

令和4年（ネオ）第41号 上告提起事

件上告人 *** 外44名

被上告人 国

上告理由書

2022年（令和4年）6月2日

最高裁判所 御中

上告人ら訴訟代理人

弁護士 馬奈木 昭 雄

弁護士 堀 良 一

弁護士 吉 野 隆二郎

外

上告理由

第1 はじめに

1 本件請求異議訴訟の対象となる本件確定判決は、平成14年11月26日に提訴してから、平成20年6月27日の佐賀地裁判決、平成22年12月6日の福岡高裁判決と8年以上にも及ぶ時を経て、当時の政権による上告断念の方針に基づき、平成22年12月20日の経過を持って確定したものである。

2 本件確定判決の審理において、被上告人国は、諫早湾干拓事業（正式には諫早湾土地改良事業）と有明海における漁業被害との因果関係を徹底的に争い、諫早湾干拓事業によって設置された潮受け堤防の排水門の開放（以下「開門」という）ですら、諫早湾沿岸に膨大な被害が生じるなどと主張していた。

本件確定判決は、そのような被上告人国の主張を退け、被上告人が対策工事に3年間必要だという主張をふまえて、判決確定から3年後に開門することを命じた。

- 3 しかし、被上告人国（農水省）は、当初から確定判決を真面目に履行するつもりはなく、判決が確定したにもかかわらず延々と不要な環境アセスの続けた。いわゆる開門差止訴訟が長崎地裁に提訴されるや、本来は確定判決を履行するために同訴訟での勝訴を目指すべきであるのに、真面目に立証活動を行わないだけでなく、開門を求める漁業者らが補助参加して行った主張も妨害して、敗訴に至ったうえ、控訴権放棄で確定させようとするなど、法治国家として考えられないような対応を繰り返した。
- 4 確定判決が守られるべきであることは、法治国家として当然のことである。これまで国が確定判決を守らなかった前例はない。本件において、国が確定判決を守らないことを、裁判所が認めていいのか、ということが正面から問われている。三権分立の制度を前提にすれば、国が確定判決に従うことは当然のことであり、国は率先して確定判決に基づく義務に従うべき立場にある。国が確定判決を守らないことを裁判所が認めるのであれば、誰も裁判所など信用しない。本件は、司法のあり方が問われている裁判なのである。
- 5 原判決は、「事情の変更」を根拠に、改めて利益衡量を行ったうえで、「現時点では、本件各確定判決に基づく強制執行は、権利濫用に当たり、又は、信義則に照らし、許されない」と判断した。この論理が破綻していることは、次項以下で述べる上告提起理由からも明らかである。被上告人国が確定判決を守らずに事情変更を主張する態度については、「意に沿わぬ判決には従わず、既成事実を重ねれば、いずれほごにできる。国がとった手法は、社会に深刻なモラルハザードを招きかねない」（朝日新聞社説 2022.03.30）、「裁判に負けた側が履行を渋るうちに確定判決が書き換わる…これが横行したら司法の信頼や安定性は台無しだ。その前例が国の手で作られようとしている」（長崎新聞水や空 2022.03.29）などと厳しい世論の批判がなされている。九州大学大学院法学研究院の上田竹志教授も「司法判断に反して「待つ」ことで得られた既成事実を、自分のいいように利用していいのだろうか。例えば、親子関係を巡る法的

な争いで、監護権を持たない親が子の引き渡しを命じられたとする。応じずに時の経過を待った親が「子が懐いたため、引き渡しは不当」と主張した。本来は許されない理屈だろう。確定判決に従わなかった張本人である国が「待った」ことで得た事情の変化を主張することも、これと同様だ。しかも国は人間や法人と違い、死んだり、消滅したりはしない。事情が変化するのをずっと「待つ」こともできてしまう。私たちは権利を侵害されても、相手を私刑に処したり、実力行使に及んだりせず、裁判に訴える。国家が私刑などの自力救済を禁じる代わりに、民事訴訟で国民の権利を守ることにしているからだ。確定判決の効力を不自然に失わせようとする国の姿勢は、こうした民事訴訟の正当性を放棄していると非難されてもおかしくない」（西日本新聞 2022.03.26）と被上告人国の態度に対して、民事訴訟の正当性の観点からの指摘を行っている。

