

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

第1準備書面

平成30年8月24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 栗屋龍一郎

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	碁
主 任	安 里		祥

控訴人は、本書面において、村上裕章九州大学大学院法学研究院教授の意見書（甲C18：以下、「村上控訴審意見書」という。）を踏まえて、同意見書に基づいて、本訴訟の法律上の争訟性該当性及び本件確認の訴えの適法性（訴えの利益が認められること）について、控訴人の主張を補充する。

なお、略語は、従前のおりである。

目次

第1	本件各訴えが「法律上の争訟」に該当すること	5
1	原判決の論拠	5
2	訴訟目的論について（村上控訴審意見書2頁以下）	5
3	公権力主体論について（村上控訴審意見書4頁以下）	9
4	裁判を受ける権利論について（村上控訴審意見書5頁以下）	11
第2	本件確認の訴えの訴訟要件	12
1	対象選択の適否（村上控訴審意見書7頁以下）	12
(1)	法律関係の存否	12
(2)	紛争解決にとっての有効・適切性	13
2	即時解決の必要性（村上控訴審意見書9頁以下）	14
(1)	被控訴人が控訴人の地位に与える不安の態様	14
(2)	不安の的となる原告の法的地位の現実性	14
3	方法選択の適否（村上控訴審意見書9頁以下）	15
(1)	給付訴訟との関係	15
(2)	罰則との関係	15
(3)	確認判決の有効性	16

第1 本件各訴えが「法律上の争訟」に該当すること

1 原判決の論拠

村上控訴審意見書が整理するとおり、原判決は、いくつかの論拠を用いて、本件各訴えには、平成14年最高裁判決の射程が及び、法律上の争訟に該当しないと判断している。

すなわち、村上控訴審意見書の表現に従うなら、①本件各訴訟が自己の財産上の権利利益の保護救済ではなく、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的としていること（以下、「訴訟目的論」という。）、②沖縄県が「対等な立場」ではなく、公権力の主体として訴訟を提起していること（以下、「公権力主体論」という。）、③沖縄県が「裁判を受ける権利」（憲法32条）を保障されていないこと（以下、「裁判を受ける権利論」という。）の3点である。

村上意見書は、これらの論拠を、それぞれ検討した上で、これらの論拠により、法律上の争訟性を否定することはできない旨結論づけており、極めて適切な意見である。

以下、これらの論拠について、村上控訴審意見書に沿って、主張する。

2 訴訟目的論について（村上控訴審意見書2頁以下）

まず、訴訟目的論、すなわち、本件各訴えは、法規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が故に、法律上の争訟性を欠く、という論拠である（19頁7～9行目のほか、21頁3～11行目、同18～26行目、22頁9～14行目、23頁4～11行目、25頁1～13行目、26頁2～8行目、同23行目～27頁5行目、同12～19行目など）。

この点、平成 14 年最高裁判決は、「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には、法律上の争訟に当たるというべきであるが、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」と述べており、訴訟目的論に立って法律上の争訟に当たることを否定しているかのように見える。

しかし、そもそも、訴訟目的は相対的なものであって、それによって法律上の争訟に当たるかどうかを判断することはそもそも不適切である（人見意見書 15 頁及び村上控訴審意見書 3 頁、同脚注 1 で指摘されている文献も参照）。

村上教授は、一般的に主観訴訟とされる抗告訴訟や当事者訴訟でも、副次的に行政の適法性確保をも目的とすることが一般的に認められていることからしても、訴訟目的により法律上の争訟性を判断することの不合理さを指摘しており（村上控訴審意見書 3 頁）、妥当である。

さらに、進めて、村上教授は、訴訟目的論は、平成 21 年最高裁判決により否定されていると指摘する。

同判決は、旧福間町が産業廃棄物処分業者との間で締結した公害防止協定に基づいて、合併により同町の地位を承継した福津市が、当該業者を被告として、産業廃棄物処分場の使用差止めを求めた訴訟について、訴えが適法であることを前提として、本案審理を行った事案である。

この事件において、旧福間町は当該産業廃棄物処分場の所有権等の財産権を有していたわけではなく、公益を実現するために当該協定（行政

契約)を締結し、福津市はその履行を求めていた。したがって、公益保護を目的とするとの理由で訴訟を不適法とするのは、判例と矛盾するものである、と指摘している。

この点、原判決は、「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締結した地方公共団体が事業者に対して契約上の義務の履行を求めた訴訟と捉えたものと解することができる。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」(25 頁 25 行目～26 頁 8 行目)と判示しているところ、村上教授は、この判示についても、福津市が財産権の主体として訴訟を提起したわけではないことは明らかであるところ、いかなる意味で同視しうるか定かでないとする。

