

「都市空間管理をめぐる私益と公益の交錯の一側面―行政事件訴訟法 10 条 1 項『自己の法律上の利益に係らない違法』をめぐる」

本ファイルは、社会科学研究(東京大学)61 巻 3・4 号(2010.3)139-159 頁に掲載していただいた拙稿の草稿段階のものです。公表に当たり若干の修正を加えていますので、本草稿の無断引用はご遠慮下さい。引用される場合は、公表版の方からお願いします。

(私の氏名の「角」は、「」(<http://www.efontshop.com/fontgif100/EFIEXM00EC67.GIF> から借用)というようにな字になりますが、以下便宜上「*松」と表記します)

概要

都市空間は、「多数の人々の諸活動と居住と生活の『場』」であるにもかかわらず、その法的理解にあつては、被規制者の財産権と「公益」的規制という二面的な関係が視野の中心に置かれている。これに対して都市計画を「当該地域の空間形成に関する権限と利害についての、地権者相互、あるいは地権者と非地権者住民との間における、調整・分配ルール」とみなす立場からは、被規制地権者以外の当該空間に対するステークホルダーの利害をどのように法的に構成し、実体法的・訴訟法的にどのような位置づけを与えるかが、理論的課題となってくる。

本稿は、上のような問題意識を念頭に置きつつ、行政事件訴訟法 10 条 1 項の主張制限「自己の法律上の利益に係らない違法」に関する解釈論を分析したものである。同条については、行政処分の名宛人と第三者とを区別し、前者は公益に関わる要件も主張できるが、後者は個別的利益を保護し原告適格の基礎となる根拠規定違反に限り主張できるとする立場が裁判例上有力である。他方、近時の学説は、名宛人―第三者のかかる二元論を相対化し、第三者に対しても、「公益上の理由による受忍」という構成をとることが可能な場合があることを指摘する。都市空間に関わるステークホルダーの立場を法的に構成していく上で、この発想は有益である。

I はじめに

都市空間は、「多数の人々の諸活動と居住と生活の『場』」¹であるにもかかわらず、法的には「二重の空間分割」²によって析出された土地所有権を中心として秩序化されている。都市計画的規制などの空間形成的な目標を掲げる制度であっても、その実現の手段は、財産権に対する規制を中心とする。そのため視野の中心に置かれるのは、被規制地権者であり、都市空間を同時に共有する隣接地権者・付近住民の利害は、規制による反射的利益という扱いにとどめられることになる³。

被規制地権者以外の都市空間に対するこれらステークホルダーの利害をどのように法的に構成し、実体法的・訴訟法的にどのような位置づけを与えるかが、理論的課題となってくる。地域空間に関する都市計画ルールを「当該地域の空間形成に関する権限と利害についての、地権者相互、あるいは地権者と非地権者住民との間における、調整・分配ルール」とみなした上で、空間利用者の相互関係を法的に把握するのに適した構成を模索することが求められるのである⁴。「私益と公益の交錯」という問題設定が可能であるが、そこでは被規制者の財産権と「公益」的規制という二面的な関係にとどまらず、ステークホルダーの利害に一定の権利性を認めるか、その場合、当該ステークホルダーと被規制地権者や他のステークホルダーとの関係をどのように把握するかが問題になってくる。

近年、民法学の分野では、特に環境訴訟を念頭に置いて「一定の空間利用秩序に対して利害関係を有する市民が、その秩序の維持保全を訴訟によって求めることができるか」という基本的問題意識に基づき、都市計画的規制と私法的相隣関係の関係、差止請求権の法的構成、私法上の「権利」概念の意義等を論ずる論考が数多く公表されている⁵。

¹ 原田純孝「都市の発展と法の発展」『現代の法9都市と法』(岩波書店、1997年)1-35頁(14頁)

² 「(1)本来的に連続性を有する地表を個別的地片に分割した上で、(2)さらに土地の所有権は上下に及ぶ(民法207条)と定めることによって上部・下部の空間も分割する」*松「ドグマーティクとしての必要最小限原則:意義と射程」藤田宙靖・磯部力・小林重敬編『土地利用規制立法に見られる公共性』(土地総合研究所、2002年)82-98頁(86-87頁)。なお、見上崇洋は、都市法領域の法的規律の対象が空間であることを強調し、「財産権を規制するとはいっても、規制されるのはまず対象物の在り方であって、その反射として、財産権も規制されるのである。この意味では財産権も反射的利益なのである」と指摘する(見上『地域空間をめぐる住民の利益と法』(有斐閣、2006年)32頁)

³ 見上・註(2)、58頁(初出:社会科学研究 52巻6号(2001年)13頁)

⁴ *松「景観保護的まちづくりと法の役割—国立市マンション紛争をめぐって」都市住宅学 38号(2002年)48-57頁(54頁)

⁵ 古典的な業績として、大阪弁護士会環境権研究会『環境権』(日本評論社、1973)がある。比較的近年のものとして、吉田克己『現代市民社会と民法学』(日本評論社、1999)234-257頁、秋山靖弘「相隣関係における調整の論理と都市計画との関係(1)-(5)」早稲田法学 74巻4号259-447頁、75巻1号121-247頁、75巻2号233-297頁、75巻4号33-77頁、76巻1号1-43頁(1999-2000)、宮澤俊昭「環境法における私法の役割(前編)(1)-(3)」一橋法学 2巻1号219-243頁、2巻2号597-635頁、2巻3号953-1006頁(2003年)、同「環境法における私法の役割(後編)(1)-(3)」近畿大學法學 51巻3・4号173-234頁、52巻1号183-233頁、52巻2号1-35頁(2004年)、同「集合的・公共的利益に対する私法上の権利の法的構成についての一考察(1)-(5)」近畿大學法學 54巻3号85-163頁、54巻4号59-126頁、56巻3号39-115頁、57巻1号31-91頁、57巻2号51-107頁(2006-2009年)、根本尚徳「差止請求権の発生根拠に関する理論的考察—差止請求権の基礎理論序説(1)-(9)」早稲田法学 80巻2号109-154頁、80巻4号209-258頁、81巻1号125-172頁、81巻4号331-380頁、82巻1号165-205頁、82巻3号167-209頁、83巻2号93-120頁、83巻4号109-140頁、84巻1号81-110頁(2005-2009年、未完)、全体シンポジウム「現代における私法・公法の<<協働>>」法社会学 66号(2007年)1-65頁。私法学におけるこのような方向性に批判的なものとして、阿部泰隆「景観権は私法的(司法的)に形成されるか(上)(下)」自治研究 81巻2

行政法学の分野では、抗告訴訟の原告適格論において、同様の問題意識を見いだすことができる。原告適格に関する最高裁判例は、行政処分の根拠となっている個別法の要件に着目して、原告の主張する要素がそこでの考慮要素になっているかどうかを問題にするいわゆる「処分要件説」⁶を前提にした上で、「法律上の利益」が認められるためには、(1)当該処分が原告の一定の利益に対する侵害を伴うものであること（不利益要件）(2)その利益が、当該処分に関する法令で保護されている利益の範囲に属するものであること（保護範囲要件）に加え、(3)当該法令による保護が、原告らの利益を、単にその法令によって保護される公益の一部として位置づけるのではなく、公益とは区別して個別かつ直接に保護するものであること（個別保護要件）を要求している⁷。

(3)はすなわち、原告の利益が、「一般的公益の中に吸収解消」されているか、それとも「それが帰属する個々人の個別的利益としても」保護されているかに関わるものである。後者であれば、当該原告は抗告訴訟を通じて行政権限の適正な行使を要求することができ、その意味で訴訟を手段とする空間形成への参与権を認められたことになるのである⁸。