- 6 そして、そのような被上告人国の主張を追認した裁判所に対しても、「司法の開門命令に従わず、確定判決に異を唱えた国の姿勢は“ごね得”狙いそのものに見える。これを追認するかのような判決には、社会の紛争解決の最終的なよりどころである民事裁判のあり方としても、強い違和感を覚えざるを得ない。」（熊本日日新聞社説 2022.03.27）などと世論の厳しい目が向けられている。横浜国立大大学院の宮沢俊昭教授も「この訴訟では、諫早湾干拓事業を巡る紛争だけでなく、一度確定した判決を請求異議訴訟により完全にやり直すことが可能なのかが問われている。今回の判決で福岡高裁は、確定判決の事実認定の再評価や、他の民事裁判の判決を考慮することを認めた。民事裁判制度の根幹に関わるものであり、最高裁での議論が必要だ」（熊本日日新聞 2022.03.26）と民事裁判制度の根幹に関わるという指摘をしている。
- 7 ところで、原判決において、潮受け堤防による「閉切り」という用語使いがなされている。原審の担当裁判官は、本件各確定判決を真面目に読んだのだろうか。本件各確定判決において、潮受け堤防による「締切り」と表記されて

いるのは、潮受け堤防の最終段階に関する工法（瞬時締切方式（一枚扉体角落とし）に基づくものであり、それが正確な用語使いなのであるが、その点に気づいていなかったかのような内容である。最高裁の補足意見に忖度する余り、本件紛争を十分に理解しようとしなかったことをあらわれであり、遺憾と言うほかない。

- 8 社会の司法に対する信頼を回復するために、御庁（最高裁）は原判決を破棄して適切な判断を下すべきである。

第2 原判決の要旨と上告提起理由の要旨

1 原判決の要旨

本件各確定判決は、暫定的・仮定的な利益衡量を前提とした上で、期間を限った判断をしているものであるから、争点の判断に当たっては、その予測の確実性の度合いを前提にしつつ、前訴の口頭弁論終結後の事情の変動を踏まえて、改めて利益衡量を行い、これを決するのが相当である。

裁判所が認定した事情の変更に関する事実を踏まえて検討すると、口頭弁論終結時である現時点（令和3年12月1日）においては、本件各確定判決で認容された本件各排水門の常時開放請求を、防災上やむを得ない場合を除き常時開放する限度で認めるに足りる程度の違法性を認めることはできない。

以上によれば、現時点においては、本件各確定判決に基づく強制執行は、権利濫用に当たり、又は、信義則に照らし、許されないものというべきである。

2 上告提起理由の要旨

(1) 権力分立原理違反（上告理由1）

原判決は、本件各確定判決の暫定的・仮定的性格を強調する余り、事後的かつ単純な利益衡量のみを持って判断基準として、一旦確定した司法判断を事後的に緩やかに覆す余地を広く認めるものであって、権力分立原理

(憲法76条, 78条, 81条)に反する。

とりわけ本件は, 強制執行の債務者であり権利濫用を主張するのが, 一人私人ではなく, 公共事業の実施主体として, 憲法によって適切な権力を行使し国民の権利自由を守ることを要請された国家であって, 原判決は二重に権力分立原理に抵触している。

(2) 漁業行使権侵害の判断に関する理由不備・理由齟齬(上告理由2)

原判決の魚類の漁獲量の減少等に係る判示は, 漁獲量の認定として, 増加傾向についての理由が欠如している。

そして, 「本件5つの共同漁業権の対象となる主な魚種全体の漁獲量」及び「組合員として実際に漁業に当たっている者の一人当たりの漁獲量」という判断基準を新たに設定し, それらが「本件各確定判決の口頭弁論終結後, 増加傾向にあ」として, その限度で漁業行使権の「侵害の程度は軽減し, かつ「今後もこのような傾向が見込まれるともいえる」との原判決の判示には, 理由不備・理由齟齬(民事訴訟法312条2項6号)がある。

第3 権力分立原理違反(上告理由1)

1 はじめに

原判決は, 「本件各確定判決は, 暫定的・仮定的な利益衡量を前提とした上で, 飽くまで期間を短く限った判断をしていると解されるのであるから, 本争点を判断するに当たっては」「まずは前訴の口頭弁論終結後の事情の変動を踏まえて, 改めて現時点で利益衡量を行い, その結果等を踏まえ, 上記のような判断に基づく債務名義たる本件各確定判決により, 現時点において強制執行を行うことについての検討を行うべきことになる。」「このようにして, 本件各確定判決により現時点において強制執行を行うに適しない場合には, 本件においては, その結果として, 一般に規範的な要件として言われるところの, 被控訴人らの

強制執行が権利濫用に当たると評価される道理である。」と判示する。

すなわち、原判決は、本件各確定判決の「暫定的・仮定的性格」という概念を根拠に前訴の口頭弁論終結時よりも事後的な事情や評価も含め「現時点」にて改めて利益衡量を行い、その結果、強制執行が不適をいう評価であれば、直ちに「強制執行が権利濫用に当たる」という基準を採用している。原判決は、本件各確定判決の特殊性を強調する余り、最高裁昭和62年7月16日第1小法廷判決（裁判集民事151号423頁、以下「最高裁昭和62年判決」という）において、強制執行が権利濫用に当たる基準として、①「著しく」信義誠実の原則に反すること、②「正当な権利行使の名に値しないほど」不当なものと認められることの2つの要件を満たすことを求めていることを意図的に捨象し、単純な利益衡量のみを基準として、権利行使者の反社会性あるいは権利濫用を主張する倫理的な資格などといった価値判断を求めておらず、強制執行が権利濫用に該当することのハードルを大幅に下げている。

