

意見書

2020（令和2）年8月21日
専修大学 教授 白藤 博行

《意見書における検討対象事項》

被告・国は、沖縄県に対する本件是正の勧告及び是正の指示のいずれの関与においても、又、答弁書（令和2年8月4日。以下「答弁書」という。）においても、「本件各申請を許可しない原告の事務遂行は、漁業調整及び水産資源保護のために水産動植物の採捕を制限又は禁止することを認めた漁業法 65 条2 項 1 号及び水産資源保護法 4 条2 項1 号に反し、違法と認められる」（43 頁）などと述べる。また、国地方係争処理委員会（以下「係争委」という。）の通知（令和2年6月19日国地委第24号。以下「係争委通知」という。）においても、本件各申請を許可しない原告の事務遂行が漁業法 65 条2 項 1 号及び水産資源保護法 4 条2 項1 号に違反し、違法であることが認められると判断された。

本意見書では、地方自治法第 245 条の 7 第 1 項の「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は、当該都道府県に対し、当該法定受託事務の処理について違反の是正又は改善のため講ずべき措置に関し、必要な指示をすることができる。」と規定されるところ、そもそも是正の指示の発動要件である「法定受託事務の処理が法令の規定に違反」（以下「法令違反」という。）が満たされているかどうかについて検討する。具体的には、本件各申請を許可しない沖縄県知事の行為に、漁業法 65 条2 項 1 号及び水産資源保護法 4 条2 項1 号の規定に違反する違法又はこれらの法条の趣旨・目的に反する違法とはいったい何を意味するか。又、沖縄県漁業調整規則に違反する違法が認められる場合、係る違法がいかなる意味で漁業法 65 条2 項 1 号及び水産資源保護法 4 条2 項1 号に違反する違法として認められるかについて検討す

る。

《検討》

1. 問題の出発点

農林水産大臣の是正の指示は、地方自治法第 245 条の 7 が定めるところの「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は、当該都道府県に対し、当該法定受託事務の処理について違反の是正又は改善のため講ずべき措置に関し、必要な指示をすることができる。」といった要件を満たさなければならない。そこで、本件では、特に、①「都道府県の法定受託事務の処理」であること、及び、②「法令の規定に違反している」の要件充足に着目する。ただし、「著しく適正を欠き、かつ、明らかに公益を害している」の要件は、「是正の指示」において付加され、答弁書においても言及された理由であるが、本意見書では検討しない。

2. 地方自治法第 245 条の 7 における「法令違反」の充足

①については、漁業法第 137 条の 3 第 1 項第 1 号が同法第 65 条第 1 項及び第 2 項に係る都道府県規則制定事務を「都道府県が処理することとされている事務」とし、同様に、水産資源保護法第 35 条が同法第 4 条第 1 項及び第 2 項に係る都道府県知事の規則制定事務を「都道府県が処理することとされている事務」として、それぞれ地方自治法が定めるところの「第一号法定受託事務」とであると定めている。これについては、この間の「地方分権改革」及びその成果としての 2000 年地方自治法改正の趣旨・目的を踏まえ、その意味を吟味しなければならないところである。以下、適宜、検討する。

②の地方自治法第 245 条の 7 に係る「法令違反」の充足は、本意見書の中心的論点である。ここでいうところの「法令違反」が認められない限り、法定受託事務に係る法令所管大臣の是正の関与は、地方自治法が定める関与要件を満たさない違法な関与になるからである。まず、地方自治法の規範構造からして、

本条の「法令」に条例及び規則が含まれることがないことは一目瞭然である。したがって、本件の農林水産大臣も、是正の指示にあたって、沖縄県知事のどの行為に、どの「法令」に、どのように違反する違法があったかを明らかにしなければならない。具体的には、防衛省沖縄防衛局が、沖縄県漁業調整規則第41条第1項に基づいて行ったサンゴ類の特別採捕許可申請に対して、沖縄県知事が許可をしないことが違法であるとされるところ、それがいかなる意味において、地方自治法上の「法令違反」となるかを明らかにしなければならない。

漁業法第65条第1項及び第2項の「漁業調整に関する命令」及び水産資源保護法第4条第1項及び第2項の「水産動植物の採捕制限等に関する命令」が、それぞれ第一号法定受託事務とされているところ、「漁業調整に関する命令」及び「水産動植物の採捕制限等に関する命令」に係る具体の法形式は、農林水産大臣の定める省令及び都道府県知事の定める規則とされている。本件省令は水産資源保護法施行規則（昭和27年農林省令第44号）であり、都道府県知事の定める規則が沖縄県漁業調整規則（昭和47年9月12日沖縄県規則第143号）である。