さて、行政事件訴訟法（以下「行訴法」）10条1項は、「取消訴訟においては、自己の法律上の利益に関係のない違法を理由として取消しを求めることができない。」とする。訴訟要件である原告適格（行訴法9条）とは区別された、主張制限に関する規定と理解されている。2004年の行訴法改正以降原告適格の拡大傾向が見られる中で、10条1項を適用して特定の違法事由の主張を認めない裁判例が散見される⁹。特に公益保護的な要件の主張の可否が問われることが多い。私益と公益の交錯をどのように法的に構成すべきかという問題の一つの局面をここにも見いだすことができるだろう。

本稿は、裁判例および学説による行訴法10条1項に関する解釈論¹⁰の分析を通じて、そ

号3-27頁、81巻3号3-27頁(2005年)

⁶ 橋本博之『行政判例と仕組み解釈』(弘文堂、2009年)107-108頁

⁷ 小早川光郎「抗告訴訟と法律上の利益・覚え書き」成田古稀『政策実現と行政法』(有斐閣、1998)43-55頁(47頁)。ただし、橋本・註(6)140頁は、「法律上保護された利益」説のリーディングケースであるジュース表示判決(最判1978年3月14日民集32巻2号211頁子)について、「公益とは区別される個別的利益」という面を強調する読み方に疑念を投げかけている。参照、同書35頁、240-241頁

⁸ 参考、*松「まちづくり・環境訴訟における空間の位置づけ」法律時報79巻9号(2007年)28-34頁(30頁)、参照、石川健治「空間と財産」公法研究59号(1997年)305-312頁(309頁)。

⁹ 塩野宏『行政法II(第4版)』(有斐閣、2005年)156頁は、2004年改正により、10条1項の「問題の所在が一層明らかになった」ことを指摘する。斎藤浩「行政事件訴訟法改正の到達点と課題」自由と正義2009年8月号9-15頁(13頁)は近時裁判例の傾向を批判的に指摘し、立法論として行訴法10条1項の削除を主張する。

¹⁰ 行訴法10条1項について考察した文献の主要なものとして、原田尚彦「東海原発訴訟第1審判決の意味」ジュリスト843号(1985年)72-78頁、秋山義昭「取消訴訟における違法事由の主張制限」成田頼明他編『行政法の諸問題中』(有斐閣、1990)1-24頁、福士明「原発訴訟における本案審理の構造(1)」札幌法学6巻1・2合併号(1995)51-69頁、芝池義一「行政事件訴訟法における『法律上の利益』」法学論叢142巻3号(1997)1-17頁、司法研修所編『改訂行政事件訴訟の一般の問題に関する実務的研究』(法曹会、2000)188-194頁、石崎誠也「第三者による取消訴訟と違法事由の主張制限(上)(下)」判例評論522号172-177頁、523号164-169頁(2002年)、畠山武道「自己の法律上の利益に関係ない違法の主張」法学教室263号(2002)29頁、亙理格『公益と行政裁量』(弘文堂、2002)284-291頁、阿部泰隆『行政訴訟要件論』(弘文堂、2003)115-142頁(阿部『行政法解釈学II』(有斐閣、2009)242-243頁で論旨修正)、室井力他編『コンメンタール行政法II(第2版)』(日本評論社、2006)154-162頁(野呂充執筆)、行政訴訟実務研究会『行政訴訟の実務』(第一法規、加除式)431-439頁(桑原勇進)、福井秀夫「行政事件訴訟法10条1項による自己の法律上の利益に関係のない違法の主張制限(上)(下)」自治研究84巻9号

ここでいかなる私益と公益に関する思考様式が前提とされているかを見てみることにする¹¹。ただし、同条同項をめぐる妥当な法解釈論を提出しようという実践的意図に基づくものではない本稿は、裁判例・学説を網羅的に考察することはしない。他方、分析の必要上、必ずしも都市空間秩序に限られない「公益」的要件の位置づけも含めて、裁判例・学説における議論を見て行くことになる。

II 行訴法 10 条 1 項の意義

(a) まずは同条の意義を理解するために、比較的最近の裁判例をみてみよう。

【東京地判 2008 年 5 月 29 日判例時報 2015 号 24 頁(三井グラウンド)】

杉並区に所在する通称「三井グラウンド」を施行地区とする土地区画整理事業施行認可に対して周辺住民が取消訴訟を提起した事例¹²である。

まず東京地裁は、震災時の避難場所として利用することが予定されている地域に居住する住民に原告適格を認めた。

「土地区画整理事業の認可に関する土地区画整理法及びその関係法令の規定の趣旨及び目的、これらの規定が土地区画整理事業の認可の制度を通して保護しようとしている利益の内容及び性質等を考慮すれば、土地区画整理法は、これらの規定を通じて、健全な市街地の造成を図るとともに、震災時に拡大する火災等によって生命又は身体に被害を受けるおそれのある個々の住民に対して、そのような被害から免れるという利益を個々人の個別的利益としても保護する趣旨を含むと解するのが相当である。」

他方、事業施行認可による生活環境の悪化—グラウンド周辺に生息する多様な動植物の存在、周囲への冷却効果、景観などへの影響—について判旨は、

「原告らの主張する前記利益は、一般的な環境利益の域を出るものではなく、土地区画整理法が、これらの利益を、三井グラウンド周辺に居住する個々の住民に対して、専ら一般的公益の中に吸収解消させるにとどめず、個々人の個別的利益としても保護する趣旨を含むと解することは困難である。」

として、原告適格の根拠とはなりえないとする¹³。

その上で裁判所は、行訴法 10 条 1 項にいう「自己の法律上の利益に関係のない違法」に

37-59 頁、84 卷 10 号 3-29 頁、南博方/高橋滋編『条解行政事件訴訟法(第 3 版補正版)』(弘文堂、2008) 290-303 頁(長屋文裕執筆)がある。

¹¹ 本稿執筆に当たっては、2009 年度後期神戸大学大学院法学研究科「行政法政策論特殊講義」参加者との議論からさまざまな示唆を受けた。

¹² 同施行区域上の建築物にかかる建築確認取消訴訟・差止め訴訟も提起されているが、省略する。

¹³ 土地区画整理法施行規則 9 条 1 号及び同条 8 号を根拠とする原告適格の主張も退けられているが、省略する。

ついでに一般論を確認する。

「この『自己の法律上の利益に関係のない違法』とは、行政庁の処分存続の違法のうち、原告の権利利益を保護する趣旨で設けられたのではない法規に違反した違法をいふものと解すべきところ、同項の適用に当たっては、違法の根拠とされる法規が原告の法律上の利益に関係のない法規であるかどうか、及び、違法事由として主張される具体的事実が原告の法律上の利益に関係のないものであるかどうかを検討する必要がある。そして、処分名あて人以外の第三者が提起した取消訴訟においては、原告の個別的な利益を保護する趣旨で設けられた規定、すなわち、原告適格を基礎付ける規定以外の処分の根拠規定に違反するという違法事由は、原告の自己の法律上の利益に関係のない違法というべきであり、また、原告の個別的な利益に関係する具体的な違法事由に限って主張することができるものと解するのが相当である¹⁴。なお、この点につき、処分名あて人以外の第三者は、あらゆる違法事由を主張することができるとの見解があるが、同項が、原告の権利利益に関係のない違法事由の主張を許すことが取消訴訟の趣旨に反するものであるとの考えに基づくものであることからすると、にわかに賛同し難い。」

さて原告は、本件事業計画について、土地区画整理法 6 条 8 項¹⁵違反を主張し、以下のような違法事由をあげていた。(i) 施行認可により避難場所としての機能が果たされなくなること (ii) 工事中における工事車両の集中及び工事後の道路交通環境の悪化あるいは交通の安全について考慮されていないこと (iii) 地域全体の住環境の悪化、景観の悪化、都市温暖化の観点からの環境面の悪化。

