

平成30年(行コ)第1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控訴事件

控訴人 沖縄県

被控訴人 国

控訴理由書

平成30年5月14日

福岡高等裁判所那覇支部民事部 御中

控訴人訴訟代理人

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

控訴人指定代理人

沖縄県知事公室

知事公室長 池田竹州

基地対策統括監 渡嘉敷道夫

辺野古新基地建設問題対策課

課長 多良間一弘

副参事 田代寛幸

班長 宮城石

主査 知念敦

主査 賀数清華

主査 山城正也

主任 川満健太郎

主任 與那覇ゆりな

主任 末永充

沖縄県農林水産部

部長 島尻勝広

農漁村基盤統括監 島袋均

水産課

課長 平安名盛正

副参事 粟屋龍一郎

班長 中村博幸

主幹 岸本和雄

主査 登野盛真一

沖繩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 査	岸 本 恭 治
主 任	新 城 博 史

沖繩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	神 谷 大二郎
主 任	鬼 塚 晶 暮
主 任	安 里 祥

本書面で述べること

沖縄県と国との間の本件紛争は、「長年積み重ねられてきた漁業関係法令の運用に関する見解を、国は、辺野古案件のため、いわば恣意的に捻じ曲げた」(原審第1回口頭弁論期日における沖縄県知事意見陳述)ことにより生じたものである。本訴訟自体は、水産行政について知事が持つ権限の一つを巡って、法律の条文解釈という純然たる法律問題が争われている訴訟であり、辺野古新基地建設の是非を問うものでないが、辺野古新基地建設を拙速に進めるためなら法も捻じ曲げてしまうという国のあり方が問われているものである。

そして、原判決は、本件紛争について法的判断をすることは裁判所の権限外であるとする国の主張に追随して、紛争について法を適用して解決することにより「法の支配」を実現するという、憲法により裁判所に与えられた司法の任務を放棄し、違法に裁判を拒絶したものであり、本訴訟では、司法権の役割とは何かが問われている。

国の機関である沖縄防衛局は、辺野古沿岸海域の本件水域(原判決と同義)において普天間飛行場代替施設建設工事として公有水面埋立工事を進めているが、この埋立工事には、岩礁破碎等が伴うものである。沖縄県は、沖縄県漁業調整規則を定め、同規則39条1項は「漁業権の設定された漁場」では、知事の許可を受けなければ岩礁破碎等をしてはならないことを定めている。本件水域を含む名護市の沿岸海域には、名護漁業協同組合に漁業権の免許がされており、本件水域において知事の許可を受けないで岩礁破碎等をする事は許されない。実際、平成26年には、沖縄防衛局は前沖縄県知事に対して本件水域についての岩礁破碎

等許可の申請をして、平成 29 年 3 月末日までの期間について岩礁破碎等許可を受けていた。

ところが、昨年 3 月、前沖縄県知事から受けた岩礁破碎等許可の期限切れが迫ると、国は、突如として、本件水域における岩礁破碎等について知事の許可は不要であり、許可申請をすることなく辺野古新基地建設のための海上工事を進めると表明した。国は、その理由を、名護漁業協同組合が、本件水域について漁業権の一部放棄の総会決議をして沖縄県に放棄の意思表示をしているから、漁業権が消滅しているとしていた。

名護漁業協同組合の総会決議には「放棄」という文言はなく漁業権の一部放棄の意思表示があったと見ることはできないが、この点をさておいても、この昨年 3 月以降の漁業権の消滅に関する国の言い分は、国が漁業法制定後長年にわたって示してきた漁業法の解釈とは相容れないものである。漁業法 22 条は、漁業権の変更は知事の免許によりなされることを規定しているところ、国は、「いわゆる漁業権の一部放棄は、漁業法上漁業権の変更にあたり知事の免許を要する」との見解をくり返し示してきていた。しかし、名護漁業協同組合は、本件水域についてのいわゆる漁業権の一部放棄について、知事の変更免許は受けていない。したがって、これまで国の示してきた漁業法の解釈よりすれば、本件水域の漁業権は消滅していないことになるが、昨年 3 月、突如として、国は解釈を変更したものであった。

この解釈変更の経緯について、人見剛「辺野古新基地建設工事における国の無許可の岩礁破碎 水産庁の突然の漁業法解釈の背後にあるもの」法律時報 90 巻 2 号は、「水産庁がこうした解釈変更を行った理由... 誰しものが思い描くように、それは、辺野古新基地建設を強引に推進しよ

うとする政府中枢・首相官邸の意向にあると推察される。水産庁に対する官邸からの強い圧力があったことを窺わせる状況証拠として、次のような事実が報じられているので、詳しく紹介することにしよう。先に見た防衛省と水産庁の間で準備された国の解釈の公表は、2017年3月14日のことであったが、その数日前の同年3月8日、その午後5時36分から同46分まで、10分間にわたって、照会者である高橋憲一防衛省整備計画局長と回答者である佐藤一雄水産庁長官に加えて一連の辺野古訴訟の国側代理人であった定塚誠法務省訟務局長、そしていわゆる加計学園問題に関わって一躍その名が世間に知られるようになった和泉洋人首相補佐官の4名が首相官邸に集まり安倍晋三首相と面会していた。この会談の2日後の3月10日に高橋局長が岩礁破碎許可の要否について佐藤長官に照会し、すぐさま同月14日に許可不要と回答したのであった。」と指摘している。沖縄県は、国に対して、本訴訟提起前においても、原審においても、漁業法の解釈についての従前の国の解釈との整合性についての確認を求める照会、求釈明を繰り返してきたが、国は、一切、回答をしないという異常な対応に終始している。この客観的な状況よりしても、国は、辺野古案件のために、恣意的に漁業法の解釈を変更したとしか考えられないものと言わねばならない。

岩礁破碎等許可は、辺野古新基地建設の当否を審査の対象とするものではない。しかし、辺野古新基地建設に関する重要な許認可の一つであり、岩礁破碎等許可申請がなされたならば、沖縄県は、漁場汚濁防止対策等について具体的に厳正な審査をするものであり、審査の過程における補正の要求や、許可をする場合でも水産資源保護のために詳細な条件が付される可能性があることになる。水産資源保護に十分な配慮をする

ことなく、ただ工事を拙速に進めたいのであれば、許可申請は煩わしい制度である。水産資源保護といったことに煩わされることなく、辺野古新基地建設を拙速に進めるために、漁業法の解釈が恣意的に捻じ曲げられたというのが、本件紛争の実態である。

法が捻じ曲げられて紛争が生じたときに、法を適用することによりその紛争を解決することで「法の支配」を実現することが司法という国家作用であり、「法の支配」の守り手となるのが裁判所である。

裁判所は、憲法によって、司法権を行使するという任務を与えられている。憲法に言う司法権とは、「具体的な争いが生じているときに、法を適用して、その争いを解決する国家作用」であり、この司法の意義より、司法権発動の要件として、具体的な争いがあり、その争いが法の適用で解決できることが導かれる。そして、憲法の司法権の規定を受けて裁判所法 3 条 1 項は「裁判所は、日本国憲法に特別の定のある場合を除いて一切の法律上の争訟を裁判し、その他法律において特に定める権限を有する。」と定め、その意義については「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、それが法律の適用によって終局的に解決することができるもの」と解されている。

司法権の対象である「法律上の争訟」の要件を備えていれば、裁判所が自ら任務を放棄することは許されない。

沖縄県は、国に対して、本件水域については漁業権が設定されているから無許可での岩礁破碎等を行うことは認められないとして行政指導をくり返したが、国は、名護漁業協同組合の総会決議により本件水域の漁業権は消滅したとして、工事を強行しているのであり、沖縄県と国との

間に、沖縄県漁業調整規則に基づく岩礁破碎等に係る不作為義務という法律関係の存否に関する紛争が存在することは明らかである。そして、この争いは、名護漁業協同組合が漁業権の一部放棄決議をするだけで漁業権が消滅したのか、それとも、知事の変更免許がないから漁業権は消滅していないのかという、純然たる法解釈の問題であるから、裁判所が法を適用して判断を示せば解決をするのであり、裁判所には、本件について、法を適用して判断をする責務が存するものである。

国が、漁業法の解釈に自信があるならば、訴訟において漁業法の解釈を堂々と主張して裁判所に漁業法の解釈についての判断を求めるはずである。ところが、原審において、国は、裁判所は漁業法についての法的判断をしてはならないということだけを言い続けた。そして、原審は、この国の主張に追随して、本件は「法律上の争訟」に該当しないとして、訴え却下という門前払いの判決をし、本件水域において無許可で岩礁破碎等ができるか否かについて法解釈を示すことを拒絶した。

しかし、本件では、国と沖縄県の間具体的な紛争が存在し、この紛争は裁判所が法を適用して判断を示せば終局的に解決をするのであるから、本件について実体判断を示すことは、裁判所の権限であり、使命である。

以下、第1章において、本訴訟が「法律上の争訟」に該当し裁判所には実体判断をする責務があることについて述べ、第2章において、本件水域の漁業権は消滅していないもので無許可での岩礁破碎等をしてはならないという沖縄県に対する不作為義務が認められるものであるから、本訴訟における請求が認容されるべきことについて述べる。

目次

第1章 本件各訴えがいずれも「法律上の争訟」に該当すること	13
第1 本件各訴えが「法律上の争訟」の定式に該当すること	13
1 はじめに.....	13
2 司法権の観念と「法律上の争訟」の意義（定式）について	13
(1) 序論	13
(2) 司法権の意義について	14
(3) 「法律上の争訟」の定式について	15
(4) 本件各訴えが「法律上の争訟」の定式に該当すること	22
3 平成14年最高裁判決の射程について	25
(1) 序論	25
(2) 平成14年最判の先例拘束力の範囲	26
(3) 地方公共団体が提起した「法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的」とした争訟全般が「法律上の争訟」に該当しないとする判例は存しないこと	35
(4) 国民の「裁判を受ける権利」に対応する争訟のみが「司法権の範囲」ないし「法律上の争訟」に該当するものではないこと	39
4 小括	45
第2 主位的請求（差止請求）が「法律上の争訟」と認められること	46
1 序論	46
2 司法的執行の原則について	46
(1) 本件訴訟は司法的執行の前段階の請求であること、民事執行不能論は採りえないこと	46
(2) 行政代執行法1条との関係について	48

(3) 司法的執行の原則について.....	49
3 本件については主体の立場が平成 14 年最高裁判決とは異なること	57
(1) 公物（法定外公共物）の管理者としての立場.....	58
(2) 専ら行政権の主体として提起した訴えではないこと	65
(3) 小括	68
4 本件の差止請求の名宛人は「国」であり「国民」ではないこと	69
(1) 被控訴人が片面的な「法律上の争訟」概念を肯定する論拠.....	69
(2) 国に対する差止請求には片面的構成の論拠が妥当しないこと	71
5 本件は許可権限の行使を「無きが如きものとされる」程度に損なわれ るような行為に対するものであること	73
6 小括.....	75
第 3 予備的請求（不作為義務確認請求）が「法律上の争訟」と認められる こと.....	77
1 序論.....	77
2 平成 14 年最高裁判決の射程は民事執行不能論に限定されるものであ ること	77
3 一般公益ないし法規の適正な運用を目的とした確認訴訟の法律上の争 訟性が認められていること.....	78
(1) 愛知県弁護士会訴訟（同判決については、村上意見書（甲 C）4 頁 も参照）	79
(2) 納税義務の消滅時効回避のための当事者訴訟（国が原告となり国民 を被告とした公法上の義務の確認の訴え）が認められていること	84
4 小括.....	85
第 2 章 本訴訟における請求が認容されるべきこと	86

第1	本件水域の漁業権が消滅していないこと（国は本件水域において岩礁 破砕等をしてはならないという不作為義務を負っていること）	86
1	問題の所在	86
2	国の主張を前提としても名護漁業協同組合が沖縄県に対して漁業権の 放棄の意思表示をしたとは認められないこと	87
3	いわゆる漁業権の一部放棄は漁業権者の意思表示のみでは効力を生じ ないこと	88
(1)	いわゆる漁業権の一部放棄（漁業権者の意思に基づく漁場の区域の 一部についての漁業権の消滅）は漁業法 22 条の「変更」に該当するこ と	88
(2)	原審答弁書における漁業権に関する国の主張の誤り	107
(3)	一部の下級審裁判例に見られた杜撰な誤り	112
(4)	漁業権の一部放棄についての国の見解の豹変とその不自然・不合理 性	133
4	小括	145
第2	主位的請求（差止請求）が認容されるべきこと	146
1	行政上の義務の履行を求める請求権について	146
2	法令により直接課された義務であることに支障はないこと	149
3	権限と権利について	149
4	私法上の権利との違いについて	151
5	国民の義務について	153
6	小括	157
第3	主位的請求が認められない場合には予備的請求（確認請求）が認容さ れるべきこと（確認の利益が認められること）	157

1	確認の利益についての判断枠組み	157
2	確認の訴えによることの適否について（確認訴訟の補充性に反しない ことについて）	158
3	確認対象の適否について	159
4	即時確定の必要性について	161
	(1) 国による本件水域における岩礁破碎等は确实であり、切迫している こと	161
	(2) 沖縄県の地位ないし利益に対する現実の不安・危険が生じているこ と	166
	(3) 小括	172
5	確認の訴えについての結論	173

第1章 本件各訴えがいずれも「法律上の争訟」に該当すること

第1 本件各訴えが「法律上の争訟」の定式に該当すること

1 はじめに

原判決は、最高裁平成14年7月9日判決・民集56巻6号1134頁(以下「平成14年最高裁判決」という。)を引用して、主位的請求である差止請求と予備的請求である不作為義務確認請求(以下、両請求を総称して「本件各訴え」という。)のいずれについても、裁判所法3条1項にいう「法律上の争訟」に該当しないとして、訴えを却下した。

この原判決の判断は、「司法」の任務・責任を理解せず、「法律上の争訟」の意義や平成14年最高裁判決の射程範囲についての解釈を誤り、その結果、本件各訴えが「法律上の争訟」についての確立した定式に該当するにもかかわらず、司法の果たすべき役割を放棄して違法に裁判を拒絶したものである。

2 司法権の観念と「法律上の争訟」の意義(定式)について

(1) 序論

日本国憲法76条1項は「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。」と定め、これを法律で具体化した裁判所法3条1項は「裁判所は、日本国憲法に特別の定めのある場合を除いて一切の法律上の争訟を裁判し、その他法律において特に定める権限を有する。」と定めている。

日本国憲法の定める「司法権」の対象、裁判所法に定める「法律上の争訟」に属するならば、その争訟について裁判所は裁判を拒絶する

ことは許されず、実体について判断をして紛争を解決しなければならないものである。

以下、憲法にいう「司法権」の意義について述べ、これを前提に裁判所法3条1項にいう「法律上の争訟」の定式について述べる。

(2) 司法権の意義について

日本国憲法76条1項にいう「司法権」とは、「具体的な争訟について、法を適用し、宣言することによって、これを裁定する国家の作用」（清宮四郎『憲法』334頁）であり、司法権の役割とは「具体的な争いが生じているとき、法を適用してその争いを解決する役割」（伊藤正巳『憲法（第3版）』559頁）であるとするのが伝統的に形成された「司法権」についての確立した観念である。

今日においてもこの理解は確たる通説であり、芦部信喜『憲法（第5版）』326頁は、「司法とは、『具体的な争訟について、法を適用し、宣言することによって、これを裁定する国家の作用』だと考えられてきた。これをより厳密に定義すれば、『当事者間に、具体的事件に関する紛争がある場合において、当事者からの争訟の提起を前提として、独立の裁判所が統治権に基づき、一定の争訟手続によって、紛争の解決の為に、何が法であるかの判断をなし、正しい法の適用を保障する作用』とすることができる。」としている。

なお、佐藤幸治教授は、司法権の本質・独自性を「公平な第三者（裁判官）が、関係当事者の立証と推論に基づく弁論とに依拠して決定するという、純理性のとくに強く求められる特殊な参加と決定過程」に求め、これに最もなじみやすいのは、「具体的な紛争の当事者がそれぞれ自己の権利義務をめぐって理をつくして真剣に争うことを前提にし

て、公平な第三者たる裁判所がそれに依拠して行う法原理的な決定に当事者が拘束されるという構造である」とする独特の表現をしているが（乙 B 第 18 号証・47 頁）これは、通説的な司法権の意義を否定しているものではない。佐藤幸治教授は、司法権の観念について「具体的な争訟事件について、法を適用し、宣言することによって、これを解決する国家作用」とする伝統的通説について、なぜ事件性の要件が司法権の本質的内容と理解されるのかについての理論的な論拠を示したものである。

日本国憲法のもとにおいて、「司法とは、具体的な事件・争訟の法的解決の作用であり、逆に言えば、かかる事件・争訟が存在しないところには司法権の発動はない。その意味で、事件・争訟の存在 いわゆる事件性 が司法権発動の要件となり、司法権の範囲を画することになるものと解され」（野坂泰司「憲法と司法権」法学教室 246 号）ているものである。

(3) 「法律上の争訟」の定式について

ア 前述のとおり、事件性は司法権の内実である（事件性が司法権の発動要件である。）とするのが、通説的理解である。

この事件性の要素については、「 紛争の具体性、 相対立する当事者の存在、 権利義務又は法律関係の存否に関する紛争、 紛争の法的解決可能性、 判決の終局性など」（曾和俊文「行政訴訟制度の憲法的基礎」ジュリスト 1219 号 64 頁）と理解されてきた。

そして、この憲法上の司法権の内実（司法権の発動要件）である事件性を、裁判所法 3 条 1 項の「法律上の争訟」とほぼ等式で捉えるのが通説的理解である。

「法律上の争訟」の定式については、「『当事者間の具体的な権利義務または法律関係の存否（刑罰の存否を含む）に関する紛争』であって、『法律の適用により終局的に解決しうべきもの』（佐藤幸治『憲法（第3版）』297頁）と捉えられている（以下、この定式に示された要件について、「の要件（具体的事件性）」、「の要件（法的事項）」という。）。

したがって、具体的事件性がないにもかかわらず抽象的に法令の解釈または効力について争う抽象的規範統制訴訟は「法律上の争訟」に該当しないこととなる。また、紛争の当事者以外の者が一般的・抽象的に「法規の適用の適正ないし一般公益の保護」を目的として裁判所に出訴することには特別な法律上の根拠が必要ということになる。逆に、「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」について、その紛争の当事者が訴えを提起した場合には、裁判所はその裁判を拒絶することは許されない。

イ 上記の「法律上の争訟」の定式は、判例により定式化され、その内容が学説においても支持されたものである。

最高裁昭和27年7月8日判決・民集6巻9号783頁（警察予備隊違憲訴訟判決）は、「わが裁判所が現行の制度上与えられているのは司法権を行う権限であり、そして司法権が発動するためには具体的な争訟事件が提起されることを必要とする。我が裁判所は具体的な争訟事件が提起されないのに将来を予想して憲法及びその他の法律命令等の解釈に対し存在する疑義論争に関し抽象的な判断を下すごとき権限を行い得るものではない。」と判示し、具体的事件性がな

いのに、抽象的に法令の解釈または効力について争う抽象的規範統制訴訟は「法律上の争訟」とはいえないものとした。

そして、「法律上の争訟」の内容について、最高裁昭和 28 年 11 月 17 日判決・行集 4 卷 11 号 2760 頁（教育勅語事件判決）は、「わが国の裁判所は、日本国憲法に特別の定のある場合を除いて一切の法律上の争訟を裁判する権限を有するものであるが（裁判所法三条）その法律上の争訟とは、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つて、且つそれが法律の適用によつて終局的に解決し得べきものであることを要するのである。」として、の要件（具体的事件性）と の要件（法的事項）が「法律上の争訟」の要件であるとの定式を示した。もっとも、同事案は、 の要件（具体的事件性）に関するものであった。

最高裁昭和 29 年 2 月 11 日判決・民集 8 卷 2 号 419 頁（村議会議決無効確認請求事件判決）は、 の要件（具体的事件性）を欠いた事案であるが、「『法律上の争訟』とは法令を適用することによつて解決し得べき権利義務に関する当事者間の紛争をいう」とされ、の要件（具体的事件性）と の要件（法的事項）が「法律上の争訟」の要件であるとの定式を示した。

最高裁昭和 41 年 2 月 8 日判決・民集 20 卷 2 号 196 頁（技術師国家試験判決）は、「司法権の固有の内容として裁判所が審判しうる対象は、裁判所法三条にいう『法律上の争訟』に限られ、いわゆる法律上の争訟とは、『法令を適用することによつて解決し得べき権利義務に関する当事者間の紛争をいう』ものと解される（昭和二九年二月一日第一小法廷判決、民集八卷二号四一九頁参照）。従つて、法

令の適用によって解決するに適さない単なる政治的または経済的問題や技術上または学術上に関する争は、裁判所の裁判を受けうべき事柄ではない」と判示した。 の要件（具体的事件性）と の要件（法的事項）が「法律上の争訟」の要件であるとの定式を示した上で、 の要件（法的事項）の内容を明らかにしたものである。

最高裁昭和 56 年 4 月 7 日判決・民集 35 卷 3 号 443 頁（板まんだら事件判決）は、「裁判所がその固有の権限に基づいて審判することのできる対象は、裁判所法三条にいう『法律上の争訟』、すなわち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に限られる（最高裁昭和三九年（行ツ）第六一号同四一年二月八日第三小法廷判決・民集二〇卷二号一九六頁参照）したがって、具体的な権利義務ないし法律関係に関する紛争であっても、法令の適用により解決するのに適しないものは裁判所の審判の対象となりえない、というべきである。」と判示し、宗教上の教義に関する紛争は法令の適用により解決できず、 の要件（法的事項）を欠くものとした。

ウ 日本国憲法にいう「司法権」と裁判所法 3 条 1 項にいう「法律上の争訟」の定式の関係について、憲法学者の佐藤幸治教授は、「裁判所法にいう『一切の法律上の争訟』は、少なくとも憲法にいう『司法権』（事件・争訟性）をすべて包摂していると解される。憲法 76 条 1 項が『すべて司法権』は裁判所に属するといっているものを、法律によって縮減することは許されず、裁判所法 3 条に『日本国憲法に特別の定めのある場合を除いて一切の法律上の争訟……』とあ

るのは、そのことを踏まえてのことと解される…教育勅語事件判決も含めて判例および実務は、『法律上の争訟』をもって、『当事者間の具体的な権利義務または法律関係の存否(刑罰権の存否を含む) に関する紛争』であって、『法律の適用により終局的に解決しうべきもの』と捉えている。憲法にいう『司法権』の内実をなす事件・争訟性の要件は、一見すると、裁判所法にいう『法律上の争訟』に関する の要件(狭義の事件・争訟性の要件) に対応するもののごとくであるが、『司法権』が具体的事件・争訟性を内実するという中に、法を適用して解決しうるものという含意を当然にともなっているのであって、 と の要件両者に対応していると解される」(佐藤幸治『日本国憲法論』585 頁) としている。

エ 以上のとおり、「法律上の争訟」の定式については、「『当事者間の具体的な権利義務または法律関係の存否(刑罰の存否を含む) に関する紛争』であって、『法律の適用により終局的に解決しうべきもの』」と解するのが、確立した判例であり、また、学説においても通説である。

この「法律上の争訟」の定式では、 の要件(具体的事件性) を、「具体的な権利義務に関する紛争」に限定せず、「『具体的な権利義務』ないし『法律関係の存否』に関する紛争」としているものであり、具体的な「権利義務」と認められない場合でも、具体的な「『法律関係の存否』に関する紛争」であれば、 の要件(具体的事件性) を充たすものである。

オ 戦前と異なり、日本国憲法下では行政事件が司法権の概念に含まれたのであるから、「法律上の争訟」性の定式における「法律関係」

の意義は、行政事件の特質を踏まえて理解されなければならないものであり、「法律上の争訟」と認められるのは、実体的請求権についての「具体的権利義務」の紛争に限定されるものではなく、行政法領域における行政上の「法律関係の存否」に関する紛争が「法律上の争訟」に該当することについて留意されなければならない。

このことについて、憲法学からは、佐藤幸治『日本国憲法』は「行政事件の場合は、本来的に公共政策の形成と深くかかわっていることから、民事事件の場合とは異なった柔軟な判断が要請されることは否定できない（従来、行政訴訟の領域では、この『法律上の争訟』の要件が、不幸にももっぱら司法権の対象を限定する役割を担われてきたという印象を拭えない）」（586頁）と指摘されている。

行政法学では、藤田宙靖『最高裁回想録』は「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出来るというのは、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。また、中川丈久「行政事件訴訟法の改正」公法研究 63号 133頁は、「実体的請求権の方式に載らない紛争の主題であっても、裁判所法三条の『法律上の争訟』たりうることは、行政法学においてしばしば指摘されてき

た。」とし、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 号は「行政法上の法律関係は、権限の関係である。それも、法律的に規律され、法的に効力を持つものであるから、権利義務関係でなくとも、法律関係というべきであろう。このように、行政法の法律関係に着目すれば、権利義務関係と法律関係は異なってくるのである...もともと、法律上は、『法律上の争訟』としか規定されていないのであって、法律的な判断なり法的解決が可能な紛争であれば、この要件を満たすはずである。」とし、指摘している。

また、民事訴訟法学においては、中野貞一郎『民事執行法（増補新訂 6 版）』は、「（ ）行政法規に基づき行政庁により課された行政上の義務であっても、それが法的義務として存在する以上、その内容を義務者の意思に拘わらず実現できなければならない。多くの場合、行政上の義務には、その違反に対する制裁（刑事罰ないし行政上の秩序罰）を伴うが、罰則による威嚇だけでは私人の義務履行を確保するに必ずしも十分でなく、行政上の強制執行や形式的強制執行の認められる範囲も限られているので、民事執行による補充が必要である。（ ）行政上の義務につき民事執行を認めるのは、行政紛争の解決を最終的に司法機関に担保させる日本国憲法の建前に合し、旧行政執行法（明治三三年法律八四号）から行政代執行法（昭和二三年法律四三号）への移行における行政強制の縮小は、その後も強制執行の必要な範囲では司法強制への肩代わりを予定していたとみるのが当然であろう（このことは、行訴四四条の反対解釈としても窺いうる）。（ ）民事執行のためには給付判決等の債務名義を必要

とし、その形成過程において義務者は十分な手続保障を享ける。従って、民事執行の手段につき、行政代執行法二条の制限(「他の手段によってその履行を確保することが困難であり、且つその不履行を放置することが著しく公益に反すると認められるとき」)を類推する必要はなく(細川・前掲六五七頁は制限が必要と説く)、義務者の手続保障がより薄い行政上の強制執行に乗せうるかどうかがあきらかでない行政上の義務(河川法七五条による原状回復命令の履行につき、岐阜地判昭和四四年一月二七日判時六〇〇号一〇〇頁は、履行を求める訴えを適法とするが、行政代執行によった例(大津地決昭和四三年二月一九日訟務月報一四巻四号三八六頁)もある)についても、その判定を司法機関に委ねる趣旨を含めて、行政側は債務名義を取得し民事執行に出る方途を執るべきである。最近の最高裁判例には、国又は地方公共団体が、財産権の主体としてではなく、『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、これを認める規定もないから、不適法というべきである』と判示したものが(最判平成一四年七月九日民集五六巻六号一一三四頁)賛成できない。(123頁)としている。

(4) 本件各訴えが「法律上の争訟」の定式に該当すること

ア 水産資源保護法の委任に基づいて制定された沖縄県漁業調整規則39条1項は、「漁業権の設定されている漁場内において岩礁を破砕し、又は土砂若しくは岩石を採取しようとする者は、知事の許可を受けなければならない。」と規定しており、「漁業権の設定されている漁場内」において岩礁破砕等の行為をする者は知事の岩礁破砕等

許可を受けなければならないと定めているが、このことは、知事の岩礁破碎等許可を受けずに岩礁破碎等を行ってはならないという不作為義務を定めていることを意味する。そして、かかる不作為義務は、当該義務を賦課した許可権者である沖縄県知事及びその所属する行政主体である沖縄県に対する関係での義務である（甲C第1号証）。

同規則 52 条、54 条は、同規則 39 条 1 項の違反についての罰則を定めているから、同規則 39 条 1 項違反が違法と評価されることは一義的に明らかである。同規則 39 条 1 項の定める不作為義務が法律上の義務であることについては、疑いの余地がない。

国の機関である沖縄防衛局は、本件水域に含まれる水域について公有水面埋立承認を受け、既に公有水面埋立ての本体工事に着手しているものであるが、その公有水面埋立承認の願書では、本件水域における岩礁破碎等を伴う内容が記載されており、沖縄防衛局によって本件水域で岩礁破碎等がなされることは確実であり、かつ、本体工事に着手しているのであるから岩礁破碎等は切迫しているものであり、沖縄防衛局による岩礁破碎等の危険は、個別、具体化しているものである。

イ 岩礁破碎等について沖縄県と国との間に、「法律関係」が存することは、国の側から沖縄県に対して提訴をした場合を考えれば、明らかである。

国は、本件水域における岩礁破碎等を伴う公有水面埋立工事について公有水面埋立法に基づく承認を受け、公有水面埋立工事に着手をしている。そして、岩礁破碎等許可の要否（本件水域における漁

業権の存否)について、沖縄県と国は異なる見解を主張し、沖縄県は国の機関である沖縄防衛局に対して、岩礁破碎等を行うには岩礁破碎等許可が必要であるとくり返して行政指導を行い、沖縄防衛局はこの指導に従うことを拒否している。

沖縄県漁業調整規則 39 条 1 項違反には、水産資源保護法の委任により、規則 52 条、54 条により罰則が定められているから、本件水域において普天間飛行場代替施設建設事業に係る岩礁破碎等工事を行おうとしている国が、刑罰という不利益を回避するために、沖縄県を相手方として、本件水域における岩礁破碎等行為の不作為義務の不存在確認請求をすることは可能であると考えられる。

このことは、国が岩礁破碎等許可を受けることなく本件水域において岩礁破碎等を行おうとしていることについて、沖縄県と国との間に法律関係が存することを示すものにほかならない。

ウ 沖縄県漁業調整規則 39 条 1 項による岩礁破碎等についての不作為義務ないし法律関係の存否について沖縄県と国との間には具体的な紛争が存するものであり、本件各訴えは、「法律上の争訟」の要件(具体的事件性)を充足する。

そして、この紛争は、沖縄県漁業調整規則や漁業法という法令の解釈について、地方公共団体と国とが異なる解釈を主張していることにより生じた紛争であるから、法令の適用により終局的に解決できるものであり、本件各訴えは、法律上の争訟の要件(法的事項)も充足する。

以上のとおり、本件各訴えは、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であるから、「法律上の争訟」の定式に該当するものである。

