

## いわゆる「誤った判決」をめぐる一試論 : 平成二 二年一月六日福岡高裁判決を起点とする一連の裁 判について

上田, 竹志  
九州大学大学院法学研究院 : 教授

<https://doi.org/10.15017/2800490>

---

出版情報 : 法政研究. 86 (4), pp.1-41, 2020-03-13. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics)  
Kyushu University  
バージョン :  
権利関係 :

# いわゆる「誤った判決」をめぐる一試論

——平成二二年二月六日福岡高裁判決を起点とする一連の裁判について——

上 田 竹 志

はじめに

一 開門訴訟

二 開門判決に対する請求異議訴訟

三 考察

おわりに

はじめに

論 說

本稿は、特定の事件における判決および強制執行の経過を定性的に分析しながら、実体法上または訴訟法上の瑕疵が含まれるとの疑義を有する判決（これを以下本稿では、やや刺激的な用語法であることをあらかじめお断りしつつ、「誤った判決」と呼ぶ）をめぐる当事者や裁判所の傾向・行動について、ささやかな仮説の定立を試みるものである。

ごく一般的に言って、法的に誤った判決がなされることは歓迎されない。裁判所は、実体法上も訴訟法上も適法な判決を言い渡すよう努力するし、万が一その違法が発見されれば、判決の変更（民訴二五六条）や更正（同二五七条）による自己修正もあり得る。当事者としても、実体法上の不当判決や、訴訟法上の違法判決を言い渡されれば、上訴・再審によってこれを是正しようとする。民事訴訟制度は、原則として誤った判決を是正するイニシアティブおよび行為責任を当事者の側に与えている。

しかし、民事訴訟は両当事者の利害関係が衝突する場でもあることから、誤った判決が両当事者にとつて常に是正の対象となるわけではない。特に、誤った判決がたまたま一方当事者にとつて有利だった場合、それを是正するインセンティブは、必ずしも有効に働かない。また、判決の瑕疵が法的に明瞭でない場合、再審訴訟や請求異議訴訟を担当する裁判所は、もともとの判決がどのような法的構成を採用し、どのような意味で誤っていたのかを、再解釈する必要に迫られる。

本稿は、近年、社会的注目を集める諫早湾干拓事業関連訴訟における開門訴訟の請求認容判決、およびそれを債務名義とする強制執行に対する請求異議訴訟の判決を取り上げ、特にその判決効をめぐる当事者の紛争行動や裁判所の解釈について、ささやかな現象記述的分析を行う。

諫早湾干拓事業をめぐることは、すでに開門を求める当事者、開門の差止めを求める当事者の双方から複数の訴訟や仮処分申立てがなされ、複数の裁判がなされており、状況はきわめて複雑化している。<sup>1</sup>このうち本稿では、判決効の分析に焦点を絞るため、後述する福岡高裁平成二二年一二月六日判決、福岡高裁平成三〇年七月三〇日判決（およびその上告審である最高裁第二小法廷令和元年九月一三日判決）を集中的に取り上げ、また開門の当否といった実体法上の判断には踏み込まない。

なお、平成二二年判決を債務名義とする間接強制の可否をめぐる最高裁第二小法廷平成二七年一月二二日決定につい

では、すでに訴訟法的観点から複数の検討がなされているが、本稿の問題意識にとつて、この決定はそれほど大きな意味を持つものではない。したがって、筆者の力量の都合もあるが、この決定については本格的に取り上げず、その分析は先行する諸論考に委ねることをお詫びする。<sup>(3)</sup>

## 一 開門訴訟

本章では、原告たる漁業従事者等が国を被告として提起した、潮受堤防撤去を主位的請求、排水門開放を予備的請求とする訴訟（以下、「開門訴訟」と呼ぶ）に対して言い渡された、第一審判決（佐賀地判平成二〇年六月二十七日判時二一〇四号三頁）および控訴審判決（福岡高判平成二二年二月六日判時二一〇二号五五頁）を分析する。<sup>(4)</sup>

### 1 事案の概要（平成二〇年判決以前）

諫早湾干拓事業の構想は、昭和二七年からすでに存在した。当初の事業趣旨は、平地の拡大による食糧難の解決であった。<sup>(5)</sup>

昭和六一年、農地造成及び高潮、洪水等に対する防災対策を可能とするために、諫早湾の湾奥に位置する長崎県高来町と吾妻町との間を長さ約七キロメートルの潮受堤防で結んで諫早湾の干潟と浅海域を締め切り（締め切られる湾奥部面積三五〇ヘクタール）、さらに潮受堤防内に内部堤防を設け、潮受堤防と内部堤防の部分を調整池（一七一〇ヘクタール）に、内部堤防の内側を干拓又は埋立てをし、一八四〇ヘクタールの土地を造成する計画（以下、「本件事業」と呼ぶ）が、農林水産省を事業主体として策定された。

平成元年、本件事業の工事が着工され、平成九年四月一四日に潮受堤防を締め切り、諫早湾の約一五五〇ヘクタールの干潟が消失し、平成一一年三月に潮受堤防が完成した。

平成一三年、有明海のノリ養殖が不作となり、本件事業との関連が疑われ、二〇〇四年に漁業従事者が国を相手方として、本件事業にかかる工事の差止めを求める仮処分を申し立てた。

裁判所は仮処分命令を発し、保全異議においても認可されたが（佐賀地決平成一七年一月一二日訟月五三卷三号七六六頁）、抗告審（福岡高決平成一七年五月一六日判時一九一〇六頁）は原決定を取消しの上仮処分決定を取り消し、申立人による許可抗告も棄却された（最一小決平成一七年九月三〇日）。

## 2 第一審判決（佐賀地判平成二〇年六月二七日判時二一〇四号三頁）

こうした中、平成一四年以降、有明海沿岸四県の漁業従事者らが原告となり（複数の訴訟が相次いで提起・併合された結果、最終的には約二五〇〇名に達した）、国を被告として、主位的に潮受堤防の撤去を、予備的に潮受堤防の排水門を開放すること等を求める開門訴訟を提起した。

第一審の佐賀地方裁判所は、原告の主位請求を棄却しつつ、予備的請求のうち、漁業権を有する漁協の制定する漁業権行使規則で規定する資格に該当する者が有する漁業行使権から生じる妨害排除請求権の行使として、排水門の開放を求める権利を肯定した。

その際、第一審裁判所は、排水門開放の時期について以下のように判示した。

「……中・長期開門調査による観測・現地調査については本件調整池が海域への生態系に移行するのに最低二年間が必要であり、その後の調査としても最低三年間が必要であるとされていることを考慮すると、上記推認（引用者注…有

明海の環境変化と本件事業との間の因果関係の推認）を前提として本件請求を認容するとしても、本件潮受堤防の撤去又は本件各排水門の開放開始から五年程度で現状とは異なる環境条件の下での観測結果等が十分に得られている蓋然性が高く、上記推認の前提とした事情に変化が生じ、むしろ、本件潮受堤防との間の因果関係を科学的に否定するに足りる科学的知見が得られている可能性も否定することはできない。

そうすると、被告に対して本件潮受堤防の撤去ないし無期限の本件各排水門の開放の負担を負わせることは相当ではない。

……以上によれば、本件請求は、予備的請求のうち、上記推認の基礎とした事情が継続することが予測される五年間に限り本件各排水門を開放する限度で認容できるといふべきであり、漁民原告らの主位的請求及びその余の予備的請求は、その余の点につき判断するまでもなく、理由がない。<sup>7)</sup>

「……しかし、上記防災機能等を代替するための工事には短くとも三年間の工期を必要とすることも考慮すれば、予備的請求に係る原告らは本判決確定の日から三年間は本件各排水門の開放を求めることはできないものと解するのが相当である。」<sup>8)</sup>

第一審判決は、口頭弁論終結時において履行すべき状態にない請求権につき認容したという点において、将来給付判決を言い渡した。しかし原告は、請求の趣旨においてあくまで即時の排水門撤去ないし開放、すなわち現在給付を求めていたため、ここに不一致が生じている。

## 3 控訴審判決（福岡高判平成二二年二月六日判時二一〇二号五五頁）

控訴審における原告（原告被告双方が控訴したので、便宜上このように表記する）の控訴の趣旨は、あくまで第一審における請求の趣旨と同様に、即時の排水門開放を求める現在給付にとどまっている。ただし、控訴理由や争点の中に、第一審判決が将来給付判決であることを問題視するものは含まれなかった。

そして、控訴審判決もまた、原告の現在給付請求に対して、排水門開放の时期的猶予を付加した、将来給付判決を言い渡した。該当部分の判決主文は、以下のようになっている。

「一審被告は、上記控訴人一審原告らに対する関係で、判決確定の日から三年を経過する日までに、防災上やむを得ない場合を除き、国営諫早湾土地改良事業としての土地干拓事業において設置された、諫早湾干拓地潮受堤防の北部及び南部各排水門を開放し、以後五年間にわたって同各排水門の開放を継続せよ。」<sup>9)</sup>

そして、この給付期限および期間の定めについては、判決理由で以下のように述べられている。

「……漁業行使権に基づく妨害排除請求権は、妨害状態の存する限り当該漁業行使権から不断に発生するものと解される。そうであるところ、現時点においては、本件事業が諫早湾及びその近傍部を含む……環境に及ぼす影響がすべて解明されたとはいえず、将来的に、漁業行使権の妨害を回避する措置として本件各排水門の常時開放よりも適切なものが発見、開発され、上記請求権の成否及び内容を基礎付ける事実関係が変動する可能性がある。そこで、予備的請求は一定の期限付きで認容するのが相当であり、その期限は、証拠……によれば本件各排水門の開放後干潟生態系が淡水域から海域の生態系に移行するのに最低二年を要するほか、その後に実施する調査も年による降雨の違いなど気象の変動を考慮すれば複数年の調査が必要であると認められることなどを考慮して、五年間とするのが相当である。」<sup>10)</sup>

