

## 〔論 説〕

## 辺野古争訟の経緯と諸判決に関する一考察

人 見 剛

- I はじめに
- II 辺野古訴訟前史
  - 1 普天間基地移転構想の変転と沖縄県民・名護市民の反対運動
  - 2 軍用地の強制使用に係る職務執行命令訴訟とその後
- III 公有水面埋立承認取消処分に至る経過
  - 1 埋立承認と岩礁破碎許可
  - 2 岩礁破碎の停止指示と埋立承認の職権取消
- IV 公有水面埋立承認取消処分をめぐる国地方係争処理手続等における争訟（第1次辺野古争訟）
  - 1 3つの争訟手続の進行
  - 2 関与取消争訟
    - (1) 国地方係争処理委員会の第1次決定
    - (2) 沖縄防衛局長の「固有の資格」性と裁定的関与の「関与」除外の趣旨
  - 3 代執行訴訟
  - 4 執行停止決定取消訴訟
    - (1) 沖縄県の出訴資格—「法律上の争訟」
    - (2) 原処分庁の所属する行政主体による審査庁の裁決に対する取消訴訟の可否
  - 5 和解による全ての争訟の取り下げ
- V 和解後の是正の指示をめぐる争訟（第2次辺野古争訟）
  - 1 是正の指示に対する国地方係争処理委員会の第2次決定
  - 2 不作為の違法確認訴訟の提起
  - 3 福岡高裁那覇支部判決
    - (1) 埋立承認取消処分の取消事由とその判断方法（争点①）
    - (2) 埋立承認の要件である公有水面埋立法4条1項1号の要件審査の対象に国防・外交上の事項が含まれるか、そして同要件の充足の有無（争点②と③）
    - (3) 埋立承認の要件である公有水面埋立法4条1項2号の要件の欠如の有無（争点④）
    - (4) 埋立承認処分に前記1号要件及び2号要件が欠如している場合に、いわゆる職権取消制限の法理の適用によって取消処分が違法となるか（争点⑤）
    - (5) 大臣の是正の指示の根拠である地方自治法245条の7第1項の意義と本件「是正の指示」の範囲（争点⑥）
    - (6) 辺野古新基地建設の法律上の根拠と沖縄県の自治権侵害の有無（争点⑦）
    - (7) 仮に本件「是正の指示」が適法であるとして、知事がこれに従わないことが違法といえるか（争点⑧）
- VI 平成28年12月20日の最高裁判決
  - 1 最高裁判決の要旨
    - (1) 原処分の瑕疵を理由とする職権取消処分の適法性審査の方法
    - (2) 公有水面埋立法4条1項1号の要件充足について
    - (3) 公有水面埋立法4条1項2号の要件充足について

## 2 Law&Practice No.11 (2017)

- (4) 地方自治法 245 条の 7 の「是正の指示」の要件
- (5) 地方自治法 251 条の 7 の「不作為の違法確認訴訟」の訴訟要件

### 2 最高裁判決の検討

- (1) 埋立承認取消処分 of 職権取消事由と、職権取消処分の適法性審査の方法
- (2) 原処分の不当性の審査
- (3) 職権取消制限の法理
- (4) 地方自治の保障

### VII むすびにかえて

## I はじめに

本稿は、最判平成 28 年 12 月 20 日（民集 70 卷 9 号 2281 頁）において当面の決着をみた、辺野古新基地建設に関わる公有水面埋立承認取消処分及び同処分の取消を求める国の指示の適否をめぐる沖縄県と国との間で争われた訴訟（地方自治法 251 条の 7 に基づく地方公共団体の不作為の違法確認訴訟）について、高裁判決である福岡高裁那覇支判平成 28 年 9 月 16 日（判時 2317 号 42 頁）と上告審である上記最高裁判決を批判的に検討するものである<sup>1)</sup>。

なお、この訴訟の背景となった辺野古新基地建設問題は、いうまでもなく沖縄における米軍基地問題の一環であって第二次大戦以来の決して見逃してはならない重大な歴史的背景を持ち、かつ地方分権改革の成果としての 1999 年地方自治法改正で導入された国地方係争処理制度が久しぶりに活用された点<sup>2)</sup>でも注

---

<sup>1)</sup> 地方自治法 251 条の 5～252 条の定める国等の関与をめぐる訴訟は、いずれも第一審が高等裁判所とされている。

<sup>2)</sup> 辺野古争訟が生ずるまで、国地方係争処理委員会への申出がなされた事件は、①地方税法 669 条に基づく法定外普通税の新設に係る総務大臣の不同意が争われた横浜市勝馬投票券発売税事件＝国地方係争処理委員会勧告平成 13 年 7 月 24 日判時 1765 号 26 頁、②全国新幹線鉄道整備法 9 条 4 項に基づく意見聴取の機会を与えられなかったとする新潟県知事による国土交通大臣に対する申出＝国地方係争処理委員会決定平成 21 年 12 月 24 日地方自治 752 号 64 頁の 2 件のみであった。

ちなみに、都道府県による市町村の執行機関に対する関与について審査の申出を審査する自治紛争処理委員の係争事案は、農業振興地域の整備に関する法律 13 条 4 項に基づく農業振興地域整備計画の変更協議に係る千葉県知事の不同意に対する我孫子市の申出＝自治紛争処理委員勧告平成 22 年 5 月 18 日地方自治 752 号 70 頁と、同事件＝自治紛争処理委員通知平成 23 年 10 月 21 日地方自治 773 号 47 頁のみであった。

これらの審査の後に予定されている高等裁判所への出訴は、後にみる第 1 次辺野古争訟における執行停止決定に対する関与取消訴訟が初めてのケースであり、判決に至ったのは、第 2 次辺野古争訟における国の提起した不作為の違法確認訴訟に係る本件の原審判決と最高裁判決が初めてのケースであった。

目すべき事例である<sup>3)</sup>。したがって、これらの問題に関し、ごく簡単ではあるが本件訴訟の前史として言及するとともに、上記の不作为の違法確認訴訟が提起される前の国と県の間での多数の争訟についても論及することとする。

## Ⅱ 辺野古訴訟前史

### 1 普天間基地移転構想の変転と沖縄県民・名護市民の反対運動

辺野古新基地建設問題は、今から20年以上前の1995年9月のアメリカ海兵隊員らによる少女暴行事件をきっかけに高揚した沖縄県民あげての「島ぐるみ」反基地運動を背景に翌1996年4月12日に内閣総理大臣と駐日米国大使との会談（橋本・モンデール会談）において、沖縄県宜野湾市に所在するアメリカ軍海兵隊の基地である普天間飛行場の条件つき返還が合意されたことに始まる<sup>4)</sup>。普天間飛行場は、宜野湾市の中央部にある、米軍海兵隊の航空部隊の基地として用いられている飛行場であり、同飛行場周辺は、学校や住宅、医療施設等が密集している状況にあり、その返還が沖縄県から強く求められていた。実際、2004年8月には普天間飛行場に隣接する沖縄国際大学のキャンパスに米軍ヘリコプターが墜落する事故も発生し、その危険性を浮き彫りにしたところである。さて、橋本・モンデール合意後の1996年2月2日、沖縄に関する日米特別行動委員会（SACO）の最終報告で、同飛行場の代替施設を設置し、その運用が可能となった後に同飛行場を返還する旨が承認され、1997年1月に日米両政府は、代替施設の設置場所を名護市辺野古沖とすることに合意した。だが、地元名護市市長や市議会がこれに猛反発し、市民の住民投票条例制定請求も成立して、同年12月21日に「名護市における米軍のヘリポート基地建設の是非を問う市民投票に関する条例」に基づく住民投票が実施された。その結果は、ヘリポート基地建設賛

---

<sup>3)</sup> 国地方係争処理手続が活用されていない原因を探究した研究として、垣見隆禎「地方分権改革の検証—国地方係争処理制度は機能するか」日本地方自治学会編『自治体二層制と地方自治』（敬文堂、2006年）79頁以下。

<sup>4)</sup> 以下の普天間基地の辺野古移設問題の歴史的経緯について参照、新崎盛暉『日本にとって沖縄とは何か』（岩波新書、2016年）84頁以下、櫻澤誠『沖縄現代史—米国統治、本土復帰から「オール沖縄」まで』（中公新書、2015年）243頁以下、宮城大蔵=渡辺豪『普天間・辺野古 歪められた二〇年』（集英社新書、2016年）18頁以下。

成票1万4267票、反対票1万6639票で反対票が賛成票を2000票あまり上回った。しかし、名護市長は、住民投票3日後に内閣総理大臣と会談し、基地建設の受け入れを表明して辞職の意向を明らかにした<sup>5)</sup>。他方、1998年11月15日の沖縄県知事選挙においては、稲嶺恵一候補は、海上基地設置に反対し、沖縄北部地域の陸上部に15年間の使用期限付き軍民共用空港の建設(返還後は民間専用空港)を公約として掲げ、同候補が県知事に当選した。その後、稲嶺知事と岸本名護市長は、「軍民共用」と「15年間の使用期限」を条件に、従来通りの辺野古沿岸域の飛行場建設を苦渋の決断として受け入れることになる。1999年12月28日の閣議決定「普天間飛行場の移設に係る政府方針」では、キャンプ・シュワブ水域内の名護市辺野古沿岸に使用期限15年とする軍民共用空港を建設することが決められた。

しかし、2005年10月の日米安全保障協議委員会(2プラス2)における辺野古沖案からキャンプ・シュワブ沿岸案(L字型案)への転換を経て、2006年5月30日、政府は、「在日米軍の兵力構成見直し等に関する政府の取り組みについて」を閣議決定し、1999年の閣議決定を廃棄して、現在工事が進行中の陸上部と沿岸部埋立の、港湾設備を付加した軍用空港の建設(V字型案)を決定すると共に15年の使用期限も消滅させてしまった<sup>6)</sup>。その後、民主・社民・国民新党の連立政権下、鳩山首相の「最低でも県外」への普天間基地移設の目論見とその挫折(2010年5月28日の日米両政府の「普天間飛行場の移設先を名護市辺野古とする」旨の共同声明の発表)を経て、2012年末の自民・公明両党の連立政権が誕生して、翌2013年3月の国(沖縄防衛局長)の辺野古沖の公有水面埋立承認申請へと至るのである。

当時の沖縄県知事(仲井眞弘多氏)は、同年12月27日、この申請を承認した

<sup>5)</sup> 基地受け入れ表明が住民投票結果の尊重義務を定めた条例に違反するとして、名護市に対する国家賠償法1条違反、名護市長に対して民法709条違反の損害賠償請求訴訟も提起された。那覇地判平成12年5月9日判時1746号122頁。判例解説として、白藤博行「住民投票条例の拘束力」磯部力ほか編『地方自治判例百選〔第4版〕』(有斐閣、2013年)44頁以下。

<sup>6)</sup> このように、普天間基地代替施設の構想は、当初の撤去可能な海上ヘリポートから、沖合2キロのリーフ上の15年間の期限付きの軍民共用空港、そして沿岸部の大規模な埋立による軍港付きの無期限の軍専用基地建設へ、ともっぱら基地強化に向けて進行していった。実は、アメリカ海兵隊は、老朽化した普天間基地に代わる代替基地としてキャンプ・シュワブ沿岸を埋め立てた基地建設の構想を1960年代からもともと有していたことが指摘されている。宮城=渡辺・前掲注4)216頁以下、宮城大蔵「歴史的経緯から見る普天間・辺野古問題」法時89巻6号(2017年)58頁、新崎・前掲注4)120頁以下、櫻澤・前掲注4)292頁以下。

が、この埋立承認処分に対する沖縄県民の怒りは激しく、同処分の2週間後である2014年1月10日、沖縄県議会は、「米軍普天間飛行場の閉鎖・撤去と辺野古移設断念を求める意見書」と「仲井眞弘多沖縄県知事の公約違反に抗議し、辞任を求める決議」を可決したが、意見書は、「情報隠し、後出しなど、手続上もその不当性が指摘され、環境保全上の懸念が払拭されない中、提出された埋立申請書は公有水面埋立法の基準要件を満たさず、承認に値するものではないことは明白である。」などと指摘していた。同年1月の、埋立事業が行われる地元名護市の市長選挙では、新基地建設反対派の市長が誕生し、同年11月16日に行われた県知事選挙においても、辺野古への新基地建設に反対する翁長雄志前那覇市長が、仲井眞前知事を破って新知事に当選した。さらに、同年12月の衆議院議員選挙でも沖縄県の4つの選挙区全てにおいて新基地建設反対派の候補者が当選した。沖縄県民の辺野古新基地建設に反対する民意は、地方選挙、国政選挙を通じて一貫して明確に示されたのである。翁長新知事は、前知事の埋立承認処分の瑕疵を検証する第三者委員会を設置し、その検証結果を踏まえて、翌2015年10月13日、前知事の埋立承認処分を職権で取消し、一連の辺野古争訟の火蓋が切って落とされた。

## 2 軍用地の強制使用に係る職務執行命令訴訟とその後

辺野古新基地問題は、普天間基地の代替基地を海上での新設に求めたことから、通常の民生行政に係る公有水面埋立法に関する法律問題として生じたが、1995年の「島ぐるみ」反基地運動は、陸上部の私有地を強制的に使用している既存の沖縄の米軍基地の存続にも波及することとなった。以下では、海上の新基地建設が問題となる辺野古争訟の事案とは対照的な、陸上における既存の米軍基地の縮小を求める争訟の一端を概観しておこう。

戦前の旧日本軍の基地をそのまま使用している沖縄県外の米軍基地は、その大部分（87.4%）が国有地上に置かれているが、沖縄県内の米軍基地は、その成り立ちから、すなわち沖縄に上陸した米軍が住民を収容所に強制隔離している間に私有地を接収したこと、そしてその後朝鮮戦争勃発など国際情勢の変化に伴って必要となった基地用地を武装兵による「銃剣とブルトーザー」によって住民を追い出して強制的に接収したこと、から、多くの私有地上に展開されてき

た<sup>7)</sup> (民有地 39.6%, 公有地 37.1%, 国有地 23.3%)。土地所有者の中にはもちろんの基地用地の提供に反対している者もあり (いわゆる反戦地主など), 米軍用地を賃貸借できないため, 当初は公用地法 (沖縄における公用地等の暫定使用に関する法律)<sup>8)</sup>に基づいて民有地を強制使用した。そして同法の 5 年間の使用期限が切れた 1977 年以降は, 地籍明確化法<sup>9)</sup>を制定し, 同法付則により 1982 年まで強制使用期間を 5 年間延長し, 同法によって米軍によって強制接収された土地等の位置境界が明確とされた後は, 安保条約に基づく駐留軍用地特措法<sup>10)</sup>に基づいて強制使用が継続されてきた。そうした中, 1995 年 9 月の少女暴行事件後の反基地運動の高揚の下, 楚辺通信所用地の反戦地主所有地の国の強制使用期限 (1996 年 3 月 31 日) が迫り, 地元の読谷村の村長に加えて沖縄県知事 (当時は大田昌秀氏) が強制使用に必要な代理署名を拒否する初めての事態となり, 国が反戦地主の私有地の米軍用地としての使用権を取得できないおそれが現実化した。いわゆる代理署名拒否事件の発生である<sup>11)</sup>。

---

<sup>7)</sup> 戦後の沖縄における軍用地をめぐる歴史について参照, 新垣進「沖縄の軍用地問題」渡辺洋三=稲本洋之助編『現代土地法の研究 (上)』(岩波書店, 1982年) 368頁以下, 新崎盛暉『沖縄現代史』(岩波新書, 1996年) 34-41頁, 56-60頁, 67-69頁, 82-91頁, 136-142頁, 153-166頁, 新崎・前掲注4) 20-22頁, 73-79頁。

