

平成29年（行ウ）第10号 普天間飛行場代替施設建設事業に係る岩礁破
砕等行為の差止請求事件

原 告 沖縄県

被 告 国

原告第2準備書面

平成29年10月3日

那覇地方裁判所民事第2部合議A係 御中

原告訴訟代理人

弁護士 宮 國 英 男

弁護士 松 永 和 宏

弁護士 仲 西 孝 浩

弁護士 加 藤 裕

原告指定代理人

沖縄県知事公室

知事公室長 謝 花 喜一郎

基地対策統括監 池 田 竹 州

辺野古新基地建設問題対策課

課 長 多良間 一 弘

副参事 城 間 正 彦

副参事 田 代 寛 幸

班 長 新 垣 耕

主 幹 神 元 愛

主 査 知 念 敦

主 査 山 城 智 一

主 任 山 城 正 也

主 任 川 満 健太郎

主 事 大 城 和華子

沖縄県農林水産部

部 長 島 尻 勝 広

農漁村基盤統括監 仲 村 剛

参 事 新 里 勝 也

水産課

課 長 平安名 盛 正

班 長 七 條 裕 蔵

主任技師 岸 本 和 雄

主 査 登野盛 真 一

沖縄県土木建築部海岸防災課

副参事	普天間 朝 好
班 長	中 村 猛
主 任	矢 野 慎太郎

沖縄県環境部環境政策課

班 長	知 念 宏 忠
主任技師	愛 甲 俊 郎
主 任	知 名 光太郎
主 任	崎 枝 正 輝
主 任	神 谷 大二郎
主 任	具志堅 洋 介

目次

第1	はじめに.....	5
第2	本件訴訟が平成14年最高裁判決の射程外であること.....	5
1	平成8年最高裁判決は、公物管理権に基づく請求を認容した判例であること.....	5
2	財産的な利益を背景にしていること.....	7
第3	本件訴訟が法律上の争訟にあたること.....	7
1	法律上の争訟性に関する被告主張の要旨.....	7
2	法律上の争訟にあたること.....	8
第3	履行請求権が認められること（被告主張に対する反論）.....	13
1	被告主張の要旨.....	13
2	権限と権利について.....	14
3	私法上の権利との違いについて.....	14
4	国民の義務について.....	15

第1 はじめに

本書面においては、被告答弁書及び第1準備書面に対して、概括的に反論を行う。

詳細な反論及び原告の主張については、学者の意見を踏まえて、次回準備書面において行う。

第2 本件訴訟が平成14年最高裁判決の射程外であること

原告は、本件訴訟が平成14年最高裁判決の射程外であることについて、3点主張しているが、本書面においては、公物管理権に基づく主張についてのみ反論する。残余については、次回準備書面において行う。

被告は、答弁書において、平成8年最高裁判決は、道路管理権（公物管理権）に基づく訴えが法律上の争訟に当たることを認めたものではない、あるいは、平成8年最高裁判決は、道路敷地部分の所有権又は占有権を有している道路管理者の妨害予防請求権について認めたに過ぎず、本件においては、原告に何らの財産権も認められないことから、公物管理権に基づく請求は認められないと主張する。

しかし、以下のとおり、理由がない。

1 平成8年最高裁判決は、公物管理権に基づく請求を認容した判例であること

被告は縷々述べるが、平成8年最高裁判決が、公物管理権に基づく請求を認容した判例であることは疑いようがない。

最高裁は、「被上告人は、道路管理者としての本件土地の管理権に基づき本件土地が市道の敷地であることの確認を求めるとともに、本件土地上に上告人が設置したプレハブ建物及びバリケード等の撤去を求めることができる」と判示して

いる。

判示からして、原告（被上告人）の道路管理権に基づく請求を認容していることは明らかである。被告が占有の認定として指摘する箇所は（理由の一・一・（三））、適法に道路として供用されたことを認定しているに過ぎない。

また、一審判決、最高裁判決のいずれも、被告（上告人）の所有権が道路法所定の制限を受けていることについて判示しているが、占有訴権に基づく請求について、被告（上告人）の所有権に制限があるか否かは、何の関係もない判示であるから（民法 202 条）、この点でも占有訴権に基づく妨害排除請求を認容したものとは解されない。

