

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

控訴人準備書面

2021（令和3）年5月31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

基地対策統括監 溜 政 仁

辺野古新基地建設問題対策課

参事兼課長 田 代 寛 幸

副参事 知 念 宏 忠

班 長 親富祖 英 二

主 査 仲 里 太 一

主 査 中 村 健 志

主 査 佐 仲 貴 幸

主 査 與那覇 真 吾

主 任 大 城 健 司

主 任 上 原 祥 平

沖繩県農林水産部漁港漁場課

課 長 森 英 勇

副参事 上 間 直 之

班 長 内 間 修

主 査 宮 里 真 常

沖繩県土木建築部海岸防災課

課 長 前武當 聡

副参事 桑 江 隆

班 長 大 山 豪

主任技師 弓削田 祥 平

主任技師 平 良 知 之

目次

第1 「法律上の争訟」性について（答弁書第3 ただし2・(3)を除く）	4
1 はじめに.....	4
2 昭和37年最高裁判決について.....	4
3 平成21年最高裁判決について.....	10
第2 公物管理権に基づく訴えについて（答弁書第3・2・(3)）	16
1 被控訴人主張の要旨（答弁書23頁から25頁）	16
2 平成8年最高裁判決の理解についての被控訴人主張に理由がないこと	17
3 平成8年最高裁判決との事案の相違についての被控訴人主張に理由が ないこと.....	19
第3 抗告訴訟の原告適格について（答弁書第4）	23
1 被控訴人主張の要旨（答弁書25頁以下）	23
2 抗告訴訟が、被控訴人の定義するところの主観訴訟であるという被控 訴人の主張が、実定法に基づいていないこと	24
3 抗告訴訟の原告適格が認められる利益の実例について	27
4 行審法の仕組み解釈及び昭和49年最高裁判決について	29
5 地自法245条3号かっこ書きとの関係について.....	30

本書面において用いる略語は、従前の例による。

第1 「法律上の争訟」性について（答弁書第3 ただし2・(3)を除く）

1 はじめに

本件訴えが「法律上の争訟」に該当することについては、控訴理由書第1章で述べたとおりである。この主張について、被控訴人は、答弁書の第3において主張しているが、以下に述べるとおり、論理をすり替えたものであって、そもそも反論になっているものではない。

2 昭和37年最高裁判決について

(1) 昭和37年最高裁判決は、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る。すなわち、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れられ、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ものである。

昭和37年最高裁判決について、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」としたが、原判決には、土地調整委員会設置法 49 条 1 項が機関訴訟を定めたと解釈する理由は一切示されていなかった。

(2) 控訴人は、「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」であることを具体的に主張し、その上で、書証として提出された解説書（加藤梯次ほか『鉱業関係法』）の記載は、土地調整委員会設置法 49 条 1 項が主観訴訟であることを前提としているものであり、そこには、同項が機関訴訟を定めたとする記述はまったくないことを指摘した。

被控訴人は、「概説書の記載も、このうち、主観訴訟としての取消訴訟について述べているにすぎない。」と主張するだけであり、法文や立法上の経緯から、土地調整委員会設置法 49 条 1 項が客観訴訟を定めたと理解することはできないとすることについて、一切の反論をしていないものであり、土地調整委員会の裁定の取消訴訟が機関訴訟として定められたとする実質的な根拠は何一つ示されていない。

	控訴理由書	答弁書
条文	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	反論なし

	<p>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ふべきである。</p>	
<p>行訴法 制定時 の経緯</p>	<p>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</p>	<p>反論なし</p>

	<p>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</p>	
概説書	<p>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、処分廳、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</p>	<p>概説書の記載も、このうち、主観訴訟としての取消</p>

	<p>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関の当事者参加 (三七條) 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。</p>	<p>訴訟について述べているにすぎない。</p>
--	--	--------------------------