<sup>8)</sup> 公用地法について参照, 田山輝明『米軍基地と市民法』(一粒社, 1983年) 247頁以下。

<sup>9)</sup> 正式名称は, 「沖縄県の区域内における位置境界不明地域内の各筆の土地の位置境界の明確化等に関する特別措置法」。

<sup>10)</sup> 正式名称は, 「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第6条に基づく施設及び区域並びに日本国における合衆国軍隊の地位に関する協定の実施に伴う土地等の使用等に関する特別措置法」。現在は本土では適用されていない同法も, 戦後のある時期までは本土の駐留米軍用地に適用されてきた。安保条約の合憲性が争われた著名な砂川事件=最大判昭和34年12月16日刑集13巻13号3225頁では, 東京の立川基地の拡張のために旧安保条約に基づく特措法が適用された。

なお, この最高裁判決は, 被告人無罪判決を下した東京地裁判決 (いわゆる伊達判決) を破棄し差し戻し, 最終的に有罪判決が確定したが, その後, 当時の田中耕太郎最高裁長官がアメリカの駐日大使らと会談し, 判決の言い渡し期日や争点に関する考え方をアメリカ側に伝えていたことが, 2011年以後, アメリカの公文書から明らかになった (参照, 布川玲子=新原昭治編著『砂川事件と田中最高裁長官一米解禁文書が明らかにした日本の司法』(日本評論社, 2013年) 59頁以下, 109頁以下)。この事実を下に当時の最高裁大法廷が憲法37条1項の「公平な裁判所」を構成していなかったとして再審請求がなされたが, 東京地決平成28年3月8日 (LEX/DB25542451) によって退けられている。

このように日本国内では隠蔽されていた政府の秘密がアメリカの公文書公開制度を通じて明らかになることはよくみられることである。沖縄返還「密約」事件もその例である。参照, 沖縄密約文書開示請求事件=最判平成26年7月14日判時2242号51頁。

<sup>11)</sup> 沖縄タイムス社編『沖縄から一米軍基地問題ドキュメント』(朝日文庫, 1997年), 新崎・前掲注4) 198頁以下。

政府は、地主に代わる沖縄県知事の土地・物件調書への署名押印行為は、国の機関委任事務であるという解釈の下、主務大臣たる内閣総理大臣がその実施を知事に命じたが、沖縄県知事がこれに従わなかったため、地方自治法旧 146 条に基づく機関委任事務の処理の執行を求める職務執行命令訴訟を内閣総理大臣が提起した<sup>12)</sup>。この訴訟は、この後に辺野古公有水面埋立承認職権取消処分に対して提起された現行の地方自治法 245 条の 8 に基づく法定受託事務の処理の執行を求める代執行訴訟とほぼ同一の手続で行われるものである。この職務執行命令訴訟の第一審判決＝福岡高裁那覇支判平成 8 年 3 月 25 日判時 1563 号 26 頁<sup>13)</sup>は、内閣総理大臣の勝訴に終わり、知事の上告を受けた最大判平成 8 年 8 月 28 日民集 50 卷 7 号 1952 頁<sup>14)</sup>も、駐留軍用地特措法の合憲性と同法の沖縄県における適用の合憲性を肯定し、知事の代理署名事務の根拠となる当該土地の使用認定の適否については、それが当然無効でない限りは代理署名をすべきであり、本件使用認定について処分庁たる総理大臣の判断に裁量権の逸脱・濫用は認められないと判示して、知事に代理署名を義務づけて確定した。

なお、この最高裁判決の大野正男ほか 6 名の裁判官の補足意見は、「沖縄県には、県下 53 市町村のうち 25 市町村にわたって、42 施設、2 億 4526 万平方メートルの駐留軍基地が存在し、その面積は、全県土面積の約 10.8 パーセントを占めており、駐留軍が常時使用できる専用施設としては、全国のその約 74.7 パーセントが国土面積の約 0.6 パーセントを占めるにすぎない同県に集中している。駐留軍の演習、訓練は、水域、空域及び陸域において恒常的に行われ、航空機の墜落、パラシュートの施設外降下など演習による事故や駐留軍の軍人軍属による刑法犯罪が多数発生し、演習場内では実弾射撃演習による原野火災が起き、航空機騒音が付近住民の生活環境に影響を及ぼしている。また、基地の存在は沖縄県の地域振興開発の制約要因となり、基地対策は行政事務の過重負担を招いている。沖縄県はかねてから日本国政府に駐留軍基地の整理縮小を要請し

---

<sup>12)</sup> 地方自治法旧146条に基づく職務執行命令訴訟の最初の事例も、立川基地拡張のための土地の強制使用をめぐる砂川事件であった。この事件に係る最高裁判決として最判昭和35年6月17日民集14卷8号1420頁。

<sup>13)</sup> この判決の裁判所の審査権の限定論に対する批判として、人見剛「職務執行命令訴訟における裁判所の命令審査権の範囲について」『分権改革と自治体法理』（敬文堂、2005年）3頁以下。

<sup>14)</sup> この判決の問題点について参照、人見剛「沖縄県知事代理署名拒否事件最高裁判決について」同・前掲注13）13頁以下。その他、交告尚史「職務執行命令訴訟」磯部力ほか編『地方自治判例百選〔第4版〕』（有斐閣、2013年）202頁以下など参照。

てきたが、十分な成果を挙げるには至らず、駐留軍専用基地の返還状況は、昭和47年以来平成6年に至るまで、本土は約59パーセント減少したのに対し、同県においては約15パーセント減少したにとどまっている。」という原審の事実認定を確認して、「駐留軍基地が沖縄県に集中していることにより同県及びその住民に課せられている負担が大きいことが認められる。」と述べた<sup>15)</sup>。

しかし、「駐留軍基地の存在は、沖縄返還協定3条1項、日米安全保障条約6条、日米地位協定2条に基づくものであって、国際的合意によるものであるから、同基地の沖縄県への集中による負担を軽減するためには、日米政府間の合意、さらに、日本国内における様々な行政的措置が必要であり、外交上、行政上の権限の適切な行使が不可欠である。それらをどのように行使するかは、沖縄県及びその住民に対する負担の是正と駐留軍基地の必要性等との権衡の下に、行政府の裁量と責任においてなされるべき事柄である。この権衡を考慮する余地もないほど極端な場合は格別、右の負担の大きさから直ちに駐留軍用地特措法の沖縄県における適用及びこれに基づく使用認定の違憲性、違法性が一義的に明白ということとはできない。」として、特措法の違憲性等の主張を退けたのであった。

最高裁判決が下されてから約1週間後の9月8日、日米地位協定の見直しや基地縮小の是非に関する県民投票が実施され、約60%の投票率（有権者90万9832人中投票者54万1626人）で、賛成票が48万2538票の約89%におよび、全有権者比でも過半数に達し、県民の民意が明確に示されることとなった<sup>16)</sup>。しかし、大田昌秀沖縄県知事は、9月13日には、この後も公告・縦覧手続を進めることとし、その後も続く使用期限切れ強制使用地については職務執行命令訴訟で争うことを断念した。

なお、翌1997年4月には、駐留軍用地特措法が改正され<sup>17)</sup>、現に米軍用地に

---

<sup>15)</sup> その後、若干の米軍用地の返還がなされているものの、沖縄県の統計資料によれば、2017年1月1日現在、沖縄県内の米軍施設は31施設、1億8,609万平方メートル、県土面積の約8パーセント、全国の米軍用地の約70.6パーセントを占め続けている。

<sup>16)</sup> 参照、中富公一「沖縄住民投票に関する憲法社会学的考察序説（一）～（三）」岡山大学法学会雑誌48巻1号（1998年）41頁以下、2号（同年）75頁以下、49巻1号（1999年）75頁以下。

<sup>17)</sup> これに対する批判として、中富公一「沖縄住民投票に関する憲法社会学的考察序説（四・完）」岡山大学法学会雑誌50巻2号（2001年）175頁以下、人見剛「駐留軍用地特別措置法改正の法的問題点」同・前掲注13）22頁以下、小川竹一「沖縄の基地問題と市民法」浦田賢治編著『沖縄米軍基地法の現在』（一粒社、2000年）159頁以下。



供されている土地等については収用委員会に使用裁決の申請がなされた場合には、使用期限が切れた後も使用を継続することができるとする暫定使用の制度が導入された。「代理署名が問題となったなかで、圧倒的多数の本土が沖縄を数の論理で従わせる姿勢が象徴的に表れた法改正<sup>18)</sup>」であったといわざるを得ない。この改正法の合憲性も、反戦地主の提起した訴訟において争われたが、最判平成15年11月27日民集57巻10号1665頁<sup>19)</sup>によって退けられている。

さらに、上命下服の国地方関係を対等協力の関係に転換すべく、1999年、地方分権一括法によって機関委任事務を廃止し自治体事務を自治事務及び法定受託事務に再編成するいわゆる第一次地方分権改革が行われた。475法の膨大な法律を一挙に改正する地方分権一括法の中で駐留軍用地特措法も再改正され、同法に基づく土地等の使用・収用に関する事務はあげて国の直接執行事務とされて知事の代理署名制度は廃止された。この目立たない改正は、「沖縄では大きく報じられたが、全国的にはほとんど関心を持たれないまま、地方分権の名の下に、それとは逆行する事態が進んだ<sup>20)</sup>」といえよう。

### Ⅲ 公有水面埋立承認取消処分に至る経過

#### 1 埋立承認と岩礁破碎許可

前述のように沖縄県内の既存の陸上の米軍基地用地をめぐる火種を鎮めさせてきた日本政府は、2006年5月30日の閣議決定で、辺野古新飛行場を15年使用期限の軍民共用飛行場とする1999年の閣議決定を反故とした。そして、いよいよ沖縄防衛局長は、2011年末から2012年初頭にかけて環境影響評価法及び沖縄県環境影響評価条例に基づいて環境影響評価書を作成・送付する手続を経たうえで<sup>21)</sup>、2013年3月22日、公有水面埋立法42条に基づき、沖縄県名護市辺

<sup>18)</sup> 櫻澤・前掲注4) 256頁。

<sup>19)</sup> 参照、中島茂樹「沖縄在日米軍の暫定土地使用を定める改正特措法の合憲性」ジュリ1269号(2004年)20頁以下。

<sup>20)</sup> 櫻澤・前掲注4) 281頁。

<sup>21)</sup> 環境影響評価書の提出をめぐる県民の反対活動について参照、高良倉吉編著『沖縄問題—リアリズムの視点から』(中公新書, 2017年)188頁以下。この環境影響評価の手続が違法であるとしてそのやり直しを名護市辺野古の住民らが求めた辺野古アセス訴訟(公法上の確認訴訟及び国家賠償訴訟)があり、いずれも退けられている(那覇地判平成25年2月20日訟月60巻1号

野古の辺野古崎地区及びこれに隣接する水域等を埋立対象地とする普天間飛行場代替施設建設事業に係る公有水面埋立承認の申請を行った。

当時の沖縄県知事（仲井眞前知事）は、沖縄県が行政手続法5条1項に基づいて定めた公有水面埋立免許の審査基準により本件埋立出願に係る審査を行い、本件埋立事業が第1号要件及び第2号要件を含む公有水面埋立法4条1項各号の要件に適合すると判断して、2013年12月27日、「工事の実施設計について事前に県と協議を行う」等5項目の留意事項を付けて本件埋立承認を行った<sup>22)</sup>。なお、埋立工事には海底の岩礁破碎が必要なため、沖縄防衛局長は「普天間飛行場代替施設建設事業に係るキャンプ・シュワブ海域の工事」に係る岩礁破碎等許可を申請し、県知事は、2014年8月28日に水産資源保護法4条2項の委任を受けて制定された沖縄県漁業調整規則39条1項に基づき許可していた。

## 2 岩礁破碎の停止指示と埋立承認の職権取消

2014年の選挙で当選した翁長雄志沖縄県知事は、まず、2015年3月23日に、許可区域外で岩礁破碎行為がなされた蓋然性が高いので、県が必要な調査を終了するまでの間、許可区域を含め、海底面の現状を変更する行為の全てを停止するよう指示をした。かかる指示について特段の法令上の根拠はなく、一種の行政指導にすぎず、沖縄県もそのように考えていた。しかし、沖縄防衛局長は、この「指示」を行政処分と解し、これに不服があるとして、農林水産大臣に審査請求および執行停止の申立てを直ぐさま翌日に行った。この知事の指示が、水産資源保護法の委任に基づく沖縄県漁業調整規則39条による岩礁破碎許可事務に含まれて沖縄県の第1号法定受託事務（地方自治法2条9項1号）であると解され（水産資源保護法35条）、かつ行政庁の「処分」（行審法旧2条1項）であるのであれば、

---

1頁、福岡高裁那覇支判平成26年5月27日（LEX/DB25504223）、最判平成26年12月9日（LEX/DB25505635）。参照、山田健吾「普天間飛行場代替施設建設事業に係る環境影響評価手続の瑕疵と訴えの利益」*修道法学*35巻1号（2012年）550頁以下、同「環境影響評価手続の瑕疵と確認訴訟」室井力先生追悼論文集『行政法の原理と展開』（法律文化社、2012年）294頁以下。

<sup>22)</sup> 埋立承認申請の審査の経緯について参照、高良・前掲注21）190頁以下。

なお、普天間基地と同様にアメリカ海兵隊の基地となっている岩国飛行場において滑走路の沖合移設のための国の公有水面埋立承認申請がなされ、山口県知事の承認処分に対して地域住民による取消訴訟が提起されているが、工事が竣工していることから訴えの利益が否定されて訴訟は原告敗訴に終わっている（山口地判平成24年6月6日訟月59巻12号3003頁、広島高判平成25年11月13日訟月61巻4号761頁、最決平成27年2月19日（LEX/DB25506136））。この岩国基地訴訟の背景も含めて参照、本田博利『基地イワクニの行政法問題』（成文堂、2012年）131頁以下。

許可申請者である沖縄防衛局長は、地方自治法 255 条の 2 第 1 項 1 号に基づいて法令所管大臣（水産資源保護法については農水大臣）に対して審査請求をすることができるのである<sup>23)</sup>。農水大臣は、同月 30 日に指示の効力停止の執行停止決定を行った。

しかし、本件指示の処分性を認めることには、これまでの判例・学説に照らして大いに疑問が残る<sup>24)</sup>。本件指示には、法的拘束力を認める法令上の根拠はなく、指示を受けた沖縄防衛局はそれを無視して作業を継続し、知事が条件違反を理由に許可を取消すことになれば、その取消処分の取消訴訟を提起し、併せて執行停止の申立てをすることができ、それで申請者たる沖縄防衛局長の権利保護に十分なケースであるからである<sup>25)</sup>。仮にこの事案が裁判になり、本件指示の処分性を前提になされた本件執行停止決定の違法性が争われたとすれば、判例を墨守する傾向の強い裁判所は、本件審査請求の申立て及び執行停止決定を違法としたことであろうと思われるのである。

さらに、岩礁破碎許可の申請者たる沖縄防衛局長は、一般私人と同様の地位にはない国固有の資格の立場にあるとみられるので行政不服審査法に基づく審査請求をすることができないはずであるという議論もあるが<sup>26)</sup>、この点は、後述する公有水面埋立法に基づく埋立承認の申請者たる沖縄防衛局長の地位ほどには問題となり得ないように思われる<sup>27)</sup>。むしろ、本件指示は、先にも触れたように法令に根拠があるものではないので、「法律又はこれに基づく政令により…処理することとされる事務」でなければならない法定受託事務（地方自治法 2 条 9 項）

<sup>23)</sup> 1999年の地方分権一括法以前の機関委任事務制度が存在していた時代であれば、同事務の処理に関する限り大臣は知事の上級行政庁であるので、当然大臣は審査請求の審査庁となるが、機関委任事務廃止後の現行法の下では、たとえ法定受託事務についてであっても特別の定めがない限り大臣が知事の処分の審査庁とはなり得ない。なお、旧法下では機関委任事務にとどまらず自治事務についても例外的なこの裁定的関与制度があった。この点に関する批判として、人見剛「地方自治体の自治事務に関する国家の裁定的関与の法的統制」同・前掲注13) 273頁以下。

