

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碎等行為の差止請求事件

原告 沖縄県

被告 国

原告第4準備書面

平成29年10月30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

第1 はじめに

本書面では、本訴訟の被告は「国」であって「国民」ではないから、「国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として『国民に対して』行政上の義務の履行を求める訴訟」を不適法とした平成14年最高裁判決とは、「国民に対して」という点において事案を異にするものであり、同最判の射程外であることについて述べる。

第2 平成14年最高裁判決の射程は「国民」を被告とする訴訟に限定されるものであり、「国」を被告とする本件訴訟は同最判の射程外であること

1 「判例」とされる法律的判断

裁判所が個々の裁判の理由の中で示した法律的判断は、そのすべてが（事実上の）拘束力のある先例としての「判例」（以下、「判例」はこの意味で用いる。）となるものではない。裁判の理由の中で示された法律的判断のうち、当該事件における当該論点の結論を直接に導き出すことのできる命題のみが、判例となる判断である¹。

そして、平成14年最高裁判決において、当該事件における当該論点の結論を直接に導き出すことのできる命題として示された内容は、「『国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟』は不適法」というものであり、これが同最判の判例である。したがって、「『国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として』『国民に対して』『行政上の義務の履行を求める訴訟』」という要件のすべてに該当する事案のみが、平成14年最高裁判決の射程となるものである。

¹中野次男編『判例とその読み方（3訂版）』参照。

2 国を被告とする訴訟は平成 14 年最高裁判決の射程外であること

国は、「国民」ではない。したがって、国を被告とする訴訟は、「国民に対して」に該当しないものであり、平成 14 年最高裁判決の射程外である。

「国民」という概念には、「国家構成員としての国民」、「主権の主体としての国民」及び「国家機関としての国民」があるが、のいずれの面からみても、国は「国民」の概念にも該当しない。

なお、国や地方公共団体は、公法上及び私法上の権利義務の帰属主体となりうるものであるが、基本的人権の享有主体とはなり得ないもので、あり、国が基本的人権の享有主体たる「国民」となることはありえない。法人についても一定種類の人権についてはその享有主体たりうると解されるが、国については、人権享有主体となることはない。すなわち、「人権は、第一次的には個人の自由の領域を公権力の侵害から護ることを目的とするものであるから、公法人に人権享有主体性を認めることは背理と言えよう。公法人が権力的行為を行う場合だけでなく、私法的に行動する場合も同様である。」(芦部信喜「憲法学Ⅱ」162 頁)とされている。

国や地方公共団体が、私法(財産法)上の権利利益の帰属主体として、自己の財産上の権利利益の保護救済を求めて出訴した場合についても、国が「国民」になるわけではない。

国が権利義務の帰属主体となり得るのかということと、国が人権享有主体になり得るのかということは、まったく異なる事柄である。私法人が人権享有主体となり得るのかということと、国が人権享有主体となり得るのかということも、まったく異なる事柄である。国が私人と区別することなく許認可等の対象とされているということと、国が「国民」に

該当するのということも、まったく異なる事柄である。国が権利義務の帰属主体として裁判の当事者となり得るのかということと、国が「国民」に該当するのということも、まったく異なる事柄である。

いかなる意味においても、国が「国民」になることはあり得ない。

3 小括

以上のとおり、国を被告として提起した訴訟は、「国民に対して」提起した訴訟ではないから、平成 14 年最高裁判決とは事案を異にし、同最判の射程は直接には及ばないものである。

そして、以下に述べるとおり、平成 14 年最高裁判決の直接の射程を超えて、判例の類推がなされるべきではない。

第 3 平成 14 年最高裁判決の直接の射程外であるにもかかわらず、本件に同最判の趣旨が類推されるべきではないこと

1 平成 14 年最高裁判決は厳しい批判を受けていること

(1) 被告の引用する学者らの見解について

被告第 1 準備書面は、「最高裁平成 14 年判決が従来判例・学説と整合する合理的なものであること」という表題のもとで、高名な憲法学者や行政法学者らの見解を引用しているが、あまりにも恣意的な引用であり、実際には、平成 14 年最高裁判決は厳しく批判されているものである。

被告は、第 1 準備書面の第 2、1 (最高裁平成 14 年判決が従来判例・学説と整合する合理的なものであること) の 8 頁において、佐藤幸治教授の見解を引用し、乙 B 18 号証 (佐藤幸治『法の支配』と司法権 佐藤幸治ほか編『憲法五十年の展望 II』) を提出している。しかし、

佐藤幸治「日本国憲法論」は、平成 14 年最高裁判決について、「日本国憲法の『司法権』は一般に英米法系のものとされるが、英米にあっては行政上の義務の履行を求める訴訟は通常司法権の範囲に含まれると観念され、むしろ司法的執行が本来の原則であるともいわれる(中川丈久、松井茂記)。また、判決の論理に従えば、刑事訴訟などは一体どのように位置づけられることになるのであろうか。判決の根底には、司法権を私権の保障に限定しようとする明治憲法体制下の発想がなお存在しているのではないか。それは、法の支配の理念に適合するものであるか。裁判所としては、この種の訴訟も司法権の核にあると考えるか、少なくともその核の延長にあるものとして自らの職責と考えるべきものではなかったか。」(589 頁)と批判しているものである。

