

処分性の早期確定化と実効的な権利救済

—義務付けの要件となる通知の処分性と通知の名宛人及び近隣住民が取りうる法的手段の検討—

神 山 智 美

2012年12月

九州国際大学法学会 法学論集 第19巻第1・2合併号 抜刷

処分性の早期確定化と実効的な権利救済

—義務付けの要件となる通知の処分性と

通知の名宛人及び近隣住民が取りうる法的手段の検討—

神 山 智 美（九州国際大学）

はじめに

「……せねばならない」規定は法律や条例でよくみられる文末表現である。一見して何らかの作為義務を、一定の対象に課しているように思われる。ではその「……せねばならない」規定において、何らかの作為義務を課す前提として、相手方を特定して通知を発出することが規定されている場合に、当該通知に処分性は認められるのであろうか。

こうした「……せねばならない」規定の処分性¹についての総務省の見解は、「行政庁の求めに従わない、あるいは応じない場合に、罰則による制裁を課するもの」については処分性が認められる、と示している。すなわち、「……せねばならない」規定には、作為義務が認められるものの、当該作為義務が行われないことに対して、罰則による制裁が「準備されているとき」と「準備されていないとき」とでは、その処分性の有無が異なるというのである。

とすれば、あくまで総務省の見解によれば、「……せねばならない」規定違

1 「行政手続法の施行に当たって」総管第211号 平成6年9月13日

2 本稿において処分性とは、行政事件訴訟法3条に定める行政庁の処分その他公権力の行使にあたるかということを指すこととする。

反に対して罰則による制裁が「準備されていないとき」であれば、冒頭の通知に処分性は認められないとも受けとめられそうである。

ところが昨今、こうした罰則による制裁が「準備されていないとき」の作為義務の要件となる通知に、処分性を認めることにより、義務を担う事業者の権利救済の早期化を認めた判決が下された（最高裁第二小平成24年02月03日（判治355号35頁））。本件は取消訴訟のみの提起であり、処分性の有無のみを争っていたものである。それゆえに、処分性の早期確定化ともいべき結論が判示されたともいえる。併せて、近年の処分性の拡大（拡張）の流れは目覚ましく、それに対処する行政実務も国民（本件では近隣住民）による公権力の統制にも何らかの影響を与えようとする。

そこで、本稿では、はじめに本件の素材となった土壤汚染対策法（以下「土対法」という。ただし判例適用部分は平成18年法50による改正前のもの。）を概観し（1）、次に処分性の早期確定化を認めた判例を紹介し（2の（1）～（4））、いくつかの論点を明確にして分析を加える（2の（5）～（6））。続いて、取消訴訟、義務不存在確認訴訟、予防的差止訴訟等の提訴可能性をも探り、どのような訴訟を選択するのが的確であるかということを検討する。また、環境保全を担うのは、事業者と行政のみではなく、生活環境をともにする近隣住民もその主体と言え。よって、近隣住民が、環境に配慮した行政決定を促進するためにとりうる訴訟類型の検討も併せて行い、環境保全を社会全体で担っていくために必要とされる訴訟要件についても試論する（3）。

1. 土壤汚染対策法の条文解釈

土壤汚染対策法（以下「土対法」という。）3条1項は、使用が廃止された有害物質使用特定施設に係る工場または事業場の敷地であった土地の土壤汚染状況を、土地の所有者、管理者又は占有者（以下「所有者等」という。）であって、「当該有害物質使用特定施設を設置していた者」又は「次項の規定により

都道府県知事から通知を受けた者」が調査をして、その結果を都道府県知事に報告しなければならない旨を規定している。同条2項では、「当該有害物質使用特定施設を設置していた者」以外に所有者等がある場合には、廃止された旨その他の環境省令（土壤汚染対策法施行規則（以下、「規則」という。）第13条、第14条）で定める事項を通知すると規定する。そして同条3項は、同条1項に規定する者、すなわち「当該有害物質使用特定施設を設置していた者」又は「次項の規定により都道府県知事から通知を受けた者」が報告をしない場合にはじめて、報告命令³を出すことができると規定している。

以上のように土対法の条文を解釈すると、「当該有害物質使用特定施設を設置していた者」以外に所有者等がある場合には、土壤汚染状況調査結果報告（以下、「調査報告」という。）命令の前段階にある義務付けの要件として通知を必要としているといえることができる。

そもそもこの土壤汚染状況調査（土対法2条2項）は、土壤汚染による人の健康に係る被害防止措置の前提として、土壤汚染に係る土地を的確に把握する必要があり、このため、汚染可能性のある土地について、一定の機会をとらえて行うこととしているものである。それを誰がどのようにして行うか、すなわち環境保全とそのコストをだれが担うかという問題についての一つの見解を示しているのがこの土対法3条1項である。

施行通知⁴によれば、所有者等、すなわち、所有者、管理者または占有者のうち、いずれかが調査報告義務を負う。なかでも調査報告命令の名宛人については、土地に掘削等を行うために必要な権原を有し、調査の実施主体として最も適切な一者に特定されるべきものであり、通常は土地の所有者が該当すると明記されている。つまり、環境保全とそのコストを汚染者に課するという汚染者負

3 「土壤汚染状況調査の結果の報告を行うべき旨又はその報告の内容を是正すべき旨の命令」第2条には、土対法第3条3項の命令は、相当の履行期限を定めて書面により行うものと規定がある。

4 「土壤汚染対策法の一部を改正する法律による改正後の土壤汚染対策法の施行について（平成22年3月5日）環水大土発第100305002号」第3の1(2)①

担の原則ではなく、その負担を直接の原因者ではない所有者等に課すことを示した「(いわゆる警察規制上の) 状態責任⁵」であるといえる。とはいえ、所有者等はその負担を担うが、その施設の設置者ではないため義務の発生を知ることができず、また、調査を行うために必要な情報を有さない場合があることを考慮せねばならない。よって、土対法3条1項では、一定の場合には通知という手続を要することを規定している。この規定により、所有者等が、「当該有害物質使用特定施設を設置していた者」ではない場合でも、調査報告の実施主体としての義務を担うことを担保している。

