

## 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院判決）をめぐって——

神橋 一彦

第一節 はじめに

第二節 原告適格判断における「関連法令」と「参酌」

第三節 「リスクからの保護義務」について

第四節 おわりに

### 第一節 はじめに

一 平成一六年の行政事件訴訟法の改正によって、取消訴訟の原告適格に関する規定である同法九条に新たに第二項が追加され、それが今後の取消訴訟の原告適格判断にどのような影響を与えるか、目下、注目されているところである。そのなかで、平成一七年一月二月の小田急訴訟上告審判決（最（大）判平成一七年一月七日民集五九卷一〇号二六四五頁・判例時報一九二〇号一三頁・判例タイムズ二二〇二号一一〇頁）は、行訴法改正後の原告適格拡大の

期待に応えるものとして、大いに注目を集めたところである。

この行訴法九条二項は、立法者が裁判官に対して、一方においては、取消訴訟の原告適格をめぐる従来の最高裁判例を中心とする判例法理<sup>1)</sup>「法律上保護された利益」説ないし「保護規範」説を踏まえ、原告適格判断にあつての解釈指針を条文化して示したと同時に、他方において、九条一項の「法律上の利益」概念が、個別の事案を処理する裁判官にとつて開かれた概念であること(いわゆる「オープン・スペース」論)を示したものであるとされている。

もつとも、そのような内容をもつ九条二項の規定については、本来、「その良心に従ひ独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される」(憲法七六条三項)ものとされる裁判官の本来的職務である法の解釈に、立法者が解釈指針という形で指図を行うものであるとして、そのような規定を置いたことの当否そのものについて、根本的な疑問も投げかけられている。<sup>1)</sup>しかしながらこの条項の中に、司法制度改革という《国政の重要な方針決定》の中で発せられた国権の最高機関たる国会(憲法四一条)のメッセージが含まれているとすれば、そのことの《重み》もまた認識しなければならない、ということであろう。<sup>2)</sup>

二 しかしながら、今後、原告適格のあり方がいかにあるべきかについて、「解釈論」として——そしてさらに、一定の《学問的客観性》をもつた議論として——論じることが容易ではない。<sup>3)</sup>現に、この一、二年の間、一般の行訴法改正の作業にさまざまな形で関わった人々を中心に陸続と改正行訴法の解説が公にされたけれども、ことこの原告適格の問題に関しては、将来、原告適格が「拡大」される方向に向かうであろう、<sup>4)</sup>という点においては共通しているものの、それ以上、どの程度まで具体的に拡大することになるのかについては、論者によって相当に開きがあるといわざるをえない。とりわけ、本稿においても後で取り上げるが、「法律上保護された利益説」においては、

従来、原告適格を基礎づける利益は、特定の者について保護された個別具体的な利益でなければならぬ、とされてきた。しかしながらこの点をめぐっては、一方で、行訴法九条二項新設後は必ずしもかような「個別保護要件」は原告適格判断の不可欠の要素ではないとし、原告適格の範囲は相当に拡大するはずであると主張する見解がみられる反面<sup>(5)</sup>、他方で、なによりまず平成一六年一〇月に最高裁判所において開催された「行政事件担当裁判官協議会」においては、「原告が主張する利益を保護利益とする『目的を共通にする関係法令』が存在するからといって直ちに原告適格があることにはならず、当該関係法令を根拠法令の趣旨目的において参酌した上で、当該根拠法令上、個別具体的な利益として法律上保護された利益があるか否かを個別に判断する必要があるということについては特に異論がなかった」とのことである<sup>(6)</sup>。さらに、第三者の主張する利益を憲法の基本権に直接基づいて根拠づけられるか否かについても、行訴法九条二項は必ずしも明確な方向性を示していないといえるが<sup>(7)</sup>、その点をどのように解するかによって、原告適格判断の結論も違ってくる筈である。

従って、取消訴訟の原告適格をめぐっては——行訴法九条二項そのものの解釈・運用に限っても——、今後なお議論の種は尽きないということにならう。

三 おそらくこのような状況の背景として挙げられるのは、訴訟要件において原告適格というフィルターを設けるのはなぜか、あるいは何らかのフィルターを設けることは必要であるとしても、どの程度のフィルターをかけるべきなのか、あるいは現在の程度のフィルターをかけることの正当な理由は何か、ということについて、確たる共通の理解が必ずしも成立していないのではないか、ということが挙げられるとおもわれる。

少なくとも言えることは、行訴法九条をめぐる議論が現在に至るまで錯綜してきた一つの理由は、改めていうまでもないことながら、「法律上保護された利益」説という実体法上の《権利》論の装いをもった——そして事実、

沿革的にもそれを基礎とした——基準が、訴訟要件という訴訟法上の判断の基準として用いられてきた、ということにある。<sup>(8)</sup>すなわち、「公益」(ないし反射的利益)と「法律上保護された利益」(ないし権利)との区別といって、それは必ずしも「利益」の内容や性質に着目した結果というよりも、——判決そのものの中では正面から論じられているわけではないが——ある種の(訴訟)政策的考慮がそこに介在したのではないか、ということである。この他、原告適格論のかかえる問題点につき、幾つか考えつく点をここで列挙してみよう。<sup>(9)</sup>

第一に、原告適格は濫訴の弊なるものを防止するためにあると言われることがある。しかし、実際に原告適格の範囲を広げたとしても、現実には訴訟が濫発されて裁判所がオーバーワークになるかどうかは、いわば事実の問題であり、そうなるかもしれないが、必ずそうなることも限らない。とりわけ、普通の市民が行政訴訟を起す際のハンディーとリスクを考えれば、濫訴の弊が深刻化するかどうかは、本当のところ疑わしいと見る向きもある。<sup>(10)</sup>またドイツなどでは、執行停止原則が採られているため、むやみに第三者から訴えが提起されると、行政の円滑な遂行が妨げられたり、授益的処分の名宛人が迷惑するといったことが言われるが、我国の行訴法は、執行不停止原則(行訴法二五条)を採っているので、例外的な執行停止も含めてこの制度が適正に運用される限り、このような心配は基本的に無用である。

第二に、原告適格の存在意義として、現在の「法律上保護された利益説」を前提とした場合、行訴法一〇条一項による違法事由の主張制限による棄却をいわば先取りした形で、訴訟要件段階でフィルターにかける、ということも考えられよう(《行訴法一〇条一項先取り論》<sup>(11)</sup>)。しかしながら、この点、行訴法九条と同一〇条一項とは訴訟要件と本案勝訴要件ということで次元の違う話であることはいままでもないが、行訴法改正後、一〇条一項についても、柔軟な解釈が望まれる、との指摘もなされている。<sup>(12)</sup>

第三に、主婦連ジュース事件上告審判決(最(三小)判昭和五三年三月一四日民集三三卷二号二一一頁)において

は、原告となりうるものが国民全体に及ぶということである。《画定可能性》がないという理由から、そこで主張された消費者の利益は「公益」ないし「反射的利益」であるとされたわけであるが、原告適格の範囲の「画定可能性」は、いわば相対的な程度の問題であって、近鉄特急事件上告審判決（最（一小）判平成元年四月三日訟務月報三五卷九号一七九三頁）ともんじゅ訴訟上告審判決などの判例を比較すれば、原告適格判断において、一つの価値秩序が存在することは明らかである。しかしながら、処分の名宛人に対しては授益的である種々の許可処分は、第三者の原告適格を否定した場合、そもそも裁判コントロールの俎上に載せられることがない、ということになる。すると、生命、健康等の人格的に極めて重要な利益と薄く広い経済的な利益との間の価値序列のみで、第三者の出訴可能性を肯定したり否定することには問題が残るであろう。いずれにしても、生命、健康、（単なる経済的利益ではない）財産等に影響を及ぼすような場合、最高裁判例は、さまざまな解釈に基づいて原告適格そのものは認めている。

第四に、「公益」（ないし反射的利益）と「法律上保護された利益」（ないし権利）との間の区別が、このように、原告適格の判断というレベルで論じられるならば、その限りで訴訟法上ないし訴訟政策的な考慮が介在せざるをえない、ということになる。しかし、そういった原告適格の判断という問題を離れて、利益の内容とすることに純化して考察した場合、一口に公益ないし反射的利益といっても、そこには法律が保護してはいるが、その範囲が画定されないがゆえに「公益」とされるものもあれば、法律の保護目的とは関係のないたまたま特定の私人が特定の状況で享受した利益という意味で、本来的な真正の意味での「反射的利益」というものもありえよう。さらに、近時問題とされている、景観などの環境的利益などの「共同利益」<sup>(13)</sup>といったものの位置づけは如何にあるべきか、という問題もある。<sup>(14)</sup> そうなると、私人の権利保護（主観法的構成）に馴染まないものは全て「客観訴訟」であるとし、憲法上の「司法権」（憲法七六条）の作用の域外であると考えること自体も、将来、再検討の必要があるのかもしれない。

(15)(16)  
れない。

四 このように取消訴訟の原告適格のあり方をめぐる議論は、それ自体、行政作用に対する裁判審査の範囲に関わるものであるだけに、行政作用に対する裁判コントロールそのものをどのように構想するか、ということと大きく関わってくるとおもわれる。この点は、将来の行訴法の再検討の際に問題となるだけでなく、<sup>(17)</sup>いわゆる「オーブン・スペース」をどのように考えるかとも関係してくる筈である。

冒頭からいささか議論が拡散したが、今回の小田急訴訟上告審判決は、このような取消訴訟の原告適格をめぐる議論において、従来の判例法理から、行訴法九条二項を経て、新たな議論の歩みの第一歩を記したものであるといえよう。従ってさしあたり、この判決が、このような議論の流れの中で如何なる意義をもち、如何に位置づけられるべきか、検討する必要がある。そのような観点から、本稿では、この小田急訴訟上告審判決を中心に原告適格の判断枠組みについて改めて考えてみることにしたい。

五 以下、考察の順序としては、まず小田急訴訟上告審判決で示された原告適格についての判断について分析し(第二節)、その後で、同判決に付せられた藤田宙靖裁判官の補足意見について論及する(第三節)。そして最後に、以上の検討を踏まえて、今後の議論の方向について若干のコメントを行う(第四節)。

