〔判例研究〕

沖縄県知事に対して辺野古埋立の設計概要変更の承認が命じられた事例（辺野古代執行訴訟）

福岡高裁那覇支部 2023（令和 5）年 12 月 20 日判決・
裁判所ウェブサイト 28320300 掲載

武　田　真一郎

【事実】

本件の事実関係は、以前の二稿(1) で検討した是正の指示の取消訴訟と基本的に同一である。沖縄防衛局（以下「防衛局」という）は米軍新基地（普天間飛行場代替施設）建設のため名護市辺野古の海面の埋立承認を沖縄県知事に申請し、2013 年 12 月 27 日、仲井眞弘多元知事はこれを承認した（同知事は埋立反対の公約から一転して埋立を承認した）。防衛局が埋立工事を開始した後、埋立海域東側の大浦湾には水深 90 m の海底に他に例のない軟弱地盤（新聞報道等ではマヨネーズ状とされている）が存在することが判明した。埋立承認時の設計では工事の継続が不可能となったため、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 第 1 項が規定する設計概要の変更承認（以下「変更承認」ということがある）を申請した（以下「本件申請」という）。玉城デニー知事（以下「知事」という）は、2021 年 11 月 25 日に本件申請は公水法 13 条の 2 第 1 項が規定する正当の事由がないとして、不承認とする処分（以下「本件不承認」という）を行った。

（1）　後掲、注（2）および（3）。

防衛局は本件不承認を不服として地方自治法（以下「自治法」ということがある）255条の2第1項1号および行政不服審査法（以下「行審法」という）に基づいて国土交通大臣（以下「国交大臣」という）に本件不承認の取消しを求める審査請求をしたところ、2022（令和4）年4月8日、国交大臣はこれを認容して本件不承認を取り消す裁決（以下「本件裁決」という）を行った。知事は本件裁決は違法無効であるとして本件不承認を取り消さなかったところ、国交大臣は同年4月28日、自治法245条の7第1項に基づき、承認を求める是正の指示（以下「本件是正の指示」という）を行った。

知事は、同年5月30日、本件是正の指示を不服として自治法250条の13第1項に基づき、国地方係争処理委員会（以下「係争委」という）に審査の申出をしたところ、係争委は同年8月19日、本件裁決の拘束力によって知事は本件不承認を取消し、本件申請を承認しなければならないから、是正の指示は違法ではないという決定を行った。

そこで知事が、自治法251条の5第1項に基づき、本件裁決および本件是正の指示はいずれも違法な国の関与に当たるとして、国交大臣を被告として本件裁決の取消し（第1事件）および本件是正の指示の取消し（第2事件）を請求した。

第1審判決は(2)、第1事件につき、都道府県知事の変更承認（公水法42条3項および13条の2により国の申請に対して行われる）および変更許可（同法13条の2により私人の申請に対して行われる）を受けるための処分要件その他の規律については実質的な差異があるとはいえず、国の機関等に対する当該処分について行審法の適用を除外する理由はないから本件裁決は適法である（よって自治法245条3項により国の関与から除外されるから是正の指示の取消訴訟の対象とならない）として、訴えを却下した。

第2事件については、次のような理由により、請求を棄却した。

(1)　所管大臣が審査庁として法定受託事務に係る処分の取消しの裁決を行った上、それに重ねて特定の内容の処分を行うことを命じる内容の是正

（2）　福岡高裁那覇支部2023（令和5）年3月16日判決。本件については、武田真一郎「辺野古埋立の設計概要変更を求める国土交通大臣の是正の指示に対する沖縄県知事の取消請求が棄却された事例」（判例研究）成蹊法学98号319頁（2023年）参照。

の指示を行ったのに対し、都道府県知事がこれを争う関与取消訴訟を提起した場合において、行審法52条が規定している裁決の拘束力を、行審法上の争訟手続に関する規律としての効果を超えて、関与取消訴訟にまで及ぼし、是正の指示の適法性に関する都道府県知事の主張の内容を制限することは、十分な根拠を欠いていると解すべきである。

⑵　公水法における災害防止要件（4条1項2号）の審査は、技術基準（基準告示）の規律を具体化したものとして作成されている港湾基準・同解説に照らして行うべきであり、原告（知事）が、港湾基準・同解説の記述する性能照査の手法等を超えてより厳格な判断を行うことは、特段の事情がない限り、考慮すべきではない事項を過剰に考慮したものとして、裁量権の逸脱又は濫用に当たる。

⑶　公水法における当初の埋立承認等の申請に対する環境保全要件（4条1項2号）の審査は、環境影響評価書等の内容を踏まえて行われることとされているから、その後になされた変更申請に対する環境保全要件の適合性の審査においては、再度の環境影響評価の手続が不要とされる場合であれば、特段の事情のない限り、当初の承認等における環境保全配慮の水準と同じものが適用されるというべきであり、ジュゴンの存在が確認されていないこと、変更前の海底面改変範囲である護岸直下6地点の調査が行われているだけでは不十分であることなどから、必要な調査水準が確保されていないとして環境保全要件に適合しないとしたことは、合理性を欠いている。

⑷　変更申請に対して行われる国土利用上適正かつ合理的要件（4条1項1号）の適合性の審査においては、埋立事業に係る全ての考慮要素を当初の埋立承認等の段階と同様に改めて審査するものではなく、当初の承認等において審査の対象となった考慮要素を踏まえれば『国土利用上適正且合理的ナルコト』という要件に適合するという総合判断が適法にされたことを前提として、その変更部分が審査の対象となる考慮要素に重要な変更をもたらし、第1号要件適合性が失われることになるかどうかという観点からの判断が行われることが予定されていると解されるところ、本件申請の変更部分は本件承認処分において第1号要件適合性の判断の基礎とされていた事情に関し、重要な変更をもたらすものではないから、第1号要件適合性が失われたとする原告の判断は合理性を欠く。

⑸　以上によると、本件不承認の処分理由等はいずれも裁量権の範囲を

逸脱し、またはこれを濫用した違法があるから、これと同旨の本件是正の指示の理由は正当なものといえる。

つまり、第1審判決は、知事が国交大臣の裁決に拘束されるという係争委決定の判断を否定して本件不承認の違法性を審理したが、埋立承認の際に考慮された港湾基準・同解説および環境影響評価より厳しい基準によって知事が不承認としたことは裁量権の逸脱濫用に当たるとした。

