

平成28年（行ケ）第3号

地方自治法第251条の7第1項の規定に基づく不作為の違法確認請求事件

原告 国土交通大臣 石井 啓一

被告 沖縄県知事 翁長 雄志

第10準備書面

平成28年8月18日

福岡高等裁判所那覇支部民事部ⅡB係 御中

被告訴訟代理人

弁護士 竹下 勇夫

同 加藤 裕

同 松永 和宏

同 久保 以明

同 仲西 孝浩

同 秀浦 由紀子

同 亀山 聡

被告指定代理人

謝 花 喜一郎

池 田 竹 州

金 城 典 和

城 間 正 彦

玉 寄 秀 人

新 垣 耕

神 元 愛

城 間 恒 司

山 城 智 一

川 満 健太郎

山 城 正 也

大 城 和華子

鳥 袋 均

桃 原 聡

奥 平 勝 昭

吉 元 徹 成

宮 城 勇 治

永 山 正

多良間 一 弘

中 村 猛

當 銘 勇 太

矢 野 慎太郎

桑 江 隆

知 念 宏 忠

崎 枝 正 輝

神 谷 大二郎

具志堅 洋 介

本書面は、原告第2準備書面の第2の1における法解釈の一般論について、反論するものである。

第1 原告主張について争いのない法解釈

- 1 「一般に、行政処分は適法かつ妥当なものでなければならないから、いったんされた行政処分も、後にそれが違法又は不当なものであることが明らかになった場合には、法律による行政の原理又は法治主義の要請に基づき、行政行為の適法性や合目的性を回復するため、法律上特別の根拠なくして、処分をした行政庁が自ら職権によりこれを取り消すことができると解されている」ことは認め、また、この解釈を争うものでもない。
- 2 「職権取消しにおける審査は、処分庁自身が以前にした行政処分を再審査する点で、行政不服審査における処分庁に対する審査請求（行政不服審査法4条1号）における審査と同視できる」ことは認める。
- 3 「行政庁が不当の瑕疵を理由に取消処分を行う場合、当該行政庁に原処分の要件裁量が認められる場合には、取消処分を行う際の行政庁にも、その要件適合性について同様の裁量が認められる。裁判所はこの当不当そのものについては判断することができないが、不当の瑕疵を理由に職権取消しがされた場合において、裁判所が当該職権取消しの適否について全く判断できないわけではない。すなわち、不当の瑕疵を理由とする職権取消しといえども、そこにおける行政庁の裁量判断が、重視すべきでない事情を不当に重視し、重視すべき事情を軽視してされたものであったり、処分の相手方に過度の求めをすることで処分要件の充足を否定するような著しく不合理な判断に基づくものであったりしてはならないことはいうまでもない。したがって、行政庁がこのような著しく不合理な裁量判断に基づいて、不当の瑕疵があるとして職権取消しをしたような場合には、当該行政庁における取消処分の要件である不当の瑕疵の適合性判断には裁量権の範囲の逸脱又は濫用があるといえるから、その場合には、

裁判所において、職権取消しの要件（不当の瑕疵）を欠くものとして、これを違法と判断することができるものと解される。」ことについては認める。

なお、本件埋立承認取消は、本件埋立承認には違法の瑕疵があるものとして職権取消しをしたものであり、不当を理由に職権取消しをしたものではない。しかし、同一の事実関係について、これを違法の瑕疵と評価するのか不当の瑕疵と評価するのかは、評価における程度の問題である。換言するならば、違法の瑕疵があると認めたということは、一定の事実関係について評価したときに、瑕疵があり、それが違法と評価される程度に至っているということである。この評価には、かりに違法の程度に達していない場合にも、少なくとも不当の瑕疵があるということが含まれていることになる。「『国土利用上適正且合理的ナルコト』の要件を充足していないと認められる。」、「法第4条第1項第1号に係る考慮要素の選択や判断の過程は合理性を欠いていた」、「『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』の要件を充足していない。」、「合理性を欠いているものと認められ（る）」とした取消理由について、かりに違法と評価しないとしても、不当として取り消すことについて裁量の逸脱・濫用が認められなければ、本件埋立承認取消は違法とは認められないことになる。

第2 被告第2準備書面における主張の誤りについて

- 1 被告は、裁量行為である原処分（承認処分）について違法を理由に処分庁がした職権取消処分の違法性が審査の対象とされた訴訟について、裁判所は、原処分（承認処分）の違法性を直接審理の対象とし、裁判所は抗告訴訟において用いられている司法審査方式によって原処分の適法違法を判断し、この裁判所の判断を処分庁の職権取消しの判断に優先させる（「ある者が一旦処理した、または処理すべきであった事項について、他の者があたためてみずからの判断を形成し、これを前者による処理に置きかえて通用させるという仕組みを、『判断代置』と呼ぶことができる。」）（小早川光郎「裁量問題と法律問題」法学協会

