

預防性救濟問題之研究 - 以日本憲法訴訟為中心

歐廣南

國防大學政戰學院政治學系教授

摘 要

預防性救濟乃指他人（含行政機關、公法人、私法人）違法之行為（或處分）而肇致有侵害訴訟當事人權利或利益之虞，此際利益關係人為防範或阻止前項違法（侵權）行為的發生，得於事前向法院提起訴訟，請求禁止或停止執行前項爭議行為。前項權利救濟方式乃屬事前的權利救濟，其與一般採取事後請求損害賠償的救濟方式，有顯著的不同。本文係以研究日本憲法訴訟有關預防不作為，而提起司法的事前救濟案例為中心，通常此種類型的訴訟事件，又以確認公法義務為前提。然而確認公法義務存在與否的訴訟案件，泰半以上涉及法令的違憲審查問題，甚至抽象的規範審查問題。本文雖然以研究日本的訴訟判例為重心，但論文中多數的訴訟判例或權利救濟事件係涉及公害、噪音、環境訴訟等現代型憲法訴訟問題，而諸如此類的憲法訴訟或救濟問題，相信不久的將來，我國亦會遭遇相同的處境。若就前瞻性的研究觀點而言，隣國日本的司法裁判經驗，確實值得提供我國作為爾後之參考與借鑑。

關鍵詞：預防性救濟、暫時性救濟、憲法訴訟、選舉訴訟、公害訴訟、環境訴訟、事前救濟、事後救濟

The Prevention Relieves Problems of Study-Taking Japanese Constitution Litigation as Center

Kuang-Nan Ou

Professor

Department of Political Science

Abstract

Prevent the succor be pointing the others (contain an administration organization, public laws person, private legal person) illegal behavior (or punishment) and with the result that has a worry of violating the right or benefit of the litigation the party concerned. At this time the benefit relation is artificial to guard against or keep the clause above from breaking the law (infringement) behavior of taking place. Get to initiate public prosecution toward the court in the before the event. The request forbids or stops carrying out the clause above a controversy behavior. The succor method of the clause above right is the right succor which belongs to before the event. It with adopt the succor method of the indemnity of the after the event request generally, which has a notable dissimilarity. This text is studying with a Japanese relevant prevention of the constitution litigation having no conduct, and brings up a judicial before the event succor a case for the center. Usually the litigation affairs take confirming a public laws obligation as a premise again.

Keyword: Prevention Relieves, Temporarily Relieve, Constitution Litigation, Elect Litigation, Pollution Suit, Environment Litigation, Before the Event Relieves, After the Event Relieves

壹、前言

探討憲法訴訟的問題除了涉及狹義的憲法訴訟程序問題¹與廣義的憲法實體問題外²，更應包含最廣義的憲法救濟的問題在內³。本文研究有關憲法訴訟與救濟問題，並非單指「憲法訴訟時，法院（含憲法法庭、釋憲機關）判決法令違憲後的具體救濟方法」（同前揭註3）而言，係與憲法訴訟提起程序或訴訟要件相關的「預防性救濟」與「暫時性救濟」問題⁴。其中「預防性救濟」係指「司法

¹ 參照中谷実編著「憲法訴訟の基本問題」、法曹同人、一九八九年十一月二十五日出版、頁三，芦部信喜著「憲法訴訟の課題」、収録於同氏著「講座憲法訴訟第一卷」、有斐閣、一九八七年出版、頁一〇。「芦部教授は、狹義の憲法訴訟として、誰が司法審査を請求する資格があるのか（当事者適格の理論）、②争訟中のいつかなる時点で裁判官は司法審査を行使できるのか（成熟性、ムートネスの理論）、③誰の行爲が司法審査の対象になるのか（免除の理論）、④いかなる類型の行爲が司法審査の対象になるのか（政治問題の理論）、⑤いかなる裁判所において司法審査を請求することができるのか（連邦裁判所の管轄権の問題に関するもの）との五つをあげる」。

² 參照佐藤幸治著「現代国家と司法権」、有斐閣、一九八八年出版、頁一。「佐藤教授は、憲法訴訟論の意味として、①狹義の憲法訴訟論は、憲法問題が提起される固有の手續等を対象とするもので、憲法訴訟の母体となる司法権とはそもそも何か、訴訟要件としてどういうものが考えられるか等々は直接には問題とせず、そうした事柄は基本的には実定法律に委ねられていると前提して論を進めようとする。②広義の憲法訴訟論は、憲法問題が提起される固有の手續等といっても、その母体たる司法権とは何かといった問題と切り離し難く、その意味で司法権と密接な、あるいは不可分のものとして考えて行く必要があるとするアプローチ。③最広義の憲法訴訟論は、広義の憲法訴訟論プラス違憲審査基準で、実体的なものも直接視野に入れながら、それとの絡みで憲法判断のあり方とか手順とか広く考察して行うとするアプローチである」。

³ 參照渋谷秀樹著「憲法訴訟要件論」、信山社、一九九九年三月十日初版、頁三以下。「最広義の憲法訴訟（即ち、憲法裁判理論）は、憲法実体理論、狹義の憲法訴訟理論（憲法手續理論）及び憲法救済理論の三種に分類される。憲法実体理論とは、憲法上の諸価値の裁判所による判断基準に関する理論である。狹義の憲法訴訟理論とは、憲法上の諸価値の裁判所における判断方法・手續技術に関する理論である。憲法救済理論とは、裁判所において違憲の判定がなされた場合の具体的な救済方法に関する理論である」。

⁴ 參照野中俊彦著「憲法訴訟の原理と技術」、有斐閣、一九九五年一月三十一日初版、頁二四四以下。「予防的救済とは、国民の権利、利益の実質的救済という観点からみれば、行政庁の違法な処分がなされてからの事後救済よりも、違法な処分を未然に防ぐ事前救済のほうがはるかに望ましいというのである。……仮の救済とは、訴訟が適法に提起されても、終局判決に至るまでの間は、原告の権利、利益の侵害状況が継続し、しかも裁判には一般に時間がかかるものであるため、終局判決まで待っていては仮に原告が勝訴しても真の権利、利益の救済に役立たない場合がある。このような場合に備えて、終局判決までの間に原告の権

的事前救濟」與「訴訟利益的成熟性」有關，而「暫時性救濟」則是為「確保原告權利（利益）」之一種暫時性「保全」措施。故不論預防性救濟或暫時性救濟，不論是民事訴訟、刑事訴訟、行政訴訟乃至憲法訴訟，就原告的實質權利救濟而言，均應屬於司法救濟的一環。

誠如所知，預防性救濟旨在於事前阻止（防範或避免）侵害人民權利之行為（處分）發生，而提起的「預防不作為訴訟」⁵。換言之，預防不作為訴訟，除了請求法院判決特定機關（行政機關）應為特定處分（即課予義務）之訴訟外，其訴訟之對象不僅是執行公權力的政府機關（含行政不作為以及立法不作為在內）甚至私人或私法人（諸如環境權之訴訟，乃以電力公司等私法人為訴訟對象），均可向法院提起確認對方之行為或其行為依據的法令係違憲之訴訟。此種預防不作為訴訟又稱之「確認公法義務之訴訟」⁶。因此，利益關係人於事前向法院（司法機關）請求介入為預防性救濟之訴訟，其內容應包含廣義的「作為」與「不作為」以及「確認公法關係（義務）」之成立與否等在內。

其次是「暫時性救濟」問題，其與「預防性救濟」之不同，在於後者乃為「事前」向法院提起訴訟之救濟方法，而前者乃是訴訟提起之後，迄至訴訟確認的終局判決之前，原告的權利（或利益，以下稱權益）之侵害事實持續進行，按一般

利、利益を保全するための仮の救済制度が必要というのである」。

⁵ 參照金子宏、新堂幸司、平井宜雄編著「法律学小辞典」、有斐閣、一九九四年十一月十日新版、頁四二五。「差止請求権（injunction）とは、他人の違法な行為により、利益又は権利を侵害されるおそれがある者が、その行為をやめるように請求する権利である。事後的救済の手段としての損害賠償請求権に対して、事前の救済を目的とする権利である。又は差止訴訟（行政法上）とは、自己に不利益な処分がなされることが予想されるとき、それを事前に阻止するために提起する訴訟である。これを予防的差止訴訟ともいう。直接不作為の義務づけを求めるものや、行政庁が処分権限を有しないことの確認を求めるものなどが考えられる。行政事件訴訟法は、このような訴訟形態を明定していないので、無名抗告訴訟としての許容性が問題となるが、これを完全に否定する見解はみられない。許容条件については争いがあり、事後の訴訟では、有効な救済が得られないときに限り例外的、補充的に差止訴訟を認める補充説と紛争の成熟性が高まっておればよいとする独立説に大別される。補充説では、争いが成熟していることほかに、事後の救済をまわって、回復し難い損害を生じることが要求される」。

⁶ 參照竹内昭夫、松尾皓也、塩野宏編著「新法律学辞典（第三版）」、有斐閣、平成六年十月三十日出版、頁四四三。「公法上の義務確認訴訟とは、広義では、公法上の義務の確認を求める訴訟がすべて含まれることになるが、普通に問題とされるのは、行政庁がある行政行為をしなければならぬ義務又はしてはならぬ義務の確認を求める訴訟である。無名抗告訴訟の一つ行政行為をしければならぬ義務の確認を求める場合は、実質的には、義務づけ訴訟と同様の問題となり、行政行為をしてはならぬ義務の確認を求める場合は、予防的不作為請求（又は差止）訴訟となる」。

司法救濟程序，迄至判決確認之「終局裁判」止，頗為耗時，且即使終局裁判確認原告勝訴，屆時原告欲救濟之權益已喪失或回復有困難時，乃於「訴訟提起之後，迄至終局判決之前」，為保全原告之權益免於侵害之暫時救濟措施⁷。本文係探討日本憲法訴訟（救濟）有關預防性救濟與暫時性救濟的理論與訴訟實務問題。對於訴訟當事人提起憲法訴訟，請求司法（法院）為預防性救濟之訴訟，因其涉及法定外訴訟問題，例如：「法定外抗告訴訟」、「無名抗告訴訟」、「課予義務訴訟」、「禁止執行訴訟」、「請求宣告（確認判決 declaratory judgment 即確認違憲無效）訴訟」等謂之⁸。前項所稱：「法定外之訴訟」，在我國乃屬不被允許之訴訟，表面上看起來似乎無研究之必要，其實並非如斯⁹。因為前項類型之訴訟，往往牽涉到「制度改革訴訟」乃至「環境訴訟」等所謂的「現代型憲法訴訟」問題，乃為研究未來憲法訴訟的重要課題之一。再則暫時性救濟的問題，也就是終局判決確認前的「假處分」保全制度之運用問題，此項制度在民事訴訟、刑事訴訟、行政訴訟制度上，被頻繁的運用來保全原告之訴訟利益。然而在憲法訴訟制度上，誠如所知，並無民事、行政訴訟所謂「假處分」保全制度之設計，若原告提起暫時救濟之憲法訴訟案件，是否能適用現行民事、刑事甚至行政訴訟「假處分」之保全機制，確實值得探討。同時我國違憲審查制度，雖不似日本採分散審查之「憲法訴訟」制度，但從大法官釋字第五八五號以及第五九九號解釋，突然肯定原告（原釋憲聲請人）提出創造性導入「暫時處分」之概念¹⁰，不論在學界或實務界，對於這種類推適用民事訴訟、刑事訴訟與行政訴訟保全制度的解釋，或多或少存有不同程度之見解，但就研究現代型憲法訴訟與確保憲法裁判價值而言，前項聲請暫時停止處分之解釋（訴訟），理應視為人民請求憲法救濟（司法救濟）的重要課題之一，不可輕忽之。

⁷ 參照野中俊彥前揭著作「憲法訴訟の原理と技術」、頁二四五。

⁸ 參照戶松秀典著「憲法訴訟」、有斐閣、二〇〇〇年七月三十日初版、頁一五三。「法定外訴訟とは、法律が明示的に定めている訴訟形式によらない訴訟を総称するものである。即ち、行政事件訴訟法に定める抗告訴訟には当たらないが、特定の処分をなすべきことを行政機関に命ずる趣旨の裁判を求める訴訟、また、公権力でなく、私人、電力会社のような法人を相手に提起する訴訟で、相手方の行為ないしその行為の根拠法律が違憲であることを明示するように求める訴訟等を指す。法定外抗告訴訟、無名訴訟、義務づけ訴訟、差止訴訟、宣言判決請求訴訟等と呼ばれる訴訟がこれに該当する」。

⁹ 所謂「法定外之訴訟」係指：「採取法律明文規定訴訟形式以外之訴訟」的總稱也，其內容，往往因各國司法制度之不同而有不同之內涵，諸如，日本行政事件訴訟法無課予義務訴訟之規定，但我國行政訴訟法却允許當事人提出前項訴訟（參照行政訴訟第五條之規定）。

¹⁰ 參照柯建銘等九十三人提出「三一九槍擊事件真相調查特別委員會條例」釋憲聲請暨補充理由書。

參、預防性救濟問題之探討

依訴訟之概念，原告向法院提出預防性訴訟（救濟），旨在於事前阻止（或抑制）政府機關之違法（違憲）侵權行為發生，或課予各級政府機關有為適法行政（行為）之義務。故往往向法院提出此類型之訴訟或請求救濟之訴訟對象（即被告）通常是政府各級機關（含中央政府與地方自治團體）。因此，泰半以上的訴訟事件，多循行政訴訟¹¹的方式提出，若其中有涉及憲法爭議問題時（符合憲法裁判要件），即轉換成憲法訴訟。除了少數的訴訟事件係因政府或地方自治團體之私法行為有違憲爭議，以及國家賠償法規範中「公權力之行使」有違法、違憲時，採民事訴訟¹²的方式提出請求賠償之救濟者，始有可能形成憲法訴訟。至於刑事訴訟¹³部分，係採檢察官公訴制度，大部分憲法訴訟事

¹¹ 參照野中俊彦、中村睦男、高橋和之、高見勝利著「憲法Ⅱ（第三版）」、有斐閣、平成十四年八月十日出版、頁二七二。「行政事件訴訟は、行政庁の公権力の行使や公法上の法律関係にかかわる紛争の法的解決を目的とする訴訟であり、民事訴訟になじむ通常の紛争との性質の違いにより、民事訴訟とは別個の訴訟手続が設けられている。そしてその中心をなす抗告訴訟は、公権力の行使の違法、違憲を直接的に争い、その取消しや無効確認を求める訴訟という点で、憲法訴訟の重要な訴訟形態となっている。現行の行政事件訴訟法は、基本類型として、抗告訴訟、当事者訴訟、民衆訴訟、機関訴訟の四つを定め（同法二条）、さらに抗告訴訟については、処分取消しの訴え、無効等確認の訴え、不作爲の違法確認の訴えという四つの訴訟を法定しているが（同法三条）、そのほかにいわゆる無名抗告訴訟の余地も残されていると解されている」。

