

辺野古訴訟最高裁判決をめぐる法的問題

茂木 洋平

目 次

I	はじめに	3	公有水面埋立法上の知事の裁量
II	最高裁判決の概要	4	是正の指示の判断基準
1	事実	5	関与最小限度の性質
2	判旨	6	国地方係争処理委員会第2次決定の軽視
III	審査の対象	7	本判決の危険性
IV	職権取消	VII	判決後の問題
1	事由	1	判決の効力
2	取消制限の法理	2	撤回の可能性
V	違法等の判断	VIII	問題解決の可能性
1	判断枠組	1	裁判での解決可能性
2	1号要件	2	解決策
3	2号要件	IX	おわりに
VI	是正の指示の適法性		
1	本判決の論理		
2	関与裁量		

I はじめに

2016年12月20日、最高裁は、国土交通大臣（国交大臣）が沖縄県知事に対して提起した、地方自治法251条の7第1項に基づく不作為の違法確認訴訟について、不作為の違法確認を認める判決（本判決）を下した¹。本判決には様々な法的問題点があり、本稿はそれらを考察する。

本判決は日本の米軍基地問題の「象徴」²である辺野古に関係しており、社会的及び政治的に重要である³。国と地方自治体は基本的には密接で安定的な関係を構築しており、両者の間で利害の相違の顕在化は多くの政策で見られるが、その対立が政治的に強い意味合いを帯びて拡大するのは稀有な現象である。法的紛争として国と自治体の間で訴訟が行われるのは例外的な事態であり⁴、他の都道府県ではほとんど前例がない⁵。この背景には、在日米軍基地をめぐる激しい対立を伴う沖縄県での複雑な政治状況がある。

原審である福岡高裁那覇支部判決は、辺野古新基地建設が唯一の解決策とまで断定し、本来司法権が及ばない領域にまで踏み込んだ判断を下した⁶。沖縄県内に新基地を設置すべきという判断をすべての基礎としている点で、裁判所が行いえない政治的判断を行っており⁷、政府に限りなく有利な判断を下している⁸。当該判決は、国による自治体への関与を裁判所が支援したのであり、裁判官による「政治的行為」であったと批判された⁹。学説は、最高裁での原審の誤りの是正を期待していた¹⁰。

本判決には、政治・社会的重要性だけでなく、法的に重要な意義が認められる。本判決は、1999年の地方分権改革によって国と地方の対等化が図られた後の、初めての国の関与に関する判決であり、今後の日本の地方自治に与える影響が大きいとされる¹¹。本判決は、最高裁が、地方自治法 251 条の 7 第 1 項に基づく不作為の違法確認の訴え¹²について判断を示した初の事案として、実務的な観点からも重要だと指摘される¹³。また、本判決は、最高裁が公有水面の埋立が公有水面埋立法（公水法）4 条 1 項 1 号及び 2 号の要件に適合するという都道府県知事の判断の当否につき判断を示した初の事例であり、この観点からも実務上重要な意義を有するとされる¹⁴。

以下、本判決の事実と判旨を確認した上で、判旨に係る問題を中心に、本判決に係る法的問題を考察する。

II 最高裁判決の概要

1 事実

日米間で沖縄県宜野湾市にある普天間飛行場の返還の合意がなされ、その代替施設として同県名護市の辺野古沿岸が選択された。沖縄防衛局は、その施設建設のため、公有水面埋立ての承認（本件埋立承認）を仲井眞沖縄県知事から受けた。しかし、翁長沖縄県知事は、本件埋立承認には違法の瑕疵があるとしてこれを取消した（本件埋立承認取消）。国交大臣は沖縄県に対して、本件埋立承認取消は違法であり、地方自治法 245 条の 7 第 1 項に基づいて、本件埋立承認の取消しを求める是正の指示を行った（本件是正の指示）。これに対し、翁長知事は本件埋立承認取消を取り消さず、法定期間内に同法 251 条の 5 第 1 項に定める是正の指示の取消しを求める訴えの提起をしなかった（本件不作為）。このことから、国交大臣は同法 251 条の 7 第 1 項に基づいて、翁長知事が本件埋立承認取消を取り消さないことが違法であるとの確認を求める訴訟を提起した。

福岡高裁那覇支部は、翁長知事が本件埋立承認を取消さないことが違法であるとの判決を下し、沖縄県側は最高裁に上告した。

2 判旨

(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、当該処分に違法または不当（以下、「違法等」という。）があると認められるか否か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。…本件埋立承認がされた時点における事情に照らし、仲井眞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性等が認められない場合には、上告人による本件埋立承認取消は違法となる。」

(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埋立てや

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、埋立手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総合的に考慮することが不可欠であり、また、前記 (1) で述べたところに照らせば、第 1 号要件においては当該埋立て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正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、公有水面の埋立てが第 1 号要件に適合するとの判断に瑕疵があるとは言い難いというべきである。…前知事〔仲井眞知事〕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。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ものであるという事情は認められない。』

(3) 「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、公有水面埋立て事態により生じ得る環境保全及び災害防止上の問題を適格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、埋立ての実施が環境に及ぼす影響について適切に情報が収集され、これに基づいて適切な予測がされているか否かや、事業の実施により生じ得る環境への影響を回避又は軽減するために採り得る措置の有無や内容が的確に検討され、かつ、そのような措置を講じた場合の効果が適切に評価されているか否か等について、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出来る。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、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と解される。…したがって、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。』

(4)「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。」

(5)「地方自治法 251 条の 7 第 1 項は、同項に定める違法の確認の対象となる不作為につき、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いる。本件指示の対象とされた法定受託事務の処理は、上告人が本件埋立承認を職権で取り消したことであり、また、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上告人の意思表示を求めるものである。これに加え、被上告人が平成 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。…上告人が本件委員会決定を受けて被上告人に協議の申入れをしたことは、上記の結論を左右しない。」

Ⅲ 審査の対象

翁長知事は、審理の対象は本件埋立承認取消に係る翁長知事の裁量判断だとする。これに対し、本判決は、仲井眞知事「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性等が認められない場合には、上告人による本件埋立承認取消しは違法となる」とする（Ⅱ 2 (1)）。「この点は、本件の原審も同様の見解を採用しているが、本判決は、本件における当事者の主張の内容に照らし、特にその旨を明確に判示する必要があると考えたものであろう」とされる¹⁵。

学説では、埋立承認と埋立承認取消のどちらを審査対象とする場合でも、行政庁の判断を敬讓するために裁量権の逸脱・濫用審査の方法をとらざるを得ないため、結論が異なる可能性がある旨が指摘される¹⁶。本判決が本件埋立承認に違法等があるのかを審査した結果、仲井眞知事の裁量権が尊重され本件埋立承認に違法等がないとされたのであり、この点が国が勝訴した最も

