

〔論 説〕

辺野古埋立承認と是正の指示について

武 田 真一郎

はじめに

沖縄県名護市では仲井真弘多元知事がした埋立承認に基づき、普天間飛行場の代替施設とされる辺野古新基地建設（以下「本件基地建設」という）が進められている。その一方で、2019年2月24日に沖縄県（以下「県」という）で行われた「辺野古新基地建設のための埋立の賛否を問う県民投票」では反対票が72%、43万票に達しており⁽¹⁾、沖縄県民は本件基地建設に対して強い反対の意思を示している。

そのため県は水産資源保護法および漁業調整規則に基づく工事中止命令、埋立承認の取消しおよび撤回、サンゴ採捕許可申請の留保などの措置をとり、これに対して国は①工事中止命令に対する審査請求、②埋立承認取消しに対する審査請求および是正の指示、③埋立承認撤回に対する審査請求、④サンゴ採捕許可申請の留保に対する是正の指示などの対抗措置をとっており、両者の間では国地方係争処理委員会（以下「係争委」という）に対する審査の申出や関与取消訴訟など法的争訟の応酬が続いている。

この応酬に見られる大きな特徴は、国は行政不服審査法（以下「行審法」という）による審査請求（執行停止申立てを含む）と地方自治法（以

(1) 投票結果は、投票率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)となった。

下「自治法」という)に基づく国の関与(是正の指示および代執行)を使い分けられていることである。後述のように、国は内閣の一員である大臣のいわば身内の判断で有利な解決を期待できる場合には行審法による審査請求を利用し、そうでない場合には国の関与(是正の指示など)を利用していると考えられる。

本稿は、上記のようなこれまでの両者の争訟の中から、まず国の関与としての是正の指示が行われた事例を検討する。法定受託事務とされている埋立承認とその取消しおよびサンゴ類特別採捕許可をめぐる国と県の紛争については、是正の指示によって解決することがもっとも公正であり、自治法も是正の指示によって解決することを想定していると考えられるからである。是正の指示の対象やその取消訴訟の審理のあり方については必ずしも明らかでない面があるので、本稿はその点についても考察する。

そして最後に、行審法の審査請求制度と自治法の是正の指示(国の関与制度)の関係について検討することにしたい。本稿の観点からは、両者の制度的な役割分担は本来はきわめて明確であり、本件においては問題が徒に複雑化されているように思われる。

1 埋立承認取消しと是正の指示

(1) 埋立承認取消し

2013年12月27日に仲井眞弘多元知事は、新基地建設に反対するという選挙公約に違反して本件基地建設のための国による埋立を承認した。2014年11月の選挙で就任した翁長雄志前知事は、第三者委員会を設置して仲井眞知事のした埋立承認の適法性を検証したところ、同委員会は埋立承認には法的瑕疵があるという報告を行ったため⁽²⁾、2015年10月13日に埋立承認を取り消した(以下「承認取消」という)。

防衛局長は承認取消を不服として、行審法に基づき、国土交通大臣(以下「国交大臣」という)に対して審査請求および執行停止の申立てをしたところ、国交大臣は同年10月27日に承認取消の効力を停止する執行停止

(2) 正式な名称は「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手続に関する第三者委員会」である。同委員会の報告は沖縄県のホームページで公開されている。

<http://www.pref.okinawa.jp/site/chijiko/henoko/documents/houkokusyo.pdf>

決定を行い、これによって工事は再開された。

翁長知事は、国交大臣の執行停止決定は違法な国の関与に当たるとして、同年11月2日、自治法250条の13第1項に基づき係争委に対して審査の申出を行った。係争委は、同年12月28日、執行停止決定は審査の申出の対象となる国の関与に当たらず、翁長知事による審査の申出は不適法であるとして却下した⁽³⁾。翁長知事は、係争委の却下決定を不服として、2016年2月1日、同法251条の5第1項に基づいて執行停止決定の取消訴訟（関与取消訴訟）を提起した。

他方で国は、行審法に基づく審査請求および執行停止申立てと並行して自治法245条の8に基づいて翁長知事の承認取消を取り消すための代執行の手続を開始し、2015年10月28日に承認取消の取消しを勧告し（同条1項）、同年11月9日に承認取消の取消しを指示し（同条2項）、同年11月17日に承認取消の取消しを命ずる旨の判決を求める訴え（代執行訴訟）を提起した（同条3項）。

ところが、上記の代執行訴訟および関与取消訴訟が係属していた福岡高裁那覇支部は国と沖縄県に対して和解を勧告し、2016年3月4日、両者の間で和解が成立した⁽⁴⁾。その内容は、①国交大臣は代執行訴訟を取り下げ、知事は関与取消訴訟を取り下げる、②防衛局長は審査請求と執行停止申立てを取り下げ、埋立工事を直ちに中止する、③国交大臣は知事に対して承認取消の取消しを求める是正の指示を行い、知事は不服があれば係争委に審査の申出を行う、というものである。

この和解によって工事はいったん停止し、これまでの国と沖縄県双方の訴訟および審査請求はすべて取り下げられ、今後は国交大臣の是正の指示によって本件を解決することになった。国交大臣は、同年3月16日、翁長知事に対して承認取消しを取り消すように是正の指示（以下「本件指示」という）を行った。

このように、翁長知事の埋立承認取消しに対する本件指示は、当初は防衛局から国交大臣に対する審査請求がなされていたが、裁判所の和解勧告

(3) 同決定の内容については4(1)イで後述する。

(4) この和解については、本多滝夫「和解と国地方係争処理委員会決定の意義」、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19頁以下参照（日本評論社、2016年）。以下、本書を「紙野＝本多編・辺野古訴訟と法治主義」という。

によって取り下げを求められ、同勧告に従って行われたものである。

(2) 係争委決定

翁長知事は本件指示を不服とし、同年3月23日に係争委に対し、審査の申出を行った。

係争委は、同年6月20日、「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」とした上、結論としては「以上により、当委員会は、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、上記見解をもって同法第250条の14第2項による委員会の審査の結論とする」という決定を行った⁽⁵⁾。

この決定は、是正の指示の違法性の判断を回避したという点で同項の審査の結論としては異例である。しかし、沖縄県はもともと国に対して協議を求めていたのであるから、翁長知事としてはこの決定（審査の結果）に不服はなかったので（自治法251条の5第1項1号参照）、自治法251条の5第1項に基づく関与（是正の指示）の取消訴訟を提起しなかったところ、国は同法251条の7第1項に基づき、知事に対して不作為の違法確認訴訟を提起した⁽⁶⁾。

(3) 最高裁判決

前記(2)の不作為の違法確認訴訟につき、福岡高裁那覇支部2016（平成28）年9月16日判決⁽⁷⁾は、仲井真知事のした埋立承認に裁量権の逸脱

(5) 決定書は総務省のホームページに掲載されている。

https://www.soumu.go.jp/main_content/000425425.pdf

(6) 翁長知事は係争委決定に不服がないから是正の指示の取消訴訟を提起しなかったものであり、このような場合に国が不作為の違法確認訴訟を提起できるかどうかについては重大な疑問がある。この点につき、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、198-200頁（2017年）参照。

(7) 民集70巻9号2727頁、訟務月報63巻6号1527頁、判例時報2317号42頁。

濫用はないから違法ではなく、よって翁長知事がした埋立承認取消は違法であるから、埋立承認取消の取消しを求めた国交大臣の本件指示は適法であり、翁長知事が埋立承認取消の取消しをしない不作為は違法であると判示した。

翁長知事の上告に対し、最高裁同年12月20日判決⁽⁸⁾（以下「本判決」という）は、原判決を支持して上告を棄却した。本判決については既に別稿⁽⁹⁾で詳細に検討したので、本稿の目的に関係する範囲で判旨を概観すると次のとおりである。

①「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は、上告人による本件埋立承認取消しは違法となる。」

②「本件埋立承認取消しは、本件埋立承認に違法等がないにもかかわらず、これが違法であるとして取り消したものであるから、公有水面埋立法42条1項及び同条3項において準用する4条1項の適用を誤るものであって、違法であると言わざるを得ず、これは地方自治法245条の7第1項にいう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場合に当たる。・・・したがって、本件指示は適法であり、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す義務を負う。」

