

平成30年（行ノ）第5号行政上告受理申立て事件

申立人 沖縄県

相手方 国

上告受理申立て理由書

平成31年2月8日

最高裁判所 御中

申立人代理人弁護士 加藤 裕

同 仲西 孝浩

同 松永 和宏

同 宮國 英男

上記当事者間の普天間飛行場代替施設建設事業に係る岩礁破碎等行為の差止請求上告受理申立事件の上告受理申立ての理由は、別紙のとおりである。

上告受理申立て理由書の別紙

第1	はじめに.....	5
1	原判決の要旨.....	5
2	本件は裁判所法3条1項の法令解釈について重要な事項を含む事件であること.....	7
3	上告受理申立て理由の概要.....	8
第2	本件各訴えについて「法律上の争訟」(裁判所法3条1項)であることを否定した原判決の法令解釈の誤り.....	10
1	司法権の意義と「法律上の争訟」の定式について.....	10
(1)	司法権の意義について.....	10
(2)	「法律上の争訟」の定式について.....	11
2	平成14年最高裁判決の妥当範囲について.....	17
(1)	先例拘束力の範囲.....	17
(2)	平成14年最高裁判決は厳しい批判を受けているもので直接の射程(結論命題)外に拡張されるべきではないこと.....	19
(3)	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.....	39
(4)	小括.....	44
3	本件各訴えが「法律上の争訟」の定式に該当すること(「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該当することであって、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」に該当すること).....	44
(1)	「当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛	

争」であること	44
(2) 「法令の適用により終局的に解決することができるもの」に該当すること	48
(3) 平成 14 年最高裁判決を前提としても原判決が破棄されるべきこと	49
第 3 本件の上告人の立場についての法解釈の誤り	50
1 本訴訟は「専ら行政権の主体」として提起した訴えではない点で平成 14 年最高裁判決の妥当範囲外であること	50
2 地方公共団体が公物の管理者としての立場において提起した訴訟であること	50
(1) 最高裁平成 8 年 10 月 29 日判決・判例タイムズ 947 号 185 頁（以下、「平成 8 年最高裁判決」という。）が公物管理権に基づく請求を認容した判例であること	50
(2) 平成 8 年最高裁判決が平成 14 年最高裁判決の射程外であること	52
(3) 公物管理権に基づく訴えは、「権利」に準じると考えられること	52
(4) 本件訴訟が公物管理権に基づく訴えであること	54
3 水産資源という地域の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基づいて提起した訴訟であること	55
第 4 「法規の適用の適正ないし一般公益の保護」を目的とした訴訟全般を平成 14 年最高裁判決の妥当範囲内として「法律上の争訟」性を否定したことの法解釈の誤り	55
第 5 国に対する訴訟を平成 14 年最高裁判決の妥当範囲内として「法律上の争訟」性を否定したことの法令解釈の誤り	59
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	59
2 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こと	60
3 原判決が破棄されるべきこと	61
第 6 許可権限の行使を「無きが如きものとされる」程度に損なわれる行為に対する訴えについて「法律上の争訟」性を否定したことについての法解釈の誤り	62
第 7 行政主体が法令により課された義務に係る訴えについて平成 14 年最高裁判決の妥当範囲内として「法律上の争訟」性を否定したことの誤り	63
第 8 確認の訴えについて平成 14 年最高裁判決が妥当するとして「法律上の争訟」性を否定したことについての法令解釈の誤り	65
1 確認の訴えは「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	65
2 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確認請求に拡張されないこと	66
(1) 確認訴訟は判断作用のみからなり執行力が付加されないこと	66
(2) 平成 14 年最高裁判決は執行力が付加された訴訟類型を否定したものであること	66
3 原判決が破棄されるべきこと	68
第 9 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」性を否定することについての法解釈の誤り	69
1 原判決の理解する平成 14 年最高裁判決が示した判断	69
2 司法権の概念について	72

3	法律上の争訟概念について	75
(1)	刑事事件を包含できないこと	75
(2)	平成 14 年最高裁判決は片面的に法律上の争訟概念を捉えるもので、 妥当ではないこと	78
4	当事者訴訟においては、私権に基づく訴え提起のみ許されると考えら れるわけではないことについて	81
5	結語	87

第1 はじめに

1 原判決の要旨

原判決は、一審判決をほぼそのまま引用したものであるが、一審判決は、主位的請求である差止請求に係る訴えと予備的請求である確認請求に係る訴えのいずれについても、「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」が「法律上の争訟」（裁判所法3条1項）に該当しないとした最高裁判所平成14年7月9日第三小法廷判決・民集56巻6号1134頁（以下「平成14年最高裁判決」という。）が妥当するとして、本件各訴えを却下したものである。

原判決は、本訴訟における申立人の立場について、「法令により海である本件水域に対して一定の権限を付与されているのは事実であるが、これは、海という公物を管理する権限の一内容にすぎないと解される。そして、こうした公物管理権は、公共用物をその本来の目的に従って公共の用に供するために認められた特殊な包括的権能であり、その性質は公法上の権能にとどまるものと解されるから、私法上の財産権に準じた権利とは考えることはできない」（一審判決書20頁）とした一審判決を引用し、さらに、「本件差止請求に係る訴えは、地方公共団体が公物に対する財産管理権を有していた事案である平成8年最高裁判決の事案とは事案を異にする」（原判決書5頁）とした。そして、「漁業関係者全体の利益を図り、漁業の発展に寄与するという一般公益を実現するために本件規則による許可権限を付与されたことと解するのが相当」（一審判決書21頁）として本訴訟における申立人の立場を「専ら行政権の主体として提起したもの」（同21頁）と認められるとした一審判決を引用し、本件各訴えを平成14年最高裁判決の妥当範囲内とした。

また、平成 14 年最高裁判決の妥当範囲について、「法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とする訴訟の法律上の争訟該当性を否定した」（一審判決書 26 頁）とした一審判決を引用した。そして、これを前提に、「本件差止請求に係る訴えの被告が国であることを理由として、かかる訴訟が平成 14 年最高裁判決の妥当範囲外とする原告の上記主張は採用することができない」（同 22 頁）、「法令により課された義務の履行を求める本件差止請求に係る訴えに平成 14 年最高裁判決が妥当しないとする原告の上記主張は採用することができない」（同 23 頁）とする一審判決を引用し、さらに、「行政主体等に帰属する許可不許可の判断を遂行する権限を行使する可能性が否定され、当該権限を無きが如きものとされる場合であっても、法規の適用の適正ないし一般的公益の保護を目的として提起されたものである限り、同様であると解される」（原判決書 4 頁）として、本件差止請求に平成 14 年最高裁判決が妥当するとした。確認請求に係る訴えについても、「本件差止請求に係る訴えと同様、本件規則 39 条 1 項の適用の適正ないし一般公益の保護を目的として、原告が専ら行政権の主体として提起したものである以上、平成 14 年最高裁判決が妥当する」（一審判決書 27 頁）とした一審判決を引用した。

さらに、平成 14 年最高裁判決自体の当否について、「法律上の争訟の概念は、司法権の本質的な要素である具体的事件・争訟性の要件を表現したものであるところ、そもそも司法権は、国民の裁判を受ける権利（憲法 32 条）との関係において、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って、行政主体の行政権限の救済をその本旨とするものではないことや、憲法上、刑事訴訟において、被告人の種々の権利の保障を図りつつ、裁判を通じて、国家権力としての刑罰権を適切かつ

迅速に実現することが求められていることなどに鑑みれば、国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として行政上の義務の履行を求める訴訟と刑事訴訟とでは、憲法上司法権に求められた役割という観点からみて相当程度の差異が存するというべきであるから、これらの訴訟の間で法律上の争訟の構成要素が異なることが必ずしも不当とは解されない。」（一審判決書 24 頁）とした一審判決を引用した。

2 本件は裁判所法 3 条 1 項の法令解釈について重要な事項を含む事件であること

第 2 以下において述べるとおり、本件各訴えについて、「法律上の争訟」性を否定したことは、裁判所法 3 条 1 項の法令解釈を誤ったものである。

平成 14 年最高裁判決の妥当範囲については、後述のとおり、塩野宏をはじめとする行政法学者からその妥当範囲を拡張的に捉えるべきではないことが夙に指摘されているものである。また、そもそも平成 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）ものである。学説からの批判の論調も、「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 卷 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、その厳しさは他に類をみないものがあり、また、憲法学、行政法学や民事訴訟法学と法学の分野を問わず、各分野で第一人者と目されている法学者らがこぞって根本的な批判をしており、平成 14 年最高裁判決は法学界をあげての批判的関心を集めているものである。

原判決は、平成 14 年最高裁判決を肯定したにとどまらず、さらに同最判の妥当範囲を同判決の文言以上に拡張をした法令解釈を示したものであるから、本件は、裁判所法 3 条 1 項という法令の解釈についての重要な事項を含む事件というべきである。

3 上告受理申立て理由の概要

第 2 において、本件各訴えは、判例により確立した「法律上の争訟」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）に該当すること及び平成 14 年最高裁判決の判決理由中の先例拘束性を有する判断（判例）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「法律上の争訟」に該当しないことに限られるものであるところ本件はこれに該当しないのであるから、平成 14 年最高裁判決を前提としても、本件各

訴えは「法律上の争訟」に該当するものであることを述べ、第3から第8において、さらに分節して、本件各訴えが平成14年最高裁判決の妥当範囲外にあることについて述べる。

第3において、本件における申立人の立場は「専ら行政権の主体として」に該当しないものであるから、本件を平成14年最高裁判決の妥当範囲内とした原判決が誤りであることについて述べる。

