

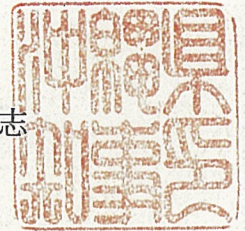
農水第 3782 号
平成 27 年 3 月 27 日

審査庁

農林水産大臣 林 芳正 殿

処分庁

沖縄県知事 翁長 雄志



執行停止に関する意見書

平成 27 年 3 月 24 日付け沖防第 1462 号により、申立人 沖縄防衛局長 井上一徳（以下、「申立人」という。）から提出された執行停止申立書（以下、「申立書」という。）について、次のとおり、意見します。

第 1 本件指示は処分に該当しない

1 はじめに

平成 27 年 3 月 23 日付け沖縄県達農第 281 号（資料 1）によって示した、「県の調査が終了し、改めて指示をするまでの間、当該許可区域を含め、当該工事に係る海底面の現状を変更する行為の全ての停止を求める指示」（以下、「本件指示」という。）は、行政指導であり、行政手続法（平成 5 年法律第 88 号）における不利益処分には該当しない。

2 本件指示には公権力性がないこと

本件指示は、岩礁破碎等許可申請（平成 26 年 7 月 11 日付け沖防第 2769 号。資料 2）及び普天間飛行場代替施設建設事業に係る岩礁破碎等許可申請書の補正について（平成 26 年 8 月 11 日付け沖防第 3088 号。資料 3）による許可区域外での行為が行われている蓋然性に基づき、県において必要とする調査を実施する前提として、申立人に対し、任意での工事停止を求めたものである。

沖縄県漁業調整規則（資料 4）には、同第 39 条第 1 項違反に対しては、罰則の規定もあるところ（同第 52 条（1））、沖縄県漁業調整規則第 39 条第



1項に違反する行為をした者がある場合に、県がその者に対し、当該行為に対して注意をする、指導をする、というのは、法治主義の原則から当然である。

今回の停止の指示は、沖縄県漁業調整規則第39条第1項の趣旨や法治主義の原則に基づき、当然に県として行うべき指導をしたにすぎない。

なお、平成26年8月28日付け岩礁破碎等の許可（沖縄県指令農第1381号。資料5）の附款第9項には、申請外の行為をした場合には許可を取消すことがあるという規定があるが、法治主義違反の行為が繰り返し行われる場合、許可の撤回がありうることは、他の法令でも、また、最高裁判決（最高裁昭和63年7月1日最高裁判所裁判集民事154号261頁）においても確認されているのであって、当該規定は、申請外の行為（許可区域外の岩礁破碎）が、法治主義違反をした場合にあたり、そのような場合は取り消されることがある旨を注意的に規定したものにすぎず、本件指示においては、上記を引用したにすぎない。

以上から、本件指示は、県が国に対し、沖縄県漁業調整規則第39条第1項違反の行為を注意するだけのものであり、国に対し、何ら新たな義務を課すものではないから、行政処分でないことは明らかである。

また、本件指示は、申立人に対し、工事停止を強制する法令上の根拠はなく、本件指示自体により、法律関係を一方的あるいは形成的に変動させるものではないことから、本件指示に公権力性はない。

3 本件指示により法的地位の変動がないこと

行政庁の処分は、国民の権利義務関係を直接形成し、あるいは、その範囲を確定するものであるところ、本件指示によって、許可そのものが取り消されるものではなく、直接・具体的にその法的地位を変動させるものではない。

本件指示は、沖縄県漁業調整規則第39条第1項違反の行為が行われている蓋然性に基づき、県において必要とする調査を実施する前提として、申立人に対し、任意での工事停止を求める趣旨である。「この指示に従わない場合は、許可を取消すことがある。」との文言からも明らかなどおり、停止の指示に従うかどうかは、あくまで申立人の自由な意思に任されている。

さらに、沖縄県漁業調整規則等の関係法令をみても、申立人が、県の指示に従わない場合、即時に許可が取消されるような仕組みにはなっていない。仮に、許可が取り消されることがあるとしても、許可を取消すか否かは、事実確認や調査を行い処分要件を充たすか否かを判断する必要があるのであって、本件指示に従わなかった場合に、直ちに許可が取り消されるものではない。

すなわち、本件指示に対する違反があった場合も、岩礁破碎等の許可という行政行為の効力に直接影響するという関係にはない。

沖縄県知事は、本件指示に先立ち、「必要な手続きを行うこと、及び、資料の提供を行うこと」を指示したが（平成27年2月16日付け沖縄県達農第61号。資料6）、求めた資料の提供は不十分であり、また、岩礁破碎の許可申請や協議は現在に至るまで行われていないが、許可自体は取り消していない。申立人が、本件指示に従わない場合に、相当程度の確実さをもって許可が取消されるといった事情があるとする根拠はない。

もし仮に、今後、申立人が指示に従わない場合において、許可を取消することがあったとして、その取消しにより初めて、具体的な権利義務関係の変動が伴うのであって、本件指示自体が何らかの権利義務関係の変動を伴うものではあり得無い。

