

環境権と行政訴訟

森 田 友 喜

も く じ

はじめに

一 環境権の範囲

1 環境権の享有主体

2 環境権の対象

二 行政訴訟

1 取消訴訟

2 差止訴訟

3 義務づけ訴訟

は じ め に

本誌前号（第11巻第1号）において、いわゆる伊達環境権訴訟判決をめぐって、憲法的視点から環境権の法理性について検討したので、本号では前号で触れなかった若干の問題を公法的見地より言及してみたい。

そもそも環境権（environmentel right）とは、その提唱者たちによると、「環境を破壊から守るために、（人間の）環境を支配し、良き環境を享受しうる権利であり、みだりに環境を汚染し、（人間の）快適な生活を妨げ、あるいは妨げようとしている者に対しては、この権利に基づいて、これが妨害の排除または予防を請求しうる権利¹⁾」であるといわれる。もし、かかる権利が認められると、環境の保全には相当厚くなる反面、社会的経済的にはもちろん現行の法体系の上にもかなりの影響を及ぼすものと予想される。しかし、良好な環境の維持は歴史的・世界的傾向であるといってよい。したがって、わが国においても環境権の法的追認に期待がよせられているが、そうなれば立法政策的面においては

いうまでもなく、法解釈学上においても諸種の問題が克服されることになるであろう。たとえば、行政事件訴訟法における反射的利益論、抗告訴訟類型の拡大化、損害賠償や損失補償等の立証責任の転換などが可能になるものと考えられている²⁾。そこで小稿では、これら問題のひとつである環境権の範囲とその救済策としての行政訴訟ないしは抗告訴訟について検討してみたいと思う。

注

- 1) 大阪弁護士会環境権研究会 環境権 51ページ
- 2) 淡路剛久 環境権の法理と裁判 8～9 ページ

一 環境権の範囲

環境権が憲法上基本的人権として成立するとしても、その範囲をどう設定するかについては異論のあるところである。いわゆる豊前環境権訴訟における福岡高裁判決は（もっとも私権としての環境権についてはあるが）、「権利の主体、客体及び内容の各範囲において明確な利益限界をもたない権利、明確な利益範囲が固定しない権利は、実定法上その権利性を承認されえない」いいかえれば、「権利の主体、客体及び内容の各範囲についても、環境権には法的権利性を承認できる程度に明確な客観的限界を画することができない」と述べて¹⁾、環境権の範囲の不明確性を成立否認の理由のひとつにあげている。

このように、同判決は環境権の範囲の不明確性について、私権としての環境権の場合を指摘しているにとどまるので、はたして人権としての環境権の場合はどうか明らかでない。しかし、この範囲等の明確性の論理は、ひとり私法上の環境権のみならず、公法上の環境権にも妥当するものと思われる。ただし、そうでなければせっかく環境権が憲法上認知されたとしても、範囲等の漠然性のゆえに法的権利性は否定され、たんなる政治的・道徳的宣言としての、いわば「綱領的規定 (Programmsatz)」としての烙印を押されかねないからである。

1 環境権の享有主体

環境権の享有主体について、学説上かならずしも一致しているわけではない。つまり、環境権の保障を受けるのは自然人に限定すべきか、それとも自然人にかぎらず法人にも保障を認めるべきか、見解の分れるところである。

(1) 自然人限定説 この学説によると、環境権は生存権や生命・自由・幸福追求権（以下「幸福追求権」という）を生存環境の根底的に破壊するあたらしい事態に対応して確認された権利であるから、憲法上人権の一形態として創設されたものである。したがって、この権利は排他的、不可譲的に保護されるべきものであると考えられるから、環境権の主体は、日常生活のなかで良好な環境を享受するものとしての自然人にかぎられるべきであるというのである²⁹⁾。

(2) 法人適用説 この説の示すところによれば、環境権は人間としての生存のために必要な権利であるから、その主体は自然人に制限すべきであると考えられるが、共同社会のよりよき発展のため、たとえば、学校法人に静穏な環境を求める権利を、また企業たる法人にきれいな流水の利用を求める権利を認定する必要性のあることを考えれば、その権利主体を自然人に限定すべきでなく、広く社会的実体を有する各種の法人にも認むべきであると主張するのである³⁰⁾。

さて、これら両説のうちいずれが妥当であろうか。元来、人権は歴史的沿革的にみて、「人間および市民としての個人の権利領域を保護することを目的とするものであった⁴⁾」ので、人権の享有主体は本来自然人を念頭においたものであることは明らかである。この理念にしたがってわが国の憲法も、国民はすべての基本的人権の享有を妨げられない。この憲法が国民に保障する基本的人権は、現在および将来の国民に与えられ、かつ信託されたものである(11条、97条)。したがって、すべて国民は個人として尊重されるがゆえに、生命・自由・幸福追求に対する権利は最大の尊重を必要とする(13条)旨を定め、また国籍法が国民の要件を「出生」によることを明規している(2条)のは、まぎれもなくこのことを裏づけているものといえる。したがって、このことから環境権の享有主体

を考えると、自然人に限定されることになるう。

しかし、社会的経済的状況の変化に対応して法人の重要性が次第にクローズアップされてくると、基本権を法人にも適用すべしとの主張が強くなり、その結果、たとえばアメリカでは、連邦憲法上人権保障の法人への適用規定を欠くにもかかわらず、判例によって法人の人権享有主体としての地位を確認せしめるにいたったのである⁵⁾。また、スイスやオーストリアにおいても法人に対する基本権規定の妥当性は、やはり判例上成立したものだといってよい⁶⁾。

これに対して西ドイツでは⁷⁾、「基本的権利は、その性質上内国法人に適用できる限りにおいて、これにも適用される」(基本法^(19条3項))と明規し、ポルトガル憲法も、「権利・自由及び保障手段に関する憲法上の規定は、公私いずれの団体にも直接に適用され、これを拘束する」(18条^(1項))と定めて、法人の人権享有の主体たる地位を明確にしている。

周知のように、わが国の場合、憲法上法人に対する保障規定は存在しない。だが、基本権は本来自然人に向けられたものであるとしながらも、「性質上可能な限り、内国の法人にも適用⁸⁾」されうると解するのが通説といってよい。判例もまた法人の人権の享有性を認め、いわゆる八幡製鉄献金事件において、「憲法第3章に定める国民の権利および義務の各条項は、性質上可能なかぎり、内国の法人にも適用されるものと解すべきである」(最判昭和45・6・24 民集24・6・625)と述べている。したがって、通説判例は法人の人権保障を肯定するのであるから、これを敷衍すると、環境権も人権の一創設規定として把握されるので、法人もこの権利の主体者になりうるものと解せられることになるう⁹⁾。

ところが、法人に基本権が適用されとしても、法人は自然人と本質的に異なるので、学説判例の指摘するように、「その性質上可能なかぎり」という留保が付されるのは当然である。では、いかなる人権が法人に適用可能かというと、一般に、法の下での平等(14条)、請願権(16条)、国家賠償請求権(17条)、営業の自由(22条)、居住・移転の自由(22号)、財産権(29条)、通信の秘密(21条)、適正手続(31条)、住居の不可侵(35条)、迅速な公開裁判・証人審問権・弁護人依頼権(37条)、事後法の禁止・二重処罰の禁止(39条)などがあげられるが、法

