを基本的人権として保障する」としている（森林法違憲判決、最判昭和六二年四月二二日）。

同条二項において「財産権の内容は、公共の福祉に適合するように、法律でこれを定める。」としているものの、「法律による財産権の規制は、無制限に可能となるものではなく、…私有財産制の本質を損なうものであってはならないし、また、それに至らなくても著しい不平等取扱いをしたり、合理的な政策目的が明らかに認められなかったり、かりに目的が合理的であっても規制がこの目的を達成する手段として必要性若しくは合理性を欠いていることが明らかであるものは容認されない。」（佐藤幸治『憲法』（青林書院、第三版、一九九年）三六九頁）のである。これは森林法違憲判決も認めるところである。

同条三項の「用ひる」とは、私有財産を取り上げる場合のみならず、財産権保障の観点より（注解法律学全集三憲法Ⅱ二四五頁）、保障の要否の判断基準としては、一般的に、財産権に対する内在的制約ないしは消極的目的による規制については原則として保障を要しないが、財産権に対する政策的制約ないしは積極的目的による規制については原則として保障を必要とするとされているのである（同書二四五頁）。

この点、第一審判決は、「立法当時と比較して交通量が増加し、道路自体の整備が進み、道路付属物等も多様化

している現代においては、法五八条一項にいう道路に関する工事又は道路の維持の費用も、多様な原因、態様で発生し、さらに、場合によっては、発生する費用の額も相当高額になるのであって、同項を単に原因者負担制度であることを理由として、原因者に対し生じた費用の全額を一律に負担させるものであるとして、解釈・運用することは、衡平の理念に著しく反する結果になりかねない。」「法四九条は、本来、道路に関する費用は全て道路管理者が負担すべきとしているところ、本件装置のように一定の期間が経過すれば、道路管理者が全ての費用を負担してその更新をすることが予定されている物(…)について、たまたまその期間経過前に原因者の行為によって損傷が生じ、これを更新すべき時期が早まったからといって、その費用の全部を原因者に負担させることは、予定されていた更新時期における道路管理者の出損を原因者の負担によって免させることになるのであって、そのような事態は、法五八条一項が前提とする衡平の理念に合致しないことは明らかである。」として、憲法の趣旨に従って衡平の原則から法を限定的に解釈し、財産権の制限を必要最小限度となるよう配慮しており、誠に至当な解釈と言うべきである。

これに対して、控訴審判決のように、法五八条一項が道路施設の現存価値を超過する費用の負担を容認し、超過部分の負担を道路管理者の裁量によることを是認していると解釈することは、原因者負担制度が衡平の原則に基づくものであることを無視し、「法の支配」の原理を否定し、憲法七六条の趣旨及び同一四条一項に反することは前記のとおりである。とりわけ、控訴審判決によれば、原因者が道路施設等を過失により損傷した場合、その道路施設等が極めて高額のものであって、かつ、交換を予定されていた期間が満了する直近における損傷であるにもかかわらず、補修ができず中古品の調達もできないことから新品と交換するしか方法がない物であるとき、原因者に新品との交換費用のすべてを負担させることを法五八条一項が容認することになることもまた前述のと

おりである。

したがって、道路の補修が本来道路管理者の責務であるにもかかわらず、衡平の原則に反して道路施設等の現存価値を超えた費用（一二六万六三〇〇円）負担を認めることは、法の趣旨である衡平の原則からして必要性も合理性もなく、原因者に対して著しい不平等な取扱いをするものであり、原因者の金銭所有権の内在的制約などと到底言うことはできないし、「道路網の整備を図」り、「もって交通の発達に寄与し、公共の福祉を増進する」（法一条）という積極的かつ政策的な目的のために何らの補償をすることなく国民の金銭所有権（道路施設の現存価値を超える費用）を侵害することになるから、憲法二九条が補償する財産権を侵害するものである。

第四　結論

道路管理者たる北海道の本件処分及び本件処分を是認する控訴審の法五八条一項に係る解釈は、法五八条一項の趣旨に反する点においてその解釈・運用に重大な誤りがあるだけでなく、本件処分、本件処分を是認する控訴審の判決及び法五八条一項は、憲法一四条、同七六条及び同二九条の趣旨に反するから、上告人は上告に及んだ次第である。

