

タイトル	国・地方自治体間の争訴と「法律上の争訴」覚書 (2)
著者	秦, 博美; HATA, Hiromi
引用	北海学園大学法学研究, 53(2): 47-72
発行日	2017-09-30

# 国・地方自治体間の争訟と「法律上の争訟」覚書（二）

秦 博 美

目次

一 はじめに

二 判例

三 学説（以上五一卷四号）

四 検討（二）公権力の行使（統治権）の特質（以上本号）

五 検討（二）司法権の観念

六 終わりに

## 四 検討（二）公権力の行使（統治権）の特質

村上裕章教授は、国や地方自治体が独立の法人格を有する以上、原則として、それら相互間の争訟は「法律上の争訟」に当たり、個別法の規定がなくとも訴訟を提起できると解すべきであると述べ、肯定説を支持する<sup>22</sup>。その上で、

村上教授は、否定説の論拠として、公権力行使の特質に着目するアプローチと、司法権の観念に着目するアプローチに大別できると述べ、前者の公権力行使については、①法律関係の成立を否定する見解、②行政主体の権利の成立を否定する見解、③行政主体間の関係を内部関係とみる見解などが、後者の司法権の観念については、①訴訟目的を根拠とする見解、②裁判を受ける権利を根拠とする見解、③日本国憲法における司法権の観念を根拠とする見解があると分析している。<sup>(33)</sup>

以下、村上教授の手際よい整理に従い、各論点について検討を加えることとする。まず、公権力の行使（統治権）の特質に着目するアプローチについて、検討する。

## 1 法律関係の成立を否定する見解

この見解は、公権力行使については、そもそも法律関係は成立しないとする見解で、かつての国庫理論で採られていた考え方である。現在、これを明言する学説はないので、学説史的に克服された考え方といってよからう。村上教授は、行政権の主体と財産権の主体を区別し、前者について「法律上の争訟」は成立しないとする宝塚判決（二の6参照）はこのような考え方に基づくものとも解しうると述べる。<sup>(34)</sup>

国庫理論とは、国家に単一の法人格をみるのではなく、国家を、法の規制を受けない公権力の主体としての「国家」と財産権主体としての「国庫」という二つの法人格として考え、後者の意味での「国家」は、権力主体としての「国家」とは異なり、常に通常の私人と同様の法（私法）によって規律され、通常司法裁判所の審理権に服するという考え方である。<sup>(35)</sup>この理論は警察国家思想の下ではそれなりの実践的意義はあったものの、法治国家思想が確立し、国家のあらゆる活動が裁判的統制に服するようになると、そうした用法は本来的な意味を失う。現在の用法は、単に財産

権の主体としての国家を便宜上呼称するに過ぎない（憲法四九条、民法二二九条二項、九五九条、刑訴四九九条三項等<sup>36</sup>）。

## 2 行政主体の権利の成立を否定する見解

この見解は、公権力行使については、行政主体に「権限」は認められるが、「権利」は成立しえないとする見解である。村上教授は、この見解も国庫理論の影響下にあるのではないかと思われるが、現在でも時折主張されることがあるとし、雄川一郎博士の見解をこの趣旨でないかと解されると述べる<sup>37</sup>。その上で、行政機関が「権限」しかもちえないとしても、行政主体については「権利」が成立しうるはずであり、現行法上も、公権力の行使は各行政主体の行為とされていると主張する<sup>38</sup>。

思うに、この見解は、法形式的には、行政主体の権利と行政機関の権限の概念の区別に無頓着な主張といえよう。確認的に述べれば、「権限」について、法律用語辞典では、「国又は公共団体の機関の権限とは、当該機関の行為が、国又は公共団体の行為としての法的効力を発生させる範囲のこと」と定義している<sup>39</sup>。また、「行政機関は権限の主体であつて、権利の主体ではない。権利主体である行政主体のために活動する権限を与えられているにとどまる」と説明されている<sup>40</sup>。

権利と権限の違いについて、石川敏行教授は、「権利とは、『自己の利益を守るために、法によって与えられた力である』と定義される（G・イエリネク）」が、「利益を守る力」という意味では、権利も権限もまったく等しい。しかし、権利によって守られるのは『自分自身の利益』（個人的利益・私益）であるのに対して、権限によって守られるものは法人という『他人の利益』（集团的利益・公益）である、という点に違いがある」とし、「権限というパワーは、『国の利益を守ること』に限定して機関に与えられているために、権利とは区別して『限りのある力（権）』という意

味で『権限』と呼ばれるのである（公務員は権利を行使し、機関は権限を行使する）」と述べる。<sup>(4)</sup>

西上治准教授は、『『権限』はそれが属する行政主体の利益ないし目的のために付与・行使され、『権利』は自身の利益ないし目的のために付与・行使される点で異なるのである』<sup>(4)</sup>と要約している。

「権限」を行使するのは行政機関（行政庁）であるが、その権限行使によって守られるのは法人である行政主体（国・地方自治体）の「集団的利益・公益」ということになり、その結果、法人である行政主体は権利義務を取得することになるのである。藤田宙靖教授は、「国民との間で行政法上の権利義務の主体となる者（国）と、この者のために国民に対し自己の名において行政行為なる意思表示を行う権限を与えられている者（税務署長）」との区別が存することになる」と述べる。<sup>(4)</sup>すなわち、税務署長の課税処分により国が租税債権を取得することになるのであるが、この法理は、株式会社等の私法人の「権利」とその機関（代表取締役など）の「権限」の関係と何ら異なるものではない（一般社団法人及び一般財団法人法七七条、会社法三四九条など）。

もっとも、雄川博士は、行政庁の行為によって、公行政の主体である国・公法人の「権利」が侵害されたとしても、当然に裁判所による保護を受けるものではなく、その意味で「権限」と実体的に異ならないのではないかと述べているが、「権利」の成立自体を否定している訳ではない（注（37）参照）。