大きな要因だとされる¹⁷。

しかし、本判決でも、本件埋立承認取消の適否を主題としていることに変わりない¹⁸。本件埋立承認に「法的瑕疵」(違法・不当)があることを理由にこれを取消した本件埋立承認取消の判断に瑕疵があるかが問われているため、前者に言及せずに後者の「瑕疵」を論じることはできず、この意味では、判旨には問題はない¹⁹。

本判決で問われているのは、本件是正の指示に対する不作為が違法であるか否かであり、本件是正の指示が適法であることが不作為が違法である前提条件である。本件是正の指示が違法であれば、本件埋立承認と本件埋立承認取消が適法か否かに係らず、不作為違法は成立しない²⁰。しかし、本判決の論理では、本件埋立承認が適法なら本件埋立承認取消は違法となり、本件埋立承認取消が違法なら本件是正の指示は適法となり、本件是正の指示が適法なら不作為は違法となるので、不作為の適否を判断するためには本件埋立承認の適否だけを審査すればよいことになる²¹。本件是正の指示の適法性を判断するには本件埋立承認取消の適法性の判断が必要だが、その判断の前提となる本件埋立承認の違法等の判断だけを実体的に審査している。

本判決は、本件是正の指示に対する不作為の違法等から本件埋立承認の違法等の判断へと議論の中心を移行させている²²。本判決がこの移行をさせたのは、仲井真知事の本件埋立承認を審査対象とした方が、裁判所が違法と判断しにくいためである²³。本件埋立承認取消を実体的に審査すると、翁長知事の裁量判断を尊重することになるため、本判決は本件埋立承認取消の審査を回避した²⁴。行政裁量を認める主たる意味は、「裁判所の判断よりも行政庁の判断を優先させる」点にある²⁵。審理の対象を仲井真知事の承認処分 of 違法性と設定することは、翁長知事の判断に裁判所の判断を代置するようなものとされる²⁶。本判決が、直接問われている問題の判断に必要な審査をしないことは、「事件の本質を理解していない」とされる²⁷。

IV 職権取消

1 事由

職権の取消事由について、通説²⁸及び判例²⁹は、「違法性」だけでなく、「不当性」も含まれると理解していた。第1審判決は、受益的行政処分の職権取消について、原処分の「違法性」だけが取消自由になると判示し³⁰、通説判例とは異なる理解から多くの学説はこれを批判し³¹、注目を集めた³²。本判決は、従来通説通り、原処分が違法であるのみならず、不当の場合も職権取消事由になるとして、通説判例と同様の判断を下した（Ⅱ2（1））。

本判決について見ると、当初の承認が適法だったが、後に県知事が本件埋立承認の審査の厳格度が低く、不十分であると判断し、より厳格な審査を行い、本件埋立承認を取消した。外見的には、本件埋立承認は適法だが、不当な法的瑕疵があるものとして取消しをなされたと考えることが可能だとされる³³。本件埋立承認が不当（「要件充足に関する認定・評価」に誤りがあり法的瑕疵がある）にとどまる場合でも、知事は本件埋立承認取消が可能であり、知事が審査の厳格度を高めても、裁量権の範囲に収まる限り、適法だとされる³⁴。

2 取消制限の法理

受益的処分を職権で取消す場合、相手方の保護が必要だとするのが従来の解釈である。担当行政庁は、処分に違法又は不当な点があれば処分をいつでも取り消せるが、相手方の不利益を上回るだけの公益上の必要性があるかなど、取消を正当とする事情がある場合に限って取消が可能だとされる³⁵。処分の相手方の信頼を裏切るなどの打撃を与える場合には、その範囲で取消権は制限される³⁶。取消制限の法理は私人の権利保護のために形成されており、本件では相手方が国であるため、そのまま当てはまらない³⁷。

本判決は、相手方への打撃とは無関係に「処分に違法等があるか否か」だけを基準として、処分行政庁の取消権を制限している（Ⅱ2（1）～（3））。そして、処分に違法等があるのかに関する担当行政庁の判断を否定する（Ⅴ1）。この点、裁判所が独占して客観的に行うのであれば、仲井眞知事の本件埋立承認には違法も不当もないという認定をしなければならないが、最高裁はこれを行わずに、「違法等はない」と言い切っている³⁸。

V 違法等の判断

1 判断枠組

本判決の「違法等」に係る判断枠組は、裁判所は違法性のみを審査し、不当性を審査しない伝統的枠組に反しており、肯定的な見解も見られるが³⁹、多くの行政法の学説から強く批判される⁴⁰。ここでの問題は誰が「処分に違法等があると認められない」と判断するのかである。これについては、翁長知事（担当行政庁）の「理立承認に違法等があると認められる」という判断を代置して、翁長知事の判断を否定し、違法等の有無について判断権は裁判所が独占するというのが、本判決の立場だとされる⁴¹。

本判決では「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がある場合に限り、処分に違法等があると認める」という違法等の判断基準を用いている（Ⅱ 2 (2)）。この基準は、裁判所が担当行政庁と同じ立場で緻密な審査ができないために担当行政庁の裁量的判断を尊重するために用いる基準である⁴²。本判決は、違法等の有無に関する審査能力の点で担当行政庁よりも裁判所の方が劣ることを認めながら、他方で、裁判所の審査結果を優越させるべきだと断定している⁴³。違法判断の主体を逆転させることによって、審査能力の点で劣る裁判所の判断を担当行政庁の判断よりも優越させるという、これまで最高裁自身が否定してきた判断代置をしているとされる⁴⁴。

本判決は、仲井眞知事の判断が「明らかに妥当性を欠くものとは認められない」、「特段不合理な点があることはうかがわれない」という理由で違法でも不当でもないという結論を導く（Ⅱ 2 (2)）。これは、司法審査を実質的に放棄する「社会観念審査」による結論であり⁴⁵、ほとんど結論ありきの判断だとされる⁴⁶。担当行政庁（翁長知事）から見れば、前任者（仲井眞知事）が行った行政処分が「不合理な点がある」という判断をなしうるのであり、この場合、担当行政庁は、当然に前任者の誤った行政処分を是正しなければならない。しかし、本判決が示すように「前任者の処分が『明らかに妥

当性を欠く』もの、『特段不合理な点がある』ものでない限り、後任者は前任者の処分を取り消せない」ことになれば、行政活動は完全に麻痺してしまう危険も指摘される⁴⁷。

本判決が「不当性」を審査するとした理由はどこにあるのか。本件埋立承認に違法事由はないとしても、不当事由があれば取消できるとすれば、裁量権の逸脱・濫用の有無を審査しただけでは、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。最高裁は、処分庁の裁量が認められるため、本件埋立承認と本件埋立承認取消の両者とも適法となりうるという問題から逃れることはできず、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必要があると考えたと思われる⁴⁸。本判決が不当性を「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認める法律の趣旨に背理すると批判される⁴⁹。

