

意見書

函館市が提起した大間原発許可に対する抗告訴訟は「法律上の争訟」であるか、函館市には原告適格があるか

函館市長工藤壽樹殿

上記の争点についてご依頼により検討した結果、いずれも肯定すべきであるとの結論に達したので、ご報告します。

2015年3月31日

神戸大学名誉教授 弁護士 阿部泰隆

要旨

一 はじめに

函館市が2014年4月に大間原発の設置許可処分をめぐり提起した抗告訴訟、及び電源開発を被告にその建設・運転停止を求める民事訴訟が裁判所法3条にいう「法律上の争訟」に当たるか、地方公共団体（地方自治体）が原告になれるかが本意見書の課題である。

宝塚パチンコ条例事件最高裁判決（最判平成14年7月9日民集56巻6号1134頁）が、地方公共団体の提起する訴訟は、個人の権利義務等に関する争いでなく、行政権限の行使であれば、裁判所法3条にいう「法律上の争訟」ではないとして、不適法としていることから、本件の場合にどのように考えるべきかという問題が提起されている。

また、許可処分の第三者が提起する抗告訴訟については、行訴法9条の原告適格の有無が争点になるが、特に自然人と異なり、地方公共団体の原告適格固有の問題がある。

次のような順序の考察により、少なくとも本件は「法律上の争訟」に当たり、かつ、函館市には原告適格が認められるべきであると思量する。

二 法律上の争訟

1 これまでの私見、宝塚パチンコ条例判決変更の必要性

本来は、この最高裁判決の判例変更が必要である。「法律上の争訟」を個人の権利義務に関する紛争等、財産権上の争いに限定するのは、民事法を基準としたもので、刑事事件を念頭に置けばそのようにはならない。そして、「法律上の争訟」とは、文理上も、法律解釈によって解決できる紛争ということで十分であり、最高裁判例の解釈は文理にも反する。

行政事件も、行政法規の適用の合法性が争われるのであるから、法解釈の争いであり、「法律上の争訟」であることは明白であって、判例は誤りである。司法権の範囲を主観訴訟に限定する理由はない。

学説も若干を除き一般的にはほぼ同じであるし、英米独仏、韓国、台湾でも、このような訴訟は許容されている。最判は、国際標準から大きく外れている。したがって、まずはこの判例の変更が必要である。

2 住基ネット訴訟も法律上の争訟と解すべきであること

住基ネット訴訟は、杉並区が、ネット接続に反対する一部住民の分を除いて、東京都に対し住基ネットの接続を求めて拒否されたために、都を訴えた、都と区の間での争いである。裁判所はこれは権利義務を主張しているのではなく、行政の適正を求めているので、法律上の争訟ではないとした。これについては宝塚条例判決への批判が妥当する。

そして、区に完全な法主体性を認めず、国家機構の内部の問題（機関相互の争い）だという見方があった。しかし、それは、地方公共団体が国の統治機構に包含された時代の理解であり、現行憲法、遅くとも2000年の地方分権改革以降は、国と地方公共団体の間にも独立の行政主体として構成されているのであるから、法解釈の争いである以上は、その争いは「法律上の争訟」と解すべきである。

3 射程範囲を限定する必要性

宝塚市の事件は、条例の執行を求めたものであり、行政権限の争い一般の問題ではない。しかも、この条例は違反者に対する処罰規定をおいていないので、民事上の執行を求めるしかなかったのでもあり、本来処罰規定をおけば、宝塚市もこのような訴訟を提起する必要はなかったのであるから、財産上の争い以外は裁判所では取り上げないという一般論をするにはふさわしくない特殊な案件である。

さらに、この事件では、高裁まで、本案、つまりは、風営法よりも厳しいパチンコ店の立地規制を定める宝塚市条例が風営法に違反するかが争われ、当事者間でも裁判所も、「法律上の争訟」に当たるかどうかは争点ではなかつ

た。最高裁では口頭弁論が開かれたが争点とされなかったので、当事者はこの点を論ずる機会がなかった。職権による判断がなされたが、不意打ちである。

そして、この判決については学説の大部分が反対していることから、口頭弁論の前に論点が示され、当事者に意見書を取って争う機会が与えられていれば、結論が異なる可能性は大きかったのである。

仮にこの判例を変更しないとしても、このような事情であるから、その先例的価値・射程範囲はできるだけ制限すべきである。

住基ネット訴訟では最高裁は門前払いしただけであるから、その先例的価値は低いというべきである。

4 「固有の地位」に関する制度の適用はないこと

行政手続法、改正行政不服審査法は地方公共団体が「固有の地位」に立つ場合には適用がないが、それは憲法上の保障のない行政レベルの救済手続であるためであって、「法律上の争訟」であれば司法権の範囲内であるとの憲法論を左右するものではない。

5 本件の場合

本件は函館市の条例の執行とか、法律に基づく権限の執行を裁判所に求めたものではない。その意味で、宝塚市条例判決の射程範囲外である。

住基ネット訴訟は杉並区と都の争いであり、行政主体間の争いであるが、その争点は住民基本台帳法の解釈である。これは民間には存在しない争いである。これに対して、原発に対する争いは民間人も自由に提起できるのであって、函館市はそれと同様の訴訟を提起したに過ぎないから、函館市と国の間の争いではあるが、住基ネット判決の射程範囲外である。

また、本件の函館市の予想被害には重大な財産上の損害も含まれる。そこで、判例に照らしても、権利義務に関する争いと構成することができるので、

その意味でも、この紛争は法律上の争訟と解すべきである。

二 原告適格

1 函館市の被害

函館市は、福島県浜通の双葉町、大熊町、浪江町、飯館村その他の実例に鑑み、原発事故が起きれば住民の生活、身体生命が害されるだけでなく、市自身の財産上の損害も巨費に上り、救援、復興費用も膨大である。さらに、函館市は、住民の生命、財産を守る任務を害される。住民が誰もいなくなるので、存立基盤を失う。

2 原告適格の判断

函館市は、処分の相手方ではなく第三者であるので、処分によって直接に権利を侵害されるわけではなく、処分によって許された電源開発の原発稼働によって不利益を受ける立場にある。函館市が原告適格を有するかどうかは、この不利益について、行訴法9条の判断枠組みで判断される。最高裁は、法律上保護された利益説の中で、個別保護要件説に立っていると見られている。それは、処分の根拠法規が原告の利益を一般的にではなく個別的に保護していることを要求するものである。

本意見書においては、この立場で考察するが、たとえば、原発訴訟における原告適格については、もんじゅ訴訟（最判平成4年9月22日民集46巻6号571頁）において、「災害の防止」という規定の解釈として、条文上は住民の利益を保護するという文言がないが、「事故がもたらす災害により直接的かつ重大な被害を受けることが想定される範囲の住民の生命、身体の安全等を個々人の個別的利益としても保護する趣旨を含む」として、58キロ離れた住民にも原告適格があると解釈されている。

函館市も、住民同様重大な不利益を蒙るのであるから、行訴法9条2項の考慮事項に沿って丁寧に検討するまでもなく、同様に、原告適格が認められ

るべきである。

しかも、法人格剥奪という法律行為ではないが、事実として市町村の消滅という事態が十分あり得る本件で、函館市固有の重要な法的利益が害されないわけがない。形式的に法人格が残っていれば、法的利益が害されていない等とはいえるわけがない。

被告国の主張では、根拠となっている原子炉等規制法は地方公共団体の財産権や地方自治権を個別的利益として保護するものではないということであるが、その規定は災害を防止するためであり、個人の生命は保護するが、地方公共団体が壊滅しても放置する趣旨とすれば、無茶苦茶ではないのか。そもそも、文言上も、災害の防止は人の災害だけを防止するという意味ではないのである。

3 制度的保障説は無関係であること

なお、制度的保障説によって、地方公共団体に原告適格がないという主張がなされているが、問題を取り違えている。これは国家の立法権も地方自治の本質的部分を侵害してはならないという法理であって、立法権の行使とは関係がない本件には適用がない。

本文

一 はしがき

函館市は、2014年4月に、津軽海峡向かいで23キロの距離にある青森県下北半島北端で（株）電源開発が建設中の大間原発の設置許可処分について、国を被告にその無効確認の訴え及び大間原発の建設・運転停止命令の義務付けの訴え並びに、電源開発を被告にその建設・運転停止を求める民事訴訟を提起した。

ところで、宝塚パチンコ条例事件最高裁判決（最判平成14・7・9民集56

卷6号1134頁)が、裁判所法3条にいう「法律上の争訟」として、「当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争」であることを要求し、そのことから、「国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とするものであって、自己の権利利益の保護救済を目的とするものということとはできないから、当然に裁判所の審判の対象となるものではなく」として、自治体の法執行を求める訴えは法律上の争訟ではないとしている。被告の国はもっぱらこの判例に依拠して、本件は、個人の具体的な権利義務に関する紛争ではないとして、訴え却下を求めている。

また、許可処分が第三者が提起する抗告訴訟の原告適格については、行訴法9条により判断されるが、私人ではなく、函館市という地方公共団体に、特にその存立を維持する権利すなわち地方自治権の根幹部分に基づいて原告適格を認めるべきかどうか争点になっている。

この訴訟が裁判所法3条にいう「法律上の争訟」に当たるか、自治体が原告になれるかが本意見書の課題である。

結論的にいって、原告の主張もなお不明確、不十分であるが、被告国の反論は適切でないと思量される。なによりも、本件のように本邦初の事件で、原発事故からの救済のために問題を適切に解決する思考を巡らすのではなく、過去の判例と思考のうち、都合の良いものを解釈の上つまみ食いして(したがって、函館市の主張に対しはなんら反論することなく)、それを機械的に当てはめて、救済を拒否する被告国の思考はとうてい「行政救済法」の名に値するものではない。これでは、行政救済法は、本来は「違法行政からの救済に関する法」であるが、「まっとうな訴えから違法行政を救済するための法」に墮してしまふ。そして、「法律上の争訟」や原告適格は、裁判所の判断になじまない事項や、無用な訴えを排除する制度であって、その審理に面倒な論争を必要とすることは、訴訟要件は、行政を救済するための巨大な防波堤、原告にとっては不当な障害物となって、それ自体、司法権の任務を阻害するものである。訴訟要件の審理は、できるだけ速やか

