

訴 状

令和5年8月17日

福岡高等裁判所那覇支部 御中

原告訴訟代理人

弁護士 加 藤 裕

弁護士 仲 西 孝 浩 代

弁護士 宮 國 英 男 代

原告指定代理人

沖繩県知事公室

| | | | | | | |
|---------------|---|---|---|---|---|---|
| 知事公室長 | 溜 | 政 | 仁 | 代 | | |
| 基地対策統括監 | 古 | 堅 | 圭 | 一 | 代 | |
| 辺野古新基地建設問題対策課 | | | | | | |
| 課長 | 松 | 堂 | 徳 | 明 | 代 | |
| 副参事 | 仲 | 宗 | 根 | 英 | 之 | |
| 班長 | 池 | 原 | 賢 | 治 | 代 | |
| 主査 | 野 | 原 | 康 | 寿 | 代 | |
| 主査 | 眞 | 境 | 名 | 悠 | 代 | |
| 主査 | 与 | 那 | 霸 | 克 | 弘 | 代 |
| 主任 | 嶺 | 井 | 康 | 太 | 郎 | 代 |
| 主任 | 上 | 原 | 祥 | 平 | 代 | |

沖繩県農林水産部

| | | | | | | |
|----------|---|---|---|---|---|---|
| 農林水産部長 | 前 | 門 | 尚 | 美 | 代 | |
| 農漁村基盤統括監 | 長 | 本 | 正 | 代 | | |
| 水産課 | | | | | | |
| 課長 | 平 | 安 | 名 | 盛 | 正 | 代 |
| 副参事 | 上 | 間 | 直 | 之 | 代 | |
| 班長 | 井 | 上 | 顯 | 代 | | |
| 主幹 | 紫 | 波 | 俊 | 介 | 代 | |
| 主査 | 柴 | 尾 | 秀 | 貴 | 代 | |

〒900-8570 沖縄県那覇市泉崎一丁目2番2号
原告 沖縄県知事 玉城 康裕

〒900-0014 沖縄県那覇市松尾2丁目17番34号
沖縄合同法律事務所（送達場所）
TEL 098-917-1088 FAX 098-917-1089
原告訴訟代理人 弁護士 加藤 裕

〒904-2153 沖縄県沖縄市美里6-25-16
カーサ・スペリオールⅢ202
弁護士法人ニライ総合法律事務所沖縄市支店
TEL 098-987-8892 FAX 098-987-8871
原告訴訟代理人 弁護士 仲西 孝浩

〒900-0025 沖縄県那覇市壺川3丁目5番6
与儀ビル2階
ゆあ法律事務所
TEL 098-834-9820 FAX 098-834-1010
原告訴訟代理人 弁護士 宮國 英男

〒100-8950 東京都千代田区霞が関一丁目2番1号
被告 農林水産大臣 野村 哲郎

地方自治法第 251 条の 5 に基づく違法な国の関与（是正の指示）の取消請求事件

| | |
|--------|------------|
| 訴訟物の価額 | 160 万円 |
| 貼用印紙額 | 1 万 3000 円 |

請求の趣旨

- 1 被告が沖縄県に対して、令和5年3月29日付け4水管第3986号をもって行った下記の地方自治法第245条の7第1項に基づく是正の指示を取り消す。
- 2 訴訟費用は、被告の負担とする。
との判決を求める。

記

沖縄防衛局から原告に対してなされた令和4年7月22日付け沖防第4697号及び第4698号にかかるサンゴ類の特別採捕許可申請について、文書到着の日の翌日から起算して7日以内に許可処分をすることを求める是正の指示

請求の原因

【目次】

| | | |
|-----|---|----|
| 第 1 | 本件の経緯 | 8 |
| 1 | 公有水面埋立承認出願から埋立変更承認申請に対する埋立変更不承認処分まで | 8 |
| 2 | サンゴ特別採捕許可申請をめぐる経過 | 11 |
| 3 | 国地方係争処理委員会への審査申出 | 12 |
| 第 2 | 本件是正の指示の違法—原告の主張の概要 | 13 |
| 第 3 | 本件埋立承認処分に基づく法的地位を前提に本件サンゴ類の採捕の必要性を判断すべきこと | 14 |
| 1 | 本件是正の指示の指摘する法令の規定 | 14 |
| 2 | 法令の規定違反はないこと | 15 |
| 3 | 国地方係争処理委員会の判断の誤り | 20 |
| 4 | 小括 | 36 |
| 第 4 | 本件国土交通大臣裁決の無効 | 37 |
| 1 | 「固有の資格」において受けた処分についての不適法な審査請求に対して裁決がなされたこと | 37 |
| 2 | 本件国土交通大臣裁決は国の関与権限を濫用したもので違法無効であること | 53 |
| 3 | 本件国土交通大臣裁決は国土交通大臣が審査請求人と一体をなす利害関係を有し審査庁たりえないにもかかわらずなされたもので違法無効であること | 64 |
| 4 | 小括 | 69 |
| 第 5 | 本件国土交通大臣指示は関与権限を濫用したもので違法無効であること | 69 |

| | | |
|-----------|--|-----------|
| 1 | 権限の連結と仕組みの濫用 | 69 |
| 2 | 本件国土交通大臣指示が違法であること | 74 |
| 第6 | 本件埋立変更不承認処分が適正に判断されたものであること ... | 82 |
| 1 | 本件埋立変更承認申請が承認要件を充足していないこと | 82 |
| 2 | 本件埋立変更不承認処分が適正に判断されたこと | 85 |
| 3 | 「適法に埋立ができる法的地位を付与されてしかるべき状況」にな いこと | 85 |
| 第7 | 本件是正の指示が権限の濫用であること | 86 |
| 1 | はじめに | 86 |
| 2 | 被告が本件埋立事業において関与してきた経緯 | 86 |
| 3 | 小括 | 90 |
| 第8 | 「明らかに公益を害しているとき」等にあたらないこと | 90 |
| 1 | 是正の指示の発動要件 | 90 |
| 2 | 本件各許可申請につき処分をなしていないことが、「著しく適正を 欠」き、「明らかに公益を害している」とはいえないこと | 92 |

