

〔判例研究〕

沖縄県知事が公有水面埋立承認の取消しの
取消しをしないことが違法とされた事例

最高裁 2016（平成 28）年 12 月 20 日
判決・平成 28（行ヒ）394 号

武 田 真一郎

【事実】

国は米軍普天間飛行場の代替施設として沖縄県名護市辺野古地区の海域を約 157ha にわたって埋め立て、新基地を建設することを計画している。この計画を進めるため、沖縄防衛局長は 2013 年 3 月 22 日に公有水面埋立法（以下「公水法」という）42 条 1 項に基づき、沖縄県知事に対して埋立承認を申請した。同県の仲井眞弘多前知事（以下「前知事」という）は、同年 12 月 27 日に申請を承認する処分（以下「埋立承認」という）を行った。

これに対して沖縄県民の批判が高まり、2014 年 11 月 16 日に行われた沖縄県知事選挙では、辺野古新基地建設反対を公約とする Y（翁長雄志知事、被告、上告人）が当選した。Y は「普天間飛行場代替施設建設事業に係る公有水面埋立承認手続に関する第三者委員会」を設置して前知事の埋立承認の適法性を検証したところ、同委員会は埋立承認には法的瑕疵があるという答申を行ったため⁽¹⁾、2015 年 10 月 13 日に Y は本件埋立承認は違法であるとしてこれを取り消した（以下「承認取消」という）。

(1) 検証委員会がまとめた報告書の全文およびその概要版は沖縄県（知事公室 辺野古新基地建設問題対策課）のホームページ（以下「HP」）で公開されている。

<http://www.pref.okinawa.jp/site/chijiko/henoko/documents/houkoku-syo.pdf>

沖縄県知事が公有水面埋立承認の取消しの取消しをしないことが違法とされた事例

沖縄防衛局長は、行政不服審査法に基づいてX（国土交通大臣、原告、被告诉人）に承認取消に対する審査請求と執行停止申立をしたところ⁽²⁾、Xは執行停止申立を認容する決定をしたため、承認取消によって中止されていた埋立工事は再開された。Yは、同決定は国の違法な関与に当たるとして地方自治法（以下「自治法」という）250条の13第1項に基づき、国地方係争処理委員会（以下「委員会」という）に対して審査の申出をした。委員会は、同年12月28日（決定書が公開されたのは同日であるが、決定の結果は同月24日に公表されていた）に本件の審査の申出は不適法であるとして、申出を却下した⁽³⁾。そこでYは同年12月25日に自治法251条の5第1項に基づき、福岡高裁那覇支部に執行停止決定（国の関与）の取消訴訟（執行停止決定取消訴訟）を提起した。

他方で、Xは自治法245条の8第3項に基づき、承認取消の取消しを代執行するために、同年11月17日に福岡高裁那覇支部に承認取消の取消しを命ずる判決を求めて訴え（以下「代執行訴訟」という）を提起した。

福岡高裁那覇支部には上記の二つの訴訟が係属していたが、同裁判所は2016年2月29日に国と沖縄県に和解を勧告し、同年3月4日に双方がこれを受け入れて和解が成立した。その内容は、①国と沖縄県はそれぞれが提起している訴訟をすべて取り下げる、②国は埋立工事を停止する、③今後は自治法245条の7の是正の指示の手続によって本件を解決する、というものであった。そこでXは、同年3月16日、同条第1項に基づき、Yに対して承認取消の取消しを命ずる是正の指示（以下「本件指示」という）を行った。

これに対してYは、自治法250条の13第1項に基づき、再び委員会に対して審査の申出をしたところ、委員会は同年6月20日、本件指示が自治法245条の7に適合するかどうかについては判断しないという異例の決

-
- (2) 国は固有の資格で埋立承認の申請を行い、埋立承認や承認取消処分も固有の資格で受けており、私人の資格で受けたのではないから、国民の権利を保護するための制度である審査請求や執行停止申立をすることはできないと解される。
- (3) 本決定については、武田真一郎「辺野古新基地建設と国地方係争処理委員会の役割」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）113頁以下参照。なお、本決定は総務省のHPに掲載されている。

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

定を行った。その理由は、委員会が本件指示が同条に適合するかどうかを判断したとしても、「それが国と地方のあるべき関係を両当事者に構築することに資するとは考えられない」ので、「当委員会としては・・・、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」からであるというものであった⁽⁴⁾。つまり、本決定は、本件の解決のためには国と沖縄県が真摯な協議をすることが不可欠だと指摘していると解される。

Yは、委員会の決定に不服がある場合には、前記の自治法251条の5第1項に基づいて、福岡高裁那覇支部に国の関与（本件では是正の指示）の取消訴訟を提起することができるが、真摯な協議をするべきであるという決定に不服があるわけではないので⁽⁵⁾、同項の取消訴訟を提起しなかった。

ところが、XはYが取消訴訟を提起しなかったことは自治法251条の7第1項2号イの場合（委員会が審査の申出に対する結果または勧告の内容の通知をしたが、地方公共団体の長が取消訴訟を提起せず、かつ、是正の指示に従わないとき）に当たるとして、同号に基づき、Yを被告として不作為の違法確認訴訟を提起した。これが本件訴訟である。

第1審判決（福岡高裁那覇支部平成28年9月16日）は⁽⁶⁾、Xの主張をほぼ全面的に認めて請求を認容した。その理由の概要は次のとおりである。

(1) 処分庁（Y）が原処分（前知事のした埋立承認）を職権で取消することができるのは原処分が違法である場合であり、原処分が裁量行為である場合には原処分に裁量権の逸脱・濫用がある場合に限られる。

(2) 原処分の処分庁（前知事）が本件埋立承認申請は公水法4条1項1号に適合していると判断したことについては、普天間飛行場の騒音被害や危険を除去するためには同基地を閉鎖する必要があること、沖縄の全海

(4) 本件の決定は総務省のHPに掲載されている。

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

(5) むしろ、訴えを提起して争い続けることは協議をするべきであるという決定の趣旨に反することになると解される。

(6) 本判決（全文、要旨、骨子）は沖縄県のHPに掲載されている。

<http://www.pref.okinawa.lg.jp/site/chijiko/henoko/index.html>

沖縄県知事が公有水面埋立承認の取消しの取消しをしないことが違法とされた事例

兵隊を県外に移転することはできないという国の判断には合理性があり尊重すべきであること、県内に他の移転先はないこと、よって普天間飛行場の被害を除去するためには本件埋立を行うしかないことから、同号の要件を欠くとはいえない。

