

函館市長 工藤壽樹 様

平成27年3月24日

京都大学大学院法学研究科
教授

高木 光



鑑定意見書

一 はじめに

本意見書は、東京地方裁判所平成26年（行ウ）第152号大間原子力発電所建設差止等請求事件のうち、国を被告とする請求に関し、行政法学の見地から検討を加えるものである。

依頼された鑑定事項は、＜1＞本事件は「法律上の争訟」に当たるか、＜2＞函館市の有する財産権および地方自治体としての存立を維持する権利は「原告適格」を基礎づける権利であるかの2つである。

私は、＜2＞において、函館市が原告適格を有するという結論が得られれば、同時に＜1＞において本事件が「法律上の争訟」に該当するという結論が得られると考える。従って、国側の＜1＞に関する主張は、純理論的に考えれば、本件では独立して検討する意味がないようにも思われる。しかし、国側の主張は、本事件が実質的には「機関訴訟」（ないし「客観訴訟」）に該当するという趣旨であると推測されるため、その当否についてコメントすることにしたい。

なお、本件訴訟は、前例のないタイプの訴訟であり、原告の理論構成についての評価は、それが依拠する学説自体をどう評価するかのみならず、これまでの判例法理をどう理解し評価するかもかかわるため、率直に言って容易ではない。以下の叙述には、本件で裁判所がどのような形で紛争を解決することが適切であり、かつ、従来の判例法理との関係で問題が少ないか、という「実務的」な観点からの所見にとどまらず、従来の判例法理自体や原告側・国側双方の主張で援用されている学説にどのような難点があるかという「理論的」な観点からの所見も含まれていることを最初にお断りしておきたい。

二 法律上の争訟について

（1）結論

国側の主張は、「本件無効確認の訴え」及び「本件義務付けの訴え」のうち、「地方自治体の存立を維持する権利」ないし「地方自治権」を根拠とする部分は「法律上の争訟」に当たらないというものであるが、従来の判例法理からそのような命題を導き出すことは性

急に過ぎるというべきである。また、「裁判所の判例政策」¹という実質的な観点からみたときには、妥当とはいえないので、東京地方裁判所が国側の主張を安易に採用しないことを期待したい。

なお、仮に、原告側の「地方自治体の存立維持権」の主張の主眼が、現行法制度において隣接自治体に「同意権」が与えられていないことが、憲法上の地方自治制度との関係で違憲であるということであるとすれば、そのような問題を「抗告訴訟」の土俵で処理することが難しいことは確かである。しかし、後にみるように「地方自治体の存立維持権」は様々な要素を含んでおり、その多くは「原告適格」の基礎となりうるから、それによって同時に「法律上の争訟」の要件は満たされるといえよう。

(2) 判例理論の理解

国側が引用する判例は、最判平成13年7月13日訟月8巻8号2014頁（那覇市ASWOC事件）および最判平成14年7月9日民集56巻6号1134頁（宝塚市パチンコ店規制条例事件）である。本件における国側の主張は、これらの判例の「結論命題」²ではなく、理由づけのための「一般的法命題」を援用しているとみられる。私には、国側の主張には、その援用の作法が妥当でないこと、援用されている「一般的法命題」自体が妥当ではないこと、という二重の意味での難点があると思われる。

すなわち、まず、平成13年判決は、那覇市長が行った公文書開示決定の取消訴訟に関して、国の原告適格を否定したものである。そして、「法律上の争訟」に該当しないとした原審の判断を否定したうえで、原告適格の要件を検討している³ことから、いわゆる「機関訴訟の法理」の拡大適用を避けたものとみるべきであろう。なお、「法律上の争訟」の根拠づけとしての「財産権」の意味については、後述する。

次に、平成14年判決は、条例に基づく中止命令に従わない事業者に対して、宝塚市が原告となって提起した義務の履行を求める訴えを不適法としたものである。この判決については学説の大多数は批判的である。そこで、判例変更が望ましいが、少なくともその射程を極力限定して理解すべきである。すなわち、判例の読み方として推奨される作法によれば、同判決の射程は、「行政権の主体」としての地方公共団体が原告となって、私人を被告として提起する類型にしか及ばないはずである。本件は、同事件とは全く異なる類型に

¹ 宝塚市パチンコ店規制条例事件最高裁判決について、高木光「行政上の義務履行を求める訴訟と『法律上の争訟』」平成14年度重要判例解説（2003年）47頁参照。曾和俊文・法学教室264号145頁（2002年）は、同判決を、社会にある紛争を法に基づいて適正に解決するという、社会から期待されている裁判所の任務を自ら狭めたものと評価している。筆者は、この評価に従うとともに、最も問題なのは、最高裁判所が21世紀になってもなお憲法を十分に理解しようとせず、結果として、大審院と同様の地位をベースラインとしていることにあると指摘した。

