

令和3年（行コ）第1号

公有水面埋立承認取消処分取消裁決の取消請求控訴事件

控訴人 沖縄県

被控訴人 国

控訴理由書

2021（令和3）年2月1日

福岡高等裁判所那覇支部民事部 御 中

控訴人訴訟代理人

弁護士 加 藤 裕

弁護士 仲 西 孝 浩

弁護士 松 永 和 宏

弁護士 宮 國 英 男

控訴人指定代理人

沖繩県知事公室

知事公室長 金城 賢

参事監兼基地対策統括監 金城 典和

辺野古新基地建設問題対策課

課長 田代 寛幸

副参事 知念 宏忠

班長 宮城 石

主査 久保田 吏

主査 仲里 太一

主査 中村 健志

主任 内間 ゆりな

主任 大城 健司

主任 末永 充

沖繩県農林水産部漁港漁場課

課長 森 英勇

副参事 玉寄 秀人

班長 安里 靖

主査 宮里 真常

沖繩県土木建築部海岸防災課

課長 新垣 義秀

副参事 桑江 隆

班長 大山 豪

主任技師 弓削田 祥平

主任 新城 博史

目次

第1章	本件訴えの「法律上の争訟」性についての原判決の誤り	5
第1	「法律上の争訟」性についての原判決の判断	5
第2	本件訴えは「法律上の争訟」性の定式に該当すること	6
1	はじめに	6
2	司法権の意義と「法律上の争訟」性の定式について	7
3	本件訴えは「法律上の争訟」の定式に該当すること	14
第3	平成14年最高裁判決の射程についての原判決の誤り（平成14年最高裁判決によって本件訴えの「法律上の争訟」性は否定されないこと）	16
1	はじめに	16
2	平成14年最高裁判決の妥当範囲について	18
3	平成14年最高裁判決の射程が拡張されるべきではないこと	34
4	本件訴えについて平成14年最高裁判決を根拠として「法律上の争訟」性を否定することはできないこと	53
5	小括	55
第4	公物管理権に基づく訴えの「法律上の争訟」性を否定したことの誤り	56
1	原判決の判断（判決83頁）	56
2	平成8年最高裁判決の概要	57
3	平成8年最高裁判決と本件とを区別することができないこと	61
第2章	本件訴えについて裁決取消訴訟の原告適格を否定した原判決の誤り	68
第1	原判決の要旨	68

第 2	抗告訴訟の法的性質及び原告適格について	69
1	はじめに	69
2	条文上の根拠について	70
3	私的権利利益に基づかない抗告訴訟の提起を許容した裁判例について	79
4	本件において原告適格が認められること	86
5	法定受託事務と自治権について	99
第 3	その他問題点	102
1	行審法の解釈として、提訴が禁じられないこと（昭和 49 年最高裁判決について）	102
2	関与訴訟法定により、処分庁が所属する行政主体の提訴が禁じられないこと	121
第 4	結語	122

第1章 本件訴えの「法律上の争訟」性についての原判決の誤り

第1 「法律上の争訟」性についての原判決の判断

本件訴えは、沖縄県知事がした公有水面埋立承認処分（以下「本件承認処分」という。）について沖縄県知事職務代理者沖縄県副知事がした公有水面埋立承認取消処分（以下「本件承認取消処分」という。）を取り消した国土交通大臣の裁決（以下「本件裁決」という。）について、沖縄県が国に対して、裁決取消訴訟（行政事件訴訟法（以下「行訴法」という。）3条3項）として提起した訴訟である。

本件訴えの「法律上の争訟」性について、原判決は、最高裁平成14年7月9日判決・民集56巻6号1134頁（以下「平成14年最高裁判決」という。）を引用して、「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（最高裁判所昭和56年4月7日第三小法廷判決・民集35巻3号443頁参照）。そして、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、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うこととはできないから、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く、法律に特別の規定がある場合に限り、提起することが許されるものと解するのが相当である（平

成 14 年最高裁判決参照)。」としたうえで、「本件訴えは、原告が、沖縄県知事による埋立法上の承認権限の行使すなわち本件承認処分が事後的に承認要件を欠くに至ったことを理由にこれを撤回したこと（本件撤回処分）が適正であったと主張して、埋立法 42 条 1 項所定の承認権限（及びそれに基づく撤回権限）の回復を求めるものであるといえるから、自己の主観的な権利利益の保護救済を求める訴訟ではなく、埋立法という法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とした訴訟であるといえる。したがって、本件訴えは法律上の争訟に当たらない」とした。

この原判決の判断は、「司法」の任務・責任を理解せず、「法律上の争訟」の意義や平成 14 年最高裁判決の射程範囲についての解釈を誤り、その結果、司法の果たすべき役割を放棄して違法に裁判を拒絶したものである。

以下、本章においては、本件訴えは「法律上の争訟」性についての確立した定式に該当し、かつ平成 14 年最高裁判決が「法律上の争訟」性が否定されるとした場合に該当しないものであるから、「法律上の争訟」に該当し、司法審査の対象となるものであることについて述べる。

第 2 本件訴えは「法律上の争訟」性の定式に該当すること

1 はじめに

原判決は、「法律上の争訟」性について、「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」という定式を示した上で、「法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とした訴訟であるといえる。したがって、本件訴えは法律上の争訟に当たらない」とした。

この原判決が、「法律上の争訟」性について、前記定式と「法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的」との関係をどのように理解しているのか、すなわち、“「法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的」とする場合には、定式に該当しても「法律上の争訟」性が否定される”とするものであるのか、それとも、“定式に該当しない”とするものであるものかは不明であり、また、仮に後者であるとした場合には、定式のどの箇所について、どのような理由で該当しないとするものであるのかは不明であるが、本件訴えについては、「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」という定式に該当することは明らかというべきである。

2 司法権の意義と「法律上の争訟」性の定式について

(1) 司法権の意義について

日本国憲法は「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。」(76条1項)と定めている。

「法治の要求は、法の順守適用が確実に且統一的に行われなければ貫徹されない。…司法の存在理由をこのように考えるならば、その法規が公法であるか私法であるか、又事件が私人間の紛争であるか、国家機関である官庁の人民に対する権力行使の関係であるかによって区別すべき理由はないといわなければならない。」(兼子一「新行政訴訟の基礎理論」同『民事法研究二巻』78頁)ものであり、紛争について法を適用して解決することにより、「法の支配」を実現することが、裁判所に課せられた司法の任務である。

「司法権」の意義については、「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」(清宮四郎『憲法 I』334 頁)であり、司法権の役割とは「具体的な争いが生じているとき、法を適用してその争いを解決する役割」(伊藤正巳『憲法(第3版)』559 頁)であるとするのが歴史的に形成された伝統的な理解である。今日においてもこの理解は確たる通説であり、芦部信喜は、「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』だと考えられてきた。これをより厳密に定義すれば、『当事者間に、具体的事件に関する紛争がある場合において、当事者からの争訟の提起を前提として、独立の裁判所が統治権に基づき、一定の争訟手続によって、紛争の解決の為に、何が法であるかの判断をなし、正しい法の適用を保障する作用』とすることができる。」(芦部信喜『憲法(第5版)』326 頁)としている。

(2) 事件性の意義と司法権の範囲について

日本国憲法のもとにおいて、「司法とは、具体的な事件・争訟の法的解決の作用であり、逆に言えば、かかる事件・争訟が存在しないところには司法権の発動はない。その意味で、事件・争訟の存在—いわゆる事件性—が司法権発動の要件となり、司法権の範囲を画することになる」(野坂泰司「憲法と司法権」法学教室 246 号)ものと解されている。

事件性が司法権の中核的要素・発動要件であり、司法権の範囲は事件性によって画されるものであるが、その要素については、「①紛争の具体性、②相対立する当事者の存在、③権利義務又は法律関係の存否に関する紛争、④紛争の法的解決可能性、⑤判決の終局性など」(曾和俊文「行政訴訟制度の憲法的基礎」ジュリスト 1219 号 64 頁)と理解

されている。

日本国憲法の定める「司法権」の対象、すなわち事件性の要件を備える事件について、裁判所が司法審査を拒絶することは原則として許されず、実体について判断をして紛争を解決しなければならない。もっとも、事件性が認められる場合であっても、議員の資格争訟（憲法 55 条）など憲法が明文で定める限界や外交使節等の国際法上の限界が存するものである。さらに、統治行為等の法律上の係争であっても司法審査の対象外とされる例外が解釈により認められているが、事件性の要素を充足する法律上の係争であるにもかかわらず解釈により司法審査の対象外とされるのは極めて例外的なものであるから、かかる例外は、厳格な上にも厳格に限定されなければならないものである。

(3) 「法律上の争訟」の定式について

ア 憲法上の司法権の内実（司法権の発動要件）である事件性を、裁判所法 3 条 1 項の「法律上の争訟」とほぼ等式で捉えるのが通説的理解である。

「法律上の争訟」の定式については、「①『当事者間の具体的な権利義務または法律関係の存否（刑罰の存否を含む）に関する紛争』であって、②『法律の適用により終局的に解決しうべきもの』（佐藤幸治『憲法（第 3 版）』297 頁）と捉えられている（以下、この定式に示された要件について、「①の要件（具体的事件性）」、「②の要件（法的事項）」という。）。

具体的事件性がないにもかかわらず抽象的に法令の解釈または効力について争う抽象的規範統制訴訟は「法律上の争訟」に該当しないものであり、また、紛争の当事者以外の者が一般的・抽象的に「法

規の適用の適正ないし一般公益の保護」を目的として裁判所に出訴することには特別な法律上の根拠が必要である。

逆に、「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」について、その紛争の当事者が訴えを提起した場合には、原則として裁判所はその裁判を拒絶することは許されず、前述のとおり、統治行為等についての例外は認められているものの、そのような例外は極めて厳格に限定されるものである。

イ 上記の「法律上の争訟」の定式については、判例上確立し、学説においても支持されているものである。

最高裁昭和 27 年 7 月 8 日判決・民集 6 卷 9 号 783 頁（警察予備隊違憲訴訟判決）は、「わが裁判所が現行の制度上与えられているのは司法権を行う権限であり、そして司法権が発動するためには具体的な争訟事件が提起されることを必要とする。我が裁判所は具体的な争訟事件が提起されないのに将来を予想して憲法及びその他の法律命令等の解釈に対し存在する疑義論争に関し抽象的な判断を下すごとき権限を行い得るものではない。」と判示し、具体的事件性がないのに、抽象的に法令の解釈または効力について争う抽象的規範統制訴訟は「法律上の争訟」とはいえないものとした。

そして、「法律上の争訟」の内容について、最高裁昭和 28 年 11 月 17 日判決・行集 4 卷 11 号 2760 頁（教育勅語事件判決）は、「わが国の裁判所は、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する権限を有するものであるが（裁判所法三条）、その法律上の争訟とは、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つて、且つそれが法律の適用によつて終局的に解決し得べきものであることを要するのである。」として、①の要件（具体的事件性）と②の要件（法的事項）が「法律上の争訟」の要件であるとの定式を示した。もつとも、同事案は、①の要件（具体的事件性）に関するものであった。

最高裁昭和 29 年 2 月 11 日判決・民集 8 卷 2 号 419 頁（村議会議決無効確認請求事件判決）は、①の要件（具体的事件性）を欠いた事案であるが、「『法律上の争訟』とは法令を適用することによつ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」とされ、①の要件（具体的事件性）と②の要件（法的事項）が「法律上の争訟」の要件であるとの定式を示した。

最高裁昭和 41 年 2 月 8 日判決・民集 20 卷 2 号 196 頁（技術師国家試験判決）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、裁判所法三条にいう『法律上の争訟』に限られ、いわゆる法律上の争訟とは、『法令を適用することによつ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』ものと解される（昭和二九年二月一日第一小法廷判決、民集八卷二号四一九頁参照）。従つて、法令の適用によつて解決するに適さない単なる政治的または経済的問題や技術上または学術上に関する争は、裁判所の裁判を受けうべき事柄ではない」と判示した。①の要件（具体的事件性）と②の要件（法的事項）が「法律上の争訟」の要件であるとの定式を示した上で、②の要件（法的事項）の内容を明らかにしたものである。

最高裁昭和 56 年 4 月 7 日判決・民集 35 卷 3 号 443 頁（板まんだら事件最高裁判決）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は、裁判所法三条にいう『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（最高裁昭和三九年（行ツ）第六一号同四一年二月八日第三小法廷判決・民集二〇卷二号一九六頁参照）。したがって、具体的な権利義務ないし法律関係に関する紛争であっても、法令の適用により解決するのに適しないものは裁判所の審判の対象となりえない、というべきである。」と判示し、宗教上の教義に関する紛争は法令の適用により解決できず、②の要件（法的事項）を欠くものとした。

ウ 日本国憲法にいう「司法権」と裁判所法3条1項にいう「法律上の争訟」の定式の関係について、憲法学者の佐藤幸治は、「裁判所法にいう『一切の法律上の争訟』は、少なくとも憲法にいう『司法権』（事件・争訟性）をすべて包摂していると解される。憲法76条1項が『すべて司法権』は裁判所に属するといっているものを、法律によって縮減することは許されず、裁判所法3条に『日本国憲法に特別の定めのある場合を除いて一切の法律上の争訟……』とあるのは、そのことを踏まえてのことと解される…教育勅語事件判決も含めて判例および実務は、『法律上の争訟』をもって、①『当事者間の具体的な権利義務または法律関係の存否（刑罰権の存否を含む）に関する紛争』であって、②『法律の適用により終局的に解決しうべきもの』、と捉えている。憲法にいう『司法権』の内実をなす事件・争訟性の要件は、一見すると、裁判所法にいう『法律上の争訟』に関する①の要件（狭義の事件・争訟性の要件）に対応するもののご

とくであるが、『司法権』が具体的事件・争訟性を内実するという中には、法を適用して解決しうるものという含意を当然にともなっているのであって、①と②の要件両者に対応していると解される」（佐藤幸治『日本国憲法論』585頁）としている。

エ 以上のとおり、「法律上の争訟」の定式については、「①『当事者間の具体的な権利義務または法律関係の存否（刑罰の存否を含む）に関する紛争』であって、②『法律の適用により終局的に解決しうべきもの』と解するのが、確立した判例であり、また、学説においても通説である。

この「法律上の争訟」の定式では、①の要件（具体的事件性）を、「具体的な権利義務に関する紛争」に限定せず、「『具体的な権利義務』ないし『法律関係の存否』に関する紛争」としているものであり、具体的な「権利義務」と認められない場合でも、具体的な「『法律関係の存否』に関する紛争」であれば、①の要件（具体的事件性）を充たすものである。

戦前と異なり、日本国憲法下では行政事件が司法権の概念に含まれたのであるから、「法律上の争訟」性の定式における「法律関係」の意義は、行政事件の特質を踏まえて理解されなければならないものであり、「法律上の争訟」と認められるのは、実体的請求権についての「具体的権利義務」の紛争に限定されるものではなく、行政法領域における行政上の「法律関係の存否」に関する紛争が「法律上の争訟」に該当することについて留意されなければならない。

このことについて、憲法学者の佐藤幸治は「行政事件の場合は、本来的に公共政策の形成と深くかかわっていることから、民事事件

の場合とは異なった柔軟な判断が要請されることは否定できない
（従来、行政訴訟の領域では、この『法律上の争訟』の要件が、不幸にももっぱら司法権の対象を限定する役割を担わされてきたという印象を拭えない。）（佐藤幸治『日本国憲法』586頁）と指摘している。

行政法学者からは、中川丈久「行政事件訴訟法の改正」公法研究63号133頁は、「実体的請求権の方式に載らない紛争の主題であっても、裁判所法三条の『法律上の争訟』たりうることは、行政法学においてしばしば指摘されてきた。」とし、阿部泰隆「続・行政主体間の法的紛争は法律上の争訟にならないのか(上)」自治研究83巻2号は「行政法上の法律関係は、権限の関係である。それも、法律的に規律され、法的に効力を持つものであるから、権利義務関係でなくとも、法律関係というべきであろう。このように、行政法の法律関係に着目すれば、権利義務関係と法律関係は異なってくるのである…もともと、法律上は、『法律上の争訟』としか規定されていないのであって、法律的な判断なり法的解決が可能な紛争であれば、この要件を満たすはずである。」などの指摘がなされている。

3 本件訴えは「法律上の争訟」の定式に該当すること

- (1) 本件裁決について、国と沖縄県との間に、法律関係が存在すること自体は明らかである。

公有水面埋立法（以下「公水法」という。）42条1項は、都道府県知事に、公有水面埋立承認の法的権限を付与しているものである。

本件承認取消処分は、この法的権限によってなされたものであるところ、取消裁決が有効であれば、裁決の直接的な法効果として、沖縄

県知事の法的権限に基づいてなされた本件承認取消処分の法的効果が覆滅することになり、本件承認処分に係る法律関係が変動をすることになるのである。

本件裁決の効力として、本件承認処分及び本件承認取消処分に基づく公法上の法律関係が変動をするのであるから、本件裁決の取消しを求める本件訴えが、具体的な法律関係の存否に関する紛争についての訴えであり、かつ、これが法律の適用によって終局的な解決をするものであることは明らかである。

(2) 原判決は、「原告は、行政法領域における行政上の『法律関係の存否』に関する紛争も『法律上の争訟』に該当すると主張するが、同主張によれば、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とした訴訟をも法律上の争訟に含まれる結果となり、前記平成 14 年最高裁判決に抵触するものとして失当である。」としている。

仮に、これが「行政法領域における行政上の『法律関係の存否』に関する紛争」はおよそ「具体的な法律関係の存否に関する紛争」に該当しないというのであれば、国又は地方公共団体が提起したものであるのか国民が提起したものであるのかにかかわらず、行政訴訟は、原告の属性にかかわらず、すべて「法律上の争訟」には該当せず、司法権の埒外ということになるが、このような見解が日本国憲法下では成り立ちえないことはあまりにも明らかである。

平成 14 年最高裁判決には、「行政法領域における行政上の『法律関係の存否』に関する紛争」は「法律上の争訟」に含まれないとの内容はない。また、国や地方公共団体が、納税義務という行政法領域における義務の消滅時効を回避するために給付訴訟又は確認訴訟を起こ

すことは可能であるとされてきており、前述のとおり、平成 14 年最高裁判決の調査官解説においてもこのような訴訟は「法律上の争訟」に該当するとされている。

「行政法領域における行政上の『法律関係の存否』に関する紛争も『法律上の争訟』に該当すると主張するが、同主張によれば、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とした訴訟をも法律上の争訟に含まれる結果となり、前記平成 14 年最高裁判決に抵触するものとして失当である。」ということはおよそ成り立ち得ないものである。

以上のとおり、本件訴えは、「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、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」性の定式に該当するものである。

本件訴えについて、事件性があり、法律上の係争であることについては疑いの余地がないものであり、それにもかかわらず「法律上の争訟」性が否定されるのかは、平成 14 年最高裁判決が「法律上の争訟」性を否定した命題に該当するか否かにかかるものである。

第 3 平成 14 年最高裁判決の射程についての原判決の誤り（平成 14 年最高裁判決によって本件訴えの「法律上の争訟」性は否定されないこと）

1 はじめに

原判決は、「埋立法という法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とした訴訟であるといえる。したがって、本件訴えは法律上の争訟に当たらない」、「特に当該事案において争訟の相手方が個々の国民であるという点に着目して法律上の争訟性を否定したものとは考えにくいから、

国又は地方公共団体という行政主体を被告として提起するか国民を被告として提起したものであるかにかかわらず、当該訴訟の目的が、行政権が自己の主観的な権利利益に基づき保護救済を求めるものではなく、専ら行政の主体という立場において法規の適用の適正ないし一般公益の保護を求めるものである場合において、法律上の争訟性を否定したものと解される。「原告は、法律上の争訟に関する被告の解釈は、法律上の争訟の概念に「私権保護の目的による訴訟提起」という新たな要素を加えたものであり、そのような解釈は誤りであると主張するが、原告が上記主張の根拠として指摘するところは、いずれも平成 14 年最高裁判決と異なる立場に基づく原告独自の主張であり採用することができない。」として、平成 14 年最高裁判決の射程範囲を、“「法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とした訴訟」は「法律上の争訟」に該当しない”ととらえて、本件訴えの「法律上の争訟」性を否定した。

しかし、平成 14 年最高裁判決の前後に、地方公共団体が「法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的」として提起とした訴訟が最高裁判例において認められているものであり、原判決が平成 14 年最高裁判決の理解を誤っていることは明らかである。また、「国民の裁判を受ける権利」に基づかない訴訟であっても、司法権の範囲内ないし「法律上の争訟」に該当する可能性があることは余りにも当然のことであり、平成 14 年最高裁判決も、「国民の裁判を受ける権利」に基づかない訴訟はおおよそ司法権の範囲内ないし「法律上の争訟」に該当しえないとの立場にたつものとは理解されないものである。判例は、事案に依存し、判例の先例拘束力の範囲は当該事案の結論を直接に導くことに必要な範囲（結論命題）に限定されるものであるが、原判決は平成 14 年最高

裁判決の結論命題を理解しないものである。

本件訴えは、「法律上の争訟」の定式に該当し、かつ、平成 14 年最高裁判決が「法律上の争訟」性が否定されるとした場合に該当しないものである。本件訴えについて、「法律上の争訟」性を否定したことは、平成 14 年最高裁判決とは異なる独自の判断をし、「法律上の争訟」性が否定される場面を拡張したものであるが、司法権の意義を理解しない独自の誤った解釈である。

2 平成 14 年最高裁判決の妥当範囲について

(1) 「法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的」とする地方公共団体の出訴は最高裁判例によって認められていること

ア 最高裁昭和 37 年 4 月 12 日判決・民集 16 卷 4 号 781 頁（以下「昭和 37 年最高裁判決」という。）は、地方公共団体が、もっぱら行政権の主体として、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的として提起した訴訟について本案判決をしたものであり、この訴訟について「法律上の争訟」性を認めたものである。

同訴訟は、私人に対してなされた試掘権設定許可に対して、鉦区内の石灰石掘採が行われることにより、平尾台上の住民の飲料その他の用に供する唯一の水源が破壊され、住民の生活が危殆に陥られ、台上住民の水源利用の不便、保健衛生上甚だしい害が起こり、場合によっては生活不能の結果さえも招来するとして、小倉市（現北九州市）が出願許可の取消しを求め、土地調整委員会の裁定を求めたところ、小倉市の主張が排斥されたことから、裁定の取消しを求めた訴えであり、原告たる小倉市は、その住民の水源に関する利益の保護のために訴えを提起したものであるが、適法な訴えとして

審理されて本案判決がなされた、すなわち、「法律上の争訟」性が認められたものである。

昭和 37 年最高裁判決の事案の訴えの適法性について、原判決は、「同判決は土地調整委員会設置法 49 条 1 項（昭和 37 年法律第 140 号による改正前のもの）に基づく裁定取消訴訟に対するものであり、これは、行政機関が一般公益の保護を目的として提起することが特に法律により認められる場合に当たる」とした。

しかし、原判決には、そのように解する理由は一切示されていない。そして、法文よりしても、立法の経緯よりしても、土地調整委員会の裁定の取消訴訟について、「行政機関が一般公益の保護を目的として提起することが特に法律により認められ」たものと解する余地はないものというべきであり、原判決の誤りは明らかである。