第4において「法規の適用の適正ないし一般公益の保護」を目的とした訴訟全般を平成14年最高裁判決の妥当範囲内としたことの誤りについて述べる。そして、第5において「国民に対して」ではなく国を相手方とする本訴訟を平成14年最高裁判決の妥当範囲内としたことの誤り、第6において許可権限の行使を「無きが如きものとされる」程度に損なわれる行為に対する訴えについて平成14年最高裁判決の妥当範囲内としたことの誤り、第7において行政主体が法令により課された義務に係る訴えについて平成14年最高裁判決の妥当範囲内としたことの誤りについて述べ、第8において「義務の履行を求める訴訟」ではない予備的請求である確認請求に係る訴えについて平成14年最高裁判決の妥当範囲内としたことの誤りについて述べる。

最後に、第9において、平成14年最高裁判決の示した「法律上の争訟」(裁判所法3条1項)についての法令解釈自体が不当であることについて述べる。

第2 本件各訴えについて「法律上の争訟」(裁判所法3条1項)であることを否定した原判決の法令解釈の誤り

1 司法権の意義と「法律上の争訟」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。

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。

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、裁判所が裁判を拒絶することは許されず、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のである。

(2) 「法律上の争訟」の定式について

ア 前述のとおり、事件性は司法権の内実である（事件性が司法権の発動要件である。）とするのが、通説的理解である。

この事件性の要素については、「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）と理解されてきた。

そして、この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。）。

したがって、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」に該当しないこととなる。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ということになる。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、裁判所はその裁判を拒絶することは許されない。

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巻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。もっとも、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）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、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

での「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。

2 平成 14 年最高裁判決の妥当範囲について

(1) 先例拘束力の範囲

ア 結論命題にのみ先例拘束力が認められること

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。

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。

イ 平成 14 年最高裁判決の結論命題

(ア) 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る。

(イ) 平成 14 年最高裁判決は、当該事案についての判断であり、事案の性質を異にするならば、「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」であっても平成 14 年最高裁判決とは事案を異にするものとして、同最判の射程外ということになる。藤田宙靖元最高裁判事は、同『裁判と法律学』において、「厳密に言いますと、判決理由というのは、一般論を展開しているように見えても、実はそれは、その事件の個別的な事実関係と切り離して理解することはできないのであって、これは最高裁判例にあっても基本的に同じことです。」(36 頁)、「厳密に言えば全ての最高裁判決は本来『事例判決』であるので

あって、『法理判決』のように見えるものであっても、その実『事例判決』としての性質を内蔵するものであることを否定できない、ということです。」(38～39頁)、「学説は『理論』からアプローチするが、最高裁は、『事実』ないし『事案』からアプローチする、ということになりましょう。従って、『最高裁判例』ないし『判例理論』なるものも、その基盤には意外にもろいものがあり、昨日まで『最高裁判例』と見られていたものが、その理論的枠組みを変えることなく、ある日突然実質的に変わってしまうということがあっても、さほど不思議ではない、ということになります。」(49頁)、「適用されるべき法規範の内容の具体的事件依存性という側面があるからこそ、確立しているように見える判例・学説に反した判決がなされるような可能性もまたあるのです。」(77頁)と指摘しているが、判例理論や判例上の法概念は、最高裁判例のものも含めて、本来、具体的事案の事実関係に依存した性質のものであり、当該事実関係を離れ普遍的なものとして捉えることには、慎重でなければならないものである。平成14年最高裁判決については、事案の特殊性が認められるもので、「当該事案の事実関係・法律関係に即してその射程を狭く限定すべきであると思われる。『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』が定めている規制の仕組みは、『指導対象施設』建築に関する市長の事前同意(三条)、不同意の場合の市長による中止命令(八条)というものである。これらは、全体として行政指導ベースの規制といえるのではないか…。宝塚市条例は、中止命令という文言を使用しているが、不同意にもかかわらず建

設した者や中止命令に違反した者に対して罰則規定が置かれていないので、中止命令は行政処分で無い可能性がある。そうすると、中止命令が出されたとしてもそれだけで不作為義務が生じるわけではなく、したがってこの段階で義務履行のための訴訟もできないということになる。平成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)との指摘がなされている。

(2) 平成 14 年最高裁判決は厳しい批判を受けているもので直接の射程(結論命題) 外に拡張されるべきではないこと

ア 平成 14 年最高裁判決以前、我が国では、裁判実務において行政権の主体が司法手続によって行政上の義務に履行を求めることが認められており、学説においても行政上の義務履行請求権を認めて司法手続による執行を許容する見解は圧倒的通説というべき状況であった。

たとえば、村上順「判批」判例評論 332 号 176 頁(昭和 61 年)は「行政上の義務履行確保の手段として行政上の自力救済手段を利用しえない場合、民事上の救済手段が利用できることは一般に承認されてしかるべきであると考えられる。その根拠としては、戦後日本は、憲法原理上、行政国家制から司法国家制に裁判システムが転換したことに基づき(憲法七六条、裁判所法三条)、行政上の義務の履行確保の手段としても、英米およびフランス型の司法強制の原則を(そのものではないまでも)基本的な考え方として採用したことが挙げられる。現行行政強制の基本原則が、司法裁判所による他力

執行システムにあることは、戦前の自力執行システムに拠った行政上の義務履行確保の手段の主なものが廃止され(直接強制、執行罰)、他力執行の仕組みに改組されたこと(民事執行法上の動産の引渡し・不動産の明渡し強制・行政罰)を見れば明らかである。したがって、行政上の自力執行手段として残された行政代執行、公法上の金銭債権の強制徴収のシステムは、義務違反(債務の存否)の認定と物理的強制力の行使が行政庁自身に帰属するものとして、その意味で、行政上の義務履行確保を迅速・果敢に行いうるシステムとして、義務者の権利保護を第一義とする司法的強制原則の例外をなす特権的制度とみなされる。この点を考慮に容れず、行政上の義務履行確保の手段は行政上の強制執行システムに拠るべきであり、民事執行法上の強制的実現方法を活用できないと考えるのは、旧来の公法私法二元論に捉われた考え方であり、また、民事執行法上の保全・強制執行手段が特例的に承認されるのは、私法上の被保全的権利に類似した行政上の権原(例えば、公所有権、公法上の債権)がある場合に限られるとするのは、ドイツの国庫説的発想に拠るものであって失当を免れない。」とし、曾和俊文「地方公共団体の訴訟」杉村敏正編『行政救済法2』(平成3年)287頁は、「行政上の義務違反を理由とする刑事訴訟あるいは行政強制の適法性をめぐる行政訴訟等が『法律上の争訟』性を有することに異論はないであろうから、行政上の義務の履行を求める民事訴訟が『法律上の争訟』性の要件を満たすことに今日問題はないと思われる。」としていた。

平成14年最高裁判決は、突如として、従前の学説や裁判実務を覆したものであった。

イ 平成 14 年最高裁判決について、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ふことはできないから、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ふことはいえない（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）、「法律上、特別の義務履行確保の手続が定められていない場合に、行政主体が民事上の強制執行によることが許されるかどうかについては、明治憲法の下では、行政主体が民事上の強制執行制度を利用することができるのは、私法上の法律関係に立つ場合だけであるとされており、それは、包括的な行政的執行のシステムと対応していたのである。これに対して、現在はかかる事情はない。もとより立法政策として、民事執行は純粹の民事関係に限るということもありうるところであるが、現在の民事執行法をこのように限定的に読む理由はないよう

に思われる（同旨、田中・行政法上巻一七八頁以下）。この場合、行政行為だからといって、直ちに民事執行手続きに乗るのではなくして、行政庁としては裁判所で、債務名義を獲得しなければならない（このような条例に基づく建築禁止命令の不履行に対し、地方公共団体が私人を相手に申請した工事続行禁止の仮処分を認め、その際、命令の適法性を審査した例として大阪高決昭和六〇・一一・二五判例時報一一八九号三九頁があるが、命令の公定力が働くので、裁判所の審査は命令の有効無効に限定されると解される。参照、雄川一郎ほか・前掲行政強制一九三頁）。もっとも、義務の性質如何によっては、民事執行制度の利用になじまないものもあろうが、それは民事関係でも同じである。細部の理論構成あるいは具体的な適用範囲に関する論議は別として、わが国において、行政主体も私人の行政上の義務履行確保の手段として、民事上の強制執行制度を利用できるとするについては、ほぼ異論のないところであり（参照、中野貞一郎・民事執行法〔増補新訂六版、二〇一〇年〕一二三頁以下、雄川ほか・前掲行政強制一八頁以下、小早川・行政法上二四一頁以下、阿部泰隆「行政上の義務の民事執行」阿部・行政法の解釈〔一九九〇年〕三二二頁以下、細川俊彦「公法上の義務履行と強制執行」民商法雑誌八二巻五号〔一九八〇年〕六四一頁以下）、かつ、これらの文献にも示されているように、下級審裁判例の蓄積もある。これに対して、最高裁判所は平成一四年七月九日判決（民集五六巻六号一一三四頁、行政判例百選Ⅰ一一五事件）において、国又は地方公共団体がもっぱら行政権の主体として国民に対して行政上の義務履行を求める訴訟は不適法であるとした。その論拠は法律上の争訟にあ