知事が上告したところ、最高裁2023（令和5）年9月4日判決（以下「令和5年最高裁判決」という）(3) は、①法定受託事務に係る申請を棄却した都道府県知事の処分について、これを取り消す裁決がなされた場合、裁決の拘束力によって都道府県知事は裁決の趣旨に従って改めて申請に対する処分をすべき義務を負うというべきであり、都道府県知事が前記処分と同一の理由に基づいて上記申請を認容する処分をしないことは、自治法245条の7第1項所定の法令の規定に違反していると認められるものに該当する、②本件裁決は本件不承認が違法であることを理由として本件不承認を取り消したものであるところ、知事は本件不承認と同一の理由に基づいて変更承認をしないものといえるから、そのことは自治法245条の7第1項所定の法令の規定に違反していると認められるものに該当とするして、本件是正の指示は適法であるとした原審の判断は結論において是認することができるとし、知事の上告を棄却した。

つまり、最高裁判決は、裁決の拘束力は是正の指示に及ばないとして本件不承認の違法性を審理した第1審判決の考え方を否定し、前記の係争委決定（2022年8月19日）と同様に本件裁決の拘束力を根拠として本件是正の指示の適法性を肯定した。

同判決によって本件是正の指示の取消請求を棄却する判決は確定したが、知事は本件申請を承認しなかったため、国交大臣は自治法245条の8に基づいて承認を代執行するための手続を開始した。同大臣は、2023年9月19日に同条第1項に基づいて同月27日までに本件申請を承認するように勧告したが、知事は承認しなかった。同大臣は、同年10月28日に同条2項に基づいて同年10月4日までに本件申請を承認するように指示したが、知事は承認しなかった。そこで同大臣（原告）は、同条第3項に基づ

（3） 本件については、武田真一郎「辺野古埋立の設計概要変更承認を求める国土交通大臣の是正の指示の取消しを請求した沖縄県知事の訴えにつき知事の上告が棄却された事例」（判例研究）成蹊法学99号379頁（2023年）参照。

き、知事（被告）に対して承認を命ずる旨の判決を求めて本訴を提起した。

【判旨】　請求認容

＊以下の1、(1) などの符号は筆者が付したものであり、判決文の符号とは一致していない。また、［　］は筆者が補った部分である。

1　法令違反等の要件の該当性について

(1)「地方自治法245条の8第1項の代執行とは、『普通地方公共団体の事務の処理が法令の規定に違反しているとき（中略）に、その是正のための措置を当該普通地方公共団体に代わって行うこと』をいう（同法245条1号ト）ところ（中略）、245条の7第1項が是正の指示の要件について『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』として同号トと同一の文言を用いていることからすれば、同項にいう『法令の規定に違反している』と認めるときに該当する場合には、（中略）同法255条の8第1項所定の法令違反等の要件の一つである『都道府県知事の法定受託事務の管理若しくは執行が法令の規定（中略）に違反するものがある場合』との要件に該当するものと解するのが相当である。」

(2)「そこで検討するに（中略）、本件裁決は、本件変更不承認が公有水面埋立法の本件各規定（公有水面埋立法42条3項において準用する同法13条ノ2第1項、並びに、同法42条3項において準用する同法13条ノ2第2項において準用する同法4条1項1号及び2号）に違反することを理由に本件変更不承認を取り消したものであるところ、令和5年最高裁判決［最判令和5年9月4日］においては（中略）、被告は本件変更不承認と同一の理由に基づいて本件変更申請を承認しないものであり、『法令の規定に違反していると認めるとき』（地方自治法245条の7第1項）に該当するとして、本件指示は適法である旨の判断がされたのであるから、被告の本件変更不承認は公有水面埋立法の本件各規定に違反することが確定したといえる。それにもかかわらず、被告は、令和5年最高裁判決を受けた後も何ら対応せず（中略）、本件変更申請を承認していないのであるから、本件変更申請に対する被告の事務（法定受託事務）の管理等については、公有水面埋立法の本件各規定に違反し、地方自治法245条の8第1項所定の法令違反等の要件のうち『法令の規定（中略）に違反するものがある場

合』との要件に該当するものと認められる。」

(3)「これに対し、被告は、令和５年最高裁判決が本件裁決の拘束力に違反することのみを理由に本件指示の適法性を認めているなどと指摘した上で、被告が本件変更申請を承認しないことが本件各規定に違反するとして地方自治法245条の８第１項の法令違反があるというためには、原告において本件変更申請が本件各規定の要件を充足することを主張立証しなければならない旨主張する。

しかしながら（中略）、この点については、原告と被告との間で、国地方係争処理委員会、福岡高等裁判所那覇支部、最高裁判所の各所で争われたが、最終的には、前回訴訟における令和５年最高裁判決等において、被告の本件変更不承認を公有水面埋立法の本件各規定に違反するものとした本件裁決や本件指示が適法に確定しているのであるから、被告の主張は理由がないものといわざるを得ない。令和５年最高裁判決の判示内容は（中略）、本件裁決と同様の判断過程により実体判断をして本件指示を適法とした原審（福岡高等裁判所那覇支部）の判断を結論において是認しており（中略）、本件変更不承認が公有水面埋立法の本件各規定に違反することについては既にその判断が確定しているのであるから、代執行に当たって本件変更申請が本件各規定の要件を充足することの主張立証を要するとの被告の上記主張は、独自の見解に立つものであって失当といわざるを得ない。」

2　補充性の要件について

(1)「被告は、前記前提事実のとおり、法定受託事務に係る本件変更申請について本件変更不承認を行い、これを取り消す旨の本件裁決や本件変更承認をするよう本件指示を受けても本件変更承認をせずに、本件裁決や本件指示の取消しを求める各訴えを提起し、最高裁判所で敗訴が確定した後も何ら対応せず、前記のとおり主張するなどして本件変更承認をしない（中略）。そうすると、被告において本件変更申請を承認しないという意思は明確かつ強固であるというほかなく、地方自治法245条の８所定の代執行以外の措置により法定受託事務である本件変更申請に係る沖縄県の事務の適正な執行を図ることは困難であると認められる。」

