



<論説>ドイツにおける許可の私法関係形成効(一) :
わが国の公定力との関係を中心に

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2009-08-25 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 山下, 竜一 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.24729/00001436

ドイツにおける許可の私法関係形成効(一)

——わが国の公定力との関係を中心に——

山下 竜一

はじめに

第一章 わが国における公定力と民事訴訟との関係

第一節 判例の動向

第二節 学説の動向 (以上、本号)

第二章 ドイツにおける私法関係形成効

むすびにかえて

はじめに

(一) 環境汚染施設に対しては、それを設置(あるいは運転)する際に、あらかじめ国が施設の安全性についてチェックする制度が置かれることが多い。わが国では、例えば、一定のばい煙・粉じん発生施設や汚水排出施設を設置しようとする者は、都道府県知事に届け出なければならず(大気汚染防止法六条、一八条、水質

ドイツにおける許可の私法関係形成効(一)

汚濁防止法五条)、原子炉を設置しようとする者は、通産大臣の許可を受けなければならない(原子炉等規制法二三条)。では、国のチェックをうけた施設の設置に対し、周辺住民が施設の設置者を相手どって、民事差止訴訟(以下、民事訴訟とする)を提起した場合、国がチェックしたということは、当該訴訟になんらかの影響を与えるのであろうか。

わが国においては、行政行為の公定力がこの問題に関わっている。公定力とは、行政行為が違法であっても、相手方等の争訟の提起によって行政庁または裁判所が取消さない限り、行政行為を一応有効に通用させる効力である。裁判所が行政行為を取消することができるのは、取消訴訟においてだけであるから(取消訴訟の排他的管轄)、行政行為の相手方等からみれば、行政行為により形成された法関係または権利義務に不服がある場合でも、この法関係または権利義務を民事訴訟で争うことはできない^①ということである。大気汚染防止法・水質汚濁防止法における届出や原子炉等設置法における許可は行政行為であるから、公定力が発生する。では、周辺住民は届出を行った、あるいは許可を受けた施設の設置の差止を民事訴訟で求めることはできないのであるか。しかし、わが国の判例・学説は、特に原子力発電所(以下、原発とする)に関する訴訟において、取消訴訟も民事訴訟も認めている。問題は、公定力と民事訴訟との関係が明らかでないことである。

(一) ドイツにおいても、環境汚染施設の設置・運転に対するチェック・システムが存在する。例えば、連邦イミシオン防止法四条は、公衆または周辺住民に危険、重大な不利益または重大な迷惑を与える施設の設置・運転には許可[Genehmigung]を義務づけているし、原子力法七条も原子力施設の設置・運転には許可が必要であるとする。しかし、わが国と大きく異なる点は、許可等のチェックをうけた施設に対する民事訴訟の扱いについて明文の規定がおかれている点である。例えば、連邦イミシオン防止法一四一条^②は、次のように定めてい

る。「特別の権原 [besonderer Titel] に基づかない私法上の請求権を根拠にした、ある土地から隣接地に対して生じる不利益な影響 [benachteiligende Einwirkungen] を防除するための、当該施設の運転の差止 [Einstellung] は、運転許可に不可争力 [unanfechtbar] が発生した後にはできない。」つまり、運転許可が出され、出訴期間が徒過すると、当該施設の民事訴訟が認められなくなる。これは私法関係形成効 [privatrechtsgestaltende Wirkung] と呼ばれ、許可の効力の一つであるとされる。³⁾ 連邦イミシオン防止法一四条は、原発 (原子力法七条六項) や空港 (航空法一一条) に援用されており、さらに連邦水管理法 (一一条) 及び連邦行政手続法 (七五条二項) にも私法関係形成効の規定がある。つまり、環境汚染施設のはとんどのチェック・システムに私法関係形成効が組み込まれていることになる。本稿の課題は、このような私法関係形成効とわが国の公定力を比較し、わが国における公定力と民事訴訟との関係、さらに公定力の意味について、示唆をえることである。

(1) 公定力の概念については、さしあたり塩野宏『行政法 I (第二版)』(一九九四年) 一一五頁以下、芝池義一『行政法総論講義 (第二版)』(一九九四年) 一四一頁以下を参照。

(2) Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge, BGBl. 1974, I, 721.

