

# 那覇地判2018年3月13日 (辺野古新基地建設事業に係る 岩礁破碎等行為差止請求事件)

前田定孝

## 事案の経過と概要

本件海域に係る漁業権を管轄する地方公共団体である原告・沖縄県は、本件海域を含む沖縄県名護市辺野古沿岸域において新基地建設を進める被告・国に対し、本件海域は漁業権の設定されている漁場に該当するため、本件海域内において岩礁破碎等行為を行う場合には沖縄県知事の許可が必要となるにもかかわらず、被告がかかる許可を得ずに本件海域内において岩礁破碎等行為を断行するおそれがあるなどと主張して、主位的に、行政事件訴訟法4条後段の実質的当事者訴訟として、沖縄県漁業調整規則39条所定の沖縄県知事の許可を受けることなく、岩礁を破碎し、または土砂もしくは岩石を採取してはならないとの給付判決を、予備的に、行政事件訴訟法4条後段の実質的当事者訴訟として、かかる不作為義務の存在の確認を求めた。

名護市漁業協同組合は、沖縄県知事から、本件海域を漁場の区域に含む第1種共同漁業権および第2種共同漁業権の免許を受けていたところ、2016年11月28日、当該漁業権のうち本件事業の対象海域部分に係る漁業権の消滅に同意する旨の特別決議を行った。

元来被告は、2014年8月28日、本件事業実施のため、同日から2017年3月31日まで

を許可期間とする岩礁破碎許可を得ていた。ところが2017年4月1日以降は、その期限が切れ、同許可処分が失効することから、許可を受けることなく許可処分執行後においても工事を継続するために、漁協の総会決議により本件海域における漁業権が消滅したと主張していたものである。

これに対し原告は、「名護漁協による本件決議は漁業権の一部放棄に当たらないし、これに当たるとしても、漁業権の一部放棄は漁業権の「変更」(漁業法22条1項)と解されるのであって、同項所定の都道府県知事の免許がない以上、本件決議の効力はまだ生じておらず、被告が本件海域内で岩礁破碎等行為を行うには、本件規則39条1項所定の沖縄県知事の許可が必要であると主張した。

## 判示事項

### (1) 知事という主体の当事者性

#### ——判示事項①

「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、裁判所法3条1項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。／そして、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ふことはできないから、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ものと解するのが相当である」。

「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ふべきであるから、法律上の争訟に当たらない」

「海が私人の所有に帰属するものではない以上、海である本件水域について原告が何らかの権限を行使することができたとしても、その権限の行使は私法上の財産権に準じた権利に基づくものとはいえない。」「原告が……法令により海である本件水域に対して一定の権限を付与されているのは事実であるが、これは、海という公物を管理する権限の一内容にすぎないと解される。そして、こうした公物管理権は、公共用物をその本来の目的に従って公共の用に供するために認められた特殊な包括的権能であり、その性質は公法上の

権能にとどまるものと解されるから、私法上の財産権に準じた権利と考えることはできない」。

(1996年最高裁判決は)「市が市道敷地について道路管理者として管理権に基づき市道敷地の確認及びバリケード等の撤去を求めることができるとしたものであるところ、当該事案においては、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」と判示したものであると解されることから、「本件差止請求に係る訴えとは事案を異にする」。「行政主体が自己の主観的な権利利益に基づき保護救済を求める場合を除き、行政主体による行政上の義務の履行を求める訴訟の法律上の争訟該当性を否定したものと解されるころ、国又は地方公共団体が履行を求める公法上の義務が、行政処分ではなく法令により課されたものであったとしても、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的として提起された訴訟である限り、自己の主観的な権利利益に基づき保護救済を求める場合に当たらないことは明らかといわざるを得ない」。

「都道府県知事は、自ら1人の漁業関係者ないしそれと同様の立場に立つのではなく、漁業関係者全体の利益を図り、漁業の発展に寄与するという一般公益を実現するために本件規則による許可権限を付与されたことと解するのが相当である。換言すると、原告の主張する上記利害関係はまさに一般公益にほかならないのであって、原告自身、行政主体である原告がこうした一般公益をいわば代表し

て、その保護を図るために本件差止請求を行っている」と主張していることなどに照らすと、本件差止請求に係る訴訟は、原告が、私人とは異なる公益の代表者としての立場で提起したものであることは明らかというべきである」。

(2) 一般公益の保護を司法審査の対象から除外——判示事項②

「(後述の宝塚判決は) 行政主体が自己の主観的な権利利益に基づき保護救済を求める場合を除き、行政主体による行政上の義務の履行を求める訴訟の法律上の争訟該当性を否定したものと解されるところ、国又は地方公共団体が履行を求める公法上の義務が、行政処分ではなく法令により課されたものであったとしても、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的として提起された訴訟である限り、自己の主観的な権利利益に基づき保護救済を求める場合に当たらない」

「原告は、被告に対して、本件規則39条1項により課された不作為義務の履行を求めているものの、……本件差止請求に係る訴訟は、原告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ものであって、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」。

(3) 違法性の確認すらも司法審査の射程外に放逐した——判示事項③

「(宝塚判決…後述…は) 国又は地方公共団体が原告又は申立人となる争訟において、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ものと解されるから、争訟の相手方が個々の国民であるが、国又は地方公共団体という行政主体であるかを問わず、一般的に、行政主体が、法規の適用の適正ないし一般公益の保護のためではなく、自己の主観的な権利利益に基づき保護救済を求める場合に限り、当該訴訟が法律上の争訟に該当する旨を判示したものと解される」。

