

【共同研究】

国と地方公共団体の争訟

——那覇地判平成 30 年 3 月 13 日判決の考察——

茂木 洋平

目 次

I はじめに	2 判示からの推測
II 那覇地裁判決の概要	3 平成 14 年判決の影響
1 事実	4 学説による批判
2 判示	V 那覇地裁判決の問題点
III 平成 14 年判決の問題点	1 訴訟目的による争訟該当性の判断
1 事実と判示	2 平成 14 年判決と平成 21 年判決の区別
2 行政上の義務の司法的執行の必要性	3 司法権の範囲と法律上の争訟
3 学説の動向	4 片面的性質
4 判例の動向	5 漁業法の解釈変更と裁判所による判断の必要性
5 問題点	VI おわりに
IV 平成 14 年判決の射程	
1 行政主体間の争訟の「法律上の争訟」性に関する学説の動向	

I はじめに

本稿では、那覇地判平成 30 年 3 月 13 日判決（判例時報 2383 号 3 頁）（本判決）をめぐる法的問題を考察する¹。本判決では、辺野古新基地建設工事の際に、知事による岩礁破碎行為等の許可が必要か否かが問題となった²。本判決は、最三小判平成 14 年 7 月 9 日判決（民集 56 卷 6 号 1134 頁）（平成

14 年判決) に全面的に依拠し、行政主体が提起する訴訟は自己の主観的な権利利益に基づくものでなければ法律上の争訟に該当しないと示し、争点を審理せずに訴えを却下した。

本稿では以下のように考察を進める。まず、本判決の事実と判示を確認する (Ⅱ)。本判決が依拠する平成 14 年判決は多くの学説から厳しく批判された判例であり、その問題点を示す (Ⅲ)。平成 14 年判決は行政対私人の争いに関係し、国と地方公共団体の争訟に関連する本判決とは事例が異なる。本判決は平成 14 年判決に依拠するが、平成 14 年判決は行政主体間の争訟を射程にしているのかを考察する (Ⅳ)。そして、本判決の問題点のいくつかを検討する (Ⅴ)。

Ⅱ 那覇地裁判決の概要

1 事実

最二小判平成 28 年 12 月 20 日 (民集 70 卷 2281 頁)³ によって、翁長沖縄県知事が仲井眞沖縄県知事が行った埋立承認処分の取消処分の取消を行ったことで、仲井眞知事による埋立承認処分が復活し、2017 年 4 月 25 日から護岸建設工事が始まった。だが、埋立承認とは別に、水産資源の保護培養の見地から行う岩礁破碎等行為の許可制度が存在する。

水産資源保護法に基づいて規定された沖縄県漁業調整規則 39 条 1 項は、水産動植物の産卵生育に重大な影響を及ぼす漁場内の岩礁破碎等行為は知事の許可を受けた場合にのみこれを解除すると定める。沖縄防衛局は 2014 年 8 月 28 日に仲井眞知事からこの許可を受けた。許可の有効期限は 2017 年 3 月 31 日までだが、沖縄防衛局の更新申請を翁長知事が拒否することが想定されていたことから、沖縄防衛局は更新申請をせずに工事を行っている。

2016 年 11 月 28 日、名護漁協は埋立予定水域を含む一定の水域の漁業権消滅に同意する特別決議を行った。これを受けて、沖縄防衛局は、それらの水域の漁業権は消滅しており、知事の許可を要する漁場にはもはや当たらないと主張した。

沖縄県は、従来の水産庁の解釈に基づいて、漁業権の一部放棄はその変更

であり、漁業法 22 条 1 項「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」に基づき、知事の免許が必要だと解する。この見解によれば、漁業権者（漁業組合）が漁業権の一部放棄を総会で決議しても、変更免許がない以上、その総会決議のみによって免許内容である「漁場の区域」の縮小という効力は生じず、総会決議後も本件海域は「漁業権の設定されている漁場」に当たることになる。

従来、水産庁が漁業権の一部放棄は漁業権の変更に当たり、都道府県知事の免許を要するという漁業法の解釈を採っていた。しかし、防衛庁整備局長の照会に対して、漁業権の設定されている漁場内の一部区域について漁業法・水産業協同組合法の定める手続を経て放棄された場合、漁業法 22 条の定める漁業権変更免許を受けなくても漁業権は消滅するとの解釈を示した。

沖縄県は、沖縄防衛局が沖縄県の岩礁破碎許可を得ずに進めている埋立工事は前記規則 39 条違反だとして、主的に岩礁破碎等行為の差止めを求め（差止請求）、仮処分を申立てを行い、さらに予備的に同行為をしてはならない義務の確認を求めた（不作為義務確認請求）。

2 判示

本件差止請求に係わる訴えの法律上の争訟該当性

(1) 裁判所が審判できるのは、「裁判所法 3 条 1 項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（昭和 56 年最高裁判決参照）。」

国又は地方公共団体が訴訟を提起したとき、「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」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ではできないから、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（平成 14 年最高裁判決参照）。」

本件差止請求に係わる訴えは公法上の不作為義務の履行請求を求めており、

財産上の権利利益の保護救済ではなく、「法律上の争訟」に当たらない。

(2) 平成 14 年判決は「争訟の相手方が個々の国民であるか、国又は地方公共団体という行政主体であるかを問わず、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。」

(3) 原告は、平成 14 年判決は法律上の争訟の観念に私権保護目的を新たに加えたが、これでは「刑事訴訟が法律上の争訟に当たることについて説明できない」と主張する。「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。」

(4) 国又は地方公共団体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訴訟については、行政主体が自らの主観的な権利利益の実現のために提訴した場合と同視できるが、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については同視できず、「両者の間で法律上の争訟該当性に関する判断が異なることに特段の問題はない。」

(5) 原告は、最判平成 21 年 7 月 10 日集民 231 号 237 頁（平成 21 年判決）において、「地方公共団体が事業者に対して公害防止協定の履行を求めた訴訟の法律上の争訟該当性が認められており、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であっても法律上の争訟に当たりえることが明らかにされたから、平成 14 年最高裁判決を根拠として、係る訴訟の法律上の争訟性を否定することはできないと主張する。」…… しかし、平成 21 年判決は「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締結した地方公共団体が事業者に対して行政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 年最高裁判決に係わる事案は、国民が自らの権利利益の保護救済を求めて提起した場合と同視し得るのであって、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とする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。」