以上のように、本判決は、①翁長知事のした埋立承認取消が違法となるのは、埋立承認取消に裁量権の逸脱濫用があつて違法となる場合ではなく、仲井眞知事のした埋立承認（原処分）が違法となる場合であるが、②翁長知事のした埋立承認取消は、仲井眞知事のした埋立承認（原処分）が違法でないのにこれを取り消したものであるから違法であり、よって埋立承認取消の取消しを求める本件指示は適法だから、上告人（翁長知事）は埋立承認取消しを取り消す義務を負うとしている。

翁長知事は本判決に従い、同年12月26日に埋立承認取消しを取り消した。これによって埋立承認の効力が復活し、2017年1月4日に防衛局は

(8) 民集70巻9号2281頁。

(9) 武田真一郎、前掲注6。

工事を再開した。

2 是正の指示の対象

本判決の前記②の判示によると、自治法 251 条の 7 第 1 項に基づき、国交大臣が提起した是正の指示に従わないことの不作為の違法確認訴訟の審理の対象は、「本件指示は適法」であること、つまり是正の指示の適法性であると考えられる。是正の指示が適法であれば、指示に従わないという知事の不作為は違法となる。

同法 251 条の 5 第 1 項に基づく関与取消訴訟についても、取消しの対象となる関与が是正の指示であれば、同様に審理の対象は是正の指示の適法性であると考えられる。この場合は是正の指示が適法であれば、取消請求は棄却されることになる。

そして是正の指示の対象は、「都道府県の法定受託事務の処理」（同法 245 条の 7 第 1 項）であり、本件では翁長知事のした埋立承認取消であることは疑いが無い。

ただし、本判決の前記①は、埋立承認取消が違法となるのは翁長知事のした埋立承認取消（取消処分）に裁量権の逸脱濫用がある場合ではなく、仲井眞知事がした埋立承認（原処分）が違法である場合（つまり埋立承認に裁量権の逸脱濫用がある場合）だとしている。そして本判決は、埋立承認（原処分）の違法性を審理し、裁量権の逸脱濫用はないから適法であるとして、これを取り消した埋立承認取消（取消処分）は違法だと判断した。

しかし、本判決のこの判断には重大な疑問がある。この点も別稿で詳細に検討したのでごく簡単に触れるにとどめるが⁽¹⁰⁾、まず第 1 は行政処分の違法性は各処分ごとに問うのが原則であり、取消処分（承認取消処分）の違法性は取消処分自体の違法性であって原処分の違法性ではないというのが通常理解であること⁽¹¹⁾、第 2 はこれまでの最高裁判例をみても、取消処分（撤回の場合を含む）が争われた事例では原処分ではなく、取消処分の違法性が審理されていることである⁽¹²⁾。

本判決は特に理由を示すことなく通説および最高裁の先例と異なる判断

(10) この点につき、武田真一郎、前掲注 6、184-193 頁参照。

(11) 同、185-188 頁参照。

(12) 同、188-191 頁参照。

をしており⁽¹³⁾、その結果として取消処分における翁長知事の裁量権ではなく、原処分における仲井眞知事の裁量権が尊重されることになった⁽¹⁴⁾。よって、原処分に裁量権の逸脱濫用はないから取消処分は違法であるとされ、是正の指示は適法とされて国に有利な結果となった。仮に従来の最高裁判決のように取消処分の違法性が審理されていれば、専門家による第三者機関の助言を受けて慎重に取消処分を行った翁長知事の裁量権が尊重され、承認取消には裁量権の逸脱濫用があるとはいえず、本件指示は違法だと判断された可能性が高いと思われる⁽¹⁵⁾。

(13) 本件の調査官解説は、脚注の中で「本判決は、行政庁が原処分に違法等があることを理由に職権で取り消す以上は、そのような違法等が客観的に存在することが認められている旨をいうにとどまり、原処分に職権取消しをするに足りる違法等があるとする行政庁の判断について裁量を観念することができるか否かについて特に言及するものではない。」としている。衣斐瑞穂〔本件解説〕最高裁判所判例解説69巻8号2433頁、2457頁。しかし、原処分と取消処分は別個の処分であり、原処分が裁量行為であればその取消処分もまた処分庁の政策的専門的判断を要する裁量行為と考えられるから、取消処分の処分庁に裁量を観念することができるはずである。そして、取消処分の取消訴訟では、取消処分の違法性が審理の対象なのだから、取消処分の処分庁に裁量権の逸脱濫用があるかどうかを審理すべきである。

(14) 稲葉馨「辺野古訴訟裁判における『不当』論・考」行政手続・行政救済法の展開（西埜章先生・中川義朗先生・海老澤俊郎先生喜寿記念）5頁、15-17頁（信山社、2019年）は、前知事も現知事も同一行政庁であるのにあえて区別することに意味があるかなどの観点から、現知事の裁量権の行使を審査すべきだという主張に疑問を呈されている。しかし、機関として同一であっても、知事が代われば政策は大きく異なることがある。前知事が公約に違反して①「国土利用上適正かつ合理的」と判断して埋立承認をしたことが批判され、埋立反対を公約にして当選した新知事が第三者機関を設置して慎重に調査・審議して②「国土利用上適正かつ合理的」とはいえないとして承認取消をした場合、①の判断に裁量権の逸脱濫用がない限り②の判断は違法となると考えるとすれば、②が違法とされる可能性はきわめて高くなり、現知事の取消権は著しく制限される。その結果、民意（選挙結果）を政策に反映させることは困難になる。仮に現知事の承認取消が承認後の後発的理由（県民投票の結果、軟弱地盤の存在など）に基づく「撤回」である場合、原処分の違法性は問題とならないのだから、①の前知事の裁量権の行使も問題にならず、②の現知事の裁量権の行使が審理の対象となり、その裁量判断が裁判所に尊重されることになる。原処分の違法性を審査の対象とすると、このように取消しと撤回で大きな違いが生じることも整合性を欠くのではないだろうか。

もっとも、この点が問題となるのは、本件は取消処分（埋立承認取消）に対して是正の指示がなされたからである。仮に仲井真知事が突然の変節によって埋立承認をしたのではなく、公約に沿って埋立承認の拒否処分をしていれば⁽¹⁶⁾、是正の指示の対象となったのは拒否処分であり、知事とした拒否処分に裁量権の逸脱濫用がなかったかどうか審理されたはずである。この場合は知事の裁量権が尊重され、必ずしも国に有利な結果にはならなかった可能性が高いと考えられる。

このように、本件は取消処分に対して是正の指示がなされたという特殊な事情があったために、審理の対象は取消処分なのか原処分なのかという問題が生じたが、不作為の違法確認訴訟および是正の指示の取消訴訟の対象は是正の指示の適法性であり、是正の指示の対象が行政処分である場合には当該処分の適法性である。

3 是正の指示と裁量

前記2でみたように、是正の指示の対象が行政処分である場合、関与取消訴訟（行政処分を取り消さないことを理由とする不作為の違法確認訴訟も同様である）の審理においては、当該処分の適法性が審理の対象となると考えられる。

そうだとすれば、仮に埋立承認拒否処分に対して是正の指示がなされた場合には当該拒否処分の適法性が審理されることになり、埋立承認とその拒否処分はいずれも行政庁の政策的専門的判断を必要とする裁量行為であ

(15) 4 (1) で後述するように、サンゴ類特別採捕許可の留保に対して農水大臣の是正の指示が行われた事例において、係争委は、第三者機関の助言を受けて許可の申請がなされた場合には当該第三者機関の調査審議の過程に看過し難い過誤や欠落があったことなどによりその助言が不適切であるといえる合理的な理由がない限り、許可の留保は違法となるとして、第三者機関の判断を重視している。

