

原告適格論と憲法の視点

神橋一彦

はじめに

第一節 行訴法九条二項の理解と基本権

1 行訴法九条二項と原告適格判断の枠組み

2 《第四の考慮事項》と基本権

3 補論——原告適格判断における処分の根拠法規の捉え方

4 《第四の考慮事項》と財産権の位置づけ

5 原告適格と基本権

第二節 近時の諸問題についての若干の考察

1 《保護範囲の画定》の問題

2 委任立法と処分の根拠法規のあり方

3 考慮事項と原告適格判断

おわりに

はじめに

一 平成一六年の行政事件訴訟法の改正に際して、実効的な権利利益の救済の観点から取消訴訟の原告適格をいかに拡大するかの方途が議論され、その結果、行訴法九条に、原告適格の解釈基準を盛り込んだ第二項が新設された。その後、周知のように、平成一七年の小田急訴訟大法廷判決（最（大）判平成一七年二月七日民集五九卷一〇号二六四五頁）は、この改正を受けて、判例変更の上、都市計画法に基づく都市計画事業認可の取消訴訟について周辺住民の原告適格を認める判断を下し、改正後の原告適格拡大への期待に応えるものとして大いに注目されたところであった。⁽¹⁾ それに呼応して下級審判例においても、原告適格を柔軟に認めていこうという動きがみられたところであるが、平成二一年のサテライト大阪訴訟上告審判決（最（一小）判平成二一年一〇月一五日民集六三卷八号一七一―二頁）は、自転車競技法に基づく場外車券販売施設設置認可処分⁽²⁾の取消訴訟について、控訴審判決がいったん承認した設置予定地周辺に居住する住民の原告適格をカテゴリーカルに否定し、改正前の判断枠組みさながらの判断を行った。この判決をめぐっては、同訴訟において問題となった風紀や教育といった周辺住民の地域的な生活環境上の利益について、改正後、原告適格が承認されるのではないかと期待もあっただけに、そういった期待に水を差すのみならず、下級審における他の事件の原告適格判断にもたらず影響に対する危惧も含め、学説においては批判的な評価が既になされてきているところである。⁽²⁾⁽³⁾

このような現状において、どのようなアプローチで原告適格論を論じるかが一つの問題となるが、現在の裁判実務が、原告適格判断に際して行訴法九条二項を拠りどころとしていることから、同項との関係が論究の対象とならざるをえない。もつとも同項は、原告適格判断における裁判官の法解釈に対して、立法者（法律）がその基準ないし指針を与えるという異例のものであり、かつ周知のように従来⁽⁴⁾の判例理論の到達点を条文化したものであるた

め——とりわけ後にみる《第四の考慮事項》がそうであるが——その《読み方》そのもの（すなわち、解釈基準の解釈ということになるが）について議論の余地があるのみならず、その具体的事例における《当てはめ》のあり方についても、必ずしも明確ではないものがある。さらに、近時、この九条二項がかえって原告適格判断の硬直化を招いているという指摘もあるところであり、⁽⁴⁾ 解釈論においてこの規定とどのように向き合うべきか、ということがそもそも問題ともいえる。⁽⁵⁾

二 このように原告適格については、行訴法改正後五年を経た現在においても、立法論を含めてさまざまな問題が残されている。その中で本稿筆者が従来からなお検討・議論の余地があるのではないかと感じているのは、原告適格論と憲法論との関係である。この憲法論を踏まえた原告適格判断の必要性は、行訴法改正後、常に指摘されてきたところではあるが、それでは具体的にどのような手法でそれを行うかについては、必ずしも深まった議論はなされてこなかったようにおもわれる。

確かに、原告適格論において憲法論を展開することには困難が伴う。また、原告適格論と憲法論との関係についての議論が深まらなかった点についても、無理からぬ理由があったことも否めない。すなわち、実際の原告適格の判断は、いうまでもなく、第一次的には法律レヴェルでの処分の根拠法規の解釈の積み重ねによってなされるものであって、行訴法九条二項もそのことを前提としている。またこれは、実際上も原告適格判断を安定的に行うという点、さらには一定の説得的な理由づけを構築できるといふ点で、裁判実務の要請にも適している。さらに加えて、最高裁判例が原告適格の帰属についていう「自己の権利若しくは法律上保護された利益」という定式の中の「権利」については、少なくとも第三者に関し、そこに憲法上の権利が含まれるという理解は採られていないので、憲法上の権利を援用してストレートに原告適格が認められるということにはならないことも、裁判実務上確立された取扱いである。⁽⁶⁾ 従って、実際の訴訟においても原告の主張として憲法論が前面に出ることはほとんどないといっ

てよいであろう。また、これは既に別稿において指摘したことであるが、判例の採る「法律上保護された利益説」がこのように処分の根拠法規という行政機関の行為規範の解釈に基づいて原告適格を判断する手法をとる、一種の《行為不法的アプローチ》を採るのに対して、憲法レヴェルの基本権は、利益侵害を判断の第一段階に据えるという《結果不法的アプローチ》を採るものであるとすれば、その限りで両者の折り合いが悪いことも確かである。

また実際上も、憲法論が原告適格の拡大にとって、直ちに有効な手段となりうるかということも問題である。環境権などの新しい人権に基づいて原告適格を認めるといふ大胆な手法を採るのであればともかく、原告適格判断においていわば《公益と私益の谷間》にあるとされる地域の集团的利益や環境などについて原告適格を拡大する際に、憲法論がどこまで有効かといえ、少なくとも現在の判例法理を前提にする限り懐疑的にならざるをえない。従って、このような《谷間》の問題については、主観訴訟（抗告訴訟）の枠内での解決を断念し、団体訴訟の創設など、別途方策を考えざるをえない（立法論）というのも確かである。

三 従って、原告適格に憲法論を持ち込んだとしても、局面が劇的に変化するものではないということとは、これを認めざるをえない。しかしながら、行訴法九条二項の理解については、とりわけ憲法（基本権）との関係も含めて、理論的に検討しておかなければならない点があるとおもわれる。また、解釈論としても、従来判例法理を踏まえつつも、それとは異なる方向性を、試論的に示す必要がある。そうでないと、行訴法九条二項の下で現状が問題を残したまま固定されるということにもなりかねない。

本稿はこのような問題意識に立って、原告適格について改めて諸問題の考察を試みるものである。憲法学において常に刺激的な問題提起をしてこられた阪本昌成教授の退職記念号に寄稿するにあたり、原告適格論の再検討というテーマを選んだ所以も、原告適格論と憲法論との関連付けを再確認したいという動機に基づくものである。

本稿は、以上のような観点から、まず最初に、原告適格判断の枠組みと行訴法九条二項の関係について若干の整

理を行った後、同項と基本権との関係について考察を行う（第二節）。そして次いで、近時のとりわけサテライト大阪訴訟上告審判決などの判決から原告適格論に関わる若干の問題を拾い出し、それについてコメントを加えることにする。その中でも、原告適格の問題は単に範囲の広狭の問題にとどまらず、憲法やその他の問題と関連していることを指摘したい（第二節）。

- (1) 小田急訴訟上告審判決後の原告適格をめぐる下級審判決の総合的研究として、小澤道一「取消訴訟における周辺住民の原告適格」(1) (4・完) 判例時報二〇四〇号(平成二年)三頁、二〇四一号(同)一七頁、二〇四三号(同)三二頁、二〇四四号(同)三頁以下がある。
 - (2) 塩野宏『行政法Ⅱ(第五版)』(平成二年)一四一頁・注(6)。
 - (3) 本稿筆者は、本稿とは別に近々サテライト大阪訴訟上告審判決についての判例評釈を公表する予定である(民商法雑誌一四三巻四・五号(平成二年)掲載予定)。本稿の第二節の内容は、この判例評釈でも述べたことを一部敷衍したものである。
 - (4) この点について改正作業段階から懐疑的な見解を表明するものとして、「行政訴訟制度の見直しのための考え方」(平成一六年一月六日・司法制度改革推進本部行政訴訟検討会)に付せられた福井秀夫委員の意見が挙げられる(小早川光郎編『ジュリスト増刊・改正行政事件訴訟法研究』(平成一七年)二二九頁参照)。その後、この点については、行政訴訟に携わる弁護士サイドからも強く主張されているところである(斎藤浩「行政事件訴訟法改正五年見直しの課題」自治研究八六巻七号(平成二年)二〇頁・注(2)参照)。
 - (5) 行訴法九条二項に関しては、そもそも憲法七六条三項との関係で「裁判官が適用すべき法の『内容』を定めるのは立法府の権限であり責務であるとしても、一定の条文についての解釈のあり方を指示することまでが、立法府に許されることなのか否かについては、理論的に問題がある」とし、同項は、一種の訓示規定として解すべきであるとの指摘がなされている(藤田宙靖『第四版行政法Ⅰ(総論)』【改訂版】(平成一七年)四二二頁・注(1))。従って、原告適格を縮小するような解釈であればともかく、原告適格の拡大をもたらす解釈が行訴法九条二項の枠外でなされたとしても、もちろんそれは裁判官の権限の範囲内であって、それ自体が違法なものでないことはいうまでもない。
- もつとも、学者や弁護士側の側が行訴法九条二項の法的性格を、このように訓示規定的、相対的なものと理解したとしても、裁判官の側においては、それを一種の職務規範として受け止め、拘束の規範として運用するということは、ありうる場所であって、それはそれとして、九条二項の内容が法律によって定められたことの重みを考えれば無理からぬところがある。しかしながら、そういった九条二項をめぐる理解の違いが、さらに原告適格の判断枠組みをめぐる学説と裁判実務との間の乖離の原因になりかねないという、一種の負の連鎖に陥る可能性があるというも限らない。

(6) 本稿筆者はかつて、「法律上保護された利益説」の枠内で憲法上の基本権の直接的援用を認めることは、行政行為を行うに当たっての考慮

事項を憲法から直接引き出すことと表裏の関係にあり、行政権に対していわば「直接的憲法執行」を認めることに繋がり、「法治国的憲法執行」の観点から問題を孕むものである、と指摘した(神橋一彦『行政訴訟と権利論』(平成一五年)一三四頁)。その観点からすれば、判例が原告適格判断において、憲法上の権利の直接的援用を認めないことにも合理的理由があるということになる。

(7) 神橋一彦『行政訴訟の現在と憲法の視点——『基本権訴訟』としての行政訴訟との関連で』ジュリスト一四〇〇号(平成二二年)四三頁以下。本稿は、いわばこの論文の続編をなすものである。

第一節 行訴法九条二項の理解と基本権

1 行訴法九条二項と原告適格判断の枠組み

一 まず最初に、行訴法九条二項の内容について確認しておくことにしたい。

同項は、原告適格判断にあつての考慮事項を定めたものであるとされ、内容的には、「当該処分又は裁決の根拠となる法令の規定の文言」のみによって判断するものではないことを確認したうえで(基本原則)、①「当該法令の趣旨及び目的」を考慮すること(第一の考慮事項)、②「当該処分において考慮されるべき利益の内容及び性質」を考慮すること(第二の考慮事項)を指示する。そしてその上で、第一の考慮事項に対応して、③「当該法令の趣旨及び目的を考慮するに当たっては、当該法令と目的を共通にする関係法令があるときはその趣旨及び目的をも参照すること(第三の考慮事項)、④第二の考慮事項に対応して、「当該利益の内容及び性質を考慮するに当たっては、当該処分又は裁決がその根拠となる法令に違反してされた場合に害されることとなる利益の内容及び性質並びにこれが害される態様及び程度をも勘案すること(第四の考慮事項)を求めている。

もつともこの九条二項は、同条一項にいう「法律上の利益」の有無、すなわち原告適格の判断を行う際の指針ないし基準を示すものであるから、その意味では、原告適格判断の枠組み本体との関係でいえば、補助的な位置づけ

に立つものであるといえよう。そして原告適格の判断枠組み本体について少なくとも判例は、従来からの「法律上保護された利益説」によっており、その内容としては、不利益要件、保護範囲要件、個別保護要件の三つの要件として論じられているところである。確かに九条二項はこのような判断枠組み本体（すなわち「従来の公式」）にも影響を及ぼすものであるとして、とりわけ個別保護要件は、同項の新設後、不要になるとの解釈も存したが、裁判業務は、現在もなおこの個別保護要件を維持していることは周知のところである。

