

2005年1月11日

東京地方裁判所民事第38部 御中

鑑 定 意 見 書

「住基ネット受信義務確認訴訟の適法性について」

杉並区と東京都の間の住基ネット受信義務確認訴訟の適法性について、意見を申し上げます。

神戸大学法学研究科教授

東京大学法学博士

阿 部 泰 隆

## 目次

I	結 論	4
II	本 文	4
第一	はじめに	4
1	住民基本台帳ネットワークシステムとは？	4
2	本件住基ネット訴訟とは？	5
第二	「法律上の争訟」をめぐる裁判例の動向	7
1	「法律上の争訟」の意義	7
2	宝塚市パチンコ店条例最高裁判決—自治体が住民を訴える場合	8
(1)	判旨	8
(2)	学界挙げての判決批判	9
(3)	筆者の調査官解説批判	11
(4)	射程範囲の限定	16
3	那覇市情報公開最高裁判決—国が地方公共団体を訴える場合	18
4	池子弾薬庫訴訟	21
5	日田市まちづくり権訴訟	22
6	判例の評価	23
第三	関連する学説と外国法の検討をふまえた今日的法解釈	23
1	消極説、藤田宙靖—塩野宏論争	23
2	先進諸外国の考え方	27
(1)	ドイツ法	27
(2)	アメリカ法	28
(3)	フランス法	30
3	法治国家化を制度化した分権改革	31
(1)	分権改革	31
(2)	地方自治法は機関訴訟を法定？	32

（３）国と地方の関係は法治国家の外部関係 .....	35
ア 白藤・中川説 .....	35
イ まとめ .....	36
第四 本件住基ネット訴訟は「法律上の争訟」か？ .....	39
第五 訴訟類型 .....	42
『補遺－被告の抗弁についてのコメント』 .....	44
鑑定意見提出者の略歴・著作等 .....	47

## I 結 論

杉並区と東京都の間で争われている住基ネット受信義務確認訴訟（以下「本件住基ネット訴訟」という。）は、住民基本台帳法の解釈と適用を争うものであるが、地方分権改革の進展により、都と区の間も、行政の内部関係ではなく、対等な法主体間の法律関係と解される今日、諸外国に倣って、司法権が裁くべき「法律上の争訟」に該当すると解すべきである。そして、杉並区からの住民基本台帳法に基づくデータを受信すべき都の義務の有無を争点とするこの訴訟は、行政事件訴訟法4条の公法上の当事者訴訟に該当する。したがって、この訴訟は適法である。

## II 本 文

### 第一 はじめに

#### 1 住民基本台帳ネットワークシステムとは？

まず先に、私が小学館から依頼されて書いた用語解説を借用して、この法制度の説明をする。住民基本台帳ネットワークシステム（住基ネット）とは、全国の区市町村の住民基本台帳と都道府県/指定情報処理機関をネットワークで結び、本人確認に必要な最小限の情報（氏名、生年月日、性別、住所の4つに、その変更年月日及び変更理由と住民票コード）を全国的にやり取りする仕組みである。戸籍事項や続柄などは含まれない。

住民票コードは全国民の住民票に一斉に付けられる11桁の番号で、2002年8月に各世帯に通知された。コンピュータで管理され、不規則に付けられるため、住民票コードから住所や生年月日などを推測することはできない。番号は、住所や氏名の変更があっても変わらないが、本人の希望により変更する

ことができる。

これは2002年8月5日から、一部不参加区市町村を除き全国一斉に稼動した。目下、住民基本台帳カードが希望者に発行されているところである。これは、本人確認情報が記録されたカードで、写真を貼って、広く身分証明書としても活用することができる。

この制度のメリットとしては、これまでは、住民票の写しは居住地の区市町村でしか交付されなかったが、このシステムの稼動により、全国どこの区市町村でも交付を受けられるようになる。転出入の届出は転入時1回だけになり、年金、雇用保険、児童扶養手当など各種行政手続の際に必要な住民票の写しの添付は不要になる。電子申請には不可欠で、政府は、21世紀の行政情報化の社会基盤となるという。

しかし、この程度では数百億円に上る費用の割にメリットが少ないので、政府は、この制度の利用を拡大し、いずれは国民総背番号制を狙っているのではないかという疑念が絶えない。

本人確認情報の利用は法律で決められた機関が、法律で決められた目的にのみ利用することができ、他目的利用は禁止され、民間機関での利用は禁止される。外部からの侵入防止措置も図られ、公務員には「秘密保持」義務が課される。しかし、あわせて一体として整備するはずだった個人情報保護法の成立が遅れた（今もその大半は施行されていない）ので、プライバシー侵害のおそれ大きいという批判があった。同法が施行されてもなお不十分という意見がある。

## 2 本件住基ネット訴訟とは？

杉並区（原告）は、住民基本台帳法（以下「住基法」という。）第30条の5第1・2項に基づき、区民の住民票記載事項のうち本人確認情報を、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。）を通じて東京都

に送信する義務を負う。

これに対して、杉並区は、次のように、この送信義務の範囲には、下記の法規定との関係で限定を伴うものと主張している。すなわち、①住基法の1999（平成11）年8月18日公布の法律133号改正附則第1条第2項において「この法律の施行に当たっては、政府は、個人情報保護に万全を期するため、速やかに、所要の措置を講ずるものとする」と定められ、その後、国のいわゆる個人情報保護関連5法が2003（平成15）年5月30日に公布されたが、目下のところその大半が未施行である。②住基法第36条の2第1項により市（区）町村長は住民票情報の適切な「管理のために必要な措置を講」ずる義務を有する。③一般に、地方自治法第2条第12項前段により「地方公共団体に関する法令の規定は、地方自治の本旨に基づいて、かつ、国と地方公共団体との適切な役割分担をふまえて、これを解釈し、及び運用するようにしなければならない」。

杉並区は、右の関係法規定に基づき、区民に身近な地方公共団体として住基ネットの安全性及び住基ネットに関する区民の意思を尊重する見地から、横浜市が国・総務省、神奈川県及び（財）地方自治情報センターとの間で、2003（平成15）年4月9日付で取り交わした申し合わせ（「横浜市の住基ネットへの参加に当たっての措置について」）によるいわゆる横浜方式の先例に従い、当面、「非通知申出」をしない通知受諾者である区民の本人確認情報を送信し、非通知申出者については住基ネット上の変更情報として職権削除の送信をすることとし、同年6月中にその受信方を求めて原告を代表する杉並区長（以下「区長」という。）から国の主務大臣である総務大臣に協議を申し入れたが、その後の協議においても応諾が得られていない。

また、東京都を代表する知事は、同年5月30日付で区長に対し、「住基法に規定する事務の執行」として全区民の本人確認情報を都のサーバに接続させるよう勧告をしており（地方自治法245条の6）、やはり横浜方式によると

ころの受信を認めていない。

そこで、杉並区は、当面は希望者にのみ接続する方式を取りたいという立場で、通知を受諾した区民の本人確認情報だけを住民基本台帳ネットワークシステムを通じて東京都に送信し、これを受信させること（以下、杉並方式という）を裁判で実現しようとしている。そのための訴訟上の方法は何であろうか。目下、東京都を被告として、これを受信する義務を有することを確認するとの本件住基ネット訴訟が提起されたところである。

## 第二 「法律上の争訟」をめぐる裁判例の動向

### 1 「法律上の争訟」の意義

こうした都と区の間において行政権限の行使をめぐる訴訟が提起されるのは、わが国では前代未聞である。まずは、これが司法権の範囲内か、つまり、裁判所法3条の定める「法律上の争訟」に当たるかどうか争点になるであろう。

裁判所法3条1項にいう「法律上の争訟」とは、判例によれば、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、かつ、②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（最高裁昭和56年4月7日判決・民集35巻3号443頁参照）。

これまでこの規定が争点になった訴訟のうち、宗教上の教義の解釈（注1）とか、国家試験の採点（注2）をめぐる争いは、②の法令の適用によって解決できないものである。しかし、本件では、憲法のプライバシー保護を念頭において住民基本台帳法を解釈する場合、杉並方式が許容されるかどうか争点になるので、法解釈問題であり、②の要件は満たされる。

問題は①の要件である。そこで、「当事者間」の「具体的な」「権利義務」ないし「法律関係」とは何か。「具体的な」とは、抽象的な規範統制訴訟制度は許されず、具体的に権利義務ないし法律関係に関わることが必要だということ

である。本件では特に問題にはならない。

これに対し、地方公共団体が、他の地方公共団体、国、住民相手に、又は国が地方公共団体を相手に訴訟を提起する場合、この「当事者間の」「権利義務」ないし「法律関係」に当たるかどうか問題とされている。

これについて最近注目すべき判例があるので、まずはそれを分析しつつ、本件の例を考える。

注(1) 板まんだら事件(最判1981=昭和56・4・7民集35巻3号443頁参照)。その他の例については、高橋宏志『重点講義 民事訴訟法 新版』(有斐閣、2000年)283頁。

(2) 判例(最判1966=昭和41・2・8民集20巻2号196頁)は、国家試験における合格、不合格の判定は、学問または技術上の知識、能力、意見等の優劣、当否の判断を内容とし、試験実施機関の最終判断に委せられるべきものであり、その判断の当否につき具体的に法令を適用して、その争いを解決すべき法律上の争訟事項に当たらない、とした。