人の種類によっては、信教の自由（20条）が宗教法人に、学問の自由（23条）が学校法人に、表現の自由（21条）が報道機関にそれぞれ認められるというのである¹⁰⁾。

これに対して、法人に妥当しない人権として、個人の尊重（13条）、幸福追求権（13条）、一定の人身の自由（36条など）、生存権（25条）、選挙権・被選挙権（^{15条}_{44条}）、教育を受ける権利（26条）などがリストアップされている¹¹⁾。したがってこれらのことを前提にすると、13条および25条に法的根拠を有する環境権は、やはり法人には該当しないという結論に達することがわかる。幸福追求権や生存権がなぜ法人に不適当であるのか、その理由は明らかでないが、まえにみたように、おそらく環境権の理念も、「憲法レベルの人権概念としてとらえるべき」であるから、基本的人権は人間の生存の基本的条件についてのみ成立し、その権利の享有の成果はすべて自然人についてののみ及ぶという伝統的人権観に由来するからであろう。

しかし、すでに述べたように基本的人権の保障は日本国民にはいうまでもなく、限定的にしろ外国人や法人への適用も通説判例のひとつとして認めるところであるから、たんに上述のような理由だけで法人にあたらしい基本権としての環境権を否定するものなら正当とはいえない。法人が環境権の享有者たりうるか否かの問題のひとつは、その法的根拠をなす13条および25条のとらえ方に起因するものと思われる。

まず、13条の幸福追求権は「個人尊重」の原理と密接に結びついて、「本来、自然人にとってのみ考えられることである¹²⁾」ので、法人には適用されえない人権と解されている。しかし、13条は個別的・固定的規定ではなく、14条以下の各個の基本権規定に遺漏している諸種の権利やあらたに登場するであろう人権を包括的に定めた、いわゆる包括的人権規定であることはこんにち一般に承認されているといってよい。したがって、将来、時代の要請によりあたらしい人権が出現した場合、かかる権利のうちあるものは法人にも適用されうる性質を有するものがないとはかぎらない。否、十分に予想されうる。事実、これまでに13条からプライバシーの権利、肖像権、名誉権などが引き出され（最判昭和44・12

・24刑集23・12・1625), 検討されてきたことを見落してはならない。ことに, 名誉権は法人にとっても十分成立しうる余地があることを考えると, 短絡的に法人に対して幸福追求権規定の適用を否定的に結論づけるのは妥当ではなからう。

そもそも, 「法人は社会において自然人と同じく活動する実体であり, とくに現代社会における重要な構成要素である¹³⁾」から, 社会的にその機能を果すべき義務と責任とを負わされている。たとえば, 学校(学校法人)についていえば, 児童・生徒・学生らの人格や学問の向上発展をなすべき責務を負い, 病院(医療法人)は人間の生命の維持や健康の回復を目的とする病氣治療という重大な使命をになっている。したがって, 学校や病院などの法人はその機能を果すに必要な静穏, 日照, きれいな空気, 新鮮な水など——むしろ一般人よりもその必要性は大きく, ときには——絶対不可欠な要件であり, これらの要素なくしてはその目的を達成しえない事態を考えた場合, これらの法人にも機能的に性質上良好な環境を求める権利があるものと解してもけして妥当性を欠くことにはならず, むしろそのほうが自然ではなからうか¹⁴⁾。

つぎに, 25条についてみると, 生存権的基本権は要救済者に対して, 人間たるに値する生活条件を確保せしめる権利であるから, 自然人を念頭においていることは間違いない。しかし, ここでいう生活条件の確保はたんに経済的対価としての生活費のみを意味するのではなく, 人間が「健康で文化的」な生活を営むために必要な一切の事項を請求しうる趣旨といってよからう。そうでなければ, 25条を根拠に環境権の抽出はできないはずである。生存権規定をこのように広く解するなら法人が法人としての目的を達するための条件, すなわち, 良好な環境を求める権利もここに含めて理解していいように思われる。法人の人権享有主体性の根拠は, 「その効果が自然人に帰属する¹⁵⁾」点にあるとの説明があるが, この論理をかりると, 法人が公害を防止して良き環境を享受することは, 結局その効果は自然人に帰することになるから, 人権本来の観念である「基本権の享有の成果は, 最終的にはすべて自然人に還元されるもの¹⁶⁾」との理念にも合致し, 権利保護の上からもさらに手厚くなるであろう。

このように考えると, 自然人はもちろんのこと法人も環境権の享有主体にな

りうるものと理解してもさしつかえないであろう¹⁷⁾。さらに、このことを敷衍すれば、人間の集団である団体や法人格をもたない団体などにも環境権の適用を認めることも当然予想される。そうすることによって、「産業公害に対して地域住民が組織的にみずからの生存をまもる¹⁸⁾」ことに一層の効果を期待しうることになるだろう。

2 環境権の対象

環境権の成立にあたって、その権利の対象をいかなる範囲に設定するかについても、学説はつぎのように対立している。

(1) 狭義説 狭義説は環境権の客体をなすのは自然環境にかぎられるのであって、歴史的文化的環境はこれに含まれないとする説である。その理由について、阿部教授はつぎのように説明されている¹⁹⁾。すなわち、「環境権の目的は人の生命と健康の保持であるから、その内容は健康で安全な生活を営むに足る質の環境」を意味するものであるがゆえに、「環境権が人間の生物としての生存を中核として構成されているため、環境利益の種類と性質論、侵害行為(公害)の態様もおのずから限定されているのであって、文化的または社会的環境は環境権の対象とはならない」と。

また、原田教授も、「その権利(環境権)の機能領域を『何人にも承認のえられる領域』に厳格に限定しておく必要がある。自然環境のみならず、社会、文化環境をも含めて環境概念を広く一般化し包括概念としたまま、これを市民法上の緊要かつ絶対的な権利とするのは、法技術論としては少しく乱暴に過ぎ、説得力に欠けるといわざるをえないであろう²⁰⁾」と述べて、狭義説を支持しておられる。

(2) 広義説 この学説は環境権の対象範囲をたんに自然環境に限定することなく、広く文化的環境や社会的環境をも含めて考慮する見解である。広義説の妥当性について、仁藤氏はつぎのように主張されている。いわく、「権利の客体としての環境には、空気、水、日照、静穏、土壌、景観などの目的的自然の環境を含むことは自然であるが、更に人間が社会的生活を営むために必要不

不可欠な社会的環境、例えば道路、公園、橋梁等の施設もまた、権利の客体に含ましめるべきであろうし、人類が多年の歴史の上に築き上げてきた歴史的文化的遺産もまた、人間生活に欠かすことのできない環境の素材として考えられるものについては、これを環境権の客体と考えてよいであろう。それは人間の生活に快適さ、文化性という要素を付与するものとして、まさによい環境を形成するために不可欠な環境の素材であるからである²¹⁾」と。

