

令和5年（行コ）第8号変更不承認処分の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

令和6年1月17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 宮國 英男

控訴人指定代理人

沖繩県知事公室

知事公室長 溜 政 仁

基地対策統括監 古 堅 圭 一

辺野古新基地建設問題対策課

課 長 松 堂 徳 明

副参事 仲宗根 英 之

班 長 池 原 賢 治

主 査 野 原 康 寿

主 査 与那覇 克 弘

主 任 嶺 井 康太郎

沖繩県農林水産部漁港漁場課

課 長 仲 地 克 洋

副参事 笠 原 宗一郎

班 長 崎 山 春 樹

主 査 知 念 政 芳

沖繩県土木建築部海岸防災課

課 長 川 上 呂 二

副参事 與 儀 喜 真

主任技師 平 良 知 之

## 目次

第1	原判決の要旨 .....	4
第2	原判決が誤りであること .....	7
1	令和4年最高裁判決の判断が憲法92条に適合せず、一般化した判断を維持できないこと .....	7
2	令和4年最高裁判決の判断が憲法76条2項に適合せず、一般化した判断を維持できないこと .....	21
3	令和4年最高裁判決の射程が及ばないこと .....	38
第4	結語 .....	39

控訴人は、以下に控訴理由を述べる。

略語は特に断らない限り原判決に従うが、引用部分を除き公有水面埋立法（大正10年法律第57号）を「公水法」に、地方自治法（昭和22年法律第67号）を「地自法」に、行政不服審査法（平成26年法律第68号）を「行審法」にそれぞれ略する。

## 第1 原判決の要旨

本件訴えは、沖縄防衛局が沖縄県知事から本件承認処分を受けていた公有水面埋立てに関し、沖縄防衛局の本件変更申請に対して沖縄県知事が本件変更不承認処分をしたところ、沖縄防衛局が国土交通大臣に対して本件変更不承認処分の取消しを求めて本件審査請求をし、国土交通大臣が取り消す旨の本件裁決をしたため、控訴人が本件裁決の取消しを求めた事件である。

原判決は、要旨、以下のとおり判断して、控訴人の訴えを却下した。

すなわち、令和4年最高裁判決の判示をそのままなぞり、行審法が国民の権利利益の救済と行政の適正な運営の確保を目的とし（行審法1条）、行政庁の処分の相手方が処分庁ないし上級行政庁に審査請求をすることができ（行審法2条、4条）、当該審査庁がした裁決は、審査庁が処分庁の上級行政庁であるか否かを問わず関係行政庁を拘束するものとされていることを指摘する（行審法52条1項）（以上について原判決14頁から15頁）。

そして、地自法255条の2に定める審査請求は、法定受託事務が「国が本来果たすべき役割に係るものであって、国においてその適正な処理を特に確保する必要があるもの」という性質を有すること（地自法2条9

項1号)に鑑みて、審査請求を各大臣に対してすべきものとする一方で、当該事務に係る判断の全国的な統一を図るとともに、より公正な判断がされることに対する処分の相手方の期待を保護する趣旨であり、地自法245条3号括弧書きの規定が同審査請求に対する裁決を関与に係る紛争処理制度の対象から除いたのは、処分の相手方と処分庁との紛争を簡易迅速に解決する審査請求手続における最終的な判断である裁決について、更に紛争処理の対象とすることは処分の相手方を不安定な状態に置き、当該紛争の迅速な解決が困難となることから、このような事態を防ぐ趣旨であり、処分庁の所属する行政主体である都道府県が裁決を不服として抗告訴訟を提起することを許容すると同様の事態が生ずることになるとする(原判決15頁)。

そして、このような行審法と地自法の規定やその趣旨等に加え、処分庁の所属する行政主体である都道府県が裁決の適法性を争うことができる旨の規定がないことも併せ考慮すると、「これらの法律は、当該処分の相手方の権利利益の簡易迅速かつ実効的な救済を図るとともに、当該事務の適正な処理を確保するため、原処分をした執行機関の所属する行政主体である都道府県が抗告訴訟により審査庁の裁決の適法性を争うことを認めていないものと解すべき」であり、都道府県は取消訴訟を提起する適格を有しないと、本件において原告は本件裁決の取消訴訟を提起する適格を有さず、本件の訴えは不適法であると判断した(原判決16頁)。

原審において、控訴人が主張していた、①憲法92条との適合性、②憲法76条2項との適合性、③令和4年最高裁判決の射程については、以下のとおり、いずれも退けた。

すなわち、①については、法定受託事務の定義(地自法2条9項1号)

から、「地方公共団体の固有の自治権に含まれるものとは解されない」とし、公水法の規定をみても、公有水面が国の所有に属し、「本来、公有水面に対する支配管理権能の一部として、自らの判断によりその埋立てをする権能を有すると解される定めを設け（同法1条）、都道府県知事の職権に対し国土交通大臣の監督に関する定めを設けている（同法47条）のであって、公有水面の埋立てに係る免許・承認に関する事務は固有の自治権に含まれるとはいえない」として排斥した（原判決17頁）。

また、②については、平成14年最高裁判決を引用して、行政作用を担当する行政主体としてする訴訟であって、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とするものについては、法律上の争訟には当たらないところ、本件訴えは、「本件変更申請が本件各規定の要件に適合しないという判断が適正であったことを主張して、本件裁決を取り消し、前記変更承認権限の回復を求めるもの」で、「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」から、法律上の争訟に当たらないとして排斥した（原判決18から19頁）。

なお、控訴人は原審において平成14年最高裁判決の射程が及ばないこと（事案を超えて判例法理として一般化することに問題があること）、令和4年最高裁判決も法律上の争訟性を肯定していることを主張したが、原判決はこれらの主張も排斥している（原判決19から20頁）。

さらに、③についても、令和4年最高裁判決は、地自法255条の2第1項1号に基づく審査請求に対する裁決の取消訴訟について一般論を示したもので、「原処分の内容がどのようなものかによって差異を設けるものではない」等述べて控訴人の主張を排斥した（原判決21から22頁）。

しかし、以上の原判決の判断は誤りである。

以下、詳述する。

## 第2 原判決が誤りであること

### 1 令和4年最高裁判決の判断が憲法92条に適合せず、一般化した判断を維持できないこと

#### (1) 地方自治の本旨の意義及び憲法92条との適合的解釈の必要性

憲法は地方自治について一章を割いているが（憲法第八章）、憲法92条にいう「地方自治の本旨」は、一般に団体自治と住民自治を意味し、規定の法的性質としては制度的保障（法律によっても侵すことのできない領域が存する）と解されている（佐藤幸治『日本国憲法論』549頁）。