(16) ただし拒否処分をすることが仲井真知事の公約になっていたわけではない。しかし、公水法4条1項1号はその埋立が国土利用上適正かつ合理的であることを埋立承認の要件としており、県民が強く反対している埋立が適正かつ合理的であるとはいえないから、埋立反対を公約にしていたのであれば、同号違反を理由に拒否処分をすべきであったといえる。本件訴訟の審理の対象が通常の見方とは異なって原処分の違法性であるとされ、それが国に有利な判決が出される最大の原因となったことを考えると、仲井真知事の変節は沖縄県民にとってきわめて罪深いことが改めて浮き彫りとなる。

るから、拒否処分に裁量権の逸脱濫用がないかどうかを審理することになる。埋立承認取消処分に対して是正の指示がなされた場合には、埋立承認が裁量行為である以上、埋立承認取消処分も同様に行政庁の政策的専門的判断を要する裁量行為であると解されるから、取消処分に裁量権の逸脱濫用がないかどうかを審理することになる。

このように考えるとすると、是正の指示の対象となった行政処分が非裁量行為（羈束行為）である場合には、当該処分が根拠法規に規定された処分要件に違反している場合に違法となり、その是正を求める是正の指示は適法であることになる。

そして、是正の指示の対象となった行政処分が裁量行為である場合には、当該処分に裁量権の逸脱濫用がある場合に違法となり、その是正を求める是正の指示は適法であることになる。つまり、是正の指示が裁量行為である場合であっても、是正の指示の取消訴訟の審理の対象となるのは当該処分をした自治体（法令上の普通地方公共団体を意味する。以下同じ）の行政庁の裁量権の行使であり、是正の指示をした大臣つまり国の行政庁の裁量権の行使ではないというべきである。

ここで、そもそも是正の指示をした大臣に裁量が認められるのかどうかの問題となる。裁量行為（裁量処分）とは行政庁の政策的専門的判断が必要な行為であり、裁判所よりも行政庁の方が適切に判断できるはずだから、裁判所は裁量権の逸脱濫用がある場合に限りて取り消す（違法と判断する）ことができると考えるとすれば、大臣が是正の指示をするかどうか、また、どのような指示をするかという問題には政策的専門的判断が必要であり、裁量行為であるようにも思われる。

是正の指示の根拠規定である自治法245条の7第1項をみると、是正の指示の要件は「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とき、又は著しく適正を欠き、かつ、明らかに公益を害していると認めるとき」は、「違反の是正又は改善のため講ずべき措置に関し、必要な指示をすることができる」と規定されている。

「法令の規定に違反している」かどうかの判断に際しては、法定受託事務の処理が裁量行為である場合には大臣に広い選択の余地があると考えられるし、「著しく適正を欠き、かつ、明らかに公益を害している」かどうかの判断（これらは要件の充足に関する判断である）にはより広い選択の余地があると考えられる。そして、「講ずべき措置」がどのようなもので

あるかの判断（これは効果の選択に関する判断である）についても、大臣にはかなり広い選択の余地があると考えられる⁽¹⁷⁾。

このように是正の指示の要件の充足性および効果の選択のいずれについても大臣には広い選択の余地が認められることから、是正の指示を行う大臣には「関与裁量」が認められるという考え方が提唱されている。代表的な見解によると、大臣の是正の指示のような地方公共団体に対する国の関与裁量は、私人に対する「作用法的裁量」とは異なる「組織法的裁量」であり、両者の違いを意識した上で、その意義と限界を明らかにする必要があるとされている⁽¹⁸⁾。

また、有力な学説は「法定受託事務の処理に対する国の関与にあっては、・・・国の行政機関にある程度の裁量の幅が認められることが多く、係争処理委員会としてもそのような国の行政機関の裁量を尊重すべき場合が少なくないであろう。しかし、いずれにせよ、係争処理委員会は、それが許容された裁量の幅を逸脱するものでないかどうかを含め、当該行為の違法性の有無について審理・判断を行うべきものである」としているが⁽¹⁹⁾、ここにいう「国の行政機関の裁量」も関与裁量と考えられ、「許容された裁量の幅を逸脱するものでないかどうか」の判断には、「その判断が全く事実の基礎を欠き又は社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかである場合に限り・・・違法となる」⁽²⁰⁾というような私人に対する裁量処

(17) 法律が定める処分要件が必ずしも明確でない場合（不確定概念による場合など）、処分庁には要件の充足性について広い選択の余地がある。その充足性の判断の際に処分庁の政策的専門的判断が必要であり、裁量権の逸脱濫用がある場合に限って裁判所は取り消すことができるとすれば、その選択の余地は法的な意味での裁量となる。逆に、処分庁に広い選択の余地があるとしても、処分庁の政策的専門的判断は必要でなく、通常人の経験則または客観的な基準で判断できる場合には、それは裁量ではなくて単なる選択であり、裁判所は判断代置によって全面的に審査することになる。この点につき、武田真一郎「行政法における選択と裁量について」成蹊法学 68・69 号合併号 260 頁（2008 年）参照。

(18) 白藤博行「辺野古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 1 頁、13-14 頁（2016 年）。

(19) 小早川光郎「国地方関係の新たなルールー国の関与と係争処理」西尾勝編・地方分権と地方自治〔新地方自治講座 12〕101 頁、136 頁（ぎょうせい、1998 年）。

(20) マクリーン事件の最判 1978（昭和 53）年 10 月 4 日民集 32 卷 7 号 1223 頁

分の審査基準とは異なる基準が想定されていると思われる。

筆者もまた是正の指示などの関与を行う国の機関には裁量が認められるが、それは関与裁量であって私人に対する裁量処分の審査基準とは異なる基準で違法性を審査する必要があると考えてきた⁽²¹⁾。しかし、そのような関与裁量を認めるとすると、関与裁量は通常の裁量とはどのように異なるのか、その違法性の審査基準はどのように考えるべきなのか、そもそも裁量権の逸脱濫用がある場合に限り違法となるという原則が適用されるのか、適用されるとすると関与を行った国の機関の裁量権が尊重されて関与が適法とされ、自治体の権限が制約されるのではないかなど様々な問題が生じることになる。

したがって、是正の指示などの国の関与そのものは裁量行為ではなく、むしろ非裁量行為であり、関与取消訴訟においては関与の適法性が判断代置によって全面的に審査されると考えるべきであろう⁽²²⁾。

例えば、埋立承認拒否処分に対し、「法定受託事務の処理が法令の規定に違反している」ことを理由として承認すべきであるという是正の指示が行われ、その取消訴訟が提起された場合には、まず承認拒否処分に裁量権の逸脱濫用があつて違法といえるかどうかを審理し、違法といえなければ承認すべきであるとする是正の指示は違法と解されるから、請求を認容して是正の指示を取り消すことになる。

また、承認拒否処分が「著しく適正を欠き、かつ、明らかに公益を害している」ことを理由として承認すべきであるという是正の指示が行われ、その取消訴訟が提起された場合には、同処分が「著しく適正を欠き、かつ、明らかに公益を害している」といえるかどうかを裁判所は判断代置によって全面的に審査し、そのようにいえるときは是正の指示は適法であるから請求を棄却し、そのようにいえないときは是正の指示は違法であるから請求を認容すべきである。

さらに、是正の指示の内容となった「講ずべき措置」（「埋立承認をせよ」など）についても、裁判所は判断代置によりその適法性を審査し、違法と判断した場合には請求を認容して是正の指示を取り消すことができる

は、裁量処分が違法となる場合の基準をこのように判示している。

(21) 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」前掲注4、紙野＝本多編・辺野古訴訟と法治主義128-130頁。

(22) よって、関与裁量に関する前記注21の記述を本稿のとおり改める。

と解すべきである。

このように解することにより、是正の指示（国の関与）における裁量は指示の対象となった「都道府県の法定受託事務の処理」についてのみ認められることになり、それは関与裁量のような特殊な裁量ではなく、通常の裁量と考えられるので、裁量権の逸脱濫用がある場合に限り違法となるという原則が妥当するはずである⁽²³⁾。その結果として、是正の指示をした大臣の「裁量権」ではなく、都道府県知事の裁量権が尊重され、自治体の自主性と国の関与のバランスをとることができると思われる。

