

行政法と地方自治法の交錯

——第2次辺野古訴訟・上告審判決の批判的検討——

本 多 滝 夫

1 問題の所在

2016年12月20日、最高裁判所は、翁長雄志沖縄県知事（以下「翁長知事」という。）が2015年10月13日に行った辺野古沿岸域埋立承認取消処分（以下「本件承認取消処分」という。）の適否が争点となった訴訟である不作違法確認訴訟（第2次辺野古訴訟）について判決を下した（平成28年12月20日判決民集70巻9号2281頁。以下「第2次辺野古訴訟・上告審判決」という）¹⁾。

上告審判決の概要は、① 仲井眞弘多前沖縄県知事（以下「前知事」と

1) 翁長知事の本件承認取消処分について国土交通大臣が翁長知事を被告として2015年11月17日に福岡高等裁判所那覇支部に提訴した代執行訴訟（平成27〔行ケ〕3号）、国土交通大臣による本件承認取消処分の執行停止決定について沖縄県が国を被告として2015年12月25日に那覇地方裁判所に提訴した処分取消訴訟（平27〔行ウ〕28号）、翁長知事が国土交通大臣を被告として2016年2月1日に同じく福岡高等裁判所那覇支部に提訴した関与取消訴訟（平成28〔行ケ〕1号）といった3つの訴えを第1次辺野古訴訟といい、代執行訴訟と関与取消訴訟の和解成立後に、国土交通大臣が行った是正の指示に翁長知事が従わないことを理由として同大臣が同知事を被告として2016年7月22日に福岡高等裁判所那覇支部に提訴した不作違法確認訴訟（平成28〔行ケ〕3号）を第2次辺野古訴訟という。辺野古訴訟の背景、第1次辺野古訴訟から和解を経て第2次辺野古訴訟、さらに那覇地方裁判所に（本稿執筆時点で）係属中の岩礁破砕行為差止訴訟（平成29年〔行ウ〕10号）に至る経緯、これらの訴訟における行政法および地方自治法の論点については、参照、岡田正則・白藤博行・人見剛・本多滝夫「辺野古訴訟と行政法上の論点」法セミ751号（2017年）18頁以下。

いう。)が2013年12月27日に行った辺野古沿岸域埋立承認処分(以下「本件承認処分」という。)は埋立承認につき最小限の要件を定める公有水面埋立法(以下「公水法」という。)4条1項1号(「国土利用上適正且合理的ナルコト」)および同項2号(「其ノ埋立ガ環境保全及災害防止ニ付十分配慮セラレタルモノナルコト」)に照らして違法等のところがない、②したがって、本件承認処分を違法であるとして取り消した翁長知事の本件承認取消処分は違法である、③ よって、2016年3月16日に、これを指摘して、翁長知事に本件承認取消処分を取り消すよう命じた、地方自治法245条の7第1項に基づく国土交通大臣の是正の指示は適法であるから、③指示に従って翁長知事は同処分を取り消す義務を負う、④にもかかわらず、指示がされた日から1週間を経ても取り消さないのは違法である、というものであった。

上記の結論を直接に導く判断事項だけを取り上げるならば、本件の争点は、前知事が行った本件承認処分を職権で取り消した翁長知事の本件承認取消処分における違法事由の有無であり、行政法学上の論点に言い換えれば、行政行為ないしは処分の適法性に関する問題の一部を成す職権取消処分の適法性の如何という問題であり、さらには、公水法4条1項1号および同項2号の解釈といった個別の行政法令の解釈の問題であったと見ることができる。

しかし、この訴訟の争点は、個別の行政法令の解釈の問題や行政行為ないしは処分(職権取消し)の適法性要件の問題にとどまるものではなく、地方自治の保障や地方自治の原理と絡み合っているところにある。最高裁判所はこの点を十分に咀嚼しないまま、ある意味では平板にも、争点を行政法の一般的な問題に還元してしまっている。

そこで、本稿では、行政法理論と地方自治の保障との交錯状況に照らし、辺野古訴訟で問われるべき法的な争点は何であったのかを明らかにすることとしたい。

2 職権取消処分の適法性審査と裁判所の審理の対象

(1) 2つの審理の対象

ア 辺野古訴訟は、上記の通り、翁長知事による本件承認取消処分を契機としている。本件承認取消処分は、学問上は、職権によって原処分を取り消す処分であるから、取り消しうべき瑕疵——違法事由または不当事由——が原処分の成立時に存在していることが職権取消しの第一義的な要件であると解されてきた²⁾。したがって、職権取消処分に不服がある者が、

2) 行政行為または処分の職権取消しとは、戦後において支配的な学説を形成した田中二郎によれば、「取消」が「一応有効に成立している行政行為について、その成立に瑕疵があることを理由としてその効力を失わしめるために行われる独立の行政行為」であることを前提として、「争訟取消し」と並ぶ「瑕疵ある行政行為の取消」の方式の一つであり、「申請をまず、取消の原因が存すると認める場合において、行為者たる行政庁又は監督者たる行政庁において取消す」ことをいうとする。そして、「瑕疵ある行政行為」でいうところの「瑕疵」とは、「行政行為の効力の発生を妨げる事情」をいい、その事情には「行政行為が法の定める要件に適合しない場合（違法の行政行為）又は公益に反する場合（不当の行政行為）」があるところ、田中二郎は、「行政行為に内在する瑕疵は、それが無効原因とされる場合……を除いて、すべて、行政行為の取消原因となり得る」のであって、「それが、法規に違反する違法の瑕疵であると公益の目的を害する不当の瑕疵であるとを問わない」が、「（ただ、行政行為が不当に止まるときは、訴訟によってその取消を求めることができない）」と説いていた。参照、田中二郎『行政法総論』（1957年、有斐閣）324頁、354頁～355頁。現在の行政法学においてもかかる理解は広く共有されている。参照、塩野宏『行政法Ⅰ〔第6版〕』（有斐閣、2015年）189頁、藤田宙靖『行政法総論』（青林書院、2013年）231頁。職権取消処分の適法性審査に関するリーディング・ケースと解されている最判昭和43年11月7日民集22巻12号2421頁もまた同様の内容を取消原因としている（「行政処分が違法または不当であれば、それが、……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、処分の取消によつて生ずる不利益と、取消をしないことによつてかかる処分にに基づき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解するのが相当である」）。なお、近年、法律による行政の原理の「法律による」を厳格に捉えらるとともに、ドイツの行政手続法が違法な行政行為について職権取消しを法

同処分の取消訴訟を提起する場合には、同処分の違法事由として第一義的に主張すべきは原処分には瑕疵が存在しなかったことである。よって、職権取消処分の取消訴訟において、まずは原処分に瑕疵が存在していたか否かが争点になる。

もちろん、取消訴訟の訴訟物は取消しを求められている処分の違法性一般であるから、裁判所が職権取消処分の適法性を審査することは当然である。ここで問題となるのは、原処分に瑕疵が存在していたか否かの審理に際して、裁判所が直接に審理するのは、原処分における行政庁の判断であるのか、それとも、原処分に瑕疵が存在していたと認定した行政庁の判断であるのか、といった問題がある。

イ 原処分を規律している根拠法の趣旨・目的、判断の対象事項の性質などに照らして、行政庁に裁量権が認められない場合には、この問題は意味をもたない。なぜならば、裁判所は、職権取消処分における違法事由の有無につき判断代替審査方法を用いて審理することができるので、職権取消しをした行政庁と同様に、原処分における違法事由の有無——事実認定の過誤、法令解釈の過誤、法令解釈によって定立された規範への認定された事実の当てはめ——を直接に審理することになるからである³⁾。