行訴法 42 条は、民衆訴訟及び機関訴訟の提起可能性を「法律に定める場合において、法律に定める者に」限定し、民衆訴訟及び機関訴訟を提起することのできる「場合」と「者」を、個別の法律規定で明確に定めることを要求しているところ、鉱業法 187 条 1 項（昭和 37 年法律第 161 号による改正前のもの。）は、「裁決若しくは決定に不服のある者は、土地調整委員会の裁定を申請することができる」と規定し、土地調整委員会設置法 49 条 1 項（昭和 37 年法律第 140 号による改正前のもの。）は、「委員会の裁定又は裁定の申請の却下の決定に不服のある者は、（中略）訴を提起することができる。」と規定するにとどまり、「行政機関が一般公益を目的として提起する」ことができることを特に明定していない。鉱業法も同様

である。法文上、土地調整委員会の裁定の取消訴訟について、「行政機関が一般公益の保護を目的として提起することが特に法律により認められ」たものと解する余地はないものと言うべきである。

鉱業法、土地調整委員会設置法は、行訴法制定以前の法律であるところ、これらの法令以外にも、個別の訴願や出訴規定を備えた法令は極めて多数にのぼっており（行政事件訴訟法の施行に伴う関係法律の整理等に関する法律（昭和 37 年法律第 140 号。以下「整理法」という。）参照）、行訴法制定時に、これらの法令が整理されている。土地調整委員会設置法 49 条 1 項については、「委員会の裁定又は裁定の申請の却下の決定の取消しの訴えは、裁定書又は決定書の正本が到達した日から六十日以内に提起しなければならない。」との規定に改正された（整理法 7 条）。つまり、原告適格については、特段の文言を置いていないところ、土地調整委員会設置法 49 条 1 項に基づく訴えを、行訴法における機関訴訟や民衆訴訟と整理する余地はない（行訴法 42 条は、「法律に定める者に限り、提起できる」と定めているところ、「法律に定める者」は、存しない）。実際、行訴法の制定に伴う土地調整委員会設置法の改正の趣旨について、整理法の逐条説明は、実質的証拠の有無との関係での行訴法 33 条 3 項（43 条による準用については触れられていない）の拘束力との関係について疑義を排したこと（塩野宏編著『行政事件訴訟法 [昭和 37 年] (5) 日本立法資料全集 39』141 頁）、裁決主義を採ったこと（同 144 頁）に触れられているだけで、特段、機関訴訟ないし民衆訴訟として整理したであるとか、逆に原告適格について従前の制度より限定するという解説もない。行訴法の概説書においても、同制度は、あ

くまで行訴法 3 条 3 項の裁決の取消しの訴えとして整理されている
（杉本良吉『行政事件訴訟法の解説』14 頁では、行訴法 3 条 3 項の
裁決の取消しの訴え（抗告訴訟）の解説において、土地調整委員会
設置法 50 条が挙げられ、同 33 頁では行訴法 8 条の解説において、
鉱業法 180 条が挙げられているが、5 条、6 条、42 条の解説におい
ては、土地調整委員会設置法 49 条に基づく訴えは挙げられていな
い）。土地調整委員会設置法 49 条 1 項に基づく訴えは行訴法 3 条 3
項の抗告訴訟として整理された上で行訴法が立法されたことは、疑
いようがないものである。

加藤梯次ほか『鉱業関係法』391 頁注(1)は、土地調整委員会設置
法 49 条につき、「訴を提起することについて利益があれば、裁定を
申請した者、處分廳、當事者参加をした者（三六條）及びそれ以外
の者でもよい。公益上の関係がある行政機關でもよろしい。行政機
關は一般に特別の規定がある場合にのみ訴の提起ができるものと解
されている（とくに規定がなくても河水利用につき村長に村を代表
して訴を提起することを認めた判例もある。行判明治 45・7・13 行
判録 45 年 966 頁）が、事件の公益性、裁定の申請を認められる者
の範囲（二五條 [1] 参照）、裁定についての行政機關の當事者参加
（三七條）等の関係から公益関係のある行政機關にも訴の提起を認
めるべきである」としている。この説明は、公益保護目的の訴訟を
特別に認めるということではなく、公益か否かを問わず「利益」が
あれば、つまり、原告適格が認められれば、裁定に係る訴訟を提起
できる、としているものであるが、これは、「法律上の争訟」である
ことを前提にしているものにほかならない。

昭和 37 年最高裁判決は、地方公共団体（小倉市）が、周辺地域住民の権利利益の保護のため提起する訴訟について、適法な訴訟提起と認める判断を下していたものであり、公益保護を目的とする主観訴訟の適法性を認めたものである。

イ 最高裁昭和 49 年 5 月 30 日判決・民集 21 卷 4 号 1035 頁（以下、「昭和 49 年最高裁判決」という。）は、処分をした地方公共団体が処分を取り消した裁決について提起した裁決取消訴訟を不適法としものであるが、これは、当該裁決取消訴訟が「法律上の争訟」に該当することを前提としたものと言うべきであり、同最判は、「法律上の争訟」性を否定したのではない。

昭和 49 年最高裁判決は、「国民健康保険の保険者は、保険給付等に関する保険者の処分について審査会のした裁決につき、その取消訴訟を提起する適格を有しないものと解するのが相当である。」と判示したものであるが、「訴訟を提起する適格」の有無は、当該訴訟類型が裁判所の審判の対象であることを前提としたうえで、当該訴訟を提起する適格を有するか否かが判断されるものであるから、「訴訟を提起する適格」は、当該訴訟類型が法律上の争訟に属することが認められた後に、初めて問題となるものである。

平成 14 年最高裁判決は、法律上の争訟性について否定されるとの判断を示したもので訴訟を提起する適格についての判断には及んでいないし、他の法律上の争訟性を否定した最高裁判例をみても、最高裁昭和 28 年 11 月 17 日判決・行集 4 卷 11 号 2760 頁（教育勅語事件判決）、最判昭和 29 年 2 月 11 日・民集 8 卷 2 号 419 頁（村議会議決無効確認請求事件判決）、最高裁昭和 41 年 2 月 8 日判決・

民集 20 卷 2 号 196 頁（技術師国家試験判決）、最高裁昭和 56 年 4 月 7 日判決・民集 35 卷 3 号 443 頁（板まんだら事件最高裁判決）は、訴訟を提起する適格についての判断はしていない。

昭和 49 年最高裁判決が、「取消訴訟を提起する適格」について判断をしたということは、当該訴訟類型が法律上の争訟であるとの判断が先行してなされたものと言うべきである。

ウ 平成 14 年最高裁判決の後になされた最高裁平成 21 年 7 月 10 日判決・判例時報 2058 号 53 頁（以下「平成 21 年最高裁判決」という。）により、『法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的』とする訴訟が『法律上の争訟』に該当しない」という命題を最高裁が採用していないことは、明確になっているものである。

平成 21 年最高裁判決は、地方公共団体（福間町）がその区域内に産業廃棄物処理施設を設置している産業廃棄物処分業者に対し、町と産業廃棄物処分業者との間で締結された公害防止協定で定められた本件処分場の使用期限が経過したと主張して、本件土地を本件処分場として使用することの差止めを求めた事案に関するものであるが、最高裁は同訴訟を不適法とすることなく判断をしており、同訴訟を「法律上の争訟」に該当するとしたものである。

地方公共団体が事業者と締結した公害防止協定については、地方公共団体は公益保護の目的で締結するものであり、公害防止協定を事業者が履行することについて地方公共団体の財産上の権利利益が存するものではない。すなわち、「地方公共団体が私人を規制する内容の契約を締結し義務の履行を求める訴えの目的は、『一般公益の保護』にあり、『自己の財産上の権利利益の保護救済』ではないと言わ

ざるを得ない」(山本隆司『判例から探求する行政法』213頁)、「原告である福間町が民事訴訟を通じて保護を求めた利益が、福間町自身の財産的利益ではなく、協定によって守られるべき周辺住民の生命・健康の保持と生活環境の保全利益であることには注目しておかなければならない」(曾和俊文『行政法執行システムの法理論』170頁)、「最判平成21年7月10日判時2058号53頁は、市と事業者との間で締結された公害防止協定に関し、市が当該協定による義務の履行を当該事業者に求めた事案について、公害防止協定による義務の履行を求めることは『一般公益の保護』のためではないとはいえないにも拘らず、その『法律上の争訟』性を否定していない」(西上治『機関訴訟の「法律上の争訟」性』59頁注153)ものであり、行政主体が公益保護を目的として提起した訴訟であることは明らかであるが、最高裁は、訴えが適法であることを前提にして、本案について審理したものである。

平成21年最高裁判決は、平成14年最高裁判決の判例変更をしたものではないが、このことは、平成14年最高裁判決は、「『法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的』とする訴訟が『法律上の争訟』に該当しない」という命題を採用していないことを示しているものである。

エ また、令和2年11月25日最高裁判決(以下「令和2年最高裁判決」という。)は、国または地方公共団体が提起した訴訟ではなく個人が提起した訴訟ではあるが、市民個人の権利に基づかずに、「法規の適用の適正ないし一般公益の保護」を目的とした訴訟について、「法律上の争訟」性を認めたものとも見うるものである。

同最判の事案は、市議会議員 X が、市議会から出席停止処分（以下「本件処分」という。）を受け、出席停止とされた出席停止期間分について議員報酬から減額されたため、市を相手に本件処分の取消しと議員報酬の支払を求めて出訴したというものであり、原審は、「出席停止といえども、それにより議員報酬の減額につながるような場合には、その懲罰の適否の問題は、憲法及び法律が想定する一般市民法秩序と直接の関係を有するものとして裁判所の司法審査の対象となるというべきである」と判示して、本件処分の取消し及び議員報酬の支払を求める訴えのいずれについても適法としたというものである。

令和 2 年最高裁判決は、原判決について、「結論において是認することができる」として、上告を棄却した。すなわち、出席停止処分の取消請求について、司法審査の対象となるとする根拠について、「出席停止といえども、それにより議員報酬の減額につながるような場合には、その懲罰の適否の問題は、憲法及び法律が想定する一般市民法秩序と直接の関係を有するものとして裁判所の司法審査の対象となるというべきである」との理由をとらないことを明確にしたものである。

地方議会議員の地位や権利は、国家の統治機構（地方政府）の機関としてのそれであるから「議員たる地位は一般市民として享受しうる地位とはいいい難い」（佐藤幸治『日本国憲法論』594 頁）、「公選による議員たる地位は、普通の市民として享有しうる地位ではなく、国又は公共団体の組織上の公の資格であって、常識的にも個人の要素として考えられるべきものではない」（兼子一「司法権の本質と限

界」ジュリスト2号5頁)ものである。

そして、令和2年最高裁判決は、「議員報酬の支払を求める部分も当然に適法」とするとともに、出席停止処分については、一般市民として享受する地位や権利の問題としてではなく、地方議会議員の国家の統治機構（地方政府）の機関としての地位・権利を正面から論じて、「法律上の争訟」として認めたものである。

すなわち、「議員は、憲法上の住民自治の原則を具現化するため、議会が行う上記の各事項等について、議事に参与し、議決に加わるなどして、住民の代表としてその意思を当該普通地方公共団体の意思決定に反映させるべく活動する責務を負うものである…出席停止の懲罰は、上記の責務を負う公選の議員に対し、議会がその権能において科する処分であり、これが科されると、当該議員はその期間、会議及び委員会への出席が停止され、議事に参与して議決に加わるなどの議員としての中核的な活動を行うことができず、住民の負託を受けた議員としての責務を十分に果たすことができなくなる。そうすると、出席停止の懲罰は、議会の自律的な権能に基づいてされたものとして、議会に一定の裁量が認められるべきであるものの、裁判所は、常にその適否を判断することができるというべきである。」としたものである。また、宇賀克也補足意見では、「住民が選挙で地方議会議員を選出し、その議員が有権者の意思を反映して、議会に出席して発言し、表決を行うことは、当該議員にとっての権利であると同時に、住民自治の実現にとって必要不可欠であるということができる。もとより地方議会議員の活動は、議会に出席し、そこで発言し、投票することに限られるわけではないが、それが地

方議会議員の本質的責務であると理解されていることは、正当な理由なく議会を欠席することが一般に懲罰事由とされていることから明らかである。したがって、地方議会議員を出席停止にすることは、地方議会議員の本質的責務の履行を不可能にするものであり、それは、同時に当該議員に投票した有権者の意思の反映を制約するものとなり、住民自治を阻害することになる。「地方自治の本旨」としての住民自治により司法権に対する外在的制約を基礎付けながら、住民自治を阻害する結果を招くことは背理であるので、これにより地方議会議員に対する出席停止の懲罰の適否を司法審査の対象外とすることを根拠付けることはできない」とされている。

以上のとおり、令和2年最高裁判決は、一般市民として享受する権利に基づくものではなく、国家の統治機構（地方政府）の機関である議員が、統治機構（地方政府）の機関としての権利が制約されたことについて、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的として提起した訴訟について、司法権の対象と認めたものである。

オ 以上のとおり、平成14年最高裁判決は、昭和49年最高裁判決について判例変更したものではなく、また、平成21年最高裁判決は、平成14年最高裁判決を変更したものでないから、平成14年最高裁判決が、地方公共団体が「法規の適用の適正ないし一般公益の保護」を目的として提起した訴訟がおよそ「法律上の争訟」に該当しないとの判断をしたものではないことは明らかである。

また、令和2年最高裁判決は、市民法上の権利に基づかずに「法規の適用の適正ないし一般公益の保護」を目的として提起した訴訟を「法律上の争訟」と認めているものであり、「法規の適用の適正な

いし一般公益の保護」を目的として提起した訴訟がおよそ「法律上の争訟」に該当しないとの命題は成り立たないものである。

- (2) 国民の「裁判を受ける権利」に対応する争訟のみが「司法権の範囲」ないし「法律上の争訟」に該当するものではないこと

原判決は、「行政権がもつぱら行政権の主体としての地位に基づき、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的として訴訟を提起する場合には、憲法 32 条の裁判を受ける権利が保障されるものとはいえない」として、「法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的」とする訴訟の「法律上の争訟」性を否定した。

しかし、司法権が国民の権利利益を保護するものであることよりすれば、行政上の義務の確保についても司法権が関与することが望ましいということが帰結されることになる。国民の権利利益の保護を言うのであれば、司法手続により債務名義を取得しての執行こそが、重要と言うべきであり、米国では、司法手続による執行が原則であるとされている。行政が司法手続を経由せずに直接に執行をするよりも、司法手続を経て執行をすることの方が、国民の権利保護に適うということ自体は、わが国にも等しく妥当するものである。司法権が国民の権利義務を任務とすることを理由として、行政上の義務の実効性確保のために司法手続が用いられることを否定することは、論理をなさない。

また、国民の裁判を受ける権利を受け止めることが司法権の役割であることは、「国民の裁判を受ける権利」に対応しない紛争裁定作用が司法権に含まれないことを意味するものではない。国民が裁判を受ける権利（憲法 32 条）をもつ場合には、当然に、裁判所の職務権限が存し、憲法 32 条にいう「裁判」とは、司法権の作用としての裁判で

あって、憲法 76 条 1 項にいう「司法権」を前提とするという意味では、「国民の裁判を受ける権利」の側の視点から見れば、裁判を受ける権利と司法権は表裏の関係と表現することも可能である。しかし、これを超えて、「司法権・法律上の争訟＝国民の裁判を受ける権利」ということを絶対的なテーゼとして立て、国民の裁判を受ける権利に基づかないものは「司法権・法律上の争訟」に含まれないとすることは、誤りである。このことについて、阿部泰隆は、「個人の具体的な権利義務に関わるものは、憲法三二条の定める『裁判を受ける権利』の保障との関係もあって、当然に『法律上の争訟』に当たるが、それに入らないものは当然に『法律上の争訟』にならないとはいえない。」（阿部泰隆「続・行政主体間の法的紛争は法律上の争訟にならないのか(上)」自治研究 83 卷 2 号 15 頁）、「裁判を受ける権利が認められる場合には司法権が発動されなければならないが、裁判を受ける権利がなければ司法権の対象にならないとの議論は逆論法であり（逆は必ずしも真ならず）、当然に成り立つものではない。」（阿部泰隆「続・行政主体間の法的紛争は法律上の争訟にならないのか(下)」自治研究 83 卷 3 号 34 頁）と指摘している。

平成 14 年最高裁判決は、「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利益の保護救済を求めるような場合には、法律上の争訟に当たる」としているが、このこと自体は当然のことである。しかし、行政主体は、「国民」ではなく、基本的人権の享有主体ともなり得ない。「国民」という概念には、「国家構成員としての国民」、「主権の主体としての国民」及び「国家機関としての国民」があるが、そのいずれの面からみても、行政主体は「国民」

の概念にも該当しない。また、行政主体は、独立の法人格を有するものとして公法上及び私法上の権利義務の帰属主体となりうるものであるが、基本的人権の享有主体とはなり得ない。私法人については一定種類の人権についてはその享有主体たりうると解されるが、行政主体については、人権享有主体となることはない。すなわち、「人権は、第一次的には個人の自由の領域を公権力の侵害から護ることを目的とするものであるから、公法人に人権享有主体性を認めることは背理と見えよう。公法人が権力的行為を行う場合だけでなく、私法的に行動する場合も同様である。」(芦部信喜『憲法学Ⅱ』162頁)とされている。

行政主体が、私法(財産法)上の権利利益の帰属主体として、自己の財産上の権利利益の保護救済を求めて出訴した場合についても、行政主体が「国民」になるわけではないし、基本的人権としての裁判を受ける権利の享有主体となるものでもない。「行政主体が財産権の主体として訴訟を提起する場合においても、裁判を受ける権利を保障されているわけではない」(村上裕章「国・自治体間訴訟」現代行政法講座編集委員会編『現代行政法講座Ⅳ自治体争訟・情報公開訴訟』25頁)のであり、「国又は地方公共団体」は、「国民」ではなく、人権享有主体とはなり得ないものである。したがって、国又は地方公共団体が財産権の主体として自己の財産上の利益の保護救済を求める訴訟は、「国民の裁判を受ける権利」に対応するものではないが、これが「法律上の争訟」に該当することは当然であり、「国民の裁判を受ける権利に基づかなければ司法権・法律上の争訟」に該当しないという理解は、成り立ちえないものと言うべきである。

また、前述したとおり、国や地方公共団体が納税義務の消滅時効を

回避するために給付訴訟又は確認訴訟を起こすことは可能であるとされてきており、平成 14 年最高裁判決の調査官解説においても、このような訴訟は「法律上の争訟」に該当するとされているが、行政主体が国民に公法上の義務である納税義務の履行等を司法手続で求めることは、国民の「裁判を受ける権利」に基づくものではない。

平成 14 年最高裁判決は、「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「法律上の争訟」性を否定したものにすぎず、同最判から、“国民の「裁判を受ける権利」に対応する争訟のみが「司法権の範囲」ないし「法律上の争訟」に該当する”との判例が導かれるものではない。

(3) 平成 14 年最高裁判決の先例拘束力の範囲

ア 裁判所が個々の裁判の理由の中で示した法律的判断は、そのすべてが（事実上の）拘束力のある先例としての「判例」（以下、「判例」はこの意味で用いる。）となるものではない¹。

このことについて、たとえば、田中豊『民事訴訟判例読み方の基本』51 頁は、「1つの判例が適用される範囲を指して、一般に『判例の射程』とか『判例の射程範囲』と表現する。制定法である我が国においては、1つの判決中の先例となる判断（判例）は、結局のところ制定法の規定の解釈適用についての結論命題なのであり、その結論命題である法律効果の及ぶ範囲を『判例の射程』という。判決の結論命題は、『a、b、c・・・の事実が存在するときは、Aという法律効果が発生する』という形で提示されるので、『判例の射程』を画するには、当該判決が『Aという法律効果』の発生のために最

¹ 中野次男編『判例とその読み方（3訂版）』参照

小限どれだけの類似化された事実が必要であるのかを確定する作業が不可欠である。この必要最小限の類似化された事実を、英米法では『重要な事実 (material facts)』という。既存の判例が『Aという法律効果』の発生のために必要最小限の類型化された事実を『a、b、c、d』としている場合において、後継事件には『a、b、c、d』のうち1つ以上の事実がないときは、当該後継事件は既存の判例の射程外にあるということになる。そのような場合、最高裁判決は、『〇〇の判例は、事案を異にし本件に適切でない。』と表現することによって、判例の射程外にあるとの趣旨を示す。…。なお、後継事件には『a、b、c』があり『d』はないものの、『d』に代替し得る事実『e』があるので、既存の判例が肯定した『Aという法律効果』の発生を肯定してよいと考える場合には、『a、b、c、e の事実が存するときは、Aという法律効果が発生する』という新たな判例が形成されることになる。」としている。

裁判の理由の中で示された法律的判断のうち、当該事件における当該論点の結論を直接に導き出した命題のみが、判例となる判断であり、その余の法律的判断は判例ではない。

イ 平成14年最高裁判決の法理判例となるのは、「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不適法」という判示部分である。

平成14年最高裁判決の事案は、宝塚市が、宝塚市パチンコ店等、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、同市内においてパチンコ店を建築しようとする者に対して、建築工事中の中止命令を発したが、これに従わないため、宝塚市が同

市長が発した建築工事中止命令の名あて人に対し、同工事の続行をしてはならない旨の裁判を求めたというものであり、同訴訟について、平成14年最高裁判決は、かかる訴えは不適法であるとして、訴えを却下したというものである。

平成14年最高裁判決は民集登載判例であるが、判例委員会は、判示事項を「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の適否」、「地方公共団体が建築工事中止命令の名あて人に対して同工事を続行してはならない旨の裁判を求め訴えが不適法とされた事例」とし、判例要旨を、「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、不適法である」、「宝塚市が、宝塚市パチンコ店等、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（昭和58年宝塚市条例第19号）8条に基づき同市長が発した建築工事中止命令の名あて人に対し、同工事を続行してはならない旨の裁判を求め訴えは不適法である。」としており、同最判の法理判例として示された内容を、「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、不適法である」と理解しているものというべきである。

また、学説においても、たとえば、高木光教授は「判例の読み方として推奨される作法によれば、同判決の射程は、『行政権の主体』としての地方公共団体が原告となって、私人を被告とする訴訟にしか及ばないはずである。」（高木光「原発訴訟における自治体の原告適格」自治研究91巻9号5頁）、『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）と指摘し、人見剛教授は「平成14年判決の『法律上の争訟』該当性を否定される国又は地方公共団体が提起する訴訟は、通常考えられているものよりずっと限られており、『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』に限られる」（人見剛「大間原発訴訟における函館市の出訴資格及び原告適格」自治総研444号24頁）と指摘している。

「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」という要件のすべてに該当する事案のみが、平成14年最高裁判決の直接の射程となるものであるが、地方公共団体が国を被告として提起した抗告訴訟は、「国民に対して」提起したものではなく、また、「行政上の義務の履行を求める訴訟」にも該当しないものであるから、同最判の直接の射程外であることは明らかである。

