

〔論 説〕

辺野古新基地建設をめぐる不作為の
違法確認訴訟について

武 田 真一郎

はじめに

沖縄県名護市の辺野古新基地建設をめぐることは、沖縄県知事（以下「知事」という）のした埋立承認取消し（以下「承認取消」という）に対し、国は行政不服審査法に基づく審査請求と執行停止申立てをするとともに承認取消の取消しを代執行するための訴訟（以下「代執行訴訟」という）を提起して、早期に建設工事を進めるための強制的な法的措置を次々と採ってきた⁽¹⁾。そのため国と沖縄県との協議による本件の根本的な解決の道は閉ざされてきたが、2016年3月4日に代執行訴訟を審理していた福岡高裁那覇支部は国と沖縄県の双方がすべての訴訟と審査請求を取り下げ、今後は是正の指示の手續と話し合いによる解決を行うことを内容とする和解勧告を行い、双方が受け入れて和解が成立した。

その後、国土交通大臣（以下「国交大臣」という）は地方自治法（以下「自治法」という）245条の7第1項に基づき、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ったが、これに対して知事は国地方係争処理委員会（以下「委員会」という）に対し、自治法250条の13第1項に基づき、是正の指示を不服として審査の申出を行ったところ、委員会

(1) 事実の経過、訴訟および審査請求の概要については、武田真一郎「辺野古新基地建設と係争処理委員会の役割」神野健二・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、117頁以下参照。

は、同年6月20日、是正の指示の適法性については判断をせず、国と沖縄県の協議による解決が必要であるとする異例の決定を行った⁽²⁾。裁判所の和解勧告も委員会の決定も両者の協議による解決が必要であるとしたことから、協議による解決への取り組みが進むものと期待されたが、委員会の決定の通知から30日が経過した同年7月22日、国は自治法251条の7第1項2号に基づき、知事を被告として国交大臣の是正の指示に従わないことの違法確認を求める訴訟（不作為の違法確認訴訟。以下「本件訴訟」という）を提起した。

本件訴訟の判決は本稿執筆中の同年9月16日に予定されている。本稿では本件訴訟の論点を明らかにした上、同日に言い渡された判決の内容について可能な範囲で検討を行い⁽³⁾、辺野古新基地建設問題解決への手がかりを探ることにしたい。

1 地方自治法251条の7第1項2号の充足性

国が本件訴訟を提起した根拠となる法令の規定は、自治法251条の7第1項2号である。同項柱書は、是正の要求または指示を行った各大臣は、同項各号に該当する場合には、是正の要求または指示を受けた普通地方公共団体の行政庁を被告として高等裁判所に対して不作為の違法確認を求めることができることと規定している。そして同項2号イは、是正の要求または指示を受けた普通地方公共団体の長その他の執行機関が委員会に審査の申出をした場合において、委員会が審査の結果または勧告の内容の通知をしたが、当該普通地方公共団体の長その他の執行機関が同法251条の5第1項に基づいて国の関与（本件では国交大臣の是正の指示）の取消訴訟を提起しなかった場合に、不作為の違法確認訴訟を提起できるものと規定している。本件では、委員会の決定があった後、知事が出訴期間内（委員会の決定の通知があった日から30日間）に是正の指示の取消訴訟を提起しなかったため、国交大臣は出訴期間が経過した直後に同法251条の7第1項2号イに基づいて本件訴訟を提起した。

しかし、本件が同項に基づいて不作為の違法確認訴訟を提起できる場合

(2) 本決定については、前掲注1、126頁以下参照。

(3) 本稿の締め切りが判決の4日後なので十分な判決の検討ができなため、予め本件の問題点について考察し、可能な範囲で判決に言及することにした。

に当たるのかどうかについては議論の余地がある。前記の同法 251 条の 5 第 1 項は、地方公共団体の長その他の執行機関（本件では知事）が是正の指示などの国の関与の取消訴訟を提起できるのは、委員会の審査の結果または勧告に不服があるとき（同項 1 号）、委員会の勧告に基づく国の措置に不服があるとき（2 号）、審査の申出をした日から 90 日を経過しても委員会が審査または勧告を行わないとき（3 号）、国が委員会の勧告に基づく措置を講じないとき（4 号）と規定している。同項 2 号から 4 号は本件には該当しないので、本件において知事が是正の指示の取消訴訟を提起する根拠となるのは 1 号だけであり、知事が審査の結果に不服があるときである。

ところが、委員会の審査結果は前記の通り是正の指示の適法性については判断せず、国と沖縄県の協議によって本件を解決すべきであるというものであった。知事としては委員会が是正の指示を違法と判断することを求めていたとはいえ、委員会の決定が国と沖縄県の協議によって解決すべきであるとしたことはもっともなことであり、この審査結果に不服があるわけではなかった。そして、取消訴訟を提起して国と争い続けることは協議による解決と相容れないからこそ、知事は是正の指示の取消訴訟を提起しなかったのである⁽⁴⁾。つまり、本件は同項 1 号の「審査の結果に不服があるとき」として知事が取消訴訟を提起すべき場合には当たらないから、知事が取消訴訟を提起しなかったことを理由として、国が自治法 251 条の 7 第 1 項 2 号イに基づいて不作為の違法確認訴訟を提起できる場合には当たらないと解する余地がある。以上はやや形式的な解釈論であるが、この点によって本件を解決するのであれば、2 回の口頭弁論だけで結審することもあり得るであろう⁽⁵⁾。