(3) 加藤梯次ほか『鉱業関係法』の記載について、これが主観訴訟としての取消訴訟について述べていることは被控訴人も認めているところである。

加藤梯次ほか『鉱業関係法』の記載は、「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、處分廳、当事者参加をした者 (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関でもよろしい。」としているもので、「公益上の関係がある行政機関」について私人と特段の区別もなく、また、「訴えを提起することができる利益」を等しく要求しているものである。そして、「行政機関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」ことを指摘したうえで、「が」という逆説の接続詞で繋いで、「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」としたものであり、また、「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」ことを指摘しているものであるから、「公益関係のある行政機関」は、特別の規定がなくても、訴えの提起が認められるという解釈を示したものである。土地調整委員会設置法 49 条 1 項が、行政機関に特に訴え提起をすることを認めたとする原判決の解釈とは相容れないものである。

また、昭和 26 年に刊行された鉱業法の最も早い時期の解説書と思われる資源庁鉱山局編著『新鉱業法詳解』の鉱業法 187 条（裁定の申請）の解説には、土地調整委員会の裁定について、「この判断に不服がある者は東京高等裁判所に出訴できる」とされており、土地調整委員会の裁定について、機関訴訟が定められているという記載はないが、土地調整委員会設置法 49 条 1 項が、行政機関に特に訴えの提起をすることを認めるものとして立法されたのであれば、およそ考えられないことであると言わなければならない。

- (4) 以上述べたとおり、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ことは明らかである（このことについて被控訴人は一切反論をしていない）。また、行訴法制定時の経緯よりしても、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。さらに、概説書にも、土地調整委員会設置法 49 条 1 項が機関訴訟を定めたものであるとする記載は一切ないが、機関訴訟として立法されたのであればおよそ考えられないものであると言わなければならない。

3 平成 21 年最高裁判決について

(1) 控訴人は、平成 14 年最高裁判決の射程について、「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る旨を主張した。

これに対し、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おいて、自己の財産上の権利利益の保護救済を求める場合は法律上の争訟に当たるが、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とする場合は法律上の争訟に当たらないことを明らかにしたものと解される」として、国又は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争訟はすべて「法律上の争訟」に該当しないものとして平成 14 年最高裁判決の射程範囲を捉え、この判例の射程への理解を前提として、「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ものというほかない。」と判示した。

(2) 控訴人は、控訴理由書において、原判決が、平成 14 年最高裁判決の射程を“国又は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争訟はすべて「法律上の争訟」に該当しない”と拡大して解釈した点について、平成 21 年最高裁判決は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であるが訴えの適法性が認められていることを指摘して、平成 14 年最高裁判決の射程を“国又は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争訟はすべて「法律上の争訟」に該当しない”と捉えることが誤りであることについて述べた。

しかし、被控訴人は、答弁書において、“平成 21 年最高裁判決は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である”ということについて、反論をしていない。

控訴理由書	答弁書
<p>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。</p> <p>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。</p> <p>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</p>	<p>反論なし</p>

<p>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くなければならない」（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言い難いにも拘らず、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。</p> <p>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。</p>	
--	--

- (3) なお、被控訴人は、平成14年最高裁判例解説を引用し、平成14年最高裁判決について「当該争訟が国民同様の権利利益の主体としての争訟であるのか、行政権限の主体としての争訟であるのかに着目し、自己の権利利益の保護救済を目的とするものかどうかという観点から国又は地方公共団体の提起する訴訟の「法律上の争訟」性を判断すべきものとしている（平成14年最高裁判決判例解説541及び542ページ）」としたうえで、「最高裁平成21年判決の事案は、行政主体の提起

する訴訟について、国民同様の権利利益の主体としてのものであるのか、それとも行政権限を有する主体としての地位に基づくものであるのかにより「法律上の争訟」性を判断する平成14年最高裁判決の考え方によっても、「法律上の争訟」性が認められることになる。」と主張している¹。