3 平成14年最高裁判決の射程が拡張されるべきではないこと

- (1) 平成14年最高裁判決は事件性の要素を充足した法律上の係争について「法律上の争訟」性を否定した例外的事案であること
- ア 平成14年最高裁判決の事案は「法律上の争訟」性の定式に該当

するものであったこと

原判決は、「原告は、法律上の争訟に関する被告の解釈は、法律上の争訟の概念に「私権保護の目的による訴訟提起」という新たな要素を加えたものであり、そのような解釈は誤りであると主張するが、原告が上記主張の根拠として指摘するところは、いずれも平成14年最高裁判決と異なる立場に基づく原告独自の主張であり採用することができない。」と判示した。原判決が、“平成14年最高裁判決が「私権保護の目的による訴訟提起」という要素を加えたこととする理解が誤りである”とするものであるのか、それとも、“平成14年最高裁判決が「私権保護の目的による訴訟提起」という要素を加えたことは認めらうえで、「私権保護の目的による訴訟提起」という要素を加えたことを正当とするもの”のいずれであるのかすら不明であるが、平成14年最高裁判決の事案については、これが事件性の要素を充足した法律上の係争で、板まんだら事件等の最高裁判決に示されてきた「法律上の争訟」性の定式に該当することは明らかであり、国又は地方公共団体が提起した訴訟について、この定式に、「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」を除くという要素を付加し、事件性の要素を充足した法律上の係争について新たに司法審査の対象外とする例外を設けたものであることは明らかである。

平成14年最高裁判決の事案は、「①紛争の具体性、②相対立する当事者の存在、③権利義務又は法律関係の存否に関する紛争、④紛争の法的解決可能性、⑤判決の終局性」という事件性の要素を充足した法律上の係争である。すなわち、条例に基づくものとして中止

命令が発せられているのであるから「紛争の具体性」があり、②中止命令の発出者と名あて人という対立構造があり、③中止命令により建築続行を停止する義務の有無等の法律関係の存否に関する紛争であり、④中止命令の効力についての法的判断により紛争は解決し、⑤法的判断による紛争の解決は終局的なものであるから、事件性の要素を充足して法的係争であることは余りにも明らかである。

これを「法律上の争訟」性の定式に即していうならば、「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」に該当するものである。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」については、条例に基づく中止命令の発出者と名あて人との間に中止命令により建築続行を停止する義務の有無等の具体的な法律関係の存否に関する紛争が認められ、かつ、この紛争は条例の解釈・適用という法令の適用により終局的な解決が可能であるから、定式に該当するものである。このことは、中止命令の名あて人が、宝塚市に対して、中止命令の取消訴訟を提起した場合を考えれば明らかである。訴え提起の可否については片面的に構成するか否かとは異なる次元の問題であり、一方から見たら法律関係があり、他方から見たら法律関係がないということは成り立ち得ない。

イ 平成 14 年最高裁判決は「行政権の執行力獲得の手段として司法権を利用すること」を否定したものであること

平成 14 年最高裁判決は、事件性の要素を充足した法律上の係争であっても、国又は地方公共団体が訴訟提起をする場合には、「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」については、司法審査の対象外とし、法律上の係争についての司法審査の対象の例外があるとしたものであるが、このような例外が認められることの根拠を、「行政権の執行力獲得の手段として司法権を利用すること」に求め、そのような目的での訴訟は司法権の対象外としたものである。

平成 14 年最高裁判決の調査官解説（『平成 14 年最高裁判所判例解説・民事編（下）』〔福井章代〕542 頁）は、この判決の事例に「法律上の争訟」性を認めることの具体的な問題点として、裁判所が「行政権の執行力獲得の手段として利用されることになる」ことを挙げていっている。司法的執行の意義を解さないという同最判や調査官解説の問題点はさておき、この調査官解説から明らかなように、平成 14 年最高裁判決が問題視したのは、行政上の義務についての執行力の付与の問題である。

平成 14 年最高裁判決の趣旨が民事執行不能論にあることについて、塩野宏は「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……。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」（塩野宏『行政法Ⅱ（第 5 版補訂版）』282 頁）とし、常岡孝好は「一四年最高裁判決は、このような特殊な事実関係・法律関係の

下で、行政主体による義務履行確保のための民事執行は利用できないとただけと見るべきであろう」（常岡孝好「判批」判例評論 580号）とし、人見剛は「平成 14 年判決が『法律上の争訟』性を否定したのは、『国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟』であることに注意すべきである。すなわち、この判決の射程は、行政上の義務の民事執行を否定するという点に限られる、と理解することができる。」（人見剛「自治体の争訟権について」紙野健二＝本多滝夫編『辺野古訴訟と法治主義』61 頁）と指摘している。

さらに、平成 14 年最高裁判決は、「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」のすべてについて「法律上の争訟」に該当しないとの立場に立つものではなく、「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」のうち、あくまでも当該事案については「法律上の争訟」性が否定されるとしたものである。国や地方公共団体が納税義務の消滅時効を回避するために給付訴訟又は確認訴訟を起こすことは可能であるとされてきており、平成 14 年最高裁判決の調査官解説においても、このような訴訟は「法律上の争訟」に該当するとされている。納税義務という『行政上の義務』は、国等の『財産的権利』などに由来するものではない。法律という民主的決定によって定められるもの」（中川丈久「国・地方公共団体が提起する訴訟」法学教室 375 号）である。国民の納税義務と租税徴収権という場面において、租税徴収権は統治権にもとづくもので「専ら行政権の主体」として請求するものであり、一般私人間と同様の対等な関係として請求するものではない。国民の納税義務は

私法上、財産権法上の義務やこれに由来するものではありえず、国家の統治権と国民の関係に基づく「行政上の義務」である。平成 14 年最高裁判決が、納税義務の給付訴訟又は確認請求が「法律上の争訟」に該当することを否定したものではないと解されるということは、「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」のすべてについて「法律上の争訟」に該当しないとの立場に立つものではないのであり、当該事案を離れて拡張されるべきものではない。

「行政権の執行力獲得の手段として司法権を利用すること」を司法権の対象外とするということの問題点はさておき、平成 14 年最高裁判決を前提としても、法律上の係争を司法審査の対象外とすることは、あくまでも例外的なものであるから、そのような例外は極めて厳格に限定されなければならない。

(2) 平成 14 年最高裁判決は厳しい批判を受けていること

ア 平成 14 年最高裁判決については、「ほぼすべての学説が根本的に批判している」（小早川光郎＝青柳馨編『論点体系判例行政法 2』〔山本隆司〕 17 頁）ものであり、その批判の論調も、「法学者がこぞって反対した悪名高き判決」（藤田宙靖「法律学と裁判実務」法学 74 巻 5 号 116 頁）、「国や地方公共団体が公権力行使を行う場合であっても、その名宛人である国民との間の関係が法律上の権利・義務関係であることは、明治憲法下においてすら、一般的に承認されて来たのであって、これらの者の間の訴訟を『法律上の争訟』ではないということは、行政法理百年の発展を否定することであるとすら評価されかねない。」（藤田宙靖『最高裁回想録』96 頁）、「法の支配（法

治国)の歴史を無視する暴論とさえいえるのではないだろうか。」(中川丈久「国・公共団体が提起する訴訟」法学教室 375 号 106 頁)、「宝塚判決は、おそらく史上最悪の判決とっていいと思います。行政上の義務の履行を求めるこのような訴訟が司法権に含まれないとは、またずいぶん大上段の議論を持ち出したもので、言葉を失っております。」(櫻井敬子〔磯部力ほか「法執行 (Enforcement)」法学教室 315 号における発言]) などというもので、その批判の厳しさは他に類をみない程のものである。

行政法学者では、塩野宏は「最高裁判所の判例によれば、『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、裁判所法三条一項にいう法律上の争訟に当たらないとされる (最判平成一四・七・九民集五六卷六号一一三四頁、行政判例百選 I 一一五事件。事件は地方公共団体が条例に基づく命令違反に対してその行政上の義務履行を求めて出訴したものである。本書 I 二二五頁参照)。その理由として、法律上の争訟に関する判例 (前掲最判昭和五六・四・七) を引用した上で、『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、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うこととはできないから、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く、法律に特別の規定がある場合に限り、提起することが』でき

るとしている。この理由と機関訴訟の観念との関係は明らかでないが、法律上の争訟に関する定式とは論理的に結びつくものではない。定式は法律上の争訟が法律関係の存在と法的解決の可能性を内容とすることを述べている。そして、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。最高裁判所がここまで考えているかどうかは、この判決からは明らかではない）。また、法令の適用により終局的解決ができないかといえ、本件などは、まさに条例の適用（当該条例が違法で無効であるかどうかは別として）により、義務の存在・不存在が確定し事件は解決するのである。ところが、最高裁判所は法律上の争訟性に関して、別の観点からの限定をかけている。それは、引用のごとく、一方当事者が財産権の主体ではなく、行政権の主体であり、かつ、その行政権が訴訟を提起するときだけ法律上の争訟性を欠くということに解される。ただ、行政庁が取消訴訟で被告となる場合には法律上の争訟になり（既述のようにこれまで否定するならば話はまた別である）、その場合には公益上の主張が許されることには、日本法として全く異論のなかったところであるが、かかる片面的法律上の争訟概念がどこから導き出されるかについては、判決には説

明がなく、結論だけが示されているに過ぎない。この点につき最高裁判所の論理の根拠を公法と私法二元論に求める見解もあるが（後掲、高木「判例解説」）、公法・私法二元論は法秩序には公法と私法の二つの秩序があることを前提としつつその法関係化を目指したものであって（公権には国家的公権と個人的公権の二つに区分される。参照、田中・行政法上巻八五頁）、公法関係を法関係ではないというものではなく、裁判所のドグマティックの根拠をここに求めることはできないように思われる。さらに、仮に公法と私法の区別を前提としても日本国憲法にいう司法権の範囲が私法上の法律関係に限られるというのは、何人も支持しないところであろう。そこで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、論議を早めに解決させるために法律上の争訟論に頼ったというのである。この推測が仮に妥当するとしても、行政上の義務履行に関する民事執行不能論は現行法の解釈論として採るをえないところであって、いずれにせよ、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」（塩野宏『行政法Ⅱ（第5版補訂版）』280頁以下）とし、藤田宙靖元最高裁判事は「私自身もまたこの平

成一四年判決の結論及び理由付に対しては、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」（藤田宙靖『行政法総論』277頁（注(2)）、「最高裁判事就任の当時から、私が、自ら最高裁判事となった以上は何とかしなければならぬと焦慮に駆られていたのは、その殆ど直前と言っても良い時期に第三小法廷が出していた二つの判決の存在であった。すなわち、先にも触れた『宝塚市パチンコ条例事件判決』と『行政文書部分開示情報単位論事件判決』である。前者は、宝塚市が、『宝塚市パチンコ店等、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』八条に基づき同市長が発した建築工事中止命令の名宛人に対して、同工事を続行してはならない旨の判決を求めたのに対し、第三小法廷が、このような訴えは不適法であるとして、原判決を破棄、一審判決を取り消して、訴え却下の判決をしたものである。その理由として、同小法廷は「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、裁判所法三条一項にいう法律上の争訟に当たらず、これを認める特別の規定もないから、不適法というべきである。」と説明していたのであった。しかし、行政庁の公権力行使について法律上自力執行が認められていない場合に、行政庁が、通常の民事法上の手続によって、裁判所の手を借りた強制執行を行うことが出来るというのは、行政法学者の間ではむしろ広く承認されて来た考えであったし、そもそも、国や地方公共団体が公権力行使を行う場合であつ

ても、その名宛人である国民との間の関係が法律上の権利・義務関係であることは、明治憲法下においてすら、一般的に承認されて来たのであって、これらの者の間の訴訟を『法律上の争訟』ではないということは、行政法理百年の発展を否定することであるとすら評価されかねない。」(藤田宙靖『最高裁回想録』95頁以下)としている。その他の行政法学者からの批判には、原田尚彦は「行政上の強制執行が法律上不可能な場合はむろんのこと、可能な場合であっても、行政主体がその権限を行使するのに司法判決を必要とする特段の事由(たとえば、義務履行の確保・時効の中断の必要など)がある場合にまで、行政側からの出訴を『法律上の争訟』にあたらず、絶対に許されないとするのは、いささか乱暴な立論である。行政権限の行使に係わる紛争も、行政主体対国民の間の争いごとであることにはかわりはない。『法律上の争訟』にあたるとみるのが、むしろ理論的には正当である。」(原田尚彦『行政法要論(全訂第7版[補訂第2版])』234頁)とし、櫻井敬子は「裁判所法3条1項にいう『法律上の争訟』とは、一般に、憲法76条1項にいう『司法権』と同義と解されています。したがって、この判決は、条例に基づいて市長が中止命令を出し、その履行を求めて裁判所に訴訟を提起しても、それはそもそも司法権のカテゴリーに入らない=裁判所の仕事ではない、といているのと同じです。行政上の命令を裁判所を通じて実現することを『司法的執行』といい、このような仕組みは英米法のシステムにみられます。わが国の司法権はアメリカ流ですから、本件のような訴訟が『司法権』に入ることは当然の前提であり、下級審でも、そのことはとくに争点になっていませんでした。学説に

においても、一部に異説もありましたが、このような訴訟は許容されるというのが多数の見解でした。いずれにしても、最高裁は、司法権という憲法が与えた任務のうち、司法的執行にかかる任務を自ら放棄してしまったこととなります。どうも、わが国の最高裁は、日本国憲法の司法権の内容をいまだ正確に理解できていないようです。これは本当に困ったことです。もはや取り返しはつきません。この判決は、すでに非常に厳しい批判を受けています。」（櫻井敬子『行政法のエッセンス』155頁）とし、西上治は「国又は地方公共団体に関する『財産権の主体』と『行政権の主体』という区別を『法律上の争訟』性の有無に結び付ける本判決の論法は、周知の通り学界から強い批判を浴びた。まずもって問題とされるべきは、判決自身の述べる『法律上の争訟』理解（『具体的事件性』と『法令の適用による解決可能性』）と、『行政権の主体』が出訴する場合には『法律上の争訟』ではないとする論法との論理的整合性である。すなわち、『具体的事件性』については、ここでは行政上の義務の履行が問題になっているのであるから、行政上の法律関係なる範疇を否定しない限り、当該地方公共団体と相手方との関係が法律関係ではないとは言えず、したがってこれを否定することはできない。また、『法令の適用による解決可能性』についても、義務の存否はまさに条例の解釈・適用により決せられるのであるから、これを否定することはできない。そこで、学説は、平成14年最判の論理展開を文言通り受け取ることなく、その射程を制限することを強く志向し、平成19年東京高判が公益目的型を異なる行政主体相互の間の紛争に応用したことを激しく批判したのである。そもそも、『具体的事件性』は、

問題となっている争訟それ自体の性質に関するものであるから、当該争訟において当事者が如何なる目的で訴訟を提起するかという問題とは別個の観点に基づくものであるはずである。したがって、如何なる目的を設定するのであれ、『訴訟の目的』という観点から『争訟の性質』であるところの具体的事件性を否定することは論理的にあり得ない。このことは平成 14 年最判及び平成 19 年東京高判のみに関する問題ではない。ここでは、判例・通説の採用してきた主観訴訟と客観訴訟という目的二分論そのものの見直しが求められている。すなわち両判決に対する学説の反発に表れているように、『具体的事件性は自己の権利利益の保護救済を目的としていることを前提とする』という命題は、漠然と一般論として学説においても共有されてきたと言えるが、その具体的な中身及び理論的基礎については、実は不分明であったのである。」（西上治『機関訴訟の「法律上の争訟」性』57頁）としているなど、枚挙にいとまがないものである。

憲法学者からは、佐藤幸治は「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、松井茂記）。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、司法権を私権の保障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。」(佐藤幸治『日本国憲法論』589頁)と平成14年最高裁判決を批判し、渋谷秀樹は「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。」(渋谷秀樹『憲法(第2版)』640頁)とし、土井真一は「法律上の争訟の定義において『当事者間の』と規定され、原告適格が法律上の争訟の問題とされるのは、憲法76条1項にいう『司法権』が、ある権利義務ないし法律関係に関する争訟について、一定の範囲の者に原告適格を認めるべきことを想定しており、その範囲内の者によって提起された訴訟は当然に法律上の争訟となると解されることによる。平成14年最高裁判

決が、上述のように訴訟提起の目的を問題とするのは、憲法上の原告適格を主張するためには、『自己の財産上の権利利益』などの民事法上の権利利益を基礎としなければならないと解しているからのようにも思われる。しかし、民事法上の権利利益が原告適格を基礎づけることは認められるとしても、憲法上の原告適格をかかえる場合に限定することは狭きに失する。第一に、そもそも公法上の権利利益と民事法上の権利利益を峻別することは困難であり、また民事法上の権利利益のみが司法的救済の基礎となると解すべき理由はない。対国家との関係で憲法上の基本的人権が侵害された場合、公法上の権利たる基本的人権が侵害されていることになるが、それを争う訴訟が法律上の争訟であることは当然である。第二に、原告適格の基礎を、国家の権力・権限との対照において用いられる『権利』、すなわち個人的権利に限定することも、適切ではない。刑事訴訟における検察官の起訴権限は、国家の刑罰権に基づくものであって、検察官の個人的権利によって基礎づけられるわけではない。刑事訴訟が憲法 76 条 1 項の司法権に含まれる以上、個人的権利のみが憲法上の原告適格を基礎づけると解することはできない。」（土井真一「行政上の義務の司法的執行と法律上の争訟」法学教室 374 号 90 頁）とするなど批判がなされている。

イ 平成 14 年最高裁判決に対する批判に共通しているのは、日本国憲法が行政事件を司法権の内容としたことや行政上の法律関係の意義についての理解を欠いているということである。

たとえば、佐藤幸治『日本国憲法』589 頁は「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」とし、高木光・平成 14 年度重要判例解説 47 頁は「本判決を生み出した思考回路は『公法私法二元論』と『国庫理論』であるが、これは明治憲法の下で輸入された当時のドイツ理論であり、『司法裁判所』の権限が民事と刑事に限定されていた時代に醸成された観念である…最も問題なのは、最高裁判所が 21 世紀になってもなお憲法を十分に理解しようとせず、結果として、大審院と同様の地位をベースラインとしていることにあるといえよう。」とし、神橋一彦「法律上の争訟と『義務』の概念」法学教室 377 号 70 頁（注 5）は「宝塚判決は、『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…』（傍点筆者）として、いとも簡単に行政事件を民事事件に含めて一括している。かかる理解は、現行憲法の下においてある種の『行政事件』（すなわち主観訴訟）が『司法権』の一部に属するとの理解が成立したとしても、それはあくまで民事事件の一部であり、その意味で、『司法権』とは民事及び刑事の裁判であるとする、旧憲法の『司法権』（57 条）の延長線上にあるのではないか、との疑問を抱かせる。」とし、寺田友子「杉並区住基ネット受信義務確認等請求事件」桃山法学第 11 号は「法律上の争訟を主観的な権利利益の侵害に固定することは、民事法一辺倒である。又、抗告訴訟は国民から見ると権利・利益の侵害を争うものであるが、行政主体には権限を巡る争訟であって、主観的な権利は存在しないのであるから、行政主体からすると法律上の争訟にならない、という奇妙な結果になるのである。抗告訴訟及び刑事事件は、板曼茶羅事件でいう法律関係の存否に関する紛争であって、法律上の争訟である。国民が行

政活動によって生じた義務を履行しない場合、司法により得ない根拠は見あたらないのである。市民の義務の不履行に対して、宝塚市事件のように住民が履行しない場合、一般原則にもどって、司法の手によって、不履行の違法性を確認し、住民の義務の実現を司法の手によって図ることが、日本国憲法における司法国家ということが出来る。宝塚市事件判決は、司法が行政活動に関わることを自ら否定したのである。しかし、行政権を行使する際、司法権が事前に介入してはならないということは日本国憲法から導き出される大原則ではない。明治憲法秩序の悪しき伝統に過ぎない。行政と国民が法令の解釈をめぐる紛争が生じているのに、法令が行政の自力執行を認めていない場合、法令の解釈権を最終的に与えられた裁判所、司法権がその紛争解決を行うことを日本国憲法は予定しているのである。行政活動の執行前に司法権が入ってはならない、という原則を日本国憲法は採ってはいないのである。そして、行政と国民が争った場合、その紛争はいずれが原告であれ、最終的に法令を解釈することによって紛争が解決に至るのであれば司法の任務として、司法自ら権限行使することを司法は期待されているのである」とし、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 331号は「公法の世界では、行政の義務に対応した市民の権利が存在しないことは希ではないと考えられている。そうした場合、市民の側が提起した訴訟は、訴えの利益がないとして却下されることはあっても、当該訴訟が『法律上の争訟』ではないとして却下されるのではないはずであろう。最高裁が、対になった権利義務が相争う形の紛争でなければ『法律上の争訟』ではない、という観念に立脚して

いるのであるとすれば、『法的義務のない主観的権利は存在しないが、対応する主観的権利のない法的義務は存在しうる』という行政上の法律関係の特性に配慮しないものであると言わねばならないであろう」とし、西上治『機関訴訟の「法律上の争訟」性』は「国又は地方公共団体に関する『財産権の主体』と『行政権の主体』という区別を『法律上の争訟』性の有無に結び付ける本判決の論法は、周知の通り学界から強い批判を浴びた。まずもって問題とされるべきは、判決自身の述べる『法律上の争訟』理解（『具体的事件性』と『法令の適用による解決可能性』）と、『行政権の主体』が出訴する場合には『法律上の争訟』ではないとする論法との論理的整合性である。すなわち、『具体的事件性』については、ここでは行政上の義務の履行が問題になっているのであるから、行政上の法律関係なる範疇を否定しない限り、当該地方公共団体と相手方との関係が法律関係ではないとは言えず、したがってこれを否定することはできない。また、『法令の適用による解決可能性』についても、義務の存否はまさに条例の解釈・適用により決せられるのであるから、これを否定することはできない。そこで、学説は、平成 14 年最判の論理展開を文言通り受け取ることなく、その射程を制限することを強く志向し、平成 19 年東京高判が公益目的型を異なる行政主体相互の間の紛争に応用したことを激しく批判したのである。そもそも、『具体的事件性』は、問題となっている争訟それ自体の性質に関するものであるから、当該争訟において当事者が如何なる目的で訴訟を提起するかという問題とは別個の観点に基づくものであるはずである。したがって、如何なる目的を設定するのであれ、『訴訟の目的』という観

点から『争訟の性質』であるところの具体的事件性を否定することは論理的にあり得ない。」としている

ウ 以上のような平成 14 年最高裁判決の問題点を踏まえて、下級審裁判例においても「その射程距離は極力控え目に解するべき」（福岡高等裁判所平成 19 年 3 月 22 日判決・判例地方自治 304 号 35 頁）との指摘がなされている。