被告は、第 1 準備書面の第 2、1(最高裁平成 14 年判決が従来判例・学説と整合する合理的なものであること)の 8 頁において、藤田宙靖「行政法総論」403 及び 404 頁を引用し、乙 B 14 号証として、同書 266～269、402～407 頁を提出している。しかし、同書 277 頁(注(2))は、平成 14 年最高裁判決について、「私自身もまたこの平成一四年判決の結論及び理由付に対しては、疑問を抱くものであって、国民と行政庁(国)との間の権利義務のあり方につき定める法令の規定の解釈及び適用を巡る争いが、国民の側から争う場合のみ法律上の争訟となり、国の側から争えばそうならないという理屈は、理解が困難である」と厳しい批判をしているものである。また、藤田宙靖「最高裁回想録」95 頁以下では、「最高裁判事就任の当時から、私が、自ら最高裁判事となった以上は何とかしなければならないと焦慮に駆られていたのは、その殆ど直前と言っても良い時期に第三小法廷が出していた二つの判

決の存在であった。すなわち、先にも触れた『宝塚市パチンコ条例事件判決』と『行政文書部分開示情報単位論事件判決』である。前者は、宝塚市が、「宝塚市パチンコ店等、ゲームセンター及びラブホテルの建築等の規制に関する条例」八条に基づき同市長が発した建築工事中止命令の名宛人に対して、同工事を続行してはならない旨の判決を求めたのに対し、第三小法廷が、このような訴えは不適法であるとして、原判決を破棄、一審判決を取り消して、訴え却下の判決をしたものである。その理由として、同小法廷は「国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は、裁判所法三条一項にいう法律上の争訟に当たらず、これを認める特別の規定もないから、不適法というべきである。」と説明していたのであった。しかし、行政庁の公権力行使について法律上自力執行が認められていない場合に、行政庁が、通常の民事法上の手続によって、裁判所の手を借りた強制執行を行うことができるというのは、行政法学者の間ではむしろ広く承認されて来た考えであったし、そもそも、国や地方公共団体が公権力行使を行う場合であっても、その名宛人である国民との間の関係が法律上の権利・義務関係であることは、明治憲法下においてすら、一般的に承認されて来たのであって、これらの者の間の訴訟を『法律上の争訟』ではないということは、行政法理百年の発展を否定することであるとすら評価されかねない。」としている。

被告は、第1準備書面の第2、1(最高裁平成14年判決が従来判例・学説と整合する合理的なものであること)の8頁において、塩野宏『行政法Ⅱ(第5版補訂版)』80～82頁を引用し、乙B16号証として同書78～83頁を提出している。しかし、同書においては、平成14年

最高裁判決について、「本件の具体的解決方法としても、理論上の問題としても、本件最高裁判所の司法権論は説得性がない」（283 頁）と批判されているのである。同書 280～283 頁は、平成 14 年最高裁判決について、「最高裁判所の判例によれば、『国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は、裁判所法三条一項にいう法律上の争訟に当たらないとされる（最判平成一四・七・九民集五六卷六号一一三四頁、行政判例百選 I 一一五事件。事件は地方公共団体が条例に基づく命令違反に対してその行政上の義務履行を求めて出訴したものである。本書 I 二二五頁参照）。その理由として、法律上の争訟に関する判例（前掲最判昭和五六・四・七）を引用した上で、『国又は地方公共団体が提起した訴訟であって、財産権の主体として自己の財産上の権利利益の保護救済を求めるような場合には、法律上の争訟に当たるといふべきであるが、国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とするものであって、自己の権利利益の保護救済を目的とするものといふことはできないから、法律上の争訟として当然に裁判所の審判の対象となるものではなく、法律に特別の規定がある場合に限り、提起することが』できるとしている。この理由と機関訴訟の観念との関係は明らかでないが、法律上の争訟に関する定式とは論理的に結びつくものではない。定式は法律上の争訟が法律関係の存在と法的解決の可能性を内容とすることを述べている。そして、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。最高裁判所がここまで考えているかどうかは、この判決からは明らかではない。また、法令の適用により終局的解決ができないかといえ、本件などは、まさに条例の適用（当該条例が違法で無効であるかどうかは別として）により、義務の存在・不存在が確定し事件は解決するのである。ところが、最高裁判所は法律上の争訟性に関して、別の観点からの限定をかけている。それは、引用のごとく、一方当事者が財産権の主体ではなく、行政権の主体であり、かつ、その行政権が訴訟を提起するときだけ法律上の争訟性を欠くということに解される。ただ、行政庁が取消訴訟で被告となる場合には法律上の争訟になり（既述のようにこれまで否定するならば話はまた別である）、その場合には公益上の主張が許されることには、日本法として全く異論のなかったところであるが、かかる片面的法律上の争訟概念がどこから導き出されるかについては、判決には説明がなく、結論だけが示されているに過ぎない。この点につき最高裁判所の論理の根拠を公法と私法二元論に求める見解もあるが（後掲、高木「判例解説」）、公法・私法二元論は法秩序には公法と私法の二つの秩序があることを前提としつつその法関係化を目指したものであって（公権には国家的公権と個人的公権の二つに区分される。参照、田中・行政法上巻八五頁）、公法関係を法関係ではないというものではなく、裁判所のドグマティックの根拠を

