

〔論 説〕

辺野古埋立の設計概要変更不承認について

武 田 真一郎

はじめに

沖縄県では辺野古新基地建設のための埋立工事が進められているが、2020年の4月21日に国（沖縄防衛局）は公有水面埋立法（以下「公水法」という）42条3項によって準用される同法13条の2に基づき、沖縄県知事（以下「知事」という）に対して設計概要の変更（以下「設計変更」という）を申請した。知事は「正当の事由」（13条の2第1項）があると認めるときに承認することになるが、1年半以上の審査の後、2021年11月25日に同法42条3項に基づいて申請を不承認とする処分（以下「不承認」という）を行った。

国が設計変更を申請した主な理由は、埋立予定区域の東側（大浦湾側）に水深90mに及ぶきわめて軟弱な地盤（以下「軟弱地盤」という）⁽¹⁾が存在することが判明したため、当初の埋立承認の際に願書に記載した設計概要（2条2項4号）に基づく工事が不可能となったことである。今日までに水深70mを超える海底の地盤を補強して埋立工事を行った事例は世界中に存在しないといわれており、設計変更が必要となったのは当然のことと思われる。

公水法13条の2は、知事が設計変更を承認（許可）する際の要件とし

(1) 新聞報道等によると、「マヨネーズ状」の軟弱地盤と言われている。朝日新聞社 AERA dot. 2018.4.4、琉球新報 2021年11月26日社説等参照。これは大浦湾の海底が軟弱とされる砂質土および粘性土で形成されているためである。

て、4条1項（および2項）が定める埋立承認（埋立免許）の要件を準用しているため、設計変更を承認する際には当初の埋立承認と同じ基準が適用されることになる。よって、同項1号の「その埋立が国土利用上適正かつ合理的であること」（以下「適正かつ合理的要件」という）および同項2号の「その埋立が環境保全と災害防止につき十分配慮されていること」（以下「環境・防災要件」という）という要件を始めとして、当初の埋立承認の際とほぼ同じ審査を行い得ることになる⁽²⁾。

しかも、設計変更を承認するかどうかは現知事（玉城デニー知事）が判断するのだから、承認または不承認は現知事の裁量権の行使であり、不承認に裁量権の逸脱濫用がある場合でなければ裁判所は違法と判断することはできない（行政事件訴訟法30条参照。以下同法を「行訴法」という）。この点は、仲井真元知事のした埋立承認の取消・撤回が争われたこれまでの争訟とは大きく異なっている。もっとも、元知事が承認をした以上、同じ県の機関である現知事が設計変更を承認しないことには信義則上問題が生じる可能性もあるので、知事の裁量権の行使には一定の制約が生じると考えられる（後記5（4）参照）。

辺野古新基地建設をめぐる法的な争訟は国と地方公共団体（沖縄県）の関係について様々な問題点を提起しているが、上記のような論点は基本的に本件の不承認をめぐる初めて生じるものである。本稿ではこれらの点を中心として、設計変更の不承認について検討することにした。

1 設計概要の変更

始めに本件における設計概要の変更（設計変更）の内容を概観する。設計変更の内容は防衛省が提出した「普天間飛行場代替施設建設事業公有水面埋立変更承認申請書」に記載されており、本文19頁と添付図書206頁によって構成されている。申請書と添付図書はすべて沖縄県のホームページで公開されている⁽³⁾。また、防衛省のホームページには申請書の内容

(2) 今後国と沖縄県の間で想定される法的争訟では、実質的に仲井真元知事が行った埋立承認がそもそも公水法に適合していたかどうか再び問われることになるといえよう。仲井真元知事の埋立承認が選挙公約つまり沖縄県民の民意に違反していたことも改めて想起する必要がある。

(3) URLは次の通りである。

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

を要約した「普天間飛行場代替施設建設事業 公有水面埋立変更承認申請の概要」(以下「申請の概要」という)が掲載されている⁽⁴⁾。申請の概要は次の通りきわめて簡略なものである。

(1) 地盤改良工事の追加に伴い、大浦湾側の護岸や埋立地の設計等を変更

(2) 地盤改良工事の追加を踏まえ、より合理的な設計・施工計画に見直し(辺野古地区地先(作業ヤード)の埋立てを取りやめ等)

(3) 工期を変更後の計画に基づく工事に着手してから工事完了までに9年3ヵ月とし、埋立に関する工事に要する費用を約7,200億円(※)とした

(4) 環境への影響について、計画変更に伴う環境影響の予測を改めて実施し、予測結果が現行の環境保全図書と同程度又はそれ以下であったことから、現行の環境保全措置等と同等の内容を実施

(5) 埋立土砂等の種類に、公共残土やリサイクル材等を追加するとともに、海砂を用いないこととした

(※) なお、環境保全措置等、飛行場施設整備及びキャンプ・シュワブ再編成工事に要する経費を加えた昨年12月に公表した総経費の見積り(約9,300億円)については変更なし。

概要とはいえ、きわめて簡略な記述のため、具体的な内容を知ることはできない。そこで、新聞報道や市民団体の資料⁽⁵⁾を参照すると、次のような内容であり、また次のような問題点があると考えられる。

(1) は、大浦湾側では水深90mに及ぶ軟弱地盤の存在が明らかとなったため、地盤を改良するとともに、護岸や埋立地の設計変更が必要になったということである。

(2) は、上記(1)の地盤改良工事のために設計・施行計画を見直すと

(4) URLは次の通りである。

<https://www.mod.go.jp/rdb/okinawa/07oshirase/chotatsu/henkousyouninshinsei/henkousyouninshinseigaiyo.pdf>

(5) 本稿1および2の記述は、沖縄平和市民連絡会の北上田毅氏による「辺野古・設計変更不承認とこれからの課題」(2022年1月)を参考とした。申請書そのものは土木工学の知識がないと正確な理解は困難である。

いうことである。申請の概要には具体的な工事方法が記載されていないが、埋立工事をして滑走路を建設するためには前例のない大規模な海底の地盤の補強が必要となる。それは、大浦湾側の海底の地形は急深であり埋立区域の水深は70mから90mに達していること、しかも海底の地盤は軟弱な砂質土および粘性土によって形成されていることによる。国は、海底に砂を圧入して砂杭を造成するサンドコンパクションパイル工法（SCP工法）によって地盤を改良するとしているが⁽⁶⁾、この工法は水深70mまでしか実績がなく、日本には対応できる作業船が1隻しかないという。最も深い軟弱地盤とされるB27地点（文末の参考図参照）の水深は90mであるが、国はこの地点のボーリング調査をしておらず、地盤の強度を推定しているに過ぎないため、上記のように70mまでしか実績のないSCP工法によって十分な補強が可能かどうかは不明である。

(3)については、本来の工期は設計変更が承認された後11～15年かかるとされていたが、官邸主導により9年3か月となったと報道されている（読売新聞2020年1月24日）。今後、国と沖縄県の間では法的争訟の提起が予想されるが、設計変更が承認されるのは不承認を違法とする裁判が確定した後であるから、工事完成までには相当な期間を要することになる。設計変更後の総工費は9300億円とされているが、沖縄県の試算によると2兆6500億円である。

