HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	質疑応答．都市環境法における公私協働
Description	シンポジウム 「都市環境法における公私協働」
Citation	北大法学論集, 59(6), 265-294
Issue Date	2009-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/38372
Type	departmental bulletin paper
File Information	59-6_p265-294.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

〈質疑応答〉

司会・亘理　格（北海道大学）　シンポジウムを再開したいと思います。本日は三名の先生方のご報告を通して、環境法という共通の領域において公法と私法が複雑に絡み合っているということがよく理解できたのではないかと考えます。秋山先生のご報告あるいは北村先生のご報告の中では、私法的な枠組みの中に公法的な発想とか、とりわけ公益性や公共性といったような観念が非常に重要な役割を果たしているといったことが取り上げられましたし、さらに越智先生のご報告におきましては、逆に行政訴訟のような公法的な制度の中に民事的な利益の問題というのが非常に重要な役割を果たしてきていることが明らかにされました。

　ということで、同じ環境法の中でまちづくりあるいは私道における公共性の問題とか、あるいは産業廃棄物処理の問題、さらには公共事業の問題という形で、それぞれ独立した分野ではありますが、公私協働あるいは公法と私法の交錯という側面から、かなり共通の問題が浮かび上がってきているのではないかと思いますので、本日の議論の中ではそういった面を深めていくことができればと念願をしております。他方で、本日のシンポジウムは、公法を専門とする者と私法を専門とする者という、専門を異にした研究者の出会いの場でもありまして、なかなか相互に普段十分な相互理解ができていない面もあります。そこで、今日は公法、私法の交錯するあるいは融合した問題についての非常に充実した報告を頂きましたので、議論を進めるに当たってはそれぞれ異なった分野の概念とか用語とか問題状況などについて、相互理解を図っていく必要もあるのではないかと思います。

　従いまして、全体の進め方としては、本日のご報告者の発言の真意を確かめるとか、あるいは異なった分野の概念や用語とか問題状況についてまず説明して頂くというようなところを、最初の方で触れて頂き、なるべく後の方になると先ほど言いました公益性とか公共性の問題といった根本的な問題を深く掘り下げていくような、そういう議論ができればと考えています。

ただもちろんこれは、あくまでも傾向としてでありますので、必ずしもそこに拘泥する必要はないかと存じます。ということで、公法、私法それぞれの分野の相互理解の場でもありますので、ぜひ活発なご議論をいただきたいと思います。

それでは早速、参加者の皆様方からご発言いただきたいと思います。

山本寛英　秋山先生に伺いたいと思います。大きくは二点ほどございます。まず、差止め請求をする際の根拠となる権利について、判例の流れを教えていただいた限りでは、人格権を根拠とする流れが定着しつつあると理解させていただきましたが、一方で、いわゆる通行の自由権で根拠づけたほうが保護される対象がより広がるのではないかという議論があったかと記憶しております。ただ、それは、ご紹介していただいた判例等を見る限りは一切出てきませんし、あくまでも学界の中でも少数にとどまるものであるのかというところを伺いたいと思います。また、もし通行の自由権を根拠にすべきとの主張が有力と位置づけられるのであれば、それは今後裁判を通じてどの程度認められていく見通しがあるのか、あるいは現在定着しつつある人格権によって基礎づける場合と比べ、利益保護の面についてどのように拡大し得るのかというようなところを教えていただければと存じます。それがまず第一点でございます。

それから二点目としまして、三つめの判例で信義則を用いることによって一定の問題の解決が図られているということをご紹介いただきました。ご紹介いただいた事例については、土地所有者自身が自らの所有に係る建築物を建築する際に二項道路であることを前提に建築確認申請しておきながら、後の訴訟においてその二項道路であることを否定する主張をするのは許されないという文脈で、信義則が出てきたわけです。そうであるとすると、逆に、二項道路でないことを前提として建築確認申請があった場合には、確認申請を審査する行政庁の側で、ここは二項道路だから道路にはみ出して建築できませんよということでおそらく確認拒否処分になるものと思いますが、その場合は、行政庁の側が二項道路であることを高権的に確認することになるため信義則が登場する余地がなく、その意味では、信義則が登場する場面は、土地所有者がそこが本来二項道路であると認識している場合に限られることになろうかと思われます。そうでなく、もともとそこは二項道路ではないと思っていた場合には、二項道路であるかどうかを判定する責任が本来の行政庁に戻ることになるのだと思うのですが、そういう理解でよろ

しいのかということでございます。また、信義則に関する判例のご紹介の最後で、信義則の法理をいっそう活用する余地があろう、として、いくつか具体的な例を挙げていただきました。ご報告の中でもご説明があったかと思いますが、これらの場面で信義則を具体的にどのように活用してどのような進展が得られるのかという展望について、もう少し詳しく教えていただければと存じております。以上でございます。

秋山靖浩（早稲田大学）　ご質問、どうもありがとうございました。まず一番目の点ですが、かつての最高裁判決（最判昭和三九年一月一六日民集一八巻一号一頁）に、村道の通行妨害に関する事案において、通行の自由権の表現を用いたものがありました。通行の自由権は、公法関係に由来するものであって、そこから民法上の妨害排除請求等が直ちに導かれるわけではないけれども、日常生活上諸般の権利を行使する上で欠くことのできないものでもあるから民法上の保護が与えられるとして、不法行為による妨害排除を認めております。

　他方で、私が報告で取り上げた近時の判例は、通行の自由権の表現を用いておらず、道路敷地所有者に対する通行妨害行為の排除・禁止を求める権利を人格権的権利と構成しています。そして、近時の裁判例では、人格権として構成するものが多数になっているように思います。ただ、人格権的権利という構成が通行の自由権という概念とどのような関係に立つのか、なぜ人格権的権利という構成に移行してきたのかについては、大変申し訳ありませんが、今回はあまり調べておりません。

　二番目のご質問ですが、二項道路でないということを前提として建築確認を受けるという場面は、あまり想定できないように思います。建築確認を受けるには、敷地が道路に二メートル以上接していなければいけません。例えば、自分の所有地の中の一部分を位置指定道路として申請するとか、何かそういう手段を取らないとならないでしょう。ですから、ある道路が二項道路でないことを前提として振舞っていたけれども建築確認を取得した場合というのは、別の形で接道義務を充足していたからでしょう。そして、その際に、当該道路が二項道路ではないことを行政庁が決定したということにはならないと思います。逆に言うと、やはり平成一八年判決のように、二項道路であることを前提にして建築確認を受けたというつながりが重要になるかと思います。

　二番目のご質問の中で、二項道路であるかないかを誰が決めるのかということがありましたが、それは結局、基準時におい

て二項道路の要件を満たしているかどうかによります。二項道路に該当するかどうかが実際に問題になるのは、例えばその後、その道路に接する土地について建築確認の申請が出された場合です。そして、建築確認をする建築主事が、この道路は二項道路であるなどと判断して、建築確認をしています。しかし、建築主事の判断で二項道路該当性が決まるわけではありませんから、それが後になって争われることはもちろんあります。実際にもそのような紛争を扱った裁判例があります。

三番目のご質問の、信義則の一層の活用について。例えば、平成一二年判決の事案に見られるように、二項道路内にあった塀を除去して道路部分の幅員を広くし、二項道路の趣旨に沿った行動をとったのに、その後、再びポールを立てるなどして幅員を狭めてしまう行為は、矛盾行為として信義則の観点から許されないと評価される可能性があります。要件レベルでいえば、道路が現実に開設されていなければならないという要件あたりを、信義則を活用することによって緩やかに解することができそうです。

司会　よろしいでしょうか。では、今の問題に関連してでも、あるいはほかでも構いませんがいかがでしょうか。

根本尚徳・北海道大学（当時）　今の点に関連して、秋山先生に質問がございます。その前提として、まず、秋山先生がご紹介下さった平成九年の最高裁判決の説示をどのように理解すべきか、或いは秋山先生がどのように理解されているのか、という点について確認の質問をさせていただければ、と存じます。

