

〔論 説〕

辺野古県民投票と埋立承認の撤回について

武 田 真一郎

はじめに

本年（2019年）2月24日に沖縄県では辺野古新基地建設のための埋立の賛否を問う県民投票（以下「本件投票」という）が行われた。開票は即日行われ、投票率は52.48%、投票総数（60万5385人）に対する割合は反対が71.7%（43万4273票）、賛成が19.0%（11万4933票）、どちらでもないが8.7%（5万2682票）、無効が0.6%（3497票）という結果となった。

反対票は昨年9月の知事選で玉城知事が獲得した過去最多の39万6632票を上回り、改めて新基地建設に対する県民の強い反対の意思が示された。県内の41市町村すべてで反対が賛成およびどちらでもないを上回って最多となり、40市町村で反対票が投票総数の過半数となった。辺野古がある名護市では反対が73.0%、普天間飛行場がある宜野湾市でも反対は66.8%に達している。普天間飛行場による騒音やさまざまな危険にさらされている宜野湾市でさえも、市民の多くは普天間飛行場の危険を除去するために辺野古新基地建設が必要だとは考えていないことが明らかになった。

本稿では、制度的な観点から本件投票の経過を振り返るとともに、沖縄県知事が投票結果を尊重して埋立承認を撤回し、埋立をいったん法的に白紙に返すための課題を検討することにした。

1 条例制定の直接請求

本件投票は、「辺野古米軍基地建設のための埋立の賛否を問う県民投票条例」（以下「本件条例」という）に基づいて実施された。日本には住民投票を実施するための法律が事実上存在しないため、投票を実施する地方公共団体が条例を制定して住民投票を行うのが通例である⁽¹⁾。

本件条例は地方自治法（以下「自治法」という）74条に基づく県民の直接請求によって制定された。同条によると、有権者の50分の1以上の署名とともに長（知事）に条例の制定を請求し（1項）、長が議会に付して議会が可決すると条例が成立する（3項）。署名収集は2018年5月23日から7月23日まで2か月間行われ、有効署名数は全県で9万2848となった。これは有権者の50分の1である2万3171を大きく上回り、全県の41市町村のすべてで50分の1を上回った。県議会は条例案を可決し、同年10月31日に県民投票条例は公布された。

直接請求を行い、本件投票を実現させたのは「辺野古県民投票の会」（以下「県民投票の会」という）である。県民投票の会は大学院生の元山仁士郎氏を代表として、経済人、元議員、弁護士、司法書士その他の一般県民で構成されていた。政党や政治団体とは直接の関係はなく、直接請求の費用は基本的には沖縄県民のほか全国の市民からの寄付（カンパ）によって賄われた。

県議会では知事を支持する与党が過半数を占めており、知事提案や議員提案によって県民投票条例を制定することも可能であった。しかし、本件投票が知事や議員などの政治主導で行われたものではなく、県民が自ら求めたものであることを明らかにすれば、投票結果にはより高い民主的正当性が生じることになる。そこで、県民投票の会はあえて直接請求を行うこととした。署名収集は住民の関心を高め、議論を深めるためのよい機会となるから、この点から見ても直接請求によったことは適切であった。

本件条例の条例案は、既に2016年秋には起案されていた⁽²⁾。故・翁

(1) この点につき、武田真一郎「日本の住民投票制度の現状と課題について」行政法研究21号2頁、2017年、10-19頁参照。

(2) この条例案が直接請求の対象となり、議会で成立した条例は若干の語句の修正がなされたが、基本的に当初の条例案に基づいている。なお、この条例案は筆者が起案したものである。以下の条文の趣旨は、起案および直接請求

長雄志前知事が行った埋立承認の取消しが同年9月16日の福岡高裁那覇支部判決によって違法と判断され、最高裁に係属していた時期だったが、承認取消しを違法とする判断が確定した場合には速やかに県民投票を実施し、民意に基づく埋立承認の撤回を行うことができるようにするためである。結果的に同年12月20日に最高裁は承認取消しを違法と判断し⁽³⁾、翁長知事は承認取消しを取り消して埋立工事が再開されたため、県民投票の必要性が現実的な問題となった。ただし、さまざまな事情によって県民投票を求める市民の動きが本格化するのには1年以上後の2018年になってからである⁽⁴⁾。

2 県民投票条例の概要

(1) 目的

本件条例1条は、「この条例は、普天間飛行場の代替施設として国が名護市辺野古に計画している米軍基地建設のための埋立て（以下「本件埋立て」という。）に対し、県民の意思を的確に反映させることを目的とする。」と規定している⁽⁵⁾。本条は新基地建設自体ではなく、埋立ての賛否を問うこととしている。埋立ての承認やその取消・撤回は知事の権限であるから、知事が投票結果を尊重して取消・撤回の措置をとることにより、承認の効果の消滅という法的効果を発生させることができる。このように本件条例は、反対多数となったときには知事が撤回権を行使して、埋立承認を法的に白紙に返すことを想定している。前記のように、本件条例の名称が「埋立の賛否を問う」ことを明記しているのも同じ理由による。