(4)は、設計変更後も環境への影響は変更前と同じかそれ以下であるとしている。しかし、地盤改良のためには7万本以上の杭の打設が必要とされており⁽⁷⁾、さらに前記のSCP工法により海底が14m程度盛り上がるという指摘があることによると、環境への影響についてはさらに検討が必要と思われる。

(5)については、海砂を使用しない代わりに先の大戦の激戦地となった沖縄本島南部の戦没者の遺骨が混入した土砂を使用することが計画されており、県の内外で強い反発が生じている。

(6) 砂杭を造成するというのは専門家によると海底で砂を突き固めて盛土をするということであり、盛土は地上でも崩壊することがあるのだから素人目にも強度が心配である。

(7) 毎日新聞と朝日新聞の2019年2月21日版は7万7000本の杭を打設しているとしている。

2 不承認処分とその理由

前記のように、知事は2021年11月25日に設計変更を不承認とした。処分書は2頁、別紙の処分理由は12頁であるが、これらは沖縄県のホームページで公開されている⁽⁸⁾。処分理由には公水法に基づくものとそれを具体化した沖縄県の審査事項（以下「審査基準」という）に基づくものがあるが、基本的には、①変更承認申請に「正当の事由」（公水法13条の2第1項）があると認められないこと、②「埋立の必要性」について合理性があると認められないこと、③適正かつ合理的要件（4条1項1号）を充足しないこと、④環境・防災要件（4条1項2号）を充足しないことの4点である。

①は公水法13条の2第1項が定める設計変更を承認すべき正当の事由がないということであり、設計変更に至ったことはやむを得ないと認められるが、そもそも埋立の必要性があるとはいえず、「其ノ埋立ガ環境保全及災害防止ニ十分配慮」されている（環境・防災要件に適合している）ともいえないから、正当の事由がないとされている。

②は、埋立の必要性に関する県の4つの審査基準に適合しないということである。それらは、ア)埋立ての動機となった土地利用が埋立によらなければ充足されないか、イ)埋立ての動機となった土地利用に当該公有水面を廃止するに足る価値があると認められるか、ウ)埋立地の土地利用開始予定時期からみて、今埋立てを開始しなければならないか、エ)埋立をしようとする場所が、埋立地の用途に照らして適切な場所と云えるか、という4点である。

ア)、イ)、ウ)については、地盤の安定性が十分に検討されていないことなどから土地利用に不確実性が生じており、普天間飛行場の危険性の早期除去につながらないこと、エ)については、集落の上空を避けたことなどには一定の合理性があるが、軟弱地盤による災害の防止について十分な検討がなされていないことから、いずれも審査基準に適合しないとされた。

③は、設計変更を承認する要件として公水法4条1項1号（適正かつ合

(8) URLは次の通りである。

<https://www.pref.okinawa.jp/site/chijiko/henoko/documents/211125tuutisy o.pdf>

理的要件)が準用されているが(13条の2)、同号に適合しないということである。同号に基づく県の審査基準は「埋立ての規模及び位置が、適正かつ合理的か」というものであるが、軟弱地盤が確認されたのに災害防止に十分配慮した検討が実施されていないことから、この基準に適合しないとされた。④は、設計変更を承認する要件として準用される公水法4条1項2号(環境・防災要件)に適合しないということであり、県の審査基準は次の4項目である。要約すると、ア)護岸、その他の工作物の施工において、生活環境、水質、水産物、植生・動物、自然景観、文化財天然記念物等への悪影響その他環境保全に十分配慮した対策(護岸等の構造の選定、工事工法の選定、資材等の運搬の手段及び経路)がとられているか、イ)埋立土砂等の採取・運搬及び投入において、生活環境、水質、水産生物等、植生・動物、自然景観、文化財天然記念物等への影響その他環境保全に十分配慮した対策(埋立法、作業機器、埋立土等の運搬の手段及び経路の選定、土取場跡地の保全など)がとられているか、ウ)埋立地の護岸の構造が海岸護岸築造基準に適合し、災害防止に十分配慮されているか、エ)埋立区域の場所、埋立土砂の種類、海底地盤又は埋立地の地盤改良等の工事方法の選定等に関して、埋立地をその用途に従って利用するのに適した地盤となるよう災害防止につき十分配慮しているか、というものである。

ア)については、ジュゴンに対する影響、SCP工法により海底の土砂が14m程度盛り上がることへの影響への対応が不十分であること、イ)については、同様にジュゴンに対する影響への対応が不十分であること、ウ)については、粘性土と砂質土により改良を要する地盤が広範囲に広がっていること、それにもかかわらずB-27地点(文末の参考図参照)の力学的試験(ボーリング調査)が行われていないこと、エ)については、地盤の最深部が位置するB-27地点において力学的試験を行わず、約150m離れたS-3地点、約300m離れたS-20地点、約750m離れたB-58地点も調査結果から類推しており、地点周辺の性状等を適切に考慮しているとはいえないこと、地盤の強度・状況は護岸毎に異なるのに一律と推定しており、施行時の地盤の安定性が確保されていないこと、SCP工法は水深70mまでしか実績がないから水深90mに達する地点(B-27地点など)では20mの未改良部分が残ることから、いずれも審査基準に適合しないとしている。

以上の不承認処分とその理由から明らかになることは、①大浦湾側には水深90mに及ぶ軟弱地盤が存在するが、水深90m地点のボーリング調査は行われておらず、地盤の強度は不明であること、②地盤改良工事はSCP工法によるとされているが、同工法は水深70mまでしか実績がなく、水深90m地点では20mの未改良部分が残るなど同工法で改良が可能かどうかは明らかでないこと、③大規模な地盤改良工事により7万本を超える杭が打設されるが、国は環境への影響は設計変更前と変わらないと評価し、総工費も沖縄県の試算では2兆6500億円であるのに対して9300億円にとどまるとしていること、④新基地の完成までには不承認を違法とする判決が確定してから9年3か月を要することになり、普天間基地の危険性が除去されるのはかなり先になることである。

前記のように公水法は設計変更の要件として4条1項を準用しているが、上記①から④のいずれの点から見ても、本件の設計変更申請が同項1号（適切かつ合理的要件）および2号（環境・防災要件）に適合しているといえるかどうかには疑問が残ると思われる。

なお、知事の不承認の理由には含まれていないが、2019年2月24日に沖縄県で行われた辺野古埋立の賛否を問う県民投票では反対票が投票総数の72.15%に達し、県民の明確な反対の意思が示された。県民の72.15%が反対している埋立が「国土利用上適正かつ合理的」とはとうてい言いえないから、この点も4条1項1号違反の重要な根拠となると解される。

また、前記のように埋立のために戦没者の遺骨が混入している本島南部の土砂を使用することが計画されており、県の内外で強い疑問の声が上がっている。この点も同号違反の重要な根拠の一つであると解される。

知事が上記の2点を不承認の理由としなかったことには新聞等でも疑問が示されているが、5(3)で後述するように、今後の不承認をめぐる法的争訟の中で上記2点を不承認の理由として追加することは可能であろう。

3 不承認処分と関与法定主義

知事のした設計変更の不承認に対し、沖縄防衛局（以下「防衛局」という）は既に国土交通大臣（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）に基づいて不承認の取消しを求める審査請求をしており、今後はさらに様々な法的争訟が提起されることは確実である。本稿では次の4で想定される争訟について具体的な検討を行うが、そ