(2)「これに対し、被告は、上記措置には地方自治法上の個別関与に限らず、政治的方法を含む他のあらゆる方法が含まれることを前提に、国が被

告からの本件埋立事業に関する問題解決に向けた対話の求めを無視し、十分な対話の場を設けないままに代執行の手続を行うことは、補充性の要件を欠くものである旨主張する。しかし、地方自治法245条の8第1項にいう『本項から第8項までに規定する措置（代執行等）以外の方法』とは地方自治法245条の7の是正の指示等をいい、被告主張の『対話』がこれに当たるとはいえない。また（中略)、本件埋立事業に関する沖縄県の立場(政府において『辺野古移設が唯一の解決策』との固定観念にとらわれることなく、現行移設計画を断念し、問題解決に向けた沖縄県との対話に応じるよう求めるというもの）（中略）に照らすと、現時点において被告が主張している対話とは、被告が本件変更申請を承認しないことを前提とするものであることは明らかであるから、本件変更申請に係る事務（法定受託事務）の適正な執行を図るための措置に当たるものとは認められない(中略)。」

3　公益侵害の要件について

(1)「地方自治法245条の8第1項にいう『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』である場合とは、都道府県知事の法定受託事務の管理等が法令の規定若しくは当該各大臣の処分に違反するものがある場合又は当該法定受託事務の管理等を怠るものがある場合において、それを放置することによる社会公共の利益に対する侵害の程度が甚だしい場合のことをいうものと解するのが相当である。」

(2)「そこで検討するに、本件変更申請は、本件承認処分当時の沖縄県知事からその周辺に学校や住宅、病院などが密集し騒音被害や航空機事故の危険性など、住民生活に深刻な影響を与えており、その危険性の除去が喫緊の課題である旨の指摘がされた普天間飛行場（中略）の代替施設を設置するための公有水面の埋立て（中略）に関し、本件承認処分後の事情を踏まえた地盤改良工事を追加して行うなどするためのものであるところ、このように普天間飛行場の危険性が人の生命や身体に大きく関わるものであることに加え、本件変更申請から約3年半、本件裁決がされてから約1年半の期間が既に経過していること（中略）も踏まえると、本件変更申請に係る事務がこのまま放置された場合には、本件埋立事業の進捗が更に遅延し、ひいては上記のとおり人の生命、身体に大きく関わる普天間飛行場の危険性の除去の実現がされず又は大幅に遅延することとなるものといえる

から、なおこれを放置することは社会公共の利益を侵害するものに当たるものと認められる（中略）。

しかも、本件においては（中略）、被告は、令和5年最高裁判決において、本件裁決の趣旨に従って改めて本件変更申請に対する処分をすべき義務を負う旨や、本件の事実関係等によれば本件変更申請を承認しないことは法令の規定に違反していると認められる旨の判断を受けているにもかかわらず、県知事たる被告が（中略）これを放置していることは、それ自体社会公共の利益を害するものといわざるを得ない。」

(3)「以上の諸点を踏まえると、本件変更申請に対する被告の事務の管理等（本件変更申請を承認しないこと）については、甚だしく社会公共の利益を害するものと認められるから、『著しく公益を害することが明らかであるとき』として、公益侵害の要件に該当する。」

(4)「これに対し、被告は、原告の主張する公益の侵害がいずれも抽象的である旨主張するが、前記の普天間飛行場の危険性の性質や内容（騒音被害や航空機事故の危険性など、人の生命、身体に大きく関わるものであること）からすれば（中略）、公益の内容が抽象的であるとは到底いえない。

また、被告は、住民自治、団体自治の観点からは、当該地方公共団体や住民に係る公益（当該団体や住民の福祉への影響等）、当該地方公共団体の意思決定の民主的正統性に係る公益（民意、地域住民の自己決定）が考慮されるべきであるとして、本件埋立事業に反対する沖縄県民の民意の背景にある沖縄戦以降78年にわたる歴史的経緯等を踏まえれば、沖縄県民や沖縄県にとって極めて重大な政策課題であり、沖縄県民の基本的人権の保障に大きく関わる本件について、沖縄県民の真摯な同意を得ない状況で代執行をすることは認められるべきではないなどと主張する。

沖縄で地上戦が行われ、多くの県民がその犠牲になったことや、戦後も沖縄は米軍統治下にあり、『銃剣とブルドーザー』により米軍基地が建設されていった歴史的経緯等を踏まえれば、沖縄県民の心情は十分に理解できるところではある。

しかしながら（中略）、法律論としては、ここでいう『公益』とは法定受託事務に係る法令違反等を放置することによって害される公益を念頭に置いたものと解されることから（中略）、被告の主張する「公益」を当然に考慮し得るものとはいい難い（中略）。

しかも、本件においては（中略）、被告のした本件変更不承認をめぐる

国と地方の行政機関間の紛争は（中略）、地方自治法の定める紛争関係のための諸制度による解決が企図され、各機関により解決が示され、最終的には、前回訴訟における令和 5 年最高裁判決をもって最高裁判所によりその解決方法が確定したのであるから、地方の行政機関である被告沖縄県知事が確定した令和 5 年最高裁判決を放置することは、地方自治法の定める諸制度を踏みにじるものであることはもとより、憲法が基本原理とする法の支配の理念や法治主義の理念を著しく損なうものであって、社会公共の利益を甚だしく害するものといわざるを得ない。本件代執行手続については、紛争を同じくする訴訟（前回訴訟）等が被告沖縄県知事の申立てにより先行しており、ここにおいて解決が既に図られている点に留意されなければならない。」