学説においても平成 14 年最高裁判決の妥当範囲を拡張すべきではないことが指摘され、塩野宏は「本判決の射程範囲は、本来狭いものである…この判決の射程範囲は狭く捉えていくのが、判例法の合理的形成という観点からしても、適切ではないか」（塩野宏「地方公共団体の出訴資格」兼子仁・阿部泰隆編『自治体の出訴権と住基ネット』132 頁）とし、阿部泰隆は「最高裁判決は、論理的にも誤っているし、憲法の司法権、裁判所法の定める『法律上の争訟』の解釈を誤っているので、それにそのまま依拠すべきものではない。そもそも、判例は一見一般理論を唱えるが、個別事案を念頭に置いているものであって、国会のように、一般的な妥当性いかんをめぐって、広く公開で議論の上で決めるものではないし、しかも、その一般論は結論だけのことが多く、理由も明確ではないから、その射程範囲をいたずらに拡大すべきではなく、疑問があれば、判例変更前でも、その射程範囲は可及的に限定すべきである。」（阿部泰隆「続・行政主体間の法的紛争は法律上の争訟にならないのか(上)」自治研究 83 巻 2 号 7 頁）としている。

エ 平成 14 年最高裁判決の妥当範囲は、「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」に限定されるものであり、平成 14 年最高裁判決を超えて、法律上の係争について「法律上の争訟」性を否定する例外をさらに拡張することはできないものである。

4 本件訴えについて平成 14 年最高裁判決を根拠として「法律上の争訟」性を否定することはできないこと

(1) 本訴訟は「国民に対して」ではなく国を相手方とする点で平成 14 年最高裁判決の妥当範囲外であること

ア 平成 14 年最高裁判決は、“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「法律上の争訟」性を否定したものである。

しかし、本訴訟の相手方（一審被告）は「国」であるから、「国民に対して」提起した訴訟には該当しない。

「国民」という概念には、「国家構成員としての国民」、「主権の主体としての国民」及び「国家機関としての国民」があるが、このいずれの面からみても、国は「国民」の概念に該当しない。

国や地方公共団体は、公法上及び私法上の権利義務の帰属主体となりうるものであるが、基本的人権の享有主体とはなり得ないものであり、国が基本的人権の享有主体たる「国民」となることはない。法人についても一定種類の人権についてはその享有主体たりうると解されるが、国については、人権享有主体となることはない。すなわち、「人権は、第一次的には個人の自由の領域を公権力の侵害から護ることを目的とするものであるから、公法人に人権享有主体性を認めることは背理と言えよう。公法人が権力的行為を行う場合だけでなく、私法的に行動する場合も同様である。」（芦部信喜『憲法学

Ⅱ』162頁)とされているものである。国や地方公共団体が、私法(財産法)上の権利利益の帰属主体として、自己の財産上の権利利益の保護救済を求めて出訴した場合についても、国が「国民」になるわけではない。

本件は、「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」を不適法とした平成14年最高裁判決とは、「国民に対して」という点において事案を異にするものであり、平成14年最高裁判決の妥当範囲外である。

イ 国に対する訴訟について平成14年最高裁判決の趣旨が類推されるべきではない。

「国民」と「国(国家)」は相対する概念であり類似概念ではない。「国民」という概念は、国(国家)に対する関係で観念される概念である。「国民」という概念は、「国家構成員としての国民」、「主権の主体としての国民」及び「国家機関としての国民」を指すものとされる。これに対して、「国(国家)」は「領土を基礎として国民によって組織される統治団体」である。「国民」と「国(国家)」は、相対する概念であって、類似する概念ではないのであり、両者の間には類推の基礎がないものである。

(2) 抗告訴訟は「義務の履行を求める」ものではないことから平成14年最高裁判決の妥当範囲外であること

平成14年最高裁判決が「法律上の争訟」性を否定したのは、国又は地方公共団体が国民に対して行政上の義務の「履行を求める訴訟」についてであるが、本件訴えは抗告訴訟であり、「履行を求める訴訟」ではない。

平成 14 年最高裁判決の趣旨は行政上の義務の民事執行を否定するという点に限られるものであり、抗告訴訟には妥当しないものである。前述のとおり、平成 14 年最高裁判決の調査官解説は、この判決の事例に「法律上の争訟」性を認めることの具体的な問題点として、裁判所が「行政権の執行力獲得の手段として利用されることになる」ことを挙げている。司法的執行の意義を解さないという同最判や調査官解説の問題点はさておき、この調査官解説から明らかなように、平成 14 年最高裁判決が問題視したのは、行政上の義務についての執行力の付与の問題である。裁判を「行政権の執行力獲得の手段として利用」ということは、判断結果に執行力が付加された給付訴訟という訴訟類型にのみ該当するものであり、抗告訴訟には妥当しえないものである。

以上のとおり、平成 14 年最高裁判決の判示によって「法律上の争訟」性を否定される国又は地方公共団体が提起する訴訟は、「専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務を求める訴訟」に限られるものであり、平成 14 年最高裁判決を先例として、抗告訴訟である本件訴えについての「法律上の争訟」性を否定することはできない。

5 小括

本件訴えは、事件性の要素を充足する法律上の係争であり、「法律上の争訟」性の定式（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）に該当するものである。

そして、本件訴えは国のした裁決の取消しを求める抗告訴訟であるから、「国民に対して」に該当しないものであり、また、「行政上の義務の

履行を求める訴訟」にも該当しないものであるから、平成 14 年最高裁判決が「法律上の争訟」性が否定される場合として示した命題（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不適法）には該当しない。

本件訴えについて、本章第 4 で後述する公物管理権に基づく訴えであるということを除いて検討しても、そもそも平成 14 年最高裁判決の射程外であるから、同最判を根拠として「法律上の争訟」性を否定することはできないものであり、裁判所法 3 条 1 項にいう「法律上の争訟」に該当するものである。

第 4 公物管理権に基づく訴えの「法律上の争訟」性を否定したことの誤り

1 原判決の判断（判決 83 頁）

原判決は、「平成 14 年最高裁判決は、国又は地方公共団体が原告又は申立人となる争訟について、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とする場合には法律上の争訟に当たらないことを明らかにしたものであり、地方公共団体による公物管理権に基づく訴えについても、その目的が法規の適用の適正ないし一般公益の保護にあると認められる限りは法律上の争訟に該当しないものと解するのが相当である。この点、平成 8 年最高裁判決は、市が市道の機能管理権のみならず財産管理権（所有権又は占有権を根拠とする管理権）を有していたことに着目して、市の請求は、財産上の権利利益の保護救済を求めるものとして、法律上の争訟性を認めたものと解されるのであるから、本件訴えとは事案を異にするものである（なお、最高裁平成 18 年 2 月 21 日第三小法廷判決・民集 60 卷 2 号 508 頁は、道路管理権を根拠に民事上の請求をすることは

できないことを前提として、道路管理者がその占有権に基づいて妨害予防請求をし得る場合に法律上の争訟性を認めている。)。したがって、平成8年最高裁判決の存在をもって、本件訴えが法律上の争訟に当たるとする原告の主張は採用することができない。」と判示している。

しかし、平成8年最高裁判決と本件とを、原判決が指摘している点で区別しうるとは解されず、原判決の判断は誤りである。

2 平成8年最高裁判決の概要

平成8年最高裁判決の事案は、松山市が、Aから土地を買い受け、道路整備を行った上で、市道として一般市民の通行の用に供していたが、登記は未了のままであったところ、AからB、C、D、Yと転々譲渡し、登記を経由し、Yは、本件土地上にプレハブ建物等を設置したため、松山市は、仮処分命令を得た上で、B以下の譲受人は背信的悪意者であるとして所有権に基づき真正名義の回復を原因とする所有権移転登記手続請求、道路管理権に基づいて市道の敷地であることの確認、所有権、占有訴権、道路管理権に基づき工作物の撤去・明渡請求を求める訴えを提起した、というものである。

同判決の事案における訴訟物は、①所有権移転登記手続請求権、②所有権、②´占有権、②´´道路管理権（機能管理権）に基づく工作物の撤去・明渡請求権、③市道の敷地であることの確認である。

一審判決は、①所有権移転登記手続請求を棄却したが、Yの所有権は道路法所定の制限を受けたもので、松山市はYに対して、道路管理権をもって対抗できるとして、②´´道路管理権に基づく工作物の撤去・明渡請求、③市道敷地であることの確認の訴えを認容した。

控訴審は、Bが背信的悪意者であり、Yは所有権を松山市に対抗でき

ないとして、松山市の①所有権に基づく所有権移転登記手続請求も認容すべきとした（②〃〃道路管理権に基づく工作物の撤去・明渡請求、③市道の敷地であることの確認も認容（同部分についてのYの控訴を棄却））。

最高裁は、Yの上告に対して、背信的悪意者（B：以下の愛媛産興のこと）から譲り受けた者も、同人自身が背信的悪意者に当たらない限り、所有権取得をもって対抗できるとした上で、松山市に所有権があるとして所有権移転登記手続請求を認容した二審判決を取消し、差し戻すとともに、「愛媛産興が背信的悪意者であるため、被上告人は愛媛産興に対する関係では、本件土地につき登記がなくても所有権取得を対抗できる関係にあったことは、前述のとおりであるから、既に一般市民の通行の用に供されてきた本件土地につき、被上告人が昭和五八年一月二五日にした道路法一八条に基づく区域決定、供用開始決定及びこれらの工事は、本件土地につき権限を取得しなかったものということとはできず、右の供用開始決定等は無効ということとはできない。したがって、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」として、②〃〃道路管理権に基づく工作物の撤去・明渡請求と、③市道の敷地であることの確認の訴えについては、上告を棄却した。

最高裁は、「道路管理者としての本件土地の管理権」に基づいて、③市道の敷地であることの確認及び②〃〃工作物の撤去・明渡請求を認容したもので、松山市の所有権、占有権に基づく請求は認容されていない²。

したがって、最高裁が、実体法上、「②〃〃道路管理権に基づく工作物撤去・明渡請求権」という権利を認めていることは疑いようがない。

また、確認の訴えにおける確認対象は、原則として現在の権利義務ないし法律関係である必要があるところ、③市道の敷地であることの確認とは、単なる事実の確認ではなく、係争地について、松山市により有効な供用開始決定がなされ、現在、松山市の道路管理権が及んでいるという法律関係の確認にほかならない。

この確認の訴えの法律上の争訟性や確認の利益を基礎づける利益（確認対象を確認することにより救済される利益）は、松山市の主張上も、

² 所有権の存否については差し戻されているから、所有権に基づく請求を認容したものではないことは明らかである。

占有権に基づく訴えについても、「道路管理者としての本件土地の管理権に基づき」という判示の表現のみならず、平成8年最高裁判決が、最高裁昭和44年12月4日判決・民集32巻12号2407頁に触れて、適法に供用開始された後に、道路敷地の所有権を取得しても、道路法所定の制限が加えられたものに過ぎない旨を判示していることからしても、占有権に基づく訴えを認容したわけではないことは明らかである。

つまり、占有権それ自体は、供用開始の適法性にかかわらず成立するから（平成18年2月21日判決・民集60巻2号508頁）、被上告人の供用開始の適法性についての判示は、被上告人の占有権に基づく請求の請求原因とは無関係である。

また、占有権に基づく訴えに対しては本権を抗弁となしえないから（民法202条2項：大審院昭和11年11月9日判決・大審院民事判例集15巻1959頁）、上告人の所有権に対する制限は、抗弁とも無関係である。

結局、当該判示部分は、仮に上告人が所有権者であっても、被上告人は道路管理権（機能管理権）を所有権者に対しても対抗しうるから、道路管理権（機能管理権）に基づく請求が認められるべきことを判示したもので、結論として、被上告人の上告人に対する②〃〃道路管理権（機能管理権）に基づく請求を認容したことは疑問を差しはさむ余地がない。

平成8年最高裁判決の判示の表現上も(「道路管理者としての本件土地の管理権に基づき」)、また、論理的にも、道路管理権以外の何物でもありえない。

けだし、市道の敷地であること(係争地に松山市の機能管理権が及んでいること)を確認することと、松山市の所有権の現在の帰属や、占有権の存否とは無関係であり、かかる確認により所有権や占有権が救済される関係にはないからである。

さらにいうなら、所有権や占有権を有するのであれば、端的にこれらに基づき妨害排除請求をなすことが可能であるから、方法選択の適否との関係でも所有権や占有権の救済という観点から確認の利益が認められる余地はない。

以上から、平成8年最高裁判決が、公物管理権(機能管理権)に基づく訴えを適法としていることは明らかである(同判決を、公物管理権に基づく訴えと理解する見解として、齊木敏文「公物管理権の性質」藤山雅行編『新・裁判実務大系 25 行政争訟』366頁、西上治「判例評論 福岡高裁那覇支部平成30年12月5日判決」判例時報2448号154頁等)。

ちなみに、原判決は、最高裁平成18年2月21日判決・民集60巻2号508頁(以下「平成18年最高裁判決」という。)が、道路管理権を根拠に民事上の請求をすることはできないことを前提として、道路管理者がその占有権に基づいて妨害予防請求をし得る場合に法律上の争訟性を認めていると判示しているが、その引用する平成18年最高裁判決の判示からは、そのような前提は全く読み取れないし、同判決調査官解説294頁脚注15では、平成8年最高裁判決について、道路管理権自体に基づく妨害排除請求を認めたものかどうかについて、判文や担当調査による

判例解説からは必ずしも明らかではないと記述されており、そのような前提を置いていることは読み取れない。

3 平成8年最高裁判決と本件とを区別することができないこと

この点、原判決は、平成8年最高裁判決は、「市が市道の機能管理権のみならず財産管理権（所有権又は占有権を根拠とする管理権）を有していたことに着目して、市の請求は、財産上の権利利益の保護救済を求めるものとして、法律上の争訟性を認めたものと解される」として本件と区別する。

しかし、以下の2点において、原判決の判断は誤りである。

(1) 平成8年最高裁判決の理解の誤り

まず、1点目は、平成8年最高裁判決を、機能管理権と区別された「財産上の権利利益の保護救済を求めるもの」と理解することが不可能であるという点である。

上記のとおり、最高裁は、「道路管理者としての本件土地の管理権」に基づいて、③市道の敷地であることの確認及び②〳〵工作物の撤去・明渡請求を認容しており、松山市の所有権、占有権に基づく請求は認容していない（所有権については差戻審で審理されている）。

仮に、最終的に所有権や占有権が認定されずとも、原告が主張さえしていれば、「財産上の権利利益の保護救済を求めるもの」と判断できると解する余地があるとしても、②所有権、②〳占有権に基づく工作物の撤去・明渡請求権と、②〳道路管理権（機能管理権）に基づく工作物の撤去・明渡請求権は、判例が採用しているいわゆる旧訴訟物理論に従うなら、訴訟物が異なる。

客観的に併合しさえすれば、原判決によれば法律上の争訟性を基礎

づけることがないはずの道路管理権（機能管理権）に基づく訴えについても、法律上の争訟性が認められるというような解釈は、困難であろう（あるいは、新訴訟物理論に立つというのであろうか）。

さらに言えば、③市道の敷地であることの確認の訴えについては、そもそも所有権や占有権は主張すらされていない。

上述したとおり、当該確認対象を確認することで、何ら所有権や占有権が救済される関係にはなく、所有権や占有権という権利利益に基づいて法律上の争訟性や確認の利益を肯定する余地はない。

したがって、どのような理解をしたとしても、少なくとも、③市道の敷地であることの確認の訴えについて、機能管理権と区別された「財産上の権利利益の保護救済を求めるもの」と理解する解釈が成り立つ余地はない（西上治「判例評論 福岡高裁那覇支部平成 30 年 12 月 5 日判決」判例時報 2448 号 154 頁参照）³。

³ 平成 21 年最高裁判決は、公害防止協定に基づく請求について、法律上の争訟性を認めている。

公害防止協定は、公共団体の財産的権利利益等の確保を目的として締結されるものではないから、公害防止協定に基づく請求は、一般公益の保護を最終的な目的とすることは明らかである。

この点、平成 14 年最高裁判決と整合的に理解しようとするならば、法律上の争訟性が認められるか否かの判断は、公害防止協定が私人と事業者との間の契約との同質性を持つことを前提に、あくまで訴訟物（公害防止協定という契約の履行請求権）それ自体が、一般公益の保護を内容とするか否かによるのであり（同判決判例時報 2058 号 55 頁の匿名コメントや、同判決の原審の福岡高裁平成 19 年 3 月 22 日判決・判例地方自治 304 号 35 頁）、その背後にある目的（原告の提訴の動機）が、一般公益の保護を求めるものであるかによるわけではない、と考えるしかない（実際、例えば、斎藤誠「自治体の法政策における実効性確保－近時の動向から」地方自治 660 号 8 頁などは、平成 14 年最高裁判決に従うなら、公害防止協定に基づく履行請求も法律上の争訟性を欠くとされかねないと批判していた）。

「目的」が訴訟物それ自体の内容により判断されなければならないとすれば、上記のとおり、平成 8 年最高裁判決の訴訟物は、道路管理権（機能管理権）を保護するものとししか評価しえないから、同判決の事案を、道路管理権（機能管理権）と区別された財産上の権利利益の救済を求めるものであったと評価することはできない。

つまり、③市道の敷地であることを確認することで（したがって、係争地に道路管理権が及んでいることが確認される）、松山市が道路法所定の処分をすることが可能であ

(2) 沖縄県が財産管理権を有していること

次に、第2点目として、平成8年最高裁判決における③市道の敷地であることの確認の訴えについても、松山市が所有権ないし占有権を主張している係争地に関係する訴えである、という程度の事実上の関連性をもって、「財産上の権利利益の保護救済を求めるもの」と評価できるなどという理解をしたとしても、本件においても同様だという点である。

すなわち、本件係争地の海底地盤は、国が所有する行政財産であり（公水法1条）、沖縄県は、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号に基づいて、本件係争地を法定受託事務として財産管理している。

この点、海底地盤についての財産上の権利利益性が問題となりえるところ、最高裁昭和61年12月16日判決・民集40巻7号1236頁（以下「昭和61年最高裁判決」という。）は、「海は、古来より自然の状態のままで一般公衆の共同所有に供されてきたところのいわゆる公共用物であって、国の直接の公法的支配管理に服し、特定人による排他的支配の許されないものであるから、そのままの状態においては、所

ることが確認され、確認判決後、松山市が現実に道路法所定の処分を行うことによって、道路の所有権や占有権に対する妨害を排除しうる、という事実上の関係があるという意味で、③市道の敷地であることの確認の訴えが、究極的には、松山市の所有権や占有権の救済を目的（松山市が提訴した動機）とする、ということが仮に言えたとしても（単純に妨害排除請求によればよいから、確認の利益は認められないが）、そのことは、松山市の所有権や占有権の救済を目的とする（訴訟物が対象としている）、ということの意味しない、ということである。

結局、平成8年最高裁判決は、道路管理権（機能管理権）自体が、法律上の争訟や確認の利益を基礎づける「財産上の権利利益」に準じて保護されることを認めたものと理解するしかない（なお、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頁以下の69頁脚注21参照）。

有権の客体たる土地に当たらないというべきである。しかし、海も、およそ人の支配の及ばない深海を除き、その性質上当然に私法上の所有権の客体となりえないというものではなく、国が行政行為などによつて一定範囲を区画し、他の海面から区別してこれに対する排他的支配を可能にした上で、その公用を廃止して私人の所有に帰属させることが不可能であるということはできず、そうするかどうかは立法政策の問題であつて、かかる措置をとつた場合の当該区画部分は所有権の客体たる土地に当たると解することができる。そこで、現行法をみるに、海の一定範囲を区画しこれを私人の所有に帰属させることを認めた法律はなく、かえつて、公有水面埋立法が、公有水面の埋立てをしようとする者に対しては埋立ての免許を与え、埋立工事の竣工認可によつて埋立地を右の者の所有に帰属させることとしていることに照らせば、現行法は、海について、海水に覆われたままの状態である一定範囲を区画しこれを私人の所有に帰属させるという制度は採用していないことが明らかである。しかしながら、過去において、国が海の一定範囲を区画してこれを私人の所有に帰属させたことがあつたとしたならば、現行法が海をそのままの状態である私人の所有に帰属させるという制度を採用していないからといつて、その所有権客体性が当然に消滅するものではなく、当該区画部分は今日でも所有権の客体たる土地としての性格を保持しているものと解すべきである。」と判示している。

昭和 61 年最高裁判決は、海の公共用物としての性質から、原則としては土地性を否定しつつ、例外的に土地性が肯定される場合を認めたと評価される。

この判示から明らかなおろ、海底地盤について私人の所有権取得

が否定されるのは、その支配可能性や財産的価値が否定されるからではなく⁴、海の公共用物としての性質による制約であり、判示は直接には、私人による私的所有権の取得について述べているに過ぎない。

昭和 61 年最高裁判決は、公物の上に私権が成立するかどうか、私法がどのように適用されるかは、公物ごとに、実定法がどのように規定しているかによって判断する通説的見解（当時）に沿った上で、海は古来から公用に供されてきたもので、公用に供されている限り、そのままの状態では私人の排他的支配を許さないとしたものである（同判決調査官解説 488 頁、田中二郎「公物の法律的構造」同『公法と私法』151 頁、原龍之助『公物營造物法 [新版]』126 頁等）。

この点、平成 18 年最高裁判決は、道路を一般交通の用に供するために管理している地方公共団体が当該道路を構成する敷地の占有権に基づき、妨害予防請求をなしうるかが問題となった事案において、道路を構成する敷地について私権を行使することができない旨を定めた道路法 4 条について、特に問題とせずに、占有訴権の行使を認めている。

これは、判示上明確ではないが、道路法 4 条は、あくまで道路の目的を達成させるために必要な私権の制限について規定したものであるため、道路管理者が道路の効用を保全・回復するために占有権を行使することは禁じられていないという解釈をしたものと理解される（同判決調査官解説 290 頁）。

昭和 61 年最高裁判決が、私人の私的所有権の成否について論じて

⁴ 昭和 61 年最高裁判決は、払下海面や自然海没地については、私人の所有権を認めており（ただし、自然海没地については傍論）、物理的に水面に覆われていることから所有権の成立を否定したものではない。

いるのも、このような趣旨から理解されるべきであって、公用を害する態様の私人による私的所有権の取得が否定されるからといって、国の所有権の成立までを否定したものと解されるべきではないし、少なくとも、国が現に財産的価値を把握し、財産上の権利利益を有していることまでが否定される理由はない⁵。

現在（昭和 61 年最高裁判決後も）、一般海面について、国（国土交通省、旧建設省）は、国有財産法上の公共用財産として取り扱っており（山口健治『国の倉庫番』244 頁、建設省財産管理研究会『地方分権と法定外公共物』9 頁、田中哲男編『新訂国有財産事務提要』154 頁参照）、本件係争地は、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 号に基づいて、沖縄県が法定受託事務として財産管理している。

海底の土地についても土石採集や、構造物の築造、埋立てができる可能性が存する限り、支配可能性もあり、財産的価値もあるところ（平成 12 年規則 110 号で改正されるまでは、沖縄県は、上記規則に基づき、許可に対する使用料、採取料も徴収している）、沖縄県は上記規則に従って、同規則 4 条所定の使用や工作物の築造、生産物の採取等の行為について許可を与えてきたもので、実際、国も、係争地について、同規則 4 条の許可を得ている（当たり前だが、国の所有物であっても、財産管理者の許可を得る必要がある）。

沖縄県は、本件係争地について、財産管理権を有しているところ、本件訴訟が、沖縄県の財産管理権に関係するという限度で関連してお

⁵ なお、塩野宏『行政法Ⅲ [第四版] 行政組織法』375 頁「所有権概念を物に対する支配権と理解するならば、まだ、私的取引の対象とならない物についてもなお、国家の支配権の及ぶ物については、国の所有権を観念することができるように思われる」。