² 中野次雄編『判例とその読み方（三訂版）』（有斐閣・2009年）39頁参照。

³ この事件は、いわゆる逆FOIA訴訟という類型であり、結論についても疑問の余地がある。

属するから、同判決によって本件国側の主張を基礎づけることはできない⁴。

(3) いわゆる「機関訴訟の法理」の当否

そこで、問題は、国側の主張の背景にあると推測される、いわゆる「機関訴訟の法理」の当否であるといえよう。すなわち、行政事件訴訟法6条にいう「国又は公共団体の機関相互間における権限の存否又はその行使に関する紛争についての訴訟」にどのようなものが含まれるかは学説判例上、なお不明確なままであり⁵、「法律上の争訟」に該当しないことを論証するために、6条の定義に該当することのみならず、いわゆる「機関訴訟」の様々な要素⁶のなかの特定のものが便宜的に決め手として援用されるという事態が生じている。

そこで、これらの複雑多彩な議論はいわば「混迷」しているというほかないが、近時、村上裕章による要領のよい整理がなされているので、以下、主としてこれ⁷に依拠しつつ、適宜私見を付加することにした⁸⁹。

村上裕章によれば、行政主体は様々な地位を有しており、混乱を避けるためには、予め整理しておく必要がある。大きく分けると、①行政主体が財産権の主体である（あるいは私人と同様の法的地位に立つ）場合、②かつての機関委任事務のように、行政主体（またはその機関）が他の行政機関の下級機関として扱われる場合、③行政主体（またはその機

⁴ ただし、その後、平成14年判決の射程を拡大する裁判例がある。杉並区住基ネット訴訟第一審判決について、高木光「地方公共団体の出訴資格」『地方自治判例百選（第4版）』（有斐閣・2013年）10頁参照。「裁判を受ける権利」を享受するのは私人に限られ、裁判を受ける権利を基礎にしたものだけが「法律上の争訟」に当たるという発想が決め手とされるとみられる。しかし、このような「片面的法律上の争訟概念」には学説上強い批判がある。控訴審判決を含め、杉並区住基ネット訴訟についての憲法学・行政法学の反応については、兼子仁・阿部泰隆編『自治体の出訴権と住基ネット』（信山社・2009年）が参照に便宜である。

⁵ 南博方＝高橋滋＝市村陽典＝山本隆司編『条解行政事件訴訟法（第4版）』（弘文堂・2014年）874頁以下（山本隆司執筆）参照。

⁶ 西上治「機関訴訟の『法律上の争訟』性—問題の抽出」行政法研究6号（2014年）25頁以下（50頁）の分析によれば、「法律上の争訟性」を否定するために用いられてきた論拠には、次の8つがある。①行政機関が有するのは権利ではなく権限に過ぎないこと（「権利権限型」）、②私人には立ちえない「固有の資格」としての行政主体は基本的人権したがって「裁判を受ける権利」の享有主体ではないこと（「人権否定型」）、③公益の保護を目的とする訴えは主観性を欠くこと（「公益目的型」）、④行政内部の紛争は行政内部で解決されるべきこと（「内部問題型」）、⑤自律的判断が制度上予定されている場合にはその尊重のために司法判断が抑制されるべきこと（「自律尊重型」）、⑥下級機関が上級機関の指揮・命令に当然服すべきこと（「上級下級型」）、⑦争訟制度における一つの審級を構成している行政機関又は行政主体は上級審の判断に拘束されるべきこと（「争訟制度型」）、⑧私人による不服申立てを認容する裁決・決定に対して当該処分をした行政機関・行政主体からの機関訴訟の提起を認めると私人の権利救済を阻害してしまうこと（「救済阻害型」）。

⁷ 村上裕章「国・自治体間等争訟」岡田正則ほか編『自治体争訟・情報公開争訟（現代行政法講座IV）』（日本評論社・2014年）11頁以下。

⁸ 他に、同一の著者による関連する論稿として、村上裕章「客観訴訟と憲法」行政法研究4号（2013年）11頁以下がある。

⁹ 西上・前掲注（6）93頁以下は、戦前の美濃部達吉から最新の山本隆司・門脇雄貴に至るまでの学説の推移について、詳細かつ理論的に高度な分析を加えている。

関)の行為について、他の行政主体(または機関)に対する不服申立てが認められている場合(いわゆる裁定的関与)、④その他の場合がある。

そして、①の場合については、その範囲が必ずしも明らかではないものの、行政主体も訴訟を提起できることについては争いがない。また、②の場合については、そのような取り扱いが許容されるか疑問があるものの、下級機関として扱われている以上、訴訟は提起できないとするのが一般的である。そこで、主として議論されているのは、③と④の場合であり、特に④について学説が分かれている¹⁰。

