

〈 論 説 〉

## 処分性の拡大とその源流

——戦前の判例学説にさかのぼって

高木 英行

### 1. はじめに

処分性とは、専ら、取消訴訟（を含む抗告訴訟）の対象として争われている行政活動が、行政事件訴訟法（以下「行訴法」）3条2項でいう、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に該当するか否かを問う「訴訟要件」問題である。

処分性の有無は、「公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているもの」（最判昭和39年〔1964年〕10月29日：民集18巻8号1809頁）であるか否かを基準に判断されてきた。ここで念頭に置かれているものは、講学上の「行政行為（行政処分）」である<sup>(1)</sup>。

裁判所は、従来この《処分性公式》（処分性のある活動＝行政行為）を厳格に解釈することで、行政行為に該当しない行政活動に関する取消訴訟を不適法却下してきた。しかし、平成16年〔2004年〕行訴法改正前後から、最高裁は、従来であれば処分性を認めてこなかったような活動であっても、処分性を認める判断を下してきている。

本稿では、こうした平成時代後半からの「処分性拡大判例」<sup>(2)</sup>が採用する解釈手法について<sup>(3)</sup>、その「源流」を探るべく、戦前の判例学説を中心に考察を試みる。具体的には、【公共工事施行の処分性】ならびに【規範定立行為の処分性】をめぐる戦前の判例学説に着目し、そこに処分性拡大判例、とりわけ土地区画整理事業計画決定事件（最判平成20年〔2008年〕9月10日：民集62巻8号

2029頁、以下「平成20年最判」<sup>(4)</sup>や、保育所廃止条例事件（最判平成21年〔2009年〕11月26日：民集63巻9号2124頁、以下「平成21年最判」<sup>(5)</sup>）が採用した解釈手法の萌芽が見出されないかを考察する。

もともと本稿は、あくまでも端緒的な考察を試みるにとどめ、処分性拡大判例に至る、戦前戦後の判例学説に関して、系統的かつ総合的に論ずることはしない。この種の試みの一端は、すでに各拙稿<sup>(6)</sup>で、断片的かつ不十分ながら行っていることはさて置いても、筆者の能力の限界から、本稿段階で本格的に取り組むことができないからである。

なお、以下本稿でみていくように、戦前の二元的裁判所時代（行政裁判所と司法裁判所、大日本帝国憲法61条）の「処分性」問題では、ある行政活動について〈行政裁判所が〉審理対象として受け付けるか否かといった、【行政裁判所管轄適格性】の有無が問題となっていた。

これに対し、戦後の一元的裁判所時代（司法裁判所のみ、日本国憲法76条）の「処分性」問題では、先にも述べたように、【取消訴訟対象適格性】の有無が問題となる。したがって、戦前と戦後とでは、同じく「処分性」問題と言っても、それぞれ訴訟要件として論じられる、その《実質的な目的》が異なる。

とはいえ、ある行政活動が「処分」であるか否かによって、こうした適格性の有無が判定されるという、議論（訴訟要件論）の形式面での連続性を重視して、本稿では戦前戦後を通じて、「処分性」問題と称し考察を進めていく。

さらに本稿では、近代日本の行政判例、すなわち本稿執筆現在をさかのぼること、およそ100年前の判例群に関して、適宜その《背景》についても、行政法学（を含む法律学）分野に限られない文献資料を渉猟しながら、補足的に浮き彫りにするように、論述を試みた。ただしこれは、あくまでも、筆者の能力が及ぶ限りにおいて、かつ、行政法解釈に関わる本稿全体の論証の趣旨からして一定程度の必要性・合理性が認められる限りにおいて、という留保の下での試みである。

本稿でこうした試みをした理由は、やや大げさに言えば、近世から現代への過渡期にある「近代」の行政判例が、いかなる《背景》の下での紛争であった

のかを、歴史の流れの中に位置づけながら理解することを通じて、それらの判例に関するより深い認識が得られることになるのではないかと考えたからである。

もっとも他方で、こうした《背景》をめぐる情報については、行政法解釈に関わる本稿全体の論証の見通しを損なわないように、できる限り《脚注》の中で論述することとした。

加えて本稿では、関連判例を網羅的に取り上げて分析する方法は、筆者の能力の限界もあって、採用していない。むしろ、戦前の行政法学においていわゆる「通説」を担った美濃部達吉氏<sup>(7)</sup>が、その教科書等で参照している代表的な判例に絞った上で、それらの判例について、適宜その背景も含め、掘り下げて分析することとした。

とりわけ、それらの判例について美濃部説がどのように受け止め、論評したのかという点を手掛りに、戦前段階での判例と学説との間の相互作用、さらには、こうした戦前段階の相互作用と近年の処分性拡大判例との間のつながりについて、端的にはあるものの、浮き彫りにするように心掛けた。

本稿の研究に当たっては、適宜、国立国会図書館デジタルコレクション<sup>(8)</sup>を活用し、関係文献や資料を入手閲読した。こうして入手閲読した文献や資料については、念のため、本文の中であれば脚注の中であれば、最初に参照する際に下線を引いて、その旨を明示することとした<sup>(9)</sup>。また本稿では、参照した文献や資料の中の、旧字体の漢字表記については、適宜新字体に改めて引用している。さらに本稿では、「和暦」と「西暦」を適宜併記した。

## 2. 公共工事施行の処分性

### (1) 二元的裁判所制度

大日本帝国憲法(明治憲法)61条では、「行政官庁ノ違法処分ニ由リ権利ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟ニシテ別ニ法律ヲ以テ定メタル行政裁判所ノ裁判ニ属スヘキモノハ司法裁判所ニ於テ受理スルノ限ニ在ラス」と定めていた<sup>(10)</sup>。司法権(裁判所)に属する司法裁判所(大審院を頂点とする)とは《別建て》

で、行政権（内閣）に属する特別な裁判所を設置し、この裁判所が行政事件を専属的に管轄する趣旨の規定である<sup>(11)</sup>。

明治憲法61条を受け、「行政裁判法」（明治23年〔1890年〕10月1日施行。昭和22年〔1947年〕5月3日廃止）が制定される。行政裁判法15条では、「行政裁判所ハ法律勅令ニ依リ行政裁判所ニ出訴ヲ許シタル事件ヲ審判ス」として、出訴対象事件につき《列記主義》を採用した。また、この行政裁判法15条を受け、「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」（明治23年〔1890年〕法律第106号。昭和22年〔1947年〕5月3日廃止）が制定された。

この「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」は、その《柱書》において、「法律勅令ニ別段ノ規程アルモノヲ除ク外左ニ掲クル事件ニ付行政庁ノ違法処分ニ由リ権利ヲ毀損セラレタリトスル者ハ行政裁判所ニ出訴スルコトヲ得」と定め、以下五つの事件を列挙していた<sup>(12)</sup>。

（第1号）「海関税ヲ除ク外租税及手数料ノ賦課ニ関スル事件」

（第2号）「租税滞納処分ニ関スル事件」

（第3号）「営業免許ノ拒否又ハ取消ニ関スル事件」

（第4号）「水利及土木ニ関スル事件」

（第5号）「土地ノ官民有区分ノ査定ニ関スル事件」

ちなみに、ここで紹介した、《柱書》——とくに「行政庁ノ違法処分」——と、《列挙事件》——とくに第3号事件——との関係性が、本稿後の「3. 規範定立行為の処分性」の議論の中で、大きな意味を持つてくる。

そのほか、行政裁判所の特徴として、行政裁判所の裁判官（長官及び評定官）には高等行政官出身者が多かったこと、行政裁判所の判決に対しては上訴ができなかったこと、行政裁判所は全国に一か所（東京）しか設けられていなかったこと、行政裁判所は損害要償（損害賠償及び損失補償）の訴訟を受理しなかったこと、行政裁判を提起する前に行政庁への訴願（不服申立て）を経ておく必要が定められていたこと（いわゆる訴願前置主義）<sup>(13)</sup>等々があった<sup>(14)</sup>。

## （2）大審院二判決

以上、行政訴訟事項を中心とした、行政裁判所の制度概要を踏まえた上で、公共工事施行の処分性をめぐる、大審院（司法裁判所）と行政裁判所の判例をそれぞれ見ていくこととする。まずは大審院の判例を二つ見よう。

### ①大審院大正5年〔1916年〕8月12日第三民事部判決（大審院民事判決録第22輯1640頁）

原告公法人「大阪府三島郡<sup>ました</sup>味舌村大字<sup>しも</sup>味舌下」の主張によれば、被告公法人「大阪府三島郡神安普通水利組合」は、原告公法人との間で締結した私法上の契約に基づき、灌漑排水に関する事業についての工事を施行する義務を負うところ、その義務を被告公法人は履行していない。そこで原告公法人は、その履行を請求する訴訟を提起した。本判決は、以下の理由から本件訴えを却下した（以下傍点を省略して引用。ただし下線部は筆者高木による）。

「惟フニ広ク灌漑排水ニ関スル事業其モノニ付キ觀察スルトキハ之ヲ以テ私法上ノ契約ノ目的トシ私権関係発生ノ原因ト為シ得ヘキコト勿論ナリト雖モ一トヒ国家カ此事業ヲ以テ国家的事業ノ一トシ之カ実行ヲ目的トセル公共団体ノ設置ヲ認可シ該団体カ其基本事務トシテ公権ノ発動ニ依リ之カ実行ヲ為ス場合ハ即チ之ノ行政処分ニ外ナラサレハ其当否ハ将サニ監督官庁ニ於テ監督矯正スヘク之ニ依リ権利ヲ侵害セラレタル者ハ之カ救済ヲ行政訴訟願又ハ訴訟ニ於テ求ムヘキモノトス從テ普通水利組合カ其基本事務タル灌漑排水ニ関スル事業ニ付キ其為シ又ハ為ササルコト夫自体ノ当否ヲ争フ訴訟ハ即チ行政処分ノ当否ニ対スル争ニ外ナラサレハ之ニ依リ侵害セラレタル権利ノ債権タルト物権タルトヲ問ハス之カ救済ハ司法裁判所ノ管轄ニ属セサルコト自明ナリトス」。

### ②大審院大正6年〔1917年〕4月27日第一民事部判決（大審院民事判決録第23輯701頁）

原告は、被告多治見町がその営造物である悪水路を公道地上に掘設するに当たり、同町会の決議の趣旨に準拠せず、原告所有地を侵害して掘設したとし

て、所有権侵害を理由にその侵害行為の撤去復旧を求めた。本判決は、以下の理由から本件訴えを却下した（以下傍点を省略して引用。ただし下線部は筆者高木による）。

「町村カ其地区道路ニ悪水路ヲ掘削スルカ如キハ道路行政ノ一部トシテ公法上認メラレタル营造物ノ施設ニ属スル一個ノ行政処分ニ外ナラスシテ其施設工事ノ執行カ町村会ノ決議ヲ超越シタルト否トハ之カ為メ其工事ノ行政処分タル性質ヲ消長スルモノニアラス本件ニ於テ原院ノ確定シタル上告人請求ノ趣旨ニ依レハ上告人ハ被上告町ノ町会カ為シタル決議ノ趣旨ニ準拠セサル工事ノ施行ニ因リ其所有権ヲ侵害セラレタリト主張シ其施設ノ撤廢復旧ヲ請求スルニ在ルヲ以テ本訴ハ即チ名ヲ民事訴訟ニ借り直接ニ被上告町ノ権限ニ属スル公法上ノ行政作用ヲ無効ナラシメンコトヲ目的トスルモノニ外ナラサルヲ以テ民事訴訟事件トシテ司法裁判所ノ管轄ニ属セサルモノナルコト毫モ論議ヲ挿ムノ余地ナキモノト謂ハサルヲ得ス」。

以上の二判例は、いずれも、公共工事施行につき「行政処分」としての性質を見出し、明治憲法61条を踏まえて、司法裁判所（大審院）はそれについて争う訴えを受け付けない旨の判断を下している。それでは、公共工事施行の処分性につき、行政裁判所の姿勢はどのようなものであったのかについて、引き続き見ていこう。

### （3）行政裁大正6年〔1917年〕判決

行政裁判所判決、大正6年〔1917年〕3月26日第一部宣告（行政裁判所判決録第28輯〔大正6年〕227頁）

岐阜県不破郡宇留生村<sup>(15)</sup>は、不破郡長の許可処分<sup>(16)</sup>を受けて、杭瀬川右岸同村区域内の「除桁」につき、古形修繕及び腹付工事（以下「本件係争工事」）を施行した<sup>(17)</sup>。「除桁」とは「輪中」<sup>(18)</sup>のなかの、小堤防である<sup>(19)</sup>。原告「大垣輪中水害予防組合」<sup>(20)</sup>——代表者は同組合管理者岐阜県安八郡長——は、本件係争工事施行の結果、洪水の際に揖斐川の逆水<sup>(21)</sup>を緩和しうる区域が狭められるこ

ととなつて<sup>(22)</sup>、大垣輪中の堤防が圧迫を受け、非常な損害を被るのみならず<sup>(23)</sup>、その堤防の破壊の危険も生じうるなどと主張して<sup>(24)</sup>、本件係争工事につき争つた<sup>(25)</sup>。いわば本件は、ある村が、自村の洪水被害を軽減すべく、洪水防御工事をすることによって、反射的に他の村に“不当な”犠牲（洪水被害）を押し付けることになるのか否か<sup>(26)</sup>といった趣旨の紛争である<sup>(27)</sup>。江戸時代以前からみられる「水論（水争い）」<sup>(28)</sup>の一種と言えよう<sup>(29)</sup>。

原告は、まず、不破郡長の許可処分の取消しを求める訴願を、被告「岐阜県知事」に対し提起した<sup>(30)</sup>。被告は、同許可処分につき取り消す限りにあらずとして、訴願を棄却する裁決を下す。原告は、法定期間内に行政訴訟を提起しなかったため、同裁決は確定した。

しかしその後、原告は、本件係争工事自体が違法で原告の権利を侵害するとして、不破郡長にその取払い及び原状回復を求め、訴願を提起した。不破郡長は訴願を棄却する裁決を下す。原告は被告に対しても訴願を提起した。しかし被告も、本件係争工事を取り払うべき限りにあらずとして、訴願を棄却する裁決を下した。

なおも不服である原告が、本件係争工事許可処分の取り消し並びに本件係争工事取払いなどを求め、行政裁判所に裁判を提起した<sup>(31)</sup>。

行政裁判所は、本件係争工事の施行者が「行政庁」であるとともに、本件係争除桁が「営造物」であることを確認する。その上で、「宇留生村ニ於テ本件係争除桁ノ古形修繕及腹付工事ヲ為スノ意思ヲ決定シ工事ノ施行ニ依リ其ノ意思ヲ表示シタルコトハ明治二十三年法律第六百号ニ所謂行政処分ヲ為シタルモノト云ハサルヘカラス從テ此ノ処分ヲ違法トシ且之ニ因リ權利ヲ傷害セラレタリトスル本件訴訟ノ提起ハ違法ニ非ス」（傍点を省略して引用）として、訴えを適法と認めた。

また原告は、不破郡長の許可処分につき取消すべきではない旨の被告の裁決につき、法定期間内に訴願又は行政訴訟を提起していなかった。被告は、不破郡長の許可処分が《適法》と確定しており、その適法な許可処分の下で施行された本件係争工事も違法でない、したがって、「行政庁ノ違法処分ニ関スル行

政裁判ノ件」でいう、「行政庁ノ違法処分ニ由リ権利ヲ毀損セラレタリトスル」との要件を充たし得ないと主張していた（下線部は筆者高木による）。

これに対し本判決は、「原告ハ本件係争工事カ違法ニ原告ノ権利ヲ傷害シタリト主張スルモノナレハ明治二十三年法律第百六号ニ該当スル」（傍点を省略して引用）として、先行する許可処分とは別に、本件係争工事そのものに着目して処分性を認め、その適法違法を争う余地を認めた。

ただし他方で、原告において、本件係争工事が違法であることを理由づけるために、先行する許可処分の違法を主張しえないとも言う<sup>(32)</sup>。また、この《違法性の承継》否定を前提とした上で、本件係争工事の当否を審査するに当たっては、同工事が不破郡長の許可処分に反しているか否かという観点によらねばならないと指摘する。その上で、本件係争工事に関しては、原告の取払い請求を裏付けるに足る許可処分違反（違法）は認められないなどの理由から、原告の請求を棄却した<sup>(33)</sup>。

以上本判決では、先行する不破郡長の許可処分（行政行為）とは独立して、「除桁ノ古形修繕及腹付工事」という「事実行為」に関して、“行政行為に類する意思表示の要素を見出しながら”、その処分性を認めたのである。

#### （４）行政裁大正13年〔1924年〕判決

行政裁判所判決、大正13年〔1924年〕3月6日第二部宣告（行政裁判所判決録第35輯〔大正13年〕97頁）

原告は、山梨県北巨摩郡神山村の村長が、同村役場を建築するための敷地（村有地）と、原告所有地との境界を、南北にわたって流れる公用水路（以下「本件水路」）につき、その三分の二を埋設することなどによって、原告所有地の灌漑及び排水が妨害された旨を主張する。

本件水路は、村の営造物であるとともに、河川法（明治29年4月法律第71号）5条<sup>(34)</sup>の適用を受けるので、これを埋設し、私権の目的とすることはできない。それにもかかわらず、村長による「公用水路廃止ノ違法処分」によって、原告の権利が侵害されたとして、北巨摩郡長に取消しの訴願を申し立てたので



ある。

郡長は、村長の前記行為は行政処分に当たらないとして、却下裁決を下した（訴訟法9条1項）。原告は、被告山梨県知事にも訴願したが、同様の理由から却下裁決が下された。そこで原告は、両却下裁決の取り消しとともに、村長の「公用水路廃止開墾処分」の取り消しなどを求め、行政裁判所に提訴した。

行政裁判所は、そもそも村長が本件水路を埋め立てた事実について、原告が何ら立証をしていないと指摘する。また原告が提起し、現在係属中の別件損害賠償事件における証人の陳述において、本件水路の幅が以前と同じくらいだと思ふ旨の証言があることをも考慮するならば、上記埋め立て事実はないものと認めるのが相当という。よって原告主張の権利侵害が生じていると言えないとして、請求を棄却した。

本判決は、事実認定でもって、本案請求の帰趨に関し決着がついた事例である。もっともその前提として、「公用水路廃止開墾処分」なる公共工事（水路埋立工事）施行（事実行為）に処分性が肯定され、行政裁判所の管轄と認められたことが注目される<sup>(35)</sup>。

#### （5）行政裁大正15年〔1926年〕判決

行政裁判所判決、大正15年〔1926年〕11月3日第二部宣告（行政裁判所判決録第37輯〔大正15年〕1261頁）

原告は、栃木県安蘇郡植野村において、菊沢川からの流水を引いた用水路を私設し、水車業を営んでいた。被告内務大臣は、「渡良瀬川改修工事」<sup>(36)</sup>の付帯事業として、渡良瀬川付近を流れる菊沢川の付け替えを行うため<sup>(37)</sup>、菊沢川のある地点において遮断閉塞した<sup>(38)</sup>。その結果、原告の利用する流水が止まることになり、原告として水車業を辞めざるを得ない事態に立ち至った<sup>(39)</sup>。原告は、今回の水利権<sup>(40)</sup>喪失につき、本件区域が改修区域外との理由から、損失補償を受けられていない。原告は被告に対し、遮断閉塞した菊沢川の流水を暗渠又は樋管<sup>(41)</sup>でもって、原告の水車用水権<sup>(42)</sup>を侵害しない程度に開通させることなどを求め<sup>(43)</sup>、河川法60条<sup>(44)</sup>に基づき行政訴訟を提起した<sup>(45)</sup>。

河川法60条では、河川法令に規定した事項に関し、「行政庁ノ違法処分」により権利を毀損されたとする者は、行政訴訟を提起することができることなどが定められていた。同条は「特別法に依る行政訴訟事項」を意味する<sup>(46)</sup>。

原告は、被告の「違法ナル事実上ノ行為」が、すなわち「違法ノ行政処分」にほかならないと主張。これに対し被告は、本件工事が渡良瀬川改修の設計に基づく事実上の行為であって、河川法60条所定の行政処分ではないから、行政訴訟の目的となしえないなどと反論した<sup>(47)</sup>。