り、この点で平成8年最高裁判決と本件とを区別することはできない。

なお、国の所有物であっても、その使用については、財産管理者である沖縄県の許可を得る必要があり、沖縄県の財産管理権が国に対する関係で保護されないということにはならない。

(3) 小括

埋立承認は、都道府県知事が、公有水面という公物の公物管理権の行使として、国の機関に対して、竣功通知により公用廃止という効果を生じさせるという、公物管理上の地位ないし権限を付与する行為である。

したがって、本件は、海という公共用物について、機能管理（公水法に規定されている内容について）を行う主体である原告が、その公物管理権の保護救済をも求めて提起するものである。

上記のとおり、平成8年最高裁判決は、道路管理権（機能管理権）それ自体に基づく訴えを許容したものとしか理解しようがなく、平成14年最高裁判決は平成8年最高裁判決を変更していないところ、本件訴えに平成14年最高裁判決の射程は及ばず、また、仮に同判決の背後にある一般理論のようなものを想定しても、機能管理権に基づく訴えについては、財産権に準じた訴えとして許容されるべきことは明らかである。

また、沖縄県は、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号に基づいて、本件係争地を法定受託事務として財産管理もしている。

仮に、訴訟物の客観的な内容というレベルではなく、財産管理権と事実上の関連性があれば足りるという限度で法律上の争訟性が基礎づ

けうるというのであれば、本件も平成8年最高裁判決も、財産管理権の救済をも究極的な目的（提訴の動機）とするものであるため、平成8年最高裁判決と本件とを、原判決が指摘している観点で区別することはできない。

以上、原判決は誤りであって、取り消されるべきである。

第2章 本件訴えについて裁決取消訴訟の原告適格を否定した原判決の誤り

第1 原判決の要旨

原判決は、行訴法3条3項の取消訴訟の性質について、行訴法9条の「当該処分又は裁決の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者」との規定を、違法な行政活動によって権利利益を侵害された者の当該権利利益を保護することを目的とするいわゆる主観訴訟であることを宣言したもので、行訴法42条は、裁判所法3条の「その他法律において特に定める権限」に属する訴訟、すなわちいわゆる客観訴訟として、法律に定める場合においてのみ提起でき、出訴権者も法律に定めたものに限られることを明確にしたものと解されるという（原判決88頁）。

その上で、「行訴法3条3項の裁決取消訴訟は、違法な裁決により権利利益を侵害された者の主観的な権利利益を保護するための訴訟であると解されるから、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的としてこれを提起することは想定されていない」とし、「法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的として裁決の取消しを求める者」については、原告適格が認められないとする。

そして、本件訴えは沖縄県知事（正確には控訴人の主張上も、事実としても沖縄県知事ではなく委任を受けた副知事であるが）による埋立法

上の承認権限の行使が適正であったと主張してその回復を求めるもので、埋立法の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とした訴訟であると解されるとして（同頁）、原告適格を否定する。

また、本件訴訟が認められない場合、原告に本件裁決を司法上争う手段がないことを認めつつ、埋立免許・承認事務が憲法上、地方自治体に認められた固有の自治権に含まれるものとは解されず、処分等に対する裁決に対し、地方自治体の側から抗告訴訟を提起することができないことが、地方自治体に認められた自治権を侵害するものとして、違憲ないし違法であるとまではいえないとする（原判決 91 頁から 92 頁）。

しかし、原判決の判断は誤りである。以下、詳述する。

第 2 抗告訴訟の法的性質及び原告適格について

1 はじめに

原判決は、抗告訴訟（及び当事者訴訟）は主観訴訟であるとし、沖縄県の訴えは、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的としてこれを提起したものなので、原告適格が否定されるとした。

この点、主観訴訟、客観訴訟はあくまで講学上の概念であり、実定法上の概念ではない。

控訴人は、原審において、ここでいう「主観」には自治権が含まれる、あるいは、「主観」を私権保護に限定的に解したとしても、抗告訴訟は「非主観」的に利用可能である旨を主張していたが、実定法の問題としては、抗告訴訟における原告適格において、私的権利利益以外の利益が一律に排除されるのか、という問題に尽きているので、以下では、このような形で議論を進める。

以下では、条文上の根拠や、先例となる判例を踏まえて、抗告訴訟の原告適格を基礎づける「法律上の利益」が私的権利利益に限定されないことについて述べる。

2 条文上の根拠について

(1) 原判決が挙げる条文上の根拠について

原判決は、「行訴法 9 条は、取消訴訟を提起することのできる資格について、「当該処分又は裁決の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者」に限定しているところ、これは、取消訴訟が、違法な行政活動によって権利利益を侵害された者の当該権利利益を保護することを目的とするいわゆる主観訴訟であることを宣言したものと解するのが相当であり、行訴法 42 条は、民衆訴訟及び機関訴訟は、裁判所法の「法律上の争訟」に該当せず、「その他法律において特に定める権限」（裁判所法 3 条）に属する訴訟、すなわちいわゆる客観訴訟として、法律に定める場合においてのみ提起でき、出訴権者も法律に定めたものに限られることを明確にしたものと解される」（原判決 88 頁）、「行訴法 9 条は原告適格について単に「当該処分又は裁決の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者」と定めるのみであるが、取消訴訟の性質を含む行訴法全体の規定に鑑みれば、ここにいう「法律上の利益」が主観的な権利・利益を指すものと解すべき」（原判決 89 頁）と述べる。

原判決の解釈を導く具体的な条文上の根拠としては、行訴法 9 条と 42 条以外には挙げられていない。

しかし、原判決も認めるとおり、行訴法 9 条の文言からは、抗告訴訟の原告適格を基礎づける利益が私的権利利益に限定されることは読

み取れない。

また、行訴法 42 条から、行訴法 9 条についての解釈が導かれるわけもなく⁶、原判決が挙げる条文上の根拠は不十分としかいいようがない。

(2) 行訴法 9 条の原告適格の一般的な理解について

行訴法 9 条の「当該処分又は裁決の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者」は、一般に、「当該処分により自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者」を指すとされる（最高裁昭和 53 年 3 月 14 日判決・民集 32 卷 2 号 211 頁、最高裁昭和 57 年 9 月 9 日判決・民集 36 卷 9 号 1679 頁、最高裁平成元年 2 月 17 日判決・民集 43 卷 2 号 56 頁、最高裁平成 4 年 9 月 22 日判決・民集 46 卷 6 号 571 頁等）。

ア 処分の名宛人

具体的に、どのような者が含まれるか、ということについては、まず、処分の法効果が及ぶ者が挙げられる。

そして、処分の法効果が及ぶ者のうち、処分の名宛人については、原告適格を有することは、自明とされる（中川丈久「取消訴訟の原告適格について(1)―憲法訴訟論とともに」法学教室 379 号 68 頁参照）。

イ 処分の準名宛人

次に、名宛人以外で、処分の法効果が及ぶ者（上記中川論文の表

⁶ ちなみに、ある紛争について、客観訴訟として制度構築されたとしても、そのことが、当該紛争についての主観訴訟が成り立たないことを意味するわけではないことについては、村上裕章「憲法と行政訴訟」同『行政訴訟の基礎理論』23 頁脚注 45、兼子仁他編『自治体の出訴権と住基ネット』50 頁（棟居快行発言）。

現に従い、準名宛人と呼ぶ：甲 12 の 13 頁以下も参照)についても、当然に原告適格は認められている。

例えば、公水法の埋立免許により喪失する公有水面上の漁業権者について、「処分がその本来的効果として制限を加える権利利益」を有する者として（最高裁昭和 60 年 12 月 17 日判決・判時 1179 号 56 頁）、共有不動産の持分差押に関して他の共有者について、「処分の名宛人以外の者が処分の法的効果による権利の制限を受ける場合」の当該権利主体として（最高裁平成 25 年 7 月 12 日・判時 2203 号 22 頁）、原告適格が認められている（甲 12 の 13 頁、その他上記中川論文で引用されている最高裁平成 4 年 11 月 26 日判決・民集 46 卷 8 号 2658 頁、最高裁平成 20 年 9 月 10 日判決・民集 62 卷 8 号 2029 頁、最高裁平成 5 年 12 月 17 日判決・民集 47 卷 10 号 5530 頁、最高裁昭和 60 年 12 月 17 日判決・民集 39 卷 8 号 1821 頁、最高裁昭和 43 年 12 月 24 日判決・民集 22 卷 13 号 3254 頁、最高裁平成 17 年 4 月 21 日判決・判例時 1895 号 50 頁等）。

このように、準名宛人については、処分の法効果が及ぶかどうか、というテストで原告適格が判定されている。

ウ 第三者

一方、名宛人、準名宛人以外の第三者（処分の法効果が及ばない者）については、「当該処分を定めた行政法規が、不特定多数者の具体的利益を専ら一般的公益の中に吸収解消させるにとどめず、それが帰属する個々人の個別的利益としてもこれを保護すべきものとする趣旨を含むと解される場合」（最高裁平成 17 年 12 月 7 日判決・民集 59 卷 10 号 2645 頁）という判断基準により、原告適格が判定

されている（周知のとおり、これは、最高裁平成元年2月17日判決・民集43巻2号56頁、最高裁平成4年9月22日判決・民集46巻6号571頁等の判断基準が行訴法9条2項に立法化されたテストである）。

(3) 原告適格を基礎づける権利利益について

ア 情報公開法制における用いられ方

まず、上記のとおり、処分の名宛人については、原告適格が認められることは、自明とされているが、この場合の処分の名宛人の権利利益には、私的権利利益とは言い難い場合も認められている。

典型的には、情報公開法制における、開示請求者が原告となす、不開示（一部開示）決定に対する抗告訴訟がある（甲15の10頁以下を参照）。

開示請求権は、何人も、何らの利害なく、開示時点で特定されない行政機関等が保有するあらゆる文書を対象として請求しうる権利であるところ、その権利性は極めて疑わしい。

情報公開法制においては、行政機関に説明責務を全うさせ公正で民主的な行政を推進するという一般的利益を実現させるために、何人をも開示請求者とさせ（誰でもよい）、この者に原告適格を与え、客観的法秩序への違反（不開示事由該当性）を争わせている。

ここでは、原告適格を基礎付ける原告の利益は、「行政機関に説明責務を全うさせ公正で民主的な行政を推進するという公益」そのものであるが、仕組みとして、開示請求権という形式で、公益を実現するための権利利益を原告に創設（このような権利は、創設せずとも憲法上の基本権、あるいは裁判を受ける権利を侵害し、立法不作

為が違憲となるようなことはないであろう) することで、原告適格が肯定されているのである⁷。

この点、原島意見書（甲 15）は、「そのような訴訟をも主観訴訟と呼ぶのであれば、住民訴訟（地方自治法 242 条の 2。住民監査請求を行った住民に原告適格が与えられる）すらも主観訴訟ということになるだろう。」と指摘している（11 頁）。

原島は、原判決と同様の主観訴訟、法律上の争訟概念に立脚した上で、抗告訴訟の非主観的利用を論じているので、原島の見解からは、上記の指摘は、当然の指摘であるし、実際、原判決（あるいは原島）のような主観訴訟概念に立った場合は、住民訴訟と区別して不開示決定に対する抗告訴訟の主観訴訟性を説明することは困難であろう。

ただ、控訴人は、法律上の争訟概念自体を、かように厳格に解する必要はないと理解しており（既に第一章で述べた）、住民訴訟と情報開示請求訴訟の違いは、控訴人の理解からは、以下のような説明となる。

法律上の争訟は、「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、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」と定式化されるところ（最高裁昭和 56 年 4 月 7 日判決・民集 35 卷 3 号 443 頁：板まんだら事件）、民

⁷ 原告が実現するのが公益そのものであることは、不開示事由（典型的には、行政文書に個人情報が含まれる場合等）がある場合でも、「公益上特に必要があると認めるときは」開示を許容する裁量開示制度（行政機関の保有する情報の公開に関する法律第 7 条）を見れば、明らかである。

情報公開法制においては、開示請求者には、何らの個別的な利害関係は「帰属」しておらず、行政機関が開示を決定するのは、専ら「公益」のためであることが端的に示されている。

衆訴訟や機関訴訟が法律上の争訟性を欠くとされるのは、原島や原判決が理解するように、原告の私的権利利益の保護救済を目的としないから、ではない。

民衆訴訟は、定義上、「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」であり、典型たる住民訴訟の場合、原告たる住民と被告たる地方公共団体の執行機関との間に（地方公共団体との間としても）、当事者間の具体的な法律関係がない（住民が法律関係の当事者ではない）から、法律上の争訟性を欠くのである。

例えば、仮に住民監査請求権という権利を創設し、監査委員会の勧告を、監査請求権の範囲を画定する処分とする仕組みを設けたとすれば、住民訴訟は、情報公開請求と全く同じ構造を持ち、これは、法律上の争訟に他ならないであろう。

法律上の争訟概念は、裁判所法制定時は、訴訟の対象概念として構築されており⁸、であればこそ、片面的法律上の争訟概念は成り立

⁸ 制定過程における議論について、例えば、「法律上の争訟とは、「従来の民事、刑事の外、いわゆる行政事件その他例えば人身保護法の如きによる事件にも及ぶ」（内藤頼博『日本立法資料全集別巻 93 終戦後の司法制度改革の経過（第三分冊）第3巻』886頁）、「裁判の対象となる実体を意味する。」（同 912頁）、「裁判所法案第三条に所謂『法律上の争訟』とは、利害の相対立する当事者間の争を謂うのであって、従来の民事、刑事の訴訟事件のみならず行政訴訟事件の如きも之に含まれる。しかし当事者間に争のない戸籍登記その他非訟事件の如きは「法律上の争訟」には含まれない。右の如く「争訟」は事件の実体的な概念であるが、これに対して、「訴訟」とは訴訟手続によって裁判される争（事件）と謂い純然たる形式的な概念である。～第三条においては裁判の対象となる事件を実質の方面から規定したので「争訟」の語を用いた」（同 914頁）、「「法律上の争訟」と云うのは、広く法律上の争について当事者、利害関係人から救済を求められる事件の実体を意味し、「訴訟」とは意味を異にし、実体的意味に於ける法律上の争を指称する」（同 914頁）等の説明がなされていた。

また、法律上の争訟概念が対象概念であることは、民事事件においては自明と考えられてきたことについて、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頁も参照。

言うまでもないが、上記の板まんだら事件の定式は、法律上の争訟が対象概念であることと、全く矛盾しない。

ちえないのである⁹。

ここでは、実現されるのが「公益」か否かが問題なのではなく、端的に、法律関係の当事者性（原告と被告の間の具体的な法律関係の存否）が問題になる。

もっとも、原島や原判決のような法律上の争訟概念の理解に立つとしても、いずれにしても、情報公開請求の例で理解されるように、抗告訴訟における原告適格を基礎づける利益は、私的権利利益に厳密に限定されるものではありえない。

イ 処分の第三者の利益について

上記のとおり、処分の第三者の利益については、「当該処分を定めた行政法規が、不特定多数者の具体的利益を専ら一般的公益の中に

⁹ 塩野宏『行政法Ⅱ〔第六版〕行政救済法』298頁及び299頁。

訴訟対象概念と訴訟目的が混同された理由については、杉井俊介「日本における主観訴訟と客観訴訟の概念の系譜（二）」自治研究92巻3号115頁の以下の指摘を参照。

杉井は、「立法経緯において『法律上の争訟』が実体的な概念として理解されていたこととは異なり、学説上（後に述べるが判例も同様である）は訴訟目的を基準とした概念として理解されていたことになる。このような齟齬が生じた要因として考えられるのは、新憲法下における主観訴訟と『法律上の争訟』概念が司法権の限界を画するにあたって類似の機能を有していたこと、そして、『法律上の争訟』概念が典型的な民事事件を想定していたために、私人が原告であることが前提とされ、その結果両視点の差異が明確な形で現れなかったことであろう。原告が私人である限り、『具体的な権利義務』があれば、それは当該私人の個人的な権利義務の保護を目的とする訴訟（主観訴訟）といえ、逆に『具体的な権利義務』がなければ、それは公益の保護を目的とする訴訟（客観訴訟）となるからである。」とし、平成14年最高裁判決が、片面的法律上の争訟概念として批判されていることに触れて、「この批判は新憲法制定後、程なくして成立した『トリアーデ』の定式における『法律上の争訟』概念が、実際は極めて偏狭なものであったことを示している。この問題は、わが国の学説が『法律上の争訟』概念を典型的な民事事件を前提に理解してきたことに加え、そこでの訴訟目的が伝統的に原告及びその主張内容に着目して判断されてきたことに端を発する。その結果、行政主体が原告となって私人と争う訴訟を想定しうる限り、原告側に依拠した訴訟目的観に従えば片面的な理解になるのであって、それは結果として典型的な民事訴訟モデルに依拠した『法律上の争訟』概念の枠内で他の事件を理解しようとする場合に弊害が生じることを意味している（例えば、この「法律上の争訟」概念では刑事事件について説明できない）。こうした批判は前述した裁判所法の立法経緯において、立法者が当初から意図していた『法律上の争訟』概念の理解と親和性があることもあり、『訴訟目的』視点から理解することの齟齬を際立たせたという理解もできる」と述べている。

吸収解消させるにとどめず、それが帰属する個々人の個別的利益としてもこれを保護すべきものとする趣旨を含むと解される場合」という判断基準によっている。

この場合の処分の第三者の利益は、絶対権である場合もあれば(生命・身体・健康といった人格権：最高裁平成元年2月17日判決・民集43巻2号56頁)、そうではない場合(水利権に至らない農業用水の確保に関する利益：最高裁昭和57年9月9日判決・民集36巻9号1679頁)もありうる(仲野武志「行政事件における訴訟要件の意義」同『法治国原理と公法学の課題』279頁)。

後者の利益は、民事法の世界で差止請求を基礎づける利益ではなく、行訴法の世界で、法律上の一定範囲に包含されて初めて原告適格を基礎づける利益となりうる利益である(同論文279頁から280頁：仲野武志の用語では「凝集利益」)。

このように、処分の法効果が及ばないにもかかわらず原告適格が認められる場合があること、原告適格を基礎づける利益が処分根拠法上の利益であればよいことは、抗告訴訟の原告適格を基礎づける権利利益が、民事訴訟と同様ではないことを端的に現わしている(甲12の31頁及び同箇所引用されている上記仲野論文279頁以下、亘理格「行政訴訟の理念と目的」ジュリスト1234号12頁以下等参照)。

そもそも、抗告訴訟(取消訴訟)の訴訟物は、処分ないし裁決の違法性であり、原告の権利利益の存否ではない(民事訴訟の訴訟物は、権利利益の存否である)。

この点、当該訴訟の原告が、処分の法効果が及ぶ者であり、かつ、

その権利利益が、私権である場合には、民事訴訟とほぼ同様の意味で、原判決が定義するような主観訴訟であり、あるいは法律上の争訟であると言いうるであろう。

このような者は、憲法上の自由権を背景として処分根拠法規の解釈適用上配慮を受ける立場であり、行政法規の適用の適正が、すなわち主観的利益の適切な考量としての意味を持つ。

言い換えれば、この場合、処分の違法性と、原告の権利利益の違法な考量(による原告の権利範囲の違法な侵害)は同じことであり、処分の効力を排除することと原告の権利利益の救済は直接的な関係を有するから、民事訴訟と同様の意味で、原告の権利利益の救済を目的とすると言いうる。

一方で、処分の法効果が及ばない第三者が原告の場合、この者の権利利益は、処分により、その範囲が画定されるわけではないから、処分の効果を除去することと原告の権利利益の救済はイコールではないし、処分の根拠法の調整により初めて保護される利益（処分を離れては救済されえない利益）が原告適格を基礎づけることは、民事訴訟を基礎づける権利利益と同質の利益が要求されるわけではないことを意味している。

原島は、この点をとらえ、取消訴訟について、「処分第三者が提起する取消訴訟を念頭に置くと、上述の意味での法律上の争訟性は貫徹されえない。処分第三者の利益も処分に当たって適切に考量されるべき(そのように処分根拠法規が解釈される)場合が多くあるが、処分名宛人が処分の法効果によってその権利範囲を確定されることとは区別される。処分によってもたらされる事実効果が処分第三者

の享受する行政法規反射的利益を侵害する場合にも、取消訴訟は機能している。それは、法律上の争訟とは言い難く、裁判所が行政事件訴訟法という「法律において特に定める権限」(裁判所法3条1項)により行う客観訴訟¹⁰である。」という(甲15の7頁から8頁)。

控訴人は、本来、原島や原判決のように法律上の争訟概念を限定的に捉えるべきではないと考えるが、いずれにせよ、処分の法効果が及ばない第三者の原告適格の場面を考慮すると、抗告訴訟が、原島や原判決が定義するような主観訴訟、法律上の争訟とは言い難く、抗告訴訟を基礎づける権利利益が私的権利利益に限られると考えることはできない(甲12の31頁も参照)。

3 私的権利利益に基づかない抗告訴訟の提起を許容した裁判例について

既に第1章第3・2で触れたが、実際に、私的権利利益に基づかない抗告訴訟の提起を許容した裁判例がみられる。

(1) 昭和37年最高裁判決

昭和37年最高裁判決は、小倉市が住民の水源に関する利益の保護のために、私人に対してなされた試掘権設定許可に対して、鉱業法187条1項(昭和37年法律第161号による改正前のもの)に基づき、土地調整委員会の裁定を求めたところ、小倉市の主張が排斥されたことから、土地調整委員会設置法49条1項(昭和37年法律第140号による改正前のもの。)に基づき裁定の取消しを求めた訴えである。

同判決について、原判決は、「行政機関が一般公益の保護を目的と

¹⁰ 甲15の8頁脚注19のとおり、原島は、実定法上の用語ではない「客観訴訟」の範囲を云々するのではなく、要するに、取消訴訟には、「相当広い意味で「原告と関係のある」利益を保護した行政法規について、その違法適法を本案審理する訴訟」という側面があり、「訴訟の目的とする利益が公益であるから法律上の争訟ではなく原告適格を論ずるまでもなく却下すべきだ、という論には、強く反対する」というものである。

して提起することが特に法律により認められる場合に当たる」としているが、このような解釈に理由がないことは、既に第1章第3・2・(1)・アで述べたとおりである。

当時は行政事件訴訟特例法下の事案であり、原告適格については同法には明文はなく、解釈として「法律上保護されるに足る正当な利益」を有する者に原告適格が認められていた（雄川一郎『行政争訟法』170頁）。

当時の鉱業法187条1項（昭和37年法律第161号による改正前のもの）は、「第二十一条第一項（中略）の許可（中略）に不服のある者は、土地調整委員会の裁定を申請することができる」と規定しており、土地調整委員会設置法49条1項（昭和37年法律第140号による改正前のもの。）も、「委員会の裁定又は裁定の申請の却下の決定に不服のある者は、（中略）訴を提起することができる」と規定しており¹¹、「不服のある者」の解釈として、私人と同様、住民の水源に関