私は、本件は、村上裕章の示す類型①に該当するとみるべきであると考え。そして、従来の学説の主戦場は④、とりわけ、地方公共団体に対する国の関与であったので、そこでの立場によって、本件の結論がストレートに導かれるわけではないことに留意が必要であろう。

このような留保を付した上で、村上裕章の整理に従って、学説の状況を確認すると以下のとおりである。

第1に、地方公共団体が「自治権」の侵害を根拠として訴訟を提起できるか、という問題については、肯定説が圧倒的多数である。ドイツ法を参考に肯定説を早くから主張したのは塩野宏である。比較法的にみても、ドイツ、フランス、イギリス、アメリカにおいては、ニュアンスの違いはあるが、原則として行政主体の出訴が認められていると指摘されている¹¹。

第2に、これに対して、否定説も有力な学者によって主張されてきた。否定説に属するのは、雄川一郎、藤田宙靖、小早川光郎であるとされる¹²。田中二郎の立場はやや曖昧であった¹³。

私は、これらの否定説のうち、最も注目すべきは、藤田宙靖のそれであると考えている。すなわち、藤田宙靖は塩野宏と同様にドイツ法を参考にし、かつ、主として③の裁定的関与と④の地方公共団体に対する国家関与を念頭において、塩野宏の議論に対抗するという意味での否定説を主張してきたが、それを支えているのは「行政主体と私人の二元論」「行政の内部関係と外部関係の二元論」というドグマである¹⁴。

ただ、藤田宙靖が「法律上の争訟」性を否定するのは、「行政主体相互間」の関係であることに留意が必要である。すなわち、藤田宙靖は、「函館市が国を被告として自治権の侵害を主張する訴訟は法律上の争訟にあたらぬ」という議論を是とするが、「函館市が原告となる訴訟は法律上の争訟にあたらぬ」という包括的な議論を是とするわけではないのである。はたして、藤田宙靖は、宝塚市パチンコ店規制条例事件に関する平成14年判決

¹⁰ 村上・前掲注(7) 12頁。

¹¹ 村上・12-13頁。

¹² 村上・13頁。

¹³ 村上・16頁。

¹⁴ 西上・前掲注(6)は、藤田説は古いドイツ理論を基礎としたものであり、近時のドイツ理論を参考にその克服を目指すのが山本説であることを示唆している。

には、批判的である¹⁵。藤田宙靖の思考によれば、行政主体と私人の間は「外部関係」であり、行政主体と私人の間の訴訟は、「法律上の争訟」となるからである。

また、否定説をとる論者とされる小早川光郎も、地方公共団体に対する国家関与を念頭に置いて「行政主体としての自治体の自治権を主張する訴訟という、一般私人との権利利益主張の訴訟とは基本的に性格を異にするもの」について語っている¹⁶にとどまり、行政上の義務を履行しない私人に対して、地方公共団体が裁判所を利用することができるかという問題については、教科書¹⁷において、過去の否定説¹⁸を捨て、肯定する見解を明らかにしていた¹⁹のである。

かくして、函館市が原告となる訴訟をすべて不適法却下するためには「内部関係論」とは別の理由が必要となる。「内部関係論」は地方公共団体がその「固有の資格」において国の行為の名あて人となっているケースを想定したものであり、本件は全く異なる類型に属するからである。

村上裕章によれば、そのような理由としてありうるのが、「司法権行使は国民の裁判を受ける権利を前提とするから、この権利を憲法上保障されていない行政主体は原則として訴訟を提起できない」という考え方である²⁰。しかし、この考え方は、行政主体が財産権の主体として訴訟を提起できることが当然と考えられてきたという事実にも照らすだけで、否定説の論拠とはなりえないとされる。

また、村上裕章によれば、もうひとつの理由としてありうるのが、「司法権行使の本来の対象である主観訴訟は国民の権利利益の保護を目的とするものであるから、行政主体が公益保護を目的として提起する訴訟は客観訴訟に当たる」という考え方である²¹。しかし、この考え方も、行政主体が財産権の主体として出訴する場合の説明に窮するほか、福岡町公害防止協定事件に関する最判平成21年7月10日判時2058号53頁の判断と矛盾することが指摘される²²。

以上のように、詳しく分析してみると、否定説の論拠は実はそれほど論理的なものではなく、少なくとも本件における函館市の出訴をカテゴリー的に不適法とする理由づけとしては不十分であるということになる。

¹⁵ 藤田宙靖『最高裁回顧録』（2012年）96頁。

¹⁶ 小早川光郎「司法型の政府間調整」松下圭一＝西尾勝＝新藤宗幸編『自治体の構想（2）制度』（岩波書店・2002年）67頁。

¹⁷ 小早川光郎『行政法上』（弘文堂・1999年）243頁。

¹⁸ 小早川光郎「行政による裁判の利用」法学教室151号106－107頁（1993年）

¹⁹ 宝塚市パチンコ店規制条例事件最高裁判決の調査官の当初の解説では、小早川・注（18）のみが引用されていた。福井章代・ジュリスト1240号117頁（2003年）参照。同・法曹時報57巻4号1207頁（2005年）＝同・判解民平成14年545頁では、小早川・注（17）についても言及されている。