(1) 藤田宙靖『第四版行政法Ⅰ(総論)』(平成一七年)四二二頁以下。藤田教授は、憲法七六条三項を引用し、「裁判官が適用すべき法の『内容』を定めるのは立法院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、立法院に許されることなのか否か」について疑問を呈し、九条二項の規定が「裁判官を法的に拘束する効果を持ったものとする以上、違憲の疑いが生ずることになり、それを避けようとするならば、この規定は、一種の訓示規定としての意味を持つ以上のもではない、と解する以外にない」とする(四二

一頁・注（一）。さらに宮田教授も、「解釈指針は法律解釈の方法論の問題であるから、解釈基準の定立は学説・判例にゆだねるべきで、立法者が介入すべき問題ではない」とする（宮田三郎『行政法の基礎知識（二）——行政事件訴訟法を学ぶ——』（平成一八年）一〇五頁）。

（2）九条二項の定める考慮事項は、既に判例においても考慮されていたものであった点について、行訴法改正の際の立案担当官である小林久起・元司法制度改革推進本部事務局専事官は、「・・・判例は、個別具体的な事例に即して原告適格の有無を判断しているものであり、このような判例があるからといって、それぞれの判例で考慮された事項が、必ずしも全ての事案において十分に考慮され、第三者の原告適格の判断が適切にされるのが一般的に確保されているとはいえません」とした上で、「今回の改正では、法律の明文でこれらの事項を考慮すべきことを定めていますから、これにより、これらの事項が適切に考慮されることが、全ての事案において一般的に担保されることとなります」としている（小林久起『司法制度改革概説③行政事件訴訟法』（平成一六年）二二三頁）。

一言敢えて論評するとすれば、遺憾ながら、従来の一部の——とりわけ下級審において——原告適格を否定した判例の中には、その理論構成において一種の職人芸的技巧以上の価値を見出せない判例や、一見、従来の判例法理に従ったかのごとき体裁を示しながら、その実、判例法理の基本的な射程を正確に理解しない《マニュアル思考》的判例も存した、といわざるをえない（神橋一彦『行政訴訟と権利論』（平成一五年）一六九頁以下）。今後、行訴法九条二項の趣旨を受けて、裁判所としてはそのような態度を採ることははや許されないと、いうことであろう（関連して、高木光『行政訴訟論』（平成一七年）七七頁参照）。

（3）今回の行訴法改正の直前の段階において、とりわけ取消訴訟の原告適格の問題をめぐっては、いささか「解釈論疲れ」（高木光「司法の現状分析——公法学の影響——行政訴訟——」公法研究（平成一三年）一〇二頁以下）高木前掲書（注（2）三五頁）の様相を呈していたといえる。ところが改正後においては、「ずいぶん長い間、『法律上の利益説』とか『保護に値する利益説』とか言ってきたものの、こうした見解にも別に中身があるわけではなく、はつきりいえば結論は心意気次第ですね。『気合だ』ということですよ。」という発言すら見られる（座談会・改正行政事件訴訟法は、国民・住民の包括的・実効的な権利利益救済を可能にするか」法律時報七七卷三号（平成一七年三月号）一六頁における安念潤司教授の発言）。

そもそも、学者の行う学理解釈と裁判官の行う有権解釈が、互いに次元の異なるものであることはいうまでもなく、前者がいくら「通説」や「多数説」であっても、法的にはirrelevantである。従って、裁判官が学者の主張に耳を貸さないという状況が生じたとしても、そのこと自体は原告適格の問題に限った現象ではない。しかしながら、判例法理の到達点を条文化するという異例の立法を行い、その上で「オープン・スペース」という形で、裁判官に判断の余地を与えたわけであるから、右に引用した「気合」ということについては、行訴法改正後当面は、いわばボールは裁判所の側に投げられた形であって、裁判所の側において、原告適格の問題についてどのような方向を示すかについて、学界の側としては、まずこれを注視するほかない。本稿が、今後の裁判実務の一つの出発点となるであろう小田急訴訟上告審判決の内在的分析を中心に論を進めるのもそのような事情による。

（4）具体的には高木前掲書（注（2）七七頁参照。もっとも一口に「拡大」といっても、何と比較した場合の「拡大」なのか。一部の不適切な諸判決を基準にするものなのか、あるいは先端的判決を超えようとするものなのか（稲葉馨「取消訴訟の原告適格」関部逸夫・芝池義一編集

『改正行政事件訴訟法の理論と実務』(平成一八年)五六頁。

(5) 越智敏裕弁護士は、個別保護要件について、行訴法九条二項に「根拠となる法令の規定の文言のみによることなく」という文言が挿入されたのは、個別保護要件を原告適格判断の不可欠の前提とはしないことを明らかにするためであつて、これまでと同様に個別の利益があれば当然に原告適格があるが、これまでと異なり個別の利益がないから原告適格がないということにはならない、とする(日本弁護士連合会行政訴訟センター編『実務解説行政事件訴訟法』(平成一七年)一三三頁以下)。さらに、個別保護要件は放棄されたと解することも十分に可能であると説くものとして、村上裕章「改正行訴法に関する解釈論上の諸問題」北大法学論集五六卷三号(平成一七年)五七頁以下、反対に、かような見方疑問を呈するものとして、橋本博之「原告適格論の課題」民商法雑誌一三〇巻四・五号(平成一六年)三九頁・注(27)参照。

(6) 最高裁判所事務総局行政局監修『改正行政事件訴訟法執務資料』(平成一七年)一七頁。

(7) 橋本教授は、「法九条二項が、「法律上保護された利益説」に立つ判例法から抽出した必要の考慮事項は、憲法原理を踏まえた行政法ドグマテイクという点で不十分な裁判実務上の解釈論の反映という部分がある」ことを指摘する(前掲論文(注(5))三七頁)。

(8) 芝池教授は、行訴法九条(一項)の「法律上の利益」を訴訟法上の概念として理解すべきである、と指摘している(芝池義一「行政事件訴訟法における『法律上の利益』」法学論叢一四二巻三号(平成九年)二頁)。この「法律上の利益」概念が、実体法上の概念として理解されてきたのは(芝池同論文三頁)、行訴法が「法律上の利益」という概念を用いたとしても、取消訴訟の原告適格に関する考え方が、「権利毀損」要件の時代から基本的に変わることなく、また「法律上保護された利益説」もかような「権利毀損」要件の延長上に捉えられてきたからであろう(この点については、神橋前掲書(注(2))一七頁以下参照)。

(9) 「法律上保護された利益説」が判断基準として安定性を持ったものであるか否か、あるいは民衆訴訟への危惧といった点について、阿部泰隆「原告適格判例理論の再検討と緩和された『法律上保護された利益説』の提唱」『行政訴訟要件論』(平成一五年)八九頁以下参照。

(10) 既に、阿部教授の指摘するところである(阿部前掲論文(注(9))一〇頁)。また宮田教授も、「原告適格」という訴訟要件は、民衆訴訟を排除する目的ないし機能を果たすことができない」と指摘した上で次のように述べる。「民衆訴訟の排除は、原告適格の本来の目的である。誰でも提起できる筈の民衆訴訟は「・・・法律に定めた者に限り提起することができる。」(行訴法四二条)。しかし一定の資格を有する者だけが提起できる取消訴訟は、訴状に最小限の内容(「訴状の必要的記載事項」)を記載すれば、それで成立する。原告は誰でも適法な訴状さえ提出できれば、実際には取消訴訟を提起することができるという皮肉な結果になっている。原告適格という訴訟要件によって訴えを阻止することはできないし、濫訴を排除し、裁判所の負担を軽減することにはならない。我国では濫訴は問題にならない。」(宮田前掲書(注(1))一〇七頁以下)原告適格なしを理由に訴えを却下することにより、早期に訴訟を終了させることができるとすれば、その分裁判所の負担を軽減する効果はありうるかとおもわれるが、右の指摘にも傾聴に値するものがあるようにおもわれる。

(11) 藤田前掲書(注(1))四一頁。芝池教授は、行訴法一〇条一項の「自己の法律上の利益」の概念を「権利または法律上保護された利益」に限定すべきではなく、より柔軟な解釈をすべきであるとした上で、「問題となつている処分を行政事件訴訟法一〇条一項の『自己の法律上の利益に関わる違法』として主張できるかどうかを、この取消訴訟を提起するに値するだけの利益という意味での同法九条の『法律上の

「利益」が認められるかどうかの判断の一つの基準にすることが考えられる」とする。教授の主張する「法律上の利益」概念の訴訟法的把握を展開した見解である（芝池前掲論文（注（8））一三頁以下）。

(12) 福井秀夫・村田斉志・越智敏裕「新行政事件訴訟法——逐条解説とQ&A」（平成一六年）三三三頁。

(13) 亘理格「公私機能分担の変容と行政法理論」（公法研究六五号）（平成一五年）一八八頁以下。

(14) 福井・村田・越智前掲書（注（12））三二二頁は、「改正法による原告適格の拡大は、基本的には私益である主観的利益の保護範囲を、考慮事項の追加によって実質的に拡大しようとするものですが、結果として、これまでは必ずしも私益としては認識されてこなかった利益（「公益」と私益の間にある集团的・拡散的利益——本稿筆者）についても保護は図られることとなります」とする。

(15) この点は、本稿筆者が現在有している問題意識にとどまり、本稿で立ち入って論じることのできないものであるが、かような問題意識については、亘理格教授をゲストに迎えた磯部力・櫻井敬子・神橋一彦「エンジヨイ！行政法・第三回 公益」月刊法学教室三一一号（平成一八年八月号）三四頁以下における議論に触発されたところが大きい。すなわち、将来、団体訴訟が導入されるとしても、それが個人の法的利益を保護する訴訟ではないという一事をもって、司法権の範囲外であるとされるということではどうか、検討の余地がある。

