

ドイツにおける 単純行政活動に対する不作為訴訟

湊 二郎*

目 次

- 1 序
- 2 騒音防止を目的とする不作為訴訟
- 3 情報の公表と不作為訴訟
- 4 不作為訴訟の意義・特質
- 5 結 語

1 序

ドイツの行政裁判所法 (VwGO) 40条 1 項は、「行政上の出訴の途 (Verwaltungsrechtsweg) は、非憲法的性質のすべての公法上の紛争において……存在している」と規定しており、原告私人と国や自治体等との間の紛争がここでいう公法上の紛争に当たるのであれば、行政裁判所に出訴することが認められる¹⁾。行政裁判所法は、私人が行政行為やその他の行政活動の予防ないし不作為を求める場合に用いるべき特別の訴訟形式を法定しておらず、この場合には一般的給付訴訟 (allgemeine Leistungsklage) または確認訴訟が用いられる。一般的給付訴訟において不作為が請求される

* みなと・じろう 立命館大学大学院法務研究科教授

1) ここでいう憲法的性質の紛争というのは、憲法をめぐる連邦と州の間の紛争や憲法上の機関相互間の紛争が想定されており、基本権をめぐる市民と国家の間の紛争は非憲法的性質の紛争である。Vgl. Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 9. Auf., 2013, §13 Rn. 49-50; Steffen Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl., 2014, Rn. 1327-1328.

場合、そのような訴訟は不作為訴訟 (Unterlassungsklage) と呼ばれる。行政行為および法律より下位の法規範の発布の予防を目的とする不作為訴訟については別稿で検討したが²⁾、これらの法的拘束力を有する行政活動だけでなく、それ以外の行政活動も不作為訴訟の対象となる。ドイツ法では、規律 (Regelung) の性格をもたず (したがって法的拘束力を有しない)、事実上の結果に向けられている行政活動は、事実行為 (Realakt)、単純 (schlicht) 行政活動、あるいは単純高権 (schlicht-hoheitlich) 活動と呼ばれることがある³⁾。用語法が統一されているとはいえないが、本稿では、不作為訴訟の対象とされる非規律的 (nicht-regelnd) 行政活動を指す用語として「単純行政活動」の語を用いる⁴⁾。本稿は、ドイツにおける単純行政活動に対する不作為訴訟について、この種の訴訟がどのような場面で活用されているのか、実際に原告側が勝訴した例はあるのかという観点から、裁判例 (特に連邦行政裁判所の判例) の展開に注目し、不作為訴訟の意義および特質を明らかにするとともに、日本における違法な行政活動により権利利益を害されるおそれがある者の救済のあり方を考えるに当たっても 1 つの視点を提供することを目標とするものである。

不作為訴訟の対象となる単純行政活動の内容は様々であるが、学説にお

2) 拙稿「ドイツ行政裁判所法における不作為訴訟に関する一考察——行政行為・法規範に対する予防的権利保護」立命351号 (2014年) 1頁以下。同論文および本稿は、平成25年度～平成26年度科学研究費助成事業 (学術研究助成基金助成金) (若手研究(B)) (課題番号: 25780021) による助成を受けたものである。

3) 事実行為、単純行政活動、単純高権活動の語を同義に解しているようにみられるものとして、vgl. Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2011, S. 423; Rolf Schmidt, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl., 2014, Rn. 891; Detterbeck (Fn. 1), Rn. 886. 当時の西ドイツ行政法学における事実行為と単純行政活動の概念をめぐる議論については、高木光『事実行為と行政訴訟』(有斐閣, 1988年) 145頁以下を参照。

4) 現実に直接的に作用する事実活動のみを事実行為と呼び、単純行政活動を、このような狭義の事実行為と、非規律的決定の両者を含む概念として理解する説として、vgl. Barbara Remmert, Schlichtes Verwaltungshandeln, Jura 2007, 736 (737); vgl. auch Helge Sodan, in: Helge Sodan/Jan Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, Großkommentar, 4. Aufl., 2014, §42 Rn. 41.

いて取り上げられることの多いものとしては、公的施設の運営に伴う騒音等の作用（イミシオン）⁵⁾、大臣・市長等による名誉毀損的発言⁶⁾、危険防止・環境保全等の目的で公衆や消費者に向けてなされる警告・推奨等を挙げることができる⁷⁾。主張、警告、価値判断、データの収集・伝達、報告書・リストの公表等の情報活動（Informationshandlungen）を、公的施設から生ずる騒音等の排出行為に並ぶ重要な事例群として位置付ける説もある⁸⁾。

本稿は、単純行政活動に対する不作為訴訟の中でも、公的施設の運営に伴う騒音被害の防止を目的とする不作為訴訟と、行政機関や公法上の団体による情報の公表の不作為訴訟に注目し、その活用状況を検討する。また本稿は、不作為訴訟を提起することが許されるかどうかという点（訴えの適法性）のみを取り上げるのではなく、本案の問題すなわち不作為請求権が成立するかどうかという点も検討対象とする。単純行政活動に対する不作為訴訟においては、行政行為の不作為訴訟の場合とは異なって、訴えを提起することが許されるかどうかの主たる争点となることは比較的少なく、不作為請求権が成立するかどうか争われる場合のほうが多い。

5) 学説においては、イミシオンを単純行政活動ないし単純高権活動と解しているようにみられるものも少なくないが（vgl. Hufen (Fn. 1), §16 Rn. 4; Schmidt (Fn. 3), Rn. 892）、厳密には、イミシオンは活動の結果であって、活動そのものではない（vgl. Sodan, in: Sodan/Ziekow (Fn. 4), §40 Rn. 414）。後述の通り、裁判例においては、公的施設の運営を「単純高権的」と表現するものがみられる。

6) イミシオンと名誉毀損的発言に注目した論考として、vgl. Hans-Werner Laubinger, Der öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch, VerwArch. 80 (1989), 261; Hans Peter Köckerbauer/Ruth Bülesbach, Der öffentlichrechtliche Unterlassungsanspruch, JuS 1991, 373.

7) イミシオンと名誉毀損的発言、警告・推奨等の3種に特に注目するものとして、vgl. Fritz Ossenbühl/Matthias Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., 2013, S. 355-358; Iris Kemmler, Folgenbeseitigungsanspruch, Herstellungsanspruch und Unterlassungsanspruch, JA 2005, 908 (910)。ドイツにおける警告・推奨の実例については、大橋洋一『現代行政の行為形式論』（弘文堂、1993年）121頁以下も参照。

8) Hufen (Fn. 1), §16 Rn. 5; Rolf Schmidt, Verwaltungsprozessrecht, 16. Aufl., 2014, Rn. 1056.

2 騒音防止を目的とする不作為訴訟

ここでは、公的施設の運営に伴う騒音被害の防止を目的とする不作為訴訟について、代表的な連邦行政裁判所の判例（下記(1)~(3)）を概観するとともに、不作為請求を一部認容した上級行政裁判所の裁判例（下記(4)・(5)）を紹介する。ここで取り上げる連邦行政裁判所の判例の中には、不作為請求を一部認容したもののほか（下記(3)）、原告側で騒音防止措置を講ずるために要する費用の補償請求について判示した例もある（下記(2)）。

(1) 教会の鐘

夏期（4月15日~10月15日）の間午前6時に鳴る教会の鐘の音により被害を受けていると主張する近隣住民が行政裁判所に出訴することを認めた判例として、連邦行政裁判所1983年10月7日判決⁹⁾がある。この事件の原告は、教区教会から約200m離れた場所に居住しており、午前7時より前に鐘を鳴らしてはならないことを被告教区(Kirchengemeinde)に命ずる判決を求めた。控訴審マンハイム上級行政裁判所は、教会は公法の団体としての地位を認められているものの、教会の鐘の音により被害を受けたと主張する近隣住民との関係は民法により定められるとして、行政裁判所に出訴することはできないものとした。それに対して本判決は、教会の鐘は公物であって、公物指定に沿った公物の使用により影響を受ける近隣住民と公物の主体との関係は公法上の関係であることを指摘して、本件のイミシオン防除訴訟(Immissionsabwehrklage)は行政裁判所法40条1項による公法上の紛争であると判示した。

もっとも本判決は、原告の請求は棄却されるべきものとした。本判決によれば、原告に不作為請求権が認められるかどうかは、連邦イミシオン防止法(BImSchG)22条1項の基準により判断される。連邦イミシオン防止

9) BVerwG, Urt. v. 7. 10. 1983, BVerwGE 68, 62.

法22条1項によると、同法による許可を要しない施設は、技術の水準に照らして回避可能な有害な環境作用が阻止され（同項1号）、技術の水準に照らして回避不可能な有害な環境作用が最小限度に制限される（同項2号）ように設置・運営されなければならないが、有害な環境作用というのは、公衆または近隣に危険、著しい不利益または著しい迷惑（Belästigung）をもたらすことに適するイミシオンのことである（同法3条1項）。本判決は、教会の鐘の音が合理的な平均人の感覚に即して受忍限度を超えるとすればそれは著しい迷惑として評価されるであろうが、本件ではそのような事実関係は否定されると判示している。その際本判決は、1968年7月16日の騒音防止技術指針（TA Lärm）も、とりわけ夏期においては午前6時は夜間ではないという前提に立っており、被告が提出した報告書によれば鐘の音は日中において最大52デシベルの騒音レベルを惹起するにすぎないため、騒音防止技術指針に定められた一般住居地区における日中のイミシオン指針値（55デシベル）を超えるものではないことを指摘している。また、原告にとって健康上の損害の危険がもたらされ、基本法（GG）2条2項の身体の不可侵を求める基本権が害されるとはいえないことも指摘されている¹⁰⁾。

(2) 火災警報サイレン

公的施設により騒音被害を受ける近隣住民の不作為請求権に関して、連邦行政裁判所の基本的な考え方を示した重要判例が、連邦行政裁判所1988年4月29日判決¹¹⁾である。この事件は、消防署の用具庫の屋上に設置された火災警報サイレンが問題になったものである。サイレンは原告の住宅から15m離れており、サイレンと同じ高さである原告の住宅の寝室等の窓の前で最大110デシベルの騒音をもたらすものであった。原告は自治体

10) 教会の鐘の音に対する不作為請求権について本判決と同旨の一般論を展開する近時の判例として、vgl. BVerwG, Urt. v. 19. 2. 2013 - 7 B 38/12 -, juris.

11) BVerwG, Urt. v. 29. 4. 1988, BVerwGE 79, 254.