(3) 原処分（処分庁（前知事）が本件埋立承認申請は同項2号に適合していると判断したことについては、2号要件の審査は審査時の知見によって実行可能な範囲において環境の現況および環境への影響を把握した上で適切な対応を講じることで足りるというべきであるところ、本件における審査基準および本件申請がこれに適合しているとした前知事の判断に不合理な点はない。

(4) 原処分（埋立承認）が公水法4条1項1号および2号に適合していないとしても、原処分を取り消すことによる不利益としては、日米間の信頼の破壊、国際社会の信頼喪失、事業に費やした経費、第三者への影響が挙げられ、取消しの公益上の必要性の根拠としては海浜の環境保全が挙げられるが、本件事業の必要性が認められる以上、取消しの必要性は減殺されること、本件施設建設がこれに反対する民意には沿わないとしても普天間飛行場の危険除去を求める民意には適合すること、本件施設は米軍施設であるキャンプ・シュワブ内にあり、その面積は普天間飛行場の半分以下であるから地域振興開発の阻害要因になるとはいえないことから、取消しの公益上の必要性が取消しによる不利益に明らかに優越するとはいえず、取消しをすることは許されない。

(5) 本件施設が建設されるのは米軍用地であるキャンプ・シュワブの敷地内であり、その面積は普天間飛行場の半分以下であること、本件施設の建設によって普天間飛行場が返還されることなどによると、本件施設の建設が自治権の侵害として憲法92条に違反することはなく、また、Xの是正の指示は自治法が許容する範囲内のものであり、前記のように本件施設の建設によって普天間飛行場が返還されることによると、本件指示が自治権を侵害して憲法92条に違反することはない。

(6) 本件は従前の代執行訴訟と主たる争点が共通であることに鑑みると、遅くとも本件指示についての委員会の決定が通知された時点ではYが是正の指示の適法性を検討するのに必要な期間は経過したというべきであり、その後Yが承認取消を取消すのに要する期間は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自治法251条の7第1項の「相当の

期間」を経過しており、よってYの不作为は違法である。また、Yが国と協議すべきであるという委員会の判断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、もともと委員会の決定に拘束力はないこと、取消訴訟を提起しなかった以上は是正の指示の効力は維持されていること、Yと国の協議による解決が望ましいとしても、和解成立から5か月が経過してもその糸口すら見いだせないのであるからその可能性を肯定することは困難であることなどによると、Yの不作为は違法である。

Yは原判決を不服として上告および上告受理の申立てをした。2016年12月12日に憲法92条違反等を理由とする上告は棄却され、上告理由の一部について上告が受理された⁽⁷⁾。

【判旨】 上告棄却

1「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り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。

したがって、本件埋立承認取消しの適否を判断するに当たっては、本件埋立承認取消しに係るYの判断に裁量権の範囲の逸脱又はその濫用が認められるか否かではなく、本件埋立承認がされた時点における事情に照らし、前知事がした本件埋立承認に違法等が認められるか否かを審理判断すべきであり、本件埋立承認に違法等が認められない場合には、Yによる本件埋立承認取消しは違法となる。」

2 (1) 公水法 42 条 1 項は国による埋立については都道府県知事の承認を受けるものとし、その承認の要件は同条 3 項が準用する同法 4 条 1 項によ

(7) 上告棄却決定調書・上告一部受理決定調書は沖縄県の HP に掲載されている。

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

沖縄県知事が公有水面埋立承認の取消しの取消しをしないことが違法とされた事例

り定められているところ、「同項各号は、上記承認等が都道府県知事の裁量的な判断であることを前提に、上記承認等をするための最小限の要件を定めたものと解されるのであって、同項各号の規定はこのことを踏まえて解釈されるべきである。」

(2) 「公有水面埋立法4条1項1号の『国土利用上適正且合理的ナルコト』という要件（第1号要件）は、承認等の対象とされた公有水面の埋立や埋立地の用途が国土利用上の観点から適正かつ合理的なものであることを承認等の要件とするものと解されるところ、その審査に当たっては、埋立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（中略）、諸般の事情を総合的に考慮することが不可欠であり、また、前記(1)〔筆者注：前記2(1)に相当する〕で述べたところに照らせば（中略）、当該埋立や埋立地の用途が当該公有水面の利用方法として最も適切かつ合理的なものであることまでが求められるものではないと解される。そうすると、上記のような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、公有水面の埋立が第1号要件に適合すると判断に瑕疵があるとはいい難いというべきである。」

(3) 「これを本件についてみるに、本件埋立事業は普天間飛行場の代替施設（本件新施設等）を設置するために実施されるものであり、前知事は、同飛行場の使用状況や、同飛行場の返還及び代替施設の設置に関する我が国と米国との間の交渉経過等を踏まえた上で（中略）、騒音被害等により同飛行場の周辺住民の生活に深刻な影響が生じていることや、同飛行場の危険性の除去が喫緊の課題であることを前提に、①本件新施設等の面積や埋立面積が同飛行場の施設面積と比較して相当程度縮小されること、②（中略）航空機が住宅地の上空を飛行することが回避されること及び本件新施設等が既に米軍に提供されているキャンプ・シュワブの一部を利用して設置されるものであること等に照らし（中略）、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。」

(4) 「また、公有水面埋立法4条1項2号の『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』という要件（第2号要件）は、公有水面の埋立て自体により生じ得る環境保全及び災害防止上の問題

を的確に把握するとともに、これに対する措置が適正に講じられていることを承認等の要件とするものと解されるところ、その審査に当たっては、(中略) 専門技術的な知見に基づいて検討することが求められるということができる。そうすると、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(中略)、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と解される。]

(5) 「これを本件についてみるに(中略)、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。また(中略)、前知事は(中略)、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。]

(6) 「そうすると、本件埋立承認取消しは、本件埋立承認に違法等がないにもかかわらず、これが違法であるとして取り消したものであるから、公有水面埋立法42条1項及び同条3項において準用する4条1項の適用を誤るものであって、違法であると言わざるを得ず、これは地方自治法245条の7第1項にいう都道府県の法定受託事務の処理が法令の規定に違反している場合に当たる。]

3 (1) 地方自治法245条の7第1項の趣旨は、「当該法定受託事務の適正な処理を確保することにあると解される。このことに加えて、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。]

(2) 「これを本件についてみるに(中略)、本件埋立承認取消しが法令の規定に違反しているのであるから、Xは、沖縄県に対し、これを是正する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。

