

平成16年（行ウ）第372号 住基ネット受信義務確認等請求事件

直送済

原告 杉 並 区

被告 東 京 都 外1名

**準備書面（1）**

平成17年2月23日

東京地方裁判所民事第38部合A係 御中

原告訴訟代理人

弁 護 士 吉 川 基 道

同 藤 田 康 幸

同 市 川 和 明

## 目次

第1	はじめに	4
第2	「法律上の争訟」に関する最高裁判例について	4
1	最高裁判例の動向（その1）	4
2	最高裁判例の動向（その2）	6
第3	宝塚市条例事件最高裁判決の問題性とその射程範囲	8
1	学界からの問題指摘	8
2	宝塚市条例事件最高裁判決の射程範囲（その1）	11
3	宝塚市条例事件最高裁判決の射程範囲（その2）	12
第4	憲法上の司法権保障と「法律上の争訟」の解釈	12
1	旧憲法下の司法と行政裁判	12
(1)	旧憲法下の司法権	13
(2)	旧憲法下の行政裁判	13
(3)	旧憲法下の行政裁判から汲むべきもの	14
2	現憲法下の司法権と行政裁判	15
(1)	行政型と司法型	15
(2)	行政国家から司法国家へ	15
(3)	司法権保障の意味	16
(4)	「法律上の争訟」の解釈の方向性	18
第5	地方分権改革と機関訴訟の解釈	19
1	地方分権改革のあらましとその意義	19
2	機関訴訟に関する解釈	26
第6	地方公共団体の出訴資格に関する先進諸外国法制	33
1	先進諸外国法制の概要	33
(1)	アメリカ	33

(2) イギリス	-----	35
(3) フランス	-----	36
(4) ドイツ	-----	38
2 各国法制の国際的潮流とわが国の状況	-----	40
第7 住基ネット送受信の事業活動性	-----	40
1 問題の所在	-----	40
2 住基ネット送受信の事業活動性	-----	40
第8 請求の趣旨第1項の適法性（その1）	-----	42
1 本主張の位置づけ	-----	42
2 請求の趣旨第1項の適法性について	-----	43
第9 請求の趣旨第1項の適法性（その2）	-----	44
1 本主張の位置づけ	-----	44
2 本訴えが「法律上の争訟」であること	-----	44
3 被告ら主張の問題性	-----	47
第10 請求の趣旨第2項の適法性	-----	50
1 本訴えが「法律上の争訟」であること	-----	50
2 被告ら主張の問題性	-----	50
第11 結語	-----	52
第12 求釈明の申立て	-----	52

原告は、被告ら準備書面（１）における本案前の答弁に対し、以下のとおり、反論する。

## 第１ はじめに

被告らは、請求の趣旨第１項及び第２項にかかる訴えにつき、いずれも法律上の争訟性を欠くとして、却下を求める答弁をしている。

しかし、その理由とするところは、憲法、裁判所法、地方自治法、行政事件訴訟法などの関連規定と適合性を有するとは到底いうことはできない。以下においては、被告らも引用する法律上の争訟性に関する最高裁判例の動向・射程範囲を確認するとともに、「法律上の争訟」に関する解釈をいくつかの論点に分かって検討することとし、併せて、本件住基ネット送受信の性格に言及したうえで、各請求の趣旨の適法性を明らかにしたい。

## 第２ 「法律上の争訟」に関する最高裁判例について

### １ 最高裁判例の動向（その１）

- (1) 裁判所法３条１項は、「裁判所は、日本国憲法に特別の定めのある場合を除いて一切の法律上の争訟を裁判し、その他法律において特に定める権限を有する。」と規定している。

ここでいう「法律上の争訟」の意味内容に関しては、最高裁昭和２８年１月１７日判決（行裁例集４巻１１号２７６０頁）、被告らも引用する最高裁昭和２９年２月１１日判決（民集８巻２号４１９頁）及び最高裁昭和５６年４月７日判決（民集３５巻３号４４３頁）、それに最高裁昭和４１年２月８日判決（民集２０巻２号１９６頁）が、一つの定式を提示していた。それぞれの判示は、次のとおりである。

#### ア 最高裁昭和２８年１月１７日判決

「わが国の裁判所は、日本国憲法に特別の定めのある場合を除いて一切の

法律上の争訟を裁判する権限を有するものであるが（裁判所法3条）、その法律上の争訟とは、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って、且つそれが法律の適用によって終局的に解決し得べきものであることを要するのである。」

イ 最高裁昭和29年2月11日判決

「ここに「法律上の争訟」とは法令を適用することによって解決し得べき権利義務に関する当事者間の紛争をいうのである。」

ウ 最高裁昭和41年2月8日判決

「司法権の固有の内容として裁判所が審判しうる対象は、裁判所法3条にいう「法律上の争訟」に限られ、いわゆる法律上の争訟とは、「法令を適用することによって解決し得べき権利義務に関する当事者間の紛争をいう」ものと解される。」

エ 最高裁昭和56年4月7日判決

「裁判所がその固有の権限に基づいて審判することができる対象は、裁判所法3条にいう「法律上の争訟」すなわち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って、かつ、それが法令の適用により終局的に解決することができるものに限られる。」

これら判決がいう「法律上の争訟」に関する「定式」は、次のようなことになる。

- ① 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って
  - ② 法令の適用により終局的に解決できるものに限られる。
- (2) 昭和42年に刊行された最高裁判所事務総局総務局「裁判所法逐条解説上巻」では、同法3条につき、次のように解説されていた。

「司法裁判権は、「一切の」争訟を対象とする。ここに「一切」とは、民事

すなわち私法関係に関する争訟、刑事すなわち刑罰権の存否に関する争訟のほか、行政事件すなわち行政処分<sup>の</sup>取消し等を求める訴や公法上の法律関係を目的とする訴訟等をも含む趣旨である。」

「司法裁判権の対象となるのは、「法律上」の争訟である。ことに、「法律上の」争訟とは、当事者間の具体的な権利義務または法律関係の存否（刑罰権の存否をふくむ）に関する紛争であって、法律の適用により終局的に解決すべきものをいう。」（22～23頁，下線は代理人）

この解説で「一切の法律上の争訟」の解釈として述べるところは、上記①②の定式と同内容であるが、「刑罰権の存否をふくむ」とされていることから明らかなように、民事事件・行政事件・刑事事件の全てに当てはまる定式として提示されていた。司法裁判権の対象を「一切の法律上の争訟」とする以上、当然のことである。そのことからすると、被告らの「法律上の争訟の観念は、国民の権利義務に関する紛争の概念を中心に構成され」ているとの主張は、正確ではない。また、この定式からすれば、「当事者間の具体的な権利義務または法律関係の存否」という場合の「当事者」についても、訴訟目的についても、少なくとも、次に述べる最高裁判決のような限定は想定されていなかったのである。

## 2 最高裁判例の動向（その2）

最高裁平成14年7月9日判決（民集56巻6号1134頁）（以下、「宝塚市条例事件最高裁判決」という。）は、上記定式とは別の観点の限定をするに至った。事案は、宝塚市が、「宝塚市パチンコ店等、ゲームセンター及びラブホテルの建築等の規制に関する条例」に基づく建築中止命令に従わない業者に対し、工事を続行してはならない旨の裁判を求めた事案である。

同判決は、「行政事件を含む民事事件において裁判所がその固有の権限に基づいて審判することができる対象は、裁判所法3条1項にいう「法律上の争訟」、

すなわち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って、かつ、それが法令の適用により終局的に解決することができるものに限られる。」と最高裁昭和56年4月7日判決の判示を引用したうえで、次のように判示している。

「国又は地方公共団体が提起した訴訟であって、財産権の主体として自己の財産上の権利利益の保護救済を求めるような場合には、法律上の争訟に当たるといふべきであるが、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ふことはできないから、法律上の争訟として当然に裁判所の審判の対象となるものではなく、法律に特別の規定がある場合に限り、提起することが許されるものと解される。そして、行政代執行法は、行政上の義務の履行確保に関しては、別に法律で定めるものを除いては、同法の定めるところによるものと規定して（1条）、同法が行政上の義務の履行に関する一般法であることを明らかにした上で、その具体的な方法としては、同法2条の規定による代執行のみを認めている。また、行政事件訴訟法その他の法律にも、一般に国又は地方公共団体が国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟を提起することを認める特別の規定は存在しない。したがって、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、裁判所法3条1項にいう法律上の争訟に当たらず、これを認める特別の規定もないから、不適法といふべきである。」

この判決が、「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、法律上の争訟として当然に裁判所の審判の対象となるものではないと結論づけたことは、従来の「定式」に新たな観点からの限定要件を付加したものであった。その判決内容については、学界から強い批判を浴びている（阿部泰隆鑑定意見書（甲28）9頁以下）。以下に

は、その批判論文の一、二を紹介するとともに、判決の射程範囲を検討する。

### 第3 宝塚市条例事件最高裁判決の問題性とその射程範囲

#### 1 学界からの問題指摘

##### (1) 村上裕章「判例批評」(民商法雑誌128巻2号198頁)

「本判決が民事執行を否定するために挙げている理由は必ずしも明確ではない。まず、「法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とする」訴訟と、「自己の権利利益の保護救済を目的とする」訴訟を対比し、前者は法律上の争訟に当たらない、とする点に着目すると、訴訟目的によって訴えの適法性を判断する考え方がとられているように見える。実際、調査官解説(福井章代「時の判例」ジュリスト1240号117頁を指す。代理人註)においては、訴訟目的に応じて主観訴訟と客観訴訟を分類し、後者は法律の特別の規定がない限り認められないとする学説が引用されている。また、同様の考え方は、行政主体間での訴訟が認められるかという問題に関連して既に主張されている。

しかし、訴訟目的に基づく分類は一般に行政(事件)訴訟に関するものであり、民事訴訟を対象とするものでは必ずしもないことを別としても、本判決の論旨には次のような疑問がある。第一に、訴訟に限らず、一般に制度の目的は相対的であり、これに基づいて訴訟を分類したり、いわんや訴えの適法性を判断することには根本的な疑義がある。例えば、行政不服審査法は、国民の権利利益の救済とともに、「行政の適正な運営を確保することを目的と」(1条1項)しており、また、行政訴訟一般が行政の適法性を統制する側面をもっていることも一般に認められているところである。

第二に、本判決がそもそも訴訟目的による説明で一貫しているか疑問がある。すなわち、本判決は、国民に行政上の義務の履行を求める訴訟は法律上の争訟にあたらないとしつつ、「自己の財産上の権利利益の保護救済を求め



る」場合に例外を認めている。そこで決め手となっているのは、行政主体が「行政権の主体」か「財産権の主体」かを区別し、前者について法律上の争訟性を否定する、訴訟目的とは別の観点ではないかと思われる。」(204～205頁)

「行政権の主体による訴訟が不適法である理由は必ずしも明らかではない。以下では想定される論拠も含めて検討することにした。

第一に、行政権(公権力)の行使は権利行使ではない、という理由が考えられる。しかし、かつての国庫理論においてはともかく、いわゆる権力関係を含めて、行政主体と私人の関係を権利義務関係として把握することを否定する論者は、現在では存在しないであろう。また、公権力の行使に対して私人が訴訟を提起できるのは当然と考えられているが、行政主体が訴訟を提起する場合も争訟の対象自体に違いはないと思われる。後者のみを否定するためには、前述した訴訟目的を援用する他ないであろう。