注

(19) 阿部泰隆「三行半上告棄却例文判決から見た司法改革」園部逸夫先生古希記念『憲法裁判と行政訴訟』（有斐閣、一九九九年）五〇五頁以下参照。同教授の「例文判決は、内容を欠くから、学者による判例批評もできない。例文判決は一切の批判を免れ、超然とそびえていることになる。」（五一六頁）との批判は当然であろう。

(20) 伊藤眞教授は、「上告裁判所が最高裁判所であるときに限って、上告理由が憲法違反にも、また絶対的上告理由にもあたらないことが明らかな場合には、決定の方式で上告を棄却できる（三一七Ⅱ）。」「この場合には、上告申立ての内容にかかわる判断であるので、

決定の方式ではあるが、却下ではなく、棄却の裁判がなされる。憲法違反等に名を借りた上告を簡易に排斥し、最高裁判所の機能を十分に発揮させるためである。」（『民事訴訟法』（有斐閣、第三版三訂版、二〇〇八年）六七二頁）と述べている。

六　負担金額に関する学説

1　阿部泰隆『行政の法システム(下)』に依拠した被告の主張

阿部教授は、類書がない画期的なテキストである『行政の法システム(下)』（有斐閣、新版、一九九七年）において、原因者負担金を次のように位置付け論じている（四九一頁以下。傍線筆者）。

すなわち、「第一編　行政の法システムと行政手法」の「第一一章　行政と民事の諸手法」の「第二節　行政手法と民事手法の比較」の「4　不法行為か行政上の公用負担（負担金）か」で、立法によって、不法行為から公法上の原因者負担金制度に変える場合に、「故意過失を要件とせず、不可抗力でも負担金を命ずるという制度にすることは憲法に違反しないのか、という問題がある。公法の領域に引き込めばどんな責任でも負担させることができるわけではなく、やはり原因者に負担させる制度である以上、負担させることができる範囲は、原因となった程度に応じて公平の観点から限定されよう。地震、台風、第三者の行為によるなど、不可抗力による場合には負担させられないと規定すべきである。」と述べている。

この記述を、当時、筆者は「立法論」と解してしまったのである。阿部教授は、続けて、「解釈論としては、原因者負担金の制度があるにもかかわらず、私法上の不法行為により賠償を求めることが許されるかどうかという問題があ

る。」と、対比的に論述していることから、尚更、前段を立法論と勝手に「誤解」(?)してしまったのである。

加えて、同教授は、同書四九一頁において、行政法の特殊性を理解しない判例を「悪しき民法帝国主義に陥っている」と論難していたことから、筆者としてはその意を強くしたのであった。

2　宇賀克也教授の成田頼明先生古希記念論文

被告は、一審段階で、道路セミナー一九一号（前掲注（1））九頁以下の宇賀克也教授の論文「原因者負担金制度の法的性格についての分析」を書証として提出した。ところで、同教授は、「道路法の原因者負担金制度の法律問題」成田頼明先生古希記念『政策実現と行政法』（有斐閣、一九九八年）の中で、法五八条一項に関する具体的法律問題の一つとして、「減価償却」を採り上げ論じていたのである（二二四頁）（以下「宇賀記念論文」という。）。不勉強にも当時、筆者（被告）はその論文の存在について不知であった。原告も自らに有利な記述のある当該論文を引用していないところをみると、同様に不知であったものと思われる。そして、現時点で検証してみると、一審判決のロジックは、かなりの程度、宇賀記念論文に近いものがあるとの印象を受けるのである（阿部教授は、本件一審判決と宇賀記念論文をかなり同様の方向にあるとする（前掲注（3）書二二九頁））。

宇賀教授は、次のように述べている（傍線筆者）。

「原因者負担金納付命令を出すに際して、減価償却分を負担金額から控除すべきかは、実際上重要な問題である。道路法五八条一項は、『他の工事又は他の行為により必要を生じた道路に関する工事又は道路の維持の費用については、その必要を生じた限度において』負担金を課すことにしている。（改行）道路施設としての従前の機能の復旧に要した費用という観点に立てば、減価償却分は控除すべきではないという見方もできないわけではないと思われる。しかし、