第1 本件の経緯

1 公有水面埋立承認出願から埋立変更承認申請に対する埋立変更不承認処分まで

(1) 埋立承認処分

平成25年3月22日、沖縄防衛局は、沖縄県名護市辺野古の辺野古崎地区及びこれに隣接する水域等を埋立対象地とする普天間飛行場代替施設建設事業に係る公有水面埋立事業（本件埋立事業）の埋立承認に係る出願（本件埋立承認出願）を行った。

同年12月27日、仲井眞弘多沖縄県知事は、本件埋立承認出願について、埋立承認処分（本件埋立承認処分）を行った。

(2) 本件埋立承認処分の取消処分とこれに対する審査請求等

ア 翁長雄志沖縄県知事（翁長知事）は、平成27年10月13日付けで、本件埋立承認処分に瑕疵があるとして、本件埋立承認処分を職権で取り消す処分（平成27年職権取消処分）を行った。

平成27年職権取消処分について、国は、一方では、国土交通大臣に対して沖縄防衛局が行政不服審査法（行審法）に基づく審査請求（行政不服審査請求）等をし、他方で、国土交通大臣が法定受託事務の所管大臣の立場で地方自治法（地自法）に基づく関与を行い、争訟の結果を受けて、平成28年12月26日に、翁長知事は平成27年職権取消処分を取り消した。

イ 平成27年職権取消処分の取消し後、沖縄防衛局が本件埋立承認処分に付された附款である留意事項に違反して工事を強行し、また、本件埋立事業による埋立対象区域の地盤が本件埋立承認処分的前提とされた地盤とは全く相違する軟弱地盤であることが判明するなどの新たな事情が生じたため、翁長知事は、平成30年7月31日、沖縄防衛局長に対して、本件埋立承認処分の取消処分に

ついて聴聞を行う旨の通知をしたが、同年8月8日に翁長知事が死去し、同月17日、沖縄県知事職務代理者である富川盛武沖縄県副知事は、地自法153条2項により本件埋立承認処分の取消処分について謝花喜一郎沖縄県副知事に事務の委任をし、同月31日、同副知事は、当該事務の委任に基づき、本件埋立承認処分を職権で取り消す処分（平成30年職権取消処分）を行った。同年10月17日、沖縄防衛局は、国土交通大臣に対し、平成30年職権取消処分を取り消す裁決を求める行政不服審査請求及び同審査請求に対する裁決があるまで同処分の効力を停止することを求める執行停止申立てをした。国土交通大臣は、同月30日に執行停止申立てに対して執行停止決定をし、平成31年4月5日に平成30年職権取消処分を取り消す旨の裁決（平成31年裁決）を行った。

(3) 本件国土交通大臣指示に至る経緯

ア 本件埋立変更不承認処分に至る経緯

令和2年4月21日、沖縄防衛局は、原告に対して本件埋立事業につき埋立変更承認申請（本件埋立変更承認申請）をした。

令和3年11月25日、原告は、本件埋立変更承認申請について、公有水面埋立法（公水法）4条1項1号、同項2号所定の要件を充足していない、「埋立ての必要性が認められない」、「正当ノ事由」（公水法13条の2第1項）を充足していないとして、埋立変更不承認処分（本件埋立変更不承認処分）を行った。

イ 行政不服審査法に基づくと称した審査請求

令和3年12月7日、沖縄防衛局は、行審法2条及び地自法255条の2の規定に基づくものと称して、国土交通大臣に対し、本件埋立変更不承認処分を取り消す裁決を求め、行政不服審査請求（本件国土交通大臣に対する審査請求）をした。

令和4年4月8日、国土交通大臣は、本件国土交通大臣に対する審査請求について、本件埋立変更不承認処分を取り消すとの裁決（本件国土交通大臣裁決）を行った。

ウ 本件国土交通大臣指示に至る経緯

令和4年4月8日、国土交通大臣は、原告に対し、地自法245条の4第1項に基づき、同月20日までに本件埋立変更承認申請に対する承認処分をすることを勧告（本件国土交通大臣勧告）した。

原告は、同月20日、国土交通大臣に対し、本件国土交通大臣勧告について、本件国土交通大臣裁決の内容を精査した上で対応を検討する必要があることなどから、本件国土交通大臣勧告の期限までに判断を行うことはできない旨回答した。

国土交通大臣は、同月28日、原告に対し、本件埋立変更承認申請に対して承認処分を行わないことは法令の規定に反し、また、著しく適正を欠き、かつ、明らかに公益を害しているとして、地自法245条の7第1項に基づくものと称して、同年5月16日までに本件埋立変更承認申請について承認処分を行うよう求める是正の指示（本件国土交通大臣指示）を行った。

(4) 本件国土交通大臣裁決と本件国土交通大臣指示をめぐる係争

原告は、本件国土交通大臣裁決及び本件国土交通大臣指示はいずれも違法な国の関与であるとして、前者については令和4年8月12日に、後者については同月24日に、それらの取消しを求める訴訟を福岡高等裁判所那覇支部に提起した（同支部令和4年〔行ケ〕第2号及び第3号）。

同裁判所は、両訴訟につき、令和5年3月16日、原告の請求を却下ないし棄却したので、原告は同月23日、いずれについても上

告受理申立をなし、現在最高裁判所にて審理中である。

2 サンゴ特別採捕許可申請をめぐる経過

(1) JPKI 地区のサンゴ類について

ア 沖縄防衛局は、平成 31 年 4 月 26 日、本件埋立事業によって消失するサンゴ類のうち、JPK 地区に生息するサンゴ類について沖縄県漁業調整規則（本件規則）40 条 1 項に基づく特別採捕の許可申請をなし、続いて令和元年 7 月 22 日、同じく I 地区に生息するサンゴ類について同様に特別採捕の許可申請をした。

原告は、その時点において既に本件埋立承認処分に基づく設計の概要によっては本件埋立事業の実施が不可能であり、この点に関し平成 31 年裁決の有効性について係争中であったことから、その許可処分を留保していた。すると、被告は令和 2 年 2 月 28 日、原告に対し、地自法 245 条の 7 第 1 項に基づき、これらの許可処分をなすよう是正の指示を行った。原告は、当該是正の指示の取消しを求めて提訴したところ、福岡高等裁判所那覇支部は請求を棄却し、さらに令和 3 年 7 月 6 日、最高裁判所は原告の上告を棄却した。