行政裁判所は、「同条【河川法第60条：高木注】ニ所謂行政処分中ニハ独り意思表示トシテノ行政処分ノミナラス本件工事ノ如キ事実上ノ行政行為ヲモ包含セシムルノ法意ナリト解スルヲ相当トス」（原文中の傍点は割愛して引用）として、被告の主張を退けた。

もともと行政裁判所は、原告の訴えを適法としながらも、原告がもともと本件水利権を訴外第三者から譲り受けるに当たって、栃木県河川取締規則（明治37年〔1904年〕9月公布栃木県令）<sup>(48)</sup>5条——「本則ニ依リ与ヘタル許可ニ因リテ生スル権利義務ハ許可ヲ受クルニ非ラサレハ之ヲ他人ニ移スコトヲ得ス」——に基づく「許可」を受けていなかった経緯を踏まえ<sup>(49)</sup>、原告はいまだ有効な水利権を取得していないと判示する<sup>(50)</sup>。けっきょく、被告の「行政処分」（本件工事）により《権利（水利権）を毀損された》旨の主張を前提とする、原告の請求には理由がないとして、請求棄却の判決となった<sup>(51)</sup>。

先に紹介した行政裁大正6年〔1917年〕判決は、「事実行為」の中に「行政行為」に相応する意思表示の要素を見出して「行政処分」とする解釈を採用した。これに対し本判決、行政裁大正15年〔1926年〕判決は、こうした《意思表示の擬制》を介在させることなく、むしろ、「行政処分」のなかには、意思表示を要素とする法律行為（行政行為）のみならず、公共工事施行のような事実上の行為も含まれるとの解釈を採用する<sup>(52)</sup>。いわば行政裁大正15年〔1926年〕判決は、事実行為をありのまま事実行為として理解し、処分性を認めるのである。

## (6) 美濃部説による受け止め

以上の判例動向に関して、美濃部達吉氏は、どのように受け止めたのか、以下同氏の各時期の教科書等の記述を手掛かりに検討していこう。

### ①美濃部達吉『類集評論 行政法判例』(有斐閣、1925年)【美濃部1925年文献】 775頁以下

本書によると、行政訴訟の対象となる処分は、必ずしも民法で言うところの「法律行為」に対応する「行政処分」——「意思表示又は少なくとも意思表示に準ずべき精神表現を主たる構成要素とし、それに依つて法律的效果を発生するもの」——に限られないという。むしろ、これに当てはまらない「事実的行為」に関しても「条理上行政訴訟の提起を許すを当然とすべき」場合があるとして、その例として「水利土木に関する事件」を挙げる。

その上で、「若し法律に所謂『処分』の意義を厳格に解して学問上の意義に於ての行政処分のみを意味するものとすれば、此等の事件は法律の保護を受けることが出来ないこととなり、往々不条理の結果を生ずることを免れぬ。」と指摘する。

さらに美濃部氏は、行政裁大正6年〔1917年〕判決を挙げ、「評論」する。まず、同判決が工事施行につき、「意思表示の観念」を介して(学問上の意義における)行政処分と認めたならば、これは「頗る牽強附会の弁」と批判する。理由としていわく。

そもそも「意思表示の観念」は、相手方に向かって意思を發表し、その意思の内容に基づいてその相手方との間で法律的效果を発生するものでなければならぬ。たとえ、意思の決定があり、かつ、その決定された意思が發表されたとしても、ただその意思を事実上に施行するだけで、相手方もなく、よって相手方との間に法律的效果が発生しないものならば、意思表示とは言えない。したがってこの場合、意思表示の観念を要素とする、学問上の意義における行政処分とも言えない。

以上の議論を踏まえれば、「工事の施行それ自身」は「行政処分」と言い得

ないことになる。けれども他方で、美濃部氏は、「現行法の精神として法律は果して行政処分に対してのみ行政訴訟を許し、事実上の行為に対しては全然之を許さないものと解すべきや否や」と問題提起をする。この点、法律規定上甚だ不明瞭であると断りながらも、行政裁大正6年〔1917年〕判決の、公共工事施行の処分性を肯定するその《結論》について支持をする。この結論を支える理由につき、少し長くなるが引用しよう。

「文字の上から見れば、行政処分に対してのみ訴願及び行政訴訟を許して居るやうに解せられるけれども、法律に所謂『処分』といふ語は甚だ曖昧に使用せられて居つて、必ずしも其の文字のみに依つて、解釈することは出来ず、条理に依つて文字の不備を補ふの必要が有る。而して条理から言へば、公共の使用に供せられて居る公物殊に河川道路等に付いての公共の工事が違法に行はれた場合に於て其の取払及び原状回復を求むる訴は其の性質上民事事件たるよりは行政事件たることを当然とし、且つ之に対しては裁判上の保護を与ふべき必要の有ることは疑を容れぬ所であるから、裁判所が此の種類の工事に対しても、行政訴訟を起し得ることを認めたのは、至当といふべきであらう。唯それは決して工事の施行が一の行政処分であるが為ではなく、寧ろ法律に所謂『処分』は行政処分の外事実上の行為をも含むものと解するのが条理に適するが為に外ならぬ。」

以上、美濃部1925年文献は、公共工事施行という事実行為につき、行政行為としての要素——「意思表示の観念」——が介在しているとして、《意思表示の擬制》に依拠して処分性を認めることを明確に拒否する<sup>(53)</sup>。むしろ、そうした事実行為をありのまま「事実行為」として認識しながらも、そうした事実行為に処分性を認めないことにより、「現行法の精神」からして「不条理」な帰結が生じることを手掛かりとして、処分性を認める結論を導き出すのである。

そして、行政裁大正15年〔1926年〕判決は、この美濃部1925年文献からどの程度影響を受けたのか不明ではあるものの、少なくとも表面上は、同文献と部分的に類似した、あるいは、同文献と親和的な論理構成——事実行為を事実行為としてありのまま理解して処分性を肯定——を採用したのである。

②美濃部達吉『行政裁判法』（千倉書房、1929年）【美濃部1929年文献】142頁

以下

本書でも、「行政庁の処分」に、道路河川など公共用の公物に関する工事施行のような「事実上の作用」が含まれるか否かに関して、「単に法律の文字からは之を断定し難い。」とする一方、この問題については「其の文字上の意義に依るよりは、社会的利益及社会的正義の要求に照して、如何に解するのが最も適当であるかに依つて、決せられねばならぬ。」と指摘する。

そして、この問題が特に争われる、「国又は公共団体が自ら水利土木に関する工事を施行する作用」であって、その作用により人民の権利を毀損することが争われた事件として、本稿先に紹介した行政裁三判決（大正6年、13年、15年）を挙げ、いずれも適法な行政訴訟として受理されたことを紹介する。また、同じく本稿先に紹介した大審院二判決（大正5年、6年）を引き合いに出し、「私経済的性質の作用」とは異なることを理由に、そうした事件が民事訴訟の目的として不相当で、司法裁判所の管轄に属せしめないことについても紹介する。その上でこの司法裁判所の見解について「正当」と評価する。

しかし他方で美濃部氏は、「若し工事の施行に依り私人の権利を毀損することが有れば、何等かの方法を以て、権利者をして其の救済を得せしむる必要が有る。而してそれが民事訴訟の目的となり得ないものとするれば、行政裁判所に於いて之を審理し得るものでなければならぬ。」として、行政裁判所の判例が、「行政庁の意思表示」のみならず、「公共的の工事の施行」をも「行政庁ノ違法処分」（行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件）に含めることを、「正当の解釈」と評価する。

先的美濃部1925年文献が「条理」や「現行法の精神」に依拠していたのに対し、この美濃部1929年文献では、「社会的利益及社会的正義の要求」に依拠している。また美濃部1929年文献は、大審院の判例法理をも踏まえ、公共工事施行に処分性を認め、行政裁判所で争う機会を与えないと、公共工事施行によって権利侵害を受けた市民の救済の途がなくなる事態を想定した上で、処分性肯定を正当化している。美濃部1925年文献が指摘した「不条理」の内実について

て、二元的裁判所制度の下での判例展開を具体的に踏まえた上で、説明の充実を図っているものと言えよう。

③美濃部達吉『評釈 公法判例大系上巻』（有斐閣、1933年）【美濃部1933年文献】604頁以下及び615頁以下

本書でも、「許可を要せずして行政庁が自ら工事を施行する場合」、「行政処分」が介在しないので「行政訴訟の目的」となるものがないこと、また司法裁判所はこうした紛争を民事事件として受け付けないことを踏まえ、「結局何処にも救済を求むる途が無いといふことにならねばならぬのであつて、それは如何にも不合理であり、此の不合理を避くる為には、法律の所謂『処分』といふ語を厳格な意味に解せず、此の如き公共的な営造物を築造する為にする事実上の作用をも包含する意味に解せねばならぬ。」と主張する。

その上で、本稿先に紹介した行政裁三判決（大正6年、13年、15年）に関して、「単に法律の条文上から謂ふと、此等の判例が果して正当であるや否やは、疑を容るべき余地がある。」との見方を示しつつも、次のように論ずる。

「それは寧ろ拡張解釈と見るべきもので、厳格に法律の文字には適合しないものであるが、唯条理から見て、直接に公共の用に供する営造物（随つて国家自身の公用の為にする建築工事の類を含まない）の施設に付いては、司法裁判所をして其の適法なりや否やを審査判断せしむるのは不適當であり、而もそれに依り違法に人民の権利を毀損した場合に、何等の救済手段を有せしめないのは一層不条理であるから、法律の所謂『処分』といふ中には此の如き公共工事の施行をも含む意味に拡張して解釈すべきであるといふに依つてのみ説明し得べきものである。」

また美濃部氏は、行政裁大正6年〔1917年〕判決にみられるように、「工事を為すべき意思の決定が有り、工事の施行に依つて其の意思を表示したのであるから、行政処分が有つたものであるといふような説明は、明に牽強附会で、工事の施行が意思表示でないことは言ふまでもない。」と批判する。事実行為につき〈意思表示の擬制〉を手掛かりとして処分性を肯定する論法を明確に退

ける。

かくして、美濃部1933年文献は、公共工事施行について、〈意思表示の擬制〉を介在させるのではなく、むしろ、そのありのままの事実行為として認識して処分性を肯定すること（美濃部1925年文献の展開）、またその際には、公共工事施行に処分性を認めないことによる裁判管轄上の「不合理」な帰結を論拠とすることを明らかにしている（美濃部1929年文献の展開）。その上で美濃部1933年文献では、こうした解釈につき、「条理」に立脚した「拡張解釈」であると、解釈方法論上明確に位置付けた上で、正当化するわけである。

#### ④小括

以上、（少なくとも）三文献を通じて確立した美濃部説の論理構成について、まとめよう。

（あ）形式的に文言解釈すれば、「行政庁ノ違法処分」（行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件）には、「法律行為」である「行政行為（行政処分）」のみが含まれ、公共工事施行といった「事実行為」は含まれない。よって行政裁判所の管轄する《行政事件》ではない。

（い）他方で、こうした事実行為をめぐる紛争につき、大審院（司法裁判所）は、《民事事件》として管轄しない旨の判例法理を確立させている。もっともこれはこれで納得がいく。

（う）しかしそうすると、違法な公共工事施行により権利侵害を受けた市民は、行政裁判所によっても、司法裁判所によっても、権利救済を受けられない結果となる。これは「社会的正義」の観点から「不合理」な帰結である。

（え）ゆえに、一種の「条理」に基づく「拡張解釈」にはなるが、「行政庁ノ違法処分」のなかには、行政庁が自ら行なう公共工事施行といった「事実行為」を含める解釈を採用し、そうすることで、こうした事実行為をめぐる争いにつき行政裁判所の管轄とすべきである。

以上の論理構成は、美濃部氏のその後の著作においても踏襲されていく<sup>(54)</sup>。

### (7) 若干の検討

公共工事施行の処分性を認める行政裁判所の判例につき、大審院であれ、行政裁判所であれ、判例そのものの立場は、公共工事施行が「行政処分」に当たるとする《結論》においては明確であった。しかし、なぜそうした法律行為ではない事実行為につき「行政処分」と認められることになるのかについては、公共工事施行につき意思表示を擬制し行政処分扱いする（行政裁大正6年〔1917年〕判決）、あるいは、行政処分には意思表示を要素とする法律行為と事実行為が含まれるとアプリオリに定義する（行政裁大正15年〔1926年〕判決）以上に、十分検討されていなかった。

美濃部説は、結論として、行政裁大正6年〔1917年〕判決のアプローチを明確に排斥し、行政裁大正15年〔1926年〕判決のアプローチを土台に、議論を緻密化していく。すなわち、「現行法の精神」や「社会的利益及び社会的正義の要求」に照らして、かつ、事実行為をありのまま事実行為として、処分性を認める「拡張解釈」を提唱するのである。

それとともに、公共工事施行の処分性が認められなかった場合を《思考実験》した上で、その結果、市民が権利を侵害されても、行政裁判所によっても司法裁判所によっても権利救済を受けられない、「不合理」な事態が導かれることをも論拠として、その「条理」に基づく拡張解釈の正当化を論じていた。

前者の、事実行為をありのまま事実行為として受け止めて処分性を認めていこうとする解釈手法は、戦後の「事実行為の処分性」を認める学説へと<sup>(55)</sup>、さらに見方によっては、戦後の「形式的行政処分」論へと受け継がれていくことになる<sup>(56)</sup>。

後者の、処分性を認めないと「不合理」な事態が導かれることを手掛かりとする解釈手法については、従来から、筆者において《ある種の思考実験に基づく背理法的論法》であるとの理解を提示してきた<sup>(57)</sup>。またこの論法については、近年の処分性拡大判例においても見出されうる<sup>(58)</sup>。

例えば、平成20年〔2008年〕最判では、土地区画整理事業計画決定に処分性が認められないと、事情判決（行訴法31条）が適用され、原告に対して泣き寝



入りを強いることになり、ひいては実効的な権利救済とならない旨が論じられていた。また、平成21年〔2009年〕最判でも、保育所廃止条例制定行為に処分性を認めないと、取消判決の第三者効（行訴法32条）が適用されず、被告において後腐れを残すことになり、ひいては実効的な紛争解決にならない旨が論じられていた<sup>(59)</sup>。

二元的裁判所制度のもとでの美濃部説では、処分性を認めないと、原告が司法裁判所と行政裁判所とのあいだの、裁判管轄の谷間に落ち込んで、救済を受けられなくなってしまうことが問題とされた。これに対して、一元裁判所制度のもとでの上掲二つの処分性拡大判例では、処分性を認めないと、行訴法における判決の制度（事情判決・判決の第三者効）との関連で、実効的な権利救済・紛争解決とならないことが問題とされている。こうした、「処分性」問題の前提となる、《制度のおおもと》に由来する議論の相違はあるとはいえ、戦前戦後において、解釈手法面での共通性は否定できないように思われる。

なお、若干の補足説明をする。平成21年〔2009年〕最判の調査官解説では、同最判は、平成20年〔2008年〕最判が示した「実効的な権利救済」の視点を、土地利用計画以外の場面でも用いることの可能性を示唆したものと論評している<sup>(60)</sup>。もっとも、この論評に引き付けて言うなら、両最判の「実効性」に対する視点は同じであるとしても、《権利救済》と《紛争解決》とでは、異なった要請がはたらいているのではないかというのが、筆者（高木）において、従来から論じてきたところである<sup>(61)</sup>。

また、このように両最判の要請の差異を分析することを通じて、行政訴訟の制度や解釈に関しては、「実効的な権利救済」というこれまで広く指摘されてきた要請ないし理念のほかにも、別途、「実効的な紛争解決」という要請ないし理念から論じていく必要性が導き出されるのではないか、という問題意識を持っている。

以上のことから、筆者（高木）は、両最判について、「処分性」という一つの論点にとどまらない、むしろ、行政訴訟制度全般に関する解釈論や立法論のあり方をめぐる広い理論的な射程を持っているものと考えている<sup>(62)</sup>。

### 3. 規範定立行為の処分性

#### (1) 「公娼」制度——娼妓と貸座敷をめぐる

規範定立行為の処分性をめぐる、行政裁判所の判例を二つ見よう。いずれも「公娼」制度に関わる事例である。同制度は、戦前の「行政警察」<sup>(63)</sup>の中でも「風俗警察」<sup>(64)</sup>分野に属する<sup>(65)</sup>。同制度をめぐるのは、戦前戦後を通じ様々な議論が展開してきている<sup>(66)</sup>。以下本稿の考察に必要な範囲内で、同制度の概要を紹介する<sup>(67)</sup>。

「貸座敷」とは、「娼妓稼業の為に房室を供給する営業にして一定の免許地以外には許可せられないもの」<sup>(68)</sup>である。「娼妓」とは、「娼妓取締規則」（内務省令第44号明治33年〔1900年〕10月2日：官報5177号）3条に基づき<sup>(69)</sup>、「登録を受け貸座敷内で売淫を業として行ふ女子」<sup>(70)</sup>をいう。娼妓は、「娼妓名簿の登録に依り稼業を為すことを得る特殊の業態」<sup>(71)</sup>であり、営業ではなく稼業と呼ばれた（同規則2条）<sup>(72)</sup>。登録を受けず売淫を行うことは「密売淫」（私娼）とされ<sup>(73)</sup>、刑罰をもって禁じられた（同2条、警察犯処罰令（内務省令第16号明治41年〔1908年〕9月29日：官報7579号）1条2号。30日以下の拘留）<sup>(74)</sup>。

娼妓の取締りは、内務省令である「娼妓取締規則」を通じ<sup>(75)</sup>、貸座敷事業者の取締りは、地方命令<sup>(76)</sup>である各地の「貸座敷取締規則」などを通じ行われた<sup>(77)</sup>。娼妓は売淫を通じて利益を得る、貸座敷営業者はそうした娼妓に場所を提供することを通じて利益を得る。形式的に解すれば、相互独立の《営業》主体である。しかし娼妓（遊女）は、親族の「前借金」を返済する必要から<sup>(78)</sup>、貸座敷営業（遊女屋）に隷属し、その指揮監督下で働くのが実情だった<sup>(79)</sup>。

娼妓取締規則8条では、「娼妓稼ハ官庁ノ許可シタル貸座敷内ニ非サレハ之ヲ為スコトヲ得ス」と規定されていた。登録を受けた娼妓であっても、貸座敷外で売淫を行うと刑罰が科される（娼妓取締規則13条3号、25円以下の罰金又は25日以下の重禁錮）。貸座敷営業そのものも、各地の貸座敷取締規則に基づき、一定の免許地に限定された。これにあわせ、娼妓の居住地も、この免許地に限定された（娼妓取締規則7条）<sup>(80)</sup>。江戸時代の遊郭<sup>(81)</sup>にさかのぼる「集娼」方式

である<sup>(82)</sup>。

貸座敷免許地の設置基準は、「貸座敷免許地ノ新設移転拡張ニ関スル件標準内規」（秘甲第123号内務省警保局長通牒明治33年〔1900年〕4月26日）<sup>(83)</sup>で定められていた<sup>(84)</sup>。地方長官において、貸座敷免許地を新設移転又は拡張しようとする場合、内務大臣に上申し、その認可を受ける必要があった（「貸座敷免許地据置ノ件」内務省訓令第32号明治32年〔1899年〕10月5日）<sup>(85)</sup><sup>(86)</sup>。

貸座敷免許地をめぐることは、地域経済の活性化の観点から期待が寄せられる一方、地域の風紀維持の観点から敬遠されるなど、様々な背景要因が複雑に絡まり合っており、地域に紛争ないし軋轢を生じさせる例が少なくなかった<sup>(87)</sup>。以下紹介する二つの判例は、いずれも特定地域を貸座敷免許地から除外する「県令」に関わって、貸座敷事業者が争った事例である<sup>(88)</sup>。

## （2）行政裁判明治42年〔1909年〕判決

行政裁判所判決、明治42年〔1909年〕2月22日第三部宣告（行政裁判所判決録第20輯〔明治42年〕363頁）

明治34年〔1901年〕3月8日公布三重県令第20号（三重県公報1331号）<sup>(89)</sup>では、「貸座敷取締規則」（明治33年〔1900年〕10月20日公布三重県令第54号）1条——「貸座敷免許区域ハ別ニ之ヲ定ム」——に基づき、貸座敷免許区域を定めていた<sup>(90)</sup>。