一般に、「人格権に基づく差止請求権」とは、人格権或いはその背後にある人格的利益をいわば保護の客体（保護法益）として、それらを違法な侵害から保護するために発生する法的保護手段である。このように考えられているものと思われます。そして、そのような理解を前提としてこの最高裁判決の判示を読んでみますと、そこで言われている「敷地所有者に対して右妨害行為の排除および将来の妨害行為の禁止を求める権利」とは、まさしく法的保護手段としての差止請求権そのものを指す。これに対して、最高裁が言うところの「建築基準法の位置の指定を受けて現実に開設されている道路を通行することについての日常生活上不可欠な利益」、これがすなわち差止請求権によって保護されるべき人格権或いは人格的利益の核心に当る。そのように理解することができる、と私は考えました。

そこで、このような理解が妥当であるかどうか、或いは先生もそのように理解されるかどうか、について、まずお教え下さ

い。

秋山　お答えしますと、基本的な理解は同じであると思います。つまり、通行するについて日常生活上不可欠の利益を有していることを保護する、それが保護法益だと思います。ただ、この場面では、通行するについて日常不可欠の利益だけではなくて、ほかの利益というのも、今日の報告で申し上げましたがあり得るんではないかとも思います。ただ、少なくともこの判決では、通行するについて日常生活上不可欠な利益が守られるべきであると考えています。

根本　そう致しますと、この点に関する最高裁の判断について私が良く分からず、秋山先生にご教示いただきたいと思いますことは、この「建築基準法に基づく位置指定」が民法上の「人格権に基づく差止請求権」の成否に関して持つ意味です。

私の疑問を具体的に申し上げますと、要するに、そのような建築基準法に基づく位置指定が為されることによって初めて、差止請求権の保護客体となりうる「日常生活上不可欠な利益」が民法上、基礎付けられるのか。或いは、この最高裁判決において問題となった事案とは異なって、位置指定を何ら受けていない他人の私道を、例えばある者がその日常生活において、無権限で一九年と一一ヶ月（この私道に対する通行地役権を時効取得しうる寸前まで）一応平穏に継続して利用している、という場合であっても、場合によりその利用は、法的保護に値するものとして差止請求権によって保護されうるのか。つまり、「建築基準法に基づく位置指定」がなくとも、民法上、差止請求権により保護されるべき人格権、或いは人格的利益としての「通行することについての日常生活上不可欠な利益」が生じうるのか。この点について、平成九年の最高裁判決の説示の意味或いはその射程をどのように理解するのが妥当か、ということです。

この点について先生がお示しになられた分析では、「建築基準法上の道路であることは、道路位置指定に伴う建築基準法上の制限を受けるに至った道路敷地所有者の通行受忍義務を正当化する」、とされています。ですから、建築基準法に基づく位置指定は、差止請求権の保護法益を基礎付けるものというよりも、むしろ保護法益に対する侵害の違法性を推定する、或いは違法性をいわば高めるものとして機能する。先生ご自身は、そのようなお考えをお持ちなのではないか、と私は理解致しましたが、そのような理解でよろしいでしょうか。

秋山　ありがとうございます。例えば、指定も何も受けていない純粋な私道についても、理論的には、通行するについて日常生活上不可欠な利益が発生することも考えられるのではないでしょうか。そして、それが保護に値するということも理論的にはありうるのでしょう。ただ、普通に考えると、建築基準法上の私道になれば、そこが道路としての体裁も整い、さまざまな規制の結果として通行がしやすくなるわけで、それによって日常生活上不可欠の通行利益が発生しやすくなると考えられます。

ただ、そう言っておきながら反対のことも言いますが、やはり純粋な私道の場合だと、建築基準法上の道路指定の反射的な利益すらそもそもないというふうに考えられます。そうだとすると、先ほど、純粋な私道でも通行利益というのはありうると言いましたが、反射的な利益すら発生しないところに日常生活上不可欠な利益も発生しないということになりそうです。そこはちょっと整理が付いていないかもしれません。

それから、「建築基準法上の道路であることは、道路位置指定に伴う建築基準法上の制限を受けるに至った道路敷地所有者の通行受忍義務を正当化する」という分析ですが、私の報告では、これは、土地利用の対立の調整という観点から、私道敷地所有者の私的利益に対する制約を私道通行者との関係でも正当化する理由になるものと考えています。信義則は、平成一八年判決の示唆によれば、この理由を補うものとして機能することになるでしょう。しかし、ご指摘のように、妨害排除請求権の成否という観点からは、通行利益に対する侵害の違法性を基礎づける理由ととらえられますね。

吉田克己（北海道大学）　今の根本さんと秋山さんとのご議論あるいは質疑応答に関連して、補足的に私の理解を申しあげておきたいと思います。私の理解では、私道に関しては、それが道路位置指定を受けたかどうかで問題の性格が違ってきます。その点を少し申し上げたいと思います。

まず、通行の自由権についての確認です。通行の自由権が最初に出てきたのは、かなり以前のことですよね。最初に判例で認められたのは、村道ケースだったと記憶しています。先ほど秋山さんも引かれた最判昭和三九年一月一六日民集一八巻一号一頁です。ですから、まずもって公道について通行の自由権が承認され、この権利を妨害されたときは民法上不法行為の問題が生じるとされて、妨害排除請求が認められたわけです。公道についてどうして通行の自由権が認められたかというと、この

判例が明示的に述べているわけではないのですが、公道については公衆の通行が可能であり、そうであればそのような公衆の通行を妨げてはならないという理解があったものと考えます。ただ、そのように考えますと、私人が公道の通行について有する権利ないし利益は反射的利益にすぎないという議論もありえます。実際に、伝統的見解はそうでしたし、この事件の原審もそのような考え方を採用しています。そのような考え方を一方前進させたというか、乗り越えて、私人の差止めを認める論拠として出てきたのが通行の自由権だと私は理解しています。

その上で、次の問題は、私道についてどうかです。私道の場合には、最初に申し上げましたように、二つの種類を区別する必要があります。つまり、道路位置指定を受けた私道と受けていない私道です。道路位置指定を受けていない純粋の私道については、そもそも一般公衆の通行を想定していないわけですから、通行の自由権は問題になりえません。これに対して、道路位置指定を受けた私道は、状況が異なります。それは、法律的には、公道と同じ扱いになるからです。ですから、所有レベルはあくまで私的な所有権の対象だけれども、公衆の自由な通行が認められ、たとえ所有者でもそれを妨げてはならないということになります。道路位置指定を受けた私道は、建築基準法上の道路として扱われ、接道義務もこの道路との関係で判断されるということになりますが、それは、道路位置指定のこのような性格によります。

このようにして、道路位置指定を受けた私道についてのみ、通行の自由権に基づく差止めが可能かという問題を立てることが可能になります。下級審でこれをめぐる多くの判決がありますが、基本的にはそれは認められるようになっていたと評価してよいでしょう。その上で、先ほどから問題になっている最高裁平成九年判決が出てきます。この判決は、通行の自由権という表現を用いていません。どのような文言を用いているかというと、「人格権的権利」です。ただ、私の理解では、これは通行の自由権をさらに具体化しているもので、通行の自由権と別物というわけではないと思います。

このように見てきますと、通行の自由権は、たしかに人格権あるいは人格的利益に基礎づけられる権利ですが、その根底には、公衆の通行を可能にするという公共的利益が存在する、というのが私の見方です。したがって、差止請求権も、私人の人格的利益を擁護するとともに、私人による法の実現という性格を帯びていることになります。最高裁平成九年判決は、たしかに「日常生活上不可欠の利益」というような言い方をしていま

すが、それもこの公共的利益との関係で捉えておくのがよいのではないでしょうか。

これに対して、純粋の私道については、その通行を継続する者に「日常生活上不可欠の利益」が発生することがありえますが、これは公共的利益とは関係がありません。それが法律上保護されることはあるでしょうが、それは通行地役権の時効取得などの問題で、通行の自由権の話にはならない、というのが私の理解です。

司会　今の問題と異なる点、あるいはそれを引き継ぐ形のご質問・ご意見でも構いませんが、いかがでしょうか。

吉田　それでは、ひとつ別の質問を出させて下さい。私は、秋山報告には基本的に賛成といいますか、だいたい同じようなことを考えていますし、また議論の機会も沢山ありますので、質問は別の機会にしたいと思います。ここでは、せっかくの機会ですので、公法にかかわる問題について、北村先生に質問をさせて下さい。