(行政事件訴訟法4条でいう確認訴訟につき) 「(宝塚判決が) 国又は地方公共団体が法規の適用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の法律上の争訟該当性を否定した趣旨は、かかる訴訟が、自らの主観的な権利利益の実現のための訴訟ではなく、司法権の本来的役割に属するものではないという点にあると解されるところ、原告が自らの主観的な権利利益の実現のために提起したとはいえない本件確認請求に係る訴えについても、かかる平成14年最高裁判決(宝塚判決のこと……評者註)の趣旨が当てはまるから、その趣旨が妥当するというべきである」

はじめに

本件は、事業者である沖縄防衛局が、原告である沖縄県知事に対する沖縄県漁業調整規則39条に基づく岩礁破碎許可申請をせず、および許可処分を受けることなく、岩礁破碎行為をともなう公有水面埋立工事を実施しようとしていることから、その工事の差止めを求めたものである。

那覇地裁は、もっぱら宝塚市パチンコ条例事件・最3小判2002年7月9日民集56巻6号1134頁(以下、宝塚判決と略称する)に依

拠しつつ、その射程の一部を拡大して、本案審査することなく却下した。ここでいう宝塚判決とは、原告である宝塚市が市条例に基づく工事中止命令の履行を求めて、業者を被告として提起したものであった。ここで最高裁は、下記のように判断して、「法律上の争訟ではない」として訴えを却下した。

「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、裁判所法3条1項にいう『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。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ではできないから、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ものと解される」

「判示事項①」からも明らかなように、本判決は、この宝塚判決の枠組をそのまま踏襲した。

この宝塚判決とは、最高裁が判決をする時点においてもすでに、ほとんどすべての行政法学者の間で、本判決は、「予想外」であり「納得いかない」とされてきたものである<sup>(1)</sup>。

この最高裁判決に依拠した本件那覇地裁判

決が提起する問題点は、下記で述べるように法解釈上の論点があるにもかかわらず、本案上の審査を回避したことである<sup>(2)</sup>。そしてそのことを通じて、ただでさえ批判の絶えない宝塚判決の射程をさらに拡大したことである。

以下、分説する。

## 1. 本件で提起された法的論点と裁判所による判断回避

### (1) 漁業権が放棄された海域における岩礁破碎行為の違法性

#### ① 本来求められた法的な判断

「はじめに」で述べたように、本件は、沖縄県が、辺野古新基地建設の事業者である沖縄防衛局に対し、本件海域は漁業権の設定されている漁場に該当するため、本件海域で岩礁破碎等行為を行う場合には沖縄県知事の許可が必要となるにもかかわらず、事業者・国が許可を受けることなく岩礁破碎等行為を断行するおそれがあるとして、本件海域内における岩礁破碎等行為の差止めを求め、およびかかる不作為義務の存在の確認を求めた事案である。

そもそも漁業権が設定されている漁場における海底等の形質変更は、漁業法および水産資源保護法に基づく沖縄県漁業調整規則により禁止されている。それは、同規則39条で「岩礁破碎許可処分」が規定されていることから明らかである。すなわち大前提としては、何人にも「漁業権の設定されている漁場」の海底の形質変更に際して、知事の許可を受けずに岩礁破碎行為をしてはならないという不作為義務があらかじめ存在するのである。

この海域には元来、名護市漁業協同組合に



対する知事による漁業権免許が設定されていた。しかし、2016年11月28日、同漁協の総会決議により、漁業権が放棄されていた。そのことを理由に、沖縄防衛局は、この海域が「漁業権の設定されている漁場」にあたらなくなつたとして、2017年3月31日で失効する岩礁破碎許可の更新申請をしなかった。この段階で失効した同許可処分は、2014年8月28日に、その当時の仲井真弘多知事によって発出されたものである。

この許可の有効期限の終了を前に、事業者である沖縄防衛局が許可の更新申請をするかどうかが目されていた。しかしながら沖縄防衛局は、「名護漁協が法定手続に基づきまして、漁業権の放棄の手続をしていただきましたので、この特別総会決議をもって放棄の手続をなされた段階で漁業権は消滅したというふうに考えてございます」（2017年4月18日の衆議院安全保障委員会での高橋憲一政府参考人（防衛省整備計画局長）の答弁）との認識のもとに、許可の更新申請をしなかった。

原告・沖縄県知事は、漁業法が漁業権の「放棄」と漁業権免許の「変更」とを書き分け、「放棄」については漁業権者の意思表示の他に行政行為を必要とする規定を設けていないものの、他方で漁業権免許の変更は同法22条により変更免許によることを定めているところ、「漁場の区域」は免許によって定められた漁業権の内容をなすものであるから、漁業権者である漁協が漁業権の一部放棄を総会決議しても、変更免許がない以上、その総会決議のみによって免許内容である「漁場の区域」の縮小という効力が生じるものではなく、名護漁協の総会決議後も本件海域は「漁業権の設定されている漁場」にあたることから、

岩礁破碎をともなう工事をする際には、沖縄県漁業調整規則に基づく沖縄県知事の許可が必要であると主張した。

漁業法および水産資源保護法を所管する水産庁は、水産庁長官の地方自治法246条の4に基づく技術的助言（2012年度水管第684号2012年6月8日「漁場計画の樹立について」）の段階では、「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」と解していた。

また沖縄県においても、過去5年間の同県内の事例をみても、那覇空港滑走路増設設備事業（2014年2月14日岩礁破碎等許可）、辺野古新基地建設建設事業（2014年8月28日岩礁破碎等許可）、白浜港港湾整備事業（2014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（2016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（2017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、岩礁破碎等をともなう工事がなされてきた。

沖縄県は、沖縄防衛局が岩礁破碎許可申請をしないで同年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を受け、沖縄防衛局に対して、2017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」および2017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、知事の許可を受ける必要がある旨を沖縄防衛局宛て通知した。

これに対して防衛省整備計画局長は、水産庁長官に対して、「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」とする解釈の可否についての照会（2017年3月10日付け防整提第2981号）を行った。

水産庁長官は同年3月14日、2017年3月14日付け2016年度水管2332号により、「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」と回答した。

