

反論書（2）

平成 28 年 4 月 4 日

国地方係争処理委員会 御中

審査申出人代理人弁護士 竹 下 勇 夫

同 久 保 以 明

同 秀 浦 由紀子

同 亀 山 聡

同 松 永 和 宏

同 加 藤 裕

同 仲 西 孝 浩

目次

| | | |
|-----|----------------------------|----|
| 第1 | 本件審査の枠組みの概略 | 3 |
| 1 | はじめに | 3 |
| 2 | 本件の経緯 | 3 |
| 3 | 申出人主張の審査の枠組み | 4 |
| 4 | 審査の枠組みにおける個別的争点 | 5 |
| (1) | 取消制限法理の適用の有無 | 5 |
| (2) | 公水法4条1項各号適合性の審査の対象となる処分 | 5 |
| (3) | 地自法245条の7における「法令の規定に違反」の意義 | 5 |
| (4) | 2号要件適合性の裁量判断の逸脱・濫用の判断基準 | 5 |
| (5) | 1号要件適合性の裁量判断の逸脱・濫用の判断基準 | 5 |
| 第2 | 各論 | 6 |
| 1 | 取消制限法理の適用の有無 | 6 |
| (1) | 是正指示書の記載 | 6 |
| (2) | 取消制限法理の性質 | 8 |
| (3) | 「法令の規定に違反している」といえないこと | 14 |
| (4) | 相手方が取消制限法理を主張しうる者にあたらないこと | 15 |
| (5) | 国（沖縄防衛）自身が取消制限法理を主張しえないこと | 18 |
| (6) | 小括 | 23 |
| 2 | 公水法4条1項各号適合性の審査の対象となる処分 | 23 |
| (1) | 「何の」審査を問題にしているのか | 24 |
| (2) | 「誰の判断」が審査されるべきなのか | 24 |
| (3) | 答弁書に対する反論 | 26 |
| (4) | 「誰が」「どのように」審査を行うのか | 34 |
| (5) | 小括 | 51 |

| | | |
|---|-------------------------------------|----|
| 3 | 地自法 245 条の 7 における「法令の規定に違反」の意義..... | 51 |
| 4 | 2 号要件適合性の裁量判断の逸脱・濫用の判断基準 | 52 |
| | (1) 2 号要件の意義..... | 52 |
| | (2) 十分配慮されているか否かは厳密に判断されるべきこと | 55 |
| | (3) 2 号要件と上物について..... | 58 |
| | (4) 裁量統制について | 66 |
| 5 | 1 号要件適合性の裁量判断の逸脱・濫用の判断基準..... | 70 |
| | (1) 1 号要件の意義..... | 70 |
| | (2) 国防上の事項について | 74 |
| | (3) 裁量統制について | 84 |

第1 本件審査の枠組みの概略

1 はじめに

申出人は、本件審査の枠組みについて、審査申出書の理由を補充するとともに、答弁書に対して反論を行う。

事実及びその評価、あてはめについては（1号要件及び2号要件の事実認定、あてはめ、評価、仮に取消制限法理を適用した場合の比較衡量）に関しては、本書面では取り扱わず、反論書（3）以降において述べる。

申出書やその他の書面と重複する記載もあるが、本書面は、審査の枠組みについての法律上の争点について、網羅的に述べることを目的とするため、容赦いただきたい。

2 本件の経緯

沖縄防衛局は、平成25年3月22日付沖防第1123号「公有水面埋立承認願書」をもって公有水面埋立承認出願（以下、「本件埋立承認出願」という。）を行った。

仲井眞前沖縄県知事（以下、「前沖縄県知事」ということがある。）は、平成25年12月27日付沖縄県指令土第1321号・沖縄県指令農第1721号「承認書」をもって沖縄県知事が行った公有水面埋立承認処分（以下、「本件埋立承認」という。）を行った。

申出人は、平成27年10月13日付沖縄県達土第233号・沖縄県達農第3189号「公有水面埋立承認取消通知書」をもって埋立承認処分取消処分（以下、「本件埋立承認取消し」という。）を行った。

本件埋立承認取消は、本件埋立承認出願が、公有水面埋立法（以下、「公水法」という。）4条1項1号（以下、「1号要件」という。）、同項2号（以下、「2号要件」という。）の要件を欠く違法なものであった

として、これを看過して行われた本件埋立承認を取り消す処分であった。

相手方は、平成 28 年 3 月 16 日付国水政第 102 号「公有水面埋立法に基づく埋立承認の取消処分の取消しについて（指示）」（以下、「是正指示書」という。）をもって、地方自治法（以下、「地自法」という。）第 245 条の 7 第 1 項に基づく是正の指示（以下、「本件関与」という。）を行った。

本件関与は、本件埋立承認取消が、公有水面埋立法（以下、「公水法」という。）の規定に違反しているとの理由により、本件埋立承認取消を取り消すことを求めるものである。

3 申出人主張の審査の枠組み

本件審査申出の趣旨は、本件関与の取消しを求めるものである。

是正の指示は、都道府県の法定受託事務の処理が法令の規定に違反しているとき等になしうる。

ここで、法定受託事務とは、申出人の本件埋立承認取消しであり、本件埋立承認取消しは、本件埋立承認出願の 1 号要件、2 号要件違反という判断により、本件埋立承認を取り消すものであった。

したがって、本件においては、申出人の、1 号要件、2 号要件適合性に関する判断に裁量の逸脱ないし濫用が存し、違法であったか否かが審査されるべきである。

そして、ここでの違法性は重大かつ明白なものでなければならない。

また、申出人の裁量は、1 号要件、2 号要件いずれも都道府県知事の政策的、専門的判断として広範な裁量が認められるが、環境保全を図る方向で厳格な裁量権行使が求められることから、審査対象を本件埋立承認とした場合は、厳格な審査が求められる。

なお、是正指示書の理由中、「取消制限法理により取り消すことのできない処分を取り消した点」については、失当であり、かかる制限法理違反の有無は審査の対象となりえない。

4 審査の枠組みにおける個別的争点

以上から、審査の枠組みに関する争点を分解すると、以下のとおりとなり、第2で、これらの個別的争点について、順次、申出人の主張を述べる。

(1) 取消制限法理の適用の有無

まず、取消制限法理違反の有無が、審査の対象となりうるか否かが争点となる。

(2) 公水法4条1項各号適合性の審査の対象となる処分

次に、公水法4条1項各号適合性の審査の対象となる処分が、申出人の本件埋立承認取消しなのか、前沖縄県知事の本件埋立承認なのか争点となる。

(3) 地自法245条の7における「法令の規定に違反」の意義

ここでいう違法性は重大明白な違法に限られるか否かが争点となる。

(4) 2号要件適合性の裁量判断の逸脱・濫用の判断基準

申出人の本件埋立承認取消にあたっての2号要件適合性に関する判断の裁量逸脱・濫用がどのように判断されるべきかが争点となる。

(5) 1号要件適合性の裁量判断の逸脱・濫用の判断基準

さらに、申出人の本件埋立承認取消にあたっての1号要件適合性に関する判断の裁量逸脱・濫用がどのように判断されるべきかが争点となる。

第2 各論

1 取消制限法理の適用の有無

(1) 是正指示書の記載

是正指示書において、相手方は、「授益処分としての行政処分は、それに法的瑕疵があり違法であっても、直ちに取消権が発生したり、あるいはこれを行行使できるものではなく、処分を取り消すことによって生ずる不利益と、取消しをしないことによって当該処分に基いて生じた効果をそのまま維持することの不利益を比較衡量し、当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ってこれを取り消すことができる」と解される（最高裁昭和43年11月7日判決・民集22巻12号2421ページ，最高裁昭和28年9月4日判決・民集7巻9号868ページ，最高裁昭和31年3月2日判決・民集10巻3号147ページ，最高裁昭和33年9月9日判決・民集12巻13号1949ページ，東京高裁平成16年9月7日・判例時報1905号68ページ等参照）。」（是正指示書14頁）、とした上で、「仮に，取消処分の理由において指摘するような法的瑕疵が存在したとしても，それを放置することによる不利益が，本件承認処分を取り消すことによって生じる有形無形の膨大な不利益を上回るということは到底できないのであり，しかも本件承認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は到底認められない。よって，本件承認処分を取り消した本件取消処分は違法である。」（是正指示書15頁ないし16頁）とし，「本件取消処分は，～又は，取消制限法理により取り消すことのできない処分を取り消した点において，法42条1項及び3項並びに法4条1項に反し違法であるから，これを取り消すことによって直ちに是正されるべきである。」（是正指示書1頁）とする。

相手方は、上記判例において採用されてきた取消制限法理違反が

「法定受託事務の処理が法令の規定に違反している」場合に当たるものと主張しているところ、このような解釈は誤りである。

したがって、この点が、まずは争点となる。

かかる解釈が誤りである根拠は、以下で詳述するが、結論のみ示す。

地自法 245 条の 7 の是正の指示は、「各大臣」が、「その所管する法律」に基づく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」になしうるものであるところ、ここでいう「法令」は「所管する法律」、本件でいえば公水法を意味し、当該法律の「規定に違反している」必要がある。

しかし、取消制限法理は、私人の財産的価値に焦点をおいて、私人の信頼保護のために条理上認められる、法律による行政の原理と対立する外在的・例外的な制約原理である。

したがって、「各大臣」は、「公水法」違反の本件埋立承認を法律による行政の原理に基づいて取り消す本件埋立承認取消しを、支持こそすれ、本件埋立承認取消しが公水法の規定に反しているとして是正の指示をなしえない。

また、そもそも取消制限法理は、かかる授益的行政処分の名宛人において主張されるべきであり、「各大臣が」主張することもなしえない。

さらに言えば、名宛人たる国（沖縄防衛局）の埋立権は、取消制限法理が想定している「私人」の「財産的価値」でもなく、根拠法たる公水法の解釈としても、取消制限法理を適用する前提を欠く。

以下、まず取消制限法理の性質について述べ、その後、取消制限法理を本件に適用しえないことについて述べる。

(2) 取消制限法理の性質

処分をなした行政庁は、処分が違法または不当であったと考える場合には、自ら取り消しうる。

しかし、授益的行政処分については、学説・判例上、一定の場合に職権取消しの制限が認められるべきとされる。

その根拠は、授益的行政処分の名宛人の法的安全の保護に求められる。この限りで、法律による行政の原理と、私人の利益保護が対立し、利益調整が求められるのである。

行政法の泰斗である塩野宏は、以下のとおり述べる（塩野宏『行政法 I [第六版] 行政法総論』P189 ないし P190：下線は審査申出人代理人）。

「行政行為の取消しは、法律による行政の原理の回復であるので、行政庁としては、当然取消しをすべしということになる。～授益的行政行為がなされたところ、行政庁があとになって瑕疵があったことを知って、取り消そうとする、これに対して、授益的処分の相手方つまり私人が、それは私人の側の行政に対する信頼を裏切る、あるいは法的安定性を害する、という主張をするのである。そこで、抽象的にいえば法律による行政の原理と私人の信頼保護という二つの利益が衝突するのであって、ここに取消権の制限という問題が生ずることになるわけである。～学説は、授益的行政行為の取消しには一定の制限を課しており（田中・行政法上巻一五一頁）、現代社会における私人の行政への依存性を前提とすると、相手方および関係する私人の信頼を保護すべき場合があることは認められなければならない。この問題はすぐれて利益衡量的なものであるので、具体的場合においてどのような線を引くかは困難な問題があり～抽象的な利益衡量原則については判例法が形成されているけれども～、類型的なケースごとの蓄積は形成されていない～一般論としては、問題の焦点が、法律による行政の原理を否定するに足る相手方並び

に利害関係者の保護の必要性が認められるかどうかにあることからすると、利益保護の対象は財産的価値（金銭又は物の給付）に関係するもので（逆にいえば、資格等の地位付与に関する場合は公益上必要な要件が欠けている以上、取消権の制限は及ばない）、取消権の行使の結果蒙る相手方の不利益の具体的状況、当初の行政行為の瑕疵をもたらした原因（相手方の責めに帰すものかどうか）等の利益の比較を当該受（ママ）益的処分にかかる法律の仕組みに即して判断することになる（このような判断過程がかなり明瞭に示された判決として、参照、東京高判平成一六・九・七判例時報一九〇五号六八頁）。」

また、塩野宏とならぶ行政法学者であり、元最高裁判事である藤田宙靖は以下のとおり述べる（藤田宙靖『行政法総論』P127 ないし P128、P230、P241 ないし P243：下線は申出人代理人）。

「「法律による行政の原理」への固執のみで国民の利益の実質的救済は図れるか、という問題は、～今日では極めて重大な問題となっている。～「法律による行政の原理」を形式的に貫徹すること自体が、場合によっては、私人の利益の実質的保護という見地からして好ましくない事態をも招くことがある、ということは、伝統的な行政法理論の枠組みの中でも、全く等閑に付されていたわけではない。～伝統的な行政行為論によれば、違法な行政行為は、その行政行為を行った行政庁自らが職権で～取り消すことができるし、また取り消さなければならないのであるが、ただ、場合によって、その行政行為を取消してしまうと、この行為が有効に存在することを前提としてでき上がっていた一切の法関係が覆ることになり、行政行為の相手方たる私人を始め、関係者に不測の損害をもたらすことがあるので、そのような事態を防ぐために、たとえ違法であっても行政行為の取消しが制限されることがある、とされる～」（P127 ないし P128）

「なお後に詳しく見るように（後述二四一頁以下）、行政行為については、本

文に述べたような、いわば当該行為に制度内在的に存在する理由とはまた異なった、むしろ「外在的理由」とも言うべき理由から、職権取消しが制限されることがある。」(P230)

「取消しは、撤回と違って、違法な行政行為をその違法性を理由として効力を失わしめる行為なのであるから、法律による行政の原理の建前からすれば、行政行為が違法である以上は、本来、総て取り消せるし、また取り消さなければならぬ等である。～通説・判例は、仮に違法な行政行為であっても、それを取り消すことが関係者の利益を著しく害するような場合（授益的な行為、あるいは、その行政行為を基にして私的な法律関係が形成されているような場合が多い）には、行政庁は職権取消しをすることができず、取り消せばかえってその取消し自体が違法になる、という考えを採っている～しかし、このような考え方はあくまでも、私人の法的安全を合理的な範囲で保護しようという、すぐれて法政策的な理由によるものであるから、他面で、例えば、およそ授益的な行為や私的法関係を形成する行為であれば違法であっても絶対に職権取消しは行えない、というような抽象的な原則が立てられているわけではない。～違法な行政行為の取消制限ということが一般に認められるのは、あくまでも、「法律による行政」という要請と相手方及び関係者の法的安全の保護という要請との価値衡量の結果、後者に重きが置かれる場合が存する、ということが承認されるからであるが、理論的に見る限り、それはやはりさしあたって「法律による行政の原理」の例外（ないし限界）を成すものと言わざるを得ない。～「法律による行政の原理」を、今日なお行政法解釈論の出発点として採用しようとする限りにおいては、違法な行政行為について、原則としての取消しと例外としての取消制限、という理論的けじめを明確につけておくことが必要である」(P241 ないし P243)

これらの記述から理解できるとおり、まずもって、取消制限法理は、法律による行政の原理と私人の信頼保護ないし法的安定の比較

衡量原理であり、法律による行政の原理と緊張関係に立つ制限法理である。

言い換えると、取消制限法理は、法律による行政の原理の外在的な制約原理であり、原処分の根拠法が要請する¹制約原理ではない。

次に、取消制限法理は、あくまで、法律による行政の原理の限界をなすものであって、原則としての取消し、例外としての取消制限という関係をなすものである²。

さらに、取消制限法理は、「私人の行政への依存性を前提」とし、「相手方および関係する私人の信頼を保護すべき場合がある」ことによるもので（塩野宏前掲 P190）、「法律による行政の原理」を形式的に貫徹すること自体が、場合によっては、私人の利益の実質的保護という見地から好ましくない事態をも招くことがある」からであり（藤田宙靖前掲 P127）、あくまで「私人の利益」を保護する法理である。

憲法まで遡るなら、憲法上の基本的人権保護のために、同じく憲法上の三権分立原則が要請する法律による行政の原理を制約する原理である³。

¹ 藤田宙靖『行政法総論』P53ないしP54「法律による行政の原理」とは、まず、「行政は、たとえどのような名目（例えば、“公共の福祉”、“国民の生命の安全”等々）であろうとも、行政権の担い手の独自の判断で行われてはならず、国民の代表たる議会（国会）が定めた、一般的ルール（法律）に従ってのみ行われなければならない」という原則である、ということを確認することが重要である。」

同書においては、法律による行政の原理の内在的な限界を「法律による行政の原理」の「例外」と呼び、外在的な限界を、「法律による行政の原理」の「限界」と呼んでいる（同書 P66）。

言うまでもなく、取消制限法理は、「限界」に位置づけられている（同書 P125）。

² 法律による行政の原理からの取消しの原則と、条理により取消しの制限を受ける場合がある、という理路を明確にする裁判例として、相手方も引用する東京高判 H16.9.7 訟月 51.9.2288 参照。

³ 遠藤博也『実定行政法』P140の以下の記述も参照。

「憲法上、三権分立の原理、法律による行政の原理（法律の優越の原則）により、違法の行政行為を職権によって取り消すべきだとする要請が働く。しかし、営業の自由、建築の自由などを資本・労力の投下によって具体化している場合にあっては、財産権尊重（憲法 29 条）の趣旨から、また、社会保険給付などに依存して生活しているときにあっては、生存権保障（同 25 条）の趣旨から、直ちに取り消すべきではないとする要請