の前提としてそもそも本件の不承認を含む辺野古埋立をめぐる国と沖縄県の紛争がどのような原則に基づいて解決されるべきであるかを改めて確認しておきたい。

ここにいる原則は、本件の紛争の性質をどのように理解するかによって異なる。つまり、①設計変更（および埋立承認）を申請した私人としての国と処分庁である県知事（あるいは沖縄県）との紛争だと理解すれば、国は私人と同じ地位に立って行審法の審査請求や取消訴訟を利用することができることになる。

これに対して、②固有の資格としての国（私人ではないということである）と地方公共団体である沖縄県との紛争だと理解すれば、行審法7条2項により、固有の資格としての国が相手方となった処分については同法は適用されないため、国は少なくとも同法の審査請求は利用できないことになる⁽⁹⁾。

そして②の場合には、本件の紛争は私人としての国と処分庁である知事との間の紛争ではなく、「国又は公共団体の機関相互間における権限の存否又はその行使に関する紛争」（行訴法6条）として、特別の法律に基づいて争うことが原則となる（42条）。

この場合の特別の法律は、地方自治法（以下「自治法」ということがある）である。同法は、国と地方公共団体は対等であることを前提として、国の地方公共団体に対する関与は法律に基づかなければならないとする関与法定主義（245条の2）を定めているので、国は同法が規定する関与手続によって沖縄県に関与しなければならず（例えば245条の7第1項の是正の指示）、また同法が規定する争訟手続に基づいて両者の紛争を解決しなければならない（例えば250条の13の審査の申出や251条の5第1項の是正の指示の取消訴訟）。

別稿で再三指摘したように⁽¹⁰⁾、仮に①であるとすると国（防衛局）は国（国交大臣）に対して審査請求ができることになり、国の機関（防衛局）の審査請求を国の機関（国交大臣）が認容することは明らかだから、

(9) 行政事件訴訟法には同趣旨の規定がないので、固有の資格としての国は取消訴訟を提起できると解する余地がある。取消訴訟であれば第三者機関である裁判所が審査するので国による地方自治の侵害という問題は生じない。本稿ではこの点には立ち入らない。

(10) 後掲注(13)参照。

著しく不公正である。知事が国交大臣の認容裁決の取消訴訟（抗告訴訟）を提起することは少なくとも現状では認められておらず⁽¹¹⁾、裁決は国の関与から除外されているため（自治法 245 条 3 号）、知事は認容裁決に対して国地方係争処理委員会（以下「係争委」という）への審査の申出（250 条の 13）や関与取消訴訟（251 条の 5 第 1 項）を提起することもできないので、知事としては認容裁決を争う方法がなく、この点から見てもますます不公正である。

そこで①ではなく、②の考え方によって本件を解決することが必要である。ところが、最高裁 2020（令 2）年 3 月 26 日判決（民集 74 卷 3 号 515 頁）は①の考え方に立つことを明らかにした。同判決は、知事が埋立承認を取り消したところ防衛局が国交大臣に審査請求および執行停止申立てをし、同大臣が執行停止を認容する決定をした上、審査請求を認容して裁決で埋立承認取消しを取り消したことにつき、知事が係争委への審査の申出を経て、裁決の取消しを求める関与取消訴訟を提起した事例である⁽¹²⁾。別稿で検討したように⁽¹³⁾、同判決は要するに、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事業を実施し得る地位を付与するとい

- (11) 最高裁 1974（昭 49）年 5 月 30 日（民集 28 卷 4 号 594 頁）判決のほか、福岡高裁那覇支部 2021（令 3）年 12 月 15 日判決は、知事の埋立承認取消処分を取り消した国交大臣の裁決に対して知事が取消訴訟（抗告訴訟）を提起した訴えにつき、不適法として訴えを却下した。
- (12) 本件では、防衛局が審査請求をすることができるすると、国交大臣の裁決（および執行停止決定）は適法であることになり、国の関与から除外されるから（自治法 245 条 3 号）、関与取消訴訟は不適法であることになる。原判決である福岡高裁那覇支部 2021（令元）年 10 月 23 日判決（民集 74 卷 3 号 515 頁に掲載）はこのように解して訴えを却下し、最高裁は上告を棄却した。
- (13) 武田真一郎「辺野古埋立承認と是正の指示について」成蹊法学 93 号 7 頁、29 頁（2021 年）。なお、筆者は同稿 21 頁他において設計変更の「承認」を「許可」と表記しましたが、「承認」と改めます。また、29 頁 9 行目から 12 行目を次のように改めます。「知事は決定を不服として、2019（平 31）年 3 月 22 日に福岡高裁那覇支部に執行停止決定の取消訴訟（関与取消訴訟）を提起したが、国交大臣が同年 4 月 5 日に埋立承認の撤回を取り消す裁決を行ったため、同年 4 月 22 日に上記訴えを取り下げ、同年 7 月 17 日に同裁決の取消訴訟（関与取消訴訟）を提起したが、同裁判所は同年 10 月 23 日に裁決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（令 2）年 3 月 26 日に上告を棄却した⁽⁴⁷⁾。」いずれもお詫びして訂正いたします。

う点で共通しているから、国は固有の資格で埋立承認の相手方になるとはいえないとして、防衛局による審査請求を認めている⁽¹⁴⁾。

なるほど埋立免許と埋立承認は埋立権限を付与するという点では共通している。しかし、次に見るようにこれ以外の点で両者は大きく異なっており、両者の相違点は上記の共通点よりもより重要な意味を持つと解される。したがって、上記の点のみをとらえて埋立承認を受けた国の地位が埋立免許を受けた私人の地位と同一であると解することには重大な疑問がある。その理由については別稿で検討したが⁽¹⁵⁾、改めて敷衍して要約すると次の通りである。

ア 防衛局が国交大臣に審査請求できるとすると、国の機関の審査請求を国の機関が審理することになり、身内の判断となるばかりか、現状では知事が認容裁決（および執行停止決定）を争う手続が存在しないため、著しく不公正である。

イ 行審法は「簡易迅速かつ公正な手続」によって「国民の権利利益の救済を図る」ことを目的としているが（1条1項）、本件（設計変更の不承認だけでなく、埋立承認およびその取消しに関する国と沖縄県の紛争についても同様である）は国民（私人）と行政庁との紛争ではなく、国と地方公共団体の紛争であり、行審法によって国の権利利益を簡易迅速に救済すべき場合に当たらない。

ウ 公水法は私人の埋立には埋立免許を付与し、国の埋立には埋立承認をするものとしており、埋立承認は形式的には国のみが固有の資格で受ける処分である。

エ 上記ウの形式的な意味だけでなく、公水法は私人の埋立については免許取消や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、また、私人の埋立については竣工認可を受けるものとし、これによって埋立地の所有権を取得するとしているが、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としていること（42条2項）から、実質的にも埋立免許と埋立承認を区別している。