2 1号要件

公水法4条1項1号は「国土利用上適正且合理的ナルコト」という要件を挙げる。これは、当該埋立自体及び埋立地の用途が、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要する趣旨であるなどと説明される。1号要件の判断枠組は、「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・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、効用水面を埋め立て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総合考慮して判断する」ものだとされる⁵⁰。本判決は社会観念審査に基づき、1号要件について、仲井眞知事の判断が「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」という事情は認められない」として、仲井眞知事の判断に「違法等」はないとした（Ⅱ2(2)）。この判旨に対し、本件埋立承認の違法事由にすぎず、不当事由ではなく、この事情の有無の審査で、「違法等」がないとするのは適切ではないとされる⁵¹。

本判決は、各号の埋立承認要件が「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」ことを根拠に「第1号要件においては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」とする (II 2 (2))。しかし、1号要件が最小限の要件に過ぎないとすれば、知事は、その採用の範囲内で、より適切かつ合理的な埋立や埋立地の用途を承認の要件とすることができるはずである⁵²。4条1項各号の基準は、「これらの基準のすべてに適合している場合であっても免許の拒否はあり得るので、埋立ての必要性等他の要素も総合的に勘案して慎重に審査を行うこと」が求められている⁵³。1号以下の基準をすべて満たした場合でも「他の必要な条件を考慮することにより免許を拒否する可能性を認める趣旨の規定」だと解されており、免許付与では裁量判断の余地を否定し、免許拒否では幅広い裁量的判断の余地が認められている⁵⁴。仲井真知事の裁量判断として最小限の要件を満たしたとしても、翁長知事がより適切な国土利用の在り方の要素を考慮した結果、仲井真知事が処分した時点でも不当な判断であったと判断する可能性は否定できない。仲井真知事の「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」場合だけが不当を含む瑕疵ある場合であるとは到底考えられず、その点の判断だけでは、翁長知事の本件埋立承認の職権取消処分の適法性は判断できないはずだとされる⁵⁵。

3 2号要件

(1) 審査対象

公水法4条1項2号は「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」という環境保全の要件を挙げる。これは、第1号要件とは異なり、政策的な判断が求められるというよりは、当該埋立につき、環境保全及び災害防止につき必要な配慮がされているか否かという専門的・技術的な観点からの判断が予定された要件だとされる⁵⁶。

本判決は、2号要件は埋立行為そのものに関するものであり、埋立地の用途も含めたものではないと示す (II 2 (3))。公水法4条1項2号「其ノ埋立」という文言を使用し、同項3号「埋立地ノ用途」につき、土地利用又は環境保全に関する国又は地方公共団体…の法律に基づく計画に违背せざることを免許基準 (承認基準) の要件として定める。そのことから、同項2号は

「埋立行為そのものの要件を定めたと解するのが文理上自然であることなどからすると、第2号要件は埋立行為そのものについて定めた要件であると解することが相当であると考えられ、本判決もこのような理解を前提にするものと考えられる」とされる⁵⁷。埋立行為だけを2号要件の審査対象とすることで、本判決は埋立土地利用による環境問題は1号要件との関連で不利益軽減の考慮があればよいとしている。この下書きになった高木論文⁵⁸は、公水法の免許（承認）に関して、裁判所の審査密度が必ずしも高くなく、特に1号要件関しては低く、処分庁の裁量との関係では、広い裁量を認め、審査基準が充足すれば、行政処分が適法になるとしており、国から着目された⁵⁹。だが、高木論文では、埋立後の用途に関するものは2号要件の審査から除外されていない。翁長知事は仲井眞知事の承認審査があまりにも杜撰であったことから、専門家で構成される第三者委員会で埋立の2号要件の適合性について検証を求めた。第三者委員会では埋立土地利用によって生じる環境への悪影響について検証されており、「専門家によるこのような審査結果を裁判所が覆すことは困難」であるため、2号要件の審査対象を埋立行為に伴う環境保全に限定し、埋立後の基地使用によって生じる環境問題を対象外としたとされる⁶⁰。

（2）専門技術的判断の不合理性の審査

本判決は「裁判所が、公有水面埋立てが第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な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と解される」ことから、沖縄県が定めた審査基準及び仲井眞知事の判断過程及び判断内容には特段不合理な点があることはうかがわれない。2号要件に関する仲井眞知事の判断に「違法等があるということとはできない」とした（Ⅱ2（3））。

この審査は伊方原発判決⁶¹の違法性審査の基準と似ているが、同判決は順応的管理の方法で審査を行った。順応的管理とは、司法審査の時点でもより合理性を確保するために、許可処分当時の知見レベルよりも発展した自然科学的知見を反映させる方が、より合理的な判断を導く可能性があるというものである⁶²。しかし、本判決は司法審査の時点での知見ではなく、仲井眞知

事の本件埋立承認時の知見を反映し、順応的管理の枠組を逆転させており、司法審査の密度を希釈している⁶³。この方法の下では、第三者委員会による検証結果報告書の内容が全く裁判に反映されない結果を招く⁶⁴。伊方原発訴訟の審査方法は比較的審査密度が高いと評価されており⁶⁵、本判決の審査方法がこれと同一であれば、通過した判断には十分に合理性があると評価してもよいとも指摘されている⁶⁶。

VI 是正の指示の適法性

1 本判決の論理

本訴訟では、本件是正の指示に対する翁長知事の不作为の違法確認が問題とされており、本件是正の指示が適法であることが違法確認が認められる前提となる⁶⁷。本件是正の指示が違法であれば、本件埋立承認と本件埋立承認取消が違法か適法かに係らず、不作为違法は成り立たない⁶⁸。本件是正の指示の適法性を判断する際には、本件埋立承認取消が違法だと判断される必要があるが、本件埋立承認が適法であれば、本件承認取消しが違法となる関係にはない⁶⁹。

しかし、本判決は、本件埋立承認が適法なら本件埋立承認の取消は違法となり、本件埋立承認の取消が違法なら本件是正の指示は適法となり、本件是正の指示が適法なら不作为は違法となるので、不作为の適否を判断するためには本件埋立承認の適否だけを審査すればよいとして、本件是正の指示の適否の検討を回避している⁷⁰。本件埋立承認が適法であることは本件是正の指示が適法と評価されるための1つの要素に過ぎず、自動的に本件埋立承認が適法であれば、自動的に本件是正の指示は適法にはならない。本件是正の指示が適法であるためには、それが地方自治法及び公水法に照らして適法でなければならない⁷¹。本件是正の指示の適法性の有無について、裁判所は直接に審理しなければならなかった旨が指摘されている⁷²。