(3) 私法関係形成効については、すでに高木光「公共事業の差止」『事実行為と行政訴訟』(一九八八年) 三三頁以下が検討している。

第一章 わが国における公定力と民事訴訟との関係

本章では、わが国における公定力と民事訴訟の関係に関する議論を概観する。これは、ドイツにおける私法

関係形成効の議論を検討する際の視角をある程度明確にしておくためである。ここでは、原発訴訟判決とそれに対する評釈を中心に検討する。原発訴訟を取り上げる理由は、まず、原発に関して、取消訴訟だけでなく、無効確認訴訟や民事訴訟に対する判決がすでに多く出されており、判例の動向を知るのに十分な資料があると考えられるからである。さらに、環境汚染施設に対する民事訴訟は、原発以外にも、空港、公有水面埋立、廃棄物処分場に対し提起されている。特に空港については、原発訴訟より多くの判決が出され、しかも大阪空港訴訟最高裁判決を契機として、民事訴訟と取消訴訟の関係についてこれまで多くの議論がなされてきた。しかし、空港に対するチェック・システムに行政行為が介在しているか、なお不明確である⁽⁴⁾。これに対し、原発に対するチェック・システムに原子炉設置許可という行政行為が介在していることには異論がない。行政行為の公定力と民事訴訟を関係を検討するにあたっては、空港より原発のチェック・システムを対象とする方が有益であると思われるからである。

第一節 判例の動向

取消訴訟、無効確認訴訟、民事訴訟の順に、本稿の課題に関連すると思われる判決部分をあげてみよう。

〔一〕伊方原発訴訟松山地判昭和五三年四月二五日(行集一九卷四号五八八頁)

愛媛県の伊方原発に対する原子炉設置許可(原子炉等規制法二三条一項)について、周辺住民が当該許可の取消を求めて提起した訴訟の第一審判決である。裁判所は次のように述べて、原告(周辺住民)の原告適格を認めた。

「原告らが、本件訴訟において主張する権利・利益が侵害されることを理由として、本件原子炉の設置者である四国電力を相手として、妨害予防の訴えなど民事訴訟提起の可能性は否定しえないとしても、このことから直ちに、原告らに本件許可処分取消を求め利益が存在しないと認める理由は見出し難い。」

「二」福島第二原発訴訟福島地判昭和五九年七月二三日（行集三五卷七号九九五頁）

福島県の福島第二原発の原子炉設置許可について、周辺住民が提起した取消訴訟の第一審判決である。被告（通産大臣）は、次のような理由で原告（周辺住民）の原告適格を否定する。①取消訴訟とは行政処分（公定力排除のための訴訟であり、取消訴訟の原告適格を有する者は行政処分の公定力により法律上の効果の受忍を命ぜられる者に限られる。②本件許可処分により、原告は利益侵害を受忍すべき義務を課せられるものではない。③したがって原告は原告適格を有しない。④仮に、原告に原告適格が認められると、許可処分の公定力により当該処分（法律上の効果と抵触する内容の民事訴訟は許されなくなり、国民の権利保護から望ましくない。これに対し、判決は次のように述べる。

「取消訴訟を提起する法律上の利益を有する者は、当該処分の公定力により右の法律上の効果を受忍すべきことを命ぜられるものに限られるべきであることは、被告主張のとおりであるが、原告らに本件許可処分について取消しの訴えを提起する適格を肯認しても、原子炉等規制法は、原子炉施設周辺住民の行政手続参加や権利収用に伴う損失補償等の規定を欠いているから、右住民に右処分による法律上の効果を受忍すべき義務があるとしても、原子炉の操業によって住民の生命、身体等に危険が生ずる場合にまで右受忍義務を課しているとは解されず、原子炉設置許可処分の周辺住民に対する公定力を認めるとしても、それは当該許可処分が有効で

あって、許可制度という手段を通しての法益保護は一応受けているという限度のものというべきである。したがって、原子炉設置許可処分の際の安全審査に瑕疵があり、右処分が違法であると主張して右処分の取消しの訴えを提起する場合には、右処分⁵の法律上の効果と抵触する内容の民事訴訟を提起することはできないが、原子炉の操業により生命、身体等に危険が生ずるということを主張する場合は、右処分の法律上の効果と抵触しない範囲での民事訴訟を提起できる」。

つまり、判決はまず被告の主張①については同意する。しかし、主張②、③に関しては、判決は被告の主張とは逆に原告の受忍義務を認める(したがって原告の原告適格を認める)。この判決は、学説からは「公定力にまどわされて混乱した」と批判を受けている。しかし、ここで注目されるのは、被告の主張④に関して、本判決が許可から生じる受忍義務には程度の違いがあり、行政手続参加や補償規定の有無によって受忍義務の程度の差が生じると考えている点である。つまり、本判決は周辺住民への受忍義務をみとめ、したがって取消訴訟を認めつつ、受忍義務に一定の限界があるとして民事訴訟も認める。そして受忍義務に限界がある理由として本判決は原子炉等規制法に周辺住民の行政手続参加や補償規定がないことをあげるのである。さらに、本判決が原子炉設置許可処分が違法であるとの主張に基づく民事訴訟を認めないが、生命・身体に危険が生ずるとの主張に基づく民事訴訟を認めることにも注意すべきである。

〔三〕 伊方原発訴訟高松高判昭和五九年二月一四日(行集三五卷二二号二〇七八頁)