二 この点について本稿筆者は、別稿において、原告適格判断の枠組み本体につき、①一定の利益が処分根拠法規によって保護されているか否かという《保護利益の判定》と、②そのような保護利益が認められることを前提として、その保護範囲が認められる者の範囲はどこまでかという《保護範囲の画定》の二段階に分けて論じた。右に挙げた三要件に要約される原告適格判断の枠組みは、さしあたり第一段階の《保護利益の判定》にかかわるものであるといえるが、原告適格の判断は、そのような判定された保護利益を前提にして、その具体的な範囲がどこまで及ぶのかという範囲の画定、すなわち第二段階の《保護範囲の画定》によって最終的に完結することになる。

このように《保護範囲の画定》の問題を《保護利益の判定》の一要件をなす個別保護要件の問題と一応切り離して論じるのは、《保護利益の判定》は、主として処分の根拠法規の解釈の問題として論じられるのに対して、《保護範囲の画定》の問題は、基本的には各個別事案にかかわる事実の問題であって、処分の根拠法規やそれと目的を共通にする関連法令の解釈の問題とは必然的には直結しないといえるからである。⁹⁾そして第二段階の《保護範囲の画定》についてさらに詳細にいうならば、近時、小澤教授の指摘するように、①原告適格を有する者の範囲についての判定基準の定立と、②当該判定基準の当該原告への当てはめに分けられることになる。¹⁰⁾これを踏まえて改めて整理すると、次のようになる。

第一段階 保護利益の判定

第二段階 保護範囲の画定

① 判定基準の定立

② 基準の当てはめ

ただし、実際の判決をみると、第一段階と第二段階の①(判定基準の定立)までが、いわば一般論としてひとまとまりの判示として書かれ、それを受けて個別事案への当てはめという形で第二段階の②(基準の当てはめ)にかかわる判示がなされることがある。

例えば、もんじゅ行政訴訟上告審判決(最(三小)判平成四年九月二二日民集四六卷六号一〇九〇頁)では、(i)第一段階の《保護利益の判定》として、処分の根拠法規である、核原料物質、核燃料物質及び原子炉の規制に関する法律二四条一項三号及び四号は「単に公衆の生命、身体の安全、環境上の利益を一般的公益として保護するにとどまらず、……(一定範囲の住民の)生命、身体の安全等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」という判示がなされ、そのなかに(ii)《保護範囲の画定》にかかわる①判定基準の定立として、「原子炉施設周辺に居住し、右事故等がもたらす災害により直接のかつ重大な被害を受けることが想定される範囲」という基準が挟み込まれた形になっている。そして、以上の一般論的説示を受けて、(iii)②右判定基準の当てはめとして、「当該住民の居住する地域が、前記の原子炉事故等による災害により直接のかつ重大な被害を受けるものと想定される地域であるか否かについては、当該原子炉の種類、構造、規模等の当該原子炉に関する具体的な諸条件を考慮に入れた上で、当該住民の居住する地域と原子炉の位置との距離関係を中心として、社会通念に照らし、合理的に判断すべきものである」とし、具体的には当該原子炉から約二九キロメートルないし約五八キロメートルの地域に居住している原告に原告適格を認める——そのような流れになっている。

第二段階の《保護範囲の画定》は、主として個別の事案における事実の問題であると述べたが、それは処分の根

扱法規の解釈とは一応切り離されるという趣旨であって、判定基準の定立の場面においては、裁判例によっては、基準の内容として一種の《受忍限度論》の反映ではないかとみられるものもあり、その限りで、民事法的発想のアナロジーの当否が問題とされており、法的な問題がそこに存在しているとみることが¹¹⁾できる。また判定基準の当てはめの段階においても、もんじゅ事件上告審判決の場合をみると、同判決の調査官解説が述べているように、処分根拠法規である規制法二四条三号、四号に基づく「当該原子炉の基本設計についての安全審査……が、どの範囲の周辺地域・住民を対象として行われることが予定されているかという観点、換言すれば、規制法は、原子炉設置許可の段階で、どの範囲の周辺地域・住民の生命、身体の安全等を、一般公衆のそれとは区別して、特に配慮し、視野に入れた上で右安全審査を行うべきものとしているかという観点から検討」がなされているとされており、処分の根拠法規との一定の関連が認められる¹²⁾。もともとこれは、判定基準の具体化として合理性が認められるからこのような方法が採られたとみるべきであって、処分の根拠法令の解釈からストレートに要請されるものではないであらう。

以上、原告適格判断本体の枠組みについて整理したが、それでは次に、このような本体の枠組みと九条二項はいかなる関係に立つか、とりわけ、それとの関係で同項の《第四の考慮事項》の意味するところはなにかという点が問題となる。すなわち、この《第四の考慮事項》においては、「当該処分又は裁決がその根拠となる法令に違反してされた場合に害されることとなる利益の内容及び性質」とならんで「これが害される態様及び程度」を考慮することが求められている。確かに、そこでは違法処分が行われた際に想定される利益侵害（損害）の程度が視野に入られることになるが、それは、個別の当該事案における具体的な損害ではなく、「当該処分において考慮されるべき利益の内容及び性質」という《第二の考慮事項》との関連で「勘案」されるべきものであるとすると、要するに処分要件において考慮される利益とその侵害の想定という抽象的・定型的な判断であって、あくまで処分の根拠

法規が保護している利益が、一般的公益とは区別された形で原告適格を基礎づけるものであるか、という法解釈の範疇に属する事項である、とさしあたり考えることができる。⁽¹³⁾ この点については、鶴岡裁判官が、「一種の逆流解釈」として「こういう利益が侵害されているではないか、こんな重大な利益侵害が生じているではないか、そうだとすれば、こういう利益が根拠法規で考慮されていないわけではないだろう。そのような形で解釈を持ち込んでいくということはありうるのではないか」と指摘しているが、かかる指摘は、処分の根拠法規を解釈するにあたって一つの思考実験の過程がありうることを示したものとおもわれる。⁽¹⁴⁾ また、かかるプロセスは、後に指摘する《第四の考慮事項》と基本権との関係を考える際にも手掛かりを与えるものであり、親和性を有するものと考えられる。そうなる《第四の考慮事項》も基本的には第一段階の《保護利益の判定》にかかわるものであるといえるが、第二段階の《保護範囲の画定》とどのようにかかわるかについては、必ずしも明らかではない。そもそもこの《保護範囲の画定》が、当該事案において違法処分により原告がどのような不利益(被害)を受けるかという事実の問題であるとすれば、この《第四の考慮事項》を持ち出すまでもなく、利益が害される態様や程度が考慮されることはいわば自明のことであろう。ただし、具体的な被害の態様、程度の考慮の仕方については、第二節で述べるように問題がある。

2 《第四の考慮事項》と基本権

一 このように《保護利益の判定》と《保護範囲の画定》という二つの段階を区分し、基本的に前者は、主として処分の根拠法規にかかわる法解釈の問題であるが、それに対して後者は、主として事実の問題である、という一応の区分けをしたのは、原告適格判断の筋道をより明確に整理したい、という意図に基づくものである。この点について、《第四の考慮事項》と憲法上の基本権との関係に焦点をあてて、具体的に論じることにはしたい。

周知のように、《第四の考慮事項》のモデルとなったのは、右に引用したもんじゅ行政訴訟最高裁判決である。

この判決は、新潟空港訴訟上告審判決（最（二小）判平成元年二月一七日民集四三卷二五五六頁）とともに、周辺住民に許可手続への関与を認めた規定がないにもかかわらず、「当該行政法規が当該処分を通じて保護しようとしている利益の内容・性質等」を考慮して原告適格を認めたものである。⁽¹⁵⁾ すなわち新潟空港事件においては「航空機の騒音によって著しい障害を受けないという利益」が、もんじゅ事件においては、「生命、身体の安全等」が、それぞれ周辺住民について、一般的公益とは区別された保護利益として認められている。そしてこのような流れは、都市計画法に基づく開発許可の取消訴訟について開発区域周辺住民の原告適格を認めた最（三小）判平成九年一月二八日民集五一卷一号二五〇頁（以下、本節において「平成九年最判」という。）、さらには森林法に基づく林地開発許可について開発区域周辺住民の原告適格を認めた最（三小）判平成一三年三月一三日民集五五卷二二八三頁（以下、本節において「平成一三年最判」という。）へとつながる。⁽¹⁶⁾

このような《利益の内容・性質》そして《侵害の態様・程度》に着目した原告適格判断は、例えば、平成九年最判におけるように、従来、下級審において、周辺住民の利益を保護する特段の規定がないとの理由で原告適格を否定する裁判例もあつたことから、原告適格を拡大する方向に確実に寄与するものであつたといえる。そして、それが《第四の考慮事項》へと発展していくことになる。

二 ただそこに、《第四の考慮事項》の解釈とも関係する問題が伏在している。というのも、《著しい騒音を受けない生活環境》や《生命、身体の安全等》といった利益が、《利益の内容・性質》に照らして一般的公益に吸収・解消されないとする結論には異論はないものの、なぜそのような利益に限ってかかる《特段の取扱い》を受けるところになるのか、という問題があるからである。⁽¹⁷⁾ この点について平成九年最判、平成一三年最判ともに明言するところはないが、両判決の調査官解説の中にそれをうかがわせる部分がある。まず平成九年最判の調査官解説は次のよ

うにいう。

「都市計画法三三一条一項七号が開発区域の周辺住民の個人的利益をも保護していると解すべき重要な根拠は、同号が保護の対象としているのが、人の生命、身体、安全等という、かけがえのない、公益には容易に吸収解消され難い性質の利益であること⁽¹⁸⁾にあった。」(傍点、本稿筆者——以下同じ)

平成一三年最判調査官解説は、右のような先例の解説を踏襲したものである。

「……森林法一〇条の二第一項一号や〔平成九年最判の事件で問題となった〕都市計画法三三一条一項七号等が個別的利益として保護する対象が周辺住民の生命、身体、安全等に限られるのは、生命、身体、安全という保護、法益の特殊性によるところが大きいものと思われる。すなわち、人の生命、身体、安全等は、かけがえのない、公益には容易に吸収解消され難い性質の利益であり、法的な仕組みの下でこれを制限するということは想定しにくいものであって、それ故に周辺住民の原告適格を肯定する重要な根拠になるものである⁽¹⁹⁾。」

すなわちここでは、《特段の取扱い》の理由として、「人の生命、身体、安全等」は、「かけがえのない」ものであるという「保護利益の特殊性」が挙げられている。おそらく新潟空港訴訟で問題となった著しい騒音のない生活環境なども含めて考えると、人格（とりわけ生存や生活）にとつて重要な利益、すなわちある種の《人格的利益》についてはこれを「かけがえのない」ものとして《特段の取扱い》をするということになるのであろう。このようにある種の《人格的利益》については《特段の取扱い》を行うという考え方は、既に述べたように、一方において原

告適格を拡大する方向に寄与したものであることは間違いないが、他方において、その他の利益については、従前通り、許可手続への関与など特別の規定がない限り、原告適格が認められないという結論を導くことになる。ただここで問題としたいのは、「かけがえのない」ものかどうかという、ある種自然的な響きをもつものの、結局は裁判官の価値判断に基づく線引きでもって、かような《特段の取扱い》の可否が決められてよいか、という点である。そして、そこで少なくとも問題となるのは、「財産」ないし「財産権」の位置づけである。右の二つの最判において共通して問題となっていたのも、その点であった。

三 平成九年最判では、都市計画法三三条一項の開発許可の要件のうち、「開発区域内の土地が、地盤の軟弱な土地、がけ崩れ又は出水のおそれが多い土地その他これらに類する土地であるときは、地盤の改良、擁壁の設置等安全上必要な措置が講ぜられるように設計が定められていること。」（七号）という要件の保護規範性が問題となっている。ここでは財産の保護利益性については正面から問題となっているわけではないが、原告の一人が上告審係属中に死亡したこととの関係で、原告適格が相続されるか（すなわち、訴訟承継が許されるか）という問題の前提として、財産の保護利益性が問題となっているのである。そしてこの点について、同判決は、「同上告人の有していた本件開発許可の取消しを求める法律上の利益は、同上告人の生命、身体の安全等という一身専属的なものであり、相続の対象となるものではないから、本件訴訟のうち同上告人に関する部分は、その死亡により終了したものである」として、「生命、身体の安全等」の「等」の中には財産権は含まれないという理解が、当然の前提とされているわけである。この点について同判決の調査官解説は、「本件許可処分により保護されている利益に、承継取得される性質のものが含まれているなら、その承継を根拠に原告適格の承継も認めうること」になり、「具体的には、本件処分が、周辺住民の生命、身体の安全等のほかに、周辺の土地等の所有者の所有権をも保護するものと解されるかどうか問題となろう」と問題点を明示した上で、「人の生命、身体