ここに求めることはできないように思われる。さらに、仮に公法と私法の区別を前提としても日本国憲法にいう司法権の範囲が私法上の法律関係に限られるというのは、何人も支持しないところであろう。そこで判決の結論を維持する論拠となりうるのは、おそらく、民事執行法は自力救済の禁止が厳格に妥当する私人相互の権利実現のためのものであって、行政上の義務履行確保の制度を自ら用意できる行政主体には適用されないという民事執行不能論ではないかと考えられる（ただ、地方公共団体は自力救済の例外を自ら創出することを得ないし、民事執行不能論も採れない点については、本書Ⅰ二三〇頁以下参照）。そして、本件は、民事執行法以前の給付判決を求める本案訴訟であるので、民事執行法を持ち出すに由無く、論議を早めに解決させるために法律上の争訟論に頼ったというのである。この推測が仮に妥当するとしても、行政上の義務履行に関する民事執行不能論は現行法の解釈論として採るをえないところであって、いずれにせよ、本件の具体的解決方法としても、理論上の問題としても、本件最高裁判所の司法権論は説得性がない」としている。

- (2) 平成 14 年最高裁判決の射程は極力限定されるべきであるとされていること

以上見たとおり、平成 14 年最高裁判決は、「法学者がこぞって反対した悪名高き判決」（藤田宙靖「法律学と裁判実務」法学 74 巻 5 号）であると言わざるを得ない。

そこで、同最判については、「その射程距離は極力控え目に解すべき」（福岡高判平成 19 年 3 月 22 日・判例地方自治 304 号 35 頁）、「宝塚条例事件判決に関しては、筆者は消極的意見をもっているが…本判

決の射程範囲は、本来狭いものである…この判決の射程範囲は狭く捉えていくのが、判例法の合理的形成という観点からしても、適切ではないか」（塩野宏「地方公共団体の出訴資格」兼子仁・阿部泰隆編『自治体の出訴権と住基ネット』132頁）、「学説の大多数は批判的である。そこで、判例変更が望ましいが、少なくともその射程を極力限定して理解すべきである。」（高木光「原発訴訟における自治体の原告適格」自治研究 91 卷 9 号 5 頁）とされているものである。

先に述べたとおり、平成 14 年最高裁判決において、当該事件における当該論点の結論を直接に導き出すことのできる命題として示された内容は、「国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は不適法」というものであり、判例となるのはこれに該当するものに限られる。この命題に該当しない、すなわち、同最判とは事案を異にして同最判の拘束力の範囲外にある事案について、同最判を類推するようなことはなされるべきではない。

2 国を被告とする訴訟について平成 14 年最高裁判決の趣旨が類推されるべきではないこと

(1) 「国民」と「国（国家）」は相対する概念であり類似概念ではないこと

「国民」という概念は、国（国家）に対する関係で観念される概念である。

「国民」という概念は、「国家構成員としての国民」、「主権の主体としての国民」及び「国家機関としての国民」を指すものとされる。これに対して、「国（国家）」は「領土を基礎として国民によって組織される統治団体」である。

「国民」と「国（国家）」は、相対する概念であって、類似する概念ではないのであり、両者の間には類推の基礎がないものである。

(2) 国に求められていること

「国は、一事業者としての地位にあるときも、一般私人のような営業の自由などの基本的人権の享有主体ではなく、むしろ法律による行政に拘束されている主体として私人よりも高いレベルで法令上の義務を遵守することを期待される存在であって、地方公共団体から法令上の義務履行を求めて出訴されても当然にそれを受け止めるべき」（甲C1・人見意見書）ものであり、このことよりしても、類推の基礎はないものと言うべきである。

(3) 沖縄県漁業調整規則 39 条 1 項が私人と国の機関とで異なる規制をしていないことは「国」が「国民」でないことの理由にならないこと

ア 被告は、答弁書 23 頁において、沖縄県漁業調整規則 39 条 1 項所定の岩礁破碎等許可の要否について、「規則上、事業者が国である場合と私人である場合とで異なる取扱いがなされているのではな」いことから、「本件訴えが最高裁平成 14 年判決と事案を異にすとはいえず、最高裁平成 14 年判決の射程が及ぶというべきである。」と主張している。

しかし、くり返し述べてきたとおり、平成 14 年最高裁判決において、当該事件における当該論点の結論を直接に導き出すことのできる命題として示された内容は、『国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求め訴訟』は不適法」というものであり、これらの要件をすべて充

足しない場合には同最判とは事案を異にすることになる。ここで示された要件は、あくまで「国民」である。

そして、国が「国民」に該当するか否かについて、私人と国とで同一の取扱いがなされているか否かは関係がない。私人と異なる扱いがなされていなければ国が「国民」となるということはありません。平成 14 年最高裁判決が示した要件は「国民に対して」であり、被告が「国民」に該当するか否かであるが、国はあくまでも国であり、私人と異なる扱いがなされていない場合であっても、「国民」ではない。

イ 「国民」に該当するか否かについて「固有の資格」は関係がないこと

(7) 被告は「固有の資格」という概念は主張していないが、念のため、「国民に対して」という平成 14 年最高裁判決の示した要件への該当性判断について、「固有の資格」は関係がないことを述べておく。

