

令和2年（行ケ）第1号

地方自治法第251条の5に基づく違法な国の関与の取消請求事件

原告 沖縄県知事 玉城 康裕

被告 農林水産大臣 江藤 拓

## 原告準備書面(2)

令和2年9月15日

福岡高等裁判所那覇支部民事部IVB係 御中

原告訴訟代理人

弁護士 加藤 裕

弁護士 仲西 孝浩

弁護士 松永 和宏

弁護士 宮國 英男

原告指定代理人

沖縄県知事公室

知事公室長 金城 賢

参事監兼基地対策統括監 金城 典和

辺野古新基地建設問題対策課

課長 田代 寛幸

副参事 知念 宏忠

班長 宮城 石

主査 久保田 吏

主査 仲里 太一

主査 中村 健志

主任 内間 ゆりな

主任 大城 健司

主任 末永 充

沖縄県農林水産部

農林水産部長 長嶺 豊

農漁村基盤統括監 仲村 哲

水産課

課長 能登 拓

副参事 仲宗根 英之

班長 鳩間 用一

主幹 太田 格

主査 羽賀 令二郎

本書面では、第1で、被告答弁書42頁以下に関連して、地自法245条の「法令の規定に違反していると認めるとき」の意義について、第2で、答弁書104頁から105頁に関連して、本件通知及び被告主張における審査基準(主として妥当性)該当性判断の枠組みの誤りを主張し、第3で、本件是正の指示が関与の制度趣旨を逸脱した違法な関与であることについて、答弁書134頁から140頁における主張に対して反論を行う。

なお、特に断らない限り、略語例は訴状の例による。

## **第1 地自法245条の7第1項の法令違反について(答弁書42頁以下に関連して甲83号証を踏まえて)**

### **1 本件通知及び被告主張の要旨**

地自法245条の7第1項は、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認めるとき」、又は「著しく適正を欠き、かつ、明らかに公益を害していると認めるとき」になしうると規定する。

このうち、前者の「法令の規定に違反していると認めるとき」について、本項では述べる。

本件で問題となる規則の違反は、それ自体は、「法令」の違反に当たらないところ、本件通知及び被告主張は、この点について、以下のように枠組みを設定している。

まず、本件通知は、「漁業法第65条第2項第1号及び水産資源保護法第4条第2項第1号は、都道府県知事は水産動植物の採捕に関する制限又は禁止に関して規則を定めることができる旨を規定し、これを受けた沖縄県漁業調整規則第41条第1項は、審査申出人である沖縄県知事のサンゴ類の特別採捕許可処分権限を規定する。同項に基づく審査申出人

のサンゴ類の特別採捕許可処分は裁量処分と解され、沖縄県知事の事務処理が、水産動植物の採捕に関する制限又は禁止に係る権限を都道府県知事に付与した漁業法第 65 条第 2 項第 1 号及び水産資源保護法第 4 条第 2 項第 1 号の規定に反し、裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たる場合は、違法と評価されるものというべきである。」(10～11 頁) としている(白藤意見書(令和 2 年 8 月 21 日付け白藤博行専修大学法学部教授意見書(甲第 83 号証。以下同じ。)) 7 頁以下に整理されている)。

つまり、本件通知は、規則が、漁業法 65 条 2 項 1 号、水産資源保護法 4 条 2 項 1 号を「受けた」ものであることから、同規則に基づく裁量権の範囲の逸脱又はその濫用がある場合には、これらの法令の規定に反し、違法となる、という枠組みに基づき、関与の適法性を判断しているものと考えられる(白藤意見書 9 頁参照)。

一方、被告主張は、若干異なっており、漁業法 65 条 2 項 1 号及び水産資源保護法 4 条 2 項 1 号の趣旨を、「本来、水産動植物の採捕を含む公用水面の利用は国民一般が自由になし得るものであるところ、水産資源の有効活用を図り、漁場の総合的高度利用により漁業生産力を発展させる必要があることや、無制限に水産動植物が採捕されると、限られた水産資源が欠乏し繁殖保護上問題があることなどから、漁業調整等ないし水産資源の保護培養のために一定の水産動植物の採捕を制限又は禁止すべき場合があり、しかも、その規制の内容は具体的事情に応じて随時変更することを要するため、具体的規定を立法技術上省令又は規則に委任することとし、これにより漁業調整等ないし水産資源の保護培養のため水産動植物の採捕を制限又は禁止することができることとした」とした上で(答弁書 43 頁から 44 頁)、上記各条項は、「制定される規則が上