イ これを受けて原告が令和 3 年 7 月 28 日、沖縄防衛局による JPKI 地区におけるサンゴ類の特別採捕許可処分をなした。

ところが、沖縄防衛局が許可条件に違反したことが確認されたため、同月 30 日、原告は当該許可処分を取り消した。これに対して、沖縄防衛局は直ちに行政不服審査請求を行い、被告は、同年 8 月 5 日、原告による取消処分の執行停止決定を行い、沖縄防衛局はサンゴ類の採捕を再開した。

被告は、令和 3 年 12 月 28 日、沖縄防衛局の行政不服審査請求につき、JPK 地区については原告の取消処分を取り消し、I 地区

については移植が終了したために却下の裁決をなした。

(2) DEHN 地区の小型サンゴ類及びショウガサンゴ並びに大型サンゴ類について

沖縄防衛局は、令和4年7月22日、本件埋立事業によって消失するサンゴ類のうち、DEHN 地区に生息するサンゴ類及びショウガサンゴ並びに大型サンゴ類（本件サンゴ類）について本件規則40条1項に基づく2件の特別採捕の許可申請（本件各許可申請）を行った。

原告は、令和4年9月5日、本件各許可申請について、沖縄防衛局は本件埋立承認処分に基づく工事を適法に実施しうる立場にしかなく、その設計の概要に記載のない地盤改良工事を行わなければ工事ができないことから、本件各許可申請の内容に必要性が認められないという理由で不許可とする処分（本件各不許可処分）を行った。

沖縄防衛局は同処分に対して行政不服審査請求をなしたところ、被告は、令和4年12月16日、同処分を取り消す裁決（本件裁決）を行った。

被告はさらに、令和5年3月29日、原告に対し、本件各許可申請を許可するよう是正の指示（本件是正の指示）を行った。

3 国地方係争処理委員会への審査申出

原告は、令和5年5月1日、地自法250条の13第1項に基づき、国地方係争処理委員会に対し、被告は本件是正の指示を取り消すべきであるとの勧告を求める審査申出をしたところ、国地方係争処理委員会は、同年7月14日付けで、本件是正の指示が違法でないとするとの審査結果の通知（国地委第40号。本件通知）を發し、原告は本件通知を同月18日に受領した。

第2 本件是正の指示の違法—原告の主張の概要

本件是正の指示は、「貴県知事がした本件変更不承認処分は、国土交通大臣によって違法かつ不当なものであるとして取り消すとの裁決がされているうえ、貴県は、国土交通大臣から、本件変更承認申請を承認するよう本件変更承認指示を受けているのであるから、これに従い、本件変更承認申請を承認する事務処理をすべき義務を負っている。」「沖縄防衛局は、本件変更承認申請に対する承認を得て適法に埋立てができる法的地位を付与されてしかるべき状況にある」として、本件各許可申請における本件サンゴ類の採捕の必要性を認めている（本件是正の指示の理由第2）。

しかし、本件各許可申請におけるサンゴ類特別採捕の必要性があるとした判断は、以下の点から誤っており、原告が本件各許可申請に対して許可処分をしていないことに、法令違反はない。

- ① 沖縄防衛局は本件埋立承認処分に基づいて本件埋立事業をなしうる地位を有しているにとどまり、当該地位に基づいて同事業を完遂する状況にないことから、同事業のために本件サンゴ類を移植する必要性が認められないのは当然である（本書面第3）。
- ② 本件国土交通大臣裁決は、沖縄防衛局が「固有の資格」において受けた処分についての不適法な審査請求（行審法7条2項）に対してなされた不適法な裁決であり（本書面第4の1）、また、国土交通大臣の関与権限を濫用した裁決であって（本書面第4の2）、さらに、国土交通大臣が審査庁たりえないにもかかわらずなされた裁決であり（本書面第4の3）、違法無効である。よって、本件埋立変更承認申請に対する承認処分がなされることを前提として必要性を判断すべきではない。
- ③ 本件国土交通大臣指示は、国土交通大臣の関与権限を濫用した指示

であって、違法無効である（本書面第5）。よって、同指示にもとづいて本件埋立変更承認申請に対する承認処分がなされることを前提として必要性を判断すべきではない。

- ④ 本件埋立変更不承認処分は、承認処分のための要件を充足してないとしてなされたものであり、その判断は適正になされたものである。よって、沖縄防衛局は、「本件変更承認申請に対して承認を得て適法に埋立てができる法的地位を付与されてしかるべき状況」にはない（本書面第6）。

また、本件是正の指示は、被告の関与権限を濫用した指示であって、それ自体違法無効である（本書面第7）。

さらに、以上の事実に加え、サンゴ類の採捕による移植が当該海域に不可逆的な環境変化をもたらすこと等の事情をふまえば、本件各許可申請について許可処分をしていないことが「明らかに公益を害している」とは到底いえない（本書面第8）。

本書面では、これらの理由について詳述する。

第3 本件埋立承認処分に基づく法的地位を前提に本件サンゴ類の採捕の必要性を判断すべきこと

1 本件是正の指示の指摘する法令の規定

被告は、本件是正の指示は、原告の法定受託事務の処理が地自法 245 条の7 第1 項所定の法令の規定に違反していることを、その発出の根拠としているが、次に述べるとおりその理由がない。

被告が法令の規定に違反するところの「法令」は、漁業法 119 条2 項1 号であるところ、同号では都道府県知事が水産動植物の採捕の制限又は禁止に関して必要な規則を定めることができるとされ、沖縄県知事は、同規定をもとに本件規則（34 条2 項及び 40 条1 項）を

制定している。

被告は、本件規則が沖縄県の水産資源の保護培養及び漁業調整を図ること等を目的としている（本件規則1条）ところ、本件各許可申請は、本件埋立事業によって死滅することとなるサンゴ類を避難させて、その保護・保全に努めようとするものであり、原告がこれに対して許可処分をしないことは、本件規則40条1項に違反するとともに、漁業法119条2項1号にも違反するとする。

2 法令の規定違反はないこと

本件各許可申請については、現時点で避難措置としてのサンゴの移植は必要ではない。本件埋立事業の実施によって死滅することとなるサンゴを移植することによってその避難措置を図るという行為は本件埋立承認処分時に予定されているところ、それは本件埋立事業が実施され、それによって埋立海域のサンゴが死滅することが避けられない状況にある場合であることが前提となるが、次に述べるとおり、本件各許可申請はいまだそのような状況にはない。