3. 沖縄県漁業調整規則は知事の法規命令であるが、省令と同じ意味における法規命令か

沖縄県漁業調整規則第1条は、「漁業法（昭和24年法律第267号）及び水産資源保護法（昭和26年法律第313号）その他漁業に関する法令とあいまって、沖縄県における水産資源の保護培養、漁業取締りその他漁業調整を図り、併せて漁業秩序の確立を期することを目的とする」と定めるところである。このような目的で制定された沖縄県漁業調整規則は、農林水産省令と並んで、漁業法第65条第1項及び第2項の「漁業調整に関する命令」及び水産資源保護法第4条第1項及び第2項の「水産動植物の採捕制限等に関する命令」として位置づけられている。すなわち、漁業法の「漁業調整に関する命令」においては、特定の漁業に係る禁止及び許可の制度を定めるほか、漁業取締りその他漁業調整のために水産動植物の採捕又は処理に関する制限又は禁止の制度を定めることができる。同様に、水産資源保護法の「水産動植物の採捕制限等に関する命令」においては、特定の漁業に係る禁止及び許可の制度を定めるほか、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、水産動植物の採捕に関する制限又は禁止の制度を定

めることができるとされている。そこで、一般には、漁業法と水産資源保護法においては、漁業調整と水産動植物の採捕制限等に関する規律の詳細は、農林水産省令及び都道府県漁業調整規則に委任されているものと解されているようである。

たしかに農林水産省令も都道府県漁業調整規則も、行政法学上あるいは行政実務上において法規命令と解されているところであるが、漁業法と水産資源保護法における都道府県漁業調整規則は、農林水産省令と同じ意味における法規命令といえるだろうか。条文に即した理解が重要である。たとえば、沖縄県漁業調整規則の目的には、「漁業法及び水産資源保護法その他漁業に関する法令とあいまって」と書かれている。この「あいまって」の解釈によっては、漁業法及び水産資源保護法その他漁業に関する法令と沖縄県漁業調整規則との関係が、個別具体的にいったいどのような関係に立つのかの検討が不可欠である¹。たしかに水産資源保護法施行規則は、「水産資源保護法（昭和26年法律第313号）に基き、及び同法を実施するため」とあるところであり、典型的な法律と法規命令との関係であるが、漁業法及び水産資源保護法と沖縄県漁業調整規則との関係は、これと同様の関係として解することができるだろうか。

4. 地方自治法上、本来、「義務を課し、又は権利を制限する」事項は条例規律対象事項

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かわらない。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

¹ 以下では、本件が、特に「水産動植物の採捕制限等に関する命令」が問題となることから、水産資源保護法と沖縄県漁業調整規則との関係を専ら検討の素材とする。漁業法と沖縄県漁業調整規則との関係の関係においても、ほぼ同様の問題が妥当するものと思料する。

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。

法律と条例・規則との関係を考える際にも、同様の視点が重要である。条例については、地方自治法第14条第1項は、「普通地方公共団体は、法令に違反しない限りにおいて第2条第2項の事務に関し、条例を制定することができる」²と定め、さらに、「普通地方公共団体は、義務を課し、又は権利を制限するには、法令に特別の定めがある場合を除くほか、条例によらなければならない」（同条第2項）と定めている。一方、規則については、地方自治法第15条第1項において、「普通地方公共団体の長は、法令に違反しない限りにおいて、その権限に属する事務に関し、規則を制定することができる」と定められている。

本件で問題となる漁業法第65条第1項及び第2項の「漁業調整に関する命令」及び水産資源保護法第4条第1項及び第2項の「水産動植物の採捕制限等に関する命令」の内容は、そもそも「義務を課し、又は権利を制限」する内容であるところことからすれば、本来、条例で定められるべき事項である。それにもかかわらず、地方分権一括法による地方自治法改正（2000年）後も、漁業法及び水産資源保護法において、「義務を課し、又は権利を制限」に関する長の規則制定事務が残存したことはいかにも奇異である。機関委任時代の残滓であるというほかない。しかも、自治事務と法定受託事務の事務区分にかかわって、ある事務を法定受託事務とする場合、個別の法律において、個別の事務権限について、個別的に列挙するところであるが、なぜか漁業法と水産資源保護法においては、「漁業調整に関する命令」及び「水産動植物の採捕制限等に関する命令」のうち規則制定事務を、まるごと第一号法定受託事務として定めている。極め

