

平成19年（行サ）第183号 住基ネット受信義務確認等請求上告事件

上告人 東京都杉並区

被上告人 国 外1名

## 上告理由書

平成20年2月1日

最高裁判所 御中

上告人訴訟代理人弁護士 吉 川 基 道

同 藤 田 康 幸

同 市 川 和 明

## 目 次

上告理由要旨	5 頁
第 1 点 司法権解釈についての原判決の誤り（憲法 7 6 条 1 項解釈の誤り）	8 頁
第 1 はじめに	8 頁
第 2 原判決の判示とその誤り	8 頁
1 原判決の判示	8 頁
2 原判決の誤り	9 頁
第 3 あるべき憲法 7 6 条 1 項「司法権」解釈	11 頁
1 司法権解釈の手法	11 頁
2 司法権と法治主義・地方自治権	13 頁
3 日本国憲法下の「司法権」と「事件性」	16 頁
4 司法権の中核部分と裁判所の権限・義務	18 頁
5 司法権の中核概念－アメリカ合衆国憲法に則して	19 頁
6 司法権の中核概念－日本国憲法の場合	20 頁
第 4 原判決の司法権解釈の誤り	24 頁
1 司法権解釈とそれに基づく「法律上の争訟」解釈	24 頁
2 原判決の憲法解釈の誤り	25 頁
第 2 点 違憲主張適格の解釈についての原判決の誤り（憲法 7 6 条・8 1 条解釈及び憲法 9 2 条・9 4 条解釈の誤り）	27 頁
第 1 住民の憲法上の権利を地方自治体が主張することについて	27 頁
第 2 個人情報保護条例に基づく杉並区の義務	31 頁
第 3 点 憲法 1 3 条に基づき住基法 3 0 条の 5 第 1 項を合憲的に限定解釈しなかった原判決の誤り（憲法 1 3 条解釈の誤り）	33 頁
第 1 サイレント・マジョリティは住基ネットに不安を感じていること	33 頁
第 2 少なくとも 2 つの群の人々がいること	34 頁

第3	ひっそり暮らす自由と一人で放っておいてもらう権利	35頁
第4	プライバシーの理解についての原判決の誤り	37頁
第5	本人確認情報の要保護性	40頁
第6	住基ネットからの個人情報の流出等についての危惧の根拠	41頁
第7	結論	45頁
第4点	憲法の最高法規性並びに地方自治体が憲法を尊重擁護する義務及び自らの判断に基づいて法令を執行する権限の解釈についての原判決の誤り（憲法98条・99条及び憲法92条・94条解釈の誤り）	45頁
第1	憲法の最高法規性と憲法尊重擁護義務	45頁
第2	地方自治権	47頁
第5点	地方自治権解釈についての原判決の誤り（憲法92条解釈の誤り）	51頁
第1	原判決の判示とその誤り	51頁
第2	憲法上の地方自治権の保障	52頁
1	従来 of 諸説の問題点	52頁
2	社会契約説	52頁
3	「地方政府」としての自治体	53頁
第3	「地方自治の本旨」（憲法92条）とは—地方統治権（地方自治権）保障の本質	54頁
第4	憲法上の国と地方公共団体の役割分担原理	58頁
1	中央政府と「地方政府」の事務分配原理	58頁
2	分権改革による「地方自治の本旨」の憲法的原理の具現化	60頁
第5	「自治事務」についての憲法上の保障原理	63頁
1	自治体が処理すべき事務への不当な介入の禁止	63頁
2	「自治事務」の憲法上の保障	63頁
第6	国の法令の憲法上の限界	65頁
第7	改正住基法（住基ネット）の違憲性	66頁

1	住基ネット導入時の政府側説明	66頁
2	市町村の強制的参加	67頁
3	「自治事務」への国の介入	67頁
4	介入の合理性がないこと	68頁
5	原判決の誤り	71頁

## 上告理由要旨

### 第1点 司法権解釈についての原判決の誤り（憲法76条1項解釈の誤り）

憲法の基本原理である三権分立・法治主義や地方自治権の保障からしても、また、母法であるアメリカ合衆国憲法における事件性概念に照らしても、憲法76条1項の司法権の範囲には、国民の権利利益の保護救済のための訴訟にとどまらず、市町村と都道府県間など行政主体相互間の訴訟もまた、その中核部分に含んでいるものと解すべきである。ところが、原判決は、司法権を裁判を受ける権利（国民の権利利益の保護救済）に対応する範囲に限定するという誤った憲法解釈をし、それによって、行政主体の「法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とする」訴訟は「法律上の争訟」に含まれないとして、本件確認の訴えの適法性を否定するに至ったものである。

### 第2点 違憲主張適格の解釈についての原判決の誤り（憲法76条・81条解釈及び憲法92条・94条解釈の誤り）

最高裁平成8年8月28日大法廷判決は、地方自治体の首長が住民の憲法上の権利を根拠として主張することを認めており、上告人は住民のプライバシー権侵害について主張できないとした原判決は、司法権（76条）・法令審査権（81条）の解釈を誤り、その範囲を過度に限定するものである。また、杉並区個人情報保護条例は杉並区長が住民の基本的人権を尊重する責務を定めており、上告人は住民のプライバシー権侵害について主張できないとした原判決は、地方自治権（92条・94条）の解釈を誤って地方自治体の権能を不当に制限するものである。

### 第3点 憲法13条に基づき住基法30条の5第1項を合憲的に限定解釈しなかった原判決の誤り（憲法13条解釈の誤り）

住基ネットにおける本人確認情報は、「一人で放っておいてもらう権利」であるプライバシー権として憲法13条の保障を受けるところ、住基ネットを通じての個人情報の流通・利用については、情報流出の危険や情報結合（データマッチング・

名寄せ)の危険を完全には否定できないし、情報の流出が発生した場合の原状回復は不可能である。したがって、住基ネット上での個人情報の流通等を望まない住民の危惧には相応の根拠があり、そのような住民に対して住基ネット上の個人情報の流通等を強制することは違憲となりうる。それゆえ、住基法30条の5を憲法13条に適合するように合憲的に限定解釈して、杉並区長は住基ネット上で自己の個人情報の流通等を希望しない者の情報を東京都知事に対して通知する義務を負わないとすべきところ、原判決は憲法13条の解釈を誤り、上記合憲的限定解釈を行わなかった。

#### 第4点 憲法の最高法規性並びに地方自治体が憲法を尊重擁護する義務及び自らの判断に基づいて法令を執行する権限の解釈についての原判決の誤り(憲法98条・99条及び憲法92条・94条解釈の誤り)

地方自治体が法律を違憲と判断することを一切許さないことは、本来違憲であるはずの法律が裁判所が違憲判断をする前の時点では、違憲の法律が効力を有することとなってしまうが、それは憲法の最高法規性を規定する98条が予定する事態ではないし、公務員に憲法尊重擁護義務(99条)を課している趣旨に反する。憲法92条・94条に基づく地方自治権の人権保障機能を踏まえれば、地方自治体は自治事務に関し法律の合憲性についての自主判断権が認められるべきである。

#### 第5点 地方自治権解釈についての原判決の誤り(憲法92条解釈の誤り)

憲法は、憲法制定権力である国民自らが、はじめから国とは別に「地方公共団体」という自治体を設けることとし、第8章を独立の章として設けて、統治権を国と自治体(Self-Government)の双方に信託し、二元的政府構造を取っている。住民が最も身近な地域社会を基礎に地方団体を形成し、共同事務を最大限自力で処理することを通じて自由と権利を守り伸長するのは幸福追求権の重要な一部であり、これを実現するために、地方政府たる自治体には地方統治権(地方自治権)が保障されている。住民の要求に容易かつ実情に即して処理しうる自治体による事務処理が国に優先する(市町村優先の原則)。その結果、国の事務は外交・防衛など国家の存立

等にかかわるような重大な事務に限定される。さらに、国は、自治体の自主性・自立性を尊重し、特に自治事務については、地域の特性に配慮することが憲法上求められており、自治事務への不当な介入は自治権侵害となる。かかる憲法原理が分権改革の結果、地方自治法上確認された。改正住基法は、自治事務である住基事務に住基ネットを付加して市町村に一律参加を強制するものであって、都道府県を通じて本人確認情報を利用する国の行政事務の効率化が目的である。よって、国法による自治事務への介入である。ところが、住基ネットにはプライバシー権侵害の危険性があり、住民のプライバシー権を危険にさらしてまで実現すべき防衛・外交に匹敵するような重大な国家目的は存在しないから、国法による自治事務への不当な介入であって、改正住基法は地方自治権を侵害している。原判決は、憲法92条の解釈を誤り、地方自治権の行使を理由に自治体の判断で住基ネットへの不参加等について住民の選択を許すことはできないとして、住基法30条の5による国の地方自治権への不当な介入を許容したものであるから、破棄を免れない。

頭書事件について、上告人は次のとおり、上告理由を提出する。

## 上告の理由

### 第1点 司法権解釈についての原判決の誤り（憲法76条1項解釈の誤り）

#### 第1 はじめに

原判決は、本件確認の訴えは、裁判所法3条1項の「法律上の争訟」には当たらないから不適法であり却下を免れないとして、本件確認の訴えを却下した第一審判決を維持し、上告人の控訴を棄却した。

しかし、原判決には、以下に述べるように、司法権を定めた憲法76条1項の解釈を誤った違法があり、それにより裁判所法3条1項の解釈適用をも誤って本件確認の訴えを不適法とする結論に至ったものであるから、原判決は破棄を免れないというべきである。

#### 第2 原判決の判示とその誤り

##### 1 原判決の判示

原判決（以下、その引用にかかる第一審判決の理由説示（「事実及び理由」第三）を含む。）は、次のように判示する（第一審判決20～22頁）。

「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というべきである（最高裁昭和51年（才）第749号同56年4月7日第三小法廷判決（昭和56年最高裁判決）参照。）」



「これを国又は地方公共団体が提起した訴訟について見ると、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、かかる訴訟は、裁判所法3条1項にいう「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ができないから、法律上の争訟として当然に裁判所の審判の対象となるものではないといふべきである（最高裁平成10年（行ツ）第239号同14年7月9日第三小法廷判決（平成14年最高裁判決）参照）。」

「平成14年最高裁判決にいう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についての判断は、国若しくは地方公共団体又はそれらの機関相互間の権限の存否又は行使に関する訴訟についても妥当し、後者の訴訟も、裁判所法3条1項にいう「法律上の争訟」に当たらないといふべきである。

なぜなら、国若しくは地方公共団体又はそれらの機関相互間の権限の存否又は行使に関する訴訟は、結局、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と同様に、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にすぎないからである。

また、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である「法律上の争訟」の概念は、国民の裁判を受ける権利（憲法32条）との関係で検討されるべきであり、行政主体又はその機関相互間において、その権限の存否又は行使に関して提起した訴訟は、行政主体が国民と同様の立場から、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のであって、「法律上の争訟」に当たらないといふべきであるからである。」

## 2 原判決の誤り

(1) 原判決は、ここで「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」・・・に限られる」という。その下線部分は、最高裁昭和41年2月8日第三小法廷判決<昭和39年(行ツ)第61号>(民集20巻2号196頁)の「司法権の固有の内容として裁判所が審判しうる対象は、裁判所法3条にいう「法律上の争訟」に限られ・・・」との判示の下線部分(上告代理人による。)と同義である。

すなわち、原判決は、「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」つまりは憲法76条1項の「司法権」の対象は、「法律上の争訟」に限られるとしているのである。

その一方で、原判決は、「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である「法律上の争訟」の概念は、国民の裁判を受ける権利(憲法32条)との関係で検討されるべき」とも判示している。平成14年最高裁判決の最高裁判所判例解説(福井章代調査官執筆)は「司法権の概念について、従来の通説は、司法権＝法律上の争訟＝裁判を受ける権利(国民の権利利益の保護救済)ととらえ・・・本判決もこのような従来の考え方の延長線上に立つものではないかと思われる。」(214頁)と指摘しているが、上記判示からすると、原判決は、司法権＝法律上の争訟＝裁判を受ける権利(国民の権利利益の保護救済)と解していることは明らかである。

しかし、原判決は、後述するように、司法権＝裁判を受ける権利(国民の権利利益の保護救済)との誤った憲法解釈に立って、司法権の範囲を国民の権利利益の保護救済に限定したために、裁判所法3条1項の「法律上の争訟」解釈をも誤ることになり、上述したような誤った結論に至ってしまったのである。

(2) なお付言すれば、上告人は、控訴理由書中の「第1章 「法律上の争訟」

該当性に関する原判決の誤り」の「第2 憲法76条1項解釈の誤り」の項で（6頁以下）、第一審判決には憲法76条1項の解釈を誤った違法があるとの主張をしている。この憲法違反の主張は、控訴審での新たな追加主張であった。これに対し、原判決は、「争点1に関する控訴人の当審における追加主張に対する判断は次のとおりである。」として、「(1) 平成14年最高裁判決の射程距離」「(2) 財産権主体性」を挙げて、それらに対する判示をしている。しかし、これらの主張は、第一審判決末尾の「争点に関する当事者の主張の要旨」と照らし合わせれば明らかなように、一審段階ですでに提出済のものであった。その一方で、上記憲法違反の主張に対する判断は、「当審における追加主張に対する判断」としては、全くされていない。上告人は、平成14年最高裁判決のように「法律上の争訟」の範囲を狭めて解釈することは、行政主体間の訴訟をも司法権の範囲内とする憲法76条1項に違反すると主張しているのであるから、原判決が、「法律上の争訟」の範囲を判断するに当たっては、平成14年最高裁判決の判示に依拠するだけでなく、その判示するところが憲法76条1項に適合するのか、それとも違反するのかを判断しなければならなかったはずである。そこで、原判決が、法論理的に当然に判断すべき事項につき判断を遺脱させたのではないとすると、第一審判決で、上述のように、すでに、憲法76条1項の司法権＝裁判を受ける権利との憲法判断が示されているという理解に立っているということになる。

そこで、以下においては、あるべき憲法76条1項「司法権」解釈を明らかにしたうえで、原判決の憲法解釈の誤りを指摘する。

### 第3 あるべき憲法76条1項「司法権」解釈

#### 1 司法権解釈の手法

(1) 憲法は、司法に関しては、「第6章 司法」の76条1項において、「す

べて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する。」と規定している。一方、裁判所法3条1項は、「裁判所は、日本国憲法に特別の定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。」と規定している。このような裁判所法の規定を目して、司法権の範囲を定めたものとする上述の判例のような見解もある。しかし、憲法上の司法権の範囲が、法律によって画されるという意味であるとするれば、それは明らかに誤りである。まずは、司法権の範囲を憲法解釈として確定したうえで、それに則して裁判所法3条1項の「法律上の争訟」の解釈に及ぶべきものである。