ウ しかし、行政庁に裁量権が認められる場合には事情が異なるといえよう。とりわけ、本件のように、原処分の行政庁と職権取消しをした行政庁が同一である場合、いわゆる自庁取消しである場合には、原処分におい

ㄨ 定していることにかんがみて、取消原因を成立時の違法事由に限定する学説も説かれている。参照、高木光『行政法』（有斐閣、2015年）136頁。

3) 前掲注2)で参照した最判昭和43年11月7日はまさにそうした事件であったと思われる。同事件では、買収処分において在村地主の自作地を不在地主の小作地と誤認されたことを理由として農地の買収計画および売渡計画が取り消されてよいのか否かが争点とされたところ、事実の誤認の有無、かかる事由が取消原因であることを前提として、取消しによって実現される公益と取消しによって不利益を受ける者の利益との衡量を裁判所が行い取消しが制限されるような事情はないとして職権取消しが適法と判断された事案である。

て裁量権が行使されたとしても、行政庁が職権取消しをする際にする原処分における瑕疵の有無の認定には、裁判所による裁量権の審査のような制約——いわゆる裁量権の逸脱・濫用審査（行訴30条）——ないから、始めから、考慮すべき諸事情にかかる事実の認定のやり直し、当該事実の評価のし直し、評価し直された諸事情間の衡量といった判断代置審査の方法が用いられる⁴⁾。このような判断代置審査の方法に基づいて行われた職権取消処分の取消訴訟の審理においては、裁判所がかりに原処分における瑕疵の有無を直接に審査するとしても、あるいは、かりに職権取消処分における原処分に瑕疵が存在していたとする行政庁の認定の適法性の有無を審査するとしても、いずれにしろ両処分ともに裁量権が認められる以上、裁判所は、裁量権の逸脱・濫用審査の方法をとらざるを得ないために、原処分における行政庁の判断を直接に審理する場合と職権取消処分における行政庁の判断を審理する場合とでは、結論が異なる可能性が生ずる。

この点をもう少し敷衍しよう。まず、裁判所が、原処分における行政庁の判断を直接に審理の対象とする場合を想定してみよう。この場合、原処分における行政庁の判断に裁量権の逸脱・濫用がないと認定するときは、裁判所は、職権取消処分をするに足る違法原因が原処分になかったと判断を下すことになる。つぎに、職権取消処分における行政庁の判断を審理の対象とする場合を想定してみよう。この場合、裁判所は、原処分をすべきではなかったとする行政庁が改めて行った判断に裁量権の逸脱・濫用があったか否かを審査することになる以上、職権取消処分に裁量権の逸脱・濫用がないと認定するときは、職権取消しをするに足る瑕疵——違法事由または不当事由——が原処分にあったと認定することになる。行政庁の判断に裁量権が認められる場合の規範的な効果——裁判所による行政庁の判断への敬讓——に照らせば、裁判所が行政庁の判断における裁量権の逸

4) 参照、稲葉馨「行政法上の『不当』概念に関する覚書き」行政法研究3号（2013年）30頁注55。

脱・濫用を認定する事情は限定されるから、職権取消処分における行政庁の判断を審理の対象とする場合には、裁判所は、原処分における行政庁の判断を直接に審理する場合に比して、傾向的には、原処分に職権取消しをするに足る瑕疵が原処分にあったと認定することになる。このようにして、行政庁の判断に裁量権が認められる処分についての職権取消処分の適法性を裁判所が審査するに際しては、審理の対象をいずれにするかによって結論が異なる場合が生じるのである。

それでは審理の対象をいずれにすべきであろうか。私見によれば、紛争局面によって異なるものと思われる。以下、その理由を説明しよう。

（２）職権取消処分取消訴訟における審理の対象

ア 職権取消処分によって不利益を直接に被る名あて人が当該職権取消処分、より具体的には、許認可等申請に基づく利益付与処分を取り消す職権処分について取消訴訟を提起する場合を想定してみよう。申請を行い、当該申請が法令所定の要件に適合すると行政庁の判断に基づいてなされる許認可等、すなわち授益的処分によって利益的な地位を置かれた者は、不正な申請を行った場合を除いて、自己の申請に過誤がなかったと確信し、行政庁が、再度、申請を審査するようなことはないと行政庁の判断に信頼を寄せることは当然であろう。そうすると、行政庁が、申請の法令適合性をあらためて審査するような方法で導かれた判断に基づいて授益的処分を職権で取り消した場合、原処分においてなされた行政庁の判断に瑕疵があり、当該判断に信頼を寄せたこと自体に問題があったと、訴訟の場において当該職権取消処分によって利益的地位を失う者に対して説明責任を行政庁に果たさせることが必要である⁵⁾。そうすると、職権取消処分の取消訴

5) 近時、行政過程における行政（庁）の説明責任の原則は、行政が自らの行政活動の正当性や適法性を論証すべきであるという趣旨で、裁判過程においても貫徹されるべきだとする見解が有力に説かれている。参照、塩野宏『行政法メ

訟においては、裁判所は、原処分における行政庁の判断を直接の審理の対象とすべきだということになる。

イ もっとも、行政庁に裁量権が認められている処分については、なお、職権取消しの原因としての瑕疵には違法事由だけでなく、不当事由もあるから、かりに原処分にかかる行政庁の判断に裁量権の逸脱・濫用がなくとも、すなわち違法事由がないとしても、原処分の瑕疵は不当事由であったと解することも可能である。そうすると、裁判所の審査においては、原処分も適法であり、職権取消処分も適法であるといった矛盾した結果が生ずることになる。両者をいずれかに帰一するための調整基準または調整方法が必要とされる。

一つの解法は、裁判所に原処分の不当事由の有無の審査をさせることである。しかし、それは行政庁の判断に裁量権を認める法律の趣旨に背理する。

これとは別の解法として、職権取消処分において行政庁がとった判断の手順において違法なところ——事実の評価の方法、裁量基準の当てはめ、考慮事項の採否の合理性など——がないかどうかを審理するというものがありうるであろう⁶⁾。かりに職権取消処分をするに際して行政庁がとった判断代置審査の手順に違法なところがあれば、裁判所は、職権取消処分における行政庁の判断は適法であり、原処分に不当事由があったと推認することになろう。しかし、それは限りなく裁量権の逸脱・濫用審査の方法の一態様でしかないともいえよう。

さらに、もう一つの解法としては、上記の審査の方法と類似しているが、原処分において行政庁がとった判断の手順と職権取消処分において行政庁

Ⅱ〔第5版補訂版〕(有斐閣、2013年)154頁、北村和生「行政訴訟における行政の説明責任」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅲ』(有斐閣、2008年)89頁。

6) たとえば、南博方は、内部規則(訓令・通達)違反を不当事由として挙げている。参照、南博方『行政法〔第6版補訂版〕』(有斐閣、2012年)81頁。稲葉馨は、これを裁量基準違反を念頭に置いたものと再解釈する。参照、稲葉・前掲注4)22頁～23頁。

がとった判断の手順とを比較し、その相違が判断の結論の相違の原因となっていることが認定できる場合に、いずれの手順が法律の趣旨目的に適合的であるかを審理し、より適合的な方を適法な手順と評価し、その手順に従ってなされた処分を優先させるという審査の方法がありうるであろう。ただ、いずれの手順をとるのも裁量権の範囲内であると解される場合には、この審査の方法には有意性がないということになる。

裁判所は、最前者の解法をとることができない以上、後二者の解法をとるしかない。しかし、後二者をとる場合、裁判所は職権取消処分における行政庁の判断も審理の対象とせざるをえないのである。