(6) 「原告は、法律上の争訟該当性は訴訟の対象に関わる問題であるから、これを判断するに当たって訴訟の目的を考慮することは相当でない」と主張するが「司法権の本来的役割は国民の権利利益の保護救済を図る点にあることなどに鑑みれば、訴訟提起者が自らの主観的な権利利益の実現を目的としているか否かによって、裁判所が当然に審判の対象とすべき訴訟かどうか、すなわち法律上の争訟該当性を決することには合理性が認められる。」

本件請求に係わる訴えの法律上の争訟該当性

(7) 「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。」

「本件確認請求に係わる訴えは、本件差止請求に係わる訴えと同様、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、原告が専ら行政側の主体として提起したものである」ため、平成 14 年判決が妥当し、法律上の争訟に当たらない。

(8) 平成 14 年判決が「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の法律上の争訟該当性を否定した趣旨は、かかる訴訟が、自らの主観的な権利利益の実現のための訴訟ではなく、司法権の本来的役割に属するものではないという点にあると解されるところ、原告が自らの主観的な権利利益の実現のために提起したとはいえない本件確認請求に係わる訴えについても、係る平成 14 年最高裁判決の趣旨が当ては

まるから、その趣旨が妥当するというべきである。」

II 平成 14 年判決の問題点

1 事実と判示

平成 14 年判決は、市長の条例に基づく建築中止命令にもかかわらず、建築工事を続行しようとする民間業者に対して、市が建築工事の続行禁止を求める民事訴訟を提起した事案である。最高裁は以下のように判示した。

「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、裁判所法 3 条 1 項にいう『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。」

「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義務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ではできないから、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ものと解される。」

2 行政上の義務の司法的執行の必要性

戦前には行政執行法と国税徴収法があり、行政上の義務履行については「包括的自足的な行政強制システム」が存在しており⁴、司法介入による執行を問題とする余地はほとんどなかったが⁵、戦後の制度改革によって、行政執行法、直接強制、執行罰の制度が廃止され、現行制度は行政による自己完結的な強制執行が認められないものとなった⁶。現行法体系では、「行政上の義務の履行の確保」や「行政（法）の実効性確保」が不十分になりがちという問題点が指摘され⁷、行政上の義務の履行を確保するために行政主体

が司法的執行手段を利用できるのかが理論的だけでなく、実務的にも重要な問題となった⁸。

3 学説の動向

行政強制手段が法定されている場合の民事執行の可否については両論あるが、適切な行政強制手段がない場合の民事執行については、学説上はおおむね積極説が有力で⁹、大方の学説は支持する傾向にあり¹⁰、通説になっているとも評された¹¹。行政主体による民事執行の利用について、学説はこれを肯定する方向でほぼ固まりつつあった¹²。

平成 14 年判決の調査官解説¹³は肯定説が多数だと認識するが、行政上の義務の司法的執行を認めない立場を正当化するために、消極説としていくつかの学説¹⁴を挙げる。しかし、その学説の中には、調査官解説の公刊前に肯定的見解を示す論者もいる¹⁵。また、調査官解説によって消極説として紹介される学説は、必ずしも行政上の義務の司法的執行に消極的態度をとっていないものが含まれていると何人かの論者から指摘されている¹⁶。調査官解説が挙げる消極説は若干の疑問を持っているに過ぎず、具体的場面における実体的請求権の存否を問題としており、現行制度の仕組み上、そもそも行政主体が行政上の義務の司法的執行を完全に否定するものは見当たらない¹⁷。

4 判例の動向

平成 14 年判決以前、下級審では行政上の義務の民事執行について肯定的な見解を示す判断が蓄積されてきた¹⁸。平成 14 年判決の下級審判決¹⁹は、行政上の義務の民事執行の可能性を否定せず、ただ本条例が風営法及び兵庫県同法施行条例及び建築基準法に違反すると判断した²⁰。平成 14 年判決は条例の適法性という本案問題に立ち入らず、行政上の義務の履行を求める民事訴訟の適法性問題だけを取り上げ、明確な形で消極的に判断した。下級審レベルでは積極判断が蓄積されてきた論点であり、極めて重要な先例が示された²¹。

調査官解決は行政主体による民事執行の利用について消極的な例として、神戸地判伊丹支決昭和 60 年 10 月 18 日判時 1189 号 42 頁および神戸地判伊丹支決平成 9 年 9 月 9 日を挙げる²²。

しかし、前者は申請人(市)が援用する合意が認定できず、被保全権利の疎明が不十分として申請を却下したもの、後者は条例が違法無効との理由で仮処分を認めなかったものであり、民事執行の可能性を明確に否定した判例とはいえない²³。下級審では、明確に否定説をとるものはみられず、肯定説に立つ判例が蓄積している²⁴。

5 問題点

平成 14 年判決は、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があり(紛争存在要件)、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(紛争解決可能性要件)が、「法律上の争訟」に該当すると示す。

最高裁は紛争解決可能性要件の否定で事例を判断してきたが²⁵、平成 14 年判決は紛争存在要件を否定しており、先例とは異なった新しい判断を下した²⁶。平成 14 年判決は、権利義務関係の中でも財産上の関係における争いだけを「法律上の争訟」にするとして、紛争存在要件を限定解釈しており、この点、新しい基準ともされる²⁷。平成 14 年判決は、地方公共団体の出訴は「行政権の主体」としてではなく「財産権の主体」として自己の権利利益の保護救済を目的とする場合に限定する趣旨に読み取れる。

平成 14 年判決は紛争存在要件と紛争解決可能性要件に、「訴訟を提起する者の私権保護」という第 3 の要件を追加した²⁸。裁判所法 3 条につき先例が示す解釈に至る理由は、司法権が権限行使の要件として、紛争の存在とその解決可能性が求められるからに他ならないのであり、紛争存在要件を「権利利益の保護救済」に限定し、これを「行政権主体」としての権限行使と区別する解釈には問題があると批判される²⁹。平成 14 年判決は「自己の権利利益の保護救済」を目的とすることを必須だと考えている³⁰。板まんだら判決の「法律上の争訟」の一般定式からは、この判旨は導かれないのであり³¹、その定式の適用として狭すぎると指摘される³²。