「これまでの正しい国の考え方が、辺野古海域埋立の事業を前にして、何ゆえに、突然変わったのか」<sup>(3)</sup>。都道府県知事の免許によって設定された漁業権の内容の変動は、新たな行政行為によってなされるべきであり、漁協の総会決議などの私人（漁業権者）の意思表示によって漁業権の内容を変動させることはできない——原告はこのように主張していた。

なお沖縄県は、水産庁に対して、従前の国の解釈との整合性について確認を求めてきた

が、水産庁長官は、沖縄県知事からの2回にわたる合計23項目の照会事項については一切回答しなかった。

その後翁長雄志・沖縄県知事は、この解釈に疑義があるとして沖縄防衛局との協議や行政指導を続けた。しかしながら、沖縄防衛局はこれにしたがわずに工事を淡々と続行した。知事は、このままでは将来的に許可を受けることなく岩礁破碎行為が実施されるのは必然と判断して、本件提訴に及んだ。

本件の最大の法律上の論点は、被告が沖縄県漁業調整規則に基づく岩礁破碎許可を受けることなく岩礁破碎行為を行うことの是非である。そしてそこでは、当該区域が漁業法および水産資源保護法に基づく岩礁破碎許可処分を要する海域に当たるのかどうか、とりわけ現段階においてその海域が、同規則でいう「漁業権が設定されている漁場」に該当するか否かが法律上の争点となっていた。それは、名護市漁協が2016年11月段階で総会決議によってその海域の漁業権を放棄し、さらに12月12日に、漁業権放棄が3分の2以上の賛成で決議されたことを示す文書が、知事あてに提出されたという事実が、この海域に沖縄県知事が設定した漁業権免許に対して法的にいかなる影響を与えるのかを、争点とするものであった。

したがって、もしも当該海域が「漁業権の設定された漁場」に当たるとすれば、沖縄防衛局の工事行為が違法となる可能性を有する事案であった。

## ②本件訴訟と法治主義

このように本件は、「行政上の法律関係をめぐる訴訟」である。したがって法解釈に争

いがある場合、日本国憲法に基づく権力分立のもとで裁判所がどのように関与するのが問われたはずである。

国民主権の理念のもとで国民が行政を統制するという場合、「その制度保障は、国家形態として、立法あるいは司法を媒介にした法的表現がとられ、両者を統合する法治主義の観念が、これを基本とする国家体制として法治国家の観念が成立する」<sup>(4)</sup>。国と地方とを問わず、行政権が濫用されている可能性があるような局面において、司法権がどのように法治主義的に関与し、法を発見するのが、日本国憲法に基づく国家に求められる。

巨理格によると、元来、行政訴訟の制度目的として、国民の権利救済とともに「行政の適法性維持」が位置づけられてきた。しかし「適法性維持機能をあくまでも二次的制度目的であるとの観念の下で、行政訴訟を主観訴訟を中心に把握しようとする通説的行政訴訟観が維持されてきた」<sup>(5)</sup>。本来基本的人権を主張しえない地方自治体がその「法的権利」を掲げて私人（あるいは許可処分の客体である事業者）を相手取って裁判などできるはずはないとの発想によるように、あたかもそこに法的紛争などありえないとする固定的な発想は、国家を法的争いのアリーナから保護し、ひいては国家による強権的な行動を裁判所が保護することにつながる。それはもはや、法治国家とも呼びえない国家像である。

「この裁判を通して、守るべきルールは当然守るべきである、ただ、その当然のことを、当然のごとく判示していただきたい」——翁長知事の意見陳述である。被告・国の工事実施が水産庁の漁業法解釈の変更を根拠としているとすれば、この解釈変更とはいかなる経

緯でなされたのか、そしてどちらの解釈が妥当であるのか。裁判所は、その判断をする必要性があり、そのことによって法律関係を確定できたときに、この争いは終局的に解決するはずである。

本件のように海面が埋め立てられて陸地となることによって、海域の周辺住民の権利利益等に影響が及ぶことが明らかな場合においてさえも、裁判所は、みずからの判断においてその任を制限することが許されるのか、またはありていにいえばその権限を放棄することが許されるのか。それが本事案の問いかけるところである。

## (2) 宝塚判決を丸呑みした判決

本判決は、以下のように宝塚判決の枠組みを単に踏襲するのみならず、その射程の一部を拡大した。

### ①宝塚判決の「型紙」どおりの判示事項

那覇地裁は、本案審査に入ることなく本件訴訟を却下した。その理由は、本件請求の性質が、第1に、「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」ものであること、第2に「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」ことにある。

しかしながら従来は、「行政上の義務違反を理由とする刑事訴訟あるいは行政強制の適法性をめぐる行政訴訟等が『法律上の争訟性』を有することに異論はないであろうから、行政上の義務の履行を求める民事訴訟が『法律

上の争訟』性の要件を満たすことに今日疑問はない、あるいは「憲法によって保障された自治権の侵害が争点となっているときは、法を適用することにより終局的に解決される紛争であるから『事件性』を持ち、『取消しを求めるにつき法律上の利益』があれば取消訴訟を提起できるのは当然」<sup>(6)</sup>とされ、あるいは「国の処分によって、地方公共団体が憲法上保障された行政上遂行すべき住民の利益が侵害される場合には、行政固有の資格においても、原告適格性が承認され、出訴が許されてしかるべき」<sup>(7)</sup>などとされてきた。

本件の前提となった宝塚判決をめぐる論点は、第1に、その権利がA「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」訴訟なのか、それともB「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」訴訟なのか、という論点と、第2に、その権利利益についても $\alpha$ 「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」なのか、それとも $\beta$ 「自己の権利利益の保護救済を目的とするもの」なのか、という2点がからんでいる。この場合、宝塚判決は、裁判所は「 $A + \beta$ 」の組み合わせのみしか受理しえないものと考えているようである。

