

控訴理由書の要約

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ずに岩礁破碎等を行うことは許されない。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つ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に準備された国の解釈の公表は、2017年3月14日のことであつたが、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つ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つ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つた。」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、①具体的な争いがあり、②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、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	8
第1 本件各訴えが「法律上の争訟」の定式に該当すること	8
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	16
1 序論	16
2 司法的執行の原則について	16
(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	16
(2) 行政代執行法1条との関係について	17
(3) 司法的執行の原則について	17
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	18
(1) 公物（法定外公共物）の管理者としての立場	18
(2) 専ら行政権の主体として提起した訴えではないこと	20
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	21
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	22
6 小括	23
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	23
1 序論	23
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	23
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	23

(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）	24
(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	24
4 小括.....	25
第2章 本訴訟が認容されるべきこと	25
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）	25
第2 主位的請求（差止請求）が認容されるべきこと.....	32
1 行政上の義務の履行を求める請求権について	32
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	33
3 権限と権利について	33
4 私法上の権利との違いについて.....	34
5 国民の義務について	34
6 小括.....	36
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）	36
1 確認の利益についての判断枠組み	36
2 方法選択の適否について	37
3 確認対象の適否について	37
4 即時確定の必要性について.....	38
5 確認の訴えについての結論.....	41

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 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I』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。

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」に該当しないが、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。

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、具体的な権利義務ないし法律関係があることは、国の側から、不作為義務の不存在確認の訴えが提起可能であることから明らかである。「漁業権の設定された漁場」において無許可で岩礁破碎を行う行為、つまり沖縄県漁業調整規則39条の定める不作為義務違反行為については、規則で罰則が定めら

れている。そこで、岩礁破碎等を実際に行おうとしている者が、その水域が「漁業権の設定されている漁場」に該当しない、つまり、不作為義務がないと考えるならば、岩礁破碎等行為を行う前に、刑罰を受けるという不利益を回避するために、沖縄県を被告として、行政事件訴訟法4条の公法上の法律関係の確認の訴えとして、不作為義務の不存在確認訴訟を提起することができる。このことよりしても、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あることはあまりにも明らかである。

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行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、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。最高裁の判例には、先例として事実上の拘束力があるとされるが、「先例としての拘束力のある判断」という意味での「判例」とは、当該事件における、当該論点の結論を直接に導き出すことのできる命題のみを指すものである。そして、その命題が複数の要素からなる場合には、その要素のすべてに該当しなければ、当該判例の射程外である。平成 14 年最高裁判決は、宝塚市が条例に基づいて業者に対してパチンコ店舗の建築中止を求めた差止訴訟について、「法律上の争訟」に該当しないとして訴えを却下した事案である。同最判が、宝塚市の訴えについて「法律上の争訟」に該当しないとの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。本件各訴えは、平成14年最高裁判決の射程外である。

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、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と言わなければならない。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ものである。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。

また、原判決は、「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、これを根拠に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り、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か、曲解をしたものである。なお、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。憲法 32 条は、国民の裁判を受ける権利を保障しており、また、最

高裁判例は、「憲法 32 条所定の裁判を受ける権利が、性質上固有の司法作用の対象となるべき純然たる訴訟事件につき裁判所の判断を求める権利」としている。憲法 32 条が保障する「国民の裁判を受ける権利」にいう「裁判」とは、憲法 76 条 1 項にいう「司法権」のことであり、このこと自体は異論の存しないところである。しかし、このことは、「司法権の範囲」が、「国民の裁判を受ける権利」に基づく裁判に限定をされることを、当然には意味するものではない。論理学でいうならば、「逆は必ずしも真ならず」である。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。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。これは、契約上の義務の履行を求めるような場合であっても同じであり、かかる場合でも、国や自治体は、憲法上の基本権である「国民の裁判を受ける権利」に基づいて訴訟提起をするわけではない。国や自治体の提起する訴訟が、すべて司法権の範囲外ということは、あり得ないのである。「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、それ以外は司法権ではないということの意味するものではない。

- 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①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②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 序論

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 年最高裁判決は、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。

また、現行法では民事執行不能論は採りえないから（塩野宏『行政法 I [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）、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。

(3) 司法的執行の原則について

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(田中二郎『行政法(上)』178頁から179頁、山田準次郎『行政法』145頁から146頁、下山瑛士『現代行政法学の基礎』182頁から187頁、大浜啓吉『行政法総論第三版 行政法講義I』420頁から421頁、人見意見書(甲C1)において挙げられている裁判例、文献等)。

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

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。

被告が論文を引用している原島良成¹も、他有公物についても、公物管理権に基づく訴えについては許容しており、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いとしている。

平成8年最高裁判決も、所有権の帰属について原審に差し戻しており（つまり、他有公物か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。

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

¹ 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）。

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

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、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。

すなわち、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。

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。

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と考えられるが、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ため、仮に原審の理解に従うとしても、同判決は、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は射程外と理解せざるを得ない。

