

# 自然・歴史的景観利益と仮の差止め

——鞆の浦埋立免許仮の差止め事件（広島地決平成20年2月29日判例集未搭載）  
の考察を中心に——

福 永 実

- 一 鞆の浦と埋立架橋問題
  - (1) 鞆の浦について
  - (2) 広島地裁決定の特徴
- 二 広島地決平成20年2月29日判例集未搭載・決定要旨
- 三 慣習排水権の成立要件・性質について
- 四 景観利益と原告適格
  - (1) 環境利益と原告適格
  - (2) 公有水面埋立法における第三者の原告適格
  - (3) 国立最高裁判決と原告適格論への影響
  - (4) 広島地裁決定の分析
- 五 「償うことのできない損害を避けるための緊急の必要」
  - (1) 「償うことのできない損害」
  - (2) 「緊急の必要」
  - (3) 取消訴訟と差止訴訟の関係
  - (4) 差止訴訟の取消訴訟への変更

## 一 鞆の浦と埋立架橋問題

### (1) 鞆の浦について

広島県福山市南部の鞆町に風光明媚な港湾（福山港鞆地区）、鞆の浦がある。

地理的に鞆の浦は瀬戸内海のはほぼ中央に位置しているため、瀬戸内海の潮の干満は鞆の浦で交錯する。従って干潮から満潮にかけて豊後水道・紀伊水道の両潮が鞆の浦に流れ込み、逆に満潮から干潮にかけて鞆の浦の潮は両水道に引いていく。蒸気船が登場するまで、帆船は瀬戸内海の東西を往来する上でこの潮の満ち引きを利用して航行していたので、古来より鞆の浦は「潮待ちの港」として栄えてきた<sup>1)</sup>。近海底には紀州藩船と衝突し沈没した坂本龍馬のいろは丸も眠っている。

このような鞆の浦には文化財的価値のあるものが豊富に存在する。鞆港は、「潮待ちの港」としての必要上、雁木、常夜燈、波止、焚場、船番所といった日本の近世港湾を特徴付ける港湾設備が整備されてきた。これらはそれぞれ一つで重要な文化的歴史的価値を持つと

1) 鞆史については、山陽新聞社編『歴史散歩 鞆の浦今昔』（山陽新聞社、1996年）参照。

されるが、これら5つの要素が全て残されている港湾は、国内で鞆港が唯一とされる<sup>2)</sup>。鞆の浦周辺には、太田家住宅、安国寺釈迦堂、沼名前神社能舞台などの国指定重要文化財が存在するほか、広島県指定・福山市指定の文化財も多数存在している。

更に鞆の浦は古来より景勝地としても著名である。沼隈半島の南東、鞆から阿伏兎岬に至る鞆断層崖東側には、仙酔島をはじめとして大小の島々が散在する。これを眺望した大伴旅人の「吾妹子が見し鞆の浦の磯のむろの木は常世にあれど見し人ぞなき」をはじめ、万葉集には鞆の浦を詠んだ歌が全部で八首残っている。また鞆の浦は江戸期の朝鮮通信使の常宿地に指定されており、1711年、福禅寺（国史跡）に宿泊した朝鮮通信使正史李邦彦は、寺から眺望した鞆の浦の風景を「日東第一形勝」と賞賛した。宮城道雄の『春の海』は幼少期を過ごした鞆の浦をモチーフに作曲されたものとされる。また鞆には中世以来の港町の町並みが残っており、近年では宮崎駿監督が鞆の浦に滞在したことに着想を得て映画『崖の上のポニョ（2008年）』を作成したことが知られている。なお筆者も青少年期まで鞆の浦近郊で過ごした。

法律上も鞆の浦地域周辺は各種規制が敷かれている。1925年に名勝「鞆公園」として指定され（旧史蹟名勝天然記念物法、現文化財保護法2条1項4号、109条）、また1934年に旧国立公園法・現自然公園法における最初の国立公園指定（法2条2号）を受けた瀬戸内海国立公園の指定範囲に含まれ、1938年には鞆の浦の背後の山腹の尾根につき風致地区指定がなされている。

ところで、1607年に福島正則が鞆城を築城した際、福島氏は防衛の必要から鞆城下の道幅を狭く入り組んだ構造としたが、現在の鞆町内の道路は往時のままである。そのため町内での車両の離合が困難であり、町内外から往来する車両による町内の交通渋滞が日常的に生じ、住民は生活に不便をきたしてきた。そこで県は1983年、鞆湾の一部を埋立てて橋梁を建設し、東から西にかけて湾を横断する県道47号線のバイパス道路を開通させる公共事業計画を立案した。これにより、鞆湾の公有水面約2万平方メートルは埋め立てられ、焚場は土中に埋められることとなる。また満潮時の冠水を避けるため、橋台部の高さは基準水面から5メートル程度高く設置されるため、陸地から見る鞆の浦の景観は著しく損なわれることが懸念された。

2007年4月24日、広島県福山市の鞆地区住民を主体とする広島県民（163人）（以下、Xら）は、広島県及び福山市からの埋立免許付与申請に対して広島県知事（以下、Y）が公有水面埋立法2条に基づいて免許を付与することは違法な処分であるとして、同免許付与処分の差止訴訟を提起した（本案訴訟）。しかし、福山市及び広島県は、Yに対し、平成19年5月23日、本件公有水面（福山市鞆町鞆字江浦町から同市鞆町後地字大明神地先公有水面1万9500平方メートル）の埋立ての免許を出願し、Yは出願の告示・縦覧（3条）をした。

そこでXらは9月26日、同免許付与がなされれば償うことのできない損害が生じるから、

2) 伊東孝『日本の近代化遺産——新しい文化財と地域の活性化』(岩波新書、2000年) 139～48頁。

これを避ける緊急の必要があるとして、「広島県知事は、本案の第一審判決の言渡しまで、広島県及び福山市に対し、公有水面の埋立てを免許する処分をしてはならない」との仮の差止めを申し立てた。Xらは、申立人A（本件公有水面への慣習排水権を有していると主張する者）（98人）、申立人B（本件公有水面において漁業を営む権利を有していると主張する者）（2人）、申立人C（本件公有水面を含む鞆の浦の景観を享受する利益を主張する者）（67人）で構成される（重複あり）。

## （2）広島地裁決定の特徴

本稿は上記の埋立免許仮の差止め申立てを判断した広島地決平成20年2月29日判例集未搭載（LEX/DB 文献番号25400363）を中心に検討し<sup>3)</sup>、行政訴訟における景観利益論や仮の差止め等に関する現時点での論点と課題を整理することを差し当たり目的とする。右決定には次の意義・特徴が認められるように思われる。

第一に、仮の差止めの申し立てが適法であるためには本案訴訟が訴訟要件を満たすことを要し、従って仮の差止めの申立適格は本案訴訟である差止訴訟の原告適格（行訴法37条の4第3項）と一致するが、差止訴訟は、「一定の処分又は裁決」として幅があるものの取消訴訟の前倒しとしての訴訟類型でもあり、それは取消訴訟の原告適格とも一致する<sup>4)</sup>。そして本件申立ては、他者への受益的処分（許認可）によって不利益を被るおそれがあることを理由に第三者が処分の差止めを求めるもので、「法律上の利益」の解釈問題が取消訴訟の場合と同様の意味で問題となる<sup>5)</sup>。この点で、自己に対する不利益処分がなされるのを予防するためのものが大多数を占めていた従前の差止訴訟裁判例とは異なる状況にある。

その際、広島地裁決定は原告適格判断にあたり新潟空港最高裁判決（最判平成元年2月17日民集43巻2号56頁）以来の定式化された判例法理の踏襲ではなく、端的に行訴法9条2項により判断している。

第二に、右決定は国立マンション民事訴訟最高裁判決（最判平成18年3月30日民集60巻3号948頁）の景観利益論を引用して行政訴訟における原告適格の判定をした初めての事案である。

第三に、右決定は差止訴訟の取消訴訟への変更を初めて明言する。

以下では広島地裁決定の要旨を紹介した後（二）、慣習排水権に関する判示事項を分析

3) 但し、漁業を営む権利を有する者に関する申立人適格の判断については省略する。本件評釈として、大久保規子「本件紹介」法学セミナー53巻7号（2008年）、北村喜宣「本件解説」速報判例解説Vol.3（日本評論社、2008年）がある。また角松生史のブログ（[http://d.hatena.ne.jp/n\\_kadomatsu/20080310/1205154554](http://d.hatena.ne.jp/n_kadomatsu/20080310/1205154554)）も参照した。なお本稿には平成20年度文部科学省科学研究費（課題番号20730087）の一部を使用している。

4) 小林久起『行政事件訴訟法』（商事法務、2004年）188頁、注。

5) 第三者への許認可に対する差止訴訟として、大阪高判平成20年7月31日判例集未搭載、東京地判平成20年5月29日判時2015号24頁、東京地判平成20年1月29日判時2000号27頁、大阪地判平成18年2月22日判タ1221号238頁などがある。

し(三)、その上で上記の景観利益論を含めた原告適格論(四)、及び仮の差止めの諸問題を検討することとしたい(五)。

なお広島地裁決定ではその結論に関係するものとして以下の事実認定がされている。Yは平成19年11月、福山市長に対する意見照会等の関係手続(公有水面埋立法〔以下、公水法〕3条1項)を実施した。Yは本件出願の概略を見る限り、法令上これを免許してはならないとまで認めるべき事由はないと考えており、手続が済み次第、速やかに本件出願に対する免許付与処分可否を判断することを予定している。上記の諸手続が迅速に進行してきた場合には、平成20年3月中に本件埋立免許がなされる可能性がある。更にYは、本件埋立免許をする場合には、本件埋立免許後3か月以内に着工すべきことを条件とする方針を有しており(公水法13条)、福山市及び広島県も、本件埋立免許があった場合、免許から3か月以内に本件埋立てに着工するとしている。もっとも、業者の競争入札による選定及び契約締結、業者による人員、機械、資材等の手配に要する期間の関係から、実際の着工は、早くとも免許後1か月程度を経過してから、場合によっては2か月程度を経過してからになる可能性が高い。また、事業者らの計画している工程によれば、最初に行うのは、汚濁防止膜施工区域内に設置する工事であり、その後も、しばらくは床掘工や捨石工などの海底地盤整備等の工事が続くことになっている。海面の状況を不可逆的に変化させるような工程は、それが終わってからとなる。