是正の指示の要件を定める上記の自治法 245 条の 7 第 1 項の規定は、大臣に広い選択の余地を与えているが、それはあくまでも選択の余地を認めているに過ぎず、必ずしも裁量を認める趣旨と解する必要はないであろう⁽²⁴⁾。

前記の最高裁 2016（平成 28）年 12 月 20 日判決⁽²⁵⁾は、国交大臣のした是正の指示が裁量行為であるかどうかについては言及しておらず、自治法の代表的な解説書にも是正の指示が裁量行為であるという記述は見当たらない⁽²⁶⁾。

以上によると、都道府県の法定受託事務の処理が裁量行為（例えば埋立承認拒否処分や設計概要変更許可処分）である場合において、是正の指示がなされてその取消訴訟が提起されたときは、是正の指示そのものは裁量行為ではないから、裁判所は是正の指示に裁量権の逸脱濫用があるかどうかを審査するのではなく、裁判所は当該法定受託事務の処理に裁量権の逸脱濫用がないかどうかを審理すべきであると解される。

4 是正の指示と今後の課題

本件基地建設と関連する是正の指示については、本稿執筆中の現時点（2020 年 9 月）で 1 件が関与取消訴訟で争われており、さらに国がした設

(23) それは都道府県の法定受託事務が裁量行為の場合である。法定受託事務が非裁量行為である場合には、これも通常の場合と同様に裁判所は判断代置によって違法性を判断できることになる。

(24) この点につき、武田真一郎、前掲注 17 参照。

(25) 前掲、注 8。

(26) 松本英昭・新版逐条地方自治法第 9 次改訂版 1163-1164 頁参照。以下、本書を「松本・逐条地方自治法」という。

計概要変更許可申請を沖縄県が不許可とした場合、国交大臣の是正の指示が行われることが予想される。前記2および3でみた本稿の考え方にに基づき、これらの事例について検討しておきたい。

(1) サンゴ類特別採捕許可の留保

防衛局長は2019年4月26日および同年7月22日に沖縄県漁業調整規則41条1項に基づき、沖縄県知事（以下「知事」という）に対してサンゴ類の特別採捕許可を申請したが、知事は沖縄県（以下「県」という）が定める標準処理機関を経過しても上記各申請について処分をしなかった。農林水産大臣（以下「農水大臣」という）は、2020年2月28日、知事が許可処分をしないことは漁業法65条2項1号および水産資源保護法4条2項1号に違反し、自治法245条の7第1項が規定す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、または著しく適正を欠き、かつ、明らかに公益を害するものと認められるとして、7日以内に許可処分をするように是正の指示（以下4（1）において「本件是正の指示」という）をした⁽²⁷⁾。

知事は本件是正の指示に不服があるとして、同年3月30日に係争委に対し、農水大臣は本件是正の指示を取り消すべきであるとの勧告を求める審査の申出をした（以下4（1）において「本件審査申出」という）。

係争委は、同年6月19日に本件是正の指示は違法でないと認めるという決定を行った。その理由を要約すると次のとおりである。

- ①知事のサンゴ類の特別採捕許可処分は裁量処分と解されるところ、知事の事務処理が裁量権の逸脱濫用に当たる場合に違法となる。裁量の適否は、許可・不許可の処分について検討されるものであるが、不作為の場合であっても、許可すべき場合に判断を示さないときは、相当と認めるべき特段の事情がない限り、裁量権の逸脱濫用に当たる。
- ②本件においては、埋立工事予定区域内に軟弱地盤が存在することから、「設計の概要」に記載がない工事を必要とする場合があり、そのような工事については変更承認を受けて実施する必要があるが、それ以外

(27) 本件において防衛局が審査請求をしなかったのは、不作為に対して審査請求をして認容されても許可がされたことにはならず、執行停止もできないので、農水大臣が端的に許可処分をせよという指示をすることができる是正の指示の方が得策と考えたためだと思われる。

の工事については埋立承認に基づいて工事を実施することができる。よって、設計概要に記載された護岸の造成工事のためにサンゴ類を移植する必要性があったといえる。

③防衛局は、各分野の専門家・有識者から構成される環境監視等委員会（仮称）を設置し、同委員会からの助言を受けて妥当なサンゴ類の移植方法を決定することとしていたのであり、知事もこれを了解していた。このような経緯に照らせば、同委員会の調査審議の過程に看過し難い過誤や欠落があったことなどによりその助言が不適切であるといえる合理的な理由がない限り、知事はその内容に基づいて裁量審査をすることが相当である。本件では同委員会の助言が不適切であったという事情は見当たらないから、サンゴ類の移植方法につき、妥当性を判断することができないとする合理的な理由があるとはいえない。

④本件ではサンゴ採捕の必要性と妥当性が認められるから、本件各申請は「申請内容に、必要性と妥当性が認められること」という基準を満たしており、その他の県が定めた特別採捕許可に関する審査基準もすべて満たしている。

⑤行政庁が裁量基準を定める場合、裁量基準と異なる取り扱いをすることは、特段の事情がない限り裁量権の逸脱濫用に当たり、違法となる。本件申請は県が定める審査基準をすべて満たしているにもかかわらず、県が定めた標準処理期間（45日間）を経過したのに知事が許否の判断を示さなかったことを相当と認めるべき特段の事情は見当たらないから、本件各申請について許可処分をしなかった知事の事務処理には裁量権の逸脱濫用があり、違法であったと認められる。

⑥以上によれば、本件各申請について許可処分をするように指示した本件是正の指示は、自治法 245 条の 7 第 1 項の要件を満たすといえる。

本決定の②については、設計概要の変更許可を必要とする部分の工事とそれ以外の部分の工事は本件基地建設のための一体的なものであり、変更許可を得られないために本件基地建設が中止されればそれ以外の部分の工事も不要となるのだから、それ以外の部分のサンゴ採捕も不要となる。よって、設計概要の変更許可がなされるまでは許可を留保するとした知事の判断（法定受託事務の処理）に裁量権の逸脱濫用があるとした結論には疑問が残る。

しかし、本決定の①が是正の指示の対象は知事の法定受託事務の処理としてのサンゴ類特別採捕許可であり、当該事務処理が裁量処分である場合には、当該処分に裁量権の逸脱濫用がある場合に違法となるとしたことは正当と考えられる。これによると、裁量処分に対する是正の指示がなされた場合には、知事がした裁量処分（例えば埋立承認拒否処分や設計概要の変更不許可処分）に裁量権の逸脱濫用がある場合に限って違法となり、是正の指示が適法であることになって、知事の裁量権が尊重されることになる。

また、本決定の③によると、知事がした処分が各分野の専門家・有識者によって構成される第三者機関の助言を受けてなされた場合には、当該第三者機関の調査審議の過程に看過し難い過誤や欠落があったことなどによりその助言が不適切であるといえる合理的な理由がない限り、知事はその内容に基づいて裁量審査をすることが相当であることになる⁽²⁸⁾。

これによると、知事が第三者機関の助言を受けて行った裁量処分（例えば埋立承認拒否処分や設計概要の変更不許可処分）については、当該第三者機関の調査審議の過程に看過し難い過誤や欠落があったことなどによりその助言が不適切であるといえる合理的な理由がない限り、適法であることになろう。それにもかかわらず当該処分に対して是正の指示がなされた場合には、是正の指示は違法となるはずである。

知事は本決定を不服として、2020年7月22日に本件是正の指示の取消訴訟を提起した。この取消訴訟では、是正の指示そのものに裁量権の逸脱濫用があるかどうかではなく、知事が許可を留保したという不作為に裁量権の逸脱濫用があるかどうかが審理されるはずである。

(2) 設計概要変更許可申請

防衛局は、2020年4月21日に公水法13条の2第1項に基づき、本件埋立工事の工法の変更が必要であるとして、知事に対して設計概要の変更許可申請⁽²⁹⁾（以下(2)では「本件変更申請」という）を行った。申請書

(28) 少なくとも国の機関が第三者機関の助言を受けることを了承していたときは、そのように解されるはずである。ただし、許可申請をした国の機関とそれを審査した自治体の機関がいずれも第三者機関を設置して助言を受けた場合には、いずれの第三者機関の判断が優先するのかという問題が生じる。