<sup>24)</sup> 参照、白藤博行「沖縄防衛局辺野古沖埋立等工事停止事件」法と民主主義498号（2015年）42頁以下、同「辺野古新基地建設行政法問題覚書」自治総研443号（2015年）23頁以下。

<sup>25)</sup> 同旨、島山武道「米軍普天間飛行場の辺野古移設問題」法時87巻7号（2015年）2頁。

<sup>26)</sup> そうした議論として、紙野健二「辺野古新基地建設問題の展開と基地建設の利益」法時87巻11号（2015年）110頁以下、白藤・前掲注24) 法と民主主義498号43頁以下、徳田博人「辺野古新基地建設の阻止と沖縄防衛局の審査請求問題」季刊・自治と分権60号（2015年）62頁以下。

<sup>27)</sup> 参照、角松生史「『固有の資格』と『対等性』—辺野古新基地をめぐる工事停止指示と審査請求について」法時87巻12号（2015年）39頁以下。

であるかは疑問であり、地方自治法 255 条の 2 第 1 項 1 号の法令所管大臣への審査請求の対象事項ではないのではないかという疑問もあるところである。

さて、翁長新知事は、岩礁破碎の停止指示に先立つ 2015 年 1 月、本件埋立承認の法的瑕疵の有無を検討すべく、有識者からなる「普天間飛行場代替施設建設事業に係る公有水面埋立手続に関する第三者委員会」を設置した。同委員会は、同年 7 月 16 日、本件埋立承認出願については公有水面埋立法の承認の要件を充たしておらず、これを承認したことには法律的瑕疵があるとする「検証結果報告書<sup>28)</sup>」を知事に提出した。かかる第三者委員会の検証結果を踏まえて、知事は検討を行い、本件埋立承認出願は公有水面埋立法 4 条 1 項 1 号・2 号の諸要件を充足しておらず、埋立承認の判断過程についても考慮要素の選択や判断の過程が合理性を欠いていたとして、同年 10 月 13 日に、行政手続法に基づく聴聞手続を経た上で<sup>29)</sup>、瑕疵ある埋立承認による違法状態を是正するため、本件埋立承認を取り消した<sup>30)</sup>。この埋立承認取消処分をめぐって、和解をはさむ 2 次にわたる辺野古争訟が展開されるのである。

#### IV 公有水面埋立承認取消処分をめぐる国地方係争処理手続等 における争訟（第 1 次辺野古争訟）

##### 1 3 つの争訟手続の進行

2015 年 10 月の知事の埋立承認取消処分に対し、国は建設工事を早期に進めるために必要な法的措置を次々と採った。①先の岩礁破碎に対する停止指示に対する措置と同様に、沖縄防衛局長による、地方公共団体の法定受託事務に係る特別の審査請求の利用、②公有水面埋立法の所管大臣としての国土交通大臣によ

---

<sup>28)</sup> 第三者委員会の検証結果報告書の全文は、沖縄県のホームページに掲載されている。参照、<http://www.pref.okinawa.jp/site/chijiko/henoko/documents/houkokusho.pdf>（2017年7月22日最終アクセス）。

<sup>29)</sup> 本件公有水面埋立承認取消処分の名宛人である沖縄防衛局長が「固有の資格」としての国の機関であれば、その手続は行政手続法の適用除外となる（行政手続法4条1項）。沖縄県は、本件での沖縄防衛局長は「固有の資格」にあると解していたが、念のために聴聞手続を行ったものとみられる。

<sup>30)</sup> 埋立承認取消処分の通知書全文は、紙野健二=本多滝夫編『辺野古訴訟と法治主義』（日本評論社、2016年）215頁以下に掲載されている。

る地方自治法 245 条の 8 に基づく関与＝代執行の手続の利用である。

まず、①の手段として、沖縄防衛局長は、2015 年 10 月 13 日、埋立承認に関する都道府県の事務も第 1 号法定受託事務とされていることから（公有水面埋立法 51 条 1 項）、知事の承認取消処分を不服として、公有水面埋立法を所管する国土交通大臣に対し審査請求を行い、併せて執行停止を申し立てた。この申立てに基づいて、国土交通大臣は、直ぐさま同月 27 日に埋立承認取消処分の効力停止の決定をした。岩礁破碎行為に対する知事の停止指示に係る農水大臣の執行停止決定と全く同様の事態が繰り返された訳である。これにより、沖縄防衛局は、本件埋立関連工事を再開できることになった。そこで知事は、まず、同年 11 月 2 日、国土交通大臣の執行停止決定は違法な国の関与に当たるとして、地方自治法 250 条の 13 に基づき国地方係争委員会に審査の申出を行った<sup>31)</sup>。国地方係争処理委員会とは、国地方間関係における紛争のうち国の機関の関与の適否を審査し、勧告等をする、総務省におかれる専門的な諮問機関である（地方自治法 250 条の 7 以下、250 条の 14）。

国地方係争処理委員会は、12 月 28 日決定で、結論として、審査請求に対する裁決や執行停止決定などは地方自治法上の「関与」から除かれており（地方自治法 245 条 3 号括弧書き）、国地方係争処理委員会の審査の対象とはならないとして知事の申出を却下した。そこで、沖縄県知事は、翌 2016 年 2 月 1 日、地方自治法 251 条の 5 第 1 項に基づき、福岡高裁那覇支部に対し国土交通大臣を被告とする、埋立承認取消処分の大任による執行停止決定の取消しを求める関与取消訴訟を提起した。

次に、②の手段として、国土交通大臣は、地方自治法 245 条の 8 に定める手続を経て、2015 年 11 月 17 日に知事に対して埋立承認取消処分を取り消すことを求める代執行訴訟を福岡高裁那覇支部に提起した。

こうした国の一連の手段に対して、沖縄県は、①に係る国地方係争処理委員会への審査の申出と高等裁判所への出訴の対抗に加えて、2015 年 12 月 25 日に、③大臣の執行停止決定に対する処分取消訴訟も那覇地方裁判所に提起し、併せて執行停止決定の執行停止の申立ても行った。

以上、時系列的には複雑に前後しているが、3 つの争訟手続（①大臣の執行停止

<sup>31)</sup> 沖縄県知事の審査申出書は、紙野=本多編・前掲注30) 231頁以下に掲載されている。

決定に対して知事が原告として提起した、地方自治法上の関与に対する国地方係争処理委員会に対する申出とそれに接続する高等裁判所への関与取消訴訟、②知事の承認取消処分に対して国土交通大臣が提起した地方自治法上の高等裁判所への代執行訴訟、③大臣の執行停止決定に対して沖縄県が原告となって地方裁判所に提起した通常の抗告訴訟としての取消訴訟)が生じた。これらの3つ訴訟は、その後2016年3月4日の福岡高裁那覇支部での和解により、全て取り下げられることになるが、以下では、各争訟の問題点について一瞥しておこう。

## 2 関与取消争訟

### (1) 国地方係争処理委員会の第1次決定

関与取消争訟では、まず、沖縄防衛局長の行った審査請求に伴ってなされた執行停止の申立てに対して国土交通大臣の行った執行停止決定が、地方自治法245条の「関与」に該当し、同法250条の13第1項の国地方係争処理委員会への審査申出の対象となるかが問題である。かかる執行停止決定が、国の行政機関又は都道府県の機関が「一定の行政目的を実現するため普通地方公共団体に対して具体的かつ個別的に関わる行為」とされる「普通地方公共団体に対する国又は都道府県の関与」(地方自治法245条)の性質を有することは間違いないが(しばしば「裁定的関与」とよばれる)、地方自治法245条3号括弧書きが、「審査請求その他の不服申立てに対する裁決、決定その他の行為」を同法上の関与から明文で除いているからである。

沖縄県知事及び沖縄県は、沖縄防衛局長が、そもそも行政不服審査法に基づく不服申立適格を有しないことを主張した。すなわち、行政不服審査法に基づく審査請求等は「国民の権利利益の救済を図る」(同法1条1項)手段であるから、国の機関や地方公共団体等は、一般私人とは異質の「固有の資格」にあるときには審査請求等を申し立てることはできない(同法7条2項。本件発生時点で妥当していた旧行審査法にはこの条文はなかったが、通説は同法の趣旨を同様に解していた)。本件埋立承認を申請した沖縄防衛局長は、一般私人とは異質の「固有の資格」にあるので、本件審査請求は法的に許されず、本件執行停止決定には国民の権利利益の救済を考慮して、関与を限定した地方自治法245条3号の趣旨は妥当しない、とい

うのが沖縄県知事の主な主張であった<sup>32)</sup>。

この問題に関し、国地方係争処理委員会決定平成27年12月28日判例集等未掲載<sup>33)</sup>は、形式的には地方自治法245条3号括弧書きの裁定的関与であっても、「『固有の資格』に該当せず審査請求が可能であるとした審査庁の当該判断が、一見明白に不合理である場合には」、そのような「判断に依拠してなされた執行停止決定は、国地方係争処理委員会の審査の対象になる国の関与に該当する」とした。だが、「国が『固有の資格』において埋立承認を受けるものではないとの結論自体に関しては、確立した判例又は行政解釈に明らかに反しているといった事情は認められないし、国土交通大臣の…主張は、国が一般私人と同様の立場で処分を受けるものであることについての一応の説明となっているということができることからすると、国土交通大臣の判断が一見明白に不合理であるとまでいうことはできない<sup>34)</sup>。」「したがって、本件執行停止決定は、国地方係争処理委員会の審査の対象となる国の関与に該当するということはできない。」これが、委員会の結論であった<sup>35)</sup>。

---

<sup>32)</sup> 参照、2015年10月23日付行政法研究者有志一同声明「辺野古埋立承認問題における政府の行政不服審査制度の濫用を憂う」。この声明は、紙野=本多編・前掲注30) 226頁に掲載されている。この他参照、徳田博人「『固有の資格』と不服申立て」紙野=本多編・前掲注30) 45頁以下、新垣勉「辺野古新基地建設問題の現状と法的問題点」法時87巻10号（2015年）50頁以下、白藤博行「辺野古新基地建設問題における国と自治体の関係」法時87巻11号（2015年）115頁、同・前掲注24) 自治総研443号29頁以下、武田真一郎「辺野古埋立をめぐる法律問題について」成蹊法学83号（2015年）66頁以下、秋山幹男「沖縄県知事の辺野古埋立承認取消—政府の法的対応とその問題点」世界2016年1月号（2016年）96頁以下、比山節男「普天間基地移設問題における法治主義解釈の実践」白鷗大学法科大学院紀要9号（2015年）130頁以下。

なお、本件埋立承認は、行政内部行為であって処分性が認められず、不服申立ての対象ではない、とする説もある。参照、碓井光明「裁決に対して原処分庁の提起する機関訴訟制度の構想」同『行政不服審査機関の研究』（有斐閣、2016年）349頁。このような処分性否定説が、国の従来の見解であったことについて参照、新垣・前掲論文48頁以下。

<sup>33)</sup> この国地方係争処理委員会決定は、紙野=本多編・前掲注30) 239頁以下に掲載されている。

<sup>34)</sup> 「一見明白に不合理」でなければ国土交通大臣の判断を尊重するという本件判断には、総務省の一機関にすぎない国地方係争処理委員会が公有水面埋立法の所管大臣である国土交通大臣の法令解釈を覆すことはできないという考えが現れているように思われる。確かに、1999年の地方自治法改正により国地方係争処理制度が導入される際、本委員会が紛争裁決機関ではなく諮問機関とされた主な理由は、いわゆる縦割り行政と呼ばれる国の大臣分担管理体制（内閣法3条1項、国家行政組織法5条1項）の限界にあった。しかし、諮問機関にとどまった以上、国地方係争処理委員会は、遠慮なく自らが正しいと考える公有水面埋立法の解釈・適用を公にするべきであったと考えられる。人見剛「国の機関が行った審査請求に係る大臣の執行停止決定の『関与』該当性」法セ738号（2016年）121頁。

<sup>35)</sup> この委員会決定に対する批判として、人見・前掲注34) 121頁のほかに、武田真一郎「辺野古新基地建設と国地方係争処理委員会の役割」紙野=本多編・前掲注30) 119頁以下、白藤博行

## (2) 沖縄防衛局長の「固有の資格」性と裁定的関与の「関与」除外の趣旨

しかし、本件決定も、「公有水面が国の所有に属しており、国は公有水面の埋立機能を含む包括的な管理支配権を有しているため、国以外の者に対する『免許』と国に対する『承認』とが区別され、国に対する埋立承認には、国以外の者に対する免許に関する条文の一部が適用・準用されていないとも考えられる。そのため、国が一般私人の立ち得ない立場において埋立承認を受けるものであると解することができるのではないかと考えられ、…国土交通大臣の見解の当否については疑問も生ずるところである」と述べているように、埋立承認の申請者たる沖縄防衛局長が一般私人と共通の地位にあり「固有の資格」にはないとする国の主張には大いなる疑問が拭えない。

加えて、今回の沖縄防衛局長の審査請求自体が、国益の保護を求めての請求であって行政不服審査法上予定されていないものであり、そして外交・防衛上の不利益を理由とする本執行停止決定は、私人の権利利益の救済を重視して、知事処分の適否を大臣が審査することを例外的に認めた地方自治法 255 条の 2 の趣旨をも逸脱している、と思われる。従って、本執行停止は単に違法であるというだけでなく、地方自治法 245 条 3 項の裁決等の行為にも当たらないと解することができる。

また、そもそもこうした行政上の不服申立手続を媒介とした審査庁の決定という形をとった「裁定的関与」を、わざわざ地方自治法上の係争処理手続の対象となる「関与」から除外したところの理由は、国地方間の紛争に、不服申立てを行った一般私人を巻き込むことによってその権利利益の救済を遅延させるべきではない、ということにあったはずである<sup>36)</sup>。とすれば、今回の審査請求が、仮

---

「辺野古埋立承認取消処分に関する国・自治体間争訟の論点」自正2016年4月号(2016年)80頁以下。

<sup>36)</sup> 松本英昭『新版・逐条地方自治法(第8次改訂版)』(学陽書房, 2015年)1098頁によれば、地方自治法245条3号括弧書きによる裁定的関与の地方自治法上の「関与」からの除外の趣旨は、①裁定的関与は、紛争解決のために行われる準司法的な手続であり、行政不服審査法等の別途法律の根拠及び手続が定められているのが通例であること、②地方公共団体以外の紛争当事者の権利救済等を考えると必ずしも関与を必要最小限にすべきものとは言えないこと、③行政不服審査法等の紛争解決手続に加え、さらに関与に係る係争処理制度の対象とすることは、いたずらに当事者を不安定な状態におくことになり、紛争の早期解決に資さないと考えられること、にあるとされている。①は地方自治法の関与の手続ルール(地方自治法246条以下)の適用除外とする根拠、②は関与の必要最小限度原則(地方自治法245条の3第1項)の適用除外とする根拠、そして③が関与に関する係争処理手続(地方自治法250条の13以下)の適用除外とする根拠であるといえよう。



に私人と同質の国の地位に基づく請求であったとしても、請求人と審査庁が共に国であるという今回のケースは、やはり請求人の権利救済を重視する地方自治法 255 条の 2 の趣旨が妥当しない事案であって、むしろ国の露骨な関与の性格を帯びるので、本執行停止は地方自治法 245 条 3 号括弧書きが係争処理手続の適用除外とした関与ではないと解すべきである。