より実質的にみても、知事に是正の指示に従う義務が生じていたかどうかには疑問がある。裁判所は本年 3 月の和解勧告によって協議による解決を勧めており、委員会の決定も協議による解決が必要としたが、今日まで実質的な協議はほとんど行われていない⁽⁶⁾。通常の民事事件であれば請

(4) この点は沖縄県の弁護士に確認済みである。

(5) 同号イの規定を訴訟要件と解すれば訴えを却下すべきことになるが、この規定によって容易に訴えの適法性を判断することはできないので本案の問題と解すべきである。

(6) 沖縄県に確認したところ、和解勧告以降 15 分程度の協議が 4 回行われただ

求の当否は裁判所が客観的に判断できるので、協議が不調の場合は早期に判決による解決に移行することになるだろう。しかし、本件の争点は通常の民事事件とは異なっており、必ずしも判決による解決になじまない面があるので、根本的な解決のためには国と県の協議が不可欠である。

本件では県民の理解が得られていないのに前知事が埋立を承認したことが紛争の原因となっている。埋立承認に対する県民の批判を背景に当選した現知事としては、県民の理解を得られていない埋立は公有水面埋立法（以下「埋立法」という）4条1項1号の国土利用上適正かつ合理的であることという要件に適合していないし、同項2号その他の要件にも適合していないと判断したのであるから、埋立承認を取り消したのはもっともなことであろう⁽⁷⁾。国は知事の承認取消に裁量権の逸脱・濫用があつて違法であることを立証しない限りは是正の指示が適法であることを主張できず、不作為の違法確認請求も認められないことになる。この場合、国は沖縄県民の理解と外交・安全保障政策を両立させて普天間基地の危険性を除去する解決策を見出さなければならなくなり、そのためには結局、沖縄県と協議することが必要となるのである。

逆に、判決によって是正の指示が適法とされ、不作為の違法確認請求が認められたとしても、これによって辺野古新基地建設に対する県民の理解が得られ、工事が順調に進むことになるだろうか。おそらくそうはならず、国や裁判所に対する県民の不信感が高まり、工事を強行しようとする政府との間の衝突が激しくなつて、不測の事態が生じることにもなりかねないであろう。県民の理解を得ずに工事を強行することが正しい解決策であるというのでない限り、国はやはり沖縄県民の理解と外交・安全保障政策を両立させる解決策を見出さなければならないのであつて、そのためには沖縄県との協議が必要である。

このように本件を解決するためには国と沖縄県の協議が必要なのであるから、知事は協議による解決が必要であるとした委員会の決定に不服があ

けであり、このうち知事が同席したのは2回だけである。時間や回数よりも成果が重要であるが、ほとんど成果も得られていない。

(7) 同号の解釈の際に知事が多様な観点を比較考量できることについては、亘理格「埋立免許・承認における裁量権行使の方向性」神野健二・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）137頁以下参照。

るわけではなかった。したがって、本件は知事が委員会の決定に不服があるとして自治法 251 条の 5 第 1 項 1 号に基づいて是正の指示の取消訴訟を提起すべき場合には該当しないから、国が同法 251 条の 7 第 1 項 2 号イによって不作為の違法確認訴訟を提起できる場合には当たらないと解される。

なお、同法 251 条の 7 に基づく不作為の違法とは、「地方公共団体の行政庁には係争処理制度の活用やその後の訴えの提起の途が開かれているにもかかわらず、それぞれ相応の一定の期間を経過してもそうした対応をせず、かつ、…相応の期間を経過しても、なお是正の要求に応じた措置又は指示に係る措置を講じていない」という一連のことが不作為の違法があると評価されることであるとされている⁽⁸⁾。そうだとすれば、本件では知事は係争処理制度を活用して審査の申出を行い、国との協議による解決が必要であるという決定を受けて協議を求めているのであるから自治法が定める対応がなされており、不作為が違法である場合に当たらないと解される。

また、委員会の決定の後、是正の指示の取消訴訟を提起するための出訴期間を徒過した場合の規定が設けられていないが、裁判所は「期間徒過にやむを得ない事情があることを理由として不作為の違法の確認をしないことができるのか、見解が分かれる余地があろう」⁽⁹⁾とされている。不作為の違法の確認をしないことができるという立場に立てば、本件のように知事が委員会の決定に基づいて国に協議を求め、そのために出訴期間が経過したときはやむを得ない事情があるというべきであり、裁判所が不作為の違法の確認をしないことができる場合に該当すると解される。

2 是正の指示の適法性

(1) 是正の指示の対象

本件訴訟は知事が国交大臣のした是正の指示に従わないことが違法であることの確認を求めるものであるから、国の請求が認容されるためには是正の指示が適法であることが前提となる。本件の是正の指示は、知事のした承認取消が違法であるとして承認取消の取消しを求めるものであるか