また、松本教授もこの立場から、「ここで環境という場合、単に自然環境や天然資源に限定して考えるべきでなく、人間の生活を取りまく道路、公園、公共施設といった社会的環境や祖先から継承してきた遺跡などといった文化的環境について、総合的に把えることが必要であると考え。今日の複雑な環境素材に対する破壊現象を考えれば、自然環境にのみに限定する時は、人々の快適な生活環境を保全することとはならないのである²²⁾」とその必要性を強調されている。

このように、環境権の対象について学説は分れているが、これら両説のうちいずれを妥当とするかは、環境権の目的や性質の把握のいかんにかかっているといってよからう。もし、環境権の保護法益を「人間の健康と生命の維持」に限定すれば、むしろ狭義説が妥当するであろう。しかし、人間を「たんに生物としての生存のみを求めるものでなく²³⁾」、精神的存在 (mental existence) としてとらえるならば、文化的利益保護にウエイトがかけられてくるので、ここでは広義説の方がこれにマッチすることになる。

思うに、環境権が環境破壊を防止し良好な環境を求めるのは、究極的には人間に値する幸福な生活を維持、向上、発展せしめていくことにねらいがあると考えられるので、狭義説のいう生命の維持と健康の保全はその目的の基本的要素であることには違いないが、それをもって全部とすべきではない。人間は本来理性的な「考える葦」(Blaise Pascal) といわれるように、生命、健康のほか、精神的文化的享有を不可欠とする存在でもあり、むしろこれらが総合されはじめて究極の目的を達成することができるのである。したがって、広義説の主張するように、環境には自然環境のみならず、道路、公園、橋梁などの社会生活上必要不可欠な社会的施設や人間が多年にわたり築き上げてきた学問的価値

を有する文化遺産なども広く環境権の対象に含める方がベターだと思われる。けだし、環境権が憲法上社会権のおよび自由権の性格を有する権利として位置づけられている点にも、またその法的根拠の精神にも合致するからである。

ところが、環境権の対象範囲をこのように広く解すると諸種の問題のあることが指摘されている。小林教授によると、一方では環境権によって規制される側の抵抗も強くなり、他方では環境権論のなかにも自己矛盾が生じ、自然的環境と社会的環境とのそれぞれの保護法益の衝突が起こるというのである²⁴⁾。しかし、人権上の衝突や矛盾が生ずるのは、環境権についてのみ起こる現象ではなかろう²⁵⁾。このような問題はほかの人権においてもみられる現象であって、これをもってただちに文化的社会的環境を環境権の客体から除外することにはならない。小林教授はさきの問題提起したあとで、「原理的には、おそらく、環境権の本来の出発点から考えて、自然環境と人間の健康を上位に置いたうえで、社会の基本的なニーズとの調和を総合計画のなかで図るほかないであろう²⁶⁾」と環境間の矛盾衝突の解決策のヒントを提言されている。要するに、一般的にいえば、かかる原理を基本的に判断の基準として、「具体的にはケースごとに問題の本質をみきわめて解決²⁷⁾」していかざるをえないだろう。

注

- 1) 福岡高判昭和56・3・31判時999・38、なお、第一審の福岡地判昭和54・8・31判時937・24も、「環境権なるものの各個人の権利の対象となる環境の範囲、すなわち環境を構成する内容の範囲及びその地域の範囲は、漠然としている上、その侵害の概念も明確でなく、さらには権利者の範囲も限定しがたく、その権利概念自体まことに不明確なものであって、環境権なるものの法的権利性を承認することはできない」と同趣旨。また、いわゆる伊達環境権訴訟における札幌地判昭和55・10・14判時988・132も、「私権の対象となりうるだけの明確かつ強固な内容及び範囲をもったものであるかどうか甚だ疑問なしとしない」と述べている。
- 2) 松本昌悦 環境破壊と基本的人権——基本権の再構成と「環境権」確立のために——155～156ページ、その他、阿部照哉 「環境権」(芦部編 憲法Ⅱ人権(1)) 189ページ、淡路剛久 環境権の法理と裁判 28ページなども同趣旨
- 3) 仁藤一 「環境権の提唱」(ジュリ493号) 230～231ページ
- 4) 芦部信喜 「人権享有の主体」(芦部編 前掲書) 25ページ
- 5) アメリカの連邦最高裁は、頭初、Santa Clara v. Southern Pac. R.R. 事件(1886)において、修正14条1項の平等保護条項の“person”には法人も含まれると判決を下したのを嚆矢として、自由権についても、財産権、言論・出版の自由、

- 不合理な捜査・押収をうけない権利が次第に法人にも認められるようになった。
- 6) W. Schmidt, Grundrechte und Nationalität juristischer Person, SS. 37～39.
 - 7) もっとも、ワイマール憲法 (Weimarer Verfassung) には法人の基本権の適用についての定めはなく、解釈上も通説的には否定されていた。しかし、ラント憲法では財産権、異議申立権、請願権などの権利については法人にも認められていた (Schmidt, op. cit. S. 17～20)。
 - 8) 橋本公亘 日本国憲法 133ページ、これに対して、覚道豊治 憲法<改訂版> 202～203ページは、基本的人権は、その言葉も示すように、人間の基本的権利であり、すでにのべたように、人間が人間なるがゆえに当然有する権利としての自然権の考えから由来しているのであって、人間の尊厳という観念に基づいている。それゆえ、その本質上もともと人間個人がその主体と考えられるべきであり、したがって法人は憲法の保障する基本的人権の主体ではないと考えられるとの理由で反対。
 - 9) 学説は一般に、法人が人権の主体になりうる理由として、その効果が究極的には自然人に帰属するものであり、もしそうでなくても、社会的活動の実体と実益を有するがゆえに、社会の重要な構成要素をなすものだからであると説明する (川添 「基本的人権の主体」(阿部=池田編 憲法(2)) 52ページ、芦部 前掲書 28～29ページ、山本「法人と人権」(ジュリ憲法の争点(増補)) 61ページ、Dürig, in Mauz-Dünig-Herzog, Grundgesetz, Art. 19 A6S. III Rdnr. 6. など)。ところが、最近の学説は法人の人権保障の理由づけは漠然としているとして、法人の存在理由を憲法のレベルでとらえ法人の人権適用の範囲を明確にし、その保障の程度を明らかにしようとしている (寿田 「法人と人権」(奥平=杉原編憲法学1) 32ページ～)。
 - 10) 芦部 前掲 32～33ページ、山本 前掲 62ページ、川添 前掲 52ページ
 - 11) 川添 前掲 52ページ、橋本 前掲書 134ページ
 - 12) 宮沢俊義 憲法II<新版> 245ページ
 - 13) 芦部 前掲 28ページ
 - 14) 芦部教授も一部の法人 (学校法人) に限って幸福追求権の適用の可能性のある旨指適されている (前掲 34ページ)。
 - 15) 宮沢 前掲書 245ページ、宮沢=芦部補訂 全訂日本国憲法 188ページ
 - 16) 阿部=池田=田口編 憲法講義 91ページ
 - 17) もっとも田口教授によれば、人権の享有を受ける法人はもっぱら私的法人についてのみ考えられるといわれるので、環境権についてもこの原理が準用されることになろう (田上編 体系憲法事典 263ページ)。しかし、環境権の享有を国公立の学校や病院などに除外するのは不当であろう。法人への基本権適用の有無は法人の種類によるのではなく、その機能や目的、性質等によるべきであると思われる。
 - 18) 寿田 前掲 35ページ
 - 19) 阿部 前掲 188～189ページ
 - 20) 原田尚彦 環境権と裁判 60～61ページ、なお、林=江頭 「文化財保護法制の検討(下)」(判時965) 5ページは、「環境権は、自然環境の破壊による人間の身体、生命の危機の回復を目指し——つまり、環境権の保護法益は人間の身体、生命である」と記述しているのも、環境権の客体を自然環境に制限する趣旨であろう。
 - 21) 仁藤 前掲 230ページ
 - 22) 松本 前掲書 155ページ
 - 23) 大阪弁護士会環境権研究会 環境権 86ページ

