

タイトル	第三者の原告適格論の「第三者」該当性について： 児童遊園設置認可処分取消請求事件(札幌地裁判決及 び札幌高等裁判決)再考
著者	秦，博美
引用	北海学園大学法学研究，44(2)：253-288
発行日	2008-12-25

第三者の原告適格論の「第三者」該当性について
——児童遊園設置認可処分取消請求事件
(札幌地裁判決及び札幌高裁判決) 再考

秦 博 美

目 次
一 はじめに
二 事実関係
三 裁判所の判断

四 本件原告の原告適格について
五 再考から導き出されるもの
六 終わりに

一 はじめに

1 自治体の訴訟実務の経験から

筆者は、北海道の執行機関に勤務する自治体職員であるが、公務員生活のおよそ半分の一五年間を法務部門に在籍し、訴訟事務に通算一〇年間従事してきた。そして、具体の訴訟追行に関しては、安易に「法曹」に委任することなく、分権時代の法的説明責任の履行の在るべき姿として、道職員の指定代理人のみによる「自前の訴訟追行」を実践してきた^①。その経験から、とりわけ行政訴訟について、学界における学説と裁判実務の乖離を強く実感することになる。裁判実務では、「評価の対象」を事実認定で確定することが口頭弁論の中核であって、就中、行政事件の場合は、証拠調べも証人尋問に至らず書証のみということも結構多い^②。そのため、学説が展開する法解釈論という「対象の評価」は実際の訴訟では脇役に過ぎず、相応の法的素養と、事実認定から法律要件を導き法律効果へと架橋する論理力があれば、自前の訴訟追行は十分可能ということになる。

その意味で、本稿で素材として取り挙げる事件は、「第三者の原告適格」の有無という、行政法学のトピックともいうべき法律論が正面から争われたレア・ケースであり、「国の利害に係る訴訟についての法務大臣の権限等に関する法律」に基づき札幌法務局（訟務検事）に依頼したものである^③。

事件の詳細は後述するが、その概要を紹介すると、北海道稚内市において、札幌市の風営法業者がパチンコ店を出店しようとしたところ、先に地元の社会福祉法人に対して児童遊園の設置認可処分がなされたため、北海道旭川方面公安委員会から営業不許可処分を受けた風営法業者が、北海道知事が行った児童遊園の設置認可処分の取消しを札幌

地方裁判所に求めたというものである。

本稿は、自ら被告行政庁の指定代理人として関与した事件の一审判决（札幌地判平成一二年一〇月三日。判例地方自治二二一〇号六五頁以下）及び二審判決（札幌高判平成一三年四月一二日。判例集未登載）について、現時点で法理論的考察を試みるものである。

2 確定判決の再考理由

この事件の一审判决は、原告適格を有しないとして原告の訴えを却下し、二審判決でもその判断は維持され、結局上告断念で判決は確定している。一审判决に係る「判例地方自治」の匿名コメント（二二一〇号六七頁）が、「本件判決は、児童福祉法に基づく児童福祉施設の設置認可処分の取消しに関する第三者の原告適格について、風営法や社会福祉事業法との関係を踏まえて詳細に判断したもので、その意味において実務上参考になる事例であると思われる。」と好意的であったこともあり、訴訟の当事者として、裁判実務上の判断としては至極「当然」のものと考えてきた。

しかし、後述の阿部泰隆論文^④を検討する過程で、一審・二審判決は、実は「マニュアル思考」^⑤の、あるいは「法律が原告の個々人の利益を個別具体的に保護するという文言をおいているかという、訓詁学的な分析に陥っている」^⑥と学説から批判される典型パターン^⑦の判決と思われる。そして、判例法理と遊離した論理外在的批判ではなく、裁判実務の思考枠組みに則り、実定法の地道な仕組み解釈を行った場合、一審・二審判決とは逆の結論が導かれるものと思料するに至った。

加えて、「行政庁」としては本件事案を「民民の争い」として局外中立を保っていたが、本件に係る民事の最高裁判決（平成一九年三月二〇日）^⑧では地元のパチンコ業者の「不法行為」が認定された。理論的に直接の関連はないもの

の、行政事件が仮に最高裁まで争われた場合、果たして原審判決が維持され得るかについては、筆者自身、現時点で考えると相当に疑問を感じる。以下、あくまで裁判実務の思考枠組みを基調にしつつ行政法学説をも踏まえ、論理內在的に判決を再検討しようとするものである。^⑧

注

- (1) 拙稿「自治体の訴訟は自前で——分権時代の法的説明責任の在り方——」法学セミナー六〇二号(二〇〇五年二月号)一一六頁以下。
同「試される『自治体法務』の本格的実践」自治体法務研究三号(財団法人地方自治研究機構、二〇〇五年)一一八頁以下
- (2) 福田剛久調査官は、裁判実務は法解釈論の対象となる設例を事実認定で確定することが中心で、多くの事件では、どのような事実認定がされるかによって結論が異なるのであって、法解釈の違いによって結論が異なる事件は少ない、と指摘する(裁判官から見た実務と学説)法律時報七九卷一号(二〇〇七年)六九頁以下)。
- (3) 鈴木庸夫教授は、地方分権の観点から「国の利害に関係のある訴訟についての法務大臣の権限等に関する法律」の問題点(国が私人と自治体との訴訟をまるごと引き取り、訴訟行為を行政(組織)化して処理することの不合理さ)を批判的に検討している(「法務大臣権限法の合憲的運用」原田尚彦先生古希記念『法治国家と行政訴訟』(有斐閣、二〇〇四年)二九九頁以下)。法制度論の評価は別として、機能面では、裁判官室(カメラ)で裁判官の思考方法に接するのと同様の「効能」があったという意味で「自前の訴訟追行」を実践する上では得難い経験であった。
- (4) 阿部「風宮法パチンコ出店妨害事件の解決策」『やわらか頭の法戦略——続・政策法学講座(第一法規、二〇〇六年)二四八頁。初出、自治実務セミナー四一巻七号(二〇〇二年)四頁以下
- (5) 神橋一彦「補論——行政権の濫用による処分に対する取消訴訟について」『行政訴訟と権利論』(信山社、二〇〇三年)一六九頁以下
- (6) 阿部「原告適格判例理論の再検討(下)」判例評論五〇九号(判例時報一七四六号)(二〇〇一年)一八八頁
- (7) 民事事件は、一審(札幌地裁)原告勝訴(判例タイムス一一四〇号(二〇〇〇年)一七八頁)、二審(札幌高裁)原告敗訴(判例集未登載)であったが、最高裁第三小法廷(藤田宙靖裁判長)では破棄差戻しとなった(最高裁ホームページ)。

最高裁は、地元パチンコ業者から社会福祉法人への「児童遊園」のための土地・建物・遊具一式の寄附は、許される自由競争の範囲を逸脱し、上告人（進出するパチンコ業者）の営業の自由を侵害するものとして、違法性を有し、不法行為を構成するものと解すべきであると判示し、その上で原判決を破棄し、地元パチンコ業者との関係では上告人の被った損害について、社会福祉法人との関係では上告人に対する不法行為の成否等について、更に審理を尽くさせるために、本件を原審（札幌高裁）に差し戻した。

(8) 阿部教授が、原告適格論を論じるときに「解釈論としても、判例を外在的に批判するだけではなく、その内在的な変化を求めて、……中間の案を提案する。」と述べるときも同様のスタンスに立つものと思われる（原告適格判例理論の再検討（上）判例評論五〇八号（判例時報一七四三号、二〇〇一年）一六四頁）。

二 事実関係

1 事案の概要

稚内市において、使用目的をパチンコ店とする建物の建築について、建築主事から確認の通知を受けていた札幌市の風営法業者（以下「X」という。）が、北海道旭川方面公安委員会（以下「公安委員会」という。）に対し、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」という。）三条一項に基づき、営業所を設けて風俗営業を営むことについての許可申請をした。

風営法四条二項二号及びこれを受けて制定された北海道風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律施行条例（昭和三〇年北海道条例第七七号）三条一項二号は、公安委員会に対し、児童福祉施設の敷地の周囲百メートルの区域内の地域では、当該営業所について風俗営業の許可をしてはならないことを定めているので、公安委員会は、X

に対し、次の理由により許可できない旨の処分をした。

Xの申請に係る「申請営業所の敷地の周囲一〇〇メートル区域内の地域に、児童福祉法第七条に規定する児童福祉施設（児童厚生施設・児童遊園）が、平成一年七月一四日付けで認可されたことによる。」（不許可通知書）

そこで、Xは、自らに対する風営法の不許可処分ではなく、訴外社会福祉法人（以下「訴外法人」という。）に対し、児童福祉法（以下「法」という。）三五条四項の規定に基づき法七条に規定する児童福祉施設の設置認可（以下「本件認可処分」という。）をした北海道知事（以下「Y」という。）を被告として本件認可処分の取消しを札幌地裁に求めた。

