

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8準備書面

平成29年12月7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

原告は、本書面において、村上裕章九州大学教授の平成29年12月6日付意見書（以下、「村上意見書」という。）に沿って、本件確認訴訟が適法に提起できることについて述べる。

被告第2準備書面に対する反論については、別途の書面により行うが、本書面においても、村上意見書に基づいて主張するに必要な限りで、触れる。

また、同意見書も引用する村上裕章「公法上の確認訴訟の適法要件——裁判例を手がかりとして」『阿部泰隆先生古稀記念・行政法学の未来に向けて』733頁（甲C14）、村上裕章「国・自治体間争訟」現代行政法講座編集委員会ほか編『現代行政法講座IV自治体争訟・情報公開争訟』11頁を（甲C15）、村上裕章『行政訴訟の基礎理論』52頁から81頁、246頁から265頁（甲C16）についても、適宜引用する。

## 第1 法律上の争訟性について（主として村上意見書7頁以下）

### 1 平成14年最高裁判決の射程について

村上意見書8頁において指摘されているとおり、平成14年最高裁判決と本件確認訴訟は、当事者及び請求内容の点で事案を異にしており、同判決の射程は及ばない。

#### (1) 当事者の相違

平成14年最高裁判決の事案では、地方公共団体が私人に対して行政上の義務の履行を求めた事案において、同判決は、国または地方公共団体が「国民に対して」行政上の義務の履行を求める訴訟について法律上の争訟性がないものと判示したものであるところ、本件確認訴訟は、国を被告とするものであるから、同判決の射程は及ばない（給付訴訟について人見意見書12頁も同旨）。

この点、被告は、被告は本件埋立事業の事業者として行動しているもので、事業者としての地位は一般私人と何ら異ならない旨主張するが（答弁書 23 頁）、行政主体が事業者と同様に扱われているというだけで、行政主体の地位が私人のそれと全く同じになるということではできないことは、村上意見書 8 頁が正当に指摘するとおりである。

## (2) 請求内容の相違

さらに、村上意見書 8 頁が正当に指摘するとおり、本件確認訴訟については、平成 14 年最高裁判決とは、請求内容も異なるから、同判決の射程は及ばない。

被告は、判例の射程を極めて広く考えているようであるが、このような考え方は妥当ではない（巨理意見書 1 頁参照）。

## 2 平成 14 年最高裁判決の趣旨について（村上意見書 9 頁以下）

また、平成 14 年最高裁判決の趣旨により不適法とも言えない。

被告は、平成 14 年最高裁判決を、「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）」ととらえ、行政主体の「行政権限」の救済を本来的な司法権の枠外の問題として位置付け、「自己の権利利益の保護救済を目的とする」訴訟は「法律上の争訟」（裁判所法 3 条 1 項）に該当するものの、「法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とする」訴訟は「法律上の争訟」に該当しない」としたものと主張する。

すなわち、「司法権は、国民の権利利益を保護救済するために、憲法上その権限を付与されているわけではなく、「国民が司法権の保護救済を受けることは、国民の権利であって、義務ではないことからすると、国民と行政主体との間でそ

の行政権限に関する紛争が生じた場合に、裁判所において費用と時間をかけて争うか否かを定める権利を有しているのは国民であって、行政権ではなく、このように解しても、「行政権は、代替的作為義務については一般的に行政的執行が認められている上（行政代執行法2条）、必要があれば、立法府に働きかけて立法的手当を受けることにより司法権の関与なしに義務の履行確保をすることができるのであるから（行政代執行法1条）、何ら不都合はない。」とする（被告第2準備書面11頁から12頁）。

そして、確認訴訟についても、「訴訟上の請求が給付を求めるものであるか、権利義務関係の確認を求めるものであるかは、訴訟の目的を達成するための手段、すなわち裁判所に対する審判要求の形式の違いにすぎず、それにより訴訟の目的が変わるものではない」として、「行政主体が裁判所に対して行政機関の行政権限の保護救済を求める訴訟は、～正に行政権の保護救済を求めるものであり、国民の権利利益の保護救済を求めるものでない」以上、「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」として「法律上の争訟に」該当しないと主張し、本件確認訴訟は、「地方公共団体である原告が、専ら行政権の主体として、県知事の岩礁破碎等許可権限という行政権限の保護救済のために、被告に対して岩礁破碎等許可を受けることなく岩礁破碎等をしてはならない義務があることの確認を求める訴訟である」から、法律上の争訟に該当しないと主張する（被告第2準備書面12頁から13頁）。

