

【鑑定事項】

- 第1** 原告・函館市は、国を被告として、大間原発の設置が自治体の存立維持権および自治体の財産権を侵害するとして行政事件訴訟を提起しているが、この「法律上の争訟」該当性についてどのように考えるか。
- 第2** 原告・函館市は、国を被告として、大間原発の設置許可処分の無効確認訴訟および建設停止命令にかかる義務付け訴訟を提起しているが、その原告適格についてどのように考えるか。

【目次】

はじめに

第1 行政主体間訴訟における「法律上の争訟」

1. 地方自治（自治権）の憲法保障の法的意義～とくに「通説」・制度保障論の検討
 - (1) ドイツにおける地方自治（自治権）の憲法保障の意義
 - 1) ドイツの地方自治の制度保障論の概観
 - 2) ドイツの制度保障論の新解釈～Ute Mager の場合
 - 3) ドイツの地方自治の憲法保障論の再構成～Andreas Engels の場合
 - (2) 日本における地方自治（自治権）の憲法的保障の意義
2. 地方自治の制度的保障論と「法律上の争訟」
 - (1) ドイツにおける地方自治の制度的保障論と「法律上の争訟」
 - (2) 日本における地方自治の制度的保障論と「法律上の争訟」
 - 1) 「法律上の争訟」に関する被告の主張
 - 2) 「法律上の争訟」に関する学説
 - 3) 「法律上の争訟」に関する判例
3. 「法律上の争訟」についての検討
 - (1) 地方自治のグローバルスタンダードとしての地方公共団体の出訴資格を妨げる日本独特の「法律上の争訟」論
 - (2) 国の関与に対する地方自治法上の国地方係争処理制度と司法的救済制度
 - (3) 「憲法によって直接保護された権利」としての自治権の実効的保護の必要性
 - (4) 「法律上の争訟」についての小括

第2 行政主体間訴訟における自治体の原告適格

1. ドイツにおける原告適格論
 - (1) 学説
 - (2) 判例～とくに計画高権と自己形成権の侵害にかかる自治体の原告適格
 - 1) 自治体の原告適格総論
 - 2) 自治体の原告適格各論～計画高権または自己形成権の侵害と原告適格
 - 3) 裁判例の若干の検討
 - (3) ドイツにおける自治体の原告適格論の小括
 - 1) 計画高権および自己形成権による原告適格の根拠づけ
 - 2) 学説および判例の原告適格論の根底にある保護規範論の意義
 - 3) ドイツの自治体の原告適格論の小括
2. 日本における原告適格論
 - (1) 被告・国における原告適格論
 - (2) 最近の判例における原告適格論
 - 1) 2004年行政事件訴訟法改正前の判例動向
 - 2) 2004年行政事件訴訟法改正後の判例動向

(3) 最近の学説における原告適格論

3. 自治体の原告適格についての検討

(1) 最高裁の保護規範論に基づく原告適格論の精緻化＝ガラパコス化

(2) 自治体の財産権侵害の原告適格の可能性

(3) 公の施設の管理者としての原告適格の可能性

(4) 自治体の原告適格についての小括

おわりに～行政主体間訴訟における「法律上の争訟」と原告適格についての結論

【本文】

はじめに

函館市が、行政事件訴訟法に基づき、国を被告とする行政事件訴訟を提起するためには、鑑定依頼事項にある「法律上の争訟」および「原告適格」の訴訟要件問題をクリアしなければならない。以下では、この点に絞って、とくにドイツの制度・議論との比較法的観点から意見を述べる。

第一に、そもそも裁判所法第3条第1項が、「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。」と定めているところ、国と自治体間におけるような行政主体間の訴訟においても、「法律上の争訟」該当性が問題になるのは当然である。行政主体間の訴訟が「法律上の争訟」に該当するか否かについて、ドイツを参考にして、日本の学説と判例を整理・検討する。

第二に、自治体が原告となる行政事件訴訟であっても、行政事件訴訟法上の抗告訴訟（取消訴訟、無効確認等訴訟あるいは義務付け訴訟等）を提起する限りにおいて、同法の訴訟要件を満たさなければならないことは当然である。函館市は、自治権の侵害、とくに自治権の根幹部分というべき「地方公共団体の存立を維持する権利」（以下、「存立維持権」）の侵害、および財産権の侵害を根拠に、行政事件訴訟法第9条第1項の「法律上の利益」の侵害であると主張し、原告適格の要件を満たしていると主張するところ、この自治権等の「法律上の利益」該当性について検討する。

第1 行政主体間訴訟における「法律上の争訟」

1. 地方自治（自治権）の憲法保障の法的意義～とくに「通説」・制度保障論の検討

(1) ドイツにおける地方自治（自治権）の憲法保障の意義

1) ドイツの地方自治の制度保障論の概観¹

ドイツにおいても、地方自治の制度的保障論が通説的地位にあることは否定できないが、内容的にはかなりの変遷が認められる。M.ヴォルフがヴァイマル帝国憲法第153条の所有権保障の範囲内における「制度の保障（Institutsgarantie）」の着想²に至り、F.クラインの「制度保障（Einrichtungsgarantie）」³の概念が、ドイツの法律用語における嚆矢をなすことはつとに知られるところである。ただし、ヴァイマル国法学においてたちまち通説化した、「制度の保障（Institutsgarantie）」（＝私法規範群の保障（Garantie privatrechtlicher Normkomplexe））と「制度的保障（institutionelle Garantie）」（＝公法規範群の保障（Garantie öffentlich-rechtlicher Normkomplexe））との区別は、C.シュミット⁴に遡るところである。この区別は基本法下でもなお有意味であるとされるが、もっぱら両者の上位概念として、「制度保障（Einrichtungsgarantie）」が通用しており⁵、いまや理論的関心は、この枠内での「基本権的制度保障（grundrechtliche Einrichtungsgarantie）」と「非基本権的制度保障（nichtgrundrechtliche Einrichtungsgarantie）」

との区別に向けられているようである⁶。

ここには、基本権と制度的保障との区別を理論的特徴の一つとする伝統的制度的保障論への制度的基本権論や基本権の実効的保障理論⁷の影響をみることができるが、地方自治の基本権の把握が通説化するには至っていない⁸。むしろ、伝統的制度的保障論は「修正」を重ねて生き残り、K.シュテルンにおいては、「制度的権利主体保障」(institutionelle Rechtssubjektgarantie)、「客観的法制度保障」(objektive Rechtsinstitutionsgarantie) および「主観法的地位保障」(subjektive Rechtsstellungsgarantie)といった制度的保障の三分類論へと拡大する⁹。一方、H.ベートゲは、制度的保障を、「権限法的制度的保障」(kompetenzrechtliche Institutionsgarantie)と「組織法的制度的保障」(organisationsrechtliche Institutionsgarantie)に区別できるとし、基本法第28条第2項は前者に属するが、シュテルンの「主観法的地位保障」を「基本法第28条第2項から直接引き出され規範的意義をもつ主観的公権の保障」¹⁰と解することで、権限の主観化を可能とし、市町村の主観的権利性を導き出し、その実効的保護を模索する。

たしかに、シュミットは制度的保障論を唱える立場から地方自治の基本権的把握を否定はしたが、「制度」の担い手たる市町村の権利主体性そのものを否定していたわけではない。制度的保障と権利主体性は両立しうるが、それは憲法の定め方次第であると考えていたとすれば¹¹、シュテルンもベートゲも、制度的保障論の「修正」または「再構成」の範疇に属するといえそうである。

これに対して、E.シュミット・ヨルツイヒは、制度保障を、「共同体にとっての根本的かつ極めて重要な秩序形成機能の諸要素のうち、法的にも実際にも確定された特定の諸要素を、明確に認識できるほどに高め憲法で固定化したもの」¹²と定義する。ここでの秩序形成機能はあくまでも客観法的な意味において把握され主観法とは距離を置くところに特徴があり、シュテルンの「制度的権利主体保障」および「主観法的地位保障」は埒外に置かれている。そのうえで、核心領域だけでなく、周辺領域における裁判的保護の必要性(過剰禁止の原則論、公共の福祉論)を唱えることで、伝統的制度的保障論の限界を超えようとしたものである。

このような学説における制度的保障論の揺らぎの中で、連邦憲法裁判所による制度的保障論の「再構築」と位置づけられるのが、ラシュテーデ決定(Rastede-Entscheidung)である。その前史は、自治体の区域改革および機能改革が積極的に展開された1960年代後半から70年代の「地方自治の危機」の時代にある。まさにラント(州)立法による区域改革および機能改革に対する制度的保障論の無力が現実のものとなったのである。この時期、伝統的制度的保障論に対して、ややラジカルな批判として「機能的自治理解」¹³が登場したが、伝統的な地方自治保障論からの反発は強く、大きな流れとはならなかった。そのような中で市町村の事務の吸い上げ問題をめぐって、地方自治の憲法保障の意味が正面から争われたのがラシュテーデ裁判であった¹⁴。

連邦憲法裁判所決定(1988年11月23日)は、地方自治の核心領域(本質的内容)保障に加えて、周辺領域においても、市町村優先の実体的事務配分原理をもって地方自治を保障する憲法解釈論を展開した。これは、いわば核心領域論と市町村優先の実体的事務配分原理の組み合わせによる制度的保障論の「再構築」と位置づけられる。ただ、これで「15年戦争」とも称されたラシュテーデ裁判は理論的・裁判的決着をみたと思われたが、いまだに学説上の争いは絶えないところである。

2) ドイツの制度保障論の新解釈～Ute Mager の場合¹⁵

ここでは、その名もズバリ“Einrichtungsgarantien”¹⁶(『制度保障』)の著者であるU.マーガー(Ute Mager)の制度的保障論を、ドイツの現在の制度的保障論を代表するものの一つとして紹介しておきたい¹⁷。マーガーが、“Einrichtungsgarantien”概念を使用しているのは、シュミットの“Rechtsinstitutsgarantien”(「法制度保障」)概念と“institutionelle Garantien im engeren Sinne”(狭義の制度的保障)概念の上位概念として、フリードリヒ・クライン(Friedrich Klein)が“Einrichtungsgarantien”概念を使用したことに倣ったものであろう。

まず、マーガーによれば、第二次大戦後の旧西ドイツにおける基本法のもとで、あらためて制度的保障論が展開されることになるが、それは戦前とは違う原理・原則に基づく基本法を前提とする限り、本来基本法(憲法)解釈を基礎とする憲法体系的な範疇を問題としなければならないはずであったが、ワイマール時代の著名な国家論の影響を受けた解釈として、制度的保障論が席卷したようである。

その後、「法制度保障」については、とくに学説においては、基本権領域でのそれが専ら議論されるところとなり、その保護利益 (Schutzgut) は、「法的に可能であること」 (rechtliches Können) を授權する法規範の存在を前提としたものであるといった見解で一致をみるところとなったが、連邦憲法裁判所は、「法制度保障」にかかる明確な解釈論を持ち得るまでに至らなかったように見える。

一方、「狭義の制度的保障」については、学説も判例も、確固とした輪郭を持ち得ないままであった。ただ、基本権領域では、伝統的な個人の基本権概念のほかに、それぞれの生活領域における規範定立を指導する客観法的な基本権内容が語られ始めることになったことは確かである。基本権領域外においても、国家に対して、とくに立法者としての国家の機能にかかわって、授權規定との関係だけでなく、国家に一定の行為を義務付ける規定との関係で、「狭義の制度的保障」概念の「活用」がみられることになる。地方自治の保障や職業官僚制の保障だけでなく、国籍法、日祝日法、裁判所構成法あるいは国家責任法などが、「狭義の制度的保障」として理解されることになる。連邦憲法裁判所も、おおむねこれを支持しているようである。

マーガーは、以上のような学説および判例の動向を前提に、制度的保障の概念には、もはや体系化の付加価値は存在しないのではないかと評している。そればかりか、基本法の枠内で制度的保障概念に与えられている機能の説明なしにこの概念を使用することは、憲法規範の解釈学的構造の正しい把握をむしろ妨げることになるという警告までする。マーガーは、立法者を憲法的に拘束するミニマムを根拠づけるといふ制度的保障の本来の機能はすでに失われているという認識に立っているのである。その理由は、基本法自身が、立法権、執行権および裁判権に対する基本権の直接拘束性 (第 1 条第 3 項)、合憲的秩序による立法の拘束、および法律・法による執行権・裁判権の拘束 (第 20 条第 3 項)、基本法の改正原則 (第 79 条第 3 項) を定め、そして、基本権の本質的内容が不可侵であることを明文で規定していること (第 19 条第 2 項) に求められる。

そこで、マーガーは、基本法にふさわしい制度的保障の新解釈を、以下のように展開する。

まず、基本法のもとで制度的保障の範疇をさらに発展させるためには、その形式と機能の修正が余儀なくされる。すなわち、旧来の制度的保障の範疇をそのまま受け継ぐことになれば、法律が制定されてはじめて保護対象が発生することになり、立法者を特別な方法で憲法の拘束に服せしめることが困難となる問題が生じる。このことは、「法制度保障」からすれば、保護利益は自然の自由や自己決定ではなく、その行使について法規範の存在が前提となる「法的に可能であること」の保護が問題であるという限りにおいて確認することができる。さらに一般化して、制度的保障全体からみれば、一定の生活領域について自己規律のための法的力 (Rechtsmacht) を与える憲法規範が問題となる。すなわち、自由で民主的で多元的な憲法としての基本法と調和する形で、しかも国家と社会の歴史的な秩序構造の維持のためではなく、国家から自由なあるいは国家から距離をおいた自己規律 (Selbstregulierung) という意味における自律 (Autonomie) の保護こそが問題となるというのである。したがって、個人の基本権的自由の展開のための法的力を憲法によって保護することを特徴とする「法制度保障」の領域以外においては、その機能が自由を確保するための多元性あるいは民主的な参加の創造と維持の中にあるところの「制度的な自律保障」 (institutionelle Autonomiegewährleistungen) について語るの方が、これまでの制度的保障を語るより重要であるということになる。この「制度的な自律保障」として、市町村自治の保障や私立学校の保障が挙げられる。たとえば私立学校の機能は、まさにその経営者の自由の展開を保護するためではなく、多元的で開放的なそして自由な学校システムのための私的なイニシアティブを発揮することにあるというのである。ただし、この「制度的な自律保障」には、伝統的に制度的保障に属せしめられた職業官僚制の保障は属さないという。職業官僚制の保障における機能保障の保護利益は、自律ではなく、主観法 (権利) としては部分的にしか保護されるところがない、公平で専門的知識を不可欠とする国家行政の法的地位の客観的な保障であるからであるというのである。

このマーガーの「法制度保障」 (Rechtsinstitutsgarantien) と「制度的な自律保障」 (institutionelle Autonomiegewährleistungen) の二分論は、前者が、自由権的基本権に基礎をおき、基本権の享受主体が婚姻の自由や所有権の自由など、自己の自由を実現するための規範制定を立法者に義務付け、同じ基本権を主張する者同士の私人間の法関係における自律性を保護するものであり、後者は、ドイツ憲法からすれば、本来的には国家に帰属するとされる事務を処理するに当たって、自治の組織を保障

するものであるということになる。したがって、上述の私立学校制度保障の例でいえば、基本法第7条第1項によれば学校制度全体は国家監督に服せしめられ、原則として国家の事務であるが、私立学校制度保障は、かかる事務の処理を国立学校以外の自律的な組織である私立学校にも可能としたものと解されることになる。

いずれにしても、マーガの制度的保障論は、「法制度保障」と「制度的な自律保障」という範疇を提示する新しい制度的保障の解釈を打ち出すことで、立法者を憲法的に拘束するという目的に局限された制度的保障を超え、そもそも個人の自由権とは異なる次元・構造を持つ制度的保障に意義を見出そうとしていることは十分に覚知できる。

3) ドイツの地方自治の憲法保障論の再構成～Andreas Engels の場合¹⁸

このように学説においても判例においても地方自治の制度的保障論が定着した感があるドイツにおいてさえ¹⁹、昨今の地方自治の実務の現代化・多様化・複雑化を前にして、地方自治保障にかかる憲法規範と現実の地方自治との間の乖離を埋めなければならないという意識は高まっているようである。この規範と論理の乖離を克服すべく、Robert Alexy の《法原理論》等を使って、通説的地位にある制度的保障論を超えようとする地方自治の憲法的保障論の展開がその一例である。たとえば Andreas Engels は、通説的地位にある制度的保障論批判から出発し、Alexy の《法原理論+法準則論》をドイツ基本法第28条第2項の地方自治保障条項の解釈論に応用し、同条の個別的構成要素の解釈の再構成に挑戦する。すなわち、同条同項を具体的構成要素ごとに、①地方自治の法原理とこれと衝突する法原理との間の比較衡量が可能で過少禁止原則に基づく判断を行う「法原理 (Rechtsprinzip) 保障」部分と、②必ずしも法律の具体化を必要とせず、憲法が直接保障する「法準則 (Rechtsregel) 保障」部分に二分する解釈論を試みる²⁰。たとえば、市町村の存立そのものは「法原理保障」にあたり、他方、市町村の事務範囲は「法準則保障」にあたり、「法律の範囲内」(“im Rahmen des Gesetzes”) という留保も適用されないと解釈されている。ただ、「事務処理にかかる自己責任」(“Eigenverantwortigkeit der Aufgabenwahrnehmung”) は「法原理保障」にあたりと解されるなど、いささか内容的な疑問は残るところであるが、地方自治の制度的保障法論の根源的批判の行方は興味深いところである²¹。

(2) 日本における地方自治 (自治権) の憲法的保障の意義

次に、このような制度保障論の母国であるドイツの議論を直輸入したかにみえる日本の地方自治の憲法的保障論の展開をみる。伝來說、固有権説、制度的保障論、新固有権説などの諸説が展開されてきたが、「制度的保障論が通説である」という「通説」が定着しているかのようにみえる²²。実際のところ、誰がこれを支持しているかは不明であるが、理論の立て方は、憲法上保障された自治権が、はたして「権利」といえるのか、それとも単なる「制度的保障」にとどまるのか、といったものである。本件においては、自治権の権利性をめぐって、「法律上の争訟」との関係が争点となっている。そこで、まず、そもそも地方自治 (自治権) の憲法的保障の意義について整理することから始めたい。

歴史的にみれば、国による自治権侵害に対する裁判的保護・救済という観点からして、伝統的な国家承認説や伝來說を止揚して、「憲法第8章は、国の統治構造の一環をなす地方公共団体の自治行政が民主国家の基礎として欠くことのできない一つの制度であるという認識に立って、歴史的・伝統的・理念的に確立された一定の内容をもった地方自治制度の本質的内容又は核心を立法による侵害から擁護する趣旨」²³であると解する制度的保障論が一定の意義を有することは否定できない。しかし、いくら同説が「本質的内容および核心」の立法を含む不可侵を唱えたとしても、「立法によって侵害されることのない内容」または「立法によって定立されなければならない内容」²⁴が、憲法上直ちに明らかではなく、しかも、そのような地方自治権の制度的保障が、基本権または主観的公権を保障するものではないことから、憲法規定を直接の根拠にして、「地方自治の本旨」の侵害を理由とする訴訟は許されないものとされてきた理由の一つとされてきたこともまた、否定できないのである²⁵。この制度的保障論を止揚すべく、地方自治権の内容は憲法の原理 (人民主権および国民主権) やその他の規定を踏まえて解明するしかないとする憲法伝來說²⁶や、地方自治権を「基本的人権に準ずる (団体) 基本権」

と解する新固有権説²⁷が登場することになる理由もまさにここにあった。

このような憲法論とは別に、2000年改正地方自治法では、まず、第1条の2は、そもそも国と自治体との事務配分にあたって、また、その事務配分後の自治体事務の処理にあっても考慮されるべき国の役割を、同条第2項所定の役割に限定する意味での「国と地方公共団体との適切な役割分担」の原則を規定した。次に、第2条第11項および第12項は、自治体に関する法令の規定そのもの、そしてその解釈・運用が、「地方自治の本旨」に基づくだけでなく、「国と地方公共団体との適切な役割分担」の原則をも踏まえるべきことを定めた。同時に、同条第13項は、自治事務について、地域特性に応じて特に配慮することを義務づけている。これらの諸規定は、「国と地方公共団体との適切な役割分担」の原則を、憲法付随法たる地方自治法において、いわば「国の立法原則」として明文化したものと解してよい。実際、憲法の「地方自治の本旨」の内容の一つとして、団体自治の原理と住民自治の原理に加えて、「国と地方公共団体との適切な役割分担」を読み込むべきであるとの憲法解釈まで示されるところとなった²⁸。

このように2000年改正地方自治法は、ある意味で名実ともに憲法を具体化する内容となったが、国による自治権の侵害とその裁判的保護・救済という観点からみれば、いまだに憲法の「地方自治の本旨」および2000年改正地方自治法の諸規定の裁判規範性の問題について、十分な具体的検討は示されないままであるというのが正直なところである。つまり、日本では、地方自治の制度的保障論が通説であるといわれながら、あるいはそのようにいわれるからこそ、自治権侵害に対する実効的な裁判保護という観点からすれば、いかにも曖昧な議論状況が続けられてきたところである。

2. 地方自治の制度的保障論と「法律上の争訟」

彼我の地方自治の制度的保障論そのものを概観してきたが、そこで展開されてきた自治権の憲法保障論を踏まえ、以下では、かかる地方自治の制度的保障論が自治権の裁判的保護に与える影響について、とりわけ「法律上の争訟」との関係を検討したい。

