

## 工作物・営造物責任の「瑕疵」概念の再検討 (2) —釜石市鵜住居地区防災センター津波被災訴訟の分析を中心に—

松 岡 勝 実

### 目次

- 1 はじめに
- 2 釜石市鵜住居地区防災センター被災調査委員会
  - 2-1 調査委員会設置の経緯と目的
  - 2-2 防災センターに避難して犠牲になった住民の数
  - 2-3 建物の名称と構造
  - 2-4 避難場所の住民に対する周知
  - 2-5 調査委員会の結論
- 3 釜石鵜住居訴訟
  - 3-1 訴訟の概要
  - 3-2 争点の概要
- 4 判旨
  - 4-1 市長には、本件地震発生以前においてYの住民に対し、本件センターが一次避難場所でないことを周知しなかった過失があるか (争点1)
  - 4-2 市長又はY職員には、本件地震発生後、住民を一次避難場所に避難させなかった過失があるか (争点2)
  - 4-3 園長又はYが、本件地震発生以前において、本件幼稚園の災害対策を怠った安全配慮義務違反があるか (争点3)
  - 4-4 園長及びYの、本件地震発生後のAへの避難指示に関する安全配慮義務違反があるかについて (争点4)
  - 4-5 結論
- 5 控訴審
  - 5-1 和解勧告での裁判所の所見
    - (1) 防災センターにおける多数の地域住民の犠牲に対する行政責任について
    - (2) 学校教育施設の防災体制に関する行政施策上の問題点について
  - 5-2 和解成立 (以上108号)
- 6 判旨の検討
  - 6-1 正式な津波避難場所の周知義務
    - (1) 初期段階で周知自体は十分であったか
    - (2) 周知の強化ないし後続的周知が必要ではなかったか

## 6-2 住民の誤解を正す積極的な義務

- (1) Xの主張する条理上の義務の性格
- (2) 不作為不法行為の作為義務
- (3) 不作為不法行為の因果関係
- (4) Yの作為義務を認めうるか

# 6 判旨の検討

争点1では市長の事前の防災について過失が、争点2では市長又は市職員の事後の防災について過失が問われ、争点3と4では園長の事前防災に関する安全配慮義務違反（実質的には不法行為責任）について過失が問われている。争点2については事後防災に関する過失の問題なのでしばらく措くことにする。

争点1は、Y（市長）が本件地震発生以前において、住民に対し、本件センターが一次避難場所ではないことを周知しなかったことにつき過失があるかということである（3-2）。この点につき、Xの主張は、市長の過失を、a）法令に基づく職務上の注意義務（X-1-i）、b）住民の誤解を正す条理上の積極的な注意義務（X-1-ii）、c）津波到達の予見可能性を前提とした周知義務違反を展開する（X-1-iii）。

## 6-1 正式な津波避難場所の周知義務

本件判決は、上記a）についてYの職務上の周知義務を前提としつつ、広報、津波浸水予測図などにおいて一次避難場所の指定箇所を示すことにより法令上の避難に関する事項を周知していたと認めている（J-1-i）。

周知義務がどの程度尽くされたかについて検討するに、(1) 初期の段階で、通常の方法で告知はなされているがそれで果たして十分であったかどうか、告知（又は通知）はあったが周知には至っていないかのではないかという問題と、(2) 通常であれば周知があったといえるが、後の何らかの事情の変化などにより改めて正式な告知が必要となるような場合に告知を行うべきだったか（付加的なあるいは修正的周知義務）という2つの問題に分けてみる。(2) はすでに告知はしたけれども本件センターやセンターで避難訓練が行われるようになり、周囲の事情が変化したので、リマインドとして正式な避難場所を重ねて告知しようというものである。この周知義務は、後述する権限不行使が問われる不作為不法行為の作為義務違反と実質的に重なるが、まず、「ここは正式な避難場所ではないという」告知を「正式な津波避難場所の周知義務」の延長はじめに検討する。

### (1) 初期段階で周知自体は十分であったか

Yの広報活動（広報誌、津波浸水予測図など）は形式面だけをとらえると周知義務を尽くしたともいえるわけではない。Yは本件地震発生以前において、広報などを通じて正式な避難場所を周知していたと主張しており（Y-1-i）、裁判所は「避難に関する事項は周知していたものと認められる」（J-1-i）として、Yの主張に沿って周知義務は尽くされていると判断している。だが、疑問が残る。