たらないという点にあるが、これは、法律上の争訟は本来、私権の保護に限定されることを前提としている。この点は法律上の争訟の概念に関係するのでここでは深く立ち入らないが（詳細は本書Ⅱ二八〇頁以下参照）、法律上の争訟をこのように断片的に把握することに根本の問題があるとともに、仮にそのような理解に立ったとしても、なお、わが国の行政上の義務履行確保制度の歴史的、比較法的考察を十分行うならば、現行法が行政主体による民事訴訟の利用可能性を認めているという結論を導き出すことができるものと解されるのであって、その意味で本最高裁判所判決は二重の意味で疑点があるものとする。戦後のわが国の行政上の強制執行体制の展開の意義に全く理解を示さないものである」（塩野宏『行政法Ⅰ（6訂版）』246頁）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』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しろのこと、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か

わりはない。『法律上の争訟』にあたりとみるのが、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、とっ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。

憲法学者からも、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、英米にあっ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もとも思われる。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るとした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）とするなどの平成 14 年最高裁判決に対する批判がなされている。

また、民事訴訟法学者である中野貞一郎は「(i) 行政法規に基づき行政庁により課された行政上の義務であっても、それが法的義務として存在する以上、その内容を義務者の意思に拘わらず実現できなければならない。多くの場合、行政上の義務には、その違反に対する制裁（刑事罰ないし行政上の秩序罰）を伴うが、罰則による威嚇だけでは私人の義務履行を確保するに必ずしも十分でなく、行政上の強制執行や形式的強制執行の認められる範囲も限られているので、民事執行による補充が必要である。(ii) 行政上の義務につき民事執行を認めるのは、行政紛争の解決を最終的に司法機関に担保させる日本国憲法の建前に合し、旧行政執行法（明治三三年法律八四号）から行政代執行法（昭和二三年法律四三号）への移行における行政強制の縮小は、その後も強制執行の必要な範囲では司法強制への肩代わりを予定していたとみるのが当然であろう（このことは、行訴四四条の反対解釈としても窺いうる）。(iii) 民事執行のためには給付判決等の債務名義を必要とし、その形成過程において義務者は十分な手続保障を享ける。従って、民事執行の手段につき、行政代執行法二条の制限（「他の手段によってその履行を確保することが

困難であり、且つその不履行を放置することが著しく公益に反すると認められるとき」)を類推する必要はなく(細川・前掲六五七頁は制限が必要と説く)、義務者の手続保障がより薄い行政上の強制執行に乗せうるかどうかがあきらかでない行政上の義務(河川法七五条による原状回復命令の履行につき、岐阜地判昭和四四年一月二七日判時六〇〇号一〇〇頁は、履行を求める訴えを適法とするが、行政代執行によった例(大津地決昭和四三年二月一九日訟務月報一四卷四号三八六頁)もある)についても、その判定を司法機関に委ねる趣旨を含めて、行政側は債務名義を取得し民事執行に出る方途を執るべきである。最近の最高裁判例には、国又は地方公共団体が、財産権の主体としてではなく、『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、これを認める規定もないから、不適法というべきである』と判示したものがあ(最判平成一四年七月九日民集五六卷六号一一三四頁)賛成できない。(中野貞一郎「民事執行法(増補新訂6版)」123頁)としている。

平成14年最高裁判決に対する批判の厳しさは類をみないものと言ってよい。

ウ 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

扱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できる。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って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、法令の解释权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

エ 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）し、高木光は「学説の大多数は批判的である。そこで、判例変更が望ましいが、少なくともその射程を極力限定して理解すべきである。」（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）とし、人見剛は「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。

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、これを超えて拡張されるべきものではない。

オ また、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い(「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」であっても「法律上の争訟」に該当する場合がある。)と考えられることについて留意すべきである。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ということである。

(3) 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

ア 原判決の引用する一審判決において「そもそも司法権は、国民の
裁判を受ける権利（憲法 32 条）との関係において、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って、行政主体の行
政権限の救済をその本旨とするものでない」（一審判決書 24 頁）、「平
成 14 年最高裁判決は、国民の権利利益の保護救済を図るという司
法の本来的役割に鑑みて、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訴訟について、自らの
主観的な権利利益の実現のための訴訟ではないとして、法律上の争
訟該当性を否定したものと解される。」（同 26～27 頁）としている
ことから、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」に該当するものではないこと
について述べておくこととする。

相手方は、「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）」という等式を主張し、「判例は、憲法 76 条 1
項が定める『司法権』の本来的な範囲を、国民が自己の権利利益を
侵害されたとして裁判所に救済を求める訴訟に限定」（一審被告第 1
準備書面 7 頁）と主張していた。そして、上記のように解する根拠
を、「人民に対する国家権力の行使としての司法が、行政から分離独
立するに至ったのは、人民の個人としての基本的な自由や権利を保
障する要求に基づくものであって、司法権は、十全に独立性を保障
された裁判所の公正な裁判によって国民がその権利・自由に関し実
効的な救済を得ることができるという国民の裁判を受ける権利（憲

法 32 条)を受け止める統治構造上の制度的基盤をなすものである。このような司法権の沿革からすると、司法権は国民の権利利益を保護するために憲法上その権限を付与されていると解するほかなく、また、憲法が権力を制限することにより自由を保障しようとすることを基本理念とすることからすると、憲法が、司法権の固有の内容として、国民に義務を課すような形で行使される行政権を保護する権限をも付与していると解することはできない。さらに、『司法権＝法律上の争訟』概念は、民主的正統性に欠ける司法権の発動対象を画する憲法上の概念であることに鑑みるなら、行政主体が司法権発動を通じて国民に統制を及ぼす場面までその内側に包摂することには慎重であるべきである)」(同 8～9 頁)と主張していた。

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よう場合には、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。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」は、「国民の裁判を受ける権利」に対応するものではない。

い。「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論理は、成り立ちえない。

以上のことについては、村上裕章教授の控訴審における意見書(甲C18号証)に、「第1審判決は、『そもそも司法権は、国民の裁判を受ける権利(憲法32条)との関係において、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って、行政主体の行政権限の救済をその本旨とするものではない』と述べている。必ずしも明確ではないが、行政主体は裁判を受ける権利を保障されているわけではないから、行政主体の提起する訴訟は法律上の争訟に当たらない、という趣旨かもしれない。しかし、平成14年最高裁判決は、そもそも裁判を受ける権利には全く言及していないから、このような見解に立つものとは解されない。いずれにしても、この論拠(裁判を受ける権利論)は、先に検討した訴訟目的論や公権力主体論とは全く別物である上、行政主体が財産権の主体として訴訟を提起する場合や、平成21年最高裁判決の事案のように行政契約上の権利を主張して出訴する場合にも、裁判を受ける権利を保障されているわけではないから、このような見解は判例とも矛盾するものである。」と指摘されているとおりである。

なお、前述のとおり、平成14年最高裁判決については、その調査官解説において、「納税義務や賦課金納付義務等…時効中断等のために当該金銭債権について給付訴訟又は確認訴訟」が「法律上の争訟」に該当するとされているが、課税権限は、行政主体の財産的権利ではないことは当然、財産的権利に由来するものでもない。行政主体が課税権原に基づいて国民に納税の義務を負わせ、行政主体が

国民に公法上の義務である納税義務の履行や義務の確認を司法手続で求めることは、行政主体の「裁判を受ける権利」に基づくものではないが、「法律上の争訟」と認められているものである。

イ 以上述べたとおり、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。

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。

(4) 小括

「法律上の争訟」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）に該当し、且つ平成 14 年最高裁判決の妥当範囲（「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」）の外にある事案については、当然に「法律上の争訟」性が認められるものである。

3 本件各訴えが「法律上の争訟」の定式に該当すること（「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該当することであって、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」に該当すること）

(1) 「当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛

争」であること

ア 行政処分によるのではなく、法令によって直接に義務が生ずる場合であっても、それが抽象的に法令解釈を求めるものではなく、具体的かつ特定された義務の存否が問題となっている場合には、具体的な争訟事件性を有し「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」に該当することは当然である。

先に引用したとおり、最高裁昭和 27 年 7 月 8 日判決・民集 6 巻 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。」と判示しており、直接に当事者の具体的な法律上の地位に係る紛争がない場合に一般的かつ抽象的な法令上の義務の存否の確認を求めることは、「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」の存在は認められない。

これに対し、行政処分によることなく法令により直接に課せられる義務であっても、その義務の存否が、当事者の具体的に特定された法律上の地位にかかわる場合には、「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」と認められることは、これまでの裁判実務においても認められているものである。たとえば、旧薬事法下で登録を受けていた薬剤師が、新薬事法 5 条を違憲として、「薬事法 5 条に基づく薬局の開設許可または許可更新の各申請義

務が存在しないこと」の確認を求めて提起した訴訟について、最高裁昭和 41 年 7 月 20 日大法廷判決・民集 20 卷 6 号 1217 頁は訴えの適法性を認めている。同事案について、一審の東京地裁昭和 37 年 10 月 24 日判決は「一般に行政庁のなんらかの処分をまつまでもなく、法令自体が直接国民の権利義務に影響を及ぼすような場合には、その法令により権利義務に直接の影響を受ける国民は国に対しその法令の無効確認あるいは当該無効法令に基づく権利義務の存在、不存在等の確認を求めて裁判所に提訴することは、許されるものと解すべき」として訴えを適法と認めた。控訴審の東京高裁昭和 38 年 4 月 26 日判決（なお、控訴審において、請求の趣旨は「控訴人は薬剤師法第五条に基いて許可または許可の更新を受けることなく昭和三八年一月以降薬局の開設をなし得ることを確認する。」に変更）、上告審の最高裁大法廷判決は、いずれも訴えを適法として扱い、実体判断をしているが、これは「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」と認めたことに他ならない。