そして、地方公共団体の長、地方議会議員は、国会議員とは別に、住民の直接選挙により選任される（憲法93条2項）、地方公共団体の統治権は、国とは異なる民主的正統性を有している。

その表れとして、憲法94条が定める「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、内閣の下にはないとされており（平成8年12月6日衆議院予算委員会内閣法制局長官答弁）、要するに、憲法は二重の統治構造を保障したのである。

これは、その支配意思の形成に住民が関与した地方公共団体の国（殊に行政権）に対する自律権を保護すること（住民自治及び団体自治）が、地域住民の基本的人権の保障に資するため（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ものである（佐藤幸治『日本国憲法論』549頁から550頁、渋谷秀樹『憲法 第3版』738頁などを参照）。

このような地方自治の本旨に沿う制度とするため、地自法の平成11年改正（いわゆる地方分権改革）により、国と地方公共団体との関係は、「上下・主従の関係」から「対等・協力の関係」とされた。

国と地方公共団体との関係の見直しに伴い、地方公共団体の長を国の下部機関とみて、国の事務を委任し、執行させる機関委任事務は廃止されるとともに、国が地方公共団体に対してなしうる関与は、法定され（地自法245条の2）、必要な最小限度のもので、地方公共団体の自主性及び自立性に配慮しなければならないとされるとともに（地自法245条の3）、公平・中立的立場にある第三者機関としての国地方係争処理委員会による審査制度（地自法250条の13以下）や、関与訴訟手続（地自法251条の5、251条の7）が設けられ、関与の適法性が担保されることとなった（平成8年3月29日付け地方分権推進委員会中間報告第2章、平成9年10月9日付け地方分権推進委員会第4次勧告第3章参照）。

また、国と地方公共団体の役割分担が整理され（地自法1条の2）、国の立法、解釈の原則（地自法2条11項、12項）が定められた（平成8年3月29日付け地方分権推進委員会中間報告第2章参照）。

つまり、「地方公共団体に関する法令の規定は、地方自治の本旨に基づいて、かつ、国と地方公共団体との適切な役割分担を踏まえて、これを解釈し、及び運用するようにしなければならない」（地自法2条12項前段）とされている。

地自法255条の2に基づく審査請求に係る規定についても（地自法のみならず地自法255条の2に関連する限りにおいて行審法の規定もここでいう「地方公共団体に関する法令の規定」に含まれることについて

て、松本英昭『新版逐条地方自治法第9次改訂版』64頁から65頁)、憲法92条の地方自治の本旨と適合的に解釈しなければならないことは言うまでもない。

(2) 裁定的関与に対する地方公共団体による抗告訴訟の提起を許容しないことが憲法92条に正面から抵触すること

上記のとおり、憲法は異なる民主的正統性を持つ二重の統治機構を要請しており、地方公共団体の行政執行権は、憲法94条により保障されたもので、内閣の下にはない。

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（地自法14条について同166頁）。

そして、地方分権改革のための地自法の改正により、国の事務を国の機関としての地方公共団体の長が行う機関委任事務は廃止され、自治事務も法定受託事務もいずれも地方公共団体の事務として整理された。

ここで、立法機関が法定受託事務として地方公共団体に割り振った事務の処理は、憲法94条が定める地方公共団体の行政執行権に属し、憲法65条が定める内閣の行政権の下にはないこととなる（小早川光郎「地方分権改革－行政法的考察－」公法研究62号172頁）。

したがって、当該事務の処理についての地方公共団体の判断を覆すことは、国の行政権限りではなしえず、立法府が定めるルールに従う限りで許容されるが（裁定的関与を含む関与が法定されている必要がある）、このルールに従っているか否かを行政権が最終的に判断するのであれば、行政権限りで覆していることと変わらず、地方自治の本旨

が立法によっても侵しえない領域として確保し、二重の統治機構を要請したことを無意味にしてしまう。

そのため、憲法92条の地方自治の本旨、また、法治主義の要請から、裁定的関与（を含む関与）に対して地方公共団体にはこれを司法で争うことが要請される（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』（有斐閣、1990年）121頁参照）。

つまり、地自法255条の2に基づく審査請求に係る規定を憲法92条に適合的に解釈するなら（地自法2条12項により、当然そのように解釈しなければならない）、原則として地方公共団体に訴権が与えられていなければならない。

ここでは、地自法及び行審法の規定の憲法適合的解釈としての訴権の有無（令和4年最高裁判決が言うように、地自法、行審法が出訴を許さないと制度設計されているものか否か）が問題となっているだけなのだから、地方自治の本旨が制度的保障であることや、地方公共団体に国民の裁判を受ける権利と同様の権利が保障されていないことは解釈上の支障にならない（なお、最高裁判所令和2年11月25日判決・民集74卷8号2229頁は、裁判所法の「法律上の争訟」性を判断するにあたり、地方自治の本旨としての住民自治の趣旨を考慮している）。

そのことは、我が国が団体自治、住民自治という概念、制度的保障概念を輸入したドイツにおいて（樋口陽一他編『注釈日本国憲法下巻』1379頁、成田頼明「地方自治の本旨」憲法の争点〔新版〕244頁参照）、地方自治制度が制度的保障であることをもって出訴保障の妨げとは全くなっていないことから明らかである（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、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』94頁から95頁）。

もとより、当然のことながら、地方自治の本旨は一切の制限を受けることがありえない価値ではないから、具体の制度における地方公共団体の出訴について、他の基本的人権や公益とのかかわりで合理的な制約が許容される場合はありうる。

しかし、以下で述べるとおり、裁定的関与に対する地方公共団体による抗告訴訟の出訴の制限は、合理的な制約として許容される余地はない。

### (3) 対立利益が極めて脆弱であること

令和4年最高裁判決は、行審法、地自法が私人の簡易迅速な権利救済を目的としているとし、関与取消訴訟の対象となる「国の関与」から裁決を除外した趣旨を明文では排除されていない抗告訴訟にも及ぼし、行審法、地自法が抗告訴訟を許容していないと解釈した。