さらに、本件に特殊な事情として、審査庁たる国土交通大臣は不服審査手続と平行して知事の取消処分を代執行する手続に着手している。このことは、取消処分の執行停止が、裁判手続を経る代執行手続が完了するまでの繋ぎの実質的な「仮の」代執行としての機能を果たしていることを意味する<sup>37)</sup>。やはり、本件執行停止は、地方自治法 245 条 3 号括弧書きが予定している裁定的関与とは異質であるといわざるをえない。

この却下決定を受けて、沖縄県知事は、地方自治法第 251 条の 5 に基づいて、2016 年 2 月 1 日、福岡高裁那覇支部に、違法な国の関与の取消訴訟を提起した。

### 3 代執行訴訟

公有水面埋立法に基づく都道府県知事による埋立承認・承認取消は、法定受託事務（地方自治法 2 条 9 項 1 号）であり（公有水面埋立法 51 条 1 号）、国土交通大臣は、本件埋立承認取消処分が違法であるとして、2015 年 10 月 28 日、同処分の職権取消を求める代執行の手続を開始した。まず、大臣による知事に対する承認取消処分の取消勧告（地方自治法 245 条の 8 第 1 項）、そして知事による勧告拒否に対する大臣の承認取消処分の取消指示（同条 2 項）を経て、同年 11 月 17 日、沖縄県知事を被告として、地方自治法 245 条の 8 第 3 項に基づき、埋立承認取消処分の取消しを命ずる旨の裁判を求める訴訟を福岡高裁那覇支部に提起した。大臣が勝訴し、知事に対して埋立承認取消処分の職権取消を一定期限内になすことを命ずる判決が下されても知事がこれをなさないときには、大臣は知事に代わって職権取消を行うことができるのである（同条 8 項）。

法定受託事務に係るこうした代執行関与は、慎重な裁判手続が前置されてい

<sup>37)</sup> 参照、本多滝夫「国交相による執行停止決定と代執行手続の法的問題について」法と民主主義 504 号（2015 年）39 頁以下。この他、白藤博行「辺野古訴訟における代執行等関与の意義と限界」紙野=本多編・前掲注 30) 96 頁は、「代執行=裁判経由代執行」と「行政不服審査=裁判抜き代執行」という広義の並行権限の 2 重利用がなされていると批判する。

るように極めて強力な関与であることから、特に補充性の要件が定められている。すなわち、代執行手続は、その「措置以外の方法によってその是正の措置を図ることが困難」であることが要件とされている（地方自治法 245 条の 8 第 1 項）。しかし、今回の事件においては、国土交通大臣は、法定受託事務に関する基本的な関与手段である是正の指示（地方自治法 245 条の 7）などを用いることなく、いきなり代執行手続に着手したものであるから、この点は、高裁における前置裁判手続において大いに争われることになった<sup>38)</sup>。

#### 4 執行停止決定取消訴訟

##### (1) 沖縄県の出訴資格—「法律上の争訟」

地方公共団体としての沖縄県が原告となり、2015 年 12 月 25 日に提起された通常の抗告訴訟としての処分取消訴訟（国土交通大臣の執行停止決定の取消訴訟）は、行政権の主体たる地方公共団体が提起した訴訟であるので、そもそも裁判所の審理の対象たる「法律上の争訟」に当たるか否かが重要な争点となる<sup>39)</sup>。周知の宝塚市パチンコ店等規制条例事件＝最判平成 14 年 7 月 9 日民集 56 卷 6 号 1134 頁が、「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される。」と判示していたからである。

かかる最高裁判例の判例法理については、学説上極めて批判が多く、紙幅の関係で詳述することはできないが<sup>40)</sup>、ごく簡潔にその問題点について言及してお

<sup>38)</sup> まず是正の指示をすべきであるとする批判として、武田真一郎「地方自治法から見た辺野古新基地建設問題」都市問題107巻2号（2016年）11頁、白藤・前掲注35）82頁以下、同・前掲注37）106頁以下、紙野健二「辺野古訴訟の経緯と意義」紙野=本多編・前掲注30）8頁。

<sup>39)</sup> 沖縄県による国の埋立工事の差止め訴訟を想定し、その適法性を肯定する論として、阿部泰隆「政策法学演習講座62・普天間基地問題、法廷闘争の帰趨、辺野古移転より住民移転を」自治実務セミナー2015年5月号（2015年）43頁以下。

<sup>40)</sup> 沖縄県の提起したこの執行停止決定取消訴訟が「法律上の争訟」といえるとした、同訴訟に関して筆者が提出した意見書を加筆修正した論説として、人見剛「自治体の争訟権について」

こう。

まず、平成14年最高裁判決もその判示の前提としている、「法律上の争訟」に関する今日も通用している板まんだら事件＝最判昭和56年4月7日民集35巻3号443頁の判示、「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…」との適合性が疑われる。なぜなら、この判示には、「法律上の争訟」の要素として、「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」、すなわち争訟提起の目的が私権保護目的であることは含まれていないからである。

次に、平成14年最高裁判決のように争訟提起の目的を「法律上の争訟」の要素に取り込むと、同一の紛争であっても、提起主体の如何によって、「法律上の争訟」として認められたり認められなかったりすることになる。同判決の事案では、市が原告となって出訴したために、私権保護目的ではないとして当該訴訟の「法律上の争訟」性が否定されたが、パチンコ店事業者の方が建設中止命令の取消訴訟や無効確認訴訟を提起した場合には、それらは私権保護目的の訴訟であるから、当然「法律上の争訟」と認められることになる。かくして、地方公共団体が、その作用の適否をめぐって私人との関係で被告とされる場合には、その訴訟の「法律上の争訟」性が認められるのに、同様の関係で地方公共団体が原告となるとそれが「法律上の争訟」とは認められなくなるのは、根拠のない片面的な「法律上の争訟」概念であるとも批判されている<sup>41)</sup>。

「法律上の争訟」は、むしろ、訴訟当事者の如何に関わらない、専ら訴訟の対象である事件の客観的性質・内容に関わる訴訟要件として捉えられることは、民事訴訟法学においては、当然のことと考えられているようである。竹下守夫博士は、次のように述べている。民事訴訟法学は、「『法律上の争訟』を『当事者適格』とは明確に区別された、もっぱら訴訟の対象である事件の客観的性質・内容に関わる訴訟要件、訴訟法的に言えば、訴訟物たる訴訟上の請求に関わる訴訟要件と

---

紙野=本多編・前掲注30) 59頁以下。

<sup>41)</sup> 阿部泰隆「行政上の義務の民事執行」『行政訴訟要件論』（弘文堂、2003年）151頁以下、塩野宏『行政法Ⅱ〔第5版補訂版〕』（有斐閣、2013年）282頁、藤田宙靖『行政法総論』（青林書院、2013年）277頁注(2)、宇賀克也『行政法概説Ⅱ〔第5版〕』（有斐閣、2015年）112頁。

捉えていることである。つまり『法律上の争訟』を、誰が訴訟当事者となって訴えを提起したかの問題とは切り離して、事件そのものが司法権の範囲に属するか否かを決定する基準と考えている。」「権力分立原理上、立法権、行政権に対する関係で司法権の範囲を画するのは、客観的な事件そのものの性質・内容であるべきであって、その事件につき誰に訴訟当事者となる資格が認められるかは、司法権の範囲に属することが決まった事件について考慮すべき、次の段階の問題と考えられる<sup>42)</sup>」と。

さらに、平成14年最高裁判決は、「行政事件を含む民事事件において」と述べて巧妙に判示の射程を限定して正面から取り扱うことを回避しているが、刑事裁判が「法律上の争訟」であるとしたら、「法律上の争訟」は、私権保護目的訴訟ではありえないであろう。刑事裁判は、国（検察官）が提起する争訟であり、それは国（検察官）の私権保護の目的で提起されるものではないからである。ちなみに、裁判所法3条1項の「法律上の争訟」は、「当事者間の具体的な権利義務または法律関係の存否（刑罰権の存否を含む）に関する紛争<sup>43)</sup>」であると理解されており、国家の「刑罰権の存否」も「権利義務ないし法律関係の存否」に含まれて理解され、従って「法律上の争訟」に含まれるとするのが通常の解釈である。

しからば、民事・刑事事件を通じて妥当する「法律上の争訟」を観念しようとするのであれば、争訟提起の目的が私権保護であることは、その要素とは到底言えないはずである<sup>44)</sup>。そして、国が起訴してその刑罰権の存否（あるいは、その行使の具体的内容）をめぐって争われる争訟である刑事裁判が「法律上の争訟」に含まれるのであれば、国や地方公共団体の行政権限の発動をめぐって国や地方公共団体が出訴して争われる紛争がそれに含まれることはむしろ当然と考えられるのである<sup>45)</sup>。

そもそも、本件の公有水面埋立承認取消処分をめぐる訴訟は、国が専ら主張する防衛・外交上の必要性・利益をみれば明らかなように、公有水面埋立法の所管

<sup>42)</sup> 竹下守夫「行政訴訟と『法律上の争訟』覚書—選挙訴訟の位置づけを手懸りとして」論究ジュリスト13号（2015年）120頁。

<sup>43)</sup> 最高裁判所事務総局総務局編『裁判所法逐条解説（上）』（法曹会，1968年）22頁以下。

<sup>44)</sup> 同旨、阿部・前掲注41) 150頁以下、神橋一彦『行政救済法』（信山社，2012年）15頁、渋谷秀樹『憲法〔第2版〕』（有斐閣，2013年）640頁。従来の「法律上の争訟」概念が、民事訴訟モデルに偏していることへの批判として、亘理格「法律上の争訟と司法権の範囲」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅲ』（有斐閣，2008年）18頁以下。

<sup>45)</sup> 中川丈久「国・地方公共団体が提起する訴訟」法学教室375号（2011年）106頁。

大臣である国土交通大臣が地方自治法上の代執行訴訟などの訴訟手続によるべきではなく、処分の相手方である国（沖縄防衛局長）が原告として埋立承認取消処分の取消訴訟（及び同処分の執行停止）を提起すべき事案であったというべきである。むろん、沖縄防衛局長は、埋立「免許」に基づいて海面の埋立を行う私的事業者ではなく、埋立「承認」に基づいて同事業を行う「固有の資格」の地位にあるので、「国民の権利利益の救済を図る」ための行政不服審査法に基づく不服申立てをすることはできないが（新行審法7条2項。旧法でも同様に解されていた。）、行政訴訟にはそのような限定はなく、「法律上の争訟」の裁断を求める抗告訴訟の提起は、国にも当然認められるはずなのである<sup>46)</sup>。

(2) 原処分庁の所属する行政主体による審査庁の裁決に対する取消訴訟の可否

もう一点、不服申立ての相手方処分庁が、審査機関の裁決を争うことは、不服申立てを行った国民の権利救済を阻害することになるので認められない、という批判もあり<sup>47)</sup>、この趣旨は、大阪府国民健康保険審査会決定事件＝最判昭和49年5月30日民集28巻4号594頁<sup>48)</sup>においても示されている<sup>49)</sup>。一般論として原処分庁が不服審査庁の裁決を争い得ないことは当然とってよいであろう。しかし、本件のように、原処分庁が地方公共団体の機関である知事であり、審査庁が国の機関である大臣であるような場合は、事情が異なる。例えば、塩野宏博士は、次のように論じている。

知事と大臣の間には「実体組織法上一般的指揮監督関係の存在しないことは明らかであると同時に、審査庁による原処分（地方公共団体の処分）の取消は、一つの組織体内部の自己反省ではなくして、一の権利主体の意思が他の権利主体の意思に優越することを常に意味せざるを得ないのであって、それは、地方公共団体に保障された自治権の侵害そのものである。その限りでは、地方公共団体の行為の取消が、職権によってなされようと行政争訟的手続でなされようと何ら

<sup>46)</sup> 沖縄県が、国（沖縄防衛局長）の審査請求の申立てを否定しつつ、自らの抗告訴訟の提起資格を主張することが矛盾であるとの批判が一部にみられるようであるが、それは、行政上の不服申立てと抗告訴訟の相違を無視した誤解によるものであろう。

<sup>47)</sup> この問題の検討として、人見・前掲注40) 76頁以下。

<sup>48)</sup> 参照、金井利之「国民皆保険制度と行政間紛争」法時89巻6号（2017年）9頁以下、大江裕幸「国民皆保険の中の大阪市国保事件」法時89巻6号（2017年）19頁以下。

<sup>49)</sup> この最高裁判決の故に、立法的措置による問題解決を意図して「原処分庁が原告となって裁決を争う」訴訟を機関訴訟として立法化する提案として、碓井・前掲注32) 367頁以下。

異なるところはないのである。むしろ、職権による監督処分には出訴を認めつつ、たまたま私人の不服申立てをまって発動される争訟による取消について、地方公共団体の出訴を認めないのは極めて不合理であるといわざるを得ないのである。もちろん、このことによって、原処分に不服を有する私人には、通常の不  
服審査よりも争いの早期確定が妨げられるという意味の不利益を課せられることになろう。しかし、実体法上の権利については、何らの侵害も加えられるわけではないのみならず、憲法に保障される地方公共団体の自治権を実質的に担保するためには、私人に負わされるべきその程度の不利益は合理性を有するものと思われる<sup>50)</sup>。」

そもそも、裁定的関与としての性質を有する本件のような特別の審査請求制度自体、地方自治の観点から見て、その廃止論も根強くあるのであり<sup>51)</sup>、ドイツ法においては、市町村事務について市町村機関が処分を行い、郡や州の機関が当該処分に対する不服申立ての審査庁である場合、市町村が審査庁の裁決を取消訴訟をもって争うことは、市町村の自治権保障から当然に認められているところである<sup>52)</sup>。

また、処分庁の所属する地方公共団体による国の審査庁の裁決に対する出訴を認めると私人の不服申立ての対象事件の簡易迅速な解決が阻害されるという批判もある。先にも言及した地方自治法 245 条 3 号括弧書きが、国地方係争処理委員会への審査の申立て等の係争処理手続の対象から「審査請求その他の不服申立てに対する裁決、決定その他の行為」を除いている理由も、主にこの点にあったと考えられる。

しかし、塩野博士も指摘するように、地方公共団体側からの取消訴訟を認めた

<sup>50)</sup> 塩野宏「地方公共団体に対する国家関与の法律問題」『国と地方公共団体』（有斐閣、1990年）121頁以下。

<sup>51)</sup> 参照、人見剛「地方公共団体の自治事務に関する国家の裁定的関与の法的統制」人見・前掲注13）275頁、芝池義一「地方自治法改正法案の検討」法時71巻8号（1999年）82頁、石森久広「法定受託事務に係る審査請求」小早川光郎=小幡純子編『あたらしい地方自治・地方分権』（有斐閣、2000年）95頁、山本隆司「国民健康保険の保険者としての市の地位」磯部力ほか編『地方自治判例百選〔第4版〕』（有斐閣、2013年）197頁。

最新の議論として、大江裕幸「裁定的関与と行政不服審査制度」都市問題107巻5号（2016年）62頁以下。

<sup>52)</sup> 人見・前掲注51）281頁以下。明治憲法下における美濃部達吉博士による裁決に対する処分庁の取消訴訟提起肯定論について参照、小林博志「処分庁・行政主体の不服申立権と出訴権」西南学院大学論集48巻3=4号（2016年）1頁以下。

ところで、裁決が適法であれば、それは取り消されることはなく、不服申立人の実体法上の権利が害される訳ではない。紛争が長引くという問題も、不服申立人は国地方間の争訟の当事者ではないし（もちろん、不服申立人は被告国側に訴訟参加することはできよう。行訴法22条）、地方公共団体の出訴を認めたところで、国の審査庁の裁決は公定力をもって有効に存続している以上、不服申立人には何らの不利益もない。地方公共団体が、取消訴訟に併せて執行停止の申立てを行い、それが認められると実際に不利益を被ることになるが、裁判所の執行停止決定の要件（行訴法25条2～4項）の審査の中で、不服申立人の利益は十分に考慮されるべきであろう。