法令により直接課される義務についても、当事者について具体的に特定されたな法律上の地位が問題とされる場合には、「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」に該当することは当然である。

イ 水産資源保護法の委任に基づいて制定された沖縄県漁業調整規則 39 条 1 項は、「漁業権の設定されている漁場内において岩礁を破碎し、又は土砂若しくは岩石を採取しようとする者は、知事の許可を受けなければならない。」と規定しており、「漁業権の設定されている漁場内」において岩礁破碎等の行為をする者は知事の岩礁破碎等

許可を受けなければならないと定めているが、このことは、知事の岩礁破碎等許可を受けずに岩礁破碎等を行ってはならないという不作為義務を定めていることを意味する。そして、かかる不作為義務は、当該義務を賦課した許可権者である沖縄県知事及びその所属する行政主体である沖縄県に対する関係での義務である（甲C第1号証）。

同規則 52 条、54 条は、同規則 39 条 1 項の違反についての罰則を定めているから、同規則 39 条 1 項違反が違法と評価されることは一義的に明らかである。同規則 39 条 1 項の定める不作為義務が法律上の義務であることについては、疑いの余地がない。

国の機関である沖縄防衛局は、本件水域に含まれる水域について公有水面埋立承認を受け、既に公有水面埋立ての本体工事に着手しているものであるが、その公有水面埋立承認の願書では、本件水域における岩礁破碎等を伴う内容が記載されており、沖縄防衛局によって本件水域で岩礁破碎等がなされることは確実であり、かつ、本体工事に着手しているのであるから岩礁破碎等は切迫しているものであり、沖縄防衛局による岩礁破碎等の危険は、個別、具体化しているものである。

本件の当事者について、請求の趣旨に示した、直接に具体的に特定された法律上の地位が争われているものであり、本件は、「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」に該当するものである。。

ウ 本件において、岩礁破碎等について沖縄県と国との間に、「法律関係」が存することは、国の側から沖縄県に対して、公法上の不作為

義務の確認を求めて提訴をした場合を考えれば、明らかである。

国は、本件水域における岩礁破碎等を伴う公有水面埋立工事について公有水面埋立法に基づく承認を受け、公有水面埋立工事に着手をしている。そして、岩礁破碎等許可の要否（本件水域における漁業権の存否）について、沖縄県と国は異なる見解を主張し、沖縄県は国の機関である沖縄防衛局に対して、岩礁破碎等を行うには岩礁破碎等許可が必要であるとくり返して行政指導を行い、沖縄防衛局はこの指導に従うことを拒否している。

沖縄県漁業調整規則 39 条 1 項違反には、水産資源保護法の委任により、規則 52 条、54 条により罰則が定められているから、本件水域において普天間飛行場代替施設建設事業に係る岩礁破碎等行為を行おうとしている国が、刑罰という不利益を回避するために、沖縄県を相手方として、本件水域における岩礁破碎等行為の不作为義務の不存在確認請求をすることは可能であると考えられる。

このことは、国が岩礁破碎等許可を受けることなく本件水域において岩礁破碎等を行おうとしていることについて、沖縄県と国との間に法律関係が存することを示すものにほかならない。

エ 以上のとおり、本件は、「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」に該当するものである。

(2) 「法令の適用により終局的に解決することができるもの」に該当すること

「法令の適用により終局的に解決することができるもの」という要件は、紛争の内容が学術、技芸あるいは宗教上の教義にかかるものである場合には、裁判所が法令の適用や解釈によって解決することは不

可能であり、したがって、審判の対象として適切性を欠くことを示すものである。

本件は、沖縄県漁業調整規則や漁業法という法令の解釈について、地方公共団体と国とが異なる解釈を主張していることにより生じた紛争であるから、法令の解釈を示して適用することに終局的に解決できるものであり、「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。

(3) 平成 14 年最高裁判決を前提としても原判決が破棄されるべきこと

以上のとおり、本件各訴えは、「法律上の争訟」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、第 3 から第 7 において後述するとおり、本件各訴えは、いずれも「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」には該当しないものであるから、平成 14 年最高裁判決の妥当範囲外である。また、第 8 において述べるとおり、予備的請求である確認請求に係る訴えは、「履行を求める訴訟」に該当しないという点においても平成 14 年最高裁判決の妥当範囲外である。

したがって、本件各訴えはいずれも「法律上の争訟」に該当するものである。

本件各訴えについて、いずれも「法律上の争訟」に該当しないという理由で不適法として訴えを却下した一審判決を維持して控訴を棄却した原判決は、裁判所法 3 条 1 項の法令解釈を誤ったものであるから、

原判決は破棄されなければならない。

第3 本件の上告人の立場についての法解釈の誤り

1 本訴訟は「専ら行政権の主体」として提起した訴えではない点で平成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。

しかし、本訴訟は、地方公共団体が公物の管理者としての立場において提起した訴訟である点、水産資源という地域の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基づいて提起した訴訟である点で、「専ら行政権の主体」として提起した訴訟ではない。

したがって、本件訴訟は平成14年最高裁判決の趣旨は妥当せず、適法である。

以下、それぞれ述べる。

2 地方公共団体が公物の管理者としての立場において提起した訴訟であること

(1) 最高裁平成8年10月29日判決・判例タイムズ947号185頁(以下、「平成8年最高裁判決」という。)が公物管理権に基づく請求を認容した判例であること

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、という事案である。

一審は、所有権移転登記手続請求は棄却したが、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、工作物の撤去・明渡請求、市道敷地であることの確認の訴えを認容している。

二審は、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（他の請求も全て認容）。

最高裁は、Yの上告に対して、背信的悪意者（B）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、差し戻したが、道路管理権に基づく工作物の撤去・明渡請求と、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。

同判決の判示上、「道路管理者としての本件土地の管理権」に基づいて、市道の敷地であることの確認等が認められており、占有の事実は認定されていないこと、上告人の所有権が道路法所定の制限を受けていることについて判示して、最高裁昭和44年12月4日判決・民集23巻12号2407号が引用されているところ、占有訴権に基づく訴えに対して、本権を抗弁とすることはできないから、占有訴権に基づく

請求については、上告人の所有権に制限があるか否かは不必要な判示であること、確認の訴えについては、被上告人は、そもそも、占有訴権に基づく確認の訴えを求めておらず、道路管理権に基づく請求しかなされていないこと（松山地裁平成2年2月19日判決・金融商事法務1026号17頁の事実第二・一・9参照）、占有訴権に基づいて、市道であることの確認の利益が認められるとは考えられないこと、同判決調査官解説836頁から837頁は、同判決の要旨を整理するにあたり、「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Yが本件土地を取得し、Xが登記を欠くため所有権取得をYに対抗できなくなったとしても、Yは道路敷地として道路法所定の制限を加えられたものを取得したにすぎない～Xの道路管理権に基づく各請求は理由があり、Yの損害賠償請求は理由がないから、これらの部分に関する原審の判断は正当であるとして、原判決の一部を破棄差戻しとし、その余の上告を棄却すべきものとした」としていることから、平成8年最高裁判決が道路管理権に基づく請求について、法律上の争訟性を認めたものであることは疑う余地がない。

(2) 平成8年最高裁判決が平成14年最高裁判決の射程外であること

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

(3) 公物管理権に基づく訴えは、「権利」に準じると考えられること

平成14年最高裁判決を積極的に評価する数少ない行政法学者である原島良成についても、同「<判例研究>裁判を通じた行政上の義務

の履行強制：宝塚市パチンコ店等建築規制条例事件最高裁判決」上智法学論集 47 卷 2 号 61 頁以下の 69 頁脚注 21 において、「公物管理権を、管理主体の所有権に淵源するものと見るならば、それは、単なる管理“権能”と言うより管理する“権利”に近く、請求権の基礎たり得るとも言えよう。」として、地方公共団体等の公物管理権に基づく訴えを適法と評価している。

なお、原島が同脚注 20 において公物管理権に基づく訴えを許容した裁判例として挙げているもののうち、千葉地決昭和 52 年 5 月 4 日訟月 23 卷 11 号 1849 頁の事案は、航空法 49 条 1 項に違反して建設された鉄塔について、空港公団が違反物件の除去請求権（同条 2 項）を被保全権利として断行の仮処分を行ったものであるが、所有権は債務者にある事案であるから、原島において、他有公物（公物管理権者が所有権者ではない）であるか否かは問題とされていない（なお、平成 8 年最高裁判決も、上告審は所有権の帰属について明らかでないとして差し戻しているから、自有公物か他有公物かを問題としていない）。

この点、原野翹「財産管理法」下山瑛二・室井力『行政法下巻』61 頁から 62 頁も、公物管理権の作用を財産管理権の行使と捉え、「他有公物の場合には、その管理権は、所有権行使の制限された物権的支配権とみてよく、・・・むしろ、内容的には、法令に特別の規定のない限り私物に対する管理権と同様のものとして把握される。」、「公物は公法、私物は私法との考え方は、今日とりえないであろう。」、「公物管理権は、本質的には、公権力の行使としてとらえられるべきものではない」と述べている。

これらの見解に従えば、他有公物の場合も含めて、公物管理権に基

づく訴えについては、財産上の権利利益に準じるものであるから、平成 14 年最高裁判決の妥当範囲外であり、法律上の争訟性は肯定される。

(4) 本件訴訟が公物管理権に基づく訴えであること

原判決は、「海は、そのままの状態では所有権の客体たる土地に当たらず、本件水域が過去において所有権の客体足り得た事情も認められない以上、控訴人主張に係る各法令によっても、控訴人が、本件水域につき財産管理権を有することが根拠付けられると解することはできない。なお、控訴人による本件水域の排他的支配が存するとも認められず、控訴人は占有権も有しない。」とし、「地方公共団体が公物に対する財産管理権を有していた事案である平成 8 年最高裁判決の事案とは事案を異にするというべきであって、控訴人の主張は採用することができない。」としている（原判決書 4 頁から 5 頁）。