2 本件認可処分に至る経過

Xは、本件認可処分は、法三五条の解釈を誤り、憲法一条、一二条、二二条及び二九条の保障するXの営業の自由を侵害するものであつて違法であると主張する。

すなわち、稚内市においてパチンコ店を経営する訴外Kらと訴外法人が共謀してXの出店阻止をしたものであり、YはXから本件認可処分を当分の間留保することを求めたこと等により、訴外法人の認可申請（以下「本件認可申請」という。）が児童の健全育成と健康増進を図る目的ではなく、専らXのパチンコ店の出店を阻止するためであることを十分に知悉しながら、訴外法人と共謀した上、本件認可処分をしたものである。

また、Xは、Yは本件認可申請の目的がXに対する営業妨害であることを知った以上、本件認可処分によってXが被るべき損害を未然に防ぐよう、利害調整等の行政上の配慮をし、関係する行政処分のそれぞれが合目的にその効果を達成し得るよう、配慮すべきであるのに、これを一顧だにせず本件認可処分をしたのであるから、本件認可処分

は、行政権の濫用・怠慢として違法不当であるとも主張している。⁽⁹⁾

以上のとおり、Xは、Yが訴外法人と共謀したこと及び行政権限の濫用・怠慢があると主張しており、また、裁判実務における事実認定の重要性の観点から、本件認可処分に至る経過を主に被告の準備書面から詳述してみる。

① 平成十一年五月一三日（以下「平成十一年」を省略する。）、訴外法人は、本件児童遊園に係る寄附の受入れを理事会で承認した上、北海道宗谷支庁（以下「宗谷支庁」という。）に対し、同月二十八日付けで児童遊園の設置経営に係る定款変更申請を行った。

宗谷支庁は、同月三十一日、右申請を受理し、六月一日付けで定款変更を認可した。

② 五月十九日、Xは、パチンコ店営業を使用目的とする建築確認申請を宗谷支庁に提出し、六月八日、確認済証の交付を受けた。

③ 六月四日、Xから電話で北海道保健福祉部児童家庭課（以下「児童家庭課」という。）に「六月三日の地元紙の記事を見たが、はまなす児童遊園は児童福祉施設の認可を受けているかどうか確認したい。」との照会がなされ、児童家庭課は宗谷支庁に確認をした後、現在認可申請に係る手続中であり、まだ右申請を受けていない旨回答した。

④ 六月七日、訴外法人は、宗谷支庁に対し、本件児童遊園の設置について本件認可申請を行い、宗谷支庁は、同日、これを受理した。

⑤ 六月九日、Xは、北海道苦情審査委員（条例設置のいわゆるオンブズパーソン）に対し、苦情申立書を提出した。
⑥ 六月一〇日付けで、稚内市長から宗谷支庁に対し、本件児童遊園は児童の健全育成と健康増進を図る上で設置が必要であり、また、地域住民にも歓迎されている旨記載された本件認可申請に係る副申請書が提出された。

⑦ 六月十一日、宗谷支庁は、Xからの同月八日付け通告書を受理した。右通告書には、「通告人に対する営業妨害の

疑いが濃厚である」、「児童遊園認可後の管理上の問題」及び「申請から許可までの手続上の問題」の三項目の理由により、児童遊園の認可については慎重に審議の上、認可は自分の間保留されたいこと、また、宗谷支庁が児童遊園を認可した場合は営業妨害に加担したとして国家賠償の請求訴訟も検討せざるを得ないこと⁽¹⁾、さらに、行政上の配慮が不可欠であることから宗谷支庁と通告人の協議の機会を持つよう要請する旨記載されていた。

⑧ 六月一四日、Xは、公安委員会に対し、風営法の許可申請をした。

⑨ 六月一七日、F弁護士及びXのA取締役は、宗谷支庁を来訪し、宗谷支庁に対し、営業妨害行為に対しては裏付け資料を集めており近々提出する予定であること、公告を行い対立する者との協議の場を設け利害関係を調整して欲しいこと、訴外法人との話合いの場を設けて欲しいこと、児童遊園の設置がパチンコ店出店を妨害することを目的としていないのなら児童遊園の認可を遅らせて欲しいこと及びパチンコ店進出に当たっては円満解決を望んでおり相手方の投じた費用については何らかの対応をする用意があることについて要請等があった。

⑩ 六月一八日、宗谷支庁は、訴外法人のM理事長及びN常務理事と面談し、Xから北海道苦情審査委員に苦情申立てが提出されていること及び前記⑨の要請等があったことを伝えた。

⑪ 六月二五日、宗谷支庁は、Xから同月二二日付けの内容証明による「平成一一年六月八日付け通告書の訂正事項及び追加主張」を受理した。

同日、宗谷支庁は、訴外法人に対し、本件認可申請に係る確認事項について照会した。

右同日及び同月二八日、宗谷支庁は、はまなす町内会役員等から児童遊園を認可しないよう求める陳情書（署名五八名）を受理した。

⑫ 六月二八日、児童家庭課は、Xからの同月二五日付けの内容証明による求釈明を受け取った。

- ⑬ 六月二九日、宗谷支庁は、訴外法人に対し、地域住民の理解と協力について文書で指導を行った。
- ⑭ 七月二日、訴外法人は、宗谷支庁に対し、児童遊園の認可を速やかに行うよう求める要望書及び六月二五日付けの照会に対する回答書を提出した。
- ⑮ 七月六日から同月一三日にわたり、地域住民からYに対し、本件認可処分を早急にするよう求める請願書（合計九四九枚）が送付された。七月六日、F弁護士及びXのA取締役が宗谷支庁を来訪し、住民から陳情書が六月二五日及び同月二八日に出されたはずであり、パチンコ店をオープンしてから児童遊園の認可を行っても良く、そのように行行政指導できないものかと申入れがあり、宗谷支庁から地域住民の意向も配慮する旨回答した。
- ⑯ 七月七日から同月一二日にわたり、地域住民等から宗谷支庁に対し、本件認可処分を早急にするよう求める要請書（合計一四三一枚）が送付された。
- ⑰ 七月一二日、宗谷支庁は、訴外法人が町内会住民から取りまとめた本件児童遊園に係る設置の賛同書（署名数二九八名）を受け取った。
- 名）を受け取った。
- 同日、宗谷支庁は、地域住民からパチンコ店が開業してから本件認可処分をするよう求める要望書（署名数三〇〇名）を受け取った。
- 同日、宗谷支庁は、稚内市に対して、本件児童遊園の認可について再度意見を求め、六月一〇日付け副申書と同じ見解である旨文書で回答を得た。
- ⑱ 七月一三日、児童家庭課は、Xの六月二五日付けの求釈明に対し回答した。
- 同日、宗谷支庁は、Xに対し電話で、本件児童遊園を認可することとなる旨伝えた。
- ⑲ 七月一四日、宗谷支庁は、Xの六月二二日付けの「平成一年六月八日付け通告書の訂正事項及び追加主張」の

求釈明事項に対して回答した。

同日、宗谷支庁は、本件認可処分（申請は④で述べたとおり六月七日）を行った。

⑳ 八月六日、公安委員会は、Xの⑧の風営法の許可申請（六月一四日）に対し、不許可処分をした。

注

(9) 参照、神橋・前掲注(5)一九二頁以下

(10) 藤田判事は、現実の裁判実務における事実認定の重要性を次のように述べている。「実務の側から見て、多くの場合、学者の法解釈や判例批評が机上の空論であって実際の裁判の役には立たないと感じられるのは、それらが前提とする事実が、机上で想定された抽象度の高いものに止まっているか、また、判例批評であっても、その事件の原記録の分析を踏まえたものではなく、その意味で、しばしば説得力に欠ける憾みがあるからである。」（『行政法の基礎理論上巻・下巻』（有斐閣、二〇〇五年）のあとがきの三三）

(11) 平成一二年に提起された損害賠償請求事件の被告は、地元パチンコ業者と訴外法人であり、北海道は被告とはなっていない。

(12)・(13) 児童福祉施設の設置認可申請があった場合、都道府県知事はいかなる基準に基づき認可の可否をすべきかについて、伝統的立場からは、認可処分の性質を①羈束行為、②羈束裁量行為、③自由裁量行為のいずれと考えるかにより三説がある。参照、『最高裁判所判例解説民事篇（昭和五三年度）』二二三頁以下の石井健吾調査官の解説、田村和之「行政権の濫用」別冊ジュリスト行政判例百選Ⅰ（第五版）六四頁以下