(3) 関与取消訴訟等における審理の対象

ア つぎに、辺野古訴訟のように、都道府県知事が行った職権取消処分について、法令所管大臣が当該職権取消処分は違法であると認定し、その取消しを是正の指示として命じ、それに当該都道府県知事が従わない場合に提起される関与訴訟——都道府県知事が当該指示の取消しを求めて指示をした、法令所管大臣を被告として提起する指示取消訴訟（自治251条の5第1項）、当該指示に従わないことを違法として法令所管大臣が都道府県知事を被告として提起する不作為違法確認訴訟（251条の7第1項）——を想定してみよう。

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は、当該都道府県に対し、当該法定受託事務の処理について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。」と定めている。したがって、都道府県知事が本項所定の指示を指示取消訴訟で争う場合には、自らが行った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」とする法令所管大臣の認定は誤っている旨を主張することになる。あるいは、不作為違法確認訴訟では、従う義務がないこと、すなわち違法の抗弁として同様に法令所管大臣の認定は誤っている旨を主張することになる。

その場合、法令所管大臣の認定の誤りの有無の先決問題となるのは、都道府県が法定受託事務の処理として行った処分が「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」か否かである。職権取消処分が是正の対象である場合、法令所管大臣は、さらに遡って、原処分における行政庁の判断に瑕疵があったか否かを直接に審理し、瑕疵の存在を認定したうえで、本項所定の要件に適合しているか否かの認定をすることが求められているのだろうか。

イ　ところで、地方自治法245条の7第1項という条文がなければ、国土交通大臣は、翁長知事に対し是正の指示を出すことができなかったはずであるし、その不作為を裁判で争うこともできなかったはずである。国が地方公共団体の事務処理である都道府県知事の処分に関与することは、法律に根拠がなければ許されない（自治法245条の2）。

このように国が地方公共団体の執行機関の事務処理に対して関与することが法律に根拠がなければならないのは、地方公共団体には、憲法上、住民の直接選挙に基礎を置く〈自治権〉があること、とりわけ首長には〈自治権〉に基づく行政執行権能が保障されていることに由来する（憲法92条、93条）。とくに、地方分権改革において、内閣に属する行政権（憲法65条）と地方公共団体の行政執行権能（憲法94条）とは別物と観念され、憲法上、国の行政権が、行政であるが故に地方公共団体の行政執行権能の行使に当然のように関与することができないことが明らかにされ、関与は法律によって創出されなければならないこととなった⁷⁾。

7) 参照、小早川光郎「地方分権改革——行政法的考察」公法62号（2000年）166頁。

したがって、法定受託事務といえども、地域の事務として都道府県が処理すべきものとして事務配分がなされた以上、法律による行政の原理に従って当該事務の処理を行う権限の根拠を法律に置く必要があるとしても、首長は憲法上保障された行政執行権能の一環として当該権限を行使するといえよう。とりわけ、職権取消処分のように、法定受託事務の処理として行われた処分に瑕疵があったとして、地方公共団体が自発的にこれを是正するか否かは、団体自治の保障が及ぶ地方公共団体の自己規律ないしはガバナンスの問題である。

そうすると、指示とは対等な立場にある者に対してなされる義務を課す行為である以上、裁判所は、是正の指示をした法令所管大臣の判断と、指示の対象とされている地方公共団体の首長の判断、いずれが法令の適用において正しいのかを審査することになり、自ずと審理の対象は職権取消処分における首長の判断を審理の対象とせざるをえない。

ウ 上記のように解した場合、職権取消処分について、裁判所は、地方自治法245条の7第1項所定の要件である違法性要件（「法令の規定に違反している」）、および、不当性要件（「著しく適正を欠き、かつ、明らかに公益を害している」）のどのように適用すべきであろうか⁸⁾。

上記の憲法構造を前提として定められている法令解釈運用における地方自治への配慮の要請（「地方公共団体に関する法令の規定は、地方自治の本旨に基づいて、かつ、国と地方公共団体との適切な役割分担を踏まえて、これを解釈し、及び運用するようにしなければならない。」〔自治2条12項〕）および関与最小限度の原則（「国は、普通地方公共団体が、その事務の処理に関し、普通地方公共団体に対する国又は都道府県の関与を受け、又は要することとする場合には、その目的を達成するために必要な最小限

8) もっとも、「著しく適正を欠き、かつ、明らかに公益を害している」の趣旨は、合法性コントロールにとどまるとする解釈もある。参照、成田頼明ほか編『注釈地方自治法（全訂）』（第一法規、加除）5878頁〔佐藤英善＝寺洋平執筆〕。

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。〕〔自治245条の3第1項〕に照らせば、法定受託事務といえども、当該事務処理権限を有する都道府県の首長の判断は、それが地域の特性に関係するものである場合には、尊重されなければならない。とりわけ、関与最小限度の原則は、関与を法定する場合のたんなる立法指針として作用するだけでなく、関与をする場合において比例原則としても作用し、国は「地方公共団体の自主性及び自立性」に配慮し、不必要な関与を行わない義務を負うものと解される⁹⁾。したがって、法定受託事務が「国が本来果たすべき役割に係るものであって、国においてその適正な処理を特に確保する必要があるもの」（自治2条9項1号）であるとしても、その役割には事務の性質上濃淡があり、関与に際してその事務の性質に応じた判断がなされるべきである¹⁰⁾。

このように解するならば、裁判所は、国が本来果たすべき役割の色彩が濃い事務については、裁量処分取消しの判断に裁量権の逸脱・濫用が認められたり、職権取消処分によって明らかに公益が害されている状況が生じている場合に当該処分にかかる判断に著しく適正を欠くところがあること一たとえば、法令所管大臣が地方自治法245条の9第1項に基づいて処理基準として示した裁量基準からの著しい逸脱一が認められたりするときには、そのことをもって法令所管大臣は指示をすることができると認めてよいであろう。しかし、そうではなく、地域の特性を十分に反映させることを趣旨としている法定受託事務一本件のように公水法に基づく埋立承認事務¹¹⁾——については、関与最小限度の原則に照らせば、所定の要件を充

9) 参照、塩野宏『行政法Ⅲ〔第4版〕』（有斐閣、2012年）240頁、宇賀克也『地方自治法概説〔第7版〕』（有斐閣、2017年）385頁～386頁。

10) 参照、塩野・前掲注9)164頁。

11) 巨理格は、公有水面埋立免許・承認といった事務は、地域の固有性が強い自然条件に配慮するために、戦前の官選知事（地方長官）の時代を含めて都道府県知事が処理するとされてきたと指摘する。参照、「埋立免許・承認における」

足するだけでは足りず、地方公共団体内部では正ができない、是正を図るための法的手段が不利益を被っている者にはないといった格別の事情等がなければ、裁判所は、指示を適法と認めてはならない。

さらに、是正の指示をすることができるとしても、なおも指示の内容の選択についても関与最小限度の原則が適用される以上、指示はできるかぎり首長の行政執行権能に基づく判断権を侵害しない内容で行うべきである。とりわけ、許認可等の職権取消処分については取消しを指示するのではなく、許認可等の申請の審査のやり直しを指示すべきであろう¹²⁾。

3 第2次辺野古訴訟・上告審判決の論理と問題点

(1) 本件承認取消処分と本件承認処分の関係

ア 第2次辺野古訴訟・上告審判決の論理を理解するために、あらかじめ、本件承認取消処分と本件承認処分との関係を明らかにしておこう。

まず、本件承認処分から本件承認取消処分に至る経緯は、次の通りである。

本件承認処分は、日本とアメリカ合衆国との間で返還の合意がされた、現在アメリカ合衆国の海兵隊が利用している沖縄県宜野湾市にある普天間飛行場の代替施設を同県名護市の辺野古沿岸域に建設するための公有水面の埋立てについて防衛省の地方支分部局である沖縄防衛局が2013年3月22日に行った出願に対するものである。もともと前知事は、2010年の沖縄県知事選において代替施設の県外移設を公約として再選されていた。また、本件出願については、2013年11月29日に庁内の事務処理手続の中で沖縄県環境生活部長が事業実施区域周辺域の生活環境および自然環境の保全につ