なお、審査庁の裁決には関係行政庁に対する拘束力（行審法43条、新行審法52条）が認められており、関係行政庁である原処分庁は裁決に拘束されることから、原処分庁は裁決取消訴訟を提起できないとする議論もある<sup>53)</sup>。しかし、審査庁の裁決についてはかような優越的な効力があるからこそ、審査庁の属する行政主体とは区別された別の行政主体である原処分庁の所属する地方公共団体は、その拘束力を与えられた裁決の取消を求めて裁判所に出訴せざるを得ず、かつ、出訴することができるというべきである。行政処分が一般的に国民等に対して優越的な拘束力（規律力）を有するが故に、その法効果を覆滅させるべく取消訴訟等の争訟手段を用いなければならず、かつ、用いることができるのと同じである。

## 5 和解による全ての争訟の取り下げ

平成28年3月4日、代執行訴訟及び国関与取消訴訟について、訴訟を取り下げる内容の和解が成立し<sup>54)</sup>、両訴訟は取り下げで終了した。そして、この和解条項第2項に基づいて同日に沖縄防衛局長は本件審査請求及び本件執行停止申立を取り下げ、これを受けて、沖縄県も、同月9日、那覇地方裁判所におけ

<sup>53)</sup> 大阪高判昭和46年11月11日行集21巻11=12号1806頁およびこの判決の小高剛の評釈（判時661号（1972年）124頁）。なお、裁決の拘束力が及ぶのは関係行政庁であって、公法人たる地方公共団体の出訴権まで奪うものではないとする反論として、大阪地判昭和44年4月19日行集20巻4号568頁、尾上実「国民健康保険の保険者の原告適格」昭和47年度重要判例解説（ジュリ535号）（1973年）31頁以下などがある。

<sup>54)</sup> 和解について参照、本多滝夫「和解と国地方係争処理委員会決定の意義」紙野=本多編・前掲注30）19頁以下、白藤博行「辺野古代執行訴訟の和解後の行政法的論点のスケッチ」自治総研451号（2016年）2頁以下。

る取消訴訟等を取り下げた。

和解の主な内容は、国と沖縄県はそれぞれ提起している訴訟を取り下げる（1項）、沖縄防衛局長は埋立工事を直ちに中止する（2項）、③地方自治法の是正の指示の従って本件を解決する（3項~8項）、④是正の指示の取消訴訟判決に従い、これに沿った手続を実施し、「その後も同趣旨に従って互いに協力して誠実に対応することを相互に確約する」（9項）等の10項目である。

こうして本件紛争の解決は、知事の埋立承認取消処分に対する大臣の是正の指示から手続を改めてやり直し、それをめぐる地方自治法上の争訟手続に集約されることになったのである。

## V 和解後の是正の指示をめぐる争訟（第2次辺野古争訟）

### 1 是正の指示に対する国地方係争処理委員会の第2次決定

2016年3月4日の和解条項の第3項は、国土交通大臣は知事に対し、本件埋立承認取消に対する是正の指示をし、この指示に対して不服があるときは、知事は是正の指示があった日から1週間以内に国地方係争処理委員会に審査申出をするというものであった。そこで、和解後の同年3月16日、国土交通大臣は、本件埋立承認取消しが違法であるとして、沖縄県に対し埋立承認取消しの取消しを求める是正の指示（地方自治法245条の7第1項）を行った<sup>55)</sup>。県知事は、この指示に不服があるとして、同月23日、国地方係争処理委員会に対し、再び、審査の申出（地方自治法250条の13第1項）を行った。

国地方係争処理委員会は、同年6月21日、本件是正の指示が地方自治法第245条の7第1項の規定に適合するか否かについては判断せず、国と沖縄県双方に対し、普天間飛行場の返還という共通の目標の実現に向けてなお真摯に協議して双方がそれぞれ納得できる結果を導き出す努力をすべきであるとする見解を

---

<sup>55)</sup> 国土交通大臣は、この是正の指示の前の2016年3月8日、知事に対し、本件埋立承認取消処分の取消しを指示していた。これに対し、沖縄県知事は、国地方係争処理委員会に審査申出をし、その理由として、当該是正の指示には理由が示されていないので、理由を記載した書面の交付義務を定めた地方自治法249条違反の違法な関与である旨を指摘した。かかる指摘はもつとも、国土交通大臣は、同月16日に是正の指示を撤回し、同日に改めて同一の内容の指示を今度は理由を付してなさざるを得なかったものである。参照、白藤・前掲注54) 8頁以下。



示す、次のような決定の通知を行った（国地方係争処理委員会決定平成28年6月20日判例集等未登載<sup>56)</sup>）。

「国と沖縄県の両者は、普天間飛行場の返還が必要であることについては一致しているものの、それを実現するために国が進めようとしている、辺野古沿岸域の埋立てによる代替施設の建設については、その公益適合性に関し大きく立場を異にしている。両者の立場が対立するこの論点について、議論を深めるための共通の基盤づくりが不十分な状態のまま、一連の手續が行われてきたことが、本件争論を含む国と沖縄県との間の紛争の本質的な要因であり、このままであれば、紛争は今後も継続する可能性が高い。

当委員会としては、本件是正の指示にまで立ち至っているこの一連の過程を、国と地方のあるべき関係からかい離しているものとする。

「国と地方公共団体は、本来、適切な役割分担の下、協力関係を築きながら公益の維持・実現に努めるべきものであり、また、国と地方の双方に関係する施策を巡り、何が公益にかなった施策であるかについて双方の立場が対立するときは、両者が担う公益の最大化を目指して互いに十分協議し調整すべきものである。」

「本件についてみると、国と沖縄県との間で議論を深めるための共通の基盤づくりが不十分な現在の状態の下で、当委員会が、本件是正の指示が地方自治法第245条の7第1項の規定に適合するか否かにつき、肯定又は否定のいずれかの判断をしたとしてもそれが国と地方のあるべき関係を両者間に構築することに資するとは考えられない。」

「したがって、当委員会としては、本件是正の指示にまで立ち至った一連の過程は、国と地方のあるべき関係からみて望ましくないものであり、国と沖縄県は、普天間飛行場の返還という共通の目標の実現に向けて真摯に協議し、双方がそれぞれ納得できる結果を導き出す努力をすることが、問題の解決に向けての最善の道であるとの見解に到達した。」

このような内容の決定は、地方自治法の予定するところではなく（同法250条の14第2項）、国地方係争処理委員会は、国地方間の係争を解決するために「国の関与の適否を判断する」というその期待される役割をまたも果たさなかった

<sup>56)</sup> この国地方係争処理委員会の決定の全文は、紙野=本多編・前掲注30) 258頁以下に掲載されている。その審査過程の様子の一端を伝えるものとして、白藤・前掲注54) 9頁以下。

という印象は拭えない<sup>57)</sup>。「開店休業<sup>58)</sup>」という揶揄もある中、ますます自治体からの信頼を失い、せつかくの係争処理制度が活用されなくなるのではないかという危惧も生ずるところである。

ただ、この決定は、本件是正の指示に至る一連の過程が、同委員会の審査の究極の存在意義である「国と地方のあるべき関係の構築」という観点から見た場合、そこから「かい離」したいわば不当なものであると認定している。特に、「適切な役割分担の下、協力関係を築きながら公益の維持・実現に努める」という「国と地方のあるべき関係」を全く眼中に置かず、辺野古沿岸埋立による基地建設のみに邁進する国の強権的強圧的な手法に対する反省を迫る委員会の意見表明であるといえるであろう<sup>59)</sup>。

## 2 不作為の違法確認訴訟の提起

沖縄県はこの決定に従って、国に対し協議を申し出、地方自治法 251 条の 5 所定の是正の指示の取消訴訟をせず、沖縄県知事は、2016 年 6 月 24 日付け文書をもって、国（安倍総理大臣、菅内閣官房長官、中谷防衛大臣及び岸田外務大臣）に対し、国地方係争処理委員会の決定を踏まえて、普天間飛行場代替施設に関する一連の問題に関し、改めて沖縄県と協議を行うように求めた。また、国地方係争処理委員会の決定を踏まえて普天間飛行場代替施設に関する一連の問題についての協議を行うために法廷闘争を回避するよう配慮も求めた。翌月には、国と沖縄県が法廷闘争によることなく真摯な協議がなされるように重ねて配慮を求めた。さらに、同月 14 日に開催された国と沖縄県との作業部会においては、沖縄県副知事は官房副長官に対して、訴訟によらない話し合いでの解決を要請し、さらに同月 21 日に開催された政府・沖縄県協議会においては、沖縄県側からの提訴は行わない旨を改めて伝え、今後も協議を継続したいという意向を伝えた。

しかし、国土交通大臣は、委員会決定の通知があった日から 30 日以内に沖縄県知事が本件指示の取消訴訟（地方自治法 251 条の 5）を提起せず、かつ、本件埋立承認取消処分も取り消さなかった、として、同月 22 日、沖縄県知事を被告と

<sup>57)</sup> 参照、磯崎初仁「大規模開発と合意形成—沖縄県米軍基地辺野古移設問題を題材として（2・完）」自治研究92巻8号（2016年）57頁以下、武田・前掲注35）133頁以下。

<sup>58)</sup> 参照、垣見・前掲注3）80頁。

<sup>59)</sup> 人見剛「大臣の是正指示の適法性を国地方係争処理委員会が判断しないとした事例」法セ742号（2016年）125頁。

して、福岡高裁那覇支部に不作為の違法確認訴訟（同法 251 条の 7 第 1 項 2 号イ）を提起した。

この国や都道府県から求められた是正措置の不作為に対する国等からの違法確認訴訟制度は、住基ネット不参加自治体（国立市、矢祭町など）に対する是正の要求に対し、自治体が要求に従わず、かつ係争処理手続も利用しない場合に、国や都道府県から係争処理手続の実施を申し立てる制度がないことの制度的不備が意識されたことから、2012 年地方自治法改正によって導入されたものであり（地方自治法 251 条の 7, 252 条）<sup>60</sup>、本件において初めて提起されたものである。

### 3 福岡高裁那覇支部判決

国土交通大臣の提起したこの不作為の違法確認訴訟について、福岡高裁那覇支判平成 28 年 9 月 16 日判時 2317 号 42 頁は、周知のように、沖縄県知事が埋立承認取消処分を取り消さないことは違法であることを確認する判決を下した。

本件における争点は多岐にわたるが、判決が整理した争点は、以下の 8 点である。①埋立承認取消処分の取消権発生要件（審理対象）とその判断方法、②埋立承認の要件である公有水面埋立法 4 条 1 項 1 号の要件審査の対象に国防・外交上の事項が含まれるか、③同 1 号要件の欠如の有無、④埋立承認の要件である公有水面埋立法 4 条 1 項 2 号の要件審査に埋立地の竣工後の利用形態を含むか、そして同 2 号要件の欠如の有無、⑤埋立承認処分に前記 1 号要件及び 2 号要件が欠如している場合に、いわゆる職権取消制限の法理の適用によって取消処分が違法となるか、⑥大臣の是正の指示の根拠である地方自治法 245 条の 7 第 1 項の意義と本件「是正の指示」の範囲、⑦辺野古新基地建設の法律上の根拠と沖縄県の自治権侵害の有無、⑧仮に本件「是正の指示」が適法であるとして、知事がこれに従わないことが違法といえるか。

以下では、これらの争点ごとに高裁判決の判示の内容とその問題点をみていくことにしよう。

---

<sup>60</sup> この訴訟制度の導入について参照、斎藤誠「地方分権・地方自治の10年」ジュリ1414号（2011年）27頁以下。これに対する批判として、白藤博行「国からの訴訟による自治体行政の適法性の確保」法時84巻3号（2012年）14頁以下。

## (1) 埋立承認取消処分取消事由とその判断方法 (争点①)

一般論として、明文の規定がない場合の行政処分の職権取消の取消事由(判決のいう取消権発生要件)としては、当該処分の違法性に限られるとする学説<sup>61)</sup>もなっていないが、通説判例は、違法性のみならず不当の瑕疵も挙げている<sup>62)</sup>。しかし、本判決は、授益的行政処分の職権取消の根拠を法律による行政の原理に見出し、その帰結として原処分の違法性のみが職権取消事由になるとする。そして、仮に通説判例のように原処分の不当事由も職権取消の根拠となると解したとしても、公有水面埋立法 42 条 3 項が、知事の監督権に関する同法 32 条を準用していないことも理由として、同法の埋立承認については、不当事由を根拠に処分庁が職権取消することはできないとした。本判決の前者の一般論は学説上強く批判されている点であり<sup>63)</sup>、後に紹介する本件の最高裁判決によっても否定されている。後者の公有水面埋立法 42 条 3 項が同法 32 条の埋立免許後の知事の監督権限を準用していないことは、原始的瑕疵を根拠とする埋立承認処分の職権取消を排除する論拠とはなりえないと思われる<sup>64)</sup>。

職権取消の取消事由の判断方法に関する本判決のやや特異な判示については、以下の国有水面埋立法 4 条 1 項の 1 号要件と 2 号要件についての具体的な検討の中で検討することにしよう。

(2) 埋立承認の要件である公有水面埋立法 4 条 1 項 1 号の要件審査の対象に国防・外交上の事項が含まれるか、そして同要件の充足の有無 (争点②と③)

まず、公有水面埋立法 4 条 1 項 1 号の要件審査において、外交・防衛という国家の安全保障上の問題が含まれるか否かについては、本判決は、このような問題

<sup>61)</sup> 宇賀克也『行政法概説 I [第5版]』(有斐閣, 2013年) 358頁, 高木光『行政法』(有斐閣, 2015年) 136頁。

<sup>62)</sup> 判例として, 最判昭和43年11月7日民集22巻12号2421頁, 東京地判平成9年2月27日判時1607号30頁, 東京高判平成16年9月7日判時1905号68頁。

学説として, 塩野宏『行政法 I [第6版]』(有斐閣, 2015年) 189頁, 芝池義一『行政法総論講義 [第4版補訂版]』(有斐閣, 2006年) 166頁, 藤田・前掲注41) 231頁。

<sup>63)</sup> この点に関する批判として, 岡田正則「裁判所による法治主義・地方自治の破壊—辺野古訴訟高裁判決の問題点と上告審の課題」法時88巻12号(2016年) 110頁, 大田直史「国土交通大臣の是正の指示に対する知事の不作为の違法確認訴訟」新・判例解説Watch・行政法170号(2016年) 3頁以下 (LEX/DBz18817009-00-0217014), 本多滝夫「辺野古訴訟・福岡高裁判決の論理—行政法理論の『誤解』」法と民主主義512号(2016年) 35頁, 山下竜一「県が埋立承認取消処分を取り消さないことが違法であるとされた事例」法セ744号(2017年) 109頁。

<sup>64)</sup> 代執行訴訟段階での検討であるが参照, 岡田正則「埋立承認の職権取消処分と取消制限の法理」紙野=本多編・前掲注30) 206頁。

の審査は、国土利用上の観点から埋立ての必要性と公共性、そして埋立て自体及び埋立後の土地利用による自然環境・生活環境に及ぼす影響等とを比較衡量した上で、地域の実情を踏まえて総合的に判断すべきところ、この審査に当たっては、埋立てに係る事業の性質や内容の審査は不可欠であるとし、また埋立承認が法定受託事務(地方自治法2条9項)とされているとしても(公有水面埋立法51条1号)、「地域における事務」(地方自治法2条2項)であることに変わりないとして、これを肯定している。とはいえ、知事は、外交・防衛についての国の判断が不合理とはいえない場合には、それを尊重すべきとして、結果として、「国の説明する国防・外交上の必要性について、具体的な点において不合理であると認められない限りは、そのような必要性があることを前提として判断する」ことに帰着している。