したがって、本件指示は適法であり、Yは本件指示に係る措置として本件埋立承認取消しを取り消す義務を負う。]

沖縄県知事が公有水面埋立承認の取消しをしないことが違法とされた事例

4 (1) 地方自治法 251 条の 7 第 1 項が定める違法の確認の対象となる不作為とは、是正の指示を受けた普通地方公共団体の行政庁が、相当の期間内には是正の指示に係る措置を講じなければならないにもかかわらず、これを講じないことをいう旨を定めており、本件指示に係る措置の内容は本件埋立承認取消しを取り消すという Y の意思表示を求めるものであるが、「X が平成 27 年 11 月に提起した前件訴訟においても本件埋立承認取消しの適否が問題とされていたことなど本件の事実経過を勘案すると、本件指示がされた日の 1 週間後である同 28 年 3 月 23 日の経過により、同項にいう相当の期間が経過したものと認められる。

また、本件において、上記の期間が経過したにもかかわらず Y が本件指示に係る措置を講じないことが許容される根拠は見出し難いから、Y が本件埋立承認取消しを取り消さないことは違法であるといわざるを得ない。」

(2) 「なお、所論は、Y が本件委員会決定を受けて X に協議の申し入れをしたことなどを指摘して、Y に地方自治法 251 条の 7 第 1 項にいう不作為の違法はない旨をいう。しかしながら、Y は (中略)、本件埋立承認取消しを取り消していないのであるから、Y に同項にいう不作為の違法があることは明らかであり、Y が本件委員会決定を受けて X に協議の申し入れをしたことは、上記の結論を左右しない。」

【評釈】判旨に疑問がある。

1 判旨 1 について

判旨 1 は、まず一般論として、原処分の処分庁が職権で原処分を取り消した場合において、取消処分の違法性が争われる際に裁判所の審理の対象となるのは、取消処分そのものの違法性ではなく、原処分の違法性であると判示している。よって、本件で審理の対象となるのは、Y のした承認取消の違法性ではなく、前知事のした埋立承認の違法性であるとされた。この点については原判決も同様に判断していた (前記【事実】の第 1 審判決判決理由の (1) 参照)。

しかし、次にみるように 3 つの観点からこの判断には重大な疑問がある。

第 1 の点は、原処分 (埋立承認) と取消処分 (承認取消) は別個の行政処分であり、それぞれの違法性は各処分ごとに判断すべきと解されることである。

学説上も、「行政行為の取消しとは、行政行為によって法律関係が形成・消滅したとき、その行政行為に瑕疵があるので、これを取り消すことによって法律関係を元に戻すということである。その時、取り消すという行為自体も行政行為であることが当然の前提とされているが、法律関係を旧に復せしめるという見方からすると、形成・消滅させたのが行政行為であるので、それを旧に復するのも行政行為であるということになろう」⁽⁸⁾とされている。取消処分取消訴訟において審理の対象となるのは原処分か取消処分かという問題は、必ずしも学説上十分に議論されてきたとはいえないようにも思われるが、原処分と取消処分がそれぞれ別個の行政行為であれば、各処分の違法性は各処分ごとに判断されるべきであり、取消処分の取消訴訟では取消処分自体の違法性が審理の対象となると解される。

もっとも、原処分が違法であることを理由として職権による取消処分をするのであるから、原処分の違法性と取消処分の適法性には密接な関係がある。特に原処分が非裁量行為（羈束行為）である場合には、処分の根拠法規によって処分要件が客観的に定められているから、客観的な違法事由（欠格事由に該当することなど）が存在すれば、原処分は違法であってこれを取り消した取消処分は適法であることになる。そして、原処分の違法事由と取消処分の適法事由は同一の事実（欠格事由に該当することなど）であるから、原処分の違法性と取消処分の適法性のいずれを審理の対象としても結論は同じことになる。

例えば、風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律（以下「風営法」という）3条1項の営業許可は、客観的に定められた同法4条1項各号の欠格事由に該当しないことが許可の要件とされており、通常人の経験則で客観的に判断できる典型的な非裁量行為である。同法3条1項の営業許可を受けた者が、後に同法4条1項各号のいずれかの欠格事由に該当していたことが判明し、公安委員会が同法8条2号（第4条1項各号のいずれかに該当している事実が判明したこと）に基づいて職権による営業許可の取消処分を行った場合を考えると、原処分である営業許可を審理の対象とすれば、同法4条1項各号の欠格事由が存在することによって原処分は違法となり、これを取り消した取消処分は適法であることになる。逆に取消処分を審理の対象としても、同法4条1項各号の欠格事由が存在

(8) 塩野宏・行政法I〔第六版〕188頁（有斐閣、2015年）。

沖縄県知事が公有水面埋立承認の取消しの取消しをしないことが違法とされた事例

することによって同様に取消処分は適法であり、原処分は違法であったことになる。

つまり、原処分と取消処分のどちらを審理の対象としても、同一の欠格事由があれば原処分は違法となって取消処分は適法となり、結果は変わらないから、どちらを審理の対象としても実際上の違いはないわけである。そうであるとしても、原処分と取消処分は別個の処分であり、原処分に違法事由があつて違法であると判断したのは原処分の処分庁ではなく、取消処分の処分庁であるから、取消処分の違法性が争われたときに審理の対象となるのは、あくまでも取消処分の違法性だと解される。

これに対して、原処分が裁量行為である場合には、原処分と取消処分のいずれを審理の対象とするかによって結論に大きな違いが生じる。本件で問題となっている埋立承認は都道府県知事の政策的・専門的判断を要する典型的な裁量行為であるが、本判決のいうように前知事の埋立承認が審理の対象となれば前知事の裁量権が尊重され、埋立承認に裁量権の逸脱・濫用がない限りは適法となり、これを取り消した承認取消は違法と判断される可能性が高い。実際に本判決はそのように判断して承認取消は違法であるとした。

ところが、承認取消にも政策的・専門的判断が必要であり、承認取消も裁量行為であるから、承認取消が審理の対象となれば現知事の裁量権が尊重され、承認取消に裁量権の逸脱・濫用がない限りは適法とされる可能性が高い。仮に本件でもYの承認取消が審理の対象とされれば、承認取消に裁量権の逸脱・濫用があるとはいえないとして適法とされ、Yが勝訴した可能性は高いはずである。本件では埋立承認が審理の対象とされたが、この点はXが勝訴した最大の要因といえよう。