そもそも周知のあり方に問題はなかったか。調査委員会の聞きとり調査では、避難所の位置づけについて、当時の市の職員たちは、それぞれ認識についてばらつきがあり、十分に共有さ

れていない問題があった。津波浸水予測図では「市指定津波避難場所」、広報では「釜石市津波避難所」、生活便利帳では「市指定津波一次避難所」、さらには、「拠点避難所」「避難者収容施設」「災害一次避難所」等似たような名称がバラバラに使われていた。急傾斜、土石流の危険箇所は1,000箇所以上あり、その他地震、火事など災害形態に応じた避難場所・避難所の表現方法は常に課題であったという<sup>1)</sup>。市側は、「広報などで本件センターが津波避難場所ではないことを読み取るのは難しいのではないか」「周知方法の不十分さは認識していたが方法論が浮かばなかった」などと避難場所の周知が不徹底であったことをある程度認めている。

調査委員会は、避難場所の住民に対する周知について、避難場所等の区分も、上記のように複数の名称が混在し一般市民にとり正確な理解は困難であったと結論している（2-4）。

現在の防災上の社会通念からすれば、避難場所の周知義務は、周知の方法・場所・範囲・回数等、複数の考慮要素から判断されるべきである。だれも見やすいように、避難場所への誘導経路や避難場所の災害の形態の明示も求められよう<sup>2)</sup>。

## （2）周知の強化ないし後続的周知が必要ではなかったか

Xの主張の通り、本件センターの開所とそこでの避難訓練が実施されたという経緯からすると、その主張のb)、c)との関連から付加的な告知ないし周知の強化がなされたかが問題とされうる。

調査委員会の地元住民に対する聞き取りでは、本件センター近隣の2カ所の津波一次避難場所に関する認識は一般的にはあったようであり、特に本件センターの市職員ははっきり認識していたとの証言がある。だが他方で、地元消防団員の聞き取りでは、訓練時には「防災センターは災害があった時に最初に逃げ込む場所」であり、「あそこは津波の時に逃げ込む場所じゃない」とは理解されてなかった、市の方からもその間違いを特段指摘された記憶はない、津波が来たとしても2階部分まで来ることまでは予想されていなかった、という。別な団員は平成23年3月3日の津波避難の訓練の際、「ここは津波避難所ではないよな」という市職員とのやりとりはしたが、本件センターができてからは「津波の時」そこに行くのは「自然な成り行き」だったと証言する。正式な津波避難場所の周知よりもむしろ本件センターを避難場所とする誤解又は認容が広まり、本来の周知の意味が希薄化していったのではないか。

本件センターが開所された後に重ねて正式な避難場所を告知した広報活動は特に見当たらない<sup>3)</sup>。したがってたとえ裁判所が認めるように（1）の意味において周知がなされたといえるにしても、当該地区に防災センターが開所され、その利用形態などの事情の変化により避難場所の周知が希薄化又は流動化したとすると、正式な避難場所の周知の徹底強化が図られるべきではなかったか。裁判所の判断は、センター開所以前の告知があったのだからそれで十分だとするものであるが、周知は単発的ではなく時系列により後続的措置を必要とすることもありえよう。

1) 以下の聞き取り調査の内容は、筆者が保管している調査委員会の記録に基づく。

2) 「周知」の意味について、労働法における就業規則の周知と対比され、参考になる。使用者は、就業規則を「常時各作業場の見やすい場所へ掲示し、又は備え付けること、書面を交付することその他の厚生労働省令で定める方法によって、労働者に周知させなければならない」（労働基準法109条）としている。他方、私法上の就業規則の周知の効果の発生は「実質的」であれば有効とされる。裁判では、「変更後の就業規則の内容について、従業員に対し周知の方法をとることは効力発生のための絶対的要件であるが、実質的に周知する方法をとれば、労働基準法106条に定める周知方法をとらなかったとしても、その変更の効力が生じると解することができ」としている（大阪高判平成19・1・19労判937号135頁）。

3) 釜石市2014・26頁。

## 6-2 住民の誤解を正す積極的な義務

### (1) Xの主張する条理上の義務の性格

b) の住民の誤解を正す条理上の積極的な注意義務 (X-1-ii) について, Xは, ①Yは本件センターが発災前に津波の避難訓練場所として利用したこと及び町内会主催の避難訓練の利用を許可したこと, ②本件センターが開所した年に発生した年とチリ地震の際に相当数の住民が避難したこと, 庁内でも内部的にその問題が指摘されていたこと, 及び東日本大震災の直前の三陸沖地震でも住民が避難した事情があったにもかかわらず何らの措置も講じなかったこと (表2-1), ③防災センターという名称が付されていたため津波避難場所として外観を作出ことをその主張の根拠とした。