このような伝統的な行政裁量の類型論が果たして今日、行政の実態との関連でどのような実践的な意味を有するのかについては疑問が多いと考えるが、本稿で検討する余裕はない。参照、車両制限令に係る昭和五七年四月二三日最高裁第二小法廷判決の園部逸夫調査官解説（『最高裁判所判例解説民事篇（昭和五七年度）』四二六頁）、近藤哲雄「産業廃棄物処理場に係る法的問題（下）」自治研究七三卷一―二号（一九九七年）二二頁

本件児童遊園の設置認可に係る要望書合戦の経過から、地元業者、進出業者とも現地で多数派工作を展開していたことが推認される。また、Xから⑨の要請及び⑩の行政指導の要請があったこと等を前提にした場合、仮に本案審理に入った場合に、処分庁の「裁量権」行使の在り方とも関連し、私人間相互の利害調整に向けての行政の対応が大きな争点になりうるであろう。この点、大西有二

教授は、本件事件を素材にしながら事案の性質上、行政機関が自己の決定が持つ影響力の広がりをおろかじめ具体的に認識できる場合は、「可能で必要な配慮を関係行政機関に対して法的に要請すること」も的外れとはいえないが、確立した理論にはなっていないとする（「パチンコ店経営者の防衛手段・救済手段」北海道大学学術論集一〇九号（二〇〇一年）五四頁以下）。本件に即していえば、Xからの要請を受け、公安委員会の許可を先に行うべくY（宗谷支庁）の側で調整すべきであったということになるか。

塩野宏教授は、行政行為を行う時期についての裁量を「時の裁量」と呼び、行政庁が時の裁量を行使するには、何らかの事情（紛争の激化防止等）を考慮するわけであるから、裁量の具体的内容は、処分権行使の考慮事項選択の裁量ということになるように、行政庁としては、当該事情を考慮してもよいし、考慮しなくてもよいと述べるに止まる（『行政法I』（有斐閣、第四版、二〇〇五年）一二〇頁以下）。芝池義一教授は、行政処分の第三者や不特定多数の相手方の権利利益も考慮事項に含まれ、考慮事項は行政決定において考慮されることを要するが、絶対的な保護までは要求されないとする（『行政救済法講義』（有斐閣、第三版、二〇〇六年）五三頁）。

なお、国家賠償事案であるが、「行政庁の権限行使は、全体として統一と継続性を保った調和あるものとして行使されるべきものであるから、法令上の権限を具体的に行使すべきかどうか、あるいはどの時期にどのような方法を選択するかは、原則として行政庁の裁量判断に委ねられているといつてよいであろう。」との解説もある（ナイフ一時保管懈怠事件昭和五十七年一月一九日最高裁第三小法廷判決及び新島漂着砲弾事件昭和五十九年三月二三日最高裁第二小法廷判決の塩崎勤調査官解説（『最高裁判所判例解説民事篇（昭和五十七年度）三四頁及び『最高裁判所判例解説民事篇（昭和五十九年度）一一〇頁以下））。Xの原告適格を検討する本稿では、論点の指摘にとどめたい。

三 裁判所の判断

1 一審判決

本件では当然のことながら、本件認可処分の名宛人ではないXが、本件認可処分の取消しを求める「法律上の利益」(行政事件訴訟法九条(当時))を有するか否か(原告適格の有無)が最大かつ唯一の争点となった。

札幌地裁は、これまでの最高裁判例(昭和五三年三月一四日第三小法廷判決、平成元年二月一七日第二小法廷判決など)の一般法理に則って、Xは本件認可処分の取消しを求める原告適格を有しないものと判断した。¹⁴⁾

すなわち、取消訴訟の原告適格について規定する行政事件訴訟法(以下「行訴法」という。)九条にいう「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い、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、同条の「法律上の利益を有する者」に該当するといふべきであるとした上で、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具体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連規定によっ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、当該処分を通してこ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といふこと¹⁵⁾である。

以上の前提に立ち、まず、①本件認可処分の根拠法規が、本件におけるXのように風俗営業を営もうとする者の利

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として検討し、次に、② Yが訴外人に対してした本件認可処分が、直接又は付随的にでも、Xの権利若しくは法律上保護された利益を侵害し又は必然的に侵害するおそれがあるものといえるか否かについて検討し、いずれも否定している。

すなわち、①については、本件認可処分の根拠規定が、本件におけるXのように風俗営業を営もうとする者の利益を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ない。

②についても、本件認可処分は、訴外法人が本件児童遊園を法七条の定める児童福祉施設として設置してこれを運用することを可能ならしめるものであって、その直接の効果として第三者であるXの権利を侵害し又は必然的に侵害するおそれがあるものでないことは明らかである。¹⁶⁾ また、風営法四条二項二号及びこれを受けた本件条例三条一項二号の規定の適用によって、Xが本件土地に風俗営業に係る営業所を設けることができなくなるとしても、それは、公安委員会が本件児童遊園を法七条の定める児童福祉施設と認め、Xが風俗営業に係る営業所を設けようとしている本件土地が、本件児童遊園の周囲百メートルの区域内にあると認めることによって生ずる事実上の不利益であって、このようなXの受ける事実上の不利益は、本件認可処分があることによって直ちに生ずるものではない（すなわち、訴外法人によって本件児童遊園が現実設置され、存続していることによつて生ずるものである。¹⁷⁾、前示のとおり、本件認可処分の根拠規定が保護している利益に係るものでもない。

加えて、Xは、本件認可処分の取消訴訟における原告適格を有する理由として、

① 風営法は、法と目的を共通にする関連法規であり、これらの法体系の中において本件認可処分の根拠規定である法三五条四項は、当該処分によつて侵害されるおそれのある個々人の経済的自由といった個別的利益も保護している。

② 社会福祉事業法（以下「事業法」という。）及び風営法は、法と目的を共通にする関連法規であるところ、事業法三条の二は、社会福祉事業の実施に当たっては地域住民等の理解と協力を得るよう努めなければならないと規定しているから、これらの法体系の中において本件認可処分¹⁸の根拠規定である法三五条四項は、児童福祉施設の近隣で風俗営業を営もうとしている者の利益を個別的利益としても保護している。

③ 本件認可処分は、行政権を濫用してされたものであり、これにより不利益を被ったXは不利益処分の当事者と同視すべきであつて、本件認可処分の取消訴訟における原告適格がある。と主張したが、いずれも認められなかった。

2 二審判決

控訴審（札幌高裁）は一回の口頭弁論で結審し、「当裁判所も、本件訴えは不適法であるからこれを却下すべきものと判断する」という控訴棄却判決であつた。

判決は一番判決の一部改正（修正）方式であり、溶け込み後の判決の要点の一つは次のとおりである。

「右各規定（筆者注：風営法四条二項二号及びこれを受けた本件条例三条一項二号）の適用によって、原告が本件土地に風俗営業に係る営業所を設けることができなくなるとしても、それは、公安委員会が本件児童遊園を法七条の定める児童福祉施設と認め、かつ、原告が風俗営業に係る営業所を設けようとしている本件土地が、本件児童遊園の周囲百メートルの区域内にあると認めて、本件営業不許可処分をしたことにより生じた結果であつて、このように風俗営業に係る営業所を設置できなくなるといふ控訴人の被る不利益は、本件認可処分があることよつて直ちに生ずるものではない（すなわち、訴外法人によつて本件児童遊園が現実に設置され、存続していることよつて生ずる

ものである。)、前示のとおり、本件認可処分の根拠規定が保護している利益に係るものでもない(換言すると、本件認可処分がなされなかった場合に、控訴人において本件営業許可申請に対する許可処分を得ることができたとしても、それは単なる反射的利益に過ぎないものである。)

右によれば、本件認可処分は、直接又は付随的にでも、原告の権利若しくは法律上保護された利益を侵害し又は必然的に侵害するおそれがあるものとはいえない。」(傍線筆者)

主な変更点は、「事実上の不利益」を「単なる反射的利益」と言い換えた程度であり、判決の基本構造は同じものと解されるが、傍線部分から明らかなように、一審判決と比較して法理論的にはより正確な表現になってはいるものの、「生じた結果」についてはあくまでも時系列の事実の次元で捉えており、法的評価には至っていないものといえる。

本件は、控訴人(X)の上告断念でX敗訴が確定した。仮に最高裁の判断を仰ぐことになった場合、原判決が維持され得るかについては、裁判実務の枠組みの中の地道な実定法の仕組み解釈から再考しても、強い疑問がある。加えて、一審判決は淡々と「マニュアル」どおりに論を進めているかに見えるが、審理の中で裁判長は本件を「悩ましい問題」であると認識していたのである。判決の表層の論理と相違し、内実は微妙な判断であったのではないかとと思われる。¹⁹⁾

注

(14) 札幌地裁での口頭弁論は四回実施され、裁判長と訟務検事との間でやや白熱した議論が交わされた。裁判長は、法と風営法とが自動リンクしている構図があり、風営法の不許可は裁量リンクではないから争えないということになる、原告に本件訴訟の原告適格がないとしたら、どうしたらよいかという悩ましい問題がある旨の発言をし、これに対し、裁判官出身の訟務検事が、救済性がないということはあると思う、しかし、裁判実務上はそういう判断(訴え却下)にならざるを得ないと強い調子で反駁していた