しかし、前記のように埋立承認と承認取消は別個の行政処分であるから、承認取消の違法性を審理するのであれば、承認取消を審理の対象として、承認取消をしたYの判断に裁量権の逸脱・濫用があるかどうかを審理するべきである。そのように解さなければ、裁量行為である原処分の取消処分もまた裁量行為であるにかかわらず、取消処分をした処分庁の裁量権はまったく尊重されないことになり、裁量処分は裁量権の逸脱・濫用がある場合に限って違法となるという原則（行政事件訴訟法 30 条参照）に違反することになる。さらに、裁量行為の職権取消は著しく制限され、裁量行為には事実上の不可変更力が生じることになって、処分庁は自らした処

分によって自縄自縛となり、裁量行為の職権取消を認める趣旨が損なわれることになる⁽⁹⁾。

本件以外の例を考えてみても、例えば「医薬品、医療機器等の品質、有効性及び安全性の確保等に関する法律」14条の規定による厚生労働大臣（以下「厚労大臣」という）の医薬品の製造承認は、政策的・専門的判断を要する裁量行為であるが、厚労大臣が同条による製造承認をした後、その申請・承認の過程に過誤があり、当該医薬品は当初から同条2項3号口の「申請に係る医薬品又は医薬部外品が、その効能又は効果に比して著しく有害な作用を有することにより、医薬品又は医薬部外品として使用価値がないと認められるとき」に該当していたことが明らかになったとして、同法74条の2に基づいて製造承認を取り消した場合、相手方が提起した承認取消の取消訴訟の審理の対象は、製造承認と承認取消のいずれであろうか。

この場合も、本判決の考え方によれば、審理の対象は取消処分⁽¹⁰⁾の違法性ではなく、原処分である製造承認の違法性であることになる。そうであるとすれば、製造承認に裁量権の逸脱・濫用があるといえない限りは適法であり、取消処分は違法であることになって⁽¹⁰⁾、厚労大臣の取消権の行使は著しく制約される。その結果として、同法が取消権の根拠となる明文の規定を設け、医薬品の副反応等による害悪を防止しようとした趣旨は損な

(9) 原判決は、処分庁が裁量権を行使して適法に行った原処分を、処分庁が裁量権を行使して適法に取り消せるとすれば、相手方は不測の損失を被るから許されないとし、したがって原処分の裁量権の逸脱・濫用の有無を審理の対象とすべきであるとしている。しかし、裁量処分の職権取消を認める以上は、処分庁が当初は裁量の範囲内であって適法と判断した原処分を、事後的に裁量権の行使によって取り消すことは当然に想定されているはずである。この点につき、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」成蹊法学85号218-213頁（2016年）参照。

(10) この例においては、事後的に同法14条2項3号口の該当性が明らかになったのだから、製造承認の取消しは撤回に当たり、よって原処分の違法性ではなく、取消（撤回）処分の違法性が審理の対象となるとみる余地がある。本件のような事例では取消しと撤回の違いは相対的であるが、そうとすれば取消しと撤回の違いによって審理の対象が異なるのはますます不合理である。取消しであれ、撤回であれ、原処分である製造承認とは別個の処分であることに変わりはないから、取消（撤回）処分自体の違法性を審理の対象とすべきである。取消しと撤回の問題については後述する。

沖縄県知事が公有水面埋立承認の取消しの取消しをしないことが違法とされた事例

われることになろう。

第2の点は、これまでの最高裁判例は、職権による取消し（撤回を含む）が違法となるのは取消処分が違法または不当である場合であるとしており、原処分が適法である場合とはしていないと解されることである。本判決は過去の最高裁判例に言及していないが、次にみるように、過去の判例は原処分ではなく取消処分の違法性を審理していると解される。

職権取消に関する重要な先例として、最高裁昭和43年11月7日判決（民集22巻12号2421頁。以下「43年判決」という）がある。43年判決は、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策定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（上告人）が取消しは無効であると主張して、所有権の確認等を請求した事例である。

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、（中略）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、取消をしないことによって（中略）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⁽¹¹⁾、これを取り消すことができる⁽¹²⁾」と判示している。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、原処分を放置することは著しく不当であるとして、原処分の取消しは適法であるとした。

自創法による農地買収計画および農地売渡計画については、計画を策定する際の基準が客観的に定められているので、非裁量行為であると解される⁽¹³⁾。前述のように、非裁量行為の違法事由（この場合は自創法が定め

(11) これは相手方の不利益と処分取消の公益上の必要性を比較考量するという意味であると解され、この考え方は「取消権制限法理」といわれている。

(12) 民集22巻12号2427頁。

(13) 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の意義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。

る買取要件および売渡要件が存在しないこと)は客観的に判断できるので、原処分と取消処分の違法性のいずれを審理の対象としても、客観的にみてそのような違法事由が存在すれば原処分は違法となり、取消処分は適法となって、結果は同じになると考えられる。43年判決は、取消処分と原処分のいずれを審理の対象としたのかという点に言及していないが、いずれを対象としても結果が同じになるので、あえて言及する必要がなかったものと思われる。

そうであるとしても、原処分を違法または不当と判断したのは取消処分をした処分庁であり、原処分と取消処分は別個の処分なのだから、取消処分の取消訴訟で審理の対象となるのは、理論的には取消処分だと考えられる。さらに、43年判決に従うと、取消処分をする際に処分庁は、「処分の取消によって生ずる不利益と、取消をしないことによって(中略)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」かどうかを判断することになるが(このような比較考量を要するとする考え方を以下「取消権制限法理」という)、その判断をするのは原処分の処分庁ではなく、取消処分をする行政庁であるから、同判決は取消処分の違法性の審理の対象は取消処分であることを前提としていると解される⁽¹⁴⁾。

これに対して本判決は、取消処分ではなく、原処分を審理の対象とすることにあえて言及しているが、43年判決との関係については何も触れていない。前記のように43年判決が取消処分を審理の対象としているとすれば、本判決は特に理由を示さずに最高裁の先例と異なる審理をしたことになり、従来判例との整合性を欠いていることになろう。

43年判決は職権取消に関する事例であるが、処分の効力を将来に向

(14) 同判決が職権取消に関する最高裁の先例であるとするれば、職権取消をする際に処分庁は同判決の趣旨に従って処分の取消しによる不利益と処分を放置することによる不利益を比較考量しなければならないことになるが、それは取消処分をする処分庁のみができることである。取消処分の取消訴訟において、取消処分の違法性が審理の対象となれば裁判所はこの点についての処分庁の判断の適否を審査できるが、原処分の違法性が審理の対象となれば裁判所はこの点を審査できないことになる。この点からみても、43年判決は取消処分を審理の対象としていたと解される。