(2) 投票日

県民投票の期日（投票日）は、本件条例の公布の日から起算して6月以

の時点でのものであり、議会の制定の時点ではこれと異なる可能性もあり得る。

- (3) 本判決については、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」（判例研究）成蹊法学86号、177頁参照（2017年）。
- (4) この点につき、武田真一郎「県民投票はどのような地平を拓いたか」世界2019年5月号70頁以下を参照されたい。
- (5) 本件条例と改正条例および条例の施行規則の全文は、沖縄県のホームページ（知事公室県民投票推進課）に掲載されている。

<https://www.pref.okinawa.jp/site/chijiko/kentohyo/index.html>

内とされた（4条1項）。県民投票を実施する際には、投票の前に埋立てについて十分な情報を提供し、県民が議論を深めるのに必要な期間を確保する必要がある。その反面で、公布の日から期間が開き過ぎないようにすることも必要である。両者のバランスを考慮した結果、公布の日から6か月以内とされた。

(3) 投票資格者

投票資格者は、選挙と同様に沖縄県の有権者である（5条）。最近の住民投票条例には投票資格者の範囲を選挙の有権者よりも拡大し、18歳未満の者や定住外国人などにも投票資格を認めるものが増えているが、外交・安全保障にかかわる投票対象の性質や市町村の協力を得やすくすることなどを考慮し、本件条例は慎重を期して有権者に限定した。

(4) 投票の対象

投票の対象は、条例が可決された当初は埋立てに賛成か反対のいずれかの欄に○の記号を記載するものとし、選択肢は二択であった（6条3項）。後記のように、条例の制定後に投票の実施を拒否する市があったため、妥協案として賛成または反対のいずれでもないときは「どちらでもない」に○の記号を記載するものとし、賛成、反対のほか「どちらでもない」を加える三択に改正された。

しかし、住民投票（県民投票を含む。以下同じ）はアンケートや世論調査ではなく、政策決定のために行われる。埋立てはする（賛成）かしない（反対）のどちらかしかあり得ないのだから、どちらでもないという選択肢を設けることはまったく不合理である。そもそも選択肢を三択以上にすると票が分散して民意があいまいとなり、政策決定に支障が出るおそれがある。例えば、A案、B案、C案の三択で住民投票を行い、A案に賛成が40%、B案に賛成が35%、C案に賛成が25%となった場合、最多の意見はA案だが、過半数の60%がA案に賛成していないのだから、A案に決定する正当性には疑問が残る。まして、「どちらでもない」という選択肢を設けた場合、もしこれが最多となったら政策決定をすることは不可能となる。賛成でも反対でもない投票資格者は棄権するか白票を投じればよいのであり、住民投票は必ず二択で実施するべきである。

(5) 結果の尊重義務

賛成または反対の投票の数（改正後はどちらでもないの投票の数を含む）が投票資格者総数の4分の1に達したときは、知事はその結果を尊重

しなければならない（10条2項）。

条例に基づく住民投票の結果に法的拘束力を持たせることには様々な困難があるため⁽⁶⁾、本件条例も知事に結果の尊重義務を課すにとどめている。しかし、埋立ての承認やその取消し・撤回は都道府県知事の権限であるから、反対多数となった場合に知事が結果を尊重して埋立承認を撤回することにより、埋立承認の効果の消滅という法的効果を生じることになる。このように投票結果が知事の権限とリンクして法的効果を生じることが、本件投票の大きな特徴である。

もちろん投票結果をどのように尊重するかについては知事の政策的・専門的判断が必要であり、知事の裁量に委ねられているので、知事は撤回権の行使以外の方法で投票結果を尊重することも可能である⁽⁷⁾。ただし、本件条例は当初から知事の撤回権の行使を想定していたのであり、反対多数となったときに県民は知事の撤回権の行使を期待しているはずであるから、知事が撤回権を行使しないのであればその理由を説得的に説明する責任がある。

また、この規定は過半数（改正後は最多数）となった意見が投票資格者総数の4分の1に達したときに結果の尊重義務が生じるとして、得票率を尊重義務発生の要件としている。投票率が低い場合に少数者の意見で政策決定がなされるのは不当であるとして、住民投票条例に投票率50%以上という高い投票率要件を設ける事例が少なくないが、選挙の投票率でさえも50%を下回ることがあるという実情や、高い投票率要件を設けると投票の不成立をねらったボイコット運動を誘発し、争点に関する賛否の議論が投票の賛否にすり替えられてしまうという弊害が生じることを考えると、高い投票率を成立要件とすることは適当でない。

投票資格者総数の4分の1というのは投票率50%で過半数となったのと同じ得票数であるから少数者による決定という問題は生じないし、ボイコット運動を起こすことも困難になるので、得票率を要件とする方がはるかに合理的である⁽⁸⁾。

(6) この点につき、前掲注(1)、19頁以下参照。

(7) 例えば、後述のように既に1回目の撤回（第1撤回）が行われているのだから、この撤回を争う争訟の中で県民投票の結果を証拠として提出すれば足りるとする見解があり得る。

(8) 投票資格者総数の4分の1以上という要件は、二択の選択肢の場合に過半

(6) 市町村の協力

県民投票に関する事務は知事が執行するが（3条）、知事の事務のうち、投票資格者名簿の調製、投票及び開票の実施その他規則で定めるものは、自治法 252 条の 17 の 2 の規定により、市町村が処理することとされた（13条）。