本判決は「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」として、条文そのままのような判示をしている。だが、文理解釈に徹して当然とみなし得るほどに単純な論点ではないと批判される⁷³。判旨に従えば、大臣が法定受託事務について違法があると考えられる場合には何らの制約もなく是正の指示を出せるし、また関与の訴訟も提起できると解するならば、国と地方公共団体の対等化を目指した 1999 年の地方分権改革はほとんど無意味になってしまうため、本判決は、地方自治に対する基本的理解を欠いているとされる⁷⁴。また、最高裁判決の論理は、「地方自治の意義や国と地方の対等協力関係を確保するための諸原則を抹殺するに等しく、地方自治の危機」だと評価されている⁷⁵。

2 関与裁量

大臣による是正の指示は国の権力的な関与である。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、大臣に認められる裁量権は関与裁量であり、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⁷⁶。そのため、是正の指示に関する裁量権の範囲やその逸脱・濫用の基準については、従来の裁量論とは異なる考え方が必要である⁷⁷。裁量論は、行政庁が国民に対して行う行政処分を想定しており、政策的専門的判断を要する行為について、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ているため、裁判所は裁量権の逸脱濫用がある場合に限り、違法と判断する。しかし、是正の指示による関与は、国が地方公共団体に行うのであり、関与を実施に大臣の政策的・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はないとされる⁷⁸。

関与について、地方自治法 245 条の 3 第 1 項は「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」と規定しており、個別の法律によって県知事に裁量処分である承認権限が与えられていることから、是正の指示でも自治権が保護され、知事の裁量権行使への尊重が求められる⁷⁹。法定受託事務は地方公共団体の事務であり、憲法 94 条の自治体行政執行権に属し、国は上級庁の立場にはないことから、憲法によって自治権が保障されている。国は個別事案に無限定に関与できず、是正の指示をなす場合につ

いては、限定的に解釈されなければならない⁸⁰。法定受託事務への大臣による関与は長の権限行使の違法性を是正するのに必要な範囲で行使できると解され、地方公共団体の自主性及び自立性に配慮すべきであり、大臣は長の判断に裁量権の逸脱濫用がある場合に限り取消の指示等の関与ができるという考えが前提にあるとされる⁸¹。

知事の判断が地域の特性に関係する場合には尊重されなければならないが、国は「地方公共団体の自主性及び自立性」に配慮し、不要な関与を行わない義務を負う⁸²。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、国においてその適切な処理を特に確保する必要があるもの」（地方自治法 2 条 9 項 1 号）だとしても、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だとされる⁸³。是正の指示には、知事の裁量権の行使を尊重することが求められることから、是正の指示には一定の限界があることに注意しなければならない⁸⁴。

3 公有水面埋立法上の知事の裁量

公水法は、1921 年の制定当初、埋立による漁業との調整を主たる目的としており、地方長官が調整の任に適しているとされてきた。同法は 1973 年に抜本改正され、埋立事業の大規模化等に伴い、国家戦略的なレベルへと調整のテーマが移行した。これらの課題の推進には国の官庁間での調整が必要であったにもかかわらず、埋立免許・承認の権限について、都道府県知事が行使すべきことに異論は出されておらず、知事が建設行政外の公益性も判断した。漁業・農業・工業部門間での調整、住民・地域企業の合意、環境保全や防災上の安全確保など、公有水面埋立事業で必要とされる多種多様な考慮要素を総合的に判断できる結節点は、知事にあった⁸⁵。公水法では、地域的特性から戦前から都道府県レベルで分権的構造が発達したため、各大臣のチェックを制約する根拠になりうるとされる⁸⁶。

埋立は本来自由になしえず、高度の公益上の必要性や国土利用上の適切性と合理性等を疑いの余地なく具備した事業に限定して、特別に認められる性質のものであるため、この種の行為への承認・免許について、単なる許可の場合よりも幅広い行政裁量が認められてきた⁸⁷。4 条 1 項各号の規定は埋立

事業の実施によって実現される公的又は私的な諸利益と対立しまたは調整の必要のある他の公的諸利益との関係で、当該事業が満たさなければならない免許基準を定めた規定であり、辺野古問題で特に争点化しているのは、1号と2号の基準である⁸⁸。

同条項は、知事による埋立免許権限の行使に対して、1号以下の免許基準をすべて満たさなければ免許を与えてはならないという適切な条件を考慮することにより免許を拒否する可能性を認める趣旨の規定であり、当該免許制限は、免許拒否の方向への裁量的判断の可能性が広く認められるという意味で、片面的裁量権が法律で認められた権限というべきものだと思われている⁸⁹。同条項は、「免許を為す」場合（免許を与える場合）と免許を為さない場合（免許を拒否する場合）との間に裁量的判断の幅に差があることを認め、免許を与える局面については裁量的判断の余地を否定またはほとんど認めないのに対し、免許を拒否する局面については、幅広い裁量的判断の余地を認めている⁹⁰。免許付与を拒否しなければならない場合に、形式的な判断に拘泥し免許を付与してしまうならば、法の趣旨の目的に照らして免許は裁量権の行使を誤る違法な処分となる⁹¹。

4 是正の指示の判断基準

地方自治法245条の7第1項によれば、翁長知事の承認取消が法令の規定に違反しているか、または著しく適性を欠き、且つ明らかに公益を害していると認められる場合に限り、是正の指示は適法とされる⁹²。翁長知事は、本件埋立承認は審査の厳格度が低く、不十分な審査に基づいており、法的瑕疵があり、その審査の厳格度を本来期待される程度に高めた場合には本件埋立承認取消が必要と判断しているのであって、本件埋立承認取消は、知事の裁量権の範囲内において行われていると考えられ、それが違法とはいえない⁹³。また、公水法の運用において、法令上又は公益上で放置できない事態にあるとの主張も立証もされていない⁹⁴。

5 関与最小限度の性質

本件是正の指示を含む国の関与について、地方自治法 245 条の 3 第 1 項「その目的を達成するために必要最小限度のものとするとともに、普通地方公共団体の自主性及び自立性に配慮しなければならない」と規定しており、関与全体を対象に、必要最小限性及び自治体の自主性及び自立性への配慮義務が明文化している⁹⁵。同条項は厳格な比例原則に服することを明示しており、本件是正の指示が必要最小限度を超え、地方公共団体の自主性及び自立性に配慮を欠いている場合には違法となる⁹⁶。

国による地方公共団体への関与への関与最小限度の原則の適用は、利害対立において、地方公共団体に有利な結果にすることを裁判所には求めておらず、地方自治保障の観点から調整をはかるように裁判所に求めているにすぎない⁹⁷。国と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⁹⁸。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翁知事の承認取消であり、恣意的な指示による自主性と自律性の侵害は許されないとされる⁹⁹。是正の指示は地方公共団体の自主性および自立性への配慮を欠いており、本判決はこの点を軽視している¹⁰⁰。