しかしながら、環境保全意識の高まりを背景として、法に基づく調査報告命令の処分が増えることが予測される中で、例えば要件を満たさないにも関わらず調査報告義務が課される事例がでてくる可能性は否定できない。このような違法な処分に対して処分の名宛人がどのような法的手段をとりうるのか、また、通知を要件とするのであればその通知に処分性を認めるような解釈を積極的にしていくべきであろうかということを検討する素材となったのが、「土壤汚染対策法による土壤汚染状況調査報告義務付け処分取消請求事件」(最高裁第二小平成24年02月03日(判治355号35頁))である。次章にて検討する。

2. 判例の検討

(1) 事実と経過

本件は、土対法に基づき、上告人Yが被上告人Xに対してした通知の内容は、行政事件訴訟法(以下「行訴法」という。)3条2項にいう「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に該当し、抗告訴訟の対象になるとして、上告を棄却した事例である。

上告人Y(被告・被控訴人)は被上告人X(原告・控訴人)に対して、(「土

5 土対法における状態責任についての著作は多いが、さしあたっては大塚直『環境法(第3版)』pp.413-415(2010,有斐閣)や、北村喜宣『環境法』pp.398-399(2011,弘文堂)がある。

対法3条2項に基づき、次のとおり通知します。これにより、同条1項の規定による土壌汚染対策状況調査結果報告書を提出してください。」という記載のある）本件通知書（以下「本件通知」という。）を送った。本件通知に際して、行政手続法（以下「行手法」という。）30条所定の弁明の機会を付与する旨の書面による通知はなされていなかった。

それゆえ、本件通知を受け取った土地の所有者Xは、そもそも土対法3条1項によって第一次的に調査報告義務を課せられるのは、その土地上に「有害物質使用特定施設を設置していた者」であるべきであると考え、さらには有害物質使用特定施設を設置していない者が調査報告義務を課せられるのは、設置者自身が行方不明である等やむを得ない事由がある場合に限られると解するべきであると主張し、本件通知の取消を求めた。

土対法3条3項に基づく調査命令が処分である⁶ことには異論がないと思われる、本件通知は一見すると土対法3条3項における調査報告命令に前置する観念の通知のようにも見える。そうだとすれば、処分ではないから、取消訴訟の対象とはならず、取消訴訟は不適法のように思える。しかしながら、原告は、本件通知が処分であると考え、①本件通知発行の際に行手法所定の弁明の機会が付与されていないこと、②本件通知は土対法の解釈を誤ってなされたものであること、③本件通知の根拠となる土対法3条は憲法29条に違反していること等を理由として、本件通知の違法性を主張し、その取消しを求める抗告訴訟（以下「本件訴え」という。）を提起したものである。

一審判決（旭川地判平成21年9月8日・（判治355号38頁））は、本件通知に行政処分性を認めなかった。そのためXが控訴したところ、二審判決（札幌高判平成22年10月12日・（判治355号44頁））においては本件通知に行政処分性を認め、旭川地裁に差し戻すこととした。よって、それを不服としたYが上告したのが本審である。

6 前掲4 第3の2(4)

(2) 一審判決の処分性の判断

一審判決は、土対法3条2項に基づく本件通知は、同条3項の調査報告命令の発令の名宛人にあてるものであり、当該名宛人が「当該有害物質使用特定施設を設置していた者」以外の所有者等に該当するかどうかの判断を経てなされるものであるという条文解釈を行ったうえで、処分性に関する判断は、「その行為を根拠づける法規がその段階で当該行為の効力を争わせることとしているかについての解釈」により決せられるとしている。

そのうえで、本件通知は、「施設の廃止及び調査報告義務の発生を当然には知り得ない土地所有者等に対し、当該施設の使用の廃止されたこと等を知らしめるためのものであり、同義務の始期及び期間を定めるための要件であると解するのが相当である」としている。というのも、効力を争う段階については、「同条2項の通知がされただけでは同条1項の汚染状況調査報告義務の履行を強制されることはないのであるから、土対法は、同通知により、通知の名あて人が同法に基づき調査報告義務を任意に履行することを期待するにとどまるものであり、同条3項の命令を受けることによって初めて、同義務の履行を法的に命ぜられ、刑罰による履行の強制を受けることになる」からであると説明する。ゆえに、「同通知がなされた段階での訴えの提起を認めなければ裁判を受ける権利を奪うことになるものではな」く、「土対法は、一連の手續において、同命令が発せられた段階で行政処分性を認めて同命令の効果を争わせることとし、同通知を行政事件訴訟の対象から除外することとしている」と判断している。

さらに、本件通知の、「下記に示す期限までに土壤汚染状況調査結果報告書を提出してください」との記載については、「規則14条3項の規定により通知すべき事項である報告期限を示したものに過ぎないと解することができる」とし、かかる記載をもって本件通知に行政処分性を認めることはできないとする。

(3) 二審判決の処分性の判断

これに対し二審判決は、本件通知の内容の法的性質を二つに分けて判断している。具体的には、被控訴人Yが控訴人Xに対し、「(A) 本件土地上の有害物質使用特定施設の使用が廃止されたこと及び控訴人が本件土地の所有者に該当すること、その結果、控訴人Xに上記調査報告義務が発生したこと」を知らせるとともに、「(B) 同調査報告義務の終期を本件通知を受けた日から120日以内と定めるもの」の二つである。((A) (B) は筆者による)