を被告として出訴し、サイレンの稼働停止や、移設あるいはその他の技術的措置によりその騒音を15デシベル低減させること、さらに防音窓の費用を負担することを求めた。控訴審ミュンヘン上級行政裁判所は、サイレンの騒音は健康上の損害を発生させる程度のものではなく、受忍限度内としたが、本判決は控訴審判決を破棄して事件を差し戻している。

本判決は、訴訟法上の論点に関しては、前掲連邦行政裁判所1983年10月7日判決を援用して、「原告は公法上の防除請求権 (Abwehranspruch) を主張しており、これについては行政上の出訴の途 (行政裁判所法40条1項1文) 及び許容される訴訟類型として一般的給付 (不作為) 訴訟が存在している」と述べるにとどまっている。自治体が設置した火災警報サイレンの騒音をめぐる争いが公法上の紛争であることは詳しく説明するまでもないことのようにである。

本判決は、公法上の防除請求権の根拠に関しては、「加害者としての高権主体に対して向けられる……イミシオンの不作為を求める請求権の根拠はどれか、すなわち類推適用されるべき民法典 (BGB) 1004条、906条か、それとも基本法2条2項及び14条1項なのかは、本件では未決定にすることができる。防除請求権が存在するという事は、争われていない」と述べている。民法典1004条1項は、所有権が害された場合には所有者は除去請求権を有すること、さらなる被害が危惧される場合には所有者は不作為を請求することができることを規定しており、民法典906条1項・2項は、土地の所有者が、ガスや騒音等、他の土地から生ずる作用の差止めを求めることができない場合を規定している。他方で基本法2条2項1文は、いかなる者も生命および身体の不可侵の権利を有することを規定しており、基本法14条1項は、所有権が保障されることを規定している。いずれの理論構成もあり得るとは思われるが、連邦行政裁判所はその後においても、イミシオンに対する公法上の防除請求権の根拠について最終的な判断を下していない。他方で本判決は、連邦イミシオン防止法22条は行政庁と事業者の関係および行政庁と第三者の関係における権利と義務を基礎づける

が、加害者と被害者の相隣関係における受忍義務および防除請求権を基礎づけるものではないと述べている。前掲連邦行政裁判所1983年10月7日判決は、連邦イミシオン防止法22条が不作為請求権の根拠であるという立場をとっているようにみえなくもないが、それは誤解だということである。

もっとも本判決は、サイレンから発生する騒音が原告にとって受忍可能であるかどうかの判断については、やはり連邦イミシオン防止法3条1項が、近隣に危険をもたらすイミシオンのみならず、著しい迷惑をもたらすイミシオンをも有害な環境作用と定義していることから、このような意味で著しい騒音は受忍限度を超えるものとしている。本判決によれば、著しい迷惑というのは、聴覚障害等の健康上の損害が生ずる危険に達することを要しない。騒音が著しいかどうかはそれぞれの状況に応じて事実審裁判所が評価しなければならず、騒音を発生させる利用と騒音により影響を受ける利用の具体的な実情を考慮した利益衡量を要する。民法典906条1項は、土地利用を非本質的（unwesentlich）に害するにすぎない作用の差止めを求めることはできない旨規定しているが、連邦イミシオン防止法にいう著しい迷惑は非本質的な被害とはいえ、反対に著しいといえない騒音は非本質的である。「本質性」と「著しさ」を別異に解すべき理由はない。

騒音が受忍限度を超えると判断された場合の取扱いについて、本判決は次のように述べている。原告は特定の措置を求める請求権を持たず、受忍限度を上回る騒音による迷惑が起きないことを求める請求権のみを有する。被告がこれをどのようにして達成するかは、サイレンの移設によるのであれ、その他の技術的な予防措置によるのであれ、被告が判断する。それがサイレンの警報機能を阻害することなくしては不可能である場合や、均衡を失するほど（unverhältnismäßig）高額な費用を要する場合には、裁判所は、防音窓の取付けのための金銭補償を原告に支払うことのみを被告に命ずる判決をすることができる。この請求権は、イミシオンを回避するまたは受忍可能な程度に低減させる措置のために不当に高額な費用を要す

る事例において、加害者側と被害者側の相隣関係を支配する一般的な法原則から生ずるものであり、私法においては民法典906条2項2文に、公法においては行政手続法 (VwVfG) 74条2項3文等に明文の規定がある。

本判決が援用している民法典906条2項は、本質的な被害が他の土地の地域慣行的 (ortsüblich) な利用から生じ、かつこの種の利用者にとって経済的に受容できる措置により阻止することができないものである場合にも、土地所有者は騒音等の作用の差止めを求めることはできないことを規定しつつ (1文)、これによって土地所有者が作用を受忍しなければならない場合において、その作用が自己の土地の地域慣行的な利用を受忍限度を超えて害するときには、他の土地の利用者に相当な金銭補償を要求することができることを定めている (2文)。行政手続法74条2項は、計画確定決定 (Planfeststellungsbeschluss) において計画確定庁は、他人の権利への不利益作用を回避するために必要な予防措置または施設の設置・運営を事業計画の主体に命じなければならないこと (2文)、そのような予防措置または施設が実行不可能 (untunlich) または事業計画と両立しない場合には、利害関係者は相当な金銭補償を求める請求権を有すること (3文) を規定している。いずれも、加害者側で騒音等の作用を防止する措置をとることができない場合に、被害者が加害者に補償を請求することができることを定めたものといえる。本判決は、このような場合における補償請求権は法律に明文の規定がなくとも認められるべきものとみている。

差戻後控訴審のミュンヘン上級行政裁判所1992年1月16日判決¹²⁾は、サイレンの騒音の受忍限度を、サイレンに最も近い居室の窓の前0.5mの位置で97デシベルに設定し、原告の住宅に対するサイレンの騒音による作用が受忍限度を超えていることを認めた。しかしながら同判決は、サイレンの警報機能を阻害することなく、被告の側で騒音を受忍限度以下に低減させることは、均衡を失するほど高額な費用を要するとして、騒音を受忍限度以下に低減させることを被告に命ずることはできないものとした。

12) VGH München, Urt. v. 16. 1. 1992, NVwZ-RR 1992, 233.

他方で同判決は、原告は防音窓を設置するために実際に要する費用の立替えを被告に求めることができるものとしている。

(3) スポーツ施設

近隣に騒音被害をもたらすスポーツ施設の運営を一部制限することが認められた例として、連邦行政裁判所1989年1月19日判決¹³⁾を挙げることができる。この事件は、被告ハンブルク市が開設したスポーツ施設（サッカー用のフィールド、陸上競技用トラック、ハンドボール・テニス用の小フィールド等を有する）の隣接地に居住する原告が、騒音の低減を求めて出訴したというものである。第一審の行政裁判所は、原告の請求を一部認容し、原告にとって有効な騒音防止が実現するまでの間、当該スポーツ施設の屋外施設でメガホンやスタート合図用のピストルが使用されないこと、サッカー用のフィールドで月曜から金曜の19時以降、土曜の13時以降、日曜および祝日にサッカーが行われないことを確保すること等を被告に命ずる判決をした。被告は控訴したが、上級行政裁判所は、メガホンやスタート合図用のピストルにより発生する騒音や、上記の時間帯にサッカーが行われることにより生ずる騒音は、連邦イミシオン防止法にいう著しい迷惑に該当し、原告にとって受忍できないとして、控訴を退けた。本判決は、控訴審判決が土曜の午後に行われるサッカーにより生ずる騒音を著しい迷惑と評価したことは是認できないものとしたが、その他の点では控訴審判決を支持した。

本判決は、訴訟法上の論点に関しては、「スポーツ振興という公的任務の範囲内において当該スポーツ施設を開設し——単純高権的に——運営している、被告自由ハンザ都市ハンブルクに対して原告は公法上の（行政裁判所法40条1項1文）防除請求権を主張している」とだけ述べている。ハンブルク市によるスポーツ施設の設置・運営は公的任務の遂行であり、当該施設の運営に伴う騒音をめぐる紛争は公法上の紛争だということである。

13) BVerwG, Urt. v. 19. 1. 1989, BVerwGE 81, 197.

本判決は、「高権的に運営される施設のイミシオンに対する近隣の防除請求権の根拠はどれか、すなわち基本法2条2項1文及び基本法14条1項1文に基づく基本権的防除請求権か、民法典1004条、906条の類推か、それとも公法上の結果除去請求権であるかは、本件でも未解決のままにすることができる」と述べている。前掲連邦行政裁判所1988年4月29日判決との違いとして、新たに公法上の結果除去請求権が登場したことを指摘することができるが、イミシオンに対する公法上の防除請求権の根拠は結局不明のままである¹⁴⁾。

本判決は、スポーツ施設の利用によって発生する騒音の受忍限度の判断基準は連邦イミシオン防止法22条1項から生ずるとして、これによれば、近隣に著しい迷惑をもたらす騒音は、技術の水準に照らして回避可能である限り阻止されなければならない、回避可能でない場合には最小限度に制限されなければならないとする。本判決は、この基準は私法上の相隣関係において民法典1004条、906条によりもたらされるものと同じ結論を公法上の相隣関係においてもたらすものであると述べている。

上告審においてハンブルク市は、スポーツの騒音は人の行為に起因するものであり、連邦イミシオン防止法22条1項1号の意味における「技術の水準に照らして」回避可能であるといえないから、この意味で回避不可能な騒音は最小限度に制限すれば足りると主張した。それに対して本判決は、同項2号の意味における最小限度に制限するというのは、近隣の諸利益の調整という観点において受忍し得る最小限度に制限するという意味であって、そのような制限が均衡を失う場合には、施設の運営者はこれを甘受すべき理由はないものの、19時以降および日曜・祝日においてサッカーを禁止することが均衡を失うとはいえないことは明らかであると述

14) スポーツ施設で若者がモータースポーツ類似のレースを行うこと等により被害を受ける近隣住民が出訴した事案で、連邦行政裁判所1990年1月30日決定は、原告らが被告市に対してそのような被害の防止措置を講ずることを求める公法上の防除請求権を有することを認めたが、請求権の法的根拠については未解決のままとしている。Vgl. BVerwG, Beschl. v. 30. 1. 1990, NVwZ 1990, 858.

べている。

スポーツ施設から発生する騒音については、1991年に、連邦イミシオン防止法23条の授權に基づく法規命令であるスポーツ施設騒音防止令が發布されている。連邦行政裁判所1994年11月8日決定¹⁵⁾は、スポーツ施設騒音防止令に定めるイミシオン指針値は、連邦イミシオン防止法3条1項の意味における受忍限度を規範的に確定したものであり、事実審裁判官が当該指針値を下回る騒音イミシオンを個別事例において「著しい」と評価することは原則として不可能である旨述べている。

(4) 年の市

毎年開催される年の市 (Jahrmarkt) に伴う騒音の防止を目的とする不作為請求が一部認容された例として、ブレーメン上級行政裁判所1995年11月14日判決¹⁶⁾を挙げることができる。この事件では、年の市の開催場所（主に駐車場として利用されている）の付近に居住している原告が、運営者であるブレーメン市を被告として出訴した。原告は、各州の環境大臣により決定された「余暇施設 (Freizeitanlagen) により生ずる騒音の判断のための指示 (Hinweisen)」が、日常的に運営されるのではない余暇施設については、夜間における最も音の大きい時間についての判断レベル (Beurteilungspegel) を55デシベル以内、最大レベル (Maximalpegel) を65デシベル以内と定めていたことから、被告が当該場所でこれらの指針値を超える行事を自ら実施することや、第三者が実施することを認めることを禁止する判決を求めた。本判決は、当該場所では1965年から年の市が毎年開催されていることを考慮して、判断レベルについては60デシベル以内、最大レベルについては70デシベル以内に限界値を引き上げ、被告にその遵守を命じた。

本判決は、原告は年の市の開催規則 (Marktordnung) に従って被告により公法的に運営される行事に対するイミシオン防除請求権を主張している

15) BVerwG, Beschl. v. 8. 11. 1994, NVwZ 1995, 993.

16) OVG Bremen, Urt. v. 14. 11. 1995, NVwZ-RR 1997, 165.