- 24) 小林直樹 現代基本権の展開 278ページ, 淡路剛久 環境権の法理と裁判 29ページは、このような考え方は、人権としての環境権と民事上の差止請求権とを二重写しにして、両者を全く同一物として構成しようとしたところから生じた混乱であると指摘している。
- 25) 淡路 前掲書 30ページもこの種の人権の衝突は、他の人権どうしても起りうることであって、自然的環境と社会的環境との間にのみ起りうる固有の困難と考えるべきではないという。
- 26) 小林 前掲書 279ページ
- 27) 淡路 前掲書 30ページ

二 行政訴訟

冒頭で述べたように、憲法上環境権が容認されると、行政訴訟の面でもこれまで解釈上困難とされた問題も克服されてくるものと思われる。環境権を主張して公法上司法的救済を求める方法として行訴法上抗告訴訟、すなわち①取消訴訟、②差止訴訟、③義務づけ訴訟、④不作為違法確認訴訟、⑤無効確認訴訟等が考えられる。これらの訴訟類型のうち、環境権にとって①～③がもっとも効果的役割を及ぼすものと思われるのでこれらについて検討してみよう。

1 取消訴訟

取消訴訟 (Anfechtungsklage) は法定抗告訴訟の典型的訴訟形態であって、この訴訟が環境権を理由に提起されうるのは、環境の破壊が現に行われ、または行われるおそれのある場合であろう。もし、かかる取消が裁判所によって認容されると、環境汚染の防止を実現し、その目的を達することになる。

行訴法によると、取消訴訟の要件は行政庁の「処分」または「公権力の行使に当たる行為」(以下「処分」という)である(第3条第2項)が、ここでいう「処分」の内容は講学上の「行政行為」とはかならずしも同一ではなく、一般に処分の方が行政行為よりも広い意味においてとらえられている¹⁾。つまり、行政庁の処分は講学上の行政行為——法律行為的行政行為および準法律行為行政行為——のほか、公権力の行使にあたる事実行為も含むものと解されている²⁾。これを実質的にいえば、「公権力の主体たる国または公共団体が行なう行為のうち、その

行為によって、直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているもの」であり、「仮りに違法なものであっても、それが正当な権限を有する機関により取り消されるまでは、一応適法性の推定を受け有効として取り扱われるもの」すなわち「行政庁が公権力の発動として行なう行為のうち、それが仮に違法なものであっても、正当な権限を有する機関によって取り消され又はその無効が確定されるまでは、法律上又は事実上有効なものとして取り扱われるもの」としてとらえられてきた³⁾。要するに、取消訴訟の対象となりうる処分とは、「国民の権利または法律上の利益に対してなんらかの影響を与え、公定力を有する行為⁴⁾」であるといちおう定義づけることができるであろう。

このように、行訴法上の取消訴訟の対象になるのは、行政庁の処分にかぎられるのであるから、これを環境事件についてみると、環境破壊源が行政庁の処分に当るかどうかが問題となろう。いま環境汚染の行為者を大別すると国や地方公共団体等と私企業等とに分けられるから、場合を分って検討されなければならない。

(1) 国・地方公共団体等による場合　まず環境破壊が国や公共団体等による場合であるが、国や公共団体が行訴法という行政庁の処分たる「行政庁」に該当することに異論はない。問題になるのは、国や地方公共団体等が環境汚染源になる営造物等を設置する行為がはたして行政庁の「処分」に当るかどうかということである。たとえば、じん芥の搬入や処理、これにともなう悪臭や煤煙によって、良好な生活環境や美観を損うようなごみ焼却場を地方公共団体が設置したような場合が想定される。かつて、最高裁はかかる事件においてつぎのように判示した。すなわち、

「本件ごみ焼却場は、被上告人都がさきに私人から買収した都所有の土地の上に、私人との間に対等の立場に立って締結した私法上の契約により設置されたもので……あり、……被上告人都において本件ごみ焼却場の設置を計画し、その計画案を都議会に提出した行為は被上告人都自身の内部的な手続行為に止まると解するのが相当である……。

それ故、仮りに右設置行為によって上告人らが所論のごとき不利を被ることがあるとしても、右設置行為は、被上告人都が公権力の行使により直接上告人らの権利義務を形成し、またはその範囲を確定することを法律上認められている場合に該当するものということを得ず、……これをもって……『行政庁の処分』にあたらない……」(最判昭和39・10・29民集18・8・1809)。

この論理からすると、環境汚染が国や地方公共団体によってなされる場合には、通常このようなケースが多いだろうから、国や地方公共団体による環境破壊行為は取消訴訟の対象にならないということになる。事実、従来判例はこの立場を堅持してきた⁵⁾ため、公害問題を行政訴訟によって解決しようとするのは妥当性を欠く原因とされてきたのである。

ところが、この伝統的な処分概念について、下級審レベルではあるが、あたらしい解釈をくわえて画期的判断を示す事態が生じた。すなわち、東京地裁はいわゆる国立歩道橋事件の決定のなかでその説明をつぎのように行なっている。いわく、

「横断歩道橋の設置自体は、もとより、地元住民を名宛人としてなされる行為ではなく、これを構成する個々の行為もまた、行政庁の内部的な手続上の行為および行政庁が私人との間に対等の立場にたって締結する私法上の行為ないしは私人の私契約の履行行為にほかならず、いずれの点からみても、行政庁の住民に対するいわゆる高権的権力の行使に当たる行為といえないことは明らかである。しかし、横断歩道橋の設置は、もともと、道路の安全な交通の確保という地方公共団体に課せられた本来の行政目的を達成するため、地元住民に対して当該施設による利益を供与する行為であって、前記私法上の行為も、右の行政目的達成の手段たる意味を有するものであるから、利益の供与を受ける住民との関係においては、前記起工決定と私法行為との複合した一体的行為として観念することが可能である。そればかりではなく、横断歩道橋の設置は、前述のごとく本質的には授益的な給付行為であるとはいえ、他面住民既得の権利、利益を侵害する恐れがないとは断定し難く、侵害の性質如何によっては、公害のごとく、事後の金銭的賠償によるのでは救済の実を挙げえない場合があるの