このような原判決が採用する基準は、国民の権利自由を保証するために憲法が権力分立原理（憲法76条、78条、81条）を定めたことに違反するものである。

2 権力分立原理（憲法76条、78条、81条など）について

(1) 近代憲法は、権力分立原理を採用し、日本国憲法においても重要な原理となっている。

権力分立原理は、国家権力が単一の国家機関に集中すると、権力が乱用され、国民の権利・自由が侵されるおそれがあるので、国家の諸作用を性質に応じて立法・行政・司法というように「区別」し、それを異なる機関に担当させるよう「分離」し、相互に「抑制と均衡」を保たせる制度であり、そのねらいは、国民の権利・自由を守ることにある（芦部信喜・高橋和之補訂「憲法」第六版287頁）。

(2) 司法制度としての民事訴訟制度

司法制度としての民事訴訟制度も権力分立原理の具体的現れの一つである。

国民各自が自らの権利行使を自由な判断により行うことになれば、恣意的な権利行使を許し、互いの自力救済を誘発し認めることになり、社会秩序が混乱するのは歴史が示すところである。

近代憲法の下では、議会制民主主義により国民が自ら選んだ代表者を通じて国家組織をつくり、国家の権力構造は司法、立法、行政に分離し、司法権を行使する主体は裁判所であり、裁判所が紛争を解決する権能を有する（憲法76条）。

その権限の最終根拠はそのような権力を国家に委託した国民の意思そのものであって、国民は自らの意思により自らの紛争解決権を国家に委託することにより、自力救済権は放棄しているものであって、自力救済を認めることは、国家組織そのものの否定に繋がる。

すなわち、私人による自力救済を禁止した上で、司法権を裁判所に帰属させた上で、裁判所が主宰する民事執行手続を含めた民事訴訟制度を国家として設けているのも権力分離原理に基づく国家の統治制度の根本であるし、その目的は国民の権利自由の保障にある。

(3) 司法権が適切な行使を求められていること

そして、裁判所が国民の権利自由を保障するに相応しい司法権の行使を求められるのも権力分立原理から導かれる論理的帰結である。

最高裁昭和62年判決において、強制執行が権利濫用に当たる基準として上記2要件を求め、極めて例外的な場面に限定しているのも私人の自力救済の禁止、訴訟制度を通じて国民の権利自由を保障するという司法権の適切な行使態様の現れである。

すなわち、我が国の民事執行制度は、国家が強制執行権を独占した上で執行手続と分離した執行債権の確定手続における執行債権の存在と内容につ

いて高度の蓋然性を保障した債務名義を債権者に要求しているのもであって、その債務名義に基づく強制執行を権利濫用とされることを軽々に許容し、債権者に強制執行を許さない事態が生じれば、当事者間の権利関係への法的安定性を害し、ひいては執行債権の確定手続及び強制執行手続に関する民事訴訟制度に対する国民の信頼を損ね、国民の権利・自由を保障することを究極の目的とする司法制度そのものが瓦解することにもなりかねないのである。

3 原判決が権力分立原理に明確に抵触すること

(1) 本件各確定判決確定に至る経過

上述のとおり、本件請求異議訴訟の対象となる本件各確定判決は、提訴後、佐賀地裁、福岡高裁と8年以上に及ぶ審理を経ている。

その審理の過程において、被上告人国は、事業と漁業被害の因果関係を争い、開門によって被害が生じるなど徹底的に主張したものの、福岡高裁は、その主張を退け、当時の政権による上告断念の方針に基づき確定した。十分な時と審理経過を経て、本件各確定判決は確定しているのである。

しかしながら、被上告人国は、当初から本件各確定判決を真面目に履行するつもりはなく、判決が確定したにもかかわらず延々と不要な環境アセスの手続を続け、開門差止訴訟が長崎地裁に提訴されるや、本来は確定判決を履行するために同訴訟での勝訴を目指すべきであるのに、真面目に立証活動を行わないだけでなく、開門を求める漁業者らが補助参加して行った主張も妨害して、敗訴に至ったうえ、控訴権放棄で確定させようとするなど、法治国家として考えられないような対応を繰り返した。