他方で、宝塚判決は、その前提とされた板まんだら事件・最3小判1981年4月7日民集35巻3号443頁が示した「法律上の争訟」の定義である「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って終局的に解決できるもの」との定式における「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」という部分を、その前半であるA「当事者間の具体的な権利義務に関する紛

争」と、その後半であるイ「当事者間の具体的な法律関係の存否に関する紛争」とに切り離し、そのうちのAにしか司法審査権は及ばないとした。このことは、上記の判示事項②において顕著である。

したがって、宝塚判決およびそれを前提とした本判決は、裁判所が審査対象としうるものを、A「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」+ $\beta$ 「自己の権利利益の保護救済を目的とするもの」+A「当事者間の具体的な権利義務に関する紛争」に限定されるとしたのである。

主体	A財産権の主体	B行政権の主体
目的	$\alpha$ 法規の適用の適正ないし一般公益の保護	$\beta$ 自己の権利利益の保護救済
紛争類型	A当事者間の具体的な権利義務に関する紛争	イ当事者間の具体的な法律関係の存否に関する紛争

なお、宝塚判決は、その後行政法学界の厳しい批判にさらされ、その判例としての先例的性格をできるだけ限定しようとする試みがなされた。塩野宏は、「本判決の射程範囲は本来狭い」として、「国の公権力の行使に対して、それが自治権の侵害であるとして自治体がこれを争う場合についてまで、宝塚判決の射程が及ぶものと解することはできない」とする<sup>(8)</sup>。

それにもかかわらず本件は、この「型紙」どおりの判断をした。

②司法権行使の対象外となる部分をさらに拡大

本件は、宝塚判決に加えて、さらに同最高



裁判決の射程を、以下の2点において拡大した。

第1に国を被告とした場合についてカテゴリー的に却下した。すなわち、「行政主体が、法規の適用の適正ないし一般公益の保護のためではなく、自己の主観的な権利利益に基づき保護救済を求める場合に限り、当該訴訟が法律上の争訟に該当する旨を判示したものと解される」ことから「本件差止請求に係る訴えの被告が国であることを理由として、かかる訴訟が（同判決の）妥当範囲外とする原告の上記主張は採用することができない」と判断した。

第2に、公法上の当事者訴訟についても、それが「一般公益」の判断が争われる場合について、訴えを却下した。「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」とした。

以下、この枠組みに沿って検討を加える。

## 2. 宝塚判決と本判決

### (1) 訴訟の主体——財産権 vs. 行政権

この点につき判示したのが、「判示事項①」である。

すでに述べたように宝塚判決は、「国又は地方公共団体が提起した訴訟」を「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」と「専ら行政権の主体として」提起する訴訟に峻別し、「後者を『法律上の争訟』から除外する」<sup>(9)</sup>ものである。

宝塚判決は、審査の対象を「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」り、(国・地方公共団体が提起する訴訟は)「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」とする。この前段は、「法律関係の存否に関する紛争」であり「法令の適用により解決しうるもの」を、後段で国や地方公共団体が提訴する場合には、「法律に特別の規定がある場合に限」っている。

この最高裁判決の積極的側面がもしも存在するとすれば、それは、その射程を、公権力発動を厳格化させようとするところにある。すなわち国家権力を行使するに際しては国会制定法上の根拠が必要であり、しかもその不必要な濫用は抑制されなければならない、そこではこのような権限行使は、まずは法律において名宛てされた行政庁の第一次的判断に委ねられるのであって、法律上の権限を与えられてもいないのに、裁判所が行政権まがいの権力を行使してはならないという趣旨であろう。この点、宝塚市パチンコ条例事件は、工事中止命令という処分に基づく義務の履行について、まず司法権の手を借りようとしたものであると裁判所が考えたという事情があるのではないと思われる。

しかし、本件は、知事が本来可能であるはずの行政権の行使をしようとしたところ、国の法令所管官庁がいきなり解釈を変更してきたために、権限行使が実質的に困難になったというものである。そこで法解釈の整理が、裁判所に求められたのである。

もしも今回のように、本来法律等の制定によって根拠づけられた公権力行使による私人の権利義務の形成・確定を通じて何らかの公共性を実現することが認められたはずの行政権が、何らかの法令解釈の変更によって、本来有するはずの権限行使が適切にできなくなったような場合に、法律上規定された「公益」を実現するために、どのようにしてその隙間を法的に埋めるのかが問題となりうる。

そこで、法的関係を明らかにするために行政権が自ら権限を行使することなく、裁判所に第三者として客観的な判断を求めることは、むしろ緊急避難的な措置としても適切かつ必要なことではないのであろうか。そこでは、司法権が判断する余地が残されないかぎり、究極的には住民の権利救済を図るルートすらも消滅してしまうのである。

この点、本判決の射程距離が自治体が原告とした訴訟にまで及ぶのかという論点が提示されていた。元来、「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ことは、行政法学者の間ではむしろ広く承認された考え方」であって、「これらの者の訴訟を『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」とされる<sup>(10)</sup>ばかりか、「裁判所が社会から期待されている任務を自ら狭めるもので、法化社会に逆行した解釈」との批判がある<sup>(11)</sup>。

このような自治体が原告となった例として、最3小判2006年2月21日民集60巻2号508頁は、仮にその土地の所有権を持たないとしても、「地方公共団体が、道路を一般交通の用に供するために管理しており、その管理の内容、態様によれば、社会通念上、当該

道路が当該地方公共団体の事実的支配に属するものというべき客観的關係にあると認められる場合には、道路法上の道路管理権を有するか否かにかかわらず、自己のためにする意思をもって当該道路を所持するものということができる」ようなときには、当該地方公共団体は、道路法上の道路管理権を有するか否かにかかわらず、当該道路管理権を構成する敷地について占有権を有すると判断している。