(8) 松本英昭・逐条地方自治法・第8次改訂版(学陽書房、2015年)1233頁。

(9) 同前。

ら、是正の指示の対象は知事のした承認取消である。よって、承認取消が違法であれば是正の指示は適法であり、承認取消が適法であれば是正の指示は違法となると考えられる。

ただし、知事のした承認取消は前知事のした埋立承認を取り消すものであるから、埋立承認と承認取消は密接に関係している。では、本件訴訟において是正の指示の適法性を審査する際に具体的に審理の対象となるのは、埋立承認と承認取消のどちらなのだろうか。

埋立承認であるとする、埋立承認は政策的・専門的な判断を要する典型的な裁量行為であるから前知事の判断が尊重され、裁量権の逸脱・濫用がない限りは違法ではないことになり、是正の指示は適法となって国に有利な結果となる。承認取消であるとする、承認取消も同様に政策的・専門的な判断を要する裁量行為であるから知事の判断が尊重され、裁量権の逸脱・濫用がない限りは違法でないことになり、是正の指示は違法となって国が勝訴することは困難となる。したがって、本件訴訟の審理の対象がどちらであるのかを十分に検討する必要がある。

(2) 是正の指示と審理の対象

一般に、ある処分が処分庁自身の職権取消によって取り消された場合、当初の処分（以下「原処分」という）と取消処分は別個の処分であり、取消処分に不服がある者（通常は原処分の相手方）は取消処分の取消訴訟を提起することになる。この訴訟の審理の対象は取消処分であり、訴訟物も取消処分の違法性と解されるので、原処分と取消処分は密接な関係にあるにせよ、実際に審理の対象となるのは取消処分の違法性であると考えられる。実際の取消処分の取消訴訟では具体的に何が審理されているのであろうか。

最高裁昭和43年11月7日判決（民集22巻12号2421頁）では、自作農創設特別措置法（以下「自創法」という）に基づいて農業委員会がした農地買収計画および農地売渡計画を同委員会が職権で取り消したため、当該計画に基づいて農地の売渡を受けていた原告（上诉人）が取消しは無効であると主張して所有権の確認等を求めた事件である。本件において最高裁は、「買収計画、売渡計画のごとき行政処分が違法または不当であれば、…処分をした行政庁その他正当な権限を有する行政庁においては、自らその違法または不当を認めて、処分の取消によって生ずる不利益と、取消しをしないことによって…すでに生じた効果をそのまま維持することの不利

益とを比較考量し、しかも該処分を放置することが公共の福祉の要請に照らし著しく不当であると認められるときに限り、これを取り消すことができる」と判示している。

同判決によれば、まず、処分庁は処分が違法である場合だけでなく不当である場合にも職権取消をすることができることになる。ただし、処分の取消しによる不利益と処分を取り消さないで放置することによる不利益（つまり相手方の不利益と取消しの公益上の必要性）を比較考量して、後者が上回る場合に限って取消しができるものとされている。このような比較考量が必要であるとする考え方は取消制限法理といわれている⁽¹⁰⁾。

同判決は結論として原処分である農地買収計画および農地売渡計画は違法であり、原告らの不利益よりも取消しの公益上の必要性が著しく大きいとして取消しの適法性を認めている。自創法による農地買収計画および農地売渡計画は非裁量行為と解され⁽¹¹⁾、非裁量行為の場合は違法事由が客観的に判断できるので、原処分の違法性と取消処分の違法性（自創法が定める買収要件および売渡要件が存在しないということであり、これによって原処分は違法となり、その取消処分は原則として適法となる）のいずれを審理しても結果は同じになると考えられる。よって、非裁量行為の場合は原処分と取消処分のどちらを審理の対象としても違いがないともいえるが、比較考量をするのは取消処分の処分庁であるから、比較考量の妥当性も審査するためには取消処分の違法性を審査の対象としなければならないはずである⁽¹²⁾。したがって、審理の対象は原処分ではなく取消処分と解

(10) 同判決のいう「著しく不当であると認められるとき」の意味は必ずしも明らかでないが、後掲の最高裁昭和63年6月17日判決は「上告人の被る不利益を考慮しても、なおそれを撤回すべき公益上の必要性が高いと認められる」場合であるとしており、両者は同じ意味であると解される。

(11) 買収計画は不在地主の土地に対して策定され、売渡計画は小作人に対して策定されるが、不在地主の土地と小作人は客観的に定義されており、処分庁の裁量が認められているわけではないと解される。なお、買収処分は買収令書の交付によってなされるが、買収令書の交付は買収計画によって決定されるので、買収計画にも処分性があると解される。

(12) ただし、非裁量行為の場合は欠格事由に該当するなど処分要件が欠けているのに利益考量の結果、取消しが制限されるという場合はほとんどないであろう。取消しが制限されて処分の効力が維持されるのは、取消権の行使が信義則違反や行政権の濫用に当たるような例外的な場合に限られると思われる。

すべきである。

最高裁昭和63年6月17日判決（判時1289号39頁、判タ681号99頁）では、当時の優生保護法に基づく「指定医師」の指定取消処分（実際には撤回に当たる）を受けた原告（上告人）がその取消し等を求めた訴えにつき、最高裁は「撤回による上告人の被る不利益を考慮しても、なおそれを撤回すべき公益上の必要性が高いと認められる」場合には、「法令上その撤回について直接明文の規定がなくとも、…被上告人は、その権限において上告人に対する右指定を撤回することができるというべきである」と判示して、取消処分（撤回）は有効であるとした。

