

平成29年（行ウ）第10号 普天間飛行場代替施設建設事業に係る岩礁破
砕等行為の差止請求事件

原 告 沖縄県

被 告 国

原告第3準備書面

平成29年10月30日

那覇地方裁判所民事第2部合議A係 御中

原告訴訟代理人

弁護士 宮 國 英 男

弁護士 松 永 和 宏

弁護士 仲 西 孝 浩

弁護士 加 藤 裕

原告指定代理人

沖縄県知事公室

知事公室長 謝 花 喜一郎

基地対策統括監 池 田 竹 州

辺野古新基地建設問題対策課

課 長 多良間 一 弘

副参事 城 間 正 彦

副参事 田 代 寛 幸

班 長 新 垣 耕

主 幹 神 元 愛

主 査 知 念 敦

主 査 山 城 智 一

主 任 山 城 正 也

主 任 川 満 健太郎

主 事 大 城 和華子

沖縄県農林水産部

部 長 島 尻 勝 広

農漁村基盤統括監 仲 村 剛

参 事 新 里 勝 也

水産課

課 長 平安名 盛 正

班 長 七 條 裕 蔵

主任技師 岸 本 和 雄

主 査 登野盛 真 一

沖縄県土木建築部海岸防災課

副参事	普天間 朝 好
班 長	中 村 猛
主 任	當 銘 勇 太
主 任	矢 野 慎太郎

沖縄県環境部環境政策課

班 長	知 念 宏 忠
主任技師	愛 甲 俊 郎
主 任	知 名 光太郎
主 任	崎 枝 正 輝
主 任	神 谷 大二郎
主 任	具志堅 洋 介

目次

第1	本件訴訟が平成14年最高裁判決の射程外であること	6
1	最高裁判例の具体的事案性	6
2	専ら行政権の主体との主張について（平成14年最高裁判決の射程外であることについての被告主張への反論）	7
3	国民相手の訴訟ではないことについて（平成14年最高裁判決の射程外であることについての被告主張への反論）	9
4	公物管理権に基づく請求について（平成14年最高裁判決の射程外であることについての被告主張への反論）	10
(1)	平成8年最高裁判決は、公物管理権に基づく請求を認容した判例であること	11
(2)	財産的な利益を背景にしていること	13
(3)	本件訴えが公物管理権の保護救済を求める訴えであること	15
5	許可権限の行使を「無きが如きものとされる」程度に損なわれるような行為については、平成14年最高裁判決の射程外として、法律上の争訟と解すべきこと（亘理意見書に基づく主張）	15
(1)	本件と平成14年最高裁判決の事案の違い	15
(2)	当事者間の具体的な権利義務関係と法律関係について	16
(3)	本件事案が、少なくとも、上記の意味で法律上の争訟に含まれうべきこと	16
第2	本件訴訟が法律上の争訟にあたること	18
1	法律上の争訟性に関する被告主張への反論	18
(1)	被告主張の概略	18
(2)	第1準備書面第2・1・(1)	19

(3) 第1準備書面第2・1・(2).....	34
(4) 第1準備書面第2・2	37
(5) 第1準備書面第2・3・(1).....	42
(6) 第1準備書面第2・3・(2).....	44
(7) 第1準備書面第3・2	46
(8) 第1準備書面第3・3	48
2 法律上の争訟にあたること	51
(1) 法律上の争訟について	51
(2) 司法的執行の原則性について	56
第3 履行請求権が認められること（被告主張に対する反論）	60
1 被告主張の要旨	60
2 権限と権利について	60
3 私法上の権利との違いについて.....	64
4 国民の義務について	68

第1 本件訴訟が平成14年最高裁判決の射程外であること

1 最高裁判例の具体的事案性

まず、前提として、亘理格中央大学教授が意見書で述べるとおり（以下、「亘理意見書」という。）、最高裁判例といえども、いわゆる「法理判決」も含めて当該事案の事実関係を前提として下されたものであり、それ故、一切の例外的な扱いが許されない性質のものではない。

この点は、亘理意見書も引用するとおり、藤田宙靖元最高裁判事も、同『『最高裁回顧録』補遺』の中で、「厳密に言えば全ての最高裁判決は本来「事例判決」であるのであって、「法理判決」のように見えるものであっても、その実「事例判決」としての性質を内蔵するものであることを否定できない、ということです。」（38～39頁）、「学説は「理論」からアプローチするが、最高裁は、「事実」ないし「事案」からアプローチする、ということになりましょう。従って、「最高裁判例」ないし「判例理論」なるものも、その基盤には意外にもろいものがあり、昨日まで「最高裁判例」と見られていたものが、その理論的枠組みを変えることなく、ある日突然実質的に変わってしまうということがあっても、さほど不思議ではない、ということになります。要は、その時々裁判官達が、目の前の事件を先例の事案と同じ事案と見るか否かに掛かっているということなのです。そして「同じ」かどうかの判断には、それを決める尺度が何であるかが大いに影響し、そしてまた、この尺度の決定ないし選択には、その時々社会通念ないし社会的常識が影響を及ぼしている、ということでもあります。ある解釈問題についての最高裁判例が何であるかを語る際には、こういった背景を理解した上での余裕を持った捉え方がぜひとも必要なものであって、例えば、判決文に記された文言の形式的な解説にこだわっていたのでは、思わぬ足をすくわれることにもなりかねないということに、十分注意しなければならないでしょう。」

(49 頁) 等と述べるとおりである。

平成 14 年最高裁判決の射程を論ずる場合も、このことを前提に考えられなければならない。

2 専ら行政権の主体との主張について（平成 14 年最高裁判決の射程外であることについての被告主張への反論）

原告は、地域の水産資源の保護培養に強い利害関係を有する者の立場でも本件訴訟を提起したと主張し、被告は、これを否定する。

この点、訴状とは異なる観点ではあるが、原告は、「専ら行政権の主体として」、「行政上の義務の履行を」求めるものではなく、平成 14 年最高裁判決の射程外であることについて述べる。

平成 14 年最高裁判決は、宝塚市長が、宝塚市パチンコ店、ゲームセンター及びラブホテルの建築等の規制に関する条例に基づいて、建築工事の中止命令を発したが、これに従わないため、同工事を続行してはならない旨の裁判を求めた事案であるが、本件と異なる点として、被告である業者の義務は、上記条例に基づく宝塚市長の中止命令により課されたものである、という点がある。

既に訴状でも述べたとおり、「平成 14 年最判の帰結は、地方公共団体等の行政主体の国民に対する義務履行請求を著しく制限するものであるから、その射程距離は極力控え目に解するべき」（福岡高裁平成 19 年 3 月 22 日判・判例地方自治 304 号 35 頁）であるところ、同判決の射程は、処分により課された義務、言いかえるなら、行政により課された義務の履行を求める請求に限定されるべきである。

この点、最高裁平成 21 年 7 月 10 日判決判時 2058 号 53 頁は、公害

防止協定の履行請求を認容しているが、この判決が意味するのは、平成14年最高裁判決の射程の及ぶ範囲は、ある法関係を行政主体が選択した場合に、その終局的な目的が公益実現であるか否かに関わらず、当該法関係のみを取り出して、「専ら行政権の主体として」、「行政上の義務の履行を」求めているものかどうかによって判断されるべきということである。

そして、同判決において、射程外とされた理由は、対等な当事者間で締結した契約に基づく履行請求権であることであり、平成14年最高裁判決が、財産権に基づく訴えを明示的に除いていることと合わせ考えると（言うまでもなく、財産権に基づく訴えの中には、民法その他の法令に基づく義務の履行を求める訴えも存在する）、「専ら行政権の主体として」、「行政上の義務の履行」を求める訴えとは、選択された当該法関係それ自体が、権力的契機を持つものであることが必要と解すべきである。

言い換えるなら、法令が行政権になんらかの処分権を与えている場合で、文字どおり「行政上の義務」の場合のみであり、いわば「行政法上の義務」（行政処分等の行政活動による義務付けを介在しない「法令による義務付け」）の履行を求める訴えは含まれないと解すべきである。

けだし、このような場合、行政主体は私人に対して何ら優越的な立場にはなく、私人と対等な当事者として裁判所に助力を求めているものであり、同じく法が定める義務を同じく裁判所の助力を借りて実現する財産権に基づく訴えの場合と本質的に区別できないからである。

また、このような場合には、被告が行政上の義務の履行請求が法律上の争訟にあたらぬとする根拠として主張するところの、法律による行政の原理への抵触の問題も生じない（第2・1・(5)で後述するが、侵害

留保原則は、処分のように、行政庁が権力的に国民の権利利益を侵害する場面に妥当するものである)

本件は、義務が直接法令により課されており、行政庁の処分を介在しない場合であるから、平成 14 年最高裁判決の射程外と考えるべきである。

3 国民相手の訴訟ではないことについて（平成 14 年最高裁判決の射程外であることについての被告主張への反論）

被告は、答弁書において、平成 14 年最高裁判決が行政主体による行政上の義務の履行請求を法律上の争訟に該当しないとした理由は、当該訴訟が自己の権利利益の保護救済を求めるようなものではなく、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だからであり、かかる理由づけは国に対する訴えの場合にも妥当するため、射程外ではない旨主張する。要するに、平成 14 年最高裁判決の趣旨は、被告の属性ではなく、提訴者の利益により、法律上の争訟の内外が区別されるとするものであるから、被告の属性（国民か否か）は無関係という主張である。

しかし、平成 14 年最高裁判決は、国等が財産権に基づく訴えを提起する場合は、法律上の争訟にあたることを認めているところ、被告は、一方では、「私人と同視し得る地位に立つ場合には、行政権が国民の権利利益を制約するという側面を有しないから、国民が自己の権利利益の保護救済を目的として提起する訴訟と同様の取扱いをしたとしても、司法権が国民の権利利益の保護救済を図ることをその本来的な役割とすることに反しない」ことから、国等の財産権に基づく訴えは許容されると主張している（被告第 1 準備書面第 2・1・(2)）。

ここでは、被告の不利益の有無により法律上の争訟の内外が区別されているところ、本件訴訟のように国民ではなく国を被告とする訴訟についても、国民の権利利益を制約するという側面を有しないのだから、司法権の本来的な役割に反しないことは明らかである。

したがって、平成 14 年最高裁判決の射程は、被告の立論（被告第 1 準備書面第 2・1・(2)における）に拠っても、国相手の訴訟には及ばないというべきである（なお、高木光は、『判例とその読み方』という有名な本がありますけれども、それによれば宝塚市条例事件判決というのは、国または地方公共団体が、専ら行政権の主体となって原告になっている。なおかつ、被告が国民である場合にだけしか及ばないはずなのです。それを、相手が国民であるか、国とか地方公共団体などの行政主体であるかを問わずということ自体が、まさに判例の読み方としておかしいということが言えると思うのです。とりあえず、まずそこで **distinguish** すべき」（兼子仁・阿部泰隆編『自治体の出訴権と住基ネット』〔研究座談会における高木光発言〕90 頁）と述べている）。

4 公物管理権に基づく請求について（平成 14 年最高裁判決の射程外であることについての被告主張への反論）

被告は、答弁書において、平成 8 年最高裁判決は、道路管理権（公物管理権）に基づく訴えが法律上の争訟に当たることを認めたものではなく、あるいは、平成 8 年最高裁判決は、道路敷地部分の所有権又は占有権を有している道路管理者の妨害予防請求権について認めたに過ぎず、本件においては、原告に何らの財産権も認められないことから、公物管理権に基づく請求は認められないと主張する。

しかし、以下のとおり、理由がない。

(1) 平成8年最高裁判決は、公物管理権に基づく請求を認容した判例であること

被告は縷々述べるが、平成8年最高裁判決が、公物管理権に基づく請求を認容した判例であることは疑いようがない。

最高裁は、「本件土地は市道として適法に供用の開始がされたものということができ、仮にその後上告人が本件土地を取得し、被上告人が登記を欠くため上告人に所有権取得を対抗できなくなったとしても、上告人は道路敷地として道路法所定の制限が加えられたものを取得したにすぎないものというべきであるから（最高裁昭和四一年（オ）第二一一号同四四年年一二月四日第一小法廷判決・民集三二卷一二号二四〇七頁参照）、被上告人は、道路管理者としての本件土地の管理権に基づき本件土地が市道の敷地であることの確認を求めるとともに、本件土地上に上告人が設置したプレハブ建物及びバリケード等の撤去を求めることができるものというべきである。これと同旨の原審の判断は、正当として是認することができる」と判示している。

この点、一審判決も、「被告は、本件土地の所有権の取得をもって原告に対抗し得るが、その前者である愛媛産興は、原告により松山市道敷地として適法に供用開始された後に本件土地の所有権を取得したものであるから、その所有権は道路法四条所定の私権の行使の制限を受けたものであって、同人の権利の承継人である被告は、同法条により本件土地に対する権利行使の制限を受けるという限度で、原告から本件土地についての道路管理権を対抗される。よって、原告の請求は、被告に対し道路管理権に基づき、本件土地がその主張にかかる松山市道の敷地であることの確認を求める部分及びその地上の通行妨害物件を撤去して同土地を明け渡すよう求める部分は理由があるので認容され」と判示している（二審判決は、そもそも被告が背信的悪意者であると

判断している)。

いずれにしても、判示からして、原告(被上告人)の道路管理権に基づく請求を認容していることは明らかである。被告が占有の認定として指摘する箇所は(理由の一・1・(三))、適法に道路として供用されたことを認定しているに過ぎず、占有を認定しているものではない。

また、一審判決、最高裁判決のいずれも、被告(上告人)の所有権が道路法所定の制限を受けていることについて判示し、最高裁判決については、最高裁昭和44年12月4日判決民集23巻12号2407号を引用している。

言うまでもなく、占有訴権に基づく訴えに対して、本権を抗弁とすることはできないところ、占有訴権に基づく請求について、被告(上告人)の所有権に制限があるか否かは、何の関係もない判示であるから、この点でも占有訴権に基づく妨害排除請求を認容したものとは解されない。

さらに言えば、地裁判決も最高裁判決も、市道敷地であることの確認を求める訴えを認容しているが、原告(被上告人)は、そもそも、占有訴権に基づく確認の訴えを求めておらず(松山地裁平成2年2月19日判決金商1026号17頁の事実第二・一・9「よって原告は被告に対し、～道路管理権に基づき、本件土地が松山市道新玉四七号線(旧同二八六一号線)の敷地であることの確認を」参照：原告の請求原因のまとめ)、少なくとも、確認の訴えについては、道路管理権に基づく訴えとしか解釈できない(占有訴権に基づいてなぜ市道であることの確認の利益が認められるのかも説明できないと思われる)。

以上から、平成8年最高裁判決が道路管理権に基づく請求について、

法律上の争訟性を認めたものであることは疑う余地がない。

被告も主張するとおり、平成 14 年最高裁判決は、特段平成 8 年最高裁判決との関係に触れることもなく、同判決を変更するものではないから、公物管理権の保護救済を目的とする訴えについて、平成 14 年最高裁判決の射程が及ばないことは、明らかである¹。