4　付言

「なお、付言するに、令和 5 年最高裁判決において確認された本件変更申請に係る事務について生じている法令違反の状態を解消し、普天間飛行場の危険性の除去をできる限り早期に、かつ、現実的な形で実現するためには、当面のところ代執行によらざるを得ないことは、これまでに判示したとおりであるが、今後十数年にわたって予定されている本件変更申請に係る工事を進めるに当たっては、更なる設計概要変更等の必要が生ずる可能性もあり得るところ、法定受託事務に関する国の関与について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、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とされていること（地方自治法 245 条の 3 第 1 項参照）も踏まえると、今後そのような事態が生じた都度、繰り返し訴訟による解決が図られることは、国と地方との関係をみた場合、必ずしも相当なものとはいい難い。被告の指摘する歴史的経緯等を背景とした本件埋立事業に対する沖縄県民の心情もまた十分に理解できるところであり、国としても、沖縄県民の心情に寄り添った政策実現が求められている。このような観点からは、普天間飛行場の代替施設をめぐる一連の問題に関しては、国と沖縄県とが相互理解に向けて対話を重ねることを通じて抜本的解決の図られることが強く望まれている。」

【評釈】 判旨に疑問がある。

1 法令違反等の要件の該当性について

判旨1（1）および（2）は、代執行について定義している自治法245条1号トの（普通地方公共団体の事務の処理が）「法令の規定に違反している」（以下「法令違反」ということがある）という文言は、是正の指示について規定している245条の7第1項の（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」と同一であるから、是正の指示の要件としての法令違反に該当する場合には代執行の要件としての法令違反にも該当すると判示している。これを前提として同（2）は、本件代執行の対象である本件不承認の違法性は是正の指示の取消請求を棄却した令和5年最高裁判決で確定しているから、代執行の要件としての法令違反も確定していると判示した。

（1）が判示するように、代執行を定義する245条1号トと是正の指示の要件を規定する245条の7第1項がいずれも「法令の規定に違反している」つまり法令違反を要件としていることは事実である。よって本判決は本件では是正の指示の取消請求を棄却した令和5年判決により法令違反の有無は確定しており、あとは争点2の補充性と争点3の公益侵害の要件の充足性を判断すれば足りるという判断を行っている。しかし、次の4つの理由により、是正の指示の取消訴訟の棄却判決が確定しているからといって245条の8第3項の訴訟（以下「代執行訴訟」という）の違法性も確定しているということはできず、代執行訴訟において裁判所は改めて代執行を必要とするだけの違法性があるかどうかを全面的に審査すべきである。

まず第1は、代執行と是正の指示は別個の制度であり、是正の指示の取消請求を棄却することと代執行を認めることは異なる問題なのだから、代執行訴訟においては法令違反の有無（本件不承認の違法性）を裁判所が是正の指示の取消訴訟とは異なる観点から改めて審査するべきと考えられることである[(4)]。代執行は都道府県知事の権限を剥奪して法律を所管する大臣が権限を行使するのだから是正の指示と比べて地方自治を侵害する危険性が高いきわめて例外的な措置であることは明らかである。245条の3第1項が国の関与は必要最小限度でなければならないとして比例原則に服す

（4） 是正の指示の取消請求の棄却判決に拘束力はないし、既判力が及ぶのも是正の指示の取消請求が棄却され、是正の指示が違法ではないという点に限られると解される。

ることを明記していることからみても、代執行が許容される違法性の程度は是正の指示が許容される違法性の程度よりも高いと考えるべきであろう(5)。

このことは本件のように審査請求および是正の指示やその取消訴訟が先行するのではなく、当初から代執行の手続がとられた場合(6) を考えてみるとより明確となる。本件不承認に対し、国交大臣が直ちに245条の8第1項の勧告と第2項の指示を経て第3項の代執行訴訟を提起した場合には、本件のように裁決の拘束力と是正の指示を根拠に同大臣が勝訴することはあり得ないから、裁判所は本件不承認に裁量権の逸脱濫用がないかどうかを相当慎重に審理するはずである(7)。仮に本件のように防衛局が国交大臣に審査請求をして同大臣が不承認を取り消したとしても、是正の指示がなされていない場合には、知事の上級庁ではない国交大臣は取消裁決によって承認を義務付けることはできないから、代執行訴訟において裁判所が取消裁決の拘束力を根拠として承認を命ずることはあり得ない(8)。

そもそも防衛局（国）が審査請求をしたということは審査請求による解決が可能であったことを意味しており、補充性の要件（245条の8第1項から第8項までに規定する措置以外の方法によって是正を図ることが困難

（5） そもそも是正の指示の要件を規定する245条の7項第1項の法令違反に関する文言と、代執行の要件を規定する245条の8第1項の法令違反に関する文言にはかなりの違いがある。この点については後記2で改めて検討する。

（6） 翁長前知事が国に対する埋立承認を取り消した際に国交大臣は取消しの取消しのための代執行の手続を開始し、代執行訴訟を提起したが、裁判所の和解勧告によって和解が成立し（2016（平成28）年3月4日）、同大臣は訴えを取り下げた。訴えが取り下げられなければ審理は続けられたが、裁決の拘束力と是正の指示を根拠に国が勝訴することはあり得なかったはずである。

（7） いわゆる判断過程審査により、申請された設計概要変更申請が国土利用上適切かつ合理的であり、環境保全と災害防止に十分配慮されていることについて防衛局（国）が説明責任を果たしているかどうかが慎重に審査されるはずである。

（8） 知事は取消裁決の取消訴訟を提起することはできないとされているから国交大臣（国）と知事との間で裁決に公定力が生じることはなく、形式的確定力もないから裁決には拘束力を含む何らの効力も発生していない。そもそも拒否処分を裁決で取り消しても直ちに知事に承認する義務は生じない。この点については、前掲注（2）328-329頁および武田真一郎「辺野古設計変更承認をめぐる裁決と是正の指示の関係について－2022年8月19日係争委決定を契機として」成蹊法学97号（2022年）1頁、13-15頁参照。

である）を満たさないはずである。よって代執行をすることはできず、防衛局（国）は私人として審査請求をしたのだから、同様に私人として不承認の取消訴訟（抗告訴訟）を提起して争うべきである。

また、代執行訴訟を提起している以上、同大臣は是正の指示をすることはできないから（是正の指示ができるのなら補充性の要件を満たさず、代執行はできないことになる）、本件の是正の指示の取消訴訟のように審査請求と是正の指示の不当連結がなされることにより(9)、裁決（国交大臣による一方的に国に有利な判断である）の拘束力によって知事に承認する義務が生じるということもあり得ないことになる。