#### 4 控訴審判決確定

当時の内閣総理大臣は、上記控訴審判決に対して上告を断念する旨を表明し、平成二二年二月二〇日の経過をもって控訴審判決は確定した。

#### 5 検討

##### （1）開門判決の法的性質

先に述べたように、開門訴訟の第一審判決（以下、「平成二〇年判決」と呼ぶ）、控訴審判決（以下、「平成二二年判決」と呼ぶ）は、いずれも原告が即時の排水門撤去（主位的請求）または開放（予備的請求）を求めていたこととの関係で、問題が生じうる。これらの判決は、原告のいつの時点での権利の存在を認め、それにどのような救済を与えたと言えるのか。

以下、考え得る法的構成を挙げる。

##### （a）将来の妨害排除請求権説

漁業行使権から生じる妨害排除請求権としての開門請求権は、漁業行使権の妨害状態があるかぎり、その都度生じるものである。<sup>①</sup>したがって、平成二〇年判決および平成二二年判決は、判決確定の日から三年経過後にも漁業行使権の妨害状態が生じているであろうという将来予測に基づいて、将来生ずべき妨害排除請求権を実現するための将来給付判決を言い渡したものと解釈できる。

開門期限の三年間の意義については、第一審・控訴審とも、排水門が有する防災機能を担保するための代替工事に必要な期間として定められており、この点に違いはない。

他方で、開門期間の五年間の意義については、平成二〇年判決が排水門開放後の観測・現地調査の実効性の見地から五年間という期間を定めているのに対して、平成二三年判決では、「将来的に、漁業行使権の妨害を回避する措置として本件各排水門の常時開放よりも適切なものが発見、開発され、上記請求権の成否及び内容を基礎付ける事実関係が変動する可能性」を考慮して、五年間という期間が定められており、両判決で微妙な意味付けの違いがある。

しかしいずれにせよ、両判決の文言からは、保護の対象となる原告らの漁業行使権と、保護手段としての給付態様について、以下二通りの考え方が生じそうである。

(a—1) 妨害排除請求権が漁業行為権の侵害という事実状態から不断に発生するという点を強調して、判決確定後三年経過後、五年間にわたって原告らの漁業行使権が侵害され続け、妨害排除請求権が発生し続けることを、裁判所が将来予測に基づいて認定したのであり、その都度の妨害排除請求権の実現態様として、五年間の排水門開放という給付が命じられたと解釈する可能性がある。<sup>12)</sup> この場合、排水門開放という給付の時期と、判決事項＝既判事項となる妨害排除請求権の発生時期に、不一致は生じないこととなる。また、将来五年間にわたって妨害排除請求権が継続的に発生することは、判決主文で判断された権利義務の存否に関する事項であるから、既判力が生じる。

(a—2) 例えば平成二〇年判決が「本件調整池が海域への生態系に移行するのに最低二年間が必要であり、その後の調査としても最低三年間が必要である」と記すように、判決確定後三年経過時における漁業行使権の妨害状態を是正するための執行手段として、五年間の排水門開放という給付を特定したと解釈する可能性もある。<sup>13)</sup> この場合、上記時点における漁業行使権の妨害状態を是正するために、五年間を要する給付態様が必要だけでなく、五年間にわたる妨害排除請求権の存在を既判力によって確定させることは、必ずしも必要ではないことになる。この解釈に依った場合、五年間

という給付期間の定め、判決主文記載にどのような効力を認め得るかは、次の（b）での検討に譲る。

（b）現在の妨害排除請求権説

上記将来給付判決における、権利存在の基準時点と給付時点の不一致をさらに拡大して、平成二〇年判決、平成二二年判決は、将来の権利関係について判断したのではなく、口頭弁論終結時点の妨害排除請求権に基づいて将来給付判決を命じたと解することも可能である。

すなわち、期限付請求権に基づく将来給付判決に際して、既判力をもって確定されるのは口頭弁論終結時における期限付請求権であり、執行段階において期限の到来が執行開始要件（民執三〇条一項）として判断されるに過ぎない（期限到来時における請求権の存在が既判力をもって確定されるのではない<sup>14</sup>）。本件においても、裁判所は確定判決後三年が経過したのちにはじめて妨害排除請求権が発生すると判断しているのではなく、現在においてすでに漁業行使権の侵害があり、妨害排除請求権は発生していると判断したが、その行使に期限を付したと読むのが自然である。すると、判決基準時において認容されたのは、三年間の期限が付された排水門開放請求権であるが、本来は判決確定後即時に排水門開放の給付がなされるべきところ、防災機能代替工事の実施という、原告らの権利実現とは本来関係のない事情があるために、実定法上の根拠はないものの、救済判決的に期限が付されたに過ぎず（受忍限度的な衡量の結果、期限が付されたと解する余地はあるが、判決文から直ちには読み取れない）、実現されるべきはあくまで、判決基準時時点での排水門開放請求権である。そこで、便宜的に将来給付判決の形で、基準時以後の給付を命じた、と考えることもできる。

このように考えても、通常の期限付請求権と同様、期限到来までに生じた新事由を異議事由として請求異議の訴え（民執三五条）を提起することは、一般論としては可能である。ただ、平成二二年判決は「現時点においては本件事業が諫早湾及びその近傍部を含む有明海の環境に及ぼす影響がすべて解明されたとはいえず、将来的に、漁業行使権の妨

害を回避する措置として本件各排水門の常時開放よりも適切なものが発見、開発され、上記請求権の成否及び内容を基礎付ける事実関係が変動する可能性がある」との表現を用いる。<sup>16)</sup>この表現からは、裁判所が、給付期間の終期と請求権の発生にかかる予測判断とを関連付けていると解釈される。これらの部分は、本判決の法的性質について上記(a)説を採る根拠ともなり得るが、仮に(b)説を採った場合でも、給付期間の定めそれ自体は訴訟物たる権利関係の存否から切り離された執行手段の特定であるけれども、その期間設定の背後には、やはり実体権の存否にかかわる判断があることとなる。このような判断が判決本文に記載された場合、直接に既判力の対象とすることが困難であっても、判例上認められた、いわゆる「既判力に準ずる効力」の対象となると考えるべきである。<sup>17)</sup>また、その期間設定に際しては、妨害排除請求権の将来における継続的発生につき、(a)説と同様に、当事者の主張立証の機会を保障することが必要となる。

以上、平成二〇年判決、平成二二年判決の採った法律構成は、理論的には(a)(b)どちらの可能性もあり得ると解される。実際には裁判所がどの法律構成を採用したか、判決文から解釈、特定するほかないが、判決文の表現は両義的であり、一義的に決することは難しい。

この問題を詳論するためには、物権的請求権一般の時間的構造について相当の議論を要することが予想され、<sup>18)</sup>また現在の筆者にその議論を行う能力が欠けていることを承知するものの、平成二二年判決の解釈としては(b)が穏当ではないかと考える。平成二〇年判決および二二年判決の審理過程においても、主たる争点は潮受堤防の存在と漁業権侵害の因果関係等であり、議論の焦点は口頭弁論終結時の係争地の状態であって、それ以後の状態は明示的に取り上げられていない。各判決文も、口頭弁論終結後の漁業行使権侵害について触れられた箇所はなく、五年間の排水門開放は、生態系の移行やその後の調査に必要な期間として設定されており、あくまで現在の漁業行使権侵害を救済する手段として

の五年間の作為義務を認めたものと読めるため、(b)の解釈に親和的である。

(2) 質的一部認容判決としての将来給付判決の許容性

原告は第一審・控訴審を通じて、即時の排水門開放（現在給付）を求めているところ、将来給付判決を言い渡すことは許容されるのだろうか。請求権発生の始期・終期を定めた将来給付判決を、現在給付請求に対する質的一部認容判決として言い渡すことの可否については、説が分かれる<sup>(19)</sup>。

先に示した(b)の解釈に従えば、申立事項と判決事項に大きな不一致は生じておらず、また本件における期限の付与は、原告の妨害排除請求権の履行期が到来していないという理由ではなく、本来妨害排除請求権は存在しているけれども、即時の権利実現が地域社会にとってマイナスの影響をもたらすおそれがあるために、被告に防災工事の期間を与えるという趣旨と解される。したがって、否定説の問題視するような、「申立て以上に原告に有利な判決をすることに<sup>(20)</sup>」<sup>(20)</sup>という関係がなく、将来給付判決を認めてもよいように思われる。ただし、先述のように給付期間の終期等は、実際には原告の将来の妨害排除請求権の存否とかわわっているのだから、主張立証の機会を保障することが必要である<sup>(21)</sup>。

これに対して、(a)の解釈、すなわち平成二〇年・二二年判決を、将来生ずべき妨害排除請求権に基づく将来給付判決と解する場合には、事情が異なる。なぜなら、本件の将来給付を期限付請求権と捉えない以上、原告の申し立てた現在給付請求と判決事項たる将来給付の不一致が大きく、処分権主義違反のおそれが生じ得るからである<sup>(21)</sup>。また、既に権利発生の基礎をなす事実上及び法律上の関係が存在しているとはいえないため、「右請求権の基礎となるべき事実関係及び法律関係が既に存在し、その継続が予測されるとともに、右請求権の成否及びその内容につき債務者に有利な影響を生ずるような将来における事情の変動としては、債務者による占有の廃止、新たな占有権原の取得等のあらかじめ

明確に予測しうる事由に限られ、しかもこれについては請求異議の訴えによりその発生を証明してのみ執行を阻止するという負担を債務者に課しても格別不当とはいえない点において前記の期限付債権等と同視しうるような場合」という、民訴一三五条にかかる判例要件を充たさなければならぬと解する余地がある（最大判昭和五六年十二月一六日民集三五卷一〇号一三六九頁）。しかし、平成二〇年判決・平成二二年判決とも、この点に関する言及はない。