以上に述べたように、1及び2の立論には、今日、合理的な法的根拠を見出すことはできないというべきである。

### 3 公権力行使に関して国や自治体は内部関係にあるとする見解

この見解は、公権力行使に関して国や自治体は内部関係にあるとする見解である。村上裕章教授は、その根拠として、（1）国の公権力（統治権）は本来一体であるとする考え方や、（2）行政主体と私人の二元論からすれば、私人

間とは性質を異にする行政主体間の関係は、原則として、内部関係となることを考え方がありと述べる。<sup>44</sup>

この見解について、曾和俊文教授は、杉並区住基ネット事件（二の7参照）に關し、「国の発想は住民基本台帳法の執行という、一貫した一つの行政過程を巡る、その執行の仕方を巡る争いなので、行政内部の紛争だと大きくとらえるという」趣旨なのだろうと端的に指摘している。<sup>45</sup>

否定説に傾く有力学説は、次のように、「行政組織法」について総論的説明を行っている。

藤田宙靖教授は、「専ら行政主体の側の内部構成・内部組織に関わる問題は、『行政の内部関係』に属する問題として、行政主体とその外にある私人との関係である『行政の外部関係』上の問題とは、本質的に異なった法原理によって支配される、ということになる。後者がすなわち行政作用法の分野を成すのに対し、前者はとりもなおさず行政組織法の問題となる、というわけである」<sup>46</sup>とし、「本書では、『行政の内部関係』を、私人の個人的利益には直接に関わらない、その意味で客観法的な性質を持つ法関係、として捉えている」<sup>47</sup>（傍線筆者）と述べる。

また、小早川光郎教授は、「行政上の法律関係には、行政組織法関係（行政内部法関係ともいう）と行政外部法関係とが区別される。前者は、行政組織内部の、言いかえれば行政組織の構成要素の相互間における法律関係であり、後者は、行政と人民とのあいだで問題となる法律関係である。行政組織（それに属する行政機関）の活動が実際にどのような行われるかは、行政組織内部における諸関係の規律のあり方に大きく左右されるのであり、行政組織法関係の考察は、軽視されてはならない」<sup>48</sup>と述べる。

藤田教授が「行政の内部関係」というときは、一元的な「行政」像を、また、小早川教授が「行政組織内部」というときは、一元的な「行政組織」像を、それぞれ、その理論的前提として置いているものと思われる。現在、とりわけ後者のような一元的理解に合理的根拠があるのが、以下に述べるように鋭角的に問われることになる。

## (1) 「国家」の公権力（統治権）は本来一体であるとする考え方

## ア 小早川説と判例実務

小早川教授は、国家法人説を基礎とする従来の行政法学における、行政上の法律関係についての捉え方について、次のように説明する。「行政上の法律関係の一方当事者として人民に対するのは、国家には限らない。すなわち、①地方公共団体は、行政権の本来の主体である国家から行政権を分与されて行政の一部を行う、②…、③法人たるこれら地方公共団体その他の団体は、国家からその存立目的を与えられたという点で一般の『私人』とは性質を異にする『私人』としての『公共団体』であり、国家から分与された行政権の帰属主体、すなわち、『行政主体』であると考えられる。この場合には、行政をめぐる法律関係は、国家と人民との間ではなく、いわば国家の身代わりとも言うべきこれらの公共団体と人民との間に成立することになる」（傍線筆者）<sup>49</sup>。

小早川教授は、「『国』と『国家』とは同義であるが、一般に、地方公共団体と区別された行政主体として言うときには、『国』の語を用いることが多い<sup>50</sup>」と述べている。それを前提に考察すると、右記に引用した小早川教授の「行政上の法律関係の一方当事者として人民に対するのは、国家には限らない」「いわば国家の身代わりとも言うべきこれらの公共団体」という記述からは、「国家≡国」ということになり、従来の行政法学は、地方公共団体を、「国」からその存立目的を与えられた存在であると考ええる国家伝來說を帰結することになる。

この点、藤田宙靖教授は、「憲法九四条によって直接地方公共団体に与えられた権能は、言うまでもなく、『国家』から与えられた権能ではあつても『国』から与えられたものであるわけではない<sup>51</sup>」と述べ、「国家」と『国』をはっきりと概念区分して立論している。本稿においても、社会に相對する意味で『国家』の用語を、地方公共団体と區別された行政主体という意味で『国』の用語を、意識して區別して用いることとする。その場合、『国家≡国+地方公共団

体」ということになる。

三の2の(3)で述べたように、小早川教授は、二〇〇二年の論稿で、「自治体の自治権に関しては、憲法は裁判所による保護——それは、場合によっては個人の権利の確保と対立することにもなりうる——を憲法自体で保障するのではなく、地方自治の本旨に即しつつか裁判所の介入をいかなる程度と態様において制度化すべきかの決定を法律に委ねている（憲法九二条）と解するのが妥当であろう」と述べていた。その五年後に刊行された行政法教科書においては、次のように論を進めている。

まず、「行政庁が公的の主体に対して指示その他の行為をした場合に、相手方である公的の主体がそれを不服として取消訴訟等で争うことができるか」（第一の問題）、「ある公的の主体（法人）に属する行政庁（原処分庁）が一定の処分をし、他の行政庁が関係者の不服申立てにもとづいてそれを取り消しまたは変更する裁決をした場合に、原処分庁の属する公的の主体（法人）がそれを取消訴訟等で争えるかどうか」（第二の問題）という二つの問題を立てる。そして、第一の問題では、立法は、要旨「財産や事業についての侵害」ではなく、「固有の資格」において行政庁の行為の相手方となる場合は、「行政組織の一体性や行政案件処理の迅速性・効率性等の観点からそのような保護を与えないのが適切だと考えられる場合が多いであろう」（傍線筆者）と述べる。また、第二の問題では、「原処分庁と審査庁との関係は、基本的に、共通の行政目的のために行政組織内部で役割を分担する関係にとどまるものである」とし、その場合は、自治体の行政庁が行った自治体の「財産ないし事業に関係する一定の処分（原処分）」についても、否定されるとする（傍線筆者）。

ここでの小早川教授の「行政組織の一体性」「行政組織内部で役割を分担する関係」という用語からは、国家を擬人化して国家意思の単一性を前提とする「国家法人説を基礎とする従来の行政法学」の考え方と径庭がないように思わ

