

平成29年（行ウ）第10号

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事件

原告 沖縄県

被告 国

訴えの変更申立書

平成29年11月2日

那覇地方裁判所民事第2部合議A係 御中

被告は、訴状・請求の趣旨第1項の請求（以下「主位的請求」という。）について争っているが、仮に、履行請求（給付訴訟）である主位的請求が認められない場合でも、少なくとも公法上の法律関係の確認請求は認められるものというべきであるから、以下のとおり、主位的請求に対して予備的に、公法上の法律関係（不作為義務）の確認の訴えを追加する。

原告訴訟代理人

弁護士 宮 國 英 男

弁護士 松 永 和 宏

弁護士 仲 西 孝 浩

弁護士 加 藤 裕

原告指定代理人

沖縄県知事公室

知事公室長 謝 花 喜一郎

基地対策統括監 池 田 竹 州

辺野古新基地建設問題対策課

課 長 多良間 一 弘

副参事 城 間 正 彦

副参事 田 代 寛 幸

班 長 新 垣 耕

主 幹 神 元 愛

主 査 知 念 敦

主 査 山 城 智 一

主 任 山 城 正 也

主 任 川 満 健太郎

主 事 大 城 和華子

沖縄県農林水産部

部 長 島 尻 勝 広

農漁村基盤統括監 仲 村 剛

参 事 新 里 勝 也

水産課

課 長 平安名 盛 正

班 長 七 條 裕 蔵

主任技師 岸 本 和 雄

主 査 登野盛 真 一

沖縄県土木建築部海岸防災課

副参事	普天間 朝 好
班 長	中 村 猛
主 任	矢 野 慎太郎

沖縄県環境部環境政策課

班 長	知 念 宏 忠
主任技師	愛 甲 俊 郎
主 任	知 名 光太郎
主 任	崎 枝 正 輝
主 任	神 谷 大二郎
主 任	具志堅 洋 介

予備的に追加する請求の趣旨

原告は、予備的請求として、下記の請求（以下、「本件確認の訴え」という。）を追加する。

記

被告は、訴状別紙図面 1 図示の 1-1、1-2、1-3、1-4、1-5、1-6、1-7、1-8、1-9、1-10、1-11、1-12、1-13、1-14、1-1 の各点を順次に結ぶ線（1-14 と 1-1 の点を結ぶ線は、陸岸又は第一橋梁の上流端の線とする。）によって囲まれる水域、2-1、2-2、2-3、2-4、2-1 の各点を順次に結ぶ線（2-1 と 2-4 を結ぶ線は陸岸の線とする。）によって囲まれる区域および 2-5、2-6、2-7、2-5 の各点を順次に結ぶ線（2-5 と 2-7 を結ぶ線は陸岸の線とする。）によって囲まれる水域及び 2-8、2-9、2-10、2-8 の各点を順次に結ぶ線（2-8 と 2-10 を結ぶ線は陸岸の線とする。）によって囲まれる水域において、沖縄県漁業調整規則 39 条所定の沖縄県知事の許可を受けることなく、岩礁を破砕し、又は土砂若しくは岩石を採取してはならない義務のあることを確認する。

予備的請求に関する主張

目次

第1 本件確認の訴えが「法律上の争訟」と認められること	9
1 はじめに.....	9
2 平成14年最高裁判決は確認請求についての先例とならないこと（同 最判の直接の射程範囲について）	9
(1) 判例とされる法律的判断（結論命題）	9
(2) 国民が自己の権利利益の救済の保護救済を求める事案のみが「司法 権」ないし「法律上の争訟」に該当するものではないこと.....	11
(3) 行政主体が提起する訴訟について、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場合のみが「法律上の争訟」に該当す るものではないこと	13
(4) 小括	17
3 平成14年最高裁判決は直接の射程（結論命題）外に拡張されるべき ではないこと.....	18
(1) 被告の引用する学者らの見解について（平成14年最高裁判決に対 しては厳しい批判が集中していること）	18
(2) 平成14年最高裁判決は直接の射程を超えて拡張されるべきではな いこと.....	27
(3) 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 定する点にあること（確認の訴えには妥当しないこと）	40
(4) 小括	42

4	「『行政権が司法権発動を通じて国民を統制する場面』は固有の司法権の範囲外」とする被告主張に理由がないこと	42
	(1) 被告の主張	42
	(2) 被告の主張には理由がないこと	43
5	「司法権・法律上の争訟＝裁判を受ける権利」という等式を絶対的なものとする被告主張の誤り	48
6	日本国憲法下では行政事件の特質を包含する概念として「法律上の争訟」の概念が捉えられるべきことについて	53
	(1) 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こと	53
	(2) 司法制度改革の一環としてなされた平成 16 年行訴法改正の目的	67
7	公益保護を目的とする公法上の義務の確認請求について「法律上の争訟」性が認められていること	69
	(1) 弁護士法 23 条の 2 に基づく照会に対する報告義務確認請求が認められたこと（愛知県弁護士会訴訟）	69
	(2) 納税義務の消滅時効回避のための当事者訴訟（国が原告となり国民を被告とした公法上の義務の確認の訴え）が認められていること	73
8	「司法権」の観念と「法律上の争訟」の意義（定式）について	74
	(1) 司法権の観念についての伝統的な見解	74
	(2) 事件性の要件が求められる根拠と被告主張の誤り	76
9	本件確認の訴えが「法律上の争訟」の要件を充足すること	85
	(1) 「法律上の争訟」の定式	85
	(2) 「法律上の争訟」の定式への本件確認の訴えの当てはめ（本件確認の訴えが「法律上の争訟」に該当すること）	89

第2	本件確認の訴えについて確認の利益が認められること	91
1	確認の訴えによることの適否について（確認訴訟の補充性に反しないことについて）	91
2	確認対象の適否について	92
3	即時確定の必要性について	95
(1)	被告による本件水域における岩礁破砕等は確実であり、切迫していること	95
(2)	原告の地位ないし利益に対する現実の不安・危険が生じていること	99
(3)	小括	105
4	結論	106
第3	請求の趣旨記載の不作為義務が認められること（本件水域は「漁業権の設定されている漁場」に該当すること）	107
1	問題の所在	107
2	いわゆる漁業権の一部放棄（漁業権者の意思に基づく漁場の区域の一部についての漁業権の消滅）は漁業法 22 条の「変更」に該当すること	108
(1)	漁業権の変更の意義	108
(2)	我が国の漁業法制が、漁業権を「営む権利」とし、免許によって漁業権が設権されるところとしたことの帰結	109
(3)	免許内容の事前決定制度を現行漁業法が採用したことの帰結 ...	116
(4)	従前示されていた国の解釈	117
(5)	小括	118
3	被告の主張を前提としても名護漁業協同組合が沖縄県に対して漁業権	

の放棄の意思表示をしたとは認められないこと	119
第4 結語.....	120

第1 本件確認の訴えが「法律上の争訟」と認められること

1 はじめに

被告は、答弁書において、履行請求である主位的請求について、最高裁平成14年7月9日判決・民集56巻6号1134頁（以下、訴状と同様に「平成14年最高裁判決」という。なお、答弁書では「最高裁平成14年判決」とされる。）を引用して、「最高裁平成14年判決によれば、行政事件を含む民事事件において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は『法律上の争訟』（裁判所法3条1項）に該当しない」（16頁）、「本件訴えは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であるから『法律上の争訟』に該当せず不適法である」（19頁）と主張し、訴えの適法性を争っている。

この給付訴訟（差止請求）を不適法とする被告の主張は誤りであるが（確認の訴えは、あくまで予備的請求として行うものであるが）、しかし、少なくとも、公法上の法律関係（公法上の義務）の確認請求は、平成14年最高裁判決とは事案を異にするものであるから、同最判と抵触するものではなく、法律上の争訟と認められることは明らかというべきである。

2 平成14年最高裁判決は確認請求についての先例とならないこと（同最判の直接の射程範囲について）

(1) 判例とされる法律的判断（結論命題）

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¹。

このことについて、たとえば、田中豊『民事訴訟判例読み方の基本』51頁は、「1つの判例が適用される範囲を指して、一般に『判例の射程』とか『判例の射程範囲』と表現する。制定法である我が国においては、1つの判決中の先例となる判断（判例）は、結局のところ制定法の規定の解釈適用についての結論命題なのであり、その結論命題である法律効果の及ぶ範囲を『判例の射程』という。判決の結論命題は、『a、b、c・・・の事実が存在するときは、Aという法律効果が発生する』という形で提示されるので、『判例の射程』を画するには、当該判決が『Aという法律効果』の発生のために最小限どれだけの類似化された事実が必要であるのかを確定する作業が不可欠である。この必要最小限の類似化された事実を、英米法では『重要な事実(material facts)』という。既存の判例が『Aという法律効果』の発生のために必要最小限の類型化された事実を『a、b、c、d』としている場合において、後継事件には『a、b、c、d』のうち1つ以上の事実がないときは、当該後継事件は既存の判例の射程外にあるということになる。そのような場合、最高裁判決は、『〇〇の判例は、事案を異にし本件に適切でない。』と表現することによって、判例の射程外にあるとの趣旨を示す。…。なお、後継事件には『a、b、c』があり『d』はないものの、『d』に代替し得る事実『e』があるので、既存の判例が肯定した『Aという法律効果』の発生を肯定してよいと考える場合には、『a、

¹中野次男編『判例とその読み方（3訂版）』参照。

b、c、e の事実が存するときは、Aという法律効果が発生する』という新たな判例が形成されることになる。」としている。

(2) 国民が自己の権利利益の救済の保護救済を求める事案のみが「司法権」ないし「法律上の争訟」に該当するものではないこと

被告は、「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」と主張するが、平成 14 年最高裁判決にはかかる判示は存在しない。

また、かかる主張は、行政主体が一般公益を目的として公害防止協定の履行を求めて提起した訴訟を適法とした福岡町公害防止協定事件についての平成 21 年最高裁判決と明らかに矛盾するが、同最判については、第 1、2(3)ウにおいて後述する。

そもそも、かかる主張が成り立ちえないことは、「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」ことから明らかである。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）のである。

さらに、平成14年最高裁判決の調査官解説は、行政主体が提起する訴訟について「法律上の争訟」性が認められる例として、国民の租税納付義務の消滅時効を回避するために行政主体が提起する給付訴訟を挙げているが（これが「法律上の争訟」に該当することに異論はないであろう。）、これは専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟であり、国民が裁判を受ける権利に基づいて自己の権利利益の保護救済を求めるものではないことは明らかである。したがって、平成14年最高裁判決自体、あくまで当該具体的な事案についての判断として示されたもので、「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」のすべてについて「法律上の争訟」に該当しないと解される趣旨ではないと解されるものである。

「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」したとする、司法権ないし「法律上の主張」に関する、被告による「判例」の解釈は誤りである。

(3) 行政主体が提起する訴訟について、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場合のみが「法律上の争訟」に該当するものではないこと

ア 平成 14 年最高裁判決は、その理由中において、「国又は地方公共団体が提起した訴訟であって、財産権の主体として自己の財産上の権利利益の保護救済を求めるような場合には、法律上の争訟に当たるというべきであるが、国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とするものであって、自己の権利利益の保護救済を目的とするものということとはできないから、法律上の争訟として当然に裁判所の審判の対象となるものではなく、法律に特別の規定がある場合に限り、提起することが許される」としている。

イ 「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」との判断は、結論命題として示されているものではないから、この判示自体は判例ではないが、「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」こと自体は当然のことである²。

そして、同最判は、「『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』は『法律上の争訟』に当たる」という判断を傍論として示しているが、「『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』のみが『法律上の争訟』に該当する」との判示はしていない。

ウ 「国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とするものであって、自己の権利利益の保護救済を目的とするものということとはできないから、法律上の争訟として当然に裁判所の審判の対象となるものではない」との判示は、「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」についてなされたものである。

「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」以外について、「『法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的』とする訴訟は『法律上の争訟』に該当しない」という命題は示されていないものである。

もっとも、平成 14 年最高裁判決後の下級審裁判例では、同最判の結論命題（国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟）を超えて、「『法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的』とする訴訟は『法律上の争訟』

² なお、行政主体の有する財産は、「公益に資するために存するものであり、公益に含まれるはずのものである」（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）から、「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」も、公益を目的とすることに変わりはない。

に該当しない」という、同最判が直接に示してはいない一般的命題をあたかも同最判の判例であるかの如く扱った下級審裁判例も現れ、「大いに問題をはらんだ判例上の『法律上の争訟』法理が、行政主体間訴訟を舞台に拡大再生産されていると言わざるを得ない」(人見剛・環境法判例百選〔第2版〕103事件解説)状況も生じていた。

そして、被告は、答弁書において、「下級審においても、最高裁平成14年判決を踏襲した判決が出されており(いわゆる杉並区住基ネット受信義務確認に関する東京高裁平成19年11月29日判決(裁判所ホームページ、最高裁平成20年7月8日第三小法廷決定において上告棄却及び不受理で確定)、池子の森米軍住宅増設中止訴訟に関する東京高裁平成19年2月15日判決・訟務月報53巻8号2385ページ(確定)参照)、最高裁平成14年判決は実務上確立した最高裁判例といえる。」(18頁)と主張している。

しかし、被告の引用する下級審裁判例の後になされた福間町公害防止協定事件についての最高裁平成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、明らかにされたものというべきである。

平成21年最高裁判決は、地方公共団体(福間町)がその区域内に産業廃棄物処理施設を設置している産業廃棄物処分業者に対し、町と産業廃棄物処分業者との間で締結された公害防止協定で定められた本件処分場の使用期限が経過したと主張して、本件土地を本件処分場として使用することの差止めを求めた事案に関するものであ

るが、最高裁は同訴訟を不適法とすることなく、判断をしている。すなわち、「法律上の争訟」と認めているものである³。

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」（乙B 4号証・山本隆司『判例から探求する行政法』213頁）、「原告である福間町が民事訴訟を通じて保護を求めた利益が、福間町自身の財産的利益ではなく、協定によって守られるべき周辺住民の生命・健康の保持と生活環境の保全利益であることには注目しておかなければならない」（曾和俊文『行政法執行システムの法理論』170頁）、「最判平成21年7月10日判時2058号53頁は、市と事業者との間で締結された公害防止協定に関し、市が当該協定による義務の履行を当該事業者に求めた事案について、公害防止協定による義務の履行を求めることは『一般公益の保護』のためではないとは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

³ 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』は、福間町公害防止協定事件についての平成21年最高裁判決と逗子市米軍住宅追加建設事件について、「逗子市米軍住宅追加建設事件については、最高裁の判例に照らすならば、訴えを適法とみるべきだったというべきであろう。」としている。

して、本案について審理したものである。

『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」という判例は存しないものである。

(4) 小括

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」というものであり、同最判の判例として扱われるのはこの部分のみであり、その余の判断はあくまでも傍論である。

平成 14 年最高裁判決の射程について、たとえば、高木光教授は「判例の読み方として推奨される作法によれば、同判決の射程は、『行政権の主体』としての地方公共団体が原告となって、私人を被告とする訴訟にしか及ばないはずである。」（高木光「原発訴訟における自治体の原告適格」自治研究 91 巻 9 号 5 頁）、『判例とその読み方』という有名な本がありますけれども、それによれば宝塚市条例事件判決というのは、国または地方公共団体が、専ら行政権の主体となって原告になっている。なおかつ、被告が国民である場合にだけしか及ばないはずなのです。それを、相手が国民であるか、国とか地方公共団体などの行政主体であるかを問わずということ自体が、まさに判例の読み方としておかしいということが言えると思うのです。とりあえず、まずそこで **distinguish** すべき」（兼子仁・阿部泰隆編『自治体の出訴権と住基ネット』〔研究座談会における高木光発言〕 90 頁）と指摘し、人見剛教授は「平成 14 年判決の『法律上の争訟』該当性を否定される国

又は地方公共団体が提起する訴訟は、通常考えられているものよりずっと限られており、『専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟』に限られる」（人見剛「大間原発訴訟における函館市の出訴資格及び原告適格」自治総研 444 号 24 頁）と指摘している。

「『国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として』『国民に対して』『行政上の義務の履行を求める訴訟』という要件のすべてに該当する事案のみが、平成 14 年最高裁判決の直接の射程となるものであるが、公法上の法律関係（不作為義務）の確認の訴えは、「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、同最判の直接の射程外であることは明らかである。

3 平成 14 年最高裁判決は直接の射程（結論命題）外に拡張されるべきではないこと

(1) 被告の引用する学者らの見解について（平成 14 年最高裁判決に対しては厳しい批判が集中していること）

被告第 1 準備書面は、「最高裁平成 14 年判決が従来判例・学説と整合する合理的なものであること」という標題のもとで、高名な憲法学者や行政法学者らの見解を引用しているが、恣意的な引用であり、実際には、平成 14 年最高裁判決は厳しく批判されているものである。

ア 佐藤幸治博士の見解について

被告は、第 1 準備書面の第 2、1（最高裁平成 14 年判決が従来判例・学説と整合する合理的なものであること）の 8 頁において、佐藤幸治教授の見解を引用し、乙 B 18 号証・佐藤幸治「自由の法秩序」

佐藤幸治ほか編『憲法五十年の展望Ⅱ』を提出している。

しかし、佐藤幸治教授は、平成14年最高裁判決について、「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の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）と批判している。

また、同書は、「行政事件の場合は、本来的に公共政策の形成と深く関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、行政事件訴訟の領域では、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枠割を担わされてきたという印象を拭えない。）」（同586頁）としているものである。

なお、佐藤幸治博士の司法権についての見解が被告の主張を裏付けるものではないことについては、第1、8(2)において詳述する。

イ 藤田宙靖博士の見解について

被告は、第1準備書面の第2、1（最高裁平成14年判決が従来の判例・学説と整合する合理的なものであること）の8頁において、藤

田宙靖『行政法総論』403 及び 404 頁を引用し、乙 B 14 号証として、同書 266～269、402～407 頁を提出している。

しかし、同書 277 頁（注(2)）は、平成 14 年最高裁判決について、「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」と厳しい批判をしているものである。

また、藤田宙靖『最高裁回想録』95 頁以下では、「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。」としている。