次に、上記とも関係するが、本件の請求原因のレベルにおいて、口頭弁論終結時までの漁業行使権の存在およびその侵害という請求原因事実と、口頭弁論終結後のそれとは、時間的に異なる事実であり、主張立証のための資料が異なる。原告被告は、口頭弁論終結後の漁業権侵害について主張立証を尽くしたのだからか。仮にこの点について主張立証が欠けたまま判決を言い渡したのであれば弁論主義違反、事実認定も欠ければ理由不備の判決となる。また、仮に両当事者の訴訟資料から将来給付判決の基礎となるべき事実を拾い上げることが出来たとしても、発生時点の異なる妨害排除請求権の発生要件にそれら資料を包摂した以上、法的観点指摘義務の問題が発生し、積明義務違反を問うことも考えられる。

ところが先述のように、第一審において将来給付判決がなされている以上、すでにこれらの問題は、少なくとも控訴審においては両当事者にとって明らかとなっている。にもかかわらず、両当事者とも、これら訴訟法上の問題を控訴理由に挙げておらず、将来給付であることや、その期限・期間について、控訴審で問題視した形跡が見られない。<sup>22)</sup>

控訴審において第一審判決の訴訟法上の瑕疵が控訴理由に挙げられていない以上、控訴審裁判所自身が職権による判断を行わないかぎり、是正の余地はない。とりわけ被告は、第一審裁判所が将来給付判決に対する防御の機会を与えなかったとして積明義務違反を問うことができたように思えるが、控訴審の段階では、将来給付判決の可能性が明らかになったにもかかわらず、それに対応する防御を行っていない。控訴審においても将来給付判決は維持されたが、控訴審

判決に対して釈明義務違反を問う余地は小さいと思われる。

(3) 漁業行使権の存続期間について

平成二〇年判決が命じた、「期限三年、期間五年」の排水門開放は、平成二〇年判決が仮に控訴されず確定したとすれば、平成二〇年七月頃を起点として、平成二三年七月乃至二八年七月頃を開門期間とされた想定される。つまり、後の請求異議訴訟で問題となった、「平成二五年八月末日で原告らの漁業行使権は消滅した」との主張が、判決主文で判断された実体上の権利関係と矛盾抵触するのではないかとの問題は、少なくとも理論上は、第一審判決の段階で予想が可能なことだった。<sup>23)</sup>

ただし、上記(2)で検討した将来給付判決の法的構成につき、どのように考えるかに応じて、漁業行使権消滅の主張の意味合いは、少しずつ異なるように思われる。控訴審の審理過程時点に置かれた当事者の視点に立つて、以下、やや詳細に検討する。

(b) 構成からみた漁業行使権の消滅

まず(b)の構成、すなわち判決基準時における期限付請求権を認めたと解する構成から見れば、平成二五年八月末日の漁業行使権消滅は、必ずしも判決事項たる権利関係の存否を攻撃する事実ではない。判決事項は、判決基準時ににおける妨害排除請求権の存否にとどまるからである。したがって、将来の漁業行使権消滅の事実、開門判決の実体的不当性や手続的違法性を基礎づけるものではなく、将来生ずべき請求異議事由として位置づけられよう。

しかし先述のように、開門期間の設定は、実質上、原告の将来の妨害排除請求権の発生と関連して判断されたものである。したがって、平成二五年八月末日を超えた時期についての期間設定は、やはり実体的不当性を帯びる可能性が高

い。またその部分に、「既判力に準ずる効力」を認めるべきと考えるならば、事後的に請求異議訴訟でこの点を争うことも、上記効力によって封じられることになるため、問題はいつそう大きくなる。被告としては、第一審判決が示された段階で、控訴審ではその実体的不当性について十分な主張立証を尽くすべきであったし、裁判所はその機会を保障すべきであったことになる。

(a) 構成からみた漁業行使権の消滅

(a) の構成、すなわち将来における妨害排除請求権を認めたと解する構成から見ると、事情はやや複雑になる。(a-1) の構成、すなわち妨害排除請求権の発生時期と開門の給付時期とを連動させる考え方によれば、将来の漁業行使権消滅の事実は、開門判決の実体的正当性を攻撃する事由になる。なぜなら、実体法上発生し得ない時期の妨害排除請求権に基づく給付が命じられていることになるからである(この問題そのものに対する検討は、後述二)。

したがって、被告は控訴審において将来の漁業行使権消滅を主張することで、平成二五年九月一日以降の将来給付につき、請求棄却を求めることができる。<sup>24)</sup>これに対して原告は、平成二五年九月一日以降に生ずべき新たな漁業行使権に基づく妨害排除請求権をも主張し、訴えを追加的変更した上で(平成二五年八月三十一日までと、それ以降とで、訴訟物たる妨害排除請求権に同一性がないと考えるならば、訴えの変更を要する)、平成二五年九月一日以降の将来給付を維持する必要がある。

これに対して、被告が将来の漁業行使権消滅を主張しなかった場合はどうか。

仮に漁業行使権消滅を、通常の物権移転や消滅と同列に扱うならば、これは原告の主張する漁業行使権の権利消滅事由に当たるから、本来は被告が抗弁として主張すべきことである。もしもこの主張を行わなければ、裁判所は弁論主義の拘束により漁業行使権の消滅を認定できないのであるから、平成二五年八月三十一日までに将来給付の終期を区切る理

由が失われる。

他方、たとえば有期雇用契約に基づく雇用契約上の地位確認請求などと同様に考えると（最一小判令和一年一月七日TKC文献番号25570540参照）、請求原因の中にすでに権利存続期間が含まれるから、平成二五年九月一日以降に発生すべき漁業権の取得につき、原告が改めて請求原因として主張すべきことになる。この点の主張立証がないまま将来の請求権を認めた第一審判決は、弁論主義違反・理由不備のおそれがあり、被告は控訴によりこの点を攻撃すべきことになる。

（a―二）の構成、すなわち判決確定後三年の期限到来時における妨害排除請求権の給付態様として五年間の排水門開放を認めたと解する構成からは、議論がやや複雑化する。すなわち、仮に判決確定後三年後という時点が平成二五年八月三十一日を越えていなければ（平成二〇年判決の時点ではそうだった）、期限到来時の妨害排除請求権の発生について裁判所が将来予測に基づいて将来給付判決を行うことは、実体法上問題がない。したがってその後の妨害排除請求権の消滅は、被告側の請求異議事由として捉えられることになる（（b）と同様）。

これに対して、判決確定後三年後という次元が平成二五年八月三十一日を超えている場合（平成二二年判決がそうだった）、将来給付判決は、実体法上存在し得ない時点の妨害排除請求権の発生を認めた判決となり、実体法上その正当性を攻撃され得る。したがってその後の処理は、（a―一）に近接する。

#### （4）漁業行使権消滅の主張の失権可能性

先に述べたように、平成二五年八月三十一日で漁業行使権が消滅するとの事実が、少なくとも控訴審においては主張する余地があったことで、後の請求異議訴訟における異議事由としての主張が失権するのではないか、問題となり得る。

この点については、先述で検討した、開門判決の法的構成に応じて漁業権消滅の主張がどのような意味を持つのかに

応じて、あり得る規律の可能性が変わりそうである。

(b) の構成、すなわち判決基準時における期限付請求権を認めたと解する構成から見れば、基準時後の漁業行使権の消滅は、判決事項＝訴訟物たる基準時の妨害排除請求権の存否と関係のない事実なのだから、本来は訴訟手続において、当事者が主張責任・証明責任を負う事実ではない。したがって本来、当該事実の主張について失権は考えられない。ただし先述のとおり、判決本文に示された給付期間設定に「既判力に準じる効力」を認めるべきと考えるならば、失権するとの結論になろう。ただし、将来給付請求訴訟における失権効の強度がなお問題となり得るため、次の(a) 説と同様の考慮が必要になりそうである。

そこで次に(a) の構成、すなわち将来における妨害排除請求権を認めたと解する構成から見ると、問題は先鋭化する。なぜなら、既判力をもってその存在を確定された妨害排除請求権の発生時期が、漁業権の消滅時期(平成二五年八月三一日)よりも将来にある場合、漁業権消滅の事実は、判決事項に影響を与える事実だからである。その場合、当事者は訴訟手続において当該事実について主張・立証責任を負い、また訴訟手続において主張立証の機会を与えられていたとも評価する余地がある。

では、当事者がそのような主張立証を行わないまま、漁業権消滅後の排水門解放を命じる判決が確定した後に、請求異議訴訟で漁業権消滅を請求異議事由として主張することは、将来給付判決の失権効に抵触するのだろうか。ここで、漁業権消滅が口頭弁論終結後の事実であることは明らかだが(民執三五条二項)、将来給付判決の失権効を論じるにあたっては、通常の失権効の議論は必ずしもそのまま当てはまらず、特殊な議論を要する(なお、後述する令和元年判決(二一四)のような立場を採ると、漁業権消滅は実体法上請求異議事由とならず、失権効は問題とならない)。

継続的不法行為における将来給付判決のように、口頭弁論終結後に発生する権利の存在を認定するタイプの将来給付判決では、将来の時点における事実を、将来予測にせよ認定しなければ、請求認容に至ることはない。したがって、

そのような将来予測を含んだ判断に対して、何らかの失権効が発生すると考えるのが自然である。他方で、そのような将来予測判断は過去の回顧的判断と（程度問題かもしれないが）異なつて、判断後に生じた新事由により、規範的に顧慮すべき事情の変更が生じ得ることも、当初から予想される。したがつて、その失権効の強さは、通常の回顧的判断のそれに比べれば、弛緩ないし脆弱化しているとも表現されることがある。この両者の要請を調整させる線引きは困難だが、学説上は、当初の将来給付請求訴訟において予期できたような事実については、将来給付判決の失権効が及び、請求異議事由とし得ないとする見解が有力であるように思われる。<sup>25</sup>

この見解を前提に考えると、本件における漁業行使権消滅の事実は、将来一定の蓋然性をもつて発生する事実にかかる権利変動ではなく、実定法によつて一律に定められていたことであり、訴訟手続において当然に予期できた事実なのだから、将来給付判決の失権効により、事後的に請求異議事由とすることができないと考えるように思われる。