本判決は次のように述べ、原判決「一」と同様、原告適格を認める。

「原子炉設置許可は、申請者に原子炉を設置し得る法的地位を取得させる処分であって、それにより周辺住

民が直接法的規律を受けるわけではない。そして、原子炉等により周辺住民が損害を被るおそれがある場合には、原子炉設置者に対する妨害予防の訴えなどの民事訴訟を提起して被害を予防するという救済方法が考えられる。しかし、行政処分がその名宛人以外の第三者に直接法的規律を及ぼさない場合であっても、第三者が当該処分により侵害されるおそれのある法律上保護されるべき利益の主体であれば、これに処分取消しの訴えの原告適格が認められるべきことは当然である。原子炉等規制法は「周辺住民の私的な利益をも保護しているものと解するのが相当であるから、本件許可処分により右利益を侵害されるおそれのある限り、控訴人ら「周辺住民」は、本件訴えにつき原告適格ないし訴えの利益を有するといわなければならず、このことが右のような民事訴訟を提起できることによって左右される理由は見出し難い。」

本判決も併用説の立場に立つが、原子炉設置許可は第三者に直接法的規律を及ぼさないとする。法的規律と福島第二原発訴訟第一審判決「二」で論じられた受忍義務の關係は明らかでないが、法的規律が及ぶことによつて受忍義務が生じると考えるなら、本判決は第三者の受忍義務を否定したことになる、これは福島第二原発訴訟第一審判決「二」と異なることになる。

〔四〕 東海第二原発訴訟水戸地判昭和六〇年六月二五日（行集三六卷六号八四四頁）

茨城県の東海第二原発の原子炉設置許可について、周辺住民が提起した取消訴訟の第一審判決である。判決は「公定力との關係」という独立の章を設け、次のように述べる。

「本件処分の公定力が生じても、原告ら「周辺住民」が本件処分の瑕疵に基づいて生じることのある災害を受忍しなければならないものではなく、本件処分の公定力を排除しないでも、民事訴訟において、原告らの生

命、身体等の侵害のおそれがあることを主張して、本件原子炉施設の建設や運転の差止めを日本原電に対し求めようと解すべきことは、被告「通産大臣」主張のとおりである。しかし、原告らも、本件処分は公定力によって、日本原電に対する前記の民事訴訟において、本件処分に瑕疵があり適法な許可を受けたものではないことを主張することはできないと解される。そして、それ以上に原告ら住民の原告適格を肯定するために原告らが本件処分の効果を受忍すべき立場になければならないものと解する必要はない。

本判決は、①公定力があっても民事訴訟が認められる②しかし民事訴訟では処分の違法性を主張することはできないという制限がある③民事訴訟でそのような主張制限があるということ取消訴訟の原告適格が認められる、とまとめられる。ここで注意すべきことは、本判決が公定力は民事訴訟そのものを排除するのではなく、民事訴訟での主張を制限する効果を有すると考えていることである。

〔五〕 福島第二原発訴訟仙台高判平成二年三月二〇日（行集四一卷二号五八六頁）

本判決は原判決〔二〕の同様の理由で原告の原告適格を認める。

〔六〕 伊方原発訴訟最判平成四年一〇月二九日（民集四六卷七号一一七四頁）

〔七〕 福島第二原発訴訟最判平成四年一〇月二九日（判時一四四一号五〇頁）

〔八〕 柏崎刈羽原発訴訟新潟地判平成六年三月二四日（行集四五卷三号三〇四頁）

これら三つの判決ではもはや原告適格には触れずに本案審査を行っている。原発の取消訴訟の原告適格については判例が固まったと言えるだろう。

原発訴訟では無効確認訴訟も提起されており、これらの訴訟でも本稿の課題に関わる議論がなされているので、ここで取り上げることにする。

〔九〕 もんじゅ訴訟福井地判昭和六十二年二月二五日（行集三八卷二二号一八二九頁）

本判決は、福井県の高速増殖炉もんじゅの原子炉設置許可について、周辺住民が当該許可の無効確認を求めて提起した訴訟の第一審判決である。本判決は、行政事件訴訟法三六条の解釈との関係で、無効確認訴訟と民事訴訟との比較し、民事訴訟の方が「直截かつ実効的な訴訟形式であって本件紛争の抜本的解決のための有効かつ適切な手段というべきである」と述べ、無効確認訴訟を求めるべき利益はないとして、訴えを却下した。これに対し学説は、無効確認訴訟を民事訴訟に対し補充的なものとみる裁判所の考え方を激しく批判した。⁶⁾

〔一〇〕 もんじゅ訴訟名古屋高金沢支判平成元年七月一九日（行集四〇巻七号九三八頁）

本判決は、「民事差止訴訟の方が無効確認訴訟に比べて、本件紛争解決のための有効・適切な手段であると認められ」ないとして、無効確認訴訟を選択する利益を認め、原判決を取り消した。本判決では、次の主張が重要である。

「控訴人ら〔周辺住民〕が、原子炉設置許可処分の際の安全審査に瑕疵があり、適法な許可を受けたものではないことを理由としてのみ、原子炉施設の建設・運転の差止を求めることは、同処分の公定力に反して許されないことになろうが、民事差止訴訟においては人格権等の侵害が審理の対象であり、同処分の違法性や取消事由の有無は直接的には審理の対象になっていないから、控訴人らが、原子炉施設の設置・運転によって人格