(1) 本件埋立変更承認申請に対する承認処分はいまだ行われていないこと

現時点において、本件埋立変更承認申請に対する承認処分はいまだ行われていない。このような段階において、本件各許可申請の内容の必要性について判断をするのであれば、本件埋立承認処分に基づく法的地位を前提に判断されるべきである。

本件埋立承認処分に基づく沖縄防衛局の法的地位は、本件埋立承認処分時の設計概要説明書に基づく埋立工事を実施しうる地位に止まるのみで、それ以上に、本件埋立変更承認申請において提出された設計概要説明書に基づいて埋立工事を遂行しうる地位にはない。

ところで、本件埋立承認処分時の設計概要説明書による埋立工事

が遂行できないことは、本件各許可申請時点で自明となっている。

そして、本件各許可申請の対象となっている本件サンゴ類は、そのほとんどが名護市辺野古崎に隣接する大浦湾側の本件埋立変更承認申請の設計概要変更の対象地域に生息するものである。

沖縄防衛局は、現に存するところの本件埋立承認処分のみに基づけば本件埋立事業を遂行することができないのであるから、本件埋立変更承認申請が承認されていない時点では、本件埋立事業の遂行に伴う避難措置としてのサンゴの移植が必要なものと判断出来る状況ではない。すなわち、本件埋立変更承認申請に対する承認処分がない状態では、明らかにサンゴの移植の必要性は認められない。

(2) 「法的地位を付与されてしかるべき状況」にもないこと

本件是正の指示は、本件埋立変更承認申請がいまだ承認されていないことを認めながらも、「沖縄防衛局は、本件変更承認申請に対する承認を得て適法に埋立てができる法的地位を付与されてしかるべき状況にある」としているものである。そして、沖縄防衛局が「法的地位を付与されてしかるべき状況にある」としているのは、本件是正の指示によれば次の理由による。

- ① 本件埋立変更不承認処分は、違法かつ不当なものであるとして取り消すとの本件国土交通大臣裁決がなされていること。
- ② 原告は国土交通大臣から本件国土交通大臣指示を受けていること。
- ③ これに従い、原告は本件埋立変更承認申請を承認する事務処理をすべき義務を負っていること。

しかしながら、①及び②については、原告が国土交通大臣を相手に、その取り消しを求めて訴えを提起し、それが現在、最高裁判所に審理中（①については最高裁判所令和5年〔行ノ〕第1号、②に

については令和5年〔行ノ〕第2号)であり、もとより最高裁判所の判決の如何によっては、①の本件国土交通大臣裁決及び②の本件国土交通大臣指示が違法なものとして取り消され、あるいは無効とされることになる。そうすると、本件是正の指示がいうところの「法的地位を付与されてしかるべき状況」なるものは、その前提が否定される。

このように、最高裁判所の判決の如何によっては根拠を失うことも予想されるのであるから、「法的地位を付与されてしかるべき状況」という事実状態はないというべきである。

- (3) 「法的地位を付与されてしかるべき状況」を根拠に本件各許可申請を判断することはできないこと

本件是正の指示は、前述したように、沖縄防衛局が「法的地位を付与されてしかるべき状況にある」ことを根拠に行ったものであるが、「法的地位を付与されてしかるべき状況にある」という状態は、一定の状況に対して被告による価値判断を加えられた評価に過ぎないものであって、何ら法的な権限を付与された状態を指すものではない。いわば、被告自身による「見込み」に過ぎない。「法的地位を付与されてしかるべき状況」は、法的地位があることとは異なるものである。「しかるべき状況にある」ことをもって、その法的地位があるのと同等の判断をすることは到底できない。

現実には、「法的地位」が与えられていないのに、その見込みをもって、本件各許可申請に対する許可を得ることができるというのは、法的根拠に欠けるものである。

- (4) 行審法 52 条 1 項及び 2 項について

本件是正の指示は、原告が本件各許可申請に対する許可処分をしないことが、「本件裁決の拘束力に反するもの」とであると指摘して、

行審法 52 条 1 項及び 2 項に違反すると述べる。

行審法 52 条 1 項は、「裁決は、関係行政庁を拘束する。」と規定し、同条 2 項は、「処分庁は、裁決の趣旨に従い、改めて申請に対する処分をしなければならない。」と規定する。しかし、これらの規定は、裁決が有効である場合、同一の事実関係の下、同一の理由で同一の処分を反復できない、ということを示し、また、原処分が申請拒否処分ときは、違法又は不当とされた実体的理由又は手続によらないで処分をやり直さなければならないという効力をもつにとどまる。本件においては、後に述べるとおり、本件裁決がサンゴ類特別採捕の必要性があると判断する前提となった本件国土交通大臣裁決等が無効なものであって、これらに基づいてなされた本件裁決自体無効というべきであるから、その行審法上の拘束力は何ら生じていない。また、本件裁決が仮に有効であるとしても、原告が処分を行わないことが本件裁決の拘束力に違反するという事実もなく、原告には、本件各許可申請について、「改めて申請に対する処分」をすするため合理的な審査を行うことやそれに要する時間が認められているのである。特に本件サンゴ類の採捕のような場合は、いったん許可処分をなしてサンゴ類の移植が実施されたときには当該海域の環境に不可逆的な影響を与えるものであるから、裁判所で審理中の事案については、裁判所の判決を待つことなく処分をしてしまうと、後に判決で裁決が取り消された場合には取り返しのつかない事態を招来することとなる。

したがって、本件国土交通大臣裁決のように、その効力を問う訴訟が審理中の事件がある場合は裁判所の判決があるまでの間、「改めて申請に対する処分」を行わないことも当然許されるものである。

(5) 本件国土交通大臣指示の法的拘束力について

本件是正の指示では、「是正の指示は取消権限のある者によって取り消されるまでは有効に存在し、指示を受けた都道府県に対して法的拘束力を有する」と指摘している。

しかし、ここでいう「法的拘束力」が何を指すのか不明なところ、是正の指示の権力性は、一般的な行政処分の権力性とは異なり、それ自体の自力執行力は否定されている（村上順他『新基本法コンメンタール地方自治法』388頁）。つまり、制度としては、地方公共団体は、国地方係争処理委員会への審査申出をすることができる一方で、申出をせずにこれに従わないことも可能であり、最終的には関与取消訴訟、あるいは不作為違法確認訴訟により司法判断がなされることが予定されているもので、是正の指示の内容の適法性（逆に言えば、地方公共団体の法定受託事務の処理の違法性）について、実質的に確定していることにはならない。