¹¹ ちなみに、民衆訴訟の典型とされる地方公共団体の議会の議員及び長の選挙の効力に関する訴訟は、「前条第一項の異議の申出若しくは同条第二項の審査の申立てに対する都道府県の選挙管理委員会の決定又は裁決に不服がある者」がなしうる（公職選挙法203条1項）と規定されているが、この「不服がある者」の範囲は、行訴法9条により定まるわけではない。

公職選挙法202条1項の異議の申出は、「選挙の効力に関し不服がある選挙人又は公職の候補者」のみが当該選挙に関する事務を管理する選挙管理委員会に対してなしえ、同条2項の審査の申立ては、市町村の選挙管理委員会に異議の申出をした者について、「その決定に不服がある者」がなしうるとされる。

そして、同法203条1項の訴訟は、上記の異議の申出若しくは審査申立てに対する「都道府県の選挙管理委員会の決定又は裁決に不服がある者」がなしうるところ、この訴訟を提起できるのは、「その選挙の効力に関し不服がある選挙人又は公職の候補者」に限られていると理解されている。

これは、同法207条、208条の当選訴訟も同様で、「選挙人又は公職の候補者」に限られる。

一方、鉱業法187条1項（昭和37年法律第161号による改正前のもの）と土地調整委員会設置法49条1項（昭和37年法律第140号による改正前のもの。）の場合は、鉱業法187条1項によって、土地調整委員会の裁定の申立てをできる者の範囲自体が「不服のある者」として、私人が私的権利利益に基づいて申立てする場合を包含した規

する利益を主張する地方公共団体も、上記「法律上保護されるに足る正当な利益」を充足するものと考えられていたのである¹²。

行訴法制定に伴い、鉱業法や土地調整委員会は整備されたが、その際、土地調整委員会設置法 49 条 1 項は、「委員会の裁定又は裁定の申請の却下の決定の取消しの訴えは、裁定書又は決定書の正本が到達した日から六十日以内に提起しなければならない。」との規定に改正された（整理法 7 条）。

一方、鉱業法 187 条 1 項は、行政不服審査法の施行に伴う関係法律の整理等に関する法律（昭和 37 年法律第 161 号）により削除され、同法 178 条「第二十一条第一項（第四十五条第三項において準用する場合を含む。以下同じ。）の許可（中略）に不服がある者は、土地調整委員会に対して裁定の申請をすることができる。」として、ほぼ同じ規定が設けられている。

したがって、行訴法 42 条の「法律に定める者」の定め自体が、土地調整委員会設置法上、存在しない¹³。

定となっており（なお、これは、何らの利害関係もない誰もが提起できることを意味しない：加藤悌次他『法律学体系コンメンタール篇 23 鉱業関係法』260 頁、391 頁のとおり、あくまで「利益」が必要である）、この規定から、特別に、行政機関が一般公益の保護を目的として提起することを特に許容した趣旨を読み取ることはできない。

¹² 行訴法制定以前の、裁決等に対する個別出訴規定を備えた法令は極めて多数存在し、また、「不服のある者」という表現も、非常にありふれたもので（例えば、整理法による改正前の恩給法 11 条 2 項、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律第 77 条 1 項、自衛隊法 105 条 7 項、日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約に基づき日本国にあるアメリカ合衆国の軍隊の水面の使用に伴う漁船の操業制限等に関する法律 106 条 1 項等）、このような規定が存在したこと自体は特別なことではない。

¹³ 昭和 37 年法律第 161 号による改正前と同様、私人が私的権利利益に基づいて申立てる場合を包含した鉱業法 178 条の「不服のある者」が裁定を申し立てることができ、裁定に対して行訴法 3 条 3 項の裁決の取消しの訴えを提訴しうる者の範囲は、行訴法 9 条により定まることになる。

なお、昭和 37 年法律第 140 号による改正前も後も、土地調整委員会設置法 49 条 2

実際のところ、当時の昭和 37 年法律第 140 号の立法時の逐条解説や行訴法立法担当者の解説を見ても、上記の訴えは裁決の抗告訴訟として整理されており（塩野宏編著『行政事件訴訟法 [昭和 37 年] (5) 日本立法資料全集 39』141 頁、144 頁、杉本良吉『行政事件訴訟法の解説』14 頁、33 頁参照）、「行政機関が一般公益の保護を目的として提起することが特に法律により認められる場合に当たる」と解釈することはできない。

土地調整委員会設置法 49 条 1 項の原告適格は、あくまで行訴法 9 条の解釈として認められるものであるところ、行訴法制定時に、市町村が住民の水源に関する利益を代表して訴えを提起するような場合の利益についても、行訴法 9 条の「法律上の利益」に包含されるものとして行訴法 9 条が作られたことは明らかである。

なお、加藤悌次他『法律学体系コンメンタール篇 23 鉱業関係法』では、「訴を提起することについて利益があれば、裁定を申請した者、処分庁、当事者参加をした者（三六条）及びそれ以外の者でもよい。公益上の関係がある行政機関でもよろしい。行政機関は一般に特別の規定がある場合のみに訴の提起ができるものと解されている（とくに規定がなくても河水利用につき村長に村を代表して訴を提起することを認めた判例もある。行判明治四五・七・十三行判録四五年九六六頁）が、事件の公益性、裁定の申請を認められる者の範囲（中略）、

項は、「前項の期間は、裁定書の正本の送達を受けない者については、第四十二条第四項の規定による公示の日から起算する」と定め、送達される「申請人、参加人、処分庁及び関係都道府県知事」（42 条 3 項）以外の者がかかる訴えを提起しうることを前提としている（つまり、この訴え自体は、裁定に参加した以外の者でも、行訴法 9 条に基づき原告適格が認められる者は提起できることを意味している）。

結局、市町村が住民の水源に関する利益に基づいて提起する場合を包含するものとして行訴法 9 条は制定されたものと理解するしかない。

裁定についての行政機関の当事者参加（三七条）等の関係から公益関係のある行政機関にも訴の提起を認めるべきである」とされている。

昭和 37 年最高裁判決を踏まえて、本項とのかかわりで指摘できることは、まず、何らかの利害関係を有する者についてのみ原告適格が認められていたこと、かかる利害関係として、公益上の関係がある者が含まれていたこと、したがって、抗告訴訟における原告適格を基礎づける利益は、私的権利利益に限定されず、地方公共団体が住民の水源に関する利益を主張するような場合の地方公共団体の利益も含まれていたこと、さらに、かかる利益を有することを前提に、処分庁（厳密には、処分庁が所属する行政主体であろう）に原告適格が認められていたことである。

結局、地域住民の水源に関する利益のように、特定の者に帰属していると考えにくい公益、あるいは地域住民に非排他的に帰属すると考えられる中間的利益のような利益であっても、処分の根拠法が定める在り方により、かかる公益を地方公共団体が代表して提訴が認められている。

この場合、公益自体が地方公共団体に帰属していると言えずとも、このような公益を地方公共団体が主張しうる立場にあることが地方公共団体自身の主観的利益（公法上の法律関係の当事者たる地位）なのである。

(2) 令和 2 年最高裁判決

次に、令和 2 年最高裁判決を挙げる。

これも第 1 章第 3・2・(1)・エで指摘した裁判例である。

同判決は、市議会議員が出席停止処分の取消し等を求めた訴えに

ついて、法律上の争訟性を肯定し、当然処分の名宛人として原告適格も肯定したものである。

同判決は、出席停止処分の取消しについて、地方議会議員の国家の統治機構（地方政府）の機関としての地位・権利を正面から論じて、「法律上の争訟」として認めている。

同判決は、議員は「住民の代表としてその意思を当該普通地方公共団体の意思決定に反映させるべく活動する責務を負う」ものとし、出席停止処分により、「住民の負託を受けた議員としての責務を十分に果たすことができなくなる」ことから、法律上の争訟性を認めた。

宇賀補足意見でも、地方議会の自律性が地方自治の本旨に由来することを指摘した上で、「地方議会議員を出席停止にすることは、地方議会議員の本質的責務の履行を不可能にするものであり、それは、同時に当該議員に投票した有権者の意思の反映を制約するものとなり、住民自治を阻害することになる。「地方自治の本旨」としての住民自治により司法権に対する外在的制約を基礎付けながら、住民自治を阻害する結果を招くことは背理であるので、これにより地方議会議員に対する出席停止の懲罰の適否を司法審査の対象外とすることを根拠付けることはできない」と述べられている。

この判決は、議員の地位が、住民自治に基づき住民の負託を受けたものであるところ、議員としての本質的責務たる議会における活動をなしえないことは、議員の責務を阻害するため、当該議員と議会との間の出席停止処分を巡る紛争について、法律上の争訟性を認めたのである。

本件との関係で指摘するならば、後述するとおり、地方公共団体は、

国とは異なる民主的正統性を持つ統治団体であり、国との関係で自立性を持つことが憲法および地方自治法（以下「地自法」という。）により根拠づけられる団体である。

憲法制定権力たる国民ないし住民は、地域住民の基本的人権の保障に資するからこそ、統治権を分配して信託したものであり、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」（地自法1条の2第1項）。

このような地方公共団体の責務に照らして、団体自治が憲法上、認められているものである。

令和2年最高裁判決は、個人か団体かという相違はあるものの、統治機構の一員としての責務が法律上の争訟性を基礎づけること（また、名宛人であるため明示されていないが、当然原告適格を基礎づけること）を認めたもので、本件に参照される。

また、もとより、令和2年最高裁判決が変更した最高裁昭和35年10月19日判決・民集14巻12号2633頁が、法律上の争訟性の範囲を狭めていたこと自体、地方自治の本旨に由来する地方議会の自律性に根拠が求められるものであり、令和2年最高裁判決が変更した理由も住民自治に基づく地方議会議員の地位に鑑みたものである。

ここでは、憲法適合的に法律上の争訟性（裁判所法3条）の解釈が行われているのであり、また、処分の名宛人であるから、正面から論じられていないものの、行訴法9条の原告適格の解釈も憲法適合的に行われているもので、地方自治の本旨が制度的保障であることは、このような憲法適合的解釈に、何ら支障があるものと理解されていない。

本件においても、行訴法を憲法適合的に解釈することに何ら支障はない。

4 本件において原告適格が認められること

(1) 利益の帰属と当事者たる地位について

原判決は、「主観的な権利・利益」と「法規の適用の適正ないし一般公益の保護」を対置し、本件訴えは埋立承認権限の回復を求める者として、後者に位置付けている（原判決 82 頁）。

この点について、原告適格を論じる前に、若干整理しておきたい。

行政庁の行う処分により、当該行政庁が所属する行政主体と、その処分の名宛人との間には、公法上の法律関係（権利義務関係）が形成される（塩野宏『行政法Ⅰ〔第六版〕行政法総論』123 頁、大浜啓吉『行政法総論第三版 行政法講義Ⅰ』424 頁を参照）。

処分は、行政庁（行政主体の意思を対外的に表示する権能を与えられている行政機関）の意思表示であるが、行政主体と処分の名宛人との間の法律関係を形成する一つの手段である。

これは、株式会社の代表取締役が自己の権限に基づいて株式会社を代表して法律行為をなし、契約上の権利義務を株式会社に帰属させることと同じである。

塩野宏は、同『行政法Ⅱ〔第六版〕行政救済法』298 頁において、平成 14 年最高裁判決に対して、「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範囲を超えたものとなる。」と指摘している。

取消訴訟が存在しない場合、処分の名宛人は、行政主体との間の法律関係訴訟により、自己の利益の救済を図ることになる（できなければならない）。

具体的には、上記で示されているような処分により形成された義務の不存在確認訴訟などである（取消訴訟制度がない場合の思考実験については、仲野武志「取消訴訟の存在理由」同『法治国原理と公法学の課題』237頁以下）。

この場合、当該訴訟の被告は、処分庁の所属する行政主体になるであろうが、なぜ、この行政主体が、「義務」の不存在確認訴訟の被告足り得るのか、というと、行政主体と名宛人との間に法律関係（権利義務関係）があるからである（逆に言えば、法律関係がないなら、権利保護訴訟では争えないことになり、塩野は、そのような事態はありえないと指摘したのである：同様の指摘として、藤田宙靖『最高裁回顧録』96頁）。

処分により、行政主体と名宛人との間には、公法上の法律関係が形成されているところ、どちらから訴訟を提起しようが、その訴訟の対象は、公法上の法律関係にほかならない。

この場合、行政主体は、公法上の法律関係の当事者である。

処分は、名宛人の利益と、その他の利益（その中には、「帰属」を考えにくい一般公益も含まれる）を調整する行為であるが（仲野武志「取

消訴訟の存在理由」同『法治国原理と公法学の課題』249頁参照)、このとき名宛人の利益と調整された当該公益自体は、(多くの場合は)当該行政主体に帰属する利益ではないであろう。

しかし、行政主体は、処分により形成される法律関係の当事者としての地位を有しており、かかる地位に基づき、自己に所属する行政庁が調整した各種公益を代表しうる立場にある。

抗告訴訟(あるいは抗告訴訟が存在しないとした場合の義務不存在確認訴訟等の権利保護訴訟)において、処分庁が所属する行政主体が「被告」適格を有し、処分の適法性を基礎づけるために、あらゆる公益を主張しうるのは、民事訴訟におけると同様の意味で、かかる公益の「帰属」主体だからではなく、自己に所属する行政庁が調整した結果として形成された公法上の法律関係の当事者だからである。

かかる公益を主張しうる公法上の法律関係に基づく地位は、地方公共団体にとって主観性を持つ(地方公共団体に帰属する地位である)。

本章で述べてきたように、情報公開法制において、行政機関に説明義務を全うさせ公正で民主的な行政を推進するという一般公益を実現させるために、「何人」に開示請求権を擬制する仕組みがとられていたことや、昭和37年最高裁判決において、市町村が住民の水源に関する利益を主張して、処分庁と同様の当事者性が認められていたこと、最高裁昭和57年9月9日判決・民集36巻9号1679頁において、水利権に至らない農業用水の確保に関する利益という、処分により調整されて初めて保護される利益(民事上の権利利益と異なり、排他性のない「非主観的」利益)に基づき原告適格が認められていたこと、令和2年最高裁判決において、住民からの負託を受けた議員としての本

質的責務を果たすという議員の地位について、法律上の争訟性（及び原告適格）が認められていたことを想起しなければならない。

原判決のように、「主観的な権利・利益」と「法規の適用の適正ないし一般公益の保護」を対置し、抗告訴訟において、前者のみが原告適格を基礎づけるというのは、端的に誤りである。

ちなみに、抗告訴訟ではないが、平成 21 年最高裁判決が公害防止協定に基づく請求について、法律上の争訟性を認めているのも、同じことである。

公害防止協定は、周辺住民の生活利益等の公益を保護するために締結するものであるが、この協定（契約）上の地位と、かかる公益の帰属主体であるということは、同じことではない。

同判決において、法律上の争訟性が認められたのは、公害防止協定の当事者たる地位に基づくと考えられるが、かかる地位が公益を代表していることは、直ちに、法律上の争訟性を認める妨げにはなりえないのである。

(2) 自治権について

上記のように、沖縄県は、処分により形成された公法上の法律関係の当事者たる地位を有しており、本件裁決により、処分の効果が覆滅され、かかる公法上の法律関係が変動されることになる。

この公法上の法律関係の当事者たる地位は、国と異なる統治主体として、立法府が割り当てた処分権限を行政庁が行使することで生じた地位であるところ、国の裁定的関与との関係で、かかる地位が自治権として保護されるべきことについて論じる。

ア 憲法上の根拠及び位置づけ

憲法は、地方自治について一章を割き、92条から95条まで地方自治についての規定を設けている（憲法第八章）。

地方自治は、明治憲法下においても、法令レベルでは認められており（美濃部達吉『逐条憲法精義』132頁から133頁）、その内容は、例えば、佐々木惣一によれば、国民が国民として国家の作用に参与することを意味する「公民自治」と、国家の下にある団体がその存立目的として自己の名において其の団体に関して国家より委任された作用を行うことをいう「団体自治」とされていた（同『日本行政法論総論』677頁：この概念はドイツ公法学の「政治的意味における自治」が「住民（公民）自治」に、「法的意味における自治」が「団体自治」にそれぞれ由来する（樋口陽一他編『注釈日本国憲法下巻』1379頁））。

日本国憲法における「地方自治の本旨」は、「一般にいわれている団体自治と住民自治と、この二つを根幹としている～中略～すなわち、地方住民に身近かな共同の事務は、これらの住民の意思に基づきその構成する組織を通じて自主的に処理される、ということが中心の観念を成す」旨、立法担当者であった佐藤達夫は、同「憲法第八章覚書－その成立の経過を中心として－」萩田保編『町村合併促進法施行一周年地方自治総合大覧会記念地方自治論文集』47頁から48頁で述べており、戦前の上記の観念は概ね一般的な理解であった。

憲法制定後の憲法学説においても、「地方自治の本旨」の意味内容については、概ね一致して捉えられ、その憲法上の位置付けについては、諸説あるが、成田頼明が制度的保障論を唱え、現在は通説化したと評価されている（佐藤幸司『日本国憲法論』549頁）。

ここで、制度的保障論とは、「地方自治の本旨」を、「法律的規範概念としては、国の法律をもってしても侵すことのできない地方自治制度の本質的内容ないし核心的部分を意味する」ものとされるが（成田頼明「地方自治の本旨」憲法の争点〔新版〕244頁）、ドイツの憲法学者カール・シュミットによって初めて唱えられ、ワイマール憲法下のドイツ公法学説において支配的地位を占めていたものを、我が国の憲法解釈に適用したものである（同頁）。

以上から、憲法 92 条が、「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。」と定めるのは、地方公共団体の組織及び運営に関しては、国法という形式で定めることが要求されるものであるとともに、その内容は、「地方自治の本旨」に適合的でなければならない（法によっても侵してはならない本質的内容が存する）とされることを意味している。

また、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。」と定めるが、これは、地方公共団体が、「行政を執行する権能」（つまり行政権）、「条例を制定する」権能（つまり立法権）を有する統治団体であることを意味している。

ここでの地方公共団体の「行政を執行する権能」は、憲法 94 条により保障されたものであり内閣の下にあるものではない。

つまり、「憲法六十五条の「行政権は、内閣に属する。」というその意味は、行政権は原則として内閣に属するんだ。逆に言いますと、地方公共団体に属する地方行政執行権を除いた意味における行政の主体は、最高行政機関としては内閣である」のである（1996年12

月6日衆議院予算委員会内閣法制局長官答弁)。

したがって、国の行政権が自治体行政を制約するものとして単独で登場することはなく、そのようなものとして登場しうるのは立法権のみ、ということになる(小早川光郎「地方分権改革—行政法的考察—」公法研究 62号 166頁)。

もとより、国の統治権の根拠は、憲法前文に「国政は、国民の厳粛な信託による」とあるとおり、社会契約、すなわち主権者たる国民の「信託」にあるが、憲法は、中央政府とは異なる地方公共団体が統治団体たることを前提とし、「団体自治」、「住民自治」を保障し、「行政を執行する権能」を直接与えた。

このように、地方公共団体の統治権は、憲法制定権力たる国民が中央政府と分割した形で統治権を信託し、ないしは地域住民が直接地方公共団体に信託したものと理解される(佐藤幸司『日本国憲法論』549頁から550頁、渋谷秀樹『憲法 第3版』738頁¹⁴)。

いずれにせよ、国民ないし地域住民は、国とは別に「地方公共団体」を設け、国と地方自治体の双方に、統治権を分配して信託したもので、国と地方公共団体は、並立・対等の関係である。

このことは、憲法93条が、地方公共団体の議事機関としての議会の構成員たる議員と長等について、地方公共団体の住民が直接これを選挙することを要請していることから理解される。

つまり、国の最高機関たる国会の議員を選挙することとは別に、

¹⁴ 渋谷は、憲法95条を、国権の最高機関たる国会の意思を表した法律に対してさえも、住民の同意の優位を認めるこの条項は、地方統治権の正統性は住民の同意にあるとする理論によってのみ基礎付けることができるとして、国民の信託ではなく、地域住民からの信託と理解する(西尾勝「地方分権」ジュリスト 1192号 204頁から205頁も同旨)。

地方公共団体の意思を決定する機関については、地方公共団体の住民が、別途、直接選挙することにより、その地方公共団体の意思決定は、国の統治権とは異なる民主的正統性を持ち（住民自治）、国（殊に行政権）に対してその意思決定が保護されなければならない（団体自治）、そのような統治権の分割により、地域住民の基本的人権の保障に資するからこそ（地自法1条の2も参照）、憲法制定権力たる国民ないし地域住民は、統治権を分割して信託したのである。

イ 自治権侵害に対する出訴が肯定されること

公水法に基づく公有水面埋立免許・承認に係る事務は、都道府県の事務（法定受託事務）であり（地自法別表第一）、埋立免許・承認は都道府県知事がなすものとされる（公水法2条1項、42条3項）。

上記のとおり、地方公共団体の行政執行権は内閣の下にあるものではなく、憲法が直接与えたものであるところ、地方自治の保障という憲法原理が妥当している現行法秩序において、立法府が都道府県に上記事務を委ねた事務について、「国と地方公共団体の有機的関連性乃至協力関係の保持が、国家関与における国家行政機関の意思の優越性という形で担保されるべきものとは考えられ」ず、「国家関与の根拠及びその態様が法律の留保に属し、その範囲内の関与にのみ地方公共団体が服従するとみるべき」であり、「国家関与がその限界を超えた場合には、その是正手段が制度上存在していなければならないし、また、その是正の要求が、個別地方公共団体の自治権の侵害の排除という形をとる限りにおいて具体的権利義務に関する訴訟として、裁判所による救済の方法が認められる」（塩野宏「地方公共団体の法的地位論覚書き」同『国と地方公共団体』37頁）。

このような（裁定的）関与に対する抗告訴訟が肯定されることについては、通説的な理解とあってよい（成田頼明「地方自治の保障」『宮沢俊義還暦記念 日本国憲法体系第五巻 統治の機構（Ⅱ）』309頁、木佐茂男「国と地方公共団体の関係」雄川一郎他編『現代行政法大系第8巻』381頁、寺田友子「行政組織の原告適格」民商法雑誌83巻2号66頁、田上穰治「新憲法と自治監督」荻田保編『町村合併促進法施行一周年地方自治総合大展覧会記念地方自治論文集』25頁、白藤博行「国と地方公共団体との間の紛争処理の仕組みー地方公共団体の「適法性の統制」システムから「主観法的地位（権利）の保護」システムへー」公法研究62号200頁、斉藤誠「行政主体間の紛争と行政訴訟」藤山雅行他編『新・裁判実務大系第25巻 行政争訟〔改訂版〕』94頁、村上裕章『行政主体間の争訟と司法権』公法研究63号219頁、薄井一成「地方公共団体の原告適格」『原田尚彦先生古稀記念 法治国家と行政訴訟』197頁、曾和俊文「地方公共団体の訴訟」同『行政法執行システムの法理論』157頁、山本隆司「行政の主体」磯部力他編『行政法の新構想Ⅰ 行政法の基礎理論』89頁等：肯定説が多数説であることを明言するものとして、宇賀克也『地方自治法概説〔第6版〕』408頁、塩野宏「国と地方公共団体のあり方再論」同『法治主義の諸相』433頁）。