みならず、そもそも、行政庁の行なう行為であって、しかも、地元住民の日常生活に広い係わり合いをもつものである以上、これを個々の行為に分解して行政庁の自律や私法法規にゆだねるよりも、前叙のごとくこれを行政庁の一体的行為と把握して、公法的規制に服せしめるとともに、権利救済の面においても、行政事件訴訟法3条にいう『公権力の行使に当たる当為』と解してこれに抗告訴訟や執行停止の途を開くのが、高度に成長・複雑化した現代社会の実情に則して法治主義の要請を貫く所以であるのはもとより、同法が抗告訴訟なる特別の訴訟類型ないしは抗告訴訟を前提とする執行停止という特権の制度を設けた法意に適合するものというべきである」(東京地決昭和45・10・14行集21・10・1187)と(上点は筆者)。

この決定は、従来の判例を踏襲して歩道橋の設置行為を私法行為としながらも、行政庁の決定行為と合体した一体的公法行為としてとらえ、抗告訴訟への道を開いたのは高く評価されてよからう。この事件の本案判決は控訴審において処分性を否定されたとはいえ⁶⁾、この決定における処分性拡大の理論は学説に与えた影響はきわめて意義深いものがある。学説は「処分」について、「理論的には本来伝統的な意味での『処分』としての要件は充たしていないが、現実には国民の権利・利益に重大な影響を及ぼしている様々の行政活動が存在する(から)、国民に実効的な救済を与えるためには、このような行為に対して広く抗告訴訟・取消訴訟の提起を認めて行くことが必要であり、また、現行法上も可能であるという考え方⁷⁾」のもとに、いわゆる「形式的行政処分」論を展開して次第に有力となりつつあるといってよからう。

この種の理論は、ドイツの「二段階説 (Zwei Stufen Theorie)」やフランスの「分離しうべき行為の理論 (théorie de actes detachables)」としてみられる⁸⁾。前者は伝統的意味における公法と私法との混淆したひとつの行政過程を二段階に分け、第二段階に行政庁の私法行為があったとしても、それに先行する第一段階において行政庁の基本的意思決定があるので、これを行政行為と擬制することにより、全体として公法的規制に服せしめて抗告訴訟の提起を認めようとするものである。これに対して、後者は行政庁の行なう公役務行政についての

行為を分離し、非権力行政に先行する行為に「権力的行政処分性」を認めて分離独立した一個の行為として、越権訴訟の出訴を許し、非権力的行政過程に対しても適法性の裁判審理への途を拓こうとするものといえる。要するに、これらの理論は私法形式による行政活動をいかなる形態においてか、いわゆる「公権力」の行使に該当する行為として抗告訴訟の対象としようとするもので、環境保護の見地から十分参考に値する訴訟理論と考えられる。

さらに、こんにちでは、行政庁の公益目的達成の行為が公法行為や私法行為の性質を異にする多数の行為の手続的發展を経て完成されている場合、公法行為と私法行為の混在する複合行為について、行政庁の一体的行為としてとらえ、公法的規制に服せしめるべきであるとする理論の出現をみるに至っている⁹⁾。たとえば、開発行政計画の取消しを求めた、いわゆる大分新産業都市八号地事件において、大分地裁は原則として、開発行政計画は国民の権利を制限する効果を有しないたんなる「青写真」にすぎないから行政処分とはいえないとしながらも、原告らの主張が公害予防を目的とした点をとらえ、いわゆる「複合的行政過程」の行政処分性について、「念のために」とのことわりのもとに、つぎのように判示している。いわく、

「かかる行政過程なるものによって地元住民の生命、身体等に差し迫って重大な悪影響の生ずることが相当程度に予想され、しかも事後の救済も困難であるとの特段の諸事情が認められる場合には（従って地元住民がこぞって同処分に反対しておりこの点につき国民の一般の共感も期待されるが如き場合にあっては）実地的な地域住民の権利擁護とその救済を図るため、かかる行政過程なるものを行政処分と解し同行為の違法性につき裁判所がこれを判断することも許されるべきであって、……『法律による行政』の建前にも、又三権分立の国家制度にも相反するものではないと解するのが相当である」（大分地判昭和54・3・5判時925・3）と（上点は筆者）。

本判決は開発行政計画それ自体には、行政訴訟の対象としての処分性を認めないが、行政庁の処分行為たる一連の行政過程の一環としてとらえることによって、全体的に行政処分としての性格を許容しているのは、環境権論の立場か

らみてきわめて示唆に富んだ判決と評されてよからう¹⁰⁾。

このように、従来の行政庁の処分概念について、流動的に解釈しようとする傾向がみられるもののまだ定着しているとはいえない。もし環境権が認められると、伝統的意味の「処分」から「形式的行政処分」への転身も確実となり、国や地方公共団体等による環境汚染行為もすべて行政庁の「処分」に該当せしめて取消訴訟への道を開かしめ、よって環境権の内容ないしは目的を実現または達成せしめうる事が確保されることになるであろう。

(2) 私企業等による場合 つぎに、環境破壊が企業等の私人による場合には、法理論上人権規定の私人間への適用について学説判例はかたくななまでに否定しているうえ、しかも私企業等は抗告訴訟の要件たる「行政庁」にすら該当しないので、公法上私人に対して直接取消訴訟を提起するのはむづかしい。しかし、これを拱手傍観し、公法上の救済措置を認めないのは環境権の理念にもとるものである。したがって、いわゆる隣人訴訟においては、行政庁に対して公害の発生原因となる企業への事業の許認可の取消を求める訴えによることになる。たとえば、いわゆる伊達埋立免許取消事件において、札幌地裁が、「権利ないし利益の侵害を排除するためには、……埋立免許処分自体を取り消す決判を得ることが必要にして不可欠である(る)」(札幌地判昭和51・7・29判時839・28)と述べているのも、かかる方法を是認して私企業等による公害への防止策を教示しているものと受けとれる。

この方法によったものに、臼杵市の公有水面埋立免許取消事件がある。本件は、住民が知事の企業者に与えた公有水面埋立免許の取消しを求めて提起した行政訴訟であるが、これについて大分地裁はつぎのような判決を下している。

「免許をうける者が一般私企業の場合、造成される埋立地の土地に建設される工場のもたらす経済的利益の程度と埋立により蒙る権利者の損害の程度とを単に計数的に比較検討するだけではなく、工場建設がその地方住民の生活環境におよぼすもろもろのマイナス面の影響の有無、程度をも検討すると共に、他面、埋立により蒙る権利者の直接、間接の損害の実態を正確に把握し、国土の総合利用、国民経済上の見地からして、埋立により生ずる利益の程度が既存権

利の消滅、その他埋立により生ずる損害の程度より著しく超過することが、何人の目から見ても客観的に明瞭であり、既存の権利を消滅させ、又は損害を生ぜさせてもやむをえないことが肯認される場合に限ると解すべきである」「本件埋立により土地が造成され、参加人はセメントを生産して利益をあげ、関連産業の売上増大が見込まれる等の利益があるにしても、他方これには多額の資本を要し、地方住民の生活環境への影響、漁業者の収入減等も予想されることであって、右認定の事実をもって埋立によって生ずる利益の程が、何人の目から見ても客観的に損害の程度より著しく超過する場合に該当するとは認めがたく、他にこれを肯認するに足る証拠はない」したがって、「本件公有水面には訴外組合が共同漁業権を有しているにかかわらず、本件埋立免許はこれがないことを前提とし、しかも公有水面埋立法4条各号の要件を充さないまま、同条に反してなされた違法なものであるから、本件埋立免許処分を取り消す」（大分地判昭和46・7・20判時638・36）（上点は筆者）。