次に、埋立が認められるか否かに関する公有水面埋立法4条1項1号の「国土利用上適正且合理的ナルコト」の要件認定については、免許・承認権者である知事の広範な裁量が認められることには争いはなく<sup>65)</sup>、本判決は、小田急訴訟＝最判平成18年11月2日民集60巻9号3249頁を引用して、「当該判断が裁量権の行使としてされたことを前提として、その基礎とされた重要な事実を誤認があること等により、重要な事実の基礎を欠くこととなる場合、又は、事実に対する評価が明らかに合理性を欠くこと、判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くもの認められる場合に限り、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものとして違法となるものと解するのが相当である」という司法審査の基準を定立している。その上で、前知事の判断には裁量権の逸脱・濫用の違法はない、という結論に至っている。

なお、本判決は、この要件審査について、現知事の埋立承認取消処分は、承認要件を充足しない違法の瑕疵がある処分であるという認識の下にされたが、その瑕疵が違法か不当かは程度の問題であって、「瑕疵があり、それが違法と評価される程度に至っていると判断した場合には、少なくとも不当の瑕疵があるとの判断が含まれる<sup>66)</sup>」とする被告県知事側の主張を裁判所なりに受け止めて、裁

<sup>65)</sup> 従来の裁判例として、高松高判平成6年6月24日判タ851号80頁、広島地判平成21年10月1日判時2060号3頁など。

<sup>66)</sup> 松永和宏「辺野古訴訟高裁判決の問題点」法セ743号(2016年)4頁。榊原秀訓「埋立承認の職権取消処分と裁量審査」紙野=本多編・前掲注30)181頁は、原処分が適法であっても、後に処分庁が当初の処分の審査密度が低くて不十分であると判断し、より厳格な審査を行って原

量権の逸脱・濫用に当たる「違法」の場合の他に、処分庁が法定の「要件を充足していないにもかかわらずその認定及び評価を誤り処分を行った」場合も違法と同様に扱うことを認め<sup>67)</sup>、これを「裁量内違法」と呼んで、この点の審査も行っている。そして、「普天間飛行場の移設先として、本件埋立事業の必要性があり、それに伴う公有水面の廃止、環境悪化等の不利益を考慮したとしても本件埋立事業には合理性が認められるとして第1号要件該当性を肯定できるとした判断が誤りであると認めることはできない」として、本件承認処分の裁量内違法の存在も否定している。

この「裁量内違法」の概念に関し判決が問題としている要件裁量についてみると、「要件に関する裁量判断の結論は、要件を充足しているとするかしないかのいずれかである」ので、要件裁量に係る「不当」とは、結局「要件充足していないのに充足していると評価し、あるいは、要件充足しているのに充足していないとの判断が下される場合」にのみ見出すことができることになる<sup>68)</sup>、と考えられる。従って、判決のいう「裁量内違法」の問題は、結局「不当性」の問題に帰着するはずで、実際、判決も「不当（裁量内違法）」と表現しており、かかる独自の概念は不要であると考えられる。後にみる最高裁判決も、この問題に関説していない。

思うに、現知事の埋立承認取消処分の瑕疵事由は、先行処分たる前知事の埋立承認処分の無瑕疵には尽きず、取消処分固有の瑕疵事由もあり得るのであるが、本件では、埋立承認取消処分固有の瑕疵は争点とはなっておらず、もっぱら前知事の埋立承認処分の承認要件充足判断に誤りがあったので現知事が承認処分を取り消したとしている限り、現知事の取消処分の適否の審査のみが問題となるとする本判決及び後にみる最高裁判決の判示は、その限りで理解可能である。とはいえ、判決も認めるように埋立承認処分には処分権者たる知事に広範な裁量が認められているのであるから、前知事の要件充足を認めた判断と現知事の要件充足を否定した判断のいずれが妥当であるかの審査は、そうした知事の裁量判断そのものの適否（裁量権の逸脱・濫用の審査＝適法性の審査にはとどまらない不当性

---

処分を不当として職権で取り消すことができるはずであるから、「原処分である承認の違法性が認められても、その裏返しとして、承認の適法性によって承認取消しの違法性を導き出すことにはならない」と指摘する。

<sup>67)</sup> 榊原・前掲注66) 179頁以下の検討を参照。

<sup>68)</sup> 稲葉馨「行政法上の『不当』概念に関する覚書き」行政法研究3号（2013年）26頁以下。

の審査の対象)に踏み込まざるを得ない。そして、現に本判決は、この点にまで結局踏み込むことになり、沖縄防衛局長の埋立出願に際して提出した埋立必要理由書を自ら審査し、「埋立の必要があるものと認めるのが相当である」と述べたり、「普天間飛行場の被害を除去するには本件新施設等を建設する以外にはない。言い換えると本件新施設等の建設をやめるには普天間飛行場による被害を継続するしかない」と判示するなど、処分庁たる沖縄県知事と同様の立場で判断をしているのである。この点については、「前知事の判断に裁判所の判断を代置」し、「翁長知事の判断に裁判所の判断を代置する」という「二重の判断代置」という批判<sup>69)</sup>を浴びているところである。確かに、埋立承認要件を充足しているとする前知事の判断と逆に充足していないとする現知事の判断があるとき、それぞれに相応の根拠と合理性があるときには、現時点で終局的な処分権者の判断である後者の判断の裁量を尊重するのがこれまでの判例の裁量審査のあり方と整合的であったと考えられるのである<sup>70)</sup>。

(3)埋立承認の要件である公有水面埋立法 4 条 1 項 2 号の要件の欠如の有無（争点④）

公有水面埋立法 4 条 1 項 2 号の「環境保全」の「十分な配慮」要件の認定についても、本判決は、「多方面にわたる専門技術的知見を踏まえた総合的判断が必要とされる」として、知事の裁量権を認め、明示的には引用していないが、おそらく伊方原発訴訟＝最判平成 4 年 10 月 29 日民集 46 卷 7 号 1174 頁を参照して、「現在の環境技術水準に照らし、①審査において用いられた具体的審査基準に不合理な点があるか、②本件埋立出願が当該具体的審査基準に適合するとした前知事の審査過程に看過しがたい過誤、欠落があるか否かを審査」という司法審査の基準を定立している。その上で、①沖縄県が行政手続法に基づいて定めた本件免許基準に「不合理な点は見出せない」、②前知事による本件審査内容は、護岸その他の工作物の施工、埋立土砂等の性質、土砂等の採取・運搬・投入、水面の陸地化において「現段階で取り得ると考えられる工法、環境保全措置及び対策が講じられており、さらに災害防止にも十分配慮されている」として本件審査基準該当性認めているものであり、本件承認処分における第 2 号要件審査について、その審査過程に誤りがあるとは言えない」と、ほとんど具体的な説明抜

<sup>69)</sup> 松永・前掲注66) 4頁以下。同旨、岡田・前掲注63) 109頁、山下・前掲注63) 109頁。

<sup>70)</sup> 参照、榊原・前掲注66) 183頁。

きの結論の提示にとどまっている。

また、2号要件に係る「裁量内違法」の存否については、被告に主張立証責任があるとして被告の主張に理由があるか否かという形で審査し、「本件審査基準に不合理な点があるとはいえず、かつ、本件埋立出願が本件審査基準に適合するとした前知事の審査に誤りがあるとも言えないので、前知事の判断が誤りであるといえず、本件承認処分に裁量内違法があるとは言えない」という結論に至っている。

(4) 埋立承認処分に前記1号要件及び2号要件が欠如している場合に、いわゆる職権取消制限の法理の適用によって取消処分が違法となるか(争点⑤)

本判決は、これまで紹介してきたように、前知事の行った埋立承認処分には違法性も(本判決の特殊な用語である)裁量内違法もないとして、現知事の承認処分の職権取消処分は違法であるとするのであるが、さらに「念のため」として、仮に原処分である埋立承認処分が裁量内違法であったとしても、いわゆる行政処分の職権取消制限の法理によって、本件埋立承認処分を職権で取り消すことは許されない旨を説いている。

行政処分の職権取消制限の法理とは、いったんされた行政処分も、後にそれが違法又は不当なものであることが明らかになった場合には、法律による行政の原理又は法治主義の要請に基づき取り消されるべきであるが、その処分が授益的行政処分である場合は、その相手方の信頼保護の見地から、その取消しをすることが許されず、又は制限される場合がある、とする判例法理である<sup>71)</sup>。

本判決は、行政処分の取消しを必要とする公益上の理由が、同取消しによってもたらされる既存の法秩序の破壊による不利益を上回らなければならないとし、その考慮要素として、①処分を取り消すべき公益上の必要、②取り消すことによる不利益、③処分の性質、④瑕疵の性質・程度、⑤瑕疵が生じた原因を含め、処分の根拠法令等に即して判断されるべきとした。その上で、③については、公有水面埋立承認処分はその性質上法的安定性の確保の要請が強く、④については裁量内違法(不当)にとどまり、その程度は軽微である、⑤については瑕疵の発生

<sup>71)</sup> 参照、本件に即した検討・紹介として参照、岡田・前掲注64) 187頁以下。判例として、最判昭和28年9月4日民集7巻9号868頁、最判昭和31年3月2日民集10巻3号147頁、最判昭和33年9月9日民集12巻13号1949頁、最判昭和43年11月7日民集22巻12号2421頁、最判平成6年2月8日民集48巻2号123頁、東京高判昭和58年10月20日判時1092号31頁、札幌高判平成2年5月23日判タ742号69頁、東京高判平成16年9月7日判時1905号68頁など。



原因は申請者側にない、とし、①と②について取り消すべき公益上の必要が取り消されることによる不利益に比べて明らかに優越しているとは認められないとした。結局、仮に本件埋立承認処分に裁量内違法（不当）の瑕疵があり、現知事がそれを職権取消する権限を有するとしても、職権取消制限の法理によってそれを行使することはできない、というのである。

しかしながら、このような判示については、やはりいくつかの疑問が残されている<sup>72)</sup>。まず、処分の性質について、「公有水面の埋立事業は多大な費用と労力を要し、様々な法律・利害関係が積み重なっていく性質を有」するということであるが、このような事情は、なおさら、その広範かつ重大な法的安定性が覆されないように、早期の段階で（本件のようにまだ本格的な埋立工事に着手する前に）事業を中止する必要が認められるべきであるともいえるはずである。今の段階であれば、違法な埋立承認によって形成される法律関係が、後戻りできないほど拡大・深化する前に適法状態を確保することができるといえるのである。その結果不測の被害を受ける工事関係者など第三者には補償をすれば足りるというべきである。判決は、知事が誤って違法に公有水面の埋立を承認してしまい、事後にその誤りに気付いたとしても、国土利用上適正性を欠き、貴重な自然環境を破壊してしまう埋立工事を手を拱いて傍観せざるを得ないとする議論に通じかねないものがあるといわざるをえない。

また、日米両国間の信頼関係が損なわれることによって国に生じる不利益は、金銭補填になじむ損害ではないが、今回の埋立承認処分によって新たに形成された信頼関係の毀損によるものではなく、同処分がなされる前から日米両政府が合意していたことによる信頼関係に基づくものである。したがって、仮にかかると信頼関係が損なわれたとしても、それによる不利益は、本件埋立承認取消処分によって生じたものとはいえない<sup>73)</sup>。法治国家である日本の体制を十分に知悉している米国政府は、国家事業であっても、日本においては法律の定める手続を履行し、法定の要件を充足しなければ実施し得ないことは十分に承知していたはずである。

さらに、本判決は、授益的処分の受益者が国（沖縄防衛局長）である本件の特殊性の指摘についても、「取消制限の趣旨は法的安定性の確保にあるところ、国に

<sup>72)</sup> 参照，山下・前掲注63) 109頁。

<sup>73)</sup> 参照，岡田・前掲注64) 209頁。

対する処分の取消しであっても法的安定性の確保の要請はあるので」, 私人に対する授益的処分の場合と同様に職権取消制限の法理が妥当とする。しかし, 同法理は, 授益的行政処分による受益に対する相手方私人の信頼利益を保護すべく発達してきた法理であり, その授益的処分が国や地方公共団体あるいはその機関を相手方とする場合にも援用できるものであるかは, 法律による行政の原理の下, 積極的に法令を遵守し適法な法状態を主体的に形成するべく義務付けられている国や地方公共団体の法的地位に鑑みて大いに疑問を呈さざるを得ない。自治体の違法な行為を信頼して行動したとき, 信頼した主体が, 法律による行政の原理に厳格に服すべき公益主体である国の行政機関である場合と, 自身の私益を追求する自由を有する私人である場合とで, あるべき事後的対処に関し何らの差異もないといえるであろうか<sup>74)</sup>。かかる主張の背景には, 授益的行政処分による受益者相手方の信頼利益を法律による行政の原理よりも優先させて保護するという職権取消制限の法理の趣旨を正解せず, 行政処分によって形成された法律関係の法的安定性の要請一般に同法理を解消して理解していることがあるものと思われる。

また, 国の機関等が違法な授益的行政処分の相手方であるときも職権取消制限の法理を援用することが仮にできるとしても, この法理は, 当該処分の相手方の受益を享受できるとの信頼が保護されるべきことを根拠とするものであるから, そうした制限法理を援用することができる者は, 当該相手方である。本件では, 埋立承認処分の相手方は, 埋立事業者としての沖縄防衛局長である<sup>75)</sup>。実際, 沖縄防衛局長は, 本件埋立承認取消処分の名宛人として, 国土交通大臣に審査請求をしており (地方自治法 255 条の 2 第 1 項 1 号), また別に裁判所に同処分の取消訴訟を提起することもでき, それら争訟手続において承認取消処分の違法事由として上記法理違反の主張ができることになる<sup>76)</sup>。実際, 沖縄県知事は, 本件承認取消処分において沖縄防衛局長に取消訴訟の教示 (行訴法 46 条) も行っている。授益的行政処分の職権取消制限の法理は, こうした争訟手続において主張され

<sup>74)</sup> 代執行訴訟の段階での指摘であるが参照, 本多・前掲注37) 41頁。

<sup>75)</sup> 代執行訴訟の段階での指摘であるが参照, 岡田・前掲注64) 196頁以下, 205頁, 本多・前掲注37) 41頁。

<sup>76)</sup> 既に, 本稿のIV2で検討したように, 沖縄防衛局長による審査請求の申立ては, その埋立事業者としての法的地位が, 一般の国民とは異質な「固有の資格」に当たるので不適法であると考えられるが (行審法1条, 改正行審法7条2項), 取消訴訟にはかかる制約はない。

るべき法理である<sup>77)</sup>。むしろ、本件訴訟の原告である国土交通大臣は、公有水面埋立法の所管大臣として、同法に基づく法定受託事務である埋立承認事務の管理・執行の適法性を確保すべく本件訴訟を提起しているものである。したがって、仮に、沖縄県知事の行った当初の埋立承認処分が違法であり、それを取り消すことが公有水面埋立法に適合するものであるとすれば、同法が保護しようとする適正な国土利用や環境保全・公害防止などの公益を確保するため沖縄県の立場を支援することこそあれ、同法に違反する埋立事業を推進しようとする（私人と同質の立場にあると主張する）埋立事業者である沖縄防衛局長の主張すべき授益的行政処分の職権取消制限の法理を主張するのは背理というべきではなかろうか。