また、ここで、「利益保護の対象は財産的価値（金銭又は物の給付）に関係するもので（逆にいえば、資格等の地位付与に関する場合は公益上必要な要件が欠けている以上、取消権の制限は及ばない）」ことには留意されなければならない（塩野宏前掲 P190）。

この点は、いわば当然のことである。なぜなら、資格等の地位付与は、適法要件を充足する限りで付与されるものであり、かかる要件を充足しない以上は、そもそもそのような資格を保持する利益自体を保護する理由は認めがたいからである⁴。

この点、取消制限法理を採用し、かつ取消処分を違法とした裁判例は悉く財産的価値に関係したものであることも、かかる見解の妥当性を裏付けるものである（相手方が是正指示書で引用している判例のうち、最高裁判例は、全て農地に関するものであり、東京高判は、障害年金の過払の事例である）。

なお、資格付与が正面から問題になった事で特徴的な判示を行う裁判例として、例えば、公立学校教員採用選考試験に合格し公立学校教員に任命された原告が、県教委から、採用選考試験に係る原告の成績に不正な加点操作があったとして（ただし、原告はこれに関わっていない）、採用処分の取消処分を受けたことから、取消処分の

が働く。これらの要請もまた、法的安定、信頼保護ともども憲法上のものである。ゆえに、相反する要請の間において諸利益の比較衡量が要求される。」

⁴ 上記塩野説が参考にしたと考えられるドイツ行政手続法第48条は、第1項において、違法な行政行為を取り消しうることを、授益的行政行為について、取消制限が認められることを一般的に定めている。その上で、2項において、一回的若しくは継続的金銭給付または分割可能な現物給付を与える行政行為、そしてそれらの条件となる行政行為については、職権取消そのものができなくなることを定め、第3項は、第2項に該当しない行政行為については、職権取消そのものは、常にできるかのような定めを置き、信頼したことによって生じた財産上の不利益を、填補しなければならない場合があることを定めている。

つまり、経済的価値に係る授益的行政処分については取消制限を認め、それ以外の処分については、信頼したことによって生じた財産上の不利益の填補はともかくとして、取消制限を認めていない。

取消を求めた大分地判 H28.1.14（平成 21 年（行ウ）第 4 号）がある。

同裁判例においては、資格付与に関する授益的行政処分について、一律に取消権の制限は及ばないという解釈は採りえないとしつつも、取消処分により原告が被る不利益に関して、「原告は、本件取消処分により、公立小学校の教諭としての地位を喪失することが本件取消処分による不利益であると主張するが、本件採用処分が違法である以上、原告には、その地位を保有する正当な利益は認められない。」と判示し、違法に取得した資格（地位）それ自体の保護は否定している。

その上で、採用されたと信頼して、次回の採用試験を受験しなかったことによる不利益を原告の不利益として比較衡量の対象とし、結論としては、職権取消しは適法であるとした。

このように、取消制限法理は、あくまで、財産的価値に係る信頼を保護するものであり、違法に（必ずしも責に帰すべき事由がある場合に限らない）取得した資格（地位）それ自体を保持することを認める形での保護を与えるものではない⁵。

⁵ 他にも、資格（地位）を付与する処分の取消処分の適法性が争われた裁判例はいくつか存在するが、以下のとおり、悉く取消処分は適法であるとされている（乙部哲郎『行政行為の取消と撤回』P337、P386 参照）。

札幌地判 S29.11.9 行集 5.11.2773 は、鉱業法 27 条 1 項、52 条に基づく鉱業権取消処分を、「原告らの右取消処分により被る損害が甚大であるとしても、この一事をもつて直ちに右取消処分を違法ということができない」としている。

東京地判 S30.6.17 行集 6.6.1544 は、医師免許取消処分について、授益的行政処分の取消制限法理に触れた上で、簡単に公益上の必要があると認め、適法としている。

神戸地判 S30.12.26 行集 6.12.2992 は、医科大学入学許可取消処分について、出身大学の調査書提出方法や成績の確定方法等について責任を負うべき点があることは否定できないが、原告が正規に学習科目を履修してその合格点を得たことが認められない以上、入学許可取消処分は止むを得ないとして、簡単に取消処分の適法性を認めている。

熊本地判 S60.3.28 判時 1163.58 は、町条例に反して行われた町職員の採用行為取消処分について、町長の裁量権の範囲内の正当な処分であるとして適法としている。

神戸地判 H1.9.11 判タ 726.149 は、条件付運転免許を受けたものの、更新時に行政庁の手違いで無条件運転免許を受けた者に対し、その次の更新時に職権で当初の条件付き免許証を交付したことについて（この交付が、運転免許条件解除処分の取消処分とされている）、条件解除に技能審査が課されていることから、条件解除処分の放置は著しく不

以上をまとめると、取消制限法理とは、私人の財産的価値に焦点をおいて、私人の信頼保護のために条理上認められる、法律による行政の原理と対立する外在的・例外的な制約原理であると言うことができよう。

以下、かかる取消制限法理の性質を踏まえて、本件に適用がないことについて述べる。

(3) 「法令の規定に違反している」といえないこと

本件関与は本件埋立承認取消しという、「法定受託事務の処理が」、公水法という「法令の規定に違反している」としてなされたものである。

そこで、まずは、この「法令の規定」に、取消制限法理違反が含まれるのか、が問題となる。

上記で見てきたとおり、取消制限法理は、法律による行政の原理と緊張関係に立つ、外在的制約原理であり、原則としての法律による行政の原理による取消しを制約する例外的な原理であった。

であれば、公水法上の要件を充足しない処分を取り消すことは、公水法に適合こそすれ、取消制限法理に反することが、公水法という「法令の規定」に違反している、ということはありません。

是正の指示を含めた関与は、「一定の行政目的」を実現するための制度であり（地自法 245 条 3 号参照：村上順他『新基本法コンメンタール 地方自治法』P372 「第 3 号関与」の規定は、前 2 号に掲げられる関与の基本類型に共通する性格を描写するものであり、いわば一般的・抽象的な「関与の定義」に相当する）、ここでいう「一定の行政目

当であるとし、原告の、事故や交通法規違反がなかったので条件解除処分は相当でない等の主張を排斥して、当該取消処分を適法としている。

的」とは、一般に、「全国的な統一性、広域的な調整、行政事務の適正な執行を図る等の行政目的」を意味する（松本英昭『新版逐条地方自治法<第7次改訂版>』P1067ないしP1068）。

是正の指示は、「各大臣」（地自法 245 条の 4 第 1 項参照）が、「所管する法律」等に係る「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」等に行うものであるから、結局のところ、是正の指示は、当該法定受託事務の根拠法規であり、かつ「各大臣」の「所管する法律」の適正な執行を図ることを目的とする制度である。

したがって、相手方は、公水法 4 条 1 項 1 号、2 号という、「所管する法律」の「法令の規定」に反するため、法律による行政の原理に基づいて本件埋立承認を取り消した本件埋立承認取消しを、むしろ支持すべき立場にある。

相手方は、辺野古新基地建設を推進する内閣の一員としての立場と、是正の指示をなすべき「各大臣」としての立場を混同し、裸の政策的利益に基づいて是正の指示を行っているに過ぎず、凡そかような是正の指示が許される余地はない。

(4) 相手方が取消制限法理を主張しうる者にあたらないこと

取消制限法理は、かかる授益的行政処分の名宛人によって主観訴訟において主張されるべきであり、「各大臣」が主張することは許されず、かかる観点からも本件に取消制限法理が適用されることはない。

取消制限法理は、既に見てきたとおり、処分の名宛人ないし関係者の利益を保護する法理であるところ、処分の名宛人ないし関係者がそれぞれの主観訴訟において主張すべき法理であって、凡そ一般

的に授益的処分の取消しが問題となる場面では、誰もがいかなる訴訟においても主張しうるというような法理ではない。

この点、取消制限法理は、複効的行政処分にも認められるが⁶、争訟取消しには適用されない（最判 S37.2.27 民集 16.2.392）。

そのため、例えば、複効的行政処分について、不利益を受ける第三者が取消訴訟を提起したとした場合を想定してみると、処分庁が帰属する行政主体である被告は、取消制限法理を主張して棄却を求めることはできない。

せいぜい事情判決の主張の中で取消制限法理と重複する限りで、取消しにより生じ得る名宛人の不利益の主張を行なえるに過ぎない（行政事件訴訟法第31条）。

しかし、この場合でも、以下で藤田宙靖が述べるとおり、取消制限法理が争訟取消しに妥当するわけでもなければ、取消制限法理が妥当する場合に事情判決が下される関係にあるわけでもない（下線は申出人代理人）。

「事情判決の前提となる「公共の福祉」の要件について一般的にみる限り、行政行為が取り消されるということは、もともとそれ自体、多かれ少なかれ公共の福祉に影響を及ぼすことなのであるから、何がここでいう「公共の福祉」に当るかについての解釈は、きわめて慎重になされなければならない（そうでなければ、極端に言えば、事実上、行政行為の取消しということ自体およそ許されない、ということにもなりかねない）。争訟取消しの制限ということの意味を、近代法治国家原理との関係から先に述べたようなものとして考える立場に立つ限り、例えば、単に職権取消しが制限されるに過ぎないような場合にこの条文を適用されるようなことがあってはならない、と言わな

⁶ 「行政行為の取消しの利益と私人の信頼保護の利益が対立するのは、授益的処分だけでなく、複効的処分の場合にもみられる。」（塩野宏『行政法 I [第六版] 行政法総論』P190）

なければならないであろう。」(藤田宙靖『行政法総論』P487乃至P488)

要するに、名宛人が、自己が取消処分 of 取消訴訟を提起した場合と同様の保護を得られるか否かは、いかなる場面(訴訟)で問題となるかによって変わりうるということである。

翻って、是正の指示という場面について見てみると、言うまでもなく、是正の指示制度は、処分の名宛人の保護を目的とする制度ではない。

上述したとおり、是正の指示は、当該法定受託事務の根拠法規であり、かつ「各大臣」の「所管する法律」の適正な執行を図ることを目的とする制度である。

しかるに、取消制限法理を「各大臣」が主張することは、当該所管法令が保護しようとする利益(各要件の考慮要素となっている利益、複効的行政処分であれば、第三者の利益、公益)より名宛人の信頼保護を重視することを意味する。

このような主張が、「所管する法律」の適正な執行とは、相容れないことは言うまでもない。

さらに、本件に即して見てみると、相手方が主張する、取消制限法理により保護されるべき利益は、是正指示書上、明確ではないものの、「普天間飛行場の周辺住民等の生命、身体又は財産に対する危険の除去」、「日米両国間の信頼関係」、「国際社会における我が国に対する信頼の低下」、「宜野湾市の経済発展、引いては沖縄県の発展」、「沖縄県全体の負担軽減」、「辺野古沿岸域の埋立工事等に国が支出した約473億円、「平成27年度に計上した約1736億円の予算のうち契約済額の一部(金額未確定)」といった利益である。

これらの利益は、経済的不利益を除けば名宛人の利益ですらなく、いわんや公水法が保護する利益とは全く関係がない。

かかる利益の保護は、「各大臣」が、自身の「所管する法律」の適正な執行のために主張すべきことではない。

以上からすれば、取消制限法理は、あくまで、授益的行政処分の名宛人において、同人が起こした主観訴訟において主張されるべき法理であって、名宛人が自身の利益の保護を求めて訴えを提起しているわけでもないのに、かかる利益が帰属するわけでも、かかる利益の保護を所掌事務に含むわけでもない「各大臣」が、所管法令の適正な執行を目的とする是正の指示において、所管法令の規定に違反する理由として主張することは、地自法上許容されていない。

(5) 国（沖縄防衛）自身が取消制限法理を主張しえないこと

さらに、本件では、名宛人たる国（沖縄防衛局）自身ですら、取消制限法理を本件において主張しえないから、取消制限法理が本件において妥当することは、より一層ありえない。

つまり、名宛人たる国（沖縄防衛局）が本件埋立承認で取得した埋立権（ないし埋立を行う地位）は、取消制限法理が想定している「私人」の「財産的価値」ではなく、根拠法たる公水法の解釈としても、取消制限法理を適用する前提を欠くものである。

ア 国（沖縄防衛局）が私人と異なること

既に見てきたとおり、取消制限法理は、「現代社会における私人の行政への依存性を前提と」して、「相手方および関係する私人の信頼を保護」する法理であり（塩野宏『行政法Ⅰ〔第六版〕行政法総論』P190）、「国民の利益の実質的救済」のために（藤田宙靖『行政法総論』P127）、「私人の法的安全を合理的な範囲で保護しようという、すぐれて法政策的な理由による」法理（同 P242）であった（上記脚注 3 も参照）。

言うまでもなく、国（沖縄防衛局）は、国民でもなければ私人でもなく、基本的人権の享有主体でもないし、行政に依存する存在でもない。

法律による行政の原理を厳格に遵守すべき行政主体なのであって、このような者が、取消制限法理を主張して法律による行政の原理を曲げることを求めることは許されない。

しかも、既に審査申出書第2章第5・1・(5)・イ（P174以下）で詳述したとおり⁷、国（沖縄防衛局）は、固有の資格（私人が立ちえない立場）において、本件埋立承認ないし本件埋立承認取消の名宛人となったものである。

そうであれば、より一層、取消制限法理を主張することが許される余地はない。

イ 本件埋立承認は「財産的価値」に係る処分ではないこと

さらに、既に述べたとおり、取消制限法理における「利益保護の対象は財産的価値（金銭又は物の給付）に関係するもので（逆にいえば、資格等の地位付与に関する場合は公益上必要な要件が欠けている以上、取消権の制限は及ばない）」（塩野宏『行政法 I [第六版] 行政法総論』P190）なければならない。

本件埋立承認は、公有水面を適法に埋め立て得る地位を申請者たる沖縄防衛局に付与する処分であるから、取消制限法理が及ぶ前提に欠ける（少なくとも、損失補償の問題が生じるに過ぎない）。

⁷ ここでは詳細は繰り返さない。

端的にまとめておくと、「埋立承認」は、名宛人が国に限定されていること、免許により設定される権利と承認により設定される権利が本質において相違するものであること、承認の場合は、公有水面の公用を廃止するという「公物管理権者」たる行政主体しかなしえない行為（竣功通知）を国が行うことが予定されていること、国と他の者とでは条文の準用が異なることが根拠である。

ウ 公水法が違法な「資格」の存続を許容する場合があります趣旨とは考えられないこと

上記のとおり、「資格」の保持という形で取消制限法理は及ばないと解されるのであるが、その実質的根拠は、かかる「資格」の保持を認めることが、単に財産的価値の保持を認めることに比較して、処分の根拠法が保護しようとする公益に対する影響が重大であるから、と言ってもよいであろう。

仮に、一般論として、常に「資格」が取消制限法理の対象となるべきではない、ということが肯定されないとしても、少なくとも、公水法の解釈として、違法な「資格」の保持を許容するものとは考えられないことを以下に述べる。

すなわち、都道府県知事は、「国土利用上適正且合理的ナルコト」（1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」（2号）、「埋立地ノ用途ガ土地利用又ハ環境保全ニ関スル国又ハ地方公共団体（港務局ヲ含ム）ノ法律ニ基ク計画ニ違背セザルコト」（3号）、「埋立地ノ用途ニ照シ公共施設ノ配置及規模ガ適正ナルコト」（4号）等の要件を全て充足しない限り免許ないし承認を与えることはできず（公水法4条1項、42条3項）、仮に、これらの要件を充足した場合であっても、都道府県知事は、「合理的な理由があるときは免許拒否ができる」（建設省埋立行政研究会編著『公有水面埋立実務ハンドブック』P41）。

また、都道府県知事は、「埋立ニ関スル法令ニ規定スルモノノ外埋立ノ免許ニ公益上又ハ利害関係人ノ保護ニ関シ必要ト認ムル条件ヲ附スルコト」もできる（公水法施行令第6条）。

さらに、都道府県知事は、「埋立区域ノ縮少、埋立地ノ用途若ハ設計ノ概要ノ変更又ハ前条ノ期間ノ伸長ヲ許可スルコト」ができるが（公水法 13 条の 2 第 1 項）、この許可に際しては 4 条 1 項の規定を準用されるため（同 2 項）、埋立免許、承認の変更が生じた場合にも、免許、承認と同様の要件を全て充足しなければ、変更を許可できず（但し、承認については、公水法 42 条 3 項により「埋立地ノ用途又ハ設計ノ概要ノ変更ニ係ル部分ニ限ル」：要するに、より環境に対する負荷が大きくなる場合である）、さらに「正当ノ事由アリト認ムルトキ」でなければ許可することが許されない（同条 1 項）。

埋立地の用途変更についても、都道府県知事の許可が求められる（公水法 29 条 1 項）、その許可の要件として、4 条 1 項と同様、「埋立地ノ利用上適正且合理的ナルコト」（29 条 2 項 3 号）、「供セムトスル用途ガ土地利用又ハ環境保全ニ関スル国又ハ地方公共団体（港務局ヲ含ム）ノ法律ニ基ク計画ニ違背セザルコト」（同項 4 号）が求められることに加えて、「告示シタル用途ニ供セザルコトニ付已ムコトヲ得ザル事由アルこと」といった要件を全て充足しなければならない。