² 第2条第2項の事務とは、「地域における事務及びその他の事務で法律またはこれに基づく政令により処理することとされるもの」である。

て不可解であり、大半の行政法学者の批判があるところである。たとえば、元自治省事務次官・松本英昭氏の定評ある地方自治法の注釈書『新版 逐条地方自治法<第9次改訂版>』（学陽書房、2019年）においても、「法令の規定において、長が規則で定めることが規定されている場合は、長の専属的権限として規則で定めることは当然である」としながらも、しかし、「法令において第14条第2項に定める『義務を課し、権利を制限する』事項（権利制限・義務賦課行為）について、法令で条例以外の形式で定めることが規定されているもの（例えば、漁業法65条等）については、第14条第2項の趣旨からできるだけ条例で定めることとするよう見直すべきものと考えられる」（232頁）と明確に述べられている。このような法定受託事務の事務区分や、法定受託事務の運用がまかり通ることは、地方分権時代にふさわしくない。

5. 沖縄県漁業調整規則に基づく許可事務も法定受託事務か

それにもかかわらず、現行法においてこのような規定がいまだに改正されず残っている限り、憲法及び地方自治法の関連諸規定を手がかりにして、傾向的に地方自治を保障する方向での解釈が地方分権時代の自治的解釈として望ましいところである。そこで、本意見書でも、漁業法第65条第1項・第2項各号及び水産資源保護法第4条1項・第2項各号に係る規則制定事務が第一号法定受託事務であることを前提として、本件における水産資源保護法第4条第2項第1号と沖縄県漁業調整規則との関係について、条文に沿って具体的に検討する。なお、本来、漁業法と水産資源保護法の両方にわたって検討すべきところ、叙述の関係で、水産資源保護法に係る検討に限っている場合があるが、その場合も、関係条文こそ違おうが、論点は同じである。

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。この書きぶりからすると、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みえる。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。

係争委は、水産資源保護法第4条第2項に基づくところの、各号の事項に係る「制限又は禁止」を定める規則制定の事務はもとより、同規則に定められる許可事務も、第一号法定受託事務であると解している（係争委通知9頁）。それは断定的であるが、何らの根拠も示されていない。もし、このような解釈に従うとすれば、沖縄県漁業調整規則第33条第2項が特定の水産動植物の採捕を禁止することも、同第41条第1項が、「この規則のうち水産動植物の種類若しくは大きさ又は水産動植物の採捕の期間若しくは区域又は使用する漁具若しくは漁法について制限又は禁止に関する規定は、試験研究、教育実習又は増養殖用の種苗（種卵を含む。）の供給（自給を含む。）（以下、本条において、「試験研究等」という。）のための水産動植物の採捕について知事の許可を受けた者が行う当該試験等については、適用しない」として定め、この「知事の許可」事務の執行も法定受託事務の執行ということになる。

しかし、水産資源保護法第4条第2項第1号の規則委任を根拠に、水産資源の保護培養を目的として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は十分理解できるが、水産資源の保護培養を目的として、この水産動植物採捕に関する制限又は禁止の「解除」を法効果とする「知事の許可」も第一号法定受託事務ということになるのだろうか。ここには、水産資源保護法第4条第2項第1号の規則委任の範囲を超えているのではないかという疑問が生じるところである。

6. 国地方係争処理委員会の違法性審査の判断枠組みと具体の判断

係争委の違法性審査の判断枠組みと判断結果は、おおむね以下のとおりである。

係争委は、地方自治法第 245 条の 7 第 1 項の是正の指示の要件充足の有無を判断するにあたって、沖縄県漁業調整規則第 41 条第 1 項に基づくサンゴ類の特別採捕許可に係る沖縄県の事務が法定受託事務であり、国は、この沖縄県の当該事務の処理が法令の規定に違反している、すなわち違法と認めるとき、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は、是正の指示をすることができ、したがって、国の是正の指示がこれらの要件を満たしていないと認められる場合には、是正の指示は違法となる、という認識から出発する。

これを踏まえて、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。

そして、この裁量の適否は、通常、許可、不許可の処分について検討されるものであるが、不作為の場合であっても、許可すべき場合に判断を示さないときは、その点につき相当と認めるべき特段の事情がない限り、裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たるというべきである。

そこで、本件では、国が本件是正の指示の理由を、沖縄県知事が本件各申請について許可処分をしない事務の処理が漁業法第 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 号の規定に反し、裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たり、違法である、としていることから、「当委員会では、審査申出人が本件是正の指示の時点で本件各申請について許可処分をすべきであったにもかかわらずこれをせず、それが審査申出人の裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たるといえるかどうかを判断することになる。」としている。

係争委は、本件各申請が、特別採捕許可に係る審査基準、特に、その「必要性」と「妥当性」の審査基準を満たしていると判断すべきであったか否かを縷々審査した結果、各申請は沖縄県が定める審査基準の