しかしその後、明治41年〔1908年〕4月28日公布三重県令第38号（三重県公報2056号）が出される。上記貸座敷免許区域中、免許地籍「大字津字贅崎町乙部字湊脇」を削除する、ただし、この削除地籍内で現に貸座敷営業をしている者は、明治43年〔1910年〕6月30日までその営業継続を認めるなどの内容であった。三重県令第38号が公布された経緯に関しては、行政裁判所判決録における事実の記載の中では、全くと言ってよいほど触れられていない。

また、戦前の行政法関連の教科書・参考書の類も含め、この判例の事実関係や背景につき言及している文献は、管見の限りでは見当たらなかった<sup>(91)</sup>。もっとも、梅原三千・西田重嗣『津市史第4巻』（津市役所、1965年）113頁以下に

において、本判決の背景となった「贅崎遊郭の廃止」の経緯が、簡潔ではあるものの、紹介されている（ただし明治42年〔1909年〕行政裁判決に関する言及はない）。

これによると、海に接し、風光明媚な贅崎は、江戸時代から遊郭として繁栄してきたが、明治30年〔1897年〕頃から衰え始めた。贅崎遊郭の顧客の一部をなす和船船頭の収入が、汽船の発達に伴い減じたことが影響したとされる。贅崎遊郭は、明治37年〔1904年〕の日露戦争勃発に伴い、数多く生じた傷病兵のための療養施設として、その建物が一時転用された（彙報「転地療養所開設」（陸軍省）明治38年〔1905年〕5月1日：官報6547号）。第三師団（名古屋師団）<sup>(92)</sup>からの申込みを承諾した結果で<sup>(93)</sup>、転用中、贅崎遊郭の娼妓は、近隣地域の遊郭（藤枝遊郭<sup>(94)</sup>）へと移動した。一年も経たずにこの転用も終わり、療養施設から元の遊郭へと戻ったが<sup>(95)</sup>、贅崎遊郭の衰退は止まらなかった。

他方で、明治40年〔1907年〕に「横須賀砲術練習学校」<sup>(96)</sup>の練習艦扶桑が、月一回程度の頻度で贅崎に寄港し、その付近海上で「艦砲射撃」の実習をすることとなった<sup>(97)</sup>。三重県は津市に対し、贅崎遊郭が軍紀上大きな障害になるのではないかと懸念を挙げるとともに、海路の玄関口たる贅崎港に遊郭があるのは、津市の体面からもよくないとして、贅崎遊郭の廃止の意向を示した。津市もこれを受け入れ、贅崎遊郭は廃止された。贅崎は海軍の上陸休養地として提供された。贅崎沖合は「海軍砲術学校」<sup>(98)</sup>の艦砲射撃場に指定され、大正6年〔1917年〕まで、ほぼ連日砲声が鳴り響く状況だったという<sup>(99)</sup>。

さて、本件の訴訟の原告らは、廃止対象となった地域において貸座敷営業をしてきた者である。三重県令第38号により、明治43年〔1910年〕6月30日以降営業ができなくなることから、同県令は表面的にみれば県令だが、実質的には原告らに対する営業免許の取消処分にはかならないとして、「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」第3号事件——「営業免許ノ拒否又ハ取消ニ関スル事件」——に該当すると主張。その上で、三重県令第38号中の削除部分を取り消すことなどの判決を求めた。

これに対し被告三重県知事は、三重県令第38号は、地方官官制7条<sup>(100)</sup>及び

行政執行法3条2項<sup>(101)</sup>に基づき相当の手續を経て出された【命令（県令）】であって、【行政処分】ではないと抗弁する。それとともに、同県令は原告の権利を害するものでもないから、請求を棄却すべき旨主張して争った。

行政裁判所は、被告による、原告らには訴権なしとの抗弁に関して、次のように判断した（以下原文中の傍点は割愛して引用）。「該県令ハ原告等ノ貸座敷営業地字贄崎乙部湊脇ヲ貸座敷営業許可区域ヨリ削除スル為メ発セラレタルモノニシテ原告等ハ之ニ由リテ当然右湊脇ニ於テ営業ヲ継続スルコト能ハサルニ至ルカ故ニ該県令ハ原告等ニ対シテハ営業免許ノ取消処分ニ外ナラサルヲ以テ之ヲ違法トシ因テ以テ権利ヲ害セラレタリトスル原告等ハ明治二十三年法律第百六号ノ第三ニ依リ出訴シ得ヘキモノトス」。

このように本判決は、三重県令第38号が原告らに対して営業免許取消処分にはかならないとして、「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」第3号事件に引き付けて、処分性を肯定したのである。

もっとも他方で、本判決は、三重県令第38号という「処分」に関して、「船舶殊ニ軍艦乗込員其ノ他ノ出入要路ニ当ルヲ以テ被告知事ガ風俗及ヒ衛生上該営業ノ存在ヲ有害ト認メ本件県令ヲ発シタルモノニシテ裁判所モ亦之ヲ公益上相当ノ処分ト認ムル」との理由から、原告らの違法主張を退け、請求を棄却した。

### （3）行政裁大正9年〔1920年〕判決

行政裁判所判決、大正9年〔1920年〕2月12日第三部宣告（行政裁判所判決録第31輯〔大正9年〕92頁）

本件の紛争の背景に関しても、行政裁判所判決録の事実の記載の中では詳らかでない。また、行政法関連の教科書・参考書の類においても、（管見の限りでは）同様の状況である。もっとも関係文献をひも解いてみると、この裁判の発端として、当時の《愛知県政》において大きな問題となった、「旭遊郭」移転問題があったことが窺われる。以下、専ら、愛知県警察史編集委員会編『愛知県警察史 第2巻』（愛知県警察本部、1973年）297頁以下に基づいて、同問題

を紹介しよう<sup>(102)</sup>。

明治33年〔1900年〕11月21日公布愛知県令第88号（愛知県公報号外799号）の貸座敷取締規則1条は、貸座敷営業が可能な地域として、名古屋市内8町（常盤、吾妻、若松、花園、富岡、音羽、城代、東角の各町）——これら8町から構成されるのが「旭遊郭」とされる<sup>(103)</sup>——のほか、熱田町、岡崎町、豊橋町の3町それぞれの地域（大字）を指定していた<sup>(104)</sup>。名古屋市大須の旭遊郭は、同市街中央に位置し<sup>(105)</sup>、風紀上好ましくないとの観点から、愛知県会でもたびたび移転問題が論じられてきた<sup>(106)</sup>。

こうした世論を受け、明治45年（大正元年、1912年）7月、愛知県知事 X は、同月22日公布愛知県令第78号（愛知県公報号外1569号）をもって貸座敷取締規則を改正し、名古屋市内の貸座敷営業指定地域を、同市南区「稲永新田」の1か所とするなどとした<sup>(107)</sup>。この結果、旭遊郭は稲永新田に移転されることとなった。しかし、稲永新田が名古屋市街からあまりにも遠い（名古屋港近くにある）ことから<sup>(108)</sup>、名古屋市会や軍隊方面からも含め、反対の声が強かった<sup>(109)</sup>。

旭遊郭移転をめぐる賛否両論の対立が深刻化する一方、今回の移転に絡み、Xを含む関係者に贈収賄罪などの嫌疑が浮上する。すなわち X は、稲永新田の所有者（前貴族院議員）からの請託を受け、稲永新田を移転先に指定し、そうすることを通じて同所有者の利益を図る一方、その報酬として、同所有者から稲永新田に隣接する土地を格安で譲り受ける旨の約束をしたのではないかなどの疑いである。

こうした「疑獄」を受け<sup>(110)</sup>、X は明治45年（大正元年、1912年）末に愛知県知事を退職。その後、X を含む政財界要人5名——前名古屋市長、前貴族院議員、衆議院議員、前愛知県知事、土地株式会社取締役——が起訴される<sup>(111)</sup>。一審判決では全員有罪。しかし大正3年〔1914年〕6月の二審判決では、証拠不十分という理由から全員無罪となった。

この刑事裁判決着後も、名古屋市会からも含め、世間では、愛知県令第78号の改廃を求める声が強かった<sup>(112)</sup>。そこで、ときの愛知県知事 Y<sup>(113)</sup> は、「旭遊

郭」移転問題の收拾策として、大正3年〔1914年〕6月、同月17日公布愛知県令第50号(愛知県公報号外60号)を出した。この県令を通じて、旭遊郭移転を「当分」のあいだ延期する代わりに、風俗上の取締りとして、従来の「張見世」を禁じ、また遊郭への出入口を制限する大門4か所を設けた。

その後、Yは、大正8年〔1919年〕4月、同月18日公布愛知県令第35号(愛知県公報号外14号)を通じて、旭遊郭を「稲永新田」ではなく、より市街地に近い「愛知郡中村」へと移転する<sup>(114)</sup>、またあわせて、岡崎市内二町(伝馬町・板屋町)に所在する遊郭<sup>(115)</sup>についても、同市中町へと移転する趣旨の、県令を出すこととなった(ただし現に対象地域で営業している貸座敷営業者は、大正11年〔1922年〕4月30日までその地での貸座敷営業継続可とする経過規定もある)<sup>(116)</sup>。

岡崎市の遊郭のほうの移転理由であるが、愛知県の偉人(徳川家康)の生誕地を公園として整備し、偉人顕彰の精神教育に寄与せしめようとするにあたって<sup>(117)</sup>、その公園近くに遊郭があるのは風紀上望ましくないとのことにあった。

しかしながら、岡崎市の遊郭にとって、この移転の話は「寝耳に水」だったようで、同遊郭関係者は、岡崎市・愛知県・内務省それぞれに対し、突然の移転は困難である、移転先の中町の地価も高いなどの反対陳情をした。また、関係者のうち一名(板屋町の貸座敷事業者)が原告となって、東京の弁護士(であって憲政会所属の著名な衆議院議員)に依頼して、提訴時の愛知県知事Zを被告として、行政訴訟を提起した。

裁判では、本案前の争点として、①愛知県令第35号の処分性の有無が争われるとともに、本案の争点として、②愛知県令第35号発令に伴う手続違法の有無が争点となった。②に関して、参考までに補足説明する。

原告貸座敷事業者が主張するに、愛知県令第35号は、愛知県知事Y名義で、大正8年〔1919年〕4月「18日付け」で発表されたが、実際のところは同「19日」に公布された。しかるにYは、同18日付けですでに愛知県知事を退職している(警察講習所長兼内務監察官への転任のため。戦前は官選知事制であったことに留意)。

それゆえ、愛知県知事としてすでに退職した状況にあるYが、同「19日」

に、愛知県知事のの名のもと、(適法な公布権限に基づかず)愛知県令第35号の「公布」をしたのではないか。これは、県知事が県令を公布すべき旨を定める勅令——明治26年〔1893年〕勅令第199号(官報3103号)1条、2条——などに照らし違法だから、愛知県令第35号は取り消されるべきと主張するのである。

これに対し被告Zは、①の論点について、愛知県令第35号は、対象となった地域での貸座敷営業を不可とするにとどまるのであって、指定された他の地域内であれば、貸座敷営業所変更手続(愛知県貸座敷取締規則2条1項但書)をすることのみにより、その営業を継続することが可能であると反論する。いわば、原告ら対象事業者は、単に一定の地域における営業上の制限を受けるにとどまり、その営業免許を取り消されたというものではない。本件訴えのごときは、法令中に行政訴訟の提起を認める規定がない以上、不適法であって、却下されるべき(行政裁判法27条)との抗弁である(①の論点)。

また②の論点に関する被告Zの反論は次の通り。仮に本件訴えが適法であったとしても、愛知県令第35号は、大正8年〔1919年〕4月18日に、愛知県知事任職中のYによって法令に基づき制定され、また法令に則って同18日に愛知県公報に登載され、これをもって公布されたものである。よって、愛知県令第35号は適法に公布されたと言え、原告の請求は棄却されるべきである。

行政裁判所は、①の論点について原告の主張を認めるとともに、②の論点についても原告の請求を認めることとなった<sup>(118)</sup>。ここでは、本稿の考察目的に即して、①の論点に関する判決理由のみをみよう(傍点省略して引用)<sup>(119)</sup>。

「本件ニ於テ愛知県知事ハ大正八年愛知県令第三十五号ヲ制定公布シ明治三十三年愛知県令第八十八号貸座敷取締規則ヲ改正スルコトニ因リテ従前ノ貸座敷営業許可地域ヨリ岡崎市板屋町ヲ除キ同町ニ於テハ大正十一年四月三十日ヨリ後ハ貸座敷営業ヲ為スコト能ハサルコトト定メタルモノニシテ同町ニ於テ営業スル原告ニ対シテハ右県令第三十五号ヲ以テ大正十一年四月三十日ヨリ後ノ原告ノ同町ニ於ケル営業ニ付免許取消処分ヲ為シタルモノニ外ナラス従テ原告ハ明治二十三年法律第六号第三ニ依リ当裁判所ニ出訴スルコトヲ得ルモノトス」。



このように本判決は、《愛知県令第35号が出されても、原告は他の指定区域で貸座敷営業ができるから、原告に対して営業免許取消処分には当たらない》との被告の抗弁を退け、むしろ対象地域での貸座敷営業を不可ならしめる限りにおいて原告に対して営業免許取消処分に当たるとして、処分性を肯定したのである<sup>(120)</sup>。

#### (4) 美濃部説の展開

以上、行政裁判治42年〔1909年〕、大正9年〔1920年〕の両行政裁判決をみてきた。ひるがえって、「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」では、「営業免許ノ拒否又ハ取消ニ関スル事件」(第3号事件)を、行政裁判所が管轄しうる行政事件としていた。両判決とも、県令を通じた、貸座敷取締規則改正行為(営業免許区域削除)が、原告貸座敷営業者との関係において、営業免許取消処分に相当するというので、上記「第3号事件」該当性に引き付けた解釈を介在させながら、処分性を肯定したのである<sup>(121)</sup>。それでは、こうした行政裁判所の判例法理につき、学説ではどのように受け止めたのか、美濃部説を手掛かりに見ていこう。

#### ①美濃部達吉『日本行政法総論上巻〔初版〕』(有斐閣、1919年)【美濃部1919年文献】549頁以下

本書で美濃部氏は、「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」が列挙する第1～5号までの「行政訴訟事件」のうち、第3号事件についての解説の箇所<sup>・</sup>で、行政裁判治42年〔1909年〕判決<sup>(122)</sup>について、次のように触れている。

すなわち、「免許ノ取消ハ又営業地域ノ制限ノ結果トシテ其ノ地域内ニ於ケル営業免許ガ効力ヲ失ヒタル場合ヲ包含ス、其ノ地域ノ制限ガ形式上命令ヲ以テ定メラレタル場合ニ於テモ亦同ジ」との考えに立脚した上で、行政裁判治42年〔1909年〕判決の内容に関し、「県令ヲ以テ貸座敷営業地ヲ制限シ従来営業ヲ許可セラレ居タル地域ニ於ケル営業ヲ禁止シタルハ免許ノ取消ナリ」と紹介している。

本書では、専ら、行政裁判所の判例法理をなぞって、営業免許取消処分との類似性を手掛かりとして、行政裁判治42年〔1909年〕判決の趣旨を理解しているように見受けられる。

②美濃部達吉『類集評論 行政法判例』（有斐閣、1925年）【美濃部1925年文献】  
714頁以下及び775頁

美濃部1919年文献同様、本書でも美濃部氏は、「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」第3号事件に関する解説の一環として、「命令に依る営業免許地域の制限」という見出しに続く文章の中で、行政裁判治42年〔1909年〕、大正9年〔1920年〕の両判決に言及している。

もっとも、ここでの解説内容を見ると、行政訴訟を提起しうするためには、行政庁の「処分」により違法に権利を毀損されたと主張する者であることが要件であるとして、「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」柱書の内容について論及している。その上で、この「処分」の中に「省令、庁令、府県令の如き命令をも包含するものと解すべきや否やは可なり疑はしい問題」と言及し、行政裁判治42年〔1909年〕、大正9年〔1920年〕の両判決についてこの問題を扱ったものと解説している。

また、行政裁判治42年〔1909年〕、大正9年〔1920年〕の両判決に関する「評論」部分では、一般論として、「命令」の内容について、性質上「立法行為」に属する場合と「行政行為」に属する場合があるとした上で、前者の場合につき、さらに以下二つの場合を分ける必要があるという。

一つは、その「命令が直接には権利を制限し義務を課するの効果を生ぜず、命令に基いて更に行政行為が行はれて始めて現実の効果を生ずる場合」、もう一つは、その「命令に依りて、直接に権利義務を実現するの効果を生じ、之に基いて更に行政行為の行なはるることを要しない場合」である。

これらの下位分類のうち、前者の場合、命令段階ではまだ現実に権利毀損の効果が生じないので、直接に命令に対して行政訴訟を提起し得ず、その命令に基づき行政行為が行われた段階ではじめて訴権が発生するという。

これに対し後者の場合、行政行為が行われることを待たずに、命令によって直接に権利毀損の効果が生じるのだから、命令に対して直接に行政訴訟を提起することを認めねばならないとする。「若し然らずとすれば、此の場合には、行政行為は全然行はれないのであるから、命令が違法であり、随つて権利の毀損あるにも拘らず、全く行政訴訟を起す途が存しないといふ結果を生じ、其の不当なることは明白である。」

以上の一般論を踏まえ、行政裁判明治42年〔1909年〕、大正9年〔1920年〕の両判決につき、「本件に於ける貸座敷許可地域を制限する命令は性質上は立法行為と認むべきもので、之を以て厳格なる意味に於ての『処分』と認むことは出来ぬ。唯此の場合に於ては命令が直接に現実の効果を生じ、其の効果を完成する為に特別の処分あることを要しないのであるから、直接に命令に対して行政訴訟を提起し得べきものと認めねばならぬ」として、判決の「趣旨」を「正当」と評価する。

また本書775頁では、「争訟提起の要件」、具体的には「訴願及行政訴訟の前提としての行政庁の処分」に該当するか否かを解説する箇所、「事実的行為に対して出訴し得るや」といった、先に本稿でも紹介した《公共工事施行の処分性》の論点などと並列して、「命令に対して出訴し得るや」という《規範定立行為の処分性》の論点を提起する。ただしこの箇所では、——本稿すぐ上に紹介したように——同書714頁以下ですでにこの内容について述べたとして、再び述べないとして、一行程度の断り書きのみで解説を終えてしまっている。

以上美濃部1925年文献は、行政裁判明治42年〔1909年〕、行政裁判大正9年〔1920年〕の両判決につき、「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」第3号事件の枠組みで論じる、その記述の【形式面】では、美濃部1919年文献を受け継ぐものではある。もっともその記述の【実質面】では、両判決につき、「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」柱書の枠組みで、すなわち行政行為の概念に照らしあわせて理解しようと試みている。次に紹介する美濃部1929年文献を先取的に踏まえるならば、美濃部1925年文献は、美濃部説が両判決の理解につき、行政裁判所の判例法理から離れていく《移行》段階を示すものと言えよ

う。

③美濃部達吉『行政裁判法』（千倉書房、1929年）【美濃部1929年文献】109頁  
以下及び139頁以下

本書では、行政裁判治42年〔1909年〕、行政裁判大正9年〔1920年〕の両判決につき、もはや、「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」第3号事件の解説箇所では言及されていない。むしろこの問題に関しては、「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」柱書の解説箇所、すなわち府県令（命令）が「行政訴訟の目的」たる「行政庁ノ違法処分」に当たるかという観点から——本稿先にも紹介した《公共工事施行の処分性》などと並んで——議論されている。議論内容も下記に挙げるように、美濃部1925年文献を踏まえたものである。

「命令を以て直接に人民の権利を制限し又は義務を命ずる等具体的の効果を生ずる場合は、形は命令であつても、其の實質に於いては処分であつて、若し人民が之に依つて違法に権利を毀損せられた場合には、其の命令の取消を求むる為に出訴することを得なければならぬ。行政訴訟の目的としての『処分』の觀念の要点とするところは、違法に権利毀損の効果を発生し得べき行政庁の行為たることに在るのであつて、其の形式が命令たると單獨の処分たるにと拘らないのである。」

④小括

以上美濃部説をまとめると、美濃部1919年文献では、行政裁判治42年〔1909年〕判決につき、行政裁判所の判例法理に準拠し、「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」第3号事件に照らして営業免許取消処分に類似するかという、列記事項に即した視点を介在させながら議論していた<sup>(123)</sup>。