これに対して裁判所は、10 条 1 項に関する上記の一般論を前提として、(i) についてののみ違法性の有無を審査し、(ii)(iii) については、「自己の法律上の利益に関係のない違法」として、主張すること自体を認めなかったわけである。

すなわちここでは、第三者が提起した取消訴訟において、原告が主張できる違法事由は、原告適格の根拠とされた処分要件に関するものに限るという解釈論が示されている。行訴法 9 条(原告適格)の「法律上の利益」と、10 条 1 項の「法律上の利益」とを同義と理解した上で、両者が基本的に一致することが要求されているのである¹⁶。

(b) さて、上記のように、原告適格に関する最高裁判例は、「一定の空間利用秩序に対して

¹⁴ 判旨はここで、最判 1989 年 2 月 17 日民集 43 卷 2 号 56 頁(新潟空港)を参照している。

¹⁵ 「事業計画においては、環境の整備改善を図り、交通の安全を確保し、災害の発生を防止し、その他健全な市街地を造成するために必要な公共施設及び宅地に関する計画が適正に定められていなければならない。」

¹⁶ 学説では、主張制限の範囲を狭め、より広く違法主張を認めていこうという発想が幅広く共有されていると思われる。大まかにいって、その際、(i) 9 条と 10 条 1 項の「法律上の利益」を異なる意味に解する方向(芝池・註(10)10 頁以下)、(ii) 「自己の法律上の利益に関係のない」をできるだけゆるめて解釈しようという方向(秋山・註(10)20-21 頁)、(iii) 9 条の原告適格の根拠として認められたものに主張が限定されることは承認し、もっぱら 9 条の柔軟な解釈で対処しようという方向(桑原・註(10)438 頁)が見いださる。その他学説状況の明快な整理として、野呂・註(10)参照。

利害関係を有する市民が、その秩序の維持保全を訴訟によって求めることができるか」という問題意識に対応するものとしても理解することができた。そこで、公益と区別された個別保護性が認められた場合、当該原告は抗告訴訟を通じて行政権限の適正な行使を要求できることになる。

その上で 10 条 1 項に関わる論点は、「行政権限の適正な行使」の諸要素のうちで、主張できるものとできないものとの仕分けの問題として位置づけることができる。上の解釈に従えば、原告適格という「入り口」をクリアーして「訴訟を手段とする空間形成への参与権」を一応認められた原告であっても、上記諸要素のうち「公益としての保護」に吸収されてしまう要素については、主張が許されない。同じ土地区画整理法 6 条 8 項に定められた諸要件のうちでも、「個別的利益」性が認められた避難場所の確保については主張できるが、住環境その他公益に吸収される利益にかかわる要件は主張できないというわけである。

III. 「本来的効果」の有無による区別(『実務的研究』)

(a) 多くの裁判例がとる¹⁷上のような 10 条 1 項の解釈は、司法研修所編『行政事件訴訟の一般的問題に関する実務的研究』(以下、『実務的研究』)¹⁸と考え方を共有するものと思われる。

同書は、「当該処分の本来的効果として原告の権利利益が侵害される場合」と「処分の本来的効果によっては原告の権利利益が侵害されない場合」を区別する。前者の場合、「当該処分の処分要件を定めた規定は、その要件を満たす場合に初めて処分による原告の権利利益の制限が許容されるという意味で、原則として、すべて原告の権利利益を保護する趣旨を含む規定」であり、原告は「専ら原告とは異なる立場の第三者の利益のみを保護するための規定」などの例外¹⁹を別として、原則として全ての処分要件に関する違法の主張ができることとされる。

その典型例は、土地収用法上の事業認定に対して土地所有者が取消訴訟を提起する場合である。この場合土地所有者が、土地収用法 20 条 3 号・4 号²⁰が要求する公益性の不存在を主張できることには判例・学説上ほとんど異論がない。『実務的研究』は、その理由を以

¹⁷ ただし東京高判 2001 年 7 月 4 日判例時報 1754 号 35 頁は、「この行訴法 10 条 1 項の規定によっても、処分の取消しを求める者の側で主張し得る当該処分の違法理由が、その処分の取消しを求めようとする者個人個人の個別利益を保護するという観点から定められた処分要件の違背のみに限定されるというのではなく、不特定多数者の一般公益保護という観点から設けられた処分要件であっても、それが同時に当該処分の取消しを求める者の権利、利益の保護という観点とも関連する側面があるようなものについては、その処分要件の違背を当該処分の取消理由として主張することは、何ら妨げられるものではない」と幅広く公益的要件の主張を認める。なお、最判 1989 年 2 月 17 日民集 43 卷 2 号 56 頁(前註(14))は、騒音被害を理由に原告適格を認めつつ 10 条 1 項を適用して騒音とは無関係な主張を認めなかったが、同条について明確な解釈を示すものではなく、その射程は明確とはいえない。

¹⁸ 司法研修所編・註(10)

¹⁹ 司法研修所編・註(10)190 頁。このような「例外」について参照、後註(66)

²⁰ 土地収用法第 20 条 国土交通大臣又は都道府県知事は、申請に係る事業が左の各号のすべてに該当するときは、事業の認定をすることができる。

三 事業計画が土地の適正且つ合理的な利用に寄与するものであること。

四 土地を収用し、又は使用する公益上の必要があるものであること。

下のように説明する。そこでのキーワードは「公益実現のための受忍」である。

「土地収用法は、事業認定に公益上の必要があるからこそ、所有者に対して最終的には土地の収用という重大な不利益を課してもやむを得ないとしたものと解されるから、公益の実現を目的とする同法 20 条 3 号、4 号の規定は、事業認定がこの要件を充足し公益の実現が図られる場合に限って原告に不利益を受忍させる（公益の実現が図られないのであれば原告に不利益を課さない）という意味で原告の利益を保護する趣旨を含む規定といえよう。このように、公益の実現を目的とする規定は、一般に、各行政実体法規において、公益の実現のためであるが故に、処分により原告が一定の不利益を被ることもやむを得ないとの判断に基づき、これを処分の要件とするべく置かれたものであるから、その要件を充足する場合に限って原告に不利益を受忍させるという意味で、原告の利益を保護している規定であると考えられる」

なお、やや注意すべきは、『実務的研究』がいうところの「処分の本来的効果」として権利利益を侵害される者は、処分の名宛人に限られないことである。公有水面埋立免許に対して、水面に対する権利者が取消訴訟を提起した場合のように「授益処分の効果により実体的権利の侵害を受ける第三者」もそれに含まれている²¹。

これに対して、後者、即ち「処分の本来的効果によっては原告の権利利益が侵害されない場合」において「いわゆる第三者」が取消訴訟を提起する場合は、前記東京地判 2008 年 5 月 29 日のように、原告適格を基礎付ける根拠規定違反に限って主張できるとされる。

ここでは、「公益の実現が図られる場合に限って原告に不利益を受忍させる」という先ほどの論理は適用されない。なぜなら、「処分が公定力をもって原告に権利利益の侵害について受忍義務を課しているわけではなく、処分によって許容される事実行為によって権利利益の侵害行為があれば、その差止めを求めて民事訴訟を提起することは何ら妨げられない」²²からである。