(1) ドイツにおける地方自治の制度的保障論と「法律上の争訟」

ドイツにおいて、「法律上の争訟」に該当する概念は、おそらく“*Rechtsstreitigkeit*”であろう。“*Rechtsstreitigkeit*”を直訳すれば、「法的紛争」であるが、ドイツにおいても、法律関係あるいは権利義務に関する紛争といった意味で使用される場所である。しかし、ドイツでは、そもそも行政裁判において、とくに自治体の自治権訴訟などにおいて、本件で問題とされるような意味での「法律上の争訟」といった問題はほとんど生じないといわれる。なぜなら、ドイツの行政裁判法第40条第1項第1文の規定によれば、国（*Landkreis*、*Landesbehörde*、*Bundesbehörde*）と市町村との間の争訟は、他の法律による定めがない限り、行政裁判所の管轄であることが明文で規定されているからである²⁹。したがって、日本のように裁判所の審査対象・権限の問題になることはなく、自治権の制度的保障といった議論は、この限りで行われたい。ありうる議論は、せいぜい自治体の原告適格の問題だけである。原告が主張する「地方自治体の存立を維持する権利」（以下、「自治体の存立維持権」といった自治権侵害の問題も、法律上の争訟問題ではなく、せいぜい市町村が取消訴訟のごとき行政訴訟において、どの程度の自治権の保障を主張すれば適法な訴訟として許容されるかといった原告適格が焦点となる。

原告の主張する自治体の存立維持権にかかわって、やや付言しておきたい。自治体の存立維持権というのは、ある意味で、自治体の「生存権」のようなものと解される。古くは、美濃部達吉が、「一身上の弁明」（1935年2月25日）において、自らの天皇機関説の法的意味を論じ、「国家それ自身が一つの法人であり、権利主体であることが、我が憲法および法律の公認するところである」ということを縷縷述べながら、「国家それ自身で一つの生命あり、それ自身に目的を有する恒久的の団体、即ち法律学上の言葉を以てせば一つの法人と観念」し、「天皇は此法人たる国家の元首たる地位に在りし国

家を代表して国家の一切の権利を総攬し給ひ 天皇が憲法に従つて行はせられまする行為が、即ち国家の行為たる効力を生ずると云ふことを云ひ表はすもの」と述べている。美濃部の国家法人説の妥当性はともかく、国家を法律上の「法人」と観念し、これに「一つの生命」を認める議論がないわけではない。このような議論を敷衍すれば、国民の生存権になぞらえて、自治体の存立維持権を主張する可能性は排除されない。

ただ、この点にかかわって直ちに想起されるのは、ドイツの国法学者 S.ゾムロ (Stier Somlo) である。ゾムロは、当時のプロイセン帝国における市町村合併を批判的に論じるにあたって、市町村の自治権の保障内容のなかに自治体の「生存 (Existenz)」保障を認め、市町村合併が被合併市町村の「殺人」とであると喝破した。しかし、これを理論的に駆逐したのが、先に述べた C.シュミットの制度的保障論であった。結局、ヴァイマル憲法第 127 条に地方自治保障の規定がありながら、しかも全体構成上、当該条文が基本権保障の箇所に位置づけられているにもかかわらず、これは、個別の市町村に基本権としての自治権を保障したのではなく、単に地方自治行政の制度 (Institut) を保障したものに過ぎず、いわんや個別の市町村に「生存権 (Recht auf Existenz)」を保障したのではないという制度的保障論の嚆矢となった³⁰。この限りで、このような C.シュミットの制度的保障論と自治体の存立維持権論との間の大きな懸隔は確かに認められると言わざるを得ないところであるが、この点については、自治体の自治権、なかんずく計画高権および自己形成権の検討のあとと言及する。

(2) 日本における地方自治の制度的保障論と「法律上の争訟」

1) 「法律上の争訟」に関する被告の主張

被告・国は、本件各訴えのうち、原告・函館市が「地方自治体の存立を維持する権利」(「存立維持権」)を根拠とする部分は、結局のところ、「地方自治権」を根拠とするものであるが、この地方自治権は、憲法上制度的に保障されるものであり、原告・函館市の主観的な権利利益として保障されるものではないから、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とは言えず、「法律上の争訟」には当たらないと主張する。いわゆる制度的保障論を根拠に、自治権の権利性を否定し、ひいては原告・函館市の訴えそのものの「法律上の争訟」性を否定するものである。

2) 「法律上の争訟」に関する学説

裁判所法第 3 条が、裁判所は「一切の法律上の争訟」を審査する権限を有すると定めるところから、裁判的統制の可否については、まずは「法律上の争訟」に当たるかどうかの問題とされる。最高裁の判例では、①当事者間の権利義務または法律関係に関する紛争であること、②法令の適用による終局的解決が可能であること、の二つが「法律上の争訟」の要件とされている。この限りでは、行政主体(公権力主体)としての自治体と国との間の紛争が当然に「法律上の争訟」に当たらないとする理由はないように思われるが、学説では見解が大きく分かれている³¹。

たとえば、地方公共団体に対する国の関与をめぐる紛争を裁判所の審査に服さしめることについては、すでに第 1 次地方分権改革における地方分権推進委員会の審議中から、これらの紛争は行政内部における機関相互間の争いであり、本来的に、行政内部において解決すべき性質のものであり、したがって、裁判所が本来解決すべき「法律上の争訟」には該当しないものである、といった慎重な見解が示されていたところである。そのため、2000 年改正地方自治法によって制度化された国の関与をめぐる争訟制度の評価にかかわっても、従来から、「固有の資格」における地方公共団体の法的地位、その裁判的救済についての考え方には争いがあるところであった。以下では、必ずしも自治権の制度的保障論を根拠にするものではないと思われるが、国の関与に関する裁判的統制について対立する代表的な二つの考え方、すなわち、いわゆる「塩野・藤田論争」をこの問題に関する象徴的論争として整理・検討することで³²、「法律上の争訟」についての学説の検討に代えたい³³。

①「塩野・藤田論争」の要点

塩野宏は、かねてより以下のように述べてきた。自治体は、統治団体および公共的サービス団体としてその機能を遂行することを憲法上保障されており、究極的には住民の福利の維持増進を目的とし、

住民の生命・身体・財産等の管理者ともいえる。もちろん自治体のこの地位は、法律によって制限されるが、同時に、それは違法な国家行為によって侵害を受けることのない保障を持つ。ただ、自治体が、住民代表の地位や一般的な自治権の保有者としての地位において、現行法上の取消訴訟等の原告適格を有するとはいえないが、制定法上、少なくとも自治体の参加的地位が保障される限りにおいて、原告適格は容認可能である³⁴。塩野の「教科書」（というより「体系書」といった方が適切であるが）においても、国の「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」³⁵と明言されている。そして、2000年改正地方自治法の関与法定主義の趣旨についても、「国家関与の根拠及びその態様が法律の留保に属し、その範囲の関与にのみ地方公共団体が服従するとみ」ているものであり、「国家関与がその限界を越えた場合には、その是正手段が制度上存在していなければならぬはず」であるという。したがって、違法な国の関与が「個別地方公共団体の自治権の排除という形をとる限りにおいて具体的権利義務関係に関する訴訟として、裁判所による救済の方法が認められる」という考え方は、改正地方自治法のもとでも妥当するということになる。たしかに2000年改正地方自治法は、違法・不当な国の関与に対しての司法的救済は機関訴訟として制度化されたというしかないが、そもそも行政事件訴訟法の抗告訴訟との関係をどのように解釈することになるのかは「中立的」であるとも言明する。

これに対して、藤田宙靖は、以下のように述べる。「行政主体と私人の二元論」および「行政の内部関係と外部関係の二元論」³⁶を基本的な思考枠組とする日本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」としながら、例外的に、「私人相互間と同じ、行政主体と私人との関係と同じ性質のもの」がありうると考える。これは、「国の地方公共団体に対する監督的行為」と「私人に対して行う行政行為」を区別し、前者は、従来から「行政組織内の内部的行為」として取り扱われてきているとするものであるが、このような考え方は、「法律による行政の原理を基軸とする行政作用法の制度と法理によって保護された法的地位に立つ場合」を主観法的地位として、「このような保護の無い地位に立つ場合」を客観法的地位とする区別に基づくものである。客観法的地位に立った行政主体相互間の法関係は内部関係であり、これを規律するのが行政組織法であり、したがって、行政組織法は行政の内部関係に関する法であり、これこそが「法主体の固有の利益」を保護するものであるといった等式が成り立っているというものである³⁷。

特に「固有の資格」における自治体の抗告訴訟提起の可能性については、以下のように述べる。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、かかる権利保護の対象ではない。そこで、これとは別に、「地方自治の保障」に由来する憲法上の「自治権」の保護を理由とする抗告訴訟の利用を考えると、そもそも実体的な権利としての「自治権」の憲法上の保障自体が問題であり、仮に実体法上の権利があることを前提としても、抗告訴訟を提起する手続法上の権利が保障されているかどうかはさらに問題である。結論的には、抗告訴訟が、私人の主観的権利の保護を目的とする主観訴訟である限り、たとえば私人の権利を侵害する自治体の公権力の行使に対して、国が監督権を行使しこれを是正する場合を想定すると、この国の関与に対する自治体の抗告訴訟を認めることは、かえって私人の権利侵害となりうる。主観訴訟としての抗告訴訟の基本構造からすれば、地方公共団体の抗告訴訟を認めることは抗告訴訟の客観訴訟化を意味するものであって容易に許されない、というのである³⁸。ここには、自治体の「固有の自治権」が単なる事業主体の権利としてではなく、地域的な統治団体の「統治権」の一種として登場する限りにおいては、これが当然に主観法的利保護システムの下に置かれるとすることには、現行法上、いささか困難が伴うという考え方が強く反映している³⁹。

②「塩野・藤田論争」の展開

その後、塩野は、自治権の裁判的保護は、「自治権を認める憲法体制の普遍的帰結」（同194頁）であると断定するにいたる⁴⁰。これに対して、藤田は、この問題を「自治権の保障・拡充」という一面的な見地からのみ考えてはいけないこと、「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（私は、終始、こういったケースを問題としてきている）、問題を専ら住民の側から見れば、それは、実質上、いわば、行政機関の公権力行使に対する上位の監督

機関からの監督行為に他ならない。この場合に、住民に対して公権力の行使をした機関が、監督機関に対して抗告訴訟を提起し得るという構造が、住民の権利保護の見地からする場合のような意味を持つかということ（地方公共団体の自治権の保護の問題と共に）、より正面から考えなければならぬのではないか」という議論を強調することになる⁴¹。

塩野は、この種の問題は、裁定的関与に典型的な問題であり、藤田の見解は、抗告訴訟消極論の主張の典型であるとして、「国の関与などを契機とする国の地方公共団体の紛争のすべての場合に三面関係が生じるわけでもなく、この論法で地方公共団体の抗告訴訟をカテゴリーとして否定する論拠に乏しい」と応じる⁴²。

ところが、塩野の最新の「教科書」では、従来の主張を本文で維持するものの、それまで「消極説」として割注で挙げていた藤田の文献には一切言及されず、後注における藤田批判もすべて削除されてしまった⁴³。その代わりに、以上のような「国が特定の地方公共団体に対して介入する場合」の問題に加えて、「処分の第三者が当該処分の取消しを求める原告適格を有する者として、地方公共団体を想定することができるかどうかの問題」が新たに書き加えられた。そこでは、自転車競技法に基づく場外車券販売場設置許可処分に関するいわゆる「日田訴訟」が例示されている。この訴訟は、結論的に原告適格が否定されたものではあるが、塩野は、同判決の特徴として「行政主体としての地方公共団体の原告適格をカテゴリーとして否定していることではない」と注を加え、「改正行政事件訴訟法の下で、この種の訴訟の原告適格に新たな展望を描くことは可能なように思われる」とする。ただ、その際、地方公共団体の包括的処理権限ではなく、より具体化された利益論が展開される必要があることが確認されている。さらに、最高裁が「従来の考えに固執し、法律上の訴訟性を否定する可能性は残されていることに注意しなければならない」とも付言されている。

③「塩野・藤田論争」の総括

さて、「塩野・藤田論争」にかかる論点を少し整理しておきたい。

まず、「法律上の争訟」については、「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」⁴⁴であるというのが判例であることからすれば、藤田がいうように、「法律上の争訟」概念は、国民の権利義務概念に関する紛争概念を中心として構成されており、行政外部法領域において生ずる法的紛争である、という理解は一般的であり、行政内部法領域と解される行政主体間の紛争は「法律上の争訟」に当たらないことになる。しかし、他方で、「当事者」概念は広く解する必要があると、国民の権利義務に関する紛争という要素は「事件性」概念の必須の要素とはいえないとする見解もある。すなわち、「地方公共団体の提起する行政訴訟においては、国民の権利・義務をめぐる紛争という要求がなくとも、①具体的対立性、②法的保護に値する利益の侵害の存在、③法律の適用による紛争の解決可能性、④判決の終局性がある限り、これを憲法上の『事件』性を満たす紛争」ととらえる考え方があり⁴⁵、行政主体間の紛争には「法律上の争訟」性が認められることになる。「塩野・藤田論争」は、このような観点から吟味する必要があるだろう。

次に、塩野の論述は、専ら原告適格を念頭においているように見え、「法律上の争訟」該当性について特に論じるかたちではないように見える。藤田が、自分も「法律上の争訟」の概念そのものにさほどこだわるものではないと断りながらも、塩野の批判の主旨が藤田の「法律上の争訟」論にあるならば、塩野自身が「法律上の争訟」の概念についての考え方を明らかにすべきであるとするのは、この点に由来するのである⁴⁶。塩野が、上記の最新の「教科書」で、最高裁の「法律上の争訟」論に対する批判の一文を付加したのは、これに対する態度表明であろうか。

また、藤田は、第65回日本公法学会（2000年）の村上裕章報告「行政主体間の訴訟と司法権」⁴⁷に関する討論において、村上の藤田「内部関係説」批判に対して、藤田自身は、『客観的ものさし』としての内部関係・外部関係二元説を用いるならば国と地方公共団体との関係は、国家と私人との関係ではないという意味において、『外部関係』とはならない」と主張しているだけであり、「国と地方公共団体との相互関係がおおよそ訴訟に馴染まないなどとは一度も言ったことがない」と発言している。なるほど藤田論文は、その行政法学方法論である認識と実践の二分論に立つゆえであろうか、慎重な論理展開となっており、また、個々の叙述の重要な部分が具体例や例示でもって限定的に述べられているため、敷衍すると、いったいどうなるかが理解しにくいものになっているように思われる。たし

かに、藤田の「法律上の争訟」論や「固有の資格」論の展開において、「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（私は、終始、こういったケースを問題としてきている）」といった限定的な前提あるいは制約が課されていることがわかる。そうすると、たとえば函館市大間原発訴訟（本件）のように、私人を名宛人とする国の「処分」（行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為）に対する行政争訟で、第三者である自治体が不服申立人または原告となる場合には、藤田の議論は、そもそも妥当しないことにもなりそうである。こうしてみると、塩野がわざわざ「処分の第三者が当該処分の取消しを求める原告適格を有する者として、地方公共団体を想定することができるかどうかのも問題」を付加したことの意味があらためて理解できるように思われる。

さて、最近の「地方公共団体の出訴資格」⁴⁸についての塩野の見解をもう一度確認しておきたい。塩野は、まず、比較法的視点から、憲法の条文規定の有無にかかわらず、判例・学説の寄与が大きいこと、そして、歴史的視点から、垣見隆禎の業績⁴⁹をもとにしながら、自治体の自治権が、明治時代において、すでに権利としての位置づけが与えられ、かつ、それが公権力の行使による侵害との関係で他の私人の権利と性質を異にするといったドグマティックは、学説上も法制上も採られていなかったこと、この意味で、自治体の自治権についても法律の留保の学説が広範に解かれており、「国と地方公共団体の間にも法治主義の原則が妥当するものと解されていた」ことを明らかにしている。また、制度的視点から、地方自治を侵害する国家の個別的行为に対しても個別自治体の保障が及ぶという意味で、地方自治制度は憲法上制度として保障されたもの、すなわち、自治権は、憲法の権利として認められたものであるとする。このような整理からすれば、日本国憲法下においては、自治権侵害排除訴訟が行政事件として、特別の法理上の根拠なく認められるのは、ごく自然な帰結であることになる。また、裁判を受ける権利の主観的範囲に統治団体としての自治体が含まれないとすれば、法律上の定めがない限り、自治体は出訴資格がないこととなるが、憲法第 32 条は、自治権の裁判的保障への排除効果を持つものではないと考えれば、自治体の出訴資格については「中立」なのではないかとも述べ、自治権の保障を法人としての自治体の裁判を受ける権利に拡大するか、それとも、司法権の範囲論は裁判を受ける権利とは別のものとして捉え、司法権を機能的に理解するかを選択は許されると結論づけている。

藤田の議論についても、それは断定的結論を述べたものではないし、その議論の対象範囲も限定されており、住民に対する自治体の公権力の行使について国が権力的に介入する場合における自治体の出訴資格に限定しているものと解している。ただし、その場合であっても、自治体の処分の相手方の利益を考慮すべきとする藤田の主張については、自治体の処分の「複効性」に着目し、解釈論としての一律論は否定している。法律上の定めがない限り、通常の間接関係であれ、裁定的間接関係であれ、自治体の出訴資格を認め、これによって私人の利益保護に重大な障害が生ずる場合には、個別法または一般法で、自治体の出訴資格の制限を、私人の権利利益の保護と自治権の保障につき調整することが法律で可能かどうか検討すべきであると述べる。塩野が自らの「教科書」において藤田の議論への言及を避けたのは、「塩野・藤田論争」は、これによって一応の「決着」をみたと考えたのではなかろうか。

3) 「法律上の争訟」に関する判例

①「那覇市情報公開訴訟判決」の第1審（那覇地判平成7年3月28日、判例時報1547号22頁）は、「法律上の争訟とは、国民の権利義務に関する紛争の概念を中心として構成された観念であり、私人相互間の権利義務の存否に関する紛争、あるいは行政訴訟の領域では私人と公権力の主体たる行政庁との間の権利義務の存否に関する紛争を言い、行政内部の問題はこれにあたらぬ」とし、「抗告訴訟は、個人の権利利益の救済を目的とする主観訴訟であるから、原則として、行政主体が原告となって抗告訴訟を提起することは認められない」と判断。同第2審（福岡高裁那覇支部判平成8年9月24日、判例時報1581号30頁）は、ほぼ同様の理由で、国の訴えを不合法として退けた。これに対して、最高裁（最判平成13年7月23日、判例地方自治223号22頁）は、国の主張は、「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をも理由として」抗告訴訟を提起していることができるとして、「法律上の争訟」該当性を認めた上で、那覇市情報公開条例は、国の主張する非公開の利益（建物の内部構造

が明らかになると、警備上の支障が生じるほか、外部からの攻撃に対応する機能の減殺により本件建物の安全性が低減するなどの固有の利益が侵害されない利益を保護するものではないとして、原告に主観的利益は認められないとして、原告適格を否定し、訴えを不適法として却下した。

②「宝塚市パチンコ店等建築規制条例訴訟判決」（最判平成14年7月9日、判例時報1798号78頁）は、宝塚市がパチンコ店等の建築を規制する条例に基づき、業者に建築工事の中止命令を出したが、業者がこれに従わないため、業者に対し、工事続行の差し止めを求めて、民事の工事続行禁止請求訴訟を提起した事件である。第1審および第2審は、同訴訟が「法律上の争訟」に該当するか否かにつき判断をしないまま、同条例が風営法および建築基準法に反するとして、宝塚市の請求を棄却したが、最高裁は、「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のできる対象は、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（最高裁昭和51年（オ）第749号同56年4月7日第三小法廷判決・民集35巻3号443頁参照）。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」として、訴えを却下した。

③「池子住宅訴訟」第1審（横浜地判平成18年3月22日、判例地方自治284号26頁）は、国、横浜市および逗子市の合意文書は、「行政主体としての立場で、今後執るべき行政上の施策ないし方針について、合意したものであって、政治的、行政的意味での拘束力はあるとしても、原告と被告との間に本件各義務を含む権利義務を発生させるものではない」として、「法律上の争訟」に該当せず不適法として却下した。同第2審（東京高判平成19年2月15日、訟務月報53巻8号2385頁）は、合意文書について、「その内容も、専ら、控訴人が行政主体として池子住宅地区周辺住民を含む逗子市民に対して行う行政上の施策又は方針に関するものであるといふべきであり、控訴人自身らがその権利主体として固有の権利利益の保護救済を目的とするものではない」として、「本件訴えは、控訴人が、防衛施設庁（被控訴人）に対し、本合意に基づく行政上の施策ないし方針を遂行する行政上の義務があるとして、当該義務の確認を求めて提起したものとわざるを得ず、当該義務が控訴人自身の財産的権利に由来するものであるという事情も認められず、また、特にその請求を許す法律もないから、法律上の争訟に当たらず不適法というほかない」として逗子市の控訴を棄却した。②の宝塚市パチンコ店等建築規制条例訴訟最高裁判決を引用している。

④「杉並区住基ネット訴訟」第1審（東京地判平成18年3月24日、判例時報1938号37頁）および第2審（東京高裁判平成19年11月29日、判例自治299号41頁）は、東京都と杉並区との間の紛争は、市町村長および都道府県知事の住基法に基づく権限の存否又は行使に関するものであるものであって、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目的とするものではないとして、やはり、②の宝塚パチンコ店等建築規制条例最高裁判決の枠組みに従って、「法律上の争訟」に該当しないとして、不適法として却下した。