県民投票を実施する際にどのように市町村の協力を得るかということは、もっとも重要な問題の一つである。現行の自治法は国と地方公共団体を対等とするとともに、都道府県と市町村も対等であるとしている。よって、県条例によって県民投票事務の実施を一方的に市町村に義務付けることはできない。ところが投票資格者名簿の基礎となる選挙人名簿を調製し、管理しているのは市町村であり、選挙の際の投開票事務を実施するのも市町村であるから、県は投票資格者名簿の調製や投開票事務について市町村の協力を得る必要がある。

そこで自治法の規定を見ると、同法 252 条の 17 の 2 第 1 項は、「都道府県は、都道府県知事の権限に属する事務の一部を、条例の定めるところにより、市町村が処理することとすることができる。この場合においては、当該市町村が処理することとされた事務は、当該市町村の長が管理し及び執行するものとする」と規定している。本件条例はこの規定に基づき、県民投票に関する知事の事務の一部を市町村の事務とした。

この場合、条例制定の際に県は市町村長と協議する必要があるが（同条 2 項）⁽⁹⁾、同意までは必要でない⁽¹⁰⁾と解されている。条例が制定されれば、市町村長には当該事務を執行する義務があると解される。それにもかかわらず、「賛成・反対の二択の選択肢では多様な意見を反映できない」、「投票結果によっては普天間飛行場の危険が固定化されるおそれがある」などと主張して、県民投票事務の実施を拒否する市町村があった。次に、この点について検討する。

数が投票してその過半数となる得票数を想定しているのに、改正後の三択の選択肢の場合には根拠が薄弱となった。

(9) 沖縄県は各市町村と文書による協議を行ったが、各市町村から異議はなかったようである。

(10) 松本英昭・新版・逐条地方自治法・第 9 次改訂版、2017 年、1355 頁。

4 5市の実施拒否

前記のように、県民投票の実施に際して市町村の協力をどのように得るかということは大きな課題であったが、本件条例13条は自治法252条の17の2の規定に基づき、投票資格者名簿の調製や投開票事務の実施などの事務を市町村が処理することとした。沖縄県議会は2018年10月26日に県民投票を実施するための補正予算5億5千万円を可決し、各市町村に交付することになった。

ところが、石垣市、糸満市、うるま市、沖縄市、宜野湾市、宮古島市、金武町、本部町、与那国町の各議会は、県民投票に反対して、県民投票実施のための補正予算を否決した。この場合、自治法177条1項により長は再議に付さなければならず、再議においても否決された場合は、同条2項により長は経費およびこれに伴う収入を予算に計上してその経費を支出することができる（原案執行）が、最終的に石垣、うるま、沖縄、宜野湾、宮古島の5市の市長が議会の判断を尊重するなどの理由で原案執行の措置をとらず⁽¹¹⁾、県民投票に関する事務（以下「投票事務」という）の実施を拒否した⁽¹²⁾。

自治法252条の2の17により市町村の事務とされたものは、都道府県知事の事務が市町村長に移譲されたと解されるから、都道府県知事は当該事務を執行する権限を失い、市町村長が当該事務を執行する権限と責任を有することになる。よって、市町村長には投票事務を執行する義務があり、5市の市長が投票事務の実施を拒否したことは違法である⁽¹³⁾。

5市の市長らは、自治法177条1項は「再議に付さなければならない」と規定しているから再議に付す義務はあるが、同条2項は「予算に計上し

(11) 各種新聞報道によると、糸満市、金武町、本部町では再議で予算が可決され、与那国町では再議でも否決されたが町長が原案執行の措置をとり、県民投票が実施されることになった。

(12) 自民党の衆議院議員が沖縄県の市町村の関係者に原案執行は不要であることなどを主張し、投票の実施拒否を指南する文書を配布したことが報道されている。沖縄タイムス2019年1月14日の社説はこの問題について論じている。

(13) 新聞やテレビの多くは「5市が県民投票不参加」と報道したが、参加しない自由があるわけではないから、むしろ「県民投票実施拒否」とすることが正確である。

てその経費を支出することができる」と規定しているから、第2項の原案執行をする義務はないと主張した。しかし、「できる」という規定が「しなければならない」という意味になることは稀ではなく⁽¹⁴⁾、本件でも投票事務の執行が義務付けられているのだから、市町村長は原案執行をする義務があると解すべきである。また、議会の判断を尊重して原案執行はしないとも主張されたが、市長は住民の代表であるから、直接請求によって県民投票を求めた住民の判断をむしろ尊重すべきである。議会の反対があるとしても、自治法は議会と長の二元代表制によってそれぞれが直接住民に対して責任を負うこととしている。長は地方公共団体の事務を管理し、執行する権限と責任を有する（自治法148条）から、たとえ議会が反対しても、長には原案執行により投票事務を実施する義務がある。