#### （5）小括

以上、平成二〇年・二二年判決の法的構成、それに応じた控訴審での当事者の行為可能性、そして口頭弁論終結後に生じた事実の失権可能性という観点から、本件における特殊な将来給付判決の意義を概観した。確認すると、最終的に確定した平成二二年判決が、結局どのような法的構成を採用したのかは、判決文から一義的に読み取ることが困難なため、解釈の余地が残されている。そしてその解釈如何によつては、将来給付判決そのものが違法であり得るし、仮にその点を措くとしても、口頭弁論終結後に漁業行使権が消滅するという事実を訴訟手続中に主張立証しなかった場合、事後の主張が遮断される可能性はあるとすべきである。

そして、原告はその解釈の不確定性を突くインセンティブが、必ずしも十分ではなかったと思われる。原告にとつてはまず、認容判決を得たということ自体に大きな意味があり、また併行して他の訴訟も提起している状態では、それが

即時の給付を求め得ない将来給付判決であるという事実は、さして大きなデメリットではなかったと推察される。<sup>(26)</sup> 他方、被告にとつても、訴訟記録の限り、主たる争点は漁業行使権の侵害の有無およびそれと潮受堤防の存在との因果関係であつて、排水門開放の時期がいつであるべきかなどは、特に問題視されていなかったものと思われる。そして裁判所も、排水門開放に期限・期間を設けたのは、事案の特殊性を考慮した一種の裁量的救済としての措置であつた可能性が高く、<sup>(27)</sup> 将来の妨害排除請求権の発生や、漁業行使権の再取得等について、必ずしも十分な実体的判断を経た上でなされたものではない可能性がある。

いわば、将来給付判決をめぐる訴訟法上の種々の問題は、平成二〇年判決の時点ですでに理論上は明らかだったにもかかわらず、裁判所は必ずしもこの点を意識せず、また両当事者によつても、上記の諸問題は見過ごされた可能性がある。

その結果、国の上告断念によつて確定したのは、実体法上必ずしも十分な事実認定及び法適用を経ていない救済判決という意味で、誤つた判決の疑いが残る判決であつたことになる。とりわけ、平成二五年八月三十一日で漁業行使権が消滅するという事実を看過した点は、不当判決の疑いがある。しかし、不当判決であつても既判力は生じるというのが既判力制度の大原則であり、訴訟法の理論を貫徹すれば、それは控訴審において被告国が釈明義務違反を主張せず、第一審判決本文に記載された給付期限・期間について積極的に争わなかつたこと、および第一審判決・控訴審判決の双方に對して、弁論主義違反を上訴理由としなかつたことの自己責任に帰せられる。すでに第一審判決が将来給付判決を判決釈明の形で明らかにした以上、控訴審判決に對して国が釈明義務違反を主張するのは困難であるし、<sup>(28)</sup> 弁論主義違反は上告受理申立て理由にはなり得ても、再審事由にはなり得ない。判断遺脱（民訴三三八条一項九号）も考えられるが、当事者の主張や調査の促しがなかつた事実について、判断遺脱を認めるのは難しい。<sup>(29)</sup> したがつて、本件において判決を是正する途はすでに絶たれている。

## 二 開門判決に対する請求異議訴訟

### 1 事実の経緯

上記確定判決によって排水門開放を命じられた国は、その後、排水門開放に際して地域の反対にあっていること、営業者等の申立てにかかる開門禁止仮処分決定を受けたこと等を理由に、開門のための防災工事も行わないまま、間接強制決定を受けた。

その後、平成二六年に至って、国は請求異議の訴えを提起し、異議事由として、①本件排水門開放には防災対策工事が必要であるが、本件関係自治体及び本件地元関係者の強硬な反対や、別件仮処分決定により、防災対策工事の実施ができないため、本件潮受堤防の公共性ないし公益上の必要性は現時点においても失われていない、あるいは（判決本文にいう）「防災上やむを得ない場合」に当たり、本件開門請求権の行使を認めるべき違法性は現時点においても認められない、②別件仮処分決定がされたことが独立した異議事由に当たる、③①及び②の事情に鑑みれば、本件確定判決に基づく強制執行は権利の濫用又は信義則違反に当たる、④債権者の一部が本件確定判決の口頭弁論終結後に漁業協同組合を脱退し、漁業行使権に基づく本件開門請求権を失ったなどと主張した。

### 2 第一審

第一審判決（佐賀地判平成二六年一月二二日判時二二六四号八四頁）では、漁業行使権を失った一部の債権者について請求を認容したほかは、他の異議事由を認めず請求棄却とした。

## 3 控訴審

控訴審において、原告国は、前訴基準時後の事情変更等を追加主張したほか、異議事由を追加し、⑤債権者らの開門請求権の前提となる漁業行使権及び共同漁業権が、平成二五年八月三十一日にその存続期間が経過し、消滅したことを挙げた。これに対して被告債権者らは、(ア) 前訴での審理において、本件各組合の共同漁業権の消滅を主張することができたのにこれをせず、訴えの変更等の手続も求めていないため、上記漁業権の消滅の主張は、実質的には本件確定判決の口頭弁論終結後に生じた事由とはいえないこと、(イ) 時機に後れた攻撃防御方法に当たること、(ウ) 前訴の主張と矛盾し、権利濫用・信義則違反に当たることのほか、(エ) 共同漁業権、漁業行使権は実体法上、免許期間の経過によって消滅するわけではなく、新たな共同漁業権、漁業行使権と同一性を有する等と主張した。

控訴審判決（福岡高判平成三〇年七月三〇日TTC文献番号25561114掲載、以下「平成三〇年判決」と呼ぶ）は、上記の追加事由を認め、被告債権者らの漁業行使権ひいては開門請求権が消滅したと認め、第一審判決を取消しの上、原告国の異議を認容する判決を言い渡した。

「……本件確定判決の口頭弁論終結時点における被控訴人らの本件開門請求権及び漁業行使権が由来する、本件各組合に免許された本件五つの共同漁業権……は、前記のとおり、いずれもその免許期限である平成二五年八月三十一日が経過している。

そうすると、本件五つの共同漁業権は、いずれも本件確定判決の口頭弁論終結後である同日の免許期間の経過により消滅したものと認められる。

……そして、漁業行使権は、共同漁業権を前提として共同漁業権の付与された漁業協同組合等の定める漁業権行使規則に定める資格要件を満たした組合員において初めて有するいわゆる社員権的権利であって、共同漁業権から派生する

権利である以上……、本件各組合が有する本件五つの共同漁業権の消滅により、これに由来する被控訴人らが有する漁業行使権もそれぞれ消滅したと解するほかない。

……次に、物権的請求権は物権の円満な支配の実現のために認められるものであるから、物権が消滅すれば、物権的請求権も消滅すると解すべきところ、漁業行使権に基づく開門請求権は、物権に基づく物権的請求権の性格を有するものであるから、その前提となる漁業行使権が消滅すれば、当然に物権的請求権である開門請求権も消滅することとなる。すなわち、被控訴人らが有する上記漁業行使権が消滅したことにより、被控訴人らが有する本件開門請求権も消滅したものと認められる。これに反する被控訴人らの主張は独自の見解に基づくものにすぎず採用できない。」

#### 4 上告審

上記控訴審判決に対して、被告債権者らが上告受理申立てを行ったところ、最高裁は上告受理申立理由中、「民事訴訟法一一四条一項に関する法令解釈の誤り」の一点のみを受理し、残りを排除した。

上告人の当該上告受理申立理由における主張は、大要以下のようなものだった。<sup>(30)</sup> すなわち、

①形式的に見て、平成二二年判決が平成二五年八月三一日後も開門を継続すべき法律上の義務を認める判断を、その主文に包含した判決であることは文理解明である、

②実質的に見ても、前訴で漁業行使権の消滅及び再取得は意識されておらず、平成一四年から第一審係属していた開門請求訴訟の途中（平成一五年八月三一日時点の、漁業行使権の消滅と再取得）も、訴え変更等の措置が採られることはなく、原告国もこの点について前訴段階で主張が可能であったにもかかわらず、一切主張をしていなかった。したがって共同漁業権の免許期間の前後を問わず、訴訟物たる権利関係の同一性は保たれるか、仮に原判決の論理を前提に

しても、本件確定判決は、平成二五年八月三十一日の免許期間が満了した後も本件各組合に同一内容の共同漁業権が免許される蓋然性が高いことを考慮して、口頭弁論終結時の漁業行使権に基づく妨害予防請求権として将来の免許期間満了後の開門請求を認めたものであるか（引用者注…本稿でいう（b）の構成）、或いは、将来取得する蓋然性の高い漁業行使権に基づく妨害排除請求権として免許期間満了後の開門請求を認めたもの（引用者注…本稿でいう（a）の構成）と解される。

これに対して、最高裁第二小法廷は口頭弁論を開いた上、令和元年九月一三日、以下のように判示して原判決を破棄し、福岡高裁に事件を差し戻した（以下、「令和元年判決」と呼ぶ）。

「本件各確定判決が認容した前訴の訴訟物である請求権は、本件各組合の有する各共同漁業権から派生する原告人の各漁業行使権に基づく妨害排除請求権又は妨害予防請求権としての開門請求権であるが、本件各確定判決は、本件各組合が有する各共同漁業権を特定するための事実として本件各漁業権一（引用者注…前訴の口頭弁論終結時において存在し、存続期間を平成一五年九月一日乃至平成二五年八月三十一日とする本件各組合の各共同漁業権）の発生原因事実を明示的に記載しているものの、その存続期間経過後の共同漁業権等については何ら触れるところがない。したがって、本件各確定判決の上記の明示的記載だけをみれば、本件各確定判決に係る請求権は、本件各漁業権一から派生する各漁業行使権に基づく開門請求権のみではないかとも解し得るところである。

