

## 行政判例研究

高野 修

地方公共団体が行政権の主体として行政上の義務の履行を求める訴えの適否

平成一四年七月九日最高裁第三小法廷判決(平成一〇年(行ツ)第二三九号建築工事続行禁止請求事件) 破棄自判、民集五六卷六号一三四頁、判時一七九八号七八頁

【事案の概要】 宝塚市パチンコ店等の規制に関する条例(昭和五八年宝塚市条例第一九号)は、パチンコ店等の建築等をしようとする者は、あらかじめ市長の同意を得なければならない(三条)、市長は、施設の位置が市街化調整区域又は商業地域以外の用途地域であるときは同意をしないこと(四条)、市長は、違反者に対し建築等の中止等必要な措置を講ずることが出来る(八条)と定めていた。パチンコ店建築を計画するYは、市長に同意を求めたが得られず、同意のないまま訴外Bに工事を発注し、Bは基礎工事に着手した。そこで宝塚市長はY及びBに対し、建築工事の中止命令を発したが、これに従わないため、X(宝塚市)がY及びBに対し工事の続行禁止を求める仮処分申請をした。仮処分手続と並行してXは、Y及びBを被告とし

て、本件工事の続行禁止を求める本訴を提起した。

一番でYは、本件条例は行政指導条例であり、本件条例には違反者に対して強制手段を定めた規定がないことから、中止命令に基づき義務履行請求権が発生するものではないとして、工事の続行禁止を求める訴えはできないという訴訟上の主張も行っていたが、一、二番は、本件条例が風俗営業等適正化法、建築基準法に違反するとの判断で、Xの請求を棄却した。最高裁でこの点の判断が示されるものと思われていたところ、最高裁は、「職権により本件訴えの適否について検討」して、本件訴えは、裁判所法三条一項にいう法律上の争訟に当たらず、不適法として、第一審判決を取り消し、訴えを却下した。

【判旨】 一 「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(最高裁昭和51年(オ)第74号同56年4月7日第三小法廷判決・民集35卷3号443頁参照)。」

二 「国又は地方公共団体が提起した訴訟であって、かつ、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。」

三 「そして、行政代執行法は、行政上の義務の履行確保に關しては、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。」

四 「また、行政事件訴訟法その他の法律にも、一般に国また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提起することを認める特別の規定は存在しない。したがって、国また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、不適法というべきである。」(番号は、筆者が説明の都合上付けたものである)。

#### 【解説】 一 問題の概況

地方公共団体が行政権の主体として行政上の義務の履行を司法手続きによって求めることができるかという問題について、学説は、肯定説が通説であると言って良く、今日、積極的否定説は見あたらず、若干の疑問説があるにすぎなかった。これら疑問説が問題とするところは、具体的場面における実体的請求権の存否であって、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求め得ないとするものを見あたらない。<sup>③④</sup>

この問題に関してはある程度の下級審裁判例があり、行政上の強制執行ができない場合には司法的執行の可能性を肯定的にとらえていた。<sup>⑤</sup>なお、本件の調査官解説は、神戸地裁伊丹支決昭六〇年一〇月一八日判時一一八九号四二頁と本事例の仮処分事件神戸地裁伊丹支決二一〇二二頁を否定例にあげているが、前者は当事者間の合意が認定できず被保全権利疎明不十分を理由とするもので、後者は条例の違法による被保全権利の否定によるもので、むしろ、民事訴訟の可能なことを前提にしていると解することができる。

このような学説と判例状況の中で行政主体が行政上の義務の履行を求める訴えを否定した本判決に対しては、ほとんどの評釈が積極的に批判的である。<sup>⑥</sup>その際、批判的学説の立場は、本判決が公法私法二元論と国庫理論の思考回路に寄っているとするとするもの、「行政法という異質な法領域を民事法の発想で判断する民事法帝国主義的な発想」を指摘するもの、<sup>⑦</sup>行政庁が取消訴訟で被告となる場合には法律上の争訟となり、その場合には公益上の主張が許されるが、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「片面的法律上の争訟性概念」が説明無く使われていることを批判するもの、<sup>⑧</sup>主観訴訟、客観訴訟という訴訟目的に基づく分類に基づいて訴えの適法性を判断することには根本的な疑義があるとするとするもの、<sup>⑨</sup>あるいは、法に基づく紛争の解決という社会が裁判所に期待している任務を自ら狭めたこと、行政の側から見れば行政上の義務履行確保の手段が狭められたことを批判するものなどがある。要するにこの判決は、理念論から法律論さらに現実論までいわば全面的に批判されている。

