

環境訴訟としての 義務付け訴訟のポテンシャル

——都計法監督処分義務付け訴訟を題材に——

池 田 直 樹

1 はじめに

行政事件訴訟法改正の基本的考え方を示した「行政訴訟制度の見直しのための考え方」⁽¹⁾は、「行政訴訟制度について、行政に対する司法審査の機能を強化して国民の権利利益の救済を実効的に保障する観点」から、申請型および非申請型の2種類の義務付け訴訟を「救済範囲の拡大」のタイトルのもと「救済方法の多様化」の一環として導入した。

ところが、石崎誠也教授の調査によれば、東京地判平成17年11月25日から福岡高判平成29年12月29日までLEX/DBで検索される218の判決のうち、認容が3、棄却が42、却下が173であった。⁽²⁾原告勝訴率1.3%、却下率79.4%という数字からは、行政事件訴訟改革における「国民権利利益の救済の実効的保障」は実務の厚い壁に面してきたと評価できよう。

そのような中で、非申請型・第三者型の義務付け訴訟である神戸地判平成31年4月16日⁽³⁾（以下事件につき「本件訴訟」、判決につき「本件判決」という）は、被告宝塚市に対して開発事業者に向けた都計法81条の監督処分の義務付けを命じた。

本稿は、これまでの非申請型・第三者型の義務付け訴訟の裁判例のうち、特に本案判断がなされた裁判例の流れを概観したうえで、本件判決が持つ意義と課題を明らかにする。⁽⁵⁾特に環境法実務において義務付け訴訟を活用するという実践的意図に基づき、そこに国民の権利救済の実効性を高めるポテンシャルを再発見したい。なお、筆者は本件事件の原告側代理人を務めていることと（そのため判決本文に書かれていない背景等についても一部触れている）、本件訴訟は現在も係争中であること、⁽⁶⁾本稿は筆者の個人的見解であって弁護団⁽⁷⁾全体の見解ではないことを予めお断りする。

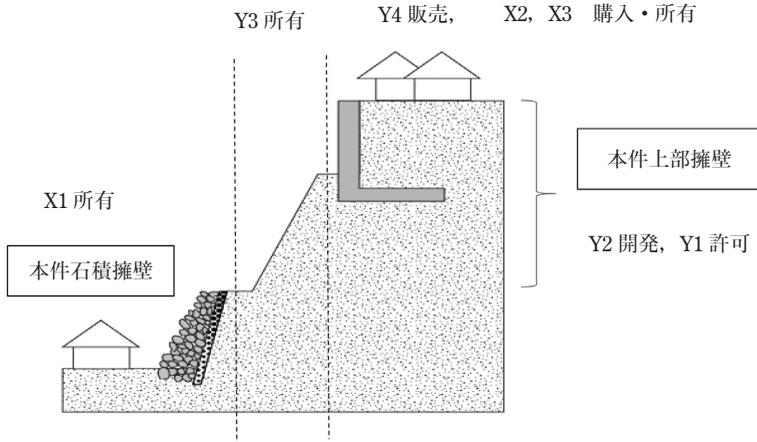
2 事案の概要

(1) 当事者、不動産およびその開発行為

原告 X1 は本件で開発された後記 X2, X3 所有の宅地（以下「本件宅地」という）と急斜面地（以下「本件斜面地」という）で隣接する下部側の土地（以下「X1 所有地」という）上に建物を所有する者（判決当時当該建物から一時的に転居しており、第三者に賃貸中であった）である。X1 は本件斜面地の下部領域に石積擁壁（以下「本件石積擁壁」という）を所有していた。本件斜面地付近一帯は宅地造成等規制法（以下「宅造法」という）3条1項による宅地造成規制区域に指定されていた。

被告 Y2 は不動産開発業者であるが、被告宝塚市長（以下 Y1）から都市計画法（以下「都計法」という）29条、33条1項7号（宅造法9条への適合性が要件となる）の平成25年の許可および平成25年、26年の変更許可（これらをあわせて「本件開発許可等」という）を受け、本件斜面地及びその周辺の土地につき都計法開発行為に関する宅地造成工事を行い（その際、本件斜面地上部にコンクリート擁壁を新設した。この新設擁壁について、以下「本件上部擁壁」という）、平成26年1月に開発行為を完了した。被告 Y2 は開発した土地のうち宅地部分を住宅建設販売会社であ
130(900) 法と政治 71巻2号 (2020年9月)

図1 本件斜面地の現況と当事者の状況



る被告 Y4 に売却し、宅地とならない本件斜面地の残地（用途無し）を関連会社の被告 Y3 に名義移転した。

Y4 は宅地部分に戸建て住宅を建設して販売をした。

原告 X2 と X3 は、本件斜面地を介して X1 の直近上部に位置する本件宅地と住戸を Y4 から購入し、家族とともに居住した（以上につき、上記図 1 参照）。

(2) 紛争に至る経過

本件斜面地はもともとは自然の小山の斜面地の一部であったが、山頂部分が切土によって宅地となっていた。その後、中腹部分について平成11年に訴外 N 社がマンション建設のため開発許可を得て開発工事を行ったが、地域住民らの反対もあって平成13年に工事を中断し、開発を断念した。

Y2 は、宅地造成目的で N 社から上記開発途中の土地を買い取った。戸建て宅地開発に対して地域住民から反対はなかったが、できあがったそそり立つ本件上部擁壁をみて、X1 から地域住民は、情報公開を行い、専門家とともに開発関係資料を検討した結果、本件石積擁壁と本件上部擁壁は、

宅地造成法上原則として禁止される二段積み擁壁の位置関係にあるにも関わらず、本件開発許可等において本件斜面地の安全性の検討が十分になされていらないのではないかとの疑義を抱くに至った。

X1は、宝塚市の開発審査会に対して不服申立を行ったが、審査会は開発工事の終了を理由に不服審査の利益がないとして申請を却下したため、購入した宅地の安全性を危惧するX2とX3も加わり、本件訴訟に至った。

(3) 原告らが求めた裁判（類型によりまとめたもの）

ア X1による本件開発許可等の無効確認の訴え（行訴法3条4項の確認訴訟，以下「本件無効確認の訴え」という）

イ Xらによる被告Y1（宝塚市長）が都計法81条1項または宅造法17条1項および2項に基づき、被告Y2に対し、本件斜面地につき、その法面又は本件石積擁壁の崩落を防止するために必要な調査及び工事を行うことを命じる義務付け訴訟（行訴法3条6項1号の義務付け訴訟，以下「本件義務付け訴訟」という場合は都計法による義務付け訴訟をいう。）

ウ Xらによる被告Y2とY3に対して、連帯して、本件斜面地につき、その法面又は本件石積擁壁の崩落を防止するために必要な調査及び工事を行うことの請求訴訟（所有権または人格権等に基づく妨害予防請求権，以下「本件妨害予防請求」という）

エ X2とX3による被告Y4に対する、X2所有地とX3所有地につき、本件斜面地の法面または本件石積擁壁の崩落等の発生に伴う傾斜または地盤の沈下を防止するための相当な地盤補強工事を行うことの請求訴訟（土地売買にかかる民法570条の瑕疵担保責任または新築住宅の売買にかかる品確法95条1項等による瑕疵担保責任に基づく瑕疵修補請求権，以下「本件瑕疵修補請求」という）。

オ Xらによる被告Y1、Y2、Y3に対する工事費、調査費用、弁護士費用、慰謝料等の損害賠償請求（国家賠償法1条，民法709条，719条に基づく
132(902) 法と政治 71巻2号（2020年9月）

損害賠償請求権)

カ X2 と X3 による被告 Y4 に対する, X2, X3 らの所有地および所有建物の工事費用, 調査費用, 弁護士費用, 慰謝料等の損害賠償請求(民法570条, 品確法95条1項等による損害賠償請求権)。なお, 本稿では, ウ以下の民事的請求については扱わない。

3 判 旨

(1) 本件確認訴訟は却下。開発工事完了により訴えの利益が失われている(最判平成5年9月10日民集47卷7号4955頁, 以下「平成5年最判」という)。

(2) ア 訴訟要件

本件義務付け訴訟の訴訟要件である重大な損害要件(以下「重損要件」という)について, 「義務付けの訴えは, 権利救済の方法として法令に基づく申請権を有しない者が, 第三者に対する規制権限の行使等としての一定の処分をすべき旨を命ずることを求めるものであって, あたかも申請権を認めることと同様の結果をもたらすから, 救済の必要性が高い場合であることを要するものと解される。」(下線筆者, 以下同, 判旨 A1) 「重大な損害を生ずるおそれ」があると認められるためには, 仮に一定の処分がされないことが違法であると仮定した場合において, 当該不作為により, 当該訴えの原告の法的利益に重大な損害が生ずる相当程度の可能性が認められることを要するものと解するのが相当である。」(判旨 A2) 「「重大な損害を生ずるおそれ」を基礎付ける法的利益は, 原告適格を基礎付ける「法律上の利益」に限られるものではないと解される。」(判旨 A3) との一般論を述べた。

そのうえで, 本件斜面地上部の本件宅地に居住する X2, X3 については, 生命又は身体が害される相当程度の可能性があるとして認められるとし, さら

に補充性の要件も原告適格も認められるとした。

しかし、X1についてはX1所有地上の建物に居住しておらず、第三者に賃貸していることから、本件斜面地が崩落しX1の財産が害される相当程度の可能性があるとも認められるが、「この法的利益は、その内容及び性質に照らし、社会通念上、金銭による事後的な賠償をもって回復することが可能であって、これによることが不当ということもできない。」(判旨A4)として、「重大な損害を生じるおそれ」の要件を欠くとして却下した。

イ 本案判断

X2, X3について結論として「処分行政庁は、被告Y2に対し、都市計画法81条1項2号に基づき、別紙物件目録記載の土地につき、同土地の法面及び(本件石積)擁壁の崩壊を防止するために必要な工事を行うことを命ぜよ」との主文の判決を下した。

神戸地裁は、本件上部擁壁と本件石積擁壁は原則的に禁止される二段積み擁壁の位置関係にあるが、被告Y1は、①本件石積擁壁は昭和45年に旧宅造法に基づく許可を受けているから、その仕様規定を満たす適法な擁壁であり(論拠①)、②本件斜面地の本件開発許可等の前と後との状況を比較すると、本件開発により本件斜面地の土量等が従前よりも減少する結果、本件石積擁壁に対する作用力(開発工事によって設置される上部擁壁等の積載荷重と盛土等の土荷重等が下部にある本件石積擁壁の背面に与える影響を土圧力に換算した力、下記図2, 3参照)が減少した(論拠②)こと(筆者注:既存の安全な本件石積擁壁にかかる上部からの作用力は、本件開発によってむしろ小さくなるとして、本件斜面地の安全性が確保されているとしたもの)を論拠として開発許可を行ったものとした。

判決は、論拠①については、本件石積擁壁が昭和45年の宅造許可の対象に含まれているかどうかは確認ができないとしたうえで、仮に含まれて

図 2 (昭和45年頃?の地山地形)

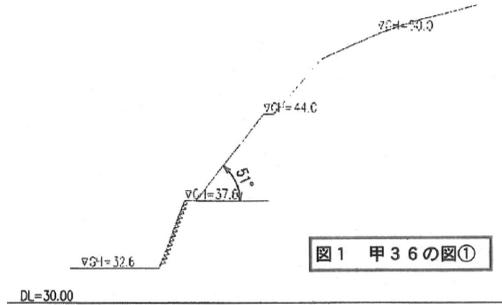
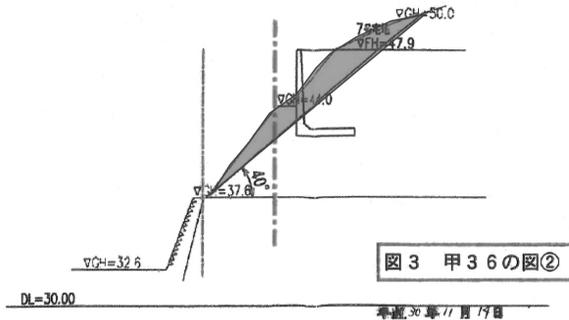