本来、大規模公共事業を実施し、有明海の環境変化の解明及び再生への適切な施策を講じる義務を負う被上告人国が開門後の有明海の環境変化の解明や有明海再生の重要な手段として認められた開門を求める確定判決に従わず、漫然と時の経過を「待つ」といういわば「ごね得」を狙う態度に終始

しているのである。

(2) 国の「ごね得」を許し、司法制度を瓦解させるものであること

原判決は、本件各確定判決の暫定的・仮定的性格を強調する余り、事後的かつ単純な利益衡量のみを持って判断基準として、一旦確定した司法判断を事後的に緩やかに覆す余地を広く認めるものである。

とりわけ、本件は、強制執行の債務者であり権利濫用を主張するのが、一私人ではなく、公共事業の実施主体として、憲法によって適切な権力を行使し国民の権利自由を守ることを要請された国家であって、原判決は二重に権力分立原理に抵触する判断をしている。

本件は、司法権による確定的な判断によって自らの権利実現を求めるために国民が求めている強制執行に対して被上告人である国家がその確定した国民の権利実現に向けて行うべきことを一切無視した上で、むしろ権利実現を無効化するための事情の変動を自ら招来し、あるいは意図的に放置した上で、事後的な事情の変動を根拠に権利濫用を主張している。

このような被上告人国の振る舞いは、自力救済の禁止を自ら放棄するものであって、司法制度を設けた国家の統治機構そのものに対する自己矛盾である。

そして、司法権の適切な権利行使を行うべき裁判所は、本来そのような被上告人国の態度を正すべき立場にあるにもかかわらず、原判決は、司法制度の信頼を確保するために強制執行が権利濫用に該当する判断基準として最高裁昭和62年判決が求める例外的要件を軽々に放棄し、敢えて同判決とは別個の基準を設け、国家による権利濫用の主張を軽々に追認しているものであって、国のごね得を追認するものである。

原判決は、自力救済の禁止に抵触するものであって、社会における紛争解決のよりどころとしての司法制度の根幹を揺るがせ国民の司法制度に対する信頼を損なう結果をもたらす、著しい権力分立原理違反である。

(3) 司法による不当な立法行為を行うに等しい結果であること

繰り返し指摘しているとおり我が国の民事執行制度は、国家が強制執行権を独占した上で執行手続と分離した執行債権の確定手続における執行債権の存在と内容について高度の蓋然性を保障した債務名義を債権者に要求している。

原判決は、被上告人国の主張を盲目的に追認し、敢えて強制執行が権利濫用に該当する要件として最高裁昭和62年判決と別個の緩やかな基準を採用することにより、執行債権の確定手続を経た債務名義を軽視するものである。

すなわち、原判決は、例えば公共事業などの違法性を主張し、その損害賠償請求を求める訴訟において、確定判決によって認められた違法性判断も判決後の利益衡量の前提となった事実関係や評価の事情変動によって容易に請求異議訴訟によって覆すことができる結果となる。そして、一度確定判決に基づき得られた損害賠償金も別訴により不当利得として返還を求められるという不当な結果となる。

また、公共事業などの違法性が問題となる訴訟だけではなく、暫定的・仮定的な要素が伴う、例えば疫学的因果関係が問題となる医療過誤訴訟や公害訴訟などにおいて、一旦確定判決によって権利が認められたとしても、その後の事実関係や評価の事情変動によって、その確定判決に基づく執行力を奪う結果となる。

このような結論を軽々に許容する原判決は、民事執行制度が前提とする債務名義の効力を容易に覆す新たな民事執行制度を不当に立法するに等しく、その見地からしても著しい権力分立違反である。

4 結論

国家による権利濫用の主張は、行政権による不当な権力行使の場面であって、権力分立原理から導かれる司法権が帰属する裁判所は、最高裁昭和62年判決

の基準に照らして、権利行使者の反社会性の有無や権利濫用を主張する者の倫理性の有無を含めて厳格に判断すべきであり、行政権の本来的な役割が阻害されている状況に対して、司法権をもって行政権に対して適切に「抑制・均衡」させることによって、国家権力の行使を適正なものに導かなければならない。

原判決は、行政権の権力濫用を追認させる結果を招き、司法権そのものを危殆化させるものであって、権力分離原理に基づく国家の統治部門の根本的な在り方に反することから直ちに破棄されるべきである。

第4 漁業行使権侵害の判断に関する理由不備・理由齟齬（上告理由2）

1 はじめに

本件各確定判決が認定した諫早湾及びその近傍部における魚類の漁獲量の減少等は、本件各確定判決の口頭弁論終了後も継続しており、原判決も、「被控訴人らが有する生活の基盤にかかわる権利である漁業行使権への影響は、依然として深刻である」と判示しているのであるから、違法性の判断においても、本件各確定判決が履行されない限り、今後も漁業行使権侵害の程度の軽減は見込まれないとの結論に至るべきである。ところが、原判決は、本件各確定判決とは異なる魚類以外の漁獲量が「本件各確定判決後、増加傾向」にあることをもって、「侵害の程度は軽減し、今後もこのような傾向が見込まれる」と判示して、違法性の有無を検討している（原判決92頁）。