しかし、ここで、令和4年最高裁判決が言うところの「行政の適正な運営を確保」（行審法1条）、「国においてその適正な処理を特に確保する必要」（地自法2条9項1号）という観点から、「当該事務に係る判断の全国的な統一を図る」（令和4年最高裁判決3頁）というのは、まさしく一定の行政目的を実現するためになされる関与の趣旨である（地自法245条3号）。

ところが、関与は法定受託事務の処理に対するものであっても、適法性が担保されなければならない（地自法245条の7、250条の13、251条の5）から、法定受託事務についての上記の性質は、自治事務に対

する関与とは異なる関与の存在理由（地自法245条の8、255条の2）としてはともかく、関与を受けた地方公共団体の抗告訴訟の利用が否定されるべき理由にはなりえない。

国が「適法」な関与であると考えていても、結果としてそれが「違法」な関与である場合にまで、そのような判断の全国的な統一を図ることが望ましくはないことは自明であって、法定受託事務の性質から関与の適法性確保の要請（司法判断の必要性）が後退することはない。

したがって、ここで問題になるのは、地自法245条3号括弧書きにおいて「国の関与」から裁決を除外した趣旨である審査請求人の簡易迅速な権利救済の必要性に尽きている。

つまり、このような必要性が、明文の規定がないにもかかわらず地方公共団体による抗告訴訟の利用をも一般的に否定するものとして行審法、地自法が制度設計されていると解釈するだけの理由として十分か、言い換えれば、地方自治の本旨を制約する対立利益として十分かが問題なのである。

この問題について、まず指摘すべきは、そもそも行政不服審査制度は国民の裁判を受ける権利に対応する制度ではなく、行政による権利救済制度というべきものであって、地自法255条の2のような制度を設けることは憲法上の要請ではないところ（塩野宏『行政法Ⅱ〔第六版〕行政救済法』8頁も参照）、私人の憲法上の権利利益は対立利益とはなっていない。

また、現行の行審法の下では、審査庁は原則として最上級行政庁とされ（行審法4条4号）、審理員及び行政不服審査会の存在により、判

断の第三者性が一定程度担保されている。

つまり、行審法が想定する権利救済は、原則としては同一行政主体内の異なる行政機関（処分庁とは異なる最上級行政庁）あるいは、異なる手続による（処分等に関与した機関以外が関与する手続による）判断のやり直しであって、基本的な制度として、それで十分な公正性が担保されているものと考えられている。

そうである以上、地自法255条の2に基づく審査請求の場面においてのみ、殊更国という第三者（異なる行政主体）の判断を要求し、「より公正な判断がされることに対する処分の相手方の期待」の保護を図る必要性は、(少なくとも審理員制度等が導入された現行行審法下においては) そもそも極めて薄い。

この点について、山本隆司「行政不服審査法改正後の裁定的関与の現状と課題」、北村喜宣他『自治体政策法務の理論と課題別実践－鈴木庸夫先生古稀記念』404頁は、行審法改正により審理員制度が導入された後においては、私人の権利利益の救済は、裁定的関与の一律の存続の理由にはなりえないとし、裁定的関与を支える理由としては事務の適正処理確保の必要性となるとした上で、このような必要性は地方公共団体の出訴を否定する論拠にはならないとの正当な指摘をしている。

また、仮に処分庁の所属する行政主体による抗告訴訟が許容されても、審査請求人たる私人は実体的権利自体には何らの侵害を受けるものではなく（仮に、抗告訴訟で都道府県が勝訴し、認容裁決が取り消されたとしても、それは、裁決により救済された権利が法的に存在せず、そもそも救済されるべきではなかっただけのことである）、専ら手続的負担の問題に過ぎない。

そして、手続的負担としても、抗告訴訟においては審査庁が所属する行政主体たる国が私人のために主張・立証を行う以上、私人が重い負担を負うこともない（当該私人自身も訴訟参加できるため、その限りで手続的負担を負うことがあるだけである）。

また、先に認容裁決を得た場合は、国に主張・立証を委ねられることに加えて、執行停止が認められなければ裁決により形成された法律関係は維持されることにもなるのだから、当初から処分庁相手に処分の取消訴訟を提起していた場合に比較して審査請求を行ったことが無意味になるわけでもない（なお、地自法255条の2においては審査請求前置がとられていないから、私人はいずれも選択できる）。

このように、地方公共団体に出訴を肯定した場合に私人に生じる不利益、負担は、極めて軽微であって、地方自治の本旨とのかかわりでは、合理的な負担に収まるものといえる（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）。

以上を要するに、ここで問題となる私人の簡易迅速な権利救済というものは、憲法上の要請ではないし、審査請求制度の原則的な扱いからは特別に国という第三者による審査を求める必要性も薄い。

そして、仮に地方公共団体に出訴を認めたところで、当該私人の実体法上の権利にも影響を及ぼすことはなく、私人に軽微な手続的負担を課すだけのものでしかないところ、憲法上の価値たる地方自治の本旨の対立利益として全くバランスが取れていないことは明らかである。

ましてや、本件のように、国自身が事業者として自ら所属する機関に対して審査請求する場合（しかも是正の指示を行うことで、より迅

速に関与する選択肢もあるにもかかわらず、あえて審査請求を選択している場合)に、「より公正な判断がされることに対する処分の相手方の期待」の保護の必要性を論じること自体、不合理と言わなければならない。

- (4) 法定受託事務一般、あるいは公有水面埋立承認に係る事務について  
地方自治の本旨からの要請が弱いと解すべき理由がないこと

原判決は、控訴人の憲法92条との適合的解釈に関する主張について、法定受託事務一般について、その定義（地自法2条9項1号）から、「地方公共団体の固有の自治権に含まれるものとは解されない」とし、公水法1条、47条を引いて、「公有水面の埋立てに係る免許・承認に関する事務は固有の自治権に含まれるとはいえない」として、排斥した（原判決17頁）。

これは、法定受託事務一般、あるいは公有水面埋立承認に係る事務について憲法92条の保障が及ぶべき事務ではないとして、地自法255条の2に基づく裁決について、憲法92条から地方公共団体の出訴が要請されるものではない、という趣旨と理解される。

しかし、明らかに誤りである。

そもそも、自治事務と法定受託事務は、憲法上の保障の強度によって分類されたものではないし、さきに述べたとおり地方分権改革のための地自法の改正により自治事務も法定受託事務もいずれも地方公共団体の事務と整理され、いずれの事務も憲法94条の地方公共団体の行政執行権に属し、内閣の行政権の下にはないことは変わらない（小早川光郎「地方分権改革—行政法的考察—」公法研究62号172頁）のであって、法定受託事務一般について、地方自治の保障が及ばず、当該事務