しかしながら、本件各確定判決は、平成二〇年六月及び平成二二年一二月にされたものであり、かつ、その既判力に係る判断が含まれることとなる主文は要旨「判決確定の日から三年を経過する日までに開門し、以後五年間にわたって開門を継続せよ」というものであるから、本件各漁業権一の存続期間の末日である平成二五年八月三十一日を経過した後には本件各確定判決に基づく開門が継続されることをも命じていたことが明らかである。さらに、前訴において、原告人らは、もともと本件潮受堤防の撤去や本件各排水門の即時開門を求めていたのであるから、将来発生するであろう共

同漁業権等について明示的な主張がなくても不自然ではない。そうすると、本件各確定判決を合理的に解釈すれば、本件各確定判決は、本件各漁業権一が存続期間の経過により消滅しても、本件各組合に同一内容の各共同漁業権の免許が再度付与される蓋然性があることなどを前提として、同年九月一日頃に免許がされるであろう本件各漁業権一と同一内容の各共同漁業権（本件各漁業権二（引用者注・漁業種類、漁場の位置及び区域、漁業時期等が本件各漁業権一と同一内容であつて、存続期間を平成二五年九月一日乃至平成三五年八月三二日とする各共同漁業権）がこれに当たる。）から派生する各漁業行使権に基づく開門請求権をも認容したものであると理解するのが相当である。

以上によれば、本件各確定判決に係る請求権は、本件各漁業権一から派生する各漁業行使権に基づく開門請求権のみならず、本件各漁業権二から派生する各漁業行使権に基づく開門請求権をも包含するものと解されるから、前者の開門請求権が消滅したことは、そのみでは本件各確定判決についての異議の事由とはならない。」

なお、菅野裁判官の補足意見、草野裁判官の意見がある。

## 5 検討

### （1）問題の所在

本件請求異議訴訟の第一審における異議事由は、個々の異議事由の実体的正当性について議論はあるかもしれないが、少なくとも訴訟法上、債務名義となる確定判決の既判力との抵触が問題となり得るものはない。

これに対して、控訴審において追加主張された、被告債権者らの開門請求権の前提となる漁業行使権及び共同漁業権の消滅の主張は、債務名義たる確定判決の既判力との矛盾抵触を疑わせる。なぜなら、本稿のこれまでの分析に従えば、開門期間の定めには、既判力またはそれに準じる効力が認められると解されるからである。

ところで、漁業行使権消滅という請求異議事由の位置づけについては、前掲二で分析したように、平成二二年の開門判決が訴訟法上、どのような法的構成を採用したかによって、請求異議事由となり得るか否かが変わるように思われる。ここで議論を一義的に進めることが困難な理由は、すでに述べたように、平成二〇年判決および平成二二年判決が、給付期間を五年間と定めた法的意義をそれほど明確に示さず、またその期間設定をめぐる当事者の攻撃防御も、開門訴訟時には十分に尽くされていなかったため、請求異議訴訟の段階に至ってはじめて、両当事者が平成二二年判決の法的意義について事後的な解釈を行うこととなったためである。

さらに、請求異議訴訟においては、国（請求異議訴訟原告）、開門請求権者（同被告）、および控訴審裁判所ならびに上告審裁判所が、この法的構成問題について、それぞれ異なる見解を前提にしているように思われる。そこで以下、それぞれの立場についてあり得る解釈をやや詳論する。

## (2) 現在の妨害排除請求権説 (b)

平成二二年判決が、当該訴訟の口頭弁論終結時における妨害排除請求権の存在を確定しており、期限・期間付きの開門を命じたのは、その執行手段の特定に過ぎないとの考えは、平成三〇年判決が採用した解釈と思われる。すなわち、平成三〇年判決では、「本件確定判決において開門請求権の基礎となる漁業行使権の前提となる本件各組合の共同漁業権は、本件確定判決の口頭弁論終結時点（平成二二年八月九日）において本件各組合が有するもの（いずれも平成一九年九月一日に免許されたもの）であり……」<sup>31</sup>、「本件確定判決に係る裁判所が、本件確定判決の口頭弁論終結時において付与されるかどうか未確定の、前訴の訴訟物とは別個の権利である平成二五年八月三十一日より後の共同漁業権に由来する開門請求を認容することは、処分権主義に反し許されないから、本件確定判決が上記の開門請求を認容したものと解することはできない」<sup>32</sup>との表現があり、平成二二年判決が、平成二五年九月一日以降の妨害排除請求権の存在を（一時

点にせよ、期間にせよ）確定したのではないとの解釈であると理解できる。かかる解釈を可能にする法的構成は、本稿の符号でいえば（b）以外に存在しない。

他方で、給付期間の設定の背後には基準時後の妨害排除請求権の発生についての将来予測が含まれており、その点に「既判力の準じた効力」が生じるとの本稿の立場に従えば、平成二五年二月二一日（判決確定日の翌日）から平成三〇年二月二〇日までの五年間、債権者らの妨害排除請求権が消滅したとの請求異議事由を主張することは、この「既判力に準じた効力」に抵触して許されない、という結論になるように思われる。しかし、平成三〇年判決は、平成三〇年二月二六日（平成三〇年判決の口頭弁論終結時）の時点で妨害排除請求権の不存在を認めた。平成三〇年判決が、上記の給付期間における「既判力に準じた効力」を認めなかったことは明らかである。

すなわち、平成三〇年判決を言い渡した福岡高裁は平成二二年判決をして、実体法上あり得ない給付期間を設定した不当判決であり、かつそれは請求異議訴訟によって是正可能であるという評価を下したものと解される。

ところで、（b）の構成に従い、かつ給付期間の定めに「既判力に準じる効力」を認めれば、平成二二年判決は、平成三〇年二月二〇日までの妨害排除請求権の存在についての予測判断を前提に給付期間を定めたことになり、漁業行使権の消滅は、請求異議訴訟の判決基準時（平成三〇年二月二六日時点）において請求異議事由とならない。ただし、その後は「請求権の成否及び内容を基礎付ける事実関係が変動する可能性」があるとされたことから、むしろ妨害排除請求権の存否不明との判断に至ったと考えるのが自然である。したがって、（b）の見解に従えば、平成三〇年二月二一日以降、妨害排除請求権の存否につき平成二二年判決の「既判力に準じる効力」は及んでおらず、強制執行もまた許されないと考えるべきであろう。<sup>33)</sup>

## (3) 将来の妨害排除請求権説 (a)

令和元年判決は、原判決を破棄の上、原審に差し戻したが、その理由は、平成二二年判決が「存続期間を平成三五年八月三十一日までとする各共同漁業権……から派生する各漁業行使権に基づく開門請求権をも認容したものである」とするため、本稿の符号でいえば (a) の解釈を採用したものと思われる。

平成二二年判決が、口頭弁論終結後の妨害排除請求権を認めたという考え方は、すでに述べたように、五年間の期間内における妨害排除請求権の存続を認めたという構成 (a—1) と、期限経過時における妨害排除請求権の存在のみを認めたという構成 (a—2) に分けることができる。

このうち、(a—2) は、その給付期間内における妨害排除請求権消滅の主張につき、先述した (b) と同様の問題が生じるように思われる。と同時に、平成二二年判決が、平成二五年九月一日以降の妨害排除請求権に基づく排水門開放を認めているという点で、結局後述する (a—1) と同様の問題が発生する。そこで、以下 (a—1) の見解とまとめて考察する。

(a—1) の見解は、五年間の排水門開放という給付と、その期間内の妨害排除請求権の継続的発生とを連動させて将来給付を捉える見解である。妨害排除請求権が、基本的権利となる漁業行使権を侵害する都度発生するという、物的請求権的な性質を重視すれば、これは自然な考え方でもある。

この際、平成二二年判決で言い渡された将来給付判決が、その強さにつき議論があるにせよ (先述二一五—(4))、将来における妨害排除請求権の発生原因事実の存否につき失権効を生じ、事後的にこれを争うことは許されないと解すべきように思われる。また、請求異議訴訟において原告国が主張した妨害排除請求権の消滅は、事後的に漁業被害が止んだ等の、口頭弁論終結後に新たに生じた事実に基づき基礎を置くものではなく、一般に共同漁業権が一〇年の存続期間しか持たないという法律論を基礎に置いており、前訴審理段階において主張が十分に可能であったこと、それゆえ、将来給

付判決の失権効を免れると考えるのは困難であることは、すでに述べた。

しかし、平成二五年八月三十一日経過時点での漁業行使権の消滅を主張することもはや許されないとしても、それは平成二二年判決で言い渡された将来給付判決は、どの時点までの強制執行を認めたものなのか。平成二二年判決の文言からは直ちには明らかでなく、いくつかの理論的可能性があるように思われる。

(a—1—1) 平成三〇年一月二〇日までの強制執行を認めたとする見解

(b) 説の検討で述べたのと同様の理由で、平成二〇年判決および平成二二年判決が妨害排除請求権の存在を確定したのは、請求権の存在について将来予測ができた平成三〇年一月二〇日までであり、その後の請求権については、既判力によって請求権の存在を確定しておらず、したがって強制執行も許されないと解する可能性はある。では、最高裁はなぜ上記の理由で「原判決は結論において是認できる」として上告を棄却しなかったかが問題となり得るが、漁業行使権の消滅による妨害排除請求権の不存在という（実際に争われた）請求異議事由と、平成二二年判決が定めた給付期間の範囲を越えたために強制執行が不許になったという請求異議事由が異別のものであると解せば、最高裁の結論はなお不合理ではない（ただし、執行可能期間経過は債務名義の記載から明らかであり、職権による判断もあり得るはずである）。

そうすると、平成三〇年一月二月以降、開門訴訟の原告がなお排水門開放を求めるためには、本来は再度の開門訴訟を提起し、改めて請求認容判決を得る必要があるし、平成三〇年一月二月二日以降に改めて原告国が、平成二二年判決の給付期間の経過という新たな異議事由を提出すれば、それは異議事由として認められることになりそうである。継続的不法行為に基づく将来の損害賠償請求訴訟についても、給付期間の終期を定めた将来給付判決が論じられることもあり、この結論は決して奇異ではない。<sup>14)</sup>