北村先生の報告に警察規制という考え方が出てきました。日本での警察規制の考え方は、原則的には一方での自由とか権利があり、警察規制はそれを規制するものだから例外的でなければいけないと、そのようなものだろうと思います。しかし、比較法的に見ますと、警察規制というのは本当にそういうものなのだろうか。日本のこの考えは、ひょっとして特殊ではないかという感じがしないでもありません。

私は、フランスをやっているわけですが、フランス的な仕分けの仕方だと、プライベートな領域とパブリックな領域をまず二つに分けて、パブリックな領域において私人の自由を規制するのがポリス規制ということになります。この仕分けの基準は、特定の人にだけかかわる領域がプライベートな領域、全市民に関係する領域がパブリックな領域です。プライベートな領域は、自由の領域あるいは今はやりの表現を使えば自己決定権が支配する領域ですが、パブリックな領域はそうではありません。そこは、公衆の衛生だとか公衆の平穏だとかを確保するために、むしろ私的自由が制約される領域です。ですから、ポリス規制すなわち警察規制は最低限の規制とか、原則は自由だけれども例外的に規制するという考えはあまりないような気がいたします。そうだとしますと、フランスとの関係で日本は特殊なのかなという気もしますけれども、むしろ日本の方が比較法的には一般的なので、フランスの方が特殊なのかどうか、その辺がお

聞きしたいところです。

北村喜宣（上智大学）　私はアメリカ法を少し勉強したことがございますので、その観点から申し上げます。もちろんアメリカ法にもこうした規制はあります。しかし、法的性質として警察規制であるからこのように解するというカテゴリカルな議論はしないように思います。あくまで、条文がどのように規定されているか、立法者意思はどのようなものかということを実証的に検討するでしょう。

日本の行政判例は、あまり学説の影響は受けていないと思いますが、産廃許可については、許可の性質に関する行政法学上の分類論になぜか忠実です。その背景には、霞が関の解釈があります。釧路市で発生しました産業廃棄物処理場の事件につきましても、札幌地裁は「本来は自由であるはずの私権（財産権）の行使を、公共の福祉の観点から制限するものであるから、…要件に適合すると認められるときは、必ず許可しなければならない」としています（札幌地判平成九年二月一三日判自一六七号六四頁）。高裁もこの判断を維持しています（札幌高判平成九年一〇月七日判自一七二号三四頁）。こうした行政法学の議論は、おそらくドイツ法の影響を受けていると思われますので、ご専門の先生にコメントをいただければ幸いに存じます。

山下龍一（北海道大学）　北村先生がおっしゃったように、警察規制という考え方はドイツ法的発想によると思いますので、ドイツでも日本と同じような考え方がなされていると思います。ただ、ドイツでは、越智先生のご報告にも関連しますが、空港や原子力発電所といった大規模施設の場合には、許可の前に住民参加を丁寧にやって、そこで十分に文句を言ってください、しかし、決定後は、行政訴訟は認めるが民事差止訴訟は認めません、あるいは、事前手続に参加しなかった人は行政訴訟も認めませんといった制度が用意されているかと思います。

人見　剛（北海道大学）　北村さんがおっしゃったように、ドイツの場合、営業・事業活動の自由をベースに公共の安全・秩序の維持のために事前チェックする営業・事業の許可制度を導入しているわけですから、許可要件を充足した場合には許可しなければいけない、裁量の余地はない、と考えるのは、一般的なところであろうと思われます。おそらくフランスの場合よりもドイツの方が、こうした警察規制などについて完全に裁量を認めない傾向にあるのは伝統的にそうだと思います。

北村　許可制の要件・効果規定について、立法者が熟慮した上で規定しているかといえば、かなり疑わしいのではないか、立案に当たって参考にした法律の規定振りの影響を受けているのではないかと思っています。しかし、解釈に当たって、規定振りは、とりあえずは重要です。この「要件・効果」のパターンと申しますのは、実際には、実に多様です。実定法には、いくつかのパターンが観察できます。

第一は、「……であるときは、許可を与えなければならない。」型です。要件が充足されていれば効果裁量はないということになります（消防法一一条二項、道路交通法七七条二項など）。第二は、「……と認めるときでなければ、許可をしてはならない。」型です（火薬類取締法七条、浄化槽法三六条など）。第三は、「……の場合においては、許可をしてはならない。」型です（自然環境保全法二五条六項、宅地建物取引業法五条一項など）。第四は、「……の場合に限り、許可を与えることができる。」型です（道路法三三条一項など）。第五は、「……に該当するときは、許可を与えないことができる。」型です（薬事法六条、あへん法一四条など）。

廃棄物処理法は、第二のパターンなのですね。第一のパターンとの違いは明らかです。それなのに、裁判所は「警察許可」という学問的分類にあてはめて、第一のパターンのように解してしまう。自由主義的な裁量観になっているのは、非常に興味深いと思います。

解釈にあたっては、許可の法的性質もひとつの判断要素にはなりますが、それ以外にも、規定振りや法律の趣旨目的などに対する目配りも必要です。産業廃棄物処理業の許可と産業廃棄物処理施設の許可は、実は同じ規定振りです。しかし、トラック一台でできる収集運搬業とかなりの環境影響を与える最終処分場とを「自由」という点で同じに考えてよいかとなると、私は、そうは思えません。ところが、裁判例においては、非常にカテゴリカルな整理がされているのです。

司会　今の問題はよろしいでしょうか。では他にいかがでしょうか。

瀬川信久（北海道大学）　消費者行政を見ていますと、例えば、マルチ商法をしている事業者を公表する場合に、行政は、営業活動の自由を侵害してはいけないと考えて慎重になるように思います。しかし、行政の中にも警察のようにむしろ摘発活動を任務とするものもあります。消費者行政の中に積極的に摘

発活動をする部門があっていいと思うんですが、そういう部門は考えられないのでしょうか。今、適格消費者団体などが、いわば行政の一部を分担しようとしているわけですが、今の話の行政機能の位置付けとか、日本における行政の中立性という観念と関連しているんでしょうか。民間団体の活用とか団体訴訟の導入などを強調する最近の傾向の背景には、逆に、営業の自由を考えて行政の役割を限定してきたという背景があるんでしょうか。

司会　民間団体の活用とか団体訴訟の導入という問題は、行政の機能や役割に関する理論的な前提と関連しているかというと、それはいま一つ次元が違ったところで問題化したものであって、むしろ、必要に迫られてあるいはそれをやらないと十分な消費者保護ができないとか、あるいは、これはあくまでも将来の立法課題ですが、それなくしては環境保護が十分にできないということが認識されてきたということなのではないかと思います。ただ、考えようによっては、確かに、従来の規制とか制度では不十分であったという問題の背景には、やはり行政が十分な環境保護とか消費者保護の役割を果たしてこなかったという認識もあるわけですから、そのどうして果たせなかったのか、どうして十分な役割を果たせなかったのかということを考えると、確かに本来行政に期待してよい役割をむしろ果たさせない、障害となるような理論的な観念というのがあったのでないかと思います。その理論的な観念が、結局は瀬川先生が御指摘されたような警察行政法的な考え方であり、警察消極主義の原理とかということだったのではないか、という気が致します。

ただ、民間団体の活用や団体訴訟の導入問題が行政の機能や役割に関する観念と論理的、理論的につながっているかと言いますと、私はそれは必ずしもそうではないのではないかという気がしています。どなたか別のコメントをいかがでしょうか。

北村　瀬川先生のコメントをうかがっていて、次のようなことを考えました。日本では、法律案の起案を官僚が担当します。その前提には、「自分たちは間違わない」という発想があります。行政無謬論ですね。法律目的実現のために、あるいは、違反是正のためには、必要かつ十分な装置が準備してあると考えます。しかし、亘理先生のコメントにありますように、現実にはその仕組みが必ずしも上手く機能しないことがある。食品衛生のように伝統的な警察行政といわれるものでもそうですし、環境行