²⁰ 村上・前掲注（7）25頁。西上の②「人権否定型」

²¹ 村上・24頁。西上の③「公益目的型」

²² 宝塚市パチンコ店規制条例事件判決と福岡町公害防止協定事件判決について詳しくは、曾和俊文『行政法執行システムの法理論』（有斐閣・2011年）169頁以下参照。

(4) 地方自治体の「参加権」

函館市の主張する「存立維持権」は、私のみるところ、2つの性質を有している。その一つは、どちらかというところ私人と類似の立場で、本件大間原発の設置稼働を許容する国の行政機関の決定によって「事実的侵害」²³を受けるという側面に着目したものである。そして、原告が、「存立維持権」は「地方自治権の根幹部分」であるというのは、原発事故の周辺地域への影響が極めて大きいこと、すなわち「侵害」の強度を指摘するものと理解できる。

もうひとつは、現行法制において、原発の設置稼働についての規制権限を専ら国が有していることを、憲法が保障する地方自治との関係で問題にするものである。すなわち、原告は、訴状42頁において、原告が本件原子炉の設置に関して「同意権」を有するべきであるという考え方を示している。これについては、先に指摘したように難点があるが、本件における原告適格の基礎づけとして特に強調されているとはみられない。

以上で、鑑定事項<1>についてのコメントを終え、以下では、鑑定事項の<2>について検討することにした。

三 函館市の原告適格について

(1) 結論

本件において、函館市は原告適格を有すると考える。

(2) 原告適格を基礎づける権利

基礎となる権利（ないし法律上保護された利益）としては、次のものがあげられる。

第1は「財産権」（問題なく認められるのは、いわゆる絶対権と性格づけられる土地・建物の所有権であろうが、以下単に「財産権」という。）である。

わが国の伝統的な理論によれば、函館市は「行政権の主体」としての地位のみならず、「財産権の主体」としての地位を有するから、後者の立場において「財産権」の侵害（ないし必然的に侵害されるおそれ）を主張することによって原告適格が肯定される。

第2は、「水道事業者」としての地位である。わが国の判例法理によって函館市の原告適格を肯定するには、この考え方が最も簡明であろう。

最判昭和37年4月12日民集16巻4号781頁<行政判例百選202>は、いわゆる実質的証拠法則について判断しているものとされているが、事案は、ある株式会社に対してなされた石灰石試掘権設定の許可に対して、小倉市が水源への悪影響等を理由に不服を申し立てたものである。裁決主義が採用されているため、土地調整委員会への取消裁定の申請を経て、裁定の取消訴訟という流れとなっているが、行政処分によって権利利益を

²³ 高木光『行政訴訟論』（有斐閣・2005年）291頁、297頁注（11）参照。

侵害される第三者に、水道事業者としての市が含まれることが当然の前提とされているとみるべきである。

第3は、「地方自治権」ないし「存立維持権」である。

第1と第2が、市が一般私人と同じ地位あるいは類似した地位にあるという発想によるものであるのに対して、第3は、どちらかというところ、市が「固有の資格」においても、一定の「権利」を有し、それが原告適格を基礎づけるという考え方である。

この考え方は、先に紹介したように学界においては圧倒的多数説であり、私も基本的には賛成する。ただ、ドイツにおける多彩な裁判例から示唆されるのは、「地方自治権」ないし「存立維持権」として主張されるものの内容は様々であり、その中には第1と第2と同様に、一般私人と類似した地位と説明した方がよいものも含まれるのではないかということである。

そこで、本件では、函館市が主張する「地方自治権」ないし「存立維持権」の内容を、より具体的な諸要素に分解して捉え、その中には、第1と第2で問題としているようなものに類似したものが含まれているのではないかと、という観点から吟味すべきと考える。すなわち、東京地方裁判所が塩野説に全面的に従うことまでは期待しないものの、本件で原告の主張する「地方自治権」ないし「存立維持権」の内容を、塩野説における「地方公共団体の地位の分類論」に即して理解することを期待したい。

すなわち、塩野宏は、1981年の論稿²⁴において地方公共団体の地位に関する伝統的な「統治団体」と「公共事業団体」という二分類を精緻化し、前者を「規制団体」と「計画団体」の2つに、後者を「特定事業主体」「特別事業主体」「普通事業主体」の3つに分類するとともに、地方公共団体の地位の裁判上の保護のあり方について分析を示した。そして、地方鉄道、道路運送、ガス等の場合のような「普通事業主体」たる地位において、地方公共団体は、法的にはまさに社会の一員として社会の領域において活動するのであるから、私人と同様の立場において裁判所を利用することが認められるとし、また、水道、社会福祉事業の場合のような「特別事業主体」たる地位においても、地方公共団体は、なお、社会における事業主体の一員として活動するのであるから、私人と同様の立場において裁判所を利用することが認められるとしていたのである²⁵。