投票事務の実施拒否によって生じるもう一つの重大な問題は、住民の投票権を侵害することである。県民投票条例は県内のすべての有権者に投票権を付与しているが、市長の実施拒否によって投票の機会を奪われた市民は投票権を侵害されたことになる⁽¹⁵⁾。市民が市に対して損害賠償請求訴訟を提起すれば請求は認容され、市は多額の賠償金を支払うことになるだろう⁽¹⁶⁾。このような事態を回避するためにも、市町村長は県民投票の事務を実施するべきである。

このように一部の市町村が投票事務の実施を拒否した場合に、自治法が規定する解決方法は次のようなものである。投票事務は自治事務なので、知事はまず各市町村に投票事務を実施するように是正の勧告（245条の6）をすることができる。是正の勧告には強制力がないので、市町村が是正の勧告に従わない場合は、知事は投票事務を実施するように市町村に是正の要求を行う必要がある。自治事務に対する是正の要求は、当該事務を担当する各大臣の指示がある場合でなければできないのが原則であるが（245

(14) 例えば、警察官職務執行法5条は「警察官は、犯罪がまさに行われようとするのを認めるときは・・・その行為を制止することができる」と規定しているが、多くの場合はむしろ制止を義務付けられていると解される。

(15) 憲法との関係では、県民投票の投票権は国民主権原理に基づいて憲法が保障する参政権の一部と解されるから、投票の実施拒否は参政権の侵害となる。また、投票を実施した市町村の住民と投票を実施しなかった市町村の住民との間では、平等原則違反の問題も生じる。

(16) さらに住民訴訟によって市長個人が損害賠償責任を負う可能性もある。

条の5第2項)、自治法245条の17の2に基づいて県条例で市町村の事務とされた事務については、都道府県知事は各大臣の指示がなくても是正の要求をすることができる(245条の17の4第1項)。市町村長は、是正の要求に不服があるときは自治紛争処理委員に審査の申出をすることができる(251条の3第1項)。さらに市町村長は、審査の結果または勧告に不服があるときは、高等裁判所に対し、知事を被告として是正の要求の取消訴訟を提起することができる(251条の6第1項)。なお、市町村長が自治紛争処理委員に審査の申出をせず、かつ、是正の要求に応じた措置を講じないときは、知事は高等裁判所に対し、是正の要求を受けた市町村の不作为の違法確認を求めることができる(252条の17の4第3項)⁽¹⁷⁾。

投票事務の拒否は違法なので各市は判決で事務の実施を命じられることになるが、この手続によると、自治紛争処理委員の審査を経てすべての判決が確定するまでに1年以上を要することが想定される。これでは投票日を経過してしまうので、市民の側は訴訟の提起を検討していた。具体的には、まず、投票の実施を拒否するすべての市で、市民が投票権を被保全権利として、市に対して投票事務の実施を求める仮処分の申立てを行う⁽¹⁸⁾。ただし、投票事務の実施は仮処分の対象とならない「公権力の行使」に当たる可能性もあるので、同時に行政事件訴訟法に基づき、「権力的事実行為」としての投開票事務の実施を義務付ける義務付訴訟を提起し(3条6項1号)、仮の義務付けの申立ても行う(37条の5第1項)。同法は取消訴訟およびその他の抗告訴訟に関連請求に係る訴えを併合できると規定しており(16条、38条1項)、関連請求には「その他当該処分又は裁決の取消しの請求と関連する請求」(13条6号)が広く含まれる⁽¹⁹⁾。よって、義務付訴訟と仮処分申立て(およびその本案訴訟)を併合するこ

(17) ただし、県職員から聞いたところによると、本件で沖縄県は市町村に対して訴訟を提起することは回避したいという意向であった。

(18) 本案訴訟は、「被告各市は、県民投票の投票事務を実施せよ」という趣旨の給付の訴えになると解される。

(19) 行政事件訴訟は民事訴訟法の特別法なので民事訴訟法136条の適用は排除され、同種の訴訟手続でなくても関連請求であれば併合できると解される。この点につき、南博方・高橋滋・市村陽典・山本隆司編、条解行政事件訴訟法・第4版、2014年、415頁以下参照。

とは可能であると解され⁽²⁰⁾、裁判所は適切と認める方法で迅速な決定を行ったはずである。

しかし、実際には県議会と5市長の間で政治的な妥協が成立し、「どちらでもない」という選択肢を追加して三択にすることにより、全県で県民投票が実施されることになった⁽²¹⁾。このような改正が不合理であることは前記の通りである⁽²²⁾。

5 埋立承認撤回の課題

前記のように反対票は43万票を超え、投票資格者総数の4分の1(28万8397人)を大きく上回った。よって本件条例の10条2項により、知事は投票結果を尊重しなければならない。どのように結果を尊重するかは知事の裁量に委ねられているが、本件条例がもともと想定していたのは、知事が自らの権限である埋立承認の撤回権を行使して、埋立てを法的にいったん白紙に返すことである。県民投票の会は、署名収集の当初から本件投票の結果に法的拘束力はないが、知事の撤回権とリンクして埋立承認を白紙に返すという法的効果が生じると一貫して県民に訴えてきた。実際に県民の強い反対の意思が示されたのだから、投票結果は埋立てを法的にいったん白紙に返すための道筋をつけたといえる。