の執行を内閣の行政権限りで覆すことが可能になる、という解釈には根拠がない。

また、上述したとおり、法定受託事務の処理に関するものであっても、適法性が担保されるべき要請は変わらない（地自法245条の7、250条の13、251条の5）から、「国が本来果たすべき役割に係るものであつて、国においてその適正な処理を特に確保する必要があるもの」という法定受託事務の性質は、自治事務に対する関与とは異なる関与の存在理由（地自法245条の8、255条の2）としてはともかく、抗告訴訟の利用が否定されるべき理由になりえないことも明らかである（山本隆司「行政不服審査法改正後の裁定的関与の現状と課題」、北村喜宣他『自治体政策法務の理論と課題別実践－鈴木庸夫先生古稀記念』404頁）。

さらに、原判決は公水法1条、47条を引いて、埋立免許・承認に関する事務が固有の自治権に含まれないと排斥しているが、これらの規定も根拠になっていない。

まず、公水法1条が、公有水面が国の所有に属するとするのは、あくまでも財産管理を意味しているに過ぎない（なお、財産管理も法定受託事務として都道府県が行うこととされ、沖縄県における公有水面は沖縄県国土交通省所管公共用財産管理規則に基づき沖縄県が管理している）。

海を含めた法定外公共物の機能管理については、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している（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、旧地自法2条3項2号、12号も参照)。

海については、国有財産法と地自法の二系列による管理権が併存しているものと考えられ(上記来生論文、塩野宏「法定外公共用物とその管理権」『行政法の争点』161頁)、本来的に国の専権と考えるべき事務ではない。

公水法は、大正10年の制定時、埋立免許・承認の権限を「地方長官」に委ねていたが、昭和22年の(旧)地自法制定に伴い、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、地方分権改革の際も、国の事務とせずに法定受託事務に整理された。

これは、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(山口眞弘・住田正二『公有水面埋立法』70頁参照)。

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る(都道府県知事に判断が委ねられている実質的理由は、国土利用法制、海岸管理法制、産業法制等、地域の実情に応じて各種の行政計画を立て多様な利益を調整する権限が都道府県知事に与えられ

ていることにあることについて、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）頁以下も参照）。

また、原判決は公水法47条を引用するが、同条1項、同法施行令32条は、一定の埋立免許について国土交通大臣の認可を受けることを求め、公水法47条2項、同法施行令32条の2は、その中でも、埋立区域の面積が50ヘクタールを超える埋立については、国土交通大臣が環境大臣の意見を求めることを要求しているに過ぎない。

この定めは、認可が、あくまで「免許を行う場合に要求される手続にすぎない」（山口眞弘・住田正二『公有水面埋立法』96頁）ものであり、埋立免許を行わない場合には認可は不要であり、さらに、認可がされたからといって、免許をしなければならないわけではない。

また、認可が要求されるのは、国の管理する公物に関わる場合や、広域的に影響を及ぼす可能性のある規模の大きい場合に限られている。

つまり、埋立ての免許を行う場合に、国の管理する公物ないし広域的な影響が生じる可能性がある場合に、法令を所管する大臣である国交大臣及び「自然環境の保護」等を任務とする（環境省設置法3条）環境大臣に一定程度関与させる仕組みを採っているものに過ぎない。

埋立てから保護されるべき公益（特に環境）を埋立の必要性より重く判断し、免許を与えない、という判断をする場合には、国土交通大臣や環境大臣が判断する余地はなく、同法47条を一般的な国の監督に関する規定と評価することなどできない。

このことは、仮に認可を受けずとも、免許の効力自体については、なんらの影響もないこと（山口眞弘・住田正二『公有水面埋立法』95

頁)、そもそも埋立承認処分には公水法47条は適用がないこと(地方分権改革による地自法245条の2の制定による「公有水面埋立二関スル件」(大正11年4月20日発土第11号)の1の失効:当然だが、本件埋立承認の際も、認可はされていない)、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、同施行令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(要するに、国が埋立を行うという判断)に特権的な地位が与えられていないことなどからも明らかである。

国が行う事業の場合にはそもそも許認可を要求しない法令もあるが、公水法は、公用を廃止して私的所有権を発生させる竣功通知については国の判断でなしうるとされるにもかかわらず、埋立承認(あるいは埋立変更承認)については、都道府県知事の判断に委ね、処分を受けるまでは適法に埋立てをなしえないものとしているのであって、都道府県知事の判断を尊重するという前提で事務が割り振られている。

もとより、地方公共団体の事務は、その領域性に特徴があり、憲法が異なる民主的正統性をもつ二重の統治構造を採用したのは、地方公共団体の領域内の住民の人権保障に資するからであって、公水法が都道府県知事に事務を委ねた趣旨は、まさしく地域の環境の保全を図り、災害を防止し、国土の適正な利用を図り、住民の権利を保護するためであるから、公水法の実務は強く団体自治が保障されるべき実務である。

このような事務の性質に鑑みても、憲法上、地方自治の本旨の要請が後退するような実務とは到底言えない。

(5) 小括

令和4年最高裁判決は、憲法に定める地方自治の本旨との適合性について一言も触れておらず、この点は明示的な争点に一度もならないまま、地自法及び行審法の仕組み解釈により裁定的関与に対する地方公共団体による出訴を否定した。

上記のとおり、裁定的関与に対する地方公共団体による出訴を認めないことは地方自治の本旨に正面から抵触するところ、地方自治の本旨は制度的保障（法律によっても侵すことのできない領域が存する）であると解されており、地自法255条の2に係る規定は地方自治の本旨に適合的に解釈しなければならない（地自法2条12項）。

したがって、令和4年最高裁判決のように地自法及び行審法を解釈するためには、そのような解釈が地方自治の本旨の合理的な制約として憲法上許容されるといえる必要がある。

しかし、原判決が判示するように法定受託事務一般、あるいは埋立免許・承認に係る事務について地方自治の本旨の要請が後退し、地方公共団体の出訴を認めずとも憲法上の問題が生じないと判断することはおよそできない。