先に指摘したように、「地方自治権」を主張する訴訟が認められるかという学説上の争いの主戦場、すなわち、想定されていた紛争類型は地方公共団体に対する国の関与、すなわち、地方公共団体が「固有の資格」において国の行為の名あて人となる場合であった。そしてそこでは、国側によって援用されている反対説が存在し、有力なものとして理解されてきたこと、地方分権改革と合わせて地方自治法の改正によって導入された「国の関与」を争う地方公共団体の訴訟が「機関訴訟」として整理されたことも確かである。

²⁴ 塩野宏「地方公共団体の法的地位論覚書き」『国と地方公共団体』（有斐閣・1990年）1頁以下。

²⁵ 塩野・35頁。

しかし、そのことから、地方公共団体が「地方自治権」ないし「存立維持権」の侵害を主張する訴訟がすべて「機関訴訟」となるわけではない。本件は、原子炉設置許可や停止命令などの事業者を名あて人とする「行政処分」の存在を前提として、函館市が「抗告訴訟」という土俵を選択しているのであるから、端的に函館市が「第三者」として「原告適格」を有するかが争点であるとみるべきであろう。

そして、いずれにしても、本鑑定意見書では、ドイツ法との比較という見地からみて、第1の「財産権」による基礎づけおよび第2の「水道事業者」としての地位による基礎づけを否定し、かつ、第3の考え方を否定することはバランスを著しく欠くということを指摘したいと考える。すなわち、換言すれば、本件では、どのような理論的立場をとるにせよ、函館市の原告適格を完全に否定することは許されないと思われるのである。

以下、個別の論点について国側の主張に即してコメントする。

(3) 原子炉等規制法は「財産権」を個別的利益として保護していないのか？

私は、原子炉等規制法は、平成24年改正の前後にかかわらず、原子炉から一定範囲に存する「財産権」を個別的利益として保護しているものと考え。平成24年改正によって目的規定に付加された「国民の財産の保護」は確認的なものであり、そこにいう「国民」には自然人のみならず、(私)法人も含まれる。また、国や地方公共団体も、私人と同様の立場で「財産権」の主体となることがあり、その場合には含まれると解すべきである。

国側は、もんじゅ最高裁判決(最判平成4年9月22日民集46巻6号571頁<行政判例百選171>)が「生命、身体の安全等」と述べていることに着目し、「財産」は個別的利益としては保護されていないと主張している。確かに、開発許可に関する最判平成9年1月28日民集51巻1号250頁および林地開発許可に関する最判平成13年3月13日民集55巻2号283頁<行政判例百選175>と、総合設計許可に関する最判平成14年1月22日民集56巻1号46頁<行政判例百選176>とを比較すると、「生命、身体の安全等」と「財産権」が区別され、前二者では「財産権」は個別的利益としては保護されていないとされていることは確認できる。

しかし、このような区別の妥当性は、それぞれの根拠法規の性質のほか、違法な行政処分が放置され、それによって許容された活動のリスクが顕在化した場合の影響の程度によって判断されるべきであろう。

原子炉設置許可等の違法性を主張できるのは、「生命、身体の安全等」を脅かされている者に限られるべきなのであろうか。若いころにドイツの原子力訴訟について研究した私には、理解できない限定である。ドイツでは、原告適格を基礎づける権利として「財産権」が問題となることは自明とされてきたからである²⁶。山本隆司は、行政訴訟制度改革の審

²⁶ 1979年のミュルハイム・ケーリッヒ決定について簡単には、高木光『技術基準と行政手続』(弘文堂・1995年)120頁参照。近時の状況について、Gerhard Roller, Drittschutz

議の基礎作業とされたドイツ法の調査²⁷のなかで、「日本の最高裁のように財産を保護利益から除く判例は、ドイツの連邦行政裁判所に関しては発見できなかった。」と述べている。また、林地開発許可に関する平成13年判決の評釈²⁸のなかでは、「処分の根拠法規の分析・解釈から離れて、一般的に財産権は生命・身体等より要保護性が低いとして保護範囲から除く考え方は、法律上保護された利益説ないし保護規範説にむしろ忠実ではないように思われ、疑問である。」としている。そして、最判平成17年12月7日民集59巻10号2645頁（小田急高架訴訟）＜行政判例百選177＞を分析した近時の論稿²⁹でも、最高裁判所が「財産について原則として個別保護要件を否定する理論的な根拠は必ずしも明らかでない。本判決による判例変更に関与しない論点であるが、再考が急務である。」と指摘している。