(5) 大臣の是正の指示の根拠である地方自治法 245 条の 7 第 1 項の意義と本件「是正の指示」の範囲（争点⑥）

本判決が、地方自治法上の関与としての是正の指示は、都道府県の法定受託事務の処理が違法である場合には一般的に行うことができるのであり、その違法性が「全国的な統一性、広域的な調整等の必要性という観点から看過しがたい違法」に限られるとする被告の主張には理由がないという判示は、地方自治法の条文解釈上は一応首肯できよう。しかし、この点に関わって、「法定受託事務に関する是正の指示については自治事務に関する是正の要求よりも広く、都道府県が処理する法定受託事務に係る法令を所管する大臣であることだけが要件とされており、自らの担任する事務に関わるか否かに関係なく、法定受託事務の処理が違法であれば、是正の指示の発動が許される趣旨と解される。」とするのは、地方自治法の関与法制の仕組みに関する理解を誤っているものと思われる。地方自治法 245 条の 5 第 1 項が各大臣の「担任する事務に関し」都道府県の自治事務の処理について是正の要求をすることができるとしたのは、自治事務は極めて多様な自治体事務を包含しており、法令の根拠なしに自治体の条例・規則を根拠として、あるいはそもそも法的根拠なしに行われる事務もあるので、その事務処理の適法性を問題視して国の大臣が関与する場合の担当大臣は、当該大臣

<sup>77)</sup> もっとも、本件の埋立事業者としての沖縄防衛局は、埋立免許（公有水面埋立法2条）の相手方ではなく、埋立承認（同法42条）の相手方であり、行政機関としての「固有の資格」にあるものであり、やはり職権取消制限の法理によって保護される信頼利益の主体とはいえないであろう。

の所管法令と関係づけて定めることができなかつたことに由来するものである。これに対して、法定受託事務は「法律又はこれに基づく政令により」自治体が処理することとされる事務（地方自治法2条9項）であつて、必ず法令の根拠があるので、法定受託事務の自治体の事務処理の是正を関与を通じて求めることができる大臣は、法令所管大臣として明確に定めることができるのである。

したがって、法定受託事務の処理について是正の指示をする大臣は、法令所管大臣としての地位において活動するものであるから、関与をめぐる係争処理制度（本件不作為の違法確認訴訟（地方自治法251条の7）も係争処理制度の一環である）の中で、公有水面埋立法の制度を超越した日米安保条約や防衛・外交の事項を主張することはできないのではないかと、という被告側側の主張は、なお聴かれるべき重要な論点であるというべきである<sup>78)</sup>。

なお、判決は、公有水面埋立法4条1項1号の要件の審査において防衛・外交にかかる事項を審査できることから、国土交通大臣も是正の指示において同事項を考慮できるとするが、地域の事務に係る広範な行政分野を所管する行政機関である知事の地位と公有水面埋立法の所管大臣である国土交通大臣の地位の相違を踏まえない議論ではないかと考えられる。本判決は、「本件は、国の事業にかかる埋立承認が取り消されたことからその取消しを指示した事案であり、本来的には行政行為の効力に関する不服として抗告訴訟に類する利益状況にあるといえる」とも述べているが、こうした認識が無意識に上記のような地方自治法に基づく関与とそれに係る係争処理制度の解釈に混入している可能性も否定できない。そのような本件の事案の實質を踏まえるならば、そもそも、米軍基地建設のために公有水面埋立を行おうとしている国（沖縄防衛局長）が、埋立承認取消処分取消訴訟を提起すれば、防衛・外交に係る諸事項を主張するに何らの問題もなかつたのである<sup>79)</sup>。

#### (6) 辺野古新基地建設の法律上の根拠と沖縄県の自治権侵害の有無（争点⑦）

沖縄県は、辺野古新基地建設が、国政上の重要事項であるので法律上の根拠を要するにもかかわらず法律を制定していないので、国会の立法権を定めた憲法41条に違反すること、そして県の行政権能が及ばない基地の設置は沖縄県の自治権を大幅に制約するものであると憲法92条の保障する「地方自治の本旨」

<sup>78)</sup> この点を最も詳しく検討している論説として、比山・前掲注32) 147頁以下。

<sup>79)</sup> 参照、岡田・前掲注63) 109頁。

に反すると主張した<sup>80)</sup>。判決は、まず、辺野古新基地建設及びそれに伴って生ずる自治権の制限は、安保条約及び日米地位協定に基づくものであるから憲法 41 条に違反しないとし、さらに、新基地の建設場所は、キャンプ・シュワブの米軍使用水域内の埋立地であって、その規模も普天間基地の半分以下の面積であり、普天間基地が返還されることに照らせば、新基地建設が沖縄県の自治権侵害として憲法 92 条に反するとはいえないとした。

(7) 仮に本件「是正の指示」が適法であるとして、知事がこれに従わないことが違法といえるか（争点⑧）

本判決が述べるように、地方自治法 251 条の 7 の不作為の違法確認訴訟にいう「不作為」とは、是正の「指示に係る措置を講じなければならないにもかかわらず、これを講じないこと」（同条 1 項）であり、国地方係争処理委員会への審査申出期間、同委員会の審査期間、および不作為の違法確認訴訟の出訴期間は、国の同訴訟の提訴を制限する期間にすぎない。そして、2016 年 3 月 4 日の和解において「国地方係争処理委員会の決定が被告に有利であろうと不利であろうと被告において本件指示の取消訴訟を提起し、両者の協議はこれと並行して行うものとされた」ことも確かであろう。

しかし、先に見たように、国地方係争処理委員会の決定は、沖縄県にとって有利でも不利でもなく、おそらく誰も想定していなかった、「本件是正の指示にまで立ち至った一連の過程は、国と地方のあるべき関係からみて望ましくないものであり、国と沖縄県は、普天間飛行場の返還という共通の目標の実現に向けて真摯に協議し、双方がそれぞれ納得できる結果を導き出す努力をすることが、問題の解決に向けての最善の道である。」とする見解を表明するものであった。この委員会決定は、大臣に対しても知事に対しても法的拘束力を元々有するものではなく、和解においてもそのことが前提とされていたのであるが、こうした異例の決定がなされた意味を、本判決は、もっとくみ取るべきであったと言える。

---

<sup>80)</sup> 沖縄県のかかる主張は、「辺野古への米軍基地移設は、国の重要事項であり、地元自治体の自治権の制限を生じるため、その根拠法律を整備する必要がある（憲法 41 条、92 条）。また、その法律は、立地自治体にのみ適用されるものになるので、それを制定するには、地元自治体の住民投票が必要だ（憲法 95 条）。」（木村草太「辺野古基地建設問題と法律事項・地方特別法住民投票」法セ 736 号（2016 年）69 頁）とする木村教授の見解に依拠するものと思われる。なお参照、木村草太「住民投票なくして『辺野古新基地建設』はあり得ない」世界 2015 年 6 月号（2015 年）45 頁以下。

本判決自身、「国にとって、防衛・外交上、県にとって、歴史的経緯を含めた基地問題という双方の意見が真っ向から対立して一步も引かない問題に対しては、互譲の精神により双方にとって多少なりともましな解決策を合意することが本来は対等・協力の関係という地方自治法の精神から望ましいとは考える」とも述べているのである。

こうした委員会決定を前にしても、それを一顧だにせず「粛々と」不作為の違法確認訴訟を提起する国土交通大臣の振る舞いは、「地方自治法の精神に沿わない状態である」と認められるのではなかろうか<sup>81)</sup>。

## VI 平成 28 年 12 月 20 日の最高裁判決

### 1 最高裁判決の要旨

平成 28 年 12 月 20 日の最高裁判決 (判タ 1434 号 28 頁) は、原審判決の判断は、結論として是認することができるとして上告を棄却した。判決の要旨は、以下の通りである。

#### (1) 原処分 of 瑕疵を理由とする職権取消処分 of 適法性審査の方法

「一般に、その取消しにより名宛人の権利又は法律上の利益が害される行政庁 of 処分につき、当該処分がされた時点において瑕疵があることを理由に当該行政庁が職権でこれを取消した場合において、当該処分を職権で取り消すに足りる瑕疵があるか否かが争われたときは、この点に関する裁判所の審理判断は、当該処分がされた時点における事情に照らし、当該処分に違法又は不当 (以下「違法等」という。) があると認められるか否かとの観点から行われるべきものであり、そのような違法等があると認められないときには、行政庁が当該処分に違法等があることを理由としてこれを職権により取り消すことは許されず、その取消しは違法となるというべきである。

したがって、本件埋立承認取消しの適否を判断するに当たっては、本件埋立承認取消しに係る上告人の判断に裁量権の範囲 of 逸脱又はその濫用が認められる

---

<sup>81)</sup> 同旨、互理格「辺野古埋立訴訟の焦点」都市問題2016年9月号 (2016年) 102頁、白藤博行「憲法の地方自治保障の原点と現点」法と民主主義513号 (2016年) 32頁、大田・前掲注63) 3頁。

か否かではなく、本件埋立承認がされた時点における事情に照らし、前知事がした本件埋立承認に違法等が認められるか否かを審理判断すべきであり、本件埋立承認に違法等が認められない場合には、上告人による本件埋立承認取消しは違法となる。」

(2) 公有水面埋立法 4 条 1 項 1 号の要件充足について

「公有水面埋立法 4 条 1 項 1 号の「国土利用上適正且合理的ナルコト」という要件（第 1 号要件）は、承認等の対象とされた公有水面の埋立てや埋立地の用途が国土利用上の観点から適正かつ合理的なものであることを承認等の要件とするものと解されるところ、その審査に当たっては、埋立ての目的及び埋立地の用途に係る必要性及び公共性の有無や程度に加え、埋立てを実施することにより得られる国土利用上の効用、埋立てを実施することにより失われる国土利用上の効用等の諸般の事情を総合的に考慮することが不可欠であり、また、前記(1)で述べたところに照らせば、第 1 号要件においては当該埋立てや埋立地の用途が当該公有水面の利用方法として最も適正かつ合理的なものであることまでが求められるものではないと解される。そうすると、上記のような総合的な考慮をした上での判断が事実の基礎を欠いたり社会通念に照らし明らかに妥当性を欠いたりするものでない限り、公有水面の埋立てが第 1 号要件に適合するとの判断に瑕疵があるとはいえないというべきである。

これを本件についてみるに、本件埋立事業は普天間飛行場の代替施設（本件新施設等）を設置するために実施されるものであり、前知事は、同飛行場の使用状況や、同飛行場の返還及び代替施設の設置に関する我が国と米国との間の交渉経過等を踏まえた上で、前記…のとおり、騒音被害等により同飛行場の周辺住民の生活に深刻な影響が生じていることや、同飛行場の危険性の除去が喫緊の課題であることを前提に、①本件新施設等の面積や埋立面積が同飛行場の施設面積と比較して相当程度縮小されること、②沿岸域を埋め立てて滑走路延長線を海域とすることにより航空機が住宅地の上空を飛行することが回避されること及び本件新施設等が既に米軍に提供されているキャンプ・シュワブの一部を利用して設置されるものであること等に照らし、埋立ての規模及び位置が適正かつ合理的であるなどとして、本件埋立事業が第 1 号要件に適合すると判断しているところ、このような前知事の判断が事実の基礎を欠くものであることや、その内容が社会通念に照らし明らかに妥当性を欠くものであるという事情は認

められない。

したがって、本件埋立事業が第 1 号要件に適合するとした前知事の判断に違法等があるということとはできない。」

(3) 公有水面埋立法 4 条 1 項 2 号の要件充足について

「公有水面埋立法 4 条 1 項 2 号の「其ノ埋立ガ環境保全及災害防止ニ付十分配慮セラレタルモノナルコト」という要件（第 2 号要件）は、公有水面の埋立て自体により生じ得る環境保全及び災害防止上の問題を的確に把握するとともに、これに対する措置が適正に講じられていることを承認等の要件とするものと解される所、その審査に当たっては、埋立ての実施が環境に及ぼす影響について適切に情報が収集され、これに基づいて適切な予測がされているか否かや、事業の実施により生じ得る環境への影響を回避又は軽減するために採り得る措置の有無や内容が的確に検討され、かつ、そのような措置を講じた場合の効果が適切に評価されているか否か等について、専門技術的な知見に基づいて検討することが求められるということが出来る。そうすると、裁判所が、公有水面の埋立てが第 2 号要件に適合するとした都道府県知事の判断に違法等があるか否かを審査するに当たっては、専門技術的な知見に基づいてされた上記都道府県知事の判断に不合理な点があるか否かという観点から行われるべきであると解される。

これを本件についてみるに、前記…のとおり、本件埋立事業が第 2 号要件に適合するか否かは沖縄県が定めた審査基準に基づいて検討されているところ、この審査基準に特段不合理な点があることはうかがわれない。また、前記…のとおり、前知事は、関係市町村長及び関係機関からの回答内容や沖縄防衛局長からの回答内容を踏まえた上で、本件埋立事業が第 2 号要件に適合するか否かを専門技術的な知見に基づいて審査し、①護岸その他の工作物の施工、②埋立てに用いる土砂等の性質への対応、③埋立土砂等の採取、運搬及び投入、④埋立てによる水面の陸地化において、現段階で採り得ると考えられる工法、環境保全措置及び対策が講じられており、更に災害防止にも十分配慮されているとして、第 2 号要件に適合すると判断しているところ、その判断過程及び判断内容に特段不合理な点があることはうかがわれない。

したがって、本件埋立事業が第 2 号要件に適合するとした前知事の判断に違法等があるということとはできない。」



(4) 地方自治法 245 条の 7 の「是正の指示」の要件

「地方自治法 245 条の 7 第 1 項は、各大臣（内閣府設置法 4 条 3 項に規定する事務を分担管理する大臣たる内閣総理大臣又は国家行政組織法 5 条 1 項に規定する各省大臣）は、所管する法律又はこれに基づく政令に係る都道府県の法定受託事務の処理が法令の規定に違反していると認める場合には是正の指示をすることができる旨を定めるところ、その趣旨は当該法定受託事務の適正な処理を確保することにあると解される。このことに加えて、当該法定受託事務の処理が法令の規定に違反しているにもかかわらず各大臣において是正の指示をすることが制限される場合がある旨の法令の定めはないことを考慮すると、各大臣は、その所管する法律又はこれに基づく政令に係る都道府県の法定受託事務の処理が法令の規定に違反していると認める場合には、当然に地方自治法 245 条の 7 第 1 項に基づいて是正の指示をすることができる。」

「これを本件についてみるに、被上告人は公有水面埋立法を所管する大臣であり（国土交通省設置法 4 条 57 号。平成 27 年法律第 66 号による改正後は同条 1 項 57 号）、公有水面埋立法に基づく都道府県知事による埋立ての承認は法定受託事務であるところ、前記第 2 の 3 のとおり、本件埋立承認取消しが法令の規定に違反しているのであるから、被上告人は、沖縄県に対し、これを是正するために講ずべき措置に関し必要な指示をすることができる。」

(5) 地方自治法 251 条の 7 の「不作為の違法確認訴訟」の訴訟要件

「地方自治法 251 条の 7 第 1 項は、同項に定める違法の確認の対象となる不作為につき、是正の指示を受けた普通地方公共団体の行政庁が、相当の期間内に是正の指示に係る措置を講じなければならないにもかかわらず、これを講じないことをいう旨を定めている。そして、本件指示の対象とされた法定受託事務の処理は、上告人が本件埋立承認を職権で取り消したことであり、また、本件指示に係る措置の内容は本件埋立承認取消しを取り消すという上告人の意思表示を求めるものである。これに加え、被上告人が平成 27 年 11 月に提起した前件訴訟においても本件埋立承認取消しの適否が問題とされていたことなど本件の事実経過を勘案すると、本件指示がされた日の 1 週間後である同 28 年 3 月 23 日の経過により、同項にいう相当の期間が経過したものと認められる。

また、本件において、上記の期間が経過したにもかかわらず上告人が本件指示に係る措置を講じないことが許容される根拠は見いだし難いから、上告人が本

件埋立承認取消しを取り消さないことは違法であるといわざるを得ない。

したがって、上告人が本件指示に係る措置として本件埋立承認取消しを取り消さないことは、地方自治法 251 条の 7 第 1 項にいう不作為の違法に当たる。」

「上告人が本件委員会決定を受けて被上告人に協議の申入れをしたことなどを指摘して、上告人に地方自治法 251 条の 7 第 1 項にいう不作為の違法はない旨をいう。しかしながら、上告人は、本件指示に係る措置として本件埋立承認取消しを取り消していないのであるから、上告人に同項にいう不作為の違法があることは明らかであり、上告人が本件委員会決定を受けて被上告人に協議の申入れをしたことは、上記の結論を左右しない。所論は採用することができない。」