そのうえで、「本件通知の(A)の部分は、被控訴人Yの認識した事実の通知とみることができるから、その法律上の性質は、観念の通知というべきものである」「他方、本件通知の(B)の部分は、被控訴人Yが、控訴人Xに生じた上記調査報告義務の内容の一部を具体化(期限の設定)したものであるから、観念の通知の範疇には収まらない性質のものであるというべきであ」り、「(本件通知の(B)の部分は、)控訴人に生じた義務の内容の一部(期限)を具体的に創設するものであるから、本件通知は、直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定するものというべきであり、行訴法3条2項にいう「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に該当すると認めるのが相当である」と判断している。

以上のように二審判決によれば、本件通知の(B)の部分に権力性を見出すことによって調査報告義務が形成されていると解釈している。しかしながら、それでは、本件通知の(B)の記述がなければ本件通知に処分性が認められないことになり、不合理である。というのも、そもそも「120日以内」の定めは本件通知で定めたものではなく、規則1条2項2号によって定められたものにすぎないのであり、行政がサービスで呈示している事項であるからである。

よって、ここではむしろ本件通知そのものの性質に着目し、「施設を自ら設置していない場合は、その所有者は都道府県知事から使用廃止の本件通知をう

けることにより調査を行う義務が生じる⁷」点に注目せねばならない。すなわち、本件通知は調査報告義務の義務発効要件となっているのであり、所有者であっても本件通知の名宛人にならねば調査報告義務は生じないのである。というのも、施行通知⁸は「土地の所有者、管理者及び占有者のうち、土地の掘削等を行うために必要な権原を有し調査の実施主体として最も適切な一者に特定される」としており、Yが本件通知の名宛人に所有者Xを特定した部分に権力性を見出すことができると考えるからである。

(4) 最高裁における処分性の判断

最高裁判決は、二審判決と結論を同じくする。その論理は以下の二点 (①②とする) をふまえて、それらが、同判決が引用する最高裁昭和37年(オ)第296号同39年10月29日第一小法廷判決¹⁰(民集18巻8号1809頁等参照。以下「昭和39年最判の定式」という。)に該当するとして「(土対)法3条2項による通知は、抗告訴訟の対象となる行政処分にあたると解するのを相当」と判示する。

一点目は、まずもって①昭和39年最判の定式にならい、その権力性の有無を判断するものである。条文の解釈から「(土対)法3条2項による通知は、通知を受けた当該土地の所有者等に上記の調査及び報告の義務を生じさせ、その法的地位に直接的な影響を及ぼすものである」との判断を示したのである。すなわち、土対法3条の条文全体を検討して、行訴法3条2項にいう行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為に該当する権力性を認めていると解釈でき

7 小沢秀明『土壌汚染対策法と民事訴訟』(2011, 白揚社) p73、85および、土壌汚染対策研究会『土壌汚染対策法と企業の対応 Q & A129』(2010, (社)産業環境管理協会) p56

8 前掲4に同じ。

9 これら二点を明示的なものとして判断するようになった判決に最大判平成20年9月10日(判タ1280号60頁)がある。これは本節でも後ほど紹介しているが、「実効的な権利救済を図るという観点」を明示的に加えて、最大判昭和41年2月23日(判時436号14頁)を変更したものである。

10 裁判所は処分を以下のように処分を定式化している。「公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定することが法律上認められているものをいう。」

る。

二点目は、②名宛人の「実効的な権利救済」を図ることを意図する。土対法3条3項による調査報告命令は、「報告の義務自体は上記通知(本件通知)によって既に発生している」にもかかわらず、「(本件)通知をうけた当該土地の所有者等は、これに従わずに上記の報告をしない場合でも、速やかに法3条3項による命令が発せられるわけではない¹¹⁾」ことを理由として、その命令を待つてしか取消訴訟が提起できないことでは、十分な権利救済が図れないことを懸念している。それゆえ、本件では特に早期に権利義務関係を確定することが目指されており、「実効的な権利救済を図るという観点から見ても、同条2項による通知がされた段階で、これを対象とする取消訴訟の提起が制限される理由はない」と判示する。

以上の二点をもって、すなわち、①「直接国民の権利義務を形成する権力性」が、罰則による制裁という強制力を伴わない幾分弱いものである点を補うかのよう、②国民の「実効的な権利救済」という見地を加え、取消訴訟を活用することを許容する道を開いたのではないかと考えられる。

このようにいわば昭和39年最判の定式を変更することなく、①「直接国民の権利義務を形成する権力性」があることに加えて、各法律間の手続的なつながり等の諸事情を解釈しての②国民の「実効的な権利救済」の観点を、明示的と暗示的とに関わらず加えた最高裁判例には、以下のようなものがある。いずれも、①に該当する部分の最終決定性(本件でいえば罰則による制裁を伴う命令が持ちうるような権力性)は十分とはいえないが、それを補うもう一つの勘案要素としての②が考慮されていると推測される場合である。列挙するに、観念

11 調査報告命令については、都道府県知事等が「命ずることができる(土対法第3条3項)」と規定されており、調査報告命令を行う要件を全て満たしていたとしても、かかる命令をすべきことがその規定から明らかであるとはいえない。しかしながら、深津功二『土壌汚染の法務』(民事法研究会、2012)によれば、当該命令処分を行わないことに「裁量権の逸脱又は濫用(行訴法第37条の2第5項)」を認め義務付け判決を下すことも可能であろうとの指摘もあり、筆者も3条3項は羈束規定であると捉えている。

