

# 行政上の義務の司法的執行をめぐる法的問題点

茂木 洋平

## 目 次

I はじめに	4 平成 14 年最高裁判決後の判例動向
II 行政上の義務の司法的執行の必要性	IV 「法律上の争訟」該当性の判断めぐる諸問題
1 行政上の義務履行確保の制度の制度転換	1 権利義務関係と権利義務
2 司法的執行の必要性	2 法律上の争訟の狭義の捉え方
3 刑事制裁	3 「法律関係」と「法律上の争訟」性
4 法的根拠の要不要	4 現代の法律関係
5 バイパス理論	5 主観訴訟と客観訴訟
III 学説の動向と判例の展開	6 片面的性質
1 学説の動向	7 比較法的視点
2 平成 14 年最高裁判決以前の判例の展開	8 立法政策論
3 平成 14 年最高裁判決	VI おわりに

## I はじめに

本稿の目的は、行政法規に基づき行政庁により課された行政上の義務を私人が履行しない場合に、行政主体が民事訴訟により司法裁判所を介してその履行を確保できるのかという問題を検討する。具体的には、行政側が私人に対して行政上の義務履行を求めて提起した訴訟が裁判所法 3 条 1 項の「法律上の争訟」に該当するのかについて検討することになるが、その問題の考察

は日本国憲法上の「司法権」の範囲をめぐる問題に関係してくる。

行政法規とは行政機関に権限を与えとともに、その権限に厳格を画する法規範であり、これに基づいて行政機関が国民に課する義務を行政上の義務という。戦前の制度では、行政上の義務履行確保のために、行政機関には「包括自足的な行政強制」の制度が存在しており、その履行確保は容易だったが、戦後の制度転換により、そのような制度は失われた(Ⅱ 1)。現行法下でも、行政上の義務の履行確保手段として様々なものが用意されているが、行政上の義務についてあらゆる強制手段があるわけではなく、非代替的作為義務や不作為義務については、現行法上一般には行政強制手段は用意されていない(Ⅱ 2)。現行法下では、行政上の義務履行確保の不十分さが指摘されており、行政活動の実効性を確保するための1つの手段として、行政上の義務の司法的執行が注目を集めている。代替的作為義務に対する行政代執行法のように、行政上の義務の履行確保手段がある場合に、行政上の義務の司法的執行が可能であるのかといった問題があるが(Ⅱ 5)、特に言及がない限り、本稿では、その手段がない場合に司法的執行が可能であるのかについて考察する。

行政上の義務の司法的執行に肯定的な評価を下すのが学説の大勢であり(Ⅲ 1)、積極的な評価を下す判例が蓄積されてきた(Ⅲ 2)。しかし、最三小判平成 14 年 7 月 9 日民集 56 卷 6 号 1134 頁(平成 14 年最高裁判決)は行政上の義務履行確保を求めて行政主体が提起する訴訟は裁判所法 3 条 1 項にいう「法律上の争訟」に該当しないとして、学説の動向や判例の展開とは異なる判断を下し(Ⅲ 3)、その後の判例も平成 14 年最高裁判決に依拠している(Ⅲ 4)。平成 14 年最高裁判決の結論は、行政主体が提起する訴訟は日本国憲法第 76 条の「司法権」の範囲外にあるとの考えに基づいており、戦後の制度改革によって司法国家へと転換した日本国憲法下での「司法権」の役割を狭めており、多くの学説から批判を受けた。

本稿では、行政上の義務の司法的執行の必要性をめぐる議論について考察する(Ⅱ)。次に、この問題に関する学説の動向と平成 14 年最高裁判決の前後の判例の動向について概観する(Ⅲ)。平成 14 年最高裁判決は学説から多くの批判を受けており、各批判を考察し(Ⅳ)、最後に議論をまとめる(Ⅴ)。

## II 行政上の義務の司法的執行の必要性

### 1 行政上の義務履行確保の制度の制度転換

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<sup>1</sup>、ほとんどのあらゆる行政上の義務について、その履行を確保するための行政上の強制執行の手段は容易にとることができた<sup>2</sup>。行政行為により課された義務は公法上の義務であり、その履行確保のために民事訴訟の手段を用いる必要はなかった<sup>3</sup>。司法裁判所において公法上の事件を取り扱うことは認められず、また、行政上の義務履行を求める訴えが行政裁判所への出訴事項に含まれていなかったことから、行政機関が裁判所による執行を求めることはできなかった<sup>4</sup>。

「相手方の意思に反して行政行為の内容を行政権が自力で実現しうる効力」<sup>5</sup>である行政行為の「執行力」あるいは「自力執行力」について、戦前の日本の行政法理論では、行政行為に本来的に内在する効力であるとされ、義務を課す行政行為本体に法律の根拠があれば、義務の履行を直接強制する行為には、独立に法律の根拠を要しないと解されてきた<sup>6</sup>。

戦前の日本の行政強制の制度はドイツ型であり、行政上の義務の履行確保については行政権に自力執行を認め、行政執行法により処理されてきたのであり、公法と私法の峻別のうえに公法上の義務の履行確保は公法の世界で自足完結的に解決するものとされ、それについて民事裁判所の助けを借りるといふ、英米流の司法的執行の考え方は全く存在しなかった<sup>7</sup>。

戦後の日本国憲法下では司法国家制が採られる一方で、人権侵害が著しかった戦前の行政強制制度の弊害を考えて、人権尊重の見地から行政上の強制執行手段が例外的に限定的に制度化された。行政強制は自力救済禁止の原則の例外として認められるため、適用範囲を厳格に限定する必要性があり、行政強制のうち直接強制と執行罰を原則として廃止した戦後の改革は妥当であったと評価される<sup>8</sup>。行政行為には当然に執行力が備わっている考え方が否定され、昭和23年に行政執行法は廃止された。同時に制定された行政代執行法は、代替的作為義務に関する行政的執行の一般法にすぎず、非代替的作為義務や不作為義務についての行政的執行の一般法は存在しなくなった<sup>9</sup>。

現行制度では、行政による自己完結的な強制執行が認められておらず、行政主体は、行政上の義務の履行を確保するために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ている<sup>10</sup>。故に、強制執行手段を欠く行政上の義務を中心に、行政上の義務の履行について行政庁が司法機関による民事強制執行を選択することの可否が問われることになった<sup>11</sup>。

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<sup>12</sup>。民事関係では、相手方の義務違反に対して権利者が実力で自己の権利実現を図ることは原則として許されず、自力救済は禁止される。権利実現のためには、裁判所に訴えて、自己の権利を確認する判決（又は債務名義）を得てから、これに基づく強制執行を求める。他方、行政法関係では、相手方の私人が行政上の義務を任意に履行しない場合に、行政機関自らが、直接義務者に心理的強制を加えることで、義務を実現可能な制度が採られている。日本国憲法下では、司法的執行制度と行政上の強制執行制度の二元的制度が採られている。これは公法・私法二元論に立つ戦前の行政法制度に由来している<sup>13</sup>。

行政執行法等の廃止の動きは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い<sup>14</sup>。戦後の強制執行制度改革では、行政上の義務の履行について民事上の司法的強制を制度として採用していなかったと言われており、立法者意思を尊重する場合には、司法的強制により義務の履行確保ができる範囲は非常に限定される<sup>15</sup>。立法者が英米法制度である司法強制制度を採り入れなかったとしても、司法的執行を禁止する規定も設けておらず、行政上の義務履行の積極的な確保が要請されており、現行制度上、司法的執行を導入する意義は十分にあると指摘される<sup>16</sup>。

戦前の制度の基礎となった公法私法二元論は戦後の改革によって既に放棄されたという考えに基づき、英米流の行政行為の司法的執行の考えが入る余地があるとも主張される<sup>17</sup>。その主張によれば、民事執行は両当事者の対等性を基盤とし、相手方の不利益となるものではない。自力救済とは異なり、一般的に認めてさしつかえないとされる<sup>18</sup>。

## 2 司法的執行の必要性

戦後改革によって行政執行法が廃止され、「行政上の強制執行」のうち「代執行」だけが一般的に許容された。「直接強制」及び「執行罰」は、個別法で特に規定した場合に限り認められ、金銭受給義務については「強制徴収」が比較的広範囲で許容される。故に、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る<sup>19</sup>。行政上の義務の履行確保手段として様々なものを用意されているが、現行法は行政上の義務についてあらゆる強制手段を用意しているわけではなく、非代替的作為義務や不作為義務については、現行法上一般には行政強制手段は用意されていない<sup>20</sup>。民事上の手段により行政上の義務の履行確保を禁じる規定は存在しないため、行政上の義務の履行確保の方法として、果たして現行法上明文で認められた手段で十分か、現行法は行政上の履行確保手段を明文で認めたものに限定しているが、民事訴訟により行政上の義務の履行確保を求めることはできないかが問題となる<sup>21</sup>。

地方公共団体の重要な役割は良好な地域環境の維持発展にある。その役割を果たすために、私人に課された行政上の義務の履行がいかに確保されるのかが問題となる。国の法律は建築自由・開発自由の原則と営業の自由の原則を立脚点とし、それを墨守する傾向が強いため、この法律の下で地域独自の土地利用規制をするためには、自治体の条例は困難に直面する。条例を制定する場合、市町村の対応は民間の紛争調停手続き条例や、具体的措置としては行政指導にとどめており、実効性確保手段を設けるとしても、公表措置を定めるだけのものが多い<sup>22</sup>。

平成14年最高裁判決で問題とされた条例も、このような条例の一種である<sup>23</sup>。当該条例には罰則手法による担保がなく、実効性確保の具体的法制度が欠けている<sup>24</sup>。当該条例による工事中止命令は不作為義務を課しており、行政側は行政代執行法を利用できない。宝塚市の条例8条は、市長は工事中止命令の他、原状回復命令等を採用することとされているが、仮にこの命令違反について行政代執行が可能だとしても、本件は、建築工事続行禁止を求めるものであるから、着工後の時期を考慮すると、行政代執行は利用できないという事情の下にある。故に、当該条例に基づく工事続行禁止命令を実際に担保する方法は、民事手続の利用に求めざるを得ないとされる<sup>25</sup>。

現行法では、行政上の義務の履行確保について公法上十分な履行確保手段

が用意されていない場合があるが、その場合に行政庁が義務を賦課できるが、それ以上になすべがないというのは不合理である<sup>26</sup>。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るべきだと指摘される<sup>27</sup>。

### 3 刑事制裁

行政代執行法の解釈論として、地方公共団体は行政上の強制執行手段を条令で定めることはできない<sup>28</sup>。現行法では、行政上の義務の履行確保について刑事制裁による間接的強制の威嚇力に期待している面が多いと指摘される<sup>29</sup>。