## 二 広島地決平成20年2月29日判例集未搭載・決定要旨(申立て却下)

### (1) 申立人適格の有無について

「仮の差止めの申立人となるべき者は、差止訴訟の原告適格を有していることを要する(行訴法37条の4第3項)。」

(A) 慣習排水権者について：公水法が、「【①】：番号は筆者挿入，以下同】特に慣習排水権者を埋立免許に関する同意権者として扱い(公水法5条4号，4条3項1号)，損害の補償等の対象者としている(6条1項)点からすれば，公水法は，埋立ての対象となる公有水面に対する慣習排水権を個別的利益として保護する趣旨のものとして解されるから，慣習排水権者は，埋立免許処分の仮の差止めを求めるにつき法律上の利益を……有する。」そして慣習排水権者「とは，【②】……慣習により公有水面への排水の権利を取得した者をいい，……それは，長期間にわたり反復継続して当該公有水面に排水をし，かつ，当該公有水面の管理権限者及びこれについて漁業権や排水権等の法的権利を有する者から黙示に承認されるなど社会的に承認されたものをいう……。そして，【③】これは，……債権的な性格のものであっても……，また，本件公有水面への排水が直接的又は排他的」でなくとも，慣習排水権者に該当する。従って申立人Aは全員，公水法上の慣習排水権者として申立人適格を有する。

(C) 景観利益を有する者について：「【④】景観は，良好な風景として，人々の歴史的又は文化的環境を形作り，豊かな生活環境を構成する場合には，客観的価値を有[し，]

客観的価値を有する良好な景観に近接する地域内に居住し、その恵沢を日常的に享受している者は、良好な景観が有する客観的な価値の侵害に対して密接な利害関係を有するものというべきであり、これらの者が有する良好な景観の恵沢を享受する利益（景観利益）は、私法上の法律関係において、法律上保護に値する（最高裁平成18年3月30日判決。）『【⑤】(1)公水法4条1項3号が、埋立地の用途が土地利用又は環境保全に関する国又は地方公共団体の法律に基づく計画に违背していないかを埋立免許の基準の一つとしていること、(2)公水法3条が、埋立ての告示があったときは、その埋立てに関し利害関係を有する者は都道府県知事に意見書を提出することができる旨規定し、この利害関係人は、その埋立てに関し法律上の利害関係を有する者をいうと解せられるところ、本件埋立ての施工によって法的保護に値する景観利益を侵害される者は、上記利害関係人に当たるといえること、(3)瀬戸内法が、関係府県の知事が公水法2条1項の免許の判断をするに当たっては、瀬戸内法3条1項に規定されている瀬戸内海の特殊性につき十分配慮しなければならないと規定しており、その特殊性には国民が景勝地としての恵沢を享受していることが含まれていること、(4)政府の定めた基本計画及び広島県の定めた県計画が、『公水法2条1項の免許に当たっては、瀬戸内法13条2項の基本方針に沿って、環境保全に十分配慮するものとする。』旨を定めた上、『上記埋立事業に当たっては地域住民の意見が反映されるよう努めるものとする。』旨と定めていることの各点に加えて、【⑥】本件埋立ての施工内容……により申立人らの景観利益が大きく侵害され、本件埋立てが施工されればこれを原状に回復することはおよそ困難であることを併せ考慮すると、……少なくとも……歴史的町並みゾーン内の居住者〔63人〕……は、……本件埋立免許について行訴法37条の4第3項という法律上の利益を有する……。』

(2)「償うことのできない損害を避けるための緊急の必要」の有無について

「行訴法37条の5第2項は、……仮にとはいえ本案訴訟の請求が認容されたと同じ内容の効力を付与するものであることから、高度の緊急性を要求したものと解される。上記のような法の趣旨にかんがみると、【⑦】上記の「償うことのできない損害を避けるため緊急の必要」がある場合については、……当該行政処分それ自体ではなくこれに基づく執行によって発生する損害であっても、それが償うことのできない損害であり、かつ、当該行政処分がなされた以降間もない時期に同執行が着手されることが見込まれる等の事情から当該行政処分がなされた後直ちに取消訴訟を提起すると同時に執行停止を申し立てて執行停止の決定を受けたとしても、その損害の発生を防止できない場合もこれに当たると解するのが相当である。」

「慣習排水権については、……上記緊急の必要性を認めるに足りる疎明資料はない。」

「景観利益については、【⑧】本件埋立てが着工されれば、焚場の埋立てなどが行われ、直ちに鞆の浦及びその周辺の景観が害され、しかも、いったん害された景観を原状に回復することは著しく困難であるといえる。しかし、……、本件埋立免許がなされた場合、埋立工事は、早くとも本件埋立免許後1か月程度を経過してから着手され、場合によっては2か月程度を経過してから着工されることが予測される。……、【⑨】本件の本案である

差止訴訟は、既に当裁判所に係属し、弁論期日が重ねられ、景観利益に関する当事者の主張及び書証による立証はほぼ尽くされていることを併せ考慮すると、景観利益を法律上の利益とする申立人らは、【⑩】本件埋立免許がなされた場合、直ちに差止訴訟を取消訴訟に変更し、それと同時に執行停止の申立てをし、本件埋立てが着工される前に執行停止の申立てに対する許否の決定を受けることが十分可能であるといえる。したがって、景観利益を法律上の利益とする申立人らの本件申立てについても、上記緊急の必要性があるとはいえない。」

「よって、本件仮の差止めの申立ては、……いずれも申立ての要件を欠くから却下する……。」

### 三 慣習排水権の成立要件・性質について

公有水面埋立法5条において列挙された（慣習排水権者を含む）埋立同意権者（「埋立ニ関スル工事ノ施行区域内ニ於ケル公有水面ニ関シ権利ヲ有スル者」）が原告適格を有する点（要旨【①】）については、行訴法改正前における公水法の原告適格判断枠組みでも認められてきた<sup>6)</sup>。

問題は慣習排水権者の範囲であるが、本件でY側も引用する佐賀地判平成10年3月20日判時1683号81頁は、慣習排水権者とは「公有水面に対し排他的に長期かつ継続的に排水をなし、慣習法上、排水をなす権利を有するに至った者をいう」とし、かつ、「一般公衆が公物たる公有水面を使用することによって享受する利益は、公物が一般公衆に供用されたことの反射的利益であって、原則として、権利としての使用権が与えられるものではなく、そのことは公物たる公有水面を長期かつ継続的に、他人の利用を排して排他的に利用する場合であっても異ならず、その利用が社会的に正当な利益として保護され、その利用が妨げられると業務上又は日常生活上著しい支障が生ずるなど、特定人の公物の利用が特定の権利又は法律上の利益に基づくものであると認めるべき特段の事情がない限り、公有水面に関し慣習法上の権利を有するものであるとはいえない」と判断していた。

慣習排水権者の範囲確定に関する佐賀地裁判決の枠組みが、公物の一般使用に関して公衆に原告適格を肯定しようとする裁判例に依拠するものであることは明らかであるが<sup>7)</sup>、佐賀地判は「特別の事情」該当性に関連して「その利用が社会的に正当な利益として保護」されるか（社会的承認性）をも問題としており、慣行水利権（公水使用権）の判断枠組みをそこに組み込んでいる。慣行による公共物使用権の成立要件については、一般に「そ

6) 熊本地判昭和63年7月7日判タ678号82頁、鹿児島地判昭和60年3月22日判時1151号3頁など参照。

7) 松山地判昭和53年5月30日判時931号51頁、最判昭和62年11月24日判時1284号56頁、大阪地判平成14年10月25日判自244号89頁など。分析として、石崎誠也「国有財産使用許可処分に対する住民の原告適格」兼子仁教授還暦記念『手続法的行政法学の理論』（勁草書房、1995年）、石井昇「道路の自由使用と私人の地位」南博方先生古稀記念『行政法と法の支配』（有斐閣、1999年）、宮田三郎「道路の自由自用について」朝日法学論集29号（2003年）参照。

の利用が多年の慣習により、特定人、特定の住民又は団体など、ある限られた範囲の人々の間に、特別な利益として成立し、かつ、その利用が長期にわたって継続して、平穏かつ、公然と行われ、一般に正当な使用として社会的に承認されるに至ったものでなければならぬ」とされている<sup>8)</sup>。

他方で佐賀地裁判決は、この社会的承認性に関し、水質汚濁防止法や下水道法等の各種規制に鑑み、生活雑排水を公有水面に排出する利益は保護されるべきではないと判断していたので、慣習排水権者の範囲自体を極めて狭く解する結論となっていた。しかし社会的正当性をこのように解すれば、法5条が3号とは別に4号を規定した意義に乏しいものがある。

またそもそも慣習排水権は公物の一般利用とは異なり、公水法でも保護された慣習法上の特許使用であるにも関わらず、公物の一般利用に関する原告適格判断の枠組みを安易に借用し、権利承認要件として排除思考的な「特別の事情（社会的正当性）」を要求することは問題があり、端的に慣習法上の問題として、権利として認められる程度とは何かを問うべきだったであろう。

この点、広島地裁決定は、慣習排水権者とは「長期間にわたり反復継続して当該公有水面に排水をし、かつ、当該公有水面の管理権限者及びこれについて漁業権や排水権等の法的権利を有する者から黙示に承認されるなど社会的に承認されたものをいう（要旨【②】）」とした。広島地裁決定は、原告適格の判断枠組みからは離れ、端的に慣習法成立の範囲の問題として議論するものである。

この点につき、第一に、慣習法成立に際し一般に要求される社会的承認性については公物管理権者及び公水法上の関係当事者からの黙示的承認で足りるとする<sup>9)</sup>。

それと比べ、第二に、佐賀地判が要求した排他性及び直接的接続性を副次的な要素にとどめている。その論拠は広島地裁決定によれば慣習排水権が「その期間の長短や排水の態様等の違いから、物権的な性格のものと債権的な性格のものに区別されると解されるが、債権的な性格のものであっても、当該公有水面の管理権限者に排水権を主張できることに変わりはない（要旨【③】）」とし、慣習排水権に物権的性格のみならず債権的性格を認める点にある。この債権的性格が排水権者間での関係を指すのか、公物管理権者との関係を指すのか<sup>10)</sup>、あるいは両者を含んだ意味を持つのかは定かではない。

8) 判例整理を含め、原龍之助『公物营造物法（新版）』（有斐閣、1974年）282頁以下参照。近年の裁判例として、山形地米沢支決昭和63年12月26日訟月35卷6号991頁、奈良地葛城支判平成11年3月24日判タ1035号190頁、広島高岡山支判平成16年2月2日訟月51卷5号1280頁を参照。

9) 同旨として、前橋地判昭和39年1月30日下民15卷1号94頁（水路への慣習排水権）。慣習水利権の成立要件については、前掲・広島高裁岡山支部判決を分析する新田和憲「判批」みんけん576号（2005年）を参照。