このような「国や公共団体が財産権に基づき提起する訴えも、裁判を受ける権利の行使として提起される訴えではないのですから、法律上の争訟にあたりと考えることは不可能なはず」<sup>(12)</sup>であるにもかかわらず、国の財産権に基づく主張を認容した例である。

であるにもかかわらず同じ那覇地裁は、本判決において、「自ら1人の漁業関係者乃至それと同等の立場に立つのではなく、漁業関係者全体の利益を図り、漁業の発展に寄与するという一般公益を実現するために本件規則による許可権限を付与された」として、「原告が、私人とは異なる公益の代表者としての立場で提起したものであることは明らか」と判断した。

## (2) 訴訟の目的

### ——一般公益 vs. 自己の権利利益

本判決は、この点につき、判示事項②のように判示した。

①司法審査の対象は私法上の権利に限定されるのか

本判決は、「地方公共団体による、一般公益の保護等を目的とした公物の管理権に基づく訴えについても、その法律上の争訟該当性

を否定したものと解するほかない」と判断して、「財産管理権を背景として、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した」<sup>(13)</sup>とする原告の主張をしりぞけて、沖縄県の周辺海域に対する管理権限を司法審査の対象から除外した。

この点人見剛は、宝塚判決につき、「(板まんだら最高裁判決の)先例に私益保護目的の争訟提起をいう新たな要素を付け加えたことになるのではないか」<sup>(14)</sup>と問題提起しつつ、かつての織田萬、美濃部達吉、および田中二郎等の国家公権論を検討するなかで、「こうした国家公権論に立脚すれば、『行政権の主体』としての国や地方公共団体が提起する訴訟も、自己の主観的な権利(国家公権)を主張するもの、とみることもできる」<sup>(15)</sup>とし、本件那覇地裁判決とは対照的に、国から無償貸付を受けた土地によって構成された道路について断続的に交通妨害を行なう私人を被告とする道路管理者たる市に道路の占有権を認め、それに基づく妨害排除請求を認めた最3小判2006年2月21日民集60巻2号508頁について、「そこで地方公共団体が主張する法益は、公益というべき」<sup>(16)</sup>とする。

公物の管理については、純然たる私的な財産権の管理とはいえないとしても、それに係る係争は法律上の争訟たりえると思われるのであって、「法律上の争訟」の観念はこのように相対化されるなかで、「訴訟提起主体の如何、訴訟提起の目的の如何を問わず、訴訟対象の内容・性質それ自体に即して判断されるべき」ではないか<sup>(17)</sup>。

なにゆえに裁判所はこのように〈一般公益〉と〈自己の権利利益〉とを截然と分けようとするのか。この点塩野宏は、「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」とする<sup>(18)</sup>。

民事訴訟における争訟性と行政訴訟における争訟性とが異なった意義を有するとしたら、それは、前者は「市民社会の自律的秩序と国家権力の出番との調整」という意味をもつのに対し、後者は、「行政権に対する司法権介入の限界づけ」という意味をもつ。この場合、漁業調整規則に基づく都道府県知事の公権力行使について司法権がどのような限界づけをすべきかにつき、実体的な判断をすることが裁判所に求められる使命であったのではないか<sup>(19)</sup>。

なお、最2小判2001年7月13日判例自治223号22頁(那覇市情報公開決定取消訴訟)は、国の「上告人の防衛行政権限の行使との間に抵触が生じる」との主張を認めて、「本件文書の公開によって国有財産である本件建物の内部構造等が明らかになると、警備上の支障が生じるほか、外部からの攻撃に対応する機能の減殺により本件建物の安全性が低減するなど、本件建物の所有者として有する固有の利益が侵害される」と判断した。同様に原告国が、東村高江地区等にヘリパッド建設を目的として、国有地の工事用通路としての使用を確保するために、地元住民である被告らの妨害行為の差止めを求めた事案につき那覇地判2012年3月14日判時2150号78頁は、「本件訴えは、SACO最終報告に基づく北部訓練場の返還により影響を受ける地域住民との間の法律関係に関する紛争にとどまるもの

ではなく、日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約に基づき、特に沖縄県内に米軍の基地及び施設等が多数存在しているという現状を背景とするものであって、司法権の行使によって本件の紛争やその背後にある社会的実態の抜本的解決を図ることができる性質のものとは考え難いが、本件訴えの提起が訴権の濫用であるとはいえないと判断した。

防衛省の施設にせよ道路として使用されている山間部の国有地にせよ、それが行政財産と普通財産とを問わず、いずれも何らかの国家の政策のもとに利用されているものである。このことを考えると、人見が指摘するように「純然たる私益」といえるような国有財産あるいは自治体財産は存在しないと思われるのであり、いずれにしても当事者である国が、裁判上の主張を有利にするために巧みに使い分けているものであり、この二分論自体に決定的な意味もなさそうである。

## ②国が被告となった場合には却下

さて、本件那覇地裁判決の重要なポイントは、「行政主体が、法規の適用の適正ないし一般公益の保護のためではなく、自己の主観的な権利利益に基づき保護救済を求める場合に限り、当該訴訟が法律上の争訟に該当する旨を判示したものと解される」ことから「本件差止請求に係る訴えの被告が国であることを理由として、かかる訴訟が（同判決の）妥当範囲外とする原告の上記主張は採用することができない」と判断したことである。