に、かつ緩和的に審理されるべきである。阿部「行政訴訟における訴訟要件に関する発想の転換」判時2137号2-27頁(2012年)をご参照いただきたい。

先に「裁判所は、司法権の概念、処分性、原告適格などの概念を定めた先例があると、それが具体的な事案においてふさわしいかどうかという問題発見・問題解決思考を採って先例を見直すのではなく、その概念を拡張して当てはめる概念法学的思考を採りやすい」と指摘した(後記①『行政訴訟要件論』8頁)。被告国の主張はその典型例である。新司法試験は、点からプロセス教育へと、考える法曹を養成するはずであったが、被告国の書面を見ると、その成果は全く見られない。

そして、被告国も、一度函館市の立場に立って、原発の安全性に欠陥があっても争うべきがないことが合理的な法制度なのか、お考えいただきたい。

少なくとも本件は、次のような順序の考察により、「法律上の争訟」に当たり、函館市には原告適格が認められるべきである。本件はさっさと本案に入るべき事案と思量する。

二 法律上の争訟

1 これまでの私見、宝塚パチンコ条例判決変更の必要性

(1) 阿部論文

この問題について、これまでの私見を整理して、本件へ当てはめることとする。私見をすべて繰り返すのは煩瑣であるので、添付して、これをもとに説明する。

- ① 「行政上の義務の民事執行は法律上の争訟ではない」法教267号(2002年12月)40頁以下=『行政訴訟要件論』(弘文堂、2003年)143~163頁に修正の上収録(後者を引用する)
- ② 『行政法解釈学Ⅱ』(有斐閣、2009年)81~88頁
- ③ 「司法権・法律上の概念再考」、「行政主体間の法的紛争は法律上の争訟にならないのか」『住基ネット・自治体の出訴権—杉並区訴訟をふま

えて』(信山社、2009年)137～147頁、193～219頁。
本意見書では、この私見の他、この書物に掲載されている塩野宏論文等も参照する。

- ④ 「区と都の間の訴訟(特に住基ネット訴訟)は法律上の争訟に当たらないか(上・下)」自治研究82巻12号3～21頁、83巻1号3～24頁(2006年12月号～2007年1月号)

(2) 私見の要点

(a) これまでの私見は、宝塚パチンコ条例事件つまり行政上の義務の民事執行(①)と杉並区の住基ネット訴訟つまり区と都の間の住基ネット接続請求訴訟(③)を対象としていた。それはいずれも、判例を批判し、行政上の権限行使をめぐる争い、あるいは国と地方公共団体間、地方公共団体相互間の争いは、裁判所法3条にいう「法律上の争訟」に当たると主張するものである。その理由は、詳しくはこれをお読みいただきたいが、ごく簡単に述べる。

(b) 私見では、個人間の権利義務に関する争い等財産上の争いだけを法律上の争訟とする最判は民事訴訟を念頭に置くものである。実際、『裁判法』(有斐閣、平成11年)66頁にそのような趣旨にも読める記載があるが、それを著したのは、民事訴訟法学者(兼子一、竹下守夫)(③209頁)なので、このような思い込みも理解できないわけではないし、その書物にも行政上の権限行使に関する争いが「法律上の争訟」に当たらないとまでは書いていない。それに、刑事訴訟は財産上の争いではないのに、法律上の争訟である(①150頁)。塩野宏は兼子一の司法権観は我が国独自のものとしている(③127頁)。したがって、個人間の権利義務に関する争い等財産上の争いだけを法律上の争訟とする見解は誤りである。

宝塚市の行政上の義務の民事執行の事件も条例の解釈問題であった。現にその1、2審では、風営法よりも厳しい立地規制を定める宝塚市の

パチンコ条例が風営法に違反するかどうか争点であり、本案判決が下されていた(①146頁)。ただ、類似の事件で、伊丹市条例は適法とされていた(①146頁)のに、宝塚市条例は違法とされたに過ぎない。法律の解釈で解決できるのに、これがなぜ法律上の争訟にならないのか、理解できない。

戦前は行政執行法により行政強制が広く認められていたが、戦後行政代執行法はあるものの、行政強制全般をカバーするものではなく、空白部分が生じた。その空白部分は行政上の義務を履行させる方法がないと解すべきではなく、地方公共団体は行政強制を活用できないが、自治権に基づいて行政事務を執行しなければならない以上は、刑事罰の他、アメリカ流に行政上の義務は司法裁判所の手を借りて執行する法システムが導入されたと解すべきである(①150頁)。

私人が行政処分の取消訴訟を提起するのは権利義務の争いであるが、逆に行政主体から同様に行政権限行使の適法性の判断を請求するのは、同じことの裏表なのに、なぜ権利義務の争いにならないのか。権利義務とは私人側からしか見ることのできない概念なのか(①151頁)。塩野宏は、これを片面的な法律上の争訟概念であるが、この判決では説明がつかないとして批判している(④上9頁に引用、さらに、③197頁)。そして、「法律上の争訟」の定義として、「当事者間の具体的な権利義務」のほか、「法律関係の存否に関する紛争」もある。行政上の権限行使でも、それは法律関係の存否に関する紛争であろう。

しかも、法律上の争訟とは、文言上、法解釈によって解決できる紛争と理解するのが素直であるから、法解釈で解決できるのに、行政上の権限行使だからといって、法律上の争訟にならないとするのは、明白に文理にも反する。

国と地方・地方公共団体相互間の争いは、財産上の問題を除き、法律上の争訟ではないとする判例は無法地帯を惹起する。法的に解決できな

いので、弱い方の泣き寝入り、恣意的な政治的解決しかない。これではおよそ法治国家とはいえず、放置国家に墮す。

したがって、法的な紛争、法律問題になるのであれば、財産上とか個人の権利義務という観念とは関係なく、文字通りその該当性を認めればすべて解決するのである。一般的に地方公共団体の権限、地位に影響を有する国家の行為を巡る法的紛争はすべて司法権の対象である法律上の争訟であると解すべきである。あるいは、司法権の概念は、裁判機関が法的に裁くことができる紛争を解決するというだけのものと理解すればよい。

なお、そうすると、たとえば条例の違法確認、取消訴訟、自衛隊の違憲確認訴訟といった、抽象的な段階での紛争も、法律上の争訟として、裁判で争えるのかという反論が想定されるが、それは、法律上の争訟ではあるが、紛争としての成熟性を欠くので争うことはできないと解すれば解決できる。そのような問題まで「法律上の争訟」概念で解決しようとすると、概念の混乱、過剰負担が生ずるのである。

- (c) さらに、今日、地方公共団体は、国家の内部組織ではなく、法律の下では対等な法主体なのであるから、機関訴訟として理解すべきではない。いわゆる住基ネット訴訟においては、杉並区と都の関係を行政機関相互の争いとする見方があったが、それもこの点で基本的に誤っている(③194～195頁、212～217頁)。

建築確認のために那覇市が取得した防衛情報の公開を巡る裁判で、国の出訴について財産上の問題として適法とした最高裁判例(最判平成13年7月13日判例自治223号22頁)があるが、では、地方公共団体が守らない国家機密が非財産的なものである場合、国として争う方法がなくて良いのか。法律上の争訟と認められるべきである(①25頁。②86頁、④上21頁で引用する宇賀克也説も同じである)。

情報公開は自治事務であるから、国の対応手段としては、地方自治法

上は、是正の要求（（地方自治法 245 条の 5 第 2 項、第 4 項）、違法確認訴訟（同法 251 条の 7））しかなく、これに地方公共団体が従わない場合には、判決の執行方法も、代執行の方法も存在しない。これでは政治的に力関係で歪められた形で解決されるだけである。法治国家にふさわしくない。「法律上の争訟」の誤った理解がその原因である。

なお、法定受託事務なら「是正の指示」をし（同法 245 条の 7）、応じてもらえなければ高等裁判所に「当該事項（当該違反を是正し、又は当該怠る法定受託事務の管理若しくは執行を改めるべきこと）を行うべきことを命ずる旨の裁判」を請求することになる（同法 245 条の 8）。地方公共団体がその認容判決に従わないときは、大臣は代執行を行うことができる（同法 245 条の 8 第 8 項）。

(d) 憲法 32 条の定める裁判を受ける権利は直接には私人の権利であるが、地方公共団体の裁判を受ける権利を否定するまでの意味を有するものではないし、憲法上の地方自治の保障、法治国家の原理からすれば、国家の判断に対して、地方公共団体が司法の判断を求めることができることを保障されていると解釈すべきである。自治権は裁判を受ける権利の保障を受けないという説（藤田宙靖説）は、法治国家を無視したものであり、取りえない。

(e) 「法律上の争訟」概念は「司法権」概念と密接に関わるが、これについて整理したものが③ 137 頁以下である。司法権＝法律上の争訟＝当事者間の権利義務という等式（客観訴訟は司法権の範囲外）には結論先取りで、なんら説明がないので根拠がなく、具体的な紛争が存在する場合に、適法な提訴を前提に、事実認定と法解釈によって解決できるのであれば、当事者間の権利義務に関する争いに限定することなく、行政の権限行使を巡る争いであれ、具体的な争訟事件として、司法権の任務の範囲内である。客観訴訟も、司法権の範囲内にあり「法律上の争訟」なのである。なお、民衆訴訟、機関訴訟等の客観訴訟も事件性があり、司

法権の範囲内＝法律上の争訟である。ただ、それは個人の裁判を受ける権利の保障がないので、それを制度化するかどうかは立法者の判断による。

宝塚条例事件、住基ネット事件は、自治権に基づくもので、客観訴訟ではないが、仮に主観的な権利はないとしても、この意味で司法権の範囲内であり、「法律上の争訟」に当たる。