記各条項の目的に沿って制定されていれば足りるとするものではなく、上記各条項の趣旨・目的を貫徹するため、規則に基づいて都道府県が行う水産動植物の採捕の制限又は禁止に係る個別の措置自体が、上記各条項が示す目的のためになされることも当然に要請する」とする（答弁書44頁）。

このような枠組みのもとで、縷々述べるが、要するに、そのままでは埋め立てられる造礁サンゴ類を移植する措置が水産資源保護のための行為なので、これに反する不作為が、水産資源保護法4条2項1号の趣旨・目的に反して違法である、というのである（白藤意見書15頁）。

被告主張の枠組みは、沖縄県知事の不作為が、水産資源保護法4条2項1号の趣旨・目的に違反するという形になっている。

しかし、本件において、仮に、規則の違反が認められるとしても、そのことから直ちに「法令の規定に違反している」とされることはありえない。

以下、白藤意見書に沿って、詳述する。

## 2 地自法245条の7第1項の法令違反の範囲について

### (1) 長の規則制定権に関する解釈の在り方について

まず、前提として、「地方公共団体の長の規則は、条例と並ぶ自治立法であり、両者の制定主体は異なるものの、これらの立法形式は憲法が保障する地方自治の内容のひとつである自治立法権として保障されるものである。この点は、いわゆる機関委任事務時代において、国の機関委任事務を処理するものとされた限り、国の行政機関とされた地方公共団体の長の規則とはずいぶん異なるものとなっている。この点、法律が都道府県知事の制定する規則を法定受託事務と規定しようが変

わらない。現行の地方自治法では、法定受託事務も自治事務とともに地方公共団体の事務である限り、これに変わりはない。したがって、地方公共団体の長の規則制定権は、いまでは、憲法の「地方自治の本旨」（第92条）のもとで保障された制度であり、さらに、地方自治法において、国と地方公共団体との間の適切な役割分担の原則が明記され（第1条の2第2項）、地方公共団体に関する法令の規定は、「地方自治の本旨に基づいて、かつ、国と地方公共団体との適切な役割分担を踏まえたものでなければならない」（第2条第11項）と定められ、及び、「地方自治の本旨に基づいて、かつ、国の地方公共団体との適切な役割分担を踏まえて、これを解釈し、及び運用しなければならない」（同条第12項）と定められているところから、そもそも国が地方公共団体に関する法令を制定する際にも、そして、その法令を解釈・運用する際にも、地方自治が十分に保障されたものでなければならない。」ことが指摘される（白藤意見書4頁から5頁）。

本件で問題となる規則は、義務を課し、権利を制限する内容であるから、本来は条例で定められるべきものであるが（地自法14条2項、白藤意見書5頁、松本英昭『新版逐条地方自治法<第9次改訂版>』232頁）、現行水産資源保護法4条1項、2項は規則により定めることを定めている。