(a—1—1) 平成二五年九月一日から平成三五年(令和五年)八月三十一日までの強制執行を認めたとする見解  
平成二二年判決は、その基準時においてすでに、原告らが妨害排除請求権の基本的権利とする漁業行使権が、平成二五年八月三十一日で消滅することを、当事者の提出資料から、あるいは公知の事実として知っていたとすると、それを踏まえてなお、漁業行使権消滅後に給付期間を設定した将来給付判決を言い渡したのは、(a)の見解に立つ限り、少なくとも漁業行使権消滅後(の、給付期間開始時点(a—1—2)、または給付期間全体を通じて(a—1—1)、原告らに妨害排除請求権が帰属すると考えたからだ)と解することもできる。すると、平成二二年判決は、明示的に認定はしていないけれども、少なくとも平成二五年九月一日に、原告らがそれまでと同様の漁業行使権を取得することを予測判断に基づいて認め、そこから生じる将来の妨害排除請求権をも認めたと解することもできる。もともと、このような解釈は、平成二二年判決の給付期間の始期(期限)が平成二五年一二月に設定されていることを、実体法上説明するための便宜的解釈といえるため、給付期間経過後の令和五年九月一日に再々取得される漁業行使権のことまで、平成二二年判決が顧慮したと解釈する余地はないであろう。したがって、原告国が主張した、「平成二五年八月三十一日をもって被告債権者の漁業行使権が消滅したことを理由とする」妨害排除請求権の消滅という請求異議事由は認められなくとも、令和五年八月三十一日の経過後に、改めて漁業行使権消滅を請求異議事由と主張することは妨げられないものと思われる。

これが、令和元年判決で示された、最高裁判所の判断を支える法的構成であると思われる。

しかし、平成二二年判決の解釈として、このような構成は可能だろうか。なぜなら、平成二〇年判決、二二年判決のいずれを見ても、平成二五年九月一日以降に原告らが取得すべき漁業行使権の存否について、原告の主張も裁判所の認定もないからである。また、新たな漁業行使権に対する将来の侵害についての将来予測も認定されていない(侵害の存否は純然たる事実に基づくため、口頭弁論終結時における侵害の存在から、そのまま将来の侵害継続を予測判断しているのかもしれないが、いずれにせよ判決文からは読み取れない)。当事者の提出した資料からそのような主張を解釈で

きるのかもしれないが、そのことを判決文に明示しない以上、理由不備の謗りは免れない。

最高裁判所は、漁業行使権の存続期間を超えた給付期間を認める平成二二年判決につき、(a—1)の見解に立ちつつ、実体法上の辻褃を合わせることに成功したかもしれないが、訴訟法上は、平成二二年判決をして、処分権主義違反（最高裁のように、平成二五年八月三一日までの漁業行使権と、同年九月一日以降のそれを異別に捉える見解に立つ限り、九月一日以降に生じる漁業行使権に基づく妨害排除請求権は、実体法のレベルで、それ以前の妨害排除請求権とは異なると思われるため、本来は訴えの追加的変更を要する）および弁論主義違反（当事者による、九月一日以降の漁業行使権の存在およびそれに対する侵害の存在を、請求原因事実として主張しなければならぬように思えるが、判決文からはその主張も読み取れない）の判決であると評価したことを意味しよう。しかし、処分権主義違反にせよ弁論主義違反にせよ、判決確定後に再審事由を構成できる違法ではない。いわば最高裁は、平成二二年判決を、「訴訟法的に違法だが、もはや治癒可能性のない判決」という意味で、誤った判決であるとの判断を示したと解される。

(a—1—3) 漁業行使権がその存続期間を超えて同一性を保持し、強制執行の終期が定められていないという見解被告債権者らは、その主張の一部で、債権者が一〇年ごとに取得する共同漁業権・漁業行使権が実質的に同一性を維持しており、したがって平成一五年乃至二五年の漁業行使権から生じる妨害排除請求権と、平成二五年乃至令和五年のそれも、同一性を有すると論じた。この論法に従えば、令和五年乃至一五年の漁業行使権から生じる妨害排除請求権も、やはり実質的同一性を有するのだから、平成二二年判決の債務名義は、国が義務不履行を続ける限り、実質上永続する妨害排除請求権の実現を認めたということもできるだろう。

ただし、上記の論法は、平成二五年九月一日以降の執行債権につき、漁業行使権消滅の請求異議事由を排斥する理由にはなり得るけれども、平成三〇年一二月二日以降の強制執行の不許という請求異議事由までを排斥する理由にはな

り得ない。漁業権の実体法的な同一性と、それから派生する請求権のうちどの時期のものについて平成二二年判決が確定したかは別の問題だからである。この問題を克服する立論はなお可能であるけれども、その立論は、給付期間の定めと執行債権の存続期間とを整合させる(a)説とそれほど親和的でなく、したがって債権者らの展開した(a―1―13)のような立場とも、それほど親和的でないように思われる。<sup>26)</sup>

#### (4) 小括

平成二五年九月一日以降、債権者らは新たに漁業行使権を取得し、それに基づく妨害排除請求権も、実体法上は取得可能である。しかしこの権利は、平成二二年判決の時点では訴訟物として定立されておらず、その発生をめぐる明示的な事実主張もなされなかったと解される。にもかかわらず、平成二二年判決は上記時点以後の排水門開放を認めたため、これがいかなる理由によって可能なかが問題となった。

平成二二年判決の適法性を最大限に評価するならば、当該判決における将来給付は、本稿の符号でいう(b)の法的構成を採用したものと解すべきであり、訴訟物は平成二二年判決の基準時における妨害排除請求権のみと把握すべきことになる。そして、給付期間の定めは、たしかに原告が主張する漁業権の存続期間を超えているが、それは当事者が申立てや資料提出を行わなかったためにその点の評価ができなかったに過ぎず、表面上は不当判決のように見えるけれども、弁論主義等から導かれる自己責任の問題として処理できる。このように解してもなお、給付期間における漁業行使権侵害の事実につき予測判断を可能にするための主張が欠けていることを指摘することができるが、これが平成二二年判決の違法性の最小限に見積もる法的構成であろう。

しかし以上で検討したように、平成三〇年判決を言い渡した福岡高裁も、令和元年判決を言い渡した最高裁も、平成二二年判決をいずれかの意味で誤った判決と評価したものと思われる。このうち平成三〇年判決は、平成二二年判決を

実体法上の不当判決ととらえ、かつ不当判断部分に既判力等の拘束力が及んでいないと解して、請求異議訴訟による是正を図った。これに対して令和元年判決は、平成二二年判決に実体法上整合的な解釈を与えつつ、訴訟法上の違法判決（処分権主義違反、弁論主義違反）ととらえ、これを是正する手段は訴訟法上残されていないことを前提に、その違法性を放置した。

## 三 考察

以上の分析を基礎に、これ以降は規範内在的な解釈論から外在的な現象記述へと論調を替えた上で、若干の考察を行う。

### 1 開門訴訟原告にとっての「誤った判決」

まず、開門訴訟の原告にとって、仮に平成二二年判決が実体法上または訴訟法上誤ったものであったにしても、その違法を問うインセンティブが乏しかったことを指摘できよう。

そもそも、原告が訴訟で求めた潮受堤防の撤去や排水門の開放は、一般的に見て、請求認容の余地が小さいものである。実際に平成二〇年判決・平成二二年判決でも、原告が定立した請求のほとんど（たとえば、人格権や環境権等に基づく開門請求や、損害賠償請求）は棄却ないし訴え却下されていたし、事後的な事情となるが、別の裁判所に提起された同種の開門訴訟は、現在全面敗訴の状態である（福岡高判平成二七年九月七日TKC文献番号25541157）。対して、営農者等による開門差止請求訴訟は、請求を認容した第一審判決（長崎地判平成二九年四月一七日判時二三五

三号三頁）に対して国が控訴を断念し、開門を求める漁業者が補助参加人として控訴提起したものの、被参加人である国が控訴取下げの上控訴権を放棄し、漁業者がなおも独立当事者参加の申出とともに控訴を提起したものの、控訴審（福岡高判平成三〇年三月一九日TKC文献番号25449441）、上告審（最二小決令和元年六月二六日TKC文献番号25563788）は独立当事者参加の申出を却下し、訴訟は第一審判決確定の状態を終了した。

原告にとつては、平成二〇年判決、平成二二年判決が、将来給付にせよ本案判断として排水門開放を認めたこと自体が貴重な成果であり、これを訴訟法上の理由で上訴することは考えがたい（たとえば、将来給付認容部分を弁論主義違反として取り消せば、将来給付も含めて本案で全面的に敗訴する可能性も出てくる）。むしろ、原告にとつて見れば、十分な弁論を尽くしていないにもかかわらず給付期間を定めた上で将来給付を「認めてくれた」平成二二年判決は、歓迎すべき「誤った判決」ですらあるだろう。

ここで、本稿で指摘すべき第一の点として、当たり前の事実ではあるが、「適法な判決と当事者にとつて望ましい判決は必ずしも一致しない」ということを確認する。当事者は、自らが置かれた紛争状況の中で、法的・経済的・政治的・人間関係の等さまざまな観点から紛争行動を起こし、裁判所の判断を評価する。複数の評価基準の混合体として当事者の観点を捉える限り、法的に正しいことが紛争状況からみて望ましいとは限らないし、その逆も然りである。

そして訴訟法上、不当判決や違法判決の是正は、基本的に上訴提起や再審申立てといった当事者の不服申立てに委ねられ、当事者にはその申立責任（負担）が課されているが、裏を返せば、当事者が上訴権や再審申立権の行使をせず、誤った判決を社会的に通用させることで、自己の紛争行動に有利に援用するという行為選択肢は、制度的にも予定されているといえる。

