

意見陳述

原告訴訟代理人弁護士の仲西から、法律上の争訟性及び履行請求権についての意見を陳述します。

まず、法律上の争訟性についてです。

法律上の争訟については、いわゆる板まんだら事件の最高裁判決において、「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」と定式化されています。

この定式にあてはめると、本件訴訟の対象となる紛争は、原告と被告間で、被告の不作为義務の存否が争われる紛争で、水産資源保護法、沖縄県漁業調整規則という法令の適用により、終局的に解決することができるものですから、当然に法律上の争訟に該当します。

この点、被告は、本件訴訟は、いわゆる宝塚市パチンコ条例事件最高裁判決（以下、「平成 14 年最高裁判決」といいます。）に抵触し、法律上の争訟性を欠き、不適法であると主張しています。

しかし、平成 14 年最高裁判決は、福岡高裁平成 19 年 3 月 22 日判決が述べるとおり、その射程は限定的に解すべきところ、本件訴訟とは、以下の 3 点が異なっており、本件訴訟は、射程外と解すべきです。

すなわち、第一に、本件訴訟は、地域の水域の水産資源の保護培養に強い利害関係を有する者としての立場においても提起された訴訟でもあり、「専ら」行政権の主体として提起した訴訟とは言えないという点です。

第二に、本件における被告は国であり、平成 14 年最高裁判決と異なり、「国民」に対して行政上の義務の履行を求める訴訟ではないという点です。

第三に、最高裁平成 8 年 10 月 29 日判決は、道路管理権、つまり、公物管理権に基づく訴えが法律上の争訟にあたることを認めているところ、平成 14 年最高裁判決は、この判決を変更するものではありません。本件訴訟は、海という公共用物について、財産管理権を背景として、機能管理を行う主体である原告が、その公物管理権の保護救済を求めて提起するものでもあることから、平成 14 年最高裁判決の射程外であるという点です。

以上から、本件訴訟は平成 14 年最高裁判決の射程外であり、板まんだら事件の定式を適用すれば、当然に法律上の争訟にあたります。

しかし、仮に、本件訴訟が射程外であると言えなくとも、そもそも平成 14 年最高裁判決の法律上の争訟についての解釈は変更されるべきです。

この点、平成 14 年最高裁判決の法律上の争訟の解釈に対しては、行政法学者のほぼ全てが一致して批判を行っており、この一点をもってしても、いかに行政法理論に照らして妥当性のない判断であるかが伺えます。

例えば、最高裁判官でもあった藤田宙靖東北大学名誉教授は、最高裁回顧録において、最高裁判事となった以上は何とかしなければならないと焦慮に駆られていた判決として、平成 14 年最高裁判決を挙げています。

あるいは、行政法学の泰斗である塩野宏東京大学名誉教授も、平成 14 年最高裁判決は、事案の具体的解決方法としても理論上も説得性がないと切っ捨てています。

さらに言うなら、行政法学者ではありませんが、最も高名な憲法学者である佐藤幸治京都大学名誉教授も、平成 14 年最高裁判決に対しては、この種の訴訟も司法権の核にあるか、少なくとも核の延長にあると考えるべきだったとして、厳しく批判しています。

このように、平成 14 年最高裁判決は、著しく説得性を欠く判決であると

して、学説から集中砲火を浴びていますが、具体的に、どのような問題点があるかについて述べます。

まず、前提として、平成 14 年最高裁判決は、板まんだら事件の定式に、提訴者の私権保護目的という新たな要素を加えるものです。

被告は、司法権の対象を法律上の争訟と同視した上で、これを憲法上の裁判を受ける権利の行使として提起された訴えに限定されるとします。したがって、裁判を受ける権利の享有主体である国民が、その裁判を受ける権利の行使として提起する訴え、すなわち、自身の私権保護を目的として提起する訴えのみが法律上の争訟にあたる、ということになります。

しかし、このような立論には、重大な問題があります。

学説がほぼ一致して批判するところであり、また、人見剛（ひとみたくし）早稲田大学教授が意見書でも指摘するところですが、第一に、このような説明では、法律上の争訟であるはずの刑事事件を説明できません。