しかし、被控訴人のこの主張は、そもそも平成14年最高裁判例解説を歪曲したものである。

平成14年最高裁判例解説の当該引用箇所は、「行政上の義務の履行請求訴訟について検討」（538頁）をした箇所である。そして、「立法論としてはともかく、現行法の下においては、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、不適法として却下を免れないものと思われる。」（541頁）、「本判決は、以上のような観点から、国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として私人に対して行政上の義務の履行を求める訴訟の適法性を否定したものと思われる。」（541頁）、「行政上の義務の履行請求訴訟は、行政権が行政上の義務の執行手段を得るために提起されるものであって、このような訴訟では、裁判所は、行政権の執行手段として利用されることになる。そうすると、行政上の義務履行請求訴訟における訴訟物たる請求権をどのように理論構成し、いかなる範囲でこれを肯定するのかは、結局のところ、どのような場合に行政権の執行力の

¹ 控訴人は、平成14年最高裁判決と平成21年最高裁判決が矛盾するなどという主張は一切していないものであり、この答弁書における主張が、控訴人の主張（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。）に対する反論になっていないことは、(2)で前述したとおりである。

獲得手段として司法権を利用することを認めるかという問題に帰着するといえるのであって、このような観点からも、行政上の義務の履行請求訴訟は、本来的な司法権の枠内の問題ではなく、法律によってその諾否及び要件が定められるべき問題としてとらえるのがふさわしいものではないだろうか」(542～543 頁)、「本判決によれば、国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として私人に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は不適法とされることになるところ、現行法の下では、行政上の義務の履行確保が手段が十分でない」(543 頁)とされているもので、「行政権限を有する主体」として提起する訴訟のうち、あくまでも行政上の義務の履行請求訴訟の「法律上の争訟」性のみを問題としているものであり、「行政権限を有する主体」として提起する訴訟一般について「法律上の争訟」性が否定されるという内容は存しない。

被控訴人の主張は、平成 14 年最高裁判例解説を歪曲して、ことさらに拡大をしたものであり、およそ正当な主張ではない²。

² 本件訴えが、平成 14 年最高裁判決の射程外であることは、控訴理由書において「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の続行してはならない旨の裁判を求める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、同工事の続行してはならない旨の裁判を求める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、

また、控訴理由書において、「行政権限の主体としての争訟」で「法律上の争訟」性が認められると解される例として、納税義務の給付訴訟や確認訴訟の例を示したが、このことについて、被控訴人は一切の反論をしていない。

控訴理由書	答弁書
<p>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」性が否定されたとしたものである。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</p>	<p>反論なし</p>

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。」と述べたとおりである。

<p>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。</p>	
---	--

第 2 公物管理権に基づく訴えについて (答弁書第 3・2・(3))

1 被控訴人主張の要旨 (答弁書 23 頁から 25 頁)

被控訴人は、「平成 8 年最高裁判決における主たる論点は、背信的悪意者からの転得者が民法 177 条にいう第三者に当たるか否かという点と、原告である松山市による市道の供用開始決定が土地の権原を取得せずに行われたもので無効か否かという点であり、同判決はかかる主たる論点について判断したにとどまる」旨主張し、平成 18 年最高裁判決は、道路管理権が「公法上の権能であることを前提として、道路管理権それ自体に基づいて妨害予防請求をすることを認めたものではなく、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ことを認めた」ものであり、「平成 18 年最高裁判決が道路管理権に基づく請求を否定する見解に立っていることは明らかである」として、「平成 8 年最高裁判決を、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と位置づけることはできない」とする。

また、被控訴人は、平成 8 年最高裁判決の事案においては、原告である松山市は所有権や占有権といった私法上の権利を有しており、本件と事案が相違する旨主張する。

しかし、被控訴人の主張に理由はない。

2 平成 8 年最高裁判決の理解についての被控訴人主張に理由がないこと

被控訴人主張は、要するに、平成 8 年最高裁判決における主たる論点が、公物管理権に基づく訴えの許容性ではなかったことと、平成 18 年最高裁判決が占有権に基づく予防請求を認めたことから、平成 8 年最高裁判決が公物管理権に基づく訴えの法律上の争訟性を認めたものではない、というものである。