## 2 開門訴訟受訴裁判所にとつての「誤った」判決

開門訴訟の第一審では、主に原告の漁業被害の意義や存否のほか、漁業被害と干拓事業の因果関係が激しく争われ、多くの自然科学的知見も提出された。

このような状態で、将来給付判決に向けて、将来の漁業被害の継続について当事者に主張立証を尽くさせることは可能だっただろうか。

まず一般に、将来給付の期間等について当事者に主張立証を促すことは、裁判所が排水門開放を認めるべき心証を抱いていることを当事者に開示する事実上の効果がある。裁判所は、和解勧誘を円滑に進めるため等の理由から、心証開示を行うことに消極的といわれる。もともと、第一審の訴訟記録を見る限り、和解期日は設定されておらず、両当事者は極めて対抗的に上記争点を争っていたため、心証開示が和解を阻害する等の事情はなかったように思われる。

第二に、開門訴訟では口頭弁論終結時における漁業被害や因果関係についてすら、自然科学的知見の信頼性も含め激しく争われており、必ずしも十分な心証が得られるような状況でなかった。実際に第一審判決では、原告に過度の立証負担を求めることはできないとして、「被告が中・長期開門調査を実施して上記因果関係の立証に有益な観測結果及びこれに基づく知見を得ることにつき協力しないことは、もはや立証妨害と同視できると言っても過言ではなく、訴訟上の信義則に反するものといわざるを得ない」と判示することで、因果関係を推認するという手法を採用している<sup>26)</sup>。この状態で、将来の漁業被害や干拓事業との因果関係について具体的に事実認定するのは、極めて困難だったであろう。しかし、当事者以外の様々な利害関係人が多数いることが容易に窺える本件において、判決基準時に妨害排除請求権の存在が認定できるといふ一事に基づいて、原則どおり即時の排水門開放を命じることは、社会的正当性に疑義が生じるように思われる。

このように考えると、平成二〇年判決における将来給付における期限や期間の定めは、具体的な事実認定を経ない、裁判所の裁量的救済の要素が強いものであったことが、改めて推測できる。そして、裁判所の社会的正当性にかかる判断（これが不当だったとは、筆者は考えない）と、訴訟法上の様々な規律との相克が、不可避免的に発生したものと見える。

このようにして定められた三年間の給付期限、五年間の給付期間は、控訴審判決においてもそのまま是認された。

以上をまとまるならば、仮に平成二二年判決が法的に誤ったものと解釈されるとしても、それは開門訴訟の受訴裁判所が判決の規範的正統性と社会的正当性との折衷に苦心した結果、危ういバランスの下で産まれたものだったと評価できる。

### 3 開門訴訟被告にとっての「誤った判決」

被告国にとっても、訴訟記録を見る限り、第一審・控訴審を通じて、主たる争点は漁業被害や因果関係の存否だったようである。とはいえ、平成二二年判決が出た段階で、上告提起ないし上告受理申立ての上、訴訟法上の種々の違法を指摘することは可能だったが、当時の政治的判断によって上告は断念された。

しかし、平成二二年判決が、給付期限・期間の定めの中で、理論的に必ずしも明瞭でない部分を残したことは、後の請求異議訴訟において、被告に争う余地を留保する結果をもたらしたかと思われる。先述のように、平成二二年判決は、判決の社会的正当性と規範的正統性との相克の上で成立した危うい内容を持つものであった。このように、規範的正統性の要請をやや後退させて社会的正当性を重視した判決を言い渡した場合、その判決は事後的に規範的正統性の側面から攻撃される余地が残り、その限りで「誤った判決」は将来の手続に開かれているという現象記述的帰結は、ある程度一般化可能であるようにも思われる。

#### 4 請求異議訴訟受訴裁判所についての「誤った判決」

上記のように、平成二二年判決が規範的正統性を後退させ、危ういバランスの下に言い渡した判決であったと解すると、平成二二年判決はいくつかの点において（期限の定めや期間の終期等）法的構成が明瞭でなく、解釈の余地を残したため、その法的構成を事後的に再解釈するという営為が、請求異議訴訟の受訴裁判所にとって可能かつ必要だった。そこで、債務者たる国が事後的な請求異議訴訟によってその点を指摘したときに、請求異議訴訟の受訴裁判所がその誤りを評価した振る舞いは、興味深いものだった。

平成三〇年判決の受訴裁判所である福岡高裁は、平成二二年判決が判決主文に示した給付期間の定めが、被告債務者が定立した訴訟物の範囲内では、妨害排除請求権が存在し得ないはずの期間において給付を認める、実体法上不当なものだったことを正面から認めた。ただしその際、福岡高裁は、その実体法上の不当性が、開門訴訟における当事者の自己責任の範囲内で発生したという訴訟法的事情を、必ずしも重視しなかった。そして、請求異議事由たる漁業行使権の消滅の主張を取り上げる際、それが将来給付判決の既判力または既判力に準じる効力に抵触するとの訴訟法的可能性も検討しなかったものと推察される。この意味で、平成三〇年判決は、実体法的な側面を重視して平成二二年判決を是正したものといえる。

これに対して令和元年判決を担当した最高裁は、「本件各確定判決を合理的に解釈」することで、平成二二年判決が、漁業行使権の再取得後の妨害排除請求権をも認容したものととの理解を示した。本来は高度の一義性・明確性が要求される債務名義の表示について、最高裁があえて「合理的な解釈」を行ったのは、先述のとおり、平成二二年判決が規範的に不明瞭な点を残しつつ言い渡されたものだからということが出来る。これによって、平成二二年判決が、実体法上存在し得ない給付期間を認めた不当判決である、という福岡高裁の読みは否定され、平成二二年判決自身が実体法上正当

なものであり得るとの解釈が、実質上確定することになった。しかしすでに述べたように、この解釈により、当該判決は、処分権主義違反・弁論主義違反のもとに言い渡された判決であることも、同時に確定することとなる。

以上を考えれば、最高裁も福岡高裁も、平成二二年判決の実体法的側面を重視したものであり、ただその結論が両者で逆になったものと解することができよう。すなわち、福岡高裁は、平成二二年判決が実体法上不当なものとして評価し、その不当性を是正したが、その不当性を訴訟法上正当化できる点、是正によってむしろ訴訟法上の問題（既判力等との抵触）が生じ得る点を看過した。最高裁は、平成二二年判決を実体法上正当なものとして評価したが、その評価によって平成二二年判決が訴訟法上さまざまな違法性を帯びるといふ帰結を看過した。

以上を考察すると、一つの事例から過度に一般化することは避けなければならないものの、先述のように「誤った判決」が留保する事後の手續再開可能性が現実化し、再開された手續を裁判所が担当した場合、当該裁判所は、自身がその時々を考える実体的正当性を重視し、その「誤った判決」が形成された手續の正統性について顧慮する比重は低くなる可能性がある、という一応の現象記述的帰結を、ここから得ることができそうである。

### おわりに

以上、諫早湾干拓事業関連訴訟の判決文を手がかりに、法的に何らかの意味で誤った判決がどのように形成され、それをめぐって当事者や裁判所がどのように行動するかについて、雑駁な分析を試みた。その結果、①いわゆる「誤った判決」は、社会的に複雑な文脈に置かれた訴訟を担当する受訴裁判所により、判決の規範的正統性と社会的正当性との相克の中で生み出されることもあること、②当事者が判決の法的誤りを是正するインセンティブを常に持つとは限らず、それゆえ誤った判決がそのまま通用する事態もあり得ること、③誤った判決は法的な脆弱性ゆえに、事後的に手續

を再開する可能性を留保し得ること、④再開された手続を担当する裁判所は、その時々で自身が考える実体的正当性を重視する傾向にあること、を確認した。

もとより、一つの事例の定性分析から導出した暫定的な仮説に過ぎず、理論として一般化できる水準には達していない。きわめて粗雑な分析に終止したことをお詫びしつつ、理論的一般化については、後日のさらなる課題としたい。

本稿は、JSPS科研費（課題番号17K03467）の研究成果の一部である。

(1) 問題状況全体の概観については、「特集」諫早湾干拓紛争の諸問題——法学と政治学からの分析」法学セミナー七六六号九頁以下が有益である。

(2) 金炳学「債務者の意思のみで履行することが可能な債務とされ間接強制が認められた事例諫早湾土地改良事業における開門調査確定判決に基づく間接強制事件に関する執行抗告審決定」行政社会論集二八巻一号（二〇一五年）二四七頁、同「相反する債務名義による義務の衝突と間接強制の阻害事由」加藤哲夫・本間靖規・高田昌宏編「上野泰男先生古稀祝賀論文集 現代民事手続の法理」（弘文堂、二〇一七年）五六七頁、西川佳代「間接強制決定をめぐるプロセスと不当利得」前掲・上野古稀六〇九頁など。

(3) なお、本論文を執筆するに当たって資料の収集及び整理につき、九州大学大学院法学府博士後期課程の松本卓朗氏の多大な協力を得た。ここに深く感謝の意を表する。

(4) 本判決を扱った論考として、大塚直「差止訴訟における因果関係と違法性の判断」法律時報八三巻七号一〇〇頁、宮澤俊昭・速報判例解説（法学セミナー増刊）五号三一九頁、前田定孝・速報判例解説（法学セミナー増刊）九号四九頁、大久保規子・法学セミナー六七九号（二〇一一年）一一七頁、前田陽一・法学教室三七〇号（二〇一一年）三八頁、中島肇・論究ジュリスト一三三号（二〇一五年）一五〇頁、岩橋健定「諫早湾干拓事業をめぐる混迷と民事訴訟制度（1）（2・完）」法学教室四〇四号、四〇五号（二〇一四年）、赤湖芳宏・環境法判例百選「第二版」（二〇一一年）一九二頁、同・環境法判例百選「第三版」（二〇一八年）一五六頁。