なお、被告は、乙B1号証として平成14年最高裁判決の調査官解説を提出しているが、同最判と調査官について、藤田宙靖「法律学と裁判実務」法学74巻5号には「『宝塚市パチンコ条例事件』判決とか…当時の行政法学者がこぞって反対した悪名高き判決を続けて出しておりました」(642頁)、「既存の引き出しのどれもがうまく当てはまらない事態が生じたとき、例えば大変な自信家の場合(優秀な若手の裁判官の中には時々こういうタイプがいます)には、強引に既存の引き出しを当てはめてしまって、とんでもない結論に到達してしまうこともあります(先に挙げた『宝塚市パチンコ条例事件』判決…などは、担当調査官のこういった判断を、小法廷の裁判官がうまくチェックできなかったケースではないかと思えます。)」(645頁)とされ、また、藤田宙靖『裁判と法律学』245頁以下では中川丈久教授の「調査官制度に関連して、二点ほどお伺いしたいと思います。一つは、先生が『回想録』の中で、困った最高裁

判決として、宝塚パチンコ条例事件のもの（最三小判平成一四.七.九民集五六卷六号一一三四頁）や、情報公開条例の個人情報の単位についてのもの（最三小判平成一三.三.二七民集五五卷二号五三〇頁）を挙げられています（『回想録』一二頁）。行政法学の世界では、この二つが困った判決であり、その調査官解説も説得力に欠けることについて、極めて多くの方が考えを共有していると思います。推測でしかないのですが、ああいう判決が出てしまう背景に『調査官裁判』があると考える余地はあるのでしょうか。それとも判事が『それでいい』と言っているのだから、判事がちゃんと見ていなかったということに尽きるのでしょうか。」との質問に対して「あれは私が入る前の判決ですから、全くの推測ですが、当時は園部さんが退官されてから私が就任するまでの間で、公法学者がいなかった時期でした。一方で担当調査官は両事件とも行政法に非常に詳しく、非常に優秀だし、また非常に自信の強い人たちだったのです。ですから、彼らが自信を持って『こうです』と言ったものに対して、裁判官たちは『ああ、そうか。そういうものか』と思ってしまったのではないかという気がするのです。」と答えている。

藤田宙靖元最高裁判事の見解は、「最高裁平成 14 年判決が従来の判例・学説と整合する合理的なものであること」を裏付けるものではないばかりか、その正反対に、「最高裁平成 14 年判決が従来の判例・学説と整合しない不合理的なものであること」を明らかにしているものにほかならない。

ウ 塩野宏博士の見解について

被告は、第 1 準備書面の第 2、1（最高裁平成 14 年判決が従来の

判例・学説と整合する合理的なものであること)の8頁において、塩野宏『行政法Ⅱ(第5版補訂版)』80～82頁を引用し、乙B16号証として同書78～83頁を提出している。

しかし、同書においては、平成14年最高裁判決について、「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」(283頁)と批判されているのである。同書280～283頁は、平成14年最高裁判決について、「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、裁判所法三条一項と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・九民集五六巻六号一一三四頁、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うことはいえない（これを否定することは、行政上の法律関係の存在を否定することになり、一挙に絶対君主制の時代にさかのぼる。さらにこの関係の法律関係性を否定すると、命令の相手方からの取消訴訟、さらにおよそ取消訴訟は法律関係に関する訴訟ではなく、取消訴訟制度がなければ、相手方には義務の不存在を争う手立てもないということになるが、そうだとすると、現行取消訴訟制度は本来の司法権の作用を超えたものとなる。最高裁判所がここまで考えているかどうかは、この判決からは明らかではない）。また、法令の適用により終局的解決ができないかといえ、本件などは、まさに条例の適用（当該条例が違法で無効であるかどうかは別として）により、義務の存在・不存在が確定し事件は解決するのである。ところが、最高裁判所は法律上の争訟性に関して、別の観点からの限定をかけている。それは、引用のごとく、一方当事者が財産権の主体ではなく、行政権の主体であり、かつ、その行政権が訴訟を提起するときだけ法律上の争訟性を欠くということに解される。ただ、行政庁が取消訴訟で被告となる場合には法律上の争訟になり（既述のようにこれまで否定するならば話はまた別である）、その場合には公益上の主張が許されることには、日本法として全く異論のなかったところであるが、かかる片面的法律上の争訟概念がどこから導き出されるかについては、判決には説明がなく、結論だけが示されているに過ぎない。この点につき最高裁判所の論理の根拠を公法と私法二元論に求

める見解もあるが（後掲、高木「判例解説」、公法・私法二元論は法秩序には公法と私法の二つの秩序があることを前提としつつその法関係化を目指したものであって（公権には国家的公権と個人的公権の二つに区分される。参照、田中・行政法上巻八五頁）、公法関係を法関係ではないというものではなく、裁判所のドグマティックの根拠をここに求めることはできないように思われる。さらに、仮に公法と私法の区別を前提としても日本国憲法にいう司法権の範囲が私法上の法律関係に限られるというのは、何人も支持しないところであろう。そこで判決の結論を維持する論拠となりうるのは、おそらく、民事執行法は自力救済の禁止が厳格に妥当する私人相互の権利実現のためのものであって、行政上の義務履行確保の制度を自ら用意できる行政主体には適用されないという民事執行不能論ではないかと考えられる（ただ、地方公共団体は自力救済の例外を自ら創出することを得ないし、民事執行不能論も採れない点については、本書Ⅰ二三〇頁以下参照）。そして、本件は、民事執行法以前の給付判決を求める本案訴訟であるので、民事執行法を持ち出すに由無く、論議を早めに解決させるために法律上の争訟論に頼ったというのである。この推測が仮に妥当するとしても、行政上の義務履行に関する民事執行不能論は現行法の解釈論として採るをえないところであって、いずれにせよ、本件の具体的解決方法としても、理論上の問題としても、本件最高裁判所の司法権論は説得性がない」としている。

また、塩野宏『行政法Ⅰ（6訂版）』246頁以下は、「法律上、特別の義務履行確保の手續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ぬという点にあるが、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」(246頁)としている。

(2) 平成14年最高裁判決は直接の射程を超えて拡張されるべきではないこと

平成14年最高裁判決以前、我が国では、裁判実務において、行政権の主体が行政上の義務に履行を求めることを認められていた(訴状135～136頁に引用の裁判例参照)。学説においても、「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通説」（訴状 136 頁以下参照）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⁴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、「法学者がこぞって反対した悪名高き判決」（藤田宙靖「法律学と裁判実務」法学74巻5号116頁）であり、「宝塚判決は、おそ

⁴ 国庫説とは、「国家に単一の法人格を見るのではなく、これを、権力主体としての『国家』と財産権主体の『国庫 (Fiskus)』との二つの法人格として考え、この意味での『国家』は、権力主体としての『国家』とは異なり、常に私人と同様の法によって規律され、通常司法裁判所の審理権に服する、という考え方」（藤田宙靖『行政法総論』31頁）であり、「国庫」という概念について、「そもそもは、財産上の関係について、権力主体である国家と区別し、私人と同様に法の適用を受けるものとするための概念であったが、法治主義が確立している現在では、この点での意味は失われている」（法令用語研究会編『有斐閣法律用語辞典（第2版）』509頁）とされている。

杉村章三郎=山内一夫編『行政法辞典』〔室井力〕277頁は、「国庫説 近世ドイツの絶対主義国家において展開された理論であり、財産権の主体たる国の地位を国庫として法人格を認め、これに対する財産権上の請求に私法を適用して私人の権利保護を図ろうとする説をいう。絶対主義国家においては、国の公権力の主体としての地位と、財産権の主体としての地位とが、それぞれ独立・別個の法的主体としての地位として認められていた。そして国は、公権力の主体としては、権力行為になんらの法的拘束をうけることなく、私人は単に支配客体としてこれに対するなんらの権利も保障されていなかったが、一方財産権の主体としての国は、私人と共通の司法の支配をうけ、司法裁判所の裁判に服するものとされ、私人の救済がはかられていた。このような、国が財産権の主体として財産法上の義務を負う地位が国庫と呼ばれ、具体的には、例えば、公用収用を強制買上げ、公用使用を強制使用貸借として構成するなどにより、私権の行使による場合のみならず、国の公権力の行使による私人の既得権益の侵害にも裁判所の管轄権が認められていた。19世紀の立憲君主制国家の成立とともに、国の公権力の行使をも拘束する行政法が生まれ、公権力の主体としての国とは別に、財産権の主体としての国の地位を認めなければならない必要はなくなり、国庫説は、否定されるにいたる。しかしなお、第一次大戦後にいたるまで、ライヒ裁判所の判例には国庫説への固執がみられ、学説上も、国庫を国家の一側面としてとらえ、国の行政を、高権的行政と国庫行政に分け、適用法原理を異にするものなど、国庫説の影響が見られる。」としている。

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〕、「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)、「戸松秀典教授が…公法学会総会において、この判決を『日本国憲法の司法国家の理念に悖る慨嘆すべき判決』と評し、法理論上の美しさを追及するあまり、『紛争を解決し、法秩序を維持し、形成する裁判所の役割』を顧みない判決と厳しく指弾していた」(人見剛「行政権の主体としての地方公共団体の出訴資格」法律時報 81 卷 5 号 66 頁) など、その批判の論調の厳しさは、他に類をみないほどである。

同最判には、先に引用した批判及び次項以下に引用する批判以外にも、たとえば、民事訴訟法学者である中野貞一郎教授は「(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、行訴四四條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、行政代執行法二條の制限（「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（河川法七五條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、裁判所法三條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るが（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。憲法学者では、渋谷秀樹教授は「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、土井真一教授は「法律上の争訟の定義において『当事者間の』と規定され、原告適格が法律上の争訟の問題とされるのは、憲法76条1項にいう『司法権』が、ある権利義務ないし法律関係に関する争訟について、一定の範囲の者に原告適格を認めるべきことを想定しており、その範囲内の者によって提起された訴訟は当然に法律上の争訟となると解されることによる。平成14年最高裁判決が、上述のように訴訟提起の目的を問題とするのは、憲法上の原告適格を主張するためには、『自己の財産上の権利利益』などの民事法上の権利利益を基礎としなければならないと解しているからのようにも思われる。しかし、民事法上の権利利益が原告適格を基礎づけることは認められるとしても、憲法上の原告適格をかかるとする場合に限定すること

は狭きに失する。第一に、そもそも公法上の権利利益と民事法上の権利利益を峻別することは困難であり、また民事法上の権利利益のみが司法的救済の基礎となると解すべき理由はない。対国家との関係で憲法上の基本的人権が侵害された場合、公法上の権利たる基本的人権が侵害されていることになるが、それを争う訴訟が法律上の争訟であることは当然である。第二に、原告適格の基礎を、国家の権力・権限との対照において用いられる『権利』、すなわち個人的権利に限定することも、適切ではない。刑事訴訟における検察官の起訴権限は、国家の刑罰権に基づくものであって、検察官の個人的権利によって基礎づけられるわけではない。刑事訴訟が憲法 76 条 1 項の司法権に含まれる以上、個人的権利のみが憲法上の原告適格を基礎づけると解することはできない。」(土井真一「行政上の義務の司法的執行と法律上の争訟」法学教室 374 号 90 頁)としている。行政法学者では、原田尚彦教授は「行政上の強制執行が法律上不可能な場合はむろんのこと、可能な場合であっても、行政主体がその権限を行使するのに司法判決を必要とする特段の事由(たとえば、義務履行の確保・時効の中断の必要など)がある場合にまで、行政側からの出訴を『法律上の争訟』にあたらせず、絶対に許されないとするのは、いささか乱暴な立論である。行政権限の行使に係わる紛争も、行政主体対国民の間の争いごとであることにはかわりはない。『法律上の争訟』にあたるとみるのが、むしろ理論的には正当である。」とし(原田尚彦『行政法要論(全訂第7版〔補訂第2版〕)』234頁、櫻井敬子教授は「裁判所法3条1項にいう『法律上の争訟』とは、一般に、憲法76条1項にいう『司法権』と同義と解されています。したがって、この判決は、条例に基づいて市長が

中止命令を出し、その履行を求めて裁判所に訴訟を提起しても、それはそもそも司法権のカテゴリーに入らない＝裁判所の仕事ではない、といているのと同じです。行政上の命令を裁判所を通じて実現することを『司法的執行』といい、このような仕組みは英米法のシステムにみられます。わが国の司法権はアメリカ流ですから、本件のような訴訟が『司法権』に入ることは当然の前提であり、下級審でも、そのことはとくに争点になっていませんでした。学説においても、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、西上治准教授は「国又は地方公共団体に関する『財産権の主体』と『行政権の主体』という区別を『法律上の争訟』性の有無に結び付ける本判決の論法は、周知の通り学界から強い批判を浴びた。まずもって問題とされるべきは、判決自身の述べる『法律上の争訟』理解（『具体的事件性』と『法令の適用による解決可能性』）と、『行政権の主体』が出訴する場合には『法律上の争訟』ではないとする論法との論理的整合性である。すなわち、『具体的事件性』については、ここでは行政上の義務の履行が問題になっているのであるから、行政上の法律関係なる範疇を否定しない限り、当該地方公共団体と相手方との関係が法律関係ではないとは言えず、したがってこれを否定することはできな

い。また、『法令の適用による解決可能性』についても、義務の存否はまさに条例の解釈・適用により決せられるのであるから、これを否定することはできない。そこで、学説は、平成 14 年最判の論理展開を文言通り受け取ることなく、その射程を制限することを強く志向し、平成 19 年東京高判が公益目的型を異なる行政主体相互の間の紛争に応用したことを激しく批判したのである。そもそも、『具体的事件性』は、問題となっている争訟それ自体の性質に関するものであるから、当該争訟において当事者が如何なる目的で訴訟を提起するかという問題とは別個の観点に基づくものであるはずである。したがって、如何なる目的を設定するのであれ、『訴訟の目的』という観点から『争訟の性質』であるところの具体的事件性を否定することは論理的にあり得ない。このことは平成 14 年最判及び平成 19 年東京高判のみに関する問題ではない。ここでは、判例・通説の採用してきた主観訴訟と客観訴訟という目的二分論そのものの見直しが求められている。すなわち両判決に対する学説の反発に表れているように、『具体的事件性は自己の権利利益の保護救済を目的としていることを前提とする』という命題は、漠然と一般論として学説においても共有されてきたと言えるが、その具体的な中身及び理論的基礎については、実は不分明であったのである。」（西上治『機関訴訟の「法律上の争訟」性』57 頁）としており、「平成 14 年最判には、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。

平成 14 年最高裁判決については、「その射程距離は極力控え目に解するべき」（福岡高判平成 19 年 3 月 22 日・判例地方自治 304 号 35

頁)、「宝塚条例事件判決に関しては、筆者は消極的意見をもっているが…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)、「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)、「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)とされているものであり、『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』以外に拡張されるべきものではない。

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。第1、5及び第1、7(2)において詳述するとおり、国や地方公共団体が納税義務の消滅時効を回避するために給付訴訟又は確認訴訟を起こすことは可能であるとされてきており、平成14年最高裁判決の調査官解説においても、このような訴訟は「法律上の争訟」に該当するとされている。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。

平成14年最高裁判決は、あくまで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。

先に述べたとおり、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」というものであり、判例となるのはこれに該当するものに限られる。この命題に該当しない、すなわち、同最判とは事案を異にして同最判の拘束力の範囲外にある事案について、同最判を類推、拡張するようなことはなされるべきではない。

そして、さらに、「国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟」であっても、同最判と事案を異にするものとして、「法律上の争訟」性が肯定される場合は存するものである。

(3) 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点にあること（確認の訴えには妥当しないこと）

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」についてであり、この判例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というべきである。

塩野宏博士は、この「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」⁵と論じている。

平成 14 年最高裁判決の調査官解説も、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⁶を挙げており、この問題点は、行政が私人を相手に行政上の義務履行を求めて提起する訴訟にこそ関わっているものである。

また、阿部泰隆教授は、「戦前の法体系は、公法と私法を区別し、公法関係から生ずる義務の履行確保については、直接強制、執行罰、代執行という行政上の強制手段(旧行政執行法)と刑事罰、即時強制を完備していた…司法国家の司法権の解釈において、知らずしらずのうち

⁵ 塩野宏『行政法Ⅱ（第5版補訂版）』282頁。

⁶ 『平成14年最高裁判所判例解説・民事編（下）』〔福井章代〕542頁。

に、行政上の義務の履行は裁判外で完全に確保できるという、戦前の法体系かドイツ法の発想に囚われているのではないか。」(阿部泰隆「行政上の義務の執行は法律上の争訟ではない」法学教室 267号 38頁)としている。

したがって、行政主体としての地方公共団体が提起した訴訟の「法律上の争訟」該当性を前提としていた従前の諸判決(水道行政の主体としての小倉市(現在の北九州市)が提起した取消訴訟に係る最判昭和37年4月12日民集16巻4号781頁、租税行政の主体としての大牟田市が提起した損害賠償請求訴訟に係る福岡地判昭和55年6月5日判例時報966号3頁、児童福祉行政の主体としての摂津市が提起した負担金請求訴訟に係る東京高判昭和55年7月28日行集31巻7号1558頁、まちづくり行政の主体としての日田市が提起した取消訴訟に係る大分地判平成15年1月28日判例タイムス1139号83頁、公害防止行政の主体としての福岡町が提起した産廃処分場の操業差止め訴訟=最判平成21年7月10日判例時報2058号53頁)は、「国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟」ではないので、平成14年最高裁判決の射程外であると解される。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。

(以上、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』59頁以下)。

(4) 小括

以上のとおり、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した点に限られ確認請求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というべきである。

4 『行政権が司法権発動を通じて国民を統制する場面』は固有の司法権の範囲外」とする被告主張に理由がないこと

(1) 被告の主張

ア 被告は、「国民に義務を課す行政権の行使に関して司法権の保護が与えられないものと解しても、行政権は、代替的作為義務については一般的に行政的執行が認められている上、必要があれば、立法府による立法的手当がされることにより司法権の関与なしに義務の履行確保をすることができるのであるから(行政代執行法 1 条)、立法、行政、司法の役割分担の観点からも、何ら不都合はなく、司法権に対して必ず行政権を保護する権限が付与されなければならない必要性はない。」と主張している。

イ また、被告は、「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」などと主張し、「憲法が、国民が提起する抗告訴訟については法律上の争訟として司法権の本来的な対象とし、行政主体が提起する行政上の義務の履行請求訴訟を司法権の本来的な対象としないことは何ら不合理ではない」と主張する。