権を侵害され、自己の生命・身体に対する被害発生の蓋然性があることを理由として、原子炉施設の建設・運転の差止を求めることは、何ら同処分の公定力に反することではない。」

ここでは、本判決が福島第二原発訴訟第一審判決〔二〕と同様に、適法な許可を受けたものではないことを理由とする民事訴訟は認められないが、生命・身体に対する被害発生^①の蓋然性があることを理由とする民事訴訟は公定力に反しないとする点に注目すべきである。

〔二一〕もんじゅ訴訟最判平成四年九月二三日(民集四六卷六号一〇九〇頁)

控訴審判決と同様に、民事訴訟が無効確認訴訟より直截的で適切なものであるともいえないとして、無効確認を求める利益を認めた。

〔二二〕高浜原発訴訟大阪地判平成五年二月二四日(判時一四八〇号一七頁)

〔二三〕女川原発訴訟仙台地判平成六年一月三一日(判時一四八二号三頁)

〔二四〕志賀原発訴訟金沢地判平成六年八月二五日(判時一五一五号三頁)

近年、民事訴訟判決が続けて三つ出された。周辺住民が取消訴訟ではなく民事訴訟を提起した理由は、必ずしも明らかではないが、取消訴訟では裁判所が基本設計に審査対象を限定し、廃棄物処理、老朽化、廃炉といった問題を審査しないのに対し、民事訴訟では建設・運転に関わるあらゆる問題が審査されうると考えられたからであると思われる^②。これらの判決では、公定力や取消訴訟との関係に触れることなく、民事訴訟を認めている。

以上、ごく簡単に判例の流れを追ったが、ここでは次のことが確認できよう。

第一に、すべての判決で、民事訴訟が原則として認められると考えられていることである。ただし、原子炉設置許可の違法性のみを理由とする民事訴訟は認められず、また、民事訴訟での原子炉設置許可の違法性の主張も認められないとされる（福島第二原発訴訟第一審判決「二」、東海第二原発訴訟第一審判決「四」、もんじゅ訴訟控訴審判決「二〇」⁸）。これに対し、チェック・システムに行政行為が介在すれば取消訴訟のみが認められ、行政行為が介在しないなら民事訴訟のみが認められるという考え方（扱一説）も論理的には可能である。しかし原発訴訟では、そのような考えがとられていないことになる。

第二に、ほとんどの判決が民事訴訟を認めた上で、取消訴訟あるいは無効確認訴訟の可否を検討し、結論として取消訴訟も認め、併用説の立場に立つことである。これに対し、福島第二原発訴訟第一審判決「二」が、取消訴訟を認めた上で、公定力との関係において民事訴訟の可否を検討している点で、他の判決と異なる（ただし本判決も併用説をとる点では他の判決と同じ）。

第三に、技術的な問題については、なお解決されていない問題があることである。つまり、原子炉設置許可から周辺住民の受忍義務が生じるか、生じるとしてどの程度の受忍義務が生じるか（福島第二原発訴訟第一審判決「二」）、原子炉設置許可は周辺住民に直接法的規律を及ぼすか（伊方原発訴訟控訴審判決「三」）という問題や受忍義務と法的規律との関係、さらにそれらと民事訴訟との関係である。

第二節 学説の動向

原発訴訟に関しては学説も併用説に立っている。しかしその理由については、なお意見の一致がみられない。

ドイツにおける許可の私法関係形成効（一）

以下、個々の見解をみていくが、学説は大きく訴訟法的(機能的)アプローチと実体法的アプローチに分かれるように思われる。前者は、権利保護の観点から取消訴訟と民事訴訟のメリットデメリットを検討し、それぞれ独自の機能(メリット)を有しているため、取消訴訟と民事訴訟の併用を認めるべきであるとする。このアプローチをとる場合には、公定力はそれほど重視されない。後者は、公定力が民事訴訟を制限する可能性があることを意識し、公定力を限定して民事訴訟を認めようとする。後者は、さらに人的範囲限定論、生命・健康論、法効果論、事実行為分離論、受忍義務論及び考慮事項・手続参加論に分かれる。⁽⁹⁾

第一款 訴訟法的(機能的)アプローチ

このアプローチをとるのは、阿部泰隆や小早川光郎である。阿部は次のように述べる。「抗告訴訟と民事訴訟はそれぞれ要件・効果・手続等を異にし、利害得失が異なっている。∴要件をみたすかぎりいずれの訴えも許容すべきである⁽¹⁰⁾。取消訴訟と民事訴訟「の訴えはそれぞれ要件、効果を異にするので、それぞれ有用であって、いずれかを原則とし、他方を補充的とするような関係にはないはずである。ここでは抗告訴訟と民事訴訟は併用できるのであり、いずれかを禁止するならそれなりの明文の規定が必要である⁽¹¹⁾。また小早川は座談会で次のような発言をしている。「紛争が二つある「電力会社と周辺住民との間の争いと行政庁と周辺住民との間の争いのこと」のだから訴訟は二つありうるわけで、それをもし、一つで足りるのだから一つにしほれと言うのだったら、むしろしほらせる根拠が実定法上なければいけないと考えます⁽¹²⁾⁽¹³⁾」ここで注目すべきことは、このアプローチは併用説が原則であって、一方の訴訟の限定する場合(択一説)には明文の規定が必要であるとされる点である。