3 平成 14 年最高裁判決の射程について

(1) 序論

原判決は、平成 14 年最高裁判決の意義について「平成 14 年最高裁判決は、国又は地方公共団体が原告又は申立人となる訴訟において、自己の財産上の権利利益の保護救済を求める場合は法律上の争訟に当たるものの、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とする場合は法律上の争訟に当たらないことを明らかにしたと解される」とした上で、主位的請求である差止請求については「本件差止請求に係る訴えは、原告が財産権の主体として自己の財産権上の権利利益の保護救済を求める場合に当たらず、原告が専ら行政権の主体として被告に対して行政上の義務の履行を求める、本件規則 39 条 1 項の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とした訴訟であるというべきであるから、法律上の争訟に当たらない」(原判決書 19 頁)と判示し、予備的請求である確認の訴えについても「本件確認請求に係る訴えは、本件差止請求に係る訴えと同様、本件規則 39 条 1 項の適用の適正ないし一般公益の保護を目的として、原告が専ら行政権の主体として提起したものである以上、平成 14 年最高裁判決が妥当するものと解されるから、法律上の争訟に当たらないものというべきである」(原判決書 27 頁)と判示して、平成 14 年最高裁判決を根拠として、いずれの請求についても「法律上の争訟」性を否定した。

しかし、平成 14 年最高裁判決について、「国又は地方公共団体が原

告又は申立人となる訴訟において、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とする場合は法律上の争訟に当たらない」との判例（先例拘束力のある判断）は認められないものである。

(2) 平成 14 年最判の先例拘束力の範囲

ア 判例の先例拘束力の範囲

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（結論命題）のみが、判例となる判断であり、その余の法律的判断は判例ではない。

イ 平成 14 年最高裁判決の結論命題

(ア) 平成 14 年最高裁判決において、結論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」であるという判断である。

(イ) 平成 14 年最高裁判決は、その理由中において、「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うことはいふことができないから、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、提起することが許される」としている。

「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」との判断は、結論命題として示されているものではないから、この判示自体は判例ではないが、「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」こと自体は当然のことである。そして、同最判は、「『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』は『法律上の争訟』に当たる」という判断を傍論として示しているが、「『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』のみが『法律上の争訟』に該当する」との判示はしていない。

「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うこととはできないから、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い」との判示は、「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」についてなされたものである。「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」以外について、「『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」という命題は示されていないものである。

(ウ) 平成 14 年最高裁判決において、結論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、その余の判断はあくまでも傍論である。

(I) 平成 14 年最高裁判決は、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。藤田宙靖元最高裁判事は、『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)「学説は『理論』からアプローチするが、最高裁は、『事実』ないし『事案』からアプローチする、ということになりましょう。従って、『最高裁判例』ないし『判例理論』なるものも、その基盤には意外にもろいものがあり、昨日まで『最高裁判例』と見られていたものが、その理論的枠組みを変えることなく、ある日突然実質的に変わってしまうということがあっても、さほど不思議ではない、ということになります。」(49

頁)「適用されるべき法規範の内容の具体的事件依存性という側面があるからこそ、確立しているように見える判例・学説に反した判決がなされるような可能性もまたあるのです。」(77頁)と指摘しているが、判例理論や判例上の法概念は、最高裁判例のものも含めて、本来、具体的事案の事実関係に依存した性質のものであり、当該事実関係を離れ普遍的なものとして捉えることには、慎重でなければならないものである。平成14年最高裁判決については、事案の特殊性が認められるもので、「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ない可能性がある。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)との指摘がなされている。

ウ 平成14年最高裁判決は厳しい批判を受けているもので直接の射

程（結論命題）外に拡張されるべきではないこと

(7) 平成 14 年最高裁判決以前、我が国では、裁判実務において行政権の主体が司法手続によって行政上の義務に履行を求めることが認められており、学説においても行政上の義務履行請求権を認めて司法手続による執行を許容する見解は圧倒的通説というべき状況であった。

平成 14 年最高裁判決は、突如として、従前の学説や裁判実務を覆したもので、「平成 14 年最判には、ほぼすべての学説が根本的に批判している」（小早川光郎＝青柳馨編『論点体系判例行政法 2』〔山本隆司〕17 頁）ものである。

そして、学説からの批判は、「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 116 頁）「法の支配（法治国）の歴史を無視する暴論とさえいえるのではないだろうか。」（中川丈久「国・公共団体が提起する訴訟」法学教室 375 号 106 頁）「宝塚判決は、おそらく史上最悪の判決といっていいと思います。行政上の義務の履行を求めるこのような訴訟が司法権に含まれないとは、またずいぶん大上段の議論を持ち出したもので、言葉を失っております。」（櫻井敬子〔磯部力ほか「法執行(Enforcement)」法学教室 315 号における発言〕)など、その論調の厳しさは、他に類をみないほどである。

また、塩野宏、藤田宙靖ら行政法学者、佐藤幸治ら憲法学者、中野貞一郎ら民事訴訟法学者と、法学の分野を問わず、各分野で第一人者と目されている法学者らがこぞって根本的に批判をしているものであり、この点においても、平成 14 年最高裁判決に

対する批判は類をみないものと言ってよい。

- (1) 平成 14 年最高裁判決に対する批判に共通しているのは、日本国憲法が行政事件を司法権の内容としたことや行政上の法律関係の意義についての理解を欠いているということである。

たとえば、佐藤幸治『日本国憲法』589 頁は「判決の根底には、司法権を私権の保護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」とし、高木光・平成 14 年度重要判例解説 47 頁は「本判決を生み出した思考回路は『公法私法二元論』と『国庫理論』であるが、これは明治憲法の下で輸入された当時のドイツ理論であり、『司法裁判所』の権限が民事と刑事に限定されていた時代に醸成された観念である…最も問題なのは、最高裁判所が 21 世紀になってもなお憲法を十分に理解しようとはせず、結果として、大審院と同様の地位をベースラインとしていることにあるといえよう。」とし、神橋一彦「法律上の争訟と『義務』の概念」法学教室 377 号 70 頁（注 5）は「宝塚判決は、『行政事件を含む民事事件において裁判所がその固有の権限に基づいて審判することのできる対象は…』（傍点筆者）として、いとも簡単に行政事件を民事事件に含めて一括している。かかる理解は、現行憲法の下においてある種の『行政事件』（すなわち主観訴訟）が『司法権』の一部に属するとの理解が成立したとしても、それはあくまで民事事件の一部であり、その意味で、『司法権』とは民事及び刑事の裁判であるとする、旧憲法の『司法権』（57 条）の延長線上にあるのではないか、との疑問を抱かせる。」とし、寺田友子「杉並区住基ネット受信義務確認等請求

事件」桃山法学第 11 号は「法律上の争訟を主観的な権利利益の侵害に固定することは、民事法一辺倒である。又、抗告訴訟は国民から見ると権利・利益の侵害を争うものであるが、行政主体には権限を巡る争訟であって、主観的な権利は存在しないのであるから、行政主体からすると法律上の争訟にならない、という奇妙な結果になるのである。抗告訴訟及び刑事事件は、板曼茶羅事件でいう法律関係の存否に関する紛争であって、法律上の争訟である。国民が行政活動によって生じた義務を履行しない場合、司法により得ない根拠は見あたらないのである。市民の義務の不履行に対して、宝塚市事件のように住民が履行しない場合、一般原則にもどって、司法の手によって、不履行の違法性を確認し、住民の義務の実現を司法の手によって図ることが、日本国憲法における司法国家ということができる。宝塚市事件判決は、司法が行政活動に関わることを自ら否定したのである。しかし、行政権を行使する際、司法権が事前に介入してはならないということは日本国憲法から導き出される大原則ではない。明治憲法秩序の悪しき伝統に過ぎない。行政と国民が法令の解釈をめぐる紛争が生じているのに、法令が行政の自力執行を認めていない場合、法令の解釈権を最終的に与えられた裁判所、司法権がその紛争解決を行うことを日本国憲法は予定しているのである。行政活動の執行前に司法権が入ってはならない、という原則を日本国憲法は採ってはいないのである。そして、行政と国民が争った場合、その紛争はいずれが原告であれ、最終的に法令を解釈することによって紛争が解決に至るのであれば司法の任務として、司法自ら権限行使

することを司法は期待されているのである」とし、人見剛「宝塚市パチンコ店等規制条例事件最高裁判決」自治総研 331 号は「公法の世界では、行政の義務に対応した市民の権利が存在しないことは希ではないと考えられている。そうした場合、市民の側が提起した訴訟は、訴えの利益がないとして却下されることはあっても、当該訴訟が『法律上の争訟』ではないとして却下されるのではないはずであろう。最高裁が、対になった権利義務が相争う形の紛争でなければ『法律上の争訟』ではない、という観念に立脚しているのであるとすれば、『法的義務のない主観的権利は存在しないが、対応する主観的権利のない法的義務は存在しうる』という行政上の法律関係の特性に配慮しないものであると言わねばならないであろう」とし、西上治『機関訴訟の「法律上の争訟」性』は「国又は地方公共団体に関する『財産権の主体』と『行政権の主体』という区別を『法律上の争訟』性の有無に結び付ける本判決の論法は、周知の通り学界から強い批判を浴びた。まずもって問題とされるべきは、判決自身の述べる『法律上の争訟』理解（『具体的事件性』と『法令の適用による解決可能性』）と、『行政権の主体』が出訴する場合には『法律上の争訟』ではないとする論法との論理的整合性である。すなわち、『具体的事件性』については、ここでは行政上の義務の履行が問題になっているのであるから、行政上の法律関係なる範疇を否定しない限り、当該地方公共団体と相手方との関係が法律関係ではないとは言えず、したがってこれを否定することはできない。また、『法令の適用による解決可能性』についても、義務の存否はまさに条例の解釈・

適用により決せられるのであるから、これを否定することはできない。そこで、学説は、平成 14 年最判の論理展開を文言通り受け取ることなく、その射程を制限することを強く志向し、平成 19 年東京高判が公益目的型を異なる行政主体相互の間の紛争に応用したことを激しく批判したのである。そもそも、『具体的事件性』は、問題となっている争訟それ自体の性質に関するものであるから、当該争訟において当事者が如何なる目的で訴訟を提起するかという問題とは別個の観点に基づくものであるはずである。したがって、如何なる目的を設定するのであれ、『訴訟の目的』という観点から『争訟の性質』であるところの具体的事件性を否定することは論理的にあり得ない。」としている

(ウ) 以上のような平成 14 年最高裁判決の問題点を踏まえて、学説からは、「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)とされ、また、下級審裁判例においても「その射程距離は極力控え目に解するべき」(福岡高判平成 19 年 3 月 22 日・判例地方自治 304 号 35 頁)との指摘がなされている。

エ 小括

平成 14 年最高裁判決において、結論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事

案、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、拡張するようなことはなされるべきではない。

- (3) 地方公共団体が提起した「法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的」とした争訟全般が「法律上の争訟」に該当しないとする判例は存しないこと

ア 原判決は、「平成 14 年最高裁判決は、国又は地方公共団体が原告又は申立人となる訴訟において、自己の財産上の権利利益の保護救済を求める場合は法律上の争訟に当たるものの、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とする場合は法律上の争訟に当たらないことを明らかにしたと解される」としたが、先に述べたとおり、原判決は判例の拘束力、平成 14 年最高裁判決の結論命題を理解しないものであり、「『法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的』とする訴訟が『法律上の争訟』に該当しない」という命題を最高裁が採用していないことは、福間町公害防止協定事件についての最高裁平成 21 年 7 月 10 日判決・判例時報 2058 号 53 頁（以下、「平成 21 年最高裁判決」という。）により、明らかにされたものというべきである。

平成 21 年最高裁判決は、地方公共団体（福間町）がその区域内に産業廃棄物処理施設を設置している産業廃棄物処分業者に対し、町と産業廃棄物処分業者との間で締結された公害防止協定で定められた本件処分場の使用期限が経過したと主張して、本件土地を本件処分場として使用することの差止めを求めた事案に関するものであるが、最高裁は、判例変更の手续をとることなく、訴えを適法と認

めて、実体について判断をしている。

地方公共団体が事業者と締結した公害防止協定については、地方公共団体は地域環境の保全などの一般公益保護の目的で締結するものであり、公害防止協定を事業者が履行することについて地方公共団体の財産上の権利利益が存するものではない。行政主体が公益保護を目的として提起した訴訟であることは明らかであるが、最高裁は、訴えが適法であることを前提にして、本案について審理し、判断をしている。

この行政主体が一般公益等の保護を目的とした事案について最高裁判所が平成 14 年最高裁判決に触れることなく法律上の争訟として扱い実体判断をしたことよりしても、「『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」という判例が存しないことは明らかである。

イ 原判決は、平成 21 年最高裁判決に関して、沖縄県の主張を「原告は、平成 21 年最高裁判決において、地方公共団体が事業者に対して公害防止協定の履行を求めた訴訟の法律上の争訟該当性が認められており、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であっても法律上の争訟に当たり得ることが明らかにされた」とした上で、「平成 21 年最高裁判決は、公害防止協定の法的性質を契約と解した上で、当該訴訟を、事業者と対等な立場で契約をした地方公共団体が事業者に対して契約上の義務を求めた訴訟と捉えることができる。そうすると、平成 21 年最高裁判決に係る事案は、国民が自らの権利利益の保護救済を求めて提起した場合と同視し得るのであって、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とす

る訴訟とは区別されるべきものといえることができるから、平成 21 年最高裁判決が、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とは区別されるべきものといえることができるから、平成 21 年最高裁判決が、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の法律上の争訟該当性を否定した平成 14 年最高裁判決に抵触する判断をしたとは解されない。したがって、平成 21 年最高裁判決に関する原告の上記主張は採用することができない。」(原判決書 25～26 頁)とした。

しかし、この原判決の判断は、論理をなしていない。「事業者と対等な立場で契約をした地方公共団体が事業者に対して契約上の義務を求めた訴訟」であるかどうかということと、その訴訟の目的が「法規の適用の適正ないし一般公益の保護」にあるかどうかということ、すなわち、立場の対等性と訴訟が一般公益保護等を目的とするものか否かは、別の事柄である。「対等な立場で契約」をしたということによって、訴訟は一般公益保護等を目的とすることが否定されるわけではない。原判決は、およそ論理をなしていない。「地方公共団体が私人を規制する内容の契約を締結し義務の履行を求める訴えの目的は、『一般公益の保護』にあり、『自己の財産上の権利利益の保護救済』ではないと言わざるを得ない」(山本隆司『判例から探求する行政法』213 頁)、「原告である福間町が民事訴訟を通じて保護を求めた利益が、福間町自身の財産的利益ではなく、協定によって守られるべき周辺住民の生命・健康の保持と生活環境の保全利益であることには注目しておかなければならない」(曾和俊文『行政法執行システムの法理論』170 頁)、「最判平成 21 年 7 月 10 日判時 2058 号

53 頁は、市と事業者との間で締結された公害防止協定に関し、市が当該協定による義務の履行を当該事業者に求めた事案について、公害防止協定による義務の履行を求めることは『一般公益の保護』のためではないとは言い難いにも拘らず、その『法律上の争訟』性を否定していない」(西上治『機関訴訟の「法律上の争訟」性』59 頁注 153) のであり、地方公共団体が一般公益保護等を目的として提起した訴訟は「法律上の争訟」に該当しないとする判例は存しないのである。

なお、原判決は、「平成 21 年最高裁判決が、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の法律上の争訟該当性を否定した平成 14 年最高裁判決に抵触する判断をしたとは解されない。したがって、平成 21 年最高裁判決に関する原告の上記主張は採用することができない。」とするが、沖縄県は、平成 21 年最高裁判決と平成 14 年最高裁判決が抵触するとの主張はしていない。沖縄県は、平成 14 年最高裁判決について、その判例となる判断(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」とする命題に限定されるものであり、「国又は地方公共団体が提起した『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」という判例は存しないものであり、「国又は地方公共団体が提起した『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」であっても「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」については平成 14 年最判とは抵触しないことを主張し、平成 21 年最高裁判決

の事案は地方公共団体が提起した「『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」であるが、平成 14 年最高裁判決の射程外とされていることを指摘したものであり、平成 21 年最高裁判決が平成 14 年最高裁判決と抵触するなどという主張はしていない。原判決は、あまりにも杜撰なものであると言わなければならない。

(4) 国民の「裁判を受ける権利」に対応する争訟のみが「司法権の範囲」ないし「法律上の争訟」に該当するものではないこと

ア 原判決は、「原告は、平成 14 年最高裁判決に従えば、行政主体が財産権に基づき提起する訴えが法律上の争訟に当たることについても説明できず、不当であると主張する…行政主体が財産権に基づき提起する訴えとの関係で平成 14 年最高裁判決の法律上の争訟概念が不当であるとする原告の上記主張も採用できない」(原判決書 24～25 頁)と判示している。

しかし、沖縄県はこのような主張はしていない。裁判所が原告主張を自ら作り上げて自ら否定し、法律上の争訟性を否定したものである。

沖縄県は、原審において、「『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』との判断は、結論命題として示されているものではないから、この判示自体は判例ではないが、『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』こと自体は当然のことである。そ

して、同最判は、『「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」は「法律上の争訟」に当たる』という判断を傍論として示しているが、「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」のみが「法律上の争訟」に該当する』との判示はしていない」(訴えの変更申立書 13～14頁)としているのであり、「平成14年最高裁判決に従えば、行政主体が財産権に基づき提起する訴えが法律上の争訟に当たることについても説明できず、不当である」との主張はしていない。

原審において、国が、国民の「裁判を受ける権利」に対応する争訟のみが「司法権の範囲」ないし「法律上の争訟」に該当すると主張したことから、沖縄県は、かかる国の主張は、行政主体が財産権に基づき提起する訴訟について「法律上の争訟」に該当することと矛盾することを指摘したものである¹。

原判決は、原審における主張の構造をすら理解していないものである。

イ 原判決において「そもそも司法権は、国民の裁判を受ける権利(憲法32条)との関係において、国民の権利利益の保護救済をその本来の役割とするものであって、行政主体の行政権限の救済を本旨とするものでない」(原判決書24頁)、「平成14年最高裁判決は、国民の権利利益の保護救済を図るという司法の本来的役割に鑑みて、国又は地方公共団体が法規の適正ないし一般公益の保護を目的として提起した訴訟について、自らの主観的な権利利益の実現のための

¹ 沖縄県原審における主張では、平成14年最高裁判決の不当性を指摘しているが、あくまでも、本件各訴えは、いずれも平成14年最高裁判決の射程外である、すなわち、平成14年最高裁判決と抵触するものではないと主張しているものである。

訴訟ではないとして、法律上の争訟該当性を否定したものと解される。」(原判決書 26~27 頁)としていることから、国民の「裁判を受ける権利」に対応する争訟のみが「司法権の範囲」ないし「法律上の争訟」に該当するものではないことについて述べておくこととする。

国は、原審において、「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)」という等式を主張し、「判例は、『司法権』の本来的範囲を、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」(被告第 1 準備書面 7 頁)と主張していた。そして、上記のように解する根拠を、「人民に対する国家権力の行使としての司法が、行政から分離独立するに至ったのは、人民の個人としての基本的な自由や権利を保障する要求に基づくものであって、司法権は、十全に独立性を保障された裁判所の公正な裁判によって国民がその権利・自由に関し実効的な救済を得ることができるという国民の裁判を受ける権利 (憲法 32 条) を受け止める統治構造上の制度的基盤をなすものである。このような司法権の沿革からすると、司法権は国民の権利利益を保護するために憲法上その権限を付与されていると解するほかなく、また、憲法が権力を制限することにより自由を保障しようとすることを基本理念とすることからすると、憲法が、司法権の固有の内容として、国民に義務を課すような形で行使される行政権を保護する権限をも付与していると解することはできない。さらに、『司法権 = 法律上の争訟』概念は、民主的正統性に欠ける司法権の発動対象を画する憲法上の概念であることに鑑みるなら、行政主体が司法権発動を通じて国民

に統制を及ぼす場面までその内側に包摂することには慎重であるべきである)」(同8～9頁)と主張していた。

しかし、司法権が国民の権利利益を保護するものであることよりすれば、行政上の義務の確保についても司法権が関与することが望ましいということが帰結されることになる。国民の権利利益の保護を言うのであれば、司法手続により債務名義を取得しての執行こそが、重要と言うべきであり、米国では、司法手続による執行が原則であるとされている。行政が司法手続を経由せずに直接に執行をするよりも、司法手続を経て執行をすることの方が、国民の権利保護に適うということ自体は、わが国にも等しく妥当するものである。司法権が国民の権利義務を任務とすることを理由として、行政上の義務の実効性確保のために司法手続が用いられることを否定することは、論理をなさない。

また、国民の裁判を受ける権利を受け止めることが司法権の役割であることは、「国民の裁判を受ける権利」に対応しない紛争裁定作用が司法権に含まれないことを意味するものではない。国民が裁判を受ける権利(憲法32条)をもつ場合には、当然に、裁判所の職務権限が存し、憲法32条にいう「裁判」とは、司法権の作用としての裁判であって、憲法76条1項にいう「司法権」を前提とするという意味では、「国民の裁判を受ける権利」の側の視点から見れば、裁判を受ける権利と司法権は表裏の関係と表現することも可能である。しかし、これを超えて、「司法権・法律上の争訟＝国民の裁判を受ける権利」ということを絶対的なテーゼとして立て、国民の裁判を受ける権利に基づかないものは「司法権・法律上の争訟」に含ま

れないとすることは、誤りである。このことについて、阿部泰隆教授は、「個人の具体的な権利義務に関わるものは、憲法三二条の定める『裁判を受ける権利』の保障との関係もあって、当然に『法律上の争訟』に当たるが、それに入らないものは当然に『法律上の争訟』にならないとはいえない。」(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 卷 2 号 15 頁)、「裁判を受ける権利が認められる場合には司法権が発動されなければならないが、裁判を受ける権利がなければ司法権の対象にならないとの議論は逆論法であり(逆は必ずしも真ならず)。当然に成り立つものではない。」(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(下)」自治研究 83 卷 3 号 34 頁)と指摘している。

平成 14 年最高裁判決は、「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利益の保護救済を求めよう場合には、法律上の争訟に当たる」としているが、このこと自体は当然のことである。しかし、行政主体は、「国民」ではなく、基本的人権の享有主体ともなり得ない。「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、そのいずれの面からみても、行政主体は「国民」の概念にも該当しない。また、行政主体は、独立の法人格を有するものとして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。私法人については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、行政主体については、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』162頁)とされている。行政主体が、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、行政主体が「国民」になるわけではないし、基本的人権としての裁判を受ける権利の享有主体となるものでもない。「行政主体が財産権の主体として訴訟を提起する場合においても、裁判を受ける権利を保障されているわけではない」(村上裕章「国・自治体間訴訟」現代行政法講座編集委員会編『現代行政法講座 自治体争訟・情報公開訴訟』25頁)のであり、「国又は地方公共団体」は、「国民」ではなく、人権享有主体とはなり得ないものである。したがって、「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利益の保護救済を求めるような場合」は、「国民の裁判を受ける権利」に対応するものではない。「国民の裁判を受ける権利に基づかなければ司法権・法律上の争訟」に該当しないという論理は、成り立ちえない。

なお、平成14年最高裁判決については、その調査官解説において、「納税義務や賦課金納付義務等…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」が「法律上の争訟」該当するとされている。課税権限は、行政主体の財産的権利ではないことは当然、財産的権利に由来するものでもない。行政主体が課税権原に基づいて国民に納税の義務を負わせ、行政主体が国民に公法上の義務である納税義務の履行を司法手続で求めることは、行政主体の「裁

判を受ける権利」に基づくものではない。

ウ 以上述べたとおり、国民の「裁判を受ける権利」に対応する争訟のみが「司法権の範囲」ないし「法律上の争訟」に該当するものではない。

4 小括

沖縄県漁業調整規則 39 条 1 項による岩礁破碎等についての不作為義務ないし法律関係の存否について沖縄県と国との間の紛争が存するものであり、本件各訴えは、「法律上の争訟」の要件（具体的事件性）を充足する。そして、この紛争は、沖縄県漁業調整規則や漁業法という法令の解釈について、沖縄県と国とが異なる解釈を主張していることにより生じた紛争であるから、法令の適用により終局的に解決できるものであり、本件各訴えは、法律上の争訟の要件（法的事項）も充足する。本件各訴えは、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ものである。

そして、国を相手に提起された本件各訴えは、いずれも、「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」には該当しないから、平成 14 年最高裁判決の射程外である。

本件各訴えは、「法律上の争訟」の定式に該当するものである。

第2 主位的請求（差止請求）が「法律上の争訟」と認められること

1 序論

第1章第1・2で述べたとおり、本件各訴えは、「法律上の争訟」の定式に該当する。

そして、平成14年最高裁判決を、「法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的」とした争訟全般が「法律上の争訟」に該当しないとする判例と読むのは誤りであり、国民の「裁判を受ける権利」に対応する争訟のみが「司法権の範囲」ないし「法律上の争訟」に該当するものとも言えない。

したがって、本件各訴えは定式どおり、「法律上の争訟」に該当することは明らかである。

以下では、主位的請求（差止請求）プロパーの議論として、司法的執行の原則に基づいて法律上の争訟性が肯定されること、行政代執行法1条との関係で法律上の争訟性が否定されないこと、平成14年最高裁判決と事案が異なる点を具体的に適示し、射程が及ばないことについて敷衍して述べる。

2 司法的執行の原則について

(1) 本件訴訟は司法的執行の前段階の請求であること、民事執行不能論は採りえないこと

まず、前提として、本件訴訟は、司法的執行（行政上の義務を司法を利用して強制すること）の前段階における行政上の義務の履行を求める訴訟である。

塩野宏は、平成14年最高裁判決を、「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 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、論議を早めに決着させるために法律上の争訟論に頼ったというのである。」と評していた（塩野宏『行政法 [第五版補訂版]』282頁）。

しかし、そもそも、民事執行不能論から、法律上の争訟概念を遡って構成することは、論理的におかしく、本件が民事執行以前の訴訟である以上、民事執行不能論により、法律上の争訟性を否定することはできない。

また、行政事件訴訟法7条は、同法に定めがない事項については民事訴訟の例によるとしており、給付訴訟としての当事者訴訟の場合に、民事執行法を利用することは当然可能であること、行政上の義務について行政的執行に拠らなければならないという原則は、戦後の現行法においては妥当せず、行政代執行法1条の「法律」から民事執行法をカテゴリカルに排除する根拠がなく、現行法制下において、民事執行不能論は採りえない（塩野宏『行政法 [第六版]』246頁、中川丈久「国・地方公共団体が提起する訴訟 - 宝塚市パチンコ条例事件最高裁判決の行政法論と憲法論」法教375号97頁から99頁）。

したがって、この意味でも、民事執行不能論から、法律上の争訟性

を否定することはできない。

(2) 行政代執行法 1 条との関係について

行政代執行法 1 条は、「行政上の義務の履行確保に関しては、別に法律で定めるものを除いては、同法の定めるところによる」と規定しているが(1 条) ここでいう「行政上の義務の履行確保」には司法的執行は含まれず、同条により法律上の争訟性が否定されることはない。

人見意見書(甲 C 1) 3 頁が指摘するとおり、行政代執行法 1 条の「行政上の義務の履行確保」に司法的執行が含まれるとする見解は存在せず、また、そのように解釈されるべきではない。

すなわち、行政代執行法の前身は行政執行法(明治 33 年法律第 84 号) であり、同法は、代執行の他、執行罰、直接強制の 3 種の行政上の強制執行手段を定めた行政的執行の一般法で、漏れのない行政上の強制執行手段が網羅されていた。

行政代執行法は、代執行、執行罰、直接強制を認めていた戦前の行政執行法に代わり、制定された法律である。

執行罰は強制力が間接的であり、強制手段としては比較的効用が少なく、その果たすべき強制機能は行政罰によってもおおむね果たされうると考えられたために削除され、直接強制は、戦前における用いられ方に鑑み、一般的制度として認めることは人権尊重の観点から行き過ぎであろうとして、削除されたものである。

人見意見書 3 頁以下で適切に指摘されているとおり、列挙主義を採って行政訴訟が著しく制限され、極めて広い行政的執行手段が存在した戦前とは異なり、英米法由来の司法権概念を採用し、行政執行法の

廃止、行政代執行法の制定により法状況が転換したことにより、我が国における司法的執行の可能性が初めて想定されるようになったものであるから、行政代執行法制定時に、司法的執行を行政代執行法 1 条の「行政上の義務の履行確保」に含め、特別な法律の定めがない限り排除しようとしたものと解釈することはできない。

かえって、行政執行法から行政代執行法への移行における行政強制の縮小と、行政事件訴訟法 44 条の反対解釈からすれば、強制執行の必要な範囲では司法強制への肩代わりを予定していたとみるのが当然なのである（中野貞一郎『民事執行法 [増補新訂六版]』123 頁）。

(3) 司法的執行の原則について

以上、民事執行不能論あるいは行政代執行法 1 条により、本件主位的請求の法律上の争訟性が否定されることはない旨を述べた。

我が国が司法権概念を継受した米国においては、行政上の義務の履行を裁判所を通じて行う司法的執行が原則であり（廣岡隆『行政上の強制執行の研究』260 頁）、現行日本国憲法や裁判所法制定のはるか以前の 1895 年には、州際で運行する鉄道の職員がストライキ等を行っていることを、州際通商法（ICC 法）に違反するとして、合衆国政府がその差止を求めた民事訴訟において、連邦最高裁判所は、「公衆の利益のために行使すべき権限を付託されている政府たるものは、その権限の行使にあたって、自らの政府の裁判所に対し、適切な援助を申し立てる権利があるのであり、～そこに財産的利害関係がないということだけでこの権利が否定されることにはならない。政府が、社会の成員すべての利益を促進し、また、公共の福祉への損害を引き起こす

ような、一部の者の許されざる行為を防止するという責務を有するという事だけで、裁判所に提訴するための原告適格を認めるのに、通常は十分である。」、「許されざる行為（wrongs）が、公衆一般に関わっており、憲法が政府の責務とした事柄に関わっており、憲法が政府の責務とした事柄に関わっており、政府がすべての国民の共通の権利（common rights）として全国民に保障する義務を負うような事柄に関わっているならば、ただ単に、政府はその事案に財産的利害を有しないということだけで、裁判所に提訴する適格を認めなかったり、政府がその憲法上の責務を十全に執行することを遮ることの理由にはならない」等と述べて、訴えを適法としていた（中川丈久「行政訴訟に関する外国法制調査 - アメリカ(上)」ジュリスト 1240 号 103 頁）。

また、明治憲法 57 条所定の司法権は、周知のとおり、戦前においては、「民事及刑事ノ裁判ヲ意味ス」とされており（美濃部達吉『憲法撮要』479 頁：旧漢字は全て新漢字に直した。以下同じ。）行政裁判については、司法裁判所とは異なる行政裁判所が取り扱うものとされていた。

美濃部達吉は、「行政裁判とは其の名の示す如くに行政事件に付いての裁判に外ならぬ」とした上で（美濃部達吉『行政裁判法』1 頁）ここでいう「裁判」の性質については、「訴訟手続とは特定の事件に付いての判断が与えらるるに先ちその事件に付き反対の利害を代表する関係者が裁判官の前に口頭弁論を以て各其の意見を主張する権利が与えられている手続を言うのであって、此の如き手続を経て与えらるるところの法の判断が即ち裁判」という（同 73 頁）。