しかし、前者の点については、法律上の争訟性は、職権調査事項かつ職権探知主義がとられる訴訟要件で、処分権主義も弁論主義も妥当しない。

そして、法律上の争訟性を含めた訴訟要件は本案判決の要件であり、訴訟要件を欠くにも関わらず、請求認容判決をなすことは許されないから（兼子一他『条解民事訴訟法第 2 版』722 頁以下）、当事者において、主たる論点となっていなかったことから、認容判決において、法律上の争訟性を認める判断がされていない、ということはいえない。

既に控訴理由書で述べたとおり、平成 8 年最高裁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ったところ、最高裁は、このうち、「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以上、平成8年最高裁判決が、これらの請求（訴訟物）について、法律上の争訟性を肯定していることは、否定しようがない。

特に、③市道の敷地であることの確認の訴えは、「道路管理者としての本件土地の管理権に基づき」提起されたもので、占有権や所有権に基づく確認の訴えとして提起されたものですらなく、占有権や所有権に基づいて確認の利益が認められる余地もなかったものである。

平成8年最高裁判決が、公物管理権（機能管理権）に基づく訴えについて法律上の争訟性を肯定していることは明らかである（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）。

また、後者の点について、被控訴人は、平成18年最高裁判決が占有権に基づく請求を認めていることを云々するが、同判決の事案において、原告は、そもそも公物管理権に基づく請求をしておらず、訴訟物はあくまで、占有権に基づく妨害予防請求権であった。

平成18年最高裁判決が、占有権に基づく妨害予防請求を認めたことから、訴訟の対象にすらなっていない公物管理権に基づく請求を不適法と判断していると解する余地はない。

なお、平成8年最高裁判決と同様に、丹波町が原告となり、国を被告

として、道路について、原告が道路管理権を有することの確認の訴えについて、本案判決を行った裁判例として、京都地裁平成3年7月19日判決・判時1471号78頁、同判決の控訴審の大阪高裁平成4年3月19日判決・判時1471号76頁があるため、指摘しておく（原告、控訴人であった丹波町により、上告されているが、判例雑誌には掲載されていないため、おそらく三行半で上告棄却されており、原審の判断が維持されている）。

事案は、京都大学構内（国有地であり、国が占有している）の道路について、丹波町が、道路法の路線認定をした上で、国（京都大学）に対して道路管理権を有することの確認を求めたものである。

丹波町は道路の所有権や道路法施行令5条1項の無償の貸与を受けたとして路線認定の適法性を主張したが、認められなかった。

この判決においても、平成8年最高裁判決と同様、土地の所有権や占有権、あるいは使用貸借権は認定されていないし（明示的に排斥されている）、道路管理権を有することの確認を求める利益は、所有権や占有権、使用貸借権に基づいて認められる余地はないから（道路管理権を確認しても、これらの権利が救済される関係にない）、結局、この裁判例においても、道路管理権の救済を求める訴えについて法律上の争訟性が肯定されているとみるしかない。

このような解釈は、平成8年最高裁判決でもとられており、安定的な解釈になっていたものである。

3 平成8年最高裁判決との事案の相違についての被控訴人主張に理由がないこと

また、被控訴人は、平成8年最高裁判決の事案における松山市は、所

有権や占有権という私法上の権利を有しており、平成8年最高裁判決は、所有権や占有権に「着目」した判決であり、本件と区別される旨主張している。

しかし、以下で述べるとおり、理由がない。

- (1) 平成8年最高裁判決が所有権や占有権に着目して法律上の争訟性を肯定しているとは解されないこと

そもそも、原判決や、被控訴人が主張するところの、「着目」とは、いったいどういう法的な意味を持つものか、全く明らかではないし、平成8年最高裁判決の判示からも、そのような「着目」は、一切読み取れない。