10) 公共用物使用権の性質に関し公法上の債権的側面があることを承認する折衷説として、原龍之助『公物营造物法』前掲註（8）295頁、金沢良雄『水法』（有斐閣、1967年）84頁参照。

#### 四 景観利益と原告適格

##### (1) 環境利益と原告適格

ある行政処分につき近隣住民等の第三者の原告適格が問題となる場合、行訴法改正前の裁判例はその是認を違法な処分により生命・身体等への影響がある場合に限定し、それ以外の住環境利益や財産的利益については軽視する傾向があることが指摘されている。最判平成6年9月27日判時1518号10頁は、環境利益について個別保護性を肯定したが、これは風俗営業等の規制及び業務の適正化に関する法律4条2項2号が良好な風俗環境を保全するため「点」としての特定施設からの距離制限に着目するものであり、逆に「面」的範囲が広がり利益の特定性を欠く営業制限地域の居住者個人に原告適格を認めるものではなかった（最判平成10年12月17日民集52巻9号1821頁<sup>11)</sup>。

新潟空港判決、もんじゅ最高裁判決（最判平成4年9月22日民集46巻6号571頁）、行訴法改正後の小田急最高裁判決（最大判平成17年12月7日民集59巻10号2645頁）も生活環境について個別保護性を肯定していたが、それはやはり危険や環境負荷の発生源（＝「点」）からの距離に着目したことによるものに過ぎず<sup>12)</sup>、小田急判決により今後「生活環境」について個別保護性が広く認められるようになる、とは直ちに言えないとの見方がされてきた<sup>13)</sup>。

以上の点を行訴法改正前後の公水法関係の裁判例の動向から確認する。

##### (2) 公有水面埋立法における第三者の原告適格

慣習排水権者等の公水法5条所定の同意権者と異なり、それ以外の付近住民等の原告適格については、行訴法改正前の裁判例は一様に否定する傾向にあった<sup>14)</sup>。

確かに昭和48年改正前の公有水面埋立法（大正10年法律第57号）であれば、その特徴は公有水面埋立事業を円滑に実施すべく従前の官有地取扱規則12条（明治23年勅令第276号）の不備を埋めて埋立事業と既得権益との利害調整規定をおいた点にあり、そこでの公有水面権利者を4者に限定し（法5条）、これらの者が埋立に同意したことを公有水面埋立免許の要件の一つとした（法4条3項1号）ことからすれば、法5条各号に規定された権利以外の権利利益は考慮の対象から除かれていたという解釈も成り立つ。

しかし昭和48年の同法改正以後は解釈環境に変化が生じていた。即ち、大規模埋立に伴う環境問題の深刻化への対処と埋立地の利権化への対処の見地から、公水法は昭和48年に大幅に法改正が行われたのであった。

11) 最近でも、東京地判平成19年3月29日判例集未搭載がこの手法をなお用いる。

12) 角松生史「まちづくり・環境訴訟における空間の位置づけ」法律時報79巻9号（2007年）30頁。

13) 山本隆司「判例から探究する行政法（5）原告適格（1）」法学教室336号（2008年）69頁、桑原勇進「原告適格に関する最高裁判例」ジュリスト1310号（2006年）17頁。

14) 公水法における法的論点（行訴法改正前）を整理したものとして、折登美紀「公有水面埋立免許をめぐる原告適格」広島女学院大学人間・社会文化研究2号（2004年）参照。



環境問題への対処に関する主要な改正点は、①公衆に出願事項を縦覧し、また関係都道府県知事へ周知させるなど、埋立てに関する利害関係者（範囲について限定なし）の意見を反映させる措置を拡充し（3条）、②従来規定に乏しかった埋立免許の基準を明定し、知事の免許に法的羈束を加え、特に「その埋立が環境保全及び災害防止につき十分配慮せられたるものなること」（法4条1項2号）、「埋立地の用途が土地利用又は環境保全に関する国又は地方公共団体（港務局を含む）の法律に基づく計画に违背せざること」（同項3号）が規定されたこと（4条）、③重要河川や大規模な埋立に関し知事の免許を主務大臣が認可する場合、一定のものは環境保全上の観点から環境庁長官（現環境大臣）の意見を求めなければならない（47条2項）、としたことなどである<sup>15)</sup>。

また昭和48年当時、急激な経済発展に伴い急速に瀬戸内海の埋立が行われたため、瀬戸内海の環境の保全を図ることを目的として（1条）、同年に瀬戸内海環境保全臨時措置法（昭和53年に特別措置法に改称され恒久法化。以下、瀬戸内法）が全会一致の議員立法として制定された。

同法13条1項は「関係府県〔大阪府、兵庫県、和歌山県、岡山県、広島県、山口県、徳島県、香川県、愛媛県、福岡県、大分県、京都府、奈良県〕知事は、瀬戸内海における公有水面埋立法2条1項の免許又は同法42条1項の承認については、3条2項の瀬戸内海の特異性〔瀬戸内海が、わが国のみならず世界においても比類のない美しさを誇る景勝地として、また、国民にとって貴重な漁業資源の宝庫として、その恵沢を国民がひとしく享受し、後代の国民に継承すべきものであること〕につき十分配慮しなければならない」と規定し、知事の埋立免許における配慮基準を追加している。

しかし行訴法改正前の公水法の裁判例は伝統的な原告適格の判断枠組みに依拠し、公水法と瀬戸内法の環境配慮規定を一般的な公益保護目的規定に分類し、法4条1項各号により課せられている制約によって埋立予定地域付近に居住する住民が享受する利益は単なる反射的利益にすぎないと解してきた<sup>16)</sup>。

例えば神戸地判昭和54年11月20日判時954号17頁〔姫路 NLG 基地訴訟〕は、「4条1項2号の規定は、国民の健康の保護と生活環境の保全という公益実現を図り、一定水準以上の環境を確保するという行政目的のための抽象的基準と解されるものであり、又、……3号……の免許権者の審査も、埋立地の用途が土地利用又は環境保全に関する国又は地方公共団体の法律に基づく計画との適合性を有しているか否かという一般公益的な見地からなされるものというべきである。」意見手続についても、「……3条3項の規定は、地域住民等の意見を免許の際の参考に供しようという趣旨であり、それらの者の利益を法律上個別

15) 石井正弘「公有水面埋立ての規制の強化」時の法令857号（1974年）、三本木健治「公有水面埋立法の改正とその史的回顧」自治研究50巻7号（1974年）参照。

16) 福島地判昭和53年6月19日判例時報894号39頁、神戸地判昭和54年11月20日判時954号17頁、札幌高判昭和57年6月22日判時1071号48頁、鹿児島地判昭和60年3月22日判時1151号3頁、鹿児島地判昭和62年5月29日判時1249号46頁、熊本地判昭和63年7月7日判タ678号82頁、佐賀地判平成10年3月20日判時1683号81頁など参照。

的に保護したものと解せられない」とし、更に瀬戸内法13条についても、「国民的財産である瀬戸内海の環境保全を通して公共の利益の増進を図る[という]公益的見地からの規制と目すべきものであつて、瀬戸内海沿岸住民の個々の利益を保護したものと解することはできない」とした<sup>17)</sup>。

前掲・佐賀地裁平成10年判決も、「……法4条3項、5条の規定が具体的に定められているのに対し、同法4条1項……2号が規定する環境保全に関する基準は、……一定水準以上の環境、安全性を確保するという行政目的達成のための一般的、抽象的基準であつて、環境保全等の具体的基準を明示していない。同項3号の規定は、埋立地の用途について、埋立地周辺等における土地利用上の整合性を求めたものであり、右規定により、環境保全に関しては、環境への影響が環境基本法……により定められた環境基準や公害防止計画等の許容基準を超えてはならないことが要求されることになるが、右は、……行政の努力目標を示す指標にすぎないものである。」意見手続についても、「同法3条……の規定は、行政の正当性を担保するため国民の行政参加の一環として利害関係人の意見等を反映させるものであるが、提出されたのちの意見書の取扱については、何ら明文による規律がなされておらず、免許権者は、これら意見に直ちに拘束されるものではない……。」そうすると、「これらの規定は、専ら一般的な公益を保護する趣旨のものと解するのが相当であり……、周辺住民……等の有する生活上又は営業上の環境利益……を一般的の公益の中に吸収解消されない個別的利益としても具体的に保護すべきものとする趣旨を含むものと解することは到底困難である。」

但し、2号でも「災害防止」配慮規定については、もんじゅ判決の趣旨に従い、生命、身体の安全等を必然的に侵害される蓋然性が高い一定の地域住民について原告適格が肯定されている<sup>18)</sup>。

行訴法改正後では、多少の変化が見られるものの、行訴法改正直前までの判断枠組みから半歩しか抜け出ていない。例えば大分地判平成19年3月26日判例集未搭載、及び広島高松江支判平成19年10月31日判例集未搭載は、いずれも行訴法9条2項において処分の相手方以外の第三者の法律上の利益の判断につき解釈基準として法定された考慮事項を踏まえた判断枠組みを展開する。即ち、環境への配慮を埋立免許要件その他の規定に明確化した昭和48年法改正の趣旨、及び「関連法令」としての環境基本法、環境影響評価法、環境影響評価条例の規定<sup>19)</sup>、また違法な埋立免許がなされた場合の被害の内容、性質、程度等に照らし、埋立区域の周辺住民について原告適格が肯定される場合があることを認める。しかし両判決とも原告適格を、埋立工事による汚濁流出等に伴う水質や底質の悪化等により、生命、身体の安全が脅かされ、又、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埋立区域の周辺地域で生活する者に限定し、逆に、生命、身体の安全に影響を与えない、比較的小規模な公有水面埋立事業がもたらす生活環境に対する軽微な被害や

17) 結論を是認するものとして、荏原明則「判批」『環境法判例百選』（有斐閣、2004年）183頁。

18) 佐賀地決平成5年4月8日判自115号61頁も参照。

19) 後掲註(32)参照。

財産的被害については原告適格を否定しているのである。

### (3) 国立最高裁判決と原告適格論への影響

他方で最高裁は、小田急判決の後、国立マンション民事訴訟最高裁判決（最判平成18年3月30日民集60巻3号948頁）において、「生活環境」の本来的概念とも言うべき景観利益が「法律上保護された利益（民法709条）」であることをいとも簡単に承認した。