以上、最近の「法律上の争訟」にかかる主要な裁判例をみると、②「宝塚市パチンコ店等建築規制条例訴訟判決」の「財産権の主体」と「専ら行政権の主体」の区別論が定着しつつあるように見える。これに対しては、「板まんだら事件」（最高裁昭和56年4月7日第三小法廷判決）との論理的整合性あるいは判断枠組みや、本判決そのものの射程距離の問題などにかかる学説の批判は厳しいものがあるが、「専ら行政権の主体」であるところ地方公共団体が提起する訴訟は、当然には「法律上の争訟」に該当

しないという「通説」が形成されつつあるように見え、学説との乖離は大きくなるばかりである。

3. 「法律上の争訟」についての検討

(1) 地方自治のグローバルスタンダードとしての地方公共団体の出訴資格を妨げる日本独特の「法律上の争訟」論

以上の検討を踏まえて、「法律上の争訟」についての小括は以下のとおりである。

2000年改正地方自治法は、たしかに新たな国・自治体紛争処理制度を創設したけれども、このことは自治体が「自治権」を侵害されたとき、これ以外の裁判的救済の可能性を否定する趣旨ではないと解する。さらに言うならば、憲法が保障する「自治権」の実効的保護をめざすとすれば、「自治権」を単なる制度的保障と解するだけでなく、「憲法によって直接保護された権利」として再解釈するべきであるとも考えている。つまり、「自治権」を主観法的地位（権利）と解することから出発して、これを実効的に保護するための裁判所による権利保護・救済システムを確立することが不可欠であると考える。このような観点からすれば、違法な国の関与による「自治権」侵害を理由にした行政訴訟は、地方自治法の規定がなくとも現行行政事件訴訟でも十分可能であり、そもそも「法律上の争訟」性を否定されるいわれはないと考えている。

ただ、日本の場合、「自治権」を「憲法によって直接保護された権利」と解することがそもそも可能かどうかの問題はある。しかし、わざわざ2000年改正地方自治法では、国と自治体との役割分担の原則が明確化され、この適切な役割分担と「地方自治の本旨」に基づく「国の立法原則」が明文化され、あるいは、自治事務に限定されているとはいえ、自治体の事務処理に対する「特に配慮」義務が定められ、そしてなによりも「地方公共団体が処理する事務」は、すべて「地方公共団体の事務」となった。これを善解すれば、憲法付属法たる地方自治法において、まさに憲法が保障する地方自治の中身を具体化する規定が新設されたと解することができる。たしかにドイツ基本法第93条4b号における自治体憲法異議（Verfassungsbeschwerde）のような「権利」を認める明文規定が存在しないため、憲法上直接かつ明確ではないという弱点はあるが、地方自治法の諸規定をもって、憲法によって保障されている「自治権」の内容が一層明確化され、その「主観法的地位（権利）性」が具体化されたと解することは十分可能である。

いまや地方自治制度に関するグローバルスタンダードといわれるヨーロッパ地方自治憲章第11条には、「地方公共団体は、その権限の自由な行使を確保し、憲法および国法が保障する地方自治の原理の尊厳を保持するために、司法的救済に訴える権利を有する」とある。また、世界地方自治憲章案第13条にも、「地方公共団体は、その財政および行政の自治を確保するために、また、その任務を決定し利益を保護する法律の遵守を確保するために、司法的救済に訴える権利を有する」とされていた（この憲章案は、理由は不明であるが途中で消滅）。このように、地方公共団体の司法的救済に訴える権利は、重要な自治権の一部をなしていることが確認できよう。ところが日本では、そもそも地方公共団体が自治権侵害を理由として国の行政処分を争う訴訟の前例が少なく、そのために地方公共団体の原告適格をめぐる判断基準を明らかにする判例法理もいまだ確立していない現状にある。その理由は、あとで述べる厳格な原告適格論もひとつであるが、この原告適格論とも関係の深い、裁判所法第3条の「法律上の争訟」にかかる解釈論がより深刻であるように思われる。すでに確認したように、「法律上の争訟」についての最高裁の定式は、①当事者間の具体的な権利義務に関する紛争が存在すること、②法令の適用によって裁判所が最終的に解決可能な紛争であること、といった二つの要件を不可欠とする。このことは、宝塚パチンコ店等規制条例事件判決（最判平成14年7月9日）においても踏襲されており、ここではさらに「国又は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、法規の適用ないし一般の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、法律の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」ということが判示されている。ここでいうところの「行政権の主体」としての地方公共団体とは、先に述べた「固有の資格」における地方公共団体と同じ意味であると考えられるが、国や地方公共団体は、あくまでも対国民・対住民との関係においては、「統治団体」として公権力を行使する側にあり、いわゆる私人と同様の「権利利益」を有するものではないことが指摘されている。つまり国と地方公共団体は一般私人が立ち得ないような法的地位に立つものであるという意味において、「行政内部」の関係にあるものと解しているように見え、公権力の行使を行うという意味では同じ立場にあり、その限りでは私人間におけるような「権利義務関係」は当然には存在しないというわけである。換言すれば、「法律上の争訟」を提起するものは、憲法第 32 条の「裁判を受ける権利」を有するものでなければならぬと考えられているようであり、それは、原則として、私人が自己の権利利益の保護救済を求める場合に限られ、「行政権の主体」として、つまり「統治団体」として公権力を行使する立場にある国や地方公共団体は、自己の権利利益の保護救済を目的とした裁判を当然には提起できないということになる。

しかし、判例の動向には十分注意しなければならない。いみじくもわが国行政法学の泰斗である塩野宏が、「宝塚市パチンコ店等規制条例事件」の最高裁判決の射程範囲は、自治体の処分によって生じた権利義務関係の実現を自治体が民事訴訟ではかることはできないといったように狭く解すべきであり、自治体が国の公権力の行使に対して、自治権侵害を理由に一般的に争うことができないなどと拡大解釈してはならないとする指摘は傾聴に値する。これは、塩野がいうところの「判例法の合理的形成という観点」からの指摘であるが⁵⁰、明治時代においても自治体の出訴資格を認められていた歴史を振り返り、「国と地方公共団体の間にも法治主義の原則が妥当するものと解されていた」という評価は、わが国の「裁判的保護がない自治権しか認めない法治国家」の現状に対する本質的問題を提起している。

(2) 国の関与に対する地方自治法上の国地方係争処理制度と司法的救済制度

1999 年改正の地方自治法は、機関委任事務制度を廃止することで、長期にわたって上下・主従の関係に置かれてきた国と地方公共団体との関係を大きく転換することを目的としたものであった。そのために、国の関与の類型、基本原則、手続などを明文で定め、国の関与に不服のある地方公共団体には、国地方係争処理委員会に審査の申出をすることを認め、さらに、その結果に不服のある地方公共団体には、裁判所への出訴の途を開いた。地方自治法が、「固有の資格」を有する地位に立つ自治体に対して、国の関与に関する審査の申出や司法的救済の途を開いたことは画期的であるが、問題は、この国地方係争処理委員会制度および司法的救済制度の趣旨の理解である。この改正地方自治法は、憲法および地方自治法が示した地方自治の理念に照らして、従来存在した地方自治制度の歪みを大きく矯正する意味を持つものであるとしながらも、「国の関与に関する訴え」に関しては行訴法第 6 条の機関訴訟に当たるものであり、そのことを根拠にして、国と地方公共団体との間の紛争は、本来的に「法律上の争訟」に当たらないとする見解がある。しかし、ここでも自治権の憲法保障の意味（「憲法によって直接保護された権利」としての自治権）を正しく解するならば、国と地方公共団体との関係も基本的に法律関係（権利義務関係）として把握する必要があり、その具体の権利義務関係をめぐる紛争が生じたり、法律関係の有無に関する疑義が生じたりする場合、そもそも「法律上の争訟」が成立しない関係であると解する必然性はまったくない。したがって、地方自治法上の機関訴訟（第 250 条の 13 以下など）とは別に、相互に対等・並立する法主体（権利義務主体）として、国と地方公共団体との間においては、行訴法上の無効等確認訴訟や取消訴訟などの抗告訴訟が可能であると考えられる。

(3) 「憲法によって直接保護された権利」としての自治権の実効的保護の必要性

「憲法によって直接保護された権利」としての自治権の実効的保護を強調しておきたい。憲法の「地方自治の本旨」の解釈にかかわっては、すでにみたように、いわゆる制度的保障論が通説的地位にある

といわれる。憲法学説の中には、制度的保障論であっても、国家がいったん自治権を承認すれば、地方公共団体は国家に対する「権利」としての自治権を獲得するというものがあることは承知している。司法的救済の実態（裁判動向）は見てきたとおりである。しかし、これを制度的保障論の限界とみるのは悲観的に過ぎる観方であろうか。ドイツでは、制度的保障論の克服が説かれ、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った考え方が支配的である。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なければならない。自治権も例外ではない。そのためには、どうしても「憲法によって直接保護された権利」を実効的に保護するシステムが必要である。

（４）「法律上の争訟」についての小括

①自治権保障が制度的保障であるかどうかは、「法律上の争訟」論と直接関係がない

被告・国は、法律上の争訟でなければ訴えを提起できないが、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るから、原告の主張する権利が主観的な権利利益として保障されているものでなければならないとしたうえで、原告の主張する「地方自治体の存立を維持する権利」は結局「地方自治権」であって、「地方自治権」は主観的な権利利益ではなく、一般公益として制度が保障されているにすぎないから、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とは言えないと主張しているが、縷々述べてきたように、憲法の自治権保障が制度的保障であるか否かは、直接「法律上の争訟」の問題とは関係がない。

②判例および学説からしても、「法律上の争訟」該当性は認められる

すでに指摘したように、「宝塚市パチンコ店等規制条例事件」の最高裁判決の射程は狭く解すべきであり、いわゆる「財産権の主体」・「行政権の主体」の二分論に基づき、一律に「行政権の主体」の出訴資格を否定するかのとき考え方は採るべきではない。本件にかかる、いわゆる「塩野・藤田論争」の「決着」は、このことを示している。

また、「行政権の主体」としての自治体が出訴資格について慎重な藤田の「法律上の争訟」や「固有の資格」に関する議論は、本人が述べるように、「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（私は、終始、こういったケースを問題としてきている）に限定されたものである。したがって、たとえ藤田の議論を前提としたとしても、国（経済産業大臣）が私人（電源開発株式会社）に対して行った原子炉設置許可処分に対して、函館市が行政訴訟（無効確認訴訟・義務付け訴訟）を提起する本件のような場合、すなわち、私人を名宛人とする国の処分（行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為）に対する行政争訟で、第三者自治体が不服申立人または原告となる場合に関しては、藤田の議論は、さしあたり射程外であり、「法律上の争訟」該当性は問題にならない⁵¹。

③結論

もちろん自治権の制度的保障論よりも、自治権を「憲法によって直接保護された権利」として解する方が、自治権の実効的救済という意味では意義がある。しかし、1990年半ばに始まって今も持続する地方分権改革と、その成果のひとつである地方自治法改正の内容は、十分に自治権の実効的保護と救済の方向に向かっている。このような制度改正や地方自治保障法論の動向からして、国と地方公共団体といった異なる行政主体間（異なる権利義務主体間）の争訟を、「法律上の争訟」ではないと断定する積極的意義は、現行法上、いかなる意味でも見出すことはできない。

第2 行政主体間訴訟における自治体の原告適格

1. ドイツにおける原告適格論

（1）学説

「ドイツにおける自治体の原告適格」を論ずる際の前提問題として、現代ドイツ行政法学の泰斗である E.シュミット・アスマン (Schmidt-Aßmann) の議論を紹介しながら、ドイツ基本法における地方自治保障の意義に関する通説的見解を再度確認しておきたい⁵²。地方自治の憲法的保障として、ドイツ基本法第 28 条第 2 項は、「市町村 (Gemeinde) に対しては、法律の範囲内において、地域共同体のすべての事項を、自己の責任において規律する権利が保障されていなければならない。市町村組合 (Gemeindeverband) もまた、その法律上の任務領域の範囲内において、法律の基準に従って、自治権を有する」⁵³と規定している。同時に、同条第 1 項第 2 文では、「州 (Land)、郡 (Kreis) および市町村においては、国民は普通・直接・平等および秘密の選挙に基づいてつくられている代表議会を有していなければならない。郡および市町村における選挙に際しては、欧州共同体を構成するある国家の国籍を有している者も、欧州共同体の法の基準に従って、選挙権および被選挙権を有する。市町村においては、市町村集会が選挙された団体に代わることができる。」と規定される。

連邦憲法裁判所判決は、地方自治の憲法的保障の意義は「民主的正当性根拠の統一性」⁵⁴にあるとするが、シュミット・アスマンは、このような基本法における地方自治保障の意義を、「民主主義的国家構造における自治体の特別な地位に考慮を払ったもの」と理解し、あくまでも自治体は「国家組織の内部において構成され、国家構造の中に統合されたもの」と解釈している。基本法は、地方自治の理解から「自律的社会」といったロマンチックな観念を完全に排除し、連邦、州内部において、市町村のごとき自治体に重点をおいた国家構造を採用し、分節型の民主主義を採用したとみるのである。かかる解釈からすれば、市町村は、あくまでも国家権力を行使する主体であり、基本権の享有主体であるとは考えられておらず、むしろ基本法によって拘束を受ける存在として位置づけられ、当然に自治権の基本権的解釈は否定されることになる。この意味では、基本法が保障する自治権は、すでにみたように、あくまで制度的保障の枠内で理解されるということになるのであろう。

このような基本法における自治権解釈を示すシュミット・アスマンにあっても、市町村の自治権の裁判的保障に関しては、以下のように述べる。すなわち、憲法は、裁判所でその自治行政権を防衛する可能性を市町村に保障している。国家監督庁の措置ないしはその他の権力的行政措置 (例えば、他の行政主体の計画) に対しても、市民が行政措置に対抗できるのと同様に、市町村は行政裁判所で抵抗可能である。こうした可能性は直接に基本法 28 条 2 項から導かれる。つまり、市町村は、基本権やその他の個人の権利保護に仕える基本法 19 条 4 項に基づく防御は主張できないが、裁判所による自治権の防御は、国家に対する自治体の重要な地位を示すものである。また、市町村は立法者の侵害に対しても、憲法裁判所 (連邦憲法裁判所と州憲法裁判所) に対して憲法異議を申し立てることで抵抗することが可能である。立法者は、自治行政の保障に対して多くの形成可能性をもつところから、このような訴訟可能性は重要である⁵⁵。このように、自治体は、違法な国家監督庁の措置等 (日本の地方自治法でいうところの「国の関与」も含む。) に対して、憲法裁判所や行政裁判所への出訴をもつての防御が可能であるといった形で、自治権の司法的 (裁判的) 救済が、地方自治の憲法的保障の内容の一つとして、直接、憲法から導き出されているのである。

(2) 判例～とくに計画高権と自己形成権の侵害にかかる自治体の原告適格

1) 自治体の原告適格総論

市町村の自治権は、一般に、「地域共同体のすべての事項」といった「全権限性 (Allzuständigkeit) の原則」と「自己責任 (Eigenverantwortlichkeit) の原則」によって支えられていると解されている。このうち、「自己責任の原則」は組織法的に有意味な原則とされ、区域高権 (Gebietshoheit)、組織高権 (Organisationshoheit)、人事高権 (Personalhoheit)、財政高権 (Finanzhoheit)、あるいは計画高権 (Planungshoheit) などの、種々の自治体高権 (Hoheitsrecht) によって具体化されている。以下では、本件直接関係が深いと思われる計画高権あるいは自己形成権といわれる自治体高権の侵害を理由として提起された行政裁判例を概観することで、行政裁判における市町村の原告適格についての裁判所の判断をみてみたい⁵⁶。

ドイツにおける**計画高権**とは、おおむね「市町村の区域を自己の責任で秩序づけ、形成するための市町村の権利」であり、「市町村の国土に係する行為 (Verhalten) の全体秩序を、財政上の確定も

含めて、積極的・形成的に発展させる権限を包括している」⁵⁷と解されている。

まず、市町村の「計画参加権」をめぐる連邦行政裁判所の裁判例を分析した中井勝巳論文によれば、少なくとも連邦行政裁判所においては、基本法第 28 条第 2 項で保障された自治権およびそれと結びついた計画高権から導かれ、市町村の原告適格はほぼ問題なく承認されてきたと紹介される⁵⁸。また、より直截的に、かつ、詳細に市町村の原告適格を分析した安達和志論文によっても、すでに 1960 年代以降、連邦建設法、連邦航空交通法および連邦長距離道路法などの各法分野で、計画高権侵害の主張が、原告適格の根拠づけの法理として固まってきたことが述べられる⁵⁹。計画高権が、基本法第 28 条第 2 項の自治権保障の一環として、また手続的参加権として保障され、それが市町村の原告適格の原理的根拠たりうることは、すでに当時の旧西ドイツ行政法における当然の理であったと述べられている。そして、むしろ当時の裁判例および学説の主要な関心は、計画高権侵害を理由とする取消訴訟などにおける市町村の原告適格が、具体的にいかなる要件のもとで肯認されるかに向けられていたといわれる。つまり、市町村の計画高権侵害の主張が、取消訴訟の原告適格を定めた行政裁判所法第 42 条第 2 項が定めるところの「権利侵害 (Rechtsverletzung)」の要件を、いかなる場合に満たすことになるのかが関心的とされてきた⁶⁰。この点、シュタインベルクの見解を引きながら、「取消しを訴求された計画決定が市町村の法的地位を直接に侵害する場合」には原告適格が肯認できるが、「事実上の侵害のみが存するにすぎない場合」には、原告適格を肯定することには困難が伴うとされる。たしかに、たとえば原子力発電所の設置許可によって、原発立地市町村が、当該土地について他の利用目的を予定する建築詳細計画 (Bebauungsplan) の策定を行うことが、ただちに法的に妨げられるわけではない。あるいは原子力法上の許可は、原発立地市町村であれ近隣市町村であれ、立地予定地に隣接する土地に対して少なくともいかなる直接的な法的効果も及ぼさないことなどを考えると、市町村の計画行為が事実上制限される場合には、原告適格が問題となりうる。しかし、この場合でも、立地市町村あるいは関係自治体の将来的な地域計画に継続的・制約的な事実上の効果を及ぼすことは間違いないことを考えれば、「事実上の侵害」の場合に、原告適格をいかなる場合にも承認しないということにならないだろう。実際、この点にかかわっては、このような「事実上の侵害」が、市町村の計画高権に対する「重大かつ受忍し難い (schwer und unerträglich) 侵害」である場合には、原告適格を承認する学説が存在する⁶¹。安達は、原告適格の具体的確定のためには、結局、「当該計画決定にあたっての関係市町村の計画利益の要考慮事項性、すなわち市町村の当該計画利益の考慮が実体法上要求されているか否かの見定め」と「市町村の『計画高権』侵害の事実に関する具体的主張」⁶²を要件として掲げている。

また、計画高権以外の「権利侵害」の主張が原告適格を基礎づけるか否かについては⁶³、たとえば原発訴訟に関する原子力法の規定の限界を指摘し、「行政行為の第三者による取消訴訟の一般的な出訴資格要件として、関係法規が当該第三者の権利・利益をも直接保護する趣旨と解されるかぎり」、市町村もこの第三者保護的規範を援用して関係「権利侵害」を主張できる可能性があることは、ほぼ異論がないとされることである。

しかし、一般的な自治権侵害そのものを理由にした原告適格についても、いかなる場合に行政裁判所法第 42 条第 2 項の要件を満たすこととなるのかは、かなり議論のあるところであった。W.ブリュームル (W.Blümel) のように、「自己形成権 (Selbstgestaltungsrecht)」侵害を理由として原告適格を認めさせるのは、有力な一つのアイデアであった。ブリュームルのいうところの自己形成権とは、「特別の規定または特別な計画から独立的に、自らの地域の特色および構造を自分自身で規定するゲマインデの権利」である。また、裁判例においても、著名なヴィール判決 (VG Freiburg, Urt.v.8.4.1976) は、自治権侵害の主張を実体法規上の保護法益との関連づけのないまま原告適格を認めたものであるが、たしかに「市町村の存立に関わる根幹的侵害を自治権の本質内容に対する侵害とみなして、行政訴訟による救済の途を開いたこと、市町村の自治権の実体的基礎が住民生活保障と密接不可分である旨を明示したこと」が画期的判断と評価されよう⁶⁴。しかし、当時の裁判例の全体傾向は、ヴィール判決のような原告適格論に対しては、おおむね消極的立場にあったとみられる。その理由としては、①基本法第 28 条第 2 項の「法律の範囲内」の解釈をするにあたって法律による権限配分を重視する解釈を採用すると、市町村の任務はまさに法律によって限定されることになる。②原発の設置・運営に関する監督権限は連邦委任行政としてラントに属するはずだが、市町村の原告適格をあまりに広範

に認めてしまうと、裁判所を通してのラント行政に対する一般的監督権を市町村に承認するかのとき状態に陥ってしまうことなどが挙げられた。

しかし、これらの消極的立場の論拠については、自治権一般の抽象的侵害ではない、個別市町村の存立基盤に関わる重大な具体的危険の主張に対して、何故その訴訟法的救済が拒否されてよいのかが明らかでなく、この点に若干説得力を欠く憾みがあると批判されてきたところである⁶⁵。

