

判例評釈

〔行政判例研究〕

早稲田行政法研究会

モーターボート競争の場外舟券売り場の設置根拠規定の違法確認を求める訴訟が法律上の争訟に当たらないとされ、法律の根拠を欠く設置確認につき、処分性が肯定され、周辺住民の原告適格が否定された事例

〔習志野ボートピア事件（行政訴訟）〕

（東京地判平成18年12月20日 判例集等未登載）

府 川 繭 子

【事 案】

平成17年8月22日付けで、国土交通大臣（以下「国交大臣」）は、社団法人東京都モーターボート競走会に対して改正前のモーターボート競走法施行規則（以下「施行規則」）8条1項に基づく勝船投票券の場外発売場に係る設置確認（以下「本件設置確認」）を行った。本件設置確認に至る以前に、本件施設の計画を知った周辺住民⁽¹⁾、近隣の学校関係者、医療施設の設置者および利用者である原告らが、施行規則8条1項は、改正前のモーターボート競走法（以下「競走法」）の委任の範囲を超えて場外発売場の設置を許可するもので違法であるとして、施行規則8条1項が違法であることの当事者訴訟としての確認の訴えおよび設置確認の差止めの訴えを提起した。次いで、本件設置確認後、上記の違法に加えて、本件施設が後述の告示の示す基準に適合しない違法なものであるなどとして、本件設置確認の取消訴訟を提起した（追加的併合）。同時に、国が上述のような違法な状況を放置し、その下で本件施設が計画され、設置確認が行われたこと等による精神的損害の国家賠償請求を提起した。

本件設置確認当時、競走法は、勝船投票券の場外発売場の設置についての規定

（１） 本件施設は工業地帯に建てられており、原告らの居住する住宅地は、施設とは新習志野駅を挟んで反対側に位置する。しかし、本件施設の周辺には商業施設、水泳場などがあり、原告らの生活圏の一部を構成している。

を置いておらず、同法26条において、「この法律に定めるものの外、…選手、…ボート及びモーター、審判員並びに検査員の登録基準その他登録に関する事項その他この法律の施行に関し必要な事項…は国土交通省令で定める」と規定しており、これを受けて制定された施行規則 8 条 1 項は「場外発売場を設けようとする者は、当該場外発売場がその位置、構造及び設備に関し、告示で定める基準に適合するものであることについて、国土交通大臣の確認を受けなければならない」と規定していた。施行規則 8 条 1 項をうけて、国土交通省告示（平成15年第1350号—以下本件告示）は場外発売場の位置基準として「文教施設及び医療施設から適当な距離を有し、文教上又は衛生上著しい障害をきたすおそれがないこと」を定めている。

【判 旨】

1. 本件確認の訴えの法律上の争訟性

(1) 「法律上の争訟」とは、当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であって、かつ、法令の適用により終局的に解決することができるものに限られる（最大判昭和27年10月8日）。

(2) 「法令は、通常、一般的又は抽象的な規範を定立するにすぎないから、法令自体が具体的な特定の内容を有する場合や、法令の内容自体は抽象的であるが、その直接の効果として個人の具体的な権利義務に影響を及ぼす場合等でない限り、法令自体の違法性を争う訴えは…『法律上の争訟』には当たらない」。「施行規則 8 条 1 項に定める確認は…同項の確認を求める申請をした者と…国交大臣との間において、当該申請に係る場外発売場の適否をめぐる法律関係を専ら規律する規定であるから、…特定の当事者を念頭においた具体的内容を有するものということとはできない」。また、「同項は、場外発売場の周辺住民等に対して、原告らの主張に係る上記被害（健康、教育環境、生活環境及び地域環境の悪化並びに財産的被害—括弧内筆者）を受忍することを義務付ける効果を生ずる旨規定していない」。さらに同項は「周辺住民に何らかの義務を課し、若しくは同人らの権利を一定の範囲において制限する旨定めた規定、又はそのように解する根拠となるべき規定も見当たらない。したがって、同項がその直接の効果として…周辺住民等の具体的な権利義務に影響を及ぼすものということとはできない」。