この主張に対して判決は, ①について, 甲事件被害者のAは隣接市から通勤しており本件センター所在の住民ではなく, 問題となっている避難訓練に参加していたとは認めがたい (J-1-ii)。②については, 地元町内会会長等に住民への周知依頼のため配布した文章には最寄りの津波避難場所等に避難すべき旨が明記されていたこと<sup>4)</sup>。本件センターが一次避難所であるからそこに避難せよという周知したり, 地元町内会会長等に依頼した事実はないこと, 町内会主催の避難訓練における本件センターの利用許可の内容が津波避難場所としての許可であるかどうか不明であること (J-1-iii), ③について, 本件センターが津波避難場所であるかのような誤解を与える文言で周知されたといえる証拠がなく, 問題となった津波避難訓練で相当数の住民が本件センターに参集した事実をもって, Yが町内会会長等に本件センターを津波避難場所と同様, 津波警報等発表時に避難すべき場所として扱うこと許可したと認められないこと, X<sub>4</sub>の供述をもとに住民が本件センターが津波の一次避難所避難場所であると誤解した的確な証拠はないなどを理由にXらの主張を採用しなかった (J-1-iv, vi)。

裁判所は①についてAは地元の住民ではなく避難訓練には参加していないと推定され避難訓練によってAが誤解したことを否定するが, 発災当時多数の住民がセンターに避難している状況に影響されてそこに避難したと推察することはできるから, 避難訓練は結局のところ発災当時のAの避難行動に影響を与えていたといえるのではない。

②③では, 住民の誤解についてYは積極的関与していないという理由で裁判所はXの主張を封じている。しかし, Xが, Yは本件センターが一次避難所ではないことを住民に対して積極的に周知する条理上の義務 (作為義務) を負っていたと主張するのは, Yの作為義務が問われる不作為不行為の責任を問うことを念頭に置いていたものと思われる。Yの過失を追及するうえで, 仮にa) で住民への正式な避難場所の告知につき職務上の義務違反が無かったとしても, b) では本件センターが津波の正式な避難場所ではない, という積極的な義務 (先行する作為義務) がなされなかったことにつき不作為不法行為が追及されていると解されるからである。しかし, この点からすると判旨②③は, Xの主張する先行する作為義務の存否については直接応答していない。

判旨は, a) のYの職務上の義務が尽くされたことを前提に, b) では, 住民が本件センターを津波避難所と誤解して最終的に津波被害を受けたことについてYは積極的に関与していない, その因果関係の起点になっていないという判断を示してXの主張を否定している。判旨は

---

4) 市が避難訓練において文書を通じて正式な避難場所を周知したことを裁判所は認定しているが (J-1-iii), 本件訴訟が提起される以前に, 調査委員会の調査過程で市からのそのような資料の提出もなく (釜石市2014・26頁), 関係者の聞きとり調査からもそのような内容を周知された証言は得られていない。すなわち, 当該文書による通知は「実質的」には住民には伝わっていなかったのではない。

告知義務が尽くされているので、不法行為法上の義務違反はないとし、b) ではYの作為義務がないので義務違反を問う余地がないと読み取ることができる。だが、Xの主張を不作為不法行為の作為義務の主張として汲み取れば、ここで問われるべきは、津波被災によってXら住民が本件センターに避難して被害を受けたという法益侵害に向かう因果関係の流れにおいてYが放置していたことについて、作為行為と同価値のなんらかの先行している作為義務違反があったかどうかである<sup>5)</sup>。

## (2) 不作為不法行為の作為義務

本件被災当時は、自治体は指定避難場所の告知はするが、ある避難所が災害形態によっては指定避難場所ではないという告知まではしないと一般的に解されるところ<sup>6)</sup>、調査委員会では、本件センターが避難所ではないことにYが改めて告知すべきかどうかは重要な論点になった。委員会は事前の利用形態等を考慮して（後述する先行行為なし先行状況に関連する）、本件センターの避難所としての性格を改めて告知すべきであったと結論づけている（24）。

だが、国賠法1条1項の適用において権限不行使（民法でいう不作為）<sup>7)</sup> が違法とされるには、さらなる議論を要する。行政が単に不作為であったとしても一般に責任を問われることはない。不作為が違法となるためには作為義務に違反する場合であって、行政側に作為義務があってその作為義務が認められなければならない<sup>8)</sup>。民法において作為義務の発生根拠は法令、契約、慣習ないし条理とされるのが伝統的理解である<sup>9)</sup>。行政法においてもこの理解を踏襲して