(14) 本件訴訟に前置された係争委2019（平31）年2月9日決定も同趣旨の判断をしている。前掲注（13）28-29頁参照。

(15) 前掲注（13）30-31、35-36頁参照。

オ 上記ウ、エで見たように、公水法は埋立免許（および設計変更の許可）と埋立承認（および設計変更の承認）を区別しているが、それは両者の性質が根本的に異なるからである。埋立免許については、営利事業を目的とする私人と公益の実現を目的とする県の立場が相反することがあり得るから、知事は公益の代表者として権力的に埋立免許の可否を決定して埋立権限を付与する必要がある。よって、埋立免許は私人の権利義務を形成しまたは確定する性質を有する典型的な処分である。これに対して埋立承認については、国と県は共に公益を実現する立場にあり、協力して埋立事業を進めるべきだから、知事は国と協議して埋立承認が国と県の公益に適合していることを確認して承認の可否を判断する必要がある。よって埋立承認は私人の権利義務を形成しまたは確定する性質を有する処分というよりは、むしろ行政機関相互の内部的な承認行為と解される（ただし周辺の漁業者など第三者の権利利益を侵害する場合には、第三者との関係では処分に当たると解すべきである）。本件のように国と県の利害が相反する事態になった場合には⁽¹⁶⁾、埋立承認は内部的行為なのだから機関争訟として法律の定める手続によって解決すべきである。

カ 上記オの法律の定める手続は地方自治法が定める国の関与と争訟手続であり、それは具体的には後述のように是正の指示、係争委に対する審査申出および是正の指示の取消訴訟である。このように理解することは後記キの国と地方は対等であるという原則および関与法定主義に適合する。

キ 現行地方自治法のもっとも重要な基本原則は国と地方公共団体は対等だということであり、この原則を実現するために関与法定主義（245条の2）が明記されたのだから、本件のような国と沖縄県（地方公共団体）の紛争は同法が定める関与手続と争訟手続によって解決するべきである。本件において国に審査請求の利用を認めることは、前記アで見たように一方的に国に有利となり、また、地方自治法が認めていない手続（審査請求）による関与を事実上認めることになり、上記の地方自治法のもっとも

(16) それは仲井眞元知事が選挙公約に違反して民意に反する埋立承認をしたことに起因する。本来は、国は埋立の必要性について県民の理解（合意）を得て、知事は県民の理解に基づいて埋立承認をすべきであり、理解を得られない場合は適正かつ合理的要件（公水法4条1項1号）に適合しないと解されるから不承認とするべきである。本件でもこのような当然の措置がとられていけば、紛争が複雑化することはなかったはずである。

重要な基本原則および関与法定主義を没却することになって著しく失当である。

ク 地方自治法 245 条 3 項が国の関与から審査請求の裁決（裁定的関与）を除外したのは、国の審査庁がした裁決を国の関与と認めて地方公共団体の行政庁（原処分の処分庁）に審査の申出や関与取消訴訟などの争訟を認めると、時間がかかることによって国民を簡易迅速に救済するという行審法の目的に反するからである⁽¹⁷⁾。しかし、本件において国は行審法の審査請求を利用できないと解したとしても、前記イで見たように本件はそもそも国を簡易迅速に救済すべき場合に当たらないから、国民を簡易迅速に救済するという行審法の目的および同項が裁決を関与から除外した趣旨に反することにはならない⁽¹⁸⁾。

以上の検討によると、埋立権限を付与する点で埋立免許と埋立承認は共通しているという前記最高裁 2020（令 2）年 3 月 26 日判決の判旨は一種の形式論に過ぎず、むしろ上記アからクの諸点の方が地方自治法の根幹にかかわるといえる点ではるかに重要である。よって、別稿でも検討したように⁽¹⁹⁾、本件は地方自治法に基づいて解決するのが本則であると解すべきである⁽²⁰⁾。本稿はこのような考え方を前提とする⁽²¹⁾。

4 国の対応

設計変更の不承認に対して国がとる法的措置としては、次の 3 つが想定される。前記 3 で見たように本稿は地方自治法による解決が本則であり、

(17) 松本英昭・逐条地方自治法〔第 9 次改訂版〕1135-1136 頁（2017 年）参照。

(18) 実際にはむしろ同項が裁決（裁定的関与）を国の関与から除外したことにより、本件や埋立承認取消しがなされた事例で審査請求による不公正な判断（国の身内の判断）が行われ、知事には争う方法がないという問題が発生している。ただし、これは国が本則である地方自治法の関与（是正の指示など）をすることによって解決できる問題であり、自治法はこの点を考慮して裁決を国の関与から除外したとも解される。

(19) 前掲注 (13) 33、35 頁参照。

(20) よって行審法による解決は反則と解すべきである。

(21) 本稿ないし筆者の立場はこれまでの国の対応および判決等に批判的であるが、辺野古新基地建設に対して地方自治法および関与法定主義に基づいて公正な判断が行われ、沖縄県民の多くが納得するのであれば、必ずしも新基地建設に反対するわけではない。

具体的には(3)の是正の指示によるべきだと考えるが、国は既に(1)の審査請求をしている。以下、順に検討する。

(1) 審査請求

知事がした設計変更の不承認に対し、2021年12月7日、沖縄防衛局(国)は行審法に基づいて国交大臣(国)に不承認の取消しを求める審査請求を行った。なお、国交大臣は処分庁または上級庁ではないため、原処分を変更して承認することはできないので、防衛局長は承認すべきことを求める審査請求をすることはできない(行審法46条1項)。前記3で検討したように、本稿は国は審査請求をすることはできないと考えるが、現実には審査請求が行われたことを前提として本件の審査請求(以下「本件審査請求」という)について検討する。

まず、本件審査請求は、これまでの埋立承認取消(撤回)、サンゴ移植許可取消などの処分に対する審査請求⁽²²⁾とは大きく異なる点がある。それは、これまでの審査請求は取消処分(撤回を含む)に対して行われたため、防衛局が執行停止の申立てをして国交大臣が認容し、執行停止決定がなされると埋立承認やサンゴ移植許可などの原処分の効力が復活し、国は直ちに埋立工事や移植作業を再開することができたが、今回は取消処分ではなく、不承認処分が対象となっているため、不承認に対する執行停止をしても承認されたことにはならず、国は直ちに設計変更の承認を前提とした埋立工事を行うことができるわけではないことである。ただし、国は設計変更を要しない部分の工事を行うことは可能であるとして、埋立工事は停止することなく続けられている。

不承認に限らず、一般に拒否処分の執行停止をしても許可処分等がなされたことにはならないから、執行停止の申立てをすることはできない(申

(22) これまでに防衛局は、知事の処分に対して4件の審査請求(執行停止申立て)を行っている。それらの処分は、①翁長前知事による岩礁破碎許可に基づく工事中止指示(2015年3月23日)、②翁長前知事による埋立承認取消(2015年10月13日)、③玉城知事(の職務代行者)による埋立承認撤回(2018年8月31日)、④玉城知事によるサンゴ採捕特別許可取消(2021年7月30日)に対するものである(審査庁は②と③が国交大臣、①と④は農水大臣である)。いずれも執行停止申立てが認容され、埋立工事または採捕作業が直ちに再開された。このうち①から③については前掲注(13)24-29頁参照。