では、玉城知事は具体的にどのように撤回権を行使すべきなのだろうか。2018年8月に翁長知事は逝去し、同月31日に知事の職務代行者は埋立承認を撤回(以下「第1撤回」という)した⁽²³⁾。現時点(2019年3月)

(20) 行政事件訴訟法16条(38条1項によりその他の抗告訴訟に準用される)により、義務付訴訟の関連請求として、投票事務の実施を求める民事訴訟(または当事者訴訟)と仮処分申立てを併合できると解される。この併合は予備的併合または選択的併合である。

(21) 県民投票の会の代表であり、宜野湾市民である元山仁士郎氏は、宜野湾市長に対して投票の実施を求めて市役所前でハンガーストライキを行った。このような渾身の抗議が全県での投票の実施の道を開く一つの契機となったものと思われる。

(22) 5市の市長は、憲法9条の改正の賛否を問う国民投票の際も投票の実施を拒否したり、二択の選択肢では多様な意見を反映できないから「どちらでもない」という選択肢を追加すべきだと主張するのだろうか。また、「どちらでもない」が最多となったり、賛成が最多となったが「どちらでもない」と反対の合計が賛成を上回った場合には、賛成は少数として改正は行われまいのだろうか。

では第1撤回の効力が存続しているが、その間に県民投票の結果を受けて玉城知事が再度の撤回権を行使するためには、①第1撤回の理由を追加・変更する、②第1撤回とは別個に再撤回をするという二つ方法がある⁽²⁴⁾。

既に翁長知事がした埋立承認取消しが最高裁で違法と判断されたことを踏まえると、さらに撤回を繰り返すことはそれ自身が知事の権限の濫用として違法と判断される可能性がある。よって、第1撤回を違法とする判決が確定するなどの理由により、第1撤回の効力が失われない間は、①の方法による方が好ましいと考えられる。逆に、第1撤回を違法とする判決が確定するなどの理由により⁽²⁵⁾、第1撤回の効力が失われた場合には、②の方法による他はないことになる。

①の方法による場合、県民投票の結果を撤回理由（処分理由）として追加できるかどうかを検討しておく必要がある。埋立承認の撤回のような不利益処分については、行政手続法（以下「行手法」という）により理由の提示が義務付けられている（14条1項）。それは処分庁の恣意を抑制（恣意抑制機能）し、相手方の争訟の便宜を図る（争訟便宜機能）ためであって、処分理由の追加・変更はこの二つの機能を損なわない範囲で認められると解されるからである⁽²⁶⁾。

もっとも、行手法は国または地方公共団体の機関が固有の資格で名宛人となる処分には同法を適用しないと規定しており（4条1項）、埋立承認やその撤回は国の機関が固有の資格で名宛人となった処分と解されるから、行手法の適用はないはずである。しかし、国は審査請求において私人と同じ資格で名宛人となったと主張しているし、仮に行手法の適用がなく

(23) 法令上は取消しと撤回のいずれも「取消し」という用語が使われている。行政実務でも同様である。講学上は、取消しとは行為時に遡って効力を消滅させることであり、撤回とは将来に向かって効力を消滅させることである。本稿では内容に応じて取消しと撤回を使い分けている。

(24) ②については県民投票の結果だけを理由とするか、これに加えて軟弱地盤の存在など①と重複する事項も理由とするかという問題があるが、②にはこれら両方の場合を含めるものとする。さらに、②の方法による場合、①の撤回を維持しながら再撤回をするのか、①の撤回を撤回してから再撤回をするのかという問題もあるが、②にはこれらもすべて含めるものとする。

(25) 防衛局長は国交大臣に対して審査請求をしているので、裁決によって撤回が取り消される可能性もある。この点については後述する。

(26) 最判昭和38年5月31日民集17巻4号617頁はこのように判示している。

でも、不利益処分理由の追加・変更の制限は法の一般原則だと考えることもできるので、やはりこの点を検討しておく必要がある。

①の方法によるが争訟が提起されていない場合は、県民投票により反対の民意が明らかになったという重大な撤回理由を追加することが恣意的な判断とはいえないし、国が撤回を争うのは規定の方針と考えられ、また、追加された理由を争うことも十分に可能であるから、国との関係で争訟便宜機能を損なうともいえないので、理由の追加は可能と解される。②の方法による場合は、新たな撤回（処分）なので理由の追加は問題とならない。

この点が問題となるのは、第1撤回が争訟によって争われているが、その結論がまだ出ていない場合である。現に沖縄防衛局長（以下「防衛局長」という）は国土交通大臣（以下「国交大臣」という）に対して行政不服審査法（以下「行審法」という）による審査請求と執行停止申立てを行い、国交大臣は執行停止を認容し、工事は継続している。後記の理由により、防衛局長は行審法による審査請求をできないと解されるので、不適法な審査請求の対象となっている撤回について処分理由の追加・変更の可否を論じる必要はないはずである。

ところが、国地方係争処理委員会（以下「係争委」という）は、本年2月19日、防衛局長がした執行停止申立てを認容した国交大臣の決定は審査の申出の対象となる国の関与に当たらないとして、沖縄県の審査の申出を却下した。この決定（以下「2019年2月決定」という）は、防衛局長がした審査請求と執行停止申立ては適法だとしているので、今後は国交大臣は審査請求に対する裁決を行う可能性が高い。