¹² 同野中俊彦、中村睦男、高橋和之、高見勝利前掲著作「憲法Ⅱ（第三版）」、頁二七一以下。「民事訴訟は、私人間の生活関係上の法的紛争の解決を目的とする訴訟であり、法的に対等な当事者の一方が相手方に対して行う法的請求を審査する訴訟である。この訴訟が憲法訴訟に発展するのは、第一に私人間の争いであっても、その中に実質的な憲法上の争いが含まれている場合である。通説、判例のように間接適用説に立つても、民法九十条（公序良俗違反）等を媒介規定として、当事者が自己の請求の根拠あるいは相手方の主張に対する抗弁として実質的な憲法問題を提起するという形の憲法訴訟が成立する。第二に、私人間の訴訟といっても、その中には国や自治体が私法形式をとって行う活動に関する訴訟が含まれている。私法行為の形式をとる国や自治体の行為の違憲を争うには、この訴訟によるしかない。第三に、国家賠償請求訴訟の場合がある。国家賠償法一条の『公権力の行使に基づく損害賠償請求』は、『公権力の行使』の違法性さらにその違憲性からもたらされた損害の賠償を請求するものであるため、憲法訴訟として活用されやすい側面を有している」。

¹³ 同前掲註 11。「刑事訴訟は、検察官の公訴に基づいて被告人に対する国家の刑罰請求を審査する訴訟である。この訴訟が憲法訴訟に発展するのは、適用刑罰法規の違憲あるいは裁判手続自体の違憲を被告人が争う場合であり、その例が数多い。しかしこの訴訟において

件，均是適用法規違憲或裁判程序違憲之爭議，此際提出違憲之訴訟乃為被告，換言之，違憲訴訟成立與否，乃與保護被告之權益相關。所以有關刑事訴訟部分，並非本論旨之重點，故在論述上偏重於行政或民事訴訟。

諸如前項以確保原告之權利為中心，而向政府機關或地方自治團體提出行使特定作為或不作為之訴訟，按權力分立原則，通常此類行政作為（行為或處分），原則上係由政府行政機關為主導。一般而言，司法機關（法院）如採事前介入審查，將有侵害行政權之疑慮。故判例或通說均傾向優先尊重政府行政機關的判斷（裁量）權之消極見解。但是隨着時代的進步與變遷，司法機關並不應自我設限，限定除非原告之權益，於事後審查無法獲得實質的救濟或明顯有回復困難時，原則上採取尊重政府行政機關有優先裁量權的傳統見解，此種傳統的消極觀念，絕非擔任司法仲裁（救濟）機關應有的態度。因此，如斯有關司法機關事前介入的積極見解，逐漸受到重視與肯定¹⁴。

又預防性救濟乃以事前救濟為目的，亦即於違法或不法侵權之行為（處分）發生之前，立即提起訴訟（司法救濟），在損害未發生之前，請求司法介入，期能予以有效阻止。故有別於事後的救濟，尤其當損害發生之後，往往事後救濟的手段，通常是採取請求損害賠償之救濟途徑，而事後提起的訴訟，若未能有效獲得救濟（或回復困難）時，例外應予以承認。然而此種預防性救濟又稱之「預防不作為訴訟」（同前揭註5），通常不屬於法律規定之訴訟形式內，故有「法定外訴訟」之稱。法定外訴訟包含「法定外抗告訴訟」、「無名抗告訴訟」、「課予義務訴訟」、「禁止執行（injunction）訴訟」以及「請求宣言（確認）判決訴訟」等，以上與本文所論預防性救濟（即預防不作為訴訟）有密切關聯¹⁵。

違憲を主張する被告人は、訴訟之成立を積極的に求めるわけではなく、むしろ不成立で違憲の主張の必要もないことという立場にある。その意味でこの訴訟については、被告人の利益のためには訴訟要件をとくに問題する必要はないといえる」。

¹⁴ 參照阿部泰隆著「義務づけ訴訟論」、収録於田中二郎先生古稀記念「公法の理論Ⅱ」、有斐閣、一九七七年出版、頁二一〇三。同氏著「行政訴訟改革論」、有斐閣、一九九三年，以及野中俊彦前掲著作「憲法訴訟の原理と技術」、頁二四四。

¹⁵ 參照松戸秀典前掲著作「憲法訴訟」、頁一五三。「行政事件訴訟法は、四種類の抗告訴訟を定めているが、それ以外の訴訟形式を認めないわけではない。実際にも、法定の抗告訴訟に該当しない抗告訴訟が提起されている。そこで、これを法定外抗告訴訟、別に、無名抗告訴訟と呼ぶこともある。また、特定の処分をなすべきこと、あるいは、なすべきでないことを行政機関に命ずる趣旨の裁判を求める訴訟も実際に存在するが、これを義務づけ訴訟と呼び、法廷外抗告訴訟の一つとする。もともと、行政機関が特定の処分をなすべきでないことを命じる裁判を求めるのは、差止請求訴訟のことでもあり、予防的不作為訴訟と呼ばれる訴訟とも重なる」。

同時所謂「法定外訴訟」係指：「採取法律明文規定訴訟形式以外之訴訟」的總稱也。但此處所論法定外訴訟乃以憲法（公權力）訴訟性質相近的行政訴訟為重點，故本論所言：「法定外抗告訴訟」，乃指行政事件訴訟規定：「不服行政機關公權力之行使，而提起的四種抗告訴訟（即①撤銷處分之訴、②撤銷裁決之訴、③無效確認之訴、④不作為違法確認之訴）類型」¹⁶以外的訴訟而言，其中「無名抗告訴訟」即包括①「課予義務訴訟」與②「禁止執行訴訟」二種，除此之外，尚有與確認違憲無效判決有關的「請求宣言判決」。

一、制度改革與課予義務（含預防不作為）訴訟之救濟問題

對於制度改革訴訟而言，特別是選舉制度改革，因涉及政治因素，以及受制於司法消極主義之影響，理論上選舉制度改革問題，應屬國會（議會）自發性的改革運動。同時考量選舉制度與選舉活動爭議問題，會影響甚至改變人民的政治參與情形、政黨政治的活動狀態以及國會的政勢力分配（消長）。若由司法介入選舉制度之改革時，必然是①選舉制度本身長期間產生的矛盾與缺陷，致使非藉由司法的介入，無法促進或加速改革。②少數者之意見（利益），無法充分於國會中反映或表達，請求司法介入乃為救濟少數（弱勢）者權利唯一有效的手段。此際，不論涉及選舉權或有關選舉權利與其他制度改革利益之爭議問題，弱勢者僅能期待藉由司法訴訟（救濟）之提起（介入），作為回復權利的唯一途徑。

1. 選舉權（參政權）的侵害與救濟

探討司法如何確保、實現憲法保障人民選舉權的平等與投票價值的平等之選舉訴訟問題，以日本昭和五十一年（一九七六年）「眾議院議員定數不均衡」，所提起的憲法訴訟案為例。原告提出訴訟之目的，旨在廢止違憲（定數不均衡配分）之規定，請求政府機關有義務迅速向國會提出選舉改革方案（課予義務訴

¹⁶ 日本行政事件訴訟第三條（抗告訴訟）は、「①この法律において『抗告訴訟』とは、行政庁の公権力の行使に関する不服の訴訟をいう。②この法律において『処分の取消しの訴え』とは、行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為（次項に規定する裁決、決定その他の行為を除く。以下単に『処分』という。）の取消しを求める訴訟をいう。③この法律において『裁決の取消しの訴え』とは、審査請求、異議申立てその他の不服申立て（以下単に『審査請求』という。）に対する行政庁の裁決、決定その他の行為（以下単に『裁決』という。）の取消しを求める訴訟をいう。④この法律において『無効等確認の訴え』とは、処分若しくは裁決の存否又はその効力の有無の確認を求める訴訟をいう。⑤この法律において『不作為の違法確認の訴え』とは、行政庁が法令に基づく申請に対し、相当の期間内になんらかの処分又は裁決をすべきにもかかわらず、これをしないことについての違法の確認を求める訴訟をいう」と定めている。

訟），與停止目前違憲不平等之選舉活動（提起停止選舉之訴訟）。本件選舉制度之爭議在於侵害參政權與投票平等權之救濟問題，日本最高裁判所雖然同意原告違憲之訴求，開啓救濟之門¹⁷，但畢竟因考量選舉制度改革之複雜性與權力分立原則問題，僅判決「選舉違法，但不喪失其效力」¹⁸。顯見司法介入選舉制度之改革，仍採消極保守之態度。從歷年來有關日本選舉的憲法訴訟判例觀之，①引用「統治行為論（政治問題）之法理」，拒絕司法審查者有一九六〇年苦米地事件（衆議院解散總選舉），最高裁判所認定：「衆議院解散係為高度政治性國家統治行為」¹⁹。其次是引用②「立法裁量」論，通常法院認定有關選舉之爭議問題，均屬於國會的「立法裁量」事項，除非有明顯的逾越國會之合理裁量權外，應屬合憲者，有一九六四年「參議院定數不均衡」²⁰訴訟，一九九三年「愛知縣議會選舉」²¹訴訟。一九九六年「參議院定數不均衡」²²訴訟，一九九

¹⁷ 參照戶松秀典著「立法裁量論－憲法訴訟研究Ⅱ」、有斐閣、一九九三年一月十日出版、頁一五七。「從來、この問題を争うとき多くは公選法二〇四条、二〇五条に基づく選挙無効訴方法がとられていた。この方法については、それが訴訟上公選法の違憲を主張して是正を求めるための唯一の方法であること、『およそ国民の基本的権利を侵害する行為に対しては、できるだけその是正、救済の道が開かれるべきであるという憲法上の要請に照らして考えるとき』、そのような訴訟方法を排除するものでないことを理由として、五十一年判決が明確に是認したことである」。

¹⁸ 參照日本最高裁判所（大法廷）昭和五十一年四月十四日、民集第三十卷、第三號、頁二二三。「各選挙人の投票価値の平等は憲法の要求するところであるが、他の政策目的との関連において、調和的に実現されるべきである。投票価値の不平等が、一般に合理性を有するものとは到底考えられない程度に達しているときは、特段の正当化理由がない限り、憲法違反となる。本件選挙における約五対一の偏差は、選挙権平等の要求に反する程度になっており、また、憲法上要求される合理的期間内には是正されなかったものと認めざるを得ない。そして、選挙区割及び議員定数の配分は不可分一体をなし、全体として違憲となる。しかし、選挙は違法と宣言することとどめ、無効としない」－（衆議院議員定数不均衡違憲判決）。

¹⁹ 參照日本最高裁判所（大法廷）昭和三十五年六月八日、民集第十四卷、第七號、頁一二〇六。「衆議院の解散は、極めて政治性の高い国家統治の基本に関する行為であって、法律上その有効無効を審査することは、訴訟の前提問題においても、司法裁判所の権限の外にありと解する」－（苦米地事件上告審）。

²⁰ 參照日本最高裁判所（大法廷）昭和三十九年二月五日、民集第十八卷、第二號、頁二七〇。「各選挙区にいかなる割合で議員数を配分するかは、選挙人の選挙権の享有に極端な不平等を生じさせるような場合は格別、国会の権限に属する立法政策の問題であって、一対四の較差の程度では違憲問題は生じない」。

²¹ 參照日本最高裁判所平成五年十月二十二日、民集第四十七卷、第八號、頁五一四七。「平成三年四月施行の愛知県議会議員選挙において、配当基数が〇・三一六と〇・三一二の二選挙区を特例選挙区として存置したことは、当該地域から代表を確保する必要性、隣接の郡市との合区の困難性の有無、程度に照らせば、同議会の裁量権の合理的な行使として是認される。また、全選挙区間での最大較差一対二・八九、特例選挙区を含めた一対五・

八年「參議院定數不均衡」²³訴訟，以及一九九九年的「衆議院定數不均衡」²⁴訴訟。③縱然是國會有逾越「合理」的裁量期限，選舉訴訟事件雖經法院判決違憲，但亦僅限於「判決主文宣告違憲，法院最後仍引用行政事件訴訟法（第三十一條）²⁵上特別事情判決法理，拒絕判決前項選舉無效（即廢棄原告選舉無效之

○二の較差は、一般的に合理性を有することは到底考えられない程度に達しているとはいえない」。

- ²² 参照日本最高裁判所（大法廷）平成八年九月十一日、民集第五十卷、第八號、頁二二八三。「平成四年七月施行の選挙当時の一対六・五九の較差が示す選挙区間における投票価値の不平等は、参議院（選挙区選出）議員の選挙制度の仕組み、是正の技術的限界、参議院議員のうち比例代表選出議員の選挙については各選挙人の投票価値に何らの差異もないこと等を考慮しても、投票価値の平等の有すべき重要性に照らして、もはや到底看過することができないと認められる程度に達していたものというほかはなく、これを正当化すべき特別の理由も見いだせない以上、本件選挙当時、違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態が生じていた。しかし、選挙区間における議員一人当たりの選挙人数の較差が到底看過することができないと認められる程度に達した時から本件選挙までの間に国会が本件定数配分規定を是正する措置を講じなかったことをもって、不平等状態が相当期間継続し、その立法裁量権を超えるものと断定することは困難である」。
- ²³ 参照日本最高裁判所（大法廷）平成十年九月二日、民集第五十二卷、第六號、頁一三七三。「平成六年の四増四減の法改正によって、人口較差は、従来の一対六・四八から選挙当時の一対四・八一に減少し、いわゆる逆転現象は消滅し、その後の平成七年の国勢調査によれば較差は一対四・七九に縮小した。参議院議員の選挙制度の仕組みの下では、右の較差の示す投票価値の不平等は到底看過することができないと認められる程度に達しているとはいえず、立法裁量権の限界を超えるものとはいえない」。
- ²⁴ 参照日本最高裁判所（大法廷）平成十一年十一月十日、民集第五十三卷、第八號、頁一四四一。「衆議院議員選挙区画定審議会設置法三条一項が選挙区間の人口較差が二倍未満になることを基準とする一方で、二項が各都道府県にあらかじめ定数一を配分していることについて、投票価値の平等は最も重要かつ基本的な基準であるが、国会は、都道府県という単位や人口密度、人口の集中化と過疎化の現象などの要素も考慮することができるのであり、これらの要素を考慮して同条一項、二項のとおり区割りの基準を定めたことは国会の裁量の範囲を逸脱するとはいえない。本件区割規定が制定された直近の人口の最大較差一対二・一三七、本件選挙の際の較差一対二・三〇九は、一般に合理性を有するとは考えられない程度に達しているとはいえない」。
- ²⁵ 日本行政事件訴訟法第三十一条（特別の事情による請求の棄却）一項は、「取消訴訟については、処分又は裁決が違法ではあるが、これを取り消すことにより公の利益に著しい障害を生ずる場合において、原告の受ける損害の程度、その損害の賠償又は防止の程度及び方法その他一切の事情を考慮したうえ、処分又は裁決を取り消すことが公共の福祉に適合しないと認めるときは、裁判所は、請求を棄却することができる。この場合には、当該判決の主文において、処分又は裁決が違法であることを宣言しなければならない」と定めている。