全てを満たすにものであるという結論を得る。しかし、そこでもう一度、係争委は、「行政庁が裁量基準を定める場合、裁量基準と異なる取り扱いをすることは、そのような取り扱いをすることを相当と認めるべき特段の事情がない限り、裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たり、違法となるというべきである。」という一般論に立ち戻り、あらためて本件に当てはめて検討する。沖縄県知事は、本件是正の指示の時点まで、本件各申請に許否判断をしなかったことは、沖縄防衛局長が提出していた資料等を前提に許可すべき裁量基準に適合するか否かについて判断をすべきであったのに、本件各申請について許否の判断を示さなかったことを相当と認めるべき特段の事情は見当たらない、と判断する。

この係争委の結論は、沖縄県知事が、自らが定めた裁量基準である審査基準がありながら、これと異なる取り扱いをする特段の事情もなく、本件各申請の審査にあたって異なる取り扱いをしているところに、裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たる違法があるということになろう。しかし、この限りでは、沖縄県知事の許否判断の不作为に、沖縄県漁業調整規則に反する裁量権の行使に係る違法があるというにとどまってしまう。沖縄県漁業調整規則違反の違法は、国の是正の指示の要件である「法令違反」の要件を満たさないといった問題が生じる。そこで、沖縄県知事の沖縄県漁業調整規則に基づく特別採捕許可処分を裁量処分とし、この裁量権の行使の違法が、「法令違反」であることの根拠が問題となる。この点、係争委が、「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)との前提条件を前もって示していることが重要となる。これを本件についてみれば、たしかに沖縄県漁業調整規則第 41 条第 1 項はサンゴ類の特別採捕許可処分の権限を規定し、これを裁量処分としているが、そもそもこの規定は水産資源保護法第 4 条第 2 項第 1 号を「受けた」ものであり、ひとたび沖縄県知事の裁量処分が同規則に違反する違法が認められ

る場合には、直ちに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となり、水産資源保護法に違反する違法と評価されることになるという論理であろう。

係争委は、さらに、国のサンゴ類の避難措置として行うサンゴ類の移植を内容とする本件各申請を許可しないことは、そのような避難措置の実施を妨げることになり、漁業調整及び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の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号の趣旨・目的に反することにもなる。したがって、本件各申請について許可処分をしなかった審査申出人の事務処理は、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、と判断している。これは、沖縄県知事の水産資源保護法第4条第2項第1号の「趣旨・目的」違反の違法を問うものであり、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・濫用の違法を認めるものである。国が主張するサンゴ類の移植をサンゴ類の避難措置として認め、これに対して知事が本件各申請を許可しないことは、国の避難措置の実施を妨げることになり、このような知事各申請を許可しない行為は、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号の「趣旨・目的」に反することに「も」という表現をしているが、より直截的に知事事務処理における裁量権の範囲の逸脱・濫用論となっている。

もし、係争委が、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号の「趣旨・目的」に違反する裁量権の範囲の逸脱・濫用論をここまで展開するならば、もはや都道府県規則に、漁業調整及び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を定める必要性はなくなるのではないか。たとえば、農林水産省令に基づいて、水産動植物の採捕に関する制限又は禁止について一元的に規律することと変わらないのではないか。それでも、水産資源保護法第4条第2項第1号に基づき、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の権限を都道府県知事に付与したければ、水産動植物の採捕に関する制限又は禁止の要件は不明であるが、同法第4条第3項以下の罰則委任を活用して、とにかく「直罰制度」を定めることを規則に委任すれば足りるのではないか。

いずれにしても、係争委は、「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」とするところ、「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 号によって付与された裁量権」とあるが、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 号が付与したとされる裁量権とは、水産動植物の採捕に関する制限又は禁止の権限に係るどのような具体的裁量権で、どのような範囲のものであるのか、皆目理解できない。

これは結局、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。

もし、それでも係争委が自らの裁量権の範囲の逸脱・濫用論を維持しようとするならば、法の目的とその実現のために法が定めた制度や手段が、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にあるにもかかわらず、沖縄県知事が、②の「自治裁量権」に基づき、自らの判断で規則に独自に定めた「特別採捕許可制度」について、これが、①と同一の法の委任の範囲内で行われた知事の裁量権行使による規則制定であることを、漁業法第 65 条第 1 項・第 2 項及び水産資源保護法第 4 条第 2 項・第 2 項の規定ぶりの違いに基づき、個別的具体的に説明しなければならないのではないか。