れる。

一九九六年の那覇市自衛隊基地情報非公開請求事件控訴審判決(二の5参照)の判旨は次のように言う。「国又は地方公共団体に属する行政権限の根源である公権力は、その性質上、本来は一体のものであるが、これを国及び地方公共団体の各個の行政機関に分属させているのは、行政目的、行政事項などを考慮し、地方自治の本旨にも配慮しつつ、行政の執行において、矛盾を避け、統一を図り、適正及び合理性を保って行政効率の促進を図るため、分業を行わねばならない必要性に基づくものにほかならない。そうすると、このようにして分属させられた個々の行政権限又はその行使について矛盾や抵触が生じ、それを巡って各行政機関の間に紛争が発生したとしても、この紛争は、行政組織内部において処理し解決されるべき性質のものであり、専ら、司法機関において法令を適用して最終的に解決すべき紛争、すなわち法律上の争訟ということはできない」(傍線筆者)。

この判示には、次の二つの理論的内容が含まれている。第一に、行政権限の根源である公権力は、その性質上、本来は一体のものであるが、「分業」のために国・地方公共団体の各個の行政機関に分属させられていること、第二に、個々の行政権限又はその行使について各行政機関の間に紛争が発生したとしても、この紛争は、行政組織内部において処理し解決されるべき性質のものであり、法律上の争訟ではない。

#### イ 行政権限の根源である公権力は、その性質上、本来は一体のものであるのか

この問題に対して、村上教授は、公権力が本来一体であるとする実定法上の根拠が明白ではなく、むしろ、行政主体が法人格を付与されている以上、それぞれが公権力を行使するとみるのが自然ではないかと批判する。<sup>54)</sup>

思うに、小早川教授や控訴審判決の思考の根底には、主権の単一・不可分性に起因する国家(国)の行政権なるも

のが先にあるという国家法人説的な理解があるものと思われる。

芦部信喜教授は、「イェリネクに代表される国家法人説は、法人格を有し権利の主体である国家の意思を国権、この国家意思の属性としての最高独立性を主権、国家意思の内容をなす諸権利（立法、行政、司法等）を統治権と呼んで区別し、…概念の混用をいましめた」と述べる<sup>(55)</sup>。そして、国家意思は単一不可分で、「国権」と呼ばれ、国権は、その性質においては最高独立で「主権」と呼ばれ、その内容（国家意思の内容をなす諸権利）において「統治権」（立法、行政、司法等）と呼ばれると説明する<sup>(56)</sup>。

国家法人説的な理解からは、国家の統治権（国の行政権）から自治体の権能全般（自治権）が派生すると考える「国家伝来説」が順接的に導かれることになり、ここでは、国家と中央政府が漠然と一体化されることになる<sup>(57)</sup>。渋谷秀樹教授は、「国といつても、社会学的意味における国家の三要素の一角を占める被治者たる人を含む場合と、統治権を掌握する政府をもつばら指す場合がある。後者の場合の国は、前者の場合と区別して中央政府としてこれまで論じてきた」と述べた上で、「地方公共団体が国という統治団体の中に包摂される団体であり、その団体統治権を行使するのが地方政府という位置付けからはじめなければならない」「地方政府も中央政府もそれぞれ統治団体たる国および地方統治団体のもつ統治権を行使する点は同じで、明らかな相違は、統治権の及ぶ範囲の広狭、つまり全国に及ぶか、それとも当該地方統治団体の地方統治権の領域内にとどまるかという点にあるに過ぎない」と述べる。

塩野宏教授は、行政法教科書において、「日本国憲法六五条は行政権一般についてふれているが、他方で、憲法は地方自治を保障しており、地方公共団体の行う行政は、当該地方公共団体のそれであって、国の行政ではない。したがって、地方公共団体の行政機関は、内閣の管轄下にある行政機関にはあたらない。」と述べているが、次の内閣法制局長官の国会答弁には直接触れていない。

一九九六年二月六日の衆議院予算委員会において、菅直人委員が「憲法六五条における内閣に属するとされる『行政権』の中に自治体の行政権は含まれるのかどうか」と質問したのに対し、大森正輔内閣法制局長官は次のとおり答弁した。「現行日本国憲法は、第八章におきまして地方自治の原則を明文で認めております。そして九四条は、『地方公共団体は、その財産を管理し、事務を処理し、及び行政を執行する権能を有する』このように明文で規定しているわけでございますので、地方公共団体の行政執行権は憲法上保障されておる。／＼いたがしまして、憲法六五条の『行政権は、内閣に属する』というその意味は、行政権は原則として内閣に属するんだ。逆に言いますと、地方公共団体に属する地方行政執行権を除いた意味における行政の主体は、最高行政機関としては内閣である。それが三権分立の一翼を担うんだという意味に解されております」(傍線筆者<sup>61)</sup>)。

この解釈は、先進有力学説にとどまるものではなく、二〇年前の国(内閣)の国会答弁という公的な「有権解釈」なのである。

右記の高裁判決は、二〇〇七年に言い渡されたものであるが、そのような解釈は、現行憲法の、少なくとも二〇〇〇年四月一日の分権改革以降の憲法解釈としておよそ許されないものと言わざるを得ない。阿部泰隆教授も、「国と地方公共団体の関係は、もともと地方自治の本旨(憲法九二条)から、遅くとも、二〇〇〇年の地方分権改革により、同一団体の内部関係ではなく、法治国家的に構成されている。その間の争いは、民事法的な意味での当事者間の権利義務に関するものではないが、行政主体間の権限行使の争いであり、法律関係が生じ、それぞれの団体にはそれなりの利害関係があり、具体的な法的紛争である以上は、法律上の争訟と理解すべきである」と指摘している<sup>62)</sup>。