そしてこの場合において原告が主張できる違法性は、原告適格の根拠法規違反に限られる。

「原告がこのような処分について取消訴訟の原告適格を有するのは、根拠法規が原告の

²¹ 司法研修所編・註(10)191 頁。同様の発想から、東京地判 1996 年 5 月 14 日行裁例集 47 卷 4・5 号 386 頁は、飛行場施設変更許可に対する取消訴訟において、同処分によって制限表面による私権制限の範囲に変更を受ける土地所有者に原告適格を認め、これら原告は「本件処分が法令所定の要件を充足する適法な処分であって初めてそのような自己の権利に対する実体法上の制限を受忍しなければならないこととなるのである」ことを理由に、航空法 39 条 1 項 1 号(空港施設の省令等の基準への適合性)2 号(「他人の利益を著しく害することとならない」ものであること)の要件違背の主張が可能であるとした(同判決についての評釈として、西村淑子・自治研究 73 卷 11 号(1997 年)119-127 頁(ただし 10 条 1 項の論点には触れていない)。なお、『実務的研究』は、土地収用法上の事業認定に対する土地所有者もこのような類型に含めるものと思われるが、事業認定段階において、所有者に対するいかなる「本来的効果」を見いだすのかについては、議論の余地がある。

²² 司法研修所編・註(10)192 頁

個別具体的な利益を保護することを目的として行政権の行使に制約を課している場合である。そうすると、原告適格を基礎付ける根拠規定は、まさに法が予定している原告の権利利益を保護する趣旨を含む規定ということになる。しかし、処分が当該根拠規定に違反していないのであれば、法が保護しようとする範囲での原告の個別具体的な利益(下線は引用者)は十分保護されているというべきである²³

処分の「本来的効果」が及ばない原告は不利益の受忍義務を負わないのだから、主張できるのは処分要件によって保護されて原告適格の根拠となる「個別的利益」に限られるという論理がここでは展開されている。

しかし、原告適格を基礎付ける処分要件によって保護されている「個別的利益」について、第三者たる原告は「受忍義務」を負うものではない。また、これら利益の保護を求めて取消訴訟が提起可能な場合であっても、並行して民事訴訟を提起することが原則として許されるというのが現在の裁判実務²⁴である。従って、第三者が処分要件によって保護された個別的利益を主張する場合については、「本来的効果」の相手方とは異なった説明が必要になってくると思われる²⁵。

(b)藤田宙靖は、最高裁の原告適格に関する一般論における「当該処分により自己の権利若しくは法律上の利益を侵害され又は侵害されるおそれのある者」という記述から出発して、許可処分に対する「第三者の法的利益」に関する「少なくとも3つの理論的可能性」を指摘する²⁶。

第1のタイプとして、当該許可が、第三者に対して、許可を受けた名宛人の行為に対する受忍義務を課しているという考え方があげられる。このばあい、「侵害」の対象となる法的利益は、「他の者の行為を受忍しなければならない義務を行政によって負わせられない、という法的立場」ということになる。これは一般的自由権の一内容であって、「このような法的利益は、当該許可の根拠規定によって初めて生じたものではないことは、これまた明白」だとされる²⁷。

²³ 同上

²⁴ 直接には無効確認訴訟の訴えの利益(行訴法36条)についてのものであるが、最判1992年9月22日民集46巻6号1090頁(もんじゅ)は本文のような立場を前提とすると考えられる。なお、最判1993年2月25日民集47巻2号643頁(厚木基地訴訟)における「受忍義務」概念の問題性について参照、神橋一彦『行政訴訟と権利論』(信山社、2003年)316-322頁。

²⁵ やはり裁判官によって執筆された南/高橋編・註(10)(長屋文裕)は、10条1項の問題はあくまで「当該法規の解釈問題であり、それぞれの立法政策を離れて理念的、思弁的に論ずるのは、相当ないし有効とは思われない」と留保をつけつつも(296頁)、『実務的研究』の見解について基本的に好意的な姿勢をとるようである。ただしここではそれは「この見解の論拠の要は、侵害的な効果を持つ処分の要件は、処分の本来的効果を受ける者の個人的権利利益と公益との比較衡量の観点からする立法政策上の判断に基づき定められているとみる点にある」(294頁)と要約されている。「受忍義務」概念を避け、「個人的権利利益との比較衡量」という用語を選択することによって、名宛人等と第三者とを統一的に把握できる可能性が開かれているのである。

²⁶ 藤田宙靖「許可処分と第三者の『法律上保護された利益』」『行政法の基礎理論(上)』(2005, 有斐閣)285-306頁

²⁷ 藤田・同上292-293頁

第 2 のタイプは、当該根拠規範が行政庁に「第三者を保護する義務」を負わせているという考え方である。この場合、第三者の「行政庁による保護を受ける法的な立場(権利)」は処分の根拠規範によって作り出されたものである。また、行政庁の保護義務は、第三者を名宛人の行動による被害そのものから保護することにあるのではなく、むしろ「第三者をそのような被害を受ける危険のある状態に置かない」という義務、「リスクを回避する義務」である²⁸。

第 3 のタイプは、第三者の実体法上の権利という構成から離れ、手続的な権利として理解する考え方である。処分の根拠規範に第三者保護を目的とする規定があるということは、行政庁が許可処分を行う際に第三者の利益をも考慮しなければならない義務を課すものである。その裏返しとしての手続的権利、すなわち「自己の利益を手続上考慮してもらう権利」を観念するという考え方²⁹である。

『実務的研究』の立場は、藤田がいうところの「第 2 のタイプ」の考え方によって、もっとも整合的に説明できるのではないか。本来的效果を受ける者と第三者とで、原告適格を認める実質的根拠は異なる一方で、あくまで実体法上の論拠がそこでは想定されているのではないかと思われるからである。

IV. 「侵害の正当化」と名宛人等／第三者の相対化(野呂充・福井秀夫)

(a)先に見たように、『実務的研究』は「公益実現のための受忍」という考え方に立脚して、原告が公益的要件を争うことを正当化していた。但しこれは処分の「本来的效果」の相手方(=名宛人等)に限られ、第三者に対しては、この「受忍義務」という構成をとって 10 条 1 項の適用を論じることはできなかった。しかし、このような処分の名宛人等と第三者との二元論を相対化して、処分に対するステークホルダーについても同様の構成が可能な場合はないだろうか。

野呂充は、10 条 1 項に関するコメントにおいて、「公益要件が充足されれば処分の第三者の『法律上の利益』を適法に侵害しうる処分と、第三者の『法律上の利益』を侵害しないことが処分要件の一つである処分とを区別すべきであり、前者の処分についてのみ原告は公益規定違反を主張しうる」³⁰とする。公益要件が原告の法律上の利益への侵害を正当化する場合、同要件の違背を原告は主張しうるというのである。これは、処分の「本来的效果」が及ぶ場合に限定されてはいない。論者は次のような例をあげる。

「たとえば、長沼ナイキ訴訟最高裁判決³¹は、違法な保安林指定解除処分によって洪水や濁水の危険の防止という利益を害されたと主張する者に原告適格を認めているが、根拠とされた規定は利害関係者保護のために設けられた森林法 27 条 1 項等の手続規定のみであ

²⁸ 藤田・註(26)293-294 頁

²⁹ 藤田・註(26)294-295 頁

³⁰ 野呂・註(10)161 頁

³¹ 最判 1982 年 9 月 9 日民集 36 卷 9 号 1679 頁

る。....このような場合には、原告は、手続規定の違反のみならず、実体的違法として、公益上の理由があれば保安林指定の理由が消滅していなくても指定を解除できることを定める森林法 26 条 2 項の違反を主張できるであろう。このように、処分の公益上の必要性が原告の『法律上の利益』の侵害を正当化するケースにおいては、当該公益要件の違反の主張を認めるべきである」³²