しかし、村上意見書9頁以下が指摘するとおり、被告の主張に理由はない。

#### (1) 訴訟目的について（村上意見書9頁）

まず、被告は本件確認訴訟について、平成14年最高裁判決と同様、「法規の適正ないし一般公益の保護を目的とするもの」として、法律

上の争訟に該当しないと主張している（被告第2準備書面14頁）。

しかし、人見意見書15頁も指摘するとおり、訴訟目的は相対的であり、それによって法律上の争訟性を判断することは、そもそも不適切である上（甲C16の248頁以下も参照）、最高裁平成21年7月10日判決判時2058号53頁に照らしても、訴訟目的により法律上の争訟性を決することはできない。

同判決は、公害防止協定の履行を求めた訴えであるが、ここで公害防止協定の履行により保護される利益は、周辺住民の生活環境等の、まさしく公益保護を目的として提起された訴えの法律上の争訟性を許容しているからである。

## (2) 裁判を受ける権利との関係について（村上意見書10頁）

また、被告は、上記のとおり、平成14年最高裁判決を、「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）」ととらえ、行政主体の「行政権限」の救済を本来的な司法権の枠外の問題として位置付け、「自己の権利利益の保護救済を目的とする」訴訟は「法律上の争訟」（裁判所法3条1項）に該当するものの、「法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とする」訴訟は「法律上の争訟」に該当しない」としたものと理解し、本件確認訴訟は不適法である旨主張する（被告第2準備書面11頁以下）。

しかし、村上意見書10頁が指摘するとおり、そもそも、平成14年最高裁判決は裁判を受ける権利に言及しておらず、このような見解に立つものと解釈すること自体、理由がない。

また、同じく村上意見書10頁が指摘するとおり、行政主体が財産権の主体として出訴する場合や、最高裁平成21年7月10日判決判時

2058号53頁のように行政契約上の権利を主張して出訴する場合にも、裁判を受ける権利を保障されているわけではないから、このような法律上の争訟の解釈は誤りである。

従前も主張してきたところであるが、司法権の本来的役割が国民の裁判を受ける権利の保護にあることは疑いようがない。しかし、そのことと、司法権の対象、すなわち法律上の争訟が、国民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されることとは、論理的につながっていない。

例えば、被告の立論に拠るなら、国等が財産権に基づき提起する訴えは法律上の争訟なのであるから、司法権の本来的役割に含まれ、かかる訴えを認めなければ、違憲とならなければおかしい。

しかし、国等は、裁判を受ける権利や財産権の享有主体ではないのだから、国等がこのような訴えを提起できないとしても（端的に言えば、行政主体は、処分形式でのみ私人との権利義務関係を形成することを許容するような立法制度）、かかる立法が違憲となるとは、到底考えられない。

確かに、司法権から立法によっても奪うことが許されない権限は、裁判所による「裁判」という一定の形式により、「純然たる訴訟事件」について判断を受ける、という権利、すなわち、裁判を受ける権利により画されることは、憲法上、明らかであろう（憲法32条、76条2項）。

しかし、そのことは、司法権が対象としうる紛争が、提訴者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されることを意味しないし、そのように解釈すべき憲法上の根拠もない。



司法権が対象としうる紛争の限界を画するのは、裁判を受ける権利ではなく、英米法に由来する事件性の概念である。

従前、繰り返し主張してきたとおり、特段の立法を待たずに当然に司法権が対象としうる性質の紛争、つまり、「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」を意味し、それ以上でも以下でもない。

要するに、紛争当事者間に法律関係に関する現実的・具体的な利害の対立が存在することが必要であり、そのような性質を備えない抽象的・一般的ないし仮定的な紛争には司法権は及ばないとされるのである。裁判所法三条にいう「法律上の争訟」もそのような性質を備えた紛争をいうものと解される。

刑事訴訟は、刑罰権という公権に基づいて提訴され、刑罰権の存否ないし刑罰という法律関係を巡る国と被告人間の紛争であるから、事件性を当然に備える紛争として、法律上の争訟にあたる。

国等が財産権等に基づいて提起する訴えも、実定法が定めた権利に基づいて提起する、当該権利義務ないし法律関係を巡る国等と相手方との間の紛争であるから、事件性を当然に備える紛争として、法律上の争訟にあたる。

我が国が「司法権」概念を継受した米国法において、司法的執行が原則なのも、司法的執行は、事件性を当然に充足するからである。

提訴者の裁判を受ける権利に基づいて提起する訴えのみが、法律上の争訟に該当するとの解釈は、憲法上も（もつと言うなら、憲法学説

上も)、裁判所法上も、根拠がない。

### (3) 公権力性との関係について (村上意見書 10 頁)

上記のとおり、訴訟目的による区別に理由はないが、被告は、最高裁平成 21 年 7 月 10 日判決判時 2058 号 53 頁について、同判決における原告である福津市は、「規制主体 (行政権の主体)」たり得ず、その地位は一般私人と異なる」として、平成 14 年最高裁判決と整合的である旨の主張を行っている。