の通知であると判断しつつも、他方において通知によって生じた制約の続く状態には適切な救済手段がほかにないと考えて処分性を認めた¹²ともうけとれる最判第三小昭和54年12月25日(判時951号3頁)、食品衛生法・関税法という個別法をかなり柔軟に解釈して、処分性を肯定した最判第一小平成16年4月26日(判タ1152号112頁)、処分性の判断基準を「運用の実情」に合わせて拡張した最判第二小平成17年7月15日(判時1905号49頁)、国民の「実効的な権利救済」という観点を明示的に加えて判例変更をした最大判平成20年9月10日(判タ1280号60頁)、事案の性質から第三者効(行訴法32条)が認められている取消訴訟において当該条例の制定行為の適法性を争い得るとすることには合理性があるとした平成21年11月26日(判時2063号3頁)がある。以上を要するに、処分性の有無に関しては、昭和39年最判の定式のみを判断根拠としていないことは明らかであり¹³、本判決もこれらの一つに加える。

さらに、こうした論旨の立て方は、平成16年度改正の行政事件訴訟法が国民の「実効的な権利救済」のために義務付け訴訟、差止訴訟の法定、確認訴訟の明記を行ったこととは、やや方向を異にするかもしれぬと懸念するところである。とはいえ、処分性そのものを昭和39年最判の定式に閉じ込めることは、現状とは離れすぎているのであるから、現段階では取消訴訟を含めた各種訴訟の可能性と使い分けをより広範に模索していくことが求められていると考え、次章で検討するところでもある。

(5) 複数の行為が連続する場合における処分性の考え方

本件では、義務付けの要件となる通知がまずもって存在し、本件通知の内容に従わなかった場合に命令が発せられることになっている。このように命令に先んじて通知や勧告前置の仕組みをとっている法令は少なくはない(例として森林法10条の10から10条の11の5、騒音規制法12条等)。そのため、①「直接

12 塩野宏『行政法Ⅱ』(第五版) p112 (2011, 有斐閣)

13 稲葉一将「処分性の拡大と権利利益救済の実効性」法律時報82巻8号 pp.8-9

国民の権利義務を形成する権力性」はどの段階で確認でき、②国民の「実効的な権利救済」については、どの段階で義務を課せられる者の権利救済を図るのが適当か、ということが検討されねばならない。よって以下に、一点目として、罰則による制裁を課しうるものについてのみ処分性が認められるのが適当といえるか、二点目に、「実効的な権利救済」を図るという観点で検討した場合の本件の位置づけを検討する。

一点目の、罰則による制裁を課しうるものについてのみ処分性が認められるのが適当といえるか、について検討する。本件の一審判決において、被告Yは総務省の行手法解釈に従って、以下の主張を展開する。行訴訟3条2項の処分は、行手法2条2項の処分と同義と解されている。この処分については、「行政庁の作為（指示）に従わない場合に、改めて、同一内容の作為又は不作為を求める命令をすることができるとされている当該指示」は、処分性を有しないが、「行政庁の求めに従わない、あるいは応じない場合に、罰則による制裁を課しうるもの」については、処分性が認められると解されている¹⁴というものである。そのため、命令に違反した者については1年以下の懲役または100万円以下の罰金に処されるという罰則（平成21年法律第23号による改正前の法38条）が定められている土対法3条3項の命令が行手法2条2号の処分であって、本件通知は同号の処分ではないと解するべきであり、よって本件通知は処分性を有しないとの内容である。

確かにこうした行政手続法の統一の見解は、第一義的には土対法の条文解釈にも適用されるものである。よって、これが単に「行手法の解釈もしくは行手法の解釈と同義としたうえでの話であって土対法による議論ではない」という理由のみでおざなりにするには幾分か懸念が残るといえる。しかしながら、この総務省の行政法解釈に基づく当事者の主張に関しては、裁判所は何も述べておらず、的確な判断材料の集積を待つこととしたい。

14 前掲1)に同じ。

これに対し二審判決は、以下のように判示する。被控訴人Yの主張である同条3項の命令が発せられるのを待って抗告訴訟として争うのでは、土壤汚染調査の専門性ゆえに高額¹⁵の調査費用が課せられるため負担感が高く、その点でも義務が重いといえ、「上記命令が発せられるまでは、非常に不安定な法的地位におかれることになる」といわざるを得ない」ため、上記命令を待ってこれを争わせることで足りると考えるのは相当ではないとする。

最高裁判決も、二審判決と同旨であり、命令を待つという不安定さを回避し、早めに決定させることで「実効的な権利救済」を図ろうとしている。複数の行政行為が連続する場合において、どの段階を「直接国民の権利義務を形成」する行為と判断すべきかについては、「報告義務自体は（本件）通知によって既に発生しているものであって、その通知を受けた当該土地の所有者等は、これに従わずに上記の報告をしない場合でも、速やかに土対法3条3項による命令が発せられるわけではないので、早期にその命令を対象とする取消訴訟を提起できるものではない」ことを挙げ、「実効的な権利救済」を図るという観点から見ても、同条2項における本件通知がされた段階で、取消訴訟の提起を制限する理由がないと判断している。

小括するに、二審判決と最高裁判決は、以下のように判断する。すなわち、①本件通知が発せられた段階で「直接国民の権利義務を形成する権力性」に基づき報告義務は発生しており（土対法3条1項・2項）具体的な法律関係が創設されている。そして、それを履行しない場合には命令が発せられるのであるが（同条3項）、被上告人Xが既に負う調査・報告義務の内容には強制力が加わるものの義務の内容には異同がなく、さらに新たな義務を付加されるわけではないのであるから、法律関係に大きくは変動はないといえる。それゆえ、一審判決が「命令が発せられた段階で行政処分性を認めて同命令の効果を争わせることとし」ているとする解釈には法の根拠がなく誤りである。よってこの点

15 控訴人Xは、本件土地の土壤汚染状況調査について68万2,500円の見積書を受け取っている。

を踏まえ適正に条文解釈を行い、②③項による命令が発されるのを待たずして取消訴訟を認めることが国民の「実効的な権利救済」を図る上で有効であると判示している。以上の判決内容は筆者の是認するところであり、よって、罰則による制裁を課しうるものについてのみ処分性が認められるとはいえない。