この点、申立人は、「本件停止処分は、合法的に取得した岩礁破碎等の許可の効力を期限を限ることなく実質的に停止させ、岩礁破碎等を行おうとする者の権利義務を変動させるもの」等と主張する。

しかしながら、本件指示は、あくまで任意での工事停止を求める趣旨、性質であることからして、本件指示により、岩礁破碎等の許可の効力が、なぜ「実質的に停止」することになるのか明らかにされておらず、同時に、申立人の主張する本件指示によって変動するという「岩礁破碎等を行おうとする者の権利義務」の具体的内容も全く不明である。

4 小括

以上から、本件指示は、如何なる観点からも処分に該当せず、申立人の主張は明らかに失当である。

第2 申立人は申立適格を有さないこと

1 はじめに

申立人は、固有の資格においてではなく一般私人と同様の立場で処分の名宛人となったものであることから、本申立人としての適格がある旨主張している。しかし、以下に述べるとおり、行政不服審査法（以下「行審法」という。）及び地方自治法（以下「地自法」という。）の各規定に照らし、申立人にその適格はなく、本申立は不適法である。

2 行審法の趣旨目的・規定から国は申立適格を有さないこと

(1) 行審法は、「・・・公権力の行使に当たる行為に関し、国民に対して広く

行政庁に対する不服申立てのみちを開くことによって、簡易迅速な手続による国民の権利利益の救済を図る」ことを目的としており（第1条）、国自体が不服申し立てを行うことが予定されていないというべきである。そもそも、国の特定の機関が不服申し立てをした場合に、その判断を国が行うというのでは、その判断に客観性や公正さは全く担保されず、その結論もまた、おのずと明らかである。また、敢えて簡易迅速な手続きを設ける必要もない。本申立が認められるのであれば、本件手続きは、あくまで行審法上の不服申立手続きを仮装した、単なる行政権（公権力）の行使の場に成り下がるであろう。

これでは、行審法上の、公権力の行使に対する不服審査としての制度の適用と言えないことは、当たり前すぎることである。

(2) 行審法 57 条

国自体に申立適格がないことを示すものとして、例えば、行審法第 57 条 1 項は、行政庁は、処分の相手方に対して、教示義務を課し、他方で、同条第 4 項は、「地方公共団体その他の公共団体に対する処分で、当該公共団体が固有の資格において処分の相手方となるものについては、適用しない」としている。

このように、行審法は、地方公共団体については、固有の資格において処分の相手方になる場合には教示義務を適用しないとしている。逆に言えば地方公共団体が固有の資格に基づかず処分の相手方になる場合には、教示義務があり、同法の不服申し立てになりうることを認めているといえる。ところが、国については何ら規定がない。地方公共団体ですら固有の資格の有無という基準で教示義務の適否を区別しているにも関わらず、国については何ら言及がないことは、教示義務の主体が行政庁であることも相まって、国については、固有の資格の有無にかかわらず、教示義務の適用がないものと解するのが自然である。

だとすれば、国には同法の不服申し立ても予定されていないと解釈されるのが自然である。

なお、申立適格の有無については、各種論文・書籍等においても、地方公共団体についての議論はあっても、国に申立適格があるかという議論は見当たらない（例：塩野宏「行政法Ⅱ（第5版）」有斐閣 20 頁も、地方公共団体の議論のみである。資料7）。このことからしても、本来、国の申立適格がないことは自明の理であったというべきである。

(3) 固有の資格に基づくこと

ア なお、明文規定はないものの、現行法上、国も固有の資格の有無という基準で申立適格を分けるとしても、本件で沖縄防衛局はあくまで固有の立場で処分を受けているものというべきである。

イ すなわち、「固有の資格」とは、「一般私人が立ちえないような立場にある状態」をさすとされているところ、本件岩礁破碎行為は、普天間飛行場代替施設建設のための行為である。言うまでもなく、普天間飛行場代替施設は、日米両政府の合意に基づいて設置されるものである。

そして、本件岩礁破碎行為は、一般私人であれば、立ち入りすら許されない区域において、一般私人に対する公有水面埋立免許とは異なり、公有水面埋立承認を得て行われる埋立工事のための行為である。

申立人は、その主張する公益のために行う行為であって、一般私人と同様の立場にないことは明らかである。

ウ したがって、仮に、本件指示が処分性を有するとしても、固有の資格においてその名宛人となるものであって、申立人適格を有しないことは明らかである。

4 国は地自法上の関与により対応すべきこと

(1) 前記のとおり、国が行政不服審査法に基づく申立て権限をもたないことを前提として、平成 11 年の地方分権一括化法による地自法改正は、同法第 245 条ないし 252 条において、国と地方公共団体との関係について、あらたな枠組みを作ったものと考えらるべきである。