5) 成立要件が異なるという意味で、不作為不法行為の独自性ないし特殊性を認めるかどうかは学説上の対立がある。不作為不法行為の独自性を認めるのが伝統的理解であるが、近年では作為義務の規範的判断を共通項として不作為の「行為」論の独自性に消極的学説も唱えられている（潮見2009、342頁以下、窪田2018、351頁、平井1992・29頁など）。伝統的理解に立つ幾代は「不法行為責任が問題とされる行為は、作為・不作為を問わないが、不作為が不法行為となるためには、違法性という点から、その前提として、作為をなすべき義務がある場合でなければならない」とし、作為・不作為の区別に着目せず、成立要件（違法性）の独自性を認める（幾代1977・19頁など）。幾代が、作為・不作為を問わないのは、人の行為ないしその容態は一方では無限に分解することが可能であり、他方ではさまざまな次元でまとめて把握することが可能であるから両者の区別は本質的・哲学的に困難であるからという（同上・20頁）。そして、「なにかまとまった行為をし始めるべきだったのに、しなかった場合に、「不作為」による不法行為が問題にされるようだ」（同上）と論じるが、規範面でとらえると作為・不作為不法行為は同質であるという近年の理解に先行する。不作為不法行為の独自性を因果関係からも認める立場で、橋本は「不作為不法行為とは、なんらかの原因から法益侵害に向かう因果系列に関して、当該因果系列を放置する不作為をもって加害者の責任を追及することを規律課題とする。そのためには、作為義務による命令を通じて、当該因果系列を放置する不作為の違法性評価を基礎づけなければならない」と主張する（橋本2006・29頁）。本稿はこの理解を参考にしている。吉村もこの考え方に理解を示す（吉村2017・110頁以下）。このほか前田は、過失の議論において不作為も結果回避義務違反が問われる点において過失の有無の判断において共通するが、加害原因が直接的には加害者ではないこと、結果回避義務違反を問うために作為義務の発生を法令等により根拠づけなければならないとして、不作為不法行為の特殊性を記述する（前田（陽）2017・18頁）。

6) 瀧上2016・207頁。

7) 公権力の行使には権限の不行使も含まれる。公権力の範囲は、学説の対立はあるが、通説・判例は、非権力的作用も含め、私経済的作用及び国賠法2条の公の営造物の設置・管理作用を除いた全ての作用を指す（塩野2019・324頁など）。

8) 西埜1977・112頁。国賠法では不作為の違法性の議論において過失との関係が問題となるが、さしあたり違法性判断と過失判断は大部分が重なっていると理解しておきたい（西埜1977・106頁）。

9) 前田（達）1980・108頁、四宮1977・292頁など。なお慣習または条理について、河上は、作為義務を導く発生根拠が、信義則による不文の法的行為規範でありうることを、また社会の複雑化、人間関係の緊密化により契約や法令とは別個の中間的な行為規範の可能性のあることを説く（河上2009・15頁）。下級審の判例は、「私法秩序の一部をなすものとして法による強制を要請される慣習もしくは条理に基づく義務」として慣習ま

いる<sup>10)</sup>。しかし、この作為義務の認定はハードルが一般に高いといわれている。しかも、作為義務の判断は容易ではない。判例の立場は、「規制権限の不行使が許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くと」認められるときに国賠法1条1項の違法となることが定式化している。筑豊じん肺訴訟<sup>11)</sup>、水俣関西訴訟<sup>12)</sup>、泉南アスベスト訴訟<sup>13)</sup>などが例とし挙げられよう。この定式の下で一般的には、①被侵害法益、②予見可能性、③結果回避可能性、④期待可能性（補充性）が考慮要素とされる<sup>14)</sup>。また、権限不行使に違法性に、権限行使を容易に行使できたかどうか、それによって容易に危険を回避できたか（危険回避の容易性）、危険自体を容易に認識できたかどうか（危険認識の容易性）ということも付加的要素として挙げられる<sup>15)</sup>。本件判決は、行政の望ましい権限行使を指摘するも、不行使の違法性までを認める構成には至っていないというニュアンスが出ている（J-1-v）が、こうした考慮要素を積み重ねることにより本件のような事例についてもXに有利な主張は可能ではなかったか。