## 2 宝塚市パチンコ店条例最高裁判決—自治体が住民を訴える場合

### (1) 判旨

宝塚市パチンコ店等規制条例に基づく中止命令の履行を求めて、市が業者を被告に民事訴訟を提起したところ、最高裁判決(2002=平成14・7・9民集56巻6号1134頁)は、先の最高裁1981=昭和56年4月7日判決を引用しつつ、この訴訟を「法律上の争訟」ではないとして、訴えを却下した。すなわち、

「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



するものということとはできないから、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、不適法というべきである。」

この判決については、それ自体に疑問が多い。私見だけではなく、学説は一般に批判的である（注1）。詳しくは、拙著『行政訴訟要件論』第1部第4章に述べたところであるが、再度説明する。

## （2）学界挙げての判決批判

もともと「行政上の義務違反を理由とする刑事訴訟あるいは行政強制の適法性をめぐる行政訴訟等が『法律上の争訟性』を有することに異論はないであろうから、行政上の義務の履行を求める民事訴訟が『法律上の争訟』性の要件を満たすことに今日問題はないと思われる」（注2）といわれていたのであって、この判決はまったく予想外であった。しかも、この判示を見ても、納得はいかない。

簡単に言えば、「法律上の争訟」の概念は、アメリカ法の「cases and controversies」の翻訳と思われるが、アメリカでは行政上の義務の民事執行（司法的執行）が認められている。また、法律上の争訟の概念を、当事者間の具体的な権利義務に関する紛争とするだけでなく、そこに、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場合に限定するのは民事訴訟的な発想で、なぜそのように限定しなければならないのだろうか。法律問題として処理できれば、それは法律上の紛争として理解すべきではなかろうか。

高木光（注3）は、この判決の思考回路は明治憲法の下で輸入されたドイツの理論である、公法私法二元論と国庫理論であるが、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に醸成された観念である。結局、この判決で語られている「法律上の争訟」はアメリカ法の「cases and controversies」ではなく、ドイツ法の「民事法上の争訟」である。もっとも問題なのは、最高裁が21世紀になっても、なお憲法を十分に理解しようとして、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批判している。これは最高裁が、行政法を民事の発想で判断していると批判する私見と同様である。

したがって、まずは、「権利義務」をこの財産権の主体に限定する発想は、行政事件を扱う裁判所としてはまったく不適当な発想であるから、判例の変更が不可欠である。

そして、この中止命令を被処分者から取消訴訟で争えることは明らかであるから、市（市長）と被処分者の関係が法律関係であることを否定しようがなく、これとは逆に、市から出訴する場合も法律関係というべきではないか。この論点も先に指摘したところである（注4）が、塩野宏は、このことをふまえて、市の方から出訴する場合だけ法律上の争訟ではないとすると、ここでは「片面的な法律上の争訟」概念が語られていることになるが、そのような概念がどこから導かれるのかは、この判決では説明がないことを批判している（注5）。

そして、塩野宏は、判決の結論を維持する論拠を探そうとする。それはおそらく民事執行法は自力救済の禁止が厳格に妥当する私人相互の権利実現の

ためのものであって、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する。しかし、現行法はそのような仕組みを取っていない。結局、最高裁の司法権論には説得力がないと批判している（注6）。

こうして、この最高裁判決に賛成する研究者はまずいないという状況である。学界では、民事手続による執行を認めてきたが、この判決で、民事手続による執行が死滅したので、争点が死滅したとも言えるが、しかし、その結果、学説と最高裁の間に深い亀裂が入り、「民事手続による執行」はたしかに争点になったと、半分皮肉られるのである（注7）。

### （3）筆者の調査官解説批判

筆者は、この判決について最初法教にコメントし（「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40頁～45頁、2002年）、拙著『行政訴訟要件論』に収録する際に、調査官解説について学説の分析の点で不適當であることを批判した。これをほぼ再録する（以下は、拙著の再録なので、本文中に文献を入れるなど、引用のスタイルが違うが、ご了解を得たい）。

調査官の手になると推測される匿名解説（判時1798号78頁、判例自治232号93頁）はこの最判の根拠を説明している。しかし、その説明は不適切と思う。なお、この匿名解説は、その後、福井章代・ジュリスト1240号117頁で顕名となった。

ここで問題点として、3点挙げられている。しかし、その内容と学説の引用のしかたには賛成できない。

ア まず、学説を見ると、たしかに、小早川光郎「行政による裁判の作用」法教151号（1993年）106頁はそのような方向である。しかし、小早川光郎『行政法上』（弘文堂、1999年）243頁は、立法に基づ

き行政機関により命ぜられた義務について民事執行を認めるかどうかを両説を挙げつつ肯定説を妥当とするとしている。

問題点を指摘する見解としてあげられている芝池義一『行政法総論講義第四版』（有斐閣、2001年）207頁は、租税債権の強制徴収は別として、行政上の強制執行が著しく困難であるなどの事情により司法的強制によるべき必要性がある場合にはその可能性が認められるべきであろうとして、多数の教科書を引用している。

高田祐成＝宇賀克也「行政上の義務履行確保」法教253号（2001年）104頁以下は、どちらかといえばむしろ民事執行に好意的である。

ジュリスト『行政強制』（1977年）18頁以下では広岡説は消極的だが、新堂説は積極的である。

塩野宏『行政法Ⅰ〔第二版増補〕』（有斐閣、2000年）185頁（同〔第二版〕（1994年）も同じ185頁）も行政上の義務履行確保制度が制定法上用意されていない場合には民事執行法を活用できる方向の説明をしている。同第三版（2003年）198頁はさらに進んで、この最判に明らかに反対している。

さらに、藤田宙靖『第四版行政法Ⅰ（総論）』（青林書院、2003年）268頁は、「現在の我が国の通説によれば、右に見たような法令によって強制執行が明示的に許容されるのでない限り、たとえ法律に基づいて行われた行為であっても、行政庁がこれを強制執行することは許されないことになる。このような場合について学説は一般に、通常の民事上の手続によって、裁判所の手を借りた強制執行を行う可能性を認めている」として、特に異論を挟んでいない。

問題点があるのは当然であるが、学説の多くは積極説である。塩野宏『前掲第三版』197頁はわが国ではほぼ異論のないところとしている。調査官は正しく調査すべきである（なお、この福井調査官のジュリ1240号

は2003年の3月1日号であるが、本稿は既に2002年の12月には出版されているのに、一言も言及されていない)。

また、以上に紹介したこれらの学説の叙述は簡単である。細川俊彦「公法上の義務履行と強制執行」民商82巻5号(1980年)641頁以下、阿部『行政法の解釈』313頁以下(初出、1979年)、村上順・判例評論332号(1986年)174頁、碓井光明「行政上の義務履行確保」公法研究58号(1996年)146頁、150頁等の方がはるかに詳しい。同じ比重で扱うことに不満を感じずる。

イ 次に、この調査官の提示する問題点は3つある。

- ① 戦後の法改正の趣旨は、戦前における行政機関による強制が過剰であったという反省から、これを大幅に縮減するという点にあったのであり、その際、行政的執行に代わるものとして司法的執行を認めるという選択が立法者によって行われたわけではないこと、
- ② 裁判所の権限の原則的範囲を定める憲法76条1項及び裁判所法3条1項の規定も、司法的執行を包含するまでに裁判所の権限を拡大する趣旨であったとはいえないこと、
- ③ 法令または行政処分によって国民に何らかの行政上の義務が課されたからといって、直ちに行政主体が当該義務の履行を求める実体法上の請求権を有するとは言い難いこと、等の問題点が指摘されているとする。

しかし、もともと、この問題は、ドイツ流の行政強制制度を大幅に廃止しながら、アメリカ流の司法的執行の制度を必ずしも明示的には導入していないという、法の不備のもとで、どのように考えれば相対的により合理的かという点にあるのであるから、いずれの説も100点満点を取れるわけではない。そこで、他方の説をいくら論難しても、それで自分の説がより妥当だという証明にはならないのである。その意味では、問題点があるといくら指摘しても意味はない。ここでは、法解釈は総合考慮のもとにおけ

る相対的な合理性の勝負（本書序章）という視点が欠けていると思われる。

①の点では、それはそのとおりだが、だからといって、行政強制の不備を放置してよいという意味が示されたわけではなく、また、憲法上アメリカ型の司法国家が導入されたとも言えることを無視してよいわけではない。

②の点は、明示的にはそうではないが、しかし、日本国憲法はアメリカ流の司法権を導入したはずで、それにもかかわらず、行政上の強制についてはアメリカとは別の制度を導入したとするなら、その方が立証すべきことであろう。

③も、そういう見方もあるが、逆に、行政が国民に対して実体法上の請求権を有しないともしい難い。

ウ 次に、この解説は、「行政代執行法の規定や制定経緯等に照らすと、同法は、行政上の義務の履行確保の一般的手段としては行政代執行に限って認める趣旨で制定された法律であることは明らかであるから、行政上の義務の履行確保の手段が不十分なのは不都合であるという制度の必要性のみから、行政上の義務の履行請求訴訟を認めようとする積極説の立場は、法解釈論としては問題がある」という。

しかし、行政代執行法を制定した当時は日本の立法者はドイツ法的な（あるいは戦前の行政国家的な）頭で考えていたのであるから、行政上の義務の履行請求訴訟の許否に頭が回っていたとはいえない。そうすると、当時の法律の趣旨から、その立法者が想定していない新しい事態の解決策を導くのは、法解釈論としては問題がある。