さらに言えば、地裁判決も最高裁判決も、市道敷地であることの確認を求める訴えを認容しているが、原告（被上告人）は、そもそも、占有訴権に基づく確認の訴えを求めておらず（松山地裁平成 2 年 2 月 19 日判決金商 1026 号 17 頁の事実第二・一・9「よって原告は被告に対し、～道路管理権に基づき、本件土地が松山市道新玉四七号線（旧同二八六一号線）の敷地であることの確認を」参照：原告の請求原因のまとめ）、少なくとも、確認の訴えについては、道路管理権に基づく訴えとしか解釈できない。

以上から、平成 8 年最高裁判決が道路管理権に基づく請求について、法律上の争訟性を認めたものであることは疑う余地がない。

被告も主張するとおり、平成 14 年最高裁判決は、特段平成 8 年最高裁判決との関係に触れることもなく、同判決を変更するものではないから、公物管理権の保護救済を目的とする訴えについて、平成 14 年最高裁判決の射程が及ばないことは、明らかである¹。

¹ 被告も論文を引用している原島良成は、同「<判例研究>裁判を通じた行政上の義務の履行強制：宝塚市パチンコ店等建築規制条例事件最高裁判決」上智法学論集 47 卷

2 財産的な利益を背景にしていること

被告は、原告に所有権や占有権が認められないため、原告の公物管理権に、何らの財産権の裏付けがない趣旨を主張する。

しかし、そもそも、上記のとおり、平成8年最高裁判決は、占有権を認定していないから、所有権や占有権等の裏付けを有するか否かは、公物管理権に基づく請求が法律上の争訟足りうるか否かとは無関係である。

また、仮に関係するとしても、原告は、国有財産法9条3項、同法施行令6条2項1号カ、沖縄県国土交通省所管公共用財産管理規則2条1号により、漁港法、港湾法、海岸法の適用を受けない海について、取得、維持、保存、運用及び処分を行っているところ、このような意味で使用する権利を有しているから、この意味でも被告の主張には理由がない²。

第3 本件訴訟が法律上の争訟にあたること

1 法律上の争訟性に関する被告主張の要旨

被告の主張は、短くまとめると、司法権＝法律上の争訟＝裁判を受ける権利（国民の権利利益の保護救済）と捉えた上で、法律上の争訟は、国民が自己の権利利益を侵害されたとして裁判所に救済を求める訴訟に限定されるもので、特別の規定がなければ、行政主体がその権限の保護を求めて裁判所に救済を求めることはできない、というものである。

かかる主張を基礎づけるために、司法権に関する学説や過去の裁判例、他の法制度との整合性、法律による行政の原理との合致等を主張する。

2号61頁以下の69頁脚注21において、公物管理権に基づく訴えについては許容している。

² 公物管理権の作用は、財産管理権の行使であることについて、原野翹「財産管理法」下山瑛二・室井力『行政法下巻』61頁から62頁。

詳細については、次回書面で述べるが、本書面においては、原告と被告の主張の根本的な相違点について述べ、かかる相違点からの帰結と、原告主張のように法律上の争訟概念を解釈すべきことについて概括的に述べる。

2 法律上の争訟にあたること

原告は、法律上の争訟とは、板まんだら事件の定式である「当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であって、かつ、それが法令の適用により終局的に解決することができるもの」を意味するものと理解している³。

被告は、かかる定式に、原告の裁判を受ける権利の行使として提起されること（すなわち、原告の私権保護を目的とするもの）、という要素を追加するものであるが（いわゆる私権保護ドグマ）、原告は、そのように限定して解釈すべきではないと主張する。

確かに、司法権の主要な任務が、裁判を受ける権利の保障、なかんずく裁判による基本的人権の擁護にあることは、事実である。

しかし、「司法権」を、裁判を受ける権利の保障のみを担当する作用と捉え、裁判を受ける権利の行使にかかる訴えのみを、法律上の争訟と捉える必然性はない。

裁判を受ける権利に背馳しない限りにおいて、裁判所が取り上げるにふさわしい紛争については、本来的な司法権の対象であり、法律上の争訟に含まれる。

板まんだらの定式から問題となるのは、法適用により終局的に解決可

³ 要するに、法令適用により終局的に解決可能な、実定法が定めた権利義務や法律関係を巡る当事者間の紛争、ということである。

能な当事者間の権利義務ないし法律関係を巡る紛争の存在であり、したがって、当事者間に権利義務ないし法律関係を巡る紛争が存在するなら、どちらから提訴しても、法律上の争訟に該当する（この意味で、片面的法律上の争訟概念は採りえない：立法経緯から見て、法律上の争訟が対象概念であったことは訴状で述べた）。