したがって、申立人は、本来、本件については、地自法第 245 条の国の関与、場合によっては同法第 245 条の 8（代執行等）等の手続きによるべきである。

また、前記改正法は、他方で、国と地方公共団体の係争については、「国地方係争処理委員会による審査」の制度を定め（同法第 250 条の 7 ないし 20）、その委員についてもある程度中立性を確保された（同法 250 条の 9）紛争処理制度も用意している。

このように、地自法は、国は地方公共団体との関係においては、地自法第 245 条ないし第 252 条の規定によって地方公共団体の行動に対する調整を行うことが予定されているというべきである。

(2) 本件申立は、地自法第 255 条の 2 に基づくところ、そもそも、同条は、上級行政庁ではない国が、地方自治体のなした判断を覆すことを認めるもので、著しく地方自治の本旨に反する制度である。このことについては、

「今後、地方自治の本旨の観点から見直されるべき制度であると考え」（塩野宏「行政法Ⅲ（第3版）」有斐閣 219 頁。資料 8）とされていること等からも指摘することができる。

同条は、地方分権改革の際に、機関委任事務が廃止され、法定受託事務（地方公共団体の事務）となった際に、本来であれば設けられるべきではなかった規定であるが、一般国民の迅速な権利保護、不服申出に比較して、審査請求のほうが信頼性、公平性が高いということから残されたのである（佐藤文敏「地方分権一括法の成立と地方自治法の改正（三）」自治研究 76. 2. 98。資料 9）。

このことは、例えば、行審法の改正の際に、行政不服審査制度検討会の最終報告においても、「裁定的関与としての審査請求・再審査請求の仕組みも、審査請求人の手続保障のレベルを上げることで審理の一段階化を図る観点からは、廃止の方向で検討するべきもの」とされ、本件のように処分庁に上級行政庁がない場合は、処分庁が審査庁となる制度が提案され、「対審的構造の導入や合議制の第三者機関の関与等により審査請求人の手続保障のレベルを上げることとするを踏まえると、国民の権利利益の救済の観点からは、裁定的関与としての審査請求・再審査請求を廃止しても特段の支障はない。このことは、地方分権の観点にもかなうものと考えられる。」とされていた。

このように同条はあくまで一般私人の権利救済を重視して残置されたものであり、地方自治の本旨との関係で疑義はありつつも、その限度で存立の根拠がある制度なのである。

かかる立法経緯からすれば、本件のように、国が事業者の立場で審査請求を行うことは、法が予定しないものであり、地方自治の本旨に反し、許されないというべきである。なぜなら、もし、国が本件のように事業者の場合に、本件のような行為が許されれば、国は、事業者としての立場と、法定受託事務の所管者としての立場を、同じ法人格の中で使い分けることにより、法定受託事務については、地方公共団体の判断を完全に無視することができることとなってしまうからである。

また、解釈上争いがあるものの、仮に、認容裁決に対する抗告訴訟を認めないものとするれば、司法の判断を求めることは不可能となり、公平性も全く担保できない。

つまり、国が事業者である場合に、地方自治法第 255 条の 2 を適用すれば、地方分権改革の趣旨を全く無視して、国と県を上級行政庁、下級行政庁の関係に置く制度となってしまうのである。

そもそも、国の地方公共団体への関与は、地方公共団体の自主性及び自

立性に配慮したものでなければならない（地自法第 245 条の 3 第 1 項）。

法が関与の基本原則を定めたのは、地方分権改革を受け、地方公共団体と国を対等な立場に置いたからであって、関与の制度が法定されていることからしても、法は、国が事業者である場合の第 255 条の 2 の適用を予定していない。本件審査請求は速やかに却下されるべきである。

5 小括

以上から、国が事業者である場合における行審法の適用は、同法の予定するところでないのみならず、地方自治の本旨（憲法第 92 条）に反し、許されない。

よって、申立人には行審法の適用により不服を申立てる適格がない以上、その執行停止もあり得ず、本申立は、却下されるべきである。

このように、申立人には申立適格がないが、仮に、本件指示が処分であったとしても以下の通り、執行停止は認められない。

第 3 本件指示は適法である

1 「岩礁の破碎」の意義について

申立人は、申立書別添 4 において、山口県水産部長の照会に対して、水産庁沿岸課課長の回答を以って、「岩礁の破碎」とは「海域における地殻の隆起形態であり、この隆起形態を変化させる行為を言う。」と解した上で、本件はそれに至らないとする。

申立書別添 4 については、「都道府県漁業調整規則例（平成 12 年 6 月 15 日付け 12 水管第 1426 号水産庁長官通知）」にある「漁場内の岩礁破碎等の許可」第 49 条中の「岩礁を破碎し」等の文言について、概念的に説明されたにすぎない。本県における当該条項の具体的運用については、地元の実情に即して、具体的な事例を示すなどして運用されることが予定されており、このことは、水産庁担当部局自身がこれまで、沖縄県に対して繰返し説明してきた見解でもある。そこで本県においては、この「岩礁」について、熱帯域に特有のサンゴ礁漁場他の重要性を考慮し、岩礁破碎等の許可に関する取扱方針（以下、「取扱方針」という。資料 10）において、これを定義し、広く周知して、岩礁破碎等の許可を運用しているところである。