ㄨ裁量権行使の方向性」紙野健二＝本多滝夫編『辺野古訴訟と法治主義——行政法学からの検証』（日本評論社、2016年）161頁～163頁。

12) 参照、稲葉一将・後掲注19)760頁～761頁。

いての懸念が払拭できないとの意見が示されていた。しかし、2013年12月24日から25日にかけて行われた安倍晋三総理大臣との会談の後、前知事は同月27日に本件承認処分を行った。

本件承認処分については、翌2014年1月10日に、沖縄県議会は「米軍普天間飛行場の閉鎖・撤去と辺野古移設断念を求める意見書」と「仲井眞弘多沖縄県知事の公約違反に抗議し、辞任を求める決議」を可決し、同意見書では、「環境保全上の懸念が払拭されない中、提出された埋立申請書は公有水面埋立法の基準要件を満たさず、承認に値するものではないことは明白である」と指摘していた。その後、同年11月16日に行われた沖縄県知事選挙において、辺野古移設阻止・県外移設を公約として選挙を戦った翁長雄志候補が知事に当選し、本件承認処分を知事として行った仲井眞候補が落選するに至った。

翁長知事は、公約を踏まえて、2015年1月26日に本件承認処分の検証のために「普天間飛行場代替施設移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」を設置し、本件承認処分を慎重に審査させたところ、同委員会は、同年7月16日に、本件出願は公水法の要件を充たしておらず、これを承認した本件承認手続には法律的瑕疵がある旨を報告した「検証結果報告書」を翁長知事に提出した。翁長知事は、これを踏まえて2015年10月13日に本件承認処分を取り消した。

イ それでは、翁長知事は、何を原因として本件承認処分を取り消したのであろうか。

まず、本件承認取消処分の通知書に記載されている理由（参照、本稿末尾に付した【資料 公有水面埋立承認取消通知書（抜粋）】）から判断するに、公有水面埋立法4条1項各号を要件とする公有水面埋立承認は、都道府県知事に広範な裁量権が認められる処分であるところ¹³⁾、本件承認取消

13) このことについては、第2次辺野古訴訟の各審級の裁判所が認めるところであり、学説においても異論のないところである。参照、高木光「行政処分にメ

処分に際して、翁長知事は前知事における判断を全面的に見直し、沖縄防衛局の出願は公水法4条1項1号および2号所定の要件を充足していなかったと認定し、そのことを理由に本件承認取消処分を行った。言い換えれば、翁長知事は、前知事と同様に出願の審査を行い、前知事は不承認処分をすべき事案であったという判断に基づいて、本件承認処分を取り消したのである。

つぎに、本件承認取消処分の前に行うものとして設定された聴聞への出席に代えて翁長知事に提出した陳述書において、沖縄防衛局は前知事の判断に「裁量権の範囲の逸脱又は濫用はない」と意見を述べているところに照らすと、沖縄防衛局は、裁量権が認められる処分の職権取消しにおいては、行政庁は原処分における瑕疵の有無の認定は裁量権の逸脱・濫用審査の方法に基づいて行うべきであると考えているように見受けられる。しかし、翁長知事は、かかる審査に基づいた場合であっても、前知事の判断には考慮要素の選択や判断の過程は合理性を欠いていたと認定できると反論するだけであって、前知事の判断における裁量権の逸脱・濫用を取消原因としているわけではない。

さいごに、本件承認取消処分は、出願が公水法4条1項1号および2号所定の要件を充足していないという法的な判断に基づくものである。すなわち、法定の要件——未充足は承認禁止となる性質の要件——の不充足であるから不承認とすべきであるとする翁長知事の判断と異なっている点において前知事の判断は違法であったことが取消原因とされている。そうだとすると、前知事の出願の審査ないしは判断の方法と翁長知事のそれとの間には相違があり、その相違が結果の相違を導いたのであれば、いずれの審査ないしは判断の方法が適法であったのかという問題に帰結する¹⁴⁾。

△おける考慮事項」曹時62巻8号（2010年）2070頁～2077頁、亘理・前掲注11）153頁～161頁。

14) 榊原秀訓は、前知事が嚴格度の低い出願の審査を行ったのに対し、翁長知事（龍法`18）50-4、302（2132）

(2) 原審・福岡高等裁判所那覇支部平成28年9月16日判決（民集70巻9号2727頁）の論理と問題点

ア 第2次辺野古訴訟の第1審で上告審との関係では原審に当たる福岡高等裁判所那覇支部は、2016年7月22日の国土交通大臣の提訴を受け、2回の口頭弁論を経たのち、同年9月16日に、翁長知事が国土交通大臣の指示に基づいて本件承認取消処分を取り消さないことが違法である旨を確認する判決を下した。原審は多岐にわたる争点について判断を下しているが、本稿の目的に関連する争点に限って、同判決の論理を紹介しておこう¹⁵⁾。

まず、原審は、職権取消しにおける取消原因については、本件承認処分のような授益的処分の取消しは、「原処分が違法であること、すなわち原処分において要件裁量権が認められる場合には、その行使が逸脱・濫用にわたり違法であると認められることを要し、原処分に不当又は公益目的違反の瑕疵があるにすぎない場合には取消権はそもそも発生しない」と説示

ゝ事は厳格度の高い出願の審査を行ったために、判断に相違が生じたと分析し、裁判所の審査密度の傾向を考えると、緩い審査を厳しい審査に変更した場合よりも、厳しい審査を緩い審査に変更した場合の方が違法と判断される可能性が高いと説く。榊原秀則「埋立承認の職権取消し処分と裁量審査」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』176頁～177頁。

- 15) 原審判決についての論評ないし判例批評として、次の論稿が公表されている。大田直史「判批」新・判例解説 Watch 20号（2017年）73頁以下、岡田正則「辺野古訴訟で問われる日本の法治主義と地方自治——高裁判決をどう是正するか」世界88号（2016年）40頁以下、同「裁判所による法治主義・地方自治の破壊——辺野古訴訟高裁判決の問題点と上告審の課題」法時88巻12号（2016年）106頁以下、紙野健二「9・16福岡高裁那覇支部辺野古訴訟判決を受けて」住民と自治643号（2016年）36頁以下、白藤博行「憲法の地方自治保障の原点と現点」法民513号（2016年）30頁以下、武田真一郎「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」成蹊85号（2016年）1頁以下、本多滝夫「司法をめぐる動き 辺野古訴訟・福岡高裁判決の論理——行政法理論の『誤解』」法民512号（2016年）34頁以下、前田定孝「判批」法経論叢（三重大学法律経済学会）34巻2号（2017年）47頁以下、松永和宏「辺野古訴訟高裁判決の問題点——福岡高那覇支平28・9・16」法セミ743号（2016年）1頁以下、山下竜一「判批」法セミ744号（2016年）109頁。

した（民集70巻9号2829頁〔以下「頁番号」のみを記す。〕）。これは、原処分には違法事由または不当事由がある場合には取消原因と認めている行政法学の通説的な理解や判例とは異なる独自の見解に基づくものである¹⁶⁾。その理由を「取消権発生の根拠は法律による行政の原理の回復にあるため特段の法的根拠は必要ではなく、原処分の根拠規定に含まれている」（2830頁）こと、「不当も公益目的違反もともにあいまいな用語であり、特定の概念を導くことが困難であることから、その恣意的な行使運用を招くおそれがある」（同頁）ことに求めているようである。

もっとも、原審は、本件承認処分につき前知事の裁量権を認めているにもかかわらず、不当を「裁量内違法」と捉えなおし、「本件承認処分につき、裁量権の逸脱・濫用があり違法と認められるかに加えて、直接その判断の当否を審査し、要件を充足していないにもかかわらずその認定及び評価を誤り処分を行ったものと認められるかを判断する」（2835頁）とすると言明した。