行政的執行が認められていない場合に、行政主体が私人に対して行政上の義務の履行を求める民事訴訟を提起することを一般論として否定した判決はなく、平成 14 年判決は新しい判断であった³³。判例学説において肯定説が主流の見解であったにもかかわらずこれを明確に否定しており³⁴、平成 14

年判決によって、行政上の義務の民事執行は「死に体」になった³⁵。司法的執行によって行政上の義務の履行を確保するという、有力な強制執行手段を行政主体から奪い、条例に基づく行政上の義務の履行を行政刑罰や行政上の強制執行の手段によって確保することが困難な地方公共団体に、大きな打撃を与えた³⁶。

IV 平成 14 年判決の射程

1 行政主体間の争訟の「法律上の争訟」性に関する学説の動向

地方自治の憲法的保障に鑑み、違法な関与を是正することの必要性を重視して出訴を認める立場³⁷と、この種の紛争を基本的に行政内部関係として位置付けたうえで、裁判所が私人の権利救済機関であることを重視して裁判的解決に消極的な立場³⁸とが対立してきた。多くの学説は積極説を支持し³⁹、自治体の出訴権肯定に積極的であった。

憲法による地方自治の保障の意味とは、自治体に対して国の諸機関の干渉に対して対抗できる法的地位として自己の地方自治の権能に「自治権」を認め、その尊重を国の諸機関に求めるところにあるが、従来の地方自治法及びその他の法律で具体化された自治権の範囲はそれほど広くなく、それは機関委任事務制度の存在と深く関連していた⁴⁰。しかし、改正地方自治法によって機関委任事務は廃止され、憲法によって保障される自治権が法律に広い範囲で明確に示された⁴¹。現在の法状況では、国自治体関係を、行政の内部関係・外部関係の二元論に立ってその前者に位置付け、国の行政組織の内部関係と基本的に同質ではない⁴²。消極説は以前はそれなりに通用した学説だが、その学説の前提は消滅している⁴³。消極説は従前の法制度を前提としており、法制度の変革のもとで、妥当しなくなったというべきであり、今日の国と地方の関係を規律するにはふさわしくない⁴⁴。

平成 14 年判決は行政主体間の争訟に関連しないが、学説では平成 14 年判決の判示がその領域に及ぶと予測されていた（IV 1）。しかし、多くの学説は平成 14 年判決の行政主体間争訟への適用を否定し、平成 14 年判決以降も多くの学説が裁判所による行政主体間の争訟の解決に肯定的見解をとる状況

は変わらなかった⁴⁵。

2 判示からの推測

本判決と異なり平成 14 年判決は行政主体間の訴訟ではないが、本判決は、被告が国であっても平成 14 年判決の射程が及ぶと示した (Ⅱ 2 (1))。地方公共団体が「国民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」ではない理由が、「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ではできない」ことだとすると、「行政権の主体として」の地方公共団体の提起する訴訟は、対私人の場合も対行政主体の場合も「自己の権利利益」ではなく「公益の保護を目的とするもの」に広く包摂されるのが自然だとされる。国・地方公共団体の訴訟に平成 14 年判決の判示が広く及び、結果として、平成 14 年判決は、地方公共団体が国や地方公共団体との関係で提起する訴訟の許容性を大きく制限したとされる⁴⁶。

3 平成 14 年判決の影響

平成 14 年判決後、当該判決の「法律上の争訟」概念を引いて、地方公共団体が提起した訴訟を不適法却下する判決が相次いで下されている⁴⁷。平成 14 年判決後の判例は、国と地方公共団体、地方公共団体間の訴訟は、財産権をめぐるものを除いて、権利義務を主張するものではなく、法律上の争訟に当たらないとしている⁴⁸。国・地方公共団体間、地方公共団体相互間の法律関係への平成 14 年判決の判示の適用は当然に予測されたものであり⁴⁹、平成 14 年判決が行政主体間の争訟にも実質的に及ぶとの予測は的中した⁵⁰。平成 14 年判決の射程が判例によって限定的に解されていく可能性を示唆する見解もあったが⁵¹、現実にはそうならなかった。

4 学説による批判

多くの学説は平成 14 年判決が行政主体間の争訟に拡大して適用されていくことを予測し、実際にその射程は拡大された。多くの学説は平成 14 年判決が行政上の義務の司法的執行を限定的に解したことを批判しており、それが先例として確立されていたとしても、その射程の拡大には反対し、その影

響を限定しようとする⁵²。

平成14年判決が行政上の義務の司法的執行に否定的な見解を示したのは、宝塚市が条例の処罰規定を置くことが可能であり⁵³、行政上の義務の司法的執行は必ずしも必要なかったため、これに限れば、本件を裁判所に持つてくるのは筋違いだという裁判官の気持ちが全く外れているとまではいえないとされる⁵⁴。行政主体が国民に対する場合には、中止命令違反を処罰する規定をおくなど、権力をもって規制できるのであって、まず民事訴訟を提起する必要がない仕組みを作れるはずだというのが平成14年判決の趣旨だとされる⁵⁵。これに対し、地方公共団体が国に対して要求する場合、又は市町村が都道府県に要求する場合には権力で規制する方法はなく、平成14年判決の射程範囲は、「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」に限定すべきだとされる⁵⁶。

平成14年判決の事例に「法律上の争訟」性を認めることの具体的問題として、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」と指摘されるが⁵⁷、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かかわっている⁵⁸。平成14年判決によって、最高裁は否定説に立つことを明らかにしたと予測されるが、多くの学説では、否定説の個別の論拠を詳細に検討すると、いずれも説得力はないと考えられている⁵⁹。文脈の違いにもかかわらず、平成14年判決を機械的に適用し、その射程範囲を不当に拡張したが、本判決もまた学説の批判に答えずに、平成14年判決を機械的に適用している。学説による反論に答えずに、平成14年判決の正当化根拠を示すことなくそれに依拠したのであり、それでは判例の発展はない⁶⁰。