(3) 「平成17年9月14日大法院判決（在外日本人選挙権訴訟最高裁判決—括弧内筆者、以下単に在外選挙最判）は、平成10年法律第47号による改正後の公職選挙法が違法であることの確認を求める訴えが当然に法律上の争訟に当たることを前提としておらず、原告らは、平成17年9月14日大法院判決を正解していない」。

2. 本件確認の処分性

（１） 競走法は、場外における勝船投票券の発売を一切禁止しているとはいえない。

（２） 勝船投票券をどのような場所で発売するかは、競走法26条によって、省令に委任された事項であると解することができる。

（３） 「競走法による勝船投票券を発売する行為は、本来であれば、…富くじ罪（刑法187条1項）に該当する違法な行為であるところ、財政政策的な理由などにより、…法律によって適法化されている」。「競走法が昭和23年の改正によって競争場の設置には運輸大臣（現国交大臣）の許可を要するものに改められた以上、同法が場外発売場の設置に関する事項を施行規則に委任するに当たっては、場外発売場の設置には運輸大臣（現国交大臣）の許可（講学上の特許）を要すると定めるものとして委任する趣旨に改められたものと認めるのが相当である」。そして、明文の規定はないものの、本件施行規則 8 条 1 項の確認を受けずに場外発売場を設置することは實際上不可能であること、同項の確認を受けずに設置された場外発売場に対して、国交大臣が勝船投票券の発売の禁止を命ずることができることなどを考慮すれば、同項に定める確認は、原則的に禁止された場外発売場の設置を例外的に解除するという法律効果を有する、いわゆる許可（講学上の特許）に当たると解するのが相当である。

（４） 以上によれば、本件施行規則 8 条 1 項に定める確認は「行政庁の処分」に該当する。

３．本件取消訴訟の原告適格

（１）（行訴法 9 条 2 項の解釈について、小田急高架化訴訟最高裁判決を引用した上で一括弧内筆者）場外発売場の設置については、告示で文教施設および医療施設からの適切な距離の確保等を定めた位置基準があるが、本件位置基準自体は専ら公益保護のために設けられたものであり、また、競走法にも、本件施行規則にも、本件位置基準が場外発売場の設置において周辺住民の権利利益を個別的利益として保護することを趣旨・目的とする規定は見あたらず、位置基準を根拠としては、原告らの原告適格を認めることはできない。

（２） しかしながら、本件においては、講学上の特許に当たる場外発売場の設置許可が、施行規則において、告示の示す基準への適合性の確認という純然たる事実行為として規定されるのみで、確認を受けない場外発売場設置の禁止について明文の規定が無く、黙示的に定められたものと解されるという「異例の事態」となっていることに鑑みれば、本件における原告適格の判断に当たっては、「本件施行規則のみならず、上記確認に関して発せられた通達及びその運用実態も参酌した上で判断するのが相当である。」

場外発売場は、周辺の風紀の乱れ、治安の悪化、交通環境の悪化といった「不

利益をその周辺住民に与えるおそれがある施設であり、場外発売場の設置によって周辺住民が現実に日常生活上重大な支障を被るおそれがある場合には、周辺住民にその日常生活上の重大な支障を甘受させることのないようにすべきものである」。通達により、場外発売場設置申請に必要とされる証明書の一つとして、発売場の所在する市町村の自治会又は町内会の同意が必要とされていること、その運用実態としては、当該証明書が世帯ごとの賛否を記載する方式になっていることからすると、確認申請において当該説明書の添付が必要とされるのは、「場外発売場の所在する市町村の自治会又は町内会を構成する住民は、場外発売場の設置によって日常生活上重大な支障を受けるおそれがある者として、その個別的な利益を保護する趣旨に基づくものと考えられる。さらに…場外発売場から極めて至近な位置に自治会又は町内会がある場合には、…当該自治会又は町内会を構成する住民の個別的な利益をも保護する趣旨を有するものと解するのが相当である」。「本件施設の設置予定地及びその周辺には、住民は居住しておらず、自治会又は町内会は存在しない」。原告らの一部の生活圏と本件施設利用者が利用する可能性のあるルートは交錯する可能性があり、風紀の乱れ、治安の悪化の可能性は肯定できないが、そのことから直ちに、原告らが日常生活上重大な支障を受けるということはできないので、原告らには原告適格を認めることはできない。