かかる原判決の判示には、理由不備・理由齟齬（法312条2項6号）の上告提起理由がある。

そこで、以下、本件各確定判決における漁業行使権侵害の判示を整理した上で、原判決における判示の誤りを指摘する。

2 本件各確定判決の判示

- (1) 本件各確定判決における漁業行使権侵害の判断基準は、次のとおりである。

「漁業行使権に基づく妨害排除請求権が発生するためには、漁業行使権が侵害されている状態（漁業被害）が発生していることを要する。

漁業行使権は漁業を営む権利であるから、漁業被害の発生が認められるためには、当該漁業行使権の基礎となる漁業権の免許がされた漁場内における漁業価値の量的又は質的な減少又は毀損、すなわち漁場内における漁獲量の有意な減少又は漁獲品質の具体的な悪化（以下「漁獲量の有意な減少等」と総称する。）が認められなければならないと解するのが相当である。

また、漁業行使権の基礎となる漁業権の内容たる漁業は、漁具、漁法、漁獲物の種類、漁業時期より一定範囲のものに特定されているから（漁業法11条1項）、漁獲量の有意な減少等は、当該漁業行使権の基礎となる漁業権の内容となっている漁獲物について認められなければならないと解するのが相当である。

以上のとおり、漁業被害の発生が認められるためには、当該漁業行使権の基礎となる漁業権の免許された漁場内において、同漁業権の内容となっている漁獲物について、漁獲量の有意な減少等が認められなければならないが、他方、これが認められれば漁業行使権という権利が侵害されているというに十分であり、個別の漁業行使権者の漁獲量が実際に減少していること等を要しないと解するのが相当である。」（甲2，22～23頁）

（2）本件各確定判決におけるあてはめ

次に、本件各確定判決は、本件におけるあてはめとしては、

I 「1審原告らは、佐賀県有明海漁協大浦支所、長崎県島原漁協又は、同県有明漁協のいずれかに属している。」として、三つの所属漁協を認定し、

II 「これらの漁協が有している漁業権の内容たる漁業をみると、佐賀県有明海漁協が諫早湾湾口部及びその近傍部に有している第2種共同漁業権（有共第1号）には、建干網漁業、あなごかご漁業及びうなぎかご漁業が含まれている。また、長崎県島原漁協が諫早湾湾口部及びその近傍部に有している

第2種共同漁業権（南共第79号）には、雑魚底刺網漁業、あんこう網漁業及びあなごかご漁業が、同じく第2種共同漁業権（南共第10号）には、雑魚磯刺網漁業及び雑魚建干網漁業が含まれている。さらに、長崎県有明漁協が諫早湾湾口部及びその近傍部に有している第2種共同漁業権（南共第79号）には、雑魚底刺網漁業、あんこう網漁業及びあなごかご漁業が、同じく第2種共同漁業権（南共第7号）には、雑魚磯刺網漁業及び雑魚建干網漁業が、同じく第2種共同漁業権（南共第8号）には、雑魚磯刺網漁業が含まれている。」として、所属漁協の有する五つの第2種共同漁業権に含まれる七つの漁業を挙げ、

Ⅲ 「これらの漁業は、いずれも魚類を漁獲物とするものである。」として、対象となる漁獲物を特定している。

そして、本件各確定判決は、

Ⅳ 「証拠（乙582の3）及び弁論の全趣旨によれば、本件潮受堤防締切り後に、諫早湾及びその近傍部における魚類の漁獲量が有意に減少していることが認められる。」と認定し、