沖縄県知事が公有水面埋立承認の取消しの取消しをしないことが違法とされた事例

かつて消滅させる撤回に関する重要な先例としては、最高裁昭和63年6月17日判決（判時1289号39頁。以下「63年判決」という）がある。63年判決では、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、指定取消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、（中略）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」⁽¹⁵⁾と判示して、結論として取消処分（撤回）は適法であるとした。

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ないので、撤回としての取消処分が審理の対象とされたはずである。また、63年判決は、「上告人の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」ことが必要であるとして、43年判決と同様に取消権制限法理を適用している。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、相手方の保護のために取消権制限法理はより重要な意味を持つと思われる⁽¹⁶⁾。そして、原処分を撤回する必要がある、相手方の不利益よりも撤回をする公益上の必要性が高いと判断したのは撤回をした処分庁であるから、撤回の取消訴訟では撤回自体（撤回をした処分庁の判断）が審理の対象となっていることは明らかである。

このようにみると、従来の最高裁判決は、職権取消と撤回のいずれについても、取消処分または撤回それ自体を審理の対象とし、取消権制限法理に基づく利益考量を義務付けることにより、相手方の保護にも配慮して妥

(15) 判時1289号41頁。

(16) そうであるとすれば、43年判決が「該処分を放置することが（中略）著しく不当であると認めるとき」として、本来の取消しについて著しく不当という要件を加重していることには合理性がないように思われる。法律による行政の原理からみても、本来の取消しの場合には原処分が違法なのだから取消しの必要性は高いはずであり、取消権制限法理が働く余地は撤回の場合よりも小さいものと思われる。43年判決の「著しく不当」という要件は、単に不当という意味にとどまると解すべきであろう。

当な結果を得てきたことがうかがわれる。

ところが、本判決によると、本来の職権取消の場合には原処分 of 違法性が審理の対象とされ、撤回の場合には取消処分（撤回）自体の違法性が審理の対象となるので、取消しと撤回の審理のあり方は大きく異なることになる。特に、裁量行為の職権取消の場合には取消しをした処分庁の裁量権はほとんど考慮されず、かつ、取消処分をした処分庁がした取消権制限法理に基づく利益考量は審理の対象から除外されることになる。

もともと取消しと撤回の違いには相対的な面があり⁽¹⁷⁾、両者の審理の対象が異なって結果に大きな違いを生じるということは⁽¹⁸⁾、これまでに想定されていなかったと思われる。本判決の判旨1は従来の取消・撤回の理論や判例と整合性を欠いており、その妥当性には重大な疑問が残る。

第3の点は、本件はYがXの是正の指示に従わないことについての不作為の違法確認訴訟であり、是正の指示の対象はYのした承認取消であるから、この点からみても承認取消の違法性を審理すべきと解されることである。

是正の指示について定める自治法245条の7第1項は、各大臣はその所管する都道府県の法定受託事務の処理が法令の規定に違反し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に、違反の是正または改善のために講ずべき処置に関し、必要な指示をすることができるものと規定している。本件では、指示の対象となる「都道府県の法定受託事務の処理」はYのした承認取消であり、前知事のした埋立承認ではないから、Xが是正の指示は適法であり、指示に従わないYの不作為が違法であると主張するのであれば、Yの承認取消には裁量権の逸脱・濫用があつて違法であるか、または著しく適正を欠いており、かつ、明らかに公益を害していることについて、Xが立証責任を負うと解される。前知事のした埋立承認の適法性の方が立証が容易であるという理

(17) 当初から風俗営業者に欠格事由があり、あるいは薬品が有害であったが、それが事後に発覚した場合には、営業許可や製造承認の取消しには取消しと撤回の両法の性質があると解される。

(18) 前述のように、原処分が裁量行為である場合には、原処分の違法性が審理の対象とされると、原処分の処分庁の裁量権が尊重されて取消処分が違法とされる可能性が高いが、撤回については、撤回をした処分庁の裁量権が尊重されて違法とはいえないとされる可能性が高いということである。

沖縄県知事が公有水面埋立承認の取消しの取消しをしないことが違法とされた事例

由によって、Xが埋立承認の適法性を主張するとすれば、是正の指示ないし国の関与制度の恣意的な運用というほかはない。

なお、大臣による是正の指示は国の権力的な関与に当たり、是正の指示をするために政策的・専門的判断を要するとしても、是正の指示をする際に大臣に認められる裁量権は関与裁量というべきものであり⁽¹⁹⁾、通常の行政処分をする際に認められる裁量権とは異なることと留意する必要がある。

これまでの裁量論は行政庁が国民に対して行政処分を行う場合を想定して形成されてきたものであり、行政庁の政策的・専門的判断を要する行為については、行政庁の方が的確な判断ができることから裁判所の審査権は制限され、裁量権の逸脱・濫用がある場合に限って違法となる（取り消すことができる）と解されてきた。これに対して、是正の指示などの関与は国が地方公共団体に対して行うものであり、関与を行う大臣等の政策的・専門的判断を要するとしても、従来の裁量論と同様にその判断が尊重されて裁判所の審査権が制限を受けることにはならないと解される。むしろ、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、国の関与については関与法定主義を採用するとともに、関与のあり方を規定する様々な規定を設けている。

特に、自治法 245 条の 3 第 1 項は、国の普通地方公共団体に対する関与はその目的を達成するために必要な最少限度のものとするとともに、普通地方公共団体の自主性および自立性に配慮しなければならないと規定し、厳格な比例原則に服することを明記している。この規定によれば、3 で後述するように、協議を怠ったまま一方的な是正の指示をすること自体に疑問が生じるが、仮に是正の指示ができるとしても、恣意的な指示によって沖縄県の自主性および自立性を侵害することは許されなければならないはずである。

本件においては、沖縄県が直近の選挙結果に基づき、自主的、自律的に決定したのはYの承認取消であり、前知事の埋立承認ではない。理論的にも埋立承認と承認取消は別個の行政処分であり、承認取消の違法性を問題

(19) 国の地方公共団体に対する関与については、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（2016 年）1 頁、14 頁、同「辺野古訴訟における代執行等関与の意義と限界」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）87 頁以下参照。