そして、地自法255条の2の審査請求における私人の簡易迅速な権利救済は、憲法上の要請ではないし、仮に地方公共団体に出訴を認めても当該私人の実体法上の権利には影響もなく、私人に軽微な手続的負担を課すだけのものでしかない以上、およそ憲法上の価値たる地方自治の本旨の対立利益として全くバランスが取れていないことは明らかで、令和4年最高裁判決の判断は地自法及び行審法の解釈として憲法上許容されるものとは言えない。

したがって、令和4年最高裁判決は憲法92条との適合性についての判断を遺漏した点で誤ったものであって、同判決の判断を一般化して同判決に沿って本件訴えを却下した原判決は誤りである。

## 2 令和4年最高裁判決の判断が憲法76条2項に適合せず、一般化した判断を維持できないこと

### (1) 令和4年最高裁判決が法律上の争訟性を肯定していること

令和4年最高裁判決の事案では第一審が法律上の争訟性を否定し、控訴審は法律上の争訟性についての判断を保留した上で原告適格を否定していたにもかかわらず、令和4年最高裁判決は、わざわざ第一審とも控訴審とも異なる理由を持ち出して原審の結論を維持しており、「法律上の争訟性」についても、「原告適格」についても一言も述べていない。

この点、法律上の争訟性が否定される場合、「その他法律において特に定める権限」が認められなければ（裁判所法3条1項）、そもそも訴訟の対象となりえない。

ところが、令和4年最高裁判決は行審法及び地自法を仕組み解釈するにあたり、これらの「規定やその趣旨等に加え、法定受託事務に係る都道府県知事その他の都道府県の執行機関の処分についての審査請求に関し、これらの法律に当該都道府県が審査庁の裁決の適法性を争うことができる旨の規定が置かれていないことも併せ考慮すると、これらの法律は、当該処分の相手方の権利利益の簡易迅速かつ実効的な救済を図るとともに、当該事務の適正な処理を確保するため、原処分をした執行機関の所属する行政主体である都道府県が抗告訴訟により審査庁の裁決の適法性を争うことを認めていないものと解すべきであ

る」(令和4年最高裁判決4頁)と判示した。

仮に、令和4年最高裁判決が法律上の争訟性を否定しているなら、行審法や地自法の仕組み解釈は不要であり、「法定受託事務に係る都道府県知事その他の都道府県の執行機関の処分についての審査請求に関し、これらの法律に当該都道府県が審査庁の裁決の適法性を争うことができる旨の規定が置かれていない」というだけで却下の理由としては必要かつ十分である。

したがって、令和4年最高裁判決の判示が、このような規定が置かれていなくても、都道府県が抗告訴訟を提起するという解釈が論理的に可能な余地があることを前提にしていることは明らかで、法律上の争訟性を肯定しているとしか考えられない。

この点、原判決は、平成14年最高裁判決を引用して本件で法律上の争訟性を否定した上で、令和4年最高裁判決の上記部分は、「法律上の争訟性が認められないことを前提に、原告の訴え提起を認めるべき『その他法律において特に定める権限』(裁判所法3条1項)の有無を検討したものと解される」として、令和4年最高裁判決が法律上の争訟性を肯定しているという主張を排斥している(原判決21頁)。

しかし、もしもそうであれば地自法や行審法の規定や趣旨等についての判示は不要であるし、令和4年最高裁判決の判示には、「法律上の争訟」、「その他法律において特に定める権限」、「裁判所法」といった文言が一切あらわれておらず、平成14年最高裁判決を引用もしていないのであって、原判決の令和4年最高裁判決の評価にはなんの根拠もない。

通説的理解では、法律上の争訟性は司法権発動の要件である事件性

の要件とほぼ等式で捉えられているところ、論理的にも法律上の争訟性の判断は、処分（裁決）の根拠法が誰に出訴を許容しているか、という解釈に先行する。

令和4年最高裁判決の事案（本件もそうであるが）は、裁決の取消訴訟における処分庁が所属する行政主体の出訴の可否が問題となった事案で、平成14年最高裁判決とは明らかに事案が異なるし、下級審においても平成14年最高裁判決の射程は極力制限的に解すべきとされていたところ、令和4年最高裁判決は、平成14年最高裁判決を引用せず法律上の争訟性が認められることを前提に、最高裁昭和49年5月30日判決・民集28巻4号594頁（昭和49年最高裁判決）と同様の観点、つまり処分庁が所属する行政主体の裁決の取消訴訟を提起する適格を問題としたものと解される。

(2) 本件が法律上の争訟性の定式に適合すること

法律上の争訟性については、一般的に、「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』」（佐藤幸治『憲法（第3版）』297頁）と捉えられており、最高裁昭和28年11月17日判決・行集4巻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巻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巻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巻3号443頁（板まんだら事件最高裁判決）等においても同様である。

そして、本件変更不承認処分により、沖縄県と沖縄防衛局との間に

法律関係が形成されているところ<sup>1</sup>、本件取消裁決という国の関与により、本件変更不承認処分の効力が消滅するか否かについて争いがあるのであるから、沖縄県と国（審査庁が所属する行政主体）との間には、具体的な法律関係についての紛争が存する。

そして、この紛争は、裁判所が法令を適用して本件裁決の効力について判断を示すことにより解決が可能であるから、本件が伝統的な「法律上の争訟」の定式に該当することは明らかであって、本件の法律上の争訟性は平成14年最高裁判決により制限されるか否かという問題に尽きている。

(3) 本件に平成14年最高裁判決の射程が及ばないこと

一般論として、最高裁判決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すことのできる命題（結論命題）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。

平成14年最高裁判決において、結論命題として示された内容は、『国

---

<sup>1</sup> 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）が形成されることになる。このことについては、塩野宏『行政法Ⅰ〔第六版〕行政法総論』123頁以下参照。

なお、同『行政法Ⅱ〔第六版〕行政救済法』298頁における平成14年最高裁判決に対する「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。」との指摘、藤田宙靖『最高裁回顧録』96頁「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っても、その名宛人である国民との間の法律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。」との指摘もこのような文脈で理解できる。

大浜啓吉『行政法総論第三版 行政法講義Ⅰ』424頁も参照。

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」であるという判断であり、その余の法律的判断は判例ではない。

判例の射程は、当該結論命題に係る事案を同一とする事案にしか及ばないところ、平成14年最高裁判決と本件とは被告が行政主体たる国である点、裁決の取消訴訟であり行政上の義務の履行を求める訴訟ではない点で事案を異にしていることは明らかである。