私の理解によれば、平成4年のもんじゅ最高裁判決の意義は、20キロメートルで線引きをした原審判決を是正し、58キロメートル離れた位置に居住する住民の原告適格を肯定した点にあり、原子炉周辺に財産を所有する者の原告適格を否定する判断は示されていないというべきであろう。

また、判例法理において、「財産権」は、後に収用の対象となる可能性がある場合は、問題なく原告適格を基礎づけるものとされてきた³⁰のであるから、隣人訴訟ないし環境訴訟の類型においても「財産権の重大な侵害」は、第三者の原告適格を基礎づけると考えないと、著しくバランスを失することになる。

さらに、平成16年の行政訴訟制度改革において原告適格を「実質的に拡大する」という趣旨で付加された行政事件訴訟法9条2項は、「当該処分がその根拠となる法令に違反してされた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」を勘案すべきものとしている。このように相関的な利益衡量が要請されている以上、カテゴリー的に「居住要件」によって割り切ることは許されないと思われる。そして、小田急高架訴訟平成17年判決が、「健康」のみならず、「生活環境の被害」にも着目していることの意味は、「居住要件」を満たす者は、当面は比較的軽微な被害でも原告適格を肯定するという趣旨であり、財産権の重大な侵害であっても「居住要件」を満たさない限り原告適格を否定するという趣旨までは含まないと理解すべきであろう。

そして、ひるがえって、本件のような原発訴訟で原告適格を肯定するために「居住」を要件とするということの意味を考えると、たとえば、事故のリスクを考慮して、先祖伝来の土地を離れ、100キロ圏外に一時的に移住した者、あるいは、多額のローンを組

im Atom- und Immissionsschutzrecht, NVwZ 2010, 990

²⁷ 山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査——ドイツ（下）」ジュリスト1239号111頁（2003年）。

²⁸ 山本隆司「林地開発許可取消訴訟の原告適格（時の判例）」法学教室253号122頁（2001年）。

²⁹ 山本隆司『判例から探求する行政法』（有斐閣・2012年）450頁。

³⁰ 最判平成11年11月25日判時1698号66頁（環状6号線事件）。

んで土地を購入し自宅を新築した直後に勤務先の要望に従って数年間の転勤に応じた者、あるいは、先祖伝来の農地を週末ごとに手入れし、定年後の帰郷を楽しみにしている者は、行政訴訟では争うことはできない、ということになる。はたしてこの結論が、「健全な社会通念」³¹に合致するかは疑問である。神橋一彦は、ドイツ行政訴訟における原告適格論に関する深い研究を踏まえ、「財産権が憲法上の権利であるとするならば、<<生命・身体等>>と同様、特段の規定がなくとも、利益の内容・性質に照らして広く原告適格を基礎づけるものと解してよいと思う」、と述べ、さらに、「少なくとも」財産権の中で当該原告の生存ないし生活の基盤に属するような財産については、それが喪失するような侵害が予想される場合には、人格的利益の延長にあるものと位置づけて、当然に原告適格を基礎づけられてしかるべきである、としている³²。

「居住要件説」が、仮に、「財産権」を有する者は、民事の差止訴訟が別途可能であるから支障はないという趣旨であれば、それはひとつの割切りであろう。しかし、おそらくそうではないという問題がある。すなわち、国側は平成13年判決の福井章代調査官の解説³³を引用して以下のように述べ、「財産権」の保護は金銭賠償で足りるという発想を示している。

＜人の生命、身体の安全等は、かけがいのない、公益には容易には吸収解消され難い性質の利益であり、法的な仕組みの下でこれを制限するということは想定しにくいのであって、それ故に周辺住民の原告適格を肯定する重要な根拠となるものである。これに対し、周辺住民の所有権等の財産権は、公益には容易に吸収解消され難い性質の権利であるということは困難であり、法的な仕組みの下に制限することが可能であって、金銭賠償による損害回復が容易なものである。＞

ここでいう「法的な仕組みの下で制限することが可能」ということの意味は必ずしも明

³¹ 神橋一彦『行政救済法』（信山社・2012年）137頁は、「財産権が損なわれても損害賠償を求めれば損害は容易に回復されるという考え方は、財産権の理解にもかかわるうえ、健全な社会通念（！）に照らして大いに疑問があるというべきではないか。」と述べている。原子力訴訟において、かつて国側が長きにわたり、周辺住民の原告適格を全面的に否定する主張を維持していたことにつき、高木光「裁判所は原子炉の安全性をどのように扱ってきたか」駒村圭吾＝中島徹編『3・11で考える日本社会と国家の現在』別冊法学セミナー217号（日本評論社・2012年）60頁参照。「生命・身体等の安全」は「反射的利益」であるという当時の主張は、比較法的にみたとき、先進国として恥ずべきものであったと私は考えている。本件における「財産権は反射的利益である」という主張も同様であろう。