本件は撤回の適法性が争われた事例であるが、将来に向かって処分の効力を消滅させる撤回の場合には原処分の違法性はそもそも問題とならず、撤回としての取消処分が審理の対象とされている。撤回の場合にも取消権制限法理は適用されるが、撤回は適法になされた処分であってもその効力を消滅させるのであるから、取消権制限法理はむしろ撤回の場合に重要な意味を持つと思われる。

このように職権による取消・撤回の違法性が取消訴訟で争われる際には、撤回については原処分の違法性はそもそも問題とならず、本来の取消の場合についても審理の対象は取消処分自体の違法性であると解される。前記のように原処分と取消処分は別個の処分であって違法性の審理も別個になされるべきであるから、それは当然のことであろう。ただし、原処分が非裁量行為の場合には違法性は客観的に判断されるので（農地買収処分の場合は不在地主の農地でないこと、営業許可の場合は欠格事由に該当するなど、処分要件を欠いているときに違法となる）、原処分に違法事由があれば原処分は違法であって取消処分は適法であることになり、どちらを審理の対象としても同じ結果になる。ただし、取消権制限法理による利益考量の結果として取消処分が違法とされる場合には、原処分に違法事由があっても取消処分は違法となる。

では、原処分が裁量行為の場合は原処分と取消処分のどちらを審理すべきなのだろうか。裁量行為の職権取消・撤回が行われた場合であっても、原処分と取消処分は別個の処分であり、違法性は各処分について判断すべきであるから、取消処分の取消訴訟の審理の対象は原処分の違法性ではなく、取消処分の違法性であることに変わりはないはずである。ただ、裁量行為の場合は原処分の違法性を審理の対象とするのと取消処分の違法性を

対象とするのでは、結果に大きな違いが生じることがある。原処分 of 処分庁が裁量権の範囲内と判断した処分が、取消処分 of 処分庁によって裁量権の逸脱・濫用があるとして取り消される場合があるからである。

埋立免許は処分庁 of 政策的・専門的判断を要する典型的な裁量行為なので、埋立免許を例に考えてみたい。原処分 of 処分庁（都道府県知事）は埋立法4条1項各号を充足するとしてリゾート開発を目的とする埋立免許を付与したが、その後、この開発計画は経済的合理性を欠いており、環境への影響も重大であるとして批判が高まったため再考したところ、処分庁は同項1号要件（国土利用上適正かつ合理的であること）および2号要件（環境保全および災害防止に十分配慮されたものであること）を充足するとした原処分 of 判断には誤りがあり、裁量権 of 逸脱・濫用によって違法であったことを認識し、かつ、相手方 of 不利益よりも取消し of 公益上の必要性が高いと判断して免許を取り消す処分をしたとする。この場合において、免許の相手方が提起した取消処分 of 取消訴訟において審理されるのは、①原処分である埋立免許 of 違法性（埋立免許をした処分庁 of 判断に裁量権 of 逸脱・濫用がある）と②取消処分 of 違法性（取消処分をした処分庁 of 判断に裁量権 of 逸脱・濫用がある）のいずれであろうか。

①であれば原処分をした処分庁 of 判断が尊重されて埋立免許は適法とされ、取消処分が違法とされる可能性が高くなり、②であれば逆に取消処分をした処分庁 of 判断が尊重されて取消処分が適法とされる可能性が高くなるので、この点は取消処分を争う際にきわめて重要な論点となる。

これまでの検討によると、取消処分 of 取消訴訟の審理の対象は原処分 of 違法性ではなく、取消処分 of 違法性であるから、②のはずである。非裁量行為であるか裁量行為であるかによって取消処分 of 審理の対象が異なるとする理由はないので、この点から見ても②であると考えられる。②であるとすると、原処分を受けた相手方は取消処分をする行政庁 of 裁量判断によって予期しない取消しによる不利益を受ける可能性があるが、それは裁量行為についても職権取消・撤回が認められ、取消処分についても裁量が認められることによる当然の結果である。相手方 of 救済については、取消権制限理論による利益考量の結果として取消しが違法と判断されることがあるし、取消しによって生じた損害に対して損害賠償を請求することもできるはずである⁽¹³⁾。

これに対して①であるとすると、まず原処分とは別個の処分である取消

処分の違法性の判断が原処分の違法性の判断に置き換えられてしまうという理論的な問題が生じる。さらに、原処分の判断が尊重される結果として原処分に裁量権の逸脱・濫用がない限りは取消権の行使は違法とされ、職権取消ができる場合はきわめて限定されることになる。これは、職権取消・撤回は争訟裁断的な行為ではないのに原処分に事実上の不可変更力が認められることになり、原処分の処分庁と取消処分の処分庁が同一の個人である場合には自らの処分に拘束されて自縄自縛となることを意味している。その結果として、裁量処分についても職権取消・撤回を認める意義が没却されることになろう。