第二款 実体法的アプローチ

「二」 人的範囲限定論

公定力は処分の名宛人に及ぶだけで第三者には及ばないとする考え方である。例えば、大阪空港訴訟最高裁判決に関して、植村栄治がこの見解を主張する⁽¹⁴⁾。さらに、阿部は次のように述べる。「公定力は侵害的行政処分を被処分者が争う場合を念頭においているのであって、許可処分を第三者が争う場合には関係がなく、それは誤解である。許可を受けた者が許可を利用する事実行為をすることにより法律上の不利益を受ける第三者はその不利益を排除するために許可の取消を求める利益を有すると考えれば十分である（下線は引用者）⁽¹⁵⁾。「関係がな」というのが、及ばないという意味であれば、この考え方に含まれるであろう。これに対し、通説は公定力が行政行為の相手方だけでなく、第三者にも及ぶとする⁽¹⁶⁾。

「三」 生命・健康論

この議論は生命・健康の被害に対しては公定力は働かないとするものである。例えば、阿部は、「生命の危険を受忍すべき公定力はありえない⁽¹⁷⁾」と、芝池義一は「生命・健康被害に対しては、公定力は働かない」と述べる⁽¹⁸⁾。

この説は、実際に被害者が発生している場合には説得力がある。しかし原発訴訟の場合には、（事故の危険性の問題を別にすると）放射線の長期にわたる被爆の問題が重要であり、この場合、周辺住民への被爆はどの程度まで許されるか（いわゆる残存リスク）が問題となるため、原発訴訟においてこの議論がどこまで有効であるか疑問が残る。

〔三〕 法効果論

〔三〕〔四〕〔五〕の議論は、公定力が第三者に及ぶことを前提としつつ、公定力の事項的範囲を限定することによって民事訴訟を認めるものである。まず公定力と行政行為の法効果との関係が問題となる。例えば、塩野宏は、「公定力は行政行為の法効果に關係したものである。したがって、法効果を攻撃しない限り、当該行政行為の適法・違法が取消訴訟以外の訴訟で問題となっても、公定力には抵触するものではない。」と述べる。¹⁹⁾ また藤田宙靖は、「行政行為の効果の有無の有権的判断権の排他性のみを『公定力』と呼ぶか、それとも、およそ行政行為の法的要件の充足の欠如(つまり違法性)一般についての有権的認定権の排他性までも『公定力』の語の下に含めて表現するか、が問題となる。」として、公定力は「行政行為の違法性一般ではなく、効果の有権的認定のみに関わる概念である」とする。²⁰⁾ これらの議論は、福島第二原発訴訟第一審判決〔二〕、東海第二原発訴訟第一審判決〔四〕、もんじゅ訴訟控訴審判決〔一〇〕の見解、さらに国家賠償訴訟での行政行為の違法性の審査が公定力に反しないという従来の議論とも一致する。

この考え方に対しては、原発の設置・運転差止は行政行為の法効果と抵触しないかという問題がある。²¹⁾ この問題に対し一つの回答を与えるのが事実行為分離論〔四〕である。

〔四〕 事実行為分離論

この議論は、許可とそれに基づく設置・運転という事実行為を別個の行為形式にとらえ、事実行為には許可の公定力は及ばないとするものである。例えば、塩野は次のように述べる。「現実の工事については、公共事業であるということで、特別の法的保護が与えられているわけではなく、工事自体に公権力性の要素を見出す

ことは困難である。また、先行する行政処分の執行行為が、当然、公権力の行使に当たるといふ原則が存在するわけでもない。そうだとすると、工事の着工及び続行の停止を求めに当ってはむしろ民事的手法のみが用いられてしかるべきである。「実際の工事段階では、民事的手法のみを用いることができる」。「民事的手法は、行政処分が介入する場合であっても、工事の差止めを請求する限りでは、行政処分の前後を問わず利用することが可能である」⁽²²⁾。この議論は、許可の法効果とその実現を区別し、後者を法効果の内容とみなさない点に特徴がある。

〔五〕 受忍義務論

この議論は高木光と藤田が主張する。高木は次のように述べる。「原発訴訟の住民は、公定力を一応受けるという意味で、人的範囲には入るのだけれども、受忍義務を課される、あるいは民事訴訟を排斥されるという意味での、そういう規律は受けない。そういう意味での、処分の効力には事項的範囲があると、説明するのが適切ではないか」⁽²³⁾。高木は、公定力が対世的なものであるとして人的範囲限定論をとらない。その代わりに、民事訴訟を排除する受忍義務は課されないという意味で事項的限界があるとするのである⁽²⁴⁾。