そもそも、「国家」の公権力(統治権)は本来一体であるとする考え方は、戦後の憲法構造の転換に無自覚であり、その変化を的確に理解していないように思われる。

洪谷秀樹教授は、憲法教科書の中で、現在、用いられている「主権」という言葉には三つの用法（意味）があると、①統治権、②統治権の性質、③統治活動の最高決定権を挙げる。①の用法は、統治権（国家権力）そのものを指し、憲法四一条にいう「国権」もこれを指している。その具体的な内容は、統治権を構成する立法権・行政権・司法権であると述べる。②の用法は、対外的独立性と対内的最高性を表し、前者は、対外（国外）的に神聖ローマ皇帝・ローマ教皇等に対する独立性を、後者は、対内（国内）的に封建領主・自治都市等に対する最高性を主張する政治理論として唱えられたと素描する。そして、③の用法は、国民主権として語られるものである。<sup>63)</sup>

また、高橋和之教授は、「主権の単一・不可分性」と地方自治権の根拠との関係について、次のように説く。「伝来説は、近代国家がその主権の単一・不可分性を根拠に中央集権的権力構造として成立したという理解を前提にして、地域が自治権をもつのは、国家により承認された限りにおいてであり、自治権は国家から伝来するものであると説明する。この説からは、自治権の内容は、国家が自由に定めうるということになるが、それでは自治権の憲法的保障が無意味になってしまおう。そこで、この批判に答えて、この説のバリエーションとして「唱えられた「制度保障説によれば、地方自治は憲法上制度として保障されているのであり、国家はその制度の本質を空洞化するような自治権の内容規定を行うことはできないとする。この説は…通説的に受け入れられてきたが、制度保障説の前提はあくまでも中央集権的国家の存在であり、かかる国家を前提としてしまうこと自体の問題性を問う必要がある。国家主権の単一・不可分性は対外的関係における論理にすぎず、国家の内部構造は中央集権的である必然性はないことを理解すれば、主権者たる国民は憲法により国家の内部構造を分権的に定めたのであり、憲法のいう地方自治とは国と地方の対等関係における分権的構造を意味するという理解が可能となる」<sup>64)</sup>（傍線筆者）。その理解の上で、高橋教授は、自治権の起源・根拠として「憲法伝来説」を採る。ここで、「国家」とあるのは、本稿の用語方では「国」ということにな

る。

市川正人教授も、「最近では、地方自治権は、他の統治権と同様に憲法に由来するものであるとし、国民主権や基本的人権の保障によって基礎づけようとする新固有権説（憲法伝來說）が有力に主張されている。／新固有権説（憲法伝來說）は、地方自治権を中央政府の統治権の一部をさいて認められたものとは捉えず、国の統治権が中央政府の統治権と地方自治権とからなる」と理解し、国民主権、基本的人権保障により地方自治の独自の意義を探ろうとするものであり、魅力的なものである」と述べている。ここで、「国」とあるのは、本稿の用語方では「国家」ということになる。

なお、憲法学説では、仮に制度的保障説に立つ場合でも、自治体の自治権の執行が妨げられたときに、自治体の主観的権利性を否定することにはならないと解しているようである。<sup>(66)</sup>

また、渋谷教授は、日本において統治権をもつ「政府」として、現行憲法は、「国」と「地方公共団体」があるとし、憲法第四章「国会」、第五章「内閣」、第六章「司法」は、もっぱら「国」の政府である中央政府の仕組みを定め、第八章「地方自治」は、「地方公共団体（＝自治体）」の政府である地方政府の仕組みを定めているとし、現行憲法は、中央政府と地方政府という二元的な統治構造を前提としていると述べる。<sup>(67)</sup>そして、憲法九四条は、「地方公共団体は、その財産を管理し、事務を処理し、及び行政を執行する権能を有し、法律の範囲内で条例を制定することができる」と規定するが、これは、地方公共団体が、行政権と立法権の二種の統治権をもつ政府であることを意味すると述べる。<sup>(68)</sup>

以上に述べた統治構造に関する憲法学説の成果を踏まえるなら、近代国家の主権（統治権）の単一・不可分性なるものは対外関係における議論にすぎず、国家の内部構造は中央集権的である必然性はないことが導かれる。その結果、戦後の憲法体制の下で、那覇市自衛隊基地情報非公開請求事件控訴審判決が述べるような、「国家」の公権力（統治権）

は本来一体であるとする考え方に合理的な法的根拠は見出せず、もはや通用しない観念（ドグマ）というべきである。

ウ 各行政機関の間の紛争は行政組織内部において処理し解決されるべき性質のものであるのか

次に、各行政機関の間の紛争は行政組織内部において処理し解決されるべき性質のものであるという考え方について検討する。ここでは、中央政府（国）と地方公共団体（自治体）の關係（国政における地方自治の位置づけ・分権構造）をどう理解するのが問題となる。この論点について、高橋和之教授は、大きく分けると三つの見解が存在するとし、次のように論述している。

すなわち、第一の見解は、「憲法は統治構造をまず立法・行政・司法の三権に分割し、次いで、その行政を中央と地方に分けたというものである。ここでは、地方自治は、国の行政を地方において自治的に遂行する制度と理解されることになる」。この見解は、「自治体を国の地方行政組織の中に組み込む発想で、戦前的な自治の観念と連続的である。このような理解では、日本国憲法が地方自治を重視した意義を捉えることはできない」（傍線筆者）と批判する。第二の見解は、「憲法はまず政治（統治）の領域と法の領域を区別し、次いで、政治の領域を中央と地方に分けたと考える。ここでは、中央と地方の政治領域はそれぞれ立法と行政に分立され、法の領域は中央・地方を通じて統一的に司法権により担当されると解することになる。ゆえに、地方も統治団体として政治を行う主体とされるのである」。そして、第三の見解は、「憲法はまず中央政治と地方政治を分割し、次いで、それぞれにつき立法・行政・司法を分立すると解する。ここでは、地方自治は司法権をも備えた完全な統治体と捉えられる」。この見解は、「日本の統治構造を連邦制的な構造として捉えるもので、地方の地位を最も理解する立場である」が、「憲法解釈としては困難と思われる」と述べている<sup>69</sup>。