(2) 水産資源保護法4条1項、2項の相違と2項の委任範囲

白藤意見書は、水産資源保護法4条1項、2項の規定の相違に着目し、以下のように指摘する。

すなわち、「水産資源保護法第4条第1項は、「農林水産大臣又は都道府県知事は、特定の種類の水産動植物であつて農林水産省令若しく

は規則で定めるものの採捕を目的として営む漁業若しくは特定の漁業の方法であつて農林水産省令若しくは規則で定めるものにより営む漁業（水産動植物の採捕に係るものに限る。）を禁止し、又はこれらの漁業について、農林水産省令若しくは規則で定めるところにより、農林水産大臣若しくは都道府県知事の許可を受けなければならないこととすることができる」と定める。この書き振りからすると、特定の漁業を特定の条件のもとで禁止するだけでなく、それを許可することも含めて、その詳細規定を省令と規則に委任しているように見える。ところが、同法第4条第2項は、その柱書で、「農林水産大臣又は都道府県知事は、水産資源の保護培養のために必要があると認めるときは、次に掲げる事項に関して、農林水産省令又は規則を定めることができる。」とだけ定め、「水産動植物の採捕に関する制限又は禁止（前項の規定により漁業を営むことを禁止すること及び農林水産大臣又は都道府県知事の許可を受けなければならないこととするものを除く。）」（第1号）をはじめとする各号では、水産資源の保護培養のために必要があると認めるときに限って、「水産動植物の採捕に関する制限又は禁止」についてのみ、その詳細を定めることを規則に委任している。」というのである（白藤意見書6頁から7頁）。

白藤意見書の指摘で重要なのは、水産資源保護法4条2項1号は、「水産動植物採捕に関する制限又は禁止」について規則を定めることができるとするだけで、かかる禁止の解除（つまり、本件の特別採捕許可制度及びその要件を定めること）については、何も委任していない、ということである。

つまり、「水産資源保護法第4条第2項第1号は、水産資源の保護培

養のための水産動植物の採捕の制限又は禁止を具体化することを規則に委任するものであるとはいえ、水産資源の保護培養のための水産動植物の制限又は禁止を解除することについては、そのような内容の規則を定めるか否か、又、定めるとしても、いかなる場合に、どのような内容のものを定めるかについては、規則に委任する内容がまったく定まっていない。」「このような水産資源の保護培養を直接の目的としない行為にかかる許可制度を規則で定めるかどうか、そして、許可制度以外にどのような制度設計がありうるかどうかなどは、都道府県知事の規則制定権の行使しだいであるということになる。このように法律が委任する範囲を超える知事の規則制定権は、もはや法律による規則委任の問題ではなく、自治権に基づく規則制定権の範囲の問題であり、いわば知事の自治立法裁量権の範囲に属する問題である」（白藤意見書 15 頁から 16 頁）。

そして、規則 41 条 1 項の適用除外規定は、「試験研究等」を目的とする水産資源の採捕について、原則的に水産動植物の採捕の制限又は禁止するところ、例外的にその制限又は禁止の解除を法的効果とするものである。

その趣旨は、「水産資源保護法の制定の趣旨・目的である水産資源の保護培養に直接寄与するわけではないが、水産資源の保護培養の「効果を将来にわたって維持することにより、漁業の発展に寄与すること」に期待する限りで、暫時的に水産資源を毀損することもあるかもしれないが例外措置を講じたもの」で（白藤意見書 21 頁）、このような規定を定めるか否か、また、どのような要件で定めるかについては、水産資源保護法 4 条 2 項 1 号は何も委任していない、ということになる。



白藤意見書によれば、水産資源保護法 4 条 2 項各号は、長の規則制定権の範囲を画定する目的で定めたものであるものの(地自法 15 条)、水産資源保護法 4 条 1 項が想定する規則は、「法律施行規則」というべきものであるのに対して、2 項は、少なくとも、許可制度の制定に係る部分(つまり、規則 41 条 1 項の適用除外にかかる部分)は、法律を施行するものではなく、「自治規則」あるいは「自主規則」とでもいうべきものというのである(白藤意見書 17 頁)。

(3) 本件通知の判断の誤り

以上の検討を踏まえると、本件通知の判断が誤っていることは明らかである。

上記のとおり、本件通知は、規則の違反が、「漁業法第 65 条第 2 項第 1 号及び水産資源保護法第 4 条第 2 項第 1 号により付与された裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たり、違法であったと認められる」とするが、上記のとおり、水産資源保護法 4 条 2 項 1 号は、「水産動植物採捕に関する制限又は禁止の解除」について委任していないから、本件通知がいう「裁量権」は、どのような裁量権であるか、その範囲について、本件通知の論理からは、全く判明しない(白藤意見書 10 頁から 11 頁)。