再三述べてきたとおり、「国民」に該当するか否かについて、私人と国とで同一の取扱いがなされているか否かは関係がない。

「固有の資格」という概念が、個別の法律の適用の要件として当該法律に定められている場合があるが（行政不服審査法、7 条 2 項、行政手続法 4 条 1 項）、それは、あくまで当該法律の当該条文に定められた当該適用要件の問題であり、国が「国民」に該当するか否かという問題ではない。

(i) 平成 14 年最高裁判決の射程が及ぶか否かということと、行政手続法や行政不服審査法等の規定の適用があるか否かというこ

とは性格の異なる問題である。

行政不服審査法等に「固有の資格」と概念が持ち込まれているのは、国や地方公共団体の機関（以下、「国の機関等」という。）に対する行政処分等について国の機関等に行政不服審査という手続で処分の効力等を争うことを許容するのか、国の機関等に対して侵害処分を行う場合の事前手続等を経ることを適当とするのか等の問題である。そして、「『固有の資格』でない地位にある国の機関等」について、行政手続法や行政不服審査法の規定を適用することは、国の機関等に対する行政処分等についても、適正手続を遵守させ、違法ないし不当な処分等を争訟手続により是正させる手段を広げるものであるから、法令の遵守を帰結するものといえることができる。

これに対して、「国民」に加えて「『固有の資格』でない地位にある国の機関等」という概念を付加して平成 14 年最高裁判決の射程を広げることは、法令上の義務の不遵守を司法手続で是正しうる範囲を限定することを帰結するものである。

「『固有の資格』でない地位にある国の機関等」について私人同様に行政不服審査等の対象に含めることと、「『固有の資格』でない地位にある国の機関等」について国民ではないにもかかわらず私人同様に平成 14 年最高裁判決の射程に含めることは、法令上の義務の遵守という点、争訟手続の対象となるか否かという点では、正反対の結果を帰結するものである。

「『固有の資格』でない地位にある国の機関等」という概念を、法令上の義務の不遵守に対する司法による是正を否定するため

に持ち出されるべき概念ではないものと言うべきである。

3 具体的な事案の内容（事業の性格）よりしても本件を私人のパチンコ
店店舗建築に係る事案とは同視できないこと

(1) 本項で述べること

本訴訟は、「国民に対して」ではなく「国に対して」であるということのみよりしても、平成 14 年最高裁判決の射程外であるというべきであるが、本書面では、念のため、国（沖縄防衛局）の事業の内容を具体的に見ても、平成 14 年最高裁判決の事案との相違は顕著であり、事案を異にすることについて述べる。

藤田宙靖元最高裁判事は、同『裁判と法律学』において、「厳密に言いますと、判決理由というのは、一般論を展開しているように見えても、実はそれは、その事件の個別的な事実関係と切り離して理解することはできないのであって、これは最高裁判例にあっても基本的に同じことです。」（36 頁）、「厳密に言えば全ての最高裁判決は本来『事例判決』であるのであって、『法理判決』のように見えるものであっても、その実『事例判決』としての性質を内蔵するものであることを否定できない、ということです。」（38～39 頁）と指摘し、阿部泰隆教授は、「そもそも、判例は一見一般理論を唱えるが、個別事案を念頭に置いているものであって、国会のように、一般的な妥当性いかんをめぐって、広く公開で議論の上で決めるものではないし、しかも、その一般論は結論だけのことが多く、理由も明確ではないから、その射程範囲をいたずらに拡大すべきではなく、疑問があれば、判例変更前でも、その射程範囲は可及的に限定すべきである。」（阿部泰隆「続・行政主体間の法的紛争は法律上の争訟にならないのか(上)」自治研究 83 巻 2

号7頁)と指摘している。

平成14年最高裁判決の結論命題は、『国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟』は不適法」というものであるが、同最判は、この結論命題に該当する事例のすべてについて「法律上の争訟」に該当しているものではないと解される点については留意されなければならない。すなわち、納税義務の消滅時効を回避するための租税についての給付訴訟が「法律上の争訟」に該当することについて疑義が示されたことはないが、同最判の調査官解説においても、「法律上の争訟」性が認められる例として、「納税義務や賦課金納付義務等の…時効中断等のために当該金銭債権について給付訴訟又は確認訴訟を提起することが考えられる」とされている。国民の納税義務と租税徴収権という場面において、租税徴収権は統治権にもとづくもので「専ら行政権の主体」として請求するものであり、一般私人間と同様の対等な関係として請求するものではない。国民の納税義務は私法上、財産権法上の義務やこれに由来するものではありえず、国家の統治権と国民との関係に基づくものである。納税義務の給付を求めることは、「専ら行政権の主体として行政上の義務の履行を求める」ものにほかならない。平成14年最高裁判決が、納税義務の給付訴訟又は確認請求が「法律上の争訟」に該当することを否定したものではないと解されるということは、「国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟」のすべてについて「法律上の争訟」に該当しないとの立場に立つものではないということである。平成14年最高裁判決は、あくまで当該事案についての判断であり、事案の性質を異にするならば、