4. 以上によれば、本件取消訴訟は不適法な訴えであるから却下を免れないが、「審理の経過及び事案の性質にかんがみ」本案の争点についても判断を示しておくこととする。

原告らが主張する、本件施設の告示への不適合、設置確認に至る手続の瑕疵はいずれも存在せず、原告らの主張には理由がない。

5. 行政庁が法律の委任をうけて施設設置許可処分を設けようとする場合、当該処分の名宛人以外の第三者が日常生活上重大な支障を被ることがないように職務上の注意義務を尽くすべき法的義務を負っており、これを尽くすことなく、法律の委任の趣旨を超えて本来命令中に設けることができない処分に係る規定を設けて命令を漫然と制定したと認め得るような特段の事情がある場合には、当該命令の制定は国家賠償法上違法であると解するのが相当であるが、本件の場合はそのような事情はない。

【評 釈】

判旨および結論に反対。

競艇、競輪などの公営ギャンブルの場外発売場の設置を巡っては、近時、全国で訴訟が相次いでいるが、すべての訴訟で周辺住民の原告適格が否定されてい

る。この背景には、そもそも公営ギャンブル施設に関する法制度の整備が不十分で、条文から周辺住民らの権利利益を保護する趣旨を引き出すのが困難であるという事情が存在する。加えて、競走法自体に場外発売場の設置に関して、何らの規定も置かないという不備があり、各方面から問題性が指摘されていた。本判決は、結論として原告らの原告適格を承認しなかったものの、通達を参酌し原告適格を承認する可能性を提示した点で注目に値する判決である。他方で、上述のような法の不備の結果として、法律に根拠規定がないが故に、本件設置確認は単なる事実行為とみなされ、処分性が否定される可能性もあった。それゆえ、本件において、原告らは施行規則 8 条 1 項の違法確認を当事者訴訟として提起したものと考えられる。本判決は、平成16年の行訴法改正、及び在外選挙最高裁判決後に、行政立法の違法性を当事者訴訟としての確認訴訟⁽²⁾において争うことに関する判断がなされた判決としても注目できる判決である。

なお、本件施設については、本件訴訟のみならず、場外発売場の設置者を相手方として民事訴訟としての差止訴訟（本件施設完成後は建物の除却を求める訴訟）も提起されており⁽³⁾、現在上告審係属中である。

本評釈では、判旨の項目 1～3 について検討した後、本件判決後の平成19年 3 月29日のモーターボート競走法の改正により、場外発売場の設置に関する規定が法律本文に設けられ、これが許可制とされ、同時に改正附則において、改正前に施行規則に定める「確認を受けて設置された場外発売場でこの法律の施行の際現に存するものは、…改正後の…許可を受けて設置された場外発売場とみなす」という定めが置かれたことの意味と問題点についてふれる。

（1）判旨 1 について

判決は、施行規則 8 条 1 項の違法確認の訴えは「法律上の争訟」に当たらないとした。本判決は、法令の違法性を争う訴訟が法律上の争訟とされる場合を、①法令自体が具体的な特定の内容を有する場合や、②法令の内容自体は抽象的であるが、その直接の効果として個人の具体的な権利義務に影響を及ぼす場合⁽⁴⁾であるとする。本判決は、同項が専ら設置申請者と国交大臣の関係を規律するものであ

（2） 特に、本判決の裁判長裁判官が、在外選挙最高裁判決において調査官を務めた杉原則彦裁判官である点が注目に値する。

（3） 千葉地判平成19年 2 月21日 LEX/DB 文献番号28131424、東京高判平成19年12月13日判例集等未登載。

（4） この①②の要件は、東京地判昭和51年 1 月29日が、下水道事業受益者負担金条例の無効確認を求める訴えについて、法律上の争訟性が認められうる場合として提示したものである。行集27巻 1 号158頁。