景観利益は、従来眺望利益と並んで、高層建築物の民事差止等を求めるための基礎となる権利利益として主張されてきたものである。眺望利益と景観利益の区別は、風景の対象範囲の観点からは相対的なものに過ぎないと言えるが、眺望利益の方は、比較的早くから財産的な営業利益として、その後は個人の人格的利益の一つとしても承認されてきたのに対し<sup>20)</sup>、景観利益については、国立マンション民事訴訟第一審である東京地判平成14年12月18日判時1829号36頁にて肯定されるまで、これを認める裁判例は皆無であった<sup>21)</sup>。

これは、景観利益と眺望利益は共に生命・身体への侵害というよりは精神的な快適さの保護を求めるものであって、そのような利益は保護の重要性の点で日照等よりも低い位置付けしか与えられていないことに加え、眺望よりも更に公共的な環境を権利対象とする景観利益が人格的利益として認められることは困難と考えられたことによる。東京高判平成13年6月7日判時1758号47頁によれば、「景観を享受する利益は、当該地域住民にのみ認められるものではなく、……国民各人にも広く認められるものであって、公共的利益というべきものであり、……眺望利益とは異なり、個人の個別的・具体的な利益ということはいできない（傍点筆者）。」こうして従前は、景観利益も人格権的性格を持つとは言えるものの、より環境権的な性格を強く有し<sup>22)</sup>、一個人に景観利益が帰属することに否定的な態度が取られてきた。

行政訴訟の原告適格論においても、都市計画及び風致地区条例や<sup>23)</sup>、文化財保護法の解釈において<sup>24)</sup>、あるいは公物自由使用の理論の帰結として<sup>25)</sup>、景観利益は反射的利益に過ぎないとされ、住民に個別保護性が認められることはなかった。

国立最判は、景観利益と眺望利益の質的相違を峻別する上記議論には触れることなく、

20) 東京高判昭和38年9月11日判タ154号60頁、東京高決昭和51年11月11日判時840号60頁参照。

21) 東京高決平成12年12月22日判時1767号43頁、京都地決平成4年8月6日判時1432号125頁、東京高決昭和53年9月18日判時907号61頁等参照。

22) 淡路剛久『環境権の法理と裁判』（有斐閣、1980年）110～111頁、大阪弁護士会環境権研究会編『環境権』（日本評論社、1973年）83頁註5参照。

23) 京都地判平成19年11月7日判タ1282号75頁、横浜地判平成17年11月30日判自277号31頁、横浜地判平成17年10月19日判自280号93頁、京都地判昭和61年1月23日判時1191号78頁、横浜地判昭和59年1月30日判時1114号41頁参照。

24) 東京地判昭和30年10月14日行集6巻10号2370頁（広島三段峡事件）参照。

25) 東京高判昭和49年4月30日判時743号31頁（国立歩道橋事件）、松山地判昭和53年5月29日判時889号3頁（長浜入浜権訴訟）参照。なお建築工事禁止等仮処分の事案であるが、東京高決昭和53年9月18日判時907号61頁も参照。

景観利益が私法上「保護された利益」であり個人に帰属することを認めた訳である。国立最判はこのような判断の実質的根拠として、良好な景観が有する価値を保護することを目的とした景観条例や景観法の相次ぐ制定に言及している。この点につき、景観が法的に保護されるにせよ、住民に必ずしも個別具体的な景観利益を保障している訳ではない景観条例や景観法の引用によって景観利益が「法律上保護された利益」であると結論づける国立最高裁判決を「論理展開に飛躍が見られる」と疑問を呈する見解もある<sup>26)</sup>。国立最判が景観条例や景観法に言及した趣旨は、「景観利益の内容は……社会の変化に伴って変化する可能性のあるものでもある」と述べているところからも、単に「社会通念」の変化を踏まえたものに過ぎないであろうが、今後、景観法に根拠を置く処分が各種の行政訴訟で問題となる場合に景観利益に基礎づけられた原告適格が一定の地域住民に肯定される余地は多分にある<sup>27)</sup>。

ところで国立最判は、「景観利益は、これが侵害された場合に被侵害者の生活妨害や健康被害を生じさせるという性質のものではないこと、景観利益の保護は、一方において当該地域における土地・建物の財産権に制限を加えることとなり、その範囲・内容等をめぐって周辺の住民相互間や財産権者との間で意見の対立が生ずることも予想されるのであるから、景観利益の保護とこれに伴う財産権等の規制は、第一次的には、民主的手続により定められた行政法規や当該地域の条例等によってなされることが予定されているものといえることなどからすれば、ある行為が景観利益に対する違法な侵害に当たるといえるためには、少なくとも、その侵害行為が刑罰法規や行政法規の規制に違反するもの……であるなど、侵害行為の態様や程度の面において社会的に容認された行為としての相当性を欠くことが求められる」と述べており、生命・健康利益に対する景観利益の劣位性、及び紛争解決における行政法の適切性を理由に、景観紛争に関して民事責任が成立する場面が極めて少ないことを示唆している。この点からして、景観紛争における司法解決手段としての行政訴訟の重みが民事訴訟に比べ高まることが予想される<sup>28)</sup>。

そのことに加え、最高裁が国立判決によって生活環境を一般的に広く保護する方向に舵を切ったと予想することが許されるのであれば、国立最判が行政訴訟の実務にどのような影響を与えるか注目されることは必然であった<sup>29)</sup>。実際に小田急判決以降、判例修正の余地が指摘されてきた風営法の分野で原告適格を肯定する裁判例が出現しているが<sup>30)</sup>、必ずしも確実性のある動向ではない<sup>31)</sup>。

26) 前田陽一「判批」法の支配143号(2006年)101頁。

27) 積極説として、畠山武道「景観保護における裁判の役割と限界」自治実務セミナー45巻10号(2006年)54頁、同「都市計画道路と行政訴訟」自治実務セミナー47巻5号(2008年)37頁参照。

28) 同旨として、越智敏裕「判批」Lexis判例速報9号(2006年)98頁。

29) 畠山武道「景観保護における裁判の役割と限界」前掲註(27)54頁、山本隆司「判例から探究する行政法(5)原告適格(1)」前掲註(13)69頁。また小田急判決の国立判決への影響を指摘するものとして、大塚直「国立景観訴訟最高裁判決の意義と課題」ジュリスト1323号(2006年)81頁参照。

30) 大阪地判平成18年10月26日判タ1226号82頁。

31) 例えば大阪地判平成19年3月14日判タ1257号79頁、名古屋地決平成18年7月20日判例集未搭載は、

広島地裁決定はこれにつき一素材を提供するものである。以下、決定内容を検討する(必ずしも決定の順序通りではない)。

#### (4) 広島地裁決定の分析

##### (4-1) 「目的を共通にする関係法令」について

行政訴訟検討会において、公有水面埋立法と「目的を共通にする関係法令」として挙げられていたのは環境影響評価法や環境基本法であった<sup>32)</sup>。これに対し広島地裁決定は、公有水面埋立法と「目的を共通にする関係法令」として瀬戸内法の趣旨及び目的を参酌する。公水法が環境保全を一つの目的とするにしても、そこでの「環境」に景観が含まれると解されるかについては公水法だけでは即答し得ず<sup>33)</sup>、このことは環境影響評価法や環境基本法を参酌してもやや困難に思われたことによると考えられる<sup>34)</sup>。

広島地裁決定は公水法と瀬戸内法がなぜ「目的を共通にする」か明示するところはないが<sup>35)</sup>、第一に公水法には目的規定が存在しないながらも、昭和48年の改正により環境配慮に関する埋立免許要件が明確化され環境保全に十分な配慮を講じること法目的の一つであると解され<sup>36)</sup>、同年制定の瀬戸内法の法目的も瀬戸内海の環境保全を図ろうとする点で公水法と趣旨・目的を共通すると言えること、第二に瀬戸内法13条1項が特別法的埋立免許における配慮義務を知事に課していること、第三に瀬戸内法によって定められた政府基本計画(瀬戸内海環境保全基本計画)、及び広島県の計画(瀬戸内海の環境の保全に関する広島県計画<sup>37)</sup>)は公水法4条1項3号の「法律ニ基ク計画」に該当し、かつ、埋立免許基準の内容として適用されることとなる(「違背セザルコト」)こと等に照らすと<sup>38)</sup>、公水法

---

自転車競技法及びモーターボート競走法の解釈として、生活環境利益が生命・身体等の人格的利益よりも劣位すること等を根拠に個別保護性を否定している。

- 32) 行政訴訟検討会第26回会合(平成15年11月28日)配布資料4「取消訴訟の原告適格の拡大(検討参考資料・補充)」参照。
- 33) 大西有二「鹿兒島地判昭和60年3月22日判批」『公害・環境判例百選』(有斐閣, 1994年)179頁。
- 34) 但し、公有水面の埋立て又は干拓の事業に係る環境影響評価の項目並びに当該項目に係る調査、予測及び評価を合理的に行うための手法を選定するための指針、環境の保全のための措置に関する指針等を定める省令(平成18年3月30日農林水産省・国土交通省令第1号)は、景観を環境要素として挙げている。
- 35) 公水法の「関連法令」につき、小早川光郎編『改正行政事件訴訟法研究』(有斐閣, 2005年)80~82頁に議論がある。
- 36) 大分地判平成19年3月26日判例集未搭載。
- 37) 余計なことであるが、判決文中に広島県計画が「名勝公園が文化財保護法により特別史跡、特別名勝として指定されている」と明記している旨の記述があるが、これは厳島の誤りであろう。
- 38) なお「瀬戸内海環境保全臨時措置法第13条第1項の埋立についての規定の運用に関する基本方針について」(昭和49年6月18日:環水規127号)では、公有水面埋立法2条1項の免許又は42条1項の承認にあたり十分配慮することとして、「埋立て、埋立地の用途及び埋立工事による自然環境(生物生態系、自然景観及び文化財を含む。)への影響の度合が軽微であること」、埋立てを極力さける地域として、「文化財保護法による史跡名勝天然記念物に指定された地域(その周辺を含む)」が挙げられている。

と瀬戸内法・同基本計画・基本方針・県計画は法体系全体の中で「目的を共通にする関係法令」であると言えよう。

こうして【要旨⑤】の(1)と(3)で瀬戸内法を参酌することで、瀬戸内海の埋立に関しては公水法上の環境概念(公水法4条1項3号)に景観が含まれ、景観が公水法の保護範囲に含まれるとの解釈が成り立つ。