しかし美濃部1925年文献では、行政裁判治42年〔1909年〕、大正9年〔1920年〕の両判決をめぐって、形式上は美濃部1919年文献と同様の、「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」第3号事件の解説箇所ながらも、その実質的な解説内容は、「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」柱書の「行政庁ノ違

法処分」に該当するか否か、またその限りでは、行政行為に類似するか否かという観念的な理論構成でもって処分性の有無を論ずることへと変化している。

さらに美濃部1929年文献は、美濃部1925年文献の【実質（解説内容）】を、その【形式（解説箇所）】に合わせるようになる。すなわち、もはや「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」第3号事件の解説箇所のなかでは、行政裁判明治42年〔1909年〕、行政裁判大正9年〔1920年〕の両判決が触れられることなく、むしろ「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」柱書の解説箇所でも両判決が論じられるようになる。

こうして確立した美濃部説、すなわち、行政裁判明治42年〔1909年〕、行政裁判大正9年〔1920年〕の両判決も含め、規範定立行為の処分性について、「行政行為（行政庁の処分）」と同様の、直接具体的な権利義務の変動効果もたらされているか否かという観点から、観念的に構成していく議論は、美濃部氏のその後の著作でも踏襲されていくのである<sup>(124)</sup>。

美濃部氏をして、以上のように解説記述を変遷させた理由に関しては、（管見の限りでは）不明である。あえて筆者（高木）において、憶測をたくましくするならば、規範定立行為につき処分性を認める【二つ目】の判決、行政裁判大正9年〔1920年〕判決の登場が、その大きな原因となったのではないかと思われる。

行政裁判明治42年〔1909年〕判決だけならば、例外的な事例ということで、第3号事件の解釈の延長線上で論じた。しかし、これに行政裁判大正9年〔1920年〕判決が付け加わったことで、美濃部氏において、規範定立行為の処分性につき、より一般的に、かつ、既存の行政行為概念との関連をも踏まえて、思索を深めることとなったのではないだろうか。

## （5）美濃部説の影響

上記筆者（高木）による【あて推量】の当否はさて置き、美濃部説による、行政裁判所の判例法理の《観念的な》再構成について、その影響を見ていこう。例えば、「行政裁判法」（明治23年〔1890年〕10月1日施行。昭和22年〔1947

年〕5月3日廃止）時代の文献である、行政裁判所編『行政裁判所五十年史』（行政裁判所、1941年）<sup>(125)</sup>は、「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」第3号事件に係る解説箇所のみならず、「命令（県令）に依る営業の取消処分に対する訴訟に付ては別項参照。」<sup>(126)</sup>として、脚注内で触れるにとどまる。

これに対し、同書の「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」柱書の「行政庁ノ違法処分」に係る解説箇所<sup>(127)</sup>では、「行政庁の制定する抽象的法規」、すなわち「各省大臣の発する省令、府県知事の発する府県令」のようなものは、「若し其の内容が抽象的法規を定むるに止まり特定人の権利義務を規律するに在るのでなければ訴訟の目的にはならない。」と述べる一方、「行政庁の行為が抽象的規則であるか否かは実質的に審査して判断すべきであるから仮令形式は府県令の如き命令となつて居ても其の實質が具体的処分を意味する場合には訴訟の対象となり得る。」とも述べ、後者の「適例」として、行政裁判明治42年〔1909年〕、行政裁大正9年〔1920年〕の両判決を挙げている<sup>(128)</sup>。

戦後、日本国憲法76条を通じて、行政裁判所という「内閣（行政権）」に属する裁判所組織、さらには、行政訴訟事項に関する列記主義も含む、行政裁判法や「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」が廃止されることとなった。その結果、戦後は、行政事件についても、民事事件や刑事事件同様、「裁判所（司法権）」が管轄することになった<sup>(129)</sup>。それとともに、行政訴訟（取消訴訟等）の対象としうる事項に関しても、《概括主義》が採用されることとなった<sup>(130)</sup>。それでは、こうした変革によって、規範定立行為の処分性に関して、どのような議論の変化が生じていったのだろうか。

例えば、「行政事件訴訟特例法」（昭和23年〔1948年〕7月15日施行。昭和37年10月1日廃止）時代の文献である、田中二郎『行政争訟の法理』（有斐閣、1954年）は、抗告訴訟提起の実質的要件の一つとして、「行政処分が存在すること」を挙げ、この点をめぐる議論の一つとして、「命令条例規則の制定のような立法行為であつても、それが具体的な処分的意味をもつ場合には、この意味での処分の中に含めて理解してよい。」と述べる<sup>(131)</sup>。

また、「命令についても、それが直接に個人の権利を侵害する具体的処分的

な内容をもつものについては、これに対して行政訴訟を提起し得べきものとするのが従来の判例の態度である。」として、二元的裁判所制度並びに行政訴訟事項に関する列記主義の下での判例である、行政裁判治42年〔1909年〕、行政裁大正9年〔1920年〕の両判決を紹介する<sup>(132)</sup>。制度の変革を超えて、美濃部説を受け継ぐ議論と言える<sup>(133)</sup>。

そして、「行政事件訴訟法」（昭和37年〔1962年〕10月1日施行）制定後の裁判例動向についても、「法令自体が抽象的・一般的内容ではなく、具体的な特定の内容を持っている場合には、かかる法令自体の抗告訴訟対象適格性を認めている。」「法令自体は具体的内容を持つわけではないが、その施行によって特定の者ないし一定範囲の者に具体的な効果が生ずるかぎり、判例は処分性を肯定する傾向にある。」との指摘にみられるように<sup>(134)</sup>、美濃部説を踏襲していくものであった<sup>(135)</sup>。

#### （6）行政裁判所の判例法理の「残滓」

戦後、行政裁判所制度が廃止され、一元的裁判所制度になった。それとともに「行政裁判法」や「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」も廃止され、行政訴訟事項についても、列記主義から概括主義へと変更した。それゆえ戦前の判例のように、わざわざ列記事項を引き合いに出して、処分性を肯定しようとする議論は、実定法の解釈論としては、必要性も合理性もなくなった。

他方で戦前の段階で、美濃部説が、営業免許取消処分よりも、「行政行為」概念<sup>(136)</sup>との整合性——行政行為のような直接性や特定性があるか否か——を手掛かりに、規範定立行為の処分性を認める論理構成を確立させていた。「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」第3号事件の枠組みから、「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」柱書の枠組みへ、として本稿において図式的に論じてきたところである。

美濃部説で問題となる、直接性や特定性の要件の有無については、行政裁判所の判例法理の下では、営業免許取消処分に相当するか否かという問題設定の背後に置かれ、正面からは問題とならなかった。そして、戦前の段階ではとも

かく、戦後の裁判所は、美濃部説による観念的な理論構成に基づいて、規範定立行為の処分性の有無を判断してきた。

こうした解釈論の延長線上で、平成21年〔2009年〕最判が、保育所廃止条例制定行為の処分性を認めることとなったのである<sup>(137)</sup>。そして、以上に論じた限りでは、行政裁判所の判例法理、すなわち列記事項（営業免許取消処分）に照らし合わせた解釈手法は、今日、消滅したかのように思える。しかし実のところ、こうした解釈手法の「残滓」もみられるのではないかというのが、筆者の見立てである。

例えば、平成21年〔2009年〕最判では、保育の実施が解除されない限り、保護者の選択した保育所での利用関係が継続するとして、根拠条文（児童福祉法33条の4）を援用しながら、言及している。あくまでも、保育所廃止条例制定行為による法的地位の侵害を導く前提論としての扱いはあるものの、保育実施解除処分という《行政処分》<sup>(138)</sup>に言及していることに留意すべきではないか。

全体的な文脈からしても、原告保護者との関係において、保育実施解除処分によらない限り侵害されない法的地位が、条例制定行為（公立保育所削除）により侵害されているということで、「保育所廃止条例制定行為」と《保育実施解除処分》とが、“間接的かつ默示的”ながら、対比されているようにも読める。これは、原告貸座敷営業者との関係において、「貸座敷取締規則改正行為」（貸座敷営業免許区域削除）と《営業免許取消処分》との“直接的かつ明示的”な対比——「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」の関連で——のもと処分性が認められた、——奇しくも平成21年〔2009年〕最判からさかのぼってちょうど100年前の——行政裁判治42年〔1909年〕判決、さらには行政裁大正9年〔1920年〕判決を想起させる。

とはいえ、平成21年〔2009年〕最判の調査官解説では、あくまでも判決理由の中ではまったく触れられていない、「保育所廃止の適法性」（本案の問題）に関して論評する文脈ではあるものの<sup>(139)</sup>、次のようにも論じている。いわく。市町村——「保育所設置者」としての立場——が、その設置する保育所を廃止したとしても、市町村——「保育の実施責任者」としての立場——は、引き続き保



護者が新たに入所を希望する保育所において保育を実施する義務を免れないから、保育所廃止条例制定行為が保育の実施の解除にも当たるとの見解は相当と言えない<sup>(140)</sup>。

公立保育所が廃止されたとしても、引き続き保護者の申請に基づきいずれかの保育所で保育を受けられるので、保育実施解除処分には当たらないということだろう。ともあれこの点、行政裁大正9年〔1920年〕判決に関わって、被告の抗弁として、貸座敷指定地域を廃止しても、引き続き事業者の申請に基づきいずれかの指定地域で貸座敷を営めるので、営業免許取消処分には当たらないと提起されていたところ、行政裁判所により否定されていた経緯が想起されるところである。

さらに美濃部説の特徴として、美濃部1925年文献にある、もし処分性が認められなければ、貸座敷取締規則改正行為後に、別途の行政行為が出される機会もないので、権利侵害を受けた原告は行政訴訟を提起する途が無くなってしまふ旨の議論部分があった。この部分は、「2. 公共工事施行の処分性」でも論じたように、処分性拡大判例にもみられる解釈手法（ある種の思考実験を伴う背理法的論法）であると言えよう。平成21年〔2009年〕最判でも、保育所廃止条例制定行為に処分性を認めないと実効的な紛争解決にならない旨の議論がされていたところである〔2.（7）若干の検討を参照〕。

#### 4. むすびにかえて

本稿は、平成時代後半からの処分性拡大判例の源流、とりわけ土地区画整理事業計画決定事件（平成20年〔2008年〕最判）や保育所廃止条例事件（平成21年〔2009年〕最判）が採用した《解釈手法》の源流が、【公共工事施行の処分性】ならびに【規範定立行為の処分性】をめぐる、戦前の行政裁判所の判例学説の中にたどることができるのではないかという《仮説》について論じてきた。

もっとも本稿は、こうした源流とみられる解釈手法と、処分性拡大判例における解釈手法との間に、ある程度の類似性が見られることを端緒的に論じたに過ぎない。いわば、《点と点を照らし合わせた考察》であって、《点と点を

結びつけて線にする考察が不十分であると言わざるを得ない<sup>(141)</sup>。用途地域指定事件（最判昭和57年〔1982年〕4月22日：民集36巻4号705頁）や、小学校廃止条例事件（最判平成14年〔2002年〕4月25日：判例自治229号52頁）等の処分性否定判例の位置づけも含め、上記仮説に関しては改めて検討する必要がある。

なお、「1. はじめに」でも述べたが、本稿では、近世から現代への過渡期にある近代の行政判例——本稿執筆現在からおよそ100年さかのぼる判例群——の《背景》に関して、適宜、行政法学（を含む法律学）分野に限られない文献資料を渉猟しながら、脚注の中においても含め、補足的に浮き彫りにするよう、論述を試みた。

その際には、それぞれの判例の《背景》を織り成す、法制や慣習、政治や行政、地理的・社会的・経済的諸条件、様々な関係者の問題意識等々に関して筆者なりに留意しながら（ミクロの観点）、かつ、全般的な歴史の流れを意識しながら（マクロの観点）、論述するよう心掛けた。こうすることで、これらの行政判例が打ち出した法理に関する表面的な理解を超えて、それらの行政判例の法理に関するより深い認識が得られることになるのではないかと、この考えからであった。

もっとも本稿は、江戸時代の「水論（水争い）」であれ「公娼制（遊郭）」であれ、こうした事柄が、明治・大正時代の処分性（行政裁判所管轄適格性）を緩やかに解釈する判例にその《基層（背景）において》つながっていく流れ、またこうした明治・大正時代の行政判例の蓄積が昭和時代の判例学説の展開を経て、平成時代の処分性（取消訴訟対象適格性）拡大判例にその《表層（解釈）において》つながっていく流れがおぼろげながら見えてきたところで、力が尽きてしまい、筆をおくこととなってしまった。

本稿の考察がどこまで成功しているのか、またどこまで有益なものであったのか、心もとない限りではある。ともあれ、行政判例に関して、各方面の文献資料を探索し、その背景を適宜把握しながら、その法理の趣旨をとらえようという、本稿の研究方法について、引き続き別の判例を素材に試みてみたい。

注

- (1) 行訴法3条2項の、「その他公権力の行使に当たる行為」に関連して、拙稿「事実行為の処分性に関する一考察」洋法64巻3号(2021年)1頁以下等参照。
- (2) 二項道路一括指定事件(最判平成14年[2002年]1月17日:民集56巻1号1頁)、労災就学授護費不支給決定事件(最判平成15年[2003年]9月4日:判時1841号89頁)、食品衛生法違反通知事件(最判平成16年[2004年]4月26日:民集58巻4号989頁)、登録免許税拒否通知事件(最判平成17年[2005年]4月14日:民集59巻3号491頁)、病院開設中止勧告事件(最判平成17年[2005年]7月15日:民集59巻6号1661頁)、病院病床数削減勧告事件(最判平成17年[2005年]10月25日:判時1920号32頁)、土地区画整理事業計画決定事件(最判平成20年[2008年]9月10日:民集62巻8号2029頁)、保育所廃止条例事件(最判平成21年[2009年]11月26日:民集63巻9号2124頁)、有害物質使用特定施設廃止通知事件(最判平成24年[2012年]2月3日:民集66巻2号148頁)。関連して第四次厚木基地訴訟(最判平成28年[2016年]12月8日:民集70巻8号1833頁)も参照。
- (3) 拙稿「処分性判断における仕組み解釈」法時90巻8号(2018年)48頁以下等参照。
- (4) いわゆる「青写真」判決(最判昭和41年[1966年]2月23日:民集20巻2号271頁)を《判例変更》し、「土地区画整理事業計画決定」の処分性が肯定された事例である。最高裁は、事業施行地区内の宅地所有者等は、事業計画決定がされることにより、土地区画整理事業の手続に従って換地処分を受けるべき地位に立たされるといえ、法的地位に直接的な影響を生ずるとする。

また最高裁は、換地処分を受けた段階であっても、換地処分取消訴訟を通じて事業計画決定の違法性を争うとする一方、換地処分段階では工事等も進捗し、換地計画も具体的に定められているから、この段階で事業計画決定の違法を理由に換地処分を取り消した場合には、事業全体に著しい混乱がもたらされうることを指摘する。そしてこうした場合には、たとえ宅地所有者等の主張——事業計画決定が違法であるがゆえにそれに基づいてなされた換地処分も違法——が、裁判所により認められることとなったとしても、事情判決(行訴法31条1項)が出される相当な可能性があるとする。それゆえ、違法な事業計画決定に関して「実効的な権利救済」を図るためには、換地処分が出され

るまで待つて、その処分の取消訴訟を提起するよう求めるのではなく、むしろ事業計画決定段階で同決定の取消訴訟を認めることに「合理性」があると判示した。拙稿「処分性に係る仕組み解釈に関する一考察」洋法53巻3号（2010年）61頁以下も参照。

- (5) 公立保育所を民営化するために行われた、「保育所廃止条例制定行為」の処分性が肯定された事例である。最高裁は、特定の保育所で保育を受けている児童及びその保護者は、保育の実施の解除がされない限り（児童福祉法33条の4参照）、保育実施期間満了までの間、当該保育所において「保育を受けることを期待し得る法的地位」を有すると指摘する。その上で、本件条例施行により各保育所廃止の効果が発生し、現に入所中の児童及びその保護者という限られた特定の者らに対して、直接、上記法的地位を奪う結果を生じさせるから、その制定行為は「行政庁の処分と実質的に同視し得る」と判示した。

また最高裁は、原告が当事者訴訟ないし民事訴訟を提起し、原告勝訴判決や保全命令を得たとしても、これらは訴訟当事者である当該児童またはその保護者と当該市町村との間でのみ効力を生ずるにすぎないと指摘する。そしてその結果、敗訴することとなった被告市町村において、「当該保育所を存続させるかどうかについての実際の対応に困難を来すことにもなり、処分の取消判決や執行停止の決定に第三者効（〔行訴法〕32条）が認められている取消訴訟において当該条例の制定行為の適法性を争い得るとすることには合理性がある」とした。拙稿「処分性拡大判例における認識枠組み」洋法56巻1号（2012年）1頁以下も参照。

- (6) 拙稿「処分性拡大判例の系譜」洋法56巻2号（2013年）25頁以下や、拙稿「処分性拡大論に関する一考察」洋法56巻3号（2013年）1頁以下等参照。
- (7) 「天皇機関説」事件でも著名な、戦前における公法（憲法・行政法）研究者である。宮沢俊義『天皇機関説事件——史料は語る——（上）（下）』（有斐閣、1997年）等参照。
- (8) <https://dl.ndl.go.jp/>（最終閲覧日：2021年4月15日）
- (9) ちなみに、戦前の文献など、本稿執筆に当たって「現物」を入手閲読し、参照した文献であっても、国立国会図書館デジタルコレクションを通じて入手閲読できるものも少なくない。
- (10) 趣旨については、伊藤博文（宮沢俊義校註）『憲法義解』（岩波文庫、2019年）117頁

以下や、美濃部達吉『憲法講話』(岩波文庫、2018年)361頁以下等参照。

- (11) これに対して、戦後の日本国憲法76条の下では、「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。」(1項)、「特別裁判所は、これを設置することができない。行政機関は、終審として裁判を行ふことができない。」(2項)として、《行政事件》に関しても、民事事件や刑事事件同様、司法権(裁判所)が一元的に管轄する。また日本国憲法制定に伴い、行政裁判所は廃止された。
- (12) これに対して、戦後の行政訴訟に関する法律の下では、《列記主義》とは正反対の、《概括主義》が採用されることとなった。例えば、現行法である「行政事件訴訟法」(昭和37年[1962年]10月1日施行)3条2項では、「この法律において『処分』の取消しの訴え」とは、行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為(次項に規定する判決、決定その他の行為を除く。以下単に『処分』という。)の取消しを求める訴訟をいう。」と定められている。これは、本文「1.はじめに」でも述べたように、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に該当する行政活動であるならば、基本的にはどのような分野の事件に関わるものであっても、取消訴訟等の対象としうるとの原則を示している。
- (13) 行政裁判法が定める訴願前置主義(17条)との関連で、訴願法(明治23年[1890年]10月30日施行。昭和37年[1962年]10月1日廃止)という法律を紹介しておく。これは今日の「行政不服審査法」の前身をなす法律である。訴願法1条では、訴願事項について、行政裁判法と平行に、《列記主義》が採用されていた。また、その列記事項も、大まかに言えば、「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」の訴訟事項(1号~5号)と、ほぼ同一内容である(ただし訴願事項では、「地方警察ニ関スル事件」についても定められているなど、若干の相違もある)。

ともあれ戦後、行政裁判法とともに訴願法も廃止され、新たに行政不服審査法が制定される。それとともに、不服申立て事項も、戦後の行政訴訟に関する法律と平行に、《概括主義》が採用されるに至る。さらに近年、平成26年[2014年]行政不服審査法改正を通じて、不服申立て事項の規定については、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」ということで、行訴法3条2項と《文言上も》同一となった(行政不服審査法3条2項)。

- (14) そのほか行政裁判所の制度的特徴については、宇賀克也『行政法概説Ⅱ〔第7版〕』（有斐閣、2021年）99頁以下等参照。また行政裁判所の実際に関しては、元長官（沢田竹治郎、行政裁判所廃止前の最後の長官）並びに元評定官（田中真次）を招いた座談会、田中二郎ほか「行政裁判所の回顧」ジュリ527号（1973年）96頁以下が参考になる。
- (15) 宇留生村長は、本訴訟の「被告従参加人」となっている。なお、本訴訟に関わった村々、《宇留生村》、《静里村》（後掲注（26）参照）、《北杭瀬村》（後掲注（25）参照）——後に三村ともそれぞれ廃止され大垣市に編入——の地理関係については、下記大垣市ウェブサイトにある、「大垣市都市計画マスタープラン」（令和3年〔2021年〕3月）〔第4章 地域別構想〕68頁の図等を参照。