そもそも、水産資源保護法及び漁業調整規則の趣旨は、水産資源の保護培養と漁業の発展あるいは漁業秩序の確立であるところ、水産資源法に基づく沖縄県漁業調整規則が、「岩礁を破碎する行為」について知事許可を要

求したのは、水産資源に悪影響を与えたり、漁業の発展を阻害したりする可能性のある行為が行われようとする場合に、これを知事の許可に係らしめることによって、水産資源等に悪影響を与えることを未然に防止したり、必要な対応をさせることにある。

この点本件について考えたとき、20トンや45トンもの巨大かつ大質量のコンクリート製構造物を数十個以上も投下する行為が、サンゴ礁や藻場等の水産資源に悪影響を及ぼし、あるいは、漁場を不必要に破壊する可能性があることは余りにも明白である以上、それが「岩礁の破碎」に該当し得ることもまた明白である。

2 事前協議について

(1) 申立人の主張の概要

申立人の主張は、県との事前協議において、他の事例を踏まえて浮標の設置が対象とならない旨の見解が示されたこと、アンカーの配置を含む浮標の設置に関する添付図面を削除するよう指示されたこと、これら事情に鑑みれば、本件指示は、禁反言あるいは平等原則に反するというものである。

(2) 浮標について

県としては、浮標の設置について、浮標は海上に浮遊するものであって、それ自体が岩礁を破碎することは通常考えられないから、許可の対象行為ではないことを説明した。

(3) 浮標のアンカーについて

ア 県の実施した説明

申立人は申立書別添7を示して説明をしたと主張するが、申立書別添7の浮標係留図には、アンカーのサイズ、具体的な位置、それが地形に与える影響等、「岩礁の破碎」に至るものであるかどうかを判断するについて必要な情報は一切含まれておらず、口頭でもその様な情報は伝えられていない。

したがって、県としては、申立人の行為が具体的に岩礁破碎に至る程度の行為であるのかどうか判断することが出来るはずもなく、「船舶の投錨」程度の軽微な行為であれば、岩礁破碎に至らないので、許可申請は不要だが、岩礁破碎に至るものであれば、それは全て申請する必要があること、そして、その判断は、申請を行う者において行う必

要がある旨の一般的な説明を繰返し行ったところである。

イ 岩礁破碎等の許可に関する取扱方針に沿った指導の実行

ここで、「船舶の投錨」程度の岩礁破碎に至らない軽微な行為であれば許可申請が不要であると説明したことについて解説する。

県としては、前述のとおり、漁業調整規則を受け、その取扱方針として「岩礁破碎等の許可に関する取扱方針（資料 10）」を定めているところ、その第3(5)において、以下の様に定める。

『岩礁を破碎』とは、漁場内の地形を改変する全ての行為を言う。

但し、船舶の投錨及び漁業権に基づく養殖等（第二種区画漁業権である築堤式養殖業を除く。）を営む際の行為は除く。』

この様に、取扱方針においては、漁場内の地形を改変する全ての行為を「岩礁の破碎」と定義し、「船舶の投錨」をその例外と位置付けている。

取扱方針が「船舶の投錨」を例外としている趣旨は、「船舶の投錨」が漁業活動に付随的な行為でありかつ類型的に水産資源への影響が軽微であり、岩礁の破碎に至らないものであるからである。

この様な取扱方針を受け、事前協議において、本件許可申請にあっても、船舶の投錨に類する程度の、水産資源への影響が軽微であるものについては、許可の申請が不要である旨を申立人に説明したのである。

ウ 申立人が許可申請当時予定していた「浮標のアンカー」は許可申請が不要なものであること

申立人の主張は、申立書別添8及び9では「浮標のアンカー」についても漁業権者等から同意を得ているのに、許可申請の際には「浮標のアンカー」について申請を行っていないから、この間に県から「浮標のアンカー」の設置については許可が不要であると指示された、というものである。

しかしながら、前記の通り、事前協議では「船舶の投錨」に類する程度の、水産資源等への影響が軽微であるものについては、許可の申請が不要であるが、岩礁の破碎をする行為については全て申請が必要であるとの説明を行っている。

そして、第189回国会予算委員会における中谷国務大臣の答弁からも容易に分かるとおり、許可申請当時、申立人が予定していたのは160キ

ログラム程度のアンカー、すなわち、「船舶の投錨」に類する程度のものであり、20トンや45トンもの巨大なコンクリート製構造物は、小型のアンカーが台風によって流されてしまった事を受けて、急遽、平成27年の1月になって投下されたものと考えられる（平成27年1月30日第189回国会予算委員会議事録抜粋。資料11）。