立の利益がない)と解されるが、本件では執行停止申立ては行われていない。

本件審査請求は審理中であり、本稿執筆中の2022年3月の時点で裁決は出されていないが、国交大臣が審査請求を棄却するはずはないから、不承認を取り消す認容裁決が出されるのは時間の問題である。それでは認容裁決が出された場合、その裁決にはどのような効力が生じるのだろうか。

認容裁決によって不承認が取り消されたとしても、設計変更が承認されたことにならないのは明らかである。ただし、裁決の拘束力によって関係行政庁は拘束され(行審法52条1項)、申請を棄却した処分が裁決で取り消された場合には、処分庁は、裁決の趣旨に従い、改めて申請に対する処分をしなければならない(2項)。

これらの規定によると、国交大臣が設計変更申請は公水法に適合しているとして裁決で不承認を取り消した場合には、知事は、①裁決に従い、設計変更を承認する、②当初の不承認とは異なる理由で再度不承認とする、③裁決の無効等を主張して何もしない、のうちいずれかの対応をとることになると解される。

①については、前記2で見たように本件の設計変更には水深90mに及ぶ軟弱地盤の改良方法が説得的に示されているとはいえないこと(SCP工法は水深70mまでしか実績がなく、そもそもSCP工法で改良可能なのかも不明なこと)、環境保全と災害の防止に配慮されているとはいえないこと(上記の軟弱地盤の問題のほか、7万本以上の杭を打設するのに環境への影響は設計変更前と変わらないとしていること)から、知事が裁決の趣旨に従って承認する可能性は低いと思われる。

②については、知事が異なる理由を提示して再度不承認とすることは可能であろうが(県民投票の結果、戦没者の遺骨が混入した土砂の使用のほか、軟弱地盤の改良については新たな技術的な問題の発生が予想される)、防衛局は再度審査請求を行い、国交大臣は再度認容することは明らかなので、根本的な解決にならないと思われる。不承認が繰り返される過程で、国交大臣は(2)の代執行や(3)の是正の指示に移行する可能性もある。

③については、知事は、国は本件で審査請求をすることができないから、防衛局長の審査請求および国交大臣の裁決は無権限の行為であるなどの理由により、無効の主張をすることは可能だと思われる。この主張は前記最高裁2020(令2)年3月26日判決に反することになるが、知事が何

もしない以上、国としては代執行または是正の指示をする以外に知事に承認を強制する手続はないはずである。

上記①から③の他に、知事が裁決の取消訴訟（抗告訴訟）を提起する、逆に国が不承認の取消訴訟（同）を提起することも考えられる。前者は現時点では不適法とされているのであまり得策ではないと思われる。行訴法には行審法7条2項に相当する規定がないので後者の訴訟は可能と解されるが、国は是正の指示をすることができるのに取消訴訟で争う訴えの利益があるのが問題となり得るし、時間がかかるので国が取消訴訟を選択する可能性は低いと思われる。

このように見ると、国は今回も常套手段である審査請求をしてみたものの身内の判断で「簡易迅速に」に自らを救済し、知事に承認させることはできず、執行停止によって直ちに承認の効果を得ることもできないので、あまり得策ではなかったことになる。結局、上記③で見たように知事は裁決に対して何らの措置をとらず、国は次の代執行または是正の指示をすることになる可能性が高いのではないだろうか。

(2) 代執行

代執行は、各大臣が、その所管する法律に基づく都道府県知事の法定受託事務の管理もしくは執行が違法であり、または管理もしくは執行を怠るものがある場合に、当該事項を行うことを命ずる高等裁判所の判決を得た上で、当該都道府県知事に代わって当該事項を自ら行うことができるという制度である（自治法245条の8第1項～11項）。

代執行は地方自治法の関与の一方式として規定されているから、関与法定主義には適合しており、前記(1)の審査請求のように反則ではなく、むしろ本則による解決方法といえる。しかし、裁判所の判決を得るとはいえ、大臣が都道府県知事に代わって権限を行使するのだから、地方自治に対する侵害の程度が著しく大きいことは明らかである。地方自治法は、国の関与は「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」(245条の3第1項)として、比例原則に服することを明記している⁽²³⁾。

(23) 前掲注(17)1168頁は、同項および245条の8の規定は、少なくとも各大臣等の一方的な意思による恣意的な代執行の発動を防止し、地方公共団体の自主性および自立性が侵害されることのないように配慮したものであるとし

代執行には特に比例原則が強く働くと解されるので⁽²⁴⁾、本件のように特に緊急性があるとはいえない事例で代執行をすることには重大な疑問がある。

代執行の手続は地方自治法 245 条の 8 に規定されており、①各大臣は、代執行以外の方法によってその是正を図ることが困難であり、かつ、それを放置することにより著しく公益を害することが明らかであるときに、当該都道府県知事に対して当該違反を是正し、または当該管理もしくは執行を改めることを勧告することができる（1 項）、②各大臣は、都道府県知事が上記①の勧告に係る事項を行わないときは期限を定めて当該事項を行うべきことを指示することができる（2 項）、③各大臣は、都道府県知事が期限まで当該事項を行わないときは、高等裁判所に対し、当該事項を行うべきことを命ずる旨の裁判を請求することができる（3 項）、④高等裁判所は、上記③の請求に理由があると認めるときは、期限を定めて当該事項を行うべきことを命ずる裁判をしなければならない（6 項）、⑤各大臣は、都道府県知事が上記④の裁判に従って期限までに当該事項を行わないときは、都道府県知事に代わって当該事項を行うことができる（8 項）、とされている。

本件については、地方公共団体（沖縄県）との協議（245 条 2 号）や次に見る是正の指示（245 条の 7）によって是正を図ることが可能であり、不承認を放置することが著しく公益を害することが明らかであるともいえないから、そもそも上記①の「代執行以外の方法によってその是正を図ることが困難であり、かつ、それを放置することにより著しく公益を害することが明らかであるとき」という要件を満たしていないと解される⁽²⁵⁾。

なお、仲井眞元知事による埋立承認を翁長前知事が取り消した際に、国交大臣は取消しの取消しを代執行するための手続を開始して福岡高裁那覇

ている。

(24) 自治法 245 条の 3 第 2 項は、自治事務について国はできる限り代執行を要することのないようにしなければならないと明記している。本件の設計変更の承認のような法定受託事務についても、代執行には強い比例原則が働くと解される。

(25) この要件を満たすのは、都道府県知事が法定受託事務としての道路管理や河川管理を怠ることにより、道路崩落や堤防決壊の危険性が放置され、現に人命が危機に瀕しているような場合を意味するのではないだろうか。

支部に上記③の訴えを提起したが、同裁判所は国と沖縄県に和解を勧告し、2016年3月4日に和解が成立して国は上記の訴えを取り下げ、その後は国交大臣が是正の指示をして解決することとなった⁽²⁶⁾。裁判所も代執行に対しては慎重であり、むしろ次の是正の指示によって解決することが望ましいと考えていたと思われる。

(3) 是正の指示

地方自治法245条の7第1項は、各大臣は、その所管する法律に係る都道府県の法定受託事務の処理が法令に違反していると認めるとき、また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、当該都道府県に対し、違反の是正または改善の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ものと規定している。