もとより、平成8年最高裁判決の事案においては、松山市の所有権や占有権は認定されていなかったのである（所有権確認について差し戻されており、道路管理権に基づいて市道の敷地であることの確認と工作物の撤去・明渡請求を認容した地裁判決、高裁判決を維持した）。

そして、平成8年最高裁判決が最終的に認めた「道路管理者としての本件土地の管理権」に基づく、③市道の敷地であることの確認及び②工作物の撤去・明渡請求と、所有権や占有権に基づく訴えは、訴訟物が異なっている。

法律上の争訟性を含めた訴訟要件は、併合されている請求のうち1つについて認められれば、他の請求についても自動的に認められるわけではないし（だからこそ、一部却下、一部本案判決のような判断もありうる）、当たり前だが、ある請求の訴訟要件や本案要件は、当該請求について、個別に検討されなければならない。

法律上の争訟性にせよ確認の利益にせよ、およそ訴訟要件は、本案

判決の要件なのであって、本案判決は訴訟物により同一性が画されるのだから、訴訟要件は、当該訴訟物について、充足していなければならない。

道路管理権に基づく訴えについて法律上の争訟性が肯定されないのであれば、③市道の敷地であることの確認の訴えについても、②〃〃道路管理権に基づく工作物の撤去・明渡請求という訴えについても、訴訟要件を欠き、本案判決はなしえない。

本案判決（認容判決）がなされているということは、当該訴訟物について、法律上の争訟性が肯定され、あるいは確認の利益が肯定されている、ということである。

そうであれば、③の訴えについては、確認の利益を肯定できる利益は道路管理権以外にないのだから、道路管理権の救済を求める訴えについて法律上の争訟性を肯定したと評価するしかないし、②〃〃の訴えについては、本案判決で認定された実体法上の権利は道路管理権に基づく請求権なのだから、かかる権利の救済を求める訴えとして法律上の争訟性が肯定されたと評価するしかないのである。

もしも、他の訴訟物における主張（最終的に認定もされていない）に基づいて訴訟要件充足を判断してよいという解釈が成り立つなら、適当に（最終的に認定される必要もないのだから、主張さえすればよい）、所有権に基づく訴えを併合提起して主張さえすれば、いかなる訴えについても、法律上の争訟性が肯定されることになるが、明らかに妥当ではない。

(2) 控訴人は財産管理権を有していること

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。

前提として、控訴理由書第2章第2・2・(3)でも指摘したとおり、抗告訴訟の法律上の争訟性(あるいは原告適格)を基礎づける利益は、民事訴訟と同様の意味での「権利」に限定されるものと解することはできない(例えば、最高裁昭和57年9月9日判決・民集36巻9号1679頁がそうであり、昭和37年最高裁判決がそうである)。

「法律上の争訟性」の判定を、原告が保護を求める利益から行うとしても、少なくとも抗告訴訟においては、民事訴訟と同様の「権利」の保護を求めている場合に限定して適法性が認められていると解する余地はない³。

ここで問題となるのは、控訴人が何らかの財産的権利や利益を、対外的に主張しうる地位にあるのかどうか、ということであって、所有権や占有権が認められるか否かではない。

沖縄県に、所有権や占有権が帰属していないとしても、既に控訴理由書第1章第4・3・(2)で述べたとおり、海底地盤についても、少なくとも、財産的価値が認められ(国は国有財産法上の公共用財産として取り扱っており)、沖縄県は同財産の財産管理を法定受託事務として行っている。

言うまでもなく法定受託事務は、地方公共団体自身の事務であり、地方公共団体は、公共用財産に対する財産上の権利や利益を対外的に

³ 原島の理解によるなら、抗告訴訟は、法律上の争訟に限定されていない、ということになるし、控訴人の主張によるなら、そもそも法律上の争訟性を、民事訴訟を基礎づけるような私的な権利の保護を求めるか否かで判定することができないということになる。