地方公共団体が行政権の主体として私人を被告とする訴訟の審理を拒否した宝塚判決の射程は、実際のところ、「被告が国民である

場合にしかおよばないはず」<sup>(20)</sup>である。それは、同判決が「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」訴訟を排除した趣旨にある。すなわち、国や地方公共団体が「行政上の義務」を履行させるためには、法目的、行政庁、要件、および効果を明記した法律上の根拠を要し、これに対して裁判所の判決にその効果発生を求めるとすれば、それはとりもなおさず裁判所を行政庁代わりに用いるものであって、本来条例制定によって義務履行を求めることのできる地方公共団体としては正当な手続なく私人の権利を不必要に侵害することにつながる、という考え方が前提にある<sup>(21)</sup>。かかる自由主義国家観を前提とした場合、そこで権利侵害に配慮する必要のない国を相手にした民事訴訟まで、排除する理由はないはずである。実際に、本件埋立工事は、他国軍隊への条約に基づく基地提供を目的として、一般人が立ち入ることのできない区域においてなされているものであり、それは、事業者としての沖縄防衛局が、国家のみを対象とする公有水面埋立承認処分を受けて実施する埋立事業として岩礁破碎行為等を行うこととしているものであるから、私人のパチンコ店建設工事とは事案がまったく異なり、本件訴訟の被告は国・沖縄防衛局であって国民ではないので、沖縄県も宝塚判決の射程外であると主張していた。

しかしながら本判決において裁判所は、被告・沖縄防衛局を国として扱っているのか、それとも事業者＝私人として扱っているのかについて、明確に区別していないようである。

本件の被告は、行政庁による許可処分の客体である「事業者」とはいえ、「国」・沖縄防



衛局である。そしてその背後には、法定受託事務としての漁業法・水産資源保護法の解釈問題が待ちうけている。国は、仮に一事業者と同視しうような法的地位にあるとしても、一般私人のような営業の自由等の基本的人権の享有主体ではなく、むしろ私人よりも高いレベルで法令上の義務を遵守しなければならないはずである。それにもかかわらず、国が違法なことをしている可能性が指摘されている訴訟を、「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、条文適用ないし一般公益の保護を目的とした訴訟」としてカテゴリカルに却下したことについては、上級審段階において厳しく精査されなければならない。

前述のように本件は、軍事という国家によってしか遂行されえない役務を遂行するための、しかも外国の基地の建設であり、あまつさえその事業主体も、「沖縄防衛局」という国家の組織である。「人民によって創設された公権力担当者である国家が、あたかも民間事業者であるかのごとくその〈営業の自由〉を主張して、国策を肅々と（あるいは淡々と）遂行する」——国家によって本来主張されえない基本的人権を国家が主張するかのようなことが疑われる場合に、それがほんとうに「法律による行政」活動たりえているのかどうかを審査する任は裁判所にないのであろうか。

ここで「私人」性は、国家に課せられた「法律による行政」を回避する理論として用いられていることに注意すべきである。国政が「国民の厳粛な信託による」ものであるために、裁判所は、「国会における代表者を通じて行動（議決）」された法律に則って国家活動が適切に遂行されているのかどうかを審査する

権能を有するはずである。裁判所が何が法であるのかを発見することなしに、国民主権に基づく基本的人権が尊重された国家活動など保障されえない。

いわゆる民事法制度が原告の主観的権利の保護をその旨とするのであれば、行政法制度とは、人民が創設した国家による国民の権利保障をその旨とするものである。行政訴訟制度の目的が私的権利の保障にあるのか、それとも行政の適法性確保にあるのかといった論争を参照した場合、裁判所は、少なくとも行政の適法性確保の観点からみて、その実体審査の過程で、周辺住民の権利・利益が何らかのかたちで侵害され、あるいは法律によって本来保護されるはずの利益等が反対に保護されていないという事実が発生していないのかどうかを審査すべきであったと思われる。

### ③ 「一般公益」であれば実質的当事者訴訟を排除

判示事項③は、「一般公益」に関する争点を、行政事件訴訟法4条所定の実質的当事者訴訟から排除するものである。

この点、沖縄県は、「少なくとも、公法上の法律関係（公法上の義務）の確認請求は、平成14年最高裁判決とは事案を異にするものであるから、同最判と抵触するものではなく、法律上の争訟と認められることは明らか」と主張していた。

この論点における問題点は、第一にその争訟該当性であり、第二に、確認訴訟を提起した場合の確認の利益の有無である。

このうち本件は、宝塚判決を踏襲して、「『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』以外について、『法規の適用の適正ないし一般保護の公益を目的』とする訴訟は『法律上の利益』に該当しない」という命題は示されていない」（原告「訴えの変更申立書」（2017年11月2日））と考えられるにもかかわらず、原告の主張は「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、第1の争訟該当性の部分で却下した。さらに第2に、争訟該当性がない以上、本件差止請求訴訟の審理を拒否した。

宝塚市パチンコ条例事件は、条例に基づいて市が課した義務が罰則によって担保されていなかったことから、市が事業者を相手取ってその義務の履行を実現しようとした事案であった。これに対して、本件は、岩礁破碎許可処分手続において処分庁である沖縄県知事が、工事強行の予想される段階で、予想されるべき法違反を未然に差止めるべく提訴した事案である。この点に、この行政事件訴訟法4条後段の確認型の当事者訴訟についての予備的請求の特徴がある。

そもそも、本件についての原告と被告との間の争いの根本的原因は、本件海域において、沖縄県知事の岩礁破碎等許可を得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が課せられているか否かについての主張の対立であり、本件海域がそのような制約のある海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、その時点で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のである。この点、本件はその「法状態」の確認を求めたのであって、それは、宝塚市の事案が、司法手続を通じて裁判所に「命令発出」を求めたものとは性格を異にする。

無許可の岩礁破碎行為は、同条例52条1項

1号により「6月以下の懲役若しくは10万円以下の罰金」との罰則の対象となっている。しかしながら、そもそも罰則とは、過去の違反にしか適用されえないものである。そのために、県がわざわざ条例違反の岩礁破碎行為が実際になされるのを待って罰則を適用するわけにもいかず、また自分は法令違反をしていないと確信する者でもあり、さらに事業者が国であるために、検察が公訴を提起することも考えにくい状態であった。したがって、みずからの義務履行手段を有するといえる状況ではなかった。