の安全等」はかけがえのないものであるという右に注(18)の番号を付して引いた部分に続けて、次のようにいう。

「しかしながら、土地等の所有権は、公益には容易に吸収解消され難い性質の権利ということではできないように思われる。また、所有者は、物上請求権を行使して、その侵害の予防をすることが法定されており、行政法規が公益のみに着目して規制をするということは、何ら不自然ではない。そうすると、根拠法規が明権に所有権をも保護するものと定めているとはみられない同号については、人の生命、身体の安全等のほかに周辺土地等の所有権の保護の趣旨が含まれていると解すべき根拠はないものと思われる。そうだとすると、所有権の承継を根拠に原告適格の承継を認めることはできないことになる。」²⁰⁾

そしてここにいる「人の生命、身体の安全等」の「等」に何が含まれるかについて、「等」が何を意味するかは文言上不明ではあるが、「『生命、身体の安全』という言葉では必ずしもい尽くせない人的利益を表すものというのが適当と思われる」としている。²¹⁾おそらく、新潟空港訴訟における周辺住民の《航空機の騒音によって著しい障害を受けないという利益》や、後の小田急訴訟における《違法な事業に起因する騒音、振動等によって健康又は生活環境に係る著しい被害を受けないという具体的利益》のごときものがここに含まれることになるであろう。またそうすると、一家の世帯主のみが原告になっていた場合、当該原告が死亡した場合、当該世帯の他の家族は、家屋を相続したとしても、相続人という立場では原告とはなりえないことになる。²²⁾

さらに、平成一三年最判では、立木という具体的な財産が保護利益に当たるかどうかが問題となっている。すなわち、この事件で問題となっているのは、森林法一〇条の二第二項が定める、林地開発許可にかかる次のような要

件規定である。

- 一 当該開発行為をする森林の現に有する土地に関する災害の防止の機能からみて、当該開発行為により当該森林の周辺の地域において土砂の流出又は崩壊その他の災害を発生させるおそれがあること。
- 一の二 当該開発行為をする森林の現に有する水害の防止の機能からみて、当該開発行為により当該機能に依存する地域における水害を発生させるおそれがあること。
- 二 当該開発行為をする森林の現に有する水源のかん養の機能からみて、当該開発行為により当該機能に依存する地域における水の確保に著しい支障を及ぼすおそれがあること。
- 三 当該開発行為をする森林の現に有する環境の保全の機能からみて、当該開発行為により当該森林の周辺の地域における環境を著しく悪化させるおそれがあること。

ちなみにこの事件の原告は、最終的に上告審で原告適格が認められた、本件開発区域の下方約一〇〇メートルないし数百メートルに位置する住居に居住している者二名のほか、本件開発区域内又はその周辺に所在する土地に立木を所有している者四名、川から取水して農業を営んでいる者一名である。そしてこれらの原告について、第一審判決（岐阜地判平成七年三月二二日）は、全員の原告適格を否定したのに対して、控訴審判決（名古屋高判平成八年五月一五日）は、逆に全員について原告適格を認めている。これに対して上告審判決は、右に述べた周辺住民二名についてのみ原告適格を認め、それ以外の者の原告適格を否定している。

3 補論——原告適格判断における処分の根拠法規の捉え方

一 平成一三年最判の原告適格論について立ち入って検討する前にここで、処分の根拠法規（要件規定）の解釈に際して問題となる、要件規定の捉え方について、少し論及しておく。

右に見たように、平成一三年最判がたどった《第一審〃全員否定↓控訴審〃全員肯定↓上告審〃一部肯定》という経過は、それ自体をとってみれば偶然かもしれないが、サテライト大阪訴訟のたどった第一審から上告審までの経過と同じである。ただし詳細にみると、《控訴審〃全員肯定↓上告審〃一部肯定》という結論の展開の背景にある原告適格をめぐる保護利益の認定方法には、二つの事件における控訴審、上告審各判決には似通ったものがあることがわかる。すなわち、林地開発許可事件の控訴審判決は、処分の根拠法規である森林法一〇条の二所定の許可要件を挙げたあと、次のように述べている。

「ところで、森林法一〇条の二第二項が前記のような開発行為許可の基準を定めている趣旨について検討してみると、その趣旨は、当該森林の有する災害防止、水害防止、水源かん養及び環境保全の各機能からみて、当該開発行為によって周辺地域又は森林の有する右諸機能に依存する地域（以下「周辺地域等」という。）に土砂の流出若しくは崩壊その他の災害又は水害を発生させたり、水の確保の著しい支障又は環境の著しい悪化が生ずるおそれがあることから、このような被害を受けるおそれのある範囲の周辺地域等の公衆の生命、身体、財産及び環境上の利益を一般的公益として保護しようとするとともに、それにとどまらず、周辺地域等に居住し又は財産を有し、開発行為がもたらす災害等の被害を受けることが想定される範囲の関係者の生命、身体、財産及び環境上の個々人の個別的利益をも保護しようとする趣旨を含んでいると解するのが相当である。

……したがって、当該開発行為によって、土砂の流出若しくは崩壊その他の災害又は水害を発生させたり、水の確保の著しい支障又は環境の著しい悪化が生じ、被害を受けるおそれのある周辺地域等に居住し又は財産を有する者は、森林法一〇条の二に基づく開発行為許可処分取消しを求める原告適格を有するというべきである。」

そしてその上で、次のように述べて、原告全員の原告適格を認めている。

「そして、本件開発行為は、前記のとおり、申請面積・許可面積五七・三六六一ヘクタール、開発区域面積一一七・一〇四四ヘクタール、開発行為をしようとする森林面積一〇四・六五九三ヘクタールに及ぶゴルフ場造成のための開発行為であること、本件ゴルフ場造成予定地を含む森林地帯が小里川の上流地域であるところ、同川約三〇キロメートルの間に本件ゴルフ場を含め計六箇所（六箇所）のゴルフ場が開設され又は開設を予定されていること、小里川で、昭和六三年及び平成元年に水害が発生していることは当事者間に争いがなく、他方ゴルフ場造成工事には、かなりの期間と範囲にわたり盛土、切土がされ、土砂が移動されること、ゴルフ場造成による森林の減少で土地の保水力が低下することは否定できないことは当裁判所に顕著な事実であり、右各事実と前記（一）に認定した事実関係によれば、もし、本件許可処分が前記開発許可の基準に反する違法なものであるときは、これに基づく本件開発行為がされることによって、本件開発区域内の土砂の流出若しくは崩壊その他の災害又は水害を発生させたり、水の確保の著しい支障又は環境の著しい悪化の生ずるおそれがあり、その場合、控訴人〔原告〕らはその生命、身体、財産を侵害され又は必然的に侵害されるおそれがあるものと認められるほかない。」

このような判断は、もちろん処分の根拠法規における個別の要件規定の解釈が前提になつてはいるが、林地開発（本件の場合、ゴルフ場開発）予定地の周辺一帯の（生活環境、自然環境を含めた広い意味での）環境上の利益を区々に分断せず、原告についても緩やかに一体のものとして捉えているようにおもわれる。このことは原告適格にかかわる行訴法九条と違法事由の主張制限にかかわる同一〇条一項との関係にも及ぶが、処分の要件規定一つ一つの保護している利益が質的にそれ程異なるものではなく、一定範囲の地域の生活上の利益を個別具体的に表現しているような場合において、処分要件を一つ一つ分解し、各規定に即して一人一人の原告につき個別に精査する《精査選別

的な原告適格判断》を行うことが、はたして紛争の実態にあったものであるか疑問の余地もある。逆にいうならば、控訴審判決のような《大括りのな原告適格判断》によって、《地域環境利益》という一種の中間的な利益を原告適格の基礎に置くのに近い効果をもたらすことができるのではないか、ともおもわれるのである。

二 そして、このようにいわば《大括りのな原告適格判断》と《精査選別的な原告適格判断》の違いは、行訴法改正後のサテライト大阪事件においても見られるところであった。すなわち、今述べたようにこの事件も《控訴審「全員肯定↓上告審」一部肯定》という経緯をたどっている。この事件においては、自転車競技法に基づく場外車券発売施設の許可処分が争われているが、そこで保護規範性が問題となった許可要件の規定は、同法施行規則に定める「学校その他の文教施設及び病院その他の医療施設から相当の距離を有し、文教上又は保健衛生上著しい障害を来すおそれがないこと。」(一五一条一項一号——いわゆる位置基準)と「施設の規模、構造及び設備並びにこれらの配置は、入場者の利便及び車券販売等の公正な運営のため適切なものであり、かつ、周辺環境と調和したものである。経済産業大臣が告示で定める基準に適合するものであること。」(同四号——いわゆる周辺環境調和基準)の二つである。そして控訴審判決(大阪高判平成二〇年三月六日)は、周辺住民の原告適格について次のように判断している。

「……以上のような法・規則(「自転車競技法及び同法施行規則」の規定、本件告示・本件通達(「周辺環境調和基準を定める四号の委任を受けて発せられた平成一五年通商産業省告示第六九号、許可の運用について指示した平成一五年通商産業省製造産業局長通達)に照らすと、競輪事業は、本来、賭博及び富くじに関する罪として罰せられるべき行為であり、何人も自由に行うことができなない事業であるが、立法政策上、自転車等の改良及び輸出の振興等と地方財政の健全化を図ることを目的として、同法の定めによって、その違法性を特に阻却して、都道府県及び指定市町村が公営ギャンブル

として実施することができるとしたものであると解することができる。

この立法政策からすれば、競輪事業そのものは社会生活に必須の事業といふことはできず、法は、自転車等の改良及び輸出の振興等の寄与や地方財政の健全化のほか、賭博及び富くじに関する罪の違法性阻却を目的として、そのための条件を整備したものであるということができ、場外車券発売施設設置に係る大臣の許可は、一般国民が有している本来の自由を回復させる行為ではなく、上記条件を確認した上、広範な裁量をもって、同施設を設置することのできる地位を新たに付与する行為であるといわなければならない。：（中略）：

…上記の趣旨及び目的に反した場外車券発売施設の設置許可がされた場合、そのような施設に起因する上記の被害、すなわち、善良な風俗及び生活環境に対する悪影響を直接的に受けるのは、当該施設の周辺の一定範囲の地域に居住し、事業を営む住民に限られ、その被害の程度は、居住地や事業地が当該施設に接近するにつれて増大するものと考えられる。また、当該施設の周辺地域に居住し、事業を営む住民が、当該地域で居住、事業を営み続けることにより上記の被害を反復、継続して受けた場合、その被害は、これらの住民のストレス等の健康被害や生活環境に係る変化・不安感等著しい被害にも至りかねないものである。そして、法・規則の規定、本件告示・本件通達は、その趣旨及び目的にかんがみれば、場外車券発売施設の周辺地域に居住し、事業を営む住民に対し、違法な当該施設に起因する上記の健康や生活環境に係る著しい被害を受けないという具体的利益を保護しようとするものと解されるところ、上記のような被害の内容、性質、程度等に照らせば、この具体的利益は、一般的公益の中に吸収解消させることが困難なものといわざるを得ない。

このような判断に立つて、具体的な原告適格の範囲として、次のように判断している。

「上記のとおり、「自転車競技法施行」規則が、場外車券発売施設の設置許可申請者に対し、同施設敷地の周辺から一〇〇メートル以内の地域にある学校その他の文教施設及び病院その他の医療施設の位置並びに名称を記載した一万分の一以上の縮尺による付近の見取図を添付することを要求し、場外車券発売施設は、学校その他の文教施設及び病院その他の