政のように新しい積極行政といわれるものでもそうです。そこで、最近では、行政だけでは無理だから、私人のイニシアティブに期待しましょうということで、消費者契約法のもとでの適格消費者団体による差止訴訟や独占禁止法のもとでの私訴が制度化されているのです。

規制のタイプにかかわらず、日本では、行政法規違反に対してなかなか命令が出されません。そのひとつの理由は、違反者の経済的事情に対する配慮です。もちろん、騒音規制法のように中小企業に配慮せよと明文で規定している法律もあるにはありますが、非常に稀です。権限行使にブレーキをかけるような要件は一般に規定されていないにもかかわらず、経済的事情を考慮する。まるで、不文の法規範のようです。

これは、経済的自由に対する配慮というようなレベルではなく、おそらくは、命令のような公式的対応をするのは面倒くさいという行政の感覚、コトを荒立てるのはまずいという行政の感覚、そして、環境行政でいえば「環境のことだけを考えて仕事をしているわけではない」という感覚にもとづいています。こうした権限の不行使が適法なのかどうかは、訴訟にならなければわかりませんが、少なくとも、行政は、裁量の範囲と整理しているのでしょう。

人見　先ほど申しましたように許可制の場合は、相手方の経済活動の自由、営業の自由がベースにありますから、許可要件を充足したら許可しなければならないということで裁量が行政には与えられていない。しかし規制権限の発動の場合は、法律上「これこれの場合には改善を命ずることができる」という形で、基本的に裁量が与えられているのが原則だと思います。それを、ドイツではよく行政便宜主義と呼んでいます。従って、自由な活動をしている事業者に対して規制権限を発動する場合には、行政に裁量があるのが原則です。

ですから、規制要件を満たしても規制をしない自由が行政には法律で認められているという前提があると思います。事業者に過度の打撃を与えないように、改善命令は出さず行政指導するにとどめておくことは、原則として法律上容認されていると考えるのが通常であろうと思います。そうした背景が、法制度上あると思いますけれども。

北村　行政法の一般原則である比例原則は、違反に対する行政権限行使の場面にも適用されます。違反しているからといって必ず命令をしなければならないわけではありません。行政指導で対応できるならば、それで十分と考えられています。

瀬川　公私の協働というときに、今までの行政のイメージではなくて、例えば先ほどの消費者適格団体などを見ていると、京都や関西では活動が活発で、積極的に書面による事前請求をしています。事前請求すると事業者の方も引っ込むことがあるようです。これまでは、検察が起訴して裁判所で負けたらまずいという意識があったように思うんですけれども、行政だけども当事者的なものを行政の中に組み入れれば、つまり間違っていたら間違ったでいいんだという考え方を行政の中に組み入れてもいいように思ったものですから、先ほどのような質問をしました。

司会　先ほどの瀬川先生のご発言について、先生方のご発言を聞いてそれなりに私の考え方を整理して言いますと、次のようになるのではないかと思います。もともと二つの観念が行政にはあると思うんですね。何かというと、公共の分野とか公益性とか公共にかかわることは、国あるいは行政庁が責任を持って行わなければならないし、行う権限もあるという、これが一つの観念だと思います。もう一つは、その上でしかし、実際にそれを権限として行使するかどうかについては、いわば必要最小限といいますか、要するに営業活動とか自由な国民の活動というものを前提にした上で、それを過剰に妨げないような範囲で最小限の規制をしていく必要がある、という考え方があるのだと思います。

そういう必要最小限の権限行使の要請を強調しますと、よほど重大な問題が生じて生命、健康に対する被害等の形で生じてこない限りは、法律上認められた変更命令とか是正命令などを発出すべきではないという発想に一方でなってくるわけです。他方、しかし、それについては実は最近は一定の条件を満たせば権限行使もしなければならないという考え方が理論上・学説上唱えられていますし、判例も徐々にそのような考え方を取り入れる傾向にあるわけです。

他方、最初に言った一番目の公共の利益にかかわる事柄は行政がいわば本来すべて専属的に責任を負っているという考え方については、近年ではそのような行政の役割が十分には果たされないという実態が次第に分かってきたといいますか、消費者保護とかあるいは環境保護の分野でそのような機能不全の実態が判明してきたという側面があるのだと思います。国や行政もそれを自ら認めるようになってきており、そこから、団体訴訟であるとか認定団体とかなどのいわゆる民間団体を使って公益実現を図って行こうという発想につながっているのではないか

と思います。もちろんそれ自体がいろいろな不十分な面は含んでいるわけですけれども、少なくとも国家がその公益を独占するといったような思考は少しずつ崩れてきているように思います。以上のような二つの異なった意味合いとの関連で、今日、いろいろな状況が生じてきているのではないかと思っています。

さてそこで、この問題をさらに続けること自体は面白いのですけれども、ほかに何かご意見などございましたら、いかがでしょうか。

山下　基本的な用語について質問します。秋山先生のご報告の中で「反射的利益論」という言葉が出てきました。この議論は行政法ではよく出てくるものですが、この議論は民法でもなされているのでしょうか。また、ここでいう反射的利益とは、行政法規では保護されているけれども、私法上の利益にはならないというような意味なのでしょうか。

合わせて、越智先生に質問します。ご報告の中では「民事的利益」というものが強調されているように思いました。先生は、行政訴訟の場合には必ずこの民事的利益が侵害されなければ請求が認められないとお考えなのでしょうか、それとも民事法的な利益とは別に行政法的な利益というのがあって、それが侵害されれば行政訴訟が認められるとお考えなのでしょうか。

秋山　反射的利益という言葉ですけれども、民法でこれが頻繁に使われるということはないと思います。ですから、やはりこれは行政法の概念が使われているということだと思います。つまり反射的利益というのは、結局は個々人に帰属する権利ではない、あるいは個々人の利益として保護されるものではないと、そういう意味付けです。行政法規との関係でいえば、行政法規によるならば行政庁の介入などによって私人は保護を受けられるかもしれないけれど、民法上で私人が妨害排除等の請求権を有しているわけではない、という意味になるかと思います。

越智敏裕（上智大学）　ちょっとレジュメの書き方がまずかったかもしれません。民事的利益でなければ行政訴訟の原告適格を基礎付けられないのかというご質問ですが、私はそのようには理解しておりませんし、そうあるべきではないと思っております。例えば、最近の大阪地裁の判決で、風営法のパチンコ営業許可について、営業所から一〇〇メートル以内の居住者については原告適格がある。ただし本件では一〇〇メートル以内で

はないので適格を否定するというものがございます。

例えばそのような場合に、風俗環境というもので民事的利益があるんだ、それで差止めなりが求められるかというと必ずしもそうでもないように存じます。その他すぐには頭に浮かびませんが、民事的利益とまでは言えない行政法的な利益でも原告適格を認めた例はあるかと思います。

ただ、公共事業紛争に関して申しますとこれはほぼ重なり合うのかなと。よくも悪くもといいますか、個別的な民事的利益でなくても裁判所が積極的に原告適格を認めてくれればよろしいんですが、まだそこまでは判例が行っていないのかなと考えております。例えばこの景観はまだよろしいわけですけれども、自然景観などになりますと民事的利益としてはさらに厳しいのかもしれません。ですが、行政法的な利益としては反射的利益ではなく保護されるんだという議論があればよろしいのかと思いますが、なかなかその辺まで裁判所は簡単には認めてくれないのかなと思っています。以上でございます。

司会　今の問題につきまして関連して何かございますでしょうか。

山本　秋山先生に、反射的利益論に関連してご質問させていただきます。これまでの判例の到達点としては、日常的にそこを通行している人が人格権に基づいて妨害排除請求できるというところにあろうかと思いますが、それに対して秋山先生は、その法理をもう少し広く適用する余地があるのではないかというご提案をされました。これは、具体的には、おそらく指定道路の沿線住民の何らかの利益をもう少し高める方向で考えておられるものと存じますが、これをもう少し具体的に考えていくとどうなるのだろうかと思うわけです。すなわち、反射的利益論という行政法の考え方に縛られているのかもしれませんが、建基法上の集団規定であれば近隣の所有者に対する日照、通風についても考慮するわけですが、道路法上の認定にしても建基法上の指定にしても、道路位置を定める処分の際に果たしてそこまで考慮しているのであろうかと思うわけです。事実上そういった利益が生じるということはあり得るわけですが、あくまでも接道義務を果たすための便宜としての私道路の指定について、日照、通風という事実上の利益が生じている沿道住民に、果たしてどこまでの権利が認められるのかということを若干疑問に思いましたもので、その点について少し詳しくお話を伺えればと存じます。