案ずるに、申立人は平成26年の4月に申立書別添8及び9を作成するに際しては、アンカーの設置一般が岩礁破碎許可を要する行為であると考えて、これらの資料を作成したものの、その後に行われた県との事前協議において、「船舶の投錨」に類する様な「岩礁を破碎」するに至らない、軽微なアンカーの設置であれば、許可は不要である旨の回答を受けたことから、申立人の判断において、160キログラム程度のアンカーは「船舶の投錨」に類すると考えて許可申請を行わなかったのである。

つまり、申立人は、許可申請の段階において、「船舶の投錨」に類する行為については許可申請が不要であるが、「岩礁の破碎」に至る程度のものについては、許可申請が必要であるということをも十分理解した上で、当時予定していた160キログラム程度の小型アンカーを念頭に、「船舶の投錨」に類するものとして、許可申請をしなかったのである。

エ 申立人は汚濁防止膜のアンカー（15トン程のコンクリート製構造物）を許可申請の内容としていること

申立人は浮標のアンカーについて許可申請を行っていない一方で、「汚濁防止膜のアンカー」（15トン程のコンクリート製構造物）については、許可申請の内容としている（平成26年8月11日付け沖防第3088号添付書類【汚濁防止膜の展張位置及び構造】図-1.2、図-1.3。資料3）。

すなわち、申立人は160キログラム程度のアンカーは「船舶の投錨」に類する軽微なものであるが、汚濁防止膜の固定のために使用するコンクリート製構造物は15トン程の巨大な構造物であるから、「船舶の投錨」に類する行為の範囲を明らかに超えるため、許可申請の対象としているのである。

したがって、申立人は事前協議を踏まえて、「岩礁の破碎」行為か否かという判断基準のもと、適切に許可申請の要否を判断出来ているにもかかわらず、本執行停止申立書においてはあたかも、如何なる大きさの如何なる規模のものであろうと「浮標のアンカーであるから許可申請は不要である。」という指示を受けたかの様に主張しているが、明らかに事実と反し甚だ不当である。

オ 小括

以上のとおり、事前協議において、申立人に対し、岩礁破碎に至る行為については全て申請する必要があるが、船舶の投錨に類する程度の軽微なものであれば申請は不要であるという説明を行ったところ、申立人はこれを受けて、160 キログラム程度の小型アンカーは申請不要であると自ら判断して、申立書別添2及び資料3の申請書からは削除した。

一方で、汚濁防止膜の固定に使用する15トンほどのコンクリート製構造物については、岩礁破碎行為に該当すると自ら判断して許可申請を行っている。

このことは、申立人が15トンを超える様な巨大なコンクリート製構造物の投入が許可申請を要する行為であることを分かっているが、平成27年の1月に至って、何らの申請・協議も無く、45トンもの巨大コンクリート製構造物を設置したことを意味するものである。

申立人は、「本件アンカー」という用語を使用して、巧みに議論のすり替えを行って、あたかも、事前協議において45トンもの巨大ブロックの設置を県に説明し、承諾を得たかの様に主張しているが明らかに事実と反しており、事実上、沖縄県の指導を踏まえ、15トンを超える様な巨大なコンクリート製構造物について許可申請が必要であることを十分認識していたにも拘らず、これに反して、20トンあるいは45トンのコンクリート製構造物を海域に投入しているのであるから、本件指示を発することは何ら禁反言では無い。

3 ポーリング調査について

申立人は、沖縄県がポーリング調査について許可を不要であるとしていたにも拘らず、コンクリート製構造物の投下に付随して、ポーリング調査までも停止を求めていることについて、禁反言であるとの主張を行っている。

この点、まず、ポーリング調査については、申立人からの協議（平成26年7月11日付け沖防第2768号。資料12）に対し、作業の期間を平成26年11月30日までとして、同年7月17日に許可を不要と回答し（資料13）、その後、同年8月28日に、普天間飛行場代替施設建設事業の本体工事に係る岩礁破碎等の許可がなされたことから、許可区域内の行為については、包括的に岩礁の破碎行為を許可している以上、ポーリング調査のために改めて岩礁破碎許可を得る必要が無いという理由に基づき、現在のポーリング作業実施に至っているものである。

また、許可区域外で行われるボーリング調査については、改めて協議を行う必要がある旨を含め、今後、計画されているボーリング調査施行区域が、許可区域外にはみ出している可能性については既に指導したところである（平成 27 年 3 月 20 日付け農水第 3600 号「普天間飛行場代替施設建設工事に係る海底ボーリング調査の取扱いと調査計画位置の再確認について（照会）（資料 14）」）。

これらに対して、本件指示は、許可区域外において無許可で行われている巨大コンクリート製構造物の投下行為が行われている蓋然性が認められること、及び、許可区域外の工事の停止と調査を求める指示に対して十分な対応をしてこなかったことを理由として、コンクリート製構造物の投下行為と一体となる工事の停止と調査を行わせるよう求めるものである。

したがって、本件指示は、当初、許可を不要とした理由と全く異なる後発的な事情に基づいて発出されたものであるから、禁反言であるとの主張は完全に的外れとしか言いようが無い。