この点、平成14年最高裁判決に対しては、類を見ないほど苛烈な批判が行政法学者から加えられており、判旨に賛成する学者はほぼ見られない（批判の主要なものだけでも、塩野宏『行政法Ⅰ〔第六版〕行政法総論』246頁以下、同『行政法Ⅱ〔第六版〕行政救済法』297頁以下、藤田宙靖『行政法総論』277頁（注(2)、人見剛「宝塚市パチンコ店規制条例事件最高裁判決」自治総研331号43頁以下、村上裕章「国・自治体間等争訟」岡田正則他編『現代行政法講座第4巻 自治体争訟・情報公開争訟』11頁以下、曾和俊文『行政法執行システムの法理論』157頁以下、阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』83頁以下、原田尚彦『行政法要論（全訂第7版〔補訂第2版〕）』234頁、宇賀克也『行政法概説Ⅱ〔第6版〕』106頁以下、大浜啓吉『行政法総論第三版 行政法講義Ⅰ』423頁以下、稲葉馨他『行政法〔第3版〕』177頁以下、櫻井敬子『行政法のエッセンス』155頁以下、西上治「機関争訟の「法律上の争訟」性一問題の抽出」行政法研究6号25頁以下等極めて多数）。

憲法学者からも、同判決が結論を導くにあたって司法権概念を依拠していると考えられる（同判決調査官解説548頁）佐藤幸司、土井真一を含めて、批判が相次いでいる（佐藤幸治『日本国憲法論』589頁、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、渋谷秀樹『憲法 第3版』638頁、市川正人『基本講座憲法』314頁、松井幸夫・永田秀樹『憲法教室』249頁等)。

そのため、平成14年最高裁判決については、そ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べき」(福岡高判平成19年3月22日・判例地方自治304号35頁)との指摘がなされており、学説においても事案を超えて拡張すべきではない旨の指摘がされている(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、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、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、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頁等)。

平成14年最高裁判決調査官解説も、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」ことを挙げており、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は、塩野宏『行政法Ⅱ(第6版)行政救済法』299頁、常岡孝好「判批」判例評論580号、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頁も指摘するとおりである。

上記のとおり、本件は被告が私人ではない裁決の取消訴訟であるから(令和4年最高裁判決の事案も同様)、行政権の執行力獲得は問題となりえず、平成14年最高裁判決の射程が及ぶと解する理由はない。

なお、裁決の取消訴訟における処分庁が所属する行政主体の出訴の

適否が問題となった先例としては、昭和49年最高裁判決があるが、同判決も法律上の争訟性については触れておらず、法律上の争訟性が認められることを当然の前提としていると理解される。

令和4年最高裁判決も昭和49年最高裁判決を踏まえて、法律上の争訟性を前提として、処分庁が所属する行政主体の出訴の適格の有無を問題としたものである。

(4) 平成14年最高裁判決の判断を一般化することができないこと

平成14年最高裁判決の射程が及ばないとしても、問題は、原判決のように平成14年最高裁判決の判断を「法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とするものについては、法律上の争訟には当たらない」と一般化し、事案が異なる事件に適用することの適否である（原判決20頁の「本件の事案とは異なるとしても、本件において参照できないことにはならない」という判示は、この旨を述べるものと理解される）。

しかし、上記のとおり、平成14年最高裁判決には極めて強い批判が加えられており、このように一般化した判例法理として広く適用されるべきものではない。

批判は様々な点からなされているが、以下で整理すると、平成14年最高裁判決調査官解説が依拠していると思われる司法権概念の理解からの説明の誤りと、裁判所法上の法律上の争訟概念（以下では、平成14年最高裁判決を原判決のように一般化した場合の法律上の争訟概念を指して、同判決の法律上の争訟概念という）の理解の誤りにあると考えられる。

ア 司法権概念について

平成14年最高裁判決調査官解説は、「司法権の概念について、従来

の通説は、司法権＝法律上の争訟＝裁判を受ける権利（国民の権利利益の保護救済）にとらえ、行政主体の「行政権限」の救済を本来的な司法権の枠外の問題と位置付けてきたものであるから、本判決も、このような従来のお考え方の延長線上に立つものではないかと思われる」ものであると説明している（調査官解説542頁）。

つまり、憲法上、司法権にその解決を委ねなければならない紛争と法律上の争訟、国民の裁判を受ける権利の救済が求められる範囲を全て等号で結び、法律上の争訟の内外を、自己の権利利益の保護救済を求めるものか否かで区別するという論理である。

しかし、司法権が、国民の権利利益の保護救済をその本来的役割とするものであるとしても、そのことから裁判を受ける権利が及ぶ範囲と司法権の範囲、引いては法律上の争訟とが同一視される理由はないし、さらには提訴者の私的権利利益の保護救済を求めることが法律上の争訟の要件にはならない。

以下のとおり、このような司法権概念の理解からの説明には明らかに誤りがある。

第一に、司法権が国民の権利利益を保護するものであることから、行政上の義務の確保について司法権が関与することはむしろ望ましく、行政上の義務の履行請求が原則として許されないことにはならず、ましてや行政主体の提訴が一般的に否定される筋合いはない。

この点、我が国の司法権概念が、アメリカ合衆国憲法のような明文規定がないにもかかわらず、事件性の要件を含むものと解釈されているのは、英米法由来と考えられているからであるが、当の米国

においては、司法的執行が原則である（中川丈久「行政訴訟に関する外国法制調査－アメリカ(上)」ジュリスト1240号101頁以下）。

憲法上の明文規定を持たず、英米系の司法権概念を継受したからこそ、司法権の権限発動に「事件性」が要求されると解釈される我が国の「司法権」解釈において、アメリカ合衆国と異なり、財産権に基づかない行政主体の提訴を否定する解釈をとる根拠はない。

第二に、純粋な論理の問題として、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しない（逆は真ならず：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15頁、同「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巻3号34頁参照）。

上記で指摘したが、司法権概念について平成14年最高裁判決（あるいは同判決調査官）が依拠したと考えられる佐藤幸司、土井真一を含めて憲法学説も同判決に対して批判がされていることは（佐藤幸治『日本国憲法論』589頁、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、渋谷秀樹『憲法 第3版』638頁、市川正人『基本講座憲法』314頁、松井幸夫・永田秀樹『憲法教室』249頁等）、通説的な司法権に関する憲法解釈から、平成14年最高裁判決調査官解説の司法権概念からの説明が成り立っていないことを端的に示している。