最近の判例の動きも参考になる。筑豊じん肺訴訟、水俣関西訴訟、泉南アスベスト訴訟等は、依拠すべき法令がありそれらを行使しなかったことにより被害が拡大した事例であるところ、福島第1原発事故における損害賠償訴訟では、本件のように「重大な事故が発生する前の権限不行使」について違法性を認める判決——群馬訴訟<sup>16)</sup>、生業訴訟<sup>17)</sup>、津島訴訟<sup>18)</sup>など——が表れていることは追い風となろう<sup>19)</sup>。これらの裁判例は詳しい分析が必要であるが、権限不行使に違法性の認定において、外部の危険（津波）対策につき、原発事故の被害の大きさ（上記考慮要素の①）、原子炉に要求されている高い安全性から来る高度の予見義務を課す

---

たは条理に基づく作為義務について次のようにベースラインを設定している。「不法行為は不作為によっても成立する。不法行為は違法な行為でなければならないから、不作為の不法行為にも違法性がなければならない。すなわち、権利侵害の結果を発生させた作為に差し向けられると同一の違法評価が当該不作為について成立しなければならない。このためには、（イ）不法行為者と名指された者が結果の発生を防止することを法律上義務づけられていたことを要するが、当該義務（作為義務）は、法令の規定又は契約によって定められたもののみならず、私法秩序の一部をなすものとして法による強制を要請される慣習もしくは条理に基く義務をも含むと解すべきである。（ロ）更に不作為が違法であるためには、右のような義務を負うものが、結果の発生を防止しうる事態のもとにおいて、その防止のために適当な行為をしないことを要すると解するのが相当である。」（東京地判昭和48・8・29判タ300号264頁）。

10) 深見2020・40頁、西埜2008・62頁。国賠法においても条理を作為義務の根拠とする裁判例がある。例えば、水俣病認定業務に関する行政の不作為に対する損害賠償請求事件で最高裁は、「一般に、処分庁が認定申請を相当期間内に処分すべきは当然であり、これにつき不当に長期間にわたって処分がされない場合には、早期の処分を期待していた申請者が不安感、焦燥感を抱かされ内心の静穏な感情を害されるに至るであろうことは容易に予測できることであるから、処分庁には、こうした結果を回避すべき条理上の作為義務がある」として条理上の作為義務を認めている（最判平成3・4・26民集45巻4号653頁）。

11) 最判平成16・4・27民集58巻4号1032頁。

12) 最判平成16・10・15民集58巻7号1802頁。

13) 最判平成26・10・9民集68巻8号799頁。

14) 塩野2019・327頁、宇賀2021・463頁など。最近の福島原発訴訟の下級審判決では、規制権限の不行使が違法とされるのは、「規制権限を定めた法が保護する利益の内容及び性質、被害の重大性及び切迫性、予見可能性、結果回避可能性、現実実施された措置の合理性、規制権限行使以外の手段による結果回避困難性（被害者による被害回避可能性）、規制権限行使における専門性、裁量性などの諸要素の全部または一部を総合的に考慮して検討すべき」と判示する（津島判決・福島地裁郡山支部令和3・7・30LEX/DB25590625）。

15) 芝池2006・262頁。

16) 前橋地判平成29・3・17判時2339号4頁。

17) 仙台高判令和2・9・3 LEX/DB 25571153

18) 福島地裁郡山支部令和3・7・30 LEX/DB 25590625。

19) 宇賀2021・463頁。

こと（②）などが「著しく合理性を欠く」判断枠組みの要素として斟酌されている<sup>20)</sup>。

最近の民法論では、不作為不法行為の作為義務の設定において、作為義務の実質的判断は、因果系列において誰にリスクを負担させるかの問題であり、このリスクの配分は本件との関連で見れば、本来別途に存在する、「外部危険から法益侵害に向かう因果系列」と、不作為者との近接性から割り当てられるべきで、その近接性は、先行行為によって因果系列（危険源）を始動させた者（先行行為基準）、又は危険源を支配する者が、作為義務者（支配領域基準）とする判断基準が提唱されている<sup>21)</sup>。これらの判断基準により「外部危険に対する安全措置の欠如」が義務違反として構成される<sup>22)</sup>。

なお、大川小学校訴訟<sup>23)</sup>では学校安全法29条に基づいた事前防災に関して不作為の責任が問われており、いわば支配領域基準に拠っていると見られ、学校のクラブ活動中での落雷事故における予見義務（支配領域基準の先例）<sup>24)</sup>と比して作為義務の範囲が拡大しているという裁判例の動きは参考とされよう<sup>25)</sup>。