として、本件では行政裁判所法40条1項の意味における公法上の紛争が問題になっており、許容される訴訟類型は一般的給付訴訟であると述べている。さらに本判決は、一定のイミシオンのレベルを上回る騒音による迷惑の不作为に向けられた請求の趣旨申立て (Klageantrag) は適切であり、年の市の開催規則に基づいて被告が出品者に与える個別の許可決定を争うことは原告にとって受容できないことも指摘している。原告の請求の中には行政行為の不作为請求も含まれているが、ドイツ法では行政行為の不作为訴訟も一般的給付訴訟であるから、訴訟類型の選択に関して問題が生ずることはない¹⁷⁾。

本判決は、原告の不作为請求の根拠は近隣住民の公法上のイミシオン防除請求権であり、これによって公的施設も連邦イミシオン防止法の一般的な要求に服するという。連邦イミシオン防止法の一般的な要求というのは、公衆または近隣にとって危険、著しい不利益または著しい迷惑をもたらすことに適する有害な環境作用 (同法3条1項) を発生させてはならないということである。本判決のいう公法上のイミシオン防除請求権の根拠は不明であるが、公的施設から近隣にとって著しい迷惑がもたらされる場合に、近隣住民は施設の運営者に対してその防止を請求することができるという点は、従来の判例と変わらない。

(5) 駐車場

自治体による駐車場の運営に伴う騒音の防止を目的とする不作为請求が一部認容された例として、ミュンヘン上級行政裁判所2000年2月3日判決¹⁸⁾を挙げることができる。この事件は、賭博場 (Spielbank) の入場者用として被告自治体が運営する駐車場の利用に対して、隣接地でホテルを経

17) 類似の事案で、許可に対する不作为訴訟の適法性を明示的に肯定した裁判例として、vgl. VGH Kassel, Urt. v. 25. 2. 2005, NVwZ-RR 2006, 531. この判決については、拙稿・前掲注(2)23頁以下も参照。

18) VGH München, Urt. v. 3. 2. 2000 - 1 B 98.1603 -, juris.

営する原告が出訴したというものである。本判決は、争われている駐車場の利用を、夜間において、イミシオン値が42.5デシベルを超えることのないように制限することを被告に命じている¹⁹⁾。

本判決は、主張されている不作為請求権は公法上の性質であり、「単純高権的に運営される施設の騒音イミシオンに対して主張される防除請求権の法的根拠は、類推適用された民法典1004条、906条である」と述べている。これまで紹介した裁判例とは異なり、民法典1004条、906条の類推によってイミシオンに対する公法上の防除請求権を基礎づける立場が明言されている。もっとも本判決は、受忍限度の決定のためにはイミシオン防止法の概念および基準を用いなければならないとして、駐車場から発生する騒音イミシオンが連邦イミシオン防止法3条1項、22条1項の意味において著しいものであり、原告にとって受忍できないことを認めている。ただし同時に、それが民法典906条1項の意味における本質的な被害であり、地域慣行的でもないことも指摘されている。

本判決は、具体的な受忍限度を決定するに当たっては、1998年に連邦イミシオン防止法48条により発布された行政規則である騒音防止技術指針に定める指針値に着目している。本判決は、仮に賭博場がなかったとすれば原告の経営するホテルの周辺地域は一般住居地区（夜間のイミシオン指針値は40デシベル）に最も近いといえるが、当該賭博場は中心地区（夜間のイミシオン指針値は45デシベル）において許容される性格のものであることから、本件における夜間の騒音イミシオンの受忍限度を両地区における指針値の間である42.5デシベルに設定している。

19) 自治体が運営する多目的ホールの付属駐車場から生ずる騒音により被害を受ける近隣住民が出訴した事案で、夜10時以降においても当該駐車場が利用されることにつながる行事を開催してはならないことを命ずる判決が下された例として、vgl. VGH München, Urt. v. 19. 3. 1997 - 22 B 96.951 - juris.

(6) まとめと検討

(a) 訴訟法上の論点

騒音により被害を受ける近隣住民が行政裁判所に出訴することを認められるためには、その騒音をめぐる紛争が公法上の紛争（行政裁判所法40条1項）に当たることが必要である。公法上の紛争該当性の判断に当たって考慮されている事項は様々であり、教会の鐘（上記(1)）については、その主体が公法上の団体であることのほか、それが公物であって、その目的に従った使用に伴う騒音が問題になっていることが考慮されている。連邦行政裁判所は詳しく説明していないが、火災警報サイレン（上記(2)）についても同様に考えることができるように思われる。スポーツ施設（上記(3)）については、その運営が公的任務の遂行であることが指摘されている²⁰⁾。年の市（上記(4)）については、それがブレーメン市の規則（法規の性格を有し、出品者に対する許可の根拠でもある）に従って運営されるものであることが考慮されている。学説においては、被告が公的施設の主体として、ないしは公法により課せられた任務の範囲内で、加害行為を行う場合には、通常は行政裁判所が管轄権を有すると主張する説がみられる²¹⁾。

その他の訴訟要件はほとんど問題になっていない。連邦行政裁判所は、将来の権利侵害の予防を目的とする予防的な権利保護が許容されるためには、特別な権利保護の必要性（または特別な権利保護の利益）が要求され、事後的な権利保護を選択させることが関係者にとって受容可能である場合には、予防的な権利保護は認められないという立場をとっており²²⁾、こ

20) スポーツ施設については、その目的に反する利用によって近隣住民が被害を受ける場合にも、公法上の防除請求権の成立が認められている。Vgl. BVerwG, Beschl. v. 30. 1. 1990, NVwZ 1990, 858.

21) Vgl. Köckerbauer/Büllesbach (Fn. 6), S. 380. 当該施設が公共の用に供されており公の目的に奉仕する場合には、「公法上の計画・機能連関 (Planungs- und Funktionszusammenhang)」があるものとして、行政裁判所が管轄権を有すると主張する説として、vgl. Ossenbühl/Cornils (Fn. 7), S. 376, 400; Thomas Würtenberger, Verwaltungsprozessrecht, 3. Aufl., 2011, Rn. 138.

22) Vgl. BVerwG, Urt. v. 8. 9. 1972, BVerwGE 40, 323 (326). これに関しては拙稿・前掲注

ここで紹介した裁判例のいずれにおいても、連邦行政裁判所のいう予防的な権利保護が求められているのであるが、特別な権利保護の必要性や権利保護の利益という語は全く登場しない。年の市に関する事件（上記(4)）では、個々の出品者に対する許可を争うことは原告にとって受容できないことが指摘されているが、この事件では原告の請求の中に行政行為の不作為請求が含まれていたという事情もある。

(b) 不作為請求権の根拠・要件・内容

連邦行政裁判所は、イミシオンに対する公法上の不作為請求権の根拠に関しては、民法典1004条・906条の類推適用、基本権（基本法2条2項・14条1項）、さらには公法上の結果除去請求権という3通りの考え方があることを示唆しているものの（上記(3)を参照）、連邦行政裁判所自身のとる立場は明らかにされていない。他方で、連邦イミシオン防止法22条が不作為請求権の根拠ではないことは明言されている（上記(2)を参照）。この規定は施設の設置者（運営者）と近隣住民の法関係を直接規律するものではないというのがその理由であるが、不作為請求権が成立するかどうかの判断に当たっては、連邦イミシオン防止法22条・3条の規定が度々援用されている²³⁾。実質的には連邦イミシオン防止法の概念および基準が重要であるにもかかわらず、同法の規定を不作為請求権の根拠とみるのが理論的に困難であるために、不作為請求権の根拠をめぐる問題が解決されないままになっているということができるかもしれない²⁴⁾。学説においては、公法上の不作為請求権は、イミシオンに対するものも含めて、基本権に根拠

↘(2)9頁以下も参照。

23) この点を問題視する説として、vgl. Laubinger (Fn. 6), S. 267. それに対して、連邦イミシオン防止法22条は隣人保護規定であるからこれを受忍限度の判断基準として用いることに問題はないと主張する説として、vgl. Köckerbauer/Büllesbach (Fn. 6), S. 376.

24) 山本隆司『行政上の主観法と法関係』（有斐閣、2000年）407頁は、前掲連邦行政裁判所1988年4月29日判決は民法典とイミシオン防止法等を統一的に解釈し、基本権を具体化するこれらの法律に基づいて隣人の防禦請求権を観念しているとする。

を有すると解する説が多いとみられるが²⁵⁾、民法典1004条の類推適用説もある²⁶⁾。

騒音被害を受ける近隣住民が公法上の不作為請求権を有するか否かは、基本的に、その被害が受忍限度を超えるか否かによって判断される。連邦イミシオン防止法3条1項にいう「著しい迷惑」は受忍限度を超えるものであり、健康上の損害が生ずる危険があることを要しない(上記(2)参照)。騒音が「著しい迷惑」に当たるかどうかの判断に当たっては、騒音を発生させる側と被害を受ける側の実情を考慮することが必要とされるが、騒音防止技術指針に定める指針値が参考にされる場合がある(上記(1)・(5))。スポーツ施設から発生する騒音については、1991年に発布されたスポーツ施設騒音防止令が、法的拘束力を有する指針値を定めている(上記(3)を参照)。民法典906条1項は、1994年の改正により、法律または法規命令において定められた限界値・指針値や、連邦イミシオン防止法48条により発布され、技術の水準を再現する行政規則における値を超えない場合には、本質的な被害は通常存在しない旨規定するに至っている(同項2文・3文)。したがって、騒音被害の「著しさ」と「本質性」は、基本的に同じものと考えて良いであろう²⁷⁾。他方で民法典906条2項1文は、本質的な被害が生ずる場合であっても騒音等の作用の差止めを求めることができない場合を規定しており、連邦イミシオン防止法22条1項2号は、技術の水準に照

25) Vgl. Ossenbühl/Cornils (Fn. 7), S. 366, 380; Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl., 2012, Rn. 505; Christoph Enders, Abwehr und Beseitigung rechtswidriger hoheitlicher Beeinträchtigungen, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band III, 2009, Rn. 36; Friedrich Schoch, Folgenbeseitigung und Wiedergutmachung im Öffentlichen Recht, VerwArch. 79 (1988), 1 (38).

26) Vgl. Hufen (Fn. 1), §27 Rn. 6. 公法上の不作為請求権を一般的な結果除去請求権の下位事例(Unterfall)とみる説として, vgl. Bernhard Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 4. Aufl., 2009, Rn. 4732; vgl. auch VGH Mannheim, Urt. v. 3. 5. 1984, NJW 1985, 2352 (2353)

27) 両者の概念を同じとする連邦通常裁判所の判例として, vgl. BGH, Urt. v. 23. 3. 1990, BGHZ 111, 63 (65-66); BGH, Urt. v. 20. 11. 1992, BGHZ 120, 239 (255).