Ⅴ 「予備的請求に係る1審原告らについて、漁業被害の発生が認められる」と結論付けた（以上、甲2、23～24頁）。

3 魚類の漁獲量の減少等に係る判示について

(1) 原判決の判示内容

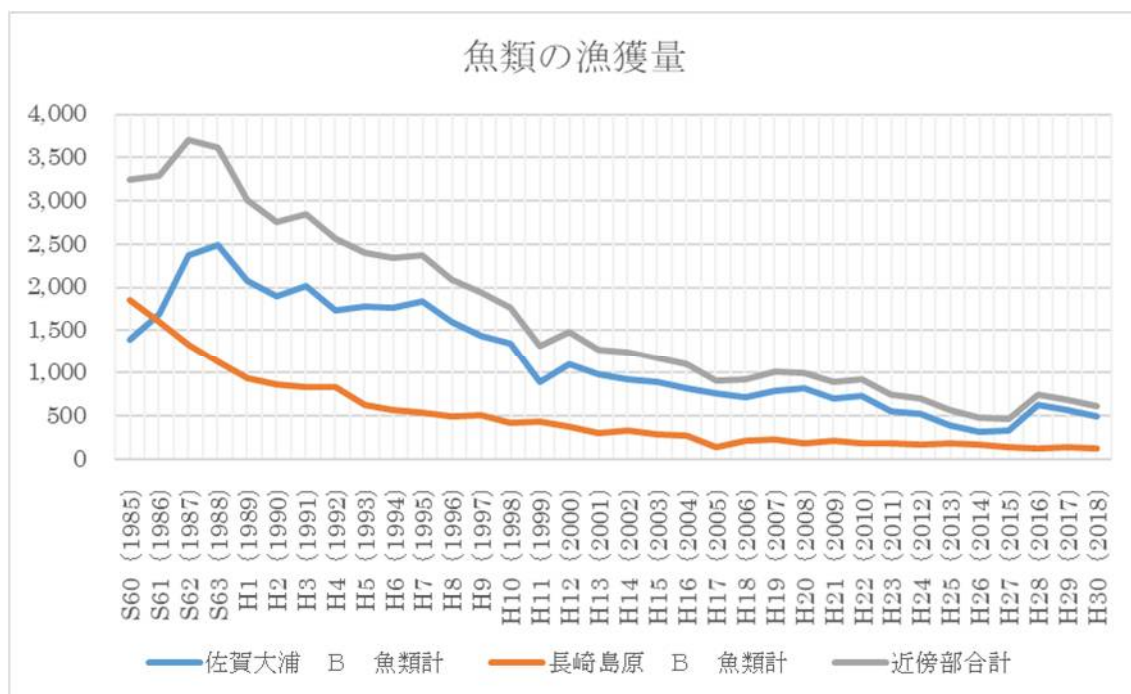
これに対して、原判決も、漁業被害の検討対象を「魚類」に限定した事実認定をしているが、その該当部分は、「本件各組合の魚類全体の漁獲量についてみると、本件潮受堤防を閉め切った平成9年には約1945tであったところ、平成27年には約467tまで減少した。しかし、平成28年には約748t、平成29年には約690t、平成30年には約606tを計測しており、平成28年以降はやや増加傾向にあるといえる。（甲459）

しかし、本件潮受堤防の閉切り前に遡ってみた場合、魚類の漁獲量は、上

記のとおり、平成27年以降、増加傾向にあるとはいえないものの、本件潮受堤防の閉切り前との比較で、それが回復しているとはいえない。(乙180)」という認定である(原判決65～66頁)。

(2) 平成28年以降はやや増加傾向にあるとの原判決の判示には理由がないこと

原判決が、「平成28年以降はやや増加傾向にある」と認定した魚類の漁獲量の推移は、次のグラフである。



このグラフによると、原判決が「やや増加傾向にある」と認定している部分は、グラフ中のグレー折れ線のうち平成28年から平成30年の漁獲量部分であるところ、確かに平成28年度の漁獲量は、前年の漁獲量との関係で、いったん増加したものの、その後は、平成29年、平成30年と減少しているのであって、減少傾向が継続しているのは明白である。

しかも、佐賀大浦と長崎島原とでは、漁業行使権の対象になっている海域が全く重ならないから、漁業行使権侵害を認定する場合には、両海域の漁獲量についても、分けて検討するべきであるところ、長崎島原の場合には、前

年の漁獲量との対比での平成28年の一時的な漁獲量の増加もみられない。

そうすると、原判決は、諫早湾及びその近傍部のうち佐賀大浦に限られた、単年度における漁獲量の増加をもって、「平成28年以降はやや増加傾向にある」と認定していることになる。

諫早湾及びその近傍部における魚類の漁獲量は、本件事業着工前の漁獲量、本件潮受堤防の締切り時の漁獲量及び本件各確定判決の口頭弁論終結時の漁獲量のいずれと比較しても低水準で推移しており、増加傾向どころか、被害は継続して深刻化しているのが現状である。

したがって、平成28年以降はやや増加傾向にあるとの原判決の事実認定には、まったく理由がない。

(3) 本件潮受堤防の締切り前に遡らなくても、魚類の漁獲量は、回復していないこと

また、原判決が、「本件潮受堤防の閉切り前に遡ってみた場合、魚類の漁獲量は、上記のとおり、平成27年以降、増加傾向にあるとはいえないものの、本件潮受堤防の閉切り前との比較で、それが回復しているとまではいえない。」と判示している点も、理由がない。