それでは、原因者の負担によって道路施設の財産的価値を従前より増加させることになり、原因者負担金の制度がそこまで目的としていると解する必要はないであろう。[41]（改行）『他の行為により必要を生じた』部分は、減価償却分を控除した部分と解することは可能であり、社会通念にも合致すると思われる。もっとも、当該事故のため、補修取替作業を前倒しで行わなければならなくなったのであるから、支出が早まった期間分の利息は原因者が負担するのが公平であろう。（改行）また、仮に、『他の行為により必要を生じた』の解釈として、減価償却分を控除することができないとしても、『その全部又は一部を負担させるものとする』と規定されているのであるから、減価償却分を控除した『一部』を負担金として課すことによって、実質的には同様の運用を行うことが可能になろう。」（二二四頁）

結局、ここで宇賀教授は、減価償却分を負担金額から控除すべきという自らの立論の根拠を、「法の目的」に加え、「社会通念」に求めており、阿部教授が論じている憲法二九条違反までは言及していない。

また、宇賀教授は、「故意・過失」についても、次のように自説を展開している。すなわち、大阪地裁昭和六〇年九月二六日判決及びその控訴審判決である大阪高裁昭和六一年三月二五日判決は、「道路法五八条一項に基づく命令を発する際、原因者の故意・過失は不要であると判示している。（改行）もっとも、理論的にはそのように言えるとしても、無過失の者に多額の負担金を課すことが社会通念上妥当性を欠く場合はあり得る。前掲大阪地判昭和六〇・九・二六は、『原因者は、道路に損傷を与えた事故の行為が、例えば、台風、地震、雷等の自然の災害によってもたらされた場合とか、専ら第三者の行為によってもたらされた場合等、いわゆる不可抗力によってもたらされたことを証明した場合に限り、衡平の原則に照らし、工事負担金の賦課徴収を免れるものと解すべきである。』と判示しているが、かかる場合には、原因者負担金についても、因果関係を否定することによって『他の工事又は他の行為により』の要件を満たさないこととすべきであろう。（改行）また、前掲大阪高判昭和六一・三・二五は、『その原因の一端が不可抗力に

よる場合においても、費用の負担を求めることが行政の目的に合するときは、右原因者に対し、上記負担金を発することができるのである。』とするが、かかる場合には、損傷額の一部のみを負担させることとすることによって、実質的妥当性を確保することが必要となろう。」（二二〇・二二一頁）

宇賀記念論文が論じているのは、あくまで「無過失」の場合と「不可抗力」に係る場合であり、過失行為であり、不可抗力にも該当しない本件事案には、当該記述は当然には当てはまらないものである。

宇賀記念論文を嚆矢とする「減価償却」に議論を戻すと、宇賀教授は、二つの論点を提示している。

第一は、「『他の行為により必要を生じた』部分は、減価償却分を控除した部分と解することは可能であり、社会通念にも合致すると思われる。」とする部分である。以下、論点一として検討を加える。

第二は、「また、仮に、『他の行為により必要を生じた』の解釈として、減価償却分を控除することができないとしても、『その全部又は一部を負担させるものとする』と規定されているのであるから、減価償却分を控除した『一部』を負担金として課すことによって、実質的には同様の運用を行うことが可能になろう。」とする部分である。以下、論点二として検討を加える。

論点一の検討に当たっては、何故、「減価償却」が問題になるのかを考究する必要があろう。論点二の趣旨は、明示はしていないが、運用を問題にしていることから、行政裁量論に帰着するものと解される。[21]

3　阿部教授の「自治研究」論文と『行政法解釈学Ⅰ』での新たな問題提起

阿部教授は、『行政の法システム(下)』では、憲法論については一般抽象論にとどまっていたが、「自治研究」の「行政法解釈のあり方(二)」で「4　道路を壊すと新品で補償させられる――原因者負担金は財産権侵害」との見出しで二

つの問題を提示している（前掲注（3）二二頁以下）。同教授の最新の『行政法解釈学Ⅰ』でも、同様の記述になっている（前掲注（3）二二八頁以下）。すなわち（傍線筆者）、