秋山　どうもありがとうございます。まず、後半部分のご質問ですが、例えば、道路位置指定がされた後、道路敷地の所有者がブロック塀を作って通行を妨害した場合を考えてみますと、その道路に沿接する土地の所有者は、その道路が維持確保されないことにより、通行・避難・防災等についてやはり具体的な不利益を受けると観念できるのではないでしょうか。建築基準法上の道路に関するさまざまな規律の目的や趣旨を考えますと、建築基準法上の道路に指定されるということは、道路敷地の所有者の利益と道路に沿接する土地の所有者の利益とをいろいろと調整した上で、道路に沿接する土地の所有者には、反射的ではなくて個別具体的な利益が割り振られているように思います。報告で取り上げた判例は、建築基準法におけるそのような考えを民法にも反映させたといえるかもしれません。

それから、前半部分のご質問ですが、今のところ、二つのレベルで考えております。一つは、例えば、ある事案において、具体的に避難が困難になってしまったとか風が通りにくくなったとか、通行利益ではない利益が侵害されている場合も、今回取り扱った通行利益になぞらえて、それらの利益を保護するために妨害排除請求を認めるということです。

もう一つは、そのような具体的な利益の侵害がない場合であっても、建築基準法上の道路に関する規制に違反していること（のみ）を理由として、民法上の妨害排除請求権等を認めることです。先ほども述べましたが、建築基準法の規制というのは、道路敷地の所有者の利益と道路に沿接する土地の所有者の利益とを調整して、道路に沿接する土地の所有者の利益およびそれと重なり合う公共的な利益を実現しようとしているわけです。ここで建築基準法上の規制に違反するということは、たとえそのような利益の具体的な侵害がないとしても、そのような利益の実現をいわば定型的・観念的な形で妨げているといえそうです。そこで、このような利益のいわば定型的・観念的な侵害を根拠として民法上の請求を認める方向性も、ありうるのではないでしょうか。今後の宿題として考えさせていただければと思います。

山本　ありがとうございました。越智先生に、先ほどの山下先生のご質問と関連する質問をさせていただきます。ご報告のいちばん最後の、民間開発と比較した場合の公共事業紛争の特徴というところで三点挙げられておりますうちの二番目、公共性が民間開発と比べると公共工事では重視されるであろう、というご提示でございますが、これは、処分の取消しや処分の差

止めを求める局面ではなくて、あくまでも民事の差止訴訟の中でのご議論と理解してよろしいのでしょうか。つまり、処分の取消しないし差止めにおいては、個別法で定められた処分要件を充足しているか否かということが争点になるわけで、一般的には公共事業には当然公共性が必要だということは言えても、個別法に落としてきた局面では必ずしも公共性が要請されるわけではないとも考えられるわけです。したがって、このご議論は主として民事差止めを念頭におかれているのかと思ったわけですが、この点ご確認させていただければと存じます。

越智　ご質問ありがとうございます。少し大ざっぱな議論かもしれませんが、民事訴訟でも行政訴訟でも公共性が重視されるという趣旨で申し上げております。山本先生が言われましたように、民事訴訟で公共性が重視されるというのはそのままストレートにくるわけですが、当然行政訴訟では個別法においてより具体化された公共性が問題となるわけでございまして、その意味で、圏央道の事案で言いますと、土地収用法二〇条三号の「土地の適正かつ合理的な利用」というところがまさに争点となって参ります。そこでは公共性というのは抽象的な言葉ではございませんで、公共性を具体化する個々の規定の充足性ということになるかと存じます。

司会　よろしいでしょうか。では、私から越智先生への質問として、二点申し上げたいことがあります。一つは、特に原告適格やその他の訴訟要件のところで、あるいは法律上の利益とか損害とかの側面で、民事法的な利益ということが強調されるというのは、ある意味で日本のむしろ裁判官の訴訟についての考え方がその原因としては大きいのではないかという気がしています。一言で言うと、「司法権」とか「法律上の争訟」とかというものを具体的な権利義務関係をベースにして考えないといけないという、そういう日本の裁判官の、もっと言えば従来からどちらかといえば民事・刑事の事件に慣れ親しんできた裁判官に特有の発想から来ているのではないかという気がしています。

あえていえば、戦後日本の行政裁判が司法権の下で統一的に扱われることになった際の「司法権」の観念の中に、そういう権利義務関係あるいは権利義務に関する争いというものを大前提にするような考え方があったのであり、この観念がやっぱり大きいのではないかという気がしています。そうした関連で言いますと、私法上の権利利益というのが真っ先に重視すべきも

のとして出てきて、それ以外の利益をどう扱うかについてはかなり慎重になっていると、そういう基本的な発想方向があるのではないかと私は思っています。この点、越智先生のご意見を伺いたいというのが第一の質問です。

もう一つの質問は、本案との関係でいわゆる公共性の判断の問題です。私は、近年になって下された幾つかの判例、特に小田急訴訟第一審や圏央道第一審の藤山判決の特徴は、公共性を強調するということそれ自体よりも、公共性の中に騒音とか大気汚染という利益を十分考慮すべきであるという、そういう考え方を投入したところにむしろ特徴があるのではないかと考えています。もっと具体的に言いますと、要するに日本の場合は公害裁判の伝統があるのでありまして、生命・健康に対する危害を何とか食い止めなきゃならないという、それをいかに救済するかということについておそらく一般の民事事件を従来やってきた裁判官にもその点は確信があるのだろうと思います。そうした日本の公害裁判の伝統を踏まえていくと、公共事業の違法性を判断する際の公共性のところに生命、健康、さらには騒音問題とか大気汚染問題の根本的解決が入ってくるというのは、ごく自然な発展的な思考方法なのではないかという気が致します。

おそらくこれはあまり外国では、とりわけ独仏英米あたりで公共事業の違法性を判断する際には、騒音とかそういった問題を公共性の要素として組み込む判断をするということはあまりないような気がしています。そういう意味で、公害訴訟の伝統を持つ日本の公共事業訴訟の一つの特徴なのではないかと理解しています。むしろ、公共性を強調することそれ自体よりも、むしろそこにそういった騒音問題とか大気汚染といった要素を投入した理解をしているということ自体に、特徴があるのではないかという理解をしています。

越智　非常に含蓄のある二点ご指摘いただきまして、私もまったくその通りだと思っています。まず一点目でございますが、最初にお断り申し上げましたように、実務家は、裁判所に受け入れてもらえるかという感覚でどうしてもものを考えてしまいますものですから、私の思考もそうなってしまっているのかもしれません。実務家サイドも何かほぼ確実に適格が認められるような権利利益さえあれば本案に入れるということで、それがあるときにあまりそれ以上に広げようという努力を必ずしもしない傾向が、特に公共事業ではあったのかなという気もいたします。

多少かじっているだけですが、アメリカなどですと審美的な利益、自然環境を親しむ、楽しむという利益だけで適格を認めてもらえるということになりますと、もう個別的利益とか民事的利益とかから全く離れて、行政法的な利益を観念していけるわけですが、日本の裁判官は行政法を勉強しなくても裁判官になってきたわけですので、亘理先生が言われる通りの頭で裁判所も判断しがちである。主として民事的利益を念頭に置いた個別的利益がなければ適格を基礎付けてはいけないんだという頭がどうもあったのではないかと。それが今回の平成一六年改正で多少変わっていくという傾向でいけばと思っております。ロースクールを出る方たちが新たに裁判官になっていけば、変わっていくのではないかと期待しております。

二点目でございますが、これも藤山判決は非常に素晴らしいものが多いわけで、東京高裁に戻ってきていただきたいなと思っております。確かに、あの方はそういう形で被害を公共性の中に組み入れて判断してくださる珍しい方であったわけですが、それ以外はやっぱり公共性を崩して初めて違法とされる余地が出てくる、日光太郎杉など例外はございますが、公共性を攻撃して、公共性をある程度否定してからでないとなかなか差し止めというようなことは難しいのではないかと感じています。