り、特定の当事者を想定し、特定の内容を有するものではないとして①該当性を否定し、同項が周辺住民に対して生活利益侵害を受忍させる効果を持つものではなく、「周辺住民等の具体的な権利義務に影響を及ぼすもの」ということはできない」として、②該当性を否定している。同時に、判旨 1 (2) は、在外選挙最判が、法規範の違憲確認の訴えを当然に法律上の争訟にあたるとしたものではないと述べる。同最判は、公選法の違憲確認の訴えを確認の利益がないとして不適法としており、法律上の争訟性を否定してはいない。同最判の事案では、原告の選挙権が問題となっており、公選法はこれを直接制限していたため、②に該当すると考えることができる。ところで、在外選挙最判⁽⁵⁾の判例解説は当該訴えを無名抗告訴訟たる不作為の違法確認訴訟と解している。当該判解同様、従来、法令の違法確認を求める訴えは主として抗告訴訟として扱われてきた。それゆえ、こうした訴えについて、法律上の争訟性と処分性との区別が明確になされてきたとはいえない。しかしながら、ある訴えが司法審査になじむものであるかどうかと、その訴えが抗告訴訟の対象となるかどうかは別個の問題であることは言うまでもない。

本判決の提示する ①②の要件は、本件施行規則が個人の具体的な権利義務に直接影響を及ぼすものであるかを問題とするものであり、通常であれば、処分性の判断要素とされるべきものである。本件確認の訴えは、判決も認めるように「異常な事態」にある法令により場外施設が設置されることにより、直接・間接の利益侵害を蒙ると主張する原告が、その不利益の根拠となる「異常な」法令を、当事者訴訟によって攻撃する訴えであり、安易に法律上の争訟性を否定すべきではない。

改正行訴法が当事者訴訟としての確認訴訟の活用を促すものであること、処分性が承認されない可能性がある訴えの受け皿としての活用が期待されていることは異論のないところである。本件においては、後述のように設置確認に処分性が承認されない可能性が存在し、それゆえ当事者訴訟としての確認訴訟が提起されている。そうすると、本件は確認の利益が認められる限りにおいて、当事者訴訟が受け皿として機能すべき場合であるように思われる。

(2) 判旨 2 について

判決は、本件設置確認の処分性を肯定しているが、この判断の前提として、施行規則 8 条 1 項が競走法 26 条により委任を受けた適法な規定であるという判断を

(5) 杉原則彦「判解」曹時 58 卷 2 号 (2006 年) 319 頁。もっとも、学説においては、これを当事者訴訟と捉えるべきだと批判が強い。山本隆司「在外邦人選挙権訴訟最高裁判法廷判決の行政法上の論点」法教 308 号 29 頁参照。

している。競走法施行当時の施行規則は場外発売場の設置を禁止しており、昭和60年の改正により、場外発売場の設置に運輸大臣（当時）の確認が必要とされる旨の制度が規定された。この間、競走法本文に場外発売場の設置に関する規定が置かれることは一切なかった。このため、そもそも競走法自体が場外発売場の設置を許容しているのか否かがまず問題となる。この点に関しては、東京地決平成13年12月27日が、勝舟投票券の発売は刑法187条にいう富くじに該当し、法律が特に許容する場合に限って適法な行為となることに重点を置き、注目すべき判断を下している。当該決定は、「立法の経緯及び法の他の規定との整合性に照らすと、法は、勝舟投票券が競走場外で発売されることは想定しておらず、競走場内でのみ発売されることを前提として刑事罰の対象外とする趣旨の下で制定された」と解するのが相当である」とし、競走法は場外発売場の設置を認めておらず「その設置に関する規定を置くことを省令に委任しているとは解し難い……から、昭和五七年改正以降の規則八条の規定は、⁽⁷⁾上位規範である法の規定に反するものとして、無効というほかない」と判示した。これに対し、制定当初の競走法が場外発売場の設置を禁止していたかどうかは「必ずしも明らかでない」としながらも、競走法は場外発売場の設置を認めており、制定当時の施行規則が当時の技術、財政状況に鑑みこれを「見送ったものと解することも十分に可能である」とする名古屋地決平成18年7月20日がある。⁽⁸⁾

本判決は、この点について、競走法の制定当初は技術的な制約から、競走場外で勝船投票券を発売することは海事思想の普及等の同法1条の目的に照らしておよそ許容できなかったため、投票券発売場に係る規定を何ら置かなかったものであるとした。その上で、競走の様子を即時に見せる手段が確保されれば、競走場外で投票券を発売しても同法1条の趣旨には抵触しないこと、競走法自体に場外発売場の設置を禁ずる明文の規定が存在しないこと等から、同法がその後の技術の向上を全く考慮に入れずに場外発売場の設置を将来においても一切禁止していたと解することはできないとしている。しかしながら、勝船投票券の場外発売行為が富くじ罪に該当することから考えれば、法律においてその適用除外を設ける旨が明文で規定されていない以上、そのような行為を法律が許容しているとの解釈には無理があるように思われる。