藤田も受忍義務を重視する。藤田は次のように述べる。まず「原子炉の設置・操業を許可する行為は、理論的に当然、同時に周辺第三者にこれを受忍する義務を課するものであることになるのであって、従って、その限りで第三者に対しても公定力を有することになりそうである。」と述べ、原子炉設置許可は周辺住民に受忍義務を課し、そのため公定力が周辺住民に及ぶとする。藤田は次に、周辺住民に及ぶ受忍義務の範囲を検討する。「第三者の受忍義務の範囲は、いわば設置者が原子炉の運転をしそのことに通常伴う不利益を第三者に与

えたとしても処罰されることが無いことの受忍に止まり、必ずしもこの不利益を民事法上受忍する義務までには到らないから、その公定力が民事差止訴訟にまで及ぶことは無いということになる。⁽²⁵⁾「許可によって第三者に課せられる受忍義務の内容・範囲と民事差止訴訟において否定される受忍義務のそれとは異なる」。藤田の見解は、周辺住民には受忍義務があるとしながら、受忍義務を限定的にとらえ民事訴訟を認める点で、福島第二原発訴訟第一審判決「二」と一致する。

ここでは、受忍義務の内容が論者により異なることに注意しなければならない。つまり、高木が受忍義務を民事訴訟を排除するという意味で用いるのに対し、藤田は受忍義務をより広い意味で用い、受忍義務の中には民事訴訟を排除するものと排除しないものがある⁽²⁶⁾と考えている。

〔六〕考慮事項・手続参加論

この考え方をとる芝池は次のように述べる。「行政庁が行政処分を行うにあたって当該事項「周辺住民への影響」について考慮を行っているかどうかが民事訴訟の許否を判断するための一つの要素である。…しかし、行政庁が行政処分において考慮した事項については、当然に民事訴訟が排除されると考えることはできない。…すなわち、行政庁がこの考慮においてどこまで丁寧であったかということが問われなければならない。…この考慮の丁寧さの一つの目安は、行政庁が行政処分の事前手続として相手方その他の利害関係人の意見を聴聞したかどうかである。すなわち、事前手続のあり方が民事訴訟の許否を決する一つの要素である。⁽²⁷⁾芝池の議論は、周辺住民に許可手続への参加が認められているか、周辺住民の利益が考慮されているか、考慮されているとしてどの程度考慮されているか、を総合的に判断して、民事訴訟の許否を決定するものである。

また、泉徳治は次のように述べる。「周辺住民に原告適格を認めるのは、原子炉設置許可処分が周辺住民に対する関係においても公権力の行使に当たり、公定力を有すると考えるからにはかならず、公定力を有する以上は、周辺住民としては取消訴訟の提起のみが許され、民事訴訟の提起は許されないと考えられるのである。もし、右法律「原子炉等規制法」が、行政庁において原子炉設置による第三者の法益侵害の有無及びその程度を考慮すべきものとし、これによって第三者の権利、利益を可及的に侵害から擁護するとともに、なおも避けざる不利益はこれらの者において受忍すべき義務を課していると解されれば、取消訴訟のみが可能となる。しかし、右法律の場合は、周辺住民の行政手続参加や権利収用に伴う損失補償等の規定を欠いており、原子炉の操業によって周辺住民の生命、身体等に危険が生ずる場合でも、周辺住民にこれを受忍すべき義務を課しているところまで解することはできない。設置許可処分の周辺住民に対する公定力を認めるとしても、それは、当該許可が有効であり、許可制度という手段を通しての法益保護は一応受けているという限度のものというべきであらう。」⁽²⁸⁾ 泉の議論は、受忍義務論に含めることも可能である。泉は藤田と同様に受忍義務の程度に差が生じることを認める。ここでは、泉が受忍義務の程度に違いが生じる理由としてあげた手続参加と補償の有無に注目する。⁽²⁹⁾

最後に指摘しなければならないことは、論者の多くが現在のチェック・システムに問題があることを意識しながら以上のような議論を行っていることである。藤田は、現在の議論は「法制度の十分な成熟が見られない段階における暫定的な解決方法として位置付けられるべきものであるように思われる」と述べ、⁽³⁰⁾ 塩野は、公共事業と環境という新たな問題に対して、制定法が適切に対応していないとして、「公共事業計画策定手

ドイツにおける許可の私法関係形成効(一)