そして、「行政裁判の目的となるのは専ら公法上（刑罰法を除く）の

法律関係である。公法上の法律関係が独立なる裁判所に依り訴訟手続を以て制定せらるることにより行政裁判の特色が存する」とし、「或は民事裁判と同様に、対等なる当事者相互の間の権利の争を判断する作用である場合も有る」し、「刑事裁判と同様に、国家又は公共団体が人民に対して或る権力を行ふに当り、訴訟手続を以て如何に其の権力を行ふのが正常であるかを判断する作用であることも有る」として、「性質上行政訴訟に属するものは、必ずしも右に述べた当事者訴訟及び抗告訴訟の二種類にのみ限るものではなく、「一般の行政事件に付いても、刑事事件と同様に、最初から訴訟手続を以てのみ審理せられ得べきものと定めたとしても、敢て行政事件の性質に反するものではない。（同 6 頁以下）、「刑事裁判は、行政裁判が国家（又は公共団体）の行政権に付いての裁判であると同様に、国家の刑罰権に付いての裁判であって、而して刑罰権は言ふまでもなく社会公益の為に行はるるものであるから、刑事裁判は個人の権利を保護するよりも主としては社会公益を保護することを目的として居る。」、「さればこそ刑事裁判に在っては訴を起す権能が専ら検事に属せしめられて居るのであって、検事は勿論自己の権利の保護を求むるが為にするのではなく、社会公益を代表して刑事裁判を要求するのである。行政裁判も之と同様の性質を有って居る。」などと述べていた（同 14 頁以下）。

ここで、美濃部のいう「裁判」は、「民事裁判」、「刑事裁判」、「行政裁判」を包含する概念であり、特定の事件を対象とし、反対の利害を代表する当事者がその意見を主張しあう手続を経て与えられる法の判断を意味し、現在における「法律上の争訟」概念に極めて類似していることは、容易に見て取れる。

美濃部は、行政裁判に、刑事裁判と同様に、国民に対して権力をを行うに際して、最初から訴訟手続をもってその正常性を判断する作用も、論理的に含まれるとしていた。

類似の説明を行うものとして、末岡精一『行政裁判法』2頁の、「行政裁判とは行政法に関して起る争の裁判にして特別の行政裁判所の管轄に属するものを云う」、「次に行政裁判の目的は一個人又は各種法人の権利に関する行政機関の権力作用の限界の争を裁定し行政法に基く処の権利を保護し又は一個人若くは各種法人の間に行政法に関して起る処の争を裁決し又は一定の者の権利に関せず広く行政法の実行を強制し公共の利益を保護するに在り」などもある。

戦前においては、行政執行法の下、ほとんど融通無碍の行政的執行が認められていたため、司法的執行が働く余地は全くなかったが、美濃部の議論は、戦前においても、刑事裁判や行政裁判という概念においては、私権保護ドグマは必ずしも妥当しないことを示している。

そして、戦後、行政執行法が廃止され、英米法由来の司法権概念を継受した我が国においては、司法的執行が原則であり、行政的執行は、明文の規定がある場合に許容されるに過ぎないと解され、司法的執行の前段階の行政上の義務の履行を求める訴えが私権保護ドグマにより、法律上の争訟性を否定されることはありえない。

この点、古くは、田中二郎が、「アメリカ法においては、行政上の義務の履行を確保するためにも、主として刑罰の適用によるほか、原則として司法的手続がとられ、ただ法の規定によって認められている場合にのみ、ある程度行政の独自性の要求をみたく簡易な行政執行手続が許されているにすぎない~ことからみても、行政権の自力強制が凡

そ行政一般の本質から出て来る必然不可避の要請であると断定することはできない。～わが国法においても、明治憲法下にあつては、行政権の自力強制は、きわめて広汎・一般的に認められており、固有の強制手段を具有する行政権の觀念が、官僚主義国家觀の中核をなしていたが、現行法においては、このような原則及び理念は修正され、行政上の強制執行の手段は大幅に制限されるに至っている。司法権による法の維持保障の原則を尊重し法定手続を保障する日本国憲法の下においては、強制的執行権限は、原則として司法権に留保され、とくに定めた場合にのみ、行政権自体の執行手続が許されると解すべきであろう。」とし（『新版行政法上巻全訂第2版』180頁から181頁）、「従来は、行政法上の義務の不履行のある場合には、行政法上のすべての義務について、行政権自らこれを強制する手段をもっていたが、現在は、一般的な強制手段としては、代執行を認めているだけであり、個々の法律上にも、義務履行の強制手段について何らの定めをしていないものが多く、ただ、義務違反に対する罰則をととのえることによって、間接に、義務の履行の確保を図っているのが通例である。ところで、これらの行政上の強制執行の法的根拠の欠けている場合に、行政権自らの力によって強制することができないことはもちろんである。それでは、これらの場合に全く強制手段がないと解すべきであろうか。私は、行政法上の義務の強制についても、特別の定めのない場合には、一般の原則に戻り、裁判所に訴え、その協力を求めることができるものと解する。」と述べ、司法的執行が一般の原則であること、例外としての行政上の強制執行がない場合に、司法的執行によることを認めていた（同『行政法（上）』178頁から179頁）。

あるいは、山田準次郎『行政法』145頁から146頁では、「法形式をもってすると、行政行為形式をもってするとを問はず、下命によって命ぜられた義務を、受呼者が任意に履行しない場合に、行政上の方法によって強制して履行せしむることが、即ち命令強制の方法である。狭義の行政上の強制方法と称するところのものである。明治憲法の下においては、行政機関は司法機関と並んで、人民に国権を行使する機関として認められ、行政機関の命令は、国権の命令として、若し受命者が任意にこれを履行しない場合には、裁判所の判決と同様の執行力を有し、行政機関は司法機関の援助を必要とせず、独立して自ら、その履行を強制することができた。これを行政行為の自力執行性と称し、その強制方法を規定した法律が、行政執行法であった。然るに終戦後、行政執行法が廃止せられた結果、行政機関は原則として、その命令不履行の場合これを自ら強制する方法はなくなった。即ち行政行為の自力執行性は否定せられ、行政庁は当事者訴訟として裁判所に義務履行の訴を起し、その判決によって強制する外ないこととなった。併し例外として、行政機関が自らその下命の強制をすることが認められおる場合がある。それは行政代執行法と国税徴収法の規定する場合である。」と、明確に述べられている。

さらに、下山瑛士『現代行政法学の基礎』182頁から187頁では、行政法の実効性を担保する手段について、憲法大系からみて原則はどのようにあるべきか検討が加えられ、「近代社会以前においても、人間の生命・自由を統治者の恣意に委ねることに対し、自己をいかに防禦するかということは、人々の最大の関心事であった～近代社会においては、この保障はすべての人々が平等に享受しうるという基本原則と

して観念されるに至った。これが原点である。～かかる前提の上に乗って、人の生命・自由・財産が統治者によって不当に侵害されるのを防ぐため、その侵害行為につき違法か否かを争いうる場合が確保されねばならず、これが近代法制度の下における裁判であった～人の生命・自由・財産につき、統治者の行為によってそれらを奪いうる場合の典型を考えてみると、近代法の下においては刑罰を科する場合であるといえることができる。～刑罰を科することによってではなくとも、なんらかのより軽い侵害形態で、人の自由・財産を公権力が侵す場合にも～人の人権侵害という点からみれば、本質的に刑罰を科そうとする場合と異なった範疇のものとは考えられず、同一範疇の中の量的相違にすぎないとして捉えるべき主張が生れてくる。ただし裁判を媒介として、はじめて人の自由・財産を侵しうるのだということを絶対的条件にすると、緊急性を要する措置などはとりえなくなる不便も生ずる。ここに裁判を経ずに強制的な侵害行為を行う権限が必要になってくるし、その権限は、実力行使の装置をもつ行政権に授權されてくるのが自然であるということになる。裁判を経て強制行為をとりうるどころの「司法強制」が原則で、裁判を経ずに強制行為をとりうる行政権の自力強制が例外となるのは、まさにかかる道筋によるということができるだろう。～以上から、行政権の発動に関して、その実効性を担保する手段は、近代法においては、本来司法強制が原則であり、行政強制は例外であるということが明らかになるであろう。」とし、田中二郎の上記説（一般原則に戻り司法的執行ができるとの説）を自説に符合するものとして紹介した上で、司法強制を、行政罰としての行政刑罰と行政秩序罰のほか、強制執行として、民事上の強制手段と、「民

事上の強制手段以外の特別法規に基づく強制手段。ただしわが国にはない」と分類している。

また、大浜啓吉『行政法総論第三版 行政法講義』420頁から421頁でも、「行政上の義務の履行は、本来、どのような方法で確保されるべきなのであろうか。近代国家における法律関係の根本（意思自治原則）に遡って考えてみると、当事者が任意に義務を履行しないとき、その実効性を担保するのは裁判所である。かつては、行政上の法律関係においては、行政処分が公権力の行使の結果だという理由で、行政に自力執行力が内在していると考えられたが、公権力がア・プリアリに優越性を持つという議論は日本国憲法の下では成り立たない。行政権による自力執行は、法律が認めた限りの例外でしかない。したがって、特別の規定のない限り、行政上の義務の履行は原則として、司法裁判所に訴えてその実現を図るべきである（司法的強制）」としていた。

そして、人見意見書（甲C1）においても挙げられているとおり、過去の裁判例においては、岐阜地裁昭和43年2月14日決定・訟務月報14巻4号384頁、岐阜地裁昭和44年11月27日判決・判例時報600号100頁、大阪高裁昭和60年11月25日決定・判例時報1189号39頁、横浜地裁平成元年12月8日決定・判例タイムズ717号220頁、富山地裁平成2年6月5日決定・訟務月報37巻1号1頁、神戸地裁伊丹支部平成6年6月9日決定・判例地方自治128号68頁、盛岡地裁平成9年1月24日決定・判例時報1638号141頁等、司法的執行を認める裁判例は多数存在し、学説上も、司法手続による執行を許容する見解は圧倒的な通説だったのである（人見意見書（甲C1）6

頁の文献の他、白井皓喜判例地方自治 24 号 85 頁、亀田健二「わが国における条例上の義務の司法的執行」関西大学法学論集 43 巻 1・2 合併号 189 頁等、確井光明「行政上の履行確保」公法研究 58 号 150 頁脚注 34 は、民事執行が可能なことについて、「今日、通説となっているとあってよい」と評価していた²。

そもそも、本件訴訟は、司法的執行以前の訴訟であるが、戦後、英米法の司法権概念を継受した現行憲法下においては、司法的執行が原則であり、行政的執行手段が存在しない場合は、当然に原則に戻って、裁判所に助力を求めることが許されると解すべきであり、行政上の義務の履行を求める訴訟が法律上の争訟に該当することは認められるべきである。

3 本件については主体の立場が平成 14 年最高裁判決とは異なること

以上、本件主位的請求が民事執行不能論や行政代執行法 1 条により法律上の争訟性が否定されるものではないこと、かえって、現行憲法下における司法的執行の原則のもとでは、司法的執行の前段階の本件主位的請求について法律上の争訟性を認められるべきことについて述べた。

既に、第 1 章第 1・3 において、平成 14 年最高裁判決の射程をいか

² 平成 14 年最高裁判決調査官解説 545 頁脚注 13 において引用されていた学説は、ことごとく否定説ではないことについて、村上裕章「行政上の義務の履行と民事訴訟」同『行政訴訟の基礎理論』74 頁脚注 7（甲 C 3）。

また、同じく、調査官解説同箇所において消極説に立つ下級審裁判例として引用されていた裁判例は、いずれも、民事執行の可能性を否定した裁判例とは言えないことについて、村上同著同頁脚注 8。

なお、平成 14 年最高裁判決に対しては、第 1 章第 1・3・(2)・ウ以下で述べたとおり、塩野宏東京大学名誉教授、藤田宙靖元最高裁判事、佐藤幸治京都大学名誉教授ら、行政法学及び憲法学の第一人者を筆頭に、学説から強い批判がある。

第 1 章第 1・3・(2)・オで引用しているが、中野貞一郎『民事執行法（増補新訂 6 版）』123 頁も参照。

に解すべきかについては述べたが、以下では、具体的に、本件主位的請求の事案と平成 14 年最高裁判決の事案が異なる点を適示し、本件主位的請求が同判決の射程外である旨を主張する。

まず、主体の立場が異なることについて述べる。

(1) 公物（法定外公共物）の管理者としての立場

ア 最高裁平成 8 年 10 月 29 日判決・判例タイムズ 947 号 185 頁（以下、「平成 8 年最高裁判決」という。）が公物管理権に基づく請求を認容した判例であること

平成 8 年最高裁判決は、松山市が、A から土地を買い受け、道路整備を行った上で、市道として一般市民の通行の用に供していたが、登記は未了のままであったところ、A から B、C、D、Y と転々譲渡し、登記を経由し、Y は、本件土地上にプレハブ建物等を設置したため、松山市は、仮処分命令を得た上で、B 以下の譲受人は背信的悪意者であるとして所有権に基づき真正名義の回復を原因とする所有権移転登記手続請求、道路管理権に基づいて市道の敷地であることの確認、所有権、占有訴権、道路管理権に基づき工作物の撤去・明渡請求を求める訴えを提起した、という事案である。

一審は、「被告は、本件土地の所有権の取得をもって原告に対抗し得るが、その前者である愛媛産興は、原告により松山市道敷地として適法に供用開始された後に本件土地の所有権を取得したものであるから、その所有権は道路法四条所定の私権の行使の制限を受けたものであって、同人の権利の承継人である被告は、同法条により本件土地に対する権利行使の制限を受けるという限度で、原告から本件土地についての道路管理権を対抗される。よって、原告の請求は、

被告に対し道路管理権に基づき、本件土地がその主張にかかる松山市道の敷地であることの確認を求める部分及びその地上の通行妨害物件を撤去して同土地を明け渡すよう求める部分は理由があるので認容され」と判示し（愛媛興産とあるのが、上記の「B」）、所有権移転登記手続請求は棄却したが、Yの所有権は道路法所定の制限を受けたもので、松山市はYに対して、道路管理権をもって対抗できるとして、工作物の撤去・明渡請求、市道敷地であることの確認の訴えを認容している。

一方で、二審は、Bが背信的悪意者であり、Yは所有権を松山市に対抗できないとして、松山市の所有権に基づく所有権移転登記手続請求も認容すべきとした（他の請求も全て認容）。

最高裁は、Yの上告に対して、背信的悪意者（B）から譲り受けた者も、同人自身が背信的悪意者に当たらない限り、所有権取得をもって対抗できるとした上で、松山市に所有権があるとして所有権移転登記手続請求を認容した二審判決を取消し、差し戻すとともに、「愛媛産興が背信的悪意者であるため、被上告人は愛媛産興に対する関係では、本件土地につき登記がなくても所有権取得を対抗できる関係にあったことは、前述のとおりであるから、既に一般市民の通行の用に供されてきた本件土地につき、被上告人が昭和五八年一月二五日にした道路法一八条に基づく区域決定、供用開始決定及びこれらの工事は、本件土地につき権限を取得しなかったものということはできず、右の供用開始決定等を無効ということとはできない。したがって、本件土地は市道として適法に供用の開始がされたものということができ、仮にその後上告人が本件土地を取得し、被上告

人が登記を欠くため上告人に所有権取得を対抗できなくなったとしても、上告人は道路敷地として道路法所定の制限が加えられたものを取得したにすぎないものというべきであるから（最高裁昭和四一年（オ）第二一一号同四四年年一二月四日第一小法廷判決・民集三二巻一二号二四〇七頁参照）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ものというべきである。これと同旨の原審の判断は、正当として是認することができる」として、工作物の撤去・明渡請求と、市道の敷地であることの確認の訴えについては、上告を棄却した。

一審判決、最高裁判決のいずれの判示からも明らかなように、「道路管理権」あるいは「道路管理者としての本件土地の管理権」に基づいて、市道の敷地であることの確認等を認めており、占有は認定されていない。

また、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、最高裁判決では、最高裁昭和44年12月4日判決・民集23巻12号2407号を引用している。

言うまでもなく、占有訴権に基づく訴えに対して、本権を抗弁とすることはできないところ、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、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いるから（松山地裁平成2年2月19日判決・金融商事法務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）、確認の訴えについては、道路管理権に基づく請求しかなされていない。

そのため、少なくとも、確認判決については、道路管理権に基づく訴えに対する判決しかありえない（そもそも、占有訴権に基づいて、市道であることの確認の利益は認められないであろう）。

また、同判決調査官解説836頁から837頁も、同判決の要旨を整理するにあたり、「本件土地は市道として適法に供用の開始がされたものということができ、仮にその後Yが本件土地を取得し、Xが登記を欠くため所有権取得をYに対抗できなくなったとしても、Yは道路敷地として道路法所定の制限を加えられたものを取得したにすぎない～Xの道路管理権に基づく各請求は理由があり、Yの損害賠償請求は理由がないから、これらの部分に関する原審の判断は正当であるとして、原判決の一部を破棄差戻しとし、その余の上告を棄却すべきものとした」としている。

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。

- イ 平成8年最高裁判決が平成14年最高裁判決の射程外であること
平成14年最高裁判決は、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。

この点、被告も論文を引用している原島良成³も、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 巻 2 号 61 頁以下の 69 頁脚注 21 において、「公物管理権を、管理主体の所有権に淵源するものと見るならば、それは、単なる管理“権能”と言うより管理する“権利”に近く、請求権の基礎たり得るとも言えよう。」、「前掲注(20)に挙げた昭和 53 年横浜地判は、「・・・右は本件ゴルフ場管理関係の終了による原状回復請求としての明渡等請求であり、私法上の賃貸関係等の終了による返還請求としての明渡等請求と、その本質において異なるところはないから、右請求権の実現については民訴法所定の方法によることができる」と述べる。また、同じく前掲注(20)の昭和 52 年千葉地決は、航空法 49 条 2 項に基づく除去請求権は「航空機離発着の安全を確保するため、右規定により空港設置者に創設的に与えられた権利であると解される」と判示した。」として、公物管理権に基づく訴えについては許容している。

また、ここで引かれている千葉地決の事案は、航空法 49 条 1 項に違反して建設された鉄塔について、空港公団が違反物件の除去請求権（同条 2 項）を被保全権利として断行の仮処分を行ったものであるが、所有権は債務者にある事案である（債務者は、空港に反対する団体であり、その共有持分権を多数人に譲渡した形をとってい

³ 原島は、平成 14 年最高裁判決を積極的に評価する数少ない行政法学者である（ほぼ唯一に近い）。

たが、判示は、名義だけで、通謀虚偽表示である、あるいは、鉄塔除去を妨害するための行為であり、持分権の主張は権利の濫用であると判断している。

つまり、他有公物（公物管理権者が所有権者ではない）であっても、公物管理権に基づく訴えについては許容されるものと原島は見ている。

この点、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頁は、公物管理権の作用を財産管理権の行使と捉え、「他有公物の場合には、その管理権は、所有権行使の制限された物権的支配権とみてよく、・・・むしろ、内容的には、法令に特別の規定のない限り私物に対する管理権と同様のものとして把握される。」、「公物は公法、私物は私法との考え方は、今日とりえないであろう。公物も、基本的には、私物と同じく所有権による管理に服しているのであって、たまたま公共性が強いことにより強度の法的制限の下におかれているにすぎないからである。逆にいえば、国有財産や公有財産である以上、たとえ公物＝行政財産でなくても、その管理とは、各種の法的制限が一般私法以外にも存在しうるのであって、それは、法的規制の強度の差によるものといってよいのである。したがって、私物と公物 - 普通財産と行政財産を原理的にみて異質の財産と考えることは誤りであり、公物管理権は、本質的には、公権力の行使としてとらえられるべきものではない」と述べている。

上記のとおり、平成8年最高裁判決は、所有権の帰属について原審に差し戻していること（つまり、他有公物か否かを問題としていない）も踏まえて、これらの見解に従えば、他有公物の場合も含め

て、公物管理権に基づく訴えについては、財産上の権利利益に準じ、平成 14 年最高裁判決の射程外であり、法律上の争訟性は肯定される。

ウ 本件訴訟が公物管理権に基づく訴えであり、平成 14 年最高裁判決の射程外であること

原判決は、平成 8 年最高裁判決の事案においては、市が市道の機能管理権（公物としての機能維持）のみならず財産管理権（不動産の所有権ないし占有権に基づく財貨的管理）を有していたのであるから、同判決は、地方公共団体が自己の財産上の権利利益の保護救済を求めることができると判示したものと解されるとした上で、本件差止請求に係る訴えとは事案を異にすると判断している。

しかし、平成 8 年最高裁判決は、所有権の帰属が不明（Y が背信的悪意者か否かによって結論が左右されるため、所有権に基づく請求について差し戻している）な事案であり、占有については事実認定していないし、確認請求については、そもそも占有権に基づく主張すらされていない。

したがって、原告に公物の所有権ないし占有権が帰属しているか否かとは無関係に、公物管理権に基づく訴えについては、法律上の争訟性を肯定したものと見るしかない。

また、控訴人は、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(国有財産法にかかる使用許可は、

控訴人が行っている)。

要するに、他有公物ではあっても、財産管理は行っているのであって、原判決が、「財産管理権(不動産の所有権ないし占有権に基づく財貨的管理)」とするところの、財産管理権も有している(言うまでもないが、公物の財産管理権は、所有権ないし占有権に基づくものに限られない)。

沖縄県漁業調整規則 39 条は、海という公共用物の公共用物としての機能を維持発展させるための管理行為(機能管理)を沖縄県知事に委ねたものに他ならず、本件主位的請求は、海という公共用物について、財産管理、機能管理を行う主体である原告が、その公物管理権の保護救済を求めて提起するものでもあることから、平成 8 年判決の事案と同様、平成 14 年最高裁判決の射程は及ばない。

(2) 専ら行政権の主体として提起した訴えではないこと

平成 14 年最高裁判決は、「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」を、不適法としている。

人見意見書(甲 C 1) 11 頁以下で指摘されているとおり、本件訴訟は、地域の水域に存する水産資源という地域の資源の保護培養に強い利害関係を有する者としての立場(人見意見書 11 頁のいうところの、私人たる漁業関係者と同様の立場)においても提起された訴訟でもある。

したがって、「専ら」行政権の主体として提起した訴訟とは言えず、本件は、同判決の射程外である。

また、平成 14 年最高裁判決は、宝塚市長が、宝塚市パチンコ店、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に基づいて、建築工事の中止命令を発したが、これに従わないため、同工事を続行してはならない旨の裁判を求めた事案であるが、本件と異なる点として、被告である業者の義務は、上記条例に基づく宝塚市長の中止命令により課されたものである、という点がある。

同判決の射程は、以下に述べるとおり、処分により課された義務、言いかえるなら、行政により課された義務の履行を求める請求に限定されるべきであるところ、この点について事案が異なる本件主位的請求は、同判決の射程外である。

最高裁平成 21 年 7 月 10 日判決・判例時報 2058 号 53 頁は、公害防止協定の履行請求を認容している。

第一章第 1・3・(3)で述べたとおり、この判決は、平成 14 年最高裁判決が、『法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的』とする訴訟が『法律上の争訟』に該当しない」という命題を採用しているわけではないことを認めたものと理解される。

言うまでもなく、公害防止協定は地方公共団体が公益保護目的で締結するものであるところ、公害防止協定の履行請求が、「一般公益の保護を目的とする」ものであることは疑いようがないが、平成 21 年最高裁判決は、平成 14 年最高裁判決を特に変更することなく、法律上の争訟性を認めている。

原判決は、当該訴訟が法律上の争訟性が認められたのは、事業者と対等な立場で契約をした地方公共団体が事業者に対して契約上の義務を求めた訴訟だからであるとしている。

それゆえに、「一般公益の保護を目的とする訴訟とは区別される」との議論は、論理をなしていないが、少なくとも、原判決の理解において、平成 21 年最高裁判決の事案を平成 14 年最高裁判決と区別したのは、終局的な目的ではなく、訴訟で対象となる権利義務が対等当事者間におけるものか否かという点にあることは疑いようがない。

さらに、平成 14 年最高裁判決は、財産権に基づく訴えも明示的に除いていることと合わせ考えるなら（言うまでもなく、財産権に基づく訴えの中には、契約に拠らずに、民法その他の法令に基づき発生する義務の履行を求める訴えも存在する）仮に原審の理解に従うとしても⁴、「専ら行政権の主体として」、「行政上の義務の履行」を求める訴えとは、選択された当該法関係それ自体が、権力的契機を持つものであることが必要と解するほかはない。

つまり、契約によるか、法令により直接的に権利義務関係が発生せしめられているかはともかく、いずれにせよ、対等当事者間におけるものでなく、権力的契機が要求されていると理解せざるを得ない。

これを言い換えると、法令が行政権になんらかの処分権を与え、行政権が一方的にかかる処分権を行使し、課した義務の履行を求める訴えのみが、平成 14 年最高裁判決のいうところの、「専ら行政権の主体として」、「行政上の義務の履行」を求める訴えにあたり、法律上の争訟性を欠くものと解される。

要するに、文字どおり「行政上の義務」の場合のみに限定され、いわば「行政法上の義務」(行政処分等の行政活動による義務付けを介在

⁴ ただし、村上意見書（甲 C 13）11 頁以下が説得的に指摘するとおり、このように解釈しても、そもそも、なぜ、公権力の主体が訴訟を提起できないのか、ということについて、説明がつかないのだが、ここでは、一応、そのような理解に立ったとしても、という留保の上で、論を進める。

しない「法令による義務」)の履行を求める訴えは含まれないと解すべきである。

けだし、このような場合、行政主体は私人に対して何ら優越的な立場にはなく、私人と対等な当事者として裁判所に助力を求めているものであり、同じく法が定める義務を同じく裁判所の助力を借りて実現する財産権に基づく訴えと、「終局的な目的を公益とする」という点を除けば、区別ができないからである(そして、「終局的な目的を公益とする」か否かは、上記のとおり、区別基準足りえない⁵)。

本件は、義務が直接法令により課されており、行政庁の処分を介在しない場合であるから、平成 14 年最高裁判決の射程外である。

この点、原判決は、控訴人が私人とは異なる公益の代表者としての立場で提起したことから、私人と対等な当事者として裁判所に助力を求めているものとは解されないと結論づけているが、論理として全くつながっていない。

(3) 小括

以上、本件主位的請求は、主体の立場が異なり、平成 14 年最高裁判決の射程外である。

⁵ 平成 21 年最高裁判決は民事訴訟であったため、議論の余地はないが、一応念のため述べておくと、訴訟の対象が「公法」関係か、「私法」関係か、ということによって、対等当事者間の権利義務関係か否かは左右されない(藤田宙靖『行政法総論』397 頁の、形式的当事者訴訟についての「訴訟の実質は行政処分の効果を争うところにあり、その意味において抗告訴訟としての実質を持つものでありながら、法形式の上では対等な当事者間の訴訟という形が採られているものである」、との説明を参照。なお、明治憲法下においても、既に美濃部達吉『行政裁判法』7 頁は、当事者訴訟は、「公法上の法律関係に関する争いで対等なる当事者相互の間の権利を判断する作用」と説明している。)

4 本件の差止請求の名宛人は「国」であり「国民」ではないこと

上記では、提訴した主体の立場が平成 14 年最高裁判決と異なるため、同判決の射程が及ばない旨述べたが、本件においては、請求の名宛人が異なる点も、射程が及ばない所以である。

(1) 被控訴人が片面的な「法律上の争訟」概念を肯定する論拠

原判決は、平成 14 年最高裁判決は、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とする場合は法律上の争訟に当たらないことを明らかにしたもので、争訟の相手方が国民か行政主体かを問わないとして、法律上の争訟性を否定した。

要するに、平成 14 年最高裁判決の趣旨は、被告の属性ではなく、提訴者の利益により、法律上の争訟の内外が区別されるとするものであるから、被告の属性（国民か否か）は無関係ということである。

この点、被控訴人は、「最高裁平成 14 年判決が、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する行政上の義務の履行を求める訴訟が「法律上の争訟」に該当しないと判示したのは、司法権は国民の権利利益の保護救済を目的するものであり、行政主体による「行政権限」の救済は本来的な司法権の枠外の問題であると考えたことによるものと解される」とした上で、国等が財産権に基づく訴えを提起する場合については、「私人と同視し得る地位に立つ場合には、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、国民が自己の権利利益の保護救済を目的として提起する訴訟と同様の取扱いをしたとしても、司法権が国民の権利利益の保護救済を図ることをその本来的な役割とすることに反しない」ことから、国等の財産権に基づく訴えは許容されると説明していた。

この点の被控訴人の主張は、論旨が不明確だが、仮に、「行政権」が国民の権利利益を制約するか否か、つまり、提訴者が「行政権」か否かに力点を置いた説明で、その後の「国民の権利利益を制約するか否か」はどうでもよい、というのであれば、説明になっていない。

「司法権は国民の権利利益の保護救済を目的するものであり、行政主体による「行政権限」の救済は本来的な司法権の枠外の問題であると考えたことによるものと解される」と言うが、ここでは、「原告の裁判を受ける権利の行使としての訴えか否か」が法律上の争訟該当性を左右する基準だったはずが、「行政権が訴えたか否か」に基準がすり替わっており、その根拠は説明されていない。

国等は憲法上の財産権や裁判を受ける権利の享有主体ではないから、私人と同視し得る立場であっても、「原告の裁判を受ける権利の行使としての訴え」に該当することはありえない。

したがって、「原告の裁判を受ける権利の行使としての訴えか否か」という基準と、「行政権が訴えたか否か」という基準を同一視することは不可能である。

そして、同じことなのだが、「司法権は国民の権利利益の保護救済を目的するものであり、行政主体による「行政権限」の救済は本来的な司法権の枠外の問題であると考えたことによるものと解される」と言う場合に、なぜ、「裁判を受ける権利ないし国民の権利利益の保護救済」が、原告のそれのみに限定され、被告のそれが無視されるのであろうか。

言うまでもなく、被提訴者にも「裁判を受ける権利ないし国民の権利利益」は保障されている。

司法権が、「行政権限」の救済を拒絶する理由が、「行政権限」が提訴することにより生じる被提訴者の不利益とは無関係というのが被控訴人の説明であるなら、「原告の裁判を受ける権利の行使としての訴えか否か」という基準と、「行政権が訴えたか否か」という基準のすり替えには、それこそ、何の根拠も述べられておらず、被控訴人の主張する結論である「行政権が訴えたか否か」という基準を無根拠で宣言しているだけに等しい。

結局、被控訴人のこの点の主張に、何らかの意味を持たせて合理的に読むなら、司法権が「行政権限」の救済を拒絶する理由は、被提訴者に行政権が不利益を与えるからである、と読むしかない。