① 故意、過失を要件とせず、無過失、不可抗力の場合でも、必要な原状回復費用の負担を命ずるという制度にすることは、個人に過大な財産上の負担を課すものとして（憲二九条参照）、憲法に違反するのではないか、という問題がある。

② 「原因者に負担させる額も、実損額とすべきである。復旧費用まで負担させるのは、道路管理者が、不法行為を奇貨として焼け太りすることとなるし、また、不法行為や損失補償制度では復旧費用まで原因者に負担させることを認めていないのに、公用負担とすれば復旧費用まで原因者に負担させることを認めるとするのでは、原因者の財産権を一方的に侵害するからである。負担額は原因となった程度に応じて公平の観点から限定されるべきである。」

「大阪高判（筆者注：昭和六一年三月二五日）はこの負担が重ければ、裁量濫用とするようであるが、むしろ、それ以前に法律の適用を誤ったものである。」

ここで阿部教授は、①では憲法二九条を明記しているが、無過失責任について合理性があるとしていた、かつての法学セミナー論文[22]よりも踏み込んだ解釈を採用していることになる。そして、②を新たな論点（財産権の一方的侵害）として提起しているが、この論点では、教授は、「その負担額は、加えた損害額ではなく、復旧費であるとの説もある。」とし、拙稿（前掲注（2）の法学セミナー論文）を批判の対象として引用し（前掲注（3）書二二八頁）、その上で、本件事案の札幌地裁判決と宇賀記念論文を、自説と「かなり同様の方向にある」とする。

同教授はまた、②で「裁量濫用論」ではなく「法律の適用誤り」を主張している。当該記述のみでは、その趣旨は必ずしも明らかではないが、本件事案は、財産権保障という憲法上の要請から限定解釈すべきであって裁量問題では

ないとの前提に立つものと解される。後述の行政裁量論の箇所で、当該論点を詳しく検討することとする。

七　「減価償却」の問題点（論点一）

1　民法における損害概念

宇賀教授は道路施設の財産的価値という観点から、また、阿部教授は不法行為を奇貨としての焼け太りという論法で（基底には憲法上の財産権侵害がある。）、原因者負担金制度においては、復旧費用のうち、「実損額」に限定すべきであると主張する。

そして、一審判決の論理、すなわち、負担金の範囲は「現存価値」の範囲内に限定され、「現存価値」は耐用年数から減価償却した残存価値であるというロジックは、一見もっともな常識論[23]とも思われる。しかし、それは民事上の法律論としてもそれほど強固な理論的基礎を持っているものなのか、甚だ疑問である。

例えば、田島純藏弁護士は、交通事故の車両損害に関し、「被害車両の事故当時における時価相当額の評価については、課税ないし企業会計上の減価償却基準である定額法や定率法による考えもあったが、前記最高裁判決（最判昭和四九年四月一五日）は、『いわゆる中古車が損傷を受けた場合、当該自動車の事故当時における取引価格は、原則として、これと同一の車種・年式・型・同程度の使用状態・走行距離等自動車を中古車市場において取得しうるに要する価格によって定めるべきであり、右価格を、課税又は企業会計上の減価償却の方法である定率法又は定額法によって定めることは、加害者及び被害者がこれに異議のない等の事情のない限り、許されないものである。』として、原則と

していわゆる市場価格方式をとることを明らかにした。」と述べている。[24]

なお、被告は、一審で、車両損害に係るものではあるがこの最高裁判例を引用して主張を行っているが、判決書には一切その記載はない。宇賀記念論文の趣旨に即して、一気呵成に原告の主張を認めるために、その判断に影響を与えかねない被告の主張については意図的に取捨選択が行われたものと思われる。

また、平野裕之教授は、所有権侵害の場合の「金銭による損害賠償」について、滅失の場合において、販売目的の場合はその価額の賠償、使用目的で保有している場合は、価額の賠償というよりは、代替物の取得の費用（毀損であれば修補の費用）であると述べ、[25] 所有「目的」の異同という視点を導入している。