以上の検討結果から、高橋教授は、日本国憲法の解釈としては、第二の見解が最も適切であるとす<sup>70)</sup>。

思うに、高裁判決が述べるような、各行政機関の間の紛争は行政組織内部において処理し解決されるべき性質のものであるという考え方は、高橋教授が分析している第一の見解から導かれるものである。そして、第一の見解は、戦前的な自治の観念と連続的であり、現行憲法の採用するところではないことは、高橋教授の指摘するとおりである。塩野宏教授も「地方公共団体は立法権及び司法権には服するが(ただし、立法による侵害についても、制度的保障はある)、行政権に対しては、当然権力服従の關係にたつものではない。その意味では、国と地方公共団体は、憲法上原則として併立的關係にある<sup>71)</sup>」と述べ、同様の見解を示している。

前述したように、一九九六年一月六日の衆議院予算委員会において、内閣法制局長官は、地方公共団体の行政機関は、内閣の管轄下にある行政機関には当たらない旨国会答弁している。そうである以上、自治体の行政権の執行が、内閣の職務としての憲法七三条一号の「国務を総理すること」及び内閣総理大臣の職務としての内閣法六条の「行政各部」の「指揮監督」の対象にならないことは明白である。当然のこととして、地方自治体(地方政府)と国(中央政府)の間で法的に解決可能な紛争が起きた場合は、公正な裁判手続により解決が図られるべきことになる<sup>72)</sup>。

二〇〇〇年四月一日施行の地方分権改革のスローガン「上下主従」から「対等協力」の關係へというメッセージは、機関委任事務に代表される反憲法的な戦後の地方自治法制的変換を画する、憲法施行五三年後に発せられた「確認」的なものであることが分かる。塩野教授も「権力的監督手段に関しては司法的救済手段が認められるのであって、現行法制度を前提とすれば、行政事件訴訟法による抗告訴訟を提起することが可能である」と述べている<sup>73)</sup>。

以上の検討結果から、那覇市自衛隊基地情報非公開請求事件控訴審判決が判示するような立論は成立する余地はないといふべきである。

（２）行政主体と私人の二元論からすれば、行政主体間の関係は、原則として、内部関係であるとする考え方

村上裕章教授の論稿において、「内部関係論」の論者として、藤田宙靖教授が挙げられている。しかし、村上教授の学会発表に対し、本人から自説は「内部関係論」ではない旨の指摘があったとのことである。<sup>(4)</sup>以下の論述において、藤田説を紹介し、その上で、巷間交わされている議論が「藤田説に対する誤解」なのか、あるいは「藤田説の誤解」なのかを考察してみようと思う。

#### ア 藤田宙靖教授の見解

藤田教授は、三の２の（２）で紹介したように、「行政主体と私人の区別（ないし二元論）」「行政の内部関係と外部関係の区別（ないし二元論）」を前提として、「行政主体相互間の法関係は、基本的に、行政主体内部の組織構造に関する法関係である」として位置付けている。そして、行政主体相互間の法関係がどのような場合に「内部関係」とされるのかについて、論を進めている。

第一に、軍事、警察、司法、課税等、行政主体のみが行い得る活動の場合は、少なくとも原則的には「内部関係」となり、客観的な関係となるはずであると述べる。第二に、普通財産の管理等、私人の活動と本質的に違いのない場合は、本来、「内部関係（客観法的関係）」ではないとする。第三に、公共施設の管理者、事業の施行主体などの中間的なケースを挙げる。<sup>(5)</sup>この箇所では、「仮に問題のそもそもの始めが、『行政主体と私人の二元』という考え方にあるとすれば、行政主体が『固有の資格』において登場するものであるか否かということに解決の基準を求め、また、『固有の資格』か否かということの判断を『一般私人もまた立ち得る立場であるか否か』によって判断しようとする考

え方』を採用するが、「問題は、『一般私人もまた立ち得る立場であるか否か』を具体的にどのような判断するか、にある<sup>(76)</sup>」と述べる。

「『固有の資格』に立つ場合であっても、その法主体の固有の利益として特別的法保護が与えられるべきではないか、が問題となり得るケース」として、普通地方公共団体の利益を挙げる<sup>(77)</sup>。

「地方公共団体は、行政主体と私人の二元論という意味での私人ではないにしても、憲法上保障された、『自治権』とも言うべき固有の権利を持っているのであって、この権利に基づき、他の行政主体とりわけ国に対して、特別の法的地位に立つのではないか、という問題である<sup>(78)</sup>」。「この問題がとりわけ明確な形で出てくるのは、地方公共団体は、その公権力の行使（統治権の行使）に対する国からの監督行為（取消しその他）に対して、行政事件訴訟法三条により抗告訴訟を提起することができるか、という問題である。例えば、塩野宏教授は、まさにこのような問題意識から、この問題に対して肯定的な解答を与えておられる。しかし、私は、この点に関しては、少なくとも現時点では、逆に否定的な考え方をしている。その理由は次の通りである<sup>(79)</sup>」と述べる。

先ず、「行政事件訴訟法の定める抗告訴訟が、『私人』の権利を保護するために設けられたものであり、それは究極的には、日本国憲法三二条の定める基本的人権としての『裁判を受ける権利』に基づくものである<sup>(80)</sup>」。「行政主体による公権力行使が、こういった基本的人権による保護の対象とはならない<sup>(81)</sup>」「いわゆる『統治団体』としての資格における地方公共団体は、この意味において、本来当然には、抗告訴訟を提起する権能を持たない<sup>(82)</sup>」（傍線筆者）。この論点については、「五 検討（二）司法権の観念」において、検討する。

次に、「『裁判を受ける権利』ではなく、『地方自治の保障』から由来する憲法上の『自治権』に基づいて、以上の理屈とは別に、現行法上の抗告訴訟を利用し得る<sup>(83)</sup>」かという問題がある。「この問題については、まず、憲法解釈論とし

て、そういった意味での実体的な権利としての『自治権』なるものが、憲法上保障されているか、という問題と、更に、仮にそのような実体法上の権利があるとして、それは同時に手続法上も、抗告訴訟を提起する権利として認められているか、という点が論じられなければならない<sup>(81)</sup>と述べる。