この点、被控訴人は、原審において、別の箇所で、平成 14 年最高裁判決の結論は、権力分立原理及びこれに派生する法律による行政の原理の要請に沿うものであり、法律が国民に対して義務を課せば、行政主体が司法を通じてその履行を強制的に実現できるとすると、立法府が公益と国民の権利利益の保護との調整を勘案して設けた対応策にかかわらず、立法府が予期しない形で国民の権利利益が制約されることになり、法律による行政の原理の要請に反すると主張していたが、これと同趣旨の主張と理解されるということである。

(2) 国に対する差止請求には片面的構成の論拠が妥当しないこと

しかし、このように平成 14 年最高裁判決の論理を捉えた場合、人見意見書（甲 C 1）12 頁で指摘されているとおり、「国民」ではなく、「国」に対する本件主位的請求には、同判決の射程は及ばない（本件予備的請求についてだが、村上意見書（甲 C 13）8 頁も同旨）。

けだし、「上記最判の「射程距離は極力控え目に解する」という立場に立てば、その判示にいう「国民」を文字通り厳格に形式的に解して、国民と同質の、国に「固有の資格」ではない地位にある国も、「国民」ではない、と解することもあながち強引な解釈とはいえないであろう。なぜなら、平成 14 年最高裁判決の意図が、国や地方公共団体による司法手続の利用による国民・住民に対する行政上の義務の履行強制は適切ではないと考え、それを回避しようとするものであるとすると、本件のように一事業者としての地位にあるとはいえ国が被告である限りでは、そのような危惧は何ら問題とならないからである。むしろ、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であるからである。」。

この点、高名な行政法学者である高木光は、「『判例とその読み方』という有名な本がありますけれども、それによれば宝塚市条例事件判決というのは、国または地方公共団体が、専ら行政権の主体となって原告になっている。なおかつ、被告が国民である場合にだけしか及ばないはずなのです。それを、相手が国民であるか、国とか地方公共団体などの行政主体であるかを問わずということ自体が、まさに判例の読み方としておかしいということが言えると思うのです。とりあえず、まずそこで distinguish すべき」(兼子仁・阿部泰隆編『自治体の出訴権と住基ネット』〔研究座談会における高木光発言〕90 頁)と述べて

いる。

本件主位的請求は、被告が「国民」ではない点で、平成 14 年最高裁判決とは事案が異なり、同判決の射程外と解される。

5 本件は許可権限の行使を「無きが如きものとされる」程度に損なわれるような行為に対するものであること

また、本件主位的請求は、亘理意見書（甲 C12）のいうところの、許可権限の行使を「無きが如きものとされる」程度に損なわれるような行為に対するものであることから、この意味でも平成 14 年最高裁判決とは異なり、法律上の争訟性が認められるべきである。

すなわち、平成 14 年最高裁判決の事案が、中止命令という行政処分
の権限行使が行われたことを前提に、それにより生じた義務の履行強制
が司法権の判断に委ねられた事案であるところ、本件は、それとは異
なり、岩礁破碎行為について本来的には許可・不許可（以下では、許可・
不許可を併せて「許否」という。）の判断をなし得る権限が都道府県知事
に帰属するにも限らず、かかる権限行使自体が「無きが如きものとされ
る」程度に損なわれたと認定し得ないかが争われている事案である。

法律上の争訟該当性判断にあたっては、「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」であることが要求される。

既に第 1 章第 1・3・(2)・ウ・(イ)で述べたこととも重複するが、現
行憲法下において、民事刑事に加えて行政事件が司法権に含まれるよう
に至ったこと、行政事件においては、民事上の一法律関係一般において
通常想定される当事者間の具体的な権利義務関係に留めておこなら、本
来それと同視し得るものでありながら、権利義務関係とは異なった局面

で生じる法律関係を裁判による審理救済の対象から不当に除外してしまうことから、権利義務関係には必ずしも該当しないが、それと同視し得る内容・性質を有する事案を「当事者間の具体的な・・・法律関係」の中に包摂することで、法律上の争訟性を認め、裁判による審判・救済の対象に取り込むことを可能ならしめる趣旨を含意する規定として裁判所法3条1項は把握されるべきである。

そして、本来、行政処分を介して行政主体と私人との間に形成される関係が、権利義務ないし法律関係に該当することは、明治憲法の時代から認められてきたところであり、それにもかかわらず、平成14年最高裁判決が、法律上の争訟性を否定したのは、工事の中止命令という行政処分によって生じた義務の強制履行に司法権の手を借りようとするものであった、という点で特殊の事情が存在したことにあると考えられる。

つまり、このような場合には、裁判所は、行政処分が無効であり、処分当初より一切の効力を生じないとされる場合を除いて、当該処分が有効であることを前提に相手方国民に対し当該処分により生じた義務の履行を命ずるか否かを判断せざるを得ず、行政処分の適法性を自らの目で全面的に審査することができないという制約を受け、それにもかかわらず、当該処分の有効性を前提とした義務の履行強制のための裁判を行わなければならないという事態を招きかねないが、このような事態は、行政権に対する司法権の関係という見地から、あるいは相手方国民の権利保護の観点から見ても、妥当性を有し得ないと考えたのではないか。

しかし、本件は、そのような事案ではなく、本件事案では、法律上都道府県知事に配分された許否権限の可能性自体が無きが如きものとされたという意味で、当該権限の帰属自体が否定されたとみなし得るか否か

が争われている。

権利の本質は、一定内容のモノや資源が特定の者へ帰属し、当該特定者は当該モノや資源を自己に帰属するものとしてその利益を享受し、又は処分し得るとされる点にある。

したがって、法律上の争訟概念における「当事者間の具体的な権利義務」という言い回しも、特定のモノや資源が特定の者に帰属することを前提に、帰属する者に認められる権利とその対極にある義務者との法律関係を意味するものとして想定されてきており、かかる権利が不法に侵害されるときには、自己に帰属する当該権利を防御し又は回復するための訴訟の提起が可能とされなければならない。

一方で、本件に目をやれば、本件における許否権限も、法律で当該行政庁に帰属するものとして付与されたものであり、当該帰属する権限の行使の可能性それ自体が他の者により一方的に否定され、当該権限自体が無きが如きものとされる場合には、権利の存在自体が損なわれる場合と同視し得るから、このような場合も、「当事者間の具体的な権利義務関係」と同視し得る性質の紛争を内容とする事案に当たり、したがって、「当事者間の具体的な・・・法律関係」として、法律上の争訟に該当すると考えるべきなのである。

6 小括

以上、本件主位的請求は、民事執行不能論ないし行政代執行法1条により法律上の争訟性を欠くこととはならない。

米国憲法下においては、連邦政府は公益維持のために提訴する場合も事件性・争訟性を満たすものとされており、いわゆる私権保護ドグマは

妥当しておらず、行政上の義務の履行強制については、司法的執行が原則であった。

我が国の現行憲法の司法権は、英米法の司法権概念を継受したものであり、それゆえに、明文規定を欠くにもかかわらず、我が国の現行憲法の司法権は事件性・争訟性を要求されるもので、現行憲法下においては、行政上の義務の履行に関しては、本来司法的執行が原則であり、行政的執行は、例外的に明文規定がある場合に許容されるに過ぎず、行政的執行が許されない場合は、本来の原則に戻り、司法的執行が許されるものと解される。

したがって、司法的執行の前段階として、行政上の義務の履行を求める訴えは、法律上の争訟性が認められるものである。

また、本件主位的請求は、平成 14 年最高裁判決とは、提起主体が財産権に準じる公物管理権に基づいて提起し、あるいは、対等当事者として提起したものであるから、平成 8 年最高裁判決や平成 21 年最高裁判決と同様に、平成 14 年最高裁判決の射程外であり、また、同判決とは異なり、名宛人もその権利利益が憲法上保護されている国民ではなく、より高いレベルで法律上の義務の履行を求められる国であるため、やはり平成 14 年最高裁判決の射程外である。

さらに、同判決の事案とは異なり、本件は、許可権限の行使を「無きが如きものとされる」程度に損なわれるような行為に対するものであるところ、その意味でも同判決の射程は及ばず、権利の存在自体が損なわれる場合と同様、「当事者間の具体的な権利義務関係」と同視し得る性質の紛争を内容とする事案に当たり、したがって、「当事者間の具体的な・・・法律関係」として、法律上の争訟に該当すると考えるべきなの

である（巨理意見書（甲C12）参照）。

第3 予備的請求（不作為義務確認請求）が「法律上の争訟」と認められること

1 序論

第1章第1・2で述べたとおり、本件各訴えは、「法律上の争訟」の定式に該当する。

そして、平成14年最高裁判決を、「法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的」とした争訟全般が「法律上の争訟」に該当しないとする判例と読むのは誤りであり、国民の「裁判を受ける権利」に対応する争訟のみが「司法権の範囲」ないし「法律上の争訟」に該当するものとも言えない。

したがって、本件各訴えは定式どおり、「法律上の争訟」に該当することは明らかである。

以下では、予備的請求（不作為義務確認請求）プロパーの議論として、平成14年最高裁判決の射程について論じる。

具体的には、同判決の射程は民事執行不能論に限定されること、その傍証として、一般公益ないし法規の適正な運用を目的とした確認訴訟について、法律上の争訟性が認められていることについて述べ、確認請求は、平成14年最高裁判決の射程外であることについて述べる。

2 平成14年最高裁判決の射程は民事執行不能論に限定されるものであること

既に第1章第1・3・(2)で詳述したとおり、平成14年最高裁判決は、

同判決の事案に即して、「『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』は不適法」であるという結果命題についてのみ判例として認められるものであり、その外に射程が及ぶものではない。

既に述べたとおり、塩野宏は、平成 14 年最高裁判決を、「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 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、論議を早めに決着させるために法律上の争訟論に頼ったというのである。」と評していた（塩野宏『行政法 [第五版補訂版]』282 頁）。

民事執行不能論から法律上の争訟性を遡って構成することが論理的におかしいこと、そもそも民事執行不能論は現行法上採りえないことについては述べたが、平成 14 年最高裁判決を正当化する論拠があるとすれば、せいぜいこの民事執行不能論であり、そうであるならば、民事執行を予定しない本件予備的請求（不作為義務確認請求）には、妥当せず、平成 14 年最高裁判決の射程外である⁶。

3 一般公益ないし法規の適正な運用を目的とした確認訴訟の法律上の争

⁶ 村上意見書（甲 C 13）8 頁以下において、調査官解説が実態法上の請求権が成立しえないことについて触れていることから、同判決は実体法上の請求権が存在し得ないことを理由として訴えを却下したものとみる余地があり、確認訴訟はそもそも判例の射程外となるとの指摘も参照。

訟性が認められていること

現に、一般公益ないし法規の適正な運用を目的とした確認訴訟について、法律上の争訟性は特に問題なく認められている。

具体的には、以下のとおりである。

(1) 愛知県弁護士会訴訟（同判決については、村上意見書（甲C）4頁も参照）

一般公益の保護を目的とする公法上の義務の確認請求につき平成14年最高裁判決の射程外であることについては、愛知県弁護士会訴訟において、最高裁平成28年10月18日判決・民集70巻7号1725頁が示唆していた。

同最判は、弁護士法23条の2第2項に基づく照会（以下「23条照会」という。）に対する報告拒絶について、照会を発した弁護士会が照会先に対し、主位的に、照会先が23条照会に対する報告を拒絶したことにより弁護士会の法律上保護される利益が侵害されたと主張して、不法行為に基づく損害賠償を求め、予備的に、照会先が23条照会に対する報告をする義務を負うことの確認を求め、原審が主位的請求を認容したのに対して照会先が上告をしたという事案にかかるものである。

最高裁は、「23条照会の制度は、弁護士が受任している事件を処理するために必要な事実の調査等をするを容易にするために設けられたものである。そして、23条照会を受けた公務所又は公私の団体は、正当な理由がない限り、照会された事項について報告をすべきものと解されるのであり、23条照会をすることが上記の公務所又は公私の団体の利害に重大な影響を及ぼし得ることなどに鑑み、弁護士

法 23 条の 2 は、上記制度の適正な運用を図るために、照会権限を弁護士会に付与し、個々の弁護士の申出が上記制度の趣旨に照らして適切であるか否かの判断を当該弁護士会に委ねているものである。そうすると、弁護士会が 23 条照会の権限を付与されているのは飽くまで制度の適正な運用を図るためにすぎないのであって、23 条照会に対する報告を受けることについて弁護士会が法律上保護される利益を有するものとは解されない。したがって、23 条照会に対する報告を拒絶する行為が、23 条照会をした弁護士会の法律上保護される利益を侵害するものとして当該弁護士会に対する不法行為を構成することはないというべきである⁷。」として、主位的請求については上告を棄却し、予備的請求の報告義務確認請求については、差し戻した。

また、岡部喜代子裁判官は補足意見で、23 条照会を受けた公務所又は公私の団体が照会を行った弁護士会に対して報告をする義務は、公法上の義務であることを明示的に述べている。

23 条照会に対する報告義務は公法上の義務であり、また、同最判が 23 条照会について報告を受ける利益について、財産権法上の権利利益を持たないと判断したことは明らかである。

したがって、自己の財産権法上の権利利益の保護救済を求めるので

⁷ 木内道祥裁判官の補足意見は、「原審が、照会が実効性を持つ利益の侵害により無形損害が生ずることを認めるのは、23 条照会に対する報告義務に実効性を持たせるためであると解される。しかし、不法行為に基づく損害賠償制度は、被害者に生じた現実の損害を金銭的に評価し、加害者にこれを賠償させることにより、被害者が被った不利益を補填して、不法行為がなかったときの状態に回復させることを目的とするものであり、義務に実効性を持たせることを目的とするものではない。義務に実効性を持たせるために金銭給付を命ずるというのは、強制執行の方法としての間接強制の範疇に属するものであり、損害賠償制度とは異質なものである。そうすると、弁護士会が 23 条照会に対する報告を受けられなかったこと自体をもって、不法行為における法律上保護される利益の侵害ということはできないのである。」として、弁護士会には財産権法上の保護される利益の侵害がないことを明示している。

なければ「法律上の争訟」に該当しないというのであれば、23 条照会についての報告義務の確認請求について「法律上の争訟」に該当する余地はないことになり、差戻しをしてさらに審理を尽くさせる必要はないにもかかわらず⁸、差し戻したのである。

その後、差戻後の控訴審判決(名古屋高裁平成 29 年 6 月 30 日判決・裁判所ウェブサイト)は、本案の判断をして、報告義務の確認請求を認容した。

同判決は、報告義務の性質については、「23 条照会を受けた公務所又は公私の団体は、照会事項を報告すべき法的義務があるとともに、23 条照会が公法の性質を有する弁護士法により認められた公益を図る制度であることに照らせば、その義務は公法上の義務であると解される」と公法上の義務であるとの判断を示し、「弁護士会の照会権限は、飽くまでも制度の適正や運用を図るためにすぎないことから、照会先の報告拒絶に対し、弁護士会が独自の損害を被ったと主張してその賠償を受けることができる法律上の利益を有するものではない」として、財産権上の権利利益を否定した。

そのうえで、「弁護士会が 23 条照会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、法的に保護された弁護士会固有の利益であるということができるとともに、報告義務の存否(拒絶する正当な理由の有無)に関し、弁護士会と照会先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であると解される。」として、本案の判断をして公法上の義務としての報告義務を認めたので

⁸ 原審は主位的請求を認容したため予備的請求である報告義務の確認請求についての判断は示していないが、上訴審が原審で判断されなかった予備的請求について判断をすることは可能である(最高裁昭和 33 年 10 月 14 日判決・民集 12 卷 14 号 3091 頁参照。)

ある。

名古屋高裁は、「23条照会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」を「法的に保護された弁護士会固有の利益」としたものであるが、これは、自己の財産権法上の権利利益の保護救済を求める訴訟でなくとも、法律上の争訟に該当することを正面から認めたものにほかならない。

この点、原判決は、名古屋高裁判決について、弁護士会の主観的な権利利益の実現が目的とされた事案と解し得る、行政主体と弁護士会とでは、権利主体としての性格、性質が大きく異なることが明らかであるから、事案を異にするとしている。

しかし、ここでいう「主観的」な権利利益が何を意味するのかが、差戻前の最高裁判決は、「弁護士会が23条照会の権限を付与されているのは飽くまで制度の適正な運用を図るためにすぎないのであって、23条照会に対する報告を受けることについて弁護士会が法律上保護される利益を有するものとは解されない。」とし、差戻後の名古屋高裁は、「弁護士会の照会権限は、飽くまでも制度の適正や運用を図るためにすぎないことから、照会先の報告拒絶に対し、弁護士会が独自の損害を被ったと主張してその賠償を受けることができる法律上の利益を有するものではない」として、財産権上の権利利益を否定した上で、「弁護士会が23条照会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、法的に保護された弁護士会固有の利益である」としたのである。

憲法第三章に定める国民の権利及び義務の各条項は、性質上可能な限り、内国の法人にも適用されるとされ、法人に裁判を受ける権

利については、特段争いがない。

しかし、上記のとおり、23 条照会は、あくまで公益を図る制度であり、制度の適正かつ円滑な運営のために弁護士会に照会権限が与えられているに過ぎず、弁護士会には、報告を受けることについて法律上保護される利益を有しないとされているのであるから、弁護士会の提訴を認めなくとも（もっと言うなら、照会制度への関与それ自体を認めずとも）裁判を受ける権利その他の人権の侵害となるとは考えられないし、法律上の争訟性の文脈で語られる意味での、「主観的」な権利利益の保護を図るために提訴したとみることができないことは明らかである。

行政主体は基本的人権の享有主体とはなりえないから、当然弁護士会とは法人の性質が異なることはそのとおりであろうが、愛知県弁護士会訴訟は、弁護士会がその裁判を受ける権利の行使として提訴した事案ではないし、また、自己の主観的な権利利益の保護を図る目的で提訴した事案でもないから（村上意見書（甲 C 13）4 頁は、「行政機関」に近いと評している）主張されている権利利益が主観性を持たないという点では、本件や平成 14 年最高裁判決と事案を異にするとは言えない。

なお、主位的請求について第 1 章第 1・3・(2)で上述したが、平成 14 年最高裁判決事案を異にする点を、対等当事者間の法律関係であることに求めるのであれば（弁護士会は、照会を発するが、これは処分その他の公権力の行使ではなく、弁護士会が優越的な地位に立つわけではない）本件も同様である。

結局、原判決が、愛知県弁護士会訴訟について、主張されている

権利利益の点で本件と区別しているのは、全く根拠がなく、愛知県弁護士会訴訟において、最高裁及び名古屋高裁は、確認の訴えの形式であれば、自己の財産権法上の権利利益の保護救済を求める訴訟でなくとも、法律上の争訟に該当することを正面から認めたものにほかならない。

(2) 納税義務の消滅時効回避のための当事者訴訟（国が原告となり国民を被告とした公法上の義務の確認の訴え）が認められていること

納税者が差押対象財産を有しないため差押えにより国税の徴収権の消滅時効を中断できない場合に、消滅時効中断のために、国が国民を被告として租税納付義務の確認を求めた訴訟について、岡山地裁昭和41年5月19日・行集17巻5号549頁は、「前記事情が存する以上裁判上の請求をするよりほかに、時効中断の方法はないことになる。かかる場合は、国が租税債権の行使を裁判上の請求によりなす必要があり、そのためにする訴には本案判決を求める利益がある。次に、原告の終極的な目的が物の給付を求めるところにあることと、債権存在確認の訴を提起することの適切性につき考えるに、この点についても、前述のように租税債権には自力執行力が付与されているから、原告は、租税債権の存在が確定される限りその目的を達しうるのであり、裁判上請求することについても給付の訴による必要はなく、債権確認の訴によるのが最も適切である。以上の次第により、本件訴には判決を求める利益がある。そして、右の訴は、行政事件訴訟法第四条の公法上の法律関係に関する訴訟に該することは、多言を要しないから本件訴は適法である。」とした。

しかし、第1章第1・3・(4)で述べたとおり、課税権限は、行政主体の財産的権利ではないことは当然、財産的権利に由来するものでもない。

結局、この判決についても、確認の訴えの形式であれば、自己の財産権法上の権利利益の保護救済を求める訴訟でなくとも、法律上の争訟に該当することを認めたものである。

4 小括

以上、平成14年最高裁判決を正当化する論拠があるとしたら、せいぜい民事執行不能論であり、民事執行を予定しない本件予備的請求には平成14年最高裁判決の射程は及ばない。

同判決の射程は、「『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」であるという結果命題についてのみ及ぶもので、一般公益ないし法規の適正な運用を目的とした訴訟全般に及ぶものではなく、確認の訴えの形式において、一般公益ないし法規の適正な運用を目的とした訴訟は認められており、自己の財産権法上の権利利益の保護救済を求める訴訟でなくとも、法律上の争訟に該当するとされているものである。

したがって、本件予備的請求は、法律上の争訟にあたる。

第2章 本訴訟における請求が認容されるべきこと

第1 本件水域の漁業権が消滅していないこと（国は本件水域において岩礁破砕等をしてはならないという不作為義務を負っていること）

1 問題の所在

沖縄県漁業調整規則 39 条 1 項は、「漁業権の設定されている漁場」については、知事の岩礁破砕等許可を得なければ岩礁破砕等行為をしてはならないと定めているが、国の機関である沖縄防衛局は、岩礁破砕等許可を得ていない。

したがって、本件水域が「漁業権の設定されている漁場」であれば、国には、本件水域において岩礁破砕等をしてはならないという不作為義務があることになる。反対に、本件水域が「漁業権の設定されている漁場」に該当しないのであれば、国には本件水域において岩礁破砕等をしてはならないという不作為義務は認められないことになる。

この点に関し、本件水域を含む水域について、名護漁業協同組合が共同漁業権の免許を受けたことについては、争いが無い。

そして、国は、“名護漁業協同組合が漁業権の設定を受けた水域のうち、本件水域については、名護漁業協同組合が漁業権の一部放棄の決議をして総会の議事録を沖縄県に提出して漁業権の一部放棄の意思表示をしているところ、漁業法は漁業権の「放棄」については県知事の免許を不要とし、漁業権者の意思表示のみで「放棄」をできるから、名護漁業協同組合が本件水域について本件水域の漁業権の一部放棄をしたことにより、本件水域に設定された名護漁業協同組合の共同漁業権は消滅した”旨を主張している。これに対し、沖縄県は、“名護漁業協同組合が漁業権放棄の意思表示をしたとは認められない。いわゆる漁業権の一部放棄は、漁

業法上の「変更」に該当するところ、漁業法 22 条は漁業権の「変更」は都道府県知事の免許によることを定めており、免許によらずに漁業権者の意思表示で漁業権の「変更」をすることはできないのであるから、いわゆる漁業権の一部放棄の決議がなされたとしても、そのことにより当該決議の対象となった水域の漁業権が消滅するものではない。”と主張している。

いわゆる漁業権の一部放棄（漁業権者の意思に基づく漁場の区域の一部についての漁業権の消滅）について、名護漁業協同組合が本件水域について放棄の意思表示をしたと認められるか、いわゆる漁業権の一部放棄は、漁業権者の意思表示のみでなしうる漁業法上の漁業権の「放棄」（財産権法上の権利者による処分行為）に該当するのか、それとも、都道府県知事の免許によってなされる漁業権の「変更」（申請に基づく行政行為）に該当するのかが、争点である。

2 国の主張を前提としても名護漁業協同組合が沖縄県に対して漁業権の放棄の意思表示をしたとは認められないこと

平成 28 年 12 月 12 日に、名護漁業協同組合から沖縄県に対し、水産業協同組合法施行細則 16 条 1 項に基づき「総会（総代会）開催報告書」と題する書面が総会議事録謄本を添付して沖縄県知事に提出され、同議事録謄本には第 1 号議案と第 2 号議案の題目がそれぞれ「第 1 号議案 共同第 5 号共同漁業権一部消滅に係る同意について」「第 2 号議案 共同第 5 号共同漁業権一部消滅及び公有水面埋立てに係る同意について」とされている。

しかし、仮にいわゆる漁業権の一部放棄が「放棄」に該当するという

立場に立ったとしても、以上の事実をもって、漁業権の（一部）放棄の意思表示がなされたとは認められないものである。

総会議事録謄本の記載中に「第1号議案 共同第5号共同漁業権一部消滅に係る同意について」「第2号議案 共同第5号共同漁業権一部消滅及び公有水面埋立てに係る同意について」という議案の題目が記されていても、この記載をもって、漁業権の「放棄」の意思表示であるとは認めることはできない。すなわち、「同意」という文言は、あくまで他者の行為を容認することを意味するものであり、「同意」という文言からは名護漁業協同組合自身の行為である「放棄」とは認められないものである。この議案の題目のみからは、埋立事業者に対する埋立てへの同意や埋立事業者に対する関係では今後漁業権を主張しないことへの承諾のみを意味するもののようにも思われ、この総会議事録謄本に記載がある議案の題目のみからは、漁業権の放棄という法律行為がなされたと見ることはできない。

以上のとおり、仮に、いわゆる漁業権の一部放棄が漁業法上の「放棄」に該当するという立場に立つとしても、水産業協同組合法施行細則 16 条 1 項の報告としてこのような内容の議事録謄本を添付した総会開催報告書を沖縄県知事に提出したことをもって、名護漁業協同組合が沖縄県に対して漁業権の（一部）放棄の意思表示をしたとは認められないものである。

3 いわゆる漁業権の一部放棄は漁業権者の意思表示のみでは効力を生じないこと

(1) いわゆる漁業権の一部放棄(漁業権者の意思に基づく漁場の区域の

一部についての漁業権の消滅)は漁業法 22 条の「変更」に該当すること

ア 漁業権の「変更」の意義

漁業法 22 条 1 項は、「漁業権を分割し、又は変更しようとするときは、都道府県知事に申請してその免許を受けなければならない。」と定めているが、この「変更」の意義について、現行漁業法の立案担当課である水産庁経済課編の『漁業制度の改革』は、「当事者の申請によって変更 漁業権の同一性を失わせないでその内容を構成する要素、すなわち、漁業区域、漁業種類等を変えること」(525 頁)としている。

イ 我が国の漁業法制が、漁業権を「営む権利」とし、免許によって漁業権が設権されるとしたことの帰結及び漁業法の文理解釈

(ア) 漁業権とは、漁業を営む権利であり(漁業法 6 条)、免許によって設権されるものである。漁業法 23 条は、「漁業権は、物権とみなし、土地に関する規定を準用する」とし、漁業権を物権とみなすことを定めているが、「みなし」とは、本来性質の異なるものに同様の法的効果を及ぼすための擬制(legal fiction)であるから、物を直接に支配する権利とは本来異質であることを前提とする。すなわち、「漁業権は漁業を営む権利であり、有体物を直接支配し、使用収益しうる権利である民法(明治 29 年法律第 89 号)上の物権とその本来的性質は異なる」(漁業法研究会『最新 逐条解説「漁業法」』168 頁)ものである。

事業(漁業)を営む権利である漁業権は、免許によって設権されるものであるから(漁業法 10 条)、漁業を営む権利の内容は、

免許の内容である諸条件によって定まるものである。すなわち、漁業権の内容とは、免許の内容にほかならないものであり、漁業権の「変更」とは、免許で定められた漁業権の内容の変更のことである。そして、漁業法 11 条 1 項は「漁業種類、漁場の位置及び区域、漁業時期その他免許の内容たるべき事項」と規定しており、漁業種類、漁場の位置及び区域、漁業時期等の要素により、免許の内容、すなわち漁業権の内容が定められることを明らかにしている。換言すれば、漁業種類、漁場の位置及び区域、漁業時期は、漁業権の内容であり、これらの免許の内容を変動させることは、漁業法の文理上、当然に、漁業権の「変更」に該当するものである。

以上のとおり、漁業法の文言からの当然の解釈として、漁場の区域は、漁業権の内容をなすものであり、漁場の区域の縮小という漁業権の内容の変動は、漁業権の「変更」に該当するものである。

- (イ) 漁業権が免許によって設定されるということは、明治漁業法、現行漁業法のいずれにも共通した漁業権の基本的な仕組みであるが、明治漁業法においても、免許の内容を変動させるためには新たな行政行為が必要とされていたものである。

明治漁業法についての体系書である井出正孝『漁業法』（昭和 13 年）は、「漁業権の変更とは漁業権の目的たる水産動植物の採捕又は養殖の内容に関する変更である。漁業権の目的たる水産動植物の採捕又は養殖の内容は特定範囲の漁場、漁業種類、漁業時期、存続期間等諸条件に依り構成せられたる特定内容のものであ

る。而して之等の諸条件は漁業法及施行規則に依り法定せられたる一定の範囲内に於て且行政官庁の免許処分に依り個々の権利に付具体的に決定せられて居ることは既に之を述べた所である。従て漁業権の目的たる採捕又は養殖の内容を構成する前記諸条件の内容の変更は即ち漁業権の変更となる。尤も之等諸条件の変更に因り漁業権の同一性を失はしむるものは茲に所謂漁業権の変更と謂ふを得ないが、唯例外として漁業権の分割に付ては漁業法は第一〇条、第二八条等に於て特に漁業権の変更の一場合として之を取扱つて居るが故に此の關係に於ては之をも漁業権の変更の一部として説明することとする。而して漁業権の内容を構成する前記諸条件は当該漁業権の免許処分を以て定められたるものであるから、前記諸条件を変更することに依り漁業権の内容を変更するには免許処分の内容を変更することを要する。然り而して、既に為したる免許処分の内容の変更は法律の規定に依り行政官庁の処分を以て之を変更することを認むる場合に非ざれば之を為すことを得ざるは又当然の事理とすべく、従て漁業権者其の他の者は任意に免許処分の内容を変更し以て漁業権の内容に変更を加ふることを得ない。漁業法第一〇条第二項に『漁業権ハ行政官庁ノ許可ヲ受クルニ非サレハ之ヲ分割シ其ノ他変更スルコトヲ得ス』と規定したるは此の当然の事理を規定すると共に行政官庁の許可処分を以て免許の内容を変更することに依り漁業権の内容を変更し得る主要なる場合を規定せるものである。然しながら漁業権の変更の原因は常に必ず当該漁業権の免許処分の内容を変更する行政官庁の行為に限られ、他の原因に基き生ずる場

合なしと謂ふを得ない。他の原因に基き漁業権の変更を生ずる主要なるものは漁場区域の一部の滅失に基く場合である。」(115 頁以下)とされていた。

明治漁業法において漁業権は免許により設定される仕組みがとられ、現行漁業法はこの仕組みを明治漁業法から引き継いだものであるが、明治漁業法において、漁場の縮小が漁業権の「変更」に該当するという解釈が確立していたものである。