V 那覇地裁判決の問題点

1 訴訟目的による争訟該当性の判断

平成14年判決は「法的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「自己の権利利益の保護救済を目的とする」訴訟との対比し、前者は法律上の争訟ではないとしている点に着目し、訴訟目的によって訴えの適法

性を判断する考え方がとられている⁶¹。原告は「法律上の争訟該当性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り、両者を直結させることは論理的に誤りである」と主張する⁶²。これに対し、本判決は「司法権の本来的役割は国民の権利利益の保護救済を図る点にあること」を理由に、訴訟目的に応じて主観訴訟と客観訴訟を分類し、法律上の争訟の該当性を判断することに合理性があると示す(Ⅱ 2 (4))。

原告の主張のように、学説では、訴訟目的の違いではなく訴訟審理の対象となる法問題の性格の違いに応じた区別の可能性が論じられてきた⁶³。即ち、訴訟審理の対象となる法問題の性質という視点から訴訟制度を見直した場合、訴訟審理対象となる法問題の性質という視点に切り替えれば、抗告訴訟も、行政処分その他の行政作用の客観的な適法性が裁判審理の対象となるという意味では、抗告訴訟も一面では客観訴訟だとされる⁶⁴。

また、訴訟目的は相対的であり、これに基づいて訴訟を分類したり、訴えの適法性を判断することには根本的な疑義がある旨が指摘される⁶⁵。例えば、行政不服審査法は、国民の権利利益の救済とともに、「行政の適正な運営を確保することを目的」(1条1項)としており、また、行政訴訟一般が行政の適法性を統制する側面を持っていることも一般に認められるとされる⁶⁶。

行政法規により保護される国民の権利利益には、行政権限の行使が適法か違法かにかかわらず、保護されなければならないという意味で手厚い保護を受けるにふさわしい権利利益(生命身体等的人格権など)と、行政権限の適法性を条件として必要に応じて侵害も可能な利益(鉄道利用者や行動利用者の利益、住環境自然環境の利益)があり、後者は適法性の遵守が権利利益の内容として予め組み込まれた利益だとされる⁶⁷。この区別に基づく、行政訴訟とは適法性という客観法的要素を内在させた利益の保護・救済のための訴訟であり、本来的に、主観的要素と客観的要素との接合の上に立脚した訴訟形態となる⁶⁸。

2 平成 14 年判決と平成 21 年判決の区別

原告は平成 21 年判決が「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であっても法律上の争訟」であることを明らかにしたため、平成 14 年判決を根拠に本件の法律上の争訟性を否定できないと主張した(Ⅱ 2

(5))。平成 21 年判決は、平成 14 年判決を援用して法律上の争訟性を否定する主張を退けて、業者に対して公害防止協定の履行を求める地方公共団体（福岡町）による訴訟の法律上の争訟性を肯定した。少なくとも契約上の義務履行という形をとる限り、民事訴訟において、住民の生活環境利益の保護を地方公共団体が主張することは認めており、公害防止協定は相手方の同意を得て締結した契約であり、契約上の義務の履行を求める訴訟が民事訴訟の枠内にあるのは当然だという考えが示された⁶⁹。平成 21 年判決では、本判決とは異なり、平成 14 年判決の射程を限定している⁷⁰。本判決は、平成 14 年判決と平成 21 年判決との区別について、後者の事案は、事業者と対等の立場で締結した契約上の義務が争われているから、「国民が自らの権利利益の保護救済を求めて提起した場合と同視」でき、「一般公益の保護を目的とする訴訟とは区別される」と述べる。しかし、そこで争われた公害防止協定は、地域の住環境の保護という一般公益の保護を目的としたものであり、両訴訟で保護しようとした実質的な利益は、いずれの住民の生活環境利益であって、そこに大きな違いはなく⁷¹、適切な区別の根拠は示されていない⁷²。

本判決が平成 14 年判決と 21 年判決を区別した理由は、福岡町が「事業者と対等な立場にある」ことに求められる。その場合、行政主体が「事業者と対等な立場」で訴訟を提起する限り、「法律上の争訟」に該当することになり、国自治体が一般公益の保護を目的として出訴した場合には法律上の争訟に該当しないとす本判決の立場（Ⅱ 2 (5)）は妥当ではない⁷³。

3 司法権の範囲と法律上の争訟

本判決は平成 14 年判決に依拠し、行政主体間の争訟が「司法権の本来的役割」に該当しないことを理由に、本件確認請求が法律上の争訟に該当しないと判断した（Ⅱ 2 (3)）。そして、本判決は主観訴訟と客観訴訟の区別を前提に、客観訴訟は法律上の争訟に当たらず、法律で特別の規定がある場合に限り、訴訟が裁判所による審判の対象となると示した（Ⅱ 2 (1)）。本判決は、客観訴訟については、客観的な法秩序の維持を目的とし、個人の権利利益の侵害を前提としないため、司法権の内容を成しておらず、裁判所法 3 条 1 項後段の「その他の法律において特に定める権限」として立法政策的に裁判所の裁判権の範囲に属しているとする通説的見解⁷⁴に依拠している。

訴訟目的の違いは相対的であり、主観訴訟と客観訴訟の区別は難しいが⁷⁵、仮に区別が可能だとして客観訴訟は司法権の範囲に含まれるのか⁷⁶。

個人の権利利益に関わる争訟が司法権の中核であるとは異論がない⁷⁷。行政主体間の争訟では、一般民事訴訟のように権利義務の対立関係は存在しない⁷⁸。本判決は、司法権の画定に際して民事訴訟のモデルに依拠する通説的見解に基づいており⁷⁹、公共の利益の実現を目指す行政訴訟を司法権的に確に包摂できていない⁸⁰。こうした見解は公法私法二元論に基づくが⁸¹、戦後の改革によって既にその考えは放棄されている⁸²。アメリカ法に示唆を受けて、司法権の概念には憲法上当然に含まれている部分と、法律および制定法により付加される部分があるという指摘がなされている⁸³。