図 3 開発許可申請の図面



筆者注：市の判断は、図 3 の本件石積擁壁上端から40度の角度のラインうえに本件上部擁壁が築造されるところ、図面 2 と 3 を比較すると、開発によって斜めラインより上部の土（シャド一部分）が除去される分だけ、下段石積擁壁にかかる作用力が従前よりも減少するので、安全であるという単純な論理である。ただし、なぜ下段石積擁壁の底盤面からではなく、上端から40度のラインなのか不明。

いたとしても、許可時から約43年経過して、申請の当時、経年により劣化してその強度が減少していたものと推認されたとした。

次いで論拠②については、本件開発許可の申請の時点における本件斜면地の地形と本件開発許可の設計とにおける本件石積擁壁の上部の土量を比較すると、土量が増大しているなどとして（図 4、5 参照）、①と②の論拠をいずれも否定した。それに加えて、「県宅造マニュアル 5-(16) は、

図4 開発直前の地形図

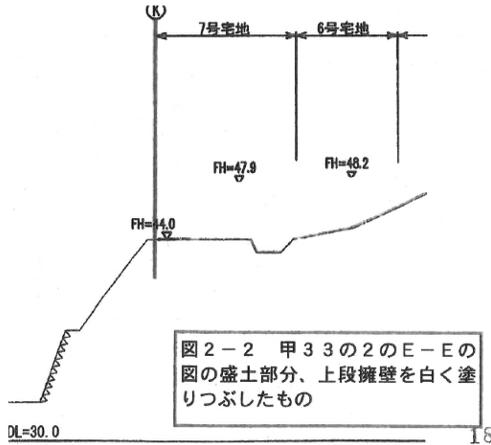
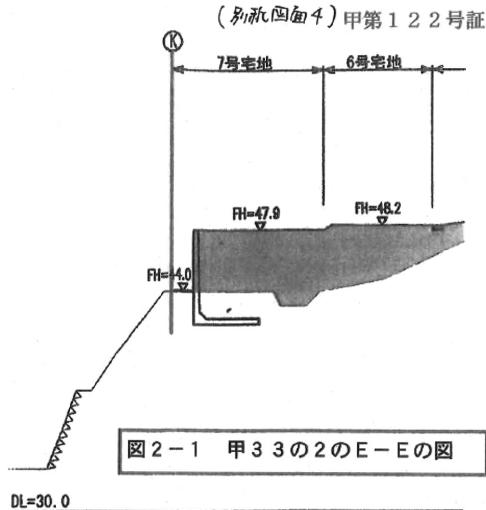
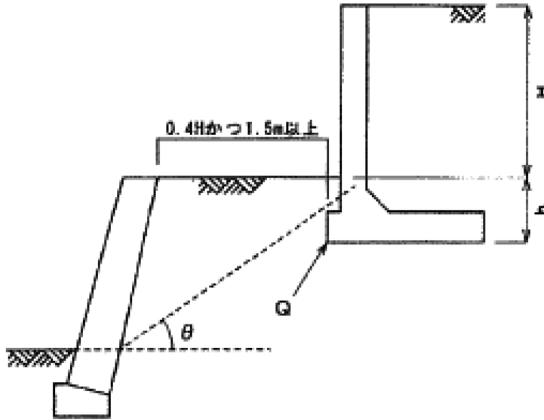


図5 開発後の地形図



筆者注：昭和45年当時から開発時までの間に、中断したマンション開発により、地形は図4のとおり変化していた。その地形から比べると、盛土がなされ（図5の擁壁右塗りつぶし部分）、本件石積擁壁にかかる重量は、当該盛土のうち下段石積擁壁に作用する角度内のものについては増大する。

図6 兵庫県宅造マニュアルより二段擁壁とならない場合



(b) 練積み造+コンクリート造

筆者注：上部擁壁の自重やそこにかかる土量や建築物の重量による上部擁壁部分トータルの作用力は、 θ の角度内で下部擁壁に影響する。よって上記の位置に上部擁壁がある限りにおいては、上部擁壁部分の作用力は下部擁壁の地上部分に影響しないから、安全である。逆に、 θ の角度より左側に擁壁があれば、下部擁壁の地上部分に作用力が働くから、下部擁壁の転倒や滑りなどの安定性に影響しないか、個別審査が必要になる。なお、図3では、 θ の線が下段擁壁の地盤面からではなく、下段擁壁の天盤面から立ち上がっていることに注意。本来、下段擁壁の安全性の検証のための下段擁壁にかかる作用力の範囲については、下段擁壁の地盤面から立ち上げた θ の範囲に上段擁壁があるかどうかの問題となるはずである。

原則として二段積み擁壁（上段の擁壁の基礎及び底盤が下段の擁壁を基点とした土質別確度 θ の勾配線内に入っていないもの）が許されないと定め（図6参照）、二段積み擁壁となる場合には、上段擁壁等による荷重を考慮した下部擁壁の安全性を慎重に確認することを求める趣旨であることも併せ考慮すれば、本件上部擁壁等による荷重を考慮して本件石積擁壁が安全であると判断した本件開発許可等は、その判断の基礎とされた重要な事実に誤認があり、又は事実に対する評価が合理性を欠くものと評せざるを得ない。（中略）本件開発許可等は、その裁量権の範囲を逸脱し又はこ

れを濫用した違法なものというべきである。」と判断した（判旨 B）。

都計法81条1項の監督処分の不発令についての裁量権の逸脱又は濫用については、本件開発許可等がされてから口頭弁論終結時までの間に、事情の変更が生じたことにより、本件石積擁壁が安全であると認められる状況になったということもできないとして、「以上のような本件の具体的な事実関係の下では、処分行政庁が、現時点において、都計法81条1項2号に基づき、被告 Y3 に対して本件都計工事命令を発令する要件を満たさない、すなわち、本件開発行為が本件許可基準（都計法33条1項7号、宅造法9条1項）に適合していると判断していることは、本件斜面地の法面及び本件石積擁壁が崩壊する具体的なおそれがあるか否かを判断するまでもなく、その裁量権の範囲を超え又はその濫用となると認めざるを得ない。」（判旨 C）と判断した。

さらに、義務付けにかかる本件都計命令の内容の特定については、「裁判所が命ずべき「一定の処分」にどの程度の特定が求められるかは、原告の請求内容を前提に、当該処分の根拠となる法令の文言及び趣旨を踏まえた上で、社会通念に従って合理的に判断すべきである。そうすると、①当該法令が、ある一つの要件を充足した場合に、行政庁が複数の内容から一部又は全部を選択して処分をすることができる旨を定め、かつ、②原告の請求が、上記の範囲内で複数の選択肢を包摂した幅のある内容の処分を命ずることを求めるものとなっているときは、裁判所は、原告の請求及び当該法令の選択肢の範囲内で、幅のある内容の処分を命ずることが許されると解すべきである。」（判旨 D1）「本件開発工事の注文主である被告 Y2 に対する本件都計工事命令の内容としては、都計法81条1項2号に基づき、同項柱書の認める処分内容の範囲内において、同工事が本件許可基準に違反しているに等しい状態を是正するための必要な措置を命ずれば足り、その具体的な内容をどのようなものとするかについては、処分行政庁の合理

的な裁量に委ねるべきものと解される。」と判示した（判旨 D2）。そのうえで、裁判所は、「被告 Y2 に対し（中略）、その法面及び本件石積擁壁の崩壊を防止するために必要な工事を行うことを命ずれば足り、その工事の内容を具体的に特定するまでの必要はないものと解すべきである。」「いかなる工法が適切であるかの判断は、処分行政庁の合理的な裁量に委ねるのが相当というべきである。」と述べて、上掲の主文の判決を下した。

(3) 本件妨害予防請求権については、本件開発行為が法令の許可基準に適合しないに等しいものと認められるとしても、それは「本件斜面地の法面又は本件石積擁壁が崩壊する相当程度の可能性があることを推認するとどまるから、このことをもって直ちに、客観的にみて、本件斜面地の法面又は本件石積擁壁が崩壊する高度の蓋然性があるとまでは認めるに足りない」として請求を棄却した。

(4) 本件瑕疵修補請求権については、(3)と同様に、法面又は本件石積擁壁が崩壊する高度の蓋然性があるとは認められない、また、そのことも考慮すると品確法95条1項の「構造耐力上主要な部分」に「瑕疵」があったということは困難であるとして、請求を棄却した。

(5) 損害賠償については、いずれも未だ現実の損害がないとして棄却した。

4 本案判断をした非申請型・第三者型義務付け訴訟の裁判例⁽⁸⁾

① 東京地判平成19年9月7日裁判所ウェブサイト LEX/DB25421155

近隣住民を原告として、民間建築確認機関に対する建築確認処分の取消請求と、東京都に対し、マンション建設主の事業者に対する建築基準法9条1項の建築是正命令・撤去命令の義務付けを求める訴えである。

判決は、重損要件、原告適格等は肯定したが、是正命令等の本案については、接道義務等に関する建基法、東京都建築安全条例違反を否定し、請求を棄却した。

なお、控訴審の東京高判平成20年7月9日裁判所ウェブサイト LEX/DB25440333 は建築物完成による訴えの利益の喪失により却下したが、なお仮定的に本案の違法事由についてもすべて否定した。

② 東京地判平成20年2月1日裁判所ウェブサイト LEX/DB25421209

隣接地住民らによる建基法59条の2第1項に基づいて都知事がしたマンション建築主に対する総合設計許可処分取消訴訟と、建基法9条1項に基づく建築工事施工停止命令の義務付け訴訟である。

総合設計許可処分は、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個々人の個別的利益としても保護すべきものとして、日照被害を受けうる周辺住民について原告適格を認めた。しかし、総合設計許可における交通・安全・防火・衛生上の支障がないことと、市街地の環境の整備改善に資する建物と認められるとして、違法事由を否定した。なお、重損要件については判断を示さず義務付け訴訟を棄却している。

控訴審の東京高判平成20年8月28日裁判所ウェブサイト LEX/DB25440489も同旨である。

③ 大阪地判平成21年9月17日判地自330号58頁

マンション隣接住民による市長に対する建築主への建基法9条1項に基づく是正命令の義務付けの訴え。

判決は原告適格・重損要件は認めたが、本案については、軟弱地盤とは認められない等として、是正命令を発令すべきことが根拠法令の規定から明らかであるとも、是正命令を発令しないことが裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものであるともいえないから、その義務付けを求める請求には理由がないとして棄却した。

④ 東京地判平成23年2月16日裁判所ウェブサイト LEX/DB25443734

近隣住民による都知事に対する建築主への建築基準法9条1項の是正命令の義務付け訴訟である。

原告適格については、生命、身体への危険を理由として原告らの一部について認め、重損要件についても、本件建物の倒壊、炎上等による直接的な被害を想定して肯定した。

本案については、建築物等が上記の建築基準法令の規定等に違反していることを前提として、「次に、仮にこれが肯定される場合においては、同法が規定する行政目的達成のために、建築基準法令の規定等に違反する建築物又は建築物の敷地について、〔1〕違反の内容及び程度、〔2〕違反によって阻害される行政目的の内容及び程度、〔3〕違反により周辺住民の受ける被害の内容及び程度、〔4〕（是正）命令により建築主の受ける不利益の程度、〔5〕建築主による自発的な違反解消の見込みなどの諸般の事情を考慮した上で、その合理的な判断に基づいて、誰に対し、どのような内容の（是正）命令を発するか、いつ（是正）命令を発令するか、どのような手続を経て（是正）命令を発令するかなどを決してするものであり、これらの各判断は、特定行政庁の裁量に委ねられているものと解される。」そうすると、特定行政庁の裁量に委ねられたこのような行為に関し、「具体的事情の下において、当該権限が付与された趣旨及び目的に照らし、当該権利を行使しないことが著しく不合理であり、裁量権の範囲の逸脱又は濫用があったと認められるような特段の事情があるかどうかが問題となる。」としたうえで、前提要件として、建基法43条・都安全条例4条違反や、建基法56条違反が無いとした。