(国に対しても)主張しうる地位にある(官民境界確定協議等、拡幅、付替えなどのための用地取得、所管換えや所属換え、貸付け、使用収益の許可、用途廃止など(寶金敏明『5訂版 里道・水路・海浜～長狭物の所有と管理～』228頁))。

そもそも、上述してきたとおり、平成8年最高裁判決を、松山市が主張していた所有権や占有権に「着目して」(意味が理解できないが、事実上関連するという程度の意味で)認めたものとしても、抗告訴訟において、救済されるべき利益は、所有権や占有権に限定されるべきものではなく、控訴人が本件係争地の海底地盤について、財産上の権利や利益を対外的に主張しうる地位にある以上、同様に法律上の争訟性が肯定されるべきである。

第3 抗告訴訟の原告適格について(答弁書第4)

1 被控訴人主張の要旨(答弁書25頁以下)

被控訴人は、原判決を引用した上で、原判決が原告適格を検討するに当たり、法律上の争訟性を否定したのと実質的に同じ理由から、その訴えの適法性を否定しており、「取消訴訟の原告適格の範囲も、主観訴訟としての性質、すなわち、その目的が主観的権利利益の保護救済にあることから導かれるのであり、結局のところ、主観訴訟の範ちゅうたる「法律上の争訟」に当たらない訴えが、原告適格として検討してもそれが否定されることにしかならない」として、原判決は、結論において正当と述べ(答弁書27頁から28頁)、また、行訴法が主観訴訟として抗告訴訟を規定している旨を繰り返した上で(答弁書28頁から29頁)、情報公開訴訟については、国民の個別的・具体的な権利として法律上開示請求権

が付与されているため、主観訴訟であり（答弁書 29 頁）、昭和 49 年最高裁判決については、行政不服審査制度の趣旨から、処分庁が審査庁を相手方にした訴訟を提起してその適法性を争うことはそもそも制度として予定されていないとして、処分庁が審査庁の裁決を争うことを常に否定したものと理解し（答弁書 29 頁から 32 頁）、地自法 245 条 3 号かつこ書きが裁決等を国の関与から除いているところ、裁決に対する処分庁の救済が抗告訴訟として認められれば、審査請求人の権利利益の救済及び紛争の早期解決という行審法の審査請求制度の意義を損なうので、抗告訴訟として認められない旨主張する（答弁書 32 頁から 34 頁）。

しかし、理由がない。

- 2 抗告訴訟が、被控訴人の定義するところの主観訴訟であるという被控訴人の主張が、実定法に基づいていないこと

まず指摘できるのは、被控訴人の主張は、実定法に即したものではない、ということである。

主観訴訟、客観訴訟という講学上の概念を、どのように定義するかは論者の自由なので、被控訴人の定義するところの主観訴訟に本件訴訟が該当しないというのであれば、それはそうであろうが、そのように定義された主観訴訟、客観訴訟という概念から、実定法の規定を無視して、法を解釈することはできない。

被控訴人は、抗告訴訟が、被控訴人の定義するところの主観訴訟であると主張するにあたり、答弁書の別の箇所で、昭和 37 年最高裁判決について、土地調整委員会設置法 49 条（昭和 37 年法律第 140 号による改正前のもの。）に基づく土地調整委員会の裁定の取消訴訟は、「自己の権利利益の救済を求める主観訴訟である場合と、行政機関が一般公益の保護

を目的として提起する客観訴訟である場合の両方があるといえるのであって、控訴人の主張する概説書の記載も、このうち、主観訴訟としての取消訴訟について述べているに過ぎない。したがって、かかる記載があることは、行政機関が一般公益の保護を目的として土地調整委員会の裁定の取消訴訟提起をする場合を客観訴訟と見る原判決の判断と何ら矛盾するものではない。」(答弁書 19 頁) と主張している。

この点についての反論は既に述べたが、本項とのかかわりで、若干補充すると、被控訴人は、自身が定義する「客観訴訟」という講学上の概念に該当すると主張しているだけで、では、実定法上は、何なのか、ということについて、被控訴人は答えられていない。