行政訴訟を適切に司法権に包摂する議論として、以下の中川丈久の見解が注目に値する⁸⁴。司法権の概念にはコアと外周、その中間領域があり、中間領域についてまで、憲法上一義的に決まっているかのような解釈論を述べるのは誤りである。主観訴訟はコアに属するが、客観訴訟は中間領域に属し、両者はともに「法律上の争訟」である。通説では「一切の法律上の争訟」はいわゆる主観訴訟を指したもので、それ以外の訴訟である客観訴訟は、非訟事件とともに「その他法律で特に与えられた権限」に当たるとされるが、主観訴訟と客観訴訟はそのコアと中間領域の違いであり、これらの訴訟はすべて「一切の法律上の争訟」に該当する。客観訴訟は立法者がこの中間領域に介入したものである。

4 片面的性質

本判決は「司法権の本来的役割は国民の権利利益の保護救済を図る点にあることなどに鑑みれば、訴訟提起者が自らの主観的な権利利益の実現を目的としているか否かによって、裁判所が当然に審判の対象とすべき訴訟かどうか、すなわち法律上の争訟該当性を決することには合理性が認められる」として(Ⅱ 2 (6))、同一の紛争であっても原告と被告が入れ替われれば法律上の争訟該当性が変わるとする片面的な「法律上の争訟」概念を肯定した⁸⁵。

本判決は平成 14 年判決に依拠し、訴訟当事者としての行政主体の地位を「財産権の主体」と「権利義務関係の主体」としてのそれと「行政権の主体」とに二分し、後者の資格による訴えには「法律上の争訟」性を端的に否

定した（Ⅱ 2 (1)）。

片面的性質は、平成 14 年判決が批判される 1 つの理由である。訴訟の場で争われるのは、行政機関が公益実現のため行使すべき権限と相手方の権利利益との対立関係であり、その争訟対象の性質は、工事続行中止を命じる処分を受けた相手方がその取消しを求めて提起する取消訴訟における争訟対象の性質と異ならない。訴訟審理対象に着目した場合、前者が「法律上の争訟」に当たらないとしたら、後者も「法律上の争訟」に当たらないことになる⁸⁶。この判例理論は、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とらえる点で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だとされる⁸⁷。本来、行政事件訴訟法にあっては、国民の側が個人的権利利益を主張しているのに、被告行政側では、法規執行上の公益的主張を対抗させることが通常であって、そうした公法上の法律関係には民事訴訟一般の発想を持ち込む前提が欠けているはずだと指摘される⁸⁸。

片面的性質の根拠は、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にあると想定されるが、現行法はその仕組みをとっておらず、この判例理論には根拠がなく⁸⁹、説得力がない⁹⁰。同じ法的な紛争が私人からの提訴であれば法律上の争訟となり、自治体によればそうならないというのはいかにも不自然である⁹¹。

公権力の行使に対して私人が訴訟を提起できるのは当然と考えられているが、行政主体が訴訟を提起する場合も争訟の対象自体に違いはなく、後者だけを否定するには訴訟目的を援用するほかない⁹²。片面的性質を肯定する学説も、前者と後者の区別を訴訟目的に求めている⁹³。しかし、訴訟目的の違いは相対的であり、区別するのは難しい（V 1）。「法律上の争訟」は、むしろ、訴訟当事者の如何に関わらない、専ら訴訟の対象である事件の客観的性質・内容に関わる訴訟要件として捉えられてきたと指摘される⁹⁴。

片面的性質を肯定する説は、行政主体には裁判を受ける権利（憲法 32 条）が保障されていないため、法律の根拠がない限り、訴訟を提起できないと主張する⁹⁵。しかし、財産上の権利を行使する場合であっても行政主体は基本権を享有するわけではなく、にもかかわらず訴訟の提起が認められるの

であれば、これも否定説の根拠とはなりえない⁹⁶。

5 漁業法の解釈変更と裁判所による判断の必要性

本事例では、知事が本来可能であるはずの行政権の行使をしようとしたところ、国の法令所管官庁が解釈を変更し、権限行使が実質的に困難になったために、法解釈の整理が裁判所に求められた⁹⁷。法令解釈の変更により、行使可能な行政権限の行使ができなくなった場合に、法律上規定された「公益」を実現するために、どのようにその隙間を埋めるのが問題であり、法律関係を明らかにするために、自ら権限行使せずに、裁判所に第三者として客観的な判断を求めることは、緊急避難的な措置として適切かつ必要だとされる⁹⁸。裁判所には、解釈変更がいかなる経緯でなされたのか、どちらの解釈が妥当であるのかを判断する必要性があった⁹⁹。

本判決は、自己の権利利益に関する救済を目的とする訴訟だけが法律上の争訟に該当すると示した(Ⅱ 2 (1))。確かに、行政主体は私人と同じ権利を有していないが、多くの学説は地方公共団体への憲法による自治権の保障を理由に、行政主体間の争訟を肯定し、地方分権改革によってその保障が明確に示された(Ⅳ 1)。本事案は、知事の権限行使の可能性が国によって無視され、その権限行使ができない状況に追い込まれており、権利の存在自体が損なわれたと解釈できる余地がある。許可権限の根拠が法律による委任を受けた県規則であるので、自治体による規則解釈の無視が自治権侵害であることを理由に「法律上の争訟」性を認めることも可能だともされる¹⁰⁰。

Ⅵ おわりに

本判決が依拠した平成 14 年判決は、行政上の義務履行確保の手段が不十分であることから、行政上の義務の司法的執行の必要性が認識され(Ⅲ 2)、学説(Ⅲ 3)と判例(Ⅲ 4)が肯定的な見解を蓄積したのにもかかわらず、行政上の義務の司法的執行に「法律上の争訟」性が認められる範囲を著しく限定した(Ⅲ 5)。

平成 14 年判決は行政対私人に関わる事例であり、国対地方公共団体の争

訟に関わる本判決とは事案が異なる。平成 14 年判決の判示からは行政主体間の争訟にもその射程が及ぶことが推測されており（Ⅳ 2）、当該判決後には裁判所ではそうした判断が下されてきた（Ⅳ 3）。しかし、学説では行政主体間の争訟にも「法律上の争訟」性を認めるべきだと考えられきたのであり（Ⅳ 1）、平成 14 年判決の射程が行政主体間の争訟に及ぶとする考えは学説から批判されてきたが、本判決はそれらの批判に答えることなく、平成 14 年判決に機械的に依拠し、その射程を拡大した（Ⅳ 4）。