訟)」者，有一九八五年「衆議院定數不均衡」²⁶訴訟，一九八四年的「地方議會定數不均衡」²⁷訴訟，以及一九八八年的「地方議會特例選舉區」²⁸選舉訴訟等。由此得知，選舉制度與「議員定數配分」問題，應非屬單純的國會立法裁量事項乃至統治（政治）行為的問題，尤其前項所涉及的訴訟爭議，乃為憲法保障人民的選舉權與參政權問題，應視為重要的基本人權之一。當人民參政權受到侵害時，當事人（原告）想藉由提起選舉訴訟，請求司法機關於事前介入選舉制度改革與確保人民參政權免受違法侵害之情事，就學理而言，原則上傾向支持司法介入可能的觀點²⁹，唯在實務上却仍受到權力分立原則的實質限制，司法機關僅能透過訴訟判決書，表達人民強烈期待改革之心聲³⁰。

²⁶ 參照日本最高裁判所（大法廷）昭和六十年七月十七日、民集第三十九卷、第五號、頁一一〇〇。「昭和五十年の法改正による是正の後、昭和五十五年六月選挙時に既に選挙権の平等に反する程度にまで至っていた（昭和五十八年最高裁大法廷判決）衆議院議員一人当たりの最大人口較差が、更に本件昭和五十八年十二月選挙時一對四・四〇まで漸次拡大していたにもかかわらず、この間に何ら較差の是正が行われなかったことは、憲法上要求される合理的期間内の是正が行われなかったものと評価せざるをえない。本件議員定数配分規定は、本件選挙当時、違憲と断定するほかはない。また、本件議員定数配分規定は、その性質上不可分一体であり全体として違憲の瑕疵を帯びるが、いわゆる事情判決の制度（行訟法三十一条一項）の基礎に存する一般的な法の基本原則に従い、主文において右選挙の違法を宣言することと、右選挙は無効としないこととする相当である」－（議員定数配分規定違憲判決）。

²⁷ 參照日本最高裁判所昭和五十九年五月十七日、民集第三十八卷、第七號、頁七二一。「選挙区の人口と配分された定数との比率の平等が最も重要かつ基本的な基準とされる地方公共団体の議会の議員の選挙の制度において、全選挙区間で最大一對七・四五の較差が示す選挙区間における投票かちの不平等は、通常考慮し得る諸般の要素をしんしゃくしてもなお、一般的に合理性を有するものは考えられない程度に達しており、それを正当化する特別の理由を見出すこともできず、また、合理的期間内における是正も行われなかったので、本件配分規定は、本件選挙当事、公職選挙法十五条七項（現八項）に違反するものであった」。

²⁸ 參照日本最高裁判所平成元年年十二月十八日、民集第四十三卷、第十二號、頁二一三九。「公職選挙法二七一条に效に基づくいわゆる特例選挙区については、都道府県議会が、その設置の必要性を判断し、かつ、地域間の均衡を図るための諸般の要素を考慮した上で設置を決定したときは、原則としては同議会に与えられた裁量権の合理的な行使として承認されるが、当該区域の人口が議員一人当たりの人口の半数を著しく下回る場合は、右の設置は認められない」。

²⁹ 參照吉田善明著「選挙制度改革の理論」、有斐閣、一九七九年出版、頁一三八以下。

³⁰ 參照日本最高裁判所（大法廷）昭和五十八年十一月七日、民集第三十七卷、第二號、頁一四三。「本件衆議院議員選挙においては、選挙区間における議員一人当たりの選挙人数の較差が最大で一對三・九四と憲法の選挙権の平等の要求に反する程度に至っていたものではあるが、憲法不適合状態に達した時から本件選挙までの間にその是正のための議員定数

2. 競選活動的限制與廢止在宅投票制度之救濟問題

接着探討與選舉制度改革同等重要的參政權問題，第一是不當限制公職候選人競選活動之立法，第二則是國會廢止在宅投票制度的問題。首先對有關限制（禁止或改變）選舉競選活動方式之訴訟，日本公職選舉法第一三八條第一項規定：「禁止公職候選人實施逐戶個別拜訪（即戶別訪問，以下均以此稱之）」³¹，前項禁止規定因涉及不當限制人民言論自由，違反憲法第二十一條保障（集會、結社、表現自由）之規定³²，而提起違憲之訴訟。前項訴訟乃攸關言論表現自由與人民參政權之保障的重要基本人權問題，日本下級（地方）裁判所認定：①戶別訪問多少會帶來選民的困擾等弊端，但却具有促進民主社會與加深人民對政治的認知與理解等優點，尚不能謂其有必須全面禁止之重大惡害³³。②若云戶別訪問有助長不法舞弊之虞，此種說法，乃屬極為抽象之可能。防止弊害與禁止戶別訪問之間，並不具有合理的關聯性³⁴。因此，下級裁判所分別判決前述禁止戶別訪

配分規定改正がされなかったことにより、憲法上要求される合理的期間内における是正されなかったものと断定することは困難であるといわざるをえない。なお、昭和五十年改正法施行後既に約七年を経過している現在、議員定数配分規定の憲法不適合状態は、できる限り速やかに改正されることが強く望まれる」。

³¹ 日本公職選挙法第一三八条（戸別訪問）は、「①何人も、選挙に関し、投票を得若しくは得しめ又は得しめない目的をもって戸別訪問をすることができない。②いかなる方法をもってするのを問わず、選挙運動のため、戸別に、演説会の開催若しくは演説を行うことについて告知をする行為又は特定の候補者の氏名若しくは政党その他の政治団体の名称を言いあるく行為は、前項に規定する禁止行為に該当するものとみなす」と定めている。

³² 日本国憲法第二十一条（集會・結社・表現の自由・通信の秘密）は、「①集會、結社及び言論、出版その他一切の表現の自由は、これを保障する。②検閲は、これをしてはならない。通信の秘密は、これを侵してはならない。」と定めている。

³³ 参照日本長野地佐久支判昭和四十四年四月十八日、判例タイムズ、第二三四號、別冊頁三三。「戸別訪問は選挙人の生活の場で、候補者と選挙人運動員と選挙人、および選挙人同士の個々の直接の対話により、判断の材料を提供し、これを検討し、相互に批判する機会を与えるものであり、もつとも生活に誰にでも可能な選挙運動であることを合わせて、見解の一方的伝達に終わり勝ち他の選挙運動をもっては代えにくい長所をもっている。国民の政治に対する深い理解と関心によって成り立つべき民主主義社会において、右の長所は無視できないものであり、多少の迷惑や偶伴する害悪をもって、戸別訪問一般を禁止すべき重大な害悪ということとはできないと考える」。

³⁴ 参照日本広島高松江支判昭和五十五年四月二十八日、判例時報、第九六四號、頁一三四。「戸別訪問が不正行為を助長するおそれがあるというのは、極めて抽象的な可能性にとどまるから、この弊害の防止と戸別訪問禁止との間には合理的な関連性がない。被訪問者の生活の平穩を害するという目的は、時間的ないしは人数的な制限を置くことによって容易にその弊害を除くことができるので、戸別訪問を一律に禁止する理由とはなり得ず、右の目的達成のための手段としては行きすぎている。戸別訪問の禁止は憲法上許される合理的でか

問之規定乃為違憲。然而日本最高裁判所却以前項禁止規定乃為：③確保公正的選舉，禁止各種弊害發生之戶別訪問規定，不違憲³⁵。④該項禁止規定，未逾越合理且必要之限度³⁶。以及⑤禁止非出於防弊，乃為確保公平競爭的選舉規範也，如無特殊不合理之情事，應屬委任立法裁量之事項³⁷。顯然前者下級裁判所①、②的違憲判決與後者最高裁判所③、④、⑤的合憲判決之間，落差頗大。但學界亦有不少學者認為：「限制人民言論之自由，其限制之基準非現行最高裁判所本件判決（禁止戶別訪問）採用的『合理且必要』基準，而應採『制限比較少』之嚴格基準」³⁸。顯見日本最高裁判所對介入選舉制度之改革，俾以確保與救濟人民參政權利之努力仍嫌不足。

其次是廢止在宅投票之立法的合憲性爭議問題，憲法規定人民有選舉之自由與權利，係考量人民的選舉權，實為人民參與政治以及關心政治的最重要也是最直接的途徑之一。特別是前述有關選舉權的平等問題，對選舉者與被選舉者乃同等重要，亦即是參政機會的均等。對於公職人員選舉之投票方法，原則上法律均

つ必要を得ない限度の規制であるとは考えられない」。

³⁵ 參照日本最高裁判所（大法廷）昭和二十五年九月二十七日、刑集第四卷、第九號、頁一七九九。「本条は絶対無制限の言論の自由を保障してはならず、公共の福祉のために、その時、所、方法等につき合理的制限の存することは容認しており、選挙の公正を期するために種々の弊害を伴う戸別訪問を禁止しても違憲ではない」。

³⁶ 參照日本最高裁判所昭和五十六年六月十五日、刑集第三十五卷、第四號、頁二〇五。「戸別訪問一律禁止規定は、買収、利益誘導、生活の平穩の侵害などの弊害を防止し、選挙の自由と公正を確保するという正当な目的を有し、右の目的と一律禁止との間には合理的な関連性があり、またこの付随的制約によつて失われる利益よりも選挙の公正という得られる利益ははるかに大きいため、この規定は合理的で必要やむを得ない限度を超えておらず違憲ではない」。

³⁷ 參照日本最高裁判所昭和五十六年七月二十一日、刑集第三十五卷、第五號、頁五六八。「弊害防止論のみでは戸別訪問一律禁止を合憲とする論拠として不十分であるが、選挙運動に対する諸規制は選挙運動という一種の競争を公平に行わせるためのルールであり、その設定は、合理的とは考えられないような特段の事情がない限り、憲法四十七条によつて国会の裁量にゆだねられている」。－（伊藤裁判官補足意見）

³⁸ 參照有倉遼吉、時岡弘著「条解日本国憲法」（改訂版）、三省堂、一九八九年六月三十日發行、頁一六〇。「選挙運動としての戸別訪問は、本来、言論をもつて投票依頼等の説得活動を意味するもので、これを制限することは憲法二十一条に違反し、さらに国民主権の具体的行使としての選挙権の行使に伴う選挙運動の中核である戸別訪問の禁止は許せない。（吉田善明『政治的自由』体系判例研究Ⅱ、三一九頁、同旨。野中俊彦『続日本の憲法判例』、七十六頁。大谷実『公職選挙法と表現自由』法学文献選集⑨、一七一頁以下。これについても、LRA つまり『より制限でない手段』の有無が問われる必要があるとする学説が少ない。佐藤幸治『憲法』、九十頁。芦部信喜『演習』、一一八頁等。」

規定選舉人必須前往指定之投票所，親自圈選投票³⁹。但是為確保參政機會的平等，對於因身心障害、文盲、視障、疾病、負傷、老弱、妊娠、在監收容者以及因故不在籍者與派遣海外工作者，政府必須有相對的立法措施（例如：代理投票制度、點字選票之印製、不在籍投票之管理、在宅投票等）⁴⁰，俾以保障選舉人能行使其投票（參政）之權利，不得有不平等之差別待遇。因此，前項因身體殘障、傷害等因素，肇致不良於行或步行困難者，依法令規定得允許於「現在之場所」⁴¹實施投票之在宅投票制度，於昭和二十七年（一九五二年）因該項投票措施，被不當濫用與惡用，以招致國會立法廢止⁴²，而引發違憲之爭議。昭和四十九年（一九七四年）第一審日本札幌地方裁判所判決：「前項國會廢止在宅投票

³⁹ 日本公職選舉法第四十六條（投票の記載事項及び投函）第一項は、「①衆議院（比例代表選出）議員又は參議院（比例代表選出）議員の選挙以外の選挙の投票については、選挙人は、投票所において、投票用紙に当該選挙の公職の候補者一人の氏名を自書して、これを投票箱に入れなければならない」と定めている。

⁴⁰ 日本公職選舉法第四十七條（点字投票）は、「投票に関する記載については、政令で定める点字は文字とみなす。」と同法第四十八條（代理投票）第一項は、「①身体の故障又は文盲により、自ら当該選挙の公職の候補者の氏名・・・を記載することができない選挙人は、投票管理者に申請し、代理投票をさせることができる。」と同法第四十九條（不在者投票）第一項は、「①選挙人で選挙当日次の各号に掲げる事由のいずれかに該当すると見込まれるものの投票については、政令で定めるところにより、・・・不在者投票管理者の管理する投票を記載する場所において行わせることができる。一、職務若しくは業務又は総務省令で定める用務に従事すること。二、用務又は事故のためその属する投票区の区域外に旅行又は滞在すること。三、疾病、負傷、妊娠、老衰若しくは身体の障害のため若しくは産褥にあるため歩行が困難であること又は監獄、少年院若しくは婦人補導院に収容されていること。・・・」と同法第四十九條の二（在外投票）第一項は「①在外選挙人名簿に登録されている選挙人・・・自ら在外公館の長の管理する投票を記載する場所に行き、・・・投票しなければならない。②前項の選挙人で在外公館の長の管理する投票を記載する場所において投票することが著しく困難であるものとして、・・・その現在する場所に投票用紙に投票の記載をし、これを郵送する方法により行わせることができる」とそれぞれが定めている。

⁴¹ 日本公職選舉法第四十九條第二項は、「②選挙人で身体に重度の障害があるもの・・・の投票については、・・・その現在する場所において投票用紙に投票の記載をし、これを郵送する方法により行わせることができる」と定めている。