この審査請求の審理がなされている時点で知事が①の方法で撤回理由を追加することは、前記の理由によって可能と解されるが、たとえ理由を追加しても、国交大臣がいわば身内の判断で審査請求を認容し、撤回の取消しを認めることは火を見るよりも明らかである。そうだとすると、裁決は関係府政庁を拘束するので（行審法52条1項）、知事は裁決の拘束力により⁽²⁷⁾、今後は県民投票の結果を理由として埋立承認の撤回をすることが

(27) 塩野宏・行政法Ⅱ[第5版]、2010年、36頁は、裁決の拘束力は取消判決の拘束力に対応するとし、同書190頁は、取消判決の拘束力の効果として同一理由による同一処分の反復禁止効が生じるとしている。ただし、この同一処

できなくなる可能性がある⁽²⁸⁾。よって、沖縄県にとっては現時点で①の方法により、県民投票の結果を撤回の理由として追加することは得策でないといえる。

そこで②の方法によることになるが、②の方法で新たに再撤回をしたとしても、再び防衛局長は審査請求および執行停止の申立てをし、国交大臣が執行停止を認めるまでの短期間は工事が停止するが、その後工事が再開されることは確実である。そして、再び身内の判断によって審査請求が認容され、裁決の拘束力によって、県民投票の結果を理由として撤回をすることはできなくなる。

このように見ると、①②のいずれの方法によるとしても、知事が県民投票の結果を理由として撤回をするためには、身内の判断となって著しく不公正な行審法の審査請求の手續ではなく、より公正であり、かつ、本来の手續である自治法の国の関与の制度によって撤回の効力を争う必要がある。そのためには、本年3月22日に沖縄県が提起した執行停止取消訴訟で勝訴し、審査請求は不適法であるという判断を得ることが不可欠である。本稿では最後にこの点について検討することにした。

分反復禁止効は取消判決の既判力によって説明できるとしているので、既判力の観念がない裁決（取消裁決）に同一処分反復禁止効が生じるかどうかは明かでない。しかし、審査請求人が私人（国民）である場合には、その権利保護のためには裁決に同一処分反復禁止効を認めるべきであろう。そうだとすると、本件でも防衛局長が私人と同じ資格だとする国の立場によれば、同一処分反復禁止効が認められることになる。

- (28) 「撤回をすることができなくなる」というのは、物理的にできなくなるわけではないので、県民投票の結果を理由として撤回をしても、後の争訟で直ちに違法と判断されてしまうという意味であると解される。一般論として、この同一処分反復禁止効が後の審査請求の裁決だけでなく、処分（拒否処分）取消訴訟や関与取消訴訟等の訴訟にも及ぶかどうかは明らかではない。ただし、本件では関与取消訴訟で審査請求が適法と判断されると、国交大臣が撤回を取り消す裁決を行うことによって事実上紛争は終結することになる（国の側から争う必要はなくなり、沖縄県の側からは争う手段がなくなってしまうからである）。なお、原処分が裁決で取り消されたり変更された場合には、裁決の拘束力により、処分庁は裁決の取消訴訟を提起することはできないとする裁判例がある（大阪高判昭和46年11月11日・行集22巻11-12号1806頁）。

6 係争委決定と執行停止取消訴訟

前記のように、2018年8月31日に既に第1撤回が行われたが、これに対して防衛局長は同年10月16日、国交大臣に第1撤回の取消しを求める審査請求および執行停止申立てを行い、国交大臣は同年10月30日に執行停止を認容し、撤回の効力は停止して工事は再開されている。これに対して沖縄県知事は同年11月29日に執行停止を取り消すべきであるとの勧告を求めて係争委に審査の申出をしたが、係争委は県民投票直前の本年2月19日に申出を却下する決定をした。

ここでの争点は、自治法245条3号が、国が地方公共団体に対して具体的かつ個別に関わる行為を国の関与（裁定的関与）としているものの、同号カッコ書きが「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除く」として、裁決および執行停止決定を国の関与から除外しているため、本件の執行停止決定（および裁決）は審査申出の対象となる国の関与（250条の13第1項）に当たらないことになり、本件申出は不適法ではないかということである。

確かに、適法な審査請求に基づく裁決および執行停止決定であれば同号カッコ書きによって関与から除外され、審査の申出の対象とならないし、対象とする必要もない⁽²⁹⁾。これに対して違法または不適法な審査請求については、そもそも関与から除外する理由はなく、地方公共団体には他に争う手段がないので関与と認め、自治法が定める国の関与の手続（是正の指示、これに対する審査申出や取消訴訟）で争う必要がある。この点は本件決定で係争委も認めている⁽³⁰⁾。

そこで、本件の審査請求が適法かどうかが問題となるが、本件では防衛局長は国の機関として固有の資格で埋立承認とその撤回の相手方となっていると解され、行審法7条2項によって同法の適用を受けないから、審査

(29) 国民（私人）の権利を簡易迅速に救済するために行審法が制定されたのだから、地方公共団体の機関（処分庁）がした処分を審査庁（法定受託事務の場合は国の機関となることもある）が裁決で取り消したとしても、裁決を国の関与と認めて処分庁が争えるようにする必要はないと解される。国民の側は処分または裁決に不服があれば訴訟で争うことができるのだから、関与の手続は関係がない。