(2) 財産的な利益を背景にしていること

被告は、原告に所有権や占有権が認められないため、原告の公物管理権に、何らの財産権の裏付けがない旨主張する。

¹ 被告も論文を引用している原島良成は、同「<判例研究>裁判を通じた行政上の義務の履行強制：宝塚市パチンコ店等建築規制条例事件最高裁判決」上智法学論集 47 巻 2 号 61 頁以下の 69 頁脚注 21 において、「公物管理権を、管理主体の所有権に淵源するものと見るならば、それは、単なる管理“権能”と言うより管理する“権利”に近く、請求権の基礎たり得るとも言えよう。」「前掲注(20)に挙げた昭和 53 年横浜地判は、「・・・右は本件ゴルフ場管理関係の終了による原状回復請求としての明渡等請求であり、私法上の賃貸関係等の終了による返還請求としての明渡等請求と、その本質において異なるところはないから、右請求権の実現については民訴法所定の方法によることができる」と述べる。また、同じく前掲注(20)の昭和 52 年千葉地決は、航空法 49 条 2 項に基づく除去請求権は「航空機離発着の安全を確保するため、右規定により空港設置者に創設的に与えられた権利であると解される」と判示した。」として、公物管理権に基づく訴えについては許容している。

また、ここで引かれている千葉地決の事案は、航空法 49 条 1 項に違反して建設された鉄塔について、空港公団が違反物件の除去請求権（同条 2 項）を被保全権利として断行の仮処分を行ったものであるが、所有権は債務者にある事案である（債務者は、空港に反対する団体であり、その共有持分権を多数人に譲渡した形をとっていたが、判示は、名義だけで、通謀虚偽表示である、あるいは、鉄塔除去を妨害するための行為であり、持分権の主張は権利の濫用であると判断している）。

つまり、他有公物（公物管理権者が所有権者ではない）であっても問題はなく、後述するとおり、本件のように財産管理に係る使用権があれば足りる。

この点、公物管理権の作用を財産管理権の行使と捉え、「他有公物の場合には、その管理権は、所有権行使の制限された物権的支配権とみてよく、・・・むしろ、内容的には、法令に特別の規定のない限り私物に対する管理権と同様のものとして把握される。」「公物は公法、私物は私法との考え方は、今日とりえないであろう。公物も、基本的には、私物と同じく所有権による管理に服しているのもであって、たまたま公共性が強いことにより強度の法的制限の下におかれているにすぎないからである。逆にいえば、国有財産や公有財産である以上、たとえ公物＝行政財産でなくても、その管理とは、各種の法的制限が一般私法以外にも存在しうるのであって、それは、法的規制の強度の差によるものといえるのである。したがって、私物と公物－普通財産と行政財産を原理的にみて異質の財産と考えることは誤りであり、公物管理権は、本質的には、公権力の行使としてとらえられるべきものではない」と述べるものとして、原野翹「財産管理法」下山瑛二・室井力『行政法下巻』61 頁から 62 頁がある。

しかし、そもそも、上記のとおり、平成8年最高裁判決は、占有権を認定していないから、所有権や占有権の裏付けを有するか否かは、公物管理権に基づく請求が法律上の争訟足りうるか否かとは無関係である。

また、仮に関係するとしても、原告は、国有財産法9条3項、同法施行令6条2項1号カ、沖縄県国土交通省所管公共用財産管理規則2条(1)号により、漁港法、港湾法、海岸法の適用を受けない海について、取得、維持、保存、運用及び処分を行っているところ、このような意味で使用する権利を有しているから、この意味でも被告の主張には理由がない。

このような取得、維持、保存、運用及び処分は、第一号法定受託事務であるところ、原告は、被告の機関として、このような事務を行っているわけではない。

原告という、被告と異なる行政主体は、漁港法、港湾法、海岸法の適用を受けない海について、使用する権利を有していることは明らかである(これは、被告の機関としての「権限」ということではなく、原告という、被告とは異なる行政主体に帰属する私法上の財産権に準じた権利である)。

このような使用权は、所有権者ではなくとも、また、占有を失っているかに否かにかかわらず、法律上の争訟性を基礎づけるものである²。

² 国は、福岡高等裁判所那覇支部平成29年(行コ)第5号公文書開示決定取消請求控訴事件において(原審那覇地方裁判所平成27年(行ウ)第3号公文書開示決定取消請求事件)、沖縄県知事が行った、沖縄県・国・在日米軍の三者間の共同使用に係る土地の使用協議に関する文書の情報公開決定について、国が提起した取消訴訟の法律上の争訟性、原告適格を基礎づけるにあたり、米軍との使用協議の内容が明らかになれば、所有権(国有地の場合)ないし使用権限(公有地、民有地の場合に、賃借権等に基づく)を害されるおそれがあることから、固有の財産的利益の救済を求めるものである、と主張している。

(3) 本件訴えが公物管理権の保護救済を求める訴えであること

既に訴状でも述べたが、沖縄県漁業調整規則 39 条は、海という公共用物の公共用物としての機能を維持発展させるための管理行為（機能管理）を沖縄県知事に委ねたものに他ならない。

したがって、本件訴訟は、海という公共用物について、財産管理、機能管理を行う主体である原告が、その公物管理権の保護救済を求めて提起するものでもあることから（なお、平成 8 年最高裁判決は、道路管理権という機能管理権に基づく訴えである）、そもそも、平成 14 年最高裁判決の射程は及ばない。

5 許可権限の行使を「無きが如きものとされる」程度に損なわれるような行為については、平成 14 年最高裁判決の射程外として、法律上の争訟と解すべきこと（亘理意見書に基づく主張）

以下では、亘理意見書に基づき、本件が平成 14 年最高裁判決の射程外であると捉えるべきことについて論じる。

(1) 本件と平成 14 年最高裁判決の事案の違い

亘理意見書が指摘するとおり、平成 14 年最高裁判決の事案は、中止命令という行政処分の権限行使が行われたことを前提に、それにより生じた義務の履行強制が司法権の判断に委ねられた事案であるところ、本件は、それとは異なり、岩礁破碎行為について本来的には許可・不許可（以下では、許可・不許可を併せて「許否」という。）の判断を

要するに、所有権に限定されず、また、占有をしておらずとも、賃借権や、駐留軍用地特措法に基づく使用権限は、法律上の争訟性を基礎づける財産的利益となると主張している。

なお、前脚注の原野の見解を参照。

なし得る権限が都道府県知事に帰属するにも限らず、かかる権限行使自体が「無きが如きものとされる」程度に損なわれたと認定し得ないかが争われている事案である。

(2) 当事者間の具体的な権利義務関係と法律関係について

法律上の争訟該当性判断にあたっては、「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」であることが要求される。

民事上の法律関係一般において通常想定される「当事者間の具体的な権利義務」関係に留めておこなら、本来それと同視し得るものでありながら、権利義務関係とは異なった局面で生じる法律関係を裁判による審理救済の対象から不当に除外してしまうことから、権利義務関係には必ずしも該当しないが、それと同視し得る内容・性質を有する事案を「当事者間の具体的な・・・法律関係」の中に包摂することで、法律上の争訟性を認め、裁判による審判・救済の対象に取り込むことを可能ならしめる趣旨を含意する規定として裁判所法3条1項は把握されるべきものである。

(3) 本件事案が、少なくとも、上記の意味で法律上の争訟に含まれうべきこと

亘理意見書が指摘するとおり、本来、行政処分を介して行政主体と私人との間に形成される関係が、権利義務ないし法律関係に該当することは、明治憲法の時代から認められてきたところであり、それにもかかわらず、平成14年最高裁判決が、法律上の争訟性を否定したのは、工事の中止命令という行政処分によって生じた義務の強制履行に

司法権の手を借りようとするものであった、という点で特殊の事情が存在したことにある。

つまり、このような場合には、裁判所は、行政処分が無効であり、処分当初より一切の効力を生じないとされる場合を除いて、当該処分が有効であることを前提に相手方国民に対し当該処分により生じた義務の履行を命ずるか否かを判断せざるを得ない立場に置かれる。すなわち、裁判所は、行政処分の適法性を自らの目で全面的に審査することができないという制約を受けるが、それにもかかわらず、当該処分の有効性を前提とした義務の履行強制のための裁判を行わなければならないという事態を招きかねない。

このような事態は、行政権に対する司法権の関係という見地から、あるいは相手方国民の権利保護の観点から見ても、妥当性を有し得ないと考えたと思われる。

しかし、本件は、そのような特殊な事情があるわけではない。

本件事案では、法律上都道府県知事に配分された許否権限の可能性自体が無きが如きものとされたという意味で、当該権限の帰属自体が否定されたとみなし得るか否かが争われている。

権利の本質は、一定内容のモノや資源が特定の者へ帰属し、当該特定者は当該モノや資源を自己に帰属するものとしてその利益を享受し、又は処分し得るとされる点にある。

したがって、法律上の争訟概念における「当事者間の具体的な権利義務」という言い回しも、特定のモノや資源が特定の者に帰属することを前提に、帰属する者に認められる権利とその対極にある義務者との法律関係を意味するものとして想定されてきており、かかる権利が

不法に侵害されるときには、自己に帰属する当該権利を防御し又は回復するための訴訟の提起が可能とされなければならない。

一方で、本件に目をやれば、上記のとおり、本件における許否権限も、法律で当該行政庁に帰属するものとして付与されたものであり、当該帰属する権限の行使の可能性それ自体が他の者により一方的に否定され、当該権限自体が無きが如きものとされる場合には、権利の存在自体が損なわれる場合と同視し得るから、このような場合も、「当事者間の具体的な権利義務関係」と同視し得る性質の紛争を内容とする事案に当たり、したがって、「当事者間の具体的な・・・法律関係」として、法律上の争訟に該当すると考えるべきである。

第2 本件訴訟が法律上の争訟にあたること

1 法律上の争訟性に関する被告主張への反論

(1) 被告主張の概略

被告の主張は、端的にまとめると、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）と捉えた上で、法律上の争訟は、国民が自己の権利利益を侵害されたとして裁判所に救済を求める訴訟に限定されるもので、特別の規定がなければ、行政主体がその権限の保護を求めて裁判所に救済を求めることはできない、というものである。

かかる主張を基礎づけるために、司法権に関する学説や過去の裁判例、他の法制度との整合性、法律による行政の原理との合致等を主張する。

しかし、いずれも理由がない。

以下、被告第1準備書面の論述に沿って反論を行う（答弁書における主張は、第1準備書面における主張と独立した反論を要するものとは思われない）。

短くまとめておくと、司法権の「対象」、法律上の争訟概念は、原告の裁判を受ける権利の行使としての訴えに限定されるものではなく、権利義務ないし法律関係を巡る当事者間の紛争であれば足り、そのように解釈しなければ、刑事事件や、国や地方公共団体の財産権に基づく訴えを説明できないし、なぜ民衆訴訟や機関訴訟を立法政策により付与しうるかも説明できない。

本件訴訟を認めたからといって、被告の縷々主張するところの、他の法制度との適合性や、法律による行政の原理との整合性に何ら問題はないし、事実上の支障も生じない。

(2) 第1準備書面第2・1・(1)

ア 従来判例・学説について

まず、被告は、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」に限られると主張する。

この点は、司法権の固有の内容が何を指すか、という点に問題があるが、「法律上の争訟」概念が司法権の対象と「概ね」一致すること自体に問題はない。

ただし、ここで被告が引用する最高裁昭和41年2月8日判決民集20巻2号196頁、最高裁平成元年9月8日判決民集43巻8号889頁、最高裁昭和56年4月7日判決民集35巻3号443頁は、いわゆる技術士試験事件、蓮花寺事件、板まんだら事件についての判

決であり、いずれも、法令の適用により終局的に解決できるか否かが問題となったもので、行政主体の起こす行政上の義務の履行請求の是非について述べたものではないし、いわんや訴えの主観性（被告主張のように、提訴者の権利保護目的の訴えのみ法律上の争訟に含まれるとされるか否か）が問題となったものではない。

被告は、進めて、憲法 32 条の裁判を受ける権利は、性質上固有の司法作用となるべき純然たる訴訟事件につき裁判所の判断を求めることができる権利をいうと主張する。

この点は、特に問題があるわけではない。しかし、被告が引用する最高裁昭和 35 年 7 月 6 日決定民集 14 卷 9 号 1657 頁は、戦時民事特別法、金銭債務臨時調停法に基づく調停に代わる裁判の効力が、最高裁昭和 40 年 6 月 30 日決定民集 19 卷 4 号 1114 頁は、家事審判法に基づく審判の効力が争われたものであり、要するに非訟事件と区別される訴訟事件について裁判を受ける権利について論じられたものであるから、本件における争点とは関連しない³。

次に、被告は、機関訴訟や民衆訴訟について、法律上の争訟として当然に訴訟の対象となるものではないとしている。

この点、被告が引用する最高裁昭和 28 年 6 月 12 日判決民集 7 卷

³ なお、裁判所法の制定経緯からは、裁判所法 3 条 1 項後段の「その他法律において特に定める権限」は、第九次裁判所法案に対して、修正がなされたものであるが（甲 C 4 号証 438 頁）、この修正は、具体的には、昭和 22 年 2 月 13 日における、枢密院の第二回審査委員会における、「「争訟」に非訟事件が入らぬとすれば、裁判所がそれを扱う権限があることを明かにすべきである。」（林顧問官）という趣旨の意見を踏まえてのものであり（甲 C 3 号証 705 頁）、非訟事件を想定したものであり、客観訴訟を想定したものではない。

したがって、客観訴訟と対比されるところの、主観訴訟が法律上の争訟に含まれ、客観訴訟は法律において特に定める権限と読む解釈は根拠がない。

行政主体が行政上の義務の履行を求めて提起する訴えは、非訟事件と区別されるところの訴訟事件である。

6号663頁は、市議会議員が、市議会の議決の不存在または無効確認を求めて、市及び市長を被告として提起された訴訟であり、最高裁昭和28年5月28日判決民集7巻5号601頁は、町議会議員が町長に対して、町議会の招集を命ずる旨の判決を求めて提起した訴訟であり、最高裁昭和32年3月19日判決民集11巻3号527頁は、村民が、村長選挙の期日告示の取消しを求めた訴訟に関して、それぞれ不適法として却下したものである。

言うまでもないが、これらの裁判例は、機関訴訟及び民衆訴訟の実質を持つ争訟について判断を行ったものであり、本件訴訟とは対象が異なる。

したがって、被告が、これらの裁判例から、「判例は、**憲法76条1項**が定める「司法権」の本来的な範囲を、国民が自己の権利利益を侵害されたとして裁判所に救済を求める訴訟に限定しており」という結論を導くことは、論理に飛躍がある。