これは、「係争委が、①漁業法第 65 条第 2 項第 1 号及び水産資源保護法第 4 条第 2 項第 1 号によって都道府県知事に認められた水産資源の保護培養のために水産動植物の採捕に関する制限又は禁止に関する規則を定め、かつ、それを適用する場合の「裁量権」、②漁業法や水産資源保護法が定めていないが、都道府県知事が規則で独自に水産動植物の採捕に関する制限又は禁止を実効あらしめるために、固有の「特

別採捕許可制度」を定め、かつ、それを同時に適用する自治権に基づく「自治裁量権」、といった二つの異なる裁量権が存在することを見逃していることに原因がある。係争委は、①と②の異なる裁量権を区別せず、①も②も、いずれもが、「水産資源の保護培養」という法の目的を実現するために、都道府県知事が規則を定め、そこで定められた権限を都道府県知事が行使するに際して、同じ裁量権が行使されるとみていることに原因がある。その結果、②のレベルにおける沖縄県知事による「自治裁量権」の行使（不行使・不作為）について、あたかもこれを法の目的を阻害する裁量権の消極的濫用であるかのごとく解釈する誤謬を侵しているのである。」と白藤意見書は指摘する(同 11 頁)。

水産資源保護法 4 条 2 項 1 号が、こうあるべしと委任していない事項について、水産資源保護法の直接の目的である水産動植物の保護培養に直接資するわけではない試験研究等についての特別採捕許可制度における裁量逸脱・濫用が、なぜ、水産資源保護法 4 条 2 項 1 号に違反を導くのか、ということについて、本件通知においては、説明がなされていないのである。

#### (4) 被告主張の誤り

被告主張の誤りは、より一層わかりやすい。

そもそも、試験研究等による適用除外は、上記のとおり、それ自体が水産資源の保護培養に資するものではない。

白藤意見書が「知事によって許可される特別採捕行為そのものが、水産資源の保護培養を直接目的とする行為であるなどとは到底いうことはできない。むしろ、いまのまま、いまの現場でのサンゴ類の生息を確保することが、水産資源の保護培養の観点からは、最適に決まっ

ている。国がいうような不要不急のサンゴ類の採捕を行い、多大なリスクをあえて犯すことは、決して水産資源の保護培養といった水産資源保護法の直接の法目的にかなうものではない。」と指摘するとおり（白藤意見書 15 頁）、規則 41 条 1 項の特別採捕許可は、水産資源の保護培養を直接の目的とするものではないし、水産資源保護法 4 条 2 項 1 号は、水産資源の保護培養に反する制度（つまり、採捕の禁止を解除する特別採捕許可制度）をどのように定めるかについては、何も委任していないのだから、特別採捕許可を与えないことが、直接水産資源保護法 4 条 2 項 1 号の趣旨・目的に反する、ということなどありえないのである。

(5) 小括

以上のとおり、本件通知、被告主張のいずれの枠組みも誤りであり、本件において、仮に規則に違反する処理が認められたとしても、法定受託事務を定めた元の法律等の「法令違反」が認められるわけではなく、本件是正の指示は、地自法 245 条の 7 の法令違反の要件を欠く関与である。

**第 2 本件通知及び被告主張における審査基準（主として妥当性）該当性判断の枠組みについて（答弁書 104 頁から 105 頁について）**

**1 本件通知における判断基準及び被告主張の要旨**

本件通知は、妥当性等の審査基準の判断について、「（環境監視等）委員会の調査審議の過程に看過しがたい過誤や欠落があったことなどによりその助言が不適切であるといえる合理的な理由がない限り、審査申出人は、その内容に基づいて裁量審査をすることが相当と考えられる。」（本

件通知 14 頁) としている。

一方、被告は、原告訴状 29 頁以下において、かかる判断枠組みそれ自体に対する批判に対して、「本件各申請の申請内容が環境保全措置を実施するものとして適正であることは客観的に担保されているといえる。原告において、これと異なり、自ら設置を求めた環境監視等委員会の指導・助言等に誤りがあるというのであれば、その具体的根拠が明確にされなければならないのは当然である。本件委員会通知が、上記のとおり、環境監視等委員会の指導・助言等が不適切であるといえる合理的な理由がない限り、その内容に基づいて裁量審査すべきであるとしたのは、上記の趣旨をいうものと解され、何ら誤りはない」(答弁書 105 頁) と主張する。