2) 自治体の原告適格各論～計画高権または自己形成権の侵害と原告適格

以下では、もう少し具体的に計画高権または自己形成権にかかる特徴ある内容の判例を時系列的に紹介しておきたい。ドイツの juris 検索システムによれば、計画高権にかかる裁判例が 4036 件、うち連邦行政裁判所にまでいったのが 442 件、自己形成権にかかる裁判例が 129 件、うち連邦行政裁判所までいったのが 20 件である（2015 年 8 月現在）。したがって網羅的な紹介ではないが、法律文献等での引用度が比較的高いもの、内容的に特徴があるもので、本意見書の内容と直接関係すると思われるものなどを紹介する。

【連邦行政裁判所 1976 年 3 月 19 日判決 (BVerwG, 19.03.1976 - VII C 71.72, NJW 1976, 2175)】

原告・市町村の代表も参加した交通視察に基づいて、道路交通行政庁としての被告郡庁は、連邦道路の通り抜けの便宜のために、それまでの道路片側に限定されていた駐車禁止を、もう片側に拡張することを原告に命じた。原告はこれに対し異議を申し立て、原告・市町村の市長などの参加のもと現場検証も行われたが棄却された。そこで原告はこれを不服として、郡庁の命令によって原告の自治権の核心領域が侵されたこと、とりわけ原告の自己形成権があとまで影響が残る (nachhaltig) 侵害を被ったと主張して、命令の取消しを求めて出訴した。原告は、被告の交通規制措置は、買物街とか文化生活、社会生活およびスポーツ生活といった諸施設の提供を通して、周辺地域住民の一つの中心地であるという原告の都市の特長を変化させるものであり、その結果、当該都市は単なる通り抜け地域になってしまうと主張した。第一審行政裁判所は、原告の自治権一般の侵害は認められないとして訴え棄却、自己形成権および計画高権の侵害についても同様の判断をした。原告が行政裁判所法第 134 条に基づき飛躍上告したところ、連邦行政裁判所は、基本法第 28 条第 2 項第 1 文によって保障されている自治権は、行政裁判所法第 42 第 2 項の意味における権利とみなしうるとして、訴えの適法性（原告適格）を認めた。原告は、異議申立の対象となった交通規制が原告のそれまでの地域の特色の保持を妨げ、平等原則の侵害のもとで企てられた道路交通法領域における特別市 (kreisfreie Gemeinde) と市町村との権限配分が、道路交通規制に関する措置にかかわって原告が行う地域の利益のための適切な考慮を妨げたことを実証した (substantiiert geltend gemacht)。このため、原告の自治権が、自治権の異なる局面 (Ausprägung) において実際に侵害されているかどうかは、この関連では審理を必要とせず、訴えの許容性には、権利の侵害が可能であることの主張だけで十分であると判断された。すなわち、訴えは、いかなる考察方法にしたがっても明白かつ一義的に、原告によって主張されている権利が存在しないか、若しくは原告に帰属することがない場合に限り、または、権利の存在を前提とすれば、いかなる観点からしてもその侵害の可能性がない場合に限り、許容されないと判断された。

【バイエルン高等行政裁判所 1983 年 12 月 19 日判決 (BayVBl, 1984, S.303 ff.)】

国道と平面交差する鉄道路踏切を一定区間において撤去する計画が、バイエルン政府の計画確認決定によって確認された。この鉄道路踏切は、鉄道線をまたいで上方に国道を渡すことによって代替されるべきだというのである。これに対して、原告は、文化財保護および地域景観保持の利益の保護を主張して、この計画確認決定の取り消しを求めた。原審は計画確認決定による原告の計画高権侵害を認め、訴えを容認した。本判決は、原審と同様、原告の訴えの適法性を承認した。原告は行政裁判所法第 42 条第 2 項の意味での権利侵害を主張したが、被告の事業計画が、基本法第 28 条第 2 項の地方自治保障に根拠を有する原告の計画高権を侵害することをかなり詳しく述べている。この計画高権は、これに触れるそれ以外のいかなる計画に対しても、いわゆる防御可能性を有するとした。原告はこの関連において、当該事業計画が文化財保護および景観保護の利益に反するばかりでなく、すでに原告によ

って計画された近郊保養地域計画をも侵害することを述べていた。これは、行政裁判所法第 42 条第 2 項の意味での自己の権利の侵害の主張にとって十分である。なぜなら、争いとなっている計画確認決定によってその侵害が問題とされているところの、原告によって主張される権利が明白かつ一義的に原告に帰属することがありえないことが問題にならないからである。

【連邦行政裁判所 1985 年 1 月 11 日判決 (BVerwGE70,365.369)】

原子力法第 7 条第 2 項第 3 号の意味における足りないであろう損害防止を主張する原告適格の承認には、原則として、実証的な主張が必要である。つまり、損害にいたる危険がきわめて確からしく、そのために上記の規定の趣旨における予防措置が講ぜられなければならないということが実証されねばならない。

【バイエルン高等行政裁判所 1985 年 11 月 19 日決定 (BayVBl,1986,S.370 ff.)】

ドイツ連邦高速鉄道の建設に関する計画確認決定が問題となった事件である。複数の市町村が、都市高速鉄道そのものに関してではなく、それに付加的な鉄道電線の架設に反対した。高い送電塔によって地域像および風景が損なわれ、電磁場によって住民の健康が損なわれたり、テレビやラジオの受信が妨害されたりするのを恐れたのである。計画確認決定に関して、訴えの停止効の回復の申し立て（行政裁判所判法第 80 条第 5 項）の適否が問題となった。原告らは、(1) 住民の権利の侵害、(2) 地域像や風景の損傷、(3) 市町村計画の侵害、および (4) 市町村の土地および施設の侵害の観点から執行停止申請も行った。本決定は、(1) および (2) については、その性質から行政裁判所法第 42 条第 2 項の権利ではないと一蹴したが、市町村計画の侵害（特に部門別計画による侵害）にかかる市町村計画の原告適格については、十分に具体的な固有の計画の侵害を根拠にはじめて認められるとして、自己形成権に関しても以下のように述べた。基本法第 28 条第 2 項の自治権から自己形成権を導き出すか否かは議論のあるところであるとしながらも、自己形成権は、特別の規定や特別の計画から独立した、市町村の地域の特色および構造を自ら規定する市町村の権利と解されている。もちろんこの権利は、核心領域においてのみ保護されうるので、原告適格もまた、地域の特色または地域の構造の根本的変更を予防する場合においてのみ考慮されうるとした。

【連邦行政裁判所 1986 年 4 月 11 日判決 (BVerwGE74,124(132), BVerwG, 11.04.1986-4 C 51.83)】

市町村が十分に具体的な計画を立証できなかったとしても、部門別計画が市町村や郡の区域に対して、市町村の区域の大半を覆うような広範囲の計画である場合、要考慮原則 (Abwägungsgebot) が侵害されることがある。この場合、市町村区域の本質的部分が法的拘束力のある計画によって奪われるに違いないからである。ただし、この場合、原告市町村は、インフラプロジェクトによって、計画高権がほとんどは侵害されるか、かなり困難になるという結果になることを実証しなければならない。まさに空港拡張のような大規模プロジェクトの場合がこれに当たる。空港建設計画は、居住地としてのすべての建設区域の排除を完全に不可能としてしまったり、深刻な健康被害の原因となる騒音限界が生じせたりすることが考えられる。

【バイエルン高等行政裁判所 1987 年 8 月 11 日判決 (BayVBl,1988,S.147 ff.)】

原告は、訴外 M 市およびラントクライス M の申請に基づいて作成された、一定の条件と負担を付したごみ捨て場の設置・管理の計画に関するラント政府の計画確認決定の取り消しを求めた。原審は、口頭審理において立地場所およびイミシオンの状況が十分に審議されていないという理由で、原告の瑕疵なき衡量を求める権利が侵されたとして、計画確認決定を取り消したが、控訴審では訴えは不適法とされた。その理由は、原告適格を認めるに足りる権利侵害はかならずしも法的地位にまで発展する必要はないが、計画確認決定においても考慮されねばならない利益が適切に衡量されていない場合にも権利侵害は存在しうる。ただし、この場合でも行政裁判所における審理にとっては、原告が権利侵害または自己の利益が考慮されなかったことが推論可能なほどの十分な根拠をもって (schlüssig) 示しうることを前提条件である。この点、本件では、自治体の計画高権が他の計画に対する原則的な防御力を有することを認めながらも、自治体の計画に対する抵触が常に原告適格を生ぜしめるとまで

は考えておらず、原告適格の承認に関しては、高い保護価値を有する計画高権に対する「重大かつ直接的な効果」を有することが必要であり、これらの子細に検討すると、計画高権の侵害は推論されないという結論に至る。また、自己形成権に関しては、自己形成権は核心領域においてのみ保護されるのであって、それゆえここでの原告適格は、地域の特色または地域の構造の根本的な変化が避けられるべき場合においてのみ考慮されることになる。本件はこれに当たらないとされた。

【バイエルン高等行政裁判所 1989 年 2 月 21 日判決 (BayVGH,Nr.M16,S.88 ff.)】

連邦廃棄物処理法の計画確認手続きに基づき、訴外によって計画されたごみ火力発電所の改築に対して、上バイエルン・ラント政府は同法第 7a 条に基づき、予定期前の火力発電所建築開始の許可を行った。この許可の決定（通知）は即時執行の効果をもたらし、この建設に反対だった原告・市町村は、この決定（通知）に対する停止効の回復を求めて不服審査（行政裁判所法第 80 条第 2 項第 4、第 5 項）をバイエルン高等行政裁判所に申し立て、行政裁判所に移送された。

原告の申立資格は認容された。行政裁判所法第 80 条第 5 項の申立資格は、同法第 42 条第 2 項にしたがった訴訟手続において原告適格が認められる場合にのみ認められる。原告の計画高権は、施設の操業だけでなく、一定の建築作業の許可によっても、その侵害が問題となりうる。申立人は、計画高権の侵害の十分な事実の根拠をもってする主張に基づき、申立人資格を有する。重要なのは権利侵害の十分に根拠をもった主張であり、実際に権利侵害が存在するかどうかではない。申立人に申立資格が否定されるのは、主張される計画高権の侵害が、いかなる法的観点からしても明白に考えられない場合のみである。

連邦行政裁判所の確立した判例によれば、行政裁判所法第 42 条第 2 項の要件を満たす広域計画による自治体の権利侵害には二つの条件がある。一つは、いまだ拘束力を有する必要はないが、十分に特定された自治体の計画であること。二つには、広域の部門別計画による自治体の計画の妨害があとに影響を残すものであること、すなわち計画に対して重大な直接的影響を及ぼすものであることである。したがって、特定された市町村計画との関連のない計画高権の単なる抽象的侵害は、原則として、市町村の原告適格は認められることはない。本件では、いわゆる B プランが存在し、しかも条例でもって行われている。争いとなっている決定（通知）によって、申立人の計画高権が実際に侵害されているかどうかは、本案審理における理由付けの問題であるとされた。

【バイエルン高等行政裁判所 1989 年 6 月 6 日判決 (BayVBl,1990,S.48 ff.)】

訴外エネルギー供給会社は、河堰改築との関連で、原告・市町村所有の土地を利用するところ発電所の建設を計画した。現存する河堰は旧市街地区に近接し、その起源は 12 世紀に遡る。訴外会社は、河堰落差を利用しての発電のために川からの取排水のために、水管理法上の許可と河堰改築の計画確認手続きを申請した。原告は、改築そのものには異議を唱えず、文化財保護監督庁も、河堰外観の変更がないことを条件にやむをえないものとして受け入れた。許可は発給され、河堰改築および発電所建設のための河岸幸治計画が確認された。ところが原告は、原告地域の記念建造物の保存の権利が侵害されたとして訴えを提起した。原告は計画高権との関連でも権利の侵害を主張していたが、文化財保存は地域的事項の自律的形成を可能にする権利であり、市町村の計画高権にとどまらない独立した権利であるという主張である。本件の事業計画は、原告によって十分に具体化された計画の重大な侵害となると主張し、余暇、保養、観光客の来訪といった価値を重視し、歴史的な街のイメージを維持する方向を目指した市町村計画は、当該区域にかかる本件土地利用計画によって挫折を余儀なくされるであろうと主張した。本判決では、訴えの利益なしの理由のなかで、計画高権がその区域の土地利用の計画と規律の権利を含み、当該市町村の区域について十分に具体的な計画が存在し、その計画による妨害があとまで残る影響を残すほどのものであるとき、すなわち重大で直接的な影響があるとき、この権利の侵害を理由にした出訴は可能であるとした。また自己形成権についても、かかる権利が地方自治の内容に属するか否かは争いのあるところであるとしながらも、内容的には一定の条件でのみであるが、自己形成権の防御権的機能を認めている。ここでは過去の連邦行政裁判所および同裁判所の裁判例にしたがうことで、自己形成権は、その固有の核心に触れ、内容的に空洞化され、ほとんど無価値になってしまうとき、市町村は自己形成権の侵害を根拠に原告適格を認められる可能

性があるとした。たとえば都市像のような、地域の特色あるいは地域の構造変化を阻止するような広域計画などによる侵害が念頭におかれているのであろう。ただ、本件においては、このような自己形成権を根拠に回避すべき侵害の重大性は存在しないとした。

【バーデン・ヴェルテムベルク高等行政裁判所 1989 年 10 月 26 日判決 (NVwZ 1990,S.487 ff.)】

原告・市町村は、訴外Gによって計画された、レッカーサービスおよび中古車販売を兼ねる自動車解体工場の建設と操業に関する、チュービンゲン政府管区長の廃棄物処理法上の計画確認決定の取り消しを求めて出訴した。原審は、廃棄物処理法第 8 条第 3 項第 2 文第 1 号および第 3 項とあわせて基本法第 28 条第 2 項によって保護されている原告の計画高権の侵害の可能性を認め、原告適格を承認した。

本判決も、基本法第 28 条第 2 項の自治権保障から導き出される市町村の計画高権は自治団体としての市町村に帰属し、建設管理計画によって実現されるところの自己の区域内での土地利用の計画と規律の権利を含むものである。この権利は、市町村区域にかかる広域の部門別計画によって、当該区域に関してすでに十分に特定された市町村計画が存在し、かつ部門別計画によってあとまで残る影響を受けるほどに損なわれる場合に限って侵害されうる。本件では、少なくとも、十分に具体化された建設管理計画が存在するし、また土地利用計画にも原告の十分に具体的な計画の意欲が看取可能であり、計画高権の侵害の可能性はあると判断した。

一方、いまだ建設管理計画の策定に至らない原告・市町村の「村発展計画」についても言及し、市町村の計画高権は建設管理計画策定の資格に限定されないとし、これを計画高権に含める判断をしている。将来志向型の市町村の発展計画、さまざまな自治体政策プログラムのも目標志向型の開発と具体化に関する資格も、基本法第 28 条第 2 項から導き出されるものであるとする。したがって本件では、原告適格の審理の範囲内で土地利用計画の草案段階において日程にのぼる都市建設計画も、建設管理計画以外の「村発展計画」も、訴外 G の事業計画によってあとに残る影響を被る侵害を受ける可能性があるとした。訴外 G の操業が村全体区域の計画および村内の一地区の「村発展計画」の全体構想に与える重大な直接的影響を考慮すれば、この場合も原告適格が承認されることになる。

【連邦行政裁判所 1996 年 3 月 21 日判決 (NVwZ1997,169(170))】

行政裁判法第 42 条第 2 項の原告適格は、現在ある計画や十分に具体的に計画された市町村の意向を持続的に侵害するような諸措置に対して、市町村の計画高権の侵害を根拠にして認められる可能性がある。たとえば、市町村が、自己の所有地を野原や農業用地として調整措置を講じているなどの理由から、一定の区域を空地にしていることを証明できれば、法的拘束力がある建築計画でなくても、市町村はその防御権を行使可能である。土地利用計画における土地の作図でも十分な具体化を主張するに適切である場合がある。

しかし、ただ部門別計画にたいして NO を言うだけの防御計画は許されない（いわゆる「負の計画 (Negativplanung)」は許されない。ただ、市町村が、なぜ広域計画に反対するのか、広域計画になぜ納得できないのかの理由を示すことができれば、原告適格を得るのに十分である。また、すでに予定されている計画区域が自治体の他の計画によってすでに計画予定地であるとか、かねてより当該自治体内部の会議で決定済みだとか、当該自治体の行政構想が明白に存在することが立証できれば考慮に値するとも判断されている。

【コブレンツ高等行政裁判所 2000 年 9 月 29 日判決 (Urteil des OVG Koblenz vom 29.9.2000-7C10154/99)】

これまでの裁判例においては、部門別計画 (Fachplanung) の決定の取消に関して、自治権および自治権から導き出される計画高権から、市町村の取消請求権を導びくことができることが承認されてきた。その際、原告適格に関する要件は、あまり厳しすぎたはいけないことが確認されてきた。つまり、市町村の法的地位 (Rechtsposition) が実際に侵害されているかどうかの問題は、むしろ訴えの理由づけ (本案審理) の問題であることが承認されてきたところである。ただ連邦行政裁判所の判例によれば、市町村の自治権およびそこから導き出される市町村の計画高権に関しての被侵害性(被害)

を主張するためには、市町村が、すでに「十分に具体化されている市町村計画」が、企図されている専門計画によって侵害されることを主張する必要がある、いつ、あるいは、どのようなものかまったく不明の市町村計画の将来的可能性といった抽象的な可能性では十分ではないことが言明されていることも確かである（Vgl. BVerwG, UPR 1994,32; 1996,337; BVerwGE 56,110,135; 74,124,132）。

ただし、土地利用計画も市町村計画の一類型でありうるとすれば、「十分に具体化された市町村計画」に対する部門別計画による侵害の主張が可能な場合以外にも、市町村区域の「中心部分(本質的部分)」が当該部門別計画によって市町村計画から完全に奪われてしまうような場合にも、計画高権侵害の主張に基づく市町村の原告適格は認められる可能性は認められている（BVerwGE 74,124,132）。また、市町村の全域あるいは一定部分が、持続的に被害を受け、市町村の発展がそれによって多大な影響を被る場合にも、原告適格は承認されることになる（BVerwG, UPR 1996,443）。

また、市町村には、以上のような実体的な自治権の被侵害性とは別に、計画高権の法的効果に関連して、それぞれの許認可手続において、正式な (formell) 手続的参加権が認められている（BVerwGE 56,110; BVerwG, Urteil vom 20.11.1987, NVwZ 1988,731）といった指摘も重要である。したがって、このような手続的参加権が侵害される可能性がある場合においても、ゲマインデの原告適格は承認されることになる。

【連邦行政裁判所 2000 年 10 月 31 日判決 (BVerwG, 31.10.2000, NVwZ 2001, S. 90 ff.)】

市町村は、基本法第 28 条第 2 項および各州憲法によって保護された自治権を主張することができるが、自治権に含まれるところの計画自治権は、十分に特定された市町村固有の計画が持続的に妨害されたとき、あるいは大規模計画が、法的強制力があるような市町村計画から当該区域の本質的な部分を奪ってしまうようなとき、つまり、個別的にはまだ具体化はされていない市町村計画であるが、これを攻撃する大規模な部門別計画 (Fachplanung) によって完全に妨害されてしまい、あるいは根本的にかつ持続的に邪魔されてしまうような場合、市町村に対して防御可能な法的地位を保障する（Vgl. BVerwG, Urteil vom 07.06.2001, NVwZ 2001, S.1280 ff.）, OVG Rheinland-Pfalz, Entscheidung vom 06.02.2007, juris-1B11591/06）。

このほか、連邦行政裁判所 2007 年 2 月 6 日決定 (NVwZ 2007, S.841 ff.) によれば、生存・生活配慮のための自治体の施設がかなりの程度被害にあうときも、当該自治体には、計画高権の侵害の可能性を認めることを示唆しているが、その際は、とくに自己の防御可能な法的地位の侵害を実証的に述べなければならないとされる（Vgl. OVG Niedersachsen, Entscheidung vom 26.09.2006, NVwz-RR 2007, S.121 ff.）。

【連邦行政裁判所 2006 年 3 月 16 日判決 (NVwZ 2006, S.1058 ff.)】

連邦行政裁判所は、市町村が自らの区域の本質的部分が市町村固有の計画から奪われ、市町村計画が十分に確かに不可能となり、市町村の諸制度 (施設) の機能が侵害されることが立証されなければ、広域計画に対する計画適法性の審査に対する取消訴訟の原告適格を認めるかどうかについて、決定的な判断を示してこなかったが、本件ではじめて明確な判断を示した（いわゆる Berlin-Schönefeld 空港事件）。

基本法第 28 条第 2 項第 1 文が、自治体の主観的法的地位を保障していることからすれば、市町村の自治の保護領域への侵害は、比例原則に服さなければならない。市町村の計画高権に対する侵害は、それぞれの部門別計画の目標設定に適合せず、克服不可能な法的または事実上の障害に衝突し、あるいはまたそれゆえに実現不可能であるといったものであるとき、非比例的 (不均衡) であり、合理的に必要なものではない。その実現がそれぞれの部門別計画の目標設定に反するものであり、または法的または事実上の連続的障害にぶつかるような計画は、その形成的使命を誤ったものであり無意味である。したがって、このような条件を満たして、誤った計画正当化が市町村の自治権に影響を及ぼす限り、これに対して異議を唱えることは拒否してはならない。

《補足》 憲法訴訟の中でも、以下のような判例が存在する。

【連邦憲法裁判所 1980 年 10 月 7 日判決 (BVerfGE 56,298(312f.))】

計画高権が、そもそも地方自治権の不可侵の核心領域に属するのか、属するとすればどの範囲においてかについては争いがある。建築指導計画が常に自治の歴史像に属するわけではないというものもあれば、第2次世界大戦の終わりまで、国家の警察法的な任務であったというものもある。他方、いずれにしても第2次世界大戦後は、市町村の総体的な発展のために存在し、かつての建設法を支配してきた建設警察的な観点は大きく後景に退いたとするものがある。