<https://www.city.ogaki.lg.jp/0000053056.html>（最終閲覧日：2021年4月15日）

- (16) 岐阜県安八郡大垣輪中水害予防組合管理者（安八郡長）「大正2年（1913年）8月17日〔福田村地内杭瀬川通除桁〕不当工事許可取消ニ関スル訴願」大垣市教育委員会編『大垣市史 資料編 近代』（2018年）【以下「訴願書」】709頁も参照。
- (17) 道路橋梁堤塘制水護岸樋管堰壕溝渠除桁ノ工事及防水取締ノ件（明治24年〔1891年〕4月25日岐阜県令第27号）参照。岐阜県『耕地整理指針』（岐阜県、1913年）315頁以下より閲読。関連して訴願書・前掲注（16）710頁も参照。
- (18) 「輪中」とは、「低湿地に存在する集落と農地とを包含する囲堤をもち、水防組織体をつくって外水および内水を統制する治水共同体、またはその存在する範囲をいう。」安藤万寿男編著『輪中：その展開と構造』（古今書院、1975年）79頁以下（国島秀雄執筆部分）。

輪中全般については、同書や伊藤安男編著『変容する輪中』（古今書院、1996年）等参照。また、著者自身が「輪中に住み、水禍に遇い、不作不毛のため父母の経験した惨苦を幼少より味わった体験者」であって、岐阜市長を長年にわたって務めた、松尾国松『[増補改訂] 濃尾に於ける輪中の史的研究』（大衆書房、1993年、初版1939年）も参考になる（引用部分は同書6頁）。

さらに、関係各機関のWebサイト、例えば下記の岐阜県輪之内町のものなども参照。

<https://wajyu.jp/>（最終閲覧日：2021年4月15日）

- (19) 河合成樹「濃尾輪中の形態に関する地理学的研究」人文地理21巻2号（1969年）118

頁以下等参照。また、安藤・前掲注（18）94頁（国島秀雄執筆部分）によると、除桁と呼ばれる土手の高さは、田面より「2～6尺程度」であるという（およそ60cm～180cm）。さらに除桁は、外水を防ぐための堤ではなく、輪中内の内水を排除するための堤であるとされる（後掲注（29）の「安八郡犀川事件」に関する記述も参照）。同書127頁（安藤万寿男執筆部分）参照。水を除けるのが目的であるから除桁と呼ばれる。松尾・前掲注（18）32頁参照。

(20) 本文先に紹介した、大審院大正5年〔1916年〕判決の原告となった「普通水利組合」と、本判決（行政裁大正6年〔1917年〕判決）で原告となった「水害予防組合」の相違も含め、内田和子『近代日本の水害地域社会史』（古今書院、1994年）16頁以下等参照。また同113頁以下では、「大垣輪中水害予防組合」を素材に考察されている。さらに大垣輪中の紹介解説については、伊藤安男『治水思想の風土』（古今書院、1994年）284頁以下等参照。

(21) 「木曾三川」——西から揖斐川、長良川、木曾川——の一つである揖斐川は、「構造盆地運動」の影響による、東高西低の濃尾平野の西端に位置する一方で、雨域は西から東へと移動することから、洪水は揖斐・長良・木曾の順で発生することになる。現地の言い伝えに、「四刻八刻十二刻（しときはちときじゅうにとき）」という言葉がある。これによれば、雨が降り始めて8時間経つと揖斐川が洪水となり、16時間経つと長良川に出水が始まり、24時間経つと木曾川が洪水になるという（一刻＝2時間）。

また、木曾三川のなかでも、揖斐川の《河床》が最も低いことから、洪水時に揖斐川は、自らの出水のみならず、他の二川の出水をも引き受ける形で自らの水位を高めてしまう。以上のような《地形的・気象的条件》から、揖斐川下流域において水害が深刻化してきた歴史がある。小出博『日本の河川——自然史と社会史』（東京大学出版会、1970年）199頁以下、安藤・前掲注（18）110頁（新谷一男執筆部分）、久保田稔ほか『写真でたどる木曾三川いまむかし』（風媒社、2012年）114頁等参照。

加えて、木曾川は美濃と尾張の間を流れるところ、江戸幕府により、「親藩」たる尾張藩を洪水から防御するために、木曾川左岸に強固な連続堤、すなわち「御囲堤」が設けられた。もっとも築堤当時は、関ヶ原の戦い（慶長5年、1600年）から大坂冬の陣（慶長19年、1614年）へと至る《戦間期》であって、草創期の江戸幕府（徳川政権）に

において、西国の大名（豊臣恩顧の大名）による関東への侵攻を防ぐための施設として、この堤には軍略上の目的もあったと言われる。

ともあれ、御囲堤による尾張側の治水施設の強靱化とは裏腹に、美濃側においては、堤防の高上げ等の治水施設の強化が阻まれることとなり——「対岸美濃の諸堤は尾張の御囲堤より低きこと三尺なる可し」——、こうしたこともあって、美濃は水害常襲地となったと言われる。以上のような木曾三川が置かれた《政治的・社会的条件》について、「差別的治水策」として論じる、伊藤安男『洪水と人間』（古今書院、2010年）2頁以下等参照。

揖斐川の逆水のメカニズムであるが、木曾川・長良川から押し寄せた水が揖斐川に流れ込み、揖斐川の水量を著しく増やすことによって、揖斐川の逆水としてその上流に向けて流れていくということのようである。小出・本注上掲201頁以下等参照。

- (22) 安藤・前掲注(18) 107頁以下（新谷一男執筆部分）によると、木曾三川の輪中地域において古くから採用されてきた治水工法として「低水位工法」があり、これは「各河川の流路およびその周囲に広大な遊水地や遊水地に準ずる工夫を河川に実施して、山間部から一挙におしよせてくる激流をここで一時的に阻止して、水勢を緩和したのち、下流地域へ流下させるようにしたもの」という。またこの場合、「河川流路を網の目のように分散させて、一河川への流水量の負担を小さくするように工夫していた。」ともされる。

さらに、こうした工法の背景には、治水技術が十分でなかった時代においては、山間部から流れ出てくる激流を、堤防に囲まれた河川敷内に押し込めたまま、できる限り早く海へ流し去る方法（高水位工法）の採用が難しかったことがあり、自然の猛威に逆らうことをできるだけ少なくして、耕地浸水や宅地浸水等、ある程度の犠牲を払ってでも、生命だけは守ろうとする趣旨があった（同書109頁以下参照）。

もっとも第二次世界大戦後、「上流山間部にダムを建設し、洪水が山間部にある間に流水量をコントロールして、下流部へ徐々に流下させよう」とする「ダム工法」が、木曾三川の輪中地域でも採用され始め、従来利用されてきた遊水地等がほとんどなくなってきているという（同書112頁以下参照）。

- (23) 木曾三川の治水——「三川分流」に至るまで——の歴史に関しては、江戸時代におけ



る薩摩藩の「御手伝普請」(宝暦治水、宝暦4～5年、1754年～1755年)や、明治時代における政府招聘オランダ人土木技師ヨハネス・デ・レーケの貢献が有名である。それぞれ、伊藤信『宝暦治水と薩摩藩士』(鶴書房、1954年)、伊藤・前掲注(20)155頁以下等を参照。

- (24) 輪中において破堤が頻繁に生じ、そのつど住民が田畑の荒廃や住家の浸水といった「塗炭の苦しみ」をこうむってきた経緯については、松尾・前掲注(18)103頁以下を参照。ここでは、著者が実際に経験してきた、破堤に至るまでの水防現場における住民たちの奮闘努力とその限界とが鮮やかに描写されているとともに、「著者の父母が『一生涯の中に一年浸水の難を免れたい』と術懐したことは、幾度であったか知れない。」など、印象深く紹介している。

また、輪中を支えた強固な水防意識の裏面に、輪中間の対立抗争、すなわち水論が位置付けられうることについては、伊藤・前掲注(21)161頁以下等も参照。関連して伊藤・前掲注(18)143頁以下(伊藤安男執筆部分)や、犀川騒擾事件史編纂委員会編『犀川騒擾事件史』(犀川騒擾事件史編纂委員会、1971年)【以下『犀川事件史』】5頁以下等も参照。

- (25) 訴願書・前掲注(16)709頁参照。また同709頁以下では、村落間での古来よりの水利に関する「民約」若しくは「慣例」違反があると、直ちに「竹槍席旗ノ騒擾惹起スルノ結果ヲ生ス」と警告している(関連して後掲注(29)参照)。また同710頁では、これまでも宇留生村において、水利上重大な関係のある本件係争工事の場所で、逆水防止工事(堤防設置や除桁腹付工事等)をしようとしてきたが、そのつど、直接利害関係のある岐阜県安八郡北杭瀬村において発見し、その筋に抗議をして、原状回復させてきたと主張している(ちなみに北杭瀬村長は、本訴訟の「原告従参加人」となっている)。

前掲注(22)で紹介した低水位工法の趣旨——「一部落ノミ大害ヲ被ラシメザル」趣旨——に関しても、同710頁で引き合いに出されている。さらに同711頁では、宇留生村が「慣例其他ノ利害ヲ無視シ、自村ノ利益トナル点ノミヲ指摘シ」許可申請をし、郡長は事情を熟察せず、調査も不十分なまま、権限を濫用して、不当に許可処分を与えたと糾弾している。

- (26) 行政裁判所の判決中の「事実」認定箇所での言及では、原告の主張につき、「本件係

争工事ニ因り洪水ノ緩和上宇留生村静里村へ流入スヘキ水ハ其ノ対岸北杭瀬村大字笠木ノ堤防ヲ越ヘテ同村内ニ氾濫シ其ノ余勢大垣輪中堤防ヲ侵シ破壊ノ危険ヲ生スルニ至ルモノナリ」として言及されている（ちなみに静里村水害予防組合は、本訴訟の「被告従参加人」となっている）。関連して訴願書・前掲注（16）710頁以下も参照。

これに対し被告側は、本件係争工事の場所が古来の慣習上堤防築造が禁じられてきた場所ではない、また本件係争工事の施行と、洪水の際に大垣輪中堤防に破壊の危険が生じるか否かとは関係がないなどと反論している。

- (27) 安藤・前掲注（18）102頁（安藤万寿男執筆部分）は、幕藩体制下での輪中のあり方を念頭に、「ある一輪中の水防の強化はそれに隣る輪中などの安全性の相対的な低下となり、紛争の種となった。いうまでもなく、輪中地域の洪水量のピーク時のそれには限界があるが、それが相対的に劣悪な防備の輪中に決壊・乱入すれば、他の輪中はひとまず安全であるからである。」と指摘する。松尾・前掲注（18）142頁等も参照。

- (28) 江戸時代にさかのぼる紛争事例として、松浦茂樹『利根川近現代史』（古今書院、2016年）143頁以下参照。「中条堤」につき、増強したい下流（下郷：北埼玉・南埼玉・北葛飾の諸郡）の村々と、増強させたくない上流（上郷：幡羅郡・大里郡）の村々との間の、長年にわたる深刻な対立の経緯（「実力行動」を含む）を紹介している。

また、本文後掲の渡良瀬川改修事業をめぐる「群馬県」と「栃木県」の対立、また関連する河川（思川）の改修計画をめぐる「栃木県」と「茨城県」との対立については、それぞれ同書58頁以下、同書74頁以下参照。その他の事例として、伊藤・前掲注（20）22頁以下等も参照。

さらに、もっぱら「利水（用水）」に関わる「水論」に関しては、渡辺尚志『百姓たちの水資源戦争』（草思社、2014年）が、本文で後述する、行政裁大正13年〔1924年〕判決や行政裁大正15年〔1926年〕判決との関わりにおいても含め、参考になる。

- (29) 松尾・前掲注（18）1頁以下は、木曾三川の輪中地域の「水論」について、「輪中民心理」も含め、多角的に論じている。また同115頁以下では、江戸時代以降の紛争事例（騒動・訴訟）が紹介されている。参考までに、以下他の文献をも手掛かりに「二件」の事例を紹介しておく。

①「高須輪中万寿騒動」（天保6年、1835年）。言い伝えによれば、笠松郡代Xとその

手代、さらには臨時堤方役人の計15名は、輪中民から賦課徴収していた、「冚樋御普請入用金」——ここで言う「冚樋」(いりひ)は「樋門」に相当(後掲注(41)も参照)——五百両のうち、三百両を自分たちで分配し着用した。その上で、冚樋につき普請をしたのであったが、わずか二百両で仕上げた、相当無理のある、不完全さの目立つものだった。これをみた輪中民がXらに苦情を申し入れたものの、Xらは十分に普請経験ある者が携わったのだから心配無用として取り合わなかった。

しかしその後、降り続く雨に伴い、揖斐川に洪水が起きる。冚樋が吹き抜け、さらに堤腹が切れて洪水が押し入るなどして、高須輪中内に甚大な氾濫被害が生じた。被害状況をみて、手抜き普請がこの原因と考えた、61か村の農民四千名余りが蜂起。上記工事関係者らの家宅を襲撃し、家財を壊すなどした。Xも、水用見分のため庄屋宅に來合わせていたところ、乱暴を受け、避難を余儀なくされた。

Xからの懇請を受け、大垣藩や高須藩といった諸藩が出兵。十日ほどたって事態は沈静化した。その後、幕府(公儀)は、取調べ(吟味)のため、御勘定留役ら7名を大垣に出張させる。一連の取調べの結果、村側において、四千名を超える者が処罰されることとなった。ただしほとんどの者は、「過料」といった比較的軽い量刑である。

他方で、大垣で取調べを受けた者のうち、13名が江戸に身柄を護送され、そこでさらなる取調べを受ける。その結果、13名のうち1名は「磔」、3名は「獄門」を宣告された。もっとも4名とも、取調べ段階で獄中「病死」していたので、(裁許時点で生存していたら)との仮定の下での量刑である。護送された残り9名に関しては、遠島や中追放などの(死罪4名よりは)軽い量刑の宣告だった。とはいえ、9名のうち8名が裁許時点で獄中「病死」していたので、その限りでこちらもやはり仮定の量刑となった。

Xについては、江戸へと召喚される途中で「切腹」したと言われる。ただし諸説あるようで、詳細は不明である。

以上につき、岐阜県編『岐阜県史 通史編 近世上』(岐阜県、1968年)1128頁以下や、海津町編『海津町史 通史編 上』(海津町、1983年)525頁以下を参照した。また、被害状況や関係者の罪状・処罰の詳細等に関する一連の「史料」(例えば内藤隼人正より松平摂津守宛て書状の内容等)が、岐阜県編『岐阜県史 史料編 近世8』(岐阜県、1972年)566頁以下や海津町『海津町史 史料編 第2』(海津町、1970年)624頁以下に収録されて

いる。また高須輪中の紹介解説については、伊藤・前掲注(20)301頁以下等参照。

②「安八郡犀川事件」(第一次犀川事件。昭和4年、1929年)。本巢郡南部輪中は、「悪水」被害に悩まされてきた。輪中における「悪水」とは、作物の生育にとって害になる、水田のたまり水などであって、「用水」ではなく「排水」の文脈で論じられる。

すなわち、「輪中地域の災害をみたとき、破堤入水による外水氾濫もさることながら、悪水湛水による内水氾濫が、より大きな被害をもたらした。」のである。伊藤・前掲注(21)150頁以下、155頁以下参照。

さらに、『犀川事件史』・前掲注(24)5頁は、「輪中内に浸水した水の排水は困難であり、また破堤しないまでも集中豪雨による湛水(内水)は数十日におよび、輪中内の耕地は水腐地化し、無収穫となることも多かった。」という。関連して伊藤・前掲注(18)99頁以下(安田守・伊藤憲司執筆部分)等も参照。

さて、本巢郡南部輪中の村々は、新規に川(新犀川)を掘り、下流域の安八郡を縦貫して悪水を長良川下流へ放流することを望んできた。そしてこの要望を受け入れる、内務省直轄の犀川改修事業(関連して後掲注(36)参照)が計画される運びとなった。

これに対し、長年にわたってその要望を拒んできた、下流域の安八郡7か町村は、(あ)新川掘削に伴いこれらの町村が多くの耕地を失うこと、(い)同事業の結果これらの町村が水害に見舞われるおそれが激増し、それを避けるための水防費負担が増えること、(う)浸透水によりこれらの町村の耕作地の土質が変化し農作物被害が生じるおそれがあること、(え)本巢郡南部輪中で排水設備(排水機の設置等)を充実すれば問題解決になるにもかかわらず、同輪中において努力を尽くさず、かえってこれまで多額の費用をかけて排水設備の充実に努力し成果を挙げてきた、安八郡のこれらの町村が犠牲を強いられるのは納得がいかないことなどを理由として、同事業につき「絶対反対」の立場をとった。

安八郡7か町村は、こうした立場を踏まえ、内務省や岐阜県などに数十回にわたって陳情したのであったが、上記犀川改修事業が実施に向かう動きにあった。これを受け、業を煮やした、安八郡7か町村の長及び役場吏員一同40名余りが総辞職し、声明書を発表。世論の同情を集めるため、自治機関(役場事務)を停止させる実力行使に打って出た形である。これを受け岐阜県知事Yは、これら7か町村の当面の行政事務を処理させ

るため、急きょそれら各町村に、町村長及び取入役の「職務管掌」らを任命派遣した。

その後、7か町村のうちの一つ、名森村の役場周辺において、施錠された同役場に職務管掌らが勝手に立ち入ったことをめぐって、警官隊と村民との間で衝突が生じてしまう。双方とも負傷者（警官5名、村民5名）が出るとともに、千数百名の村民が現地に集合してきた。

騒ぎが大きくなってきたことを受け、岐阜県は、愛知県や陸軍省に応援要請を行う。要請を受け、愛知県からは警官が、近隣の憲兵隊（岐阜・名古屋・敦賀・金沢）からは憲兵が派遣される。のみならず、第九師団（金沢師団）からも出兵（敦賀連隊二個中隊、鯖江連隊一個中隊）がなされる深刻な展開となってしまった。もっとも、衝突翌日には村民たちが自主解散したため、出動軍隊は現地に向かう途中の、大垣駅で踵を返し、帰隊した。

事件後、政府（内務大臣）は、Yにつき、問題処理を誤ったという理由から更迭する（当時は官選知事制）。また内務部長・警察部長（後掲注（69）参照）をはじめ、岐阜県首脳部もすべて一新された。他方で、村側の騒動関係者二百名近くが、騒擾罪・公務執行妨害罪・傷害罪の嫌疑でもって、司法当局によって逮捕された。予審手続ののち、うち46名が公判に付された。

一審判決は、5名の被告人については実刑（懲役・禁錮）判決を下した。他の被告人については、それぞれ、執行猶予付きの懲役又は禁錮、罰金刑、あるいは、無罪判決が下された。しかし、実刑5名からの控訴を受け、二審判決は、情状酌量の余地ありとして、5名とも執行猶予を付けた（確定）。

ちなみに、「第二次犀川事件」（昭和13年、1938年）は、大洪水時に調節樋門の開閉をめぐる、本巣郡南部諸村民と安八郡揖斐川以東諸村民との間で、《直接対立》が生じた事件である。負傷者発生等の深刻な事態には至らなかったものの、新犀川口におよそ一万人が集合し、一触即発の状態だったようである。以上につき、安八町編『安八町史通史編』（安八町、1975年）488頁以下や、『犀川事件史』・前掲注（24）等も参照。

(30) この訴願書が、これまで本稿で幾度も参照してきた、訴願書・前掲注（16）708頁以下である。

(31) 以下、紛争の経緯の整理については、美濃部達吉『類集評論 行政法判例』（有斐閣、

1925年) 242頁以下の記述も参照。関連して、本件紛争に関わる中間判決、行政裁判所判決、大正5年〔1916年〕6月7日第一部宣告(行政裁判所判決録第27輯〔大正5年〕602頁)を紹介しておく。行政裁は、原告の訴状の「表題」の記載をみると、《本件係争工事許可処分取消請求》の訴願に対する裁決の取消しについても求められていると解する余地があるものの、原告の申立て、事実及び理由の記載の中では、上記裁決について一言も触れられていない旨を認定する。