表現は異なるものの、要するに、沖縄県知事が環境監視等委員会の判断に基づいて裁量審査を行うべきとすることに変わりはない。

しかし、このような見解は、明らかに誤りである。

以下、令和 2 年 8 月 21 日付け前田定孝三重大学人文学部准教授作成の意見書(甲第 82 号証: 以下「前田意見書」という。)を踏まえて、詳述する。

## 2 本件通知及び被告主張の枠組みが誤っていること

### (1) 本件通知及び被告主張の法的整理(前田意見書 3 頁から 4 頁)

本件通知及び被告主張の判断枠組みは、法的にどのような論理を採っているのかが不明確であるが、まず、沖縄県知事の権限が環境監視等委員会ないし事業者に委任されたとみることができないのは当然のことである。

また、環境監視等委員会は、そもそも、公水法に基づく本件承認処

分の附款としてなされた留意事項2に対応して事業者が設置した機関であるから、規則に基づく特別採捕許可の制度とは、本来無関係である。

したがって、当然のことながら、本件において、環境監視等委員会または事業者の判断が特別採捕許可の判断において尊重されるべき法律ないし条令上の仕組みは存在しない。

また、事業者の生の専門的知見により、処分庁の裁量権が制約されるという見解もありえない。

結局、明確とは言い難いが、本件通知及び被告主張の枠組みを、法的に整理すると、特別採捕許可の妥当性要件と埋立承認の環境保全要件が全く同じ（あるいは後者が前者を包含する）ことを前提とし、埋立承認の附款（留意事項2）の何らかの法効果として、本件承認処分以降の継続的な環境保全要件充足について、環境監視等委員会ないし事業者の判断を尊重しなければならないという効果が生じており、結果として、特別採捕許可の妥当性要件においても、環境監視等委員会ないし事業者の判断を尊重しなければならない、という論理と考えるほかない。

しかし、そもそも、公水法の環境保全要件と特別採捕許可の妥当性要件は別のものであり、また、留意事項2を、上記のような法効果を生じさせるものと理解することはできない。

## (2) 公水法の環境保全要件と特別採捕許可の妥当性要件について

前田意見書が適切に指摘するとおり、「公有水面埋立法に基づく承認処分制度と沖縄県漁業調整規則に基づく造礁サンゴ類特別採捕許可制度とは、その目的、手続、およびその法令所管大臣において顕著な違

いがある」(前田意見書5頁)。

前田意見書は、「この2つの制度は、公有水面埋立承認制度が海面を埋め立てて産業基盤等の開発に資するのに対して、漁業法および水産資源保護法は、一見すると漁業という産業振興を目的とした法制度として位置づけられつつも、他方において、その法目的が、「漁業生産力の発展」または「水産資源の保護培養」とされていることから、産業基盤の開発とは、むしろ方向性を異にする」、「埋立工事等による水質汚濁の発生や、周辺海域の形質変更等のために環境等が変化してしまうなど、場合によっては工事の段階で、公有水面埋立承認処分時に想定されていなかったさまざまなトラブルが発生することもありうる。このような場合には、この2つの別個の法律に基づいて権限を行使する都道府県知事自身が、一方で産業基盤開発推進の立場と、他方で周辺海域を保護する立場という、相矛盾する立場に立たされることもありうる」と指摘する(前田意見書5頁)。

そして、「この両者は本来的に別個のものであることから、今回の造礁サンゴ類特別採補許可申請に対する処分に際して、その処分行政庁である沖縄県知事は、この両者が本来別個のものであることを前提に判断することになる。とすると、ここで処分行政庁である沖縄県知事には、その裁量判断にあたって沖縄防衛局が公有水面埋立承認処分に関連して設置された環境監視等委員会が示した「指導・助言」を尊重し、拘束されるか否かということとは直接関係なく、漁業法、水産資源保護法、さらには沖縄県漁業調整規則の観点からの審査が求められることにならざるをえない。」とし(前田意見書5頁から6頁)、沖縄県知事が環境監視等委員会の判断を尊重して裁量審査を行うことは許