是正の指示は、国の関与のうち公権力の行使に当たるものに該当するので、普通地方公共団体の長その他の執行機関は、是正の指示に不服があるときは係争委に審査の申出をすることができ(250条の13第1項)、さらに係争委の審査の結果または勧告に不服があるときは、是正の指示の取消訴訟を提起することができる(251条の5第1項)。

係争委に対する審査の申出を経て取消訴訟を提起できるので、是正の指示により、審査請求による国の身内の判断よりははるかに公正な審査が行われることになる。国交大臣が都道府県知事による設計変更の不承認や埋立承認の取消しなどの法定受託事務の処理が違法だと考えるときは、是正の指示をすることが本則だと考えられる。前記のように各大臣は違反の是正の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ので、本件において国交大臣は不承認の取消しだけでなく、承認すべきことを指示することも可能である。

前記のように、本件では国交大臣が不承認を取り消す裁決を行ってもあまり効果的でなく、代執行の要件も満たさないと考えられるので、同大臣

(26) この和解の内容は、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(埋立承認取消しに対して国交大臣がした執行停止決定の取消訴訟)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し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った。この点につき、前掲注(13)9頁、前掲注(17)1173頁参照。

は結局、是正の指示をすることになると予想される。

本件の是正の指示についてまず問題となるのは、国交大臣が不承認を取り消す裁決をした場合に、知事が裁決の拘束力により（行審法52条1項、2項）、裁決の趣旨に従って審査をやり直し、承認をしないことを理由として是正の指示をすることができるかどうかということである。形式的にはそのような理由が成立するとも解されるが、そのように解するとすれば知事は裁決と是正の指示によって二重の制約を受けることになり、国と地方は対等であるという地方自治法の基本原則が没却されることになる。

このような事態を回避するためには、是正の指示の対象となるのはあくまでも法定受託事務の処理としての不承認自体の違法性であり、裁決に対する措置の違法性ではないと解すべきである。なお、国は審査請求と是正の指示の両方を二重に行うことはできないという見解があり⁽²⁷⁾、この見解によれば国交大臣が是正の指示をするためには裁決の前に防衛局長に審査請求の取り下げを求める必要があると解される。

国交大臣が不承認自体の違法性を理由として承認すべき旨の是正の指示をする場合には、同大臣は是正の指示の理由において、知事の不承認には裁量権の逸脱濫用があることを明らかにする必要がある。設計変更の承認は知事の政策的専門的判断を必要とする裁量行為なので、裁量権の逸脱濫用があり、社会通念上著しく不合理である場合でなければ違法と判断することはできないからである（行訴法30条）。

前記2で見たように、本件の設計変更申請において防衛局は軟弱地盤の改良方法について説得的な説明をしているとはいえ、申請が同項1号（適切かつ合理的要件）および2号（環境・防災要件）に適合しているといえるかどうかはかなり疑問であると思われる。国交大臣が承認すべき旨の是正の指示をするためには、この疑問に明確に答える必要がある。

是正の指示に対して知事が係争委への審査の申出をし、さらに是正の指示の取消訴訟を提起することは確実と思われるので、知事の不承認に裁量権の逸脱濫用があるといえるかどうかは係争委および裁判所でも審査されることになる。

(27) 辺野古の問題に関する研究会での専修大学白藤博行教授の発言による。国が審査請求を選択し、国交大臣が裁決で不承認を取り消したとしても、知事が従わなければそれで争訟は終結することになるという。

5 是正の指示の取消訴訟

国交大臣が不承認に対して是正の指示をした場合には、現知事（玉城知事）の選挙公約および県民の世論によると、係争委への審査の申出を経て知事が是正の指示の取消訴訟（以下、本項では「本件訴訟」ということがある）を提起することはほぼ確実と思われる⁽²⁸⁾。本件訴訟の審査（審理）については次のような問題がある。

(1) 審査の対象

是正の指示は、各大臣が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（または著しく適正を欠き、かつ、明らかに公益を害している）と認めるときに、講ずべき措置に関して行われる（自治法 245 条の 7 第 1 項）。本件では、不承認（法定受託事務の処理）が違法だとして、講ずべき措置として「設計変更を承認せよ」という趣旨の是正の指示（以下、「本件指示」ということがある）がなされると予想される。

そうだとすると本件指示の取消訴訟が提起された場合において、その審査の対象は、①是正の指示（本件指示）そのものの違法性なのか、②是正の指示の対象となった都道府県の法定受託事務の処理つまり知事の承認の違法性なのかということが問題となる。

是正の指示は各大臣が知事に対して指示に従うことを義務付ける権力的な行為であり、1 個の独立した処分（権力的行為）と解されるので⁽²⁹⁾、取消訴訟の対象は是正の指示自体だとも考えられる。そうすると上記①であることになるが、仮に①だとすると、是正の指示をするかどうか、またどのような内容の指示をするかという判断には大臣の政策的専門的判断が必要なので裁量行為だとされ⁽³⁰⁾、裁量権の逸脱濫用がない限りは違法でな

(28) ただし、知事が係争委の決定（勧告）および国の行政庁の措置に不服がなければ取消訴訟は提起されないことになる（自治法 251 条の 5 第 1 項）。係争委の審査では是正の指示の違法性および不当性が問題となり、特に不当性は独自の論点となるが、本稿では議論の重複を避けるために是正の指示の取消訴訟についてのみ検討する。

(29) もっとも国民の権利義務には影響しないのでその意味では処分ではなく、国と地方公共団体との間の内部的な権力的行為である。

(30) 是正の指示は、都道府県知事の裁量行為としての法定受託事務の処理について法律を所管する大臣の解釈が示されるに過ぎないから、それ自体に裁量

いとされる可能性がある（行訴法 30 条）。その結果として、是正の指示がなされるとその後の取消訴訟では大臣の判断が尊重され、多くの事例では取消請求が棄却されて知事は是正の指示に従わざるを得ないことになり、国と地方公共団体は対等であるという地方自治法の基本原則が没却されることになる。

むしろ、是正の指示は知事の法定受託事務の処理に対して行われるものであり、知事の法定受託事務の処理（本件では設計変更の不承認）が違法でなければ是正の指示が違法となるのだから、取消訴訟の審査の対象は知事の法定受託事務の処理（不承認）だと解される。防衛局がサンゴの特別採捕許可を申請したが知事が許可を留保したため、農林水産大臣（以下「農水大臣」という）が許可処分をすることを求める是正の指示を行い、知事が当該是正の指示の取消訴訟を提起した最近の事例において、最高裁 2021（令 3）年 7 月 6 日判決（民集 75 卷 7 号 3422 頁）は、是正の指示の違法性ではなく、知事による許可の留保（不作為）の違法性を審査している（留保は違法だとして国が勝訴）。よって、上記②が適当である⁽³¹⁾。

この場合、法定受託事務の処理が非裁量行為であれば裁判所は判断代置による全面的審査をすることになり、裁量行為であれば裁量権の逸脱濫用があるかどうかを審査することになる。裁量行為の場合には知事の判断が尊重され、是正の指示が適法とされるのは知事の判断に裁量権の逸脱濫用がある場合に限られるので、国と地方公共団体は対等であるという地方自治法の基本原則も尊重されることになる。