また、都道府県知事は、「埋立地ニ関スル権利ヲ取得シタル者ニ対シ災害防止ニ関シ埋立ノ免許条件ノ範囲内ニ於テ義務ヲ命スルコト」もできる（公水法 30 条）。

さらに、公水法 32 条は、埋立免許を一定の場合に取り消す等の行為ができることを認めているが、中でも、「埋立ニ関スル工事施行ノ方法公害ヲ生スルノ虞アルトキ」（同条 1 項 4 号）、「公有水面ノ状況ノ変更ニ因リ必要ヲ生シタルトキ」（同 5 号）、「公害ヲ除却シ又ハ軽減スル為必要ナルトキ」（同 6 号）、「前号ノ場

合ヲ除クノ外法令ニ依リ土地ヲ収用又ハ使用スルコトヲ得ル事業ノ為必要ナルトキ」(同7号)は、埋立権者の責に帰するべき事由がなくとも、事後的に、免許を与えた趣旨を害するような事情が生じた場合には取消し等を認めている。

しかも、これらの事由のうち、7号の場合を除いては、補償も要しないとされており(同条2項)、殊に4号ないし6号が、事業者の帰責性がないにもかかわらず補償を要しないのは、「公益上やむを得ず、埋立権者に内在的制約が課せられるものとして補償は行わない」趣旨とされている(建設省埋立行政研究会編著『公有水面埋立実務ハンドブック』P117:山口真弘・住田正二『公有水面埋立法』P181以下も、立法論としては補償を行うべきとしつつも、取消自体が許されないという議論はしていない)。

これに加えて、無願埋立てや埋立ての用途の潜脱等については、罰則も設けられて、厳格に規制されている(公水法39条以下)。

なお、上記で触れた規定のうち、29条、30条、32条、39条等については、埋立承認に準用されていないが、準用されていない趣旨は、単に、国はかかる事態が発生すれば、自ら措置を採ることが期待されるからに過ぎず⁸、実体としては国以外の名宛人と同じ規律に沿って行動すべきことに変わりはない。

以上の規定を概観すると、公水法は、公水法が保護すべき公益

⁸ 本件に先行する福岡高等裁判所那覇支部平成28年(行ケ)第1号 地方自治法251条の5に基づく違法の国の関与の取消請求事件における平成28年2月10日付「釈明事項への回答書」P8に拠れば、この点に関する国の見解は、「通常、国については、上記のような当然に行うべきことを行わず、また、守るべき規律を守らないといった事態を想定することはできず、万が一そのような事態が生じたとしても、監督措置等を待つまでもなく自ら必要な措置を採ることが期待できるのであって、あえて法によって国を規律する必要がないからである。」「一般法理に基づく職権取消し又は撤回を行うことができる」と解されるから、いうまでもなく、このような一般法理に基づく職権取消し又は撤回は、国に対する「承認」であっても、私人に対する「免許」であっても可能である」とのことである(同事件における平成28年2月12日付答弁書も同旨)。

(同法4条1項各号所定：特に、環境)を、都道府県知事の裁量を縛り、あるいは都道府県知事の裁量による保護の方法を設けて、極めて強く保護していると言える。

公水法は、事後的に、かつ、事業者の責に帰すべからざる事由で公益に対する侵害がある場合ですら、補償を要せずに免許の取消し(講学上は撤回であろう)等をなしうることを明文で規定しているのである。

ましてや、当初から瑕疵が存在する場合に、かかる埋立てを、法律による行政の原理に反してまで存続させることを許容する趣旨とは、到底考えられない。

埋立免許にせよ承認にせよ、公水法4条1項各号の要件を充足する限りで、埋立てをなしうる権利ないし地位を与えるものであって、かかる要件を充足しない場合に、違法に与えられた権利ないし地位それ自体が、保持を認められるという意味で保護されるべきことはありえない(せいぜい生じた経済的損害について、損失補償ないし損害賠償の可能性の問題があるのみである)。

(6) 小括

以上、取消制限法理が本件に適用されることはなく、取消制限法理に違反することを本件関与の理由(公水法の規定違反)とする相手方の主張は失当である。

2 公水法4条1項各号適合性の審査の対象となる処分

次に、公水法4条1項各号適合性の審査の対象は、相手方の主張するように、前沖縄県知事のなした本件埋立承認なのか、申出人のなした本件埋立承認取消しなのか、が問題となるが、当然申出人のなした

本件埋立承認取消しである。

本件では、国（沖縄防衛局）の埋立承認出願、前沖縄県知事の本件埋立承認、現沖縄県知事の本件埋立承認取消し、国土交通大臣の是正の指示、という順序で判断が入れ子になり、後者が前者の判断を判断するという関係になっているため、議論が複雑になっている。

議論を整理するために、「何の」審査を問題とし、「誰の判断を」、「誰が」「どのように」審査すべきか、と順を追って検討していく。

(1) 「何の」審査を問題にしているのか

まず、ここでは、「何の」審査を問題としているのかを明確にしておく。

ここで問題としているのは、あくまで、「法4条1項1号、2号の要件適合性」である。

この要件適合性が問題とされるのは、本件埋立承認出願であり、基準時は本件埋立承認時である。

(2) 「誰の判断」が審査されるべきなのか

次に、この要件適合性について、「誰の判断」を審査するのか、ということが問題である。

言い換えると、要件適合性について裁量を有しているのは誰か、という問題である。

これは、都道府県知事以外の何者でもない。

公水法の解釈上、埋立免許、埋立承認を行う権限を有する都道府県知事に、公水法4条1項各号所定の各要件の適合性判断における要件裁量が認められていること自体は、申出人と相手方間に争いがない（是正指示書P2、P6）。

申出人は、かかる権限を有し、要件裁量を有する行政庁として、

本件埋立承認出願の要件適合性の判断を行い、承認時において要件適合性が認められなかったものとして、本件埋立承認取消しをしている。

本件では、偶々行政庁が自然人としては別人（前沖縄県知事と現沖縄県知事）だが、あくまで同じ行政庁が自らの判断を事後的に取り消したものである。

これは、職権取消しの場面であり、争訟取消しの場面ではないから、現沖縄県知事が前沖縄県知事の埋立承認を取り消すにあたって、前沖縄県知事（つまり、行政庁としては、「自身」）の裁量逸脱・濫用の有無を判断し、逸脱・濫用が認められる場合にのみ職権取消しをなすという枠組みが妥当するわけではない。

あくまで判断を代置して、埋立承認出願の公水法4条1項各号の要件適合性の判断を行うことが許される。

本件において、前沖縄県知事が公水法4条1項各号の要件裁量を有していることは確かであろう。

しかし、本件は、埋立承認の取消訴訟でもなければ、埋立承認に対する是正の指示に係る審査でもない。

前沖縄県知事の判断は、現沖縄県知事（要するに自分自身）の判断で代置され、裁量を有する「都道府県知事」の要件適合性に関する最終的な判断は、埋立承認取消しにおいて示されている。

本件関与において違法であるから取り消すことを指示されているのは、あくまで埋立承認取消しであり、その適法性が問題なのである。

現沖縄県知事が前沖縄県知事の裁量逸脱・濫用を判断しているわけでもなく、代置して埋立承認の要件適合性について判断を行い、かかる代置された判断の適法性が問題とされている以上、本件

で公水法4条1項各号の要件適合性について審査されるのは、現沖縄県知事の本件埋立承認取消しにおける判断以外にはありえない。

(3) 答弁書に対する反論

相手方は、答弁書2において、以下のとおり主張している。

「行政庁が一旦した行政処分について、それが違法であるとして自ら取り消し得る実質的な根拠が、法律による行政の原理に基づく適法性の回復にあることからすると、違法を理由に自庁取消しをする場面においては、違法な状態が客観的に存在していなければならない。すなわち、違法を理由とした自庁取消しが問題となる場面において検討されるべきは、原処分に違法な状態が客観的に存在しているか否かであり、その存否について裁量権はないといわざるを得ない」（答弁書2第3・2P19：答弁書1第3・2P7においても同旨：なお、いずれも1号要件についての記述であるが、2号要件についても同様の主張と理解する。）

端的にまとめると、「違法性」は、客観的に認定されなければならないため、申出人は、「違法性」の認定に裁量はない、という主張である。ここで、「客観的に」とは、「自庁」ではない第三者（国地方係争処理委員会なり裁判所なり）の事後的な判断によるべきとの主張と理解される。

この点の理由づけを第一の理由とする。

次に、相手方は、答弁書1においては明確に主張しているとはいえないが⁹、先行する訴訟においては、「元々の承認権限に裁量権がある

⁹ 相手方は、答弁書4第2・2（P4）において、美濃部達吉の見解を引用して、授益的処分の取消が侵害処分としての性質を有し、取消権の行使が自由でないことを主張している。

この主張の趣旨は明確ではないが、この美濃部達吉の見解の引用は、先行する上記訴訟においては、訴状P16においてなされており、上記訴訟の相手方（先行訴訟の原告）の第3準備書面では、訴状P14以下の主張を引用した上で、上記のとおり、第2の理由

場合でも、その取消しの局面においては、当該取消処分は授益的処分を取り消す侵害行為の性質を有するものであるから、本件取消処分についても、最高裁昭和43年判決の示す取消制限の法理が適用され、取消処分の適否はその法理に合致しているかどうかで判断されるのであり、被告が「現知事の本件取消処分に裁量権の逸脱・濫用があったかどうかなどではない」と主張していた（福岡高等裁判所那覇支部平成27年（行ケ）第3号における原告第3準備書面P231）。

この主張自体も、趣旨が明快とは言い難いが、授益的行政処分の取消は侵害処分にあたり、取消制限法理が適用されて、比較衡量の結果、例外的な場合にのみ取消権が発生することから、現沖縄県知事の裁量がないという主張と理解される。

この点の理由づけを第二の理由とする。

以下、反論する。

ア 第一の理由づけ（原処分の違法性が客観的に判断されなければならない旨の主張）について

この主張は、誤りである。

まず、この主張は、論理的に、授益的行政処分に特有の理由ではなく、侵益的行政処分の場面においても等しく妥当する。

侵益的行政処分を職権取消しする根拠も、法律による行政の原理に基づく適法性の回復だからである。

以下では、第二の理由づけと明確に区別して第一の理由づけの妥当性を検討するために、「違法または不当」と認められさえす

づけを展開して、審理対象が本件埋立承認取消との申出人（先行訴訟の被告）の主張に反論していた。

そのため、相手方の主張としては、上記第二の理由を補助的に審査対象における主張とする趣旨であると理解して、反論を加えることにする。

れば、適法に取り消し得ることに争いはない侵益的行政処分の職権取消しを念頭において記述する。

申出人は、相手方の主張には、職権取消しにおける審査ないし裁量の理解に根本的な誤りがあると考ええる。

この点について、行政不服審査における以下の小早川光郎の記述を踏まえると、相手方の理解の誤りがわかりやすいので、引用する。

「異議申立てにもとづいて処分庁自身が自らのした処分をあらためて審査する場合には、そこでの審査は、違法と不当の区別を超えて全面にわたる。また、審査請求に関しても、少なくとも処分庁の上級庁が審査庁となる場合には、上級庁の指揮監督権は下級庁の権限行使に対し全面にわたって及ぶことが原則とされることから、同様の結論が導かれる。これらの場合については、そもそも違法と不当を区別する必要もない～上級庁以外の審査機関に対する審査請求の場合には、以上のことは当然には妥当しない。すなわち、場合によっては、それらの審査機関が処分庁の裁量判断をある程度まで尊重しなければならず、その意味で、処分庁に、審査機関に対する関係での裁量権が一定程度認められることもありうる。規定上明らかでなければ、それぞれの場合について解釈問題が生じうる」（小早川光郎『行政法講義・下 I』P81）

行政庁が自己のなした処分の適法性を審査する場合、「違法と不当の区別を超えて全面にわたり」審査でき、「そもそも違法と不当を区別する必要もない」。

要件裁量というのは、ある処分について法がその裁量の範囲内では、政策的な判断を許容し、その範囲内における判断の当否については、司法審査を及ばせない、ということの意味する。

ここで、要件裁量は、当該処分庁に、「処分の要件について」

与えている裁量である。

そして、処分庁が、原処分の「違法または不当」を認めて侵益的行政処分を取り消すことができるのは、その要件審査について改めて審査する裁量のようなものが与えられているから、原処分の「不当」の審査ができるわけではない。

あくまで原処分を行った処分庁と同様の（当たり前であるが）要件裁量が与えられているから、（これもまた当たり前であるが）「同一の立場に立って」その原処分の要件適合性を代置して判断できるのである。

だからこそ、「違法と不当の区別を超えて全面にわたり」審査できるのであり、「違法」と「不当」を区別する意味もないのである。

「不当」というのは、法が与えた裁量の幅には留まっているものの、最適解（最も公益適合的な判断）ではない場合である。

原処分を行った処分庁は、裁量の範囲内で最適解を追及することができるのであり、だからこそ「不当」な処分でも取り消し得る。

そして、ここでは、取消しを行った処分庁の理由が「違法」なのか「不当」なのかは、実質的には区別する意味はない。

単に、処分庁は、「最適解」を出し、それが原処分と異なることを認めただけのことだからである。

行政庁が「違法または不当」と認めて侵益的行政処分を職権取消した場合、行政庁が代置した原処分の要件適合性の判断（それこそ、最終的に示された「行政庁」の要件裁量に基づく判断である）に裁量逸脱・濫用がなければ、侵益的行政処分の職権取消は適法というだけのことである。

是正の指示の対象は取消処分という法定受託事務の違法性であるにもかかわらず、国地方係争処理委員会や裁判所が事後的・客観的に原処分の「違法または不当」性の有無を審査しなければならないことになる根拠はない¹⁰。

また、相手方の立論だと、侵益的行政処分についても、原処分に裁量逸脱・濫用がなければ違法とならず、職権取消しはできないことになろうが、このように考えると、行政庁の職権取消しは無意味に制限され、名宛人の利益保護は無意味に制約されることになる。

実質的にも、このような結論が妥当でないことは明らかである。

イ 第二の理由づけ（授益的行政処分の取消だから裁量が収縮する論理）について

趣旨は必ずしも明確ではないが、相手方は、授益的行政処分の取消は侵害処分にあたり、取消制限法理が適用される場合は、比較衡

¹⁰ 行政庁が侵益的行政処分を「不当」を理由に取り消し、かかる取消処分は違法であるとして是正の指示が行われ、国地方係争処理委員会の審査を経て、関与に係る訴えが係属したという例を考えてみれば明らかである。

この場合、相手方の立論では、裁判所は、原処分の「不当性」を「客観的に」審理すべき、ということにならざるを得ないであろう。

しかし、「不当性」を裁判所が直接審理できると考えるのは裁量概念の自殺としか言いようがないから、相手方の立論は根本的に誤っているのである。

申出人の主張では、この場合、裁判所は、最初から当該行政庁が侵益的行政処分をしない、という判断をしていたのと同様に、当該行政庁が職権取消し時になした要件適合性に関する判断（これこそ、当該行政庁の示した最終的な裁量判断であって、行政庁の考える最適解である）の「違法性」、つまり、裁量逸脱・濫用の有無を審理し、それにより、取消処分が適法か否かが判断されるに過ぎない。

相手方は、「違法を理由とした自庁取消しが問題となる場面においては」（答弁書2第3・2 P19）、下線で強調をしているので、「不当」を理由とする場合は「客観的に」判断されなくてよい、という趣旨かもしれない。

しかし、処分庁が自庁取消しする場合に、違法審査と不当審査を分けて行うわけもないのであって、なぜ、「不当審査」の場合は、裁量の範囲内でも審査できるのに、「違法審査」の場合には、争訟取消しと同様に（行政事件訴訟法30条）、「自身の判断の」裁量逸脱・濫用がなければ取り消しえない、という結論が導かれるのか、何ら合理的な説明ができない。

量の結果、例外的な場合にのみ取消権が発生することから、現沖縄県知事の裁量が消滅し、前沖縄県知事の裁量逸脱・濫用の有無が問題になるということを述べたいものと理解される¹¹。

取消制限法理が本件に適用がないことは既に述べているが、その点を脇においても、このような論理は成り立ちえない。

相手方の主張していた取消制限法理は、ある処分が「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基づきすでに生じた結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」という論理であった（最判 S43.11.7 民集 22.12.2421）。

しかし、この判例は、処分をした行政庁は「処分が違法または不当」であれば、それを認めることができるが、その上で、比較考量を要求して取消権が制限される場合があると述べているに過ぎない。

つまり、この判例は、「違法又は不当な処分があることを前提に、取消権が制限される場合がある」ことを認めてはいても、「違法又は不当な処分と判断すること自体が制限される」としたものではない（殊に、処分をした行政庁は「不当」な場合でもこれを認めることができる）。

処分をした行政庁の、「違法」の判断に関する裁量が収縮すると

¹¹ 厳密には、この主張の論理それ自体、明確とは言い難い。

仮に、現沖縄県知事の裁量が0になるとしても、審理対象が本件埋立承認取消しという法定受託事務の処理の適法性であることは出発点として疑いようがないのであるから、裁判所が、現沖縄県知事の判断に代置して要件適合性を審理すべきとまでは言えても、前沖縄県知事の裁量逸脱・濫用の有無の審理をすべき（言いかえると、前沖縄県知事の裁量を尊重して判断すべき）ということは、必ずしも導かれないのではないか。