#### (4-2) 景観利益の「内容及び性質」について

景観利益が法の保護範囲に属するとされるなら、次にそのような景観利益が地域住民に個別的に保護されるものであるかの検討を要する。

個別保護性を導くに際して、広島地裁決定は利害関係者の意見提出手続等(公水法3条3項, 政府基本計画第3の5, 広島県計画第3の5)にも着目し、景観利益を侵害される者はこれら利害関係者に該当するという解釈(【要旨⑤】の(2)と(4))に触れている。従来の公水法裁判例とは異なる解釈態度であるが、意見提出規定の存在のみによって個別保護性が肯定されるとは言えず<sup>39)</sup>、あくまで補助的な解釈素材に過ぎない。

そこで注目されるのが、広島地裁決定が国立最高裁判決を引用した点である(【要旨④】)。広島地裁決定は、「客観的価値を有する良好な景観に近接する地域内に居住し、その恵沢を日常的に享受している者は、良好な景観が有する客観的な価値の侵害に対して密接な利害関係を有するものというべきであり、これらの者が有する良好な景観の恵沢を享受する利益(景観利益)は、私法上の法律関係において、法律上保護に値するものと解せられる」と国立最高裁判決を引用して、「当該処分において考慮されるべき」景観利益の「内容及び性質」を確認した。

では広島地裁決定は、国立最高裁判決につきどのような用い方をして「不特定多数者の具体的利益を、専ら一般公益の中に吸収解消させるにとどめず、個々人の個別的利益としても保護しようとする趣旨」を導いたのであろうか。

結論から言えば、国立最判が景観利益を(環境上の)人格的利益の一種として承認したと理解するならば<sup>40)</sup>、人格的利益を原告適格判断において重要視してきた一連の最高裁判例法理の延長線上に新たに景観利益の個別保護性を見出すことは可能であって、広島地裁決定も国立最判の議論を9条2項の後半の考慮事項の文脈(特に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の内容及び性質並びにこれが害される態様及び程度の勘案)で利用するものと思われる。

これに対し、広島地裁決定は、国立最判の景観利益論の定式、即ち①景観の客観的価値と②景観価値への密接な利害関係性を以て景観利益の成立要件と解する議論を、処分根拠法である公水法の解釈に直接取り込んで景観利益の個別保護性を判断する、という手法は取らなかった。

39) 最判昭和57年9月9日民集36巻9号1679頁。

40) 大塚直「国立景観訴訟最高裁判決の意義と課題」前掲註(29)73頁。

ただこの点につき、広島地裁決定は結論部分において申立人が主張した「歴史的町並みゾーン」内の居住者が原告適格を有すると判断しているが、これは上記②景観価値への密接な利害関係性について国立最判が「客観的価値を有する良好な景観に近接する地域内に居住し、その恵沢を日常的に享受している者」を挙げた点に対応しているのであって、その用いられ方が問題となる。なお歴史的町並みゾーンとは、申立人によれば「歴史的港湾ゾーン」及び「歴史的建造物・寺社ゾーン」（これらは旧鞆町の範囲と焚場を含む陸上部分とこれらに面する海面部分であり、雁木、常夜燈、波止、焚場及び船番所を含め、主要な歴史的港湾遺跡や歴史的建造物等が集中する地域）を取り囲み、さらにその周囲の名勝鞆公園の大部分を含む範囲（590ヘクタール）である<sup>41)</sup>。

以下、若干の検討をすると、鞆の浦のケースと比較すべきなのは、行政訴訟において景観利益の個別保護性を初めて肯定した国立マンション行政訴訟における東京地判平成13年12月4日判時1791号3頁である。同事件は、地域住民が自らの建築権限の自主規制を含めて主体的に形成してきた景観が問題となる、吉田克己教授が言うところの「景観共同形成型」の事例であり<sup>42)</sup>、建築基準法が地域住民に個別的に保護する景観利益も「互換的利害(交換)関係」論<sup>43)</sup>、即ち、「景観を構成する空間の利用者全員が相互にその景観を維持・尊重し合う関係」に着目し、「一人でも規制に反する者がいると、景観は容易に破壊されてしまうために、規制を受ける者が景観を維持する意欲を失い、景観破壊が促進される結果を生じ易く、規制を受ける者の景観に対する利益を十分に保護しなければ、景観の維持という公益目的の達成自体が困難になる」ことを根拠とするものであった。原告適格の範囲確定もそれに連動しており、高さ制限地区地権者に限定されていた。

これに対し鞆の浦の景観と住民との関わりは、Xらの主張によれば「鞆の浦は、多数の島嶼、港、歴史的港湾施設、伝統的建造物群、背後の山並みが一体となった歴史的・文化的・自然的諸価値に基づく確立した良好な景観価値が認められるところ、申立人らはいずれも、その価値を理解して、生業や生活を通じてその価値の再生・保全・維持に貢献してきたと同時に、これらが持つ貴重な恵沢を日常的に享受してきた」というものであって、住民間で何らかの互酬的な自主規制（必ずしも土地利用に限定する必要はなからう）があった様子は窺われない。また景観も主として公有水面上に存在する。そこで鞆の浦のケースは、既に存在している景観の享受が問題となる「既存景観享受型」であり、和歌の浦景観訴訟の事例に近いと言える<sup>44)</sup>。

41) 判決文別紙2に図面があり、原告団のHP ([http://www.tomo-saiban.net/download/kari\\_ketteibun.pdf](http://www.tomo-saiban.net/download/kari_ketteibun.pdf)) で見ることができる。

42) 吉田克己「景観利益の法的保護」判タ54巻16号（2003年）参照。

43) 空間利用に関して規律を受ける利害関係者相互間の「互換的交換関係」がある場合には、処分の直接の根拠規定に限らず関係規範の総体により出訴権能が根拠づけられるとされ、この理論は例えば風営法に関する最判平成10年12月17日の事案で適用可能と説かれる。山本隆司「最判平成13年3月13日判批」法学教室253号（2001年）120頁、同『行政上の主観法と法関係』（有斐閣、2000年）306頁以下参照。

44) 和歌山地判平成6年11月30日判自145号36頁。

すると鞆の浦のケースでは、景観の存立は住民の活動に必ずしも依拠するものではなく、公水法の解釈として住民の景観利益を保護しなければ住民は景観保護の意欲を失い、景観保全という公益目的の達成が困難になる、という論法は直ちには利用し得なくなる。

そこで、既存景観享受型である鞆の浦の景観利益に関し、広島地裁決定が国立最判の「良好な景観の恵沢を享受する利益」論を公水法解釈に導入して個別保護性が判断できないかに思いが至る。国立最判の景観利益論も「共同形成型」を事実認定として前提とするものではなく、表現として既存景観享受型を含みうるものであるからである<sup>45)</sup>。広島地裁決定も国立最判を引用するにあたり巧みに「都市の景観」という表現を省略している。

しかし、国立最判により景観利益が私法上の法律関係において保護に値する場合があるとされ、その要件として上記①②の定式があるからと言って、行政訴訟の原告適格判断(処分要件説)においてそれと同一の解釈を処分の直接の根拠法である公有水面埋立法から直ちに導き得るものではない。景観価値とは第一義的には公益に属すべきものであり<sup>46)</sup>、他方で客観的価値を持つ景観に近接して居住する者(広島地裁決定では「歴史的町並みゾーン内の居住者」)に対しなぜ特有の個別保護性が認められることになるのかの論証過程は①②だけでは明らかになることはない<sup>47)</sup>。②における景観価値近接地域内の居住者とそれ以外の者を区別は、まずは原告適格の範囲確定の問題であろう。

多くの論者が指摘するように、国立最判の定式を採用することで景観利益の主体が近隣居住者に広がった分、その利益の強さは希釈される<sup>48)</sup>。更に景観が自然・歴史的なそれであって、国家国民的に優れたものと評価されればされるほど(文化財保護法上の名勝(「庭園、橋梁、峡谷、海浜、山岳その他の名勝地で我が国にとつて芸術上又は観賞上価値の高いもの(文化財保護法2条1項4号)」)指定を受け、自然公園法による瀬戸内海国立公園(「我が国の風景を代表するに足りる傑出した自然の風景地(自然公園法2条2号)」)の指定範囲に含まれている鞆の浦は正にそれに該当しよう)、景観利益の個別保護性を認定する契機が弱くなるという要素もここには絡んでくる。

この点で国立マンション行政訴訟第一審が、「規制を受ける者の景観に対する利益を十分に保護しなければ、景観の維持という公益目的の達成自体が困難になる」とした論拠は、建築基準法の解釈において利益取得の正当性と(それ故の)公益との並列的成立の根拠を示すもので確かに明快であった<sup>49)</sup>。但し同判決は景観の地域住民に対する依存関係を念頭

45) 大塚直「国立景観訴訟最高裁判決の意義と課題」前掲註(29)75頁。

46) 国立マンション民事訴訟第一審は、景観利益を財産権的利益として構成している。

47) 原告適格論としては、小早川説と内容が類似する点が想起される。小早川光郎「抗告訴訟と法律上の利益・覚え書き」成田頼明先生古稀記念『政策実現と行政法』(有斐閣、1998年)51頁以下。東京地判昭和30年10月14日行集6巻10号2370頁(広島三段峡事件)も参照。但し小早川説は被侵害利益が必ずしも立法の保護範囲に属する利益ではない場合が念頭に置かれており(小早川光郎『行政法講義(下3)』(弘文堂、2007年)259頁)、立法の保護範囲に属する利益への侵害が認められる鞆の浦のケースとは異なる。

48) 大塚直「国立景観訴訟最高裁判決の意義と課題」前掲註(29)76頁、角松生史「まちづくり・環境訴訟における空間の位置づけ」前掲註(12)32頁。



に置く「景観共同形成型」に基づいた判断である。

以上から広島地裁決定は、既存景観享受型のケースにおいて、人格的利益を原告適格判断において重要視してきた一連の最高裁判例法理の最外周に国立最判の景観利益論を位置づけ、景観利益の個別保護性を見出そうとしたものと思われる。その場合必ずしも処分の根拠となる公有水面埋立法「の規定の文言のみ」による必要はない。

そうであるなら「生活上又は事業上著しい支障が生ずるといような特別の事情」がある場合に個別具体的な公物利用利益を肯定してきた公物法分野での原告適格法理への適合を試みることも可能であろう<sup>50)</sup>。新行訴法9条2項の要考慮事項（特に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の内容及び性質並びにこれが害される態様及び程度の勘案）は公物法における裁判実務に制定法上のよりどころを与えた訳であるが<sup>51)</sup>、では人格的な景観利益がどのように害され、著しい支障を生活者にもたらしているのかの点につき、行訴法9条2項に即した広島地裁決定の判断を次に検証する。