その上で行政裁は、請求の目的物は、申立て、事実及び理由の記載を通じて認定されるべきであるとの考えに立ち、原告の上記裁決の取消しについては、たとえ「表題」部分に関連記載が見られるとしても、請求の目的物としては認められえない旨の判断を下した。美濃部・本注上掲875頁以下は、この判決に対し批判的な見解を表明している。

- (32) この論点については、美濃部・前掲注(31) 242頁以下、911頁以下等も参照。
- (33) 例えば、横堤につき内腹付をする旨の許可を受けたにもかかわらず、実際には外腹付されたことを違法理由に、係争工事全部を取り扱うべき旨の原告の主張に対して、本判決は、係争工事中の一部分が許可に違反することを理由に、その工事全部を違法と言うことはできないとする。また、工事が許可に違反し違法であるとしても、それが原告の権利に影響がない限りにおいては、原告としてその取払いを請求しえないとする。

その上で、内腹付か外腹付かの違いによって、洪水の際の、杭瀬川の水量水勢に何ら影響を及ぼすものではないとする。そして本件において、こうした水防上何ら影響を及ぼさない腹付工事を禁止する民約又は慣習の存在が認められない以上、原告がその許可違反を違法理由に工事の取払いを請求する権利はないとした。

- (34) 土木攻法会編『現行土木法令』(常磐書房、1925年) 125頁以下参照。
- (35) 美濃部・前掲注(31) 781頁以下等参照。
- (36) 「足尾鉍毒事件」との関連も含め、松浦・前掲注(28) 45頁以下等参照。また、内務省(内務大臣)が直轄する改修工事の歴史的意味合いについては、山本晃一『河川堤防の技術史』(技報堂出版、2017年) 133頁以下も参照。
- (37) 具体的には、渡良瀬川付近を流れている秋山川の下流を新たに掘削し、渡良瀬川に直接注ぎ込むようにし、またこれと併せて、菊沢川もその下流を新たに掘削し、秋山川の河口で同川と合流させて渡良瀬川に注ぎ、さらにその河口に「樋門」(後掲注(41) 参

照)を設けて、洪水のときに渡良瀬川の逆流を防ぐ工事である。「菊沢川樋門工事反対陳情書」(大正11年8月)佐野市編さん委員会編『佐野市史 資料編3』(1976年)1061頁参照。

地理関係に関しては、内務省土木局編『直轄工事年報 大正11年度 附録函面』(内務省土木局、1924年)にある、「渡良瀬川改修平面図」と、内務省東京土木出張所「渡良瀬川改修工事概要」(1925年)にある、「渡良瀬川改修竣功平面図」とを比較参照。後者の資料については、下記に挙げる、土木学会附属土木図書館デジタルアーカイブズ「内務省関連書籍」より閲覧できる。

[http://library.jsce.or.jp/Image\\_DB/j\\_naimusyo/index.html](http://library.jsce.or.jp/Image_DB/j_naimusyo/index.html) (最終閲覧日:2021年4月15日)

加えて、渡良瀬平地中流部において渡良瀬川の勾配が緩やかとなっており、また渡良瀬川の支川が堤防によって締め切られていなかった(=霞堤とされていた)ことから、出水のつど、渡良瀬川本川の逆流が、渡良瀬川支川(秋山川を含め)に生じていた状況については、松浦・前掲注(28)46頁以下、50頁以下、62頁以下参照。

また記憶に新しいところでは、令和元年(2019年)東日本台風(台風19号)により、秋山川の堤防が決壊して、住宅地に甚大な浸水被害をもたらしたところである。例えば、下記に挙げる、佐野市のウェブサイト等参照。

<https://www.city.sano.lg.jp/jyuyonaoshirase/13811.html> (最終閲覧日:2021年4月15日)

- (38) 関連して、内務省土木局編『直轄工事年報 大正11年度』(内務省土木局、1924年)43頁や、内務省東京土木出張所「渡良瀬川改修工事概要 本文」(1925年)56頁以下、84頁以下(インターネットにより入手閲覧可につき前掲注(37)参照)等も参照。
- (39) 水事業者の栃木県知事宛ての陳情書の記録が残されている。「菊沢川樋門工事反対陳情書」(大正11年[1922年]8月)『佐野市史』・前掲注(37)1061頁以下参照。今回の工事の目的が、船津川村を湛水被害から免れさせるためにあるとした上で、様々な角度から批判を展開している。また同種の批判的見地から、佐野町会議長・佐野町長連名で、郡長・知事・内務大臣に宛てた意見書の記録もある。「菊沢川分水路掘削につき意見書」(大正12年[1923年]3月)同書1070頁以下参照。

これらの記録資料を踏まえても、本件は、行政訴訟の形式を取ってはいるものの、前掲行政裁大正6年[1917年]判決の事案同様、伝統的な村落間の「水論」の延長線上に

位置付けられうるのではないと思われる。

- (40) 農業水利権に関しては、戦前の文献である、安田正鷹『水利権』（松山房、1933年）や安田正鷹『水利権・河川統制編』（好文館書店、1940年）のほか、戦後の文献である、渡辺洋三『農業水利権の研究〔増補版〕』（東京大学出版会、1979年）等も参照。

- (41) 「水門」と「樋門」の違いであるが、いずれも、河川又は水路を横断して設けられる制水施設であって、堤防の機能を有するものである。いずれも、ゲートを全閉することにより、洪水時又は高潮時において堤防の代わりとなりうるものである。当該施設の横断する河川又は水路が合流する河川（本川）の堤防を分断して設けられるものが水門であるのに対し、その堤防の本体（堤体）に暗渠を挿入して設けられるものが樋門である。

つぎに「樋門」と「樋管」の違いであるが、必ずしも厳密に使い分けられてきていない。大きさで分ける説（おおむね2m以内のものが樋管）など、複数の説がある。もっとも、樋門であれ樋管であれ、その機能ないし設置目的に差異はない。

水門であれ、樋門（樋管）であれ、堤体内に異質な工作物を設けることから、漏水の原因になりやすく、堤防の弱点となるおそれがある。例えば、地震によってそれら施設と堤体との接触面に空隙が生じると、そのうち大きな空洞にまで成長するおそれがある。

これらの施設は、操作や維持管理も負担となることから、できるだけ設置は少ない方がよいし、やむを得ずに設置する場合でも、その構造及び施工について十分に配慮が必要であるとされる。一般財団法人国土技術研究センター編『改定 解説・河川管理施設等構造令』（公益社団法人日本河川協会、2000年）【以下『構造令』】233頁、235頁以下参照。関連して前掲注（29）の高須輪中万寿騒動の発端も参照。

ちなみに、堤防管理の場面では、アナグマやキツネなどの小動物がつくる「巢穴」ですら、堤防機能を弱めることになるとして、警戒されている。村瀬勝彦ほか「小動物生態に適応した河川堤防保全方法」河川技術論文集19巻（2013年）75頁以下等参照。

また最近でも、例えば、令和元年（2019年）東日本台風（台風19号）に伴う、神奈川県川崎市の住宅地浸水被害をめぐり、被害住民らが、市において排水樋管のゲートを閉めなかったことが被害拡大の原因であることを主張し、市を相手取り損害賠償請求訴訟を提起した旨が報じられている。令和3年〔2021年〕3月10日読売新聞朝刊33頁等参照。

- (42) 安田1940年・前掲注（40）14頁、22頁は、「水利権の種類」の一つとして、「水車運転



のために、水を利用する権利」、すなわち「水車水利権」を挙げ解説するとともに、水車の利用形態の相違についても触れている。

- (43) 戦前の水利権をめぐる行政救済制度に関しては、安田1933年・前掲注(40)124頁以下や、安田1940年・前掲注(40)80頁以下等参照。
- (44) 『土木法令』・前掲注(34)161頁以下等参照。
- (45) こんにち、渡良瀬川と菊沢川が合流する付近に、「菊沢川排水機場」が設置されている。

関連して、国土交通省関東地方整備局渡良瀬川河川事務所のウェブサイト等参照。

<https://www.ktr.mlit.go.jp/watarase/> (最終閲覧日:2021年4月15日)

排水機場全般に関しては、『構造令』・前掲注(41)263頁以下等参照。同263頁では、「揚水機場及び排水機場」の「定義」として、「ポンプによって河川又は水路の流水を河岸又は堤防を横断して取水又は排水するために、河岸又は堤防の付近に設けられる施設であって、ポンプ場とその付属施設(吸水槽又は吐出水槽、樋門等)の総称である。」と述べる。

- (46) 美濃部達吉『日本行政法上巻[第三版]』(有斐閣、1941年)909頁以下等参照。
- (47) 本案の争点につき、被告は、(あ)原告は水利権移転に当たっての有効な許可を得ていなかったので水利権を有していないとの主張(本文後述)とともに、仮にこの被告主張が認められないとしても、(い)遮断閉塞工事後になお原告において菊沢川の流水を引用し水車営業を継続したければ、河川法32条に基づき、自己の費用でもって関連工事を施行することが求められるわけで、被告において原告のために暗渠なり樋管なりその他関連施設の設置工事をする筋合いではない旨の主張をしている。『土木法令』・前掲注(34)141頁以下等も参照。
- (48) 栃木県知事監房編纂『現行 栃木県令達全集 上巻』(下野新聞、1907年)第7類42頁以下参照。
- (49) 補足説明する。原告は、訴外Xより明治39年[1906年]に本件水利権と水車を譲り受け、水車業を開始したのであるが、もともと訴外Xに対しては、同規則2条に基づき許可が与えられているというわけではなかった。いわば本件水利権は、規則「施行前ヨリ存スル水利権」である。したがって、本件水利権については、同規則5条の「本則ニ依

り与へタル許可ニ因リテ生スル権利」には該当しないので、行政庁から許可を受けなくとも移転しようとの《反対解釈》ができる余地があった。安田1933年・前掲注(40)103頁も参照。

しかしこれに対して、本判決は、河川取締の目的からすれば、河川取締規則により与えられた許可により生じた水利権と、同規則施行前より存する水利権とを性質上区別し、そうすることで、その移転許可に関する法的取り扱いを異ならしめる理由はないとして、後者の水利権に関しても同規則5条に基づく許可規制が適用されると解釈した。

原告は、水車営業に係る営業税(県税)領収証書を提出し、これをもって水利権譲渡の許可を得たものと解しようとも主張したが、これに関しても受け入れられなかった。

- (50) 安田1940年・前掲注(40)91頁以下も、水利権の移転に係る許可(講学上の特許)規定について、「本来甲に対して与へたる特許を取消し、新に同一条件をもって、乙に特許を与ふべきを、便宜上許可を受けて、甲より乙に移転することを認めたもの」との理解を示すとともに、この許可は「水利権移転の効力発生の要件であり、それなくしては、水利権の移転は行はれない」という。それゆえ、たとえ当事者間で権利移転の契約が成立していたとしても、この許可がない限りにおいては、その権利の移転は有効に成立しない。安田1933年・前掲注(40)101頁以下等参照。

- (51) 安田1933年・前掲注(40)323頁では、本判決の原告が、別途、河川法61条に基づき、司法裁判所に民事訴訟(損害賠償請求訴訟)を提起していたところ、同条の訴訟要件を充たしていないとして却下された経緯を紹介するとともに、原告が仮に正当な水利権を有していたならば、権利侵害による不法行為責任を認める判決が下されていたであろうと指摘する。

河川法61条では、法令等違反の有無につき争いがある場合には、行政争訟の手續によりその違反の事実が確定した後でなければ、民事訴訟を提起できないとしていることを受けての論評である。『土木法令』・前掲注(34)162頁等も参照。

- (52) 安田1933年・前掲注(40)130頁は、行政裁大正15年[1926年]判決につき、「河川工事の如き事実上の行政行為も、河川法第60条の行政処分に含まれる」との判断を下した判決と指摘する一方、同判決が「河川工事の結果として用水の引用を不能ならしむる場合に権利侵害を生ずるや否や」という「興味ある本案」に関しては、原告が正当な水利

権をもたなかったがゆえに、触れられなかったと論評している。関連して、同書320頁以下、安田1940年・前掲注（40）78頁以下も参照。

- (53) 加えて美濃部氏は、行政裁大正13年〔1924年〕判決についても、「評論」している。すなわち、「訴訟法に所謂『処分』は必ずしも学問上に所謂行政処分のみならず、水路埋立の如き事実上の作用をも含むものであると解したものと推測せられる。」と指摘する（訴訟事項に関しても含め前掲注（13）参照）。

一方で、「公用水路廃止開墾処分ノ取消」を求める旨の原告の申立てに関しては、「用語の当を得ない」として、その実際においては、処分の取消しを求めているのではなく、原状回復を求めているものと解すべきと指摘する。なぜなら、水路埋立は事実的行為であって意思表示ではなく、事実上の変動を引き起こした事実的行為については、取消しということは全くあり得ないからであるという。美濃部・前掲注（31）781頁以下参照。

また、美濃部達吉『類集評論 続行政法判例』（有斐閣、1928年）298頁以下になるが、行政裁大正15年〔1926年〕判決につき、本件事案で問題となったような公共物に関する公の工事につき、民事裁判の支配に属するべきものではないとの理由から、行政訴訟として受理し判決を下した本判決は、「判旨正当」である旨の簡潔な「評論」を寄せている。

- (54) 美濃部達吉『行政法撮要上巻〔第五版〕』（有斐閣、1943年）592頁以下や、美濃部・前掲注（46）925頁以下等参照。
- (55) 拙稿・前掲注（1）12頁以下等参照。
- (56) 拙稿2013年（56巻3号）・前掲注（6）9頁以下等参照。
- (57) 拙稿「原告適格と処分性」洋法63巻3号（2020年）1頁以下等参照。
- (58) 関連して、岡田正則「処分性」岡田正則ほか編『判例から考える行政救済法〔第2版〕』（日本評論社、2019年）27頁等参照。
- (59) 拙稿・前掲注（3）50頁以下等参照。
- (60) 古田孝夫「判解」最判解説民平成21年度866頁以下参照。
- (61) 拙稿・前掲注（5）25頁等参照。
- (62) 「行政訴訟制度の目的」という問題設定の下で論じていく余地もあるが、この点につ

いては今後の課題としたい。さしあたり、「民事訴訟制度の目的」をめぐる論争として、新堂幸司『新民事訴訟法〔第五版〕』（弘文堂、2011年）1頁以下等参照。

- (63) 戦前の警察は、「危害防止、健康保全、社会風俗上の逸脱防止及び犯罪の警戒・予防」を広く所管しており、これらを対象に「行政警察」として扱っていた。田村正博『全訂警察行政法解説〔第二版補訂版〕』（東京法令出版、2019年）11頁以下参照。また、この概念の実定法的根拠である「行政警察規則」（明治8年〔1875年〕3月7日太政官達第29号）の歴史的位置づけも含め、行政警察と司法警察の確立の経緯に関しては、大霞会編『内務省史 第2巻』（覆刻版、原書房、1980年）578頁以下等も参照。さらに、戦前の治安維持法の運用面も含め、戦前から戦後にかけての警察に関する批判的な考察として、戒能通孝編『警察権』（岩波書店、1960年）も参照。

- (64) 警察研究会編『警察実務教本 第2（保安警察篇）』（松華堂書店、1932年）181頁によると、「風俗警察は国民一般の品性を維持させる為め善良なる風俗習慣を乱す行為を防ぐ行政作用」とされる。また、重田忠保『風俗警察の理論と実際』（南郊社、1934年）1頁によると、「風俗警察とは社会の善良なる風俗を維持せんがために之を害する行為及其の動機となるが如き行為を禁止若は制限せんとする警察作用」とされる。

「風俗警察」が取締対象とする具体的分野として、重田・本注上掲3頁以下の「目次」の章立てをみると、本稿で検討対象としている「貸座敷及娼妓」を筆頭に、「集団私娼及密売淫」、「芸妓、芸妓屋及待合茶屋」、「カフェー、バー及喫茶店」、「舞踏場及舞踏教授所」、「料理屋、飲食店及貸席」、「遊技場及遊泳場」、「興行場及興行」、「遊園地」、「宿屋」、「浴場」、「派出婦会」、「広告物」、「形像」、「射幸行為、競馬及無尽講」、「未成年者喫煙及飲酒」、「児童虐待」、「一般風紀」が挙げられている。

- (65) 『実務教本』・前掲注（64）181頁以下は、「売笑婦」を取り締まる趣旨として、社会風紀の取締り、花柳病伝播の防止、女子の墮落沈淪の防止及び女子の保護を挙げる。
- (66) 例えば、中山太郎『売笑三千年史』（ちくま学芸文庫、2013年）、佐賀朝・吉田伸之編『シリーズ遊郭社会2：近世から近代へ』（吉川弘文館、2014年）、人見佐知子『近代公娼制度の社会史的研究』（日本経済評論社、2015年）、関口すみ子『近代日本公娼制の政治過程』（白澤社、2016年）等参照。

- (67) 本稿では、明治33年〔1900年〕「娼妓取締規則」制定以前の公娼制度をめぐる動向に

関しては紹介を割愛する。明治5年〔1872年〕マリア・ルス号事件をきっかけに、明治政府はいわゆる「娼妓解放令」（明治5年〔1872年〕太政官布告第295号）を出したものの、解放されてかえって収入の道を断たれ生活困難となり、密売淫にはする者が続出するなどの弊害が生じ、解放令が失敗に終わってしまった経緯などである。

また、戦前の廃娼運動、さらには戦後の娼妓取締規則の廃止（昭和21年、1946年）から、売春防止法の制定（昭和31年、1956年）に至る、公娼制度の廃止の経緯に関しても、同じく割愛する。以上の点については、さしあたり本稿各所の注で挙げている関係各文献を参照されたい。

(68) 『実務教本』・前掲注（64）192頁以下。

(69) なお、戦前の警察行政組織に関してであるが、「内務大臣が全国警察の統轄者として警察権を一手に掌握し、その下に補佐役として警保局長があつて警察事務を掌理し、帝都にはとくに警視庁をおき、警視総監がその長となり、内務大臣の指揮監督を受け東京府下の警察・消防及びとくに内務大臣の指定する各般の事務を管理し、東京府を除くその他の府県では、知事が内務大臣の指揮監督を受け部内の行政事務を管理し、その下に警察部長があり、知事の命を受けて警察事務の執行に当たるといふ制度」になっていた。『内務省史』・前掲注（63）583頁以下参照。

戦前と戦後とでは、警察全体の組織構造が大きく変わったので、一概には言えないが、「警保局」は現在の「警察庁」、「警保局長」は現在の「警察庁長官」、「警察部長」は現在の「道府県警察本部長」に、おおむね対応するようである。古野まほろ『警察の階級』（幻冬社新書、2020年）248頁以下等参照。

(70) 『実務教本』・前掲注（64）182頁。なお、18歳未満は娼妓になれない（娼妓取締規則1条）、未成年者（20歳未満）の登録申請に当たっては、実父母等の承諾が必要である（同3条1項3号、4号）などの要件がある。さらに、登録を希望する者は、取締当局である警察官署に自ら出頭し、娼妓となる事由や娼妓稼をする場所など所定事項を書き込んだ書面をもって登録申請すべきとされる（同2条3項、同3条柱書）。加えて登録される前の健康診断受診の必要につき、同3条3項も参照。

(71) 『実務教本』・前掲注（64）183頁。また同頁の説明によると、この名簿登録の法律上の性質は、「警察許可の一種」とされる。他方で、警察官署は、登録申請につき精査の

上、その裁量により登録の許否を決すべきとされる（娼妓取締規則11条）。

娼妓登録は重要事件であることから、なるべく警察署長自ら娼妓登録申請者本人に接し、娼妓になる志望動機や借財に対する返済状況等の諸事情を詳細に聴取することによって、娼妓登録の意思が完全に本人の意思によるものか否かを確認すべきとされる。さらに警察官署は、娼妓本人からの名簿削除申請を受理した場合、直ちに削除すべきとされ、また何人もその削除申請を妨害してはならないとされていた（同4条～6条）。