いう論理が、取消制限法理から直ちに導かれるものではないことは明らかである。

百歩譲って、取消権を制約する比較衡量について（取消制限法理の要件適合性）、あるいは、効果裁量について、処分庁に裁量があるのか否か、裁判所等がそれをどのように審理すべきか否か、という議論はありえなくはないが、この裁量は、ここで問題としている公水法4条1項各号の要件適合性の要件裁量とはあくまで別である¹²。

それ以前の「違法または不当」の判断については、原処分の根拠法規が処分庁に要件適合性の要件裁量を与え、争訟取消ではなく職権取消の場面においては処分庁が自庁の判断を代置して覆せる以上は、処分庁（取消しを行った行政庁）の、要件適合性に関する裁量が収縮するという論理には、根拠がない。

ウ 小括

結局、相手方の主張で残るのは、単に、授益的行政処分の職権取消しが、侵害処分であることを根拠とするものに過ぎない。

確かに、一般論として、処分の性質が利益を与えるものかそうでないかは、根拠法の仕組みに照らして裁量が認められるか否かを判断する一つの要素ではあろう。

¹² 相手方が答弁書4第2・2（P4）において引用している美濃部達吉の「許可又は特許の如き人民の義務を免除し又は権利を設定する行為に在っては、其の取消は常に人民の既得の権利又は利益を侵害することに帰し、随って其の取消は自由裁量の行為ではあり得ない。」という記述も、かかる記述に続く「仮令それが法律上の瑕疵ある行為であるとしても、其の瑕疵がさまで重大でない場合には、是非取り消さねばならぬものではないことは勿論、又必ずしも無条件に常にこれを取消し得るものでもない。」という記述からすれば、「違法または不当」な場合に、進んで取消権を行使できるかという場面の裁量を問題としていることは明らかであろう。

ちなみに、そもそも、美濃部達吉は、要件裁量を認めない見解に立っていたから（現在の学説・判例上そのような見解はない）、美濃部達吉が原処分に要件裁量が存在する場面を念頭において、職権取消しが自由裁量か否かを議論していたことはありえない。

しかし、侵害留保原則の下でも職権取消しや撤回に法律上の根拠が不要であることや、職権取消しや撤回に原則として補償を要しないことなどに、現在の学説・判例上、異論がないことを踏まえれば、そもそも、侵益的行政処分において侵害される「利益」と、授益的行政処分の取消し・撤回において剥奪される「利益」とは性質が異なり、保護の必要性も異なる¹³。

また、あくまで法の仕組みに照らして裁量の有無は判断されるべきであるところ、原処分の要件適合性の裁量を、取消しの場合には消滅させるような解釈上の手掛かりとなるような規定は公水法には存在しない。

上に見てきたとおり、判例法理たる職権取消制限法理は、要件適合性の裁量を収縮させることを直ちに導く法理ではない以上（繰り返すが、申出人は、取消処分が一定の場合に制約されることと、原処分の「違法または不当」判断は、行政庁に与えられた要件適合性の裁量判断があることは別であると主張しているに過ぎない）、職権取消しの侵害的な性質という一般論のみで、かかる要件適合性の裁量の収縮を根拠づけられるものとは思えない。

¹³ 塩野宏『行政法 I [第六版] 行政法総論』P192 は、撤回の法的根拠の要否について、憲法で保障された古典的な基本権と、私人の申請に基づいてなされた授益的行政行為によって行政主体との間に形成された法律関係とを対置して議論している。

なお、最判 S49.2.5 民集 28.1.1 が、東京中央市場の土地の一部についての使用許可の撤回における使用权の補償の要否について、権利自体に制約が内在しているものとして損失補償を否定したこと、上記公水法 3 2 条 1 項各号において補償が不要とされていたことなども想起されたい。

ちなみに、相手方も引用する東京高判 H16.9.7 訟月 51.9.2288 は、厚生年金保険法に基づく障害年金の支給裁定の取消と同時に遡って受給額を減額する再裁定処分の取消を、各処分の名宛人たる原告が求めた事案であるが、裁判所は、「前裁定に基づく年金の支給を受け得たという被控訴人の利益が害されることになるとはいっても、それは、本来被控訴人において保持することが許されない利益が奪われることを意味するにすぎないのであり、そのような利益は、本来的には法的な保護に値しない」とし、過大に受給していた分の一部を内払調整という方法で返還を求めるという形で、原告の不利益にも配慮されているとして、請求を棄却している。

(4) 「誰が」「どのように」審査を行うのか

次に、「誰が」「どのように」審査を行うのか、を問題とする。

この点、裁量統制が問題となるのは、通常、司法審査の場面であるところ（行政事件訴訟法 30 条）、本件の国地方係争処理委員会における審査において、本件埋立承認取消しという裁量処分をどのように審査すべきか、ということは、一応、問題となりうるからである¹⁴。

この点については、行政内部での紛争解決手続においては、結局のところ、法律の仕組みが（広い意味での）「行政権」の判断について、誰に委ね、誰の判断を最終的なものとして尊重する趣旨なのか、という形で問題にすればよいと考える。

この点、行政不服審査に関する小早川光郎の以下の記述が、改めて参考となるので、再度引用する（下線は申出人代理人）。

「異議申立てにもとづいて処分庁自身が自らのした処分をあらためて審査する場合には、そこでの審査は、違法と不当の区別を超えて全面にわたる。また、審査請求に関しても、少なくとも処分庁の上級庁が審査庁となる場合には、上級庁の指揮監督権は下級庁の権限行使に対し全面にわたって及ぶことが原則とされることから、同様の結論が導かれる。これらの場合については、そもそも違法と不当を区別する必要もない～上級庁以外の審査機関に対する審査請求の場合には、以上のことは当然には妥当しない。すなわち、場合によっては、それらの審査機関が処分庁の裁量判断をある程度まで尊重しなければならず、その意味で、処分庁に、審査機関に対する関係での裁量権が一定程度認められることもありうる。規定上明らかでなければ、それぞれ

¹⁴ ただし、相手方も、国地方係争処理委員会が、相手方の主張に拠れば本件埋立承認という「裁量処分」を尊重して（裁量逸脱・濫用の限度で）、審査すべきと主張しているので、この点の議論は、相手方との間では争いはないと思われる。

の場合について解釈問題が生じうる」(小早川光郎『行政法講義・下Ⅰ』P81)。

また、改正前の地自法における自治大臣等の不服申立審査権について、以下のとおり塩野宏が述べて、適法性審査のみに限定していたことも参考になる(下線は申出人代理人：塩野の地方自治をいかに国の関与から防衛すべきかという問題意識は、地自法改正後の裁定的関与にも引き継がれている)。

「行政法一般理論によれば、行政上の不服申立てに対する審査庁の審理権限は、処分庁の～当不当の点にまで及ぶものとされている。～しかして、この一般原則は地方自治法上の不服審査制といかなる関係にたつのであろうか。～私は、不服審査庁の権限は、地方公共団体の機関の行為の当不当の領域に及ぶものではないと考えている。すなわち、第一に、行政不服審査の範囲に関する一般理論は、いうまでもないことであるが一応の原則を示したものにすぎないのであって、立法政策上審査権限を法律問題に限定することは可能である。また解釈論的にも、かかる限定は不可能ということはできない。第二に、不当問題の審査権に関する原則は、不服申立て審査機関が、処分庁の上級行政庁である場合を典型的事例として想定されたものであって、法律上審査庁が特に定められた場合にこの原理が当然に及ぶか否かは、解釈問題となり得る～第三に、自治大臣等に対する不服申立ては、一面においては、人民の救済手段であるが、他面、矯正的関与手段の一つであることは否定できないのである。その際、前者のモーメントを重視すれば、審査権の範囲を合目的性にまで拡大することは或いは可能であるかもしれない。しかし、合目的性の考慮は、異議申立ての段階においても一応与えられていること、矯正的監督＝合法性の監督の基本原理が、たまたま人民の不服申立てをまつか否かによって左右されることまで、不服申立制度の特別取扱いが明らかであるとは考えられないこと、等を考えるならば、自治大臣等の審査権の範囲は、

合法性の問題に限定されるものと解すべきではなかろうか。」（塩野宏『国と地方公共団体』P114 ないし P115）

以上から理解されるのは、広い意味での行政内部の紛争処理であっても、全面的な審査を行えるのは、自庁ないしは指揮監督権を有する上級庁にとどまること、第三者機関が審査を行う場合には、個別的な解釈問題となり、国と地方公共団体という上級下級の関係にない行政主体間の判断の相違について問題となりうる場面では、地方自治の本旨から別途の考慮が必要であること、私人の権利救済というモーメントを考慮しうるかどうかは一つの考慮要素となりうることが明らかとなる。

以下では、端的に言えば、都道府県知事の裁量が、国の機関たる国地方係争処理委員会の審査においても尊重されるべきことについて述べる。

具体的には、法定受託事務の意義について見た上で、処分の根拠法たる公水法及び関連法令である環境影響評価法等の解釈、国地方係争処理委員会による紛争解決制度の趣旨について論じ、本件審査においても、公水法4条1項1号、2号の要件適合性について、申出人の裁量を尊重して審査すべきことについて述べる。

ア 法定受託事務概念について

法定受託事務は、言うまでもなく、国の事務ではなく、地方公共団体の固有の事務である。

すなわち、「自治事務も法定受託事務も等しく地方公共団体の事務である。さらに法定受託事務は、法律の定めによって、国の事務が地方公共団体の事務とされた、あるいは、地方公共団体が国の事務を受託することを法律上義務付けられたというものではない」（塩野宏「行政法Ⅲ〔第

4版〕行政組織法〕162頁)

現行の地自法は一般的・包括的な国家の優越性を前提とした機関委任事務を廃し、国家と地方が対等な関係であることを前提に、地方公共団体の事務として法定受託事務を定めたのである¹⁵。

そして、「地方公共団体は、住民の福祉の増進を図ることを基本として、地域における行政を自主的かつ総合的に実施する役割を広く担うもの」とされ（地自法1条の2第1項）、「国は、～国においては～国が本来果たすべき役割を重点的に担い、住民に身近な行政はできる限り地方公共団体にゆだねることを基本として、地方公共団体との間で適切に役割を分担するとともに、地方公共団体に関する制度の策定及び施策の実施に当たつて、地方公共団体の自主性及び自立性が十分に発揮されるようにしなければならない。」（同条第2項）とされている。

これは、「国は、国でなければできない分野に精力を注ぎ、それ以外の分野へのかかわりはできるだけ少なくしていくということであり、「国が本来果たすべき役割」に係る事務であっても、そのすべてを国自らが直接管理し、執行すべきであるということではなく、「国民の利便性」「事務処理の効率性」「総合行政の確保」などの観点から、地方公共団体が処理してよいものや処理することとするべきものがあり、そのようなものはできる限り地方公共団体にゆだねるべきである」ことを意味する（松

¹⁵ 地方分権推進委員会中間報告（以下、「中間報告」という。）第1章・Ⅱ・2「国と地方公共団体の関係を現行の上下・主従の関係から新しい対等・協力の関係へと改めなければならない。それには、国と地方公共団体を法制面で上下・主従の関係に立たせてきた機関委任事務制度を、この際廃止に向けて抜本的に改革する必要がある。」

地方分権推進委員会第1次勧告（以下、「第1次勧告」という。）第1章・Ⅱ・(4)「地方分権推進法の趣旨に即して、国と地方公共団体との関係を抜本的に見直し、地方自治の本旨を基本とする対等・協力の関係とする行政システムに転換させるため、この際機関委任事務制度そのものを廃止することとする。」

同第1章・Ⅳ「従前の機関委任事務の取扱い」・2「今後とも存続する事務については、法定受託事務（仮称）とするものを除き、原則として、自治事務（仮称）とする。」

本英昭『要説地方自治法第7次改訂版』P206)。

さらに、現行の法定受託事務自体、「地方分権推進委員会の審議が～当初は、従来の機関委任事務の極く一部だけを区別することを想定していたものの、個々具体的な機関委任事務の数多くについて、各省庁から「法定受託事務」(仮称)にするという強い要求が出され、地方分権推進委員会と各省庁との折衝の過程で妥協せざるを得なかったものも少なくなかった。したがって、地方分権推進委員会が折衝の結果を集大成し、整理した「法定受託事務」のメルクマールは、当初からメルクマールとして考えられていた類のものと、各省庁との妥協が反映した類のものが混淆しているといつてよい。～つまり、「法定受託事務」と「自治事務」とは截然と区分できるものではなく、現行法制の下ではあくまで相対的な区分にすぎ」ず(松本前掲著 P207 ないし P208、白石稔「自治体の事務処理と国の関与」行政法の争点 P210 同旨)、「新地方自治法第二条第九項第一号に規定する第一号法定受託事務については、できる限り新たに設けることのないようにするとともに、新地方自治法別表第一に掲げるもの及び新地方自治法に基づく政令に示すものについては、地方分権を推進する観点から検討を加え、適宜、適切な見直しを行うものとする」とされる(地方分権一括法附則 250条)。

さらに、法定受託事務については、是正の指示をなしうるが、「命令」や「指揮」ではなく、「指示」という用語を用いたのは、対等な立場にある者に対しても用いられるからであり(松本前掲著 P594)、是正の指示の要件は自治事務に関する是正の要求と全く同じ要件である。

そして、是正の指示を含めた国の関与について、地自法 245 の 3 第 1 項は、「目的を達成するために必要な最小限度のものとする

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」と定める。

以上、法定受託事務も、自治事務同様、国と地方公共団体の上下関係を前提とする機関委任事務を廃して対等であることを前提に定められた地方公共団体固有の事務であること、自治事務と法定受託事務の区別は各省庁との妥協の産物であり、相対的なものに過ぎないこと、是正の指示は対等性を前提にした用語であり、是正の要求と全く同じ要件が課せられていること、地自法1条の2第2項、地自法245条の3第1項は自治事務と法定受託事務を問わずに適用されることからすれば、法定受託事務、自治事務問わずに、地方公共団体の自主的判断は尊重されなければならない。

特に重要なのは、「国が本来果たすべき役割」に係る事務であっても、そのすべてを国自らが直接管理し、執行すべきであるということではなく、「国民の利便性」「事務処理の効率性」「総合行政の確保」などの観点から、地方公共団体が処理してよいものや処理することとすべきものがあり、そのようなものはできる限り地方公共団体にゆだねるべきである」こと（松本英昭『要説地方自治法第7次改訂版』P206）であり、法定受託事務だからという理由で一律に地方公共団体の裁量を国の審査機関が尊重しなくてよい、という判断は導かれえないことである（法の仕組みが、広い意味での「行政権」の判断として、誰の判断を尊重する趣旨か、ということに拠る）。

イ 公水法が都道府県知事に埋立免許・承認処分の権限を委ねた趣旨について

以下では、処分の根拠法たる公水法が、都道府県知事に埋立承認処分の権限を委ねた趣旨について述べる。

具体的には、公水法 4 条 1 項各号の要件が地域の実情に即して判断されることを求めていること、かかる判断を、都道府県知事がよくなしうること、都道府県知事の専権に委ねられていることについて述べる。

(ア) 埋立免許・承認の要件の趣旨

公有水面の埋立てをしようとする者は、都道府県知事の免許又は国の場合は都道府県知事の承認を受けなければならない(公水法 2 条 1 項、42 条 1 項)。

これは、埋立ての対象とされた区域について、当該地域の実情に詳しい都道府県知事の判断に委ねるのが合理的と考えられたからである。

(イ) 埋立免許・承認願書等

上記の公水法 4 条 1 項各号の要件の判断は、提出された願書及び他の添付図書に基づいて行われ(同法 2 条 2 項, 3 項)、添付図書のうちには、環境保全に関し講じる措置を記載した図書(同法 2 条 3 項 5 号, 同法施行規則 3 条 8 号)、埋立必要理由書がある。

このうち、前者については、「いわゆる環境アセスメント関係の図書であり、法 4 条 1 項 1～3 号の審査基準とするためのものである。

①出願人が行った環境影響評価(埋立に関する工事、埋立そのもの、埋立地の立地施設の 3 つによる自然的・社会的環境に対する影響の程度と範囲、その防止策、代替案の比較検討、に関する事前の予測と評価)そのものを記載すること(建設省埋立行政研究会編著『公有水面埋立実務ハンドブック』P27)とされている(なお、昭和 49 年 6 月 14 日港管 1580 号、建設省河政発第 57 号「公有水面埋立法

の一部改正について」 1・(5)「環境保全に関し講じる措置を記載した図書」とは、埋立て及び埋立地の用途に関する環境影響評価に関する資料を含む環境保全措置を記載した図書)。

本件に即して言えば、環境影響評価法に基づく環境影響評価手続、沖縄県環境影響評価条例に基づく環境影響評価手続において作成された図書であり、これらに基づいて公水法4条1項各号の要件は判断されることとなる(特に公水法4条1項2号要件については評価法33条1項、3項、24条により、知事意見と評価書に基づく)。

(ウ) 環境アセスメント関連書類作成及びその後の環境情報の集約過程

法アセスにおいては、事業者は、方法書、準備書を「対象事業に係る環境影響を受ける範囲であると認められる地域¹⁶を管轄する都道府県知事及び市町村長」に送付するとされ(環境影響評価法6条1項、15条:15条では、「関係地域」と定義される:以下、本項における条文の適示は、断らない限り、全て環境影響評価法)、また、広告とともに、かかる地域内において方法書、準備書、評価書を縦覧に供し(7条、16条、27条)、方法書、準備書については説明会を開催し(7条の2第1項、17条)、方法書によせられた意見(8条1項)、準備書に寄せられた意見(18条1項)の概要及び準備書によせられた意見についてはそれに対する事業者の見解を、上記地域を管轄する都道府