(15) と記憶している。この光景は、「同じ裁判官仲間」という先入観に囚われていた筆者には意外（新鮮？）な感じがした。
 (15) 判例・通説である「法律上保護された利益説」ないし「保護規範説」と呼ばれる考え方に立ち、判例で繰り返し用いられた公式である。

小早川光郎教授は、この説によれば、取消訴訟等の原告適格が認められるためには、①不利益要件（当該処分が原告の一定の利益に対する侵害を伴うものであること）、②保護範囲要件（その利益が当該処分に關する個々の立法（個別行政法令）により保護される利益の範囲に含まれるものであること）、そして③個別保護要件（その場合の立法の趣旨が、その利益を一般的な公益としてではなく原告ら関係者自身の利益として個別的に保護するものであること）という、三段階の利益判断が必要であると整理・分析し、③の個別保護要件の考え方そのものには無理があるとする（『行政法講義下Ⅲ』（弘文堂、二〇〇七年）二五七頁以下）。

阿部教授も、「個別具体的」という要件を放棄して、法律が保護する射程範囲内に入るかどうかという、「緩和された法律上保護された利益説」を導入すべきである、と主張する（前掲注（6）一八九頁）。

芝池教授は、これまで「法律上保護された利益」説と呼ばれてきた説には、多様なものがあるので、少なくとも、法令の明示の規定のみ原告適格の根拠を求めようとする狭義の「法律上保護された利益」説（この説は破綻したとする。）と、より柔軟にしかし法の枠内で原告適格を判断しようとする法的保護利益説とを区別することが適当であり、新潟空港訴訟最高裁判決は、実質的には法的保護利益説として位置付けられるとする（取消訴訟の原告適格判断の理論的枠組み」京都大学法学部創立百周年記念論文集第二巻（有斐閣、一九九九年）八八頁）。

(16) 藤田判事は、仮に何らかの「許可」に第三者の利益を考慮すべき旨が明文で定められていたとしても、その処分の法的効果は、専ら許可の名宛人の行動の自由を回復するという「命令的效果」に止まるのであって、「形成的効果」を有しない以上、第三者の利益に法的効果を及ぼすということは、本来あり得ないはずであるとの疑問を呈する（「許可処分と第三者の『法律上保護された利益』」（前掲注（10）の上巻二八六頁）、『行政法Ⅰ（総論）』（青林書院、第四版改訂版、二〇〇五年）四一七頁、四二〇頁）。古城誠教授も「行政処分の相手方は、処分によって法律上の拘束をうけるから権利を侵害されるが、第三者は、その利益を保護されなかつただけであり、権利を侵害されるわけではない。問題は、第三者の利益が法律上保護された利益かどうかである」（『定期航空運送事業免許と第三者の原告適格』別冊ジュリスト行政判例百選Ⅱ（第五版）三五〇頁）と述べる。

また、大貫裕之教授は、原告適格を肯定するために利益侵害を求めると考えを「侵害思考」と呼び、この立場に立つことによって、受益的行政処分の第三者がいかなる意味で処分による侵害を受けるのかという問題の理論的説明が容易ではなくなっていると指摘す

る（「取消訴訟の原告適格についての備忘録」藤田宙靖博士東北大学退職記念『行政法の思考様式』（青林書院、二〇〇八年）三八二頁）。

(17) 判決の括弧書は、Xを納得させるために「念押し」する意味で挿入したものと思われるが（高裁判決も同様）、後述するとおり、管見ではそれが皮肉にも判決が内包している法解釈の矛盾が露見する方向に働く、いわば「トロイの木馬」的判決理由ということになる。

(18) 原告の主張の①及び②は、新潟空港訴訟最高裁判決の判示（論理）に引きずられて、やや牽強附会の感が否めない主張である。また、③の主張は山形県余目町のいわゆる「ソーブランド」判決を念頭に置いたものであるが、判決では、「本件認可処分が行政権を濫用してされたものか否かは本案の問題であって、本件認可処分の取消訴訟における原告適格の有無を左右するものではない。」として退けられている。

なお、神橋教授は、仮定の問題として、「ソーブランド」事件で児童遊園設置認可処分の取消訴訟をソーブランド業者が争った場合、従来の「法律上保護された利益説」のみを単純に適用すれば「第三者」を保護する規定はないから訴え却下ということになる可能性が強いとしている（「公訴権に於ける基本権の位置付け——行政行為に於ける憲法と法律の交錯——（三・完）」法学五八巻六号（一九九四年）一一五六頁以下）。また、前掲注（5）でも、「児童福祉法上の児童遊園認可処分の根拠法規それ自体の解釈としては、当該規定は専ら一定の公益の実現を目的としたものであって、いわゆる「第三者」を保護したものとは認められないということになる可能性が高い」（二七〇頁）とする。

後述するとおり、阿部教授は、行政権の濫用（不利益処分の当事者と「同視」というXの主張とは別の理由（後記注23）のようにその法律構成は複数考えられる。）により、Xは端的に不利益処分の「当事者」であるとし、原告適格を認める立場と解される。

(19) 注（14）参照

四 本件原告の原告適格について

1 阿部教授の立論

筆者の知りうる範囲で、本件事件の原告適格について具体的に論じたものは、二審で鑑定意見書を作成した神橋教授の論稿を除いては、阿部教授のやや不親切とも思える簡単な叙述⁽²⁾のみであった。

阿部教授は、一審判決は原告適格を誤解している、すなわち、本件は「第三者の原告適格論」の問題ではないとして、次のように根本的な批判を加える。

「行政訴訟で原告適格の範囲が争われているのは、一般には、処分の名宛人その他の処分の当事者以外の第三者にいてである。申請を拒否された者や不利益処分を受けた者は、すでに権利を侵害されていると主張している（その主張が正しければ権利を侵害されている）のであるから、原告適格を有するのは明かで、いちいち議論するまでもないことである。改正行訴法九条二項はこの旨明示した。（改行）そもそも、風俗営業の許可は、距離制限内に児童遊園の認可がなされていないことを要件とし、後者がなされると、風営法の許可はなされないものであるから、後者の認可は児童遊園設置者に対しては受益処分であるが、風俗営業を行おうとする者にとつては、不利益処分である。⁽²³⁾この原告は普通の原告適格論という第三者ではなく、不利益処分の当事者なのである。したがって、このパチンコ店の営業許可申請者はそれだけで（営業の自由の制限という理由だけで）原告適格が認められるべきである。この判決が、これを第三者に対する効果とみて、児童福祉法の保護法益を論ずるのは的はずれである。なお、判例の保護規範説に沿って、憲法一三条、二二条を根拠に原告適格を認めようとする説（注）がある。多少迂遠な理論構成である。（改行）な

お、この種の事件では、パチンコ店は、児童遊園設置認可の取消しのほか、自分への不許可の取消しを求めざるべきである。後者が取り消されなければ営業はできないからである。」(傍線筆者。引用文中の(22)・(23)は筆者注である。また、(注)は神橋「行政権の濫用に基づく処分に対する取消訴訟について」金沢法学四四巻二号(二〇〇二年)一〇七頁以下を指している。)

この阿部教授の見解に初めて接したとき、一審判決の「判例地方自治」の匿名コメントが判旨を肯定する趣旨であったこともあり、正直、論理が粗く「暴論」であると感じた。当時、軽率にも本件を処分の名宛人の事実行為が介在するパターンの事件(判決の括弧書参照)と信じて疑わなかったからである。阿部教授の立論が正しいとすれば、原告、被告そして裁判所の訴訟活動は、「マニュアル思考」の的はずれの「徒労」ということになる。

2 裁判実務の考え方

阿部説は、意表を突く一刀両断的な議論とも思われるが、実は、裁判実務のバイブルと目される『改訂 行政事件訴訟の一般の問題に関する実務的研究』(以下「実務的研究」という⁽²⁴⁾)の次の思考枠組み(公定力論を除く。)と基本的に符合しているものと解される。⁽²⁵⁾

すなわち、実務的研究では、「行政処分の法律上の効果として、直接権利を侵害され、義務を課される者は、それが処分の名宛人であれ、それ以外の者であれ、当該処分の取消しを求めるとき、法律上の利益を有することは明らかである。例えば、……、事業認定の法律上の効果によって収用を受けざる得ない法的地位に立たされる起業地内の権利者や公有水面の埋立免許によって漁業権の消滅を受忍すべき義務を課されることとなる埋立区域内の漁業権者等の第三者⁽²⁶⁾は、処分の公定力を排除し、法律上の効果を除去することによって、処分によって制約を受けた権利を回復し、