中川丈久「国・地方公共団体が提起する訴訟：宝塚市パチンコ条例事件最高裁判決〔平成14. 7. 9〕の行政法論と憲法論」法学教室375号92-頁以下、特に106頁以下は、宝塚市の提起した訴えは法律上の争訟であるとし、司法権＝法律上の争訟＝主観的訴訟の三位一体を旨とする通説的見解に立ち、主観訴訟のなんたるかを「財産権の主体」や「自己の権利利益の保護救済」という言葉で表現しようとしたのが宝塚最高裁判決であると指摘する。そこで、問題の根は深く、批判の矛先は、一切の法律上の争訟を主観訴訟とした公法学の通説に向けられるとする。その通りであるので、私見でも、前記のように、司法権の概念から、個人の権利義務に関する争いを除くべきであると主張している。ただ、中川は、客観訴訟は、司法権のコア部分ではなく、フリンジ部分であると理解している。

亘理格「法律上の争訟と司法権の範囲」『行政法の新構想Ⅲ』（有斐閣、2008年）1頁以下も、民事訴訟モデルを克服し、権利義務や法律関係の要素を抜き取った具体的争訟性を示す概念として「事件性」を再構成する。結論として私見と同方向である。

(3) 被告国の主張の誤り

被告国の答弁書（6～8頁）は、地方自治体の存立を維持する権利、地方自治権は制度的保障であって、主観的な権利ではないから、当事者間の具体的な権利義務に関する紛争に当たらず、「法律上の争訟」ではないと主張する。地方自治権の主張を制度的保障と勝手に読み替えてはならない。

最後に論ずるように、制度的保障とは国家の立法権に対する保障であり、しかもそれが侵害される場合にはドイツでは憲法異議が認められているので、主観的権利と構成しても間違いではないのである。そして、本件で論点となっている、被告電源開発による事故から身を守る権利としての存立を維持する権利は、立法権に対して争っているのではないので、何の関係もないものである。

また、法人は何であれ（民間法人であれ、公法人であれ）、その存在が法制度上保障されているので、法制度の改革ならともかく、現行制度の下で第三者の侵害から自己を防御する権利を有するはずで、主観的権利ではないなどということとはできない。「法律上の争訟」概念を具体的な権利義務に関する争いに限定することは不適切であるが、仮にその立場に立っても、法律で保障された法人としての存在を法律以外の第三者との関係で維持する権利は具体的な権利というべきである。

被告国の第1準備書面（19頁）は、行政主体相互間の紛争も、それらの権限の行使ないしその存否を巡って争われる限り「法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とするもの」であるから同じく「法律上の争訟」性を否定されるとする学説を引用するが、そこから機関相互の紛争と行政主体相互間の紛争を同一視するとすれば、独立した行政主体と同じ行政主体内の機関相互の争いの違いを混同しているもので、地方公共団体が国の統治機構に組み込まれていた古い制度の理解から脱却していないのである。

被告国の第1準備書面（20頁）は、財産権を固有の利益と主張することで、本来、当事者間の具体的な権利義務に関しない地方自治権を根拠とする部分まで具体的な権利義務に関する紛争になるという根拠は不明確であると主張する。その24頁～25頁も平成13年7月最判を引用して、同旨であろうか。しかし、本件の請求の趣旨は、無効確認訴訟や義務付け訴訟であり、それが財産権を根拠に法律上の争訟に当たると解されれば、地方自治権を根拠とする部分を除く方法はない。財産権であれ、地方自治

権であれ、どれかを根拠に法律上の争訟に当たると解される理由があれば、次は本案で原子炉等規制法に違反するかどうか争点になり、地方自治権に関する部分を除く方法はなく、全体として審理の対象となるのである。

被告国の第1準備書面(21頁)は、宝塚市条例判決は司法権=法律上の争訟=国民の権利利益の救済と捉え、行政主体の行政権限の救済を本来的な司法権の枠外として位置づけてきた従来の通説の延長線上にあるというが、古い説はともかく、最近ではそのような説は限られている。福井調査官解説は、調査不足で、学説も誤読していることは①160～163頁、④上10～15頁で丁寧に説明した。ここに記載したように、小早川は、かつては慎重論だったが、肯定説に変わっている。芝池、高田祐成=宇賀克也、新堂幸司、塩野宏、藤田宙靖なども肯定説である(藤田説は自治体の出訴権を自治権に求めることについては、後述のように消極的であるが、「法律上の争訟」に当たることは肯定している)。

さらに、この福井調査官の解釈方法の問題については、①161～163頁、④上12～14頁で丁寧に扱った。再録する必要はないと思われるので、これらをお読みいただきたい。さらに、被告国は続いて、権利侵害を前提としない客観訴訟は司法権の本質に根ざすものではなくという学説を引用する。それは民衆訴訟や機関訴訟、抽象的な規範統制訴訟を念頭に置いており、その限りで妥当である。しかし、本件はこれらの訴訟とは異なり、自治体の存立を侵害するとして提起されているのであるから、この学説の射程範囲外である。被告国の第1準備書面(22頁)は、行政権限の救済を目的とした紛争が本来的な司法権の範囲に含まれるとすれば、内閣法7条や廃止された地方自治法151条を説明できないと主張するが、内閣法は、大臣相互間(機関相互間)の争いを解決する方法を規定したもので、行政主体間の争いに関するものではないから、司法権の問題となるはずがない。被告国は行政権限の救済という言い方で、行政主体の権限と行政機関の権限を混同しているのである。地方自治法151条は、

廃止された機関委任事務に関するものであるが、それはもともと大臣の事務を都道府県知事等に執行させるといったシステムであるから、その限りで、都道府県知事は大臣の下部行政機関扱いされていたものであり、独立の法主体としては扱われていない。このことと、独立の法主体が行使する行政権限に関する争いは完全に別である。被告国の主張は初歩的な理解さえ欠けていることを証明している。

被告国は、平成14年宝塚市条例最高裁判決の福井調査官解説に依拠するが、これは調査不足であったので、理論的にこれに依拠すべきものではない。

被告国第1準備書面(22頁～26頁)は、江口とし子論文(「国と地方自治体との関係」藤山雅行＝村山斉志『行政争訟 改訂版 新・裁判実務大系25』(青林書院、2012年)100頁以下)を引用するが、その旧版では行政主体の訴え提起に積極的な見解を示したが、最高裁が消極説に立つことが明らかで、実務的には決着のついた問題であるとし、判例に反対する多数の学説の見解の論拠には首肯しうる点も少なくないが、判例の考え方は伝統的な考え方に基づくもので、これもまた筋の通ったものであるとして、立法的解決を求めている。

彼女は裁判官であるから、判例を批判することを抑制するというバイアスがかかったものであるが、それでも、判例は伝統的なものと認めるように、古すぎ、学説の支持が得られないものであることと認めている。したがって、この説は、被告国の主張を、判例があるからという以上には根拠づけるものではない。なお、この説は学説として、成田、塩野、曾和などを引用しているが、この問題を正面から取り上げた③の著書や拙著①、②を無視しているのは残念である。

(4) 学説も大部分は最判に批判的

学説の多くも同様であることは、先の拙稿④下3～6頁、22頁注(20)で紹介した。曾和説、村上説については、④上8頁、20頁注(4)

でも言及している。

③著は、多数の有力公法学者に検討してもらったもので、宝塚判決、住基ネット判決に賛成する者はいないのである。兼子仁、塩野宏ほか多数の研究者が自治体の出訴権を肯定する丁寧な論拠が示されている。特に、塩野宏「地方公共団体の出訴資格」が比較法的・歴史的視点を踏まえて行った総括（③128～130頁）の指摘が極めて鋭く適切であるのでご参照いただきたい。

碓井光明は1996年の段階で、細川俊彦、村上順、阿部の論文を挙げ、行政上の義務の民事執行を適法とするのが通説であるとしている（①147頁注2）。この段階の曾和説も同じである（①147頁注2、152頁）。曾和説、村上説については、④上8頁、20頁注（4）でも言及している。

曾和俊文論文は『行政法執行システムの法理論』（有斐閣、2011年）157頁以下でもまとめられている。

大田国彦「民事手続による執行」『行政法の争点 第3版』72頁も学界と最高裁が対立しているとしている。さらに、『行政法の争点』（2014年）96頁参照。

中川丈久「行政上の義務の強制執行は、お嫌いですか？：最高裁判決を支える立法ドグマ：宝塚市パチンコ条例事件〔最高裁平成14.7.9判決〕」論究ジュリスト56頁注1、2）（2012年）は宝塚判決に反対する学説を多数挙げている（ただし、筆者が重要と思う③著が抜けている）。

村上裕章「国・自治体間等争訟」『現代行政法講座IV自治体争訟・情報公開争訟』（日本評論社・2014年）12頁以下も否定説はごく少数であることを示している。そして、否定説の論拠に賛成せず肯定説に賛成している（21頁）。さらに、村上裕章『行政訴訟の基礎理論』（有斐閣、2007年）52頁以下参照。

高木光（ジュリ重判平成14年度47頁）も、宝塚条例判決は明治憲法下のドイツの理論であり、それは司法裁判所の権限が民事と刑事に限定さ

れていた時代の観念であり、最高裁は21世紀になってもなお憲法を理解していないと批判している(④上9頁。②84頁も同旨である)。

村上武則「宝塚市パチンコ規制条例と法治主義」『法治国家の展開と現代的構成 高田敏先生古稀記念論集』(法律文化社、2007年)82頁以下も学説を渉猟して肯定説に立っている。

人見剛「宝塚市パチンコ店規制条例最高裁判決—行政権の主体としての地方公共団体の出訴資格について」自治総研331号(2006年)53頁以下も肯定説である。

齋藤誠「行政主体間の紛争と行政訴訟」藤山雅行=村山斉志『行政争訟改訂版 新・裁判実務大系25』(青林書院、2012年)94頁以下は、地方自治の専門的研究者であるが(『現代地方自治の法的基層』(有斐閣、2012年))、平成14年最判の判例変更を求めている。そして、憲法レベルで、地方自治を保障し、国の立法・行政組織とは別個に地方公共団体を位置づけているから、自治権を根拠に地方公共団体が出訴することは可能である、と述べている。全面的に肯定する見解である。