第二に、行政主体には裁判を受ける権利(憲法32条)が保障されないの  
で、法律の根拠がない限り訴訟を提起することができない、という理由が考えられる。しかし、既に指摘したように、財産上の権利を行使する場合であっても行政主体は基本権を享有するわけではなく、にもかかわらず訴訟の提起が認められるのであれば、これも否定説の根拠とはなりえないと思われる。

第三に、民事訴訟は私法上の権利実現のための制度であって、公権力の行使に基づく権利をこれによって主張することはできない、という理由が考えられる。しかし、公法私法二元論は今日既に克服されているし、仮に二元論を前提とするとしても、公法上の当事者訴訟として構成すれば足りる。

このように、財産権の主体としての行政主体と行政権の主体としてのそれを区別し、後者の場合には訴訟の提起を認めない、という考え方には、十分な根拠があるか疑問である。」(206頁)

(2) 曾和俊文「法執行システム論の変遷と行政法理論」(公法研究65号21

6頁)

「右の最高裁判決には幾つかの疑問があるが、さしあたり三点指摘しておきたい。第一に、「法律上の争訟」性が当該紛争の性質に着目した概念であるとするれば、本件でも「法律上の争訟」性を肯定すべきであるといえる。すなわち、もしも業者が中止命令の取消訴訟を提起した場合には、最高裁によっても当然「法律上の争訟」性は満たされる（中止命令違反に対して罰則がある場合を想定すれば明確だが、罰則がない本件でも最高裁は中止命令の行政処分性を認めているように解せられる）であろう。中止命令の履行を求める本件訴訟は、実質的には業者による中止命令取消訴訟の場合と同一当事者間で同一事項を争点とする裁判といえるから、「法律上の争訟」性を認めるべきである。第二に、「法律上の争訟」性に関する従来最高裁の基準に照らしても本件紛争は「法律上の争訟」といえるのではないかと思われる。最高裁は本件判決において、「法律上の争訟」性を判断するメルクマールとして、①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、②それが法令の適用により終局的に解決することのできることの二点を挙げている。本件紛争では、①パチンコ店業者の建築の自由が認められるべきか否かという、当事者間の具体的な権利義務の存否に関して紛争が生じており、②その紛争は、宝塚市条例の適法性に関する法的判断を示すことにより解決される紛争である。従って、最高裁が引用する従来基準に従っても、本件紛争は「法律上の争訟」性を肯定すべきケースであった。にもかかわらず最高裁が「法律上の争訟」性を否定したのは、「法律上の争訟」性の要素として私権保護を要求したからである。しかし、刑事訴訟も「法律上の争訟」であることに問題がないとすれば、私権保護を「法律上の争訟」の必須の要素として説明することが妥当かどうか問われよう。第三に、外在的な批判であるが、本判決は、社会にある紛争を法に照らして解決するという裁判所の任務を放棄したものとして受け取られるであろう。裁判所の権限行使を事

件性や「法律上の争訟」性のある紛争に限定しようとする見解は今日では通説であるが、その趣旨は、①政治的紛争に巻き込まれることから裁判所を守る、②抽象的で未成熟な紛争の段階ではそこに適用されるべき法がまだ明確ではないから介入しない、③具体的で真摯な紛争において違法な他人の行為から私人の権利を擁護するという本来の任務に専念する、などの考慮にあるとみるべきである。本件紛争では、①②の考慮はする必要がなく、③の考慮からすれば、むしろ、判決を下すことが求められた事案であるといえよう。」

(223～224頁)

## 2 宝塚市条例事件最高裁判決の射程範囲（その1）

宝塚市条例事件最高裁判決に対しては、従来の最高裁判決が提示した定式とは異なる要件を付加していること、また学界がこぞって上述のような問題指摘をしていることなどを踏まえると、同判決の射程範囲についても、自ずと限定的に解すべきことになろう。

まず、同判決が、「行政権の主体」または「財産権の主体」としての地方公共団体を概念的に区別しているものの、その趣旨ないし両者の範囲・限界が必ずしも明瞭ではないことからすれば、同判決の射程範囲に関しては、次のように指摘することができる。(詳細については、兼子仁鑑定意見書(甲27)4, 5頁)。

同判決がいう「行政権の主体」と「財産権の主体」の間には、未確定の中間領域があり得るはずで、両者の間をすき間なく理解しようとするならば、「財産権の主体」性はより広く、非権力的な事業行政の場合を包含するものと解すべきことになる。

そうすると、同判決を前提としても、地方公共団体が提起する訴訟であって公権力的な「行政権の主体」性を脱する範囲のものに関しては、当該地方公共団体が広義の「財産権主体」として法律上の争訟を提起しようと解すべきこ

ととなる。

そして、本件住基ネット送受信が、公権力的な「行政権の主体」性を脱した事業行政的性格を有することは後述するとおりである。

### 3 宝塚市条例事件最高裁判決の射程範囲（その2）

「行政権の主体」という点に限ってみても、阿部泰隆鑑定意見書（甲28）が指摘する次のような限定が可能である。

「地方公共団体の提起する行政上の訴訟としては、住民に対するものと、他の地方公共団体なり国に対するものがある。

宝塚市の例は、条例に処罰規定において対応することが可能であって、行政上の義務を司法的に執行する必要は必ずしもなかったものであるから、これに限れば、本件を裁判所にもってくるのは筋違いだという裁判官の気持ちがまったくはずれているとまでは言えない。つまり、行政主体が国民に対するなら、中止命令違反を処罰する規定をおくなど、権力を持って規制できるのであって、まず民事訴訟を提起する必要がない仕組みを作れるはずだというのがこの判決の趣旨とも考えられる。塩野宏説の民事執行不能論である（もっとも、本当に抑止するには相当重い刑罰をおくことが必要になる）。

これに対し、地方公共団体が国に対して要求する場合、又は市町村が都道府県に要求する場合には権力で規制する方法はない。

したがって、この最判の射程範囲は、「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」に限定すべきである。この判決の考え方は、市区町村が都道府県、国に対して提起する訴えには適用されないというべきである。」（16, 17頁）

## 第4 憲法上の司法権保障と「法律上の争訟」の解釈

### 1 旧憲法下の司法と行政裁判

## (1) 旧憲法下の司法権

旧憲法（明治22年，1889年）は，司法権については，「第5章 司法」の57条1項で「司法権ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ」と規定していた。

「天皇ノ名ニ於テ」はさておいても，旧憲法下の裁判所は，次のような法制から明らかなように，司法大臣つまりは行政権の従属機関たる地位に置かれていた。

司法省官制1条「司法大臣ハ裁判所及検事局ヲ監督シ檢察事務ヲ指揮シ民事，刑事，非訟事件・・・ニ関スル事項其ノ他諸般ノ司法行政事務ヲ管理ス」

裁判所構成法135条1項「司法行政監督権ノ施行ハ左ノ規程ニ依ル 第一 司法大臣ハ各裁判所・・・ヲ監督ス」

## (2) 旧憲法下の行政裁判

旧憲法下では，司法権の独立は名ばかりであったうえに，とりわけ行政権との関係では，その活動範囲は大きな制約が課されていた。すなわち，旧憲法の「第5章 司法」の61条は，「行政官庁ノ違法処分ニ由リ権利ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟ニシテ別ニ法律ヲ以テ定メタル行政裁判所ノ裁判ニ属スヘキモノハ司法裁判所ニ於テ受理スル限ニ在ラス」と規定していたのである。

こうして，昭和21年（1946年）に日本国憲法が制定されるまで約60年間，司法裁判所から独立した行政裁判所が公権力の行使または公法上の活動から生じた法律上の争訟を管轄してきた。

この行政裁判所は，後述するように同じ行政国家型とはいっても，整備された制度をもつドイツなどとは大きく異なって，一審制にして全国にただ一つしかなく，しかも，出訴事項の限定列举主義・訴願前置主義が採られるなどの問題をはらむものであった。

もっとも，そのような行政裁判所制度のもとでも，村や町あるいはその機

関が、国や県を相手に行政訴訟を提起している事例は、その実例がきわめて乏しい戦後に比較してむしろ豊富に存在したといわれている。たとえば、村や町が、自治権や水利権などを主張して県知事の許可処分などを争った事案で出訴を認められている。その中には、公法人たる町村の住民生活保全の責務を保護法益として、その責務を全うする権利すなわち自治権に基づいた訴えとして受理されたと評価されるものもあると指摘されている(垣見隆禎「明治憲法下の自治体の行政訴訟—行政裁判所判例を中心に—」福島大学行政社会学会「行政社会論集」14巻2号2頁以下)。

### (3) 旧憲法下の行政裁判から汲むべきもの

このように、全般的にいえば、旧憲法下の行政国家制は、もともと司法を行政に従属させていたうえに、行政の法適合性に関しても、司法権の審査・監視を排除したというにとどまらず、国民が行政の裁判的審査を請求しうる機会を厳しく制限した。これらのことを通じて行政主体の優越性の確保が図られたのであった。かくして、「行政国家制の原理の上に立った法治主義は、外見的なそれ以上のものとしては、ついに実現しなかった」のである(高柳信一「行政国家より司法国家制へ」『公法の理論(下Ⅱ)』2213頁)。

こうしたことからすれば、戦後、新憲法下で、行政裁判所が廃され、司法権の独立を保障された裁判所が、行政権との関係においても、法の支配あるいは法治主義の徹底をはかる役割を担うこととなったのは、いわば理の当然であった。

その一方で、次のような指摘にも留意すべきである。

「明治憲法時代においてさえ、地方公共団体に対する国家監督権の行使が違法である場合には、権利毀損に基づく抗告訴訟として理解されていたことに注意しなければならない。・・・日本国憲法のもとにおいて、行政裁判所による自治権保障は制度的基礎を失っている。しかし、そのことから自治権が裁判所による救済の対象性を失ったと解する根拠はどこにもなく、自治権が

憲法上の権利にまで高められたことからすると、従前より、地方公共団体の自治権の保障を弱める方向で法律上の争訟概念を解釈することは、憲法の趣旨に正面から反するものというべきであろう。」(塩野宏『行政法Ⅲ[第二版]行政組織法』194頁)

## 2 現憲法下の司法権と行政裁判

### (1) 行政型と司法型

もともと、フランスやドイツのようなヨーロッパ大陸の諸国では、国または地方公共団体の行政処分の効力を争う行政事件を行政裁判所の管轄としており、行政型の司法権と呼ばれている。

これに対し、イギリスやアメリカ合衆国のように、行政事件の裁判も司法裁判所の権限とするのが司法型の司法権である。

行政型の国においては、司法権による法治主義に基づいたコントロールから行政作用を免れるようにすることが適切だとの思想、別言すれば、行政権を司法権より優位におく思想に支えられている。司法型においては、行政権の優位よりむしろ司法権の優位の思想が支配し、公権力の行使に対しても法治主義・法の支配の原則のもとに司法裁判所によるコントロールを及ぼすべきであるとの考えが強くみられるのである(伊藤正己『憲法』539頁)。