されないとする。

したがって、「造礁サンゴ類特別採補許可申請という漁業調整規則上の制度に関する判断を、大臣が公有水面埋立法に基づく承認処分の附款に基づいて設置された組織が示した専門的知見に基づいてすることを大臣が県知事に強要するような関与は、そもそも許されない」というのである（前田意見書6頁）。

さらに、このような関与の在り方について、前田意見書は、遠藤博也教授の「権限の融合」という文言を用いて批判している。

すなわち、「行政権限の分配を通じて、「権限行使の範囲を狭く限定し、その行使の道順を細いものとすることにより、行政の権限濫用をおさえ、かつ、私人に予測可能性を与えることによって、法治主義の要請にこたえる機能」を確実となるのに対して、「数多くのしかも多方面の分野の権限を集中することによって、結局、権限行使の範囲・道順はひろいものとなり、予測可能性が失われて、権限が権力と化」する」、「今回農林水産大臣を含む日本政府は、辺野古・大浦湾という豊かな海域の保護と同地における公共事業の両立を意図した沖縄県知事による水産資源保護行政の遂行に対して、公共事業の推進という権限と、水産資源保護行政についての権限を融合することによって、「権力」をつくりだそうとしたのではないかと疑わざるをえない。しかもそれは、みずから所管する水産資源保護行政を、その所管していない公共事業推進行政に従属させることを通じて、本件埋立事業を推進しようとしたのである。」と批判している（前田意見書6頁）。

### (3) 留意事項2の法効果について

さらに、前田意見書は、環境監視等委員会の知見が、処分行政庁で

ある沖縄県知事の判断権に影響しうるのか、という点について、検討を進める。

ア 環境監視等委員会の位置付け

まず、前田意見書は、環境監視等委員会の組織的位置付けについて確認する。

運営要綱や留意事項2を踏まえて、「事業者の内部組織であり」、「公有水面埋立承認処分の根拠法規である公有水面埋立法上の公益を実現することを目的として、知事の公有水面埋立承認処分を受けた事業者である沖縄防衛局によって設置されたもの」であり、「元来事業者・沖縄防衛局が「計画策定・結果の評価」および「環境保全措置」について検討する際に助言を求める機関にすぎない」と指摘し、したがって、「その専門的知見に対して、沖縄県漁業調整規則に基づく造礁サンゴ類特別採補許可申請についての判断において、沖縄県知事に直接的に配慮を求める機関ではなく、「あくまでも公有水面埋立承認後において事業者が同法に基づく環境保全措置を実効あらしめるために設置した組織であって、漁業法・水産資源保護法制度のものの組織ではない」とする（前田意見書7頁から8頁）。

イ 環境監視等委員会の知見の処分行政庁である沖縄県知事の判断権への影響について

前田意見書は、上記の環境監視等委員会の位置付けを踏まえて、環境監視等委員会の指導・助言を根拠付ける知見が、沖縄県知事の裁量権を拘束することがありえないことを、「第1に、被告が処分行政庁に対して事業者が示した知見に基づく「助言・指導」を理由に沖縄県漁業調整規則において命じられた権限を同規則に従って適切



に行使する裁量権を妨げる点で誤っている。また第2に、そこで専門的知見をもとにして「指導・助言」する組織が、許可申請者でありかつ事業者の内部組織である点について誤っている。さらに第3に、処分行政庁の判断権限を別個の処分において付した附款によって放棄させ、あるいは剥奪しうると考えた点において誤っている。」と述べる。

まず、第1の点について、被告や本件通知の言い回しが最高裁平成4年10月29日判決・民集46巻7号1174頁（伊方原子力発電所設置許可処分取消請求事件：以下「平成4年最高裁判決」という。）を参照したものであることを指摘する。