北原昌文「地方公共団体による行政上の強制執行」大浜啓吉編『公共政策と法』(早稲田大学出版部、2005年)264頁以下、280頁注8も学説の多数が最高裁判決に批判的であるとしている。

岡田正則=長内祐樹「自治体と国との争訟」『自治体法務講座3争訟管理』(行政、2014年)179頁以下も基本的に最判に批判的である。法律上の争訟概念について、事件性として少なくとも一方当事者が私人であることを要求する伝統的通説は、行政法関係を外部関係と内部関係に分ける伝統的思考が影響を及ぼしている、これは比較法的にも制度の沿革上も一般性を有するものではないと批判する(同190~191頁)。地方分権改革前の職務執行命令訴訟について最高裁(最判昭和35年6月17日民集14巻8号1420頁、最判平成8年8月28日民集50巻7号1962頁)は、自治体が国の機関との関係上自主独立の関係にあることを確認してい

ると指摘している(193頁)。そして、「法律上の争訟」概念を見直し、「行政権の主体」としての自治体の出訴権を認める((194～199頁)。私見と実質的には同じである。

なお、教科書レベルであるが、「法律上の争訟」概念の使い方が恣意的であり、理論的にも根拠がないことをわかりやすく説明しているものとして、櫻井敬子『行政救済法のエッセンス』(学陽書房、2013年)117頁以下参照。

宇賀克也『行政法概説Ⅲ【第3版】』(有斐閣、2012年)87～89頁は法律上の争訟について、否定説と肯定説を並列している。否定説は判例であるが、学説では肯定説が大部分である。

被告国第1準備書面13、14頁は、藤田、小早川説を引用するが、それは学界では少数派である。

原告第2準備書面12頁以下は、塩野宏、村上裕章、垣見隆禎、東京高裁昭和29年7月7日民集16巻4号804頁、曾和俊文、寺田友子、兼子仁などの学説判例を引用している。28頁以下でも、村上裕章、塩野宏説が引用されている。

(5) 諸外国でも裁判の対象

諸外国を見ても、英米独仏ともこのような限定はない、このことは特に④下7頁～10頁で丁寧に紹介したので、ご参照いただきたい。ドイツ法では自治行政権を根拠に行政裁判所に出訴することができるし、行政上の義務の履行を求める訴訟は不適法という考え方は採られていない。さらに、ドイツについては山本隆司、アメリカについては中川丈久の論文に、①149頁、158頁注(1)で再び言及した。

村上裕章前掲「国・自治体間等争訟」『現代行政法講座Ⅳ自治体争訟・情報公開争訟』13頁、15頁注(8)は、ドイツ、フランス、イギリス、アメリカでも原則として行政主体の出訴が認められているとして、邦語の

関連論文を無数に挙げている（その大部分は筆者もあげている）。

さらに、韓国、台湾でも同様である¹。日本は、行政訴訟については、先

¹ さらに、アメリカ法との関係で追加すると、奥平康弘「憲法訴訟と行政訴訟」公法研究41号106、116頁（1979年）は、アメリカ法について、「アメリカでは民衆訴訟とか機関訴訟とかいった特別の法定訴訟はない。ないけれども、たとえば日本の民衆訴訟に対応する納税者訴訟とか選挙訴訟は、可能である。また、日本でならば成立しえないような種類の機関相互間の訴訟ははば広くみとめられている。抗告訴訟という特定の訴訟形態に集約させ、しかもこれを純粋に私的権利保護の制度にとらえ、この基準に合致しないものはおよそ「法律上の争訟」たる通常の司法事件ではないのだという考え方は、日本独特のものであるように私はおもふ。憲法論の立場からみて機関訴訟という概念や制度にはよく納得できないものがある。また例をアメリカからもってきて申し訳ないが、ウォーターゲート事件にからんでニクソン大統領の会話を記録したテープなどの提出命令をめぐる訴訟が、ニクソンを相手にしてそれぞれ、第一審の裁判官、特別検察官そして上院の特別委員会の三者からおこされているが、日本ではこういう訴訟は認められないと一蹴されるだろう。その結果、文書保管者本人の「秘密」指定が絶対的な効力をもつことになる。実際、日本の議院証言法での解決方式は、結局のところ行政秘密は、内閣声明により守られることになっているが、これは、自分のことがらを自分が決定するという、公平の原則にいちじるしく反する手続ではないかと私はかねがね考えてきている。機関同士の争いだから、特別な仕組みで政治的な紛争解消の方法で結着づけられていいんだというにしては、この次第では、国民の知る権利が大きくかわるものでありうることを軽視してはならないとおもう。」

これまで勉強していなかった韓国、台湾についても、新情報を入手したので、紹介する。韓国では、崔祐溶（Choi, Woo-Yong、チェ・ウ・ヨン）東亜（Dong-A、ドンア）大学教授によると、国と地方公共団体の間、地方公共団体の間の権限の争いを解決するための司法的な方法は、以下のように2つがある。

まず、憲法裁判所による「権限争議審判」がある。憲法裁判所法によると、国家機関と自治体間及び自治体相互間の権限の存否あるいはその範囲に関して争いがある場合には、当該国家機関あるいは自治体は、憲法裁判所に、権限争議審判を請求することができる（憲法裁判所法第61条第2項）。この審判請求は、被請求人の処分あるいは不作為が、憲法あるいは法律によって付与された請求人の権限を侵害したり、あるいは侵害する顕著なおそれがある場合に限って可能である。

次は、行政訴訟法を通じての方法である。

韓国の行政訴訟は、抗告訴訟、当事者訴訟、民衆訴訟、機関訴訟の4種類である。そのなかで、法律による機関訴訟を通じて、国と自治体との争いを解決する方法もある。すなわち、地方議会の再議決に対して自治体の長あるいは国の監督機関が大法院に訴える場合である（地方自治法第172条）。また、機関委任事務に関する主務部長官の職務執行命令に対して、自治体の長が訴訟を起こした場合、大法院は自治体の長の機関委任事務の執行懈怠の適法について判断することができる（地方自治法第170条）。

次に台湾については、蔡秀卿教授によれば、台湾台北市が里長の選挙を、行政組織再編により実施が困難になったとして延期する告示をしたら、行政院は、これを延期する「特殊事情」に該当しないとして、選挙延期の告示を取り消した。台北市政府は、里長選挙は自治事務であって、台北市が解釈権を有すると主張し、行政院との解釈の争いを解決するため大法官に対し、法令の統一解釈を申請するとともに、行政院による告示の取消しは憲法の保障する自治の本旨に反するとして、大法官解釈を申請した。これに対し、大法官は2002年に大法官釈字第553号解釈を下した。その要点は、本件は地方自治の事務であるので、地方自治団体の判断を尊重すべきであるが、それに恣意その他の違法事由があれば、上級監督機関はそ

進国でも発展途上国でもない、底辺に滞留する後進国・最貧国である。このような状況は司法権が機能していないことを意味している。裁判所は、諸外国から笑われるこのような状況から脱却しなければならない。

2 住基ネット訴訟について

住基ネット訴訟は、住民基本台帳法上の権限行使に関する争いであるが、これも法解釈の争いである（これについては、③が詳しい）。しかし、東京地判平成18年3月24日（判時1938号37頁、東京高判平成19年11月29日判例自治299号41頁、最高裁平成20年7月8日）は権利義務を主張しているのではなく、行政の適正を求めているので、法律上の争訟で

れを取消変更することができる。台北市の里長選挙延期の告示を取り消した行政院の決定は、中央法規が地方自治の事務に適用されるための事実認定、法令解釈にかかわり、効力ある意思表示であるので、行政処分である、台北市がそれに対し不服がある場合、それは中央監督機関との間の公法上の争議事項に該当する、行政処分の違法性の有無という争議である以上、その争議は行政訴訟によるべきであるということで、行政院の決定について処分性と出訴可能性を肯定した。

さらに、蔡教授からは次のような教示を受けた。「法律上の争訟」の概念について、日本の裁判実務では裁判所法3条に囚われすぎて、司法権の消極性や抑制性といった固有の特質と相俟って司法権の射程範囲を狭める解釈論がずっとずっと続いているが、台湾では、「法律上の争訟」又はそれに準ずる概念は存在しない。

そのため、日本でなかなか認められない、いわゆる抽象的な規範統制訴訟（法令の効力を争うもの）につき台湾では大法官に担わせているし、大学教員の昇進・学位不授与、国家試験の合否判定等といった、日本では高度の技術・学術上の問題として「法律上の争訟」から外されることの多い訴訟についても、全く問題なし提訴でき、しかも実務上件数が少なくない（以前教育部（文科省）の委員等の経験から）。

また、国と地方政府との紛争について、現行地方制度法では国と自治体との関係が非対等的であること、自治体への関与手段が権力的なものしかないこと（地方制度法75条、76条）が前提とされていて、訴願法1条2項も自治体への国の権力的関与の訴願・取消訴訟の可能性を明確的に認めており、大法官553号解釈が台北市政府に対する行政院の決定（選挙延期の取消）を処分として、行政訴訟（取消訴訟）の可能性を認めたのである（蔡秀卿「台湾における地方自治団体の事務」自研88巻6号55頁、2012年）。

さらに、その論文には書いていないが、これが良い解決方法とは思えない。訴願が認められても、その訴願事件が行政院訴願審議委員会で審理されるのは、紛争の当事者と裁断者が一体となった構図で、行政院の決定を取り消す判断は全く期待できないからである（実際、これを分かっていた台北市政府は訴願をあきらめた）。訴願法で国の関与への訴願・取消訴訟を認めたのは、現行地方制度法における国・自治体の非対等的な（上下）関係と、他に適切な訴訟方法がないという考え方によるものである。したがって、立法論としては地方制度法における国と自治体との関係を全面的に改正すべきと思う。