あるいは、課された義務を免れることになる点において、処分²⁷の取消しを求めるとき、法律上の利益を有することは疑いがない。」とする（以下「実務公式一」と称する。（26）は筆者注である。）。

続けて、実務的研究では、「いわゆる第三者の原告適格の問題」は、「行政処分²⁸の法律上の効果として、直接権利を侵害され、義務を課される者以外の者であっても、許可処分（を）受けた者が行う原子炉等の危険施設の建設、営業行為等の事実行為²⁹によって何らかの不利益を受け又は受けるおそれのある者が、当該処分³⁰の取消しを求める原告適格を有するか否かという」問題であると定位している（以下「実務公式二」と称する。傍線筆者）。その上で、この問題（実務公式二の適用事例）を巡っては、大別して「法律上保護された利益説」と「法的保護に値する利益説」の対立があるが、判例上、「法律上保護された利益説」は既に確立したものとなっており、原告適格を巡る解釈の今日的な実務上の課題は、①法律上保護された利益と反射的利益をどのように判別していくのか、また、②ある利益が法律上保護された利益であると認められる場合に、その利益を個別具体的に保護されていると認められる者の範囲をどのように画していくべきであるのかといった点についての解釈手法ないし解釈基準の確立であるとする。

付言すれば、直接侵害と間接侵害という、侵害の態様に着目した実務的研究の基本構造は、最新の逐条解説の一つである、南博方・高橋滋編『条解行政事件訴訟法』（弘文堂、第三版、二〇〇六年）二五六頁以下でも維持されている。ちなみに執筆者（畠山稔＝福田千恵子）は実務家（裁判官）である。

3 筆者の見解

一の2で述べたとおり、あくまで裁判実務の思考枠組みを基調に論理内在的に論を進めると、問題は、本件事案において、実務公式一のように、Xは本件認可処分により「直接」権利が侵害されたと評価できるか否かにあると

整理することができよう。阿部説が、①不利益処分の当事者として、②「直接」の権利侵害になると法律構成しているのに対し、一審判決及び二審判決は、実務公式二に則り、「行政処分を受けた第三者が行う事実行為」による侵害と理論構成しているものと解されるからである。換言すれば、本件不許可処分の理由は、児童福祉施設が（処分の名義人が行う事実行為により）「設置・存続」していることによるもの（とりわけ判決の括弧書参照）なのか、それとも、「本件認可処分」それ自体の法的効果によるものなのか、ということである。

Xの原告適格については、次の三つの理由により、阿部教授の立論に賛成する。

第一に、二の1で述べたとおり、公安委員会は、正当にもXによる「申請営業所の敷地の周囲一〇〇メートル区域内の地域に、児童福祉法第七条に規定する児童福祉施設（児童厚生施設・児童遊園）が、平成一一年七月一四日付けで認可されたことによる。」（不許可通知書。傍線筆者）ことを理由に、風営法の不許可処分をしたのであって（一審判決の事実認定（争いのない事実等）も同様である。）、「風俗営業に係る営業所を設置できなくなるという原告〓控訴人の被る不利益は、本件認可処分があることよって直ちに生ずるものではないうえ（すなわち、訴外法人によって本件児童遊園が現実に設置され、存続していることよって生ずるものである。）」（一審判決及び二審判決）との事実認定及び風営法解釈は、明らかに誤っているものと言わざるを得ない。

付言すれば、本件認可処分は、命令・強制の契機を含まないものであり、現行の風営法の仕組みでは、訴外法人が果たして認可どおり児童福祉施設を設置するか否か、また、事業を行うか否かは、そもそも許可権者（公安委員会）の関心の外のはずである。

第二に、風営法施行令六条二号は、「当該施設の敷地（これらの用に供するものと決定した土地を含む。）の周囲おおむね百メートルの区域を限度とし、その区域内の地域につき（筆者注・都道府県条例で）指定を行うこと」と規定

している。すなわち、風営法の法体系からも保護対象施設の敷地は、「これらの用に供すると決定した土地を含む。」こととされており、当然のことながら一審判決及び二審判決が判示するような具体の「施設の設定・存続」がメルクマールになっているわけではない。本件事案で問題となっている児童福祉施設では、法の届出、認可などが「これらの用に供すると決定した土地」の基準になるものと解される^⑩。

なお、判決は、Xに係る利益が「事実上の不利益」（一審判決）ないし「単なる反射的利益」（二審判決）に過ぎないことを論じているが、それは実務公式二が適用になる場合の論点であり、実務公式一の適用事例と考えられる本件では、そもそも無用の議論であるといえよう^⑪。

第三に、仮に百歩譲って、一審判決及び二審判決の論理に従ったとしても、本件事案の個別事情から、本件認可処分により直ちにⅡ「直接」Xの権利侵害が生じていると評価することは法理論的に十分可能である。なぜなら、本件の場合、地元パチンコ業者から訴外法人に五月一四日に土地及び児童福祉施設（正確には法の認可対象物）が寄附され、六月七日に本件認可申請が行われ、七月一四日に本件認可処分がなされており、この事実関係の下では処分の名宛人の処分後の施設の設定・存続に係る事実行為が法的に意味あるものとして評価し得る余地はおよそ無いものと言わざるを得ないからである。

以上述べたとおり、本件事案は、判決理由中の括弧書の存在から一審判決及び二審判決が依拠している（と思われる）実務公式二を適用する前提をそもそも欠いており、実務公式一の適用が問題となるケースであると判断せざるを得ない。すなわち、Xは、いわゆる「第三者の原告適格論」の「第三者」該当性を欠くことにより、直截「不利益処分の当事者」として原告適格を有するか否かの検討をすべきという理路をたどることになると考える。その場合、Xを形式的第三者から実質的当事者として吸収（救済）できるか否かの分岐点は、「行政処分の法律上の効果として、直

接権利を侵害され、義務を課される者」の認定いかんということになる。

4 神橋説の検討

本件では、A四版一五頁に及ぶ神橋教授（当時・金沢大学法学部助教授）の鑑定意見書が高裁の審理の段階で書証として提出された。同意見書の冒頭部分で、教授は、本件訴訟は、従来の判例・学説がほとんど論じてこなかった重要な法的論点を相当に含んでいると述べる。また、教授は、別稿でも本件事件を掘り下げて検討している⁽³²⁾ので、以下、原告適格に関する議論と判決の拘束力に関する議論に分けて、紹介・検討する。

(一) 原告適格

教授は、鑑定書で憲法一三条二文から行政処分は法の趣旨目的に沿って行われるべきであるという、行政権の行使を制約する当然の法理が導かれ、行政権の濫用に基ついて行われた行政処分によって自己の自由権を侵害された者は、当該処分の取消訴訟につき原告適格を有すると解すべきであるとする。その上で、Xは、本件認可処分によって必然的に、自己の営業許可申請が不許可となる法的な連関関係に立っており、憲法一三条（二二条）によって保障された営業の自由を侵害されるのであるから、本件訴えは適法であると解すべきであると述べている。

前段と後段の論理関係は、必ずしも明らかではないが、別稿ではより直截に「行政権の濫用」の事例においては、憲法一三条二文によって導かれる行政処分一般について妥当する「行政権はその本来の目的にしたがって行使しなればならない」という行為規範違反を直接根拠に「重大かつ受忍し難い侵害」の有無を問うことなく、原告適格を承認することが許されると述べている⁽³³⁾。

しかし、判決では、行訴法九条にいう法律上保護された利益となるか否かは、あくまでも、当該処分の根拠となっ

た行政法規の処分要件の有無を検討することにより決せられるべき事柄であつて、この根拠法規を離れ、あるいは、これを飛び越えて、直接、憲法の条文を根拠法規と同視する考え方は取り得ないものといわざるを得ず、また、処分の根拠法規の保護目的と関わりなく、行政権の濫用により権利を侵害された者は常に原告適格を有するとの見解も、元来、訴訟要件と実体要件とを明確に区別し、訴訟要件を備えた場合にのみ実体要件の検討に入るといふ訴訟の基本的な枠組みを無視するものとして採用することができない³⁴⁾、として退けられている。

また、同教授は、別稿で阿部「風営法パチンコ出店妨害事件の解決策」自治実務セミナー四二巻七号(二〇〇二年)四頁以下を参照に、札幌地裁判決のような事件においても、児童遊園設置認可処分によって法的に自己のパチンコ店営業許可が不可能になるといふ関係に立つわけであるから、「行政権の濫用」に基づく処分によって自己の自由を侵害されたと主張することが可能であり、このようなXの立場は、侵害処分における名宛人の立場に類似することになるが、「行政権の濫用」そのものとの関係でいえば、Xがいわば「狙いうち」にされているのであるから、この場合、Xは名宛人そのものではないにしても、「名宛人類似の立場」に立つといつてよい、と主張する³⁵⁾。