前記の最高裁昭和43年11月7日判決は、処分庁は原処分が違法または不当であると認められ、かつ、取消しによる公益上の利益が取消しによる不利益を上回る場合には職権取消ができると判示している。つまり、最高裁判決は、取消処分の処分庁は原処分が違法であるという判断だけでなく不当であるという判断をする権限を認めており、かつ、前記のような利益考量をする権限も認めているのである。これらの点の違法性を判断するためには原処分の違法性ではなく、取消処分の違法性または不当性を判断しなければならないから⁽¹⁴⁾、審理の対象が取消処分であることは明らかである。

なお、撤回は原処分が違法かどうかにはかかわらず将来に向かって効力を消滅させるのであるから、取消処分（撤回）の取消訴訟においてはもっぱら取消処分の違法性が審理の対象となり、原処分の違法性は審理の対象でないことは前述の通りである。

(3) 是正の指示と大臣の関与裁量

前記(2)で検討したことは裁量行為の取消処分に対して是正の指示がなされた場合についても同様のはずである。是正の指示が適法であるのは指示の対象となった取消処分が違法である場合であり、それは取消処分が

(13) 最高裁昭和56年1月27日判決・民集35巻1号35頁は、地方公共団体が選挙結果などに応じて政策を変更することは許されるとしているが、当該政策が開発許可などの行政処分に基づくときは職権取消をする必要があることになる。ただし、地方公共団体は相手方の損害に対して賠償責任を負うとされた。

(14) 裁判所は不当性の判断をすることができないので、この場合の不当性の判断の意味が問題となる。実際の意味は不当と判断したことに裁量権の逸脱・濫用があるかどうかということになると解される。

違法である場合、つまり取消しをした処分庁の判断に裁量権の逸脱・濫用がある場合であって、原処分が適法である場合ではない。さらに、是正の指示の適法性を審理する際には是正の指示を含む国の関与の性質に留意する必要があり、取消処分の取消訴訟とは異なる考慮が必要である。

現行の地方自治法は関与法定主義をとり、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ものとし（245条の2）、権力的な関与が行われた場合には国地方係争処理委員会に対する審査の申出と訴訟手続を設けている。その目的は言うまでもなく国と地方公共団体の関係を明確化するとともに公正な争訟手続を設けることにより、地方の自主性と自立性を尊重し、地域の自己決定を実現するためである。実際にも同法は、国の地方公共団体に対する関与は地方の自主性および自立性に配慮した必要最小限度のものでなければならず、厳格な比例原則に服することを明記している（245条の3第1項）。

是正の指示は自治法が定める権力的な関与の一つである（245条の7）。是正の指示が訴訟で争われるのは、地方公共団体の執行機関が提起する是正の指示の取消訴訟（251条の5第1項）が典型的な場合であるが、本件のように是正の指示に従わないことが違法であるとして国（大臣）が地方公共団体の執行機関に対して不作為の違法確認訴訟（251条の7第1項）を提起する場合もある。いずれの場合も審理の直接の対象となるのは是正の指示の適法性と解される。では、これらの訴訟の審理において、具体的には何が審理されるのだろうか。

是正の指示は、「各大臣は、その所管する法律又はこれに基づく政令に係る都道府県の法定受託事務の処理が法令の規定に違反していると認めるとき、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」（245条の7第1項）になされるのであるから、是正の指示が適法であるのは、①都道府県の法定受託事務の処理が違法であると認められるとき、または②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られるときである。本件では、知事の承認取消が違法であると認められるか、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られる場合であるが、国はもっぱら①を主張している。よって、まず知事のした承認取消が違法であるかどうかを審理されることになり、それは前知事のした承認が適法であるかどうかの審理ではないことは前記（2）で見た通りである。

さらに、是正の指示は行政処分に準ずる権力的な関与であり、一定の政策的・専門的判断を要するものであるから、是正の指示をする際に大臣には一定の裁量権が認められると解される。ただし、この場合の大臣の裁量権は「関与裁量」というべきものであり⁽¹⁵⁾、これまでの行政法学が考察の対象としてきた行政行為の裁量論とはかなり異なるものである。従来の裁量論は行政庁が国民に対して公権力を行使する場合を想定しており、行政事件訴訟法 30 条によって裁量権の逸脱・濫用がある場合に限って違法となり、裁判所が取り消すことができるとされてきた。しかし、関与裁量は行政庁と国民との関係ではなく、国と地方公共団体との関係を対象とするものであり、従来の裁量論は該当しないと解される。関与の適法性はそれぞれの関与の要件を定めた自治法の規定に適合しているかどうかによって決まることになり、さらに前記のように強い比例原則が働くから（245 条の 3 第 1 項）、裁量とはいえ実際には自治法の規定によってかなりの制約を受けることが前提となっている。

是正の指示についてより具体的に考えてみると、前記①のように対象となった地方公共団体の事務処理が違法であるという理由で是正の指示がなされた場合には、当該事務処理の違法性は訴訟において裁判所が客観的に判断することになるから、当該事務処理が違法であれば是正の指示は基本的に適法であり⁽¹⁶⁾、当該事務処理が適法であれば是正の指示は違法であると解される。ただし、前記のように強い比例原則が働くので、当該事務処理が違法であるとしても、国と地方公共団体の協議による解決が可能であるか望ましいにもかかわらず、一方的に是正の指示がなされたような場合には違法となることがあり得るであろう。