原告と被告の主張の根本的な相違点は、上記のとおり、板まんだらの定式を文字通りの定式として採用するのか、かかる定式に私権保護ドグマを読み込むのか、ということである。

被告主張のように、私権保護ドグマを読み込むと、以下のとおり、不都合が生じる。

まず、刑事事件については、法律上の争訟に含まれることは争いようがないが、言うまでもなく、提訴者の裁判を受ける権利に基づいて提起されるものではない。したがって、被告主張によると、法律上の争訟に包含することができない。

被告は、平成 14 年最高裁判決は民事事件、行政事件について述べたものであると主張するが、そのように強弁しても、裁判を受ける権利の享有主体ではないはずの国が、国家刑罰権という公権に基づいて提起する刑事訴訟が法律上の争訟に含まれる以上、法律上の争訟概念に提訴者の私権保護目的による提訴、という要素を読み込むことはできず、概念として整合性を保てないことは明らかである。

一方で、板まんだらの定式からは、刑事事件は、刑罰権の存否という、当事者間の権利義務ないし法律関係を巡る紛争であり、法適用により解決しうるから、当然のこと法律上の争訟に含まれる。

次に、行政主体が財産権に基づき提起する訴えについて見ると、この

ような訴えの合憲性、適法性に従来疑問が差し挟まれたことはなかったはずであるが、私権保護ドグマを前提にすると、論理的には、法律上の争訟に含まれると説明することは不可能である（言うまでもなく、国等は、実定法により財産権を付与しうるとしても、裁判を受ける権利の享有主体ではないからである）。

この点、被告は、このような訴えは、行政権が国民の権利利益を制約するという側面を有しないから許容されると説明する（ただし、法律上の争訟に含まれるとするのか、法律において特に定める権限とするのかは、明確には述べていない）。

しかし、仮に、このような理由づけで法律上の争訟に含まれるというなら、機関訴訟や本件訴訟（国が被告である）も国民の権利利益を制約するという側面を有しないから、法律上の争訟に当然含まれることになる。

あるいは、仮に、法律において特に定める権限とする趣旨なら、民法や民事訴訟法、民事執行法は、行政主体が提起する場合に限り、法律において特に定める権限を定めた法令ということになるが、極めて不自然な解釈であるし、そのように解釈できる根拠もない（また、そうであれば、本件訴訟において、沖縄県漁業調整規則や行政事件訴訟法を、法律において特に定める権限と解釈できない理由もない）。

結局、法律上の争訟概念を、原告の裁判を受ける権利に基づき提起される訴えに限定した上で、裁判を受ける権利を有しない国等の財産権に基づく訴えを同概念と整合的に説明することは、論理的に無理がある。

一方で、板まんだらの定式からは、行政主体の財産権に基づく訴えも、当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であり、

法適用により解決できるから、当然に法律上の争訟に含まれる。

進んで、行政上の義務の履行を求める訴えについて見てみると、被告は、私権保護ドグマを前提にして、民衆訴訟や機関訴訟と、行政上の義務の履行を求める訴えを、同じく原告の裁判を受ける権利の行使として提起される訴えではない、という共通項でくくり、同じく法律上の争訟ではない、とするものである。

この点、そもそもの民衆訴訟・機関訴訟の法律上の争訟該当性については争いがあるところであるが、この点についての主張は現時点では必要性がないと考えている。

しかし、少なくとも、板まんだらの定式上も、民衆訴訟・機関訴訟と行政上の義務の履行を求める訴えは区別されうるため、民衆訴訟・機関訴訟の規定や最高裁判決の存在から、行政上の義務の履行を求める訴えを法律上の争訟から除外することに理由はない。

すなわち、民衆訴訟は、「国民」である民衆が、「自己の法律上の利益にかかわらない資格で提起する」ものであるから、定義上、当該国民と被告との間には、本来的には、権利義務ないし法律関係を巡る紛争が存在しないし(当該民衆は、紛争の当事者ではない、と言いかえてもいい)、機関訴訟は、そもそも権利義務の主体ではない機関相互の紛争であるから、当然のこと、機関同士の間には、権利義務ないし法律関係を巡る紛争が帰属しえない。

要するに、民衆訴訟も機関訴訟も、板まんだらの定式でいうところの、「当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争」に、文字通りにはあたらない。

一方で、行政主体が行政上の義務の履行を求める訴えは、権利義務な

いし法律関係を巡る当事者間の紛争であることは疑いようがなく⁴、板まんだらの定式の適用上、当然に、「法律上の争訟」にあたる。

したがって、被告が主張するように、民衆訴訟・機関訴訟についての法の規定や、これらの訴訟類型についての最高裁判例から、法律上の争訟概念を原告の裁判を受ける権利の行使として提起される訴えに限定し、そのような前提に立った上で、本件訴訟が法律上の争訟に当たらないという結論を導くことは誤りである。