このように、「法律上の争訟」の意味内容を確定するためには、まず、憲法76条1項の「司法権」の解釈を明らかにする必要がある。ところが、憲法自体は、司法権そのものの定義や司法権が対象とする範囲については、何らの定めをおいていない。

こうしたことからすると、司法権の範囲を確定しようとするれば、まずは、司法権規定が憲法の全体構造の中でどのような位置付けを与えられ、そこから何を読みとるべきかが問われなければならない。

(2) 次に、憲法の司法権の意味内容を明らかにするうえで重要なことは、司法権規定そのものが、どのような系譜のもとで誕生しているのか、母法から引き継いでいる概念があるとするれば、それはどのようなものであるのかを探ることである。その点でいえば、司法権規定を含めた日本国憲法全体が、アメリカ合衆国憲法の強い影響下で制定されたことは顕著な事実である。例えば、最高裁昭和23年7月8日大法廷判決<昭和23年(れ)第188号>(刑集2巻8号801頁)も、違憲審査制についてであるが、「米国憲法においては、前記第81条に該当すべき規定は全然存在しないのであるが、最高法規の規定と裁判官の憲法遵守義務から、1803年のマーベリー対マデイソン事件の判決以来幾多の判例をもつて違憲審査権は

解釈上確立された。日本国憲法第81条は、米国憲法の解釈として樹立せられた違憲審査権を、明文をもつて規定したという点において特徴を有するのである。」と判示して、アメリカ合衆国憲法からの継受の事実を認めている。

このようなことからすると、アメリカ合衆国憲法下での司法権概念の少なくとも中核部分は、とくに日本国憲法の制定過程で意図的に排除されていない限り、憲法76条1項の「司法権」にも承継されているというべきであろう。

以下においては、このような観点から、憲法76条1項の「司法権」の意義と範囲を明らかにしたい。

## 2 司法権と法治主義・地方自治権

- (1) 憲法は、上記のような「司法権」規定と並んで、「第3章 国民の権利及び義務」の32条で、「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪はれない。」と規定している。

この両規定を併せ見れば、憲法は、国民の基本的人権をはじめとする諸権利・利益を実質的最終的に保障するための制度として司法を用意していると理解することができる。しかし、国民の裁判を受ける権利が憲法上明文をもって保障されていることが、司法権の範囲を限定し狭めることにつながるであろうか。答は否である。国民の裁判を受ける権利に対応することが司法権の重要な柱であることは間違いないが、それ以外の領域を対象範囲に含むか否かが、国民の裁判を受ける権利を保障しているという事実そのものから導かれることはあり得ず、他の憲法条項等から別途に検討されるべき事柄である（阿部泰隆鑑定意見書・甲56：35頁）。

- (2) そうした観点から憲法の全体構造を見るならば、司法ないし司法権の役割を個人の権利保護に局限することができないことは、明らかである。

憲法は、「第4章 国会」の41条において、「国会は、国権の最高機関であって、国の唯一の立法機関である。」と規定するとともに、「第5章 内閣」の65条において、「行政権は、内閣に属する。」と規定している。「第6章 司法」の76条の規定が、それらと対応する形で定められていることは容易に理解できるところである。つまりは、改めていうまでもなく、憲法は、立法・行政・司法の三権分立原理を採用しているのである。そうとすると、司法の観念も、個人の権利保護というにとどまらず、立法・行政との関連で理解する必要が出てくるはずである。

この点について、高橋和之「司法制度の憲法的枠組—法の支配と司法権—」（公法研究63号）は、次のように指摘している。

「三権分立原理をいかに理解するかが問題となるが、私は、三権分立原理の歴史的使命を、「法の支配」の制度化を可能とするための組織原理の提供にあったと捉えている。」（3頁）

「裁判所の役割を権利保護に限定せず、立法や行政の統制という観点をより重視していこうというのが最近の傾向であり、この方向で問題を考えるとすれば、一方で、裁判を受ける権利の範囲を拡張するとともに、他方で、裁判を受ける権利の範囲を超えて司法権を発動することを可能とする理論構成が要請される。」（11頁）

また、「法治主義」が憲法上の基本原理であることにつき、次のように指摘されている。

「わが国の憲法には（ドイツ憲法と異なり）「法治主義」を直接に定めた規定はないが、国民主権原理や三権分立原理さらには課税法律主義や罪刑法定主義を定める規定などを考慮すれば、「法治主義」もまた日本国憲法の定める基本原理として理解することができる。」（曾和俊文「行政訴訟制度の憲法的基礎」ジュリスト1219号63頁）。

(3) こうしたことからすれば、司法権は、対国民との関係で、基本的人権を

はじめとする諸権利・利益を実質的最終的に保障するために裁判制度を提供することが重要な任務となるが、それだけにとどまらず、他の二権である立法権・行政権との関係で、裁判制度を通じて「法の支配」ないし「法治主義」を貫徹することもまた重要な任務とされているのである。

さらに、三権分立あるいは法治主義原理と並んで、地方自治の保障もまた重要な憲法上の基本原理にほかならない。

とりわけ、憲法・地方自治法制下で、国・都道府県・市区町村が、それぞれが独立・対等の法主体として位置づけられるようになった今日では、こうした行政主体間の利害対立は不可避免的に発生する。そうした利害対立が引き起こす具体的な紛争に対して、司法権が手を拱いているとすれば、法治主義も地方自治権も名ばかりのものとなる。司法権規定と並んで、法治主義原理を採用し、地方自治権を保障した憲法の全体構造からすれば、かかる行政主体間の訴訟も当然に司法権の対象となりうるものである。

この点は、江口とし子（司法研修所教官、執筆当時）「国と地方自治体との関係」『新・裁判実務体系 第25巻 行政争訟』（資料1-1）が、次に指摘するとおりである。

「近代的な意味における憲法は、国の統治機構と基本的人権の保障を規定するものであり、基本的人権の保障は国家に対する国民の権利の保障を明らかにするところに意義があるのであるから、憲法32条の「裁判を受ける権利」は、国民の権利であり、憲法76条1項の「司法権」、裁判所法3条1項の「法律上の争訟」も、この観点から定義付けられてきた。しかし、「法律上の争訟」とは、①当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であって、かつ、②それが法令の適用により終局的に解決することができるものをいい、それに尽きている（最判昭和56年4月7日民集35巻3号443頁）。また、憲法76条1項

の「司法権」とは、具体的な争訟事件について法を適用し宣言することによってこれを解決する国家作用であり、独立した法主体間の社会的関係における利害の対立が具体的な紛争となって現れたときにそれを解決する手段としての役割を担っている（最判昭和27年10月8日民集6巻9号783頁）。

一方で、憲法は、中央集権的・官治的性格の強い地方自治制を排し、国家組織における三権分立とともに中央政府に対する地方自治の保障を憲法の基本原理として掲げている。日本国憲法の下では地方公共団体は、国から独立した法人格を有し、権力的及び非権力的な活動を行う権能を包括的に備えた行政主体である。したがって、国と地方公共団体は、独立した別個の法主体として、行政主体としての地位においても利害の対立を生じることになった。そうすると、この利害の対立が具体的な紛争となって現れたときに、すなわち、争訟性の要件を満たすときに、法を適用してこれを解決するのは、司法の役割にほかならないと考えるべきではなかろうか。国又は地方公共団体の私人又は私的団体と同様の権利義務に関する紛争に限り「法律上の争訟」に当たるとするのは、司法の役割を狭めるものであろう。

もちろん、問題は、争訟性のうちの「当事者間の具体的な権利義務」であるが、国と地方公共団体の機関との間における紛争であっても、固有の利益をもって対立する具体的な紛争といえる場合には「法律上の争訟」に当たるといえよう。その固有の利益の内容については、さらなる議論と実際の裁判例をまつ必要がある。」（89，90頁）

### 3 日本国憲法下の「司法権」と「事件性」

上述したように、憲法がアメリカ型の司法審査制を採用していることからすると、河野敬「事件性」『講座 憲法訴訟 1巻』（資料1-2）が、以下に指摘するように、アメリカ合衆国憲法下での「事件性」概念が重要



な意味を持つことになろう。

「司法権の概念が、国により時代により異なる歴史的性格を有するものであることは、つとに指摘されてきたところである。そして、日本国憲法と、憲法が規定する裁判所制度が、民事・刑事・行政のすべての裁判を通常裁判所が行うアメリカ型の司法権の概念を前提として、それを継受していることについては異論をみない。

アメリカ合衆国憲法は司法権の及ぶ範囲を画する要件として「事件性」を要求しているが、日本国憲法がアメリカ型司法審査制を採用しており、「すべて司法権」が裁判所に帰属するとされている限り、日本国憲法の問題としても「事件性」は「司法」の中核的観念として位置づけられなければならないと思われる。」(220頁)

「アメリカにおいては、裁判所にもち込まれた事案が、憲法の定める事件(cases)・争訟(controversies)に該当するか否か、をめぐって司法権の範囲が議論されることになる。これが事件・争訟性あるいは、「事件性」と呼ばれ、司法の中核的観念を形成しているのである。

この「事件性」は、「誰がいかなる訴訟を提起しうるか」という問題に対して、一定の「憲法上の要請」をもつとされている。わが国の「司法権」についても、「事件性」は、司法の中核的観念として、司法権の及ぶ範囲を画するために、憲法上同様の理論的役割を担っているといわなければならない。」(224, 225頁)

「「事件性」は、付随的違憲審査制を採用している司法審査制のもとで、司法権を限界づける概念であるが、現代においては、司法審査権の機能と役割が、伝統的な「私権保障型」から「憲法保障型」へとその性格を大きく変えてきていることに対応して、「現代司法については、その法創造機能・政策形成機能の重要性をも明確にする新しい要件を加味すべきではないか」との指摘もなされている。もともと、わが国の司法権が、純粹の「私

権保障型」にのみ限定されていると解すべき、憲法上、理論上の根拠は存在しないというべきであろう。また、裁判所法3条の「法律上の争訟」は、憲法の司法権の概念を受けて解釈されるべきものである。」(249頁)

このように、アメリカ合衆国憲法における事件性概念を踏まえたうえで、日本国憲法における事件性概念つまりは司法権概念をどのように解すべきかにつき、本件第一審判決についての判例批評である常岡孝好「自治体による住基ネット接続義務確認訴訟と司法権」(判例評論580号)(資料1-3)が詳細に論じているので、以下では、同論文によりながらこの点を明らかにしたい。

#### 4 司法権の中核部分と裁判所の権限・義務

アメリカ合衆国憲法に関わる判例・学説を参考にすると、次のような指摘ができる。

日本国憲法76条1項の「司法権」に関する事件性要件には、憲法が要求する要件と裁判所が自己抑制的に要求する要件との二種類のものがある。ある訴訟が憲法の要求する事件性要件というミニマムの要件を満たす場合、当該訴訟は司法権の範囲内の訴訟ということになる(ここでいうミニマムの要件は、具体性、対立性、事実上の侵害、法的基準の存在、終局性の5要素として捉えられている)。このとき、裁判所が訴訟経済や権力分立等の観点から司法権行使を抑制するため、自己抑制的な事件性要件を課すことがあり得る。ただし、憲法上の事件性要件を満たす訴訟について、裁判所の裁量や立法政策はある程度許されるとしても、その裁量や立法政策には自ずと限界がある。少なくとも、司法権の「中核概念としての事件性要件」を満たす訴訟は、裁判所がその裁量によってこれにつき審理判断を引き受けないことも憲法上禁じられる。つまり、司法権の中核部分は、誰にも奪えないし、自らも放棄できない裁判所固有の権限である。司法権の中核部分に該当する訴訟が提起されたとき、裁判所は、この訴訟について審理判

断を引き受ける義務がある。そこでの司法権行使は、特別の法律の根拠規定に基づく必要はない。それは、司法権の中核部分が、憲法によって直接認められる裁判所の固有の権限だからである（常岡前掲169, 170頁）。

## 5 司法権の中核概念—アメリカ合衆国憲法に則して

以上のように、裁判所が自己抑制の見地から追加的に要求する事件性要件が制限される司法権の中核部分は、次のようなものである。

「司法権の中核部分に位置づけることができる訴訟は、少なくとも二種類ある。一つは、私人の権利を保護することを主眼とする訴訟である。他の一つは、行政主体の統治権・準主権的利益を保護することを主眼とする訴訟である。」（同171頁）

この2種類の司法権の中核部分のうち、後者が導かれる根拠は次のようなものである。

「司法権の中核部分は、国民の裁判を受ける権利を保障する紛争類型に限定されるのであろうか。裁判所が自己抑制的に追加する事件性要件は、裁判を受ける権利によってのみ限界づけられるだけであらうか。その他の権利・制度・原理に基づいて、裁判所、立法府によって事件性要件を追加することが許されない場合がないであらうか。以下、この点について、日本国憲法が継受したアメリカ合衆国憲法を参考に考えてみよう。

アメリカ合衆国憲法は、連邦制の関係で、連邦裁判所が管轄権を有する事件又は争訟を列挙しているが、その中に、当事者の観点から、合衆国が原告となる訴訟や、州が原告となる訴訟を含めている。」（同170, 171頁）

州が連邦最高裁で原告となりうるのは、次のような場合である

「第一に、州が私人と同様の法的利益を有する場合である。第二に、州が主権者としての地位で訴訟を提起する場合である。第三に、州が州民一般の後見人としての地位（*parens patriae*）で訴訟を提起する場合である。この

第二、第三の場合の訴訟は、私人が有する財産権のような法的利益に基づかないものである。このように、アメリカ合衆国憲法においては、州が提起する訴訟で、財産権等の私的権利利益に基づかないものでも、事件性要件を満たす場合がある。州の統治権や準主権的利益(quasi-sovereign interests)は、財産権やその他の人権とは相当性質の異なる利益である。しかしそれでも、事件性を基礎づける利益とされている。かくして、こうした統治権、準主権的利益を完全に侵害するよう裁判所や立法府が事件性要件を追加することは許されない。」(同171頁)

「以上のように、アメリカ合衆国憲法の下で、事件性の裁量的要件を課すことが制限される場合は、私人の裁判を受ける権利を保障する場合に限定されないことがわかる。連邦や州の統治権・準主権的利益に基づく訴訟について、裁判所が裁量的事件性要件を課して、これを全面的に拒否してしまうことは認められない。そうすると、私人の権利とは性質の異なる統治権・準主権的利益に基づく訴訟は、その全部ではないにしても、少なくとも一部は司法権の中核部分に位置づけることができよう。」(同171頁)