らして回避不可能な有害な環境作用が最小限度に制限されることを要求している。両者の規定は文言上かなり異なっているようにみえるが、前掲連邦行政裁判所1989年1月19日判決（上記(3)）は、連邦イミシオン防止法22条1項の基準は、民法典1004条・906条によるものと同じ結論をもたらすものであると述べている。

原告の騒音被害が「著しい迷惑」に該当し受忍限度を超える場合、受忍限度を超える騒音を発生させてはならないことを被告に命ずる判決が下されるのが基本である（上記(4)・(5)を参照）。原告は特定の措置を求める請求権を有しないとした判例もあるが（上記(2)）、特定の措置をとること（施設の運営の制限）が被告に命じられた例もあるので（上記(3)参照）、原則として特定の措置を求めることはできないということであると解される²⁸⁾。他方で、被告側で対策をとることが不可能または均衡を失すると判断される場合には、原告は被告に対して騒音の防止を求めることはできない。前掲連邦行政裁判所1989年1月19日判決（上記(3)）は、これを連邦イミシオン防止法22条1項2号の規定の内容とみているようである。ただしこの場合、原告は自ら防音対策を講じるために必要な費用について被告に補償を求めることができる。前掲連邦行政裁判所1988年4月29日判決（上記(2)）は、この補償請求権は一般的な法原則から生ずるものとしているが、学説においては、不作為請求権が補償請求権に転化するという理解を示す説もある²⁹⁾。この場合の補償請求権は不作為請求権と同様に騒音防止を目的とするものであるから、両者を連続的に捉えることには一理あると思われる。

(c) 不作為請求権の排除ないし制限

裁判例においてしばしば援用されている連邦イミシオン防止法22条は、同法に基づく許可を要しない施設に関する規定であるが、同法に基づく許可を受けた施設については、当該許可が不可争になると、私法上の防除請

28) Vgl. Achim Seldel, Öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Nachbarnschutz, 2000, Rn. 986; vgl. auch Köckerbauer/Büllesbach (Fn. 6), S. 378; Hufen (Fn. 1), §27 Rn. 12.

29) Vgl. Stürer (Fn. 26), Rn. 4733.

求権に基づいてその操業の差止めを求めることはできないものとされている(同法14条)。学説においては、私法上の防除請求権の排除ないし制限を定めたこの規定を公法上の防除請求権についても類推適用する説がある³⁰⁾。行政手続法75条2項1文は、計画確定決定が不可争となった場合、事業計画の不作为、施設の除去・変更、その利用の不作为を求める請求権は排除されると定めており、この規定によってもイミシオンに対する公法上の不作为請求権は大幅に制限される³¹⁾。したがって、計画確定決定を受けた公的施設から生ずる騒音等の作用に対して不作为訴訟を利用することは困難である。

連邦通常裁判所は、伝統的な判例として、公共上重要な (gemeinwichtig) あるいは生活上重要な (lebenswichtig) 施設から妨害的な作用が生ずる場合においては、法律に明文の規定がなくても、その操業の差止めを求める請求権は排除されるという立場をとっている³²⁾。それに対して連邦行政裁判所は、このような判例法としての不作为請求権の排除ないし制限を承認していないと解される³³⁾。もっとも、火災警報サイレンに関する事件(上記(2))では、原告の受ける騒音が受忍限度を超えることが認められたにもかかわらず、不作为請求は結局退けられている。したがって、事案によっては連邦通常裁判所の判例と同様の結論がもたらされることはあり得

30) Vgl. Laubinger (Fn. 6), S. 295; Köckerbauer/Büllesbach (Fn. 6), S. 378; Seidel (Fn. 28), Rn. 996. 連邦イミシオン防止法14条については、拙稿「差止請求と行政手続——請求権排除 (Anspruchspräklusion) の法構造」鹿法39巻2号(2005年)76頁以下も参照。

31) Vgl. Seidel (Fn. 28), Rn. 994; Köckerbauer/Büllesbach (Fn. 6), S. 378; Laubinger (Fn. 6), S. 295. 予見不可能な作用が、計画が不可争となった後で発生した場合には、被害者は義務付け訴訟を提起して争うことになる。この点も含め、拙稿・前掲注(30)83頁以下参照。

32) Vgl. BGH, Urt. v. 7. 4. 2000, BGHZ 144, 200 (205); vgl. bereits RG, Urt. v. 27. 6. 1939, RGZ 159, 129 (135).

33) 「公共上重要な施設」論を批判するものとして、vgl. Hans-Jürgen Papier, Immission durch Betriebe der öffentlichen Hand, NJW 1974, 1797 (1800); Köckerbauer/Büllesbach (Fn. 6), S. 378; Enders, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Fn. 25), Rn. 30.

る³⁴⁾。

3 情報の公表と不作為訴訟

情報の公表の不作為訴訟においては、騒音防止を目的とする不作為訴訟とは異なって、原告の基本権が侵害されるか否かが主たる争点となっている。基本権の違法な侵害を肯定し、不作為請求を認容した連邦行政裁判所の判例もかなりある（下記(1)・(2)・(4)・(5)を参照）。情報の公表が利害関係者の基本権を侵害するか、そもそも基本権の制約（Eingriff）に当たるかという点に関しては、連邦憲法裁判所が重要な判示を行っているので、必要な限りで連邦憲法裁判所の判例にも言及する。

(1) 強制加入団体による政治的意見の公表

国や自治体（の機関）による情報の公表が問題になった事件ではないものの、情報の公表の不作為訴訟に関して参考になる判示を行っているのが、連邦行政裁判所1981年12月17日判決³⁵⁾である。この事件は、被告医師会に所属する医師である原告が、被告の刊行する「シュレスヴィヒ＝ホルシュタイン医師雑誌」において政治的発言が掲載されていることを不服として出訴したというものである。第一審の行政裁判所は、シュレスヴィヒ＝ホルシュタイン医師会法に定める任務領域に関係のない政治的意見を発表してはならないことを被告に命ずる判決をした。本判決もこの結論を支持している。

本判決は、訴訟法上の論点に関して、原告の不作為請求について権利保護の必要性があることを肯定している。本判決は、「原告が被告の義務的構成員として当該団体の意見表明について甘受しなければならないもの

34) Vgl. Eckard Rehbinder, Privates Immissionsschutzrecht, in: Klaus Hansmann/Dieter Sellner (Hrsg.), Grundzüge des Umweltrechts, 4. Aufl., 2012, Rn. 28.

35) BVerwG, Urt. v. 17. 12. 1981, BVerwGE 64, 298.

と、自己の一般的な行動の自由（基本法 2 条 1 項³⁶⁾）を許されない方法で害するものを区別することに関して、原告は法的な利益を有する」と述べるとともに、本件のような事例において「権利侵害が発生した後で初めて、被告の行為が違法であったことを確認することだけが可能であるとすれば、権利保護は不完全であろう。さらなる権利侵害が危惧される場合には、予防的な不作為訴訟が存在している」と判示している。被告は将来においても政治的発言を公表することを企図しており、原告をさらに待機させて事後的な権利保護を選択させる必要はないということである³⁷⁾。

本案の問題について、本判決は、強制加入制をとる公法上の団体の構成員は、法律で規定された任務設定によって当該団体の活動に定められた限界を遵守することを当該団体に要求し得るものとし、そのような権利は特に基本法 2 条 1 項から生ずる旨述べている。その上で本判決は、健康・職業政策上の関連のない一般政策上の内容の寄稿論文が被告の刊行する「シュレスヴィヒ＝ホルシュタイン医師雑誌」において公表されることによって、基本法 2 条 1 項に基づく原告の自由権が侵害されると判示している。

その後連邦行政裁判所 2010 年 6 月 23 日判決は、商工会議所による政治的意見表明を不服としてその構成員が出訴した事件で、「公法上の団体への義務的所属とその点に存する義務的構成員の基本法 2 条 1 項に基づく基本権の制約」は、当該団体が法律で定められた任務を遂行することによってのみ正当化されると説明している³⁸⁾。公法上の団体に強制的に加入させ

36) 基本法 2 条 1 項は、いかなる者も、他人の権利を侵害せず、憲法秩序や公序良俗に違反しない限り、自己の人格の自由な発展を求める権利を有することを規定している。この規定が包括的な意味における一般的な行動の自由を保障していることについては、vgl. BVerfG, Beschl. v. 6. 6. 1989, BVerfGE 80, 137 (152).

37) チュービンゲン大学の一般学生委員会が全学生 (Studentenschaft) の名で政治的意見表明を行ったため学生らが不作為訴訟を提起した事案においても、連邦行政裁判所 1969 年 9 月 26 日判決は同旨の判示をしていた。Vgl. BVerwG, Urt. v. 26. 9. 1969, BVerwGE 34, 69 (74).

38) Vgl. BVerwG, Urt. v. 23. 6. 2010, NVwZ-RR 2010, 882 (883).

られること自体が基本権（一般的な行動の自由）の制約であり、当該団体が違法に活動することでその正当化理由が失われるということである。

(2) 医薬品の透明性リストの公表

完成医薬品（Fertigarzneimittel）の効能、価格、品質等を掲載する透明性リスト（Transparenzlisten）の公表に不服を有する医薬品製造業者が不作為訴訟を提起した事案で、請求を認容したのが、連邦行政裁判所1985年4月18日判決³⁹⁾である。医薬品市場の再編および医薬品の価格水準の低下を目標とする連邦政府の決定および連邦議会の議決に基づき、青少年・家族・健康のための連邦大臣は、独立の専門家委員会（透明性委員会）を招集し、1977年にその職務規則を制定した。透明性委員会は、薬局での販売を義務付けられるほぼすべての医薬品の一覧表（透明性リスト）を作成し、完成医薬品についての薬理・治療上および価格上の透明性をもたらすことを任務とする。議決された透明性リストは連邦官報において公表される。

1979年3月9日に透明性委員会は、冠動脈性心疾患のための完成医薬品の製造業者である原告に対して、その医薬品を透明性リスト「冠動脈性心疾患」に掲載する意向であることを通知した。透明性リストに掲載される事項のうち品質記号（Qualitätskennzeichen）に関して不服がある原告は同月23日にドイツ連邦共和国を被告として出訴し、計画されている形式で透明性リスト「冠動脈性心疾患」を公表してはならないことを命ずる判決を求めるとともに、仮命令（einstweilige Anordnung）の申立てをした⁴⁰⁾。品質記号というのは、市場に流通させる上で最低限必要とされるものを上回る品質を指し示すものであり、品質記号の授与は製造業者が提出した書類に基づいて審査されるが、品質記号の授与を不要と考える製造業者は書類の提出を要しないというものであった。

39) BVerwG, Urt. v. 18. 4. 1985, BVerwGE 71, 183.