(2) 被告の主張には理由がないこと

被告の主張は、要するに、行政が必要であれば司法権の関与なしに義務の履行を確保すればよいのであり、国民の権利利益を保護するためのものである司法権を行政は利用できないというものである。

しかし、司法手続によるのではなく、行政が司法権の関与なしに国民に対して執行することが、国民の権利義務の保護であるとの主張は、司法権の意義をおよそ解さないものである。

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し、司法の関与を受けることなく行政が執行すればよいとすることは、論理をなさない。

松井茂記『裁判を受ける権利』は、「アメリカの行政機関の場合、行政機関の命令を執行するためには、行政機関の側が裁判所に命令の執行を求める訴訟を提起しなければならないこともある。日本でも、行政機関が行政処分を行うときに、なにもその処分が直ちに効力を生じ、それを争うためには国民が裁判所に訴訟を提起しなければならないと考えるべき論理必要性はない。命令を執行したければ、行政機関が裁判所に訴訟を提起してもよいのである。もちろん、一定の行政領域においては、行政機関の処分に直ちに効力を生じさせ、裁判所の命令なしに行政機関がそれを執行することを認め、不服のある国民はそれを争って裁判所に訴訟を提起しなければならないものとするは許されよう。しかし、問題は手続的デュー・プロセスの問題である以上、国民に訴訟の提起を強いることは、そのようにすることに重要な政府利益があって、その重要な利益達成のためにそうすることが必要である場合に限られるべきであろう。行政機関にあらかじめ裁判所の命令を求めさせていては、重大な裁判利益が損なわれてしまい、行政機関がみずから処分を執行できるようにするほかないというような場合は、それに当たろう。しかし、そうでなければ、日本国憲法のもとでも、やはり原則として行政機関が裁判所に訴訟を提起すべきであり、一律に国民に訴訟の提起を強いることは憲法三二条に違反するものと考えられるべきではなかろうか。実は、ここには、本書が特に取り上げたい日本の憲法学・行政法学の最大の問題点がある。それは、行政手続きのことを考える際に、行政手続と裁判手続とをはじめから峻別してしまう傾向である。日本国憲法は、六五条において『行政権』を内閣に付与している。しかし、日本国憲法は、内閣がその『行政権』をどのよ

うに行使すべきかを明記してはいない。そこで、従来、内閣は、その『行政権』を、裁判所の助けなしに当然行使しうるものと考えられてきた。ところが、このことは実は当然なのではない。法律の執行の主要な手段は、刑事訴追である。刑罰法規や行政法規でも罰則の定めのある場合、行政機関は法律違反の行為を行った者を起訴することによって、裁判所に処罰を求めることができる。しかし、これでは行政機関は事後的にしか対応できない。そこで、場合によっては、行政機関にあらかじめ一定の命令を発することを認めなければならない。その場合、法律の執行については、行政機関に執行のために裁判所に訴訟を提起して行うよう求めるのと、裁判所の助けなく行政機関みずから執行できるようにするのと二つの可能性がある。アメリカのデュー・プロセスの考え方の根底にある考え方は、おそらくまず基本的に前者、つまり裁判所の手続を介在させての法律の執行を想定しているかのようと思われる。だからこそ、元来裁判所で行うべきことを行政機関が行うことが憲法上許されるのかどうかの問題とされてきたのだし、行政機関が裁判所に代わって行うのであるから、裁判所類似の対審型行政手続が要求されると考えられてきたのではなかろうか。日本国憲法はこれと同じ考え方をしているのではなかろうか。つまり、憲法六五条が内閣に憲法上付与している『行政権』は、合衆国憲法にいう『執行権』の意味であり、それは文字どおり法律の執行に限られると思う。そして日本国憲法は、法律の執行は裁判所の判決を経て執行すべきであるという考え方を前提としているものと思う。行政機関があらかじめ裁判所の助けを経ないで自力で法律を執行しうるのは、あくまでそれが必要な理由が実際に存在する場合でなければならず、しかもあら

かじめ裁判所の助けを経ないで自力で法律を執行する以上、原則として裁判所類似の対審型の手続を経たうえで行うべきであろう。さもなければ、行政機関の行為は、憲法一三条に含まれる手続的デュー・プロセスの権利及び憲法三二条が非刑事裁判手続きに手続的デュー・プロセスを要求している趣旨に反するものと言わざるをえないであろう。『行政手続』と『民事裁判手続』はもともと区別されていたものではなく、『行政手続』とは、本来、『民事裁判手続』を通して行われるべきことが、例外的に民事裁判手続をとらずに行うことが許される手続なのである。このいわゆる司法的執行原則は、実はアメリカでも原則だとはされていても実際には様々な例外がもうけられていて、むしろ、現実態から言えば、原則自体が崩れさっているに等しい。その意味では、現在日本国憲法のもとであえて司法的執行原則にこだわることになんの意味があるのかとの批判もありうるであろう。また、このような考え方は、アメリカ的な行政機関の発展に結びついている。アメリカの連邦の行政機関は、元来日本の行政法学で行政行為の典型と考えられている営業許可のような『許可』行為を中心としてではなく、一定の行為を命じる『命令』を中心に発展してきたからである。従って、司法的執行原則といっても、許可のような文脈ではうまく妥当しないであろうことも事実である。しかし、それにもかかわらず司法的執行原則にこだわるのは、そのことが手続的デュー・プロセスおよび裁判を受ける権利の考え方の『道筋』を示すものとして重要だからである。」としている。また、村上順「判批」判例評論 332 号 176 頁は「義務違反の認定と物理的強制力の行使を第三者機関に委ねる民事執行法上の保全、強制的実現手段の方が義務履行確保のありかたと

して、慎重、公正さが担保され、義務者の権利保護につかえることになる。さらに、行政側においても他力執行のシステムは、第三者機関の批判と検証に自らをさらすことによって、行政運営の公正性を事前に確保しうる」とし、曾和俊文・地方自治判例百選〔第4版〕・46 事件解説は「行政上の義務の不履行に対して司法手続でその義務の実現をはかることは望ましいといえることができる。すなわち、④司法手続による強制は、対審手続が保障され、義務賦課の適法性についての裁判所の判断もなされるので、法執行の相手方の権利・利益保護に欠けることはない、⑤戦後の法執行システムは、不作為義務、非代替的作為義務の一般的な強制方法を持っていないが、司法手続による強制はこれらの義務の強制方法としても利用できる、⑥地方公共団体が条例で定めた義務を実現する手段として司法手続による強制方法を認める必要性が高い。」としている。

被告主張の論拠とされる乙号証として提出された文献も、その具体的な内容を見るならば、被告の主張を裏付けるものではなく、その反対に、行政上の義務の履行確保のために司法手続を用いることが国民の権利保護に資することを示しているものというべきである。乙 B11・宇賀克也・高田裕成「対話で学ぶ行政法」76 頁には、「相手方の権利保護という観点からみた場合、行政が自力執行するよりも、裁判所の判断を仰ぐ民事訴訟、民事執行のルートの方が望ましいということもできそうです」〔高田裕成〕、「権限の濫用を防止する観点からは、むしろ、可能な限り民事訴訟、民事執行によるべきではないかとも言えます」〔宇賀克也〕としている。また、乙 B10・ジュリスト増刊「強制執行」を提出し、討議における広岡隆教授の発言を被告主張

の根拠としているが、その内容は、「必ずしも不相当と断定するわけではありませんが、すこし疑問を持っています。」というものに過ぎない。広岡教授の他の発言をみても、「アメリカでも、国民のほうは形式上被告の立場に置かれるけれども、実質的には行政の違法性を攻撃できることになり、防御的な救済手段、ディフェンシブ・レメディとして、優れているというふうにいわれています。」「行政上の手段は、行政庁が一方的に認定してやってしまうわけで、第三者である裁判所はタッチしていないという意味では、慎重さが欠けているということはいえます。」とされている。また、同討議において、新堂幸司教授は、「行政庁が慎重な手続を踏んで、民事上の手続を借りるというならたいへんけっこうなことではないか。ノーティスなんかも、むしろ判決手続を前に置くなら、代執行で認められているようなノーティスよりもずっと慎重になることも十分だし、ヒヤリングの権利もかなり確保されてくるのではないかと考えてきますと、否定する論理の方がむしろかしいような感じがするのです。」「手段はたくさん選択できるかもしれないけれども、それはみんな並列のもので、直列ではない。そうすると弱いものをいくらつけ加えてみても、権限を強化したことにはならないように思うのです。」としている。

5 「司法権・法律上の争訟＝裁判を受ける権利」という等式を絶対的なものとする被告主張の誤り

被告は、「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（被告第1準備書面・6頁）を主張し、「判例は、『司法権』の本来的範囲を、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」(同・7頁)と主張している。

上記等式は、平成14年最高裁判決の調査官解説(乙1・『最高裁判所判例解説民事篇平成14年度(下)』)から引用されたものであり、ここにいう「判例」とは、最高裁平成14年判決を指すものと思われるが、かかる「判例」が存在しないことは、第1、2で詳述したとおりである。

被告は、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(乙B第17号証・兼子一＝竹下守夫「裁判法(第4版補訂版)」66ページ参照)、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(乙B第18号証・佐藤幸治＝初宿正典＝大石慎編「憲法五十年の展望Ⅱ」4ページ〔佐藤幸治執筆〕参照)。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(乙B第19号証・野中俊彦＝中村睦男＝高橋和之＝高見勝利著「憲法Ⅰ(第5版)」5ページ参照)、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両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)と主張している。

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は、第1、4において述べたとおりである。また、「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」ということはそのとおりであるが、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を論証しても、それは、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論証したことにはならない。

平成14年最高裁判決は、「国又は地方公共団体が提起した訴訟であって、財産権の主体として自己の財産上の利益の保護救済を求めるような場合には、法律上の争訟に当たる」としており、このこと自体には、異論の余地はない。しかし、第1、1(2)において詳述したとおり、「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。「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、成り立ちえないものである。

また、前述したとおり、同調査官解説自体、「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）」という等式に該当しない訴訟類型を「法律上の争訟」に該当する例として示していたものであ

る。すなわち、同調査官解説の〔解説〕第3、1(1)には、「行政上の義務が行政主体の財産的権利に由来する場合については、権利者である行政主体が訴訟・執行手続によって義務の履行を強制することは原則として可能であることに争いはない。」とし、その例として、「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を提起すること」を挙げている。しかし、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。行政主体が課税権限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。

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。

阿部泰隆教授は、「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）、「司法権は、具体的な法的紛争の解決を任務とするはずであるから、財産上の争いに限らず、行政の権限行使に関するものであれ、具体的な法律関係に関する法的紛争をも対象とすると解される」（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 卷 2 号 15 頁 4 頁）と指摘している。

また、宇賀克也「情報公開訴訟における法律問題・再論」原田尚彦古稀記念『法治国家と行政訴訟』458 頁は、「法律上の争訟を財産権の主体としての国の権利義務に限定する必要があるかは疑問である。本件においては、国有財産に関する事案であったため、最高裁判所のような国庫説的な法律上の争訟観の下においても、法律上の争訟性が肯定されたが、そのような場合でなくても、情報公開条例に基づいて、国の反対にもかかわらず、地方公共団体の実施機関が国に係る情報の開示決定を行うことは十分にありうるし、逆に行政機関情報公開法に基づいて行政機関の長が、地方公共団体の反対にもかかわらず地方公共団体に係る情報の開示決定を行うことも十分にありうる。地方公共団体は行政主体であるとはいっても、国とは独立の法人格を有するのであり、かかる場合に国や地方公共団体が当該開示決定の取消しを求めることは、法律上の争訟と認められるべきであろう。」としているが、この場合には、国または地方公共団体の提起する取消訴訟は、国民の権利利益の保護救済を目的とするものではないから、「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)」という等式を絶対化することを否定している見解であると言える⁷。

6 日本国憲法下では行政事件の特質を包含する概念として「法律上の争訟」の概念が捉えられるべきことについて

(1) 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こと

ア 「日本国憲法の下で、行政事件は、憲法 32 条による『裁判を受ける権利』保障の対象に組み込まれるとともに、行政裁判所の廃止に伴い、一般の民事・刑事事件と同様の資格において司法権即ち最高裁判所を頂点とする裁判所の裁判権に服することとなった(憲 76 条 1 項)」(乙 B 第 8 号証・亘理格「法律上の争訟と司法権の範囲」磯部力ほか編『行政法の新構想 III』2 頁)のであるから、司法権の内容は、行政事件の特質を踏まえ、これを包含するものとして理解されなければならない。

この行政事件の特質について、被告は、答弁書の 31 頁において、亘理格教授の見解を、「『行政法規とは、種々の対立する権利利益を調整するための国家規制並びに国家の物的資源(税金や国公有財産等)や人的資源(公務員等)を適正に配分する際に、行政機関が行

⁷宇賀克也『行政法概説Ⅱ行政救済法(第5版)』112頁は、平成14年最高裁判決について、「本件の場合、上記①②の要件(代理人注 ①当事者間に具体的な権利義務についての紛争があること、②それが法令の適用によって解決しうべき紛争であること)を満たしており、裁判所が審査するのに適した事案である。また、本件において建築禁止命令の名あて人がそれに対して抗告訴訟を提起することが『法律上の争訟』に該当することは明白であり、当該訴訟において、地方公共団体が命令の適法性を主張することを認められるのに対して、地方公共団体が当該命令に基づく義務の遵守を求める訴訟は、『法律上の争訟』ではないとすることには疑問がある。」として、平成14年最高裁判決を批判している。

使し得る権限及びその際に従うべきルールを定めたものであり、『かかる行政法規の適用過程では、公共の利益ないし法律上の目的を適正に実現するという公的責任の下で行政機関がなすべき権限の行使・不行使とそれにより何らかの影響を受けることとなる国民の権利利益とが対置されるのであって、一般民事訴訟のように請求権に対応する義務といった権利義務の対立関係が存在するわけではない』（乙 B 第 8 号証・亘理格「法律上の争訟と司法権の範囲」磯部力ほか編『行政法の新構想 III』25 ページ）。』と引用しているが、この答弁書に引用された内容自体はまことに正当である。

そして、この行政事件の特質よりすれば、行政訴訟を民事訴訟と同一に捉えることは適切ではないということになる。

イ 憲法学者による指摘を見ると、たとえば、先に引用したとおり、佐藤幸治『日本国憲法』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。」（586 頁）とし、平成 14 年最高裁判決については「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」（589 頁）と批判している。

また、宍戸常寿「司法のプラグマティック」法学教室 322 号は、「行政事件が『一切の法律上の争訟』（裁 3 条 1 項）に含まれるという解釈の出発点は兼子一に求められるが、兼子説では民事事件を想定した『法律上の争訟』の構造で行政事件の裁判が観念されていた

節がある。こうした無理が、兼子説を基礎とする通説・判例に祟り、たとえば行政との関係で『司法権の限界』が過度に強調されたり、客観訴訟の説明が困難となったりしているという指摘は、以前より有力であった。そしてこの 10 年の憲法学における司法権の定義の模索は、行政事件をいわば裏口から司法権の中に引き入れた兼子説以来の通説とは異なり、民事事件とは異質なものとしての行政事件の裁判を、正面から司法権に統合しようとする試みとして評価することができる」(27 頁)としている。

ウ 行政法学者からは、次のような指摘がなされている。

(7) 被告の主張(引用)する「一般民事訴訟のように請求権に対応する義務といった権利義務の対立関係が存在するわけではない」という行政事件の特質については、次のような指摘がなされている。

被告の引用する乙 B 第 8 号証・亘理格「法律上の争訟と司法権の範囲」は、18 頁以下において「民事上の法律関係の場合、実体的法律規定自体が多くの場合当事者間の権利義務関係として構築されているため、一般の民事訴訟による争訟可能性を根拠づける実体的法律関係の存在は当然の前提とされており、そのことが問題化することはほとんどない。これに対し、行政作用の手續および内容を規律する行政実体法規は、一般に、行政機関の権限行使をその手續や内容面で根拠づけまたは制約することを通して公共の利益と国民の権利利益とを調整するという規律形態をとっているものであり、行政と国民との間で権利と義務が対応関係に置かれるというわけではない。したがって、権利義務関係的規律

を想定した民事法の考え方をそのまま行政事件に当てはめようとするならば、行為規範的な位置づけを権利義務関係に組み直すという擬制的手法を用いざるを得なくなるのであり、その結果、多少とも不自然な論理構成が介在しあるいは客観法的関係の主観的権利義務関係への単なる言い換えに終わってしまう可能性が大きい」としている。また、乙B8号証においては「行政紛争が多様化し、その中には、主観訴訟概念によっては捉え得ないが訴訟手続による解決が相応しい紛争が多く含まれるのではないか」、「法治主義の実現を徹底すべきであるとの要請を考慮すれば、行政の適法性確保の要請を従来よりも重視する必要があるのではないか。」(12頁)、『法律上の争訟』該当性の判断を実質的に左右すべきであるのは、個々の事案の紛争実態に照らして独立の裁判所による公開・対審性を具えた訴訟手続による解決に相応しいか否かの判断なのであり、具体的な権利義務に関する争いか否かという問題は、かかる判断の重要な標識ではあり得ても絶対不可欠の判定基準とまで言うべきものではないのではないかと(15頁)としている。そして、西上治『機関訴訟の「法律上の争訟」性』19頁は、「亘理によれば、『訴訟制度の目的を私的権利義務関係を対象とした私権保護のための制度へと限定的に捉える』理解は『片面的な訴訟理解であり、私人間の一般民事訴訟モデルに過度に拘泥した考え方』である。これに対し、行政事件においては、『公共の利益ないし法律上の目的を適正に実現するという公的責任の下で行政機関がなすべき権限の行使・不行使とそれにより何らかの影響を受けることとなる国民の権利利益とが対置