そのほかの本判決の判示を見ても、本判決は平成 14 年判決に対する批判にまともに回答することなく、当該判決の判示を是認する（Ⅴ）。漁業法の従来の解釈と国によってなされた解釈変更のどちらが妥当するのかについて、本判決は審理すべきであったのであり、この問題については判決によって解決可能であり、本件訴えは「法律上の争訟」に該当するとすべきであった。

(Endnotes)

- 1 本判決については、以下の文献参照。村上博「判批」法時 90 巻 5 号（2018）134 頁；人見剛「判批」法学セミナー 762 号（2018）11 頁；人見剛「判批」判例時報 2384 号 135 頁；前田定孝「判批」三重大学法経論叢 36 巻 1 号（2018）77 頁。
- 2 人見剛「辺野古新基地建設工事における国の無許可の岩礁破碎 - 水産庁の突然の漁業法解釈変更の背後にあるもの」法律時報 90 巻 2 号（2018）69 頁。
- 3 当該判決については、以下の文献等参照。稲葉一将「判批」民商法雑誌 153 巻 5 号（2017）751 頁；稲葉馨「判批」ジュリスト 1518 号（2017）53 頁；衣斐瑞穂「判解」法曹時報第 69 巻 8 号（2017）2433 頁；岡田正則「『政治的司法』と地方自治の危機 - 辺野古訴訟最高裁判決を読み解く」世界 891 号（2017）93 頁；岡田正則「判批」自治研究 94 巻 2 号（2018）136 頁；杉原丈史「判批」『速報判例解説 21 号』（2017）55 頁；武田真一郎「判批」成蹊法学 86 号（2017）177 頁；野口貴公美「判批」法学教室 439 号（2017）123 頁；人見剛「辺野古訴訟の経緯と所判決に関する一考察」Law and Practice 11 号（2017）1 頁；山下竜一「判批」法学セミナ

- 748 号 (2017) 117 頁；本多滝夫「行政法と地方自治法の交錯——第 2 次辺野古訴訟・上告審判決の比較的検討——」龍谷法学 50 卷 4 号 (2018) 289 頁；加藤祐子「行政訴訟における当・不当の問題の新展開：辺野古訴訟最高裁判決を素材として [平成 28.12.20]」早稲田大学大学院法研論集 165 号 (2018) 47 頁；拙稿「辺野古訴訟最高裁判決をめぐる法的問題」桐蔭法学 25 卷 1 号 (2018) 111 頁。
- 4 塩野宏『「行政強制」論の意義と限界』同『行政過程とその法的統制』（有斐閣, 1987）205 頁。
 - 5 磯野弥生「行政法上の義務履行と強制執行」雄川一郎ほか編『現代行政法体系（2）』（1984）252 頁。
 - 6 戦後の改革は単に人権侵害が著しかった戦前の行政強制制度の弊害を考へてのことであり、行政上の義務の履行確保を民事訴訟によって行うという英米流の考え方によるものではなく、現行法の沿革を見ると、現行法上は行政上の義務の民事執行という考え方は一般的には採用されていないとされる（阿部泰隆「行政上の義務の民事執行」同『行政法の解釈』（信山社, 1990）322 頁）。
 - 7 高木光「判批」『平成 14 年重要判例解説』（2003）47 頁；田村泰俊「判批」自治研究 80 卷 2 号（2004）129 頁。
 - 8 南川諦弘「行政上の義務の履行確保と民事訴訟」寺田友子ほか編『現代の行政紛争——小高剛先生古稀記念』64 頁。
 - 9 原田尚彦「行政上の強制執行と民事訴訟」自治実務セミナー 5 卷 2 号（1966）36-37 頁；細川俊彦「公法上の義務履行と強制執行」民商法雑誌 82 卷 5 号（1980）641 頁；阿部前掲（6）312 頁；小高剛「行政強制」『基本法学第 8 卷』261-65 頁（岩波書店, 1983）；磯野前掲（5）252 頁以下；村上順「判批」判例評論 332 号 12 頁；曾和俊文「地方公共団体の訴訟」杉村敏正編『行政救済法 2』（有斐閣, 1991）285 頁以下。
 - 10 塩野宏『行政法 I 〈第 6 版〉』（有斐閣, 2015）247 頁。
 - 11 確井光明「行政上の義務履行確保」公法研究 58 号（1996）150 頁注 34。
 - 12 村上裕章「判批」民商法雑誌 128 卷 2 号（2003）35 頁。
 - 13 福井章代「判解」ジュリスト 1240 号（2003）118 頁。
 - 14 雄川雄一郎ほか『ジュリスト増刊・行政強制——行政権の実力行使の法理