前記②の理由で是正の指示がなされた場合には、この要件の認定は不当性の判断に属するので、裁判所は②の要件に該当すると認めた大臣の判断を尊重することになる。しかし、②の要件は「著しく適正を欠き、かつ、明らかに公益を害している」というきわめて例外的な場合を規定しているので、大臣の関与裁量（要件裁量）はかなり限定的なものにとどまると解

(15) 関与裁量については、白藤博行「辺野古代執行訴訟の和解後の行政法的論点のスケッチ」自治総研 451 号 1 頁、14 頁（2016 年）参照。

(16) ただし、地方公共団体の事務処理が違法であっても、国と地方公共団体間で十分な協議をしないまま是正の指示がなされたような場合には、比例原則違反として違法となる場合もあると解される。

される。さらに、前記のように強い比例原則が働くので、②の要件を満たしても是正の指示が違法となることがあり得るのは①の場合と同様である。

(4) 是正の指示と取消権制限法理

本件では知事の職権による埋立承認の取消しに対して国交大臣が是正の指示をしたが、このように職権による取消処分に対して是正の指示がなされた場合には、前掲の最高裁昭和43年11月7日判決（民集22巻12号2421頁）が示した取消権制限法理により、取消しが制限されることがある。実際に、辺野古新基地建設をめぐる当初国が提起した代執行訴訟においても知事のした承認取消は取消権制限法理によって違法となることは国の主張の主要な部分を占めており、これは不作為の違法確認訴訟においても同様なので、是正の指示と取消権制限法理の関係を考える必要がある。

取消権制限法理とは、授益的な行政処分については処分庁が職権で取消しや撤回をすると相手方の地位が不安定となるため、取消し・撤回が制限されて相手方の不利益を上回る公益上の必要性がある場合に限り許されるとする考え方である。前掲の最高裁昭和43年11月7日判決のほか、学説も同様に考えている⁽¹⁷⁾。授益的処分の取消しの際に前記のような利益考量が必要であるというのはもっともであり、取消権制限法理の考え方は妥当であろう。

取消権制限法理は行政庁が私人に対して処分をする場合を前提として、私人の利益を保護するために形成されてきた理論である。埋立承認が国にとって授益的な性質を持つとしても、本件のように国交大臣が知事に対して是正の指示をしたことにより、国と地方公共団体の関係が問題となっている場合には、国と私人を同視して国の利益を保護するために取消しが制限されるといえるかどうかは疑問が残る。この場合の利益考量とは埋立承認を取り消すことによる利益と埋立承認の効力を維持することによる利益の比較を意味しており、私益と公益ではなく、公益同士の利益考量とすべきであろう。

比較すべき利益の内容を具体的に考えてみると、いずれもきわめて重要な利益である。承認取消による利益とは、沖縄県民の意思および沖縄県の

(17) 例えば、塩野宏・行政法 I [第6判] 189-190頁（有斐閣・2015年）参照。

自主性と自立性が尊重されること、辺野古付近の貴重な環境が保全されること、新たな基地負担を回避するための代替案の検討が促されることなどであろう。これに対して埋立承認の効力を維持することによる利益とは、辺野古新基地建設という日米合意が履行されて国の外交・安全保障政策に寄与すること、普天間基地の返還が早期に実現して同基地による危険が除去されること、代替案の検討は不要となって県外の基地負担は増加しないことなどであろう。

これらの利益の比較考量には高度に政策的な判断が必要であり、司法審査になじまない面があることは否定できないと思われる。ただし、法律的には職権取消の際に処分庁が利益考量をするのだから、どのような要素をどのように考慮するかについて処分庁は裁量権を有している。よって、処分庁の判断に裁量権の逸脱・濫用があって承認取消が違法であるというのであれば、その立証責任は国の側にある。

もっとも、これらの利益は対立するものではなく、これらを両立させて本件を解決することが必要であり、賢明であるはずである。もとより司法が具体的にそのような解決策を示すことは不可能であるが、そのような解決を促す機能を果たすことはできるであろう。

3 福岡高裁那覇支部判決の検討

本稿執筆中の2016年9月16日に福岡高裁那覇支部の判決があり、本件訴訟について裁判所の判断が示された。結論は国の請求を認容し、知事が国交大臣の是正の指示に従わないことは違法であることを確認するというものである。本判決についての詳細な検討は別の機会に行うこととするが、本稿ではこれまでに検討してきた論点についてどのような判断がなされたのかを概観することにしたい。

(1) 審理の対象

本判決は、「本件訴訟の審理対象は前知事がした本件承認処分にその裁量権を逸脱し、または、濫用した違法があると認められるかである」⁽¹⁸⁾として、審理の対象は知事の承認取消ではなく、前知事の承認であるとした。その理由に相当するのは、「個別の根拠規定なくして一般に取消しが認められるとされる根拠は、法律による行政の原理ないし法治主義に求め

(18) 本判決113頁。

られ、行政行為は法律に従って適法に行われなければならないから、法律に違反する違法な行政行為は効果を持つべきではないところ、『法』の仕組みとして違法な処分も取り消されない限り効力を有すると取り扱われる（公定力）から違法な処分は取り消されなければならないという点にある」⁽¹⁹⁾という部分である。