つぎに、審理の対象について、原審は、上記の取消原因に関する定義から当然のごとく「前知事がした本件承認処分にその裁量権の範囲を逸脱し、または、濫用した違法が認められるかである」と説示した（2834頁）。

本件承認取消処分における翁長知事の判断を審理の対象とすべきだと被告の主張に対しては、「後日、処分要件の有無を要件裁量権の下に再審査し、要件を欠くと判断すれば、原処分に裁量権の逸脱・濫用がなく、それ自体は違法ではなくても、あるいは原処分がした要件充足の判断がそもそも裁量の範囲内にある上に直接その判断の当否を法的・客観的に審査しても要件を充足していると認められる場合（以下、「裁量内適法」という。）でも、取り消すことができることになる」、すなわち、「取消権発生の根拠を全く伴わないばかりか、法的、客観的に裁量内適法である原処分

16) 参照、前掲注2)の記述。

に対する再審査の判断が裁量内において誤って違法と判断したものであるとしても有効に取り消せるという不条理を招くことになる。」(2836頁)と批判する。

さいごに、是正の指示の要件である「法令の規定に違反する」の解釈については、翁長知事における裁量権の逸脱・濫用に限定すべきであるとの被告の主張を、「取消要件である瑕疵の存否については被告に裁量はないから主張の前提を欠いている」(2895頁)として一蹴した。したがって、原審によれば、「法令の規定に違反する」か否かにかかる審理の対象は、本件承認処分における前知事の判断ということになる。

さらに、「本来国が果たすべき役割であって、国においてその適正な処理を確保する必要がある法定受託事務について、法令の規定に違反する行為を是正するために是正の指示を定めたこと（地方自治法245条の7）からすれば、違法である法定受託事務処理を放置することはできず、これについて是正の指示を行うことは当然に許容される」のであって、「上記条項の文言上も、上記被告が主張するような違法〈全国的な統一性、広域的な調整等の必要という観点から看過しがたいことが明らかである違法—引用者注〉に限定すべきとは言え〈ない〉」(2895頁)と判示し、被告の主張を否定した。

なお、原審は、「本件訴訟は立法技術上機関訴訟とされたものの、その性質が本来抗告訴訟である場合もありうるところ、本件は、国の事業にかかる埋立承認が取り消されたことからその取消しを指示した事案であり、本来的には行政行為の効力に関する不服として抗告訴訟に類する利益状況にあるといえることからして、被告の取消権行使に要件裁量その他被告の判断の司法への優越を認めるべき根拠はない」(2839頁)と判示し、紛争の局面によって職権取消しに対する審理の対象が変わったり、審査の方法が変わったりすることはないとする。

本件に適用される規範として原審が前提としていたものは、① 授益的

処分の職権取消しの取消原因は、違法事由に限定される、② 職権取消しの適法性が争われる場合には、主観訴訟であろうが、客観訴訟であろうが、裁判所の審理の対象は原処分である、③ 行政庁に裁量権が認められる授益的処分に違法事由があるか否かの審理は、裁量権の逸脱・濫用の有無だけでなく、裁量内違法の有無にまで及ばなければならない、④「法令の規定に違反していると認める場合」とは、違法事由を限定すべき文言が条文にない以上、ただ単に法令の規定に違反していることで足りる、ということになろう。

イ 原審が前提としていた規範における本質的な問題点は、授益的処分の職権取消しの取消原因を原処分の違法事由に限定したにもかかわらず、〈裁量内違法〉という概念を持ち出し、実質的には原処分における〈不当事由〉の有無まで裁判所が審理することができるとしていることであろう¹⁷⁾。このような自己矛盾を犯してまでも原処分の〈不当事由〉の有無を審理しようとする意図は、本稿2(2)イで指摘した問題——原処分と職権取消処分の両者とも適法となりうる——が生ずることを原審もまた気づき、これを解消しようとしたところに求めることができよう。

ウ また、原審は、本件は、たんなる裁量権の行使ではなく、団体自治の保障が及ぶ行政執行権能に基づく判断の適法性が争点とされていることを看過している。本件で問題となっているのは、法令所管大臣の指示によって地方公共団体の行政執行権能に基づく首長の判断権が侵害されている局面であって、当該処分によって不利益を被っている事業者としての国の立場において沖縄防衛局が取消訴訟で救済を求める局面とは異なる。したがって、2(2)アおよび2(3)イで説明したように、審理の対象お

17) 多くの論者が指摘するところである。参照、大田・前掲注15)76頁、岡田・前掲注15)「上告審の課題」111頁、武田・前掲注15)16頁、人見・後掲注19)31頁、本多・前掲注15)36頁～37頁、松永・前掲注15)4頁～5頁、山下・前掲注15)109頁。

よび審査方法もまた異なると考えるべきであろう¹⁸⁾。

さらに、原審は、法令所管大臣における違法の認定を限定する文言は地方自治法には存在しないと考えているようである。しかし、2(3)ウで説明したように、関与最小限度の原則は国が地方公共団体に具体的に関与をする場合にも適用されるのであって、そのことは何も、「国と地方の双方の利害が対立する事案において、判断を回避したり、地方公共団体に有利な結果となるようにすること」(2838頁)を裁判所に求めているわけではなく、国と地方の双方の利害が対立する事案について、地方自治の保障の観点から調整を図るよう裁判所に求めているにすぎない。

(3) 第2次辺野古訴訟・上告審判決の論理と問題点

ア さて、原審で敗訴の判決を受けた翁長知事は上告したところ、上告審たる最高裁判所は、口頭弁論を開くことなく、原審判決後3ヶ月余り経った2016年12月20日に、上告棄却の判決を下した。ここでも本稿の目的と関連する限りにおいて同判決の理由を紹介し、併せてその論理を検討しよう¹⁹⁾。

18) 同旨、大田・前掲注15)75頁、岡田・前掲注15)「上告審の課題」109頁、紙野・前掲注15)37頁。

19) 上告審判決に関する論評・批評として、次の論稿が公表されている。馬橋隆紀・幸田宏「首長の交代で政策転換? 埋立てをめぐる国と県がバトル〈はんれい最前線〉」判例自治421号(2017年)4頁以下、稲葉一将「判批」民商153巻5号(2017年)751頁以下、衣斐瑞穂「判解」曹時69巻8号(2017年)2433頁以下、同「判批」ジュリ1506号(2017年)87頁、同「判批」ひろば70巻5号(2017年)58頁以下、岡田正則「『政治的司法』と地方自治の危機——辺野古訴訟最高裁判決を読み解く」世界891号(2017年)93頁以下、同「判批」自研94巻2号(2018年)136頁以下、杉原文史「判批」新・判例解説 Watch 21号(2017年)55頁以下、武田真一郎「判批」成蹊86号(2017年)177頁以下、野口貴公美「判批」法教439号(2017年)123頁、本多滝夫「辺野古訴訟・最高裁判決 地方自治の危機」住民と自治646号(2017年)44頁、村上博「辺野古訴訟最高裁判決の問題点と今後の課題」自治と分権67号(2017年)72頁以下、山下竜一「判批」法セミ748号(2017年)117頁。また、事件の背景を踏まえて原審判決および上告審