また、問題点があるというだけでそれを否定するのは前記のように法解釈の基本をわきまえていないと思われる。

エ さらに、「また、行政上の義務には、法令により直接命じられるものと、行政庁が法令に基づいて発した行政処分によって命じられるものがある

が、いずれの場合であっても、その根拠となる行政上の権限は、通常、公益確保のために認められているにすぎないのであって、行政主体がその実現について主観的な権利を有するとは解し難い。」という。

しかし、そこでいう主観的な権利とは何なのか、法令に基づく行政主体の権利なり地位はなぜ主観的な権利ではないのか、また、主観的な権利ではないと、なぜ「法律上の争訟」でないのかは明らかではない。そこでは、民事法帝国主義的な発想が潜んでいないか。

オ この解説は、「ところで、通説・判例によると、①憲法76条1項にいう「司法権」とは、具体的な争訟事件について法を適用し宣言することによってこれを解決する国家作用である、②裁判所法3条1項にいう「法律上の争訟」の概念は、このような司法権の本質的な要素である具体的事件・争訟性の要件を表現したものである、③行政訴訟のうち、個人的な権利利益の保護救済を目的とする主観訴訟は、「法律上の争訟」として裁判所の本来的な裁判権の範囲に属するが、個人の権利利益の侵害を前提としない客観訴訟は、司法権の当然の内容を成すものではなく、裁判所法3条1項後段にいう「その他法律において特に定める権限」として立法政策的に裁判所の裁判権の範囲に属せられたものである、と解されている（学説引用省略）。そこで、このような見地から行政上の義務の履行請求訴訟について検討すると、国や地方公共団体が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は別として、国や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、自己の主観的な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、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考えられる。本判決は、このような観点から、国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として私人に対して行政上の義務の履行を求める訴訟の適法性を否定したものであ

り、実務上、重要な意義を有するものと思われる。」

ここからは、具体的な事件をどのようにすれば適切な解決ができるかという問題発見・問題解決思考ではなく、既存の法概念に当てはめて、答えを出そうとするマニュアル思考が読みとれる（序章、第1部第6章第2節参照）。

そもそも、この①、②、③のいずれも、行政上の義務の民事執行を念頭におかない議論であるから、それにそのまま当てはめてはならないのである。むしろ、①、②、③は、民事訴訟や行政訴訟の主観訴訟を念頭において作られた理論であるから、それにのみ妥当するのである。

このように、既存の概念が念頭におかない事例については、どのような理論が妥当なのかを白紙で考えなおす発想が必要である。行政上の義務も法令に基づき課された義務であり、それを義務を課された方が争うなら法律上の争訟であるから、義務を課す方が争う場合も法律上の争訟であることに変わりはないことは、本文で曾和俊文、斉藤誠説として述べたところである。また、それは法令の適用の違法いかんを争点とするから法律上の争訟であることに変わりはないはずである。

#### （4）射程範囲の限定

しかし、現実にかような判決がある以上は、それを無視することは容易ではないので、ここではその射程範囲の限定が可能かどうかを考えてみる。

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、条例に処罰規定を置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(もともと、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。

注(1) 学説と最高裁が対立していることについては、太田匡彦「民事手続による執行」『行政法の争点(第3版)』(2004年)72頁以下。

(2) 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』(有斐閣、1991年)287頁。本文では、曾和俊文説を引用したが、村上順「判例評釈」判評332号176頁(1986年)において既に同様であった。

(3) 高木光・ジュリ重判平成14年度47頁。既に類似の見解として、村上順・前注(2)「判例評釈」176頁。

なお、塩野宏『行政法Ⅱ[第三版]』(有斐閣、2004年)231頁は、この高木光説を、最高裁判所の論理の根拠を公法と私法二元論に求める見解もあるがとして批判する。公法・私法二元論は、法秩序には公法と私法の2つの秩序があることを前提としつつその法関係化を目指したものであって、公法関係を法関係ではないというものではなく、裁判所のドグマティックの根拠をここに求めることはできないというのである。しかし、高木光は、裁判所の論理を正当化しているのではなく、公法関係は法関係なのに、裁判所がこれを無視して、私法関係だけを「法律上の争訟」としていると批判しているのであるから、この批判は外れているのではなかろうか。

(4) 阿部泰隆『行政訴訟要件論』(弘文堂、2003年)151頁。

(5) 塩野宏『行政法Ⅱ[第三版]』(有斐閣、2004年)231頁。齊藤誠「自治体の法政策におけ

る実効性確保」地方自治660号(2002年)2頁以下も同旨。太田「前注(1)」もこのことを「非対称性」として、批判する。

(6) 塩野宏『行政法Ⅱ [第三版]』(有斐閣、2004年)232頁、塩野宏『行政法Ⅰ [第三版]』(有斐閣、2003年)197頁。

(7) 太田「前掲」72頁。

### 3 那覇市情報公開最高裁判決一国が地方公共団体を訴える場合

建築確認のために市が取得した国の防衛情報を情報公開条例に基づき公開するという那覇市の決定に対して、国が防衛上の秘密を理由に取消訴訟を提起したが、1審は、ここで救済を求められているのが、国の適正かつ円滑な行政活動を行う利益及び国の秘密保護の利益という公的利益であることを理由に(那覇地判1995=平成7・3・28判時1547号22頁)、控訴審は、当該訴えに係る国と市長の間の紛争は、市長の条例に基づく権限の行使と、国の防衛行政遂行上の秘密の保持ないしこの行政活動に必要な建物の管理という防衛行政権限の行使との抵触をめぐる紛争であることを理由に、裁判所法3条にいう「法律上の争訟」に該当しないとした(福岡高那覇支判1996=平成8・9・24行集47巻9号808頁、判時1581号30頁、判タ922号119頁)。しかし、最高裁(2001=平成13・7・13判例自治223号22頁)は、本件建物の所有者として有する固有の利益が侵害されることに注目して、本件訴えは、法律上の争訟に当たるとした。

これは行政主体間の争いは基本的には行政の内部関係であるということを出発点としているようである。しかし、国と地方公共団体は別個の法主体であるし、では、地方公共団体が非財産的な国家機密を守らない場合、国としては争う方法がないということによいのか。国家と那覇市との間で法律解釈の紛争が生じているのであるから、法律上の紛争と見るべきではないか(注1)。この点は改めて後述する。

さらに、この最高裁判決は、情報公開条例は、一定の公文書は非公開とすることができる旨を定めているが、その趣旨、文言等に照らし、国の主張に係る利益を個別的利益として保護する趣旨を含むものと解することはできず、他に、国の主張に係る利益を個別的利益として保護する趣旨を含むことをうかがわせる規定も見当たらないとして、国の訴えを不適法とした。

しかし、情報公開制度はプライバシーや守秘義務で保護される法令秘を保護するから、国家機密は情報公開制度で保護されていると考えるべきであり、この建物の防衛上の秘密というものが、守秘義務で保護されるものであれば、判例の採る「法律上保護された利益説」でも保護されることになるはずである（注2）。

また、原告適格は受益処分の第三者の争訟可能性をめぐって適用される理論である（今般の改正行訴法9条2項はこのことを明示する）が、この場合には、原告国は、情報公開という二重効果的処分の不利益を受ける被処分者であるから、第三者ではなく、被処分者というべきで、当然に原告適格を有するのである。なお、原告が国でなくても、情報主体の利益はその職務、財産権、プライバシーなどの利益であり、これを保護するのが情報公開法なのである。

このように、この最高裁判例は問題が多いが、法律上の争訟の点に戻ると、財産権になんとか引っかけて、事案の解決としては妥当な結論に持ち込もうとした。先例を尊重したというか、先例に縛られつつ、この事件限りではなんとか工夫したものである。

国の利益が財産上の利益でなくても、一方的に侵害されるときに防御手段がなければ、国家の機能は維持できない。財産上の利益以外は、司法以外のルートですべて保護できるようになってはいないのであるから、司法で保護するしかないし、司法の任務を財産保護に限定するのは、前記の法律上の争訟に関する①、②の字義にも反する。

この解釈は、先に宝塚パチンコ条例最判について述べたように、裁判といえ

ば、財産上の争いだと思ひこむ民事の発想である。そもそも裁判の主要な分野である刑事事件は財産上の争いではないが、法律上の争訟のはずである。

国は、那覇市と情報公開条例の上では対等であるから、宝塚市条例の例とは異なって、権力でこれを阻止することはできず、その情報を一方的に開示されるときは、「法治」国家である以上は、法律のルールは裁判で決着付けるべきであり、このように法解釈が具体的に争われているのに、司法権の範囲外とするのでは、まさに、「放置」国家に墮する。それは司法権の使命を放棄することである（注3）。

ちなみに、アメリカ・ニューヨークタイムズ事件は国防省の秘密文書を使ったニューヨーク・タイムズの記事に対して司法省が記事掲載の差止めを求めて出訴したものである（注4）。表現の自由の保障から導かれる事前抑制禁止の原則が報道の自由との関係で維持され、政府の請求は棄却されたが、この訴訟自体は適法とされている。

もともと、国は、あえて言えば、当時は建築確認事務は機関委任事務であったから、建設大臣は那覇市長に指示できたのではないかという意見もある（注5）。そのためには、防衛庁長官が建設大臣に頼んで、指示して貰う必要がある。