医療施設から相当の距離を有し、周辺環境と調和したものであることとされていることにかんがみると、場外車券発売施設の設置許可に関する上記の規定は、当該施設の敷地の周辺から一〇〇メートル以内の地域に居住し、事業を営む住民に対し、違法な場外車券発売施設の設置許可に起因する善良な風俗及び生活環境に対する悪影響に係る著しい被害を受けないという具体的利益を保護したものと解するのが相当である。」

そして具体的には、病院等を開設する医師（距離的には、本件施設敷地からそれぞれ約一二〇、一八〇、二〇〇、八〇〇メートル離れた場所において開設）及び周辺住民（本件敷地から一キロメートル以内に住居）全員の原告適格を認めたと。

このような判断の前提は、競輪事業そのものが社会生活に必須の事業ということではなく、場外車券発売施設設置に係る許可は、「一般国民が有している本来の自由を回復させる行為」ではなく、自転車競技法、同規則、さらには告示、通達等が規定する条件を確認した上で、「広範な裁量をもって、同施設を設置することのできる地位を新たに付与する行為」であるとしていることがある。すなわち、これらの条件がすべて満たされ、通達にも規定されている、設置場所の属する地域社会との調和が満たされたときにはじめて設置が許可されるものであるから、位置基準と周辺環境調和基準を切り離して別々に保護規範性及びその範囲を論定するという手法は取っていないのである。これに対して、上告審判決は、位置基準と周辺調和基準のそれぞれについて保護規範性及び保護範囲について個別に判断するという手法に立っている。

確かに、典型的にいえばもんじゅ事件上告審判決が示したように、処分の要件規定の一つ一つ（二号ずつ、場合によっては号の中も当たる部分と当たらない部分を腑分けして）を判断する手法、すなわち右に述べた《精密選別的な原告適格判断》の手法が最高裁の採る判断手法であるといつてよいであろうか、このような手法を、原告の利益状

況などを捨象して一般的に適用することが、改正行訴法の九条二項の趣旨に鑑みて、果たして妥当なものかが問題となる。というのも、もんじゅ訴訟の場合においては、原子炉周辺に居住する住民の《生命、身体の安全等》という一つの保護利益の判定が問題となっているのに対して、平成一三年判決の事件やサテライト大阪訴訟では、さしあたり保護利益性が問題となっている利益は複数あり、他面においてそれらには《一定地域の利益》という点で共通性があるとみることも可能である点で、両者の間には原告の利益状況に違いがあるからである。従って平成一三年判決の控訴審判決や、サテライト大阪訴訟の控訴審判決において示されたような原告適格判断の論証の運び方が、単にラフなもので、最高裁判例の流儀に適わないものであるというだけなのか、それとも事実審において紛争の実態をくみ取った判断として積極的に評価できるものなのか——そしてさらに一つの手法として発展可能なものか——については、なお検討の余地があるようにおもわれる。²⁴

4 《第四の考慮事項》と財産権の位置づけ

一 話を平成一三年最判に戻すことにしよう。

右に述べたように、許可処分の第三者である周辺住民の「生命、身体等の安全」に加えて「財産」も、利益の内容及び性質等に照らして一般的公益に吸収解消されるものではない個別的な利益といえるか否かについては、処分の根拠法規（処分要件）の解釈の仕方によっては、一部下級審においてみられたような《大括りの原告適格判断》の手法を採って、いわば大括りに当該処分に関係する地域の生活利益の一部として、財産も当然そこに保護されているとみる見方も考えられないわけではない。しかし最高裁判例は、平成九年最判、平成一三年最判、さらには行訴法改正後のサテライト大阪事件上告審判決、共通してそのような手法を採っていないことがわかる。そして平成一三年最判では、結局、開発許可の要件規定から周辺土地の所有権等の財産権までを保護するものではないと

している。

「しかし、森林法一〇条の二第二項一号及び同項一号の二の規定から、周辺住民の生命、身体の安全等の保護に加えて周辺土地の所有権等の財産権までを個々人の個別的利益として保護すべき趣旨を含むことを読み取することは困難である。」

判決の述べるところはこれだけであるが、同判決の調査官解説は、既に右に注(19)の番号を付して引いた部分につづいて、財産権について次のように述べる。

「これに対し、周辺土地の所有権等の財産権は、公益には容易に吸収解消され難い性質の権利であるということは困難であり、法的な仕組みの下に制限することが可能であって、金銭賠償による損害回復が容易なものである。」

もっとも、その直後に出された総合設計許可事件にかかる最(三小)判平成一四年一月二二日民集五六卷一号四六頁は、建築基準法に基づく総合設計許可について周辺住民が取消訴訟を提起した事案にかかるものであるが、当該許可にかかる建築物の倒壊、炎上等により直接的な被害を受けることが予想される範囲の地域に存する建築物に居住する者だけではなく、これを所有する者にも原告適格を認めている。しかしその理由とするところは、①建築基準法の目的規定(一条)に「財産」の保護が明示されていること、②同法が定める建築規制は建築物相互の関係を踏まえた相関的、対物的な性格を有するものであって、隣接地に対する影響も現実的かつ個別性が強いものであることを勘案したからである、とされている。⁽²⁵⁾

二 このようにみると、右に挙げた「財産」に関する判例は、財産的利益は人格的利益と異なり、《利益の

内容・性質》に照らして当然に一般の公益に吸収解消されるものではなく、処分の根拠法令において何らかの特段の保護規定がなければならぬという点で一貫していることになる。

そこでは右にみたように、第三者である「周辺住民」の利益について、処分の要件規定ごとに細分化し、その上で保護利益を判定するという手法そのものの妥当性も問題になるが、そもそも《生命、身体の安全等》と《財産》との間に、このような取扱い上の区別を設けることに果たしてどこまで合理性があるか、という問題があるとおもわれる。すなわちその区別が、単に《かけがえないもの》かどうかという価値判断で、その根拠は結局主観的なものであるとすれば、論拠としては妥当ではない。また、そういった主観的な価値秩序を九条二項の《第四の考慮事項》に読み込むことは問題があるし、そのような司法裁量を認めることが、九条二項の趣旨だとも考えられない。やはり、九条二項の新設も含めた行訴法の改正が、憲法的価値の考慮も含めた国民の実効的権利救済の充実とということにあるとすれば、《第四の考慮事項》に基本権保護の趣旨を読み込むことは極めて自然かつ当然なことであるとおもわれる。また第一段階の《保護利益の判定》が、本節の冒頭においても述べたように、基本的に法解釈の問題であるとするならば、《生命、身体の安全等》に一種の優越的地位を認めるとしても、それは単なる主観的な価値判断ではなく、憲法も含めた法的根拠に裏づけられたものでなければならぬとおもわれる。端的にいうならば、《生命、身体の安全等》が、その利益の内容及び性質に照らして一般の公益に吸収解消されないのは、憲法一三条（個人主義）からくる当然の要請として解するべきである、というのが本稿筆者の見解である。

三 そのような観点からすれば、右にみてきた「財産」ないし「財産権」の位置づけも、再考を要するようにおもわれる。そもそも原告適格に関する判例の「従来の公式」においては、「当該処分により自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害され、又は必然的に侵害されるおそれのある者」に原告適格を認めるとしてきたわけであるが、そこにいう「権利」については、少なくとも第三者についていえば、「法律上保護された利益」（すなわち

法律上保護された利益説の枠組み)に吸収され、独自の意味をもたない。つまり、第三者の財産について「財産権」という形で「権利」を有することが認められる場合であっても、原告適格の場面では「法律上保護された利益」として上塗りされない限り、当然には原告適格を基礎づける利益には当たらない、ということになる。従って、ここで述べているのも、法律上保護された利益説の枠外で財産権に直接基づいて原告適格を承認するか否かではない。あくまで、法律上保護された利益説の枠内において、「生命、身体の安全等」と並んで「財産権ないし財産的利益」が、その内容及び性質に照らして一般的公益に吸収解消されえないものと位置づけられるかという問題である。例えば、都市計画法に基づく開発許可や森林法に基づく林地開発許可が違法になされ、許可対象地周辺に居住する住民の財産権が侵害されることが想定される場合、《第四の考慮事項》との関係で、当該原告の財産権を個別に保護する特段の規定がなくとも、(憲法論として)一般的公益に吸収解消されない個別的な利益として位置づけることができるか、ということである。

本稿筆者としては、財産権が憲法上の権利であるとするならば、《生命、身体の安全等》と同様、特段の規定がなくとも、利益の内容・性質に照らして広く原告適格を基礎づけるものと解してよいとおもいますが、少なくとも財産権の中で当該原告の生存ないし生活の基盤に属するような財産については、それが滅失するような侵害が想定されるような場合には、《人格的利益》の延長にあるものと位置づけ、一般的公益に吸収解消されない利益として、当然に原告適格を基礎づけられて然るべきである。⁽²⁶⁾この点、子細な表現ではあるが、サテライト大阪訴訟上告審判決が、「一般的に、場外施設が設置、運営された場合に周辺住民等が被る可能性のある被害は、交通、風紀、教育など広い意味での生活環境の悪化であって、その設置、運営により、直ちに周辺住民等の生命、身体の安全や健康が脅かされたり、その財産に著しい被害が生じたりすることまでは想定し難いところである」と判示し、「生命、身体の安全や健康」と並んで「財産」を挙げていることに注目したい。⁽²⁷⁾

また、このように《人格的利益》や《生活の基盤に関わる利益》の延長でいうならば、林地開発許可で問題となった森林法一〇条の二第二項二号の「当該開発行為をする森林の現に有する水源のかん養の機能からみて、当該開発行為により当該機能に依存する地域における水の確保に著しい支障を及ぼすおそれがあること。」という要件の保護規範性についても、《生存ないし生活の基盤に関わる利益》という観点からして、保護規範性を認める余地があるとおもわれる。

5 原告適格と基本権

一 以上、行訴法九条二項の「解釈」について基本権保護との関係を中心に論じた。行政訴訟をめぐる裁判実務において、憲法を大上段に振りかざすことについては抵抗もあるが、国民の実効的権利救済が憲法的価値を考慮して行われなければならないという《総論》については異を唱える向きはないにしても、その具体的な方途が示されない限り、それはただのお題目にすぎないことになる。その意味でいえば、《第四の考慮事項》を通じた基本権保護の読み込みは、このような憲法的価値の具体化に向けた一つの方向を示すものである。ドイツにおける保護規範説に関して、基本権との関係が問題とされるが、そこで基本権の効果として、《保護規範の枠内における効果》(normierte Wirkung der Grundrechte)と《保護規範の枠外における効果》(normierte Wirkung der Grundrechte)が論じられる。この用語ないし区別をわが国の原告適格論に利用するとするならば、上述のごとく《第四の考慮事項》に基本権を読み込む手法というのは、《保護規範の枠内における効果》、すなわち原告適格に当たつての処分の根拠法規の憲法適合的解釈ということになるのであろう。そしてここで改めて《保護規範の枠内における効果》をわが国の問題状況に即して定式化しておく、《処分の根拠法規によってさしあたり保護された利益(すなわち保護範囲要件を満たした利益)》について、基本権によって保護された利益であるがゆえに、その内容・性質に照

らして、処分の根拠法令の中に特段当該利益を保護する規定がなくとも当然に、一般的公益に吸収解消されることなく、個別の私人について保護され（すなわち個別保護要件を満たし）、原告適格を基礎づける利益と位置づけられること」となるう。

そうなると、基本権の《保護規範の枠外における効果》というのはまた別の問題ということになる。すなわち、《第四の考慮事項》において問題となるのは、あくまで「当該処分又は裁決がその根拠となる法令に違反してされた場合に害されることとなる利益の内容及び性質……」であるが、《保護規範の枠外における効果》は、そもそも原告適格を基礎づける処分の根拠法規がない場合にかかわるものである。⁽²⁸⁾ただし、その場合において仮に原告適格を認めたとしても、具体的に処分の違法事由は何か、ということが問題になる。すなわち、法律レヴェルでの要件規定には適合しているとしても、それとは別に憲法レヴェルでの違法事由（法令違憲ないし適用違憲）が問題となることになる。⁽²⁹⁾いずれにしても、かなり例外的な場合に限られるであろう。