#### (4-3) 埋立免許が公水法に違反した場合に「害されることとなる利益の内容及び性質」

前述の①景観の客観的価値性について、国立最判は「景観が良好な風景として、人々の歴史的又は文化的環境を形作り、豊かな生活環境を構成する場合」を指摘する。傍点部は文脈的には都市景観に関するものであるが、歴史的景観にも適用可能な表現であり、広島地裁決定も鞆の浦景観の文化財的重要性を多々認定する。

その際、鞆港の持つ重要な文化財的価値と、鞆地区が重要伝統的建造物群（文化財保護法2条6号）として選定される可能性があることを考慮している点がとりわけ注目される。諸般の事情から福山市は港湾施設や鞆地区に関して文化財保護法上の指定手続を未だ取っていない。諸利益を調整する立場にある福山市に行政上の懈怠という表現は酷かもしれないが、一方で戦後の高度経済成長期に文化財保護法の保護対象から漏れた貴重な都市・農村景観が次々と失われたのも事実である。広島地裁決定が行政施策の有無に関わらずその文化財的価値を肯定した点を評価したい。

#### (4-4) 埋立免許が公水法に違反した場合に景観利益「が害される態様及び程度」

広島地裁決定は、私法上保護に値する景観利益「が害される態様及び程度」として埋立工事の具体的施行内容を確認する。それによれば、埋立てにより焚場は土中に埋められるほか、鞆港の入江を東から西にまたぐ橋梁が設置され、景観「を原状に回復することはおよそ困難である」こと、つまり景観破壊が不可逆的であることを認定する（要旨【⑥】）。

49) 景観利益取得の能動性を強く要求するものとして、角松生史「まちづくり・環境訴訟における空間の位置づけ」前掲註(12)32頁、吉村良一「景観保護と不法行為法——国立景観訴訟最高裁判決の検討を中心に」立命館法學310号(2006年)476～80頁参照。

50) 松山地判昭和53年5月30日判時931号51頁等。なお景観利益に関してこの点を唯一示唆していたものとして、東京高決昭和53年9月18日判時907号61頁参照。

51) 塩野宏『行政法Ⅲ(第3版)』(有斐閣, 2006年)346～347頁。

そして景観破壊の不可逆性をその他の考慮事項と「併せ考慮すると」とされていることから、景観利益の個別保護性の是認に関しては結局この点が決め手となったのではないかとと思われる。

景観利益のような公益と私益の間にある集团的・拡散的利益について、新行訴法9条2項の考慮事項の法定により、「結果としてこれまでは必ずしも狭義の私益としては認識されてこなかった利益についても、私益と位置づけられて保護が図られる」ことが予想されてきた<sup>52)</sup>。広島地裁決定が行訴法9条2項の考慮事項を一つ一つ考慮し、景観利益について原告適格を認める判断に至ったことで、それを裏付けた訳である。

なお景観破壊の態様、程度に関する判断の中で、単に鞆の浦の景観に文化財保護法上の保護認定を必ずしも要求していないこと、単体としての焚場の事実上の破壊だけでなく、五つの土木遺産遺構が「一体をなして」いる景観が破壊されてしまうと判断していることを評価したい。

#### (4-5) 課題

景観が良好なものとして客観的価値を持つと認定される場合、その破壊は常に不可逆的性格を持つと言える。この点は共同景観形成型と既存景観享受型の区別に関わりはなく、国立マンション行政訴訟第一審も、行訴法改正前の無名抗告訴訟（義務付け訴訟）を適法とするための「緊急性」の判断内容として、「調和のとれた景観が形成されるまでには相当長期間を要するのに対し、景観は、……非常に破壊されやすいものであって、しかも、いったん破壊された景観は、容易には回復し得ないものである」と述べている。

従来、景観利益については共同景観形成型と既存景観享受型の二種類の区別が知られてきた。しかし広島地裁決定の原告適格肯定の判断の決め手が新行訴法9条2項を前提にして《景観破壊の不可逆性》という景観利益「が害される態様及び程度」にあったとすれば、共同景観形成型にもその論理は適用可能であって、原告適格論において二つの景観利益論を区別することの意義は相対的に薄れたのではないと思われる。

そして原告適格論における国立最判の定式の利用のされ方としては、その定式、即ち、①景観の客観的価値（「景観が良好な風景として、人々の歴史的又は文化的環境を形作り、豊かな生活環境を構成する場合」と②景観価値への密接な利害関係性（「客観的価値を有する良好な景観に近接する地域内に居住し、その恵沢を日常的に享受している者」）のうち、②は原告適格の範囲確定に何らかの解釈指針を与える役割を担う。なお、その区別につき広島地裁決定は申立人の主張する「歴史的町並みゾーン」を一応の基準としていることからして、名勝鞆公園の指定範囲を「勘案」しているように思われる。

①については、景観破壊が不可逆的か否かの議論に関連して重要性を持つことになるのではないか。

52) 福井秀夫ほか『新行政事件訴訟法——逐条解説とQ&A』（新日本法規出版、2004年）321頁（福井秀夫）。

他方で、国立最判の景観利益の定式に原告適格の解釈が拘束されるという可能性も秘めている点に注意が必要であろう。例えば、広島地裁決定は、原告適格を「少なくとも」歴史的町並みゾーン内の居住者に認められるとし、結果として「鞆の浦の良好な景観価値を有する地域……に勤務する者」につき原告適格を否定している。

これに対し大阪地判平成18年3月30日判タ1230号115頁は、「当該事業地の周辺地域内の職場に勤務し、継続して相当の期間当該地域内で過ごす者についても、上記の被害を反復、継続して受けるおそれがあるという点で、同地域内の居住者と変わるところはないから、当該地域に勤務する者についても、居住者と同様の要件で工事施行認可の取消訴訟の原告適格を認めるべきである」としている（控訴審である大阪高判平成19年10月25日判タ1264号138頁も同旨）。これは被侵害利益の質的差異に基づく個別保護性の相違というよりは、国立最判において「法律上保護に値する」景観利益を享受するものは居住者であるとの理解が働いたものと思われる。

いずれにせよ、広島地裁決定は環境利益に広く個別保護性を認めようとする行訴法改正以後の裁判動向を更に前進させるものである。

## 五 「償うことのできない損害を避けるための緊急の必要」

### (1) 「償うことのできない損害」

行訴法の改正により新たに義務付け訴訟と差止訴訟が法定されたが、それに伴い仮の義務付け・仮の差止め制度も制定された（行訴法37条の5）。ところで右仮救済制度の利用には「償うことのできない損害」要件が課せられているが、それは二世代前の行政事件訴訟特例法時代の執行停止命令要件（10条2項）と同じ表現である。そして改正前行訴法が昭和37年に制定される際、右執行停止要件は緩和の趣旨で「回復困難な損害」要件に改められ、更に今般の改正で「重大な損害」に改められたのであるから、「償うことのできない損害」は「回復困難な損害」や「重大な損害」（行訴25②、37の2①、37の4①）よりも範囲の狭いものが想定されていると解される。そして「償うことのできない損害」とは、事後的な金銭賠償が「できる」場合を排除するようにも読める。

本案訴訟の要件との相違については、立案担当者によれば、第一に本案判決前に本案訴訟の結果と同じ内容を仮の裁判で実現するものであること<sup>53)</sup>、第二に仮の義務付け及び仮の差止めが処分の未だない状態で裁判所が行政庁に対しその不作為を直接求めるもので、執行停止と比べ行政権の活動に関する介入が強いことから要件が加重された<sup>54)</sup>、とされる。

53) 小林久起『行政事件訴訟法』前掲註(4)290頁、福井秀夫ほか『新行政事件訴訟法』前掲註(52)161頁(村田齊志)。この理由付けに対する批判として、野呂充「仮の救済」園部逸夫・芝池義一編『改正行政事件訴訟法の理論と実務』(ぎょうせい、2006年)260頁。

54) 小林久起『行政事件訴訟法』前掲註(4)286頁、福井秀夫ほか『新行政事件訴訟法』前掲註(52)387頁(福井秀夫)。この理由付けは執行停止との比較において仮の義務付けと共通するものとして述べられているが、仮の差止めは常に現状維持を求める点で執行停止と類似するところがあり、二

しかし、「償うことのできない損害」については、そこから事後的な金銭賠償が「できる」場合を一律除くと解釈すべきではなく、社会通念に照らし、金銭賠償のみで救済することが著しく不相当と認められるような場合も含むと解されている<sup>55)</sup>。妥当な解釈であり、既に下級審裁判例でも固まりつつある解釈であるが、その理由付けを探ると、行訴特例法時代の「償うことのできない損害」要件に関しても学説・裁判例の大半は文言を広く捉え金銭賠償が可能な場合を含めて理解していたこと<sup>56)</sup>、立案担当者も「損害というものにかける程度についての形容詞の法令上の用語というのは、ある意味、非常にボキャブラリーが少ない……取消訴訟と執行停止の組合わせよりはワンランク上げようと思ったときに、それよりも重たそうな言葉というのがこういった言葉になった」と述べ、主に立法技術的配慮から右文言が選択された経緯からして<sup>57)</sup>、「償うことのできない損害」を必ずしも「重大な損害」と典型的に異質なものと理解する必要はなく、執行停止制度との制度上の距離を保つ（上述第二点）というのが立法上の要請であれば、「償うことのできない損害」は「重大な損害」よりも「損害の回復の困難の程度」が単に相対的に著しい場合を指すと解せば足りることに求められている。

更に、現状を積極的に改善する仮の義務づけの場合と異なり、仮の差し止めは執行停止と同じく現状悪化を防止する制度であること<sup>58)</sup>、仮の差し止めが認められることに伴う行政側の不利益が一律ではないことから<sup>59)</sup>、執行停止要件を意識した解釈（勘案事項の勘案も含め）の要請が一層働くべきものと思われる。

「償うことのできない損害」の該当例として、立法担当者の解説によれば、例えば、処分公表による信用毀損のように、事前に差し止めの訴えを提起しても本案判決が確定するまでの間に処分事実が公表され信用が害される場合が例示されている<sup>60)</sup>。裁判例では、「事業活動に深刻な影響を及ぼすおそれがあり、回復が著しく困難な状況を生じさせるような場合」も挙げられるほか<sup>61)</sup>、神戸地決平成19年2月27日賃金と社会保障1442号57頁は、「児童の生命・身体」に加え「保護者及び児童の保育所選択に関する（受忍限度を超えた）法的利益」侵害は「社会通念に照らして金銭賠償のみによることが著しく不相当と認めら

つの仮救済制度を一括りする説明については疑問が生じよう。この点に関し、小早川光郎『行政法講義（下3）』前掲註（47）324頁、及び小早川光郎編『改正行政事件訴訟法研究』前掲註（35）184頁（小早川光郎発言）も参照。