(16) 小林参事官は、「司法の役割というものは決して固定的に考えるべきではないのではないだろうか」とした上で、「・・・司法権の範囲というものは、それぞれの時代ないし社会における行政のあり方の変化であるとか、その時代の政治や社会の情勢、国民の意識などを考慮した上で、本当に今裁判所が果たすべき役割は何なのか、という考察の上に立って決められるべき問題であつて、まさに、そこに枠がはまっているのではなく、本来そういった考察の上に立って裁判所が自ら判断していくことができる開かれた空間、オープンスペースが与えられているのではないか、と思われる」と述べる（小林久起「行政事件訴訟法の一部を改正する法律について——行政訴訟制度を活かすための救済法と司法権の考え方とともに」判例時報一八七七号（平成一七年）七頁）。司法権の概念ないし範囲を固定的に捉えるべきでない、という指摘は、基本的に正鵠を射た指摘である（この点について指摘するものとして、中川丈久「行政事件訴訟法の改正——その前提となる公法学的営為——」（公法研究六三号（平成一三年）一二四頁も参照）。ただ問題は、そこで「オープンスペース」というものを想定するとしても、それはあくまで憲法によって裁判官に委ねられた裁量を前提としたものである筈で、裁判官に委ねられた裁量の範囲とかかる裁量に課された枠の問題は、なお残るとおもわれる。

(17) 宮田教授は、近著において「原告適格廃止論」を主張している。大胆な主張ではあるけれども、注（10）で引用した点も含めて、いわば更地に戻って改めて原告適格の存在意義を考える際に示唆を与える（宮田前掲書（注（1））一〇七頁以下）。

## 第二節 原告適格判断における「関連法令」と「参酌」

一 小田急訴訟上告審判決については、本稿筆者も既に簡単な評釈を行ったことがあるが、<sup>(18)</sup>ここでは紙幅の関係

上論じつくせなかつた点も含め、同判決について前稿を敷衍して論じることにはしたい。まず最初に、本判決における法廷意見の論理を、ここで改めて簡単に振り返ってみよう。

本件で問題となっている鉄道事業認可は、都市計画法五九条による認可を受けて行われる「都市計画事業」(同法四条一五項)であり、その事業の内容が都市計画に適合することが認可の要件とされている(同法六一条一号)。そして、次のように論理を展開する。

①都市計画に関する都市計画法の規定中、都市計画の目的、基本理念(同法一条、二条)を受けて、当該都市について公害防止計画が定められているときは都市計画がこれに適合したものでなければならぬとした都市計画法一三条一項但書が援用され、それを媒介に、公害防止計画の根拠となる公害対策基本法の目的規定等(一条、二条、四条、五条、一九条)が援用されている。

②その他に都市計画法の中では、都市計画が公害防止計画に適合することを要求した右一三条一項柱書きのほか、都市施設は良好な都市環境を保持することを定めた一三条一項五号のほか、公聴会の開催等、住民の意見を反映させるために必要な措置を講ずるものとした一六条一項、関係市町村の住民及び利害関係人に都市計画の案について意見書を提出を認めた一七条一項、二項の規定が援用されている。

③次いで判決は、東京都環境影響評価条例(以下、「東京都条例」という)を援用して、次のように述べる。

「さらに、東京都においては、環境に著しい影響を及ぼすおそれのある事業の実施が環境に及ぼす影響について事前に調査、予測及び評価を行い、これらの結果について公表すること等の手続に関し必要な事項を定めることにより、事業の実施に際し公害の防止等に適正な配慮がされることを期し、都民の健康で快適な生活の確保に資することを目的として、本件条例が制定されている。本件条例は、被上告参加人が、良好な環境を保全し、都民の健康で快適な生活を確保するた

め、本件条例に定める手続が適正かつ円滑に行われるよう努めなければならない基本的責務を負うものとした上で（三條）、事業者から提出された環境影響評価書及びその概要の写しを対象事業に係る許認可権者（都市計画の決定又は変更の権限を有する者を含む。二條八号）に送付して（二四條二項）、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ないとし（二五條）、対象事業が都市計画法の規定により都市計画に定められる場合においては、本件条例による手続を都市計画の決定の手続に合わせて行うよう努めるものとしている（四五條）。これらの規定は、都市計画の決定又は変更の際に、環境影響評価等の手続を通じて公害の防止等に適正な配慮が図られるようにすることも、その趣旨及び目的とするものといえることができる。」

④ 以上のように、種々の関連法令に言及した上で、判決は周辺住民の原告適格について、次のように結論づける。

「ウ　そして、都市計画事業の認可は、都市計画に事業の内容が適合することを基準としてされるものであるところ、前記アのような都市計画に関する都市計画法の規定に加えて、前記イの公害対策基本法等の規定の趣旨及び目的をも参照し、併せて、都市計画法六六條が、認可の告示があつたときは、施行者が、事業の概要について事業地及びその付近地の住民に説明し、意見を聴取する等の措置を講ずることにより、事業の施行についてこれらの者の協力が得られるように努めなければならないと規定していることも考慮すれば、都市計画事業の認可に関する同法の規定は、事業に伴う騒音、振動等によって、事業地の周辺地域に居住する住民に健康又は生活環境の被害が発生することを防止し、もって健康で文化的な都市生活を確保し、良好な生活環境を保全することも、その趣旨及び目的とするものと解される。」

エ　都市計画法又はその関係法令に違反した違法な都市計画の決定又は変更を基礎として都市計画事業の認可がされた場合に、そのような事業に起因する騒音、振動等による被害を直接的に受けるのは、事業地の周辺の一定範囲の地域に居住する住民に限られ、その被害の程度は、居住地が事業地に接近するにつれて増大するものと考えられる。また、このよ

うな事業に係る事業地の周辺地域に居住する住民が、当該地域に居住し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、これらの住民の健康や生活環境に係る著しい被害にも至りかねないものである。そして、都市計画事業の認可に関する同法の規定は、その趣旨及び目的にかんがみれば、事業地の周辺地域に居住する住民に対し、違法な事業に起因する騒音、振動等によってこのような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を保護しようとするものと解されるところ、前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。

オ 以上のような都市計画事業の認可に関する都市計画法の規定の趣旨及び目的、これらの規定が都市計画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、同法は、これらの規定を通じて、都市の健全な発展と秩序ある整備を図るなどの公益的見地から都市計画施設の整備に関する事業を規制するとともに、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直接的に受けるおそれのある個々の住民に対して、そのような被害を受けないという利益を個々人の個別的利益としても保護すべきものとする趣旨を含むと解するのが相当である。したがって、都市計画事業の事業地の周辺に居住する住民のうち当該事業が実施されることにより騒音、振動等による健康又は生活環境に係る著しい被害を直接的に受けるおそれのある者は、当該事業の認可の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者として、その取消訴訟における原告適格を有するものといわなければならない。」

このように判示して、環状六号線訴訟上告審判決(最(一小)判平成一一年一月二五日裁判集民事一九五号三八七頁)の判例を変更したわけである。

ここで以上の部分について若干の注釈を加えておこう。すなわち、行訴法九条二項の規定は、《当該処分 of 根拠となる法令の文言のみによることなく、当該法令の趣旨及び目的を考慮し、その考慮に当たっては、当該法令と目的を共通にする関連法令があるときはその趣旨及び目的をも参酌する》ことを要求している。しかし、そもそも

《当該処分 of 根拠となる法令》とされるのは、都市計画事業認可処分に関する都市計画法五九条及び同六一一条であるが、判決において議論の対象となっているのは、専らその前段階の「都市計画の決定又は変更」である。これは、既に指摘されているように、<sup>(19)</sup>都市計画決定自体については最高裁判例により処分性が否定されている（最（三小）判昭和六二年九月二二日判例時報一二八五号二五頁）からであって、先行行為たる都市計画決定の違法性は、本件の如く都市計画事業認可の段階で争うほかないことによる。すなわち、都市計画事業認可の要件を定めた都市計画法六一一条一号の規定自体は、「その事業の内容が都市計画に適合していること」と定めるのみの、いわば白地要件的なものであるから、その文言のみでは原告適格の判断ができないのは、ある意味当然である。従って本件では、処分の根拠法規そのものではなく、主にその前提に存在する「都市計画」をいわば《起点》として、関連規定等の系譜を手繰っていく論理構成を採っているわけである。

二 以上のような判示は、都市計画法五九条及び六一一条の定める都市計画事業認可処分の根拠規定及び要件規定に、右に述べたような特殊な点がある以外は、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号五六頁）で示された原告適格判断と同様の判断方法によるものであるといつてよい。しかしながら、判決の流れの中で、文脈上その位置づけに違和感があるとすれば、東京都条例を援用している点であろう。

東京都条例については、右の一で紹介した法廷意見の判示の中でも③で引用した部分において言及されている。すなわち、東京都条例の「規定は、都市計画の決定又は変更に際し、環境影響評価等の手続を通じて公害の防止等に適正な配慮が図られるようにすることも、その趣旨及び目的とするものといふことができる」としているのである。そして、一で引用した④のオの部分に続いて、東京都条例は、次のような形で再び言及される。

「カ 以上の見解に立つて、本件鉄道事業認可の取消しを求める原告適格についてみると、前記事実関係等によれば、別紙上告人目録一ないし三記載の上告人らは、いずれも本件鉄道事業に係る関係地域内である上記各目録記載の各住所地に居住しているというのである。そして、これらの住所地と本件鉄道事業の事業地との距離関係などに加えて、本件条例「東京都条例」二条五号の規定する関係地域が、対象事業を実施しようとする地域及びその周辺地域で当該対象事業の実施が環境に著しい影響を及ぼすおそれがある地域として被上告参加人が定めることを考慮すれば、上記の上告人らについては、本件鉄道事業が実施されることにより騒音、振動等による健康又は生活環境に係る著しい被害を直接的に受けるおそれのある者に当たると認められるから、本件鉄道事業認可の取消しを求める原告適格を有するものと解するのが相当である。」

問題は、東京都条例の規定が援用されたことをどのように理解すべきか、である。

そもそも「法律上保護された利益説」というのは、《処分根拠法規によって特定の者について保護されている利益》の帰属者について原告適格を認める考え方である。つまりここでは、①一定の利益が処分の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者の範囲はどこまでかという《保護範囲の画定》の二段階の判断枠組みが想定される。すなわち従来から——小早川教授の定式化に即していえば——(i)当該処分が原告にとって不利益なもの、すなわち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)、(ii)その利益が、当該処分の根拠法規によって保護されているものであること(保護範囲要件)、(iii)当該根拠法規による保護が、原告ら個別関係者の利益を、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、公益とは区別して直接に保護するものであること(個別保護要件)、の三つの要件を満たすか否かが論じられてきた。<sup>(20)</sup>しかし原子炉、空港、鉄道等大規模施設に関わる許可処分の取消訴訟においては、原告となりうる「第三者」の範囲は広範に及ぶことが予想されるから、当該訴訟において主張されている利