また、かつて別稿において論じたことがあるが、行政権の濫用などの行政法の一般原則に違反する処分について、処分の第三者が取消訴訟を提起した場合、行政権の濫用の禁止が個々の処分要件規定に書き込まれるわけではないので、この場合も、行政権の濫用の禁止を一つの一般的憲法規範（憲法一三条）と捉え、それに基づいて（すなわち憲法上の保護規範に基づいて）原告適格が認められるべきことになる。⁽³⁰⁾

二 もつとも、基本権の《保護規範の枠内における効果》と《保護規範の枠外における効果》の区別も、わが国における事例を念頭に考えてみると、両者截然と区別されるわけでもないようにおもわれる。

基本権の直接的援用の可能性がある例として引き合いに出される、里道の供用廃止処分に対する利用者の原告適格については、周知のように最高裁が原告の「生活に著しい支障が生ずるという特段の事情」があった場合には、原告適格を認める余地があるがごとき判示を行っているが（最（三小）判昭和六二年一月二四日判例時報一二八四号

五六頁）、同処分根拠は国有財産法であり、公益としても利用者の利益を考慮する観点からの規定はそもそも存在していなかったことが指摘されている³¹⁾。従つて、このような場合、「生活に著しい支障が生ずる」と認められる特定の利用者が原告となつた場合、右に述べた《人格的利益》の一部ということ、基本権（この場合も憲法二三条ということになるか）の直接的援用を認めることになるのであろう。これに対して、道路法の道路の供用廃止処分については、同法が、「都道府県知事又は市町村長は、都道府県道又は市町村道について、一般交通の用に供する必要がなくなつたと認める場合においては、当該路線の全部又は一部を廃止することができる。」（二〇条一項）と定めていることから、「一般交通の用に供する必要」とは何かが問題となる。この点について、京都地判昭和六一年五月八日行集三七卷四〇五号六六七頁は、この規定の保護規範性につき、「道路を利用する利益は、国民一般の利益であつて、これが道路の路線廃止、供用廃止処分を争う原告適格を直接に基礎づけるものではない」としながらも、「住居又は所有地がその道路に近接しているなどにより、その道路の利用が生活上不可欠である者に限つては、例外的に、その道路を廃止する処分を争う原告適格を有すると解すべきである」としている。こういった場合は、そもそも道路法一〇条一項の規定は保護規範ではないので、何らかの基本権を直接に援用することが可能であると考えられるが、道路法一〇条一項の保護する公益（道路を利用する利益）の中で特定範囲の者の利益については、《人格的利益》すなわち基本権的利益として道路を利用する利益が認められ、それは《利益の内容・性質》に照らして公益に吸収解消されないと解することも可能であらう³²⁾。

(8) 《保護利益の判定》において原告適格を基礎づける利益は、処分の根拠法規のいかなる規定によつて保護されたものと解されるかという問題がある。小澤教授は、この問題を《第二の考慮事項》にかかると「当該処分……において考慮されるべき利益」は「何によつて保護された利益」かという問題として捉え、根拠になりうるものとして、①「処分の根拠となる法令の規定」、②「当該法令の趣旨及び目的」、③「当該法

令と目的を共通にする関係法令の趣旨及び目的」の三つを挙げる。その上で考え方として、「根拠法令取斂説」と「多元説」の二つに整理する。前者の「根拠法令取斂説」は、直接の根拠は右の①にあるが、①の解釈に当たって②③も考慮しなければならぬから、結局、②③も①に取斂するという考え方であるのに対し、後者の「多元説」は、①に限らず、②③からも独立に原告適格を論定することができる、すなわち直接の根拠となりうる考え方であるとする。本稿筆者も小澤教授の指摘と同じく、判例は基本的には根拠法令取斂説に立っているものと解する（小澤前掲論文（注（一））（一）四頁）。本稿の議論の前提も同様である。

- (9) この点については、神橋一彦「取消訴訟における原告適格判断の枠組みについて——小田急訴訟上告審判決（最高裁平成一七年一月七日大法廷判決）をめぐって」立教法学七一号（平成一八年）一四頁以下参照。同論文において「保護利益の判定」と「保護範囲の画定」の区別を重視したのは、小田急訴訟大法廷判決において、東京都環境影響評価条例二五条の「許認可等を行う際に評価書の内容に十分配慮するよう要請しなければならぬ」という規定が、行訴法九条二項において「その趣旨及び目的をも参酌」することが求められている（「関連法令」にあたる）がごとく位置づけられていることに違和感を覚えたことによる。すなわち、ここにおいて関連法令も《一体として当該処分について行政権の行使に制約を課す規範ないし規範群を形成するもの》に属する必要があるとの理解に立ち、東京都条例二五条は、評価書の内容に対する配慮を「要請」するにとどまるものであり、処分庁を法的に拘束するものではないから、かかる規範ないし規範群に属するものとはいいがたしいのではないかとということ、そして、このような条例の規定が仮になかったとしても、問題となった都市計画事業認可における事業地周辺地域に居住する住民の原告適格は認められるはずで、むしろこの東京都条例の規定は、同規定の「関連地域」によって「保護範囲の画定」の基準に用いたところに意味があるとするならば、保護規範の解釈が問題となる《保護利益の判定》の問題には直接関わらないのではないかと、という指摘を行った。すなわち《保護範囲の画定》の問題は、他の判決などにおいては「社会通念に照らし、合理的に判断すべきものである」といった形で、もっぱら事実の問題として論じられており、処分の根拠法規の解釈の問題とは、次元的には別のものとして切り離されて論じられることになる。すなわち、《保護範囲の画定》を何らかの法規規範を援用して根拠づける必然性はないとおもわれる。この点については、第二節1で改めて論じる。

(10) 小澤前掲論文（注（一））（四・完）三頁。

(11) 小澤前掲論文（注（一））（四・完）六頁以下。

(12) 高橋利文「最高裁判所判例解説『最高裁判所判例解説』民事篇・平成五年度」三四九頁以下。

- (13) この《第四の考慮事項》について橋本教授は、「行政処分が根拠法令に違反して行われる場合を想定し、そうするどのような利益が侵害されることになるかをいったん視野に入れた上で、その侵害される利益の内容・性質や、その利益が害される態様・程度という角度から、改めて当該処分において考慮されるべき「法律上の利益」の有無を判断する」という解釈プロセス」を要求するものであるとする。そして、《第四の考慮事項》は《第二の考慮事項》を前提にするものであるから、「文理上、第四の考慮事項は、争われている処分の根拠法令の保護範囲として解釈可能な利益にとどまるのであり、第四の考慮事項のみを独立して考慮し、根拠法令を離れた『事実上の利益』からストレートに『法律

- 上の利益」を肯定することを許すものではないと考えられる」とする（橋本博之「要説行政訴訟」（平成一八年）五〇頁）。
- (14) 小早川編前掲書（注（4））七一頁（鶴岡稔彦発言）。
- (15) 高橋前掲調査官解説（注（12））三四六頁以下。
- (16) 行訴法改正との関係でこれらの最高裁判例の流れを概観したものととして、高橋滋「取消訴訟の原告適格の拡大」小早川光郎・高橋滋編『改正行政事件訴訟法』（平成一六年）一五頁以下参照。
- (17) 見上教授は、平成一三年最判につき、「本判决は、総論的な認定としてはこの川崎がけ崩れ判決（＝平成九年最判）の線を追認するともに……具体的な保護利益の範囲についてさらに一歩踏み込んで判断し、生命、身体にかかる利益と財産権等を明確に区別し、原告適格が認められるのは前者に限定される」ものとしたと指摘し、「生命・身体の安全が保護された利益であることは、いわば条理上当然であるが、財産権の保護が生命・身体の安全と異なるとの論拠を導く根拠はどこにも示されていない。つまり根拠としては生命・身体の安全が財産権とは異なるとの予断しかないことになる」とする。もともと教授は併せて、本件における原告二名についてはその主張からみて「家屋等の財産権は生命・身体の安全に包摂され、独自に重要な財産権の主張としてはとりあげるべきものではないと判断したのである」と考えるほかない」と評する（見上崇洋「判例批評」民商法雑誌一二五巻二号（平成一三年）五一、五五頁）。
- またこの点については、注（4）で引用した「行政訴訟制度の見直しのための考え方」に付せられた福井秀夫委員の意見においても、九条二項のもとになった考慮事項について、「生命、身体は保護されるが、財産権、生活環境が十分に保護されない理由はない。訴訟法において、利益の内容や性質で序列をつけるかのごとき考慮事項を記載することは問題が多いと考えられる」と指摘されていた。
- (18) 大橋寛明「最高裁判所判例解説民事篇・平成九年度」一五四頁以下。
- (19) 福井章代「最高裁判所判例解説民事篇・平成九年度」一五四頁以下。
- (20) 大橋前掲調査官解説（注（18））一五五頁。
- (21) 大橋前掲調査官解説（注（18））一五六頁。
- (22) この点について、「この種の環境行政訴訟は、世帯主が代表となつて提訴していることも多いが、世帯主が家族の選定当事者となつていない以上、相続人の利益をも代表していたということはできないものというほかはない」とされている（大橋前掲調査官解説（注（18））一五四頁）。
- (23) 山本教授は、平成九年最判の評釈において、個別の保護利益性の判定も含めた最高裁の解釈準則について、「法律上保護された利益説」に立つとしても、同最判までの諸判例（とりわけ風管法関係の最（三小）判平成六年九月二七日判例時報一五一八号一〇頁、最（一小）判平成一〇年一二月一七日日民集五二巻九号一八二一頁）が示すような厳しい解釈準則を採る必然性はないと指摘し、保護規範説を採るドイツにおいて、一般生活上の利益が個別的利益として保護される場合に財産権を保護範囲から除く発想は、ドイツにはみられないとする（山本隆司「時の判例 林地開発許可処分取消訴訟の原告適格」月刊法学教室二五三号（平成一三年）一一九頁）。また、「不特定多数者の利益が保護範囲に

含まれる場合、最高裁は、生命、身体に係る利益については個別保護性を認める（もんじゅ訴訟差戻前最判……）。しかし財産については、特に保護する旨の明文規定がない限り（例えば……：最三小判平成一三・一・二二民集五六卷一四四六頁、概して個別保護性を否定している……）。しかし、財産について原則として個別保護要件を否定する理論的な根拠は必ずしも明らかではない」とする（山本隆司「判例から探究する行政法・第六回 原告適格」(2)「月刊法学教室三七七号(平成二〇年)七八頁」。

(24) 個別保護要件を維持する判例と、学説において個別保護要件を不要とする考え方との、一つの妥協点がこのあたりではないかともおもわれる。また、これは本稿で併せて主張している《第四の考慮事項》の基本権の読み込みとともに、《緩和された法律の保護範囲論》(阿部泰隆『行政訴訟要件論』(平成一五年)一〇六頁以下)への試みでもある。

(25) 福井前掲調査官解説(注(19))二二九頁以下。

(26) 原告適格論に憲法的な視点を取り込むこと自体に反対はないものの、その方法について必ずしも具体的な提案がなされてこなかったのは、一つには、憲法的視点(具体的には基本権)をもちこむことによって、原告適格の判断が不安定、不透明になることについて危惧があったからではないかと推測される。確かに、本文中でも述べたように、処分の根拠規範という行為規範の積み重ねで論証を行う法律上保護された利益説(保護規範説)と、利益侵害からその正当化を問う基本権とでは、その論証の作法において調和し難いものがないではない(その点については、神橋前掲論文(注(7))四五頁以下参照)。しかし本稿が主張しているのは、従来の判例法理を、憲法論的に再構成したうえで、憲法適合的な原告適格判断の方向性を模索するものであって、主張としては極めて穏健なものである。

(27) 一つの理解としては、行訴法九条二項の《第四の考慮事項》を踏まえ、財産についても「それが害される態様及び程度」によっては(すなわち著しい被害が生じうる場合には)、処分の根拠法規において財産を特段保護する規定がなくとも、一般的公益に吸収解消されないものとして、原告適格を認めることがある、ということを示唆したものと考えることができよう。