平成 14 年最高裁判決で問題とされた条例について考えてみると、当該条例には罰則手法による担保がなく<sup>30</sup>、実効性確保の具体的法制度が欠けている<sup>31</sup>。刑事罰があれば、司法的執行の必要性がないとも考えることもできる。宝塚市は、建築中止命令に従わない者が出る時、中止命令は不作為を求めため、行政代執行法は適用されない。しかし、その放置が不都合だと考えるならば、それに刑事罰の規定を置けば、少なくとも間接的には効果があり、中止命令違反者に対して原状回復命令を発する制度を置き、代執行で担保することもできる<sup>32</sup>。宝塚市には、理論的には罰則規定を設けることで、行政目的達成のために行政上の義務の司法的執行以外の途が残されていたといえる<sup>33</sup>。故に、行政上の義務の司法的執行をする必然性はないことから、この事例を裁判所に持ってくるのは筋違いだという裁判官の考えが全く外れているとまではいえないとされる<sup>34</sup>。行政主体が国民に対するなら、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 年最高裁判決の趣旨とも考えられるとされる<sup>35</sup>。

しかし、条例により課される程度の刑罰では、中止命令に従わない業者もいると考えられ、刑罰覚悟で従わない者に対してはなすべがない<sup>36</sup>。刑事制裁は間接的なものであり、行政上の義務の履行確保には不十分であり、行政刑罰法規自体も規定ばかり多く、実効性に乏しいと指摘されてきたのであり<sup>37</sup>、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裁判所手続による強制方法を認める必要性が高いとされる所以である<sup>38</sup>。刑罰による制裁

は、私人に義務を履行させる手段として常に有効であるのかは疑問であるため<sup>39</sup>、刑事罰があっても民事執行は許されるべきと主張されてきた<sup>40</sup>。平成14年最高裁判決は、行政上の義務の履行を求める民事訴訟の提起を真っ向から否定した。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うことになり、地方公共団体は行政刑罰によって条例に基づく義務の履行の確保が困難であることから、大きな打撃を与えた<sup>41</sup>。

日本国憲法下の現行の法体系では、戦前の法体系とは異なり、行政強制の法体系には空白が生じている。法律問題に関する具体的紛争は最終的には裁判所で解決するのが司法国家の原理原則であり、行政強制体系の空白を補うものとして、日本はアメリカ流の制度を導入したと主張されている<sup>42</sup>。

#### 4 法的根拠の要不要

行政主体が行政上の義務の履行を求める場合に法的根拠が必要か否かについて、通説的見解では、以下のように理解されている。主観訴訟は「法律上の争訟」に該当し、客観訴訟は該当しない。後者については、専ら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、司法権の内容を成すものではなく、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<sup>43</sup>。故に、通説的見解では、行政主体が行政上の義務の履行を求める訴訟を提起できるのは、行政主体が自己の主観的な権利利益に基づき保護救済を求めている場合か、又はこのような訴訟の提起を認める特別の規定が存在する場合に限られると理解されてきた<sup>44</sup>。通説的見解に従えば、一般に国又は地方公共団体が私人に対して行政上の義務の履行を求める訴訟を提起することを認める特別の規定は存在しないため、立法論としてはともかく、現行法下では、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、不適法として却下を免れないものとなる<sup>45</sup>。

通説的見解に基づき、平成14年最高裁判決は「行政代執行法は、行政上の義務の履行確保に関しては、別に法律で定めるものを除いては、同法の定めるところによるものと規定して（1条）、同法が行政上の義務の履行に関する一般法であることを明らかにした上で、その具体的な方法としては、同

法 2 条の規定による代執行のみを認めている。」と示した。この判示を肯定する見解は「行政上の義務」は法令により公益上の見地から課せられるものであるから、そこからは行政主体ないし行政庁が、「行政上の義務」の履行を求める訴訟を提起するには特別な規定が必要だとする<sup>46</sup>。

平成 14 年最高裁判決が司法的執行を否定する 1 つの理由には、行政代執行法 1 条の存在がある。同条は「行政上の義務の履行確保に関しては、別に法律で定めるものを除いては、この法律の定めるところによる」と規定する。しかし、同条の規定は司法権による行政上の義務履行確保を排除する法律上の根拠にはなりえないとされる<sup>47</sup>。同条の「別に法律で定めるもの」として想定されているのは執行罰や直接強制などの行政上の強制執行手段であり、司法的執行の可否はそもそも行政代執行法の守備範囲外だとされる<sup>48</sup>。確かに、1 つの考えでは、同条の「別の法律」とは、国税徴収法などの行政法規を指し、特別な限り行政上の義務の履行については行政代執行法によるものと解されるが、逆にこの行政代執行法は公法上の義務の履行に関する特例にすぎず、ここでいう別の法律には民事訴訟も含まれると解することもでき、同条の解釈だけでは水掛け論に陥る<sup>49</sup>。

司法的執行の使用について積極的に捉える見解は、司法的執行が両当事者の対等性を基盤とするもので相手方に不利益とならないこと、戦後改革により英米流の司法的執行の考え方を導入する余地があること、義務を課すことはできるが強制できないとすることは不合理であることなどを指摘して「行政上の義務の履行確保について行政庁ないし行政主体が民事上の執行手段を利用することには特段の法的根拠は不要」だと主張する<sup>50</sup>。私人が行政上の義務を履行しない場合のうち、とくに平成 14 年最高裁判決の事例のように、行政上の義務が不作為義務であるために行政代執行法による代執行の要件を充足せず、行政上の強制執行を利用できない場合については、裁判所を通じての司法的強制を原則として可能と考えるのが行政法学では一般的だと評価されている<sup>51</sup>。

しかし、行政代執行法の規定や制定経緯等に照らすと、同法は、行政上の義務履行確保の一般的手段としては行政執行に限って認める趣旨で制定された法律であることは明らかであり、行政上の義務の履行確保の手段が不十分なのは不都合であるとか、司法的執行制度を導入しなかったのは立法の不備で

あるという制度の必要性のみから、行政上の義務の履行請求訴訟を認めようとする積極説の立場は、法解釈論として問題があると指摘される<sup>52</sup>。しかし、もともとの問題は、ドイツ型の行政強制制度を大幅に廃止しながら、アメリカ型の司法的執行の制度を必ずしも明示的には導入していないという、法の不備のもとで、どのように考えれば相対的により合理的かという点にあるため、いずれの説も100点満点を取れるわけではないと指摘される<sup>53</sup>。戦後の法改正の趣旨は、戦前における行政機関による強制が過剰であったという反省から、これを大幅に縮減するという点にあったのであり、その際、行政的執行に代わるものとして司法的執行を認めるという選択が立法者によって行われたわけではないのは、その通りだが、行政強制の不備を放置してよいという意思が示されたわけではない<sup>54</sup>。

## 5 バイパス理論

代替的作為義務に対する行政代執行法のように、行政上の義務の履行確保手段が存在する場合に、あえて司法的執行を行うことは許されるのかといった問題がある。この点について、バイパス理論が1つの回答を示している。バイパス理論とは、法が行政強制というバイパスを設けていれば、それは行政の能率性・迅速性・経済性を期待しているからであってあえて迂遠な民事訴訟によるべきではなく、民事訴訟の利益はないという考えをいう<sup>55</sup>。特別のルートが認められる以上、そちらを通るべきだという、制度の機能的・合理的説明による「バイパス理論」が通説を占めてきたと理解されている<sup>56</sup>。行政強制を使用する利便性が高い例として租税滞納処分などが挙げられるが、行政代執行と民事執行とを比べると、以下の3つの理由から、必ずしも常に行政代執行が迅速で能率的だとは言えないと指摘される<sup>57</sup>。

第1に、発動要件である第2条の意味の不明確性が挙げられている。代執行が発動可能かについて、行政庁が確信を持ってない場合も少なくとも、公害規制については、代執行が可能かどうかについて争いがある<sup>58</sup>。この場合にも行政庁に民事執行手段の利用を認めない場合には、法は行政庁に自力救済といういかにも強力な武器を与えたように見えて、それは実際には使用できないものにすぎないとされる。これに対しては、行政庁は行政代執行の権限を与えられている以上、責任をもって代執行の要件の有無を判断する義務が

あり、代執行の要件充足いかんが不明確だから裁判所に頼るのは筋違いという考えもありうるが、この考えは法が常に明確であることを前提としており、法の限界を知らないとされる。

第 2 に、行政代執行は必ずしも常に有効に活用できるわけではない旨が指摘される。

第 3 に、代執行は民事執行と比べても必ずしも能率的で迅速とはいえないことが挙げられている。代執行の戒告に対し取消訴訟が提起され、執行停止が申請されると、よほどの緊急を要しなければ、行政庁は少なくとも執行停止の申請に関する第 1 審の決定が出るまでは、代執行を差し控えるのが普通であり、行政庁の先手必勝はさほど例がなく、民事執行でも緊急を要する場合は仮処分がすぐに出るので早いとされる。

行政強制というパイパスを通れば滞りなく物事が進めば、誰も民事強制を使用しようとはしないのであり、行政内部に民事執行を使用したいという希望があること自体パイパスが十分に機能していないことの 1 つの証拠だと指摘される<sup>59</sup>。パイパス理論については、「折角パイパスを造ったのだからそこを通れと言えるためには、当該パイパスがスムーズに走行できる状態になっていなければならない」のであり、「行政上の強制執行手段が機能不全に陥っている場合にまで、それに拠らなければならないとはいい難」く、「これらの場合には、民事上の強制執行手段を利用することが許されてもよいのではないか」と指摘される<sup>60</sup>。

### Ⅲ 学説の動向と判例の展開

#### 1 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<sup>61</sup>、大方の学説は支持する傾向にあり<sup>62</sup>、通説になっているとも評された<sup>63</sup>。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<sup>64</sup>。

平成 14 年最高裁判決の調査官解説<sup>65</sup>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<sup>66</sup>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していた論者もいる<sup>67</sup>。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<sup>68</sup>。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<sup>69</sup>。

## 2 平成 14 年最高裁判決以前の判例の展開

平成 14 年最高裁判決以前、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<sup>70</sup>。平成 14 年最高裁判決の下級審判決<sup>71</sup>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の同法施行条例及び建築基準法に違反すると判断した<sup>72</sup>。平成 14 年最高裁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<sup>73</sup>。

調査官解説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<sup>74</sup>。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<sup>75</sup>。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<sup>76</sup>。

## 3 平成 14 年最高裁判決

### (1) 事実の概要

宝塚市は、昭和 58 年に「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」を制定した。当該条例は以下の内容の

規定を持つ。パチンコ店の建築には事前に市長の同意を得ることが必要である (第 3 条)。施設の位置が市街化調整区域及び商業地以外の用途地域であるときには、市長は同意しない旨が定められている (第 4 条)。さらに、同意なく建築を薦めようとする場合には、市長はその者に対して建築中止等の必要な措置を講じるように命じる (第 8 条)。当該条例には、建築中止命令違反に対する罰則の規定はない。

当該市内でパチンコ店の営業を計画する事業者は、平成 4 年 11 月に、宝塚市条例に基づき、市長に建築同意を申請したが、建設予定地が準工業地域であることから、市長は同意を拒否した。事業者は同意がないままに、宝塚市建築主事に建築確認申請したが、同意書の添付がないことを理由に不受理となった。事業者は当該市の建築審査会に不受理処分を取消しを求める審査請求し、審査会裁決 (事業者の請求を容認) に基づき、平成 5 年 4 月に、建築主事から建築確認を受けた。事業者は、平成 6 年 3 月にパチンコ店の建築工事に着手し、市長は事業者に対して建築中止命令をした。これに対し、事業者が工事を続行しようとしたため、宝塚市は建築工事の続行禁止を求める民事訴訟を提起した。