さらに、競走法が場外発売場の設置を禁止していないとしても、場外発売場の

(6) 判時1820号59頁。

(7) この決定は場外発売場の設置確認処分の執行停止に係る判断であり、結論としては、当該設置確認が無効な規定に基づくものであることを理由として、処分性を否定し、申立人の請求を斥けている。

(8) LEX/DB 文献番号28112200。

設置に関し、その可否、要件等に関する定めを施行規則に委任しているかどうか
が問題となりうる。これについて、本判決は、施行規則 8 条 1 項が競走法 26 条の
委任をうけて制定された規定であるとしている。競走法 26 条は、委任すべき事項
として、「…選手、…ボート及びモーター、審判員並びに検査員の登録基準その
他登録に関する事項その他この法律の施行に関し必要な事項」をあげている。判
決は、「施行」とは同法の規定を実際に実施することであると解し、場外発売場
の設置は「施行に関し必要な事項」に含まれるとしている。しかし、場外発売場
の設置は、これらの列举事項のうちのどれにもあらず、上述のような場外発売
行為の性質上、これらと並立しうる事項であるとも解することはできない。むし
ろ、委任にあたっては場外発売場の設置について委任を行う旨の明文の規定が設
けられてしかるべきであると思われる。施行規則 8 条 1 項は競走法の委任を欠く
ものであると考えるべきであろう。

本判決は、判旨 2 (3) のように、施行規則 8 条 1 項に基づく設置確認を、講
学上の特許にあたると解している。勝船投票券の場外発売行為が富くじ罪の構成
要件に該当することは明らかであることからすれば、設置確認が特許にあたると
の判断自体は正当なものであるように思われる。ところが、特許であれば、特許
制度を設ける旨、及びその要件について、法律に規定すべきである⁽⁹⁾。施行規則 8
条 1 項が法律の明文の根拠なく特許制度を設立したものであるとすれば、当該規
定は無効となると考えざるをえない。

以上のように、判決は本件設置確認が、実質的には、講学上の特許に当たるこ
とを根拠として処分性を承認しているが、それと同時に、特許制度を行政立法に
おいて創設することを許容するという矛盾をはらんでいる。ここで、もう一度判
決の理論を整理すると以下ようになる。すなわち、競走法は場外発売場の設置
に関する制度の創設を施行規則に委任しており、競走場の設置が許可制（講学上
の特許）となっていることからすれば、委任の趣旨は（講学上の）特許制度の創
設であり、施行規則 8 条 1 項は確認という事実行為としてこれを規定するもの
の、実際には特許として運用されていることを根拠に処分性を認めるというもの
である。このような判決の考え方は、本件設置確認の性格が講学上の特許と解す
るほかないものであるという認識を出発点として組み立てられていると考えられ
る。すなわち、富くじ罪の適用除外として、場外舟券売り場を設置するための確
認とは、私人に本来は認められていない権利を与えるものであって、講学上の特
許に当たる。であるとすれば、何らかの根拠法規が存在するはずである。本件に

(9) 公有水面埋立法、電気事業法、鉱業法など、講学上特許と解されるものについては、遍
く法律において制度および要件が規定されている。

においては、これは施行規則 8 条 1 項であり、これを施行規則に委任する根拠としては競走法 26 条以外にあり得ない。判決は、このように考えた結果、上述のような矛盾を抱えることになったと思われる。こうした考え方の前提には、法律の根拠を欠き、無効とされるべき行為には、処分性がないという前提がある。この立場を明確に示したものが前掲東京地決平成 13 年 12 月 27 日である。しかし、係争行為を処分とみなすべきかどうかと、当該処分が法律の根拠を欠く無効なものであるかは本来別個の問題であるはずである。「行政行為の所在の認定」における法律の根拠と法律の留保という法律の根拠とは、別の問題なのである⁽¹⁰⁾。後者の判断は、本件設置確認が無効なものかどうかという、本案において判断されるべき事項である。本判決は、両者を混同し、本来本案に属する委任の有無の判断を訴訟要件の問題として扱っている。この結果として、本判決は、委任の有無に対する審査を十分行わず、委任の存在を安易に認めてしまっており、妥当なものとはいえない。