行政法学者がこの判決に大きく反応したのは、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であろう。判決から出てくる結果をそのまま見れば、このような理解が成り立たないというわけではない。しかし、司法国家制原則についての根本的議論が、仮に小法廷の判決から読み取ることが可能であっても、そこまで重大な意味を判決に与えないで判決を解釈できる場合、それですます方が適切というところもあるだろう。私は、本判決を日本国憲法の下での司法国家原則を揺るがすような重大な意味を有するものとまで捉え

ないで解すべきであると理解している。

## 二 この判決は、どのように理解したらよいか

本判決を批判する学説は、表現の仕方や重点の置きどころに違いはあれ、こぞって本判決が裁判所法三条の法律上の争訟概念を「自己の権利利益の保護救済を目的とするもの」に限定したとして批判している。本判決をそのように理解する限り、確かに、裁判所法三条の法律上の争訟については、当然に刑事事件をも含むものと解されてきており、国家の刑罰権の行使を「自己の権利利益の保護救済を目的とするもの」ということはできないから、本判決の概念規定はおかしいということになる。また、本判決が法律上の争訟概念を明らかにした先例として引く判例は、法律上の争訟概念の一要素、法令の適用により終局的に解決できる事件か否かが問題となったもので、その先例から本判決のような概念限定を導出することも無理である。したがって、なぜそのような限定がなされるのか、結論を示しただけで根拠の説明は一切欠いた判決ということになる。

しかし、最高裁は、本当に裁判所法三条の法律上の争訟概念をそのように限定したのであるか。私は、最高裁が法律上の争訟概念自体を限定する意図があったか否か不明であるが、判旨一の冒頭部分「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」から明らかなように、最高裁が裁判所の権限のうち「行政事件を含む民事事件」の権限に限定して議論を始めた結果であると見ている。因みに、「民事訴訟は、対等の私人間の身分上または経済上の生活関係において生ずる事件(民事事件)を取り扱う」。民事事件かどうかの基準は、「原告がその訴えによって審判を求めている直接の対象たる訴訟物によって決まる。訴訟物が私法によって規律される対等者間の権利関係であるときは、民事事件である(三)」。この基準をあてはめる限り、「国また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」事件が民事事件になるはずがない。本判決の議論は、結論が始めから仕込まれていた議論と言って良いであろう。結局、本判決の本当の問題点は、裁判所法三条の法律上の争訟の概念のとらえ方などにはなく、本件事案を念頭において、「行政事件を含む民事事件」の概念をどうとらえるかにあるように私には思える。

このような見方で判決理由を読み直すと、判旨一は、「行政事件を含む民事事件」についての裁判所の権限は、当然「裁判所の固有の権限」すなわち裁判所法三条一項の「法律上の争訟」の範囲にとどまることを述べたもので、特別の意味はない。判旨二は、法律上の争訟の範囲内であることを当然の前提にして「行政事件を含む民事事件」とは、法律に特別の定めのない限り、「自己の権利利益の保護救済を目的とするもの」に限られるという最高裁の解釈を示した。判旨三及び四は、現行の行政上の義務履行確保に関する法律と行政事件訴訟法等には本件事案のような訴訟を認める特別の規定がないという最高裁の解釈を示した。このように理解できる。

私は、本判決をこのように理解するのであるが、そうであれば、裁判所法三条の法律上の争訟を持ち出す必要がなかったのにそれを持ち出して「誤解」を招いたことがこの判決の最大の問題点となるだろう。そして、現行の行政事件訴訟法について、特別の規定のない限り、「自己の権利利益の保護救済を目的とするもの」と限定的に解釈した判旨二こそが、行政事件訴訟法制度全般に関する最高裁の解釈として問題視されるべきであろう。