第 1 審判決 (神戸地判平成 9 年 4 月 28 日判例時報 1613 号 36 頁) は、当該条例が風営法及び建築基準法に違反するとして、本件訴えの適法性を判断せずに、請求を棄却した。第 2 審判決 (大阪高判平成 10 年 6 月 2 日判例時報 1668 号 37 頁) は同様の理由で控訴を棄却した。当該訴訟に先立ち、宝塚市は事業者を被告として工事続行禁止を求める仮処分を申請し、神戸地裁伊丹支部 (神戸地伊丹支平成 6 年 6 月 9 日判例地方自治 128 号 68 頁) がそれを認容したため、本件工事は中止されたままであった。

## (2) 判示

平成 14 年最高裁判決は以下のように判示する。

「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できるものに限られる」とする (判示①)。

「国又は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、提起することが許されるものと解される。」（判示②）

「行政代執行法は、行政上の義務の履行確保に関しては、別に法律で定めるものを除いては、同法の定めるところによるものと規定して（1条）、同法が行政上の義務の履行に関する一般法であることを明らかにした上で、その具体的な方法としては、同法2条の規定による代執行のみを認めている。また、行政事件訴訟法その他法律にも、一般に国又は地方公共団体が国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟を適することを認める特別の規定は存在しない。」（判示③）

「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3条1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、不適法といふべきである。」（判示④）

「本件訴えは、地方公共団体である上告人が、本件条例8条に基づく行政上の義務の履行を求めて提起したものであり、原審が確定したところによると、当該義務が上告人の財産的権利に由来するものであるという事情も認められないから、法律上の争訟に当たらず、不適法といふほかはない。」（判示⑤）

### （3）評価

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年最高裁判決は新しい判断であった<sup>77</sup>。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<sup>78</sup>、平成14年最高裁判決によって、行政上の義務の民事執行は「死に体」になった<sup>79</sup>。学説は現行法下での行政上の義務の履行確保が不十分であることを認識しており（Ⅱ2）、平成14年最高裁判決が履行確保に有効な手段である行政上の義務の司法的執行の途を大きく閉ざしたことに對して、厳しい批判を

展開した。

#### 4 平成 14 年最高裁判決後の判例動向

平成 14 年最高裁判決後、行政上の義務の司法的執行の文脈とは異なるが、行政主体間の争訟の事例で、当該判決に依拠して「法律上の争訟」性を否定する判決が下されている。

住基ネット訴訟において、東京地判平成 18 年 3 月 24 日判例時報 1938 号 37 頁は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であり、「法律上の争訟」ではないとして却下した。控訴審（東京高判平成 19 年 11 月 29 日判例地方自治 299 号 41 頁）もその判例を維持し、最高裁も平成 20 年 7 月 8 日に杉並区の上告および上告受理の申立を退けている<sup>80</sup>。逗子市米軍住宅追加建設訴訟において、東京高判平成 19 年 2 月 15 日訟務月報 53 卷 8 号 2385 頁）も逗子市が国に対して提起した確認訴訟について平成 14 年最高裁判決を引用し、「法律上の争訟」性を否定した<sup>81</sup>。これらの判決では、平成 14 年最高裁判決に依拠し、国と地方公共団体、地方公共団体の間の訴訟は、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おり、行政主体間の争訟の「法律上の争訟」該当性を著しく制限した<sup>82</sup>。

行政主体間の争訟の文脈では、判例が平成 14 年最高裁判決に依拠する傾向にあるが、行政上の義務の履行の司法的執行の文脈では、平成 14 年最高裁判決の射程を限定する判決が下されている。最二小判平成 21 年 7 月 10 日判例時報 2058 号 53 頁（平成 21 年最高裁判決）は、平成 14 年最高裁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（福間町）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<sup>83</sup>。平成 21 年最高裁判決では、平成 14 年最高裁判決の射程を限定している<sup>84</sup>。

これに対し、行政主体間の争訟の文脈だが、平成 21 年最高裁判決による

平成 14 年最高裁判決の射程の限定に消極的な考えを示す判決が示された。那覇地判平成 30 年 3 月 13 日判決判例時報 2383 号 3 頁（平成 30 年那覇地裁判決）では<sup>85</sup>、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。当該判決は、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。当該判決において、原告は平成 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 年最高裁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。これに対し、那覇地裁は、平成 14 年最高裁判決と平成 21 年最高裁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<sup>86</sup>、適切な区別の根拠は示されていない<sup>87</sup>。

#### IV 「法律上の争訟」該当性の判断めぐる諸問題

##### 1 権利義務関係と権利義務

###### (1) 民事法的考えに基づく紛争存在要件

「法律上の争訟」の意味については、板まんだら判決の定式（当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争（紛争存在要件）であり、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）を前提とするのが学説の大勢である<sup>88</sup>。紛争存在要件について具体的な権利義務ないし法律関係の存在を必須とする通説の考え方は、実定法上の権利ないし請求権の存在により訴訟提起権を根拠づける点で、民事訴訟法学の影響下に形成された<sup>89</sup>。通説は訴権の根底には実定法上の権利が先行的に存在し、この実体的権利が何らかの行政作用により侵害されることに

より、「法律上の争訟性」を生じると考えており、権利棄損ないし権利侵害の観念が行政事件をも支配している<sup>90</sup>。

従来の行政訴訟論では、「裁判を受ける権利」保障が及ぶべき行政紛争の範囲の画定に際して、従前の民事法的発想方法に立脚している<sup>91</sup>。民事上の法律関係では、多くの場合、法律自体が当事者間の権利義務関係として構築されているため、一般の民事訴訟に依る争訟可能性を根拠づける実定的法律関係の存在は当然の前提になっている。他方、行政法では、行政機関の権限行使をその手続きや内容面で根拠づけまたは制約することを通じて公共の利益と私人の権利利益を調整する規律形態がとられており、行政と私人の間で権利と義務が対応関係に置かれるわけではない<sup>92</sup>。

通説では、権利義務関係的規律を想定する民事法の考え方が行政事件への当てはめられ、行為規範的な規律付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いため、不自然な論理構成が介在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る可能性が大きい<sup>93</sup>。

通説が民事モデルに固執する理由はどこにあるのか。公開・対審等の手続的適正保障を中核とした「司法」概念の形成過程では、民事訴訟が概念形成の中心となってきたためであり、日本国憲法下での司法国家制への転換は、同時に民事訴訟モデルの採用という副産物をもたらしたという歴史的経緯に起因する<sup>94</sup>。

通説に基づいて「法律上の争訟」を理解する平成 14 年最高裁判決を肯定する学説は、財産権的権利に由来する場合を除いては、行政主体が公益確保の実現について主観的な権利を有するとは解し難く<sup>95</sup>、行政上の義務を訴訟により求めうるのは「主観的な権利利益に基づき保護救済を求めている場合か…特別の規定が存在する場合」に限ると理解するが<sup>96</sup>、権利と権限を形式的かつ概念的に分離したものである<sup>97</sup>。行政は、財産的な権利利益、私法上の「権利」をここで持つてはいないが、それは法律上の争訟であることを否定する根拠にはならないとされる<sup>98</sup>。行政法の領域では、個々人の具体的な権利義務とは言えなくとも、行政の権限なり、私人と行政との間の紛争が存在し、それも「具体的争訟」であるから、司法権の定義における「具体的な争訟事件」に入れるべきであり、こうした行政特有の法的紛争を司法から放逐するのは、民事法的な発想、つまりは、もともと司法の権限が民事刑事に

限定されていた戦前の裁判の発想であり、今日では到底とりえないと批判される<sup>99</sup>。

## （2）権利義務

板まんだら判決の定式は、村議会議決無効確認請求事件最高裁判決（第一小判昭和29年2月11日民集8巻2号419頁）や技術士国家試験不合格事件最高裁判決（第三小判昭和41年2月8日民集20巻2号196頁）の定式（「法令を適用することによって解決し得べき権利義務に関する当事者間の紛争」）をあえて修正して「法律関係」を意図的に加えたものに見えるが、それ以前の第三小判昭和28年11月17日行集4巻11号2760頁でも「法律上の争訟とは、当事者間の具体的な権利義務または法律関係の存否に関する紛争であって、かつ、それが法律の適用によって終局的に解決することができるものをいう」とされていた<sup>100</sup>。故に、最高裁が「権利義務」と「法律関係」の区別を明確に意識しているのかどうかは不明確だとされる<sup>101</sup>。

最高裁の「法律上の争訟」の定式は、一貫して「権利義務」と述べており、「権利義務関係」とは言っていない。このことから、「権利の存否」「義務の存否」のいずれかが紛争の対象となっていれば、「法律上の争訟」性の認定には十分だと指摘される<sup>102</sup>。

平成14年最高裁判決では、原告事業者側の条例上の「義務の存否」が争点であるのは明らかである。市側にそれに対応した権利があるかが問題であり、最高裁は、その権利の存在を否定したからこそ、当該紛争は「法律上の争訟」ではないと結論づけた。最高裁の言う「権利義務」とは「権利義務関係」の意味であり、紛争当事者にそれぞれ権利と義務が対になった権利義務関係が存在することが「法律上の争訟」の前提になっている<sup>103</sup>。しかし、原告事業者側の建築工事をしてはならない義務が存するかどうかが争われている当該紛争は、「権利義務」をめぐる紛争といってよいとされる<sup>104</sup>。

私法の世界では、権利と義務は一对であることが原則だが、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おり、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とされる<sup>105</sup>。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ていない<sup>106</sup>。

### (3) 権利義務関係

行政主体と私人の間に権利義務関係の存在を肯定する学説がいくつか見られる。

細川俊彦は、行政と私人の間に、債権債務関係と同一の意味での権利義務の関係があるとすると考え、行政の側には行政上の義務を履行させる公権が存在し、私人の間には行政上の義務を履行する債務が存在し、権利義務関係があると主張する<sup>107</sup>。

村上武則は以下のように主張する<sup>108</sup>。私人と国家の側に、抽象的には権利義務の関係が存在し広い意味で、義務の履行を求める公権が国家の側にある。その義務の履行を求める訴訟は、実際には難しいが、少なくとも、法律上の争訟性を一般的・抽象的には満たす。国家の側には個人に対して保護義務があるとも理論構成可能であり、権利義務は様々な形で存在している。

阿部泰隆は「行政が法令の履行を請求するのは、権限であるとともに、法律上の争訟の概念においては、権利であると解するのが妥当ではなかろうか」と示す<sup>109</sup>。

主観的な権利・利益の要素の欠けたいわゆる客観的な法律関係は、そこから除かれるのが「法律上の争訟」概念の従前の共通了解とされる<sup>110</sup>。確かに、行政側が私人と同様の「権利」を持つと解するのは難しい。しかし、公益を私益の総合体として理解できるならば、行政主体が行政上の義務の履行を求める際に、それは単なる公益ではなく、そこには具体的な私益が集積されているものとみて、行政側の訴えが住民の具体的な主観的権利利益に大きく影響を受けていると結論できる<sup>111</sup>。平成 14 年最高裁判決において、権利義務関係の存在は明らかであったともされる<sup>112</sup>。権利義務関係として捉えることができないと理解した場合でも、「法律上の争訟」は、権利義務または権利義務関係あるいは法律関係に関する争いというように広く捉えるべきであり<sup>113</sup>、「中止命令は宝塚市と原告との間に一定の法律関係を発生されるのであって、それは法律関係の存否に関する紛争ではないか」とされる<sup>114</sup>。