また、内務省警保局編『公娼と私娼』（内務省警保局、1931年）72頁も、「娼妓名簿登録処分に関する警察官憲の態度は極めて消極的である。真に止むに止まれない事情があつて、娼妓となるの外他に途のないもののみ登録して居る実情である。」と指摘する。

具体的には、同71頁以下によると、警察署は娼妓登録申請者に対して、その申請が本人の真意から出たものか、前借金が本当に親元に渡るのか、前借金が親元に渡るとしてもそれが父兄の酒食や博奕に使われないか等々を取り調べた上で、登録が妥当でないかと判断する場合には、登録拒否処分をするか、あるいは、説諭した上で申請を取り下げさせるなどして、娼妓となることをやめさせている旨述べている。

以上に関連して、重田・前掲注（64）54頁以下等も参照。

- (72) 『実務教本』・前掲注（64）183頁参照。
- (73) 私娼の実態については、例えば東京の状況として、重田・前掲注（64）87頁以下等参照。また全国的な動向については、警保局編・前掲注（71）314頁以下等参照。
- (74) 『実務教本』・前掲注（64）182頁、194頁以下や、重田・前掲注（64）112頁以下等参照。
- (75) 娼妓取締に関する詳細事項は、娼妓取締規則14条に基づき、地方命令の「娼妓取締規則施行細則」などを通じて定められていた。例えば、本文後に取り上げる、三重県と愛知県に関わって、明治44年〔1911年〕3月31日公布三重県令第23号（三重県公報2353号）や、明治33年〔1900年〕11月14日公布愛知県令第86号（愛知県公報号外797号）参照。

例えば、前者の三重県の細則では、警察官署は貸座敷主と娼妓との契約が不合理と認めるときはその契約の変更を命令できる旨の規定（1条2項）のほか、娼妓登録拒否事由として、一家の生計上やむを得ざる事情なき者が申請している場合や、本人の意思に反して申請している場合などを挙げている（3条4号、5号）。また、後者の愛知県の

細則では、娼妓の健康診断をする指定診断所を明示列挙した規定や、定例及び臨時の健康診断に関する具体的な要件・手続に関する規定が設けられている（12条以下）。

- (76) 美濃部・前掲注(46) 428頁以下等参照。
- (77) 『実務教本』・前掲注(64) 192頁以下参照。貸座敷取締規則を通じた、貸座敷の構造設備面での「随分やかましい制限」——大廈高樓・屋上工作物・目立つ看板裝飾等の禁止など——や、営業者等に課せられる遵守義務——客引き行為の禁止や、化粧をした娼妓を通行人の目に触れさせることの禁止等——の趣旨が、貸座敷営業をできるだけ「世の明るみ」へ出さないように努めることにあった点につき、警保局編・前掲注(71) 6頁以下参照。
- (78) 警保局編・前掲注(71) 73頁は、「娼妓は概ね家庭が貧困であつて、止むに止まれぬ事情の下に前借金欲しさに其の境涯に踏る」（下線部は原文による。「陥る」の誤字か。）と指摘する。

また同頁以下では、娼妓稼業中に借金が積み重なっていく実情についても論ずる。具体的には、(あ) 親元から金銭の無心がやってくる、(い) 虚栄のための衣装や装身具を購入する、(う) 病気に罹るとその期間は稼ぎが全くできなくなる等々の理由から、娼妓が「追借金」を余儀なくされる実情である。こうした実情をも踏まえ、「兎に角、一日も早く其の境遇を脱せしむるよう努めてやらねばならない。」として、「娼妓の稼業年限制限」を含む各地の取組みについて紹介している。

日本全国の公娼私娼の実情を詳細に調査報告する同書（例えば後掲注(88) 参照）が刊行された時期は、昭和5年[1930年]春頃より拡大した「農村恐慌」の時期、すなわち農村部における、欠食児童や娘の身売りの増加等が社会問題となった時期と近接しているところである。さしあたり、『内務省史』・前掲注(63) 503頁以下等参照。

また、こうした農村部の窮乏、貧富の格差の拡大、政党政治の腐敗（後掲注(110) の大阪松島遊郭移転事件等参照）に対する義憤が、「青年将校」——農村部出身の下士官や兵と苦楽を共にし、彼らの家庭事情を身近で聴く立場にある、中隊長以下の尉官級将校——らの「蹶起」——五・一五事件（昭和7年、1932年）や二・二六事件（昭和11年、1936年）等——の下地にあったことについては、堀真清『二・二六事件を読み直す』（みすず書房、2021年）32頁以下、87頁以下、244頁以下、viii 頁等参照。

(79) 重田・前掲注(64) 41頁以下参照。具体的な実情につき、草間八十雄『浮浪者と売笑婦の研究』(文明書院、1928年) 70頁以下や、平川知佳「大正期における遊廓と娼妓」西南学院大学大学院研究論集 9号(2019年) 35頁以下等も参照。また本稿では、娼妓契約と公序良俗違反(民法90条)をめぐる議論の蓄積に関しては、紹介を割愛する。本稿各所で参照している関係各文献のほか、例えば米倉明「法律行為(16)～(19)」法教 59～62号(1985年)等参照。

渡正監『警察行政の理論と実際』(警察新報社、1929年) 95頁以下、101頁以下は、西洋諸国にも公娼制度——徹底した身体検査や一定地域での居住徘徊禁止等の各種規制を含む——がある一方、西洋諸国と比較した日本の公娼制度の特徴として、「『遊廓』と称する一定の制限せられたる地域内に於てのみ居住して居ること」と、「娼妓の営業は個人営業ではなくして楼主に抱へられたものであり、其の殆ど全部は前借によつて楼主と債権債務の関係に立つものである」ことの二点を挙げる。関連して松井茂『欧米警察見聞録』(警察協会、1909年) 48頁以下、97頁以下、138頁以下、160頁以下参照。

(80) 娼妓の外出制限(娼妓取締規則7条2項。ただしこの規定は昭和8年[1933年]5月23日内務省令第15号による改正により削除。官報1915号。後掲注(86)も参照)、健康診断受診義務(同9条、10条)、娼妓稼業停止又は禁止命令(同11条2項)といった、その他の制限、また反対に、娼妓の通信・面接・文書の閲読・物件所持・購買その他の自由の保障(同12条)に関しては、『実務教本』・前掲注(64) 185頁以下や、重田・前掲注(64) 61頁以下等参照。

(81) 大坂夏の陣(慶長20年、1615年)が終わって間もない、徳川政権初期に、江戸において遊女を一家所に集めること(傾城町の設置)が幕府により許可された背景には、遊女屋に潜伏する可能性がある不審人物(豊臣政権の残党など)の摘発を容易ならしめるとの配慮もあったようである。この点も含め、江戸時代の遊廓に関しては、石井良助『吉原：公儀と悪所』(明石書店、2012年)等参照。

(82) 明治時代初期に、公娼制度のあり方をめぐって、「公認・囲い込み」路線(大蔵省・東京府)と「黙認・散在」路線(司法省)とが対立し、前者の路線が採用されるに至った政治行政過程に関しては、大日方純夫「売娼問題と警察力」同『日本近代国家の成立と警察』(校倉書房、1992年) 286頁以下等参照。



また、「集娼」方式と「散娼」方式とを比較検討し、警察取締上の見地から、前者が妥当であると結論づける、松井茂『警察読本』(日本評論社、1933年)283頁以下等参照。もっとも同書著者は、諸外国の制度状況をも踏まえながら、日本の公娼制度は「時代錯誤も余りに甚しい」などとして、その廃止を主張している(同276頁、286頁等参照)。ちなみに同書著者は、本文後に紹介する、行政裁大正9年[1920年]判決の事案のなかで重要な役割を演ずることになる「愛知県知事Y」と《同一人物》である。

さらに、戦前の公娼制度でみられた「囲い込み」方式について、戦後の風俗営業取締りとの関連で論ずる、永井良和『定本 風俗営業取締り』(河出ブックス、2015年)も参考になる。

- (83) 帝国地方行政学会編『福岡県警察法規類典 第2巻』(帝国地方行政学会、1935年)【以下『類典』】652頁以下に収録されているものを参照した。
- (84) 例えば新設する場合の条件として、(1) その土地が市街を形成し戸数2千以上人口1万以上を有すること(ただし兵営所在地や船着場その他特別の事情がある場合を除く)、(2) 貸座敷営業者がいないため密売淫の弊が絶えないこと、(3) その付近に貸座敷免許地がないため新設の必要があること、(4) その地方民情に反しないこと、(5) 貸座敷免許地に適当な場所があること、が定められていた。貸座敷免許地ノ新設移転拡張ニ関スル件標準内規1条参照。
- (85) 『類典』・前掲注(83)652頁に収録されているものを参照した。重田・前掲注(64)46頁によれば、この訓令の趣旨は、貸座敷免許地の新設、移転、拡張等には利権が絡み、弊害が生じやすいことから、その判断につき地方長官の自由にはさせない点にあるという。本文後に紹介する行政裁大正9年[1920年]判決や、後掲注(110)の大阪松島遊郭移転事件が思い浮かぶところである。
- (86) 『実務教本』・前掲注(64)193頁等参照。また警保局編・前掲注(71)5頁によると、この内規が定められた当時は、条件さえ具備していれば新設を許していたが、近年の扱いは、世論の動向も踏まえ、厳格に運用している旨指摘する。

すなわち、「内務省としては、新設は絶対に許さない。これが現在に於ては不文律となっている。拡張も認めない。ただ、都市計画事業其の他公共的事業の執行の為だとか、指定地附近の状況に変化を生じ之を存置することが風教上害ありと認められる場合

等、特殊の事情あるときに於てのみ移転を差許して居るに過ぎない〔。〕其の事例も極めて少ない。」という（カッコ内の句点は、引用に当たって本稿筆者である高木が追加した）。

関連して、娼妓取締りの「当局」である内務省警保局主催の全国警察部長会議（大正15年〔1926年〕5月3日）での、その撤廃の是非を含む公娼制度の改善問題をめぐる議論内容につき、川崎正子『公娼制度撤廃の是非：諸方面よりの総合的研究』（婦人新報社、1926年）15頁以下も参考になる（警保局長と警察部長の関係については前掲注（69）参照）。

議題の提案者である警保局長は、その談話において、公娼制度そのものに対して人倫道徳的見地からの疑念を示唆するとともに、娼妓が置かれている窮状ならびに警察行政を通じた娼妓の保護の必要性を強く訴えている。他方で、同会議における、各府県警察部長を中心とする参会者50名余りの全体の意見は、討議のすえ、公娼制度については《理論的には撤廃すべきだが現実的には存置もやむなし》というかたちで集約された。

ただし少数意見として、徳島県と群馬県〔後掲注（88）も参照〕それぞれの警察部長が、《断固即時撤廃すべし》と強硬に主張した。また同会議では、上記の意見集約結果を前提としながらも、娼妓の外出制限を全廃すること（前掲注（80）参照）や、貸座敷事業者の不当な利益追求を阻み、娼妓の経済状況を改善させることなど、娼妓が置かれている環境を改善する様々な提案もなされた。さらに同会議終了後、各警察部長は、各府県に戻り、同会議の議論内容を踏まえ、貸座敷取締規則の改正など、さしあたり各府県でできる対応をすることとなった。同書63頁以下を参照。関連して同書40頁以下も参照。

- (87) 松下孝昭『軍隊を誘致せよ』（吉川弘文館、2013年）210頁以下や、松下孝昭「師団の立地と遊廓移転をめぐる地域社会と市政」史林103巻2号（2020年）40頁以下等参照。
- (88) 参考までに、警保局編・前掲注（71）5頁以下の調査結果に依拠して、往時の公娼制度の状況に関して、数値データを交えながら紹介しておく。ちなみにこの文献は、「手書き」のものである。

昭和4年〔1929年〕末現在、貸座敷指定地は全国で541か所あった。また、道府県「貸座敷指定地」多い順として、北海道45か所、山口県41か所、三重県30か所、山形県26か

所、福島県25か所、長崎県23か所、栃木県21か所、新潟県20か所、愛知県20か所等が挙げられる。逆に、少ない県として、鹿児島県と沖縄県が各1か所、群馬県がゼロか所、埼玉県も調査当時2か所あったが、その後廃止されゼロか所になったという。

とはいえ、全国541か所の貸座敷指定地中30か所には、貸座敷業者がまったくおらず、指定地とは言っても、有名無実となっているところもある（同書9頁以下参照）。例えば山口県15か所などがこれに該当する。また、「廃娼県」として有名だった群馬県（明治26年〔1893年〕廃止）は、同時に「私娼窟」所在地数が全国最多であったことについても留意すべきであろう（同書315頁以下、327頁参照）。この点、埼玉県も、福岡県に次いで、第三位を占めていた（同書327頁参照）。

全国541か所の貸座敷指定地における全業者数は11,154で、うち京都府2,305を最多とし、大阪府1,623、東京府762、石川県524などと続く。そのほか、業者数200以上を抱える指定地（大遊廓）が、東京市・京都市・大阪市といった〈都会〉を中心に、全国11指定地ある一方、わずか1業者しかいない指定地が北海道・静岡県・山口県といった〈地方〉を中心に、全国41か所ある。全国で概して業者数20以下の指定地が多数を占める状況である。

さらに、娼妓1,000人以上を擁する貸座敷指定地（大遊廓）は、全国で7か所ある（同書13頁以下参照）。具体的には、大阪市の松島遊郭（後掲注（110）参照）と飛田遊廓、東京市の新吉原と洲崎弁天町、名古屋市の旭遊郭（本文後述参照）、京都市の宮川町、神戸市の福原遊廓である。娼妓数の多い道府県順（第一位から第六位まで）として、大阪府（8,677人）、東京府（6,424人）、京都府（4,495人）、★愛「媛」県（2,684人）、兵庫県（2,473人）、広島県（2,178人）が挙げられる。

これに対し娼妓数の最も少ない県は、石川県（31人）である。石川県は、娼妓数より貸座敷業者数をはるかに多いという「奇観」を呈している。これは、娼妓を置かない貸座敷業者が多く、貸座敷とは言ってもその実質において「待合」化しているという事情があったようである（詳細は同書11頁以下参照）。そのほか同書では、府県ごとの遊興人員や娼妓揚代金等、様々な角度からの調査分析結果も報告されているが、本稿の考察主題との関係で、紹介を割愛する。

★出典元である、警保局編・前掲注（71）14頁の記述をみると、「愛媛県」と言及さ

れているので、あえてそのままとした。しかしながら、同書49頁と同56頁の、一覧表のなかでの、両県の娼妓数の数値データを手元で計算し、比較すると、ここで言う〈愛「媛」県〉は、そのじつ〈愛「知」県〉を指すものと解するのが妥当なようにも思われる。

各地の遊郭の状況に関しては、日本遊覧社編『全国遊廓案内』（日本遊覧社、1930年）【以下『遊廓案内』】も参考になる。

- (89) 「三重県公報」については、たいへん有り難いことに、明治時代のものから、今日のものに至るまで、下記より電子データとして検索・閲覧が可能である。

<https://www.pref.mie.lg.jp/app/kenkoho/index/>（最終閲覧日：2021年4月15日）

ただし、明治34年〔1901年〕3月8日公布三重県令第20号（三重県公報1331号）の文中に言及されている、「明治33年（10月）三重県令第54号貸座敷取締規則」を記載した三重県公報に関しては、上記検索システムを通じては出てこなかった。

そこで、上記三重県令第54号を収載した該当公報を入手・閲読すべく、三重県庁（三重県総務部法務・文書課）に、——筆者（高木）の所属大学附属図書館のレファレンスを介して——所蔵調査の依頼をした。そうしたところ、同庁より該当公報が「号外」として出された事実は目録で確認しえたが、該当公報は何らかの理由で滅失してしまったものと思われる旨の回答を受けた。同じく三重県立図書館にも所蔵調査依頼をしたが、こちらも発見しえなかった旨の回答を受けた。

ほかに該当公報「号外」の情報内容を入手・閲読する見通しがつかなかったので、やむをえず、上記三重県令第54号に関しては、啓文社編輯部編『三重県令規類纂 加除自在第3編』（啓文社、1926年）【以下『類纂』】275頁以下を参照した。

もともと、本書に収録されている三重県貸座敷取締規則の条文内容は、条文冒頭記載の「沿革」を見ると、①明治34年〔1901年〕6月18日公布三重県令第49号（三重県公報1360号）、②明治37年〔1904年〕2月26日公布三重県令第14号（三重県公報1632号）、③明治42年〔1909年〕8月27日公布三重県令第52号（三重県公報2192号）、④大正4年〔1915年〕10月22日公布三重県令第24号（三重県公報319号）の、四度にわたる改正を経てきたものである。

とはいえ、幸いなことに、①～④いずれの三重県令に関しても、さしあたり上掲三重

県公報の検索システムを通じて入手・閲読することができる（いずれも外観上は比較的に小規模な改正内容）。それゆえ、上記書籍に収録されている条文内容と、①～④の情報とを突き合わせることによって、これら一連の改正前の元々の条文内容（明治33年〔1900年〕10月段階での三重県貸座敷取締規則の条文内容）は、おおよそのところ推測することができる。

- (90) 三重県における娼妓・貸座敷に関する全般動向については、行政裁判治42年〔1909年〕判決の時代より若干過去にさかのぼる情報ではあるものの、三重県警察本部警務部警務課編『三重県警察史 第2巻』（1965年、三重県警察本部警務部警務課）351頁以下が参考になる。
- (91) 戦前の段階で、規範定立行為の処分性を認めた判例があるとして、行政裁判治42年〔1909年〕判決の《存在》に言及する文献は、時折見出される。阿部泰隆『処分性・原告適格・訴えの利益の消滅』（信山社、2021年）40頁等参照。
- (92) 日露戦争において、第三師団は、第二軍（奥保鞏司令官）に属する師団として、遼東半島に上陸した。重要拠点攻撃・占領の後に北進し、遼陽会戦や奉天会戦などに参加した。清水正幸著（第三師団参謀部校閲）『明治三十七八年日露戦役第三師団戦史』（柳城会、1906年）等参照。
- (93) 日露戦争中、日本全国各地で、地域社会を挙げて、傷病将兵を「名誉の負傷」者として熱烈に歓迎・歓待し、その転地療養を支えた経緯については、今西聡子「日露戦争の傷病兵と地域社会」鷹陵史学42号（2016年）3頁以下参照。本件の贅崎の場合も同様である。梅原三千・西田重嗣『津市史 第4巻』（津市役所、1965年）113頁以下参照。

転地療養所は、それぞれ地方の温泉地や海浜などの適地が選ばれて開設され、地元の旅館や寺院などが借り受けられた（本注上掲・今西論文5頁参照）。また、ある地域に転地療養所が開設されることによって、療養中の傷病将兵を慰問するため各地から大勢の人々が訪れるようになり、その地方の景気が良くなった経緯——「転地療養所特需」——もあった（同8頁以下参照）。

ただし併せて、療養中の、閑を持って余した傷病将兵に関わる軍紀上・風紀上の問題も生じた。また、戦争全体の勝利の見えてきた日本海海戦以降、帰郷した傷病将兵のなかでも、四肢や両眼を失うなどの重度の障害を抱えた「癱兵」（傷痕軍人）につき、その