第 2 は、前記第 1 でみたように是正の指示の取消訴訟と代執行訴訟の法令違反（違法性）は異なることを前提として、本訴（代執行訴訟）において代執行の対象となっている本件不承認の法令違反を審理すれば、実際に是正の指示の取消訴訟とは異なって法令違反はないという結論になる可能性があることである。

是正の指示の違法性を審理した国地方係争処理委員会（以下「係争委」という）の決定（2022（令和 4）年 8 月 19 日決定）および令和 5 年最高裁判決は、同事件において裁決および是正の指示が先行したことを前提として、本件不承認の取消裁決の公定力および拘束力を根拠として知事には設計変更申請を承認する義務があるとし、知事の是正の指示の取消請求を棄却している。しかし、本訴において上記の是正の指示の取消訴訟とは別個に新たに本件不承認の法令違反を審査するとすれば、上記裁決の公定力および拘束力が本訴に及ぶとする根拠はないし、上記判決（是正の指示の取消請求棄却判決）に拘束力や代執行を適法とする既判力があるわけではないから(10)、裁判所は本件不承認に承認の代執行を必要とするだけの違法性があるかどうかを第三者機関として審理することになる。国に一方的に有利な判断である取消裁決やこれと不当連結された是正の指示を前提としないだけでも、本訴の判断が上記判決と異なる可能性があることは明ら

（9） 審査請求と是正の指示はまったく別な制度であり、両者の不当連結をするべきでないことについては、前掲注（3）383-392 頁参照。

（10） 上記判決の主文によって生じる既判力は沖縄県知事と国交大臣の間で是正の指示の取消請求が棄却されたということであり、同判決の既判力によって本件不承認に代執行を必要とする法令違反があることが確定することはあり得ない。

かである。

なお、別稿で検討したように、上記裁決の公定力および拘束力が知事に及ぶとは解されないから[11]、そもそも上記判決が是正の指示を適法と判断したことには重大な疑問がある。

第3は、本件のように代執行訴訟の前に是正の指示の取消訴訟が先行した場合には、是正の指示の取消訴訟の段階と代執行訴訟の段階では事情の変化があり、原因となった行為（本件不承認）の違法性の判断が異なりうることである。選挙や住民投票（県民投票）によって埋立に対するより明確な民意が示されれば承認の要件である「国土利用上適正かつ合理的要件」（公水法4条1項1号）の充足性の判断は異なる可能性があり、環境や地質に関する新たな知見が示されれば「環境・防災要件」（同項2号）の充足性の判断も異なる可能性がある。

また、代執行訴訟は取消訴訟のように処分時における処分の違法性を審査する制度ではなく、判決時において代執行を必要とするだけの違法性があるかどうかを審査する制度である。この面からみても違法性の判断は判決時を基準とすべきである。したがって代執行訴訟では違法性を改めて全面的に審査する必要がある。

第4は、1999（平成11）年改正前の自治法151条の2に規定されていた職務執行命令訴訟は代執行の前身となる制度であるが、最高裁は職務執行命令の適法性は裁判所が全面的に審査するとしていたから[12]、現行の代執行訴訟でも裁判所は代執行の前提となっている本件不承認の適法性を全面的に審査すべきと解されることである。機関委任事務制度によって都道府県知事が主務大臣の強い指揮監督を受けていた旧自治法の時代にも代執行の前提となる職務執行命令の適法性については全面的な司法審査が行われていたのだから、国と地方公共団体は対等とされた現行自治法の下で

(11)　この点については前掲注（8）参照。

(12)　最高裁1960（昭和35）年6月14日判決・民集14巻8号1420頁（砂川事件）は、町長に対して土地収用手続をとることを命ずる職務執行命令訴訟について裁判所が国の指揮命令を審査して適法性を肯定した場合に代執行権の行使が可能となるとした。最高裁1996（平成8）年8月28日判決・民集50巻7号1952頁（沖縄代理署名事件）は、米軍用地使用のための知事に対する署名等代行事務の執行を命ずる内閣総理大臣の職務執行命令について、裁判所は当該命令の前提となる使用認定が有効かどうかを審査するとした。

も裁判所は司法審査の密度を低下させるべきではなく、代執行の前提となる本件不承認の違法性を全面的に審査すべきである。

以上の検討によると、是正の指示における法令違反と代執行における法令違反は同じであるとして、令和5年最高裁判決で違法性の判断は確定しているとする判旨1（1)、(2）には重大な疑問がある。

判旨1（3）は、同（1）および（2）を前提として、自治法245条の8第1項の法令違反があるというためには、本訴において原告（国交大臣）は本件変更申請が本件各規定（公水法42条3項によって準用される同法13条の2などであると解される）の要件を充足することを主張立証しなければならないとする被告（知事）の主張を排斥している。しかし、前記判旨1（1）および（2）の検討によると、代執行訴訟における法令違反（公水法の前記の規定の違反を含む）については本訴で別途全面的に審査するべきであるから、被告の上記主張を排斥することはできないはずである。

特に、判旨1（3）が法令違反が確定した根拠として列挙する①係争委決定（2022（令和4）年8月19日決定)、②福岡高等裁判所那覇支部判決（2023（令和5）年3月16日判決)、③令和5年最高裁判決（2023（令和5）年9月4日判決）のうち、①と③は国民ではなく国の機関であって簡易迅速に救済する必要もない防衛局に行審法の審査請求の利用を認めた上、さらに全く別な制度である行審法の裁決と自治法の是正の指示の不当連結を認めている。その結果として国の機関である国交大臣は裁決で本件不承認を取消し、さらに裁決の拘束力を根拠として承認を求める是正の指示をしたものであり、その当然の帰結として一方的に国に有利な結果となっている。③の令和5年最高裁判決も裁決と是正の指示の不当連結によって是正の指示の適法性を認めたに過ぎず、裁決と是正の指示の前提となる本件不承認の違法性について裁判所が第三者機関として実体判断をしたとはいえないはずである。