圏央道に関して藤山さんの判決は、三環状九放射といわれますけれども、内側に環状線があと二本できるわけでありまして、そのうち中央環状というのがもうだいぶ完成していて、昨年の一二月に一部開通しましたが、それならあえて圏央道を造る必要はないとして公共性も否定した、否定といいますかむしろ圏央道に人と金を使うんであれば中央環状をもっと早く完成させろというようなことまで言っておりますので、公共性が低いとした上で騒音という被害の方に着目して認めてくれたんだろうと思います。

公共性は非常に高い、と同時に騒音被害が非常に大きいという理由で一審勝訴判決を書きましても、現在の相場からあまりにもかけ離れているものですから、高裁でおそらく覆される。むしろそういった意味から藤山さんは公共性にも配慮をされて、小田急で言えば地下化という選択肢、代替案の問題も入れながら書かれたのかなと認識しております。まとまりがございませんがコメントさせて頂きました。

司会　どうもありがとうございました。まだ時間が一〇分から一五分ほどあるかと思いますが、いかがでしょうか。

藤谷武史（北海道大学）　越智先生のご報告、さらに今の亘理先生と越智先生とのやり取りに関連する質問です。行政訴訟では特に、公共性の有無の審査が重要だと思うのですが、そこで公共性を問題にする場合には、当然判断されるべきものが判断されていないのではないかという判断過程統制的なチェックと、公共性に関する判断材料として、例えば単なる地場の産業振興だけではなく、騒音や健康被害さらには景観利益といったものは一応出揃っているのだが、その上で最終的にそれらをどう比較考慮してどれを優先するか、という実体判断的なチェックという、二つの側面があるように思います。

前者の判断過程のチェックのように、考慮すべきものをしていないとか、アセスメントが欠けているという話であれば裁判所も踏み込みやすくなるような気がします。他方、後者の場合、結局のところ、越智先生のご報告の中にも言及があったように思いますが、「敗者復活戦」をどう考えるかという問題があるように思います。政治行政過程での決定と、政治レベルで破れた少数者の意見とで何が食い違っているかといったときに、行政が事実を認識していないのではなくて、価値判断が異なっているという場合には、残念ながら環境利益というものをあまり評価しない、あるいはそこに橋ができる方がいいと考える人たちがたくさんいるということを考えたときには、裁判所が積極的に踏み込むことはなかなか難しいのかもしれないと思います。

そこで越智先生のご報告でも駆け足になられたところですが、客観訴訟として団体訴訟制度を導入することで公共性審査の第二ステージなり敗者復活戦の回路を開くという基本的な考え方には私も賛成ですが、その場合にも、裁判官が、判断過程の瑕疵の問題を越えてさらに何か言おうとしたときには、結局「民主的政治過程」と称するプロセスにおいてはある種の比較衡量に基づく決定がなされたことを前提とせざるを得ず、それをひっくり返すだけの個別的利益や人格権侵害等、個別的、民事的あるいは主観的利益というものに縋ってしまう傾向というのはやはり避けられないような気がしております。

その点、例えば主観的利益の保護とは別の公共性審査回路としての住民訴訟においても、財務会計行為に係る違法に限定されていますし、先に後者の問題と申し上げた、価値評価のレベルで裁判所による審査がどこまで踏み込めるのか、あるいは藤山判事の一連の判決というのは前者のみならず後者の側面もあるとお考えでしょうか、というのが質問です。以上です。

越智　ありがとうございます、今おっしゃいました、きちんと考えるべきことを考えているか、材料を出して検討しているかということと、材料が出た上で評価をどうするかというその二つの問題でございますが、基本的にはやっぱりリンクするんだろうとは思っていますけれども、それでは内容もありませんので、ちょっとコメントさせていただきます。まず一つ目の材料が出そろっているかというと、まず出そろっていることは余りないのではないかと思います。それはどういう意味で出そろっていないかということですが、例えば代替案の検討がされていなかったり不十分であったりします。きちんとした情報が提供されて合意形成がされているのかと言えば、代替案検討義務があるわけでもございませんで、圏央道ではしておりません。最近は多少するようになっていて、鞆の浦のケースではしておりますが。例えば、代替案が検討されない限りきちんとした判断自体ができないという、その最初の方を攻撃する方がたぶん原告側としてはやりやすいんだろうと思います。

　これはアセスメントも同じでありまして、アセスのやり方が不十分であるとか、調査結果が信用できないとかいうことが言えれば、それはそれでよろしいのかと思います。そこでよく議論になりますのが、確かに原告側はアセスメントの問題を攻撃しているけれども、じゃあ実際はどうなんだ、その人格権侵害が具体的にはどういうふうに生じるんだといわれます。この調査方法をこういうふうに変えればその結果はどうなるのか立証してみろという形で評価が議論になるわけです。数千万円掛けてアセスがやられているわけですが、こちらとしてはそれができない。ですので、きちんとした行政過程で情報をそろえていただいて、きちんとした判断をしていただくという、判断の材料を提供していただくということ、これが第一レベルで問題になることだと思います。

　ですが、二つ目もやはり重要だと思っておりまして。材料が出そろったとしてどっちを取るかといった場合に、鞆の浦のケースで申しますと、これは内部的にいわれていることですが、なぜ埋立架橋に地元がこだわり続けるのかといえば、トンネル案でいきますとどうも日本で数社しか受注できる会社がない、工期も短く安上がりになってしまうものですから、地元にお金が落ちないということで、どうしても埋立架橋にしなきゃいけないという事情があるようです。

　短期的な視点で事業の必要性なり合理性なりを見るのか、長期的な視点で見るのかでたぶん違ってきていると思うんです。それはケース・バイ・ケースでありまして、私は政策の合理性

としてもこちらに分があると思えるような事件を基本的に受任してまいりましたけれども、中にはこの公共事業はやっぱり必要だとかいうケースはあり得ると思います。例えば圏央道の事案ですと、こんなことを言うと原告の方に怒られますが、道路がじゃあ、本当に一切いらないかといいますとそうもいえない。圏央道まではいらないけれどもう少し短い半径の環状線はあっても便利かも知れないと政策的には思っております。

圏央道はいらないと主張してきましたし、これはたぶん五〇年もしないうちに正しいことが分かってもらえる話だと思うんですが。仮に短期的に必要だという判断が合理性を持つとしても、何も、問題になっている高尾山の中腹にトンネルを二本通す必要はない。地下化をしてくれとか、あるいは迂回してくれという議論、代替案の議論をしておりますが、それも裁判所にけられてしまっております。

利益衡量につきましては、政策判断として民主過程を経たものはある程度尊重しなければいけないものもあるかもしれませんが、きちんと材料が出てされた判断としても、なお裁判所が法の、それは裁判所の価値観を含んだ判断にならざるを得ませんけれども、適合性を考えてみてもいい。いろいろ申しますが鞆の浦の件では百数十通の文化人の方からA四で一～二枚の意見書をいただいておりますが、実は日光太郎杉の判決にも文化人の意見が言及されたりしていますが、そういった政策形成の場として裁判所が、もう一度厳密に法適合性を考えてみる場としてあってもいいのかなと。

また、団体訴訟ということに多少こだわっておりますのは、奇特な国民に頼り続けるのは持続可能でないと考えるからです。地元の方々は日々自分の生活を抱えながらこのような訴訟をやっておられるわけです。この訴訟をやって何かもうかるわけでもありませんし、そういう奇特な人たちばかりに依存し続けるのはちょっと無理があるわけです。専門性を持つ民間公益団体を育成して、行政過程にそのような団体、専門性を持つ専従を入れることできちんとした情報が提供される、最後に訴訟が控えていますのでいいかげんな行政過程にはできないという意味で緊張感が生じ、情報がそろい、かつ合意形成もされるということが理想ではないのかなと思っています。長くなりましてどうもすみません。

司会　どうもありがとうございました。今の問題についてはよろしいでしょうか。では、時間もだんだん迫ってまいりましたが、さらにお一人ぐらいは発言いただけるのではないかと思