### (2) 行政国家から司法国家へ

旧憲法は、上記のように、行政型の司法権を採用したが、裁判制度としては著しく未整備のまま放置され、国民の権利の救済はきわめて不十分であった。

これに対し、「日本国憲法における司法権は、司法型であるとみるのが正当である。それは、①日本国憲法がアメリカ憲法の強い影響をうけて成立しており、司法権についてもそれが及んでいるといえること、②76条1項が司法権をもっぱら通常の裁判所に属せしめ、さらに同条2項で特別裁判所の

設置を認めず、行政機関による終審としての裁判を禁じており、明治憲法のもとでの行政裁判所の設置をはっきり否認していること、③裁判所の違憲審査権の行使が行政庁の「処分」に及ぶことを81条が明示していること、さらに、④明治憲法におけるような司法裁判所とは別の行政裁判所の制度を認めるためにはそれに関する規定が必要であるが、そのような規定を憲法のどこにもみつけることができない、といったことに裏づけられる。多くの学説も判例も一致して、現行憲法における司法権が司法型であるとの理解を示しており、また、裁判所法においても、裁判所は「一切の法律上の争訟」を裁判すると定められ（裁3条1項）その理解に基づいた運用がなされている。」

（伊藤正己『憲法』540頁）

このように、わが国は、現憲法制定に伴い、行政国家から司法国家への変貌を遂げたのであり、そのことは、当然のことながら、司法権保障の内容に大きな変化をもたらすこととなったのである。

### (3) 司法権保障の意味

日本国憲法は、「第3章 国民の権利及び義務」の32条で、「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪はれない。」と規定している。

一方、裁判を受ける権利を受けとめる統治構造上の制度的基盤たる司法に関しては、「第6章 司法」の76条1項において、「すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する。」と規定しているところである。

この両規定を併せ見れば、現憲法は、国民の基本的人権をはじめとする諸権利・利益を実質的最終的に保障するための制度として司法を用意していると理解することができる。その意味では、「現行憲法の理解として、司法ないし司法権の観念は、基本的人権などの個人の権利に対する尊重の理念と深く結びついたものとして捉えられるべきである。」（小早川光郎「司法型の政府間調整」 岩波講座『自治体の構想 2 制度』67頁）との指摘も頷ける



ところである。

しかし、憲法全体を見れば、司法ないし司法権の役割を個人の権利保護に限局することはできない。憲法は、「第4章 国会」の41条において、「国会は、国権の最高機関であって、国の唯一の立法機関である。」と規定するとともに、「第5章 内閣」の65条において、「行政権は、内閣に属する。」と規定している。「第6章 司法」の76条の規定が、それらと対をなす形で定められていることは容易に理解できるところである。つまりは、改めていうまでもなく、憲法は、立法・行政・司法の三権分立原理を採用しているのである。そうすると、司法の観念も、個人の権利保護というにとどまらず、立法・行政との関連で理解する必要が出てくるはずである。

この点について、高橋和之「司法制度の憲法的枠組—法の支配と司法権—」（公法研究63号）は、次のように指摘している。

「日本国憲法は、裁判所に対し二つの基本的役割を課している。一つは、公権力が法に従って行使されることを監視し確保する役割であり、この点で、裁判所は「法の支配」の制度化における中心的機構としての地位を有する。いま一つの役割は、国民に対し法的争いを解決し救済を与えるという役務提供である。これは、国民の「裁判を受ける権利」（憲法32条）に対応する国務として理解される。争いが国民と公権力の間で生じる場合には、その裁判はこの二つの役割・機能を同時に果たすのが通常であるため、両機能を特に区別して考える必要もないようにも思われるが、しかし、後に述べる客観訴訟のように、両者が必ずしも一致しない場合も想定されうる。また、一方は権力（立法・行政・司法）内部の横の関係に着目しており、他方は、裁判所と国民という、いわば縦の関係に着目しており、それぞれ問題のあり方を異にするという事情もある。つまり、司法の観念は、日本国憲法上明らかに、立法（41条）および行政（65条）と対をなすものとして使われており、その意味内容は、権力内部の横の関係として立法・行政と相関的に規定され

るべきものであり、ここに国民の裁判を受ける権利という縦の関係を持ち込むと、司法の観念が複雑化し曖昧化する虞がある。したがって、裁判所が担う司法権の性格を正確に規定するためには、少なくとも、ひとまずは両機能を分けて分析するのがよいと考えるのである。」(2～3頁)

「日本国憲法上の司法の観念は、立法および行政との関連で理解する必要があるということは、要するに三権分立原理を基礎に理解すべきだということである。このように考える前提には、当然、日本国憲法は三権分立を組織原理の一つとして採用しているという理解が置かれている。この前提を受け入れるとすれば、次に、三権分立原理をいかに理解するかが問題となるが、私は、三権分立原理の歴史的使命を、「法の支配」の制度化を可能とするための組織原理の提供にあったと捉えている。」(3頁)

「裁判所の役割を権利保護に限定せず、立法や行政の統制という観点をより重視していこうというのが最近の傾向であり、この方向で問題を考えるとすれば、一方で、裁判を受ける権利の範囲を拡張するとともに、他方で、裁判を受ける権利の範囲を超えて司法権を発動することを可能とする理論構成が要請される。」(11頁)

#### (4) 「法律上の争訟」の解釈の方向性

このような司法権保障さらには後述する憲法上の自治権保障などの意義を踏まえて「法律上の争訟」の解釈に当たるならば、当然に次のような結論に至ると思われる。

「近代的な意味における憲法は、国の統治機構と基本的人権の保障を規定するものであり、基本的人権の保障は国家に対する国民の権利の保障を明らかにするところに意義があるのであるから、憲法32条の「裁判を受ける権利」は、国民の権利であり、憲法76条1項の「司法権」、裁判所法3条1項の「法律上の争訟」も、この観点から定義付けられてきた。(中略)

一方で、憲法は、中央集権的・官治的性格の強い地方自治制を排し、国家

組織における三権分立とともに中央政府に対する地方自治の保障を憲法の基本原理として掲げている。日本国憲法の下では地方公共団体は、国から独立した法人格を有し、権力的及び非権力的な活動を行う権能を包括的に備えた行政主体である。したがって、国と地方公共団体は、独立した別個の法主体として、行政主体としての地位においても利害の対立を生じることになった。そうすると、この利害の対立が具体的な紛争となって現れたときに、すなわち、争訟性の要件を満たすときに、法を適用してこれを解決するのは、司法の役割にほかならないと考えるべきではなかろうか。国又は地方公共団体の私人又は私的団体と同様の権利義務に関する紛争に限り「法律上の争訟」に当たるとするのは、司法の役割を狭めるものであろう。

もちろん、問題は、争訟性のうちの「当事者の具体的な権利義務関係」であるが、国と地方公共団体の機関との間における紛争であっても、固有の利益をもって対立する具体的紛争といえる場合には「法律上の争訟」に当たるといえよう。」（江口とし子「国と地方自治体との関係」『新・裁判実務体系 第25巻 行政争訟』（青林書院，2004年）89，90頁）

## 第5 地方分権改革と機関訴訟の解釈

### 1 地方分権改革のあらましとその意義

- (1) まず、日本国憲法においては、「地方公共団体の組織及び運営に関する事項は、地方自治の本旨に基いて、法律でこれを定める。」（92条）などとされ、「地方自治の本旨」が制度的に保障され、地方公共団体の中央政府に対する自治権が認められている。「明治憲法時代は、通常立法権の行使によって地方自治が認められるという内容をもっていたのに対し、日本国憲法のもとでは、憲法上地方自治が保障されているので、単なる法律によって、地方自治体に自治権が与えられているわけではない。」（塩野宏『行政法Ⅲ〔第二版〕 行政組織法』105頁）とされているとおりである。

ところが、後述する地方自治法の平成11年改正を含む一連の改革（地方分権改革）以前は、機関委任事務制度によって地方公共団体の長を中央政府の出先機関化しており、憲法の趣旨に沿うとは言えない面があった。しかし、地方分権改革により、憲法による自治権の保障は具体的に実現されることになり、地方公共団体は中央政府の外部にあり、中央政府とは法によってのみ律せられる関係に立つことが明白になった（阿部泰隆鑑定意見書（甲28）37頁など）。この点については、白藤博行「国と地方公共団体との間の紛争処理の仕組みー地方公共団体の「適法性の統制」システムから「主観法的地位（権利）の保護」システムへー」（公法研究62号200頁以下）が、「改正地方自治法規定を憲法の自治権保障との関係で積極的にとらえるとする、・・・憲法付属法・具体化法たる地方自治法において、憲法が保障する地方自治の中味を充填する規定が新設されたと解することができる。・・・改正地方自治法のこれらの諸規定をもって、憲法によって保障されている自治権の内容がさらに明らかにされ、その地方公共団体の主観法的地位＝権利が具体化されたと解することは充分可能であろう。」（208頁）としているとおりである。

以下、地方分権改革の経過と具体的な内容を確認しておく。

- (2) 平成7年5月に成立した地方分権推進法（平成7年法律第96号）は、地方分権を総合的かつ計画的に推進することを目的として、地方分権の推進に関する基本方針を定め、政府が地方分権推進施策の総合的かつ計画的な推進を図るため地方分権推進計画を作成すること、総理府に設置する地方分権推進委員会が地方分権推進計画の作成のための具体的な指針を内閣総理大臣に勧告することなどを定めた。
- (3) このようにして地方分権を推進すべき背景・理由は、地方分権推進委員会の中間報告（平成8年3月29日）によれば、①中央集権型システムの制度疲労（明治以来の中央集権型システムが、全国画一の統一性と整合性を重視

するあまり、地域的な諸条件の多様性を軽視し、地域ごとの個性ある生活を衰退させてきたことを含め、新たな状況と課題に対応する能力を失っていたこと)、②変動する国際社会への対応(国が担うべき国際調整課題への各省庁の対応能力を高める必要があり、そのためにも国内問題に関与することに伴う国の負担を軽減すべきこと)、③東京一極集中の是正(東京圏における超過密の弊害を緩和し、地域社会の活力を取り戻させる必要があること)、④個性豊かな地域社会の形成(国民の多様化した価値観に対して、中央集権型行政システムの下で、全国画一の統一性と公平性の価値観を押し付けようとすることはもはや時代錯誤となっており、地域社会の自己決定権を充実すべきこと)、⑤高齢社会・少子化社会への対応(他国に例をみない急激なテンポで人口の高齢化が進み、その反面で少子化が進行しており、人口構造の急激な変動に対応する各種サービスの供給体系の構築が急務となっていること、そのための仕組みづくりのために、住民に身近な基礎的地方公共団体である市町村の創意工夫を生かすべきこと)とされた。とりわけ、従来の機関委任事務制度は、憲法上住民公選である自治体の長を多数の事務につき国の出先機関化する仕組みであり、憲法の「地方自治の本旨」に沿わないものとして違憲とする見解もあり(兼子仁『新 地方自治法』27頁以下など)、抜本的な是正が必要な状態であった。