そして、四宮和夫博士は、中古品の滅失の場合の算定について、市場性のあるものは市場価格によるとし、前記最判昭和四九年四月一五日を引用するとともに、市場性のないものは、新品調達価格から中古品という価値減少分を減額した額になろうとしつつ、次のように述べている。「Yが、車をXの店舗に衝突させて、中古の調剤台および薬品陳列ケースを破壊した場合に関し、東京高判昭二九・七・一〇下民集五・一〇六〇は、これらは営業上使用するために所有するもので、同じ中古品を取得することは不可能であることを理由として、『新品を調製する』のに要した費用が損害であるとした」が、学説は主なものとして三学説あるとする。[26]

被告は、この裁判例も援用して主張しているにもかかわらず、一審判決は一切無視を決め込んでいるのである。以上のように、民法不法行為の損害論について判例・学説上、法解釈ないし判断の余地がありうることを行政裁量論の側でどのように受け止め、理論構成すべきかは重要な論点であると思われる。[27]

2　減価償却への疑問

宇賀教授は、「他の行為により必要を生じた」部分は、減価償却分を控除した部分と解することは可能であると解釈の可能性を述べている。そして、一審判決は、衡平の原則を多用し、道路管理者を単なる財産管理主体と定位し、それと原因者との「衡平」を論じ、「現存価値」を超える負担命令は違法とするが、法の解釈としては不正確かつ委曲を尽くしていないというべきである。

第一に、公物管理法である法の原因者負担制度の趣旨は、「原因が他の工事である場合には、他の工事により必要となった道路に関する工事が行われることにより当該他の工事が完遂するという特別の利益が生ずることに、また原因が他の行為である場合には、公物の通常の使用範囲を超える使用により生じた特別の損害を通常使用者に負担させたときに他の行為者に特別の利益が生じることにそれぞれその負担の根拠を求めたものである。このように、原因者負担制度は、公物使用関係における負担の衡平を図る観点から、民法上の不法行為制度とは異質の制度としてもうけられたものであり、不法行為制度上負担の衡平を図る観点から一般的に形成された技術的事項等を参酌することは別として、不法行為責任の有無が原因者負担制度上の原因者責任の存在を左右するものではない。」と解されている。[28]

以上の記述において、誰と誰との間の「負担の衡平」が問題となっているのであろうか。「他の工事」の場合は、公共工事の実施主体である公共機関の間の費用負担関係を規定しているのに対し、「他の行為」の場合、公物の通常の使用範囲を超える使用を行った行為者と通常使用者（納税者一般）との間の「負担の衡平」を問題にしているのであり、[29]財産管理主体としての道路管理者と原因者との「衡平」を論じている訳ではない。

第二に、1で述べたとおり、損害論の検討に当たり、「交換価値」と「使用価値」の概念区分とその意義付けが不徹

底であることことが指摘されよう。この点、高裁判決は、適切にも「本件工事の施行によって控訴人に必要な機能回復以上の利得が生じたものともいえない。」（傍線筆者）と判示しているが、ここで問題となっているのは、本件装置（法二条の道路の付属物）の財産的「交換価値」ではなく、公物としての「使用価値」というべきなのである。[30]

財産としての交換価値の平面に軸足を置いて議論すると、「減価償却」（宇賀教授）、「実損額」（阿部教授）ないし「現存価値」（原告の主張・一審判決の論理）という民法不法行為理論との関連という議論が現出する。民法原則への先祖返りとでもいうべきものである。[31]

他方、公物としての使用価値の平面に軸足を置くと、無理なく、道路の機能回復（効用の原状回復）に要する費用としての「復旧費用」が導かれ得る。財産的価値（＝交換価値）の原状回復ではなく、法二条の道路の付属物である本件装置の機能回復＝効用の原状回復≠行為時の財産価値（現存価値）と構成できるし、構成すべきなのである（道具概念としての公物法一般理論）。[32] ここでの議論は、平野教授の用語方に従えば、「販売目的」ではなく「使用目的」に近いものと考えられる。

窪田充見教授は、物の滅失又は修理不可能な物損の場合(本件事案は後者に該当する。)、「滅失した物の滅失前の交換価値で常に算定するということは、不法行為によって、被害者はその物の市場における交換を強制されるということを意味する。」と正当にも指摘している。[33] 基本的に納税者の負担で運営されている、公物管理者としての「自治体」が、原因者の行為により「市場における交換を強制される」いわれがないことは、私人間における場合と比較し、より一層明らかである。

