

平成29年（行ウ）第10号

普天間飛行場代替施設建設事業に係る岩礁破碎等行為の差止請求事件

原告 沖縄県

被告 国

## 弁 論 要 旨

平成29年11月14日

那覇地方裁判所民事第2部合議A係 御中

原告訴訟代理人

弁護士 松 永 和 宏

第2回口頭弁論期日における訴えの変更申立に係る原告訴訟代理人弁護士松永和宏の弁論の要旨は、以下のとおりである。

## 第1 はじめに

平成29年11月2日付け訴えの変更申立書をもって予備的請求として追加した確認の訴え（以下「本件確認の訴え」という。）について、①本件確認の訴えが裁判所法3条1項所定の「法律上の争訟」に該当すること、②本件確認の訴えについて「確認の利益」が認められること、③国は本件水域において沖縄県知事の岩礁破碎等許可を受けることなく岩礁破碎等をしてはならないという不作為義務を負っていることの3点について、意見を述べる。

## 第2 本件確認の訴えが「法律上の争訟」に該当すること

### 1 平成14年7月9日判決の射程の範囲外であること

(1) 被告は、主位的請求である差止請求について、宝塚市パチンコ条例事件についての平成14年7月9日最高裁判決（以下「平成14年最高裁判決」という。）の示した「法律上の争訟」についての判断の射程が及ぶものであり、同最判よりすれば「法律上の争訟」に該当せず不合法であると主張していた。そして、被告は、第2準備書面において、本件確認の訴えについても、同様に、平成14年最高裁判決により、「法律上の争訟」性が否定されると主張している。

しかし、少なくとも、本件確認の訴えについては、平成14年最判の射程外であることは明らかである。

(2) 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。

しかし、判決理由のすべてについて、先例としての拘束力が認められるものではない。「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。

これに対し、確認訴訟は、「履行を求める訴訟」には該当しないのであるから、本件確認の訴えには、平成 14 年最高裁判決の射程は及ばないものである。

平成 14 年最高裁判決を根拠として、本件確認の訴えの「法律上の争訟」性を否定することはできないものと言わなければならない。

- (3) もっとも、平成 14 年最高裁判決後の下級審裁判例では、『法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的』とする訴訟は『法律上の争訟』に該当しない」というきわめて抽象的・一般的・広範な射程を持つ命題を、平成 14 年最高裁の判例と理解して引用し、自治体が原告となった訴訟を不適法却下する事案が見られた。

被告が答弁書および第 2 準備書面で引用している杉並区住基ネット事件、逗子市池子の森米軍住宅追加建設事件である。

しかし、これらの下級審判決の後に、平成 21 年 7 月 10 日になされた福間町公害防止協定事件最高裁判決（以下「平成 21 年最高裁判決」

という。)によって、『法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的』とする訴訟が『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になっている。

平成 21 年最高裁判決は、自治体が産業廃棄物処理業者との間で締結した公害防止協定に基づいて、自治体が産業廃棄物処理業者に産業廃棄物処分場としての使用の差止めを求めて提起した訴訟について、この訴えを適法と認め、実体判断をしたものである。

公害防止協定は、地域環境の保全などの一般的公益をはかる目的で締結されるものであり、公害防止協定について、自治体の財産的利益はない。公害防止協定の履行を求めて自治体が提起する訴訟は、あくまで一般公益の保護を目的とするものである。。

この自治体が一般公益の保護を目的として提起した訴訟について、平成 21 年最高裁判決は、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たのである。これは、『法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的』とする訴訟が『法律上の争訟』に該当しない」という判例が存在しないことを示したものにほかならない。

(4) 以上述べたとおり、平成 14 年最高裁判決の先例となる判断は、『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」というものであり、確認訴訟はこれに該当しないものであるから、平成 14 年最高裁判決を根拠として本件確認の訴えの「法律上の争訟」性を否定することはできないものである。

2 本件確認の訴えは、「司法権」の範囲に属し、「法律上の争訟」の定式

を満たすこと

- (1) 憲法上の「司法権」の観念についての確立した考え方、判例により確立された裁判所法 3 条 1 項にいう「法律上の争訟」の定式よりすれば、本件確認の訴えは、「法律上の争訟」に該当するものである。
- (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、法律の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。
- (3) 被告は、第 2 準備書面において、『法律上の争訟』に該当するか否かは憲法の条文解釈から導かれるものである」と主張しているが、そのこと自体にはまったく異論はない。

そして、憲法の条文を具体的に見るならば、国が答弁書ないし被告第 2 準備書面において縷々主張しているような限定を示す文言は存しない。すなわち、司法権について定めた憲法 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。」と定めているもので、国の主張を裏付けるような文言は存しないものである。

- (4) また、被告は、被告第 1 準備書面において、「判例は、憲法 76 条 1 項が定める『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して」と主張し、訴えの変更申立書に対する被告第 2 準備書面においても、同様の主張をくり返しているが、被告のこの主張には歪曲がある。

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。

- (5) 憲法 76 条 1 項にいう「司法権」の観念、範囲については、条文上は単に「司法権」としかないのであるから、歴史的に形成された確立した観念にしたがって解釈されるべきものである。