まず、職権取消しの原因とその審理の対象について、上告審は以下のような定式を示した。

「一般に、その取消しにより名宛人の権利又は法律上の利益が害される行政庁の処分につき、当該処分がされた時点において瑕疵があることを理由に当該行政庁が職権でこれを取り消した場合において、当該処分を職権で取り消すに足る瑕疵があるか否かが争われたときは、この点に関する裁判所の審理判断は、当該処分がされた時点における事情に照らし、当該処分に違法又は不当（以下「違法等」という。）があると認められるか否かとの観点から行われるべきものであり、そのような違法等があると認められないときには、行政庁が当該処分に違法等があることを理由としてこれを職権により取り消すことは許されず、その取消しは違法となるというべきである。」（民集70巻9号2289頁～2290頁。以下頁番号のみ記す。）

つぎに、「法令の規定に違反すると認める場合」については、上告審は以下のような定式を示した。

「当該法定受託事務の処理が法令の規定に違反しているにもかかわらず各大臣において是正の指示をすることが制限される場合がある旨の法令の定めはないことを考慮すると、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場合には、当然に地方自治法245条の7第1項に基づいて是正の指示をすることができる。」（2293頁）

本件に適用される規範として本件上告審が前提としていたものは、①

ㄴ判決を通観する論評として、紙野健二「沖縄の基地問題と公法学——問われるものは何か」法セミ751号（2017年）48頁以下、角松生史「法的紛争解決手段の交錯と限界」法時89巻6号（2017年）59頁以下、徳田博人「辺野古裁判の検証と今後の展望と課題」日本の科学者591号（2017年）12頁以下、人見剛「辺野古訴訟の経緯と諸判決に関する一考察」LAW AND PRACTICE（早稲田大学大学院法務研究科臨床法学研究会）11号（2017年）1頁以下。

職権取消しの取消原因は、違法または不当である、② 職権取消しの適法性が争われた場合には、裁判所の審理の対象は原処分である、③ 行政庁に裁量権が認められる処分については、裁判所は、違法等の有無にまで及ばなければならない、④ 都道府県の法定受託事務の処理における「法令の規定に違反していると認める場合」とは、法令所管大臣がたんに事務処理に違法があると認定すれば足り、かりに違法の認定を制限することが求められるとすれば、特別の法令の定めが必要である、ということになる。

イ 原審と異なり、上告審が①の通り職権取消しの原因に違法だけでなく不当も含むと説示した理由は判決文には記載されていない。上告審に参与したと推認される最高裁判所調査官の解説（以下「本件判解」という。）は、「処分の職権取消しが許容される根拠は法律による行政の原理又は法治主義の観点によるものと考えられるところ、当該処分を取り消すに足りる不当があるのであれば、同様の観点からは職権取消しをすることが許容されると解するのが相当であると考えられ〈る〉」と説明し、かかる理解は、最高裁判例においても、学説の多数においても採用されているとする²⁰⁾。

不当を合目的性または公益適合性の原則からではなく法律適合性の原則から取消原因に位置づけるとの見解は、管見によれば、学説の中に見出すことはできない。もっとも、本件判解は、「その『不当』の程度には幅があり得るところであるが、処分を職権で取り消す理由とされる以上は、当該「不当」とはその程度が相当程度著しいものを指すというべきである」との解釈を示しており²¹⁾、相当程度著しい不当とは、「原処分が違法とまでは評価し難いものの、それに準じる程度に不合理なものがこれに当たるといふことになるか」との注釈を加えている²²⁾。

違法に準ずる不当とはどのような瑕疵の態様を具体的に指すのかについ

20) 参照、衣斐・前掲注19)「判解」2443頁～2444頁。

21) 参照、衣斐・前掲注19)「判解」2444頁。

22) 参照、衣斐・前掲注19)「判解」2456頁（注19）。

てはこの説明からはなおも判然としないが、このような理解によれば、裁量権に対する裁判所の審査は適法性の問題にとどまらず、不当性の問題にも及ぶということになり、裁判所による裁量権の統制の範囲は拡大するといつてよいであろう。果たして、そのような評価が可能であろうか。本件に即して、この点を検討してみよう。

ウ 本件上告審は、③の通り、違法または不当を「違法等」と一括りにしたうえで、公水法4条1項1号所定の要件にかかる都道府県知事の裁量権に対する審査に際しては、「〈埋立ての目的及び埋立地の用途に係る必要性及び公共性の有無や程度に加え、埋立てを実施することにより得られる国土利用上の効用、埋立てを実施することにより失われる国土利用上の効用等の諸般の事情を一引用者注〉総合的な考慮をした上での判断が事実の基礎を欠いたり社会通念に照らし明らかに妥当性を欠いたりするものでない限り、公有水面の埋立てが第1号要件に適合するとの判断に瑕疵があるとはいい難いというべきである」(2290頁～2291頁)といった方法をもって臨むと説示した。

しかし、ここに示された審査の方法は、最小限審査と呼ばれる裁量権の逸脱・濫用審査の方法においてもっとも緩やかなものである²³⁾。違法に準ずるとはいえ、不当事由をも認定しようというものであるから、それに耐えうる審査の方法の定立が本来は必要とされるべきであった。このような審査の方法で違法事由の有無に加えて、不当事由の有無を認定できるか大いに疑問がもたれるところであろう。果たして、本件上告審は、とくに不当事由を認定するための審査に配慮することなく、審査の結果、「…前知事は、…埋立ての規模及び位置が適正かつ合理的であるなどとして、本件埋立事業が第1号要件に適合すると判断しているところ、このような前知事の判断が事実の基礎を欠くものであることや、その内容が社会通念に照

23) 参照、小早川光郎『行政法講義 下Ⅱ』(弘文堂、2005年)195頁。

らし明らかに妥当性を欠くものであるという事情は認められない」、「したがって、本件埋立事業が第1号要件に適合するとした前知事の判断に違法等があるということはできない」(2291頁)と判示するに至った。

ついで、本件上告審は、公水法4条1項2号所定の要件にかかる都道府県知事の裁量権に対する審査については、「裁判所が、公有水面の埋立てが第2号要件に適合するとした都道府県知事の判断に違法等があるか否かを審査するに当たっては、専門技術的な知見に基づいてされた上記都道府県知事の判断に不合理な点があるか否かという観点から行われるべきである」(2292頁)といった方法で臨む旨を説いた。

専門技術的な知見に基づく判断についての審査の方法については、伊方発電所原子炉設置許可処分取消請求事件・最1小判平成4年10月29日民集46巻7号1174頁(以下「平成4年最判」という。)が先例とされているところ、本件判解もこれを参照して、「裁判所がそのような専門的・技術的な観点からの判断の当否を審査するに当たっては、専門的・技術的知見を踏まえて作成された審査基準等に不合理な点がないかや、そのような審査基準等に沿った判断過程に不合理な点がないかといった観点から審査することが適切だと考えられる」とし、「本判決は、上記に述べたような理解を前提に、本件埋立承認における前知事の2号要件適合性の判断の当否を審査しているものと見受けられる」と評価している²⁴⁾。

事実、本件上告審は、「本件埋立事業が第2号要件に適合するか否かは沖縄県が定めた審査基準に基づいて検討されているところ、この審査基準に特段不合理な点があることはうかがわれない」、「前知事は、関係市町村長及び関係機関からの回答内容や沖縄防衛局からの回答内容を踏まえた上で、本件埋立事業が第2号要件に適合するか否かを専門技術的な知見に基づいて審査し、①護岸その他の工作物の施工、②埋立てに用いる土砂等

24) 参照、衣斐・前掲注19)「判解」2447頁～2448頁。

の性質への対応、③ 埋立土砂等の採取、運搬及び投入、④ 埋立てによる水面の陸地化において、現段階で採り得ると考えられる工法、環境保全措置及び対策が講じられており、更に災害防止にも十分配慮されているとして、第2号要件に適合すると判断しているところ、その判断過程及び判断内容に特段不合理な点があることはうかがわれない」と認定し、「本件埋立事業が第2号要件に適合するとした前知事の判断に違法等があるということとはできない」(2292頁)と判示するに至っている。