⁴² 参照浦部法穂、戸波江二編著「憲法」（法科大学院ケースブック）、日本評論社、二〇〇五年七月二十日第一版第一刷発行、頁六四五。「一九五一年四月の統一地方選挙において在宅投票制度が悪用され（詐欺投票、不正投票等が二〇四五件にも及び、市町村長選挙では不在者投票総数に占める在宅投票の割合が57%にも達した）、そのことによる一〇二四件もの選挙無効及び当選無効の争訟が続出したことから、国会は一九五二年に公職選挙法の一部を改正して在宅投票制度を廃止し、その後は在宅投票制度を設けるための立法を行われなかった」。

立法措施，確實已侵害原告之選舉權，違憲。本項國會立法行為乃屬國會之過失，適用國家賠償法之規定」⁴³。昭和五十三年（一九七八年）第二審札幌高等裁判所判決：「仍舊確認本項乃為國會立法不作為，違憲。但前項之不作為非屬國會議員之故意與過失，駁回原告聲請損害賠償（國賠）之請求」⁴⁴。昭和六十年（一九八五年）最高裁判所判決出現大逆轉以：「國會之立法行為，除非係屬重大、難以想像的例外情形外，否則原則上不適用國家賠償法第一條第一項⁴⁵，違法之評價。而前項之立法不作為，亦非屬前示例外之情形，廢棄原告上訴之請求（原告敗訴確認）」⁴⁶。前開日本最高裁判所的判決顯示，國會議員的立法行為，

⁴³ 參照日本札幌地小樽支判昭和四十九年十二月九日、判例時報第七六二號、頁八。「原告のような身体障害者の投票を不可能あるいは著しく困難にした国会の立法措置は、前記の立法目的達成の手段としてその裁量の限度を超え、これをやむを得ないとする合理的理由を欠くものであって、国民主権の原理の表現としての公務員の選定罷免権および選挙権の保障ならびに平等原則に背き、憲法に違反するものといわなければならない。・・・国会の立法行為も国家賠償法第一条第一項の適用を受け、同条項にいう『公務員の故意、過失』は、合議制機関の行為の場合、必ずしも、国会を構成する個々の国會議員の故意、過失を問題する必要はなく、国會議員の統一的意思活動たる国会自体の故意、過失を論ずるのもって足りるものと解すべきである。・・・本件法律改正の審議経過は右にみたとおりであり、かかる違憲の法律改正を行ったことは、その公権力行使にあたり、右注意義務に違背する過失があったものと解するのが相当である」。

⁴⁴ 參照日本札幌高等裁判所昭和五十三年五月二十四日、判例時報第八八八號、頁二十六。「現に行われている投票の方法についての法律が選挙権を有する国民の一部の者につき投票の機会を確保し得ないようなものにも拘らず、国会がこれを故意に放置し、当該選挙権を有する国民に投票の機会を確保するような立法をしないている場合は、裁判所が具体的事件において、右の立法不作為の合憲性を判断しうる場合に当たるものといわなければならない。・・・国会はそれを改正する義務を負い、在宅投票制度を廃止してそれを復活しない立法不作為は違憲である。・・・しかし、昭和四十四年以降の本件立法不作為については、それが原告側の選挙権を侵害するものであることにつき、前記の間国会の構成員であった各国会議員に故意又は過失があったものといふことはできない」。

⁴⁵ 日本国家賠償法第一条（公権力の行使に基づく損害の賠償責任、求償権）第一項は、「①国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によって違法に他人に損害を加えたときは、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる」と定めている。

⁴⁶ 參照日本最高裁判所第一法廷（小）昭和六十年十一月二十一日、民集第三十九卷、第七號、頁一五一二。「国會議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではないというべきであって、国會議員の立法行為は、立法内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法一条一項の規定の適用上、違法の評価を受けないものといわなければならない。・・・本件立法行為につき、これが前示の例外的場合に当

原則上係對全體國民負起政治責任，而非針對特定個別的人民權利，負有立法之義務。盡管如斯，日本最高裁判所之判決，雖不利於訴訟當事人之權利救濟。惟在近代憲法訴訟意義上，特別是對訴訟之當事人（人民）在其他訴訟形式，無法獲得權利救濟之時，此際允許（承認）當事人提出立法不作為的違憲確認訴訟，並得合併請求國家賠償的訴訟形態，應予高度評價⁴⁷。

3.其他制度改革（立法不作為）與請求國家賠償（救濟）問題

前項有其關他立法不作為的制度改革訴訟判例，尚有對具有中華民國國籍台灣人之舊屬日本兵（即殖民時期的台灣舊屬日本兵）戰爭傷亡，請求日本政府（國家）補償（救濟）訴訟事件。女性再婚禁止期間之限制性立法（日本民法第七三三條）違憲確認訴訟與立法不作為請求國家賠償事件。樂生病患隔離立法不作為（ハンセン HANSEN 病熊本訴訟）賠償事件，以及慰安婦立法補償（立法救濟）訴訟事件等。如前述所見，日本司法審查介入立法不作為的制度改革訴訟，設有十分嚴格的審查要件，甚至原告的訴求在地方裁判所乃至高等裁判所判決，均已認定成立立法不作為違憲之判決案例，往往上訴至最高裁判所即被駁回或廢棄原案判決，諸如此類最高裁判所的判決例，在選舉制度改革訴訟上，時有所聞。但除了前述的選舉制度改革訴訟外，在其他的制度改革訴訟與請求國家立法救濟（賠償）事例，以現代的憲法訴訟與人權救濟的觀點，是否仍有進一步再予檢討改善的空間，可從最近幾個訴訟事例的司法判決加以分析討論。

①昭和五十七年（一九八二年）「台灣人元日本兵損失補償」⁴⁸訴訟事件，日本東京地方裁判所判決：「有關戰爭受害之認定範圍以及補償程度如何，係屬國家立法政策，而前項補償僅限定持有日本國籍者，並不違反憲法第十四條（法律之平等）⁴⁹之規定」。原告不服，於昭和六十年（一九八五年）上訴東京高等

たとと解すべき余地はなく、結局、本件立法行為は国家賠償法一条一項の適用上違法の評価を受けるものではないといわなければならない」。

⁴⁷ 参照中村睦男、常本照樹著「憲法裁判 50 年」、悠々社、一九九七年三月二十日発行、頁三二一以下。「今日の憲法学説では、立法行為に対する国家賠償訴訟が、①訴えの利益等の訴訟上の難点なくして法律の違憲審査を求めることができ、②立法の改廃を直接求めるものではないために立法府との摩擦が少なく、さらに、③他の訴訟によっては必ずしも救済を得られない国民に対して利益保護の途を確保する訴訟形態として、その憲法訴訟における意義は高く評価されてきたことが認められている」。

⁴⁸ 参照日本東京地方裁判所昭和五十七年二月二十六日、判例時報第一〇三二號、頁三十一。「戦争被害についていかなる範囲・程度の補償をするかは国の立法政策に委ねられ、日本国籍保有者に限定しても憲法十四条に反しない」（台灣人元日本兵損失補償請求事件）。

⁴⁹ 日本国憲法第十四条（法の下での平等、貴族の禁止、栄典）第一項は、「①すべての国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的

裁判所，同時原告為防止高等裁判所維持原判決，遂於上訴途中另追加外國人亦應比照日本人享有同等立法補償之立法不作為違憲確認訴訟，本件經東京高等裁判所判決：「確認立法不作為之違憲、違法訴訟，其前提是必須確認前項立法有無立法作為義務。本件係屬義務確認之訴訟，而法院受理此類型之訴訟，必須符合 I、行政機關或立法機關的作為義務，須為法律上不允許有二種不同解釋般的明確，且其程度亦必須達到不容許優先尊重行政或立法機關的第一次判斷權之明白程度。II、必須是非採事前司法審查其損害難以回復，即有顯著的事前救濟之必要性。III、無其他適切的救濟方法等要件。惟本件訴訟對原告應予立法補償之內容，含給付範圍、給付金額、給付時期以及給付方法等，在憲法上究竟尚非稱十分明確（不容許有二種不同解釋般的確定），故判決本件訴訟不合法」⁵⁰。雖然本件日本東京高等裁判所駁回原告之訴求，但從前述判決，顯然已肯定確認立法不作為違憲訴訟，應屬無名抗告訴訟中的義務確認訴訟之一，加以確認，亦屬一種進步的象徵。

②平成七年（一九九五年）原告提出民法第七三三條限制「女性再婚禁止期間」⁵¹之規定，因近年 DNA 的確認（鑑定）技術十分發達，且非常精密，而是項限制已不合時宜，實有違反憲法第十四條（法律之平等）與第二十四條（兩性平等）⁵²之情事，理應廢除，然而事經多年，却遲遲未見國會廢止是項規定之措施。因此，提起立法不作為與請求國家賠償之訴訟。本件經日本最高裁判所判

又は社会的関において、差別されない」と定めている。

⁵⁰ 参照日本東京高等裁判所昭和六十年八月二十六日、判例時報第一一六三號、頁四十一。「立法不作為を違憲・違法というためには当該立法をなすべき作為義務があることを当然の前提とするから、義務確認訴訟に属すると解されるところ、この種の訴訟が許容されるためには、①行政庁ないし立法府において一定内容の作為をなすべきことが法律上二義を許されないほどに特定していて、行政庁ないし立法府の第一次的判断権を重視する必要がない程度に明白であること、②事前の司法審査によらなければ回復し難い損害を生じ、事前の救済の必要性が顕著であること、③他に適切な救済方法がないこと、の各要件の充足が必要とし、控訴人らに対する補償立法の内容となるべき受給の範囲、支給金額、支払時期、支給方法等は憲法上一義的に特定しているとは到底いうことはできないとして本件訴訟は不適法とした」（台湾人元日本兵損失補償請求事件控訴審判決）。

⁵¹ 日本民法第七三三條（再婚禁止期間）は、「①女は、前婚の解消又は取消の日から六箇月を経過した後でなければ、再婚をすることができない。②女が前婚の解消又は取消の前から懐胎していた場合には、その出産の日から、前項の規定を適用しない」と定めている。

⁵² 日本国憲法第二十四條（家族生活における個人の尊厳と両性の平等）は、「①婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない。②配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない」と定めている。

決：「民法七三三條之立法宗旨在迴避父姓重複推定與防範發生父子關係紛爭於未然。據此，國會未廢止同法前項之規定，尚不能稱其有明確的違憲，並不適用國會賠償之規定」⁵³。此處，日本最高裁判所憲法訴訟認定違憲的基準，即是「明確的違憲」，其違憲明確程度必須符合「不容許有二種不同解釋般明白確定」。

③樂生病患者的隔離違法與國會立法不作為，肇致侵犯人權合併請求國家賠償之訴訟事件（ハンセン病熊本訴訟）。本件日本熊本地方裁判所於平成十三年（二〇〇一年）判決：「一九四七年至一九九六年（平成八年）的隔離政策違法，依法從平成八年新法廢止，結束終止違法行為之時起，溯至新法隔離政策失效之日止（依據WHO第二次專門會議，宣布樂生病患已無隔離必要時，亦即新法的隔離措置喪失合理效力），持續、不斷的發生侵害人權之情事，此乃不法行為之始期，判決賠償原告每人八〇〇萬日幣至一四〇〇萬日幣之損害賠償。原告放棄上訴，判決確定」⁵⁴。本件判決立法不作為成立要件，最值戶得觀察的重點是除了必須符合前述立法不作為違法（違憲）確認三要件（參照一九八五年東京高等裁判所『台灣人元日本兵損失補償』訴訟）外，再加上必須經過「相當的合理期間」，始得作為國會立法不作為請求損害賠償之成立要件。

④慰安婦的立法賠償訴訟問題，一九九八年日本山口地方裁判所判決：「慰

⁵³ 參照日本最高裁判所平成七年十二月五日、判例時報第一五六三號、頁八十一。「民法七三三條の立法趣旨は、父性の推定の重複を回避し、父子関係をめぐり紛争の発生を未然に防ぐことにあるから、国会が同条を改廃しないことが憲法の一義的な文言に違反しているとはいえず、国賠法一条一項の適用上違法の評価を受けるものではない」。

⁵⁴ 參照日本熊本地方裁判所平成十三年五月十一日、判例時報第一七四八號、頁三十。「ハンセン病は、一八九七年（明治三十年）の伝染病予防法の対象疾病に含まれなかったが、一九〇七年に、患者の療養所への強制入所を定める『癩予防ニ関スル件』が制定された。これをほぼ全面的に改正した一九三一年（昭和六年）の『癩予防法』（旧法）は、ハンセン病患者隔離政策を徹底し、強制隔離の対象を『療養ノ途ヲ有セス且救護者ナキモノ』（癩予防ニ関スル件三条一項）から全患者（『癩患者ニシテ病毒伝播ノ虞アルモノ』=旧法三条一項）に拡張した。一九五三年制定された『らい予防法』（新法）も隔離政策を継続するものであった。強制検診、国立療養院への入所措置、外出制限、従業禁止などを内容とする新法は、医学の進歩によって隔離政策の必要性が消失したと思われた後にも廃止されず、一九九六年（平成八年）まで存続した。本判決は、これらの法律によってハンセン病患者として国立療養所に入所させられた原告らは厚生大臣が国家賠償法の施行された一九四七年十月二十七日から一九九六年に『らい予防法』が廃止されるまでの間に施行されたハンセン病患者隔離政策の違法および国会議員が同法を制定した立法行為、それまでに同法を改廃しなかった立法不作為の違法などを理由として、国家賠償法一条に基づき、国を被告として熊本地裁に提起した原告一二七人について判断されたものである。熊本地裁は、ハンセン病患者・元患者に対する人権侵害の実態を詳細に認定した上で、原告らの請求（一人一億五千万円の賠償請求）の一部を容認した（一人八百万から一千四百万円）。控訴はなく、判決は確定した」。

安婦從軍制度乃徹底的侵犯女性人格，踐踏民族尊嚴，係現在必須克服的根本上人權問題。本件經過三年的合理期間，故認定該當立法不作為應屬國家賠償法上之違法行為」⁵⁵。惟翌年（一九九九年）日本東京高等裁判所却判決：「有關慰安婦立法補償之立法義務爭議問題，非屬現存法規的合憲性審查，此乃侵害憲法保障基本價值的人權問題，況且，前項立法救濟的司法判斷，以民事訴訟的法院為之，非屬憲法預定（既存現有）之規範」⁵⁶。