## 三 本判決と日本国憲法の定める司法権の概念あるいは裁判所法三条の法律上の争訟の概念の関係

本判決は、司法権の対象について日本国憲法の解釈論を展開したものでなく、現行行政事件訴訟法および民事訴訟法の解釈として、事

案のような訴訟が可能か論じたものと私は理解している。憲法解釈論として司法権の対象となりうるものはどのような事項か、最近の議論は、司法権の機能を歴史に由来する具体紛争の解決に限定しないで、権力分立の原理から理解して「行政や立法の統制」機能を持たせ「法の支配」を徹底させようとする説などが出されてる。こうした立場から見れば、本件のような事案も当然憲法の予定する司法の対象とならう。

しかし、具体的紛争の存在と法を適用して解決できる事件であるという通説、判例の伝統的な司法概念によっても、本件の事案でその要件に欠けるところはない。日本国憲法の司法概念が、アメリカの司法権概念に強く影響されたものであることはここに述べるまでもなく、それによれば合衆国が当事者の一方として訴訟を提起することもできるのである。日本国憲法のモデルであった合衆国憲法がそうだからというのではなく、日本国憲法の司法権概念の解釈として、既存の通説、判例の基準からすればそうなる。なぜならば既存の通説、判例のとる要件には、訴訟当事者の権限あるいは権利主張の目的の要素は入っておらず、ただ「当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に關する紛争であつて、かつ、それが法令の適用により終局的に解決することが出来るものに限られる」であつた、従つて、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、それは、当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係に關する紛争であり、法令の適用により終局的に解決することができるものに該当しうるのである。

もつとも、憲法解釈上司法権の概念に含まれうるものが、すべて現実に制度化されているわけではない。具体事件で訴訟が可能となるためには、訴訟手続法が整備されていることが必要である。その際、憲法の定める裁判を受ける権利が当然にはおよばない領域では、訴訟手

続法を定めるか否か、定める場合どのような訴訟手続法を定めるかは、法政策的見地から立法府が裁量で決めることになる。行政権の行使にあたる行政主体や行政機関には、憲法の保障する裁判を受ける権利が当然におよぶことにはならないと解するのが国の伝統的な通説であるから、これらに關してどのような訴訟制度を定めるかは、立法政策の問題である。現行訴訟法制度としてどのように定められているか、その解釈が問題となる。本判決は、「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できる対象は、一と問うて、現行訴訟制度の解釈論から始めたのである。その結果、本件のような事件は、民事訴訟法の定める対象事件ではないとしたものである。

確かに、わが国の民事訴訟法が本件のような訴訟を予定して作られていないことは、殆ど自明である。従つて、従来の行政法の教科書等にまま見られた行政上の義務の民事訴訟手続きによる執行の可能性という言い方は、確かに不正確である。むしろ、行政事件訴訟法七条の「定めがない事項については、民事訴訟の例による」という意味で、この問題を捉えるべきで、民事訴訟を例にした司法的執行の可能性という方がより適切であろう。そう捉えれば、本件のような事件は、民事訴訟法が直接には定めていないところであるが、民事訴訟を例にした司法的執行の可能性として、すなわち行政事件訴訟法七条の解釈として論ずることが可能であつたのではないか。もつとも、民事訴訟法が予定していなかったもので、かつ伝統学説によれば裁判を受ける権利の射程にない本件のような場合、すなわちそのような例のない場合今まで、民事訴訟の例が拡大されるとは考えにくいともいえよう。

四 この判決が示した行政事件訴訟法制度解釈について  
本判決に対して、公法上の当事者訴訟が可能ではないかと指摘する見解がある。この見解は、本判決を公法私法二元論に寄せて理解し、

民事訴訟が私法上の権利実現のための制度であって、公権力の行使に基づく権利はこれによって主張することができないというのであれば、公法上の当事者訴訟として構成すれば足りるというものである。本判決が公法私法二元論を前提にしているなら、この指摘は正当である。