この記述は、結論的には適切と思われるが、「手続規定」を強調する理由づけはややミスリーディングにも思える。確かに長沼ナイキ最判は、保安林指定解除に際して意見書提出などの手続規定を引照し、それを「一つの決め手」³³として、保安林周辺住民の原告適格を認めていた。しかしその後最高裁は、手続規定のような明文の手がかりが根拠法令それ自体に見いだせない場合でもあっても原告適格を認める可能性を徐々に広げている。特に、林地開発許可に関して周辺住民に原告適格を認めた最判 2001 年 3 月 13 日³⁴以降、長沼ナイキ判決は実質的に変更されたのではないかと解する余地がある。

しかし、原告適格の根拠として手続規定に依拠せず、保安林指定による水害からの保護という周辺住民の「個別的利益」が処分要件によって直ちに保護されていると解した場合であっても、やはり同じ考え方がなりたつのではないだろうか。ここで原告周辺住民は、「処分の本来的効果」が及ぶものではなく、『実務的研究』がいうところの「いわゆる第三者」であるが、保安林指定解除における「公益上の理由」の不存在を原告に主張させることは事理に即している。石崎誠也が指摘するように、「本件の構造は、保安林によって保護された保安林周辺住民の法益が公益を理由として剥奪されようとしていることであり、原告が公益の欠如を主張して保安林指定解除処分の取消を訴求しているものである。つまり、公益の存否そのものが原告の利益に直結している」³⁵からである。

長沼ナイキ判決において最高裁は、「いわゆる代替施設の設置によつて右の洪水や濁水の危険が解消され、その防止上からは本件保安林の存続の必要性がなくなつたと認められるに至つた」と原審が認定しているとして訴えの利益の消滅を認め、訴えを却下したが、仮に洪水・濁水の危険すなわち保安林の存続の必要性が継続していたと判断されれば、「公益上の理由」の存否を争うことが認められるべきであつたと考えられる。

さて、野呂が提出した「公益要件が充足されれば処分の第三者の『法律上の利益』を適法に侵害しうる処分」と、「第三者の『法律上の利益』を侵害しないことが処分要件の一つである処分」という二分法は、判別困難な場合が少なくないだろう。しかし、上の長沼ナイキ判決の事例のように、第三者が原告となる場合であっても、前者の構成に明らかになじみやすい場合が存在する。それは、いったん根拠法令によって個別的利益として保護された周辺住民が水害からの保護を求める利益が、公益上の理由によって再び侵害されると

³² 野呂・註(10)160-161 頁

³³ 塩野・註(6)122 頁

³⁴ 民集 55 卷 2 号 283 頁

³⁵ 石崎・註(10)166 頁

いう構造が根拠法令の法的仕組みとして予定されている³⁶からである。

ここでの保安林指定解除のように公益上の理由によって処分が撤回される類型に加えて、一般規制に対する例外許可のような類型は、「公益要件が充足されれば処分の第三者の『法律上の利益』を適法に侵害しうる処分」として位置づけやすいのではないだろうか。

たとえば最判 2002 年 3 月 28 日民集 56 卷 3 号 613 頁は、建築基準法 59 条の 2 に定める総合設計許可について、同許可に係る建築物により日照を阻害される周辺の他の建築物に居住する者に原告適格を認めた。総合設計許可の制度は、公開空地の確保等を条件にして、集団規制に属する容積率制限（法 52 条）、絶対高さ制限（法 55 条）、斜線制限（法 56 条）などの形態規制の緩和を特定行政庁が許可するものであるが、「その敷地内に政令で定める空地を有し、かつ、その敷地面積が政令で定める規模以上である建築物で、特定行政庁が交通上、安全上、防火上及び衛生上支障がなく、かつ、その建ぺい率、容積率及び各部分の高さについて総合的な配慮がなされていること」（59 条の 2 第 1 項）が許可の要件とされている。

ここにおける処分要件と原告の利益との関係は、(1)上記の 59 条の 2 第 1 項が定める要件との関係と、(2)緩和された容積率・高さ制限・斜線制限等の原則規定の要件との関係の 2 つに分けることができる。上記最判の最判 2002 年 3 月 28 日の 1 審・控訴審は、まず、(1)について公益保護目的であって個別利益保護性がないと判断した上で、(2)について、本件総合設計許可で具体的に緩和された容積率制限の趣旨目的を検討し、やはり個別保護性がないと判断していた。しかし、最高裁はこのような判断手法を退け、原則規定の要件と例外規定の要件を一体的にとらえ、また、具体的に緩和されたのがいずれの要件かを厳密に区別しない判断手法を採った上で原告適格を認めたのである³⁷。

原告適格におけるこのような判断手法を前提とすれば、本案においても、(1)の 59 条の 2 第 1 項違反を主張できることは、仮にこの要件自体が個別利益を保護するものではなく公益保護的と位置づけられたとしても、ほぼ異論のないところだろう³⁸。この場合、総合設計許可は、まさに公開空地等が有する公益的性格に着目して、高さ規制等の原則的規制を緩和するものである。いったん認められた法律上の利益が、公益を理由に再び制約されるという意味で「公益要件が充足されれば処分の第三者の『法律上の利益』を適法に侵害しうる処分」に位置づけられうるのである³⁹。

³⁶ 森林法 26 条 2 項「農林水産大臣は、公益上の理由により必要が生じたときは、その部分につき保安林の指定を解除することができる。」

³⁷ *松「同最判評釈」法学教室 267 号 130 頁

³⁸ なお、同判決に関する調査官評釈は、「建築物の容積率制限を定める建築基準法 52 条並びに建築物の高さ制限を定める同法 55 条及び 56 条の趣旨・目的と総合設計許可の根拠規定である同法 59 条の 2 第 1 項の趣旨・目的とが、建築物の敷地上に平面的にも立体的にも必要とされる空間を確保することにより、当該建築物及びこれに隣接し、あるいは周辺の一定範囲内に位置する建築物における日照、通風、採光等を良好に保つとともに、当該建築物に火災その他の災害が発生した場合に、隣接する建築物等に延焼するなどの危険を抑制することにあるという点において本質を同じくする」という見方を示している（高世三郎・最高裁判所判例解説（民事）平成 14 年版 317 頁）

³⁹ 福井・註(10)(上)55 頁は、「共同住宅の安価な提供を目指す特別立法により新しい建築許可制度が設けられ、住宅ストックとしての品質の高さなどの要件を満たす場合、高さ規制・日影規制などの緩和がなされる」という仮想設例

この発想をさらに推し進めれば、次のような考え方につながる可能性もある。

「原子炉施設周辺住民は、電力の確保という国のエネルギー政策(公益)によって、放射線非該当の危険を背負い込むことになるのである。ここでは、原子炉施設の設置を許可すること自体が住民の安全性に直接的に関係するものになっている。住民は、仮に原子炉設置許可が客観的に違法であった場合、本来ならば生じないであろう危険な状態を甘受しなければならない立場に置かれるのである。であるとすれば、誤った公益判断を正すことは文字通り自己の利益に関係する事柄である。すなわち違法な設置許可によって住民は危険な状態を甘受することはないはずであって、原告は処分要件一般について、その違法性を主張できると考えるべきである」⁴⁰

しかし野呂は、このような考え方には批判的である。「原発訴訟において判例上原告適格の根拠とされている原子炉等規制法 24 条 3 号および 4 号への違反が存しない場合には、原告との関係で法が要求するレベルの原子炉の安全性は一応達成されていることになる」ため、こちらは「第三者の『法律上の利益』を侵害しないことが処分要件の一つである処分」に属し、従って平和目的利用要件⁴¹・従業員の被害などは主張し得ないというのが論者の立場である⁴²。

(b)従来の議論を「一歩進めた」といえる野呂の議論とは対照的に、福井秀夫は、現在の判例・有力説の前提自体を基本的に否定することから出発し、名宛人等と第三者との相対化をより徹底しようと試みる⁴³。