また、ここで指摘されている本件国土交通大臣指示自体、後述のとおり違法無効であって、本件是正の指示がいう「法的拘束力」は生じていないものである。

さらには、現在、本件国土交通大臣指示そのものの適法性が裁判所で争われているのであり、仮に判決を待たずに、当該指示に従って、本件埋立変更承認申請に対する承認処分をしてしまった後に、判決によって本件国土交通大臣指示が取り消されると、本件埋立変更承認申請に対する承認処分は違法無効な是正の指示によってなされたものになってしまう。

かかる事態を招来しないためにも、特に本件国土交通大臣指示のように是正の指示そのものの適法性が裁判所で争われている場合は、その判断を待った上で、判決が示された後、改めて処分をするかどうかを検討されるべきであり、当然原告には、その裁量が与えられ

ている。

(6) 標準処理期間について

本件是正の指示は、原告が定める標準処理期間（45日）を経過していることを問題とするが、すでに述べたように、そもそも、現時点において沖縄防衛局が本件埋立事業を遂行することができないのは明らかであるから、本件サンゴ類の避難措置が必要とされる状況でないこともまた明らかである。したがって、このような場合、標準処理期間を超えたとしても、本件各許可申請に対する許可処分をする必要性そのものが否定されているのであるから、標準処理期間の超過という非難は当たらない。

3 国地方係争処理委員会の判断の誤り

(1) 国地方係争処理委員会の判断の要旨

国地方係争処理委員会は、本件裁決が有効であることを前提に（本件通知中第3、1）、本件各許可申請の必要性について、裁決に公定力があることから、取消権限のある者によって取り消されるまでは何人もその効果を否定することはできないところ、本件裁決が原告を拘束し（行審法52条1項）、原告は本件裁決が前提としたのと同じ事実関係の下で、本件裁決で違法かつ不当とされたのと同じ理由により本件各許可申請について再度不許可処分をすることはできなくなったとする（本件通知中第3、2）。

そして、原告が、裁決の拘束力が主張制限を内容とせず、あるいは関与に係る争訟の手續における主張制限を生じさせないと主張していたのに対して、裁決の公定力を根拠に、本件裁決によって違法又は不当とされたのと同じ理由をもって本件各許可申請に係る許可処分をしない事務処理を適法であると主張することは、実質的には本件裁決が違法であると主張するものにほかならず、そのような

主張を国地方係争処理委員会が審査し判断することは、公定力に反するとした。

また、原告が最高裁平成 21 年 12 月 17 日判決・民集 63 卷 10 号 2631 頁（平成 21 年最高裁判決）を引用して、国地方係争処理委員会の審査において本件裁決の違法性を争うことが許されるべきである旨の主張をしたのに対して、同判決と本件とは事案を異にするとして排斥した。

以上の国地方係争処理委員会の判断は、以下のとおり誤りである。

(2) 公定力について

本件通知は、本件裁決によって違法又は不当とされたのと同じの理由をもって本件各許可申請に係る許可処分をしない事務処理を適法であると主張することは、実質的には本件裁決が違法であると主張するもので、そのような主張を国地方係争処理委員会が審査し判断することが公定力に反するという。

しかし、公定力は行政行為の法効果に関係したものであるから、法効果を攻撃しない限り、当該行政行為の違法・適法が取消訴訟以外の訴訟で問題となっても、公定力には抵触しない（塩野宏『行政法 I [第六版] 行政法総論』163 頁）。

例えば、裁決後の裁決に従った再処分を公権力の行使とする国家賠償請求において、裁判所が裁決や再処分の違法性を審査・判断しても、裁決や再処分の効力を失わせることにはならず、公定力に反することはない。

これは、国家賠償請求訴訟における違法性の審査・判断は、行政行為の効果それ自体とは関係がないからで、違法性の審査・判断をすることが、その法効果への攻撃になるわけではない。

本件通知の判断は、要するに、国地方係争処理委員会（あるいは

裁判所)が拘束力に反する事務処理の適法性の審査・判断をすると、本件裁決の拘束力を失わせることになってしまうため、なしえないという趣旨なのであろう。

つまり、ここでは公定力における裁決の「法効果」と拘束力が同視され、さらに、裁決の違法性の審査・判断（あるいは裁決後の再処分を指示する関与の違法性の審査・判断）が、裁決の法効果への攻撃と同視されているのだが、概念を二重に混同しているとしか言いようがない。

もとより、拘束力は国地方係争処理委員会や裁判所を名宛人としていないから、国地方係争処理委員会や裁判所が拘束されるいわれはない。

そして、拘束力は実質的確定力や判決の既判力とは異なるし、裁決は実質的確定力や既判力を持たないので、本件各許可申請に対して許可処分を行わないという事務の適法性（つまり、本件是正の指示の内容であり、逆に言えば適法性）については、何ら確定していない。

したがって、国地方係争処理委員会や裁判所が本件各許可申請に対して許可処分を行わないという事務の適法性を審査・判断することは、裁決の拘束力によって何ら妨げられることはないし、仮に裁決の違法性の審査・判断をしたとしても、裁決の効力を失わせることにもならない。

ましてや、本件で直接問題となっているのは、裁決の違法性そのものではなく、本件是正の指示の違法性、言い換えれば、本件各許可申請に対して許可処分を行わないという事務の適法性であって、なおさら裁決の公定力とは無関係である。

公定力を根拠として国地方係争処理委員会や裁判所の審査範囲を

限定することには根拠がない。

結局、本件における問題は、拘束力を理由として別手続における主張制限をもたらすものと言えるかどうか、ということに尽きている。

裁決の拘束力の作用は、条文上は、裁決が有効である場合、同一の事実関係の下、同一の理由で同一の処分を反復できず、原処分が申請拒否処分ときは、違法又は不当とされた実体的理由又は手続によらないで処分をやり直さなければならないということを内容とするにとどまっており、そもそも一般論として、他の手続における主張制限を内容とするものではない（別事件の意見書であるが、甲28号証参照）。