## 2 法律上の争訟の狭義の捉え方

### (1) 紛争存在要件の否定とその限定解釈

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」に該当するとされる。最高裁は、板まんだら判決（最三小判昭和56年4月7日民集35巻3号443頁）において宗教上の教義の解釈に及ぶ問題は解決不可能だとし、国家試験の採点をめぐる争い（最三小判昭和41年2月8日民集20巻2号196頁）について、国家試験の合否判定は、学問又は技術上の知識、能力、意見等の優劣、当否の判断を内容とし、試験実施機関の最終判断に任せられるべきであり、その判断の当否につき具体的に法令を適用して、その争いを解決すべき法律上の争訟事項に当たらないとした。最高裁は紛争解決可能性要件を満たさないとの判断しており、これは当然の判断である<sup>115</sup>。

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<sup>116</sup>、平成14年最高裁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<sup>117</sup>。平成14年最高裁判決は、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、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<sup>118</sup>。「法律上の争訟」の限定解釈について、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だが<sup>119</sup>、行政上の権限は、通常、公益確保のために認められているにすぎないのであって、財産的権利に由来する場合を除いては、行政主体がその実現について主観的な権利を有するとは解し難いとして<sup>120</sup>、肯定的に捉える見解もある。平成14年最高裁判決は、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年最高裁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<sup>121</sup>。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<sup>122</sup>。平成 14 年最高裁判決は「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<sup>123</sup>。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<sup>124</sup>、その定式の適用として狭すぎると指摘される<sup>125</sup>。行政主体と私人の間に権利義務関係や権利義務が存在していなかったとしても、少なくとも国や自治体が、法律や条例に基づいて私人に賦課した義務の履行に関する争いには法律関係が存在すると捉えると<sup>126</sup>、紛争存在要件を限定解釈して、このように「法律上の争訟」の概念を限定する必要性はない<sup>127</sup>。

平成 14 年最高裁判決による紛争存在要件の限定解釈は「司法権をめぐる議論に新たな素材を提供することになりそうである」と指摘される<sup>128</sup>。この問題は憲法論として重要だが、憲法学説の反応はほとんどないと指摘される。その理由として、この判旨は行政上の義務の民事執行の可否という当該判決の主題にかんがみて、付随的にすぎないと考えられていること。または、行政の主体（国や地方公共団体）が、私人を相手取って国家権力たる裁判権をもってその法的主張を貫徹させることが、個人の権利・自由を重んじる憲法学者の拒否反応を引き起こしていることが原因ではないかと指摘される<sup>129</sup>。

平成 14 年最高裁判決について、憲法学から「このように司法審査の対象を限定することについては、学説の批判が強い」とも指摘されるが<sup>130</sup>、この批判はごく一般的なものにとどまり、判例理論の内在的批判に及んでいないとされる<sup>131</sup>。

## (2) 「行政権の主体」と「財産権の主体」の区別

平成 14 年最高裁判決は紛争存在要件として「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」を挙げ、そのような場合に行政主体が出訴した訴訟の「法律上の争訟」性を限定している<sup>132</sup>。高木光は、この判示は「行政主体と私人の二元論」<sup>133</sup>ともいふべき以下の発想に基づくと指摘する。その発想は以下の通りである<sup>134</sup>。国又は地方公共団体が「行政の主体」である場合と「財産権の主体」である場合とで法的な取扱が異なるとするのは、平成 14 年最高裁判決の判示の中核である。「行政主体」としての国又は地方公共団体は一般私人が立ち得ないような法的地位に、「財産権の主体」としての国又は地方公共団体は一般私人と同様の法的

地位に立つ。「公法」と「司法」の区別は暗黙の前提であり、一般私人と同様の法的地位には私法が適用される。公法の世界において、国や地方公共団体は「権限」を有するだけであり、「私人」に対して「権利利益」を有しない。「法律上の争訟」に該当するためには、憲法 32 条の「裁判を受ける権利」によって基礎づけられていることが必要であり、それは「私人」が自己の有する「権利利益」の救済を求める場合に限られる。

この発想に基づくと、行政上の義務の司法的執行の領域は一般私人には認められない実力行使を中核とする「公法」の世界であるから、「行政権の主体」としての国又は地方公共団体が問題となり、司法の適用を任務とする「民事裁判所」がかかわることはあり得ないとされるが自然だとされる<sup>135</sup>。

しかし、地方公共団体はその活動の局面において様々な法的地位を有しており<sup>136</sup>、「財産権の主体」と「行政権の主体」の 2 大別では割り切り難い側面がある<sup>137</sup>。このように大別すると、公害防止協定のような行政契約の当事者としての立場や、財産権との関係が微妙な公物管理の主体としての地位などが判然としなくなってしまうとされる<sup>138</sup>。

「行政主体が公益の実現について主観的な権利を有するとは解し難い」ともされるが<sup>139</sup>、現代の行政関係が二面関係ではなく三面多極間関係であることを考えると（IV 4）、公害防止協定などが問題とされた場合には、行政主体が実現を求める公益は純然たる「公益」ではなく、住民の「私益」を組み込んでいる。また、行政主体の有する財産権といえども、行政主体自身の私権・私益ではなく、むしろ公益の実現に資するために存在してしており、公益に包含されるはずであるため、純然たる「私益」ではない<sup>140</sup>。

### (3) 適法性維持機能

「法律上の争訟」該当性を自己の権利利益の保護救済を求める訴訟に限定することは、行政訴訟の適法性維持機能を制限してしまう。

戦後の行政法学は、行政訴訟の主観的側面（救済の側面）を強調し、行政訴訟を国民の権利利益の救済制度として説明してきたのであり<sup>141</sup>、行政訴訟の目的把握において、国民の権利利益の救済の側面を重視するあり方は、戦後の行政法学において一般的であった<sup>142</sup>。しかし、この説明では、客観訴訟は把握できないであろうし、主観訴訟にもあるはずの行政の法適合性の確保という目的には配慮がなされていない<sup>143</sup>。

行政訴訟の主観的側面の強調は、戦後の行政訴訟の改革の任に当たった人々の行政訴訟観にその源があり、戦後の行政法学は救済制度としての行政訴訟制度を如何に充実させるかということに関心を集中してきたとされる<sup>144</sup>。

民刑事の領域で発達した「個人の権利保護を目的とする手続」たる訴訟手続を「国家行為の合法性」の審査のために用いたことによって、行政統制には限界が生じるが<sup>145</sup>、戦後の行政法学はこれを前提にしてきた。行政の法適合性が確保される機会は、訴訟の提起にあたり個人の権利利益の侵害を認めることができるか否かに関わり、その判断次第では、行政統制には限界が生じる<sup>146</sup>。

行政訴訟制度が行政の適法性確保機能を持つことは誰もが認めるが、個人の権利利益の侵害が生じたときに適法性維持機能の確保の機会を限定してしまうと、その機能は限定されてしまう。問題は、行政の適法性確保制度としての行政訴訟制度を、国民の権利救済制度としての行政訴訟制度と並ぶ独自の憲法的意義を有すると理解するのか、あるいは国民の権利救済制度としての行政訴訟制度の機能の1つと理解するのかにある。

通説の理解では、権利救済としての行政訴訟制度の徹底と同時に、行政活動の適法性確保の機能を果たす、すなわち、行政訴訟制度の基本目的は国民の権利救済にあり、それにとどまると指摘される<sup>147</sup>。この理解では、権利救済として位置付けることのできない行政訴訟をすべて司法権の枠外に置くことにもなる<sup>148</sup>。しかし、行政訴訟における行政の適法性確保と個人の権利利益の保護は「いわば両輪のごとき関係にある」とするものとして考えることもできる<sup>149</sup>。

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るため、行政の適法性確保制度としての行政訴訟制度に独自の意義を認めるべきであり、立法府や行政府と独立した司法部門による行政の適法正当性には独自の意義が認められてしかるべきであり、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だとされる<sup>150</sup>。適法性確保機能を重視して、住民訴訟その他の現行実定法規定に根拠を定められた客観訴訟の機能強化や行政主体間訴訟の可能性を解釈上現在よりも広く認め<sup>151</sup>、新たな立法措置による新たな客観訴訟や規範統制訴訟の創設が主張されている<sup>152</sup>。

この主張について、政府の活動が多岐にわたり、法的紛争が多様化している今日では、狭い司法観に固執する理由はなく、行政活動の拡大が不可欠な状況にあって、裁判所による行政活動の法的統制は重要な課題であるはずだと指摘される<sup>153</sup>。裁判所の基本的機能について「争訟裁決」機能だけが強調され、「法的統制」機能が十分に果たされてこなかった従来<sup>154</sup>の司法権論を問題とした上で、「裁判所の法的統制機能を強化するために、行政裁判・違憲審査権を含みこんだ形で憲法上の司法権を実質的に再構成すること」が、司法・憲法訴訟の領域における今日の「憲法学の課題」だとも指摘されている<sup>154</sup>。

### 3 「法律関係」と「法律上の争訟」性

平成14年最高裁判決は、市と私人の独立した法主体間の、ある特定の具体的な行政上の義務をめぐる紛争が「権利義務」に関する紛争でないだけでなく、「法律関係の存否」をめぐる紛争でもない、としたと理解できることに対して、学説は激しい批判を展開した。行政と私人の間に権利義務関係があるのかは別にして、「法律関係」というべき関係がないとしたら疑問だとされる<sup>155</sup>。「法律関係」の概念には、厳密な意味では「権利義務」関係とは言えないまでも法的に関連する地位をめぐる関係（行政・市民間及び行政相互間の多種多様な諸関係を行政の行為規範が含意されていると考えられるため、これは当然の批判だとされる<sup>156</sup>。

平成14年最高裁判決は「法律上の争訟」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」と捉えるが、本件は、宝塚市の発した中止命令に業者が服する義務があるのかが争点であり、市と業者との間での「法律関係」に関して紛争が生じているため、当該訴訟は「法律上の争訟」性を満たすと指摘される<sup>157</sup>。

斎藤誠は「法律上の争訟」の捉え方について、板まんだら判決の適用としても狭く、行政行為で課した義務を私人が任意に履行せず、行政がその実現を求める訴訟も、十分に「当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争」を対象としており、行政は財産的な権利義務、司法上の「権利」をここでもっていないが、それは法律上の争訟であることを否定する根拠にはならないと指摘する<sup>158</sup>。また、塩野宏は平成14年最高裁判決に

ついて行政と相手方との関係が法律関係であり、「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」と示す<sup>159</sup>。斎藤と塩野は、平成 14 年最高裁判決が従来の「法律上の争訟」性のメルクマールに合致すると指摘する<sup>160</sup>。