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²、平成 14 年最高裁判決の射程外である。

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

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。

被控訴人は、国等が財産権に基づく訴えを提起する場合については、「行政権が国民の権利利益を制約するという側面を有しないから許容されると説明していた。

しかし、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し、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以上、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。

² 言うまでもなく、実質的当事者訴訟は、対等当事者間の訴訟である（藤田宙靖『行政法総論』397頁、美濃部達吉『行政裁判法』7頁参照）。

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。

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。

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である。

6 小括

以上、本件主位的請求は、法律上の争訟性が認められる。

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 序論

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。

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

既に述べたとおり、塩野宏は、平成14年最高裁判決は、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に基づくものではないかと評しているが、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³。

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

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。

³ 村上意見書（甲C13）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。

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あれば「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、差し戻しており、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。

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だけにほかならない。

- (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、適法性を認めている。

しかし、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。

4 小括

平成 14 年最高裁判決とは請求内容が異なる本件予備的請求は、同判決の射程外であり、法律上の争訟にあたる。

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 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碎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、争いがない。

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。また、そもそも、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。”旨を主張している。

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、①名護漁業協同組合が本件水域についていわゆる漁業権一部放棄の意思表示をしたと認められるか、②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、争点である。

- 2 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ており、
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、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 この点をさておいても、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ってのみなしうる「放棄」とは異なり、知事の変更免許という行政行為によっ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。

漁業法の解釈についての本件の争点は、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」の漁業法上の法性決定について、「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）、免許によっ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。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、確立した解釈であった。そして、現行漁業法は、明治漁業法から、免許によって漁業権が設定されるという基本的仕組みを引き継いだのであるから、同様の解釈がなされるべきことは当然である。現行漁業法が制定された際の立案担当課による、水産庁経済課編『漁業制度の改革』（昭和 25 年）においても、漁業権の「変更」の意義については、「漁業権の同一性を失わ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」とされていたものである。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。

いわゆる漁業権の一部放棄について、国は長年にわたって漁業法上の「変更」に該当するとの解釈をくり返し示してきていた。「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」、これは、国が示していた見解である（岐阜県農務部長の照会に対する昭和 46 年 11 月 18 日水産庁漁政部長回答）。国は、同様の見解を、昭和 25 年の水産庁経済課編「漁業制度の改革」、昭和 27 年の水産庁漁政部長通知、昭和 60 年 6 月 14 日付け政府答弁書、昭和 61 年 5 月 17 日付け政府答弁書、平成元年 3 月 14 日付け政府答弁書など、長年にわたってくり返し示してきていたものである。そして、本件水域についても、沖縄防衛局は、前沖縄県知事に対して岩礁破碎等許可申請をし、平成 26 年 8 月 28 日に、本件水域に係る公有水面埋立事業のため、同日から平成 29 年 3 月 31 日までを許可期間とする岩礁破碎等許可を受けていた。ところが、前沖縄県知事から受けた岩礁破碎等許可の期限切れを目前として平成 29 年 3 月、同月 10 日付けの防衛省整備計画局長の照会に対して同月 14 日付けの水産庁長官の回答により、突如として、漁業権の一部放棄は、漁業権の「変更」には該当せず、知事の変更免許を要しないとの解釈を示した。同年 3 月 8 日の首相官邸における会談から同月 14 日

の水産庁の解釈変更に至る経緯は、先に引用した人見剛「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 号に示されているとおりである。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、求釈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である。

- 4 本件水域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を行為は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

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）があ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）。

このような履行請求権は、義務を課す根拠法規に由来する。

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 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。

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。

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（塩野宏『行政法I』123頁から125頁参照）。

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、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。

最高裁昭和41年2月23日判決・民集20巻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。

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。

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。

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なのであるが、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。

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、①確認の訴えという方法選

択が適当であること、②確認対象が適切であること、③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 方法選択の適否について

確認の訴えという方法選択の適否については、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(確認訴訟の補充性)、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、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

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、岩礁破砕等をしようとする者に対して沖縄県知事の岩礁破砕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。

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から、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

本件水域における国（沖縄防衛局）による岩礁破碎等についての紛争については、確認判決によって即時に解決されなければならないという必要性が認められるものである。

国の機関である沖縄防衛局による岩礁破碎等は、确实かつ切迫しているものである。。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、岩礁破砕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、それが破砕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、岩礁破砕の発生は確実な状況にある。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、岩礁破砕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。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、岩礁破砕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、岩礁破砕等が差し迫っていると判断されるものである。

そして、沖縄県が、沖縄県漁業調整規則 39 条に基づく岩礁破砕等許可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、無許可で漁業権の設定された漁場での岩礁破砕がなされてしまえば、原状回復は不可能であるから、制度の実効性は失われることになる。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

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。

そして、この国と沖縄県との間の紛争は、本件水域における共同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。