

## 控訴理由書の骨子

### 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可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する事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、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。

## 第1章 本訴訟が「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 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 裁判所法3条1項は、「裁判所は、一切の法律上の争訟を裁判する権限」を有すると定めているが、この裁判所法上の「法律上の争訟」の意義は、上位規範である憲法の「司法権」の観念から解釈されるものである。

日本国憲法は、76条1項において、「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。」と定めている。そして、「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)である。憲法は、「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)を司法権の任務とし、この司法の任務を果たすために裁判所に裁判の権限が付与されているのである。

具体的な紛争について法を適用して解決をするという司法の役割より、司法権発動の要件として、具体的な法律上の紛争の存在（具体的事件性）と法的に解決が可能であること（法的事項）の2点が導かれるものであり、裁判所法3条1項にいう「法律上の争訟」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、それが法令の適用により終局的に解決することができるもの」（最高裁昭和56年4月7日判決・民集35巻3号443頁）と解されている。

国の機関である沖縄防衛局は、本件水域における海上工事に関して、岩礁破碎等許可は不要であるという立場を明確にし、これに対して、沖縄県は、無許可での岩礁破碎等は違法であるとの行政指導を繰り返してきた。沖縄県漁業調整規則39条に基づく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、国と沖縄県との対立が具体的に生じているものであり、「具体的な権利義務ないし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。

沖縄県と国との間には、本件水域における国の岩礁破碎等の不作為義務という具体的な権利義務ないし法律関係の存否について紛争が生じており、そして、この紛争は裁判所が漁業法等の法令を解釈・適用して法的判断を示すことにより終局的な解決ができるものである。

したがって、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」という定式を満たすものである。

- 3 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、本件各訴えについて、沖縄県漁業調整規則 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とした。しかし、同最判が、結論を導いた直接の命題、つまり、先例となる判断は、「『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』は法律上の争訟に該当しない」というものである。本件各訴えの被提訴者は「国」であって、「国民に対して」訴えたものではないことは一義的に明らかであるし、また、第 2 において述べるとおり「専ら行政権の主体」として提起したものではない。さらに、予備的請求である確認の訴えが「行政上の義務の履行を求める訴訟」に該当しないことも一義的に明らかである。

最高裁が「『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。）によっても明確にされている。平成 21 年最高裁判決の事案は、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、公害防止協定に基づいて、土地を処分場として使用することの差止めを求めて提訴したというものである。公害防止協定は、地域環境保全等の一般公益保護を目的とするものであり、行政主体が一般公益保護等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。

また、原判決は、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」に該当すると理解しているかのようであるが、そのような理解は誤りである。「国民の裁判を受ける権利」に応じることが司法権の主要な役割であるということは、それ以外には司法権ではないということの意味するものではない。このことは、国や自治体が原告として提起した訴訟を考えれば明らかである。国や自治体は、法人格を有し、私法上、公法上の権利義務の帰属主体となり、様々な訴訟の原告になり得るものであるが、国や自治体は、人権享有主体ではなく、「国民」でもないから、「国民の裁判を受ける権利」に基づいて訴訟提起するわけでない。国民の裁判を受ける権利に基かなければ司法権の対象外であるという論理は成り立ちえない。

- 4 以上述べたとおり、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るものである。

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 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 年最高裁判決は、民事執行不能論に基づくものではないかと評しているが、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し、現行法では民事執行不能論は採りえないから、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。
- 3 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）明治憲法下においても、行政裁判に、刑事裁判と同様に、国民に対して権力を行うに際して、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する見解もあった。

戦後、行政代執行法が廃止され、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。

4 本件については、以下の点で平成 14 年最高裁判決とは事案が異なり、射程外である。

(1) 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。）は、公物管理権に基づく請求を認容した判例であるところ、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。

所有権の帰属について原審に差し戻しており（つまり、他有公物が否かを問題としていない）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。

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) 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から、「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 年最高裁判決の射程は、最高裁平成 21 年 7 月 10 日判決・判例時報 2058 号 53 頁に鑑みれば、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。

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。

(3) 本件においては、名宛人が国民ではなく、国の場合、一般私人のような営業の自由などの基本的人権を享有せず、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る点からも、平成 14 年最高裁判決の射程外として、法律上の争訟性が認められるべきである。

5 本件における許否権限は、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である。

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 平成 14 年最高裁判決は、民事執行不能論に基づくものと考えられるが、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。
- 2 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、愛知県弁護士会訴訟において、弁護士会の発する 23 条同照会に対する報告義務という公法上の義務の確認を、同報告を受けることについて、財産権上の権利利益を有しないが、同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という利益を有する弁護士会が求めることを肯定したものであり、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ことを正面から認めたものにほかならない。

- 3 また、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も、適法性が認められている。

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から、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。

## 第 2 章 本訴訟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

破碎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 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、知事の岩礁破碎等許可を得なければ岩礁破碎等行為をしてはならないと定めている。

国の機関である沖縄防衛局は、現在、本件水域について海上工事に着手しているが、沖縄県知事の岩礁破碎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、国は、「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ことになる。

本件水域を含む水域を漁場の区域とする漁業権免許が名護漁業協同組合に付与されたことに争いはないから、一旦設定された漁業権が本件水域について消滅したか否かという問題である。より具体的にいうならば、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、本件の争点である。

- 2 国は、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決議をし、その総会議事録を沖縄県に提出したことにより、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主張している。

しかし、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

う文言は存しないのであり、名護漁業協同組合が放棄の意思表示をしたという事実は認められない。

- 3 仮に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ていたとしても、いわゆる漁業権の一部放棄は漁業法 22 条にいう漁業権の「変更」に該当するもので、漁業権者の財産権法上の意思表示によつてのみなしうる「放棄」とは異なり、知事の変更免許という行政行為によつてなされるものであるから、漁業権者の意思表示のみでは効力は生じないものである。

漁業権とは、漁業を営む権利であり（漁業法 6 条）、免許によつて設権されるものである。事業（漁業）を営む権利である漁業権は、免許によつ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つ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。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。そして、漁場の区域は、漁業権の内容をなすものであるから、漁場の区域の縮小、は、漁業権の「変更」に該当するものと言わなければならない。漁場の区域の減少が漁業権の「変更」に該当することは、漁業権を免許で設定するという制度を採用した明治漁業法下においても、確立した解釈であった。

また、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。

## 第 2 主位的請求（差止請求）が認容されるべきこと

- 1 過去の裁判例においては、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ており、学説も、伝統的に、国家の私人に対する権利（国家公権）があることを当然の前提としてき



ていた。

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、直接に義務履行請求権は基礎づけられる。

- 2 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、法令が直接課している義務でも何の問題もないし、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法律により直接命じられた義務でも問題ない。

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ので、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。

- 3 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、私法上の権利とは異なる、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、等と主張していたが、いずれも理由がない。

### 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）

確認訴訟については、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。

本件確認の訴えは、予備的請求であるから、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。

また、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ところ、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。