(30) 決定書（国地委第10号、平成31年2月19日）、3頁。

請求や執行停止申立てをすることはできないはずである。よって、本件の審査請求は不合法であり、執行停止決定や裁決は国の違法な関与として審査の申出の対象となると解される。

かつて2015年10月に翁長知事が埋立承認を取り消し、国交大臣が執行停止を認めたときにもこれとまったく同じ問題が生じていた。防衛局長が審査請求および執行停止申立てをできないことはこの時点で再三議論され⁽³¹⁾、福岡高裁那覇支部は2016年3月4日に和解勧告を行い、国交大臣は執行停止決定を取消し、工事を中止して、今後は是正の指示（自治法245条の7）の手続によって紛争を解決するという案を提示した。国と沖縄県はこれを受け入れ、国交大臣は工事を中止し、埋立承認の取消しを取り消すように知事に対して是正の指示を行い、その後は自治法が規定する争訟手続（250条の13第1項、251条の7第1項）によって紛争の解決が行われた。したがって、行審法によるのではなく、自治法の関与の手続によって解決すべきことは決着済だったはずである⁽³²⁾。

ところが、2019年2月決定において係争委は、本件の審査請求は適法であるとして、知事のした審査申出を却下する決定を行った。同決定はその理由として、①埋立法は一般私人に対する免許と国（の機関）に対する承認という用語上の区別をしているが、審査基準は共通であり、承認に特別な審査基準が適用されるものではないから、知事の判断による効果は適法な埋立権限の付与に向けられており、承認を受ける国（の機関）の立場は免許を受ける一般私人と変わらないこと、②免許においては竣工認可・告示という都道府県知事の行為によって公用廃止および申請者の埋立地所有権の取得という効果が生じるのに対し、承認においては竣工認可に関する規定は準用されず、都道府県知事に対する竣工通知という単独の行為によって公用廃止の効果が生じるという相違があるが、埋立権限の付与と埋立地の所有権の成立は別個のことがらであり、免許と承認はいずれも埋立権限の付与という共通の効果を有すること、③免許についての事業者への

(31) この点につき、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」紙野健二・本多滝夫編・辺野古訴訟と法治主義－行政法学からの検証、日本評論社、2016年、113頁以下参照。

(32) もちろんこの和解勧告の効果が本件に及ぶわけではないが、行審法ではなく自治法によって解決すべきだという法的判断は、その後最高裁でも否定されることはなかったのであるから、法令解釈として尊重すべきである。

監督の規定の多くが承認に準用されていないが、埋立権限の付与について同様に扱われているから、監督の必要性の差異をもって両者に相違があるとは解されないこと、④埋立地の用途は承認または免許の要件として考慮されるが、承認または免許の効果の内容をなすものではないから、本件承認に係る埋立地の用途が基地として提供することにあることをもって、両者に差異があるとは解されないことから、⑤「公有水面の埋立承認による埋立権限の付与という効果は、免許における一般私人と同様の立場に向けられたものということができ、この埋立て権限の付与処分（承認）を取り消す処分は埋立権限を奪う不利益処分として、国（の機関）がその『固有の資格』において受ける処分には当たらない」⁽³³⁾としている。

しかし、この決定には疑問がある。上記①から⑤の論点ごとに検討すると、まず①については、審査基準が同一で埋立権限の付与という効果が同一であるとしても、これによって免許と承認は実質的に同じだと結論づけることは、次に見るように、形式的に過ぎると思われる。②については、私人は竣工認可を経ずに公用廃止と埋立地の所有権取得という法的効果を受ける地位にはなく、国の機関とは異なる地位に立っている。③については、同様に私人は様々な監督処分を受けずに埋立工事をなし得る地位にはなく、やはり国の機関と異なる地位に立っている。④については、私人が軍事基地建設という用途のために埋立免許を申請したとしても、免許を受けることはあり得ないのだから、埋立地の用途と承認または免許の可否は密接な関係にあり、やはり私人は国の機関と異なる地位に立っている。よって、⑤の結論についても、これとは逆に、国（の機関）はその固有の資格において埋立承認やその取消処分を受けていると解すべきである。

さらに、埋立法が埋立承認と埋立免許を区別した意義および自治法が国と地方を対等とした趣旨を考慮する必要がある。例えば食品衛生法による営業許可は⁽³⁴⁾、私人による申請と国や地方公共団体（の機関）による申請との間に何らの区別もしていない。それは両者を区別する必要がまったくないためであると解されるが、埋立法が免許と承認を区別しているのは両者を区別する必要があるためであると解される。前記の②から④の諸点はその区別の必要性の実例である。