福井はまず、処分性判定と原告適格判定の融合を主張する。現在の判例・有力説の判断枠組は、処分性の有無をあくまで行政庁の行為の性質決定の問題にとらえ、万人に対して斉一的に決定されるものと考える一方で、原告適格は、当該原告について判定されるべきものとする。両方とも根拠法令の仕組み解釈を前提とするものであるが、当該行政庁の行為がある者—通常は名宛人—に対して処分であれば、誰に対しても処分であるのに対して、原告適格では、当該原告 1 人 1 人の利益状況が問題とされるのである。

これに対して福井論文は、「むしろ、ある者に対する関係でそれが処分性を持つといえるのかどうかという観点から、その者が原告適格を持つのか否かを考察すべきである」「原告適格があることとは、ある者にとって対象行為が『処分性』を有する場合には、その者が

をあげ、10条1項を厳格に解するとこれら要件違反を主張できないと述べるが、このような仮想例をあげるまでもなく、同様の問題は総合設計許可においても既に生じていると思われる。

⁴⁰ 石崎・註(10)(下)167頁。航空運送事業免許について同様の発想を示すものとして、小早川光郎編『ジュリスト増刊改正行政事件訴訟法』(有斐閣、2005年)74頁(中川丈久発言)。

⁴¹ 原子炉等規制法 24 条 1 項 1 号

⁴² 野呂・註(10)161頁、参考、小早川光郎『行政法講義下 II』(弘文堂、2005年)182頁

⁴³ 福井・註(10)

当該行為を争うことが可能であることをいう」⁴⁴という一体的判断を提唱する⁴⁵。

第2に、前述のように処分の要件が当該原告を保護していると解釈しうるかどうかを検討するのが現在の「処分要件説」の枠組みであるが、その際、裁判例は、処分要件を個別要件単位に分解してとらえる傾向がある⁴⁶。これに対して福井は、「処分から派生する事実行為に起因する不利益といえども、それは複数ある処分要件のうちの一つの要件のみによってもたらされるのではなく、およそ処分がなされたこと自体に伴って発生するのであるから、そのような場合に、個々の要件の書きぶりだけから原告適格を基礎付けることには無理がある」と述べる⁴⁷。

かかる前提に立った上で福井は、「原告適格の根拠とは、事実行為によるか否かを問わず、また、『本来的効果』かどうかを問わず、行政処分の法的効果によって、一定の不利益を受けている状態である」⁴⁸とする。このような定式化は一見、「不利益要件」⁴⁹を満たす全ての者に原告適格を認める趣旨にも読める。しかし実は、これに2つの点からの絞りがかけられている。

第1に、「因果関係」による絞りである。たとえば土地収用によって空港が建設される場合、福井によれば、事業認定処分ないし収用裁決処分と飛行機発着による騒音被害との間に「因果関係」はない。同じく、建築確認を受けて建設された工場の騒音・臭気と建築確認との間にも因果関係はないとされる。これらは「処分なかりせば不利益は発生しない」という意味での条件関係はあるものの、行政処分の直接の法的効果によって不利益が発生するという因果関係がない故に原告適格を肯定できない例⁵⁰だとされている。また、明確ではないが、距離制限要件のない薬局開設許可を周辺の既存薬局が争う場合も、公益的要件への違反と既存薬局の不利益との間には「因果関係」がないと考えられているようである⁵¹。

⁴⁴ 福井・註(10)(上)43-44頁

⁴⁵ 別の著書で福井は、判例の考え方を「まずある行政行為(ママ)が処分であるか否かを先験的に確定し、その上で処分なるものをどの範囲の者が争うことを可能とするのか、という原告適格の問題を論じる思考様式は、一件問題を論理的で簡明に整理しているように見えて、実は行政行為が持つ複合的・相対的性格に対する認識を曇らせる効果を持っている」と論じている(福井秀夫/村田斉志/越智敏裕『新行政事件訴訟法一逐条解説とQ&A』(新日本法規、2004)266頁。処分概念を対人的に相対的にとらえようとするこのような発想の先駆として、阿部泰隆「相対的行政処分概念の提唱」『行政訴訟改革論』(有斐閣、1993年)87-165頁がある。

⁴⁶ 山本隆司は、林地開発許可に関する最判2001.3.13(前註(34))の評釈において、最高裁が個別利益保護性の有無に関する判定作業が「同一の処分に関する連続する要件規定の間でも厳格に行(う)」傾向を指摘する(法学教室2002年12月号132頁)。なお、個別要件への分解が、条項単位を超えてさらに細分化する場合もある。例えば最判1992.9.22(もんじゅ、前註(24))は原子炉等規制法24条1項3号の要件を「技術的能力にかかる部分」とそれ以外とに分けて扱っている。

⁴⁷ 福井・註(10)(上)41頁。福井は改正行訴法における9条2項の追加によって「処分要件からだけでは、原告適格の根拠となる保護や配慮が読み取れない場合であっても、趣旨・目的から見て原告適格を基礎付ける場合がありうる」と宣言された((上)49頁)と、処分要件と利益とのリンクを切り離すことを主張する。

⁴⁸ 福井・註(10)(上)44頁

⁴⁹ 小早川・註(7)47頁。参照、本稿頁。

⁵⁰ 福井・註(10)(上)45頁

⁵¹ 福井がいうところの「因果関係」概念において、条件関係に加えて何が要求されているのか、同論文のみからは必ずしも明らかではない。特にこの文脈では、不法行為法や刑法学における因果関係論に比べても、(i)事実行為ではなく法的行為である処分との因果関係が問われていることに加え、(ii)行政処分後の私人の行為が介在することが構造的に予定されているといった難しさがある。「因果関係」概念の内容をより明確にした上で、いわゆる「保護

その上で福井は、処分と原告の不利益の関係を「A：処分が適法であるならば、原告に対して不利益が発生しない場合」と「B：処分が適法であっても、原告に対して不利益が発生する場合」とに分類する。B類型の典型例は、既に幾度か登場した土地収用法における事業認定・収用裁決と所有者との関係であり、この場合は、「行政目的達成の引き替えとして処分による不利益を強いる法の構造」⁵²があるため、どの違法事由についても争うことができるかと解しなければ「法の首尾一貫性は失われる」⁵³とされる。従って、10条1項との関係では、「不利益を受忍させるために法が必要であると想定している処分要件についてはすべて当該原告が争える」⁵⁴という帰結が導かれる。

注目すべきは、土地収用のみならず、原発設置許可⁵⁵や定期航空運送事業免許⁵⁶もB類型に含められていることである。この点は野呂論文との大きい相違である。

「原子炉周辺に居住することのリスクは、果たして特定の技術的能力や安全性に関する基準に違反した場合にのみ発生するリスクだろうか。いったん許可が与えられれば、原子炉は超長期間にわたって運転が継続され、その間いくら当初の許可要件に合致していたとしても、運転上のミスや、突発的な事故によって重大な放射能被害が発生する事態が起こらないことを当初許可が担保するわけではない。これは原子炉周辺の住民にとって無視できない不安要素である。仮に適法に設置許可がなされたとしても、原子炉周辺に立地することは、それ自体多くの人々にとって重大な不利益となりうる。だからこそ法が予め厳格な基準を設けて立地をコントロールし、また運転時の安全性にも意を用いているのである」⁵⁷

「どのように『経営上及び航空保安上適切なもの』という要件を厳しく審査したとしても、飛行機の離発着の騒音が、空港に極めて近接した居住者に対して、『社会通念上著しい障害』を与えることは一切ないなどという状況は、実際上も論理的にも存在しないのではないだろうか」⁵⁸