³² 神橋一彦「原告適格論と憲法の視点」立教法学82号252頁（2011年）。

³³ 福井章代・判解民平成13年218頁。依拠するのは、平成9年判決の解説である、大橋寛明・判解民平成9年155頁である。なお、大橋155頁は、所有者による物上請求権の行使に言及している。

確ではない³⁴が、公用収用や公用制限など、適法な決定による権利制限と損失補償を想定しているとすれば、違法な決定についてはそれ自体を争うことができるのが原則であるべきであり、その際には、財産権が個別的利益として保護されていることになるはずである。仮に、財産権の侵害については金銭給付のみで救済として十分などという考え方であるとすれば、「絶対君主制」の時代に逆戻りするとのおそろしさを免れない。

そこで、開発許可に関する平成9年判決や林地開発許可に関する平成13年判決を正当化するとすれば、想定される財産権への侵害の態様及び程度に照らして事前の救済の必要性がそれほど高くないこと、あるいは、当該事案において、原告適格を肯定される原告が別に存在するという事情に着目するほかない。

しかし、福島第一原発事故で実証されたように、違法な設置許可処分が放置され、あるいはなされるべき停止命令等が発布されない場合には、相当な範囲の地域においては長期にわたって人の立入が制限されるなど「財産権の重大な侵害」が発生する可能性がある。そのような範囲内に存する「財産権」は原子炉等規制法によって個別的利益として保護されていると解すべきである。仮に、もんじゅ最高裁判決が、国側が主張するようにこの解釈とは異なる趣旨であるとすれば、むしろ判例変更が要請されるというべきであろう。

(4) 函館市の財産権は裁判所による保護を受けないのか？

国側は、函館市の財産権は、私人や私法人とは異なり、公の目的のために存在する、と主張している。これは、仮に私人や私法人が有する「財産権」が原告適格を基礎づけるとしても、函館市の「財産権」については原告適格を基礎づけないという考え方とみられる。

この考え方は、ドイツ法との比較という見地からは興味深いものといえる。というのは、ドイツでは、1982年の連邦憲法裁判所のザスバッハ決定によって、市町村は「基本権」の享有主体ではないので、憲法上の「財産権」を援用することはできないという考え方が示されているからである³⁵。

しかし、この考え方は、憲法裁判所への出訴権能という文脈でのみ意味を持つ³⁶ことを見逃してはならないと思われる。すなわち、通常の行政訴訟という場では、原告適格を基礎づける「権利」としては、「法律上保護された利益」が検討され、法律レベルの「保護規範」の解釈が決め手となる。そして、「憲法適合的な解釈」によって、第三者の「生命・身体」や「財産権」が保護されているということになれば、そのような「隣人」(Nachbar)には原告適格が認められる。そこで、市町村もまた「財産権」の主体としては、私人と同様の「法律上保護された利益」を有する者として原告適格を有するのである³⁷。

³⁴ 参考とされているのは、座談会における小早川光郎の発言である。塩野宏他「研究会・現代型行政訴訟の検討課題」ジュリスト925号9頁(1989年)参照。

³⁵ Friedhelm Hufen, *Verwaltungsprozessrecht*, 9. Aufl. (2013), § 14 Rn 97

³⁶ Michael Kloepfer, *Umweltrecht*, 2. Aufl. (C.H. Beck 1998), § 8 Rn 28, § 15 Rn 95

³⁷ Bosch/Schmidt/Vondung, *Praktische Einführung in das verwaltungsgerichtlichen Verfahren*, 9. Aufl. (Kohlhammer 2012), Rn 606

ただ、ドイツでは、市町村の原告適格を「財産権」で基礎づけることができるかが問題とされる局面はあまり多くなかった。それは、既にひろく知られているように、ドイツでは、憲法上保障されている地方公共団体の「自治権」が原告適格を基礎づけるものと解されているからである。すなわち、ドイツでは、早くから、行政裁判所への出訴権能という文脈では、1960年の行政裁判所法が原告適格の基礎として要求する「権利」が、地方自治体については包括的な「自治権」によって満たされるという簡明な考え方が採用されてきたのである³⁸。

(5) 「自治権」の具体的内容は？

しかし、本件のようなわが国の問題の参考とする際には、ドイツで市町村の「自治権」の内容として何が想定されているかを、より具体的に事例ごとに分析する必要があると思われる。というのは、その中には、先にみた塩野宏の「地方公共団体の地位の分類論」によれば、どちらかといえば「私人と類似の立場」とみるべきものがあると考えられるからである。