しかし、前述したように、本判決は、行政事件を民事事件に含ませる司法国家制を前提にしてわが国の現行訴訟法制度を理解しているのである。行政事件訴訟法と民事訴訟法の二つの訴訟手続法がある以上、本判決が行政事件と民事事件という概念を区別するのは当然であるが、この区別と本判決の結論を直結して、本判決が公法と私法の二元論を前提にしていると見るの正しくない。むしろ、本判決は行政事件を民事事件に含ませて論じている、このこと自体が、明らかに、行政事件訴訟法を公法私法二元論に立つものとして捉えることを否定する。本判決は、日本国憲法の施行に伴う民事訴訟法の応急的措置に関する法律、行政事件訴訟特例法（特に一条）、そして行政事件訴訟法（特に七条）というわが国の行政事件訴訟法の沿革を踏まえて、司法国家制の下で行政事件訴訟法を理解していると解して良いであろう。

それにも拘わらず本判決が本件のような訴訟の可能性を否定したのは、「行政事件訴訟法その他の法律にも、一般に国また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提起することを認める特別の規定は存在しない。」（判旨四）と現行法制度を解釈したからである。つまり、特別の規定がある場合を除き、行政事件訴訟法も民事訴訟法と同じく理解し、「一般に」わが国の現行法は行政主体が行政上の義務の履行を求める場合を予定して作られてはいないと解したのである。確かに、行政事件訴訟法の主要部分を成す抗告訴訟は、「行政の公権力の行使に関する不服の訴え」であるから本件のような内容の行政主体側からの出訴を全く前提としていない。しかし、当事者訴

訟については、「公法上の法律関係に関する訴訟」と定めるだけであるから、これだけを見る限り、本件のような訴訟が排除される理由は何もない。本判決は、公法上の当事者訴訟についても、特に理由を述べることもなく、民事訴訟と同様に「自己の権利利益の保護救済を目的とするもの」が前提であると解釈して、本件のような訴訟の可能性を否定している。この意味で、本判決は、公法私法二元論よりもむしろ民事法の原則に寄せすぎているところが問題なのである。

もっとも、行政事件訴訟法の当事者訴訟の定め方を見ると、三九条（出訴の通知）と四〇条（出訴期間の定めがある当事者訴訟）は、ともにいわゆる形式的当事者訴訟であり、その他は四一条（抗告訴訟に関する規定の準用）があるだけで、これらは全て抗告訴訟型を前提にしている。行訴法のこのような規定の仕方と、かつて公法上の当事者訴訟に死亡宣告が出されたことがあり、国民の側からする確認訴訟という若干の例以外に殆どその運用例を見ないという現状を踏まえれば、本判決のような解釈も充分あり得ると言えよう。

要するに、行政裁判司法国家制から司法国家制に変わったにも拘わらず、具体訴訟法制度が事実上「戦前との連続性」の上に作られてきた結果、行政事件訴訟法の解釈として、行政権の行使を行政主体の側から出訴するような制度は用意されていないということであろう。この点で、平成一六年の改正においても、当事者訴訟については「公法上の法律関係に関する確認の訴え」と例示が入っただけで、依然として、行政事件訴訟法全体としては「戦前との連続性」のままである。取消訴訟中心主義を改め、逆にそれを租税事件等特定事件にのみ限定して「戦前との連続性」を断ち切ることが無理だとしても、当事者訴訟に本件のような事件を含むことを明示して必要な条文を整えるなど、さらに法改正をすることが望まれる。

## 五 その他の問題

本件には、なお検討すべき次のような問題点がある。

(1) 本件紛争においては、工事の続行禁止を求める仮処分事件が別に争われている。ここでは被保全権利の問題として本条例から義務履行請求権が出てくるか争われている。一般論としてこのことを指摘する学説については、一で見た通りである。本件条例の規定を見る限り、罰則はなく、市長の指導(六条)によって条例の実効性を確保するものように読める。これらからすると、確かに、八条に是正措置等の命令が定められているが、これを裁判を通して実現するような義務ととらえることができるか、疑問がある。さらに、法的に請求可能な義務ととらえるには、規定が簡素過ぎ、義務内容が漠然としてしまうという問題もある。因みに、判例時報の原審判決へのコメントは、行政上の義務の履行を求める訴訟は公法上の当事者訴訟に該当するとして上で、当事者訴訟によりその義務の履行を求めるためには、「伝統的な具体的争訟性論によるならば」、行政主体が義務者に対し実体上の履行請求権を有していることが必要になる、「実体上の履行請求権を有しているか否かは、個々の法律が当該義務をそのような性質を有するものとして構成しているかどうかによることになろう」として、個々の法律(条例)の構成の仕方に着目した義務履行請求権の問題として事案を解決する可能性を強く示唆していた。最高裁は、事案を個々の法律(条例)の構成の仕方の問題で解決しないで、本件のような訴訟がわが国の現行の訴訟法上認められているかという一般性のある問題として解決した。解釈の統一という意味は理解できるが、「戦前との連続性」を固定化するこの方向でよいのか異論が多い方向であるだけに、事件の解決方法として疑問が残る。