刑事事件は、言うまでもなく、国家が、その刑罰権に基づいて提起し、刑罰権の存否が争われる訴訟ですから、私権保護目的で提起される訴えではありません。

第二に、私権保護目的で提起される訴えに限定されるということは、同じ訴訟の対象について、国民が訴えれば法律上の争訟に含まれ、行政主体が訴えれば法律上の争訟に含まれない、という言わば片面的法律上の争訟概念を認めることになります。しかし、裁判所法の立法経緯からしても、このような片面的法律上の争訟概念を認めるべき根拠はありません。

第三に、国民の裁判を受ける権利の行使として提起される訴えのみが法律上の争訟にあたるとするなら、国や公共団体が財産権に基づき提起する訴えも、裁判を受ける権利の行使として提起される訴えではないのですから、法

法律上の争訟にあたることを考えることは不可能であるはずですが、ところが、平成 14 年最高裁判決は、このような訴えは、法律上の争訟にあたることを明確に述べていますから、平成 14 年最高裁判決の論理は矛盾しているとしか言いようがありません。

この点、被告は、国等が財産権に基づいて提起する訴えは、国民の権利利益を制約しないから、許容されるとして、いわば例外を認めます。

しかし、このような理屈であれば、被告が法律上の争訟ではないとしている機関訴訟、つまり、国又は公共団体の機関相互間における権限の存否又はその行使に関する紛争についての訴訟も、あるいは、本件のように被告が国である訴訟も、いずれも国民の権利利益を制約しないのですから、法律上の争訟にあたらぬとは言えないでしょう。

その他にも、細かい議論を行っていますが、被告の主張ないし平成 14 年最高裁判決の採る法律上の争訟概念は、本質的な問題を抱えており、裁判所法の解釈としては、採りえないものです。

以上から、本件訴訟は、平成 14 年最高裁判決の射程外として、あるいは、そもそも平成 14 年最高裁判決は変更されるべきであり、法律上の争訟にあたりません。

次に、履行請求権について意見を述べます。

この点も、人見教授が説得的に意見を述べておられるとおりで、細かい議論は省略しますが、伝統的な行政法学説において、国家の国民に対する公権の存在は伝統的に認められてきており、平成 14 年最高裁判決以前の下級審裁判例は、行政上の義務の履行請求権を当然のごとく認めてきました。

同じく法律上の争訟である刑事事件において、国家の刑罰権という公権に基づき、訴えが提起できることも考えてみれば、行政上の義務の履行を求め

る請求権が認められるべきことに疑いはありません。

この点、国は、権限から権利が生まれるものではないと主張し、あるいは、沖縄県漁業調整規則は罰則のみ定め、行政処分を定めていないから、行政上の義務の履行請求権を認めない趣旨などと主張しますが、理由がありません。

国が、権限から権利が生まれずとして引用する裁判例も文献も、機関訴訟、つまり、権利義務の帰属主体ではない行政機関相互の権限分配などを巡る紛争における文脈において、権限と権利の区別を述べているに過ぎません。権限ある行政機関の行為により、国や公共団体のような法人格を有する行政主体に権利義務が帰属することは、当然のことです。

また、沖縄県漁業調整規則は、確かに、罰則のみを定めていますが、罰則に、他の強制執行方法を排除する効力を認めるべき根拠はありません。

この点、いわゆるバイパス理論といって、行政上の義務の履行について、行政的執行手段が与えられている場合に、民事執行を利用することを禁じる判例理論があります。

しかし、これは、あくまで、同じ執行手段について、一般道とバイパスがある場合に、バイパスのみを通るのが、バイパスを定めた法令の趣旨だとされるものです。

罰則という手段と、本件のような直接的に行政上の義務の履行を求める手段とは、全く別の手段なのですから、一般道とバイパスのような関係にはなく、罰則の存在から履行請求権を否定することはできません。

沖縄県漁業調整規則が行政処分を定めていないのは、端的に裁判所による執行に委ねたものと解釈されます。

以上から、本件訴訟は当然認められるべきです。

以 上