この点、阿部説は、文理上判然とはしないものの、本件処分を(文字どおりの)二重効果的行政行為と法律構成する口吻を示し、端的に「処分の名宛人その他の処分の当事者」「不利益処分の当事者」として、Xの原告適格を認めると解されるのに対し、神橋説は行政権の濫用法理を介在させる点において、やはり「迂遠」(阿部)との評価を免れないであろう。裁判実務上は二審判決の判旨と同様、行政権の濫用は基本的に本案審査における処分の違法事由として主張すべき事由と構成すべきではなからうか。

(二) 判決の拘束力

神橋教授は、第一審のYの主張でもある、Xは本来、自らに対する営業不許可処分の取消訴訟を起こすべきであつ

たという指摘に対し、それはXの訴訟方法の選択の問題であつて、本件認可処分取消訴訟自体の適法性とは直接の関係はないとする。そして、風営法の「営業許可申請中で未だ行政庁の処分が下されていない」時点であれば本件認可処分取消訴訟を提起することも考えられ、その場合、「勝訴判決を受けて改めて営業許可処分を申請することになる」と述べる。⁴⁶

阿部教授は、「この種の事件では、パチンコ店は、児童遊園設置認可の取消しのほか、自分への不許可の取消しを求めるべきである。後者が取り消されなければ営業はできないからである。」⁴⁷と述べるに止まり、理論的説明を省略している。確かに、先行処分である本件認可処分が判決により取り消されただけでは、後行行為である本件営業不許可処分は未だ有効に存在しているといえよう。しかし、本件営業不許可処分は、法の仕組み上、本件認可処分の有効性を前提要件としており、先行処分である本件認可処分が判決により取り消されると、取消判決の形成力により後行処分である風営法の不許可処分はその前提を欠くことになり無効となるものと考えられる。この意味では、取消判決の拘束力に基づく不整合処分の取消義務と理論構成するまでもなく、本件の場合、（確認的に）職権取消しの必要性が生じることになるといふべきである。⁴⁸

次に、これとは逆に風営法の営業不許可処分取消請求訴訟を直ちに起こした場合について、神橋教授は、本件認可処分は行政権の濫用として「無効」であるという前提の下で、「請求認容判決⇨取消判決が下された場合、判決の拘束力（行訴法三三条）により都道府県知事は関係行政庁として児童遊園設置認可処分を取消す義務が生ずるか否か問題となるであろう。」と問題提起する。⁴⁹塩野教授は、この場合、事後の行政過程は展開しないので、訴訟の目的は達しており、拘束力を問題とする余地はないとの立場を採るが、⁴¹神橋教授は、鑑定書で、公定力論から裁判所が先決問題として本件認可処分の「無効」を認定したとしてもそれだけでは本件認可処分の「効果」が消滅するわけではなく、児

童遊園と風俗営業が併存するという望ましくない事態が生ずることを指摘し、職権取消しを主張する。⁽⁴²⁾ 神橋説が理論上も実務上も妥当と思われる。

(三) 神橋説の総括

同教授は、「法律上保護された利益説」においては、処分の名宛人以外のいわゆる「第三者」の原告適格については、四つの論点を挙げるができるとする。①「法律上保護された利益」と「反射的利益」の区別、②「法律上保護された利益」というときの「法律」とは具体的に何を意味するのか、③一体どのようにして「保護規範」を認定していくのかという解釈方法の問題、④処分の根拠法規が目的とする「一般的公益」と当該法規が保護する「個々人の個人的利益」との関係の四つである。

そして、札幌地裁判決は、論点の③と④にかかわる判示、とりわけ新潟空港訴訟最高裁判決における原告適格論の一般的判示をほぼ踏襲しているとし、その原因は、Xの主張が本件認可処分の根拠法規である法三五条四項の保護規範性を根拠づけるために、専ら新潟空港訴訟最高裁判決の論法を狙って、風営法や事業法を根拠法規の関連法規として捉え、原告適格を根拠づけようとしたことによるものであろうと反省的に総括している。しかし、本件事件において重要な意味を持つのは、③と④の論点ではなく、②の論点、とりわけ「行政法規」に憲法は含まれないのかという問題と、直接明文の根拠はなくても法律の合理的解釈により当然に導かれる制約とは何かという問題であるとする。⁽⁴³⁾

もっとも管見では、前述のとおり、神橋説の立論は、いわゆる「ソープランド事件判決」の行政権の濫用法理に拘泥し、その法理を介在させることによつて、憲法論（一三条二文によつて導かれる行政権の遵守すべき行為規範を直接根拠にする。）から原告適格を導くものと思われるが、裁判実務上、その論点はまさに行政処分の違法性という本案の論点として整理・検討すべきものであると考える。

なお、一審裁判長の、法と風営法は、「自動リンク」であり、「裁量リンク」ではないという発言は、直接的な法的連関関係を示唆するものであり、阿部説の萌芽（出発点）を見て取れるように思われる。また、神橋教授も鑑定意見書及び論文の中で阿部説と同趣旨のことを述べている記述もあり、実務公式一（不利益処分の当事者）に肉薄しているものの、明確には踏み切れてはいない。⁴⁴⁾

注

(20) 神橋・前掲注(5)一六九頁以下は、本件事件について詳細な解説を行っている。

(21) 阿部・前掲注(4)参照

(22) 風営法業者の原告適格が認められるためには、潜在的権利侵害が顕在化する時点としての時間的限定（縛り）が必要になるものと思われる。本件の民事の最高裁判決（平成一九年三月二〇日）では、「本件寄附は、上告人（筆者注：X）の事業計画が、（筆者注：Y）パチンコ店の出店予定地に係る平成一年四月一日の）本件売買契約の締結により実行段階に入った時点で行われたものというべきである」と述べ、不法行為責任を認定している。不法行為責任を認定する場合の「土地の売買契約時」が取消訴訟においても妥当するかは、理論面も含め別途、事案に応じた検討が必要であろう。

(23) 法律構成として、行政行為の効力を第三者にも拡大する「二重効果的行政行為」論が考えられる。阿部教授は本件処分を「二重効果的行政行為」と明示はしていないが、分類そのものは肯定する立場と解される（『行政の法システム（上）』（有斐閣、新版、一九九七年三九頁参照）。藤田判事は、当該の行為が同時に甲と乙の利益に直接の法的効果をもたらすような制度上の仕組みになっている場合を「文字通りの二重効果的行政行為」と呼び、甲に対する行政行為の根拠規定は理論的に当然また乙に対する行政行為の根拠規定でもあるということになるであろうと述べる（『行政活動の公権力性と第三者の立場』前掲注10）上巻二六一頁。二重効果的行政行為（複効的行政行為、複合的行政行為）の特色については、参照、萩野聡『複合的行政行為の特色』（新版）六六頁。一方、芝池教授は、具体的利益状況を離れて二重効果的か否かを論ずることは適切ではない等の理由から、二重効果的行政行為の概念の有効性について疑問を呈する（『行政法総論講義』（有斐閣、第四版補訂版、二〇〇六年）一四〇頁以下）。また、大貫教授は、原告適格を肯定するために利益侵害を求める考えを「侵害思考」と呼び批判する立場に立つが（前掲注16）三八二頁以下）、二重効果

的行政行為の概念は権利侵害が訴訟要件として要求されているドイツ特有の理論であるとの前提に立ちつつ、芝池教授と同様、二重効果的であるか否かは具体的状況によって異なるとする（前掲注(16)四〇八頁）。

不利益処分は法律構成として、大貫教授は、「形式的に名宛人とされた者以外にもマイナスの法的効果を及ぼす行為」という説明をする。すなわち、例えば、都市計画事業認可は、認可申請者以外の、事業地の不動産に権利を有する者にも一定の効果を及ぼし、これらの者は形式的には第三者の原告適格論が問題となるが、「実質的には不利益処分の名宛人であり、第三者の原告適格の有無を判定する基準により原告適格を判定する必要はない」とする（前掲注(16)四一頁以下）。この構成は、家永教科書検定第一二次訴訟（最判昭和五七年四月八日）に関する学説の説明と類似する。宇賀克也教授は「教科書検定において出版者が……不合格検定を受けた場合の教科書の執筆者」を「名あて人と同視しうる者」と説明し（『行政法概説Ⅱ』（有斐閣、二〇〇六年）一六九頁）、芝池教授は「処分の相手方に準じて法的地位を有する者」と説明する（前掲注(12)（13）五三頁）。

(24) 司法研修所編の同書（法曹会、二〇〇〇年）は、藤山雅行判事の言う「実務の運用を要領よく記載した実務書」の典型ともいうべきものであり（藤山編『行政争訟』（新・裁判実務体系第二五巻）（青林書院、二〇〇四年）はしがき）、本件訴訟においても、訟務検事の手になる詳細な準備書面で実に効果的に引用されている。阿部教授も「実務の指針（バイブル）になっていると推測される」と述べている（前掲注(6)一八〇頁）。