本判決が権利者と埋立権者のそれぞれの利益をたんに比較検討するにとどまることなく、地域住民の生活環境の面をも重視して審理し、その結果埋立免許取消処分の判断を下した¹¹⁾のは、裁判所の環境保全に対する真摯な態度のあらわれであって、環境権の追認はかかる行政庁の許認可に対する取消権をいっそう助長せしめることになる。

2 差止訴訟

差止訴訟（Unterlassungsklage）は事前に行政庁の許認可を禁ずる不作為の義務づけとか、行政庁の許認可の権限のないことを確認する予防的権限不存在確認、行政庁の許認可をしない義務を負う旨の確認をする予防的義務確認等の訴訟形態であって、別名予防訴訟ともいわれる。

ところで、このような訴訟類型が行訴法上認められるかどうか、争いのあるところである。というのは、行訴法の定める抗告訴訟のうちいかなる類型に該当するか、明文化されていないからである。しかし、一般に法定抗告訴訟以外の訴えはいっさい認めない諷旨ではなく、「行政庁の公権力の行使に関する不

服」(行訴法3条1項)については、特別の訴訟を許容しうるものと解されている。すなわち講学上の無名抗告訴訟がこれである。しかし、無名抗告訴訟が是認められるからといって、ただちに差止訴訟がこの範疇に属するものとして認められるとはかぎらない。むしろ、差止訴訟は従来伝統的行政訴訟観、すなわち行政訴訟の本質は違法な行政行為の是正を目的とする破毀的作用にあるという見地から、否定的に解されてきた。ところが、このような古典的行政訴訟理論にも変化があらわれ、西ドイツでは60年代頃から例外的に予防的差止訴訟を認めるきざしがみられてきたのである。たとえば、1967年の連邦行政裁判所の判決によると、行政行為による権利侵害に対する予防的権利保護は、原則として取消訴訟または義務づけ訴訟によるべきであるとしながらも、不利益な行政行為が行なわれるのを黙認して待つまでもない正当かつ特別の理由がある場合には、予防的権利保護上事前差止の請求が容認されるというのである¹²⁾。また、学説も、ベッターマン(Bettermann)によると、法治国家の原理は行政庁の行為も私人の場合と同じく、法と裁判所の支配下においてコントロールすることにあるから、裁判権の作用の本質は行政行為の取消や行政行為その他の職務行為の義務づけにあるとの原則論を支持したあとで、①危険が具体的かつ個別であるということ、②侵害が重大(ernstlich)または蓋然的(wahrscheinlich)であること、③侵害がさし迫っていること、④不作為請求訴訟によって避けようとする危険ないし損害が重大であることの4条件をあげ、差止訴訟を肯定しうる旨を指摘している¹³⁾。

わが国でも西ドイツのこのような影響をうけ、差止理論の進展がみられるようになった。たとえば、田中博士は、「行政庁の第一次的判断の表示として処分等が未だ現実具体的に行なわれる前であっても、行政庁の処分等が違法に行なわれることが確実かつ明白に予見できるのみならず、その処分等の行なわれることが目前に差し迫っているような場合には、すでに行政庁の第一次的判断が下された場合に準じて取り扱うだけの合理的理由があり、しかも、事前に抑制しなければ、相手方たる国民に回復することの困難な不利益を避けがたいというような場合であれば、あえて事後の救済にまつことなく、事前の抑制手段と

して、特定の行政処分等の禁止、事実行為の差止め又は行政庁の処分権の不在の確認等を求める訴えを適法な訴えとして認める余地がある¹⁴⁾」と述べておられる。つまり、博士によると、行政庁の第一次的判断が示され、処分が目前にせまっていて、事後の救済によっては国民の権利利益が回復困難な場合には、事前差止の訴が許されるというのである。

同様に、兼子教授も「予防的差止（義務確認）訴訟」を肯定されるが、田中博士と異なり、「行政処分はひとたびなされると公定力ないし事実上の支配力を国民にもたらし、違法処分として取消訴訟の対象にしてもなかなか現実には排除しがたいものであるから」「回復しがたい損害」が生ずることまでは要件とはされていないので¹⁵⁾、差止訴訟へのきびしさはかなり緩和されることになる。とはいえ、予防訴訟が許容されるのは「最後の手段 (ultima ratio)」としてであるといわれるが¹⁶⁾、所詮、司法的救済を求めるのは最後の手段としてであるから、公害防止の点からはやはり注目されてよからう。

つぎに、判例は差止訴訟についてきわめて消極的である。ことに、環境問題に関する事前差止めを認めた例はまだみあたらない。しかし、事案は異なるが、いわゆる予防的不作為命令訴訟の許容性について、名古屋地裁は、

「本件処分の執行行為が行政庁の公権力の行使にあたることは明らかであるところ、本件においては後に認定するように、既に被申立人において一度本件処分の執行に着手したが、現在執行停止中であって、執行障害事由がなくなれば直ちに再度執行に着手するであろうことは容易に予想しうること、右処分が執行されればその性質上原状回復は不可能であること、事前に救済を受ける以外に他は適切な救済方法がないこと等が認められ、このような事前の司法審査が必要不可欠な事情のもとでは本件本案訴訟はいわゆる無名抗告訴訟の一つとして許されると解してよい」（名古屋地決昭和51・12・17判時847・43）（上点筆者）、

と決定をして、差止訴訟が無名抗告訴訟の一種として認容されることを明らかにしている。

また、本決定の先例ともいうべき、いわゆる頭髪剪剃差止訴訟において、東京地裁はつぎのように述べてその許容性を認めている。

「行政行為の実行が基本的人権の保障に関する憲法の規定に違反するかどうかというような問題は、本来、裁判所が第一次的に判断すべきことがらであって、かような問題についての行政庁の第一次的判断権は重視するに値しないものであるのみならず、他面、頭髮の剪剃は、いったん実施されれば、原状に回復することは不可能であり、その意味において、事前の差止めを認めないことによる損害は回復すべからざるものであり、現行法上、事前の差止めを訴求する方法以外に他に適切な救済方法も存在しない。」(東京地判昭和38・7・29行集14・7・1316)。

このように判例は予防訴訟を認容する例は少ないが、事前救済の可能性のあることを示した意義は大きい。従来の行訴訟の体系からすれば、行政庁の処分についての差止訴訟はきわめて例外的事項にすぎないだろう。けれど、公法上の権利救済は行政庁の公権力の行使後、法定抗告訴訟により攻撃防禦を基本とするものだからである。しかし、環境権は社会権的性格のほか自由権的性格を併有する権利であるから、自由権的側面としての環境権の効力は公権力の違法な介入を阻止しこれを排除することはきわめて鋭敏に対応するものである点を考えると、環境権の成立は差止訴訟を行訴法上明確な形において広く容認せしめることになるにちがいない。