因みに、その後本条例は平成一五年九月一九日条例第三四号により全部改正され、指導の規定が削られ、違反に対し勧告(一一条、中止

命令等(一二条)、事実の公表(一三条)等の監督手段が定められた。又、中止命令に違反した場合三十万円以下の罰金が定められた。問題の中止命令の規定では、「除却その他必要な措置をとるべきこと」が付け加えられた。この改正により行政指導条例にとどまるとは到底いえなくなったが、仮に、中止命令等の規定から、義務履行請求権が読み取れるとしても、本判決が生きている限り、市が裁判を起こしてその履行を請求することはできない。しかし、「除却その他必要な措置をとるべきこと」が付け加えられた結果、不作為義務である中止命令に代えて、作為義務である何らかの措置が命ぜられる場合、理論的には行政代執行が可能となる。もっとも、作為義務の相当性の問題や、他の手段による履行確保の困難性と履行の必要性など行政代執行法上の要件充足の問題は依然として残る。

(2) 本判決に関しては、那覇市自衛隊施設資料公開取消請求事件との関係を指摘する意見がある。確かに、一、二審は、原告・国が情報公開決定処分取消訴訟で守ろうとする利益「防衛上の秘密」「防衛行政遂行上の秘密」に着目し、それが「公共の利益」であるから、「法律上の争訟には当たらず、抗告訴訟の枠を超えるものである」、「本件訴訟の性格は一種の機関訴訟である」。あるいは、防衛行政権の行使を巡って、「両行政主体又はその機関の間に紛争が発生しているのであるから、・・・法律上の争訟には該当しない」として、公益の追求あるいは行政権限の行使は、法律上の争訟に該当しないとされているように読める。しかし、両判決とも、一方当事者が主観的に主張しているにすぎない利益「防衛行政遂行上の秘密」を重視する余り、法律上の争訟の存否判断において決め手となるべき具体的法律関係に関する争い(当該情報公開条例が非公開規定によって保護している地位とそれを巡る具体紛争)の有無に目を向けることなく、何故機関訴訟に該当するのかが行政主体同志の争いであるのかの厳密な検討も無し

に、行政同志の争いであると結論を出してしまっている。この事件で争われている具体的法律関係を検討すれば、建物所有者が起こした抗告訴訟として法律上の争訟性を認めたと最高裁判決のようになるのは当然である。仮に、一、二審判決のように理解するとした場合、紛争は、実質的に機関訴訟又は機関訴訟類似で捉えられることになる。つまり、形式的には抗告訴訟であるが、実質的には国と地方公共団体が同一行政組織内部の関係(機関訴訟の関係)にあると捉えられる場合に、一方が「固有の資格」において抗告訴訟を提起できるかということが問題にされていることになる。これは、本件とは訴訟当事者の関係においても訴訟の種類においても性質を異にする問題である。

(3) 主観訴訟、客観訴訟の概念と関係させて本判決を説明する調査官解説がある。それによれば、一般に、「行政訴訟には、個人的な権利利益の保護救済を目的とする主観訴訟と、個人の権利利益の侵害を前提としない客観訴訟があるところ、通説によれば・・・後者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から、司法の当然の内容をなすものでない」と、このような見地から行政上の義務履行請求訴訟について検討すると、「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(判旨二に該当)というのである。