されるのであって、一般民事訴訟のように権利義務の対立関係が存在するわけではない』という『行政に対する法的規律の構造的特質』が存在する。そうであれば、民事訴訟モデルから脱却した新たな『法律上の争訟』論が俟たれるところであろう。」「このような観点から亘理が説く『行政訴訟の特質に即した「法律上の争訟」概念』は、次のようなものである。曰く、『適法性の確保という制度目的にも配慮した概念構成を図る必要があることに加え』、『第1に、「権利義務に関する争い」を必要条件とするのではなく、独立の裁判所により当事者対等の原則に基づく公正手続により紛争解決が図られるという、司法作用が組織的・手続的に有する固有の特性に応じて、それに相応しい紛争を「法律上の争訟」と捉え、司法権の対象に組み込むという考え方への発想転換を図るべき』であり、『第2に、抗告訴訟における「事件性」・「法律上の争訟」性の概念については、権利義務関係性を抜き取り、適法性をめぐる具体的争訟性を基準として決すべき概念へと再構成する必要がある』（亘理格「行政訴訟の理論—学說的遺産の再評価という視点から」公法71号65頁以下（2009）72頁）。『法律上の争訟』該当性を組織・手続の観点から判断しようとするものとして注目に値する。』としている。

阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』83頁以下は、「行政機関は、民事法とは異なって、権利を有していなくても、法律に基づく権限を行使するのである。行政法においてはこうした法治行政の特色に照らして、『法律上の争訟』の意義を考察しなければならないのである。行政主体間の紛争であれ、行政の権力行使であれ、具体

的な法律問題として処理できれば、それは法律上の紛争として理解すべきではないか…。これを歴史的に説明する。美濃部達吉『行政裁判法』（千倉書房、1929年）1頁以下は、民事裁判は私権の問題について、裁判所が、双方の主張を聴き、争いになった具体的事件について何が法であるかを公の権威をもって宣告する行為であるのに対して、刑事事件では、原告と被告の対立があるのではなく、もとより権利の争いがあるわけではなく、両者に共通するのは、『具体的事件に関する法の宣告』である。そして、行政裁判は、『行政裁判法規の適用を具体的事件につき判断し宣告する作用』である。⁸ここでは権利義務に関する争いという言葉は入っていないのである。裁判所が、行政事件を審理するようになった現憲法下では、法律上の争訟を権利義務の観念で判定しようとする判例は、戦前の民事裁判の発想である。戦後の司法国家では、裁判所は、大審院と異なって、行政裁判権、違憲立法審査権を獲得して、三権の一つに昇格した（大審院判事は局長級にすぎないが、今の最高裁判事は大臣級である）。この制度の下では、法律上の争訟も、行政裁判権、違憲立法審査権を踏まえて解釈しなければならない。」としている。また、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

⁸ 下線は原告代理人による。下線を引いた箇所が美濃部の引用である。

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。つまりは、この判例は、『法律上の争訟』の概念について、民事法を念頭において、『権利義務』だけに執着し（あるいは、『法律関係』をこれと同義と思いこんで）、そこから行政上の権限行使をめぐる行政主体の訴えを『法律上の争訟』に入らないとするものであろう。それは、民事法に囚われて、予断に満ちた定義で答えを出しているにすぎない。行政法学界ではこの判決に賛成する者はまずいない。

（10 頁）、「判例が、『法律上の争訟』を個人の権利義務に関する争い、財産上の争いと定義したとき、行政主体の法律上の権限に関する争いを排除する趣旨は示されておらず、おそらくは民事紛争を念頭に定義し、そして、民事紛争ではない行政の法律上の権限行使に関する争いを排除しているにすぎない。これでは、独善的に定義して、それに入らないものを排除しているだけである。」

（16 頁）、「平成 14 年の最高裁判決では、国又は地方公共団体が提起した訴訟には、②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と、④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の二つがあるとの二分法が取られている。この定式は、抗告訴訟の原告適格を判定する基準としてならよくわかる。しかし、『法律上の争訟』に当たるかどうかを判断する基準として、なぜこの二分法が妥当なのであろうか。また、②以外は、なぜすべて④になるのであろうか。そして、④はなぜ、①に当たらないのであろうか。この点の根拠は示されて

いない。確かに、一般の民事法を念頭におけば、②か④かの択一的な分類が妥当するかとは思われる。しかし、行政はそもそも、財産上の権利を行使するだけでなく、行政上の権限を行使するために存在する。それはあえていえば、④であるかもしれないが、その権限の行使をめぐるのは、行政訴訟特に抗告訴訟が存在する。したがって、②と④の二分法で、②でないから、④に当たり、その結果、訴訟で争えないと結論することは明らかな間違いである。もっとも、行政訴訟のうち少なくとも主観訴訟が『法律上の争訟』であるとされているのは、被処分者の権利義務を左右するためであるが、他方、処分をする行政側には権限はあっても権利はない…ので、それをめぐる紛争は④に当たるため、『法律上の争訟』ではないのであろうか。仮にそう考えると、抗告訴訟は、被処分者から見れば、『法律上の争訟』であるが、処分権者から見れば、『法律上の争訟』ではないという奇妙なことになる。それは、『片面的法律上の争訟論』というべきものであるが、そのような理論は寡聞にして聞いたことがない。そこで、被処分者が行政権限の適法性を争って訴えを提起する場合には、被告の行政側にとっても、『法律上の争訟』に当たるというべきである。したがって、『法律上の争訟』該当性を判断するには、②か④か、権利義務か、法規の適用の適正かという二分法がそもそも不適切である。行政機関は、民事法とは異なって、権利を有しなくても、法律に基づく権限を行使するという特色に照らして、『法律上の争訟』の意義を考察しなければならないのである。」(8頁)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(下)」

自治研究 83 卷 3 号は「刑罰権の行使は、処罰を受ける方にとっては権利義務であっても、国家としては権利ではなく、法律に基づく権限の行使であるが、法規の適正な行使を求めるものである点で、法律関係に入るであろう。そうとすれば、行政がその権限の行使の適正さを訴訟で求めるのは、法律上の争訟であると解するしかないのではないのか。」(23 頁)としている。

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。なにより、刑事訴訟がそうである(『刑罰権の存否』は、右の定式には載らない。)。そこで、実体的請求権構成に代わる、どのような構成で、紛争主題を捉えることができるかを考えるならば、被告の行動を糾弾するという形で捉える方法があるように思われる。この場合、“被告の守るべき法”の実現を求める訴えということになり、次のような特徴が生まれる。原告たりうるのは、紛争当事者であることを主張する者のうち、被告を糾弾するにふさわしい者として絞り込まれた者である。また、紛争の時点も、糾弾するに値する時点はいつかという形で絞り込まなくてはならない。いずれも、定型的に決まるわけではない。また、原告の求める救済(判決主文、つまりレメディ)も、原告はいわば枠ないし方向性を定めて求めるに過ぎず、具体的な救済内容は、被告の行動につき裁判所がどう判断するかに基づき、裁判所が詰めをせざるを得ない。刑事訴訟は、構造としては右のように考えてよいであろう。もつとも、刑事訴訟や刑事実体法が、

紛争の原告や時点、救済内容を限定しているの、非定型性はかなり縮減されている」としている。

春日修「規制行政と確認訴訟（当事者訴訟）による救済」愛知大学法学部法経論集 186 号 1 頁以下は、確認訴訟に関して、高木光、山本隆司の見解や民事訴訟法学者である山本和彦の発言を引用して、「公法上の（実定法を根拠とする・憲法上保護された）『権利』『法的利益』『法的地位』の有無にこだわるのが、本当に必要なのだろうか。従来『行政法規は、多くの場合、国民の権利利益を直接画定するよりは、むしろ行政機関の権限行使に対する法的拘束を定めることにより間接的に国民の権利利益の尊重をはかるという形式をとっている。……実体法理の解明に努力してもなお、国民の具体的な請求権という形で「実体権」があるとはいいたくない場面がかなり残ることもやむをえない。このようなときに、民事訴訟における確認訴訟の観念にはなじみがたいものであっても 紛争が成熟している限りにおいて、行政機関による行政法規の解釈適用の適法違法について裁判所が有権的な確認判断を示すことが有意義であると考えて、「公法上の当事者訴訟」を適法とみることができる場合があるように思われる』（11 高木光「当事者訴訟と抗告訴訟の関係」雄川一郎献呈論文集『行政法の諸問題（中）』（1990 年）366-67 頁）とか、『行政実体法は全体として、民事実体法と異なり、権利主体相互間の請求権を直接定める体裁をとっていない……。むしろ、行政機関がどのように社会秩序を維持・形成すべきかを定める体裁をとる。したがって、行政実体法を、裁判所が原告の権利利益を保護するために行政機関の行為を統制す

る局面に接合させるには、民事実体法・民事訴訟法の場合とは異なる法規定や法理を工夫する必要がある』(12 山本隆司「訴訟類型・行政行為・法関係」民商法雑誌 130 巻 4・5 号 (2004 年) 644 頁)といった指摘がなされてきた。さらに、民事訴訟においては、紛争の成熟性(即時確定の利益)は、①原告の地位に対する危険・不安の存在と、②この危険・不安の現実性というものに分けて論ぜられ、このうちの、①では確認請求をすることによって、原告が得られる実益の存在が問題になるが、この実益とは事実上の利益ないし期待でも足りるとというのが最近の学説の一般的な理解であり、これを行政指導にあてはめれば、行政指導が当然には法律上の効力を持たないというような場合であっても、原告に事実上の不利益を与える蓋然性があれば、民事訴訟的にはその行政指導を争う利益というものが認められる余地があるといわれている(13 司法制度改革推進本部「行政訴訟検討会(第 19 回)議事録」〔山本和彦発言〕)。このような見解によれば、確認の利益の有無を判断する際に目を向けるべきものは、公法上の『権利』『法的地位』ではなく、原告の『危険・不安』『不利益』ということになる。」としている。

(4) また、行政の適法性確保制度としての行政訴訟制度の独自の意義について、亘理格「行政訴訟の理念と目的」ジュリスト 1234 号 14 頁は「適法性という客観的要素を内在させた利益の保護・救済のための訴訟である行政訴訟は、本来的に、主観的要素と客観的要素との有機的結合の上に立脚した訴訟形態である。これからの行政訴訟に関する論議は、このような行政訴訟の二面性を率直に承認するところから始めるべきである」とし、曾和

俊文「行政訴訟制度の憲法的基礎」ジュリスト 1219号 63頁は「わが国の憲法には（ドイツ憲法と異なり）『法治主義』を直接に定めた規定はないが、国民主権原理や三権分立原理さらには課税法律主義や罪刑法定主義を定める規定などを考慮すれば、『法治主義』もまた日本国憲法の定める基本原理として理解することができる。さらに憲法 76 条は司法権が裁判所に属すると定め、憲法 81 条は『最高裁判所は、一切の法律、命令、規則または処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である』と定めている（強調点は筆者）。この憲法 81 条と憲法原理としての『法治主義』を組み合わせるならば、行政活動に対する司法審査を保障する行政訴訟制度は『法治主義』の実効性担保手段としての意義を有する。」「裁判所はその国の法秩序を統一的に維持するための特殊な国家機関であって、立法府や行政府と独立した司法部門による行政の適法性統制には独自の意義が認められてしかるべきである。このように考えると、行政訴訟制度の制度化に当たっては、国民の権利救済と並んで、行政の適法性確保を独自の制度目的として構想することが妥当であろう。」としている。また、中川丈久「行政事件訴訟法の改正」公法研究 63 号 133 頁は、抗告訴訟について、「公権力の行使の法律適合性の保障」と「国民の権利利益の保護」（権利救済）の両目的のいずれかが優先する関係にはないと考えるべきである」としている。

エ くり返しになるが、平成 14 年最高裁判決は、以上述べた行政事件が司法権の内容とされた意義や行政上の法律関係の特性についての理解を欠いたものとして、批判をされているものである。

すなわち、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し、結果として、大審院と同様の地位をベースラインとしていることにあるといえよう。」とし、神橋一彦「法律上の争訟と『義務』の概念」法学教室377号70頁(注5)は「宝塚判決は、『行政事件を含む民事事件』において裁判所がその固有の権限に基づいて審判することのできる対象は…』(傍点筆者)として、いとも簡単に行政事件を民事事件に含めて一括している。かかる理解は、現行憲法の下においてある種の『行政事件』(すなわち主観訴訟)が『司法権』の一部に属するとの理解が成立したとしても、それはあくまで民事事件の一部であり、その意味で、『司法権』とは民事及び刑事の裁判であるとする、旧憲法の『司法権』(57条)の延長線上にあるのではないか、との疑問を抱かせる。」とし、寺田友子「杉並区住基ネット受信義務確認等請求事件」桃山法学第11号は「法律上の争訟を主観的な権利利益の侵害に固定することは、民事法一辺倒である。又、抗告訴訟は国民から見ると権利・利益の侵害を争うものであるが、行政主体には権限を巡る争訟であって、主観的な権利は存在しないのであるから、行政主体からすると法律上の争訟にならない、という奇妙な結果に

なるのである。抗告訴訟及び刑事事件は、板曼茶羅事件でいう法律関係の存否に関する紛争であって、法律上の争訟である。国民が行政活動によって生じた義務を履行しない場合、司法により得ない根拠は見あたらないのである。市民の義務の不履行に対して、宝塚市事件のように住民が履行しない場合、一般原則にもどって、司法の手によって、不履行の違法性を確認し、住民の義務の実現を司法の手によって図ることが、日本国憲法における司法国家ということが出来る。宝塚市事件判決は、司法が行政活動に関わることを自ら否定したのである。しかし、行政権を行使する際、司法権が事前に介入してはならないということは日本国憲法から導き出される大原則ではない。明治憲法秩序の悪しき伝統に過ぎない。行政と国民が法令の解釈をめぐ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…宝塚市事件判決は早晩判例変更されてしかるべきである。」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」としているなど、学説からこぞって批判がなされているものである。

オ 以上述べたとおり、日本国憲法が行政事件を司法権の内容とした意義、行政事件の特性を踏まえた上で、「司法権」、「法律上の争訟」の意義が理解されなければならない。

(2) 司法制度改革の一環としてなされた平成 16 年行訴法改正の目的

「公法上の法律関係に関する確認の訴え」は、平成 16 年行政事件訴訟法改正により、行政事件訴訟法 4 条後段に、当事者訴訟の類型として明示されたものである。

先に述べたとおり、司法権ないし「法律上の争訟」の概念を民事訴訟モデルに著しく偏して捉えた上で、民事事件との比較における行政事件の異質性を強調することにより、行政訴訟の対象が過度に限定され、行政訴訟制度の機能不全と言われる事態が生じていた。

行政事件訴訟法改正は司法制度改革の一環としてなされたものであるが、行政訴訟について裁判所が期待される役割を果たしていないとの認識に基づき、行政訴訟制度の見直しが求められたものであった。

司法制度改革審議会意見書は、「司法の役割」について、「法の支配の理念に基づき、すべての当事者を対等の地位に置き、公平な第三者

が適正かつ透明な手続により公正な法的ルール・原理に基づいて判断を示す司法部門が、政治部門と並んで、『公共性の空間』を支える柱とならなければならない。」と位置づけている。そして、「司法は、具体的事件・争訟を契機に、法の正しい解釈・適用を通じて当該事件・争訟を適正に解決して、違法行為の是正や被害を受けた者の権利救済を行い、あるいは公正な手続の下で適正かつ迅速に刑罰権を実現して、ルール違反に対して的確に対処する役割を担い、これを通じて法の維持・形成を図ることが期待されている。」、「憲法は、国会、内閣と並んで、裁判所を三権分立ないし抑制・均衡システムの一翼を担うにふさわしいものとすべく、民事事件、刑事事件についての裁判権のほか行政事件の裁判権をも司法権に含ませ、更に違憲立法審査権を裁判所に付与した（第 81 条）。裁判所は、これらの権限の行使を通じて国民の権利・自由の保障を最終的に担保し、憲法を頂点とする法秩序を維持することを期待されたのである。裁判所がこの期待に応えてきたかについては、必ずしも十分なものではなかったという評価も少なくない。」、「様々な紛争が公正かつ透明な法的ルールの下で適正かつ迅速に解決される仕組みが整備されなければならない。21 世紀社会の司法は、紛争の解決を通じて、予測可能で透明性が高く公正なルールを設定し、ルール違反を的確にチェックするとともに、権利・自由を侵害された者に対し適切かつ迅速な救済をもたらすものでなければならない。」などと指摘している。

本書面において追加する「公法上の法律関係に関する確認の訴え」が「法律上の争訟」に該当するか否かについては、民事訴訟に偏した捉え方をするのではなく、日本国憲法が行政訴訟を司法権の内容とし

たこと、法の支配という基本的理念と裁判手続による紛争解決の必要性を踏まえて、判断されなければならない。

民事に還元されない紛争・民事的な意味での請求権と構成できない紛争は司法権の埒外に置くというような発想は、誤りである。

7 公益保護を目的とする公法上の義務の確認請求について「法律上の争訟」性が認められていること

(1) 弁護士法 23 条の 2 に基づく照会に対する報告義務確認請求が認められたこと（愛知県弁護士会訴訟）

ア 最高裁平成 28 年 10 月 18 日判決

法律によって定められた制度の適正な運用という公益の保護を目的とした公法上の義務の確認請求は平成 14 年最高裁判決の射程外であるというべきであり、このことは、最高裁平成 28 年 10 月 18 日判決・民集 70 卷 7 号 1725 頁が示唆していたものというべきである。

同最判は、弁護士法 23 条の 2 第 2 項に基づく照会（以下「23 条照会」という。）に対する報告拒絶について、照会を発した弁護士会が照会先に対し、主位的に、照会先 23 条照会に対する報告を拒絶したことにより弁護士会の法律上保護される利益が侵害されたと主張して、不法行為に基づく損害賠償を求め、予備的に、照会先が 23 条照会に対する報告をする義務を負うことの確認を求め、原審が主位的請求を認容したのに対して照会先が上告をしたという事案にかかるものである。

そして、同最判は、「23 条照会の制度は、弁護士が受任している

事件を処理するために必要な事実の調査等をするを容易にするために設けられたものである。そして、23条照会を受けた公務所又は公私の団体は、正当な理由がない限り、照会された事項について報告をすべきものと解されるのであり、23条照会をすることが上記の公務所又は公私の団体の利害に重大な影響を及ぼし得ることなどに鑑み、弁護士法23条の2は、上記制度の適正な運用を図るために、照会権限を弁護士会に付与し、個々の弁護士の申出が上記制度の趣旨に照らして適切であるか否かの判断を当該弁護士会に委ねているものである。そうすると、弁護士会が23条照会の権限を付与されているのは飽くまで制度の適正な運用を図るためにすぎないのであって、23条照会に対する報告を受けることについて弁護士会が法律上保護される利益を有するものとは解されない。したがって、23条照会に対する報告を拒絶する行為が、23条照会をした弁護士会の法律上保護される利益を侵害するものとして当該弁護士会に対する不法行為を構成することはないというべきである。」とし、「被上告人の主位的請求は理由がなく、これを棄却した第1審判決は正当であるから、上記部分につき、被上告人の控訴を棄却すべきである。被上告人の予備的請求である報告義務確認請求については、更に審理を尽くさせる必要があるから、本件を原審に差し戻すこととする。」と判断した⁹。