にするのであれば、承認取消自体の違法性を審理の対象としなければならないことは本稿で検討したとおりである。よって、Xが、Yの承認取消に裁量権の逸脱・濫用があって違法であるか、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ことを立証した場合に限り、是正の指示は適法となって、Yの不作为は違法となると解すべきである。

2 判旨2について

判旨2は、職権による取消処分¹の違法性が争われる際に裁判所の審理の対象となるのは取消処分そのものの違法性ではなく、原処分²の違法性であるという判旨1の考え方を前提として、前知事の埋立承認の違法性を具体的に検討している。

判旨2(1)は、埋立承認の要件は公水法42条3項によって準用される同法4条1項によって定められているが、同項各号によれば埋立承認は都道府県知事の裁量行為であり、かつ、最小限の要件を定めたものであるとしている。都道府県知事は承認に際して同項各号を基に多面的な考慮をすることができるという趣旨と解されるが、この点に異論はない。

ただし、前記1で検討したように、本件の本来の審理の対象はYのした承認取消であると解されるから、知事は承認に際して多面的な考慮ができるとすれば⁽²⁰⁾、承認取消に際しても同様に多面的な考慮ができるはずである。承認取消は埋立承認とは別個の裁量行為であるから、取消時の考慮事項は承認時の考慮事項に限定されないと解される。

判旨2(2)は、上記(1)を前提として、公水法4条1項1号の「国土利用上適正且合理的ナルコト」という要件(以下「1号要件」という)を充足するとした前知事の判断が違法となるのは、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く場合であるとしている。この点に異論はないが、本件の本来の審理の対象はYのした承認取消であると解されるから、承認を取り消したYの判断が違法となるのは、承認取消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く場合であると解される。

判旨2(3)は、上記(2)の基準に照らして前知事が1号要件を充足す

(20) 埋立承認における知事の裁量権については、亘理格「埋立免許・承認における裁量権行使の方向性」前掲注3・辺野古訴訟と法治主義-行政法学からの検証137頁以下参照。

沖縄県知事が公有水面埋立承認の取消しの取消しをしないことが違法とされた事例

るとした判断に裁量権の逸脱・濫用はないとしている。しかし、本件の本来の審理の対象はYのした承認取消であると解されるから、承認取消の違法性を審理しなければならなかったはずである。承認取消の違法性が審理されたとすれば、具体的にどのような点が争点となったのだろうか。

Yは、2015年10月13日の「公有水面埋立承認取消通知書」⁽²¹⁾において、1号要件を充足しない理由として、①普天間飛行場が国内の他の都道府県に移転したとしても米軍および自衛隊の抑止力が許容できないほど低下することはなく、また、沖縄県内に移転する理由として地理的な優位や海兵隊の一体的運用の必要性が挙げられているが、具体的・実証的説明がなされていないから、埋立の必要性は認められないこと、②本件埋立によりきわめて貴重な自然環境の回復が不可能となり、騒音により住民の生活や健康に大きな被害が生じる可能性があること、③沖縄県における基地負担の格差や加重負担の固定化につながることを挙げている。よって、本来は、Xはこれらの点について、Yの判断が事実の基礎を欠き、または社会通念に照らして明らかに妥当性を欠くことを立証する必要があったことになる。

判旨2(4)は、公水法4条1項2号の「其ノ埋立テ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」という要件（以下「2号要件」という）の判断には都道府県知事の専門技術的な知見が必要であるから、裁判所の審査は都道府県知事の判断に不合理な点があるかどうかという観点から行われるとしている。この点に異論はないが、本件の本来の審理の対象はYのした承認取消であると解されるから、承認取消が違法となるのは、2号要件を充足しないとしたYの判断に不合理な点がある場合だと解される。

判旨2(5)は、上記(4)の基準に照らして前知事が2号要件を充足するとした判断に裁量権の逸脱・濫用はないとしている。しかし、本件の本来の審理の対象はYのした承認取消であると解されるから、裁判所は承認取消の違法性を審理しなければならなかったはずである。承認取消の違法性が審理されたとすれば、具体的にどのような点が争点となったのだろうか。

(21) 同通知書は沖縄県のHPに掲載されている。

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

Yは、前記の「公有水面埋立承認取消通知書」において、2号要件を充足しない理由として、①辺野古周辺の生態系について、その価値と特徴を評価しておらず、定性的な評価のみで定量的な評価をしていないこと、②ウミガメ類への影響について、科学的な予測・評価がなされていないこと、③サンゴ類について、サンゴに適した生育域としての評価や移植のリスクが検討されていないこと、④海草藻類について、その重要性に照らした対策や工事の影響が具体的に検討されていないこと、⑤ジュゴンについて、工事や施設の供用による影響が科学的に検討されていないこと、⑥埋立土砂による外来種の侵入について、具体的な対応が示されていないこと、⑦航空機騒音・低周波音について、新たに配備されることとされたオスプレイを含む航空機による被害の予測や対応が適切に行われていないことを挙げている。よって、Xは、本来はこれらの点について、Yの判断に不合理な点があることを立証する必要があったことになる。

判旨2(6)は、以上の(1)から(5)を前提として、前知事の埋立承認に裁量権の逸脱・濫用はなく、違法等はないから、これを取り消したYの承認取消は違法といわざるを得ず、都道府県の法定受託事務の処理が違法である場合に当たるとしている。

しかし、本件の本来の審理の対象は前知事がした埋立承認ではなく、Yのした承認取消であると解されるから、裁判所は前記(3)および(5)でみた承認取消の理由を検討し、承認取消に裁量権の逸脱・濫用があるかどうかを審理しなければならなかったはずである。そして、承認取消が違法であると認められる場合に沖縄県の法定受託事務の処理が違法となるのだから、本判決の判旨には重大な疑問が残る。

3 判旨3について

判旨3は、是正の指示について定めた自治法245条の7第1項の趣旨は法定受託事務の適正な処理を確保することであり、法定受託事務の処理が違法であるにもかかわらず各大臣が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規定はないから、本件指示は適法であるとしている。

前記1で検討したように、本件の審理の対象は前知事のした埋立承認ではなく、Yのした承認取消であると解されるが、もし、承認取消を審理したとすれば裁量権の逸脱・濫用により違法と判断されるかどうかは明らかではないから、そもそも本件において法定受託事務の処理(承認取消)が

沖縄県知事が公有水面埋立承認の取消しをしないことが違法とされた事例

違法であるといえるかどうかには疑問がある。

この点は別にしても、是正の指示は一方的、権力的な国の関与であるから、新基地建設のような政策的、政治的な問題について、地方公共団体の事務処理（本件では承認取消）が国の方針と異なる場合に、各大臣が是正の指示をすることによって、国の政策に従わせることができるかどうかについても議論の余地がある⁽²²⁾。