益（例えば周辺住民の生命、健康その他種々の生活利益）が、一般に範囲を画定しようという意味で「個別保護要件」を満たすとしても、具体的にその範囲はどこまでかという別段の考慮を要する筈である。従って、本稿では、右の三要件に基づく判断をとりあえず第一段階の①《保護利益の判定》の段階とし、さらなる第二段階として②《保護範囲の画定》という二段階の判断枠組みを前提に考察を進めていくことにしたい。<sup>(21)</sup>そしてこのような二段階に分けて考察、検討することは、行訴法九条二項に表現された諸考慮事項の意味内容や位置づけを検討することにも資するものと考えられる。

このような枠組みに沿って考察する際に一つ手がかりとなるのが、伊達火力事件上告審判決（最（三小）判昭和六〇年二月一七日訟務月報三二卷九号二一一頁）における次のような判示である。

「したがって、処分の法的効果として自己の権利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限って、行政処分の取消訴訟の原告適格を有するものというべきであるが、処分の法律上の影響を受ける権利利益は、処分がその本来的効果として制限を加える権利利益に限られるものではなく、行政法規が個人の権利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ことにより保障されている権利利益もこれに当たり、右の制約に違反して処分が行われ行政法規による権利利益の保護を無視されたとする者も、当該処分の取消しを訴求することができるものと解すべきである。そして、右にいう行政法規による行政権の行使の制約とは、明文の規定による制約に限られるものではなく、直接明文の規定はなくとも、法律の合理的解釈により当然に導かれる制約を含むものである。」（傍点筆者——以下同じ）

つまり、「法律上保護された利益」の基礎となる《処分の根拠法規》は、「個人の権利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す規範でなければならない、ということである。そうだとすると、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》も、「行政法規が個人の権利利益

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ことにより保障されている権利利益」ということとの関連で理解されなければならないのではないか。換言すれば、右にいう《関連法令》は、いわば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)でなければならないのではない」と解される。<sup>(23)</sup>

そのようにしてみると、東京都条例二五条は、「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」と配慮の「要請」にとどめているわけであるから、東京都条例の規定が右に述べたような《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》に属するか否かは疑問である。<sup>(24)</sup>さらに、東京都条例を援用しなくても、判決で参酌されている公害対策基本法や都市計画法六六条(事業の概要について事業地及びその付近地の住民に説明し、意見を聴取する等の措置を定めた規定)のみでも周辺住民の一定の生活利益が「法律上保護された利益」として認められることは、立論できるとおもわれるし、判決自体も、右の本節一で引用した法廷意見の中の④の部分を見ればわかるように、都市計画事業認可に関する都市計画法の規定が、「事業地の周辺地域に居住する住民に健康又は生活環境の被害が発生することを防止し、もって健康で文化的な都市生活を確保し、良好な生活環境を保全することその趣旨及び目的」としていること自体を認める際に、東京都条例を「参酌」しているわけではないのである。

三 そうだとすると、法廷意見が東京都条例について、「これらの規定は、都市計画の決定又は変更に際し、環境影響評価等の手続を通じて公害の防止等に適正な配慮が図られるようにすることも、その趣旨及び目的とするものといえることができる。」という形で言及した実質的な意味は何か、ということになる。この点に関しては、右に述べたような、①《保護利益の判定》と②《保護範囲の画定》という原告適格判断における二段階の判断枠組みに

即していえば、②《保護範囲の画定》の判断との関係で、東京都条例を援用した、というべきであろう。すなわち判決は、東京都条例二条五号の規定する「関係地域」が「対象事業を実施しようとする地域及びその周辺地域で当該対象事業の実施が環境に著しい影響を及ぼすおそれがある地域として被上告参加人が定めるもの」であることを考慮して、当該「関係地域」に居住する原告をもって「本件鉄道事業が実施されることにより騒音、振動等による健康又は生活環境に係る著しい被害を直接的に受けるおそれのある者」と認めたわけである。これは、右の②《保護範囲の画定》についての判示といえる。

四 但し問題は、「法律上保護された利益説」が原告適格の判断を行うにあたって、専ら処分根拠法規及びその関連法令の解釈に基づいて判断する思考を採っているとしても、それはあくまで①《保護利益の判定》の段階に限られると解されるということである。すなわち②《保護範囲の画定》（すなわち原告適格の最終的画定）に当たって、東京都条例を援用することは可能ではあるが、それは従来の判例法理から必然的に要請されることではない。そしてそのことは、もんじゅ訴訟上告審判決（最（三小）判平成四年九月二二日民集四六卷六号五七一頁）における原告適格判断をみれば明らかである。すなわち同判決は、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」二四条の保護規範性（すなわち①《保護利益の判定》）を論じた後、<sup>(25)</sup>「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的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。」と述べている。これは、①《保護利益の判定》と②《保護範囲の画定》の二段階を分けたものであって、②《保護範囲の画定》に何らかの法令の規範を援用するのではなく、ここでは「社会通念」を援用しているのである。

この点については、新潟空港訴訟上告審判決などでも同様である。<sup>(26)</sup>

そうだとすれば、小田急訴訟上告審判決で援用された東京都条例は、②《保護範囲の画定》にあたっての一資料、すなわち比喩的な表現を用いて表現すれば、一つの《専門家鑑定》的判断と<sup>(27)</sup>いってよいであろう。そしてこれを行訴法九条二項の文言に即していうならば、東京都条例は、「当該法令の趣旨及び目的を考慮するに当たって」「参酌」したのではなく、寧ろ「当該処分……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……が害される態様、及び程度」の判断に関して援用し「勘案」したものである<sup>(28)</sup>。従って、本判決において東京都条例が援用された意味が右のようなものであるとすれば、その妥当性の根拠も限定されたものにならざるを得ない。<sup>(29)</sup>

五 小田急訴訟上告審判決（法廷意見）で援用された東京都条例の規定は、行訴法九条二項の「参酌」論において扱われるべきものではなく、寧ろ「勘案」論において扱われるべきものであった。<sup>(31)</sup>従って同判決は、原告適格認定のために種々の性格の異なった法令を一举に「関連法令」として総動員した感を否めず、行訴法九条二項の解釈について、今後若干道筋を整理すべき点があるのではないか。これが、本稿における検討の一応の結論である。

(18) 神橋一彦「都市計画事業認可と周辺住民の原告適格」ジュリスト臨時増刊・平成一七年度重要判例解説（平成一八年）五八頁以下。このほかに、小田急訴訟にあたって寄せられた意見書等も含めて資料を収録したものと小田急高架訴訟弁護団編「住民には法を創る権利がある——小田急高架訴訟大法廷の記録」（平成一八年）がある。

(19) 桑原勇進「原告適格に関する最高裁判例」ジュリスト一三三〇号（平成一八年）一二頁。

(20) 小早川光郎「抗告訴訟と法律上の利益・覚え書き」西谷剛・藤田宙靖他編「政策実現と行政法——成田頼明先生古稀記念」（平成一〇年）四七頁。

(21) 因みに、本文では、小早川教授が定式化した三要件——「不利益要件」「保護範囲要件」「個別保護要件」——に基づく判断を①《保護利益

の判定」としたが、「個別保護要件」を外すべきであるとする説に立つたとしても、ここで述べたような二段階の判断枠組みは問題となりうる筈である。おそらくその場合、①《保護利益の判定》の段階を通過する利益のヴァリエーションは拡大するであろうが、それに伴い②《保護範囲の画定》の段階で裁判官の判断の余地も拡大する、ということになろう（注（48）参照）。

(22) ここで、①《保護利益の判定》と②《保護範囲の画定》という二段階の判断枠組みに照らして、従来の主な判例がどのような判断を行ってきたかについて、煩を厭わず、改めて検討しておくことにしよう。

確かに、このような二段階の判断枠組みを取ったとしても、①で保護利益が具体的に定まれば、②の保護範囲もおのずから定まることもあろうから、取り立ててこの二段階の問題にしなくてもよい場合も多いであろう。例えば、

【1】最（一少）判平成一四年三月二八日民集五六卷二号六一三頁（建築基準法五九条の二第一項による総合設計許可に対する取消訴訟）では、①「当該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の健康」を《保護利益》として認め、②「総合設計許可に係る建築物により日照を阻害される周辺のほかの建築物の居住者」を《保護範囲》としている。

このような事例では、①から自ずと②の範囲も画定される、判断の容易な事例である。但し、具体的な事実認定が問題となることもある。

【2】最（三少）判平成一三年三月三日民集五五卷二号二八三頁（森林法一〇条の二に基づく開発許可に対する取消訴訟）では、①「土砂の流出又は崩壊、水害等の災害による被害が直接的に及ぶことが想定される開発区域に隣接する一定範囲の地域に居住する住民の生命、身体の安全等」を《保護利益》として認め、その上で、②「土砂の流出又は崩壊、水害等の災害による直接的な被害を受けることが予想される範囲の地域に居住する者」を《保護範囲》としている。そしてそれを受けて、「本件開発区域は、過去に二度水害が発生している小里川の上流に位置し、その水源となっており、本件開発行為は、開発区域の面積が一七・一〇四四haに及ぶゴルフ場の造成を目的とするものであって、同川の流域では上記ゴルフ場を含め合計六箇所のゴルフ場建設が予定されているところ、被上告人度會錦吾及び同後藤敏は、小里川に臨む山の斜面上に位置している本件開発区域の下方で、同川に近接した高低差の小さい地点に所在する住居に居住していることが記録上明らかである」ことを根拠に具体的な原告適格の認定を行っている。