## 6 司法権の中核概念—日本国憲法の場合

(1) 以上のようなアメリカ合衆国憲法の事件性要件を踏まえた場合、「日本国憲法の下での事件性要件についてはどのように考えるべき」かについては、次のように結論づけられる。

「日本国憲法の司法権規定が全体としてアメリカ憲法の影響を受けて制定されたことから、基本的には、日本国憲法の司法権に係わる事件性要件も、アメリカと同様に解して良いと思われる。それゆえ、事件性要件は、幅のある概念であり、その周縁部分と中核部分との二重構造からなっていると解される。そして、中核部分として、少なくとも二つの部分があり、一つは、裁判を受ける権利を保障する訴訟であり、他の一つは、統治権・準主権的利益を保障するための訴訟である。」(同171頁)

そして、第2番目の中核部分については、次のように敷衍できる。

「日本国憲法の司法権の中核部分は、国民の裁判を受ける権利を保障するための訴訟に限られないと解する。アメリカ法を参考にすると、国が憲法上の統治権を確保するために提起する訴訟も、この中核部分の一つに位置づけることができると思われる。また、地方公共団体が、その自治権を確保するために提起する訴訟も、司法権の中核部分の一つに該当すると解される。都道府県や市町村は、アメリカの諸州のように、立法・司法・行政の三権を有する完全な統治団体とはいえない。しかしそれでも地方公共団体は憲法上自治権を保障された法人である（憲法92条、94条）。地方公共団体は規制行政を行う憲法上の権限を有する統治団体的性格をもつと解されている。・・・かくして、地方公共団体がその自治権侵害を理由にして他の地方公共団体に対して提起する訴訟は、日本においても、司法権の中核部分に該当する可能性があるといえよう。」（同171、172頁）

(2) ここでいう地方公共団体の自治権の性格は、次のようなものである。

「日本国憲法の下では、地方公共団体に法律によってはじめて自治権が付与されるのではなく、憲法自体が地方公共団体に自治権を保障している。・・・実際、憲法94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機能を有」と定め、明らかに地方公共団体に自治権を保障している。憲法92条は、「地方公共団体の組織及び運営に関する事項は……法律でこれを定める」としているが、そうした法律は、「地方自治の本旨」に反することはできない。地方自治に関する法律は、憲法自体によって自治権擁護の方向で枠づけられる。・・・国が「地方自治制度の本質的内容を侵すことは許されない」のである（佐藤幸治『憲法 第3版』267頁）。その意味で、地方公共団体は国家から侵害されない特殊な地位にある。こうした国家から侵害されない地位ないし資格こ

そ地方公共団体の自治権であるといえよう。」(同172頁)

(3) では、そうした地方公共団体の自治権を前提とした場合、司法権との関係はどうなるであろうか。

「統治団体的な地位にある市町村と都道府県とは互いに協力関係にあり、都道府県が市町村を補完する関係にある。互いに協力関係にある市町村と都道府県との間で、それぞれの自治権をめぐる行為、措置、関与に矛盾や食い違いが生じた場合、これを收拾することが必要であろう。そうした矛盾や食い違いが收拾できなければ、地方公共団体間の協力関係にヒビが入るであろうし、地方公共団体間で相反する行政活動が行われたり、統一の見解がまとまらないため市町村・都道府県の双方とも行政活動が行えなかったりして、結局、住民が不利益を被るという事態が起こりうる。これでは、行政全体の適法性が確保できず、また行政全体の一体性や統一性が確保できない。国と地方公共団体との関係における国の関与の目的は、①適法性確保、②国家行政全体の一体性・統一性の確保にあるが(白藤博行「国と地方公共団体との間の紛争処理の仕組み」公法研究62号202頁)、都道府県と市町村との関係でも同様であろう。地方公共団体相互間で自治権をめぐる紛争が生じたとき、適法性や行政の一体性・統一性を確保することが必要である。こうした適法性・一体性・統一性の確保のため、司法権は介入することができるし、一定の場合には介入しなければならないというべきである。」(同172頁)

「司法権の中核部分に地方公共団体による自治権に基づく訴訟が位置づけられるとすると、地方公共団体は、必ずしも、財産権等の私人と同様の地位や権利に基づいて訴訟を提起することしか許されないということにはならない。また、地方公共団体の自治権を私人の財産権等に匹敵するような、地方公共団体の主観的権利と構成する必要は必ずしもない。・  
・地方公共団体は、裁判を受ける権利の保護の対象にはならないが、

裁判を受ける権利に由来する訴訟とは別種の訴訟を適法に提起できる余地がある。事件性の要件が満たされる場合、地方公共団体が自治権の保護を求めて提起する訴訟は適法である。・・・その際、当該訴訟が「法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とするものであって、自己の権利利益の保護救済を目的とするものということができる」ということは、当該訴訟が司法権の範囲内の適法な訴訟であるかどうかには無関係である。「法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とするものであって、自己の権利利益の保護救済を目的とするものということができる」というものであったとしても、ミニマムの事件性要件を満たすとき、司法権の範囲内に属し、その意味で固有の裁判権の対象となる余地がある（村上裕章『行政訴訟の基礎理論』64、65頁は、「行政主体間の争訟一般については基本的に法律上の争訟を認めるべきである」と述べる）。」（同173頁）

この点については、曾和俊文「地方公共団体の訴訟」『行政救済法2』（資料1-4）も、同様の立場から、次のように指摘する。

「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素がなくとも、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判決の終局性の四要件がある限り、これを憲法上の「事件」性を満たす紛争と捉えてよいのではないかと思われる。このように、「事件」性を広く理解すれば、行政内部の紛争についても、また、形式的には行政機関が当事者となる場合であっても、一定範囲で訴訟適格性を肯定してよい場合がありそうである。また、そもそも地方公共団体と国とは別個の法的存在であるから、地方公共団体が憲法上自治権を保障された存在であることを重視するならば、自治権侵害をめぐる国と地方公共団体の機関との紛争は「事件」性を満たす紛争であって、自治権を侵害するような国家行為

に対しては、地方公共団体の機関は原則として行政訴訟を提起し得るといえよう。」(296, 297頁)

(4) では、地方自治法上の係争処理制度との関係は、どうであろうか。

「実際、現行の地方自治法は、国による地方公共団体への関与、都道府県による市町村への関与に関連して係争処理の仕組みを用意し、一定範囲で地方公共団体は裁判所を利用できるとしている。すなわち、国や都道府県の関与が「是正の要求、許可の拒否その他の処分その他公権力の行使に当たるもの」に該当する場合、地方公共団体は裁判所を利用して紛争解決を図ることが認められている(地方自治法251条の5, 同252条)。ただ、それ以外の形式による関与について、地方自治法は、訴訟を提起できると明定していない。しかし、市町村の自治権と都道府県の自治権とが対立衝突する場合、こうした特別の規定がなくても、ミニマムの事件性要件さえ満たせば、市町村や都道府県は、出訴できる余地があると解すべきであろう。それは、このような紛争は、まさに司法権の中核部分に該当する可能性があるからである。

都道府県と市町村とは、基本的に対等関係にあるとされる(塩野宏『行政法Ⅲ 第3版』138, 140頁)。そうすると、市町村という自治権を有する団体と、都道府県というこれまた自治権を有する団体との間の自治権の範囲や存否に関する紛争は、財産権を有する対等私人間の財産権をめぐる紛争とそれほど径庭はないのではなかろうか。」(常岡前掲172頁)

#### 第4 原判決の司法権解釈の誤り

##### 1 司法権解釈とそれに基づく「法律上の争訟」解釈

以上に述べたところから明らかなように、憲法の基本原理である法治主義や地方自治権の保障からしても、また、母法であるアメリカ合衆国憲法における事件性概念に照らしても、憲法76条1項の司法権の範囲には、国民の



権利利益の保護救済のための訴訟にとどまらず、市町村と都道府県間など行政主体相互間の訴訟もまた、その中核部分に含んでいるものと解すべきである。すなわち、「国民の裁判を受ける権利と司法権の権限は等置されるべきではなく、国民の裁判を受ける権利の対象外でも、独立の行政主体間の法的紛争を裁くのは、法治国家における司法権の任務である。」（阿部泰隆鑑定意見書・甲56：2頁）

このような憲法76条1項の司法権概念を具体化するものとして、裁判所法3条1項が設けられたものであるから、その解釈については、当然のことながら、上記司法権概念と整合するものでなければならない。

もともと、平成14年最高裁判決以前の最高裁判決、つまりは昭和56年最高裁判決ほかの最高裁判決がいう「法律上の争訟」に関する「定式」は、次のようなものであった。

- ① 当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であつて
  - ② 法令の適用により終局的に解決できるもの
- に限られる。

上記のような司法権解釈を前提にすれば、定式①の「当事者」については、国民個人、私的団体に限らず、国、地方公共団体といった行政主体も当然に含まれることになる。また、「具体的な権利義務」といっても、個人的・個別的な権利義務ないし利害である必要はなく、行政主体の権利義務ないしその固有の利害も含まれることになる。行政主体間の法律関係をめぐる紛争も「法律関係の存否に関する紛争」に該当することはいうまでもない。

このような定式に新たな制約要件を持ち込むことによって、裁判所による審判対象を狭めるとすれば、憲法76条1項違反の問題を惹起することになるのである。

## 2 原判決の憲法解釈の誤り

上記のような従来からの定式に対して、平成14年最高裁判決は、「行政事件を含む民事事件において」との限定付きではあるが、新たな要件を持ち込んだ。それが、「法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とする」訴訟は、「法律上の争訟」に含まれないとの要件である。「法律上の争訟」の解釈に当たって、このような制約要件を持ち込むことは、それによって、一定範囲の行政主体による訴訟を裁判所による審判対象から排除する結果となる。行政主体の活動は、その性格上、当然に「法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とする」ものになるからである。そのように「法律上の争訟」を解釈することは、明らかに司法権の範囲を狭めることとなり、憲法76条1項に違反する結果となる。

ところが、原判決は、平成14年最高裁判決をそのまま受け容れて、司法権を裁判を受ける権利（国民の権利利益の保護救済）に対応する範囲に限定するという誤った憲法解釈に立ったうえで、「行政主体又はその機関相互間において、その権限の存否又は行使に関して提起した訴訟は、行政主体が国民と同様の立場から、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のであって、「法律上の争訟」に当たらないというべきである」（第一審判決22頁）と判示するに至ったのである。

しかし、上記のような司法権解釈からすれば、これらは明らかな誤りである。少なくとも、行政主体相互間の訴訟については、その財産権主体性の有無、そして訴訟目的の如何にかかわらず、上記定式①②の要件に該当する限り、司法権の範囲内つまりは「法律上の争訟」に該当すると解すべきであった。

原判決は、憲法76条1項の司法権解釈を誤り、それがために、裁判所法3条1項の「法律上の争訟」の解釈適用を誤って、本件確認の訴えの適法性を否定するに至ったものである。

原判決の憲法解釈の誤りは明白である。

第2点 違憲主張適格の解釈についての原判決の誤り（憲法76条・81条解釈及び憲法92条・94条解釈の誤り）

第1 住民の憲法上の権利を地方自治体が主張することについて

1 原判決は、「控訴人が、非通知希望者に係る本人確認情報を被控訴人東京都に送信することは当該住民のプライバシー権を侵害するものであり違憲又は違憲の疑いがあると判断したとしても、そのような個人の権利を侵害するか否かの判断の前提となる違憲性は、それにより自己のプライバシー権を侵害されたと主張する国民が法的救済を求めた場合に判断されるべきことであるか（29頁）、「本件において控訴人が保護されるべきものとして主張する本人確認情報は、個人の氏名、出生の年月日、男女の別、住所の4情報と住民票コード及びこれらの変更情報であるところ、これらが第三者に開示されるときは、個人が特定され、その結果個人の私生活上の平穩が害されるおそれが生ずるから、個人のプライバシーに関する情報に当たり、法的保護に値するものといえることができる。したがって、住基ネットの稼働によってこのような利益が侵害され、又は侵害される可能性がある場合、これによって生じた損害の賠償又は住基ネットの運用の差止めの可否等が問題となるが、これらは、侵害されたと主張する当該個人が地方公共団体等を相手に法的救済を求めた場合に判断されるべき事柄であるか（31～32頁）判示し（下線は上告人代理人）、上告人は住民のプライバシー権の侵害について主張できないとしている。

2 しかしながら、この判示は、憲法76条の司法権及び憲法81条の法令審査権の解釈を誤って司法権・法令審査権の範囲を過度に限定するものであるとともに、憲法92条・94条の地方自治権の解釈を誤って地方自治体の権能を不当に制限するものである。

沖縄県知事署名等代行職務執行命令訴訟における最高裁平成8年8月28日大法廷判決<平成8年(行ツ)第90号>(民集50巻7号1952頁)は、以下のとおり、住民の平和的生存権、財産権、適正手続の保障を受ける権利を理由とする沖縄県知事の主張について判断しており、地方自治体の首長が住民の憲法上の権利を根拠として主張すること自体を認めているが、それは、憲法76条の司法権及び憲法81条の法令審査権についての正しい解釈に基づくとともに、憲法92条・94条の地方自治権についての正しい解釈に基づくものである。

## 「二 駐留軍用地特措法の合憲性

- 1 本件職務執行命令の法的根拠となった駐留軍用地特措法の合憲性が、右命令がその適法要件を充足しているか否かを審理判断すべき本件訴訟における審査の対象となることは、前記のとおりであるところ、所論は、日米安全保障条約及び日米地位協定に基づきアメリカ合衆国の軍隊の我が国における駐留を認めることが憲法に違反するものでないとしても、駐留軍の用に供するために土地等を強制的に使用し、又は収用することは、憲法前文、9条、13条に基づき保障された平和的生存権を侵害し、憲法29条3項に違反するというのである。

日米安全保障条約六条、日米地位協定2条1項の定めるところによれば、我が国は、日米地位協定25条に定める合同委員会を通じて締結される日米両国間の協定によって合意された施設及び区域を駐留軍の用に供する条約上の義務を負うものと解される。我が国が、その締結した条約を誠実に遵守すべきことは明らかであるが(憲法98条2項)、日米安全保障条約に基づく右義務を履行するために必要な土地等をすべて所有者との合意に基づき取得することができるとは限らない。これができない場合に、当該土地等を駐留軍の用に供することが適正かつ合理的であることを要件として(駐留軍用地特措法3条)、