そして、伝統的に形成された司法権の観念とは、「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を果たす国家作用」というものである。

この司法権の観念から、その要件として、具体的事件性ということと、法の適用で解決できる法的事項であることの2点が求められることになる。

この憲法上の司法権の観念を受けて、裁判所法にいう「法律上の争訟」の意義については、最高裁昭和28年11月17日判決（教育勅語事件判決）によって2つの要件で定式化され、この定式は、最高裁昭和56年4月7日判決（板まんだら事件判決）などの最高裁判決により、くり返し示されてきたものである。

すなわち、「当事者間の具体的な権利義務ないし法律関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」と定式化するのが確立した判例であり、この判例の定式を支持するのが学説における通説である。

- (6) 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。

原告と被告との間に、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

とからも明らかである。「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明らかというべきである。

- (7) 以上述べたとおり、原告と被告の間には、本件水域における被告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いる。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、本件確認の訴えは、「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」という定式を満たし、「法律上の争訟」に該当するものである。

### 第 3 本件確認の訴えについて「確認の利益」が認められること

1 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。

もともと、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

確認の訴えという訴訟手段の選択の適否については、他の訴訟手段との役割分担が問題となり、他により直接的な訴訟手段がある場合には、確認訴訟という方法の選択の適否について疑義が生じることになる。確認訴訟の補充性と言われる問題である。

そして、差止請求が認められる場合には、差止請求の方がより直接的であるから、確認の訴えという訴訟手段を選択することの適否について疑義が生じることになる。

しかし、本件確認の訴えは、予備的な請求と位置づけているものであ

るから、差止請求を認めないという判断がなされた場合に限り、確認請求についての判断がなされるものであり、確認訴訟の補充性は問題とならない。

本件確認の訴えは、あくまで予備的請求として訴えを追加したものであるから差止請求との関係でも補充性に反しないものであり、方法選択の適切性は否定されないものである。

### 3 確認対象の適否について

確認対象の選択については、紛争解決にとって有効・適切であることが求められる。

本件における紛争の根本的な原因は、本件水域において岩礁破碎等を行お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か否かについて、国と沖縄県の主張が対立していることにある。

そして、この不作為義務の存否をめぐる紛争は、確認訴訟の判決によって司法の判断が示されれば、根本的に解決をすることになる。

本件水域における岩礁破碎等行為についての被告の不作為義務という公法上の法律関係を確認対象として設定したことは、紛争解決の為に有効・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。

沖縄県が、沖縄県漁業調整規則 39 条に基づく岩礁破碎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。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。

そして、国の機関である沖縄防衛局による岩礁破砕等は、确实かつ切迫している。公有水面埋立承認申請や平成 26 年の岩礁破砕等許可申請に関する書類等により、沖縄防衛局による海上工事の内容は具体的に特定され、沖縄防衛局が本件水域において岩礁破砕をしようとしていることは具体的に明らかにされているが、初期工事において岩礁破砕等が伴うことは、工事内容、工程等から明らかである。とりわけ、すでに着手される傾斜堤護岸 K 9 については、工事着手位置近傍の海底に岩礁の存在が確認されているものであり、沖縄防衛局による岩礁破砕等が具体的には切迫していることは明らかである。

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 小括

以上のとおり、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り、本件確認の訴えは適法と認められるものであるから、かりに予備的請求について判断をする事態になった際には、実体に踏み入って司法判断が示されなければならないものである。

## 第 4 予備的請求の趣旨記載の不作为義務が認められること

### 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。

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。

国と沖縄県との間の紛争の根本的な対立点は、本件水域について、現在、漁業権が設定されているのか、それとも、されていないのかということである。

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が、本件の実体についての争点である。

そして、次項に述べるとおり、これは、いわゆる漁業権の一部放棄が漁業法上、「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法解釈に係る問題である。

## 2 「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」こと

(1) 被告は、答弁書において、漁業法は漁業権の「放棄」について県知事の免許を必要とする規定は置いていないから、漁業権者の意思表示のみで漁業権の「放棄」はできるとの解釈を主張し、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たことにより、本件水域に設定された漁業権は消滅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もので、そもそも名護漁業協同組合がいわゆる

漁業権の一部放棄の決議をしたことを沖縄県が確認することはできず、疑義が存するものである。

- (2) この点をさておき、かりに国の主張するとおり、名護漁業協同組合がいわゆる漁業権の一部放棄の決議をしたと認められるとしても、「いわゆる漁業権の一部放棄」については、漁業法上の「変更」に該当するものであり、漁業協同組合の決議で効力が生じるものではない。
- (3) 漁業法ないし漁業権に関する本件の争点は、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ということである。

漁業法は、被告も指摘しているとおり、漁業権の「放棄」と、漁業権の「変更」とを区別している。そして、「放棄」については監督官庁の行政処分によるものとはされていないから、漁業権者の私法上の意思表示のみで放棄をすることができる。