航空騒音法（FlugLG）第1条から第5条は、制度としての自治体の計画高権の一般的な制限あるいはまったくの排除といったことを規定しておらず、命令制定権者に対して、空間的に厳格に画定された区域において、ただ例外的に個々の市町村の計画高権の制限について授権しているだけである。

基本法第2条第2項第1文の解釈からしても、いずれにしても憲法の保障の範囲を、個別の場合において、すべて立法者の恣意的な意思決定に委ねるとするのは正しくない。連邦憲法裁判所が、1969年6月24日決定（BVerfGE26,228ff.）で述べているように、関係市町村は、他の市町村との比較において、彼らに特別の犠牲を強いるような意思決定が行われる場合、何らの保護なしというわけにはいかない。立法者は、基本法第28条第2項から導き出される国家による侵害についての制限を、比例原則の観点からも考慮しなければならない。また、法治国家の原理から導き出されるところの公権力の行使主体間の関係における恣意禁止の原則にも注意をしなければならず、この原則は、自治への侵害の判断に関する審査基準としての連邦憲法裁判所法第91条に基づき、憲法異議手続の枠内で導き出されねばならない（BVerfGE1,167(181)）。

このような自治への侵害に対する拘束は、連邦および州に及び、個々の自治体の計画高権の制限も、保護する価値がある広域的な利害がこの制限を必要とすることが、比較価値衡量において明白な場合、そしてその限りにおいてのみ、許されるものである。

【連邦憲法裁判所 1987年6月23日判決（BVerfGE 76, 107-124）】

本判決も、地方自治の制度の保障（eine Garantie der Einrichtung “Kommunale Selbstverwaltung”）としての基本法第28条第2項第1文は、市町村に対して、その核心領域における活動範囲を、ただ制度的に（nur institutionell）保障しているだけであり、個別の市町村の活動範囲を保障するものではない。したがって、個別の市町村の自治に法律上の制限を加えることは、個別の市町村の一定の自治権を部分的に剥奪する限り、憲法上許容されることである。したがって、ある法律が命令権者（Verordnungsgeber）に対して、空間的に明白に画定された区域において、ただ例外的にのみ個別の市町村の計画高権にかかる制限を授権する場合には、自治体の計画高権に対する一般的な侵害は存在しないといわねばならないと判断する。

しかし、基本法第28条第2項第1文が、市町村に対して、その核心領域における活動範囲を、ただ制度的に保障しているだけであり、個別の市町村の活動範囲を保障するものではないということは、当該市町村が、何らの保護もないままそのような介入（関与）を受け入れなければならないということの意味するわけではない。当該市町村が、他の市町村との比較において、「特別の犠牲 Sonderbelastung」を被ることにならないかは重要な論点である。この「特別の犠牲」は、まず、恣意的であってはならないし、したがって、広域的な利益の保護に十分な根拠を見出さねばならない。どのような広域的利益でも許されるというわけではない。むしろ個別の市町村の計画高権に対する侵害は、まさに地方自治の意義を勘案して、比例的でなければならない（verhältnismässig）。市町村自治は、個別の市町村の計画高権を制限できるのは、その制限がより高次の重要性をもった広域的利益によって必要とされ、その限りにおいてのみ許されるものである。

3) 裁判例の若干の検討

①市町村の原告適格と計画高権

連邦行政裁判所は、市町村の取消訴訟において、その原告適格の有無を論ずる場合、すくなくとも広域計画による計画高権の侵害に対しては、計画高権に関する実定法律による具体的規定の存在の有無にかかわらず、基本法の保障する自治権の発露としての計画高権の侵害とみなし原告適格を承認しているように見える。市町村は、計画確認決定が自己の計画高権を侵害するという理由でもって、すくなくとも計画確認決定の取消訴訟を提起できる可能性は開かれている。しかし、計画確認決定によ

る具体的な計画高権の侵害が、いつ、どのような場合に具体的存在するといえるのかといった問題は、長い間、開かれた問題であった。したがって、いかなる場合においても、計画高権の一般的・抽象的侵害を主張すれば原告適格が承認されるというわけではないことは確かである。行政裁判所法第 42 条第 2 項の「権利侵害」の要件をみたすに足る計画高権の侵害の主張は、上記で拾い上げた裁判例からすれば、「十分に具体化された計画」が存在し、かつ、この計画によって「あとまで影響が残るほどの侵害を被る」可能性があることを主張できるとき、換言すれば、「重大な直接的侵害を被る」可能性の存在を主張するものでなければならない。これは今日ではすでに確立した裁判例といってよい。

計画高権の侵害の主張において、計画の一般的・抽象的可能性だけではなく、計画の十分な具体性とこれに対するあとあとまで影響を残すほどの重大な直接的侵害性を要求するとすれば、原告適格の幅はこのかぎりで限定的にならざるをえない。しかし他方で、裁判所は、必ずしも厳格にこれだけにこだわることはしていないようでもある。たとえばまだ建設管理計画の形式をとるにいたらない「村発展計画」のような計画においても、「十分な具体性」を認めているところからも看取できる。

さらに裁判所は、計画高権に対する侵害を計画の具体性にかかわりなく認めている場合もあった。広域計画が、達成可能な市町村計画から当該市町村区域の本質的重要部分を奪ってしまうような場合、計画の具体性に言及することを必要としていないといった判決も存在した。またヨーレン (Johlen) によるシュレースヴィヒホルシュタイン行政裁判所判決の紹介によれば、部門別計画が空間的および時間的観点において、より広範であればあるほど、計画の具体化への要求は一層低くなるという。すなわち、そこでは事業計画規模が、市町村区域の規模との比較において一定の役割を演ずるというのである。それゆえ小さな市町村の原告適格の根拠づけには、市町村が将来の開発の重点を近郊保養地に置く意思があることが看取可能な土地利用計画草案があるだけで十分であるということになる⁶⁶。

このほか、しばしば引用される重要裁判例として、バイエルン高等行政裁判所 1980 年 10 月 28 日判決がある。この判決によれば、原告・市町村がマイン河畔に位置し、それまで常にワイン畑の問題抜きに村の発展は考えられなかった。原告にとって、町の建設抑制地域（建設法典の外部地域）におけるいかなる計画においても、ワイン畑の拡大縮小問題と景観保護・自然保護の問題は切っても切れない関係であった。問題が軍のための事業計画に関してであっても同様であり、軍の事業計画によるワイン畑に対する加害に対して、原告がワイン畑の維持・振興をもって対抗することは、原告が建設抑制地域における計画において本質的に考慮しなければならない重要な自治体の事項であり、これは独自の固有の利益として主張できるとされた。この判決は、計画の基礎となっている現実態の本質的変更を計画高権の侵害とみなす考え方の傾向を認識させるものである。市町村の原告適格のひとつの方向を指し示すものである。

②市町村の原告適格と自己形成権

ブリューメルは、自己形成権をさしあたり「特別の規定または特別な計画から独立的に、自らの地域の特色および構造を自分自身で規定する市町村の権利」と定義していた。あれこれ裁判の中で、原告はまさにこの自己形成権を主張して、いかなる市町村も自ら地域の特色と構造を自分自身で決めなければならない、市町村が保守的なままにとどまるか、あるいは飛躍的に発展することを望むか、またたとえば静かな温泉保養地にとどまるか、工業地域へと変貌をとげようとするのかは、市町村自身が決めることであると主張した。裁判例では、この自己形成権が自治の不可侵の核心領域に属するか否かの問題は歴史の発展および自治の歴史的現象形態によって画定されるものであるとしながらも、「ただ自己形成権が内容的にみて空洞化され、ほとんど無価値になるとすれば、自治体は国家の領域からの措置に対して防御可能である」としている。

ブリューメルが計画高権と自己形成権を截然と区別すべきであるとした理由は、ラインラント・プアルツ高等行政裁判所判決（1983 年 3 月 1 日）が、計画高権は自治体区域の現在の構造が維持されつづけ、これに対する侵害から自らを守るための配慮を行うという意味での自己発展権（*das Recht auf Selbstentwicklung*）をも含むものであるとした点に端緒がある。この自己発展権が計画高権から直接導き出されるという点でなおこれに完全にくみすることはなかったようであるが、ブリューメルは、あくまでも、すでに述べた連邦行政裁判所 1976 年 3 月 19 日判決にこだわっていた。すなわち、同判決は、市町村の計画高権を地域の交通網にかんする計画権までを含む地域計画権としてかなり包括的に把握するが、あくまでも「特別の法律および特別の計画によって左右されることなく、地域の

特色および構造を自ら決定する」という自己形成権と区別している。ブリューメルからすれば、連邦行政裁判所が、計画高権の侵害に対する救済の限界を強く意識しながら、同時に「計画高権を超える高権」としての自己形成権を想定し、この自己形成権によってのみ救済が可能な場合があることを認めていると解しているのである。まさにブリューメルは、この「計画高権を超える高権」としての自己形成権に着目したのである。ブリューメルにとって、十分に具体化された計画が存在しない場合や建設抑制地域における意識的な非計画化などの場合において、広域計画による自治体計画の侵害に対抗するためには、必ずしも計画高権から直接導き出されることのない、そして基本法の自治権保障から直接導き出される「高権の束」のひとつとして位置づけられる自己形成権なる自治高権がどうしても必要であると考えたのであろう。ブリューメルは、こうすることで、自治体区域への広範囲にわたる部門別計画に基づくさまざまな侵害（騒音公害をもたらす民間・軍用空港計画、軍事演習場の設置計画など）による、地域の特色および構造の根本的变化に抵抗することができる考えたのである。小さな自治体の大きな自治を構想したブリューメルらしい発想である。

(3) ドイツにおける自治体の原告適格論の小括

1) 計画高権および自己形成権による原告適格の根拠づけ

ドイツの学説および判例の法解釈によれば、計画高権および自己形成権は、立法および行政が地方自治の制限にあたって考慮しなければならないところの憲法が保障した市町村の法的地位である。これは、権利としての計画高権や自己形成権が主張されるゆえんである。したがって、たとえば市町村の都市建設の発展を計画する権利が、原発の誘致（設置）によって強く影響を受けることがあれば、法律に関する法的紛争が存在することを主張することができる。つまり、都市建設の発展を計画するといった法律上与えられた権利が、どの程度、広域的な計画による介入によって侵害されて構わないのかについての争いが存在することを主張することができる。この主張することができる資格があるかどうか、ほかならない原告適格の問題である。

2) 学説および判例の原告適格論の根底にある保護規範論の意義

このような自治体の原告適格の問題についても、そもそもドイツの原告適格論の基礎となっている理論、いわゆる保護規範論についての検討が不可欠であるように思われる。なぜなら、日本の原告適格論も、基本的にこの保護規範論を踏襲していると思われるからである。そこで以下では、ドイツにおける保護規範論の最近の動向について付言しておきたい。

ドイツの行政裁判（取消訴訟、義務づけ訴訟等）においては、原告は、まず原告適格の要件を満たすために、行政行為により、またはその拒否もしくは不作為により、自己の権利が侵害されていることを主張しなければならない（行政裁判所法第 42 条第 2 項）。そして、本案審理においても、当該行政行為が違法であり、かつ、それによって原告は自己の権利を侵害されていることを立証しなければ勝訴できない（同法第 113 条第 1 項）。「権利侵害」が、訴訟要件審理および本案審理の両レベルで重要な要件となっているわけである。伝統的な行政法学において、ここでの「権利」が単なる「権利＝主観法 (subjektives Recht)」ではなく、国家に対する私人の「公権 (subjektiv-öffentliches Recht)」と構成されたため、行政訴訟において、この「公権」の存否と「毀損 (Verletzung)」が決定的な役割を演じることになる。この「公権」を定義してきたのが、他でもない「保護規範論 (Schutznormtheorie)」といわれる理論である。すなわち、この保護規範論によれば、「公権」は、問題とされる公法規範が、単に公益のためだけではなく、(少なくとも同時に) 個人の利益の保護にも資するものとして定められている場合に限って、私人に付与されるものであるとされる。このような保護規範論は、そもそも「公権」の認定に関する基準を公法規範に求めることから、必然的にもっぱら立法意思が重要視され、立法者の主観的意思の探究を通じて「公権」の認否を推定するといった構造を特徴とすることになる。日本では、行政事件訴訟法第 9 条の「法律上の利益」の解釈において取消訴訟等の原告適格論が展開される場所であるが、通説といわれる「法律上保護された利益説」は、このようなドイツの保護規範論に酷似する構造・論理を持っている。ところが、この間、ドイツにおける保護規範論および「公権」論において「異変」が生じている。新保護規範論といわれる議論が有力に展開されており、原告

適格論にも無視できない影響を与えている。

そこでまず、保護規範論と原告適格および本案審理との関係をみておきたい。原告適格の要件である、「権利侵害」の主張の意味するところについては、通説は、どのように考慮しても、明らかにかつ一義的に原告の主張する権利が存在しないか、または原告に帰属し得ない場合にのみ、訴えは不適法となる、といった「可能性説 (Möglichkeitstheorie)」⁶⁷であるといつてよい。これによれば、原告適格の要件としては、訴えの提起にあたって、原告の「公権」が存在する可能性について主張すれば足り、「公権」の現実の存否および侵害の有無は本案審理の問題ということになる。ただ、可能性を立証する際に、単なる主張では足りず、「法的審査になじむ (zugänglich)」ように立証することが必要である。したがって、原告適格の要件審査にあたっては、少なくともその「権利侵害」の存在可能性をうかがわせる程度の蓋然性が求められることになり、その限りで「公権」の存在をうかがわせる保護規範の存否が問われことになる。このようにみえてくると、保護規範論は、實際上、原告適格と本案審理の両方にかかる問題であることがわかる。

それでは、保護規範論によれば、いかなる場合に「公権」が認められることになるのか。伝統的な保護規範論によれば、憲法上の権利(基本権)は、ただちに法律上の具体的権利(「公権」)に値するわけではないとされ、ここに法律規定の存否にこだわる行政法上の独特の「権利」=「公権」概念が通用することになる。この伝統的な保護規範論に依拠する裁判所の判決は、制定法規範の存否にこだわることから、「権利」救済の不足が現実的な問題となり、とくに行政行為にかかる第三者権利保護・救済の問題が深刻化してくることになる。たとえば、日本の建築確認行政と類似の問題を想起すればわかりやすいが、ドイツ建設法上の建築許可に対して不服を有する隣人が、はたして行政裁判所法上の取消訴訟を提起することができるのか、といった問題である。そのため、このように伝統的な保護規範論に対しては、つとに法律解釈の恣意性、法定不安定性、法的不明確性など、さまざまな批判が寄せられてきたところであるが、原告適格論でいえば、その狭すぎる原告適格の範囲に対する批判である。今述べたように、とくに建設法上の隣人訴訟をめぐって、隣人の「権利」救済の不足が露呈したわけであるが、それを補うべく登場してくるのが、基本権援用論や隣人「配慮原則 (das Gebot der Rücksichtnahme)」⁶⁸の理論である。ここでは、それぞれの個別の議論を検討する暇はない。以下では、保護規範論に内在する「権利」救済の不足を克服するかたちで、つまり保護規範論を補足あるいは修正するかたちで登場し展開されてきた新保護規範論を検討することとしたい。

保護規範論に対する批判が多様であることから、新保護規範論の中には、いわゆる法律関係論からするラジカルな「新保護規範論」もある⁶⁹。ここでは、いまや通説化したかのようにもみえるシュミット・アスマンに代表される新保護規範論の一端を紹介したい。シュミット・アスマンは、「配分行政」といった彼独自の現代行政観念を前提にしてではあるが、まず基本法第19条4項の解釈に関して、「権利は公法体系全体の隅柱である」としながら、自由を保障する距離のための国家と社会との分離の維持の重要性を指摘し、その意味で個人の「権利」=「公権」の維持はきわめて重要であることを確認する。この「権利」をとおして行政法にもちこまれる「人格性 (das Personale)」と「個人性 (das Individuelle)」は、法治国家の「距離性」と「差異性」の維持にとって不可欠であり、これらをなくしては法秩序の主観法的内容は損なわれる危険があることを指摘する。次に、基本権について、ここでも現代行政=「配分行政」が制御・コントロールの尺度として法律を不可欠なものとするとして、したがって基本権の命題は、法律で形をつけることによる「基本権の調整」を必要とするという。ただし、基本権は、憲法以外の法律によって認められる権利の状態を「補い」、また「明らかにする」とも述べ、「公権」の承認にかかわる基本権の原則的効力を認める。ここで「補う」という意味は、問題とされる法律(制定法規範)が「公権」を付与していないようにみえるとき、当該法律(制定法規範)を離れて直接基本権が援用されることを意味し、これを基本権の「規範外部的効果 (normexterne Wirkung)」と呼ぶ。また、「明らかにする」という意味は、法律(制定法規範)の私益保護性の解釈に基本権の価値決定を読み込み(いわゆる憲法適合的解釈)、当該法律(制定法規範)の枠内において「公権」の承認を導くことを意味する。これを基本権の「規範内部的効果 (norminterne Wirkung)」と呼ぶ。このようにシュミット・アスマンは、基本権の規範外部的効果と規範内部的効果を承認することで、憲法によることの直接の主観法形成や法律(制定法規範)の憲法適合的解釈を導き出そうとしているのである。原則としては法律(制定法規範)の優位を認めるが、例外的な場合、つまり法

律（制定法規範）から私益保護性が読み取れず、それによって重大な憲法上の利益が「配分行政」の調整から漏れるときに限って、基本権から例外的に「公権」性を導こうとするものである。したがって、「権利の構成要件が完全に存在すれば、基本法第 19 条第 4 項は出訴可能性を一般的に保障し、法律の立法者は出訴可能性を排除できない。・・・権利の存在から要請される範囲より狭く抗告権者の範囲を画する法律は、憲法適合的に適用しなければならない。法律は、実質的關係者の形式化された抗告権能を明瞭にすることしかできず、実体像を毀損する可能性のあるその他の者の出訴権能を否認することはできない」⁷⁰という言明がなされることになる。また、シュミット・アスマンにとっての保護規範論を、「法規の主観法的内容を解明する、方法と規則の範型の総称である」と解する限り、そこでの「保護規範」は、あくまでも「客観化された規範目的・規範構造・それを囲む規範構成」を意味することとなり、旧保護規範論より格段に広範な「保護規範」が検討対象となり、その限りで利益保護可能性は飛躍的に拡大する可能性、つまり原告適格は飛躍的に拡大することになる。もちろん、保護規範論である限り、その規範的端緒に基づき、「法律の立法者の形成の自由と法律の優越とを、司法の侵害から保全する」側面も否定できないのは当然である。これは司法と立法の役割にも関わる問題であるが、司法を規範から切り離れた個別事例の司法ではなく、あくまでも保護規範論と結びついた個別規範による司法を重視する考え方が、ここでは読み取れる。

ドイツでシュミット・アスマンに師事した東京大学教授・山本隆司によれば、シュミット・アスマンの新保護規範論・基本権論は、以下のように要約される。すなわち、「自己責任」を伴う「権利」「人格性」「個人性」は、「制度」「役割・利益の多重的交錯」、「集团的・団体的生活形態」の存在ゆえにその対重として、保障せねばならない。人格性・個人性の核を保護するのは、基本権の任務である。基本権は利益ごとに保護されるので、利益の要保護性の評価を起点として解釈できる（「基本権の規範外的効果」）。他方、社会生活において輻輳し衝突する諸利益を、相互に調整して「形をつける」には、一次的には立法者の任務である。利益調整は通常、客観的制度・秩序の形成によって行政領域ごとになされる。しかしここから、「方法と規則の範型」を用いて「多重的にコードされた権利」を読み解くという、いわば立法者と逆回転の作業をするのは、「法学的解釈学説の任務」である（「保護規範論」の任務）。解読の鍵は、「客観化された規範目的・規範構造・それを囲む規範構成」を諸利益と衡量することにより、諸利益の相互関係（の複合）として表現し（「基本権の規範内効果」）、個人（的利益）の位置を同定し差異化することにある。客観的法秩序から主観的権利を導出する「解釈」作業において、法律の文言・立法者の意思は、通常法律解釈の場合と同様、一つの考慮要素となる。権利の範囲を広げる立法者の権能は一義的に認められる。しかし、権利の範囲を狭める立法者の権能は、「憲法適合的解釈」によって制約される⁷¹。

このように、新保護規範論は、「基本権の規範外部的効果」および「基本権の規範内部的効果」（このような効果は、一般に基本権の「放射的効力」といわれる）を駆使し、基本権援用を可能にする方法論であり、基本法その他の「客観法」から、直接、「主観法」を法学的解釈によって導き出すものである。新保護規範論には、原告適格の範囲を飛躍的に拡大することが期待されるゆえんである。

3) ドイツの自治体の原告適格論の小括

以上、新保護規範論の登場と展開によって、少なくともドイツの憲法・行政法学説においては、原告適格の拡大論が通説化していることが確認できた。そこで、あらためて、かかる新保護規範論・基本権論に基づく原告適格の拡大論を踏まえて、自治体の原告適格についての小括をしておきたい。