⁹ 岡部喜代子裁判官の補足意見は、「23条照会の制度の趣旨は、原審の述べるとおり、弁護士が受任している事件を処理するために必要な事実の調査及び証拠の発見収集を容易にし、事件の適正な解決に資することを目的とするものであり、照会を受けた公務所又は公私の団体は照会を行った弁護士会に対して報告をする公法上の義務を負うものである。」として、報告義務が公法上の義務であることを明示的に述べている。

木内道祥裁判官の補足意見は、「原審が、照会が実効性を持つ利益の侵害により無形損害が生ずることを認めるのは、23条照会に対する報告義務に実効性を持たせるためであると解される。しかし、不法行為に基づく損害賠償制度は、被害者に生じた現実の

23 条照会に対する報告義務が公法上の義務であることは明らかであり、また、同最判が 23 条照会について弁護士会の財産権法上の権利利益を否定したことは明らかである。したがって、自己の財産権法上の権利利益の保護救済を求めるのでなければ「法律上の争訟」に該当しないというのであれば、23 条照会についての報告義務の確認請求について「法律上の争訟」に該当する余地はないことになり、差戻しをしてさらに審理を尽くさせる必要はない¹⁰のであって、同最判が報告義務の確認請求について原審に差戻しをしたことは、自己の財産権法上の権利利益ではない公法上の義務の確認請求について「法律上の争訟」に該当することを示唆したものというべきである。

イ 名古屋高裁平成 29 年 6 月 30 日判決

差戻後控訴審判決（名古屋高裁平成 29 年 6 月 30 日判決・裁判所ウェブサイト）は、本案の判断をして、報告義務の確認請求を認容した。

同判決は、報告義務の性質については、「23 条照会を受けた公務所又は公私の団体は、照会事項を報告すべき法的義務があるとともに、23 条照会が公法の性質を有する弁護士法により認められた公

損害を金銭的に評価し、加害者にこれを賠償させることにより、被害者が被った不利益を補填して、不法行為がなかったときの状態に回復させることを目的とするものであり、義務に実効性を持たせることを目的とするものではない。義務に実効性を持たせるために金銭給付を命ずるというのは、強制執行の方法としての間接強制の範疇に属するものであり、損害賠償制度とは異質なものである。そうすると、弁護士会が 23 条照会に対する報告を受けられなかったこと自体をもって、不法行為における法律上保護される利益の侵害ということはできないのである。」として、弁護士会には財産権法上の保護される利益の侵害がないことを明示している。

¹⁰ 原審は主位的請求を認容したため予備的請求である報告義務の確認請求についての判断は示していないが、上訴審が原審で判断されなかった予備的請求について判断をすることは可能である（最高裁昭和 33 年 10 月 14 日判決・民集 12 卷 14 号 3091 頁参照。）。

益を図る制度であることに照らせば、その義務は公法上の義務であると解される」と公法上の義務であるとの判断を示し、「弁護士会の照会権限は、飽くまでも制度の適正や運用を図るためにすぎないことから、照会先の報告拒絶に対し、弁護士会が独自の損害を被ったと主張してその賠償を受けることができる法律上の利益を有するものではない」として、財産権上の権利利益を否定した。

そのうえで、「弁護士会が23条照会制度を適正かつ円滑に運営し、その実効性を確保することは、法的に保護された弁護士会固有の利益であるということができるとともに、報告義務の存否（拒絶する正当な理由の有無）に関し、弁護士会と照会先の判断が食い違った場合には、司法判断により紛争解決を図るのが相当であると解される。」として、本案の判断をして公法上の義務としての報告義務を認めた。

「23条照会制度を適正かつ円滑に運営し、その実効性を確保すること」を「法的に保護された弁護士会固有の利益」としたものであるが、これは、自己の財産権法上の権利利益の保護救済を求める訴訟でなくとも、法律上の争訟に該当することを正面から認めたものにほかならないものと言うべきである。¹¹¹²

¹¹ 伊藤眞「弁護士会照会の法理と運用」金融法務事情 2028号 21頁は、「弁護士会の照会先を相手方とする確認訴訟については、訴訟物が公法上の報告義務に当たることからすれば、公法上の法律関係に関する確認の訴え（行政事件訴訟法4条）としての性質を有するが、その適法性を否定すべき理由がない。このような訴訟が提起されるのは、利益衡量に基づく判断に関して、弁護士会と照会先の考え方が決定的に対立する場面にはほかならないが、そのようなときに裁判所の判断を示す手続としては、この確認訴訟が必要であると思われる。」としている。

¹² 弁護士会照会に対する報告義務の確認の訴えが「法律上の争訟」に該当する場合には、次に、確認の利益が問題となるが、加藤新太郎「弁護士会照会に対する照会先の報告拒絶による不法行為の成否」NBL1089号は、「確認の訴えには、確認の利益が必要であり、①確認の訴えによることの適否（方法選択の適否）、②確認対象選択の適否、③即時確定の利益（原告の地位に対する不安、危険の現実性）により判定されるが、本

(2) 納税義務の消滅時効回避のための当事者訴訟（国が原告となり国民を被告とした公法上の義務の確認の訴え）が認められていること

第1、3(2)及び第1、5において述べたとおり、国が国民を被告として租税納付義務の確認請求の訴えを起すことについては、当然に適法な訴えと認められてきた。

納税者が差押対象財産を有しないため差押えにより国税の徴収権の消滅時効を中断できない場合に、消滅時効中断のために、国が国民を被告として租税納付義務の確認を求めた訴訟について、岡山地裁昭和41年5月19日・行集17巻5号549頁は、「前記事情が存する以上裁判上の請求をするよりほかに、時効中断の方法はないことになる。かかる場合は、国が租税債権の行使を裁判上の請求によりなす必要があり、そのためにする訴には本案判決を求める利益がある。次に、原告の終極的な目的が物の給付を求めるところにあることと、債権存在確認の訴を提起することの適切性につき考えるに、この点についても、前述のように租税債権には自力執行力が付与されているから、原告は、租税債権の存在が確定される限りその目的を達しうるのであり、裁判上請求することについても給付の訴による必要はなく、債権確認の訴によるのが最も適切である。以上の次第により、本件訴には判決を求める利益がある。そして、右の訴は、行政事件訴訟法第四条の公法上の法律関係に関する訴訟に該することは、多言を要しないから本件訴は適法である。」とした。

平成14年最高裁判決の調査官解説においても、「納税義務や賦課金

件はいずれも肯定される。その上で、正当な理由の存否を判断することになる」としている。

納付義務等の…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を提起することが考えられる」とされている。

8 「司法権」の観念と「法律上の争訟」の意義（定式）について

(1) 司法権の観念についての伝統的な見解

司法権について、かつての憲法の代表的な教科書である伊藤正巳『憲法（第3版）』559頁以下は、「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』（七六条一項）と規定し、司法権が立法機関や行政機関でなく、裁判所によって行われることをうたっている。ここにいう司法権とは、近代国家の憲法が採用した権力分立の原理のもとに構成された国家作用の一つであり、通常、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を果たす国家作用であるとの理解がなされている。形式的意味の司法権は、憲法により司法裁判所に帰属せしめられた諸権限事項を指すが、実質的意味の司法権が何であるかについては、それを理論的に構成することは不可能であり、歴史的に構成されるものであるとみるのが正当であろう。すなわち、司法作用と行政作用とは、ともに定立された一般的・抽象的規範を具体的に適用するものである点で共通しているが、その間の区別は、歴史的に、国によって形式的に設けられ、その区別の根拠につき論理的に明確な説明ができるわけではない。後にみるように、フランス・ドイツといった国では、行政事件を司法裁判所ではなく行政権のもとにある行政裁判所の管轄事項に属せしめているのに対し、イギリスやアメリカ合衆国においては、行政事件も司法裁判所の管轄事項としている。この例から明

らかなように、司法権ないし司法作用の実質的概念は、権力分立原理のもとで形式的に区別された国家作用から生じているのである。(1)近代国家における司法権 社会に生ずる紛争を解決するための裁判の制度は古くから存在した。しかし、現代国家における裁判所制度は、近代国家の成立過程において、専制君主や権力者の恣意による裁判を排し、厳正かつ公正な裁判が行われることを目指して構成された裁判制度に基礎をおくものである。近代国家は、国家作用を分化せしめ、司法権を裁判所という独立した機関が担当する制度を形成させた。その制度は、国によってそれぞれ異なるものであるが、厳正かつ公正な裁判を確保することを目指し、そのために考え出された諸原則には共通したものを認めることができる。」としている。

この「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を果たす国家作用」という、実質的意味の司法権の定義は、清宮四郎『憲法 I』334 頁の「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」という定義とほぼ同様であり、このような定義が伝統的通説である。芦部信喜『憲法(第5版)』326 頁は、「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。」としている。

以上のような通説的な定義においては、「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ものと解され」（野坂泰司「憲法と司法権」法学教室246号）ているものである。

(2) 事件性の要件が求められる根拠と被告主張の誤り

ア 事件性を司法権の発動要件とする司法権の定義が伝統的通説であるが、そのように司法権を定義する根拠については、「論理的に構成するのは不可能であり、歴史的に構成されるものであるとみるのが正当であろう」（伊藤正巳『憲法（第3版）』559頁）とするのが、伝統的通説であった。

イ この伝統的通説に対して問題提起をしたのが佐藤幸治教授である。

第1、3(1)アにおいて示したとおり、被告は、司法権の沿革・役割について、乙B第18号証・佐藤幸治「自由の法秩序」佐藤幸治ほか編『憲法五十年の展望Ⅱ』を引用して、司法権の沿革やその期待される役割からは、「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」（被告第1準備書面、第2、1(1)）と主張している。

佐藤幸治教授は、司法権の本質から事件性が司法権の内実（発動要件）となることを理論的に導いた上で、我が国における司法権の内実とされる事件性と裁判所法3条にいう「法律上」の争訟（「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、「法律の適用により終局的に解決しうべきもの」)をほぼ等式で捉えたものである。

この佐藤幸治教授の見解(法原理部門という司法権の本質から事件性が司法権の内実(発動要件)であることを理論的に導き、事件性の要件を裁判所法3条の「法律上の争訟」とほぼ等式で捉える。)には、平成14年最高裁判決を肯定する論理や、被告主張(「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」)の内容は含まれていないものであり、以下、このことを確認する。

佐藤幸治教授は、司法権の本質について、『司法権』が近代立憲主義ないし権力分立主義的発想に立って目的的にあるいは政策的に形成されたものであるとしても、その近代立憲主義ないし権力分立主義の前提に立つ限り、『司法権』にはある種の理論的前提があり、またあると考えなければならないのではないか、換言すれば、『司法権』について理論的概念構成は不可能だといってかたづけるのではなく、『司法権』の理論的前提ないし“本質”といったものを問題とすべき余地があり、また必要ではないか(佐藤幸治『現代国家と司法権』46頁)として、伝統的通説が不可能としていた、司法権の理論的概念構成の必要性について問題提起をしたものであった。

佐藤幸治教授の問題意識について、駒村圭吾教授は、「司法権の観念を歴史的相対性の“海”に浮遊させてしまる旧来の通説に対する懸念(駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回』341頁)、「旧来の通説に対する佐藤の懸念は、さらに、いわゆる『公共訴訟』の導入を模索

する現代的動向に対する懸念によって増幅する。つまり、政治過程の機能不全を前提に、一定の政策形成機能の発揮をむしろ司法に期待する『公共訴訟』の導入論は、従来、司法とは明らかに異質であると認識されてきたはずの政策形成機能を司法にもたらずにもかかわらず、歴史的な概念構成に立てば、公共訴訟の導入こそが『歴史的要請である』という掛け声に応じて、当の司法権観念の方が歴史的変成を遂げるわけで、司法作用と政策形成の際は雲散霧消してしまうのである。果たして、それでいいのか。」(駒村圭吾「非司法作用と裁判所—『事件性の擬制』というマジノ線」法学教室 326 号 42 頁)としている。また、野坂泰司教授は、佐藤幸治教授の『『司法権』の本質論』の問題提起について、「議論の実践的意図は明らかである。それは、司法権の本質的構造を究明することにより司法権の本来の領域(守備範囲)を理論的に画定しつつ、その本来での領域内での裁判所の活動を積極的に基礎づけ擁護しようということであろう。」(野坂泰司『『司法権の本質』論について』杉原泰雄=樋口陽一編『論争憲法学』292 頁)としている。

そして、『『リーガル・プロセス』法学的発想への共感を基盤』¹³として、司法権の本質・独自性を「公平な第三者(裁判官)が、関係当事者の立証と推論に基づく弁論とに依拠して決定するという、純理性のとくに強く求められる特殊な参加と決定過程」に求め、これ

¹³ 乙B第18号証・47頁。同論文の22頁には『法の支配』という織物においてその重要な特質を示すもの、それはリーガル・プロセス的理念型の“糸”であると思われる。『法の支配』の理念に最も深くコミットする西洋の法体系の品質証明ともいわれるコモン・ローは、リーガル・プロセス的理念型抜きには成り立ちえない。」としている。また、佐藤幸治『現代国家と司法権』59頁は「筆者が裁判所の『法原理部門』性を語る時、もとよりアメリカにおけるいわゆるプロセス法学を視野にいれてのことである」としている。

に最もなじみやすいのは、「具体的な紛争の当事者がそれぞれ自己の権利義務をめぐる理をつくして真剣に争うことを前提にして、公平な第三者たる裁判所がそれに依拠して行う法原理的な決定に当事者が拘束されるという構造である」とした(乙B第18号証・47頁)。

司法権の本質・独自性を法原理的決定という決定過程に求め、この法原理的決定という決定過程を最もよく担保するものとして事件性の要件を位置づけたものである¹⁴。

司法権の発動の基盤たる「事件・争訟性」の要件の内容について、野坂泰司による佐藤幸治『現代国家と司法権』の要約を引用すると、「アメリカ合衆国の主要な判例理論に即した検討を行い、『事件・争訟性』の要件ないし『司法判断適合性』の法理によって意味される『司法権』の構造を、①対審的争訟手続、②法律上の争訟、③主張の利益、④司法判断適合の現実の紛争の存在、⑤裁判所の判決の終局性、といった諸要素からなるものとして把握する。そして、『「事件・争訟性」を本質的要素として「司法権」を捉える限り、右の一般的構造は日本国憲法上の「司法権」との関係でも否定しがたいのではあるまいかと思う』とした(野坂泰司『司法権の本質』論について) 杉原泰雄＝樋口陽一編『論争憲法学』)。

このような考察の上で、日本国憲法にいう「司法権」(事件・争訟)と裁判所法3条にいう「法律上の争訟」の関係については、基本的に「司法権＝法律上の争訟」という等式で捉えている。すなわち、「結論からいえば、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

¹⁴ 山本龍彦「『法原理機関説』の内実についての覚書」桐蔭法学 14 卷 1 号 93 頁。

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述べているものを、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。

以上のとおり、佐藤幸治教授の司法権の定義は独特なものであるが、伝統的通説と内容が異なるものではなく、「司法権＝法律上の争訟」という等式についてもほぼこれを維持し、「法律上の争訟」の内容についても、判例に示された定式によっているものである。

伝統的通説と異なるのは、司法権の本質的構造を理論的に構成し、事件性の要件が司法権の本質的内容であることの理論的な論拠を示したということである¹⁵。

¹⁵ 駒村圭吾「非司法作用と裁判所—「事件性の擬制」というマジノ線」法学教室 326 号 43 頁は、「佐藤は、従来、裁判所法 3 条にいう『法律上の争訟』の意味を『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、且つそれが法律の適用によって終局的に解決し得べきもの』とする判例・通説の理解を、憲法上の概念であ

そして、この司法権の本質からは、国民の裁判を受ける権利に基づかない争訟は司法権の範囲内に入らないとか、国民の権利義務が訴訟物でなければ事件性を欠くということが、導かれるものではない。

司法権の本質として示されたのは、「公平な第三者（裁判官）が、関係当事者の立証と推論に基づく弁論とに依拠して決定」するという構造・決定過程である。すなわち、「当事者の証拠と推論に基づく弁論に依拠する決定に重点をおく、フラーの裁判本質論を検討し、『司法権とは具体的紛争の当事者がそれぞれ自己の権利義務をめぐって理をつくして真剣に争うことを前提にして、公平な第三者たる裁判所がそれに依拠して行う法原理的な決定に当事者が拘束されるという構造である。』とする。ここでは、フラーの如く、当事者の真剣な弁論に依拠する決定であることに重点がおかれており、そのような弁論が何を巡るものであるのかはむしろ二次的なこととされているように思われる。民事裁判であれば、権利義務をめぐる弁論が展開され、刑事裁判であれば、刑罰の賦課をめぐって弁論が展開されることになる。権利義務が法により決定され、刑罰も法により決定される以上、ともに法を巡る弁論となる筈で、佐藤幸治会員の裁判本質論は、法を巡る当事者の真剣な弁論に基づく決定という性格づけにこそ、その重点があるように思われる…法律上の争訟の観念は『当事者間の権利義務に関する紛争の裁判』をその重要な性質としてとりだすのであるが、それは司法の手續によって処理されることの望ましいひとつのことがらを述べているにすぎないのではない

る『事件・争訟性』の内実として受容し、かかる事件・争訟性の要件こそが、司法権観念の『本質的要素』であるとするのである。」としている。

か。『対象自体の重要な性質』としてわれわれはむしろ、一般に手続的正義の内実としていわれることがらをとりだすべきであり、それは、佐藤会員の述べる当事者の真剣な弁論に依拠する決定という構造を核心とするのではないか」(大貫裕之「行政訴訟による国民の『権利保護』」公法研究 59 号 213 頁) というべきである。