しかし、この点の判示は、二重に誤っている。

まず、海に対して私的所有権が成立しうるか否かと、公所有権その他の権限に基づく財産管理権が成立しうるかは別の問題であって（塩野宏『行政法Ⅲ [第四版] 行政組織法』375 頁、同『行政組織法の諸問題』318 頁）、申立人が、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に基づき（ちなみに、国は同規則に基づく使用許可を得ている）、財産管理権を有していることは疑いようがない（来生新「海の管理」雄川一郎他編『現代行政法体系第 9 巻』355 頁以下、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』9 頁参照）。

申立人は財産管理権を有しているから（なお、念のため、地自法に

基づく管理権が排除されるわけではない（来生新前掲論文 358～359 頁、塩野宏『行政組織法の諸問題』330～331 頁）、まず、この点で原判決は誤りである。

また、平成 8 年最高裁判決は、所有権の帰属については差し戻しているところ、原告たる松山市が財産管理権を有しているかは不明な事案であったため（私人に私的所有権が成立している場合には、財産管理権は及ばない）、この点でも原判決は誤っている。

沖縄県漁業調整規則 39 条は、海という公共用物の公共用物としての機能を維持発展させるための管理行為（機能管理）を沖縄県知事に委ねたものであり、本件は、海という公共用物について、財産管理、機能管理を行う主体である申立人が、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 8 年判決と同様、平成 14 年最高裁判決は妥当しない。

3 水産資源という地域の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基づいて提起した訴訟であること

人見意見書(甲 C 1) 11 頁以下で指摘されているとおり、本件訴訟は、地域の水域に存する水産資源という地域の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（人見意見書 11 頁のいうところの、私人たる漁業関係者と同様の立場）においても提起された訴訟でもある。

したがって、「専ら行政権の主体として」提起した訴訟とは言えず、本件には、平成 14 年最高裁判決は妥当しない。

第 4 「法規の適用の適正ないし一般公益の保護」を目的とした訴訟全般を

平成 14 年最高裁判決の妥当範囲内として「法律上の争訟」性を否定したことの法解釈の誤り

原判決は、平成 14 年最高裁判決の妥当範囲について、「法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とする訴訟の法律上の争訟該当性を否定した」（一審判決書 26 頁）とした一審判決を引用し、それを前提として、本件に平成 14 年最高裁判決が妥当する旨を判断している。

しかし、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』に該当しないと判断したものではないことは、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。）の存在より明らかである。

平成 21 年最高裁判決は、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。

最高裁は、平成 14 年最高裁判決の判例変更をすることなく訴えを適法と認めている。

地方公共団体が事業者と公害防止協定を締結するのは、地域環境の保全等の一般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、地方公共団体に財産上の権利利益が存するものではない。

したがって、平成 21 年最高裁判決の事案は、地方公共団体が一般公益の保護を目的として提起した訴訟であるところ（山本隆司『判例から

探求する行政法』213頁、曾和俊文『行政法執行システムの法理論』170頁、西上治『機関訴訟の「法律上の争訟」性』59頁注153等)、平成14年最高裁判決を、「『法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的』とする訴訟は『法律上の争訟』に該当しない」という命題に関する判例として読むことができないことは明らかである。

この点、一審判決を引用した原判決の判示は、「平成21年最高裁判決は、公害防止協定の法的性質を契約と解した上で、当該訴訟を、事業者と対等な立場で契約をした地方公共団体が事業者に対して契約上の義務の履行を求めた訴訟と捉えたものと解することができる。そうすると、平成21年最高裁判決に係る事案は、契約関係の存在を前提としない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とは区別されるべきものということができるから、平成21年最高裁判決が、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とする訴訟の法律上の争訟該当性を否定した平成14年最高裁判決に抵触する判断をしたとは解されない。したがって、平成21年最高裁判決に関する原告の上記主張は採用することができない。」(一審判決書25～26頁、原判決4頁、下線部は原判決が変更した部分)としている。

この原判決の判断は、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』とする訴訟は『法律上の争訟』に該当しない」という判断をしたことを前提に、「契約関係の存在を前提とする」場合には、妥当しない、とするものと考えられるが、その論拠は何も示されていない。

裁判を受ける権利に基づくか否かという点では、「契約関係の存在を前提とする場合」か否かとは無関係であるから、原判決の判示をそのよう

に読むことはできない。

地方公共団体と事業者の対等性故に「契約関係の存在を前提とする場合」には妥当しないというのであれば（そもそもなぜそのように読めるのかも不明だが）、少なくとも、第7で述べるとおり、本件のように処分を介在せずに法令が課す義務の履行を求める訴えには、同様に平成14年最高裁判決が妥当しないと考えなければならないから、そのように読むこともできないであろう。

あるいは、公害防止協定締結により保護される利益が一般公益であっても、公害防止協定を一旦締結したことにより、公害防止協定に基づく請求権という権利が地方公共団体に帰属するに至り、この履行を求める訴えは、一般公益の保護を目的とするものではない、という趣旨であると原判決を読むとしても（つまり、平成14年最高裁判決は、訴訟の直接の目的が「一般公益の保護」であるものの法律上の争訟該当性を否定したもので、訴訟の直接の目的が権利であれば、法律上の争訟該当性を肯定したものと原判決が解釈したものと読むとしても）、平成14年最高裁判決は、本案の判断をしていないから、平成14年最高裁判決の妥当範囲の解釈としては正しくない。

すなわち、平成14年最高裁判決調査官解説も、「納税義務や賦課金納付義務等…時効中断等のために当該金銭債権について給付訴訟又は確認訴訟」が「法律上の争訟」に該当することを当然視しているところ（なお、岡山地判昭和41年5月19日行政裁判例集17巻5号549頁）、このような場合には、行政処分により租税債権という請求権が行政主体に発生していることが当然の前提となっている。

つまり、処分の根拠法規によっては、行政権限の行使により、行政主

体に請求権が帰属する場合があることは否定できない。

ところが、平成 14 年最高裁判決は、根拠法規の解釈により請求権が否定されるとの本案の判断を行わずに法律上の争訟性を否定しているのだから、平成 14 年最高裁判決が「一般公益の保護を目的とする」と判示しているのを、上記のように読むことはできない。

結局、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」の法律上の争訟性を否定したものと解釈することはできない。

したがって、平成 14 年最高裁判決を、「法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とする訴訟」一般の法律上の争訟性を否定したものと解釈して、本件に平成 14 年最高裁判決が妥当すると判断した原判決は誤りである。

第 5 国に対する訴訟を平成 14 年最高裁判決の妥当範囲内として「法律上の争訟」性を否定したことの法令解釈の誤り

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

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。

2 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こと

「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。

「国は、一事業者としての地位にあるときも、一般私人のような営業の自由などの基本的人権の享有主体ではなく、むしろ法律による行政に拘束されている主体として私人よりも高いレベルで法令上の義務を遵守することを期待される存在であって、地方公共団体から法令上の義務履行を求めて出訴されても当然にそれを受け止めるべき」（甲C1）ものであり、このことよりしても、国に対する訴訟である本件について、平成14年最高裁判決の趣旨が類推されるべきではない。

3 原判決が破棄されるべきこと

第2において述べたとおり、本件については、「法律上の争訟」（裁判所法3条1項）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、相手方（一審被告）は「国」であって「国民」ではないから、平成14年最高裁判決の妥当範囲外であり、本件各訴えは、「法律上の争訟」に該当する。

原判決が、本件各訴えの「法律上の争訟」性を否定して不適法却下をした一審判決を維持して控訴を棄却したことは、裁判所法3条1項の「法律上の争訟」に係る法令解釈を誤ったものであり、破棄を免れない。

第6 許可権限の行使を「無きが如きものとされる」程度に損なわれる行為に対する訴えについて「法律上の争訟」性を否定したことについての法解釈の誤り

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」について認められる。

第2でも述べたが、現行憲法下においては、民事刑事に加えて行政事件が司法権に含まれるように至ったが、行政事件における法律上の争訟該当性判断は、行政事件の特殊性を踏まえて解釈されなければならない（以下の論述は全体的に亘理意見書に拠る）。

民事上の一法律関係一般において通常想定される当事者間の具体的な権利義務関係に留めておこなうなら、本来それと同視し得るものでありながら、権利義務関係とは異なった局面で生じる法律関係を裁判による審理救済の対象から不当に除外してしまう。

そのため、権利義務関係には必ずしも該当しないが、それと同視し得る内容・性質を有する事案は、「当事者間の具体的な・・・法律関係」の中に包摂して、法律上の争訟性を認め、裁判による審判・救済の対象に取り込むことを可能ならしめる趣旨を含意する規定として裁判所法3条1項は把握されるべきである。

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

法律上の争訟概念における「当事者間の具体的な権利義務」という言い回しも、特定のモノや資源が特定の者に帰属することを前提に、帰属する者に認められる権利とその対極にある義務者との法律関係を意味す

るものとして想定されてきており、かかる権利が不法に侵害されるときには、自己に帰属する当該権利を防御し又は回復するための訴訟の提起が可能とされなければならない。

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

本件は、岩礁破碎等行為について本来的には許可・不許可の判断をなし得る権限が都道府県知事に帰属するにも限らず、国は、岩礁破碎等行為の申請を行っていない。罰則の適用は検察官が国に帰属することからありえず、その余の行政的執行手段を地方公共団体が法定することはできない。