- 55) 福井秀夫ほか『新行政事件訴訟法』前掲註（52）162頁（村田斉志）。小林久起『行政事件訴訟法』前掲註（4）290頁。
- 56) 行政訴訟実務研究会編『行政訴訟の実務』（第一法規，加除式）1038～39頁（下井康史）。
- 57) 小早川光郎編『改正行政事件訴訟法研究』前掲註（35）185頁（村田発言）。また市村陽典ほか「座談会 新行政事件訴訟法の解釈」判タ55巻14号（2004年）35頁（深山卓也発言）も参照。
- 58) 行政訴訟実務研究会編『行政訴訟の実務』前掲註（56）1036頁（下井康史），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56巻3号（2005年）75頁。
- 59) 小早川光郎編『改正行政事件訴訟法研究』前掲註（35）184頁（中川丈久発言）。
- 60) 小林久起『行政事件訴訟法』前掲註（4）291頁。事例として、東京地決平成17年12月20日LEX/DB文献番号28111898。
- 61) 宇都宮地決平成19年6月18日判例集未搭載。

れるもの」とした<sup>62)</sup>。

広島地裁決定は、「本件埋立てが着工されれば、焚場の埋立てなどが行われ、直ちに鞆の浦及びその周辺の景観が害され、しかも、いったん害された景観を原状に回復することは著しく困難である」として景観破壊が「償うことのできない損害」であることを一応肯定しているようである（要旨【⑧】）。景観が不可逆的に破壊される場合にそれが「償うことのできない損害」に該当するとの判断は問題ないだろう。

国立マンション行政訴訟第一審も、行訴法改正前の無名抗告訴訟（義務付け訴訟）を適法とするための「緊急性」の判断内容として、「調和のとれた景観が形成されるまでには相当長期間を要するのに対し、景観は、……非常に破壊されやすいものであって、しかも、いったん破壊された景観は、容易には回復し得ないものであるところ、本件建物について、今後検査済証が交付され、本件建物に多数の入居者が居住し始めるなどの既成事実が積み重ねられていくと、もはや、上記景観被害を回復することは事実上不可能となるため、事前救済を求める必要性が高い」と述べている。

なお慣習排水権については「本件埋立免許がなされ、これに基づいて本件埋立てが着工されたとしても、それによって直ちに排水が不可能になり、生活等に多大な支障が生じることになるなど、上記緊急の必要性を認めるに足りる疎明資料はない」として緊急性要件の欠如に触れるのみであり、「償うことのできない損害」についての判断はその中に吸収されてしまっている。

## (2) 「緊急の必要」について

広島地裁決定に特徴的なのは、むしろ景観利益に関し「償うことのできない損害」があることを前提とした上で、それを避けるための「緊急の必要」に関する判断である<sup>63)</sup>。

ところで、本案の差止訴訟には「一定の処分又は裁決がされることにより重大な損害を生ずるおそれがある場合に限り、提起することができる（37条の4第1項）」とされ、取消訴訟にはない訴訟要件が加重されている。その理由、趣旨として、第一に、取消訴訟と異なり、差止訴訟が行政処分の実際に行われる前に裁判所がその違法性を判断しその差止めを命じる事前救済であることから、司法と行政の役割分担の観点に立ち、事前救済を求めるにふさわしい救済の必要性がある場合に限定する必要があること<sup>64)</sup>、第二に、民事訴訟においても差止訴訟は例外的な事前救済の方法であって、特に出版差止めの場合など公益が関わる場合にも損害の重大性、回復の困難性などが差止めの要件とされているから<sup>65)</sup>、

62) 大沢光「保育所廃止における仮の差止めの可能性——神戸市立枝吉保育所廃止仮の差止め事件神戸地裁平成19.2.27決定を考察して」名古屋大学法政論集225号（2008年）246頁以下参照。

63) 民事訴訟法403条1項1号2号、民事保全法27条1項、39条1項、42条にも「償うことができない損害が生ずるおそれ」要件はあるが、「緊急の必要」については触れられていない。一方、会社更生法202条4項、労働保険審査官及び労働保険審査会法14条、社会保険審査官及び社会保険審査会法10条、35条には「緊急の必要」要件がある。

64) 小林久起『行政事件訴訟法』前掲註(4)188～89頁、福井秀夫ほか『新行政事件訴訟法』前掲註(52)154～55頁（村田齊志）。

典型的な公益実現行為である行政庁の処分の差止めを求めるにあたって民事訴訟の場合よりも緩和された要件で足りるとすることは妥当でないとの民事差止訴訟要件との均衡<sup>65)</sup>、等の趣旨から「重大な損害」要件が規定されたとされる<sup>67)</sup>。

こうした理解を背景として、差止訴訟における「重大な損害」という積極要件は、事後的な取消訴訟と（要件が「重大な損害」に緩和された）執行停止の方法では救済できず、事前の差止訴訟を認めなければならないような「重大な損害を生ずるおそれ」がある場合を含むと解釈されている。

即ち、行政処分により何らかの「重大な損害」が生じる場合、それを阻止する訴訟方法としては、処分前に差止訴訟を提起する方法と、処分後に取消訴訟を提起し合わせて執行停止を申し立てる二つの方法があるが、行訴法37条の4では、25条と同様の重大な損害要件に加え、取消訴訟と執行停止の方法で救済できるか否かという意味での補充要件が問われる<sup>68)</sup>。このことは、ルート選択が問題となった場合に取消訴訟（と執行停止）が原則との整理がなされたことを意味する<sup>69)</sup>。

差止訴訟が提起可能な場合を前提とする仮の差止めについても、取消訴訟と差止訴訟のルート選択に関する議論が適用されるので、事後的な取消訴訟と執行停止の方法による救済が可能と「見込まれる」場合には、やはり仮の差止めは認められない<sup>70)</sup>。

広島地裁決定もこの枠組みを採用する。但し、「当該行政処分それ自体ではなくこれに基づく執行によって発生する損害であっても、それが償うことのできない損害であり、かつ、当該行政処分がなされた以降間もない時期に同執行が着手されることが見込まれる等の事情から当該行政処分がなされた後直ちに取消訴訟を提起すると同時に執行停止を申し立てて執行停止の決定を受けたとしても、その損害の発生を防止できない場合もこれに当たると解するのが相当である（要旨【⑦】）」との記述からは、ルート選択問題を「緊急の必要」要件の問題と扱っている。「償うことのできない損害」が認められる場合、すぐに仮の差止をしないとそのような損害が生じるのであるから通常はそこに「緊急の必要」も

65) 最大判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁。

66) 山本和彦「民事訴訟法理論から見た行政訴訟改革論議」法律時報76巻1号（2004年）110～111頁、行政事件訴訟実務研究会編『行政訴訟の実務』（ぎょうせい、2007年）109頁、小早川光郎編『改正行政事件訴訟法研究』前掲註（35）142頁（村田斉志発言）参照。

67) その他、権利救済が事後でも足り得るのであれば事後的救済で行うべきという効率性の観点や、訴訟経済の観点からの絞り込みの必要性を指摘するものもある。市村陽典ほか「座談会 新行政事件訴訟法の解釈」前掲註（57）32～33頁（市村陽典、深山卓也発言）。

68) 大阪地判平成19年11月28日判例集未搭載。この枠組みの下で「重大な損害」を認めたものとして、大阪地判平成20年1月31日判タ1268号152頁、大阪地決平成19年3月28日判タ1278号80頁、大阪地決平成19年2月20日判例集未搭載、名古屋地判平成18年8月10日判タ1240号203頁があるが、但しいずれも第三者への許認可の差止訴訟ではない。

69) 橋本博之『要説行政訴訟』（弘文堂、2006年）125頁。

70) 福井秀夫ほか『新行政事件訴訟法』前掲註（52）391頁（福井秀夫）。大阪地決平成19年11月1日判例集未搭載、大阪地決平成18年12月12日判タ1236号140頁、大阪地決平成18年8月10日判タ1224号236頁、東京地決平成17年12月20日LEX/DB文献番号28111898。

あるとされがちであり、執行停止の場合と同じく、この要件自体はあまり問題とはならないと言われるが<sup>71)</sup>、広島地裁決定はこの要件の問題としたものである<sup>72)</sup>。

### (3) 取消訴訟と差止訴訟の関係

「重大な損害」(37条の4第1項)要件解釈において事後的な取消訴訟と執行停止の方法で救済できるか否かを問い(第2項の「損害の性質」で勘案されることとなろう)、差止訴訟を「超特急ルート」と把握する以上の思考方法に対して<sup>73)</sup>、差止訴訟において処分の特定性や確実性が要求されべき点はともかくとして、将来の行政処分につきその違法性を裁判所が既に判断しているのであれば行政処分の発動を待つまでもなくそのような処分は差し止めるべきであり、違法性に加えて更に「重大な損害を生ずるおそれがある場合」に限って差し止めるというのは理解しがたく、それは結局、取消訴訟中心主義のドグマに依拠するものでしかないのではないかと、との疑問が指摘されている<sup>74)</sup>。

このような批判的思考を進めて、取消訴訟による事後的救済や執行停止による救済が可能な場合に「重大な損害」要件を充足しないとの補充要件の理解は否定されるべきであり、「重大な損害」は執行停止と同じ要件であることからどちらの選択も同等にしたものと理解する見解もある<sup>75)</sup>。

取消訴訟と執行停止原則論については、確かに根拠として行政庁の第一次判断権の法理に言及する見解もあるが<sup>76)</sup>、多数説はこの点を明確に否定する。「重大な損害」(行訴37の4)とは執行停止要件を緩和した行訴法25条2項と同じ文言であること、長野勤評判決(最判昭和47年11月30日民集26巻9号1746頁)が行政庁の第一次判断権の法理を取り入れ差止めの訴えを厳格かつ例外的に許容する定式であったのに対し行訴法37条の4第2項は