これに対してA類型の場合、「ある類型に違法があるときに、それに伴う不利益が発生する場合」原告適格が認められるが、この場合「当該要件の違法性に限って本案で主張する

範囲要件」(小早川・註(7)47頁、参照、本稿頁)による絞りとの機能的相違などを検討していくことが必要になるだろう。

⁵² 福井・註(10)(上)46頁。「およそ一般的に、民事的規律によらず、行政処分という法形式によって立法が行政庁に対して何らかの権力発動行為を委任している場合には、そのような行政処分を行うことによって達成される何らかの行政上の合理的な目的があり、その結果として誰かに不利益をもたらすとしても、その不利益を受忍せしめても合理的な行政目的を達成することの価値があることを法が認めているにほかならない。行政処分の本質とは、このような意味における不利益を強いるための合理化根拠としての権力的な道具立てたることである」(同上)

⁵³ 福井・註(10)(上)48頁

⁵⁴ 福井・註(10)(上)52頁

⁵⁵ 参照、最判1992年9月22日(もんじゅ、前註(24))

⁵⁶ 参照、最判1989年2月17日(新潟空港、前註(14))

⁵⁷ 福井・註(10)(上)50頁。

⁵⁸ 福井・註(10)(上)51頁

ことができる」⁵⁹。例として、「日影規制に違反してなされた建築確認で当該違反によって初めて日照が阻害される場合」は、本案で日影規制違反のみを主張できるとされている。

第2に、不利益の程度による絞りがかけられている。たとえば上述のB類型においても、原発設置許可における遠隔地住民は「発生する不利益が社会通念上一定の範囲内」であるから「当該者に対する関係で『処分性がない』とされ⁶⁰、原告適格は認められない。

実はこの絞りには、あるいは論者はあまり意識していないかもしれない側面もある。前述の日影規制について福井は以下のように述べる。

「(高さ規制) 違反がなければ日照を阻害されず、当該違反によって日照を阻害されることとなる者には、建築確認の取消しを求め、それによって日照阻害を回避する利益があるから、原告適格が認められる。しかしこの場合は、高さ規制という特定要件に反する限りにおいてその者に不利益が発生するのであって、当該違反なかりせば、行政訴訟によって救済される不利益の発生は、日照に関する限りなかったという関係にある。当該高さ規制要件違反による不利益をもって、当該違法のみを争う資格として原告適格が認められるのである」⁶¹

つまり、高さ規制が遵守されている限り、周辺住民の日照に関する不利益は発生しないと考えられている。「社会通念上」の絞りに加えて、法的に「不利益」と評価される可能性による絞りがかけられている。すなわち、周辺住民の法律上の利益の外延が、高さ規制という根拠法規の行政法的要件によって設定されると考えられているのである。この点では、先に見た野呂論文と同様の立場に立つものと思われる。

ここで翻って考えてみると、建築確認による日照被害の問題がA類型に属するのに対して、原発設置許可や定期航空運送事業免許の問題がB類型に属せしめられる根拠は、必ずしも明らかでない⁶²。行政法規による法律上の利益の外延設定という同様の論理操作を後者の処分について行うことも、やはり不可能とはいえないと思われるからである。

また、不利益が生命・身体等に及ぶ場合、公益のために受忍を強いることが憲法上果たして認められうるか、という点も問題たりうる。塩野宏は、おそらくこのような観点から「被侵害利益が、生命身体のような絶対的保護利益である場合には、当該利益侵害の主張のみが許されるが、そのような絶対的保護利益を確保するには、適法要件が厳しく要求されることになる」⁶³と述べる。これに対しては、「リスクであれば許される余地がある」と

⁵⁹ 福井・註(10)(上)48頁

⁶⁰ 福井・註(10)(上)47-48頁

⁶¹ 福井・註(10)(上)46-47頁

⁶² 福井は、「実体法によって特に作り出された権利」と「事実上の影響、近隣外部性」の区別を重視すべきことを強調する(福井・註(10)42頁)のだが、日照阻害は、後者に入ると考えられているだろう。しかしそれがA類型に含まれているということは、行政法規による権利の外延設定が福井の議論でも前提とされていることになるのではないかと。なお、藤田・註(26)の議論における「第1のタイプ」と「第2のタイプ」の区別参照(前掲 頁)

⁶³ 塩野・註(9)156頁。

いう応答も一応可能であろうが、なお検討を要する点である⁶⁴。

V 「負の公共性」の位置づけ

ここまで見てきた行訴法10条1項をめぐる議論では、「原告の法律上の利益への侵害を正当化するものとしての公益」という観念が登場していた。その場合原告は、当該公益性の不存在を訴訟上主張できるわけであるが、その理念型は、土地収用の事業認定に対する所有者の取消訴訟であった。

遅くとも1973年の日光太郎杉東京高裁判決以降、土地収用法20条3号の「事業計画が土地の適正且つ合理的な利用に寄与するものであること」という公益性要件は、次のように理解されるべきことが判例・行政実務上確立している。

「その土地がその事業の用に供されることによつて得らるべき公共の利益と、その土地がその事業の用に供されることによつて失なわれる利益（この利益は私的なもののみならず、時としては公共の利益をも含むものである。）とを比較衡量した結果前者が後者に優越すると認められる場合」⁶⁵

つまり所有者は、いわゆる「負の公共性」の主張も含めて、公共性の存在を争うことができるのである⁶⁶。

「負の公共性」のこのような位置づけは、行政訴訟のみならず、環境に関する民事差止訴訟においても認められている。一連の環境民事訴訟や「環境権」論による問題提起と議論を受け、実務及び学界の共有財産となつていったとみることもできよう。

例えば民事訴訟による夜間離発着の差止め請求を認容した大阪空港訴訟控訴審判決は次のように述べる。

「このような航空および本件空港の公共性を考えるにあつては、そのもたらす社会的、経済的利益のみでなく、その反面に生ずる損失面をも考慮することを要するものと解すべきである。この見地に立つとき、本件空港に発着する航空機の騒音等による影響は....広範

⁶⁴「ゼロリスク」が実際にあり得ないという現実を直視する福井の立場は、リスク管理を重視する近時の環境法の傾向にも応える議論と肯定的に評価することもできる。ただし、「受忍」を強いることが仮に憲法上可能だとしても（参照、塩野・前註63）、最低基準として要求されるべき安全性に属する部分と「受忍」されるべき部分とを区分けするための視点を見いだすことにはかなりの難しさが伴うだろう。そのためかえって「歯止め」がなくなってしまうのではないかという危惧もありうる。

⁶⁵ 東京高判1973年7月13日行裁集24巻6・7号533頁

⁶⁶ 名宛人等が取消訴訟を提起する場合であっても「専ら原告とは異なる立場の第三者の利益のみを保護するための規定」違反の主張は10条1項の制限を受けるという見解はかなり広く共有されているが（例えば司法研修所編・註(10)190-191頁）、少なくとも土地収用法20条3号の文脈では、必ずしもそうはいえないのではなかろうか。例えば収用対象事業により、アイヌ民族の文化が破壊されるという主張（参照、札幌地判1997年3月27日判例時報1598号33頁）は、仮に原告がアイヌ民族と全く関わりがない立場のものであったとしても、「負の公共性」に該当する事項として主張を認められるべきではないかと思われる。なお参照、福井・註(10)(下)7-8頁。ただし上の見解が、要件単位で主張制限を考え、「同一要件（例えば土地収用法20条3号）の枠内であれば、それを基礎づける事実の主張は専ら第三者の利益に関わるものであっても排除しない」という趣旨であれば、結局結論に相違はないことになる（興津征雄氏（神戸大学）の教示による）。

圏にわたり、原告らを含む多数の住民に重大な被害を及ぼしているものと認められるのであり、しかも、以上に認定したとおり、被害に対する適切な措置もとられないままで経過してきたものとみられるのであるから、このような状況のもとにおいて、なお被害の発生を継続しつつ公共性を主張することには限度があるものとみななければならない、被害軽減のためには空港の利用制限によりある程度の不便が生ずることもやむをえないものとしなければならない。」⁶⁷