6 国地方係争処理委員会第 2 次決定の軽視

本件是正の指示を受けて、沖縄県は、承認取消処分取消に対する是正の指示の審査の申出をした。国地方係争処理委員会第 2 次決定（2016 年 6 月 21 日）は、本件是正の指示の適否の判断の回避し、国と県に協議を求める見解の提示し、法的紛争への積極的な関与を回避した。同決定は、本件解決のためには自治法 245 条の 7 第 1 項の是正の指示ではなく、同法 245 条 2 号の協議が適切だと判断した。

本件の根本的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、国が事業の必要性を十分に説明し、協議を重ねて県民の理解を得ることが不可欠であるとの立場から、委員会の判断は妥当であるとも評価される¹⁰¹。本判決が示すように本件是正の指示が適法であれば、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と批判される¹⁰²。協議が問題解決の最善の道だとした同決定の判断を、裁判

所はより重く受け取るべきであったとされる¹⁰³。

7 本判決の危険性

是正の指示をする際には、自治権の保護のために、知事の裁量権の行使を尊重する必要がある（VI 2）。大臣が知事の裁量的判断に自らの判断を代置させ、知事の裁量権を無視したような是正の指示は、過度に厳しい関与として違法となる¹⁰⁴。大臣が裁判所の「判断代置審査」のような関与を行うことができるかとなると、個別の法律によって裁量権を知事に与えたにもかかわらず、地方自治法の関与法制を通じて、大臣が知事の裁量権を奪うことになる¹⁰⁵。

是正の指示をする際に、大臣には裁量が認められるが、それは「関与裁量」であり、一定の限界がある（VI 2）。公有水面埋立の判断に際しては、性質上、大臣よりも知事の方が政策的専門的判断ができるため、大臣は知事の裁量を尊重しなければならない（VI 3）。本件埋立承認の取消しには違法性があるとは言いがたく、公益上放置し難い事態が生じているという主張も立証もなされていない（VI 4）。本判決がこの点を審理していないのは重大な過誤であり、今後の裁判所の実務において是正されなければならないと指摘される¹⁰⁶。

本判決は、国地方係争処理委員会第2次決定が、国と沖縄県との協議が問題解決の最善の道であるとしたことを軽視している（VI 6）。このことは、「地方自治の意義や地方の対等協力関係を確保するための諸原則」を侵害していると評価されている¹⁰⁷。

Ⅶ 判決後の問題

1 判決の効力

本件訴訟に先立って、沖縄県と国交大臣を当事者とする2つの訴訟（「代執行訴訟」と「関与取消訴訟」）が提起されており¹⁰⁸、両者の間で和解が成

立し¹⁰⁹、両訴訟は取り下げで終了した。その際に示された和解条項の 9 項は「判決に従い、同主文およびそれを導く理由の趣旨に沿った手続を実施する」について、「沖縄県が敗訴した場合には、工事の設計変更の許可その他将来の行政処分についても、法的に拘束する。国と沖縄県の法的争いは、今回の裁判一回限りである」とする。これに関し、沖縄県は、判決の効力は翁長知事の行った本件埋立承認の「取消し」の適法性に限られるとの立場をとる¹¹⁰。多くの学説は、最高裁は辺野古新基地建設そのものを適切だと判断しておらず、不作為の違法確認訴訟における国の勝訴と、埋立工事の再開は全く別であり、判決が今後の辺野古新基地建設阻止の手段を制約するものではないとする¹¹¹。

本判決の結果とは逆に、本件是正の指示と仲井真知事の本件埋立承認の判断過程の過誤が認定された場合でも、辺野古埋立の実体的な違法性が認定されたわけではなく、新基地建設が不可能になるわけではない。再申請の手続きにおいて国は埋立の必要性および公水法との適合性についてかなり高度な説明責任を果たすことが求められるが、それは本来必要なことだとされる¹¹²。

2 撤回の可能性

最高裁判決や和解条項は、あくまでも、翁長知事の行った本件埋立承認の職権取消権限に関するものだと理解すると、沖縄防衛局が工事を進めるためには、県知事との協議・許可等を要する事項がいくつも存在し¹¹³、これらの知事権限には、最高裁判決や和解条項の効力は及んでいない。知事には、本件埋立承認の「撤回」権限¹¹⁴という強力な権限が残されている¹¹⁵。

最高裁判決直後から、翁長知事は本件埋立承認の撤回を検討しているとの報道がなされ、2018 年 8 月の時点で翁長知事は撤回を行おうとしていた。行政処分の職権取消が判決で違法とされた後、処分庁が改めて撤回を行うことは異例だとされる¹¹⁶。しかし、2018 年 8 月 9 日に翁長知事が病気のため死去した。9 月には沖縄県知事選挙が行われるため、新基地建設反対派の知事が当選した場合には、撤回がなされる可能性が高い。

判例¹¹⁷と学説¹¹⁸ともに、撤回に法律の根拠は必要とされないとしている。撤回の根拠は、少なくとも、受益的行政処分であっても、事後的に、1号要

件と2号要件に反する事情があり、撤回すべき公益上の必要性が高い場合には撤回が認められると解されている¹¹⁹。本判決は本件埋立承認取消は違法であり、取り消されるべきと判断した。故に、本件承認取消に処分反復防止機能が働き、不作為の違法確認判決に本件埋立承認取消は違法だとする拘束力が生じる。知事が前回と同じ理由で本件埋立承認を取消せれば、判決によって紛争は解決されず、不合理であるため、知事は同じ理由で承認取消を繰り返すことはできないとされる¹²⁰。

撤回がなされた場合には、国交大臣は本件是正の指示または代執行の手続を開始し、撤回の違法性が再び裁判で争われるのは確実である¹²¹。国交大臣は前回と同様に地方自治法に基づき、本件是正の指示または代執行の手続を開始するはず。よほど説得的な撤回の理由が示されない限り、裁判所は前回にもまして迅速に撤回を違法と判断するだろう¹²²。また、撤回が反復された場合には、行政権の濫用として違法と判断される可能性があることも指摘されている¹²³。