40) 本案訴訟が取消訴訟以外の訴訟となる場合の仮の権利保護は、行政裁判所法123条による仮命令となる。拙稿・前掲注(2)14頁以下参照。

1980年4月22日にベルリン上級行政裁判所は、被告が透明性リスト「冠動脈性心疾患」において品質記号を公表することを仮に禁止するという内容の仮命令の決定をした。1981年6月10日に透明性委員会は透明性リスト「冠動脈性心疾患」を公表し、その中には原告の医薬品がその価格とともに掲載されていた。リストの序文には、裁判所の仮命令に基づき「仮に」品質記号は含まれていないこと、しかし法的状況が明らかになり次第可及的速やかに品質記号が追記される予定であることが記載されていた。

本判決は、原告の主張する不作為請求権については行政裁判所法40条1項により行政裁判所が判断すべきであると述べている。その理由に関しては、透明性委員会の任務は、保健衛生制度におけるコスト削減を目標とする立法者および連邦政府の様々な措置の一部として、公法上の行政の任務であること、したがって透明性リストの公表は公法により判断されるべき単純行政活動であり、この活動の許容性をめぐる争いは公法上の紛争であることが指摘されている。さらに本判決は、原告の提起した予防的不作為訴訟に必要とされる特別な権利保護の利益も認められるものとしている。これに関しては、原告が反対している形式で透明性リストが公表された場合には原告の権利が侵害される可能性があることに加えて、透明性委員会が可及的速やかに品質記号を追記する意図を有しており、そのような公表がすぐになされるおそれがあること、さしあたり品質記号の公表がなされることを待つことは原告にとって受容できないことが指摘されている。

本案の問題について本判決は、品質記号を伴う透明性リスト「冠動脈性心疾患」の公表および品質記号の授与の手続が原告の職業の自由（基本法12条1項）を制約することになり、それゆえに法律の根拠を要するにもかかわらず、これが欠けているとして、原告は自己の自由領域を被告が違法に制約しないことを求める請求権を有すると判示した。

透明性リストの公表が基本権の制約に当たる理由について本判決は、まず、基本権は官憲的に (obligatorisch) 規律する措置に対してのみ保護するのでもなければ、個々人の受ける不利益が国家による措置の直接的な結果

であることを一般的に要求するものでもなく、基本権の主体が受ける事実上の影響が基本権の制約を意味し得ると述べる。その上で本判決は、品質記号を伴う透明性リストの公表が国家による経済統制（Wirtschaftslenkung）の手段であり、「特定の企業に不利益を及ぼして公益上望ましい結果をもたらすために、国家が目標に向けられて（zielgerichtet）ある基本的枠組みを変更する措置」ないしは「企業の側で生ずる不利益な作用を一義的に意図しており、この作用を単なる付随的現象としてもたらしめるのではない措置」であることを指摘する。また本判決は、価格・効能・品質情報を有する透明性リストの公表は、個々の製造業者の利益獲得可能性の縮減を目標としており、医薬品を処方する医師が経済性の要請を満たすことを義務付けられていることと結びついて、透明性リストには「市場事件（Marktgeschehen）への国家による直接的な強制介入の効果と同等の貫通力（Durchschlagskraft）」が与えられるとも述べている。

本判決は、透明性リストの公表は経済統制の手段として医薬品製造業者の基本権の制約に当たり、法律の留保が及ぶとするものであるが、その後、連邦憲法裁判所2002年2月26日決定（オショー決定）は、「基本権の保護は伝統的な意味における制約に限定されているのではなく、事実上の間接的な被害に拡大された」と述べ、「当該措置が、目標設定及びその作用に照らして、伝統的な意味における基本権の制約として判定されるべき国家的措置の代用（Ersatz）に当たる」場合には、そのような「機能的な等価物（Äquivalent）を選択することによって、特別な法律の根拠の必要性を回避することはできない」と判示している⁴¹⁾。本判決はこのような立場を同決定に先立って示したものとして理解することができる⁴²⁾。

41) Vgl. BVerwFG, Beschl. v. 26. 2. 2002, BVerfGE 105, 279 (302). オショー決定については、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』（信山社、2008年）117頁以下〔西原博史〕が参考になる。

42) 行政の措置が伝統的な意味における基本権の制約として判定される国家的措置の「機能的等価物」であることから法律の根拠を要するものとした連邦行政裁判所の判例として、vgl. BVerwG, Urt. v. 15. 12. 2005, NJW 2006, 1303 (1304).

(3) 連邦政府（連邦大臣）による警告ないし情報提供

青少年・家族・健康のための連邦大臣は、1979年12月に「若者宗教 (Jugendreligionen)」ないし「若者セクト (Jugendsekten)」に関する報告書を連邦議会の請願委員会に提出し、1980年2月にこれを「ドイツ連邦共和国における若者宗教」というタイトルで出版した。この報告書には、「超越瞑想 (Transzendente Meditation)」運動に関して、超越瞑想は瞑想者に精神的障害をもたらす可能性があり、超越瞑想の教師らはそのような障害に対処するための十分な専門教育を受けていないという記載があった。ドイツにおいて超越瞑想を普及させる団体やその教師らは同年3月に出訴し、原告らに関する被告の発言の不作为、撤回ないし訂正を求めた。控訴審裁判所は、超越瞑想が若者宗教ないし若者セクトであるとか、超越瞑想が十分な専門知識のない教師を介して行われているとか、超越瞑想が精神的障害をもたらし得るといった発言をしてはならないこと被告に命ずる判決をした。それに対して連邦行政裁判所1989年5月23日判決⁴³⁾は、原告らに不作为・撤回ないし訂正請求権は認められず、原告らの請求には理由がない旨判示した。

本判決は、高権主体の軽蔑的な (herabsetzend) 発言を理由とする訴訟については原則として行政裁判所への出訴の途が存在しており、適切な訴訟形式は一般的給付訴訟であると述べている。また本判決は、予防的な権利保護に向けられた特別な権利保護の必要性があることも認めており、その理由に関しては、争われている発言が繰り返されるのを待ってその後初めてこれに対する措置をとることは原告らにとって受容できず、むしろ原告らは、当該発言が自己の権利を侵害する限り、最初から当該発言を阻止することができる」と述べている。

本案の問題について本判決は、不作为請求権の根拠としては、基本法1条1項⁴⁴⁾と結合した基本法2条1項による一般的人格権ないしその構成

43) BVerwG, Urt. v. 23. 5. 1989, BVerwGE 82, 76.

44) 基本法1条1項は、「人間の尊厳は不可侵である。これを尊重し保護することはすべし」

要素としての名誉権、基本法4条1項による信教の自由が考えられるとして、「基本権はあらゆる種類の違法な被害から、単純行政活動（行政実行為）によるものも含めて、市民を保護している」のであり、「そのような権利侵害が差し迫っている場合には、関係する個々の基本権に基づいて市民はその不作為を求めることができる」と述べている。その上で本判決は、争われている被告の発言が、存在する危険状態を指し示すものである点で公衆に対する警告の性格をもち、基本法4条1項により保護された原告らの基本権に対して重大な結果を有し得ること、この結果は、それが警告を受けた公衆の行動に関係する限りでは意図されており、その他の点では予見されかつ甘受されていることを指摘して、基本権の制約があることを認めた。

しかしながら本判決は、連邦政府による公衆に対する警告の権限は、憲法で定められた国家指導（Staatsleitung）の機関としての連邦政府の任務と、その有する公衆への情報提供および説明の権限から生ずるのであって、法律の根拠を必要としないと判示した。また本判決は、そのような警告の許容性は比例原則と公正性（Sachlichkeit）の要請によって判断されるとするが、超越瞑想を若者宗教ないし若者セクトと呼ぶこと自体は基本権の制約には当たらず、控訴審裁判所により認定された事実関係は、超越瞑想が精神的障害をもたらし得るという発言を正当化するものであり、超越瞑想の教師らが十分な専門知識を欠いているという発言が過剰または受忍不可能な負担に該当するともいえない旨判示している。

本判決は、超越瞑想運動の有する健康上の危険性を公衆に対して警告することがその信奉者の基本権の制約に当たると認めつつ、そのような情報を連邦政府が公表することについて法律の根拠を不要とし、比例原則ないし公正性の要請の違反も否定したものである。法律の根拠が不要とされる理由に関して本判決は、法律による詳細な規律は實際上不可能であ

ㄨての国家権力の義務である」と規定する。

り、それゆえに憲法上も要請されていないとも述べている⁴⁵⁾。「オショ－運動 (Osho-Bewegung)」に関して連邦政府がこれを「若者宗教」ないし「若者セクト」とする公的声明を行っていることに対して不作為訴訟が提起された事件でも、連邦行政裁判所1991年3月13日決定⁴⁶⁾は、本判決を援用して、不作為請求を棄却した控訴審判決を是認している⁴⁷⁾。

他方、青少年・家族・健康のための連邦大臣が、ジエチレングリコール (通常は不凍剤・溶剤として用いられる) を含むことが判明したワインの名称およびその瓶詰業者名のリストを公表したことが問題になった事件で、連邦行政裁判所1990年10月18日判決⁴⁸⁾は、リストの公表が適切かつ必要であり、いかなる観点においても比例原則を満たしていたことを指摘して、リストの公表は瓶詰業者の職業の自由を制約せず、基本権の制約がないために法律の留保の問題は生じなかったものとしている。この判決は、本件では基本法12条1項による職業の自由の保障が、内政・外交の全体を責任をもって指導するために憲法で定められた政府の権限と衝突したと述べており、少なくとも当該事案においては政府の憲法上の権限によって基本法12条1項の保護領域が制限されるという理解を示している。同判決に対する憲法異議の申立てについて連邦憲法裁判所2002年6月26日決定 (グリコール決定) は、リストの公表が、国家指導の措置として連邦政府の任務領域に含まれていること、正確性および公正性の要請に違反していなかったことを指摘して、職業の自由は制約されていないとした同判決の判示を

45) Vgl. BVerwG, Urt. v. 23. 5. 1989, BVerwGE 82, 76 (81). 本判決に対しては憲法異議の申立てがなされたが、連邦憲法裁判所1989年8月15日決定は憲法異議を退けた。Vgl. BVerfG, Beschl. v. 15. 8. 1989, NJW 1989, 3269.

46) BVerwG, Beschl. v. 13. 3. 1991, NJW 1991, 1770.

47) この事件の原告である瞑想団体による憲法異議の申立てについて、前掲連邦憲法裁判所2002年6月26日決定 (オショ－決定) は、オショ－運動を「若者宗教」ないし「若者セクト」と呼ぶことは宗教・世界観の自由の制約に当たらないとしたが、これを「破壊的 (destruktiv)」とか「似非宗教的 (pseudoreligiös)」とすることは比例原則に違反するものとした。Vgl. BVerfG, Beschl. v. 26. 6. 2002, BVerfGE 105, 279 (295, 308-309).

48) BVerwG, Urt. v. 18. 10. 1990, BVerwGE 87, 37.

結論において是認している⁴⁹⁾。

(4) 農業会議所による商品テスト

飼料についての商品テスト (Warentest) の公表の不作為請求を認容したのが連邦行政裁判所1995年12月7日判決⁵⁰⁾である。1985年の秋に被告農業会議所は、原告の製造する飼料を含む複数の飼料について商品テストを実施した。商品テストの結果、原告の製造する飼料の1キロ当たりのビタミンA含有量は、原告の保証する量 (1000000i.E.) よりも少ない量 (255000i.E.) であることが判明した。この結果は同年12月に公表されたが、その際、製造業者への事前の通知はなされなかった。原告は、当初商品テストの手続を不服として出訴したが、控訴審段階から、十分な授權根拠が存在しないことを理由として、そもそも飼料のテストを公表してはならないことを被告に命ずる判決を求めるようになった。本判決はこの請求を認容し、原告によって製造される種類の飼料に関する商品テストを法律の根拠なく公表することにより原告の企業活動の自由を制約してはならないことを被告に求める請求権を原告は有する旨判示した。

本判決は、原告の製品に関する被告のテストの公表は、原告の職業の自由を制約し、それゆえに法律の根拠を要するにもかかわらず、この法的根拠が存在していないと述べている。本判決は、「意図されてはいないが、予見可能でありかつ甘受された付随的な結果として、職業の自由に重大な被害を生じさせる国家的声明にも、基本法12条の保護が及ぶ」という一般論に基づいて⁵¹⁾、商品テストのネガティブな結果は当該製品にとって評判を害する (rufschädigende) 重大な作用を有していること、本件のテスト

49) Vgl. BVerfG, Beschl. v. 26. 6. 2002, BVerfGE 105, 252 (273-276). グリコール決定については、ドイツ憲法判例研究会編・前掲注(41)292頁以下〔丸山敦裕〕も参照。

50) BVerwG, Urt. v. 7. 12. 1995, DVBl 1996, 807.