「国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟」であっても平成 14 年最高裁判決とは事案を異にするものとして、同最判の射程外ということになる。平成 14 年最高裁判決は、「当該事案の事実関係・法律関係に即してその射程を狭く限定すべきであると思われる。『宝塚市パチンコ店等、ゲームセンター及びラブホテルの建築等の規制に関する条例』が定めている規制の仕組みは、『指導対象施設』建築に関する市長の事前同意（三条）、不同意の場合の市長による中止命令（八条）というものである。これらは、全体として行政指導ベースの規制といえるのではないか…。宝塚市条例は、中止命令という文言を使用しているが、不同意にもかかわらず建設した者や中止命令に違反した者に対して罰則規定が置かれていないので、中止命令は行政処分で無い可能性がある。そうすると、中止命令が出されたとしてもそれだけで不作為義務が生じるわけではなく、したがってこの段階で義務履行のための訴訟もできないということになる。平成一四年最高裁判決は、このような特殊な事実関係・法律関係の下で、行政主体による義務履行確保のための民事執行は利用できないとただけと見るべきであろう」（常岡孝好「判批」判例評論 580 号）とされているものである。

平成 14 年最高裁判決は、私人のパチンコ店店舗建築についての特殊事情の認められる事案についてなされた判断である。

これに対して、本件の事案は、国が、他国軍隊への条約に基づく基地提供という「国が自らの責務として処理すべき事業」の実施としてなされる国家的事業のために、私人の立ち入ることのできない区域において、国のみが対象となる公有水面埋立承認を受けて実施する埋立

事業(以下「本件埋立」という。)として岩礁破碎等を行うものである。本件の事案と平成 14 年最高裁判決の事案とでは、事実関係がまったく相違するものであり、本件と同最判とは事案を異にするものと言うべきである。

(2) 国(沖縄防衛局)の事業の性格

ア 条約に基づく国家の他国軍隊への基地提供のための事業としてなされる岩礁破碎等であること

(イ) 埋立必要理由書

「普天間飛行場代替施設建設事業に係る公有水面埋立承認申請書」の「埋立必要理由書」には、「埋立の動機並びに必要性」として、「わが国の周辺地域には、依然として核戦力を含む大規模な軍事力が集中しているとともに、多数の国が軍事力を近代化し、軍事的な活動を活発化させるなど、安全保障環境は一層厳しさを増している。こうした中、わが国に駐留する米軍のプレゼンスは、わが国の防衛に寄与するのみならずアジア太平洋地域における不測の事態の発生に対する抑止力として機能しており、極めて重要である。また、沖縄は南西諸島のほぼ中央にあることやわが国のシーレーンにも近いなど、わが国の安全保障上、極めて重要な位置にあるとともに、周辺国から見ると、大陸から太平洋にアクセスするにせよ、太平洋から大陸へのアクセスを拒否するにせよ、戦略的に重要な位置にある。こうした地理的な特徴を有する沖縄に、高い機動力と即応性を有し、様々な緊急事態への対処を担当する米海兵隊をはじめとする米軍が駐留していることは、わが国の安全のみならずアジア太平洋地域の平和と安定に大き

く寄与している。普天間飛行場には、米海兵隊の第3海兵機動展開部隊隷下の第1海兵航空団のうち第36海兵航空群などの部隊が駐留し、ヘリなどによる海兵隊の航空輸送の拠点となっており、同飛行場は米海兵隊の運用上、極めて大きな役割を果たしている。他方で、同飛行場の周辺に市街地が近接しており、地域の安全、騒音、交通などの問題から、地域住民から早期の返還が強く要望されており、政府としても、同飛行場の固定化は絶対に避けるべきとの考えであり、同飛行場の危険性を一刻も早く除去することは喫緊の課題であると考えている。わが国の平和と安全を保つための安全保障体制の確保は、政府の最も重要な施策の一つであり、政府が責任をもって取り組む必要がある。日米両政府は、普天間飛行場の代替施設について、以下の観点を含め多角的に検討を行い、総合的に判断した結果、移設先は辺野古とすることが唯一の有効な解決策であるとの結論に至った。」とされ、「埋立の効果」については「本埋立てを行うことで、普天間飛行場の代替施設が建設され、日米両政府の喫緊の課題となっている、普天間飛行場の早期の移設・返還を実現して、沖縄県の負担軽減を図ることが可能となる。また、在日米軍再編が着実に実施されることにより、日米安全保障体制が強化され、わが国の安全と共にアジア太平洋地域の安全にも寄与することが可能となる。」としている。

すなわち、本件埋立は、日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約第6条に基づく施設及び区域並びに日本国における合衆国軍隊の地位に関する協定（以下、「日米地位協定」という。）の第2条の「施設及び区域」の提供義務の履行の

ためになされるものである。

国（沖縄防衛局）は、外交・防衛にかかる条約上の義務の履行という目的をもって、公有水面埋立法上の埋立承認手続を経て、一連の基地建設のための事業を遂行しようとしているものであり、これは「国民」と同視しうるものではなく、まさに国家としての立場においてなされる一連の行為にほかならない。

(イ) 閣議決定

上記の事業のための公有水面埋立承認の取得はまさに、国が国としての立場において行うものであり、その目的においておよそ国民と同列の関係で行うものではあり得ないが、このことは、現内閣の閣議決定に基づく方針からも根拠付けることが出来る。