4 申立人が同種事案と主張する事例について

申立書別添 10 の県内事例を一覧すれば容易に分かる通り、最大でも 8 トン程度のものであり、20 トンや 45 トンにもなる本件コンクリート製構造物とは余りにもかけ離れている。

そもそもの水産資源保護法や漁業調整規則の趣旨に鑑みれば、岩礁の破碎の有無、あるいは、破碎行為に対する許可は、その対象となる行為や場所との関係で、個別具体的に水産資源や漁場に与える影響によって左右される性質のものである。

そうであるにもかかわらず、具体的な事情を踏まえることなく、他の工事においてコンクリート製構造物の投下が認められたことがあるから、本件のコンクリート製構造物も許容されるはずであるとの理屈が成り立たないことは余りにも当然である。

申立書別添 11 の県外の事例についても、その具体的な事情が全く不明な状態での比較には何一つ意味は無い。特に、豊かなサンゴ礁を有する沖縄県の大浦湾との比較において有意なものではあり得ない。また、例えば、東京湾などでは共同漁業権の設定があったとしても、大部分につき、岩礁破碎許可を免除された除外区域となっているが、申立書別添 11 で対象となっている区域がそもそも岩礁破碎許可を要する場所なのかどうかすら不明であり、結局、本申立において全く無意味である。

5 比例原則について

申立人は、コンクリート製構造物の設置される面積が 300 平方メートルに対して、許可区域が 160 ヘクタールであるから、全ての海底の現状変更を行う行為の停止を指示することは、比例原則に反すると主張する。

申立人の主張の趣旨とするところは、総面積 300 平方メートル程度のコンクリート製構造物を設置するという行為は（申立人から見れば）軽微な行為であると言うのであろう。

しかし、海底に 300 平方メートルに及ぶコンクリート製構造物を投下することは果たして軽微な行為であろうか、しかも、コンクリート製構造物の設置された場所は総延長 10 キロメートル程に渡って、数十個も設置されているのであるからなおさらその様には言えないはずである。

上記申立人の主張は、とりもなおさず、水産資源の保護培養、漁業秩序の確立という法の趣旨を明らかに軽視するものに他ならない。

これまで、巨大なコンクリート製構造物の設置に関しては、以下の表 1 の通り度重なる調査の要請を行い、協議を行うよう申し向けてきたにもかかわらず、申立人が十分な資料提供や、調査協力をしてこなかった結果として、本件指示をするに至った。

特に、平成 27 年 2 月 16 日付けの「沖縄県達農第 61 号（資料 6）」においては、区域外の工事の停止のみを求めていたが、それでもなお申立人は十分な情報提供や調査協力を行わなかったのである。

この様な経緯を踏まえれば、申請外の行為と一体をなす許可それ自体にも影響を生じうるから、工事全体の停止を求めることは当然である。

また、申立人によって投入されたコンクリート製構造物は数十個にも及ぶものであり、一般的に海上での作業は気象条件等に大きく影響されるものである等、実際に調査を開始して現状を把握するために必要な期間も明確では無く、また、調査を受けてからでなければどの様な対応が必要となるのかも分からないのであるから、確定期限を定めないことも合理的である。

したがって、沖縄県知事による本件指示は何ら比例原則に反するものではない。

表1

日付	概要
平成27年1月16日 (資料15)	コンクリート製構造物等について、その使用や設置要領、回収方法等に関する照会及び必要な手続きの実施の指示
平成27年2月6日 (資料16)	コンクリート製構造物等による岩礁破碎行為の有無等に関する照会
平成27年2月16日 (資料6)	コンクリート製構造物等の投入を停止すること及び関係資料の提出等を指示 (沖縄県達農第61号)
平成27年2月18日 (資料17)	現況調査の実施を通知
平成27年3月4日 (資料18)	岩礁破碎等の許可申請、行為の変更又は許可を要しない行為に関する協議を実施するよう求める通知及び臨時制限区域への立ち入りを実施する旨の通知
平成27年3月19日 (資料19)	再度の臨時制限区域への立ち入り申請
平成27年3月23日 (資料1)	本件指示(沖縄県達農第281号)

6 処分の手続き違反が無いこと

そもそも、本件指示は不利益処分ではあり得ないが、仮に、本件指示が処分であるとしても、既に述べたとおり、行政不服審査法上国に対する教示義務は存在しないし、また、国は固有の資格において名宛人となっており、弁明の機会を付与する必要も無い。

また仮に、上記手続きが必要であったとしても、本件指示に関する個別的な弁明の機会の付与が与えられなかったことが直ちにその取消理由を構成するものではない。すなわち、3に述べた様に、申立人が投入したコンクリート製構造物の投下に関しては、平成27年の1月16日以来、幾度となく、申立人の意見の確認、資料の提供や調査の協力要請を行っているのであるから、申立人に対し弁明の機会は十分に与えられており、何ら手続き違反は無い。また、仮に手続き違反があるとしても、その瑕疵は極めて軽微であって、本件指示の取消