次に、二点目の、「実効的な権利救済」を図るという観点で検討した場合の本件の位置づけを検討する。土対法においては、実質的な背景として、「当該通知を受けた当該土地の所有者等は、これに従わずに上記の報告をしない場合でも、速やかに（土対）法3条3項による命令が発せられるわけではない」現状をとらえて、「実効的な権利救済」を図る必要性を理由として、取消訴訟への道を開いている。

本件と類似のケースとして(4)で例示した最判第三小昭和54年12月25日（判時951号3頁）が挙げられる。これは、関税定率法（昭和五五年法律第七号による改正前のもの、以下同じ。）21条3項の規定による税関長の通知又は同条5項による税関長の決定及びその通知に、処分性を認めたものである。その論旨は、問題となる通知は観念の通知ではあるとことわりつつも、それによってもたらされる法律上の効果を争うために、「税関長において関税法138条ないし140条の規定によって通告及び告発の措置を採ったとしても、これにつき刑事手続きが必ず開始されるとは断定し得ず、ひいては当該貨物が輸入禁制品に該当するかどうか右刑事手続において確定されるという保証はない」ことに着目して、最終的には通知の処分性を認めるに至っているのである。すなわち、当事者が、速やかにかつ確実にとりうる適切な救済手段がほかにないと考えられるのであれば、それは、「実効的な権利救済」を図るために処分性を拡大（拡張）する理由となるとも捉えうるものでもある。¹⁶

16 最判第三小昭和54年12月25日（判時951号3頁）と同じく、関税定率法21条3項の規定による税関長の通知の処分性を争ったものに、最判大法廷昭和59年12月12日（判時1139号12頁）がある。こちらには、通関手続の実際において税関長の通知には実質的な拒否処分（不許可処分）として機能していることを理由として、処分性を認めており、「実効的な権利救済」の観点を加えていない。

これは、「実効的な権利救済」手段の「迅速性（＝待たされすぎないか）」「確実性（＝次の手続として処分が必ず実行されるか）」が確保されているか否かという要件が、今後の判決の中では、処分性拡大（拡張）の一つの基準となりうるという可能性を示しているといえる。

さらに、本件通知に処分性を認めるとすれば、出訴期間制限と違法性の承継の問題がある。これには、通知は典型的な処分ではなく、取消訴訟で争えるが、（狭い意味での）公定力を認める必要はないという藤田裁判官の補足意見¹⁷が妥当すると考える。とすれば、名宛人も多様な救済の手段が選択できるであろうと考える。

(6) 所有者が設置者の場合について

なお、有害物質使用特定施設設置者が「土地所有者、占有者又は管理者」に該当する場合には、設置者（＝土地所有者）が調査報告義務を負うことになる。この場合の設置者には、設置者を名宛人とする本件通知は発せられないものの、有害物質使用特定施設を廃止し、その敷地が工場・事業場として管理されなくなった段階において、法律上の要件に該当するのであるから、自らが調査を実施すべきかどうかを判断して行動することとなる。

調査報告義務を負わないと判断して調査報告義務が生じて120日以内に何もしない場合、後に行政庁が異なる判断をすれば、事前に弁明の機会を与える手段を行ったうえで、土対法第3条3項の調査報告命令が出されることとなる。¹⁸

以上を踏まえると、調査報告義務を課せられているかどうかは設置者（＝土地所有者）自らが判断することになり、強制力を伴わない第一次的な義務の有無というものは「知・不知」もしくは「やらないといけないと思うかどうか」で決せられることになってしまうともとれる。しかしながら土対法第3条1項

17 最判第三小平成17年10月25日（判時1920号32頁）藤田裁判官補足意見

18 土壌汚染対策研究会『土壌汚染対策法と企業の対応 Q&A129』（2010、（社）産業環境管理協会）p56

の義務は、強制力を伴わないとしても、法律上客観的に定められるものであるといえ、いくばくかの矛盾も内包している。

このように設置者（＝土地所有者）自身に義務の負担感がない段階では、その義務を課した①「直接国民の権利義務を形成する権力性」に対する②「国民の権利利益のより実効的な救済」手段を準備する必要もないとも言えそうである。しかしながら、土壌汚染対策の趣旨に則り近隣住民の健康の保護のために、早期に土壌汚染の状況調査をしてその対策に移行することの必要性を考えれば、行政サービスの拡大にはなるが、設置者（＝土地所有者）が施設を廃止したときに調査報告義務を通知（観念の通知）することが望ましいと考える。

(7) 小括

本件原告（被上告人）Xは、事業者ではない土地所有者であるX自身に、調査報告義務を課すことの不合理性を争うために、取消訴訟という手段をとったものである。結果として、本件訴えにおいては、Xが企図するところには未だ途中であるが、本件通知の①「直接国民の権利義務を形成する権力性」が②国民の「実効的な権利救済」の必要性も相まって認められ、その処分性が拡大（拡張）され、取消訴訟への道が開けたと言える。

こうした処分性の早期確定化の判決には大きくは以下の二点の課題が残る。一点目は、本件訴えの内容には取消訴訟が適当であったのかどうかである。これに関しては次章で検討したい。二点目は、本件通知に処分性を認めて、結果として命令発令に先んじる義務付けにも処分性を認めることとなったことの影¹⁹響である。これについても、次章において、特に近隣住民が行政に対してより早期に所有者等への義務付けを、確定させることができるように法的手段をとりうるのではないかという観点から、さらに検討を進めたい。

19 本件通知については、弁明の機会の付与（行手法13条1項2号）、理由の呈示（同14条）とともに、不服申立ての教示（行政不服審査法57条）をする必要があることとなり、実務上従来からの大きな変更を迫るものである。