¹⁶ 公水法に基づく埋立の場合、公有水面の埋立て又は干拓の事業に係る環境影響評価の項目並びに当該項目に係る調査、予測及び評価を合理的に行うための手法を選定するための指針、環境の保全のための措置に関する指針等を定める省令18条により、「対象埋立て又は干拓事業実施区域及び既に入手している情報によって一以上の環境要素に係る環境影響を受けるおそれがあると認められる地域」と定義される。

県知事及び市町村長に送付する（9条、19条）。

都道府県知事は、この意見及び、準備書については事業者の意見に配慮し（10条3項、20条3項）、また、市町村長の意見を勘案して（10条3項、20条3項）、方法書、準備書に対する意見を述べる（10条1項、20条1項）。

事業者は、環境影響評価手続の手法の選定、実施にあたっては、方法書に対する都道府県知事等の意見を勘案し、方法書によせられた意見に配慮しなければならない（11条1項、12条）、評価書作成にあたっては、準備書に対する都道府県知事等の意見を勘案し、準備書によせられた意見に配慮しなければならない（21条1項）。

これらの手続を経て、評価書に対しては、許認可権者等が意見を述べ（24条）、事業者は、これを勘案して評価書の修正が必要であれば修正を行うものとされ（25条1項）、このようにして作成された評価書の記載されているところにより環境の保全に適正な配慮をすることが要求される（38条）。

また、対象事業の免許等については、評価書及び評価書に対する知事意見に基づいて環境の保全について適正な配慮がなされるものであるかどうかを審査することとされる（33条）。

以上の手続をまとめると、関係地域に所在する環境情報を集めて、関係地域を所管する市町村長や都道府県知事の意見を反映させて事業者の見解を評価書に集約し、かかる評価書と、これに対する関係地域を所管する都道府県知事の意見をもとに許認可権者（公水法の場合は都道府県知事）に判断をさせることにより、環境の保全を図らせる手続といえる。

つまり、ここで保全が図られる環境は、都道府県知事が所管

する地域の環境であり、そのために、地域住民に手続へ関与させ、関係地域の市町村長、都道府県知事の意見を評価書や許認可に反映させているのである。

そのように集約されていった情報を元に、埋立免許、承認を都道府県知事が行うこととなるが、さらに、公水法3条（42条3項により承認に準用）は、埋立免許を申請する願書の提出があった際の、都道府県知事による告示縦覧及びこれに対する意見聴取の手続を定めている。

同条1項は、地元市町村長の意見聴取を義務づけ¹⁷、同条4項は市町村長が意見を述べる時は議会の議決が必要であると定めており、都道府県知事に当該埋立対象地の地域の実情を鑑みたと上で、公水法4条1項各号所定の要件適合性の判断をなさしめている。

この意見聴取は、公有水面の埋立が地元住民にとって重大な利害関係を有することから定められた極めて重要な手続であり、手続の欠缺は重大な瑕疵にあたり、埋立免許は無効と解されている（山口眞弘・住田正二『公有水面埋立法』P108ないしP109の以下の記述を参照：下線は申出人代理人）。

「公有水面の埋立は、地元市町村の住民にとって、重大な利害関係を持っている。市長村の地先水面の形状を変更することは、公有水面に対する地元住民の公共利用を阻害するおそれがあるばかりでなく、治水上にも大きな影響を与えることになる。また埋立地がどのような目的に利用

¹⁷ ここでいう「地元市町村」は、「通常の場合、その埋立区域が将来当該市町村の行政区域に編入されることが予定される」市町村をいうが、「埋立てにより著しい影響を受ける隣接市町村長に対して、特に必要があると認められるときは、運用上地元市町村長と同様に意見を徴してもよい」とされる（「公有水面埋立てに関する疑義について（地元市町村の範囲等）」昭和52年9月28日建設省佐河政発第4号）。

されるかは、地元住民の深い関心の対象になることである。～地元市町村議会の意見は、埋立免許権者を拘束するものではない。～ただ立法趣旨から考えるとき、埋立免許権者としては、できうる限り、この意見を尊重すべきであろう。～地元市町村議会の意見を徴しないで行われた埋立免許は、無効であると解される。すなわち、地元市町村議会の意見を徴することは、埋立により重大な影響を受ける地元市町村の住民の利益を保護するために、法律が定めた唯一の手段であり、この手段を欠いたことは、その性質上、国民の利害に関する手段の欠缺ということになり、免許は重大な瑕疵があるといわねばならず、また地元市町村議会の意見を徴したならば、埋立の免許がなされなかつた、或は免許の内容が異なっていたかもしれないと、考えられるからである。」

結局、以上の手段を概観すると、公水法及び評価法は、「関係地域」（つまり地域の環境）の環境保全を図るために、アセスメント手続きに市町村長及び都道府県知事（許認可権者としての立場と別）を参加させて、地域の環境情報及びこれに対する判断を評価書に集約していき、さらに、地元市町村長の意見を徴して、許認可権者たる都道府県知事に、これらを踏まえて公水法4条各号の要件充足の判断をなさしめていることになる¹⁸。

ここで、都道府県知事は、「関係地域」を管轄し、環境保全に関して環境情報を集約して環境保全に関する意見を評価書に反映させる都道府県の長として、また、公水法の許認可権者として、地域の環境情報を集約し、最終的に公水法4条各号の要件充足を判断する者として現れ、これらの判断をなすに適格を有

¹⁸ 沖縄県環境影響評価条例に基づく手段についても、ほぼ同様であるため、個別に引用はしない（同条例4条の4、4条の5、4条の6、5条1項、6条、7条、7条の2、8条、9条、10条1項ないし3項、13条、14条、15条、16条、17条1項、18条、19条1項ないし3項、20条1項、21条、22条1項、23条1項、24条、31条、32条、33条参照）。

する者と考えられていることは明らかである。

(エ) 都道府県知事の判断がその専権に委ねられていること

以上の判断は都道府県知事の専権に委ねられており、国に対する関係でもかかる判断が尊重される構造となっている。

まず、公有水面を所有する国自身が行う埋立事業の場合であってすら、公水法は4条1項各号の要件充足の有無の判断を都道府県知事に委ね、その承認を得なければ、埋立事業を行なえない(13条の2(埋立地の用途又は設計概要の変更部分に係る変更許可)についても準用)。

これは、「当該地域の実情に精通した都道府県知事の判断に委ねようとする」ものであり、「公有水面の管理上、地域の実情に精通した都道府県知事にこれを委ねることが合理的であるから」である¹⁹。

つまり、法令の仕組みとして、公水法は、法4条1項各号の要件充足を、都道府県知事の判断に委ねているものであり、以下のとおり、国が都道府県知事の判断に優越することが窺える規定もないから、国の機関たる国地方係争処理委員会の審査においても、都道府県知事の判断(要件裁量)を尊重すべきことは明らかである。

すなわち、公水法47条1項、同法施行令32条は、一定の埋立免許について国土交通大臣の認可を受けることを求め、公水法47条2項、同法施行令32条の2は、その中でも、埋立区域の面積が50ヘクタールを超える埋立については、国土交通大

¹⁹ 本件に先行する福岡高等裁判所那覇支部平成28年(行ケ)第1号 地方自治法251条の5に基づく違法の国の関与の取消請求事件における平成28年2月10日付「釈明事項への回答書」P10における国の見解である。

臣が環境大臣の意見を求めることを要求している。

しかし、この定めは、あくまで「埋立の免許をする場合にのみ認められ」、埋立免許を行わない場合には認可は不要であり²⁰、認可がされたからと言って、免許をしなければならないわけではない²¹。

ここで定められている認可が要求される場合は、国の管理する公物に関わるものや、広域的に影響を及ぼす可能性のある規模の大きいものに限られている。

つまり、埋立ての免許を行う場合に、埋立てから保護されるべき公益及び国の管理する公物について、広域的観点から、「埋立てを認めない方向」に限り²²、法令を所管する大臣である国土交通大臣及び「自然環境の保護」等を任務とする（環境省設置法 3 条）環境大臣の判断を関与させる仕組みを採っているものである。

したがって、埋立てから保護されるべき公益（特に環境）の

²⁰ 山口眞弘・住田正二『公有水面埋立法』P96「免許を拒否するときには、次にのべるように、原則として認可を必要としない。」

なお、ここで、「原則として」とされているのは、当時の公水法施行令 32 条第 1 号は、「第四条第二項又ハ第五条ノ場合ニ於ケル埋立ノ免許又ハ其ノ拒否」と定めており（下線は申出人代理人：なお、これは、競願の場合における一方を免許し、他方を不免許にする場合）、この条項に該当する場合は、拒否にも必要だったからである。

しかし、現在、この条文は削除されており、「拒否」に認可は不要である。

次々項の脚注とも関わるが、施行令は、認可の場面を限定する方向で改正がされてきている。

²¹ 山口眞弘・住田正二『公有水面埋立法』P96「始め免許することを適当と考えていても、後に事情が変り、免許を拒否する必要が生じたときは、認可の有無に拘束されることはない。」

²² 山口眞弘・住田正二『公有水面埋立法』P99 ないし P100「旧施行令第三十二条は、埋立権の譲渡その他の点についても、主務大臣の認可を必要としていたのであるが、大正十五年の改正により削除された。～そこで、施行令第三十二条各号に掲げた以外の事項についても、訓令により主務大臣の認可を受けさせることができるとすれば、施行令第三十二条の規定は不要であり、また大正十五年の同条の改正は、全く意味を持たないことになる。このように、主務大臣の認可を受ける事項は、施行令第三十二条に規定された事項に限られるべきであり、したがって免許条件の変更について、主務大臣の認可を受けさせることは違法であろう。」

うち、地域に属するものの判断は都道府県知事の専権に属しており、また、埋立ての必要性（埋立する方向で衡量されるべき利益）についての判断が都道府県知事の専権に属していることは明らかである。

また、仮に認可を受けずとも、免許の効力自体については、なんらの影響もなく²³、認可手続の重要性は相対的に低いことも明らかである。

以上を、もう少し分かりやすく言うと、埋立ての必要性がない（あるいは、埋立ての必要性に比して環境等に与える影響が大きいため1号要件が欠ける）、環境保全が図れない等と都道府県知事が判断して埋立免許（承認）を拒否する場合には、認可制度が機能する場面ではないし、施行令 32 条が適用されないような埋立てについても認可制度は機能しない。

また、認可を経ずに行われた免許についても、その効力自体は否定されず、上記の地元市町村長の意見を徴する手続との重要性の違いは明らかである。

つまり、埋立ての必要性等についての判断や、地域環境に与える影響については、地域の実情をよりよく知り得る立場にある都道府県知事の専権に委ねられているということである。

大正 11 年 4 月 20 日発土第 11 号「公有水面埋立ニ関スル件」

17 項において、「国ニ於テ埋立ヲ為ス場合ニ於テ施行令第 32

²³ 山口眞弘・住田正二『公有水面埋立法』P95「認可を受けないでなされた免許の効力については問題があるが、埋立免許権者が認可を受けなかつたことについて、主務大臣から責任を追及されるとしても、免許の効力自体については、なんらの影響を及ぼすものではないと解する。」

この手続の欠缺が免許の効力に与える影響に関する記述と、上記の地元市町村議会の意見を徴する手続の欠缺が与える影響に関する記述を比較すれば、いかに地元の意見を聴取することが重要視され、また、その地元の意見を地元の地方公共団体の機関が代弁することを適切と公水法が考えているかは明らかであろう。

条各号ニ該当スル事項ニ就テハ当省大臣ノ認可ヲ受ケラレ度」としており、運用においてこれに倣われてきたが、地自法 245 条の 2 により、失効した（なお、平成 13 年 4 月 27 日国河政第 34 号、国港管第 22 号「公有水面埋立法に係る法定受託事務の処理基準等について（通知）」により失効が確認されている）、という経緯からしても²⁴、国が都道府県知事のかかる裁量に優越することが伺える規定は存しない。

結局のところ、埋立免許・承認は、まさしく、「国が本来果たすべき役割」に係る事務であっても、～「国民の利便性」「事務処理の効率性」「総合行政の確保」などの観点から、地方公共団体が～処理することとするべき」（松本英昭『要説地方自治法第 7 次改訂版』P206）事務なのである。

ウ 国地方係争処理委員会の審査について

既に述べたとおり、地方分権改革により、国と地方公共団体の対等性を前提として機関委任事務が廃止され、法定受託事務が置かれることとなった。

国地方係争処理委員会の係争処理について、地方分権推進委員会第 4 次勧告は以下のとおり勧告している（同勧告第 3 章頭書き：下線は申出人代理人）。

「機関委任事務制度を廃止し、国と地方公共団体の新しい関係を構築することに伴い、対等・協力を基本とする国と地方公共団体との間で万が一係

²⁴ 承認の場合に認可を要しない趣旨について、国は、「当該関係省庁等政府内で必要な調整を行って事業計画を作成するものであるから～準用する必要はない。」としている（本件に先行する福岡高等裁判所那覇支部平成 28 年（行ケ）第 1 号 地方自治法 251 条の 5 に基づく違法の国の関与の取消請求事件における平成 28 年 2 月 10 日付「釈明事項への回答書」P8）。

これは、都道府県知事の承認手続には何の影響も与えないものであり、認可制度は、その程度の意味合いしかなく、都道府県知事の裁量を何らか制約するものではない。

争が生じた場合には、国が優越的な立場に立つことを前提とした方法によりその解決を図るのではなく、国と地方公共団体の新しい関係にふさわしい仕組みによって係争を処理することが必要となる。この仕組みは、地方公共団体に対する国の関与の適正の確保を手続面から担保するものであると同時に、地方公共団体が処理する事務の執行段階における国・地方公共団体間の権限配分を確定するという意義をも有するものであるから、対等・協力の関係にある国と地方の間に立ち、公平・中立にその任務を果たす審判者としての第三者機関が組み込まれているものであることが必要である。そして、この第三者機関は、審判者である以上、国と地方公共団体の双方から信頼される、権威のある存在でなければならない。さらに、行政内部でどうしても係争の解決が図られないときは、法律上の争いについて最終的な判定を下すことを任としている司法機関の判断を仰ぐ道が用意されていることも必要である。

以上のような考え方に立ち、委員会としては、新たな係争処理の仕組みは、次のような要件を満たすものでなければならないと考える。

- ① 国と地方公共団体が対等、協力の関係に立つことを前提とし、地方自治の制度的保障の充実、確立に資するものであること
- ② 国と地方公共団体の係争について、公平・中立な立場に立って判断する権威のある第三者機関を組み込んだものであること
- ③ できる限り行政内部で簡易・迅速に係争の解決を図ることを旨としつつ、行政内部において係争が解決しない場合は、私法判断によって係争を終局的に解決することが可能なものであること

このような勧告を踏まえて、平成 11 年の地自法改正に伴い新設されたのが、国地方係争処理委員会の審査制度であり、「国地方係争処理制度の創設目的からして、国の関与の適法性の統制および合目的性の統制を通して、地方公共団体の自治権を保障し、もって地方自治の保

障の拡充を図ることを任務とする」ものである（村上順他編『新基本法コンメンタール 地方自治法』P408）。

エ 小括

以上に述べてきたことをまとめる。

法定受託事務も、自治事務同様、国と地方公共団体の上下関係を前提とする機関委任事務を廃して対等であることを前提に定められた地方公共団体固有の事務であること、自治事務と法定受託事務の区別は各省庁との妥協の産物であり、相対的なものに過ぎないこと、是正の指示は対等性を前提にした用語であり、是正の要求と全く同じ要件が課せられていること、地自法1条の2第2項、地自法245条の3第1項は自治事務と法定受託事務を問わずに適用されることからすれば、法定受託事務、自治事務問わずに、地方公共団体の自主的判断は尊重されなければならない。

そして、公水法等の解釈としても、免許・承認要件は、都道府県知事が所管する地域における環境等の公益を保護するため、地域の環境情報を評価書に集約し、これを元に要件充足の有無を判断するという形が採られ、かかる判断が地元の実情に通じた都道府県知事の専権に委ねられていた。

このように、地自法の解釈としても、公水法等の解釈としても、都道府県知事の裁量は尊重されるべきであるところ、国の関与の適正をはかり、地方公共団体の自治権を保障し、地方自治の拡充をはかる国地方係争処理委員会の審査においては、かかる裁量を最大限尊重しなければならない。

(5) 小括

以上、本件において、公水法4条1項1号、2号の各要件の適合性の審査の対象は、申出人のなした本件埋立承認取消しであり、申出人の裁量逸脱・濫用の有無が審査されなければならない。

3 地自法245条の7における「法令の規定に違反」の意義

次に、地自法245条の7における「法令の規定に違反」の意義が問題となるが、重大明白な違法がある場合に限られると言うべきである。

まず、法定受託事務の意義については上述したとおり、国と地方公共団体が対等な関係であることを前提に機関委任事務が廃止されて設けられた自治事務と同様に地方公共団体の固有の事務であり、自治事務同様、国の関与は最小限度でなければならず、地方公共団体の自主性と自立性に配慮されなければならない。

ところで、行政行為に何らかの瑕疵があったとしても、一般的に、その瑕疵が、埋立承認取消しを当然に無効とするものでない限り、他の行政主体は、取消権限のある者によって取り消されるまでは、その効果は否定されないものとして扱わなければならない。

仮に、国が、取消訴訟の対象となる地方公共団体の行政行為について、取り消しうべき瑕疵があるにとどまり、権限のある者によって取り消されていないにもかかわらず、違法であるとして是正の指示をなしうるのであれば、対等な関係とは到底言い得ない。