自治体の自治権の一層の保護を考えると、地方自治の制度的保障論にまで遡った議論が不可欠となることは自明である。しかし、C.シュミット以来の伝統的な制度的保障論の限界はつとに指摘されるところであるが、K.シュテルンの制度的保障説（制度的法主体保障、客観的法制度保障および主観的法地位保障）による「新展開」や、ラシュテーデ裁判の「修正」を経てもなお、その限界は克服を見てこなかった。そこで、M.ケントナー（現在、連邦行政裁判所裁判官）は、とくに制度的保障の中身を立法裁量に委ねてしまう理論的欠陥そのものを克服するため、基本法が定める自治体の自治権を「憲法によって直接保障された主観法的地位」と解することで、裁判をとおして法律による自治権侵害から自治体の保護を図るといった、いわば自治権＝「憲法によって直接保障された権利」保護アプローチ⁷²といえる解釈論を展開する。そこで重要なのは、憲法によって保障される法的地位は、個人

の自由領域の保護だけでなく、憲法によって与えられるその他の権限領域の保護にも資すると考えられていることであり、そのような権限領域の保護、代表的には自治体の自治権の保護が、個人の基本権保護の場合との共通の目的、すなわち、自治体と国家との距離を確保し、国家の権力を制限するといった目的を達成するということにある。つまり、国家と市民との関係以外においても、たとえ立法者であっても基本決定として尊重せざるをえない法的地位を憲法が直接保障すると解することで、そのような地位に対する侵害の違憲性を明らかにし、一層の権利保護可能性を高める趣旨と解される⁷³。このようなケントナーの議論が、どこまで新保護規範論のごとき「公権」論と結びついているかは、今後のさらなる厳密な検討を必要とするが、自治権を単なる制度的保障として画餅に終わらせず、憲法が直接保障する主観法的地位を認め、自治権の実効的な裁判的救済にかからしめる方向性には共通の志向が認められるとあってよい。

たしかにドイツの歴史を振り返るとき、いわゆる公権論は、国家組織・機関相互間の関係を規律するものではなく、もっぱ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、この二分論は、もはや克服されたと考えてよかろう。自治体が、基本法第 28 条第 2 項第 1 文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法 (Kompetenzrecht) を裁判でもって防衛できることについては、すでに広く合意があるところである。行政裁判は、市民だけではなく、自治体にも (あるいはその他の公法上の法人にも)、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のである。実際、すでに見たように、自治体の自治権侵害は、たとえば計画高権や自己形成権におけるように、行政裁判における原告適格の承認を獲得してきたところである⁷⁴。その意味で、自治体の自治権は、事実上、すでに主観法的地位 (権利) を与えられてきたとあってよい。自治体に対する地域共同体の事項についての意思決定権限の保障は、同時に住民の自由領域の保障をも意味する。まさに自治体と住民の双方で、国家の侵害から自己の自由領域を守ることが保障されているのである。ここで、自治体の自治権を主観法的地位 (権利) として表現するかどうかは、決定的な問題ではない。重要なのは、かかる法的地位を防御するための効果的な手続方法が存在するかどうかである。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。手続法的・訴訟法的権利救済が保障されないとことの実体的権利保障が無意味であるという考え方からすれば、いずれにしても、異なる法主体・権利義務主体としての国と自治体との間には「外部法律関係」性が認められ、司法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あってよい。

2. 日本における原告適格論

(1) 被告・国における原告適格論

被告・国は、「原告適格は、当該処分を定めた根拠法規が、不特定多数者の具体的利益を専ら一般的公衆の中に吸収解消されるにとどまらず、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認められるべきである。いずれであるかは当該根拠法規の解釈による。」と主張する。このような原告適格論からすれば、改正前後の原子炉等規制法の解釈からして、たとえば平成 24 年改正前の原子炉等規制法第 24 条第 1 項第 3 号および第 4 号の規制は、抽象的であり、その文言から原子炉施設周辺の普通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しているとはとうていいえない、とうことになる。日本の判例および通説的学説を踏まえた典型的な原告適格論であるということになるだろう。そこで、以下では、この主張の可否を検討するためにも、まず日本の最近の判例および学説における原告適格論を簡単に整理しておきたい。

(2) 最近の判例における原告適格論

1) 2004 年行政事件訴訟改正前の判例動向⁷⁵

判例は、原告適格について、一貫して、いわゆる「法律上保護された利益説」を採用。すでに最判昭

和 37 年 1 月 19 日（民集 16 卷 1 号 57 頁）において、公衆浴場法の定める許可制度にかかわり、同法第 2 条の距離制限規定を根拠に、反射的利益と区別される「公衆浴場法によって保護せられる法的利益」（「法律上保護された利益」として、既存の浴場業者の営業上の利益を認めている。ただ、この段階ではまだ定式化されていなかった「法律上保護された利益」は、**最判昭和 53 年 3 月 14 日（民集 32 卷 2 号 211 頁）**において、「行政法規が私人等権利主体の個人的利益を保護することを目的として行政権の行使に制約を課していることにより保障されている利益であつて、それは、行政法規が他の目的、特に公益の実現を目的として行政権の行使に制約を課している結果たまたま一定の者が受けることとなる反射的利益とは区別されるべきものである」と定義されることになる。このように判例において定着化する「法律上保護された利益」説の要点は、個別的利益と公益との厳格な峻別にあり、個別的利益のみが「法律上保護された利益」の範疇であるということにあった。

しかし、**最判昭和 57 年 9 月 9 日（民集 36 卷 9 号 1679 頁）**では、一見して公益とされるものの中にも、法律が「一般的公益の中に吸収解消せしめるにとどめず、これと並んで、それらの利益の全部又は一部につき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」ともより可能であつて、特定の法律の規定がこのような趣旨を含むものと解されるときは、右法律の規定に違反してされた行政庁の処分に対し、これらの利益を害されたとする個々人においてその処分の取消しを訴求する原告適格を有するものと解することに、なんら妨げはない」とも述べ（**最判平成元年 2 月 17 日（民集 43 卷 2 号 56 頁）**も同様）、最高裁の原告適格論には拡大の兆しがみられるが、一般的公益の中に吸収解消可能なものとそうでないものの峻別という困難な課題が深刻化する。

また、**最判昭和 60 年 12 月 17 日（判例時報 1179 号 56 頁）**は、上記の「法律上保護された利益」説を踏襲しながらも、そこで「行政法規による行政権の行使の制約とは、明文の規定による制約に限られるものではなく、直接明文の規定はなくとも、法律の合理的解釈により当然に導かれる制約を含むものである。」と述べる。これは、処分の根拠法規だけではなく、当該処分の根拠法規を含む法律の趣旨・目的などの合理的解釈から原告適格を導く可能性を示唆するものである。この点、**最判平成 4 年 9 月 22 日（民集 46 卷 6 号 571 頁）**は、「当該行政法規が、不特定多数者の具体的利益をそれが帰属する個々人の個別的利益としても保護すべきものとする趣旨を含むか否かは、当該行政法規の趣旨・目的、当該行政法規が当該処分を通して保護しようとしている利益の内容・性質等を考慮して判断すべきである。」と明言に至る。さらに、前掲**最判平成元年 2 月 17 日**は、「当該行政法規が、不特定多数者の具体的利益をそれが帰属する個々人の個別的利益としても保護すべきものとする趣旨を含むか否かは、当該行政法規及びそれと目的を共通する関連法規の関係規定によつて形成される法体系の中において、当該処分の根拠規定が、当該処分を通して右のような個々人の個別的利益をも保護すべきものとして位置付けられているとみることができるかどうかによつて決すべきである」と判決するに至り、ここにきて、処分の根拠法規の文言解釈だけではなく、処分の根拠法規を含む法律の趣旨・目的、あるいはこの処分の根拠法規と目的を共通する関連法規の関係規定によつて形成される法体系の解釈によつて原告適格が導かれることになり、最高裁の原告適格の緩和・拡大傾向が顕著となる。このことが 2004 年行政事件訴訟改正に繋がったことは明白である。

2) 2004 年行政事件訴訟法改正後の判例動向

① 最判平成 17 年 12 月 7 日（民集 59 卷 10 号 2645 頁、小田急高架化訴訟）

改正後の判例動向を知るには、さしあたり「改正行政事件訴訟法施行状況検証研究会」（<http://www.shojihomu.or.jp/gyoso.html>）の第 3 回・第 4 回会議の議事録と資料が有意義であるが、ここでは行訴法 9 条 2 項の模範答案とでもいえる**最判平成 17 年 12 月 7 日（民集 59 卷 10 号 2645 頁）**を挙げておきたい。

まずは、「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。」

という従来からの定式が示される。

次に、「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」といった行訴法 9 条 2 項の条文どおりの第三者の原告適格の判断基準が示される。

このような一般的定式に従って、鉄道事業認可の取消にかかる原告適格について、まずは都市の健全な発展と秩序ある整備を図り、もって国土の均衡ある発展と公共の福祉の増進に寄与するといった都市計画法の目的と、健康で文化的な都市生活を確保すべきといった都市計画の基本理念が確認され、これを踏まえた同法の個別規定の仕組みの検討だけではなく、公害防止計画が定められているときは都市計画がこれに適合したものでなければならぬとする同法 13 条 1 項柱書きを手掛かりに、この公害防止計画の根拠法令である公害対策基本法に検討が及び、同法の目的、公害防止計画にかかる知事の権限等が仔細に検討され、公害防止計画に関するこれらの規定は、相当範囲にわたる騒音、振動等により健康または生活環境にかかる著しい被害が発生するおそれのある地域について、その発生を防止するために総合的な施策を講ずることを趣旨・目的とするものと解し、都市計画の決定または変更は、公害防止計画に関する公害対策基本法の規定の趣旨および目的を踏まえて行われるべきであると結論する。さらに、東京都環境影響評価条例の趣旨・目的についても、都市計画の決定または変更に際し、環境影響評価等の手続を通じて公害の防止等に適正な配慮が図られるようにすることも含まれるものとも解されている。

そして、周辺住民との関係では、「都市計画事業の認可に関する同法の規定は、事業に伴う騒音、振動等によって、事業地の周辺地域に居住する住民に健康又は生活環境の被害が発生することを防止し、もって健康で文化的な都市生活を確保し、良好な生活環境を保全することも、その趣旨及び目的とするものと解される」と述べ、「都市計画法又はその関係法令に違反した違法な都市計画の決定又は変更を基礎として都市計画事業の認可がされた場合に、そのような事業に起因する騒音、振動等による被害を直接的に受けるのは、事業地の周辺の一定範囲の地域に居住する住民に限られ、その被害の程度は、居住地が事業地に接近するにつれて増大するものと考えられる」として、その結果、都市計画法は、都市の健全な発展と秩序ある整備を図るなどの公益的見地から都市計画施設の整備に関する事業を規制するとともに、騒音、振動等によって健康または生活環境に係る著しい被害を直接的に受けるおそれのある個々の住民に対して、そのような被害を受けないという利益を個々人の個別的利益としても保護すべきものとする趣旨を含むと解するのが相当であり、都市計画事業の事業地の周辺に居住する住民のうち当該事業が実施されることにより騒音、振動等による健康または生活環境にかかる著しい被害を直接的に受けるおそれのある者は、当該事業の認可の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者として、その取消訴訟における原告適格を有するものといわなければならないとしている。

②最判平成 21 年 10 月 15 日(民集 63 卷 8 号 1711 頁、大阪サテライト訴訟)

一方、最判平成 21 年 10 月 15 日(民集 63 卷 8 号 1711 頁)は、原告適格の一般論については、上記最判平成 17 年 12 月 7 日とまったく同様であるが、原告適格の個別判断は、極めて対照的にみえる。

両者の判断の違いは、「一般的に、場外施設が設置、運営された場合に周辺住民等が被る可能性のある被害は、交通、風紀、教育など広い意味での生活環境の悪化であって、その設置、運営により、直ちに周辺住民等の生命、身体の安全や健康が脅かされたり、その財産に著しい被害が生じたりすることまでは想定し難いところである。そして、このような生活環境に関する利益は、基本的には公益に属する利益というべきであって、法令に手掛りとなることが明らかな規定がないにもかかわらず、当然に、法が周辺住民等において上記のような被害を受けないという利益を個々人の個別的利益としても保護する趣旨を含むと解するのは困難といわざるを得ない。」という被侵害利益の性質に関するそもそもの基本認識にありそうである。

より具体的には、自転車競技法が定める場外施設の設置許可申請にかかる自転車競技法施行規則(経

済産業省令)が定める「位置基準」は、「場外施設が医療施設等から相当の距離を有し、当該場外施設において車券の発売等の営業が行われた場合に文教上又は保健衛生上著しい支障を来すおそれがないことを、その設置許可要件の一つとして定めるものである」が、この「支障は、基本的には、その周辺に所在する医療施設等を利用する児童、生徒、患者等の不特定多数者に生じ得るものであって、かつ、それらの支障を除去することは、心身共に健康な青少年の育成や公衆衛生の向上及び増進といった公益的な理念ないし要請と強くかかわるものである」などとし、法および規則が位置基準によって保護しようとしているのは、第一次的には「不特定多数者の利益」であり、「性質上、一般的公益に属する利益であって、原告適格を基礎付けるには足りないものである」。「したがって、場外施設の周辺において居住し又は事業(医療施設等に係る事業を除く。)を営むにすぎない者や、医療施設等の利用者は、位置基準を根拠として場外施設の設置許可の取消しを求める原告適格を有しないものと解される。」とする。

ただし、「位置基準」、「そのような環境の変化によって周辺の医療施設等の開設者が被る文教又は保健衛生にかかわる業務上の支障について、特に国民の生活に及ぼす影響が大きいものとして、その支障が著しいものである場合に当該場外施設の設置を禁止し当該医療施設等の開設者の行う業務を保護する趣旨をも含む規定であると解することができる」として、このような「著しい支障が生ずるおそれが具体的に認められる場合には、当該場外施設の設置許可が違法とされることもありうること」から、「業務上の支障が具体的に生ずるおそれのある医療施設等の開設者において、健全で静穏な環境の下で円滑に業務を行うことのできる利益を、個々の開設者の個別的利益として保護する趣旨をも含む規定であるというべきであるから、当該場外施設の設置、運営に伴い著しい業務上の支障が生ずるおそれがあると位置的に認められる区域に医療施設等を開設する者は、位置基準を根拠として当該場外施設の設置許可の取消しを求める原告適格を有するものと解される。」ともする。

ただ、「このような見地から、当該医療施設等の開設者が上記の原告適格を有するか否かを判断するに当たっては、当該場外施設が設置、運営された場合にその規模、周辺の交通等の地理的状況等から合理的に予測される来場者の流れや滞留の状況等を考慮して、当該医療施設等が上記のような区域に所在しているか否かを、当該場外施設と当該医療施設等との距離や位置関係を中心として社会通念に照らし合理的に判断すべきものと解するのが相当である」として、原審のような敷地の周辺から1000m以内の地域にある医療施設等の原告適格を一律に承認するといった考え方は採らなかった。

他方、「周辺環境調和基準」は、設置許可要件の一つを定めるものであるが、良好な風俗環境を一般的に保護し、都市環境の悪化を防止するという公益的見地に立脚した規定と解され、一般的公益を保護する見地からする規制というべきであるとして、そこから、場外施設の周辺に居住する者等の具体的利益を個々人の個別的利益として保護する趣旨を読み取ることは困難といわざるを得ないとしている。

(3) 最近の学説における原告適格論

これに対して学説は、2004年行訴法改正により同法第9条第2項が新設され、最高裁がこれに忠実に原告適格の判断枠組みを具体的に適用してみせ、都市計画事業地の周辺住民の健康および生活環境を重視し、これを個別的利益として保護する趣旨と解して原告適格を認め、従前の判例(最判平成11年11月25日)を変更する原告適格拡大の柔軟な解釈姿勢をみせたことには、おおむね好意的である。ただ、なおも「厳格な法律上保護された利益説」を採るかにみえる最判平21年10月15日などに対しては、厳しい批判が寄せられている⁷⁶。この点、現役裁判官杉浦一輝が、最高裁は一般周辺住民の原告適格の承認には慎重であるとしつつも、「周辺環境(住民)に配慮する規定の有無」、「侵害される利益の大きさ」次第では、一定範囲の一般住民の原告適格を認める余地があることを示唆し、「特定範囲に多大な被害を与え得る施設であれば、著しい被害を受ける一定範囲の住民は、一般的公益に解消され難い利益を侵害されると考えやすく、周辺環境(住民)への配慮規定を個別的利益の保護をも目的としていると解釈しやすくなる」と述べていることには注目しておきたい⁷⁷。

①「生活環境に関する利益」にかかる原告適格

ただ、この杉浦にしても、「深刻な健康被害を一定範囲に無差別に発生させる(おそれのある)施設

(たとえば原発、空港、鉄道、産業廃棄物処理施設等)については、小田急判決で根拠になった程度の周辺環境配慮規定があれば、一定の範囲の周辺住民の原告適格は認められやすいが、単なる嫌忌施設(墓地、火葬場等)については、心理的影響を超えた具体的な健康被害等を想定した規定がない限り、「個別的利益を保護しているとの趣旨を見出すことは困難」としているように、いわゆる「生活環境に関する利益」にかかる原告適格についての見解は分かれている。

実際、最判平成10年12月17日判決(民集52巻9号1821頁)は、「風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律」(以下、「風営法」)の目的規定から、風俗営業の許可制度が個々人の個別的利益を保護する趣旨を読み取ることができず、風俗営業の許可基準を定める風営法第4条第2項第2号の規定は、良好な風俗環境の保全という公益的な見地から風俗営業の制限地域の指定を行うことを予定しているものであり、当該営業制限地域の居住者個々人の個別的利益をも保護することを目的としているものとは解し難い。また、風俗営業の制限地域について定める風営法施行令第6条第1号口および2号の規定は、当該特定の施設の設置者の有する個別的利益を特に保護しようとするものであり、当該施設につき善良で静穏な環境の下で円滑に業務をするという利益をも保護していると解すべきであるとするが、特定の個別的利益の保護を図ることをうかがわせる文言は見当たらないとして、医療施設等の設置者を除いた一般周辺住民の原告適格は否定されることとなっている。行訴法改正後、いまだにこの点についての最高裁判決はない。

一方、「生活環境に関する利益」を公益であると一蹴するかにみえる上記最判平成21年10月15日の控訴審である大阪高判平成20年3月6日(判例時報2019号17頁)は、自転車競技法上の許可を施設設置の可能な地位の新たな付与、すなわち講学上の「設権行為」ととらえたうえで、自転車競技法施行規則、通達および告示の解釈を総動員して、同施設が「善良な風俗に悪影響を及ぼすおそれがあることを防止し」、「生活環境に悪影響を及ぼすことを防止し」、「もって良好な生活環境を保全することも、その趣旨及び目的」に含まれると判断した。法律、同施行規則、告示および通達が、違法な施設に起因する周辺住民の「健康や生活環境に係る著しい被害を受けないという具体的利益」の保護を、その趣旨・目的としており、その被害の内容、性質、程度等に照らせば、この具体的利益は、一般的公益の中に吸収解消させることが困難なもの、すなわち個別的利益として、医療施設等設置者に限定せずに、1000m以内という広範囲の施設周辺住民に原告適格を認めたのである。この判決について、たとえば大橋洋一は、自転車競技法自体が許可の具体的基準を定めていないことから、いわゆる「下位法令により法律の処分要件具体化」が問題となり、その分「どこまで下位法令を法律解釈に読み込むかが問われている」⁷⁸との指摘をしている。また、東京都環境影響評価条例を「目的を共通にする関連法令」として位置づけて原告適格を論じた上記最判平成17年12月7日に対しても、同条例は処分要件に直接かかわるものではなく、処分の根拠法規の趣旨を間接的に「推認」させるにとどまるという趣旨の指摘もある⁷⁹。

原告適格の拡大は、「国民の権利の実効的救済」の第一歩として歓迎されるべきであるが、ここには、たとえ「法律上保護された利益説＝処分要件説＝保護規範論」を採るにしても、法律自身が処分要件をまったく定めず、基準設定そのものを「下位法令」や条例にすべて委ねているようにしかみえない場合における原告適格論の問題がありそうである。

②「法律上保護された利益説」における「保護された利益」の憲法的解釈

最判平成10年12月17日判決について、「委任立法が独自に原告適格を拡大することを認めたものとして注目に値する」⁸⁰といった評価があり、実際に、原告適格にかかる何らかの制定法の根拠がなければ、護られるべき法律上の利益がないかのような解釈が通説的であり、かかる制定法の根拠は、関係法令としての省令、通達、告示(法規命令や行政規則といった行政準則)、そして条例・規則など、およそあらゆる種類の「特別の手掛かり」になる規定の模索が試みられているのが現状である。

一般に「法律上保護された利益説」に対して、「法治国家である以上、根拠法律で保護されているかどうか争点としても、個別的具体的な保護要件が必要なのか」。「当該法律の要件法規の文言にこだわる制定法準拠主義なる論法でなく、憲法の実体権と裁判を受ける権利を根拠とすべきではないか」という厳しい批判がある⁸¹。この解釈からすれば、法やその下位の位置基準、環境調和基準だけを念頭に置き、憲法に言及しないのは、いわば「下剋上の解釈」とでもいうべきものであり、「下位法令が上位の原告適格の有無を左右する不合理が生ずる。原告適格は、法律が不備なら上位の憲法を根拠と

すべきある」と批判され、さらに、公益と個々人の個別的利益の峻別論は行訴法第9条第2項の「考慮事項」規定にも反するとして、「生活環境に関する利益」が基本的に公益に属する利益で、個々人の個別的利益として保護されてはいないという議論も批判の対象となる。そもそも「生活環境に関する利益」と個々人の個別的利益には程度の差があるだけで、「一般的公益に吸収されるかどうかの判断は、至難であるどころか、そもそもできるはずがない」とも断言する⁸²。