(25) 基本的に同様の説明をするものとして、宇賀『改正行政事件訴訟法』（青林書院、補訂版、二〇〇六年）四四頁、小早川・高橋編『詳解改正行政事件訴訟法』（第一法規、二〇〇四年）一七頁（高橋滋執筆）。

(26) ここでの「第三者」という表記は、行訴法九条二項と同じく処分の名宛人以外の形式的な意味のそれであり、実務公式二で論じられる評価的な意味での「第三者」とは異なるものである。

(27) 実務的研究八四頁。

泉徳治判事も「行政処分は法律上の効果として権利を侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者は、その回復のため処分の公定力を排除する必要があり、取消訴訟の提起が認められる。」「行政処分の法的効果として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は、処分の名宛人であると第三者であるとを問わず、当該処分の取消しを訴求できる。」と述べている（「取消訴訟の原告適格」訴えの利益」『新・実務民事訴訟講座9行政訴訟1』（日本評論社、一九八三年）五三頁以下）。

亘理格教授は、「実務的研究及び泉判事の『取消訴訟は公定力排除訴訟である』という命題の意味するところは、『行政庁が、事後に、処分時に認定判断を行うべく義務づけられている範囲を超えて裁判所の審査を受けるのは、『公定力排除訴訟』の趣旨に反するという

主張」であり、「そこから、第三者の原告適格は行政庁が考慮・斟酌すべき義務を課せられている利益を有する者の範囲に限定すべきであるとの結論」を導いていると説明する（『行政訴訟の理念と目的』ジュリスト一二三四号（二〇〇二年）一三頁）。

一方、阿部教授は、処分の公定力排除のための取消訴訟という裁判実務の思考を批判し、公定力は「今日では、実体法上の効力ではなく、行政処分が取り消されるまで有効として通用するのは単に抗告訴訟の排他性の反映にすぎないから、訴訟上の効力である」と理解するのが一般的であろう。」と述べる（『行政訴訟の裁判実務——司法研修所編』改訂 行政事件訴訟の一般的問題に関する実務的研究』自治研究七八巻六号（二〇〇二年）一三九頁以下）。小早川教授も手続法的公定力概念を採用（『行政法上』（弘文堂、一九九九年）二六八頁以下、二九二頁）。また、藤田判事は、理論の明確性の観点から、最狭義の公定力概念を確立する必要があるとし、①行政行為の違法性一般ではなく、効果の有権的認定のみに関わる概念であって、かつ、②行政行為の実体法的効果が及ぶ範囲内でのものと説明する（前掲注〔16〕書二一八頁以下）。

いずれにしても不利益の受忍を強いられる者の範囲が限定されるという意味で、公定力には事項的限界があると考えるべきである。参照、高木光『行政訴訟論』（有斐閣、二〇〇五年）二九八頁。

- (28) 一般的には、行訴法九条（一項）の「当該処分……取消しを求めるとき法律上の利益を有する者」の解釈を巡るものとして説明される。「解釈論疲れ」（高木）の感があるが、今日、狭義の「法律上保護された利益説」を除き、両説の間に実質的差異がないことにつき、芝池・前掲注〔15〕九五頁以下参照。また、藤田判事は、平成元年二月の新潟空港訴訟最高裁判決は、航空機の発着による騒音障害に悩む周辺住民に取消訴訟の原告適格を認めるために、法解釈の「アクロバット」を行ったものと評し、実質的に「法的保護に値する利益説」を採用したに等しいとの評価が一部でなされている（前掲注〔16〕書四一六頁）。

- (29) 実務的研究八七頁。これに対し阿部教授の総体的な批判がある（前掲注〔8〕）。

- (30) 阿部・前掲注〔4〕書二五二頁
 東京地裁平成八年二月二〇日判決（判例地方自治一七二号九四頁）は、「保護対象施設の用に供するものと決定した土地というところができるためには、保護対象施設の用に供することが予定されているだけでは足りず、（筆者注・風営法）営業許可の時点において審査対象として考慮すべきものとして、保護対象施設の用に供することが公的手続等からも客観的外形的に明白になっていることを要すると解すべきである。」とする。

- (31) 実務的研究八七頁以下

- (32) 神橋・前掲注〔5〕

- (33) 神橋・前掲注(5)一八七頁
- (34) 取消訴訟において、訴訟要件である原告資格の問題として審理される事項と、本案で審理される事項が必ずしも論理的に一義的に区分できないことは最判平成六年九月二七日判決(判例時報一五一八号一〇頁)も認めるところである。参照、山本隆司『行政上の主観法と法関係』(有斐閣、二〇〇〇年)四八六頁及び四九三頁
- (35) 神橋・前掲注(5)一八五頁。教授は、行政権の濫用法理に基づく憲法論にあくまで固執しているように思われるが、他方では、「最高裁判例はそもそも『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』が原告適格を有するとしてきたわけであるから、本件の場合は『自由権』という原告の『権利』が侵害されることをもって原告適格が認められることになる。」とも述べ(同一八五頁)、結果的に実務公式一に依っているとも解される記述も見られる。
- (36) 神橋・前掲注(5)一九三頁。管見では、風営法の申請拒否処分の取消判決の場合においても申請自体の効果が失われるわけではないのであるから(宇賀・前掲注(23)二三九頁参照)、未だ行政庁の処分が下されていない場合は、なおの事、再度の申請は必要ないものと考えられる。
- (37) 阿部・前掲注(4)書二四八頁
- (38) 実務的研究三〇九頁以下参照
- (39) 宇賀・前掲注(23)二四一頁、南博方編『注釈行政事件訴訟法』(有斐閣、一九七二年)三〇九頁(阿部執筆)、塩野『行政法Ⅱ』(有斐閣、第四版、二〇〇五年)一六九頁
- (40) 前掲注(5)一九三頁
- (41) 前掲注(39)一七〇頁
- (42) 前掲注(5)一九三頁。宇賀・前掲注(23)二四〇頁参照
- (43) 前掲注(5)一七八頁以下
- (44) 前掲注(5)一八五頁。前掲注(33)をも参照

五 再考から導き出されるもの

本件では、処分の名宛人以外の形式的な第三者の原告適格が争点となり、訴訟進行上もこの議論に終始し、訴え却下の本案前の判決で確定している。判旨は、括弧書の存在からも実務公式二の適用事例と法律構成しているようである。しかしながら、四の3で述べたとおり、本件は、阿部教授の指摘どおり、いわゆる第三者の原告適格論の問題ではなく、実務公式一の適用事例（不利益処分の当事者であるか否か）であると解すべきであるというのが筆者の見解である。

ところで、定式化されている「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」という最高裁判例のフレーズは、次のとおり、四類型を含んでいる。

- ① 自己の「権利」を侵害される者
- ② 自己の「法律上保護された利益」を侵害される者
- ③ 自己の「権利」を必然的に侵害されるおそれのある者
- ④ 自己の「法律上保護された利益」を必然的に侵害されるおそれのある者

「法律上保護された」という限定がつけられているのは、「利益」についてであり、「権利」にはかかる限定はない。ところが、実務的研究では、「権利」と「利益」は区別されることなく、並列で並べられ、共通に「法律上保護された」という限定がついている。すなわち、行訴法九条の『「処分の取消しを求めるについて法律上の利益を有する者」とは、処分によって法律上保護された権利利益を侵害され、又は法律上の不利益を課せられた者を指すが、何をもって法律上保護された利益をいうのかについては、従来から種々の議論が重ねられてきた。』（八三頁以下）として、実務公式

一と実務公式二の記述につなげているのである（傍線筆者）⁽⁴⁵⁾。

これを、二つの公式の共通表現と読めないことはない。すなわち、実務公式一の場合は「裸の権利」を指し、実務公式二の場合は「根拠法規（行政法規）により保護された権利」と読むのである⁽⁴⁶⁾。あるいは、最初の傍線部分と次の傍線部分との対比から、「権利」は個々の行政法規の規定を待つまでもなく法的に保護されるべきものであり、確認的に「法律上保護された」と修飾しているに過ぎないと解することも不可能ではない。

芝池教授は、「権利」と「法律上保護された利益」の峻別を意識し、次のように述べている⁽⁴⁷⁾。

「権利侵害があれば原告適格が認められるという戦前以来の原則は改正行政事件訴訟法の下でも変更されず維持されていると考えられる。『法律上保護された利益』とは別に権利（侵害）が原告適格を根拠づけるものであることは、最判一九七八（昭五三）・三・一四（＝主婦連ジュース不当表示事件）においても示されていたが（……）、しかし、この判決の権利に関する判示は『法律上保護された利益』に関する判示への注目の反面として余り注目されることはなく、その後の裁判例においては原告適格は法律との関係で判断されてきたのであった。（改行）しかし、権利はその概念上法律の規定を待つまでもなく法的に保護されるべきものである。そうであれば、権利侵害があれば、法律による承認を待つことなく、原告適格が認められることになる。つまり、原告適格の判断は、権利（侵害）の有無と「法律上の利益」の有無の二つの段階から構成されることになる。」