本件は、都道府県知事に帰属せしめられた権限行使自体が「無きが如きものとされる」程度に損なわれた事案であり、このような場合には、法律上の争訟性が認められるべきである。

第7 行政主体が法令により課された義務に係る訴えについて平成 14 年最高裁判決の妥当範囲内として「法律上の争訟」性を否定したことの誤り

第4で述べたとおり、平成 21 年最高裁判決は、平成 14 年最高裁判決が、『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るわけではないことを明らかにした。

平成 14 年最高裁判決は、財産権に基づく訴えも明示的に除いていることと合わせ考えるなら（言うまでもなく、財産権に基づく訴えの中には、契約に拠らずに、民法その他の法令に基づき発生する義務の履行を求める訴えも存在する）、「専ら行政権の主体として」、「行政上の義務の履行」を求める訴えとは、選択された当該法関係それ自体が、権力的契機を持つものであることが必要と解するほかはない。

つまり、亘理意見書が指摘しているとおおり、平成 14 年最高裁判決が、法律上の争訟性を否定したのは、工事の中止命令という行政処分によって生じた義務の強制履行に司法権の手を借りようとするものであったためと考えられる。

このような場合は、裁判所は、行政処分が無効であり、処分当初より一切の効力を生じないとされる場合を除いて、当該処分が有効であることを前提に相手方国民に対し当該処分により生じた義務の履行を命ずるか否かを判断せざるを得ず、行政処分の適法性を自らの目で全面的に審査することができないという制約を受け、それにもかかわらず、当該処分の有効性を前提とした義務の履行強制のための裁判を行わなければならないという事態を招きかねないと危惧し、このような事態は、行政権に対する司法権の関係という見地から、あるいは相手方国民の権利保護の観点から見ても、妥当性を有し得ないと考えた可能性がある（もっとも、解釈としては、このような場合には、裁判所の審査は処分の適法性に及ぶとする可能性もあったはずであるが）。

かかる推測が正しいのであれば、法令が行政権になんらかの処分権を

与え、行政権が一方的にかかる処分権を行使し、課した義務の履行を求める訴えのみが、平成 14 年最高裁判決のいうところの、「専ら行政権の主体として」、「行政上の義務の履行」を求める訴えとして、法律上の争訟性を欠くものと解される。

一方で、行政処分等の行政活動による義務付けを介在しない「法令による義務」の履行を求める場合には、平成 14 年最高裁判決は妥当しないと解すべきである。

このような場合、行政主体は私人に対して何ら優越的な立場にはなく、私人と対等な当事者として裁判所に助力を求めているものであり、同じく法が定める義務を同じく裁判所の助力を借りて実現する財産権に基づく訴えと、「終局的な目的を公益とする」という点を除けば、区別ができないからである（そして、「終局的な目的を公益とする」か否かは、平成 21 年最高裁判決からすれば、区別基準足りえない）。

本件は、義務が直接法令により課されており、行政庁の処分を介在しない場合であるから、平成 14 年最高裁判決は妥当しない。

第 8 確認の訴えについて平成 14 年最高裁判決が妥当するとして「法律上の争訟」性を否定したことについての法令解釈の誤り

1 確認の訴えは「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。

これに対し、予備的請求である確認請求に係る訴えは、「履行を求める

訴訟」ではない。

したがって、予備的請求である確認請求に係る訴えについては、平成 14 年最高裁判決は妥当しないものである。

2 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確認請求に拡張されないこと

(1) 確認訴訟は判断作用のみからなり執行力が付加されないこと

「司法権」の意義については、先に述べたとおり、「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）とするのが確たる通説である。

この司法権の定義は、訴訟の類型を問わずに共通する司法の中核が、具体的な法律関係の存否の判断と既判力という判断作用にあることを示している。

法律関係の観念的確定によって紛争を終局的に解決する既判力ある裁判を求める確認訴訟は、まさにこの司法の中核である判断作用からなる訴訟類型である。

この判断作用に加え、司法判断の結果を実現させるために、執行力や形成力が付加された訴訟類型が、給付訴訟や形成訴訟である。

判断作用からなる確認訴訟と、判断作用に加えて執行力を付加した給付訴訟では、訴訟の類型が異なるものである。

(2) 平成 14 年最高裁判決は執行力が付加された訴訟類型を否定したものであること

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、行政上の義務に係る訴訟を判断作用の対象とすることについてではなく、判断作用に付加された行政上の義務についての「執行力」の付与の問題である。

法律関係についての司法判断のみが既判力をもって示され、この判断に執行力や形成力が付加されていないのが、確認訴訟の判決である。裁判を「行政権の執行力獲得の手段として利用」するということは、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、判断作用のみからなり執行力の付加を伴わない確認訴訟には妥当しえない。

平成 14 年最高裁判決は、「履行を求める訴訟」、すなわち、執行力を付加された訴訟についてのみ妥当するものであって、確認訴訟には妥当しない。

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。

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」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、「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、確認請求についての法律上の争訟性は同最判によっては否定されないものと言うべきである。

平成 14 年最高裁判決の判例の趣旨は行政上の義務の民事執行を否定することにあるが、この趣旨は執行力の付加されていない訴訟類型である確認の訴えには及ばないものであり、平成 14 年最高裁判決を先例として、公法上の義務の確認請求についての「法律上の争訟」性を否定することはできないものである。

3 原判決が破棄されるべきこと

第 2 において述べたとおり、本件については、「法律上の争訟」（裁判所法 3 条 1 項）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、予備的請求である確認請求に係る訴えについては、「履行を求める訴訟」に該当しないものであるから、平成14年最高裁判決の妥当範囲外である。

したがって、予備的請求である確認請求に係る訴えは、「法律上の争訟」に該当するものであり、予備的請求である確認の訴えの適法性は、確認の利益の判断においてなされるべきものである。

しかし、原判決は、確認請求に係る訴えについて「法律上の争訟」性を否定して確認の利益についての判断をすることもなく不適法却下をした一審判決を維持して控訴を棄却したものであるから、予備的請求である確認請求に係る訴えの「法律上の争訟」性を否定した点において、裁判所法3条1項の法令解釈を誤ったものであり、破棄を免れない。

第9 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」性を否定することについての法解釈の誤り

以上で述べてきたとおり、そもそも本件には平成14年最高裁判決は妥当せず、法律上の争訟性を否定することはできない。

しかし、仮に、本件に平成14年最高裁判決が妥当するものとしても、以下に述べるとおり、平成14年最高裁判決が判示する法律上の争訟概念は誤りであって、それ自体が見直されるべきである。

1 原判決の理解する平成14年最高裁判決が示した判断

上記のとおり、本件は、平成14年最高裁判決とは、申立人の立場、被告が国民ではない点、処分を介在していない点、給付訴訟のみならず確認訴訟も提起している点などで相違がある。

しかし、原判決は、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』とする訴訟一般が『法律上の争訟』に該当しない」という命題を採用したものと解釈し、それを前提に、本件には平成 14 年最高裁判決が妥当する旨判示している（上記の事案の相違は妥当範囲を左右しないと判断している）。

すなわち、「一般的に、行政主体が、法規の適用の適正ないし一般公益の保護のためではなく、自己の主観的な権利利益に基づき保護救済を求める場合に限り、当該訴訟が法律上の争訟に該当する旨を判示したものと解される。したがって、本件差止請求に係る訴えの被告が国であることを理由として、かかる訴訟が平成 14 年最高裁判決の妥当範囲外とする原告の上記主張は採用することができない。」（一審判決書 21～22 頁、原判決 3 頁で引用）、「平成 14 年最高裁判決は、行政主体が自己の主観的な権利利益に基づき保護救済を求める場合を除き、行政主体による行政上の義務の履行を求める訴訟の法律上の争訟該当性を否定したものと解されるどころ、行政処分ではなく法令により課されたものであったとしても、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された訴訟である限り、自己の主観的な権利利益に基づき保護救済を求める場合に当たらないことは明らかといわざるを得ない。」（一審判決書 23 頁、原判決 3 頁で引用）、「平成 14 年最高裁判決は、国民の権利利益の保護救済を図るという司法の本来的役割に鑑みて、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訴訟について、自らの主観的な権利利益の実現のための訴訟ではないとして、法律上の争訟該当性を否定したものと解される。そうすると、本件確認請求に係る訴えは、本件差止請求に係る訴えと同様、本件規則 39 条 1

項の適用の適正ないし一般公益の保護を目的として、原告が専ら行政権の主体として提起したものである以上、平成 14 年最高裁判決が妥当するものと解されるから、法律上の争訟に当たらない」（一審判決書 26～27 頁、原判決 3 頁で引用）等と判示している（このように理解された平成 14 年最高裁判決の判断を、以下では、単に、平成 14 年最高裁判決が示した判断、解釈、法律上の争訟概念等と記述する）。

このような法律上の争訟概念は、板まんだら事件等が規定する伝統的な法律上の争訟概念の定式である「当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であって、かつ、それが法令の適用により終局的に解決することができるもの」に、私権保護目的の争訟提起という新たな要素を付け加えたものと言いうる（調査官解説 541～542 頁「本判決は、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法律上の争訟性を吟味しているところ、確かに、このような観点は、これまでの判例では、必ずしも明示的には示されていなかった」）。