いうまでもなく、沖縄防衛局は防衛大臣の指揮命令に服し、防衛大臣は内閣の構成員である。そして、内閣は、総理大臣をその「首長」として組織され、総理大臣が任免権を有する各国务大臣はその統括化に形成される行政組織を、「主任の国务大臣」として分担管理し（内閣府設置法第6条）、かつ、内閣は「閣議にかけて決定した方針に基づいて」一体的に行動する（内閣法第6条）。平成19年5月9日の衆議院外務委員会における法制局長官答弁においても、内閣の一体性の保持は憲法上の要請であるとされている。

そして、「平成22年5月28日に日米安全保障協議委員会において承認された事項に関する当面の政府の取組について」と題する閣議決定において、国は、「日米安全保障条約は署名50周年を迎えたが、特に最近の北東アジアの安全保障情勢にかんがみれば、

日米同盟は、引き続き日本の防衛のみならず、アジア太平洋地域の平和、安全及び繁栄にとっても不可欠である。このような日米同盟を21世紀の新たな課題にふさわしいものとする事ができるように、幅広い分野における安全保障協力を推進し、深化させていかなければならない。同時に、沖縄県を含む地元の負担を軽減していくことが重要である。このため、日米両国政府は、普天間飛行場を早期に移設・返還するために、代替の施設をキャンプシュワブ辺野古崎地区及びこれに隣接する水域に設置することとし、必要な作業を進めていくとともに、日本国内において同盟の責任をより衡平に分担することが重要であるとの観点から、代替の施設に係る進展に従い、沖縄県外への訓練移転、環境面での措置、米軍と自衛隊との間の施設の共同使用等の具体的措置を速やかに採るべきこと等を内容とする日米安全保障協議委員会の共同発表を発出した。」と決定され、現政権はこれを承継している。

(ウ) 小括

以上のとおり、沖縄防衛局による岩礁破砕等は、その事業の性格よりしても専ら国の機関の責務として処理されるべき基地提供のための事業としてなされるものであり、私人のパチンコ店舗建築と同視しうるものではない²。

²行政不服審査法の「固有の資格」という文脈についてであるが、白藤博行「辺野古新基地建設における国と自治体の関係」法律時報87巻11号114頁は、「国の埋立承認理由は、まさに、『埋立ては、日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約第6条に基づく施設及び区域並びに日本国における合衆国軍隊の地位に関する協定（以下、「日米地位協定」という）の第2条の『施設及び区域』の提供義務の履行のためになされるものである』ことを物語るものである。つまり、沖縄防衛局は、他でもない国が、このような埋立目的をもって、公有水面埋立法上の埋立承認手続を経て、一連の埋立等工事にかかる事業を遂行するものであり、それは国だけができる事業であるこ

イ 本件埋立のための岩礁破碎等は国民がなしえないこと

(7) 埋立対象の水域は米軍に提供された水域であること

埋立対象とされる水域は、米軍に提供された水域であり、このような特殊な水域(米軍への提供水域)は地位協定に基づき、個々の施設及び区域に関する協定が合同委員会を通じて日米両政府が締結することによって認められたものである。

この基地提供合意により、米軍は地位協定による管理権を当該水域に有し、一般人は立ち入ることもできないことになっているものである。

(4) 臨時制限水域の設置

日米両政府は平成 26 年 6 月 20 日の日米合同委員会で、米軍普天間飛行場移設先となる名護市辺野古沖で、普天間飛行場の代替施設の工事完了の日まで常時立ち入り禁止となる臨時制限区域を設定するとともに、日米地位協定に基づき代替施設建設のため日本政府が同区域を共同使用すること(FAC6009 キャンプ・シュワブの水域の使用条件の変更及び一部水域の共同使用について)、普天間飛行場代替施設建設事業の実施に伴い、キャンプ・シュワブ内の作業ヤードを整備するために必要な工事の実施(FAC6009 キャンプ・シュワブの施設の整備に係る事業の実施について)を合意した。

そして、同年 7 月 1 日の閣議において、『日米地位協定』第 2

とを吐露しているわけである。ならば、沖縄防衛局が申請している本件埋立事業は、『専ら国の機関等の責務として処理されるべき事業であり、国の機関等が原則的担い手として予定されている場合』に相当し、『国の機関等の行政主体たる資格に特に注目している趣旨である』と解するほかない。」としている。また、徳田博人「辺野古新基地建設の阻止と沖縄防衛局の審査請求問題」季刊自治と分権 60 号 62 頁以下は、沖縄防衛局は、岩礁破碎許可について、一事業者としての私人ではないとしている。

条に基づく、米軍使用施設・区域の共同使用等について、御決定をお願いします。今回の案件は、沖縄防衛局が普天間飛行場代替施設建設のため、キャンプ・シャワブの一部水域を共同使用するもの」（加藤内閣官房副長官）と説明し、「『日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約第六条に基づく地位に関する協定』第2条に基づく施設及び区域の共同使用、使用条件変更及び追加提供について」を閣議決定し、同月2日に防衛大臣が告示（防衛省告示第123号）した。