これを強制的に使用し、又は収用することは、条約上の義務を履行するために必要であり、かつ、その合理性も認められるのであって、私有財産を公共のために用いることにほかならないものというべきである。国が条約に基づく国家としての義務を履行するために必要かつ合理的な行為を行うことが憲法前文、9条、13条に違反するというのであれば、それは当該条約自体の違憲をいうに等しいことになるが、日米安全保障条約及び日米地位協定が違憲無効であることが一見極めて明白でない以上、裁判所としては、これが合憲であることを前提として駐留軍用地特措法の憲法適合性についての審査をすべきであるし（最高裁昭和34年（あ）第710号同年12月16日大法廷判決・刑集13巻13号3225頁参照）、所論も、日米安全保障条約及び日米地位協定の違憲を主張するものでないことを明示している。そうであれば、駐留軍用地特措法は、憲法前文、9条、13条、29条3項に違反するものということとはできない。

2 所論は、駐留軍用地特措法は、憲法31条に違反するとも主張する。

行政手続については、それが刑事手続ではないとの理由のみで、そのすべてが当然に憲法31条による保障の枠外にあると判断することは相当ではないが、同条による保障が及ぶと解すべき場合であっても、保障されるべき手続の内容は、行政処分により制限を受ける権利利益の内容、性質、制限の程度、行政処分により達成しようとする公益の内容、程度、緊急性等を総合較量して決定されるべきものである（最高裁昭和61年（行ツ）第11号平成4年7月1日大法廷判決・民集46巻5号437頁参照）。

これを駐留軍用地特措法の定める土地等の使用又は収用の手続についてみると、同法の定める手続の下に土地等の使用又は収用を行うことが、土地等の所有者又は関係人の権利保護に欠けると解することは

できないし、また、国が主体となつて行ふ駐留軍用地特措法に基づく土地等の使用又は収用につき、国の機関である被上告人がその認定を行ふこととされているからと云つて、適正な判断を期待することができないともいえない。したがつて、駐留軍用地特措法は、憲法31条に違反するものではない。

3 以上によれば、駐留軍用地特措法は、所論の憲法の各条項に違反するものではなく、これと同旨の原審の判断は、正当して是認することができる。同法の違憲をいう論旨は、採用することができない。」(下線は上告人代理人)

3 さらに、第三者所有物没収事件における最高裁昭和37年11月28日大法院判決<昭和30年(あ)第2961号>(刑集16巻11号1593頁)は、第三者の所有権を理由とする主張について、以下のとおり実質判断を行っているのであり、原判決が本件につき違憲主張適格を制限的に理解しているのは、憲法76条・81条の解釈を誤つたものであるとともに、最高裁判所の判例に反するものである。

「第三者の所有物を没収する場合において、その没収に関して当該所有者に対し、何ら告知、弁解、防禦の機会を与えることなく、その所有権を奪ふことは、著しく不合理であつて、憲法の容認しないところであるといわなければならない。けだし、憲法29条1項は、財産権は、これを侵してはならないと規定し、また同31条は、何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪われ、又はその他の刑罰を科せられないと規定しているが、前記第三者の所有物の没収は、被告人に対する附加刑として言い渡され、その刑事処分の効果が第三者に及ぶものであるから、所有物を没収せられる第三者についても、告知、弁解、防禦の機会を与えることが必要であつて、これをなくして第三者の所有物を没収することは、適正な法律手続によらないで、財産権を侵害する制裁を科するに外ならないからである。そし

て、このことは、右第三者に、事後においていかなる権利救済の方法が認められるかということとは、別個の問題である。」

- 4 なお、最高裁平成8年1月30日第一小法廷決定<平成8年(ク)第8号>(民集50巻1号199頁)は、宗教法人解散命令に対する抗告棄却決定に対する特別抗告事件において、宗教法人が信者の憲法20条に基づく信教の自由を理由とする主張につき、原決定が実体的憲法判断を行わなかったのに対し、「所論は要するに、抗告人を解散する旨の第一審決定(以下「本件解散命令」という。)及びこれに対する即時抗告を棄却した原決定は、抗告人の信者の信仰生活の基盤を喪失させるものであり、実質的に信者の信教の自由を侵害するから、憲法20条に違反するというのである。以下、所論にかんがみ検討を加える。」として実体的憲法判断を行い、「宗教法人に関する法的規制が、信者の宗教上の行為を法的に制約する効果を伴わないとしても、これに何らかの支障を生じさせることがあるとするならば、憲法の保障する精神的自由の一つとしての信教の自由の重要性に思いを致し、憲法がそのような規制を許容するものであるかどうかを慎重に吟味しなければならない。」としつつ、「宗教上の行為の自由は、もとより最大限に尊重すべきものであるが、絶対無制限のものではなく、以上の諸点にかんがみれば、本件解散命令及びこれに対する即時抗告を棄却した原決定は、憲法20条1項に違背するものではないというべきであ」とした。

原判決が本件につき違憲主張適格を制限的に理解しているのは、憲法76条・81条の解釈を誤ったものであるとともに、このような最高裁判所の判例にも反するものである。

## 第2 個人情報保護条例に基づく杉並区の義務

- 1 現在ではほとんどの地方自治体において個人情報保護条例が制定されていると考えられるが、東京都杉並区個人情報保護条例(昭和61年12月1日、

杉並区条例第39号)は全国的に先駆けて制定されたものであるところ、同条例においては、以下のとおり、杉並区が区民の個人情報に関する基本的人権を擁護・尊重すべきことが規定されている(昭和61年の制定当時の条例は資料2-1。平成17年時点のものは甲35)。

なお、このような条例を制定すること自体が憲法92条・94条に基づき正当とされることは疑いない。

#### 「(目的)

第1条 この条例は、自己に関する個人情報の閲覧、訂正等を求める区民の権利を保障するとともに、個人情報の保護に関し必要な事項を定めることにより、区民の基本的人権の擁護と信頼される区政の実現を図ることを目的とする。

#### (定義)

第2条 この条例において、次の各号に掲げる用語の意義は、それぞれ当該各号に定めるところによる。

一 個人情報 個人に関する情報であつて、特定の個人が識別され得るものであり、文書、図画、写真、フィルム及び磁気ディスク(これに類するものを含む。)に記録されるもの又はされたものをいう。

二 実施機関 区長、教育委員会、選挙管理委員会、監査委員及び農業委員会をいう。

#### (実施機関等の責務)

第3条 実施機関は、個人情報を収集し、管理し、又は利用するに当たっては、区民の基本的人権を尊重するとともに、個人情報の保護及び区民福祉の向上を図るため必要な措置を講じなければならない。

2 個人情報の収集、管理又は利用に当たる実施機関の職員は、職務上知り得た秘密を他に漏らしてはならない。その職を退いた後も、同様とする。」

(下線は上告人代理人)



- 2 したがって、上告人は、個人情報に関する住民の基本的な権利を保障すべき法的義務を負っているものであり、その義務に基づき、住民の憲法上の権利を本訴において主張することが妨げられるべき理由は全くないというべきである。

### 第3点 憲法13条に基づき住基法30条の5第1項を合憲的に限定解釈しなかった原判決の誤り（憲法13条解釈の誤り）

#### 第1 サイレント・マジョリティは住基ネットに不安を感じていること

- 1 総務省の資料（「住民基本台帳カード（住基カード）の交付状況等について」 [http://www.soumu.go.jp/c-gyousei/daityo/pdf/050217\\_1.pdf](http://www.soumu.go.jp/c-gyousei/daityo/pdf/050217_1.pdf)）によれば、住基カードの交付枚数は平成18年3月末においては全国で約91万枚であり、交付を受けているのは国民の0.72%にすぎない。住基ネットの利便さを活用するためには住基カードの交付を受けることが必要であるにもかかわらず、現実に住基カードの交付を受けているのは、国民の1%にも満たない状況である。これは厳然たる事実である。
- 2 自己の個人情報住基ネットを利用して利用されることにつき差止めを求める訴訟が全国で16件提訴されたが、その原告の数は約450名である。原告になった国民以外に原告を支援するための活動を行っている国民を加えても、住基ネットにつき差止めを求めて現に行動している国民の数は、91万人を超えることはないであろう。これも厳然たる事実である。
- 3 これらの2つの事実は、どのように整合的に合理的解釈ができるであろうか。

住基カードの交付を受けるためには、能動的に自ら交付申請行為を行わなければならない。それは交付を受けるためのハードルとして機能する。他方、住基ネット差止訴訟の原告となったり原告を支援するための行動は時間や労

力をかなり費やす活動であり、住基カードの交付申請行為の少なくとも100倍以上の時間や労力を要するであろう。住基カードの交付申請行為よりも、住基ネット差止訴訟の原告となったり原告を支援するための行動の方が格段にハードルが高いことは疑いないところである。

住基ネットにつき行政の合理化や住民にとっての利便性を評価するのであれば、住基カードの交付を受けて行政の合理化を助け、住民にとっての利便を享受しようとするのが自然であるが、大多数の国民は、そのような行動をとっていない。このことは、大多数の国民が住基ネットのメリットとデメリットの比較につき、デメリットを十分に凌駕するほどのメリットを感じていないということに他ならない。かといって、デメリットに関し差止訴訟の原告となったり原告を支援するための行動はハードルが高すぎるので、行っていないということになる。

したがって、国民のサイレント・マジョリティは、住基ネットに疑問や不安を感じつつも、それに反対する行動を積極的には行っていないというのが実情であると解される。

## 第2 少なくとも2つの群の人々がいること

- 1 住基ネットと個人情報の扱いについて、国民、そして杉並区民は、次の2つのグループに分けることができる。

A群は、住基ネットからの個人情報の流出等の危険は心配する必要がないと考えるか、その危険があるとしても、行政との関係での利便性を重視しようとする住民であり、B群は、行政との関係での利便性よりも、住基ネットからの個人情報の流出等の危険を重視しようとする住民である。

A群とB群のどちらが人数が多いかは必ずしも明らかではないとしても、少なくとも、これら2つの群の人々が存在することは間違いない。杉並区においては、全国に先駆けて個人情報保護条例が制定されたことや住基ネット

の導入に慎重な区長が選任されていることなどからして、他の地域に比べてB群の人々が多いと推定できるが、全国的に見ればA群の人々の方が多いと見ることも可能であろう。

2 問題は、仮にA群の人々が多数であるとして、A群の人々は自己の考え方をB群の人々に強制できるのか否かである。

そもそも、自己の個人情報に関する権利は、個々人の権利であるから、自己の個人情報の取扱いに関する限り、個々人の自由に属する。しかし、他人の個人情報の取扱いについては、そうはいかない。A群に属するaさんは、B群に属するbさんが自己の個人情報が住基ネットを通じて流通することに不安を感じているにもかかわらず、bさんに対してbさんの個人情報が住基ネットを通じて流通するようにすることを強制できるのであろうか。

この問題は、bさんの個人情報に関する権利が、国会の多数決による法律によって奪えない権利なのかどうかつまり、憲法による基本的人権に属するのか否かによって決せられることになる。

### 第3 ひっそり暮らす自由と一人で放っておいてもらう権利

1 憲法13条は「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」と規定しているが、この規定は、他人に迷惑をかけない限り、個人がひっそりと暮らす自由を保障しているはずである。特に公職に就くわけでもなく、生活上の利便を強く求めるでもなく、つつましく、ひっそりと暮らす自由は、他人の権利を侵害しない限り、人間である以上認められる権利(基本的人権)であることは疑いない。ひっそりと暮らす自由は、いわば前国家的な権利であり、それは憲法13条の「自由」ないし「幸福追求」の権利として保障されていると考えなければならない。

2 憲法13条が保障していると考えられている人格的利益としてプライバシーの権利は、古典的には「一人で放っておいてもらう権利」と表現されたが、なにゆえに「一人で放っておいてもらう権利」が正当化されるかといえば、それは、上記のような、他人に迷惑をかけない限り、ひっそりと暮らす自由が認められるからこそ、自己に関する情報面で「一人で放っておいてもらう」ことが正当化されるのである。

3 プライバシーの権利は、「一人で放っておいてもらう権利」から「自己情報コントロール権」へと発展してきたといわれるのが一般的であるが、「自己情報コントロール権」という用語では、自由権的側面だけでなく請求権的側面を含むものと理解されがちであり、そのことへの難色も示されることがあるが、基本は自由権的側面であり、それは、上記のひっそりと暮らす自由の一内容としての「一人で放っておいてもらう権利」にほかならない。

この点については、中島徹教授が鑑定意見書（甲84）5頁で以下のように述べているとおりである。

「ブランダイス裁判官の「一人で放っておいてもらう権利」という定義には、情報の秘匿と自己決定という二つの側面がもともと内在していました。これがのちに、私生活上の秘密を暴露されないといった面に重点を置くいわゆる「情報プライバシー権」と、自分の人生を自分で決める「自己決定権」、そしてその二つの面を併せ持った「情報の自己決定」という意味での「自己情報コントロール権」という観念を生み出すもととなったのです。」

「肝心なことは、The Right to Privacy という語の理解に、情報の秘匿権と自己決定権という両面が本来的に具わっていたという点です。日本では、しばしばプライバシー権の定義について「一人で放っておいてもらう権利から自己情報コントロール権へ」と変化したと説明されます。これはしかし、プライバシー権の理解が質的に変化したということの意味して

いるのではありません。すでに見てきたように、もともと「一人で放っておいてもらう」ということに含まれていた自己決定の側面が、自分に関する情報についても意識されるようになったということにすぎないのです（ただし、日本では自己決定権と情報プライバシー権を分けて考える傾向があります。それはしかし、たまたまプライバシーを情報とだけ関連づけて理解してきたという日本社会に固有の事情によるもので、本質的な問題ではありません。）」

また、樋口陽一教授が「〈対談〉あらためて憲法13条裁判を考える ― 住基ネット訴訟に関連して」（法律時報79巻11号）（資料3-1）77頁において、次のように述べているとおりである。

「自己情報コントロールという場合の権利性について二通りあると思うのです。放っておいてもらう権利そのものと同じことをいう場面があるわけでしょう。（中略）要するに他者の介入を排除する。これは端的に防御権です。」

「それに、加えて自己情報コントロールということにおいて、自分が言いたいことを登録しておきたい、（中略）それが言いたいつもりだったのでなければ訂正したいという自己表現です。そういう自己表現となると、防御権に尽きないで、手段請求の要素が入ってくると思うのです。」