はないとした。これについては宝塚条例判決批判が妥当するほか、宝塚条例とは事情が異なるから、その射程範囲をこの事件に及ぼすべきではなかった(③199～201頁)。

ただ、宝塚パチンコ条例事件は、行政主体から民間への権限行使であったので、両方とも独立の法主体である。これに対して、国、都道府県、市町村の間では、もともと、完全な法主体性を認めず、国家機構の内部の問題だという見方があった。その間の訴訟として認められるとしても、法律に定めた場合に限る機関訴訟という立場である。しかし、国と地方公共団体の間も法治国家の下での独立の法主体として構成されており、特に2000年の地方自治法改正で、国の地方公共団体への関与は、法律に基づくことになった(同法245条の2)以上は、それに関する争いは司法の審判に待つこととしないと法治国家は完成しない。こうした訴訟の適法性について疑問を持つ向き(被告国も都合良く引用する雄川、藤田説)は非常に古い説であって、学説の大部分はそれに従っていない(③131～132頁の塩野説も参照)。むしろ、驚くべきことは、被告国は公的ポストに就き、公金で業務を行いつつ、文献の取捨選択においてきわめて恣意的であり、古色蒼然としたものしか取り上げない。シーラカンスではなかろうか(④下10～22頁、③212頁以下)。

したがって、区と都の間の争いも、司法が決着をつけるべきであり、これまでの判例には賛成できない。

3 判例の射程範囲を限定する必要性

(1) 宝塚判決の射程範囲は行政上の義務の民事執行に限定すべき

この宝塚条例事件は、宝塚市が、条例に違反する建築行為の中止命令を発したところ、業者が従わないので、民事上の差止めを求めた異例の事件である。この中止命令は代替的作為義務ではないので、行政代執行法は適用されないし、処罰規定もなかったので、この条例は単なる行政指導条例

に陥るのか、その実効性を確保するために民事訴訟に訴えることが許されるべきかというのが争点であった。

そして、戦後、行政上の強制手段はすべて行政執行法で担保するという戦前の制度が廃止されたので、英米流の司法的執行の制度（行政といえども裁判所の判決を取って初めて執行できる制度）もある程度導入されたと理解して、この訴訟を適法とすべきであった（①150頁）。

最判はこのような訴えは許されないとしたわけであるが、塩野は、この判決の趣旨は、行政上の義務履行確保の制度を自ら用意できる行政主体には適用されないという民事執行不能論ではないかとしている（④上10頁）。それなら、最高裁は、一般論をせず、条例で賦課される義務の履行がなければ、刑事罰や代執行を活用せよという趣旨として限定的な判断をすべきであった（ただし、中止命令の担保は刑事罰しかない）。塩野も、この射程範囲を限定し、「国の公権力の行使に対して、それが自治権の侵害であるとして自治体がこれを争う場合についてまで宝塚条例判決の射程が及ぶものと解することはできない」（③133頁）と述べている。

(2) 職権判断の不適切さからも射程範囲は限定すべき

この事件では高裁まで、本案、つまりはパチンコ店について風営法よりも厳しい立地規制を定める宝塚市条例が風営法に違反するかどうか争われ、当事者間でも裁判所でも、「法律上の争訟」に当たるかどうかは争点ではなかった。最高裁の口頭弁論でも争点ではなかったので、当事者が論争しない論点について職権で判断されたものである（①155頁）。裁判所は、弁論主義は事実認定についてだけ適用され、法律問題は職権で判断できるとの立場を取っているが、法律問題といえども、議論を積み重ねなければ、神ならぬ人間には、妥当な結果は得られない。この判断の仕方は不意打ちである。この判決については学説の大部分が反対していることから、口頭弁論の争点として示され、当事者に意見書を取って争う機会が与えられていれば結論が異なる可能性は大きかったのである。

仮にこの判例を変更しないとしても、このような事情であるから、その先例的価値・射程範囲はできるだけ制限すべきである²。

² 裁判所の独断的判断は法律問題でも違憲

裁判実務では、法律論は、裁判所が当事者の主張なくとも判断できることになっている。筆者が行政訴訟の原告代理人となって驚くのは、被告行政庁が反論できない（あるいは沈黙している）ので勝訴のはずと思ったら、裁判所が、被告も言わず想定もできない理屈をあげて、原告を敗訴させることがしばしばあることである。原告は、裁判官の心証を害さないように、しかし、行政の代理人だけではなく、裁判所をも敵として（しかも、裁判所の判断は事前に示されないの、見えない敵を相手に、闇夜に鉄砲を撃つように）攻撃しなければならないという、法治国家では信じがたい事態が頻発することである。

裁判とは、両当事者の主張立証を踏まえて、裁判官が第三者として中立的な立場で判断する制度のはずである。そして、それは事実認定に限らない。法律論といえども、裁判所が、神のご託宣のように決めたものが最も適切だということにはならない。それは、当事者の攻防を待って論点を適切に整理しないと適切な判断ができない性質のものである。むしろ、当事者の主張にない法律判断で一方を敗訴させるのは、その法律判断がしばしば著しく妥当性を欠く上、中立性を欠き、他方に対する不意打ちである。したがって、裁判所は、当事者の法律論を排斥するときは、できるだけ反対当事者に主張させるとともに、当事者の主張に現れない法律判断をするときは、裁判所の考える理論を示して反論させるべきであり、そうしないのは、釈明義務違反であるし、さらには、その裁判を受ける権利を侵害して、司法権の限界を超え、違憲であると考えられる。

このことは行政処分の根拠法規の説明だけではなく、裁判所の職権調査事項とされる訴訟要件の解釈でも当てはまると解すべきである。極端な例として、行政上の義務の民事執行を「法律上の争訟」（裁判所法3条）に当たらないとした最高裁判例（宝塚パチンコ店条例最判平成14年7月9日民集56巻6号1134頁）を挙げておこう。最高裁で口頭弁論が開かれたが、当事者は、宝塚市パチンコ店規制条例が風営法に違反するかを論じ、「法律上の争訟」が争点だとは気がつかなかったのである。論点が示されていれば、当事者がしっかりと論陣を張り、裁判所も別の解釈をとったかもしれないのである。そして、それ以後の裁判所は、これを先例としてしまい、いくらこの判決を批判しても馬耳東風なのは嘆かわしい。

ちなみに、ドイツ民事訴訟法278条3項は、「裁判所は、付帯債権のみに関するものを除き、裁判所が（当事者に対し）ある法的観点について表明する機会を与えていたときのみ、当事者が明らかに看過した、又は重要でないと考えていた、その法的観点に基づいて裁判することができる」と定めている。これは、実定法に規定されているが、規定がなくても、裁判の本質に属する憲法上の要請であると解すべきである。

人事訴訟においては職権探知主義が取られている（当事者が主張しない事実を斟酌し、職権で証拠調べをすることができる）が、その事実及び証拠調べの結果について当事者の意見を聞かなければならない（人事訴訟法20条）。法律論の場合もこれと異なると解する理由があるのだろうか。

なお、国会が作る法律は、原案が国会に提出されてから、公開の場で、多少なりとも議論され、場合によっては修正される。裁判所は密室でつくった法律論を先例として、以後の別件の私人と判例を事実上拘束している。これは、個別事件の解決を任務とする裁判所として行きすぎであろう。

末広徹太郎『役人学三則』（岩波現代文庫、昭和7年）137頁は、天下の秀才は自分がすべてわかると思って、実態も外国法も分析しないで法律を制定したりするが、しばしば外れる。それは小知恵であるという趣旨である。この問題は、山本和彦『民事訴訟審理構造論』（信山社、1995年）、高橋宏志『重点講義民事訴訟 [上]』（有斐閣、2005年）399

(3) 住基ネット訴訟における最高裁の判断

そして、住基ネット訴訟の最高裁は単に上告不受理、上告棄却としただけで、独自の判断をしていないので、その先例的価値は低い。大法廷を開かなくても、これと異なる判例を作ることは可能である³。したがって、住基ネット訴訟の最判を本件に適用すべきではない。

4 「固有の地位」に関する制度の適用がないこと

行政手続法4条1項、行政不服審査法57条4項(改正法7条2項)、国と地方の係争処理委員会の権限に関する地方自治法245条1項は、地方公共団体は、これらの救済手続を利用できるのは私人と同じ地位ある場合に限り、「固有の資格」に立つ場合には、その救済手続の適用はないことを定めている。被告国の第1準備書面21頁は、固有の資格に立つ場合は行政の内部問題の審査を求めるものに過ぎず、適法な抗告訴訟に当たらないものと解されてきたとして、藤田、雄川説を挙げるが、それは、地方公共団体が国の統治機構に組み込まれているという古い理解に基づくものであって、地方公共団

頁、納谷廣美「法的観点指摘義務」『現代社会における民事手続法の展開 上巻』(商事法務、2002年)575頁以下に詳しい。私見は、今の裁判実務は裁判の本質に反する違憲の運用と考えるのである。以上は、阿部②218頁の再掲。

³ 最高裁は、同一の論点で、前には不受理としていたのに次は受理して、原判決を破棄することもある。

筆者が関与した事件では、神戸市長を被告とするいわゆる福祉外郭団体にかかる下記の住民訴訟において、1審では原告の一部勝訴、高裁ではほぼ全面勝訴、その後神戸市議会は、権利放棄条例を制定して、原告勝訴によって得た市長個人と外郭団体に対する約2億円以上の権利を放棄して、上告したが、最高裁は、門前払いとした(神戸地裁平成18年(行ウ)25号、平成20年4月24日判決、大阪高裁平成20年(行コ)90号、142号、平成21年1月20日判決、最高裁平成21年(行ツ)117号、(行ヒ)141号、平成21年12月10日上告棄却・上告受理申立て不受理決定)。