さらに、建基法42条の接道要件違反の主張についても、仮に、車道部分の現況幅員が4mに足らず、3.99mしかない部分が存在するとしても、「その不足の程度は0.01mにすぎず、その場所も限られている（本件建築

物南東側道路は、第2事件原告らが指摘する箇所を除いては4mの幅員が確保されている。) ことに加え、上記幅員が不足するとされる場所においても2mの幅員を有する自主管理歩道が設けられて車道と区別された歩道が存在し、それぞれの通行区分が設けられていることからすれば、当該事情の下においては、板橋区長において除却等を命ずることをしないことが著しく不合理であるということはできず、その裁量権の範囲の逸脱又は濫用があると認められるような特段の事情があるということもできない」として請求を棄却した。

控訴審の東京高判平成23年11月24日裁判所ウェブサイト LEX/DB 25444652は控訴棄却。

⑤ 福岡高裁平成23年2月7日判時2122号45頁

安定型廃棄物処分場の周辺住民を原告として、県に対して廃棄物処分業者に対して代執行(廃掃法19条の8)および措置命令(同19条の5第1項)の義務付けを求める訴訟である。

原告らが利用している地下水が鉛によって汚染されていたことから、周辺住民の生命、健康に損害を生ずるおそれがあるものとして、原告適格および重損要件を肯定した。

本案については、代執行については緊急性の要件を欠くとして棄却。措置命令については、「都道府県知事は、産業廃棄物処理基準に適合しない産業廃棄物の処分が行われた場合において、生活環境の保全上支障が生じ、又は生ずるおそれがあると認められるときは、生活環境を保全するため、処分者等に対して支障の除去等の措置を講ずることを命ずる等の規制権限を行使するものであり、この権限は、当該産業廃棄物処分場の周辺住民の生命、健康の保護をその主要な目的の一つとして、適時にかつ適切に行使されるべきものである。(中略) 本件処分場において産業廃棄物処理基

準に適合しない産業廃棄物の処分が行われたことにより、鉛で汚染された地下水が控訴人らを含む本件処分場の周辺住民の生命、健康に損害を生ずるおそれがあること、(中略)地下水の汚染は遅くとも6年以上前から進行していると推認されること、(中略)上記損害を避けるために他に適当な方法がないことなどの事情(中略)を総合すると、(中略)本件措置命令をしないことは、上記規制権限を定めた法の趣旨、目的や、その権限の性質等に照らし、著しく合理性を欠くものであって、その裁量権の範囲を超え若しくはその濫用となると認められる。」として義務付けを認容した。

⑥ 福島地判平成24年4月24日判時2148号45頁

産業廃棄物管理型最終処分場及び焼却施設の周辺住民による県に対する産廃業者への設置許可取消(廃掃法15条の3第1項1号等)の義務付け訴訟。

人体に有害な大気の汚染、水質の汚濁、土壌の汚染等によって、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を根拠として原告適格を、生命・健康に生じる損害を根拠として重損要件をそれぞれ肯定した。

本案については、取消事由となる業者の欠格要件該当性を肯定し、法律上、取消は羈束処分であるため設置許可を取り消した(廃棄物処理法15条の3第1項1号、14条5項2号ニ、同号イ、7条5項4号ロ)。

⑦ 東京地判平成25年3月26日判時2209号79頁

北総鉄道の利用者である原告らが、被告(国)に対し、北総鉄道らが京成電鉄との間で設定した各鉄道線路使用条件の違法性を主張して、使用条件を変更するよう命じることの義務付けや旅客運賃上限等を変更するよう命じることの義務付けを求めた事案。

通勤通学者である原告らの原告適格と、重損要件を肯定したが、違法事

由は否定し、請求を棄却。重損要件については、違法に高額な旅客運賃が設定された場合、仕事や居住場所などといった日常生活の基盤を揺るがすような損害が生じかねない等として、事後的な金銭賠償等により救済することが容易ではないものと認めた。

控訴審の東高判平成26年2月19日訟務月報60巻6号1367頁は控訴を棄却したが、重損要件について、「違法な運賃によるこうした損害は、多数の沿線利用者にある程度定型的に発生するものであることに鑑みれば、事前救済の必要性が大きく、かつそれにより問題が合理的かつ抜本的に解決されるものといえる。」と述べた。

⑧ 大阪地判平成28年11月30日裁判所ウェブサイト LEX/DB25448817

残土処分場の隣接地所有者からの市に対する残土処分業者への土砂埋立て規制条例による土砂撤去命令の義務付け訴訟である。

原告が隣接地で食用のみかんを栽培し摂取していたことから、生命、身体の安全、健康または生活環境に係る被害を直接的に受けるおそれがあるとして、原告適格と重損要件を肯定した。

本案については、撤去命令の前提の1つである環境基準に適合しない土砂の埋立は否定したが、許可を受けていない採取場所から土砂の搬入を肯定したうえで、「本件条例23条2項は、本件条例9条又は13条1項の規定に違反して特定事業が行われた場合に、当該特定事業を行った者に対し一定の措置を執るべきことを命ずるか否か、命ずるとしていかなる措置を命ずるかの判断を、河内長野市長の合理的な裁量に委ねたものと解される。」「上記各土地から採取した土砂等を無許可で本件事業区域に搬入していたとしても、当該土砂等の量・種類等は明らかではないし、(中略)本件事業区域において土砂等の崩落等の災害が発生するおそれが生じているとはいえず、また、(中略)土壤環境基準に適合しない土砂等が埋め立て

られたことを認めることはできないから、河内長野市長が本件条例23条2項に基づき特定事業に使用された土砂等の全部を撤去せよとの命令をすべき必要性があるとは直ちに認め難く、河内長野市長が当該命令をしな
いことが不合理であるとはいえない。」として請求を棄却した。

⑨ 大津地判平成29年3月23日 LLI 判例秘書 L07250245

近隣住民による県に対する校舎等の建築主である学校法人への都計法81条の監督処分¹の義務付け訴訟。

開発行為による地すべりの危険の範囲内の原告については原告らの生命、身体、財産等に著しい被害が生じ、又は生ずるおそれがあると考えられるとして、原告適格と重損要件を認めた。

本案については、主的には、問題の二次的開発が許可対象となる開発行為にあたらぬとし、仮に開発行為にあたるとしても、以下のとおり、都計法81条に基づく措置命令を出さないことが裁量権の逸脱濫用にはあたらないとする。

「措置命令発令の要件を充足するかどうか、すなわち、本件土地1、2が都計法33条1項3号又は7号の要件を満たさない土地といえるかを前提に、被告の裁量の逸脱・濫用の有無を検討すべきこととなる。

本件土地1、2の排水設備については、上記認定事実のとおり、URの造成工事時に滋賀県知事との協議を経て適法に造成された際に、開発行為に伴って一次防災管が設置され、同設置に不適法ないし設置工事の不備をうかがわせる事由はなく、現時点においてもこれが機能していると認められるから、これが都計法33条1項3号及び同号の委任を受けた都計法施行令及び都計法施行規則に合致しないとは認められない。また、上記8(2)のとおり、開発行為該当性は認められないが、仮に、大津市基準1
に基づくとして、その場合には開発行為に該当する箇所が複数あり、開発

許可を得ずに開発行為を行ったことが都計法29条1項に違反するとしても、その違反の程度は軽微であり、URの造成工事により形成された地形を更に大きく改変して、都計法33条1項3号及び7号の定める安全性を欠く態様でなされているとは認められず、その違反を是正するために原告番号169ないし171が求める建物除却命令等ないし建物使用禁止命令等が必要であるとは到底いえない。」

⑩ 宮崎地判平成29年6月16日 LEX/DB25546429

管理型産業廃棄物処分場近隣の住民による県知事に対する廃棄物業者に
対する廃掃法産業廃棄物処分業の許可と産業廃棄物処理施設の設置許可の
取消の義務付け訴訟（廃掃法14条の3の2第1項3号、15条の3第1項
3号）。

処分場からの有害物質の排出による生命、身体への被害のおそれを根拠
として、原告適格および重大な損害のおそれを肯定した。

本案については、取消事由該当性を否定して請求を棄却。

⑪ 福岡地裁平成29年4月13日 LEX/DB25549508

分譲マンションの管理組合法人又は区分所有者である原告らが、市長に
対して建基法9条1項又は同法10条3項に基づき、当該建物について、
主位的に、建築会社及び各区分所有者に対する建替命令の義務付けを、予
備的に、これらの者に対する除却命令等の義務付けを求めた事案。主位的
請求を却下し、予備的請求を棄却した事例。

主位的請求については、建基法9条1項、10条3項による建替義務付
けは法に含まれていないとして不適法却下。

予備的請求の除却命令の義務付けについては、マンション居住者に生
命・身体の危険のおそれを理由に原告適格と重大な損害のおそれを肯定し

た。

しかし、建築基準法令（同法6条1項参照）の規定又は同法の規定に基づく許可に付した条件に違反した建築物とはいえないとして、法9条1項の除却命令義務付けについて棄却。

また法10条3項による除却命令については、本件建築物について、保安上の危険に関して現実に危険があるとまで認めることはできないとして棄却。

なお、福岡高判平成29年12月20日 LEX/DB25549507も同旨。

⑫ 東京地判平成29年10月20日裁判所ウェブサイト LEX/DB25539689

開発業者による都に対する隣接地所有者に対する建築基準法45条の私道の変更禁止の是正措置命令の義務付け訴訟。

私道に接する敷地が建基法43条1，2項（と都条例）に抵触することになる場合に、同法45条により私道の変更または廃止を禁止，制限する是正措置命令規定がある。原告は，斜面地開発者であったが，旧斜面地下の私道に階段で接続することで接道義務を果たすことを前提に建築確認を取得したが，私道所有者が当該私道に構造物を設置して斜面地からの使用ができないようにしたために，本件訴訟が提起された（別途民事訴訟も提訴）。

まず原告適格については，「敷地上の建築物について，私道の変更又は廃止があると主張する私道により接道義務を果たす内容の建築確認取得者は，法45条1項に基づいて当該私道の変更又は廃止を制限する是正措置命令の義務付けの訴えを提起する原告適格を有する」とされた。

また重損要件については，「本件是正措置命令の処分がされないことと相当因果関係のある損害は全て取り込んで，これが重大な損害に当たるか否かの判断をするのが相当である。」として，原告が，本件マンションを

実用に供することができず、そのために回復の困難な経営の破綻に至るおそれがあるとして、それを認めた。

本案については、急峻ながけ地から当該私道に接続することが通常考え難い状況にあったとして、法45条1項の「その道路に接する敷地」であるとの要件該当性を否定し、請求を棄却した。

⑬ 大阪地判平成30年4月25日判例地方自治441号67頁

隣地駐車場所有者から市に対する隣家への建基法9条1項の建物除却命令義務付け訴訟。原告は木造3階建ての本件建築物の隣地に屋根付き駐車場所有者。準防火地域にあって本件建築物の本件敷地は本件駐車場との境界から約10センチメートルの位置にある。

裁判所は、「建築物の倒壊、炎上等により直接的な被害を受けることが予想される範囲の地域に存する建築物に居住し又はこれを所有する者」に原告適格を認め、「場合によっては、本件駐車場に駐車中の車両に延焼するなどして、本件駐車場内にいる原告の生命及び身体に損害が生ずるおそれがあるといえることができる。」として、重損要件を認めた（なお、倒壊または炎上による財産的被害は重大な損害とはいえないとした。）

本案については、建基法65条は、相隣関係を規律する趣旨の私法法規たる性質を有するものであり、民法234条1項と同様に建築基準法令の規定には含まれず、建基法9条1項に基づく除却命令を発する理由となるものではないとして請求を棄却した。