平成 14 年最高裁判決が「法律上の争訟」に該当しないとするのは、財産権と権利義務はつながりやすいため、紛争存在要件のうち「権利義務」に目が行ってしまっているからではないかとされる<sup>161</sup>。紛争存在要件には「権利義務」のほかに、「法律関係の存否に関する紛争」という要件があることに注目すべきである<sup>162</sup>。権利義務がなければ法律関係が存在しないとなるのは民事法を念頭に置くからだが、行政法上の法律関係は権限の関係であり、法的に規律され法的に効力を持つものであるから、権利義務関係ではなくても、法律関係というべきだとされる<sup>163</sup>。「法律関係の存否に関する紛争」を「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」に限る理由はなく「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」でもこれに該当するはずだと指摘される<sup>164</sup>。行政主体の有する財産権といえども、行政主体自身の私権・私益ではなく、むしろ公益の実現に資するために存在してしており、公益に包含されるはずであるため、純然たる「私益」ではない<sup>165</sup>。権利利益の保護救済と行政の適法性維持は表裏の関係であり「適法性確保なくして国民の権利の保護救済なし」の観念こそ重要だと考えると<sup>166</sup>、「法律関係」に法適合性の確保や公益の保護を含めるのは妥当である。

#### 4 現代の法律関係

従来の行政法理論は「行政上の義務の民事執行を念頭におかない議論…民事訴訟や行政訴訟の主観訴訟を念頭においてつくられた理論」であり、従来の行政法理論は行政主体と私人との関係を二面的法律関係だと捉える。抗告訴訟制度は「国・自治体などの統治主体」対「国民」間での権限行使での紛争に関し、まさに「タテ」の権限行使であるから国民からその権限行使の排除として構築された。しかし、公共性の法原理から国・自治体等の公共部門は国民・住民の具体的権利の総和こそが法システムの前提とされており、こ

の総和が現代の行政法での法律関係だとされる<sup>167</sup>。

現代の法律関係を前提とした場合、それを前提としない行政訴訟を中心とする行政関係での紛争処理制度は機能しない、あるいは制度の不備が認められることになる<sup>168</sup>。平成14年最高裁判決に関する最高裁判所調査官による評釈では、「行政上の権原は、通常、公益保護のために認められているにすぎないのであって、財産的権利に由来する場合を除いては、行政主体がその実現について主観的な権利を有するとは解しがたい」と述べているが<sup>169</sup>、この点からは、民事的権利概念に加え、古典的行政法理論、すなわち『権限』イコール『権力関係』、『財産的権利』イコール『管理関係』との発想がその基礎にあり、『行政』対『国民』との純近代法的二面関係を前提としている」と指摘される<sup>170</sup>。

現代の行政法関係、あるいは法律関係は、三面的利害調整モデル<sup>171</sup>や三面関係・多極間関係<sup>172</sup>と捉えられており、これを前提にすると、平成14年最高裁判決が前提とする二面関係とは異なる理解が導かれる。平成14年最高裁判決で行政側が求めた公益とは良好な地域環境の維持であり、地域住民の利益とも関わっている<sup>173</sup>。言わば、ここで問題とされた「公益」は純然たる「公益」でも純然たる「私益」でもなく、その中間にある利益であり、公共性と住民の具体的権利の総和である。平成14年最高裁判決の事例では、行政対業者という二面的な構図ではなく、住民の利益に関わる行政対業者という構図が成立している。

平成14年最高裁判決は、民事法的「権利」と二面関係からの行政権の主体の「権限」を全く異質なものとして分離したが、両者をそのように理解することはできない<sup>174</sup>。この見方からすると、従来の裁判所法3条の判例上の理解に立っても、法律関係の存在を含んだ紛争存在要件と紛争解決可能性要件は、平成14年最高裁判決では充足されていたとされる<sup>175</sup>。その意味で、平成14年最高裁判決が権利義務だけに着目し、法律関係の方を忘れているという指摘<sup>176</sup>は重要だとされる<sup>177</sup>。

## 5 主観訴訟と客観訴訟

### (1) 訴訟目的による争訟該当性の判断

平成14年最高裁判決では「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(判示②)<sup>178</sup>。

これに対し、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<sup>179</sup>。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<sup>180</sup>。

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<sup>181</sup>。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<sup>182</sup>。

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(生命身体等の人格権など)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<sup>183</sup>。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<sup>184</sup>。

## (2) 主観訴訟と客観訴訟の相対化

通説的訴訟観は、訴訟目的(国民の権利利益の保護なのか適法性の維持・回復なのか)によって主観訴訟と客観訴訟を区別してきた。主観訴訟とは、当事者間の具体的な権利義務や法律関係に立脚した権利利益が侵害され、または実現されないときに、その救済のために提起される訴訟であり、客観訴訟とは、当事者の具体的な権利義務や法律関係とは関係なく、もっぱら公共の利益のために提起される訴訟である。通説では、「裁判を受ける権利」(憲法32条)の保障範囲に主観訴訟は該当するが客観訴訟は範囲外とされ、「法

律上の争訟」を当事者間の権利義務に関する争いに限定する通説はこの二元的訴訟目的観を自明の前提してきたとされる<sup>185</sup>。

通説的訴訟観の背景には、「法律上の争訟＝主観訴訟」と「主観的権利＝私権」の固定観念があるが、行政訴訟の訴訟目的が、主観（国民の権利保護）なのか、客観（行政の客観的な適法性の確保）であるのかの区別は、きわめて相対的であり量的な差異だとされる<sup>186</sup>。学説では、純然たる「公益」と純然たる「私益」が存在するのかが疑問視されており（IV 5（1））<sup>187</sup>、主観訴訟と客観訴訟との区別は「相対化の傾向を強め、相互交錯の現象が顕著になってきている」と指摘される<sup>188</sup>。

平成14年最高裁判決が当然と考えている「主観訴訟＝私益保護訴訟」「客観訴訟＝公益保護訴訟」という対の観念は、学説上見直されつつある<sup>189</sup>。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、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「客観訴訟＝公益保護訴訟」の観念も完全に姿を消している<sup>190</sup>。主観訴訟と客観訴訟の区別は日本法では必要なく、「法律上の争訟」にあたる訴訟と当たらない訴訟との区別も提唱されている<sup>191</sup>。客観訴訟とは自らの権利・義務と無関係なものを特別に争わせるものという理解に立てば、平成14年最高裁判決で問題とされたような行政上の義務は、住民の具体的利益を基礎としており、それに基づき課された義務が争点となる訴訟は客観訴訟とは言えない<sup>192</sup>。

### （3）客観訴訟と司法権

平成14年最高裁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（判示②）。この考えは、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<sup>193</sup>に依拠している。訴訟目的の違いが相対的であり、主観訴訟と客観訴訟の区別は難しいが<sup>194</sup>、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<sup>195</sup>。

通説によれば、主観訴訟は「法律上の争訟」に該当し、客観訴訟は該当しない。客観訴訟については、専ら客観的な法秩序の維持を目的とするものであって、個人の権利利益の侵害を前提としないため、司法権の内容を成すものではなく、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<sup>196</sup>。つまり、行政主体が行政上の義務の履行を求める訴訟を提起できるのは、行政主体が自己の主観的な権利利益に基づき保護救済を求めている場合か、又はこのような訴訟の提起を認める特別の規定が存在する場合に限られる<sup>197</sup>。

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<sup>198</sup>。通説によれば、客観訴訟は個人の権利利益とは関わらないため、司法権の枠外に置かれ、法律に定めがある場合に、例外的に許されることになる。行政法規の適用過程では「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国民の権利利益」とが対置されており、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<sup>199</sup>。平成 14 年最高裁判決は、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<sup>200</sup>、公共の利益の実現を目指す行政訴訟を司法権に的確に包摂できていない<sup>201</sup>。通説は「司法権」の範囲の画定に際して民事訴訟モデルに従うが、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<sup>202</sup>。

こうした見解は公法私法二元論に基づくと評されるが<sup>203</sup>、戦後の改革によって既にその考えは放棄されている<sup>204</sup>。現行憲法の「司法権」は、英米の司法権概念によるものであるとの解釈は今日異論がない<sup>205</sup>。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<sup>206</sup>。

では、いかなる部分が「司法権」に憲法上当然に含まれるのかを考えればよいのか。この点、中川丈久は、憲法上の裁判を受ける権利と対応関係にある、中核となる「法律上の争訟」と範囲外となる純粋な客観的適法性の間に司法権の対象となる中間領域があるという議論をしている<sup>207</sup>。現代の行政関係が三面的多極間関係であり、純然たる「公益」は存在せず、行政主体が裁判所に提起する訴えは私人の権利を代表する場合もある。それは純然たる「私益」ではなく、通説の立場では「主観訴訟」に該当しないが、司法権の

範囲外ではなく、中間領域には入ると考えられる<sup>208</sup>。

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の存在から、行政訴訟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だと考えると、行政訴訟では、権利利益の保護救済と行政の適法性維持は表裏の関係にあり「適法性確保なくして国民の権利の保護救済なし」の観念こそ重要だとされる<sup>209</sup>。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り、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だと立場から、権利救済として位置付けることのできない行政訴訟をすべて司法権の枠外に置くことに反対する見解が示されている<sup>210</sup>。

## 6 片面的性質

片面的性質は、平成14年最高裁判決が批判される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に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、そのような争訟対象の性質は、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<sup>211</sup>。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<sup>212</sup>。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<sup>213</sup>。

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<sup>214</sup>、説得力がない<sup>215</sup>。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<sup>216</sup>。

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<sup>217</sup>。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<sup>218</sup>。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 (IV 5 (2))。「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<sup>219</sup>。

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<sup>220</sup>。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<sup>221</sup>。

判例における片面的性質の肯定は行政上の義務の司法的執行の文脈にとどまらない。平成 30 年那覇地裁判決は行政主体間の争訟に関する事例だが、片面的性質を認めている。当該事例では、国が辺野古新基地建設工事を行う際に、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。当該判決は「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」と示して<sup>222</sup>、同一の紛争であっても原告と被告が入れ替わ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<sup>223</sup>。

しかし、民事訴訟法学では「『法律上の争訟』を『当事者適格』とは明確に区別された、もっぱ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、訴訟法的に言えば、訴訟物たる訴訟上の請求に関わる訴訟要件と捉えて」おり「『法律上の争訟』を、誰が訴訟当事者となって訴訟を提起したのかという問題とは切り離して、事件そのものが司法権の範囲に属するか否かを決定する基準」だと考えている。「権力分立原理上、立法権、行政権に対する関係で司法権の範囲を画するのは、客観的な事件そのものの性質、

内容であるべきであって、その事件につき誰に訴訟当事者となる資格が認められるかは、司法権の範囲に属することが決まった事件について考慮すべき、次の段階の問題と考えられる」と指摘されている<sup>224</sup>。争訟提起の主体や目的の要素を「法律上の争訟」に取り込むべきではないという考えは、民事訴訟法学では当然だと考えられていると指摘されている<sup>225</sup>。

## 7 比較法的視点

比較法的には<sup>226</sup>、アメリカ合衆国では、行政機関が司法手続を介すべきという観念が19世紀末に確立しており<sup>227</sup>、若干の例外はあるが、基本的には今日も行政上の義務の司法的執行の原則が妥当しているとされる<sup>228</sup>。