被控訴人の理解によるなら(答弁書 14 頁から 15 頁)、行訴法 5 条の民衆訴訟か、6 条の機関訴訟のいずれかにならなければならないはずである。

おそらく機関訴訟という趣旨であろうが、いずれにせよ、行訴法 42 条は、「法律に定める場合において、法律に定める者に限り、提起することができる」と規定している。

この点、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、提訴できる者について、「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」と規定し、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、「土地の使用若しくは収用に関する裁決若しくは決定に不服のある者」と規定するのみであった。

そして、土地調整委員会設置法 49 条 1 項は、行訴法制定時に、「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、誰が提訴しうるかについて、規定自体が存在しなくなった。

行訴法制定時に、同条に基づく訴えが、抗告訴訟と機関訴訟に整理された事実はなく、提訴しうる者の定めが存在しない以上、同条に基づく訴えは、行訴法 3 条 3 項の訴えであり、土地調整委員会設置法 49 条 1 項の訴えを提起しうる者は、行訴法制定後は、行訴法 9 条により定まるとしか解釈できない。

つまり、被控訴人が定義するところの主観訴訟と客観訴訟の両方の性質を持つ土地調整委員会設置法 49 条 1 項の訴えは、実定法上は、行訴法制定時に、行訴法 3 条 3 項の訴えと整理されたとしか理解できない、ということである。

また、行訴法制定時に、昭和 37 年最高裁判決における、住民の水源に関する利益の保護のために小倉市が提起したような場合の利益も包含する規定として、行訴法 9 条が規定されたことは明らかである。

以上、実定法に即して整理するなら、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 項の訴えであり、行訴法 9 条の解釈として、小倉市には原告適格が肯定されるものとして行訴法は制定されている。

したがって、被控訴人の定義する講学上の概念の整理に合わせるなら、行訴法 3 条 3 項の抗告訴訟は、被控訴人の定義するところの主観訴訟と客観訴訟の性質を併せ持つと考えざるを得ないのである。

なお、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。）や、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。）の規定は、上記のとおり、いずれも、「不服のある者」

という程度のものでしかなかった。

行訴法9条の規定の「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」との文言は、被控訴人の定義するところの主観訴訟と客観訴訟を包含するものと解釈するのに、何の支障もない（なお、行政事件訴訟特例法下では、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））。

3 抗告訴訟の原告適格が認められる利益の実例について

被控訴人は明確に反論していないが、控訴理由書第2章・第2・2・(3)・イで指摘したとおり、抗告訴訟の第三者の原告適格が認められる場合の利益は、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、民事訴訟を基礎づける利益ではなく、処分の根拠法が考慮を求めていることを媒介して、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に過ぎないし（同論文279頁から280頁：仲野武志の用語では「凝集利益」）、この者には、処分の法効果は及んでいない。

このような訴えを認めずとも、この者の裁判を受ける権利を制約することはない（上記の水利権に至らない農業用水の確保に関する利益は、原告に帰属する権利利益ではない上、処分時点では、法効果も及んでい

ない以上、何らの権利利益の侵害もないから、この段階で抗告訴訟の提起を認めるか否か、どの範囲で認めるかは、立法政策以外の何物でもない)。

被控訴人の主張によるなら、「司法権」の本来的な機能は、国民が権利利益を侵害されたとして救済を求める権利、すなわち、裁判を受ける権利の保障にあり、司法権のかかる本来的機能の対象となるのが「法律上の争訟」であり（答弁書 8 頁）、「行訴法は、このような「法律上の争訟」概念を踏まえ、2 条において「行政事件訴訟」として、国民の権利又は法律上の利益保護を目的とする、いわゆる主観訴訟の範ちゅうに属する訴訟として、抗告訴訟（行訴法 3 条）及び当事者訴訟（同法 4 条）の二つの類型を定め」というのである（答弁書 14 頁）。