以上の限りで見ると、主観訴訟と客観訴訟の概念区別によって本件判決を説明しているように見える。この概念区別が相対的なことは夙に周知のことであり、この概念区分を用いて本件訴訟の適法性を判断することは、疑問であるとする指摘がある。

しかし、調査官解説の要点は、もともと別のところにあったと見るべきだろう。すなわち、「行政主体は行政上の権限に由来する履行請求権を有するなど主張するが、積極説のいう行政上の履行請求権等の具体的な内容は明らかでない上、私人が行政上の義務を負うからといって、直ちに行政主体と私人との間に債権債務関係があるとか、行政主体が私人に対して行政上の義務の履行を求める請求権を有するなどと解することは困難である」、「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は除いては、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」(傍点は、引用者)というのである。傍点を付したところから明らかのように、訴訟で請求できる履行請求権の存在が証明されていないとする理由について、一つは、行政上の履行等請求権の具体的な内容が明らかでない、二つは、債権債務関係があるとはいえないということであり、主観訴訟と客観訴訟の区別それ自体ではなく、行政上の権限は、主観訴訟の対象たりうる請求権にあたるか否かを問題にしているのである。

この点を問題とすることは、蓋し正当であろう。ただ、その論証のやり方には、疑問がある。それは、伝統的民法法の観点から履行請求権を観念していることである。債権債務関係があるとき、あるいは権限が財産的権利に由来するとき、履行請求権を肯定するようであるが、これらは、明らかに民事法的思考をモデルにしたものである。民事法的思考モデルにとどまる限り、行政権限の履行請求権性の内容を明らかにすることはできない。問題は、民事事件が行政事件を含むようにならなくなった後での履行請求権の内容である。裁判で請求できるものは何かという問いも、伝統的民事の法律関係に行政上の法律関係も加えて拡大されたベースの上で再構築されることが必要だったのではないか。そして、その上で新しい訴訟制度が制定されるべきだったので

はないか。(この点については、<sup>12</sup>で述べたところである)。それが十分にはなされないままに、「戦前との連続性」の下で具体訴訟制度が作られてきた。その結果、「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」と問うても、戦前と同様の結論に至ってしまう。本判決には結果的に旧い公法私法二元論に立ったと同一の内容になっているという問題があるが、それは判決の問題ではなく、戦後の行政事件訴訟法の作り方、ひいては行政法学のあり方に問題があったからと言ってよいであろう。

## 注

- (1) 神戸地裁伊丹支決平六年六月九日判例地方自治二二八号六八頁は、仮処分を認容したが、Yから異議申立がなされ、神戸地裁伊丹支決平九年九月九日判タ九六二号一三三頁は、条例の違法を理由に原決定を取り消した。なおBは、異議申立をしなかった。
- (2) 阿部泰隆「行政上の義務の民事執行は法律上の争訟でない」法教No.263、三六頁参照。本稿では、条例の適法性の問題には言及しない。その問題については、阿部・前掲論文注(3)が詳しい。
- (3) 塩野宏『行政法I「第三版」』一九七頁注(2)及び同箇所文献参照。なお、藤田宙靖『第四版行政法(総論)』二六八頁は、通説と、行政が民事法上の手続きによらないで他の手段で対応している現実を単に記述しているにとどまる。
- (4) 広岡隆「ジュリスト行政強制制」一八頁は、「積極的に否定しなければならぬとも思いませんが、何か疑問を感じている」とする。小早川光郎「行政による裁判の利用」法教No.151一〇五頁は、「私人の行政上の義務に関して司法的執行が認めらるる範囲は、今後、解釈論として徐々に拡大していく気配がないではない」としながら、「憲法七六条一項および裁判所法三条一項の規定も、司法的執行を広く包含するまでに裁判所の権限を拡大する趣旨であったとはいえないであろう」という立場から、「司法的執行の場合を広げることとは考慮に値する。しかしそれを大幅に広げようかどうかは、立法者の熟慮を経て決定されるべき性質の問題であろう」とする。この論は、「司法的執行の可能性自体を法律論的に否定するものではなく、個別の場合に「裁判所

