

平成 30 年 6 月 20 日現在

機関番号：17401

研究種目：若手研究(B)

研究期間：2015～2017

課題番号：15K16924

研究課題名(和文) 司法的救済からみた自治体の防御型事前手続保障の再検討

研究課題名(英文) Study on Administrative Procedures and the Standing of Judicial Review for Local Government

研究代表者

中嶋 直木 (Nakajima, Naoki)

熊本大学・大学院人文社会科学研究部(法)・講師

研究者番号：20733992

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 1,400,000円

研究成果の概要(和文)：本研究は、個別法令上で定められている(個別)自治体の参加規定(防御型事前手続)が司法的救済、とりわけ、原告適格との関係でどのような意義を有するかについて、ドイツの判例理論を手掛かりに検証したものである。

その結果、主に以下のことが明らかになった。すなわち、ドイツでは、原則的に、自治体の事前手続は原告適格を根拠付けるものとして機能しないが、例外的に、原告適格を根拠づける場合もあるということである。そこでは、国の広域計画達成のための自治体による「協働」と自治体による自己の地位の「防御」が事前手続と事後手続との結合の中で適切に組み合わされていることが明らかになった。

研究成果の概要(英文)：The aims of this study is to clarify how administrative procedures for local government function to admit the standing of local government in German.

The main achievements of this study has been as follows:(1)Only in exceptional circumstances the rules of administrative procedures play a crucial role in admitting the standing of judicial review. (2)The main reason of (1) is that the participation of local government is necessary not only to complete the big project, like airport, but also to defend local government's right against big project.

研究分野：行政法学

キーワード：防御型事前手続保障 原告適格 絶対的手続権 国政参加

## 1. 研究開始当初の背景

平成11年の地方分権改革により、国の「関与」について手続が整備され、自治体には関与不服訴訟制度が保障されることとなった。しかし、関与不服訴訟制度は、その「関与」類型から外れる権限行使に対して、自治体が何らかの「固有の権利・利益（＝自治権等）」を主張するなど「固有の資格」に基づき、しかも当該権限行使の第三者として争う場合（＝「本研究が想定する場面」）には対応できない。そのため、以前からこの制度の限界が指摘され、この場面における（関与不服訴訟制度外の）自治体の司法的救済の必要性が論じられてきた。

従来自治体の司法的救済に関する議論では、「法律上の争訟」（ないし「司法権」）の範囲と「自治権」の本質論という抽象的で基礎理論的な観点に関心が集中した。しかし、本研究が想定する場面では、このような基礎理論的問題が解決されるとしても、次の議論の段階として、原告適格を根拠付ける具体的な法令の規定が、とりわけ当該処分への自治体の「参加的地位」を認めるような規定が必要となる。

したがって、本研究が想定する場面において、自治体の自治権等の侵害に対する司法的救済について実質的でより具体的な議論を行うためには、国の行政処分過程において自治体の「参加的地位」を認めるような法令の規定を考察することが重要となってくる。

ところが、自治体の「参加的地位」の議論は、事後的救済（司法的救済）の問題ではなく、それと対置される行政処分過程への参加、すなわち「事前手続」保障の問題と位置付けられてきた。具体的には、本研究の想定する場面での「参加的地位」は、国（主に行政）の行為に対する防御的手続（＝「個別法令上の個別自治体の防御型事前手続」）保障の中に位置づけられる。

そのため、従来の「参加的地位」の議論は、もっぱら事前手続保障の枠組の中の議論であって、事後的な司法的救済との関連で有する「参加的地位」の意義が十分に顧みられてこなかった。

## 2. 研究の目的

そこで、本研究では、「参加的地位」を規律する個別法令上の個別自治体の防御型事前手続について、それが原告適格を根拠付ける重要な徴表であるという観点、すなわち、事後的な司法的救済という観点から、検討することを目的とした。

具体的には以下の3点である。

(1) 我が国における「個別法令上の個別自治体の防御型事前手続」についての議論状況

を確認する。

(2) (1) を踏まえて、学説や判例に蓄積のあるドイツの議論において、「個別法令上の個別自治体の防御型事前手続」が原告適格との関係でどのような意義を有するのかを明らかにする。

(3) (2) から得られた知見に基づき、原告適格を基礎付け得る「個別自治体の防御型事前手続」を、①自治体の空間的範囲、②自治体の類型及び③手続の類型という点について明らかにする。

## 3. 研究の方法

上記の研究目的を達成するために、各年度において以下のような方法により研究を行った。

(1) 平成27年度：我が国における「個別法令上の個別自治体の防御型事前手続」の議論については、学説を中心とした分析を行い、その基礎にあるドイツの機能的地方自治行政論の検討を行った。