仮に、主張制限をもたらしようとしても、少なくとも本件の関与に係る争訟においては、以下で述べるとおり、主張制限をもたらすものではない。

すなわち、第一に、裁決の拘束力は取消裁決のやり直し過程を規律する効力であるところ、制度の趣旨目的を異にし、地方自治の本旨に適合的に解釈されるべき関与に係る争訟には及ばない。

第二に、仮に、及ぶ余地があるとしても、その場合、いわゆる違法性の承継により本件の関与に係る争訟において裁決の違法性が審理される関係にある。

第三に、本件においては行政権限の濫用として、裁決の違法性が審査される。

なお、仮に処分庁ないし処分庁が所属する行政主体の主張制限をもたらすものとしても、是正の指示の適法性（言い換えれば、本件各許可申請に対して許可処分を行わないという事務の適法性）の審査・判断に際しては、裁判所（国地方係争処理委員会）は当事者の

主張に拘束されずに法解釈をするのだから、そもそも拘束力により本件是正の指示にかかる争訟に結論を出すことはできない（後述する福岡高等裁判所那覇支部令和4年〔行ケ〕第3号令和5年3月16日判決（令和5年福岡高裁那覇支部判決）も同様の指摘をしている）。

(3) 前提となる地方自治の本旨と地方分権改革の趣旨、地自法の解釈原理について

憲法92条は、「地方公共団体の組織及び運営に関する事項は、地方自治の本旨に基いて、法律でこれを定める。」と規定し、地自法は、地方公共団体に関する法令の規定を地方自治の本旨に基づいて、国と地方公共団体の適切な役割分担を踏まえて解釈することを要求する（地自法2条12項）。

地方公共団体の「行政を執行する権能」は、憲法94条により保障されたもので、内閣の下にはないとされ（平成8年12月6日衆議院予算委員会内閣法制局長官答弁）、したがって、国の行政権が地方公共団体の行政執行権を制約するものとして単独で登場することは許されないこととなる（小早川光郎「地方分権改革—行政法的考察—」公法研究62号166頁）。

このような地方自治の本旨に沿う制度とするため、地自法の平成11年改正（いわゆる地方分権改革）は、従来上級下級の関係にあった国と地方公共団体の関係を対等化した。

住民による選挙で選ばれた（つまり、国会及び内閣とは異なる民主的正統性を持つ）地方公共団体の長を国の下部機関とみていた機関委任事務は廃止されるとともに、国が地方公共団体に対してなしうる関与は、法定され（地自法245条の2）、必要な最小限度のもので、地方公共団体の自主性及び自立性に配慮しなければならないとされるとともに（地自法245条の3）、対等な関係の両者の間の

紛争を公平・中立に解決するための制度が必要となったため、公平・中立的立場にある第三者機関としての国地方係争処理委員会による審査制度（地自法 250 条の 13 以下）が設けられ、さらに、行政内部での係争の解決が図られない場合に備えた訴訟手続（地自法 251 条の 5、251 条の 7）が設けられ、関与の適法性が担保されることとなった（平成 8 年 3 月 29 日付け地方分権推進委員会中間報告第 2 章、平成 9 年 10 月 9 日付け地方分権推進委員会第 4 次勧告第 3 章参照）。

そして、国と地方公共団体の役割分担が整理され（地自法 1 条の 2）、国の立法、解釈の原則（地自法 2 条 11 項、12 項）が定められた（平成 8 年 3 月 29 日付け地方分権推進委員会中間報告第 2 章参照）。

地自法 245 条、245 の 7、255 条の 2、あるいは地自法 255 条の 2 に係る行審法の規定等を含めて、「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て、これを解釈し、及び運用するようにしなければならない」とされている（地自法 2 条 12 項）。

地自法 255 条の 2 の制度は、地方自治の本旨に適合的とはいえず、立法論としては見直しが必要であるとされるが、処分庁とは異なる行政機関による私人の権利利益の簡易迅速かつ公平な手続による救済を重視して、地方分権改革に際しても存置されたものである（佐藤文敏『地方分権一括法の成立と地方自治法の改正（三）』自治研究 76 巻 2 号 98 頁、石森久広『法定受託事務に係る審査請求』『ジュリスト増刊新しい地方自治・地方分権』94 頁、芝池義一『地方自治法改正法案の検討』法律時報 71 巻 8 号 82 頁、塩野宏『行政法Ⅲ（第 5 版）』270 頁等）。

- (4) 裁決の拘束力が制度趣旨目的を異にする関与に係る争訟に及ばないこと

行政不服審査請求制度は、一義的には国民の権利利益の簡易迅速な救済を目的とする制度であり（行審法 1 条 1 項：なお、塩野宏『行政法Ⅱ〔第六版〕行政救済法』17 頁）、当事者の申立てを待って（行審法 2 条）、争訟を裁断する受動的な作用である。

また、基本的には、上級下級関係を前提とした制度で（行審法 4 条参照）、一般的指揮監督権限を有する上級庁や元々権限を有する処分庁以外の行政庁が審査庁の場合には、審査庁自ら原処分を変更することは許されず、また、申請に対して一定の処分をすべき旨を命じ、あるいは一定の処分をすることはできないとされている（行審法 46 条 1 項、2 項、49 条 3 項）。

一方、地自法上の関与は、地方公共団体の事務の処理に関して、全国的な統一性、広域的な調整、行政事務の適正な執行の確保を図る等の行政目的（松本英昭『新版逐条地方自治法 第 9 次改訂版』1134 頁）を実現するための制度であり、処分の名宛人たる私人の権利利益救済の要請は働かない。

私人に関与の申立権はなく、私人の申立てを待たずに発動される積極的な作用であり、私人は同手続上、何らの地位も占めることはない（仮に、当該関与の結果として利益、不利益を受ける私人がいても、手続そのものに関係することはないし、関与訴訟の判決効は私人には及ばない）。

関与に係る争訟は、上述のとおり、地方分権改革により対等な関係となった統治主体同士の法定受託事務の処理の適法性・適正性を巡る紛争を解決する制度であり、最終的には関与の適法性を担保するために、地方公共団体に提訴を認めた制度である。

これは、上述のとおり、憲法上、国の行政権が単独で地方公共団体の行政執行権を制約することはできないところ、法定受託事務の処理、あるいは関与が立法者の定めたルールに従っていることを担保するための制度といえる。