(5) 干拓事業の趣旨やその経緯につき、開田奈穂美「地域社会における大規模開発の利益の受容に関する調査研究」食生活科学・

- 文化及び環境に関する研究助成研究紀要二九号(二〇一四年)一九九頁以下。
- (6) 以下、福岡高決平成一七年五月一六日(判例時報一九二二号一〇六頁以下)中、判決理由第二二以下による。
- (7) 平成二〇〇年判決、判決理由第三一三(五)。
- (8) 平成二〇〇年判決、判決理由第三一五(三)。
- (9) 平成二二年判決、判決主文一(二)。
- (10) 平成二二年判決、理由第七一二。
- (11) 平成二二年判決理由第七一二にも、「漁業行使権に基づく妨害排除請求権は、妨害状態の存する限り当該漁業行使権から不断に発生するものと解される」との表現があり、本文の理解に親和的である。
- (12) かかる読みを支持する見解として、赤渕・前掲注(4)(第二版)一九三頁、岩橋健定「続・諫早湾干拓事業をめぐる混迷と民事訴訟制度」法教四一七号(二〇一五年)四四頁、五一頁など。
- (13) 別例との類比として、たとえば、土地所有権に基づく建物取去土地明渡請求訴訟が認容された場合、現実的には建物取去に一週間なりの期間を要するとしても、上記認容判決はその一週間にわたって妨害排除請求権が存続することを既判力によって確定するのではなく、あくまで判決基準時における妨害排除請求権の存在を確定するに過ぎないのと同様である。このように考えても、執行力は債務名義に表示された請求権の存在の蓋然性に基づいて承認されるため問題は生じない。既判力については、本稿では詳細に検討し得ないが、基準時後に当該請求権が消滅したことを主張して請求異議の訴えが提起されたとき、請求異議訴訟の基準時における妨害排除請求権の発生 $\parallel$ 存在につき主張立証の必要があるか、主張立証責任の分配をどう考えるかという問題と関わる。笠井正俊「確定判決についての請求異議事由の証明責任」『青山善充先生古稀祝賀論文集 民事手続法学の新たな地平』(有斐閣、二〇〇九年)五六一頁。
- (14) 反対、今津綾子「将来の給付の訴えにおける判決の効力(二・完)」民商一四八巻六号六七二頁、六七三頁。
- (15) 平成二〇〇年判決、第三一三一(五)―ウ。
- (16) 平成二二年判決、理由第七一二。
- (17) 最二小判昭和四九年四月二六日民集二八巻三三五〇三頁。関連して不執行の合意につき、三木浩一「最高裁民訴事例研究四〇九」強制執行を受けた債務者がその請求債権につき強制執行を行う権利の放棄又は不執行の合意があったことを主張して裁判所に強制執行の排除を求める場合に採るべき手続」法学研究八〇巻一〇号一一九頁、一二五頁以下。
- (18) 妨害排除請求権が、物権等の侵害という事実に応じ、その都度発生することを強調すれば、物権的妨害排除請求権は瞬間的に発生と消滅を繰り返し、時間的継続性を持たず、同一性を論じることが出来ない権利だと解することも不可能ではない(山本克

己「物権的請求権と既判力の作用」法学論叢一八二卷一—三三三頁（二〇一七年）二五頁。そのような立場からは、本文で記した内容とは異なる規律が考えられるだろう。

(19) 肯定説、新堂幸司『新民事訴訟法（第六版）』（弘文堂、二〇一九年）三三三頁。否定説、松本博之・上野泰男『民事訴訟法（第八版）』（弘文堂、二〇一五年）五八三頁。

(20) 松本・上野・前掲注（18）五八四頁。

(21) 現在給付請求と将来給付請求とでは訴訟物が異なるために、平成二二年判決を処分権主義違反とする見解もある（判時二〇一二年五五六頁、本件匿名コメント）。

(22) 筆者による訴訟記録閲覧（佐賀地方裁判所平成一四年（ワ）第四六七号）、および吉野隆二郎弁護士へのインタビューに基づく。開門訴訟の膨大な訴訟記録の閲覧にあたっては、佐賀地方裁判所民事書記官室の方々に大変お世話になった。ここに深く感謝の意を表す。

(23) この問題について、原告側弁護士馬奈木昭雄氏は、インタビューに対して以下のように回答している（前掲注（1）二八頁）。「長崎地裁の和解協議に出てきた訟務局長の定塚さんと二人で言い合ったんですよ。彼が「なんだ、漁業権は一〇年で切れているじゃないか。自分が思いついた」と自慢だったので、「いや、そんなこと思いついた人、日本にいっぱいおるでしょ。一〇年で期限が切れるって」と言いました。だけどそれは今まで誰一人言わなかったわけです。それは、こんなことを言っただけかというのが分かっていいたから言わなかった。」

(24) この場合、請求権発生の蓋然性がないという理由で、訴え却下判決による処理をすべきとの見解も考えられるが（たとえば、三木浩一「将来給付の訴えの利益」慶應法学二八号（二〇一四年）三二五頁、三二七頁以下）、本件では、将来発生すべき事実の蓋然性が問題となっていないため、さしあたり請求棄却判決による処理が妥当と解する。

(25) 河野正憲「確定判決と事情の変更」『木川統一郎博士古稀祝賀論文集 民事裁判の充実と促進（上）』（判例タイムズ社、一九九四年）七七〇頁、高橋宏志「確定判決後の追加請求」『中野貞一郎先生古稀祝賀 判例民事訴訟法の理論（下）』（有斐閣、一九九五年）二四九頁、二五八頁以下、山本弘「将来の損害の拡大・縮小または損害額の算定基準の変動と損害賠償請求訴訟」『民訴雑誌四二二号（一九九六年）二五頁、六〇頁以下、高田裕成「将来の法律関係の確定を求める訴えとその判決の既判力」『青山善充先生古稀祝賀論文集 民事手続法学の新たな地平』（有斐閣、二〇〇九年）一七五頁、一九一頁以下、堤達弥「継続的不法行為に基づく将来の損害賠償請求訴訟における請求適格について」『民訴雑誌六五号（二〇一九年）一頁、一二頁。

(26) 吉野弁護士インタビュー（前掲注（22））による。

(27) 平成二二年判決に対する評釈の中には、期間の定めを批判するものもある。大塚・前掲注（4）一〇三頁、赤渕・前掲注

(4) 一九三頁、前田・前掲注(4)四二頁等。期間の定めを肯定的に評価するものとして、大久保・前掲注(4)一一七頁。期間の定めを理論的分析として、中島・前掲注(4)一五四頁。

(28) 釈明義務違反を手続保障欠缺の一態様と考えて、民訴三三八条一項三号の再審事由を主張して再審の訴えを提起することは、理論上考えられないではないが、本文中述べたとおり、被告は控訴によって釈明義務違反を主張すべきだったのであり、再審の補充性(民訴三三八条本文但書)に抵触することになる。

(29) 秋山幹男ほか「コンメンタール民事訴訟法Ⅷ」(日本評論社)三八頁以下。

(30) 本件訴訟「上告受理申立理由書」申立理由九項(理由第七)。

(31) 平成三〇年判決、事実および理由第三三三(二)一ア。

(32) 平成三〇年判決、事実および理由第三三三(二)一ケ。

(33) ただし、平成二二年判決本文の別の読み方として、期限到来後も五年間の給付期間がそのまま後ろへスライドし、直接強制・代替執行に着手した日から五年間の排水門開放が実現される(期限の到来は執行開始要件であり(民執三〇条一項、あらかじめ判断を名義なり執行文として求めることができない。したがって、強制執行は期限到来後にはじめて申立てが可能となるのだから、現実の強制執行は、手続上の時間経過を考えただけでも平成三〇年一月二〇日を超える。強制執行手続の時間的性質上、このような期間超過は当然に認められると解さざるを得ない)、と考えることもできる。このように解した場合、国が五年間の排水門開放を行わない限り、平成二二年一月二時時点で確定した妨害排除請求権の義務不履行状態が継続し、債権者らは、他の異議事由が認められない限り、平成二二年判決を債務名義とする強制執行が可能状態が続くことになる。筆者は、この解釈に魅力を感じている。このような考え方は、(b)説のように、権利の確定時期と強制執行可能な期間をある程度切り離す考え方に馴染みやすいように思われる。

(34) たとえば、最大判昭和五六年一月六日民集三五卷一〇号一三六九頁、団藤重光反対意見参照。

なお、このように解することに対しては、債権者である国は税金を原資として強制金を給付期間内に払い続ければ、本来の履行を行うことなく履行義務を免れることになり、不当との反論も予想される。筆者も、この反論に感覚的には賛同するものの、間接強制も強制執行の一態様であって、それによる権利実現がまったく期待できないわけではないし(もしそうであれば、間接強制制度自体が無益となる)、本件においても、債権者らは利害関係人間の調整なしに排水門開放を実現する直接強制や代替執行の申立てを、あえて行わなかったという経緯もある(前掲注(一)一九頁、二四頁)。平成三〇年一月二日以降の開門も、新たな債務名義形成責任が債権者側に課されたにとどまり、実体法上開門が許されなくなるわけではない。

この問題は、国民の権利保護を目的とする制度である民事訴訟制度を創設した国自身が、国民の権利保護を回避し、そのための

コストを税金によって賄い、時間切れを待つという姿勢が、公法秩序全体から見許されるかという、より高次の次元の問題として議論すべきように思われる（私見では、民事訴訟制度の目的はメタ理論のない現象記述的には様々なものがあり得るが、少なくとも規範理論のオブジェクトレベル内在的には、権利保護説が正当であるように思われる。松本博之「民事訴訟法研究の出発点に立ち返って」同『民事訴訟法の立法史と解釈学』（信山社、二〇一五年）五二二頁。そして本件では、まさにそのような訴訟制度を創設した国家自身が当事者となるがゆえに、この規範理論オブジェクトレベル内在的な目的を国は遵守しなければならないと立論すべきように思われる）。

(35) 前掲注(33)。

(36) 平成二〇年判決、第三一三一(四)―イ。