従って、事実認定に不明確なところがあれば、差戻しもありうる。

【3】最（三少）判平成九年一月二八日民集五一卷一五〇頁（都市計画法一九九条に基づく開発許可に対する取消訴訟）では、①「がけ崩れ等による被害が直接的に及ぶことが想定される開発区域内外の一定範囲の地域の住民の生命、身体の安全等」を《保護利益》として認め、そのうえで②「開発区域内の土地が同号にいうがけ崩れのおそれが多い土地等に当たるときは、がけ崩れ等による直接的な被害を受けることが予想される範囲の地域に居住する者は、開発許可の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者」を《保護範囲》としている。その上で、「以上の理解に立つて本件をみると、本件開発区域は急傾斜の斜面上にあり、本件開発行為は、六階建ての共同住宅の建築の用に供する目的で、斜面の一部を掘削して整地し、擁壁を設置するなどというものであるところ、上告人逢澤らは、右斜面の上方又は下方の本件開発区域に近接した土地に居住している者であることが記録上明らかである。そうすると、都市計画法三三三条一項七号が開発区域の周辺住民個々人の利益を保護する趣旨を含むものではないという解釈に基づき、本件開発区域内の土地が同号にいうがけ崩れのおそれが多い土地等に当たるとする」として、原告適格を認め、取消訴訟を受理した。

かどうか、及び上告人達澤らがかげ崩れ等による直接的な被害を受けることが予想される範囲の地域に居住する者であるかどうかについて、何らの検討もすることなく、上告人達澤らの原告適格を否定した原判決及び第一審判決は、いずれも法令の解釈適用を誤るものであり、その誤りは判決に影響を及ぼすことが明らかである。」とした。

《保護範囲の画定》において何らかの形で「社会通念」を援用しているものとして、次のようなものがある。

【4】最（三小）判平成四年九月二三日民集四六卷六号一〇九〇頁（核燃料物質、核燃料物質及び原子炉の規制に関する法律二三条、二四条に基づく原子炉設置許可処分に対する無効確認訴訟Ⅱもんじゅ事件上告審判決）については、本文で分析する通りであるが、《保護範囲》の規定に際して、「社会通念」を援用している。

【5】最（二小）判平成元年二月一七日民集四三卷二五五頁（航空法一〇〇条、一〇一条に基づく定期航空運送事業免許に対する取消訴訟Ⅱ新潟空港訴訟上告審判決）では、「飛行場周辺に居住する者が航空機の騒音によって著しい障害を受けたいという利益」を《保護利益》として認め、「新たに付与された定期航空運送事業免許に係る路線の使用飛行場の周辺に居住して、当該免許に係る事業が行われる結果、当該飛行場を使用する各種航空機の騒音の程度、当該飛行場の一日の離着陸回数、離着陸の時間帯等からして、当該免許に係る路線を航行する航空機の騒音によって社会通念上著しい障害を受けることとなる者」を《保護範囲》としている。

もつとも、次に掲げる長沼ナイキ基地訴訟上告審判決は、段階として二段階に明瞭に分けて判示しているわけではないが、森林法二七条の手続規定における「直接の利害関係を有する者」という文言を媒介に、《保護利益》と《保護範囲》を認定している。

【6】最（一小）判昭和五七年九月九日民集二六卷九号一六七九頁（森林法二六条に基づく保安林指定解除処分に対する取消訴訟）は、旧森林法において同法所定の保安林指定・解除処分について「直接利害の關係ヲ有スル者」に対して訴願及び行政訴訟を提起することを認めていた沿革上の理由も踏まえ、保安林の指定に「直接の利害関係を有する者」については、「森林の存続によつて不特定多数者の受ける生活利益のうち一定範囲のもの」が帰属するとした上で、「特定の保安林の指定に際して、具体的な地形、地質、気象条件、受益主体との関連等から、処分に伴う直接の影響が及ぶものとして配慮されたものと認めうる個々人の生活利益」、さらに本件保安林については、「洪水予防、飲料水の確保」といった利益を《保護利益》としている。その上で、「本件保安林の有する理水機能が直接重要に作用する一定範囲の地域、すなわち保安林の伐採による理水機能の低下により洪水緩和、濁水予防の点において直接に影響を被る一定範囲の地域に居住する住民」を「おおむね前記『直接の利害関係を有する者』に相当」するものとして、《保護範囲》としている。

(23) 「法律上保護された利益説」は、ドイツの「保護規範説」に近似するものであるとすれば、古典的「保護規範説」が要件としていた、①強行性、②個人的利益保護性、③援用可能性の三要件でいえば、①強行性に相当するもの、というのが本稿筆者のイメージである (Ottmar Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914, S.21ff. コーナーの公権論に就ては、山本隆司『行政上の主観法と法関係』(平成十二年)一四一頁以下参照)。

(24) 東京都条例のような条例や規定がない地方公共団体のことを想定すれば、さらに明らかであろう (桑原前掲論文(注(19))一七頁)。

(25) すなわち、「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的かつ重大な被害を受けることが予想される範囲の住民の生命、

「身体の安全等」が「個別的利益」として保護されること自体は、あくまで原子炉規制法二四条の許可要件規定の解釈の問題として捉えられている。

(26) 注(22) 参照。

(27) 原告適格に関する今までの最高裁判決の判断事例に従えば、理由3の4(2)カに相当する部分において、「都市計画事業が実施されることにより騒音、振動による健康又は生活環境に係る著しい被害を直接的に受けるおそれのある者」の範囲は、「社会通念に照らし、合理的に判断すべきものである」といった判示を行うことも——理論的には——可能であった、ということである。かような判断にかえて、本件では東京都条例を援用しているわけである。

(28) 因みに、本判決の法廷意見は、東京都条例を「参酌」という表現を一箇所も用いていない。これに対して、横尾和子、滝井繁男、泉徳治、島田仁郎各裁判官の反対意見は、「法廷意見の説示のとおり、公害対策基本法及び本件条例の規定の趣旨及び目的をも参酌の上、都市計画法の趣旨及び目的を考慮すれば、同法は、都市計画事業の認可に関する規定を通じ、都市計画事業の事業地の周辺に居住する住民に対し、都市計画事業により健康又は生活環境に係る著しい被害を受けないという利益を個々人の個別利益としても保護していると解すべきである。」とし、東京都条例の規定の趣旨及び目的を「参酌」という表現を用いている。法廷意見が敢えて東京都条例について「参酌」という表現を避けたかどうかは勿論明らかではないが、裁判官の間で東京都条例を「参酌」という表現ないし捉え方について特に異論がなかったということであろうか。

(29) その意味で、桑原教授が、「東京都環境影響評価条例の関係地域は都知事が定めるが、都知事の判断が正しいとも限らないのであり、裁判所が無批判にそのまま受容すべきものとは言い難いと思われる」と指摘しているのは正鵠を射たものであり、正当である（桑原前掲論文（注(19)）一七頁）。

因みに、前稿では、この東京都条例の位置づけにつき、「……もしそのような構成が正当化されるとすれば、それは、都条例が保護規範説の関連法規等の枠内に入るかどうかという観点からではなく、むしろ、原告適格の範囲を画定するにあたってそのような都条例の規定に一種の『専門家鑑定』的な判断としての合理性が認められるから、とするほうが……妥当な捉え方ではないかと思われる」（神橋前掲評釈（注(18)）六〇頁）と叙述した。これは、上告審判決の内容に関する客観的理解を叙述したのではなく、法廷意見の考え方を合理的に再構成すれば、そういう位置づけになるのではないか、という本稿筆者の意見の表明である。

(30) 既に桑原教授も、東京都条例の規定を援用したことにつき、「このような法的運動性のない関係性しか有しない法令であっても『関連法令』として位置づけられるのだとすれば、小田急判決は『関連法令』を新潟空港判決における『関連法規』よりは格段に広い概念として捉えており、行訴法九条二項の第三指針「『当該法令と目的を共通にする関連法令があるときはその趣旨及び目的』の参酌——本稿筆者」はその出處とするところは別のものになっていると評しうる」と指摘している（桑原前掲論文（注(19)）一五頁）。

(31) 小林参事官によれば、行訴法九条二項にいう「参酌」とは、「処分又は採決の根拠法令の趣旨及び目的を考慮するに当たって、その根拠法令と目的を共通にする他の関連する法令をも参照して考慮に入れるという趣旨であるとし、「勘案」とは、「害される利益の内容・性質やその害

される態様・程度という、相互に関連する様々な事柄について、かれこれ引き比べて考慮に入れるという趣旨である」とする（小林前掲書（注（2））二二二頁以下）。

### 第三節 「リスクからの保護義務」について

一 以上が小田急訴訟上告審判決における多数意見についての分析であるが、判決には、藤田宙靖裁判官による補足意見が付されている。この補足意見は、藤田教授の従来からの見解を基礎にしたものとなっている。同補足意見は、次のように述べる。

「この点、私は、少なくとも、本件のような都市計画施設についての事業認可のケースでは、仮に周辺住民に原告適格が認められるとするならば、理論的にはそれは、行政庁に、当該施設が将来において利用されることに起因する一定の損害を受けるリスクから、第三者（周辺住民）を保護する法的な義務が（如何様にしてか）課せられている（言葉を換えて言えば、住民には、そのような保護を受ける法的利益が与えられている）と認められるからであろうと考える。すなわち、違法な事業認可がなされることによって、行政庁がこのような『リスクからの保護義務』に違反し、法律上周辺住民に与えられている『リスクから保護される利益』が侵害されると認められるがゆえにこそ、住民に原告適格が認められるのである。

ところで、周辺住民が有する『法律上の利益』がこのような内容のものであるとすれば、その前提となる行政庁の法的義務（リスクから保護する義務）が、事業認可処分根拠規定によって課せられたものに限られるという理論的必然性は無いことになるはずであって、処分を行う行政庁に対しては、根拠規定の他にも手続規定・目的規定等様々の枠規定が、更にはまた、行政庁の権限行使に制約を課する現行法令一般が、このような法的義務を課している可能性があり得る。多数意見がその一般論として、行政事件訴訟法九条二項を引きつつ理由4（2）に述べるところは、上記『従来の公式』を

踏まえたものということができ、私自身もまた、本件においてそのような手法を採ること自体に敢えて反対するものではないが、一般論として、同法九条の解釈上、そこにいう法律上の利益とはすなわち根拠規定によって保護された利益であるとの出発点に固執することが、果たして適切あるいは必要であるかについては、なお疑問があり、この問題に関する限り、ここでは留保をしておくこととしたい。