もし、知事が、②の国法の規定にない「特別採捕許可制度」を規則で独自に定めることが、①と同一

の国法の委任に基づくものであり、かつ、その範囲内にあると、なおも解釈するとすれば、それは、国法秩序が、都道府県のところで一つの法秩序としては閉じられておらず、知事の規則制定において、国法の規定にはない「特別採捕許可」といった制度さえも許容する開かれた広範な裁量権が存在することを皮肉にも認めることになるのではないか（つまり、規則制定が法定受託事務とされながら、その法定受託事務の範囲をはるかに超えるような内容の規則制定が、事実上認められるという意味で「開かれてる」ことになる）。

もし、係争委が、この規則制定の段階で、国法に定めのない「特別採捕許可」の制度を許容するような、開かれた広範な裁量権を知事に付与することを認めるとすれば、これを適用する段階でも、都道府県独自の「特別採捕許可」に関する規則の適用といったかたちで、国法が閉じていない結果としての開かれた広範な「自治裁量権」を行使することが知事には可能となるはずである。

そうすると、規則で定められた許可事務の執行のような規則適用のレベルで、知事が裁量権行使の一つとして行った「特別採捕許可」に係る裁量権の不行使（不作為）について、もう一度、国法の閉じた法秩序の枠のなかに入れて、法の目的違反であるというための作業が必要となる。やや、抽象的な話になるが、国法がつくる法秩序を一旦開いて、その結果、独自に規則を定める裁量、そして、その規則を適用して事務処理する裁量を知事に与えていることからすれば、当該国法の目的実現のために設けられた手段ではないこの「特別採捕許可」が、どうして国法の目的である水産資源の保護培養に違反することになるのかについて、もっと厳密な説得力ある説明が不可欠であるということになるだろう。

仮にも、本件のように、地方公共団体に対する国（正しくは、各大臣）の「関与の違法性」、それに都道府県ないしは都道府県知事の自治権保障が絡むところの「自治裁量権」の範囲の逸脱又はその濫用を論ずる場合には、憲法が保障する地方自治の内容（具体的な自治権）と、それを具体化する実定法規範の規定内容に忠実に従った解釈が求められるところである。都道府県規則を、あたかも省令と同様の法規命令としかとらえず、自治立法権としての規則制定権の根拠や範囲といった、本来、考慮すべきことを考慮しない、もっといえば、憲法の地方自治保障を無視した解釈は、地方分権時代の解釈としては許されない。

7. 国の答弁書における違法性の主張

一方、国は答弁書においては、沖縄県知事の許可をしない行為には、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 号に反する違法があることに立証の大半を費やし、これが違法であるとするれば、「沖縄県が定めた本件規則 41 条 1 項の許可基準である本件審査基準を満たすか否かを逐一検討するまでもなく、違法であることが明らかである」とまで喝破する。沖縄県漁業調整規則違反については、「もっとも、原告の主張に鑑み」、「原告の裁量権の逸脱・濫用に当たり、違法であることを併せて主張する」（答弁書 116 頁）といった主張ぶりであり、係争委の周到な論理立てを正しく理解していない節がみられる。つまり、地方自治法第 245 条の 7 の是正の指示の要件に係る「法令違反」に係る熟慮不足の解釈が見て取れる。国の各申請に対して知事が許可しない行為の違法性に係る主要な部分を拾い上げてみると、おおむね以下のようなものである。

沖縄県知事の事務処理に当たっては、水産動植物の採捕の制限などを行うことができるとした漁業法第 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 号の規定の趣旨・目的にかなうものである必要があり、その趣旨・目的に反しての水産動植物の採捕に係る制限ないし禁止権限を行使することは、法の予定しないものであり、違法といわざるをえない。上記各法律が定める水産資源保護等の趣旨・目的に反して水産動植物の採捕の制限又は禁止に係る許可権限が行使された場合等には、第一号法定受託事務である特別採捕許可事務が適正に処理されるよう必要な指示をすることができる（地方自治法第 245 条の 7 第 1 項）。なぜなら漁業法第 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 号の規定に基づく都道府県漁業調整規則の制定及び同規則に基づく知事の許可事務等が含まれているからである。

国のサンゴ類の移植は、本件埋立工事によって死滅等することになるサンゴ類の移植を内容とするものであり、これらのサンゴ類を移植することは、本件埋立工事で環境保全措置の一環として予定されていたものであり、工事の影響を受ける現在の場所から避難措置として移植するものである。国のサンゴ類の移植のような水産資源保護に直接寄与する性格の移植目的の採捕を制限又は禁止することまで、法は当然に想定するものとはいえない。

上記各法律の条項は、水産動植物の採捕を含む公共用水面の利用は国民一般が自由になしうるものであ

るところ、水産資源の有効利用を図り、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の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ものである。そして、上記各条項は、制定される規則が水産資源保護等の上記各条項の目的に沿って制定されていれば足りるものではなく、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を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ものである。