- (4) そして、地方分権推進委員会の4次にわたる勧告などを承けて、平成10年5月29日に地方分権推進計画が閣議決定された。そこでは、「地方公共団体の自主性及び自立性を高め、個性豊かで活力に満ちた地域社会の実現を図るため、各般の行政を展開する上で国及び地方公共団体が分担すべき役割を明確にし、住民に身近な行政をできる限り身近な地方公共団体において処理することを基本として行わなければならない。」とされるとともに、「国と地方公共団体との関係について、地方自治の本旨を基本とする対等・協力の新しい関係を築くため、機関委任事務制度を廃止することとし」、所要の措

置を講ずるなどとされた。

- (5) 次の段階として、地方分権の推進を図るための関係法律の整備等に関する法律（地方分権一括法）（地方自治法の改正を含む。）が、平成11年7月8日に国会で成立し（7月16日公布）、原則として平成12年の4月から施行された。

これによる地方分権改革は、日本国憲法の下における地方自治の歴史の中で最大のものであり、国と地方自治体の関係は革命的とも言える変化を遂げた。

これについては、総務省のホームページの中でも「地方分権推進法の成立を機に、議論の段階から実行の段階へ入った地方分権の推進は、明治維新、戦後改革に次ぐ「第三の改革」とも位置づけられています。」と記載されているほどである（<http://www.soumu.go.jp/indexb4.html>）。また、別のページでは、「平成12年4月、地方分権一括法が施行されました。これに伴い、国と地方公共団体は対等・協力の新しい関係に立つこととなり、各地方公共団体は自らの判断と責任の下に地域の実情に沿った行政を実践していくことが期待されています。自治行政局は、地方公共団体の側に立ち、今後更なる地方分権を推進していくために、様々な課題に対し、積極的かつ果敢な取組を続けていきます。」と記載されている（<http://www.soumu.go.jp/c-gyousei/>）

- (6) 地方分権一括法による主な改正点は、第1に、国と地方自治体の役割分担の原則の明確化である。

従来、国と地方自治体の役割分担は、必ずしも明確ではなかったが、国は、国際社会における国家としての存立にかかわる事務、全国的に統一して定めることが望ましい国民の諸活動若しくは地方自治に関する基本的な準則に関する事務、全国的な規模で若しくは全国的な視点に立って行わなければならない施策及び事業の実施その他の国が本来果たすべき役割を重点的に担うとされ（地方自治法1条の2第2項）、地方自治体は、住民の福祉の増進を図

ることを基本として、地域における行政を自主的かつ総合的に実施する役割を担うとされた（同1条の2第1項）。

- (7) 第2に、最大の改正点として、機関委任事務制度が廃止され、地方自治体の行う事務が自治事務と法定受託事務に再構成された。

従来存在した機関委任事務制度は、地方自治体の長などを国の「地方出先機関」とみなして事務を行わせるものであり、機関委任事務は、都道府県の事務の7～8割、市町村の事務の約3～4割とも言われていた。そして、国の事務なのか地方自治体の事務なのか責任の所在がはっきりしない点や、地方自治体が国の定める画一的な基準に従わざるをえず、住民のニーズを的確に反映しにくいという問題点などがあった。また、国が機関委任事務の処理に関して、地方自治体に対して包括的な指揮監督権を持ち、国・都道府県・市町村があたかも上下の関係にあるかのような印象を与えてきた。

このような機関委任事務制度は廃止され、これまで地方自治体が処理してきた事務につき、一部のものを国が直接実施する事務へと変更したうえで、明確に地方自治体の事務と位置づけた。

これに伴って、地方自治体が行う事務は、その性格に応じて、自治事務（同2条8項）と法定受託事務（同2条9項）に大別された。自治事務とは、原則として地方自治体が自らの責任と判断で行う事務であり、法定受託事務は、地方自治体の事務であっても、国が比較的強い関わりを持つ事務と言える。なお、これまでの機関委任事務を振り分けた結果、自治事務と法定受託事務は55対45の割合になっていると言われている。

法定受託事務については、地方自治体に対して、国が事務の処理基準を作ったり、指示などの強い関与を行うことが認められており、従来の機関委任事務に近いが、地方議会の権限が及ぶこと、条例を制定できること（2条2項が「普通地方公共団体は、地域における事務及びその他の事務で法律又はこれに基づく政令により処理することとされるものを処理する。」と改めら

れ、「その他の事務で法律又はこれに基づく政令により処理することとされるもの」の中に法定受託事務が含まれる。)などの面で、機関委任事務に比べると地方自治体の主体性を発揮できる条件が広がった。

なお、現在の法定受託事務のなかには、これまでに地方自治体が自治事務にすべきと主張してきた事務も多く残っており、地方分権一括法を巡る国会の審議の際にも、法定受託事務が多すぎるという意見が出された。そのため、法定受託事務としたものについても、今後、地方分権を推進する観点から検討を加え、適宜、適切な見直しを行うこと旨の条文が追加された(附則250条)。

(8) 第3に、国の地方自治体に対する関与の見直しが行われた。

従来、機関委任事務制度を背景として、国には地方自治体の事務に対して、指示・許可、事前協議の義務付けなど様々な関与が行われていた。そして、これらの関与のなかには、法令ではなく、通達を根拠に行うものや、許可申請のために膨大な書類を必要とするものなどもあって、国と地方自治体を通じた行政の透明性や、地方自治体の行政の効率化という点から改善が求められていた。

しかし、国による地方自治体への関与については、法令に根拠を持たないものは認められなくなり、以下のように、地方自治法のなかに、自治事務・法定受託事務ごとに、関与の基本類型が置かれた。また、国が関与を行う場合も、原則として書面によるなどのルールも定められた(247条ないし250条)。そして、国の関与について、地方自治体の側に不服があるときは、その適否などを審理する第三者機関(「国地方係争処理委員会」)が設けられることになった(250条の7以下)。

国の関与を整理すると、基本的に、自治事務については、①助言・勧告(245条1号イ、245条の4)、②資料の提出の要求(245条1号ロ、245条の4)、③協議(245条の3第3項、245条2号)、④是正の要求



(245条1号ハ, 245条の5)の4種類に限られ, 法定受託事務については, ①助言・勧告(245条1号イ, 245条の4), ②資料の提出の要求(245条1号ロ, 245条の4), ③協議(245条2号, 245条の3第3項), ④同意(245条1号ニ, 245条の3第4項), ⑤許可・認可・承認(245条1号ホ, 245条の3第5項), ⑥指示(245条1号ヘ, 245条の3第6項, 245条の7), ⑦代執行(245条1号ト, 245条の3第2項, 245条の8)の7種類に限られることになった。

そして, 地方分権一括法で, 国と地方自治体は対等関係に位置づけられたので, 上級の行政機関から下級の行政機関に対して行われるものである通達につき, 自治体への通達は廃止され, 通達に名を借りた関与は認められなくなった。

以上のように「改正地方自治法が国の関与の仕組みを創設し, 関与法定主義を明文化したことの最大の意味は, 国と「固有の資格」における地方公共団体との関係の「外部関係」化にあったと考えてよい。」(白藤・前掲207頁)

- (9) そのほか, 権限移譲の推進, 必置規制の見直し, 都道府県と市町村の関係の改革, 地方自治体の行政体制の整備・確立などが行われた。

都道府県と市町村の関係の改革については, 従来, 機関委任事務制度のため, 国と地方自治体の関係と同様に, 都道府県と市町村の関係も, あたかも上下関係にあるかのように見られがちであった。しかし, 地方分権改革により, 都道府県と市町村は対等関係にあるとの認識から, 都道府県による市町村への関与や市町村への権限移譲の方法などについて必要な見直しが行われ, 総じて市町村の権限が拡充するような方策がとられた。

市町村に対する都道府県の関与についても, 市町村に対する国の関与についてと同様に, 限定・ルール化が行われた(245条以下)。そして, 国の関与に関する国地方係争処理委員会制度に対応するものとして, 自治紛争処

理委員制度が設けられた（251条以下）。

これにより、国と地方公共団体との関係と同様に、都道府県と「固有の資格」における市町村との関係の「外部関係」化も行われたと言ってよい。

- (10) 東京都の特別区は、地方自治法の昭和49年改正により区長の直接公選制が復活され、さらに平成10年改正により基礎的地方公共団体として位置づけられた。

現行法の下においては、以下のとおり、特別地方公共団体（1条の3第3項）ではあるものの、実質的に普通地方公共団体（1条の3第2項）としての市の性格を実質的に強く持っている。

まず、普通地方公共団体（都道府県及び市町村）は、地域における事務及びその他の事務で法律又はこれに基づく政令により処理することとされるものを処理するとされ（2条2項）、市町村は、基礎的な地方公共団体として、2条5項において都道府県が処理するものとされているものを除き、一般的に、2条2項の事務を処理するものとする（2条3項）。

そして、特別区は、法律又はこれに基づく政令により都が処理することとされているものを除き、地域における事務並びにその他の事務で法律又はこれに基づく政令により市が処理することとされるもの及び法律又はこれに基づく政令により特別区が処理することとされるものを処理するとされ（281条2項）、また、基礎的な地方公共団体として、281条の2第1項において特別区の存する区域を通じて都が一体的に処理するものとされているものを除き、一般的に、2条3項において市町村が処理するものとされている事務を処理するものとする（281条の2第2項）ほか、基本的に市に関する規定が適用される（283条）。

## 2 機関訴訟に関する解釈

- (1) 行政事件訴訟法（以下、「行訴法」という。）は、6条において、「この法

律において「機関訴訟」とは、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をいう。」とし、42条において、「民衆訴訟及び機関訴訟は、法律に定める場合において、法律に定める者に限り、提起することができる。」としている。

- (2) 法律の文言は字義どおりに理解するのが原則であるところ、機関訴訟は、「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」と規定されているのであるから、国又は公共団体の「機関相互」間におけるものを指すと解すべきである（阿部泰隆鑑定意見書（甲28）33頁）。仮に、国と公共団体の間、公共団体相互間におけるものも含めることとしたいならば、例えば、「国と公共団体の間、公共団体相互間及び国又は公共団体の機関相互間」と表現するのが自然であり、そのような規定にすることに立法上の困難もない。

国及び地方公共団体は、それぞれ独立した法人格を持つものであり、法人格は、独立して権利義務を有するに値する場合に認められるものである。これに対して、法人の機関とは、法人の内部組織であり、内部組織として一定の権限を持つことがあるものの、一般に、独立して権利義務を有するに値しない。

したがって、国又は公共団体の「機関相互」間における紛争については、一般に、訴訟の提起を認めるべきでなく、法律で特に定めた場合に提訴を認めれば足りるのであり、行訴法42条はその旨を明記したと理解するのが最も自然な解釈である。

- (3) 行政事件訴訟法の解釈につき有力な学説とされている雄川一郎「機関訴訟の法理」（『行政争訟の理論 雄川一郎論文集第2巻』431頁以下）は、「不適法とされるべき機関訴訟の「機関」や「権限」の観念は実質的かつ相対的に解すべきである。」とし、行訴法にいう「機関訴訟の解釈としては、必ずしも形式的意味での通常の「機関」相互の訴訟に限られないとすべきである