います。いかがでしょうか。

いらっしゃらないようですので、私から北村先生にお伺いします。先ほどの廃棄物処理の問題あるいは産廃規制の問題は、伝統的に警察規制で必要最小限の制限規制にとどまっていたと言えるわけですが、他方、処理業者に委託する契約について、近年はかなりそれが価格の適正さに関する間接的なコントロールとか適合認定制度という形で次第に変わってきているということですが、しかし、それでもやはり不十分ではないかというふうにも言えるかと思います。そうだとしますと、処理業者への委託契約における契約条件をある程度類型化して定めるとか、あるいは一定の客観的な評価を経た業者としか契約できないようにする、等という方向へ行かなければならないのではないかという気が致します。適正な廃棄物処理を厳格に実現しようと思ったらおそらくそっちの方に徹底して行かなければならないということになるかと思うのですが、例えばアメリカの場合は、そのような排出事業者と処理業者との間の契約あるいは委託の関係をもっと厳格にコントロールするような制度というのは存在しないのでしょうか。

北村　米国において産業廃棄物の不法投棄が問題視されているか。これは興味深い問題なのですが、私はほとんど聞いたことがありません。もちろん、有名なラブ・カナル事件のように、多くの人体被害を発生させた化学物質の不法投棄事件はあります。しかし、日本で一番不法投棄量が多い建設廃材が米国でも問題になっているかといえば、それほどではないと思います。やはり広大な土地のせいでしょうか。

亘理先生のご指摘のように、許可のハードルを高めることは、ひとつの方向性です。現在の産業廃棄物処理業優良性基準適合認定制度のもとではいくつかの基準が用いられていますが、環境省は、これらをいずれは許可基準にバージョンアップしたいと考えているようです。

ただ、そのためには、現在の許可業者の相当部分がそのレベルまでには到達してもらわないといけない。既得権でも何でもないのですが、既存不適格がたくさん発生するような制度はなかなかつくりにくいのが実情でしょう。しかし、機が熟せば基準強化に向かうと思います。

排出事業者自らが不法投棄をする場合もありますが、その委託を受けた処理業者が不法投棄をすることも少なくありません。そこで、排出事業者の監督責任を強化することを目的に、委託した処理業者の不法投棄に関して排出事業者に原状回復の

無過失責任を課せばどうかという議論があります。特に自治体行政に強い。しかし、十分に監督したとしても処理業者が出来心で不法投棄した場合にまで責任を負わせるのかとなると難しい。無過失の抗弁を認めた上で厳格責任を課すという法政策もあるかもしれませんが、まだそこまではいっていません。

司会　関連して一つだけ質問したいんですが。廃棄物処理業者のレベルの維持とかレベル向上の問題との関係で、業界団体の自主規制とかあるいは自主的・教育的な作用とかというのは、これは現在日本でもかなり進んできていると理解してよろしいでしょうか。

北村　これは、悩ましい問題です。産業廃棄物処理業者の関係団体として、全国産業廃棄物連合会があります。これは、都道府県の単位協会の連合組織ですが、許可業者の組織率が高くないのです。自主規制は重要なのですが、あまり厳しく締め付けると、単位会を退会する許可業者もいるのです。退会させないためには、協会員であることに十分な魅力がなければならないのですが、残念ながら、必ずしもそうとばかりは認識されていない。連合会としてのスタンスの取り方には難しい面があります。セルフ・レギュレーションというのはひとつの方向ではありますけれども。

だいたい会員になる人は、それなりに意識が高いのです。報告でも申し上げた環境省の優良性基準適合認定制度のもとでの認定を受けているのは、やはり協会員が多い。問題はそうはなっていない人なのですが、そうした許可業者への対応が難しいですね。

司会　どうもありがとうございました。本日は、三名の先生方の非常に充実したご報告に加えまして、参加された先生方からもいろいろ活発なご意見、ご質問などをいただきまして大変有意義なシンポジウムになったのではないかと思います。最後に研究会の代表者であります吉田先生に、まとめのご発言をいただければと思います。

吉田　最後ということですので、十分なものにはなりませんが、多少のまとめをしてみたいと思います。

今日のテーマは、亘理先生に設定していただきました。「都市環境法における公私協働」がそのテーマですが、このテーマのもとで三本のご報告をいただき、それをめぐって活発で刺激

的なご議論をいただきました。

公私協働を考える場合には、どのような法益が問題となっているかという法益論と、その法益侵害があった場合にどのようなエンフォースメントを図るのか、その主体をどう考えるのかという主体論と、この二つの問題の組み合わせが重要だと思います。法益論に関しましては、公私協働を語る際に基本的に問題になるのは、公益あるいは公共的法益であると考えるべきでしょう。したがって、まずもってここで登場するのは、公法的な法システムということになります。それを前提として、公私協働を考えるということです。そのような視角から見ますと、今日議論された問題は、三つに整理できるだろうと思います。第一は、北村報告のタームを借用いたしますと、公法システムへの私人の取り込みです。第二は、これも北村報告に出てきましたが、公法システムの私法的手法による補完の可能性と必要性です。第三は、そのような補完の可能性と必要性はあっても、実はそれは困難だという話、つまり補完の困難性です。このように三つに整理した形で、多少のことを申し上げていきたいと思います。

まず第一点、公法システムへの私人の取り込みです。先ほど申し上げた法益とそのエンフォースメントの主体という視角から整理しますと、公益については、公共団体が公法システムを用いて実現するというのが原則です。それを前提とした上で、ここに私人を関与させる。これがここで問題となっているわけです。そこで主体となっているのはあくまで行政です。行政を主体としながらそこに私人も関与させるというのがここでの問題ですので、それが可能であること自体については、大きな理論的問題はないのだと思います。言ってみればこれは政策判断の問題で、私人を関与させた方がいいという話になれば関与させるというだけのことでしょう。

ただ、現実の意味合いあるいは評価という点から見ますと、これには二つの性格がありうるように思います。ひとつは、行政のリソースが不足しているので私人をうまく利用していく、つまり行政の方から見る評価です。それから、そうではなくて、むしろ私人の方が積極的に行政過程に参加していくのだという見方です。これは、同じことを別の角度から見ているだけに過ぎないような気もしますけれども、「私人の取り込み」の制度設計によってこのいずれかが前面に出てくるということもありましょう。このいずれが前面に出るかによって、評価としてはかなり異なってくる可能性があります。そのあたりをどう考えるかが課題なのかな、という気がいたしました。

次に、第二点である公法システムの私法的手法による補完の可能性と必要性という問題です。補完の役割を果たしうる私法的制度としては、二つの制度を挙げることができるでしょう。ひとつは契約であり、もうひとつは環境侵害行為がある場合の差止めまたは不法行為責任の追及です。

まず契約ですが、北村報告において、契約的手法の例として、環境保全協定が検討されました。そのお話しを聞きながら、公私協働あるいは公私の交錯というところで語られる契約の機能については、いくつかを区別する必要がありそうだということを考えていました。

公法システムと契約という場合に、私のように民法をやっています者がまず想起するのは、内田貴先生が最近展開されている「制度的契約論」における契約です。そこで何が問題になっているかといいますと、今まで公共団体が担ってきた公共的なサービスとかそういうものの提供を、民間に降ろしていきましょうということですね。典型的には、従来、措置ということで行政的な上からの決定に基づいて提供されていた介護サービスについて、契約で提供するようにすることなどです。介護の契約による提供については、介護保険のリンクが重要ですが、重要なのは、そのように契約化はするけれども、やはり公共的な性格があるものですから、完全には契約化し切れない、契約の自由に任せられない部分が残るということです。制度的契約論は、新たな契約現象のそのような側面を捉まえる理論といってよいでしょう。ともあれ、ここでは行政的なもの、公的領域に属すると考えられてきたものを緩和していく、あるいはその性格を変えていく手段として契約が用いられる、そのような問題領域がひとつあるのだろうと思います。