「普天間飛行場代替施設建設事業」のために、第一制限区域の設定を日米合同委員会において日米両国間で合意をし、この日米合意に基づいて閣議決定し、防衛省告示をしているものであり、これは、まさに私人は絶対に行うことのできない埋立事業であることを示しているものにほかならない。

このような臨時制限区域を設定してなされる埋立事業における岩礁破碎等は、国民が行うことはできないものである。

(ウ) 小括

以上のとおり、本件埋立の対象水域には一般人は立ち入ることのできないのであるから、本件埋立のための岩礁破碎等を一般人が行うことは事実上不可能である。

ウ まとめ

以上述べたとおり、岩礁破碎等が、条約に基づく他国軍隊への基地提供のために、一般人の立入りのできない場所においてなされることよりしても、国の機関のみが本件水域において岩礁破碎等をなすものであり、私人のパチンコ店店舗建築と同視するもので

はない。

(3) 公有水面埋立承認に基づく埋立事業としての岩礁破碎等を国民が行うことはできないこと

ア 「承認」の名あて人は国の機関に限定されていること

国（沖縄防衛局）による岩礁破碎等は、公有水面埋立承認に基づく埋立事業としてなされるものであるが、これは国家のみがなすものである。

すなわち、公有水面埋立法は、国以外の者が埋立をする場合には「都道府県知事ノ免許ヲ受クヘシ」（第2条）と定め、国による埋立については「国ニ於テ埋立ヲ為サムトスルトキハ当該官庁都道府県知事ノ承認ヲ受クヘシ」（第42条1項）と定め、国以外の者が埋立をする場合の免許制度と国が埋立をする場合の承認制度を別個の制度としており、「承認」の名あて人は、国の機関に限定されている。

イ 国とそれ以外の者では、公有水面に対する立場が本質的に異なること

公有水面埋立法第1条は、「本法ニ於テ公有水面ト称スルハ…国ノ所有ニ属スルモノヲ謂ヒ」としている。公有水面埋立法逐条理由は、「国の所有に属すと謂ふは官有地取扱規則第12条に所謂官に属すと同一なり」としている。

公有水面埋立法の適用を受ける水面は、公共の用に供せられる水面であるから、当該水面は、いわゆる公物となり、私法の適用は排除されるものであって、ここにいう「所有」の意味については様々な理解がなされているものの、国が公有水面埋立法第1条にいう公有水面の「所有」者として、それ以外の者と公有水面に対して異な

る立場にあること自体は明らかである。

公有水面埋立てについて、国の機関と私人の立場はまったく異なるのであるから、公有水面埋立事業としての岩礁破碎等について、国（沖縄防衛局）を一般私人と同視することはできない。

ウ 国家機関の承認による埋立事業とそれ以外の者の免許による埋立事業が本質的に異なること

(7) 「免許」によって国以外の者に設定される権利と「承認」によって設定される権利は、その本質を異にすること

「免許」により国以外の者に対して設定される公有水面埋立権については、公有水面埋立法は譲渡性を認めており（第 16 条ないし第 21 条）、「公有水面埋立権」は差押えの対象ともなるものである。すなわち、「融通性ヲ有シ権利者ノ一身ニ専属スルモノニアラサル」（昭和 6 年 2 月 9 日長崎控訴院民事二部判決）ものである。

これに対して、承認については、公有水面埋立て法第 42 条 2 項は、同法第 16 条ないし第 21 条を準用しておらず、譲渡性は認められない。すなわち、承認によって国の機関に対して設定される埋立の権利は、融通性を有しないものであり、国のみが主体となりうるものである。

「免許」により設定される権利と「承認」により設定される権利は、融通性・不融通性というその権利の本質において相違するものであり、このことよりしても、「免許」と「承認」が異なる制度であることは明らかである。

(イ) 公物管理権（公用廃止）という点において本質的に異なること

- a 公物を公物以外の物にするためには、公物管理権者による公用廃止という行政行為が必要であり、公有水面を構成する一要素としての地盤に土砂その他の物件が添付されて土地的状态へと形態変化しても、公用廃止がなされるまでは、公物としての本質は変更されないから、私法の適用を受けず、所有権の対象とならない（最高裁判所平成 17 年第二小法廷判決・民集 59 卷 10 号 2931 頁）。
- b そして、公有水面の公用廃止という極めて重要な事柄について、公有水面埋立法は、「免許」と「承認」ではまったく異なる制度としている。

免許については、「埋立行為の進展は、事実問題として当該水域を陸地化し、果ては地盤が支える『水流又は水面』という水そのものを他に移動せしめて形態の変化を余儀なくする…斯様な形態的变化は、飽くまで事実上の変化であり、法律的には『公用廃止』の意思表示がなされない以上、公有水面たる本質を喪失したと解してはならない…公有水面の効力を廃止する効力は免許それ自体にはない…当該埋立地の造成が完了し、埋立に関する工事の完成状態が免許及びこれに付した条件のとおりであるか否かを検査し、免許処分を行った目的に照らして適合である旨の宣言を行う『竣功認可』という別個の行政処分に抛り行われる…公物たる水面は、事実上陸地化されたからの理由をもって公物としての本質まで変更されると理解されてはならない…公物を公物以外の物にするためには、公物の用途廃止が必要である…免許は埋立権を設定する処分であり、竣