(33) 前掲、決定書、7頁。

(34) 実際に長野県の上高地には松本市営食堂があり、管理者は食品衛生法による営業許可を申請し、許可を取得しているはずである。

自治法の趣旨を考慮すると、両者を区別する必要性はさらに明確となる。埋立法は、私人による埋立と国による埋立のいずれについても、その免許および承認を都道府県知事の権限としている。ところが、国が埋立承認の申請を行い、承認を受ける資格が私人の埋立免許の申請や免許を受ける資格と同じであるとする、都道府県知事が埋立承認を取り消した場合だけでなく、拒否処分をした場合であっても、承認の申請をした国の機関は国交大臣に審査請求をすることにより、取消しの取消しや拒否処分の取消しを命じる裁決を得て⁽³⁵⁾、実質的に国の判断であらゆる埋立ができることになる⁽³⁶⁾。このような結果は埋立法が埋立承認を都道府県知事の権限とした趣旨に反するとともに、国と地方は対等であるとした自治法の趣旨にも反する。

よって、埋立承認をめぐる国の機関と都道府県知事との紛争は私人と地方公共団体との紛争（主観争訟）ではなく、固有の資格としての国の機関と地方公共団体の機関との紛争（客観争訟としての機関争訟）と解すべきである⁽³⁷⁾。このように解する帰結として、国の機関は審査請求をすることはできず、国交大臣は都道府県知事のした承認の取消処分や拒否処分に対して是正の指示など自治法が規定する関与を行うべきであることになる。これに対して都道府県知事は係争委への審査の申出をし、さらに関与取消訴訟を提起することによって紛争を解決することが可能となる。この手続は、行審法による審査請求が国による自作自演であり、身内の判断となるのと比べて、はるかに公正であることは明かである。

(35) 国の機関がした審査請求を国交大臣が棄却すれば、閣内不一致で国交大臣は罷免されるであろう。埋立承認の拒否処分が裁決で取り消された場合には埋立承認がなされたことにはならないが、裁決の拘束力によって都道府県知事が再度の拒否処分をすることは困難になる。

(36) 私人が埋立免許を拒否されたり、取り消された場合も国交大臣に審査請求をすることにより、実質的に国の判断であらゆる埋立ができることになるが、これは私人に簡易迅速な救済手続を保障するという行審法の目的から説明できるし、当該私人と国交大臣は利害を共通にしているわけではないから、一定の公正さは維持されている。

(37) 国は沖縄県に対して埋立承認撤回の取消訴訟を提起すべきだという考え方もあり得るが、両者の紛争が客観争訟（機関争訟）だとすれば、主観訴訟である行訴法3条2項の取消訴訟は提起できないことになる。そうするとこの取消訴訟は行訴法に規定されていない無名抗告訴訟ということになるが、裁判所がその適法性を認めるかどうかは明かでない。

このような国の関与（是正の指示）の手続による解決は、実際に翁長知事が承認取消しを行ったときに裁判所によって勧告され、高等裁判所および最高裁での審理が行われたのであるから、実務的にも承認されている。むしろ、防衛局長が私人の資格で埋立承認やその取消処分を受けたのであれば、行審法に基づいて審査請求や執行停止申立てをすることに何の問題もないのだから、裁判所は是正の指示によって解決するように勧告することはなかったし、そもそもできなかったはずである⁽³⁸⁾。是正の指示とこれに伴う争訟手続で解決が行われたということは、防衛局長は国の機関としての固有の資格で埋立承認やその取消処分を受けたことを意味していると解すべきである。

2019年2月決定で係争委は、行審法の審査請求や執行停止ではなく、国の関与の手続で解決すべきであるという論点を判断していない。それは沖縄県がこの点を主張しなかったためであると思われるが、本年3月22日に提起した執行停止取消訴訟では、沖縄県は他の論点とともにこの点を綿密に主張する必要がある。

おわりに

以上のように、本件条例は新基地建設そのものではなく、新基地建設のための埋立ての賛否を問うことを目的としている。それは、埋立ての承認やその取消・撤回は知事の権限であるから、反対多数となった場合には知事が撤回権を行使することにより、埋立承認の効果をいったん白紙に戻すという法的効果を生じることができるし、裁判所も民意に基づく撤回に裁量権の逸脱・濫用はないと判断する可能性があるからである。県民投票の会は当初から県民にこのように説明してきた。よって、圧倒的な反対という民意が示された以上、知事は撤回権の行使を検討する必要がある。

その際の問題点も本稿で検討した通りである。まずは本年3月22日に提起した執行停止取消訴訟において、行審法ではなく、自治法の関与の手続（是正の指示）によって解決すべきことを主張し、勝訴することが喫緊

(38) 私人が埋立免許を申請し、知事が拒否処分をしたため、申請者が国交大臣に審査請求をした場合においては、国交大臣が行審法による裁決ではなく、自治法に基づいて知事に是正の指示をすべきだと解する根拠はないし、申請者が審査請求を求める利益（処分の相手方なので不服申立適格がある）を害するから是正の指示によることはそもそもできないはずである。

の課題である。

沖縄県が県民投票で示された民意の計り知れない重みを真摯に受け止め、時機にかなった適切な措置をとること期待したい。

[補足]

本稿脱稿後の2019年4月5日に国交大臣は防衛局長がした審査請求を認容し、知事（職務代行者）がした埋立承認の取消（撤回）処分を取り消す裁決を行なった。今後は、知事は裁決に対する審査の申出（およびその後の裁決の取消訴訟）において、行審法ではなく、自治法の関与の手続（是正の指示）によって解決すべきことを主張する必要がある。