法定受託事務に係る取消訴訟の対象となる程度の行政行為の瑕疵の有無は、主観訴訟において審理判断されるべき事柄であって、国が、対等な行政主体である地方公共団体のなした行政行為について、取り消しうべき瑕疵があることをもって、是正の指示をすることはできないと言うべきである。

また、是正の指示に対しては、地方公共団体は国地方係争処理委員会の審査の申し出を行うことができるが(地自法 250 条の 13 第 1 項)、審査申出は国の関与から 30 日以内に行わなければならない(同条 4 項)、勧告は申出があった日から 90 日以内に行わなければならない(地自法 250 条の 14 第 5 項)。

その後、審査の結果に不服があるとき等には、関与に係る訴えを提起することができるが(地自法 251 条の 5 第 1 項)、かかる訴えについては、審査結果の通知があったとき等から 30 日以内に提起しなければならない(同条 2 項)、3 項以下及び同条 10 項に基づく最高裁判所規則(「普通地方公共団体に対する国の関与等に関する訴訟規則」)により、極めて短期間に審理が終えられることが予定されている。

このような訴訟手続の仕組みからしても、代執行の対象となる違法とは、このような審理期間で判断することのできる明白なものに限られなければならないものというべきである。

以上より、地自法 245 条の 7 にいう「法令の規定に違反」とは、重大かつ明白な違法に限られると解するべきである。

4 2号要件適合性の裁量判断の逸脱・濫用の判断基準

(1) 2号要件の意義

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」を免許・承認の要件とし、かかる要件を充足しなければ免許・承認をなしえない旨定めている。

この点、平成 27 年 7 月 16 日付の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(以下「第三者委員会」という。)により提出された「検証結果報告書」(以下、「検証結果報告書」という。甲 A 1) は、2 号要件の意義について、以

下のとおり指摘する。

「法第4条第1項第2号は免許(承認)の要件として、「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」を要求している。上記要件のうち、本件では特に「環境保全」について「十分配慮」したと認められるかが重要である。

この点、審査に用いられたハンドブックでは、同要件の「十分配慮」とは「問題の現況及び影響を的確に把握した上で、これに対する措置が適正に講じられていることであり、その程度において十分と認められること」(ハンドブック・42頁)とされている。「港湾行政の概要」(6-57頁)も同内容である。

なお、便覧では、「近年における埋立てを取り巻く社会経済環境の変化に即応し、公有水面の適正かつ合理的な利用に資するため、特に自然環境の保全、公害の防止、埋立地の権利処分及び利用の適正化等の見地から」(実務便覧・211頁)2号要件の審査にあたっては、「埋立てそのものが水面の消滅、自然海岸線の変更、潮流等の変化、工事中の濁り等に関し、海域環境の保全、自然環境の保全、水産資源の保全等に十分配慮されているかどうかにつき慎重に審査すること」(実務便覧・214頁)とされている。

上記のハンドブックでは必ずしも明確な基準が導かれているとは言い難いが、環境保全の見地から、「問題の現況及び影響を的確に把握」したか、「これに対する措置が適正に講じられている」か、その程度が「十分と認められるか」を判断することとなり、そこでは、実務便覧にあるとおり慎重な審査が要求される。」

相手方は、2号要件の意義について、「埋立地の竣功後の利用形態ではなく、埋立行為そのものに随伴して必要となる環境保全措置等を審査するものであり、ここでいう「十分配慮」とは、「問題の現況及び影響を的確に把握した上で、これに対する措置が適正に講じられていることであり、その程度において十分と認められること」と主張する(答弁書3第2・1)。

その上で、「当該審査は、対象事業(評価法2条2項)によって変化する

環境において、いかなる要素を保全し、また、当該要素をどのように保全するかについて、将来の予測を含めて判断し、「環境保全」に「十分配慮」したといえるか否かを定めるものであるから、対象地の自然的条件や環境保全技術等、専門技術的な知見に基づく総合的な判断を要するものである。このような第2号要件適合性に係る審査の性質及びに加え、法が「十分配慮」という一義的に決まらない抽象的な文言を用いていることからすれば、法は、同要件を判断する承認（免許）権者に対して、一定の裁量権を与える趣旨であると解される。」とし、本件埋立承認について、「当該判断が環境影響評価書等を資料として、裁量権の行使としてされたことを前提として、その基礎とされた重要な事実を誤認等があること等により重要な事実の基礎を欠き、又は事実に対する評価が明らかな合理性を欠くことや、判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限り、裁量権の範囲を逸脱又はこれを濫用したものとして違法となる」と主張する（答弁書3第2・1）。

かかる相手方の主張のうち、2号要件の意義については、上記ハンドブックを引用しており、申出人の主張と相違はないが、申出人は、特に厳格に判断されるべきと考えるので、この点については、以下に述べる。

また、相手方の主張のうち、2号要件について、いわゆる上物についても考慮されるかという点には申出人との間に明確な争いがあるため、この点についても、以下に述べる。

最後に、都道府県知事に要件裁量が認められるとして、その裁量統制のあり方については、申出人と相手方の主張に若干齟齬があるため、この点についても、以下に述べる。

(2) 十分配慮されているか否かは厳密に判断されるべきこと

埋立てを取り巻く社会情勢は、時代毎にその様相を異にする。環境保全措置が、具体的に「十分と認められるか」どうかは、判断時点における環境保全をめぐる社会情勢を考慮して判断されなければならない。

2号要件は、「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」としており、規範的評価を要するものであるが、2号要件の設けられた趣旨・経緯や関連する環境法制の進展に鑑みれば、厳格な解釈が求められているものである。

ア 公水法への環境配慮条項の導入及び関連法令の整備

公水法は、今から90年以上も前の大正10年に制定され、現代では稀となった文語体片仮名の法律である。

制定当時は、国土形成、開発促進を主眼として制定されたものであるが、そのような要請があったのは、今から90年以上も昔のことである。

制定当時からの条文は、適用する側には特別の支障がないせい、依然として制定時から大幅な改正には至っていない。

しかしながら、同法は、1970年代の環境問題の激化を背景にして、以下の通り、環境保全法としての性質を有するに至っている。

イ 昭和48年改正

1960年代、日本は高度経済成長期に入り、大規模な海の埋立てが環境を破壊することが顕在化した。これを受け、公水法は、昭和48年、①願書を3週間公衆の縦覧に供することにより利害関係者の意見を反映させる、②知事の埋立免許の裁量行為に法定の

基準を明定する、③50ヘクタールを超える大規模埋立てについては環境保全上の見地からの環境庁長官の意見を求める等の規定が新設された。

この改正により、免許基準として、「其ノ埋立が環境保全及災害防止ニ付十分配慮セラレタルモノ」（4条1項2号）、「埋立地ノ用途ガ土地利用又ハ環境保全ニ関スル国又ハ地方公共団体（港湾局ヲ含ム）ノ法律ニ基ク計画ニ違背セザルコト」（同3号）の環境配慮条項が加えられた。

昭和48年の法律改正にあわせて、法施行規則が制定され、埋立の願書には「環境保全に関し講じる措置を記載した図書」（3条8号）の添付が求められることとなった。これにより、環境影響事前評価、いわゆる環境アセスメントの実施が義務付けられるようになった。これは、港湾法等と並び、日本における環境アセスメント法制化の先駆けである。

もっとも、上記により義務付けられた環境アセスメントの内容は、手続の面で住民参加を欠く等、環境保全の観点から中途半端な内容であった。

そこで、平成9年によりや環境影響評価法が成立する運びとなった。同法の成立により、50ヘクタールを超える規模が大きく環境影響の程度が著しくなるおそれのある埋立てやそれに準ずる40ヘクタール以上の埋立ては、公水法の手続きとは別に同法の対象事業とされ、環境影響評価を行わなければならなくなった（2条2項1号ト・3項）。

以上のとおり、公水法は、1970年代の環境問題の激化を背景に、環境配慮条項の導入や、環境影響評価法等関連法令と合わせた運用により、環境保全法制としての性質を帯びるに至った。

このような改正の経緯を辿った現在の公水法は、地方公共団体の責任者たる都道府県知事に対して、当該地方公共団体の地域環境を保全するために公水法上の権限を行使することを強く要請しているものといえる。

ウ 環境問題・環境保全に対する意識の高まり

埋立てを取り巻く社会情勢は、時代とともに大きく変化している。環境保全措置が、具体的に「十分と認められるか」どうかは、判断時点における環境保全をめぐる社会情勢及び専門的科学的な知見に照らして判断されるべきものである。

近年は、世界的に環境保全に対する取組みが高まりを増している。環境法制についていえば、平成4年6月にリオデジャネイロで環境と開発に関する国連会議（リオ地球サミット）が開催された後の、平成5年、環境基本法が制定された。同法は、環境保全について、「環境を健全で恵み豊かなものとして維持することが人間の健康で文化的な生活に欠くことのできないものであること」「生態系が微妙な均衡を保つことによって成り立っており人類の存続の基盤である限りある環境が、人間の活動による環境への負荷によって損なわれるおそれが生じていること」を踏まえて「現在及び将来の世代の人間が健全で恵み豊かな環境の恵沢を享受するとともに人類の存続の基盤である環境が将来にわたって維持されるように適切に行われなければならない。」とする（同法3条）。この理念のもと、同法は、第21条において、環境の保全上の支障を防止するための規制を講じなければならないとする。

さらに、前述の通り平成9年には、環境影響評価法が制定され、平成20年には生物多様性の価値と重要性を指摘する生物多様性基

本法が制定されるに至った。

このように、環境及び環境保全についての価値・重要性は、時代とともに高まっている。上記環境法制の発展からもわかる通り、高度経済成長期を経て、深刻な公害問題を経験したこの数十年の間に、社会の環境に対する意識や環境保全に求める水準は相当に高くなってきているのである。

エ 小括

2号要件における「十分配慮」とは、前述の通り、問題の現況及び影響を的確に把握した上で、これに対する措置が適正に講じられていることであり、その程度において十分と認められることであると考えられるが、いずれの判断においても、環境分野における専門的な知見による分析・検討が不可欠である。

改正により追加された公水法2号要件は、地方公共団体の責任者たる都道府県知事に対し、当該地方公共団体の地域環境を保全する観点から公有水面埋立法上の権限を行使することを強く要請していること、現代社会が環境保全に求める水準が高くなっており慎重な判断が求められていること、2号要件の判断は、専門技術的な知見に基づいてなされるものであることより、2号要件の判断は、地域環境保全という規範の趣旨に照らして、厳格になされるべきものである。

(3) 2号要件と上物について

相手方は、答弁書3第2・1（P7）において、「埋立て後の供用による環境影響（例えば、本件では航空機の運航に伴う騒音及び低周波音がこれに当たる。）は第2号要件の審査の対象とはならない」と主張する。そ

の根拠は、公水法4条1項1号3号、4号は、「埋立地ノ用途」との文言があるのに対して、2、5、6号は、「其ノ埋立」と定めているという文理解釈である。

1号要件の判断においては、「埋立地ノ用途」による環境影響も問題となることについては争いがないから、2号要件においても、供用後の影響についても十分配慮されていなければならないかどうかという限りで争点となる。

以下、申出人の主張を述べる。

ア 公有水面埋立法及び環境影響評価手続においても供用後の影響を事業の内容や環境保全措置に反映させることが予定されていること

(ア) 公有水面埋立法の構造

公有水面埋立法第4条第1項第1号は「国土利用上適正且合理的ナルコト」を公有水面埋立免許ないし承認の要件としており、これは、埋立ての必要性と自然の保全の重要性、埋立て及び埋立て後の土地利用が周囲の自然環境に及ぼす影響の比較衡量を意味する。

同法同項第2号は、「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」を求め、1号とは別途に、より直截に環境保全を要請する。

そして、これらの要件判断のために、申請書には「埋立地ノ用途」を記載することを要するとともに（同法2条2項3号）、「埋立地の用途及び利用計画の概要を表示した図面」（公有水面埋立法施行規則3条7号）、及び「環境保全に関し講じる措置を記載した図書」（同規則8号）を添付することを要する。

ここで、「環境保全に関し講じる措置を記載した図書」は、「埋

立て及び埋立地の用途に関する環境影響評価に関する資料を含む環境保全措置を記載した図書であること」とされる（「公有水面埋立法の一部改正について」昭和 49 年 6 月 14 日港湾局長・河川局長発：以下、「共同通知」という。）。

(イ) 環境影響評価法

環境保全図書は環境影響評価に関する資料を含むものであるところ（共同通知）、評価法 1 条は、環境影響評価を「保全措置その他事業の内容に反映させ」ることを求めている。

そして、「評価書の記載事項及びそれに対する免許権者の意見に基づき判断される対象事業に係る免許等であって対象事業の実施において環境の保全についての適正な配慮がなされることが要件となっているもの」つまり公有水面埋立事業における埋立承認について、「評価書の記載事項及びそれに対する免許権者の意見に基づいて判断」することとされている（同法 33 条 3 項）。

(ウ) 沖縄県環境影響評価条例

他方、沖縄県環境影響評価条例においても、環境影響評価が行われた際には、事業者は「評価書に記載されているところにより、環境の保全についての適正な配慮をして当該対象事業を実施しなければならない」（同条例 33 条）とともに、許認可等に関しては、評価書の内容について配慮」しなければならない（同条例 31 条）。

なお、ここにいう、「評価書の内容」は、環境影響評価法が「免許権者の意見に基づいて判断する」ことを求めていること、また、環境影響評価手続の趣旨に鑑みれば、評価書に対する知事の意見をも含めた配慮が必要であるという意味であることは当

然である。

(エ) 環境影響評価法と環境影響評価条例の関係について

本件埋立てにおける環境影響評価手続上の分類は、埋立事業が環境影響評価法上の第1種事業であり、飛行場事業は条例に基づく環境影響評価対象事業である（なお、環境影響評価法61条はこの様な条例の定めを許容している）。

一見、埋立事業としては飛行場事業が除外されているかのように見えるが、これは「埋立地における供用での環境影響が重大となる場合には、当該供用に係る事業そのものが対象として捉えられる必要があることといった理由から、「供用」を除くこととした」（「逐条解説 環境影響評価法」、322頁）ために埋立地供用後の利用を当然には環境影響評価手続の対象にしていけないというに過ぎず、むしろ、埋立地における供用での環境影響が重大となる場合には、当該供用に係る事業そのものが環境影響評価手続の対象として捉えられる必要があり、本件埋立てにおいては条例によって飛行場事業自体が環境影響評価手続の対象となっているのである。

(オ) 沖縄県による審査

また、埋立てに係る環境影響評価とは、「埋立てにあたって出願人が当該埋立に係る(1)埋立に関する工事、(2)埋立地の存在、(3)埋立地の用途にしたがった利用の3項目について公害の防止及び自然環境の保全に及ぼす影響の程度と範囲、その防止対策について代替案の比較検討を含め、行うことである。」（「港湾行政の概要」H25年度、日本港湾協会、6-51頁）とされている。

そのため、沖縄県の公有水面埋立免許の審査基準等においても、形式審査の審査事項として「埋立てにともなって必要とな

る環境影響評価について、①埋立工事による環境への影響、②公有水面を陸地に変ずるといふ埋立てそのものによる環境への影響、③埋立地をその用途に従って利用した場合の環境への影響の各事項ごとに、記載されているか。」という基準と、内容審査の審査事項として「埋立地の用途から考えられる大気、水、生物等の環境への影響の程度が当該埋立てに係る周辺区域の環境基準に照らして許容できる範囲にとどまっているか。」という基準が設けられて公有水面埋立法に基づき、航空機騒音等の環境影響についても審査されている。

(カ) 小括

以上から、公有水面埋立法は、環境保全図書について「埋立て及び埋立地の用途に関する環境影響評価に関する資料を含む環境保全措置を記載した図書」であることを求め、他方で、環境影響評価法が、環境影響評価書及びこれに対する知事意見に基づいて埋立承認の判断を行わなければならないとし、本件埋立てに際しては埋立事業及び飛行場事業についていずれについても環境影響評価手続きが実施され、かつ、沖縄県は当該環境影響評価手続を前提として航空機騒音等に関してもその審査を実施している。

以上に鑑みれば、荏原明則『公共施設の利用と管理』93頁が、「環境影響評価法の施行を契機に、上物も審査範囲に含めるべき」とし、あるいは、本田博利「米軍岩国基地沖合移設事業の公有水面埋立法上の問題点—県知事権限の活用提案—」愛媛大学法文学部論集総合政策学科編 No.21 26頁が上物論は制度的・立法的に解決していると指摘しているとおおり、上物論は現在の法体系のもとにおいて採りえないものである。

イ 本件事業の性質

また、本件事業の性質に鑑みればより一層、埋立て後の影響をも含めて承認の判断すべきことが裏付けられる。

(ア) 埋立て後の使用目的が明確であること

本件埋立て後における埋立地の利用方法は、言うまでもなく、本件埋立ては普天間飛行場の代替基地の建設事業であって、国によれば、その目的とするところは、普天間飛行場において現に生じている危険の除去であるという。

したがって、本件埋立て後においては、基地として供用されることが確実であり、しかも、その機能は普天間飛行場の代替である以上、普天間飛行場の現状を踏まえた上で、環境への影響を予測・評価して、必要な対策を講じることは十分に可能である。

このような本件埋立ての性格をふまえて、本件環境影響評価手続きにおいては、「埋立て後の事業活動が当該事業の目的に含まれる場合」として、基地供用後の影響も評価の対象となっている以上、公有水面埋立法及び環境影響評価法においては埋立地の用途についても審査を行うことは当然である。

(イ) 事後的な許認可等による規制が予定されていないこと

以上に加えてこれまでの裁判例（いずれも環境影響評価法制定前の事例である。）の判示するところによれば、埋立て後の環境保全措置に関しては、事後の許認可取得に際して審査可能であり、かつ、現に被害が生じた際には民事訴訟において差止等の実効的な対応が可能であることが考慮されている（例えば、

札幌地判昭和 51 年 7 月 29 日判決判時 839 号 28 頁は、発電所稼働後の排出水に関しては電気事業法によって通産大臣が審査することが予定されているとし、福島地判昭和 53 年 6 月 19 日判決判時 894 号 39 頁も核燃料物質及び原子炉規制に関する法律、電気事業法による審査が予定されていることを挙げ、更には、熊本地判昭和 63 年 7 月 7 日判決判タ 678 号 82 頁も同様に発電所稼働後は電気事業法、公害規制諸法等による審査が予定されていることを挙げている。).