また、立法例分析の基礎となる立法過程分析論の方法論的研究を行った。

(2) 平成28年度：ドイツの議論については、主に連邦行政裁判所判例を素材として、特に自治体の地位に影響を生じやすい政策分野として問題視されてきた、新幹線・国際空港・高速自動車国道・大規模港湾施設・原子力関連施設等の大規模公共事業関連計画分野を対象にした分析を行った。特に、連邦航空交通法で認められている自治体の「絶対的手続権」に着目した分析を行った。

(3) 平成29年度：上記のドイツの連邦航空交通法において認められている自治体の「絶対的手続権」理論構造を分析した結果を踏まえて、原発法制を素材とした自治体の「個別法令上の個別自治体の防御型事前手続」の可能性を検討した。

## 4. 研究成果

(1) 「個別法令上の個別自治体の防御型事前手続」は、我が国の学説においては、自治体の「国政参加」論の一類型として議論されてきた。もっとも、これまでの自治体の国政参加論は、地方自治原理の性質上、その実体的側面も手続的側面も立法による形成がある程度前提とされるため、国政参加を語ることの実践的な意義が立法過程への参加に見出された。そのため、我が国の国政参加の議論は、本研究が想定している個別法令に基づく行政過程への参加＝個別法型の国政参加で

はなく、立法過程への参加を念頭においた「一般法型」の国政参加に傾注してきた。

また、我が国の国政参加の議論に影響を与えた、ドイツの機能的地方自治行政の理論（自己責任に基づく自治体の自治権行使を一定領域において上位の行政過程への参加に機能転換するというもの）は、自治行政権保障を単なる手続保障の議論に矮小化させるものとして、ドイツでは通説化しなかったため、我が国においては、国政参加論そのものの議論が低調なものとなった。

以上の研究から、我が国における「個別法令上の個別自治体の防御型事前手続」、すなわち、個別法型の国政参加の議論を事後的救済の観点から検証することは、低調であった国政参加論そのものに新たな意義を与え得ることが明らかになった。

(2) そこで、本研究の手掛かりを得るため、ドイツの連邦行政裁判所判例の分析を行い、その結果、以下の点が明らかになった。

第1に、確立した判例によれば、「個別法令上の個別自治体の防御型事前手続」（以下「参加規定（参加的地位）」）と原告適格は別問題であって、参加規定自体は原告適格の範囲を画定する一つの手掛かりでしかない、ということである。すなわち、原則的に、行政手続に参加が認められ得る第三者には、当該参加手続規定の違反から直ちに当該行政決定を取り消す権能が認められるわけではない。特定の地位の参加行為を制定するだけでは、必ずしも、その地位の原告適格が導かれるわけではなく、当該手続規定違反が参加する第三者の何らかの実体的権利自体に影響を及ぼし得るものでなければならない。

このような「弱められた第三者保護的手続的地位」を「相対的手続権（relatives Verfahrensrecht）」といい、一般的には、第三者の参加に関する規定の違反について原告適格が認められるとすれば、それは「...参加権能の背後に、参加が認められ得る者の固有の権利」が存在しているからである。従って、ドイツ判例においては、原則的に、参加規定は原告適格を根拠づけるものとしては機能していない、ということが明らかになった。

第2に、例外的に、参加的地位（規定）自体に原告適格創設機能が認められる場合もある、ということである。すなわち、参加規定が、手続過程の秩序に、とりわけ行政官庁の広範な情報収集に仕えるだけでなく、関係する第三者に対して、特殊な方法でかつ実体的権利とは無関係に、固有の、独自に（裁判上で）貫徹可能な手続法上の法的地位を認めると解されることがある。このような参加的地位は、「絶対的手続権（absolutes Verfahrensrecht）」あるいは「形式的参加（formelle Beteiligung）」と呼ばれ、実体権

とは分離した、専ら「それ自体を目的として」通常法律により保護されている「独自の主観的権利」と理解されている。従って、ドイツの判例においては、例外的に、参加的地位（規定）自体に原告適格創設機能が認められている、ということが明らかになった。

(3) そこで、本研究は、例外的に参加規定が原告適格を創設する「絶対的手続権」について、さらに検討を加えた結果、以下の点が明らかになった。

第1に、絶対的手続権は、判例上、自治体のみならず一般的にも「ごく限定的にしか」認められておらず、自治体については、航空交通法6条に基づく飛行場設置に関する許可手続において、明文の規定がないにもかかわらず、解釈により絶対的手続権が認められているということが明らかになった。