特に、塩野宏「地方公共団体に対する国家関与の法律問題」『国と地方公共団体』121頁は、地方公共団体と裁決庁との間には、「実体組織法上一般的指揮監督関係の存在しないことは明らかであると同時に、審査庁による原処分（地方公共団体の処分）の取消は、一つの組織体内部の自己反省ではなくして、一の権利主体の意思が他の

権利主体の意思に優越することを常に意味せざるを得ないのであって、それは、地方公共団体に保障された自治権の侵害そのものである。その限りでは、地方公共団体の行為の取消が、職権によってなされようと行政争訟的手続でなされようと何ら異なるところはないのである。むしろ、職権による監督処分には出訴を認めつつ、たまたま私人の不服申立てをまって発動される争訟による取消について、地方公共団体の出訴を認めないのは極めて不合理であるといわざるを得ないのである。もちろん、このことによって、原処分不服を有する私人には、通常不服審査よりも争いの早期確定が妨げられるという意味の不利益を課せられることになる。しかし、実体法上の権利については、何らの侵害も加えられるわけではないのみならず、憲法に保障される地方公共団体の自治権を実質的に担保するためには、私人に負わされるべきその程度の不利益は合理性を有するものと思われる」と指摘している。

また、山本隆司「行政の主体」磯部力他編『行政法の新構想Ⅰ 行政法の基礎理論』109頁は、「地方公共団体や国立大学の自治権のように、分節化等された行政の主体の権限が憲法に基礎を置く場合、その権限を他の行政機関が終局的に判断するのは、基本的に憲法の趣旨に沿わない。原則として訴権を認めるべきと考えられる。憲法が直接絶対権に保障する権限だけでなく法律等により形成された権限も貫徹するために訴権が認められるのは、私人の権利が法律等により形成されたものでも憲法上訴権を保障されるのと同様である。」としている。

その上で、憲法の人権規定が他の者の人権との調整が要求される

ように、他の憲法上の保障との調整との観点から制約される場面があるのではないかとして、裁定的関与の場合の不服申立人の権利との調整を検討するが、審査庁が所属する国が不服申立人のために主張・立証を尽くすであろうこと、執行停止も抑制的に運用されることから、不服申立人の要保護性に比して、地方公共団体に訴権を認めないことによる地方公共団体の権限の侵害が過度になるとして、訴権を肯定している。

立法府は、一定の限界はあるが¹⁵、ある事務を地方公共団体に委ねるか、直接国が処理するかを選択することができる。

しかし、私人に法律により実体的権利を与えた場合に、私人がかかる実体的権利の保護を求めて訴えを提起できることと同様に、法

¹⁵ 「地方自治の本旨」が、立法によっても侵せない領域を示すものである以上、当然のことである。

地方分権改革により地自治に明記された役割分担原則を地方自治の本旨に読み込む見解（小林與三次「地方自治の本旨（二）」自治研究 25 卷 3 号 17 頁以下、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』89 頁以下参照）に基づけば、役割分担原則は事務配分の憲法上の限界を示すものである。

また、昭和 49 年最高裁判決について後述するとおり、本件における事務は、都道府県の領域に含まれる特定の地域における埋立てを規律するもので、「国土利用上適正且合理的ナルコト」要件において検討されるべき埋立の必要性、公共性についても、当該地域における土地利用計画や環境保全計画との整合性や漁業、農業、港湾管理等の観点から判断されるべきものであるし、「環境保全及災害防止」要件充足において問題となるのも、都道府県の領域内の環境保全、災害防止であり、「環境保全ニ関スル国又ハ地方公共団体（港務局ヲ含ム）ノ法律ニ基ク計画」との整合性が問題となるのも、その地域に関する計画である。

単純に言えば、公水法に基づく埋立免許・承認に係る事務は、ほぼ当該地方のみの公益と密接不可分に関わる事務であるところ、同法における事務について、国に委ね、あるいは、一方的に国の判断を優越させるという立法は、憲法上、許容されえないと解される。

なお、関哲夫『自治体争訟法』9 頁における「行政主体としての自治体の活動には、②国の行政作用の一部を担当し、国の行政機関の監督の下におかれる作用と、③憲法が保障する自治行政権の行使として、裁判所の司法審査は別として、国の行政機関の関与を受けず、自主的に判断し、執行できる作用とがあるものと解される。③の作用において、自治体ないしその機関は国の下部機関ではなく別個独立の法人としての立場で事務を処理するのであるから、それはいわば本来の自治事務である。特定の事務の執行が右の①～③のいずれの作用に属するかは、当該事務の性格・内容に照らし、具体的・個別的に判断するほかはない。」との指摘も参照。

律により事務ないし権限が与えられている場合に、行政権によりかかる事務ないし権限が侵害されたときには、それ自体が自治権の侵害となり、提訴が可能なのであり、この際に問題となる審査請求人たる私人の不利益は、許容されるべき範囲内にとどまる(ましてや、本件では審査請求人は国である)。

ウ 比較法的に見ても、かかる解釈が正当であること

このような解釈は、比較法的にも正当である。

比較法的には、ドイツ、フランス、アメリカ各国においては、自治体の出訴資格について、それが行政主体としての地位にある場合であっても、憲法上の明文の定めがなくとも認められている(塩野宏「地方公共団体の出訴資格」同『行政法概念の諸相』365頁以下及び同文献で引用されている、同「地方公共団体に対する国家関与の法律問題」同『国と地方公共団体』94頁以下、白藤博行「国と地方公共団体との間の紛争処理の仕組み—地方公共団体の「適法性の統制」システムから「主観法的地位(権利)の保護」システムへ—」公法研究 62号 205頁以下、人見剛「地方自治体の自治事務に関する国家の裁定的関与の法的統制」同『分権改革と自治体法理』273頁以下、柴田直子「アメリカにおける地方政府の出訴資格」神奈川法学 36巻1号 121頁以下、亘理格「フランスにおける国、地方団体、住民(二)」自治研究 59巻8号 86頁以下を参照)。

特に、上記のとおり、元々、我が国における「団体自治」、「住民自治」という概念、制度的保障という概念は、ドイツ法を継受したものであるところ、ドイツ法においても、制度的保障論が通説であるにもかかわらず、そのことから、裁判所の救済を求め得ないとは

解釈されていないことは重要である（塩野宏「地方公共団体の法的地位論覚書き」同『国と地方公共団体』37頁、同「地方公共団体に対する国家関与の法律問題」同『国と地方公共団体』94頁から95頁、白藤博行「国と地方公共団体との間の紛争処理の仕組みー地方公共団体の「適法性の統制」システムから「主観法的地位（権利）の保護」システムへー」公法研究62号206頁から207頁参照）。

また、明文（「Cases」、「controversies」）を欠くにもかかわらず、司法権の観念として事件性が要求される所以である、我が国が司法権概念を継受したとされるアメリカ合衆国においても、地方政府の出訴資格が肯定されていることも指摘しておく。

(3) 本件で原告適格が認められること

本件裁決は、控訴人に所属する沖縄県知事職務代行者から委任を受けた副知事がなした本件承認取消処分 of 効力を失わせ、控訴人と沖縄防衛局間の公法上の法律関係を変動させる。

公法上の法律関係の当事者たる沖縄県の地位は、直接憲法制定権力たる国民ないし地域住民から中央政府と分割して信託を受けた地方公共団体の統治権に基づくものであり、立法府が沖縄県の事務として割り当てた法定受託事務に関するものであるから、民主的正統性を異にする国の行政権が、地方公共団体の事務の処理について裁定的関与を行い、これが常に優越するとすることは（つまり、関与の適法性が終局的に担保されず、上級行政庁と下級行政庁と同様に、広い意味での行政内部で判断が統一される）、自治権の侵害に他ならない。

したがって、本件裁決の法効果が及び、控訴人の公法上の法律関係の当事者たる地位を変動せしめるところ、この変動は自治権の侵害と

して、国に対する関係で保護されなければならないから¹⁶、控訴人には、裁決の準名宛人として、原告適格が認められる¹⁷。

なお、第1章第4で指摘したとおり、この場合の埋立承認は、公物管理権の行使に他ならないところ、本件裁決は、沖縄県の公物管理権に対する侵害でもあり、この点からも、控訴人には、裁決の準名宛人として、原告適格が認められる。

5 法定受託事務と自治権について

一方で、原判決は、本件訴訟が認められない結果として、原告に本件

¹⁶ なお、行訴法9条の原告適格が、憲法適合的に解釈されるべきことは当然であり、特に制約されるべき根拠はない（本多滝夫「行政救済法における権利・利益」磯部力他編『行政法の新構想Ⅲ 行政救済法』221頁）。

例えば、最高裁平成4年9月22日判決・民集46巻6号571頁など、第三者の原告適格を認定した裁判例において、生命・身体等の絶対権については、立法者が個別的に保護していることが推測されるという形で逆算的に原告適格を判定しているが、このような判例は、行訴法9条の原告適格を、基本権の保護のために、憲法適合的解釈をしているものと評価しうる（本多滝夫上記論文同頁、人見剛「原告適格の考え方と条文」ジュリスト1234号36頁）。

また、上記令和2年最高裁判決が、法律上の争訟性（裁判所法3条）について、まさしく地方自治の本旨（憲法92条）と憲法適合的解釈をとっていたことも指摘できる。

¹⁷ 仮に、法律上の争訟や主観訴訟概念について、原判決と同様に理解したとしても、以下のとおり、原告適格は肯定できることは指摘しておく（原島意見書（甲15）による）。

すなわち、情報公開法制における用いられ方や（第2章第2・2・(3)・アで上述：甲15の10頁以下）、処分の第三者に原告適格が認められていたこと（第2章第2・2・(3)・イで上述：甲15の7頁から8頁）、昭和37年最高裁判決や令和2年最高裁判決のように、実際に公益に基づく原告適格が認められている例があることからすれば、取消訴訟には、「相当広い意味で「原告と関係のある」利益を保護した行政法規について、その違法適法を本案審理する訴訟」という側面があり」（甲15の8頁脚注19）、客観訴訟的に利用しうる制度である（甲15の1頁）。

抗告訴訟の原告適格の判定は、「処分の事実的影響を受けるあらゆる者の中で提訴者自身が特に区別された存在であるかどうか、行政事件訴訟法9条2項に即して（被侵害利益の内容・性質や侵害の態様・程度に照らし）試されるのであって、その趣旨は、（名宛人でないにもかかわらず）処分という諸利益調整行為の適正さを法廷で争うのにふさわしい存在であるという、身の証を立てさせることにある。つまり、重要なことは被調整利益が提訴者に帰属することではなく、公衆一般から区別された提訴者の立場を処分根拠法規上に構成できること」（甲15の13頁）による。

沖縄県は、「第一に、処分根拠法規がそうした諸利益の管理者として都道府県知事を指名していること（埋立を知事の承認にかからしめていること）」から、このような視点に基づき、原告適格が認められ、「第二に、県は原処分の維持を主張するのにふさわしい能力と要件事実資料を有すること」も、そのような立論を補強する（同頁）。

裁決を司法上争う手段がないことについて、埋立免許・承認事務が法定受託事務であることや公有水面が国の所有に属するものであること等を根拠として、憲法上、地方自治体に認められた固有の自治権に含まれるものとは解されないとし、地方自治体の側から抗告訴訟を提起できないとしても、違憲ないし違法とは言えない旨判示している(原判決 91 頁)。

この判示は、本件においては、上述したような憲法適合的解釈をとって控訴人に出訴を認める必要がない、という趣旨であろう。

しかし、この立論は誤りである。

まず、上記山本隆司「行政の主体」磯部力他編『行政法の新構想 I 行政法の基礎理論』109 頁が指摘するとおり、立法府が地方公共団体の事務として割り振った権限に対して、国の行政権が終局的に判断することは、地方自治の本旨に合致しないのであって、私人の権利が法律等により形成されたものでも憲法上訴権を保障されると同様、このような場合にも、国の行政権による自治権の侵害が生じ得る。

原判決の判断枠組みは、立法府が、憲法上、地方公共団体に認められた固有の自治権と認むべき事務を、侵害するような態様で国に事務を割り振ったような場合の違憲性を判定するような場合は妥当し得ても、立法府が、地方公共団体に割り振った事務に対して、国の行政権が単体で制約を加える場合には、妥当しない。

また、さらに指摘するなら、そもそも、法定受託事務も都道府県の手務であり、法定受託事務と自治事務の相違は、憲法上の保障の強度を必ずしも反映したものではないから、法定受託事務であることを、あたかも憲法の保障を弱める事情として用いることは誤りである。

「地方自治は、区域に基づく自治である点において、他の機能自治と

は基本的に区別される。空間管理は地方公共団体の本来的任務の一つである」（飯島淳子「地方自治と法理論」総務省『地方自治法施行 70 周年記念論文集』247 頁）とされる。

海について、確かに公有水面は国の所有とされるが、これは、第 1 章第 4 で述べたとおり、財産管理を意味している（しかも、財産管理は法定受託事務として都道府県が行う）。

一方で、国（総務省、旧自治省）は、海を含めた法定外公共物の機能管理は、伝統的に地方公共団体の自治権の内容としての一般管理権に服するものと理解してきた（建設省財産管理研究会『[第 2 次改訂版] 公共用財産管理の手引 いわゆる法定外公共物』52 頁以下、寶金敏明『5 訂版 里道・水路・海浜～長狭物の所有と管理～』199 頁、来生新「海の管理」雄川一郎他編『現代行政法大系 9 巻』355 頁：ちなみに、旧地方自治法 2 条 3 項 2 号は「公園、運動場、広場、緑地、道路、橋梁、河川、運河、溜池、用排水路、堤防等を設置し若しくは管理し、又はこれらを使用する権利を規制すること」を、12 号は公有水面埋立事業等の施行を地方公共団体の事務として例示していた）。

自治体の区域は海にも及んでいるところ（上記来生論文 356 頁から 358 頁）、第 3・1 で後述するとおり、都道府県の区域における国土利用の総合調整を都道府県知事は担っている一方で、国の役割は、広域的な指針の制定等にとどまり、区域の空間管理にかかる事務は、憲法上、固有の自治権として保障されるべき事務と評価されるべきである（地方分権改革により地自法に明記された役割分担原則を地方自治の本旨に読み込む見解（小林與三次「地方自治の本旨（二）」自治研究 25 巻 3 号 17 頁以下、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』89頁以下参照)と、地自法1条の2参照)。

第3 その他問題点

1 行審法の解釈として、提訴が禁じられないこと(昭和49年最高裁判決について)

原判決は、特に判断を加えていないが、本件のように法人格を異にする行政主体が裁定的関与に対して抗告訴訟を利用した先例として、昭和49年最高裁判決があるため(同判決が法律上の争訟性を肯定したものであることについては、第1章第3・2・(1)・イで触れた)、この点について、念のため補足しておく。

(1) 昭和49年最高裁判決の概要

昭和49年最高裁判決の事案は、私人が大阪市西成区長の行った国民健康保険の被保険者証交付申請拒否処分に対して、大阪府国民健康保険審査会に審査請求をなしたところ、拒否処分の取消裁判がなされたため、この裁判に対して大阪市が取消訴訟を提起したというものであった。

最高裁は、「国民健康保険事業の運営に関する法の建前と審査会による審査の性質から考えれば、保険者のした保険給付等に関する処分の審査に関するかぎり、審査会と保険者とは、一般的な上級行政庁とその指揮監督に服する下級行政庁の場合と同様の関係に立ち、右処分の適否については審査会の裁判に優越的効力が認められ、保険者はこれによつて拘束されるべきことが制度上予定されているものとみるべきであつて、その裁判により保険者の事業主体としての権利義務に影響が及ぶことを理由として保険者が右裁判を争うことは、法の認めてい

ないところであるといわざるをえない。このように解しても、保険者の前記のような特別な地位にかんがみるならば、保険者の裁判を受ける権利を侵害したことになることはいうまでもなく、もしこれに反して、審査会の裁決に対する保険者からの出訴を認めるときは、審査会なる第三者機関を設けて処分の相手方の権利救済をより十分ならしめようとしたことが、かえって通常の行政不服審査の場合よりも権利救済を遅延させる結果をもたらし、制度の目的が没却されることになりかねないのである。以上の理由により、国民健康保険の保険者は、保険給付等に関する保険者の処分について審査会のした裁決につき、その取消訴訟を提起する適格を有しないものと解するのが相当である。」と判示した。

同判決の述べる根拠を分解すると、①処分の根拠法の解釈上、審査会と保険者が上級行政庁と下級行政庁と同様の関係に立つこと、②制度上、審査会の裁決に優越的効力が認められ、保険者が拘束されることが予定されていること、③保険者の裁判を受ける権利を侵害したことにはならないこと、④認めると処分の相手方の権利救済を遅延させることになりかねないこと、の4点にある。

同判決が、実定法上はどのような位置付けで訴えの適法性を否定したかについては、判文上は、必ずしも明確ではないが、行政不服審査法（以下「行審法」という。）の解釈として、処分庁（が所属する行政主体）が裁決を争うことを認めなかったものと考えられる（一般論として、同一行政主体内において、処分庁が裁決庁の判断を争うことが認められないことについては、塩野宏「地方公共団体に対する国家関与の法律問題」同『国と地方公共団体』121頁参照）。

同判決は、処分の根拠法に遡って解釈を加えており、行審法の仕組み解釈として、常に処分庁（が所属する行政主体）が裁決を抗告訴訟で争うことを否定したわけではないことは、明らかである（同判決調査官解説 243 頁では、形式的には機関訴訟に当たらないが、具体的な制度に即してより実質的な見地から考察することが必要であるとして、相対的機関概念を採る雄川一郎「機関訴訟の法理」（法学協会雑誌 91 巻 8 号 1169 頁）を引用しており、同判決の事案において、実質的に同一行政主体内の上級行政庁と下級行政庁と同様の関係に立つものと評価しうるかが問題となった）。

そのため、以下では、昭和 49 年最高裁判決が挙げる根拠と、本件の事案との相違について述べる。

ただし、上記の根拠のうち、③は、沖縄県に裁判を受ける権利が認められることはないことは明らかであり、ただ、一方で、上記のとおり、地方自治の本旨と憲法適合的に解釈されるべきという意味で、沖縄県に訴権が認められなければならないことが指摘できる。

また、④については、上記のとおり、私人の負担については、実体法上の権利利益に侵害を受けるわけではなく、審査庁が所属する国が不服申立人のために主張・立証を尽くすであろうこと、執行停止も抑制的に運用されることからすると、不服申立人の要保護性に比して、地方公共団体に訴権を認めないことによる地方公共団体の権限の侵害が過度になることが指摘できる（塩野宏「地方公共団体に対する国家関与の法律問題」『国と地方公共団体』121 頁、山本隆司「行政の主体」磯部力他編『行政法の新構想 I 行政法の基礎理論』109 頁：ましてや、本件では審査請求人は国であり、私人ではない）。

以下では、専ら①と②の点について、述べる。

(2) ①上級下級庁の関係及び②裁決の優越的効力の観点からの根拠が本件について妥当しないこと

ア 昭和 49 年最高裁判決の根拠付け

昭和 49 年最高裁判決は、以下のように述べている。

すなわち、「国民健康保険事業は、国の社会保障制度の一環をなすものであり、本来、国の責務に属する行政事務であつて、市町村又は国民健康保険組合が保険者としてその事業を經營するのは、この国の事務を法の規定に基づいて遂行しているものと解される。」とした上で、国民健康保険法 3 条 1 項、4 条 1 項、2 項、108 条、109 条等、69 条ないし 74 条、79 条の 2、80 条の規定を引用し、市町村又は国民健康保険組合の地位を、「もっぱら、法の命ずるところにより、国の事務である国民健康保険事業の実施という行政作用を担当する行政主体としての地位に立つ」と判断する。

さらに、審査会の地位については、「保険者の保険給付等に関する処分の適正を確保する目的をもつて、行政監督的見地から瑕疵ある処分を是正するため、国民健康保険事業の実施という国の行政活動の一環として審査手続を設けることとし、その審査を右事業の運営について指導監督の立場にある都道府県に委ねるとともに、その審査の目的をいつそう適切公正に達成するため、都道府県に右のような特殊な構成をもつ第三者的機関を設置して審査に当たらせることとしたものであつて、審査会自体が保険者に対し一般的な指揮命令権を有しないからといて、その審査手続が通常の行政的監督作用たる行政不服審査としての性質を失い、あたかも本来の行政作用の

系列を離れた独立の機関が保険者とその処分の相手方との間の法律関係に関する争いを裁断するいわゆる行政審判のごとき性質をもつものとはどうてい解されないのである。」とした。

このような制度の検討を踏まえて、上記①「保険者のした保険給付等に関する処分の審査に関するかぎり、審査会と保険者とは、一般的な上級行政庁とその指揮監督に服する下級行政庁の場合と同様の関係に立」つとして、②「右処分の適否については審査会の裁決に優越的効力が認められ、保険者はこれによつて拘束されるべきことが制度上予定されている」と判断した。

イ 昭和 49 年最高裁判決の「拘束」の趣旨

昭和 49 年最高裁判決の射程を検討する前提として、昭和 49 年最高裁判決が「拘束されるべき」としていることを、行審法の拘束力（行審法 43 条（当時：現行 52 条））を指すものと理解すると、同判決の趣旨は、行審法の拘束力が及ぶ事案、つまり、裁定的関与一般に及ぶことになるため、昭和 49 年最高裁判決の「拘束」の趣旨が、まずもって問題となる。

上述したとおり、昭和 49 年最高裁判決は、国民健康保険法の扱う事務が、国の社会保障制度の一環をなすもので、市町村等が全国一律に斉一に実施すべきもので、国から市町村等に委任を受けてなすものであり（当時は団体委任事務であった）、指導責任を負い（国民健康保険法 4 条 1 項）、国の機関としての都道府県知事による強力な監督権を有していた（同 108 条、109 条等）都道府県に設置される審査会と、市町村との関係を、本来は上級下級行政庁の間にはないにもかかわらず、「一般的な上級行政庁とその指揮監督に服する下

級行政庁の場合と同様の関係に立」つとし、裁決に「優越的効力」及び保険者に対する拘束力を認めたものである。

同判決がいう「拘束力」は、このような文脈において導かれたものであり、同判決は、当時の行審法 43 条（拘束力に関する規定）を引用していないことから、行審法 43 条（現行 52 条）の拘束力が及ぶ場合に（つまり、裁定的関与一般について）、常に抗告訴訟を否定したものとは理解されない（南博方「国民健康保険の保険者としての市の地位」地方自治判例百選（第 2 版）9 頁、阿部泰隆「国民健康保険審査会の裁決の取消訴訟と保険者の原告適格」社会保障判例百選（第 3 版）27 頁、塩野宏「地方公共団体の法的地位論覚書き」同『国と地方公共団体』37 頁、曾和俊文「地方公共団体の訴訟」同『行政法執行システムの法理論』234 頁等）。

そもそも、もしも、行審法の拘束力をもって②の論拠が妥当するなら、処分の根拠法に照らした①の具体的な検討は全く不要で、行審法の適用上、常に、処分庁（が所属する行政主体）は裁決の効力を争うことはできないはずであるから、同判決がそのような判断をしたものではないことは明らかである。