本件埋立ては、普天間飛行場の代替施設として供用されることが予定されているところ、通常、飛行場を設置する際には、航空法（昭和二十七年七月十五日法律第二百三十一号）第 38 条 1 項によって国土交通大臣の許可を要し、あるいは空港法（昭和三十一年四月二十日法律第八十号）や、公共用飛行場周辺における航空機騒音による障害の防止等に関する法律（昭和四十二年八月一日法律第百十号）による規制を受けるところである。

しかしながら、米軍の使用する飛行場は、日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約第六条に基づく施設及び区域並びに日本国における合衆国軍隊の地位に関する協定及び日本国における国際連合の軍隊の地位に関する協定の実施に伴う航空法の特例に関する法律（昭和二十七年七月十五日法律第二百三十二号）第 1 条によって、航空法が大幅に適用除外とされている他、空港法等の規制に関しても米軍基地が「公共の用に供する飛行場」ではないことから適用されない。

更には、判例は、米軍機の運航に関して、日本国の民事裁判権が及ばず、その運航を差止めることは出来ないとされている（最判平成 5 年 2 月 25 日判決民集 47 卷 2 号 643 頁 【厚木基

地訴訟最高裁判決】等)。

したがって、事後的な許認可や業法的規制、あるいは公物管理法令によって、上物の稼働状況の適正さを確保するための手段を採ることが困難であり、かつ、その被害の発生を未然に食い止める実効的な法的手段を欠く以上、なおさら、基地供用後の環境への被害を食い止めるための方策は事業者において、また、承認審査段階においてより慎重かつ厳格な検討を要するものである。

ウ 小括

「港湾行政の概要」(6-57頁)においては「埋立地の利用、いわゆる本来の用途に従って設置される上物等に対する規制については、(中略)埋立法においても第1号、第3号等により必要なチェックを行うものとしている」とされている。公有水面埋立法第4条第1項第1号は「国土利用上適正且合理的ナルコト」を公有水面埋立免許ないし承認の要件としており、これは、埋立の必要性と自然の保全の重要性、埋立て及び埋立て後の土地利用が周囲の自然環境に及ぼす影響の比較衡量を意味する(高松高裁平成6年6月24日判決 判例タイムズ851号80頁)。そして、埋立て後に何に土地利用するかによって、埋立ての必要性は異なりうる以上、当該要件との関係において供用後の環境への影響は当然に審査されるべきである。(なお、国は、本件埋立承認取消に対する平成27年10月13日付けの審査請求書・執行停止申立書において、「埋立て後の土地利用が周囲の自然環境に及ぼす影響等」が比較衡量の判断要素となるものとしており、埋立て後の土地利用が審査対象となることを認めている)。

また、改正公有水面埋立法第4条第1項第2号が、環境に対し

「十分配慮」することを要求し、環境保全図書が、「埋立て及び埋立地の用途に関する環境影響評価に関する資料を含む環境保全措置を記載した図書であること」とされ（前掲共同通知）、他方、環境影響評価法においても、基地供用後の影響を評価し、その評価書や知事意見に基づいて免許等に関する判断を行うことが要求されていることに鑑みれば、改正公水法は、埋め立てとその後の土地利用を一体のものとして、総合的に環境保全につき「十分配慮」されたものであるか否かを審査すべきことを求めているというべきである（牛山積編『大系 環境・公害判例 第7巻 自然保護，埋立，景観，文化財』80頁はその様な解釈の可能性を指摘する）。

そもそも、開発行為が「是」とされ、生活環境に対する人格的・環境的利益が未成熟な社会であればいざしらず、飛行場を造るために埋立てを行うのに、航空機の離発着によって生ずる環境被害に対して「十分配慮」しないなどという解釈論は取り得るものではないことは明らかであろう。特に、本件の場合、事後的な許認可、あるいは公物管理法令等による統制が困難であることをも踏まえればなおのこと上記解釈が妥当する。

以上から、本件承認審査における基地供用後の影響に関する「必要なチェック」とは、具体的な基地の運用との関係において、環境に対して「十分配慮」したものと認められるかどうかという観点から判断すべきであり、その様に認められないにもかかわらずされた承認は瑕疵ある承認というべきである。

(4) 裁量統制について

以上から、本件において、2号要件は、基地供用後の影響も含め

て、環境保全の見地から、「問題の現況及び影響を的確に把握」したか、「これに対する措置が適正に講じられている」か、その程度が「十分と認められるか」を厳格に審査すべきということになる。

次に、2号要件を上記のとおりに解した上で、この点に関する裁量統制のあり方について若干述べる。

既に第2・1・(5)・ウにおいて触れたことを重複するが、公水法は、環境等の公益を極めて強く保護しようとしている。

すなわち、免許・承認の要件は、全て充足しなければ、免許・承認をなしえないという形式であり（公水法4条1項）、しかも、全て充足したとしても、都道府県知事は、「合理的な理由があるときは免許拒否ができる」（建設省埋立行政研究会編著『公有水面埋立実務ハンドブック』P41）。

設計の概要の変更等の許可の場合（公水法13条の2）、埋立地の用途変更の許可の場合（公水法29条1項）も、免許・承認と同様の条件を全て充足しなければ許可できない。

しかも、前者の場合は、「正当ノ事由アリト認ムルトキ」でなければならず（公水法13条の2第1項）、後者の場合は、「告示シタル用途ニ供セザルコトニ付已ムコトヲ得ザル事由アルこと」といった要件をも充足しなければならない。

一方で、都道府県知事は、「埋立ノ免許ニ公益上又ハ利害関係人ノ保護ニ関シ必要ト認ムル条件ヲ附スルコト」（公水法施行令第6条）、また、「埋立地ニ関スル権利ヲ取得シタル者ニ対シ災害防止ニ関シ埋立ノ免許条件ノ範囲内ニ於テ義務ヲ命スルコト」（公水法30条）、埋立免許を一定の場合に取り消す等の行為さえできる（公水法32条：しかも、同条1項1ないし6号の場合は補償も不要である）。

これに加えて、無願埋立てや埋立ての用途の潜脱等については、

罰則が設けられて、厳格に規制されている（公水法 39 条以下）。

なお、上記で触れた規定のうち、29 条、30 条、32 条、39 条等については、埋立承認に準用されていないが、準用されていない趣旨は、単に、国はかかる事態が発生すれば、自ら措置を採ることが期待されるからに過ぎず、実体としては国以外の名宛人と同じ規律に沿って行動すべきことに変わりはない。

また、第 2・2・(4)・イ・(ウ)で述べたことと重複するが、一定の場合に国土交通大臣の認可が求められるが（公水法 47 条 1 項、同法施行令 32 条）、これは、あくまで「埋立の免許をする場合にのみ認められ」、埋立免許を行わない場合には認可は不要であった。

結局、国の管理する公物に関わるものや、広域的に影響を及ぼす可能性のある規模の大きい埋立てについて、それを認める場合に、法令を所管する大臣である国土交通大臣及び「自然環境の保護」等を任務とする（環境省設置法 3 条）環境大臣の判断を関与させる仕組みを採っているものといっていよい。

以上の規定から明らかなおり、公水法は、都道府県知事に広範な裁量を委ねているのであるが、免許・承認、設計概要の変更許可、用途変更許可等、埋立てを推進する方向での行政行為は、全ての要件を充足しなければしてはならないという規制をかけるとともに（しかも、設計概要の変更許可、用途変更許可については要件を加重している）、特に広域にわたるものについては認可を求めて制約している。

一方で、免許の条件、災害防止の義務付け、取消等の監督処分については、広く認めており、埋立てを制限する方向では裁量を広く認めている。

以上の公水法の条文構造からすれば、公水法が、「周辺環境を保全

する方向」での都道府県知事の裁量権行使を強く求めていることは明らかであって、かかる公水法の趣旨に照らせば、2号要件は、環境保全の方向で裁量権が一定程度制約されると言うべきである。

高木光「行政処分における考慮事項」法曹時報 62 卷 8 号も、公有水面埋立法 4 条 2 号が、景観利益等の「埋立がなされることによって生じる不利益（私益）を考慮できる構造」であることを指摘し、その上で、より審査密度の高い「判断過程の統制」が要請されるとしている。

したがって、本件の審査対象を、上述のとおり、本件埋立承認と捉える場合と、本件埋立承認取消と捉える場合とでは、審査の密度は異なり、前者と捉えた場合には、より実質的な審査が及ぶと考えるべきである。

また、第 2・2・(4)で述べたとおり、都道府県知事の自主独立性については、一層の配慮が必要である。

すなわち、国と地方公共団体の上下関係を前提とする機関委任事務を廃して対等であることを前提に法定受託事務が定められ、具体的に処分の根拠法規である公水法や環境影響評価法等の解釈上、都道府県知事の専権に委ねられている趣旨に鑑みると、国が関与を行うに際しても出来る限り謙抑的でなければならないのである。

以上から、承認処分に対する裁量基準としては、2号要件が1号要件との比較において司法審査の密度は高いものと考えとしても、それはそのまま本件承認取消処分に当てはまるものではない。公有水面埋立法は「環境を保全する方向」に判断権は広く、他方において、その判断は、地方自治法の観点からより一層尊重されなければならない。

なお、沖縄県は、平成 6 年 10 月 1 日からの行政手続法の施行に

伴い、建設省及び運輸省通知に基づき、「公有水面埋立免許の審査基準」（以下「本件審査基準」という。甲B14）を定めており、本件承認申請についても、本件審査基準に基づき審査が行われている。

2号要件については、具体的には、「内容審査」文書における1号要件の審査事項（1）及び（7）、2号要件の審査事項（1）ないし（4）であり（甲B14）、申出人の裁量逸脱・濫用の有無も、同審査基準に沿って検討されることになる（詳細は、別書面に譲る）。

5 1号要件適合性の裁量判断の逸脱・濫用の判断基準

(1) 1号要件の意義

公水法の4条1項（同法42条3項で承認に準用）は、その柱書において「都道府県知事ハ埋立ノ免許ノ出願左ノ各号ニ適合スト認ムル場合ヲ除クノ外埋立ノ免許ヲ為スコトヲ得ズ」とし、第1号は「国土利用上適正且合理的ナルコト」と定めている。

平成27年7月16日付けで、「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」（以下「第三者委員会」という。設置の経緯は後述する。）が沖縄県知事に提出した「検証結果報告書」（以下、「検証結果報告書」という。）は、1号要件の意義について、以下のとおり述べている（甲A1、36頁）。

『国土利用上適正且合理的ナルコト』という要件は、まず、『適正且合理的』という用語の意味からすると、その関係する事象を総合的に考慮して、判断を行うことを意味すると考えられる（中略）その具体的な判断の仕方であるが、『総合的』な判断をするためには、相対立する利益が存在する場合に用いられる一般的方法である利益衡量、すなわち埋立てにより得られる利益と埋立てにより生ずる不利益を比較衡量して判断すべきものと考えられる。なお、同様な判断方法は、類似の法律の解釈においても採用されている。例

えば、土地収用法の事業認定の場合である。土地収用法は公共の利益となる事業のために必要とされる土地を強制的に取得するという制度であり公有水面埋立法と類似な性格を有する制度である。この土地収用法は、土地収用手続を行う前提として『事業認定』(土地収用法第 20 条)を要求しているが、その事業認定の要件として、同法第 20 条第 3 号は「事業計画が土地の適正且つ合理的な利用に寄与するものであること」を要求しているところ、この要件は『その事業に供されることによって得られるべき公共の利益』と『事業に供されることによって失われる私的ないし公共の利益』を比較衡量して判断すべきものであり、そしてこの判断は、『総合的な判断として行われなければならない。』とされている(小沢道一「逐条解説土地収用法・上」・第二次改訂版・335 頁以下)。このような見解は、多数の判例、学説により支持されており、特に反対する考え方はない。また、法第 4 条第 1 項第 1 号について、「国土利用上公益に合致する適正なものであることを趣旨とするものであり」、免許権者は、「国土利用上の観点からの当該埋立の必要性及び公共性の高さ」と、当該自然海浜の保全の重要性あるいは当該埋立自体及び埋立後の土地利用が周囲の自然環境に及ぼす影響等とを比較衡量のうえ、諸般の事情を斟酌」するものと判示した判例が存在する(高松高裁平成 6 年 6 月 24 日判決・判例タイムズ・851 号 80 頁)。

裁判例においても、広島地方裁判所平成 21 年 10 月 1 日判決(判時 2060.3)は「知事は、本件埋立免許が『国土利用上適正且合理的』であるか否かを判断するに当たっては、本件埋立及びこれに伴う架橋を含む本件事業が〇〇の景観に及ぼす影響と、本件埋立及びこれに伴う架橋を含む本件事業の必要性及び公共性の高さとを比較衡量」して合理的に判断すべきと判示している。

また、検証結果報告書にも引用されている高松高等裁判所平成 6 年 6 月 24 日判決(判タ 851.80)は「昭和四八年の法改正以後、近

年における公有水面の埋立を取り巻く社会経済環境に即応し、公有水面の適正かつ合理的な利用に寄与するため、特に自然環境の保全、利用の適正化等の見地から、従来以上に環境保全等に留意し、公共の利益に適合するよう慎重に処理する必要があるとの観点から、埋立免許の基準を設けるに至った(中略)その文言及び事柄の性質上、当該埋立が国土利用上公益に合致する適正なものであることを趣旨とするものであるから、免許権者は、特に本件のように瀬戸内海の自然海浜を埋め立てる場合においては、国土利用上の観点からの当該埋立の必要性及び公共性の高さ、当該自然海浜の保全の重要性あるいは当該埋立自体及び埋立後の土地利用が周囲の自然環境に及ぼす影響等とを比較衡量のうえ、諸般の事情を斟酌して、瀬戸内海における自然海浜をできるだけ保全するという瀬戸内法の趣旨をふまえつつ、合理的・合目的的に判断すべきもの」と判示し、総合的判断による比較衡量との判断枠組みを示している。

以上のとおり、「国土利用上適正且合理的ナルコト」とは、埋立てによる利益、不利益を広範に比較衡量し、前者が後者を優越することを意味するものであり、これは総合的判断として行われなければならないことを意味するものと解される。

なお、相手方は、答弁書2第3・1において、「文言及び事柄の性質上、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して適正かつ合理的なものであることを要する趣旨と解され(乙第47号証：国土交通省港湾局埋立研究会編「公有水面埋立実務便覧(全訂2版)」214ページ)、「適正且合理的」という抽象的な文言からしても、免許(承認)権者がその適合性を判断するに当たっては、国土利用上の観点からの当該埋立ての必要性及び公共性の高さや、当該埋立自体及び埋立て後の土地利用が周囲の自然環境等に及ぼす影響など、相互に異質な利益を比較衡量した上で、地域の実

情などを踏まえ、技術的、政策的見地から総合的に判断することになるから、法は、免許（承認）権者である都道府県知事に対して、第1号要件の適合性判断について一定の裁量を認めたものと解される（高松高裁平成6年6月24日判決・判例タイムズ851号80ページ、大分地裁平成23年8月8日判決、広島地裁平成21年10月1日判決・判例時報2060号3ページ、福岡地裁平成10年3月31日判決・判例タイムズ998号149ページ参照）。」とした上で、「技術的、政策的な見地から行政庁に与えられた裁量権の行使に基づく判断の適否を審査するに当たっては、その基礎とされた重要な事実に誤認があること等により、重要な事実の基礎を欠くこととなる場合、又は、事実に対する評価が明らかに合理性を欠くこと、判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限り、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものとして違法となるとすべきものと解するのが相当である（最高裁平成18年11月2日第一小法廷判決・民集60巻9号3249ページ参照）。」と主張する。

同じ裁判例を引用していることから明らかなとおり、1号要件の意義については、申出人と相手方とでは、争いはない。

申出人と相手方の間では、審査対象が本件埋立承認なのか、本件埋立承認取消なのか、という点に争いがあるが、この点については、既に述べた。

1号要件適合性に関する法律上の下位の争点として、「埋立の必要性」について、国防・外交上の事項について判断できない旨の相手方主張の妥当性について、以下に述べる。

また、都道府県知事に要件裁量が認められるとして、その裁量統制のあり方については、申出人と相手方の主張に若干齟齬があるため、この点についても、以下に述べる。

(2) 国防上の事項について

ア 相手方の主張

相手方は、「都道府県知事には、国防・外交上の観点からの埋立ての必要性について独自に審査判断をする権限がない」と主張する（第3・4・(1)・ア）。

その根拠は、①本件埋立事業についての国防・外交上の観点からの必要性の判断は、国の政策的、技術的な裁量に委ねられた事項であること（同(ア)）、②地方自治法1条の2の規定文言からしても、国家としての存立にかかわる事務については国が重点的に担うとされていること（同(イ)）、③公有水面埋立法の解釈からしても、都道府県知事に本件埋立事業の国防・外交上の必要性について審査判断する権限はないこと（同(ウ)）の3点である。