ちなみに、②であるとしても知事の法定受託事務の処理が取消処分（撤回を含む）の場合には、さらに是正の指示の取消訴訟の審査の対象は③原

が認められるわけではなく、都道府県知事の法定受託事務の処理に裁量が認められると解すべきであろう。この点につき、前掲注（13）12-18 頁参照。

(31) これまでに辺野古埋立をめぐる是正の指示が行われた事例としては、翁長前知事のした埋立承認取消に対する国交大臣の是正の指示とサンゴ採捕許可申請の留保に対する農水大臣の是正の指示がある。前者は、国と沖縄県は協議をすべきであるという係争委の決定に不服がなかったため、知事は是正の指示の取消訴訟を提起しなかったところ、国が不作為の違法確認訴訟を提起した。この訴訟においても、是正の指示そのものの違法性ではなく、知事の法定受託事務の処理としての承認取消の違法性が審査の対象となった（後掲注（34）参照）。後者についても不作為の違法性が審査されたことは本文の通りである。

処分の違法性なのか、④取消処分の違法性なのかという問題が生じる。原処分が非裁量行為の場合には処分の違法性は客観的な法令の解釈の問題なので③と④のいずれでも同じ結果となるが、裁量行為の場合には③によると原処分の判断が尊重されて取消処分は違法とされ、取消処分の取消しを指示した是正の指示は適法とされる可能性が高くなり（取消請求は棄却）、④によると取消処分の判断が尊重されて取消処分は適法とされ、取消処分の取消を指示した是正の指示は違法として取り消される可能性が高くなるので（取消請求は認容）、大きな違いが生じることになる。

この場合は、原処分と取消処分は別個の処分であり、取消処分の違法性は取消処分自体の違法性だと考えられるので、④と解すべきである。最高裁は通常の取消処分の取消訴訟では④の考え方をとっているが（最高裁は相手方の不利益を上回る取消しの公益上の必要性を要するとしているが、それは取消処分についてのみ問題となるはずである）⁽³²⁾、翁長前知事がした埋立承認取消しの取消しを指示した是正の指示に翁長前知事が従わないことの不作为の違法確認訴訟では⁽³³⁾、最高裁は一転して③の考え方をとり、仲井眞元知事の裁量権が尊重されて承認処分は適法であるとされ、これを取り消した翁長前知事の取消処分は違法であるとして国の不作为の違法確認請求が認容された⁽³⁴⁾。

このように、是正の指示の対象が取消処分である場合には上記の③と④のいずれかという問題が生じるため、③の考え方がとられると原処分が尊重されることになる。上記の不作为の違法確認訴訟では埋立承認の取消処分に対する是正の指示が争われ、しかも裁判所が③の考え方をとったために知事が敗訴する結果となった。ところが、今回の是正の指示の対象は取消処分ではなく、知事のした不承認処分である。よって、③か④かという問題は生じないため、裁判所（および係争委）は知事（玉城デニー知事）の裁量権の行使に逸脱濫用がないかどうかを審査することになる。

(32) 最高裁 1968（昭 43）年 11 月 7 日判決（民集 22 卷 12 号 2421 頁）、同 1988（昭 63）年 6 月 17 日判決（菊田医師事件、判時 1289 号 39 頁）参照。

(33) 是正の指示に知事が従わない場合や取消訴訟を提起しない場合には、国は知事に対して不作为の違法確認訴訟を提起することができる（自治法 251 条の 7 第 1 項）。

(34) 最高裁 2016（平 28）年 12 月 20 日判決（民集 70 卷 9 号 2281 頁）。この点につき、前掲注（13）10-14 頁参照。

裁量権の逸脱濫用が認められるのは、マクリーン事件の最高裁判決⁽³⁵⁾によると「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」に限られるので、知事の不承認が違法とされ、是正の指示の取消請求が棄却されるのは、不承認とした知事の「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」に限られる⁽³⁶⁾。つまり、本件では知事の判断（裁量権の行使）が尊重されるのであり、この点が元知事の判断が尊重されたこれまでの争訟とは非常に大きく異なる点である。

(2) 審査の基準

上記(1)で見たように是正の指示の取消訴訟では知事の不承認に裁量権の逸脱濫用があり、違法であるかどうか審査されることになる。不承認は裁量行為だから、取消訴訟の審査においては裁量行為の審査基準が適用される。

上記(1)で見たマクリーン事件の判断基準を「事実誤認・社会通念審査」と呼ぶとすれば、この基準も重要かつ基本的な裁量行為の審査基準である。この基準によると不承認が違法となるのは、不承認が全く事実の基礎を欠きまた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られるから、知事は是正の指示の取消訴訟において、不承認がまったく事実の基礎を欠きまたは社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかとはいえないことを主張・立証することになる。

より具体的には、不承認が法令上違法となるのは設計変更が公水法4条1項各号（特に1号の適正かつ合理的要件と2号の環境・防災要件）に適合しているのに不承認とした場合だから、知事は設計変更の申請が同項各号に適合していないと判断したことが全く事実の基礎を欠きまたは社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかとはいえないことを主張立証する必要がある。

ここでのもっとも重要な争点は、前記1で見た国の設計変更の申請に記載されたSCP工法によって水深90mに及ぶ軟弱地盤の改良が可能かどうか

(35) 最高裁1978(昭53)年10月4日判決(民集32巻7号1223頁)参照。

(36) 前記1および2を見る限りでは、むしろ国の設計変更申請の方が事実の基礎を欠き社会通念上著しく妥当性を欠いているように思われ、本件の不承認が裁量権の逸脱濫用に当たるとはとうてい言えないのではないだろうか。

か、そして SCP 工法による埋立工事と造成された滑走路等が環境保全と災害の防止に十分配慮されているといえるかどうかという問題であろう。知事は、可能であるかどうかは疑わしく、このような設計変更に基づく埋立事業は公水法4条1項1号および2号に適合しないと判断したわけであるが、この判断が事実誤認・社会通念審査によって裁量権の逸脱濫用に当たるとかが審査されることになる。

上記の争点には高度の政策的専門的判断（あるいは専門技術的判断）を要するから、公水法4条1項1号および2号に適合せず不承認とした判断の実体的な適法性ではなく、むしろ不承認とした判断過程が合理的かどうか（判断過程に看過し難い過誤欠落があるかどうか、考慮すべき事情を考慮しているかどうか）を審査する必要があると解される⁽³⁷⁾。

それはなぜ不承認としたのかという理由について知事が説明責任を果たすことを意味すると解されるので、知事は是正の指示の取消訴訟において、国の設計変更申請に基づく埋立事業が公水法4条1項1号および2号に適合しないと判断した理由について、裁判所と国民が納得できるように説明責任を果たす必要がある。この説明責任が果たされない場合には、不承認とした判断過程が合理的とはいえないことになり、その結果として前記の事実誤認・社会通念審査の基準から見ても、裁量権の逸脱濫用があり、違法であることになると解される。

なお、知事の不承認が違法かどうかは、国の設計変更が上記各号に適合しており、設計変更に正当の事由（13条の2）があることと表裏一体だから、国も本件訴訟においてこれらの点について説明責任を果たす必要があることはいうまでもない。つまり、知事の説明と国の説明のどちらが合理的、説得的かが問われることになる。