司法の本質的構造よりするならば、具体的な紛争があり、法令の適用により終局的な解決が可能であるならば、当事者の真剣な弁論に依拠する決定という構造により処理されるべきであり、行政上の義務を巡る紛争であるから司法権の範囲に含まれないとすることは、誤りである。

再度引用しておくが、佐藤幸治教授は、平成 14 年最高裁判決について、「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の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)と批判しているものである。

ウ 佐藤幸治教授の司法権の本質論を受けて、行政法学者の曾和俊文教授は、「今日の通説・判例は、司法権とは一般に、具体的な争訟事

件について、法を適用し、宣言することによって、これを解決する国家作用であるとしている。しかし、司法権の核心ともいえる『具体的な争訟事件』性（以下では『事件』性という）の判断は、論者により多少の幅があり得る。例えば、〔10〕最高裁昭和28年11月17日第三小法廷判決（行集4巻11号2760頁）は、『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って、且つそれが法律の適用によって終局的に解決し得べきものであることを要する』としており、判例は以後も同様の指摘を続けている。しかし、この定義は典型的な民事訴訟を念頭においた場合には妥当するものであっても、刑事訴訟や行政訴訟にただちにそのまま妥当するものではない。したがって、刑事訴訟や行政訴訟をも司法権の対象であって『事件』性を持つというならば、当事者の概念は広く解する必要がある、国民の権利義務に関する紛争という要素は必ずしも『事件』性概念の必須の要素といえないとも思われる。また、憲法の明文において『事件』性が司法権の要件とされているアメリカにおいて、この『事件』性の観念は、『伝統的には、①対決性、②争われている法的権利に利害関係をもつ当事者、③現実の司法判断適合の争訟の存在、および④裁判所が終局的で拘束力を持つ判断を下すことができること、の四要件を内包する』とされている。しかし、一般的にはこの通りであろうが、上の四要件が厳格に、常に要求されているわけではない。たとえば、特別検察官が大統領に対して発した召喚令状の執行を求める訴訟である *United States v. Nixon*, 418 U.S.683(1974) では大統領側は、本件を行政機関内部の争いであって『事件』性を欠くと主張したが、裁

判所は、本件手続の性質、当事者の地位の独立性等から本件紛争は『事件』性を有すると判示している。また、一般に、権利侵害ではなく事実上の損害があれば憲法上の原告適格の要件を満たすということは判例も認めるところである。このようにみると、アメリカにおいて、これら4要件は相当弾力的に適用されているといえよう。そこで、そもそも司法権の観念の中心内容としてなぜ『事件』性が必要と解されるのか、その実質的理由を考える必要がある。わが国では従来、司法権の内容を歴史的・相対的なものとしてとらえる見解が有力であり、司法権の観念を実質的に定義する見解が新たに登場してきたのはむしろ最近のことに属する。そこで最近の論者の一人である佐藤（幸）教授の見解を検討してみよう。佐藤教授は、司法権の観念の独自性を『公平な第三者（裁判官）が、関係当事者の立証と推論に基づく弁論とに依拠して決定するという、純理性のとくに強く求められる特殊な参加と決定過程たるところにある』とし、『事件』性の要件の存在理由を次のように説明する。すなわち『具体的紛争の当事者がそれぞれ自己の権利・義務をめぐって理をつくして真剣に争うということを前提に、公平な裁判所がそれに依拠して行なう法原理的決定に当事者が拘束されるという構造・・・は、近代立憲主義と深くかかわり合っている・・・つまり、この構造は、国民はその代表者の選挙を通じて立法過程に参加する一方、そのような法の下での国民各自の具体的な権利・義務関係のあり方はそれぞれ自ら決定して行くという自己決定の原則、および国民各自の具体的な権利・義務関係について、自己が適正に代表されていない過程によって拘束的に決定されることは不公正であるという観念（デ

ュー・プロセスの思想)と結びついているのであって、具体的事件・争訟性の要件は、かかる原則と観念を充足し担保するという役割をもっている』というのである。司法権の観念の実質的定義が、法原理機関としての裁判所の地位を明確にして、裁判所が本来担うべき人権保障機能に裁判所の作用を集中させようとするものであるとすれば、『事件』性を核に司法権をとらえる通説は承認してよいと思われる。しかしながら、『事件』性の要件の具体的内容は、先にみたようになお曖昧さを残している。そして、『事件』性を要件とする意義が先に引用したものであるならば、近代立憲主義の枠内では十分処理できない現代的紛争や行政事件などでは、法原理機関としての性格を損なわない程度に、『事件』性を弾力的に解する必要もあるように思われる。以上のように考えると、地方公共団体の提起する行政訴訟においては、国民の権利義務をめぐる紛争という要素がなくとも、①具体的対立性、②法的保護に値する利益の侵害の存在、③法律の適用による紛争の解決の可能性、④判決の終局性の4要件がある限り、これを憲法上の『事件』性を満たす紛争としてとらえてもよいのではないかと思われる。」(曾和俊文『行政法執行システムの法理論』214頁)としている。

9 本件確認の訴えが「法律上の争訟」の要件を充足すること

(1) 「法律上の争訟」の定式

ア 第1、8において述べたとおり、学説においては、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。

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。）。

そして、この定式は、行政事件については、民事訴訟モデルに偏した理解がなされてはならず、行政事件の特質を反映したものとして理解されるべきことが指摘されている。

イ 上記の「法律上の争訟」の定式は、判例により定式化され、その内容が学説においても支持されたものである。

最高裁昭和 27 年 7 月 8 日判決・民集 6 卷 9 号 783 頁（警察予備隊違憲訴訟判決）は、「わが裁判所が現行の制度上与えられているのは司法権を行う権限であり、そして司法権が発動するためには具体的な争訟事件が提起されることを必要とする。我が裁判所は具体的な争訟事件が提起されないのに将来を予想して憲法及びその他の法律命令等の解釈に対し存在する疑義論争に関し抽象的な判断を下す

ごとき権限を行い得るものではない。」と判示し、具体的事件性もないのに、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)。従って、法令の適用によっ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、主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 以上のおり、「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すべきもの』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。

そして、行政事件における「法律関係」については、第1、6で述べた行政上の法律関係の特質、行政事件の特質に適合的に解釈されなければならないものである。

(2) 「法律上の争訟」の定式への本件確認の訴えの当てはめ（本件確認の訴えが「法律上の争訟」に該当すること）

ア 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砕し、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」において岩礁破砕等の行為をする者は知事の岩礁破砕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、知事の岩礁破砕等許可を受けずに岩礁破砕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）。

そして、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。

被告の機関である沖縄防衛局は、本件水域に含まれる海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、第 2、3(1)において詳述するとおり、本件水域における岩礁破砕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砕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砕等は切迫しているものであり、沖縄防衛局による岩礁破砕等の危険は、個別、具体化しているものである。

イ 原告と被告との間に、「法律関係」が存することは、国の側から沖縄県を被告として提訴をした場合を考えれば、明らかである。

被告は、本件水域における岩礁破砕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、岩礁破砕等許可の要否（本件水域における漁業権の存否）について、原告と沖縄防衛局は異なる見解を主張し（甲 A 9～甲 A 21）、原告は沖縄防衛局に対して、岩礁破砕等を行うには岩礁破砕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。

そうすると、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砕等工事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、沖縄県を被告として、本件水域における岩礁破砕

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（沖縄防衛局）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。

ウ 沖縄県漁業調整規則 39 条 1 項による岩礁破碎等についての不作
為義務ないし法律関係の存否について原告と被告との間の紛争が
存するものであり、本件確認の訴えは、「法律上の争訟」の①の要
件（具体的事件性）を充足する。

そして、この紛争は、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、原告である地方公共団体と被告である国とが異なる
解釈を主張していることにより生じた紛争であるから、法令の適用
により終局的に解決できるものであり、本件確認の訴えは、法律上
の争訟の②の要件（法的事項）も充足する。

以上のとおり、本件確認の訴えは、当事者間の具体的な権利義務
ないし法律関係の存否に関する紛争であって、かつ、それが法令の
適用により終局的に解決することができるものであるから、「法律
上の争訟」に該当するものである。

第 2 本件確認の訴えについて確認の利益が認められること

1 確認の訴えによることの適否について（確認訴訟の補充性に反しない ことについて）

給付訴訟が可能な場合には確認の利益について疑義が生じることにな

るが、本件確認の訴えは主位的請求が認められない場合の予備的請求であり、仮に、本訴訟の主位的請求である履行請求（給付訴訟）が認められない場合には、原告は確認請求という形式以外に沖縄県漁業調整規則 39 条 1 項に基づく公法上の法律関係を訴訟物とする訴訟提起をすることはできないのであるから、主位的請求が認められない場合には、確認の訴えによる以外に、他に適当な方法はない。

他方で、第 2、2 において述べるとおり、確認請求により判断がなされるならば、法令の適用により紛争が終局的に解決できるのである。

したがって、主位的請求である履行請求（給付訴訟）が認められない場合についての予備的請求である本件確認の訴えについては、確認訴訟の補充性に反しないものであり、確認の訴えによることは適当であると認められる。

2 確認対象の適否について

水産資源保護法 4 条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砕し、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」において岩礁破砕行為をする者は皆、知事の許可を受けてそれを行わなければならないという作為義務を課されている。このことは裏を返していえば、何人も知事の同許可を受けずには岩礁破砕行為を行ってはならないという不作為義務を課されていることを意味する。そして、実際に許可を受けずに岩礁破砕行為がなされた場合に生ずる義務違反は、この不作為義務違反である。知事の許可を取得するという作為の義務は、将来

においてなされる岩礁破碎をなす際に事前に履行されるべき義務であるからである。同規則 39 条 1 項に違反する行為については同規則第 4 章において罰則も定められており、この不作為義務の違反が違法と評価されることは一義的に明らかであり、この不作為義務が法的義務であることは当然である。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り、かかる義務は、地域の水域に存する水産資源を保護培養するという地域公益を保護するために課された義務である。この知事の許可を受けずに岩礁破碎行為を行ってはならないという不作為義務は、その内容が極めて具体的で明確であることはいうまでもない(以上、乙 C 1 号証・人見意見書)。また、第 2、3(1)において詳述するとおり、国(沖縄防衛局)がしようとしている違反行為の内容は具体的に特定され、国(沖縄防衛局)がかかる行為を行う蓋然性が認められることは明らかである。その他、第 1、9(2)においても述べたとおりであり、原告と被告との間には、具体的に特定された公法上の法律関係が存するものである¹⁶。

確認の訴えにおける確認対象の適否については、「重要なのは…それを確認する判決が出ると、被告の行動に影響があり、紛争解決が十分に期待できるという事情の存在である」(中川丈久「行政訴訟としての『確認訴訟』の可能性」民商法雑誌 130 巻 6 号)とされる。そして、本件についての原告と被告との間の争いの根本的原因は、本件水域が、岩礁破碎

¹⁶ 仮に主位的請求が「法律上の争訟」に該当しないとして不適法とされたとしても、それは公法上の法律関係の存在を否定することを意味するものではない。塩野宏「自治権侵害に対する自治体の出訴資格」兼子仁＝阿部泰隆編『自治体の出訴権と住基ネット』132 頁は、平成 14 年最高裁判決について、「当該関係自体が法律関係としての側面を有していることまでも否定するものではない」としている。

等をしようとする者に対して沖縄県知事の岩礁破碎等許可を得ないで岩礁破碎等をしてはならないという不作為義務が課せられている水域であるか否かについての主張の対立であり、本件水域がそのような制約のある水域に該当することが司法の判断によって明らかになれば、紛争の根本的原因が解決し、紛争の実態に即した抜本的な解決が図られることになるものである。確かに、確認訴訟の判決については執行力の担保はないが、わが国の法制度という点からは、行政事件訴訟法における義務付け訴訟・差止め訴訟をはじめ、行政主体を名宛人とする判決については特段の執行力の担保措置は設けられておらず、また、地自法第 251 条の 5 に基いて地方公共団体の提起する国の不作為の違法確認訴訟についても執行力の担保措置はないが、これは、行政主体は裁判所の判断を尊重するとの前提で、わが国の法制度が制度設計されているという認識に基づいて立法されたものである。山本隆司「訴訟類型・行政行為・法関係」民商法雑誌 130 巻 4・5 号 61 頁は「権力分立制度の元で、裁判所は行政機関が判決に従うことを前提にしてよい。法や法的地位を宣言する(に留める) 確認判決は、こうした行政法関係の特質に対応する判決形式であり、行政法分野では、確認判決を原型とみることに一定の理由があると思われる。」としている。

原告と被告との紛争は、確認請求の判決によって本件水域における岩礁破碎等の不作為義務の存否についての司法判断が示されることによって収束することは当然に見込まれるのであり、予備的請求の趣旨記載の不作為義務の確認を求める本件確認の訴えは、紛争の解決にとって有効・適切であると認められるものである。

以上述べたとおり、本件確認の訴えの対象の選択は適切というべきで

ある。

3 即時確定の必要性について

(1) 被告による本件水域における岩礁破碎等は確実であり、切迫していること

本件において、被告が岩礁破碎行為を行うことは確実であり、切迫していると認められるものである（甲A7の1から7の5）。

ア 平成26年の岩礁破碎等許可申請

沖縄防衛局は、普天間飛行場代替施設建設工事における海上工事に関して、県に対し、平成26年7月11日付け沖防第2769号により、「岩礁破碎等許可申請書」を提出した。当該申請に関して、県は、同年8月7日付け農水第1122号により、『『概要説明書』に関して、普天間飛行場代替施設（埋立区域）のみならず、海上ヤードや床掘工等、全ての岩礁破碎行為の必要性及び施行方法について詳細な説明が必要』として、その補正を求めたところ、同年8月11日付け沖防第3088号により、「普天間飛行場代替施設建設事業に係る岩礁破碎等許可申請書の補正について」（甲A7の2、以下「補正書」という。）が提出された。

補正書における「行為に関する概要説明書及び行為の範囲を明示した現況写真」に関する事項の中で、代替施設本体部では外周護岸、中仕切護岸、中仕切岸壁の築造とそれらで囲われた区域での埋立行為、付帯工としての汚濁防止膜、燃料栈橋、東側進入灯及び西側進入灯の設置、仮設工としての仮設栈橋及び仮設岸壁の設置、海上ヤード整備、浚渫・床掘工、美謝川の切替え水路の整備を、辺野古漁

港部では護岸築造とそれらで囲われた区域での埋立行為を、それぞれ岩礁破碎等が伴う行為として記載している。

イ 公有水面埋立承認申請

沖縄防衛局が県に提出した平成 26 年 9 月 3 日付け沖防第 3356 号による設計概要変更承認申請書（甲 A 7 の 3）の中で、工事着工から 1 年以内の海上工事進捗計画を、2 ヶ月毎の 6 期に分けて示している。

その進捗計画において、1 年次 1～2 ヶ月目に着手される工事としては、代替施設本体部では二重締切矢板式護岸（A 護岸）、二重締切岸壁（中仕切岸壁 A・B）の築造、海上ヤードの整備、汚濁防止膜敷設が、辺野古漁港部では傾斜堤護岸の築造がそれぞれ計画されている。続いて 1 年次 3～4 ヶ月目には、新たに着手される工事として、代替施設本体部で中仕切護岸 N-3・N-4・N-5、傾斜堤護岸 K-1・K-4・K-8・K-9 の築造、ケーソン式護岸の基礎工、床堀・浚渫工が計画されている。

沖縄防衛局は、平成 25 年 3 月 22 日付け沖防第 1123 号による公有水面埋立承認願書の添付資料である環境保全に関し講じる措置を記載した図書（甲 A 7 の 4、甲 A 7 の 5）の中で、生物相調査の一環であるスポット調査において、各調査地点の底質を報告している。

海上工事進捗計画において、1 年次 1～4 ヶ月までに工事が着手される計画となっている海域（海上工事進捗図は甲 A 7 の 3）でのスポット調査地点は、サンゴ類では St. C46、St. C47、St. C67、海藻草類では St. A46、St. A47、St. A67 が該当する。そして、St. C46 及び St. A46 は二重締切矢板式護岸（A 護岸）に、St. C47 及び St. A47

は傾斜堤護岸 K-9 に、St.C67 及び St.A67 は中仕切護岸 N-4 に位置している（スポット調査地点は甲 A 7 の 4）。

St. C46 の底質は、平成 19 年度調査では「岩盤、砂」、平成 20 年度調査では「小礫、岩盤」と記載されている。、St. C47 の底質には、平成 19 年度調査では「岩盤、砂」、平成 20 年度調査では「砂礫」と記載されている。St. C67 の底質は、平成 19 年度調査では「小礫、砂」、平成 20 年度調査では「小礫、岩盤」と記載されている。St. A46 の底質は、平成 19 年度夏季では「岩盤、砂」、冬季では「岩盤、砂」と、平成 20 年度夏季では「小礫、岩盤」と、冬季では「砂礫、岩盤」と記載されている。St. A47 の底質は、平成 19 年度夏季では「岩盤、砂」、冬季では「岩盤、砂」と、平成 20 年度夏季では「砂礫」と、冬季では「岩盤、砂礫」と記載されている。St. A67 の底質は、平成 19 年度夏季では「小礫、砂」、冬季では「小礫、転石」と、平成 20 年度夏季では「小礫、岩盤」と、冬季では「岩盤、巨礫、砂礫」と記載されている（スポット調査地点の底質は甲 A 7 の 5）。

以上のとおり、工事着工後、初期に施工されるものとして、傾斜堤護岸 K-9、二重締切矢板式護岸（A 護岸）及び中仕切護岸 N-4 の築造と、床堀・浚渫工が計画されており、護岸・岸壁の築造に関しては、それら工事の着手位置近傍において、その海底面に岩盤の存在が確認されている。

ウ 平成 29 年 4 月 1 日以降の沖縄防衛局による海上作業の確認

平成 29 年 4 月 1 日以降、沖縄県職員において、陸上からの沖縄防衛局の海上工事を監視した結果、同年 4 月 25 日に、傾斜堤護岸 K-9 の工事着手が確認された。なお、同年 6 月 28 日には、当該護