以下、それぞれの根拠について反論を行うが、先立って、公水法の解釈上、都道府県知事が、公水法4条1項1号の要件適合性の判断として、国の行う埋立事業の公共性の程度を判断しうることをについて述べておく。

イ 都道府県知事が公水法の承認判断・要件適合性の判断として、
国の行う埋立事業の公共性の程度を判断しうること

(ア) 様々な公益の衡量は知事の権限であること

まず、上述したとおり、公水法は、国のなす埋立事業については、都道府県知事の埋立承認に委ね、埋立承認を得なければ埋立てをなしえないこととしている。そして、埋立承認の要件は、免許と全く同じであるところ、要件適合性については、都道府県知事の専権的な判断に委ねており、国の判断が何らか優

越すべきことを伺わせる規定は公水法上存在しない。

言うまでもないが、国のなす埋立ては、各所管大臣等が各所管する事務に係る事業について、それぞれ事業者として承認申請すべきものであり、それぞれの承認申請に対して、承認申請を行うか否かは都道府県知事の裁量に委ねられている。

また、各大臣が所管する事業について、都道府県知事が事業自体を行う権限を有するわけではない（免許において市町村が事業者となった場合でも、強いて言えば民間が事業者となった場合でも、都道府県知事に事業を行う権限があるわけではない）。

要するに、国のなす埋立てであろうとなかろうと、国の事業それ自体を行う権限が都道府県知事不在を当然の前提にして、公水法は、埋立承認の4条1項1号の要件適合性の判断を都道府県知事の専権的判断に委ねたのである。

したがって、公水法によって都道府県知事に付与された権限の行使の限りにおいて、都道府県知事は、当該埋立必要理由に示された国の埋立事業の必要性・公共性の程度について判断しうることは法の仕組みとして当然である。

公水法の要件適合性、すなわち、地域公益への不利益と衡量しても、これを上回る利益が認められるか否かという1号要件の適合性の判断においては、埋立て必要理由が国防に係るものであっても、当該埋立てを正当化しうるか否かという公共性の程度は判断できることは明らかである。

(イ) 公水法は国防に係る事業についても除外規定・特例を設けていないこと

公水法は、国防に関する事業について除外規定・特別規定を設けていない。

したがって、国防に関する目的の事業であるとしても、公水法の要件において、異なる扱いをする法的な根拠はない。

また、国防について、日本国憲法下において他の公益等との関係で特権的な立場が認められているものではないから、国防に関わるというだけで、これによって損なわれる他の利益との関係において、自動的に（法律の根拠なく）高度の公共性、必要性を認めることはできない。

例えば、米軍飛行場の公共性が問題とされた訴訟においても、昭和 62 年 7 月 15 日東京高等裁判所判決（第一次・第二次横田基地訴訟）は「行政は、多くの部門に分かれているが、各部門の公共性の程度は、原則として、等しいものというべきである。国防は行政の一部門であるから、戦時の場合は別として、平時における国防の荷う役割は、他の行政各部門である外交、経済、運輸、教育、法務、治安等の荷う役割と特に逕庭はないのであり、国防のみが独り他の諸部門よりも優越的な公共性を有し、重視されるべきものと解することは憲法全体の精神に照らし許されないところである。それであるから、国防上の諸機関の公共性も他の諸部門の諸機関のそれと同程度といわなければならない。殊に、同種の機関の場合は尚更である。従つて、軍事基地としての横田飛行場の公共性の程度は、例えば、航空機による迅速な公共輸送のための基地である成田空港等の民間公共用飛行場のそれと等しいものというべきである」とし、平成 7 年 12 月 26 日東京高等裁判所判決（第一次厚木基地騒音訴訟差戻し後控訴審）は「他の行政諸部門の役割も社会にとって極めて重要であるほか、民間空港等の高速交通機関・施設等も国民生活に大きな貢献をしており、高度の公共性を有

するものというべきであるから、国防の持つ重要性についてだけ特別高度の公共性を認めることは相当ではない」としている。

日本国憲法下で、国防に関するというだけで特別な扱いをすることは許されない。

(ウ) 小括

以上から、何らか国防に関する事業については、適用除外とするような規定もなく、自動的に特別扱いされるわけでもない以上、公水法が都道府県知事に付与した権限と都道府県知事の責務に基づき、「当該埋立ての必要性及び公共性の高さ」を都道府県知事が審査できることは当然のことである。

公水法は、事業者である国の実現しようとする公益と、これに対立する諸利益の比較衡量・総合判断する承認権限を都道府県知事に与えたものであり、国が当該事業によって実現しようとする公益の内容・程度について都道府県知事が判断することになっているものである。

これは、「国土利用上適正且合理的ナルコト」の要件適合性判断という地方公共団体の事務として、諸利益を勘案するものであり、国の事務を行うものではない。

以上を前提に、相手方の主張する根拠が、都道府県知事の権限を失わせる根拠になるかについて反論する。

イ 国の政策的、技術的な裁量に委ねられた事項であるとの主張について

相手方は、最高裁平成8年8月28日大法廷判決・民集50巻7号1952ページ（代理署名訴訟）の判示を引いて、「本件埋立事業に

についても、日米両政府間の協議や閣議決定を経て、日米安全保障条約に基づき提供する米軍施設及び区域として辺野古沿岸域が選択されたのであり、上記最高裁判例にいう米軍に提供する土地等の使用又は収用の認定の場合と同様、政治的、外交的判断を要するのみならず、米軍施設及び区域に関わる専門技術的な判断を要するものであることから、国防・外交上の観点から本件埋立事業を実施する場所としてどこが適切かという判断は、国の政策的、技術的な裁量に委ねられているものというべきである。」と主張する（答弁書 2 第 3・4・(1)・ア・(ア)）。

しかし、この最高裁判決は、駐留軍特措法の仕組みの中で、基地提供のために、どの土地を収用するのか、その必要性等についての認定を事業認定の一環として内閣総理大臣に認定権限があることを認めた上で、その認定における行政庁の政策的、技術的な裁量を認めたものである（判決文 1970 ページから 1971 頁までを参照。）。

これを、公水法の仕組みに照らしてみると、特措法の事業認定に一部該当するものが、公水法 4 条 1 項 1 号であり、その認定権限は知事にあることから、まさに、「埋めたての必要性」の認定にあたり、本件代替施設等を埋め立て予定地に建設することが妥当かどうかは、知事の政策的、技術的な裁量に委ねられた事柄である。

相手方は、先の最高裁が行った解釈が個別法の行政過程と仕組みを前提とした点を無視したものであり、誤った解釈論としか言いようがない（行政法規の解釈につき、個別法の行政過程と仕組みを重視すべきことにつき、小早川光郎「行政の過程と仕組み」兼子仁他編『行政法学の現状分析』（勁草書房 1991 年）151 頁以下、塩野宏『行政法 I 〔第 6 版〕』（有斐閣 2015 年）66 頁以下参

照。)

また、相手方は、「国務を総理し、外交関係を処理し、又は条約を締結するのは内閣の職権事項であって（憲法73条1号、2号、内閣法1条1項）、～国防・外交に係る国家の基本的政策を踏まえて、国内外における多種多様な諸般の事情を総合的に考慮の上で、日米安全保障条約に基づき提供される米軍施設及び区域の配置場所等につき決定することができるのも、～内閣にほかならない。～本件埋立事業についての国防・外交上の観点からの必要性の審査判断は、国の政策的、技術的な裁量に委ねられた事項というべきである。」とも主張する（答弁書2第3・4・(1)・ア・(ア)）。

しかし、上述したとおり、都道府県知事が国の事業をなす権限を有しないことと、1号要件の判断をなしうるのは全く別である。

防衛・外交に関する事項の政策決定が一般論として国にその権限が委ねられているとしても、それに基づく個別の行政行為については、その行為毎に根拠法令の趣旨目的等に照らして権限配分を判断しなければならないのであり、地方公共団体にあっても、その権限の範囲内においては、防衛・外交という観点からではなく当該権限の行使に必要な考慮事項をふまえた判断がなされなければならないのは当然である。

本件承認取消処分において、申出人が審査したのは、上記のような国の防衛・外交上の政策決定に関わるような事項そのものではなく、限局された本件埋立対象地域に新たな米海兵隊飛行場建設を目的として公有水面を埋め立てることが果たして当該地域の利用の観点から「国土利用上適正且合理的」といえるかという事項に限られている。

申出人は、本件埋立事業の必要性、適正性合理性の根拠として、海兵隊の抑止力あるいは一体的運用、さらには普天間飛行場の移設先として辺野古が唯一であるとした主張について、上記の観点から審査をしたに過ぎない。

かかる範囲においては、少なくとも国土の適正合理的な利用との観点から、合理性、適正性の存在を推認できる程度までは事業者から説明がなされているかどうかは、安保・外交上の専門的政治的判断を媒介しなくても十分審査がなしうるのである。

そして、本件承認取消処分は、別途述べるとおり、前県政時代に防衛省が発行した「在日米軍・海兵隊の意義及び役割」（甲D 1）における普天間飛行場の辺野古移設についての説明に合理的で説得的な説明さえなかった（甲D 2～5）のであり、海兵隊の抑止力、沖縄の地政学的重要性、海兵隊の一体的運用について合理的な疑問を投げかけているのであるから、事業者においてその合理的な疑いを抱かない程度にまで立証すべきであり、国に高度な政治的な判断が必要な安保政策といえども、その限りにおいて当然知事にも審査は可能である。

このことは、例えば、仮に住宅地区に隣接する地先に、ここが「唯一」として国が実弾演習場を建設するために公有水面埋立てをしようとした事例を考えてみよう。

まさに公有水面埋立ハンドブックが「国土利用上適正且合理的なること」に該当しない事例として記述している「良好な住宅地

の前面の工業用地造成目的の埋立」（同書 4 1 頁）と同様ではな
かろうか。

なぜそこでなければならないのか、事業者が必要性を合理的に
説明しなければ、他の公益との比較で必要性が欠ける場合は、当
然ありうるのである。

ウ 地自法 1 条の 2 の規定文言について

相手方は、地自法 1 条の 2 第 2 項が「国は、前項の規定の趣旨
を達成するため、国においては国際社会における国家としての存
立にかかわる事務，全国的に統一して定めることが望ましい国民
の諸活動若しくは地方自治に関する基本的な準則に関する事務
又は全国的な規模で若しくは全国的な視点に立って行わなけれ
ばならない施策及び事業の実施その他の国が本来果たすべき役
割を重点的に担い，住民に身近な行政はできる限り地方公共団体
にゆだねることを基本として，地方公共団体との間で適切に役割
を分担する」と規定していることを根拠として、「沖縄県知事が，
本件代替施設等の辺野古沿岸域への設置の適否につき，国防・外交上の観
点から埋立ての必要性の有無を独自に審査判断することはできないとい
うべきである。」と主張する（答弁書 2 第 3・4・(1)・ア・(イ)）。

しかし、同条は、そもそも平成 11 年の地方分権一括法により
新設された条文であって、国と地方自治体を対等な立場に位置づ
け、「地方公共団体の自主性及び自立性が十分発揮されるように
しなければならない。」としたものである（同条 2 項）。

そして、国と地方自治体の役割分担についても、「国が本来果
たすべき役割を重点的に担」う（同項）としつつも、ここでは截

然と両者の役割分担を区分することをなさず、むしろ、「住民に身近な行政はできる限り地方公共団体にゆだねる」（同項）として、地方公共団体の役割の拡大と充実を図り、また、「『国が本来果たすべき役割』に係る事務であっても、国民の利便性又は事務処理の効率性の観点から、あるいは地方公共団体の総合行政の成果が得られるよう、地方公共団体にゆだねてよい、又はゆだねるべきといえるものがあり、そのようなものも『住民に身近な行政』としてできる限り地方公共団体にゆだねるべきである」とされたのである（松本英昭著「新版地方自治法」15頁）。

既に上述したとおり（第2・2・(4)）、都道府県知事の免許承認権限は、まさにこの趣旨にもとづき地方自治体の役割とされたものであり、公有水面埋立の用途に照らして当該地域の国土利用の適正合理性等について総合行政の成果の観点から行使されるべきものである。

したがって、地自法の当該規定を都道府県知事の権限の範囲を制約する根拠とすることは本末転倒である。

エ 国土交通大臣の認可制度について

相手方は、「都道府県知事は他の都道府県における埋立ての適否を判断する知見に乏しく、もとよりその権限もない。そうすると、当該都道府県以外の地域については必ずしも十分な知見を有していない都道府県知事が、県外の地域における埋立ての適否を考慮し、その比較において埋立承認の当否の判断をすることを、法が予定しているとは解されない。このことは、法47条1項及び公有水面埋立法施行令32条2号及び3号が、海峡などにおける埋立てで航路、潮流、水流、水深、艦船の航行碇泊に影

響を及ぼすおそれがあるものや一定規模以上の埋立てについて、都道府県知事の免許に加え国土交通大臣の認可を求めていることから明らかであり、当該都道府県の区域を超える広域的な影響等があると考えられる埋立てについては、その可否の判断を当該区域を管轄する都道府県知事のみ委ねることが適当でない～国防・外交上の観点からの埋立ての必要性を独自に審査判断することができるとした場合、このような審査は、事柄の性質上、県外・国外で同様の事業が行われた場合には少なくとも本件埋立事業と同等の国防・外交上の効果が見込まれるとか、日本国内の他の場所に少なくとも一箇所は本件埋立事業を行うために国防・外交上の観点からより望ましい適地があるといった判断が可能であることを前提としなければ意味をなさない。～同法が都道府県知事に上記のような当該都道府県を超えた広域的な比較検討を行う権限を与えるものではないことは明らかである。」と主張する（答弁書2第3・4・(1)・ア・(ウ)）。

しかし、そもそも、本件埋立承認取消にあたって、申出人は、広域的な他の都道府県の区域にわたる埋立ての適地の審査をしているものではなく、当該埋立申請対象区域の埋立て自体に必要性があるか、適正かつ合理的といえるかを審査しているにとどまっているのだから、相手方の主張は、その前提が誤っている。

また、上述したが（第2・2・(4)・イ・(エ)）、国土交通大臣の認可は、埋立ての必要性の判断とは何のかかわりもない。

埋立ての必要性がない、あるいは、埋立ての必要性に比して環境等に与える影響が大きいため1号要件が欠けると都道府県知事が判断して埋立免許を拒否する場合には、認可は不要である。

法47条及び上記の同施行令は、「一定の埋立が国の立場から見て極めて重要であり、その免許について主務大臣の関与を加えることで、より一層の適正化を図ろうとするもの」であって（公有水面埋立実務ハン

ドブック 137 頁)、都道府県知事の免許に加えて主務大臣の認可を要するとするものに過ぎない。

これらの規定が都道府県知事の審査権限を一定の事項について除外するものではないことはいうまでもない。

ましてや、防衛・外交上の事項に関わる埋立行為について特段審査事項から除外されているものでもない。

なお、承認手続きに国土交通大臣の認可規定は準用されておらず、大正 11 年 4 月 20 日発土第 11 号「公有水面埋立ニ関スル件」17 項は現在においては失効しているため、本件の審査に認可は関わりがない。

結局、法 47 条を根拠として、防衛・外交に関する事項に関わる審査が知事の判断対象外だという主張は論理的に成り立たない。

(3) 裁量統制について

以上から、1 号要件については、本件埋立ての必要性を含めた埋立てによる利益、不利益を広範に比較衡量し、前者が後者を優越することを総合的判断として行われなければならない。

次に、1 号要件を上記のとおりに解した上で、この点に関する裁量統制のあり方について若干述べる。

相手方は、この点については、広範な裁量が認められると主張するが、第 2・4・(4)で述べたと同様、公水法が、「周辺環境を保全する方向」での都道府県知事の裁量権行使を強く求めていることは明らかであって、かかる公水法の趣旨に照らせば、1 号要件についても、環境保全の方向で裁量権が一定程度制約されると言うべきである。

また、法定受託事務の意義、公水法や環境影響評価法が都道府県知事が地域の実情を前提に裁量判断を行うことが適格であるとして、免許承認処分の要件適合性の判断を都道府県知事の専権的判断に委ねていること等に鑑みると、地方公共団体の自主的判断は尊重されなければならない。

以上から、本件の審査対象を、上述のとおり、本件埋立承認と捉える場合と、本件埋立承認取消と捉える場合とでは、審査の密度は異なり、前者と捉えた場合には、より実質的な審査が及ぶと考えるべきである。

なお、沖縄県は、平成6年10月1日からの行政手続法の施行に伴い、建設省及び運輸省通知に基づき、「公有水面埋立免許の審査基準」（以下「本件審査基準」という。甲B14）を定めており、本件承認申請についても、本件審査基準に基づき審査が行われている。

1号要件については、具体的には、「内容審査」文書における1号要件の審査事項（1）（3）（5）（7）であり（甲B14）、申出人の裁量逸脱・濫用の有無も、同審査基準に沿って検討されることになる（詳細は、別書面に譲る）。

以 上