51) 既に前掲連邦行政裁判所1990年10月18日判決が、前掲連邦行政裁判所1989年5月23日判決を参照しつつ、このような一般論を示していた。Vgl. BVerwG, Urt. v. 18. 10. 1990, BVerwGE 87, 37 (43-44).

において原告の製品が低く評価されたことが売れ行きに著しい損失をもたらしたことを指摘している。また本判決は、政府の憲法上の権限により基本法12条1項の保護領域が制限されるとした前掲連邦行政裁判所1990年10月18日判決の判示を引用しつつ、そのような憲法内在的な制限は本件では考えられないと述べている。

控訴審裁判所は、商品テストの公表が基本権の制約に当たることを一応認めた上で、ラインラント＝ファルツ農業会議所法3条1項において割り当てられた、農業およびその職業活動を支援するという任務が、テストの公表のようなインフォーマルな行政活動を正当化する旨述べていた。それに対して本判決は、この非常に一般的な内容の管轄規範から基本権を制約する権限を導き出すことは認められず、影響を受ける企業にとって不利益な結果を伴う商品テストの公表を立法者が認めようとするのであれば、これを一義的かつ明確に表現しなければならないと述べている。また本判決は、テストの手続を規範的に定めることは容易に可能であるという点も指摘している。

(5) 憲法擁護報告書の公表

真実性を欠く情報の公表の不作為請求が認容された例として、連邦行政裁判所2008年5月21日判決⁵²⁾を挙げることができる。主にトルコ出身のムスリムの団体である原告は、被告バーデン＝ヴュルテンベルク州の憲法擁護庁の2001年憲法擁護報告書(Verfassungsschutzbericht)において、「安全を危険にさらす(sicherheitsgefährdend)外国人の試み」という章の中で言及され、この憲法擁護報告書は2002年7月に書籍の形で公表されるとともに、インターネットでも公開された。原告は、当該憲法擁護報告書には真実でないものが含まれていると主張して、一定の事実主張(Tatsachenbehauptungen)をしてはならないことを被告に命ずる判決を求めて出訴した。控訴審裁判所は、原告によって攻撃されている事実主張が真実に合致しているという

52) BVerwG, Urt. v. 21. 5. 2008, BVerwGE 131, 171.

確信を得ることができなかつたとして、原告の不作為請求を認容した。本判決もこの判断を是認した。

本判決は、不作為請求権は原告の一般的人格権（基本法1条1項と結合した基本法2条1項）から生ずるとし、争われている事実主張によって一般的人格権の一部としての名誉権が制約されるものとしている。その際本判決は、ある団体を憲法擁護報告書において監視対象として言及することを、当該団体に対する国家による「消極的制裁」とみて、基本権の制約の性質を認めた連邦憲法裁判所の判例も援用している⁵³⁾。

さらに本判決は、被告が当該憲法擁護報告書を印刷物の形で公表しただけでなく、インターネットで拡散させていることから、原告の権利の被害は既に発生しており、かつ絶え間なく繰り返される危険をもって継続していることを指摘して、原告は、将来においても、その不作為請求権の対象とした事実主張にさらされていると述べている。これは、不作為請求権の成立要件としての、権利侵害の継続性ないし反復の危険に言及した判示とみることができる⁵⁴⁾。

本判決は、基本権により保護された原告の地位への制約は違法であるとされた。控訴審判決は、当該憲法擁護報告書が、バーデン＝ヴュルテンベルク憲法擁護法の規定に基づくものであることを認めつつ、同法の解釈として、憲法敵対性（の疑い）についての最終的な価値判断を基礎づけるために援用される、憲法擁護報告書における事実主張は、真実に合致しなければならぬと判示していた。本判決は、真実でない事実主張を広めることについて正当化理由は通常存在しないとした連邦憲法裁判所の判例も援用

53) Vgl. BVerfG, Beschl. v. 24. 5. 2005, BVerfGE 113, 63 (77). この連邦憲法裁判所決定の概要については、斎藤一久「基本権の間接的侵害理論の展開——国家の情報提供行為による基本権侵害を中心として」憲法理論研究会編『憲法学の最先端』（敬文堂、2009年）59頁以下参照。

54) 不作為請求権が成立するかどうかの判断において、権利侵害の反復の危険があることを認定した連邦行政裁判所の判例として、vgl. BVerwG, Urt. v. 15. 12. 2005, NJW 2006, 1303.

して⁵⁵⁾、控訴審裁判所の判断を是認している。前掲連邦憲法裁判所2002年6月26日決定(グリコール決定)も、「ある情報が正しくないことが後で判明し、それが市場行動(Marktverhalten)にとって引き続き重要性を有するにもかかわらず、さらに広められるか訂正されない場合」には、職業の自由の制約およびその違法性が認められると述べており、「正しくないと認識された情報をさらに広めることを正当化することは不可能である」と指摘している⁵⁶⁾。

(6) まとめと検討

(a) 訴訟法上の論点

公法上の紛争該当性ないし行政裁判所への出訴の途(行政裁判所法40条1項)について、透明性リストの公表が問題になった事件(上記(2))では、透明性委員会の任務が公法上の行政の任務であり、透明性リストの公表が公法により判断されるべき単純行政活動であることが指摘されている。超越冥想運動に関する情報の公表が問題になった事件(上記(3))では、高権主体による軽蔑的な発言に対しては原則として行政裁判所への出訴が認められることが指摘されている。学説においては、公法上の団体の職員または機関の発言が、高権的活動の行使の中で行われた場合には、その不作為(および撤回)は公法により判断されるべきであるが、職務遂行と直接的な関連性をもたない場合には行政裁判所への出訴は認められないとする説がある⁵⁷⁾。

ここで紹介した判例の中には、特別の権利保護の必要性が認められること、事後的な権利保護を選択することが原告にとって受容できないことを明言するものがみられる。透明性リスト事件(上記(2))では、品質記号の

55) Vgl. BVerfG, Beschl. v. 10. 11. 1998, BVerfGE 99, 185 (197).

56) Vgl. BVerfG, Beschl. v. 26. 6. 2002, BVerfGE 105, 252 (273). 内容的に適切でない被告州の発言に対する不作為請求を認容した近時の裁判例として、vgl. OVG Münster, Urt. v. 17. 9. 2013, NVwZ 2013, 1562.

57) Vgl. Ossenbühl/Cornils (Fn. 7), S. 376, 400; vgl. auch Württenberger (Fn. 21), Rn. 140.

公表が原告の権利を侵害する可能性があり、その公表が差し迫っていることから、特別な権利保護の必要性が認められている。もっとも、事後的な権利保護の可能性についてはそれほど詳しく検討されていない。医師会による政治的意見の公表が問題になった事件（上記(1)）では、被告医師会が将来においても同種の政治的意見を公表することを企図しており、このような事例において予防的な権利保護が認められなければ権利保護が不完全になることが指摘されている。超越瞑想事件（上記(3)）でも、同様の観点から、特別な権利保護の必要性が肯定されたものと解される。名誉毀損的な発言がなされた場合においては、その撤回等の請求が認められる可能性もあり⁵⁸⁾、超越瞑想事件において、原告らは被告の発言の不作為だけでなく撤回・訂正をも求めているのであるが、特別な権利保護の必要性は特に問題なく認められている。行政庁が過去に既に行った単純行政活動の反復の防止が求められている場合には、事後的な権利保護を選択させることは原則として受容できないとするのが連邦行政裁判所の立場であると説明する学説もみられる⁵⁹⁾。

憲法擁護報告書の公表が問題になった事件（上記(5)）においては、原告の権利の被害が継続している、ないしは繰り返される危険があることが認定されているが、これは不作為請求権が認められるかどうかに関する判示である。既に発生した権利侵害との関係で不作為請求権が成立するためには、侵害が継続しているか、その反復の危険があることが必要である。別の事件に関するものであるが、連邦行政裁判所2010年11月11日決定は、「なされた発言の将来の不作為を求める、一般的に承認された公法上の請求権は、基本権により保護された利害関係者の法的地位又はその他の権利に違法な高権的制約がなされたこと、及びその反復の具体的な危険が差し

58) Vgl. Ossenbühl/Cornils (Fn. 7), S. 372; Peter Wysk, in: Peter Wysk (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, Beck'scher Kompakt-Kommentar, § 40 Rn. 162; Max-Emanuel Geis/Heidrun Meier, Grundfälle zur allgemeinen Leistungsklage, JuS 2013, 28 (30).

59) Vgl. Detterbeck (Fn. 1), Rn. 1450. 過去の発言を撤回させるだけではその将来の反復を確実に回避することができないと主張する説として、vgl. Hufen (Fn. 1), §16 Rn. 16.

迫っていることを前提とする」と判示している⁶⁰⁾。権利侵害の反復の危険があることは、不作為請求権の成立要件の一部であり、本来的には本案の問題であるが、実務においては権利保護の必要性を基礎づける事情としても用いられていると説明することができる⁶¹⁾。

(b) 不作為請求権の根拠・要件

いずれの事件においても、連邦行政裁判所は、個別の基本権を不作為請求権の根拠とみている⁶²⁾。企業の製品に関する情報の公表が争われた事件(上記(2)・(4))では、当該企業の職業の自由(基本法12条1項)が問題になっており、公表された情報の中に名誉毀損的な内容が含まれる疑いがある場合(上記(3)・(5))には、一般的人格権(基本法1条1項と結合した基本法2条1項)ないしはその一部としての名誉権が取り上げられている。このうち超越瞑想事件(上記(3))では、一般的人格権だけでなく、信教の自由に対する侵害の有無が問われている。強制加入団体による政治的意見の公表を不服としてその構成員が出訴するケース(上記(1))では、一般的な行動の自由(基本法2条1項)が問題になっているが、これは強制加入によって構成員の一般的な行動の自由が既に制約されているという前提に基づくものである。

前掲連邦行政裁判所1989年5月23日判決(上記(3))によれば、単純行政活動による基本権の(違法な)侵害が差し迫っている場合には、当該基本権の主体はその不作為を請求することができる。裁判例においては、情報の公表が原告の基本権をそもそも制約するかという点が大きな争点となっている。伝統的な意味における基本権の制約は、①意図的に生ずるものであり、②法行為によってなされるものであり、③国家的活動の直接的な結果であり、④命令および強制を通じて貫徹されるものであるとされ

60) Vgl. BVerwG, Beschl. v. 11. 11. 2010 - 7 B 54/10 -, juris, Rn. 14.

61) Vgl. Detterbeck (Fn. 1), Rn. 1449; Hufen (Fn. 1), §16 Rn. 15, §27 Rn. 8.

62) 基本権に加えて民法典1004条・906条を援用する裁判例として、vgl. VGH München, Beschl. v. 9. 1. 2012, DVBl. 2012, 383 (383); vgl. auch Ossenbühl/Cornils (Fn. 7), S. 364.