ドイツで「自治権」の内容とされているものには、「計画高権」「生存配慮」「組織高権」「人事高権」「財政高権」などがある^{39,40}。

このうち注目すべきは、2つめの「生存配慮」(Daseinsvorsorge)である。これは、水道、ガスなどの生活必需のサービスの提供などを含む概念で、「公の施設」という形で言及されている場合もある⁴¹。このような市町村の活動への重大な影響については、ドイツでは「自治権」の侵害の一種と理論構成されることになる。

戦後のドイツ憲法・行政法理論は、「公法」の領域において主観的「権利利益」を広く観念し、それに係る紛争を「公法上の争訟」として裁判所が裁断するというモデルを構築してきたとみることができる。そこでは、伝統的な理論でみられたような「私人と同様の立場で活動する」国や地方公共団体という法律構成が必要とされる領域は狭くなってきていることが指摘できる。しかし、私法上の契約という行為形式を用いる場合などが残っていることもまた確かであって、ドイツにおいても「私人と同様の立場で活動する」国や地方公共団体という法律構成がなくなったわけではない⁴²。

このような状況に照らしてみると、本件で函館市が水道事業への重大な影響を主張するとき、これを「自治権」の侵害と理論構成することと、「自治権」とは別の「権利」の侵害と理論構成することの違いはあまりないとも考えられる。また、函館市が学校、病院、福

³⁸ 山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査——ドイツ(上)」ジュリスト1238号86頁(2003年)。

³⁹ W.R. Schenke, *Verwaltungsprozessrecht*, 14. Aufl. (C.F. Müller 2014), § 14 Rn 498a

⁴⁰ Kopp/Schenke, *VwGO Kommentar*, 18. Aufl. (C.H. Beck 2012) § 42 Rn 138

⁴¹ Hufen, § 14 Rn 106

⁴² 「私行政」ないし「私経済行政」の概念について、高木光「法律の執行——行政概念の一断面」阿部泰隆先生古希記念論文集『行政法学の未来に向けて』(有斐閣・2012年)21頁以下参照。

社施設などへの重大な影響を主張するときも同様である。さらに、「公の施設」ないし公有財産が自治体の存立に不可欠なものであることからすれば、ここでは「財産権」の侵害という理論構成との互換性を指摘できるであろう。

以上のように函館市の主張する「自治権」ないし「存立維持権」は多面的な性格を有する権利であると思われるが、ひるがえって考えると、ドイツの「計画高権」(Planungshoheit)もまた、多面的な性格を有するものである。したがって、ドイツの「計画高権」の法理をそのままわが国の実定法解釈論として援用することは困難である⁴³としても、「計画高権」の法理で保護される利益のなかには、別の法律構成によって裁判的保護を与えるべきものがあるという発想が不可欠であるといえよう。

以上の見地からみれば、国側の本件における主張は、原告適格の基礎づけとしての「自治権」を否定する際には、わが国の法制度はドイツの法制とは異なるという立場を採り、原告適格の基礎づけとしての「財産権」を否定する際には、ドイツ特有の射程の限定された法理と同様の発想を採るという「便宜主義」に陥っているというべきであろう。

(6) 函館市が私人と異なる点は何か？

最後に、本件で函館市の原告適格を認めるべきかを考察するにあたっては、函館市が私人と異なる点は何か、という視点も重要であると思われるので付言する。

すなわち、私は、普通の私人であれば、住所や居所をある程度自由に変更できるのに対して、市の職員はそうではないこと、また、職種によっては生命・身体の危険を甘受して職務を遂行しなければならない事態が生じる可能性がある点を見逃してはならないと考える。そして、地方公務員という立場上、職員個人に原発訴訟の原告になることを期待することは難しいと考えられることから、これら職員を「生命・健康等に関するリスク」から保護するために、職員の権利利益を代弁する市の責務・権限を肯定すべきではないであろうか。

比較法的にみたときに、ドイツの原告適格は「狭い」ことが指摘されており⁴⁴、大局的な見地からみたときには、ドイツで否定されているから日本でも否定してよいという論法は適切ではない。そこで、裁判所の判例政策として、アメリカ法⁴⁵などを参考に、より機能的な観点から原告適格を認めることも考慮に値すると思われる。

⁴³ 塩野・前掲注(24) 43頁注68

⁴⁴ 山本・前掲注(27) 109頁。

⁴⁵ 曾和・前掲注(22) 第5章「地方公共団体の訴訟」参照。

意見書作成者の略歴

昭和29年 (1954年)	12月	生まれ
昭和52年 (1977年)	3月	東京大学法学部卒業
昭和52年 (1977年)	4月	東京大学法学部助手
昭和60年 (1980年)	8月	神戸大学法学部助教授
平成 2年 (1990年)	4月	同教授
平成 3年 (1991年)	4月	学習院大学法学部教授
平成16年 (2004年)	4月	学習院大学専門職大学院法務研究科教授
平成19年 (2007年)	4月	京都大学大学院法学研究科教授 (現在に至る)