しかし、元の事務が機関委任事務であっても、それにより作成された公文書の保管・管理は自治事務だから、指示できないという意見が多い。

また、防衛庁長官の依頼を建設大臣が聞かなければならない理由もない。その結果、防衛機密が公開されてしまってよいのであろうか。

注（1） 村上博解説・判例自治235号12頁（2003年）、小林博志「1審解説」重判平成7年34頁に詳しい。

（2） 曾和俊文ほか『ケースメソッド 公法』（日本評論社、2004年）380頁。

（3） 宇賀克也も次のように述べる。法律上の争訟を財産権の主体としての国の権利義務に限定する必要

があるかは疑問である。本件においては、国有財産に関する事案であったため、最高裁判所のような国庫説的な法律上の争訟観の下においても、法律上の争訟性が肯定されたが、そのような場合でなくとも、情報公開条例に基づいて、国の反対にもかかわらず、地方公共団体の実施機関が国に係る情報の開示決定を行うことは十分にありうるし、逆に行政機関情報公開法に基づいて行政機関の長が、地方公共団体の反対にもかかわらず地方公共団体に係る情報の開示決定を行う場合も十分にありうる。地方公共団体は行政主体であるとはいっても、国とは独立の法人格を有するのであり、かかる場合に国や地方公共団体が当該開示決定の取消しを求めることは、法律上の争訟と認められるべきであろう。宇賀克也「情報公開訴訟における法律問題・再論」『法治国家と行政訴訟 原田尚彦先生古稀記念』（有斐閣、2004年）458～459頁。

- (4) 戸松秀典・ジュリ・英米判例百選第3版46頁。
- (5) 中地博（法教179号107頁）は、防衛機密の非公開は公益を求めるものであるから、私人の権利利益を守ることを目的とする抗告訴訟では争えないとしつつ、この事件では、建築確認事務は国の機関委任事務であるから、職務執行命令訴訟で争うことが可能であったとする。

#### 4 池子弾薬庫訴訟

機関委任事務として準用河川を管理する逗子市長が、米軍の宿舎を建設する防衛施設局長に対して工事中止命令を発したが、無視されたので、訴訟により工事中止を求めた（池子弾薬庫訴訟）。1審判決（横浜地判1991＝平成3・2・15判時1380号122頁）は、市長も防衛施設局長とともに国の機関であるから、法律に特別の規定のない以上訴訟は認められないとした。上級審（東京高判1992＝平成4・2・26判夕792号215頁、判時1415号100頁、最判平成1993＝平成5・9・9訟務月報40巻9号222頁）は、原告が市長である点をとらえて、これは権利義務の主体たりえない行政庁による訴えに当たるとして不適法とした。

建前では、市長が準用河川を管理する地位が国の機関である（当時はこれは機関委任事務であった）ということから、この紛争は建設省と防衛庁の間の争

いとして閣議で決めることであろうか。建前では同一行政主体の内部の機関訴訟の扱いである。この判決に賛成するかどうかはともかく、国の中では調整できない本件住基ネット訴訟とは違う。

しかし、そのような調整は実際上期待できない。これは形式的には機関委任事務であるが、逗子市は実質は自治権を主張しているのであるし、建設省がその意向を代弁することは期待できない。裁判所がこれを取り上げないと、法治行政の原則は空洞化される（注1）。これも、実質は自治権侵害を理由とする訴訟と位置づけるべきだろう。

また、原告を逗子市とすれば、適法な訴えになるという趣旨なら、この訴訟は技術的には難しいので、原告を市とするか市長とするかは、原告には容易に判断できないことである。市長が出した中止命令の履行を求めるのであるから、行政庁＝市長が原告になると構成することも可能であって、こうした末梢的な理由で訴えを却下するのは不適切である。

なお、今般の行訴法改正で、行政訴訟の被告適格は、処分庁から、その属する行政主体に変わったので、原告も同様であり、改正法の下では、原告は市となるが、これからは原告市もそのことに留意して出訴するであろう。そして、最高裁は「法律上の争訟性」を否定していないことになるから、この訴訟が現在起きれば、原告は市として出訴することになり、適法になる。

この事例は、今日なら分権改革により自治事務になったので、それに従わない国の機関に対しては中止命令を出すことになるが、その執行は、宝塚パチンコ訴訟と同じ問題になる。

注（1） 原田尚彦・法教133号56頁以下（1991年）。この事件について、小幡純子「解説」地方自治判例百選〔第3版〕201頁。

## 5 日田市まちづくり権訴訟

これは、日田市がまちづくり権侵害を理由として、別府市に対して与えられた場外車券売り場の設置許可の取消訴訟を提起したところ（注1）、そのような権利侵害は「法律上の利益」とは認められないとされたものである（大分地判2003＝平成15・1・28判例自治254号98頁）。これは原告適格を問題としたもので、「法律上の争訟」の概念が問題になっている本件とは異なるので、ここではこれ以上は論じない。

注（1） この主張を支持する見解として、薄井一成「地方公共団体の原告適格」『法治国家と行政訴訟 原田尚彦先生古稀記念』（有斐閣、2004年）197頁以下、木佐茂男『《まちづくり権》への挑戦』（信山社、2002年）、人見剛『《まちづくり権》侵害を理由とする抗告訴訟における地方自治体の原告適格』都立大法学会雑誌43巻1号159頁以下（2002年）、村上順「日田訴訟と自治体の出訴資格」自治総研2002年3月号18頁以下。

## 6 判例の評価

これらの例を見ても、判例が固まっているのではなく、前代未聞の事件が来て、民事法の頭で考えて、あれこれ右往左往してきたというのが実情に近いであろう。そこで、これらの判例の文言のどれかを先例として、金科玉条視するのではなく、実質的な妥当性を考え、その射程範囲を前記のごとく限定しつつ、法治国家にふさわしい解釈論を工夫すべきであろう。

### 第三 関連する学説と外国法の検討をふまえた今日的法解釈

#### 1 消極説、藤田宙靖－塩野宏論争

地方公共団体の「固有の地位」における他の地方公共団体又は国との訴訟というテーマでは、学説上は積極説が多数である。消極説に位置づけられるのは、雄川一郎、藤田宙靖であろう。かねて藤田宙靖－塩野宏論争として知られる。他は一般に積極説である。

雄川説（注1）は、国が地方公共団体に対して、公行政の監督ないし関与の手段として行われる処分について出訴を認めるべきであるとの議論もあり、「私もそう解する可能性を否定する十分な論拠を今のところ見出していない。・・・もし、地方公共団体も、国の下にあるとは言え、別個の人格であることを強調し、監督や関与も別個の人格者間の法律関係であるというように強調すれば、これらの処分についても出訴を認めない理由はないように思える。これに対し、国の行政と地方の行政とが一応分かれ、地方自治の保障を認めつつも、両者の有機的な連携の保持を強調すれば、国の監督ないし関与はその目的のための手段であるから、その制度が地方自治の保障に反し、地方自治の保障を破らない限り、地方公共団体はこれに服従すべき地位にあるという理論も成立し得よう。・・・一般的に出訴を認めることは、この立場からすると、国の行政監督・関与のコントロールを裁判所に委ねることになるのであって、司法的権利保障制度の枠からはみ出ることになるのではないかと考えられる」としている。

これについてコメントすると、まず、これは、消極説に位置づけられるが、必ずしも徹底していないことと、国と地方公共団体の関係においても、国と地方公共団体が結局はひとつの大きな統治機構の内部組織であるという認識を持っており、国が上位にあるという機関委任性務の発想を引きずっていると思う。これは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、機関委任性務が廃止され、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うべきであろう。

しかも、この説は、その制度が地方自治の保障に反し、地方自治の保障を破らない限り、地方公共団体はこれに服従すべき地位にあるとしているにすぎないから、その制度が地方自治の保障に反し、地方自治の保障を破っているという主張については、出訴を認めることとしないと、首尾一貫しないことになる。

これに対し、成田頼明（注2）は、地方自治の保障に関する比較法的な総合的な考察をふまえ、かねて積極説を採っている。



「地方公共団体に対する国の監督手段の当否を当該地方公共団体が争うことはできないであろうか。おそらく、これまでの一般の考え方に従えば、国と地方公共団体との関係は広い意味での機関内部の関係であるから、その間の争いは一種の機関訴訟であり、起債の許可、補助金の交付決定・取消等の措置は行政処分とみることはできないから、抗告訴訟の対象たりえない、ということになろう。しかしながら、このような考え方にはにわかに賛成することはできない。けだし、地方公共団体が広い意味での国家の統治構造の一環をなすことはいうまでもないところであるが、地方公共団体は、国から独立して自己の目的と事務をもつ公法人であるから、国と地方公共団体との間の争いがつねに機関争訟であるというのは、妥当でないと考えるからである。行政事件訴訟法でも、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」をいうものとされているから（6条）、国と地方公共団体との間の紛争が直ちにこれに該当するとはいえない。国家官庁が固有の資格における地方公共団体を相手方として行う公共事務の範囲における公権力の発動たる行為、たとえば起債の許可、補助金の交付決定、地方交付税額の決定・減額等は、行政不服審査法に定める不服申立ての対象となる処分ではないが、抗告訴訟の対象となる処分と解してもよいのではなかろうか・・・、このような解釈が可能であるとする、これらの処分に対する抗告訴訟を通じて憲法で保障されている権利を不当に害する根拠法条又は国の処分の違憲性を主張することができるようになる。」