(29) 申請書の正式な名称は「普天間飛行場代替施設建設事業に係る埋立地用途

辺野古埋立承認と是正の指示について

は同年9月8日から28日まで一般の縦覧に供されており、沖縄県のホームページでも公開されているが⁽³⁰⁾、その分量は膨大であり、内容もきわめて専門的なので、筆者を含む一般市民がその内容を正確に理解することは困難である。

しかし、新聞報道によると辺野古の大浦湾には海底90mに達する軟弱地盤が存在しており、地盤の補強には7万7000本の杭の打設が必要であること、日本には海底90mの地盤を補強できる作業船はないこと（沖縄タイムス社説、2019年2月10日）、県の試算によると工事費は2兆4000億円に達すること（日本経済新聞、2019年2月2日）が問題とされている。また、土木の専門家による分かりやすい解説が行われており⁽³¹⁾、それによると、今回の申請には軟弱地盤の実態や地盤改良工事の具体的な内容の記載がないこと、このままではケーソン護岸は崩壊するという専門家の指摘があること、「先行盛土」の上にケーソン護岸を設置するという工法は不可能であること、工期短縮のために環境への影響を無視しており、「環境への影響は変更前と同じかそれ以下」ということはあり得ないことなどが指摘されている。

防衛局がした本件変更申請にはこのような問題点がある。筆者がここで申請の当否を判断することはもとより不可能であるが、これから予想される国および沖縄県がとりうる法的措置とそこでの問題点について概観することにしたい。

玉城知事は本件基地建設反対を公約として当選したこと、2019年2月24日に行われた県民投票でも本件基地建設のための埋立に反対する意見が投票総数の72%、43万票に達したことによれば、知事は本件変更申請を不許可とするか留保する可能性が高いと考えられる。以下、不許可とすることを想定して考えてみると、知事の不許可処分に対して国交大臣は許可すべきであるとする是正の指示を行うことが予想される。

知事がした埋立承認の取消（撤回を含む。以下同じ）に対して、防衛局

変更・設計概要変更承認申請書」である。

(30) URLは次のとおりである。

<https://www.pref.okinawa.jp/site/doboku/kaibo/kanri/event/6jyuran.html>

(31) 北上田毅「【解説】 辺野古・変更申請書の内容と問題点」は一般市民にも分かりやすくまとめられている。

https://all-okinawa.jp/wp-content/uploads/2020/09/opinion_9.4.pdf

は行審法に基づいて国交大臣に審査請求を行い、国交大臣のいわば身内の判断で防衛局は取消処分³²の執行停止決定を受けて早々に工事を再開したが、今回は審査請求をすることはないと考えられる。埋立承認の取消処分の執行停止決定を受け、さらに取消裁決を得れば埋立承認の効力が復活し、工事を再開することができるが、拒否処分に対しては執行停止をすることができないし、取消裁決を得ても許可処分がなされたことにはならず、早々に工事を再開することはできないからである。よって、端的に許可をするべきであるという判断を受けるためには、むしろ是正の指示を選択するはずである。この点は(1)でみたサンゴ類特別採捕許可についても同様であるが、国が自治法による関与制度(是正の指示を含む)と行審法による審査請求制度のうち、より有利な方を使い分けることには、国と地方は対等であるという観点からみて疑問がある。この点については、本稿の最後に5で検討することにしたい。

知事の不許可処分に対して許可すべきであるとする国交大臣の是正の指示がなされた場合には、知事は係争委に対して審査の申出をするはずである。係争委は、大臣のした是正の指示に裁量権の逸脱濫用があるかどうかではなく、知事のした不許可処分に裁量権の逸脱濫用があり、違法であるかどうかを審査する。

その際に、知事が専門家によって構成される第三者機関の助言を受けて不許可処分をした場合には、当該第三者機関の調査審議の過程に看過し難い過誤や欠落があったことなどによりその助言が不適切であるといえる合理的な理由がない限り、不許可処分は適法であることになると考えられる⁽³²⁾。それにもかかわらず当該処分に対して是正の指示がなされた場合には、是正の指示は違法となる。逆に、当該第三者機関の助言が不適切であるといえる合理的な理由があれば不許可処分は違法であり、これに対する是正の指示は適法となると解される。

本件変更申請が公水法に適合しており、沖縄県が定める処分基準をすべて満たしているにもかかわらず、知事が標準処理期間(原則は44日であるが、告示・縦覧期間、関係機関の意見聴取期間等を加えると163日~223日が目安となる)を超えて本件変更申請を留保した場合には、知事

(32) 前記(1)でみた係争委2020年6月19日決定の③はこのような考え方をとっている。

が許可の判断を示さなかったことを相当と認めるべき特段の事情がなければ知事の不作为は違法となつてこれに対する是正の指示は適法となり、そのような特段の事情があれば知事の不作为は違法でないことになつてこれに対する是正の指示は違法となると解される。

知事が係争委の決定を不服として是正の指示の取消訴訟を提起した場合にも、裁判所の審理のあり方は上記と同様であり、知事のした本件変更申請の不許可処分（または申請留保の不作为）に裁量権の逸脱濫用がないかどうかを審査すべきである。

5 是正の指示と審査請求

本件基地建設をめぐる国と沖縄県との紛争において、国は自治法による是正の指示（国の関与制度）と行審法による審査請求のうち、国にとって有利な方を使い分けている。本稿の最後に、このような使い分けが制度的に想定されているかどうかを明らかにするため、両者の関係について検討しておきたい。

(1) 審査請求がなされた事例

本件基地建設に関連して防衛局が審査請求を行った事例は次の3件である。

ア 岩礁破碎許可に基づく工事中止指示

水産資源保護法4条1項は、「農林水産大臣又は都道府県知事は、水産資源の保護培養のために必要があると認めるときは、特定の種類の水産動物・・・・の採捕を目的として営む漁業・・・・を禁止し、又はこれらの漁業について、農林水産省令若しくは規則で定めるところにより、農林水産大臣若しくは都道府県知事の許可を受けなければならないとすることができる。」と規定し、同条2項は、「農林水産大臣又は都道府県知事は・・・・次に掲げる事項に関して、農林水産省令又は規則を定めることができる。」と規定し、同項五号は「水産動植物の保護培養に必要な物の採取又は除去に関する制限又は禁止」と規定している。

同条2項の委任を受けて沖縄県漁業調整規則（以下「本件規則」という）が制定されており、本件規則39条1項は、「漁業権の設定されている漁場内において岩礁を破碎し、又は土砂若しくは岩石を採取しようとする者は、知事の許可を受けなければならない。」と規定している。

2013年12月27日に仲井眞弘多元知事は、選挙公約に違反して本件基地建設のための国による埋立承認申請を承認した。防衛局は海底のボーリング調査のために本件規則39条1項に基づく岩礁破碎許可を申請したが、同知事は2014年8月28日に岩礁破碎許可処分を行った。その後、2014年11月16日の選挙で本件基地建設に反対することを公約とする翁長雄志前知事が当選し、仲井眞元知事による埋立承認に疑義があると考えていた翁長知事は、2015年3月23日、岩礁破碎状況の調査のために同許可処分の附款に基づいて工事の中止を指示（以下「中止指示」という）した。

この中止指示に対し、防衛局長は行審法に基づいて農水大臣に審査請求を行うとともに、執行停止申立てをしたところ、農水大臣は同年3月30日に執行停止を決定した。この審査請求（執行停止申立てを含む。以下同じ）が、本件基地建設をめぐる国と沖縄県の間で続けられることになる法的争訟の発端である。

県は上記の農水大臣の執行停止決定に不服があったが、工事状況の調査が後日に行われたため、特段の法的措置はとらなかった⁽³³⁾。その後、2017年3月31日に岩礁破碎許可期間が満了したが、国は名護漁協の漁業権の一部放棄により岩礁破碎許可は不要となったとして、許可を受けずに工事を続行した。

県は、漁業権の一部放棄がなされても漁業権の変更免許がされるまでは岩礁破碎許可が必要であるとして、同年7月24日、国に対して岩礁破碎差止訴訟を提起し、併せて工事の停止を求める仮処分を申し立てた。