功認可は、確認処分であると同時に公有水面の公用を廃止する処分である。従って、完成埋立地の私法上の所有権は、竣功認可の日において付与される…この意味において、免許の性格の中には、『竣功認可を条件として、竣功認可の日において埋立地の所有権を取得せしめる効力がある』と解されるのである。斯様に、国の所有に属する公有水面に対して私法上の土地所有権を付与することは、公法行為のとしても免許及び竣功認可から生ずる法律効果」（三善政二「公有水面埋立法（問題点の考え方）」58～60頁）、「竣功認可は、埋立工事完成の事実を確認する行為であるとともに、埋立免許を受けた者に埋立地の所有権を取得させる行政処分である」（寶金敏明「里道・水路・海浜 4訂版」196頁）とされている。昭和54年3月23日函館地方裁判所判決は「免許は埋立を条件として埋立地の所有権を取得させることを終局の目的とする行政処分であり、右免許自体により直ちに該当する公用水面および海浜地の公用を廃止する効力を有するものではないと解すべきであるから、右免許処分により、別紙物件目録（二）の公用水面および海浜地はもとより本件土地について被告が公用廃止処分をしたと解することはできない」と判示し、同判決を引用した平成11年1月21日付阿部泰隆（当時）神戸大学教授「意見書」（神戸地方裁判所姫路支部提出）は、「三善著を参照すると、公有水面の埋立免許がなされたというだけでは当該水面の公用に供せられる性質が当然に廃止されたとは言えない（公用廃止は竣功認可による、函館地判昭和五四・三・二三訟務月報二五卷一〇号二

五二頁も同旨)」としている。

これに対して、国が「承認」により行う埋立については、竣功認可に関する規定（第 22 条ないし第 24 条）は準用されていない。そして、公用廃止＝埋立地の所有権取得については「免許」の場合とまったく異なる規律を定め、国が都道府県知事に対して竣功通知をし（第 42 条 2 項）、「竣功通知の日において、当該埋立地についての支配権が私法上の所有権に転化し、これを取得する」山口眞弘・住田正二「公有水面埋立法」341 頁）ものとされている。私法上の所有権の対象となるということは公用廃止されたことにほかならないものであるから、国が行う竣功通知は公用廃止の効果を有するということになる。そうすると、「承認」により国に対して設定される埋立権の内容には、国にその公物管理権に基づいて竣功通知による公用廃止を行う権限を付与することが含まれているものと解される。

公物管理権者である行政にしかなしえない公用廃止の権限を付与する点において、「免許」と「承認」は本質的に異質なものである。

- c 仮に、「免許」が竣功認可を条件とする公用廃止処分であり、また、「承認」が竣功通知を条件とする公用廃止処分であると解したとしても、両者がまったく異質の制度であることに変わりはない。

すなわち、「免許」の場合には、竣功認可・告示という都道府県知事の行為によって条件成就して公用廃止という効果が発生するのに対して、「承認」の場合には国が単独で竣功通知

により条件成就させて公用廃止の効果を自ら発生させることができるのである。

したがって、「承認」を受けた国と「免許」を受けた国以外の者の立場は、まったく相違するものである。

- d この国家機関が「承認」により行う埋立事業と国以外の者が「免許」により行う埋立事業が本質的に異質なものであることから、両者の規制態様は異なっている。

「承認」に基づいて国が行う埋立事業について、公水法 42 条 2 項は、埋立に関する規定の多くを準用しないで国に対しては規制の排除などを行っている。すなわち、前述のとおり、埋立権の譲渡に関する第 16 条ないし第 21 条、工事の竣功認可 (22 条)、竣功認可による埋立地の所有権の取得 (24 条) のほかにも、埋立免許の取消しや条件の変更、原状回復命令等の監督処分 (32、33 条)、免許の失効 (34 条)、免許の失効に伴う原状回復義務 (35 条) などの監督処分の規定などは準用していないものであり、「免許」による埋立とは規律の内容そのものが大きく異なっている

- e このように、「承認」に基づいて国家機関が行う埋立事業は、それ以外の者が「免許」により行う埋立事業とは本質的に異なるものであり、「承認」に基づいて国家機関が行う埋立事業としての岩礁破碎等は、国家機関以外の者は行うことはできないのであるから、私人のパチンコ店店舗建築と同視することはできない。

(4) 結論

以上述べたとおり、国（沖縄防衛局）が、他国軍隊への条約に基づく基地提供のために、一般人の立ち入ることのできない区域において、国家のみが対象となる公有水面埋立承認を受けて実施する埋立事業として岩礁破碎等を行うこととしているものであるから、私人のパチンコ店店舗建築に係る平成14年最高裁判決と本件とでは事案がまったく異なるものであり、このことよりしても、本訴訟は平成14年最高裁判決とは事案を異にするものとして、同最判の射程は及ばないというべきである。

第4 結語

以上述べたとおり、「本件には最高裁平成14年判決の射程が及ぶといえるから、本件訴えは不適法である」（答弁書29頁）とする被告の主張は誤りである。

差止請求の提起は適法であり、却下を求める本案前の答弁については理由がないものであるから、本案についての審理・判断がされなければならない。