このような法律上の争訟概念を採用すべき根拠は、明確ではないが、「法律上の争訟の概念は、司法権の本質的な要素である具体的事件・争訟性の要件を表現したものであるところ、そもそも司法権は、国民の裁判を受ける権利（憲法 32 条）との関係において、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って、行政主体の行政権限の救済をその本旨とするものではないこと」（一審判決書 24 頁、原判決 3 頁で引用）に求めるものと考えられる。

しかし、仮に、このように平成 14 年最高裁判決の妥当範囲を広範に解釈できるとしても、同判決が示す法律上の争訟概念は誤りである。

以下では、まず、平成 14 年最高裁判決が拠って立つ（と原判決が考えた）司法権概念から、平成 14 年最高裁判決の法律上の争訟概念が導けないことについて述べ、その後、その余の点から見ても平成 14 年最高裁判決の法律上の争訟概念が誤りであることについて述べ、次に本件が当事者訴訟として提起しうるものであることについて述べる。

2 司法権の概念について

原判決の理解では、平成 14 年最高裁判決の判断は、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、行政主体の行政権限の救済をその本旨とするものではないことを根拠とするようである。

しかし、第 1 でも述べたとおり、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ことからは、平成 14 年最高裁判決の法律上の争訟概念は導かれない。

既に詳述したため詳細は繰り返さないが、要点は、以下の四点である。

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むしろ望ましいことが帰結されるから、平成 14 年最高裁判決のように、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。

しかし、当の米国においては、司法的執行が原則であり、我が国の現行憲法及び裁判所法が制定されるよりも以前の 1895 年には既に、州際で運行する鉄道職員がストライキ等を行っていることを、州際通商法

(ICC法)に違反するとして、合衆国政府がその差止を求めた民事訴訟において、連邦裁判所は、「公衆の利益のために行使すべき権限を付託されている政府たるものは、その権限の行使にあたって、自らの政府の裁判所に対し、適切な援助を申し立てる権利があるのであり、～そこに財産的利害関係がないということだけでこの権利が否定されることにはならない。政府が、社会の成員すべての利益を促進し、また、公共の福祉への損害を引き起こすような、一部の者の許されざる行為を防止するという責務を有するというだけで、裁判所に提訴するための原告適格を認めるのに、通常は十分である」等と述べて、訴えを適法としていた(中川丈久「行政訴訟に関する外国法制調査ーアメリカ(上)」ジュリスト 1240号 101頁以下)。

英米系の司法権概念を継受した我が国において、司法的執行が本来の原則であり、行政的執行が定められていない場合には司法的執行が可能であることについては、古くは田中二郎『行政法(上)』178頁から179頁、山田準次郎『行政法』145頁から146頁、下山瑛士『現代行政法学の基礎』182頁から187頁、大浜啓吉『行政法総論第三版 行政法講義I』420頁から421頁等が指摘してきたものである。

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、ということである(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)。

この点、憲法学説上も平成 14 年最高裁判決に対しては総じて批判が強く（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）、特に、司法権概念について調査官解説が依拠したと考えられる佐藤幸司が強く批判していることからすると（佐藤幸治『日本国憲法論』589 頁）、いかに平成 14 年最高裁判決が論理的に根拠を有しないものであったか、理解されよう。

第三に、このような司法権の概念から平成 14 年最高裁判決の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を適切に説明できないことである。

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ような場合には法律上の争訟に該当することを許容しているが、行政主体はいかなる意味でも国民ではなく、私法的に行動する場合であっても、裁判を受ける権利等の基本的人権を享受し得ない（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）。

したがって、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説明することは困難と言わざるを得ない。

この点、原判決は、「国民が自らの権利利益の保護救済を求めて提訴した場合と同視し得る」として（一審判決書 25 頁、原判決 3 頁で引用）、これを説明するのであるが、説明になっていない。

裁判を受ける権利から司法権概念を規定したはずなのに、裁判を受ける権利とは無関係に「国民が自らの権利利益の保護救済を求めて提訴し

た場合と同視し得る」根拠がないからである。

第四に、現に私法上の権利利益の保護救済を目的としない訴訟が許容されていることである。

平成 14 年最高裁判決の調査官解説は、「納税義務や賦課金納付義務等…時効中断等のために当該金銭債権について給付訴訟又は確認訴訟」が「法律上の争訟」に該当するとしているが、課税権限は、行政主体の財産的権利ではないことは当然、財産的権利に由来するものでもない。

行政主体が課税権原に基づいて国民に納税の義務を負わせ、行政主体が国民に公法上の義務である納税義務の履行や義務の確認を司法手続で求めることは、行政主体の「裁判を受ける権利」に基づくものではなく、私法上の権利利益の保護救済を求めるものではない。

それにもかかわらず、「法律上の争訟」と認められているものが現に存在するのであり、上記のような司法権概念からは説明ができない。

3 法律上の争訟概念について

上記のとおり、平成 14 年最高裁判決が拠って立つ（と原判決が判断している）司法権概念からは、平成 14 年最高裁判決の法律上の争訟概念を根拠づけられない。

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しておく。

(1) 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を包含できない。

前提として、法律上の争訟概念に刑事事件が含まれることは疑いがない(最高裁判所事務総局総務局編『裁判所法逐条解説(上)』22 頁)。

立法過程における議論として内藤頼博『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 頁では、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ふことにはならない。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」と説明されていたとおり、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ある。

ここでは、権利義務の帰属主体たる行政主体と、その機関とは区別されており(機関訴訟が法律上の争訟ではないとされるのは、機関には権利義務も法律関係も帰属せず、機関間の紛争は、「当事者間」の紛争足り得ないからであって、提訴者の私的権利の保護を目的としないからではない)、紛争の対象となっている権利(提訴者が主張する権利)が「私権」か「公権」かは問題とはなっていない。

ところが、平成 14 年最高裁判決のように、提訴者の私的な権利利益の保護救済を目的とするという要素を法律上の争訟概念に含めると、刑事事件を統一的な概念として説明することはできなくなる。

この点、原判決は、平成 14 年最高裁判決は刑事事件について判示したものではないとしつつ、「法律上の争訟の概念は、司法権の本質的な要素である具体的事件・争訟性の要件を表現したものであるところ、そもそも司法権は、国民の裁判を受ける権利（憲法 32 条）との関係において、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って、行政主体の行政権限の救済をその本旨とするものではないことや、憲法上、刑事訴訟において、被告人の種々の権利の保障を図りつつ、裁判を通じて、国家権力としての刑罰権を適切かつ迅速に実現することが求められていることなどに鑑みれば、国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として行政上の義務の履行を求める訴訟と刑事訴訟とでは、憲法上司法権に求められた役割という観点からみて相当程度の差異が存するというべきであるから、これらの訴訟の間で法律上の争訟の構成要素が異なることが必ずしも不当とは解されない。」と判示するが（一審判決書 24 頁、原判決書 3 頁で引用）、説明になっていない。

刑事訴訟は、原判決の言うところでは、「行政主体の行政権限の救済」を目的とする訴訟であろうが、刑罰権以外の公権の保護を目的とする行政訴訟と、この点で相違はない。

また、憲法上、刑事被告人や被疑者の権利については規定があることは事実だが、行政訴訟においても、被告とされた者の手続保障は当然に図られるところ、第 2 や、上記でも述べたとおり、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国民の権利利益の保護の観点から望ましいことに違いはない。

憲法が刑事訴訟を司法権に委ねたのは、刑罰権を行使される国民の

権利利益を保護するためであるが、そうであれば、行政上の義務の履行確保についても、司法権により被提訴者の権利利益を保護させることが否定される筋合いはないのである。

結局、原判決が挙げている理由は、何ら刑事事件を特別扱いする理由にはなりえず、「法律上の争訟」を刑事事件と民事事件、行政事件とで区別するのは妥当ではない。

そもそも、同じ法令の同じ法律用語が、全く異なる要素を包含しているという解釈は、法文解釈として、極めて無理がある。

さらに指摘するなら、「法律上の争訟」概念が事件類型ごとに異なるのであれば、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のであって、行政訴訟は、刑事訴訟と同様に、公権の保護が必要となる事件類型であるところ、被提訴者の手続保障を図りつつ、行政上の義務の履行を求める訴えを「法律上の争訟」として司法権が取り扱えない理由はないであろう。

(2) 平成 14 年最高裁判決は片面的に法律上の争訟概念を捉えるもので、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〔第五版補訂版〕行政救済法』281 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、処分の名あて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。

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（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』（甲C5）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、利害の相對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：なお、この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頁参照）。

村上裕章「日本における客観訴訟論の導入と定着」九大法政研究82巻第2・3合併号297頁は、「法律上の争訟」は訴訟の対象に関わる問題であるのに対し、客観訴訟論は訴訟目的に関わる問題であるから、両者を直結させることには論理的に問題がある」と述べている。

また、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 卷 3 号 115 頁（甲 C 7）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。

このように、元々、「法律上の争訟」概念は、訴訟の対象となる実体概念として立法されていたところ、平成 14 年最高裁判決の法律上の争訟概念に拠るならば、同じ実体を持つ紛争が片方から見れば法律上の争訟となり、他方から見れば法律上の争訟ではなくなる、という片面的な法律上の争訟概念を許容することになるが、このような片面的な法律上の争訟概念に根拠はない。

まさしく、塩野宏『行政法〔第五版補訂版〕行政救済法』281 頁が述べるとおりのことである。

4 当事者訴訟においては、私権に基づく訴え提起のみ許されると考えられるわけではないことについて

既に第 2 で述べたとおり、岩礁破碎等について沖縄県と国との間には、岩礁破碎等に関する不作為義務の存否を巡る紛争が存在しているところ、本件は、「公法上の法律関係に関する訴訟」、すなわち当事者訴訟である。