したがって、本件上告審は、本件判解が言及した審査方法を行って、前知事の判断を審査したとみてよいであろう。

上記の平成4年最判の審査方法は比較的審査密度の高いものであると解されているところ²⁵⁾、かりに当該審査の方法がこれと同一であるとすれば、この審査を通過した判断には十分に合理性があると評価してよいかもしれない。また、裁量基準の適用の仕方をも審査の対象とすることになるから、裁判基準からの逸脱が相当程度に著しい不当事由に該当するかどうかについても、とくにその点に配意をすれば、審査することが可能であるといつてよいかもしれない。

しかし、本件判解が説くところの「第2号要件の適合性に係る免許権者(承認権者)の裁量的な判断の幅はある程度広範にならざるを得ない」²⁶⁾との理解を前提としているのであろうか、本件上告審がそのように裁量基準の適用の仕方を審査した形跡はない。結果として、本件承認取消処分において本項所定の要件を充足しない理由として挙げられていた「審査基準(2号要件の審査基準(1)ないし(4))に適合するとした判断は、事業実施区域の生態系の価値との比較において、当該事業を実施することの必要性、許容性について何も検討がなされていないなどの点から合理性を欠

25) 参照、小早川・前掲注23)201頁。高木光は、このような審査の方法を「行為規範的統制」と呼ぶ。参照、高木・前掲注(13)2077頁。

26) 参照、衣斐・前掲注19)「判解」2447頁。

いている」(参照、【資料 公有水面埋立承認取消通知書(抜粋)】取消処分
の理由 第2 1 (4))との認定は等閑視されることになった。

エ 上記ウで確認したように、本件上告審が定立した規範①、②および
③の適用は、本件においては、裁量権が認められる行政庁の処分一般に適
用される裁量権の逸脱・濫用に関する規範の適用とまったく異なるところ
はなかったといつてよい²⁷⁾。それにしても羊頭狗肉と評してもよい規範を
本件上告審はなぜ定立したのであろうか。

推察される理由のひとつは、原審が授益的処分の取消原因から不当事由
を落としたことは学説や判例に反するものの、法律による行政の原理を理
由にして、法律の根拠もなく、不当原因を取消原因として扱うことができ
るかといえ、それを合理的に説明することが難しいとの理論的な苦渋の
中、〈違法に準ずる不当〉を含めて「違法等」という概念を定立すること
で、不当原因による職権取消しを法律による行政の原理の枠内にあるもの
と説明しようと試みたのではないかというものである。上記イで引用した
本件判解はそのようにも読み取れる。

もうひとつの理由は、原処分には違法事由はないとしても、不当事由があ
れば取り消しうることに照らせば、裁量権の逸脱・濫用の有無の審査だけ
では、職権取消処分の適法性の余地を完全になくすることはできないとすれ
ば、やはり、原処分には不当事由もなかったことを裁判所の審理において
認定することが必要であると考えたのではないかというものである。結局
のところ、最高裁判所も、本稿2 (2) イで指摘した問題——原処分と職
権取消処分の両者とも適法となりうる——から逃れることができず、その
解法として禁断の不当事由の審査を選択してしまったのである。

オ 本件上告審もまた、④の通り、原審と同様に、「法令の規定に違反
する」要件の解釈について法令所管大臣における認定権は限定されないと

27) 同旨、杉原・前掲注19)57頁、岡田・前掲注19)「政治的司法」98頁、人見・
前掲注19)45頁。

判示した。本件判解は、当該判示を「法定受託事務の処理に法令違反があれば、それ自体をもって是正の指示の対象となることは同項の文理上明らかである」と説明する²⁸⁾。反対解釈をするならば、限定しようとするためには、その旨の法令の定めが必要であるということになろう。その趣旨が、関与最小限度の原則を定める地方自治法245条の3第1項はやはり立法指針にすぎないことまで意味するものであるかは、地方自治法の改正の趣旨を意識したうえで、法令所管大臣の認定に限定はないと判示した原審と異なり、同条項への言及が判決文も本件判解にもないことから、不詳である。判決をするために必要な限りで違法性要件に関して、文理解釈という法律論としては差し障りの少ない解釈を示したものにすぎず、本件上告審判決は事例判断と見る余地は十分にある²⁹⁾。

4 おわりに

職権取消処分の適法性審査において行政庁に裁量権が認められる処分については、なお、職権取消しの原因としての瑕疵には違法事由だけでなく、不当事由もあるから、原処分にかかる行政庁の判断に裁量権の逸脱・濫用がなくとも、すなわち違法事由がないとしても、原処分の瑕疵は不当事由であったと解する余地があり、原処分も適法であり、職権取消処分も適法であるといった矛盾した結果が生ずることになる。

解法の一つは、裁判所に原処分の不当事由の有無の審査をさせることであった。第2次辺野古訴訟において第1審である原審も、上告審である最高裁判所も、果敢にも、その解法を選択した。しかし、不当性を「裁量内違法」または「違法等」と読み替えても、それは行政庁の判断に裁量権を

28) 参照、衣斐・前掲注19)「判解」2448頁。

29) 杉原丈史は、本件でも、同項に基づき、指示の実施・内容に関して比例性の有無が厳格に問われるべきであったと批判する。参照、杉原・前掲注19)58頁。

認める法律の趣旨に背理する。

それにもかかわらず、なぜ、両審とも他の解法を選択しなかったのだろうか。判決の推論過程——裁量内違法の審査だとして称して、「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」（2854頁）と認定した原審、上記のように違法等を審査するとしつつも最小限の裁量権の逸脱・濫用の審査しか行わなかった上告審——から、そのような疑問に対する解答は明らかであろう。民意を反映した翁長知事の判断に対する審理を敢えて回避した上で、前知事の判断には違法事由もなければ不当事由もない、したがって、これを取り消した翁長知事の判断は違法であり、よって、国土交通大臣が、地方自治245条の7第1項所定の「法令の規定に違反している」と認めたことは相当である、と。両審とも、「政治的司法」との批判を甘んじて受けざるを得ないであろう³⁰⁾。

それでは、裁判所は、とりわけ上告審としての最高裁判所はどうすればよかったのであろうか。それは、やはり、本件は、国が事業者としての立場で救済を求めて都道府県知事の処分の違法性を争う訴訟ではなく、国の都道府県の事務処理に対する関与の適法性に関する訴訟であるという認識に立って、裁判所が審理に臨むべきであったということに尽きるであろう。

後者の認識に立つのであれば、まず、国の地方公共団体の事務処理に対する関与の法定化と当該関与に関する争訟の制度化後、本件がはじめて裁判所に係属した事件であったことに照らせば、国の地方公共団体に対する関与の法制についての最高裁判所としての理解、とりわけ、地方自治の本旨ないし地方分権改革の理念に照らした、関与最小限度の原則の趣旨および関与の適法性に対する審査の方法を示した後に、審理に入らざるをえなかったはずである。この点を明確にすれば、敢えて前知事の判断における不当性の有無の審査に立ち入る必要はなかったはずである。本稿の冒頭に

30) 参照、岡田・前掲注19)「政治的司法」98頁～99頁。

述べたように、地方自治の保障の脈絡で本件の争点を捉えることなく、行政法の一般的な争点に還元することによって問題の解決を図ろうとしたことによる矛盾がそこに表出したといえよう。

もっとも、公有水面埋立てについて私人の地位と国の行政機関の地位とは本質的な相違はないという見地からすれば、事業者としての国による本件承認取消処分に対する抗告訴訟の提起が最も適切な紛争解決手段であるとの理解もありえよう。そのような見地からは、本件においては国土交通大臣が是正の指示によって『抗告訴訟に類する利益状況』の紛争を機関訴訟に転化させたことが問題であって、そもそも、抗告訴訟と機関訴訟が交錯するような制度設計に問題があったということになろう³¹⁾。