現行自治法は国と地方公共団体が対等であることを前提としているとすれば、本件のような国と地方公共団体（沖縄県）の紛争において、国の機関（国交大臣）が一方的な判断をする審査請求の利用を認めるべきではないし(13)、国による審査請求の利用が認められなければ取消裁決の拘束力によって承認を求める是正の指示がなされることもあり得ない。つまり、現行自治法の下では、国交大臣は審査請求を前提とせずに是正の指示をす

るべきであり、係争委と裁判所も審査請求の取消裁決の拘束力を前提とせずに是正の指示の適法性を第三者機関として審査することが本則である。

そうだとすると、防衛局（国）による審査請求を認め、さらに取消裁決と是正の指示の不当連結を認めることはいわば二つの反則を認めたことになり、令和5年最高裁判決が是正の指示を適法と判断して国が勝訴することができたのも最高裁が二つの反則を認めた結果である。このような法令違反（違法性）の判断は是正の指示の取消訴訟における判断としても正当性は疑わしいが、まして地方自治を侵害する危険性が高い代執行訴訟における正当性はさらに疑わしい。よって裁判所は本訴において代執行の根拠となる法令違反があるかどうかを改めて審理するべきである。

なお、本件のように裁決と是正の指示が先行するのではなく、当初から代執行の手続がとられた場合には、取消裁決と是正の指示の不当連結によって設計変更の承認が命じられる（代執行が認められる）ことはあり得ない。裁決と是正の指示の先行という手続の違い（しかも前記のようにこれらはいわば反則であってその正当性は疑わしい）によって一方的に国に有利な結果となることは不公正であるから、この点からみても代執行訴訟で裁判所は改めて本件不承認の違法性を全面的に審理すべきである。

2　補充性の要件について

自治法245条の8第1項は、「本項から第八項までに規定する措置」つまり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ることを代執行の要件としており、他の方法によることができない場合に補充的に代

---

(13)　国と地方公共団体が対等であるとすれば、なぜ国に一方的に有利な結果となる審査請求の利用を国の機関に認めることが正当化されるのだろうか。法定受託事務については自治法255条の2第1項により法律を所管する大臣が審査請求の裁決をすることが制度的に予定されていると主張されることがあるが、それは行審法が本来想定している国民と処分庁の間の紛争（生活保護申請者と都道府県知事など）についてのことである。この場合は地方公共団体（知事）と国（厚生労働大臣）との紛争ではないから大臣が審査庁であっても不公正とはいえず、むしろ国民を簡易迅速に救済するという行審法本来の目的に適合している。しかし、辺野古をめぐる紛争は国民（防衛局）と処分庁（知事）との紛争ではなく、国（防衛局）と地方公共団体（知事）の紛争であるから、行審法（審査請求）ではなく（行審法を介在せず）自治法（是正の指示）によって解決すべきである。

執行ができるとしている。

判旨２（1）は、令和５年最高裁判決によって承認を求める是正の指示の適法性が確定したにもかかわらず知事（被告）が変更承認をしないのだから、代執行以外の措置によって本件変更申請に関する沖縄県の事務の適正な執行を図ることは困難であるとした。そして判旨２（2）は、代執行以外の措置とは自治法245条の７の是正の指示等をいい、対話はこれに当たるとはいえないとして、国と沖縄県の対話による解決をすべきだから代執行を認めるべきではないとする知事の主張を排斥している。

まず、(2) が代執行以外の措置とは是正の指示等を意味し、対話は含まれないとしたことについては、自治法245条の８第１項は代執行以外の措置を是正の指示に限定しているとは解されないこと[(14)]、判旨２（2）も「是正の指示等」を意味するとして是正の指示に限定していないこと、関与の意義を定める245条２号は「普通地方公共団体との協議」を規定しており、対話による協議は国の関与としても許容されていること[(15)]、係争委2016（平成28）年６月20日決定は「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」として国と沖縄県の協議が必要だと指摘していること、そもそも国が沖縄県との十分な対話と協議によって沖縄県民の理解を得てから本件事業を決定することは当然に必要であるにもかかわらず、このような過程を欠いていることが本件紛争（他の大型公共事業をめぐる紛争もまったく同様である）の根本的な原因であること、本判決自身も後記の付言において国と沖縄県が対話を重ねる必要があると説いていることからみても、対話は含まれないと断定することには重大な疑問がある。本判決が対話と協議による解決を否定するのであれば、少なくともその根拠をもっと説得的に明らかにすべきである。

（14） 松本英明・新版逐条地方自治法（第９次改訂版）1169頁（学陽書房、2017年）は、「本項から第八項までに規定する措置」とは、例えば第245条の７の規定に基づく是正の指示などを指すとしているが、これに限られるとはしていない。

（15） 対話による協議は民主的な意思決定の基本であり、非権力的な行為であるから、本件において具体的な法的根拠がないとしても、対話による協議を尽くすことが違法とはとうていいえないであろう。

次に判旨 2（1）は、令和 5 年最高裁判決により是正の指示の取消請求の棄却判決が確定したにもかかわらず知事（被告）が本件承認をしないのだから、代執行をするほかはないとしている。しかし、次の二つの理由により、令和 5 年最高裁判決によって是正の指示の取消請求の棄却判決が確定したとしても、そのことによって補充性の要件が充足されて代執行が認められることにはならないと解すべきである。

第 1 は、前記の判旨 1（1）および（2）で検討したように、是正の指示と代執行は異なる制度であり、前提となる法令違反（違法性）の内容も異なることである。特に本件のように是正の指示が代執行に先行している場合には、是正の指示の後に事情の変化が生じ、本件不承認の違法性の判断が異なることがあり得るから、是正の指示の取消請求が棄却されたことは直ちに代執行を認める根拠とならないと解すべきである。選挙や住民投票で埋立に対する民意がより明確に示された場合や、環境や地質に関する新たな知見が示されたような場合がこれに当たることは前記のとおりである。

第 2 は、代執行の要件を定める 245 条の 8 第 1 項の文言と是正の指示の要件を定める 245 条の 7 第 1 項の文言はかなり異なっており、是正の指示が適法と認められたのに知事がこれに従わなかったしても、直ちに代執行が認められることにはならないと解されることである。

是正の指示を定める 245 条の 7 第 1 項は、「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（中略）、必要な指示をすることができる」と規定し、是正の指示の対象となる法令違反の範囲を特に限定していないが、他方で事務処理を怠る場合は明記されていない。