編『法学協会百周年記念論文集第2巻』342頁) という意味においては「判断代置」と表現することができる。) という審査方式によらなければならないと主張しているものと解される。

- 2 しかし、被告第1準備書面の第2章及び積明書(1)において述べたとおり、かかる主張は、処分庁の有する職権取消処分における権限を侵害する結果となるものであり、誤りである。

原告は、行政事件訴訟法第30条を引用しているが、行政事件訴訟法第30条は、司法審査についての規定であり、処分庁による職権取消しに適用されるものではないことは言うまでもない。

行政事件訴訟法第30条については、「行政事件訴訟法30条 行政庁の裁量処分については、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があった場合に限り、裁判所は、その処分を取り消すことができる。ここでは、『裁量処分』とは『司法権との関係で行政庁に一定の判断・行動の余地が認められる行政処分』と定義されている。そこで、これに対して、『羈束処分』とは、『司法権との関係で行政庁に判断・行動の余地が認められない行政処分』と定義することができる。すなわち、ここでの『裁量』の有無は、裁判所が事後的に『取消訴訟』において、行政庁の判断・行動を『違法』とすることができるのかという局面で問題とされている」(高木光「行政法」112頁)、「本条は、理論的に、行政処分の違法性に関する裁判所の違法性に関する裁判所の審査権の範囲・限界を画するものということができる…。この意味で、本条は、裁量処分の領域における取消訴訟に係る司法審査の限界について、権力分立に関わるという意味での憲法解釈論を確認的に規定したものである」(「条解行政事件訴訟法 第4版」〔橋本博之〕608頁)、「行政行為における裁量とは、法律が行政権の判断に専属するものとして委ねた領域の存否ないしその範囲の問題である。これを別の面から見ると、裁判所が行政行為を審査するに当たり、どこまで審査をすることができるかの問題、つまり、裁判所は行政行為をした行政庁の判断のどこまでを前

提として審理しなければならないかどうかの問題である。そして、裁量が実務上問題となるのは、裁判所による行政行為の審査範囲という形においてである」（塩野宏「行政法Ⅰ第6版」138頁）などとされているように、司法権の限界として、司法審査においては裁判所は行政庁の判断を尊重しなければならないことを規定したものである。

司法と行政との関係における司法審査の限界は、具体的には、次のような形であらわれることになる。

司法審査においては裁量行為についての判断代置（裁判所が、みずから、考慮・衡量要素の抽出やその重み付けをして総合的判断をし、その判断を行政庁の判断に優先させること）は許されないものである。また、司法審査においては、原処分“考慮・衡量要素の抽出やその重み付けをして総合的判断”の判断過程を対象とする場合においても、公益的政策的判断や専門的判断については、司法は行政庁の判断を尊重しなければならないことから、行政庁と同一の立場で判断しなければならないという限界が存するものである。

これに対し、処分庁による見直しの場合には、司法権と行政権との関係において生ずる司法審査の限界は存しない。処分庁による原処分の原始的瑕疵の審査においては、司法審査の方式・密度に従わなければならないということは論理的に導かれないものである。

したがって、処分庁による見直しについては、司法審査でいうところの判断代置方式に相当する方式（同一行政庁であり、第三者が判断するわけではないから、「判断代置」という概念そのものには該当しない。）による審査を行うことも可能である。すなわち、申請を認めるための要件を法律が定めその要件が不確定概念で定められ裁量があると解される場合において、申請を認めた原処分の原始的瑕疵を処分庁が事後的に審査をする場合には、考慮・衡量要素の抽出やその重み付けをして総合的判断をし、原処分（承認処分時）において当該申請を認めることを当該処分の根拠法令が許容していたか否かを判断するこ

とは可能である。

また、処分庁による原処分（承認処分）の事後的審査において、原処分の裁量判断の過程を審査の対象として判断過程の瑕疵ないし裁量の逸脱・濫用の有無を判断することも可能である。処分庁による見直しの場合には、原処分の裁量判断における“考慮・衡量要素の抽出やその重み付けをして総合的判断”をするすべての過程について全面的な審査をなしうるものであり、その際、公益的政策的判断や専門的判断の合理性についても審査の限界は存しないものである。

以上のとおり、処分庁は職権で原処分を審査する権限を有し、その審査の権限には、司法審査のような限界は存しないものである。

それにもかかわらず、職権取消処分の適法性が司法で争われれば、裁判所は、原処分（承認処分）の違法性を直接審理の対象とし、裁判所は抗告訴訟において用いられている司法審査方式によって原処分の適法違法を判断し、この裁判所の判断を処分庁の職権取消しの判断に優先させることになれば、処分庁による原処分の審査の権限に、司法審査と同一の制限を課すに等しいこととなる。

処分庁の権限は、根拠法令により処分庁に付与されているものであり、この処分庁の有する権限を司法が剥脱するに等しい司法審査をすることは許容されないものであり、原告の主張は誤りである。

以上