いずれにせよしかし、本件の場合にはまず、本件各事業認可処分としてその基礎となる都市計画の策定につき、都市計画法上の根拠規定を始めとする諸規定が、果たして、行政庁に対し、このような『リスクからの保護義務』を課すものと認められるか否かが、問題となる。そしてこのような見地から考察するとき、人口密集地において行われる都市計画施設の建設及びその基礎となる都市計画の策定に際して、行政庁が、施設の利用が周辺に与えるマイナスの影響をおよそ考えることなく判断することが、そもそも『都市の健全な発展と秩序ある整備を図る（都市計画法一条）』という法の目的、そして、『機能的な都市活動』と並び『文化的な都市生活』の確保を目的とする都市計画の理念（同法二条）に適合するものであるはずはなく、都市計画の策定及び事業認可に当たって、上記マイナスの影響をも含めた諸利益の調整を十分に行うべき義務を負わされていることは、当然のことであると言わなければならない。このことに、生命・健康等の享受について国民に与えられた憲法上の保障（人格権）を併せ考えるならば、行政庁が、少なくともこれらの利益に対する重大な侵害のリスクから周辺住民を保護すべき義務を負わされているものと考えられることは、決して無理な推論とは言えないように思われる。また、このようにして保護されるはずの周辺住民の利益が、『公益一般』に過ぎないのか、それとも『個人の利益』なのか、という問題について言えば、ここでいう『公益一般』とは、例えば土地収用の場合などのように、『私益』と対立する『公益』ではなく、『個々の利益の集合体ないし総合体』としての『集团的利益』なのであるから、そこに『個人的利益』が内含されていることは、むしろ当然のことなのであって、そうでないというならば、むしろそのことについて法律上明確な根拠が示されるのでなければなるまい。言い換えるならば、行政庁は個人に対する上記の意味での保護義務を負うものではないということが、法律上明確な根拠によって明らかにされるのでない限り、少なくとも、事業認可に係る都市計画施設の利用の結果生命健康等に重大な損害を被るというリスクにさらされている周辺住民か

らの訴えについては、本来、原告適格が認められて然るべきであると考えられるのである。そして、現行法上、この意味での明確な根拠は認められないのみならず、かえって、多数意見の示すように、都市計画法と公害対策基本法等との密接な結び付き等により、推定は逆方向に働くのであるから、本件鉄道事業認可につき主文第1項に記載された上告人らに取消訴訟の原告適格が認められることは、むしろ当然であるといふべきである。」

右の補足意見において注目すべきは、藤田裁判官が、一方において行訴法九条一項にいう「法律上の利益」につき、「当該施設が将来において利用されることに起因する一定の損害を受けるリスクから、第三者(周辺住民)を保護する法的な義務」を《客観法》的基礎とする、「リスクからの保護を受ける法的利益」という《主観法》的地位を前提とし、そのような《主観法》的地位の侵害を「法律上の利益」の内実とみているのに対し、他方では、原告適格について判例が採ってきた《処分の根拠法規によって保護された利益》説(藤田裁判官のいう「従来公式」)に固執することについても疑問を呈していることである。

二 もともと藤田教授は、取消訴訟における「第三者」の原告適格を判断するにあたって最高裁の諸判例が採ってきた、複雑な論理構成(いわゆる「論理のアクロバット」)に対して、懐疑的ないし批判的な評価を下していたとみられる。<sup>(32)</sup> そしてかかる見方が、今回の補足意見の基調にもなっているわけであるが、藤田教授は、行政活動における「第三者」の立場について、当初、平成二年の論稿においては、「法律による行政の原理」ないし「法律の留保の原則」の見地からアプローチを行い、その後、平成一三年の論稿では、今回の補足意見で述べられた「リスクからの保護義務」(ないし「行政庁の保護を受ける権利」、「リスクの回避を求める権利」)論を主張するに至ったのである。<sup>(34)</sup> 前者の「法律の留保の原則」に基づく議論は、「一般的自由権」を行政活動の「第三者」にも拡張しようと

する議論であると再構成することができるが、<sup>(35)</sup>ともあれ、「法律の留保の原則」に基づいて《侵害についての授權の有無》を問うという消極的な根拠づけから、「リスクからの保護義務」という行政庁に課された一つの行為規範からする積極的な根拠づけへと、教授の議論の基調も変化している。<sup>(36)</sup>

但し問題は、「リスクからの保護義務」論が如何なる射程をもつものなのか、すなわちそれは、——取消訴訟の原告適格論を超えて——一般にある種の行政活動について妥当する行政庁の行為規範として承認されるものなのか否か、また承認されるとしてどのような根拠に基づいて承認されるのか（例えばそれはあくまで法律レベルの問題なのか、それとも憲法レベルの基本権保護義務といった考え方へと進むのか）である。その点について、藤田裁判官補足意見では、「第三者（周辺住民）を保護する法的な義務が（如何様にしてか）課せられている」ないし「行政庁は個人に対する上記の意味での保護義務を負うものではないということが、法律上明確な根拠によって明らかにされるのではない限り」といった形で、含みをもたせた表現にとどまっている。また、藤田教授は、論文の中で、「リスクを回避する義務」について、次のように述べている。

「しかしこの点については、従来までの学説・判例の蓄積によつて、実質上一定の方向が示唆されて来ているように思われる。すなわち、おおよそ、当該処分を基として名宛人の行う行為が、第三者の生命・身体・財産に重大な被害をもたらすおそれが強いかな否か、という基準の定立であつて、例えば判例が、ある処分の根拠規範が第三者の利益をも保護しようとしているかな否かが明文上必ずしも明確でない場合に、事実上こういつた基準によつてその振り分けをしていることが多いとするならば、それは実質的には、『生命・身体・財産に重大な被害をもたらすおそれ』がある場合には、行政庁は当然にこれを回避しなければならぬ義務を負う、という判断を前提にしていることと見ることも可能であろう。また、学説上において保護規範説の枠組みを墨守しようとするものにあつても、こういったケースで処分の根拠法規上明確な第三者の保護意図が読み取れないようなケースにおいては、憲法上の基本権の直接援用が可能である旨を認めているものがあ

ることが注目される。」<sup>(37)</sup>

このようにみてくると、「リスクを回避する義務」ないし「リスクからの保護義務」というのは、《私人の生命、身体、健康及び（単なる経済的利益にとどまらない）財産などの諸利益》を、価値秩序の中でも上位に位置づけられた、特に保護されるべきものであるということを前提としている。<sup>(38)(39)</sup>そして「リスクからの保護義務」がそのような根本的な行為規範であるとすれば、それは、①処分の根拠法規における要件規定、手続規定等において具体化される場合もあれば、②要件規定等の解釈指針となる場合もありえよう。さらに、③藤田裁判官補足意見にあるように、「都市計画の策定及び事業認可に当たって、上記マイナス「Ⅱ施設の利用が周辺に与えるマイナスの影響——本稿筆者」をも含めた諸利益の調整を十分に行うべき義務を負わされていることは、当然のこと」であるとなれば、ある場面においては、処分が行われる際の具体的な裁量権行使にあたっての指針として働くこともありうる。<sup>(40)</sup>また可能性としては、④ここにいる「リスク」からの保護について十分な配慮を行っていない法律の合憲性・違憲性の問題も生じうるかもしれない。このように《リスクからの保護義務》は、一種の憲法規範ないし自然的な規範、あるいは一つの行政法の一般原則である<sup>(41)</sup>ということができるとおもわれるが、その点についてここでこれ以上立ち入ることは避け、「リスクからの保護義務」と原告適格判断との関係に限定して検討することにしよう。

まず、藤田裁判官補足意見の意図は、原告適格レベルにおける煩瑣な議論を避けるという点（すなわち、いわゆる「従来の公式」に固執することへの懐疑）に発するものである。<sup>(42)</sup>そして私人の生命、身体、健康、さらには財産などの諸利益が問題となっている取消訴訟において、そのような利益の侵害が真に問題となっているのであれば、そのような訴えを不適法として却下することはありえないし、あつてはならないのであつて、そうだとすると、原告

適格レベルで、《行訴法一〇条一項先取り論》も含めて、実体法上の法的问题を先取りするような議論を細々と行うことは生産的ではなく、そこは一定の広がりをもたせ、寧ろ本案における違法性の問題に力を注ぐべきである、というのが藤田裁判官補足意見の示す方向であろうとおもわれる。従ってそのように考えると、藤田裁判官補足意見は、「法律上の利益」の解釈、判断にあたって、当該第三者にかかる実体法上の法関係に完全に依存するのではなく、とりわけ生命、身体、健康、財産等の特に重要な利益が問題となつてゐる場合については、柔軟に本案審理の門を広げるべく、原告適格を認定すべきという、一種の訴訟法的な要請・考慮をも加味した（その意味で、実体法への依存度を緩和した）議論として捉えることも可能なのではないかとおもわれる。<sup>(43)</sup> 但し、このような「リスクからの保護義務」論もさしあたり、《生命、身体、健康、さらには財産》といった利益について、これを保護利益として認めるという①《保護利益の判定》に関わる議論であつて、さらにどの範囲の者がかかる保護義務による保護を受けるのか、という②《保護範囲の画定》の問題が残つてゐることに注意が必要である。<sup>(44)</sup>

(32) 藤田教授は、旧版『第三版行政法Ⅰ（総論）』（平成五年）において、次のように述べていた。

「最高裁が『論理のアクロバット』を用いてまでも『法的に保護された（個人の）利益』の存在を認めているのは、いずれもそれらの処分によつて、処分の名宛人以外の者（第三者）の生命・身体（健康）または財産に重大な被害がもたらされる可能性があるようなケースであり、認めていないのは被害の対象がこう言つた性質の利益ではないケースである。ところで、処分によつてもたらされる生命・身体・財産等に対するこのような被害が、仮に処分の名宛人についてのものだったとするならば、『法律の留保の原則』により、当然に法律の根拠が必要となるのであつて、当人の利益を充分に考慮した上でこれを保護する見地から要件規定が置かれるのであれば、このような処分を行うことは許されない筈である。そして・・・ある私人に対する受益的な処分が第三者に対しては不利益的に働くことの極めて多い現在の法制度の下で、『法律による行政の原理』による私人の保護の必要は、本来処分の名宛人についてのみならず、第三者についても同様に考えられるべき筈である。そこで、この前提がもし認められるとするならば、第三者もまた、自己の個人的利益が考慮された上で、これを侵し得るための要件が明確に定められた法律の規定無しに、少なくともその『自由と財産』を侵害されることは無いこととなる筈なのであつて、このような法律の規定によらない行政処分によつてそのような侵害が行われるならば、この処分はむしろ実体法上違法である、ということにな