う。」とする（465頁）。

この見解は、「形式上法人格をもつか否かのみによって裁判的保護の有無に相違が生ずるのは合理的ではない」として、「具体的な場合において裁判的保護を求むべき固有の利益ないしは「権利」が認められるか否かにかかるというべきであろう。即ち、それらが、実質的な意味においての行政組織に組み込まれている場合には、その意味での権利性は否定されることになるのであって、その行政組織における機関の意味をもつと認めるべきであろう。」としている（465頁）。

この考え方によっても、本件の住民基本台帳に関する事務につき、原告である杉並区は被告である国や東京都という「行政組織における機関」ではありえないから、本件訴訟は機関訴訟ではない。

- (4) さらに、上記雄川論文は、「一般的に言って、立法者がある行政処理組織に法人格を賦与していることは、それらにより多くの場合において実質的にも権利主体としての地位を認める趣旨であるという意味での一種の推定はあり得るところである。」としており（466頁）、この理解からしても、法人格を認められている杉並区には独立の権利主体性が認められているのであり、本件の住民基本台帳に関する事務につき、杉並区は、国・東京都の行政組織の機関ではありえない。

阿部泰隆鑑定意見書（甲28）は、雄川説につき、「以前はそれなりに通用すべき説であったが、今時の地方分権改革により、機関委任事務が廃止され、地方の自主・自律性の尊重・法治国家化が図られたことから、その学説の前提が消滅したと言ふべきであろう。」としている（24頁）が、国と地方公共団体の対等性が認められた現在においては、雄川教授も、地方分権改革を前提とすれば、原告である杉並区は被告である国や東京都の「行政組織における機関」ではありえないから、本件訴訟は機関訴訟ではないと解すると思われる。

- (5) 機関訴訟の概念を実質的に考えるとした場合、その実質とは何かが問われることになるが、その実質の最大のものは、「機関相互の紛争は、これらの上級機関によって解決することができ、また解決すべきものである」ということと思われる（雄川・前掲438頁参照）。

しかし、本件原告と本件被告らの間には、それらの上級機関は存在しないのであり、本件紛争は上級機関によって解決することが不可能である。また、原告が行う住民基本台帳に関する事務は原告の自治事務であって、被告東京都や被告国が指揮・命令を行うことはできない（住基法31条により行うことができるのは指導等であり、それらには法的拘束力はない。）。

- (6) 被告らは、国民健康保険の保険者の処分を取り消した国民健康保険審査会の裁決の取消訴訟につき保険者の原告適格を否定した最高裁昭和49年5月30日第一小法廷判決（民集28巻4号594頁）及びその調査官解説である佐藤繁・最高裁判所判例解説昭和49年239頁（243頁）を援用しているが、同判決の事案は、同解説が「市町村による国民健康保険事業の実施とともに、審査会が行うその不服審査事務も、本来国の事務であり、審査会は国の機関としてこれを処理するものである」としているように、本件とは事情が全く異なっている。住民基本台帳に関する事務は原告の自治事務であり、国の機関として原告が行うものではないから、上記最高裁判決を本件で援用することは不当である。

- (7) 阿部泰隆鑑定意見書（甲28）が述べているように、「地方公共団体相互、地方公共団体と国との間の訴訟を、「法律上の争訟」に当たらないとする従来の見解は、私人とは異なる「固有の地位」に立つ地方公共団体を国家に包摂されると理解しているのであるが、少なくとも地方分権改革により具体化された憲法の自治権保障のもとでは、地方公共団体は国家の外部にあり、国家とは法によってのみ支配される関係に立つのである。したがって、国家と地方公共団体は、法律関係に立つのであって、その間の紛争は、「法律上の争

訟」に該当する。」(37頁)と言うべきであり、異なる法主体間である地方公共団体相互、地方公共団体と国の間の訴訟は、行訴法6条にいう機関訴訟に該当しないと解すべきである。成田頼明教授、塩野宏教授をはじめ、現在の学界では、このような見解が多数説である(阿部泰隆鑑定意見書(甲28)25頁)。

- (8) 地方分権改革により、国地方係争処理委員会(以下、「係争処理委員会」という。)が設けられ(250条の7以下)、普通地方公共団体の長その他の執行機関は、その担任する事務に関する国の関与のうち「是正の要求、許可の拒否その他の処分その他公権力の行使に当たるもの」(250条の13各号に掲げるものを除く。)等に不服があるときは、係争処理委員会に対し、当該国の関与を行つた国の行政庁を相手方として、文書で、審査の申出をすることができることとされ(250条の13)、係争処理委員会の審査の結果等に不服があるときなどは、高等裁判所に対し、当該審査の申出の相手方となつた国の行政庁を被告として、訴えをもつて当該審査の申出に係る違法な国の関与の取消し又は当該審査の申出に係る国の不作為の違法の確認を求めることができることになった(251条の5)。

しかし、この国の関与に関する訴えの制度は、国が「是正の要求、許可の拒否その他の処分その他公権力の行使に当たるもの」を行つた場合の手続であり、また、前述のように、自治事務についての国の関与は、基本的に、①助言・勧告(245条1号イ、245条の4)、②資料の提出の要求(245条1号ロ、245条の4)、③協議(245条の3第3項、245条2号)、④是正の要求(245条1号ハ、245条の5)の4種類に限られるから、自治事務については、これらのうち、是正の要求があつた場合にのみ、この制度が利用されることになる。

また、市町村に対する都道府県の関与についても同様の仕組みが採用され、係争処理委員会に相当するものが自治紛争処理委員であり、自治紛争処理委

員の審査の結果等に不服があるときなどは、高等裁判所に出訴できることになっている（252条）。

そして、国・都道府県が「是正の要求，許可の拒否その他の処分その他公権力の行使に当たるもの」を行わない場合についての定めは地方自治法には置かれていない。

しかし、これらのことについては、国・都道府県がこれらの行為を行わない場合には普通地方公共団体からの出訴の道を一切認めないという解釈が許されると考えるべきではない。

なぜなら、第1に、自治事務に関して国・都道府県が是正の要求等をしない場合は、紛争が永遠に解決されない事態が生じるのであり（阿部泰隆鑑定意見書（甲28）40頁）、そのような事態を容認し放置することは到底正当とは言えない。

第2に、前記の国・都道府県の関与に関する訴えの制度は、違法な国・都道府県の関与の取消し又は国の不作為の違法の確認を求めるものであるから、抗告訴訟（行訴法3条）の性質を有している。しかし、行訴法は、抗告訴訟とは別に、当事者訴訟（行訴法4条）を用意しており、「公法上の法律関係に関する訴訟」についての出訴を認めているのであるから、「公法上の法律関係に関する訴訟」に該当する限り、出訴が認められるべきであり、地方自治法がこれを否定する趣旨とは考えられない。

第3に、国地方係争処理委員会・自治紛争処理委員（以下、「係争処理委員会等」という。）の審査を経由して訴えを提起する場合は高等裁判所に出訴することになり、審級が省略されることになるが、それは、係争処理委員会等の審査を第一審の審査に準じるという考えに基づいている。係争処理委員会等の審査を受けられない紛争については、原則どおり第一審裁判所の審査を受けることができるものとすべきである。それが、対等な当事者間の紛争を法に基づき裁判所が判定するという法治国家の基本にかなうものであ

る。また、代替的紛争処理制度として係争処理委員会等を設置し、その審査に対する不服につき審級を省略するなど、争い方を定めることについては立法裁量が認められるであろうが、対等な当事者間の紛争につき、およそ出訴できないこととすることについては立法裁量の余地はないと言うべきであるから、地方自治法が本件のような場合に第一審裁判所への出訴を認めない趣旨であると解すべきではない。

- (9) 被告らは、準備書面(1)6頁において、「同法(行訴法—代理人註)6条の『権限の存否又はその行使に関する紛争』とは、国又は公共団体(の機関)が他の法主体に対して主張する法的地位に関する紛争であるとされている(条解行政事件訴訟法第2版154ページ)。」と主張している。

上記部分は、行訴法6条についての山本隆司氏(東京大学助教授)の解説部分であるところ、山本氏は、被告らが援用する部分の前において、「以下の本条注釈では、手続上の特則を設けるのが適切と考えられる訴訟を広く、機関訴訟と捉える方針をとる。そして、42条注釈において、同条にいう「機関訴訟」をより狭く限定解釈する可能性を検討する。」(154頁)としているのであり、被告らの援用は誤解に基づくものである。

そして、山本氏は「第4章 民衆訴訟及び機関訴訟」の42条の解説(557頁以下)において、「憲法あるいは法律により、相互に一定の自律性・独立性を保障された国または公共団体(の機関)が、権限を主張し合う訴訟は、法律上の争訟と解すべきである。」、「法が国または公共団体(の機関)相互間に保障する自律性・独立性は、裁判所への出訴権の承認により初めて、法的に十全な実現可能性を備えることになる」(以上、561頁)と述べ、「行訴法に即して言えば、5条・6条にいう民衆訴訟および機関訴訟には、法律上の争訟、ないし法律の特別の根拠なしに認められる訴訟が含まれていると解すべきである。そして、本条にいう民衆訴訟および機関訴訟の範囲は、以上に説いたように、場合を分けて、限定解釈すべきである」(563頁)



とし、以下の限定解釈論を参照としているのである。つまり、「行訴法の解釈としては、機関訴訟をより限定的に考えるべきではないかと思われる。すなわち、行訴法は、一定範囲の紛争が憲法上司法審査の対象になじまない場合があるとの理解の下で、さしあたり、そうした場合のうち同一行政主体内の機関相互の権限争議についてこれを機関訴訟と名づけ、法定外機関訴訟を否定したものと解すべきであり、また、こう解釈することが行訴法の文言にも忠実な解釈といえるであろう。そして、右定義に含まれない行政内部の紛争に対する司法審査の可否は、機関訴訟といった包括概念によってではなく、前述した憲法上の諸考慮を踏まえて、具体的事情に即した現行行政訴訟制度の解釈論として検討されるべきであろう」（曾和俊文「地方公共団体の訴訟」杉村敏正編『行政救済法第2巻』300頁）。

したがって、被告らによる山本説の援用は全く不当であるとともに、憲法による地方自治の保障及び地方分権改革により、自律性・独立性を持ち、国と対等な関係に立つ地方自治体の出訴権は、山本説のように、憲法・地方自治法・行訴法の整合的理解の下で正当に認められていると解すべきなのである。

## 第6 地方公共団体の出訴資格に関する先進諸外国法制

### 1 先進諸外国法制の概要

先進諸外国の行政事件に関する取扱については、先に述べたように、大きく分けて、司法裁判所が審理する英米型と、司法裁判とは制度的に分離させた行政裁判制度を有するヨーロッパ大陸型とがあるが、以下にみるとおり、いずれにしても市町村などの地方公共団体の出訴資格を一般的に否定してはいない。