那覇地裁は、2018（平成30）年3月13日、最高裁2002（平成14）年7月9日判決（宝塚パチンコ事件）に従い、行政上の義務の履行を求める民事訴訟は法律上の争訟にあたらないとして、差止の訴えと仮処分申立てをいずれも却下した⁽³⁴⁾。

福岡高裁那覇支部は、2018（平成30）年12月5日、控訴を棄却した⁽³⁵⁾。県は上告したが、後に取り下げたため、本判決は確定した。

本判決が引用する最高裁2002年7月9日判決には疑問があり⁽³⁶⁾、よっ

(33) 紙野健二「辺野古訴訟の経過と意義」、前掲注4、紙野＝本多編・辺野古訴訟と法治主義10頁。

(34) 判例時報2383号3頁。

(35) 判例時報2420号53頁。

(36) 例えば、建築基準法9条1項により違反建築物の除却命令が出されたが当

て本判決にも疑問が残る。この点はさておき、知事の中止指示に対して防衛局が審査請求を行い、農水大臣が執行停止を決定すると、県には執行停止決定を争う途がないことになる⁽³⁷⁾。つまり、知事には岩礁破碎許可制度によって県内の水産資源を保護する権限と責任があるが、農水大臣の執行停止決定によって権限の行使を停止され、責任を果たすことができなくなったのである。

イ 埋立承認取消

前記1(1)でみたように、翁長知事は、第三者委員会を設置して仲井真知事のした埋立承認の適法性を検証したが、同委員会は埋立承認には法的瑕疵があるという報告を行ったため⁽³⁸⁾、2015年10月13日、埋立承認を取り消した(1(1)と同様に「承認取消」という)。

防衛局長は承認取消を不服として、行審法に基づき、国交大臣に対して審査請求および執行停止の申立てをしたところ、国交大臣は同年10月27日に承認取消の効力を停止する執行停止決定を行い、これによって工事は再開された。

翁長知事は、国交大臣の執行停止決定は違法な国の関与に当たるとして、同年11月2日、自治法250条の13第1項に基づき係争委に対して審査の申出を行った。係争委は、同年12月28日、執行停止決定は審査の申出の対象となる国の関与に当たらず、翁長知事による審査の申出は不適法であるとして却下した⁽³⁹⁾。

該建築物に人が立て籠もって抵抗している場合、人の退去は代替的作為義務ではないので特定行政庁は代執行ができないが、民事訴訟によって明渡しや除却義務の履行も請求できないことになり、著しく不合理である。

(37) 執行停止決定の取消訴訟を提起することも考えられる。実際に県は承認取消処分を取り消した裁決の取消訴訟を提起している。なお、最判昭和49年5月30日(民集28巻4号594頁)は、国民健康保険の保険者(市)は、自己のした保険給付に関する処分を取消した国民健康保険審査会の裁決に対して取消訴訟を提起する原告適格を有しないとした。

(38) 正式な名称は「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手続に関する第三者委員会」である。同委員会の報告は沖縄県のホームページで公開されている。

<http://www.pref.okinawa.jp/site/chijiko/henoko/documents/houkokusyo.pdf>

(39) 決定書は総務省のホームページで公開されている。

https://www.soumu.go.jp/main_content/000392769.pdf

その理由は、「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とすると、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。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とはできない」としている。

つまり、防衛局は一般私人と同様の立場にあるという国交大臣の判断が「一見明白に不合理」であるとはいえないことが、防衛局は行審法を利用できる根拠となっており、本決定は、後記(3)の①から⑤(国は行審法を利用できないとする理由)および⑥から⑧(国は行審法を利用できるとする理由)のいずれともまったく異なる理由で行審法の利用を認めている。

翁長知事は、係争委の却下決定を不服として、2016年2月1日、同法251条の5第1項に基づいて執行停止決定の取消訴訟(関与取消訴訟)を提起した。

他方で国は、行審法に基づく審査請求および執行停止申立てと並行して自治法245条の8に基づいて翁長知事の承認取消を取り消すための代執行の手続を開始し、2015年10月28日に承認取消の取消しを勧告(同条1項)、同年11月9日に承認取消の取消しを指示(同条2項)、同年11月17日に承認取消の取消しを命ずる旨の判決を求める訴え(代執行訴訟)を提起した(同条3項)⁽⁴⁰⁾。

ところが、上記の代執行訴訟および関与取消訴訟が係属していた福岡高裁那覇支部は国と沖縄県に対して和解を勧告し、2016年3月4日、両者の間で和解が成立した⁽⁴¹⁾。その内容は、前記1(1)でみたように、国と沖縄県は係属している争訟をすべて取り下げ、国は工事を中止し、今後は

(40) 審査請求の裁判庁としての立場にある国交大臣が同時に代執行訴訟を提起することの問題点については、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」、前掲注4、紙野=本多編・辺野古訴訟と法治主義87頁以下を参照。

(41) この和解については、本多滝夫「和解と国地方係争処理委員会決定の意義」、前掲注4、紙野=本多編・辺野古訴訟と法治主義19頁以下を参照。

国交大臣の是正の指示（知事に対して承認取消の取消しを求める）に基づいて本件を解決するというものであった。

ただし、結果的に最高裁は是正の指示を適法とし、知事が承認取消を取り消さないことは違法であると判断したため、翁長知事は埋立承認取消を取り消して工事は再開されることになる。是正の指示に移行した後の経緯は、前記1（2）および（3）でみたとおりである。

ウ 埋立承認撤回

2018年8月に翁長知事は逝去し、知事の職務代行者は同月31日に埋立承認を撤回した⁽⁴²⁾。撤回の理由は、①「国土利用上適正且合理的ナルコト」（公水法4条1項1号）の要件を充足していないこと、②埋立承認に付された留意事項1（工事の実施設計について事前に県と協議を行うこと）に違反していること、③「災害防止ニ付十分配慮」（同法4条1項2号）の要件を充足していないこと、④「環境保全ニ付十分配慮セラレタルモノナルコト」（同法4条1項2号）の要件を充足していないことである⁽⁴³⁾。

この撤回に対し、防衛局は再び行審法に基づいて国交大臣に審査請求（および執行停止申立）をしたところ、国交大臣は同年10月30日に執行停止を決定し、翌11月1日に工事は再開された。

知事は、同月29日、執行停止決定は違法な関与であるとして係争委に取消しを求める審査の申出をしたが、2019年2月19日、係争委は執行停止決定は審査の申出の対象となる国の関与に該当しないとして、審査の申出を却下する決定をした⁽⁴⁴⁾。

その理由を要約すると、①私人に対する埋立免許と国に対する埋立承認はいずれも埋立権限を付与するものであり、国の機関（防衛局）が一般私人の立ちえないような立場に立つことを示すとは解されない、②知事の監

(42) 法令上は「取消し」であり、防衛局に通知した文書名も「公有水面埋立承認取消通知書」であるが、将来に向かって効力を停止することを目的とするので、本稿では「撤回」という。

(43) 県による撤回（取消処分）の通知書は沖縄県のホームページに掲載されている。

<https://www.pref.okinawa.lg.jp/site/chijiko/henoko/documents/180831torikeshitsuuchisho.pdf>

(44) 決定書は総務省のホームページで公開されている。

https://www.soumu.go.jp/main_content/000601070.pdf

督権の行使が国には適用されないこと、国は知事の竣工認可を受けずに埋立地の所有権を取得することなどの差異は、埋立権限の付与について国と私人は同様に扱われているという①の結論を左右しない、③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ものであり、同様に①の結論を左右しない、④よって国の機関（防衛局）は審査請求および執行停止決定をすることができるから、本件執行停止決定はその成立に瑕疵があるとはいえない、よって、審査の申出の対象となる国の関与には当たらないので⁽⁴⁵⁾申出を却下するというものである。

知事は決定を不服として、福岡高裁那覇支部に執行停止決定の取消しを求める訴え（関与取消訴訟）を提起したが、同裁判所は同年10月23日に執行停止決定は国の関与に当たらないとして訴えを却下し⁽⁴⁶⁾、最高裁は2020年3月26日に上告を棄却した⁽⁴⁷⁾。