3 義務づけ訴訟

前述した差止訴訟は、事前に行政庁の不作为を求め公権力の行使を阻止して、乱開発を防止しようとするものであるから、行政庁の態度は必然的に受動的ないしは消極的であることが望まれる。これに対して、義務づけ訴訟 (Verpflichtungsklage) は行政庁の積極的な作為を求め、環境の整備や保全等の行為を発動せしめようとするものであるから、行政庁の能動的行為が期待される訴訟類型といってよい。しかし、それだけに、西ドイツのような義務づけ訴訟の明文化を有しないわが国では、はたしてこのような訴訟が法的に容認されうるかどうか、激論のたたかわされるところである。この問題は行特法時代から争われてきた問題であり、行訴法が制定されるさい、議論激烈の末、「結果は立案関係者

の妥協の結果、この点には明文の規定を置かず、将来の学説判例に委ねることとされた¹⁷⁾」のである。

学説は現在、義務づけ訴訟についてやはり否定的か、かりに認めるとしてもきわめてかぎられた範囲において肯定されるにすぎない段階であって、いずれにせよ積極的でないとは明らかである。否定説によると、義務づけ訴訟は司法権に対して、特定の処分を請求することを許す訴訟であるが、司法権の組織・機能・手続などの特質に照し、また、行政責任の原則にかんがみて、このような訴訟を認めることは、行政庁に特定の処分をなすべきことの拘束をくわえ、行政権の第一次的判断権を奪うことになり、憲法上疑義を免れないという理由にもとづく¹⁸⁾。また、限定的肯定説も司法権は事後判断を原則とし、行政庁の行うべき第一次認定権を侵してはならないから、義務づけ訴訟が認められるとすれば、法が処分をするか否かを一義的に羈束し、裁判所の判決が行政庁の一次認定権を実質的に侵害しないことなどを必要とする場合にかぎられるとする¹⁹⁾。つまり、この説も事後審査の原理を採用し、要件の厳格さなどを考慮すれば、実質的には「否定説と同様に機能し、義務づけ訴訟の有用性をいたずらに減殺する結果になっている²⁰⁾」点から、「実際上は否定説に連なる²¹⁾」ものであり、その延長線上に位置しているといつてよからう。

要するに、これらの説が義務づけ訴訟に対して消極的な理由は、要約すると、司法権による行政庁の第一次的判断権の侵害と権力分立への疑義というのがその主要な問題点のようである。いま、これら義務づけ訴訟消極説の立場から環境権について考えてみると、よりよき環境保全のため、橋梁の増築や道路の修復を必要とする場合、また、工場が規制基準を越えて廃液を放出しているにもかかわらず行政庁が放置している場合に、それぞれ司法的救済を求めて出訴するのは、行政庁の第一次的判断権を侵害し、権力分立の原理にもとり許されないということになる。

しかし、阿部教授がいわれるように、「義務づけ訴訟も訴訟である以上は両当事者が対等に行政処分発給義務の存否について攻撃防禦をつくしたうえで、裁判所がその当否を判断するものであるから、義務づけ訴訟において、行政庁が

第一次的判断を行使し、裁判所は、それを事後審査するという原則はひとつもゆらいでいないのである²²⁾」。また訴外においても、訴訟提起前に関係者は行政庁に対して一定の行為を請求するのが通例であるから、そこに行政庁の不作为の判断が示されたものと解してさしつかえなからう。

つぎに、権力分立の原理は近代憲法の核心をなすものであり、基本的要素たることはいうまでもないが、「それは権力の集中によって人民の権利・自由が不当に制限せられることを防止するため²³⁾」の制度である。そこで、もし「人民に実定法上、行政官庁に対する請求権があり、その請求権について争がある以上、法律上の争訟として裁判所にその判断を求めえる²⁴⁾」のは当然のことであって、これをもって権力分立違反とはいえない。判例も裁判と権力分立との関係についてつぎのように述べている。いわく、

「日本国憲法下にあつては、裁判所は、具体的な法律的紛争である限り、公法上の事項たとえ私法上の事項たとえを問わず、その一切について、裁判権を有するものと解しなくてはならない」「裁判所が当事者間の公法上の権利関係の存否につき法律的紛争のある場合、これを解決して司法上の救済を与える職責を有する以上、裁判所のなす公権的判断によって関係行政庁が拘束を受け、行政処分となされる以前に行政庁を拘束するような結果を生ずるとしても、かかる拘束は関係行政庁として当然受忍すべき拘束にほかならず、日本国憲法の採用する三権分立の大原則にいささかも相反するものではない」（東京地判昭和30・5・26行集6・5・1193）と。

要するに、国民が実定法上権利救済として義務づけ訴訟を求めうる法的根拠は、国民はすべて裁判を受ける権利を有し（憲法32条）、裁判所が一手に司法権を掌握している（同76条）がゆえに、「一切の法律上の争訟を裁判」する権限をもっているからである（裁判所法3条）。したがって、環境権が認知されると、裁判権は行政庁の環境保全行為について積極的に義務づけることがいっそう容易になるものと思われる。

従来から判例も義務づけ訴訟について厚い壁を閉ざしているが、これを破る積極的見解をとる判決があらわれた。この判決はその理由をつぎのように説明

している。

「本件のように、拒否処分^のの違法が、行政庁に一定の作為義務があるにもかかわらず行政庁がこの義務を履行しないことに基づくものであり、従って拒否処分^が取り消された結果、申請^に対し行政庁のなすべき行為の内容が一義的に明白であるという場合には、……裁判所は、行政庁の第一次的^な判断をまつまでもなく、ただちに、行政庁の一定の作為義務がある旨を判断し得るものといわねばならない。……さらに、行政庁に一定の作為義務がある旨を判決主文に表現する方式として、行政庁に一定の作為を命ずる形式がとられたとしても、この給付命令が、行政庁に一定の作為義務があるとの判断に基づき、この判断の結果を実現すべきことを要求する意思表示であるかぎりにおいて、判断作用と無関連な、単純な監督命令とはその性質を異にするものであることは明らかであるから、主文の表現方式が給付命令の形式をとったということだけで、直ちに、裁判所が行政庁に対し行政監督権を行使した結果となるというのはあたらない」(東京地判昭和37・11・29行集13・11・2127)(上点は筆者)。

しかし、同判決の態度は一般に承認されているとはいえないが、環境権論の見地からすれば至極当然の判断であるといつてよからう。

さらに、これと関連して問題になるのが、住民等による第三者の行為の取締処分を求める義務づけ訴訟である。たとえば、私企業の廃液による環境汚染を行政庁が放置している場合、裁判所に対して行政庁の規制義務の強制を求めうるかといったような事例が考えられる。学説は伝統的行政理論の観点から、行政作用を秩序維持行政としてとらえ、行政に対する私人の関与を排斥してきた。したがって、秩序維持的警察行政の下にあっては、個人の権利利益は保護の対象とならず、国民が私人の行為の規制を求めるのは当然のこととして否定されてきたのである²⁵⁾。こんにち、判例もこの立場にあるといつてよい。たとえば、厚生大臣に審議会の答申した処分すべき医師の氏名理由等の公表義務のある旨を求めて出訴した事案につき、東京地裁は、