極めて適切な指摘である。

この点、この判示の読み方としては、村上教授が指摘するように、公害防止協定締結により保護される利益が地方公共団体に存しないとしても、公害防止協定を一旦締結したことにより、公害防止協定に基づく請求権という権利が公共団体に帰属するに至り、この履行を求める訴えは、「自らの権利利益の保護救済を求めて提起した」と言える、という趣旨であると読むことができなくはない¹。

¹ あまりにも当然のことであるため、村上教授は、意見書においては指摘していないが、「訴訟物」が、自らの権利利益の存否である場合を意味するという読み方はできない。

しかし、このような解釈は、本案の問題と訴訟要件の問題を明らかに混同しており、適切ではない（村上控訴審意見書4頁²）。

あるいは、原判決は、旧福岡町が事業者と「対等な立場で」契約を締結しており、この点において私人と「同視し得る」と解しているという読み方もありうる。

しかし、村上教授が指摘するとおり、行政主体が「法規の適用の適正でないし一般公益の保護を目的」として活動するかどうかと、行政主体が「対等な立場で」活動するかどうかとは、全く別の問題であって、原判

けだし、一般的に主観訴訟と言われている抗告訴訟の訴訟物は、原告の権利利益の存否ではないからである（村上裕章『行政訴訟の基礎理論』102頁以下も参照）。

² ある法規が行政主体に請求権を付与しているか否かは、本案において、根拠法規の解釈の問題である。

例えば、控訴理由書でも指摘しているが、平成14年最高裁判決調査官解説も、「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」に該当することは当然視している（なお、岡山地判昭和41年5月19日行政裁判例集17巻5号549頁）。

ここでは、行政処分により租税債権という請求権が行政主体に発生していることが当然の前提となっている。少なくとも、根拠法規の解釈によっては、行政権限の行使により、行政主体に請求権が帰属する場合があることは誰も否定できない。

平成14年最高裁判決も、原判決も、根拠法規の解釈により請求権が否定されるとの本案の判断を行わずに法律上の争訟性を否定しているのだから、「カテゴリーカルに」（義務の根拠法の解釈とは無関係に）、請求権の存在、あるいは確認の訴えも視野に入れるなら、確認の利益の基礎となるべき利益（例えば、名古屋高裁平成29年6月30日判例時報2349号56頁が言うところの、「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」の利益を含めた原告の利益）の存在が否定され、あるいは何らか法律上の争訟性が否定されるべき、別の根拠がなければならない。

要するに、仮にこのような読み方をした場合の訴訟目的論という論拠は、単独では、論拠として成立していない。

村上教授が別に指摘するような、他の論拠が必要である。

ちなみに、本件は、「公法上の法律関係に関する訴訟」（実質的当事者訴訟）であるが、行政上の義務の履行を求める訴訟が、文言上これに該当することは誰にも否定できないであろう。

また、行政事件訴訟法の立法の際に、法制審議会行政訴訟部会小委員会に、幹事として参加していた豊水道祐は、田中次郎他編『行政法講座第3巻 行政救済』170頁以下において、当事者訴訟の解説を担当しているところ、実質的当事者訴訟の給付訴訟の実例として、「公務員の給与、公法上の損失補償等公法上の金銭給付の支払を求める訴訟、公法上の契約その他行政上の強制執行の方法のない公法上の義務の履行を求める訴訟等である。」としていた（同175頁）。

実質的当事者訴訟において、カテゴリーカルに行政上の義務の履行を求める訴訟が含まれていないという解釈は採りえない。

決は、訴訟目的論とは別の論拠を用いて、法律上の争訟性を解釈していると考えなければ、正当化しえない。

3 公権力主体論について（村上控訴審意見書4頁以下）

村上教授は、以上のように述べた上で、続けて、公権力主体論について、検討を行う。

そして、原判決も、平成14年最高裁判決も、行政主体が公権力の主体として訴訟を提起する場合に、なぜ法律上の争訟に該当しないかについては、何ら説明がされていないため、①公権力の行使についてはそもそも法律関係は成立し得ない、②公権力の主体は権利を持ち得ない、③公権力の主体が提起する訴訟は司法権に含まれない、といった説明が考えられるとした上で、①及び②については、公権力の行使に関しても法律関係が成立し得ること、公権力の主体も権利を有し得ることが、今日では一般に承認されていることから採りえないとし³、③についても、日本国憲法において、行政主体が財産権や契約の主体としては訴訟を提起し