これに対し、塩野教授は、「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あたるのであって、日本国憲法の地方自治の保障の充実の見地からすると、これに対して、地方公共団体は裁判所に救済を求めることができ、その訴訟は、現行法では、行政事件訴訟法の抗告訴訟に該当すると解される（…）。もとより、この見地にたったとしても、改正自治法のような特別の定めを置くことは十分考えられる」と述べる。

これに対し、藤田教授は、「客観法的関係において、そもそも法人格の有無ということが、何らかの意義を持ち得るか（すなわち、『行政機関』概念と区別された『行政主体』概念がそもそもそこに必要であるか）<sup>(82)</sup>と問題提起する。そして、「客観法的関係にあるとされた法主体相互の間においては、独立の法人格を有するか否かということは、理論的な意味を持たず、従ってまた、当該主体が『行政主体』であるか『行政機関』に止まるか、という問題も本来生じないものと考ええる」とし、大阪国民健康保険事件（二の三参照）の最高裁判決の判旨「保険者のした保険給付等に関する処分の審査にかぎり、（法人格のない行政機関である）審査会と（法人格を有する行政主体である）保険者とは、一般的な上級行政庁とその指揮監督に服する下級行政庁の場合と同様の関係に立つ」（括弧内は筆者が補充）という論理を肯定的に引用している<sup>(83)</sup>。

その上で、「私は、…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良いのかということ、問題としているのである。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るならば、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であるに他ならない。この場合に、住民に対して公権力を行使した機関が、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にど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、というのが、抗告訴訟肯定説に対する私の疑問なのである<sup>(85)</sup>（傍線筆者）と述べる。

ここで、藤田教授の主張（疑問）の要点は、第一に、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良いのか、第二に、住民に対して公権力を行使した機関が、監督機関に対して抗告訴訟を提起し得るとい構造は、住民の権利保護の見地からどのような意味を持つのか、ということになる。

### イ 藤田説に対する誤解

藤田説に対し、村上教授は、行政主体と私人の二元論からすれば、行政主体間の関係が私人のそれと同じでないとしても、これを内部関係とみる必然性はないように思われると批判する<sup>(86)</sup>。

ところで、塩野教授も指摘しているように、藤田説は、「必ずしも自身の断定的結論を述べたものではない」ということ、そして、「論者の関心の焦点は住民に対する自治体の公権力の行使につき国が介入する場合における自治体の出訴資格」にあり、対象の範囲にも限定があることに留意する必要があるといえよう<sup>(87)</sup>。加えて、藤田教授は、「私は、行政主体相互間の法関係は押しなべて『内部関係』であり、それ故に、およそそこで起こる紛争は『法律上の争訟』ではない、などという主張をしたことは、一度とて無いのであって、この問題についての私に対する批判は、まず、このことを明確に理解した上でなされるのでなければならぬ。私の場合、『内部関係』『外部関係』という規準は、まさに、本稿で述べた『補助線』の一つに過ぎない」と述べている<sup>(88)</sup>。

否定説に立つと解されている藤田宙靖教授は、一九九七年の論稿において、「国」と「地方公共団体」との関係について、次の点を明確にしておきたいとし、次のように述べる。「先に見たように、新たな国家像（筆者注…社会の補完機能としての国家機能）の下では、社会（国民）の具体的な必要を超越した観念的抽象的な『国家公共の利益』なるものは、それ自体としての存在理由を求められ得ず、国家は、社会がその必要に応じて作った、その意味でいわば一種の道具としての一機構（government）として位置付けられるに過ぎない。ところで、この意味での『機構』は、必ずしも『国』だけとは限られず、市町村・都道府県等の地方公共団体も、当然のことながら、そういった性質を持つ機構の一つである。この意味においては、『国』と『地方公共団体』との間に本質的な違いはないのであり、両者は、上に見た意味での『国家機能』を、それぞれの役割において分担する、その意味で対等な存在である。『国家機能』は、『国』と『地方公共団体』とに分属せしめられているのであり、決して、『国家』イコール『国』であるのではない。日本国憲法が、『地方自治の本旨』を保障したのも、まさにこの意味である」（傍線筆者）。

これらの記述からは、藤田教授の立論は、村上教授が整理した「公権力行使に関して国や自治体は内部関係である」とする考え方と親和性を有するとは考えにくく、その理論的延長線上において、自治体の行政権限の行使を巡る国と地方自治体間の紛争が、行政組織内部において処理し解決されるべき性質のものであるという考え方に逢着するとは解せないのである。理論的整合性の分析が問われていると考える。

ウ 藤田説の（若干の）誤解

（ア）第一の疑問に対する弁明

肯定説に対する藤田教授が挙げる疑問の第一は、「『自治権の保障・拡充』という一面的な見地からのみ考えて良い

のかということ」である。

藤田教授の疑問は、肯定説の思考の基軸に向けられたものと思われるが、言うまでもなく、抗告訴訟が認められるためには、原告適格等の訴訟要件が必要となる。塩野教授は、日田サテライト事件判決（二の8参照）について、「特徴的なことは、裁判所は、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点である」とし、地方公共団体の原告適格を認めるためには、「地方公共団体の包括的事務処理権限ではなく、より具体化された利益論が展開される必要があることはいうまでもない」と述べる。また、曾和教授は、同判決について、自治体の原告適格を認めるためには、「単なる自治権侵害の主張ではなく、一定の場合に限定していたのではないかと思います」と述べている<sup>91</sup>。

以上述べたように、当然のことながら肯定説の論者は、「自治権の保障・拡充」という一面的な主張で、全てが決するとは考えていないのである。

### （イ）第二の疑問に対する反論

藤田教授は、住民に対して公権力を行使した機関が、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にどのような意味を持つか、ということを問題とする。換言すれば、「国民の権利を保護することを目的とする主観訴訟としての抗告訴訟において、このようなこと（筆者注：抗告訴訟が私人の権利に対する侵害のための手段として利用されるということ）が認められるということは、果してこの訴訟の基本的構造に矛盾すること無しに、あり得るのであろうか」と疑問を呈する<sup>92</sup>。