因此得知，日本的司法對介入制度改革的憲法訴訟與憲法救濟，雖然持肯定的態度，但却設下十分嚴格的審查要件，諸如必須符合①立法作為義務須明白，②有事前救濟的必要性，③無其他的救濟途徑，④必須經過相當合理的期限等要件⁵⁷。即使符合前述要件，當原告提起訴訟時，仍有可能遭致法院以：「立法義務之爭議，非法規的合憲性審查」，予以駁回之命運。顯見日本司法介入制度改革之作風，仍嫌保守與消極。

二、環境權爭議與禁止執行（或緊急停止命令，以下稱禁止執行）訴訟之救濟問題

1. 禁止執行訴訟之定義

禁止執行（injunction）訴訟（日文譯：差止訴訟 SAHITOME SOSYOU），乃為預防性救濟一種，特指當他人違法的行為，有侵害自己權益之虞時，得於事前向法院請求禁止他人執行是項行為，前項立法例，係源自海洋法系（英、美）衡平法（equity）之救濟方法（即禁止命令）的實體化。該項禁止執行請求權，

⁵⁵ 參照日本山口地下関支判平成十年四月二十七日、判例時報第一六四二號、頁二十四。「憲法秩序の根幹的価値に関わる人権侵害が現に個別の国民ないし個人に生じている場合には、それを是正しない立法不作為は、国家賠償法上の違法をいうことができる。従軍慰安婦制度は、徹底した女性差別、民族差別思想の現れであり、女性の人格の尊厳を根底から侵し、民族の誇りを踏みにじるものであって、現在においても克服すべき根源的人権問題である。日本国憲法の下でも国には被害者を保護すべき条理上の法的作為義務が課せられており、遅くとも従軍慰安婦に関する内閣官報長官談話が出された平成五年以降三年を経過した平成八年八月末には合理的期間を経過したといえるから、当該立法不作為が国家賠償法上も違法となったと認められる」。

⁵⁶ 參照日本東京高等裁判所平成十一年八月三十日、判例時報第一七〇四號、頁五十四。「従軍慰安婦に対する補償立法の立法義務について、既存法規の憲法適合性の審査ではなく、憲法秩序の根幹的価値にかかわる基本的人権の侵害があり、かつ、これを救済する立法をすべきであるとの司法判断を、民事訴訟等の場において裁判所が行うことを憲法が予定していると解することはできない」。

⁵⁷ 參照芦部信喜著「憲法」、岩波書店、一九九三年出版、頁二九九以下。

旨在着重於事前的權利救濟，而非在事後（指損害發生後），始提起請求損害賠償的權益救濟方法。在私法領域上，例如公司法對於不當使用商號（商標）、惡性競爭以及無體財產權之侵害等，得提起禁止執行訴訟，被視為事前救濟方法之一。在公法領域，就行政救濟（訴訟）而言，對於行政機關的特定行政行為、公權力或事實行為之行使（含未來即將行使，或現在持續進行的行為在內），得提起訴訟請求禁止執行該項行政行為（處分）。特別是行政機關在行使公權力之際，當事人提起所謂禁止執行（指禁止行使公權力）之訴訟，此乃具有抗告訴訟之性質，而前項訴訟，應視為請求行政機關於事前禁止執行該當行政行為或事實行為（即禁止行使公權力）的無名抗告訴訟之一種⁵⁸。

又禁止執行與民事訴訟的「假處分」或行政訴訟的「停止執行」等「暫時救濟」，因司法救濟介入的時間點不同，而有所區分。後者（暫時救濟訴訟）乃於民事訴訟事件或行政訴訟事件依法提起後，該項適法提起之訴訟案件，雖由法院正式繫屬，但全案由正式繫屬迄至終局裁判為止，其所經歷法院審理、調查、言詞辯論、判決等一連串相當冗長的訴訟程序，使本案系爭之法律關係處於長期不安定之狀態。尤其此種情形對於訴訟當事人之權益關係產生不利之侵害，甚而有回復困難之情事。故原告為達成本案之訴訟目的，另外以簡易、迅速審理的裁判方式，提起所謂的「暫時救濟」訴訟。例如：民事訴訟的「假處分」、行政訴訟的「停止執行」⁵⁹制度，諸如此類的暫時救濟制度，均屬判決確定前的「暫定措施」，旨在禁止變更訴訟期間的現狀或形成特定的法律關係，俾使原告提起訴訟請求司法救濟、確保訴訟目的於法院確定判決前，賦予假處分制度，而此種提起假處分聲請之訴訟，即稱之「保全訴訟」⁶⁰。簡言之，前述禁止執行訴訟制度，有別於民事、行政訴訟乃至刑事訴訟的保全制度⁶¹，在於事前的權利救濟（即請

⁵⁸ 參照竹内昭夫、松尾皓也、塩野宏前掲著「新法律学辞典（第三版）」、頁五六一。

⁵⁹ 原則上行政訴訟對政府機關公權力之行使排除適用民事保全（參照日本行政事件訴訟法第四十四條（仮処分の排除）は、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為については、民事保全法に規定する仮処分をすることができない」と規定している），故僅能提起行政處分停止執行之聲請（參照日本行政訴訟第二十五條至二十九條之規定，規定原文省略），我國行政訴訟法第二九九條，以及同法第一一六條、第一一七條，亦有類似規定。

⁶⁰ 參照金子広宏、新堂幸司、平井宜雄前掲編著「法律学小辞典」、頁一〇四二。「保全処分とは、狭義では、執行保全手続である仮差押えと仮処分を指し、広義ではいわゆる特殊保全処分を含む」。

⁶¹ 刑事訴訟法上的保全制度，除有利於被告人之證據保全（參照日本刑事訴訟法第一七四條《証拠保全の請求、手続》は、『①被告人、被疑者又は弁護人は、あらかじめ証拠を保全しなければその証拠を使用することが困難な事情があるときは、第一回の公判期日前に限り、裁判官に押収、搜索、検証、証人の尋問又は鑑定を請求することができる。②前項

求給付特定作為或不作為，旨在預防、阻止不法侵權行為），與訴訟提起後，為確保訴訟目的，免於訴訟期間發生變更現狀或回復困難的暫時措施。本論之重點在討論環境爭議與事前救濟制度之問題，有關後者暫時救濟問題另叙。

2.環境權的內涵問題

人類重視自然環境問題，乃肇始於工業高度的發展，物質文明進步快速，人民的生活水準大幅提昇，一方面却也帶來產業廢棄物大量污染環境的問題，復因過度工業化與都市化的開發、濫墾結果，使得珍貴的自然環境與文化資產幾乎遭至破壞殆盡，同時大量的工業廢水、廢棄物，造成公害與公安事件層出不窮。一九七〇年代，日本反公害的輿論高漲，有關環境污染問題與公害訴訟案件，相繼提出檢討，此項環境權之主張，不限於日本⁶²，甚至在現代的憲法訴訟與人權保障的時代，應屬全球性、全人類共有的人權問題之一。所謂環境權的涵義，係指人類對其生活與生存不可欠缺的大氣、水、日照、陽光等平靜的自然環境甚至包含歷史文化資產等良好的生活環境主張有享受與支配之權利⁶³。按前項新提出的自由權利之主張，就法的概念而言，環境權的內容、範圍與權利的主體仍屬不明

の請求を受けた裁判官は、その処分に関し、裁判所又は裁判長と同一の権限を有する』と定めている）外、尚包括以簡易裁判程序，俾以依法迅速、回復被害人之權利（參照日本刑事訴訟法第二九一條之二《簡易公判手續の決定》は、『被告人が、前条《冒頭手續》第二項の手續に際し、起訴状に記載された訴因について有罪である旨を陳述したときは、裁判所は、検察官、被告人及び弁護人の意見を聴き、有罪である旨の陳述のあつた訴因に限り、簡易公判手續によつて審判をする旨の決定をすることができる。但し、死刑又は無期若しくは短期一年以上の懲役若しくは禁錮にあたる事件については、この限りでない』と定めている），我國刑事訴訟法第二一九條之一，以及同法第七編第四四九條至第四五五條之規定，同旨。

⁶² 參照野中俊彦、中村睦男、高橋和之、高見勝利著「憲法 I（第三版）」、有斐閣、平成十三年四月十日出版、頁四六九，以及大阪弁護士会環境研究会編「環境權」、一九七三年出版、頁五十四。「環境權は、一九七〇年大阪弁護士会所属の弁護士有志により初めて提唱された。それによると環境權とは、良き環境を享受し、かつこれを支配しうる權利である。環境に対する支配の機能は、そこに住む地域住民の共有に属するものである、したがって、その共有者の一人にすぎない加害企業が、独占的にこれを支配することは許されないのであり、もしそのような必要があるときは、共有者である地域住民の同意を必要とする考えるべきである。そのような同意のない侵害に対しては、地域住民は、環境權の共有者として、これを侵害しようとする他の共有者に対し、侵害の予防を請求し、またはこれを差し止める権利をもつというのである」。

⁶³ 參照仁藤一、池尾隆良著「環境權の法理」、収録於大須賀明編著「生存權」、日本評論社、一九八七年一月二十日出版、頁一九四。「環境權によつて保護されるのは人が環境を支配し、良き環境を享受することである。そしてそれがすでに妨げられ、あるいは妨げられようとしている場合には、その妨害の排除または予防を請求できることから、良好な環境を支配し享受する自由であるといえよう」。

確。①就「支配」權而言，人類對生存與生活環境享有一定內容支配權，如斯，環境權有如私有財產權般，甚至於在特定的情形下，亦將環境權歸納與財產權均屬同一性質的權利。但事實上，私有財產權旨在保障個人的財產為着眼，然而環境權則在確保每個人都能享有「為人」最基本的生存與生活權利，故環境權通常係指保全較大範圍的環境，其主要目的乃是以特定地域的多數人之生命與身體安全為考量。據此，與其說環境權係保全個人的利益，倒不如說是在確保多數人的公共利益，來得適切。②就「使用」與「處分」權而言，環境權與私有財產權均具有「使用」之權益，但環境權却不同於私有財產權，允許個人具有環境之「處分」權。此即是環境權與私有財產權的差異。③就權利的主體而言，私有財產權的權利主體為個人，而環境權的權利主體則是特定區域的多數人。因此，環境權的法律概念與私有財產權的概念，仍有相當程度的落差。

再依環境權的客體而論，環境權的客體除了自然環境之外，至少應包含歷史文化環境以及社會人文環境等概念在內，縱然如此，環境權的實質內容仍屬模糊不明確，內部仍存在相互矛盾的問題。申言之，若按環境權的發展背景因素而言，該項權利應與自然環境的關係最密切，因此，前項權利的內容應限於有關自然環境性質的人格權之一環，故此項環境權乃為憲法上的權利，而此種公法上的權利關係，並不能立即具體的實現於私權之上⁶⁴。同時由公害問題引發的一連串環境破壞，衍生出環保意識的高漲，進而提出環境權的理論，不論環境權在法理上或實定法上是否能充分獲得具體的權利保障，在日本的學界與實務界大致出現積極與消極二種不同的見解，其主要的爭點在於環境權能不能構成實定法上的權利保障要件，而有肯定與否定不同意見，甚至有承認破壞環境的救濟請求權，却否定環境權具有實體法上的具體請求權。在①學說見解方面：對環境權利之保障持肯定見解之學者如阿部照哉教授認為：「依據日本憲法第十三條（尊重個人生命、自由、幸福追求權、公共福祉）⁶⁵之規定，賦予人民有防止破壞環境之防衛權，甚而憲法第二十五條（生存權與國家對生存權之保障義務）⁶⁶，更具體闡明人民

⁶⁴ 參照樋口陽一、佐藤幸治、中村睦男、浦部法穂著「注釈日本国憲法（上巻）」、青林書院、平成三年六月二十八日出版、頁三〇〇。以及松本昌悅著「環境權」、收錄於奧平康弘、杉原泰雄編「憲法学（3）」、頁九〇，淡路剛久著「環境權の法理と裁判」、頁二十九，小林直樹著「現代基本権の展開」、頁二七八，阿部照哉著「新しい人権としての環境権」、ロー・スクール、第二〇號、頁一〇。

⁶⁵ 日本国憲法第十三条（個人の尊重、生命、自由、幸福追求の権利の尊重）は、「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」と規定している。

⁶⁶ 日本国憲法第二十五条（生存権、国の生存権保障義務）は、「①すべて国民は、健康で文化

有積極追求良好生活環境之權利。因此，對於任何人為的環境破壞，人民均有請求公權力介入預防、阻止與回復原狀之權利。在前項規範下，公權力有規範私人恣意破壞環境之義務」⁶⁷。但亦有學者則持相反意見者，如原田尚彥教授主張：「環境權非屬直接以訴訟方式（即訴諸司法裁判），請求具體實現之法律權利，理論上第一優先應在立法與行政的層次下，予以具體化的規範。司法機關（法院）僅能依據行政機關制定之公害法規行使監視之權限。然而、環境權的抽象概念，僅止於實體法上的解釋方針，在裁判實務上，直接請求停止執行（即司法救濟）一切環境開發行為或事業活動之法律依據（法律規範），仍屬不充分」⁶⁸。②司法裁判實務方面：日本司法裁判實務，特別是憲法訴訟判例，對於環境權之判決多年以來一直都是呈現出曖昧、反覆不明確的態度，概略可歸納下列五種判決類型：

I 否定環境權之存在（參照鹿兒島地方裁判所、昭和四十七年五月十九日、判例時報第六二五號、頁二十六）。

II 下級法院雖然多數承認環境權的內容不明確，但環境的利益，仍應視為法律應保障之法益（參照東京地方裁判所、昭和四十五年十月十四日、行政事件民事裁判例集第二十一卷、第十號、頁一一八七）。

III 承認人民（居民）擁有防止不當（不法）侵害環境利益之權利（參照神戶地方裁判所尼崎分院、昭和四十八年五月十一日、判例時報第七〇二號、頁十八）。

IV 將環境權視為人格權之一環，對環境權之侵害即是侵害憲法保障之人格權，承認人民有排除侵害之權利（參照大阪高等裁判所、昭和五十年十一月二十七日、判例時報第七九七號、頁三十六）。

V 環境權之範圍，乃至構成之內容、性質不明確，甚至侵害之意義以及權利者之範圍不特定等，故難肯定其私權救濟之性質（參照名古屋地方裁判所、昭和五十五年九月十一日、判例時報第九七六號、頁四十）。