³ 人見意見書13頁、6頁、村上控訴審意見書4頁以下、同脚注5、6の文献、特に、塩野宏、藤田宙靖の見解を参照。

控訴理由書149頁以下でも触れているが、「権限」と「権利」の関係は、行政主体に帰属する行政庁の行政権限の行使により、行政主体と処分の名宛人との間に法律関係、権利義務が形成される関係にある。

なお、言うまでもないが、公害防止協定にしても、長その他の執行機関がその権限に基づいて行政主体を代理して締結するものであるし（地自法147条以下）、行政主体に帰属している財産権その他の権利利益と全く無関係に、「住民の福祉の増進を図る」ために（地自法1条の2）、締結されるものである。

そして、長その他の執行機関は、その権限に基づいて、行政主体を代理して、同協定に基づく履行請求を行うことになる。

また、本件のように、処分を介在せずに義務が法令により直接課されている場合、控訴人が主張する不作為義務の履行請求権は、何らの権限行使なしに直ちに行政主体に帰属するものである。

被控訴人は、司法権は、「国民の権利」（あるいは、それに加えて国民と同様の立場に立つ行政主体の権利）の保護を役割とし、行政庁の「権限」や、「行政権の利益」の保護を役割としない、という理解をしていると考えられるが、その境界は、極めてあいまいである。

得るのに対し、公権力の主体であれば訴訟を提起できないとする根拠は見いだしがたいとして⁴、公権力主体論を根拠に法律上の争訟性を否定す

⁴ 村上千訴訟審意見書5頁。

既に、控訴理由書39頁以下において詳述したとおり、被控訴人の主張する憲法解釈は、論理的に誤っている。

司法権が国民の権利利益の保護をその役割とすることは、「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しないし、国民の権利利益の保護からは、司法的執行は、むしろ望ましい。

この点、被控訴人も、財産権に基づく訴えや行政契約上の履行請求が「国民の裁判を受ける権利」に対応しないにもかかわらず、法律上の争訟に含まれることを許容している。

被控訴人の表現に従うなら、「財産権の権利救済を目的とするか否かといった観点や、専ら行政権の主体として法規の適用の適正ないし一般公益を目的とする訴訟であるか否かといった観点も副次的に考慮」した結果なのであろうが（控訴審答弁書7頁）、何故にこのような観点を、「原告の裁判を受ける権利」と無関係に、副次的に考慮することが許容・要請され、このような観点を、どのような基準でどのようにどの程度考慮するのか、また、その憲法上の根拠も、一切不明である。

刑事訴訟についての説明もそうであるが、被控訴人の主張は、便宜的、場当たりのあり、「法律上の争訟」という単一概念の説明をするために、全く異なる論拠を場面ごとに整合性なく言いつくろっている。

単純に、伝統的に通説・判例が形成してきた板まんだら事件の定式をそのまま適用すれば、刑事訴訟や行政主体の財産権に基づく訴訟、民衆訴訟、機関訴訟も、全て統一的・整合的に説明できるし、我が国が司法権概念を継受した英米法において司法的執行が原則であることとも、裁判所法の制定経緯において、法律上の争訟概念が訴訟の「対象」概念と考えられていたこととも適合的である（原審原告第3準備書面51頁以下参照）。

なお、この点、被控訴人は「原審被告第1準備書面6ページないし17ページで述べたとおり、～従来の判例・学説と整合的」と述べるが（控訴審答弁書9頁）、被控訴人が引用している判例・学説と全く整合的ではないことについては、原審原告第3準備書面19頁以下で反論している。

特に、被控訴人の主張の根幹は、「司法権は行政事件を含む民事事件や刑事事件において国民の権利利益を保護するために保障された国民の裁判を受ける権利（憲法32条、37条）を受け止める統治構造上の制度的基盤をなすものとして整備されているのであって、憲法が司法権に対し、司法権と同じ統治機構側の行政権の利益を保護することを本来的な役割として権限を付与したと解することはできない。」という点にあるが（控訴審答弁書10頁）、この点について被控訴人が依拠した佐藤幸司が、平成14年最高裁判決を明確に否定していることは、重く評価すべきである。