また、さらに言うなら、事件性・争訟性が欠けるにもかかわらず、立法政策により設けられる制度の限界（言いかえれば、司法権に付与する権限の限界）が語られる場合、一般的には、事件性・争訟性を擬制するに足りる紛争の内実があるか否かというような言葉で語られる。

ここでは、提訴者の裁判を受ける権利が擬制されるというような説明がされているわけではない（そのような説明では、どんな解釈をしても、機関訴訟を司法権に付与できないであろう）。

被告のように、裁判を受ける権利の行使として提起される訴えを法律上の争訟として捉え、その余を立法政策により付与される権限と捉えた場合、その余の権限を、なぜ司法権に付与しうるのか、その限界はいかに画されるかということについて、説明ができない。

また、我が国がその司法権概念を継受した英米系の司法権において、司法的執行が原則とされていることからしても、法律上の争訟概念を、裁判を受ける権利の行使として提起される訴えに限定する解釈は、根拠

⁴ 塩野宏『行政法Ⅱ [第五版補訂版]』281頁が「本件の場合、当該地方公共団体と相手方の関係が法律関係でないということはいえない（これを否定することは、行政上の法律関係の存在を否定することになり、一挙に絶対君主制の時代にさかのぼる。さらにこの関係の法律関係性を否定すると、命令の相手方からの取消訴訟、さらにおよそ取消訴訟は法律関係に関する訴訟ではなく、取消訴訟制度がなければ、相手方には義務の不存在を争う手立てもないということになるが、そうだとすると、現行取消訴訟制度は本来の司法権の作用を超えたものとなる」と述べているとおりである。

がない。

結局、以上を要するに、被告が主張するように、裁判を受ける権利に基づいて提起する訴えのみを、法律上の争訟とすると、刑事事件や、国等の財産権に基づく訴えをうまく説明できないし、なぜ本質的な司法権外であるはずの訴訟を扱う権限（裁判を受ける権利と全く無関係であるはずの民衆訴訟や機関訴訟）を立法政策により付与しうるのか、立法政策により司法権に付与しうる権限の範囲画定をどのように考えるのか、なぜ英米において司法的執行が原則であるのに（事件性・争訟性が当然に肯定されるのに）、我が国において別に考えなければならないのかなど、説明ができないのである。

原告被告が入れ替わっても、権利義務ないし法律関係を巡る紛争が、当事者に帰属しているなら、当該当事者に理を尽くしてこれを争わせることが可能である。

そして、これに法的判断を裁判所が下すことにより、かかる紛争の解決が可能であるなら、裁判所が取り上げるにふさわしい紛争であって、法律上の争訟にあたる。

第3 履行請求権が認められること（被告主張に対する反論）

1 被告主張の要旨

被告は、法が行政機関に権限を与えたとしても、そのことから直ちに当該行政機関が属する行政主体が国民に対して何らかの権利（請求権）を有するとはいえないとし、あるいは、仮に何らかの権利を観念できるとしても、民事訴訟や民事執行等によって権利の実現が可能な私法上の権利とは異なると主張する。

また、国民が何らかの行政上の義務を負うとしても、そのことから直ちに行政主体がその義務の履行請求権を有するとは言えないと主張する。

詳細については、次回書面で述べるが、本書面においては、簡略的に被告主張に反論する。

2 権限と権利について

まず、被告は、法が行政主体の機関（行政庁）にある「権限」を分配したとしても、行政庁は法人格を有さず、権利義務の主体とはなりえないとして、最高裁平成5年9月9日判決訟月40巻9号2222頁を引用する。

しかし、同判決が語るのは、機関である「行政庁」が権利義務の帰属主体足り得ないということであり、行政主体に権利が帰属しないことを意味していない。

行政庁は法人格を持たず、単に法人の一機関であるに過ぎないから、権利義務の帰属主体足り得ない。

しかし、行政主体は、行政庁によりなされる行為により、権利義務が帰属させられる法人であり、行政庁の「権限」に基づく行為により、行政主体に権利義務が帰属することがありうることに疑念をはさむ余地はない。

3 私法上の権利との違いについて

次に、被告は、何らかの行政主体の国民に対する権利を観念できても、それは、国家、地方公共団体の優越的地位に基づいて有する支配権能（警察権や統治権、課税権等）であって、個人が行政主体を含む他者に対し