「法律上の争訟」の概念は、アメリカ法の「cases and controversies」の翻訳だと考えられている<sup>229</sup>。アメリカでは行政上の義務の民事執行（司法的執行）が認容されており、法律上の争訟の概念を、当事者間の具体的な権利義務に関する紛争とするだけでなく、そこに、財産権の主体としての自己の財産上の権利利益の保護救済を求める場合に限定する<sup>230</sup>。

平成14年最高裁判決は、何故そのような限定をするのか。一般に、「日本国憲法の司法制度は、アメリカ憲法の影響を強く受けており、それが、司法権の観念にも及んでいる」とされる<sup>231</sup>。比較法的に見て、行政上の義務の「司法的執行に重きを置くのがアメリカ法であり、行政的執行に重きを置くのがドイツ法」であり<sup>232</sup>、「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76条、裁判所法3条）、行政上の義務履行確保手段としても、英米およびフランス型の司法的強制の原則を（そのものとしてではないとしても）基本的考え方として採用した」とされる<sup>233</sup>。しかし、平成14年最高裁判決の思考回路は帝国憲法下で輸入されたドイツの理論（公法私法二元論と国庫理論）に基づいている。これらの理論は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り、アメリカ法の「cases and controversies」ではなく、ドイツ法の「民事法上の争訟」が語られている<sup>234</sup>。最高裁による法律上の争訟概念の限定は「大審院時代の『国庫理論』や『公法私法二元論』の焼き直しにすぎず、『法律上の争訟』の形式的な解釈から、国や地方公共団体が裁判手続を用いる機会を封じこめることには大きな問題がある」と批判される<sup>235</sup>。

21 世紀になっても、最高裁は憲法を理解しようとせず、結果として大審院と同様の地位をベースラインとしていると評されている<sup>236</sup>。平成 14 年最高裁判決は、本来、合衆国憲法の強い影響を受けている「司法権」概念を解釈する際に、むしろ行政的執行に重きを置くドイツ法理論を基礎としている<sup>237</sup>。

この原因は、戦後に戦前に存在したドイツ流の行政強制制度を大幅に廃止しながらも、アメリカ流の司法的執行の制度を必ずしも明示的には導入しなかった、法の不備が原因だと考えられている<sup>238</sup>。だが、立法者が英米法制度である司法強制 (Judicial enforcement) 制度を採り入れなかったとしても、反対に司法上の強制執行を禁止する規定も設けていない。行政の積極的な義務の履行の確保が要請されており、現在、現行制度上民事上の強制執行を導入する意義は十分にあるとされる<sup>239</sup>。

公法私法二元論などの理論は、司法国家に転換した戦後の改革で放棄されており<sup>240</sup>、その制度的基礎がなくなった日本で維持されるべきかが疑問視されている<sup>241</sup>。現行憲法の「司法権」は、英米の司法権概念によるものであるとの解釈は今日異論がない<sup>242</sup>。「権利義務」を財産権の主体に限定する平成 14 年最高裁判決の発想は、比較法的視点から見て、行政事件を扱う裁判所としては全く不適當な発想であるから、判例の変更が不可欠だとされる<sup>243</sup>。

## 8 立法政策論

平成 14 年最高裁判決は「法律上の争訟」という大上段の議論を用いて行政上の義務の司法的執行を否定しており、地方分権の時代にふさわしい条例制定論を期待した立場からは、その期待を裏切ったものだと批判される<sup>244</sup>。

以下の理由から、行政上の義務の不履行に対して裁判所でその義務実現をはかることが望ましいと主張されている<sup>245</sup>。第 1 に、裁判所手続による強制は、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・利益の保護に欠けることはないこと。第 2 に、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、裁判所が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こと。第 3 に、行政代執行法の解釈論として、地方

公共団体は行政上の強制執行手段を条例で定めることができないとされており、刑罰の威嚇による間接強制も有効な法執行手段となりえないので、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裁判所手続による強制方法を認める必要性が高いこと。

小早川光郎は、戦後の行政強制に関する法制の改革は、戦前の行政機関による強制が過剰であったとの反省から、これを大幅に縮減するという点にあったのであり、その際に、行政機関による強制措置に代わるものとして司法的執行を広く認めるとか、それを行政上の原則とする方向が、立法者によって選択されたのではないことは、注意を要すると指摘する。そして、裁判所の権限の原則的範囲について定める憲法 76 条 1 項および裁判所法 3 条 1 項の規定も、司法的執行を広く包含する前に裁判所の権限を拡大する趣旨であったとはいえないとする<sup>246</sup>。小早川によれば、司法的執行の場合を広げることは考慮に値するが、それを大幅に広げるかどうかは、立法者の熟慮を経て決定されるべき性質の問題だとされる<sup>247</sup>。

これに対しては、司法的執行は当事者が対等で相手方の利益を十分に配慮しうる点で行政強制の場合よりも公正さを確保できる点や、行政が訴訟当事者として登場することが現行憲法の司法国家原理にかなうことから、私法上の執行について、立法者意思ないしそれを定める規定がないからといってこれを排除することにはならず、行政上の義務の確保においても一般的制度として考えられ、特に十分な履行手段を確保しえない現行法制において、履行の手だてを欠くときには、市民法の一般原理にたちもどって司法上の強制執行によることが認められると主張される<sup>248</sup>。

平成 14 年最高裁判決の立場は理論的にはあり得る 1 つの立場だと理解する学説も、行政上の義務の履行確保手段が不十分な状況にあって、政策的にみて適切であるとは言えないことは確かであり<sup>249</sup>、余りにも窮屈な解釈であって、裁判所が社会から期待されている任務を自ら狭めるもので、法化社会に逆行した解釈であると評されている<sup>250</sup>。

平成 14 年最高裁判決を肯定する調査官解説は「行政上の義務の履行確保の手段が不十分なのは不都合であるという制度の必要性のみから、行政上の義務の履行請求訴訟を認めようとする積極説の立場は、法解釈論としては問題がある」と述べるが、これは積極説を「立法論」として切り捨てるもので

あり、悪いのは法律上の仕組みであって裁判所ではないという趣旨だとされる<sup>251</sup>。

しかしながら、調査官解説は「現行法の下では、行政上の義務の履行確保の手段が十分でなく、「このような状況が望ましいものでないことには異論がないところであり、余りにも行政的執行に謙抑的な行政代執行法の改正や司法的執行制度に関する法整備等が早急に検討されることが望まれよう」と述べており<sup>252</sup>、立法論による解決を推奨している。

現行の実定訴訟法が行政上の義務の司法的執行を求める訴えを当然に想定しているとは言えず、制度の不備から生じる問題を解決するために、裁判所が創造的な役割を積極的果たすべきか否かが問題となる。基本的人権の保障の場合と異なり、行政機関が適切にその権限を行使できる法制度の整備は、国会と行政機関の責務であり、その責務の懈怠を、裁判所に転嫁するのが適切かどうかは議論の余地がある<sup>253</sup>。行政上の義務の司法的執行を積極的に容認する立場では、制度の不備から生じる問題に対処するために裁判所が積極的な役割を果たすべきと考え、平成 14 年最高裁判決の立場を認める消極的な立場では、その問題は立法により解決すべきだと考える。前者は行政上の義務の司法的執行には法的根拠は不要とし、後者はそれが必要との結論に至る (II 4)。

## V おわりに

戦前には「包括自足的な行政強制」の制度が存在したが、戦後の制度改革によりそうした制度はなくなった。現行法下では、行政上の義務履行確保の不十分さから、行政上の義務の司法的執行の必要性が認識されてきた (II 2)。多くの学説はこの必要性を認識し、行政上の義務の司法的執行を肯定的に評価し (III 1)、平成 14 年最高裁判決以前にはこれに積極的な評価を下す判決が下されてきた (III 2)。これらの動向に対し、平成 14 年最高裁判決は行政主体が行政上の義務の履行確保を求める訴訟が「法律上の争訟」に該当せず、「司法権」の範囲外にあるとして、行政上の義務の司法的執行の途を閉じた (III 3)。その後の判例では、司法的執行の必要性を認識し、平成 14 年最

高裁判決の射程を限定する判断も下されたが、平成 14 年最高裁判決に依拠していく動きが大勢である（Ⅲ 4）。

平成 14 年最高裁判決が批判される点は様々あるが（Ⅳ）、「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」と行政主体の自己の主観的な権利利益の保護救済を求める訴訟とを区別し、後者だけが「法律上の争訟」に該当すると示す（判示②）。しかし、主観訴訟と客観訴訟の区別は相対化しており（Ⅳ 5（2））、訴訟目的によっては「法律上の争訟」該当性は判断できない（Ⅳ 5（1））。こうした「法律上の争訟」の狭義の捉え方は行政訴訟の適法性維持機能を限定することにもなる（Ⅳ 2（3））。個人の権利利益に関する争訟が司法権の中核にあるのは間違いなく、行政上の義務の司法的執行を求める訴訟のように、行政活動の適法性維持という目的が組み込まれたものの審判はその中核にはないが、中核と外延の間にあるものとして司法権に含まれると考える必要がある（Ⅳ 5（3））。

平成 14 年最高裁判決を肯定する見解は、行政上の義務履行確保に関する現行法下での制度の不備を認識しながらも、それは立法政策によって解決すべきとの立場を示す（Ⅳ 8）。その問題を解決する権限と責務が立法機関と行政機関にある以上、戦後の制度改革による「包括自足的な行政強制」の制度の廃止によって生じた、行政上の義務履行確保の問題はそれらの機関が解決すべき課題であって、裁判所自身がこの問題の解決に創造的な役割を果たすべきではないという解釈もありうる考え方である。しかし、平成 14 年最高裁判決は、戦後の制度転換によって開かれた司法国家化への途を意識せずに、「法律上の争訟」の範囲を協議に捉え、司法権の範囲を狭めている（Ⅳ 2）。行政活動の拡大が不可避となっている現代社会において、裁判所による行政活動の法的統制が重要な意義を持つことを考えると、平成 14 年最高裁判決のように司法権の役割を非常に狭く限定する見解は採られるべきではない。

#### (Endnotes)

- 1 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。

- 2 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』(成文堂, 2005) 64 頁。
- 3 宇賀克也「判批」判例タイムズ (2003) 1125 号 268 頁。
- 4 宇賀克也『行政法概説 I 行政法総論 (6 版)』(有斐閣, 2017) 221 頁参照。
- 5 塩野宏『行政法 I (第 6 版)』(有斐閣, 2015) 173 頁。
- 6 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 (2011) 83 頁。
- 7 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。
- 8 阿部前掲 (7) 322-23 頁。
- 9 宇賀前掲 (3) 268 頁; 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) 157 頁。
- 10 南川前掲 (2) 64 頁。
- 11 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)』(有斐閣, 1984) 252 頁。
- 12 阿部前掲 (7) 322 頁。
- 13 曾和俊文「判批」『地方自治判例百選 (第 3 版)』(有斐閣, 2003) 84 頁。
- 14 阿部前掲 (7) 322 頁。これに対し、「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 76 条、裁判所法 3 条)、行政上の義務履行確保手段としても、英米およびフランス型の司法的強制の原則を (そのものとしてではないとしても) 基本的考え方として採用した」のであり、「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」という見解も示されている (村上順「判批」判例評論 332 号 176 頁)。
- 15 磯野前掲 (11) 252 頁。
- 16 磯野前掲 (11) 252 頁。
- 17 この理解に立てば、「行政上の自力執行手段として残されたシステムは…行政上の義務履行確保を迅速・果断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成す特権的制度」又は「行政代執行は行政庁が要急事件につき自己の危険負担において行政上の