ちなみに執行停止では、その要件において「重大な損害」が要求されるが(行訴法二五条二項)、その際、「重大な損害」を生ずるか否かを判断するにあたっては、「損害の性質及び程度」が勘案されるものとされている(三三項)。取消訴訟の原告(すなわち、執行停止の申立人)が当該処分の名宛人以外の第三者である場合、その「損害」の基礎にある(損なわれたとされる)利益は、原告適格を基礎づける利益に限定されるのか否か、という問題がある。例えば、オマーン大使館の建築確認の効力停止を周辺住民が求めた事件において、申立人は、①圧迫感、②プライバシーの侵害のおそれによる不安感ないし不快感、③日照被害、④件外各建物の経済的価値の下落について「重大な損害」を主張している。そこで日照被害については「重大な損害」を認めたが(東京地決平成一九年一月二四日裁判所ウェブサイト登載。なお抗告審・東京高決平成一九年三月一四日裁判所ウェブサイト登載は、この点を否定し、申立てを却下)、その他の三点については、損害の可能性を認めながらも、その程度等に言及することなく「その発生をもつて、直ちに行政事件訴訟法二五条二項本文という『重大な損害』に当たるといふことはできない」と述べている。これは、それらの利益についても程度によっては、「重大な損害」に当たることがありうると読むことも可能であるが、建物の経済的価値の下落のごときは、原告適格を基礎づける利益とは直接かわりがないことは明らかである。そういった利益

については、カテゴリカルに「重大な損害」の可能性を否定することになるのか否かについては、論究の余地がある。

さらにいうならば、この「重大な損害」という表現は、直接型義務付け訴訟及び差止め訴訟において、訴訟要件の中で用いられている（行訴法三七条の二第一項、三七条の四第一項）。これらの訴訟において処分の名宛人以外の第三者が原告となる場合、主観的訴訟要件としては、当該原告について原告適格があることがまず前提となるはずであるから、執行停止の場合以上に右の点が問題となるであろう。

(28) ドイツにおける基本権の《保護規範の枠内における効果》と《保護規範の枠外における効果》については、最新のコメントールとして、Sodan/Ziekow (Herg), *Verwaltungsgerichtsordnung/Großkommentar* 2010, S.719ff. 参照。そこでは、《保護規範の枠内における効果》と基本権保護義務との関係が論じられている。なお、小田急訴訟上告審判決における藤田宙靖裁判官補足意見における「リスクからの保護義務」論については、その根拠を基本権保護義務論に求める分析もあり（山本前掲論文（注（23））「原告適格（2）」七九頁以下）、いずれにしても原告適格論と基本権保護義務との関係に関する理論的検討は、今後の課題である。

(29) この点については、小澤前掲論文（注（1））（1）五頁が示唆している。おそらくありうるとすれば、処分にかかる個別の事情（当該処分によって原告に重大で受忍し難い損害が生じなどの事情）が問題となる場合において、一般的規範としての処分の根拠法令そのものが違憲（法令違憲）というよりも、個別の当該処分が違憲違法（適用違憲）となることにならないかとおもわれる（この点については、神橋前掲書（注（6））一六四頁以下参照）。

(30) この点については、パチンコ業者が、児童福祉法に基づく児童福祉施設（児童遊園）の設置認可処分について、認可申請はもっぱら当該業者の計画しているパチンコ店の出店妨害に関係したものであって、認可処分も行政権の濫用に当たるとして、その取消を求めた訴訟に関する札幌地判平成十二年一月三日判例地方自治二二一〇号六五頁について論じたところである（神橋前掲書（注（6））一六九頁以下）。同判決は、行政権の濫用の有無を左右するものではない」として論評したところである（注（6））一六九頁以下）。同判決は、行政権の濫用の主張につき、「本件認可処分が行政権を濫用してされたものか否かは本案の問題であって、本件認可処分の取消訴訟における原告適格の有無を左右するものではない」としているが、これは原告適格は認めないが、違法性は本案で争えというに等しい信じ難い論理である。この取消訴訟は、その後平成十三年四月二三日に札幌高裁において控訴棄却され、確定したこのことであるが、同じ事件はその後民事訴訟（不法行為訴訟）において最高裁まで争われ、平成十九年に判決が出された（最（三小）判平成十九年三月二〇日判例時報一九六八号二二四頁）。同最判は、「本件（公園）寄附は、上告人（原告）の事業計画が、本件売買契約の締結により実行段階に入った時点で行われたものというべきであり、しかも、（風営）法四条二項二号の規制は、都道府県の条例で定める地域内において良好な風俗環境を保全しようとする趣旨で設けられたものであると、被上告人事業者等は、その趣旨とは関係のない自らの営業利益の確保のために、上記規制を利用し、競業者である上告人が本件パチンコ店を開業することを妨害したものである」として、本件寄附は、許される自由競争の範囲を逸脱し、上告人の営業の自由を侵害するものとして、違法性を有し、不法行為を構成するものと解すべきである」として、原審差戻しの判断を行っている。その後、差戻審判決においては、被告・競業者らの不法行為は認められなかったが（札幌高判平成二十二年七月一〇日裁判所ウェブサイト登載）、当該児童福祉施設設置認可処分が、実際に行政権の濫用にあたるものであったか否か

(すなわち、処分の実体法上の違法性) はともかく、少なくとも認可処分の公益性の有無など、取消訴訟についても、実体判断に入る意味はあったと考えられる(神橋前掲書(注(6))一八九頁以下)。なお、不法行為訴訟にかかる平成一九年裁判について行政法の観点から検討したものととして、日野辰哉「公法判例研究」法学七二巻一号(平成二〇年)五八頁以下参照。

(31) 橋本前掲書(注(13))五二頁。

(32) 宮田教授は、一般に道路隣地者は、「高められた」自由使用の利益を有し、この利益は道路隣地者の公権である、とする(宮田三郎「道路の自由使用について——原告適格の拡大——」朝日法学論集二九号(平成一五年)一一頁以下。さらに新谷祐子「公物を使用する私人の法的地位」藤山雅行編『新裁判実務体系25・行政訴訟』(平成一六年)参照。

第二節 近時の諸問題についての若干の考察

ここで節を改めて、原告適格論について、近時問題とおもわれる点について、簡単な検討を行っておくことにしたい。

1 《保護範囲の画定》の問題

一 《保護範囲の画定》については、その基準をめぐって議論があるものの、具体的にどの範囲の者がその保護範囲に属するかについては、一般的な方法は語りがたい。⁽³³⁾ただし一般論としては、訴訟要件である原告適格の有無をめぐって、その審理に過大な時間と労力を割くことは、迅速な審理という観点からすれば問題であろう。

その意味でいえば、もんじゅ訴訟や小田急訴訟のような、《生命、身体の安全等》(健康もこれに含まれることになろう)、その性質・内容に照らして一般的公益に吸収解消されないことが明らかな法益が問題となっている事案で、多数の原告のうち確実にある一定数の原告に原告適格が認められることが概ね明らかであり、かつ原告が全員、同様の利益を主張している場合、《保護範囲の画定》の問題は、訴訟全体の帰趨からいうと二次的な位置づけという

ことになる。従って、かかる場合には、一定の説得力のある基準を裁判所において選び出し、それに基づいて最終的な範囲の画定を行うことになる。例えば、もんじゅ訴訟上告審判決の場合は、既に述べたように、原子炉規制法に基づく当該原子炉の基本設計についての安全審査との関係に着目して原告適格の線引きを行っている。また、小田急訴訟上告審判決の場合は、東京都環境影響評価条例に定める「関連地域」を基準として保護範囲を画定しているが、その基準としての合理性については、確たる絶対的な根拠は示しがたい³⁴ものの、その点に拘泥することの意味は余り大きくないことを考えると、審理の迅速性ということが重視された結果であろうということが指摘されている³⁵。

これに対して、サテライト大阪訴訟上告審判決においては、①保護利益が、その性質・内容に照らして当然に一般的公益に吸収解消されないとされる《特段の取扱い》を受けるものではなく、自転車競技法が特に個別に保護した利益であること、②原告の主張する利益が、周辺住民（交通、風紀、教育などの広い意味での生活環境）と医療施設等の開設者（健全で静謐な環境の下で円滑に業務を行うことのできる利益）とでさしあたり区別されていることが、小田急訴訟とは事情を異にする点である。そして同判決において、医療施設等の開設者の原告適格は、「当該場外施設の設置、運営に伴い著しい業務上の支障が生ずるおそれがあると位置的に認められる区域」に当該施設を開設しているかどうかとその判定基準とされる。そしてそれを受けて、具体的な《保護範囲の画定》に当たっては、「当該場外施設が設置、運営された場合にその規模、周辺の交通等の地理的状况等から合理的に予測される来場者の流れや滞留の状況等を考慮して、当該医療施設等が上記のような区域に所在しているか否かを、当該場外施設と当該医療施設等との距離や位置関係を中心として社会通念に照らし合理的に判断すべきものと解するのが相当である」とされている。

このように、一般に判例においては、保護範囲の具体的な画定について、《社会通念に照らして合理的に判断す

べき」ということ以上のことを、判決そのものの中では述べていない。すなわち、具体的な画定にあたってのそれ以上の種明かしは、調査官解説によってなされている。その意味で小田急訴訟上告審判決が、保護範囲の基準として、東京都環境影響評価条例の「関連地域」という一応の基準を明示したのは例外的であるといえよう。そしてこの点について、サテライト大阪訴訟上告審判決は、右に引いた説示のほかに、問題となった位置基準（前掲・自転車競技法施行規則一五条一項一号）にかかる審査が、「：当該場外施設の設置、運営に伴う上記の支障が著しいものといえるか否かは、単に個々の医療施設等に着眼して判断されるべきものではなく、当該場外施設の設置予定地及びその周辺の地域的特性、…：医療施設の規模・診療科目やその分布状況、当該場外施設が設置、運営された場合に予想される周辺環境への影響等の事情をも考慮し、長期的観点に立って総合的に判断されるべき事柄である」と述べている。しかしながら、かかる判断は種々の要素の「総合的」判断を要するもので、ある程度複雑なものであるようにみえる。この点について、同判決の調査官解説は、原告適格の段階で判断されるのは、本案審理との間の役割分担の関係で、「ある程度外形的、類型的な判断」とどまるものであると述べているが、右のような判断が実際に、そのような外形的、類型的な判断にとどまるものなのか否かについては、必ずしも明らかではない。⁽³⁶⁾

いずれにしても、本稿においても今までみてきたように、最高裁の原告適格判断についての理由づけは、《保護利益の判定》については処分の根拠法規や関連規定等を引用しつつ、かなり具体的に論じられているが、《保護範囲の画定》については、判示の具体性にやや欠けるところがあるのではないか（すなわち、調査官解説において、その実質的理由が明らかにすることが多い）。とりわけ、サテライト大阪訴訟のごとく、上告審から事実審への差戻しを伴う場合にはとりわけ、審理の透明性という点から、《保護範囲の画定》にあたって考慮された事柄・理由づけを、もう少し具体的に分りやすく判示する必要があるようにおもわれる。

二 ところで、最近、環境訴訟の領域においてその帰趨が注目を集めている、輦の浦埋立免許差止め事件第一審

判決（広島地判平成二二年一〇月一日判例時報二〇六〇号三頁）は、景観利益を保護利益と判定した点において、今後の控訴審以降の帰趨も含めて注目されるところであるが、『保護範囲の画定』の観点からしても興味深い問題を提起している。同判決は、景観利益の保護範囲について、「鞆町は比較的狭い範囲で成り立っている行政区画であり、その中心に本件湾が存在すること……からすれば、鞆町に居住している者は、鞆の景観による恵沢を日常的に享受している者であると推認されるから、本件埋立免許の差止めを求めるについて、行訴法所定の法律上の利益を有する者であるといえる」とし、行政区画で『保護範囲の画定』を行っている。ここでは、「推認」という形でいささかラフな形で原告適格が認定されているが、この点については、そのような『保護範囲の画定』を行った根拠が必ずしも明らかでないという評価もありうるところであろう。⁽³⁷⁾