「学説においても、解釈学が精緻になればなるほど、権利救済を妨害していることに気付くべきである」とするこのような批判に耳を傾け、かつ、「下剋上の解釈」を克服し、いわば原告適格に係る憲法的解釈の途を探ろうとするとき、さしあたり藤田宙靖の「リスクからの保護義務」論（「リスク回避請求権」論）が想起される。かねてより最高裁の「論理のアクロバット」については批判的に言及してきているが⁸³、「法律上保護された利益説」を維持するとしても、「処分の根拠規範上明確な第三者の保護意図が読み取れないようなケースにおいては、憲法上の基本権の直接適用が可能である」⁸⁴と述べるとき、そして行政庁の「リスクからの回避義務」、あるいは第三者からしてみれば、「行政庁による保護を求める第三者の権利」の承認が可能であるとするならば、第三者の法的利益の侵害についても法律の要件規定が欠如することになれば、それはむしろ第三者の原告適格の否定理由ではなく、当該処分の違法を意味すると述べるとき、原告適格に係る憲法的解釈のもう一つの可能性として、「リスクからの保護義務」論に期待できるように思われる。

藤田の「憲法に基礎を置く行政法ドグマティック」を基礎に、原告適格にかかわって憲法的視点を明瞭にしているのが神橋一彦である。神橋は、たとえば周辺住民の利益について、処分の根拠法規ごとに細分化し具体の保護利益を判断するといった手法そのものにも違和感をもっているようであるが、なにより「財産」と区別されて「生命、身体安全等」が、いわば「かけがえのないもの」として特別の取扱いを受け、これが侵害されたときには当然のように原告適格が認められることの意味を問っている。最高裁判例の中にみられる「かけがえのないもの」といったかたちで、主観的な価値判断が行訴法9条2項の原告適格の解釈に入り込むことを拒絶し、憲法的価値を含めた国民の実効的権利救済の充実といった行訴法改正趣旨に適合的な「基本権保護」の法的論理への志向が明瞭である。「《生命、身体等の安全等》が、その利益の内容及び性質に照らして一般的公益に吸収解消されないのは、憲法13条（個人主義）からくる当然の要請として解すべきである」との言明がすべてを語っているように思われる⁸⁵。

3. 自治体の原告適格についての検討

(1) 最高裁の保護規範論に基づく原告適格論の精緻化＝ガラパコス化

さて、彼我の原告適格論をみてきたが、ドイツの原告適格論の理論動向に比して、日本の原告適格論、とくに最高裁のそれは保護規範論の精緻化といえはいいが、率直なところ、ドイツで生成・発展した保護規範論が、日本において「ガラパコス化」しているといつてよい。阿部泰隆の「下剋上の解釈」論も、藤田宙靖の「論理のアクロバット」論も、この最高裁の理論状況に対する厳しい批判と受け止めなければならない。この点、いまだ未完であるが、藤田の「リスクからの保護義務」論あるいは「リスク回避請求権」論は、「法律上保護された利益説」を維持するとしても、「処分の根拠規範上明確な第三者の保護意図が読み取れないようなケースにおいては、憲法上の基本権の直接適用が可能である」といったかたちで、ドイツの新保護規範論も踏まえた理性的な理論展開にみえる。

原告・函館市も被告・国も、現実の行政裁判である限り、「ガラパコス化」した保護規範論の枠内での原告適格論を展開しなければならないのは理解できるが、日本の保護規範論の母国であるドイツの新しい保護規範論に活路を見出すべきである。そして、自治体の自治権の実効的保護・救済のために、もう少し柔軟なかたちでの原告適格論を採用すべきである。

(2) 自治体の財産権侵害の原告適格の可能性

被告・国は、改正前原子炉等規制法第 24 条第 1 項第 3 号および第 4 号の規定ぶりが抽象的であり、その文言から原子炉施設周辺の普通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しているとはいえないと主張している。また、被害利益の内容および性質ならびに被害利益の態様および程度を勘案すべきとする行訴法第 9 条第 2 項の関係では、原子炉等規制法によって保護される法律上の利益は、「周辺に居住する住民の生命、身体の安全及びこれによって言い尽くせない人的利益」に限られ、そもそも個別的利益としての財産権保護を否定しており、したがって、原発事故が起きたとき、周辺住民の生命身体の安全等は考慮されるべき利益であるが、財産権の要保護性は低く、金銭的補償で償えるとしている。

たしかに、ドイツにおいても、連邦憲法裁判所 1982 年 7 月 8 日決定 (BVerfG, Beschluss vom 08.07.1982, BVerfGE 61, 82-118, いわゆる「Sasbach 決定」) では、「市町村は、たしかに基本法第 14 条第 1 項の定める基本権の保有者ではなく、—財産権の主体 (Fiskus (国庫) として) として土地所有権の処分ができるというだけであっても—公権力の一部である。しかしながら、基本権保護がないからと言って、市町村の土地所有権が土地収用の対象とはなりえないという結論が出てくるわけではない。」と述べられており、自治体には基本権としての財産権は否定されている。しかし、だからといって法律上の財産権主体性が否定されるわけではない。ただ、19 世紀の国家論が、国家の無答責のドグマから、私法的権利主体としての国家が通常裁判所に訴えられるという結論を導くために、公権力 (上下関係・支配服従関係) の主体としての国家から区別して Fiskus の概念を導いたことの影響で、財産権の主体としての国家活動もまた公権力の行使主体の活動範囲内で位置づけられているところに特徴がある。自治体の財産権は、それが自治体の事務の対象であり基礎である限り、基本法第 28 条第 2 項に基づく地方自治保障の範囲内で憲法上保護されている。このため、あえて基本権保護の必要もないという逆説も可能といえようが⁸⁶、逆に、基本法第 28 条第 2 項に基づく自治権保障は厳格に遵守されなければならないならず、基本権に対する「基本権保護義務」に相当する「自治権保護義務」とでもいべき国の義務が発生する。藤田のいうところの「リスクからの保護義務」論が、個人の基本権だけでなく、自治体の自治権にも妥当すると考えるのである。

したがって、自治体が財産権の主体として、原子炉等規制法などの規定を根拠に財産権保護を訴えることは当然の事柄に属し、さらに、直接、憲法第 92 条以下の自治権保障に基づく訴訟も可能であると考えられる。改正前後の原子炉等規制法の規定ぶりにこだわった保護規範論的解釈を施すことで、そもそも財産権の保護は原子炉等規制法の埒外にあるとか、あるいは保護の必要性はあっても、財産権の要保護性は低いなどという議論は、自治体はともかく、原発立地周辺住民が聞けばとうてい許される解釈でないであろう。

(3) 公の施設の管理者としての原告適格の可能性

自治体の計画高権や自己形成権が侵害されたことを理由にした原告適格については、すでにその可能性について検討した。それでは、自治体が管理する公の施設である幼稚園、墓地、病院、学校等の機能が障害を受ける場合はどうであろうか。自治体の事務処理が、たとえば国や広域の計画確定によって妨害される際、自治体は、自治体の施設の利用者のために、住民の命や健康を侵害する危険を防御する義務を有しているとして、一般的な危険防除法に基づき主張することができるであろうか。公の施設の利用者に対する自治体の法的義務からして、たとえば能動的な危険防除や騒音防止といった法的請求権を、このような計画確定に対して有すると結論できるのであるであろうか。もし自治体が、自己の公の施設の管理運営を維持するために、能動的な危険防除や騒音防止の請求権を自己のために主張することができないならば、自治体に保障された自治権は何らの価値もないことになりそうである。そのような権利について訴えの提起が可能であることで、そして、能動的な危険防除請求権や騒音防止請求権を保障されることによって、また計画確定決定の阻止が可能になることによって始めて、自治体の法的地位は十分に価値あるものといえることができるのではないだろうか。

公の施設の設備に関する管理運営にあたって、いかなる範囲においても、国や広域的な計画との衡量原則のもとにおかれた計画的な自治体の意思決定が問題となる。自治体には、この関連においても、包括的な衡量原則のコントロール権能が付与されるべきであろう。具体的には、以下のような具体的

な問題が直ちに想定可能である。

①原告・函館市は、大間原発の原発施設からおおむね 30 kmの範囲内にあり、緊急時防護措置準備区域（Urgent Protective action planning Zone,略称 UPZ）の中にある。防災計画を作る必要が当然生じる。もし大間原発がなければ、余計な手間暇をかける必要もなく、行政経費削減が可能になるところ、防災計画を作るためのコストの損失は生じ、さらに、多くの公の施設の管理運営に支障が生じよう。このように、放射能汚染に直接関係する「個別・具体の自治体固有の利益」は、原告適格承認の考慮事項になる。

②水道法第 2 条の水源の清潔保持義務～水道法第 2 条は、「国及び地方公共団体は、水道が国民の日常生活に直結し、その健康を守るために欠くことのできないものであり、かつ、水が貴重な資源であることにかんがみ、水源及び水道施設並びにこれらの周辺の清潔保持並びに水の適正かつ合理的な使用に関し必要な施策を講じなければならない。」と定めるところであるが、かかる清潔保護義務が履行できなくなり、公の施設の管理運営に直ちに支障が生じる。

また、同法第 2 条の 2 には、「計画的整備」の策定義務も地方公共団体にあるが、計画高権・自己形成権の問題も生じるのではないか。

③廃棄物処理法第 4 条は、「市町村は、その区域内における一般廃棄物の減量に関し住民の自主的な活動の促進を図り、及び一般廃棄物の適正な処理に必要な措置を講ずるよう努めるとともに、一般廃棄物の処理に関する事業の実施に当たっては、職員の資質の向上、施設の整備及び作業方法の改善を図る等その能率的な運営に努めなければならない。」と定めており、市町村は、一般廃棄物の処理責任を負わされているが、放射能汚染された廃棄物処理の問題が生じることは、福島原発事故をみても、容易に推定可能である。

また、同法第 6 条には「一般廃棄物処理計画」の策定義務も地方公共団体にあり、計画高権・自己形成権にかかる問題も生じる。

④様々な都市計画についても、もし住民が居住不可能となれば、直ちに都市計画上の計画変更が必要になる。

⑤公害関係法律や、河川法などには、市町村長の意見具申権があるが、放射能汚染による意見内容の変更もありうる。これも個別具体的な自治体固有の利益と言える。

⑥そもそも地方自治法第 1 条の 2 は、「地方公共団体は、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広く担うものとする。」とあり、「住民の福祉の増進を図る」ために、市町村は様々な条例を制定し、施策を行っている。もしこれが不可能になれば、原告・函館市も、すでに環境基本条例に基づき環境基本計画を定めているが、この実現が不可能になる。「住民の福祉の増進」そのものは一般的公益に属する事柄であるかもしれないが、この「住民の福祉の増進」を図るために与えられている事務や権限を行使することは、自治体の個別的な具体的な固有の利益と言える。

①～⑥の事例は、ほんの一例にすぎず、公の施設の設置・管理運営には、自治体の固有の利益と言えるものがたくさん存在する。公の施設の管理者としての原告適格の可能性は十分に開かれている。この点、ドイツでも、自治体が、一般的な環境保護や騒音保護の擁護者として、直ちに原告適格が認められているわけではない。しかし、自治体は公益擁護者として、たとえ住民の利益にかかる直接的な主張は無理にしても、当該自治体の住民の命や健康に対する侵害の危険にかかる一般的な危険防除範囲内においてならば、州法に基づき、自己の危険防除にかかる一般的義務の限りで、固有の利益の侵害を主張できるようである⁸⁷。

（４）自治体の原告適格についての小括

ドイツでは、計画高権であれ、自己形成権であれ、自治体に「十分に具体化された計画」が存在し、それが「あとあとまで影響が残るほどの侵害を被る」可能性があることを主張すれば、当然に原告適格が認められることになる。換言すれば、「重大な直接的侵害を被る」可能性を実証すれば、原告適格は確実に認められる。この点、原告・函館市が主張する「存立維持権」の侵害にかかる原告適格問題は、ドイツにおける計画高権および自己形成権にかかる原告適格論と比較可能である。つまり、原告・

函館市が「存立維持権」侵害の主張に基づいて原告適格を得るためには、原告・函館市に「十分に具体化された計画」が現存し、それが大間原発の設置・稼働によって「あとあとまで影響が残るほどの侵害を被る」可能性があることが必要であり、また、「重大な直接的侵害を被る」ことの可能性を実証する必要があることになる。また、公の施設の管理運営者としての原告・函館市には、市の公の施設の管理運営にかかる直接的個別的侵害を具体的に実証すれば、やはり原告適格承認の可能性はあるだろう。原告・函館市が、かかる可能性を丁寧に実証すれば、その法律上の利益を「存立維持権」の侵害と呼ぼうが、計画高権あるいは自己形成権の侵害と呼ぼうがさして大きな問題ではない。実際的な侵害の有無の問題は、訴訟要件の問題ではなく、本案の問題である。

おわりに～行政主体間訴訟における「法律上の争訟」と原告適格についての結論

(1) 被告・国は、憲法が保障する「地方自治権」を主観的な権利利益ではなく一般的公益としての制度的保障に過ぎないとの解釈に基づき、原告・函館市が主張する自治体の「存立維持権」をこれと同視して、これに対する侵害の訴えを「法律上の争訟」にあたらぬとするが、ドイツと日本の制度的保障説にかかる議論を整理検討の結果、当該主張には何らの法的根拠もない。自治権保障が制度的保障であるか否かは、「法律上の争訟」の該当性と異なるレベルの問題である。

(2) 被告・国は、「当該処分を定めた根拠法規が、不特定多数者の具体的利益を専ら一般的公衆の中に吸収解消されるにとどまらず、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認められるべきである。いずれであるかは当該根拠法規の解釈による。」などと主張し、法律自身が処分要件をまったく定めず、基準設定そのものを「下位法令」や条例に多くを委ねているようにしかみえない場合、「法律上保護された利益説＝処分要件説＝保護規範論」を採り、原告適格にかかる何らかの制定法の根拠がなければ、護られるべき法律上の利益がないかのような主張をするが、実際には、かかる制定法の根拠は、もっぱら関係法令としての省令、通達、告示（法規命令や行政規則といった行政準則）、そして条例・規則など、およそあらゆる種類の「特別の手掛かり」になる規定の模索が試みられているのが現状であり、いわゆる《下剋上解釈》になりがちである。

しかし、保護規範論の母国であるドイツの原告適格にかかる議論状況に鑑みるならば、下位法令が上位の原告適格の有無を左右する不合理が生ずるがごとき原告適格論は採用できない。むしろ原告適格は、もし法律が不備ならば、上位の憲法を根拠とすべきであろう。すなわち、たとえ「法律上保護された利益説」を維持するとしても、「処分の根拠規範上明確な第三者の保護意図が読み取れないようなケースにおいては、憲法上の基本権の直接適用が可能である」と考えるべきである。

(3) 憲法解釈において、自治体の自治権保障は、たしかに個人の基本権保障と一線を画するところであるが、個人の基本権保障を十全ならしめるために、第三者からの基本権侵害に対する国家の基本権保護義務が通説化しつつある現状に鑑み、自治体の自治権保障を十全ならしめるために、第三者からの自治権侵害に対する国家の自治権保護義務を認めることが重要である。国家の自治権保護義務の観点からすれば、たとえ原子炉等規制法などの処分の根拠法規等に明確な自治体保護義務がないとしても、憲法第 92 条以下の自治権保障規定の直接適用が可能であり、原告適格を承認することが可能である。このように解釈してこそ、原告適格にかかる保護規範論の本来の趣旨を全うすることが可能である。

(4) 最後に、「法律上の訴訟」論や原告適格論から離れるようにみえるかもしれないが、あらためて「持続的生存基盤」としての地方自治・地方自治体の重要性を付言しておきたい。グローバル時代における人間の営みは、地方自治がわれわれ人間の共同生活にとって不可欠な生存基盤・生活基盤の確保を維持可能とする制度であることを自覚することから始まるに違いない。自治体は、人間の生存基盤・生活基盤の生産と再生産の原基体（Primordiums）であらねばならない。このような生存基盤・生活基盤の生産と再生産の原基体を消滅させるかもしれない問題に関して、司法も一定の責任を果たすべきであると考えられる。

環境問題等に詳しい宮本憲一は、「都市政策としての「都市格」」（『自治・平和・環境』（自治体研究社、2015年）74頁以下）において、ボローニャと金沢市の二つの都市を例にして、「都市格」のあるまちは、「自然や歴史的景観を生かし、市民が経済的文化的生活を営めるように中心市街地に居住でき、

複雑な産業関連をもった経済の内発的発展と住民自治の政治制度の枠組みの中で独自の文化をつくっている」ことを論じている。宮本によれば、自治体は、都市・地域の文化政策を仕事としており、文化を維持し、発展させる任務がある。この文化の基本的特徴・社会的特徴は、①「地域固有財」（地域的な独自性や歴史性＝歴史的ストック）、②「準公共財」（文化を享受することを基本的人権として保障し、文化の維持を公共機関に信託していることから、非排除性と外部性の特徴を有する）、および③「学習財」（「文化の牙」をつくるための共同学習、社会教育や鑑賞の場）であるとされる。しかし、公共機関に信託される文化とは、文化そのものではなく、①作品を公開しうる施設、②後代に継承するための作品の維持管理、③文化人とくに長期修練の必要な集団芸術家の最低生活の確保、④創造活動のための経費の助成、⑤作品が市民に平等に公開されるための財政的援助などの基礎条件であろうとされている。すなわち、宮本のいう文化あるいは文化政策とは、自治体の公共性（存在理由）にはかならない。このことは、宮本の政治経済学の中心概念は、「社会資本」、「都市（自治体）」、「国家」および「環境」にあり、この4つの理念を総合して、「共同社会（的条件）」としていることから明確である。宮本が主張したいのは、この「共同社会（的条件）」は、人間が社会を形成してきたときからの社会構成体であり、歴史的に継承されてきたものであり、歴史貫通的な素材としての性格を持っている。それは、たとえば都市といった場合には、「建築物、構築物や文化財を意味するだけでなく、市民の参加する自治体というソフトな制度もさしている」ということになる。したがって、たとえば東日本大震災、なかでも福島原発過酷事故は、この「共同社会（的条件）」を崩壊させ危機にさらすことを意味することになる。このように現代国家、なかんずく現代資本主義国家の運命は、この「共同社会（的条件）」をどのように維持していくかが最大の課題である。宮本は、とりわけ都市の文化政策に言及するが、「共同社会（的条件）」をメルトダウンさせるさまざまな要素に波及する議論である。原告が主張する自治体の「存立維持権」もまた同様であり、原発再稼働も新たな原発設置も、維持可能な社会の構築のための「共同社会（的条件）」、とくに「都市（自治体）」と「環境」条件の破壊行為に他ならないことになろう。

すべての社会のプラットフォーム（Podium）としての裁判において、国民、いや人類が直面する最大の過酷な法的問題について、ぜひとも審理してもらいたいところである。

¹白藤「裁判の保護に値する地方自治」室井力先生古稀記念論文集『公共性の法構造』（勁草書房、2004年）405頁以下（とくに、416頁以下参照）。

² Wolff, Reichsverfassung und Eigentum, 1923, S.5 f.

³ F.Klein, Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantie, 1934, S.2.

⁴ C.Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S.170. シュミットの制度的保障論そのものについての邦語文献は枚挙に暇がないが、地方自治との関係では、とくに駒林良則「カール・シュミットの制度的保障理論と地方自治」名城法学別冊・長尾還暦記念（1986年）47頁以下、および石川健治『自由と特権の距離—カール・シュミット『制度体保障』論・再考』（日本評論社、1999年）138頁以下を参照のこと。

⁵ シュミットの「制度体保障」論に「身分論的連関」を読み取る石川（注 32）にしてみれば、シュミット以後の文献による Institutsgarantie と institutionelle Garantie との概念の相対化は許しがたい誤謬ということになろう。

⁶ G.Lissack, Das kommunale Selbstverwaltungsrecht nach bayerischer Verfassungs- und Verfassungsprozessrecht, 2000, S.190 f.

⁷ 邦語文献では、制度的基本権論については、中島茂樹「ドイツにおける『制度的』基本権論と『制度的』法思考」室井力先生還暦記念論集『現代行政法の理論』（法律文化社、1991年）203頁以下参照。実効的保護論については、笹田栄司『実効的基本権保障論』（信山社、1993年）、小山剛『基本権保護の法理』（成文堂、1998年）、松本和彦『基本権保障の理論』を参照。

⁸ もっぱら学説の整理にとどまるため、バイエルン憲法裁判所が採用している基本権的把握の分析は別の機会に譲る。Vgl. Lissack, a.a.O., S.102 ff.

⁹ K.Stern, Der Staatrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd.1, 1977, S.306、シュテルンの「制度保障（Einrichtungsgarantie）」の定義は、「制度保障は、制度保障に内包される客観化（制度、組織体および法的基本概念）が、規範群および実際の効果をとおして形づくられ、画定可能な状態とされ、かつ、その客観化が保障されるべきことを、すなわち、その客観化の歴史的定着と固有の価値に基づき、そして共同体生活の未来にとっても特別な安定性と持続性が維持されるべきであることを、保障する憲法条文が制定されてはじめて与えられるものである」というように、

いかにも複雑である。Ders. Der Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd.3/1,1988, S.791.