まず、原判決は、「本件潮受堤防を閉め切った平成9年には約1945tであったところ、平成27年には約467tまで減少した」と認定し、平成27年の漁獲量は過去最低であることを示す認定をしているのであるから、「平成27年以降、増加傾向にあるとはいえない」はずがない。この点は、相手方国でさえ主張していないし、証拠もない。したがって、「平成27年以降の増加傾向については、完全に理由が欠如している。

そして、本件潮受堤防を締め切った平成9年の漁獲量が約1945tであるならば、平成28年の約748tという一時的な漁獲量の増加は、本件潮受堤防の締切り当時の漁獲量と比較しても回復していないのは明らかであって、特段本件潮受堤防の締切り前に遡らなくても、魚類の漁獲量が回復して

いないことも明らかである。

(4) 小括

以上のとおり，原判決の魚類の漁獲量の減少等に係る判示は，漁獲量の認定として，漁業権侵害の程度を意図的に過小評価せんとするものであると厳しく指摘せざるを得ず，増加傾向についての理由が欠如している。

4 本件5つの共同漁業権の対象となる主な魚種全体の漁獲量及び組合員として実際に漁業に当たっている者の一人当たりの漁獲量に係る判示について

(1) 原判決の判示内容

原判決は、「本件5つの共同漁業権の対象となる主な魚種全体の漁獲量」及び「組合員として実際に漁業に当たっている者の一人当たりの漁獲量」という判断基準を新たに設定し，それらが「本件各確定判決の口頭弁論終結後，増加傾向にあ」として，その限度で漁業行使権の「侵害の程度は軽減し」，かつ「今後もこのような傾向が見込まれるともいえる」と判示している（原判決92頁）。

(2) 本件各確定判決における漁業行使権侵害の判断基準とは異なる判断方法を用いる点で理由不備・理由齟齬があること

しかしながら，「本件5つの共同漁業権の対象となる主な魚種全体の漁獲量」は，前記本件各確定判決における漁業行使権侵害の判断基準である魚類の漁獲量とは，全く異なる概念であり，原判決は，その内容が何を意味するのかについて，全く触れておらず，それが増加傾向を示せば，何故上告人らの漁業行使権の侵害の程度が減少したことになるのかという具体的理由も示していない。

また，「組合員として実際に漁業に当たっている者の一人当たりの漁獲量」という判断基準についても，「本件5つの共同漁業権の対象となる主な魚種全体の漁獲量」が前提になっている点で，前記本件各確定判決における漁業行使権侵害の判断基準である魚類の漁獲量とは，全く異なる概念である

し、前記本件各確定判決は、「個別の漁業行使権者の漁獲量が実際に減少していること等を要しない」と判示しているもので、それと矛盾する判断基準でさえある。しかし、そのような判断基準を用いる根拠について、原判決は、全く明らかにしていない。仮にそのような個別の漁業行使権者の漁獲量を判断基準にするのであれば、その点に関する審理を尽くすべきだが、原審において、上告人らの本件各確定判決後の漁獲量を争点として顕在化させ審理を尽くしたことはない。

そして、前記のとおり、本件各確定判決における漁業行使権侵害の判断基準に従えば、本件確定判決の口頭弁論終結後も、魚類の漁獲量が有意に減少し続けているのは、容易に認定可能である。

以上からすると、原判決が、本件各確定判決とは異なる（しかも矛盾する部分も含む）、内容的に不明な判断基準をもって、漁業権侵害の程度を判断した点には、理由不備・理由齟齬がある。

(3) 本件5つの共同漁業権の対象となる主な魚種全体を判断の前提にした点で、理由不備・理由齟齬があること

ア 「本件5つの共同漁業権の対象となる主な魚種」とは何かについて、原判決はそもそも明らかにしない。

もつとも、原審において、明らかになったところでは、それは、具体的には、本件各確定判決の判断対象である「魚類」の15種類の漁獲物のうち6種類のみを抽出し、かつ「魚類」以外の4種類の漁獲物である「えび類計、かに類計、いか類計、たこ類」を加算した概念である（甲459注2）。

イ そして、原判決が、増加傾向と認定している漁獲量の内実は、このうち佐賀大浦のその他のえび類、具体的にはシバエビに限った特異な現象であることも、原審において既に明らかになっている（甲213。上告人ら準備書面25）。

そうすると、原判決は、「漁業権の侵害を理由とする違法性判断においては、これら漁業権の性質や特徴を全体として踏まえ、違法性の内容や程度を検討する必要があるというべきであり、短期的な、あるいは、特定の水産動植物の漁獲量の増減等によって、直ちにこれが判断され得るような性質のものでないことはいうまでもない。」とまで、判示しているのであるから（原判決81頁）、それに従えば、佐賀大浦のその他のえび類、具体的にはシバエビに限った特異な現象である増加傾向によって判断され得る性質のものではないとの結論が導かれなければならない。