第三に、このような司法権の概念から法律上の争訟概念を説明すると、裁判を受ける権利を享受し得ない行政主体が提起する訴訟が

法律上の争訟に含まれることを適切に説明できない。

平成14年最高裁判決は、行政主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場合には法律上の争訟に該当する旨を判示している。

しかし、行政主体は裁判を受ける権利等の基本的人権を享受し得ないから（芦部信喜『憲法学Ⅱ』162頁、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）、上記のような司法権概念から、行政主体が提起する財産権上の訴えが法律上の争訟に該当することを論理的に説明することは不可能である。

言い換えると、行政主体が提起する財産権上の訴えが法律上の争訟に該当することを説明するに際して、その請求が裁判を受ける権利に基づくものか否か、というのは基準として機能していない。

つまり、平成14年最高裁判決調査官解説は司法権＝法律上の争訟＝裁判を受ける権利（国民の権利利益の保護救済）と説明していながら、実際に行政主体が提起する財産権上の訴えが法律上の争訟に該当するという結論を導く際の基準としては、裁判を受ける権利に基づくものか否かによっていない。

調査官解説が依拠する司法権概念による説明と、法律上の争訟性の基準が論理的にズレてしまっているのである<sup>2</sup>。

---

<sup>2</sup> 村上裕章は、同「行政主体間の争訟と司法権」同『行政訴訟の基礎理論』67頁脚注35において、「「司法権」の（法律で動かさうる）原則的範囲を「法律上の争訟」によって画する考え方を前提とすれば、それは独立の法主体である行政主体を当事者とする争訟をも包含する（行政主体が「私人として」現れる場合に限らない）。しかし基本的人権の享有主体ではない以上、「裁判を受ける権利」の保障は及ばない（その限りで「法律上の争訟」と「裁判を受ける権利」の範囲は一致しない）。ただし、地方公共団体については「地方自治の本旨」に基づく憲法上の制約が存在する。」と指摘している

## イ 法律上の争訟概念について

以上、平成14年最高裁判決調査官解説が依拠している司法権概念（司法権＝裁判を受ける権利（国民の権利利益の保護救済））は平成14年最高裁判決の法律上の争訟概念を説明するための根拠になっていない。

以下では、それ以外に、平成14年最高裁判決の法律上の争訟概念が誤りであることの根拠について二点指摘する。

### （ア） 刑事事件を包含できないこと

第一に、極めて多くの憲法学者、行政法学者が指摘しているが（例えば佐藤幸治『日本国憲法論』589頁、渋谷秀樹『憲法 第3版』638頁、神橋一彦『行政救済法』15頁、中川丈久「国・地方公共団体が提起する訴訟—宝塚市パチンコ条例事件最高裁判決の行政法論と憲法論」法学教室375号106頁等）、平成14年最高裁判決の法律上の争訟概念では、法律上の争訟に含まれていることが明らかな刑事事件（最高裁判所事務総局総務局編『裁判所法逐条解説（上）』22頁）を包含できない。

この点について、原判決は、平成14年最高裁判決は「行政事件を含む民事事件において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」について判断したもので、刑事事件について判断したものではない旨判示している（原判決20頁）。

しかし、そのように同じ裁判所法3条1項の「法律上の争訟」という同じ文言の中に、異なる概念が混在していると解すること

---

が、適切な概念整理である。

このズレは、後述するとおり、これは裁判所法制定時の法律上の争訟概念と、主観訴訟、客観訴訟概念が混同してしまったことによると考えられる。

ができる根拠は平成14年最高裁判決も原判決も何も示しておらず、説明になっていない。

裁判所法の立法過程においては、刑事事件が「争訟」であることについて、「権限争議も、内閣の権限が何省に属するかということに過ぎず、訴を起こして権利の保護を求めるということにはならない。刑事は、これらと異なって、検事が国家の刑罰権の存在を主張するのだから、争訟である」と説明されていた（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』406頁）。

つまり、刑事事件が法律上の争訟に含まれるのは、刑罰権という公権が、権利義務ないし法律関係が帰属する行政主体である国家に帰属し、行政主体と被告人間には、刑罰権の存否を巡る紛争があるからで、一方で、権限争議（機関訴訟）が法律上の争訟にあたらぬのは、権利義務の帰属主体たる行政主体ではなく、その機関相互の紛争だからと説明されていたのである。

ここでは、法律上の争訟の内外を区別するのは紛争の性質であって（法律上の争訟概念は対象概念）、提訴者の目的（提訴者が主張する権利）が「私権」か「公権」かによる区別ではなかったことが明確に示されている。

原判決は裁判所法の立法者意図に合致しないし、同じ法令の一つの法律用語に全く異なる要素を包含しているという、およそありえない解釈であって、根拠がない。

なお、付言するなら、原判決が言うように「法律上の争訟」概念が事件類型ごとに異なるのであれば、権利義務関係に還元しに

くい公法上の法律関係に即した行政事件特有の法律上の争訟概念が構成できない理由もないであろう（佐藤幸治『日本国憲法』586頁の「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。」との指摘を参照）。

(イ) 片面的な法律上の争訟概念は妥当ではないこと

第二に、この点も、特に行政法学者から多数の批判がされているが（例えば塩野宏『行政法Ⅱ〔第六版〕行政救済法』298頁から299頁、藤田宙靖『行政法総論』277頁脚注（2）、宇賀克也『行政法概説Ⅱ〔第5版〕』112頁等）、平成14年最高裁判決の法律上の争訟概念に拠れば、処分の名宛人から取消訴訟を提起した場合には法律上の争訟に含まれるにもかかわらず、逆の場合は法律上の争訟に含まれないことになるところ、このような片面的な法律上の争訟概念には根拠がない。

上記でも触れたが、裁判所法の制定経緯において、「法律上の争訟」は、徹頭徹尾、訴訟の対象（目的ではない）に関わる実体的な概念として構成されていた<sup>3</sup>。

---

<sup>3</sup> 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

この点について、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

---

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。

なお、法律上の争訟概念が対象概念であることが、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。

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。

つまり、上記の法律上の争訟概念と刑事事件の関係においても述べたように、立法者は「法律上の争訟」概念を訴訟の対象となる実体概念として理解していて、提訴者が主張するのが私権か公権かによる区別を想定していなかったが<sup>4</sup>、典型的な民事訴訟のみを念頭に置いたために、学説上、主観訴訟と客観訴訟の区別との混同が生じ、平成14年最高裁判決もまさしくそのような混同に基づいて法律上の争訟概念を説明してしまったのである。