自治法 245 条の 3 第 1 項は、国の普通地方公共団体に対する関与はその目的を達成するために必要な最少限度のものとするともに、普通地方公共団体の自主性および自立性に配慮しなければならないと規定し、厳格な比例原則に服することを明記している。同項は国の関与の基本原則を定めた規定であるから、国が地方公共団体の法定受託事務の処理が違法だと考えたとしても、是正の指示をすることが「目的を達成するために必要最少限度のものであり、普通地方公共団体の自主性および自立性に配慮されたものでなければならない」はずである。判旨 3 は、「法定受託事務の処理が違法であるにもかかわらず各大臣が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規定はない」としているが、同項は、「法定受託事務の処理が違法であるかどうかにかかわらず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規定」であると解される。

では、本件指示は、関与の目的を達成するために必要最少限度のものであり、沖縄県の自主性および自立性に配慮されたものといえるのであろうか。

本件の前件訴訟の和解条項⁽²³⁾には、「3 原告は被告に対し、本件の埋立承認取消に関する地方自治法 245 条の 7 所定の是正の指示をし、被告は、これに不服があれば指示があった日から 1 週間以内に同法 250 条の 13 第 1 項所定の国地方係争処理委員会への審査申出を行う」という項目があり、これによると Y も是正の指示の手続によることに合意していたこ

(22) これとは逆に、例えば都道府県が法定受託事務としての一級河川の管理を怠っており、堤防の整備が不十分なために重大な洪水被害が発生し、住民の生命・財産が危機に瀕しているような場合には、適切な河川管理を行うように是正の指示を行うことができると解される。

(23) 和解条項の内容は沖縄県の HP に掲載されている。

http://www.pref.okinawa.lg.jp/site/chijiko/henoko/documents/h280304wa_kaiseiritu.pdf

とになる。しかし、Y が是正の指示を不服として委員会に対して審査の申出をしたところ、委員会は、2016 年 6 月 20 日、是正の指示の違法性について判断することは適当でなく、国と沖縄県の真摯な協議によって本件を解決することが必要であるという決定を行った⁽²⁴⁾。自治法 245 条 2 号は国の地方公共団体に対する関与の類型として「普通地方公共団体との協議」を規定しているが、委員会は本件の解決のためには同法 245 条の 7 第 1 項の是正の指示ではなく、むしろ同法 245 条 2 号の協議によることが適切であると判断したことになろう。

委員会のこの判断はもっともであると思われる。本件の根本的な解決のためには沖縄県民の理解を得て事業を進めることが必要であり、そのためには国が事業の必要性を十分に説明し、県と協議を重ねて県民の理解を得ることが不可欠である⁽²⁵⁾。国が沖縄県民の民意を無視して新基地建設を強行することも許されるというのでない限り、この点は本件事業のもっとも重要な前提である。

前記の和解条項第 8 項も是正の指示の取消訴訟判決確定までは円満解決に向けた協議を行うとされているが、実際には和解が成立してから国と沖縄県の間では 15 分程度の協議が 4 回行われたに過ぎないという⁽²⁶⁾。

さらに前記の和解に至るまでの経過をみても、前知事の突然の変節ともいうべき埋立承認が県民の理解を得られていたとはとうていいいえないし、Y の承認取消に対して X がした執行停止決定および承認取消の取消しを代執行するための訴え提起は、裁判所が前記の和解条項において取り下げを勧告したことからも明らかのように、法律的な正当性を欠いたきわめて強引な対応であった。

このようにみると、本件においては沖縄県民の理解を得るために国と沖縄県の協議が必要であるにもかかわらず、そのような協議をほとんど欠い

(24) 本決定については、武田真一郎「辺野古新基地建設と国地方係争処理委員会の役割」（前掲注 3）参照。なお、本決定は下記の総務省 HP に掲載されている。

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

(25) 国と地方は対等であることを前提とする現行地方自治法の下では、沖縄県民の理解を得られないのであれば、国は辺野古新基地建設に代わる代替案を検討する必要がある。

(26) 筆者が沖縄県に確認したところ、このような回答であった。

沖縄県知事が公有水面埋立承認の取消しをしないことが違法とされた事例

たまま、是正の指示という権力的な関与が行われたことが明らかとなる。本件指示が適法であるとすれば、国は住民の理解を得られない政策に対して是正の指示を濫用することになりかねないであろう⁽²⁷⁾。

本件では、少なくとも2016年6月の委員会の決定以降は国の沖縄県に対する関与は協議によるべきことが明らかになったというべきであり⁽²⁸⁾、十分な協議を欠いたままなされた是正の指示は自治法245条の3第1項に違反する可能性がある。判旨3はこの点について何らの検討をしないまま是正の指示を適法と判断しており、疑問が残る。

4 判旨4について

判旨4は、前件訴訟（Xが承認取消の取消しを代執行するために自治法245条の8第3項により提起した訴訟）においても本件埋立承認取消の適否が問題とされていたことなど本件の事実経過を勘案すると、本件指示がなされた日の1週間後（2016年3月23日）には、自治法251条の7第1項が定める「相当の期間」は経過したからYの不作为（承認取消の取消しをしないこと）は違法であり、このことは前記の委員会の決定が国と沖縄県の協議による解決が必要であるとしたことを受け、Yが協議の申し入れをしたことに左右されないとしている。

この点についても、前記1で検討したように、本件の審理の対象は前知事のした埋立承認ではなく、Yのした承認取消であると解されるが、もし、承認取消を審理したとすれば裁量権の逸脱・濫用により違法と判断されるかどうかは明らかではないから、そもそも本件において承認取消の取消しをしないというYの不作为が違法であるかどうかには疑問がある。

この点を別にしても、判旨4には疑問がある。同項は、委員会が是正の指示に対する審査申出について審査結果を通知した場合において、普通地

(27) 例えば、国が放射性廃棄物処理施設を建設するための埋立承認を申請したが、都道府県知事が承認拒否をした（あるいは、前知事が承認したが現知事が承認取消をした）としても、知事は裁判で敗訴して施設を受け入れることになるのではないだろうか。

(28) 前記の和解条項の第8項は、「原告および利害関係人と被告は、是正の指示の取消訴訟判決確定まで普天間飛行場の返還および本件埋立事業に関する円満解決に向けた協議を行う」という項目があり、やはり協議を行うものとされていた。なお、Yは2016年6月の委員会決定に不服はないので、是正の指示の取消訴訟を提起しなかったことは前述のとおりである。