以上から明らかなおおりに、関与、あるいは関与に係る争訟の制度は、処分（法定受託事務の処理）の適法性・適正性が実体法上は確保されていなくとも、私人が救済されればよい、というような制度としては構築されていない（というより、私人の救済はそもそも制度の目的外である）。

三面関係の処分の場合を想定してみれば、この手続でいずれかの私人の救済を処分の適法性・適正性に優先させることの、地自法における関与に関する法制度としての合理性の欠如は明らかである。

仮に、本件是正の指示でなされているように、裁決と是正の指示を連結させることで、裁決の理由中の判断を是正の指示の要件判断に代替し、裁決の拘束力の効果として是正の指示についての関与に係る争訟における主張制限を生じさせるものとするれば、行審法から見れば、上級行政庁以外の審査庁、すなわち 255 条の 2 により審査庁となる法令所管大臣に行審法の明文を超えて指揮監督権限（行審法 46 条 2 項 1 号）を付与するに等しく、地自法から見れば、適法性が担保されない是正の指示を認めるに等しい。

行審法の行政不服審査請求制度と地自法の関与制度は、異なる目的、趣旨で設けられた制度であって、それぞれの制度が、このような形での連結を予定していないことは明らかである。

さらに指摘するならば、そもそも、行政不服審査制度は、国民の裁判を受ける権利に対応する制度ではなく、憲法上要請される権利救済制度ではない。

行審法が想定する原則としての権利救済は、同一行政主体内の同一又は異なる行政機関（処分庁とは異なる最上級行政庁）あるいは、異なる手続による（処分等に関与した機関以外の審理員や行政不服審査会が関与する手続による）判断のやり直しに過ぎず、基本的な制度としてはそれで十分な公正性が担保されているものと考えられているところ、地自法 255 条の 2 に基づく審査請求の場面において、殊更国という第三者（異なる行政主体）の判断を要求し、「より公正な判断がされることに対する処分の相手方の期待」の保護を図る必要性は、少なくとも審理員制度等が導入された現行行審法下においては、そもそも極めて薄い¹。

このような極めて薄い地自法 255 条の 2 の必要性を根拠として、私人の権利救済と無関係なものとして制度構築されている関与や、関与に係る争訟の制度において、是正の指示の適法性（言い換えれば、法定受託事務の処理たる処分の適法性）の担保を放棄してまで、私人（審査請求人）を保護することは、到底、地方自治の本旨と適合的な解釈とは言えない。

また、このように解しても、審査請求人は、裁決等を受けた後に、自ら不作為違法確認訴訟や処分の義務付け訴訟を提起することができるし、是正の指示や関与に係る争訟の効力が及ぶこともない以上、審査請求人の地位を何ら変動させることもない。

¹ この点、山本隆司「行政不服審査法改正後の裁定的関与の現状と課題」北村喜宣他『自治体政策法務の理論と課題別実践－鈴木庸夫先生古稀記念』404 頁は、行審法改正により審理員制度が導入された後においては、私人の権利利益の救済は、裁定的関与の一律の存続の理由にはなりえないとし、裁定的関与を支える理由としては事務の適正処理確保の必要性となるとした上で、このような必要性は地方公共団体の出訴を否定する論拠にはならず、少なくとも立法論として出訴規定を設ける必要がある旨指摘している。

審査請求人の地位が間接的に不安定になることがあるとしても（仮に是正の指示が取り消され、取消判決の拘束力が関与庁に及ぶ結果として、不整合処分として裁決等を取り消さざるを得なくなることがあったとしても）、そもそも関与自体が審査請求人の権利利益の救済のための制度ではなく、関与に係る争訟の判決効も及ばないのだから、単なる反射的な期待に過ぎず（しかも、上述のとおり、このような期待は、少なくとも行審法改正後の現時点においては、極めて薄い立法事実しか持たない）、考慮されるべきものではない。

この点、本件国土交通大臣指示について福岡高等裁判所那覇支部令和4年〔行ケ〕第3号令和5年3月16日判決（令和5年福岡高裁那覇支部判決）は、上述と概ね同趣旨を述べて、関与訴訟における裁決の拘束力による主張制限を否定している。

すなわち、行審法52条の拘束力が他の係争にいかなる作用を及ぼすかは、係争の内容に応じて検討されるとした上で、「是正の指示と裁決とでは、それぞれの制度に違いに即して、内容及び法的効果を異にする上、是正の指示については、裁決とは異なり、都道府県知事が所管大臣を相手方として関与取消訴訟を提起することが許容されており、同訴訟においては、処分庁と所管大臣との間の法律関係に関し、行審法上の争訟手続とは独立して、司法審査が行われることが予定されていることに照らすと（中略）行審法52条が規定している裁決の拘束力を、（中略）関与取消訴訟にまで及ぼし、是正の指示の適法性に関する都道府県知事の主張の内容を制限することは、十分な根拠を欠いている」とし、関与取消訴訟において、「審査請求の手続では行政庁として主張していた処分適法理由を主張して、是正の指示の適法性を争うことは、本件裁決の拘束力に反するとはいえない」としている（同判決58頁から63頁）。

また、裁決の拘束力による主張制限をいう被告の主張と同様の主張について、「制度及び法律関係の違いを適切に考慮せず、行審法が定める審査請求手続における裁決の拘束力の作用を拡張し、地方自治法により認められた関与取消訴訟の制度において司法審査を受けることができる普通地方公共団体の手続上の利益を害するものであって、採用することはできない」旨判示して排斥している（同判決 63 頁）。

さらに、裁決に後続する是正の指示を巡る紛争における主張制限を認めなければ、地自法 245 条 3 号括弧書きが裁決等を国地方係争処理委員会への審査申出となる関与から除外した趣旨を没却する旨の被告の主張と同様の主張についても、裁決等が機関訴訟で争われることと全く同様の弊害をもたらすとはいえないとして排斥し（同判決 64 頁から 65 頁）、補充的に、拘束力が及ぶとしても、訴訟における審査の範囲は是正の指示においてその理由とされた事実関係及び法律判断の全般に及ぶから、実質的に見ると、拘束力によって限定されない旨判示している（同判決 65 頁）。

以上、裁決の拘束力は本件の関与に係る争訟に及ぶことはなく、当該争訟において原告の主張が制限され、その結果裁判所の審査範囲が限定される理由はない。

(5) 違法性の承継が認められるべきこと

以上の主張に反し、仮に、裁決の拘束力が関与に係る争訟に及ぶものと解釈するのであれば、以下で述べるとおり、違法性の承継が認められ、関与に係る争訟において裁決の違法性を争うことが許されると解するべきである。