しかし、抗告訴訟の原告適格は、現に、裁判を受ける権利に対応しない、個々人に帰属する権利利益の形に還元されていない種類の利益を主張する者にも、認められているのである。

被控訴人は、情報公開法制の用いられ方についての控訴人の指摘に対して、開示請求権を原告に創設したから、主観訴訟であると主張しているが（答弁書 29 頁）、上記の第三者の原告適格が認められる利益については、このような意味での権利が原告に付与されているものとする解されない。

抗告訴訟の訴訟物は原告の権利ではなく、処分の違法性であり、処分の違法性を攻撃しうる資格は、原告の権利が法的に侵害され、その救済を求めているわけではない場合にも認められている。

以上から、行訴法 3 条の抗告訴訟を、被控訴人が定義するところの主観訴訟として整理することは、凡そ困難なことは明らかであって、法律

上の争訟性、主観訴訟を被控訴人の定義するような狭いものと理解することはできない。

あるいは、被控訴人の定義に沿うなら、抗告訴訟は、その他法律において特に定める権限、あるいは客観訴訟たる性質も持ち、いずれにせよ、本件では原告適格が肯定される。

4 行審法の仕組み解釈及び昭和 49 年最高裁判決について

被控訴人は、昭和 49 年最高裁判決について、行審法の仕組み解釈を展開した上で、処分庁が帰属する行政主体が裁決を争うことについて、常に法律上の争訟性を否定したものと解しているようである（答弁書 29 頁から 32 頁）。

しかし、昭和 49 年最高裁判決の判示からは、法律上の争訟性を否定したことは全く読み取れないし、処分庁が帰属する行政主体が裁決を争うことが常に許されないとしたという趣旨も読み取れない。

既に控訴理由書第 2 章・第 3・1 で指摘したとおり、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は、認められないであろう（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：控訴人は、この点を争うわけではない）。

しかし、昭和 49 年最高裁判決は、処分の根拠法に遡って解釈を加えているところ、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、この点からして明らかである（もしも、行審法の仕組み解釈として、常に認められないのであれば、処分の根拠法に遡って解釈を加える必要などない）。

被控訴人の解釈には、理由がなく、昭和 49 年最高裁判決は、控訴理由

書で述べたとおり、実質的に本件との相違が検討されなければならない。

5 地自法 245 条 3 号かっこ書きとの関係について

また、被控訴人は、地自法 245 条 3 号かっこ書きが裁決等を国の関与から除いていることから、抗告訴訟は認められないとも主張している(答弁書 32 頁から 34 頁)。

しかし、控訴理由書第 2 章・第 3・2 で指摘したとおり、地自法 251 条の 5 の関与訴訟の法定により、(裁定的) 関与に対する抗告訴訟が行訴法上の機関訴訟として性質決定されるわけではないし(塩野宏『行政法Ⅲ〔第五版〕行政組織法』276 頁、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)、裁定的関与に対する抗告訴訟に、関与訴訟の排他的管轄が及ぶわけでもない。

控訴理由書第 2 章・第 2・4 で主張したとおり、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)。

憲法適合的に裁判所法や行訴法、地自法は解釈されなければならないところ（実際に、令和2年最高裁判決は、裁判所法の法律上の争訟を地方自治の本旨に適合的に解釈しているし、地自法2条12項は、明文で地方自治の本旨に基づいて解釈されることを要求している）、被控訴人が主張するように、実効的救済を狭めるような救済を明文なく行い、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を認めることは誤りである（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）。

また、既に控訴理由書第2章・第2・4で指摘したとおり、この場合の審査請求人たる私人（本件では、私人ですらない）の不利益は、実体法上の権利について侵害を加えられるわけではなく、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、憲法に保障される自治権を実質的に担保するためには、合理的な負担として許容されるべきものであって（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）、地自法245条3号かっこ書きの解釈から、裁定的関与に対する抗告訴訟を排斥する解釈は誤りである。

以上