「むしろ住基ネットの場合には、いちばん古典的で、いちばん教科書的なプライバシー権を、人格的利益のいちばんコアの部分であるとして主張すべきであって、自己情報「コントロール」というと、何かを積極的に要求する話にシフトしていってしまうんじゃないかと思います。これはやめてくれというだけの話というふうに、絞ったほうがいいんじゃないでしょうか。」

#### 第4 プライバシーの理解についての原判決の誤り

1 原判決は、「個人のプライバシーに係る利益が法的保護に値する人格的利益であり、憲法13条により尊重されるべきものであること、高度情報化社会の今日において個人情報保護の見地からプライバシーに係る利益を発展させた形での自己情報コントロール権が主張されていることが認められるが、プライバシーの法的保護は、みだりに私生活に侵入されたり他人に知られたくない私生活上の事実又は情報を公開されない利益であるということはできるものの、控訴人が主張するプライバシー権という権利は、いまだこれが認められる外延も内包も不明確であり、不確定な要素が多く、その内容としての個人情報の保有及びその収集、処理を制限するよう求める権利を憲法13条から直ちに認めることはできない。」と判示し（30頁、下線は上告人代理人）、プライバシーは憲法13条により尊重されるべきであるが、自己情報コントロール権は憲法13条から認めることはできないとしている。

しかし、前述のように、憲法13条により尊重されるべきプライバシーの根幹は「一人で放っておいてもらう権利」であって、住基ネットにおいては、そのような「一人で放っておいてもらう権利」の侵害が問題になっているのである。つまり、原判決は、プライバシーと自己情報コントロール権につき、両者の内容が全く重ならない別個のものと理解し、前者は憲法13条により尊重されるが後者はそうではないと述べているが、両者の内容は重なっているであり、本件で問題となっている住民の権利は、その重なっている部分に属するものであることを看過しているのである。

2 さらに、原判決は、自己情報コントロール権につき、「いまだこれが認められる外延も内包も不明確であり、不確定な要素が多」いことを理由として憲法上の保障を否定しているが、以下に述べるとおり不当である。

そもそも第1に、具体的な争訟においては、当該事案に関する限りで権利性が認められるか否かを判断すればよいのであり、外延や内包のすべてが明確に判断されるべき必要性はもともと存在しない。

第2に、憲法上の権利については、外延や内包が不明確であり、不確定な要素が多いことは通常である。例えば、憲法29条の規定する財産権も外延や内包が明確とはいいがたく、不確定な要素が多い。

最高裁昭和62年4月22日大法廷判決<昭和59年(才)第805号> (民集41巻3号408頁は「財産権の種類、性質等が多種多様である」と判示しているところ、例えば、種苗法(平成11年法律第43号)による育成者権(19条)、半導体集積回路の回路配置に関する法律(昭和60年法律第43号)による回路配置利用権(3条)などが財産権であることは疑いないが、これらは憲法制定後に権利化されたものであり、憲法29条の財産権に当然に該当するのかどうかは明らかではない。

第3に、原判決が、自己情報コントロール権については、「いまだこれが認められる外延も内包も不明確であり、不確定な要素が多」と述べているのは、プライバシーについては外延や内包が明確であって、不確定な要素が少ないとの判断が前提である。しかし、実は、プライバシーの外延や内包も必ずしも明確とはいえないのである。

例えば、最高裁平成15年9月12日判決<平成14年(受)第1656号> (民集57巻8号973頁)についての杉原則彦調査官の解説(『最高裁判所判例解説民事篇 平成15年度(下)』)においても、「プライバシーとして保護される対象や、いかなる侵害が違法になるかといった点については、なお検討を要する点が多い。」「プライバシー侵害として論じられる事案は、その保護利益の性質も侵害行為の態様も多種多様である。」(485頁)としているとおりである。

他方、自己情報コントロール権についても、「プライバシー保護と個人データの国際流通についてのガイドラインに関するOECD理事会勧告」(1980年9月)、個人情報保護に関する法律(平成15年5月30日法律第57号)、行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律(平成15年

5月30日法律第58号)などによって外延や内包は明確になってきているのである。

もちろん個々の事案により保護が認められるか否かについては不確定な要素が残ることになるが、それはどの分野でも存在することであり、判例の積み重ねにより明確になっていくべきものである。

## 第5 本人確認情報の要保護性

- 1 最高裁平成15年9月12日第二小法廷判決<平成14年(受)第1656号>(民集57巻8号973頁)は、以下のとおり、個人を識別できる情報が「プライバシーに係る情報」として「法的保護の対象となり」、「慎重に取り扱われる必要がある」べきであることを認めた。

「(1) 本件個人情報、早稲田大学が重要な外国国賓講演会への出席希望者をあらかじめ把握するため、学生に提供を求めたものであるところ、学籍番号、氏名、住所および電話番号は、早稲田大学が個人識別等を行うための単純な情報であって、その限りにおいては、秘匿されるべき必要性が必ずしも高いものではない。また、本件講演会に参加を申し込んだ学生であることも同断である。しかし、このような個人情報についても、本人が、自己が欲しない他者にはみだりにこれを開示されたくないと思えることは自然なことであり、そのことへの期待は保護されるべきものであるから、本件個人情報は、上告人らのプライバシーに係る情報として法的保護の対象となるというべきである。

(2) このようなプライバシーに係る情報は、取扱い方によっては、個人の人格的な権利利益を損なうおそれのあるものであるから、慎重に取り扱われる必要がある。」

- 2 住基ネットを流通する本人確認情報(基本4情報とその変更情報)は個人を識別できる情報であるから、「プライバシーに係る情報」として「法的保



護の対象となり、「慎重に取り扱われる必要がある」べきである。

## 第6 住基ネットからの個人情報の流出等についての危惧の根拠

1 前述（第2）のように、住基ネット上の自己の個人情報の流出や不適正利用について危惧している人々（B群）と危惧していない人々（A群）が存在するが、B群の人々が有している危惧は、以下に述べるとおり、一定の合理的な根拠が存在するのであり、A群の人々が危惧していないからといって、A群の人々はB群の人々の危惧を解消できるわけでもないし、B群の人々の危惧が現実化してB群の人々の個人情報の流出等があった場合に、その原状回復をA群の人々が行えるわけでもない。

2 まず、住基ネットはコンピュータ・ネットワークの一種であり、コンピュータの性能や通信技術の向上、通信基盤の整備等により、紙ベースの情報処理とは全く比較にならないほど大量・高速の情報処理と情報通信が可能となっている。

したがって、膨大な本人確認情報が極めて短時間に流出してしまうおそれがあるほか、デジタルデータは複製等が容易であるため、インターネットを通じて広汎に拡散してしまえば、それらの情報をすべて消去することは実際上不可能であり、その結果、半永久的に個人情報データが、数も所有者も特定不能なコンピュータに残ることとなり、およそ当該個人ではコントロール不能な状態に陥る（日本弁護士連合会「住民基本台帳法の一部を改正する法律案についての意見書」・甲30：20頁参照）。

また、コンピュータ・ネットワークにおいて、大量の情報をネットワーク経由で迅速かつ効率的に処理することができるから、データマッチングによる新たなデータベースの作成等が極めて容易にできる。

それゆえ、つい先ほどまで、プライバシー権を侵害することなく稼動していたシステムが、次の瞬間にはプライバシー権を侵害するという事態が現実

に起こりうるのである（中島徹鑑定意見書・甲84：13頁，17頁）。

なお、ドイツの連邦憲法裁判所も、コンピュータ・ネットワークの特性を踏まえて、それが個人情報の保護にとって潜在的な危険性を有しているとの認識を前提に、自己情報コントロール権を憲法上の具体的権利であると判断しているところである（中島徹鑑定意見書・甲84：41～42頁）。

- 3 そもそも、コンピュータ・ネットワークにおいて完全なセキュリティを確保することが不可能であることは、セキュリティの専門家の間では常識である。

そして、住基ネットにおいては、膨大な数のコンピュータが接続されることになるが、それらのすべてについて、十分なセキュリティを確保することは實際上ほとんど不可能である。さらに、住基ネットに接続されている国や地方公共団体のコンピュータが市内LANを介してインターネットに接続されているが、CS（コミュニケーション・サーバ）や市内LANなどに利用されていると思われるOS（オペレーション・システム）であるマイクロソフト社のWindowsにセキュリティ・ホールがしばしば見ついていることなどからすれば、インターネットを通じての外部からの侵入の危険をある程度覚悟せざるをえない。

また、住基ネットにおいては、地方自治体共同のネットワークであることに起因する限界として全体の統括責任者が不存在であり、セキュリティについての統括責任者も不明確であって、セキュリティ対策が強力には実施されにくい。そのほか、住基ネットに接続されているコンピュータの利用者について生体認証システム等が導入されていないことから、実際の操作者を捕捉できないなど、違法な利用・提供を捕捉するための措置が不十分である。その他、愛媛県愛南町の事例（住民情報の流出に関するお詫びとお知らせ・甲86）のように委託業者を通じての流出の危険は依然として大きい。

- 4 住基法別表記載の事務に関しては、その大半が許認可等に関する事務であ

つて総務省令で定めるものとされ、住民基本台帳法別表第一から別表第五までの総務省令で定める事務を定める省令（平成14年2月12日総務省令第13号）では、許認可の申請等の受理又はその申請に係る事実についての審査又はその申請に対する応答などとされている例が大半である。

そのため、許認可事項においては、その許認可の審査過程で収集した個人情報と本人確認情報が結合されることとなるし、試験や資格審査などにおいては、個人の成績や処分歴と本人確認情報が結合されることとなる。

特に、許認可の審査にあっては、申請に係る事実について、詳細な個人情報が提供される場合があり得るところ、審査基準において「相当でない場合」などといった一般的基準が含まれる例は多々ある。許認可の審査においては、行政機関が、その専門的知見から、相当か不相当かを判断するのが行政機関の役割となっており、自由裁量として、判断されている例が多数あることは周知の事実である。

それゆえ、行政機関内部で保有する別の個人情報データファイルとのデータマッチングをすることにつき、その相当性判断に必要という理由で安易な拡大解釈が行われ、結果的にそれが事務の目的の範囲内とされてしまうといった事態が生じることは容易に想定できる。その場合、住民票コードを検索キーとして利用することは、住基法30条の34の違反とはならない。

したがって、各行政機関内部でのデジタルデータとしての個人情報の結合は、本人確認情報、特に住民票コードをマスターキーとして、1つ1つ着実に行われていき、消去されない従前の情報と次の新たな別の個人情報が結合して、一人ひとりの経歴さらには人格や思想を推測させる情報も蓄積されていくことが想定される。

その結果、現行法制下では、今後、行政事務の効率化のうえでこの上なく便利な制度として、活用されていき、個人情報の結合により、当該個人が行政機関の前に丸裸にされていく危険が時間を経過するほど高まっていくので

ある。

- 5 さらに、住基ネットにおいては、①使用済み本人確認情報の消去義務が規定されていないこと、②住民本人に対して、いかなる行政機関へ本人確認情報が通知されたか通知する義務が規定されていないこと、③住基法30条の7第4項から7項までの規定では、総務省令や市町村及び都道府県の条例の規定の仕方によっては、利用目的が不当に拡大しかねないこと、④本人確認情報の目的外利用があるか否かについて、住基法上、捕捉する手段が設けられていないこと、⑤第三者機関による監視・監督の制度が存在しないことなどを指摘できる。

それゆえ、住民や第三者機関による監視監督はなされず、行政内部での処理について、自らに都合のよい解釈で利用範囲が拡大しても、偶然に期待する以外にその不正使用などが発覚することはないし、許認可権限を有する行政機関の審査の過程での相当性判断において、多数の個人情報相结合されていくことが現実に起きていても何ら不思議ではない。

住基ネットが潜在的に持っている能力（データマッチング、名寄せ）を行政機関が発揮させようとする動機は、「のどから手が出るほどひっつけたいと思う」（第145回衆議院地方行政委員会議録第12号・甲31：28頁）などと、国会答弁においてすら明示的に指摘されているところからしても、本人確認情報、特に住民票コードを活用しての個人情報の結合が現実に行われていることは容易に推認できるところである。

以上のような法制度上の欠陥から、外部への情報漏えいのみならず、利用範囲の不当な拡大や目的外利用、さらには上記のような目的内利用の安易な拡大解釈を通じて、データマッチングが行われ、住民票コードをいわばマスターキーのように使って名寄せすることにより、個人情報が集約され、個人が行政機関の前に丸裸にされる危険が現に存在しているのである。

- 6 そもそも、個人情報には、一旦流出・漏えい等があれば、元の状態に戻す

ことができないという不可逆性があるため、事後的な措置により原状回復を図ることが不可能もしくは著しく困難である。それゆえ、事後的な措置よりも、流出・漏えい等を事前に可及的に避けようとすることは合理的かつ自然なことであるから、B群の人々が住基ネットを通じた自己の個人情報の流出等を避けようとすることは是認されるべきである。

## 第7 結論

以上に述べたことからして、住基ネットによる本人確認情報の流通・利用については、それを望まない住民（B群）との関係では、それら住民の「一人で放っておいてもらう権利」であるプライバシーを侵害するものであり、それら住民の本人確認情報を住基ネットにおいて利用・提供することは違憲とならざるを得ない。

したがって、住基法30条の5第1項を憲法13条に適合するように合憲的限定解釈を行わなかった原判決は憲法13条の解釈を誤ったものであり、憲法13条を正しく解釈すれば、住基法30条の5第1項を憲法13条に適合するように合憲的限定解釈を行い、行政との関係での利便性よりも、住基ネットからの本人確認情報の流出等の危険を重視しようとする住民の個人情報については、杉並区長は東京都知事への通知義務を負わないと解すべきである。

### 第4点 憲法の最高法規性並びに地方自治体が憲法を尊重擁護する義務及び自らの判断に基づいて法令を執行する権限の解釈についての原判決の誤り（憲法98条・99条及び憲法92条・94条解釈の誤り）

#### 第1 憲法の最高法規性と憲法尊重擁護義務

- 1 原判決は、「市町村のみならず、都道府県や国の行政機関は、当該法律が違憲又は違憲の疑いがあると考えたとしても、それが改廃されるか、又は裁

判所が法令審査権（憲法 8 1 条）に基づいて違憲であるとした判決が確定した場合でない限り，唯一の立法機関である国会が制定した法律を誠実に執行しなければならない」として，「ある市町村が，非通知希望者に係る本人確認情報の送受信により当該個人の憲法上保障された権利が侵害され，又は侵害されるおそれがあると判断したとしても，通知希望者のみの本人確認情報を都道府県知事に送信し非通知希望者のそれを送信しないという事務処理を行うことは許されない」とした（28頁）。