3. 本件通知に処分性を認めたうえで、名宛人と近隣住民が取りうる法的手段の検討

(1) 名宛人が本件通知を受けた場合

前章で検討した判例をうけて、土対法3条2項の本件通知には処分性が認められることとなる。さすれば、それに伴っての手續上の変更と、救済範囲の拡大のためのより多様な訴訟の展開への期待がある。本件のように、ある土地の所有者が、都道府県知事等から当該土地について本件通知（土対法3条2項）を受けた場合に、当該土地所有者が取りうる手段としては、本判決が本件通知の処分性を認めたことにより、事前の手續として①行政手續上の弁明の機会の付与が必要となる。事後手段としては、②行政不服審査法上の異議申立て、③行訴訟上の取消訴訟、④差止訴訟²⁰、⑤確認訴訟（実質的当事者訴訟）²¹が考えられるため、それらの選択について以下に検討する。

①弁明の機会の付与

本件通知の名宛人に、処分内容および理由を知らせ、その意見の陳述の機会を与えることにより、処分の適法性、妥当性を担保し、公権力による不当な侵害から国民の権利・利益を保護する必要がある。よって、行手法13条1項2号の適用により、弁明の機会の付与が原則として行われ、都道府県知事等が相当と認める場合のみ行手法同項1号二により聴聞が行われる。

②異議申立て

調査報告命令の名宛人たる土地所有者が、行われた当該調査報告命令に対して不服がある場合、都道府県知事に対して異議申立てを行うことができる（行

20 平成16年（2004年）の行訴法改正にて導入された。

21 なお、調査報告義務の不存在確認訴訟を提起することも可能ではないと思われる。しかしながら、処分には「取消訴訟以外では裁判所といえども処分の効力を否定できない」（塩野宏『行政法Ⅰ（第5版）』（2009、有斐閣）p145）という効果が認められる。よって、調査報告義務の不存在確認訴訟提起は妥当ではないと考える。同様の指摘は深津功二『土壤汚染の法務』（2011、民事法研究会）pp.119-120にある。

政不服審査法（以下、「行審法」という。）6条）。異議申立ての対象は、（ア）処分を行った行政庁（処分庁）または不作為の（行審法2条2項）に係る行政庁（不作為庁）に対する不服申立てとして異議申立て、（イ）処分庁または不作為庁以外の行政庁に対する不服申立てとして審査請求がある。土対法における処分を行う都道府県知事等についてはその上位に行政庁がないため、このような処分については異議申立てが行われることとなる（行審法6条1項）。

③取消訴訟

取消訴訟の対象となるためには「行政庁の処分その他公権力の行使にあたる行為（行訴法3条2項）」または「不服申立てに対する行政庁の裁決、決定その他の行為（行訴法3条3項）」であることが必要である。本件通知は、本判例を踏まえれば「行政庁の処分」にあたり取消訴訟の対象となりえる。

④差止訴訟

行政庁がその処分をしてはならない旨を命ずることを求める差止訴訟（行訴法3条7項）を提起することが考えられる。差止訴訟は、（ア）行政庁が一定の処分をすべきではないのにこれがされようとしている場合において（行訴法3条7項）、（イ）一定の処分がなされることにより重大な損害が生ずるおそれがある場合、（ウ）その損害を避けるために他の適当な手段がない場合（補充性）に、（エ）行政庁が一定の処分をしてはならない旨を命ずることを求めるにつき法律上の利益がある者に限り、提起することが可能である（行訴法²²37条の4第1項～3項）。以下にこれらの要件について順に検討する。

（ア）の「処分がされようとしている」という要件については、例えば弁明の機会の付与が該当する。次に（イ）の「一定の処分がなされることにより重大な損害が生ずるおそれがある場合」については、本件においては調査報告義務を課す処分が問題となっており、汚染状況が明らかになったうえで要措置区域に指定されるというものではないため、土地の価格に大きな変動影響はない

22 宇賀克也『改正行政事件訴訟法 補訂版』（2006，青林書院）pp.157-159

と考えられる（詳しくは（ウ）に検討）。まして、名宛人は、土対法3条3項の命令が発せられるまで放置しておいても、具体的な経済的負担は何ら発生せず、実質的な損害は発生しないといえる。よって（イ）の要件は満たし得ないといえる。続いて、（ウ）の「その損害を避けるために他の適当な手段がない場合」についても、当該要件を十分には満たし得ないといえる。というのも、本件通知は、調査報告を義務付ける段階であり、土対法第3条1項の要件に当てはまる全ての土地に適用されるものである。そのため、当該土地の汚染状況については、土対法第6条2項のようにいったん当該土地が特定有害物質によって汚染されていることが公示された土地とは異なり、明確な地価下落やスティグマが発生しているわけではない。なおかつ、調査義務を課されたのみでは、土地への評価・信用毀損への影響もなく、むしろ信用が増す場合もあると思われる、（ウ）の要件は満たし得ない。最後に、（エ）「行政庁が一定の処分をしてはならない旨を命ずることを求めるにつき法律上の利益がある者」については、名宛人は当該法律上の利益がある者に該当するといえる。以上を踏まえると、名宛人は、差止訴訟を選択する余地はないと考える。²³

⑤確認訴訟（実質的当事者訴訟）

処分か処分でないかが明らかでない場合には、取消訴訟という手段もあり得るが、併せて確認訴訟（行訴法4条）提起の道も開かれている。この訴訟類型は、必ずしも「行政庁による公権力の行使」と解釈できない行政の行為であっても、「公法上の法律関係」における紛争が生じ、司法審査を及ぼすに足りる紛争の成熟性が認められる場合（確認の利益が認められる場合）であれば、実質的当事者訴訟を受け皿として活用できることが特徴的である。そのため2の判例により、本件通知の処分性が認められなかった段階でも選択しえた訴訟類型であり、むしろ行政処分性の有無のみを争ってその範囲を広げていくよりも、本件における調査義務不存確認を争う方が適していると思われる。