- と実態』(1977) 18頁；小早川光郎「行政による裁判の利用」法学教室 151号 (1993) 106頁；芝池義一『行政法総論講義〈第3版〉』202頁；最高裁判所事務局総局編・行政資料62号220頁；宇賀克也・高田裕成「行政上の義務履行確保」法学教室253号(2001)110頁等。
- 15 小早川光郎『行政法 上』(弘文堂, 1999) 243頁。
 - 16 村上前掲(12)37頁注(7)；田村前掲(7)133頁；阿部泰隆「行政上の義務の民事執行——宝塚市パチンコ店等条例事件最高裁2007年7月9日判決批判」『行政訴訟要件論』(弘文堂, 2003)160頁；高木前掲(7)47頁。平成14年判決に肯定的な評価をする論者も、行政上の義務の履行確保手段が不十分であるとの認識から、判決の結論自体は望ましくなく、立法政策による解決が期待される旨を述べている(南川前掲(8)73頁；福井章代「判解」法曹時報57巻4号1219頁)。
 - 17 高野修「判批」アルテス・リベラレス76号(2005)78頁。
 - 18 大阪高決昭和60・11・25判時1189号39頁；神戸伊丹支決平成6・6・9判自128号68頁；横浜地判平成1・12・8判タ727号220頁；盛岡地判平成9・1・24判時1683号141頁。
 - 19 神戸地判平成9・4・28判時1613号36頁；大阪高判平成10・6・2判時1668号37頁。
 - 20 下級審判決に対する批判として、阿部泰隆「政策法学と自治条例」(1999)125頁以下；野呂充『平成9年重要判例解説』46頁；関哲夫・判評473号(判時1637号)14頁；角松生史「自治立法による土地利用規制の再検討」原田純考編『日本の都市法(2)』(2001)335頁以下。
 - 21 原島良成「判批」上智法学論集47巻2号(2003)63頁。
 - 22 福井章代「判解」ジュリスト1240号118頁。
 - 23 村上前掲(12)37頁注(8)。
 - 24 村上前掲(12)35頁。
 - 25 江原勲・北原昌文「判批」判例地方自治236(2003)6頁。
 - 26 阿部前掲(16)153頁；高木前掲(7)46頁；阿部泰隆「行政上の義務の民事執行は法律上の争訟ではない」法学教室267号(2002)36頁, 38頁。
 - 27 太田照美「判批」『行政法判例百選I〈第6版〉』(有斐閣, 2012)232頁。
 - 28 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巻

- 5 号 (2009) 66 頁。
- 29 田村前掲 (7) 130 頁。
- 30 人見剛「判批」『環境法判例百選』(有斐閣, 2004) 219 頁。
- 31 塩野宏『行政法Ⅱ〈第 5 版補訂版〉』(有斐閣, 2013) 281 頁; 人見剛「判批」自治総研 331 号 43 頁以下。
- 32 斎藤誠「自治体の法政策における実効性確保」地方自治 660 号 (2002) 6 頁。
- 33 宇賀克也「判批」判例タイムズ (2003) 1125 号 269 頁。
- 34 村上前掲 (12) 35 頁。
- 35 阿部前掲 (26) 40 頁; 阿部泰隆「区と都の間の訴訟 (特に住基ネット訴訟) は法律上の争訟に当たらないのか (上)」自治研究 82 卷 12 号 (2006) 10 頁。
- 36 南川前掲 (8) 70 頁。
- 37 塩野宏はこの問題について早くから肯定的見解をとり、地方公共団体と国の争訟については、「自治権」の侵害を根拠に訴訟提起が可能だと主張した。(塩野宏「地方公共団体に対する国家関与の法律問題」(初出, 1966) 同『国と地方公共団体』(有斐閣, 1990) 119 頁以下; 塩野宏「地方公共団体の法的地位論覚書」(初出, 1981) 同『国と地方公共団体』(有斐閣, 1990) 36 頁以下; 塩野宏「地方公共団体の出訴資格」(初出, 2009) 同『行政法概念の諸相』(有斐閣, 2011); 塩野宏『行政法Ⅲ〈第 4 版〉』(有斐閣, 2012) 252 頁以下。)
- 38 雄川一郎「機関訴訟の法理」(初出, 1974) 同「地方公共団体の行政訴訟」(初出, 1968) (ともに同『行政争訟の理論』(有斐閣, 1986) 所収); 藤田宙靖『行政組織法 新版』(良書普及会, 2001) 58-60 頁; 藤田宙靖「行政主体相互間の法関係について」『政策実現と行政法——成田頼明先生古稀記念』(有斐閣, 1998) 83 頁以下。
- 39 寺田友子「行政組織の原告適格」民商法雑誌 83 卷 2 号 (1980) 271 頁; 木佐茂男「国と地方公共団体の関係」『現代行政法体系 8』(有斐閣, 1984) 411 頁以下; 曾和前掲 (9) 304 頁以下; 白藤博行「国と地方公共団体との間の紛争処理の仕組み」公法研究 62 号 (2000) 200 頁以下; 村上裕章「行政主体間の争訟と司法権」公法研究 63 号 (2001) 219 頁以下。

- 40 小早川光郎「司法型の政府間調整」松下圭一ほか編『自治体の構想 2 制度』（岩波書店, 2002）63 頁。
- 41 白藤前掲（39）208 頁。
- 42 小早川前掲（40）64 頁。
- 43 阿部泰隆「区と都の間の訴訟（特に住基ネット訴訟）は法律上の争訟に当たらないのか（下）」自治研究 83 卷 1 号（2007）4 頁。
- 44 阿部前掲（43）16 頁。
- 45 村上裕章「国・自治体間等争訟」岡田正則ほか編『現代行政法講座Ⅳ』（日本評論社, 2014）13 頁。
- 46 人見前掲（28）67 頁；同旨、人見前掲（31）45 頁。この他、以下の学説が判例が平成 14 年判決の射程を行政主体間の争訟に及ぶように解釈していくと予測する（原島良成「地方政府の原告適格に関する一考察（1）」上智法学論集 50 卷 3 号（2007）76 頁；村上前掲（45）19 頁）。
- 47 住基ネットに参加していない杉並区が東京都を被告として提起した住基ネット参加希望住民の住基情報の受信を求める確認訴訟（東京地判平成 18 年 3 月 24 日判時 1938 号 37 頁；東京高判平成 19 年 11 月 29 日判例自治 299 号 41 頁）と逗子市が国に対して提起した確認訴訟である逗子市米軍住宅追加建設訴訟（東京高判平成 19 年 2 月 15 日訟月 53 卷 8 号 2385 頁）は平成 14 年判決に依拠して、法律上の争訟に該当しないとして訴えを却下している。
- 48 阿部泰隆「司法権・法律上の争訟概念再考——国と地方公共団体間、地方公共団体間の訴訟は、財産権をめぐる訴訟に限られるのか」兼子仁・阿部泰隆編『自治体の出訴権と住基ネット』（信山社, 2009）138 頁。
- 49 人見前掲（28）67 頁。
- 50 村上前掲（12）43 頁。
- 51 高野前掲（17）78 頁。
- 52 兼子・阿部編前掲（48）89 頁以下（高木光及び内野正幸発言）；塩野前掲（37）382 頁（「地方公共団体の出訴資格」）；人見剛「自治体の争訟権について」紙野・本多編『辺野古訴訟と法治主義』（日本評論社, 2016）61-62 頁。
- 53 ただし、処罰規定が行政上の義務の執行に常に十分に役立つのかは疑問視