しかしこの点について、本稿筆者は、本件訴訟において実際の審理過程がいかなるものであったかはともかく、『保護範囲の画定』の手法については、差止め訴訟においては、同訴訟の特殊性が考慮されてもよいのではないかと考えている。すなわち、差止め訴訟の原告適格判断において、第一段階の『保護利益の判定』については、取消訴訟も差止め訴訟（さらには直接型義務付け訴訟）もさしあたり同じ基準で判断されることになろうが（行訴法三七条の第二三項、四項、三七条の四第三項、四項）、第二段階の『保護範囲の画定』に関しては、取消訴訟と差止め訴訟でその手法が必ずしも同じでなくてもよいのではないかと、ということである。というのも、差止め訴訟は、行政庁の第一次的判断を事前に封じるものであるから、もちろん要件は厳格であるけれども、他方において、差止め訴訟係属中に処分がなされるかどうか、またそうなった場合にその後の展開がどのようになるかはともかく、一定の処分について差止め訴訟が提起された状態が長く続くことは公益上も望ましいことではないようにおもわれる。その点を諸々考えた時に、差止め訴訟の審理には、ある程度の迅速さが要求されるようにおもわれるのである。そしてそのような観点からいえば、原告全員の利益が一致しており、（もともと景観利益という線引きの難しいものであるこ

とも考えれば)どこかで一定の線を引くということで、本件における「推認」といった手法のごとく、ある程度のラフな判断を行っても、迅速な審理という点からすると、必ずしも合理性がないわけではないと考えられる。

そのように考えると、同じ「法律上保護された利益説」に基づいて原告適格が判断され、《保護利益の判定》の枠組みは同じであるとしても(行訴法三七条の四第三項、四項)、《保護範囲の画定》については、取消訴訟と差止め訴訟とでは、画定の厳格度において違いがありうる、ということもあながち不合理ではないということになる。³⁸⁾ 現在のところ、差止め訴訟は、義務付け訴訟に比べて実務上使いにくい制度であるといわれ、事例も少ない。今後、差止め訴訟の活性化のためには、この点も一つ問題になるのではないかとおもわれる。³⁹⁾

2 委任立法と処分の根拠法規のあり方

第一節では、原告適格と憲法との関係の中でも、原告適格と基本権との関係を中心に論じたが、近時の判例との関係では、これとは別の次元の憲法問題として、委任立法と原告適格との関係を指摘することができる。すなわち、前者の問題が憲法上の実体法にかかわる問題であるとすれば、後者は、憲法上の手続法(立法手続)にかかわる問題といえる。

この点は、サテライト大阪訴訟で問題となった自転車競技法に基づく場外車券発売施設許可について問題となる。すなわち、許可処分の根拠法規である自転車競技法自体は、四条一項(当時・現在は五条一項)で、「車券の発売等の用に供する施設を競輪場外に設置しようとする者は、経済産業省令で定めるところにより、経済産業大臣の許可を受けなければならない。」とし、同条二項(当時・現在は五条二項)で、「経済産業大臣は、前項の許可の申請があつたときは、申請に係る施設の位置、構造及び設備が経済産業省令で定める基準に適合する場合に限り、その許可をすることができる。」と定めるにとどめている。その上で、同法施行規則一五条一項(当時)が具体的要

件を定めているのである。その内容については第一節においても紹介したところであるが、改めて掲げれば、次の通りである。

法第四条第二項の経済産業省令で定める基準（払戻金又は返還金の交付のみの用に供する施設の基準を除く。）は、次のとおりとする。

一 学校その他の文教施設及び病院その他の医療施設から相当の距離を有し、文教上又は保健衛生上著しい支障を来すおそれがないこと。

…（中略）…

四 施設の規模、構造及び設備並びにこれらの配置は、入場者の利便及び車券の発売等の公正な運営のため適切なものであり、かつ、周辺環境と調和したものであって、経済産業大臣が告示で定める基準に適合するものであること。

右に挙げた一号が「位置基準」と呼ばれるものであり、四号が「周辺環境調和基準」と呼ばれるもので、上告審が一号の位置基準についてのみ、周辺の医療施設等の開設者に限って保護規範性を認めたことは既に述べた通りである。

これらの基準は、内容的には風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律（風営法）に基づく風俗営業の許可要件に類似するものである。すなわち風営法上の風俗営業の許可については、同法三条で許可制が定められ、四条に許可要件が定められているが、そのうち同条二項は、「公安委員会は、前条第一項の許可の申請に係る営業所につき次の各号のいずれかに該当する事由があるときは、許可をしてはならない。」と定め、一、二号で「営業所が、良好な風俗環境を保全するため特にその設置を制限する必要があるものとして政令で定める基準に従い都道府県の

条例で定める地域内にあるとき。」と規定している。そしてここにおいて「政令で定める基準」として風営法施行令六条は、「風俗営業の営業所の設置を制限する地域（以下「制限地域」という。）の指定は、次に掲げる地域内の地域について行うこと。」（二号）として「イ 住居が多数集合しており、住居以外の用途に供される土地が少ない地域（以下「住居集合地域」という。）」、「ロ その他の地域のうち、学校その他の施設で学生等その他の利用者の構成その他のその特性にかんがみ特にその周辺における良好な風俗環境を保全する必要がある施設として都道府県の条例で定めるものの周辺の地域」と定めている。後者の口号については最終的にその内容が都道府県条例に委任されていることから、その段階で最終的に保護対象施設が定まることになる。風営法上の許可については、このイ号及びロ号について保護規範性が問題となつたが、最高裁は、周辺住民についてイ号の保護規範性を否定し、保護対象施設についてロ号の保護規範性を肯定したことは周知のところである（最（三小）判平成六年九月二七日判例時報一五八号一〇頁、最（二小）判平成一〇年二月一七日民集五二卷九号一八二頁）。

このように風営法も自転車競技法も、許可対象の営業所や施設の設置場所についての基準を下位の行政立法に委任しているのであるが、とりわけ自転車競技法の場合は、法律レベルでは全く要件について定めるところがなく、すべて経済産業省令（施行規則）に丸投げしていることが特徴である。⁽⁴⁰⁾

この点は、憲法論的には重大な問題であるというべきである。というのも、「法律上保護された利益説」における《保護利益の判定》において、なぜ処分の根拠法規が保護しているか否かによって判断されるかというところ、それは法律において公益と私益の調整が図られ、その上で特定の私人の利益が保護されるか否かが決せられる、そしてそれに基づいて原告適格が判断される、という前提があったからである。すなわち、そこでは国会が法律においてしかるべき決定を行うということが前提とされており、それがいわば「法律上保護された利益説」の憲法上の正当化条件であると考えられる。また、法律の留保学説における「重要事項留保説」ないし「本質性理論」(Wesent-

lihketsheorie) は、周知のようにドイツ連邦憲法裁判所の判例法理に由来し、それがその後日本でも紹介されているが、具体的な訴訟においてそのことが問題となったことはまずない。しかしながら、公益と私益の調整という国会が法律において行うべき決定を行わず、これを行政立法に委任することは、「重要事項留保説」に照らしていえば違法というべきであろう。

実体法たる法律の規定のあり方と抗告訴訟の訴訟要件とのかかりについては、既に、処分性との関係で問題になったところであるが（就学援護費支給決定の処分性にかかわる最（二小）判平成一五年九月四日判例時報一八四一号八九頁）、処分性の問題といっても、訴訟類型の選択が問題になる場合においては、処分性がないとされて抗告訴訟で争えないとしても、他に適切な訴訟類型で争いうるというのであれば、最終的に裁判の拒否という事態には至らない。しかしながら、原告適格の有無の問題は、裁判を受ける権利にストレートにかかわる事柄であるから、問題は重大なのである。

この点についてサテライト大阪訴訟上告審判決は、とりわけ周辺環境調和基準（自転車競技法施行規則一五条一項四号）について、『周辺環境と調和したもの』という文言自体、甚だ漠然とした定めであって、位置基準が上記のように限定的要件を明確に定めているのと比較して、そこから、場外施設の周辺に居住する者等の具体的利益を個々人の個別的利益として保護する趣旨を読み取ることは困難といわざるを得ない」としているが、かかる「甚だ漠然とした定め」の制定者が国会ではなく、経済産業大臣であることについては、全く考慮された形跡はない。確かに、国会が自ら自転車競技法において、場外車券発売施設の設置許可要件を書き込んだとしても、風営法などの例からして同じような内容になったであろうという推測はありうる場所であるが、法律が具体的内容を行政立法に丸投げし、さらにその行政立法も「甚だ漠然とした定め」しか置いていない場合、かかる規定を前提に行われた原告適格の判断については、上述のような憲法上の疑義があるだけでなく、判決理由における説得の論理として

も、当事者を納得させることはできないのではないかとおもわれる。⁽⁴²⁾ ちなみに、位置基準（一号）については、その後改正により、現在では単に「位置は、文教上又は保健衛生上著しい支障を来すおそれがない場所であること。」となっており、それまでの「学校その他の文教施設及び病院その他の医療施設から相当の距離を有し」という文言は削除されている。この点は注目されてよい。

ただかような委任立法のあり方は、上述のごとく一つの憲法問題といえるが、これをどのような形で訴訟の場で扱うかについては、難しいところである。⁽⁴³⁾ しかしながら、繰り返しになるが、問題は、法治主義を（自由主義的要請と並んで）構成する民主主義的要請（国民の代表たる国会自身が規律を行うこと）という客観法的要請の不充足が、法律（国会制定法）における公益と私益の調整の不足・欠缺を経て、ひいては私人の主観的地位（ここで問題となっているのは、原告適格という訴訟法上の地位）の保障の欠缺に繋がるということであって、その点が等閑に付せられている——意識すらされない——のは、法治主義という憲法原理の観点から甚だ遺憾なことといわざるをえない。

3 考慮事項と原告適格判断

以上述べたようにサテライト大阪訴訟の事案は、①処分の根拠法規との関係で原告の利益をいかに捉えるかという問題（すなわち《大括りのな原告適格判断》か《精密選別的な原告適格判断》か）、さらには②処分の根拠法規そのものの正当性の問題（委任立法のあり方）という原告適格判断の根幹に関わる問題をはらんでいる。もともと、上告審判決における原告適格判断の流れ自体は、行訴法改正以前からの裁判実務の発想（前述の風営法に基づく風俗営業許可処分取消訴訟における第三者の原告適格判断との類推）からして十分ありうる論理の展開であるともいえる。

しかしながら、既に指摘したこととも重なることであるが、サテライト大阪訴訟上告審判決のような考え方に従

えば、処分の要件規定の一つ一つについて保護利益を判定し、原告をグループに分解して分類し、原告適格を認定された原告についてのみ主張を認めるということになるであろう。そうなるも少なくとも位置基準については位置基準によって保護されたとされる医療施設の開設者が、同基準の違法を主張することになるであろうが、併せて周辺環境調和基準の違反を主張することは、行訴法一〇条一項に照らして許されないということになる（少なくとも、新潟空港訴訟上告審判決の考え方からすれば、そうなるはずである）。

ところが、保護規範性が認められた位置基準についてみると、そこで定める「文教上又は保健衛生上著しい支障を来すおそれがないこと」の判断について上告審判決は、「場外施設が設置、運営されることに伴う上記の支障は、基本的には、その周辺に所在する医療施設等を利用する児童、生徒、患者等の不特定多数者に生じ得るものであって、かつ、それらの支障を除去することは、心身共に健康な青少年の育成や公衆衛生の向上及び増進といった公益的な理念ないし要請と強くかかわるものである」とした上で、「当該場外施設の設置、運営に伴う上記の支障が著しいものといえるか否かは、単に個々の医療施設等に着目して判断されるべきものではなく、当該場外施設の設置予定地及びその周辺の地域的特性、文教施設の種類・学区やその分布状況、医療施設の規模・診療科目やその分布状況、当該場外施設が設置、運営された場合に予想される周辺環境への影響等の事情をも考慮し、長期的観点に立つて総合的に判断されるべき事柄である」としている。これに対して、周辺環境調和基準の趣旨について判決は、「同基準は、場外施設の規模が周辺に所在する建物とそぐわないほど大規模なものであったり、いたずらに射幸心をあおる外観を呈しているなどの場合に、当該場外施設の設置を不許可とする旨を定めたものであって、良好な風俗環境を一般的に保護し、都市環境の悪化を防止するという公益的見地に立脚した規定と解される」とした上で、「同基準が、場外施設周辺の居住環境との調和を求める趣旨を含む規定であると解したとしても、そのような観点からする規制は、基本的に、用途の異なる建物の混在を防ぎ都市環境の秩序ある整備を図るとい一般公益を保