### （3）不作為不法行為の因果関係

不作不法行為でもうひとつ問題となるのは、加害者の行為と法益侵害との間の事実的因果関係である。不作為それ自体は法益侵害に向かう因果関係の系列に入らないともいえるし、第三者や本件のように自然力が直接の原因となって損害が生じているので、複合的事実関係ともとれる。損害を惹起する原因がほかにもあるので、作為不法行為における、「あればこれなし」という条件公式が成り立たない。不作為法行為では、作為義務が尽くされていれば損害が生じなかったという因果関係を認めることになる。そこでは、あればこれなしという事実的因果関係はなく作為義務は過失の程度の問題として処理される<sup>26)</sup>。

ある作為（不作為も含める＝事実）がなければ結果生じなかったという、条件公式の展開をすることが可能である<sup>27)</sup>。ただし、このような理解は事実的因果関係というよりも観念的因果

20) 瀬川2019b・133頁以下、下山2019・125頁以下。

21) 橋本ほか2020・156頁、同2006・28、29頁、潮見2009・347頁。

22) 「外部危険に対する安全措置の欠如」の例として、盗賊により社屋内で宿直中の従業員が死亡したことにつき、防犯上の物的施設の設置ないし人員の増加、十分な安全教育を施さなかったことにつき、従業員の身を守る安全配慮義務違反の事例（最判昭和59・4・10民集38巻6号557頁）、大学の臨海水泳の実施中の受講生が溺死した事件につき、監視体制や救助体制の不備（名古屋高判金沢支部昭和52・9・28判タ366号230頁）などが参考になる（橋本2006・16）。ちなみに、物的施設の安全配慮義務違反、監視体制体制の不備などの管理体制の不備は、709条の規律対象だけではなく714条・715条、717条、718条の監督・管理義務違反の対象ともなる（橋本2020・156頁）。特に、本稿での研究視角としての717条の瑕疵概念の判断枠組みと構造的に似ているので注意を向けておきたい。

23) 仙台高判平成27・4・22判時2258号68頁。

24) 最判平成15・3・13判タ1208号85頁。

25) 瀬川2019b・131頁。瀬川は、事故防止の作為義務は、直接の侵害原因が被害者自身、第三者の行為、自然災害、侵害原因が不明な場合であっても被告が損害発生を防止する義務が問われる際の、法現象の動きを観察し、ドイツの社会生活上の義務を参考にしつつ、事故防止の作為義務が問われる事案を、人々が入り出す公共空間を開設した場合、被害者と特別な関係にある場合、損害防止をする社会的職務にある場合などに分けて解説している（瀬川1998・143頁）。

26) 平井1992・83頁。

27) 森島昭夫「因果関係」（不法行為法研究会1988・44頁）。四宮は不作為自体に原因力はないが、不作為行為と権利侵害を擬制することによって因果関係を認めようとする。要するに不法行為の「行為」に過失や不作為を含め広く「意思による支配の可能な人のふるまい」が行為だと解している（四宮1977・293頁）。

関係といえよう<sup>28)</sup>。不作為不法行為における作為義務違反の判断（過失の判断と接近）が先になって、因果関係を事後的に認めるという過程をたどることになる<sup>29)</sup>。この点、純粋な無の状態からの作為を起点とした事実的因果関係とは異なるという批判が考えられるが、作為不法行為、不作為行為のどちらであれ、「義務に適合していた行為」をしていればどうだったかを考えれば、その「義務」は作為と不作為の双方が含まれる<sup>30)</sup>。同様に、作為不法行為では、してはならないこと（不作為義務）に対する違反（禁止規範）が問われ、不作為不法行為ではすべきであったということ（作為義務）に対する違反（命令規範）が問われ、規範的要請という面でとらえると両者は同質であるとする学説がある<sup>31)</sup>。この説では、不作為不法行為は過失（行為義務違反）の判断が行われ、保護法益を危殆化しないための命令規範に対する違反があったと説明する。不作為不法行為の独自性を認めるか否かの議論はさておき、ここで問うべきは「義務に適合した行為」又は命令規範としての作為義務の存否である。