による保護のもと置かれてしかるべきであるような種類の権利」「行政側の実体権」の存否を「現行の憲法および法律のもとでの行政と司法の関係を如何に捉えるかという観点を踏まえつつ」問題視するものである。他方、宇賀克也・高田浩成「行政上の義務履行確保」法教No.253一一〇頁は、同じく行政側の実体的請求権の存否を問題とするが、「多様な行政上の利益に係わる行政活動を想定しますと、常に請求権の存在を肯定できるか、疑問がないわけではないようにも思われます」というもので、現行の憲法および法律のもとでの司法的執行の可能性が当然の前提となっている。

- (5) 肯定例、大阪高決昭六〇年一月二十五日判時一一八九号三九頁、秋田地判昭六三年七月一八日判例集三九卷七・八号七五二頁、横浜地決平元年一月八日判タ七一七号二〇頁、本事例の仮処分事件神戸地裁伊丹支決平六年六月九日判例自治二二八号六八頁、盛岡地決平九年一月二十四日判時一六三八号一四一頁。

但し、最大判昭四一年二月三日民集二〇卷二二〇頁は、行政上の強制執行が可能な場合には民事上の強制執行ができないとする。崑山武道『行政判例百選I』二四〇頁参照。しかし、岐阜地決昭四三年二月一四日訟努月報一四卷四号三八四頁、岐阜地判昭四四年一月二七日判時六〇〇号一〇〇頁は、行政代執行が可能な場合にも履行を求める民事上の訴えが可能とする。

- (6) 福井章代ジュリNo.1240一一七頁
- (7) 但し、金子正史法令解説資料総覧二五〇号八八頁は、解説にとどめ批評を加えていない。
- (8) 高木光ジュリ『平成一四年度重要判例解説』No.1246四五頁。
- (9) 阿部泰隆法教二六七号三六頁。
- (10) 塩野宏『行政法II「第三版」』二二二頁、同『行政法I「第三版」』一九七頁。
- (11) 村上裕章民商一一八巻二号一九八頁。
- (12) 曾和俊文法教No.264一四五頁。なお、司法権の定義要件を柔軟に考える見解と本判決を対比させる横田守弘法教No.577一一五頁もここに挙げられよう。
- (13) 江原勲・北原昌文「パチンコ店建設阻止は空振り」判例自治三三六号四頁。
- (14) 新堂幸司『民事訴訟法』七頁以下。
- (15) 私は、憲法上司法権の概念に含まれうる可能態としての司法権の範囲と、個別の訴訟手続法で実定化されているそれとは別であり、裁判所法三条

という法律上の争訟は、後者のものを総称したものと考えている。こう解する場合、現行の訴訟制度の範囲が狭い場合、法律上の争訟の概念もそれに限定されてくることになる。この点で、法律上の争訟の概念については、注(4)に引いた小早川教授の見解と同様であるが、憲法七六条の可能態としての司法権の範囲を狭く解する見解には反対である。

(16) 高橋和之「司法制度の憲法的枠組み」『公法研究』一頁以下、なお、同誌掲載の他の論文も参照。

(17) 清宮四郎「憲法I」二七七頁以下、宮沢俊義『日本国憲法』五九〇頁以下参照。なお、これらでは、憲法上の司法権の概念の限界として本件の事案のような場合は言及されていない。

佐藤幸治「憲法」二〇九頁以下は、アメリカの司法権概念を説明する箇所では、「合衆国が当事者の一方となる争訟 (controversy)・・・に及ぶ」とするが、わが国の行政事件訴訟法の機関訴訟と民衆訴訟をあげ、「この客観訴訟は、司法権の当然の内容をなすものではなく、法政策的見地から立法府によってとくに認められたものである」(傍点、原文)とする。しかし、典型的な主観訴訟も「法規の適用の適正」という面を同時に有しており客観訴訟の意味をもつ。機関訴訟や民衆訴訟が司法権の当然の内容をなすものでないといわれる理由は、「法規の適用の適正」という面があるからではなく、むしろ、機関間の争いは法主体間の争いとはいえないこと、争われている法律関係に対して訴訟主体が直接利害関係をもたないことなどそれぞれ別異の理由によるものであると理解するのが正当であろう。本件は、「法規の適用の適正」が争われているという点では客観訴訟であるが、争われている法律関係に関する当事者(行政主体)からの利害関係性から見れば、なるほどそれは私益ではなく一般公益の保護であるが、公益の保護をはかる法制度上の当事者は疑いもなく行政主体である。本件は、機関訴訟や民衆訴訟とはその点で違っていて、具体紛争の存在と法令適用による解決可能性というこれまでの概念定義の基準によれば司法権概念の対象に入ると考えるべきだろう。