つまり、職権取消が認められるのは法律による行政の原理によって違法な処分を取り消す必要があるからであり、したがって原処分に裁量権の逸脱・濫用による違法があるかどうかを審理の対象となるというのである。

しかし、前記 2 (2) で検討した通り、職権による取消処分は原処分とは別個の処分であって、違法性の判断は取消処分の違法性を対象とするのであり、本件では知事の取消処分に裁量権の逸脱・濫用がないかどうかを審査するべきである。埋立承認のような裁量行為の職権取消においては、取消権を行使する処分庁の裁量によって原処分の裁量判断が違法とされることが想定されるのであり、取消処分の違法性の審理の対象は取消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である。もし原処分の違法性が審理の対象であるとするれば、原処分の処分庁の判断が尊重されて違法とされる場合はきわめて限られることになり、裁量処分の職権取消を認める意義が損なわれることになる。

また、前記の最高裁昭和 43 年 11 月 17 日判決は、職権取消は原処分が違法または不当である場合にすることができるとしているから、職権取消ができるのは原処分が違法であるときに限られるとする本判決の判断は最高裁判例に違反している。原処分が違法または不当であると判断したのは取消処分の処分庁なのだから、取消処分の違法性の審理の対象はあくまでも取消処分に裁量権の逸脱・濫用があるかどうかという点である。

本判決は原処分の違法性を審理の対象としたため、原処分の処分庁（前知事）の判断に裁量権の逸脱・濫用がない限りは原処分は違法ではなく、取消処分は違法であるからその取消しを求める是正の指示は適法であるとして、著しく国に有利な結果となっている。裁量処分である原処分に事実上の不可変更力が生じ、裁量処分に対して職権取消を認めることの意義が損なわれることも前記 2 (2) の通りである。本来の審理の対象である知事の取消処分の違法性が審理の対象とされていれば、取消処分に裁量権の

(19) 同 108 頁。

逸脱・濫用がなければ取消処分は違法ではなく、その取消しを求める是正の指示は違法であることになって、国の勝訴は困難となったはずである。本判決は審理の対象を誤っており、それが結論に影響を及ぼしていることは明らかである。

(2) 是正の指示の適法性

本件の是正の指示の対象は知事のした埋立承認取消処分であるが、本判決は前記(1)で見た通り取消処分の違法性ではなく、前知事のした埋立承認処分の違法性を審理の対象としている。そのため国の埋立申請をほとんどそのまま追認した埋立承認に裁量権の逸脱・濫用があるとまではいえないとして承認は適法であるとし、その結果として承認取消の取消しを求めた是正の指示は適法であるとしている。これは承認取消ではなく、承認の適法性を審査の対象としたことによる当然の帰結である。

本判決は埋立承認が適法であったとするだけでなく、さらに「普天間飛行場の被害を除去するには本件新施設等を建設する以外にはない。言い換えると本件新施設等の建設を止めるには普天間飛行場による被害を継続するしかない」⁽²⁰⁾とまで断定している。これは単なる事実認定ではなく、本件埋立承認の処分基準の一つである「埋立の必要性」を充足するかどうかという法的判断の根拠と解されるが、埋立承認やその職権取消をする裁量権を有する知事の権限をはるかに越えて裁判所がそのような判断を行う権限があるかどうかは疑問である。

裁判所はいかなる証拠に基づいてこのような決めつけを行ったのであろうか。軍事的にも外交的にも海兵隊の駐留は沖縄である必要はないという日米の公的見解は度々示されており⁽²¹⁾、本土を含めた日本全体で基地負担のあり方を真剣に議論すれば、辺野古新基地建設以外に普天間基地の被害を解消する方法はないと断定することはとうていできないはずである。そもそもこれはきわめて政策的な判断であって、裁判所の権限と責任に属する事項ではないであろう。本判決は裁判所の権限と責任が及ばない事項を審理しており、司法権の範囲を逸脱していると思われる。

(3) 利益考量

本判決は、「本件においては、そもそも取り消すべき公益上の必要が取

(20) 同 134 頁。

(21) この点については、高橋哲哉・沖縄の米軍基地－県外移設を考える 55-57、62-64 頁 [集英社新書、2015 年] 参照。

り消すことによる不利益に比べて明らかに優越しているとまでは認められない上、その他の点を考慮すれば、本件承認処分の取消しは許されない」と判示している⁽²²⁾。これは、前記の最高裁昭和43年11月17日判決が職権取消・撤回をする際には取消しをすることによる利益が取消しをしないことによる利益を上回る（取消しをする公益上の利益が相手方の不利益を上回る）ことを要するとしたことから、このような利益考量が適切に行われたかどうかを審理したものと思われる。

しかし、前記最高裁判決は利益考量を義務付けたとはいえ、本判決がいうように取消しをすることによる公益上の利益が取り消すことによる不利益を明らかに上回ることを要するわけではない。埋立承認およびその取消しはいずれも裁量行為であるから、取消しに際してどのような要素を考慮するかは取消しをする処分庁の裁量に委ねられており、裁判所の審理は取消処分の処分庁がした利益考量が著しく不合理であって取消処分に裁量権の逸脱・濫用による違法性をもたらすかどうかに限られるというべきである。本判決は裁量行為である取消権の行使について裁判所が判断代置を行っており、前記の判断は審査方法を誤った違法なものと解される。