Ⅷ 問題解決の可能性

1 裁判での解決可能性

裁判所が国あるいは沖縄県の見解を裁断しても、問題の解決に至らず、いずれかに不満が残るのは明らかである¹²⁴。米軍基地の移設の是非は推進にせよ変更にせよ、国さらには国際的なレベルでの政治的次元での決定事項であるから、国と地方自治体との法的紛争解決手続に持ち込まれて決着する性格のものではないことは、国、県ともに認識していた¹²⁵。それでもなお法的紛争解決の手続にこの問題が持ち込まれたのは、国は勝訴することで、法的紛争を解決し、事業を迅速に執行する正当性の確保に主眼があり、県は国の権力的関与の妥当性を具体的に指摘し、広く問題提起することで、事業の是非を争うことを意図していたからである¹²⁶。本判決が下される以前に、委員会が本件是正の指示の適法性を判断し、あるいは裁判所の判決が下されたとしても、沖縄県民が納得し、且つ普天間基地の返還が実現する解決策が

見出される保障はないと指摘されていた¹²⁷。

2 解決策

辺野古新基地建設をめぐる紛争の大きな原因は、県民の理解を得ていないのに、仲井真知事が本件埋立承認をしたことにある。翁長知事は仲井真知事への批判を背景に当選しており、本件埋立承認を取り消したのは当然の成り行きであった¹²⁸。沖縄県民の理解を得ることなく新基地建設を進めることは、沖縄県の自主性および自立性を損ない、地域の自己決定を妨げ¹²⁹、問題の解決には、国地方係争処理委員会が求めているように国と沖縄県との真摯な協議の継続こそが不可欠であるとの主張がなされている¹³⁰。この主張によれば、争訟の結果そのものではなく、国と沖縄県が主張と議論を尽くすことで、沖縄県民が納得できる解決の道筋が示されることが重要だとされる。国が主張するように環境への影響は小さく、辺野古新基地建設以外に解決策がないことが明らかになれば県民の理解は進み、逆に環境への影響が無視できず、辺野古新基地建設以外に代替案があるならば、国は代替案を真剣に検討すべきだとする¹³¹。

国が沖縄県民が納得した上で新基地建設を進めるためには、住民投票が最も有効な手段である旨も主張されている¹³²。住民投票で賛同の結果を得た上で基地建設が進んだ場合には、基地利用者と住民との軋轢が緩和され、日本の安全保障にとっても有用であると主張される¹³³。これが日本の安全保障にどれほど有用であるのかを検討することは筆者の能力を超えるが、住民投票が拮抗した結果ではなく、双方の得票数が相当程度離れていれば、建設推進にしても、計画変更にしても、どちらの立場も強力な正統性の根拠を得る。国と沖縄県が対峙し続けるのは、これまで一度も、米軍基地の設置について地域が公的な受入をしたことがないという歴史に由来しているとされる¹³⁴。基地建設に地域住民全員が賛成ということはありえず、基地建設が反对者を押し切るという側面は払しょくできない¹³⁵。しかし、住民投票は住民の直接の意思表示であるため¹³⁶、住民投票において相当程度の得票数の差で基地建設賛成の結果が得られた場合には、対立の原因が1つ解消される。

もっとも、基地移設問題をめぐる政治的対立には複雑な要因が内在し、問

題の解決は難しい¹³⁷。住民投票で相当程度の票数の差で基地建設が容認されたとしても（あるいは否定されたとしても）、基地建設賛成（あるいは反対）の主張を強く補強するが、対立がなくなることはないだろう。

IX おわりに

是正の指示といった関与の制度は、国は思うように介入できず、本来は国にとって使い勝手の悪い制度である¹³⁸。法定受託事務について、国が地方公共団体の行政行為に関与できるのは「法令違反」又は「著しく適切を欠き、かつ、明らかに公益を害していると認められるとき」のいずれかの場合に限定されている。「法令違反」とは本件埋立承認の取消が公水法に違反する場合である。だが、同法は知事に対して幅広い裁量を与えている（Ⅵ 3）。本件埋立承認に瑕疵があるとする知事の判断が法に違反すると判断するのは、本来は困難なはずである。

しかし、本判決は本件埋立承認取消と本件是正の指示を実体的に審査せず、仲井眞知事による埋本件立承認だけを実体的に審査する（Ⅲ）。本判決は、処分の違法性だけでなく不当性も審査できるという立場をとり、埋立承認には違法も不当もないと判断する（Ⅱ 2（2）（3））。それにより、本判決は、本件埋立承認に違法等がなければ本件埋立承認取消は違法であり、本件是正の指示は適法であるという結論を導く（Ⅱ 2（4））。公水法は知事に広い裁量を与えており、翁長知事が仲井眞知事による埋立承認処分に不当があると判断すれば、本件埋立承認取消は本来は適法である。本判決は不当性をも判断することで、処分庁（翁長知事）の裁量を否定し、最高裁が否定してきた判断代置を行ってしまっているとも批判されており（Ⅴ 1）、先例と論理的に矛盾している。

本判決では国際関係レベルの超重要事項を取扱ったため、最高裁は国を支持するためにかなり無理のある論理を展開している。本判決が政治的司法だと批判される所以である。米軍基地の問題は裁判所の判断で問題の抜本的な解決はなされない（Ⅷ 1）。また、国と県が協議を進めても、住民投票をしたとしても、政治的対立は完全には解消されない（Ⅷ 2）。本判決後、知事

選の結果次第では、次の法的争いに発展する可能性があり (Ⅶ)、それが生じた場合には、裁判所には蓄積した法理論に基づいた論理の展開が求められる。

地方自治法が改正される際に国と地方公共団体の関係が対等とされ、公水法では埋立承認に際して知事に広い裁量を与えられているが、これらの法律が作られたときには本件のような事態は想定されていなかったと考えられる。地方自治法上の国と地方の対等な関係と公水法上の知事の広い裁量を考えると、本判決は論理的に先例に反している。新基地建設のための公有水面埋立の実施が法理論的に矛盾をきたさないためには、本件のような国と地方公共団体との激しい争いを考慮した上での制度設計が求められる。

(Endnotes)

- 1 最二小判平成 28 年 12 月 20 日 民集第 70 卷 2281 頁。
- 2 杉原文史「判批」『速報判例解説 21 号』(2017) 55 頁, 56 頁。
- 3 衣斐瑞穂「判解」法曹時報第 69 卷 8 号 (2017) 2433 頁, 2449 頁。
- 4 山崎幹根「辺野古基地問題をめぐる中央地方関係 - その政治的対立と法的紛争」法律時報 89 卷 6 号 (2017) 43 頁。
- 5 山崎前掲 (4) 50 頁。
- 6 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 (2016) 1 頁, 19 頁。
- 7 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) 93 頁, 95 頁。
- 8 加藤裕「辺野古訴訟の背景 - なぜ沖縄県が国と訴訟で争わざるをえないのか」法学セミナー 751 号 (2017) 13 頁, 16 頁
- 9 白藤博行「憲法の地方自治保障の原点と現点」法と民主主義 513 号 (2016) 30 頁, 32 頁。
- 10 杉原前掲 (2) 56 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) 72 頁等参照。
- 11 岡田前掲 (7) 96 頁。