すなわち、佐藤幸司京都大学名誉教授は、「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ふ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」（佐藤幸治「自由の法秩序」同他編『憲法五十年の展望Ⅱ』47頁）としながら（原審において、被控訴人は、まさしく当該部分を自身の憲法解釈の根拠として引用していた：原審被告第1準備書面8頁）、平成14年最高裁判決については、日本国憲法の司法権が英米法由来であり、英米にあっては、行政上の義務の履行を求める訴訟が通常司法権の範囲に含まれ、司法的執行が原則であること、平成14年最高裁判決に従えば刑事訴訟が説明できないこと、法の支配の理念に適合しないこと等を指摘し、裁判所は、司法権の核、少なくともその核の延長にあるものとして自らの職責と考えるべきであったと、明確に批判している（同『日本国憲法論』589頁）。

ることはできないと結論づける⁵。

4 裁判を受ける権利論について（村上控訴審意見書 5 頁以下）

最後に、村上教授は、原判決の「そもそも司法権は、国民の裁判を受ける権利（憲法 3 2 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的役割とするものであって、行政主体の行政権限の救済をその本旨とするものではない」との判示に触れ、行政主体は裁判を受ける権利を保障されていないことから、行政主体の提起する訴訟は法律上の争訟に当たらない、という論拠を検討する。

そして、平成 14 年最高裁判決が、そもそも裁判を受ける権利には全く言及しておらず、このような見解に立つものとは解されないと指摘した上で、行政主体が財産権の主体として訴訟を提起する場合や、平成 21 年最高裁判決の事案のように行政契約上の権利を主張して出訴する場合にも、裁判を受ける権利を保障されているわけではないから、このような見解は判例とも矛盾するものであると指摘し、結論として、「第 1 審判決は、本件各訴訟が法律上の争訟に当たらないことを説明する際に、訴訟目的論、公権力主体論、裁判を受ける権利論という、それぞれ内容の

司法権が国民の裁判を受ける権利を受け止める制度的基盤をなすものであることから、行政上の義務の履行請求が否定されるという論理が帰結されないことは、明らかであって、被控訴人の主張は、憲法上の根拠を有していない。

なお、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や裁判例は、ことごとく否定説ではないこと、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、同 8（甲 C 3）も参照。

平成 14 年最高裁判決に対する憲法学説の批判も、原審原告第 3 準備書面 31 頁脚注 4 を参照。

⁵ ちなみに、村上教授は指摘していないが、本件は、処分を介在せずに直接法令が課した義務の履行を求める事案であるところ、そもそも公権力の主体として提起した訴えではないので（控訴理由書 65 頁以下）、公権力主体論は、この意味でも、本件において法律上の争訟性を否定する論拠足り得ない。

異なる論拠を局面に応じて使い分けており、論理的な整合性を欠く上、いずれの論拠も、判例と矛盾するか、あるいはその根拠が不明確であつて、法律上の争訟該当性を否定する理由とはなし得ないと考えられる。」と結論づけている。

極めて妥当な指摘であつて、本件各訴えは、法律上の争訟に該当する。

第2 本件確認の訴えの訴訟要件

村上教授は、本件各訴えの法律上の争訟該当性について検討した後に、本件確認の訴えの確認の利益について検討しており、以下、村上控訴審意見書に沿って、この点についても主張を補充する。

1 対象選択の適否（村上控訴審意見書7頁以下）

まず、対象選択の適否とは、「確認対象として選んだ訴訟物が、原被告間の紛争解決にとって有効・適切か」、「原告の法的地位に対して被告によって加えられている不安・危険を除去するために、訴訟物としてどのような権利または法律関係を選んで確認を求めるのが有効・適切か」という問題であるが、村上教授は、①訴訟物が原告と被告の間の「法律関係」に当たるか、②当該訴訟物に係る確認が紛争解決にとって有効・適切か、という2点に分けて検討を加えている。

(1) 法律関係の存否

村上教授は、まず、本件確認訴訟の訴訟物である、被控訴人が当該水域において岩礁破碎等許可を受けずに岩礁破碎等行為を行つてはならない義務の有無が、控訴人と被控訴人の間の法律関係にあたるか否かについて検討を加え、名古屋高判平成29年6月30日判時23

49号56頁を参照した上で、これを肯定している。

同判決について、原判決は、弁護士会の主観的な権利利益の実現が目的とされる事案と解しうると判断していたが、村上教授は、弁護士会が23条照会の権限を付与されているのは、あくまで制度の適正な運用を図るためであって、「弁護士会の主観的な権利利益の実現が目的とされる事案」と解することには無理があり、弁護士会は、弁護士照会に関しては、むしろ行政機関に近く、弁護士会が行政庁として扱われる場合があること（弁護士法第8章参照）も考慮して、本件においても、同様に、法律関係を肯定しうるとしている⁶。