ただし、体系上の位置づけとしては、「負の公共性」を加害者側の行為の公共性減殺事由として位置づけるか、それとも環境権論者のように被害者側の権利の内容として位置づけるかについて、理論上の対立が見られたところである⁶⁸。

いずれにせよ、ここでの「公共性」も、利益衡量の一環⁶⁹として、侵害の正当化の文脈で論じられている。つまり、隣接する空間利用において、土地所有権の行使として無条件に周辺住民が受忍しなければならない場合と、双方の権利の衝突、すなわち周辺住民への法的利益への侵害として、所有権者の行為の「正当化」が必要な場合とが区分される。正の公共性も負の公共性も、この後者の類型を前提として議論されているのである⁷⁰。

VI むすびにかえて

(a)ここまで本稿は、行訴法10条1項をめぐる解釈論を、公益的要件の位置づけに注目しつつ分析してきた。特に「私人の法律上の利益への侵害⁷¹を正当化するものとしての公益」という問題構成が適用可能となるのはどのような場合かという問いに注目してきたところである。本稿が関心を持つ、都市空間規制に対するステークホルダーが原告となる場合も、このような図式に「乗せる」ことができれば、公益的要件違反を主張することが可能になるのである。

このような構成が可能となるためには、(1)まず「法律上の利益」の外延を設定し、(2)その上でそれに対する「侵害」を見いだすという二段階の作業が必要とされる。

(1)についていえば、土地収用のように侵害対象としての権利の概念が明確な場合もあるが、多様な生活利益が問題となる場合、当該利益の法的保護性の有無に加えて、それがそもそも誰かに、あるいは誰に「帰属」するのかという点が問題となってくる。

例えば福井論文が、行政処分「本来的效果」という処分性＝原告適格構成に距離を置

⁶⁷ 大阪高判 1975 年 12 月 27 日判例時報 797 号 36 頁。ただし、周知のように、同事件の最高裁判決(最判 1981 年 12 月 16 日民集 35 卷 10 号 1369 頁)は民事差止め請求自体を不適法としている。

⁶⁸ さしあたり参照、沢井裕『公害差止の法理』(日本評論社、1976 年)14-17 頁、24 頁、97-98 頁

⁶⁹ いわゆる環境権論の問題意識は、利益衡量をできるだけ排除することにあつたと思われるが、最終的にそれが必要な領域が残ることを否定するものではない。なお、差止め訴訟の法的構成の選択において、「利益衡量」の可能性を重視する議論として、根本・註(5)、(1)116 頁

⁷⁰ 「環境権」論の眼目は、逆に周辺住民の側が無条件に妨害を排除できる—その具体的妥当性を論じるまでもなく—ところの「権利」の外延を広くとらえることにあるといえるだろう。

⁷¹ 「侵害」概念の操作可能性について、小早川光郎『行政訴訟の構造分析』(東京大学出版会、1983 年)124 頁以下、200 頁以下、安念潤司「取消訴訟に於ける原告適格の構造(2)」国家学会雑誌 98 卷 5-6 号(1985 年)50-96 頁、米田雅弘「行政法に於ける『侵害』概念の再構成」法学 66 卷 2 号(2002 年)83-121 頁

き、「行政処分の法的効果によって、一定の不利益を受けている状態」に置き換えようとするのは、さまざまな生活利益を広く射程に収めようという問題意識に基づくものであったろう。しかしそこでは「因果関係」による切断と「軽微な不利益」の除外（法的要保護性）が必要とされたことに加え、行政法規による法律上の利益の外延設定から離れることは結局できなかつた⁷²。

また福井は、前掲東京地判2008年5月29日⁷³に対する評釈において、土地利用転換が及ぼす周辺環境への外部不経済を原告適格の基礎たりうる個別具体的な利益の侵害⁷⁴と位置づける一方で、判旨が周辺住民の原告適格を認める根拠とした「避難場所指定によって得られる利益」を単なる「フリーライダーの利益」とみなす⁷⁵。しかし、外部性の観点だけからいえば、外部経済としての避難の利益も外部不経済としての環境上の不利益も等価としてとらえる余地があるのではないだろうか。両者の位置づけに相違を見いだすとすれば、享受される／失われる利益の性質に法的な相違を見いだすか、あるいはそれらの「帰属」のありように関する一定の法的構成を前提とせざるを得ないと思われる⁷⁶。

(2)について言えば、例えば野呂論文について検討したように、特定の処分要件を、法律上の利益についての外延設定と理解するか、それともいったん設定された利益がさらに侵害されるとみなすのかで、思考図式が異なってくる。根拠法令の適切な仕組み解釈が課題となるだろう。例外許可的構造では後者の構成を見いだすことが比較的容易だったが、他にどのような場合がありうるかについて、なお検討を要する⁷⁷。

(b) 1で述べたように、被規制地権者－公益の二面関係を相対化し、「空間利用者の相互関係を法的に把握するのに適した視点」⁷⁸を模索する中で、筆者はこれまで、被規制者の「財産権」を相対化するアプローチに重点を置いてきた。

しかし他方で、一法技術的な意味での「権利」と呼ぶかどうかは別として、ステークホルダーの一定の利益を「法律上の利益」と位置づけ、それに対する公益的観点からの「侵害」を見いだす構成⁷⁹をとることで、法的考察の土俵に乗せることが容易になる場合があ

⁷² 参照、前述 頁

⁷³ 前述 頁

⁷⁴ 福井「同判決評釈」自治研究85巻12号130-154頁(136-137頁)

⁷⁵ 福井・同上148頁。また福井は判決の論理を「避難場所への一種の反射的ないし事実上の避難利益を持つ者について、その利益を法的な既得権とみなし、…特定私人から別の私人への不当な所得移転を強制すること」と評している(142頁)。

⁷⁶ 同評釈がしばしば用いる「反射的利益」概念や、土地区画整理法6条8項に外部不経済の内部化の趣旨を読み込むという作業には、論者なりの法的評価が暗黙の前提として存在するものと思われる。「できるだけ権利は明確化せよ」という要請(福井秀夫「景観利益の法と経済分析」判例タイムズ1146号(2004年)67-86頁(74頁)の実際の適用の難しさを示す例でもあろう。

⁷⁷ これに加えて、本稿では扱いきれなかったが、『実務的研究』が強調する、行政訴訟と民事訴訟の役割分担の観点も重要である。

⁷⁸ 前述*頁

⁷⁹ 「空間をめぐる利害関係者間の『権利配分』の動態的具体化過程」としてのモデル化をかつて試みた(*松「建築紛争と土地利用規制の制度設計—情報構造の観点から」日本不動産学会誌第19巻4号(2006年)58-65頁)が、そこでは「権利」とそれに対する「侵害」という古典的問題設定の意義については考察し得なかった。

ることも否定できないと思われる。そのことによって、従来の法的な統制ツールとの接合を図る可能性もあるだろう⁸⁰。本稿で考察した行訴法 10 条 1 項の解釈論は、このような法的構成の可能性と意義に関する手がかりを与えてくれるものではないだろうか⁸¹。

⁸⁰ 土地利用規制における「最小限規制原則」からは距離をとった上で、しかし「目的—手段図式のいわば戦略的な活用を模索する」可能性を示唆したことがある（*松・註(2)93 頁。ただしそこでは比例原則からの切り離しも主張していた）。「法律上の利益」—「侵害」という図式についても、同じようなことがいえるのではなかろうか。

⁸¹ 本稿は科研費（課題番号 21330006）の成果の一部である。