ている⁶³⁾。そうすると、単純行政活動がもたらす不利益は少なくとも②を欠くので、伝統的な意味における基本権の制約には当たらない。しかしながら前掲連邦憲法裁判所2002年6月26日決定（オショー決定）は、当該措置が、目標設定・作用の点で、伝統的な意味における基本権の制約に当たる国家的措置の代用ないし機能的等価物といえる場合には、基本権の制約（と同等のもの）として扱うという立場を示している。透明性リストの公表（上記(2)）は、国家による経済統制の手段であり、命令・強制と同等の通用力も認められることからすれば、基本権の制約に当たると説明することができる。憲法擁護報告書の公表（上記(5)）についても、それが国家による制裁としての性格を有する限り、伝統的な意味における基本権の制約と同等のものとして理解することができると思われる⁶⁴⁾。

超越瞑想事件（上記(3)）および商品テスト事件（上記(4)）では、基本権により保護された自由に対して重大な付随的結果を生ずることが予見可能であり、かつ甘受されているという理由で、基本権の制約が認められている。意図性の要素が緩和された形で要求されるとともに、不利益の強度が考慮されている。学説においても、この考え方に従い、不利益の強度、その予見可能性、そのような不利益をもたらすことが意図されているかを考慮して、基本権の制約の有無を判断すべきであると主張する説がある⁶⁵⁾。

63) Vgl. Andreas Voßkuhle/Anna-Bettina Kaiser, Grundwissen – Öffentliches Recht: Der Grundrechtseingriff, JuS 2009, 313 (313). 前掲連邦憲法裁判所2002年6月26日決定（オショー決定）は、「直接的かつ意図的（目的）に、国家により命ぜられる、必要な場合には強制的に貫徹され得る命令又は禁止によって、すなわち命令的に（imperativ）、基本権上の自由の縮減をもたらす法的形式の事象」が伝統的な意味における基本権の制約であるとしている。Vgl. BVerfG, Beschl. v. 26. 2. 2002, BVerfGE 105, 279 (300).

64) Vgl. auch Dietrich Murswiek, Neue Maßstäbe für den Verfassungsschutzbericht, NVwZ 2006, 121 (122); Thomas Holzner, Die „Pankower Ekelliste“, NVwZ 2010, 489 (491).

65) Remmert (Fn. 4), S. 740; vgl. auch Friedrich Schoch, Die Schwierigkeiten des BVerfG mit der Bewältigung staatlichen Informationshandelns, NVwZ 2011, 193 (195). 国家の活動の直接性、目的性、重大性（強度）を総合的に考慮すべきであるとする説として、vgl. Peter M. Huber, Die Informationstätigkeit der öffentlichen Hand, JZ 2003, 290 (293); Ferdinand Wollenschläger, Staatliche Verbraucherinformation als neues Instrument des

ただし、連邦憲法裁判所は、重大な付随的結果およびその予見可能性に基づいて基本権の制約を肯定する手法を採用していない点には注意を要する。なお、強制加入団体による情報の公表の場合は、強制加入の時点で構成員の一般的な行動の自由が制約されているという特殊性がある。

基本権の制約が認められる場合、これを正当化するためには、少なくとも法律の根拠を要するというのが通常理解である⁶⁶⁾。透明性リスト事件(上記(2))や商品テスト事件(上記(4))では、情報の公表について法律の根拠が欠けていたために、基本権の(違法な)侵害が認められている。それに対して超越瞑想事件(上記(3))では、基本権の制約が認められているにもかかわらず、法律の根拠は不要とされた。この事件では、国家指導の機関としての連邦政府の任務および政府が憲法上有する公衆への説明権限が強調されているほか、法律で詳細な規律をすることが實際上不可能であるという点も指摘されている。前掲連邦憲法裁判所2002年6月26日決定(オシヨー決定)も、連邦政府は、その国家指導の任務に基づいて、オシヨー運動について公衆に情報を提供することができ、それ以上の法律の根拠を要しない旨判示するとともに、「立法者は意図的かつ直接的な制約の要件を定めることはできる。事実上の間接的な作用についてこれは通常は妥当しない」と述べている⁶⁷⁾。確かに、意図されていない付随的結果について法律であらかじめ規定することは一般的には困難である。しかしながら、そのような付随的結果が生ずる場合において法律の根拠を設けることが全く不可能であるとはいえない(上記(4)を参照)⁶⁸⁾。したがって、国

↘ Verbraucherschutzes, VerwArch. 102 (2011), 20 (37).

66) Vgl. Voßkuhle/Kaiser (Fn. 63), S. 314; Remmert (Fn. 4), S. 740; Schoch (Fn. 65), S. 195; Hufen (Fn. 1), § 27 Rn. 11.

67) Vgl. BVerfG, Beschl. v. 26. 6. 2002, BVerfGE 105, 279 (301, 303). 事実上の間接的な制約について法律で規律することは困難とする説として, vgl. Voßkuhle/Kaiser (Fn. 63), S. 314; vgl. auch Herbert Bethge, Zur verfassungsrechtlichen Legitimation informalen Staatshandelns der Bundesregierung, Jura 2003, 327 (332).

68) Vgl. auch Jan Henrik Klement, Der Vorbehalt des Gesetzes für das Unvorhersehbare, DÖV 2005, 507 (511-513); Mario Martini/Benjamin Kühl, Der informierende Staat als

家指導の機関としての政府の任務や、非意図的な作用が問題になっているからといって、直ちに法律の根拠を不要とすることは適切でないように思われる⁶⁹⁾。

法律の留保の問題がクリアされた（あるいはそもそも問題にならない）としても、基本権の制約が違法であると判断される場合には、基本権の侵害が認められる。医師会事件（上記(1)）においては、政治的意見の公表が法律で定められた任務領域を逸脱することから基本権の侵害が認められた。超越瞑想事件（上記(3)）では、公表された情報の内容が比例原則ないしは公正性の要請に違反するか否かが審理されており⁷⁰⁾、仮にこれらの法原則の違反があったとすれば基本権の侵害が認められていたものと解される。憲法擁護報告書事件（上記(5)）において控訴審裁判所は、州法の解釈として、憲法擁護報告書における事実主張は真実に合致しなければならないと述べていたが、前掲連邦憲法裁判所2002年6月26日決定（グリコール決定）は、公表される情報の内容の正確性に関する要請を憲法上の原則とみていると思われる⁷¹⁾。

↘Katalysator der Meinungsbildung im digitalen Zeitalter, DÖV 2013, 573 (574).

69) 「国家指導の任務」論を批判するものとして、Vgl. Martin Schulte, Schlichtes Verwaltungshandeln, 1995, S. 142; Dietrich Murswiek, Das Bundesverfassungsgericht und die Dogmatik mittelbarer Grundrechtseingriffe, NVwZ 2003, 1 (7); Friedrich Schoch, Amtliche Publikumsinformation zwischen staatlichem Schutzauftrag und Staatshaftung, NJW 2012, 2844 (2846). 山本隆司「事故・インシデント情報の収集・分析・公表に関する行政法上の問題(下)」ジュリ1311号（2006年）180頁は、侵害の機能的等価に当たらない情報提供行為について、「国家指導」よりは特定された任務を法律で定めることは可能であるとする。

70) 前掲連邦行政裁判所2010年11月11日決定は、公正性の要請について、それが恣意禁止（Willkürverbot）から導き出されるものであり、価値判断が事物に反する考慮に基づいてはならないこと、事物に即して定められる枠を逸脱してはならないことを意味するものである旨説明している。Vgl. BVerwG, Beschl. v. 11. 11. 2010 - 7 B 54/10 -, juris, Rn. 14; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 26. 6. 2002, BVerfGE 105, 252 (272).

71) 公衆に対する情報提供の内容に関して要求されるものにつき、① 正確性、② 公正性、③ 過剰禁止を挙げる説として、vgl. Schoch (Fn. 69), S. 2849; vgl. auch Christoph Gusy, Die Informationsbeziehungen zwischen Staat und Bürger, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des

(c) 情報の公表の手續と権利保護

透明性リスト事件（上記(2)）では、原告業者に対して事前の通知がなされ、リストの公表の差止めを求める仮命令の申立てが一部認容されている。それに対して商品テスト事件（上記(4)）では、事前の通知がなされることなく商品テストの結果が公表されている。学説においては、手續による基本権保護の観点から、行政庁は利害関係者との協議や聴聞を義務付けられると主張する説があるほか⁷²⁾、利害関係者による予防的な仮命令の申立てを可能にするために、行政庁は情報の公表について事前の通知および一定期間の待機を憲法上義務付けられる場合があると主張する説もみられる⁷³⁾。

4 不作為訴訟の意義・特質

(1) 単純行政活動に対する不作為訴訟

本稿 2 および 3 においては、ドイツにおいて単純行政活動と呼ばれる非規律的（法的拘束力を欠く）行政活動の不作為を求める訴訟につき、特に注目されている 2 つの局面、すなわち公的施設の運営に伴う騒音被害の防止が求められる場合と、行政機関等による情報の公表の不作為が求められる場合に絞って、主要な実例を整理して紹介するとともに若干の検討を行った。いずれの場合についても多数の事例の蓄積があり、不作為請求が認容された例も少なくない。少なくともこの 2 つの領域について、不作為訴訟が実務上重要な役割を果たしていることは明らかである。

↘ Verwaltungsrechts, Band II, 2. Aufl., 2012, Rn. 109-110 ; Hufen (Fn. 1), §27 Rn. 11.

72) Hufen (Fn. 1), §27 Rn. 10; vgl. auch Maurer (Fn. 3), §15 Rn. 13. ただし前掲連邦行政裁判所1989年5月23日判決は、被告が事前に原告の意見を聴かなければならなかったかどうかは重要でないとして述べている。Vgl. BVerwG, Urt. v. 23.5.1989, BVerwGE 82, 76 (96).

73) Ferdinand Wollenschläger, Effektiver Rechtsschutz bei informationellen Maßnahmen der öffentlichen Hand am Beispiel der novellierten Informationsbefugnis im Lebensmittelrecht (§40 LFGB), DÖV 2013, 7 (10).

単純行政活動に対する不作為訴訟が活用されている理由としては、不作為請求権の成立可能性が一般的に承認されていることに加えて、行政裁判所が訴えの適法性を比較的容易に認める傾向があるという点が大きいように思われる。別稿で検討したように、行政行為の不作為訴訟の場合は、行政裁判所法が事後的な権利保護を原則としていることが強調され、特別な権利保護の必要性の有無が大きな争点となっている⁷⁴⁾。法律より下位の法規範の発布の予防が求められる場合については、法制定行為に対する私人の不作為請求権の成立可能性を制限する考え方もみられるほか、この問題がクリアされたとしても、特別な権利保護の必要性がなお問われることになる⁷⁵⁾。それに対して、単純行政活動に対する不作為訴訟の場合には、特別な権利保護の必要性が争点にならないことも珍しくない。その要因として、単純行政活動については、それがなされた後で初めて利用することのできる権利保護の仕組みが特に法定されているわけではないという点を指摘することができる（行政行為がなされた後には取消訴訟および執行停止制度を利用することができ、法律より下位の法規範が発布されたときには規範統制（行政裁判所法47条）の申立てをすることができる場合がある）。特別な権利保護の必要性は、そもそも、事後的な権利保護の仕組みが法定されている行政活動の予防が求められる場合に問題になるものとして理解することもできるのではないかと思われる⁷⁶⁾。

単純行政活動に対する不作為訴訟が提起される事例においては、既にその行政活動が行われていることも少なくない。情報の公表の不作為訴訟の場合、当該情報が公表された後では、もはやその不作為を求めても無意味

74) もっとも、特別な権利保護の必要性を肯定し、行政行為の不作為訴訟を適法とした裁判例も決して少なくない。拙稿・前掲注(2)16頁以下参照。

75) 拙稿・前掲注(2)34頁以下参照。

76) 取消訴訟および執行停止制度を利用することができないことから、単純行政活動に対して予防的権利保護を選択することを原則として肯定すべきものとする説として、vgl. Schmidt (Fn. 8), Rn. 388. 取消訴訟の訴訟要件が潜脱されることにはならないことから、単純行政活動に対する予防的不作為訴訟の許容性を原則として肯定する説として、vgl. Schenke (Fn. 25), Rn. 354.