ウ 本件とは事案が異なること

以上を前提に、昭和 49 年最高裁判決の射程を検討するに、公水法には、都道府県の免許・承認処分に係る国の監督に係るような規定はなく、昭和 49 年最高裁判決の事案とは異なり、埋立免許・承認に係る事務は法定受託事務、つまり都道府県の事務となっている。

したがって、国の事務（団体委任事務）であった昭和 49 年最高裁判決の事案とはこの一点だけで本件は事案が相違し、射程が及ぶ

余地はない。

言い換えれば、昭和 49 年最高裁判決は、委任事務が消滅した現在では判例としての意味を完全に失っているものといえよう。

しかし、仮に、形式的に法定受託事務（都道府県の事務）であっても、処分の根拠法の趣旨から、実質的に上級下級の関係が観念できる余地があるものと昭和 49 年最高裁判決を理解したとしても、以下で述べるとおり、実質的にも、埋立免許・承認処分については、上級庁下級庁の関係に類した関係として、国の監督としての裁決に優越的効力を認める理由はない。

公水法は、大正 10 年の制定時から、埋立免許・承認の権限を「地方長官」に委ねており、昭和 22 年の地方自治法制定に伴い、附則 13 条によって「都道府県知事」と読み替えられることとされ、昭和 48 年の改正時に、明文で「都道府県知事」に変更されたものである。

公水法が埋立免許・承認権限を「地方長官」に委ね、改正時も都道府県知事にそのまま委ねた趣旨は、造成された埋立地の利用が概ね一地方の利害関係につながるものであり、地域の実情について詳しい都道府県知事に委ねるべきと考えられたからである¹⁸。

公水法 4 条 1 項 1 号にいう「国土利用上の適正且つ合理的」な判断は、漁業・農業・港湾管理・工業地帯立地などの諸々の観点から

¹⁸ 昭和 48 年 8 月 28 日参議院建設委員会において、政府委員は、「都道府県知事というものの性格を地域社会における一番そうした実情について詳しい存在であるということから、今回の改正においても旧法のままにしておいたわけでございます」との答弁を参照。

また、山口眞弘・住田正二『公有水面埋立法』70 頁は、この点について、「造成された埋立地の利用が概ね一地方の利害関係につながるものであること等から、都道府県の区域を統轄する都道府県知事をして、埋立免許の事務を行わしめることを適当としたものであろう」と説明している。

諸利益を調整する判断であり、さらに同項2号から6号までに規定されている「環境保全及災害防止」や土地利用・環境保全計画との整合性などを含めて、都道府県レベルだからこそこれらの公益判断を行いうるという理由で、埋立免許・承認の判断が都道府県知事に委ねられてきたのであり、国の行政権による一方的な監督は認めがたいのである¹⁹。

以下、都道府県知事に判断が委ねられている実質的理由について、国土利用法制、海岸管理法制、産業法制、環境保全に関する仕組みについて敷衍して、このことを論じた上で、実質的にみても国民健康保険法とは異なり、本件に昭和49年最高裁判決の射程が及ばないことを述べる。

(ア) 国土利用法制²⁰

埋立免許・承認は、「国土利用上適正且合理的」でなければならず（公水法4条1項1号）、また、「其ノ埋立ガ環境保全及災害防止ニ付十分配慮セラレタルモノ」でなければならず（同2号）、都道府県の土地利用基本計画とも整合していなければならないが（同3号）、国土利用法制を見れば、都道府県知事が具体的な国土利用のあり方を総合的に判断する立場にあることが

¹⁹ 昭和48年6月27日衆議院建設委員会において、承認制度について、政府委員は、「都道府県知事が承認をしなければ、国が埋め立てをみずからやろうと思ってもそれは行なうことができません。」と明確に答弁しており、承認がなければ策定した計画も断念することになるのか、という委員の質問に対して、「……埋め立ての場合には、……国の施設であるからといって法律を破るわけにはいきませんから、法律の規定に従って処理をいたします。」と答弁している。

なお、埋立免許と承認の申請が競願した場合も、公水法施行令30条は、同3条を準用し、都道府県知事はその「公益上及経済上の価値」を比較して処理することとなっており、国による事業の必要性についての判断に特権的な地位を与えていない。

²⁰ 阿波連正一「公有水面埋立法と土地所有権—都道府県知事の埋立て承認の法的性質論—」静岡大学法制研究19巻3・4号1（382）頁以下に、まとまっている。

理解できる。

まず、国土利用計画法上、国が行うのは、「国土の利用に関する基本的な事項について全国計画を定める」ことにとどまる（国土利用計画法 5 条）。

これに対して、国土利用の中心的判断となる土地利用基本計画は、都道府県が定める（同法 9 条：なお、同計画の策定は自治事務である。）。

ここでは、地域の実情を把握している都道府県レベルの土地利用の判断が優先される。

土地利用基本計画において、地域は、都市地域、農業地域、森林地域、自然公園地域、自然保全地域に区分されるが（同法 9 条 2 項各号、4 項乃至 8 項）、それぞれの区域の形成についても、都道府県ないし都道府県知事の判断に委ねられている領域が極めて多い。

第一に、都市地域形成の基本となるのは都市計画法であるが、同法に基づく都市計画区域の指定は（同法 5 条 1 項）、平成 11 年の地方分権改革により、自治事務とされている（従前は機関委任事務）。

かかる都市計画区域について、都道府県は、都市計画区域の整備、開発及び保全の方針（15 条 1 項 1 号、6 条の 2）、市街化区域と市街化調整区域との区分（15 条 1 項 2 号、7 条）、都市再開発方針（15 条 1 項 3 号、7 条の 2）、地域、地区、街区の一部（15 条 1 項 4 号、8 条 1 項 4 号の 2、9 号から 13 号、16 号）、一の市町村の区域を超える広域的・根幹的な地域地区、都市施設（15

条1項4号、5号、都市計画法施行令9条1項、2項)、市街地開発事業、市街地事業等予定区域(15条1項6号、7号、12条乃至12条の3)を内容とする都市計画を定めるものとされ、個別処分としての開発許可(29条)、建築許可(37条1号、42条1項但書、43条1項等)は都道府県知事に委ねられている(これらも自治事務:なお、上記以外の都市計画は市町村(15条1項柱書))。

用途地域制による生活環境の保全は、それ自体として、日照、通風、防火、騒音、振動、悪臭、などの公害を防止する機能を有しているし(阿波連正一前掲論文191(192)頁)、緑地保全地域、特別緑地保全地区、緑化地域などは、環境保全を目的とする都市計画法上の地域地区である。

また、都市計画は、公害防止計画に適合し、当該都市における自然的環境の整備又は保全に配慮しなければならないとされ(同法13条1項各号)、都市計画に定められる対象事業については、環境影響評価法の都市計画特例により(環境影響評価法39条乃至46条)、都市計画決定権者が都市計画の手続の中で環境影響評価手続を行うこととされている。

さらに、個別の開発許可の基準には、環境保全や災害防止上の支障がないようにするためのものが多い(都市計画法33条1項2号、3号、6号、7号、8号、9号、10号、12号、13号)。

要するに、都市計画を立て、開発許可を行うことは、環境保全を含めた国土利用のあり方を具体的に調整していくことに他ならない、ということである。

第二に、農業地域形成の基本となるのは農業振興地域の整備に関する法律（以下「農振法」という。）、農地法であるが、農業振興地域の指定、変更等は都道府県知事が行うものとされており（農振法 6 条 1 項、7 条）、指定の要件の一つとして、「国土資源の合理的な利用の見地からみて、その地域内にある土地の農業上の利用の高度化を図ることが相当であると認められること」（同法 6 条 2 項 3 号）が挙げられている。

また、農用地区域内の開発行為の許可（同法 15 条の 2）や、農地転用許可は都道府県知事が行うものとされている（農地法 4 条：従前、農林大臣の許可が必要であったが、平成 10 年改正により 4 ha 以下の農地転用許可権限が、平成 27 年改正により全ての農地転用許可権限が委譲された：ただし附則 2 項）。

要するに、農業地域の具体的な形成、維持についても都道府県知事の総合的な判断に委ねられている。

第三に、森林地域の形成の基本となるのは森林法であるが、うち、国有林ではない民有林の一部の保安林指定、解除は都道府県知事の権限とされている（森林法 25 条の 2、26 条の 2）。また、国有林を含めた保安林における伐採等の行為については、都道府県知事の許可を得なければならないとされており（同法 34 条）、不許可の要件として、「保安林の指定の目的の達成に支障を及ぼすと認められる場合」と規定されている（同条 5 項：したがって、国が指定した保安林であっても、当該保安林の指定目的達成の支障の有無は都道府県知事が判断することになる）。都道府県知事は、条件を付することもでき（同条 6 項）、監督処分も行う（同

法 38 条)。

さらに、都道府県知事は、地域森林計画を立てなければならず（同法 5 条）、同計画の対象となっている民有林における開発行為についての開発許可は、都道府県知事の権限に委ねられており（同法 10 条の 2）、当該開発許可の不許可要件は、災害、水害防止、環境保全の観点から定められている（同法 10 条の 2 第 2 項各号）。

以上のように、国土利用法制を概観してみると、都道府県知事において、環境保全との調和を図りながら、地域における国土利用のあり方を総合的に調整する役割を担っていることがわかる。

公水法上の埋立免許・承認は、このような地域における国土利用のあり方の総合調整の一環である。

だからこそ、都道府県知事が埋立免許・承認を行い、公水法 4 条 1 項各号の要件適合性の判断を行わなければならないのである。

(イ) 海岸管理法制

埋立免許・承認は、「国土利用上適正且合理的」であり（公水法 4 条 1 項 1 号）、また、「其ノ埋立ガ環境保全及災害防止ニ付十分配慮セラレタルモノ」でなければならず（同 2 号）、海岸保全基本計画との整合性も求められるが（同 3 号）、海岸管理法制についても、国レベルでは、「海岸保全区域等に係る海岸の保全に関する基本的な方針を定める」にとどまる（海岸法 2 条の 2 第 1 項）。

これに対して、海岸保全の中心的判断となる海岸保全基本計画

は、都道府県が定め（同法 2 条の 3）、海岸保全区域の指定（同法 3 条）、海岸保全区域の管理（同法 5 条）、一般公共海岸区域の管理（同法 37 条の 3）は都道府県知事に委ねられている。

海岸法は、海岸環境の整備と保全をも目的とするところ（同法 1 条）、海岸保全区域や一般公共海岸区域の占有や土砂の採取等については、海岸管理者の許可を得なければならないとされ（同法 7 条、8 条、37 条の 4、37 条の 5）、海岸管理者において監督処分を行う（同法 12 条、37 条の 8）。

また、環境基本法に基づいて、各県に属する水域については、都道府県知事が環境基準を定めるものとされている（環境基本法 16 条 2 項 2 号ロ）。

ここでも、地域の実情を把握している都道府県レベルの海岸保全の判断に委ねられている。

以上のように、土地利用や海岸管理の点から、都道府県知事が総合調整の役割を担うので、埋立免許や承認の判断権が知事に委ねられているのである。

（ウ） 産業法制

埋立免許・承認は、「国土利用上適正且合理的」でなければならず（公水法 4 条 1 項 1 号）、どのように地域の産業を振興していくのか、という地域の国土利用のあり方と整合していなければならないが、漁業法や農地法といった産業法においても都道府県知事の関与は大きい。

漁業権の設定を受けようとする者は、都道府県知事の免許を受けなければならない（漁業法 10 条）、漁業権の分割、変更の免許、

移転の認可についても同様である（同法 22 条、26 条 1 項ただし書）。都道府県知事は、制限又は条件を付することもでき（同法 34 条）、公益上の必要があると認めるときや漁業権者が漁業に関する法令の規定に違反したときには、漁業権の変更、取消し、行使の停止を命ずることもできる（同法 39 条）。

また、漁業調整に関して、規則を定めて、一定の行為を禁止したり、許可を受けなければならないとすることができる（同法 65 条）。

農業については、上記でも触れたが、農地転用許可が都道府県知事の許可を必要とするものとされ（農地法 4 条）、農地又は採草放牧地の賃貸借の解除等についても都道府県知事の許可を受けなければならない（同法 18 条）。都道府県知事には立入調査権限のほか、監督処分権限を有している（同法 49 条、51 条）。

このように、地域における産業の振興、調整も都道府県知事の権限に委ねられており、埋立免許・承認も、県全体のバランスの中で、都道府県知事が総合的に判断しなければならないのである。

直接的に見ても、例えば、海岸域の埋立ては、漁業にきわめて大きな影響を与えるが、埋立てと漁業の調整は都道府県のレベルで行われるのである。

(エ) 環境保全が都道府県知事に委ねられていること

埋立免許・承認は、「国土利用上適正且合理的」であり（公水法 4 条 1 項 1 号）、また、「其ノ埋立ガ環境保全及災害防止ニ十分配慮セラレタルモノ」でなければならず（同 2 号）、各種海岸保全基本計画との整合性も求められるが（同 3 号）、都道府

県知事は、地域における環境保全について、総合的に判断する立場にある。

環境基本法上、国は「環境の保全に関する基本的かつ総合的な施策を策定し、及び実施する責務を有する。」とされる一方、地方公共団体は、「国の施策に準じた施策及びその他のその地方公共団体の区域の自然的社会的条件に応じた施策を策定し、及び実施する責務を有する。」と位置付けられる。

地域の具体的な自然的社会的条件に応じた判断を行うのは、都道府県知事なのである。

埋立免許・承認についても、都道府県知事は、地域環境に関する情報を集約し、事業者の環境保全措置に反映させ、また、環境影響評価法の対象事業の許認可に反映させることで、地域の環境の保全を図る立場にある。

公水法4条1項各号の要件の判断は、提出された願書及び他の添付図書に基づいて行われ（同法2条2項，3項），添付図書のうちには、環境保全に関し講じる措置を記載した図書（同法2条3項5号，同法施行規則3条8号）、埋立必要理由書がある。

環境保全に関し講じる措置を記載した図書とは、埋立て及び埋立地の用途に関する環境影響評価に関する資料を含む環境保全措置を記載した図書とされる（昭和49年6月14日港管1580号、建設省河政発第57号「公有水面埋立法の一部改正について」1・(5)）。

この点、環境影響評価手続の流れを見れば、都道府県知事が、地域環境に関する情報を集約し、事業者の環境保全措置に反

映させ、また、環境影響評価法の対象事業の許認可に反映させることで、地域の環境の保全を図る立場にあることが理解される。

法アセスにおいては、事業者は、方法書、準備書を「対象事業に係る環境影響を受ける範囲であると認められる地域²¹を管轄する都道府県知事及び市町村長」に送付するとされ（環境影響評価法6条1項、15条：15条では、「関係地域」と定義される：以下、本項における条文の適示は、断らない限り、全て環境影響評価法）、また、公告とともに、かかる地域内において方法書、準備書、評価書を縦覧に供し（7条、16条、27条）、方法書、準備書については説明会を開催し（7条の2第1項、17条）、方法書によせられた意見（8条1項）、準備書によせられた意見（18条1項）の概要及び準備書によせられた意見についてはそれに対する事業者の見解を、上記地域を管轄する都道府県知事及び市町村長に送付する（9条、19条）。

都道府県知事は、この意見及び、準備書については事業者の意見に配意し（10条3項、20条3項）、また、市町村長の意見を勘案して（10条3項、20条3項）、方法書、準備書に対する意見を述べる（10条1項、20条1項）。

事業者は、環境影響評価手続の手法の選定、実施にあたっては、方法書に対する都道府県知事等の意見を勘案し、方法書によせられた意見に配意しなければならない（11条1項、12条）、評価書作

²¹ 公水法に基づく埋立ての場合、公有水面の埋立て又は干拓の事業に係る環境影響評価の項目並びに当該項目に係る調査、予測及び評価を合理的に行うための手法を選定するための指針、環境の保全のための措置に関する指針等を定める省令18条により、「対象埋立て又は干拓事業実施区域及び既に入手している情報によって一以上の環境要素に係る環境影響を受けるおそれがあると認められる地域」と定義される。

成にあたっては、準備書に対する都道府県知事等の意見を勘案し、準備書によせられた意見に配慮しなければならない(21条1項)。

これらの手続を経て、評価書に対しては、許認可権者等が意見を述べ(24条)、事業者は、これを勘案して評価書の修正が必要であれば修正を行うものとされ(25条1項)、このようにして作成された評価書の記載されているところにより環境の保全に適正な配慮をすることが要求される(38条)。

また、対象事業の免許等については、評価書及び評価書に対する許認可権者等の意見に基づいて環境の保全について適正な配慮がなされるものであるかどうかを審査することとされる(33条)。

以上の手続をまとめると、関係地域に所在する環境情報を集めて、関係地域を所管する市町村長や都道府県知事の意見を反映させて事業者の見解を評価書に集約し、かかる評価書と、これに対する関係地域を所管する都道府県知事の意見をもとに許認可権者(公水法の場合は都道府県知事)に判断をさせることにより、環境の保全を図らせる手続といえる。

つまり、ここで保全が図られる環境は、都道府県知事が所管する地域の環境であり、そのために、地域住民に手続へ関与させ、関係地域の市町村長、都道府県知事の意見を評価書や許認可に反映させているのである。

そのように集約されていった情報を元に、許認可権者が許認可を行うこととなる。

ここで、都道府県知事は、「関係地域」を管轄し、環境保全に

関して地域の環境情報を集約し、環境保全に関する意見を提出して、事業者の環境保全措置に反映させ、かかる環境保全措置を遵守させ、あるいは許認可権者が許認可をするに際して、評価書と知事意見に基づいて許認可をさせることにより、環境の保全が図られない許認可を防止することにより、地域の環境保全を具体的に図る立場にある²²。

このように、地域の環境保全を具体的に図る立場にあるのが都道府県知事である（上記は、便宜のため、本件における環境影響評価手続を参照しているが、言うまでもなく、他の許認可についても都道府県知事が地域の環境情報を集約して、知事意見を述べ、事業者の環境保全措置に反映させ、あるいは、横断条項を介して許認可に反映させ、地域の環境保全を図る立場にあることに変わりはない）。

地域の環境情報を集約し、総合的に判断するのに適格であるからこそ、埋立免許・承認においても「国土利用上適正且合理的ナルコト」、「其ノ埋立ガ環境保全及災害防止ニ付十分配慮セラレタルモノナルコト」といった要件を判断するに適格な者なのである。

(オ) 小括

もとより、埋立ての対象となる地域は、都道府県の領域に含まれる特定の地域であり、「国土利用上適正且合理的ナルコト」要件において検討されるべき埋立ての必要性、公共性についても、

²² 沖縄県環境影響評価条例に基づく手続についても、ほぼ同様であるため、個別に引用はしない（同条例4条の4、4条の5、4条の6、5条1項、6条、7条、7条の2、8条、9条、10条1項ないし3項、13条、14条、15条、16条、17条1項、18条、19条1項ないし3項、20条1項、21条、22条1項、23条1項、24条、31条、32条、33条参照）。

当該地域における土地利用計画や環境保全計画との整合性や漁業、農業等の産業振興や、港湾管理等の観点から判断されるべきものであるし、「環境保全及災害防止」要件充足において問題となるのも、都道府県の領域に含まれる特定の地域内の環境保全、災害防止であり、「環境保全ニ関スル国又ハ地方公共団体（港務局ヲ含ム）ノ法律ニ基ク計画」との整合性が問題となるのも、その地域に関する計画である。

国土利用法制、海岸管理法制、産業法制、環境保全手続について概観してきたとおり、漁業・農業・工業等の産業部門間の調整、住民・地域企業の合意、環境保全や防災上の安全確保など、公有水面埋立事業において必要とされる多種多様な考慮要素を総合的に判断できる結節点が都道府県知事である。

であればこそ、都道府県知事に埋立免許・承認の権限が委ねられたものである。

昭和 49 年最高裁判決において、国民健康保険事業が国の事務として全国一律に斉一に遂行すべき事業であった（地自法 1 条の 2 第 2 項「全国的に統一して定めることが望ましい国民の諸活動～に関する基本的な準則に関する事務」参照）のとは全く異なり、地域の実情に鑑みて、主として地域における公益相互の総合的判断が要求される埋立承認事務においては、同判決のように、①処分の根拠法の解釈上、審査会と保険者が上級行政庁と下級行政庁と同様の関係に立ち、②制度上、審査会の裁決に優越的効力が認められ、保険者が拘束されることが予定されているとは、到底言えない。

第2章第2・5で述べたように、空間管理は地方公共団体の本来的な任務であって、国民健康保険事業とは全く異なる。

したがって、仮に処分の根拠法の趣旨から、実質的にみて法定受託事務についても上級下級の関係になりうる場合がある、と仮定したとしても、昭和49年最高裁判決とは事案が相違し、同判決の射程が本件に及ばないことは明らかである。

2 関与訴訟法定により、処分庁が所属する行政主体の提訴が禁じられないこと

現在は、関与取消訴訟（地自法251条の5）が法定されているところ、同訴訟と（裁定的）関与に対する抗告訴訟との関係が問題となりうる。

原判決は特段触れていないが、念のため、以下、関与取消訴訟の法定により、処分庁が所属する行政主体の提訴が禁じられないことについて述べる。

第一に、関与取消訴訟の法定により、（裁定的）関与に対する抗告訴訟が行訴法上の機関訴訟であると性質づけられないか、という点であるが、地方公共団体は国の関与により自治権を侵害された場合には、一般の抗告訴訟で司法救済を求めることができるもので、地自法251条の5は簡易迅速な制度（また、一般の抗告訴訟に対する独自性として、国地方係争処理委員会制度も挙げられよう）を付加したものに過ぎず、その際、立法技術上、機関訴訟として設けられたものに過ぎない（塩野宏『行政法Ⅲ〔第四版〕行政組織法』252頁）。

立法者も、この点については、中立的であり（小早川光郎「司法型の政府間調整」松下圭一他編『岩波講座 自治体の構想2 制度』66頁）、関与取消訴訟制度の法定により、（裁定的）関与に対する抗告訴訟が行訴

法上の機関訴訟と性質決定され、不適法として排除されることはない。

第二に、関与取消訴訟制度の法定により、いわば、同訴訟の排他的管轄が認められ、抗告訴訟が提起しえないのではないか、という点であるが、地自法上、「関与」からは、裁定的関与は除外されている以上（地自法 245 条 3 号括弧書き）、裁定的関与について抗告訴訟を提起することを妨げることはない。

この点、関与の定義に本来的には含まれる裁定的関与を殊更関与取消訴訟制度の対象から除外した趣旨からすると、裁定的関与も含めて排他的管轄を及ぼすべきであるという主張はありえなくはないが、実効的救済を狭める排除効果を認めるについては格段の慎重さを必要とするもので（塩野宏「地方公共団体の出訴資格」同『行政法概念の諸相』381 頁）、明文による排除を超えて、自治権の侵害に対する救済を制約するような排除効果は認められない。

上記のとおり、関与取消訴訟制度の法定は、本来的に提起しえた抗告訴訟の排除を殊更に意図したものではなく、抗告訴訟との関係では中立であって、関与取消訴訟制度が対象としない行為について、抗告訴訟による救済を奪う趣旨の立法と理解することはできず、関与取消訴訟の排他的管轄が及ぶと解することはできない。

第 4 結語

以上、本件訴えについては、控訴人には、裁決取消訴訟として原告適格が認められる。