しかしながら、原判決は、佐賀大浦のシバエビに限った特異な現象である増加傾向をもって、漁業行使権の侵害の程度は軽減したと判示しており、明らかに理由齟齬である。

ウ しかも、原判決が「本件5つの共同漁業権の対象となる主な魚種全体の漁獲量」及び「組合員として実際に漁業に当たっている者の一人当たりの漁獲量」を違法性の判断要素として判断した際の判示部分は、

A 「本件5つの共同漁業権の対象となる主な魚種全体の漁獲量及び本件各組合における組合員一人当たりの漁獲量は、全体的に増加傾向にあり、本件各確定判決の口頭弁論終結時である平成22年頃の数值からの改善がみられる。」

↓この点については、

B 「被控訴人らが指摘するように、魚類の質の問題や、本件潮受堤防の閉切りにより漁業を辞めざるを得なくなった者が生じ、組合員数が減少したため、組合員一人当たりの漁獲量が増加したことが考えられること等を踏まえると、単純な評価は困難といわざるを得ない。」

↓しかし

C 本件5つの共同漁業権の対象となる主な魚種全体の漁獲量は増加傾向にあることが指摘できるほか、少なくとも組合員として実際に漁業に当

たっている者の一人当たりの漁獲量は、本件各確定判決の口頭弁論終結時以後、増加傾向にあるとはいえる。」

という論理構成である（原判決81～82頁）。

そうすると、 $A=C$ であるから、 A を B で否定しておきながら、 C という結論を導くことは、論理的にあり得ず、明らかな理由齟齬である。

エ さらに、原判決は、事実認定部分では平成22年の漁獲量を認定していないから（原判決65頁）、本件各確定判決の口頭弁論終結時以後、増加傾向にあるという原判決の判示は、事実認定に基づかない判断であり、理由不備である。

オ そして、何よりも、シバエビ漁の場合、漁法は自由漁業ないし許可漁業であること（甲214P977、乙183、184、186）、漁場は本件各組合の共同漁業権の漁場外が中心になっていること（乙185、186）から、佐賀大浦のシバエビに限った特異な現象である増加傾向というのは、共同漁業権の対象ではない。したがって、事情変更として考慮されるべきではないことも、既に原審において明らかになっていた。

それにもかかわらず、あえてその事実を無視して、漁業行使権侵害の程度が減少したとする原判決の判示も、理由不備・理由齟齬である。

カ 加えて、シバエビの漁獲量は、平成29年までは増加したが、平成30年には減少している（乙180）。そして、その他将来的に増加傾向が見込める証拠は存在しない。それにもかかわらず、原判決は、「今後もこのような傾向が見込まれるともいえる」と判示しており、この点については、証拠もなく、全く根拠を示していない。

そもそも、原判決は、前提として、「単年単位や短期間におけるその時々推定される諸要因による変化については厳密な考察はそもそも困難というほかないから、ここでの考察の対象から除く。」として、事実認定の対象を自ら制限しているのであるから（原判決65頁）、将来予測を具

体的根拠に基づいて判断することを放棄しているのであって、将来的な見込みを結論付ける原判決の判示は、その点でも明らかな理由齟齬でもある。

(4) 小括

以上のとおり、「本件5つの共同漁業権の対象となる主な魚種全体の漁獲量」及び「組合員として実際に漁業に当たっている者の一人当たりの漁獲量」という判断基準を新たに設定し、それらが「本件各確定判決の口頭弁論終結後、増加傾向にあ」として、その限度で漁業行使権の「侵害の程度は軽減し」、かつ「今後もこのような傾向が見込まれるともいえる」との原判決の判示には、理由不備・理由齟齬がある。

5 まとめ

したがって、漁業行使権侵害に関する原判決の判示には、理由不備・理由齟齬（法312条2項6号）の上告提起理由がある。

以上

目次

第1	はじめに.....	1
第2	原判決の要旨と上告提起理由の要旨	4
1	原判決の要旨	4
2	上告提起理由の要旨	4
第3	権力分立原理違反（上告理由1）	5
1	はじめに.....	5
2	権力分立原理（憲法76条, 78条, 81条など）について.....	6
3	原判決が権力分立原理に明確に抵触すること.....	8
4	結論.....	10
第4	漁業行使権侵害の判断に関する理由不備・理由齟齬（上告理由2）	11
1	はじめに.....	11
2	本件各確定判決の判示	11
3	魚類の漁獲量の減少等に係る判示について	13
4	本件5つの共同漁業権の対象となる主な魚種全体の漁獲量及び組合員として 実際に漁業に当たっている者の一人当たりの漁獲量に係る判示について.....	16
5	まとめ	20