3. 環境權的爭議與權利救濟問題

① 環境權的權利救濟爭議

發生破壞自然環境爭議問題之初，當地的居民（受害者）循司法的途徑提出訴訟請求救濟，但誠如所知，環境權的權利保障在實定法上並無任何規範可

的な最低限度の生活を営む権利を有する。②国は、すべての生活部面について、社会福祉、社会保障及び公共衛生の向上及び増進に努めなければならない」と規定している。

⁶⁷ 參照阿部照哉著「基本的人權の法理」、頁二〇五，以及有倉遼吉、時岡弘編「条解日本国憲法（改訂版）」、三省堂、一九八九年六月三十日出版、頁二二三。

⁶⁸ 參照原田尚彥著「環境權と裁判所の役割」、判例タイムズ第二六五號、頁五。

云，換言之，即使發生破壞環境之侵害事實，多數案例僅能循立法與行政的方式處理。在司法救濟層面上，特別是以憲法保障環境權的抽象規範為法源依據，而提出的憲法問題（爭議），並以個別的權利侵害為由，依循民事訴訟（私權救濟）程序，請求禁止執行（injunction）特定作為或不作為，俾以預防或阻止不當（不法）侵害的擴大。然而日本在處理環境權爭議之初期，概觀其司法裁判的判決案例，法院通常採消極的態度，例如：「日本豐前火力發電廠請求停止作業之訴訟（福岡地方裁判所小倉支分院判決）」⁶⁹，「伊達火力發電廠請求禁止興建訴訟事件（札幌地方裁判所判決）」⁷⁰，「國分市污水處理場禁止增設假處分請求事件（鹿兒島地方裁判所判決）」⁷¹，「大阪國際空港公害訴訟事件（大阪地方裁判所判決）」⁷²等法院均判決：「前項憲法（第十三條及第二十五條）規範之環境權，僅限於『綱要性規定』、或『原則性規定』，能否普及化（即具體化）仍有疑問？即使依據憲法前開抽象之規範，而推論導出原告訴之聲明，所極力主張保障『環境權』的法源基礎，如斯的權利主張，不論是公法或私法領域，在現階段尚難以藉由司法裁判的方式，達到具體的實現其權利救濟之宗旨」⁷³。

⁶⁹ 參照日本福岡地方裁判所小倉支判、昭和五十四年八月三十一日、判例時報第九三七號、頁十九。「環境權は、各個人の権利の対象となる環境の内容、地域的範囲、その侵害の概念、さらに権利者の範囲において限定しがたく、権利概念自体として不明確であるので、法的権利性を承認することはできない」（豊前火力差止訴訟）。

⁷⁰ 參照日本札幌地方裁判所、昭和五十五年十月十四日、判例時報第九八八號、頁三十七。「本件人格權を差止請求の法的根拠として肯定しながらも、環境権については、憲法十三條及二十五條一項がいずれも綱領的規定であり、したがって、これらの規定自体は、個々の国民に、国に対する具体的な内容の請求権を賦与したものであるとともに、国以外のものに対する私法上のなんらかの具体的な請求権を直接定めたものではないといわざるをえない」（伊達火力発電所建設等差止訴訟）。

⁷¹ 參照日本鹿兒島地方裁判所、昭和四十七年五月十九日、判例時報第六七五號、頁二十六。「憲法第二十五條一項、同法第十三條一項の規定から直ちに申請人らが主張するような内容の環境権なる権利を各個人の権利の対象となる環境の範囲（環境を構成する内容の範囲、およびその地域的範囲）、共有者となる者の範囲のいずれもが明確でないという点を考えるとたやすく同調しがたい」（国分市し尿処理場増設禁止仮処分申請事件）。

⁷² 參照日本大阪地方裁判所、昭和四十九年二月二十七日、判例時報第七二九號、頁三。「・・・もとよりこのような権利を認める実定法規は存在しないため、憲法十三條、二十五條がその根拠とされるようであるが、裁判所は、これに対して、憲法第十三條、二十五條はいずれも国の国民一般に対する責務を定めた綱領規定であり、あるいは憲法第三章の総則的規定ないし国の責務を一般的に宣言した抽象的規定であって、個々の国民に対して直接的に具体的権利を付与したものでない」（大阪國際空港公害訴訟第一審判決）。

⁷³ 參照樋口陽一、佐藤幸治、中村睦男、浦部法穂前掲著作「注釈日本国憲法（上巻）」、頁三〇一以下。「裁判所が本条（憲法十三條）を単に綱領規定とか総則的規定とか一般的に断定していることは疑問であるが、右に整理されているような環境権を本条によって基礎づ

尤其是「名古屋新幹線公害訴訟」第一審名古屋地方裁判所判決⁷⁴及第二審名古屋高等裁判所判決⁷⁵，更明白判決：「環境權在實定法上無法源之依據，且環境權的權利主體、客體以及內容不明確，不允許其有私法上之排他效力，而破壞法律之安定性」（同前揭註 71、72）。

②環境訴訟（救濟）的適格問題

環境權的爭議，在請求司法救濟上最大的難題即訴訟當事人（指原告或聲請人或被害者）的適格問題，鑒於環境侵害的態樣與侵害範圍以及對象不易確定，往往在訴訟提起之後，管轄之法院通常以該當訴訟之當事人不適格而駁回原告訴之聲請。但「東京都國立市停止設置步道橋聲請事件」，東京地方法院判決：「本件原告（聲請人）等係居住於都道（東京都國立市）第一四六號線（通稱大學街）附近之居民，對於本件設置跨越馬路之行人步道橋，造成道路通行權與環境權之侵害，該當訴訟當事人等並無不具聲請人適格之要件」⁷⁶。同時前述的「大阪國際空港公害訴訟事件」，在第二審大阪高等裁判所却廢棄原審法院（大阪地方裁判所）判決（參照前揭註 71），改判決：「個人生命、身體安全以及精神之自由，乃為人類生存最基本的尊嚴，應予最大限度之尊重，本件原告前項之主張，乃攸關生命、身體、精神與生活之利益，應屬憲法保障人格權之一環」⁷⁷。顯見日本高等裁判所與地方裁判所對環境權救濟之見解，產生不同之看法，

け、しかもかかる権利をもって公法私法の領域如何を問わず裁判所を通じて実現されるべき具体的権利とするのは無理であろう」。

⁷⁴ 參照日本名古屋地方裁判所、昭和五十五年九月十一日、判例時報第九七六號、頁四十。「環境權は、その基盤たる各個人の権利の対象となる環境の範囲、いわば環境を構成する内容、性質、地域的範囲等が明らかでなく、したがって、また、その侵害の意義、権利者の範囲も限定し難く、差止の根拠としての私権性を肯定することは困難である」（名古屋新幹線公害訴訟第一審判決）。

⁷⁵ 參照日本名古屋高等裁判所、昭和六十年四月十二日、下民集第三十四卷、第一至四號、頁四六一。「実定法上何らの根拠もなく、権利の主体、客体及び内容の不明確な環境權なるものを排他的効力を有する私法上の権利であるとすることは法的安定を害し許されない」（名古屋新幹線公害訴訟控訴審判決）。

⁷⁶ 參照日本東京地方裁判所、昭和四十五年十月十四日、行政事件民事裁判例集第二十一卷、第十號、頁一一八七。「申請人らは、本件横断歩道橋が設置される都道一四六号線（通称大学通り）の近隣に居住する国立市の住民であつて、本件横断歩道橋の設置によりその設置箇所において有していた従来の方法による道路通行權の行使が妨害されるばかりでなく、自動車の交通量と速度の増加に伴う排気ガスの増大によって、健康の損傷、風致、美觀の破壊等の損害を被り、環境權が侵害されるにいたるといふのであるから、その主張の限りにおいては、いちおう申請人適格においても欠けるところはない」（国立歩道橋執行停止申立事件）。

⁷⁷ 參照日本大阪高等裁判所、昭和五十年十一月二十七日、判例時報第七九七號、頁三十六。「人

就長期而言，隨着越來越嚴重的環境破壞問題，法院對訴訟當事人主張之環境權與權益救濟爭議事件，亦愈是予以重視。

③環境權的救濟態樣

I 事前救濟問題

一般而言，對於不法之侵害其救濟的方法，通常採 a 事後的損害賠償，或採 b 事前向法院請求除去或防止其侵害，而提起「禁止執行」(injunction 或差止 SASHITOME) 訴訟，預防不法侵害的發生等二種救濟方式。然而現行法制則偏向採前者 (a) 的事後請求損害賠償或回復原狀的救濟方式⁷⁸ (我國民法第二一三條至第二一五條之規定，原則上亦採事後金錢賠償與回復原狀之救濟方式)。但對於特定之權利保障，例如，人格權或隱私權 (參照我國民法第十八條、第十九條亦有類似之規定) 等侵害，亦承認必要時，得允許採事前與事後 (即 a 與 b) 二種並行的救濟方式⁷⁹。如前所論述，雖然日本業已將環境權視為人格權之一環，予以保障。惟有關環境權侵害的預防性 (即請求禁止執行) 訴訟之權利保護要件，若就現行的觀點 (指現在的時間點) 而言，的確欠缺具體與明確的預見性 (對未來權利侵害之預見)，故在訴訟上，比較不利於原告之權利救濟⁸⁰。

間として生存する以上、平穩、自由で人間たる尊厳にふさわしい生活を営むことも、最大限度尊重されるべきであつて、本条 (憲法十三條) はその趣旨に立脚し、憲法二十五條も反面からこれを裏付けており、このような、個人の生命、身体、精神及び生活に関する利益は、各人の人格に本質的なものであつて、その総体を人格權ということできる」 (大阪國際空港公害訴訟控訴審)。

⁷⁸ 參照日本東京高等裁判所、昭和四十五年四月十三日、高民集第二十三卷第二号、頁一七二。「現行法は、人格的利益の侵害に対する救濟として、損害賠償ないし原状回復を認めることを原則とするけれども、人格的利益を侵害された被害者は、また、加害者に対して、現に行われている侵害行為の排除を求め、或いは、将来生ずるべき侵害の予防を求める請求権を有するものというべきである。しかし、人格的利益の侵害が、小説、演劇、映画等によつてなされたときとされる場合には、個人の尊厳および幸福追求の権利の保護と表現の自由 (特に言論の自由) の保障との関係に鑑み、いかなる場合に右請求権を認めるべきかについて慎重な考慮を要するところである」 (エロス+虐殺事件)。

⁷⁹ 參照日本東京地方裁判所、昭和三十九年九月二十八日、下民集第十五卷、第九号、頁二三一七。「プライバシー権、つまり私生活をみだりに公開されない権利の侵害に対しては、侵害行為の差止め及び精神的苦痛による損害賠償請求権が認められ得る」 (宴のあと事件)。

⁸⁰ 參照日本東京高等裁判所、平成二年六月二十七日、高民集第四十三卷、第二號、頁一〇〇。「四年後のジェット化を予定して空港の拡張工事が近く開始されるとしても、その間用地買収、空港施設の建設、周辺道路の整備を行い、また運輸大臣の関与する航空法上の行政手続を経由する必要がある、予定通りジェット化が実現するか否か明らかでなく、また、ジェット化後の航空機の運行状況も未確定である現状においては、空港のジェット化によ

可是若從基本人權保障與權利救濟的觀點而論，有關環境利益之保護與救濟方式，僅是損害賠償的救濟方法，業已不符合權益保障之本質。日本「阪神高速道路公害訴訟事件」，神戶地方裁判所尼崎分院判決：「除了損害賠償之外，對於明確不法之侵害，得於事前拒絕或有防範未然之權利」⁸¹。同樣的「大阪國際空港公害訴訟（第二審）」，大阪高等裁判所判決：「環境權與人格權相同，其事前之救濟（SASHITOME），均屬無須等待實定法訂定明文之規範，應立即予以承認的基本權利。不僅是損害賠償的問題，同時亦應禁止其執行夜間九時之後的飛機（客、貨機）起降任務」⁸²。又「女川核能發電廠停止建設與停止運轉訴訟事件」⁸³，第一審暨第二審日本仙台地方裁判所以及高等裁判所均判決原告（居民）勝訴。「橫田駐日美軍基地噪音公害訴訟」，日本最高裁判所對原告提出基地內的駐日美軍，應停止執行夜間（晚上九時至翌晨七時止）飛行任務之訴訟，認定其具備請求「不作為給付訴訟」⁸⁴之要件，「名古屋新幹線公害訴訟第

り生ずる騒音等の公害を防止するため、人格権に基づき空港拡張工事の差止めを求める訴えは、ジェット化が実現した際に、それにより原告にいかなる人格権侵害状態が生じ、それが受忍限度を超えるか等を確実に予見することは困難であり、本件訴えは、現時点においては、その成立要件の的確な判断が困難な権利、その内容が不明確未成熟な状態にある権利に基づくものであり、権利保護の要件に欠き不合法である」。

- ⁸¹ 参照日本神戸地方裁判所尼崎支判、昭和四十八年五月十一日、判例時報第七〇二號、頁十八。「環境利益の保護としては、損害賠償だけでは十分ではなく、その不当な侵害行為すなわち環境の不当悪化それ自体を有効に防止する方法を具備せねばならない。そこで、現に正当に環境利益を享受している住民（住居管理者）は、その住居環境が明らかに不当に破壊される危険、すなわち環境利益が明らかに不当に侵害される危険を生じた場合には、そのような不当侵害を事前に拒絶し、あるいは未然に防止しようとする権利、いわば『環境利益不当侵害防止権』を有している」（阪神高速道路事件第一審）。
- ⁸² 参照日本大阪高等裁判所、昭和五十年十一月二十七日、判例時報第七九七號、頁三十六。「差止請求の根拠としての人格権は、実定法の規定を待たなくとも当然に承認されるべき基本的権利であり、それに基づく差止請求が容認される以上、環境権理論の当否については判断する必要はない。・・・又別として、深夜の時間帯にいまなお郵便輸送機を本件空港に発着させることは、受忍限度を著しく超えたものであって、午後九時以降の離着陸禁止を認めざるを得ない」（大阪國際空港公害訴訟第二審）。
- ⁸³ 参照日本仙台地方裁判所、平成六年一月三十一日、判例時報第一四八二號、頁三。「環境権は実定法上明文の根拠はないが、権利の主体となる権利者の範囲、権利の対象となる環境の範囲、権利の内容は、具体的、個別的な事案に即して考えるならば、必ずしも不明確であるとはいえず、環境権に基づく差止請求は適法である。もつとも、環境権に基づく差止請求も人格権に基づく請求と基本的に同一である」（女川原発訴訟第一審、控訴審、仙台高判平 11、3、31 判時 1680-46 も同旨）。
- ⁸⁴ 参照日本最高裁判所、平成五年二月二十五日、判例時報第一四五六號、頁五十三。「不作為を求める給付の訴え（請求の特定）につき、被告（国）は、原告らのために、アメリカ合