確かに、「国民が」提起する場合には、「自己の権利利益を侵害されたとして救済を求める場合」でなければならないであろう。ただし、このような場合でなければ、「国民の権利義務や法律関係を巡る紛争」が存在しない（当該国民は、紛争の当事者ではない）からである。

しかし、これらの裁判例は、国民の権利義務や、法律関係を巡る紛争について、国ないし地方公共団体側から訴えを提起できるか、という問題に対して、何らか述べたものではない。

民衆訴訟や機関訴訟が法律上の争訟にあたらなことから、当事者間の権利義務ないし法律関係を巡る紛争であるところの、行政上

の義務の履行を巡る紛争がこれにあたらぬ、ということは結論付けられない。

イ 現行法制度との整合性について

被告は、続いて、現行法が、上記のように、「憲法 76 条 1 項が定める「司法権」の本来的な範囲を、国民が自己の権利利益を侵害されたとして裁判所に救済を求める訴訟に限定して」いるという考え方に基づいて設けられている、と主張し、行政事件訴訟法 9 条 1 項、10 条 1 項、5 条、6 条、42 条、地方自治法 251 条の 5 第 8 項、251 条の 7 第 4 項) をその例として挙げ、藤田宙靖『行政法総論』403 頁ないし 404 頁、杉本良吉『行政事件訴訟法の解説』7 頁、24 ないし 26 頁、塩野宏『行政法Ⅱ（第 5 版補訂版）』80 ないし 82 頁を引用する。

しかし、既に述べたことから明らかだが、行政事件訴訟法 9 条、10 条 1 項の定めは、「国民が」訴えを提起する場合に、「自己の権利利益を侵害されたとして救済を求める場合」でなければならず、当該利益に関連する主張のみを許す趣旨を定めたものであるが、国民の権利義務や、法律関係を巡り紛争が生じている場合に、国ないし地方公共団体側から訴えを提起できるか、という問題に答えるものではない。

同様に、5 条、6 条、42 条の定めも、民衆訴訟及び機関訴訟について規定されたものであり、これらの訴訟は、権利義務や法律関係を巡る紛争が原告被告間に存在しないものを、擬制する制度であるから、行政上の義務の履行を求める訴訟の可否には直ちに結びつか

ない（言うまでもないが、本件訴訟は機関訴訟でも民衆訴訟でもない。）。

地方自治法の関与の法制についても、その評価自体、争いがあり、別の観点から（端的に言えば、自治権から）の問題はあるが（塩野宏『行政法Ⅲ』252頁）、いずれにせよ、本件訴訟の可否とは関連性がない。

このことは、被告が引用する塩野宏と藤田宙靖のいずれも、平成14年最高裁判決の法律上の争訟概念を理解できないとしていることからしても（塩野宏『行政法Ⅱ〔第五版補訂版〕』283頁「本件の具体的解決方法としても、理論上の問題としても、本件最高裁判所の司法権論は説得性がない」、藤田宙靖『行政法総論』277頁「私自身もまたこの平成一四年判決の結論及び理由づけに対しては、疑問を抱くものであって、国民と行政庁（国）との間の権利義務のあり方につき定める法令の規定の解釈及び適用を巡る争いが、国民の側から争う場合にのみ法律上の争訟となり、国の側から争えばそうならないという理屈は、理解が困難である」）、明らかであろう（つまり、住民訴訟、機関訴訟に関する法制の存在から、平成14年最高裁判決のような片面的な法律上の争訟概念が論理的に導かれるわけではない：なお、杉本良吉は、行政主体が行政上の義務の履行を求めて提起する訴えについては、何も語っていない）。

被告は、さらに、機関訴訟のような行政権限の救済を目的とした紛争が本来的な司法権の範囲に含まれるなら、立法府が定める法律によっても奪うことはできないと解され、現行制度（大臣間の権限の疑義の裁定に関する内閣法7条、普通地方公共団体相互間又は普通地方公共団体の機関相互間の紛争に係る自治紛争処理委員の調停

に関する地方自治法 251 条の 2) について、違憲の疑いが生じることになりかねないと主張するが、上記で述べてきたとおり、機関訴訟は、元々権利義務や法律関係を巡る当事者間の紛争が存在しないところを擬制している制度であり、権利義務ないし法律関係を巡る紛争において、行政主体側から提訴できるか、という問題に直ちに答えるものではない（なお、機関訴訟について、法定しなければ提起できないとしても、裁判を受ける権利との関係では、違憲の問題が直ちには生じないことについては、争うものではない（ただし、国と地方公共団体間の訴訟については、自治権の観点からの違憲の問題の可能性は否定されないであろう））。

ウ 司法権の沿革及び期待される役割について

被告は、続けて、「憲法 76 条 1 項が定める「司法権」の本来的な範囲を、国民が自己の権利利益を侵害されたとして裁判所に救済を求める訴訟に限定しているという考え方について、司法権の沿革や、その期待される役割の観点から理解できるとし、兼子一・竹下守夫『裁判法（第 4 版補訂版）』66 頁、佐藤幸治「自由の法秩序」同他編『憲法五十年の展望Ⅱ』44 頁、野中俊彦他『憲法Ⅰ（第 5 版）』5 頁を引用し、司法権が国民の裁判を受ける権利を受け止める統治構造上の制度的基盤をなすもので、国民の権利利益を保護するために権限を与えられたもので、憲法が自由主義を基本理念とする以上、国民に義務を課すような形で行使される行政権を保護する権限を付与していると解することはできないと主張する。

しかし、司法権の主要な任務が、国民の裁判を受ける権利に対応

して、国民の権利利益の保護救済にあることと、司法権の「対象」が国民の裁判を受ける権利保護のための訴えに限定されることは、論理的に直ちに接続するものではない。

この点、我が国における司法権に関する学説が、殊更に行政主体が行政上の義務の履行を求める訴えを排除するものとして、司法権の対象及び法律上の争訟概念を構築してきたかについては、極めて疑わしい（百歩譲っても、想定した議論をしていない論者がほとんどであったと思われる：なお、現行憲法下において、行政上の義務の履行を求める場合には、司法的執行が原則であることについては、後に触れる）。

例えば、被告が引用する佐藤幸治は、同『日本国憲法論』589頁において、平成14年最高裁判決に触れ、「日本国憲法の「司法権」は一般に英米法系のものとされるが、英米にあつては行政上の義務の履行を求める訴訟は通常の司法権の範囲に含まれると観念され、むしろ司法的執行が本来の原則であるともいわれる（中川丈久、松井茂樹）。また、判決の論理に従えば、刑事訴訟などは一体どのように位置づけられることになるのであろうか。判決の根底には、司法権を私権の保護に限定しようとする明治憲法体制下の発想がなお存在しているのではないか。それは、法の支配の理念に適合するものであるか。裁判所としては、この種の訴訟も司法権の核にあると考えるか、少なくともその核の延長にあるものとして自らの職責と考えるべきものではなかったか。」として、同判決を明確に批判している。

この点、佐藤幸治の司法権概念については、被告の引用する佐藤幸治「自由の法秩序」同他編『憲法五十年の展望Ⅱ』47頁において示されているとおり、「司法権」の独自性は、「公平な第三者（裁判官）

が、関係当事者の立証と推論に基づく弁論とに依拠して決定するという、純理性のとくに強く求められる特殊な参加と決定過程たるところにあり、これに最もなじみやすいのは、「具体的紛争の当事者がそれぞれ自己の権利義務をめぐって理をつくして真剣に争うことを前提にして、公平な第三者たる裁判所がそれに依拠して行う法原理的な決定に当事者が拘束されるという構造であり、そしてこの「法原理的に確定された権利」に対して実効的「救済」を与えるところに司法権の役割がある」というものである。

被告が引用する「司法権は、十全に独立性を保障された裁判所の公正な裁判によって国民がその権利・自由に関し実効的な救済を得ることができるという国民の裁判を受ける権利（憲法 32 条）を受け止める統治構造上の制度的基盤をなすものである」（同 44 頁）という箇所も、裁判を受ける権利を受け止める統治構造上の制度的基盤をなすと述べているのみである。

要するに、司法権の独自性は、法原理機関としての性格から基礎づけ、このような法原理機関としての性格故に、国民の裁判を受ける権利の統治構造上の制度的基盤となりうるということを述べているに過ぎず、司法権の対象を国民の裁判を受ける権利の救済にかかる紛争に限定するものではない。

さらに、佐藤は、裁判を受ける権利についても、「三二条を非刑事裁判手続にのみかかわる規定と解するのは、三二条が刑事に関する三一条と三三条以下の中に割り込むような形になって釈然としないのは否み難い。三二条は、やはり刑事裁判に関する要請を含みつつ、その文言からして、およそ裁判を受ける権利（司法上の人権）を一般的に規定したものと解すべきではあるまいか。そしてその際、筆者流に言えば、「適正な手続的処遇を受け

る権利」と「裁判を受ける権利」との内的関係を明確に認識すべきである。」

(同書 44 頁) と述べている。

このような佐藤の司法権観、裁判を受ける権利観からは、行政上の義務の履行を求める訴えが司法権及び法律上の争訟概念から排除されるという考え方は、論理的に直結されない(だからこそ、佐藤は、平成 14 年最高裁判決を批判している)。

けだし、行政上の義務の履行を求める訴えは、当事者間の権利義務ないし法律関係を巡る紛争であることは疑いようがなく、権利義務ないし法律関係を巡る紛争解決のために、当事者が理を尽くして真剣に争い、裁判所が法原理的な決定を行い、これに拘束されるという、司法権の法原理的な役割にとって、かかる紛争を巡る訴訟の提起者が常に国民でなければならないということにはならないからである(権利義務ないし法律関係を巡る「紛争」の当事者であれば、原告という立場であろうが被告という立場であろうが、理を尽くして真剣に争うであろうことに変わりはない)。

そして、刑事訴訟と同様の意味において、行政主体が行政上の義務の履行を求める訴えは、法の支配を実現する要請と国民の適正手続の保障という観点からも許容され、適正手続の要請を含めた裁判を受ける権利に背馳するものでもないのである。

被告が他に引用する兼子一・竹下守夫『裁判法(第 4 版補訂版)』については、著者のいずれも民事訴訟法学者であるため、基本的には、民事訴訟のモデルを念頭に置いて議論を行っていると思われる。

同著書 66 頁以下では、「裁判は主体間の社会的関係における具体的利害の衝突の解決調整を目的とする判定であって、特に国家的司法にあっては、

その主体の少なくとも一方は個人またはその団体であり、法の保障する個人の一身的または経済的利益が他の主体と衝突する事件を対象とするものに限られる。～これを要するに、司法権の対象を成す「法律上の争訟」とは、法主体間の具体的権利義務に関する争いであって、法令の適用により終局的に解決しうべきものをいう」という記述があるが、ここでは、主体の「少なくとも一方は」個人またはその団体と述べられており、また、「個人の自由や権利に関係しない場合は、法律上の争訟として、司法の固有の権限に属するとはいえない。」との記述（同 67 頁）からも、論者の法律上の争訟概念は、訴訟の対象が個人の自由や権利に「関係」するものであることを要求はしていても、提起者が国民であることや、あるいは、提起者の目的について言及されているわけではない。

少なくとも、行政主体が行政上の義務の履行を求める訴えの可否についての議論がされているわけではない。

なお、同書 13 頁では、「司法審査による行政の抑止という点では、行政訴訟も刑事訴訟も同様である。ただ一般の行政権にあつては、行政官庁が一方的に国民に対して処分をすることができるのが原則であるため、司法審査が事後的になるのが通例であるのに対し、刑事訴訟では、刑罰権の行使も、一種の行政に外ならないが、そのためには必ず裁判を経なければならないとの要求があるので、司法審査が事前に行われる点で、差異があるだけである。したがって、刑罰権以外の行政権の行使でも、国民の利益自由に重大な影響を及ぼす場合には、事前に行政上慎重な手続（例えば、聴聞手続、証拠調べ）を経ることが望ましいが、更に進んでは、事前審査として行政機関の方から裁判所へ出訴して判決を得てからでなければ、その執行ができないこととすることも考えられる。」との記述もあり、刑事訴訟と行政訴訟を類似し

たものと見た上で、行政訴訟での事前審査の可能性についても肯定している。

他に引用する野中俊彦他についても、同『憲法Ⅱ（第五版）』229頁では、司法権について、明確な自説は述べられておらず、「司法権の観念をめぐっては、先にみたように今日さまざまに動揺があるが、従来その本質的要素として事件性ないし争訟性があげられてきたことは間違いのない。そして司法権の一般的な歴史的沿革に照らしても、また日本国憲法に強い影響を与えたアメリカの司法観に照らしても、考察の出発点においてそれを司法権の本質的要素とみることは正当であろう。事件性ないし争訟性とは、端的にいえば、紛争当事者間に法律関係に関する現実的・具体的な利害の対立が存在するということであり、そのような性質を備えない抽象的・一般的ないし仮定的な紛争には司法権は及ばないとされるのである。裁判所法三条にいう「法律上の争訟」もそのような性質を備えた紛争をいうものと解されるが、通説的見解は、それを当事者間の具体的な法律関係ないし権利義務の存否に関する争いであることのほかに、法律の適用により終局的に解決できるものであることの二要件を満たすことが必要であるととらえており～判例もまた「『法律上の争訟』とは法令を適用することによって解決し得べき権利義務に関する当事者間の紛争をいう」と解している。～こうして事件性ないし争訟性は、司法権の本質的要素とされ、したがって司法的解決を求める訴訟の具備しなければならない基本要件とされるのである」と述べるにとどまっており、行政主体が行政上の義務の履行を求める訴えが排除されるかは明確ではない。

むしろ、憲法の歴史的沿革から、アメリカの司法観を参照して事件性・争訟性を求めていることからすると、アメリカにおいては行

政上の義務の強制については、司法的執行が原則であるから、排除されることにはならないと思われる。いずれにせよ、少なくとも、行政主体が行政上の義務の履行を求める訴えの可否についての議論は全くない。

さらに言えば、著者のうち、野中俊彦は、「司法権の観念をめぐっては、日本国憲法の下での通説は、「一般に司法とは、具体的な争訟について、法を適用し、宣言することによって、これを裁定する国家の作用である」と定義し、大方の支持を得てきた。～そして日本国憲法の下での司法権については、アメリカ流の司法権の影響を受けたものであり、行政裁判権や違憲審査権も含まれるが、司法権の発動にはアメリカでいわゆる「事件性」、「争訟性」にあたる要件が必要であり、それがいわば司法権の本質であり、裁判所法三条にいう「法律上の争訟」がほぼそれにあると考えてよいとされてきた。～私自身もテキスト等でしばしば祖述してきた」とした上で（同「司法の観念についての覚書き」杉原泰雄先生古稀記念論文集刊行会『二一世紀の立憲主義－現代憲法の歴史と課題－』431頁から43頁）、職務執行命令訴訟の事件性について検討を加え、「私見を発表した時点での旧職務執行命令訴訟は、自治体首長の罷免にかかわる訴訟であったので、その限りで事件性の実質を備えていたと解することが許されよう。改正後の訴訟についても国と自治体の板挟みの解消のための訴訟は、同様に考えてよいと思われる。これを国と自治体の権限に関する議論と結び付けて論じる見解があるが、それにとらわれずに実質的に判断すべき問題のように思われる。」（同437頁）と論じている。