方公共団体の長が同法 251 条の 5 第 1 項の規定による当該是正の指示の取消訴訟を提起せず、かつ、当該是正の指示に係る措置を講じないときに、是正の指示をした各大臣は長に対して不作為の違法確認訴訟を提起できるとしている。そして、同項 1 号は、普通地方公共団体の長が是正の指示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と規定している。

本件では、Y は国との協議を求めていたのであるから、国と沖縄県の協議による解決が必要であったとした委員会の決定（審査の結果）に不服があるわけではなかった。よって、Y は是正の指示の取消訴訟を提起しなかったのだから、本件は同号による取消訴訟を提起できる場合に当たらないか、少なくとも提起しなかったことにつき正当な理由（やむを得ない事情）があるというべきである。

取消訴訟を提起しなかったことにつき正当な理由があり、その結果として 251 条の 5 第 2 項 1 号の出訴期間（委員会の決定があった日から 30 日以内）を徒過した場合については、「裁判所は（中略）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」⁽²⁹⁾という有力な見解がある。違法確認をしないことができるという見解に立てば、本件指示に従わないことは違法でないことになろう。

したがって、本件は、Y が自治法 251 条の 5 第 1 項の規定により本件指示の取消訴訟を提起できる場合に当たらないか、取消訴訟を提起しなかったことに正当な理由があり、同条 2 項 1 号の出訴期間を徒過したことにつき正当な理由（やむを得ない事情）があるから、本件指示に従わないことが違法とはいえないと解する余地がある。それにもかかわらず、判旨 4 は、「Y が本件委員会決定を受けて X に協議の申し入れをしたことは、上記の結論を左右しない」と述べるだけである。なぜ結論を左右しないのかという理由は不明であり、この点には重大な疑問が残る。

さらに、判旨 4 は、本件指示がなされた日（2016 年 3 月 16 日）のわずか 1 週間後（同月 23 日）には、前件訴訟の経過などからみて相当の期間が経過したとしている。前件訴訟は X が承認取消の取消しを代執行するた

(29) 松本英昭「逐条地方自治法〔第 8 次改訂版〕」1223 頁（学陽書房、2015 年）。

沖縄県知事が公有水面埋立承認の取消しをしないことが違法とされた事例

めに自治法 245 条の 8 第 3 項により提起した訴えであるが、同訴訟は同条第 1 項の要件を満たさない強引なものであり、和解条項において裁判所も取り下げを勧告したほどであるから、前件訴訟ではむしろ X が承認取消の取消しを求めることの正当性が疑われていたというべきである。よって、Y は本件指示の適法性に当初から強い疑問を抱いていたのであり、本件指示のわずか 1 週間後に本件指示に従う義務があったとはとうていいえないから、この点についても判旨 4 には疑問が残る。

5 まとめ

以上の検討によると、本判決および原判決の最大の問題点は、本件では Y の承認取消の違法性を審理しなければならなかったにもかかわらず、前知事の埋立承認の違法性を審理したことである（前記 1 参照）。その結果として、前知事の裁量権が尊重されて埋立承認が違法とはいえないとされ、この点が X が勝訴したもっとも大きな要因となった（前記 2 参照）。本来の審理の対象である承認取消の違法性が審理されていれば、Y の裁量が尊重されて異なる結果となっていた可能性はきわめて高いといえよう。

職権取消がなされ、取消処分 of 取消訴訟等が提起された場合には、行政処分に関する通説的な理解によれば、原処分と取消処分は別個の処分であるから違法性は各処分ごとに問うべきであり、取消処分の違法性の審理の対象は取消処分自体であると考えられる。また、従来最高裁判例によれば、職権取消や撤回の取消訴訟の審理の対象は原処分ではなく、取消処分（撤回）自体であることが前提とされていたと解される。それにもかかわらず、本判決は特に理由を示すことなく通説的な理解や従来判例とは異なる判断を行い、その結果としてこれまでの国の対応を追認することとなった。

辺野古新基地建設をめぐるこれまでの国の対応は、対話や協議による沖縄県民の理解を得る努力を欠いたまま、前知事の突然の変節ともいえるべき埋立承認を奇貨として工事に着手し、選挙による県民の付託を受けた新知事が承認取消をすると、これに対して審査請求や執行停止申立、さらには代執行という法的正当性を欠いた手続を次々と繰り返すという強引なものであった。執行停止決定と代執行訴訟はさすがに裁判所の和解勧告によって排斥されたが、国地方係争処理委員会が協議による解決が必要であると指摘したにもかかわらず、対話や協議を欠いたまま、是正の指示により国

の政策に従うことを義務付けようとする強引な国の対応は変わっていない。このような国の対応は、国と地方が対等であるとする地方自治法の基本原則に反するとともに、同法の具体的な規定に違反する可能性がある(前記3、4参照)。

憲法92条は地方自治ないし地方公共団体の自治権を保障しており、法律で規定された地方自治の制度は憲法上の価値として保障されていると解される。前記のとおり、本件をめぐる国の対応は地方自治法の基本原理および具体的な規定に違反している可能性があり、よって憲法92条にも違反している可能性があるのだから、裁判所は是正の指示を含む国の対応の違憲性および違法性を厳格に審査することが求められていたはずである。地方自治が基本的人権と同様に憲法で保障された価値である以上、それは立憲民主制の下での司法の重要な役割の一つである。

ところが、最高裁は本判決によって違憲、違法の可能性のある国の強引な対応をすべて追認し、その際に過去の判例との整合性を説明せず、1999年に改正された現行自治法の規定の解釈についてもほとんど実質的な理由が示されていないことは本稿でみたとおりである。本件において、最高裁は立憲民主制の下での司法の役割にまったく関心がないかのようであり、甚だ心許ないが、辺野古新基地建設問題の解決策を模索するためには、このような裁判所の現実を前提とするほかはないであろう。その意味で本判決を十分に検討することが必要であると考えられる。

いずれにせよ、本判決は辺野古新基地建設に対する沖縄県民の理解を得る契機にはなり得ず、法的にも本判決によってこの問題が最終的に解決するわけではない。Yは埋立承認の撤回を視野に入れているが、前知事の承認取消の違法性を審理の対象とした本判決は撤回について何らの判断を示したものではない。今後は前知事の裁量権ではなく、撤回におけるYの裁量権が争点になるはずである。