る。そして私には、近時の最高裁判例が行っていることは、実質的にはまさにこの意味において、問題とされている第三者の利益の侵害がいれば『自由と財産の侵害』に当たるとかどうかの振り分けと、当たると判断される場合に必要となる法律の根拠の模索作業ではないか、と思われる。

先に述べたように、最高裁は、『法的に保護された利益説』の理論的枠を引き摺りながらも、実質的に『保護された利益』の範囲を拡張する作業を行うことによつて、私人の権利保護の充実強化という要請に応えて来た。そしてこのような方法にはそれなりの合理性が認められることは、先に述べた通りであるが、しかし、自らの判例をここまで発展させた現状においては、伝統的な形での『法的に保護された利益説』の枠に固執する限り、今後益々困難な理論的作業を強いられることを免れないように思われる。今後検討されるべきことは従つて、むしろ、本書でその一例を示したように、『法律による行政の原理』を始めとする法治主義の基本原則からして第三者の法的地位はどのように捉えられるべきか、ということについての根本的再検討を踏まえた、新しい形で『法的に保護された利益説』の可能性ではなからうか、と考えられる。(三九六―三九七頁、ここに限り傍点は原著)

「本書本文で述べたように、第三者の利益を考慮した要件規定を置かないまま第三者の『自由と財産』を『侵害』するような行政処分は、『法律による行政の原理』に反し実体法上違法である、という考え方を取ると、このような問題の所在を前提にして作られていないわが国現行の法律に基づく処分は、その多くが、その理由のみによつて違法である、ということになりかねない。最高裁の『論理のアクロバット』は、こう言つた帰結から処分を救う、という実質的機能を持つことになるわけである。」(三九七頁・注(6))。

このように、藤田教授においては、訴訟要件たる原告資格の問題も、あくまで実体法における当該処分の問題(換言すれば、当該処分に当たつての行為規範の問題)とリンクした形で捉えられているようである。この点は、その後の議論においても一貫しているとおもわれる。

(33) 藤田宙靖「行政活動の公権力性と第三者の立場——『法律による行政の原理』の視点からする一試論」(平成二年)『行政法の基礎理論・上巻』(平成一七年)二五四頁以下。

(34) 藤田宙靖「許可処分と第三者の『法律上保護された利益』」(平成一三年)藤田前掲書(注(33))二八五頁以下。

(35) この点については、神橋前掲書(注(2))一六三頁、一六五頁・注(76)において指摘したところである。

(36) 藤田教授は、平成一三年の論稿において、本来「命令的效果」のみを持ち、「形成的效果」を持たないはずの許可処分について、「仮に、例えば何らかの営業許可、或いは施設建設許可に関し、その要件処分として第三者の利益を考慮すべき旨が明文によつて定められたとしても、それは名宛人に対する処分を行うことが許されるための一要件であるに過ぎず、その処分の法的効果自体は、専ら名宛人の行動の自由を回復するに止まるのであつて、第三者の利益に法的効果を及ぼすということとは、本来あり得ない筈である」とした上で、保護規範説の下での第三者の「法律上保護された利益」の内容とその保護のあり方如何という問題を提起している(藤田前掲論文(注(33))二八六頁)。その上で、許可処分によつて侵害される「第三者の法的利益」の性質ないし内容に関し、少なくとも、「一般的自由権」としての可能性(第一のタイプ)、「『行政庁による保護を受ける権利』としての可能性(第二のタイプ)」、「『自己の利益を手続き上考慮してもらう権利』としての可能性(第三のタイプ)」、という三つの理論的可能性が存在するとした上で、第一のタイプの「一般的自由権」としての可能性は、「当該許可が、同時に

第三者に、その許可に基づいて行われる名宛人の行為に対する受、義務を課している、という考え方であるとしている。そして、「このような利益の内容を正確に表そうとすれば、理論的にはそれは、『他の者の行為を受忍しなければならない義務を行政庁によって負わせられない、という法的立場』ということにならざるをえないであろう。そしてこのような法的立場というのは、とりもなおさず、国民の（一般的）自由権の内容としてしか理解し得まい」と指摘する（二九二頁以下）。

藤田教授のこのような受忍「義務」論は、大阪空港訴訟上告審判決（最（大）判昭和五六年二月一六日民集三五卷一〇号一三六九頁）における伊藤正巳裁判官補足意見や厚木基地訴訟上告審判決を念頭に展開されているが（藤田前掲論文二六一頁、本稿筆者は、「一般的自由権」とは、『国家の支配権の及ばない自由の状態・領域』をその保障領域とするものであって、基本的には、Dietrich、すなわち美濃部教授のいうところの「制限的規律」ないし「義務法」のレベルで論ぜられるべきもの、と解してきた（美濃部教授の議論も含め、神橋前掲書（注）（二）八二頁以下、三〇五頁以下参照）。因みに、「制限的規律」ないし「義務法」のコロラリーである行政行為の分類における「命令的行為」について藤田教授が、「私人が（事実として）ある行動をすることしないうと自体を規制する行政行為」と定義しているのも（藤田前掲書（注）（一）一八五頁）、このような（一般的）自由権」と「義務」の関係を前提としたものである。そして既に別稿において指摘したところであるが、《ある者（A）が他の者（B）の行為を受忍しなければならない義務》というものは、《AがBに対してBの当該行為について（私人間であれば主として民法上の）請求権を有しない》ということの意味するに止まるとおもわれる。これは、美濃部教授の議論でいえば「能力的規律」ないし「権利法」のレベルの問題である。

なお、藤田前掲書（注）（一）四一八頁以下は、右のような三類型論を敷衍して展開している。そこで右の「第一のタイプ」は、「第一は、このようなケースにおいては、当該（許可）処分により、第三者には、処分の名宛人が当該処分に基づく行う行動を受忍する（民事上の）義務が生じる、というものである」とされている。従って、ここでの「第一の可能性」、すなわち「受忍する（民事上の）義務」は、確かに右に再構成した命題、すなわち《AがBに対してBの当該行為について（私人間であれば主として民法上の）請求権を有しない》という命題と同じことになるが、そうだとすると、もはやその内容は当初の「一般的自由権の内容」とはいえない。

すなわち、そもそも「自由権」や「命令的規律」との関係で問題となる「義務」の概念は、①義務を課せられたものの意思の自由＝行態を一定方向に指図（拘束）すること、そして②そのような指図（拘束）に違反した行態を「違法」と評価すること（そしてそのような「違法」という評価を受けて、通常何らかの制裁（強制執行・刑罰）が行われる）、の二点に集約されるとおもわれる（なおこの点も含め、行政法における「義務」の概念については、「行政法における「義務」の概念・再論——強制行為による実効性確保」の要素との関連を中心に——『行政法の思考様式・藤田宙靖教授東北大学退職記念』（近刊）において再論している）。

(37) 藤田前掲論文（注）（34）三〇〇頁以下。

(38) このような「価値秩序」が何故に認められるかであるが、ここに挙げられている利益は、個人の「人格的利益」に結びつくものであるから、憲法がその基本原理とする《個人主義（憲法一三条）に照らして正当化される、といつてよいであろう（市民社会における「人格」と「財貨」という二つの秩序が行政法において持つ意味については、神橋一彦「行政法における当事者と権利」公法研究六七号（平成一七年）二〇

三頁以下参照)。現に、藤田裁判官補足意見も「生命・健康等の享受について国民に与えられた憲法上の保障(人格権)」に言及している。さらに、「財産」と「人格」との関係については、法哲学的に議論の余地があるが、単なる経済的利益(の可能性)にとどまらない「財産」は、ある場面においては生活の基盤という意味で「人格」と結びついており、また他の場面ではそれまでの労働の対価であるなど、「人格」の発展の成果と結びついていると考えられるであろう。

(39) 小田急訴訟上告審判決に対する最高裁調査官のコメントも、「近時の最高裁判例・・・には、処分の根拠法規の文言が多少抽象的・一般的なものであっても、これらの法規の定める規制が個人の生命、身体の安全等の重大で公益に解消し難い性質の法益保護にもつながらる場合には、法益の性質やその重大性にかんがみ、公益の中に吸収解消されない傾向がみられるが・・・、本判決は、処分において考慮されるべき利益が健康や生活環境に係る著しい被害を受けないという利益であることを重視して、このような利益にも上記の解釈手法を及ぼしたものとすることができる。」とし、一種の価値秩序の存在を認めている(森英明「判批」ジュリスト一三二〇号(平成一八年)四六頁)。そしてそういった判決の代表例が、行訴法九条二項のベースにもなった、もんじゅ訴訟上告審判決であるが、同判決は、「当該行政法規が、不特定多数者の具体的利益をそれが帰属する個々人の個別的利益としても保護すべきものとする趣旨を含むか否かは、当該行政法規の趣旨・目的、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・性質等を考慮して判断すべきである」とし、「当該原子炉施設の従業員やその周辺住民等の生命、身体に重大な危害を及ぼし、周辺の環境を放射能によって汚染するなど、深刻な災害を引き起こすおそれがあること」を挙げ、一定範囲の住民の「生命、身体の安全等」を個別的利益として認めている。これは九条二項にいう「利益の内容及び性質」の勘案が①《保護利益の判定》——とりわけ「個別保護要件」の認定——にあたって重要な要素になるということを示している。問題は、それにつづく「これが害される態様及び程度」の勘案がどのような意味を持つかであるが、これは①《保護利益の判定》のみならず、個別のケースにおける②《保護範囲の画定》においても問題になろう。そしてその際に、小田急訴訟上告審判決のように、東京都条例の規定する「関連地域」の如き何らかの基準で画一的「勘案」すること足りるのか、場合によっては、個別に被害の程度等も考慮の上「勘案」しなければならないのか、問題となる。