同訴訟は、「被告行政庁である内閣総理大臣が四国電力に対してした原子炉設置許可処分の違法性を訴えて、同原子力発電所周辺の住民が原告となって提訴した」ものであるが、同判決における「原子力委員会若しくは原子炉安全専門審査会の専門技術的な調査審議及び判断を基にしてされた被告行政庁の判断に不合理な点があるか否か」という場合の「専門技術的な調査審議及び判断」を示す原子力委員会もしくは原子炉安全専門審査会は、あくまでも法律上の根拠に基づいてその判断を示した」と指摘する。

そして、「この点、本件造礁サンゴ類特別採補許可手続は、原子炉設置許可処分手続とまったく異なっている」とする（前田意見書10頁）。

つまり、処分庁が設置した機関か、事業者が設置した機関かという点や、処分庁がその判断を尊重する法律上の仕組みの有無において、全く異なる。

さらに、「判断の主体においても、本件造礁サンゴ類特別採補許可についての事案と異なっている」と指摘する（前田意見書 10 頁）。

つまり、平成 4 年最高裁判決は、「処分行政庁がした判断の適否について審査を委ねられた裁判所」が、「行政庁がした処分等によって権利侵害を受けたとの原告の主張に対して、その「処分のあり方・内容」について審査する司法権のあり方について」判示したものであるのに対して、本件における被告の主張は、「その判断の主体は、上記伊方原子力発電所における裁判所ではなく、処分行政庁そのもの」で、「処分権限を委ねられた行政権そのものの判断のあり方について」の枠組みについて主張されているものなのである（前田意見書 10 頁）。

次に、第 2 の点について、前田意見書は、上記平成 4 年最高裁判決における「原子力委員会若しくは原子炉安全専門審査会の調査審議及び判断」とは、あくまでも処分庁である被告行政庁の判断を適正化せしめるために設置された「専門技術的な」組織であった。その示す知見とは、許可申請者である事業者・四国電力の側がその申請内容を正当化するためにその組織内に設置した組織による知見ではない」のに対して、「環境監視等委員会は、上記のように事業者であり許可申請者の側の組織であって、処分行政庁である沖縄県知事の側の組織ではない。また環境監視等委員会に委ねられた責務は、あくまでも公有水面埋立承認処分に附款として付加された留意事項 2 の内容が実体あるようにすることを目的として設置されたものである。ましてや前節で明らかにしたように、沖縄県漁業調整規則に基づく造礁サンゴ類特別採補許可処分をする際に適切な知見を示す

機関でもない。」として、「処分行政庁である沖縄県知事が行使すべき裁量権の行使を、農林水産大臣がむしろ積極的に妨げるものとなっている」とする（前田意見書 10 頁から 11 頁）。

そして、このように処分行政庁の判断過程に、一方的に事業者の「専門的知見」が反映された場合、事業者の利益と調整され、保護されるべき対立利益の保護を不可能としてしまい、規制法制度を破壊してしまうとも指摘する（前田意見書 10 頁から 11 頁）。

最後に、第 3 の点について、前田意見書は、処分行政庁が、法律上命じられたみずからの裁量権を、みずから制限するような効果を附款により生じさせることができるのか、と問題提起し、埋立承認処分をした沖縄県知事は、環境保全要件または災害防止要件等が、その後においても充足されるように、監督し続ける必要があり、「処分行政庁自身が処分の附款で環境監視等委員会の設置を事業者に求めたとしても、環境保全が適切になされているか否かを行政庁があらためて判断する余地がなくなるようなことは、公有水面埋立法に基づく処分行政庁と被処分行政庁との関係においてありえない」とする（前田意見書 12 頁）。

そして、このことは、「2018 年 8 月 31 日の謝花喜一郎副知事による撤回処分が、その後の事情変更に基づいてなされえたこと、その場合に国自身も撤回そのものが無効であるという主張をしなかったことによっても裏付けられている」としている（前田意見書 12 頁）。