(18) 『世界憲法集』四五頁アメリカ合衆国憲法三二条二節一項参照。浅吉香幹『現代アメリカの司法』五五頁以下によれば、連邦政府および連邦行政機関が原告となる訴訟の実体法上の根拠は、大部分は制定法にあるが、合衆国は制定法上の根拠がなくとも、全国民を代表する主権として、州際・国際通商を阻害する行為を差し止める訴訟を提起することができる。

(19) 藤田由靖「行政主体相互間の法関係について」(成田頼明先生古稀記念、政策実現と行政法)九五頁は、公権力を行使する行政主体の立場は、本

来私人にはあり得ない立場であり、行政主体はこの立場で基本的人権を享受するものではない、「この意味において、行政主体は、法人格を有しているからといって、そのことから当然に、私人に対し公権力を行使する権限を裁判上表現する権利を、憲法および現行行政事件訴訟法によって保障されているとは、言えないものと言わなければならない」とする。

国家と社会、公法と私法の二元を前提にした伝統的公法学からすれば、行政が公権力主体であり、人権保障は国家に対する市民の自由の保障であることは、自明のことである。確かに、行政には強制力の行使を必要とする領域があるが、このことから行政には本質的に公権力性が内在すると決めかねて、それに合わせて法理論、法制度が作られなければならない理由はない。しかし伝統三元論を前提にしない立場からは、行政が市民社会の共通利益の実現をはかるに司法的執行を用いる制度であっても何ら不合理ではない。

(20) 村上・前掲二〇九頁及び同注(32)が指示するもの参照。

(21) 阿部・前掲三八頁は、「民事法帝国主義的な発想」と表現している。

(22) 塩野宏『行政法II』六五頁。

(23) 判時一六八号三八頁。

(24) 義務履行請求権の問題を伝統的議論に範囲を限定してしまうやり方「民事法帝国主義的な発想」で論ずれば、民事訴訟が基準になり、自己の利益のための権利のみが対象となり、公益確保のための権限は始めから除外されることになる。このことについては、五(3)で検討する調査官の見解参照。判時のコメント自体は、個々の法律、条例の構成の仕方によって置いている、「民事法帝国主義的な発想」ではない。

(25) 齊藤誠「自治体の法政策における実効性確保」地方自治六六〇号六頁、阿部・前掲三九頁、村上・前掲二〇五頁参照。

(26) 那覇地判平七年三月二八日判時一五四七号二頁。

(27) 福岡高裁那覇支判平八年九月二四日判時一五八一号三〇頁。

(28) 最二判平一三年七月一三日判例自治二二三号二頁。

(29) 地方公共団体が訴訟を提起しうるかについては、雄川一郎「地方公共団体の行政争訟」『行政争訟の理論』四二五頁は、「地方公共団体と雖も・・・さらには国であっても・・・前述のように公法上又は司法上の権利の主体である以上、この一般的な出訴権を否定することはできないと言ってよい。ただ、・・・何らかの範囲において国の下にたつ行政主体として、国の監督ないし関与を受けるべき地位にある。従ってその範囲においては、国

の処分に対する関係では、私人の場合と多かれ少なかれ異なった地位に立つ」とする。なお、藤田・前掲六六頁は、地方公共団体の公権力行使に対する国からの監督行為は、「外部関係」とは言えず、上級行政庁と下級行政庁との関係であるとする。国からの監督行為か否か、具体的関係における判断が問題となる。

(30) 福井章代「時の判例」ジュリNo.1240 一一九頁。

(31) 個人の主観訴訟が同時に適法性の確保に機能することの他に、改正前の代位請求型損害賠償請求住民訴訟のように、自治体の主観的権利が住民による客観訴訟として請求されるという相対性もある。

(32) 村上・前掲一〇四頁。