て有し、民事訴訟や民事執行等によって権利の実現が可能な私法上の権利とは異なると主張し、亘理格「法律上の争訟と司法権の範囲」磯部力他『行政法の新構想Ⅲ』25頁を引用する。

しかし、亘理論文は、行政事件の異質性を認識した上で、行政訴訟に民事訴訟法的発想を持ち込むことの無理を自覚し、過度な民事訴訟モデルからの脱却を訴えるものであり、私人間の一般民事訴訟モデルに過度に拘泥した平成14年最高裁判決を（それこそ、「民事訴訟や民事執行等によって権利の実現が可能な私法上の権利」と異なる故に請求が認められないとする被告の主張そのものである）、「法律上の争訟」性の援用が不適切であった事例」と評価しているもので、引用が不適切である。

本件は当事者訴訟であるから、原告の請求が私法上の権利ではないことは事実であるが、そのことによって、何らかの権利が否定されるものではなく、伝統的な行政法学説において、公権の存在が疑われてこなかったことも、下級審裁判例において、当然のごとく請求権が肯定されてきたことも、訴状で述べたとおりである。

刑事事件において刑罰権に基づく訴え提起が可能である以上、行政事件訴訟法が定める公法上の法律関係に関する訴えを、公権に基づき提起することを否定する理由はない。

4 国民の義務について

被告は、最高裁平成16年11月25日判決民集8巻8号2326頁を引用し、国民の行政上の義務は、多種多様な公益実現のための規制枠組みの一環として課されるものであるから、法規制の目的や規制枠組み全体との関係を考慮せずに、直ちに履行請求権が生じるものではない、と主張

する。

その上で、沖縄県漁業調整規則は、無許可による岩礁破碎等について、罰則を設けるにとどまり、中止命令等を含む監督処分に関する規定を置いていないことから、違反については、違反者に対し刑事罰を科するという手段によって是正を図る趣旨であり、差止請求権があると認める余地はない、原告は所有権や占有を有しないから、公物管理権の基礎としての所有権その他の利用権を何ら有していないため、公物管理権に基づく差止請求権を有していると解釈する余地もないと主張する。

このうち、財産権の裏付けを欠くため、公物管理権に基づく請求権が観念できないとの主張については、上で述べたとおり、原告は、財産管理権に基づく使用権を有している。

その余の点については、被告の主張は、要するに、履行請求権は、常に認められるべきものではなく、根拠規定に基づいて解釈されるべきであるとした上で、沖縄県漁業調整規則が請求権を否定する趣旨と解釈するが、沖縄県漁業調整規則をそのように解釈する根拠は、罰則があっても、監督処分に関する規定を欠いているという1点に過ぎない。

しかし、最高裁平成16年11月25日判決民集8巻8号2326頁の事案と本件とは、全く事案が異なる。

同判決においては、憲法21条が規定する表現の自由の保障を踏まえ、放送法3条が放送番組編集の自由を規定していることからすれば、放送法4条（当時）は、調査を行った上で、訂正放送を行うことを義務付けているが、その訂正放送の内容は自律的に決せられるべきものであるし、法4条1項、2項を合わせて考えれば、被害者等の請求は、あくまで調査の端緒となることを想定しているに過ぎないとしたのである。

本件に照らしてみれば、岩礁破碎等は、何らかの表現の自由等の強い保障内容が及ぶものではないし、岩礁破碎許可を得ることや、岩礁破碎等を行うことについて、真実性の調査や訂正放送内容の決定のように、複雑な判断や、自律的な決定が要求されるものでもない。

沖縄県漁業調整規則は、確かに、監督処分を定めていないが、代替的作為義務でないのであれば監督処分を定めることの意義は薄く、端的に司法的執行に委ねたものと解すべきである。

また、被告の主張上、沖縄県漁業調整規則が履行請求権を認めていないと解釈すべき唯一の根拠は、罰則が存在するが、監督処分を定めていないことのようにあるが、このように、言わば、罰則の排他性（他の強制手段を排除する効力）を認めるべき根拠も、どこにもない。

かえって、罰則を定めている以上、当該義務が遵守されなければならないものであることは大前提である。

本件のように、工事費との比較で罰金額が低廉であること、事業者が国であり、公訴提起する機関の所属する行政主体であることから、罰則の適用が期待できない場合に、司法的執行の原則に戻って、裁判所に助力を求めることを殊更禁止する趣旨とは解されない。

以 上