塩野宏説（注3）は、地方公共団体が自治権を侵害された場合、原告適格ありとする。すなわち、「監督権の違法な行使は、地方公共団体たる法人が国に対して有する自治権の侵害に当たるのであって、日本国憲法の地方自治の保障の充実の見地からすると、これに対して、地方公共団体は裁判所に救済を求めることができ、その訴訟は、現行法では行政事件訴訟法の抗告訴訟に該当すると解される」という。

これを支持する見解が学界では多数である（注4）。

これに対して、藤田宙靖は私なりにまとめると、これにおおむね次のような疑問を提出する。もともと、藤田は、国家と社会の二元論、行政主体と私人の二元論、行政の内部関係と外部関係を基本的な思考枠組みとするわが国の行政法制度からすれば、行政主体相互間の法関係は、基本的には行政の内部関係に属するとし、例外的に、私人相互間と同じ性質のものがあるとする。地方公共団体が「固有の資格」で抗告訴訟を提起できるかについては、抗告訴訟は、憲法の「裁判を受ける権利」に基づく私人の権利保護のためのものであり、行政主体の公権力の行使は、こうした権利保護の対象ではない。地方公共団体の自治権というだけでは、地方公共団体による住民に対する公権力の行使につき国が権力的に介入するという場合、地方公共団体が原告適格を持つと、かえって、私人の権利救済は遅れる、抗告訴訟は、行政庁の公権力の行使に対して私人の権利を守る訴訟であって、行政庁が私人の権利を抑圧するために用いる訴訟ではないという。

しかし、抗告訴訟は私人の権利を守る制度と限定すべきであろうか。行政主体間の関係が、国家と私人の関係（外部関係、作用法の関係）とは別次元の内部関係（組織法の関係、地方公共団体は国家の内部機関）として位置づけられた時代はそれにも理由があったが、国と地方が法の前に対等になり、法治国家原則が浸透した今日、行政主体間の関係は作用法の関係というべきあり、地方公共団体が国の権力的な介入を違法とする場合には、争う方法を認めないと、地方公共団体は国家の違法行為を受忍しなければならず、法治国家ではなくなるという問題もある。その場合の受け皿は、現行制度に求めるならば、抗告訴訟とか当事者訴訟とかいった行政訴訟になるしかないのではないかと思われる。この点は後に再論する。私人の救済が遅れることがあれば別途解決すべき課題であるが、現行法では、監督庁の行為に対する地方公共団体の訴えに執行停止効がないので、私人の救済が遅れるわけではない。この点も、四で後述す

る。

- 注(1) 雄川一郎「地方公共団体の行政訴訟」『行政争訟の理論』(有斐閣、1990年)425頁以下。
- (2) 成田頼明「地方自治の保障」『日本国憲法体系第5巻』(有斐閣、1964年)309頁。
- (3) 塩野宏『行政法Ⅲ [第二版]』(有斐閣、2001年)193頁、同『国と地方公共団体』(有斐閣、1990年)36頁、119頁。
- (4) 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』(有斐閣、1991年)304頁以下、寺田友子「行政組織の原告適格」民商83巻2号271頁(1980年)。さらに、木佐茂男「国と地方公共団体の関係」『現代行政法大系8』(有斐閣 年)411頁以下も自治体の出訴権肯定に積極的である。曾和俊文ほか『ケースメソッド 公法』(日本評論社、2004年)378頁以下、村上裕章「行政主体間の争訟と司法権」公法研究63号(2001年)219頁以下。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(2000年)200頁以下。
- (5) 藤田宙靖『行政組織法 新版』(良書普及会、2001年)48頁以下、特に58頁-60頁、同「行政主体相互間の法関係について」『政策実現と行政法 成田頼明先生古稀記念』(有斐閣、1998年)83頁以下、100頁。同『第四版 行政法Ⅰ(総論)』(青林書院、2003年)15-19頁、391-394頁。なお、『行政主体』の概念に関する若干の整理『日独憲法学の創造力下巻』樋口陽一ほか編(信山社、2003年)547頁以下は、そのタイトル通りの検討をするが、国と地方公共団体の関係にはふれるところがないので、ここでは関係がない。「行政主体の概念について」『行政法学の思考形式 [増補版]』(木鐸社、2002年)65頁以下も、行政主体の概念を整理し、国家と社会の二元論について論ずるが、地方公共団体と国の関係については論じていない。

## 2 先進諸外国の考え方

さらに、先進諸外国では、地方公共団体の国に対する訴えは一般に承認されている。それぞれ、法制度に違いはあるが、それにしても、日本の判例は異常というべきである。

## (1) ドイツ法

ドイツ法については、最近では、山本隆司（注1）が紹介している。連邦憲法裁判所の判例によれば、地方自治行政主体は、基本権の主体ではないが、基本法28条2項の自治行政権（「地方公共団体には、地域共同体のすべての事項を、法律の枠内で、自己の責任で規律する権利が、保障されねばならない。市町村団体も、法律の事務領域の枠内で、法律に従って、自治行政権を持つ」）を根拠に行政裁判法により出訴する資格を認める。わが国でいえば憲法92条により原告適格が認められることになる。

また、ドイツ法では、本判決（宝塚判決）のように一般的に「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・・・これを認める特別の規定がない限り不適法」という考え方は採られていない（注2）。

白藤博行の分析（注3）でも、国の監督行為に対するゲマインデ（市町村）の訴訟の可能性について、一般的監督＝自治体監督・法監督の場合、違法な監督はゲマインデの自治領域の侵害であり、外部効果を及ぼすから、行政裁判の審査に服するとし、他方、専門監督・特別監督の場合も、ゲマインデに法的に保護された自治事務領域を侵害する場合には、外部効果を生じ、行政行為となる。ドイツにおいては、いわゆる公権論は、国家組織・機関相互の関係を規律するものではなく、専ら国家と市民との間における関係を規律するものとして発展してきた。しかし、この区別はもはや克服されたといつてよい。行政裁判は、市民だけではなく、ゲマインデにも、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。異なる法主体としての国とゲマインデの間には外部関係性が認められ、裁判的救済は自明のことに属する。

このほか、ドイツでは、市町村に計画権が保障されていることが前提であるが、高速道路や空港などにより市町村が計画高権を侵害されたとして提起

する訴訟が許容されている。これについては、多数の文献がある（注4）。

## （2）アメリカ法

アメリカでは、市町村は住民代表として、州、連邦政府などを相手に訴訟を提起できる。イギリスでもほぼ同様である。既に、曾和俊文、藤田泰弘がこれを紹介している（注5）。

中川丈久によれば、アメリカでは、政府（法務総裁等）が提起する公益擁護のための訴訟がある。これはインジャンクション等をつけるための民事訴訟を政府が提起するもので、執行訴訟（法実現訴訟）とも呼ばれる。個別法では、行政活動の個性にあわせた司法審査訴訟のみならず、執行訴訟も定める例が多い。しかし、執行訴訟としての民事訴訟については、法律に規定がなくともこれを提起する原告適格が政府にあることが、19世紀末より判例上認められている。そうでなければ、政府に付託された公益擁護が実現されないからという。政府が原告となるパブリック・ニューサンス訴訟の伝統も、こうした理解の背景にある（注6）。

アメリカ法はこのようにこれまでも紹介されてきたが、柴田直子（注7）は長文の論文で、州裁判所の判決を中心に、まさに多方面の観点から地方政府的原告適格が肯定されていることを分析している。その内容はとても紹介しきれないが、その結論部分を説明する。アメリカでは一般に地方政府は「州の創造物」と理解されており、それゆえ、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。これは、日本流に言えば、地方政府は州の内部機関とみるものである。しかし、各州裁判所は、この厳格な原則に対する例外を種々認めてきた。それは大きく2つに分けることができる。

1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。ニューヨーク州で認められてきたものである。州と地方政府の関係が「内部関係」といえない場合とするものであろう。これを日本流に言えば、憲法上の自治権に基づく訴えと理解できる。

もう1つは、住民の利益を代表する出訴資格である。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、地方政府に出訴資格が認められたのである。これは、ミネソタ州やマサチューセッツ州、カリフォルニア州で認められてきた。これは日本では、「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広く担う」日本の自治体（地方自治法1条の2）の法的性格を考えるとかなり有用であるという。

さらに、もう一例紹介すると、アメリカでは、連邦の大気汚染防止規制緩和政策に対し、州（12州1市）が連邦を元に戻せと環境保全の観点から訴えることがあった。

アメリカのブッシュ政権が、火力発電所などに対する大気汚染防止の規制を緩めたことに対し、12の州とワシントン市は、環境破壊が進むとして、政府を相手に規制を元に戻すよう求める訴訟を起こした。

アメリカでは、火力発電所や石油精製所が設備を更新する際、排出される煙から有害物質を取り除く装置の設置が義務付けられていたが、ブッシュ政権は、2003年8月、こうした装置の設置には多額の費用がかかり設備を更新できないという産業界の要請を受けて、装置の設置を免除する新たな方針を打ち出した。

これについて、ニューヨーク州やメリーランド州など12の州とワシントン市は、2003年8月27日、ブッシュ政権の方針は環境破壊を進ませるとして、環境保護庁を相手に規制を元に戻すよう求める訴訟をワシントンの連邦高等裁判所に起こした。