宇賀記念論文の注（41）は、自らの立論の拠り所として『道路法解説』（大成出版社、第一版、一九九四年）四三一頁（筆者注：第三版では四四三頁）を引用するところ、その理解（耐用年数）は、正当とはいえないというべきであ

る。すなわち、『道路法解説』が「不可避的に道路の改良を伴うような場合（耐用年数等について）には、超過分は、道路管理者において負担する」（四四三ページ）としていることを挙げ、原告が残存価値の範囲内での負担を命じるべきであると主張したのに対し、被告が反論したとおり、『道路法解説』四四三頁における「不可避的に道路の改良を伴うような場合（耐用年数等について）」とは、アスファルト舗装をコンクリート舗装に改良する等、従前の施設より耐用年数が長い他の施設に改良する場合を意味するものであり、従前と同一の施設を再築する場合は、道路維持管理機能は何ら変化がないので、「道路の改良」とはいえず、道路管理者において負担する耐用年数の超過には当たらないのである。[34] いかなる理由においてか、この論点も一審の判決書の主張整理から漏れていることは既述したとおりである（三の4の①）。

なお、付言すると、イギリス、ドイツ及びフランスにも原因者負担金制度があり、我が国と同様の運用がなされているようである。[35]

注

(21) 磯部力・前掲注（1）四三頁、鈴木庸夫「原因者工事費用負担命令」法学教室八〇号（一九八七年）一四八頁は、行政裁量の問題としている。

(22) 阿部教授は、昭和六〇年九月二六日の大阪地裁判決及び昭和六一年三月二五日の大阪高裁判決の解説において、過失を要件としないことには合理性があるが、不可抗力による場合は「他の行為により必要を生じた」という要件は充足しないと解すべきではないかと述べていた（「道路法五八条に基づく原因者負担金の賦課の要件」法学セミナー三九〇号（一九八七年）一〇〇頁）。

(23) 前掲注（11）・（16）参照。磯部力教授は、「不法行為法理の発展の中には、いわば市民社会の常識的な通念ともいうべきさまざまの法価値や法技術が結晶しているとの認識の下に、その趣旨を、公法的制度の運用の中に確保していくという態度が求められると理解されるべきであろう。」と述べる（前掲注（1）四三頁）。

(24) 田島「車両損害」塩崎勤＝園部秀穂『新・裁判実務体系　交通損害訴訟法』（青林書院、二〇〇三年）二四七頁

(25) 平野『基礎コース民法Ⅱ債権法』（新世社、第二版、二〇〇五年）四二三頁、同『不法行為法』（信山社、第二版、二〇〇九年）三二一頁

(26) 四宮『不法行為』（現代法律学全集10）（青林書院、一九八五年）五七六頁。また、幾代通＝徳本伸一『不法行為法』（有斐閣、一九九三年）二九四頁も、「修理不能な程度に毀損された場合には、通常は、新品調達のための費用を賠償額とすべきであろうか（東京高判昭二九・七・一〇下民集五巻七号一〇六〇頁、…）。」と述べる。

(27) 亘理格教授は、以下のような考え方がフランス法では確立している旨述べる（判例時報一九三五号（二〇〇六年）二一頁。傍線筆者）。「行政裁量の範囲を縮減させるフランス法の背景には、行政裁量権は行政に思うがままの権限行使を認めるものではなく、適法に成立し得る複数の結論間での選択の自由を認めるものに過ぎない」「裁量権の行使といっても法が許容していることを行うだけのことである」「いかに不確定で曖昧模糊とした法律規定であっても、具体的状況に応じて適法に成立し得る解釈の数は限定される。最終的に残った複数の解決策の中からどれを選択するかは合目的性の問題だとしても、いかなる解決策がその選択肢の中に残り得るかは適法性審査の対象であり、また、そのような選択肢の中から最も妥当な解決策を選択する方法及びプロセスの適正さも、適法性審査の対象となる。」日本の行政裁量論、そして阿部説を検討するに際しても大変示唆に富む考え方が含まれているように思われる。