すなわち、片山房吉『漁業法講義』(昭和17年)は「漁業権の変更とは、其の同一性を害しない程度で、其の内容を変更することを謂う...漁業権の分割、漁業の種類又は時期若は漁場其の他に付ての膨張、縮小等の場合である。」(95 頁以下)とし、今村與作『水産関係法規解説(改訂増補版)』(昭和9年)は「漁業権は行政官庁の免許に依りて発生するものであるから之を変更するに付ても免許したる行政官庁の許可を受くるのが當然である。漁業権の変更には漁場の膨張、縮小、漁業種類の増加減少、漁獲物の種類の増加、減少、漁業時期の延長、短縮等がある。何れも漁業権者の出願に基き行政官庁が之を許可するのである。」(38 頁)とし、原暉三『日本漁業制度概論』(昭和9年)は「変更とは、漁業権の同一性を失はざる限度に於て其の内容を変更するのである。例へば漁場の増減、漁業時期、漁獲物の変更等である」(175 頁)とし、星四郎『日本漁業法註解並二判例』(昭和8年)は「漁業権の変更とは、其の同一性を害せざる程度に於て、其の内容たる漁場、漁業時期、漁獲物の種類又は漁業の種類一又は二以上に付て変更を与へることを謂ふ。漁場に付ては、其の区域の増減又

は部分的変更に限る。若し漁場区域を新旧全然別にするときには漁業権の同一性を害するからである。」とし、長瀬貞一ほか『水産学全集 漁業政策』(昭和8年)は「漁業権の変更は、漁業権の分割、漁業の種類又は時期若し漁場其の他に付ての膨張縮小等を謂ふものと観てよからう」(242頁)とし、末弘巖太郎編石黒武重著『現代法学全集第32巻』(昭和5年)は「漁業権の変更は、漁場、漁業時期、漁獲物の種類又は漁業の種類一又は二以上に付て行はれるが、漁場に付ては、其の区域の増減又は部分的変更に限る。何となれば、漁場区域を新旧全然別にするときには、最早漁業権の変更ではなくして、別個の漁業権の設定となるからである」(428頁)としている。

このように、明治漁業法において、漁場の縮小は漁業権の「変更」に該当するという解釈が確立していたものである。

- (ウ) 現行漁業法の制定にあたって、明治漁業法の上記解釈と異なる意味で漁業権の「変更」という同一文言を使用するとの議論はみられず、昭和24年制定の現行漁業法の立案を担当した水産庁経済課による『漁業制度の改革』は「第二十二條、第三十一條、第三十二條、第三十三條。多少字句の表現を変えている点はあるが、内容的には旧法と同じである。」(524頁)としている。

この経緯よりしても、現行漁業法は漁業権免許の内容を変動させるためには新たな行政処分が必要であるとの考え方のもとに、漁場の区域の縮小は漁業権の「変更」に該当するとの前提で現行漁業法が制定されたことは明らかというべきである。

現行漁業法に係る文献をみても、「(1) 漁業権は内容を定めて

免許される。しかし免許後水族の繁殖、回遊状態の変化その他の漁業事情の変化に伴い、権利の内容をこれに合わせる必要の生ずる場合がある。漁業権の内容変更には、漁業権を分割する場合と狭義の内容変更がある。漁業権の分割とは一個の漁業権を分けて二個以上の権利とする場合であり、変更とは当該漁業権の内容とは異なる内容のものとするをいう。もっとも後者は、それによって漁業権の同一性が失われるなら漁業権としては別個となり、単なる内容変更ではない。従ってここに漁業権の内容変更とは、同一性を損なわぬ限度でその内容を変えることをいう。漁業権の内容変更は、漁場、漁業種類（主要対象水族が漁業種類の構成要素となっている場合は主要対象水族を含む）、漁業時期の各々について考えられるが、漁場については其の区域の増減又は部分的変更に限られる。漁場区域が全く別区域となれば別の漁業権の設定にほかならないからである。漁業種類についても定置漁業権及び区画漁業権は一漁業種類一漁業権（漁業種類毎漁業権）を原則とする。従って漁業種類が変われば漁業権は別となり、もはや漁業権変更の手續には依り得ず、新規免許の手續に依らねばならない。漁業権分割の必要は多く漁場分割の必要が生じた場合に起こるがむろんそれに限られない。共同漁業権は多くの場合一漁業権に複数の漁業種類を包摂して免許される。従ってこの場合は漁業種類による分割も可能である。(2) 漁業権の分割・変更には知事の免許を必要とする。(二二条一項)。漁業権の処分の自由を基本とした旧法にあっても、漁業権の分割・変更には行政庁の許可を必要とした(旧一〇条一項)。ただこの点について、漁業

権は物権と見做される財産権であるから元来処分は自由であるべきだが、漁政の目的から制限されたものと説く見解(星・判例・五五頁)があるが正しくない。漁業権の内容変更は、漁業権の貸付、譲渡等の処分と同一に論じ得る性質のものではない。いいかえると漁業権の内容変更は、財産としての処分の問題ではない。漁業権は、行政庁によりその内容が決められて免許されるものであり、且つ物権法定主義の支配を受ける。加えてその内容は、現行法では水面を総合的に利用する目的のもとに予め漁場計画に従って決められるものである(漁業権の公的性格ないし社会性)。権利者による漁業権の勝手な変更が許されないのはそのためである。漁業権の(狭義の)変更は、前述のように同一性を損なわずにその内容を構成する要素を変えることである。この場合、変更とはいわば新たな権利内容の設定である。」(大國仁『漁業制度序説』90頁以下)、「漁業権の変更とは、その同一性を害しない程度で、その内容を変更することをいい...漁業権の内容たる漁場の位置及び区域、漁業時期その他免許の内容たるべき事項についての拡張、縮小等の場合である。」(工藤重男『判例通達による漁業法解説』63頁)、「漁業権の変更免許とは、都道府県知事が、最初に自らした漁業の免許処分(第10条参照)の内容 すなわち、漁業権の権利内容を、権利者からの申請によって、変更する免許処分(変権行為)であり、第22条に規定されている。そして、変更免許に関する手続き 海区漁業調整委員会への諮問、知事の免許基準 も、同条に規定されているが、新規の免許処分のそれと、同一である。このことは、漁業権の変更免許は、漁業権の新

規設定の免許と法律上の性質は同じであるからであって、現存する漁業権の内容を変更して新しい漁業権にするのと、現在の漁業権を消滅させて変更した内容の新規の漁業権を設定するのと変わりはない。むしろ、漁業権の消滅 新規設定（免許）という方法によらずに、簡便に漁業権の変更の方法によって処理できるようにするために変更免許の制度があるのである…漁業権の一部放棄といわれるのは、公有水面の埋立てなどが行われる際において埋立て予定水域などの一定範囲の水面における漁業権を放棄する 漁業権漁場の一部を放棄する ことを指しているようである。もしそうだとすると、漁業権の一部放棄とは漁業権の漁場の一部縮小であるということになり、漁業権の権利内容である『漁場の区域』の変更の性質を持つものである」（「最新版漁業補償実務資料集 総合事例編」〔水産庁振興部沿岸課課長補佐浜本幸生〕56～57頁）、「漁業権の一部放棄と変更免許 漁業権の一部放棄は、漁業権者のみの意思でできるが、これは、単に権利者が意思表示を行ったにとどまり、これによって漁業権の内容を変更することはできない。漁業権の内容を変更するには漁業権の変更免許が必要になる。変更免許は、漁業権者から申請があった場合に知事が行うことになっているが…漁場計画を立て直さない限り、漁業権の変更免許をすることはできない。このため、漁業権の一部放棄による漁場の縮小を漁業権登録簿に記載する場合は便法として『仮登録』の手続をとっている」（田中克哲『最新・漁業権読本』203頁以下）とされている。また、金田禎之『新編漁業法詳解（増補四訂版）』287頁は、「漁業補償の際に、組合の

総会決議を経た上で、事業者との間で『漁業権の変更(一部放棄)』の契約が交わされる事例が見受けられるが、かかる契約行為はあくまでも当事者間の民事上の問題であり、法第二二条の規定上、このことにより漁業権が当然に変更されるものではない」としているが、この記述は、漁場の区域の縮小(いわゆる漁業権の一部放棄)を漁業法 22 条にいう「変更」としているものにほかならない。

ウ 免許内容の事前決定制度を現行漁業法が採用したことの帰結

免許内容の事前決定制度(漁場計画制度 漁業法 11 条)を漁業法の目的達成のための基本的仕組みとして採用した現行漁業法においては、なお一層のこと、私人(漁業権者)の意思表示のみで漁業権の内容を変動させることは認められないものであり、現行漁業法の制定にあたって、漁業権の「変更」の意義を、明治漁業法下での確立した解釈から変更をしたとの解釈は成り立ちえないものと言うべきである。

すなわち、現行漁業法 1 条は「漁業生産力を発展させ、あわせて漁業の民主化を図ること」を目的とし、この目的を実現するための方法として「水面の総合的利用」をあげている。そして、私的恣意を排して水面を総合的利用するための基本的仕組みとして、免許の内容を事前に樹立する漁場計画によって決定し、その後に免許申請をさせ、漁場計画と異なる免許は認めないこととして、私人が「漁場の区域」等の漁業権の内容(免許の内容たるべき事項)を決めることはできないとする免許内容の事前決定制度(漁業法 11 条以下)を採用している。この制度は現行漁業法の根幹をなすものであり、

漁業権者の意思表示のみで免許によって定められた漁業権の内容を変動させることは、現行漁業法の根幹に違背することとなるから、漁業権者の意思表示で漁業権の内容である「漁場の区域」を変動させることは認めえないものである。

エ 「漁場の区域」の縮小に係る従前の行政解釈等

従前の行政解釈において、「漁場の区域」の縮小が「変更」に該当するとされてきたことは一義的に明らかというべきである。

(ア) 政府答弁書

- a 参議院議員久保巨君提出公有水面埋立計画に関する漁業補償契約ならびに総会決議に関する質問に対する答弁書（答弁書第四一号内閣参質一〇二第四一号昭和六十年六月十四日）

【質問】

二 総会決議について

- 3 「埋立への同意」が、漁協総会で議決された場合、共同漁業権は、その決議によつて一部消滅するのか。
- 4 埋立計画に対して、「共同漁業権の一部放棄」が、漁協総会で議決された場合、共同漁業権は、その決議によつて一部消滅するのか。

【政府答弁】（以下「昭和60年6月14日付け答弁」ということがある。）

二の3について

御指摘の「埋立への同意」は、公有水面埋立法（大正十年法律第五十七号）第四条第三項第一号の同意を指すものと考えられるが、これにより直ちに共同漁業権が消滅するものではない。

二の4について

漁業権を変更しようとするときは、漁業法（昭和二十四年法律第二百六十七号）上、都道府県知事の免許を受けなければならないこととされており、漁業協同組合の総会で「共同漁業権の一部放棄」が議決されたとしても、そのことにより漁業権が当然に変更されるものではない。

- b 参議院議員久保巨君提出共同漁業権の一部放棄及び漁業補償についての漁協の権限に関する質問に対する答弁書（答弁書第四四号内閣参質一〇四第四四号昭和六十一年五月二十七日）

【質問】

- 一 共同漁業権の一部放棄について

昭和六十年五月二十五日、私が提出した質問主意書に対する答弁書（内閣参質一〇二第四一號）において、「漁業権を変更しようとするときは、漁業法上、都道府県知事の免許を受けなければならないこととされており、漁業協同組合の総会で「共同漁業権の一部放棄」が議決されたとしても、そのことにより漁業権が当然に変更されるものではない。」と述べられている。

右答弁に関して、さらに、以下の（一）ないし（三）の質問に答えられたい。

- （一） 埋立計画に対して、「共同漁業権の一部放棄」が漁協総会で議決され、当該議決に基づき漁協より「漁業権の変更免許」の申請があつた場合、都道府県知事は「漁業権の変更免許」をなすことができるか。漁業法第十三条第一項第二号に基づき、右変更免許はできないと解すべきか。

(二) 埋立計画に対して、「共同漁業権の一部放棄」が漁協総会で議決された場合、都道府県知事が、一部放棄の対象区域を漁場区域から除外した内容の新たな漁場計画を樹立し、その新規の漁場計画の下に、申請に基づき「漁業権の変更免許」をなすことは可能か。漁場計画は、漁場の総合利用と漁業生産力の維持発展を目的として樹立される(漁業法第十一条)ことから、右のような漁場計画の新規樹立は不可能と解すべきか。

(三) 前述した(一)及び(二)に対する答弁がいずれも「できない」である場合、「共同漁業権の一部放棄」は、結局、法的には実現せず、一部放棄の対象区域には、従前どおり、一定の資格を有する組合員の「漁業を営む権利」(漁業法第八条)が存在すると解してよいか。

【政府答弁】(以下「昭和61年5月17日付け答弁」ということがある。)

一について

漁業法(昭和二十四年法律第二百六十七号)第二十二条第一項の規定による漁業権の変更の免許の申請があつた場合において、同条第三項において準用する同法第十三条第一項第二号に該当するときは、都道府県知事は免許をしてはならないこととされている。

また、御質問のように、漁業権者が漁場区域の縮小を内容とする漁業権の変更の免許を受けようとする場合に都道府県知事がいわゆる漁場計画の見直しを行つた上で変更の免許を行うことについては、漁場区域から除かれる区域について現在免許を有している者に免許を与えておくことが、水面につき漁業上の総合利用を図り漁業生産力を維持発展させるため漁業の免許をする必要がある場合に漁場計画を

定めなければならないという制度の趣旨に照らし、必要でない場合には、都道府県知事は、漁業法の規定に従い、漁場計画の見直しを行い、その見直し後の漁場計画に即して漁業権の変更の免許を行うことができる」と解している。なお、漁場計画は水面についての漁業上の総合利用ということを考慮して計画されるものであり、これに基づき漁業権が設定されるものであることから、漁場計画に基づいて漁業の免許がなされた後は、原則として漁業権の変更を行うべきでない旨指導してきている。

- c 衆議院議員岩垂寿喜男君提出共同漁業権の漁場区域の一部削除に関する質問に対する答弁書（答弁第一一〇号内閣衆質一一四第一一〇号平成元年三月十四日）

【質問】

共同漁業権の漁場区域について、漁業生産力の維持発展上、一部削除は好ましくないものであるが、次のような場合に一部削除することは、漁業法に照らして適法か否か。また、法的に無効か否か。

それぞれのケースについて答えられたい。

- 一 埋立計画に対して、「共同漁業権の一部放棄」が漁協総会で議決され、当該議決に基づき、漁協より「漁業権の変更免許」の申請があった場合、変更免許を通じて、放棄対象海域を一部削除すること。
- 二 漁業権の免許更新時に、埋立計画の存在を理由として埋立予定海域を一部削除すること。
- 三 一と同様なケースで一部削除を内容とする変更免許を行った後、

免許更新時に再び同一内容の免許をなすこと。

【政府答弁書】(以下「平成元年3月14日付け答弁」ということがある。)

一について

漁業法(昭和二十四年法律第二百六十七号)第二十二条第一項の規定による漁業権の変更の免許の申請があった場合において、同条第三項において準用する同法第十三条第一項第二号に該当するときは、都道府県知事は免許をしてはならないこととされているが、御質問のように漁業権者から漁場区域の縮小を内容とする漁業権の変更の免許の申請があった場合において、漁場区域から除かれる区域について現在免許を有している者に免許を与えておくことが、水面につき漁業上の総合利用を図り漁業生産力を維持発展させるため漁業の免許をする必要がある場合に漁場計画を定めなければならないという制度の趣旨に照らし、必要でないときは、都道府県知事は、漁業法の規定に従い、漁場計画の見直しを行い、その見直し後の漁場計画に即して漁業権の変更の免許を行うことができると解している。なお、漁場計画は水面について漁業上の総合利用ということを考慮して計画されるものであり、これに基づき漁業権が設定されるものであることから、漁場計画に基づいて漁業の免許がなされた後は、原則として漁業権の変更を行うべきではない旨指導してきている。

二について

漁業の免許の切替えが行われる場合において、埋立計画に係る水面について漁業上の総合利用を図り漁業生産力を維持発展させるため漁業の免許をする必要があると認められないときに、当該水面について漁場計画を定めないことは、適法である。なお、漁業の免許の切替えが行わ

れる場合において、従来の漁場区域である水面について漁場計画を定め
ないこととするときは、漁場計画に関する制度の趣旨にかんがみ、特に
慎重な検討を行うよう指導してきている。

三について

漁業の免許の切替えが行われる場合において、漁業法の規定に従い、
埋立計画に係る水面が漁場区域から除かれた漁場計画を定めたときは、
当該漁場計画に即して埋立計画に係る水面を漁場区域から除いた内容
の漁業の免許を行うことができる。

(イ) 水産庁の示してきた見解

- a 水産庁長官の地方自治法 245 条の 4 に基づく技術的助言(24
水管第 684 号平成 24 年 6 月 8 日「漁場計画の樹立について」)

漁業補償の際に、組合の総会の議決を経た上で、事業者との間で「漁
業権の変更(一部放棄)」等を約する旨の契約が交わされる事例が見受
けられますが、かかる契約行為はあくまでも当事者間の民事上の問題で
あり、法第 22 条の規定上、このことにより漁業権が当然に変更される
ものではありません。

- b 昭和二七年一〇月二日付二七水七九〇二号「漁業法第二二条
の事務取扱上の解釈について」水産庁漁政部長通知

一 共同漁業権

イ 漁場の変更

(A) 漁場を拡張する場合

当初の漁場計画の際の測定の誤り等の理由で止むを得ず漁場を拡張する場合、その漁業権の本質が変わらず且つ他の漁業に影響を及ぼさない程度の拡張ならば、法第二二条の変更として処理することは差し支えないが、拡張の範囲が相当大きくなると近隣の漁業にも影響を及ぼすことは必至であるから、このような場合には法第二二条で処理せず、新規計画として処理すべきである。

(B) 漁場を縮小する場合

他漁業と関係がないものと考えられるから法第二二条の変更手続きでよい。

□ 漁業種類の変更

(A) 追加する場合

他種の漁業の追加（例えば現在第二種の漁業がない漁業種に小型定置網漁業等の第二種の漁業を追加する場合）は勿論同種の漁業の追加（例えば現在第三種の内容に地びき網漁業を含んでいる漁業権に船びき網を追加する場合）も変更ではなく、新規免許として取扱うべきである。

(B) 削除する場合

申請者からの申出による場合、法第二二条の変更手続きでよい。

八 漁期の変更

計画が誤っていた場合は漁期を動かすということも考えられるがこのうち漁期を短縮する場合は法第二二条の手続を踏めばよい

が、延長する場合は、新規免許と同様法第一条により行うべきである。

(ウ) 公有水面埋立事例における漁業調整規則による岩礁破碎等許可の要否についての行政実務

以上見たとおり、国が、漁業権者の意思に基づく「漁場の区域」の縮小について漁業法 22 条の「変更」に該当するとの解釈を採用してきたこと、漁業協同組合が「一部放棄」の特別決議をしてもそれのみでは漁場の縮小（漁業権の一部消滅）という効果は生じないとしてきたことは、一義的に明らかである。

したがって、この国の見解を前提とすれば、漁業協同組合が漁業権の一部放棄の特別決議をし、公有水面埋立の免許ないし承認がなされたとしても、漁場の縮小を内容とする変更免許がなされない限り、水面が物理的に消滅するまでは漁業権は設定されており、岩礁破碎には漁業調整規則による許可を要することになる。平成 13 年 6 月 5 日付けで沖縄県がした「既に公有水面埋立法に基づく埋立免許を受けた区域（中城港湾泡瀬地区）において、埋立のための岩礁破碎を行う場合であって、当該漁業権者が漁業権の消滅に同意し、仮登録もなされ、漁業補償もなされている場合において、沖縄県漁業調整規則（昭和 47 年沖縄県規則第 143 号。以下「規則」という。）第 38 条の規定に基づく知事の許可を受ける必要があるでしょうか。」という照会に対し、同月 5 日、水産庁は「沖縄県漁業調整規則第 38 条に基づく岩礁破碎等の知事許可は必要である。漁業権者が漁業権の消滅に同意し、仮登録がな

され、漁業補償がなされても、漁業権は存在する。漁業権の消滅の同意は契約行為であり、当事者間の話であり、岩礁破碎等の許可権者である知事が知るところではない。当該許可は、水産資源保護法に基づくものであり、同法の目的は「水産資源の保護培養を図り、且つ、その効果を将来にわたって維持することにより、漁業の発展に寄与すること」であるので、知事は同法の目的に鑑み、岩礁破碎等の許可をすべきか否かを判断すべきである。漁業権者が漁業権の消滅に同意したからといって、漁業権が消滅したわけではなく、岩礁破碎等の許可がいないということにならない。漁業権の消滅に同意した漁業権者が岩礁破碎等に同意することは矛盾せず、両立し得る」と回答している（甲A8）。

この水産庁の見解に基づき、沖縄県においては、漁業権の一部消滅等の決議がなされても岩礁破碎等を行う場合には沖縄県漁業調整規則39条所定の許可を求めてきたものである。

本件提訴前5年間の沖縄県内の事例をみても、那覇空港路滑走路増設設備事業（平成26年2月14日岩礁破碎等許可）、普天間飛行場代替施設建設事業（平成26年8月28日岩礁破碎等許可）、白浜港港湾整備事業（平成26年11月27日）、村道77号線黒崎原支線整備事業周辺海域整備事業（平成28年5月10日岩礁破碎等許可）、那覇空港滑走路増設事業整備（平成29年3月9日岩礁破碎等許可）と、すべての公有水面埋立事案において、岩礁破碎等許可申請をして許可を得たうえで岩礁破碎等を伴う工事がなされていた。

漁業協同組合が漁業権の一部消滅等の決議をしただけでは漁

業権は消滅せず、岩礁破碎等を行うためには岩礁破碎等許可を要するということは、確立した行政実務であったものである。

オ 小括

以上述べたとおり、いわゆる漁業権の一部放棄（漁業権者の意思に基づく漁場の区域の一部消滅）は、漁業権の内容である漁場の区域を変動させるものであるから漁業法 22 条にいう漁業権の「変更」に該当するものである。

(2) 原審答弁書における漁業権に関する国の主張の誤り

いわゆる漁業権の一部放棄が漁業権の変更（漁業法 22 条）に該当することは(1)において詳述したとおりであり、以下は(1)と重複する内容を含むが、原審における漁業権に関する国の主張（答弁書の第 3、1）に即して反論する。

ア 漁業法が「放棄」と「変更」を書き分けていることについて（漁業法の文言解釈について）

国は、「漁業権の『放棄』は、漁業法上、明確に『分割』や『変更』とは書き分けられていることからすると（漁業法 30 条、31 条参照）、漁業権の『放棄』が『放棄』に該当するとの解釈は文言上当然」（答弁書 9 頁）と原審において主張していた。

確かに、漁業法は、「放棄」と「変更」を書き分け、その規律を異にし、両者を異なる概念としている。しかし、このことは、漁業権者の意思に基づく漁場の区域の一部についての漁業権の消滅（いわゆる漁業権の一部放棄）が、「放棄」と性質決定されるのか、それとも、「変更」と性質決定されるのかという問題の所在を示すものであ

って、漁業法が書き分けていること自体は、いずれに該当するのかについての根拠となるものではなく、国の主張はおよそ論理をなさないものである。

漁業法 22 条にいう漁業権の「変更」の意義は、現行漁業法の立案担当課である水産庁経済課編の『漁業制度の改革 新漁業法の条文解説』には、「当事者の申請によって変更 漁業権の同一性を失わせないでその内容を構成する要素、すなわち、漁業_マ区域、漁業種類等を変えること」とされている。漁業権の「変更」という文言より、この「変更」という文言が、漁業権の内容を構成する要素の変動を意味することは、あまりに当然のことである。漁業権は知事の免許によって発生する権利であり（漁業法 10 条）その内容は免許によって定まるものである。そして、「漁業権の内容たる漁業の免許」について、「免許の内容たるべき事項」とは、「漁業種類、漁場の位置及び区域、漁業時期その他」であると定められている（漁業法 11 条 1 項）。漁場の区域は、漁業権の内容を構成する要素であり、漁場の区域の一部についての漁業権の消滅とは、漁業権の内容を構成する要素である漁場の区域の変動（縮小）に他ならないのであるから、漁業法の文理解釈、形式論理上当然に、漁業権者の意思に基づく漁場の区域の一部についての漁業権の消滅（いわゆる漁業権の一部放棄）は漁業法 22 条の漁業権の「変更」に該当するものであって、漁業法上の「放棄」には該当しない。

イ 漁業権の「放棄」が漁業権者の意思表示に委ねられているとの主張について

(ア) 国は、原審において、「放棄することについては当該漁業権者

の意思に委ねているのであって、かかる同法が、自らの意思で漁業権の一部を放棄することを許さず、免許を要するとしているとは解されない」(答弁書 10 頁)と主張していた。

この国の主張は、「放棄」が私法上の法律行為(財産権法上の処分行為)であるのに対して、漁場の区域の縮小(いわゆる漁業権の一部放棄)が事業の免許の内容を変動させる行政行為であるという本質的な相違があることを理解していないものである。

漁業権は、行政行為によって設定されるものであるが、私権たる財産権であり、権利自体は私法上の財産処分の客体となるものである。漁業権の「放棄」は、権利者による私法上の法律行為によりなされるものである。

これに対して、漁業権の内容は免許によって定まるものであるから、漁業権を構成する要素を変動させることは、免許の内容を変動させることにほかならないものであり、これは私法上の財産権処分行為ではなく、行政行為である。漁業権とは、漁業という事業を営む権利であり(漁業法 1 条)、事業(漁業)を営む権利の内容、保護される行為の内容は免許によって設定されるものである。事業を営む権利である漁業権は、免許によって設権されるものであるから(漁業法 10 条)、営むことのできる事業の内容は、免許の内容である諸条件(漁業種類、漁場の位置及び区域、漁業時期等)によって定まるものである。漁業という事業にかかる免許の条件(漁業権の内容を構成する要素)は、行政行為によって定められるものであるから、免許で定められた諸条件(漁業権の内容を構成する要素)の変動は、あらたな行政行為によってなさ

れるものである。そして、漁場の区域は、漁業権の内容を構成する要素であり、漁場の区域の一部についての漁業権の消滅とは、漁業権の内容を構成する要素である漁場の区域の変動（縮小）に他ならないのであるから、漁業という事業を営む権利についての免許の内容を変動させるものであり、これは免許権者による行政行為によってなされるものであり、私人（漁業権者）の意思表示によって免許内容が変動をするものではない。

- (イ) 国は、原審において、「再度漁場計画を定めた上で、適格者に当該漁業権を付与すれば足りるのであって、漁業権者の意思による漁業権の一部放棄を認めたとしても、何ら不都合はない」（答弁書 10 頁）と主張していた。

しかし、漁業権を再度付与できるかということと「いわゆる漁業権の一部放棄」の漁業法上の性質決定とは次元の異なる問題であり、国の主張は論理をなしていない。また、国のこの主張が、漁業調整の現場とは乖離した机上の空論に過ぎないことは明らかというべきであり、現行漁業法が根幹的仕組みとして採用した免許内容の事前決定制度（漁場計画制度）の意義をまったく解さない暴論である。

たしかに、理論的可能性としては、再度漁場計画を定めて漁業権の免許をする余地がないとは言えない。しかし、私人が恣意的に漁業権の一部を放棄するならば、その一部放棄に際して漁業調整上の配慮からの規制はなされていないのであるから、放棄された部分と同内容の漁業権の免許を付与しようとする場合に漁業調整上の問題が生じる可能性は極めて高いことになる。そして、

漁業調整上の問題が生じる場合には、新たな漁場計画を定めることはできず、結局、当初の漁場計画制度が意図した漁場の総合的高度利用をすることができないこととなる。国の主張は、漁業調整の実際から乖離した空理空論と言うべきである。

また、漁業法は、漁場の総合的高度利用という漁業法の目的のため、漁業権の免許の内容を申請者が恣意的に定めることはできないものとし、相当広い範囲を単位とした総合的な漁場計画制度により免許内容を事前に決定し、漁場計画制度で定められた内容と異なる免許の申請を認めないとしたものであるが、漁業権者が恣意的に漁業権の一部放棄を自由にできるとするならば、漁場の総合的高度利用のための最適解として設定された漁業権の内容が私人の恣意で変動することになり、漁場計画制度の趣旨に反することになる。また、漁業権者が恣意的に一部放棄した内容のみを対象として再度の漁場計画を立てようとする場合、一部放棄された内容のみしか対象とできないため、漁場の総合的高度利用のための最適解としての漁場計画制度を樹立できるとは限らないことになる。これは、現行漁業法の根幹的な仕組みである漁場計画制度と明らかに矛盾するものであり、漁業権者の恣意的な漁業権の一部放棄を認めないことは当然である。

- (ウ) 国は、原審において、「漁業権の『放棄』について漁業権者の意思表示のみでできるとしていることと明らかに矛盾する」(答弁書 11 頁)と主張していたが、かかる主張は成り立ちえない。

漁業権を放棄することは、いわば免許の返上と同じことである。漁業権が放棄された場合には、当初の漁場計画が最適解として定

めた免許の内容（漁業種類、漁場の位置及び区域、漁業時期等）と同一の内容を「免許の内容たるべき事項」とする漁場計画を立て、再度同一内容の漁業免許を付与することができるのであり、いわゆる一部放棄について示した問題点は妥当しないのである。放棄ができるから漁場の縮小もできるという論理関係にはない。

なお、国は、原審において、「原告の主張は、免許によって設定された漁業権の放棄と、漁場計画において漁業権の内容として定める『漁場の区域』の縮小とを同視している」と主張していたが、漁業権の「変更」と、漁場計画の「変更」とが異なる概念であることは当然である。漁場計画が定められ、漁場計画で定められた「免許の内容たるべき事項」を内容とする漁業権の免許がされた後、漁業権の「変更」がなされたとしても、一旦定められた漁場計画が変更されたことになるものではないことは、あまりにも当然である⁹。沖縄県の主張は、漁業権の内容は免許で定まるものであるが、漁業権の免許の内容は申請者が決定することはできずに漁場計画で免許の内容たるべき事項を定めることになっているところ（免許内容等の事前決定・漁場計画制度）、免許後に漁業権者の意思表示のみで漁場の区域の一部について漁業権が消滅して漁場の区域の縮小を生じさせるという漁業権者の私的恣意による漁業権の内容の変動を認めるならば、漁場計画制度と矛盾するということを指摘していたものである。

(3) 一部の下級審裁判例に見られた杜撰な誤り

漁業権者の意思に基づく「漁場の区域」の縮小が漁業権の「変更」

⁹ なお、漁場計画の変更とは、漁場計画が決定公示された後免許するまでの間に、漁場計画を変更することをいう。

に該当することは明治漁業法の解釈、現行漁業法制定後の解釈においても当然のこととされてきたものであり、現行漁業法下の裁判例においても、高松地裁昭和 45 年 4 月 6 日判決は、「漁業権の一部放棄の場合は、漁業権の変更に当る」と明確に判示している。また、最高裁昭和 60 年 12 月 17 日判決は、漁業権の一部放棄（漁場の区域の一部除外）の性質決定が争点とされた事案ではないものの、前述したとおり、「漁場の区域」の一部除外を漁業権の「変更」としている。

しかしながら、行政法理論及び漁業権の変更と漁場計画制度についての準用条文の基礎的理解の欠如により、漁業権者の意思に基づく「漁場の区域」の縮小が「変更」に該当しないという誤った判断を示した下級審裁判例があるため、念のため、その誤りを明らかにしておくこととする。