¹⁰ 駒林「地方自治をめぐる制度的保障論の展開」名城法学第 38 巻第 2 号（1989 年）5 頁以下。

¹¹ 駒林・前掲論文 53 頁。石川・前掲書 152 頁。

¹² E.Schmidt-Jortzig, Die Einrichtungsgarantie der Verfassung,1979, S.31f. 駒林・前掲論文 12 頁以下を参照。

¹³ 白藤「地方自治保障法論の現代的展開—ドイツ連邦共和国における『自治体の国政参加』論を素材に—」法政論集第 111 号（1986 年）139 頁以下。

¹⁴ ラシュテーデ裁判の詳細は、白藤「西ドイツ地方自治における補完性原理と比例性原理（一）（二）」法政論集第 116 号（1987 年）135 頁以下、第 128 号（1989 年）241 頁以下、同「ドイツにおける地方自治改革と法理」室井力先生還暦記念論集『現代行政法の理論』（法律文化社、1991 年）332 頁以下、同「市町村の自治権の範囲」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの最新憲法判例』（信山社、1999 年）360 頁以下。

¹⁵ 白藤「行政主体間の混合行政禁止原則と自己責任原則」室井力先生追悼論文集『行政法の原理と展開』（法律文化社、2012 年）79 頁以下参照。

¹⁶ Ute Mager, Einrichtungsgarantien,2003,J.C.B.Mohr (Paul Siebeck). 石川健治は、『自由と特権の距離 増補版 カール・シュミット「制度体保障」論・再考』（日本評論社、2007 年）に収められた「制度伝説—『自由と特権の距離』補遺」において、ヘーベルレの「制度的基本権論」に対する徹底した批判をものしているが、マーガーのモノグラフィーは、これとはかなり趣を異にしているようにみえる。

¹⁷ ここでは、専ら U.Mager, Institutionelle Garantie,in:Ergänzbare Lexikon des Rechts,LdR 122 Dezember 2004,S1 ff.に依拠しながら整理する。

¹⁸ 白藤「地方自治の改革構想—新しい「規範的秩序」の形成に向けて」『改憲を問う』（日本評論社、2014 年）162 頁参照。

¹⁹ 詳しくは、白藤「ドイツにおける地方自治改革と法理」『室井力先生還暦記念論集 現代行政法の理論』（法律文化社、1991 年）332 頁以下、同「裁判の保護に値する地方自治」『室井力先生 古稀記念論集 公共性の法構造』（勁草書房、2004 年）405 頁以下、同「行政主体間の混合行政禁止原則と自己責任原則—最近のドイツの制度的保障論と ARGE 判決を素材として」『室井力先生追悼論集 行政の原理と展開』（法律文化社、2012 年）78 頁以下等を参照。

²⁰ A. Engels, Die Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung: Eine dogmatische Rekonstruktion, 2014, Mohr Siebeck, bes. S.103 ff.

²¹ ドイツでは、もちろん地方自治の制度保障論に対する根本批判が存在する。その急先鋒が、J、イプセン、J、クローニッシュ、K、ヴェヒターあるいは M、ケントナー²¹である。制度的保障論批判の概要は以下のとおりである。ヴァイマル期において、それまで地方自治をほとんど無内容なもの（プログラム規定）としか考えなかった G、アンシュッツやドイツ帝国国事裁判所が承認せざるをえないまでに、制度的保障論は、市町村および市町村連合に「自治権」を保障し、立法者をも法的に拘束する理論として一定の有効性を持ちえた。しかし、それはヴァイマル帝国の特殊な条件のもとでのみ有効であった。つまり、ヴァイマル憲法における、立法者の恣意に対する主観法（権利）保護という意味での基本権の立法者拘束性の弱さを補うことを目的とする、いわば憲法の欠落部分の補充を目的とすると機能的概念として有効性を発揮した。すなわち制度的保障論には、もっぱら立法者による地方自治制度の廃止またはその典型的内容の形骸化を禁ずるといった保護機能が期待されたのである。しかし、基本法がヴァイマル期の国家社会主義的支配・中央集権的統制そのものを否定する性格をもつことからすれば、むしろヴァイマル憲法との違いに注意しなければならない。基本法のもとでは、立法者は、もはや基本権だけではなくその他の憲法上の諸原則にも拘束されることが重要である。つまり立法者は、基本権領域（第 1 条第 3 項、第 19 条第 2 項など）だけでなく、たとえば基本法第 28 条第 2 項における地方自治の実定法化をとおして、組織法領域においても憲法的拘束を受けることになる。あくまでも基本法第 28 条第 2 項そのものが、直接市町村の権限を保障することで、立法者の規律権限を制限するとの解釈である。もはや制度的保障論に期待されたような保護機能は必要がなくなったというわけである。

このような制度的保障論がすでに機能喪失したという認識に基づき、基本法における地方自治保障の実効性を高めることを目的として、あらためて地方自治権を主観法的に把握すべきであるとする議論が有力に展開されることになる。そこでは、制度的保障論の「再構築」にとどまるラシュテーデ決定も批判的検討に晒されることになる。

²² 学説・判例の動向を鳥瞰するものとして、大隈義和「『地方自治の本旨』をめぐる理論動向」公法研究第 56 号 62 頁以下。

²³ 成田「地方自治の保障」『日本国憲法体系第 5 巻』（有斐閣、1964 年）241 頁。

²⁴ 斎藤「新たな地方分権・自治の法」『現代の法 1 現代国家と法』307 頁。斎藤が、いわば消極的立法内容（国家に対する防禦内容）だけでなく、積極的立法内容（国家による保護内容）に言及している点が注目される。

²⁵ 成田・前掲論文「地方自治の保障」307 頁以下。ただし、抗告訴訟によって、憲法で保障されている「権利」を不当

に侵害する根拠法条または国の処分の違憲性を争う可能性をすでに当時承認していた(309頁)ことに注意する必要がある。

26 杉原泰雄「地方自治権の本質 1・2・3完」(法律時報第48巻第2号～第4号)。

27 手島孝『憲法の開拓線』(三省堂、1985年)256頁以下。鴨野幸雄「地方自治の動向と問題点」公法研究第56号4頁以下、大隈・前論文69頁以下も新固有権説に分類される。

28 小早川光郎「地方分権改革」公法研究第62号170頁。

29 VwGO§40:

(1)Der Verwaltungsrechtsweg ist in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben, soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind. Öffentlich-rechtliche Streitigkeiten auf dem Gebiet des Landesrechts können einem anderen Gericht auch durch Landesgesetz zugewiesen werden.

30 石川健治『自由と特権の距離 カール・シュミット「制度体保障」論・再考』(日本評論社、1999年)138頁以下参照。

31 白藤「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頁以下参照。

32 いまやこの問題についての文献は極めて多いが、直近では、村上裕章「国・自治体間等争訟」現代行政法講座編集委員会編『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)11頁以下(特に14～15頁に網羅的文献揭示)、および西上治「機関争訟の『法律上の争訟』性」宇賀克也編『行政法研究第6号』(信山社、2014年)25頁以下(特に、93頁以下に、詳しい学説の整理と検討)。

33 西上治「機関争訟の『法律上の争訟』性」宇賀克也編『行政法研究第6号』(信山社、2014年)25頁以下、参照。とくに学説については、93頁以下を参照せよ。

34 塩野「地方公共団体の法的地位論覚書き」同『国と地方公共団体』(有斐閣、1990年)39頁以下。なお同書の所収「地方公共団体に対する国家関与の法律問題」は約半世紀前の論文であるが、すでに国家関与に対する自治体の法的救済の可能性に言及している。

35 塩野『行政法Ⅲ』(有斐閣、1995年)177頁。

36 藤田『行政法学の思考形式』(木鐸社、1978年)など、一貫した思考である。

37 この点、かつて田中二郎が、行政組織内部の問題については、原則として、上級行政庁の判断と決定を待ち、行政組織内部における法解釈上の疑義や紛争については、当然に、司法審査が及ぶべきことにならないとしたり、雄川一郎も、国の行政と自治体の行政との有機的連関の保持を強調する立場に立てば、国の監督ないし関与はその目的のための手段であり、その制度が地方自治の本旨に反し、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すべき地位にあるという理論が成立しようと述べたりしていた。藤田理論は、この限りで、国の自治体に対する行政監督・関与の統制を裁判所に委ねることは、司法的権利保障制度の枠をはみ出るとするかのとき伝統的学説を継受する側面がある。

38 藤田「行政主体相互間の法関係について—覚え書き」同『行政法の基礎理論(下)』(有斐閣、2005年)58頁以下)。

39 藤田『行政組織法』(良書普及会、1994年)40頁～41頁。なお、藤田のほかにも、2000年改正地方自治法が、自治体の「独立主体性」についての一定の法的保障を行い、国家関与を法律の留保に服せしめる明確な原則を確立したものとみて、すなわち、国と自治体との関係を、両者が互いに独立の当事者として相手方の立場を尊重しつつ法のルールに従って調整に努めるという関係として、国の関与の仕組み、国の関与手続、国の関与に関する争訟制度を制度的に整備したものであるとする小早川光郎のような理解もある。小早川は、行政主体としての自治体と国との間の紛争の裁判的統制については、藤田のような「内部関係論」は採用することはできないが、両者の紛争はそもそも司法権および「法律上の争訟」の範囲外にあり、憲法上与えられた裁判所の本来的任務・権限ではないと解している。その理由として、①戦後司法制度改革は、一般私人の権利利益をめぐる争訟であるにもかかわらず、それまで司法裁判権から除外されてきた行政事件を専ら念頭においたものであり、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新たな裁判所の任務・権限を組み込む意図はなかったこと、②司法・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結合したものであり、いわゆる「司法的権利保護」はこれに限定されていること、③自治体の「自治権」のような、ときには個人の権利保護と対立することもありうるものに関しては、憲法自体でこれを保障するのではなく、「地方自治の本旨」に即して、裁判所の介入をいかなる程度と態様で制度化すべきかについての決定を法律に委ねていることが掲げられている。小早川「司法型の政府間調整」松下圭一・西尾勝・新藤宗幸編『自治体の構想2 制度』(岩波書店、2002年)67頁。

40 塩野『行政法Ⅲ 第2版』(有斐閣、2001年)194頁。

41 藤田『行政組織法』(有斐閣、2005年)55頁。

42 塩野『行政法Ⅲ第3版』(有斐閣、2006年)227頁。

- 43 塩野『行政法Ⅲ 第4版』（2012年）252頁以下。
- 44 最高裁昭和28年11月27日第三小法廷判決（行裁例集第11号2760頁）。
- 45 曾和俊文「地方公共団体の訴訟」杉村敏正編『行政救済法2』（有斐閣、1991年）296頁、305頁。
- 46 藤田・前掲「行政主体相互間の法関係について—覚え書き」104頁。
- 47 村上「行政主体間の争訟と司法権」（公法研究第63号（有斐閣、2001年）219頁以下）に関する第二部会討論要旨における藤田発言は、同246頁～247頁。
- 48 塩野「地方公共団体の出訴資格」『行政法概念の諸相』（有斐閣、2011年）361頁以下。
- 49 垣見「明治憲法下の自治体の行政訴訟」行政社会論集第14巻第2号（2001年）102頁以下、同『行政裁判所判決録』にみる戦前日本の国と自治体」行政社会論集第15巻第2号（2003年）47頁以下、同「地方分権改革の検証」日本地方自治学会『自治体二層制と地方自治』（敬文堂、2006年）79頁以下。
- 50 塩野・前掲「地方公共団体の出訴資格」382頁。
- 51 日田市まちづくり権侵害排除事件（大分地判平成15年1月28日判例タイムズ1139号83頁）。
- 52 さしあたり、E.シュミット＝アスマン（大橋洋一訳）「ドイツ地方自治法の新たな発展—行政現代化の要請に直面した市町村行政」自治研究第74巻第12号3頁以下を参照。シュミット・アスマンの地方自治理論を知るには、ドイツ語文献を挙げるべきだが、ここではあえて検証しやすい文献を挙げるにとどめる。
- 53 高田敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集』（信人社、1994年）220頁。引用文中、カッコ書きの原語、Gemeinde、Gemeindeverband, Land, Kreisなどは筆者。
- 54 BverfGE 83, 37 ff.,53.
- 55 前掲・シュミット・アスマン論文の11頁。実際、連邦憲法裁判所は、過去50年の歴史の中で、法律、命令または個別規範に関して、523件の違憲判断を下している（ユッタ・リンバッハ・青柳幸一（訳）「ドイツ連邦憲法裁判所の50年」ジュリスト第1212号（2001年11月15日号）63頁参照）
- 56 市町村の取消訴訟においても、私人におけると同様、まずは、行政裁判所法第42条第2項の取消訴訟の訴訟要件が問題になる。すなわち「法律に別段の定めがないかぎり、訴えは、原告が行政行為によって、またはその拒否もしくは不作為によって自己の権利を侵害されていると主張する場合にかぎり許容される。」の充足性が問題となる。そのうえで同法第113条第1項第1文「行政行為が違法であり、かつそれによって原告の権利が侵害される場合に限り、裁判所は行政行為を取り消し、また場合によっては不服審査裁決を取り消す。」という本案勝訴要件の充足が問題となる。裁判例においては、訴訟要件の審査においてではなく、いきなり本安審査の中で計画高権や自己形成権の侵害を論じているものもあるようであり、注意が必要である。
- 57 中井勝巳「西ドイツにおける地方公共団体の計画参加権の裁判的保障—連邦行政裁判所の判例から—」立命館法学第3号（1984年）385頁。
- 58 BVerwGE,Urt.v.14.2.1969; BVerwGE,Urt.v.13.2.1970; BverwGE,Urt.v.21.5.1976; BverwGE,Urt.v.7.7.1978; BverwGE,11.12.1978; BverwGE,Urt.v.22.6.1979.
- 59 安達和志「西ドイツ環境行政訴訟における市町村の出訴資格—市町村の「計画高権」をめぐる—」神奈川法学研究所研究年報7（1986年）36頁。
- 60 行政裁判法第42条第2項によれば、「訴えは、別に法律上の定めがない限り、原告が、行政行為又は行政行為の拒否又は不作為によって、自己の権利を侵害されたことを主張する場合に限り、許容される。」
- VwGO §42:
- (1) Durch Klage kann die Aufhebung eines Verwaltungsakts (Anfechtungsklage) sowie die Verurteilung zum Erlaß eines abgelehnten oder unterlassenen Verwaltungsakts (Verpflichtungsklage) begehrt werden.
- (2) Soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, ist die Klage nur zulässig, wenn der Kläger geltend macht, durch den Verwaltungsakt oder seine Ablehnung oder Unterlassung in seinen Rechten verletzt zu sein.
- 61 P.Lerche,Grenzen der Wehrfähigkeit kommunaler Planungshoheit,Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs, 1979. S.224.
- 62 安達・前掲論文45頁。
- 63 白藤「ゲマインデの原告適格と自己形成権」札幌学院法学第8巻第2号（1992年）67頁以下を参照。
- 64 安達・前掲論文49頁。
- 65 安達・同50頁。
- 66 Heribert Johlen, Zum Erfordernis der Rechtsverletzung im Sinne der §§ 42 Abs.2,113 Abs.1.S.1 VwGO bei der

Anfechtung eines Planfeststellungsbeschlusses, DöV 1989,S.207.

67 このほか、原告の権利侵害の推論を導きうるだけの合理性のある陳述が必要である、といった「合理性説 (Schlüssigkeitstheorie)」がある。詳しくは、宮井清暢『「法律上保護された利益」説の再検討—西ドイツの保護規範論との比較から—』早稲田法研論集第 40 号 299 頁以下参照。

68 隣人配慮原則についての詳細な研究は、大西有二「公法上の建築隣人訴訟 (1) ~ (4) —西ドイツの行政判例における「権利」「権利毀損」および「違法事由」—」北大法学論集第 41 巻第 1 号 1 頁以下~第 41 巻第 4 号 1521 頁以下。最近では、塩入みほも「ドイツ建設法における隣人訴訟の公権 (上) (下)」自治研究第 75 巻第 4 号 85 頁以下~同第 7 号 92 頁以下。

69 筆者は、すでに「H・パウアー『新旧保護規範論』(札幌学院法学第 6 巻第 1 号 (1990 年) 147 頁以下)において、法律関係論からするところの公権論の変遷および新保護規範論の提起について紹介したところである。本稿では、あくまでもドイツにおける「主流」の議論をおさえておく必要があることから、以下では、本稿冒頭で挙げたシュミット・アスマンの新保護規範論を紹介する。パウアーとシュミット・アスマンの新保護規範論の異同そののが、学問的対象としてすぐれて興味あるところである。

また、新保護規範論の紹介については、便宜的に、シュミット・アスマンのもとで研究を果たした山本隆司の業績『行政上の主観法と法関係』(有斐閣、2000 年) (とくに 250 頁以下) に基づく。また、塩入みほも「公権論における基本権の放射的効力」慶応義塾大学大学院法学研究科論文集 (平成 10 年度) 95 頁以下も参照。

70 前掲・山本 252 頁。

71 山本・同 254 頁。

72 この部分は、白藤・前掲公法研究論文 206~207 頁を参照。

73 M.Kenntner, Zehn Jahre nach “Rastede”, DöV 1998, S.711.

74 白藤「自治体の原告適格と自己形成権」札幌学院法学第 8 巻第 2 号 (1992 年) 67 頁以下。

75 周知のごとく、最高裁判例だけでも、主婦連ジュース判決 (最判昭和 53 年 3 月 14 日)、伊達火力発電所判決 (最判昭和 60 年 12 月 17 日)、新潟空港判決 (最判平成元年 2 月 17 日)、都市計画法関連の開発許可取消訴訟判決 (最判平成 9 年 1 月 28 日)、森林法関係の林地開発許可取消訴訟判決 (最判平成 13 年 3 月 13 日)、財産権にかかる総合設計許可取消訴訟判決 (最判平成 14 年 1 月 22 日)、総合設計許可取消訴訟判決 (最判平成 14 年 3 月 28 日) など、重要な判例が多いが、ここではきわめて限られたものだけを挙げ検討する。

76 園部逸夫・斉藤驍の対談「行政事件訴訟の展望を語る」法律時報 83 巻 1 号 52 頁以下など。

77 杉浦「第三者の原告適格に関する近時の最高裁判例の検討 (下)」判例タイムズ 1336 号 25 頁。

78 大橋洋一「判例評釈」自治研究 85 巻 8 号 145 頁。

79 宇賀克也「判例評釈」判例時報 1944 号 (判例評論 574 号) 175 頁。

80 野呂充「時の判例」法学教室 226 号 137 頁。

81 阿部泰隆「判例評釈」判例時報 2087 号 166 頁 (判例評論 621 号 4 頁)。

82 阿部・同上 167 頁 (5 頁)。

83 藤田『第 4 版 行政法 I (総論)』406 頁以下。

84 藤田「許可処分と第三者の『法律上保護された利益』」前掲塩野古希記念論文集 272 頁。

85 神橋「原告適格論と憲法の視点」立教法学 82 号 251 頁。

86 連邦行政裁判所によれば、自治体の事務の履行において、収用に関連する侵害を実証的に主張しなければならない。

私人が広域的な分野別専門計画に関係した場合、計画確定決定から収用法の事前効果があるかぎり、基本法第 14 条第 1 項第 1 文から導かれる包括的実効的裁判所の適法性コントロール請求権を有するが、自治体の場合は、民法 903 条の法律上の所有権的地位に基づくかなりの比較考量が可能な法的地位を与えられている。ここから、計画担当団体に対する自治体の防御請求権を導き出すことができる。

87 Noreen von Schwänenflug, NVwZ 2007, 1351 ff.

履歴

2015年10月現在

氏名：白藤博行（しらふじ ひろゆき）

勤務先名称：専修大学法学部 職名：教授

【学歴】

名古屋大学法学部法律学科 1972年4月～1976年3月

Internationales Studienzentrum(ドイツ・バーデン・ヴュルテンベルク州立学校)

1977年10月～1978年9月

Universitaet Heidelberg(ドイツ・ハイデルベルク大学)

1978年10月～1981年3月

名古屋大学大学院法学研究科（博士課程前期） 1981年4月～1983年3月

名古屋大学大学院法学研究科（博士課程後期） 1983年4月～1986年3月

（単位取得退学）

【職歴】

名古屋大学法学部文部教官助手 1986年4月～1988年3月

札幌学院大学法学部助教授 1988年4月～1993年3月

専修大学法学部助教授 1993年4月～1996年3月

専修大学法学部教授 1996年3月～現在に至る。

その間、日本福祉大学経済学部、北星学園大学経済学部、名古屋大学法学部、福島大学行政社会学部、静岡大学人文学部、青山学院大学法学部、岐阜大学地域科学部、名古屋大学大学院法学研究科、お茶の水女子大学文教育学部などで、兼任講師として、行政法、地方自治法を担当。その他さまざまな自治体の行政法・地方自治法の研修、法務省東京法務局職員研修などを担当。最近では、早稲田大学法務研究科、法政大学法務研究科、青山学院大学法務研究科、専修大学法務研究科などの法科大学院で、地方自治法を担当。

【業績】（教科書・法律雑誌論文を除いた主な著書（単著、共著、共編、共編著））

『現代行政法の理論』（共著、法律文化社、1991年）

『各国警察制度の再編』（共著、法政大学出版会、1995年）

『現代自治体再編論』（共編著、日本評論社、2002年）

『地方自治制度改革論 ―自治体再編と自治権保障』（編著、自治体研究社、2004年）

『公共性の法構造』（共著、頸草書房、2004年）

『新基本法コンメンタール 地方自治法』（共編著、日本評論社、2011年）

『行政法の原理と展開』（共編著、法律文化社、2012年）

『新しい時代の地方自治像の探究』（単著、自治体研究社、2013年）