しかし、2次にわたって辺野古訴訟で争われた本件承認取消処分は、前知事が行った、公約に違反するだけでなく、地方議会からも違法の指摘を受けた本件承認処分を、それが争点となった選挙を通じて地方公共団体の首長となった翁長知事が是正したものであったところ、それは、公水法所定の承認基準の解釈、いかえれば一般的な行政裁量論には還元しえない、団体自治の保障が及ぶ自己規律・ガバナンスの問題にかかるものであった。本件承認取消処分に対する抗告訴訟において、果たしてこの問題が適切に審理されえたか、疑問がないわけではない。ただ、「政治的司法」の下ではいずれにしろ結論は変わらなかったことはたしかであろう。裁判所における「法の支配」に対する考え方の再考が必要とされる所以である³²⁾。

31) 参照、角松・前掲注19)67頁。また、岡田正則は、国は抗告訴訟を提起することができたにもかかわらず、権力的な関与手段を用いたこと自体が、関与の必要最小限度の原則に違反すると説く。岡田・前掲注15)「上告審の課題」109頁。

32) 私見によれば、立憲民主主義の下にある「法の支配」をつかさどる司法の任務は、政府の横暴に対して個々の国民の基本的人権を保障するとともに、国政選挙での多数者を背景とした全国政府の横暴に対して少数者である地域の住民の自己決定の領域を確保することにある。裁判所が地方自治の保障に仕えることは、「法の支配」を実現することでもある。参照、本多滝夫「辺野古裁判の焦点——地方自治、民主主義、司法の真価」研究と報告（地方自治問題研究機

【資料 公有水面埋立承認取消通知書（抜粋）】

沖縄県産土第 233号

沖縄県達農第3189号

公有水面埋立承認取消通知書

沖縄県中頭郡嘉手納町字嘉手納290番地 9

沖縄防衛局

（局長 井上一徳）

公有水面埋立法（大正10年法律第57号。以下「法」という。）第42条第3項により準用される法第4条第1項の規定に基づき、次のとおり法第42条第1項による承認を取り消します。

平成27年10月13日

沖縄県知事 翁長 雄志

1 処分の内容

貴殿が受けた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（平成25年12月27日付け沖縄県指令土第1321号・同農第1721号）は、これを取り消す。

2 取消処分の理由

別紙のとおり

（教示）

ㇿ構）112号（2016年）1頁以下（<http://www.jilg.jp/research>）。

(略)

(別紙)

取消処分理由

第1 公有水面埋立法第4条第1項第1号

1 公有水面埋立法（以下、「法」という。）の第4条第1項第1号については、次のことなどから、「国土利用上適正且合理的ナルコト」の要件を充足していないと認められる。

(1) 「埋立ての必要性」

埋立必要理由書において、普天間飛行場代替施設は沖縄県内に建設せねばならないこと及び県内では辺野古に建設せねばならないこと等が述べられているが、その理由については下記のとおり実質的な根拠が乏しく、「埋立ての必要性」を認めることができない。

(中略)

(2) 自然環境及び生活環境等

本件埋立対象地は、自然環境的観点から極めて貴重な価値を有する地域であって、いったん埋立てが実施されると現況の自然への回復がほぼ不可能である。また、今後本件埋立対象地に普天間飛行場代替施設が建設された場合、騒音被害の増大は住民の生活や健康に大きな被害を与える可能性がある。

(3) 沖縄県における過重な基地負担や基地負担についての格差の固定化

本件埋立ては、全国の在日米軍専用施設の73.8パーセントを抱える沖縄県において米軍基地の固定化を招く契機となり、基地負担について格差や過重負担の固定化に繋がる。

2 これに対し、事業者は、陳述書（平成27年9月29日付け沖防第4342号）において、「要件を充足すると判断するに足りる十分な資料を添

付して承認申請を行い、知事はその資料を精査した上で、これらの要件を充足するとして本件承認をしたのであって、本件承認に何ら瑕疵はなく、その判断に裁量権の範囲の逸脱又は濫用はない」と意見を述べている。

しかし、以下のとおり、公有水面埋立法第4条第1項第1号に係る考慮要素の選択や判断の過程は合理性を欠いていたものであり、事業者の意見には理由がない。

(1)～(4) (略)

第2 法第4条第1項第2号については、次のことなどから、環境保全措置は、問題の現況及び影響を的確に把握したとは言い難く、これに対する措置が適正に講じられているとも言い難い。さらに、その程度が十分とも認めがたいものであり、「其ノ埋立カ環境保全及災害防止ニ付十分配慮セラレタルモノナルコト」の要件を充足していない。

1 辺野古周辺の生態系について

(1) 環境保全施策との整合性について

当該事業実施区域及びその周辺域は、「自然環境の保全に関する指針（沖縄島編）」において、海域については「自然環境の厳正な保護を図る区域」であるランクⅠと、埋立土砂発生区域の大部分の区域については「自然環境の保護・保全を図る区域」であるランクⅠと評価されているが、事業者は、「実行可能な範囲で最大限の環境保全措置を講じることとしていることから、県の環境保全施策との整合性については適切に評価しているものと考えています。」と述べるのみである。

また、埋立面積などの事業規模の最小化についても、事業者は、ただ最小化していると述べるのみであって、最小化と評価できるのかどうかについて何ら示していない。

(2) 辺野古海域と大浦湾の価値、特徴の評価について

辺野古海域と大浦湾の価値、特徴について他の海域との比較を行って適切に分析することについて、事業者は、調査結果等により十分解析されているものと認識していると述べているが、単に現地調査結果を列挙したに過ぎず、他の海域と比較した固有の生態系の価値、特徴は評価されていない。

(3) 事業者の生態系等の評価の問題点

ア 定量的評価をしていないこと

(中略)

イ 生態系と生態系のつながりについての評価の問題点

(中略)

ウ 対象区域の表現等の問題点

(中略)

エ 多様な生物相への影響の予測

(中略)

(4) これらに対し、事業者は、陳述書（平成27年9月29日付け沖防第4342号）において、「要件を充足するに足りる十分な資料を添付して承認申請を行い、知事はその資料を精査した上で、これらの要件を充足するとして本件承認をしたのであって、本件承認に何らの瑕疵はなく、その判断に裁量の逸脱又は濫用はない。」と意見を述べている

しかし、事業者は、環境保全施策との整合性、事業規模の最小化、辺野古海域と大浦湾の価値・特徴の評価について、いずれも「適切に評価している」、「十分に解析している」旨の結論を示すのみである。これは事業者の意見表明にすぎず、当該結論に至った理由、具体的な考慮事情等何ら明らかではない。生態系の評価については、定量的評価を行っていないこと、生態系と生態系とのつながりについて解析不十分な点や評価に不適切な点があること、対象区域について表現の誤

りがあること等の点について、何ら具体的な回答がない。

事業者の申請内容は、辺野古・大浦湾周辺の生態系について重要性の評価や、事業による影響の予測について何ら明らかにされておらず、問題の現況及び影響を的確に把握したとは言い難い。

かかる事情の下、審査基準（２号要件の審査基準(1)ないし(4)）に適合するとした判断は、事業実施区域の生態系の価値との比較において、当該事業を実施することの必要性、許容性について何も検討がなされていないなどの点から合理性を欠いているものと認められ、事業者の意見には理由がない。

2 ウミガメ類について

(1)～(4) (略)

3 サンゴ類について

(1)～(4) (略)

4 海草藻類について

(1)～(5) (略)

5 ジュゴンについて

(1)～(4) (略)

6 埋立土砂による外来種の進入について

(1)～(2) (略)

7 航空機騒音・低周波音について

(1)～(8) (略)