- 2 しかし，この判示は，「この憲法は，国の最高法規であつて，その条規に反する法律，命令，詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は，その効力を有しない。」として憲法の最高法規性を定めている憲法 9 8 条の解釈を誤っているものである。なぜなら，憲法 9 8 条は「裁判所が法律を違憲と判断することによって，それ以後においては法律の効力が失われる」とは規定していないからである。
- 3 問題となる場面を整理するために，地方自治体がある法律を執行する場合につき，a 時点において，当該法律の執行行為が行われ，b 時点において，当該法律の執行行為に関し裁判所が当該法律の合憲性についての判断を行ったとする。これについては以下の 4 つの場合が存在しうる。

a 時点	b 時点
地方公共団体	裁判所
A 当該法律を合憲と判断して行為した	
A 1	当該法律を合憲と判断した
A 2	当該法律を違憲と判断した
B 当該法律を違憲と判断して行為した	
B 1	当該法律を合憲と判断した
B 2	当該法律を違憲と判断した

Aについては、まず、A 1 の場合は特に問題はない。そして、A 2 の場合は、当該法律が違憲無効となるのはb時点以後ではなく、a時点において既に違憲無効である。

Bについては、まず、B 2 の場合は特に問題はない。そして、この場合も、当該法律が違憲無効となるのはb時点以後ではなく、a時点において既に違憲無効である。問題となるのはB 1 の場合であるが、この場合は地方自治体が誤った判断をしたことになり、それに基づく責任を地方自治体が負えばすむだけである。もしも地方自治体が違憲と判断することを一切許さないとすれば、本来問題ないはずのB 2 の場合についても違憲と判断することを許さないことになって不当な結果を招来することになる。

原判決のようにb時点において裁判所が違憲と判断した場合以外は地方自治体は法律について違憲判断ができないとすれば、本来違憲である法律がb時点以前においては効力を有することになってしまいが、それは憲法98条が予定する事態ではありえない。

- 4 さらに、憲法99条は公務員に憲法尊重擁護義務を課することによって憲法の最高法規性が確保されることを企図しているはずであり、公務員が適切な憲法判断を行うことにより違憲の法律が執行される事態を可及的に避けようとしているはずである。したがって、本来問題ないはずの上記B 2 の場合についても違憲判断をすることを許さないことになる原判決の判示は憲法99条の解釈を誤ったものであり、不当な結果を招来するものである。

## 第2 地方自治権

- 1 上命下服の関係にある行政機関内部においては、下位の機関・職員が上位の機関・職員の判断に反して法律の違憲判断をできるとすれば行政の混乱を招くので妥当でないことは明らかである。

しかし、地方自治体は、国の下部執行機関ではなく、独立の行政主体であ

り、国と地方自治体は対等の立場に立っているものである。したがって、上命下服の関係にある行政機関内部の場合と同列に考えるのは誤りである。

2 後（第5点，第3，1（3））でも述べるが，憲法92条・94条に基づく地方自治の本旨は，鴨野幸雄教授が「地方自治論の動向と問題点」（公法研究56号1頁）（資料5-3）において，次のように述べているように，地方自治体を通じて住民の基本的人権を保障することにある。

「憲法の人権保障原理は，権力の目的・存在理由を規定する法原理であり，国民主権原理は手段としての権力のあり方，構成の仕方をその根底において規定する法原理である。

まず，人権保障原理と「地方自治の本旨」についていえば，住民が自己に最も身近な地域社会を基礎に自治体を形成し，共同事務を最大限自力で処理することを通して，自らの自由と権利を守り伸張するのは，人間としての基本的人権に属しており，憲法の保障する幸福追求に対する国民の権利（13条）の重要な一部である。基本的人権の神髄は，一人ひとりの人間が，かけがえのない自分の人生を自作自演しながら自己決定し，自己実現していくことである。それらは生命の享受，生存権，環境権へと拡がっていく生活環境の自己決定権といえることができる。私たちは，これらの権利の保障を個人からはじめて，家族，自治体，国家へと同心円的補完関係の中に求めていくのである。この限りで各次元の法主体は，それぞれ独自固有の任務とそれを遂行する権利と義務を，本来的，すなわち，その存立に本質必然的な要素として持つものである。ここにおいて自治体も，住民の自己決定権（これが住民自治であるが）を内包した固有の団体基本権を持つのである。

これを自治体と国家との関係から考察すると，われわれの生存に最も近く第一義的に生活の全領域をカバーする自治体の方が，国家が自己の事務を処理する権利・義務より，より多くの固有の事務を処理する権利と義務



を有することは明らかである。この意味で、自治体は国家権力機構と並んで人権保障の不可欠の統治機構であり、そのための存在理由である。」(5～6頁)

前述(第2点, 第2)のように、杉並区の個人情報保護条例1条・3条が区民の基本的人権の擁護・尊重について規定しているのは、上記のような地方自治による人権保障に資するものとして、憲法による地方自治の保障の趣旨に合致するものといえる。

- 3 このような地方自治権の人権保障機能を踏まえれば、地方自治体は少なくとも「自治事務」に関しては、住民の基本的人権に関わる法律の合憲性についての自主判断権が認められるべきである。

なお、原田尚彦教授は『新版 地方自治の法としくみ』の「法令の執行者としての地方公共団体 - 法令の遵守責任と自主解釈権」(153頁以下)(資料4-1)において、次のように述べ、地方自治体が法令の自主解釈権を有するとしているが、住民の基本的人権に関わる法律の合憲性についての自主判断権も認められていると解すべきである。

「法の執行とは法を具体の事象にあてはめて結論を導く作用であるが、法とは一般に信じられているほど客観的に固定した意味内容をもつものではない。法の解釈は、価値中立的な条文の国語的解釈ではなく、法目的の適切な実現に向けて移り行く具体のケースに即応した意味内容を盛り込む実践的価値判断であり、すぐれて創造的な作用というべきものだからである。

そう考えると、法解釈権は、第一次的には法の執行権に付随する権限とみななければならない。立法権とは別個の権限であるというわけである。したがって、法の執行権をもつ地方自治体は、中央の法解釈に盲従すべきではなく、独自の解釈を確立して事に当たるべきなのである。(中略)法の執行者としての地方公共団体には、地方自治の本旨にもとづいて法令を自主的に解釈しその運用をはかる権限と同時にその責任があるといわねばな

らない（自治法2条12項参照）。」（161～162頁）

「まず、地方公共団体の自治事務の分野では、中央省庁は地方公共団体を指揮監督する権限をもっていない。（中略）つねに地方自治の本旨に即した妥当な解釈を求め、よりよい地域社会の形成に尽力する権限と責任をもつことを自覚しなければならない（自治法2条12項）。」（162～163頁）

憲法94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。」と規定しているが、「事務を処理し、及び行政を執行する権能」には、少なくとも「自治事務」に関し、住民の基本的人権に関わる法律の合憲性についての自主判断権が含まれると解すべきである。

4 地方自治法138条の2は「普通地方公共団体の執行機関は、当該普通地方公共団体の条例、予算その他の議会の議決に基づく事務及び法令、規則その他の規程に基づく当該普通地方公共団体の事務を、自らの判断と責任において、誠実に管理し及び執行する義務を負う。」と規定しているが、この規定は、地方自治体が「自らの判断」「において」、法律を「執行する」権限を有することを前提として、「自らの責任」「において」、法律を「執行する」義務を負うことを定めていると解される。なぜなら、権限がないことについては責任を負うべきいわれはないからである。地方自治法138条の2のこの規定は、憲法92条「地方公共団体の組織及び運営に関する事項は、地方自治の本旨に基いて、法律でこれを定める。」に基づき、地方自治の本旨に基づいて定められたものである。

5 以上に述べたことからすれば、「自治事務」に関し、住民の基本的人権に関わる法律の合憲性についての自主判断権を否定した原判決は憲法92条・94条の解釈を誤ったものである。

なお、沖縄県知事署名等代行職務執行命令訴訟における最高裁平成8年8

月28日大法廷判決〈平成8年（行ツ）第90号〉（民集50巻7号1952頁）は、「都道府県知事の行うべき事務の根拠法令が仮に憲法に違反するものである場合を想定してみると、都道府県知事が、右法令の合憲性を審査し、これが違憲であることを理由に当該事務の執行を拒否することは、行政組織上は原則として許されないが、他面、都道府県知事に当該事務の執行を命ずる職務執行命令は、法令上の根拠を欠き違法ということができるのである。」と判示しているが、これは、分権改革前の時代における機関委任事務に関するものであって、機関委任事務に関しては国と地方公共団体の首長との関係は上命下服の関係にある行政機関内部の関係に近い側面があったが、分権改革以後においては国と地方公共団体は対等の関係である上に、少なくとも「自治事務」に関しては地方自治体は国の下部機関ではないから、上記大法廷判決の判示は「自治事務」に属する住基ネット関係事務には該当しないものである。

## 第5点 地方自治権解釈についての原判決の誤り（憲法92条解釈の誤り）

### 第1 原判決の判示とその誤り

原判決は、住基法30条の5第1項と憲法92条の地方自治権の関係につき、次のように判示している。

「住基ネットは、これまで述べたとおり、住民の利便を増進するとともに行政サービスの向上と行政事務の効率化のために全国的な本人確認システムとして構築されたものであるから、地方公共団体共同のネットワークであるとしても、一部の地方公共団体が自らの判断で住基ネット参加の是非を判断することを容認することはできず、本人確認情報の送信の可否を個々の住民の選択にゆだねることもできない。したがって、地方自治権の行使を理由に、個々の地方公共団体が住基ネットへの不参加あるいは送信について個々の住

民の選択を許すことはできないというべきである。」(33頁)

すなわち、原判決は、上告人にはすべての住民の本人確認情報を被上告人東京都へ通知すべき義務があるとする住基法30条の5第1項は、憲法92条の地方自治権の保障に反しないとの判断をして、上告人の請求を棄却した。

しかしながら、以下のとおり、住基法30条の5第1項は、上告人の地方自治権を侵害し、憲法92条に違反して違憲無効であるから、原判決には憲法92条の解釈の誤りが存する点で上告理由がある。

## 第2 憲法上の地方自治権の保障

### 1 従来 of 諸説の問題点

地方自治権、すなわち地方統治権(従来の理論でいう団体自治)の根拠について、従来、伝来(承認)説、固有権説、制度的保障説があるとされ、制度的保障説が通説とされていた。

しかしながら、これらの説は、いずれも地方公共団体の地方統治権が中央政府に由来するか、それともはじめから自らにあるか、という発想で理論を組み立てていて、中央政府に由来するとしても、果たしてそもそも中央政府の持つ統治権は、さらにどこから正統性を付与されているのか、また本来統治権をもつとしても、それではその統治権は、更に遡ってどこから正統性を付与されているのか、という点について、それぞれ説明されていないという問題点がある。

そこで、統治権の正統性という観点から地方統治権について遡って検討する必要がある。

### 2 社会契約説

まず、日本国憲法前文に「そもそも国政は、国民の厳粛な信託によるもの」という一説があることから、憲法は社会契約説に立つものと解されており、中央政府の統治権の根拠は、主権者たる国民の「信託」、つまり同意にある

と考えるのが通説である（長谷部恭男『憲法 第3版』6頁以下）。

この点、地方統治権に関する制度的保障説は、日本国内におけるすべての統治権の正統性は国民に発し、それはいったん中央政府に集約された後、中央政府から再び地方政府に付与されるという論理構造を前提としている。そして、その付与に当たって、中央政府は完全な自由裁量をもつのではなく、「地方自治の本旨」（憲法92条）という制約を受けると説明する。

しかしながら、制度的保障説は、主権が不可分というフランス的な主権概念の呪縛、あるいは国家を擬人化して国家意思の単一無矛盾性を前提とする国家法人説の呪縛から解放されていない。これらの説の帰結は、所与の前提ではない。

日本国憲法が、社会契約説を採った以上、地方公共団体の統治権も、日本国憲法制定という社会契約の締結（または合同行為）によって、その憲法制定権力を有する国民から直接信託されたものであるといわなければならない。

つまり、憲法に第8章「地方自治」が設けられたことは、憲法の制定をとおして、主権者である国民自らが、はじめから国とは別に「地方公共団体」という名の自治体を設けることを決め、統治権（government）を国と自治体（Self-Government）の双方に信託したことを意味しているのである（西尾勝「地方分権」ジュリスト1192号204頁、渋谷秀樹「地方自治」ジュリスト1334号123頁参照）。

### 3 「地方政府」としての自治体

つまり、憲法は、一方で、国民から直接選挙される議員をもって構成される国会（第4章）と、それによって成立する内閣（議院内閣制、第5章）を設けており、他方で、第8章「地方自治」を独立の章として設けて、93条により自治体の長と議員が住民から直接選挙されるものとしていることから考えて、中央政府と地方政府の二元的政府構造を採っている。すなわち、主

権者たる国民が、二種類の「政府」を設け、統治活動を中央と地方に信託して分配する意思を表明しているのである（憲法前文）。

その帰結として、国が中央政府といわれるのに対し、自治体は「地方政府」ということになり、地方における統治権（地方統治権・地方自治権）が憲法上保障されている。地方の議員と長は国（中央政府）から任命されたのではないから、自治権が国（中央政府）から伝来したという考えは、根本的に間違っているのである。なお、当然のことながら、中央政府と地方政府が別の国家を形成するというのではなく、あくまでも、1つの国家の中で、それぞれの統治権が、主権者たる国民から、直接に、それぞれの役割に応じて信託されたものであるという意味である。

「憲法で地方公共団体と地方自治が認められている場合、その地位・権限等が憲法で保障されている点では、地方公共団体も中央政府の場合と異なっているわけではない。日本のように、憲法で地方自治が独立の章をもって保障されている場合には、憲法自体が明示の例外規定を設けていないかぎり、地方公共団体にその地方的事務について自治権が認められていると解するのが自然である。」（杉原泰雄『地方自治の憲法論』（資料5-1）151頁）としているのも同様の考えが背景にあるものといえる。

### 第3 「地方自治の本旨」（憲法92条）とは—地方統治権（地方自治権）保障の本質

1 では、何故に地方統治権（地方自治権）が保障されなければならないのであろうか。

まず、日本国憲法のとくに11条、13条、97条から明らかなように、地方公共団体の政治も、中央政府の政治と同じく、人権保障のためのものであり、人権の最大限の尊重を義務づけられていると解される。これらの規定が地方公共団体の政治を対象外としているとは、到底解されないし、現に異