し原因となり得ないものである。

第4 執行停止の要件を満たさないこと

1 重大な損害を避けるため緊急の必要性が無いこと

(1) 申立人の主張する重大な損害

申立人が挙げる重大な損害は、以下の通りである。

- ① 申立書別添 12「業務契約書」第 24 条及び同契約書第 49 条並びに申立書別添 13「工事契約書」第 21 条及び同契約書第 51 条によって、各作業の停止によって作業全体に遅れが生ずる可能性があること及び解除の可能性があること
 - ② 工事の遅延が普天間飛行場の返還の遅延につながる事
 - ③ 日米間の信頼関係への影響が生ずる恐れがあること
- 以下、検討する。

(2) ①について

申立人が主張する工事遅延による損害はいずれも、極めて抽象的なものであって、そもそも損害自体が認められないし、仮に認められるとしても特に重大かつ緊急の必要性が認められるようなものではない。

もし、申立人が主張する程度の抽象的・一般的な工事の遅延の恐れによって、執行停止が認められるとすれば、本件の様な場合には常に「重大な損害」が認められてしまうであろう。

法が、敢えて執行停止の要件に「重大性」と「緊急の必要性」を求めていることに鑑みれば、そこで言う損害は、損害の発生が具体的に差し迫ったもので、かつ、その損害の負担を申立人に負担させることが衡平に反する様な場合であることを要すると言うべきであるが、本件において申立人の主張する損害は余りにも抽象的かつ曖昧な損害発生の可能性に過ぎない。

実質的に見ても、本件について裁決が下るまでの期間が長期間に及ぶことは考えられず、仮にあるとしても、1～2か月程度のことであって、とてもでは無いが執行停止の要件を充足すると解することは出来ない。

また、本件岩礁破碎の許可に係る工事は、現状において、ボーリング調査を実施しているに過ぎない段階であって、その進捗状況は未だごく初期段階に属するものである上に、そもそも、本件指示はあくまで調査を求めるものであるから、本件指示の効力を停止せずとも、工事それ自体が遂行不能となり投下資本の回収を不可能にする性質のものではない

以上、執行停止をしないことによって申立人に重大な損害が生ずるものではない。

契約に基づき解除権が発生する可能性が抽象的にはあり得るとしても、現実的にその行使の可能性は無く、仮に解除されたとしても、その損害は、基本的には、新たに施行業者を選定することで十分回復可能なものであって、重大かつ緊急の必要性を認めるには到底及ばないものである。

(3) ②について

戦後約 70 年を経た今もなお、国土面積の約 0.6% である本県に約 74% の米軍専用施設が存在する状況は、異常としか言いようがなく、その米軍基地が沖縄経済発展の最大の阻害要因であることは明確である。日本の安全保障が大事であるならば、日本国民全体で考えるべきである。

その様な歴史をたどってきたからこそ、沖縄の民意は先の県知事選において 36 万票という結果で表現され、移設による負担の継続では無く、基地負担それ自体を否定する道を選んだのである。普天間飛行場を抱える宜野湾市民の意思においても、約 3 千票の差を持ってこれが支持されていることを申し添える。

そうであるにも拘らず、政府の一方的論理によって、辺野古移設を「唯一の解決策」であると決めつけて、普天間飛行場の負担の大きさを執行停止の理由として述べることは背理である。

(4) ③について

申立人の主張は余りに抽象的な主張であり反論の必要に欠けるが、基地の移設について日本の国内法に基づいた正当な許可手続きを経て実施させることが、なぜ、日米関係の悪化につながるのか理解し難い。

日米関係が悪化するから、日本国内法に基づく必要な許可を得ないままに作業を続行させて良いというのであれば、それは主権を持つ 1 つの独立国家の行動ではないと断じざるを得ないであろう。

(5) 利益考量

ア 申立人は自ら本件指示を招いたこと

既に、「3」表 1 にて示した通り、県は、申立人に対して、コンクリート製構造物の投入が、岩礁破碎行為に該当し得ることを受けて、度重なる折衝を行っており、幾度となく情報提供・調査協力の要請を行うとともに、申立人の行為が岩礁破碎行為に該当するのであれば、必要な手続きを採るべきであることをも伝えている（平成 27 年 2 月 16

日付け沖縄県達農第 61 号。資料 6)。

更に、平成 27 年 3 月 4 日付け「大浦湾へ投入されたコンクリート製構造物等に係る手続き等について（通知）（資料 18）」では、申立人において行うべき具体的な許可申請及び協議の内容まで明示して、必要な手続きを行うよう求めているにも拘らず、申立人は許可の申請や協議を行うことなく、工事を続行し続けて来た結果、県自身で調査活動を行わざるを得ない状況に陥ったのである。

したがって、申立人に、何らかの損害があるとしても、それは自らの行為によって招いたものであって利益衡量の観点に基づいて何ら保護されるべき利益ではないことは疑いなく、本執行停止申立ては認められる余地のないものである。