規則に基づく知事の規制権限（許可権限）の行使は、上記各法律の各条項の目的である、漁業調整又は水産資源の保護培養のための必要性に基づいてなされるべきものであり、これらの目的のために必要でない採捕を制限又は禁止に係る規制権限（許可権限）の行使は、法が水産動植物の採捕の制限又は禁止に係る規制権限を知事に委ねた法の趣旨に反し、その権限ないし裁量を逸脱・濫用したものとして違法である。

沖縄県漁業調整規則第 41 条第 1 項に基づく知事の許可権限も、上記各法律の各条項が求める漁業調整又は水産資源の保護培養といった趣旨・目的に適合するように行使されなければならない、その許可に係る事務遂行が上記趣旨・目的に反してなされる場合には、当該事務遂行は、上記各法律が示す権限行使の基準に違背する裁量権の行使として、違法になる。

特別採捕許可申請は、その移植措置自体が水産資源保護という法の目的に直接寄与するものであって、申請に係る移植の具体的内容・方法等に、避難措置という移植の趣旨・目的に照らして明らかに不適当な点がない限り、これを許可すべきであって、そのような事情がないにもかかわらず、当該申請を許可しないことは、水産資源保護等のために必要な水産動植物の採捕の制限又は禁止を認めた漁業法第 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 号に反し、違法である。

サンゴ類の移植として行われる採捕行為は、それ自体が、水産資源保護のための行為そのものであって、水産資源保護を直接の目的とするものである。係る採捕を許可しないとすれば、水産資源保護に資する避

難措置（環境保全措置）の実施を妨げることとなり、水産動植物の採捕の制限や禁止を認めた法の趣旨・目的に明確に反するものであって、これを定める法律の規定に反し、違法である。

本件各申請を許可しない事務遂行は、漁業法 65 条 2 項 1 号及び水産資源保護法 4 条 2 項 1 号に反するものであり、そうである以上、本件各申請が、沖縄県が定めた本件規則第 41 条第 1 項の許可基準である本件審査基準を満たすか否かを逐一検討するまでもなく、違法であることは明らかである。

そうはいいながらも、最後に沖縄県漁業調整規則の審査基準の充足性について縷々検討している。あれこれの主張が続くが、裁量基準たる本件審査基準に従わない事務遂行が、常にその一事のみで当然に違法となるものではないとしても、裁量権の公正な行使の確保、平等取扱いの原則、処分相手方の信頼保護等といった要請からすれば、裁量基準と異なった判断をするには、それを正当化する合理的理由が必要であり、そのような合理的理由がない限り、裁量基準に従わない事務遂行は、裁量権の逸脱又は濫用に当たり、違法となると解すべきであるとして、本件では、裁量基準と異なった判断をするには、それを正当化する合理的理由がないので違法であると主張する。

以上、国は、国のサンゴ類の特別採捕許可申請行為が、水産資源保護法の趣旨・目的である水産資源の保護培養のための造礁サンゴ類の避難行為であるという前提で議論を展開する。簡単にいえば、サンゴ類の移植として行われる国の申請する採捕行為は、それ自体が、水産資源保護のための行為そのものであって、水産資源保護を直接の目的とするものであり、これを妨げる沖縄県知事の行為は違法であるということに尽きる。しかし、上述のように、沖縄県漁業調整規則第 41 条第 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。この「特別採捕許可」の目的は、国がいうような水産資源の保護培養を直接に目的とするものではなく、強いていえば、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」（水産資源保護法第 1 条）ためのものであるにすぎず、これをもって、直ちに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。国がと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。したがって、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。つまり、たしかに水産資源保護法第4条第1項が、単に特定の漁業等を禁止する事項を定めるだけでなく、その禁止を解除する許可制度を定めることまでを規則委任していると解される。ところで、水産資源保護法第4条第2項は、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に係る事項を定めることを規則委任することは定めていても、制限又は禁止を解除する目的での許可制度について定めることまでを規則に委任するところではない。換言すれば、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ことは、すでに述べたところである。

それにもかかわらず、この点をやや敷衍すれば、地方自治法第15条は、「普通地方公共団体の長は、法令に違反しない限りにおいて、その権限に属する事務に関し、規則を制定することができる」と定めるところ、このうち「その権限に属する事務」の範囲が画定されなければ、長は法律に基づく規則制定権の行使のしようがない。そこで、本件では、水産資源保護法第4条第2項各号は、係る長の規則制定権の範囲を画定する目的をもって、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り、たとえば同条同項1号の場合、「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。）」と定めているところである。しかし、この規定は、同条第1項の「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」といった規定ぶりとは大いに異なる。