護する見地からする規制というべきである」としている。

このように位置基準については、「単に個々の医療施設等に着目して判断されるのではなく」、種々の要素の総合的考慮によることになるが、とりわけ「当該場外施設が設置、運営された場合に予想される周辺環境への影響」については、周辺環境調和基準については考慮される「良好な風俗環境」と重なり合うことがらであるといえるのではない。すなわち、位置基準と周辺環境調和基準を截然と分けて考慮することが、果たして実態にあっていのか問題である。また位置基準について、考慮されるのが「個々の医療施設等」の事情のみならず、「周辺環境への影響」等に及ぶのにもかかわらず、それを医療施設の関係者等に限って原告適格を認め、そのすべてについて（ある意味で自己の法律上の利益に直接関係のない公益に関わる事項も含まれることになる）主張の責任を負わせるというのは、妥当ではないのではないかと要するに、実際の審理のあり方を考えた際に、このような原告適格判断が実際の紛争の解決に沿ったものなのかが疑問とされるのである。⁽⁴⁵⁾ その意味で、近時、裁判官の中からも「特に行政の裁量処分については、その裁量を行使するに当たって考慮すべき要素を解釈によって確定することが避けられないのであって、それが当該処分の属する法体系の下において相当なものである以上、その考慮要素の中に、個々人の個別具体的な利益が含まれているものであるならば、その者はその個別具体的な利益の侵害を受ける立場にあるから、当該処分について取消訴訟を提起してこれを争うことができる」と主張が行われているのは、傾聴に値する。⁽⁴⁶⁾ すなわち、影響を受ける周辺住民といっても、裁量判断の過程において考慮要素とされる可能性がある以上、それが適切に考慮されることについて法律上の利益があるといえる。周辺住民の生活環境上の利益については、《生命、身体、安全等》に及ばない限り、《不特定多数》であるがゆえに原告適格を基礎づけるものではないという考え方は、近時、裁量処分について判断過程の統制が重視されていることに鑑みても、狭すぎるようにおもわれる。⁽⁴⁷⁾

- (33) 山本隆司「判例から探究する行政法・第五回 原告適格(一)」月刊法学教室三三六号(平成二〇年)六九頁以下。
- (34) この点については、神橋前掲論文(注(9))一八頁、さらに近時の指摘として、長谷川佳彦「判例批評」民商法雑誌一四二巻一号(平成二二年)七六頁、七七頁・注(35)。
- (35) 宇賀教授は、「……原告適格という訴訟要件の審理に多大の時間をかけることは適切ではなく、また、この種の集団訴訟の場合、一部でも原告適格を認められる者がいれば、本案審理に入ることができ、取消判決が出れば、その拘束力により、実際上は、原告適格を否定された者も利益を享受することができ」と指摘する(宇賀克也「判批」判例評論五四七号(平成二〇年)一七五頁)。この指摘は、正鵠を射たものである。
- (36) 清野清彦「時の判例」ジュリスト一四〇二号(平成二二年)一三三頁。
- (37) この判決は、学説においては好意的に受け止められているが、問題点として指摘されている点の一つがこの点である。
高木教授は、本判決が、原告適格の判断を行うにあたって、伊達火力発電所訴訟上告審判決(最(三小)判昭和六〇年二月一七日判例時報一一七九号五八頁)との関係で、公有水面埋立法四条(免許基準)のうち二号の「環境保全」に「景観利益」を読み込むことができるのか論じられるべきところ、その点についての言及がないとした上で、「環境保全」は主として「生命、身体、健康」といった法益への侵害との関連で意識されてきており、「景観」や「文化財」はこれらの法益との関係が薄い、と指摘する。そしてその上で、行訴法九条二項の《第四の考慮事項》の趣旨からすれば、「景観利益についても、その具体的な『内容及び性質』ないしその『害される態様及び程度』によっては、保護すべきとされることがあるとも考えられ」、「利益の種類によるカテゴリーカルな割り切りではなく、『被害の程度』と関連させた『柔軟』な判断が要請されている」とするならば、右の四条一項二号や(判決の言及する)同項三号に「私益としての景観保護」の保護が含まれる余地があるものの、この点、本判決の原告適格の地理的な線引きは、いわば「名目的」なものにとどまっているとの批判が想定される、としている(高木光「行政処分における考慮事項」法曹時報六二巻八号(平成二二年)一一頁以下)。要するに、処分の根拠法令(公有水面埋立法)が保護しているか否かという点で微妙な「景観利益」を、さしあたり本件において保護利益として論証するには、九条二項との関係で、それなりに「被害の程度」を論証する必要があるとの、その点のパンチが足りないということであらう。
- (38) この点は、申請に対する処分の不作為の違法判断における「相当の期間」をめぐる、不作為違法確認訴訟と事後の国家賠償訴訟では違うことがありうるということから着想を得ている。この点について、仙台地判平成一〇年一月二七日判例時報一六七六号四三頁は、「ことに、不作為の違法確認訴訟は、違法な不作為状態を解消し、最終的な救済に向けて中間的な解決を図るための訴訟であり、その性質上迅速な解決が要求されるのであるから、その争点は、法令に基づく申請の有無と、相当期間の経過の点に絞られるというべきであって、右相当期間の経過につき、それを正当とする事情の存否が問題になる場合があり、その中には行政指導の継続を理由とする場合が含まれるとしても、それは申請者が行政指導に従う意思を示していたか否か等、行政指導の必要性やそれに対する申請者の対応等に立ち入るまでもなく、容易に判断が可能な事柄に限られるというべきである」として、国家賠償請求訴訟における不作為の違法性判断との違いについて言及している。すなわち同

も明らかなであろう。また、基準であっても、訴訟類型が違えば訴訟目的も違うわけであるから、その判断のあり方も異なることはありうるといえるのは、この問題から

(39) 高木教授は、注(37)で引用した指摘に続けて、輦の浦訴訟の本案第一審判決が認めた原告適格の範囲が、仮の差止め決定のそれより広い「鷹揚さ」を示していることについて、もんじゅ訴訟上告審判決が控訴審より広い判断(原子炉から二〇キロを五八キロまで拡大)を示した「鷹揚さ」が想起されるとしたうえで、「その意味では、判例政策によって原告適格を決することが『正義』にかなうという『法的保護に値する利益説』の発想は全面的には排除できないのであり、『法律上保護された利益説』=『保護規範説』=『処分要件説』が強く機能するのは、塩野教授の指摘する『二段階の切り出し作業』のうち、第一段階の『カテゴリ』としての切り出し作業(=本稿でいう『保護利益の判定』——本稿筆者)に限られると主張しているか、原告によって違う利益を主張しているかなど)が考慮されるか否かが、『保護範囲の画定』の問題として今後の問題となる。

(40) 野呂充「原告適格論の再考」法律時報八二巻八号(平成二二年)一七頁も指摘するところである。

(41) この判決で問題となった就学援護費の支給決定については、法律レビューにおいては、労働者災害補償保険法が、政府は、労働福祉事業として、遺族の就学の援護等、被災労働者及びその遺族の援護を図るために必要な事業を行うことができる(二三条一項二号)、労働福祉事業の実施に関して必要な基準は労働省令で定めると規定することと定めている(同条二項)。そして具体的な支給要件などについては、最終的には労働省労働基準局長通達である「労災就学等援護費支給要綱」において定められている。

(42) 風営法に基づく風俗営業許可については、その要件の具体化が政令(施行令)に委任されているのに対して、場外車券発売施設設置許可は、省令(施行規則)に委任されている。政令と省令との間で、この両者の違いの具体的な根拠は必ずしも明らかではない。政令と省令とで国の行政組織内部における制定手続にどのような違いがあるか(例えば、内閣法制局による審査があるか否か)という問題があるが、実質的許可要件の授權が、政令ではなく、各省大臣の発する省令に委任されることは是非も併せて問題となるとおもわれる。この点は、今後、検討しない議論に値する問題であると考ええる。

(43) 処分の根拠法規を違法・無効とすることまではできないとしても、委任のあり方について勧告的な意見を付するか、あるいは当該委任立法の内容を必ずしも前提とせずに、裁判所が独自の基準を設定して原告適格の判断を行うという方法が、差し当たり思い浮かぶところではある。

(44) 本稿執筆時点(平成二二年一月末現在)、差戻し第一審判決は出ていないようであるが、上告審判決の『保護範囲の画定』基準からすれば、「当該場外施設の設置、運営に伴い著しい業務上の支障が生ずるおそれがある」と位置的に認められる区域に医療施設等を開設する者」となっているの、場合によっては上告審で原告適格の有無について第一審差戻しとなった三名についても、全員原告適格が否定される可能性もありうるであろう。

(45) 野呂教授は、サテライト大阪訴訟上告審判決の原告適格判断について、「原告適格を認められることが困難な施設利用者の利益を文教・医

療施設開設者に事実上代表させるという観点を入れて、開設者の原告適格を認めているとも言えるのではないかと指摘する（野呂前掲論文（注（40）一七頁）。なお、同判決について名古屋地家裁を中心とする裁判官と名古屋大学を中心とする研究会により組織される名古屋民事実務研究会において検討研究した成果として杉浦一輝（名古屋地方裁判所判事補）「第三者の原告適格に関する近時の最高裁判例の検討——場外車券発売施設の設置許可取消訴訟について」（上・下）判例タイムズ一三三五号四五頁、一三三六号二〇頁（平成二三年）がある。

この点同訴訟においては、医療施設の開設者以外に周辺住民が原告として加わっていたので、実際の審理においてさまざまな主張や資料が集まったのかもしれないが、上告審判決のような原告適格判断の基準が示された以上、今後、位置基準の保護対象施設の開設者のみが原告となつて、訴訟のイニシアティブをとらなければならぬことになる。おそらく周辺住民がそういった訴訟に積極的に加わるインセンティブは低下するともわれる。そういったことを考えると、原告適格の問題とはいえ、今後の類似の訴訟の帰趨に及ぼす影響（萎縮的効果）は小さくないとおもわれる。

(46) 新谷前掲論文（注（32）三七六頁。またドイツ法における「些細とは言えない法的に保護された利益を適正に考慮することを行政機関に求める権利」を認めて、原告適格を拡大する考え方（山本前掲論文（注（33）六八頁）も、サテライト大阪訴訟の事件などに適用可能か否か、検討に値するのではないかとおもわれる。

ともかく処分を中心据えて事前手続と事後の争訟を一連のプロセスとしてみたときに、周辺住民の利益・主張をいずれかの段階で取り込む何らかの方策が検討されるべきであるとおもわれる。

(47) その意味でも、控訴審判決の見取図添付の規定を参考にして一〇〇〇メートル以内の範囲という判断は、紛争の実態を踏まえた一つの試みとして肯定的に評価することができる。

おわりに

以上みてきたように、原告適格論は、行政法のみならず、憲法論とも具体的に関連している。それも、実体法的な基本権の問題にとどまらず、判例「法律上保護された利益説」を支えている処分の根拠法規の立法のあり方にも及んでいる。

また、裁判実務と一言でいっても、この原告適格に関する限り、事実審である下級審と上告審たる最高裁との間で、紛争に対する向き合い方に若干のずれがあるのではないかと、という感想も抱かないわけではない。しかしこの

点については、本稿における以上の検討に基づく感想以上の確たることを本稿において開陳することはできない。

このように原告適格論は、行政法(学)、憲法(学)、裁判実務Ⅱ判例の三者が関連しているというべきであるが、その共通の土俵はまだ十分に構築されていない。本稿において取り上げた問題も今までさまざまな形で論じられてきたものであり、ここで何らかの新しい方途を十分に示しえたかといえ、心もとないものがある。とりあげた論点も、近時の判例に関して本稿筆者の目に留まったものに限られ、その意味では、一つの問題の整理にとどまるものである。

本稿筆者は、行訴法改正直後の五年前、小田急訴訟上告審判決を機縁として原告適格について若干の検討を行ったが、その際、阪本教授にもその内容に興味を示していただいたことがおもいだされる。そこでは必ずしも憲法論に論及することができなかったが、本稿において多少なりともその点を論究することができたとするならば、教授のご退職に際して本稿を執筆した目的は、さしあたり達せられたということになる。

【付記】 本稿再校段階で、山本隆司「判例から探究する行政法・第三〇回 訴えの利益／処分性(6)／原告適格(3)」月刊法学教室三六六号(平成二十三年三月号)八五頁以下に接した。同論稿では、サテライト大阪訴訟上告審判決についての分析検討が行われている。