この点被告は、「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、他方で宝塚判決は、「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したものであると主張していた。裁判所は、この主張をそのまま認めたのである。そのことを通じて本判決は、第1に「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」以外を行政訴訟から放逐し、第2に、そのことを通じて、被告が違法な状態にあるかどうかを確認する訴訟を提起するステージに進むことを困難にしたのである。

このような違いにもかかわらず本判決は、「法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的として提起された訴訟である限り」司法審査の対象から除外した。この点に、本判決の新しさと不当さがある。

沖縄防衛局がすでに開始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。そのため、周辺海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律上位置づけられている沖縄県知事としては、事業者が岩礁破碎行為をすることが確実であり、事後的な原状回復も困難であるような場合には、かかる義務違反行為を未然防止するために、不作為義務の存在を確認するに際しての即時確定の利益を有するというべきではないか。

### (3) 紛争類型——権利義務 vs. 法律関係

沖縄県は、「実際に許可を受けずに岩礁破碎等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ら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」ため、「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」と主張していた。

これに対して判決は、上記のように「当事者間の具体的な法律関係の存否に関する紛争」であるかどうかはともかく、「当事者間の具体的な権利義務に関する紛争」にあたらなないとして請求却下した。

すでに述べたように宝塚判決では、板まんだら判決が示した「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」と

いう場合の后者である「法律関係の存否」を欠落させていることが指摘されている。たとえば塩野宏は、宝塚判決につき、「当該地方公共団体と相手方の関係が法律関係でないということはいえ」ず、しかも宝塚事件は「まさに条例の適用により、義務の存在・不存在が確定し事件は解決する」と指摘する<sup>(22)</sup>。

そもそも、前者の「当事者間の具体的な権利義務」が民事上の権利であるのに対し、後者の「法律関係の存否」は、必ずしも民事法上の関係に限定されない。むしろ、「行政機関は、民事法とは異なって、権利を有していなくても、法律に基づく権限を行使する」ために、「行政法においてはこうした法治行政の特質に照らして、『法律上の争訟』の意義を考察しなければならないのである」<sup>(23)</sup>。

この点、岐阜地判 1969 年 11 月 27 日は、原告である国が事業者である被告らに対し、河川法 75 条 1 項に基づき、土地の原状回復すべき旨の命令をなしたにもかかわらず被告がその命令に応じないので、裁判所に上記の原状回復命令の発出を求めた事案につき、「許可なく、土砂を……採取したものであり、これが原状回復をなす義務を負う」と判断した。

しかしながら、住民である原告が逗子市池子地区のアメリカ軍家族住宅建設をしてはならない義務等を求めた訴訟につき横浜地判 2006 年 3 月 22 日判例自治 284 号 27 頁は、宝塚判決を受けて、「本件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はなく、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はない」と判断し、当該義務の確認の訴えが却下された。

## おわりに

翁長知事は判決後、「県としては、本件の最大の問題点である漁業権に関する審理が全くなされないまま結審され、却下との判断が示されたことは残念」であるものの、「判決では、知事の岩礁破碎等許可が不要であるとか、工事施工海域の漁業権が変更されたといった判断は、一切なされておられません」「この訴訟により、辺野古新基地建設そのものの賛否が決まるものでは決してありません」とコメントした<sup>(24)</sup>。

沖縄県は本判決の直後、福岡高裁那覇支部に控訴した。

上記のように、宝塚判決は、せいぜいのところ、「行政権を通じた私人への権利制限においては実定法上の根拠を有する」、および「国家権力による私人への権利制限にあたっては国会制定法による根拠づけが求められるのであって、裁判所がその任にあたってはならない」というにとどまる。もしもそこに何らかの権利侵害の可能性があるような場合までも、実体判断すらも拒絶するような姿勢は、裁判所としてあるべき本来の姿ではない。

前述のように、本件で争われているものは、第1に漁業法および水産資源保護法の解釈であり、第2に、原告は裁判所に対して行政になりかわって公法上の権限行使を求めるものでもない。したがって、宝塚判決の射程はまったく及ばないはずである。

裁判所の任務が、行政法事案においては行政活動の適法性確保機能にあるとすれば、少なくとも相手が私経済活動を行う局面における事業者であったとしても、その「行政組織」によって立法権が委ねた行政活動が適切に実

施されているのかどうかを、審査することから逃げてよいわけではあるまい。本判決は、その判断方法があまりにも簡単であるところにおいて、裁判所が司法判断をできるだけ回避しようとする姿勢をあらわにしたものである。

## 注

- (1) 阿部泰隆「区と都の間の争訟（特に住基ネット訴訟）は法律上の争訟に当たらないか（上）」『自治研究』82巻12号（2006年）8頁。参照、曾和俊文「地方公共団体の争訟」杉村敏正編『行政救済法 第二巻』（有斐閣、1991年）287頁。その他「法令の適用により義務の存否を確認することもできる」ことから「司法国家の原点を忘れた議論」とする批判もある。大浜啓吉『行政裁判法 行政法講義Ⅱ』（岩波書店、2011年）25頁。その他、曾和俊文『行政法執行システムの法理論』（有斐閣、2011年）165頁以下は、主な批判を網羅的に整理している。
- (2) この点、裁判所的には「実務的に決着がついている」（江口とし子「国と地方自治体との関係」藤山雅行・村田斉志編『行政争訟・改訂版 新・裁判実務体系25』（青林書院、2012年）110頁）ことになっているのであろうか。そうであれば、行政法学者にさらなるとりくみが求められる。
- (3) 第1回弁論期日での宮國英男弁護士の代理人意見陳述（漁業権）。[http://www.pref.okinawa.jp/site/chijiko/henoko/documents/dairininchinjyutsu\\_gyogyouken.pdf](http://www.pref.okinawa.jp/site/chijiko/henoko/documents/dairininchinjyutsu_gyogyouken.pdf)（2018年7月5日最終確認）
- (4) 紙野健二「日本における行政の統制」自治研究87巻4号（2011年）25頁。
- (5) 亘理格「法律上の争訟と司法権の範囲」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想Ⅲ』（有斐閣、2008年）20頁。
- (6) 曾和前掲註（1）「地方公共団体の訴訟」265頁。
- (7) 寺田友子「行政主体ないし行政組織」民商法雑誌83巻2号83頁。
- (8) 塩野宏「地方公共団体の出訴資格」『行政法概