それでは、今日のお話しで出てきた産業廃棄物処理の問題を今申し上げたような捉まえ方で捉まえることができるだろうか。それは何か違うのではないか、というのが今日得た印象です。問題の構造が違う。どういうことかといいますと、産廃の話は、本来は非常に公共性が高い問題領域です。産業廃棄物の処理には、環境を汚染する危険があり、人間の生活、アメニティーや健康に非常に大きな影響があるわけですから、そのあり方をどうするかは、きわめて公共的な問題です。にもかかわらず、日本の場合にはそれが基本的には自由な行為、つまり私的な領域に属する行為と見られてきたのではないか。そのような問題意識があったものですから、さきほど、ポリス規制との関係で日本の警察規制には緩過ぎるという特徴があるのではないか、ということをお聞きしたわけです。

となりますと、今日の北村報告にあった環境保全協定などで上乗せ的にやっていくというのは、本来は公共的規制のところでやるべきことを契約で代替的にやっていくということになります。ここでは、契約が公共的なものを補完する機能を果たしているわけです。これは、公共的規制が不十分なところでは、きわめて真っ当な方向でしょう。

ともあれ、公法システムと契約との関係については、このようにいろいろなあり方が想定されるように思いますので、その理論的整理が今後求められることになるでしょう。

もうひとつの問題領域は、環境侵害行為があった場合の差止めまたは不法行為責任の追及です。秋山報告は、私道を中心としつつ、まちづくりにおける公私の交錯を扱うものでしたが、その根底には、この論点に関する問題意識があったように思います。そこでの問題構造は、わりと押さえやすいと思います。つまり、一方に私的利益があって、他方でこれに対抗するものとして公共的利益がある。原則は、この公共的利益を行政が確保すべきなんだけれども、行政がきちんとしないことがありうる。その場合に、私人が公共的利益の担い手として登場して、もう一方の私人と対抗する。つまり、私人対私人の紛争なのですが、その背後には私的利益対公共的利益という対抗軸がある。このような問題構造です。それは、たとえば、国立の景観訴訟を念頭に置きますと、すぐに了解できるでしょう。あの事件で住民が提起したマンション建築差止めさらに完成したマンションの撤去請求は、単に私的利益を主張したというのではなくて、当該地域の景観という公共的利益を主張するものであったわけです。

秋山報告において展開されたご議論については、基本的に共感するところが多いといいますか、私も大体は同じようなことを考えています。つまり、この問題領域で公私協働を志向する場合に、根本的には行政の機能不全を踏まえること、つまり、本来行政がやるべきことをやっていないが故に、民法が関与していく必要があるということ、ただそれだけでは法理論になりにくいという面はありますので、公共的利益と私的利益との複合的な交錯という点を根拠にしていくということなどで、これらについて私は特に異論はございません。

その上で、今日の秋山報告で特徴的だと思った点が二点あります。

ひとつは、多元的な法的構成を考えていってよいのではないか、という点です。ですから、一方では人格権的権利で請求する場合もあるし、他方では通行地役権でいくのもあるだろう。

これは私もまったくその通りだと思っております。問題の出方といいますかその問題領域によって、適切な法的救済は違っても差し支えありません。これは当然だと思います。

もう一点は、信義則の強調です。秋山報告の特徴としては、このほうが顕著だったかもしれません。これは大変面白いと思いました。今まで道路位置指定と一般的に語ってきましたが、道路位置指定にも、私道所有者の申請に基づいてなされるもの（建築基準法四二条一項五号）と、既存の四メートル未満の道について特定行政庁が指定したもの（同条二項）との二種類があります。前者について、指定に私道所有者の意思がかかわってきますから、その権利行使を制約するのは比較的容易です。これに対して、後者、いわゆる二項道路については、私人の意思とは無関係に指定されますから、私権との緊張関係が大きいわけです。これについて私人の一定の行動の積み重ねを根拠に信義則を介して所有者の権利主張を封じ、通行を確保するというのが、判例を引きつつ秋山報告で示された方向です。これは、説得的な方向だと思いました。

この議論を牽強付会的に私の議論に関連づけますと、私は、この問題領域で、地域的ルールを前面に出す方向を志向しています。通行に関するルールについても、私人が関与する地域的ルールが形成されることが重要で、そのルールが上から押しつけられるというのは、必ずしも望ましくないということになるわけです。上からの押しつけでは、保護法益としての公共的利益としては十分ではなくて、私人が絡んでこそ法的保護に値するルールになるということです。二項道路は、もともとは私人が絡んでいませんが、一定の行動の積み重ねという形で私人が絡んでくることによって、二項道路の公衆の通行の要保護性も増す。秋山報告の議論をそのように捉えることも可能ではないだろうか。これが、私の問題関心に引きつけた形での理解です。

最後に第三点として、民事救済の限界です。越智報告においてこの問題が扱われました。そこで具体的に取り上げられたのは、公共事業紛争です。公共事業は、建前としては公共的利益、公共性を体現しているわけです。それを私人がどのように攻撃しましょうか、というのがここでの問題ですから、これはある意味で難しい、限界があるのが当然でしょう。まとめの第二点までで取り上げてきましたのは、公共性が絡んでも私人対私人の紛争でしたが、それとここでの問題構図は違うのだと思います。

それでは、難しいにせよ何かやりようがあるのかといいますと、三つくらいの可能性を考えることができるだろうと思いま

す。第一は、手続的な問題があった場合にそこをつついていくという可能性です。第二は、公共性で押しつぶすべきではない私的な権利があるんだという主張をする可能性です。第三は、公共性の存在自体を争っていくという可能性です。

第一の可能性については、先ほどの藤谷さんの質問でも触れられていました。藤谷質問の表現をお借りすれば、判断過程統制という側面です。判断すべき事項をすべてきちんと判断しているか、手続的に必要とされるアセスメントを尽くしているか、このような点を問題にしていくわけです。これは、司法審査にもなじみやすいわけで、ひとつの可能性として十分にありうると思いますが、ただこれだけで全部うまくいくかというと、たぶん難しいでしょう。

次に、第二の可能性、つまり公共性で押しつぶすべきではない私的権利があるんだという主張の可能性ですが、これも、実際にはなかなか難しいだろうと思います。というのは、保護に値する権利が存在するのであれば、公共事業を仕組む事前手続きで処理しておくべきだというのが建前だと思うんですね。これはあくまでも建前でしょうが、ともあれ、事前手続きで処理していないのであれば、それは法的保護に値しないのだと、そういうことになってしまうのだろうと思います。

そうしますと、第三の可能性である公共性の存在自体を争うという可能性が浮上することになるでしょう。実際に、これがメーンになっていると伺いました。ここでは、先ほどの藤谷さんとの応答でも触れられていましたが、公共性の内容が問題になります。公共事業には一応公共性が備わっているという建前でしょうから、私人がそれを問題にしていくというのは、それと別の公共性を掲げてそちらの優越性を主張していくことになります。つまり、ここでは、公共性を多元化していくことが前提になっているわけです。もうひとつの公共性としてよく引かれるのは、生活の快適性、アメニティなどです。このように公共性を多元化していくことは、誠に正当な方向だろうと思います。ただ、ここで難しいのは、これも先ほどの質疑応答にありましたが、政治的には少数者の掲げている公共性が、一応建前の世界では多数者が掲げる公共性よりも優越するのだという、その正当性をどのように論証するかです。

よく分かりませんが、あり得るとすれば、公共性にも二種類あるというような議論になるのでしょうか。つまり、公共性には、相対的公共性と絶対的公共性という二種類があるというような話です。相対的公共性というのはプロセス、一定の手続きを経てこれが公共性だよと決める公共性で、これは多数者が決

めればしょうがないねということになりましょう。これに対して、絶対的公共性というのは、要するに民主的プロセスを仮に経たとしても、それによっては押しつぶせない価値があるのだという意味での公共性です。それが何かは難しいですが、それが存在すると想定することによって、手続には解消されない公共性を問題にするわけです。

ただ、このように言ってきますと、絶対的公共性というのは、結局、人権的な権利の話になってくるのかなという気もします。そうしますと、第二の可能性として指摘した押しつぶせない権利という話にまた帰ってくるのかもしれない。そのようなことをあれこれ思いながら、やはり非常に難しい問題だなということを改めて強く感じました。

このようなことで、あまりまとまらない発言で、時間もオーバーしてしまいましたが、これで終わります。

司会　どうもありがとうございました。では、本日のシンポジウムはこれにて終了いたします。