常岡孝好教授は、藤田教授が懸念する「『私人の側から見れば、抗告訴訟が自己の権利に対する侵害のための手段と

して利用される』という事態は、行政主体が抗告訴訟を提起する場面以外において部分的にはすでに生じており、これを裁判所も認めている」と指摘する。<sup>(93)</sup> すなわち、「複効的行政処分について名宛人以外の第三者が抗告訴訟を提起して原告適格等の訴訟要件を満たした場合…、当該抗告訴訟は、処分名宛人の側からすれば、自己の権利に対する侵害のための手段として事実上作用しているといえよう」と述べる。逆に、地方公共団体が私人の権利を守るために抗告訴訟を利用する場面として次の例を挙げる。「地方公共団体が私人の権利を促進・助成するような公権力行使を行い、これに対して国が法律上許された監督権行使を行ったところ、当該地方公共団体が抗告訴訟を提起する場合」である。そして、「藤田裁判官の論理によっても、地方公共団体がその自治権に基づいて国の監督処分に対して抗告訴訟を提起できる場合があり得るのではなからうか」と疑問を呈する。<sup>(94)</sup>

なお、行政不服審査制度が「簡易・迅速かつ公正な手続の下で」の「国民の権利利益の救済を図る」（行政不服審査法一条）という目的を有することからの疑念もあり得る。このことについて、人見剛教授は次のように述べている。「紛争が長引くという問題も、不服申立人は国地方間の争訟の当事者ではないし（…）、地方公共団体の出訴を認めるところで、国の裁定は公定力をもって有効に存在している以上、不服申立人には何らの不利益もない。地方公共団体が、取消訴訟に併せて執行停止の申立てを行い、それが認められると実際に不利益を被ることになるが、裁判所の執行停止の要件（行訴法二五条二～四項）の審査の中で、不服申立人の利益は十分に考慮されるべきであろう<sup>(95)</sup>」。要するに、法治主義の貫徹のためには何らかのコストはかかるものの、不服申立人には実質的には不利益は生じないということであろう。

## 4 小括

阿部教授は、次のような基本的な疑問を呈している。「藤田説は、地方分権が進む前の、国家が自治体をすべてコントロールしていた、国家というよりも、国の中央省庁が法律によらないで自治体を行政的にコントロールできる。自治体も、国の下部機構であるということになってきた、戦前の地方組織を前提とした議論ではないのか。そうではないか。そうではなくて、地方分権がこれだけ進んだ時代もちゃんと念頭に置いての議論なのか。そうだとすると、その理論的根拠は何だろう。国家と社会は二元的であるにしても、国家の中でも二元的ではないのか、というのが私の疑問なのです」。

また、藤田教授は、行政主体と私人の二元論をベースに、自治体の出訴資格を否定する範囲を、国民健康保険審査会の裁決（二の3参照）の例のような裁定的関与の事例に限定する主張をしているが、阿部教授は、端的に「法律の仕組みの中で、大阪市は大阪府の審査会に取り込まれているというふうに解釈してもいいのではないか」と述べる。

山本隆司教授は、「自治行政において、『全体国民』による正当化の要素に対し自律的正当化の要素が強く働く場合、国家と自治行政主体との関係は、統一性を基礎とする組織内部関係ではなく、明瞭な距離を基礎とし、国家に対して、自治行政主体が『権利』を持つ、外部法関係と解される（自治行政主体相互の関係も同様）。かくて自治行政は、客観的的制度として保障されるのみならず、自治行政主体の主観的権利によって保障され、自治行政主体による主観的権利の主張を通じて実現されることになる」と説明する。<sup>(98)</sup>

思うに、「行政主体相互間の法関係は、基本的に、行政主体内部の組織構造に関する法関係である」とする考え方は、国家像の高橋モデル（3の（1）のウ）に依拠するものであろう。そこでは、地方公共団体の法的主体性（法人格）を超越する一元的・統一的な行政主体なるものを想定し、国と自治体相互の関係は内部の組織構造に関する法関係に

帰するといふものであり、およそ現行憲法に適合的な解釈とはいえない。今日、内部関係論は有用性を持つ立論たり得ないと考へる。

注

- (32) 村上裕章・前掲注(2) 二二頁
- (34) 同・前掲注(2) 二二頁。塩野宏教授は、取消訴訟が可能であることとの関係で、「かかる片面的法律上の争訟概念がどこから導き出されるかについては、判決には説明がなく、結論だけが示されているに過ぎない」と批判する（『行政法Ⅱ〔第五版補訂版〕』（有斐閣、二〇一三年）二八一頁以下）。
- (35) 藤田宙靖『行政法総論』（青林書院、二〇一三年）三二頁以下の注(2)
- (36) 高橋和之Ⅱ伊藤眞Ⅱ小早川光郎Ⅱ能見喜久Ⅱ山口厚編集代表『法律学小辞典〔第五版〕』（有斐閣、二〇一六年）四四九頁
- (37) 村上裕章・前掲注(2) 論文二二頁。雄川博士は、「公行政対人民の関係を想定すれば、公行政が形式上行政機関によって行われようと、或いは人格を有する国や公共団体が正面に出でようと、実態的には同様であると考へられるのであって、…従つて、そのような地位における国・公法人が何らかの行政庁の行為によつて『権利』が侵害されたとしても、それは当然に裁判所による保護を受け得べきものではなく、その意味においては、『権限』と実体的には異ならないかと思はれる」（傍線筆者）（『機関訴訟の法理』（初出一九七四年）『行政争訟の理論』（有斐閣、一九八六年）四六四頁）と述べている。その理論的延長線上で、同博士は、三の2の(1)で述べたように、「国や公法人自体が出訴する場合であつても、それらが公行政の主体としての地位にある場合には、機関訴訟の性質をもつものと思へ得る場合が多いように思はれる」という結論を導くのである。
- (38) 同・前掲注(2) 二二頁。村上教授の「現行法上も、公権力の行使は各行政主体の行為とされている」というフレーズは、国家賠償法一条一項の「国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員」を、抗告訴訟（行政庁の公権力の行使に関する不服の訴訟。行訴法三条一項）の被告適格が行政主体であること（行訴法一条）を指しているものと思はれる。
- (39) 高橋和之Ⅱ伊藤眞Ⅱ小早川光郎Ⅱ能見喜久Ⅱ山口厚編集代表・前掲注(36) 三二四頁
- (40) 伊藤正己Ⅱ園部逸夫編『現代法律百科大辞典2』（きょうせい、二〇〇〇年）四一六頁（稲葉馨執筆）