(40) 「リスクからの保護義務」がある場面では、このように裁量権行使を制約する規範として働くとするれば、それは、行政処分が行われるに当たっての不文の行為規範としての意味を持つことになる。原告適格の基礎となる《行政権の行使を制約する規範》に明文の規範のみならず不文の規範も含まれることについては、最高裁も第二節で引用した伊達火力事件上告審判決の中で認めていたところであった。

そして藤田裁判官補足意見における「リスクからの保護義務」にそのような意味があるとすれば、その内容は、藤田教授が当初論文の中で提示した《第三者の法的利益の三つの可能性》(注(36)参照)のうち、第二のタイプである「行政庁による保護を受ける権利」としての可能性のみならず、第三のタイプである「自己の利益を系統上考慮してもらう権利」としての可能性にも関わりうるものであろう。

(41) さらに換言すれば、法令の欠缺を埋める《受け皿》的ないし捕捉的な原則ということができるかもしれない。

(42) 藤田補足意見に同調する町田頭裁判官補足意見も、「・・・根拠規範がいかなる権利、利益を保護しているのかは一義的に明白ではない場合が少なくなく・・・その解明に時間と手間を要するため訴訟遅延の一因となり、また権利、利益の侵害があっても救済されない場合があることを認めることにより取消訴訟の役割を狭めるとの批判が寄せられることとなる可能性もある」ことを認めている。

(43) 因みに、藤田教授自身、行訴法九条の「法律上の利益」に関する「手続法的利益説」（原田教授、芝池教授、山村弁護士）について、「それ自体としては、現行法の解釈として十分に成り立ち得るものを持つていると考えるが、本稿自身の関心はむしろ、後に見る、最高裁判例を中心とする現在の支配的見解の理論的枠組みの中で、内在的に、今後どのような理論的展開の可能性を見出せるか、というところにある」としている（藤田前掲論文（注（34））二八七頁・注（1））。

(44) 町田裁判官補足意見は、この「リスクからの保護義務」について、「・・・本件のような都市計画施設についての事業認可の取消訴訟における周辺住民の原告適格を考える場合に、被害の程度に強弱のある多数の住民のうちどの範囲のものに認められるかの基準について、根拠法規及び関連法規が定める手続等においてどの範囲の住民を対象としているか、換言すればどの範囲の住民について『リスクからの保護義務』を負うものと解されるかがその指針となり得よう。本判決が個々の被害の程度を問わず本件鉄道事業認可に係る関係地域の内外かという基準によって原告適格の有無を判断しているのは、以上の理に基づくものとするのが相当と思われる」とする。

右の町田裁判官補足意見では、「本判決が個々の被害の程度を問わず本件鉄道事業認可に係る関係地域の内外かという基準によって原告適格の有無を判断している」ことを指摘しているが、東京都条例を援用すること自体については第二節で論じたような問題があるほか、注（39）でも指摘したように、「個々の被害の程度を問わず」画一的な基準で原告適格の有無を判断すること——さらに、そのような意図の下、東京都条例を援用すること——の当否が、行訴法九条二項との関係（この点については橋本博之『要説行政訴訟』（平成一八年）五〇頁以下参照）でも問題になるであろう。このような町田裁判官補足意見は、原告適格の範囲をできるだけ個々の訴訟当事者の個別的事情（例えば被害の程度）を考慮することなく、できるだけ客観的基準に基づいて画定したいという、裁判実務の（現場での）要請が反映されているのではないかと、とも解されよう。

結局、《リスクからの保護義務》論は、原告適格判断における一つの方向を確固として示すという意味は確かにあるとおもわれるが、裁判実務において、原告適格の範囲をできるだけ客観的に画定したいという要請があるかぎり、少なくとも当面は、「従来の公式」の下、保護規範の解釈とそれに基づく論理構成という作業にある程度は依拠せざるを得ないのではないかと、とおもわれる。藤田裁判官補足意見も、「行政庁は個人に対する上記の意味での保護義務を負うものではない」ということが、法律上明確な根拠によって明らかにされるのでない限り、少なくとも、事業認可に係る都市計画施設の利用の結果生命健康等に重大な損害を被るというリスクにさらされている周辺住民からの訴えについては、本来、原告適格が認められて然るべきであると考えられるのである。そして、現行法上、この意味での明確な根拠は認められないのみならず、かえって、多数意見の示すように、都市計画法と公害対策基本法等との密接な結び付き等により、推定は逆方向に働く・・・として、保護規範の論証にある程度は依拠した議論を行っている。

#### 第四節 おわりに

一 以上、小田急訴訟上告審判決を中心に、取消訴訟の原告適格判断の枠組みについて検討を行った。最後に議論の方向性について若干の整理をしておくことにしたい。

第一に、今後、行訴法九条二項の創設を受けて、原告適格の拡大が図られることは確かであろうが、その際に、常に問題となるのは、原告適格の範囲をできるだけ客観的に（換言すれば、事実）との個別事情の考慮や裁判官の主観的判断をできるだけ控えた形で）画定したい、という裁判実務上の《要請》をどのように考えるかであろう。<sup>(45)</sup> 現に、今回、小田急訴訟上告審判決が原告適格の範囲画定にあたって東京都条例という法令Ⅱ《規範》を援用したことは、そのような要請が背景にあったものとおもわれるし、かような要請は今後とも続くであろう。またいうまでもないことながら、それは、行訴法九条二項の目指す「オープン・スペース」論とも緊張関係に立つ筈である。そしてこの問題は、本稿で示した原告適格判断の二段階の枠組み、すなわち①《保護利益の判定》、②《保護範囲の画定》のそれぞれについて問題となるのであって、①《保護利益の判定》の段階については、「個別保護要件」をそもそも外すべきか否か、という問題が現に提起されている。<sup>(46)</sup> そして仮に「個別保護要件」を従来どおり維持するとしても、②《保護範囲の画定》の段階において、事案に即していかなる基準で《保護範囲の画定》Ⅱ原告適格の範囲の最終的確定を行ったらよいのか、ということが問題となる。その際、今回の小田急訴訟上告審判決では、東京都条例の定める「関連地域」が一つの手がかりになったが、同条例を《援用》したのが、従来の判例法理や行訴法九条二項の「関連法令」論から必然的に要請されるものではないことは、既に述べたとおりである。すなわち、同様の条例がない場合はもとより、東京都条例そのものについても、「関連地域」の範囲が、原告適格の範囲として適切か否かについては、別途問題となりうる。さらに、行訴法九条二項では、「当該処分・・・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」についてその「態様及び程度」を勘案するものとするとしていくことからすると、この②《保護範囲の画定》にあたってそういった事柄をどのように勘案すべきかが問題となる。しかし、この点についての最高裁の考え方は、今回の小田急訴訟上告審判決をみる限り、未だ必ずしも明らかではない、というべきであろう。

第二に、いうまでもないことながら、原告適格は、如何に無用の訴訟をできるだけ早期に排除するための一つのフィルターであるが、そのフィルターの目の精粗については、当然、訴訟制度の運営上の考慮、配慮が必然的に要請されることとなる。かかる訴訟制度運営上の考慮、配慮をもって《訴訟法的要請》——あるいは、《訴訟政策上の要請》といったほうが適切かも知れない——というのであれば、もともと行訴法九条にかかる「実体法的利益」と「訴訟法的利益」の区別も、「実体法的利益説」とされる（「法律上保護された利益説」の下であっても、相対的なものである、ということもできよう。そのような観点からすれば、藤田裁判官補足意見が主張する「リスクからの保護義務」論は、個々の具体的な行政処分に当たって厳密にそのような行為規範が実体法上どのような形態で存在するのかはともかく、《生命、身体、健康、財産》といった個人の人格に関わる重要な諸利益に関しては、そのような利益に関わる行政処分当たっての根本的規範、ないし最大公約的な要請として「リスクからの保護義務」というものを想定し、それに照らして原告適格の有無の判断を行うものと解される。これは、原告適格の議論が煩瑣であることへの反省から、原告適格のフィルターの精度を緩和しようとする《訴訟政策上の要請》を取り込んだ考え方であると、さしあたり理解することが可能であろう。<sup>(47)(48)</sup>

二 以上、小田急訴訟上告審判決を中心に取消訴訟における原告適格の判断枠組みについて考察してきたが、同判決で問題となった具体的な法律制度や当事者の主張等に関して必ずしも精査が至っていない点があるとおもわれ

る。それ故に、分析上の視点につき脱落、遺漏の可能性なきにしもあらずであるが、原告適格判断の枠組みに関する一つの検討の結果を示したということで、本稿を閉じることにしたい。

(45) この点については、注(44)も参照。

(46) 注(5)の越智弁護士の説の他、阿部教授も、「個別保護要件」を外した「緩和された法律の保護範囲案」を提唱している(阿部前掲論文(注(9))一〇六頁以下)。

(47) さらにいえば、今後改正行訴法の下で、原告適格判断において憲法上の基本権がどのように位置づけられるか、という問題が存在する(橋本前掲書(注(44))五一頁、神橋前掲書(注(2))一三五頁以下参照)。この点については、行訴法九条二項の「第四の考慮事項」の意義とともに、また別の機会に改めて検討してみたいとおもう。

(48) 確かに、原告適格はもともと「権利」論(公権論)を基礎に論じられてきたものである。しかし、このように少なくとも原告適格レベルでは訴訟法上ないし訴訟政策上の要請を取り込まざるをえない。改めていうまでもないことながら、その点で、アクチオ的性格を拭うことは困難であり、第一節において述べたように、原告適格論の混迷の一つの源がそこにある(神橋前掲論文(注(38))参照)。今般の行訴法九条二項が予定している「オープン・スペース」によって、《原告適格判断の実体法上の法関係への依存》を弱めることになるのかどうか、注目されよう。

《付記》 本稿校正段階で、大西有二「原子炉設置許可と第三者の原告適格」小早川光郎・宇賀克也・交告尚史編『行政判例百選Ⅱ「第五版」』(平成一八年六月刊)三五六頁以下に接した。同批判も、原告適格の〈画定〉という観点から、平成四年のもんじゅ訴訟上告審判決をはじめとする最高裁の諸判決を分析しており、示唆に富む。