岸は約 100 メートルほど整備されているとの新聞報道（空中写真掲載）もなされているところである（甲 A 7 の 1）。

エ 小括

普天間飛行場代替施設建設工事において、護岸や岸壁の築造の他、床堀・浚渫工などにおいて、岩礁破砕等行為が生じることが予定されているところ、沖縄防衛局は、既に、傾斜堤護岸 K-9 の築造に着手している。護岸工事では、捨石の投入やその均しという行為の性質上、岩礁が存在すれば、それが破砕される可能性は極めて高く、傾斜堤護岸 K-9 の工事着手位置近傍の海底に岩盤の存在が確認されていることから、岩礁破砕の発生は確実な状況にあると判断される。

また、同じく初期に行われる予定で、現在未着手の工事についても、二重締切矢板式護岸（A 護岸）に関しては、その着手位置近傍に岩礁が存在することから、傾斜堤護岸 K-9 と同様の状況であり、中仕切護岸 N-4 においても、築造予定の海底に岩盤が存在することから、これらの工事に着手されれば、岩礁破砕は確実に発生すると考えられる。

さらに、既に沖縄防衛局は公有水面埋立の本体工事に着工しているところ、床堀・浚渫工も初期工事に位置づけられており、直接的な土砂又は岩石の採取行為の実施も、目前に計画されている。

以上のことから、沖縄県知事の許可を得ることなく実施継続されている沖縄防衛局による普天間飛行場代替施設建設工事に関しては、今後、岩礁破砕等行為の発生することが確実であり、また、海底の底質状況や各行為の性質から、岩礁破砕等行為の発生が差し迫っていると判断されるものである。

(2) 原告の地位ないし利益に対する現実の不安・危険が生じていること

ア 沖縄県が、沖縄県漁業調整規則 39 条 1 項に基づく岩礁破砕等許可の制度を適正かつ円滑に運営し、その実効性を確保することは、法的に保護された沖縄県の固有の利益であるが、(1)において述べたとおり、沖縄防衛局は埋立本体工事に既に着手をして岩礁破砕等許可を受けずに本件水域における岩礁破砕等を実施しようとしているものであるから、岩礁破砕等許可権限を有する原告の地位ないし利益に対する不安・危険は、現実的かつ具体的に生じているものである。

イ(7) 昭和 24 年制定漁業法の 65 条は「主務大臣または都道府県知事は、水産動植物の繁殖保護、漁業取締その他漁業調整のため左に掲げる事項に関して必要な省令又は規則を定めることができる。」と定めているが、これは、明治漁業法 34 条を引き継いだものである。そして、昭和 26 年に、水産資源保護法が制定されたが、同法は「水産資源の保護培養を図り、かつ、その効果を将来にわたって維持することにより、漁業の発展に寄与することを目的」(1 条)とし、その 4 条から 11 条まではもともと漁業法にあった規定であるから、「水産資源保護法は、漁業法の一部を形成する法律」(浜本幸生『〔最新〕早わかり「漁業法」全解説』484 頁)である。水産資源保護法 4 条は、昭和 24 年制定漁業法 65 条の規定から「水産動植物の繁殖保護」に関する部分を抜き出して、「水産資源保護のために必要があるときは、省令又は規則を定めるこ

とができる。」と規定した。

沖縄県漁業調整規則は、漁業法 65 条及び水産資源保護法 4 条の委任に基づき、沖縄県における水産資源の保護培養、漁業取締りその他漁業調整を図り、併せて漁業秩序の確立を期することを目的として制定されたものであるが、同規則 39 条は、水産資源保護に関するものであるから、水産資源保護法 4 条の委任に基づくものである。

水産資源やこの水産資源を育む海洋環境は、漁業権漁業や自由漁業、遊漁等の前提をなすものであるから、水産資源保護法及びその委任を受けた沖縄県漁業調整規則によって保護される利益は、地域住民の共同利益と言いうるものであり、沖縄県（知事）は、地域住民の共同利益を代表して、岩礁破碎等許可の権限行使をするものである。

- (イ) 漁業協同組合が漁業権者である共同漁業権については、権利の性格・帰属については争いがあるものの、少なくとも、沿革的には、入会的権利と解されていた地先専用漁業権ないし慣行専用漁業権にその淵源を有することは疑いのないものであり、漁業に関する法令は、漁業制度の沿革を離れて解釈をできるものではない（以下は、共同漁業権の権利の性格・帰属について特定の立場から述べるものではない。）。

漁業権が設定される水域は沿岸海域であり、沿革的には、徳川封建体制下において、沿岸地域の村落共同体が支配・管理して利用をしていた漁場である¹⁷。明治の近代化以前に、沿岸地域の村

¹⁷ 徳川封建制下では、『磯は地附沖は入会』といわれたように、封建領主は定棲性生物については、独占的な水面の利用権を漁村部落に特許したり、またはその独占利用の

落共同体が地先水面を共同に利用する慣習が形成され、地先水面を沿岸地域の村落共同体が支配・管理して利用する関係は、山林や用水と同様に、村落共同体の総有する慣習上の権利として成熟していた¹⁸。

明治以降も、既存の漁場、山林原野、用水などの支配秩序は、ほぼそのまま継承されたが、漁場については、漁民生活の窮乏からくる乱獲と漁場争いは法律をもって規律しなければおさまらなくなり、統一的な漁業法典の制定が求められるようになった。そして、民法が林野の入会権を慣習に委ねたのとは対照的に、漁場については、漁業法の制定により、漁業秩序の調整が法制化された。明治漁業法は、漁業権を、漁業を営む権利として構成し、この漁業権は地方長官の免許によって設権されるとする法制度を採用し、専用漁業権の免許は地元漁業協同組合に与えられるものとした。公法上の手続（行政行為）で設権される漁業権自体は私権であるが、漁業権者が様々な決まり・秩序にしたがって漁業行為をしなければならないことは沿革、漁業権付与の趣旨・目的よりしても当然のことであり、漁業権は私権ではあるものの、公益性・社会性による種々の制約が設けられた。また、漁業法は、水産動植物の繁殖保護、漁業取締の権限を地方長官に付与した。

慣行を容認し、・・・原則として沖合の漁場は共同的な利用に開放した。」（水産庁経済課編『漁業制度の改革』7頁）という漁場利用形態が成立し、この漁村による前浜の支配であった「漁村有の一村専用漁場」が、明治漁業法の「漁業組合有の地先水面専用漁業権」として法制化され、これが現行漁業法の定める共同漁業権の淵源であることは争いがない。漁業権が設定されている漁場は、実際には、沿岸海域ということになる。
¹⁸ 沖縄県下においても、本土と同じ漁業法が制定されるまでは、琉球王府時代からの慣行として、「海方切」と呼ばれる、沿海の村落が地先の海を独占的に使用してきた歴史があったとされる（沖縄県農林水産行政史編集委員会『沖縄県農林水産行政史 第八・九巻（水産業編）』241頁以下）。

封建体制下において慣習により形成された権利関係を、近代法下で法制化し、漁業調整や水産資源保護のための規制権限等が地方長官に付与されることになったが、この地方長官の権限は、漁業法制定前には沿岸地域の村落共同体自身が直接に地先の総有漁場を支配・管理して漁業秩序を調整していたことに代わって、いわば地域住民を代表して地方長官が漁業秩序の調整や漁場の水産資源保護のための規制等を行うことで、村落共同体の生活と漁業生産活動を保護するために採用された制度というべきであり¹⁹、地方長官の権限行使によって図られるべき公益とは、地域住民の私益の集積たる共同利益にほかならないものであった。

昭和 24 年制定の現行漁業法(なお、前述のとおり、水産資源保護に関する規定は昭和 26 年制定の水産資源保護法に移されている。)は、「漁業調整機構の運用によって、水面を総合的に利用し、もって漁業生産力を発展させること」を目的として謳い、漁業権については種々の公的制約を設け、漁業調整（水産動植物の繁殖保護や漁業取締等）のために必要な制限、禁止をする規則を定める権限を都道府県知事に付与したが、これらの規制権限等は、漁場の総合的高度利用による地域住民の共同利益の最大化を企図して付与されたものであり、都道府県知事は、漁業法の目的に沿うように、都道府県知事に付与された規制権限を実効的に行使する責務を負っているものである。

¹⁹近代以前に慣習的に形成された村落共同体の総有する海の入会関係を近代法下で法制化したことについて、水産庁経済課編『漁業制度の改革』304頁は、「この総有漁場は漁業組合の専用漁業権という形でローマ法的に整備されたのである。つまり、部落が管理し、その管理下に部落民が平等に利用するという形態—ゲルマン法の総有—をローマ法に翻訳し、部落の管理権限を漁業組合の専用漁業権、部落漁民の平等利用権を組合員の各自利用権として規定した」としている。

以上の沿革より、漁業法や水産資源保護法により都道府県知事に付与された権限は、地域住民の私益に裏付けられた地域公益（地域住民の共同利益）を図るために付与された権限であるということができる。

ウ 沿岸海域は地域住民の生活、生産活動と密接な関係を有する法定外公共用物であるが、水産資源保護法4条の委任に基づく沖縄県漁業調整規則39条所定の岩礁破碎等許可制度は、公物管理という視点から見ると、水産資源保護の観点からの法定外公共用物たる海域についての沖縄県（知事）の機能管理権を定めた規定であるということができる。

エ 岩礁破碎等は周辺水域の環境に著しい影響を及ぼす行為であり、これが水産資源や水産資源を育む海洋環境に与える影響は不可逆的なものであることから、同規則39条は漁業権漁場内の水産資源の保護培養のために、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することを一般的に禁止し、知事の許可を受けた場合のみ禁止を解除することを趣旨とする。そして、岩礁破碎等を許可する場合においても、同規則39条3項は、制限または条件を付することができるとし、岩礁破碎等自体は認める場合でも水産資源やこれを育む海洋環境の保護を図ることができるものとしている。

岩礁破碎等の行為は、岩礁破碎がなされた当該場所だけではなく、海水を通じて広く影響を及ぼすことになり、隣接する漁場への影響も生じることとなる。岩礁破碎等による水産資源やこれを育む海洋環境への影響は、岩礁破碎等の具体的態様いかんにより左右されるのであるから、岩礁破碎等許可申請がなされた場合には、個別具体

的に周囲への汚濁等の水産資源保護への影響を検討したうえで、当該岩礁破碎等行為が認められるか否かが判断され、また、具体的な必要性に応じて許可に際して条件が付されることになる。実際、本件水域について平成26年8月28日に岩礁破碎等許可がなされた際にも、水産資源保護の点から具体的、詳細な審査をした上で（甲A6、甲A7の1第1項）、詳細な条件を付して許可がなされている（甲A5）。

被告は原告に対し、沖縄県漁業調整規則39条1項に基づき公法上の不作為義務を負っているところ、この義務に違反し、違法に岩礁破碎行為が行われてしまえば、不可逆的な影響が生じ、事後的な原状回復はできない。

オ 以上のとおり、本件について、確認判決による解決の必要性は具体的に現実化しており、確認判決を取得するに足りるだけの紛争解決の切迫性ないし紛争の成熟性が認められるものである。

カ なお、原告の損害という財産法的な視点でみても、無許可での違法な岩礁破碎等がなされることにより、原告には有形無形の損害が生じるということが出来る。

沖縄県は、沖縄県漁業調整規則39条1項により岩礁破碎等を沖縄県知事の許可にかからしめることで水産資源保護を図ってきたものであるから、同規則の実効性は、法的な保護に値する利益というべきであり、無許可での違法な岩礁破碎等がなされることにより、沖縄県は法的保護に値する利益を侵害され、水産資源保護という目的を十分に果たせないことになるのであるから、無形の損害を被ることになるものと言える。

また、違法な岩礁破碎等という事態に対して、岩礁破碎等許可制度の実効性を維持するために、調査や監視、行政指導などの様々な対応や、さらには争訟等の検討も必要となるものであり、これに要する人件費、交通費、郵送費、調査や監視に要する様々な諸経費等を要することになり、有形無形の損害が生じるということが出来る。

(3) 小括

以上のとおり、漁場における水産資源とそれを育む海洋環境の保護は地域住民の共同利益であると認められるところ、沖縄県は、水産資源保護法の委任により、地域住民の共同利益たる漁場における水産資源保護を目的として、一定範囲で権力的規制権限を行使することが認められ、その実効性確保のために行政上の義務違反に対して刑罰権を規定することも認められ、この地位に基づいて、沖縄県漁業調整規則を定め、同規則 39 条で岩礁破碎等許可制度を定め、同規則第 4 章において罰則も定めたものであり、地域住民の共同利益たる水産資源保護のために実効的に岩礁破碎等許可制度を運用し、水産資源の保護を確保する責務を負っているものである。この沖縄県の地位に鑑みると、沖縄県が、沖縄県漁業調整規則 39 条 1 項に基づく岩礁破碎等許可の制度を適正かつ円滑に運営し、その実効性を確保することは、法的に保護された沖縄県の固有の利益であるというべきであり、具体的な義務違反行為に対して、岩礁破碎等許可制度の実効性を確保するために、刑事罰と比してより権利侵害的でない解決手段として、当事者訴訟による公法上の義務の確認を求めることが許容されるべきである。

岩礁破碎等がなされてしまえば原状回復は不可能であり、岩礁破碎

等許可制度により保護しようとした地域住民の共同利益は失われ、岩礁破碎等許可制度は実効性がないものとなるところ、沖縄防衛局による岩礁破碎等がなされることは確実に切迫しているのであるから、原告の地位ないし利益に対する危険・不安は現在化しているものである。

この紛争は、本件水域における共同漁業権の存否という法的事項についての原告と被告との主張の食い違いにより生じているものであるから、法令の適用（司法判断）により終局的に紛争解決を図ることが可能である。確認請求について認容判決がなされても強制をする手段がないが、本件の被告は国という行政主体であるから、司法の判断が示されれば国がその判断にしたがって行動することは当然に期待できるものというべきであり、確認判決の必要性は肯定されるものである。

以上のとおり、本件確認の訴えについて、即時確定の必要性が認められるものである。

4 結論

予備的な請求である本件確認の訴えは、仮に、主位的請求が認められない場合には、他に適当な方法がなく、法令の適用により義務の存否の判断がなされれば終局的な解決となるのであるから、本件確認の訴えは、有効適切な争訟方法と認められるものである。

本件確認の訴えの対象である公法上の法律関係（沖縄漁業調整規則 39 条 1 項に基づく不作為義務）の内容は具体的なものであるから確認対象の選択は適当と認められる。

そして、沖縄県が、沖縄県漁業調整規則 39 条 1 項に基づく岩礁破碎等許可の制度を適正かつ円滑に運営し、その実効性を確保することは、

法的に保護された沖縄県の固有の利益であるところ、無許可での岩礁破碎等がなされることは確実かつ切迫しているものであるから、原告の利益に対する危険・不安は現実化しているところ、一旦岩礁破碎等がなされてしまえば事後的な回復はできないものであり、他方で、法令の適用により義務の存否が確定されれば終局的な解決がなされるものであるから、即時確定の必要性が認められる。

本件確認の訴えについて、確認の利益が認められるものである。

第3 請求の趣旨記載の不作為義務が認められること（本件水域は「漁業権の設定されている漁場」に該当すること）

1 問題の所在

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」については、知事の岩礁破碎等許可を得なければ岩礁破碎等行為をしてはならないと定めているが、国（沖縄防衛局）は、岩礁破碎等許可を得ていない。

したがって、本件水域が「漁業権の設定されている漁場」であれば、国（沖縄防衛局）が本件水域において岩礁破碎等をしてはならないという不作為義務があることになる。反対に、本件水域が「漁業権の設定されている漁場」に該当しないのであれば、国（沖縄防衛局）に本件水域において岩礁破碎等をしてはならないという不作為義務は認められないことになる。

この点に関し、本件水域を含む水域について、名護漁業協同組合が共同漁業権の免許を受けたことについては、争いが無い。

そして、被告は、“名護漁業協同組合が漁業権の設定を受けた水域のう

ち、本件水域については、名護漁業協同組合が漁業権の一部放棄の決議をしているところ、漁業法は漁業権の「放棄」については県知事の免許を不要とし、漁業権者の意思表示のみで「放棄」をできるから、名護漁業協同組合が本件水域について本件水域の漁業権の一部放棄をしたことにより、本件水域に設定された名護漁業協同組合の共同漁業権は消滅した”と主張している。これに対し、原告沖縄県は、“いわゆる漁業権の一部放棄は、漁業法上の「変更」に該当するところ、漁業法 22 条は漁業権の「変更」は都道府県知事の免許によることを定めており、免許によらずに漁業権者の意思表示で漁業権の「変更」をすることはできないのであるから、いわゆる漁業権の一部放棄の決議がなされたとしても、そのことにより当該決議の対象となった水域の漁業権が消滅するものではない”と主張している。

いわゆる漁業権の一部放棄（漁業権者の意思に基づく漁場の区域の一部についての漁業権の消滅）が、漁業権者の意思表示のみでなしうる漁業法上の漁業権の「放棄」（財産権法上の権利者による処分行為）に該当するのか、それとも、都道府県知事の免許によってなされる漁業権の「変更」（申請に基づく行政行為）に該当するのかが、争点である。

2 いわゆる漁業権の一部放棄（漁業権者の意思に基づく漁場の区域の一部についての漁業権の消滅）は漁業法 22 条の「変更」に該当すること

(1) 漁業権の変更の意義

漁業法 22 条 1 項は、「漁業権を分割し、又は変更しようとするときは、都道府県知事に申請してその免許を受けなければならない。」と定めているが、この漁業法 22 条にいう漁業権の「変更」の意義につい

て、現行漁業法の立案担当課である水産庁経済課編の『漁業制度の改革』は、「当事者の申請によって変更—漁業権の同一性を失わせないでその内容を構成する要素、すなわち、漁業マ区域、漁業種類等を変えること」（525頁）としている。

(2) 我が国の漁業法制が、漁業権を「営む権利」とし、免許によって漁業権が設権されるとしたことの帰結

ア 漁業権とは、漁業を営む権利であり（漁業法6条）、免許によって設権されるものである。漁業法23条は、「漁業権は、物権とみなし、土地に関する規定を準用する」とし、漁業権を物権とみなすことを定めているが、「みなし」とは、本来性質の異なるものに同様の法的効果を及ぼすための擬制（legal fiction）であるから、物を直接に支配する権利とは本来異質であることを前提とする。すなわち、「漁業権は漁業を営む権利であり、有体物を直接支配し、使用収益しうる権利である民法（明治29年法律第89号）上の物権とその本来的性質は異なる」（漁業法研究会『最新 逐条解説「漁業法」』168頁）ものである。