野中の見解では、司法権の範囲、すなわち法律上の争訟と認められるべき「事件性」、「争訟性」概念は、相当に広く、また、必ずし

も「国民」が裁判を受ける権利の行使として提起する訴訟に限定されていないことも明らかである。

以上を要するに、被告の引用する憲法学説が語る司法権の沿革やその期待される役割から、被告の主張を基礎づけることはできない⁴。

被告は、さらに、原島良成「地方政府の原告適格に関する一考察（1）」上智法学論集 50 巻 3 号 78 頁を引用して、司法権及び法律上の争訟概念は、民主的正統性に欠ける司法権の発動対象を画する憲法上の概念であることに鑑みるなら、行政主体が司法権発動を通じて国民に統制を及ぼす場面までその内側に包摂することには慎重であるべきであると主張し、必要があれば、行政的執行という手段を準備できるから、必要もないと主張する。

しかし、民主的正統性についての議論が、なぜ行政主体が行政上

⁴ なお、憲法学説における平成 14 年最高裁判決についての受け止め方としては、渋谷秀樹『憲法 第 3 版』638 頁「このような理解には根本的問題がある。第 1 に、そう理解すると、刑事事件も検察官が公益を代表して控訴を提起するから、「法律上の争訟」ではなくなること、第 2 に、現行憲法の司法概念の典拠となったアメリカ合衆国ではこのような訴訟も「事件 (cases)」または「争訟 (controversies)」と解されているのに、この判決はなお旧憲法下の大陸法的司法概念にとらわれていること、第 3 に、行政機関は行政権（公法の領域）の主体としては権利・利益をもたず権限をもつに過ぎないとする理解には、戦前からの公法・私法二元論（および国庫理論）さらには公法の領域における自己完結的な旧行政執行法のイメージが色濃く投影されているが、裁判所の機能を私権保護に限定する二元論を維持する憲法上の根拠は失われていること、などの問題点を指摘できる。すべての具体的な法的紛争は、最終的には司法裁判所によって裁定されるとする包括的司法概念を採用した日本国憲法下の統治機構の基本構造、さらにはその背景にある法の支配の原理からすると、行政上の義務の司法的執行は推奨されるべきものでこそあれ、否定すべき根拠を見出すことはできない。」、市川正人『基本講座憲法』314 頁「日本国憲法がその司法権観念を受け入れたとされている英米では、政府が行政上の義務の履行を求めて私人を相手に訴訟を提起する（司法的執行）というのが、本来の原則である。この最高裁判所は、訴訟は私的な権利利益の保護のためであるという考え方にとらわれすぎていると言えよう。」、松井幸夫・永田秀樹『憲法教室』249 頁「①②に加えて事件性をさらに狭めようとするものであるが、これについては学説上批判が多い。最高裁は、民事訴訟を念頭に置いているようであるが、この理屈を押し進めると刑事訴訟も司法権の範囲外ということになってしまう。日本国憲法下の司法権は、民事訴訟や刑事訴訟に加え、国賠訴訟、行政訴訟、憲法訴訟まで扱うようになりその役割は大きくなってきている。とりわけ違憲立法審査権の導入は、司法権の役割を民主主義全体のなかで位置づけ直すことを求めている。モンテスキューの時代と異なる、現代型権力分立のなかで果たすべき裁判所の役割という視点から、司法権の概念も見直されるべきであろう。」等、総じて批判的である。

の義務の履行を求める訴えの排除に繋がるのかは、論理的に明らかではない。国民による民主的過程でのコントロールが困難である裁判所が、行政主体が行政上の義務の履行を求める訴えを取り扱うことにより、国民の権利侵害が生じるおそれがあるということであろうか。

しかし、そもそも、ある法が、何らかの義務を国民に課しているところ、手続的保障を与えた上で、かかる義務を果たすよう司法権が命じることで、なぜ国民の権利侵害に繋がるというのであろうか。

このような論理に基づくなら、民主的正統性を持たない司法機関に刑事訴訟を委ねることはできないのではないであろうか。

民主的正統性を持たない司法機関に、憲法が終審として裁判を行うことを求め、違憲審査権を付与しているのは、司法権の対象となるべき事件性・争訟性を有する紛争の解決に付随して司法機関が行う法的判断については、行政機関が行う判断よりも、言ってみれば、「正しい」という価値判断がなされているからである。

だからこそ、刑事事件の処理は裁判所に委ねられているのである。

行政主体が行政上の義務の履行を求める訴えも、事件性・争訟性に欠けることはなく、民主的正統性を持とうが持たなかろうが、このような紛争に付随して、裁判所が行う法的判断が、「正しい」とされることは、憲法が司法権を裁判所に付与した趣旨に何ら反していないし、刑事事件と同様、適正な裁判手続きの下で何らかの義務を課されるとしても、国民の裁判を受ける権利に背馳するものでもない。

また、凡そ行政法において、何らかの義務を私人に課す場合、何

らかの公益を目的とするものであるところ、典型的には、複効的行政処分の存在を視野に入れた場合に、制度として、行政主体が行政上の義務の履行を求める訴えを二面的な関係で捉え、単純な国民の権利侵害と捉えること自体、妥当性を欠くものである。

また、行政執行（狭義）という手段を準備できるから必要がないというのであるが、地方公共団体には準備ができないし、実際に存在する場合の、いわゆるバイパス理論とは異なり、実際には本件においては、かかる手段が存在しない以上、行政主体が行政上の義務の履行を求める訴えの必要性が否定されることはありえない。

なお、平成 14 年最高裁判決についての論文である、原島良成「＜判例研究＞裁判を通じた行政上の義務の履行強制：宝塚市パチンコ店等建築規制条例事件最高裁判決」上智法学論集 47 巻 2 号 61 頁において⁵、論者は、佐藤幸治説の説く司法権論を前提としているが（64 頁）、論者自身、「ここで司法権の本質を探究する余裕はない」（同 73 頁）、
「本判決を是とするか否かの評価は、訴えの主観性を憲法上の要請と見るか政策的配慮上の要請と見るかという、司法権概念の理解を前提とするものであり、評釈者（原島）の能力を遥かに超える課題である。」（同 76 頁）とするように、憲法上の司法権概念について、自ら厳密な考察を行った上でなされた論ではない。

⁵ 被告が引用する論文は、抗告訴訟を純然たる主観訴訟ではない、とみた上で、固有の資格に基づく地方公共団体の抗告訴訟の原告適格の基礎付けを試みる論文であり、直接的に平成 14 年最高裁判決を論じたものではない。

なお、被告引用の論文においては、論者の定義するところの「主観」を前提にした上でだが、「抗告訴訟」の、非主観訴訟性が前提とされている。

しかし、行政事件訴訟法 9 条、10 条の存在を踏まえた上で、抗告訴訟の非主観訴訟性が基礎づけられるなら、これらの条文との整合性から、行政主体が行政上の義務の履行を求める訴えを主観訴訟ではないとして排斥する被告の主張とは整合しない。

また、当事者訴訟においても、論者の定義するところの「主観」を前提にしても、非主観訴訟を含みうる可能性は排除されないのではないであろうか。

上記のとおり、論者が前提とする司法権観を唱える佐藤幸治自身が平成 14 年最高裁判決を批判していることからすると、かかる司法権観を前提においた論者の主張は、限定的に捉えられるべきである。

(3) 第 1 準備書面第 2・1・(2)

被告は、平成 14 年最高裁判決が従前の判例と整合的であるとして、最高裁平成元年 9 月 8 日判決民集 43 卷 8 号 889 頁、最高裁昭和 56 年 4 月 7 日判決民集 35 卷 3 号 443 頁、最高裁昭和 41 年 2 月 8 日判決民集 20 卷 2 号 196 頁、最高裁昭和 29 年 2 月 11 日判決民集 8 卷 2 号 419 頁、最高裁昭和 28 年 11 月 17 日判決集民 10 号 455 頁を引く。

しかし、被告が自認するとおり、これらは、いずれも、国民が原告となって提起した訴訟であり、宗教団体内部の紛争、技術士国家試験に関する訴え、教育勅語に関する訴えであり、国や公共団体が行政上の義務の履行を求める訴えの許容性とは関連性がない。

被告は、続けて、財産権や契約の主体となる場合のように私人と同視し得る地位に立つ場合には、行政権が国民の権利利益を制約するという側面を有しないから、これを認めても、司法権が国民の権利利益の保護救済を図ることをその本来的な役割とすることに反しないが、国民に対して義務を課す行政権を行使する場合については、国民の権利利益を制約する目的で提起されるものであるから、憲法が司法権にその権限を与えた趣旨に反し、当然に司法権の固有の内容であるとは言えない、と主張している。

この点の主張は、平成 14 年最高裁判決に対する、国又は公共団体

の提起する財産権に基づく訴えであっても、裁判を受ける権利の裏付けのない訴えには変わりがないではないかとの批判（例えば、人見剛「宝塚市パチンコ店等規制条例事件最高裁判決」自治総研 32 巻 4 号 54 頁）に応えたものと思われるが、理由がない。

けだし、財産権に基づく訴え、例えば、民法 570 条に基づいて、瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求を行うとした場合、国民の側の義務は、民法 570 条が定める損害賠償義務ということになる。

一方で、本件訴訟の場合、沖縄県漁業調整規則が国民に課した義務ということになる。

同じく法が課した義務を、同じく裁判所を通じて強制を図ることが、どうして国民の権利利益の制約という観点から、区別されうるのだろうか。

確かに、処分を行う場面、行政的執行の場面であれば、行政主体は、公権力の主体として現れるであろう。

しかし、行政主体が行政上の義務の履行を求める訴訟の場面においては、国や地方公共団体も、あくまで国民と対等な当事者として現れ、法が課している義務の履行を、裁判所を通じて求めているに過ぎない。

国民の権利利益の制約という観点からは、区別のしようがない。

結局、これらの義務を区別しようとするなら、訴訟の終局的な目的（かかる義務の履行により実現しようとする目的）が公益なのか私益なのか、という区別以外にありえないであろうが、このような区別では、財産権に基づく訴えであろうが、国や公共団体は裁判を受ける権利を享受しない以上、上記の批判を免れえない。

また、最高裁平成 21 年 7 月 10 日判決判時 2058 号 53 頁は、公害

防止協定の履行請求が法律上の争訟にあたることを肯定しており、公益保護目的での提訴を認めているから、判例は、訴訟の終局的な目的により、法律上の争訟の内外を区別しているわけでもないと思われる。

さらに言えば、被告の立論では、行政主体の財産権に基づく訴訟は、裁判を受ける権利の行使として提起されるものではないから、行政主体に私人と同様の民事訴訟法の利用を認めるかは、専ら立法政策の問題であって、被告の定義するところの、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）の枠外にならなければおかしい。

そうであるなら、これは、「その他法律において特に定める権限」ということにならざるを得ないであろうが、民法や民事訴訟法、民事執行法は、国民にとっての法律上の争訟を認めるとともに、特に国や公共団体の提起する「特に定める権限」を定めた特別な法令ということになるのであろうか。

極めて不自然な解釈であるし、法令中、そのような解釈ができるような規定もない。

以上から、司法権概念を国民の裁判を受ける権利に対応するものと捉え、それを根拠として、国民の権利利益保護の目的で提起される訴えのみを法律上の争訟にあたるという主張と、裁判を受ける権利を享受しない国ないし公共団体が、財産的利益の保護を目的として提起する訴えが法律上の争訟にあたるという主張は、論理的に整合していないことは否定できず、被告の主張をもってしても、説明はなされていない。

なお、被告は、国や公共団体の財産権に基づく訴えの許容性につい

て、国民の権利義務を制約しないから、という説明を行うのであるが（ただし、「法律上の争訟」なのか、「その他法律において特に定める権限」なのかは不明である）、なぜ、原則は、原告の裁判を受ける権利の行使として提起されたものでなければならなかったはずなのに、原告の裁判を受ける権利とは無関係に例外を設けられるのか説明できないし、また、このような説明の仕方であれば、本件訴訟も国民の権利義務を制約しないから許容されるはずであろう⁶。

司法権の「対象」や法律上の争訟概念を、原告の裁判を受ける権利に基づき提起される訴えに限定して説明した上で、裁判を受ける権利を有しない国等の財産権に基づく訴えを同概念に包含することには、論理的に無理があるのである。

(4) 第1準備書面第2・2

被告は、我が国の訴訟制度や行政上の強制執行制度が、平成14年最高裁判決の結論を前提として構築されているとして、行政事件訴訟法の民衆訴訟及び機関訴訟に関して同法42条が法律に定める場合においてのみ提起できるとされていること、同法の平成16年改正の際の行政訴訟検討会において、平成14年最高裁判決を前提にその射程が論じられていたこと、行政主体が行政処分の名宛人に対して義務の履行請求を求め、他方で名宛人において行政処分の取消訴訟を提起し

⁶ 仮に、「法律上の争訟」になるという趣旨なのであれば、機関訴訟も、国民の権利義務を制約しないから、「法律上の争訟」になるはずである。

仮に、「特に定める権限」になるという趣旨なのであれば（平成14年最高裁判決とは異なる結論になるが）、民法、民事訴訟法に、特に行政主体が裁判を受ける権利に基づく少なくとも提起できる趣旨の明確な規定はないにもかかわらず、このような解釈が可能ということなのであるから、沖縄県漁業調整規則と行政事件訴訟法という法令を、「法律において特に定める権限」と解釈できない理由は全くないであろう。

た場合の裁判の矛盾抵触を避けるための規定が置かれていないこと、行政代執行法に司法的執行を認めるための記載がなく、同法の制定経緯においても司法権を利用した強制執行を利用できることを窺わせるものがないことを挙げる。

しかし、いずれも理由がない。

まず、民衆訴訟及び機関訴訟について他の法令の定めが必要であるという点については、上述したとおり、本件訴訟の可否には直ちに結びつかない。

次に、行政事件訴訟法の改正経緯については、同法における改正内容は、義務付けの訴えや差止めの訴えの法定、当事者訴訟としての確認訴訟の明記などであり、平成 14 年最高裁判決の結論を法定し、あるいは、かかる結論を前提にしたものではない（逆説的だが、司法的執行が制度化されていれば、平成 14 年判決の結論を前提として、立法により対応したものという評価が可能になったはずである）。

被告引用の乙 B21 号証における議論は、単に、確認訴訟について議論する中で、平成 14 年最高裁判決の射程について及んだに過ぎない。曲がりなりにも最高裁判例であって、その存在を無視して議論を行うことはできないことは当然であろうし、同判決の是非について議論する場でもない。