しかし、その次、同様の内容で、対象となる外郭団体が異なる外郭団体訴訟において、大阪高裁平成21年11月27日は原告の請求を認容した上、放棄議決を無効とする私見をほぼ採用した(ジュリスト重判平成22年69頁)。しかし、最判平成24年4月20日(民集66巻6号2583頁、判時2168号35頁、判タ1383号121頁、判例自治363号34頁、重判平成24年55頁、阿部泰隆「権利放棄議決有効最高裁判決の検証と敗訴弁護士の弁明」自治研究89巻4、5、6号、2013年において反論)は、今度は上告受理申立てを受理して、放棄議決を有効とした。このように、不受理事件は後の判決で覆ることもあるから、判例変更のために大法廷を要する事案(裁判所法10条)とは異なる。

体が国から独立した、法の前では対等の法主体である今日においては、成り立たない理論である。雄川説はもともと曖昧であり、藤田説も法治国家では妥当しにくい理論である。成田、塩野説はこれに反対している（詳しくは、④下3～6頁）。

また、行政レベルにおける救済手段は、憲法上の保障を有するものではないので、固有の地位については私人と異なり特則をおくことができるが、司法審査においては、国、地方公共団体の紛争も、司法権の対象であり、法律で排除規定をおくことはできないのである。したがって、上記の規定があるからといって、司法権が排除されることにはならない。

また、本件では函館市が、自分に対する処分を争う場合ではないので、そもそもこの制度の適用はないし、しかも、本件では、函館市は、私人と同じように、国ではない第三者から、法人としてのその存立を維持する権利を侵害される（国はそれを許容しただけ）として争っているのであるから、「固有の地位」の問題ではない⁴。

⁴ なお、補助金適正化法25条は、補助金の交付に関する処分について関係省庁の長に対し、不服申出制度をおいている。これについては国地方係争処理委員会の審査の対象とはなっていない。関与について定義する地方自治法245条柱書きの最後のかっこ書きにおいて、「国又は都道府県の普通地方公共団体に対する支出金の交付及び返還に係るもの」が「関与」から明示的に除外されているのである。

そこで、この制度も、地方公共団体の出資資格を制限する根拠として主張される可能性がある。しかし、そうではなく、出訴できることは総務省（旧自治省）のキャリア官僚である小滝氏の著述から明らかであるので紹介する。

補助金適正化法25条の補助金等の交付に係る処分に対する不服の申出の制度は、行政不服審査法の特例規定であり、さらに、それを行って、又はこれを行わず、直接に行政訴訟を提起することができる。もともと同法制定時は訴願法により訴願事項は制限列举主義であったので、補助金適正化法により地方公共団体によりのみ不服申立てができることとしたが、行政不服審査法の制定により、一般私人も補助金等について不服申立てができるようになったので、本法は行政不服審査法の特例となったということである。そして、行政訴訟を提起できるかについて、学説を詳細に分析している。

地方自治法245条柱書きで、補助金等の交付に関する処分を除いているのは、概念的にはそれが関与の一類型であることを前提としている。補助金等の交付に関して国地方係争処理のルールから除外されたのは、既に補助金適正化法により不服申立制度がおかれていることと、地方公共団体であると私人であるとを問わず支出金の適正な執行を確保する必要からである。そして、この後半の理由によれば、地方公共団体は、「固有の資格において当該行為の名あて人となるもの」ではないかのごとく、地方公共団体も一般私人と同じく行政事件訴訟を提起できると解すべきである。

5 本件の場合

(1) 「法律上の争訟」に当たること

以上の考察によれば、最高裁判決は、そもそも不適切であるから、判例を変更して、本件を法律上の争訟と解すべきである。

(2) 宝塚条例事件、住基ネット事件の判決の射程範囲外

仮にそうではないとしても、本件は判例の射程範囲外である。もちろん、実務的には、判例変更判決を下すよりも、射程範囲外と解する方が容易であろう。

本件の場合、函館市が大間原発つまりは電源開発株式会社に対して行政権限を行使するものではない。そもそも行使すべき権限が法律にも条例にも存在しない。

函館市は、一つの法主体、法人として、その存立を維持する権利を侵害されるおそれが大きい原発の設置を争うので、それは一つの会社、あるいは個人が争うのと似たものである。したがって、これは宝塚条例事件とは全く異なるもので、本件に宝塚条例事件の最高裁判決の射程範囲は及ぶわけがない。

また、本件は函館市と国との争いであるので、行政主体間の争いであった住基ネット訴訟に似ているとも思われる。しかし、住基ネット訴訟で争点となった住民基本台帳法の解釈問題は民間にはないが、本件の法解釈は

国地方係争処理委員会の審査、訴訟のルートは、本来訴訟を提起できないものについて法律で特別に訴訟提起を認めたものではなく、もともと訴訟提起できるものについて、法律で特別の訴訟形式（機関訴訟類型）を設けたものに過ぎない。したがって、地方公共団体は一般私人と同じく行政不服審査法上の不服申立てルートに相当する補助金適正化法上の不服申し出のルートを経て、あるいはこれを経ることなく直接に裁判所に訴訟を提起できると解すべきである。その形式的理由は、補助金行政上の法律関係においては「国が一般私人に対するのと異なった意味で地方公共団体に対して関与権を行使する場合」に当たらないためであり、その実質的理由は、補助金の交付に関する地方公共団体と国の争いは、名目的には行政主体間の争いとはいえ、実質的には財産権主体間の争いであり、行政機関相互の権限争議には当たらないためである。小滝敏之『全訂新版（増補版） 補助金適正化法の解説』（全国会計職員協会、2013年）336～360頁。

住民が提起する原発訴訟におけると同じである。したがって、本件は、宝塚判決、住基ネット判決の射程外として、「法律上の争訟」に当たる。

(3) 財産上の争いの面

本件は、原発事故による財産の毀損も根拠としている。建築確認のために那覇市が取得した防衛情報の公開を巡る裁判で、国の出訴について財産上の問題として適法とした最高裁判例（最判平成13年7月13日判例自治223号22頁）に照らし、行政上の権限行使だけの問題ではないので、「法律上の争訟」に当たると解すべきである。

三 原告適格

1 函館市の被害

(1) 財産上の被害

福島第1原発事故による自治体の被害は訴状69頁以下に記載されている。3.11後、4年目の2015年3月11日付各紙にも特集されている。

函館市では、原発事故により市庁舎、学校を初めとして、市の財産が大規模に破壊されると想定される（訴状48頁）。

世界初のフルMOX（プルトニウムとウランの混合燃料だけを使用）を使用した大間原発（訴状42頁）に事故が起きた場合には、大量のプルトニウムが放出され、南風に乗って函館市を直撃すれば、放出放射能量は原爆に見舞われた広島、長崎と比べても数百倍に達し、熱線や爆風は受けないとしても、放射性物質による被害はより深刻なものとなる危険が大きい。高放射線下では、警察や消防による救助活動もしようがなくなる。

原発事故で亡くなられた方や負傷者に災害弔慰金を支給することになる。

災害弔慰金について2分の1の国庫負担分と4分の1の都道府県負担分を、市町村が立て替え払いをして2～3カ月後に国・県の負担分が市町村に交付されることで多額の立て替え資金が必要となっている問題が存在する。

政府は、災害弔慰金の国庫負担については、補正予算が成立した後、速やかに概算交付、言わば見込みでの交付を行う方針であると答えた⁵。とりあえず自治体の負担は重いし、そもそも自治体破綻の時に自治体負担があること自体重すぎる負担である。

災害弔慰金の東日本大震災に伴う原発事故の被災者の適用については、川田龍平議員の「生活再建支援法の支援金は原子力災害のみによる避難は対象となっていませんが、この災害弔慰金の支給に関してはこうした区別がなされるべきではありません。原子力災害に伴う避難の過程でお亡くなりになった方に災害弔慰金は支給されるのでしょうか。」という質問に対して、岡田充功大臣政務官が「自然災害の種別を問わず、そして県内、県外の避難の状況を問わず、こういった弔慰金の対象になる」と回答している⁶。

事故の場合に、市が第一線で救護活動、復旧など極限の活動を強いられ、多大の出費を余儀なくされる。それは重大な経済的不利益である。

(2) 市の任務阻害の防止

市は、自治体として、市民を災害から守るため、災害対策基本法、消防法、災害救助法などにより、災害防止、被災者救助、被災者支援などの任務を負っている。原発事故によってこのような任務を果たさなければならぬ。それは通常の（当然の）行政上の任務ではなく、異常に重い特殊な負担である。したがって、函館市としては、この事故を防止するために本

⁵ 2011年5月2日の参議院総務委員会8頁における山下芳生参議院議員の東日本大震災に関する発言とこれに対する政府参考人（清水美智夫君）の答弁

(http://kokkai.ndl.go.jp/cgi-bin/KENSAKU/swk_dispdoc.cgi?SESSION=9388&SAVED_RID=2&PAGE=0&POS=0&TOTAL=0&SRV_ID=9&DOC_ID=7069&DPAGE=1&DTOTAL=1&DPOS=1&SORT_DIR=1&SORT_TYPE=0&MODE=1&DMY=11495)。

⁶ 2011年7月28日の参議院厚生労働委員会23頁

(<http://kokkai.ndl.go.jp/SENTAKU/sangiin/177/0062/17707280062018a.html>)

さらに、東京電力福島第一原発事故で避難中や避難後に体調を崩し死亡した人の遺族について、厚生労働省が「災害弔慰金」の支給対象とする見解を福島県に伝えた。災害弔慰金は自然災害で死亡した人の遺族に支給すると定められているが、地震などに発した原子力災害に適用される初のケースとなる（朝日新聞2011年5月7日）。

件訴訟を提起することは、その事務の範囲内である。

(3) 住民の安全確保任務の阻害防止

市民はもちろん本件大間原発に対して訴訟を提起する原告適格を有する。函館市は大間原発からわずか30キロ圏内であるから、少なくとも58キロ圏の住民に原告適格を認めたもんじゅ最判に照らして、このことは当然のことである。