ア 大分地裁昭和 46 年 7 月 20 日判決・判例タイムズ 265 号 114 頁

本判決は、いわゆる白杵訴訟の一審判決であるが、漁業権者の意思に基づく「漁場の区域」の縮小について、「私権である漁業権は不動産に対する物権の場合と同様その一部を放棄することも許されると解されるし、このような一部放棄について漁業調整その他の公益は全く存しないから、このような漁業権の一部放棄は、漁業法二二条による免許を必要とする『漁業権の変更』には該当せず、このような免許がなくとも効力が生ずるといふべきである。」と判示した。

この判決は、明治漁業法、現行漁業法を通じて、漁業権者の意思に基づく「漁場の区域」の縮小は「変更」に該当し、行政行為（免許）によってなしうることに異論がなかったことについて、初めて異なる解釈を示した裁判例と思われるが、その根拠として、「私権で

ある」ということしか示していない。「漁場の区域」が漁業権の内容をなすことは一義的に明らかであり、これを縮小することは、漁業権の内容を変動させるものである。それにも関わらず、これは漁業法 22 条の「変更」に該当しないとする理由は、一切示されていない。また、私権であるから不動産に対する物権と同様に一部放棄できるという粗雑な論理のみで免許を不要とするのであれば、漁業法 22 条が「分割」について免許を要するとしていることをどのように理解するのかが当然に問題となるが、そのような解釈もまったく示されていない。漁業権の内容が行政行為によって定められるものであり、行政行為の効果を私人の意思表示で変動させることはできないという行政法理論を理解しないものであり、明治漁業法以来の通説・実務と異なる判断を示しているにもかかわらず問題意識すらも示されていないものである。行政法理論についての基礎的理解を欠いた粗雑きわまりない判決であり、同判決についての判例評釈においても、「漁業権の設定行為自身は行政処分であり、公法上の行為であるが、その結果組合に付着した漁業権そのものの性質は法も示す通り私権であり、その放棄の自由であることは所論の通りである。しかし区域の増減とか、漁業権の種類の変更改除等、権利の内容に変動を生じる場合は漁業権の変更として、漁業法制定の趣旨である、漁業の調整、水面の総合的利用、漁業生産力の発展等の観点から、知事は海区漁業調整委員会に諮問し、その意見をきいた上で公益判断に基く免許の処分を為すべきことが定められているのである。なるほど、私権の立場からみれば一部放棄も放棄に違いないし、その意味では、行政庁に対し漁業権登録につき、その一部を抹消するこ

とを届出でれば足りるであろう。しかし、漁業行政の立場からすれば、一部放棄された漁区の措置につき公益判断に基き何らかの決定をしなければならない。それは本件の如く埋立てが予定されている場合に限らないからである。従って一部放棄は海区漁業調整上何らかの影響を及ぼすものであり、漁業権設定そのものが公法上の行為であり、公共性との関連をもって処分されているものであるから、その権利内容の変更もまた公共性を伴うものであり私権の立場からみる一部放棄の自由も、漁業法上の変更の範疇で免許の対象となる。私権といえども公法関係と接触をもつときは、その公法上の制約に服すべきは当然である。そしてその変更免許処分は、放棄の部分を除いた残りの変更された海区全体に対する新しい設権処分であり、一部放棄された海区の単なる登録の抹消措置ではないのである。判旨の一部放棄は行政への届出だけでよい、とする考え方は、おそらく漁業権の主体が同一組合であるから、新たな処分なしに残った海区についての権利はそのまま当然に存続し、当初の設権処分とは別に新たな処分を必要としないものとの判断に立っているように思われるが、それは行政法理論からすれば誤りである。従って、組合が漁業権の全部を放棄する場合は届出をもって、喪失の効力を生ずるものと解される。」(桜田誉「臼杵市における漁業権確認訴訟・大分地裁判決等について」法律のひろば 24 巻 11 号 32 頁)と批判されている。

また、「一部放棄について漁業調整その他の公益は全く存しない」とする条文上の根拠を同判決はまったく示していないもので、漁業法の解釈を示したとは到底いえないものである。漁業法は、「漁場の

区域」については、公益に関わるものとして、漁業権者が「漁場の区域」を選択することはできないとする仕組みを採用しているものである。すなわち、再三述べたとおり、「漁場の区域」は、漁場計画制度によって定められ、漁業権の免許を申請する者が「漁場の区域」を選択することは認められていない。そして、漁業権の変更について、漁業法 22 条は同法 13 条を準用している。したがって、新たに漁場計画が樹立され、その漁場計画によって漁場の区域が定められるものとされ、漁業調整の観点から漁場計画制度によって「漁場の区域」を定めるという仕組みは、漁業権の「変更」に際しても貫徹されているものである。漁場の区域を変動させることについて「漁業調整その他の公益は全く存しない」とすることは、漁業法の基本的な仕組み、条文の構造についての無理解を露呈したものであるというほかはない。

漁業法の条文構造、仕組みに即した法解釈は皆無であり、到底支持し得る内容ではない。

イ 福岡高裁昭和 48 年 10 月 19 日判決・訟務月報 20 卷 1 号 34 頁

(ア) 本判決の要点

本判決は、いわゆる白杵訴訟の控訴審判決であるが、漁業権の「変更」は「設権」行為であるから、権利の拡張のみが「変更」に該当する、漁業法 22 条に定める漁業権の分割または変更の場合にあっては漁場計画制度よりする広義の漁業調整上の必要に対する配慮は要求されていない、として、漁場の区域の縮小は漁業権の「変更」に該当しないとしたものである。

しかし、このいずれの理由も、漁業法の解釈として成り立ちえな

いことは明らかである。

(1) 「変更」は設権行為であるから「縮小」は含まないとしたことの誤り

漁業権の「変更」は「設権」行為であるから権利の拡張のみが「変更」に該当するという、あまりにも杜撰な誤った見解を最初に示したのが、この判決であると思われる。

同判決は「漁業権は、右諸条件、すなわち、漁業種類（漁具、漁法及び漁獲物の種類）、漁場の位置及び区域並びに漁業時期といつたがごとき権利内容を具体的に定めて免許されるものであるから、これら諸条件が変更されれば、その変更された部分についていうかぎり、新たに権利が設定されたものと目すべき関係にあり、従つて、漁業権の変更についても、漁業権の設定を受ける場合と同様、都道府県知事の免許にかからしめらるべきことは、むしろ当然であり、これが、漁業法二二条一項の規定が設けられているゆえんである（すなわち、漁業権の変更は、講学上いわゆる変権行為にあたるものと解されるから、いわゆる設権行為及び剥権行為の結合としての性質を有するものであるところ、漁業法二二条一項は漁業権者の出願による変更の場合を規定し、同法三九条は公益上の必要を理由とする行政庁の処分としてのそれを規定しているものと理解される。）。換言すれば、同法二二条一項は、漁業権を分割し、または変更しようとするときは、都道府県知事の免許を受けるべきことを規定しているところ、漁業権の分割とは、一個の漁業権を分割して二個以上の漁業権とすることであり、従前の漁業権を消滅させて、相互に抵触することのない権

利内容の、二個以上の漁業権を新たに設定することに帰着するから、結局、同条項の趣旨とするところは、分割の場合にせよ変更の場合にせよ、新たな設権行為としての実質を持つ場合について、都道府県知事の免許を要すべきことを定めたものにほかならない。ただ、ここに漁業権の分割といい、あるいはその変更といつても、広義においては、漁業権の内容を変えることにあたるが、前者の場合にあつては、実質的には純然たる漁業免許であり、後者の場合にあつては、いわば追加的（部分的）漁業免許の性質を有するにとどまる点において、両者の異別あるものというべきである。そうすると、つまるところ、漁業権の放棄は、私権たる財産権の性質に基づき、一般私権に共通した権利消滅原因として漁業権消滅の効果を生ぜしめるものであるのに対し漁業権の変更は、従前の漁業権との同一性を害しない限度で新たな権利の付与たるべき性質を有するとともに、当該変更された権利内容に従つてではあるが、あくまで従前の漁業権を保有、行使することを前提とするものであることは、いうをまたないところである。しかるに、いま問題となつている、漁業権の目的たる水面（漁場）の一部を縮少することは、その縮少された水面についてみるかぎり、従前免許されていた漁業権の消滅をもたらすものであつて、同一水面にこれと抵触しない別個の漁業権が成立している場合に、当該別個の漁業権が存続するのは格別、従前の漁業権については、それがどのような権利態様のものとしてであれ、何びとも漁業権を保有、行使しないという状態を現出するものであるから、漁業権の権利内容に変動（縮減）が生じているとはいえ、新たな設権

処分としての実質をそなえるものではない」、「漁業法二二条に定める、漁業権の分割または変更の場合にあつては、漁場計画制度よりする広義の漁業調整上の必要に対する配慮は、必ずしも要求されていないものと解するのほかはなく、そうだとするならばまた、漁業権の目的たる水面（漁場）の一部縮小の場合について、漁場計画制度ないし広義の漁業調整上の必要を強調して、これが漁場（漁業権の目的たる水面）の一部における漁業権の放棄にあたることを否定する根拠となし得ない」として、漁場の区域の縮小は「変更」には該当しないとの判断を示した。

権利の拡張のみが「変更」であるとするということについては条文にはなんらそのような限定は付されていないものであり、殊更に条文の文言自体にはない限定を付して解釈をするのであれば、あえて条文の文言にはない限定を付す積極的な根拠が必要である。しかし、権利の拡張のみが免許の対象であるとの一般的な行政法理論が存するものでない。漁業権の内容は、行政行為（免許）によって定められるのであり、「漁場の区域」は行政行為（免許）によって定められるのであるから、この権利の内容を変動させるためには新たな行政行為を要するものというべきであり、行政法の理論からも到底首肯することはできない。なお、行政行為による既存の権利の変動が「特許」「設権行為」という概念に該当することは当然である（田中二郎『新版行政法上巻全訂第二版』123頁）。

明治漁業法においても漁場の縮小は「変更」に該当するという解釈が確立していたものであるが、現行漁業法制定時にこれを変

更するとの議論も存しなかったものである。明治漁業法においても、現行漁業法のそれまでの解釈にも存しなかった、このような珍奇な解釈が成り立ちえないことは明らかである。

寶金敏明氏（当時法務大臣官房訟務部付検事）は、同判決の評釈において、「漁場の一部縮小には、新たな設権処分としての実質がないから、変権行為たる漁業権の変更に該当しないという点は、行政法理に照らし、疑問である。判旨が正当に説示するとおり、変権行為は設定行為と剥権行為との結合としての性質を有する。そして、漁業権の目的たる水面（漁場）の一部放棄に対応する変更免許は、権利の与奪という点に着目すれば、従前の漁業権を奪う一方、縮減された漁場に対する新たな漁業権を設定する行為に他ならない...したがって、漁業権の一部放棄は、漁業権の変更（漁業法二二条二項）として、変更免許（特許）を受けなければ、その効力を生じないというべきである」（寶金敏明「いわゆる臼杵市公害予防闘争控訴審判決について」法律のひろば 69 頁）としている。

なお、臼杵訴訟においては、当事者が、現行漁業法立案担当課の手になる水産庁経済課編『漁業制度の改革』を引用して主張を展開していたものであるが、先に引用したとおり、同書に「漁業権の設定 全く新しく設定される」と以上に述べた広い意味の漁業権の変更 既にある漁業権が内容を変える、その態様として狭義の変更と分割と期間延長の三者 は、いずれも権利が設定されるという本質において設権行為であるので、知事の免許を要することとした。」(525 頁)とされ、「設権行為」という言葉が使わ

れていることから、権利の拡張以外はここにいう「変更」に該当しないというあまりにも杜撰な議論がなされたのではないかと考えられる。しかし、権利の拡張のみが「変更」であるということが論理的に成り立たないことはこれまで述べてきたことから明らかである。そして、現行漁業法について、立案担当課が権利の拡張のみが「変更」であるとの見解を採用していたものではないことは、次のことから明らかである。現行漁業法は昭和 25 年 3 月 14 日に施行され、立案担当課である水産庁経済課編の手になる『漁業制度の改革』が発行されたのは同年 4 月 10 日である。そして、現行漁業法施行の約 2 年後の昭和 27 年 10 月 2 日に発せられた水産庁漁政部長通知「漁業法第二十二条の事務取扱上の解釈について」において「一 共同漁業権（イ） 漁場の変更（A） 漁場を拡張する場合 当初の漁場計画の際の測定の誤り等の理由で止むを得ず漁場を拡張する場合、その漁業権の本質が変わらず、かつ、他の漁業に影響を及ぼさない程度の拡張ならば、法第二十二条の変更として処理することは差し支えないが、拡張の範囲が相当大きくなると近隣の漁業にも影響を及ぼすことは必至であるから、このような場合には法第二十二条で処理せず、新規計画として処理すべきである。（B） 漁場を縮小する場合 他漁業と関係がないものと考えられるから法第二十二条の変更手続きでよい。」とされ、漁場の縮小が漁業法 22 条の漁業権の「変更」に該当するという水産庁の見解が一義的に明らかにされていたものである。「変更」という文言自体から権利の拡張のみを示すとの理解が導かれるものではない。また、明治漁業法において

も「変更」には漁場の縮小は「変更」に該当すると解釈されていたものであるが、現行漁業法制定時にこの解釈を変更するとの議論は存せず、逆に現行漁業法施行の2年後の昭和27年の水産庁漁政部長の通知において漁場の区域の縮小は漁業法22条の「変更」に該当すると明記されているのである。したがって、現行漁業法は、漁場の区域の縮小という漁業権の内容の変動が漁業法22条にいう「変更」に該当するとの理解のもとに立法されたものであるというべきである。

なお、前述のとおり、最高裁昭和60年12月17日判決は、埋立対象区域を漁業権の漁場の区域から除外する旨の漁業権の変更を議決し、漁業法22条に基づき変更免許を受けた事案について、「漁業権変更の議決を無効とすることはできない。」としており、漁場の区域の一部除外を漁業権の「変更」としているものであるから、最高裁判例が、漁場の区域の追加のみが「変更」に該当するとの立場を採用していないことは明らかである。

(ウ) 漁業権の「変更」について広義の漁業調整上の必要に対する配慮は要求されていないとしたことの誤り

漁業法22条に定める漁業権の分割または変更の場合にあっては漁場計画制度よりする広義の漁業調整上の必要に対する配慮は要求されていないとしたことについては、漁業法の条文の準用の構造すら理解していないことを露呈したものである。

a 同判決は、要するに、漁業法22条2項は漁業上の紛争防止の意味での漁業調整（狭義の意味における漁業調整）を規定しており「漁業上の総合利用を図り、漁業生産力を維持発展させ

る」という意味での漁業調整（広義の意味における漁業調整）を規定していないこと（すなわち、漁業法 22 条 2 項は現在の漁業法 11 条 1 項にいう「当該漁業の免許をしても漁業調整その他公益に支障を及ぼさないと認めるとき」と同義であること）及びいわゆる先願主義を採っていた明治漁業法における漁業権の分割変更を定めた規定と現行漁業法の漁業権の分割変更について定めた規定を比較すると両規定の内容は殆んど同一のものであることより、「漁業法二二条に定める、漁業権の分割または変更の場合にあつては、漁場計画制度よりする広義の漁業調整上の必要に対する配慮は、必ずしも要求されていないものと解するのほかになく、そうだとするならばまた、漁業権の目的たる水面（漁場）の一部縮少の場合について、漁場計画制度ないし広義の漁業調整上の必要を強調して、これが漁場（漁業権の目的たる水面）の一部における漁業権の放棄にあたることを否定する根拠となし得ないことは、明らかなどころである。」と結論づけたものである。

この判決もまた、一審判決と同様に、漁業法 22 条 3 項により漁業法 13 条 1 項が準用されているという漁業法の条文構造を理解していないものであり、前提を誤ったものである。

- b 漁業法 22 条 2 項は、「都道府県知事は、漁業調整その他公益に支障を及ぼすと認める場合は、前項の免許をしてはならない。」と定めているが、同項にいう「漁業調整その他公益」が狭義の意味における漁業調整を意味するものであり、「漁業上の総合利用を図り、漁業生産力を維持発展させる」という意味

での漁業調整（広義の意味における漁業調整）を指すものではないことは、立法の経緯よりしても明らかであり、争いはない。

現行漁業法 22 条 2 項は、昭和 37 年の漁業法改正で挿入されたものである。すなわち、昭和 37 年改正前の漁業法 22 条は、2 項までしかなかったものであるが、昭和 37 年改正により現行の 2 項が挿入され、それ以前の 2 項が内容そのままに 3 項とされたものである。これは、漁業法 13 条と 11 条の改正に伴うものである。昭和 24 年の漁業法制定時、漁業法 13 条 1 項 4 号は、免許をしない場合として「漁業調整その他公益上の必要があると認める場合」を規定しており、漁業法 22 条 2 項により変更免許について準用されていた。他方、同法 11 条 1 項は、現在の規定とは異なり、「都道府県知事は、漁業の免許について、海区漁業調整委員会の意見をきき、漁業種類、漁場の位置及び区域、漁業時期その他免許の内容たるべき事項、申請期間並びに共同漁業についてはその関係地区を定めなければならない。」と定めていた。すなわち、現在の規定にある「漁業上の総合利用を図り、漁業生産力を維持発展させるためには漁業権の内容たる漁業の免許をする必要があり、かつ、当該漁業の免許をしても漁業調整その他公益に支障を及ぼさないと認めるとき」ということが規定されていなかった。そして、昭和 37 年改正では、「漁業上の総合利用を図り、漁業生産力を維持発展させるためには漁業権の内容たる漁業の免許をする必要があり、かつ、当該漁業の免許をしても漁業調整その他公益に支障を及ぼさないと認めるとき」という判断は、免許申請に対し

て免許を付与するか否かの段階ではなく、漁場計画の樹立の際に判断されるべきものであることから、漁業法 11 条 1 項に「漁業上の総合利用を図り、漁業生産力を維持発展させるためには漁業権の内容たる漁業の免許をする必要があり、かつ、当該漁業の免許をしても漁業調整その他公益に支障を及ぼさないと認めるとき」という文言を加えるとともに、13 条 1 項 4 号を削除し、昭和 37 年改正前の 13 条 1 項 4 号と同じ内容を 22 条 2 項として規定したものである。

以上のとおり、たしかに現行漁業法 22 条 2 項自体は、狭義の意味における漁業調整について規定しているものである。

しかし、このことをもって、「漁業法二二条に定める、漁業権の分割または変更の場合にあつては、漁場計画制度よりする広義の漁業調整上の必要に対する配慮は、必ずしも要求されていない」とすることは、およそ論理をなすものではない。

これまで述べてきたとおり、漁業法 22 条 3 項(昭和 37 年改正前の 22 条 2 項)は、変更免許について第 13 条を準用しており、第 13 条 1 項 2 号は漁場計画の内容と異なる免許申請があった場合に免許をしてはならないことを定めているのである。したがって、「法第 22 条第 3 項において準用する法第 13 条第 1 項第 2 号の規定上、漁場計画を見直し、法第 11 条第 1 項の規定に基づきこれを事前に決定の上公示しなければならず、これ以外の手続による運用が認められる余地はない。(平成 14 年 8 月 6 日付け水管第 1745 号水産庁長官通知) ものである。

漁業法 22 条 2 項にいう「漁業調整」が狭義の意味における

それであるということから、「漁業法二二条に定める、漁業権の分割または変更の場合にあつては、漁場計画制度よりする広義の漁業調整上の必要に対する配慮は、必ずしも要求されていない」とすることはできず、同判決は、漁業法の条文の準用の構造を理解せず、誤った前提に立って判断をしたものである。

浜本幸生『〔最新〕早わかり「漁業法」解説』は、漁業法 22 条の変更免許について、「変更免許（第二十二條）（1）変更免許は、設定免許（第十條）に対応する処分 次に第二十二條について申し上げますと、『変更免許』の規定ですが、これは第十條に対応した規定です。すなわち、第十條は『漁業権の設定を受けようとする者は、都道府県知事に申請してその免許を受けなければならない』という規定です。これに対して、第二十二條は、一度設定したものを変更する免許です。従って、第二十二條は第十條に対応しているわけです。（2）法律的には、変更免許は新規免許と同一 法律的には、従来の漁業権を変更するということ（従来の漁業権は生かしておく。）と、従来の漁業権を変更した新しい内容の漁業権を新規に免許するということ（従来の漁業権はなくす。）とは、法律的には同じです。第二十二條の変更免許の基準と、新規免許の際の基準、すなわち第十三條とは、これは法律的に全く同一です。というのは、新規免許も変更免許も法的には全く同じく、どちらも新しい内容の漁業権を免許することになるからです。（3）第二十二條第二項は、三十七年の法律改正で新設された規定 ただし、第二十二條第二項ですが、これだけが第十三條の新規免許の基準に

は、現在の法律では、書かれていないわけです。『漁業調整その他公益に支障を及ぼすと認める場合は、免許してはならない』と規定はございません。ところが三十七年の法律改正までは、第二十二條第二項の規定は、第十三條第一項四号の規定として入っておったわけです。ですから、三十七年の法律改正で、第十三條から現在の第二十二條第二項の規定を抜いたので、それを埋め合わせしなければならないために、変更免許の方だけにこの第二項の規定を入れたということでございます。このことは、今申上げたように、三十七年の法律改正前までは、『漁業調整その他の公益に支障を及ぼすときは免許しない』というのが第十三條の一項の中に入っていたわけです。ところが、三十七年の法律改正で、『漁業調整その他公益に支障を及ぼす場合には、漁業計画を立てない』ということが第十一条に書かれたわけです。第十一条の規定は、『都道府県知事はその管轄に属する水面につき、漁業上の総合利用を図り漁業生産力を発展させるため（すなわち「漁業調整」のため）には漁業権の免許をする必要があり、かつ、当該漁業の免許をしても漁業調整その他公益に支障を及ぼさないと認めるときは、漁場計画を樹立する』という規定です。『漁業調整その他公益に支障を及ぼす』というのは、免許をしない基準のところで見るとはなく、そもそも免許申請ができるかできないかを決めてしまう漁業計画の樹立のところで見ってしまったのです。そういうことで、第十三條の方から抜いたわけです。（4） 変更免許にも、漁場計画の樹立が必要である。しかし、変更免許の場合においても、

第二十二條第三項の規定によって、新規免許の基準である第十三條（免許をしない場合）が準用されており、従って、同條一項二号に規定する『第十一條第五項の規定により公示した漁業の免許の内容と異なる申請があつた場合には、免許してはならない。』という規定が準用されているのであります。同項にいう『第十一條第五項の規定による公示』とは、すなわち『漁場計画の公示』であるから、『漁場計画の公示』は、変更免許の際にも必要なものとなる。このことは、昭和六一年五月二八日付けの参議院議長あて内閣の回答によって明らかにされていきます。」(306～308頁)とされている。

- c 同判決は、「いわゆる先願主義を採つていた明治漁業法一〇條及び二八條と、先願主義を排して漁場計画主義に立脚した現行漁業法二二條（ことに、右改正前のそれ。）及び三一條とを比照すると、漁業権の分割または変更を定めた彼我両規定の内容は、殆んど同一のものであることが明瞭である。」¹⁰とする。

明治漁業法は「漁業権ハ行政官庁ノ許可ヲ受クルニ非サレハ之ヲ分割シ其ノ他変更スルコトヲ得ス」(10條)、「漁業権ハ登録シタル権利者ノ同意アルニ非サレハ之ヲ分割、変更又ハ放棄スルコトヲ得ス」(28條)と規定していたものであり、漁業権の変更について現在の漁業法 22 条 1 項のみを殊更に取り出し

¹⁰ なお、漁場計画制度との関係ではないが、明治漁業法 10 條が「漁業権ハ行政官庁ノ許可ヲ受クルニ非サレハ之ヲ分割シ其ノ他変更スルコトヲ得ス」としていたことと現行漁業法 22 条 1 項の「漁業権を分割し、又は変更しようとするときは、都道府県知事に申請してその免許を受けなければならない。」という規定の同一性をいうのであれば、明治漁業法 10 條にいう「変更」には漁場の縮小が含まれることに解釈上争いがなかったものであるから、現行漁業法 22 条 1 項にいう「変更」には漁場の縮小が含まれることは当然であるというべきであろう。同判決における明治漁業法と現行漁業法との関係における判示は、恣意的かつ非論理的である。

て対比するならば「殆ど同一」と言えないわけではない。

しかし、何度も述べているとおり、現行漁業法 22 条 3 項は「第一項の場合においては、第十二条（海区漁業調整委員会への諮問）及び第十三条（免許をしない場合）の規定を準用する。」と定めており、漁業権の変更についても漁場計画制度を採用しているのであるから、漁場計画制度を知らない明治漁業法の漁業権の変更と現行漁業法 22 条では、「殆ど同一」ではないどころか、まったく異なる制度となっているものである。現行漁業法 22 条が 13 条を準用している意味をまったく理解しない、漁業法に対する基礎的な理解を欠いた判示であるというほかはない。

また、現行漁業法は免許の設定について漁場計画制度を採用して「漁場の区域」などの漁業権の内容を免許申請者が選択することはできないものとしているのであるから、漁業権者が自由に「漁場の区域」などの漁業権の内容を変動させることを認めるならば、漁場計画制度がしり抜けになってしまうことは、あまりにも見やすい理であり、「現行法では水面を総合的に利用する目的のもとに予め漁場計画に従って決められるものである（漁業権の公的性格ないし社会性）。権利者による漁業権の勝手な変更が許されない」（大國仁『漁業制度序説』91 頁）ものである。

d 以上述べたとおり、同判決は、現行漁業法における漁場計画制度の意義、漁場計画制度による広義の漁業調整が漁業法 22 条による漁業権の変更についても貫徹される仕組みとしてい

る漁業法の条文の準用関係(漁業法 22 条による同法 13 条の準用)をすら理解していないものである。

漁業法 22 条に定める漁業権の分割または変更の場合にあっては漁場計画制度よりする広義の漁業調整上の必要に対する配慮は要求されていないとした同判決の理解が誤りであることは余りにも明らかである。

ウ 鹿児島地裁昭和 62 年 5 月 29 日判決・判例時報 1249 号 46 頁

本判決は、「本件公有水面に関し五七号共同漁業権を放棄することについて、漁業法二二条に基づく知事の変更免許を受けていないことが窺われるけれども、新たな漁場区域を一部加えることなく、従前の漁場区域を一部除外し、もつて漁業権の一部を放棄することは新たな権利の設定を受けるわけではないから、右法条にいう知事の免許を要する『漁業権の変更』には当たらない」としている。

この判決も、「従前の漁場区域を一部除外し、もつて漁業権の一部を放棄することは新たな権利の設定を受けるわけではないから、右法条にいう知事の免許を要する『漁業権の変更』には当たらない」とする結論を示したのみである。漁業法 22 条の条文の文言自体には示されていない限定を付す理由は一切示されていないもので、およそ判断の名に値するものではない。そして、この結論が誤りであることはこれまで述べてきたとおりである。

なお、同判決の控訴審である福岡高裁宮崎支部平成元年 5 月 15 日判決・判例タイムズ 710 号 143 頁は、上記一審判決の理由は維持せず、これを変更して、「漁協は、公有水面埋立完成による漁業権の事実上の消滅に同意したに過ぎず埋立完成までは漁業権は消滅しな

い」とした。

エ 仙台高裁昭和 63 年 3 月 28 日判決・訟務月報 34 卷 10 号 1967 頁

(ア) 判決要旨

本判決は、「従前の漁場区域を一部除外し、漁業権の一部を放棄することは、新たな権利の設定を受けるわけではないから、漁業法二二条一項の変更免許を受けなければ法的な効果を生じないものとは解されないし、なお漁業法二二条、一一条その他の規定に照らしてみても、右のような漁業権の一部放棄の決議を受けてなされる変更免許に際し、漁場計画の樹立が法律上要求されているものとも認められない」としている。

(イ) 「新たな権利の設定を受けるわけではない」としたことの誤り

「新たな権利の設定を受けるわけではないから、漁業法二二条一項の変更免許を受けなければ法的な効果を生じない」という結論のみが示されただけであり、漁業法の条文の文言にはそのような限定も付されておらず（「変更」という文言自体は権利の拡張のみを示すとの意味は含まれない。）また、水産庁通知等は漁場の縮小を漁業法 22 条の「変更」であるとしているにもかかわらず、同判決がかかる結論を導いた理由はなに一つ示されていない。

再三述べたとおり、漁業権の内容は免許という行政行為によって設定されるものであり、「漁場の区域」も免許によって定められるものであるから、免許の内容を私人の意思表示で変動させることはできず、新たな行政行為（変更免許）が必要であることは当然であり、同判決が誤りであることは、これまで述べてきたことから明らかである。

(ウ) 「変更免許に際し、漁場計画の樹立が法律上要求されているものとも認められない」とした誤り

同判決は、「漁業法二二条、一一條その他の規定に照らしてみても、右のような漁業権の一部放棄の決議を受けてなされる変更免許に際し、漁場計画の樹立が法律上要求されているものとも認められないから、これを欠くことにより右漁業権の放棄が効力を生じていないとの控訴人の主張は採用し難い」と判示している。

しかし、「変更免許に際し、漁場計画の樹立が法律上要求されている」ことは、「漁業法二二条、一一條その他の規定に照らし」て明らかである。

くり返しになるが、漁業法 22 条 3 項は同法 13 条を引用しており、同法 13 条 1 項は「第十一条第五項の規定により公示した漁業の免許の内容と異なる申請があつた場合」には免許をしてはならないことを定めている。そして、同法 11 条 5 項は「第一項又は第二項の規定により免許の内容たるべき事項、免許予定日、申請期間及び地元地区若しくは関係地区を定め、又はこれを変更したときは、都道府県知事は、これを公示しなければならない。」と定めている。同条 1 項は「都道府県知事は、その管轄に属する水面につき、漁業上の総合利用を図り、漁業生産力を維持発展させるためには漁業権の内容たる漁業の免許をする必要があり、かつ、当該漁業の免許をしても漁業調整その他公益に支障を及ぼさないと認めるときは、当該漁業の免許について、海区漁業調整委員会の意見をきき、漁業種類、漁場の位置及び区域、漁業時期その他免許の内容たるべき事項、免許予定日、申請期間並びに定置

漁業及び区画漁業についてはその地元地区（自然的及び社会経済的条件により当該漁業の漁場が属すると認められる地区をいう。）共同漁業についてはその関係地区を定めなければならない。」と定め、同条2項は「都道府県知事は、海区漁業調整委員会の意見をきいて、前項の規定により定めた免許の内容たるべき事項、免許予定日、申請期間又は地元地区若しくは関係地区を変更することができる。」と定めている。この条文の文理より、漁場計画によって定まった「漁業種類、漁場の位置及び区域、漁業時期その他免許の内容たるべき事項」と異なる変更免許の申請がなされても免許をすることができないことは形式的、一義的に明らかである。新たに漁場計画を樹立することなく「漁場の区域」等の内容が異なる変更免許の申請をしたならば、「第十一条第五項の規定により公示した漁業の免許の内容と異なる申請があつた場合」に該当するから、変更免許をすることはできない。既存の漁場計画の内容で定まった漁業権の内容と異なった内容に漁業権を変更するには、その異なった漁業権を内容とする漁場計画を新たに樹立し、その新たな漁場計画の内容のもとに変更免許がなされなければならない。