当事者訴訟は、行訴法 4 条に規定される訴訟類型であるが、地方公共団体が、公権が帰属する行政主体として提起する訴えを包含する訴訟類型である。

当事者訴訟は、古くは明治憲法下において講学上の概念として美濃部

達吉が述べていたもので（同『行政裁判法』7頁「民事裁判と同様に、対等なる当事者相互の間の権利の争いを判断する作用」）、美濃部がリードした昭和3年「行政裁判法（及訴願法）改正綱領」、昭和7年「行政訴訟法案」において導入が企図され、戦後、現行憲法下において、行政事件訴訟特例法の「その他公法上の権利関係に関する訴え」に含まれ、行政事件訴訟法4条に規定されるに至った。

この点、例えば、行政事件訴訟特例法の立法に司法省から携わった熊野五郎裁判官は、行政事件訴訟特例法の解説書である『新しい行政訴訟』において、「当事者訴訟とは、国、公共団体または私人が対等な当事者として相互の間に、公法上の権利関係に関して争がある場合に、一方から相手方を被告として、その争の判断を求めるために提起する訴訟である。例えば、地方自治法第9条第1項によれば「市町村の境界に関し争論があるときは、関係市町村は、裁判所にその確定の訴えを提起することができる。」と規定している。争の当事者は、ともに普通地方公共団体であり、争の目的は、市町村の境界で公法上の権利関係であるから、これは典型的な当事者訴訟に属する」（同19～20頁）、「当事者訴訟が提起できるのは地方自治法第9条第1項のように、特に法律で提起を許した場合にかぎるとするのは正当ではない。何故ならば、権利関係の存否に関して争いがある以上、それが私法関係のものであろうと公法関係のものであろうと、いやしくも、その確定を求める利益が存するのにかかわらず、その提起を許さないとするのは、前にも述べた新憲法32条の趣旨に反するからである。」（同20～21頁）と解説している。

また、行政事件訴訟特例法施行後の税法関係行政事件担当裁判官会同での意見交換において（最高裁判所事務総局行政局「昭和25年3月9

日税法関係行政事件担当裁判官会同概要」行政裁判資料 11 号 20～24 頁)、「地方公共団体相互間における特定個人に対する課税権の存否についての争いに対して裁判所は裁判権を有するか。」という問題について、当時の各所の裁判官が議論をしているが、「問題の第 1 項の方は、公共団体と公共団体との間の紛争として、当事者訴訟の形で訴訟ができるのではないかと考えております。それは、この場合、特定人に対する課税の権限が二つの行政庁の間のいずれに分配されているかを争う権限争議の性格をもつものではなく、各々権利主体である公共団体の間において、課税権という権能の範囲を争うものであります上、公共団体の間で、そのいずれが特定人に対して課税権があるかどうかということになりますと、各公共団体について具体的な利害関係のある紛争として、いわゆる法律上の争訟に当たると解し得るからであります。」、「いまの問題においては、一の公共団体の権利ないし権能と他の公共団体の権利ないし権能との争いとみて、当事者訴訟として考えてよいと存じます。行政事件訴訟特例法にいう公法上の権利関係に関する訴訟とは、かような権利ないし権能に関する争も含めて解してよいのではないかと考えております。しかし、行政機関同士の権限の争ですと、明文がない限り、訴えを提起することはできないと思います。」とまとめられていた（矢野第二課長発言）。

ここでは、「機関」と「行政主体」が明確に区別されており、また、「行政主体」が、行政区域の境界や課税権という、明らかに公権の保護を目的として提起する訴えも否定されていない。

他に、やはり行政事件訴訟特例法の制定にかかわった田中二郎も、「法律上、当事者訴訟を提起しうべきことを特に明記している場合がある。

例えば、地方自治法に「市町村の境界に関し争論があるときには、関係市町村は、裁判所にその画定の訴えを提起することができる」と規定し（9条1項）～が如き、その例である。これは、従来、法律の明文がなければ、出訴できないとの建前の下に、必要とされたのであって、現行制度の下においては、かような規定は、単に注意的規定としての意味をもつに止まる。」（田中二郎『行政争訟の法理』29～30頁）と述べていた。

同様に、行政事件訴訟特例法の制定に関与した兼子一は、「新行政訴訟の基礎理論」自治研究24巻8～9頁において、行政事件の中に、「公共団体相互間の権限に関する争いのような当事者間の公法上の法律関係の確定を求める当事者訴訟がある（行政特例法1条、地方自治法9条参照）」と述べていた。

あるいは、浅賀栄は、行政事件訴訟特例法下の同『行政訴訟の諸問題』において、「地方公共団体相互間における訴訟は機関訴訟とは区別されなければならない。従って、例えば公共団体相互間における特定個人に対する課税権の存否について争がある場合は、二つの行政庁の間でいずれに分配するかの場合と異なった、各権利主体である公共団体の間において、課税権の範囲を争うものである以上、各公共団体間に具体的な利害関係のある紛争即ち「法律上の争訟」があるものと解すべきである」（同25頁）と述べており、この記述は、行政事件訴訟法制定後の昭和42年の『行政訴訟実務総攬』にも引き継がれている（同27頁、33頁脚注12）。

他にも、地自法9条9項の境界に関する訴えについて、当事者訴訟と言及する見解として、南博方編『注釈行政事件訴訟法（初版）』69頁（当

事者訴訟について該当箇所の執筆は園部逸夫、藤原淳一郎)、塩野宏『行政法Ⅱ』209頁「課税権の帰属に関する地方公共団体の長との間の訴訟(地方税法8条)、市町村の境界に関する訴訟(地方自治法9条)がある。これらは、性質上は主観的訴訟に属するものではあるが、制定法上特に規定されたものとみなすことができる。」、安達和志「判例評釈」自治研究61巻9号125頁「境界確定訴訟の性質も、行政主体法人としての市町村相互の権利関係にかかわる争いとして、基本的には民事上の境界確定訴訟の同質のものと解してよい」、山内一夫他編『注釈地方自治法』310頁(執筆者は成田頼明)などがある。

このように、当事者訴訟は、その「公法上の法律関係に関する訴訟」という規定文言上、明らかに公権を巡る紛争を含むものであり、境界に関する訴えや課税権を巡る訴え等、私的権利利益の保護を目的とするものとは言い難い訴えも解釈上許容されてきたものである。

行政機関(行政庁)とは異なり、行政主体は権利義務や法律関係の帰属主体であり、行政庁の「権限」の行使により行政主体に権利義務や法律関係が帰属する関係にある(塩野宏『行政法Ⅰ』124頁参照)。

平成14年最高裁判決以前の過去の裁判例においては、法律あるいは条例によって私人に対する義務賦課権限が与えられた行政庁が所属する行政主体に、その義務の履行請求権が帰属することは当然視されてきたし(詳細は、人見意見書4頁以下を参照)、行政法学説は、伝統的に、国家の私人に対する権利(国家公権)があることを当然の前提としてきており(人見意見書7頁以下及び人見剛「地方公共団体の出訴資格再論—『法律上の争訟』に関する私権保護ドグマ」磯部力先生古稀記念論文集『都市と環境の公法学』220頁以下(甲C2)参照)、本件のように、

行政上の義務履行請求権を認め、司法手続による執行を許容する見解は圧倒的な通説であった（人見意見書6頁のほか、白井皓喜判例地方自治24号86頁、亀田健二「わが国における条例上の義務の司法的執行」関西大学法学論集43巻1・2合併号220～221頁、確井光明「行政上の履行確保」公法研究58号150頁脚注34、美濃部達吉『日本行政法・上』117頁以下、田中二郎『新版・行政法 上巻（全訂第2版）』85頁、同178頁等）。

このような公権の典型的なものが刑罰権であり、かかる「権利」を実現する手段として刑事訴訟がある。

原判決が説明するように、刑事訴訟は、検察官の「権限」を保護するものであるため、本来的には法律上の争訟概念から外れるはずであるが、憲法上被疑者や被告人の権利の定めがあることから、法律上の争訟に含まれるのではない。

行政主体たる国と被疑者ないし被告人間における権利義務ないし法律関係を巡る紛争であるが故に法律上の争訟に含まれるのであり、法律上の争訟は上記のとおり訴訟の対象たる実体概念であるから、刑罰権を有する国が、自らの私権ではなく公権保護のために提起しても、法律上の争訟たることに変わりはないのである。

そして、刑罰権以外の公権を実現する訴訟として、上記のとおり、「公法上の法律関係に関する確認の訴えその他の公法上の法律関係に関する訴訟」、すなわち、当事者訴訟が存在する。

当事者訴訟がこの種の訴訟を許容するものであると解釈されることは、法律上の争訟概念が私権保護を目的とするという要素を持たないものとして解釈されるべきことの傍証であるとともに、仮に、法律上の争

訟概念を平成 14 年最高裁判決のように解釈したとしても、「その他法律において特に定める権限」として、当事者訴訟を解釈しうることを意味し、この意味でも本件訴訟は適法なのである。

5 結語

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から説明することが困難である上、同じ規定中に、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であるにもかかわらず、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おり、妥当ではない。

当事者訴訟は、その文言上、公権の帰属主体たる行政主体が公権の保護を求めて提起する訴えを含む上、解釈上もこれを許すものである。

このことからすると、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妥当ではないし、少なくとも、「その他法律において特に定める権限」として当事者訴訟を読み込む余地があり、いずれにせよ、本件訴訟は適法である。