国家は国民の安全を守る義務があり、地方公共団体も、それぞれの任務の範囲内で同じく解すべきである。そうであるとすれば、どのような手段を講ずべきか。条例制定とその執行という手段を用いるのが通常の場合である。公安条例は、表現の自由との関係で問題は多いが、住民の安全を守るつもりである。痴漢防止条例も同様であろう。

しかし、本件の場合、条例という手段は使いようがない。市の管轄内であっても、条例で原発を規制することが果たして適法にできるのかどうか疑問がある上、そもそも、大間原発は函館市の管轄外である。

そうすると、市民の安全を守るために、訴訟の手段に訴える他はない。そこで、このような任務を果たすという利益は原告適格の根拠となる。

(4) 自治体自身の絶滅防止

福島第1原発事故は小康状態であるが、多数の住民が避難を余儀なくされ、4年後でもなお帰還困難である。住民が誰もいなくなっている区域も広範囲に及んでいるのである。その上、炉心が溶融していたことが明らかになった。

もう少し間違えば水蒸気爆発などで利根川まで死の灰が降り注ぎ、関東圏では水道の放射能が高度に汚染され、居住不可能になった可能性も指摘されている。瀬戸際、間一髪、本当に運が良かったと言うべきである。しかも、今の廃炉作業も五里霧中であって、何処で失敗して死の灰が広範囲にまき散らされるかはこれまた予測不可能である。したがって、原発事故のリスクは数百キロに及ぶのである。福島原発事故を最大限だと想定して、

それを前提に議論してはならない。

そして、住民が今もって帰還できない町も多数ある。町として存立の危機に立たされている（これは個人であれば人格権であろうが、地方公共団体についての人格権に相当するのが、存立維持権である）。

原告は、函館市が原発事故により破滅する危険を理由としている。原発事故の悲惨さ、福島の浜通の双葉町、浪江町、大熊町、飯館村その他の実例に鑑み、原発事故が起きれば住民の生活、身体生命が害されるだけでなく、自治体が破綻する、存立基盤を失う。

これは、宝塚最判、杉並区判決の想定外であるから、明らかにその射程範囲外である。

こうした自治体自身の存立への脅威を防止するのは、法人としての自治体固有の法的利益である。

2 原告適格の判断

(1) 私見

原告適格に関するこれまでの私見は、②著37頁以下、②著142頁以下で詳しく論述している。

函館市は、処分の相手方ではなく第三者であるので、処分によって直接に権利を侵害されるわけではなく、処分によって許された電源開発の原発稼働によって不利益を受ける立場にある。函館市が原告適格を有するかどうかは、この不利益について、行訴法9条の判断枠組みで判断される。

判例は行訴法9条の「法律上の利益」を「法律上保護された利益説」で説明し、処分の根拠となる実定法が原告の利益を「個別具体的に」保護する趣旨かどうかで決めようとする（個別保護理論）。判例の出発点はジュース訴訟最判（昭和53年3月14日民集32巻2号211頁）である。

今日判例が用いる公式は、小田急訴訟最大判（平成17年12月7日民集59巻10号2645頁、判時1920号13頁）の次の文言である。

「行政事件訴訟法 9 条は、取消訴訟の原告適格について規定するが、同条 1 項にいう当該処分の取消しを求めるにつき「法律上の利益を有する者」とは、当該処分により自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害され、又は必然的に侵害されるおそれのある者をいうのであり、当該処分を定めた行政法規が、不特定多数者の具体的利益を専ら一般的公益の中に吸収解消させるにとどめず、それが帰属する個々人の個別的利益としてもこれを保護すべきものとする趣旨を含むと解される場合には、このような利益もここにいう法律上保護された利益に当たり、当該処分によりこれを侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者は、当該処分の取消訴訟における原告適格を有するものというべきである。そして、処分の相手方以外の者について上記の法律上保護された利益の有無を判断するに当たっては、当該処分の根拠となる法令の規定の文言のみによることなく、当該法令の趣旨及び目的並びに当該処分において考慮されるべき利益の内容及び性質を考慮し、この場合において、当該法令の趣旨及び目的を考慮するに当たっては、当該法令と目的を共通にする関係法令があるときはその趣旨及び目的をも参酌し、当該利益の内容及び性質を考慮するに当たっては、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も勘案すべきものである。」（傍線、阿部泰隆）

これは個別保護要件のもと、考慮事項を入れたものである。個別保護要件は狭く恣意的であるが（① 37 頁以下、特に 82 頁以下）、それはともかく、個別具体的保護の根拠となる条文は存在しないので、判例は、処分要件のしくみや文言だけではなく、処分によって害される利益の性質を考慮している、

そして、原発訴訟における原告適格については、平成 24 年改正前原子炉等規制法 24 条 1 項 3 号の「災害の防止上支障のないこと」という規定は周辺住民の利益を守る趣旨である（もんじゅ訴訟、最判平成 4 年 9 月 2

2日民集46巻6号571頁)として、58キロ離れた住民にも原告適格があると解釈されている。

さらに、現在発電用原子炉の設置許可の基準は改正後同法43条の3の6第1項第4号で同様に規定されている。そして、その具体的な規定は原子力委員会規則で定められている(これらの点は訴状36頁～37頁)。

行訴法改正で、9条に第2項の考慮事項が追加された。これは面倒な文言であるが、大きく言えば、①当該法令(関係法令を含めて)の趣旨及び目的、並びに②当該処分において考慮されるべき利益及び被侵害利益の内容及び性質を考慮するものとした。これは、判例の最先端のものを条文化したものともいわれるが、これまでの判例をご破算にして柔軟に判断することを求めた、いわゆるオープンスペース論ともいわれる。

①の原子炉等規制法の趣旨・目的は、大災害防止であるから、その被害者が個人なら争う資格を認めるが、地方公共団体は保護しないという趣旨は読み取れない。もんじゅ最判は、58キロ圏内の住民に原告適格を認めたが、これから逆論して、自治体には原告適格がないというべき(被告国の答弁書13頁以下)ではない(逆は必ずしも真ならず)。この事件では原告が住民であって、何キロから線引きするかが争点になったから、住民との表現が用いられたにすぎない。わざわざ明文の規定がなければ救済しないとすれば、それはかつての列記主義に戻るものであり、概括主義を取り、包括的な権利救済を求める行訴法に反する。自治体が壊滅しても、司法の保護範囲内ではないとすれば、それは法治国家とはいえず、放置国家であろう。

②当該処分において考慮されるべき利益及び被侵害利益の内容及び性質としては、前記の1で列挙した不利益を考慮するべきである。

これだけたくさんの利益侵害があれば、原告適格を肯定するしかないはずである。

本件では、法人格剥奪という法律行為はないが、事実として市町村の消

滅という事態が十分あり得る。形式的に法人格が残っていれば、法的利益が害されていないというのは形式論である。

さらに、考慮すべき関連法規として、小田急訴訟では都の環境条例、後記の最判平成26年7月29日判時2246号10頁判例自治388号67頁)では、産業廃棄物の最終処分場の周辺住民がその処分業等の許可処分を争う原告適格を認めるために環境影響評価法、環境基本法が参照されている。原告が本件の場合に挙げている原子力損害賠償法も関連法規と理解すべきであり、事故の場合に賠償を受ける者は私人であろうと公法人であろうと、個別具体的に保護されていると解されるべきである。

なお、那覇市の情報公開に関する前記最判平成13年7月13日は、情報公開条例は、その趣旨、文言に照らし、国の利益を個別的利益として保護していないとして国の原告適格を否定したが、原告適格は第三者に適用される理論であって、この場合国は情報公開によって直接に利益を害されるのであるから、被処分者と同じである(①25～25頁、④上16～18頁)。これでは、国は地方公共団体の情報公開でどんな国家機密が公開されるのかと、不安ではないはずである。被告国は本件では、函館市の争いを法律上の争訟ではない、原告適格はないとして、門前払いにしようとしているが、それは国にもいずれブーメランのごとく戻ってくるはずである。国の代理人は、本件だけを門前払いで切り抜けようという、姑息な理論を唱えるべきではない。

(2) 最近の判例から見た考察

ここで、最近の判例を参照する。

前記小田急訴訟最大判(平成17年12月7日民集59巻10号2645頁、判時1920号13頁)は、環状6号線最判を変更して、収用される土地の隣接地の所有者は、事業が実施されることにより騒音、振動などにより健康又は生活環境に係る著しい被害を直接的に受けるおそ

れがあるとして、小田急高架事業の認可処分の取消訴訟において原告適格を肯定した。

これに対し、サテライト最判（最判平成21年10月15日民集63巻8号1711頁）は、都心に造られた場外車券売り場による生活環境の悪化を防止しようとする地域住民の訴えについて、生活環境の利益は公益とし、医療機関については「著しい業務上の支障」があれば法律上保護されていると判断した。生活環境上の利益をも原告適格の根拠とした小田急最判との関係も判然としないが、生活環境の利益は公益であり、小田急訴訟の例では騒音被害などは単なる生活環境の利益侵害を超えているというのが裁判官の相場観のようである（論究ジュリスト（8）2014年）53、65、84頁）。しかし、いずれにせよ、原発事故によって函館市が蒙る不利益は自治体の存立にも関わる重大なものであり、生活環境の不利益にはとどまらないものであるから、この判決によって本件の原告適格が否定されるわけではない。

最判（平成26年7月29日判時2246号10頁判例自治388号67頁）は、産業廃棄物の最終処分場の周辺住民がその処分業等の許可処分を争う原告適格を認めた。これは、健康又は生活環境に係る著しい被害を直接的に受けるもの…という理由を挙げている。

鉄道沿線住民の運賃認可に対する争いについて、近鉄特急料金訴訟最判（平成1年4月13日判時1313号121頁）は却下したが、千葉県北総鉄道の沿線住民の訴えは原告適格を認められた（東京地判平成25年3月26日判時2209号79頁。東京高判平成26年2月19日訟務月報60巻6号1367頁）（阿部「鉄道運賃値下げ命令義務付け訴訟における鉄道利用者の原告適格」）（治研究87巻6号、7号、2011年）参照）。