23 本稿では、土対法3条3項の命令発令に先んじての同法3条1項の通知の差止を検討した。しかしながら、通知を受けて後の命令の差止訴訟が現実的には多用されると推測する。

(2) 通知が発出されない場合に、近隣住民が取りうる法的手段

土対法3条1項の「次項の規定により都道府県知事から通知を受けたもの」に対して調査報告を課すための要件の一つが通知であるとすれば、まずもって近隣住民が都道府県知事等に求めるべきは名宛人への通知である。ここで、通知には処分性が認められるという前章で検討した判例をふまえると、①通知の義務付け訴訟が可能となる。また、周辺の環境に与える影響の甚大さによっては「確認の利益」が認められるであろうから、通知の処分性の有無の如何にかかわらず、②通知を出す義務の確認訴訟が提起できる。以下にこれらを順に検討する。

①通知の義務付け訴訟

都道府県知事が通知の発出をすべき旨を裁判所が命ずることを求める義務付け訴訟（行訴法第3条6項1号）²⁴を提起することが考えられる。

義務付け訴訟は、(ア)「処分がなされないことによる重大な損害が生ずるおそれがある」と言え、なおかつ、(イ)「その損害を避けるために他に方法がないこと」（補充性、行訴法第37条の2第1項）、及び(ウ)「行政庁が一定の処分をすべき旨を命ずることを求めるにつき原告が法律上の利益を有すること」（同条3項）がその訴訟要件になる。これらの要件を以下に順に検討する。

(ア)「処分がなされないことによる重大な損害が生ずるおそれがある」については、汚染土壌に暴露される危険性を帯びた周辺住民には、処分がなされず調査報告を経ない事態となれば、重大な損害が生ずるおそれがあるといえる。確かに、調査報告を経て、何らの汚染も確認できなかった場合も含まれるため、そうした場合にも「重大な損害が生ずるおそれ」までも認定できるかが問題となる。しかしながら、行訴法は重大な損害を生ずるか否かの判断には、「損害の回復の困難の程度を考慮するものとし、損害の性質及び並びに処分の内容及び性質をも勘案する」（行訴法37条の2第2項）と規定する。そもそも土対法3条の調査報告義務は、有害物質使用特定施設であった敷地が対象となってお

24 平成16年（2004年）の行訴法改正にて導入された。

り、ここで指定される有害物質による土壤汚染によって生ずる損害の性質は、人の健康被害およびそのおそれという個人の人權にとって本質的なものでもある。それを回避するためには、調査報告義務が課せられる処分によって初めて、土壤汚染の状況を把握することができ、適切な汚染の除去等の措置を取りうることがえきるのであるから、処分がなされないことによって「重大な損害が生ずるおそれ」があるといえる。

次に、(イ)「その損害を避けるために他に方法がないこと」については、まづもって近隣住民が都道府県知事等に求めるべきは調査報告の義務付けのための通知であり、法令上他にとりうる手段もないことから、法令上の要件を満たすといえる。

最後に(ウ)「行政庁が一定の処分をすべき旨を命ずることを求めるにつき原告が法律上の利益を有すること」について検討する。そもそも土対法は、特定有害物質による汚染の状況把握と措置及びその汚染による「人の健康に係る被害の防止(土対法1条)」を図ることで、土壤汚染対策を実施し、もって国民の健康を保護することを目的としている。さらに、調査報告の対象となる特定施設で使用している特定有害物質は、それが土壤に含まれることに起因して「人の健康に係る被害を生ずるおそれ(土対法2条)」を懸念している。それゆえ、人の生命及び健康を守ることを目的とするいわば警察規制目的の法であり、その範囲は、第一義的には特定有害物質による汚染の暴露が影響を及ぼしうる近隣住民の健康を法的利益としていと考えうる。すなわち、土対法3条及び4条は、いわゆる有害物質使用特定施設の使用の廃止後と、土壤汚染により健康被害が生ずるおそれがあると認めたときに、調査報告を行ったうえで対策することを規定している。ゆえに、一般的な国民の利益ではなく、ある特定の地域の住民の利益を第一義的な保護法益としている法であるということがいえる。そのため、「法律上の利益」は、土壤対策汚染がとられない場合に、当該土壤汚染に対する暴露の可能性がある住民に認められるといえる。

ここで、近隣住民への暴露の程度と可能性を検討するに、例として、福岡地

判平成20年2月25日（判時2122号50頁）²⁵は行訴法37条の2第4項における「法律上の利益」の検討には、行訴法9条2項の規定を準用しているとする。それゆえ、「当該処分の根拠となる法令の規定の文言のみによることなく、当該法令の趣旨及び目的並びに当該処分において考慮されるべき利益の内容及び性質を考慮するもの」かつ「当該法令と目的を共通にする関係法令があるときはその趣旨及び目的をもしんしゃくするもの」とし、「当該利益の内容及び性質を考慮するに当たっては、行政庁が当該処分をすべきであることが当該処分の根拠となる法令の規定から明らかであると認められ又は行政庁が当該処分をしないことが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にもかかわらず、当該処分がされない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をも勘案すべきこととなる」と判示する。いわば、廃棄物の処理及び清掃に関する法律の趣旨と目的を勘案しながら、原告適格がどういうときに認められるかの基準を行訴法9条2項に求め、判断を下しているのである。

これを土対法にあてはめ検討すると、その趣旨および目的が、特定有害物質を摂取することによる人の健康に係る被害の防止に関する措置などを通じて、特定有害物質の暴露が懸念される近隣住民の健康を保護することを目的とするものであり、侵害される利益は健康という重大な保護法益であるといえる。これを守るためには、（イ）のとおり調査報告の義務付けのための通知こそが求められているのであるから、土壌汚染による一定程度の暴露の可能性のある近隣住民には土対法で保護された利益としての「法律上の利益」が認められると解釈できる。なお、義務付け訴訟制度が設けられる以前の下級審裁判例には、