論なくそのように解釈されている。「地方自治の本旨」(92条)も、当然にその意味を含んでいると解すべきであろう。そうだとすれば、地方公共団体は、住民の人権を保障するうえで必要がある場合には、原則として、すべての事項につき、自主的に、法律による授権の有無にかかわらず、活動することができるはずである(杉原前掲153頁)。

2 そこで、さらに憲法の人権保障原理と統治機構の観点から地方自治権保障の本質を考えてみると、基本的に個人が自ら処理しうる事項については、すべて自ら処理する権利と義務を有する(自己決定権, 13条参照)。しかし、その能力に余る事項については、まず家族(24条参照)が、次に家族で手に負えぬ事務を地方団体(第8章)が、そして最後に地方団体では対応しえない諸問題を国家が、それぞれ、より基礎的な単位を補完するために補充的に乗り出し処理するのである。この限りで各次元の社会団体はそれぞれ独自固有の任務とそれを遂行する権利と義務を、本来的な、すなわちその存立に本質必然的な要素として持つことになるのである。

いい換えれば、国家といえども「侵すことのできない永久の権利」としての基本的な人権の保障(11条・97条)そのものが、統治構造における個人価値の最優先(13条参照)を明らかに示している。次いで、そのような個人の社会的実存に不可欠なより広域・高能力的な諸需要につき、家族(24条参照)→地方公共団体(92条参照)という人間存在の本質に従った段階的社会形態に漸次補充的な任務が課せられ、最後に国家が登場してそれらの手にも余る共同事務を担当し処理する(25条2項参照)。これが憲法の想定する社会秩序と思われるのであり、そこにおいて地方公共団体には、明らかに、「独自固有の任務とそれを遂行する権利と義務」が「本来的な、すなわちその存立に本質必然的な要素として」帰属するといえるのである。

それ故、住民がその最も身近な地域社会を基礎に地方団体を形成し、共同事務を最大限自力で処理することを通して自らの自由と権利を守り伸長する

のは、まさに人間としての基本的人権に属しており、日本国憲法が保障する「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」（13条）の重要な一部であるといえる。

このことは、古来、人間が群を成し、他の群との闘争を繰り返して、より大きな群を形成し、離合集散を繰り返して国家を形成してきた歴史を見れば、人間が他の人間との関係から集団・団体を形成することは、自らの安全保障・生存維持、さらには精神的・人格的成長を求めらるる上で必要不可欠の行為であり、それは自然的な権利、つまり集会結社の自由（21条）として憲法上の保障に結実している。

そして、個人が団体を通じて自らの権利保護を図ろうとする自己決定の自由（憲法13条）というものの延長ないしその実現の過程において社会契約を締結して憲法を制定し権力に統治権を信託すること、つまり個人が地方団体の形成を求めることについて、これを自然的な固有の権利として観念することは不自然とは思われない。これは、集会結社の自由を求める人間の本質からくる必然的結果といえる。

すなわち、地方自治権は、他と区別される社会的一体性を備えた地域の住民が、自然に従って、当該地域と住民を基盤とする地方公共団体を形成し、当該地域および住民に固有の共通事務を自己の責任と負担において自らの手で処理することを内容とするものであって、当然、地方公共団体の固有事務遂行については、国の立法による侵害からも保障されなければならない。

以上に述べたところからすれば、地方自治権（地方自治の権利）の主体は、住民および地方公共団体である。前者に帰属するのが住民自治権、後者にかかわるのが団体自治権、と一応観念的に区別できるが、存在構造的には、両自治権は有機的に不可分の相互連関を成して1つの全体としての地方自治権を形作っている。このような地方自治権が固有権（すなわち、国家以前・憲法以前に住民および地方公共団体に固有な基本的権利）として把握されなけ



ればならない（手島孝『憲法学の開拓線』（資料5-2）260～262頁参照）。

- 3 この点、憲法の地方自治権の法的性格や内容は、今日も続く住民運動が生命や健康等の維持を目的として自治体に参加を求めている現実からすれば、国家ではなく地方自治の現場を踏まえて、人権保障原理と国民主権原理から解明されるべきであるとし、上記（2）の見解は以下のようにさらに発展的に理解されている（鴨野幸雄「地方自治論の動向と問題点」（公法研究56号）（資料5-3））。

「憲法の人権保障原理は、権力の目的・存在理由を規定する法原理であり、国民主権原理は手段としての権力のあり方、構成の仕方をその根底において規定する法原理である。

まず、人権保障原理と「地方自治の本旨」についていえば、住民がその最も身近な地域社会を基礎に地方団体を形成し、共同事務を最大限自力で処理することを通して自らの自由と権利を守り伸長するのは、まさに人間としての基本的人権に属しており、日本国憲法が保障する「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」（13条）の重要な一部である。基本的人権の神髄は、一人ひとりの人間が、かけがえのない自分の人生を自作自演しながら自己決定し、自己実現していくことである。それらは生命の享受、生存権、環境権へと拡がっていく生活環境の自己決定権とすることができる。私たちは、これらの権利の保障を個人からはじめて、家族、自治体、国家へと同心円的補完関係の中に求めていくのである。この限りで各次元の法主体は、それぞれ独自固有の任務とそれを遂行する権利と義務を、本来的な、すなわちその存立に本質必然的な要素として持つものである。ここにおいて自治体も、住民の自己決定権（これが住民自治であるが）を内包した固有の団体基本権を持つのである。

これを自治体と国家との関係から考察すると、われわれの生存に最も近く

第一義的に生活の全領域をカバーする自治体の方が、国家が自己の事務を処理する権利・義務より、より多くの固有の事務を処理する権利と義務を有することは明らかである。この意味で、自治体は国家権力機構と並んで人権保障の不可欠の統治機構であり、そのための存在理由である。」

「地方自治権は人権保障の不可欠かつ固有の存在といえる。

この意味から、住民の人権保障上不可欠である場合には、原則として、いかなる事項についても、自主的に、法律の根拠の有無にかかわらず、自治体が活動しうる領域があると解することができる。」

「人権保障と国民主権原理から地方自治権の本質を固有的存在と考察した場合、自治体は憲法上あるいは政治の上で、国と並立・対等の公権力主体となる。」

「自治体は、地方における自律的、固有の政治の単位であり、自治体の行財政活動が正統性を有するのは、人民主権に基づく住民の政治参加（長や議員の選挙やリコール等）によるものであるから、自治体の第一義的責任は地域住民に対する責任になってくるのである。」（以上5～8頁）

#### 第4 憲法上の国と地方公共団体の役割分担原理

##### 1 中央政府と「地方政府」の事務分配原理

(1) 以上のように憲法が、自治体を一地域における「地方政府」と位置づけている以上、原理的には、自治体は、その固有事務遂行について、国家との関係でも、立法・行政・司法権を有することとなるが、その統治機構の構造をいかなるものとするかは各時代の憲法制定権力たる国民が決めることである。

現行憲法は、前記のような二元的政府構造を採用している以上、そこには国と地方の役割分担があるはずであり、それは以下のようなものでなければならない。

(2) 前述したように一人ひとりの人間が、かけがえのない自分の人生を自作自演しながら自己決定し、自己実現していくという人間の生存の本質からみれば、当然自ら行うことができることは自らが行うことが基本となる。

それが個人的領域で処理できない場合にはじめて地域団体さらには国による権利保障を求めていくこととなるのである。

それ故、事務配分に関しては、住民の要求により容易にかつ実情を熟知し実情に即して処理しうる条件をもっている自治体による事務処理が優先されなければならない。すなわち、自治体で適切に処理できる事務はすべて自治体に帰属し、その中でも市町村が最優先され、そこで処理できない事務が都道府県の事務となり、そこでも処理できないものが国の事務となるという上昇配分がとられなければならない（鴨野前掲11頁）。

したがって、公の事務の配分においては、地方公共団体優先の原則が求められる。公の事務は、中央政府か地方公共団体のいずれかによって処理されるが、その事務の配分に当たって、地方的性質・性格の事務を含めて、地方公共団体で効果的に処理できる事務は、すべて中央政府の事務とすることなく、地方公共団体に配分すべきだということである。市町村と都道府県という地方公共団体の二段階性を踏まえていうならば、「市町村最優先・都道府県優先の原則」である（杉原前掲170頁）。

(3) その結果、ある事務を国家事務とするには、単に国家的影響があるとか、国民的関心の対象となるという理由だけでは許されず、その事務を自治体に属させることになると、平等な利益を受けるという人権保障の上から考えて当該事務の遂行に重大な支障（人権侵害をひきおこすことである）をきたすことを論証しなければならない（鴨野前掲11頁）。

具体的には、法律で定めうるのは、次のようなものに限られるのである（杉原前掲168頁参照）。

① 住民自治・団体自治等「地方自治の本旨」を踏まえた地方公共団体の

### 組織・運営についての大綱的基準の設定

- ② 事務分配の原則（市町村最優先・都道府県優先の原則や市町村に対する「全権限性の原則」など）を踏まえて、中央政府と地方公共団体の間の事務配分を具体化すること（事務内配分の原則からすれば、都道府県や中央政府の事務とすることについては、市町村で効果的に処理できないことの合理的な論証が必要となる）
  - ③ 「自治事務」のうち状況の変化により中央政府が処理することが不可欠となった事務の確認（ここでも、上記同様の論証が必要となる）
  - ④ ナショナル・ミニマムを定めることが憲法上必要とされている「自治事務」（例えば、生活保護基準、大気・水質などの環境保護基準等々である）
  - ⑤ 事務配分にあつた自主財源の配分と調整
  - ⑥ 中央政府の存立に関する事務（外交、防衛）等
- (4) したがって、事務配分の問題は、単に機能主義的な立法政策の問題ではなく、住民の直接の意思による政治という人民主権原理が妥当する地方自治レベルでは、住民の生活と直結した地方優先（とくに市町村優先）の事務配分の原則があつて、これは「地方自治の本旨」による憲法規範的拘束力を有する（鴨野前掲11頁）。

## 2 分権改革による「地方自治の本旨」の憲法的原理の具現化

### (1) 分権改革における憲法的原理の確認

平成11年の地方分権一括法（地方分権の推進を図るための関係法律の整備等に関する法律，平成11年7月16日法律第87号）により改正された地方自治法は，地方政府の統治権行使の内実である地方自治体の役割，「自治事務」の処理のあり方について，その憲法的原理を確認するに至つた。

### (2) 自治体の自主性・自立性への配慮と役割分担の原則

まず、新たに規定された同法1条の2は、次のような「地方公共団体の自主性および自立性への配慮」「国と地方自治体の間の適正な役割分担の原則」を規定し、確認している。

「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。」（1項）

「国は、前項の規定の趣旨を達成するため、国においては国際社会における国家としての存立にかかわる事務、地方自治に関する基本的な準則に関する事務又は全国的な規模で若しくは全国的な視点に立って行わなければならない施策及び事業その他の国が本来果たすべき役割を重点的に担い、住民に身近な行政はできる限り地方公共団体にゆだねることを基本として、地方公共団体との間で適切に役割を分担するとともに、地方公共団体に関する制度の策定及び施策の実施に当たって、地方公共団体の自主性及び自立性が十分に発揮されるようにしなければならない。」（2項、下線は上告人代理人）

つまり、国が担うべき事務は、上記下線部のように国が本来果たすべき役割に限られることが当然の前提とされており、自治体で効果的に処理できない事務についてのみ国が処理すべきこととされる役割分担の原則を確認しているのである。

### (3) 市町村優先の事務配分の原則

次に、同法2条において、以下のとおり、自治体間での事務配分の原則、つまり「市町村最優先・都道府県優先の原則」を確認している。

「普通地方公共団体は、地域における事務及びその他の事務で法律又はこれに基づく政令により処理することとされるものを処理する。」（2項）

「市町村は、基礎的な地方公共団体として、第5項において都道府県が処理するものとされているものを除き、一般的に、前項の事務を処理するも

のとする。(以下略)」(3項)

「都道府県は、市町村を包括する広域の地方公共団体として、第2項の事務で広域にわたるもの、市町村に関する連絡調整に関するもの及びその規模又は性質において一般の市町村が処理することが適当でないと認められるものを処理するものとする。」(5項)

上記2条3項については、次のように説明されている。

「市町村が住民に最も身近な普通地方公共団体であり、住民の日常生活に直結する事務処理を幅広く包括的にその任務とすることを明らかにしたものである。「基礎的な地方公共団体」とは、現在の普通地方公共団体に関する制度が市町村と都道府県の二重構造になっている点に着目し、両者の普通地方公共団体としての性格付けを示すものとして用いられているのであって、都道府県が市町村を包括する「広域の地方公共団体」(法二五)であるのに対するものである。それは、市町村が第一次の基本的な普通地方公共団体というべきであることを意味するとともに、法律制度的にも実体的にも優先的に取り扱われるべきものという意味でもあって、本項により、法律上地方自治における市町村優先の原則が示されている。」(松本英昭『新版 逐条地方自治法 第3次改訂版』28～29頁、下線は上告人代理人)

#### (4) 小括

以上のような、「地方公共団体の自主性および自立性への配慮」「国と地方自治体との適正な役割分担の原則」(地方自治法1条の2、245条の3)、「市町村優先の事務配分の原則」(同法2条)などは、憲法規範としての「地方自治の本旨」の規範内容を、念のため法律レベルで確認するための条文であり、あるべき「地方自治の本旨」の中に、「国と自治体の役割分担の明確化原則」を読み込んでいくことは、憲法規範のきわめて正当な解釈である(磯部力「国と自治体の新たな役割分担の原則」西尾勝編

『地方分権と地方自治 新地方自治法講座⑫』89頁参照)。

つまり、地方自治法の上記諸規定は、「地方自治の本旨」を具体化したものであり、憲法の規定と一体化して、憲法上の保障があり、これを侵害すれば、違憲となるというべきなのである。

## 第5 「自治事務」についての憲法上の保障原理

### 1 自治体が処理すべき事務への不当な介入の禁止

前記のような「事務分配の原則」により、自治体が処理すべき事務については、その性質上、地域の実情に即した行政の要請されるものが多いのであって、その基準たるべき条例の制定を許さず、したがってまた、地域の実情に即した行政措置を否定するような国の法令は、地域住民を十分納得させるに足りるだけの合理的理由がない限り、国の法令そのものが、不当に自治体の事務に介入し、地方公共団体の自治権を侵害するものであって、その限りにおいて、国の法令自体の効力が問題となる（田中二郎『新版 行政法 中巻 全訂第2版』135頁参照）。