以上のとおり、変更免許をするためには新たな漁場計画の樹立が必要であることは、「漁業法二二条、一一條その他の規定」の文理自体から当然のことであり、同判決は、漁業法の条文の準用構造すら理解をしていないものであり、あまりにも杜撰な判断であると言わざるを得ない。

- (4) 漁業権の一部放棄についての国の見解の豹変とその不自然・不合理

性

ア 国の漁業権解釈の豹変

(ア) 防衛省整備計画局長による水産庁長官に対する照会（平成 29 年 3 月 10 日付け防整提第 2981 号）

- a 沖縄防衛局が岩礁破碎等許可申請をしないで平成 29 年 4 月 1 日以降の埋立工事をすることを検討しているとの新聞報道（平成 29 年 1 月 28 日付けの沖縄タイムス記事、琉球新報記事等）がなされたため、沖縄県は沖縄防衛局に対して、平成 29 年 2 月 3 日付け農水第 2338 号「普天間飛行場代替施設建設工事に係る岩礁破碎等許可手続について」及び平成 29 年 2 月 15 日付け農水第 2444 号「普天間飛行場代替施設建設工事に係る岩礁破碎等許可手続について」により、普天間飛行場代替施設建設工事に係る岩礁破碎等行為については、沖縄県漁業調整規則 39 条に基づき知事の許可を受ける必要がある旨を通知した。
- b 防衛省整備計画局長は、平成 29 年 3 月 10 日付け防整提第 2981 号「沖縄県漁業調整規則第 39 条の解釈について（照会）」により、水産庁長官に対して、以下のとおり、照会をした。

水産資源保護法（昭和 26 年法律第 313 号）第 4 条第 2 項の規定に基づき制定され、同条第 7 項の規定に基づく農林水産大臣の認可を受けた沖縄県漁業調整規則（昭和 47 年沖縄県規則第 143 号）第 39 条第 1 項に定める「漁業権の設定されている漁場内」の解釈について、別添 1 から別添 3 までのとおり沖縄県知事等と沖縄防衛局長との間でやり取りがなされたところ、下記のとおり解釈して支障ないか確認をしたいので、

至急御回答下さるようお願いいたします。

記

沖縄県漁業調整規則第 39 条第 1 項においては、「漁業権の設定されている漁場内」において岩礁の破碎又は土砂若しくは岩石の採取を行うためには、知事の許可を受けなければならない旨規定されている。

漁業権の設定されている漁場内のうちの一部の区域について、当該漁業権が、法定の手続である漁業法（昭和 24 年法律第 267 号）第 31 条の規定に基づく組合員の同意及び水産業協同組合法（昭和 23 年法律第 242 号）第 50 条の規定に基づく特別決議を経て放棄された場合、漁業法第 22 条の規定に基づく漁業権の変更の免許を受けなくても当該漁業権は消滅していることから、沖縄県漁業調整規則第 39 条第 1 項に定める「漁業権の設定されている漁場内」に当たらない。したがって、当該区域内において岩礁を破碎し、又は土砂若しくは岩石を採取しようとする場合には、同項に定める知事の許可を受ける必要はない。

- c この防衛省整備計画局長の照会に示された見解が、従前の水産庁の通知や政府答弁書の見解と一義的に相容れないものであることは明らかである

たとえば、政府答弁（答弁書第四一号内閣参質一〇二第四一号昭和六十年六月十四日）が、「漁業権を変更しようとするときは、漁業法（昭和二十四年法律第二百六十七号）上、都道府県知事の免許を受けなければならないこととされており、漁業協同組合の総会で『共同漁業権の一部放棄』が議決されたとしても、そのことにより漁業権が当然に変更されるものではな

い。」としていたこととも一義的に矛盾するものであり、この防衛省整備計画局長の照会に示された見解の通り理解する理由は皆無であり、また、従前の政府見解との整合性についての考え方も一切示されていないものであった。

(イ) 水産庁長官の回答（平成 29 年 3 月 14 日付け 28 水管第 2332 号）

a 水産庁長官は、上記照会の 4 日後に、平成 29 年 3 月 14 日付け 28 水管第 2332 号をもって下記のとおり防衛省整備計画局長に回答し、かつ、同日付けで都道府県知事にこの回答を通知した（以下「平成 29 年 3 月 14 日付け水産庁長官回答」ということがある。）。

沖縄県漁業調整規則（昭和 47 年沖縄県規則第 143 号）第 39 条第 1 項に対応している都道府県漁業調整規則例（平成 19 年 8 月 30 日付け 19 水管第 1589 号水産庁長官通知）第 45 条第 1 項においては、「漁業権の設定されている漁場内」において岩礁の破砕又は土砂若しくは岩石の採取（以下「岩礁破砕等」という。）を行うためには、知事の許可を受けなければならない旨規定されている。

漁業権の設定されている漁場内のうちの一部の区域について、漁業権が、法定の手続である漁業法（昭和 24 年法律第 267 号）第 31 条の規定に基づく組合員の同意及び水産業協同組合法（昭和 23 年法律第 242 号）第 50 条の規定に基づく特別決議を経て放棄された場合、漁業法第 22 条の規定に基づく漁業権の変更の免許を受けなくても漁業権は消滅し、当該区域は、「漁業権の設定されている漁場内」に当たらず、岩礁

破碎等を行うために許可を受ける必要はないと解される。

当庁においては、上記解釈の下、沖縄県漁業調整規則を認可したところであり、沖縄県漁業調整規則の解釈・運用についても、上記の解釈を前提に行われる必要があると考えている。

- b この水産庁長官の回答は、末尾の「当庁においては、上記解釈の下、沖縄県漁業調整規則を認可したところであり、沖縄県漁業調整規則の解釈・運用についても、上記の解釈を前提に行われる必要があると考えている。」が付加されている点を除き、防衛省整備計画局長の照会内容を引き写したに等しいものであるが、その照会内容は従前の政府答弁書と一義的に矛盾するものである。

そうすると、防衛省整備計画局長の照会内容のとおりとする見解を示すならば、従前の政府答弁、水産庁通知の見解を変更するとしなければ一義的な論理矛盾ということになる。

しかし、水産庁長官の回答は、「上記解釈の下、沖縄県漁業調整規則を認可した」としており、政府、水産庁の見解を変更したとはしていないのであるから、およそ論理をなしていないと言わざるを得ないものであった。

- c 水産庁長官の上記回答、都道府県知事への通知の翌日、沖縄防衛局職員が沖縄県庁を訪れ、沖縄防衛局長から沖縄県知事に宛てた平成 29 年 3 月 15 日付け沖防第 1280 号「普天間飛行場代替施設建設工事に係る岩礁破碎等許可手続について（通知）」を提出したが、その内容は、以下のとおりであった。

標記について、平成 29 年 2 月 3 日付け農水第 2338 号及び同月 15 日付け農水第 2444 号により、貴県の見解が示されたところですが、標記許可手続の法的根拠である水産資源保護法（昭和 26 年法律第 313 号）等を所管する水産庁に対し別添 1 のとおり照会し、同庁から別添 2 のとおり回答を得たところです。

当該回答に示された見解に照らせば、標記工事の施行海域は、既に漁業権が消滅し、沖縄県漁業調整規則（昭和 47 年沖縄県規則第 143 号）第 39 条第 1 項に規定する「漁業権の設定されている漁場内」には当たらないことから、同項に規定する知事の許可を受ける必要はなくなったところです。

したがいまして、当局としては、標記工事の施行に際し、今後、同条第 2 項に規定する申請は行わないこととしております。

添付書類：1 防整提第 2981 号(29.3.10)

2 28 水管第 2332 号(平成 29 年 3 月 14 日)

d 防衛省整備計画局長の照会書に示された見解が従前の政府答弁書や水産庁の見解と相容れないものであることは明らかであるにもかかわらず、照会を受けた僅か 4 日後には実質的にはこの照会書の見解をそのまま引き写した内容を水産庁長官の見解として回答し、都道府県知事に同日付けで発したことは、辺野古新基地建設のために法解釈を捻じ曲げたとしか理解できないものであった。

イ 国の突然の解釈変更の背後にあるもの

(ア) この突然の解釈変更の経緯について、人見剛「辺野古新基地建設工事における国の無許可の岩礁破碎 水産庁の突然の漁業法解釈の背後にあるもの」法律時報 90 巻 2 号は、次のとおり指摘している。

a 従来、国（水産庁）は、漁業権の一部放棄は漁業権の変更に当たり、都道府県知事の免許を要するという漁業法解釈を採っていたことは明白なのであるが、平成 29 年 3 月 10 日の防衛省整備計画局長の照会に対する平成 29 年 3 月 14 日の水産庁長官の回答は、漁業権の設定されている漁場内の一部区域について漁業権が漁業法・水産業協同組合法の定める手続を経て放棄された場合、漁業法 22 条の定める漁業権変更免許を受けなくても漁業権は消滅すると解される、とするものであった。そして「当庁においては、上記解釈の下、沖縄県漁業調整規則を認可したところであり、沖縄県漁業調整規則の解釈・運用についても、上記の解釈を前提に行われる必要があると考えている。」と付言されていた。今回の国の岩礁破碎行為に直接適用される沖縄県漁業調整規則のあるべき解釈が沖縄県防衛局の主張するそれであること、そして規則が制定されたのは昭和 47 年のことであるから、辺野古の事案に対応すべく解釈を改めたものではないことが示唆されていた。

また、上記の水産庁長官の回答では、その解釈の根拠は全く示されていないのであるが、沖縄県の照会に対する平成 29 年 5 月 1 日の水産庁長官の回答では、まず、漁業法が漁業権の変更と放棄を明確に書き分けており（同法 30・31 条）同法 22 条が放棄には知事の免許を必要としていないことが述べられていた。このことはその通りであるが、漁業権の一部

放棄が、法的にみて「放棄」であって「変更」ではない根拠が説明されていないことに変わりはなく、前述の過去の質問主意書への答弁についても、それは漁業権の「変更」の説明であって「一部放棄」の説明ではない、とするのみである。「漁業権の一部放棄議決がその一部消滅をもたらすのか」という問いに対して、「漁業権の変更には知事の免許が必要である」と回答しているのにである。唯一論拠らしき説明としては、「漁業権者が漁業権を一部放棄することができることは、昭和 46 年 8 月 9 日の衆議院農林水産委員会において水産庁長官から答弁したとおりであり、同旨の見解は複数の裁判例においても示されているところである。」とする点のみである。

そこで言及されている「複数の裁判例」とは、大分臼杵市風成公害予防闘争事件に係る大分地判昭和 46 年 7 月 20 日判時 638 号 36 頁と福岡高判昭和 48 年 10 月 19 日判時 718 号 9 頁、志布志湾埋立事件に係る鹿児島地判昭和 62 年 5 月 29 日判時 1249 号 46 頁、そして原子力船むつの母港建設に係る仙台高判昭和 63 年 3 月 28 日訟月 34 卷 10 号 1967 頁のことであると思われる。例えば、最新の昭和 63 年の仙台高裁判決では、「従前の漁業区域を一部除外し、漁業権の一部を放棄することは、新たな権利の設定を受けるわけではないから、漁業法 22 条 1 項の変更許可を受けなければ法的な効果を生じないものとは解されないし、なお漁業法 22 条、11 条その他の規定に照らしてみても、右のような漁業権の一部放棄の決議を受けてなされる変更免許に際し、漁業計画の樹立が法律上要求されているものとも認められないから、これを欠くことにより右漁業権の放棄が効力を生じていないとの控訴人の主張は採用し難い。」と説かれていた。

他方、水産庁長官の回答で言及されている昭和 46 年 8 月 9 日の衆議院

農林水産委員会における津川武一議員の質問に対する太田康二水産庁長官の答弁は、以下のようなものであり、漁業権の一部放棄が事前の特定区画漁業又は第一種共同漁業を営む者で地元地区又は関係地区の区域内に住所を有するものの3分の2以上の書面による同意（漁業法8条3項）までは要さず、漁協の総会の特別議決（水産業協同組合法50条）で足りることを述べているものであった。特別議決がなされた後の知事の免許の要否に言及するものではない。

「従来の法解釈といたしましては、総会の議決、しかも特別議決の場合には、総会の特別議決の性格上、これは相当権威のあるものであり、尊重すべきものであるということも事実でございます。したがって、従来ともかような場合には、実は漁業協同組合の特別議決をもって漁業権の一部の消滅は可能であるということの解釈をわれわれはとってきたのでございます。現にそういった解釈につきまして支持した一審の判決もあるわけでございますが、今回の大分県の場合には、たまたまいま先生がご指摘のような、漁業法の8条の手続を事前にとるべきである、これは一つの解釈としてそういった解釈もあり得ようかと思いますが、いわれわれは従来はそういった解釈はとっていなかった、そこに争いがあるわけでございます。」

そして、この答弁で言及されている政府解釈を支持する「一審判決」とは、香川県施工の番の州埋立工事に関する高松地判昭和45年4月6日判例集未掲載のことなのであるが、そこでは、えむし漁業権の全部放棄と建網漁業権の一部放棄の2件の漁業権が問題となっており、以下のように判示されていたものであって、2017年の水産庁長官回答とはむしろ矛盾するものなのである。「漁業権の放棄により漁業権が全部消滅する場合は、

漁業法上特別の手續を要しないから、当事者の放棄の意思表示の効力が生じたときには、漁業権も消滅するものというべく、したがって、『えむし漁業権』の放棄の場合は、前記第一回消滅決議がなされたときに消滅の効力が生ずるといふべきである。しかし、漁業権の一部放棄の場合は、漁業権の変更に当たるから、漁業法第 22 条第 1 項により、都道府県知事の免許があったときにはじめて、一部放棄の効力が生ずるものと解すべく、したがって「建網漁業権」の第 1、第 2 回消滅決議における一部放棄の場合は、漁業権の変更に当たるから香川県知事の免許がなければ、放棄、すなわち消滅の効力が生じない。」。

b 水産庁がこうした解釈変更を行った理由、そして解釈変更を行ったことをあくまで否定する、変更でないとして強弁する理由...誰しもが思い描くように、それは、辺野古新基地建設を強引に推進しようとする政府中枢・首相官邸の意向にあると推察される。水産庁に対する官邸からの強い圧力があったことを窺わせる状況証拠として、次のような事実が報じられているので、詳しく紹介することにしよう。

先に見た防衛省と水産庁の間で準備された国の解釈の公表は、2017 年 3 月 14 日のことであったが、その数日前の同年 3 月 8 日、その午後 5 時 36 分から同 46 分まで、10 分間にわたって、照会者である高橋憲一防衛省整備計画局長と回答者である佐藤一雄水産庁長官に加えて一連の辺野古訴訟の国側代理人であった定塚誠法務省訟務局長、そしていわゆる加計学園問題に関わって一躍その名が世間に知られるようになった和泉洋人首相補佐官の 4 名が首相官邸に集まり安倍晋三首相と面会していた。この会談の 2 日後の 3 月 10 日に高橋局長が岩礁破碎許可の要否について佐藤長官に照会し、すぐさま同月 14 日に許可不要と回答したのであった。こうし

た事実関係は、マスコミの報道によって公知のところとなっており、その会談内容は、国会でも質されることになった。

2017年6月6日の参議院外交防衛委員会において藤田幸久参議院議員がこの官邸での会談の内容を定塚局長と佐藤長官に質問したのであるが、両社は頑としてそれを明らかにすることを拒んでいる。定塚局長は、「訟務局は、国の利害に関係する争訟に関する事務あるいは予防司法に関する事務等を所掌しております。・・・関係省庁との関係というのも信頼関係というのがこの業務を行っていく上で非常に重要でございます。関係省庁の方がどのような行動をされたか、どのような計画をされたのか、そういったことにつきまして関係省庁の方からお出しになりたくないと、まだ検討途上であるというようなことにつきまして、訟務局の方から先んじてこれを出していくということになりますと、訟務局としての事務が円滑に行われることができなくなるということで、私どもはこれに対して、事務の性質上お答えすることはできません。」という具合に行政内部の省庁間の信頼関係を理由に4回にわたって全く同様の答弁を繰り返している。また、佐藤長官も、「国際交渉でありますとか違法な外国漁船の取締りといったような非常に機微にわたる案件を所掌しておりますことから、今申し上げましたように具体的内容についてお答えすることについては差し控えたい」とする趣旨の答弁を14回にわたって繰り返している。

このように2017年3月8日の首相官邸での会談の内容は、国会でも説明されず、藤田議員は「水産庁の行政がゆがめられて」解釈変更がなされたと考えられる旨の発言をして質疑を打ち切っている。

森友学園問題における財務省、加計学園問題における文部科学省、これらと同様の状況に辺野古問題における水産庁も置かれていたのであろう

という印象を誰しも抱くことであろう。鳥取県知事と総務大臣を歴任した元自治省官僚の片山善博氏は、森友学園・加計学園問題を巡る国会審議における官僚の不誠実な答弁やそれを傍観する閣僚や国会議員の対応に触れて、「安倍一強政権の下で、霞が関の良い資質や国会の存在感が次々と毀損されている」と嘆いている。辺野古問題における岩礁破碎許可を巡る国会審議も同様ではなかろうか。

- (イ) 国の漁業法についての解釈の豹変に対し、平成 29 年 3 月 16 日、沖縄県知事は、「水産庁長官の平成 29 年 3 月 14 日付け文書が添えられておりましたが、その内容は、これまでの政府見解や、水産庁自らが行ってきた地方自治法に基づく技術的助言と整合するとは到底考えられない内容でありました。従来 of 国の見解としては、昭和 60 年や平成元年の政府見解の他、10 年に 1 度の漁業権一斉切替の際に各都道府県に対して示される、水産庁からの技術的助言が存在し、これらに基づいて、全国的に行政実例が積み重ねられてきたと認識しております。しかしながら、今回の水産庁の文書は、長年示され続けてきた見解が、辺野古案件のために恣意的に変更されたとしか受けとることの出来ない内容であり、政府が常々述べている法治国家とはほど遠く、まさに辺野古唯一という視点しかない、国の強硬な姿勢が浮き彫りになったと考えております。本県における過去の許可の取扱事例を見ても、漁業権の一部放棄がなされたことをもって許可を不要とする取り扱いには行っておりません。直近の那覇空港の事例でも、漁業権者において辺野古埋立と同様の手続がなされているにもかかわらず、

新たな許可申請が行われており、今回の沖縄防衛局の対応は、国の二重基準であって、決して許されるものではありません。」とのコメントを発表した。そして、沖縄県は、国に対して、本訴訟提起前においても、本訴訟手続においても、漁業法の解釈についての従前の国の解釈との整合性についての確認を求める照会、求積明を繰り返してきたが、国は、一切、回答をしない。国の漁業法の解釈の変更のあり方はあまりにも不自然なもので、解釈を変更した論拠すらも具体的に示せないのである。この漁業法の解釈の変更についての経緯よりしても、国は、辺野古案件のために、恣意的に漁業法の解釈を変更したとしか考えられないものと言わねばならない。

4 小括

名護漁業協同組合から沖縄県知事に提出された総会（総代会）開催報告書および報告書添付の臨時総会議事録謄本中には、「放棄」という文言は存しないもので、そもそも名護漁業協同組合が沖縄県に対して漁業権放棄の意思表示をしたとは認められないものである。

また、この点をさておいても、「いわゆる漁業権の一部放棄」については漁業協同組合の意思表示のみで効力が生じるものではない。いわゆる漁業権の一部放棄(漁業権者の意思に基づく漁場の区域の一部消滅)は、漁業権の内容である漁場の区域を変動させるものであるから漁業法 22 条にいう漁業権の「変更」に該当するものであり、都道府県知事の変更免許によってなされるものである。そして、漁業権者である名護漁業協同組合は、漁場の区域の変更（本件水域についての漁場の区域からの除外）についての変更免許の申請もしていない。したがって、本件水域に

については名護漁業協同組合に設定された共同漁業権の内容の変動は生じていないものであり、本件水域は「漁業権の設定されている漁場」に該当するものであり、岩礁破碎等許可を得ないで岩礁破碎等の行為をすることは認められない。

国は、現在、本件水域について岩礁等破碎許可を受けていないのであるから、沖縄県に対し、本件水域において岩礁破碎等をしてはならないという不作為義務を負っているものである。

第2 主位的請求（差止請求）が認容されるべきこと

1 行政上の義務の履行を求める請求権について

第1章第2・2・(3)・ウで述べたとおり、過去の裁判例においては、岐阜地裁昭和43年2月14日決定・訟務月報14巻4号384頁、岐阜地裁昭和44年11月27日判決・判例時報600号100頁、大阪高裁昭和60年11月25日決定・判例時報1189号39頁、横浜地判平成元年12月8日決定・判例タイムズ717号220頁、富山地裁平成2年6月5日決定・訟務月報37巻1号1頁、神戸地裁伊丹支部平成6年6月9日決定・判例地方自治128号68頁、盛岡地裁平成9年1月24日決定・判例時報1638号141頁等、司法的執行が認められてきており、学説上も圧倒的通説であった。

これらの裁判例においては、法律あるいは条例によって私人に対する義務賦課権限が与えられた行政庁の所属する行政主体に、その義務の履行請求権が帰属することは当然視されてきた（詳細は、人見意見書（甲C1）4頁以下を参照）。

また、学説も、伝統的に、国家の私人に対する権利（国家公権¹¹）があ

¹¹ 人見意見書7頁以下及び人見剛「地方公共団体の出訴資格再論 『法律上の争訟』に関する私権保護ドグマ」磯部力先生古稀記念論文集『都市と環境の公法学』220頁以

ることを当然の前提としてきていた（詳細は、人見意見書（甲C1）6頁以下を参照¹²）。

このような履行請求権は、直接的には、義務を課す根拠法規に由来する。

すなわち、行政代執行法のような行政的執行は、「行政客体に義務を課しその履行を請求する行政主体が、みずからその義務の存在を確認し、自己の独自の強制手段により執行を行う自力救済の制度であり、請求権の主張とその確定とが同じ行政権により行われ、同じ者が請求権者でありかつ執行権者であるという自力執行の制度」である（広岡隆『行政代執行法〔新版〕』12頁）。

処分が介在する場合は、当該処分が、行政客体に義務を課して履行を請

下（甲C2）同『近代法治国家の行政法学 ヴァアルター・イエリネック行政法学の研究』167頁以下に詳しいが、公権論の母国であるドイツにおいても、「国家は、租税・使用料・負担金の支払いを求める『権利（Recht）』、勤務・収用・刑罰の『権利』、警察違反行為をなさないことを求める『権利』を有している」（W. Jellinek, *Verwaltungsrecht*, 3. Aufl., 1931, S.203f.）。「主観的公権は、市民 国家関係のみならず国家 市民関係や公法上の法人相互関係においても確かに存在する。例えば、国家は、一定の法律上の要件の下で、市民に建築制限を課したり、納税を要求する『権利（Recht）』を有する」（H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18. Aufl., 2011, § 8, Rn. 2.）ことは承認されている。

国家の公権は、客観法上の権限であって、私人のような個人的法益主体の有する主観的な権利とは異質であり、それと同様な意味での権利ではないという批判はあっても、このような権限に基づき出訴できること自体は疑われていない。

¹² 人見意見書6頁で引用されている文献の他にも、平成14年最高裁判決以前に履行請求権に言及して司法執行を肯定するものとして、白井皓喜判例地方自治24号86頁における大阪高裁昭和60年11月25日決定・判例時報1189号39頁の解説「法律上の不作為請求訴訟については、～具体的に義務を賦課している条例から、不作為請求権が直接発生するものと解すべきである」、そもそも義務履行請求権を手続的なものとして捉えられればよいとする見解として亀田健二「わが国における条例上の義務の司法的執行」関西大学法学論集43巻1・2合併号220頁から221頁「義務履行の強制については、実体法上の問題そのものではないのであるから、条例上の義務の司法的執行における問題に実体法上の公法私法二元論をストレートに持ち込むことは妥当ではない～条例上の義務の司法的執行の問題については、～実体法的アプローチとは異なる訴訟的・手続的アプローチが必要であろう。」等多数。

平成14年最高裁判決以後のものとして、村上武則「宝塚市パチンコ店規制条例事件と法治主義」同他編『高田敏先生古稀記念論集 法治国家の展開と現代的構成』89頁「（ドイツの）アレクシの理論を借りて言えば、prima facie-Rechte und prima facie-Pflichten（一応の権利・義務）としての権利義務の関係に入っていると言えるのではなからうか。」同90頁「私人と国家の側に、抽象的には権利義務の関係が存在し～広い意味では義務の履行を求める公権が国家の側に存在している」等多数。

求する請求権の主張となる。

この場合、当該処分は、義務を課す処分の授權規定ないし義務を課す根拠規定に基づき行われる行政庁の請求権の表明であり、かかる請求権の存在は、当該処分の授權規定に由来するものである。

一方で、本件のように、処分を介在しない義務履行請求権の場合、かかる義務を課する根拠規定により、直接義務履行請求権は基礎づけられる。

本件においては、人見意見書（甲C1）9頁が述べるとおり、沖縄県漁業調整規則39条1項の規定により、「「漁業権の設定されている漁場内」において岩礁破碎行為をする者は皆、知事の許可を受けてそれを行わなければならないという作為義務を課されている。このことは裏を返していえば、何人も知事の許可を受けずには岩礁破碎行為を行ってはならないという不作為義務を課されていることを意味する。そして、実際に許可を受けずに岩礁破碎行為がなされている場合に生じている義務違反は、後者の不作為義務違反である～かかる不作為義務は、当該義務を賦課した許可権者である沖縄県知事及びその所属する行政主体である沖縄県に対する関係での義務であり、かかる義務は、地域の水域に存する水産資源を保護培養するという公益を保護するために課された義務である。したがって、地域の水域の水産資源を保護培養するという公益保護の主体として法令上位置づけられている沖縄県は、かかる義務の違反者に対してこの義務履行を求める権利を有するということができ」、「いまだ岩礁破碎行為がなされていないが、知事の許可を得ずに岩礁破碎行為がなされることが确实であるというような場合には、そのような義務違反行為を事前に防止するための予防的な義務履行請求も認められる」のである。

2 法令により直接課された義務であることに支障はないこと

上記の裁判例で問題とされた工事中止義務等は、行政庁の工事中止命令や原状回復命令のような行政処分によって課された義務であり、本件で問題となっているのは、沖縄県漁業調整規則によって課された義務であり、相違がある。

しかし、民事訴訟や当事者訴訟において履行が求められる義務は、当然のことではあるが、処分を介在して生じる義務ではなく、法令が直接課している義務でも何の問題もないし（民法 234 条等）行政代執行法に基づいて代執行の対象となる行政上の義務についても、具体的特定の義務であれば（広岡隆『行政代執行法 [新版]』54 頁、62 頁）「法律（法律の委任に基づく命令、規則及び条例を含む。以下同じ）により直接命ぜられ」た義務でも問題ない（行政代執行法 2 条：その例としては、火薬類取締法 22 条、道路法 40 条 1 項、都市公園法 10 条 1 項の義務等）。

人見意見書（甲 C 1）10 頁で結論付けられているとおり、「本件の、知事の同許可を受けずに岩礁破碎行為を行ってはならないという不作為義務は、その内容が極めて具体的で明確であることはいうまでもないから、処分を介在していないことが、履行請求権を肯定することに何らかの支障をきたすものではない（なお、白井皓喜判例地方自治 24 号 86 頁における大阪高裁昭和 60 年 11 月 25 日決定・判例時報 1189 号 39 頁の解説は、不作為義務を条例から直接導いていることも想起）。

3 権限と権利について

被控訴人は、答弁書において、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ていたが、誤りである。

被告は、最高裁平成5年9月9日判決・訟事月報40巻9号2222頁を引用していたが、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。

行政庁とは、元々、明治憲法下の行政官庁概念に由来を持つもので、行政官庁とは、「国家意思を決定し、人民に対しこれを表示し得べき権能を与へられて居る国家機関」のことであり（美濃部達吉『日本行政法上巻』373頁）、「行政主体という権利義務の帰属主体たる法人格の権利・義務の行使を行う数多くの行政機関のうち、特に、「法令上、行政主体たる国のために自己の名において行政主体の具体的意思を決定し表示する権限を与えられているもの」のことである（藤田宙靖『行政法総論』444頁から445頁）。

そして、「行政官庁」とは特に国が行政主体である場合の呼び方なので、地方公共団体等を含めて行政主体一般についてこの種の機関を言う場合に、特に「行政庁」という概念が用いられてきた（同上）。

この定義から明らかなおりに、「行政庁」が権利義務の帰属主体足り得ない、というのは、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である（同445頁から446頁）。

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格であり、行政庁の「権限」に基づく行為により権利義務が帰属する。

例えば、塩野宏は、「行政主体と私人との間では、契約的手法以外でも、権利・義務の変動のために行政の精神作用が用いられることがしばしば

ある。」(同『行政法』123頁)「行政主体と私人との間の権利・義務関係の変動に際して用いられる行政の精神作用には、契約も含めている。いろいろの態様があるが、行政法学においては、その一つを行政行為という概念の下で捉え、その特色を明らかにすることを試みてきた。～行政行為とは、行政の活動のうち、具体的場合に直接法効果をもってなす行政の権力的行為である。」(同124頁)「行政主体と私人との間の法律関係は決して行政行為のみによるのではなく、ほかにもいろいろな法律要件によって変動することがある」(同125頁)と説明している。

「行政庁」が有するのが「権限」であることから、「行政庁」が行使した「権限」により、「行政主体」に権利を帰属せしめられないことや、「行政主体」が権利や利益を保有しないことが帰結されることにはならないということである。

4 私法上の権利との違いについて

また、被控訴人は、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ていた。

これは、民事執行不能論のバリエーションであると思われるが、現行法制下において、民事執行不能論が採りえないことは、既に述べたとおりで(塩野宏『行政法 [第六版]』246頁、中川丈久「国・地方公共団体が提起する訴訟 - 宝塚市パチンコ条例事件最高裁判決の行政法論と憲法論」法学教室 375号 97頁から 99頁) 私法上の権利ではないから、

民事執行法の利用ができない、ということにはならない。

ちなみに、最高裁昭和 41 年 2 月 23 日判決・民集 20 卷 2 号 320 頁は、いわゆるバイパス理論について判示したことで知られる判決だが、強制徴収権限を持たない農業共済組合連合会が、会員である各農業共済組合（単位会）に対して有する保険料債権（公法上の債権）に関しては、民事執行に拠ることが可能であることを前提とした判断を行っている。

また、私法上の権利とは異なり、終局的には公益を目的とすることも、公権に基づく履行請求の否定にはなりえないことは、平成 21 年最高裁判決に照らして、明らかである。