生活の困窮が社会問題化していくとともに、彼らに対する地域社会の冷淡な対応があったという（同11頁以下参照）。

- (94) 時代は少し下るが、『遊廓案内』・前掲注（88）308頁以下参照。
- (95) 陸軍省編纂『明治卅七八年戦役 陸軍政史 第七巻』（覆刻版、湖南堂書店、1983年）に収録されている、「附表第八其二 明治三十七八年戦役間各地予備病院分院及転地療養所開設閉鎖一覧表」によると、贅崎転地療養所は、明治37年〔1904年〕4月28日開設、同年12月23日閉鎖となっている。また「摘要」欄に、「開設ノ際地方庁ニテ同地貸席ノ営業ヲ停止セシカ後収容患者少数トナリ該業者生計上復旧ノ已ムヲ得サルニ至リシテ以テ更ニ蒲郡ニ移ス」として、閉鎖理由と転療先が記録されている。
- (96) 出典元の表記に合わせている。『津市史』・前掲注（93）114頁。横須賀軍港に置かれていた「海軍砲術練習所」のことを指すのではないと思われる。明治26年〔1893年〕勅令第219号海軍砲術練習所条例（官報3128号）1条等参照。関連して海軍教育本部編『帝国海軍教育史 別巻』（覆刻版、原書房、1983年）67頁等参照。
- (97) 海軍の砲術教育と訓練に関して、全般的に、海軍砲術史刊行会編『海軍砲術史』（海軍砲術史刊行会〔水交会内〕、1975年）209頁以下等参照。
- (98) 明治40年〔1907年〕4月に、「海軍砲術練習所」（前掲注（96）参照）は、「海軍砲術学校」へと変更された経緯がある。明治40年〔1907年〕勅令第135号海軍砲術学校条例（官報7140号）32条等参照。関連して『海軍教育史』・前掲注（96）70頁等参照。
- (99) 衰退する遊郭に替えて、艦砲射撃を市の繁栄策の一つとして考えた津市の思惑は当たらなかった。というのも、休養のため上陸する砲術学校生徒といっても少人数に過ぎず、また彼らは寺院を借りて自炊生活をするだけで、地域に賑わいをもたらすまでには至らなかったからである。また、付近に漁場を持つ水産業者が、とどろく砲声に迷惑し、反対陳情をした結果、軍艦の来航も絶えることとなってしまった。『津市史』・前掲注（93）114頁以下参照。
- (100) 内務大臣官房文書課編『法規類抄 明治43年刊 上巻』（内務省総務局、1910年）188頁参照。
- (101) 明治33年〔1900年〕6月法律第84号（官報5073号）。
- (102) 「旭遊郭」移転前後の名古屋の遊郭の状況については、阿部英樹『百年前の中京名古屋

屋：愛知県遊郭地域資料集』(勁草書房、2016年)71頁以下が参考になる。

- (103) 阿部・前掲注(102)76頁参照。
- (104) これらの地域が指定された背景に関して、愛知県史編さん委員会編『愛知県史 通史編 6 (近代1)』(愛知県、2017年)340頁参照。関連して、愛知県警察史編集委員会編『愛知県警察史 第1巻』(愛知県警察本部、1971年)【以下『愛知県警察史1巻』】538頁以下等も参照。
- (105) 旭遊郭の区域は、大須の中心である大須観音堂に面し、南北400m、東西200mを占めた。また、最盛時は明治38年[1905年]頃で、貸座敷業者173軒、娼妓1618人、芸妓112人に達したという。阿部・前掲注(102)76頁以下参照。
- (106) 新修名古屋市史編集委員会『新修名古屋市史 第6巻』(名古屋市、2000年)9頁以下も参照。
- (107) なお、あわせて、従来の指定地たる名古屋市内8町における現在の貸座敷営業者に限って、明治49年(大正5年、1916年)7月31日までその地域内において、営業を継続しうる旨の経過規定も設けられている。
- (108) 大正期の《草深い》稲永新田の様子は、阿部・前掲注(102)182頁以下において、当時の現地写真も含め、印象深く紹介されている。例えば、付近にこれという娯楽場所もなかった稲永遊郭の娼妓たちは、昼間の〈憂さ晴らし〉の一つとしとして、近くの田んぼに「蝗(いなご)」を捕りに出かけたという。同書192頁参照。
- なお、旭遊郭の稲永新田への移転方針が打ち出されるに先立って、明治45年[1912年]には熱田遊郭が稲永新田へと移転しており、稲永遊郭となっていた。同書86頁や、『愛知県警察史1巻』・前掲注(104)548頁等参照。
- また関連して、警保局編・前掲注(71)166頁以下は、「娼妓の休日」について紹介している。営業者(楼主)側より、娼妓向け修養・歓楽行事の提供がなければ、「娼妓は活動写真館や其の他の興行場に出かけて安価な享楽をして一日を過すのが普通である。」という。
- (109) 阿部・前掲注(102)193頁以下によると、稲永遊郭(前掲注(108)参照)において、開業当初は苦戦したようである。しかしながら、関東大震災(大正12年、1923年)に伴う鉄道輸送の麻痺を受けて、大商船による輸送が一時的に増加し、それらの名古屋

港入港にあわせて上陸し、かつ、遊客となりうる船員が増加したこと、またその後も「安値主義」の価格戦略が功を奏するなどして、かなり繁盛した様子が窺われる。関連して『遊廓案内』・前掲注（88）232頁も参照。

- (110) 旭遊郭移転をめぐる疑獄は、もっぱら《県政》レベルであったが、遊郭移転をめぐる《国政》レベルでの疑獄として、大阪松島遊郭移転事件（刑事事件・昭和2年〔1927年〕一審判決）がある。我妻栄ほか編『日本政治裁判史録 昭和・前』（第一法規、1981年）97頁以下（大島美津子執筆部分）参照。複数の政党政治家に収賄の嫌疑がかけられた。また、ときの内閣総理大臣、若槻礼次郎のほか、内務次官や大阪府知事らが証人として訊問された。

予審判事の突然の交替や、民間関係者の有罪（詐欺罪）のみとの結末をめぐって、国民の疑惑を深めることとなった。同書114頁は、「政党は腐敗と利権と泥仕合のシンボルとしての印象が徐々に定着し始め、それが更に政党政治不信へと移行する歴史の流れの中で、松島事件も一つのポイントとなつた」と論評している。

- (111) 嫌疑の内容については、扶桑新聞第8560号特別附録『遊郭移転地事件公判速記』（扶桑新聞社、1914年）1頁以下の「小幡検事事実陳述」なども参照。

- (112) 『名古屋市史』・前掲注（106）16頁も参照。

- (113) 前掲注（82）参照。また、「回顧」・前掲注（14）97頁において、元行政裁判所長官の沢田竹治郎氏は、若き日の内務官僚時代、一時期、愛知県の理事官に任命され、「愛知県知事 Y」の下で働いた際の思い出に触れている。

- (114) 文献によっては、この移転以降、「旭遊郭」を「中村遊郭」と称している。阿部・前掲注（102）164頁等参照。関連して『遊廓案内』・前掲注（88）228頁以下も参照。

- (115) 大正期の岡崎市内の遊郭の営業状況に関しては、新編岡崎市史編集委員会編『新編岡崎市史 近代4』（新編岡崎市史編さん委員会、1991年）924頁以下も参照。板屋町・伝馬町の二つの町で、80軒以上の遊郭（貸座敷）があり、娼妓数は200名近くいるという状況であった。

- (116) 以下、岡崎市の遊郭の移転をめぐる経緯に関しては、『岡崎市史』・前掲注（115）926頁以下も参照。

- (117) 「岡崎公園」に関する次のウェブサイトも参照。



<https://okazaki-kanko.jp/okazaki-park> (最終閲覧日: 2021年4月15日)

(118) 「主文」は、「大正八年愛知県令第三十五号ヲ以テ明治三十三年愛知県令第八十八号貸座敷取締規則ヲ改正スルコトニ因リテ愛知県知事ノ為シタル原告ノ愛知県岡崎市板屋町〔省略〕ニ於ケル貸座敷営業ノ免許取消ニ関スル処分ハ之ヲ取消ス」というものである。なお、訴訟費用負担部分は除いて引用した。また、原文に記載されている具体的な営業場所についても、諸般の事情から省略して引用した。

(119) ②の論点をめぐる判示内容について、簡単に触れておく。判決は、①愛知県令第35号登載の愛知県公報なる印刷物が、愛知県庁内の印刷所で大正8年〔1919年〕4月18日午後9時に印刷し終わり、夜間中県庁の宿直員により保管され、翌19日午前8時頃にその印刷物が名古屋郵便局に託送する等により発送がなされたこと、また②Yが同月18日は県知事職にあったものの、同19日にはその職になかったことを事実認定する。

その上で、一般に府県令を登載した印刷物を配布して府県令を公布する場合には、府県庁よりその印刷物を外部に発送するのであれば、法令に従った「公布」があったものとは言えないとの解釈を示した。またこの解釈は、府県令一般のみならず、行政処分が府県令をもってなされる場合（その限りで特殊な場合）であっても変わらないとする。

この解釈を本件事案に当てはめると、愛知県令第35号登載の愛知県公報なる印刷物を県庁より外部に発送したのは「19日」だったがゆえに、同第35号の公布日も同じく「19日」と判断されることになる。たとえYにおいて、18日時点ですでに愛知県令第35号を公布する意思があったとしても、このことは変わらない。

愛知県令第35号は、その公布時である19日に在職中の知事により署名等がなされるべきであったにもかかわらず、知事にもはや在職していないYによって公布されたものだから、違法な公布である。したがって、この違法な公布を通じてなされた原告の営業免許取消処分も違法である。

加えて、明治26年〔1893年〕11月28日公布愛知県令第32号（愛知県公報号外291号）1項に依拠して、愛知県公報への登載をもって公布があったと解すべき旨の被告の主張も採用されなかった。

以上のことから、愛知県令第35号は19日時点で県知事職にある者が署名し、公布すべきであった。それにもかかわらず、愛知県令第35号は、「19日」に、「県知事ではない

Y)によって署名、公布されたものであるから、この県令(=行政処分)は違法であった、取り消すべきと判断した。

美濃部達吉『評釈 公法判例大系上巻』(有斐閣、1933年)58頁は、本判決のこの論点につき、「意思の決定だけは有効に為し得たとしても、其の表示の前に退職したとすれば、最早有効には意思表示を為し得ない」といった理由から、「判決の趣意は大体に於いて正当」と論評している。

(120) この判決の効力は、本件訴訟を提起しなかった他の貸座敷営業者に対してまでは及ばなかった(前掲注(118)の「主文」参照)。その結果、原告のみが移転する必要なく、現在の場所で営業を継続することができた。とはいえ愛知県は、この判決が出されてまもなく、大正9年[1920年]2月25日公布愛知県令第29号(愛知県公報号外第33号)を出した。

この愛知県令第29号は、裁判で問題となった愛知県令第35号と、【ほぼ同一内容】である。すなわち、移転猶予期限の年月日が、大正11年[1922年]4月30日(第35号)から、大正12年[1923年]3月31日(第29号)に差し替えられている程度の、わずかな違いがあるに過ぎない。

いわば被告において、大正9年[1920年]2月12日に出された本判決で違法とされた手続面を「適法に」やり直して、改めて同じ内容の県令を出した格好となっている。そしてこの新県令に従って、結局は、原告も移転を余儀なくされたようである。以上の点も含め、判決後の動向に関しては、愛知県警察史編集委員会編『愛知県警察史第2巻』(愛知県警察本部、1973年)305頁以下を参照。

ちなみに、岡崎市内二町の遊郭は、中町に移転統合され、《東(あずま)遊郭》として再出発することになった。『岡崎市史』・前掲注(115)927頁参照。また、松川二郎『全国花街めぐり』(誠文堂、1929年)332頁以下も参照。

さらに、『遊廓案内』・前掲注(88)227頁以下では、「岡崎市遊廓」にいる芸娼妓には、愛知県出身者のほかに、群馬県や埼玉県出身者が多い旨の記述がある(同228頁)。前掲注(88)で紹介した両県の娼娼動向との関連で興味深いところである。

(121) なお、あらためて関連する規定を確認すると、三重県貸座敷取締規則2条では、「所轄警察官署ニ願出テ許可ヲ受クルニ非サレハ貸座敷営業ヲ為スコトヲ得ス」として、貸

座敷に係る営業免許の規定が設けられていた（本文先に先に紹介した娼妓取締規則8条も参照）。

また、猥褻姦淫や略取誘拐等の一定の罪を犯したり、素行不良と認められるなど、営業不許可要件（三重県貸座敷取締規則7条）を事後的に充たした貸座敷営業者に対する、営業禁止命令又は営業停止命令（8条）、さらには規則の定めや規則に基づく命令に違反した場合の行政刑罰（拘留又は科料、27条）が定められていた。

他方で、営業免許の取消し（講学上の撤回）処分そのものに関しては、同規則のなかでは明示的に規定されていなかった。『類纂』・前掲注（89）275頁以下参照。

ただし理論上は、明文規定がなかった状況であっても、貸座敷営業免許取消（撤回）処分をなしたのではないかと推測しうる。田中二郎『行政法総論』（有斐閣、1957年）360頁以下等参照。もっとも筆者の調べた範囲内では、この状況の下で、貸座敷営業免許取消（撤回）処分がされた実例を確認しえなかった。関連して渡・前掲注（79）117頁以下等参照。

ともあれ、大正14年〔1925年〕9月26日公布三重県令第71号（三重県公報号外）による、貸座敷取締規則の改正の結果として、同規則又は同規則に基づき発せられた命令に違反した営業者や、公安又は風俗を害する事実があると認められた貸座敷営業者に対する、営業免許取消し（撤回）処分規定が明示的に定められることとなった（同規則18条）。

三重県と類似の推移は、愛知県においても認められる。明治33年〔1900年〕11月21日公布愛知県令第88号（愛知県公報号外799号）8条、11条、13条等と、大正11年〔1922年〕4月21日公布愛知県令第43号（愛知県公報746号）17条、18条、19条等を参照。

以上に関しては、この時期の各府県における貸座敷取締規則改正の趣旨及び内容（関連して前掲注（86）参照）、また戦前の営業免許取消し（撤回）処分に関する実務解釈動向も含め、さらなる調査検討の余地があるものと思われるが、今後の課題としたい。

- (122) ただし、出典元である美濃部達吉『日本行政法総論上巻〔初版〕』（有斐閣、1919年）555頁では、「四二、二、一二行判」と表記されている。筆者（高木）において、行政裁判所判決録中の該当年月日の記載内容等をも確認し、この表記はその実質、《四二、二、二二行判》を意味するものと判断した。

(123) なお関連して、清水澄「行政訴訟事項の範囲」清水澄博士論文・資料集刊行会編『清水澄博士論文・資料集』（原書房、1983年、論文初出1923年）932頁以下では、「現に行政訴訟を許す所の事項と同一性質の事項にして列記に漏れたる場合の如きは甚だ不均衡」（同933頁）、せめて列記事項を「基本とし之と均衡を得しむる目的を以て其の範囲を拡張せられんことを切望するものなり」との問題意識（同935頁）に立つ。その上で、各列記事項に類似するけれども、行政裁判所の判例上、処分性が認められないとされている行政活動の例を挙げて、それぞれ処分性を認めるべき旨の解釈論を展開している。もっとも、行政裁判明治42年〔1909年〕、大正9年〔1920年〕の両判決については言及されていない。

この清水論文を読んでいると、前掲注（2）で挙げた、二項道路一括指定事件や労災就学援護費不支給決定事件等の近年の処分性拡大判例が採用した解釈論が《連想》される。同論文の「均衡」に対する解釈論的な問題意識も含め、今日の処分性をめぐる最高裁の判例動向を理解するに当たっても、非常に興味深い論考である。

しかしこの点に関しては、本稿では十分に検討できない。美濃部・前掲注（122）550頁以下等、列記事項をめぐる行政裁判所の判例と批判的に取り組む、他の戦前の学説——いわば戦前の「処分性拡大論」——とともに、改めて別の機会に検討したい。

なお清水澄氏は、公法学（憲法・行政法）の研究者であるとともに、行政裁判所評定官並びに同長官を務めた経歴を持つ。また戦後、枢密院が廃止されるまで、枢密院議長職も務めている。同1192頁以下参照。

また、戦前段階において、結果として挫折を余儀なくされたものの、行政裁判制度改革（行政訴訟事項の拡大を含む）に向けた立法過程において、行政法学の通説を担った美濃部氏と、当時行政裁判所評定官の職にあった清水氏とが、ともに中核的な役割を果たしたことに関しては、小野博司「昭和戦前期における行政裁判法改正作業」甲子園大学紀要36号（2008年）80頁以下等参照。

とくに、新聞紙又は出版物に対する行政処分（頒布禁止命令・差止命令）を行政訴訟事項に加える行政訴訟法案をめぐる、推進側の美濃部氏と抵抗側の内務省（官僚）との間の議論の応酬・対立の経緯（同90頁以下参照）については、天皇機関説事件（1935年、昭和10年。前掲注（7）参照）を念頭に置いても、興味深いところである。

- (124) 美濃部・前掲注(119) 564頁以下及び614頁以下、美濃部・前掲注(54) 580頁以下及び593頁、美濃部・前掲注(46) 902頁以下及び924頁以下等参照。ただし、美濃部達吉『日本行政法総論上巻〔第8版〕』(有斐閣、1923年) 549頁以下の記述は、行政裁判明治42年〔1909年〕判決のみの紹介を含め、前掲注(122)〔初版〕549頁以下と変わらないように見受けられる。
- (125) 本書は、行政裁判所が、杉村章三郎、宮沢俊義、田中二郎、林茂に分担起草を囑託して、脱稿を見たものである。行政裁判所編『行政裁判所五十年史』(行政裁判所、1941年) 1頁参照。関連して、本書の書評である、田上穠治「行政裁判所五十年史」一論9巻2号(1942年) 212頁以下も参照。田上氏は、この書評の中で、本書の中の判例等の解説部分につき、上掲4名の「筆者の意見・批評を加へず、忠実に判例の発展を述べたものであるが、単なる判決要旨の収録ではなく、行政裁判所が具体的事件に下した解釈の根底をなす理論を明かにし、一般の行政法学者にとつても行政裁判所の当局にとつても興味あるものである。」とコメントしている。
- (126) 『五十年史』・前掲注(125) 107頁注(2)。
- (127) 『五十年史』・前掲注(125) 79頁以下参照。
- (128) 杉村章三郎『日本行政法講義要綱上巻〔第10版〕』(有斐閣、1942年) 376頁以下も参照。
- (129) 前掲注(11) 参照。
- (130) 前掲注(12) 参照。
- (131) 田中二郎『行政争訟の法理』(有斐閣、1954年) 86頁参照。
- (132) 田中・前掲注(131) 89頁脚注(三) 参照。
- (133) 雄川一郎ほか『行政事件訴訟特例法逐条研究』(有斐閣、1957年) 82頁以下も参照。  
関連して杉本良吉『行政事件訴訟法の解説』(法曹会、1963年) 9頁以下等も参照。
- (134) 秋山義昭「法令に対する抗告訴訟」雄川一郎ほか編『現代行政法大系 第5巻』(有斐閣、1984年) 67頁以下参照。同68頁以下の、「判例では、法令自体は直接個人の権利義務に影響を与えず、当該法令に基づく行政庁の処分によって具体的な権利義務が確定する場合には、一般にその法令自体に対する抗告訴訟を認めない。」との指摘も参照。
- (135) 裁判例の紹介として、最高裁判所事務総局編『行政事件訴訟十年史：昭和22年～昭

和32年』（法曹会、1951年）49頁以下、最高裁判所事務総局編『続行政事件訴訟十年史：昭和33年～昭和42年』（法曹会、1972年）101頁以下、最高裁判所事務総局編『続々行政事件訴訟法十年史：昭和43年～昭和52年』（法曹会、1981年）75頁以下等参照。

- (136) 関連して、岡田正則「事実行為の権力性に関する一考察」渡辺洋三先生追悼論集『日本社会と法律学』（日本評論社、2009年）223頁以下や、石崎誠也「美濃部達吉に先行する行政処分論」新潟53巻1号（2020年）102頁以下等参照。
- (137) 古田・前掲注（60）863頁以下等参照。
- (138) 桑原洋子ほか責任編集『実務注釈 児童福祉法』（信山社、1998年）214頁以下（田村和之）等参照。
- (139) 平成21年〔2009年〕最判は、保育所廃止条例制定行為につき「処分性」を認めたものの、原告らに係る保育の実施期間がすべて満了しており、原告らにおいてもはや同制定行為の取消しを求める「訴えの利益」は失われているとして、訴えを不適法と判断している。
- (140) 古田・前掲注（60）869頁参照。
- (141) なお、【公共工事施行】ならびに【規範定立行為】をめぐっては、行訴法制定時に「立法論」として、「抗告訴訟」で争うこと、つまりは「処分性」を認めることが議論された経緯もある。この点に関しても今後改めて検討する必要がある。例えば、塩野宏編著『日本立法資料全集第5巻 行政事件訴訟法（1）』（信山社、1992年）の、「別冊付録」である「行政事件訴訟特例法改正要綱試案（第一次案）」（昭和31年〔1956年〕9月20日法制審議会行政訴訟部会小委員会幹事）参照。とくに同1頁以下の、「抗告訴訟」の一種としての、「公共工事等の訴」案や、同4頁の「抗告訴訟」の一種としての「法令の取消を求める訴訟」案を参照。