(28) 『道路法解説』（前掲注（5））一三〇頁以下。松島諄吉教授は、「公共用物の管理は、私物の管理とは異なり、たんに物を財産的価値の客体として管理するのではなく、もっぱら、公共の利用のために、公共用物本来の機能を発揮せしむべく管理するものであるところから（道四二条一項、…）応々にして私法の適用が排除され」ると述べる（「公物管理権」雄川＝塩野＝園部編『現代行政法大系第9巻』（有斐閣、一九八四年）二九一頁）。

(29) 木佐教授は「本来国民の税金あるいは一般利用者の料金によって支出されるべきでない偶然の工事費用や措置費用が必要となるケースでは、国民または利用者への行政費用の転嫁を避けるための適正な配慮が必要である。」（前掲注（1））と述べる。

(30)・(31) 高橋滋教授は、座談会で「最近の判例をみていると、行政法についてはにわか勉強しかしていないような裁判官がかなりいるのではないかと思われますし、行政事件がどうも民事的な発想で扱われていると思われる節が目立ちます。」と、一般的印象を述べておられる（「行政判例研究会とこれからの行政法学(上)」自治研究八〇巻一〇号（二〇〇四年）一八頁）。

(32) 宇賀克也『行政法概説Ⅲ』（有斐閣、二〇〇八年）四〇八頁。塩野宏『行政法Ⅲ』（有斐閣、第三版、二〇〇六年）三〇九頁以下も参照

(33) 窪田『不法行為法』(有斐閣、二〇〇七年)三五六頁

(34) 近畿地方整備局兵庫国道事務所管理第一課は、次のように説明する。「原因者負担金の算定において、その範囲は「必要を生じた限度内」、つまり、破損した物件等の「原形復旧又は機能回復の限度内」がその範囲であり、それを超える「改良部分や機能増大分」を工事原因者に負担させることはできませんが、問題となるのは、修繕等を行わずに新しいものと取り替えた場合、費用負担者からの「経過年数等による減価償却がなされないのはなぜか。」という主張です。(改行)道路法第五八条は、「機能回復」を求めており、損傷前の財産価値の補償を求めているのではないこと、復旧に際し同等程度の年数を経た物品を確保することが実質的に難しいことが理由として挙げられ、平成一六年三月二五日札幌高裁判決が参考となります。(改行)しかし、構造物は、時間の経過とともに劣化し、「機能」が低下している可能性はあります。社会通念上の費用負担の範囲として、減耗分の控除を検討する必要もあるのではないかと考えます。」(傍線筆者。「原因者負担制度の原状と問題点について」(道路行政セミナー(道路広報センター)二〇〇六年七月号三〇頁)この説明からは、機能低下があればそれを財産的に評価して「減耗分の控除」を行うことは理論的に可能ということになろうか。

(35) 今井宗雄「欧州道路実態調査結果について〜無電柱化の推進方策と原因者負担金の運用について〜」(道路行政セミナー(道路広報センター)二〇〇六年三月号三九頁以下)によると、

これら諸国では、車の所有者に対人・対物の保険の加入が義務づけられ、保険の担保範囲は原則的に無制限であるという。イギリスでは「損傷物件が著しく古い場合等についても、機能復旧を原則としており、減免等は行っていないのが実情である」。ドイツでは、「ガードレール等の損傷が多く発生する物件についてはその価格について保険会社と道路管理者との協定により定められている。(改行)なお、それ以外の損傷物件の場合については、損傷物件の耐用年数にかかわらず、原則として、機能復旧にかかる費用を徴収することとして取り扱っている。これについては、最近、保険会社から減価償却すべきでないかとの要望がなされている」。フランスでは、「原則として、機能復旧の考え方を採用しており、どのような場合であっても、原因者により補填されることとなるが、例外としては、市町村が既に計画として取り壊す物件のような場合については、負担命令が課されないことになる。(改行)なお、減価償却を行わないのが原則であるが、減価償却の訴えが寄せられた場合には、第三者機関である鑑定人による鑑定評価により減価償却を行うこともある。」とのことである。