- 12 「地方分権（推進）一括法」（平成 11 年法律 87 号）によって導入された地方公共団体に対する国の「関与」をめぐる紛争処理制度では、「代執行訴訟」を除き、訴えの提起が関与の受け手である地方公共団体側のみに認められていた。2012 年の地方自治法改正によって、国側からの提訴（ただし、是正の要求・指示に係わる不作為の違法確認請求に限る）が認められ、「違法状態」の「確実な是正」を図るべく、国による訴えの提起の制度が新設された（久元喜造「地方自治法における違憲確認訴訟制度の創設について（1）（2・完）」自治研究 88 巻 11 号（2012）3 頁・12 号（2012）3 頁参照）。
- 13 衣斐前掲（3）2449 頁。
- 14 衣斐前掲（3）2449 頁。
- 15 衣斐前掲（3）2445 頁。
- 16 本多滝夫「行政法と地方自治法の交錯——第 2 次辺野古訴訟・上告審判決の比較的検討——」龍谷法学 50 巻 4 号（2018）289 頁、291 頁。
- 17 武田真一郎「判批」成蹊法学 86 号（2017）177 頁、200 頁。
- 18 稲葉馨「判批」ジュリスト 1518 号（2017）53 頁、54 頁。
- 19 人見剛「辺野古訴訟の経緯と所判決に関する一考察」Law and Practice 11 号（2017）1 頁、43 頁。
- 20 岡田正則「判批」自治研究 94 巻 2 号（2018）136 頁、141 頁。
- 21 岡田前掲（20）142 頁。
- 22 野口貴公美「判批」法学教室 439 号（2017）123 頁。
- 23 前田定孝「裁判所は「あらゆる手段で」国を勝利に導いた——辺野古訴訟福岡高裁那覇支部判決 2016 年 9 月 16 日」季論 21 第 35 号（2017）72 頁、73 頁参照。
- 24 山下竜一「判批」法学セミナー 748 号（2017）117 頁。
- 25 宇賀克也『行政法概説 I 〈第 6 版〉』（有斐閣、2017）324 頁。
- 26 松永和宏「辺野古訴訟高裁判決の問題点——福岡高判那覇支平 28・9・16」法学セミナー（2016）1 頁、4-5 頁。
- 27 村上前掲（10）79 頁。
- 28 塩野宏『行政法 I 〈第 6 版〉』（有斐閣、2015）189 頁；芝池義一『行政法総論講義 〈第 4 版補訂版〉』（有斐閣、2006）166 頁；藤田宙靖『行政法総

論』(青林書院, 2013) 231 頁等。

- 29 最一小判昭 43 年 11 月 7 日民集 22 卷 12 号 2421 頁。
- 30 同旨の学説として、高木光『行政法』(有斐閣、2015) 136 頁等。
- 31 岡田正則「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」法律時報 88 卷 12 号 (2016) 110 頁；本多滝夫「辺野古訴訟・福岡高裁判決の論理——行政法理論の『誤解』」法と民主主義 512 号 (2016) 35 頁；山下前掲 (24) 109 頁等。
- 32 加藤祐子「行政訴訟における当・不当の問題の新展開：辺野古訴訟最高裁判決を素材として [平成 28.12.20]」早稲田大学大学院法研論集 165 号 (2018) 47 頁、59 頁。
- 33 榊原秀訓「埋立承認の職権取消処分と裁量審査」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』(日本評論社、2016) 165 頁、180 頁。
- 34 榊原前掲 (33) 180-81 頁。
- 35 塩野前掲 (28) 190 頁。
- 36 岡田前掲 (7) 96 頁。
- 37 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・本多編前掲 (33) 131 頁。
- 38 岡田前掲 (7) 96 頁。
- 39 裁判所は「不当性の存否についても判断を行うことになる」が、「処分の職権取消しの適否の判断する前提として、当該処分に取消しをするに足りる不当があるかに立ち入って審理判断するにすぎず、これをもって行政庁の第一次判断権を侵害するものであるという批判は妥当しない」とする(衣斐前掲 (3) 2456 頁注 18)。
- 40 本判決の違法等の判断枠組は行政法学から強く批判されるが、その枠組自体は肯定的に捉えるべきだとする見解もある。その見解によれば、現在では、違法性と不当性の関係は相当程度相対化されており、裁判所が不当性を審査していないかといえば、必ずしもそうとは言い切れない。(加藤前掲 (32) 63 頁) 故に、辺野古最判の示した違法等にかかる判示部分は、必ずしも従前の前提にそぐわないとして一蹴されるべきではなく、職権取消に係る裁判所の統制の手法として、不当性をも対象とすること自体につ

いては許容されてもよいとする（同論文、64頁）。

- 41 岡田前掲（7）97頁。
- 42 岡田前掲（7）97頁。
- 43 岡田前掲（7）97-98頁。
- 44 岡田前掲（7）97頁。
- 45 岡田正則「厚木基地訴訟・辺野古訴訟最高裁判決からみた司法制度の現状」法と民主主義516号（2017）38頁, 41頁。
- 46 人見前掲（19）46頁。
- 47 岡田前掲（45）41頁。
- 48 本多前掲（16）313頁。
- 49 本多前掲（16）314-15頁。
- 50 衣斐前掲（3）2445頁。
- 51 人見前掲（19）43頁。
- 52 人見前掲（19）44頁。
- 53 亙理格「埋立免許・承認における裁量権行使の方向性」紙野・本多編前掲（33）137頁以下；前田定孝「地方自治法に基づく不作為の違法確認訴訟・福岡高裁那覇支部判決2016年9月16日（辺野古訴訟事件）三重大学法経論叢34巻2号（2017）56頁。
- 54 亙理前掲（53）140頁以下。
- 55 人見前掲（19）44頁。
- 56 衣斐前掲（3）2447頁。
- 57 衣斐前掲（3）2446-47頁。
- 58 高木光「行政処分における考慮事項」法曹時報62巻8号（2010）23頁。
- 59 榊原前掲（33）169頁
- 60 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」世界2016年11月号44頁；前田前掲（23）80頁。
- 61 最一小判平成4年10月29日 民集46巻7号1174号。
- 62 前田前掲（23）80頁。
- 63 前田前掲（23）81頁参照。
- 64 前田前掲（23）82頁参照。
- 65 小早川光郎『行政法講義 下Ⅱ』（弘文堂、2005）201頁。