（３）判旨 3 について

公営ギャンブルの場外売場設置に係る周辺住民の原告適格については、古くは、場外馬券売り場が問題となったことがあり⁽¹¹⁾、近年は場外車券売り場、舟券売り場について相次いで裁判所の判断が示されている⁽¹²⁾。いずれも周辺住民の原告適格を否定しており、行訴法改正以降も、結論において変化はない。本判決も、これらの判決と同様に、周辺住民の原告適格を否定したものである。

原告らは、本件施設周辺の医療施設の設置者および利用者、本件施設周辺の文教施設に勤務する者およびこれに通学する子女の親、本件施設と駅を挟んで反対側の地区に居住する住民である。

まず、周辺文教・医療施設の設置者および利用者の原告適格の問題から検討する。公営ギャンブルの場外発売場の設置基準については、周辺の文教・医療施設への配慮規定を置いている例が多い。競艇に関しても、本件告示が「文教施設及び医療施設からの適切な距離を有し、文教上又は衛生上著しい支障をきたすおそれのないこと」を定めている。本判決は競走法 4 条 4 項において、競走場の許可基準が「公安上及び競走の運営上の基準」とされているところ、この基準の一つに場外発売場の設置基準にかかる告示と同様の「文教施設及び医療施設からの適

(10) 塩野宏『行政法Ⅱ（第四版）』110頁。

(11) 大阪地判昭和 53 年 11 月 29 日行集 29 卷 11 号 2029 頁。

(12) 東京地判平成 10 年 10 月 20 日判時 1679 号 20 頁、東京地判平成 14 年 4 月 25 日 LEX/DB 文献番号 25410255、東京高判平成 14 年 11 月 12 日 LEX/DB 文献番号 25410282、東京地判平成 19 年 3 月 29 日 LEX/DB 文献番号 28132452。

切な距離を有し、文教上又は衛生上著しい支障をきたすおそれのないこと」が規定されていることから、場外発売場の設置にかかる基準も「公安上及び競走の運営上の」ものであり、周辺住民および周辺の文教・医療施設の設置者の個別的利益を保護したものではないとする。⁽¹³⁾この点については、ほぼ同様の条文を置いている自転車競技法及び同施行規則についても、同様の判断が示されている。⁽¹⁴⁾他方で、前掲名古屋地決、東京地判 (H19. 3 .29) は原告適格を肯定しており、東京地判 (H14. 4 .25) も検討の余地有りとする。本判決は、法律が場外発売場の設置基準を公安上・競走運営上の基準であるとしていることを、下位規範たる施行規則・告示の解釈に読み込んで、これらが保護する利益の個別性を否定したが、こうした判断に対しては、上位法の規定の趣旨・目的が明確でない場合には、下位法令の内容から上位法の趣旨・目的を解釈することが許されるべきことが指摘されている。⁽¹⁵⁾実際、東京地判 (H19. 3 .29) は場外発売場の性質及び公営ギャンブルに関する他の法規が同様の基準を置いていることに照らして、位置基準を法そのものの予定する要件であると判断して、利益の個別性を認めており、関連法規の考慮と併せて、上記の解釈手法をとったものと考えられる。競走法の規定自体に不備があることを考慮すれば、告示に定められた周辺医療・文教施設への配慮は、これらの設置者の個別利益を保護するものとして解するべきであると思われる。

他方で、本判決は、競艇の場外船券売場の設置にあたり、所在地の所在地の自治会の同意を求める通達およびその運用実態を参酌して、所在地および至近の自治会の構成員の原告適格を認めている。前掲名古屋地決は、当該通達は公益保護を目的としたものであるとして、これを否定すると同時に、そもそも通達は「法令に当たらない」と判示していた。通常理解に従えば、原告適格の有無を判断する際の根拠は法令の規定に限られるのであり、行政の内部規範たる通達を根拠として原告適格の判断を行うことは想定されていない。本判決が通達に基づき原