しかし、このような解釈については、村上意見書 11 頁が指摘するとおり、根拠がない。

公権力の行使についても法律関係が生じることは繰り返し述べてきたとおりであるし (村上意見書でも引用されているが、塩野宏『行政法Ⅱ [第五版補訂版]』281 頁が端的に述べる)、刑事訴訟の存在を根等に置けば、公権に基づく訴え提起が許容されないとか、公権に基づく訴えが司法権の範疇の外にある、という根拠は存在しない。

なお、本件における法関係それ自体は、処分を介在しておらず、原告は、被告に対して何ら優越的地位にないことは、原告第 3 準備書面においても述べたとおりであり、仮に、平成 14 年最高裁判決の結論の根拠を、公権力性に求めるのであれば、本件は射程外である。

### 3 小括 (村上意見書 11 頁)

以上、村上意見書 11 頁において結論づけられているとおり、本件確認訴訟は法律上の争訟性を満たすものである。

## 第2 確認の利益について（主として村上意見書2頁以下）

### 1 公法上の確認訴訟の訴訟要件

公法上の確認訴訟の訴訟要件は、村上意見書2頁が指摘するとおり（なお、甲C14号証も参照）、①方法選択の適否、②対象選択の適否、③即時解決の必要性の三点と考えられる。

### 2 対象選択の適否

#### (1) 法律関係の存否（村上意見書3頁）

まず、そもそも、本件確認訴訟の訴訟物が、原告被告間の法律関係に当たるかであるが、村上意見書3頁以下が指摘するとおり、「被告が負っている義務の確認であるが、規則39条1項によって許可権限を有するのは沖縄県知事であるから、本件確認訴訟の対象は沖縄県（原告）と国（被告）の間の法律関係と解することが可能であり、名古屋高裁平成29年6月30日判決金商1523号20頁と「同様に考えるならば、本件においても、原告である沖縄県が、規則39条1項に基づく岩礁破碎等許可の制度を適正かつ円滑に運営し、その実効性を確保することは、法的に保護された県固有の利益ということが可能であり、当該許可の要否に関し原告と被告の間の判断が食い違った場合には、司法判断により紛争解決を図るのが相当と解される」。

#### (2) 紛争解決にとっての有効・適切性（村上意見書5頁）

以上のとおり、本件確認訴訟の訴訟物は原告被告間の法律関係といえ、さらに、「被告は、漁業権の一部放棄により、岩礁破碎等許可が不要にな

ったとの見解に立つのに対し、原告は、岩礁破碎等許可は依然必要であるとの見解に立っている。そうであれば、本件確認訴訟の対象となっている被告の不作为義務の存否を確認することにより、このような見解の対立をめぐる紛争を解決することができる。したがって、本件確認訴訟の対象は、紛争の解決にとって有効・適切なものである」から（村上意見書5頁）、確認対象は適切である。

### 3 即時解決の必要性（村上意見書5頁）

この点も、村上意見書5頁以下が指摘するとおり、「本件においては、岩礁破碎等許可の要否をめぐる見解の対立があり、被告が公有水面埋立事業を現実に続行していることから」、被告が原告の法的地位を否認したり、原告の地位と相容れない地位を主張するような場合といえ、被告が原告の地位に不安を与えていることは認められる。

そして、「被告は、上記のような見解に立って、公有水面埋立工事を続行しており、既成事実が積み重なりつつある。後になって本件において岩礁破碎等許可が必要であることが確定し、被告の行為が違法であることが明らかになったとしても、現実には原状回復が不可能となりかねない。そうすると、原告にとって確認判決を早期に得る必要は極めて高いといえるから、かかる不安の的となる原告の法的地位は現実的なものと言え、結論として、「本件においては、即時確定の必要性が極めて高いといえることができる」（村上意見書5頁から6頁）。

### 4 方法選択の適否（村上意見書6頁）

本件確認訴訟は、岩礁破碎等を行わないよう求める給付訴訟の予備的

請求であるから、給付訴訟との関係で、方法選択の適否は問題とならない。

また、罰則との関係についても、村上意見書6頁が適切に指摘しており、「刑事罰は過去の義務違反に対する制裁であって、そもそも義務の履行を求める手段ではない。また、刑事訴訟を提起するのは検察官であるから、罰則が存在することを理由に確認訴訟を不適法とすることは疑問である。とくに本件においては、国の機関である検察が国の見解に反して公訴を提起することは實際上考えられない」ため、罰則との関係でも、方法選択の適否は問題とならない。

そして、本件においては、被告が国であるから、確認判決に従って行動することは十分期待でき、確認判決は有効であり、方法選択の適否に欠けるところはない。

#### 5 小括（村上意見書7頁）

以上に述べてきたとおり、本件確認訴訟は、村上意見書7頁が結論付けるとおり、「仮に本件給付訴訟が不適法とされる場合には、対象選択の適否、即時解決の必要性、方法選択の適否のいずれの要件も満たしており、適法に提起することができる」ものである。

以 上