25 産業廃棄物の埋立処分に関する法及びその関連法令の規定の趣旨及び目的、保護法益の内容及び性質を考慮して、「健康又は生活環境に係る著しい被害を受けないという利益を個々人の個別的利益としても保護すべきものとする趣旨を含むと解するのが相当である」とし、本件処分場から288メートルと275メートルの地点に住む原告について、原告適格を認め、他方、井戸水を飲料水及び生活水として利用している原告には、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があるとは認められず、原告適格を有しない」と判示している。

「少なくとも、当該土地の附近に居住しており、当該土地の土壤に含まれる特定有害物質による汚染により、健康に重大な被害を受ける蓋然性がある場合に初めて、その者に、原告適格が認められる余地があるというべきである²⁶」とし判決もある。

②通知義務の確認訴訟

近隣住民にとっては、「確認の利益」は認められたため、本件通知を発行する義務の存在確認訴訟（行訴法第4条）が提起できると考えられる。なお、この訴訟類型は、通知に処分性を認められなくとも提起できる。

ここで、「確認の利益」と判断方法については北村喜宣教授（上智大学²⁷）の記述が参考になる。（ア）判断方法については、紛争の成熟度（即時解決の必要があるか）、（イ）補充性を満たすか、（ウ）確認対象は適切か、をあげ、加えて訴えが適法とされるには、原告と被告の間に「何らかの公法上の法律関係」があり、その関係の中において原告に何らかの法的不利益の発生が予想され、ほかの訴訟類型によっては効果的に救済されないことが必要であると述べている²⁸。

(3) 小括

そもそも本件通知の名宛人が、本件通知によって課せられた調査報告義務に対しての救済を求めるには、(1)の分析を踏まえれば、処分の名宛人は取消訴訟

26 汚染土壤除去命令等請求事件（名古屋地判平成16年8月30日判治270号75頁：原告の居住地在土壤汚染のある土地より約4キロメートル離れており、重大な損害を受ける概念性がなく、「法律上の利益を有する者」と認められないため、訴えは不適法却下された事案。）

27 北村喜宣『環境法』（2011、弘文堂）pp.232-235

28 実質的当事者訴訟は、地裁判決ではそれを認めたものがあつたものの（東京地判決昭和36年8月24日・判例タイムズ122号79頁）、最高裁昭和41年（行ツ）第35号同47年11月30日第一小法廷判決（民集26巻9号1746頁）を引用し、法律上の利益を有さず不適法とされてきたが、2004年の行訴法改正によって、第4条に明記されており、今後の活用の広がり期待される。なお、住民が自治体に対して義務の存在確認を提訴した事案として、有料指定収集袋を使用しない家庭ごみの排出について、これを収集する義務が市にあることの確認を求める訴訟を適法とした裁判例がある（横浜地判平成21年10月14日・判治388号46頁）。

もしくは確認訴訟が提起可能であった。本件訴えは取消訴訟であったが、通知の処分性が確認されていない段階では、取消訴訟（行訴法3条2項）と確認訴訟（行訴法4条）との併合が適当であったと考えられる。

次に、(2)通知が発出されない場合に、健康被害を懸念する近隣住民が取りうる法的手段については、土壤汚染に対する一定程度の暴露の可能性のある近隣住民には、本件通知の行政処分性を踏まえての通知の義務付け訴訟（行訴法3条6項1号）、さらには、通知発行義務の確認訴訟（行訴法4条）が可能となる。

おわりに

本稿は二部構成になっている。前半では、何らかの作為義務を課す前提として、相手方を特定して通知を発出することが規定されている場合に、義務付けの要件を成す通知に処分性が認められることとなった事案、すなわち処分性の早期確定化といえる事案の判例検討を行い、こうした取消訴訟が国民の「実効的な権利救済」手段の確保とその内容が処分性の有無の検討にいかなる影響を与えうるかにも言及した。後半ではこうした法解釈がなされていく場合に、通知の名宛人と近隣住民のそれぞれが取りうる法的手段を検討することで、土地の所有者等と近隣住民の双方によるより適法な権力性の統制を目指すための試論を行った。とりわけ近隣住民のとりうる法的手段を検討することで、環境に配慮した行政決定を志向するために、2004年の行訴法改正の成果をもって裁判所を活用する手段も検討した。

判例のように、通知の処分性が認められ、調査報告義務が早期に確定されるということの一つの手掛かりとすれば、こうした流れは環境保全政策上望ましいことといえる。しかしながら、法の趣旨と目的を正しく踏まえ、土地の所有者等と近隣住民という当事者双方の実効性のある権利救済手段を確保も、併せて必要なプロセスでもある。

こうした権利救済手段を確保する視点から言えば、土地の所有者等と近隣住

民からはそれぞれ次のことがいえるのではないだろうか。まず所有者等にとっては、早期に調査報告義務の有無が確定することは「実効的な権利救済」に資するといえ、通知の処分性を認めることには一定の意義がある。次に、近隣住民にとっては、通知の処分性の有無はむしろ問題ではなく、近隣の気になる土地について何らかの対策がとられているかどうかを確認できることが重要となるであろう。その点では、本稿後半における近隣住民が取りうる法的手段の検討は、あくまでも理論的なものであるということを断っておかねばならない。というのも、現実的には自治体が通知の発出をしないということは懈怠している場合が多く想定されるのであり、とすれば、自治体にとっても、通知の発出を拒む理由はないからである。そのため、近隣住民の権利利益の実効的な救済を早期にはかるには、通知の発出を促すことが可能となるような自治体と近隣住民との距離を近く保てるより簡易な手続を確充することが有益といえよう。