(13) 競輪競技法3条4項は、競技場の設置基準を「公安上及び競輪運営上の基準」として規定する。申請に際しての見取り図には、競艇については、周辺2000メートルの医療・文教施設の表示、競輪については、周囲1000メートルの医療・文教施設の表示が義務付けられている。

(14) 東京地判平成10年10月20日判時1679号20頁、東京地判平成14年 4 月25日 LEX/DB 文献番号25410255、東京高判平成14年11月12日 LEX/DB 文献番号25410282。

(15) 南川諦弘「新橋場外車券場事件判評」判時1694号174頁。

(16) 但し、当該判決は、1000メートル以内に位置する原告設置の医療施設は「著しい支障」をうけることはないとして、原告適格を否定している。しかし、原告は「著しい支障」をうけるかどうかも含めて場外発売場設置許可処分⁽¹⁶⁾の告示適合性を争っているものであり、原告設置の医療施設が「著しい支障」をうけるかどうかは本案の問題であるように思われる。

告適格を判断したのは、判旨2で検討したように、本件に関する法規定が、判決も認めるように「異例の事態」であったからこそその判断であると考えられる。そもそも法律において定められるべき許可要件が施行規則で定められていることにより、本来であれば施行規則が行うべきこれらの要件の具体化が通達によってなされているとみなされたのである。通達が行政活動においてしめる重要性に鑑みると、原告の主張する利益が「法令」によって保護された利益かどうか不明確な場合に応用されてよい手法であると思われる。

公営ギャンブルの場外施設の規制に関しては、その基準がほぼ全面的に法規命令や行政規則に委ねられており、おしなべて第三者の権利利益への配慮を欠いており、このことが行訴法改正後も、これらの領域において周辺住民の原告適格の承認を阻んでいる。行政活動に対する適正な統制を欠いた法律であるがゆえに、原告適格が否定され、行政活動における権限の逸脱に対して司法統制が及ばないという皮肉な状況になっているのである。同時に、こうした施設の設置により周辺住民らが侵害される利益は、交通渋滞、治安の悪化などの生活環境利益の侵害であり、生命健康に関わる利益とまではいえず、従来の判例からすれば「著しい」生活環境侵害とは呼べないものである。さらに、生活環境利益は「集团的・拡散的に帰属する」⁽¹⁷⁾ものであり、個別的利益として構成することが困難である。しかしながら、こうした施設ができることによって当該地域の住環境が大きく変化することは確かなことであり、周辺住民の利益に配慮した手続が法令に規定されず十分に行われていないことも考え併わせれば、場外施設の設置確認に対して住民が司法の判断を仰ぐ機会を奪うのは法治行政の原理に照らして妥当でないと思われる。このような事案を拾いきれない点に、改正行訴法の限界があるともみることもできる。⁽¹⁸⁾しかしながら、改正行訴法は、原告適格の判断について、個別の事案の紛争状況を精査せずに条文上の仕組みの操作による狭小な解釈方法を戒め、原告適格を実質的に拡大することを狙いとしたものとみるべきである。⁽¹⁹⁾改正行訴法の下では、原告適格の判断は、9条2項の考慮事項のみに限定して行われるべきではなく、同時に、「法律上保護された利益説」⁽²⁰⁾の枠組みを墨守する必然性もないことが指摘されている。以上を考え併せれば、原告適格の判断は、まずもって、処分の根拠となる法令が原告適格を判断する素材たるに足る精度と密度をもったものであるか否かを含めて行われるべきである。本件のように、法令の