#### (1) アメリカ

アメリカ合衆国憲法では、第3編1条の中に「合衆国の司法権は、1つの最高裁判所、および・・・下級裁判所に付与される。」との規定があり、同

2条1項において「司法権は、この憲法、合衆国の法律・・・のもとで生じるコモンロー上またはエクイティ上のすべての事件 (case), ..., 合衆国を当事者とする争訟 (controversy), ..., および・・・の間の争訟, に対して及ぼされる。」と規定されている。そして、司法権の行使は、「事件・争訟」(case or controversy) が存在するときに限って許されるという憲法法理が、19世紀初頭以来、連邦最高裁判例において確立している(中川丈久「行政訴訟に関する外国法制調査—アメリカ(上) ジュリスト1240号90～92頁)。

アメリカ連邦法においては行政活動の是正を求める訴訟(司法審査訴訟)が他の訴訟と比べて特異なものであるという取扱を受けない(中川・前掲98頁)。

アメリカでは、合衆国憲法には地方自治に関する規定がなく、地方制度又は地方自治に関する事項はすべて各州の憲法又は法律に委ねられている(成田頼明「地方自治の保障」日本国憲法体系第5巻統治の機構(Ⅱ)171頁)。地方自治体の組織や権限は州の憲法や法律によって定められている。その意味では、自治体は「州の創造物」である(竹下譲「新版 世界の地方自治制度」90～91頁)。

ところで、合衆国憲法は、州の司法権に対しては適用されない。そこで、州の憲法をみると、多くの州の憲法は、合衆国憲法のような厳格な「事件・争訟の要件」を定めていない。このような州の裁判所においては、行政事件の原告適格(いわゆるスタンディング。藤田泰弘「アメリカ合衆国における行政訴訟原告適格の法理」訟務月報19巻5号64頁)の問題も、もっぱら、裁判所の自己抑制の問題と考えられており、地方政府(日本の市町村に相当)の出訴資格は、通常、この自己抑制の問題としてのスタンディング、すなわち、個々の事例において、地方政府が訴訟を提起するのに最適な当事者であるかという議論の中で扱われることとなる(柴田直子「アメリカにおける地

方政府の出訴資格」神奈川法学36巻1号135頁)。

前記のとおり、一般的に、地方政府は「州の創造物」と理解されており、その親である州の行為を争う出訴適格は原則として否定されているが、各州裁判所は、様々な例外を認め、大きく以下の2つにわけることができる(柴田・前掲201～202頁)。

一つは、地方政府が州から獲得した法的地位に基づいて出訴資格が肯定される場合である。ニューヨーク州裁判所は、地方行政の適法性を統制する必要性ゆえに、原則としては、「州の創造物」である地方政府の出訴資格を厳格に解釈しつつも、地方政府に対して州議会が、ある程度独立した地位を付与している場面においては、裁判所が州と地方との紛争に介入し、州と地方政府との関係が「内部関係」とはいえない場面において、州・地方の「タテの権力分立」の作用をうまく利用して出訴資格を肯定している(柴田・前掲177～179, 202頁)。日本流に理解すれば、憲法上の自治権に基づく訴えと考えられる。

もう一つは、スタンディングの議論を背景として、地方政府の権限・義務が、住民一般の利益と関係が深い場合に、住民の代表として、地方政府に州や連邦政府などに対する出訴資格が認められるというものである。

## (2) イギリス

イギリスでは、行政訴訟についての裁判は、アメリカの場合と同様、独立した行政裁判所の系列は存在せず、通常裁判所によって行われる。行政訴訟の裁判については、上訴的管轄と司法審査の2類型に大別される。このうち上訴的管轄は、制定法によって認められている場合にのみ存在し、その内容も制定法の定めによるものであるが、これに対して、司法審査は、かかる個別の制定法の根拠を必要とせず、裁判所の固有権を根拠に一般的に認められるものであるとされている(最高裁判所事務総局行政局監修「欧米諸国の行政裁判法制について」149頁)。

ところで、イギリスでは、憲法上に規定されていないことにより、地方政府は、憲法上の地位を何ら保障されてはいない。中央政府を除くと、選出された実務的統治機関は地方にしか存在しない。地方政府と中央政府の間には選出された州政府あるいは、郡庁といった機関は存在しない。いわゆる中間階層はない。イギリスにおいて地方自治権は地方政府にあるとされる（木佐茂男監修「地方自治の世界的潮流－20カ国からの報告（上）」142, 148頁）。

イギリスでは、地方当局も原則として私人の原告適格に関する法理と同一の法理に服し、自己の利益侵害に対しての出訴を認められ、1972年の地方行政法222条1項は、地方当局の原告適格を拡大したとされている（曾和俊文「地方公共団体の訴訟」行政救済法第2巻272頁）。

公的機関が原告となって、他の行政機関を被告として、例えば、中央省庁と自治体との間や、性差別禁止委員会と他の行政機関の間において、司法審査請求が利用されることも少なくなく、イギリスにおいては、機関訴訟のような客観訴訟は設けられず、通常の司法審査請求が利用されているとされる（榊原秀訓「行政訴訟に関する外国法制調査－イギリス（上）ジュリスト1244号242頁）。

### (3) フランス

フランス憲法上の司法権（司法機関）の概念は、民事事件・刑事事件に係る訴訟を念頭に置いたものであり、憲法訴訟・行政訴訟等はそこから除かれている。行政裁判は、司法権（司法機関）には属さないが、真正な裁判機関として位置づけられている。フランスの行政裁判制度は、立法権・執行権・司法権という分立の中では、執行権に属する裁判機関であり、アメリカ及び現在の日本の権力分立とはモデル的に異なるヨーロッパ大陸型モデルの典型を成すとされている（橋本博之「行政訴訟に関する外国法制調査－フランス（上）」ジュリスト1236号86頁）。

行政裁判権は、最高行政機関であるコンセイユ・デタの争訟部、通常の行政事件の第1審管轄権を行使する（地方）行政裁判所、行政控訴院により行使される。フランスにおいては、破毀院を頂点とする司法裁判所の系列とコンセイユ・デタを頂点とする行政裁判所の系列とは全く別個独立の裁判系列をなしている（最高裁判所事務総局行政局・前掲77頁）。

ところで、フランスでは、憲法及び法律は国家に政治権力を独占させており、その結果、地方レベルでは行政機能が認められているに過ぎず、地方事務の運営は「地方の機関」や「地方団体」あるいは「地方公共団体」の管轄とされ、これらは国家に従属しているという関係上、その存在及び役割は厳しく制限されるといわれている（木佐・前掲（下）418頁）。現在のフランスの地方公共団体は、コミューン、県及び州の3層制である。コミューンは、我が国の市町村にあたるが、市・町・村の区別はない（竹下・前掲197頁、木佐・前掲（下）423頁）。

フランスでは、市町村の権限行使に対する国家の監督行為を争う原告適格が判例上承認されている（広岡隆「地方公共団体の行政訴訟ーフランスの越権訴訟を中心として」関西学院大学法と政治28巻3・4号29頁以下、亘理格「フランスにおける国、地方団体、住民1884年〈コミューン組織法〉制定前後2」自治研究59巻8号86頁以下）。広岡・前掲46頁以下において、地方公共団体がその利益を侵害する行為に対して出訴する場合、地方公共団体の機関が監督処分に対して出訴する場合、地方議会の議員が違法な手続による議決に対して出訴する場合に分けて出訴を肯定する複数の判例が紹介されている。また、亘理・前掲86頁以下では、市長の行為とくに地方警察権の行使に関する監督行為、職権的予算計上及び職権的支出命令、認可拒否又は認可、地方議会議決の取消の各場合について、複数の判例を紹介し、フランスにおいては、地方団体に特有の純粋に地方的な利益が存在するという観念を背景に、かかる利益を実現する為の十全の行為能力を具えた法

人としての地方団体が国に対面させられたことの反映として、国家官庁による監督行為を攻撃対象とする地方団体の越権訴訟の提起可能性が肯定されたと述べられている。

#### (4) ドイツ

ドイツでは、基本法 95 条 1 項「通常裁判，行政裁判，・・・の分野について，連邦は最上級裁判所として，連邦通常裁判所，連邦行政裁判所，・・・を設置する。」は，同 92 条「司法権は裁判官に委ねられる。司法権は，連邦憲法裁判所，本基本法において規定される連邦裁判所および州裁判所により行使される。」と相俟って，行政裁判所をあくまで「司法権」の一部と性格づけている（山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査ードイツ（上）ジュリスト 1238 号 88 頁）。

ところで，ドイツでは，ドイツ連邦共和国の名が示すように「国家」とは州政府と連邦政府を指し，もともと分権構造となっている。そして，地方自治制度を定める権限は州にある。したがって，自治体は，州によって異なる多様な制度を持っているが，連邦との関係では，基本法 28 条 1 項で，市町村及び郡の住民自治を保障している。州は，それぞれの州憲法で同じく自治を保障する。多くの自治体は，市町村と郡の 2 層制からなる（竹下・前掲 137，148 頁）。

地方自治行政主体は，連邦裁判所の判例により，基本権の主体ではないが，基本法 28 条 2 項の自治行政権を根拠に行政裁判所法により出訴する資格を認められている（山本隆司「行政上の主観法と法関係」366～369 頁）。つまり，我が国に引き直せば，憲法 92 条を根拠に原告適格が認められることになる。

また，市町村は，基本法 28 条 2 項において保障された自治領域だけでなく，自らに帰属せしめられた権限を裁判をもって防御できるとされ，行政裁判は，市民だけではなく，市町村にも，自分以外の国家組織・機関によって

自治権を侵害される限りにおいて保障される。実際、市町村の自治権侵害は、たとえば計画高権におけるごとく、しばしば行政裁判の対象とされてきたところである。その意味で、市町村の自治権は、事実上、すでに主観法的地位（権利）を与えられてきたといつてよい。今日、ドイツでは、原則として、実体的に保障されるすべての権利には出訴可能性が保障されねばならないことが承認されている。いずれにしても、異なる法主体としての国と市町村との間には外部関係性が認められ、裁判的救済は自明の事柄に属し、問題はむしろ正しい訴訟類型の選択にあるといつてよい。手続法的・訴訟法的権利救済が保障されないところの実体的権利保障が無意味であるというこのような考え方からすれば、我が国で主張される、「固有の資格」における地方公共団体の出訴可能性を否定する考え方は、自治権の手続法的・訴訟法的権利救済の実効性に欠け、自治権を保障したことにならないと指摘されている（白藤博行「国と地方公共団体との間の紛争処理の仕組み」公法研究62号206～207頁）。つまり、ドイツでは、行政裁判は、市民だけではなく、市町村にも一定程度保障されているのである。

この点、「ドイツで行政組織における主体相互間の訴訟が一定程度認められる根拠は、行政裁判による行政統制・行政監督の伝統の残存というよりはむしろ、公行政を担う主体の分権（連邦、州、地方公共団体、職能団体、さらに欧州共同体等）を前提に、分権化された公的主体間の関係の規律を、典型的な法的問題と見て法的手続で行うという伝統的な考え方にあるように思う。逆に言うと、「機関争議のいわば行政的性質、即ち本来行政内部において行政的に解決されるべき問題で裁判所による解決に適しないものであるという」見方が、分権化された行政組織については妥当しない訳である。こうしたドイツの考え方は、日本における「法律上の争訟」の解釈論にも取り入れることが可能であり、また今後ますます必要になるのではないか。」とされているところである（山本隆司「行政組織における法人」『行政法の発展