宇賀教授も「権利」については「処分の根拠法規が法律上保護している」という要件＝限定は付していない⁽⁴⁸⁾。

この峻別論が徹底されると、第三者の原告適格について、「隠された列举主義」「悪しき仕組み解釈」と批判される多くのケースにおいて、憲法二九条の財産権ないし営業の自由、民法二〇六条の所有権等を根拠として、訴訟の入口段階（提起資格）での救済に資する可能性が大きいのではなからうか。権利者の意思に反して権利の実現が害され

ば、端的に権利が「侵害」されたことになるかと解し、原告適格を認めるべきであり、そのことが「裁判を受ける権利」の保障（憲法三二条）に奉仕することにもなると思われる。⁽⁴⁹⁾

注

(45) 泉判事は、「処分の法的効果を受ける権利は処分の根拠法規がこれを保護の対象としているから、右の権利利益は処分の根拠法規により保護された権利利益と言ひ換えることができる」と述べ、権利と利益を峻別していない（前掲注(27)五七頁）。また、神橋教授は、「最高裁は現在に至るまで表向きは『権利』と『法律上保護された利益』の二つを掲げながら、少なくとも昭和四〇年代以降、特にこのタイプの訴訟（筆者注・行政庁の許可等受益処分を名宛人以外の「第三者」が争うケース）における『第三者』について、何らかの権利が侵害されたという理由で原告適格を認めた判例は見当たらないのである。……『権利』の概念は、原告適格の議論において大きな意味を持たなくなるのである。」（『行政訴訟へのアクセス（一）——原告適格』笹田栄司・亘理格・菅原郁夫編『司法制度の現在と未来』（信山社、二〇〇〇年）一三三頁）との認識を示している。

(46) 実務公式一の要件は「行政処分の法律上の効果として、直接権利を侵害され、……」であり、実務公式二の「法律上保護された利益説」の要件は「行政処分の根拠法規によって保護の対象とされた権利利益の帰属主体である」（実務的研究八四頁）。なお、筆者は、実務公式二の場合も含めて「権利」は根拠法規により保護されている必要はないものと考えている。

(47) 芝池・前掲注(12)(13)四八頁。

桑原勇進教授も、処分の根拠法規によって保護されている必要があるのは「法律上保護された利益」のみであつて、「権利」は根拠法規によって保護されているか否かを問わず原告適格の根拠となると述べている（『原告適格に関する最高裁判例』ジュリスト一三二〇号（二〇〇六年）一三三頁の注3）。また、古城教授も「原告適格が認められるのは、行政処分によって権利を侵害される者か、法律上保護された利益を侵害される者である。」と明記する（前掲注(16)三五〇頁）。

(48) 宇賀・前掲注(25)四四頁の記述は、明確な概念区分を意識しているものと受けとれる。すなわち、「学説上は、原告適格を認められる者について、法律上保護された利益説と法的保護に値する利益説の対立がある。前者は、当該処分により自己の権利もしくは法律上保護された利益を侵害され、または必然的に侵害されるおそれがある者に原告適格を認める説である。他方、後者は、権利または法律上保護された利益とはいえない利益であつても、裁判上保護に値する利益が侵害されまたは必然的に侵害されるおそれがあれば

原告適格を承認する説である。前者においては、処分の根拠法規が当該利益を法律上保護された利益として保護しているかを実定法解釈により認定しようとするのに対して、後者は、実定法解釈に拘泥せず、原告が現実には被る不利益の性質、程度等に着目し、それが司法救済を与えるにふさわしいかを検討するものである。(傍線筆者)

(49) これに対し、片山智彦准教授は、最高裁が取消訴訟を「公定力排除訴訟」と性格づけていることを前提とすれば、保護規範説にいう「権利」とは、「行政処分の根拠法規が私人の権利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権利」であるとするのが素直な解釈であり、保護規範説によれば基本権も含め「権利」もまた、それが処分の根拠法規により個々人の具体的権利として保護されていなければ、原告適格の根拠とはならないと批判する(『裁判を受ける権利と司法制度』(大阪大学出版会、二〇〇七年)一〇一頁以下)。確かに、実務的研究では、「処分の根拠法規が、個々人の個別具体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を理由に原告適格を認められる第三者は、……権利利益の侵害状態(一種の行政手続上の権利利益の侵害状態)を除去する点において、処分の公定力を排除する利益がある」(一一一頁)との記述がある。しかしながら、実定法上の原則である「法律の留保の原則」からは、「権利」は全法秩序から生み出され、行政実体法からは超然と存在するものであり、行政処分の根拠法規によつて初めて権利として保護されるのではなく、当該根拠法規は単に「権利」を侵害するための根拠規定として機能しているに過ぎないと解すべきであろう(参照、藤田・前掲注(16)論文二九二頁)。

六 終わりに

自治体職員、それも本件訴訟の当事者(指定代理人)という自己の置かれた社会的な立場ではなく、「知的廉直」(知的誠実性)の見地から、非力を顧みず、自ら関与した確定判決をあくまでも裁判実務の内在的論理の貫徹という観点から考察した。

そして、阿部教授の説を中心に検討した結果、裁判長と訟務検事が「実務家」として、当然のこととして共有していた「第三者の原告適格論」の前提ともいうべき第三者該当性に、実は「大いなる誤解」があったのではないのかと

いう結論に至った。すなわち、本件事案は、許可を受けた者の事実行為が介入する実務公式二の適用事例ではなく、実務公式一の適用事例であるということである。このため、判決は、的はずれ（阿部）の個別実定法の解釈を延々と展開していることになるが、論点主義の形式論理である「マニユアル思考」に終始していると評することもできよう。このことは、一審判決の判旨を肯定的に紹介する「判例地方自治」の匿名コメントも全く同様である。

本稿において、学説の涉獵・検証が全くもって不十分なため、上記立論において実務的研究の分類公式を金科玉条的に取り扱った嫌疑はある⁵⁰。それにもかかわらず、地道な事実認定と実定法の仕組み解釈を行った結果、本件をいわゆる「第三者の原告適格論」の問題として、訴訟要件である原告適格を否定した札幌地裁及び札幌高裁の判決は、法理論的に誤りであるとの結論に至った次第である。

本件のような事案は、阿部教授が指摘するように「先手必勝のシステム⁵¹」として、今後も全国各地で実際に起こりうるケースであり、類似の行政事件に係る最高裁の判断もない中、このままでは、「判例地方自治」の匿名コメントが「通用力」を持つて一人歩きするおそれが多分にあることを危惧するものである。

民事の差戻し後の高裁判決では、遅延利息を含め最大で一五億円近い金銭が疲弊した地域経済から流出することになる⁵²。行政的観点からして、道の「調整不足」が原因であるとするとするなら看過できない大きな問題として、今後の類似事件への対応については「政策法務」からの照射も必要になってこよう⁵³。

筆者の怠慢のため、高裁の確定判決から七年以上経過した事件を論ずることは時機に後れた攻撃防御方法との諷りを免れまい。加えて、本稿こそが残学に起因するごく初歩的な「的はずれ」に陥っていないかを畏れるものである。現代行政における裁量権と行政過程における利益調整の在り方は如何にあるべきか。また、百花繚乱の感のある「第三者の原告適格論」について、行訴法九条二項の改正趣旨を踏まえた行政法総論との体系的検討は他日を期したい。

注

(50) 阿部教授は、実務的研究を「学問的な見地からは、田中二郎説から数十年は進化していないシーラカンスという印象を抱く。」と酷評している(前掲注(27)一四二頁)。

(51) 阿部・前掲注(4)書二三五頁

(52) 民事の一審判決が、被告らに命じた損害賠償額は、一〇億円を超えている。

(53) 阿部・前掲注(23)三八頁以下は、「今日の社会は、単に行政と市民が対立しているのではなく、行政は複雑な社会的な利害の対立の調整を信託されたものと把握されるのである(る)。(憲法前文参照)」と述べる。

人見剛教授は、判例が原告適格の承認に消極的に作用している諸要因を、①実質的民間紛争、②法益性の低認知、③法益享受者の不特定性の三つに整理している(「原告適格の考え方と条文」ジュリスト一二三四号(二〇〇二年)三四頁)。本件紛争の実質は、パチンコ業者間の「民間紛争」であったため、道の対応は、「中立」という名の「非政策的」なものに終始したきらいがある。正直、調整に関しては「無策」であったというべきであろう。教訓として今後に十分活かすべきである。