第2に、航空交通法6条に基づく飛行場設置に関する許可手続において、絶対的手続権が保障されていることの具体的な根拠が明らかになった。一つは、予定されている飛行場設置の計画が（自治体にとって）不意打ちとならないように、（参加から得られる）情報により、早期に、予定されている計画について、自治体（が有する固有）の計画の中で準備する機会が与えられる必要がある、というものである。このことは、計画の第一段階で相互の情報交換が前提とする要請された調整（Koordination）資するためである。（括弧内-筆者）。もう一つは、自治体は計画確定手続を要する飛行場の許可付与手続において、早期に、つまりは許可手続の終結の前に、自己に係わる利害を指摘し、それによって許可に影響を与える機会を獲得する必要がある、というものである。前者は、広域的計画と自己に固有の計画を調整するという点において協働的要素といえる。後者は、早期に自己に固有の利益を示し許可に影響を与えようとする点において防御的要素といえる。

以上のような根拠が、航空交通法の手続特性として、自治体の絶対的手続権の「領域固有の根拠」となっている。

第3に、絶対的手続権の内容が明らかになった。一つには、参加権を根拠とする以上、許可決定の取消訴訟においては、参加権侵害しか主張できず、計画の内容と自己の実体的権利侵害は争えないということである。もう一つは、参加権を主張するためには「協働責任」を果たさなければならない、ということである。具体的には、十分な資料の提供や提供されていない資料を求める義務及び意見表明の機会を（十分に）利用する義務が参加権主張の前提となっている。

第4に、実体的な自治行政権ないし計画高権とは分離して、つまりは、専ら「それ自体を目的として」直接的に法律に基づいて絶対的手続権が認められているというよりも、それらの「実体権との解きがたい関連性」が指摘されていた、ということである。

(4) 以上より、ドイツにおいて絶対的手続権が保障される構造とは、直接的に個別法律に基づいて、つまりは、純粹に実体的な自治行政権ないし計画高権とは分離した形で絶対的手続権が認められているというよりも、それらの「実体権との解きがたい関連性」が指摘される一方で、絶対的手続権が専ら実体的自治行政権の「防御」的要素によってのみ正当化されているのではなく、「協働」的参加という要素によっても正当化される可能性が示されていた。すなわち、ドイツにおける自治体の絶対的手続権保障は、飛行場設置という広域計画目的達成への自治体による「協働」と自己の地位の「防御」が、事前手続と事後手続との「結合」の中で適切に組み合わせられた結果といえる、ということが明らかになった。

(5) 以上を踏まえて、近時、我が国で問題となっている、自治体の原子炉設置許可における参加の可能性を検討した。福島第一原発事故後においては、もはや安全規制と災害対策は切り離して考えることはできないとするならば、安全規制に基づく原発設置という目的を達成するために、災害対策、とりわけ避難計画を担う自治体の協働は不可欠であり、他方で、原発のリスクは自治体に重大な影響を与えるという意味で、自治体には自己の自治行政権等について防御を要する。ここには、ドイツにおいて絶対的手続権が肯定される構造と類似の構造が認められるので、我が国の原子炉設置許可において、自治体の参加が、とりわけ絶対的手続保障としての参加が肯定される可能性が明らかになった。

(6) なお、本研究では立法例分析も目的の一つであったが、手掛かりとしたドイツ判例においては、原則的に参加規定は原告適格を根拠付けるものとして機能していないことが明らかになったため、絶対的手続権を保障する例外的な立法例にのみ着目して検討を進めざるをえなかった。そのため、網羅的な立法分析は断念せざるをえず、今後の課題として残された。

## 5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

[雑誌論文] (計 3 件)

①中嶋直木、制定過程における基本法 28 条 2

項の文言の意義・ゲマインデの「主観的な」法的地位保障の議論を契機に、熊本ロージャーナル、査読有、11 号、2016、3-27

②中嶋直木、自治体の国政参加論の今日的意義—個別法型の国政参加と絶対的手続権保障—、法学、査読無、81 卷 6 号、2018、151-178

③中嶋直木、ドイツにおける地方自治体憲法異議の制定過程、早稲田法学、査読無、93 卷 3 号、2018、127-152

[学会発表] (計 0 件)

[図書] (計 0 件)

## 6. 研究組織

### (1) 研究代表者

中嶋 直木 (NAKAJIMA, Naoki)

熊本大学・大学院人文社会科学研究所・講師  
研究者番号：20733992