イ 執行停止が認められれば沖縄県に本案について重大な不利益が生ずること

本件指示は、許可区域外での岩礁破碎行為の有無を確認するためのものであるから、仮に執行停止が認められ、県において調査活動を実施することが出来なくなるとすれば、岩礁破碎行為の有無に関する資料を十分に収集することが出来なくなってしまう、本案にも多大な影響が生ずることになってしまう。

執行停止によって、本案に必要な資料の収集が不可能になる結果として本案に不利益が生ずることは、あくまで仮の救済に過ぎない執行停止制度の予定するものではないのであるから、執行停止を認めるべきではない。

2 執行停止により公共の福祉に重大な影響を及ぼすこと

既に述べたとおり、申立人によるコンクリート製構造物の投下は、岩礁破碎行為に該当する蓋然性が認められるものの、その正確な個数、大きさ、位置も不明であり、実際にそれが岩礁に与えている影響も不明である。

この点、申立書別添 6 には、申立人が投下したとされるコンクリート製構造物の写真が添付されているものの、この写真に記載されたものが申立人の投入したコンクリート製構造物の全てなのかどうかも不明であり、また、写真自体不鮮明であって状況が把握できないものも多数存在する他、写真は撮影位置や撮影方法によってその見え方は全く異なるのであるから、県自身で調査を実施することは必須である。

したがって、県は申立人らによるコンクリート製構造物の投入につい

て直ちに調査を実施して、現状を把握し、必要な措置を採らなければ水産資源の保護培養や漁場の確立という水産資源保護法及び漁業調整規則の定める趣旨に鑑みて重大な影響が生ずることは明らかである。

3 手続きの続行が出来なくなること

本件指示は、あくまで、申立人が許可区域外で岩礁を破砕しているかどうかを調査する趣旨に出たものである。

この点、行政不服審査法第34条4項は、行政事件訴訟法とは異なり、「処分の執行若しくは手続きの続行が出来なくなるおそれがあるとき」を執行停止の消極要件としているところ、本件指示は、前記のとおり調査のために行ったものであって、調査が出来ない限り、手続きを続行し最終的に違反の有無を判断することが出来ない関係にある以上、行政不服審査法第34条4項によって執行停止が認められないことは明らかである。

4 本案について理由がないこと

以上述べてきた通り、本件指示はそもそも処分に該当せず、また、そもそも、申立人には審査請求を行う適格も欠く以上、執行停止もあり得ない。

仮に、処分にあたるとしても、20トンや45トンといった巨大なコンクリート製構造物をサンゴ礁の豊富な大浦湾に投下する行為について岩礁破砕行為が存在しないとは凡そ考え難い。

そして、そもそも国に対して弁明の機会の付与は必要なく、また、コンクリート製構造物の投下が判明して以降、繰返し通知や指示を出して情報提供、調査協力を求め、また、岩礁破砕行為がある場合に採るべき必要な手続きについて指導を行ってきたことに鑑みれば、弁明の機会は十分に与えられているし、それが行為の取消を要するほどに重大な瑕疵ではあり得ない。

したがって、本件指示について取消を求める本案について理由が無いことは明らかである。

第5 結論

以上、本申立は、不適法であって却下されるべきであり、また、仮に申立自体が適法であったとしても、明らかに執行停止の要件を欠如するものであるから、速やかに棄却されるべきである。

以上

(資料一覧)

- 1 : 平成 27 年 3 月 23 日付け沖縄県達農第 281 号
- 2 : 平成 26 年 7 月 11 日付け沖防第 2769 号
- 3 : 平成 26 年 8 月 11 日付け沖防第 3088 号
- 4 : 沖縄県漁業調整規則 (昭和 47 年 規則第 143 号)
- 5 : 平成 26 年 8 月 28 日付け沖縄県指令農第 1381 号
- 6 : 平成 27 年 2 月 16 日付け沖縄県達農第 61 号
- 7 : 塩野宏「行政法Ⅱ (第 5 版)」有斐閣 20 頁
- 8 : 塩野宏「行政法Ⅲ (第 3 版)」有斐閣 219 頁
- 9 : 佐藤文敏「地方分権一括法の成立と地方自治法の改正 (三)」
自治研究 76. 2. 98。
- 10 : 岩礁破碎等の許可に関する取扱方針 (平成 19 年 9 月 25 日)
- 11 : 第 189 回国会 予算委員会 第 3 号 (平成 27 年 1 月 30 日) 議事録抜粋
- 12 : 平成 26 年 7 月 11 日付け沖防第 2768 号
- 13 : 平成 27 年 7 月 17 日付け農水第 1121-2 号
- 14 : 平成 27 年 3 月 20 日付け農水第 3600 号
- 15 : 平成 27 年 1 月 16 日付け農水第 2657 号
- 16 : 平成 27 年 2 月 6 日付け農水第 2786 号
- 17 : 平成 27 年 2 月 18 日付け農水第 2954 号
- 18 : 平成 27 年 3 月 4 日付け農水第 3010 号
- 19 : 平成 27 年 3 月 19 日付け米軍施設・区域立入申請書