知事が取消しに際して利益考量をする際には、前記2(4)で検討したような事項を考慮すべきであると解される。辺野古新基地建設以外の代替案があり得るとすれば、新基地建設に強く反対する沖縄県民の民意に配慮し、沖縄県の自主性と自立性を尊重する必要性は高まり、承認取消の公益上の必要性はきわめて大きくなるはずである。

(4) 地方自治法 251 条の 7 第 1 項 2 号の充足性

最後に本稿の最初に検討した標記の点について本判決の判断を見ておくことにしたい。本判決は、「国地方係争処理委員会の決定は和解において具体的には想定しない内容であったとはいえ、元々和解において決定内容には意味がないものとしており、実際の決定内容も少なくとも是正の効力が維持されるというものに他ならないのであるから、被告は本件指示の取消訴訟を提起すべきであった」⁽²³⁾としている。

つまり、本判決は委員会が国と県の協議によって本件を解決することが望ましいという決定を行ったことはもともと意味のないことであり、知事

(22) 本判決 172 頁。

(23) 同 184 頁。

が委員会の決定を尊重して是正の指示の取消訴訟を提起しなかったとしても、取消訴訟を提起しなかった以上、国は同号イによって不作為の違法確認訴訟を提起できるというのである。

そして、「遅くとも本件委員会決定が通知された時点では是正の指示の適法性を検討するのに要する期間は経過したというべきであり、その後には本件取消処分を取り消す措置を行うのに要する期間は長くとも1週間程度と認められるから、本件訴えが提起された時点では相当の期間を経過していることは明らかであり、本件指示に係る措置を講じない被告の不作為は違法となっている」⁽²⁴⁾と判示した。

本件の根本的な解決のためには、沖縄県民の理解を得て普天間基地の危険性を除去する方策を考える必要があり、そのためには国と沖縄県の協議が不可欠であることは本稿の1で検討した通りである。本判決はこの点を指摘した委員会の決定と協議を勧めた自らの和解勧告の趣旨を否定して、知事が是正の指示に従わないことは違法であるとしたことになる。

是正の指示は、前記のように地方公共団体の自主性と自立性に配慮した必要最小限のものでなければならないとされ、強い比例原則に服することとされている(245条の3第1項)。本件のように協議によらなければ解決できない事案において、ほとんど実質的な協議が行われないうちになされた是正の指示は、対象となった法定受託事務の処理が違法であるかどうかを論じる以前に、比例原則に違反し、大臣に認められた関与裁量を逸脱・濫用するものとして違法となると解する余地がある。

また、自治法251条の7第1項による不作為の違法確認訴訟は、是正の指示などの国の関与に対して地方公共団体の長が何らの対応をとらないような場合があることに対処するために設けられたものであるから、本件のように知事が真摯な協議を求めるとともに委員会への審査の申出などの措置をとっている事例はそもそも対象外であると解することも可能である。まして、是正の指示が比例原則に違反するなどの理由によって違法であるとするれば、知事が従わないことに違法性はないと解すべきであろう。

おわりに

是正の指示などの国の関与、委員会の審査および不作為の違法確認訴訟

(24) 同181頁。

などの制度は、国と地方公共団体を対等と位置づけ、地方公共団体の自主性と自立性を尊重し、地方の自己決定を実現することを目的とした現行地方自治法の下で、国と地方公共団体間の紛争を適切に解決するために設けられたことは周知の通りである。しかし、辺野古新基地建設をめぐることは代執行や是正の指示などの権力的な関与が早期の基地建設のための手段として使われているため、本来の目的に反して国と沖縄県の対立を深める結果となっている。

さらに本判決は審理の対象を誤って著しく国に有利な判断を示し、司法権の及ばない領域に踏み込んで辺野古新基地建設が唯一の解決策とまで断定したことにより、早期の新基地建設という国の意向に忠実に従うものとなった。地方公共団体の自主性と自立性を尊重するという地方自治法の重要な理念に対する配慮が本判決には著しく欠けていると思われる。そして、沖縄県民がこれ以上の過剰な基地負担を強く拒否しているにもかかわらず、本判決は国の決定に従って新基地建設を受け入れることを沖縄県民に要求していることになるが、沖縄県民が本判決に納得して本件の解決が促されることはあり得ないであろう。

むしろ、本判決が確定すれば沖縄県民の国や裁判所に対する不信感が高まり、工事を強行しようとする国との間で激しい衝突が起こることが予想される。このような事態になれば、アメリカを含む先進諸国は基本的人権や地方自治を軽視ないし蹂躪する日本を異質な国とみなして見限ることにもなりかねず、新基地はいったい何を守るために建設されるのかという根本が問われることになる。

本件を解決するためには、沖縄県民の理解と国の外交・安全保障政策を両立させる対策を日本中が一体となって真摯に模索することが必要であり、そのためには国と沖縄県の協議が不可欠である。国の強引な是正の指示を違法と認め、知事に不作為の違法はないことを確認すれば、国と沖縄県の協議を促すことができるのである。そのような措置をとることが現行の地方自治法の目的に適合し、基本的人権とともに地方自治を保障した日本国憲法の理念にも適合するはずである。最高裁の適切な判断を期待したい。