であるという考え方もあり得るが、ドイツ法ではそのような発想はみられない。単純行政活動による権利侵害が継続している、あるいはその反復の危険があるならば、不作為請求権が成立するのであって、不作為訴訟の提起が妨げられることはない。また裁判例においては、単純行政活動による権利侵害の反復の危険もかなり緩やかに認定される傾向がみられる⁷⁷⁾。不作為訴訟は、単純行政活動によって権利を侵害される者にとって基本的な権利保護の形式であると言って良いであろう⁷⁸⁾。

不作為訴訟は一般的給付訴訟の一形態であり、その核心は（公法上の）不作為請求権にある。単純行政活動に対する不作為請求権が成立し得ることは、ドイツにおいては全く疑いのないところであるものの、その根拠および要件については議論がある。判例上、騒音等のイミシオンに対する公法上の不作為請求権の根拠は現在でも不明のままであるが、不作為請求権が成立するためには、近隣住民の受ける被害が、連邦イミシオン防止法上阻止または最小限度に制限されるべき「著しい迷惑」に当たることが必要とされている。したがって、イミシオンに対する公法上の不作為請求権は、連邦イミシオン防止法の要求を実現するための手段としての性格を有している（ただし判例によると、この請求権は同法に基づくものではない）。他方で、情報の公表の不作為請求権は、個別の基本権（一般的人格権、信教の自由、職業の自由等）から導き出されている。基本権が（違法に）侵害される危険がある場合には不作為請求権が成立するという構成であり、具体的な違法性判断においては、法律の根拠の要否のほか、比例原則や公正性の要請といった憲法上の原則の違反、法律で定められた任務領域の逸脱の有

77) 「通常の事例において行政庁は自らの措置を適法であると考え、それを中止する契機を見出すことはない」から、「既に被害が発生した場合には、さらなる〔基本権の〕制約が差し迫っていることを容易に認定することができる」と述べた連邦行政裁判所の判例がある。Vgl. BVerwG, Urt. v. 15. 12. 2005, NJW 2006, 1303 (1304).

78) ただし、不作為訴訟を提起することができる場合に確認訴訟を選択することも許されている。Vgl. BVerwG, Urt. v. 23. 6. 2010, BVerwGE 137, 171 (173). この点については、拙稿・前掲注(2)11頁以下も参照。

無等が検討されている。イミシオンが問題になる場合とはかなりの違いがあるが、学説の中には、いずれにしても公法上の不作為請求権は基本権に根拠を有するものとみて、請求権の成立要件としての違法性の判断が異なるという説明をするものもある⁷⁹⁾。この立場では、単純行政活動に対する不作為訴訟は、利害関係者の基本権の保護を目的とする訴訟として理解されることになる。

(2) 日本法の視点から

通常裁判所とは別に行政裁判所（さらに憲法裁判所）が存在するドイツと、特別裁判所が存在しない日本では、法制度が大きく異なるのであるが、日本法の視点からみて参考になる部分はある。

まず注目されるのは、単純行政活動に対する不作為訴訟が将来の権利侵害の予防を目的とする訴訟でありながら、訴えの適法性が比較的容易に認められているという点である。単純行政活動により原告の権利が侵害される可能性があり、その反復の危険も認められるのであれば、不作為訴訟の適法性を肯定するのに十分である。そのような場合には不作為請求権が成立し得るので、本案の判断をすべきことは当然ともいえるが、これに加えて、単純行政活動については事後的な権利保護のための制度が法定されていないという点も重要である。

日本では、行政活動の不作為を求める個人の請求権が成立し得ること、その存否を裁判で争うことができることが一般的に承認されているとはいえないが、処分以外の不利益の予防を目的とする確認訴訟を当事者訴訟として適法とした最高裁判例がある（最判平成24・2・9民集66巻2号183頁）。この事件で最高裁は、処分以外の不利益が発生し拡大する危険の観点から、上告人らの法的地位に現実の危険が及ぶことを認めて、確認の利益を肯定している。この結論は支持されるが、不利益が反復継続的かつ累積加重的に発生し拡大していくと「事後的な損害の回復が著しく困難になる」

79) Vgl. Ossenbühl/Cornils (Fn. 7), S. 380-383.

ことが指摘されていることには問題がある。処分以外の不利益については、事後的な救済の仕組みが特に法定されているわけではないから、事後的な救済が原則であるかのような判示は適切でない。他方で、(処分以外の) 行政の行為による、自己の法的地位に対する危険の防除のために、公法上の法律関係に関する訴訟を利用することが認められたことは、行政活動に対する公法上の不作為請求権の成立可能性をめぐる議論につながる可能性もある⁸⁰⁾。

行政活動に対する不作為請求権の基礎づけに関しては、ドイツ法において、情報の公表の不作為請求権が個別の基本権（一般的人格権、信教の自由、職業の自由等）から導き出されていることが注目される。情報の公表によって基本権が（違法に）侵害される危険があるならば、その基本権の主体は情報の公表の不作為請求権を有するという構成である。情報の公表が具体的にどのような場合に基本権を侵害するか（あるいは基本権の制約に当たるか）についてはドイツ法においても議論があるが、情報の公表が基本権を侵害する場合があるということは全く疑いのないところである。日本においても、行政活動としての情報の公表が私人の営業の自由、信教の自由、その他の人権を侵害することは、あり得ると思われる⁸¹⁾。そして、そのような人権侵害の危険が認められる場合には、当該人権の主体は、行政に対して情報の公表の不作為を請求することができるのでなければならぬ⁸²⁾。

80) 処分の差止訴訟については、その訴訟物を実体法上の差止請求権とする説がある。塩野宏『行政法Ⅱ〔第5版補訂版〕』（有斐閣、2013年）248頁参照。

81) 藤原静雄「判批」判評529号（2003年）7頁は、公表行為が営業活動の侵害行為となる可能性を示唆する。小山剛『「憲法上の権利」の作法〔新版〕』（尚学社、2011年）35頁は、公表が営業の自由の制限に該当する場合があることを認める。制裁目的の公表については、それが違法である場合、利害関係者の人権の侵害を容易に認定することができると思われる。

82) 川神裕「法律の留保」藤山正行＝村田斉志編『新・裁判実務大系25行政訴訟〔改訂版〕』（青林書院、2012年）23頁は、公表が処分ではない場合、その差止めを求める当事者訴訟が可能とする（ただし、民事訴訟説もあり得るとする）。塩野宏『行政法Ⅰ〔第5版補訂版〕』（有斐閣、2013年）100頁参照。

他方でドイツの連邦行政裁判所は、イミシオンに対する公法上の不作為請求権に関しては、それが基本権に基づくものであるのか、それとも民法典の規定の類推適用によるものなのかを明らかにしていない。実質的には連邦イミシオン防止法の内容および基準（技術の水準に照らして回避可能な「著しい迷惑」が阻止され、回避不可能な「著しい迷惑」が最小限度に制限されること）が重視されているのであるが、この基準は民法典の規定が適用される場合と同じ結論をもたらすものであるとも説明されている。日本の場合は、騒音やその他の有害な環境作用の発生を包括的に規制する連邦イミシオン防止法に相当する法律が存在しないので、公的施設から発生する騒音等の防止をめぐる紛争を民事法的に処理することには合理性があると考えられる（民事差止訴訟が適法とされた例として、最判平成7・7・7民集49巻7号2599頁）。

ただし日本では、国営空港や自衛隊基地における航空機の離着陸に伴う騒音の防止に関しては、民事訴訟ではなく行政訴訟を提起すべきものとされる（最大判昭和56・12・16民集35巻10号1369頁、最判平成5・2・25民集47巻2号643頁）。ドイツでは、公的施設の使用に通常伴う騒音の防止をめぐる紛争は公法上の紛争に該当し、行政裁判所に出訴すべきことになるが、国営空港や基地に限定して民事訴訟を不適法とするのはドイツ法にはみられない取扱いである。その点で一貫性を欠いているとも評し得るが、いずれにしても、騒音被害を受ける付近住民が実質的に救済を受けられるような仕組みを構築する必要がある。ドイツ行政法においては、不作為請求権が法律の明文の規定により制限ないし排除される場合は別として、原告の騒音被害が受忍限度を超えると判断されるときには、受忍限度を超える騒音を発生させてはならないことを被告に命ずる判決が下されるというのが基本的な考え方となっており、日本でもこのような形での紛争解決が望ましいように思われる⁸³⁾。近時、横浜地判平成26・5・21LEX/DB25446437

〔訂版〕（有斐閣、2013年）242頁も、処分性を認められない公表の事前差止めに言及する。

83) 川嶋四郎「公法紛争における事実行為と民事訴訟——『公共施設に対する民事差止訴訟』

は、自衛隊機運航処分の差止めの訴えを無名抗告訴訟とし、① 自衛隊機運航処分は法的効果を伴わない事実行為である、② その違法性は周辺住民が受ける被害が社会生活上受忍すべき限度を超えるか否かによって判断される、③ 抽象的不作為命令を求める訴えも請求の特定に欠けるところはないと述べているが、①～③の諸点は、自衛隊機運航処分が抗告訴訟の対象となる処分であるという前提の下では最も妥当な結論をもたらし得る法的構成として評価することができる。

5 結 語

ドイツにおける単純行政活動に対する不作為訴訟は、将来の権利侵害の予防を目的とする訴訟であるが、訴えの適法性は比較的容易に認められている。その理由としては、単純行政活動に対する不作為請求権の成立可能性が承認されていることに加えて、単純行政活動については事後的な権利保護の制度が法定されていないという点を指摘することができる。日本においても、処分以外の行政活動の予防が求められる場合については、事後的な救済が原則であることを強調するべきではない。

ドイツ法では、騒音等のイミシオンに対する公法上の不作為請求権の根拠については議論があり、基本権とする考え方もあれば、民法典の規定を類推適用するという説もある。裁判例において實際上重視されているのは連邦イミシオン防止法概念および基準であるが、この基準は民法典の規定が適用される場合と同じ結論をもたらすものであるとも説明されている。他方、情報の公表の不作為請求権は、情報の公表により侵害される危険のある個別の基本権（一般的人格権、信教の自由、職業の自由等）から導き出されている。

▼『訟の活用』に関する一素描」法時85巻10号（2013年）51頁は、公共施設からの公害の排除を求めて提訴した原告の最大の関心事と求める法的救済は、全騒音等の発生が受忍限度内に収まることにあることを指摘する。

日本では、公的施設から生ずる騒音等の防止をめぐる紛争については、これを民事法的に処理することに合理性がある。行政訴訟を用いるべきものとする場合でも、騒音等の被害を受ける原告住民が、被告に対して、受忍限度を超える被害を発生させてはならないことを請求することができるようにするべきである。他方、行政機関による情報の公表に関しては、それによって利害関係者の人権が侵害されると解される場合があり得る。そのような人権侵害の危険があるときには、当該人権の主体は、行政に対して情報の公表の不作為を請求することができるのでなければならない。