つまり、自治体が処理すべき事務への不当な介入は、地方自治体の地方政府としての統治権（地方自治権）を侵害する。

この点、自治体の統治権の一部である自主立法権や自主行政権が、憲法上保障がされていることは、過去の判例でも、「憲法が地方自治を保障した趣旨に照らし、同条（憲法93条）の地方公共団体といえるためには、・・・現実の行政の上においても、相当程度の自主立法権、自主行政権、自主財政権等地方自治の基本的権能を附与された地域団体であることを必要とする」（最高裁昭和38年3月27日大法院判決<昭和37年（あ）第900号>刑集17巻2号112頁）として、確認されている。

### 2 「自治事務」の憲法上の保障

また、地方自治法2条8項は、「自治事務」について、地方公共団体が処

理する法定受託事務以外の事務と定義して、それが地方公共団体の中核的事務であることを明らかにしている。

この「自治事務」については、特に「法律又はこれに基づく政令により地方公共団体が処理することとされる事務が自治事務である場合においては、国は、地方公共団体が地域の特性に応じて当該事務を処理することができるよう特に配慮しなければならない。」（13項、下線は上告人代理人）と規定されている。

この規定の経緯として、地方分権推進委員会の第一次勧告では、「国は、自治事務（仮称）について基準等を定める場合には、全国一律の基準が不可欠で条例制定の余地がないという場合を除き、地方公共団体がそれぞれの地域の特性に対応できるよう、法律又はこれに基づく政令により直接条例に委任し、又は条例で基準等の付加、緩和、複数の基準からの選択等ができるように配慮しなければならない。」ということをもとに国と地方公共団体との関係を規律する基本的な法律の中に明示することとしていた。この勧告の趣旨は、「自治事務」であっても、法律やこれに基づく政令の規定を通じて地方公共団体を拘束できることに鑑みて、法律やこれに基づく政令に定める場合においても地方公共団体の裁量や選択の幅を確保するよう配慮すべきであるということである。これを踏まえて検討された結果、立法原則としてこの内容を「国は、・・・」という形でそのまま規定することが適当かどうか、また、地方分権推進委員会が示した「基準等」という概念の外延が必ずしも明確でなく、どこまでを法律の規定で求める射程とすべきか、といったことの論議があり、法律又はこれに基づく政令により地方公共団体が処理することとなる事務が「自治事務」である場合一般について、地方公共団体が自主性及び自立性を発揮して当該事務を処理することができるようにするべき旨を規定することが、法制上可能な範囲で最も適切であると判断されたものである。

（松本前掲49頁、下線は上告人代理人）



以上のような法規定は、国の配慮義務の対象あるいは立法上遵守されるべき義務という形をとっており、国法が自治権を侵害することのないようにその限界を規定しているものである。

とりわけ「自治事務」に関しては、自治体の固有の事務であることから、市町村が地域住民の権利・利益を保護する観点から自主的に処理すべきことが強く要請されており、国の法令がこれに介入する場合、前記のような国の役割を発揮すべき必要性合理性があること（外交、防衛など重大な国家法益の保護や平等違反などの人権侵害が生じているなど）が論証されない限り、地方自治権を侵害し、違憲無効であると解される。

## 第6 国の法令の憲法上の限界

地方自治権からくる国の法令の憲法上の限界については、以下のように論じられている。

「憲法は、第41条で国会を「国の唯一の立法機関」と定めまた第43条1項で国会議員を全国民の代表と位置づけつつも、他方で第95条で国会の立法権を制限している。第41条の「立法」の概念は、憲法が例外を認めている場合を別として、一般的抽象的法規範の定立と解されている。国会の定める法律は、特定の国民や一部の国民を対象とするものであってはならず、全国民を対象とするものでなければならないということである。すべての国民を法的に平等の価値としている憲法においては当然のことであり、近代の初頭からこの立法の概念は明言されていた。日本国憲法下においても、そう解するのが通説である。

この立法概念と第43条1項の「全国民の代表」の規定からすれば、全国民的な事項と中央政府の存立に関する事項こそが、国会を含む中央政府の本務ということになる。

この点からすれば、また、全国民にかかわらない地方的事項（地域の生活

・産業・文化のみにかかわる事項)は、本来地方公共団体の処理すべき事項ということになる。・・・日本国憲法は、第8章で地方公共団体の存在を認め、その自治も認めている。地方的事項の存在を前提としないことには、理解しがたいことである。

しかも、第8章の第95条は、「一の地方公共団体のみに適用される特別法は、・・・その地方公共団体の住民の投票においてその過半数の同意を得なければ、国会はこれを制定することができない」として、国会の立法権を厳しく制限している。国会の本務が一般的抽象的法規範の定立であり、かつ地方的な事務が存在することを認めている憲法における、中央政府の立法権に内在する限界の確認である。地方的事項の処理の基準の定立が、本来地方公共団体の所管事項であることの確認である。

この点に関連して、憲法制定当時、憲法問題担当の国務大臣であった金森徳治郎が、第92条について、「地方自治の根本は、国家が完全に決定する理屈はないのであって、地方自治は、一面において地方自治体みずからが根源的に規定すべきものであり」としているのは、注目に値する(『憲法遺言』初版1959年、1973年復刊・207頁)。(杉原前掲171～172頁、下線は上告人代理人)

## 第7 改正住基法(住基ネット)の違憲性

### 1 住基ネット導入時の政府側説明

平成11年8月18日の改正住基法により、住基ネットが導入された。

住基ネットは、政府側の説明によれば、その基本的な性格を「国のシステムとしてではなく、市町村の住民基本台帳を基礎とした地方公共団体共同の分散・分権的なシステム」(「住民記録システムのネットワーク構築等に関する研究会」報告書・乙2：6頁)として計画され、「市町村が分権的に管理している住民基本台帳情報についてのデータベースの中から必要最小限の本

人確認のための情報を地方公共団体間等で共通にやりとりをするためのネットワークシステムとして構想されて」（「住民記録システムのネットワーク構築等に関する研究会報告書」の背景や考え方について・乙3：36頁）おり、「市町村が住民基本台帳制度を運営するという制度の基本的枠組を変更することなく、全国的に市町村の区域を越えた本人確認ができるような仕組みを付加するもの」（改正住民基本台帳法の解説・乙5：16頁）として導入されたものである。

これは、地方分権一括法の成立後のことであるから、住民基本台帳事務が市町村の「自治事務」であること（地方自治法13条の2、住基法3条1項）を意識した説明のはずである。

## 2 市町村の強制的参加

しかしながら、改正後の住基法30条の5は、市町村に対し、住基ネットを通じてすべての住民の本人確認情報を都道府県知事に通知することを義務付けており、自治体共同の分散・分権的なシステムといいながら、市町村に対する住基ネットの導入・参加を法律上強制している。

## 3 「自治事務」への国の介入

これは、国法により、自治体の自主的な立法・行政措置を制約するものであり、「自治事務」への国の立法を通じた介入である。

なぜなら、住基ネットの導入により、住基法30条の7第3項から第6項まで及び30条の10第1項は、市町村長から都道府県知事に対し、住民に係る本人確認情報の通知があることを前提として、都道府県知事又は指定情報処理機関は、国の機関等からその事務に関し求めがあったときは、保存期間に係る本人確認情報を提供する（反面、国の機関等は本人確認情報の提供を受ける）ことを規定しているほか、都道府県知事は、市町村長から通知された本人確認情報を保存すること（住基法30条の5第3項）、本人確認情報の適切な管理のために必要な措置を講じること（同法30条の29第1

項), 区域内の市町村の住民基本台帳に脱漏若しくは誤載があり, 又は住民票に誤記若しくは記載漏れがあることを知ったときは当該市町村長に通報すること(同法12条の3)などの責務を負っているため, 「自治事務」たる住民基本台帳事務の内実をなす本人確認情報にかかわる事務処理を都道府県知事及び国が行うこととなり, 事務処理の一部が都道府県及び国の事務と化しているからである。

住基ネットでは, 住基法30条の5第2項, 30条の7第7項のとおり, デジタル化された本人確認情報(氏名, 住所, 性別, 生年月日, 住民票コード及び変更情報)を電子計算機から電気通信回線を通じて他の機関の電子計算機へ送信することが予定されている。これは, 市町村のコミュニケーションサーバ(CS)と都道府県サーバの間, 市町村CS間, 都道府県サーバ間, 市町村又は都道府県の各サーバと地方自治情報センターのサーバとの間のみならず, 同センターと国の行政機関の電子計算機間においても電気通信回線を通じて送信することを含んでいるのである。

#### 4 介入の合理性がないこと

##### (1) 地方自治権侵害の推定

「国と地方の役割分担の原理」からすれば, 国側は, 「自治事務」である住基事務に住基ネットを付加するについて, 国民の人権保障の観点から国として最低限度の規制を設ける必要性あるいは外交・防衛などに匹敵するような重要な国家目的を主張立証する義務があるというべきである。

しかしながら, そのような主張立証はない。抽象的な行政事務の効率化が強調されているに止まり, 原判決もこれを述べるに過ぎず, 国法による「自治事務」への介入を正当化できる合理的理由は述べられていない。

住基ネットでは, 国の行政事務の効率化が目的にすぎず, 全国民の個人情報を利用してまで本人確認事務を効率化することは, 外交・防衛などに匹敵するような重要な国家目的とまでは到底いえないし, ナショナルミニ

マムとして必要なものでもない。そもそも、自治体共同のネットワークと  
いいながら、全国統一のシステム構築を自治体に義務付けること自体が、  
国家目的として正当化されるか疑問である。

## (2) 住基ネットによるプライバシー権侵害の危険性

第3点第6で述べたように、住基ネットは、法制度上の欠陥から、外部  
への情報漏えいのほか、個人情報との結合により、住民個人が行政機関の前  
に丸裸にされていく具体的危険性を有するものであって、住基ネットによ  
る本人確認情報の利用提供を望まない住民のプライバシー権を侵害し、違  
憲な制度であるか、その疑いが濃厚であり、少なくとも住民のプライバシ  
ー権を危険にさらす制度であることは明らかである。

## (3) 地方自治権の侵害

ア 自治体が地域住民の生命・健康・財産のみならずプライバシー権や名  
誉権をも保護すべきは、その存在意義そのものであって自明であるところ  
ろ、上記のような住基ネットの本質を踏まえれば、問題となっているの  
は、地域住民のプライバシー権という人権と、国の行政事務の効率化で  
ある。

住基ネットにより、住民のプライバシー権を危険にさらしてまで、国  
の行政事務の効率化を図る合理的理由はない。すなわち、国の本人確認  
事務を効率化することは、ナショナルミニマムとして全国統一で全国民  
の個人情報を利用することまでしても実現すべきことではなく、そのよ  
うな必要もないし、外交・防衛などに匹敵するような重要な国家目的と  
までいえないことは明らかである。結局、国が「自治事務」に介入し、  
自治体の自主的判断を犠牲にしてまで実現すべき重要な国家目的は住基  
ネットには存在しない。

以上によれば、改正住基法は、住基事務が「自治事務」であることを  
前提として、自治体共同のネットワークである住基ネットを構築・導入

するものとして立法化されたものである。しかも、自治体が地域住民のプライバシー権を保護する責務を有するのである。そうである以上、市町村が住基ネットからの離脱を含めて住基ネットへの全部又は一部の参加・不参加等の措置を取ることは、行政サービスの方法を変更するかしらないかといった地域の実情を踏まえた固有の事務として、市町村の判断が優先されなければならない事項であり、このことは憲法上の原理的な要請であるというべきである。

したがって、市町村には、地方自治権（92条）の正当な行使として、当然に、住基ネットからの離脱を含めて、住基ネットへの全部又は一部の参加・不参加等の措置を取りうる権限が憲法上保障されている。

イ 住基ネットは、政府が主張するように国のシステムではなく、あくまでも地方自治体共同のネットワークであるとすれば、住民の個人情報の保護に責任を担う自治体に対し、自らの主体的判断で住基ネット参加の是非を判断できる機会を保障すべきである。この結果として自治体が不参加を決断したり、個々の住民の選択に委ねる方式を採用したとしても、これは憲法が保障する地方自治権（92条）の正当な行使といえる。

これに対し、そのような権限行使が認められるとすれば、国政等の選挙事務への協力を拒否することができ、重大な支障が生じるのではないかと反論が考えられるが、そのような権限行使は、地域住民の参政権・選挙権（憲法15条）を奪うことになるので許されないことは明らかである。他方、住基ネットへの参加拒否にあっては、地域住民の人権侵害を引き起こすことは全くない。

ウ 本件において、上告人が、住基ネットへの段階的参加方式を採用したことは、参加したい住民と参加したくない住民のそれぞれの意思を尊重する適切な自主的判断であり、これは憲法上保障された地方自治権（92条）の正当な行使である。

国の行政事務の効率化のために、住基ネットへの一律参加を強制し、地方の地域の特性に即した行政施策を阻害することは、地方自治権の侵害に該当することとなる。

住基ネットの導入は、国の行政機関への本人確認情報の提供という「自治事務」への介入となるから、自治体の自主行政権・自主立法権を一切認めず、一律の参加を強制するような立法は、自治体の自主判断権を侵害しており、地方自治の本旨に違反し、違憲無効である。

ところが、住基法30条の5は、前記のとおり、市町村の自主行政権・自主立法権を一切認めず、市町村の一律の全面参加を強制しており、市町村の地方自治権（憲法92条）の正当な行使を国法の不当な介入をもって阻害するものであるから、地方自治権（憲法92条）を侵害し、違憲無効であると解される。

## 5 原判決の誤り

これに対し、原判決は、第1に述べたように、住基ネットは行政事務の効率化のために全国的な本人確認システムとして構築されたものであるから、地方自治権の行使を理由に、地方公共団体自らの判断で住基ネットへの不参加あるいは送信について個々の住民の選択を許すことはできないなどとしている（33頁）。

しかしながら、全国的なシステムであるからといって、地方自治体に対し、住民のプライバシー権という重大な権利を保護する必要があるにもかかわらず、その主体的判断を一切認めない住基法30条の5は、前述のとおり憲法上保障された地方自治権（92条）を不当に侵害するものである。

よって、原判決は、憲法92条の解釈を誤り、その結果、住基法30条の5による国の地方自治権への不当な介入を許容したものであるから、破棄を免れない。

以 上