(17) 越智敏裕 Lexis 判例速報17号62頁。

(18) 人見剛「行政事件訴訟法改正と行政救済法の課題」法時79巻9号6頁。

(19) 橋本博之『解説改正行政事件訴訟法』（弘文堂2004年）39頁。

(20) 稲葉馨「取消訴訟の原告適格」園部＝芝池編『改正行政事件訴訟法の理論と実務』（ぎょうせい2006年）80頁。

不備が著しい場合には、まずは広く原告適格を認めることが行政訴訟の使命であり、改正行訴法の趣旨にも沿うものであると思われる。

(4) 遡及立法

本件訴訟提起後、モーターボート競走法が改正され、場外発売場の設置については国交大臣の許可を要する旨の規定がなされ、本判決において指摘された「異常な事態」は解消されることとなった⁽²¹⁾。しかし、問題はこれと同時に同法改正附則において、改正前に施行規則に定める「確認を受けて設置された場外発売場でこの法律の施行の際現に存するものは、…改正後の…許可を受けて設置された場外発売場とみなす」という定めが置かれたことである。法改正前の制度が違法なものでなければ、このような規定を設けることには特に問題はないと思われる。しかしながら、(二) で検討したように、改正前の設置確認制度は法律の根拠を欠く違法な特許制度であると解すべきであるし、本件控訴審係争中にこのような改正がなされること自体、改正前の制度の違法性を裏付けるもののように思われる。

改正前の施行規則 8 条 1 項が違法なことを前提にすると、改正附則は違法になされた確認（特許）を処分時に遡って適法化する効力を持つものであると考えられる。こうした機能を持つ規定の是非については、自治体の給与条例に関する判例が既にいくつか存在する。いずれも、条例の根拠なく支給された給与等につき、事後的に給与条例を改正し、遡及効をもってこれを追認したこと（改正後の条例を適用して支払われたものと「みなす」という規定が置かれることが多い）が住民訴訟において問題となったものである。最高裁は、こうした事案について、改正条例により、給与の支給行為自体が是認され、遡って適法なものとなったとし、請求を棄却している⁽²²⁾。当該判決の結論は当該条例の遡及摘要によって、直接の利害関係人である地方公務員に不利益が発生しないことから帰結されたものと考えられるが、こうした手法自体を一般的に認めることについては、法律による行政の原理を形骸化するものであるとの批判がある⁽²³⁾。事後的に議会の承認さえうければ、行政は過去の違法行為をすべて適法化できることになるからである。法治行

(21) 法改正の契機は、施設の運営を施行者以外に委託できるようになったためであると説明されている（第116国会衆議院国土交通委員会平成19年3月23日富士原政府参考人発言）

(22) 最判平成5年5月27日判タ818号90頁、奈良地判昭和57年3月31日行集33巻4号785頁、大阪高判昭和57年8月20日行集33巻8号1685頁、大阪高判平成元年4月28日判時1322号63頁など。

(23) 最判平成5年5月27日判タ818号90頁。

(24) 金子芳雄「判評」判時1306号191頁。新山一雄 法セ468号72頁。

政の観点からは、こうした手法をとる立法ないし条例について、何らかの制限を加えるべきだと思われるが、この点に関する我が国の研究はほぼ皆無に等しい。

行政の違法行為を事後的に立法において適法化すること自体は、世界的に見て珍しいことではない。ヨーロッパ諸国においては、こうした立法形式が一定の条件の下で認められており、フランスではこうした法律は「追認のための法律」と呼ばれる。しかし、こうした法律については、裁判を受ける権利との関係で厳格な審査が行われている。⁽²⁵⁾同時に、ヨーロッパ諸国にこのような立法形態が存在するのは、事情判決制度が存在していないことが大きい。裁判所が自身の下した判決の結果生じる著しい公益侵害を自身の権限のなかで解決し得ないことから、立法府の介入が要請されるのである。この点を考慮すれば、事情判決が可能な日本におけるこうした法律の許容性については、慎重な議論が必要とされると思われる。

また、仮にこのような追認が認められるかどうかとは別に、改正法自体が適法なものであるかという問題が存在する。改正法により、講学上の特許に当たる許可自体は、競走法に定められた。しかし、改正法4条の2は、許可要件について、施設の位置、構造及び設備について省令の基準を満たすこととして、他に何らの定めを置いていない。講学上特許とみなされている行為についての法律は、当該許可に関して一定の要件を規定するべきである。要件の定立にあたって、何らの基準も示さずにこれを省令に白紙委任する本件改正法は、なお違法なものといえるように思われる。

〔追記〕本評釈脱稿後の、平成20年4月17日に、本判決の控訴審判決が言い渡された（東京高判平成20年4月17日判例集等未登載）。

(25) 詳細は拙稿「フランスにおける行政行為の『追認のための法律』（2・完）」早研115号（2005年）123頁以下参照。