12の州とワシントン市は、ブッシュ政権が地球温暖化の原因とされる二酸化炭素の排出を規制する法的な措置を採っていないことにも反発し、規制を求める訴訟を2003年10月に起こしたばかりである。

ブッシュ政権は、地球温暖化の防止を義務付けた京都議定書に反対したこ

とで、国際的に「環境保護に消極的だ」と批判されているが、今回の一連の訴訟は、国内でもブッシュ政権の環境政策への批判が強いことをうかがわせている [NHKニュース速報 2003-10-28-15:58]。

アメリカ憲法を継受した日本の憲法の下で、なぜ司法権の概念がかくも違うのであろうか。最高裁は、これらの法のシステムを理解していないのである。

### (3) フランス法

フランスではコミューン（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（注8）。

- 注（1） 山本隆司『行政上の主観法と法関係』（有斐閣、2000年）366-369頁。
- （2） 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（2003年）87頁。
- （3） 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（2000年）205-207頁。
- （4） 宮田三郎『計画行政法』（ぎょうせい、1984年）、宮田三郎「計画策定手続きと市町村の参加」専修法学論集30号（1979年）、中井勝巳「西ドイツ国土計画法における地方自治体の計画参加手続条項」立命館法学162号（1982年）、同「西ドイツにおける地方自治体の計画参加権の裁判的保障ー連邦行政裁判所の判例から」立命館法学175号（1984年）、木佐茂男『《まちづくり権》への挑戦』（信山社、2002年）63頁以下、薄井一成「地方公共団体の原告適格」『法治国家と行政訴訟 原田尚彦先生古稀記念』（有斐閣、2004年）197頁以下。
- （5） 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』（有斐閣、1991年）273頁、314頁、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147頁（1973年）。
- （6） 司法制度改革推進本部2002年9月24日中川丈久報告、  
<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/05gyouseisosyou.html>  
さらに、中川丈久「行政訴訟に関する外国法制調査ーアメリカ（上）」ジュリ1240号（2003年）93、101頁以下。

- (7) 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121-227頁(2003年)。
- (8) その判例の紹介としては、広岡隆「地方公共団体の行政訴訟—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(1978年)29頁以下、亙理格「フランスにおける国、地方団体、住民一八八四年《コミュン組織法》制定前後2」自治研究59巻8号(1983年)86頁以下。

### 3 法治国家化を制度化した分権改革

#### (1) 分権改革

今も少し述べたが、まとめて述べると、今時の地方分権改革においては、まず、地方自治法において、国と地方の役割分担が明確にされ、国家の役割が限定された(地方自治法1条の2第2項)。地方公共団体に対する国家関与には、立法的関与、司法的関与、行政的関与があるが、立法的関与についても、国の立法方針として限定されることとなり(同法2条11項)、「地方公共団体に関する法令の規定は、地方自治の本旨に基づいて、かつ、国と地方公共団体との適切な役割分担をふまえて、これを解釈し、及び運用するようにならなければならない。」(同条12項)。自治事務については、「国は地方公共団体が地域の特性に応じて当該事務を処理することができるように特に配慮しなければならない」(同条13項)。

行政的関与はこの分権改革で大幅に限定された。これまでの機関委任事務が廃止され、地方の現場で行われる事務は、いわゆる現住所主義として、法定受託事務であれ自治事務であれ、地方公共団体の事務となった。中央官庁は、これに対して、地方自治法245条以下の定める法定の関与ルールに従うこととなって、通達が廃止され、処理基準に則って、是正の要求、是正の指示、代執行などの監督が行われる。これは普通地方公共団体が固有の資格で名宛人となるものに限る(地方自治法245条本文括弧内)。



国家の関与は「目的を達成するために必要最小限度のものとするとともに、普通地方公共団体の自主性及び自立性に配慮しなければならない」（地方自治法245条の3第1項）から、ここに中央官庁の裁量権を限定する要請が示されることになるのである。

「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」（地方自治法250条の13第1項）に対する地方公共団体の不服は、国地方係争処理委員会、さらには、裁判所で判断されることになった（注1）。

国の関与には権力的なものが残っているので、その限りでは、国と地方公共団体は対等の関係にはなっていないが、これについて、司法の場で争うことができるという点では、法＝司法の前では対等となったといえる。

## （2）地方自治法は機関訴訟を法定？

もともと、国の地方公共団体への関与、都道府県の市区町村への関与に関する訴訟は、地方自治法で法定されたが、機関訴訟であることを前提としている（251条の5第8、9項、252条4、5項）といわれる。そうすると、規定がなければ訴えは不適法になる。

しかし、そもそも、これらの関与は、国、都道府県、市区町村が別個の法主体であることを前提とするものであって、同一の行政主体の中における機関相互の争いではないから、機関訴訟の定義（行訴法6条）には合致しない。機関訴訟の意義を実質的に解すれば、行政主体間の訴訟も機関訴訟になるといわれるが、その考え方は、分権改革が進んだ今日では反省すべきものではなかろうか。機関訴訟は法定された限りで機関訴訟であって、それ以外の行政主体の間の争いは機関訴訟ではないというべきである。

問題は、これを機関訴訟として整理した結果、国と地方公共団体の争い（あるいは、都と市区町村の争い）はすべて機関訴訟の問題であり、機関訴訟として法定されない分は「法律上の争訟」にならないかどうかにある。藤田宙靖は、地方分権改革の際には、地方分権推進委員会の論議においては、

国と地方の間の争訟の性質について主観訴訟としてとらえようという見解は全く出されていないとする（注2）。

しかし、小早川光郎（注3）によれば、「同委員会の立場は、学説の対立があることは十分承知しつつ、いずれにせよ実際に訴訟の途を確保することが肝要なのであって、そのためには特別の訴訟として法律で規定しておくのが適当だというもの—なお、特別に規定するからには行政事件訴訟法上は機関訴訟として位置づけるのが自然であろう—であり、それ以上でもそれ以下でもなかったと考えられる。」ということである

村上裕章によれば、この立法はこの解釈上の争いに決着を付けたものではないと解されている（注4）。では、どう考えるか。

小早川光郎（注5）は次のように論ずる。「国自治体関係の行政内部関係としての性格ゆえにかくかくしかじかであるというような考え方は採るべきではない。しかし、それでも、自治体（ないしはその機関）が一般私人の立場とは基本的に異なる行政主体としての立場において国（ないしはその機関）との間で一定の問題をめぐって争っている場合にそれについて裁判することは、憲法76条・裁判所法3条にいう“司法権”及び“法律上の争訟”の範囲には含まれず、言いかえればこれらの条項が裁判所の本来的な任務・権限として予定しているものには当たらないと考えるべきであろう。」という。

その理由として、「なぜかと言えば、たしかに、戦後司法制度改革により、裁判所には、旧憲法下の司法裁判所とは違って行政事件を含む“一切の法律上の争訟を裁判”する任務・権限が与えられた。しかし、そこでの改革の趣旨は、民事事件・刑事事件と同じく一般私人の権利利益をめぐっての争訟であるにもかかわらず行政事件を司法裁判権から除外していた旧憲法の原則を廃棄することにあつたのであり、それに加えかつそれとは別に、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を、裁判所の本来的な任務・権限の一部として新たに組み込むことが積極的に意図されていたと解すべき根拠はない。むしろ、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とらえられるべきである。そこでは、“司法的権利保護”、すなわち個人の権利を確保するための裁判所の介入が保障される（憲法76条、32条）。しかし、自治体の自治権に関しては、憲法は、裁判所による保護—それは、場合によっては個人の権利の確保と対立することにもなりうる—を憲法自体で保障するのではなく、地方自治の本旨に即しつつ裁判所の介入をいかなる程度と態様において制度化すべきかの決定を法律に委ねている（憲法92条）と解するのが妥当であろう。」というのである。

そこで、結論として、「以上の立場からは、このたびの改正地方自治法は、まさにそのような意味で、必要かつ適切と考えられる程度と態様において、特別の関与不服訴訟の制度を法定しようとしたものと位置づけられる。もちろん、それによって事態が固定されたわけではない。この制度がどのように運用されるかに注目しながら、地方自治の本旨に即した解釈論及び立法論を、柔軟かつ大胆に展開していくことが重要である。」という。

要するに、司法権は私人の権利保護制度であるから、地方公共団体の自治権が原告適格の根拠に当然になるわけではなく、この点は地方自治の保障をふまえた立法者の裁量であるというのであろう。

たしかに、戦後司法改革が、「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を、裁判所の本来的な任務・権限の一部として新たに組み込むことが積極的に意図されていたと解すべき根拠はない。」。しかし、これを排除する積極的な意図も見当たらない。そして、先進諸外国は、わが憲法の源流であるアメリカを初め、このような訴訟をすべて認めているのであるか

ら、むしろ積極的にこれを排除する意図が見えなければ、これを導入したと解すべきである。

そして、ここで、小早川光郎は、司法権を個人の権利保護制度ととらえる。しかし、今回の分権改革で、国、都道府県、市区町村の関係を、上下関係がなく、国家の関与を最小限にすることとして、法治国家化した以上は、それは同一の行政主体の内部のいわゆる機関の間の争いの問題ではなく、対等の当事者間の法律関係であり、その間の争いは裁判で決着付けるしかないのであるから、司法権は、法治国家の実現の制度ととらえるべきである。