義務の履行確保を図る特権を附加的に認める制度」だと捉えられる（村上前掲（14）176頁）。行政主体は、行政上の義務の履行を確保するため民事上の強制執行手段を利用すること、少なくとも行政上の強制執行手段が存在しないか、存在するとしても実際にそれを行行使することが困難な場合には、民事上の強制執行手段を利用することも許される、という答えになるとされる（南川諦弘「判批」判例評論534号174頁）。

- 18 阿部前掲（7）323頁。
- 19 高木光「判批」『平成14年重要判例解説』（有斐閣，2003）47頁。
- 20 阿部前掲（7）313頁。
- 21 阿部前掲（7）314頁。
- 22 人見剛「判批」『環境法判例百選』（有斐閣，2004）218頁。
- 23 阿部泰隆「条理解説」ジュリスト808号（1984）55頁。
- 24 田村泰俊「判批」自治研究80巻2号（2004）128頁。
- 25 田村前掲（24）129頁。
- 26 阿部前掲（7）323頁。
- 27 村上前掲（14）176頁参照。
- 28 曾和前掲（9）179頁；曾和前掲（13）84頁。
- 29 阿部前掲（7）325頁。
- 30 地方公共団体が条例で刑事罰を制定しない理由は、法律よりも厳しい規制を上乗せすることには問題があると捉え、また訴訟提起され、条例が無効とされるのをおそれるためだとされる（阿部前掲（7）336頁）。刑罰権は最も赤裸々な国家権力の発動であり、謙抑的であるべきもので、私人の義務を履行させるために第1の選択肢として選択されるべきものではないとされる（細川俊彦「公法上の義務履行と強制執行」民商法雑誌82巻5号（1980）64頁）。
- 31 田村前掲（24）128頁。
- 32 行政代執行の機能不全の問題が指摘されており（Ⅱ3）、その問題は実務上は常識であり、それを無視する平成14年最高裁判決は「残念でならない」と主張されている（村上前掲（14）176頁）。行政上の義務の司法的執行を積極的に捉える見解は、行政代執行が必ずしも有効でないときは、司法的執行を禁止する理由はないとする（阿部前掲（7）325頁）。平成14

年最高裁判決による行政上の義務の司法的執行を認めない結論を支持する見解でも、現行法下での行政上の義務履行確保手段が不十分であり、この状況は望ましくないという認識に基づいて、「余りにも行政的執行に謙抑的な行政代執行法の改正や司法的執行制度に関する法整備等が早急に検討されることが望まれよう」と示されている（福井章代「判解」法曹時報 57 卷 4 号 (2005) 215 頁）。

- 33 山本未来「行政主体間の争訟と地方自治—逗子市米軍住宅追加建設訴訟を契機として」法経論集 177 号 (2008) 31 頁。
- 34 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) 15 頁。
- 35 阿部前掲 (34) 15 頁。平成 14 年最高裁判決は、行政上の義務の司法的執行を求めた地公法公共団体による出訴は「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ができないから、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」と示した。訴えを却下するためには、義務履行の確保の手段を有しているのに、それを行使しないので、裁判所に救済を求めることは許されないとすれば済んだ。「法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とする」出訴は司法権の対象外という一般理論を構成する必要は全くないと指摘される（阿部前掲 (34) 9-10 頁）。
- 36 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) 38 頁。
- 37 阿部前掲 (7) 325-26 頁。
- 38 曾和前掲 (9) 179 頁；曾和前掲 (13) 84 頁。
- 39 細川前掲 (30) 63 頁。
- 40 阿部前掲 (7) 336 頁。
- 41 南川前掲 (2) 70 頁。
- 42 阿部前掲 (36) 38 頁。
- 43 佐藤幸治『憲法〈第 3 版〉』（青林書院, 1995) 298 頁等参照。
- 44 横田守弘「行政上の義務の履行確保と民事訴訟」法学セミナー 577 号 (2003) 118-19 頁。
- 45 横田前掲 (44) 119 頁。

- 46 南川前掲（17）176 頁。
- 47 田村前掲（24）133 頁。
- 48 曾和前掲（9）182 頁。
- 49 阿部前掲（7）323 頁。
- 50 細川前掲（30）640 頁以下；磯野前掲（11）252-53 頁；阿部前掲（7）323 頁以下等参照。
- 51 横田前掲（44）115 頁。
- 52 横田前掲（44）119 頁。
- 53 阿部前掲（34）12 頁。
- 54 阿部前掲（34）12 頁。
- 55 阿部前掲（7）324 頁。
- 56 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）5-6 頁。
- 57 阿部前掲（7）324-25 頁。
- 58 広岡隆『行政行為と仮救済』（有斐閣，1979）84 頁。
- 59 阿部前掲（7）325 頁。
- 60 南川前掲（17）175 頁。
- 61 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 巻 2 号（1966）36-37 頁；細川前掲（30）641 頁；阿部前掲（7）312 頁；小高剛「行政強制」『基本法学第 8 巻』261-65 頁（岩波書店，1983）；磯野前掲（11）252 頁以下；村上前掲（14）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』285 頁以下。
- 62 塩野前掲（4）246 頁以下。
- 63 碓井光明「行政上の義務履行確保」公法研究 58 号（1996）150 頁注 34。
- 64 村上裕章「判批」民商法雑誌 128 巻 2 号（2003）35 頁。
- 65 福井章代「判解」ジュリスト 1240 号（2003）118 頁。
- 66 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；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』18 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。

- 67 小早川光郎『行政法 上』(弘文堂, 1999) 243 頁。
- 68 村上前掲 (64) 37 頁注 (7); 田村前掲 (24) 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 (19) 47 頁。平成 14 年最高裁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 (2) 73 頁; 福井前掲 (32) 1219 頁)。
- 69 高野修「判批」アルテス・リベラレス 76 号 (2005) 78 頁。
- 70 大阪高決昭和 60 年 11 月 25 日判例時報 1189 号 39 頁; 神戸伊丹支決平成 6 年 6 月 9 日判例地方自治 128 号 68 頁; 横浜地判平成元年 12 月 8 日判例タイムズ 727 号 220 頁; 盛岡地判平成 9 年 1 月 24 日判例時報 1683 号 141 頁。
- 71 神戸地判平成 9 年 4 月 28 日判例時報 1613 号 36 頁; 大阪高判平成 10 年 6 月 2 日判例時報 1668 号 37 頁。
- 72 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』(信山社, 1999) 125 頁以下; 野呂充『平成 9 年重要判例解説』46 頁; 関哲夫「判批」判例評論 473 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)』(東京大学出版会, 2001) 335 頁以下。
- 73 原島良成「裁判を通じた行政上の義務の履行強制—宝塚市パチンコ店等建築規制条例事件最高裁判決」上智法学論集 47 卷 2 号 (2003) 63 頁。
- 74 福井前掲 (65) 118 頁。
- 75 村上前掲 (64) 37 頁注 (8)。
- 76 村上前掲 (64) 35 頁。
- 77 宇賀前掲 (3) 269 頁。
- 78 村上前掲 (64) 35 頁。
- 79 阿部前掲 (34) 10 頁; 阿部前掲 (36) 40 頁。
- 80 これらの判決については、文脈の違いにもかかわらず、特定の事件に関する判例の文言を金科玉条に墨守し、平成 14 年最高裁判決を機械的に適用し、その射程範囲を不当に拡張したと批判されている(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—東京地裁平成18年3月24日判決について（上）」自治研究83巻2号（2007）12頁）。

- 81 当該判決については、山本前掲（33）1頁等参照。
- 82 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。
- 83 曾和前掲（9）170-71頁。
- 84 人見剛「判批」判例時報2384号137頁。平成21年最高裁判決の原審では「平成14年最判の帰結は、地方公共団体等の行政主体の国民に対する義務履行請求を著しく制限するものであるから、その射程範囲は極力控え目に解すべき」と明確に述べられている（福岡高判平成19年3月22日判例自治304号35頁）。
- 85 当該判決については以下の文献等参照。村上博「判批」法律時報90巻5号（2018）134頁；人見剛「判批」法学セミナー762号（2018）11頁；人見前掲（84）135頁；人見剛「国の法令違反行為に対する地方自治体の差止め請求訴訟の許容性—沖縄県漁業調整規則違反の岩礁破碎行為事件を素材に」斎藤誠・大出良知・菱田徳太郎・今村与一編『日本の司法—現在と未来』（日本評論社，2018）589 - 619頁；前田定孝「判批」三重大学法経論叢36巻1号（2018）77頁。
- 86 曾和前掲（9）171頁。
- 87 人見前掲（84）137頁。
- 88 塩野宏「地方公共団体の出訴資格」『行政法概念の諸相』（有斐閣，2011）364頁。
- 89 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）18頁。
- 90 亙理前掲（89）18頁。
- 91 亙理前掲（89）18頁。
- 92 亙理前掲（89）18頁。
- 93 亙理前掲（89）19頁。
- 94 亙理前掲（89）19頁。
- 95 横田前掲（44）119頁。

- 96 福井前掲 (65) 118 - 19 頁。
- 97 田村前掲 (24) 131 頁。
- 98 斎藤前掲 (56) 7 頁。
- 99 阿部前掲 (82) 141 頁。
- 100 人見剛「判批」自治総研 331 号 (2006) 52 頁。
- 101 人見前掲 (100) 52 頁。
- 102 人見前掲 (100) 53 頁。
- 103 人見前掲 (100) 53 頁。
- 104 人見前掲 (100) 53 頁。
- 105 人見前掲 (100) 53-54 頁。
- 106 人見前掲 (100) 54 頁。
- 107 細川前掲 (30) 646 頁以下。
- 108 村上武則「宝塚市パチンコ店規制条例事件と法治主義」村上武則・高橋明  
男・松本和彦編『法治国家の展開と現代的構成』(法律文化社, 2007) 90  
頁。
- 109 阿部前掲 (68) 151 頁。
- 110 原島前掲 (73) 66 頁。
- 111 村上前掲 (108) 91 頁。
- 112 大浜啓吾『行政裁判法行政法講義Ⅱ』(岩波書店, 2011) 25 頁。
- 113 村上前掲 (108) 91 頁。
- 114 阿部前掲 (68) 151 頁。
- 115 阿部前掲 (80) 7-8 頁。
- 116 江原勲・北原昌文「パチンコ店建設阻止は空振り—私人に対し行政上の義  
務の履行を求める訴訟は法律上の争訟に当たらず」判例地方自治 236  
(2003) 6 頁。
- 117 高木前掲 (19) 46 頁; 阿部前掲 (36) 38 頁; 阿部前掲 (68) 153 頁。
- 118 太田照美「判批」『行政法判例百選Ⅰ〈第6版〉』(有斐閣, 2012) 232 頁。
- 119 福井前掲 (32) 208 頁。
- 120 福井前掲 (32) 211 頁; 横田前掲 (44) 119 頁。
- 121 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 (2009) 66 頁。