適切な指摘であり、本件訴訟物は、控訴人と被控訴人の間の法律関係と言いうる。

(2) 紛争解決にとっての有効・適切性

次に、村上教授は、本件確認の訴えの訴訟物が紛争解決にとって有効・適切かどうかについて検討を加えている。

そして、控訴人と被控訴人とが、岩礁破碎等許可の要否について見解を異にしていることから、被控訴人の不作為義務の存否を確認することにより、このような見解の対立をめぐる紛争を解決することができるとし、本件確認の訴えの対象は、紛争の解決にとって有効・適切なものであるということができると結論づけている。

これも適切な指摘であり、本件確認の訴えの対象を確認することは、控訴人と被控訴人の間の紛争解決にとって、有効・適切である。

⁶ 甲C17号証8頁も参照。

2 即時解決の必要性（村上千訴審意見書9頁以下）

さらに、村上教授は、即時解決の必要性について、①「被控訴人が控訴人の地位に与える不安の態様という観点」と、②「不安の的となる控訴人の法的地位の現実性という観点」に分けて、即時確定の必要性について、検討を加える。

(1) 被控訴人が控訴人の地位に与える不安の態様

本件においては、控訴人と被控訴人との間で岩礁破碎等許可の要否をめぐる見解の対立があり、被控訴人が公有水面埋立事業を現実に行っていることから、この要件は満たされていると判断している。

適切な指摘であり、被控訴人は控訴人の地位に不安を与えている。

(2) 不安の的となる原告の法的地位の現実性

次に、村上教授は、不安の的となる控訴人の法的地位の現実性についても、被控訴人が上記のような見解に立って公有水面埋立工事を続行しており、既成事実が積み重なりつつあること、後になって本件において岩礁破碎等許可が必要であることが確定し、第1審被告の行為が違法であることが明らかになったとしても、現実には原状回復が不可能となりかねないことからすると、不安の的となっている控訴人の法的地位の現実性は高く、本件においては、即時確定の必要性が極めて高いと結論づけている。

適切な指摘であり、被控訴人が不安を与えている控訴人の法的地位は、現実的なものであり、本件においては、即時解決の必要性が極めて高い。

3 方法選択の適否（村上控訴審意見書9頁以下）

最後に、村上教授は方法選択の適否について検討を加える。

方法選択の適否とは、「原告・被告間の具体的紛争の解決にとって、確認訴訟→確認判決という手段が有効・適切であるか」という問題であるが、村上教授は、給付訴訟との関係、罰則との関係、確認判決の有効性との関係を検討している。

(1) 給付訴訟との関係

本件確認の訴えは、給付の訴えの予備的請求として位置づけられていることから、この点は問題にならない。

なお、村上教授は、第1審被告に対して岩礁破碎等許可を申請するよう求める給付訴訟も考えられるが、被控訴人に許可を申請する義務があるということとはできないため、当該給付訴訟の存在ゆえに本件確認訴訟が不適法となるとはいえないとも指摘している。

(2) 罰則との関係

本件では、漁業権の設定されている漁場内において許可を受けずに岩礁破碎等行為を行った場合、罰則の適用が予定されているが（規則52条1項1号）、刑事罰は過去の義務違反に対する制裁であって、そもそも義務の履行を求める手段ではない。

また、刑事訴訟を提起するのは検察官であるから、罰則が存在することを理由に確認訴訟を不適法とすることは疑問であり、とくに本件

においては、国の機関である検察が国の見解に反して公訴を提起することは實際上考えられないとして、罰則との関係で方法選択の適否は問題にならないとしている。

適切な判断であり、本件において罰則の存在故に方法選択の適否は問題とはならない。

(3) 確認判決の有効性

村上教授は、最後に、本件のような紛争について、確認判決を得ただけでは、被告がこれを遵守するとは限らないから、紛争解決によって有効・適切な手段とはいえない、という見方があるかもしれないと仮定的に検討を加え、確認訴訟一般の意義を否定するものであり、どういふ与し得ない考え方であり、少なくとも本件においては被控訴人は国であるから、確認判決に従って行動することが十分期待できると考えられるとして、本件において確認訴訟を選択することは適切であると結論づけている。

適切な指摘であり、本件確認の訴えは、方法選択として適当である。