と沿革 上巻』863頁)。

## 2 各国法制の国際的潮流とわが国の状況

以上のように、歴史的・制度的背景を異にするにもかかわらず、先進「諸外国において、学説上のみならず実務上も、地方公共団体が国の行為を争う訴訟が肯定されていることは、わが国のような限定的な態度が必ずしもノーマルな状態とはいえないことをあらわしている」(曾和俊文「地方公共団体の訴訟」273頁)と言わざるを得ない。これは都道府県と市町村の間においても同様である。それ故、請求の趣旨第1項のような訴訟を適法とすることは国際的に見てもごく自然な結論であり、むしろ一般的に否定してしまうことの方が異常である。

## 第7 住基ネット送受信の事業活動性

### 1 問題の所在

すでに述べたように、宝塚市条例事件最高裁判決を前提としても、地方公共団体が、公権力的な「行政権の主体」性を脱して、非権力的な事業行政主体として提起する訴訟は、当該地方公共団体が広義の「財産権主体」として提起するものと評価され、「法律上の争訟」に該当することとなる。

そこで、以下では、兼子仁鑑定意見書(甲27)に基づき、本件住基ネット送受信が、非権力的な事業行政たる性格を有することを明らかにする(6～8頁)。

### 2 住基ネット送受信の事業活動性

- (1) 住民基本台帳法(以下「住基法」という。)は、市区町村長は住民票上の「本人確認情報」の通知につき、その「使用に係る電子計算機から電気通信回線を通じて都道府県知事の使用に係る電子計算機に送信することによつて



行うもの」と定めている（30条の5第1・2項）。

そしてその後この「本人確認情報」は、住民基本台帳ネットワークシステム（以下「住基ネット」という。）に接続されたものとして、都道府県知事から国指定の「指定情報処理機関」に送信され（30条の11第1・2項）、法律または条例の定める範囲で、国の機関や法人または都道府県・市区町村の行政事務の必要に応じて利用・提供されることとなる（30条の7第3項以下、30条の8、30条の10）。

そこで、住基ネットに本人確認情報を接続された住民は、「住民基本台帳カード」を提示して住所地以外の市区町村長からの住民票の写しの交付を受けられ（12条の2）、また都道府県知事への旅券申請時の住民票写し提出を省略でき（別表第5・5号）、国民年金受給者の社会保険庁への現況報告を省略しうる（別表第1・76号）など、広域的・全国的な「住基ネットサービス」を享受することを得るのである。

- (2) かくして、住基法に基づき原告区長が被告東京都知事に対して区民の本人確認情報を通知することは、住民票管理行政における重要な法定権限の行使ではあるが、その法定手段は、住民票の記載・削除や第三者閲覧等の許可が市区町村長の行政処分である（同法8・11・12条、31条の2、31条の3）のとは異なって、もっぱら行政の事実行為であり、しかもコンピュータネットワークシステムを通ずるデータ送信という電子通信事業活動にほかならない。被告東京都知事がそれを受信することも全く同様である。

しかも、住基ネットの場合、区・市等における既存の住基マスターシステムとは別に新規のコミュニケーション・サーバ（CS）をセットし、それを通ずる被告東京都の同種サーバとの間で専用回線による送受信というしくみである。それとして、住民票管理の行政事務からは相対的に独立したIT処理の事務事業にほかならず、その実態は「電子通信事業活動」として民間私企業におけるデータ・ネットワーキングと同様である。

したがって、この住基ネットのデータ送受信は、非権力的な事業行政のなかでも、公園など公の施設の利用管理の場合以上に、私企業の事業活動に類似していると見られる。

- (3) さらに、原告の本件請求の法的性格あるいはそこにおける法益については、次のような指摘が可能である。

上記のとおり、市区町村が住基ネットにデータ送信をする電子通信事業は、住民に広域的・全国的な住基ネットサービスを保障することがその主目的である。

本件において原告が区民データの送信を妨げられているという事態は、通知希望者区民が住基ネットサービスを受ける法定の権利を害されていることを意味する。そこで、原告が被告東京都に対して区民データの送受信について訴求することは、当該区民の住基ネットサービス享有権に実質的に代位しているのにほかならない。

それに加えて、通知希望者区民が住基ネットサービスを受けられないために原告が代替サービスの費用を予算執行せざるをえない支出額などは、原告の法人自治体にとって損害に当たるので、原告としては当該損害発生を防止するために、原因たる住基ネット送信の権利を被告東京都に対して主張することは、原告法人の自己法益と解される。

## 第8 請求の趣旨第1項の適法性（その1）

### 1 本主張の位置づけ

被告らは、宝塚市条例事件最高裁判決などの最高裁判決を援用しながら、原告の各訴えを却下すべき旨を主張している。その問題点については後に述べるが、まず、ここでは、兼子仁鑑定意見書（甲27, 8頁～10頁）に基づき、前項で述べたように、本件住基ネット送受信が非権力的な事業行政たる性格を有することを踏まえ、上記各最高裁判決を前提としても、本件訴えは広義の「財

産権主体」としての原告が提起するものであって、「法律上の争訟」に該当するゆえんを明らかにしたい。

## 2 請求の趣旨第1項の適法性について

(1) 住基ネット上のデータ送受信は、住基法に規定された権限と義務が帰属する原告と被告東京都との間における「公法上の法律関係」にほかならず、それにかかわる紛争は法令の正しい解釈適用によって裁判的に解決されうる。したがって、本件訴え（請求の趣旨第1項）は、上述した「法律上の争訟」に関する最高裁判例の定式①②に欠けるところはない。

(2) 宝塚市条例事件最高裁判決が新たに付加した「法律上の争訟」の限定要件に関しては、上述のとおり、「財産権の主体」である地方公共団体（自治体）の立場を広めに、行政財産の管理主体等を含む広義に解した場合、住基ネット・データ送受信の事業主体性は、相当額の予算支出に関わる場所として当然にそれに属するものである。

他方、そのデータ受信義務の確認請求は、住民の権利保障にかかわる電子通信事業主体の間における係争として、「法律上の争訟」の埒外とされる公権力行使にかかる「専ら」の「行政権主体」性とは大いに異なっている。

(3) 原告による住基ネットへのデータ送信は、住基ネットサービスを希望する区民の権利に代位して、「基礎自治体」（地方自治法2条3項、281条の2第2項）がその関係予算執行を有効ならしめるために行なう権利行使である。これに対して被告東京都には、「広域自治体」（同法2条5項、281条の2第1項）として、広域の電子通信事業を全うすべく受信する義務が存する。

こうして、住基ネット送受信に関しては、自治体間にコンピュータ・データの通信にかかわる非権力的な公法上の権利義務関係が、住基法に基づいて発生しているものと解される。

(4) 原告から被告東京都に対する本件訴えは、行政主体間において行政上の義

務の確認を求めるものではあるが、原告は公権力行使の「行政権主体」として出訴しているのではなく、コンピュータ・データを送る電子通信事業の主体であり、区民の権利に代位して予算支出を実効あらしめようとする広義の「財産権主体」の立場で提訴しているものである。

したがって、上記の訴えは行政事件訴訟としては、原告と被告東京都との間における「公法上の法律関係」に関する「当事者訴訟」に該当し、特別の法律規定を俟たずに適法性を備えているのである。

## 第9 請求の趣旨第1項の適法性（その2）

### 1 本主張の位置づけ

すでに述べたように、宝塚市条例事件最高裁判決は、地方公共団体につき、「財産権の主体」と「行政権の主体」とを区別する判示をしている。阿部泰隆鑑定意見書（甲28）が明らかにしているように、「行政権の主体」という点に着目しても、同判決の射程範囲は、「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」に限定すべきものであった（上記第3の3）。そうすると、原告が被告東京都に対し提起した本件訴えは、上述した「財産権主体」という点を離れても、同判決の射程範囲外となる。

以下においては、このことを前提として、請求の趣旨第1項の適法性を論ずる。

### 2 本訴えが「法律上の争訟」であること

- (1) まず、地方公共団体相互、地方公共団体と国との間の訴訟が、「法律上の争訟」に該当するか否かであるが、これにつき、積極的に解すべきことは、阿部泰隆鑑定意見書（甲28）が次のように指摘するとおりである（38～40頁）。

「地方公共団体相互、地方公共団体と国との間の訴訟を、「法律上の争訟」に

当たらないとする従来の見解は、私人と異なる「固有の地位」に立つ地方公共団体を国家に包摂されると理解しているのであるが、少なくとも地方分権改革により具体化された憲法の自治権保障のもとでは、地方公共団体は国家の外部にあり、国家とは法によってのみ支配される関係に立つのである。したがって、国家と地方公共団体は、法律関係に立つのであって、その間の紛争は、「法律上の争訟」に該当する。」

「今日では、特段の規定がなければ、国、都道府県、市町村の間の訴訟は、「法律上の争訟」であるのが原則と解すべきなのである。

もともと「法律上の争訟」の定義においても、権利義務又は法律関係に関する争いで、法解釈によって解決できればよいのであって、その権利義務に関する争いを私人と同じ立場によるものに限定する理由はない。戦前は、行政主体の権限は、私人との関係ではすべて強制できるようになっていたし、自治体は国との関係では独立の法主体とは見られていなかったから、その権利が法律上の争訟の根拠になるとはいえなかったとしても、不思議ではない。しかし、今日では、行政主体の権限は、私人の権利とは異なっても、司法の前で争えるというように、司法権の役割が転換したというべきではなかろうか。」

「こうした考え方は、・・・諸外国の制度と同方向である。日本だけがあえて、地方公共団体の訴訟を認めない、いわば遅れた制度を護持する理由はない。」

- (2) 本件請求の趣旨第1項に係る訴えは、原告と被告東京都の間での住基法をめぐる紛争に端を発して、被告東京都に住基法上の受信義務があることの確認を求めるものである。

それはまさに、両当事者間の権利義務ないし法律関係の存否をめぐる紛争であって、裁判所による住基法の解釈・適用によって終局的に解決されることは明らかである。

そして、阿部泰隆鑑定意見書（甲28）が述べるように、被告東京都と原告は、「法律の前，裁判所の前では対等であり，本件の事務は自治事務であるから，この法律の解釈・適用に関する争いについては，訴訟で決着付けるしかないのである。」（41頁）

ところで，上述したように，地方自治法には自治事務に関する国等の権力的関与として「是正の要求」の制度があり（245条の5），市区町村の執行機関は，都道府県の執行機関による是正の要求に不服があるときは，総務大臣に対し自治紛争処理委員の審査に付することを求める旨の申出をすることができ（地方自治法第251条の3第1項），さらに，この申出をした市区町村の執行機関は，高等裁判所に対し，訴えをもって違法な都道府県の関与の取消しを求めることができる（地方自治法252条1項）。

「ところが，本件では，是正の要求がないので，この制度に乗らない。實際上，都に握りつぶされているだけである。これを放置しておいてよいのだろうか。それでは法治国家とはいえない。区の方から訴訟によって，この法解釈の適法性について決着を付けることができなければならない。