このような議論をもって、同改正が平成 14 年最高裁判決の結論を前提にしているというのは、牽強付会に過ぎる。

なお、委員には、塩野宏、小早川光郎、芝池義一という行政法学者が名を連ねているが（その余の委員は、裁判官（市村陽典）、文学者（萩原清子）、社会学者（福井秀夫）、官僚（藤井昭夫）、環境法学者（水野

武夫))、いずれも平成 14 年最高裁判決の結論を肯定しておらず、この点から見ても、同法改正が平成 14 年最高裁判決の結論を固定化させることを意図したものではなかったことは明らかである(塩野宏『行政法Ⅱ [第五版補訂版]』283 頁「本件の具体的解決方法としても、理論上の問題としても、本件最高裁番所の司法権論は説得性がない」、小早川光郎『行政法 [下Ⅱ]』126 頁「機関争訟の場合と違って、ここで問題となっているのは行政主体と私人との対立の関係であり、それは少なくとも私人の側の権利義務に関わるものであって、これを、およそ法律上の争訟に当たらないと言うことはできないであろう。」、また、行政上の義務の履行を求める訴えについて、同『行政法上』243 頁では、二つの考え方がありうるとして、「立法〜で、行政上の強制執行または民事上の履行強制のいずれかの方法が明示的に規定されている場合にはそれに従うべきであるが、そうでない場合には、人民の負担する義務について立法が予定する限度を超えて実効確保が追及されるべきではなく、民事手続による強制の仕組みの適用(拡大適用)を認めるには慎重さが必要だということになる。しかし他方で、真に重要なのは人民に対する強制に関して行政機関の恣意を排除することであり、民事上の法律関係の場合と同一の原則に従い、法定の手続にもとづく独立の裁判所の判断によって義務履行強制が行われるとすれば、それを広く認めることに実質的な不都合はないと言うこともできる。考え方としてはむしろ後者が妥当である。」、芝池義一は、著書においては、平成 14 年最高裁判決を引用するのみで、ほとんど何も評価を加えていないが、同『行政法読本第 4 版』147 頁では、「理屈抜きで一刀両断的に「法律上の争訟」に当たらないとした」としており、平成 14 年最高裁判決の論拠については、理屈になっていないと考えていると思われる)。

次に、行政主体の履行請求（本件とは異なり、処分が介在する場合という趣旨であろう）と名宛人の取消訴訟の関係についてであるが、同時に係属した場合は、関連請求の移送及び併合で対応すれば足りる（行政事件訴訟法 13 条 6 号、16 条 1 項）。

いずれかの判決が先に出る場合は、取消訴訟の判決が先で名宛人が勝訴した場合には、判決の形成力により処分が名宛人との関係では存在しなかったことになるのであるから、行政主体の履行請求はその前提を欠くことになり、なしえないことに帰着する。

行政主体が勝訴した場合には、後の履行請求をなしえるが、名宛人は、判決の既判力ないし争点効（信義則）により、処分の違法性を争い得ないと解すべきである。

一方、履行請求の判決が先という場合は、取消訴訟の出訴期間と我が国における通常の審理期間を考えると、同時に係属することなく、履行請求の判決が出て確定するという場面は、凡そ考え難い（また、履行請求が先になり、行政主体が勝訴した場合、執行を終えてしまうと、取消訴訟の訴えの利益は、通常は消滅しているであろうから（最高裁昭和 48 年 3 月 6 日判決集民 108 号 387 頁）、この点でも考え難い）。

仮に履行請求の判決が先に出て、且つ行政主体が勝訴した場合には、判決の既判力ないし争点効（信義則）により、処分の取消訴訟においては、処分の適法性を前提とした判断がなされるし⁷、一方で、名宛人

⁷ ちなみに、争点訴訟と取消訴訟（ないし無効確認訴訟）でも同様の問題は生じ得るが、特段の立法上の手当はされていない。

学説としては、塩野宏『行政法Ⅱ〔第五版補訂版〕』225 頁「行政庁が参加した上でなされる争点についての裁判所の判断は当該訴訟では判決理由中の判断であるから、民事訴訟法の通説的理解によれば、特段の効果を有するものではない。しかし、～民事訴訟法学説上唱えられている争点効を認める実質的基盤が、ここに典型的に存在していると思われる」との見解を参照。

が勝訴した場合には、判決の拘束力により当該行政主体に帰属する行政庁は、当然に自庁取消しすべきであるから、取消訴訟は起こりえない。

最後に、行政代執行法の規定や制定経緯についてであるが、同法は、代執行、執行罰、直接強制を認めていた戦前の行政執行法に代わり、制定された法律である。執行罰は強制力が間接的であり、強制手段としては比較的効用が少なく、その果たすべき強制機能は行政罰によってもおおむね果たされうると考えられたために削除され、直接強制は、戦前における用いられ方に鑑み、一般的制度として認めることは人権尊重の観点から行き過ぎであろうとして、削除されたものである。

制定経緯の中で、司法的執行について明確な議論が行われた形跡はないことは事実だが、人見意見書3頁以下で適切に指摘されており、列挙主義を採って行政訴訟が著しく制限され、極めて広い行政的執行手段が存在した戦前とは異なり、英米法由来の司法権概念を採用し、行政執行法の廃止、行政代執行法の制定により法状況が転換したことにより、我が国における司法的執行の可能性が初めて想定されるようになったものであるから、行政代執行法制定時に、このような議論がなされなかったのは当然であって、それ故に、行政主体が行政上の義務の履行を求める訴えを提起することが許されないと解釈することは妥当ではない（なお、中野貞一郎・下村正明『民事執行法』113頁では、逆に、行政強制の縮小を司法強制により肩代わりするものとの評価がされている）。

(5) 第1準備書面第2・3・(1)

被告は、最高裁平成14年判決の結論は、権力分立原理及びこれに派生する法律による行政の原理の要請に沿うものであり、法律が国民に対して義務を課せば、行政主体が司法を通じてその履行を強制的に実現できるとすると、立法府が公益と国民の権利利益の保護との調整を勘案して設けた対応策にかかわらず、立法府が予期しない形で国民の権利利益が制約されることになり、法律による行政の原理の要請に反すると主張する。

しかし、理由がない。

法律による行政の原理とは、「行政の諸活動は、法律の定めるところにより、法律に従って行われなければならない」という法原則であり（藤田宙靖『行政法総論』53頁）、その一内容である法律の留保の原則は、「行政活動は、それが行われるためには、必ず法律の根拠（すなわち法律の授權）を必要とする」という原則である（同60頁）。

その適用範囲については、種々争いはあるが、通説及び実務は、「行政の相手方たる臣民に対し不利益に働く行政活動、すなわちいわば臣民の「自由と財産」を侵害するような行政活動」に限られるとする、いわゆる侵害留保説に立ってきた（同81頁以下）。

同原則は、行政主体が行政上の義務の履行を求める訴えを念頭に置かれたものではなく、あくまで「行政活動」により「自由と財産」を侵害する行為に適用されるものである。

一方で、行政主体が行政上の義務の履行を求める訴えは、法が定めた義務の履行を、裁判所により実現しようとするものであって、行政主体が強制的、権力的に実現するものではない。債務名義を与えるの

も、執行を行うのも司法権である。

徹底した全部留保説に立つならともかく、侵害留保説に立つ限り、行政上の義務の履行を求める訴えを認めることが法律による行政の原理に何ら抵触することはない。

この点、被告の立論では、行政主体が、財産権に基づく民事訴訟を提起することについては、法律上の争訟にあたるのであろうが、司法による義務の強制について、法律による行政の原理から根拠規範が必要とされるなら、なぜ、この場合に不要なのかも、説明できないであろう（第2・1・(3)で述べたとおり、民事訴訟法、民事執行法を「その他法律において特に定める権限」と考え、侵害行為の根拠規範と考えるなら、別であろうが、そのように解すべき規定上の手掛かりはないし、極めて不自然な解釈である）。

あるいは、被告としては、義務を課す根拠規定に、当該義務を司法的に執行してはならない、という禁止規範を読みこむのかもしれないが、そのように一般的に解釈されるべき根拠はない。

「義務」が定められている場合、当該義務は、果たされるべきと解釈するのが、常識的な解釈であろう。

後述するとおり、英米系の司法権概念を採用した我が国においては、司法的執行が原則であり、逆に、行政的執行は、特に定める場合しかなしえない例外的な執行方法である。

そして、例外的な執行方法が定められていない場合は、当然に原則に戻り、司法的執行が可能と考えるべきである。

また、念のために付言しておくが、本件訴訟それ自体は、厳密には、執行段階ではなく、その前段階の訴訟である。

つまり、本件訴訟それ自体は、実体法上課せられている義務を超えて、被告に新たな不利益を生じさせるものではない、ということの意味する。被告の本件訴訟に対する法律による行政の原理という観点からの批判は、この意味でも無効である。

なお、本件訴訟が執行の前段階の訴訟ということに関連して、塩野宏は、平成 14 年最高裁判決を、「判決の結論を維持する論拠となりうるのは、おそらく、民事執行法は自力救済の禁止が厳格に妥当する私人相互の権利実現のためのものであって、行政上の義務履行確保の制度を自ら用意できる行政主体には適用されないという民事執行不能論ではないかと考えられる（ただ、地方公共団体は自力救済の例外を自ら創出することを得ないし、民事執行不能論も採れない点については、本書 I 二三〇頁以下参照）。そして、本件は、民事執行法以前の給付判決を求める本案訴訟であるので、民事執行法を持ち出すに由無く、論議を早めに決着させるために法律上の争訟論に頼ったというのである。」と評しているが（塩野宏『行政法Ⅱ [第五版補訂版]』282 頁）、そもそも、民事執行不能論から、法律上の争訟概念を遡って構成することは、論理的におかしいし、民事執行不能論も採りえない（塩野宏『行政法Ⅰ [第六版]』246 頁、中川丈久「国・地方公共団体が提起する訴訟—宝塚市パチンコ条例事件最高裁判決の行政法論と憲法論」法教 375 号 97 頁から 99 頁）。

(6) 第 1 準備書面第 2・3・(2)

被告は、司法的執行を認めることになれば、各種義務（例えば、出生届等の届出義務等）の執行を求めることができることになるが、それに見合った訴訟・執行手続等の整備がされておらず、不合理である

と主張する。

しかし、このような主張は、「観念論の産物であって、現実に司法的執行が求められる局面を指摘するものではない。納税者に対する調査は実定法上税務職員に調査権（正当な理由なく調査を拒んだ者に対する刑罰によって実効性が担保された間接強制調査権）が付与されており、実力立入が拒否された場合の推計課税等の手段も与えられているので、国が調査の強制を求める訴訟を提起する必要はない。公務員の違法ストライキには通常は刑罰や懲戒処分に対処できる。ストーカー行為防止のために制定された「ストーカー行為等の規制等に関する法律」は、ストーカー行為に対する罰則の他に警察署長の「警告」、公安委員会の「禁止命令」等の手段があり、一定のストーカー行為には元々被害者は差止訴訟を提起することが出来る。転任命令に従わない公務員には懲戒処分や刑罰があり、停学処分に従わない学生に対しては更に重い懲戒処分が考えられる。調査官が挙げる例はいずれもわざわざ国が民事訴訟を提起してまで法執行をしなければならない事例ではなく、このような現実性の乏しい例を挙げて司法的執行の可能性を否定するのは適切とは思われない」曾和俊文「行政上の義務の司法的執行」同『行政法執行システムの法理論』183頁）との批判が正当に妥当する。

訴えを提起してまで行政上の義務の履行を求める現実的な必要性がある場合がどの程度存在するであろうか。また、そもそもの行政側の体制として、行政上の義務の履行を求める訴えに割けるリソースが無限にあるわけではないのだから、被告の指摘する事実上の不都合は、まさしく観念論の産物である。

(7) 第1準備書面第3・2

被告は、片面的法律上の争訟概念との批判に対して、それ以前で述べられていることに加えて、「法律上の争訟」概念が司法権の対象となる範囲を画する実体的概念であるとしても、そのことから訴訟の目的が考慮に入らないとか、片面的構成が想定されないとはいえないとして、訴訟の目的は訴訟の対象と密接に関連し、対象を別の側面から見たものと理解することができることを主張し、また、裁判所法の立法過程において、国民の権利保護について言及されている場面があるなどと主張する。

しかし、訴訟の対象と訴訟の目的が関連するとしても、訴訟の目的により訴訟の対象が変動されるということはない。

訴訟の対象は、あくまでも対象である。

どちらから提起しても、対象は同じ法律関係であって、片面的に「対象」が変動する余地はない。

法律上の争訟が、当事者適格とは異なり、専ら訴訟の対象である事件の客観的性質・内容に関わる訴訟要件であることは、裁判所法の立法経緯から明らかであり、また、このことは、民事訴訟法学においても、自明とされてきたものである（人見意見書 13 頁以下、竹下守夫「行政訴訟と『法律上の争訟』覚書—選挙訴訟の位置づけを手懸りとして」論究ジュリスト 13 号 120 頁参照）。

被告の乙 B 24 号証の引用の趣旨は明確ではないが、同文献は、民事訴訟であるのか、行政事件訴訟であるのか、その性質決定を行う際に、請求の趣旨の内容、被告を誰にしているか（文脈として、行政庁なのか、行政主体なのか、それとも、行政庁たる機関にある個人なのかと

ということであろう：ただし、抗告訴訟も、現在は被告は行政主体である)、原告がその請求の根拠であると主張する権利又は法的地位が何であるかといった要素から判断できると述べているもので、同じ紛争がどちらから訴えるかによって対象が変動する(法律上の争訟に当てはまったり当てはまらなくなったりする)、という趣旨ではない。

また、裁判所法の立法過程において、被告が引用する箇所、国民の権利保護について言及されているのは、日本国憲法制定により、国民の権利保護の観点から、司法権に行政訴訟を扱わせることとなったのであるから、当然のことである。なお、原告も、裁判を受ける権利の保護が司法権の主要な任務であることについて争うものではない。そのことから、直ちに対象が裁判を受ける権利の保護に限定されることにはならないと主張しているのである。

第2・1・(2)・ウにおいて、佐藤幸治の司法権及び法律上の争訟観について述べる際に触れたが、行政主体が行政上の義務の履行を求める訴えは、刑事訴訟と同様の意味において、法の支配を実現する要請と国民の適正手続の保障という観点から許容されるものであり、適正手続の要請を含めた裁判を受ける権利にも背馳するものではない。

裁判所法が、法律上の争訟概念を訴訟の「対象」として捉えていることは、訴状で述べたとおりであり⁸、かかる対象を片面的に捉え得る

⁸ ちなみに、第三分冊 406 頁(被告が引用している頁)では、刑事訴訟が「争訟」であることについて、「権限争議も、内閣の権限が何省に属するかということに過ぎず、訴を起こして権利の保護を求めるということにはならない。刑事は、これらと異なって、検事が国家の刑罰権の存在を主張するのだから、争訟である」と述べられている。