### (3) 国と地方の関係は法治国家の外部関係

#### ア 白藤・中川説

白藤博行はおおむね次のように論ずる（注6）。わが国でも、今般の地方自治法の改正で、憲法が保障する自治権の内容がさらに明らかにされ、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十分可能であろう。地方公共団体に対する国の関与は、地方公共団体との関係では、外部効果を有し、その法的性質は行政行為であると解釈できる。改正地方自治法によって機関訴訟が制度化されたが、そのような客観訴訟の存在をもって、本来の取消訴訟の可能性が排除されるいわれはない。

中川丈久（注7）は難解であるが、おおむね次のように述べる。およそ概念にはコアと外周があり、その中間領域があるもので、中間領域についてまで憲法上一義的に決まっているかのような解釈論を述べることは誤りである。主観訴訟はコアに属するが、客観訴訟は中間領域に属する。主観訴訟も客観訴訟もともに「法律上の争訟」である。通説では、「一切の法律上の争訟」はいわゆる主観訴訟を指したもので、それ以外の訴訟である客観訴訟は、非訟とともに「その他法律で特に与えられた権限」に当たるとされるが、主観訴訟と客観訴訟はそのコアと中間領域の違いであって、

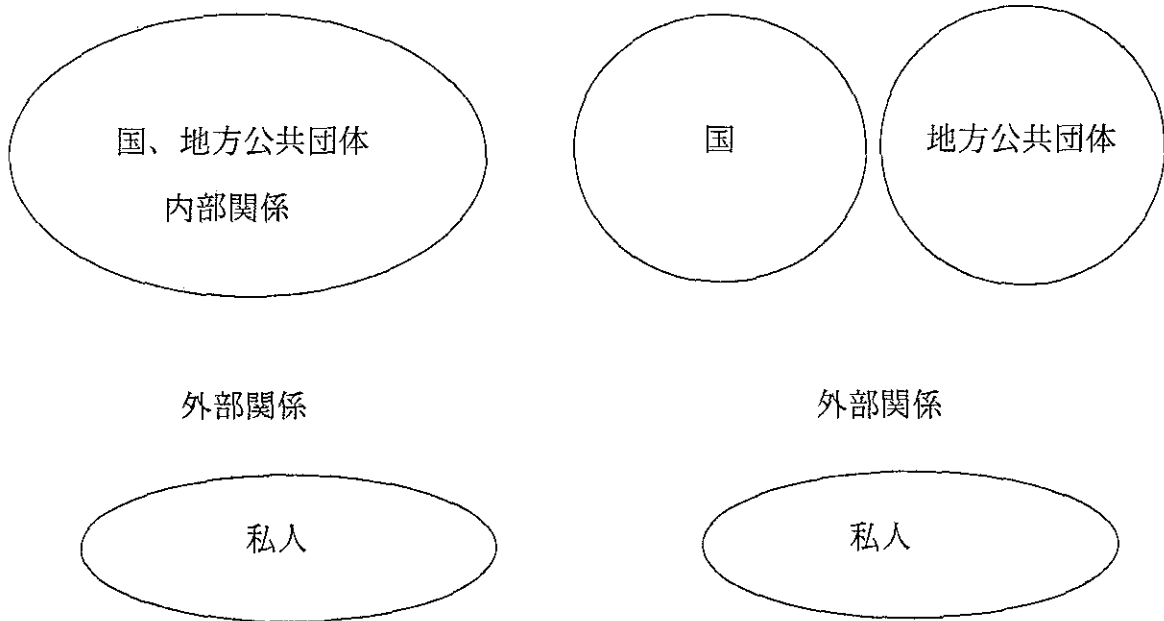
これらの訴訟はすべて「一切の法律上の争訟」に当たる。客観訴訟は立法者がこの中間領域に介入したものであると。

#### イ まとめ

以上の考察をまとめると、次のようになる。次頁の図を参照されたい。

従来 地方公共団体は国家に包摂  
国家と社会の二元論

現在 地方分権改革



地方公共団体相互、地方公共団体と国の間の訴訟を、「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。それには裁判制度の保障がなければならない。地方自治法の国と地方の係争処理のシステムでは、これを機関訴訟として構成したが、だからといって、この係争処理のシステムに乗らないものは、訴訟の対象とならないのではなく、それにふさわしい訴訟類型を構築しなければならないのである（注8）。

もしそうではないとするならば、その旨明示の規定と合理的な根拠が必要である。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。

なお、国と地方公共団体の争いについて、「法律上の争訟」であるかどうか疑問を提出してきたこれまでの一部の学説（雄川一郎、藤田宙靖）は従前の法制度を前提としたものであって、法制度の変革のもとで、妥当しなくなったものというべきである。又、それらの学説の背景にある国家と社会の二元論とか、行政の内部関係論は先に述べたように、社会に入らないものは、国家の中で統一的に処理されるというもので、国家の中の地方自治と法治国家を無視した議論であって、今日の国と地方の関係を規律するのにはふさわしくなくなったのである。

このように考えると、国の関与に対する係争処理委員会の仕組みは、国の方から権力的に仕掛けた一定の場合に、それが適法かどうかを地方公共団体に争う権利を与えるものであるが、では、国の方から「関与」という形で仕掛けなければ、地方公共団体は争いようもないとすべきではない。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。

抗告訴訟は私人の権利を守るため、地方公共団体の固有の地位を守るためではないという議論も、地方公共団体と国などの間で固有の地位をめ

ぐって争う場合には、客観訴訟であり、法律上の争訟ではないという発想の裏返しであるから、後者が否定されれば、前者も否定されるのである。地方公共団体の固有の地位をめぐる訴訟も法律上の争訟であるとされれば、それは現行法に受け皿を用意しなければならないのであり、それは抗告訴訟なり当事者訴訟となるしかないのである。抗告訴訟は私人の権利を守るためというのとは一種のドクマであり、制度の変革のもとでは考え直さなければならないのである。

こうした考え方は、第三2で紹介した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。

- 注(1) この法的根拠は、地方自治法の条文上は曖昧であるが、詳しくは、碓井光明「法定外税をめぐる諸問題(上)」自治研究77巻1号20頁(2001年)参照。
- (2) 藤田宙靖・前掲「行政主体相互間の法関係について」103頁注22。
- (3) 小早川光郎「国地方関係の新たなルール」西尾勝編『地方分権と地方自治』(ぎょうせい、1998年)131-132、139頁、小早川光郎「司法型の政府間調整」松下圭一ほか『自治体の構想2 制度』(岩波書店、2002年)69頁。
- (4) 村上裕章「国地方係争処理・自治紛争処理」ジュリ増刊『新しい地方自治・地方分権』(2000年)84頁。
- (5) 小早川光郎「司法型の政府間調整」松下圭一ほか『自治体の構想2 制度』(岩波書店、2002年)67頁。
- (6) 白藤前掲「国と地方公共団体との間の紛争処理の仕組み」208頁-209頁。
- (7) 中川丈久「行政事件訴訟法の改正-その前提となる公法学的営為」公法研究63号(2001年)124-142頁。
- (8) 理由付けは多少違うが、結論として、同旨、村上裕章「行政主体間の争訟と司法権」公法研究63号(2001年)224-5頁。



#### 第四 本件住基ネット訴訟は「法律上の争訟」か

本件では、住基ネットの接続について、都と区の間には、区からの適法な送信を都が受信しなければならないという法律関係がある。杉並方式が許容されるかどうか、つまり、住民全員分を一括でなければ接続しないか、希望者だけ送信することが許されるかどうかは住民基本台帳法の解釈の問題で、法律の適用によって解決できることである。

そして、都と区は、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。

地方公共団体と国なり他の地方公共団体の間の訴訟も、第三の検討によれば、「法律上の争訟」に当たる。

ところで、地方自治法の訴訟制度を見ると、自治事務に関する国等の権力的関与として、地方自治法第245条の5第2項に基づく「是正の要求」の制度があり、都道府県の執行機関が各大臣の指示を受けて行う是正の要求は、都道府県の第1号法定受託事務である（地方自治法第320条第1項）。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る（地方自治法第251条の3第1項）。

さらに、この申出をした市町村の執行機関は、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（地方自治法第252条第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。

なお、藤田宙靖説は、地方公共団体の国に対する訴訟を認めると、国民の権利救済が遅れるというが、本件の場合、区が都を被告に争っても、区民の権利の実現が遅れるのだろうか。たしかに、ネットへの接続を求める権利の実現は遅れるが、それは都の対応のためであり、他方、接続を求めない住民の権利は区の訴訟のために阻害されるのではなく、実現へと向かうのである。そのように考えると、本件は区民の間で利害が対立しているのであって、区の訴訟のために区民の権利の実現が当然に遅れるわけではない。

藤田説の念頭にあるのは、いわゆる裁定的関与、すなわち地方公共団体が行った処分について大臣や都道府県への審査請求が認められている場合であろう。たしかに、大阪市が国民健康保険の被保険者証交付拒否処分をしたところ、大阪府の国民健康保険審査会がこれを取り消したのに、大阪市の訴えを認めると住民の保険を利用する権利が阻害されるということが考えられる（最判昭和49・5・30民集28巻4号595頁参照）。裁定的関与については、国の地方公共団体に対する関与としての規制からはずされている（地方自治法245条3号括弧書き）。