一六

続のごとき行政手続・訴訟手続双方にわたる制定を急ぐべきであろう」と述べる。³¹⁾ さらに芝池は、立法論として、ドイツにおける計画確定手続のような制度の採用が必要であるとする。³²⁾ 周知のように、行政手続法研究会の法律案要綱(案)(一九八四年)³³⁾には、公共事業実施計画確定手続が一一二一条以下で定められ、その中で「計画確定裁決に不可争力が生じた場合には、計画の中止、公共施設の除去、変更又はその使用の中止は、いかなる訴訟によっても求めることができないものとする」(一一二三条三項)との定めがあった。この規定はドイツの計画確定手続[Planfeststellungsverfahren]における計画確定裁決の私法関係形成効がモデルとなっている。行政手続法にはこの規定は取り入れられなかったが、大規模施設に対する新たなチェック・システムの必要性が否定されたわけではなく、将来の課題として残されたと考えるべきであろう。

- (4) 航空事業に対するチェック・システムの中には行政処分が多く存在する。しかし、これらの行政処分を周辺住民が争うことができるか明らかでない。この問題については、原田尚彦「空港騒音と行政訴訟」ジュリ九三三号(一九八九年)五一頁、阿部泰隆「空港供用行為と民事差止訴訟」『行政救済の実効性』(一九八五年)七八頁以下が詳しい。なお、芝池『行政救済法講義』(一九九五年)一三三頁以下は、事実行為と民事訴訟の関係を検討するなかで、行政処分が先行する(介在する)場合と先行しない場合とは別に、大阪空港訴訟の最高裁判決をとりあげている。
- (5) 阿部『国土開発と環境保全』(一九八九年)三〇八頁。
- (6) 高木「判批」ジュリ九〇五号(一九八八年)六二頁、阿部「判批」判タ六六三三号(一九八八年)四三三頁。
- (7) 橋本博之「判批」ジュリ平成六年度重判(一九九五年)三九頁。なお、交告尚史「判批」ジュリ一〇四九号(一九九四年)三九頁、新美育文「判批」私法判例リマークス一九九五(上)(一九九五年)六三三頁は、これらの民事訴訟の審査方法が実際には、これまでの取消訴訟のそれとほとんど変わらないとする。

- (8) 福島第二原発訴訟第一審判決「二」が「処分の法律上の効果と抵触する内容の民事訴訟を提起することはできない」

と述べたことに対し、高木は「民事訴訟を提起することができない」とは「民事訴訟が不適法として却下される」という意味ではなく、「民事訴訟において、ある主張が排除され、その結果、本案において敗訴の可能性が高くなる」という意味に解すべきであるとする（『事実行為と行政訴訟』三五二頁）。高木の理解に従えば、認められないことと主張できないことは同じ意味となる。しかし大阪空港訴訟最高裁判決のように訴えが却下されることも考えられよう。

(9) このような整理は、議論の中のニュアンスの違いを強調したものであり、各議論は必ずしも排他的なものではない。このように分けるのは、これらの議論の相互関係を明らかにしたいと考えるためである。

(10) 阿部「原発訴訟をめぐる法律上の論点」ジュリ六六八号（一九七八年）一七頁。

(11) 阿部『国土開発と環境保全』三〇七頁以下。なお、阿部は、併用説を同一の行為につき同一の違法事由を争点として民事訴訟と抗告訴訟のいずれも提起できるとする立場とし、実質的には同じことを目的としても別個の行為を争うときは両訴訟とも許されるとする（同「取消訴訟の対象」・雄川一郎・塩野宏・園部逸夫編『現代行政法大系第四巻』（一九八三年）二二二頁）。本稿は併用説を阿部のいう後者の場合も含めて理解し、実質的に原発の設置・運転の差止という同じ目的をもって提起される抗告訴訟と民事訴訟のいずれも認める立場という意味で用いる。なお、原田「差止訴訟と行政訴訟」自由と正義三四巻四号（一九八三年）四七頁は「民事の差止訴訟は個人の権益への具体的危険状態の除去を目的とするのに対し、取消訴訟の狙いは行政庁の行為の違法性を追及しその排除を求めるところにある。」とする。取消訴訟に行政統制機能があることは否定できないが、原発訴訟の場合には、両訴訟とも原発の設置運転を中止させることが周辺住民の主要な目的であると思われる。

(12) 「研究会・現代型行政訴訟の検討課題」ジュリ九二五号（一九八九年）一五頁。

(13) 原田・自由と正義三四巻四号四七頁以下は、民事訴訟と取消訴訟の間には、目的や機能の違いがあり、「国民が、それぞれのおかれた状況に応じて適宜民事訴訟と行政訴訟とを選択して利用できる」とする。また、塩野『行政法I』一一〇頁も原発について併用説が認められるのは「民事上の差止訴訟と取消訴訟は、要件・効果を異にするからである。」と述べる。これらの主張も同じ趣旨であろう。