#### (4) Yの作為義務を認めうるか

以上の不作為不法行為論を踏まえ、本件における作為義務（本件センターは津波避難所ではないことの告知または適切な事前防止措置）の有無について問い直してみたい。

作為義務の前提となる先行状況は津波避難場所ではない本件センターを津波避難訓練の場所として提供したことだけではない。防災センターはハザードマップから外れているものの過去に浸水被害にあったところである。判旨は本件センターの名称や所在地を本件津波浸水予測図に記した広報を全戸配布してことなどをもって周知義務の履行と判断しているが（J-I-i）、だからこそ却って津波の危険性を明確にすべきではなかったか。本判決の事実認定では、本件センターが市役所の出先機関としての生活応援センターが置かれており、同センターの所長は本件センターの公民館長も兼任していた。応援センターの業務に本件建物の運営・管理、災害時の職員の参集状況、本件センターの避難者数、災害情報等の報告が含まれていたが、生活応援センター所長は地域住民の防災活動を監督・指導する立場になかった。防災センターの構造自体も2階部分は「避難室」「研修室」からなり、実質的にはこれらは公民館としての機能を果たしていた。しかしながら、本件センターの「マニュアル」によると災害時における生活応援センターの活動体制において本件センターは災害対策本部を設置することが想定されており、センター内への避難者の受け入れが明記されていた（災害の類型は記されていない）<sup>32)</sup>。

事実認定では、本件センターと生活応援センターの玄関は共通で鍵の管理はシルバー人材センターに委託されていたとされる。聞き取り調査によるとシルバー人材センターの者と市職員が土日などの鍵を管理しており、発災時直前の3月9日の三陸沖地震の際も、市職員が地元住民に請われて防災センターを開放している。本件センターの名称と構造についてはすでに言及しているが（2-3）、かような状況も含め浸水の可能性のある「防災施設」が地元住民に提供され

28) 橋本2006・43頁。

29) ちなみに、刑法でも近似する見解がある。刑法の不作為犯に要求される作為義務の要件論において、作為と不作為という枠組みは自然界において所与のものではなく、諸々の行為はさまざまな変数をもってスペクトラム的に偏在しているので両者を正面から峻別できないものの、要件論が先にあり法的評価の便宜に適うように自然的要素をもって区別する逆説的作業であり、作為義務は自然的因果関係からに見ると無関係な者を同じ舞台上に引き上げることであると説かれる（奥田2017・243、248頁）。

30) 窪田2018・351頁。

31) 潮見2009・346頁以下。

32) 釜石市2014・資料41。

ていたという先行状況を認めることができる。

しかも、聞き取り調査によると本件センターが津波避難場所ではないことの認識はさておき、市職員も住民も概ねここまで（ましてや2階部分まで）津波は来ないと考えていた証言が相当数あった。すると、国賠法1条の権限不行使の作為義務の認定定式である「権限不行使が著しく不合理」であることの考慮要素で述べた、専門知識を持たない危険を住民に対して危険を回避することを期待できない事情（④）があったといえる。津波が本件センターまでやってくるという危険の認識自体は行政側にとって難しいことではなかったはずである。津波避難所ではないという警告等はセンターの建物や誘導表示などによって比較的容易であったと考えられる。

こうした先行する状況を鑑みれば、Yは、先行行為によって因果系列（危険源）を始動させたものであり（先行行為基準）、しかもその因果関係を被災が起きた本件センター内の支配領域内で有していた（支配領域基準）ので、津波という外部危険の因果系列に近接性があり損害のリスクを負担すべく、住民が津波避難において本件センターに一次避難所として避難しないようになんらかの積極的な作為義務（事前防災措置）があったといえよう。

なお、この作為義務は条理だけではなく、判旨が認定するように災対法及び本件防災計画上に位置づけることもできる。災対法が災害対策は「災害に備えるための措置を適切に組み合わせることで一体的に講ずること並びに科学的知見及び過去の災害から得られた教訓を踏まえて絶えず改善を図ること」（同法2条の2第3項）を基本理念とし、市町村に、当該市町村の住民の生命、身体、財産を災害から守る責務（同法5条1項）を規定していることからすれば、住民に対して災害リスクの内容・程度に応じた情報を普及させるリスクコミュニケーションが要請されているのである<sup>33)</sup>。