5 重損要件の検討

(1) 重損の厳格な解釈が持つ社会的意味

重損要件に関する非申請型・本人型も含めた裁判例の主流の解釈は、非申請型義務付け訴訟の活用を妨⁽⁹⁾げている。

本件判決は、本案判断に進んだものの、これは幸運にも訴訟段階になって本件斜面地上部に土地建物を所有し、居住するX2とX3が訴訟に加わったからである。長らく本件斜面地を含む地元の開発問題に取り組んでいたX1は、たまたま親の介護の関係で訴訟のときには現地に居住せず、第三者に家屋を賃貸していたため、重損要件を満たさないとされた(判旨A4)。もしX2らが訴訟に加わっていなければ、市による本件斜面地の安全性審査が審理されることはなかったことになる。つまり、X1のみが訴訟を提起していれば、法違反の危険な斜面地が放置されたことになる。

リスクの放置は、⑤の原審である福岡地判平成20年2月25日(判時2122号50頁)においても見られる。一審は環境面からは水が汚れ(すぎ)ていることを認めつつ、健康面からは水が汚れすぎていないとの趣旨で義務付け訴訟を却下したが、控訴審での現場調査に基づく重損要件のパスがなければ、産廃処分場からの有害物質の流出が長年にわたって放置される結果となりえたのである。原告別に、あるいは原審と控訴審とで重損要件の判断が別れたケースは、行政だけでなく裁判所もまた「斜面地の危険性」や「地下水の汚染」といった環境リスクを放置しかかった実態を浮かび上がらせるのである。

なぜ裁判官は環境汚染の審査よりも訴訟要件による審理拒否を志向してしまうのか。

そこで、以下、重損要件の解釈を左右する論点として、①重損要件の制度趣旨の理解、②本案の違法判断との関係、③原告適格との関係、④対象となる損害の性質の類型化について順次検討する。⁽¹⁰⁾

(2) 制度趣旨の理解

判旨A1は近年の非申請型義務付け訴訟では完全に定着したフレーズである。起草者意思を重視した解釈であるが、裁判官に一種の思考停止をもたらす機能も果たしている。なぜ申請権を認めることと同様の結果をもた

らすから、救済の必要性が高い場合であることを要するものと言えるのかはそれほど自明なことではない。三面関係における第三者による取消訴訟もまた申請権のないものに取消の申請権を与えることと同様の結果をもたらすが、審査条件として原告適格は求めるものの、高度の救済の必要性による訴訟要件の加重はないからである。⁽¹²⁾ 第三者からの介入により、自己が行政処分を受けうる不安定な地位に置かれる被規制者への配慮が必要だといのであれば、取消訴訟でも許可を受けた第三者の地位が不安定化する点において大きな違いはないと反論できる。本件訴訟の例で考えると、本件義務付け訴訟は、実質的には原処分の取消に代替する違法事由の是正訴訟であるが、後者の場合にのみより特別な配慮が必要とは思えない（一度取消訴訟のチャンスを逃していることと、既成事実の蓄積によって違法の是正コストがより高くなる場合が多くなることは争えないが）。

申請権のないものからの請求により審査見直しを求められる規制権限を有する行政に対する配慮が必要だ、という考えはどうか。訴訟という場いきなり権限行使の是非を検証させられる行政負担への原告および裁判所からの配慮が必要という趣旨であれば、「違法な状態が存在するのではないか」という合理的な疑いがある場合⁽¹³⁾あるいは「行政庁の調査・検討抜きに裁判所が判断できるほど争点が明確化・具体化しており紛争が成熟している場合」に初めて重損要件が充足されて裁判所が本案審理に入るものとすればよい。その限度では原告が調査・事案解明責任を負うと解すべきであろう。⁽¹⁴⁾

本件訴訟にあてはめれば、行政過程において審査請求が行われており、その意味では成熟性は提訴段階において満たされているし、行政の判断（違法性を否定し命令を下さないという判断）も事実上行政過程で既に行われている。

現実には、行政庁の調査・検討抜きにいきなり義務付け訴訟が提訴され
150(920) 法と政治 71巻2号 (2020年9月)

るケースは稀であろう。今日、行政手続法36条の3の処分等の求めも事前になしうる中で、重損要件を成熟性の要件と理解すれば、重損要件は補充性の要件同様に本案審理の実質的な障害にはならなくなっていくだろう。義務付け訴訟活性化論者からはこれが本筋の考え方である。

しかしながら、本件判決も含めて裁判例はあくまでも重損要件を申請権なき場合の「⁽¹⁵⁾加重的な要件」と見て、救済の必要性が高い場合＝重大な損害と解するのである。そうであれば、現実的には、裁判所の一般的な制度趣旨の理解を前提として、「救済の必要性が高い場合」として認められる類型を拡大していくしかあるまい。その点は(5)で検討する。

(3) 本案の違法判断との関係

廃棄物処理法19条の5の措置命令が典型例であるが、「生活環境の保全上の支障が生ずるおそれ」といった命令発動要件（義務付け訴訟との関係では不作為違法の前提要件）と、重大な損害の判断とは重なる部分が出てくる。生活環境の保全上の支障のおそれがなければ、原告に被害が発生するおそれもなく、重損要件は満たされないからである。

しかし、重損要件はあくまで本案審判に入るための訴訟要件であるから、重大な損害が生ずる相当程度の可能性の立証でよい（判旨A2）。この点では本件判決は本案要件の先取によって重損要件を否定した裁判例を意識してその傾向を戒めている。⁽¹⁶⁾

(4) 原告適格との関係

重損要件は原告適格が備わることを前提にさらに本案審理資格を絞り込む機能を持つ。しかし、原告適格については行訴法9条1項の法律上の利益によって画されるが、重損においては37条の2第2項に「法律上の利益」の文言が含まれておらず、それに限定されない（判旨A3）。すなわち求める処分がなされないことによって生じうる損害すべてを考慮に入れることができるから、原告適格の厳密な解釈操作に比べるとより柔軟な解

積ができる素地があるのである。

しかし、現実には、原告適格の判断で考慮される法律上の利益からはみ出る「損害」について、特別な考慮や柔軟な解釈がなされている裁判例は⑦など少数であり、むしろ、原告適格を厳格に解そうとする「収縮力」によって重損の解釈幅もまた縮減されている。

たとえば、⑬の裁判例は、原告適格の判断においては財産的被害も保護利益と認めながら、重損からは回復可能な損害として除外した。確かに火災などによる財産的被害は金銭補償という面では事後的回復が可能かもしれないが、延焼火災については失火責任法による免責もあり、隣家から現実には損害を回復することは困難かもしれない。

また本件判決は、X1の原告適格については判断していないが、もともと原告適格について厳しい考え方を持っていたところ、狭く解することに学説からの批判が強い原告適格に踏み込むよりも、損害の重大性で切る方が書きやすかった可能性がある。なぜなら、都計法の開発許可取消訴訟の原告適格を肯定した最判平成9年1月28日（民集51巻1号250頁）の原告はいずれも現実の居住者であり、また最判平成13年3月13日（民集55巻2号283頁）林地開発許可取消事件判決は、開発行為によって起こり得る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については原告適格を肯定したが、周辺土地の所有者の原告適格は否定したからである。⁽¹⁷⁾ 行訴法改正後の裁判例でも、たとえば大阪地判平成20年8月7日（判タ1303号128頁）は都計法33条許可について、財産権や平穏生活権の個別的保護性を否定し原告適格を否定している。

しかし、本件開発許可の根拠法である都計法33条1項7号は宅造法9条の規定への適合性を要件としている。宅造法は「国民の生命及び財産の保護を図」ることを目的とし（1条）、同2条3号は災害の定義を「崖崩152(922) 法と政治 71巻2号（2020年9月）

れ又は土砂の流出による災害をいう」とし、同8条の宅造許可は同9条の技術的基準等に従い、「宅地造成に伴う災害を防止するため必要な措置が講ぜられたものでなければならない。」としているから、災害防止の目的の中に国民の財産が個別的利益として含まれていると解することができる。⁽¹⁸⁾ 本件判決が原告適格についてこのように考えていれば、財産権という類型を前提に、重大な損害についてより詳細な個別的判断を行うことになった⁽¹⁹⁾ かもしれない。

(5) 損害の性質の硬直的な類型化

重損をめぐる裁判例の第1の特徴は、損害の性質の2分論である。生命・健康に関する被害は回復困難であるから重大な損害と評価しうが、それ以外の損害、たとえば財産権については金銭補償により回復可能であるから、典型的に重大損害から排除する。本件判決の判旨A4はその典型である。

第2の特徴は、損害の回復可能性について、損害の類型的性質から一般的抽象的に判断し、「損害の回復の困難の程度」(37条の2第2項)について個別具体的な判断をほとんど行わないことである。判旨A4にあるように、損害の回復可能性は金銭賠償という性質によって決められており、本件事件において、仮に斜面の崩落があった場合、誰にどれだけの損害賠償を請求し、それがどの程度認められるのか、という現実の困難性は一切考慮されない。他方、生命・健康に関する被害であれば、生活の中での限定された1場面にすぎない駐車場における隣家からの火災等への遭遇という偶発的な被害発生の可能性であったとしても、一般的抽象的に重大な損害と認める例もある⁽¹³⁾。

第3に、以上の結果として、法律上の利益への裁判所の関心の回帰が見られるのではないかという点を指摘したい。すなわち重大な損害と原告適格という2つの訴訟要件の検討を経て本案にたどりつくかどうかは、

2分論の立場からは、結局のところ処分の根拠法が生命・健康を個別的に保護する趣旨かどうかによる。そうすると、裁判所としては、原告適格における法律上の利益を詳細に検討し、そこに生命・健康の保護利益を発見しさえすれば、重損はほぼ自動的に肯定できる。逆にそれを含まなければ、判決文では重損要件のみを取り上げてカテゴリカルに否定すれば却下処理できる。かくして裁判官の関心の焦点は法律上の利益になるのである。

第4の特徴は、原告の損害発生に関連して同時ないし連続して生じる他人の損害を含む集合的損害または法的不利益を考慮の対象から類型的に排除する傾向があることである。

この点に関しては、行訴法改正10年を経ての課題の検討においても、原告以外の関連する第三者の損害がその判断に取り込まれていないのではないかの指摘があった。それに対して、第三者の利益を本人の利益とは異なるとして図式的に排斥するのではなく、それがひいては本人の利益といえないかについて検討するという運用が望まれるとされていた。⁽²⁰⁾

筆者は、重大な損害が「救済の必要性が高い場合」を意味するのであれば、損害の重大性の評価上、損害の性質として考慮すべき「侵害行為の態様や性質」も重要な評価根拠要素であると考ええる。たとえば、地域住民の権利や利益を集団的あるいは継続的に侵害する行為（公害、人為的災害など）によってもたらされる損害や不利益は、仮にそれが財産的補償の対象となるものであったとしても、現実的には実効的な被害回復は困難であるとともに、社会的に事前救済の必要性が高いと評価できるから、重大な損害と評価すべきなのである。⁽²¹⁾ 訴訟要件が救済の必要性の高さで決まるのであれば、より多数の当事者が長期にわたり被害を受けうる種類の損害や不利益（生命・健康被害に限らない）をもたらず違法行為や、技術的専門性が高く関与者も複数にのぼる開発事案等に関わる違法行為については、社会的影響も大きく一般市民の事前救済の必要性は高いはずだからである。

この点、上記⑦の控訴審判例は、「違法な運賃によるこうした損害は、多数の沿線利用者にある程度定型的に発生するものであることに鑑みれば、事前救済の必要性が大きく、かつそれにより問題が合理的かつ抜本的に解決されるものといえる。」として、「金銭的に事後救済ができる」ことよりも、「事前救済の必要性の高さ」を柔軟に認めて、重損要件をパスさせている。