したがって、「たとえ留意事項 2 に基づいて環境監視等委員会が設置されたとしても、その機関が何らかの指導・助言をしたことによっ

て、法律上の権限が消滅し、あるいは解消されるわけではない」、「留意事項 2 は、それ自体によって処分庁である沖縄県知事による法律上の権限行使を制限しうるものではなく、ましてや実定法上附款によってそのようなことが認められるわけでもない」とする（前田意見書 12 頁）。

エ 小括

以上のとおり、本件通知及び被告主張における、審査基準該当性（主として妥当性）についての沖縄県知事の裁量審査に際して、環境監視等委員会の判断に基づいて行うべきとする判断枠組みは、誤っている。

**第 3 本件是正の指示が関与の制度趣旨を逸脱した違法な関与であることについて（答弁書 134 頁から 140 頁）**

被告は、地自法 245 条の 3 が、関与を法律またはこれに基づく政令で定めるに当たっての基本理念を定めたもので、個別的関与に妥当しないということと、本件指示は、本件各申請を許可しないという違法又は著しく適正を欠く事務遂行がなされた後に指示したもので地自法 245 条の 7 に違反しない旨主張するほか、本件指示に至るまでの被告の関与の経緯から、関与の趣旨を逸脱する点はない旨主張する。

しかし、地自法 245 条の 3 が立法に際しての基本理念を定めたものであるとしても、現在の関与は、そのような理念に合致するものとして制定されていなければならないことは明らかである。

この規定は、関与のうち公権力の行使に当たるものは、私人に対する公権力の行使に匹敵するものがあるため、比例原則の適用があることを

確認的に定めたもので（塩野宏『行政法Ⅲ [第四版]』240頁）、仮に、この規定が直接的に適用されないとしても、いずれにせよ、関与に比例原則の適用があり、関与が目的達成に必要最小限度のもので、地方公共団体の自主性及び自立性に配慮されたものでなければならないことに変わりはない（なお、憲法92条、地自法1条2項、2条11項、12項）。

また、本件各申請を許可しないという不作為があるため、事後的な指示であるという趣旨の反論を行うが、松本英昭『新版逐条地方自治法第9次改訂版』1163頁では、事前の「指示」（具体的かつ個別的な行為）を是正の指示を含めた事後の「指示」から区別し、かかる事前の「指示」について、個別の法律において、その必要に応じて事項と場合を限定して定める必要があるとして、是正の指示に含めていない。

不作為に対して、特定の処分をなすよう指示することが、事前の「指示」（具体的かつ個別的な行為）であることは明らかである（そのような場面以外に、事前の「指示」など想定できないであろう）。

また、被告は、訴状における以下の指摘に対して、何も触れていないが、行政不服審査制度においては、処分庁及び上級行政庁以外の審査庁は、不作為にあっては不作為の違法等を宣言するにとどまり、処分を命ずることができない。

一方、是正の指示の場面では、行政不服審査制度とは異なり、被処分者が自己の権利の救済を求めているわけでもない。

憲法92条は、地方自治の本旨を保障し、地自法は、かかる地方自治の本旨に基づいて、かつ、国と地方公共団体との適切な役割分担を踏まえて解釈され（地自法2条12項）、関与は目的達成に必要最小限度のもので、普通地方公共団体の自主性及び自立性に配慮されなければならない

(上述したとおり、地自法 245 条の 3 の適用といおうが、同規定により確認されている関与一般に対する比例主義に照らしてといおうが、いずれにせよ同じである)。

審査請求人の権利救済の必要性がある場面を規律する行政不服審査制度において、上級行政庁ではない機関が審査庁である場合一般においてすら(処分庁と審査庁が行政主体を異にしない場面も含み、行政主体を異にする場合も、地方公共団体と国のように、その独立性の保障が強度ではない場合も含む)、不作為に対して特定の処分をなすよう義務付ける裁決は、処分庁の第一次的判断権を尊重し、許されていない。

審査請求人の権利救済の必要性もなく、憲法上の原則である地方自治の本旨に適合的に解釈されなければならない地自法上の制度である是正の指示としてなら、地方公共団体に所属する処分庁の第一次的判断権を尊重せずに関与することが許容されると考える解釈は、背理としか言いようがない。