この記述は、明らかに、行政主体の国家公権の存在を前提にし、刑罰権を、国家の提訴を基礎づける「権利」と捉えるものである。

「刑罰権」が権利であるなら、公法上の義務を課し、その履行を求める「権利」も肯定しうるはずである。

なお、伝統的な行政法学説が、国家公権を認めてきたことについては、人見意見書 6 頁以下参照。

というような議論もされていない以上、片面的法律上の争訟概念が採りえないことは明らかである。

(8) 第1準備書面第3・3

被告は、平成14年最高裁判決は、行政事件を含む民事事件について限定して述べられたもので、刑事事件については、①被告人に対する国家刑罰権という法律関係の存否に関する紛争であって、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であるから、法律上の争訟にあたり、矛盾しない、行政事件を含む民事事件は、司法権の本来的役割である国民の権利利益の保護救済を本旨とする一方で、刑事事件は基本的人権として憲法上保障された被告人（国民）の種々の権利保障を全うしつつ、国家権力としての刑罰権を裁判を通じて適正かつ迅速に実現することを目的とするものなので、本質を異にする」と主張する。

しかし、反論として成り立っていない。

被告の主張の趣旨は明確ではないが、民事事件及び行政事件における司法権の本来的役割である国民の権利利益の保護救済とは、提訴者の権利利益の保護救済に限られるとし、刑事事件においては、憲法上被告人（被提訴者）の裁判を受ける権利を保護しつつ、刑罰権が実現されることが憲法上前提とされているため、同じ「法律上の争訟」概

また、第2・1・(2)・アでも述べたが、裁判所法の制定経緯においては、「その他法律において特に定める権限」は、非訟事件を想定しており、主観訴訟と客観訴訟の別を前提として、後者を含めようとしたものではないから、主観訴訟と客観訴訟という概念を想定し、前者が法律上の争訟に、後者がその他法律において特に定める権限に対応する、という関係は、正しくない。

提訴者の私権保護目的という要素は、裁判所法の法律上の争訟概念の解釈としては、採りえない。

念の中で、民事事件及び行政事件と異なり、私権保護目的の提訴という要件を免れたものとして構成できるということであろうか。

しかし、そもそも、民事事件や行政事件における被提訴者に、刑事事件と同趣旨の「裁判を受ける権利」が保障されていないという解釈は採りえないし（例えば、兼子一・竹下守夫『裁判法（第4版補訂版）』146頁では、民事事件においても、「自己の意思に反して、裁判によらずにその権利・利益の存在を否定され、あるいは義務の存在を確定されることはない」という意味での裁判を受ける権利が保障されているとしているし、最高裁平成10年9月10日判決金商1065号32頁や、最高裁平成23年4月13日決定民集65巻3号1290頁等は、自己が関与しない民事訴訟手続により不利益を課せられない利益を当然に認めている）、一般的に、憲法31条は、行政手続にも性質上可能な限りで適用されるものと解されている。

行政上の義務の履行を求める訴えにおける被告の立場と、刑事訴訟における被告人の立場に、本質的な違いはない。

また、被告も主張するとおり、刑事事件は、国家の刑罰権に基づき提起され、刑罰権の存否が争われる紛争であるところ（前の脚注の裁判所法制定時の議論も参照）、被告が引用する憲法31、32、37条は、憲法第三章の「国民の権利及び義務」に含まれる規定であって、その文言上、国民の言わば被提訴者としての裁判を受ける権利を規定したものであっても、提訴者の側に、提訴者としての裁判を受ける権利を規定したのではない。

刑事事件も整合的に捉えるなら、提起者の「私権保護」目的は、法律上の争訟の要素ではないことは明らかである。憲法や刑事事件訴訟

法は、言うまでもなく提訴者たる国の裁判を受ける権利を保障した規定ではなく、公権に基づく訴え提起も法律上の争訟に含まれうる。

そして、刑事事件も、行政上の義務の履行を求める訴えと、その本質に変わりはなく、国民の裁判を受ける権利は、行政上の義務の履行を求める訴えの中で、刑事事件と同様、被提訴者としての手続保障という形でも実現されうるものである。

刑事事件が「法律上の争訟」に含まれる以上、提訴者の裁判を受ける権利の行使、すなわち、提訴者の私権保護目的という要素が、「法律上の争訟」の要素ではないことは明らかである。

私権保護目的の提訴という要件は、民事事件、行政事件についてのみ妥当すると被告が強弁しても、なぜ同じ「法律上の争訟」という概念の中で、刑事事件のみ異なる解釈が取られるのか、民事事件、行政事件のみ訴訟の目的を考慮することは、法律上の争訟概念を対象概念としていた立法者の意図とも整合しないし、概念としての整合性もとれていないという批判を免れることはできない。

なお、被告は主張していないが、法律上の争訟概念は、提訴者、被提訴者のいずれか一方の裁判を受ける権利にかかわるものであれば足りると考えた上で、民事事件、行政事件においては、被提訴者の裁判を受ける権利は保障されず、刑事事件においては、被提訴者（被告人）の裁判を受ける権利の保障のみが問題となるという前提を置けば、民事事件、行政事件の場合は、提訴者の裁判を受ける権利にかかわる必要から提訴者の私権保護目的でなければならず、一方で、刑事事件においては、被提訴者の裁判を受ける権利にかかわっているから、提訴者の私権保護目的は要素ではない、という説明は、論理的にはありえ

なくはない（この意味であれば、平成 14 年最高裁判決が刑事事件を射程外とする理屈としては説明がつく）。

しかし、上記のとおり、民事事件において、被提訴者に裁判を受ける権利が保障されていない、という解釈が、そもそも採りえない。

また、刑事事件において、刑罰が国や地方公共団体を含めた法人に課される場合や、国等が財産権に基づき提起する民事訴訟を念頭に置くと、国や地方公共団体を含めた法人に刑罰が課される場合や、国等が財産権に基づいて国等に対して訴えを提起する場合のみ、法律上の争訟概念の外に出る、という解釈になるが、極めて不自然な解釈と言わざるを得ない。

2 法律上の争訟にあたること

(1) 法律上の争訟について

原告は、法律上の争訟とは、板まんだら事件の定式である「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」を意味するものと理解している⁹。

⁹ 要するに、法令適用により終局的に解決可能な、実定法が定めた権利義務や法律関係を巡る当事者間の紛争、ということである。

例えば、被告の立論では、情報公開請求権に基づく非開示決定取消訴訟は法律上の争訟になるであろうか。

条例に基づく情報公開請求について、開示請求権の主観的権利性を否定し原告適格を否定した裁判例があったことからもうかがわれるとおり（横浜地判 S59.7.25 判時 1132 号 113 頁）、情報公開請求権は、法定された実体的権利であり、法定されなければ、権利性は否定される性質の利益であろう。

このような実体的権利の実定法による作出は、言わば立法政策に委ねられるものであり、このような実体的権利を作出しなくとも（このような利益に基づく訴えを認めなくとも）、裁判を受ける権利の侵害となるとは考え難い。

被告の主張によるなら、取消訴訟は主観訴訟であり、法律上の争訟であるはずだが、このような実体的権利が実定法により作出された場合において、そのような権利に基づき提起された訴えは、憲法上の裁判を受ける権利の行使として提起されたものではない

被告は、かかる定式に、原告の私権保護を目的とするもの、という要素を追加するが、原告は、そのように限定して解釈すべきではないと主張する。

上記でも触れたが、従前、国や地方公共団体が財産権の主体として提起する訴えについて、その適法性、合憲性は疑われていないが、国や地方公共団体は基本的人権の享有主体足り得ず、裁判を受ける権利も当然ながら保障されていない。

被告の主張のように、法律上の争訟を、原告の裁判を受ける権利の行使としてなされる訴え（つまり、裁判を受ける権利の享有主体である国民が原告となり、私権保護を目的とするもの）というように限定して解した場合、このような訴えについて、適切に説明することができなくなってしまう。

また、刑事事件についても、法律上の争訟であることは疑いようがないが、法律上の争訟を、被告のように限定して捉えると、説明できなくなる。

確かに、司法権の主要な任務が、裁判を受ける権利の保障、なかん

から、法律上の争訟ではなく、情報公開法や行政事件訴訟法は、法律において特に定める権限と解釈すべきなのであろうか。

そのような解釈は不自然であり、端的に、実定法が定めた権利義務や法律関係を巡る当事者間の紛争は、本来的に司法権が取り上げるにふさわしい紛争である以上は、法律上の争訟と解釈すべきである。

このような解釈の元では、裁判を受ける権利の享有主体ではない国等が財産権に基づき提起する訴えも、当然ながら法律上の争訟に含まれることになる。

なお、高橋説に対する批判の文脈だが、渋谷秀樹『憲法 第3版』635頁「実体的権利が存在するということは、その権利が侵害されたときには裁判所による救済が保障される。つまり提訴権が当然含まれていることを意味する。裁判を受ける権利によって初めて裁判所による救済が保障されると解するのは、具体的な事案の訴訟による救済が蓄積されて実体的権利が承認されていったという権利の生成過程に逆行する発想である。憲法上保障された実体的権利が侵害されればそれに対する救済は保障され、また法律によって認められた実体的権利侵害があったときにも当然その救済は保障される。例えば、民法709条や行政事件訴訟法9条1項は、これを当然の前提とした規定である。提訴権をもって司法概念の定義を試みる考え方は、近代実体法体系が整備される以前のアクチオ的発想に立つ司法概念であり、実体法の整備された現在ではとることができない。」との記述も参照。

ずく裁判による基本的人権の擁護にあることは、戦後憲法が司法権に行政権を含めるようになった経緯からも、憲法の条文からも疑いようがないであろう¹⁰。

しかし、「司法権」を、裁判を受ける権利の保障のみを担当する作用と捉え、提訴者の裁判を受ける権利の行使にかかる訴えのみを、法律上の争訟と捉える必然性はない。

法律上の争訟概念は、アメリカ法にならって、司法権が及ぶ争訟が備えるべき事件性・争訟性の要件に対応するものと考えられてきた。

ここでの事件性・争訟性の要件、あるいは法律上の争訟は、あくまで裁判所が取り上げるにふさわしい紛争を画定する概念である。

ここで問題となるのは、当事者間の権利義務ないし法律関係を巡る紛争の存在であり、したがって、当事者間に権利義務ないし法律関係を巡る紛争が存在するなら、どちらから提訴しても、法律上の争訟には該当するのである¹¹。

¹⁰ 憲法 13 条は、基本的人権の尊重を定め、32 条は、「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪われない」と規定し、「裁判所」において、「裁判」を受ける権利を保障する。そして、同 76 条 1 項は、「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、「裁判所」が司法権を行使することを定めており、裁判を受ける権利でいうところの「裁判」は、司法権の作用としての裁判を意味する。

同 2 項は、「行政機関は、終審として裁判を行ふことができない」と定めており、行政権と区別されるところの、裁判所の司法権の主要な任務が、この意味での裁判を受ける権利の保障にあることは言うまでもない。

¹¹ 法律上の争訟の概念を考えるにあたり、裁判所が扱うにふさわしい紛争が備えているべき性質という観点と（権利義務ないし法律関係を巡る紛争当事者により争われ、法的判断により解決されるか：事件性・争訟性）、裁判を受ける権利保護という観点は、厳密には別のものであることは、明確に意識されなければならない。

前者の観点からは、①権利義務ないし法律関係を巡る当事者間の紛争である民事事件・行政事件及び刑事事件、②当事者間の権利義務ないし法律関係を巡る紛争が存在せず、政策的に紛争が擬制されている民衆訴訟や機関訴訟、③そもそも対決性が欠けており、終局的な判断を示すものでもない非訟事件（言ってみれば、司法権が扱う必然性もないサービス）、というように順に並べることができる。

①は、事件性・争訟性を有する本来的な司法権が扱うべき紛争であり、②は、事件性・争訟性を擬制したもの、③は事件性・争訟性を持たないが故に終審として扱うものでは

けだし、原告被告が入れ替わっても、同じ法律関係を巡る紛争であり、当該法律関係が当事者に帰属しているなら、当該当事者が理を尽くしてこれを争い、法的判断を裁判所が下すことにより、紛争の解決が可能だからである。

ないものである。

一方、後者の観点からは、私人から提起する民事事件・行政事件のみを念頭に置くと、一見、①がこれにあたり、②、③はこれに当たらないということになり、前者の観点からの区別と同じことを意味しているかのように思えなくもない（実際、一致する場面は多いであろう）。

この二者の観点を、被告は混同している（だからこそ、民衆訴訟や機関訴訟と本件訴訟を同列に捉える）。

しかし、刑事事件や、国や地方公共団体が財産権に基づき提起する訴え、行政上の義務の履行請求を念頭に置いて考えると、両者の観点は、常に一致するものではないことが、理解される。

②民衆訴訟や機関訴訟が本来的な司法権の対象、もしくは法律上の争訟にあらず、立法政策によって設けられる制度である、とされることの意味は、これらの訴訟の対象が、当事者間の権利義務ないし法律関係を巡る紛争ではない、という形で説明できる。

つまり、当事者間に、権利義務ないし法律関係を巡る紛争が存在しないから、事件性・争訟性に欠けるのである。

具体的には、民衆訴訟は、「国民」である民衆が、「自己の法律上の利益にかかわらない資格で提起する」ものであるから、定義上、当該国民と被告との間には、本来的には、権利義務ないし法律関係を巡る紛争が存在しない。

また、機関訴訟は、そもそも権利義務の主体ではない機関相互の紛争であるから、当然のこと、機関同士の間には、権利義務ないし法律関係を巡る紛争は存在しえない。

さらに言えば、事件性・争訟性が欠けるにもかかわらず、立法政策により設けられる制度の限界（言い換えれば、司法権に付与しうる権限の限界）が語られる場合、一般的には事件性・争訟性を擬制するに足りる紛争の内実があるか否かというような言葉で語られている。

ここでは、裁判を受ける権利が擬制されるというような説明がされているわけではないことから明らかだが（そのような説明では、どんな解釈をしても、機関訴訟を説明できないであろう）、司法権の対象を画する概念は、前者の観点から判断されているのである。

行政主体が行政上の義務の履行を求める訴えは、少なくとも、原告と被告間の法律関係を巡る紛争を対象とするものであり、前者の観点から、法律上の争訟に含まれることは疑いようがない（つまり、本来的に、司法権が取り上げるにふさわしい紛争である）。

そもそも存在しない紛争を擬制している民衆訴訟や機関訴訟とは異なるのである。

以上のことは、我が国がその司法権概念を継受した英米系の司法権において、司法的執行が原則とされていることから明らかであろう。

被告が主張するように、裁判を受ける権利に基づいて提起する訴えのみを、法律上の争訟とすると、刑事事件や、国等の財産権に基づく訴えをうまく説明できないし、なぜ本来的には司法権の対象外の事項（裁判を受ける権利と無関係である民衆訴訟や機関訴訟）を立法政策により付与しうるのか、立法政策により司法権に付与しうる権限の範囲画定をどのように考えるのか、なぜ英米において司法的執行が原則であるのに（事件性・争訟性が当然に肯定されるのに）我が国において別に考えなければならないのかなど、説明がうまくできないのである。