- 66 本多前掲 (16) 312 頁。
- 67 大田直史「判批」新・判例解決 Watch。
- 68 岡田前掲 (20) 141 頁。
- 69 榊原前掲 (33) 184 頁。
- 70 岡田前掲 (20) 142 頁。
- 71 岡田前掲 (20) 142 頁。
- 72 稲葉一将「判批」民商法雑誌 153 卷 5 号 (2017) 751 頁、759 頁。
- 73 稲葉前掲 (18) 54 頁。
- 74 岡田前掲 (7) 99 頁。
- 75 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) 12 頁、16 頁。
- 76 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) 1 頁、14 頁；同「辺野古訴訟における代執行関与の意義と限界」紙野・本多編前掲 (33) 87 頁以下。
- 77 武田前掲 (37) 128-29 頁。
- 78 武田前掲 (17) 193 頁。
- 79 榊原前掲 (33) 182 頁
- 80 松永前掲 (26) 5 頁。
- 81 武田前掲 (37) 129 頁
- 82 宇賀克也『地方自治法概説〈第 7 版〉』(有斐閣、2017) 385-86 頁。
- 83 本多前掲 (16) 299 頁。
- 84 榊原前掲 (33) 184 頁。
- 85 岡田前掲 (20) 145-46 頁。
- 86 亙理前掲 (53) 161-63 頁。
- 87 亙理格「辺野古訴訟の焦点」都市問題 2016 年 9 月号 101 頁、103 頁。
- 88 亙理前掲 (53) 153 頁。
- 89 亙理前掲 (53) 137 頁。
- 90 亙理前掲 (53) 140-41 頁。
- 91 亙理前掲 (53) 151 頁。
- 92 武田前掲 (37) 129 頁。
- 93 榊原前掲 (33) 185 頁。

- 94 岡田前掲 (20) 144 頁。
- 95 杉原前掲 (2) 57-58 頁。
- 96 武田前掲 (37) 130 頁。
- 97 本多前掲 (16) 307 頁。
- 98 武田前掲 (6) 18 頁。
- 99 武田前掲 (17) 192-93 頁。
- 100 村上前掲 (10) 79 頁。
- 101 武田前掲 (17) 197 頁。
- 102 武田前掲 (17) 198 頁。
- 103 人見前掲 (19) 46 頁。
- 104 榊原前掲 (33) 185 頁。
- 105 榊原前掲 (33) 183 頁；杉原前掲 (2) 57 頁。
- 106 岡田前掲 (20) 148 頁。
- 107 徳田前掲 (75) 19 頁。
- 108 それらの訴訟については、人見前掲 (19) 12 頁以下参照。
- 109 本件和解条項については、本多滝夫「和解と国地方係争処理委員会決定の意義」紙野・本多編前掲 (33) 19 頁以下参照。
- 110 本多滝夫・白藤博行・亀山統一・前田定孝・徳田博人『Q&A 辺野古から問う日本の地方自治』（自治体研究社、2016）75 頁（徳田執筆）。
- 111 武田前掲 (37) 136 頁；紙野健二「辺野古新基地建設問題の展開」自治労連研究機構・研究と報告 116 号 (2017)；本多前掲 (109) 37 頁 注 26；村上前掲 (10) 80 頁。
- 112 武田前掲 (37) 136 頁。
- 113 水産資源の保護培養の見地からなされる岩礁破碎行為の許可制度もその 1 つである。この岩礁破碎許可の効力は 2017 年 3 月末日に失効したが、沖縄防衛局は岩礁破碎の可能性のある工事を更新許可の申請をせずに続けている。沖縄県は、沖縄防衛局が沖縄県の岩礁破碎許可を得ずに進めている埋立工事は沖縄県漁業調整規則 39 条に違反するとして岩礁破碎行為の差止訴訟及び許可を得ずに岩礁破碎をしてはならない義務の確認訴訟を提起した。当該訴訟の争点は問題の水域が「漁業権の設定されている漁場」に該当するのか、すなわち漁協の漁業権の一部放棄議決によって放棄水域の

- 漁業権が消滅しているのか、それとも漁業法 22 条 1 項に基づいて知事の漁業権変更免許がない以上漁業権は消滅していないのかという点にあり、那覇地裁は当該訴訟がいずれも「法律上の争訟」に当たらないとして却下した。当該判決については、以下の文献等参照。村上博「判批」法律時報 90 卷 5 号 (2018) 134 頁；人見剛「判批」法学セミナー 762 号 (2018) 11 頁。当該判決をめぐる法的論点については、人見剛「辺野古新基地建設工事における国の無許可の岩礁破碎——水産庁の突然の漁業法解釈変更の背後にあるもの」法律時報 90 卷 2 号 (2018) 69 頁参照。
- 114 撤回をめぐる法的論点につき、武田真一郎「辺野古埋立承認撤回の問題点について」成蹊法学 87 号 (2017) 1 頁参照。
- 115 徳田前掲 (75) 16-17 頁。
- 116 武田前掲 (114) 1 頁。
- 117 最二小判昭和 63 年 6 月 17 日 民集 154 号 201 頁。
- 118 芝池前掲 (28) 179 頁；塩野前掲 (28) 193 頁。
- 119 武田前掲 (114) 5-6 頁。
- 120 武田前掲 (114) 9 頁。
- 121 武田前掲 (114) 22 頁。
- 122 武田前掲 (114) 23 頁。
- 123 武田前掲 (114) 23 頁 注 45。
- 124 本多前掲 (109) 41 頁。
- 125 山崎前掲 (4) 47 頁。
- 126 山崎前掲 (4) 50 頁。
- 127 武田前掲 (37) 136 頁。
- 128 武田前掲 (6) 4 頁。
- 129 武田前掲 (37) 132 頁。
- 130 武田前掲 (37) 135 頁。
- 131 武田真一郎「辺野古埋立をめぐる法律問題について」成蹊法学 83 号 (2015) 57 頁, 74-75 頁
- 132 武田前掲 (131) 75 頁。
- 133 木村草太「辺野古基地建設問題と法律事項・地方特別法住民投票 - 米軍基地という公共空間を憲法 92 条・95 条から考える」法学セミナー 736 号

65 頁、69 頁。

134 加藤前掲（8）13 頁。

135 木村草太「住民投票なくして『辺野古新基地建設』はあり得ない」世界
870 号（2015）45 頁、46 頁。

136 米軍基地建設をめぐる問題について住民が様々な意見と正確な情報に触れ
ることができる環境があることが、住民投票が行われる前提となる。

137 山崎前掲（4）43 頁。

138 新垣勉「辺野古新基地建設問題の現状と法的問題点」法律時報 87 卷 10 号
（2015）46 頁、50 頁。

[付記] 本稿は、2018 年 8 月 8 日に白鷗大学で開催された北関東憲法研究会
での報告を基にしている。研究会に参加された先生方から貴重なご意見と
ご指摘を頂いた。（2018 年 8 月 11 日脱稿）

（もぎ・ようへい 桐蔭横浜大学法学部准教授）