- 念の諸相』(有斐閣, 2011年) 382頁。
- (9) 大浜前掲註(1) 146頁。
- (10) 藤田宙靖『最高裁回顧録』(有斐閣, 2012年) 96頁。なお、藤田は元来、いわゆる「塩野・藤田論争」において、「行政主体と私人の二元論」および「行政の内部関係と外部関係の二元論」を基本的な思考枠組とする日本の行政法制度から、「抗告訴訟が私人の主観的権利の保護を目的とする主観訴訟である限り、例えば私人の権利を侵害する自治体の公権力の公権力の行使に対して、国が監督権を行使しこれを是正する場合を想定すると、この国の関与に対する自治体の抗告訴訟を認めることは、かえって私人の権利侵害となりうる」との認識をしていたものの、藤田自身は「国と地方公共団体との相互関係がおよそ訴訟に馴染まないなどとは一度も言ったことはない」(第65回日本公法学会での討論)とし、そのことをもとに白藤博行は、曾和俊文の「国民の権利・義務をめぐる紛争という要求がなくとも、①具体的対立性、法的保護に値する利益の侵害の存在、③法律の適用による紛争の解決可能性、④判決の終局性」(曾和前掲註(1)「地方公共団体の訴訟」295, 305頁)があるとの見解を参照しつつ、『塩野・藤田論争』は、このような観点から吟味する必要があるとする。白藤博行「法治の中の自治、自治の中の法治」大島和夫他編『民主主義法学と研究者の使命 広渡清吾先生古稀記念論文集』(日本評論社, 2015年) 263-64頁。
- (11) 南川諦弘「行政上の義務の履行確保と民事訴訟」寺田友子・平岡久・駒林良則・小早川義則編『現代の行政紛争 小高剛先生古稀記念』(成文堂, 2004年) 73頁。
- (12) 第1回弁論期日での仲西孝浩弁護士代理人意見陳述(法律上の争訟性・履行請求権)。http://www.pref.okinawa.jp/site/chijiko/henoko/documents/dairininchinjyutsu\_houritsujyounosoushou.pdf (2018年7月5日最終確認)
- (13) 同前。
- (14) 人見剛「地方公共団体の出訴資格再論」『都市と環境の公法学——磯部力先生古稀記念論文集』(勁草書房, 2016年) 200頁。
- (15) 同前220頁。
- (16) 同前222頁。
- (17) 参照, 同前227頁。
- (18) 塩野宏『行政法Ⅱ 行政救済法[第五版補訂版]』(有斐閣, 2013年) 282頁。「通説的な行政訴訟観が民事訴訟モデルから脱却せずにきた」理由につき亘理格は、「公開・対審等の手続的適正保障を中核概念とした『司法』概念の形成過程においては、民事訴訟こそが概念形成の鑄型としての役割を果たしてきた」ためであるとする。亘理前掲註(5) 19頁。さらに確井光明は、「民事訴訟を基調とする考え方で、行政権を主体とする訴訟の特殊性を強調して、法律上の争訟性を否定する発想がよいのか、それとも、行政権の特殊性を端的に認めたいうえで、法域の適用により解決できる事件であるならば積極的に法律上の争訟性を肯定すべきであると考えられるのか」と問いかけ、「筆者としては、後者の考え方に与したい」とする。確井光明「公法上の当事者訴訟の動向(二・完)」『自治研究』(85巻4号) 19頁。
- (19) 山岸敬子『客観訴訟の法理』(勁草書房, 2004年) 161頁。山岸が言うように「司法権の消極的性格を強調することは、法の拘束を嫌う行政権に有利である」がゆえに、「司法権の消極性を基調とする民事訴訟モデルに基づいて行政訴訟制度を運用することは、行政権の利益に反しない」(同162頁)とすれば、この場合にその利益は、本件においては、沖縄県が岩礁破碎許可を申請すべきと考えた沖縄防衛局という許可処分の客体が享受することになる。
- (20) 阿部泰隆・曾和俊文他「自治権侵害に対する自治体の出訴適格(研究会談会(その1)逐語記録)」兼子仁・阿部泰隆編『自治体の出訴権と住基ネット』(信山社, 2009年) 90頁[高木光]。
- (21) この他、①かつての国庫理論のように法律関係の成立を否定する見解、②行政主体の権利の成立を否定する見解、③行政主体間の関係を内部関係とみる見解などがあるとされる。参照、村上裕章「国・自治体間等争訟」山下竜一・榎原秀訓他編『現代行政法講座Ⅳ 自治体争訟・情報公開争訟』(日

本評論社, 2014年) 21頁。村上は, これらの見解がいずれも否定されていることから, いずれも「あまり説得力がない」とする。同23頁。

② 塩野前掲註(18) 281頁。

③ 阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』(有斐閣, 2009年)

83頁。

④ 「判決を受けた知事コメント」[http://www.pref.okinawa.jp/site/chijiko/henoko/documents/sashitome\\_comment.pdf](http://www.pref.okinawa.jp/site/chijiko/henoko/documents/sashitome_comment.pdf)(2018年7月5日最終確認)