行政主体が行政上の義務の履行を求める訴えは、権利義務ないし法律関係を巡る当事者間の紛争であることは疑いようがなく¹²、民衆訴訟や機関訴訟とは異なり、擬制せずとも事件性・争訟性が認められる紛争であるから（言いかえれば、裁判所が取り上げるにふさわしい紛

¹² 塩野宏『行政法Ⅱ [第五版補訂版]』281頁が「本件の場合、当該地方公共団体と相手方の関係が法律関係でないということはいえない（これを否定することは、行政上の法律関係の存在を否定することになり、一挙に絶対君主制の時代にさかのぼる。さらにこの関係の法律関係性を否定すると、命令の相手方からの取消訴訟、さらにおよそ取消訴訟は法律関係に関する訴訟ではなく、取消訴訟制度がなければ、相手方には義務の不存在を争う手立てもないということになるが、そうだとすると、現行取消訴訟制度は本来の司法権の作用を超えたものとなる」と述べているとおりである。

塩野宏のこの言明を理解するためには、本件のように、何らかの中止命令を介在せずに、違反行為に罰則が適用される制度の下で、罰則の適用という不利益を事前に防止するために、私人（本件では国だが）側から、罰則の前提となる義務の不存在の確認を求める訴えを提起する場面（例えば、最高裁平成24年2月9日判決民集66巻2号183頁など、何らかの不利益が課されることを免れるために、公法上の義務の不存在確認を求める当事者訴訟は、肯定されている：また、いわゆる墓埋法の事案は、当事者訴訟としての確認訴訟の活用を論じる場面の教科書事例である）を想定してみればわかりやすい。

この場合に、「行政主体」が、被告になることが疑われないのは（言いかえれば、被告適格が「行政主体」に認められるのは）、この行政主体との間で「法律関係」（を巡る紛争）が存在するからである。

言いかえるなら、請求権という形式に対応するものかはともかく（このことは本案の問題である）、この場合の私人の「義務」は、当該義務を解除しうる権限を有する行政庁が帰属する行政主体に対して負っている（か否かが争われている）義務であり、当該行政主体は、少なくとも、事件性・争訟性を満たすという意味で、当該法律関係を巡る紛争の「当事者」であることが疑われていないからである（この点は、住民訴訟や機関訴訟とは異なる：前の脚注も参照）。

この法律関係を否定するなら、原告は誰も訴えることはできない。法律関係が帰属する行政主体が存在しないことになるからである。しかし、それは、被告も否定するものではないであろう。

平成14年最高裁判決のように、処分が介在する事案でも、処分により行政主体と私人との間で法律関係が形成されないのであれば、取消訴訟は、純然たる行政作用であり、強いて言うなら、民衆訴訟と同じような意味で、「法律において特に定める権限」である（原告適格は、単純に誰が訴えられるか、という、「紛争当事者」と切り離された「訴訟当事者」が擬制されたに過ぎない）。

したがって、取消訴訟という制度がなければ、いかに権利を侵害されようと、争う手段はないことになるし（法律関係がないので、民事訴訟も当事者訴訟もなしえないであろう：それこそ、塩野が言うとおりの、絶対君主制の時代にさかのぼることになる）、取消訴訟制度は、本来の司法権の作用を超えたものになる。

処分が介在する場合でも、処分により権利義務関係、あるいは法律関係が、行政主体と私人との間で形成されることは疑いようがない。

ちなみに、平成16年行政事件訴訟法では、被告適格が行政庁から行政主体に変更されている。

争であるから)、当然に、「法律上の争訟」にあたる。

(2) 司法的執行の原則性について

以上で見てきたとおり、行政主体が行政上の義務の履行を求める訴えが、法律上の争訟に含まれることは明らかである。

そして、行政事件訴訟法の条文上、本件が、「公法上の法律関係」に関する訴訟であることは疑いようがなく、以下で述べるとおり、司法的執行は、我が国の現行憲法の下では、原則であって、例外たる行政的執行手段がない以上は、当然原則に戻り、提起できると解すべきである（ただし、繰り返しになるが、本件訴訟は、司法的執行そのものではなく、その前段階の本訴に過ぎない）。

そもそも、アメリカ合衆国憲法3条2節のような規定を持たない我が国の司法権が、事件性・争訟性という要素を持つとされてきたのは、英米系の司法権概念を継受したからに他ならない。

我が国が司法権概念を継受した当の米国においては、司法的執行が原則とされているところ（中川丈久「行政訴訟に関する外国法制調査—アメリカ(上)」ジュリスト 1240号 101頁以下参照：なお、広岡隆『行政上の強制執行の研究』260頁以下）、我が国においても、英米系の司法権概念を継受し、行政執行法を廃止した時点において、司法的執行が原則となり、例外的に行政的執行が明文の規定がある場合に許容されるに過ぎないものと解すべきである。

例えば、古くは、田中二郎は、「アメリカ法においては、行政上の義務の履行を確保するためにも、主として刑罰の適用によるほか、原則として司法的手続がとられ、ただ法の規定によって認められている場合にのみ、ある程度行

政の独自性の要求をみたす簡易な行政執行手続が許されているにすぎない～ことからみても、行政権の自力強制が凡そ行政一般の本質から出て来る必然不可避の要請であると断定することはできない。～わが国法においても、明治憲法下にあつては、行政権の自力強制は、きわめて広汎・一般的に認められており、固有の強制手段を具有する行政権の観念が、官僚主義国家観の中核をなしていたが、現行法においては、このような原則及び理念は修正され、行政上の強制執行の手段は大幅に制限されるに至っている。司法権による法の維持保障の原則を尊重し法定手続を保障する日本国憲法の下においては、強制的執行権限は、原則として司法権に留保され、とくに定めた場合にのみ、行政権自体の執行手続が許されると解すべきであろう。」とし（『新版行政法上巻全訂第2版』180頁から181頁）、「従来は、行政法上の義務の不履行のある場合には、行政法上のすべての義務について、行政権自らこれを強制する手段をもっていたが、現在は、一般的な強制手段としては、代執行を認めているだけであり、個々の法律上にも、義務履行の強制手段について何らの定めをしていないものが多く、ただ、義務違反に対する罰則をととのえることによって、間接に、義務の履行の確保を図っているのが通例である。ところで、これらの行政上の強制執行の法的根拠の欠けている場合に、行政権自らの力によって強制することができないことはもちろんである。それでは、これらの場合に全く強制手段がないと解すべきであろうか。私は、行政法上の義務の強制についても、特別の定めのない場合には、一般の原則に戻り、裁判所に訴え、その協力を求めることができるものと解する。」として、司法的執行が一般の原則であること、例外としての行政上の強制執行がない場合に、司法的執行によることを認めている（同『行政法（上）』178頁から179頁）。

あるいは、山田準次郎『行政法』145頁から146頁では、「法形式を

もってすると、行政行為形式をもってするとを問はず、下命によって命ぜられた義務を、受呼者が任意に履行しない場合に、行政上の方法によって強制して履行せしむることが、即ち命令強制の方法である。狭義の行政上の強制方法と称するところのものである。明治憲法の下においては、行政機関は司法機関と並んで、人民に国権を行使する機関として認められ、行政機関の命令は、国権の命令として、若し受命者が任意にこれを履行しない場合には、裁判所の判決と同様の執行力を有し、行政機関は司法機関の援助を必要とせず、独立して自ら、その履行を強制することができた。これを行政行為の自力執行性と称し、その強制方法を規定した法律が、行政執行法であった。然るに終戦後、行政執行法が廃止せられた結果、行政機関は原則として、その命令不履行の場合これを自ら強制する方法はなくなった。即ち行政行為の自力執行性は否定せられ、行政庁は当事者訴訟として裁判所に義務履行の訴を起し、その判決によって強制する外ないこととなった。併し例外として、行政機関が自らその下命の強制をすることが認められおる場合がある。それは行政代執行法と国税徴収法の規定する場合である。」と、明確に述べられている。

また、下山瑛士『現代行政法学の基礎』182頁から187頁では、行政法の実効性を担保する手段について、憲法大系からみて原則はどのようなべきか検討が加えられ、「近代社会以前においても、人間の生命・自由を統治者の恣意に委ねることに対し、自己をいかに防禦するかという事は、人々の最大の関心事であった～近代社会においては、この保障はすべての人々が平等に享受しうるという基本原則として観念されるに至った。これが原点である。～かかる前提の上に立って、人の生命・自由・財産が統治者によって不当に侵害されるのを防ぐため、その侵害行為につき違法か否かを争いうる場合が確保されねばならず、これが近代法制度の下における裁判であった

～人の生命・自由・財産につき、統治者の行為によってそれらを奪いうる場合の典型を考えてみると、近代法の下においては刑罰を科する場合であるということができる。～刑罰を科することによってではなくとも、なんらかのより軽い侵害形態で、人の自由・財産を公権力が侵す場合にも～人の人権侵害という点からみれば、本質的に刑罰を科そうとする場合と異なった範疇のものとは考えられず、同一範疇の中の量的相違にすぎないとして捉えるべき主張が生れてくる。ただし裁判を媒介として、はじめて人の自由・財産を侵しうるのだということを経済的条件にすると、緊急性を要する措置などはとりえなくなる不便も生ずる。ここに裁判を経ずに強制的な侵害行為を行う権限が必要になってくるし、その権限は、実力行使の装置をもつ行政権に授權されてくるのが自然であるということになる。裁判を経て強制行為をとりうるどころの「司法強制」が原則で、裁判を経ずに強制行為をとりうる行政権の自力強制が例外となるのは、まさにかかる道筋によるということができるだろう。～以上から、行政権の発動に関して、その実効性を担保する手段は、近代法においては、本来司法強制が原則であり、行政強制は例外であるとするのが明らかになるであろう。」とし、田中二郎の上記説（一般原則に戻り司法的執行ができるとの説）を自説に符合するものとして紹介した上で、司法強制を、行政罰としての行政刑罰と行政秩序罰のほか、強制執行として、民事上の強制手段と、「民事上の強制手段以外の特別法規に基づく強制手段。ただしわが国にはない」と分類している。

また、大浜啓吉『行政法総論第三版 行政法講義 I』420 頁から 421 頁でも、「行政上の義務の履行は、本来、どのような方法で確保されるべきなのであろうか。近代国家における法律関係の根本（意思自治原則）に遡って考えてみると、当事者が任意に義務を履行しないとき、その実効性を担保するの

は裁判所である。かつては、行政上の法律関係においては、行政処分が公権力の行使の結果だという理由で、行政に自力執行力が内在していると考えられたが、公権力がア・プリオリに優越性を持つという議論は日本国憲法の下では成り立たない。行政権による自力執行は、法律が認めた限りの例外でしかない。したがって、特別の規定のない限り、行政上の義務の履行は原則として、司法裁判所に訴えてその実現を図るべきである（司法的強制）。』とされている。

以上のとおり、行政的執行手段が存在しない場合は、当然に原則に戻って、裁判所に助力を求めることが許されると解すべきである。

第3 履行請求権が認められること（被告主張に対する反論）

1 被告主張の要旨

被告は、答弁書において、法が行政機関に権限を与えたとしても、そのことから直ちに当該行政機関が属する行政主体が国民に対して何らかの権利（請求権）を有するとはいえないとし、あるいは、仮に何らかの権利を観念できるとしても、民事訴訟や民事執行等によって権利の実現が可能な私法上の権利とは異なると主張する。

また、国民が何らかの行政上の義務を負うとしても、そのことから直ちに行政主体がその義務の履行請求権を有するとは言えないと主張する。

以下、これらの主張に対して反論を行う。

2 権限と権利について

まず、被告は、法が行政主体の機関（行政庁）にある「権限」を分配したとしても、行政庁は法人格を有さず、権利義務の主体とはなりえないとして、最高裁平成5年9月9日判決訟月40巻9号2222頁を引用す

る。

しかし、同判決が語るのは、機関である「行政庁」が権利義務の帰属主体足り得ないということであり、行政主体に権利が帰属しないことを意味していない。

行政庁とは、元々、明治憲法下の行政官庁概念に由来を持つもので、行政官庁とは、「国家意思を決定し、人民に対しこれを表示し得べき権能を与へられて居る国家機関」のことであり（美濃部達吉『日本行政法上巻』373頁）、「行政主体という権利義務の帰属主体たる法人格の権利・義務の行使を行う数多くの行政機関のうち、特に、「法令上、行政主体たる国のために自己の名において行政主体の具体的意思を決定し表示する権限を与えられているもの」のことである（藤田宙靖『行政法総論』444頁から445頁）。

そして、「行政官庁」とは特に国が行政主体である場合の呼び方なので、地方公共団体等を含めて行政主体一般についてこの種の機関を言う場合に、特に「行政庁」という概念が用いられてきた（同上）。

この定義から明らかなおり、「行政庁」が権利義務の帰属主体足り得ない、というのは、行政庁は法人格を持たず、単に法人の一機関であるに過ぎないからである（同445頁から446頁）。

しかし、行政主体は、行政庁によりなされる行為により、権利義務が帰属させられる法人格であり、行政庁の「権限」に基づく行為により権利義務が帰属することがありうることに疑念をはさむ余地はない¹³（これは、民間の法人の権限ある代表者の法律行為により、法人に権利義務が帰属することと、全く同じである：なお、行政行為について、民法の

¹³ 村上裕章「国・自治体間争訟」岡田正則他『現代行政法口座Ⅳ 自治体争訟・情報公開争訟』22頁

意思表示理論に準じて、法律行為的行政行為と準法律的行政行為という分類がなされることを想起)。

例えば、塩野宏は、「行政主体と私人との間では、契約的手法以外でも、権利・義務の変動のために行政の精神作用が用いられることがしばしばある。」(同『行政法 I』123 頁)、「行政主体と私人との間の権利・義務関係の変動に際して用いられる行政の精神作用には、契約も含めていろいろの態様があるが、行政法学においては、その一つを行政行為という概念の下で捉え、その特色を明らかにすることを試みてきた。～行政行為とは、行政の活動のうち、具体的場合に直接法効果をもってなす行政の権力的行為である。」(同 124 頁)、「行政主体と私人との間の法律関係は決して行政行為のみによるのではなく、ほかにもいろいろな法律要件によって変動することがある」(同 125 頁)、と説明している。

ここで、権利義務関係が変動されるのは、「行政庁」ではない。「行政主体」である。

「行政庁」が有するのが「権限」であることから、「行政庁」が行使した「権限」により、「行政主体」に権利を帰属せしめられないことや、「行政主体」が権利や利益を保有しないことが帰結されることにはならない。