(14) 植村栄治「公定力の人的限界」ジュリ七六一号（一九八二年）四七頁。

- (15) 阿部「判批」判タ六六三号(一九八八年)四四頁。同『行政救済の実効性』一〇五頁補注(二〇)も参照。ただし、「許可を受けた者が許可を利用する事実行為をすることにより法律上の不利益を受ける…」という部分は許可と事実行為を分離しているという点で、後に述べる事実行為分離論とも理解できる。
- (16) 杉村敏正『全訂行政法講義総論(上巻)』(一九九九年)二〇六頁、田中二郎『新版行政法上巻全訂第二版』(一九七四年)一三三頁。芝池『行政法総論講義』一四四頁、高木『事実行為と行政訴訟』三五五頁も参照。
- (17) 阿部『国土開発と環境保全』三〇七頁。
- (18) 芝池「公共工事と行政訴訟」ジュリ九二五号(一九八九年)一〇九頁。さらに、同『行政救済法講義』一三七頁。塩野『国土開発』(一九七六年)一八三頁、ジュリ九二五号一六頁の塩野の発言も同じ。
- (19) 塩野『行政法I』二九頁。さらに、芝池は「工事方法の変更や防音施設などの付帯的施設の設置を求める民事訴訟は原則として排除されなれないと思われる。このような請求は、行政処分等の基幹的部分を損なわれないと考えられるからである」(『行政救済法講義』一三七頁)と述べているが、基幹的部分を行政行為の法効果と理解するならばこの立場に立つものである。同じく、原田『行政法要論(全訂第三版)』(一九九四年)一一二頁。
- (20) 藤田宙靖『行政法I(第三版改訂版)』(一九九五年)二〇〇頁、二〇七頁。なお、藤田は「公定力の客観的範囲」の語を公定力と刑事訴訟・国家賠償訴訟との関係や違法性の承継の問題において用いるが(同二〇三頁以下)、これは本稿でいう公定力の事項的範囲とは異なる。
- (21) 塩野『行政法I』一二〇頁は、「表面的には行政行為の効果と抵触するようであっても、法的にみて関係のない場合には、公定力の制度は働かない」と述べるが、その意味は必ずしも明らかでない。さらに、塩野『行政法II(第二版)』(一九九四年)一七五頁は「設置許可は、許可者に対して原子炉の設置という行為を国との関係であることを許したにすぎないから、その行為が私人間の関係で実行不可能になっても、許可処分そのものの効力に影響を及ぼすものではない」とするが、これは人的範囲限定論の意味にも法効果論の意味にもとれる。
- (22) 塩野『国土開発』一八二頁以下。この問題は、公共工事に対する仮処分においても議論されているが、本稿では扱わない(この問題については、岡村周一「仮の救済」ジュリ九二五号(一九八九年)一七八頁以下を参照)。
- (23) ジュリ九二五号一五頁。

- (24) 高木『事実行為と行政訴訟』三四八頁、三五四頁以下、同・ジュリ九〇五号六七頁。公定力の人的範囲と事項的範囲の区別については、さらに兼子仁『行政行為の公定力の理論』【第三版】(一九七一年)三六三頁以下、加茂紀久男「判批」法曹二七卷一号(一九八五年)二五三頁以下、常岡孝好「判批」自研六二卷七号(一九八六年)一四七頁を参照。公定力の人的範囲と事項的範囲についてはさらに検討する必要があるが、本稿ではさしあたり、法効果論【三】、事実行為分離論【四】及び受忍義務論【五】を事項的範囲限定論ととらえることにする。まず【三】が公定力と行政行為の法効果との関係を明確し、さらに【四】【五】が法効果の内容を具体化する(限定する)ものとす。つまり【四】は法効果とそれを実現する事実行為を区別し、民事訴訟での事実行為への攻撃を認め、【五】は法効果の一つとしての受忍義務が及ぶか否か、どの程度の受忍義務が及ぶかを検討するものである。
- (25) 藤田『行政法Ⅰ』三九八頁以下。藤田はさらに、「設置許可は、周辺住民に、対行政庁の関係では設置・運転を受忍する義務を負わせるが、設置許可の名宛人(設置者)に対する関係で直接周辺住民にこのような受忍義務を負わせるものではない、という論理も考えられよう」と述べている(三九九頁)。ここでいう受忍義務が公定力の意味であるなら、この部分は人的範囲限定論を意味していることとなる。
- (26) 藤田が受忍義務の程度に違いがあると考えている点については、藤田『行政法Ⅰ』九三頁注(五)(六)を参照。
- (27) 芝池『行政救済法講義』一三六頁以下。同・ジュリ九二五号一〇九頁も参照。
- (28) 泉徳治「取消訴訟の原告適格・訴えの利益」『新・実務民事訴訟講座九卷』(一九八三年)六七頁。
- (29) ジュリ九二五号一七頁六戸達徳の発言も手続参加、補償、住民の利益の考慮を重視する。
- (30) 藤田『行政法Ⅰ』三九九頁。
- (31) 塩野『行政法Ⅱ』九一頁。
- (32) 芝池「大規模プロジェクトと計画法」公法研究五三号(一九九一年)一七七頁。阿部『国土開発と環境保全』二七四頁も同じ。
- (33) ジュリ八一〇号(一九八四年)四四頁以下。