これに対して、漁業法 22 条は、漁業権の「変更」については、漁業権者の申請に基づき知事の免許によって行うものとしている。

すなわち、漁業権者の私法上の意思表示で漁業権の「変更」をすることはできないという仕組みを漁業法は採用しているものである。

- (4) 「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、昭和 46 年に水産庁漁政部長が示した見解である。

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、くり返し示してきていたものである。

ところが、国は、本年になり、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。そして、沖縄県からの本訴訟前、本訴訟手続における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、求釈明については、一切、回答をしないのであり、その解釈の変更のあり方はあまりにも不自然なもので、根拠すらも具体的に示せないのであるから合理的理由を見出すことはできず、国は、辺野古案件のために恣意的に解釈を変更したとしか考えられない。

第 1 回口頭弁論期日における意見陳述において、知事が、「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」と述べたのは、まさにこのことである。

- (5) わが国では、明治の漁業法制定以来、漁業権は免許という行政行為によって設定されるものとする制度が採用されてきた。

漁業権は免許によって設定されるのであるから、漁業権の内容は免許によって定まることになり、漁業法 11 条 1 項は「漁業権の内容たる漁業の免許」としている。

漁業権の「変更」とは、免許によって定まった漁業権の内容を変動させることを意味するものであるが、漁業権の内容とは、漁業の免許の内容にほかならない。そして、漁業の免許の内容は、漁業種類、漁場の位置及び区域、漁業時期などであり、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」として、このことを一義的に明確にしている。

漁業法の条文の文言よりしても、「漁場の区域」が、漁業権の内容であることについては疑いの余地がないものであり、漁業権の内容である「漁場の区域」を減少させること、すなわち、いわゆる漁業権の一部放棄が、漁業法上、漁業権の「変更」に該当することは、漁業法の文言解釈として、あまりにも当然というべきである。

- (6) 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。

- (7) また、免許内容を漁場計画で事前に決定する制度を採用した現行漁業法においては、免許内容の事前決定制度との関係よりしても、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というべきである。

現行漁業法は、漁業者の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という制度を採用している。

漁業権の免許を受けた後は、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を認めるならば、現行漁業法の根幹的な仕組みである漁場計画による免許内容の事前決定制度が、完全な尻抜けとなってしまふのであり、そのような解釈を採り得ないことは、現行漁業法の基本的な仕組みより当然のことであると言わなければならない。

(8) 以上述べたとおり、いわゆる漁業権の一部放棄は、漁業法上の「変更」と性質決定され、知事の変更免許によってなされるものである。

本件では、変更免許申請すらもないのであるから、漁業権の内容の変動（漁場の区域の減少）はなく、本件水域は、「漁業権の設定されている漁場」に該当する。そして、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、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。

かりに主位的請求である差止請求が認められない場合には、予備的請求である確認請求が認容されなければならない。

## 第5 終わりに 一 司法権の使命について

本訴訟における主題は、「司法権」の役割とは何かである。

司法権とは、「具体的な紛争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」である。

この司法権の使命を重く受け止めた裁判例に、在外国民選挙権確認訴訟についての最高裁判所平成17年9月14日判決（以下「平成17年最判」という。）があり、同最判は、選挙権行使が認められていなかった在外国民である原告らについて、次回の選挙について投票をすることができる地位にあることを確認したものである。

原審は、在外国民の選挙権確認請求については、「法律上の争訟」に該当しないとして却下していた。そして、上告審における経緯は調査を担当した裁判官の日本公法学会における報告で明らかにされているが、当初小法廷に提出された調査報告書では、違憲の疑いがあるとしつつも、確認請求の適法性には疑問があるとされていた。

この調査報告書に対して、主任裁判官が、「重要な憲法上の問題がある事件が最高裁に上がってきているのに、憲法判断をしないで処理をしてしまうのは全く不適切である。知恵を出せ。」と強い再調査の指示をしたものであった。そして、検討の結果、行政事件訴訟法改正において公法上の法律関係の確認の訴えが活用されるべきであるという立法者意思が明確に表示されていたことなども考慮して、行政事件訴訟法 4 条所定の公法上の当事者訴訟、特に公法上の法律関係の確認の訴えとして適法な訴えと認めるというアイデアにたどりつき、特定に問題のあった請求の趣旨についても善解をしたうえで、選挙権の確認請求について、公法上の法律関係の確認の訴えとして適法であると認め、原告らが次回の選挙について投票をすることのできる地位を確認するという認容判決に至ったものである。

平成 17 年最判は、社会において具体的な紛争があり、それが法の適用によって解決をできるものであるならば、これを裁定して紛争を解決するのが、司法権の任務・役割であり、そのために理論は構成されなければならないこと、具体的な紛争を解決するための裁判所の問題解決的思考の重要性を示したものである。

本件では、国と沖縄県の間具体的な紛争が存在している。そして、この紛争は、裁判所が法を適用して判断を示すならば、終局的に解決を

するのである。この紛争を解決することは、裁判所の権限であり、使命である。

裁判所におかれては、司法の役割を重く受け止め、本件を解決するため、実体に踏み入って法的判断を示していただきたい。

以上