しかし、本件は区の訴訟の結果、権利を保護される住民グループがいるのであるから、事情を異にし、藤田宙靖説の射程範囲外にある。

なお、この裁定的関与の場合、地方公共団体の訴訟を認めると救済が遅れるとするのは、その訴訟の間、住民の救済はストップされていることが前提にある。しかし、国民の救済をした上級団体の決定については、訴訟を認めても、執行停止がなされない限り、その拘束力により執行される（この場合には原告住民に保険証が渡される）から、権利救済が遅れることはないのであって、裁定的関与に対する地方公共団体の出訴と国民の権利救済は立派に両立するので

ある（注1）。

注（1） 阿部泰隆「解説」社会保障判例百選〔第3版〕26頁。山本隆司「解説」地方自治判例百選〔第3版〕197頁もこれを認める。

## 第五 訴訟類型

本件は、接続義務の確認訴訟として構成されている。被告東京都に対して、原告が、被告東京都への通知を受諾した杉並区民の本人確認情報（氏名、出生の生年月日、男女の別、住所及び住民票コード並びにこれらの変更情報）を住民基本台帳ネットワークシステムを通じて送信する場合、これを受信する義務を有することの確認を求めるとというのが請求の趣旨である。それは妥当か、その法的性質は抗告訴訟か当事者訴訟か。住民全員の情報を送信すればそのまま接続されるが、杉並方式なので接続を拒否された。この拒否は法律行為の場合の申請不受理に近いもので、東京都の判断が入っているので、公権力の行使ではないかという問題が提起される。これを接続拒否という公権力の行使と構成すれば、接続拒否の取消訴訟なり接続せよとの義務付け訴訟が適切である。

しかし、この杉並方式に対する受信拒否は、法律に根拠がない行動である。したがって、そこには、「法律に基づく行政処分」は存在しないのであって、それは事実行為であろう。

そして、この法律関係は、私人間の民事法に基づく関係ではないから、公法上の法律関係として位置づけるべきである。

そうとすれば、本件の場合、公法上の法律関係の確認訴訟としての当事者訴訟が適切である。この公法上の法律関係の確認訴訟は今回の行訴法改正で導入されたが、もともと明示の規定をおかなくても適法だと考えられるものである。まさに確認であるから、改正法が施行される前でも許容されるものである。

### 『補遺－被告の抗弁についてのコメント』

本稿執筆後、被告から、本件には法律上の争訟性がないという、当然予想された抗弁が提出された。それについてコメントする。

被告は、本件が法律上の争訟に当たらないことの根拠をまず雄川説に求めているが、そもそも雄川説が被告主張を当然に根拠づけるのかは疑問である。

まず、雄川説は、本文第三1で述べたように齒切れが悪く、明快ではないし、当時さえ、成田頼明説のように争訟性を認める説もあったのに、被告はこれを一方的に無視している。

被告は、雄川説は行政主体間の争いを内部関係としているとするが、それは極度に古い学説である。ここで引用されている「機関訴訟の法理」はもともと昭和49年に法学協会雑誌91巻8号に掲載された論文である。地方分権が推進された今日妥当するとは思われない。

ここで引用されている雄川説は、「法律上の争訟」の観念は、「国民の権利義務に関する紛争の観念を中心として構成されており、これを行政法の領域についてみれば、いわゆる行政外部法領域すなわち行政対人民の関係において生ずる法的紛争ということになるのである。従って行政内部における機関相互の紛争は概念上その意味での『法律上の争訟』とはならないということになる」と述べている（「機関訴訟の法理」『行政争訟の法理』（有斐閣、1986年）464頁）。

それ自体は正当である。しかし、肝心なのは、国・地方公共団体間の訴訟が行政内部間の紛争かどうかであるが、ここではそれについて理論的に何の説明もしていないのであるから、ここで引用するに値しないのである。その点に関する雄川説は先に本文で引用したところである。

例示されている内閣法7条（国家機関相互の争いは閣議で決定する）、地方自治法251条の2（普通地方公共団体の間の紛争に関する自治紛争処理委員

による調停の制度)なども、そのような解決の立法例があるということで、国と地方公共団体、都と区の訴訟を否定する根拠とはならない。

その次に引用されている田中二郎説『行政争訟の法理』40頁は、「行政争訟の法理」と題する長文の論文の一節である。ここでは、「四 行政機関相互間の争の問題」として、次の解説がある。

「行政機関相互の間に、その主管権限について又はその権限の行使について争いを生ずることがある。これらの争いは、行政権の内部における問題であるから、原則としては、行政権自らが決すべきで、ここでいう法律上の争訟として裁判所に出訴することは許されない。国家機関相互の間の主管権限の争いについては、上級庁においてこれを決すべく、究極においては内閣において裁定すべきであり（内閣法7条）、上級庁が下級庁に対してなした監督処分については、仮にそれが違法な処分であっても、それは、行政権が自らが是正する以外に、裁判所に出訴してその救済を求めうべきではない。たとえば、主務大臣が国の機関としての地方公共団体の長の処分を取消し又は停止し（行政官庁法7条）、都道府県知事が市町村長の権限に属する国の事務につき、その処分を取消し又は停止した場合（地方自治法151条）のごときも同様で、仮にこの取消・停止の処分が違法であっても、それに対して行政庁が裁判所に出訴することは許されないと解すべきであろう。」（現代仮名つかいに改めた。アンダーラインは阿部泰隆）。

この解説自体は正しい。しかし、それが機関委任事務を念頭におく記載であることは、アンダーライン部分を見れば、一目瞭然である。機関委任事務が廃止され、国、都、区が法律の前で対等になった今日、この説明をそのまま持つてくることができるはずはない。そもそも、これはもともと戦後まもなくの昭和24-26年に法学協会雑誌66巻1、2号、67巻4号、68巻1号に連載されたものである。新版行政法中巻全訂第2版15、18ページも同旨であり、特に引用すべきことはない。

雄川説・前掲461-462頁も、機関相互の争議は特に出訴を認める特別の規定がない限り出訴しえないものと解されるとして、上記の田中説を引用して、賛成しているほか、市長と市議会の関係は内部関係であるとする判例を引用している。そのこと自体は全く正当である。しかし、そのことは、都と区の争いを内部関係とする根拠には全くなならない。

むしろ、被告のこの主張を見て驚愕するのは、今日の法解釈が課題となっているのに、なぜこんなに古い説しか引用しないのかということである。本文で述べたように、その後、このテーマでは、塩野宏、寺田友子、村上裕章、白藤博行、中川丈久など多数の論者が国と地方公共団体との間の訴訟の適法性を肯定している。被告は文献の取捨選択において極めて恣意的である上、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いだろうか。

次に、宝塚パチンコ条例最判、国保審査会の最判が根拠とされているが、それぞれ本件の根拠とならないことも本文において先に説明した。

第一2イにおいて、被告は、法が予定している解決方法としては、住基法31条、地方自治法245条の5、250条の13、251条の3などがあると指摘する。しかし、それに限定されるという説明は行われていない。住基法31条は国又は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、上下関係にはならないのである。地方自治法の解決方法が本件に当てはまらないことも先に説明した。

以上、被告の反論を見ても、私見を変更する必要はない。

以上

## 鑑定意見提出者の略歴・著作等

### 1 略歴

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
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（現在に至る）

### 2 学位

東京大学法学博士（1972年6月、論文博士）

### 3 主要著書

（単独著）

- 『フランス行政訴訟論』（有斐閣、1971年）（学位論文）
- 『行政救済の実効性』（弘文堂、1985年）
- 『事例解説行政法』（日本評論社、1987年）
- 『行政裁量と行政救済』（三省堂、1987年）
- 『国家補償法』（有斐閣、1988年）
- 『国土開発と環境保全』（日本評論社、1989年）
- 『行政法の解釈』（信山社、1990年）
- 『行政訴訟改革論』（有斐閣、1993年）
- 『政策法務からの提言』（日本評論社、1993年）
- 『大震災の法と政策』（日本評論社、1995年）
- 『政策法学の基本指針』（弘文堂、1996年）
- 『行政の法システム上・下 [新版]』（有斐閣、1997年）

『〈論争・提案〉情報公開』(日本評論社、1997年)

『行政の法システム入門』(放送大学教育振興会、1998年)

『政策法学と自治条例』(信山社、1999年)

『定期借家のかしこい貸し方・借り方』(信山社、2000年)

『こんな法律は要らない』(東洋経済新報社、2000年)

『政策法学講座』(第一法規、2003年)

『内部告発(ホイッスルブローワー)の法的設計』(信山社、2003年)

『行政訴訟要件論』(弘文堂、2003年)

(共編著・共同監修著)

『演習行政法上・下』(共編者、山田幸男、市原晶三郎)(青林書院、1979年)

『講義行政法Ⅰ・Ⅱ』(共編者、遠藤博也)(青林書院、1982年、1984年)

『判例コンメンタール 行政事件訴訟法』(共編者 山村恒年)(三省堂、1984年)

『定期借家権』(共編者、野村好弘、福井秀夫)(信山社、1998年)

『湖の環境と法－琵琶湖のほとりから－』(共編者、中村正久)(信山社、1999年)

『山村恒年先生古稀記念 環境法学の生成と未来』(共編者、水野武夫)(信山社、1999年)

『実務注釈定期借家法』(共編者、福井秀夫、久米良昭)(信山社、2000年)

『環境法 [第3版]』(共編者、淡路剛久)(有斐閣、2004年)

『京都大学 井上教授事件』(信山社、2004年)