一般廃棄物処理業者が新規参入業者の許可の取消しを求める利益については、なお、否定する下級審判例があったが、最高裁判決（平成2

6年1月28日民集68巻1号49頁、判時2215号67頁、判タ1399号78頁、判例自治380号50頁)はこれを肯定した(阿部(「競争業者の原告適格—新たな需要がない状況で第三者に与えられた、一般廃棄物処理業の新規許可に対して、既存処理業者が提起する取消訴訟を例として」(自治研究88巻4、5号、2012年))参照)。たばこ小売人の許可に対する既存業者の原告適格も認められた(熊本地判平成23年12月14日判時2155号43頁、重判平成24年49頁)。

このように判例は、遅滞とした歩みながら、原告適格を拡大する方向にある。

なお、最高裁判例は、生命身体は特に保護するという明文の規定がなくとも、保護すると解しているが、財産上の利益については、建基法のように財産を保護するとの明示の規定がないと保護されないと解している可能性がある(①70頁)。

しかし、それは行訴法9条2項において否定されている制定法準拠主義(法律の文言にこだわる解釈手法)である(これを批判したものとして、①198頁以下)。建基法上の日照被害については近隣住民に原告適格が認められている。原発事故は遙かに悲惨であるから、その被害が仮に財産上のものであっても、原告適格の根拠となるというべきである。それは法人の財産でも同じである。

被告国の答弁書(15～16頁)は、財産権は金銭賠償による損害回復が容易に可能であると主張している。その理由は、財産権は法的なしくみの下で制限することが可能であってということである。しかし、本件では函館市の財産権が法的なしくみの下で制限されたわけではないし、函館市の財産だけを制限することも許されないので、ここでは関係がない。また、金銭賠償が容易であるとしても、それは執行停止や義務付け訴訟の要件になるだけで(しかも、原発事故による財産損失は容易に回復できるものではない。広島、長崎が蘇ったからといって、容易に

回復したとはいえない)、原告適格の論点ではない。

判例では、原告適格を認める手がかりとして、処分の根拠条文だけではなく、下位法令とか関係法令を挙げることが多い。そのような解釈方法はそうした規定がないから原告適格を否定するという方向で使われるのは、法令の文言にこだわるもので、不適切である(下克上解釈)が、肯定する方向で活用するのはかまわない。原発の建設に当たっては、平成16年9月10日の閣議了解に基づき、立地市町村及び立地都道府県の同意が得られていることが要件となっているが、福島第一原発事故を受けて、原子力災害対策特別措置法が改正され、30キロ圏までは原子力防災計画策定が義務付けられることとなった。したがって、原発から23キロにある函館市は、この義務を負うので、同意権も認められると解すべきである(訴状13頁、42頁～43頁)。そうすると、函館市の同意なき原発許可、建設に対しては、差止め請求権、少なくとも原告適格が認められるべきである。

こうして、制定法準拠主義を放棄した行訴法9条2項と、原告適格を拡大する傾向にある最近の判例に照らせば、わざわざ、自治体だからといって、救済から排除する理由はない。

3 制度的保障論は関係がないこと

ここで、被告電源開発の答弁書(10～11頁)では、地方自治権が制度的保障であるから、地方自治権に基づく私法上の請求権はおよそあり得ないと主張されているが、それは関係がないことを一言する。

地方自治権とは何かについてかつては固有権説と伝來說があった。本件訴訟でも取り上げられている(原告第2準備書18～20頁、被告国の第1準備書面15頁)が、それは古すぎ、そのような立論は妥当ではない。今日では、国の立法により地方自治制度や権限の改廃に対して自治権が侵害される場合には、憲法上の地方自治の保障が国の立法に対する対抗原理としてどこ

まで主張できるかという問題である。学説を一瞥する。

これについて詳しいのは成田頼明「地方自治の保障」宮沢俊義先生還暦記念『日本国憲法体系 第5巻 統治の機構Ⅱ』(有斐閣、1964年)＝同『地方自治の保障』(第一法規、平成23年)である(引用は後者による)。制度的保障説はワイマール共和国末期にカール・シュミットの提唱により登場し、通説となった。これは自治行政の制度は「市町村及び市町村連合は、法律の範囲内において自治行政の権利を有する」(成田・15頁)というワイマール憲法127条によって保障されているから、地方自治行政の制度それ自体を侵害することは許されず、「地方自治行政の実体的内容を破壊し、その本質的要素を奪うようなすべての法律は、憲法違反」になるというものである(成田・63頁)。この憲法の地方自治条項の性格について、それまで唱えられてきた、単なる「空虚な基本権」とか実体的に無内容なものとする説を批判して、規範的意味を持って立法府を拘束し、地方自治に対して法律による侵害から最小限の保障を提供する重要な機能を持つものと考えられたのである(成田・64頁)。

そして、第2次大戦後のドイツ基本法(憲法)28条2項は、「市町村は、法律の範囲内において、自己の責任により、すべての地方的共同体の事務を規制する権利が保障されなければならない」(成田・24頁)と定めている、そこで、今日では立法府の万能性を抑制し、地方自治保障条項の解釈・運営上の最重点事項となり(成田・30頁)、憲法で保障された地方自治権の不可侵的な内容は何かの実定法的な研究に移行している(成田・54頁、その内容は84頁以下)。

さらに、制度的保障説の母国であるドイツでは、憲法裁判所の判例により制度枠の保障の他、市町村優先の原理をも含むことになっているということである(大津浩「地方自治の本旨」ジュリスト憲法の争点308頁、2008年)。

市町村が自治権侵害を理由に憲法異議を提起したドイツの憲法裁判所の判

例はすでに紹介されている⁷。

最高裁平成7年2月28日（民集49巻2号639頁）も、外国人選挙権に関してであるが、制度的保障理論を肯定している。

「憲法第八章の地方自治に関する規定は、民主主義社会における地方自治の重要性に鑑み、住民の日常生活に密接な関連を有する公共的事務は、その地方の住民の意思に基づきその区域の地方公共団体が処理するという政治形態を憲法上の制度として保障しようとする趣旨に出たものと解されるから、我が国に在留する外国人のうちでも永住者等であってその居住する区域の地方公共団体と特段に緊密な関係を持つに至ったと認められるものについて、その意思を日常生活に密接な関連を有する地方公共団体の公共的事務の処理に反映させるべく、法律をもって、地方公共団体の長、その議会の議員等に対する選挙権を付与する措置を講ずることは、憲法上禁止されているものではないと解するのが相当である。しかしながら、右のような措置を講ずるか否かは、専ら国の立法政策にかかわる事柄であって、このような措置を講じないからといって違憲の問題を生ずるものではない。」

では、立法によって制度的保障が破られたらどうなるか。ドイツでは憲法訴訟、行政訴訟による救済が可能である。我が国でも国と地方公共団体の間の争いは機関相互の争いではないので抗告訴訟の対象となる（成田・131～132頁）。

制度的保障説が単なる制度を保障したものか、主観的権利を保障したものかの争いはあったが、ドイツでは上記のように制度的に解決しているので、意味のない議論となっている（むしろ、主観的権利と同じ扱いである）。

我が国では、制度的保障説とは関係なく考察すべきである。そして、制度的保障説は、個々の地方公共団体の存立を保障するのではなく、地方公共団

⁷ 1952年3月20日（オッフエンバッハ判決）『ドイツの憲法判例』（信山社、1996年）335頁～339頁、1980年10月7日（騒音防止事件）『ドイツの憲法判例』（信山社、1996年）340頁～344頁、1988年11月23日Rastede決定『ドイツの憲法判例Ⅱ』第2版（2006年）378頁～382頁

体を制度として保障するというものであるが、それは市町村の配置分合などを法律で定めても、憲法92条に違反するわけではないという点は、被告国（10頁）の主張するとおりである。

しかし、本件では、国の行政機関が電源開発という私人に与えた原発許可によって原発が操業することにより、函館市は法人格は残るにせよ、事実上壊滅的になることが危惧されているのである。立法行為によって市が廃止されるという事案ではないので、地方自治の保障が制度的保障であるかどうかは関係がない。最初から、制度的保障説に基づいて原告適格を否定する議論は、方角違いであると言って良い。

そして、国家の立法行為によって保障された地方公共団体が、第三者の事故により存立の危機にさらされるとき、これを防御する権利は、地方自治権といおうが、法人格に由来する地方自治体の存立を維持する権利といおうが、法人格が国法で保護されている以上は、保障されなければならない。固有権説とか伝來說は関係がない。

以上

阿部泰隆 自己紹介

1942年3月 福島市生れ、本籍 神戸市

学歴 1960年3月 福島県立福島高校卒業

1964年3月 東京大学法学部卒業

職歴 1964年4月 東京大学法学部助手

1967年8月 神戸大学法学部助教授

1977年4月 神戸大学法学部教授

2000年4月 神戸大学大学院法学研究科教授

2005年3月 同上定年退職、神戸大学名誉教授

弁護士登録：東京弁護士会

2005年4月 中央大学総合政策学部教授（2011年3月、定年退職）

2011年9月 弁護士登録替え 兵庫県弁護士会

学位 東京大学法学博士 （1972年6月、論文博士）

留学 1972年7月～75年2月 西ドイツ

1979年3月～80年3月 西ドイツ、仏、米。

1993年9月～12月 ドイツ・トリア大学客員教授（環境法）

研究分野 行政法総論（行政行為論、行政手続法、情報公開法を含めて）、憲法と行政法との接点、行政争訟法、国家補償法、環境法、廃棄物法、都市計画法、土地法、水法、消費者法、警察法、社会保障法、地方自治法、政策法学（立法政策学、民事法を含む）、訴訟戦略（民事訴訟を含む）等

学会

昭和56年 土地法学会理事（平成3年10月まで）