二審」有關請求被告執行特定不作為（即聲請禁止執行噪音與震動）之判決，亦屬同旨⁸⁵。

II 事後救濟問題

雖然現行法律制度對權利的救濟，不排除訴訟之當事人採事前救濟的方式，但法院對採事前救濟的訴訟要件，却有十分嚴格的限制，諸如：a 非採事前司法審查手段，無法獲得權利之救濟或蒙受回復困難之損害⁸⁶。b 須為不能回復現狀之損害，且現行法制上無其他適切的救濟方法⁸⁷。c 須有非採事前救濟之特殊情事⁸⁸。以及 d 必須有遭遇重大難以回復損害之虞等特殊情事⁸⁹。除此之外，

衆国軍隊をして、毎夜九時から翌朝七時まで本件飛行場を一切の航空機の離発着に使用させてはならず、かつ、原告らの居住地において五五ホン以上の騒音となるエンジンテスト音、航空機誘導音を発する行為をさせてはならないとの請求の趣旨は、請求の特定に欠けるものではない」（横田基地訴訟）。

⁸⁵ 参照日本名古屋高等裁判所、昭和六十年四月十二日、下民集第三十四卷、第一～四號、頁四六一。「いわゆる抽象的不作為判決（騒音及び振動の差止め）は間接強制の方法により執行し得るから、かかる判決を求める申立ても適法であり、代替執行が可能であるように請求を構成しなければ訴訟上の請求として特定しないとはいえない」（名古屋新幹線公害訴訟控訴審）。

⁸⁶ 参照日本大阪高等裁判所、昭和五十二年十一月十日、行政事件民事裁判例集第二十六卷、第十、十一號、頁一二六八。「申請に対する拒否処分に対してその取消訴訟併せてなす義務付け訴訟は、例外的に拒否処分の取消判決において違法とされる拒否理由以外の理由によって再び同一の拒否処分をする余地がなく、処分をなすべき行政庁の義務が一義的明白であり、かつ、事前の司法審査によらなければ、権利救済が得られず回復し難い損害を及ぼすというような緊急の必要がある場合を除いては不適法である」（堀木訴訟控訴審）。

⁸⁷ 参照日本東京地方裁判所、昭和三十八年七月二十九日、行政事件民事裁判例集第十四卷、第七號、頁一三一六。「受刑者の強制剪剃の差止めは、行政庁の第一次的判断権を重視するに値せず、あるいは過去になされた行為が将来も継続されることが明らかでその第一次的判断権が既に行使されたに等しい状況にあり、他面、いったん実施されれば現状回復が不可能であり、かつ、現行法上他に適切な救済方法が存在しないから、行政庁に対する行政行為の差止請求として適法である」。

⁸⁸ 参照日本最高裁判所、昭和四十七年十一月三十日、民集第二十六卷、第九號、頁一七四六。「いわゆる」勤評長野方式における自己観察表示義務につき、義務違反の結果として将来懲戒その他何らかの不利益処分を受けるおそれがあるというだけで、その処分の発動を差し止めるため、事前に右義務の存否の確定を求めることは、事前の救済を認めないことを著しく不相当とする特段の事情がある場合でない限り、許されない」（長野勤評事件）。

⁸⁹ 参照日本最高裁判所、平成元年七月四日、判例時報第一三三六號、頁八十六。「本件では河川法七十五条に基づく監督処分その他の不利益処分をまって、これに関する訴訟等において事後的に本件土地が河川法にいう河川区域に属するかどうかを争ったのでは、回復し難い重大な損害を被るおそれがある等の特段の事情があるということができないから、あらかじめ河川管理者が河川法上の処分をしてはならない義務があることの確認ないし河川法

通常對於權利救濟的方式均採事後救濟為原則。而權利的事後救濟即損害賠償的方法又有 a 回復現狀與 b 金錢賠償（適用於不能回復現狀或回復顯有重大困難者）二種。同時在提起給付損害賠償之訴訟，又有 A 請求給付將來損害之賠償（指未來的損害賠償，以下稱將來損害賠償），與 B 給付過去損害賠償之分。

A 將來損害賠償：

日本民事訴訟法第一三五條規定，訴訟之當事人認為：「有必要於事前提起將來給付之訴訟時，得提出前項之聲請」⁹⁰。日本立川簡易裁判所判決：「將來的損害賠償請求權，嚴格來說，並非屬現存之請求權，就不動產持續占有（指被告不法占有）之性質而言，上開請求權的發生原因既已存在，故迨至不動產交付為止，原告具有請求給付相當於支付租金之損害賠償權」⁹¹。但肇始於環境公害的將來損害賠償請求權，在前述「大阪國際空港公害訴訟第三審」，日本最高裁判所判決：「將來損害給付要件限於 a 須有請求權之發生基礎事實、法律關係之存在，且必須能預見其未來將持續不斷的發生，b 請求的內容必須能明確預測其未來的變動係對債務者有利，c 且必須證明被告提出阻止強制執行時，所課予債務者之負擔，須為債務者所能承擔之合理範圍，・・而本件請求給付公害之將來損害賠償，與不動產不法持續占有之情形，不得同一而論，故判決本件前項之將來損害請求權不適格，駁回原告訴訟之聲請」⁹²。顯見日本最高裁判所對公害的將來損害賠償的構成要件，其認定十分嚴格。

上処分権限がないことの確認、及び、これらと同趣旨の本件土地が河川区域でないことの確認を求める法律上の利益を有するということはできない」。

⁹⁰ 日本民事訴訟法第一三五條（将来の給付の訴え）は、「将来の給付を求める訴えは、あらかじめその請求をする必要がある場合に限り、提起することができる」と規定している。

⁹¹ 参照日本立川簡易裁判所、昭和二十八年二月四日、判例時報第五號、頁十五。「将来の損害賠償請求権は、厳密には現存しない請求権であるが、占有（被告による建物占拠）には継続する性質があり、右請求権の発生すべき原因が既に存在しているといえるから、建物明渡しに至るまでの賃料相当損害金を求める訴えは適法である」。

⁹² 参照日本最高裁判所、昭和五十六年十二月十六日、民集第三十五卷、第十號、頁一三六九。「将来の給付の訴えが許されるのは、①請求権発生の基礎をする事実上、法律上の関係が存在し、その継続が予測され、②右請求権の成否、内容につき、債務者に有利な将来における事情の変動があらかじめ明確に予測し得る事由に限られ、③しかもこれについて請求異議の訴えによりその発生を証明してのみ強制執行を阻止し得るという負担を債務者に課しても格別不当といえない場合に限られる。同一態様の行為（空港騒音等）の将来にわたる継続が予想されても、損害賠償請求権の成否及び額をあらかじめ一義的に明確に認定できず、事情の変動の立証を負う債務者の負担に課することが不当である本件の場合には、不動産の継続的不法占有の場合とは同一論ずることはできないから、かかる将来の損害賠償請求権は本条の訴えにおける請求権としての適格を有しない」（大阪國際空港公害訴訟第三審）。

B 過去損害賠償：

環境訴訟其牽涉的問題十分複雜，往往訴訟當事人對於現在持續進行的自然環境破壞，為防止不法侵害的擴大，提出預防性訴訟（救濟），對於過去已造成之侵害提出損害賠償，對未來仍持續發生的侵害，提出將來損害賠償等訴訟。然而從歷年所提出有關環境救濟的訴訟事例而言，日本最高裁判所對於爭訴多年的「大阪國際空港公害訴訟」事件，判決：「a 駁回第二審預防性救濟部分（禁止執行夜間航空機起降任務），b 廢棄原告將來損害賠償之請求，c 僅判決機場的噪音已逾越居民之人忍受限度，其侵害行為乃屬違法，被告（國家）應有支付過去損害賠償之義務」⁹³。日本最高裁判所第一小法庭在平成五年，對「厚木基地公害訴訟（駐日美軍軍用機場噪音公害）」，亦同樣認定：「a 維持原審判決，指出原告提出禁止基地內美軍執行軍機飛行任務之預防性救濟乃屬不合法之請求，b 廢棄原審認定原告請求過去損害賠償乃屬違法之判決，指出原審法院僅針對公共性與公益性方面，實施比較衡量，並未就環境侵害程度與防止公害的措施等作整體考量，認為本件訴訟國家（被告）所採取的公害防止對策不足，有關原告過去損害賠償部分有進一步審理之必要，應駁回更審」⁹⁴。

⁹³ 同日本最高裁判所、昭和五十六年十二月十六日、民集第三十五卷、第十號、頁一三六九。「差止請求については民事訴訟として不適法とし、過去の損害賠償については、次のとおりに述べ、国営空港に離着陸する航空機の騒音等によって地域住民が生活妨害を受けた場合においてこれが違法な法益侵害とかるか判断するに当たっては、侵害行為の態様と侵害程度、被侵害利益の性質と内容、侵害行為の持つ公共性ないし公益上の必要性の内容と程度等を比較検討するほか、侵害行為の開始とその後の継続の経過及び状況、その間にとられた被害の防止に関する措置の有無及びその内容、効果等の事情をも考慮し、これらを総合的に考察してこれを決すべきである。そして、空港の騒音等によって被害を受ける地域住民が多数に上り、その被害内容も広範かつ重大であるなどの事情の下では、空港の供用について公共性ないし公益上の必要があっても、住民の被る被害は受忍限度を超え、侵害行為は違法であり、国はこれに対して慰謝料支払の義務を免れない」（大阪国際空港公害訴訟最高裁判決）。

⁹⁴ 参照日本最高裁判所（第一小法廷）、平成五年二月二十五日、民集第四十七卷、第二號、頁六二四。「本件飛行場に係る被告（国）と米軍との法律関係は条約に基づくものであるから、被告は『条約ないしこれに基づく国内法令に特段の定めない限り、米軍の本件飛行場の管理運営の権限を制約し、その活動を制限し得るものではなく、関係条約及び国内法令に右のような特段の定めはない』。そうすると原告が米軍機の離着陸等の差止めを請求するのは、被告に『対してその支配の及ばない第三者の行為の差止めを請求するものというべきであるから、本件米軍機の差止請求は、その余の点について判断するまでもなく、主張自体失当として棄却を免れない。・・・また、原審は本件飛行場の使用及び供用に基づく侵害行為の違法性を判断するに当たり、前記のような各判断要素を十分に比較検討して総合的に判断することなく、単に本件飛行場の使用及び供用が高度の公共性を有するという

④環境訴訟與現代型憲法訴訟（救濟）問題

I 整體利益（公益）與部分利益（私益）的衝突與救濟問題

環境訴訟的問題，通常是整體利益與部分利益的衝突或代表多數人民的國家利益（公益）與少數個人利益（私益）的爭訟問題。諸如：核能發電廠的污染公害、污水處理廠的興建、機場的擴建與噪音等破壞自然環境的公害爭議事件。這些代表少數人或一部分居民的利益與多數人或國家的利益有抵觸時，如何透過司法訴訟的途徑（即司法救濟的手段）來解決（平息）爭議或救濟（賠償、補償）少數人為多數人所犧牲的利益。換言之，公共福祉（公共性）、公益性與被害者的忍受限度是司法審查（救濟）的判斷基準。日本東京高等裁判所審理「厚木基地（駐日美軍軍機噪音）公害訴訟事件」時，指出：「本件航空基地乃為提供海上自衛隊與美軍共同使用之基地，不僅攸關國家安全與經濟發展、人民福祉的重要事項，甚至關切世界和平與安全的重要政治外交問題，係具有高度公益性的國家防衛行為，故在一定範圍的犧牲，乃屬必要且情非得已之情事，又原告의被害程度並無逾越前項範圍（忍受程度），因此阻却被告之違法性，駁回原告損害賠償之請求。・・但基於損害公平分擔之原則，立法與行政部門應針對被害者實施補償、俾以減輕、救濟其損失」⁹⁵。申而言之，環境爭議時司法（法院）判

ことから、原告の被害は受忍限度の範囲内にあるとしたものであつて、その判断には不法行為における侵害行為の違法性に関する法理の解釈適用を誤つた違法があるというべきである。以上によれば、原告の過去損害賠償につき、その請求を棄却した原審の判断は違法として破棄を免れない。前記違法性の判断及び損害賠償額の算定等について更に審理を尽くさせる必要があるから、過去の損害賠償請求の部分については原審に差し戻す」（厚木基地公害訴訟最高裁判決）。

⁹⁵ 参照日本東京高等裁判所、昭和六十一年四月九日、判例時報第一一九二號、頁一。「本件では、被告（国）による本件飛行場の使用及び供用行為の高度な公共性を考えると、これに基づく原告の被害が情緒的被害、睡眠的被害ないし生活妨害のごときものである場合には、原則として、かかる被害は受忍限度内にあるものとしてこれに基づく慰謝料請求は許されない。けだし、一国の防衛は、国の存立と安全を確保し、国民經濟の發展と国民の福祉をはかるうえに緊要の事項であるばかりでなく、世界の平和と安全にも関係する政治外交上の重要問題であつて、国民の自由と基本的人権もこれによって確保される面をもつのであることに鑑みれば、この高度に公共性のある国の防衛関連行為に随伴して生ずるある範囲の犠牲について、国民がこれを受忍することを要求されるのは、事柄の重要性と必要性との対比において止むを得ないところと解すべきであつて、本件の原告の被害は右の範囲を超えるものとは認められない。したがつて、被告による本件飛行場の使用及び供用にに基づく加害行為に違法性があるものとは認められず、原告の損害賠償請求はこの点において理由がなく、棄却される。なお、この理由は、慰謝料請求権の成立要件としての違法性の存否を論じたものにすぎず、違法性の有無にかかわらず、国民の一部が受ける被害の公平な分担という見地から国が被害者に対して被害の補償又はその減輕の見地にたつて立

斷訴訟當事人的系爭行為，有無構成不法侵害之要件，其判斷基準為：a 侵害者的行為態樣與侵害的程度，b 被侵害者的權益性質、內容與侵害者的行為是否為公益上所必要之程度（即公益的必要性）等實施比較衡量，除此之外，更應考量 c 侵害行為開始之後，以及後續經過情形，其間侵害者有無研採防範措施與防範措施的內容、效果（亦即防範措施適當性）等，作綜合性判斷。如斯即使侵害者的行為係基於公益之必要，若其侵害程度已逾越被侵害者所能忍受之程度，前項的侵害行為乃屬違法之侵害，被告即應負起損害賠償之責任⁹⁶。