すなわち、水産資源保護法第4条第1項と同第2項は、たしかに農林水産大臣の省令と都道府県知事の規則に、いわゆる「並行権限」ともいえる事務権限を付与しているようにみえるが、その授権の範囲は大いに異なる。水産資源保護法第4条第1項と同第2項との規定の違いは、それぞれの条項にかかる法の仕組みの違いを表している。たしかに、同法第4条第1項も同第2項も規則の制定事務を法定受託事務としている限りでは同じである。しかし、同第1項が想定する規則は、法律施行条例の呼称に倣えば、「法律施行規則」といってよいものである。しかし、同第2項は、単なる「法律施行規則」ではない。少なくとも、許可制度の制定に係る部分は、法律を施行するものではない。水産資源の保護培養のためとはいえ、水産動植物の採捕の制限と禁止といった住民に義務を課し、又は住民の権利を制限する内容の規制をするためには、本来、条例を定めるべきところであり、これに代わり特別に法律が定めることによって、特に規則に委任する仕組みであることを考えると、同第2項のように、許可制度を定めることについて具体的授権内容が示されない場合は、当該部分に係る内容について委任されたことにはならない。この内容について、規則が規定しているとしても、それは「自治規則」あるいは「自主規則」というべきところのものである。したがって、沖縄県漁業調整規則のすべての条項が、漁業法第65条第1項・第2項各号や水産資源保護法第4条第1項・第2項各号が定めるところの法定受託事務ではなく、同規則第1条に掲げられるところの、漁業法及び水産資源保護法その他漁業に関する法令とあいまって、沖縄県における水産資源の保護培養、漁業取締りその他漁業調整を図り、併せて漁業秩序の確立を期することの目的を実現するための「自治規則」の内容が含まれていることに留意しなければならない。

8. 結論

国の答弁書では、「水産動植物を含む公共水面の利用は国民一般が自由になしう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の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ものである。」と述べられている。これは、「立法技術上」とのエクスキューズはあるものの、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る場合の規制の内容は、具体的事情に応じ随時変更することを要することから、「規則」による規制に委ねることがより良い立法政策である判断されたことを明らかにしたものである。つまり、水産資源の保護培養のための水産動植物の採捕を制限又は禁止にかかる規制は、ひとり漁業法や水産資源保護法といった法律による規範的秩序で完結するものではなく、知事の「規則」による規範的秩序とあいまって行うことがより実効的であると考えられたのであろうと推測する。そして、この漁業法・水産資源保護法と沖縄県漁業調整規則を接合する規範的秩序を形成する法規範が地方自治法である。そこでは、その接合の道具あるいは制度として、国の関与のシステム、国地方係争処理委員会制度あるいは関与取消訴訟などが用意されている。もはやこのような地方自治あるいは自治権の実効的保護システムの存在を抜きにした個別の法の解釈論はあり得ないところまで進化している。本件は、その典型例を示すものである。

このような時代であるにもかかわらず、国は、このような地方自治あるいは自治権の実効的保護システムをまっとうに考慮することなく、都道府県知事の制定する法規命令である「規則」を、あたかも各省大臣が制定する法規命令である省令と同様の委任命令と考え、「規則」制定

事務を法定受託事務として定めた漁業法や水産資源保護法の直接の下位規範としての法規命令のごとく解釈・運用している。その結果、この法律の直接の下位規範としての法規命令であるかのごとく解されている「規則」違反の違法が、そのまま地方自治法における国の関与要件、本件では是正の指示の要件である「法令違反」として堂々と語られてしまっている。「規則」が定める個別具体の独自の事務処理制度まで、たとえば、本件における特別採捕許可のような制度までもが、あたかも国の委任命令のもとにあるように解され、この「規則」規定に違反した違法があれば、直ちに元の法律に違反する違法が生じるかのごとく解されてしまっている。

これでは、漁業法や水産資源保護法の規範的秩序だけが優先され、せつかく「地方分権改革」のもとで改正された地方自治法の規範的秩序が意味をなさなくなってしまうのではないか。両者の規範的秩序を接合させ、ここに憲法の地方自治の保障に基づく憲法規範的秩序をかぶせることで、たとえ漁業法や水産資源保護法が都道府県漁業調整規則の制定事務を法定受託事務と規定しているとしても、少なくとも自治立法権の行使の一つとしての規則が定めるところの個別具体の制度については、法律の具体的な規定（具体の事務権限の委任規定や授權規定）が存在しない限り、地方公共団体の長は、規則を本来自由に定めることができ、長の個別具体の制度およびその運用にかかる「自治裁量権」の範囲は、国の関与との関係では広いものであると考えなければならない。この文脈では、本来、規則に定められた個別具体の諸制度については、規則が定めるところの自治事務であると解すべきところであろうが、もし、それが困難であるというならば、せめてそれを補う自治的解釈が不可欠となる。すなわち、たとえ法律によって規則制定事務が法定受託事務であるとされたとしても、そして、当該規則で定められる個別具体の事務処理制度も法定受託事務であると解されたとしても、規則制定そのものが地方公共団体の事務として行われる限り、そこで規定される内容とその解釈・運用は、限りなく自治事務に近い内容とその解釈・運用で行わねばならない。なぜなら、そこでは、国レベルの法令による規範的秩序とは異なる、地方自治に固有の規範的秩序が生成し、発展しているとみなしなければならないからである。このことは、より自治立法権の性格が強い条例との関係ではもち