(3) 不承認の理由の追加・変更

本件訴訟の審理においては、知事が不承認とする理由の追加・変更ができるかという問題が生じうるが、主要な事実関係の同一性を損なわず⁽³⁸⁾、理由提示による恣意抑制機能・争訟便宜機能を損なわない範囲で追加・変

(37) 最高裁1992(平4)年10月29日判決(民集46巻7号1174頁、伊方原発事件)、同2006(平18)年11月2日判決(民集60巻9号3249頁、小田急線高架事件)などでこのような考え方がとられている。

(38) 最高裁1967(昭42)年4月21日判決(訟月13巻8号985頁)参照。

更ができる⁽³⁹⁾というのが最高裁の考え方である。本件では、県民投票で強い県民の反対の意思（投票総数の72.15%）が示されたこと、戦没者の遺骨が混入した土砂を埋立に使用することに強い批判が生じていることを公水法4条1項1号（適正かつ合理的要件）に違反する理由として知事が追加したとしても、設計変更が同号に適合しないという事実関係の同一性を損なうことはなく、国が審査の申出や取消訴訟においてこれらの理由を争うことも十分に可能だから、これらの理由の追加は許されると解される。

(4) 不承認と信義則違反

本件では埋立承認がなされ、これに基づいて一定程度工事が進捗しているため、今の段階で知事が設計変更を不承認とすることは信義則に反し、あるいは行政権の濫用ではないかということが問題となり得ると思われる。しかし、本件においては国も当初の埋立承認申請の際に水深90mに及ぶ軟弱地盤の存在を看過し、元知事もこの点を考慮しないで埋立承認をしたことには重大な落ち度⁽⁴⁰⁾があるというべきである。

当初の承認の段階でこのような軟弱地盤の存在が明らかになっていたとすれば、辺野古埋立は公水法（特に4条1項1号および2号）に適合しておらず、不承認とされた可能性があることを考慮する必要がある。工事の進捗という既成事実によって不承認が信義則違反により違法とされれば、国（埋立事業者）は軟弱地盤の存在など不利な事実を秘匿して埋立承認（埋立免許）の申請を行い、承認（免許）後に既成事実を背景として設計変更を申請するという手法が常態化することにもなりかねないであろう。

おわりに

本稿の検討によると、国（防衛局）は設計変更の申請において軟弱地盤の改良が可能であり、設計変更および変更後の埋立事業が公水法4条1項

(39) 最高裁1972（昭47）年12月5日判決（民集26巻10号1795頁）、同1999（平11）年11月19日判決（民集53巻8号1862頁）参照。

(40) これほどの軟弱地盤にまったく気づいていなかったとは考えにくいので、軟弱地盤を看過したことについて故意または重大な過失があったといえるだろう。

1号（適正かつ合理的要件）および2号（環境・防災要件）に適合することについて説明責任を果たしているとはいえないように思われる。そうだとすると、知事の不承認が「全く事実の基礎を欠きまたは社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかである」（事実誤認・社会通念審査）として、裁量権の逸脱濫用によって違法だともいえないことになる。

今後、国交大臣は承認を求める是正の指示をし、知事は係争委への審査の申出を経て是正の指示の取消訴訟を提起すると予想されるが、この訴訟では不承認には裁量権の逸脱濫用があり、違法といえるかという問題が争点となる。前記のように、これまでは埋立承認の取消しのような取消処分に対する是正の指示が争われたため、原処分（仲井眞元知事がした埋立承認）に裁量権の逸脱濫用がないから承認取消しが違法であるとされ、承認取消しの取り消しを求めた是正の指示が適法とされたが、今回は上記のように現知事の承認に裁量権の逸脱濫用があるかどうか審査の対象となる。その意味でようやく仲井眞元知事による埋立承認の呪縛から解放されることになるが、不承認に裁量権の逸脱濫用があるとはいえないとすれば、今回の是正の指示の取消訴訟の判断はこれまでとは大きく異なる（つまり沖縄県が勝訴する）可能性がある。

前記5（1）で見た最近の最高裁2021（令3）年7月6日判決（サンゴ特別採捕許可の留保に対する農水大臣の是正の指示の取消訴訟）では、埋立承認がなされているのに知事が特別採捕許可を留保することは違法だと判断されたが、2名の裁判官は、設計変更の承認を受けられなければサンゴの採捕は必要なくなるのだから許可を留保したことが違法とはいえないとする反対意見を述べている⁽⁴¹⁾。本件を見ると、これまでの司法判断のように、先例とは異なる前提⁽⁴²⁾に立ってまで国に有利な結論を導く傾向には変化が生じているようにも思われる。

筆者は、県民投票で反対の民意が明確に示されたこと、そして他に例のない軟弱地盤の存在が明らかになったことは埋立承認の際に明らかになっていなかった事実であるから、これらの事実を根拠として知事が埋立承認を撤回し、国は再度埋立承認の申請をやり直すことが必要だと考えていた。しかし、前記3で見た最高裁2020（令2）年3月26日判決により、

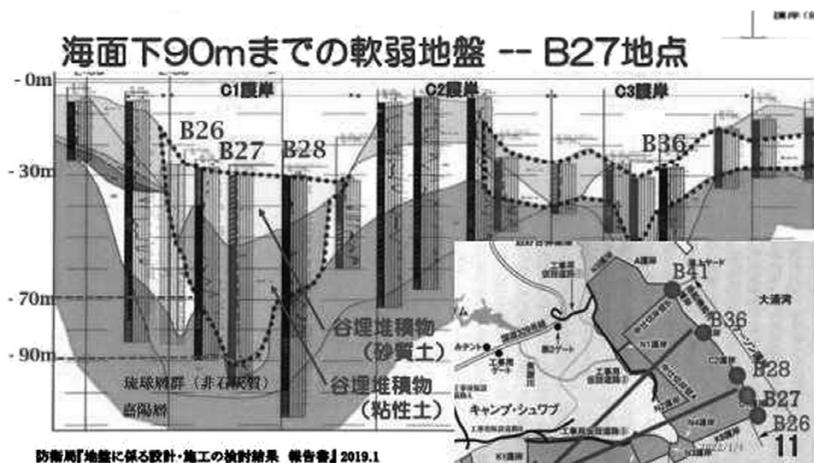
(41) 同判決には宇賀克也裁判官と宮崎裕子裁判官の反対意見が付されている。

(42) 前記5（1）および前掲注（31）参照。

辺野古埋立の設計概要変更不承認について

最高裁は撤回に対して防衛局が審査請求をし、国交大臣が裁決で撤回を取り消すこと（身内の判断となり、きわめて不公正なことは再三述べた通りである）を認めてしまったため、現状では知事が承認を撤回することは事実上無意味だというほかはない。よって、現時点では沖縄県民の民意を反映し、辺野古埋立をいったん白紙に返すためには、今後提起されることになる是正の指示の取消訴訟がむしろ決定的に重要だと考える。

参考図：北上田毅氏のパンフレット「辺野古・設計変更不承認とこれからの課題」（2022年1月）から引用した。



追記：本稿脱稿後の2022年4月8日に国土交通大臣は設計変更不承認を取り消す裁決を行った。さらに、同月28日に同大臣は知事に対して設計変更の承認を求める是正の指示を行った。