II 直接賠償（救濟）與間接賠償（救濟）的合憲性問題

大多數的公共設施（航空站、鐵路、高速公路沿線、焚化爐、核電廠等）附近之居民，每日飽受噪音、空氣污染等環境侵害之苦，因此向法院提起訴訟，請求給付特定不作為（例如：停建、停工、音量管制、減班、甚至停止夜間施工、或飛行任務）等預防性救濟，旨在直接改善環境品質或阻止環境惡化繼續擴大。有關前項請求司法救濟的方式，亦稱：「直接救濟」，其次則是採前項救濟以外的請求損害賠償之救濟方式，又稱：「間接救濟」⁹⁷。有關直接救濟與間接救濟的合憲性爭議問題，在前述「大阪國際空港公害訴訟」，日本最高裁判所判決：「駁回原告循民事訴訟請求航空行政權介入實施航空機起降管制之聲請」⁹⁸，以及「厚木基地（駐日美軍機基地）公害訴訟第一審，橫濱地方裁判所（第二、三審，東京高等裁判所、最高裁判所判決亦同旨）判決，指出：「日本政府（被告）無法對依美日安保條約提供美軍（第三者）使用之基地，行使管轄（支配）權」。諸如此類型的訴訟，法院逕行以：「請求禁止執行訴訟不適法（大阪空港公害訴訟），或支配（管轄）權不及第三者（厚木基地公害訴訟）」等事由，駁回原告聲請直接救濟之訴訟。理論上法院對於駁回前項直接救濟之聲請，即有侵犯憲法保障人民的訴訟（司法裁判）權利⁹⁹之疑慮。關於此項疑慮，「厚木基地公害訴訟」橫濱地方裁判所判決書，直接指出：「本院雖然不允許原告提出禁止飛行及音量管制等救濟方式（直接），但對於其他循求司法訴訟的救濟管道

法、行政上の努力をなすべき立場にあることを否定するものでないことは勿論である」（厚木基地公害訴訟控訴審）。

⁹⁶ 同前掲註 92（大阪國際空港公害訴訟最高裁判決）。

⁹⁷ 參照浦部法穂、戸波江二編著「憲法（法科大学院ケースブック）」、日本評論社、二〇〇五年七月二十日初版、頁一〇〇。

⁹⁸ 同日本最高裁判所、昭和五十六年十二月十六日、民集第三十五卷、第十號、頁一三六九。「最高裁は、本件訴訟では、民事訴訟において航空機の離着陸の規制という航空行政権に関する請求を行うことは不適法と判断している」（大阪國際空港公害訴訟最高裁判決）。

⁹⁹ 日本國憲法第三十二條（裁判を受ける權利）は、「何人も、裁判所において裁判を受ける權利を奪はれない」と規定している。

(例如：損害賠償等間接救濟機會)，並未予以剝奪，故難稱有侵犯憲法保障原告司法訴訟之請求權利」¹⁰⁰。據此得知，基於公益或國家防衛等因素之考量，雖然駁回原告請求直接救濟之聲請，若法院判決改以同意採間接救濟(賠償或補償)之方式，並無違反憲法保障程序救濟之權利。

三、提起宣言判決(即確認違憲無效)訴訟之救濟問題

預防性訴訟(救濟)的另一種訴訟類型，也就是允許訴訟當事人向法院提起所謂：「宣言判決(declaratory judgment)」之訴訟，即指法律(以下含命令在內)違憲，或行政機關依據違憲之法律，而為特定行政處分，致使特定對象的權利受到侵害時，原告因此得提出請求確認法律(或前項處分)違憲、無效之訴訟，或事前向法院請求宣告系爭的法律關係違憲之訴訟。又在原告提起前項訴訟時，除有確認法令或處分違憲、無效外，同時亦得一併提出請求禁止執行違憲法令(處分)之訴(即差止訴訟 SASHITOME SOSYOU)¹⁰¹。

按前述「宣言判決」之定義，若依照傳統的訴訟形式而言，實質上應屬於確認訴訟之一種，故亦可稱其為：「確認違憲無效」之訴訟。此種違憲確認訴訟之性質，乃於法令公布之初，即開始施行之前，或法令適用之前，即允許當事人提起訴訟，在行政法學上相當於預防性訴訟。鑑於此類型之訴訟，與其說訴訟之目的在解決

¹⁰⁰ 參照日本横浜地方裁判所、昭和五十七年十月二十日、判例時報第一〇五六號、頁二十六。
「本件飛行場に離着陸する航空機の運航等の差止等に関して民事訴訟によりその救済を求めることが許さないとすれば、右差止等を司法裁判所を介して実現しようとするには行政訴訟手続によるほかないところ、行政訴訟の提起は容易でないから、結局、当裁判所の前記判断は、憲法三十二条所定の原告らの裁判を受ける権利を侵害するものではないかとの反論が予想されないではない。そこで、この点につき付言するに、原告らが本件飛行場に離着陸する航空機に起因する騒音等に関して、我が国の司法裁判所に対して救済を受けるため、その適否の判断を求めることが一切許されないとすれば、これはまさに憲法上保障された裁判を受ける権利を侵害することになりかねない。しかしながら、当裁判所は、原告らが被告に対して本件飛行場に離着陸する航空機の運航の差止及び音量規制を求めることが不適法な請求であると判断したにとどまり、仮に原告らが右航空機の発する騒音等に関して被告に対し損害賠償責任や補償責任を訴求とするならば、それについてまで不適法な請求であるとするものではないことはいうまでもない。すなわち、当裁判所の判断は、原告らの求める救済の態様(差止及び音量規制)との関連において原告らに司法的救済を求めることが許されないとしたもので、その他の救済方法(例えば損害賠償請求)に関してまでも司法的判断を受ける機会を一切、奪おうとする者ではないから、結局、原告らの裁判を受ける権利を何らの侵害するものではないと解する」(厚木基地公害訴訟第一審判決)。

¹⁰¹ 參照松戸秀典前掲著作「憲法訴訟」、頁一五九以下。

具體紛爭事件，勿寧說在已知系爭的法令將適用於具體事件之前，即聲請法院先行確認法令之合憲性，所以也稱之：「規範統制訴訟」（法規的抽象審查）。

理論上，法令有違憲疑慮之時，訴訟當事人得向法院（含憲法法院或釋憲機關）提起「宣言判決」之聲請，旨在防範或解決法律處於不安定的狀態，特別將系爭的法律提昇到憲法訴訟（救濟）的領域內，請求法院判決或司法解釋，藉以消除疑慮，確認法律之合法（憲）性與安定性。例如：刑事訴訟之當事人在適用法律發生權利受到損害或不利益時，通常被害者或被告會提出適用法律違憲、無效之主張，並透過法院裁判（司法審查）之程序，爭取無罪之判決，俾以回復利益。而前項訴求乃藉由憲法訴訟（救濟）的程序，具體實現憲法的價值或形成憲法秩序。

從另一個角度來看，刑事訴訟的當事人必須在個人權益受到損害後，方能提起確認法令違憲之訴訟。簡言之，必須飽受刑事追訴之苦痛或承受適用違憲法令之侵害後，始具備提起憲法救濟之要件。如斯以犧牲個人利益來換取或形成安定的法律秩序，此絕非法治國家應有的常態。故在一般的法治國家，原則上於法制許可的情形下，盡可能於法律適用前，允許訴訟（含民事、刑事、行政訴訟）當事人向法院提起宣言判決，請求確認法令之合憲性，俾以消除法令違憲、無效之疑慮。鑑於日本的司法審查制度係屬附隨於民事、刑事以及行政具體爭議事件的司法審查制，因此前述的「宣言判決訴訟」乃至「規範統制訴訟」，均非法律明文規定之訴訟方法，原則上也算是「法定外訴訟」之一。在「警察預備隊違憲訴訟判決」事件，原告提起警察預備隊設置法以及依前項法律所為之處分（設置警察預備隊）違憲、無效的確認訴訟。本件日本最高裁判所雖然判決：「現行法制（憲法以及相關法律），並無任何明文規定，法院具有抽象的法令審查權」¹⁰²。但就學理上而言，最高裁判所亦不禁止訴訟的當事人提起規範統制訴訟之聲請¹⁰³。再則「京都市古都保存協力稅條例」事件，該條例指定特定的宗教寺院（東大寺等）必須課徵文化觀光稅，原告（東大寺）以侵害宗教信仰自由，提起確認同條例違

¹⁰² 參照日本最高裁判所（大法廷）、昭和二十七年十月八日、民集第六卷、第九號、頁七八三。「現行の制度の下では、特定の者の具体的な法律關係につき紛争の存する場合にのみ裁判所その判断を求めることができるのであり、裁判所が具体的事件を離れて抽象的に法律命令等の合憲性を判断できるとの見解には、憲法上及び法令上、何らの根拠も存しない」（警察予備隊違憲訴訟最高裁判決）。

¹⁰³ 參照有倉遼吉、時岡弘前掲著作「条解日本国憲法」（改訂版）、頁五〇〇，以及小嶋和司著「憲法の基本知識」、頁一八二。「現行制度上は最高裁判所に憲法裁判所としての性格を認めていないが、本条は、最高裁判所に法律によつてかかる憲法裁判権を与えることを禁じてはいないから、法律または最高裁判所規則で必要な規定を設ければ最高裁判所は憲法裁判所として活動することも可能である」。

憲無效以及禁止執行該條例（課稅）之訴訟。本件訴訟即是典型的請求「確認違憲判決」之訴訟。本案京都地方裁判所判決：「系爭法律的文化觀光課稅規定，並非針對宗教而設置，故無違反憲法之規定」¹⁰⁴。前項判決雖駁回原告的違憲確認之聲請（屬實體審查的駁回），但在訴訟的程序（即訴訟提起要件）上，並不否認原告於法律適用前，提出確認法律違憲無效的預防性救濟。

參、結語

憲法訴訟或救濟的目的，在於具體實現憲法的價值，換言之，訴訟當事人（請求救濟之人），如何透過司法的裁判（救濟），來確保憲法的意思或形成憲法秩序。憲法對於基本人權之保障，除了實體基本權（諸如：自由權、參政權、人格權等）的保障外，尚有程序基本權（陳情、請願、訴訟權）的保障。然而程序基本權（即請求司法裁判權）之保障，却是落實實體基本權的最重要手段、方法。本論文所言，憲法救濟的意義，除法院（含憲法法院、釋憲機關）判決法令違憲後的具體救濟方法外，更包含預防或除去侵害憲法價值以及形成憲法秩序的救濟方法在內。所以利益關係人就其憲法保障的實質權利受到不法侵害或有受不法侵害之虞，得提起訴訟向法院請求司法裁判（救濟），實為研究現代憲法訴訟的重要課題之一。

其次按權利侵害的態樣，有必要於事前請求司法介入為預防性救濟，也有為了確保訴訟目的，禁止變更訴訟期間的現狀或形成特定的法律關係之暫時性救濟。現行法制對於不法侵害的救濟方法，偏向事後請求損害賠償或回復原狀之救濟方式。一般法治國家而言，訴訟當事人提起訴訟的適格要件，必須個人的權益受到損害後，始得提起司法救濟，請求損害賠償或於終局裁判確定，承受適用法令違憲之侵害後，始具備提起憲法救濟之要件。如斯顯然必須以犧牲個人利益來換取或形成法律之秩序，此絕非現代法治國家應有的常態。因此，現代法治國家，

¹⁰⁴ 參照日本京都地方裁判所、昭和五十九年三月三十日、行政事件民事裁判例集第三十五卷、第三號、頁三五三。「本税は、有償で行う文化財の觀賞という行為の客觀的、外形的側面に担税力を見出して、同行為の宗教的側面や觀賞者の内心とはかかわりなく、一律に課されるものであり、本税の税額が現在の物価水準からして僅少であることも鑑みると、本件条例が文化財の觀賞に伴う信仰行為、ひいては觀賞者個人の宗教的信仰の自由を規律制限する趣旨や目的で本税を課するものでないことは明らかであり、又、右信仰行為に抑制的効果を及ぼし、これを結果的に制限することもない。そのうえ、本税は、文化財の有償觀賞行為を課税客体とし、その觀賞者を納税義務者とするもので、宗教団体の活動を直接規律するものではない」（京都市古都保存協力税条例事件第一審）。

原則上於法制許可的情形下，盡可能允許訴訟（民事、刑事、行政訴訟乃至憲法訴訟）當事人向法院提起預防性救濟。

本文所論預防性救濟，係以預防不作為訴訟、禁止執行訴訟以及違憲無效確認訴訟為中心，其中預防不作為包括制度改革訴訟、選舉參政權的救濟與立法不作為的國家賠償問題。禁止執行訴訟，亦即請求特定不作為給付訴訟，內容涉及以憲法保障環境權為主軸的現代型憲法訴訟與救濟問題。尤其是環境訴訟的爭議問題，其牽涉的範圍十分廣泛，往往是國家整體利益（公益）與部分個人利益（私益）的衝突，進而衍生出權利的事前救濟與事後救濟，將來損害賠償與過去損害賠償，甚至直接救濟與間接救濟的合憲性等錯綜複雜爭議。再則確認違憲無效訴訟，乃以探討規範統制訴訟為主的預防性救濟，將已知系爭法令在適用於具體爭議事件之前，即聲請法院先行確認法令的合憲性。此乃相當於我國大法官釋字第五八五號解釋、第五九九號解釋、第六一三號解釋等之後，所形成的預防性救濟與暫時性救濟（緊急處分）問題，而前項預防性救濟或暫時性救濟的爭議，在我國係屬新形成的憲法救濟問題，此一類型的爭議案例，不僅在司法院大法官會議繫屬的釋憲案件並不多見，而且亦尚處於陌生與摸索的階段，故鄰國日本的憲法訴訟經驗是值得參考。又本論文所述不論是制度改革、選舉爭議或環境權的訴訟問題，均攸關多數人的公益與少數人的私益衝突，在我國持平而論，一般對於此類型的權益救濟方式，通常採取激烈的抗爭手段，例如：訴諸於街頭遊行、暴力、圍場、封路等非理性方法。但日本在面臨此類爭議問題時，則採取十分理性的方式，透過司法訴訟、甚至憲法裁判的途徑，請求權利救濟，來具體實現憲法價值或形成憲法秩序。雖然日本的憲法救濟制度在下級法院審理的階段，舉凡涉及有關憲法爭議問題，訴訟當事人即可提起救濟，此種分散型的司法審查制度與我國有顯著的不同，但就憲法保障基本人權的原理與司法救濟的基本理念，絕不會因制度不同而有所改變，特別是司法解決與救濟具體的爭議事件，其所適用的訴訟原理與裁判基準，以及各級法院長期累積的司法裁判實務經驗，亦值得我國研究與借鑑。

（投稿日期：96年6月14日；採用日期：96年11月21日）