「原告らが被告の不作为により個別的具体的にその法律上の利益を侵害されているものとはとうてい認められず、それは国民として有する一般的利益の保

護を求めているに過ぎない」(東京地判昭和47・3・7判時663・53)

とつばね、公表の義務づけを否定している²⁶⁾。

しかし、環境権の視点からすれば、公法上においても何らかの形において、私人の環境破壊に対処しえなければ、環境権としての権利的効果が喪失することになりかねないので、第三者への規制請求もやはり認められねばならないし、しかも比較的容易にである。けだし、環境権はあたらしい人権として憲法の構造をゆり動かし、行政法上の伝統的警察行政理論を変容させ、国家や社会の法益侵犯のみならず、個人の法益侵害についても取締の対象となるべき法理の要求をするからだといってよい。このような方向への進路を示したのが、西ドイツにおけるいわゆる「警察取締請求権 (Rechtsanspruch auf Eingreifen der Polizei)」ないしは「公法上の保護請求権 (öffentlichrechtlicher Schutzanspruch)」の理論である。この理論は1960年、連邦裁判所のいわゆる運送業判決 (Fuhrgeschäft-Urteil) において採用された。それによると、行政庁の裁量が瑕疵なく行使されるためには、他の事情とならんで、妨害または危険の範囲または程度もまた決定的な意味をもつ。妨害または危険の程度が高い場合には、介入しないという行政庁の決定は状況によってはそれだけで裁量の瑕疵を帯びることがある。したがって、実際には、法律上与えられた裁量の自由は収縮してしまい、裁量に瑕疵のない決定は唯一つ、すなわち、介入するという決定しか考えられず、せいぜい介入の方法について官庁に裁量の余地が残される場合もある。この特別の要件の下では、それ自体はたんなる裁量に瑕疵のない官庁の決定を求める請求権が実際の結果においては特定の行政行為を求める厳格な請求権にひとしくなると判示している²⁷⁾。

かくして、被害者の要求にもとづき、規制行政庁に対して、加害営業上の営業禁止を発動すべきことを義務づける判決が下され、こんにち、義務づけ訴訟で貫徹できる国民の権利として、学説上も広く承認されているといわれている²⁸⁾。

西ドイツがこのように、行政介入請求権による義務づけ訴訟を許容しているのに対して、わが国ではまだ認められていない。ただ、国家賠償の分野で若干その例があるにすぎない²⁹⁾。しかし、かんじんの公害環境行政について公法上

の保護請求権認容の裁判例はまだみられず、実はこの問題にこそ積極的に、警察取締請求権による義務づけ訴訟が認められるべきである。このような点においても環境権の承認はかかる訴訟類型をよりいっそう容易ならしめることになるであろう。

注

- 1) 室井力 「形式的行政処分について」(田中二郎先生古稀記念 公法の理論下 I) 1740ページ
- 2) 田中二郎 新版行政法上巻全訂第二版 326ページ
- 3) 最判昭和39・10・29民集18・8・1809
- 4) 最判昭和30・2・24民集9・2・217
- 5) たとえば、鳥獣捕獲は法的放任行為であって法律上保護されるべき利益ではないとの理由で、禁猟区設定行為の処分性を否定した最判昭和40・11・19判時430・24、農地法80条による農地の売払行為の処分性を否定した最判昭和46・1・20民集25・1・1など。
- 6) 東京高判昭和49・4・30行集25・4・336
- 7) 藤田宙靖 行政法 I (総論) 254～255ページ
- 8) Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt S. 100. Auby et Drago, Jraité de contentieux administratif I p. 341. 原田尚彦 訴えの利益 141ページ
- 9) 渡部吉隆 「抗告訴訟の対象となる行政処分の範囲」(成田編 行政法の争点) 197ページ
- 10) 渡部 前掲はもとより、そこには検討すべき多くの問題が残されているとはいえ新法が出訴事項の制限を撤廃して広く違法な行政処分に対する権利救済の途を開いた法意に徴し、また、いわゆる「私法形式への逃避」によって失われる「法治行政の原理」を確保する意味においても、検討するに値するものといえると評価している。
- 11) その他取消訴訟の代表的なものに、いわゆる日光太郎杉事件がある。事案は建設大臣が県に対して宗教法人東照宮の所有境内地の地形の変更やゆい緒ある太郎杉等の伐採を認めたので、この事業認定の取消を求めたものである。これについて第一審は、本件の道路拡幅には高度の公益性が認められるが、本件土地の有する景観的・風致的・宗教的・歴史的・学術的・文化価値を破壊してまでその実現を図る必要性はないから土地収用法20条3号の要件を欠き、建設大臣の事業の認定は違法であるとして取消を認め(宇都宮地判昭和44・4・3行集20・4・373)、第二審もこれを支持した(東京高判昭和48・7・13行集24巻6・7号533)。
- 12) 雄川一郎 「行政行為の予防的訴訟」(杉村章三郎先生古稀記念 公法学研究上) 149ページ
- 13) Bettermann, Verbeugender Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Zehn Jahre Verwaltungsgerichtsordnung Schriftenreihe der Hochschule Speyer) S. 189. 雄川 前掲 145ページ
- 14) 田中二郎 司法権の限界 32ページ
- 15) 兼子一 行政争訟法 362ページ
- 16) Schiedermair, Provisional and Preventive Judicial Protection against the Executive, p. 126, 雄川 前掲 142, 147ページ。

- 17) 阿部泰隆 「義務づけ訴訟」(山田＝市原＝阿部編 演習行政法(下)) 30ページ
- 18) 田中 前掲書(行政法上) 308～310ページ, 田上 「司法権に対する行政権の独立」
(公法研究 第8号) 104ページ, 雄川 行政争訟法 102ページなども同旨
- 19) 金子芳雄 行政法総論 195 ページ, 原田 訴えの利益 76ページ, 兼子 前掲書
358ページも同旨
- 20) 阿部 「義務づけ訴訟論」(公法の理論下Ⅱ) 2175ページ
- 21) 川上宏二郎 「無名抗告訴訟」(成田編 前掲) 201ページ
- 22) 阿部 「義務づけ訴訟」(山田＝市原＝阿部編 前掲書) 32ページ
- 23) 24) 大西芳雄 憲法と行政争訟 87ページ
- 25) Drews-Wocke, Allgemeines Polizeirecht 7. Aufle. S. 160.
- 26) その他東京地判昭和40・1・14判時433・18, 東京高判昭和42・10・26判時497・25,
横浜地判昭和38・10・30下民集10・10など。
- 27) BVerw GE 11, 95=DVBI 1961 125m. Anm. Bochhof. 阿部 前掲 2132ページ
- 28) Walf, Verwaltungsrecht III S. 52. Schneerberger, Ordnungsbehördliches
Ermessen und Rechtsanspruch auf Eingriffe gegen Dritte (im Wandlungen
der rechtsstaatlichen Verwaltung) S. 86. 原田 前掲書 82ページ