- 
- 71) 行政訴訟実務研究会編『行政訴訟の実務』前掲註(56)1037頁(下井康史)。執行停止の場合も、「緊急の必要」は行組法改正前後を通じ「回復の困難な損害」あるいは「重大な損害」要件に吸収されて判断される傾向にあるが、これを独立に判断したのものとして、東京高決平成11年8月2日判時1706号3頁。
- 72) 大阪地決平成18年8月10日判タ1224号236頁にもルート選択問題を「緊急の必要性」とするかのよ様な表現があるが、やや曖昧である。なお南博方・高橋滋編『条解行政事件訴訟法(第3版補正版)(弘文堂、2009年)676頁(永谷典雄)参照。
- 73) 市村陽典ほか「座談会 新行政事件訴訟法の解釈」前掲註(57)33頁(市村陽典発言)。
- 74) 小早川光郎編『改正行政事件訴訟法研究』前掲註(35)142頁(中川丈久発言)、山本弘「民事訴訟法学の見地からみた行政事件訴訟法改正」民商法雑誌130巻6号(2004年)1030頁、小早川光郎・阿部泰隆・芝池義一鼎談「行政訴訟検討会の『考え方』をめぐって」ジュリスト1263号(2004年)26頁(阿部発言)、行政訴訟制度の見直しのための考え方(平成16年1月16日)の福井秀夫委員意見・水野武夫委員意見、市村陽典ほか「座談会 新行政事件訴訟法の解釈」前掲註(57)33頁(福井秀夫発言)など参照。
- 75) 斎藤浩『行政訴訟の実務と理論』(三省堂、2007年)287頁、高安秀明「差止訴訟」『改正行政事件訴訟法の理論と実務』前掲註(53)201~202頁、村本道夫「予防訴訟と仮救済制度」実務公法学会編『実務行政訴訟法講義』(民事法研究会、2007年)203頁。なお西鳥羽和明「抗告訴訟の訴訟類型改正の論点」法律時報77巻3号(2005年)44頁註5も参照。
- 76) 行政事件訴訟実務研究会編『行政訴訟の実務』前掲註(66)109頁。

諸要素の総合判断の定式であること、立法の経緯も右法理を否定しようとするものであったこと<sup>77)</sup>、取消訴訟に第一次的な抗告訴訟としての位置づけが与えられているのは立法方針が意味している限りの優先性に過ぎないこと、等がその理由である<sup>78)</sup>。

しかし多数説は次のような結論を差し当たり招きがちであり、その評価が論者に委ねられることになる。

第一に、立法担当者が示す例示の如く行政処分によりダイレクトに何らかの損害が生じる場合であればともかく、その「損害」が本件のように処分発動後タイムラグをにおいて実施される事実行為によって生じるような「性質」の場合、処分後の取消訴訟と執行停止による救済が可能との判断に傾きやすい。要旨【⑦】はこの点について配慮し、処分後まもなく事実行為が予想される場合を射程に入れようとしている。

第二に、本件のような第三者に対する許認可への差止訴訟一般が認めがたくなるように思われる。なぜなら、裁判所が「重大な損害を生ずるか否か」の必要考慮事項を考慮するに際し、「処分又は裁決の内容及び性質」において第三者への許認可であるという事実の勘案の結果、取消訴訟による救済思考に傾く可能性が予想されるからである<sup>79)</sup>。実際、第三者への許認可の差止訴訟で、「重大な損害」が認定された裁判例は未だないようである。多数説の枠組みの下で「償うことのできない損害を避けるため緊急の必要」を認めたものとして、大阪地決平成19年3月28日判タ1278号80頁、大阪地決平成19年2月20日判例集未搭載があるが、いずれも第三者への許認可の差止訴訟ではない。一方、「償うことのできない損害」を認めた神戸地決平成19年2月27日賃金と社会保障1442号57頁は、この枠組みの下での議論の展開を避けている。

第三に、現実に執行停止が行われるかは取消訴訟の係属裁判所の判断如何であり、差止訴訟の係属裁判所が執行停止要件を充足していると判断しているからといって執行停止されるとは限らないという司法構造上の問題がある<sup>80)</sup>。

実際、多数説の枠組みでは差止訴訟の予防的機能は極めて限定的とならざるを得ず、また仮の救済もほとんど利用し得ないので、解釈による工夫が要請される。

一つは違法行政の防止の観点から、「重大な損害」要件判断の考慮・勘案事項を考慮するに際し（行訴法37条の4第2項）、行政処分の違法性が確実に認識できる場合には緩やかに解釈するというものである<sup>81)</sup>。この解釈方法は「償うことのできない損害」要件の判断についても適用され、執行停止における「重大な損害」判断に準じて損害の性質や程度等の考慮・勘案を行うべきと解した上で<sup>82)</sup>、予測される行政処分の違法性が確実に認めら

77) 行政訴訟実務研究会編『行政訴訟の実務』前掲註(56)247～49, 1004頁(山本隆司)。

78) 西鳥羽和明「抗告訴訟の訴訟類型改正の論点」前掲註(75)39頁。

79) 小早川光郎編『改正行政事件訴訟法研究』前掲註(35)145頁の村田発言と小早川発言参照。

80) 高安秀明「差止訴訟」『改正行政事件訴訟法の理論と実務』前掲註(53)202頁。

81) 芝池義一『行政救済法講義(第3版)』(有斐閣, 2006年)154頁, 村上裕章「改正行訴法に関する解釈論上の諸問題」前掲註(58)70頁。

82) 神戸地決平成19年2月27日賃金と社会保障1442号57頁は、「償うことのできない損害」の有無を判断するに当たり諸事情を勘案しており、執行停止の場合との類似性が確認される。



れる場合に仮の差止めを認められるべきとする<sup>83)</sup>。実質的に補充要件を撤廃するものである。

二つ目は、補充要件を緩和することはないが、その対案として差止訴訟の取消訴訟への変更を積極的に肯定することである。以下検討する。

#### (4) 差止訴訟の取消訴訟への変更

差止訴訟を提起後に合わせて申立てた仮の差止めが認められない場合、実際に行政処分が行われる可能性があるが、この場合、差止めを求める狭義の訴えの利益（9条1項括弧書）が直ちに喪失する場合が多いと考えられる<sup>84)</sup>。そこで差止訴訟を取消訴訟に訴えを変更しうるか（民訴143条）問題となる。

不作為の違法確認訴訟を取消訴訟に変更する点については、肯定説が多数説である<sup>85)</sup>。また無効等確認訴訟の原告適格要件（36条）を充足しないにも関わらず訴訟提起した場合に、「現在の法律関係に関する訴え」である当事者訴訟又は民事訴訟へ変更することも可能と解される。

広島地裁決定は、取消訴訟と差止訴訟に関する通説的な枠組みは採用したものの、「本件埋立免許がなされた場合、直ちに差止訴訟を取消訴訟に変更し、それと同時に執行停止の申立てをし、本件埋立てが着工される前に執行停止の申立てに対する許否の決定を受けることが十分可能である（要旨【10】）」と述べ、理由は示されていないが差止訴訟の取消訴訟への変更が可能であることを明言する。

学説上は消極説は見られず、積極説が多数のようである<sup>86)</sup>。

訴えの変更を肯定した場合、差止訴訟は執行停止制度の前倒しとして連続的に把握されることとなり、差止訴訟及び仮の差止めは取消訴訟と執行停止制度の争点整理、審理促進的な機能を有することになる。学説では、山本隆司教授がこの点を明言する。山本教授は行訴法37条の4第1・2項が25条2・3項と定式が同一であることに着目し、両条をパラレルに解釈する余地を認めて差止訴訟を執行停止の準備・代替として準執行停止制度と位置づけ、次のような機能的解釈を打ち出している。

「①仮に処分に対し適宜に執行停止を申立てれば、『重大な損害を避けるため』の執行

83) 芝池義一『行政救済法講義』前掲註(81)157頁。

84) 行政訴訟実務研究会編『行政訴訟の実務』前掲註(56)1014頁(山本隆司)。

85) 南博方・高橋滋編『条解行政事件訴訟法』前掲註(72)692頁(高橋滋)、神戸地判昭和46年2月26日行集22巻1・2号109頁、山田二郎「不作為の違法確認の訴えにおける原告適格及び訴えの利益」『実務民事訴訟講座第八巻・行政訴訟I』(日本評論社、1970年)139頁。

86) 芝池義一『行政救済法講義』前掲註(81)155頁、行政訴訟実務研究会編『行政訴訟の実務』前掲註(56)1005、1014～15頁(山本隆司)、福井秀夫ほか『新行政事件訴訟法』前掲註(52)380頁(越智敏裕)、斎藤浩『行政訴訟の実務と理論』前掲註(75)147頁、高安秀明「差止訴訟」『改正行政事件訴訟法の理論と実務』前掲註(53)200頁、大久保規子「行政事件訴訟法改正・行政不服審査法改正」法律時報80巻10号(2008年)49頁、室井力ほか編著『行政事件訴訟法・国家賠償法(第2版)』(日本評論社、2006年)415～416頁(深澤龍一郎)参照。

停止の必要性が認められるはずであるが、②現実には、処分を受けてから取消訴訟を提起し、執行停止を申し立て、執行停止決定がなされるまでに、『重大な損害』が発生してしまう蓋然性がある場合に、差止めの訴えが認められるのではないか。そしてそれにより、仮の差止めを得られるようにし、あるいは要件の加重された仮の差止めは認められなくても……、処分があれば即時に、取消訴訟に訴えを変更して執行停止決定を得られるようにすべきではないか。<sup>87)</sup>」

訴えの変更を前提としなくとも、差止訴訟及び仮の差止めにこのような制度的機能が認められるべきことは立法担当者による解説でも既に触れられていたところである<sup>88)</sup>。差止訴訟及び仮の差止めにおける争点整理・審理促進機能が重視されるべきとすれば、訴訟ルート選択問題を左右する「緊急の必要」の内容についても、取消訴訟を提起して直ちに執行停止に関する判断を受けることのできる具体的な状況が想定されるか否かを「処分の内容及び性質」として勘案される必要があるだろう。広島地裁決定が本案訴訟の立証活動が相当程度進んでいるという事実認定をしている（要旨【⑨】）のはこの点に関し評価できる。

なおXらは景観利益などを認めた本件決定の内容を評価し広島高裁への抗告を断念した。本案訴訟については別に検討の機会を持ちたい。

---

87) 行政訴訟実務研究会編『行政訴訟の実務』前掲註(56)1004～1005頁(山本隆司)。

88) 「差止訴訟の判決で敗訴した後に差止を求めていた処分又は裁決がされ、同じ原告がその処分又は裁決の取消訴訟を提起したとしても、取消訴訟の審理の対象は、処分又は裁決の時点におけるその違法性であるから、その訴えが差止め訴訟の既判力によって当然に理由がないとされるものではない。しかし、このような場合の取消訴訟の審理においては、差止の訴えと取消訴訟が同一の処分又は裁決を対象とする訴えであることから、事実関係や争点が共通する点に配慮をして審理の充実及び促進を図り、実質的な紛争の蒸し返しを防いで効率的な審理を行うことが、当事者間の衡平に適うものと考えられる。」小林久起『行政事件訴訟法』前掲註(4)193～94頁。