ろんのこと、たとえ長の規則ではあっても、憲法が保障するところの自治立法権である限り、同じことがいえる。憲法が保障する地方自治の実現には、条例と規則による地方自治の規範的秩序の生成・発展が不可欠なのである。

このような地方自治の保障、地方自治における規範的秩序の生成・発展の観点から、最後にもう一度繰り返すが、沖縄県漁業調整規則 41 条 1 項「この規則のうち水産動植物の種類若しくは大きさ又は水産動植物の採捕の期間若しくは区域又は使用する漁具若しくは漁法についての制限又は禁止に関する規定は、試験研究、教育実習又は増養殖用の種苗（種卵を含む。）の供給（自給を含む。）（以下本条において「試験研究等」という。）のための水産動植物の採捕について知事の許可を受けた者が行う当該試験研究等については、適用しない。」の趣旨・目的は、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ある。しかも、本件で専ら問題とされる水産資源保護法第 2 条第 2 項第 1 号は、都道府県知事に、「水産資源の保護培養のために必要があると認めるとき」、「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ることを委ねるとだけ書いているだけであり、同条第 1 項のように、「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」とまでは書かれていない。同一の法律のなかで、このように規定ぶりが異なるときは、異なる制度を定めたものと解さざるを得ず、水産資源保護法第 4 条第 1 項と同条第 2 項第 1 号は、そもそも省令や規則への委任の内容・範囲が異なるのである。すなわち、同法第 4 条第 1 項は、「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」と定めることで、省令や規則への許可制度の定めをおくことまでを委任しているが、他方、同条第 4 条第 2 項柱書と同条同項第 1 号は、単に「水産動植物の採捕に関する制限又は禁止」の内容規定を省令又は規則に委任しているだけである。この制限又は禁止にかかる解除の制度、たとえば特別採捕許可制度のような個別具体の法の仕組みを定めることまで委任しているわけではないのである。いわんや当該事務に係る事務処理の方法又は運用までどのようにするか

ついてまで委任する書きぶりにはなっていない。このように解釈することが、最近の行政法解釈方法論の通説的な見解とされる「法の仕組み解釈」にかなうものである。複雑な行政法学上の裁量統制論を駆使して、せっかく都道府県知事の規則によって生成しつつある地方自治の規範的秩序を壊すかのような解釈論は、地方分権時代に逆行する解釈である。

したがって、地方自治法第 245 条の 7 の「是正の指示」の関与主体である法定受託事務の所管大臣であっても、本件のような規則委任が問題となる場合、法の明確な規定による規則への個別具体の委任がない限り、当該法定受託事務の処理にかかわる関与は許されない。たとえ法定受託事務の処理において、制定された規則に違反する違法が認められる場合であっても、法定受託事務を定めた元の法律等の「法令違反」が直ちに認められるわけではない。いわんや、都道府県知事の定める規則について、又、規則に基づく許認可事務の執行について、個別具体的な是正の指示を行うことはできない。

本件についてみれば、漁業法 65 条 2 項 1 号及び水産資源保護法 4 条 2 項 1 号による規則への委任は、漁業調整及び水産資源の保護培養を目的とする水産動植物の採捕に関する制限及び禁止に限られており、この水産動植物の採捕に関する制限及び禁止を解除する特別採捕許可制度のごとき制度の設計及びその事務施行までは委任されていないところ、いかなる意味においても、漁業法 65 条 2 項 1 号及び水産資源保護法 4 条 2 項 1 号に係る沖縄県知事の裁量権の行使などに関する法律問題は生じない。

したがって、沖縄県知事の行為には、地方自治法第 245 条 7 の関与である是正の指示の発動要件たる「法令違反」は認められず、漁業法及び水産資源保護法に係る「法令違反」の問題も生じる余地はない。農林水産大臣の是正の指示は、地方自治法第 245 条の 7 の「法令違反」の要件を欠く違法な関与である。