なお、被告が引用する石川健治「法律上の争訟」と機関訴訟」法教 376 号 94 頁は、タイトルから明らかなおり、「機関訴訟」に関する議論を行っている論文であり、被告の引用箇所も、その文脈で語られているもので、本件とは関連性がない。

すなわち、「機関訴訟」とは、定義上、「国又は公共団体の機関相互間における権限の存否又はその行使に関する紛争についての訴訟」をいう(行政事件訴訟法 6 条)。「法的紛争とは一般には法主体間の紛争を指すが、行政上では行政機関相互にも紛争が生じ、これについて争訟手続で解決をしようと

ということがなされる。たとえば、地方公共団体の知事、市町村長と議会との間の紛争がそれで（地方自治法一七六条）、この種のもは機関争訟と呼ばれる」のである（塩野宏『行政法 I』5頁）。

言うまでもなく、行政機関相互の紛争は¹⁴、いわゆる内部関係における紛争であり、客観法関係にある。しかし、本件が外部関係における紛争であり、主観法関係にあることは被告も争ってはいないはずである（本件において、原告は被告の機関にあたるわけではない）。

石川論文は、「**権限**」は、客観法上あらかじめ割り当てられた、国家作用の集合である。その行使・不行使について、主観法のカテゴリー（権利・義務）をあてはめて語ることは、本来できない。主観法としての権利・義務を語り得るのは、主観法のカテゴリーの1つである「法人格」を、保持するものに限られるからである。それゆえ、権限争議を「法律上の争訟」と呼ぶことは、現在の定義によれば困難だといわざるを得ない。」と述べているとおり（同94頁¹⁵）、機関訴訟たる権限争議について（したがって、当然のことながら客観法関係について）言及しているだけで、権限により変動せしめられた私人と行政主体との権利義務関係において行政主体の権利が観念できない、ということではない。

¹⁴ ただし、例えば、最高裁昭和41年2月23日判決民集20巻2号271頁等、異なる行政主体同士（鉄建公団と国）でも、その行う事業が実質的に同じ行政活動の一環を成すと考えられるような法主体相互の場合には、内部関係と考えられる場合がある（藤田宙靖『行政法総論』383頁、同408頁参照）。

¹⁵ 「『那覇市』最高裁判決のように、国と市町村の紛争をあっさり「法律上の争訟」と位置づけるためには、国—地方関係がすでに主観的な法関係として捉える必要がある。従来の機関委任事務の発想がそうであるように、那覇市を単なる自治行政機関と位置づけ、国家法人を構成する国家機関の1つとして埋没させてしまうと、本件はあくまで、国家法人内部における機関どうしの権限争議でなくてはならない。これが、本件で覆された原審の立場である。これに対し、市町村を国と対等の法人格としてとらえ直して、国—地方関係を外部化して考えるのが近時有力な傾向であり（法定受託事務論のフィロソフィーは本来これである）、最高裁は、この新しい動向にある程度対応してみせた、といえそうである。」（同94頁）の記述も読めば、論者の「権限」を「権利」で語れない、という記述は、あくまで内部関係における議論であることは当然に理解できるであろう。

3 私法上の権利との違いについて

次に、被告は、何らかの行政主体の国民に対する権利を観念できても、それは、国家、地方公共団体の優越的地位に基づいて有する支配権能（警察権や統治権、課税権等）であって、個人が行政主体を含む他者に対して有し、民事訴訟や民事執行等によって権利の実現が可能な私法上の権利とは異なると主張し、亘理格「法律上の争訟と司法権の範囲」磯部力他『行政法の新構想Ⅲ』25頁を引用する。

しかし、亘理論文は、行政事件の異質性を認識した上で、行政訴訟に民事訴訟法的発想を持ち込むことの無理を自覚し、過度な民事訴訟モデルからの脱却を訴えるものであり、私人間の一般民事訴訟モデルに過度に拘泥した平成14年最高裁判決を（それこそ、「民事訴訟や民事執行等によって権利の実現が可能な私法上の権利」と異なる故に請求が認められないとする被告の主張そのものである）、「法律上の争訟」性の援用が不適切であった事例」と評価しているもので、被告が自説を補強する論説として亘理論文を引用するのは不適切である。

亘理意見書においても、行政事件においては、民事上の権利義務とは異なるとしても、権限を無きが如きものとするような行為については、権利侵害と同視し得るものとして、法律上の争訟に該当し、これを排除するための請求を認めている。

本件は当事者訴訟であるから、原告の請求が私法上の権利ではないことは事実であるが、そのことによって、何ら権利が否定されるものではなく、伝統的な行政法学説において、公権の存在が疑われてこなかったことも、下級審裁判例において、当然のごとく請求権が肯定されてきた

ことも、訴状で述べたとおりであり、刑事訴訟において国家の刑罰権という公権に基づく訴え提起が可能であると同様、行政上の義務の履行を求める権利は許容される。

なお、①行政事件訴訟法7条は、同法に定めがない事項については民事訴訟の例によるとしており、給付訴訟としての当事者訴訟の場合に、民事執行法を利用することは当然可能であること、②行政上の義務について行政的執行に拠らなければならないという原則は、戦後の現行法においては妥当せず、行政代執行法1条の「法律」から民事執行法をカテゴリーカルに排除する根拠がなく、現行法制下において、民事執行不能論は採りえない（塩野宏『行政法Ⅰ [第六版]』246頁、中川丈久「国・地方公共団体が提起する訴訟－宝塚市パチンコ条例事件最高裁判決の行政法論と憲法論」法教375号97頁から99頁）。

したがって、私法上の権利ではないから、民事執行法の利用ができない、ということにもならない（ちなみに、最高裁昭和41年2月23日判決民集20巻2号320頁の事案は、いわゆるバイパス理論について判示したことで知られる判決だが、強制徴収権限を持たない農業共済組合連合会が、会員である各農業共済組合（単位会）に対して有する保険料債権に関しては、民事執行に拠ることが可能であることを前提とし、同じ公法上の債権であるにもかかわらず、各農業共済組合（単位会）が組合員の掛金等に対して民訴法に基づく強制執行ができないことが矛盾であるという上告理由を排斥している：なお、本件が執行以前の段階の訴訟であることは、再三述べている）。

この点、私法上の権利とは異なり、公益を目的とすることも、公権に基づく履行請求の否定にはなりえないことも明らかである。

凡そ行政主体が有する権利・利益は、「財産権であっても、行政主体自身の私権・私益ではなく、むしろ公益の実現に資するために存するものであり、公益に包含されるはずのものである」（人見剛「宝塚市パチンコ店等規制条例事件最高裁判決—行政権の主体としての地方公共団体の出訴資格について」自治総研 32 卷 4 号 54 頁）。

行政主体は、財産権についても、私人と異なり、自由な処分が許容されるものではなく、平等原則等の制約の下、法律の定めるところにおいて処分することができるに過ぎない（例えば国有財産法）。

一方で、凡そ法が何らかの規制権限を行政庁に与えている場合、規制により保護すべき利益として、公益（第三者の私益を含む）に対する影響を処分の考慮要素と置くことは通常であるが、このような制度設計においては、行政庁は、公益を、いわば代表する関係にあり、処分により、公益を実現することになる。

この場合、このような公益の保持者（例えば、本件のような水産資源保護培養という公益の場合、漁民や生活者に広く薄く帰属した利益と言える）は、行政庁の処分により保護される関係にある。

そして、例えば、当該処分に対して名宛人が抗告訴訟を提起した場合、当該行政庁が帰属する行政主体は、公益を主張して処分の適法性を正当化することを許され、その訴訟追行結果に公益の保持者は従う関係にある。

第 2・2・(1)脚注 12 で、塩野宏の見解を引用して上述したとおり、この場合、行政主体は、取消訴訟制度により被告適格が擬制されているのではなく、処分の名宛人との法律関係が形成されていることに疑う余地はない。

つまり、このような制度においては、当該行政庁が帰属する行政主体は、広く薄く第三者に帰属する公益を凝集する結節点となり、処分により、処分の名宛人の私益と公益とを調整することを許されており、当該行政主体は公益を代表するのに適切な地位（当該公益と名宛人の私益を巡る紛争の当事者足り得る）にあるのである。

このような場合、公益は、裸の意味での誰にも帰属しない利益ではなく、当該制度の枠内においては、当該行政主体が代表しているという意味で、当該行政主体に帰属する（あるいは法定訴訟担当と同様に、当該利益の管理処分権を有している）利益である。

上記のとおり、財産権の主体として提起する場合も、公益の保護を目的とすることに本質的な違いはない。最高裁平成 21 年 7 月 10 日判決判時 2058 号 53 頁のように、公害防止協定の履行を求める場合も、保護を求めている利益は、周辺住民の生活環境という公益であり、かかる公益を適切に代表しうる立場にある地方公共団体が、公益と相手方との利益を調整する形式として公害防止協定を締結することで、いわば公益が当該地方公共団体に（上記の意味で）帰属するに至っているから、公益の保護を目的として、当該地方公共団体が訴えを提起できる。

本件のような規制規範により法律関係が形成されている場合も、全く同じであり、当該根拠規範の制度の枠内で、公益の保護を目的として、訴えを提起することは、財産権と同様、行政主体に帰属する権利の行使と同様に考えて差し支えない¹⁶。

¹⁶ なお、請求権という形式でかかる権利ないし利益を有していないとしても、少なくとも、確認の訴えの提起を基礎づける利益という意味では、かかる利益は、行政主体に帰属していると言うべきである。

4 国民の義務について

被告は、最高裁平成 16 年 11 月 25 日判決民集 8 卷 8 号 2326 頁を引用し、国民の行政上の義務は多種多様な公益実現のための規制枠組みの一環として課されるものであるから、法規制の目的や規制枠組み全体との関係を考慮せずに、直ちに履行請求権が生じるものではないと主張する。

その上で、沖縄県漁業調整規則は、無許可による岩礁破碎等について、罰則を設けるにとどまり、中止命令等を含む監督処分に関する規定を置いていないことから、違反については、違反者に対し刑事罰を科すという手段によって是正を図る趣旨であり、差止請求権があると認める余地はない、原告は所有権や占有を有しないから、公物管理権の基礎としての所有権その他の利用権を何ら有していないため、公物管理権に基づく差止請求権を有していると解釈する余地もないと主張する。

このうち、財産権の裏付けを欠くため、公物管理権に基づく請求権が観念できないとの主張については、上で述べたとおり、原告は、財産管理権に基づく使用权を有している。

その余の点については、被告の主張は、要するに、履行請求権は、常に認められるべきものではなく、根拠規定に基づいて解釈されるべきであるとした上で、沖縄県漁業調整規則が請求権を否定する趣旨と解釈するが、その根拠は、結局のところ、罰則があっても、監督処分に関する規定を欠いているという 1 点に過ぎない。

しかし、最高裁平成 16 年 11 月 25 日判決民集 8 卷 8 号 2326 頁の事案は、そもそも私人の権利の存否が争われたもので、本件とは全く事案を異にするが、それを置いても、同判決は、「憲法 21 条が規定する表現の自由の保障の下において、～法 1 条は、～「放送の不偏不党、真実及び自律を保障す

ることによって、放送による表現の自由を確保すること」(2号)」を規定しているとした上で、「法3条は、上記の表現の自由及び放送の自律性の保障の理念を具体化し、「放送番組は、法律に定める権限に基く場合でなければ、何人からも干渉され、又は規律されることがない」として、放送番組編集の自由を規定している。すなわち、別に法律で定める権限に基づく場合でなければ、他からの放送番組編集への関与は許されないのである。法4条1項も、これらの規定を受けたものであって、上記の放送の自律性の保障の理念を踏まえた上で、上記の真実性の保障の理念を具体化するための規定であると解される。そして、このことに加え、法4条1項自体をみても、放送をした事項が真実でないことが放送事業者に判明したときに訂正放送等を行うことを義務付けているだけであって、訂正放送等に関する裁判所の関与を規定していないこと、同項所定の義務違反について罰則が定められていること等を併せ考えると、同項は、真実でない事項の放送がされた場合において、放送内容の真実性の保障及び他からの干渉を排除することによる表現の自由の確保の観点から、放送事業者に対し、自律的に訂正放送等を行うことを国民全体に対する公法上の義務として定めたものであって、被害者に対して訂正放送等を求める私法上の請求権を付与する趣旨の規定ではないと解するのが相当である。前記のとおり、法4条1項は被害者からの訂正放送等の請求について規定しているが、同条2項の規定内容を併せ考えると、これは、同請求を、放送事業者が当該放送の真実性に関する調査及び訂正放送等を行うための端緒と位置付けているものと解するのが相当であって、これをもって、上記の私法上の請求権の根拠と解することはできない。」と判示している。

要するに、憲法21条が規定する表現の自由の保障を踏まえ、放送法3条が放送番組編集の自由を規定していることからすれば、放送法4条(当時)は、調査を行った上で、訂正放送を行うことを義務付けている

が、その訂正放送の内容は自律的に決せられるべきものであるし、法4条1項、2項を合わせ考えれば、被害者等の請求は、あくまで調査の端緒となることを想定しているに過ぎず（このことは、被害者以外にも、その直接関係人も請求できることとされていることから明らかだと思われる）、私法上の請求権の根拠とはできない、としたものである。

本件に照らしてみれば、岩礁破碎等は、何ら表現の自由等の強い保障内容が及ぶものではないし、岩礁破碎許可を得ることや、岩礁破碎等を行うことについて、真実性の調査や訂正放送内容の決定のように、複雑な判断や、自律的な決定が要求されるものでもない。

沖縄県漁業調整規則は、確かに、監督処分を定めていないが、代替的作為義務でないのであれば監督処分を定めることの意義は薄いため、端的に司法的執行に委ねたものと解すべきである。

また、被告の主張上、沖縄県漁業調整規則が履行請求権を認めていないと解釈すべき唯一の根拠は、罰則が存在するが、監督処分を定めていないことのようにあるが、このように、言わば、罰則の排他性（他の強制手段を排除する効力）を認めるべき根拠はどこにもない。

いわゆるバイパス理論（最高裁昭和41年2月23日判決民集20巻2号320頁）のように、同じ内容の強制手段について、バイパス（農業災害補償法の滞納処分）が存在する場合に、一般道（民事訴訟法による強制執行）が許されないとすることはありうるとしても、罰則という刑罰による威嚇手段とは、強制手段が異なるのであるから（罰則は、本来は、過去の違法な行為に対する制裁であって、広い意味では義務の履行手段と言えても、狭い意味での義務の履行手段ではない）、罰則の排他性を認めるべき根拠はないのである。

かえって、罰則を定めている以上、当該義務が遵守されなければならないものであることは大前提であって、本件のように、工事費との比較で罰金額が低廉である場合や、事業者が国であり、公訴提起する機関の所属する行政主体であることから、罰則の適用が期待できない場合に、司法的執行の原則に戻って（上述のとおりである）、裁判所に助力を求めることを殊更禁止する趣旨とは解されない。

以 上