このように考えると，本件の訴訟は国と地方公共団体の関係を法治国家化した今日の地方自治の法システムのもとでは，「法律上の争訟」であって，司法権の範囲内にあるものとして，適法である。」（阿部泰隆鑑定意見書（甲28）41，42頁）

そして，この訴訟類型は，公法上の法律関係に関する当事者訴訟に該当するが（阿部泰隆鑑定意見書（甲28）43頁），被告らが引用する田中二郎「行政争訟の法理」においては，当事者訴訟につき，次のように説かれている。

「当事者訴訟というのは，双方の当事者の間の公法上の権利関係についての訴訟で，従来の制度の下では，殆ど認められなかった。双方の当事者間に争いのある場合においても，一応，行政庁の判断を求め，それに不服がある者

からその判断の取消又は変更を求める抗告訴訟の形式をとるのを通例としたからである。ところが、新憲法の下においては、双方の当事者の間に、公法上の権利関係について争いのある場合には、その一方から他方を被告として、その争の裁判を裁判所に求めることができることとなった。法律上、当事者訴訟を提起しうべきことを特に明記している場合がある。例えば、地方自治法に、「市町村の境界に関し争論があるときは、関係市町村は、裁判所にその確定の訴えを提起することができる」と規定し（旧地方自治法9条1項、代理人註）」ているところ、「これは、従来、法律の明文がなければ、出訴できないとの建前の下に、必要とされたのであって、現行制度の下においては、かような規定は単に注意的規定としての意味をもつに止まる」（29～30頁）。

つまり、ここでは、異なる法主体間における公法上の権利関係については、当然に公法上の当事者訴訟に該当することが前提とされていることに留意する必要がある。

### 3 被告ら主張の問題性

- (1) 被告らは、その準備書面（1）の第2の1「法律上の争訟について」の項で、最高裁判決を前提に、雄川一郎、田中二郎らの学説に依拠して、行政主体ないしその機関と他の行政主体ないしその機関との間の権限の存否等に関する紛争は、本来行政組織内部で解決されるべきで、法定された機関訴訟以外は許されず、その点からいっても、また、「法規の適用の適正ないし一般公益の保護」を目的とする点からいっても、法律上の争訟性は否定されると結論づけている。

しかし、宝塚市条例事件最高裁判決の問題性とその射程範囲、さらには、機関訴訟との関係についてもすでに述べたとおりである。

また、被告らが引用する学説は、阿部泰隆鑑定意見書（甲28）が述べて

いるように（44頁以下）、戦後まもなくの機関委任事務を前提としたものや、地方分権改革以前のものであるなど、今日なお通用性をもつとは考えにくいものが多く、「法律上の争訟」解釈の指針としては不適當といわざるを得ない。被告らの主張は、「社会の変化や訴訟の個別の性格との関連で法理・法原則が形成されていくことが理解されていない」（戸松秀典「裁判権の限界」現代行政法大系第4巻177頁）ものであり、実質的な理由付けのない説得力を欠いた議論といわざるを得ない。

なお、被告らが、法律上の争訟の観念は、国民の権利義務に関する紛争の概念を中心に構成されていると主張しているのも、その点につき附言しておきたい。

すでに述べたように、わが国の司法権の概念は、アメリカ型の司法権概念を沿革とするものである。上述のように、憲法の明文で「事件・争訟」の存在が司法権の要件とされているアメリカにおいても、この観念は、①対決性、②争われている法的権利に利害をもつ当事者、③現実の司法判断適合の争訟の存在、④裁判所が終局的で拘束力をもつ判断をくだすことができること、の4要件を内包するとされているところであって、国民の権利義務に関する紛争といった限定はされていない。しかも、その4要件も相当弾力的に適用されているという。ひるがえって、わが国の学説上は、一般に、司法権は、「具体的な争訟事件」を対象とするとされているが、そこでも、国民の権利義務に関する紛争という要素は、必ずしも「具体的な争訟事件性」概念の必須の要素とは解されていないのである（曾和俊文「地方公共団体の訴訟」杉村敏正編『行政救済法第2巻』295頁、305頁）。

- (2) 被告らは、準備書面（1）の第2の2（1）項で、請求の趣旨第1項に係る訴えは、住基法30条の5等の各規定が、市町村長及び都道府県知事の権限・義務について定めていることを根拠に、本訴えの実質は、杉並区長と東京都知事の間における上記各規定に基づく住基法上の権限の存否又はその行



使に関する紛争であり、機関訴訟に当たるべき内実を備えているものであるから、「法律上の争訟」ではなく、特別に法律で定めるほかは、行政内部における問題として解決すべき問題であって、裁判手続で解決することは認められない旨主張する。

たしかに、住基法の定めは、被告らが指摘するとおりである。しかし、杉並区長と東京都知事は、同一組織内の上下関係に立つ機関同士ではなく、対等な関係にある別個の行政主体の各機関であって、そもそも両者の紛争が「行政組織の内部で解決されるべき」などとの立論が妥当しないのである。

被告らは、「法が予定している解決方法」として、住基法31条、地方自治法245条の5、250条の13、251条の3などがあるが、裁判手続をすることができる場合としては同法251条の5、252条しか規定されていないという。

しかし、住基法31条についていえば、阿部泰隆鑑定意見書（甲28）が指摘するように（46頁）、国・都道府県の指導権限を規定するが、逆に言えば、指導しかできないのであるから、命令権限がある場合とは異なって、上下関係をもって解決を図ることはできないのである。

また、国・都道府県の是正の要求に関わる裁判手続の規定は上記のとおりであるが、それは、「立法者は典型的な場合を特別のルールで立法化しただけであって、立法化されない類型は司法の関与を否定する趣旨ではないというべきである」（阿部泰隆鑑定意見書（甲28）39頁）。本件では、本来、被告国・被告東京都の立場からすれば、地方自治法上の是正の要求に及ぶはずのところ（甲13）、その場合は、原告区長から自治紛争委員の審査を経由して高等裁判所への提訴が想定されたことから、あえてその提訴を妨げるために是正の要求そのものを回避したと思われる。被告らの主張によれば、そうした場合にも、原告は、法的紛争解決のための何らの手段もとり得ないことになる。法治国家における司法の役割を考えれば、到底容認できない結

論といわなければならない。

## 第10 請求の趣旨第2項の適法性

### 1 本訴えが「法律上の争訟」であること

本訴えは、原告が、国家賠償法に基づいて、被告らの違法な行為によって被った損害の賠償を求めるものである。損害賠償請求権の存否は、まさに当事者間の具体的な権利義務に関する争いである。

そして、被告らの行為が違法であるか否かは、住基法上の受信義務違反があるか否かであるところ、これは法律の解釈の問題であり、宗教上の教義の是非や学問上の見解の当否などを論ずる場面ではない。まさに法を適用して終局的に解決可能な場面である。

さらに、被告らが援用する宝塚市条例事件最高裁判決を前提としても、同判決がいう「地方公共団体が提起した訴訟であって、財産権の主体として自己の財産上の権利利益の保護救済を求めるような場合には、法律上の争訟に当たるといふべき」との結論がそのまま当てはまるのである。

本訴えが法律上の争訟に該当することについては、多言を要しない。

### 2 被告ら主張の問題性

被告らは、紛争の実体が住基法上の権限の存否又はその行使に関するものであり、原告が主張する損害は、私的な権利利益の侵害の結果ではなく、住基法の規定により処理することとされた事務の遂行に伴う効果であって、公行政責任遂行に伴う効果にほかならないから、その主張する損害賠償請求権も私法上のものではありえず、本件国賠請求は、地方公共団体が行政権の主体として、他の地方公共団体又は国に対し行政上の義務の履行を求める訴訟である旨主張している。

しかしながら、原告は、上記のように、「財産権の主体として自己の財産上

の権利利益の保護救済を求める」立場に立っている。つまり、被告らの行為による損害の賠償を求めることは、「自己の財産上の権利利益の保護救済を求める」ことにほかならず、その地位は財産権主体そのものである。原告が、本訴えによって、被告らに求めているものは、被告らの違法行為により、あるべき事務遂行が妨げられた結果生じた自己の財産上の損害の賠償義務の履行であって、行政上の義務の履行を求めているものでないことは説明を要しない。

被告らの論理は、地方公共団体に発生する損害には、「私人と同様な立場」で、「私的な権利利益」の侵害の結果生ずる損害と、「公行政責任遂行に伴う効果」として生ずる損害とがあり、後者は、損害賠償請求権も私法上のものではあり得ず、その履行も行政上の義務履行となって、それを求める訴訟は、法律上の争訟に当たらないというものである。

しかし、このような主張は、「法律上の争訟」につき、宝塚市条例事件最高裁判決にも存在しない新たな限定要件を持ち込むものであるが、その新限定要件自体、独自の主張に基づくもので、合理的根拠を欠くものといわざるを得ない。

判例を見ても、下級審判例ではあるが、福岡地裁昭和55年6月5日判決（大牟田市電気税訴訟，判例時報966号3頁）は、市が国に対し、地方税法による電気税の非課税措置による減収分につき、国賠法に基づく損害賠償を求めた事案で、原告主張の課税権侵害は認められないとしてその請求を棄却しているが、被告国も審理過程で法律上の争訟性を争っていない。また、東京高裁昭和55年7月28日判決（摂津訴訟控訴審判決，判例時報972号3頁）は、市が国に対し、地方財政法等の規定を根拠に負担金支払請求を求め、予備的に、国賠法に基づく損害賠償を求めた事案で、負担金請求権は発生しておらず、国の行為に違法性は認められないとして、控訴及び予備的請求を棄却したが、ここでも、国は、一、二審を通じて、法律上の争訟性を争っていない。

被告らの主張は、到底認めがたいものである。

## 第11 結語

以上のとおり、請求の趣旨第1項に係る住基ネット受信義務確認の訴えについても、請求の趣旨第2項に係る国家賠償法に基づく損害賠償請求訴訟についても、「法律上の争訟」（裁判所法3条1項）に該当することは明らかであり、被告らの本案前の答弁は理由がないというべきである。

## 第12 求釈明の申立て

- 1 被告東京都は、平成15年6月4日、総務局長コメントとして「杉並区長が表明した横浜と同じ参加方式は、住民全員が参加した段階では適法ですが、それより前の段階においては依然として住民基本台帳法に違反しています。」「このまま住基ネットに速やかに全面参加しない場合には、法的拘束力のある地方自治法第245条の5の規定による是正の要求について、総務省と調整を進めていきます。」（甲13）と表明している。原告は、その後も一貫して「横浜と同じ参加方式」が適法であると主張しているが、被告国及び被告東京都は、上記日時以降現在に至るまでの間に、地方自治法245条の5の規定による是正の要求につき、両者間で、いつ、どのような「調整」がなされたかを明らかにされたい。
- 2 被告国及び被告東京都は、原告の住基ネットに関する本件事務処理が違法との前提に立っていると思われるが、それにもかかわらず、現在に至るまで、上記規定による是正の要求をしなかった理由を明らかにされたい。

以上