凡そ法が何らかの規制権限を行政庁に与えている場合、規制により保護すべき利益として、公益（第三者の私益を含む）に対する影響を処分の考慮要素と置くことは通常であるが、このような制度設計においては、行政庁は、公益を、いわば代表する関係にあり、処分により、公益を実現することになる。

この場合、このような公益の保持者（例えば、本件のような水産資源保護培養という公益の場合、漁民や生活者に広く薄く帰属した利益と言える）は、行政庁の処分により保護される。

そして、例えば、当該処分に対して名宛人が抗告訴訟を提起した場合、当該行政庁が帰属する行政主体は、公益を主張して処分の適法性を正当化することを許され、その訴訟追行結果に公益の保持者は従う関係にある。

このような制度においては、当該行政庁が帰属する行政主体は、広く薄く第三者に帰属する公益を凝集する結節点となり、処分により、処分の名宛人の私益と公益とを調整することを許されており、当該行政主体

は公益を代表するのに適切な地位（当該公益と名宛人の私益を巡る紛争の当事者足り得る）にある。

ここで、公益は、裸の意味での誰にも帰属しない利益ではなく、当該制度の枠内においては、当該行政主体が代表しているという意味で、当該行政主体に帰属する（あるいは法定訴訟担当と同様に、当該利益の管理処分権を有している）利益である。

最高裁平成 21 年 7 月 10 日判決・判例時報 2058 号 53 頁のように、公害防止協定の履行を求める場合も、保護を求めている利益は、周辺住民の生活環境という公益であり、かかる公益を適切に代表しうる立場にある地方公共団体が、公益と相手方との利益を調整する形式として公害防止協定を締結することで、いわば公益が当該地方公共団体に（上記の意味で）帰属するに至っているから、公益の保護を目的として、当該地方公共団体が訴えを提起できる。

本件のような規制規範により法律関係が形成されている場合も、全く同じである。

沖縄県漁業調整規則の制度の枠内では、同制度が保護しようとする限りの公益については、沖縄県がこれを代表し、かかる公益は沖縄県に帰属する利益である。

沖縄県が、かかる公益の保護を目的として、訴えを提起することは、行政主体に帰属する権利の行使なのであって、私法上の権利と異なるとしても、沖縄県の固有の請求権なのである。

5 国民の義務について

被控訴人は、また、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していた。

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していた。

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权を有している。

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、その根拠は、結局のところ、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 卷 8 号 2326 頁の事案は、そもそも私人の権利の存否が争われたもので、本件とは全く事案を異にするが、それを置いても、同判決は、「憲法 21 条が規定する表現の自由の保障の下において、～法 1 条は、～「放送の不偏不党、真実及び自律を保障することによって、放送による表現の自由を確保すること」

(2号)」を規定しているとした上で、「法3条は、上記の表現の自由及び放送の自律性の保障の理念を具体化し、「放送番組は、法律に定める権限に基く場合でなければ、何人からも干渉され、又は規律されることがない」として、放送番組編集の自由を規定している。すなわち、別に法律で定める権限に基づく場合でなければ、他からの放送番組編集への関与は許されないのである。法4条1項も、これらの規定を受けたものであって、上記の放送の自律性の保障の理念を踏まえた上で、上記の真実性の保障の理念を具体化するための規定であると解される。そして、このことに加え、法4条1項自体をみても、放送をした事項が真実でないことが放送事業者に判明したときに訂正放送等を行うことを義務付けているだけであって、訂正放送等に関する裁判所の関与を規定していないこと、同項所定の義務違反について罰則が定められていること等を併せ考えると、同項は、真実でない事項の放送がされた場合において、放送内容の真実性の保障及び他からの干渉を排除することによる表現の自由の確保の観点から、放送事業者に対し、自律的に訂正放送等を行うことを国民全体に対する公法上の義務として定めたものであって、被害者に対して訂正放送等を求める私法上の請求権を付与する趣旨の規定ではないと解するのが相当である。前記のとおり、法4条1項は被害者からの訂正放送等の請求について規定しているが、同条2項の規定内容を併せ考えると、これは、同請求を、放送事業者が当該放送の真実性に関する調査及び訂正放送等を行うための端緒と位置付けているものと解するのが相当であって、これをもって、上記の私法上の請求権の根拠と解することはできない。」と判示している。

要するに、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ず（このことは、被害者以外にも、その直接関係人も請求できることとされていることから明らかだと思われる）私法上の請求権の根拠とはできない、としたものである。

本件に照らしてみれば、岩礁破碎等は、何ら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いため、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）を認めるべき根拠はどこにもない。

いわゆるバイパス理論（最高裁昭和41年2月23日判決・民集20巻2号320頁）のように、同じ内容の強制手段について、バイパス（農業災害補償法の滞納処分）が存在する場合に、一般道（民事訴訟法による強制執行）が許されないとするはありうるとしても、罰則という刑罰による威嚇手段とは、強制手段が異なるのであるから（罰則は、本来は、過去の違法な行為に対する制裁であって、広い意味では義務の履行

手段と言えても、狭い意味での義務の履行手段ではない)、罰則の排他性を認めるべき根拠はないのである(村上意見書(甲C13)6頁でも、本件予備的請求との関係での文脈だが、罰則に、排他性を認めるべき根拠がないことが指摘されている)。

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って、本件のように、工事費との比較で罰金額が低廉である場合や、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(上述のとおりである)裁判所に助力を求ることを殊更禁止する趣旨とは解されない。

6 小括

以上に述べてきたとおり、本件においては、沖縄県漁業調整規則に基づき、行政上の義務の履行を求める請求権が控訴人に帰属しており、第二章第1で述べたとおり、本件水域において漁業権は消滅していない以上、主位的請求(差止請求)は認容されるべきである。

第3 主位的請求が認められない場合には予備的請求(確認請求)が認容されるべきこと(確認の利益が認められること)

1 確認の利益についての判断枠組み

確認訴訟は、基本的法律関係を対象とすることから紛争を根本的に解決する機能があり、また、現実の侵害が生じていない段階での訴訟が認められることから予防的機能があるものとして、その意義は、多様化・拡大化し、新たな類型の社会的紛争を裁判過程で処理しようとする場合

に活用され、確認訴訟の社会的紛争解決の機能は拡大しているとされている。

もっとも、確認訴訟については、確認の対象となりうるものは論理的には無限定であるため、裁判手続きによる解決に適した紛争を対象とする必要があり、確認判決による解決を必要とする紛争が現実にあるかという観点や紛争解決手段としての確認判決の有効性という観点から、当該事案を検討し、「確認の利益」が認められなければならないとされている。

そして、この「確認の利益」については、確認の訴えという方法選択が適当であること、確認対象が適切であること、即時確定の必要性があることという枠組みでの判断がなされている。

2 確認の訴えによることの適否について（確認訴訟の補充性に反しないことについて）

給付訴訟が可能な場合には確認の利益について疑義が生じることになるが、本件確認の訴えは主位的請求が認められない場合の予備的請求であり、仮に、本訴訟の主位的請求である履行請求（給付訴訟）が認められない場合には、沖縄県は確認請求という形式以外に沖縄県漁業調整規則 39 条 1 項に基づく公法上の法律関係を訴訟物とする訴訟提起をすることはできないのであるから、主位的請求が認められない場合には、確認の訴えによる以外に、他に適当な方法はない。

他方で、3 において述べるとおり、本件について確認請求により判断がなされるならば、法令の適用により紛争が終局的に解決できるのである。

したがって、主位的請求である履行請求（給付訴訟）が認められない場合についての予備的請求である本件確認の訴えについては、確認訴訟の補充性に反しないものであり、確認の訴えによることは適当であると認められる。

3 確認対象の適否について

水産資源保護法 4 条の委任に基づいて制定された沖縄県漁業調整規則 39 条 1 項は、「漁業権の設定されている漁場内において岩礁を破砕し、又は土砂若しくは岩石を採取しようとする者は、知事の許可を受けなければならない。」と規定しており、「漁業権の設定されている漁場内」において岩礁破砕行為をする者は皆、知事の許可を受けてそれを行わなければならないという作為義務を課されている。このことは裏を返していえば、何人も知事の同許可を受けずには岩礁破砕行為を行ってはならないという不作為義務を課されていることを意味する。そして、実際に許可を受けずに岩礁破砕行為がなされた場合に生ずる義務違反は、この不作為義務違反である。知事の許可を取得するという作為の義務は、将来においてなされる岩礁破砕をなす際に事前に履行されるべき義務であるからである。同規則 39 条 1 項に違反する行為については同規則第 4 章において罰則も定められており、この不作為義務の違反が違法と評価されることは一義的に明らかであり、この不作為義務が法的義務であることは当然である。そして、かかる不作為義務は、当該義務を賦課した許可権者である沖縄県知事及びその所属する行政主体である沖縄県に対する関係での義務であり、かかる義務は、地域の水域に存する水産資源を保護培養するという地域公益を保護するために課された義務である。こ

の知事の許可を受けずに岩礁破碎行為を行ってはならないという不作為義務は、その内容が極めて具体的で明確であることはいうまでもない。また、後述するとおり、国がしようとしている違反行為の内容は具体的に特定され、国がかかる行為を行う蓋然性が認められることは明らかであるし、前述のとおり、沖縄県と国との間には、具体的に特定された公法上の法律関係が存するものである。

確認の訴えにおける確認対象の適否については、「重要なのは…それを確認する判決が出ると、被告の行動に影響があり、紛争解決が十分に期待できるという事情の存在である」(中川丈久「行政訴訟としての『確認訴訟』の可能性」民商法雑誌 130 巻 6 号)とされる。そして、本件についての沖縄県と国との間の争いの根本的原因は、本件水域が、岩礁破碎等をしようとする者に対して沖縄県知事の岩礁破碎等許可を得ないで岩礁破碎等をしてはならないという不作為義務が課せられている水域であるか否かについての主張の対立であり、本件水域がそのような制約のある水域に該当することが司法の判断によって明らかになれば、紛争の根本的原因が解決し、紛争の実態に即した抜本的な解決が図られることになるものである。確かに、確認訴訟の判決については執行力の担保はないが、わが国の法制度という点からは、行政事件訴訟法における義務付け訴訟・差止め訴訟をはじめ、行政主体を名宛人とする判決については特段の執行力の担保措置は設けられておらず、また、地自法第 251 条の 5 に基いて地方公共団体の提起する国の不作為の違法確認訴訟についても執行力の担保措置はないが、これは、行政主体は裁判所の判断を尊重するとの前提で、わが国の法制度が制度設計されているという認識に基づいて立法されたものである。山本隆司「訴訟類型・行政行為・法関係」

民商法雑誌 130 巻 4・5 号 61 頁は「権力分立制度の元で、裁判所は行政機関が判決に従うことを前提にしてよい。法や法的地位を宣言する(に留める)確認判決は、こうした行政法関係の特質に対応する判決形式であり、行政法分野では、確認判決を原型とみることに一定の理由があると思われる。」としている。

沖縄県と国との本件の紛争は、本件水域における岩礁破碎等の不作為義務の存否についての司法判断が示されることによって収束することは当然に見込まれるのであり、不作為義務の確認を求める本件確認の訴えは、紛争の解決にとって有効・適切であると認められるものである。

以上述べたとおり、本件確認の訴えの対象の選択は適切というべきである。

4 即時確定の必要性について

(1) 国による本件水域における岩礁破碎等は确实であり、切迫していること

本件水域において、国の機関である沖縄防衛局が岩礁破碎等を行うことは确实であり、切迫していると認められるものである(甲 A 7 の 1 から 7 の 5)。

ア 平成 26 年の岩礁破碎等許可申請

沖縄防衛局は、普天間飛行場代替施設建設工事における海上工事に関して、沖縄県に対し、平成 26 年 7 月 11 日付け沖防第 2769 号により、「岩礁破碎等許可申請書」を提出した。当該申請に関して、沖縄県は、同年 8 月 7 日付け農水第 1122 号により、「『概要説明書』に関して、普天間飛行場代替施設(埋立区域)のみならず、海上ヤ

ードや床掘工等、全ての岩礁破碎行為の必要性及び施行方法について詳細な説明が必要」として、その補正を求めたところ、同年 8 月 11 日付け沖防第 3088 号により、「普天間飛行場代替施設建設事業に係る岩礁破碎等許可申請書の補正について〔甲 A 7 の 2、以下「補正書」という。〕が提出された。

補正書における「行為に関する概要説明書及び行為の範囲を明示した現況写真」に関する事項の中で、代替施設本体部では外周護岸、中仕切護岸、中仕切岸壁の築造とそれらで囲われた区域での埋立行為、付帯工としての汚濁防止膜、燃料棧橋、東側進入灯及び西側進入灯の設置、仮設工としての仮設棧橋及び仮設岸壁の設置、海上ヤード整備、浚渫・床掘工、美謝川の切替え水路の整備を、辺野古漁港部では護岸築造とそれらで囲われた区域での埋立行為を、それぞれ岩礁破碎等が伴う行為として記載している。

イ 公有水面埋立承認申請

沖縄防衛局が沖縄県に提出した平成 26 年 9 月 3 日付け沖防第 3356 号による設計概要変更承認申請書（甲 A 7 の 3）の中で、工事着工から 1 年以内の海上工事進捗計画を、2 ヶ月毎の 6 期に分けて示している。

その進捗計画において、1 年次 1 ～ 2 ヶ月目に着手される工事としては、代替施設本体部では二重締切矢板式護岸（A 護岸）、二重締切岸壁（中仕切岸壁 A・B）の築造、海上ヤードの整備、汚濁防止膜敷設が、辺野古漁港部では傾斜堤護岸の築造がそれぞれ計画されている。続いて 1 年次 3 ～ 4 ヶ月目には、新たに着手される工事として、代替施設本体部で中仕切護岸 N-3・N-4・N-5、傾斜堤護岸

K-1・K-4・K-8・K-9 の築造、ケーソン式護岸の基礎工、床堀・浚渫工が計画されている。

沖縄防衛局は、平成 25 年 3 月 22 日付け沖防第 1123 号による公有水面埋立承認願書の添付資料である環境保全に関し講じる措置を記載した図書（以下「環境保全図書」という。）（甲 A 7 の 4、甲 A 7 の 5）の中で、生物相調査の一環であるスポット調査において、各調査地点の底質を報告している。

海上工事進捗計画において、1 年次 1～4 ヶ月までに工事が着手される計画となっている海域（海上工事進捗図は甲 A 7 の 3）でのスポット調査地点は、サンゴ類では St. C46、St. C47、St. C67、海藻草類では St. A46、St. A47、St. A67 が該当する。そして、St. C46 及び St. A46 は二重締切矢板式護岸（A 護岸）に、St. C47 及び St. A47 は傾斜堤護岸 K-9 に、St. C67 及び St. A67 は中仕切護岸 N-4 に位置している（スポット調査地点は甲 A 7 の 4）。

St. C46 の底質は、平成 19 年度調査では「岩盤、砂」、平成 20 年度調査では「小礫、岩盤」と記載されている。St. C47 の底質には、平成 19 年度調査では「岩盤、砂」、平成 20 年度調査では「砂礫」と記載されている。St. C67 の底質は、平成 19 年度調査では「小礫、砂」、平成 20 年度調査では「小礫、岩盤」と記載されている。St. A46 の底質は、平成 19 年度夏季では「岩盤、砂」、冬季では「岩盤、砂」と、平成 20 年度夏季では「小礫、岩盤」と、冬季では「砂礫、岩盤」と記載されている。St. A47 の底質は、平成 19 年度夏季では「岩盤、砂」、冬季では「岩盤、砂」と、平成 20 年度夏季では「砂礫」と、冬季では「岩盤、砂礫」と記載されている。St. A67 の底質は、

平成 19 年度夏季では「小礫、砂」、冬季では「小礫、転石」と、平成 20 年度夏季では「小礫、岩盤」と、冬季では「岩盤、巨礫、砂礫」と記載されている（スポット調査地点の底質は甲 A 7 の 5）。

以上のとおり、工事着工後、初期に施工されるものとして、傾斜堤護岸 K-9、二重締切矢板式護岸（A 護岸）及び中仕切護岸 N-4 の築造と、床堀・浚渫工が計画されており、護岸・岸壁の築造に関しては、それら工事の着手位置近傍において、その海底面に岩盤の存在が確認されている。

また、環境保全図書においては、サンゴ類に係るライン調査を行っており（甲 A 7 の 6）、ライン調査の各測線における底質の状況についても報告がなされている（甲 A 7 の 7）。

このうち、L-C23 と示された測線は、中仕切護岸 N-3 の近傍に位置しているほか、L-C24 と示された側線は、中仕切護岸 N-5 と重なるように位置している。

L-C23 の底質は、陸側から 0 ～ 約 30m、約 50m ～ 70m の範囲で岩盤が存在すると記載されている。

また、L-C24 の底質は、陸側から約 50m ～ 約 100m の範囲で岩盤が存在すると記載されている。（甲 A 7 の 7）

以上のとおり、中仕切護岸 N-3 及び中仕切護岸 N-5 の近傍の海底面にも、岩盤の存在が確認されている。

ウ 平成 29 年 4 月 1 日以降の沖縄防衛局による海上作業の確認

平成 29 年 4 月 1 日以降、沖縄県職員において、陸上からの沖縄防衛局の海上工事を監視した結果、同年 4 月 25 日に、傾斜堤護岸 K-9 の工事着手が確認された。同年 6 月 28 日には、当該護岸は約

100メートルほど整備されているとの新聞報道（空中写真掲載）もなされたところである（甲A7の1）。

平成30年3月末時点で、傾斜堤護岸K-9の長さは約100mのままとなっている一方、傾斜堤護岸K-1、K-2及び中仕切護岸N-5がほぼ完成し、傾斜堤護岸K-3及びK-4の施工が進められている（甲A7の8）。また、同年4月9日には中仕切護岸N-3の工事着手が確認されたところである。（甲A7の9）

エ 小括

普天間飛行場代替施設建設工事において、護岸や岸壁の築造の他、床堀・浚渫工などにおいて、岩礁破碎等行為が生じることが予定されているところ、沖縄防衛局は、既に、上記ウで示した7つの護岸の築造に着手している。護岸工事では、捨石の投入やその均しという行為の性質上、岩礁が存在すれば、それが破碎される可能性は極めて高く、傾斜堤護岸K-9、中仕切護岸N-3及びN-5の工事着手位置近傍の海底に岩盤の存在が確認されていることから、岩礁破碎の発生は確実な状況にあると判断される。

また、同じく初期に行われる予定で、現在未着手の工事についても、二重締切矢板式護岸（A護岸）に関しては、その着手位置近傍に岩礁が存在することから、傾斜堤護岸K-9と同様の状況であり、中仕切護岸N-4においても、築造予定の海底に岩盤が存在することから、これらの工事に着手されれば、岩礁破碎は確実に発生すると考えられる。

さらに、既に沖縄防衛局は公有水面埋立の本体工事に着工しているところ、床堀・浚渫工も初期工事に位置づけられており、直接的

な土砂又は岩石の採取行為の実施も、目前に計画されている。

以上のことから、沖縄県知事の許可を得ることなく実施継続されている沖縄防衛局による普天間飛行場代替施設建設工事に関しては、今後、岩礁破碎等が行われることは確実であり、また、海底の底質状況や各行為の性質から、岩礁破碎等が差し迫っていると判断されるものである。

(2) 沖縄県の地位ないし利益に対する現実の不安・危険が生じていること

ア 沖縄県が、沖縄県漁業調整規則 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、法的に保護された沖縄県の固有の利益であるが、(1)において述べたとおり、沖縄防衛局は埋立本体工事に既に着手をして岩礁破碎等許可を受けずに本件水域における岩礁破碎等を実施しようとしているものであるから、岩礁破碎等許可権限を有する沖縄県の地位ないし利益に対する不安・危険は、現実的かつ具体的に生じているものである。

イ(ア) 昭和 24 年制定漁業法の 65 条は「主務大臣または都道府県知事は、水産動植物の繁殖保護、漁業取締その他漁業調整のため左に掲げる事項に関して必要な省令又は規則を定めることができる。」と定めているが、これは、明治漁業法 34 条を引き継いだものである。そして、昭和 26 年に、水産資源保護法が制定されたが、同法は「水産資源の保護培養を図り、かつ、その効果を将来にわたって維持することにより、漁業の発展に寄与することを目的」（1 条）とし、その 4 条から 11 条まではもともと漁業法にあっ

た規定であるから、「水産資源保護法は、漁業法の一部を形成する法律」(浜本幸生『〔最新〕早わかり「漁業法」全解説』484頁)である。水産資源保護法4条は、昭和24年制定漁業法65条の規定から「水産動植物の繁殖保護」に関する部分を抜き出して、「水産資源保護のために必要があるときは、省令又は規則を定めることができる。」と規定した。

沖縄県漁業調整規則は、漁業法65条及び水産資源保護法4条の委任に基づき、沖縄県における水産資源の保護培養、漁業取締りその他漁業調整を図り、併せて漁業秩序の確立を期することを目的として制定されたものであるが、同規則39条は、水産資源保護に関するものであるから、水産資源保護法4条の委任に基づくものである。

水産資源やこの水産資源を育む海洋環境は、漁業権漁業や自由漁業、遊漁等の前提をなすものであるから、水産資源保護法及びその委任を受けた沖縄県漁業調整規則によって保護される利益は、地域住民の共同利益と言いうるものであり、沖縄県(知事)は、地域住民の共同利益を代表して、岩礁破碎等許可の権限行使をするものである。

- (イ) 漁業協同組合が漁業権者である共同漁業権については、権利の性格・帰属については争いがあるものの、少なくとも、沿革的には、入会的権利と解されていた地先専用漁業権ないし慣行専用漁業権にその淵源を有することは疑いのないものであり、漁業に関する法令は、漁業制度の沿革を離れて解釈をできるものではない(以下は、共同漁業権の権利の性格・帰属について特定の立場から

述べるものではない。)

漁業権が設定される水域は沿岸海域であり、沿革的には、徳川封建体制下において、沿岸地域の村落共同体が支配・管理して利用をしていた漁場である。明治の近代化以前に、沿岸地域の村落共同体が地先水面を共同に利用する慣習が形成され、地先水面を沿岸地域の村落共同体が支配・管理して利用する関係は、山林や用水と同様に、村落共同体の総有する慣習上の権利として成熟していた。

明治以降も、既存の漁場、山林原野、用水などの支配秩序は、ほぼそのまま継承されたが、漁場については、漁民生活の窮乏からくる乱獲と漁場争いは法律をもって規律しなければおさまらなくなり、統一的な漁業法典の制定が求められるようになった。そして、民法が林野の入会権を慣習に委ねたのとは対照的に、漁場については、漁業法の制定により、漁業秩序の調整が法制化された。明治漁業法は、漁業権を、漁業を営む権利として構成し、この漁業権は地方長官の免許によって設権されるとする法制度を採用し、専用漁業権の免許は地元漁業協同組合に与えられるものとした。公法上の手続（行政行為）で設権される漁業権自体は私権であるが、漁業権者が様々な決まり・秩序にしたがって漁業行為をしなければならないことは沿革、漁業権付与の趣旨・目的よりしても当然のことであり、漁業権は私権ではあるものの、公益性・社会性による種々の制約が設けられた。また、漁業法は、水産動植物の繁殖保護、漁業取締の権限を地方長官に付与した。封建体制下において慣習により形成された権利関係を、近代法下

で法制化し、漁業調整や水産資源保護のための規制権限等が地方長官に付与されることになったが、この地方長官の権限は、漁業法制定前には沿岸地域の村落共同体自身が直接に地先の総有漁場を支配・管理して漁業秩序を調整していたことに代わって、いわば地域住民を代表して地方長官が漁業秩序の調整や漁場の水産資源保護のための規制等を行うことで、村落共同体の生活と漁業生産活動を保護するために採用された制度というべきであり、地方長官の権限行使によって図られるべき公益とは、地域住民の私益の集積たる共同利益にほかならないものであった。

昭和 24 年制定の現行漁業法(なお、前述のとおり、水産資源保護に関する規定は昭和 26 年制定の水産資源保護法に移されている。)は、「漁業調整機構の運用によって、水面を総合的に利用し、もって漁業生産力を発展させること」を目的として謳い、漁業権については種々の公的制約を設け、漁業調整(水産動植物の繁殖保護や漁業取締等)のために必要な制限、禁止をする規則を定める権限を都道府県知事に付与したが、これらの規制権限等は、漁場の総合的高度利用による地域住民の共同利益の最大化を企図して付与されたものであり、都道府県知事は、漁業法の目的に沿うように、都道府県知事に付与された規制権限を実効的に行使する責務を負っているものである。

以上の沿革より、漁業法や水産資源保護法により都道府県知事に付与された権限は、地域住民の私益に裏付けられた地域公益(地域住民の共同利益)を図るために付与された権限であるということが出来る。

ウ 沿岸海域は地域住民の生活、生産活動と密接な関係を有する法定外公共用物であるが、水産資源保護法 4 条の委任に基づく沖縄県漁業調整規則 39 条所定の岩礁破碎等許可制度は、公物管理という視点から見ると、水産資源保護の観点からの法定外公共用物たる海域についての沖縄県（知事）の機能管理権を定めた規定であるといえることができる。

エ 岩礁破碎等は周辺水域の環境に著しい影響を及ぼす行為であり、これが水産資源や水産資源を育む海洋環境に与える影響は不可逆的なものであることから、同規則 39 条は漁業権漁場内の水産資源の保護培養のために、漁場内において岩礁を破碎し、又は土砂若しくは岩石を採取することを一般的に禁止し、知事の許可を受けた場合のみ禁止を解除することを趣旨とする。そして、岩礁破碎等を許可する場合においても、同規則 39 条 3 項は、制限または条件を付することができるとし、岩礁破碎等自体は認める場合でも水産資源やこれを育む海洋環境の保護を図ることができるものとしている。

岩礁破碎等の行為は、岩礁破碎がなされた当該水域だけではなく、海水を通じて広く影響を及ぼすことになり、隣接する漁場への影響も生じることとなる。岩礁破碎等による水産資源やこれを育む海洋環境への影響は、岩礁破碎等の具体的態様や漁場汚濁防止等の具体的な対策いかんにより左右されるのであるから、岩礁破碎等許可申請がなされた場合には、個別具体的に周囲への汚濁等の水産資源保護への影響を検討したうえで、当該申請に係る岩礁破碎等行為が認められるか否かが判断され、また、具体的な必要性に応じて許可に際して条件が付されることになる。実際、本件水域について平成 26

年 8 月 28 日に岩礁破碎等許可がなされた際にも、水産資源保護の点から具体的、詳細な審査をした上で、詳細な条件を付して許可がなされている。

国は沖縄県に対し、沖縄県漁業調整規則 39 条 1 項に基づき公法上の不作為義務を負っているところ、この義務に違反し、違法に岩礁破碎等行為が行われてしまえば、不可逆的な影響が生じ、事後的な原状回復はできない。

オ 以上のとおり、本件について、確認判決による解決の必要性は具体的に現実化しており、確認判決を取得するに足りるだけの紛争解決の切迫性ないし紛争の成熟性が認められるものである。

カ なお、沖縄県の損害という財産法的な視点でみても、無許可での違法な岩礁破碎等がなされることにより、沖縄県には有形無形の損害が生じるということが出来る。

沖縄県は、沖縄県漁業調整規則 39 条 1 項により岩礁破碎等を沖縄県知事の許可にかからしめることで水産資源保護を図ってきたものであるから、同規則の実効性は、法的な保護に値する利益というべきであり、無許可での違法な岩礁破碎等がなされることにより、沖縄県は法的保護に値する利益を侵害され、水産資源保護という目的を十分に果たせないことになるのであるから、無形の損害を被ることになるものと言える。

また、違法な岩礁破碎等という事態に対して、岩礁破碎等許可制度の実効性を維持するために、調査や監視、行政指導などの様々な対応や、さらには争訟等の検討も必要となるものであり、これに要する人件費、交通費、郵送費、調査や監視に要する様々な諸経費等

を要することになり、有形無形の損害が生じるということができる。

(3) 小括

以上のとおり、漁場における水産資源とそれを育む海洋環境の保護は地域住民の共同利益であると認められるところ、沖縄県は、水産資源保護法の委任により、地域住民の共同利益たる漁場における水産資源保護を目的として、一定範囲で権力的規制権限を行使することが認められ、その実効性確保のために行政上の義務違反に対して刑罰権を規定することも認められ、この地位に基づいて、沖縄県漁業調整規則を定め、同規則 39 条で岩礁破碎等許可制度を定め、同規則第 4 章において罰則も定めたものであり、地域住民の共同利益たる水産資源保護のために実効的に岩礁破碎等許可制度を運用し、水産資源の保護を確保する責務を負っているものである。この沖縄県の地位に鑑みると、沖縄県が、沖縄県漁業調整規則 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、法的に保護された沖縄県の固有の利益であるというべきであり、具体的な義務違反行為に対して、岩礁破碎等許可制度の実効性を確保するために、刑事罰と比してより権利侵害的でない解決手段として、当事者訴訟による公法上の義務の確認を求めることが許容されるべきである。

岩礁破碎等がなされてしまえば原状回復は不可能であり、岩礁破碎等許可制度により保護しようとした地域住民の共同利益は失われ、岩礁破碎等許可制度は実効性がないものとなるところ、国による岩礁破碎等がなされることは確実に切迫しているのであるから、沖縄県の地位ないし利益に対する危険・不安は現在化しているものである。

この紛争は、本件水域における漁業権の存否という法的事項につい

ての沖縄県と国との主張の食い違いにより生じているものであるから、法令の適用（司法判断）により終局的に紛争解決を図ることが可能である。確認請求について認容判決がなされても強制をする手段がないが、本件の被提訴者は国という行政主体であるから、司法の判断が示されれば国がその判断にしたがって行動することは当然に期待できるものというべきであり、確認判決の必要性は肯定されるものである。

以上のとおり、本件確認の訴えについて、即時確定の必要性が認められるものである。

5 確認の訴えについての結論

予備的な請求である本件確認の訴えは、仮に、主位的請求が認められない場合には、他に適当な方法がなく、法令の適用により義務の存否の判断がなされれば終局的な解決となるのであるから、本件確認の訴えは、有効適切な争訟方法と認められるものである。

本件確認の訴えの対象である公法上の法律関係（沖縄漁業調整規則 39 条 1 項に基づく不作為義務）の内容は具体的なものであるから確認対象の選択は適当と認められる。

そして、沖縄県が、沖縄県漁業調整規則 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、法的に保護された沖縄県の固有の利益であるところ、無許可での岩礁破碎等がなされることは確実かつ切迫しているものであるから、沖縄県の利益に対する危険・不安は現実化している。そして、一旦岩礁破碎等がなされてしまえば事後的な回復はできないものであり、他方で、法令の適用により義務の存否が確定されれば終局的な解決がなされるものであ

るから、即時確定の必要性が認められる。

本件確認の訴えについて、確認の利益が認められるものである。

以上