以上をまとめると、損害の性質を仮に類型化するとしても、生命・健康上の損害とそれ以外の損害とを単純に二分するのではなく、生活環境の侵害や財産権その他の権利についてもさらなる類型化（たとえば地域における空間的集積がある損害か、あるいは侵害行為の継続または侵害状態の放置により損害の時間的集積がある損害かなど⁽²²⁾）を行ったうえで（定性分析の緻密化）、「損害回復の困難の程度」という定量的な個別判断（多数当事者事案か、専門的複雑な事案かなど）を加えて、事前救済の必要性が高い「重大な損害」にあたると解する範囲を広げるべきである。9条2項の緻密すぎる判断と対比するとき、37条の2第2項の重大な損害（損害の回復の困難性）についてのこれまでの裁判例の分析態度は怠慢すぎる。

(6) 本件における X1 の重損充足性について

前述したように、X1 に宅造法上の財産権による原告適格が認められることを前提にしたとき、仮に財産権侵害でも具体的状況のもとでも回復不能な損害となりうることを前提にすれば（財産権の類型的排除の否定）、所有する住宅の喪失による財産権侵害は、現実には決して容易に回復可能な損害とはいいがたいだろう。なぜなら、斜面地の開発者、開発許可者、開発地に住宅を建設した業者、そして現所有者という複数の主体の中で誰が斜面崩落に責任を負うのか、争いになることは明らかであり、また開発業者に責任が認められたとしても被害が大きい場合に回収可能性は不確実だからである。

また、偶発性も考慮に入れば、家主である X1 は自己所有地や家屋に立ち入ることもあるのであって、生命・身体の危険性が無いとは言い切れない。

さらに、より大きな問題は、X1 が賃貸している賃借人の生命・身体の危険である。賃貸人は賃貸借上の付随義務として賃借人らを目的物の収益に内在する危険から守る安全配慮義務を負っている。宅造法において規制区域にある土地や建物等の財産権を個別の保護法益とする趣旨は、究極的には、その財産保護を通じてそこに居住・滞在する人の生命・身体を守ることにありと解される。住居には所有者だけが居住するわけではなく、常態として多くの賃借人や使用貸借人が居住し、偶発的に来客や一時的滞在者が利用していることがある。それらの者が自己の居住ないし滞在する空間の構造的安全を確保することは困難であり、その役割はまさに所有者・賃貸人に課せられている。にも拘わらず、対象物件に居住していない所有者・賃貸人には、自らの生命・身体の危険がないとして、原告適格や重大な損害を否定するのはあまりに硬直的ではないか。

したがって、宅造法を取りこんだ都計法の監督処分は、物件の所有者・賃貸人の財産権・賃貸権を個別的に保護するとともに、その保護の趣旨はそこに居住ないし滞在する者の生命・身体・財産の個別的保護をも包摂すると解釈して、所有者・賃貸人に原告適格を肯定すべきである。さらに、目的物件に居住・滞在する人の生命・身体の安全の侵害が所有者・賃貸人の責任としての「回復困難な損害（不利益）」となりうることをもって、すなわち賃借人らに生じる損害は所有者自身に密接に関連する損害（不利益）と位置付けて、重大な損害性を肯定すべきである。

なお、本件において X1 は介護の期間が終了したこともあって自己所有家屋に戻り、居住していることから、控訴審においてこの点について新たな判断がなされる機会は無くなった。

6 監督処分（都計工事命令）義務付けの意義

(1) 救済の隙間を埋める意義

本件判決が無効確認訴訟についてそれを却下する理由として引用した平成5年最判は、仮に開発許可の原処分に違法性があっても開発行為が完了後は確認の利益が失われる理由として、事後には都計法81条の監督処分命令が使えることを指摘していた。

特に藤島補足意見は「そのような開発許可に従った開発行為は、客観的にみれば法三三条の許可基準に違反したものであり、したがって、開発行為者は、法三三条の許可基準に違反した開発行為を行った者として、法八一条一項一号の「この法律に違反した者」に該当し、その者に対して、法八一条一項一号に基づく違反是正命令を発し得ることとなる。そして、右の場合、仮に過ぎて検査済証が交付されても、法八一条一項一号に基づく違反是正命令を発し得る点は同じである。そうすると、開発許可の存在又は検査済証の交付は、法八一条一項一号に基づく違反是正命令を発する上で法的障害にはならない。」として、明示的に、本件のような開発許可条件違反が争われているケースについて、81条の是正命令を発し得るとしていた。

しかし現実の81条の監督処分としては、行政の適法な許可への違反か、無許可事案（市街化調整区域での違法建築の除却命令など）が主であり、そもそもの行政許可自体が法の要件を満たさず違法である場合に、行政が自らの許可判断の違法性を前提とする監督処分を行うことは現実には期待しえなかった。すなわち違法な処分がなされてしまうと、現実にはその違法は是正されずに放置されるという「救済の隙間」が生じていたのである。

その意味では、本件判決は、取消訴訟、無効確認訴訟、義務付け訴訟と訴訟類型を多様化し、救済の範囲を拡大するという冒頭に掲げた行政事件

訴訟法改革の趣旨に沿って、取消訴訟や無効確認訴訟が提訴期限の経過や訴えの利益の喪失によって提起できなくなった後の「救済の隙間」を埋める点で、実務的に重要な意義を有している。⁽²³⁾

(2) 都計法上の許可要件についての違法判断

ア 監督処分と開発許可（原処分）との関係

平成5年最判補足意見が指摘するように、都計法81条の監督処分は、原処分である開発許可がなされているが、その判断が違法である場合にも適用される。よって、監督処分の義務付けに当たっては、開発許可の実体的要件であった都計法33条1項7号、宅造法9条1項の要件充足性の判断が前提要件となる。⁽²⁴⁾

この点、本件判決は、「開発許可の安全性に関する審査においては（中略）、最新の土木工学等の専門的技術的知見に基づき、多角的、総合的見地から検討することが必要であるから、その判断は、これを審査する行政庁の合理的な裁量に委ねられている」として、本件開発許可等の処分を裁量処分と理解した（判旨Bの裁量権逸脱・濫用の枠組み判断）。

しかし、専門的技術性を根拠に本件処分の性質を裁量判断とした本件判決は誤っている。

宅造法9条1項は「政令で定める技術的基準」への委任を明文で規定しているのは、対法律裁量であるが、そのことが自動的に対司法裁量を意味するのではない。⁽²⁵⁾

対司法裁量は、単に不確定概念ということで決まるわけではなく、(ア)法律の規定、(イ)問題とされる要素の行政決定における位置づけ、(ウ)当該要素における行政判断の性格、(エ)裁量を特別に理由づける視点の存否等の総合的判断と解されている。⁽²⁶⁾

また、対司法裁量が認められる根拠は、三権分立によって司法権が行政権を侵害できないといった形式論によるべきではなく、裁判所と行政機関

との合理的役割分担によって、行政裁量を認める方がより適切な行政決定がなされ、公益及び国民の権利利益の保護に資するという立法者の判断が活かされるからと解すべきなのである。⁽²⁷⁾

そうすると、(ア) 都計法33条1項7号の「安全上必要な措置」と宅造法9条1項の「災害を防止するため必要な措置」の文言は不確定概念といえ、まずは対法律裁量を意味するものと理解すべきである。宅造法1条は、国民の生命及び財産の(個別的)保護を目的としており、8条の許可処分は安全のための十全な措置がとられていることの担保である。また(イ) 上記開発に必要な措置は、8条1、2項の許可処分において中核的な位置を占めている。(ウ) の行政判断の性格については、許可は、宅造法3条の「宅地造成規制区域」における造成の禁止について、8条の政令基準に基づいて安全性を確認したうえで解除する意味を持つ。(エ) の裁量を特別に理由づける必要性については、本件許可手続は、原子力発電所の新設や稼働の審査の場合と異なり、外部の各分野の専門家集団が長期にわたって個別に審査を行っているわけではない。むしろ、地方分権によって国や都道府県に集中していた業務が政令指定都市等に降りてきたとき、それを基礎自治体において担当する技術官僚の「専門性」の質は、当該自治体の人材や教育や経験の状況に応じて大きなばらつきがあるのが実情であり、信頼性を伴う専門性の担保は制度的には保障されていない。

以上を総合すれば、本件処分について、司法判断を排除して行政判断を尊重する必要性は認められない。立法目的に照らして合理的な基準が立てられ、そのあてはめが適正になされることで安全性が確保された許可となっているかについて、審査することは裁判所の要件解釈と事実判断によってなされうるし、また、1条の目的を貫徹するためには、事後的に裁判所の審査に服することが国民の権利保護のために実効的だからである。⁽²⁸⁾

イ 開発許可の要件適合性判断

判旨 B の違法判断（裁量権の濫用・逸脱部分を除く）の根拠となる都計法33条1項7項，宅造法9条1項の要件充足性は，次のような判断構造となっている。

都計法33条1項7号，宅造法9条1項（実体要件）



宅造法施行令4条以下（技術的基準）



兵庫県宅造マニュアル（審査基準，市も依拠）

- 二段積み擁壁の原則禁止
- 例外的に許容される場合，上段擁壁等による荷重を考慮した下段擁壁の安全性の慎重な確認



被告宝塚市の具体的な判断根拠（判旨 B）

- ①a 本件石積擁壁が昭和45年に宅造許可を受けた擁壁であり
 - b 旧宅造法所定の仕様規定を満たす適法な擁壁であったこと
- ②a 昭和45年の本件石積擁壁の築造時の地形図と本件開発行為の設計図を比較
 - b 両者を比較すると本件開発行為により本件石積擁壁に対する作用力が減少

（注：市は論拠①②をもとに，安全な既存擁壁上に従前より土圧等の作用力が減少する開発だから安全と結論づけた）



本件判決における検討

- ①a 本件石積擁壁が昭和45年宅造許可の対象かどうか証拠からは不明

b 仮に旧宅造許可を受けていたとしても築造から約43年が経過して経年により劣化して強度が減少していたものと推認

②a 比較すべきは本件開発前の地形図と本件開発の設計図（開発後の地形図）であり，それを比較すると本件開発行為により本件石積擁壁の上部の土量等は増加する

∴ ①②について重要な事実を誤認があり裁量権の濫用・逸脱がある。

もともと被告 Y1 が，①a において，昭和45年における法の要件のもとで許可された擁壁が，許可擁壁として「適法」であることと，開発時においても「安全」であることとを同視している点は，既存不適格問題に日々直面しているはずの行政庁として不可解な判断であった。しかも，判決には認定されていないが，本件石積擁壁は，現地で計測すると，旧宅造法の仕様規定すら満たさない高さ 5m と勾配70度を超える旧宅造法違反の擁壁だったのである（判決別紙 6－2 の「本件開発許可等の違法性に関する原告らの主張」第 3 の 2（2）参照）。

さらに，②の審査についても，開発前後で本件石積擁壁にかかる作用力が減少するから，斜面全体の安全性を確認できたという実に単純な論理であった。

たとえてみれば，被告 Y1 の判断は，既存石積擁壁を許可によって安全性の確保された「石づくりの土台」と考え，その土台上に載った土量等が43年前と開発の後では開発後の方が減少するから，もともと安全であった土台がより安全な状態になるから許可ができるという雑な論理構造だったのである。その判断においては，「土台」が43年経過して現状においてどのような状態であるかは一切考慮せず，土量の「比較の対照時」のおかし

さも検討せず、また開発前後を適切に比較した場合には、土量等が必ずしも減少するとは限らない点についても厳密な検討をしていないのである。

本件において、原告らは、上記のような単純な論理の批判だけでなく、被告 Y1 がほとんど行っていない土木工学に基づく通常的安全性の検討、すなわち、①本件石積擁壁の強度の小ささ（練積み擁壁としての構造の不確かさゆえに構造計算ができないことを含む）、②本件石積擁壁の安定性（常時および地震時の支持力、滑動および転倒）、③斜面の円弧滑りの可能性の検討が本件ではなされていないことも主張し（判決別紙 6-2、第 3 以下参照）、独自の計算も行っていたが（判決別紙 7-1 参照）、判決では触れられていない。本件判決は、いわば工学的専門性以前の常識的判断をもってして、被告 Y1 の審査の不合理性、不十分さが明らかであると考えたのであろう。