- 122 田村前掲（24）130 頁。
- 123 人見前掲（22）219 頁。
- 124 塩野宏『行政法Ⅱ〈第5版補訂版〉』（有斐閣，2013）298 頁；人見前掲（100）43 頁以下。
- 125 斎藤前掲（56）6 頁。
- 126 斎藤前掲（56）7 頁。
- 127 宇賀前掲（3）269 頁。
- 128 横田前掲（44）115 頁。これとは反対に、平成 14 年最高裁判決にさして重要な意味を認めない見解として、高野前掲（69）78 頁。
- 129 人見前掲（121）66 頁。
- 130 戸松秀典『憲法訴訟〈第2版〉』（有斐閣，2008）77 頁。
- 131 人見前掲（121）66-67 頁。
- 132 金子正史・法令解説資料総覧 250 号 90 頁。
- 133 「行政主体と私人の二元論」は「国家と社会の二元論」「公法と私法の二元論」というドイツ由来の理論に基づく。（藤田宙靖「行政主体相互間の法関係について一覚え書き」『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）。
- 134 高木前掲（19）46 頁。
- 135 高木前掲（19）46 頁。
- 136 塩野宏「地方公共団体の法的地位論覚書」『国と地方公共団体』（1990）3 頁以下；人見剛『分権改革と自治体法理』（敬文堂，2005）251 頁以下。
- 137 人見前掲（100）50 頁。
- 138 斎藤前掲（56）2 頁以下；人見前掲（22）219 頁。
- 139 福井前掲（65）119 頁。
- 140 人見前掲（100）54 頁。
- 141 大貫裕之「行政訴訟による国民の権利保護」公法研究 59 号（1997）203 頁。
- 142 塩野前掲（124）1-3 頁；芝池前掲（66）2-6 頁。
- 143 大貫前掲（141）203-04 頁。
- 144 大貫前掲（141）204 頁。
- 145 雄川雄一郎『行政争訟法』（有斐閣，1957）21 頁。
- 146 大貫前掲（141）204 頁。

- 147 曾和俊文「行政訴訟制度の憲法的基礎」ジュリスト 1219 号 (2002) 63 頁。
- 148 曾和前掲 (147) 63 頁。
- 149 宮崎良夫「取消訴訟における訴えの利益」同『行政訴訟の法理論』(三省堂, 1984) 147 頁; 渡部吉隆(園部逸男補訂)『行政訴訟の法理論』(一粒社, 1998) 13 頁以下; 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 133 頁。
- 150 曾和前掲 (147) 63 頁。
- 151 曾和前掲 (61) 309-11 頁。
- 152 曾和前掲 (147) 64-65 頁。
- 153 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。
- 154 宍戸常寿「司法のプラグマティック」法学教室 322 号 (2007) 26 頁以下。
- 155 塩野前掲 (124) 299 頁; 斎藤前掲 (56) 7 頁。
- 156 人見前掲 (100) 52 頁。
- 157 曾和前掲 (9) 164 頁。
- 158 斎藤前掲 (56) 6-7 頁。
- 159 塩野前掲 (124) 298 頁。
- 160 曾和前掲 (9) 164 頁注 (12)。
- 161 阿部前掲 (80) 10 頁。
- 162 阿部前掲 (80) 10 頁。
- 163 阿部前掲 (80) 10 頁。
- 164 阿部前掲 (80) 10 頁。
- 165 人見前掲 (100) 54 頁。
- 166 亙理格「行政訴訟の理念と目的」ジュリスト 1234 号 (2002) 14-15 頁。
- 167 阿部泰隆『政策法学講座』(第一法規, 2003) 155 頁。
- 168 田村前掲 (24) 131 頁。
- 169 福井前掲 (65) 119 頁。
- 170 田村前掲 (24) 130 頁以下参照。
- 171 阿部泰隆『行政の法システム (上) (新版)』(有斐閣, 1997) 37 頁。
- 172 大橋洋一『行政法 I —現代行政過程論 (第 4 版)』(有斐閣, 2019) 12-13 頁。

- 173 村上前掲（108）91 頁。
- 174 田村前掲（24）131 頁。
- 175 田村前掲（24）132 頁。
- 176 阿部前掲（68）151 頁。
- 177 田村前掲（24）131 頁。
- 178 村上前掲（64）38 頁参照。
- 179 亙理前掲（89）16 頁。
- 180 亙理格「『司法』と二元的訴訟目的観」法学教室 325 号（2007）63 頁。
- 181 原田尚彦「行政事件訴訟における訴えの利益」同『環境権と裁判』（弘文堂，1978）276 頁；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）65 頁。
- 182 村上前掲（64）39 頁。
- 183 亙理前掲（166）14 頁。
- 184 亙理前掲（166）15 頁。
- 185 亙理前掲（89）16 頁。
- 186 人見前掲（181）65 頁；村上前掲（181）275 頁以下。
- 187 「集团的利益」「共通利益」「共同利益」などの法益の保護のために抗告訴訟を活用する議論として以下参照（宮崎前掲（149）149 頁；三上崇洋『地域空間をめぐる住民の利益と法』（有斐閣，2006）77 頁以下）。
- 188 南博方『行政法（第 6 版補訂版）』（有斐閣，2012）264 頁。
- 189 人見剛「地方公共団体の出訴資格再論—『法律上の争訟』に関する私権保護ドグマ」磯部力先生古稀記念『都市と環境の公法学』（勁草書房，2016）199 頁以下。
- 190 宇賀前掲（4）9 頁。
- 191 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）。
- 192 田村前掲（24）131-32 頁。
- 193 佐藤前掲（43）298 頁等参照。
- 194 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（南前掲（188）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（宇賀前掲（4）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とされる（人見前掲（181）67 頁）。

195 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））。

196 佐藤前掲（193）298 頁。

197 横田前掲（44）118-19 頁。

198 塩野前掲（88）364 頁。

199 亙理前掲（89）25 頁；亙理前掲（166）9-10 頁。

200 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（川岸前掲（153）70 頁）。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（川岸前掲（153）70 頁）。

201 亙理前掲（89）参照。

202 川岸前掲（153）70 頁。

203 高木前掲（19）47 頁；曾和前掲（13）85 頁。

204 阿部前掲（7）323 頁。

205 南川前掲（2）72 頁。

206 兼子仁・阿部泰隆編前掲（82）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（2007）166 頁以下。

207 中川前掲（149）124 頁以下；中川丈久「立法権・行政権・司法権の概念の序論的考察」『行政法の発展と変革（上）』（有斐閣，2001）331 頁以下。

208 中川の理論では、司法権にはその「中核」と範囲外の間には中間領域があり、

その中間領域も司法権の範囲に含めて、通説的な「司法権」の範囲を拡大することになる。そのため、川岸は行政の活動拡大が不可避的な状況にあって政治の基本原則として議院内閣制を採用している以上、大統領制を採用し立法部と執行部とで摩擦が予定されている場合より、裁判所による行政活動の法的統制は重要な課題であり、この観点から、中川の理論は魅力的であり、裁判所が社会に果たすべき役割に応じて「法律上の争訟」は機能的に構成可能だとする。（川岸前掲（153）70頁）。これに対し、「法律上の争訟」概念が民主的正当性に欠ける司法権の発動対象を剥す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司法権の内側に包摂することには十分に警戒的でなければならないとも指摘される（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）78 頁注（18））。

- 209 亙理前掲（166）14-15 頁参照。
- 210 曾和前掲（147）63 頁。
- 211 阿部前掲（68）151 頁；曾和俊文「演習」法学教室 264 号（2002）145 頁；曾和前掲（9）164 頁。
- 212 亙理前掲（89）26 頁。
- 213 亙理前掲（89）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」兼子仁・阿部泰隆編前掲（82）19 頁。
- 214 宇賀前掲（4）112 頁。
- 215 塩野前掲（124）282 頁。
- 216 川岸前掲（153）70 頁。
- 217 村上前掲（64）40 頁。
- 218 南川前掲（2）72 頁。
- 219 人見前掲（84）37 頁。
- 220 南川前掲（2）72 頁。
- 221 村上前掲（64）40 頁。
- 222 判例時報 2383 号 13 頁。
- 223 人見前掲（84）137 頁。
- 224 竹下守夫「行政訴訟と『法律上の争訟』覚書—選挙訴訟の位置づけを手懸りとして」論究ジュリスト 13 号（2015）120 頁。

- 225 人見前掲 (189) 224-25 頁。
- 226 外国法制の研究については、以下の文献等参照。山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査—ドイツ (上)」ジュリスト 1238 号 (2003) 87 頁；中川丈久「行政訴訟に関する外国法制調査—アメリカ (上)」ジュリスト 1240 号 (2003) 93 頁, 101 頁以下。
- 227 曾和俊文「経済規制行政における司法的執行の原則について (1)」法学論叢 109 卷 3 号 49-59 頁。
- 228 曾和前掲 (13) 84 頁；宇賀前掲 (3) 269 頁。
- 229 阿部前掲 (34) 8 頁。
- 230 阿部前掲 (34) 9 頁。
- 231 清宮四郎『憲法 I 〈第 3 版〉』(有斐閣, 1979) 336 頁。
- 232 塩野前掲 (4) 244 頁。
- 233 村上前掲 (14) 176 頁。
- 234 高木前掲 (19) 47 頁。平成 14 年最高裁判決以前に類似の見解を示すものとして、村上前掲 (14) 176 頁参照。
- 235 今村成和・畠山武道補訂『行政法入門 〈第 9 版〉』(有斐閣, 2012) 230 頁。同旨の見解として、渋谷秀樹『憲法 〈第 3 版〉』(有斐閣, 2017) 638-39 頁参照。
- 236 高木前掲 (19) 47 頁。行政法学説が平成 14 年最高裁判決に大きく反応した理由は、日本国憲法の定める司法国家制の下では行政上の法律関係に関する紛争も原則としてすべて司法裁判所によって扱われるという司法国家の理念が否定され、行政権が行政上の法律関係に関して訴訟を提起するという関係では司法裁判所の権限が、結果的に、独立の行政裁判所が存在した公法・私法二元論の時代のものと同様になると理解されたからだとされる(高野前掲 (69) 78 頁)。
- 237 土井前掲 (6) 88 頁。
- 238 阿部前掲 (34) 9 頁。
- 239 磯野前掲 (11) 252 頁。
- 240 阿部前掲 (7) 323 頁。
- 241 曾和前掲 (9) 165 頁；曾和前掲 (13) 85 頁。
- 242 南川前掲 (2) 72 頁。

- 243 阿部前掲 (34) 9 頁。
- 244 曾和前掲 (211) 145 頁；斎藤前掲 (56) 11 頁。
- 245 曾和前掲 (9) 179 頁。
- 246 小早川前掲 (66) 106-07 頁。
- 247 小早川前掲 (66) 107 頁。
- 248 磯野前掲 (11) 252-53 頁。
- 249 高木前掲 (19) 47 頁。
- 250 南川前掲 (2) 73 頁。
- 251 高木前掲 (19) 47 頁。
- 252 福井前掲 (32) 215 頁。
- 253 土井前掲 (6) 91-92 頁。

(もぎ・ようへい 桐蔭横浜大学法学部准教授)