（未完）

## 引用・参考文献

- 幾代 通1977『現代法学全集20 II 不法行為』筑摩書房。  
宇賀克也2021『行政法概説II 行政救済法【第7版】』有斐閣。  
内田 貴2011『民法II【第3版】債権各論』東京大学出版。  
近江幸治2018『民法講義VI 事務管理・不当利得・不法行為【第3版】』成文堂。  
大塚 直1989「民法七一条・七一条五（使用者責任・工作物責任）」広中俊雄＝星野英一編『民法の百年III』有斐閣、673-730頁。  
奥田奈津2017「作為と不作為の区別—作為義務の根拠論との関係」同志社法学69巻5号199-266頁。  
加藤雅信2005『事務管理・不当利得・不法行為（新民法体系V）』有斐閣。  
釜石市2013『釜石市鶴住居地区防災センターにおける東日本大震災津波被災調査報告書:中間報告書』（<https://www.city.kamaishi.iwate.jp/docs/2014092900085/>）  
2021年3月25日アクセス  
釜石市2014『釜石市鶴住居地区防災センターにおける東日本大震災津波被災調査報告書』（<https://www.city.kamaishi.iwate.jp/docs/2014031200016/>）  
2021年3月20日アクセス  
河上正二2009『民法学入門【第2版】』日本評論社  
北澤興一2018「「高台の教室」を実現できず 国の基準に従うだけでは命を守れない大川小設計者の後悔」NIK-KEI ARCHITECTURE 2018-7-12、34-35頁。  
窪田充見ほか編2021（窪田充見＝大塚直＝手嶋豊）『事件類型別 不法行為法』弘文堂。

33) 下山2010・220頁以下。

- 窪田充見2018『不法行為法 民法を学ぶ 第2版』有斐閣。
- 齊藤徳美2019「釜石市鶴住居地区防災センターにおける津波被災調査」『東日本大震災で大学はどう動いたか2』古今書院, 209-216頁。
- 澤井 裕1993『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為』有斐閣ブックス。
- 塩野 宏2019『行政法II [第六版]』有斐閣。
- 潮見佳男2009『不法行為法I [第2版]』信山社。
- 四宮和夫1977『不法行為』現代法律学全集10, 青林書院。
- 下山憲治2010「防災法制の展開と今後の法的課題」生田長人=編『防災の法と仕組み』東信堂, 209-242頁。
- 下山憲治2019「国賠訴訟における違法・過失判断と津波避難訴訟・原発事故訴訟」論究ジュリスト30号, 122-128頁。
- 芝池儀一2006『行政救済法講義 第3版』有斐閣。
- 渋井哲也2017『命を救えなかった—釜石・鶴住居防災センターの悲劇』第三書館。
- 瀬川信久2019a「震災・原発事故と不法行為 特集にあたって」論究ジュリスト30号, 90-91頁。
- 瀬川信久2019b「震災関連訴訟が不法行為責任論に提起する諸問題」論究ジュリスト30号, 129-135頁。
- 瀬川信久1998「危険・リスク——総論」ジュリスト1126号141-145頁。
- 鳥谷部 茂2018「東日本大震災における釜石の奇跡と悲劇」広島法学42巻2号139-153頁。
- 瀧上 明2016「釜石市における法的支援活動及び津波災害に関する裁判例の検討」松岡勝実ほか編（松岡勝実=金子由芳=飯 考行）『災害復興の法と法曹』成文堂, 169-211頁。
- 西埜 章2008『国家補償法概説』勁草書房。
- 西埜 章1979『国家賠償責任と違法性』一粒社。
- 橋本佳幸ほか編2020（橋本佳幸=大久保邦彦=小池泰）『民法V 事務管理・不当利得・不法行為（第2版）』有斐閣。
- 橋本佳幸2006『責任法の多元的構造』有斐閣。
- 平井宜雄1992『債権各論II 不法行為』有斐閣。
- 平井宜雄1971『損害賠償法の理論』有斐閣。
- 深見敏正2020『リーガル・プロGRESSIV・シリーズ13 国家賠償訴訟【改訂版】』青林書院。
- 不法行為法研究会 1988『日本不法行為法研究会』有斐閣。
- 前田達明1980『民法VI<sub>2</sub>（不法行為法）』青林書院新社。
- 前田陽一2017『債権各論II 不法行為法 [第3版]』弘文堂。
- 松岡勝実=村上 清 2019「災害管理（学）：地域から国際的な連携へ」『東日本大震災で大学はどう動いたか2』古今書院, 243-251頁。
- 松本克美2008「土地工作物責任における〈第一次的所有者責任・第二次の占有者責任論〉の可能性」立命館法学5・6号（321・322号）458（1814）-491（1847）頁。
- 森島昭夫1987『不法行為法講義』有斐閣。
- 米村滋人2019「津波災害に関する過失判断—災害賠償責任論・序説」論究ジュリスト30号, 92-99頁。
- 吉村良一2017『不法行為法 [第5版]』有斐閣。