事業（漁業）を営む権利である漁業権は、免許によって設権されるものであるから（漁業法10条）、漁業を営む権利の内容は、免許の内容である諸条件によって定まるものである。すなわち、漁業権の内容とは、免許の内容にほかならないものであり、漁業権の「変更」とは、免許で定められた漁業権の内容の変更のことである。そして、漁業法11条1項は「漁業種類、漁場の位置及び区域、漁業時期その他免許の内容たるべき事項」と規定しており、漁業種類、漁場の位置及び区域、漁業時期等の要素により、免許の内容、すな

わち漁業権の内容が定められることを明らかにしている。換言すれば、漁業種類、漁場の位置及び区域、漁業時期は、漁業権の内容であり、これらの免許の内容を変動させることは、漁業法の文理上、当然に、漁業権の「変更」に該当するものである。

以上のとおり、漁業法の文言からの当然の解釈として、漁場の区域は、漁業権の内容をなすものであり、漁場の区域の縮小という漁業権の内容の変動は、漁業権の「変更」に該当するものである。

イ 漁業権が免許によって設定されるということは、明治漁業法、現行漁業法のいずれにも共通した漁業権の基本的な仕組みであるが、明治漁業法においても、免許の内容を変動させるためには新たな行政行為が必要とされていたものである。

明治漁業法についての体系書である井出正孝『漁業法』（昭和 13 年）は、「漁業権の変更とは漁業権の目的たる水産動植物の採捕又は養殖の内容に関する変更である。漁業権の目的たる水産動植物の採捕又は養殖の内容は特定範囲の漁場、漁業種類、漁業時期、存続期間等諸条件に依り構成せられたる特定内容のものである。而して之等の諸条件は漁業法及施行規則に依り法定せられたる一定の範囲内に於て且行政官庁の免許処分に依り個々の権利に付具体的に決定せられて居ることは既に之を述べた所である。従て漁業権の目的たる採捕又は養殖の内容を構成する前記諸条件の内容の変更は即ち漁業権の変更となる。尤も之等諸条件の変更に因り漁業権の同一性を失はしむるものは茲に所謂漁業権の変更と謂ふを得ないが、唯例外として漁業権の分割に付ては漁業法は第一〇条、第二八条等に於て特に漁業権の変更の一場合として之を取扱つて居るが故に此の關係に

於ては之をも漁業権の変更の一部として説明することとする。而して漁業権の内容を構成する前記諸条件は当該漁業権の免許処分を以て定められたるものであるから、前記諸条件を変更することに依り漁業権の内容を変更するには免許処分の内容を変更することを要する。然り而して、既に為したる免許処分の内容の変更は法律の規定に依り行政官庁の処分を以て之を変更することを認むる場合に非ざれば之を為すことを得ざるは又当然の事理とすべく、従て漁業権者其の他の者は任意に免許処分の内容を変更し以て漁業権の内容に変更を加ふることを得ない。漁業法第一〇条第二項に『漁業権ハ行政官庁ノ許可ヲ受クルニ非サレハ之ヲ分割シ其ノ他変更スルコトヲ得ス』と規定したるは此の当然の事理を規定すると共に行政官庁の許可処分を以て免許の内容を変更することに依り漁業権の内容を変更し得る主要なる場合を規定せるものである。然しながら漁業権の変更の原因は常に必ず当該漁業権の免許処分の内容を変更する行政官庁の行為に限られ、他の原因に基き生ずる場合なしと謂ふを得ない。他の原因に基き漁業権の変更を生ずる主要なるものは漁場区域の一部の滅失に基く場合である。」(115頁以下)とされていた。

明治漁業法において漁業権は免許により設定される仕組みがとられ、現行漁業法はこの仕組みを明治漁業法から引き継いだものであるが、明治漁業法において、漁場の縮小が漁業権の「変更」に該当するという解釈が確立していたものである。

すなわち、片山房吉『漁業法講義』(昭和17年)は「漁業権の変更とは、其の同一性を害しない程度で、其の内容を変更することを謂う…漁業権の分割、漁業の種類又は時期若は漁場其の他に付ての

膨張、縮小等の場合である。」(95頁以下)とし、今村與作『水産関係法規解説(改訂増補版)』(昭和9年)は「漁業権は行政官庁の免許に依りて発生するものであるから之を変更するに付ても免許したる行政官庁の許可を受くるのが當然である。漁業権の変更には漁場の膨張、縮小、漁業種類の増加減少、漁獲物の種類の増加、減少、漁業時期の延長、短縮等がある。何れも漁業権者の出願に基き行政官庁が之を許可するのである。」(38頁)とし、原暉三『日本漁業制度概論』(昭和9年)は「変更とは、漁業権の同一性を失はざる限度に於て其の内容を変更するのである。例へば漁場の増減、漁業時期、漁獲物の変更等である」(175頁)とし、星四郎『日本漁業法註解並ニ判例』(昭和8年)は「漁業権の変更とは、其の同一性を害せざる程度に於て、其の内容たる漁場、漁業時期、漁獲物の種類又は漁業の種類一又は二以上に付て変更を与へることを謂ふ。漁場に付ては、其の区域の増減又は部分的変更に限る。若し漁場区域を新旧全然別にするときは漁業権の同一性を害するからである。」とし、長瀬貞一ほか『水産学全集 漁業政策』(昭和8年)は「漁業権の変更は、漁業権の分割、漁業の種類又は時期若しは漁場其の他に付ての膨張縮小等を謂ふものと観てよからう」(242頁)とし、末弘嚴太郎編石黒武重著『現代法学全集第32巻』(昭和5年)は「漁業権の変更は、漁場、漁業時期、漁獲物の種類又は漁業の種類一又は二以上に付て行はれるが、漁場に付ては、其の区域の増減又は部分的変更に限る。何となれば、漁場区域を新旧全然別にするときは、最早漁業権の変更ではなくして、別個の漁業権の設定となるからである」(428頁)としている。

このように、明治漁業法において、漁場の縮小は漁業権の「変更」に該当するという解釈が確立していたものである。

ウ 現行漁業法の制定にあたって、明治漁業法の上記解釈と異なる意味で漁業権の「変更」という同一文言を使用するとの議論はみられず、昭和 24 年制定の現行漁業法の立案を担当した水産庁経済課による『漁業制度の改革』は「第二十二條、第三十一條、第三十二條、第三十三條一。多少字句の表現を変えている点はあるが、内容的には旧法と同じである。」(524 頁)としている。

この経緯よりしても、現行漁業法は漁業権免許の内容を変動させるためには新たな行政処分が必要であるとの考え方のもとに、漁場の区域の縮小は漁業権の「変更」に該当するとの前提で現行漁業法が制定されたことは明らかというべきである。

現行漁業法に係る文献をみても、「(1) 漁業権は内容を定めて免許される。しかし免許後水族の繁殖、回遊状態の変化その他の漁業事情の変化に伴い、権利の内容をこれに合わせる必要の生ずる場合がある。漁業権の内容変更には、漁業権を分割する場合と狭義の内容変更がある。漁業権の分割とは一個の漁業権を分けて二個以上の権利とする場合であり、変更とは当該漁業権の内容とは異なる内容のものとするをいう。もっとも後者は、それによって漁業権の同一性が失われるなら漁業権としては別個となり、単なる内容変更ではない。従ってここに漁業権の内容変更とは、同一性を損なわぬ限度でその内容を変えることをいう。漁業権の内容変更は、漁場、漁業種類（主要対象水族が漁業種類の構成要素となっている場合は主要対象水族を含む）、漁業時期の各々について考えられるが、漁場

については其の区域の増減又は部分的変更に限られる。漁場区域が全く別区域となれば別の漁業権の設定にほかならないからである。漁業種類についても定置漁業権及び区画漁業権は一漁業種類一漁業権（漁業種類毎漁業権）を原則とする。従って漁業種類が変われば漁業権は別となり、もはや漁業権変更の手續には依り得ず、新規免許の手續に依らねばならない。漁業権分割の必要は多く漁場分割の必要が生じた場合に起こるがむろんそれに限られない。共同漁業権は多くの場合一漁業権に複数の漁業種類を包摂して免許される。従ってこの場合は漁業種類による分割も可能である。(2) 漁業権の分割・変更には知事の免許を必要とする。(二二条一項)。漁業権の処分の自由を基本とした旧法にあっても、漁業権の分割・変更には行政庁の許可を必要とした(旧一〇条一項)。ただこの点について、漁業権は物権と見做される財産権であるから元来処分は自由であるべきだが、漁政の目的から制限されたものと説く見解(星・判例・五五頁)があるが正しくない。漁業権の内容変更は、漁業権の貸付、譲渡等の処分と同一に論じ得る性質のものではない。いいかえると漁業権の内容変更は、財産としての処分の問題ではない。漁業権は、行政庁によりその内容が決められて免許されるものであり、且つ物権法定主義の支配を受ける。加えてその内容は、現行法では水面を総合的に利用する目的のもとに予め漁場計画に従って決められるものである(漁業権の公的性格ないし社会性)。権利者による漁業権の勝手な変更が許されないのはそのためである。漁業権の(狭義の)変更は、前述のように同一性を損なわずにその内容を構成する要素を変えることである。この場合、変更とはいわば新たな権利内容の

設定である。」(大國仁『漁業制度序説』90頁以下)、「漁業権の変更とは、その同一性を害しない程度で、その内容を変更することをい…漁業権の内容たる漁場の位置及び区域、漁業時期その他免許の内容たるべき事項についての拡張、縮小等の場合である。」(工藤重男『判例通達による漁業法解説』63頁)、「漁業権の変更免許とは、都道府県知事が、最初に自らした漁業の免許処分(第10条参照)の内容—すなわち、漁業権の権利内容—を、権利者からの申請によって、変更する免許処分(変権行為)であり、第22条に規定されている。そして、変更免許に関する手続き—海区漁業調整委員会への諮問、知事の免許基準—も、同条に規定されているが、新規の免許処分のそれと、同一である。このことは、漁業権の変更免許は、漁業権の新規設定の免許と法律上の性質は同じであるからであって、現存する漁業権の内容を変更して新しい漁業権にするのと、現在の漁業権を消滅させて変更した内容の新規の漁業権を設定するのと変わりはない。むしろ、漁業権の消滅→新規設定(免許)という方法によらずに、簡便に漁業権の変更の方法によって処理できるようにするために変更免許の制度があるのである…漁業権の一部放棄といわれるのは、公有水面の埋立てなどが行われる際において埋立て予定水域などの一定範囲の水面における漁業権を放棄する—漁業権漁場の一部を放棄する—ことを指しているようである。もしそうだとすると、漁業権の一部放棄とは漁業権の漁場の一部縮小であるということになり、漁業権の権利内容である『漁場の区域』の変更の性質を持つものである」(「最新版漁業補償実務資料集 総合事例編」〔水産庁振興部沿岸課課長補佐浜本幸生〕56～57頁)、「漁業権の一

部放棄と変更免許 漁業権の一部放棄は、漁業権者のみの意思でできるが、これは、単に権利者が意思表示を行ったにとどまり、これによって漁業権の内容を変更することはできない。漁業権の内容を変更するには漁業権の変更免許が必要になる。変更免許は、漁業権者から申請があった場合に知事が行うことになっているが…漁場計画を立て直さない限り、漁業権の変更免許をすることはできない。このため、漁業権の一部放棄による漁場の縮小を漁業権登録簿に記載する場合は便法として『仮登録』の手続をとっている」（田中克哲『最新・漁業権読本』203頁以下）とされている。また、金田禎之『新編 漁業法詳解（増補四訂版）』287頁は、「漁業補償の際に、組合の総会決議を経た上で、事業者との間で『漁業権の変更（一部放棄）』の契約が交わされる事例が見受けられるが、かかる契約行為はあくまでも当事者間の民事上の問題であり、法第二二条の規定上、このことにより漁業権が当然に変更されるものではない」としているが、この記述は、漁場の区域の縮小（いわゆる漁業権の一部放棄）を漁業法 22 条にいう「変更」としているものにほかならない。

(3) 免許内容の事前決定制度を現行漁業法が採用したことの帰結

免許内容の事前決定制度（漁場計画制度 漁業法 11 条）を漁業法の目的達成のための基本的仕組みとして採用した現行漁業法においては、なお一層のこと、私人（漁業権者）の意思表示のみで漁業権の内容を変動させることは認められないものであり、現行漁業法の制定にあたって、漁業権の「変更」の意義を、明治漁業法下での確立した解釈から変更をしたとの解釈は成り立ちえないものと言うべきである。

すなわち、現行漁業法1条は「漁業生産力を発展させ、あわせて漁業の民主化を図ること」を目的とし、この目的を実現するための方法として「水面の総合的利用」をあげている。そして、私的恣意を排して水面を総合的利用するための基本的仕組みとして、免許の内容を事前に樹立する漁場計画によって決定し、その後に免許申請をさせ、漁場計画と異なる免許は認めないこととして、私人が「漁場の区域」等の漁業権の内容（免許の内容たるべき事項）を決めることはできないとする免許内容の事前決定制度（漁業法11条以下）を採用している。この制度は現行漁業法の根幹をなすものであり、漁業権者の意思表示のみで免許によって定められた漁業権の内容を変動させることは、現行漁業法の根幹に違背することとなるから、漁業権者の意思表示で漁業権の内容である「漁場の区域」を変動させることは認めえないものである。

(4) 従前示されていた国の解釈

いわゆる漁業権の一部放棄（漁業権者の意思に基づく漁場の区域の縮小）が、漁業権の「変更」に該当することについて、国（水産庁、内閣総理大臣）はくり返し言明してきていたものである。

水産庁は、「いわゆる漁業権の一部放棄は、漁業法上漁業権の変更にあたり知事の免許を要する」（岐阜県農務部長の照会に対する昭和46年11月18日水産庁漁政部長回答）、「漁場を縮小する場合 他漁業と関係がないものと考えられるから法第二十二条の変更手続きでよい。」

（昭和二七年一〇月二日付二七水第七九〇二号「漁業法第二十二条の事務取扱上の解釈について」水産庁漁政部長通知）との見解を示して

いた。

また、質問主意書に対する閣議決定をした内閣総理大臣の答弁書(国会法 74 条、75 条)においても、「埋立計画に対して、『共同漁業権の一部放棄』が、漁協総会で議決された場合、共同漁業権は、その決議によって一部消滅するのか。」との共同漁業権の一部放棄の総会決議がなされた場合に関する質問に対して、昭和 60 年 6 月 14 日付け政府答弁書は「漁業権を変更しようとするときは、漁業法（昭和二十四年法律第二百六十七号）上、都道府県知事の免許を受けなければならないこととされており、漁業協同組合の総会で『共同漁業権の一部放棄』が議決されたとしても、そのことにより漁業権が当然に変更されるものではない。」（参議院議員久保亘君提出公有水面埋立計画に関する漁業補償契約ならびに総会決議に関する質問に対する答弁書）としていた。

(5) 小括

以上述べたとおり、いわゆる漁業権の一部放棄（漁業権者の意思に基づく漁場の区域の一部消滅）は、漁業権の内容である漁場の区域を変動させるものであるから漁業法 22 条にいう漁業権の「変更」に該当し、都道府県知事の変更免許によってなされるものであるところ、漁業権者である名護漁業協同組合は、漁場の区域の変更（本件水域についての漁場の区域からの除外）についての変更免許の申請もしていないのであるから、本件水域については名護漁業協同組合に設定された共同漁業権の内容の変動は生じていないものであり、本件水域は「漁業権の設定されている漁場」に該当するものである。

したがって、国（沖縄防衛局）は、以前に本件水域について受けた岩礁破碎等許可の期限を徒過した現在においては、本件水域において岩礁破碎等をしてはならないという不作為義務を負っているものである。

3 被告の主張を前提としても名護漁業協同組合が沖縄県に対して漁業権の放棄の意思表示をしたとは認められないこと

平成 28 年 12 月 12 日に、名護漁業協同組合から原告に対し、水産業協同組合法施行細則 16 条 1 項²⁰に基づき「総会（総代会）開催報告書」と題する書面が総会議事録謄本を添付して沖縄県知事に提出され、同議事録謄本には第 1 号議案と第 2 号議案の題目がそれぞれ「第 1 号議案 共同第 5 号共同漁業権一部消滅に係る同意について」「第 2 号議案 共同第 5 号共同漁業権一部消滅及び公有水面埋立てに係る同意について」とされている。

しかし、仮にいわゆる漁業権の一部放棄が「放棄」に該当するという立場に立ったとしても、以上の事実をもって、漁業権の（一部）放棄がなされたとは認められないものである。

総会議事録謄本の記載中に「第 1 号議案 共同第 5 号共同漁業権一部消滅に係る同意について」「第 2 号議案 共同第 5 号共同漁業権一部消滅及び公有水面埋立てに係る同意について」という議案の題目が記されていても、この記載をもって、漁業権の「放棄」の意思表示であるとは認めることはできない。すなわち、「同意」という文言は、あくまで他者の

²⁰ 第 16 条 組合は、総会又は総代会を開催したときは、その閉会の日から 2 週間以内に、総会（総代会）開催報告書（第 20 号様式）に当該総会又は総代会の議事録の謄本を添付して、知事に報告しなければならない。

行為を容認することを意味するものであり、「同意」という文言からは名護漁業協同組合自身の行為である「放棄」とは認められないものである。

この議案の題目のみからは、埋立事業者に対する埋立てへの同意や埋立事業者に対する関係では今後漁業権を主張しないことへの承諾のみを意味するもののようにも思われ、この総会議事録謄本に記載がある議案の題目のみからは、漁業権の放棄という法律行為がなされたと見ることはできない。

以上のとおり、仮に、いわゆる漁業権の一部放棄が漁業法上の「放棄」に該当するという立場に立つとしても、水産業協同組合法施行細則 16 条 1 項の報告としてこのような内容の議事録謄本を添付した総会開催報告書を沖縄県知事に提出したことをもって、名護漁業協同組合が原告に対して漁業権の（一部）放棄の意思表示をしたとは認められないものである。

第 4 結語

以上より、主位的請求（訴状・請求の趣旨 1 項に掲げた履行請求）が認められない場合についての予備的請求として、本件確認の訴えを追加するものである。