これに対して代執行を定める 245 条の 8 第 1 項は、「都道府県知事の法定受託事務の管理又は執行が法令の規定若しくは当該各大臣の処分に違反するものがある場合又は当該法定受託事務の管理若しくは執行を怠るものがある場合において、本項から第八項までに規定する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は（中略）、当該違反を是正し、又は当該怠る法定受託事務の管理若しくは執行を改めるべきことを勧告することができる」と規定し、代執行の対象として法令違反の他に各大臣の処分に違反する場合を明記し、また法定受託事務の管理もしくは執行を怠る場合を明記している。

両者の規定の違いに意味があるとすれば、代執行（前者）ができる場合と是正の指示（後者）ができる場合はやはり異なっており、是正の指示は法定受託事務の執行に法令違反があるか、または著しく適正を欠き、かつ明らかに公益を害する場合を広く対象としているのに対し、代執行の対象は法令もしくは各大臣の処分に違反する場合または法定受託事務の管理もしくは執行を怠っている場合（不作為の場合）であって、しかも代執行を必要とするだけの公益上の必要性がある場合に限定されていると解される。例えば、法定受託事務としての河川管理や道路管理を知事が怠っており[16]、あるいは適切に実施しないために水害や大事故の危険が切迫しているというような場合には、是正の指示とその後の争訟手続を経る余裕はないから、代執行を必要とする公益上の必要性と緊急性があるといえるだろう。

具体的に考えてみると、①一級河川のうち都道府県が管理するものとされた指定区間[17]の特定の地点において、工事実施基本計画で策定された計画高水流量の範囲内で頻繁に洪水が発生して被害者（犠牲者）が出ているのに知事が堤防の改修工事を怠っているような場合には[18]、国交大臣は直ちに改修工事の代執行の手続をとることが245条の8第1項の趣旨に適合すると解される。

逆に、②工事実施計画に定められたダム建設に対して住民の反対の声が強いので知事がダム工事を実施しなかったところ、国交大臣が工事の実施を求める是正の指示をし、係争委と裁判所は工事実施計画に定められたダム建設をしないことは法令に違反しているという形式的な判断によって是正の指示を適法としたが、知事は建設工事に着手しない場合において、ダム工事の中止を公約にする知事が当選し、計画高水流量の範囲内では現在の堤防のままでも洪水が起こることはないことが科学的に証明されたような場合には[19]、新たに代執行の手続を開始し、しかも是正の指示の法令違反の判断は確定しているから代執行の法令違反の判断も確定していると

(16)　第1号法定受託事務とされている事務については、河川法103条の3第1項および第2項、道路法97条第1項および第2項参照。

(17)　河川法9条2項参照。

(18)　河川法16条の2、100条の3第1項参照。

(19)　このような場合として、武田真一郎・吉野川住民投票－市民参加のレシピ（東信堂、2013年）31-38頁参照。

いうことは著しく失当である。

やはり代執行は①のように当初から代執行を必要とするだけの法令違反または事務の管理の懈怠（不作為）および公益上の必要性と緊急性がある場合に限ってすることができると解すべきである。もっとも、審査請求と是正の指示の後に代執行がなされると裁決と是正の指示の不当連結が行われ、国に一方的に有利な結果となるのは、本件のように埋立免許と設計変更承認が知事の権限とされている場合に限られる。上記の河川管理のような事例では国の機関が審査請求をして国に有利な裁決を得て、その拘束力を根拠として是正の指示が行われるというような事態は生じないはずである。よって是正の指示の後に代執行が行われたとしても、本件のように著しく不公正な結果は生じないと考えられる(20)。

なお、245 条の 8 第 1 項の「各大臣の処分」とは許認可等の処分をいい(21)、国の関与であって国民の権利義務を形成したり確定したりするわけではない是正の指示は含まれないと解されるから、知事が是正の指示に従わないことが各大臣の処分に違反することにはならないというべきである。

3　争点 3（公益性に関する判断）について

本件における公益性とは、本件不承認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いうことである（245 条の 8 第 1 項）。前記 2 でみたように代執行には補充性が要請されており、代執行をしなけれ

---

(20)　そもそも代執行に補充性が要請されるのは、当初から是正の指示などの方法によることができないような公益上の必要性と緊急性があることを意味しており、本件のように是正の指示をしたが知事の理解を得られなかったために次に代執行をするようなことは想定されていないのではないだろうか。実際に審査請求や是正の指示をしたということ自体が代執行を必要とするほどの公益上の必要性や緊急性がなかったことを証明しているはずである。自治法 245 条の 8 第 1 項の「本項から第八項までに規定する以外の方法によってその是正を図ることが困難」であるという文言は、当初から困難であることを意味しており、知事が是正の指示に従わなかったような場合は含まないと解釈することが不自然ともいえないであろう。知事が是正の指示に従わない以上、変更承認は都道府県の事務であり、知事の権限なのだから、国は設計変更承認申請をやり直さなければならないと解すれば足りるはずである。

(21)　この点につき、前掲注（14）1169 頁参照。ここにいう大臣の処分としては都市計画法 59 条に基づく国交大臣による都市計画事業の認可などが考えられる。

ばならないだけの公益上の必要性と緊急性が求められていると解される。

公益性の判断は抽象的なものになりがちであるが、法的判断としては①本件不承認により害される公益（または実現される公益）と②承認を命ずることにより害される公益（または実現される公益）を比較考量することが必要であろう。これに対して判旨３（1）は、法定受託事務の管理等が法令または各大臣の処分に違反しまたは懈怠がある場合において、「それを放置することによる社会公共の利益に対する侵害の程度が甚だしい場合のことをいう」と判示しており、このような比較考量を行っていない。その結果として判旨３（2）、（3）は、本件不承認を放置することによる公益に対する侵害の程度は甚だしいという結論を導いているが、その根拠は明らかでない。上記のような比較考量を適切に行うことは困難であるが、それによって異なる結論になることもあり得るし、あるいは少なくとも結論の説得力は高まると思われる。