## 2 最高裁判決の検討

### (1) 埋立承認処分職権取消事由と、職権取消処分の適法性審査の方法

まず、前述の職権取消事由に関する争点について、本判決は、これまでの通説・判例どおり、原処分が違法の場合のみならず不当の場合も認めている。原審は、職権取消が一般的に認められる根拠が、法律による行政の原理（法治主義）にあることから、取消事由は原処分が違法の場合に限られると解したようであるが、法律による行政の原理は、裁量処分についてその裁量権の行使を適切に行うべきことを要請する合目的性の要請も包含するとも解され得るのであって、原処分に不当の瑕疵があるときも、法治主義の回復の観点から職権取消が認められるとされたものと考えられる<sup>82)</sup>。

その上で、本判決は、原処分に瑕疵があることを理由になされた職権取消処分について、「当該処分を職権で取り消すに足りる瑕疵があるか否かが争われたときは、」原処分に違法性・不当性があるか否かがもっぱら審査されることになり、原処分に違法又は不当の瑕疵がないときには、その原処分を取り消した職権取消処分は違法となるとした。したがって、「本件埋立承認取消しの適否を判断するに当たっては、本件埋立承認取消しに係る上告人（現知事）の判断に裁量権の範囲の逸脱又はその濫用が認められるか否かではなく、本件埋立承認がされた時点における事情に照らし、前知事がした本件埋立承認に違法等が認められるか否かを審理判断すべきであり、本件埋立承認に違法等が認められない場合に

<sup>82)</sup> 参照、衣斐瑞穂・判例解説ジュリスト1506号（2017年）89頁。

は、上告人（現知事）による本件埋立承認取消しは違法となる。」かかる判示は、その限りでは妥当であろう<sup>83)</sup>。

## (2) 原処分 の 不当性 の 審査

しかし、本判決は、前知事の埋立承認処分に違法等（＝違法又は不当）があるか否かの審査をしているであろうか。この点が大いに疑わしいと思われる<sup>84)</sup>。なぜなら、本判決は、まず、公有水面埋立法4条1項1号の「国土利用上適正且合理的ナルコト」の要件について、前知事は、「埋立ての規模及び位置が適正かつ合理的であるなどとして、本件埋立事業が第1号要件に適合すると判断しているところ、このような前知事の判断が事実の基礎を欠くものであることや、その内容が社会通念に照らし明らかに妥当性を欠くものであるという事情は認められない。したがって、本件埋立事業が第1号要件に適合するとした前知事の判断に違法等があるということはできない。」と判示しているだけであるからである。

「前知事の判断が事実の基礎を欠くものであることや、その内容が社会通念に照らし明らかに妥当性を欠くものであるという事情」は、原処分たる埋立承認処分の違法事由にすぎず、不当事由ではなかろう。にもかかわらず、かような事情の有無の審査で、原処分に違法性と不当性の両方を意味する「違法等」がないとすることは適切ではない。にもかかわらず、最高裁が、そのような判断をした理由は、公有水面埋立法4条1項各号の埋立承認要件が、「承認等をするための最小限の要件を定めたものと解されるのであって、同項各号の規定はこのことを踏まえて解釈されるべきである。」と解することを根拠に、「第1号要件においては当該埋立てや埋立地の用途が当該公有水面の利用方法として最も適正かつ合理的なものであることまでが求められるものではないと解される。」からである

<sup>83)</sup> 本判決が、現知事の埋立承認取消処分の適否を直接の審査対象とせず、もっぱら前知事の埋立承認処分の適否を審査対象としたことを批判する論説として、武田真一郎「沖縄県知事が公有水面埋立承認の取消しの取消しをしないことが違法とされた事例」成蹊法学86号（2017年）200頁以下。山下竜一「県知事が埋立承認取消処分を取り消さないことが違法であるとされた事例」法セ748号（2017年）117頁も同旨か。

<sup>84)</sup> 岡田正則「『政治的司法』と地方自治の危機—辺野古訴訟最高裁判決を読み解く」世界2017年2月号（2017年）98頁は、「本判決は、前知事の…埋立承認に不当があるか否かの検討をしていないにもかかわらず、《本件埋立承認には違法等がない》と断定している。杜撰な判断だといわざるをえないであろう。」と述べている。同旨、杉原丈史「国土交通大臣の是正の指示に対する県の不作為が違法であると認められた事例」新・判例解説Watch・行政法175号（2017年）（LEX/DBz18817009-00-021751472）

ようである。このことから、前知事の「総合的な考慮をした上での判断が事実の基礎を欠いたり社会通念に照らし明らかに妥当性を欠いたりするものでない限り、公有水面の埋立てが第1号要件に適合すると判断に瑕疵があるとはいえない」というのである。

しかし、公有水面埋立法4条1項1号の「国土利用上適正且合理的ナルコト」の要件が、埋立承認処分をするための最小限の要件に過ぎないとすれば、知事は、その裁量の範囲内で、より適正かつ合理的な埋立や埋立地の用途を承認の要件とすることができるはずである。1973年の同法改正により追加された「法4条1項各号の基準は、これらの基準のすべてに適合している場合であっても免許の拒否はあり得るので、埋立ての必要性等他の要素も総合的に勘案して慎重に審査を行うこと<sup>85)</sup>」が求められているのである<sup>86)</sup>。「公有水面埋立法4条1項は、…1号以下の基準をすべて満たした場合でも、他の必要な条件を考慮することにより免許を拒否する可能性を認める趣旨の規定であると解され」、いわば「免許を与える局面については裁量的判断の余地を否定しまたはほとんど認めないのに対し、免許を拒否する局面については、幅広い裁量的判断の余地を認めている<sup>87)</sup>」といえるのである。「したがって、前知事の裁量判断として最小限の要件を満たしたとして埋立承認をしたとしても、現知事がより適切な国土利用のあり方の要素を考慮した結果、前知事が処分をした時点においても不当な判断であったと判断する可能性は否定できないはずである。したがって、前知事の「判断が事実の基礎を欠いたり社会通念に照らし明らかに妥当性を欠いた」場合のみが不当を含む瑕疵ある場合であるとは到底考えられず、その点の判断のみでは、現知事の埋立承認の職権取消処分の適法性は、判断できないはずである。

次に、公有水面埋立法4条1項2号の「其ノ埋立ガ環境保全及災害防止ニ付十分配慮セラレタルモノナルコト」という要件については、「裁判所が、公有水面の埋立てが第2号要件に適合するとした都道府県知事の判断に違法等がある

---

<sup>85)</sup> 1974年6月14日港管第1580号、建設省河政発第57号、港湾局長・河川局長から港湾管理者の長、都道府県知事あて「公有水面埋立法の一部改正について」。

<sup>86)</sup> 詳しくは参照、亘理格「埋立免許・承認における裁量権行使の方向性」紙野=本多編・前掲注30) 137頁以下、前田定孝「地方自治法に基づく不作為の違法確認訴訟・福岡高裁那覇支部判決2016年9月16日(辺野古訴訟事件)」三重大学法経論叢34巻2号(2017年) 56頁。参照、三本木健治「公有水面埋立法の改正とその史的回顧」自治研究50巻7号(1974年) 32頁。

<sup>87)</sup> 亘理・前掲注86) 140頁以下。

か否かを審査するに当たっては、専門技術的な知見に基づいてされた上記都道府県知事の判断に不合理な点があるか否かという観点から行われるべきであると解される。」とする。そして、本判決は、沖縄県が定めた審査基準及び前知事の判断過程及び判断内容には特段不合理な点があることはいかなるわけでもない、として「本件埋立事業が第2号要件に適合するとした前知事の判断に違法等があるということとはできない。」という結論に至っている。ここでいう専門技術的判断の不合理性の審査は、伊方原発訴訟＝最判平成4年10月29日民集46巻7号1174頁の違法性審査の基準に酷似しており、ここでも前知事の判断の違法性の審査しかなされておらず、不当性の審査は等閑視されているようにみられるのである。

しかし、そもそも、裁判所が、原処分たる埋立承認処分の不当の瑕疵の有無を審査することができるのであろうか、これが根本的な問題である。公有水面埋立法4条1項の1号要件に係る広範な諸事情を総合的に考慮してなされる政策的裁量であれ、同2号要件に係る専門技術的裁量であれ、それら裁量の逸脱・濫用の有無の審査は裁判所の役割であるが、裁量の範囲内の合目的性・妥当性の審査は裁判所の審査の範囲外とするのが伝統的な行政法理論の考え方であったはずである。こうした伝統的な行政裁量論のあり方の当否を論ずる余裕はないが、仮にこれを前提とすれば、原処分がその要件を充足しないとしてそれを職権で取り消した処分庁の判断の適法性を審査する際には、原処分における処分庁の要件充足・不充足の判断の適否を裁判所が全面的に審査できないということになる。そうであれば、職権取消処分の適法性についても、裁判所は完全な審査を行うことができないはずである。とすれば、一個の申請に対する同一の行政庁の相前後する矛盾する二つの処分があるときにいずれの裁量判断を尊重すべきかといえ、原処分を見直した新しい処分、すなわち職権取消処分のそれを尊重するのが適切であると考えられるのである。

### (3) 職権取消制限の法理

前述のように、ほとんど結論ありきのような形で前知事の埋立承認処分には違法性も不当性もないという結論に至った最高裁判決は、高裁判決のように、原処分たる埋立承認処分に仮に瑕疵があったとしても、職権取消制限の法理によって埋立承認取消処分が違法となる可能性を検討することはなく、本件のような事案においても同法理が適用される余地があるのか、あるとした場合にその

結果はどうなるのか、という先に指摘した点について判断を加えてはいない。

#### (4) 地方自治の保障

そもそも本件訴訟は、国土交通大臣の是正の指示に対して沖縄県知事が従わない不作為の違法確認の訴えであった。

沖縄県知事の埋立承認取消処分 of 適法違法、当不当とは別に、その是正を求める国土交通大臣の指示の適否は、それとは別に論じられるべき論点である。

「地方公共団体に関する法令の規定は、地方自治の本旨に基づいて、かつ、国と地方公共団体との適切な役割分担を踏まえて、これを解釈し、及び運用するようにしなければならない。」(地方自治法2条12項)という地方自治法の基本原則、そして「国は、普通地方公共団体が、その事務の処理に関し、普通地方公共団体に対する国又は都道府県の関与を受け、又は要することとする場合には、その目的を達成するために必要な最小限度のものとするとともに、普通地方公共団体の自主性及び自立性に配慮しなければならない。」(地方自治法245条の3第1項)という関与の基本原則に則り、本稿でもその一端を垣間見たところの沖縄における基地問題の根深い歴史的背景や辺野古新基地問題の経緯を考慮に入れたとき、果たしてかかる指示が「地方自治の本旨に基づいて」いるといえるか、沖縄県の「自主性及び自立性に配慮」したものとなっているか、裁判所にはより慎重な審査が求められていたというべきである。この点で、国地方係争処理委員会の2016年6月21日の第2次決定が、「本件是正の指示にまで立ち至った一連の過程は、国と地方のあるべき関係からみて望ましくないものであり、国と沖縄県は、普天間飛行場の返還という共通の目標の実現に向けて真摯に協議し、双方がそれぞれ納得できる結果を導き出す努力をすることが、問題の解決に向けての最善の道である。」と述べていたことを、裁判所もより重く受け止めるべきであった。

また、是正の指示に続く、不作為の違法確認の訴えの提起も、上記の地方自治法の基本原則と本件の紛争の背景事実を鑑みて、その適否がより慎重に審査されるべきであったと考えられる。本判決は、是正の指示がなされたのが2016年3月16日であり、辺野古第1次争訟においても埋立承認取消処分 of 適否が問題とされていて問題の所在は県知事において十分に認識されており、なされるべき作為は埋立承認取消処分を取り消すという簡明な意思表示であるということ根拠に、指示から1週間後の同年3月23日の経過による「相当の期

間」（地方自治法 251 条の 7 第 1 項）を経過しており「不作為」状態にあったとした。この点は、首肯できよう。

しかし、国と地方の関係を適切な役割分担及び法による規律の下で適正なものに保つために設置された国地方係争処理委員会の先の決定が、「普天間飛行場の返還という共通の目標の実現に向けて真摯に協議し、双方がそれぞれ納得できる結果を導き出す努力をすることが、問題の解決に向けての最善の道である。」と国土交通大臣と沖縄県知事に呼びかけており、これに応じた沖縄県知事の協議の申出を全く一顧だにしない国の頑迷で不誠実な対応と、沖縄における基地問題の特異な重大性に鑑みれば、仮に大臣の指示が違法ではなかったとしても、それに従わない沖縄県知事の「不作為」も簡単に違法と決めつけられるものではない、といえよう。

## VII むすびにかえて

本件の両判決をみると、両者の入り組んだ対照性が浮かび上がってくるように思われる。すなわち、高裁判決は、処分庁による職権取消は、原処分違法の瑕疵がある場合に限りつつ、裁量内違法（不当）は違法事由と同一視できるとし、裁量内の過誤にあたる不当性審査に踏み込んで、あたかも処分庁に成り代わった判断代置的審査を行い、その際、国の外交・防衛上の判断をもつぱら妥当とする前提に立って埋立承認申請を認容すべきであるという判断をしたものであった。他方、最高裁判決は、処分庁による職権取消は、原処分違法の瑕疵のみならず不当の瑕疵がある場合にもなされ得るとしつつ、実際には原処分の違法性しか審査せず、原処分たる埋立承認処分が違法ではなかったという認定のみで、原処分には違法性も不当性もないと判断し、現知事の前処分取消処分を違法とした。このことは、埋立承認をするべきか否か、いいかえれば前知事の埋立承認を見直すか否かの現知事の裁量判断の余地を無視して、結果として前知事の裁量判断のみを尊重することを意味するのである。

米軍の軍事施設の建設を目的とする埋立事業の公有水面埋立法適合性に関する処分庁たる県知事の裁量判断について、その裁量内の当不当の問題の審査が裁判所にとって極めて困難な課題であることはいうまでもない。結果として処

分庁の裁量判断を一定程度尊重するとした場合、尊重されるべきは、前知事の判断ではなく、それを見直した現知事の判断であるべきであろう。

本件最高裁判決を踏まえ、翁長沖縄県知事は、2016年12月26日に埋立承認取消処分を取り消した。その結果、国の埋立工事が再開されて、いよいよ海面に及ぶ護岸工事も始まっている。しかし、沖縄県民の多数の声に支えられている沖縄県知事は、まだ辺野古新基地建設阻止をあきらめてはいないと報じられている。この後も辺野古新基地建設を阻止すべく沖縄県による、新たな法的手段の行使が見込まれており<sup>88)</sup>、それをめぐる第3次、第4次の辺野古争訟が生ずる可能性は大きい。

---

<sup>88)</sup> 辺野古沖の新基地建設に至るまで、なお関わると見込まれる沖縄県の権限として埋立承認の職権取消、工法変更申請の許可、岩礁破碎許可、サンゴ移植に伴う特別採捕許可などがあり、地元名護市も名護市漁港管理条例に基づく漁港施設占用許可、名護市法定外公共物管理条例に基づく美謝川切替工事に係る協議など多くの自治体権限がある。参照、本多滝夫ほか『Q&A辺野古から問う日本の地方自治』（自治体研究社、2016年）76頁、徳田博人「辺野古裁判の検証と今後の展望と課題」日本の科学者52巻4号（2017年）16頁以下。