ウ 監督処分に関する裁量権逸脱・濫用の判断

本件判決は、判旨 C において、本件の具体的な事実関係の下では、行政処分庁が本件開発行為が本件許可基準に適合していると判断していることは、その裁量権の逸脱・濫用となると結論づけている。しかし、なぜ裁量権の逸脱・濫用になるのかについて、十分な理由付けを述べていない。⁽²⁹⁾

本件判例が掲載された判例タイムスの匿名解説は、この点につき、「本件では、処分行政庁が過去にした本件開発許可等に依拠して本件都計工事命令を発令しない状態が継続していることから、その不発令についての裁量権の逸脱・濫用の有無は、本件開発許可の逸脱・濫用の有無にかかっているといえよう。」としている。前述したように、本件判決は、本件開発許可自体を裁量処分とみて、そこでの裁量権の逸脱・濫用を判断した。そこで、基準時は異なるものの、本件都計工事命令の不発令についての裁量権の逸脱・濫用と原処分のそれとは重複するもの（裁量権の逸脱状態の継続）と考えた可能性がある。

しかしながら、前述したように、本件開発許可処分は都計法33条1項7号の要件該当性の判断を核にする羈束処分とみるべきであること、また、都計法81条の監督処分については、現時点に違法性があることを前提に、処分による違法性の是正の必要性が加わるはずであるから、原処分を裁量処分と見た場合であっても両者に完全な重なりがあるわけではなく、この点については説明不足と言わざるを得ない。

そこで、以下、筆者なりに本件訴訟の「具体的な事実関係」に基づき、この点を補充する。

第一に、都計法81条の監督処分は、宅造法17項の改善命令とは異なり、「災害の発生のおそれ大きいと認められるものがある場合」といった発令時における「具体的危険性」を発令要件としていないことがあげられる。すなわち、都計法81条の監督処分は「都計法違反の違法状態の是正」を直截に目的としているのである。この点、上記裁判例⑧（特に下線部）は、災害や汚染の危険性がないことをもって裁量権の逸脱・濫用を否定したが、本件には現時点での具体的危険性の認定は不要なのである。

そうだとすれば、第二に、都計法違反の違法がありながら、それを是正せずに現在まで放置することは、違法状態を継続することであって、原則として法に基づく行政という大原則に反するから、是正措置を取らないことについては、積極的にその必要性がないことについて、行政が主張立証責任を負うというべきである。つまり「違法是正」のための監督権限について違法要件が満たされた場合には、その不行使の説明・立証の責任は嚴格化する（本件での判断は第五に述べる）。

第三に、都計法の監督処分の適用対象は相当に広いが、本件は其中でも国民の生命・身体に直接影響する宅造法規制区域における開発許可の違法性であり、原告らの生命・身体が具体的な保護利益であり、かつそれが典型的に司法が審査すべき重大な損害とも評価できるとき、行政の対司法

裁量は収縮するというべきであろう。これは廃掃法の措置命令の義務付けについて、適時適切な権限行使の必要性から裁量権濫用を認めた⑤裁判例（特に下線部分）と同じ構造である。

第四に、処分行政庁に通常認められる「時の裁量」を、本件判決は、被告 Y1 が開発許可の違法性を否定し続けていることをあげて、排除していると読める点を指摘したい。本来、保護利益が生命・身体に関わるときには、適時適切な権限行使が求められるところ、Y1 自身が自らが行った本件開発許可処分の違法性を否定し適法だと判断し続けている以上、近い将来を含めて適切な裁量権の行使は全く期待できず、司法介入以外に救済の可能性が無い。本件判決は言葉足らずではあるが、判旨 C はこのことを示唆しているように読める。

もともと「適時適切」という表現自体が行政の「時の裁量」つまり時間的幅を前提にしているところ、ある境界線を過ぎた時点では何らかの権限行使を行って人権救済をしなければ被害が顕在化あるいはさらに不合理に拡大してしまうという「遅すぎる」時点がある。国家賠償の場合は被害の顕在化と行政によるその認識から裁判所はその時点を回顧的に特定しうるが、改善命令・措置命令などの行政介入については、タイミングの線引きが難しい。

実際、⑤裁判例についても、行政の現場に携わる長谷川は、廃掃法19条の5の措置命令については、支障の程度と生活環境との密接度を総合的に勘案し、必要に応じて専門的知見を有する者の意見聴取を踏まえ判断しているところ、⑤判決は、地下水の浸透水基準を超過した鉛が検出されたこと、原告らが地下水を飲料水、生活水として使用していることから、抽象的危険を形式的審査に基づき認定して措置命令を下しており、抽象的危険段階で対策を求める改善命令との趣旨との混同があると批判している。⁽³⁰⁾

ただ、⑤判例においては、被告県が「生活環境の保全の必要性」を争っ
164(934) 法と政治 71巻2号 (2020年9月)

ていた中、控訴審の鑑定囑託を通じて鉛が地下水浸透基準を2.7倍超えて検出されたことと、原告らが地下水を飲用等していることだけでなく、汚染は遅くとも6年以上前から進行していると推認されることが認定されている。⑤の裁判所は、かかる状況において、措置命令の内容については専門的判断に委ねるとしても、時の裁量に関しては、飲料水になりうる地下水の汚染が6年も放置されていることを重視し、判決（口頭弁論終結）の時点において行政庁が何もしない裁量はないと考えたのであろう。

本件裁判も含めて、行政庁による違法性または環境汚染の否定と、それが一定時間継続しているときに、訴訟で違法性や環境汚染が認められることは、その時点での司法介入の必要性を高める事情といえるのではないか。

第五に、本件においては、処分行政庁が原処分において行った誤った判断が、上記裁判例④、⑨における裁量判断と異なり、およそ軽微とは言えず、むしろ安全性という許可の中核的な判断の誤りであることを指摘したい。つまり、違法の程度が軽微であるがゆえに法目的を阻害しない場合ではなく、法の目的を直接に阻害する重大な違法であることが裁量権の逸脱・濫用に大きく影響している。

最後に、主文の特定性において一定程度の幅があり（判旨 D1）、しかも裁判所が命じた監督処分の具体的内容について行政裁量に委ねられたこと（判旨 D2）⁽³¹⁾が、処分行政庁が「違法状態があるにも関わらず何もしない裁量」の否定につながっていることを挙げておく。「効果は要件を規定する」と言われるように、原告が求める処分の中身がより詳細に特定され、被処分者にとって負担が重い内容になればなるほど、それを命じる具体的「必要性」「有効性」の立証が不可欠となる。ところがかかる場合、しばしば処分行政庁は、その重い処分以外の他の命令や行政指導によることがより効率的に法目的を達成でき、原告主張の対策以外にもさまざまな選択肢があり、行政裁量が認められるべきだと反論するだろう。つまり、目的に

対する手段の選択については、専門性・技術性が高いのである。

そこで、本件判決が行ったように、違法性を認定して監督処分の違法是正という目的を特定し、そのための行政権限の行使が必要だという範囲で司法的判断を行えば、行政庁がそれらの是正措置について一切権限を行使しないという裁量は封じられてしまうのである。

このように、本件判決が本件事実関係のもとで裁量権の逸脱・濫用を認めたことの正当性は、十分に説明可能である。本件判決は、その事案的としての特徴をつぶさに分析すれば、専門的判断を伴う裁量処分の統制の考慮要素を考える上で格好の材料を提供しているといえよう。

7 主文と調査の義務付け

原告が調査の義務付けを求めた理由は、第1に、都計法81条の監督処分における「その他違反を是正するため必要な措置」の1つとして請求の趣旨を特定するためであった。原告としては、本件開発許可等が違法であることを前提に、その是正方法として、斜面をアンカーボルト等で強化する対策工事を特定はしていた。しかし、対策工事の内容については本件斜面の危険度や工事の現実的可能性（工法，土地所有者の同意，費用など）によるため、裁判所が具体的な工事内容を特定して義務付け命令を下すことは困難であろうことを予想していた。そこで、調査の義務付けは、監督処分のいわば最小限（措置の幅のうちの最下限）で、かつ、その後の対策の出発点となる必要不可欠のものとして、対策工事の一種の一部請求ないし対策工事までは認められない場合の受け皿として請求の趣旨に加えたのである。

ただ、審理を進めていく中で、調査の義務付けに独自の意義を見出すようになったことが第二の理由である。本件開発許可等における違法性の核心は、宅造法9条1項の技術的基準の要件の不充足、そこでの要件審査

166(936) 法と政治 71巻2号 (2020年9月)

の不十分さにあった。すでに許可処分を得たとはいえ、安全性の調査不足が明らかになった以上は、再度、開発業者に命じて調査をやりなおさせることは、本来必須だった行政過程のやり直しにすぎない。しかも都計法の監督処分の要件は、違法性だけで足り、具体的危険の立証というハードルを越える必要もない。そうであれば許可処分時の安全性審査に一定の根拠に基づく疑義がある場合には、積極的に「調査の義務付け」を活用していくべきではないか、その応用範囲は広い可能性がある、という実務的発想に依拠したのである。

本件判決は、本件斜面地につき、法面及び擁壁の崩壊を防止するために必要な工事を行うことを命ずることを義務付けた。しかし、違法性は正のための対策工事の「必要性」については特にその根拠に言及していない。本来許容されない二段積み擁壁ができてしまったところ、それを後退させる措置が現実的でない以上は、本件石積擁壁の安全性を確保するため、何らかの工事は必要である。その際の調査は工事命令の前提として「工事の一部」に含まれると考えているようである。

ただ、仮に裁判所が、要件審査時に安全性の要件は満たしていないと判断しているが、現時点において対策工事が必要かどうかまでは判断しきれない場合は、調査の義務付けを求めることに積極的な意味がある。対策工事の義務付けの前段階に位置する調査の義務付けは、原告が立証をすべき対策工事の必要性を満たす危険性の有無の解明を、行政庁の命令を通じて開発業者に明らかにさせる意味を持つ。

そこで以下議論を整理するために、まず「調査」の意義について分類しておこう。

調査には段階性があり、①行政が原処分時の要件審査において本来行うべきであった要件審査としての行政の調査（開発業者に提出させるべき調査資料を含む）、②①が不十分であったことを前提に、現時点で法律が求

める安全性の確認調査の必要性にかかる行政の調査，③②の安全性確認が必要であることを前提として行うべき監督処分として開発業者に命ずべき現状の安全性調査，④法が求める安全性の確保が不十分であることが判明した場合，安全性を確保するうえで必要な対策内容についての調査（開発業者に提出させるべき調査と行政が独自に行うべき調査），の4段階に分けて考える。

まず，①については本件判決が要件審査が不合理であったこと，つまり都計法33条1項7号に基づき行うべき調査が不十分だったことを認定した。つまり，実体法上の要件違反という違法性を根拠づける「あるべき調査（審査）」と「調査（審査）の実態」の差が要証事実となり，訴訟内でのメインの争点である。

②については，本件判決は①から直截にそれを導いているが，控訴審ではそれが審理の焦点となっており，本件で被告 Y1 は敗訴後に簡易調査を自費で行ったうえで，斜面崩壊の現実的危険性がないとして，「結果オーライ」に持ち込もうとしている。ここでは①の調査不足から安全性の欠如が推定されるから，それにも関わらず，現状で補充調査は明らかに不要であることについての調査結果が示されるべきであり，これもまた本件訴訟内での重要な争点である。ただし，行政負担によるより詳細な調査は，③により開発業者に負担させるべき調査の行政による代替となり，開発業者の負担の減免の意味を持ってしまう別の問題がある。