- (41) 石川敏行『基本論点行政法』（法学書院、一九九七年）四七頁以下
- (42) 西上治「機関訴訟の『法律上の争訟』性——問題の抽出」行政法研究第六号（信山社、二〇一四年）六一頁
- (43) 藤田宙靖『行政組織法』（有斐閣、二〇〇五年）一八頁
- (44) 村上裕章・前掲注（2）二二頁以下
- (45) 兼子仁・阿部泰隆編『自治体の出訴権と住基ネット——杉並区訴訟をふまえて——』（信山社、二〇〇九年）七〇頁
- (46) 藤田宙靖・前掲注（43）四頁
- (47) 同・前掲注（43）一二頁
- (48) 小早川光郎『行政法上』（弘文堂、一九九九年）一三二頁
- (49) 同・前掲注（48）一三四頁以下
- (50) 同・前掲注（48）九頁
- (51) 藤田宙靖・前掲注（43）一六七頁
- (52) 小早川光郎『行政法講義（下Ⅲ）』（弘文堂、二〇〇七年）二七五頁以下
- (53) 同・前掲注（52）二七八頁以下
- (54) 村上裕章・前掲注（2）二三頁
- (55) 苜部信喜『憲法学Ⅰ憲法総論』（有斐閣、一九九二年）二二五頁
- (56) 同・前掲注（55）二二六頁の「四 国家法人説における国権・主権・統治権および最高機関意思」参照
- (57) 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、二〇一一年）五四八頁以下
- (58) 洪谷秀樹『憲法（第3版）』（有斐閣、二〇一七年）七三五頁
- (59) 同・前掲注（58）七三六頁
- (60) 塩野宏・前掲注（23）五五頁
- (61) 一九九六年二月六日の衆議院予算委員会議事録。菅直人「大臣 増補版」（岩波書店、二〇〇九年）三三二頁以下、松下圭一『政治・行政の考え方』（岩波書店、一九九八年）五一頁参照
- (62) 阿部泰隆・前掲注（45）一四二頁
- (63) 洪谷秀樹・前掲注（58）四七頁以下

- (64) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法』（有斐閣、二〇一七年）三九一頁
- (65) 市川正人『基本講義 憲法』（新世社、二〇一四年）三九三頁
- (66) 内野正幸教授は、「制度的保障説というのは、憲法が中核部分を保障し、周辺部分は立法政策に委ねられているということであって、権利であるということを否定する必要はないのです」（兼子仁・阿部泰隆編・前掲注（45）七四頁）と述べている。棟居快行教授も「憲法上の制度的保障説は、主観的権利性を全然否定しない」、「団体自治をベースにして、それは新固有権説などとは無関係に、公法人としての、つまり本来の団体自治としての自治権の執行が妨げられたと。それは独自の固有の権利侵害になると思いますけれどね。制度的保障説もそこまでは妨げないのです」と述べている（同七五頁）。
- (67) 渋谷秀樹『憲法への招待 新版』（岩波書店、二〇一四年）二二四頁
- (68) 同・前掲注（58）二二五頁
- (69) (70) 高橋和之・前掲注（64）三九〇頁
- (71) 塩野宏「地方公共団体に対する国家関与の法律問題」（初出一九六六年）『国と地方公共団体』（有斐閣、一九九〇年）一一三頁
- (72) 松下圭一『日本の自治・分権』（岩波書店、一九九六年）七六頁
- (73) 塩野宏・前掲注（71）一二四頁
- (74) 村上裕章『行政訴訟の基礎理論』（有斐閣、二〇〇七年）六一頁の注（18）。村上教授は、同教授が報告した二〇〇〇年の「公法学会」での質疑において、藤田宙靖会員から、自説は『内部関係論』ではない旨の指摘を受けた」と記している。
- (75) 藤田宙靖・前掲注（43）四八頁以下、同・前掲注（29）六四頁以下
- (76) 同・前掲注（43）四九頁以下
- (77) 同・前掲注（43）五一頁以下
- (78) 同・前掲注（29）七五頁
- (79) (80) 同・前掲注（29）七六頁
- (81) 同・前掲注（29）七六頁以下
- (82) 塩野宏・前掲注（23）二五二頁以下
- (83) 藤田宙靖・前掲注（43）四七頁
- (84) 同・前掲注（43）五六頁

- (85) 同五五頁の注(15)
- (86) 村上裕章・前掲注(2) 二三頁
- (87) 兼子仁・阿部泰隆編・前掲注(45) 一三〇・一三二頁
- (88) 藤田宙靖「『行政主体』の概念に対する若干の整理」(初出二〇〇三年)『行政法の基礎理論下巻』九八頁、一〇四頁
- (89) 藤田宙靖「行政改革に向けての基本的視角」(初出一九九九年)『行政法の基礎理論下巻』一二三頁以下
- (90) 塩野宏・前掲注(43) 二五三頁
- (91) 兼子仁・阿部泰隆編・前掲注(45) 七六頁
- (92) 藤田宙靖・前掲注(29) 七八頁
- (93) (94) 常岡孝好「自治体による住基ネット接続義務確認訴訟と司法権」判例時報一九六二号一七三頁(判例評論五八〇号一一頁)
- (95) 人見剛「自治体の争訟権について」紙野健一・本多滝夫編『辺野古訴訟と法治主義』(日本評論社、二〇一六年)七八頁以下
- (96) (97) 兼子仁・阿部泰隆編・前掲注(45) 九六頁
- (98) 山本隆司・『主観法と客観法』(有斐閣、二〇〇〇年)三六六頁