その結論は、「埋立の事業については、国の機関と国以外の者のいずれについても、都道府県知事の処分（埋立承認又は埋立免許）を受けて初めて当該事業を適法に実施し得る地位を得ることができるものとされ、かつ、当該処分を受けるための規律が実質的に異ならないのであるから、処分の名称や当該事業の実施の過程等における規律に差異があることを考慮しても、国の機関が一般私人が立ちえないような立場において埋立承認の相手方となるものとはいえない」というものである。このように本判決は、埋立免許と埋立承認はいずれも埋立事業を実施する地位を付与するという点で共通していることを重視しており、上記の係争委決定と同様の考え方をとっている。

国交大臣による執行停止決定の結果として、埋立工事は撤回後約2か月停止しただけで現在も継続されている。

(2) 是正の指示がなされた事例

本件基地建設に関連して法律を所管する大臣が行った是正の指示は、本稿の前記1でみたように、①国交大臣が翁長知事に対し、2016年3月16日に承認取消しを取り消すように是正の指示を行った事例（裁判所の和解

(45) 自治法245条3号は、審査請求その他の不服申立てに対する裁決、決定を国の関与から除外している。

(46) 判例時報2443号3頁、判例地方自治462号24頁。

(47) 裁判所時報1745号9頁、判例地方自治462号16頁。

勧告により、審査請求を取り下げて是正の指示を行った事例である)、および本稿の前記 4 (1) でみたように、②農水大臣が玉城知事に対し、2020 年 2 月 28 日に知事がサンゴ採捕特別許可処分をするように是正の指示を行った事例の 2 件である。

(3) 審査請求の問題点

前記 (1) でみたように、係争委と最高裁は防衛局（国）による審査請求の利用を容認したものの、本件で国が私人と同じ立場で行審法の審査請求を利用できるとすることには多くの批判がなされている。これらの批判を踏まえて考えてみると、国による審査請求の利用には次の三つの重大な問題点があるのではないだろうか。

第 1 は、行審法は「国民が簡易迅速かつ公正な手続の下で広く行政庁に対する不服申立てをすることができるための制度を定めることにより、国民の権利利益の救済を図る・・・ことを目的とする」(1 条) と定めているのだから、国民ではなく国の機関である沖縄防衛局（以下「防衛局」という）が国民を保護するための手続である行審法の審査請求を利用することはできないのではないかという問題である。

また、行審法 7 条 2 項は、「国の機関又は地方公共団体・・・若しくはその機関に対する処分で、これらの機関又は団体がその固有の資格において当該処分の相手方となるもの及びその不作為については、この法律の規定は、適用しない。」と規定している。国の機関または地方公共団体の機関が固有の資格で処分を受けたのであれば、これらの機関は私人ではないから行審法を利用できないことになり、行審法 1 条と 7 条 2 項は表裏の関係にある。

防衛局が固有の資格で埋立承認やその取消処分を受けたかどうかについては、多くの解釈論が展開されている。行審法 7 条 2 項の「固有の資格」の一般的な解釈は、「一般私人ではなく国の機関または地方公共団体もしくはその機関であるからこそ立ちうる特有の立場を意味する」⁽⁴⁸⁾とされているが、本件でも防衛局は「その機関であるからこそ立ちうる特有の立場」で埋立承認とその取消処分および中止命令を受けたのであり、防衛局は私人ではないという多数の指摘がある。

(48) 宇賀克也・行政不服審査法の逐条解説 51 頁（有斐閣、2015 年）。

例えば、①公水法は私人による埋立を許可する場合には「埋立免許」を付与し（2条1項）、国による埋立を許可する場合には「埋立承認」をする（42条1項）ものとして両者を区別していること⁽⁴⁹⁾、②同法は私人の埋立については免許の取消し、条件の変更、原状回復命令などの監督処分（32、33条）、埋立権の譲渡制限（16～21条）、免許の失効とこれに伴う原状回復義務（34、35条）などの規定を設けているが、国の埋立についてはこれらの規定を適用していないこと（42条3項）⁽⁵⁰⁾、③公水法は私人の埋立については竣工認可を受けることを必要とし、これによって埋立地の所有権を取得するものとしているが（22、24条）、国の埋立については竣工認可を必要とせず、国から知事への竣工通知によって埋立地の所有権を取得するものとしていること（42条2項）⁽⁵¹⁾、④米軍基地建設のための埋立を私人がすることはできず、国の機関のみができること、⑤本件埋立対象海域はいわゆる日米地位協定に基づいて設定された「米軍への提供水域」であり、当該水域での埋立申請および埋立工事は国のみができること⁽⁵²⁾、などである。

ところが、前記（1）イ、ウでみたように、係争委と最高裁は、⑥私人に対する埋立免許と国に対する埋立承認はいずれも埋立権限を付与するものであり、国の機関（防衛局）が一般私人の立ちえないような立場に立つことを示すとは解されない、⑦知事の監督権の行使が国には適用されないこと、国は知事の竣工認可を受けずに埋立地の所有権を取得することなど埋立事業を実施する過程の規律の差異は⑥の結論を左右しない、⑧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ものであり、同様に⑥の結論を左右しないとして、本件における防衛局は固有の資格で埋立承認等

(49) この区別は単なる用語の違いではなく、私人による埋立は私的利益の実現を目的とするから知事は監督の立場に立つが、国による埋立は公益の実現を目的としており、国と県は互いに協力すべき立場にあることを前提とする区別と解される。埋立をなし得る地位を付与するという点で両者は共通するとしても、その地位を付与する意味は大きく異なっており、その結果として実際に埋立事業を規律する仕組みにも大きな違いがある。

(50) これらの点を含めて埋立免許と埋立承認の違いについては、徳田博人「『固有の資格』と不服申立て」前掲注4、紙野＝本多編・辺野古訴訟と法治主義45頁、50-57頁参照。

(51) 同前。

(52) 同、47-50頁参照。

の処分を受けたものではないとした。

このようにみると、第1の点については、上記の①から⑤を重視すれば防衛局は固有の資格であることになるが、⑥から⑧を重視すれば防衛局は固有の資格でないことになり、結局、第1の点は必ずしも決め手にならないようにも思われる。そうだとすると、国による行審法の利用の可否を考える上では、第1の点とは異なる観点が必要であろう。次の第2および第3の問題点は、第1の点とは異なる観点からの批判である。

第2の点は、仮に防衛局が行審法の審査請求を利用することができるすると、国の機関である防衛局がした審査請求を同じ国の機関である大臣(国交大臣または農水大臣)が審査することになり、いわば身内の判断となって著しく不公正ではないかということである⁽⁵³⁾。さらに、処分庁(知事)が審査庁(大臣)のした裁決や執行停止決定を争う手続は規定されていないため、知事は大臣の裁決および決定を争えないという点においてもいっそう不公正である⁽⁵⁴⁾。

防衛局が行審法を利用できるとすると、「国と県の対立を基本的な構図とするこの紛争において、国の機関である国土交通大臣が判断を下すという紛争『解決』手続が用意されたことになる。『いわば身内に判断させる』このやり方が『公正で客観的な審査はとうてい期待できない』と批判されたことは、些かも不思議ではない⁽⁵⁵⁾という批判には、第2の点が指摘する問題点が端的に表れている。本件のように国と県の対立を基本的な構図とする紛争においては、国の機関である大臣が判断を下すのでは公正で客観的な審査はとうてい期待できないことが、国は行審法を利用できない最大の理由といえよう。

(53) 紙野健二「辺野古訴訟の経過と意義」前掲注4、紙野=本多編・辺野古訴訟と法治主義10頁(日本評論社、2016年)もこの点を指摘する。

(54) 通常理解では処分の根拠法規が処分庁を保護しているとは解されず、処分庁が裁決の取消しを求める法律上の利益を有するとはいえないから、処分庁が裁決や執行停止決定の取消訴訟を提起することはできないであろう。