③は訴訟内で鑑定ないし訴訟当事者による私的鑑定によっても立証できるものの，斜面の地層のボーリング調査にせよ，専用ソフトによる土木工学的解析にせよ，本来，開発業者が負担すべき調査であって，監督処分の対象とされるべき現地調査を含む土木工学的調査である。③の調査の結果，対策工事の必要性は現状では無いと判断されることもありうる。

④は，法が求める安全性基準が満たされていない場合に，現実的な制約

168(938) 法と政治 71巻2号 (2020年9月)

のもとでどのような対策が可能かに関する開発業者の選択肢についての調査・設計と、その選択肢の当否に関する行政の調査・審査である。土木工学的な技術的側面のみならず、現地の権利関係から生じる工事や対策の制約、費用の問題があり、行政プロセスで行われることが適していよう。

比喩的にいえば、①は当初の段階で行われるべき精密な健康診断、②はその項目が抜けたまま現在に至っている場合に、現時点で精密検査が必要かどうかの診断（問診その他の簡易な診断により明らかに不要な場合の除外判断）、③は現状での再検査（補充）が必要とされたうえで行われた精密検査、④は精密検査で異常が発見され手術が必要とされる場合、現実の手術の選択肢を前提とした手術に向けての健康や手術に関する物理的、経済的な制約面も含めた諸調査に例えることができよう。

本件のような義務付け訴訟においては、①と②を訴訟内で立証したうえで、今後は③の調査の義務付けのみを請求の趣旨に掲げて早期審理を目指すことが有効な戦略の1つとなろう。④は本件判決がそうであったように、対策工事と一体化したその前提の調査であり、③が実施された結果に応じて何らかの具体的対策を前提に取り組まれるものであるからである。

③の調査の義務付けは、裁判所が対策（の監督命令）という終局の効果を定めるうえで必要な要件に該当する事実の調査をさせて、その結果に基づき④の調査と利害調整を通じた違法是正対策を決定させるため、裁判所が行政庁に事案を一旦差し戻し行政過程で本来行うべきことを履行させる意味を持つ。その一連のプロセスをどのように設計するかについては、(i) 監督処分としての③の調査命令をまずは終局判決として求める場合と、(ii) 本件訴訟で原告が求めたように、④を含む対策命令の終局判決を求める中で前提となる③の調査を求めるという手法、さらには (iii) ③の調査命令を義務付けたうえで、その調査結果に応じた④を含めた終局的監督処分をすることを同時にセットで命ずることを求めていく折衷的な手法が

⁽³²⁾
ありうる。

(i) の利点は、訴訟の争点が絞られ、当該訴訟の審理がより迅速化される可能性があることである。しかし、③の調査後に、終局対策をめぐって場合によっては、改めて訴訟提起が必要となる問題がある。つまり、原処分の行政過程、③の調査命令を決めるための司法過程、③の調査を実施する行政過程、③の結果を受けた対策の在り方を争う司法過程といったキャッチボールが続き得る煩雑さがある。

(ii) が本来狙っているのは、③と④を含む終局対策の義務付けの同時判決ではなく、まずは③の調査を開発業者に行わせる調査の義務付け命令を得たうえで（一種の差戻し判決⁽³³⁾）、③の調査結果を受けてから終局的監督処分の義務付け命令を行うという裁判手続の連続性・統一性とそこにおける裁判所の後見的機能の活用である。

しかし、③の調査の義務付け判決を④を含む終局判決に先駆けて民訴法の中間判決（245条）の枠組みで求めることはできない。中間判決は、代金請求における請求権の存否と代金の関係のように、原因を先決し、それに拘束力を付することで、代金の数額に関する終局判決の審理が円滑かつ合理的に行われるための手続きである。③の調査の結果は、終局の監督処分の内容を決めるうえでの「原因」ではあるが、調査自体を行わなければその結果は得られず、中間判決での判断の拘束力をもって終局判決に生かす関係にはないからである。

また、③の調査の義務付けと対策工事の義務付けの命令の訴訟を分離し、前者を先に判決するという手続もありうるかもしれないが、行訴法37条の3第6号の適用の場合と異なる以上、義務付け訴訟の中止まで可能とはいえず、2つの訴訟がその後独立して審理され、統一的な解決ができなくなってしまうだろう。

そのため本件訴訟において原告らは、控訴審前に裁判所に提出する控訴
170(940) 法と政治 71巻2号（2020年9月）

審での審理方針において、本件訴訟の和解的解決を提案していた。すなわち、一審判決での原処分の違法性判断を受けて、控訴審では、原告、行政、開発業者の暫定合意のもと、一旦訴訟外で現地のボーリング調査等を行う、ついでその結果を受けて、安全性に現状で問題がないことが判明すれば取り下げを含む和解的解決を行う、逆に対策工事が必要であることが判明すれば、裁判手続きの中で、和解的に対策工事の内容を行政、開発業者ら、原告の協議によって決定して和解する、それが不可能であるときに監督処分義務付け判決を求めるという包括的な解決手続である。現実には、裁判所の監督のもとで、行政、事業者、住民の3者がコミュニケーションをとりながら和解的に事案を解決していくことが促進され、紛争が解決できた事案があり、ステークホルダーがすべて訴訟当事者として登場している以上、差戻後の行政プロセスを先取りして紛争を一挙に解決できる可能性に希望を抱いたのである。⁽³⁴⁾しかし、控訴審手続では、②の現時点での監督処分の必要性が焦点となり、被告 Y1 の対決的姿勢に変化はなく、本稿執筆段階では、和解的手続は履践されていない。

(iii) は、③の調査と③の調査内容を条件とした最終的な監督処分義務付け命令まで射程に入れたものである。③の調査結果により、斜面崩落を防ぐための工事の必要性が判明した場合は工事を行うことを命ずることを義務付けるといふ条件付義務付けについては、調査結果と工事の必要性の判断、あるいは必要とされる工事の選択肢の判断について行政の裁量が大きい。そのため、③の調査が行われたうえで、対策不要とする判断、あるいは必要最小限の工事を命ずる命令が下された場合に、原告らとの争いが再発する可能性は否定できない。しかし、裁判所により、合理的な調査と調査の結果に応じた都計法上必要な対策を講じて違法性を是正する義務が明示されること、言い換えればそれを行わないことが違法であることの宣言は、自らの非を認めることに極めて消極的な行政組織における違法是

正に高い実効性を発揮するのではないか。

なお、調査の義務付けを活用するための調査権限の拡張を狙って、宅造法17条の改善命令を権限の根拠として本件開発許可等の工学的安全性の確認についての調査の義務付けを主張したが、本件判決は同法によっては処分庁に調査権限はないとして請求は却下された。

8 本件判決の意義と課題

巨大地震の発生の可能性と気候変動による豪雨の頻発の中で、斜面地災害の発生リスクとその防止は重要な政策課題である。平成30年7月豪雨では、全国で2,512件の土砂災害が発生し、119名が死亡した⁽³⁵⁾。土砂災害防止のため、土砂災害防止法に基づく土砂災害警戒区域（イエローゾーン）と土砂災害特別警戒区域（レッドゾーン）の指定が全国で進められ、2019年3月31日現在、全国で前者が574,148か所、後者が428,253か所となっている⁽³⁶⁾。

本件斜面地は宅地造成規制区域内にあり、かつその一部は土砂災害警戒区域内にある。本件訴訟は、土砂災害のリスクが高い地域における新規宅地開発による災害リスクの拡大をめぐる紛争である。

災害リスクをめぐる紛争の最大の争点は、「リスクの評価」にある。本件民事訴訟（前記第3の(3)）が示すとおり、災害リスクを懸念する住民が民事的請求において具体的危険のレベルまでの立証に成功することは困難であり、その結果敗訴すると、災害リスクはグレーのまま放置される可能性が高い。

その中で、本件開発許可等における安全性判断の違法性を根拠として対策工事の命令を行政庁に義務付けた本件判決は、災害の事前防止において行政庁が機能不全を起こしている事例において、司法的救済が有効に機能しうることを示す貴重な裁判例といえる。義務付け訴訟における実体的違

172(942) 法と政治 71巻2号 (2020年9月)

法性（裁量判断を除く）の立証は、民事訴訟における具体的危険性の立証より事案によってはハードルが低いからである。

しかも、監督処分³⁷の義務付け内容の特定は最小限にして、対策工事の具体的内容は行政庁の裁量に委ねるという手法は、義務付け訴訟の導入で企図された、司法と行政との適切な役割分担の在り方を体現している。すなわち、取消等でもはや争えない行政行為に違法性があるとき、何もしない裁量は無いことを根拠に、監督権限行使の義務付けを宣言しつつ、当該違法性は正への具体的対策の意思決定については行政過程に差し戻す。その結果、行政は司法によって示された判断に沿って、違法性の是正のための新たな専門的判断に基づく処分を行う。行政（原処分）→司法（義務付け）→行政（監督処分）という行政と司法との継続的な相互作用において、救済の方向性を示したうえで行政へと差戻す義務付け訴訟の「嚮導機能」が発揮されているのである。

他方で、本件判決は、硬直的な重損要件の判断によって、相変わらず司法的救済の入り口を狭めている弱点も有している。裁判官は少なくとも⑦判決が示したような柔軟性をもって、本案審理を積極的に行ってほしい。本案審理に入ることは、行政庁に対して少なくとも権限不行使の適否についての検証を迫るものであり、そのことだけでも、将来の災害発生防止による個人および集団的な生命・身体の保護に何らかの寄与があるはずだからである。

位置エネルギーのことをポテンシャルエネルギーともいう。私たちは、普段意識していないその場に存在することによる潜在的エネルギーが、運動や熱という目に見える形に変換されたときに、初めてそのインパクトや有用性に気づく。それと同様に、改正行政事件訴訟法で有効な救済手段として位置付けられたはずの非申請型義務付け訴訟も、わかりやすい形での「成功例」が見えなければ、救済手段としての潜在的な可能性にとどまっ

てしまう。本稿は本件訴訟の中間報告に過ぎないが、被告市による簡易な調査と原告によるその批判的検証が行われたなど、その当否は別として、本件斜面地の安全性ないし危険性の調査・解明が進むという原告が本来目的としてきた事態が控訴審手続中で進行している。非申請型・第三者型義務付け訴訟が実務において活用され、その潜在力の理論的裏付けによって新たな位置づけがされれば、国民の権利救済の実効性が高まることになる。そのための実務家と研究者の更なる共同作業を期待したい。

【付記】

脱稿後、石塚武志「三面関係に係る非申請型義務付け訴訟の重損要件・本案要件の審査—裁判例の現状」大橋洋一・仲野武志編集「法執行システムと行政訴訟 高木光先生退職記念論文集」（弘文堂，2020年，269頁）に接した。

同稿が重損要件についての裁判例の分析視覚として提示する「一般的、抽象的なアプローチ」「個別的、具体的なアプローチ」に対する筆者の立場について一言言及すると、重損要件は訴訟要件である以上、一般的アプローチを基本としつつ、そこでの損害の「性質」による類型化については二分論ではなくより柔軟な類型論をとり、かつ「損害の回復の困難の程度」（行訴法第37条の2第2項）について一定の個別具体的判断（ただしあくまで紛争の個別的性質論であり、本案レベルの損害発生の高さの判断ではない）を加味して総合的に判断するというものである。

また、同稿の処分権限不行使の裁量逸脱・濫用に関する判断基準等の分析視覚は、義務付け判断における裁量統制という救済手段の実効化の本丸の課題に取り組むうえでの示唆に富むものである。

注

- (1) 平成16年1月6日司法制度改革推進本部行政訴訟検討会 <https://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/gyouseisoyou/siryou/040106kan-gaekata.html>
- (2) 石崎誠也「非申請型義務付け訴訟要件としての「重大な損害」についての考察」（確井光明他編「行政手続・行政救済法の展開 西塾章先生・中川義朗先生・海老澤俊郎先生喜寿記念」（信山社，2019年）259頁（261頁）。
- (3) 非申請型義務付け訴訟には、義務付け対象の行政処分の名宛人が提訴