この点、原判決は控訴人の批判（片面的法律上の争訟概念に根拠がないこと）に正面から応えず、「国又は地方公共団体につい

---

<sup>4</sup> 客観訴訟である機関訴訟（権限争議）は権利義務や法律関係の主体である当事者間の紛争ではないし、民衆訴訟も定義上、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だから、当事者間の権利義務や法律関係についての紛争ではない。

法律上の争訟性が対象概念であるとしても、客観訴訟とされる機関訴訟や民衆訴訟が法律上の争訟から除外されることには変わりない。

て、憲法上裁判を受ける権利が保障されているとはいえないから…憲法上の問題が生ずるとはいえない」と判示して控訴人の主張を排斥している（原判決21頁）。

しかし、原判決の判示は、何の説明にもなっていない。

控訴人がここで問題としているのは、裁判所法の「法律上の争訟」がどのような内容をもって立法されているのか、ということである。

当たり前だが、法律上の争訟概念を目的概念と理解しても違憲ではない、という判示は、そのような概念として立法された、ということの根拠にはなっていない。

逆に言えば、控訴人が主張するように法律上の争訟概念を対象概念と理解しても違憲ではないのだから、原判決の判示は何の意味も持たないとしか言いようがない。

#### ウ 小括

以上、平成14年最高裁判決の法律上の争訟概念は、その拠って立つ司法権概念が成り立ちえず、あるいは司法権概念から説明することが困難である上、同じ法律の同じ文言の法律概念に、異なる要素を入れ込まなければ刑事事件を統一的に把握できない点、訴訟の対象たる実体概念として立法されたにもかかわらず、片面的な法律上の争訟を許す点でも、看過し得ない解釈上の難点を抱えている。

法律上の争訟概念に私権保護目的の要素を読み込むことはできず、平成14年最高裁判決について、その背景にある一般理論のようなものを取り出して、事案の相違を超えて本件に拡張的に当てはめることは妥当ではなく、本件訴訟の法律上の争訟性を否定することはで

きない。

(3) 憲法76条2項との関係について

上記のとおり、本件においては（令和4年最高裁判決の事案においても）法律上の争訟性が肯定される。

そして、憲法76条1項は、「すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する」と定め、同条2項後段は「行政機関は、終審として裁判を行ふことができない。」と定める。

上述したとおり、司法権の対象たる紛争と、裁判所法3条1項の「法律上の争訟」は、一般的には一致するものと理解されており、法律上の争訟については、「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」という定式で示されている。

したがって、行政機関が法律上の争訟について裁判（事実を認定し、法を適用する作用：佐藤幸治『日本国憲法論』598頁）をする場合、前審としてしかなしえず、終審としてなすことは許容されない。

憲法76条2項に照らせば、法律上の争訟の当事者たる沖縄県が行政機関による裁判（つまり、裁決）を争う方途が確保されていなければならず、地自法及び行審法が抗告訴訟の提起を認めない趣旨と解釈することはできない。

ところが、令和4年最高裁判決は、法律上の争訟に該当することを認めながら、裁決の取消訴訟を司法機関が取り扱わないことを許容したものであるから、憲法76条2項に関する判断を遺漏した点で誤ったものであって、同判決の判断を一般化し、同判決に沿って本件訴えを

却下した原判決は誤りである。

### 3 令和4年最高裁判決の射程が及ばないこと

以上のとおり、令和4年最高裁判決は憲法適合性についての判断を脱漏してしまっており、その判断は極めて問題があるため、その射程は極力制限的に解されるべきである。

令和4年最高裁判決は、処分の相手方と処分庁との紛争を簡易迅速に解決する審査請求手続における最終的な判断である裁決について、さらに紛争処理の対象とすることは処分の相手方を不安定な状態に置き、当該紛争の迅速な解決が困難となることから、このような事態を防ぐために関与から裁決を除外した地自法245条3号括弧書きの趣旨を、抗告訴訟にも及ぼしたものである。

しかし、このような明文のない排除効を無限定に認めることは問題であり、判例の射程を考えるにあたっては、このような事態の程度を考慮すべきである。

このような観点からみると、令和4年最高裁判決の事案は、埋立承認処分の撤回処分(不利益処分)の取消裁決に対する抗告訴訟が問題となった事案であったのに対して、本件は、埋立変更不承認処分(申請拒否処分)が問題となる事案である。

前者の事案の場合、裁決によって埋立承認処分の撤回処分を取り消すことにより埋立事業を実施できる法的地位に復するにもかかわらず、裁決が抗告訴訟で取り消されれば、埋立事業が実施できなくなることになるから、この意味で、処分庁の所属する行政主体が裁決を抗告訴訟で争うことが許されれば、埋立事業者を不安定な地位に置くこととなる。

しかし、後者の事案の場合、裁決により埋立変更不承認処分を取り消

しても、埋立変更承認申請中の状況に戻るだけで（当然、別理由での申請拒否処分もありうる）、依然として埋立事業を適法に実施することはできず、その後、裁決が抗告訴訟で取り消されたとしても、いずれにせよ埋立事業を実施できない状態に変わりはないのだから、この意味で、処分庁の所属する行政主体が裁決を抗告訴訟で争うことが許されても、事業者を不安定な地位に置くことにはならない。

したがって、本件は令和4年最高裁判決の射程外と考えるべきであり、上述してきた点からすれば、本件訴えは適法と解される。

この点、原判決は、控訴人の上記の趣旨の主張に対して、令和4年最高裁判決は地自法255条の2第1項1号に基づく「審査請求に対する裁決の取消訴訟についての一般論を示したものであって、原処分の内容がどのようなものかによって差異を設けるものではない」、「処分の相手方の権利利益の簡易迅速かつ実効的な救済を図るといふ…地方自治法及び行政不服審査法の趣旨が没却されてしまうことには変わりがない」等述べて控訴人の主張を排斥した（原判決22頁）。

しかし、既に述べたとおり、令和4年最高裁判決は憲法適合性についての判断を脱漏しており、問題が大きく（そして、この点についての原判決の判示には上記のとおり理由がない）、その射程を広くとらえるべきではない。

本件には射程外と考えるべきである。

#### 第4 結語

以上、控訴人の本件訴えは適法であり、原判決は法解釈を誤ったものであるから、取り消した上、原審に差し戻すべきである。

以 上