(55) 角松生史「法的紛争解決手続の交錯と限界－辺野古埋立承認取消処分をめぐる国・自治体間争訟」法律時報89巻6号59頁以下、59頁(2017年)。上記引用部分は、紙野健二・前掲注4、13頁および片山善博「辺野古審査請求から見えてくる国のモラルハザード」世界876号60頁以下、61頁(2015年)を引用している。なお、角松生史「『固有の資格』と『対等性』」法律時報87巻12号39頁(2015年)も有益である。

第3の点は、自治法は国と自治体が対等であることを前提として、是正の指示などの国の関与の手續とこれに対する争訟手續（係争委への審査の申出とその後の関与取消訴訟等の訴訟手續）を規定しているのだから、国が知事の埋立承認取消や中止命令を違法と考えるのであれば、行審法の審査請求ではなく、自治法の国の関与の手續によって解決すべきではないかということである。

自治法は第2の点が指摘するような不公正な結果を回避するために、国と自治体の紛争を解決するために国の関与制度を規定しているのであり、本件のような国と県との対立を基本的な構図とする紛争については、是正の指示などの国の関与制度によって解決するのが原則だと解すべきである。本件のような国と県の紛争については自治法の国の関与制度で解決することがいわば本則なのであり、2016年3月4日に成立した和解において、福岡高裁那覇支部が審査請求を取り下げて是正の指示によって解決することを勧告したのも、それが本則だからであると思われる。

以上のように考えると、行審法と自治法の関係はきわめて明確になる。行審法は、行政権の違法不当な行使に対し、簡易迅速な手續によって「国民の権利利益の救済を図る」ことを目的としている（1条）のであり⁽⁵⁶⁾、国や自治体が行審法を利用できるのは、簡易迅速な手續によって「国や自治体の権利利益の救済を図る」必要がある場合である。そのような場合とは、国や自治体が必要許可や建築確認を申請するなどきわめて例外的な事例に限られるはずである⁽⁵⁷⁾。

特に、自治法255条の2が法定受託事務について法律を所管する大臣に審査請求をすることを認めたのは、「本条において、審査請求の制度を存置した趣旨は、・・・私人の権利利益の救済を図ることを重視するとともに

(56) 白藤博行、前掲注38、99頁も行審法の本来の目的は私人としての国民の権利利益を救済することであるとしている。

(57) 逆に国と自治体が私人として行審法を利用できる例外的な場合であれば、行審法や取消訴訟によって紛争を解決するのが原則であるから、国の関与制度による必要はないことになる。だからこそ自治法245条3号は審査請求その他の不服申立てに対する裁決、決定を国の関与から除外したのであろう。同号は、本件のように簡易迅速な手續によって国の機関の権利利益を救済する必要があるといえる例外的な場合でないにもかかわらず、国の機関（防衛局）が「私人になりすまして」審査請求をすることをまったく想定していなかったと思われる。

に従来の取り扱いとの継続性を確保することにも配慮して、引き続き処分庁以外の行政庁に対し、『審査請求』を認めることにしたものである。⁽⁵⁸⁾とされている。よって、防衛局が国交大臣に審査請求ができるのは「私人の権利利益の救済を図ることを重視する」必要があるといえる場合に限られる。

本件は、そもそも簡易迅速な手続によって防衛局の権利利益の救済を図る必要がある場合ではないし、まして防衛局の権利利益の救済を図ることを重視する必要がある場合に該当するとはとうていいいえないであろう。

このように、行審法は簡易迅速な手続によって国民の権利利益の救済を図ることを目的として審査請求制度を規定しているのであり、自治法は国と自治体の間の紛争を公正に解決するために国の関与制度を規定している。よって、国が行審法を利用できるのは、簡易迅速な手続によって国の権利利益を救済する必要があるといえる例外的な場合に限られる。係争委や最高裁がいうように、私人に対する埋立免許と国に対する埋立承認はいずれも埋立権限を付与するという点で共通しているとしても、簡易迅速な手続によって国の権利利益を救済する必要性が、自治法の国の関与制度によって国と自治体の紛争を公正に解決する必要性を上回るといえるような例外的な場合でない限り、国の機関である防衛局による行審法の利用は認められないというべきである⁽⁵⁹⁾。

本件は国の関与制度によって解決すべきであるのに、国は有利な結果を得るために強引に行審法を利用し、係争委と最高裁も上記のような両制度の趣旨・目的を看過してこれを容認したため、本来は明快な問題が複雑化しているのである。

さらに、翁長知事の埋立承認取消に対して国交大臣が是正の指示をした際に、最高裁は明確な理由を示すことなく、翁長知事の取消処分ではなく仲井眞知事の埋立承認処分に裁量権の逸脱濫用がないかを審査したため、仲井眞知事の裁量権が尊重されて国に有利な判断が示された。原処分と取消処分は別個の処分だから取消処分の違法性（具体的には翁長知事の取消

(58) 前掲注 26、松本・逐条地方自治法、1521 頁。

(59) 前記 5 (1) アでみた岩礁破碎許可については、国の申請と私人の申請との間に法令上何らの区別がなされていないが、国の申請は埋立承認に基づいていることを考慮すると、簡易迅速な手続によって国の権利利益を救済する必要がある場合とはいえないと解される。

処分)に裁量権の逸脱濫用があるかということである)を審査すべきだというのが通常理解であり、従来の最高裁判例の考え方でもあるのだから、取消処分に対する是正の指示がなされてその取消訴訟(または不作為の違法確認訴訟)が提起された場合に、取消処分の違法性を審査すべきだということも、本来は明快な問題である。ここでも最高裁が通常理解や従来の最高裁判例を看過したため、問題が複雑化しているのである⁽⁶⁰⁾。

おわりに

以上の本稿の検討を踏まえ、今後の具体的な問題を想定して審査請求と是正の指示の関係を整理すると、次のようにいえるはずである。これらの指摘をもって本稿の結論としたい。

- ①国の機関(本件では防衛局)が行審法を利用できるのは、簡易迅速な手続によって国の権利利益の救済を図る必要があるといえる例外的な場合に限られる。
- ②本件基地建設のための埋立承認をめぐる国と沖縄県の紛争は、私人と自治体の紛争ではなく、国と自治体の紛争であり、簡易迅速な手続によって国の権利利益の救済を図る必要がある例外的な場合に当たるとはとうていいえないから、自治法が定める是正の指示など国の関与制度によって解決するのが本則である。
- ③是正の指示に対して審査の申出がなされ、さらに取消訴訟(または不作為の違法確認訴訟)が提起された場合、審査の対象となるのは、是正の指示の対象となった知事の行為であり、それが裁量処分である場合は知事の判断に裁量権の逸脱濫用があるかどうかである。是正の指示をした大臣に裁量が認められるわけではない。
- ④仮に知事が設計概要変更申請を不許可とした場合、国交大臣の是正の指示によって解決すべきである。係争委の審査および是正の指示の取消訴訟では、知事のした不許可処分に裁量権の逸脱濫用があるかどうかを審査すべきである。知事が第三者機関の助言を受けて拒否処分をした場合には、当該第三者機関の調査審議の過程に看過し難い過誤や欠落があったことなどによりその助言が不適切であるといえる合理的な理由が

(60) 辺野古の埋立工事が継続しているのは、係争委と最高裁が上記のようなきわめて基本的な点を看過したからであり、そのようなことがなければ辺野古の埋立工事は停止していたものと思われる。

ある場合に限り、拒否処分には裁量権の逸脱濫用があると解される。

⑤仮に知事が県民投票の結果および軟弱地盤の存在を理由として埋立承認を再撤回した場合、防衛局は審査請求および執行停止申立てはできず、国交大臣の是正の指示によって解決すべきである。係争委の審査および是正の指示の取消訴訟では、知事のした取消処分（撤回）に裁量権の逸脱濫用があるかどうかを審査すべきである。知事が第三者機関の助言を受けて撤回をした場合には、当該第三者機関の調査審議の過程に看過し難い過誤や欠落があったことなどによりその助言が不適切であるといえる合理的な理由がある場合に限り、撤回には裁量権の逸脱濫用があると解される。