した本人型（入管難民関係，租税関係，公務員任用・昇任問題など）と，名宛人以外の第三者が提訴した第三者型があり，前者を非申請型・本人型，後者を非申請型・第三者型と呼ぶこととし，本件はもっぱら後者に焦点をあてる。後者のうち，建築，開発，廃棄物・残土，景観等を扱うものを本稿では広く環境訴訟として扱っている。

- (4) 判タ1468号93頁，本件判例の評釈として，岩本浩史「工事命令の義務付けが認められた事例」TKC新判例解説 Watch Web 版行政法 No. 206（2019年11月29日），菅澤紀生「公法判例研究」北大法学論集第70巻第6号245頁（2020年3月）。
- (5) 本案判断の分析に重点を置いたものとして，石崎誠也「非申請型義務付け訴訟の概況およびその本案審理について」法政理論49巻2号1頁。
- (6) 控訴審において，被告宝塚市は訴訟外で本件斜面地についての簡易調査を行い，本件斜面地の崩落の危険性がないとして義務付け命令の必要性を争点にし，控訴審で初めて市から出された専門家意見の射程と信頼性が争われている。斜面の安全性を確認することは原告らの訴訟の目的であるから原告らの安全性確認目的の一部は資するものの，原告らが求めている開発業者によるボーリング調査等とは異なる，簡易な表層調査を公費で一方的に行うという被告宝塚市の応訴姿勢は，結果的に開発業者の負担を行政が代替する意味を持つとともに，公益目的の実現よりも組織防衛という目的が前面に出がちな行政訴訟の現実を表している。
- (7) 本件訴訟の弁護団構成は筆者の他はいずれもロースクール世代の弁護士であり，一級建築士で元ゼネコンのエンジニア，工学部出身で元プラントメーカーエンジニア，総合人間学部（環境学）出身者との組み合わせである。この点からも本件訴訟は司法改革世代が担う実験的訴訟という色彩を濃く持っている。
- (8) 石崎・前掲注2を手掛かりに，LEX/DB および LLI 判例秘書を用いて令和2年4月30日検索時点までに入手できる非申請型・第三者型の裁判例をもとに本案判断を行ったものを掲載した。検索漏れはご容赦願いたい。
- (9) 石崎・前掲注2・259頁。裁判例の主流への批判的評価と課題について，拙稿①・「環境分野における義務付け訴訟の「重大な損害」要件の克服」水野武夫先生古希記念論文集刊行委員会編「行政と国民の権利」（法律文化社，2011年）95頁（100頁以下），拙稿②・「環境規制権限の適正な執行を目指して—西吉野産廃事件の経験から—」佐藤幸治・泉徳治編「滝井繁男先生追悼論集 行政訴訟の活発化と国民の権利重視の行政へ」（日本評論社，2017年）457頁（467頁）。改正法下の非申請型義務付け訴訟の

判例分析について、齋藤浩「行政訴訟の実務と理論（第2版）」（三省堂、2019年）408頁以下、424頁以下。非申請型重損要件についての判例研究として、島村健『「非申請型義務付け訴訟における重大な損害を生ずるおそれ」の判断方法について—自らに対する処分の義務付け訴訟にかかる裁判例の概観と分析—』上掲・滝井繁男先生追悼論集・251頁。

- (10) 越智敏裕「産廃紛争における非申請型義務付け訴訟の訴え」ジュリスト1488号80頁（84頁）（2016年）は、重損要件と本案判断、原告適格との重なりあいを図を用いて説明している。
- (11) 福井秀夫ほか「新行政事件訴訟法」（新日本法規、2004年）138頁以下。（村田斉志）、小林久起「行政事件訴訟法」（商事法務、2004年）161頁以下。
- (12) 阿部泰隆「行政法解釈学Ⅱ」（有斐閣、2009年）296頁、曾和俊文「権利と救済（レメディ）—行政法における権利の特質」高木光ほか編「行政法学の未来に向けて—阿部泰隆先生古希記念（有斐閣、2012年）560頁。
- (13) 山本隆司「訴訟類型・行政行為・法関係」民商法雑誌130巻4=5号640頁（662頁）（2004年）。
- (14) 興津征雄「違法是正と判決効」（弘文堂、2010年）287頁、島村健・前注9・254頁。
- (15) 島村・前掲注9・253頁。
- (16) 菅澤・前掲注4・263頁はこの点を柔軟な解釈として評価する。
- (17) 山本隆司・法教253号121頁（2001年）は、警察法では生命・身体と財産とはむしろ一体として保護するとみるべきと批判する。
- (18) 東京地判平成19年9月7日裁判所ウェブサイトLEX/DB25421155は建基法6条について周辺住民の原告適格を肯定するうえで、「当該建築物の火災等による被害が直接的に及ぶことが想定される周辺の一定範囲の地域に存するほかの建築物についてその居住者の生命、身体の安全等及び財産としてのその建築物を（中略）個々人の個別的利益として保護すべきものとする趣旨を含むもの」として、財産権の個別的保護を肯定している。また、和歌山地判平成25年3月19日LLI判例秘書L06850133も宅造法17条の改善命令義務付けの原告適格の判断において、改善命令は財産の個別的保護も含むとした。ただし、当該事案では業者が土地を処分することにより得られる財産的利益が対象であって個別的保護の範囲に含まれないとした。
- (19) 岩本・前掲注4・4頁は本件判決の重損判断について、本件建物がどの程度損害を被るかについて審査すべきであったとする。
- (20) 高橋滋編「改正行訴法の施行状況の検証」（商事法務、2013年）374頁。

- (21) 拙稿①・注9・105頁, 拙稿②・注9・467頁。
- (22) 拙稿①・注9・105頁。
- (23) この点を特に評価するものとして菅澤・前掲注4・256頁。
- (24) 岩本・前掲注4・3頁は, 81条の要件は開発行為の違法性であり, 開発許可の違法性ではないはずと批判する。本件は現実の開発行為が開発許可に違反していた事例ではなく, 開発許可が許可要件を満たさない違法な許可であり, その結果として開発行為もまた違法となる最判平成5年補足意見で例示されていた事案である。したがって本件における都計法81条の審査対象は, 「計画された開発行為の許可基準適合性」ではなく, 「許可された開発行為の法律要件適合性」であった。なお, 本件判決は, 本件開発許可等の処分の違法性の判断時は許可時であることから, 81条の監督処分の必要性の判断時点である口頭弁論終結時までには, 事情が変更が生じたいないことをもって, 81条の違法事由を満たすとしている。
- (25) 芝池義一「行政法総論講義(第4版補訂版)」(有斐閣, 2006年)69頁, 曾和俊文「行政法総論を学ぶ」(有斐閣, 2014年)177頁。
- (26) 高橋滋「行政裁量論に関する若干の検討」(「南博方先生古希記念『行政法と法の支配』」(有斐閣, 1999年)344頁。
- (27) 曾和・前掲・181頁以下。
- (28) 横浜地判平成11年4月28日訟務月報47巻12号3682頁は, 都計法33条1項7号, 同29条の開発許可処分の原告適格を認めた最小3判平成9年1月28日民集51巻1号250頁の差戻第1審判決であり, 原告適格を一部肯定したうえで違法事由を否定して請求を棄却しているが, 裁量判断の枠組みでは判示していない。
- (29) 岩本・前掲注4・4頁は説明不足と批判し, 「おそらく, 保護されるべき権利利益が生命・身体であることが重視されたことが推測することはできるが, それ以外にいかなる要素が考慮されたのか明らかでない。」とする。
- (30) 長谷川裕・神山智美「廃掃法19条の5に基づく措置命令の義務付けと実務への影響: 安定型産業廃棄物最終処分場に係り自治体に迫られる諸対応」九州国際大学法学論集19巻3号1頁(35頁)(2013年)。
- (31) 義務付け訴訟において, 原告は請求の趣旨にどこまで求める「一定の処分」の内容を特定すべきかという問題と, 裁判所は判決においてどこまで「一定の処分」を特定すべきかという問題がある。後者については, 对原告の請求との関係でそれとどこまで異なる判決を下せるかという問題と, 対行政庁との関係でどこまで抽象的な判決が下せるかという問題に分けら

れる。前者について斎藤・前掲注9・421頁、後者について小林・前掲注11・158頁参照。

- (32) 岩本・前掲注4・3頁は「都計法81条1項に基づく是正命令として、崩壊のおそれを調査し、それを防ぐための工事の必要性が判明した場合は工事を行うことを命じることは可能だと思われる。」としており、示唆を得た。
- (33) 山本隆司・「義務付け訴訟と仮の義務付け・差止の活用のために—ドイツ法の視点から—」自治研究81巻4号70頁(89頁)(2005年)は、ドイツの義務付け訴訟では、裁判所が事案について結論となる判断を下すのが原則としつつ、例外的に、行政機関がまず調査・判断する方が、適切で迅速な事案の解決に至ると考えられる場合等に、裁判所が行政庁に事案を差し戻す趣旨の終局判決をする場合があることを紹介し、それとの対比で日本の行訴法37条の3第6項が定める「差戻しの判決」について分析している。本件事件は、義務付け訴訟の中で、実質的には原処分取消と同様の審理が行われており、行訴法37条の3第3項における原処分取消と義務付けの併合審理に近い状況が生まれていた。その中で③の調査は、基準時は異なるものの、原処分時点で行うべきであった要件審査としての調査と重なるため、終局的監督処分的前提となる③の調査の義務付け命令のみを先決的に判断することを「差戻しの判決」と表現した。
- (34) 拙稿・「住民・事業者・行政による三者協定のポテンシャル—西吉野産廃処分場事件を題材に—」(環境法政策学会編「転機を迎える温暖化対策と環境法—課題と展望」・環境法政策学会誌21号258頁, 2018年)は、義務付け訴訟を契機として、県・業者・住民の三面和解によって長年の紛争が解決された産廃事件の事例研究である。
- (35) 国土交通省 https://www.mlit.go.jp/river/sabo/jirei/h30dosha/H30_07gouu_180925.pdf 平成30年9月25日時点の集計。
- (36) <http://www.mlit.go.jp/river/sabo/sinpoupdf/jyoukyou-190331.pdf>
- (37) 横田明美「義務付け訴訟の機能」(有斐閣, 2017年) 283頁以下。

Potential of Mandamus Actions
as Environmental Litigations
—An Analysis of a Case Mandating
an Administrative Order in City Planning Act

Naoki IKEDA

Mandamus Action was introduced by the revised Administrative Procedure Law in 2004. The type of the action to be filed by a non-applicant, a third party citizen is expected to enable a potential victim of hazards or pollutions to demand a court to mandate an administrator to issue an administrative order against business entities so that they should comply with the laws and regulations for securing safety. However, up to date, we find only three cases where the courts rendered such judgements. Plaintiffs have been facing big hurdles of laws and court practices.

Under such situation, Kobe District Court on April 16, 2019, mandated Takarazuka city to issue an administrative order based upon City Planning Act against a developer to introduce appropriate construction measures to prevent a collapse of steep slope parcels.

This case shows a good example of a proper role sharing or a division of roles between judiciary and administration. The court declares total inaction or omission by the administrator illegal in light of strict interpretation of laws without allowing discretion to do nothing by the administrator, while giving a wide range of discretion for the city to make technical choices about the content of the administrative order.

Here the court plays a “guiding” function directed for an appropriate remedy by vacating the original administrative decision. But by remanding the case to the administrative process again for detailing preventive measures without specifying the content of the order, the court respects and entrusts the administration to concretely and properly execute the order.

The limitation of the judgment is that it keeps a main stream narrow in-

terpretation of “serious damage” required to sue, which is a critical obstacle for a third party Mandamus Action. This article proposes more detailed categorization of “damages” other than the simple dichotomy of damages on lives, and damages on properties and other than lives, as well as more case specific quantitative analysis of “damages” in each case in order to overcome the court barrier.

By conclusion, we can find a big potential in the above role-shared structure of the judgment to activate Mandamus Actions as environmental litigations.