されている (阿部前掲 (6) 336 頁; 曾和俊文「判批」『地方自治判例百選 (第 3 版)』(有斐閣, 2003) 84 頁)。

- 54 阿部前掲 (35) 15 頁。
- 55 阿部前掲 (35) 15 頁。
- 56 阿部前掲 (35) 15 頁。
- 57 福井章代・判例解説『平成 14 年最高裁判所判例解説・民事編 (下)』(法曹会, 2005) 542 頁。
- 58 人見前掲 (52) 61 頁。
- 59 村上前掲 (45) 27 頁。
- 60 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——東京地裁平成 18 年 3 月 24 日判決について (上)」自治研究 83 卷 2 号 (2007) 12 頁。
- 61 村上前掲 (12) 38 頁参照。
- 62 判例時報 2383 号 8 頁。
- 63 亙理格「法律上の争訟と司法権の範囲」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想Ⅲ』(有斐閣, 2008) 16 頁。
- 64 亙理格「『司法』と二元的訴訟目的観」法学教室 325 号 (2007) 63 頁。
- 65 村上裕章「越権訴訟の性質に関する理論的考察 (2・完)」九大法学 58 号 (1989) 275 頁以下; 人見前掲 (52) 65 頁。
- 66 村上前掲 (12) 39 頁。
- 67 亙理格「行政訴訟の理念と目的」ジュリスト 1234 号 (2002) 14 頁。
- 68 亙理前掲 (67) 15 頁。
- 69 曾和俊文「行政上の義務の司法的執行」同『行政法執行システムの法理論』(有斐閣, 2011) 170-71 頁。
- 70 人見前掲 (1) 137 頁 (判例時報)。
- 71 曾和前掲 (69) 171 頁。
- 72 人見前掲 (1) 137 頁 (判例時報)。
- 73 人見前掲 (1) 137 頁 (判例時報)。
- 74 佐藤幸治『憲法 (第 3 版)』(青林書院, 1995) 298 頁等参照。
- 75 主観訴訟と客観訴訟の区別は相対化の傾向を強め、相互交錯が顕著になってきていると主張される (南博方『行政法 (第 6 版補訂版)』(有斐閣,

2012) 264 頁)。代表的な体系書では、主観訴訟は「個人の」私益保護目的の訴訟には限られず、「訴訟提起主体自らの」権利利益の救済目的の訴訟に一般化される。客観訴訟も主観訴訟以外の残余の訴訟という形で控除的に定義されており（宇賀克也『行政法概説Ⅱ〈第6版〉』（有斐閣、2018）9 頁）、「客観訴訟＝公益保護訴訟」の観念も完全に姿を消している（人見前掲（52）67 頁）。

- 76 主観訴訟と客観訴訟の区別は必要なく、「法律上の争訟」にあたる訴訟と当たらない訴訟との区別が提唱されている（村上裕章『行政訴訟の基礎理論』（有斐閣、2007）249 頁；村上裕章「客観訴訟と憲法」行政法研究 4 号（2013）12 頁注（1））。
- 77 塩野前掲（37）364 頁（「地方公共団体の出訴資格」）
- 78 亙理前掲（63）25 頁；亙理前掲（67）9-10 頁。
- 79 日本国憲法体制の成立期において、司法作用が民事訴訟と刑事訴訟に加えて行政訴訟をもその対象とした際に、これまで行政作用と考えられていた行政訴訟を司法作用に取り込むためには、よく知られた民事訴訟との同一性が強調される必要があったことから、民事訴訟への依拠は私的には理解できないわけではないとされる。しかし、その代償として、きわめて狭い範囲に司法権を限定づけることになった（川岸令和「司法権の概念の再構築に向けて」法律時報 81 卷 5 号（2007）70 頁）。
- 80 亙理前掲（63）1 頁以下参照。
- 81 高木前掲（7）47 頁；曾和前掲（53）85 頁。
- 82 阿部前掲（6）323 頁。
- 83 兼子・阿部編前掲（48）55 頁（常岡孝好）；常岡孝好「自治体による住基ネット接続サービスの義務確認訴訟と司法権」判例評論 580 号（判例時報 1926 号）（2007）166 頁以下。
- 84 中川丈久「行政事件訴訟法の改正——その前提となる公法学的営為」公法研究 63 号（2001）124-25 頁。
- 85 人見前掲（1）137 頁（判例時報）。
- 86 阿部前掲（16）151 頁；曾和俊文「演習」法学教室 264 号（2002）145 頁；曾和前掲（69）164 頁。
- 87 亙理前掲（63）26 頁。

- 88 亙理前掲 (63) 18 頁以下；兼子仁「政策法務からみた住基ネット杉並区訴訟の意義」兼子・阿部前掲 (48) 所収 9 頁。
- 89 宇賀前掲 (75) 106-07 頁。
- 90 塩野前掲 (10) 247 頁；塩野宏『行政法Ⅱ〈第 5 版補訂版〉』（有斐閣，2013）282 頁。
- 91 川岸前掲 (79) 70 頁。
- 92 村上前掲 (12) 40 頁。
- 93 南川前掲 (8) 72 頁。
- 94 人見前掲 (1) 137 頁（判例時報）。
- 95 南川前掲 (8) 72 頁。
- 96 村上前掲 (12) 40 頁。
- 97 水産庁の漁業法の解釈変更については、人見前掲 (2) 69 頁参照。
- 98 前田前掲 (1) 86 頁。
- 99 前田前掲 (1) 83 頁。
- 100 村上前掲 (1) 134 頁。

[付記] 2019 年 2 月の沖縄での桐蔭法学研究会の際に、沖縄国際大学総合文
化学部の安原陽平准教授のご厚意から、沖縄国際大学の屋上から普天間基
地を展望する機会を得て、基地と市街地の距離感を肌で感じることができ
た。

(もぎ・ようへい 桐蔭横浜大学法学部准教授)