あえて３点ずつ比較考量のポイントを挙げるとすれば、①としては、墜落事故などの普天間基地の危険性の除去が遅延すること、日米関係と安全保障政策に支障が生じるおそれがあること、日本の他の地域に新基地を建設するとそこでの激しい反対が予想されることが考えられ、②としては、普天間基地の危険性は当分の間存続し、新基地完成後も米軍が完全に撤退して危険がすべて除去される保障もないこと、長期間の工事による膨大な費用と環境破壊が生じること、沖縄県民の過剰な基地負担が増大し、これ以上の基地負担は受け入れられないとする民意が蹂躙されることが考えられる。

もし沖縄県民の理解を得てから新基地建設を進める、または日本の他の地域で住民の理解を得てから新基地建設を進めるという政策変更がなされれば、①と②による公益侵害はいずれも解消するはずである。そうだとすれば、代執行などせずにこれらいずれかの政策変更をすることによって本件紛争は根本的に解決するし、しかも工事の難航などを考慮すればより迅速に解決する可能性があり、その方がよほど公益に適合するであろう。

なお、判旨３（4）は、「被告のした本件変更不承認をめぐる国と地方の行政機関間の紛争は（中略）、最終的には、前回訴訟における令和５年最高裁判決をもって（中略）その解決方法が確定したのであるから、地方の行政機関である被告沖縄県知事が確定した令和５年最高裁判決を放置することは、地方自治法の定める諸制度を踏みにじるものであることはもとよ

り、憲法が基本原理とする法の支配の理念や法治主義の理念を著しく損なうものであって、社会公共の利益を甚だしく害するものといわざるを得ない」と判示している。しかし、代執行をすることは上記②のような重大な公益侵害を生じることになり、さらに上記のように代執行をせずに本件をより根本的かつ迅速に解決する政策変更もあり得るのだから、知事が承認をしないことが自治法の定める諸制度を踏みにじったり、憲法が基本原理とする法の支配の理念や法治主義の理念を著しく損なうことにはならないであろう。

むしろ、国と地方公共団体は対等だとする自治法の基本原則を逸脱し、国による審査請求の利用や裁決と是正の指示の不当連結という二つの反則を認めた令和5年最高裁判決およびこれを前提とする本判決の方が自治法の定める諸制度を踏みにじり、法の支配や法治主義の理念を著しく損なうおそれがあると思われる。

4　付言について

判旨4の付言は、今後数十年にわたる新基地建設工事の過程でさらなる設計変更の必要が生じる可能性があるが、今回と同様な紛争が繰り返されることは相当でないことを指摘している。本判決を含むこれまでの判決は二つの重大な反則を認めるなど説得的でなく、沖縄県知事と県民の理解をまったく得られていないので、今後とも知事は新たな設計変更を承認しないことが予想される。そうすると本判決が指摘するように、辺野古新基地は代執行という異例の措置を繰り返しながら進められることになるのだろうか。

本判決はそのような事態を回避するために国と沖縄県が相互理解に向けて対話を重ねることが強く望まれると述べているが、これは代執行以外の措置に対話は含まれないと判示した判旨2と矛盾している。矛盾がないように理解するとすれば、本件の代執行を見直すための対話は認めないが、新基地建設を進めるための対話は認めるということになる。対話によって沖縄県民の理解を得て事業を進めることは民主的で分権的な社会の基本となる政策決定過程であり、対話は新基地建設を決定する段階でもっとも必要だったはずである。このような過程を欠いたまま、国に都合のよいときだけ対話の必要性を説くような本判決や国の場当たり的な態度こそが本件紛争の根本的な原因となっているというべきである。

いずれにしろ、令和５年最高裁判決は前記のように二つの重大な反則によって国がいわば反則勝ちをしたに過ぎず、同判決に全面的に依拠して代執行を認めた本判決の正当性はきわめて限定的であると思われる。また、前記２でみたように裁決と是正の指示の不当連結が行われて一方的に国に有利な結果となるのは、本件のように埋立承認や設計変更承認が知事の権限とされている場合に限られるから、実は本判決が妥当する範囲（射程）も限定的である。

ただし、公水法の適用については、本判決は、地域住民の強い反対にかかわらず国が日本のどこでも埋立をして軍事基地や放射性廃棄物最終処分場などを建設することを可能とする道を開いたというほかはない。知事が埋立承認申請や設計変更承認申請を不承認としても、国の機関はまず審査請求をして国交大臣の取消裁決を得て、次に同大臣が裁決の拘束力を根拠に埋立（設計変更）承認を求める是正の指示をし、さらに代執行をすればよいわけである。その意味で本判決の影響は本土の住民にとっても他人事ではない。

2024（令和６）年２月29日に最高裁第１小法廷は知事の上告を受理しない旨の決定をした。ある元最高裁判事と対談をしたときに、上告不受理決定は法令の解釈について重要な事項を含むものと認められない場合だけでなく、最高裁として現時点でその問題について判断をすべきでないと考えられる場合があるという話を伺ったことがある。本件が前者の場合とは考えられないので後者の場合に当たるのだろう。

しかし、最高裁が判断を回避するうちに日本は権威主義的で中央集権的な国家となってしまうおそれがある。筆者は日本がそのような国家ではなく、民主的で分権的な国家であるべきだと考えている。沖縄県民と知事が一連の判決に納得せず、是正の指示に従わないのも民主的で分権的な国家の実現を求めているからであろう。

現行の自治法は、国による審査請求の利用や裁決と是正の指示の不当連結のような反則を認めなければ国と地方公共団体が対等であるようによく工夫されており、それは自治法を改正した国民の意思だったはずである。本稿の検討によると、令和５年最高裁判決と本判決は二つの反則を認めることによって国が勝訴したことが明らかになった。最高裁は国民の意思を尊重し、令和５年判決と本判決を見直すべきである。そして、是正の指示や代執行が適法であるというならば、少なくとも本件不承認が違法である

ことを裁決や是正の指示を前提とすることなく判断する必要がある[22]。

(22)　本件に至るまでの国と沖縄県の法的争訟の経緯については、武田真一郎「辺野古埋立をめぐる法律問題を再考する」自治と参加の理論－住民投票制度と辺野古争訟を中心として（東信堂、2024年）215頁以下を参照されたい。