この点、平成 21 年最高裁判決は、「いわゆる違法性の承継を最高裁が正面から肯定した初めての事例」とされる（同判決調査官解説

(調査官解説) 968 頁)。

調査官解説は、違法性の承継とは、「行政が時をおいて 2 個の行為を行う場合に、後続行為の取消訴訟において先行行為の違法性が取消事由になること、すなわち先行行為の違法性が後続行為に承継されること」をいうと説明している (同頁)。

同判決は、安全認定 (東京都建築安全条例 4 条 1 項) と建築確認 (建築基準法 6 条) との間の違法性の承継が問題となった。

建築基準法 43 条 1 項の接道要件 (2 メートル以上道路に接する) について、2 項 (当時) による条例での付加条項として、東京都安全条例 4 条 1 項は、延べ面積が一定以上の建築物の敷地については、6 ～10 メートル以上道路に接する必要があったが、同 3 項の安全認定を受けた場合には、1 項が適用されないものとされていた。

建築主がマンションの建築を計画し、新宿区長から安全認定を、新宿区建築主事から建築確認を得たところ、隣接マンションの管理組合等が安全認定及び建築確認の取消しを求めて出訴した事案において、最高裁は、「建築確認における接道要件充足の有無の判断と、安全認定における安全上の支障の有無の判断は、異なる機関がそれぞれの権限に基づき行うこととされているが、もともとは一体的に行われていたものであり、避難又は通行の安全の確保という同一の目的を達成するために行われるものである。そして、前記のとおり、安全認定は、建築主に対し建築確認申請手続における一定の地位を与えるものであり、建築確認と結合して初めてその効果を発揮するのである。」、「他方、安全認定があっても、これを申請者以外の者に通知することは予定されておらず、建築確認があるまでは工事が行われることもないから、周辺住民等これを争おうとする者がその存在を速やかに知ることができるとは限らない (これに対し、建築確

認については、工事の施工者は、法 89 条 1 項に従い建築確認があった旨の表示を工事現場にしなければならない。)。そうすると、安全認定について、その適否を争うための手続的保障がこれを争おうとする者に十分に与えられているというのは困難である。仮に周辺住民等が安全認定の存在を知ったとしても、その者において、安全認定によって直ちに不利益を受けることはなく、建築確認があった段階で初めて不利益が現実化すると考えて、その段階までは争訟の提起という手段は執らないという判断をすることがあながち不合理であるともいえない。」と述べて、違法性の承継を肯定した。

同判決は、安全認定と建築確認との間の実体法上の先決関係（安全認定の違法が直ちに建築確認の違法をもたらす関係にあること）と、安全認定の適否を争うための手続的保障が制度として（上告人は安全認定を認識していたので、個別事情としての手続的保障を論じたものではない）十分ではないことの 2 つの観点から違法性の承継を肯定したものである。

本件に即してみた場合、上述したとおり、そもそも、関与取消訴訟等においては、裁決の拘束力は及ばないと解すべきであるが、仮に、拘束力が及ぶのであれば、裁決の理由中の判断が是正の指示の要件充足（の一部）を代替し、是正の指示と一体となって、是正の指示の「一定の行政目的」を達成することになり、最終的な関与から遡って見た場合、裁決等の理由中の判断は、是正の指示と相まって現実化することになる（裁決等は、特定の処分をなすことを義務付ける効果は持たないため）。

つまり、裁決の拘束力が関与に係る争訟に及ぶという解釈をとる場合には、裁決と是正の指示との間に、実体法上の先決関係（裁決の違法が直ちに是正の指示の違法をもたらす関係）が制度上認めら

れることを前提にすることは明らかである。

そして、仮に、裁決に対して、処分庁の所属する行政主体が争う手段が存在しないとすれば、是正の指示の適法性（裁決の理由中の判断）を争う手続的保障は一切ないことに尽きるところ、この点からも違法性の承継が肯定されなければならない。

以上、仮に、裁決の拘束力が関与に係る争訟に及ぶと解釈されるのであれば、それは裁決と是正の指示が一体となって一つの行政目的を実現する実体法上の先決関係が肯定され、関与という観点から手続的保障が一切欠ける以上は、違法性の承継が肯定され、本件において裁決の違法性をその限度で争うことが許されるというべきである。

これに対して、本件通知は、同判決と本件では事案を異にし、本件に当てはめるのは適当でないとする。

もとより、同判決は安全認定と建築確認についての事案であって、本件と事案を異にするのは当然であるが、問題は、上述の原告の主張の正当性であって、本件との事案の相違を挙げるだけでは理由付けとしては不十分である。

上述のとおり、裁決理由を是正の指示の理由に代替させることを許容することは、裁決と是正の指示との間に、実体法上の先決関係（裁決の違法が直ちに是正の指示の違法をもたらす関係）があることを肯定することを意味することは明らかである。

そして、行政権単独で地方公共団体の行政執行権を制約することは憲法上許容されておらず、そのために関与の適法性が担保され、地方公共団体が訴えを提起することを地自法が認めているにもかかわらず、裁決と是正の指示の連結を許容するのであれば、地方公共団体が争う手段を否定し、その手続的保障をなきものにするという

ことを意味することも明らかである（ましてや、本件では審査請求人も国であるから、手続的保障を奪う行為は、全て国の判断でなされたものである）。

地自法 255 条の 2 に基づく審査請求制度も（関連する行審法の規定含む）、関与に係る争訟の制度も、憲法の地方自治の本旨に適合的に解釈しなければならないところ（地自法 2 条 12 項）、仮に、裁決と是正の指示の連結が制度上許容されているというのであれば、違法性の承継が肯定され、関与に係る争訟の手続において、裁決の違法性（つまり、それにより代替される是正の指示の理由の違法性）の審査がされなければならない。

- (6) 行政権限の濫用と言いうる場合には裁決の違法性が審査されるべきこと

仮に、以上の主張が採用されず、拘束力が関与に係る争訟に及び、制度として違法性の承継が肯定されないという解釈がとられるとしても、行政権限の濫用の場合には、先行行為の違法性を後行行為の争訟で争うことが許されなければならない。

他の箇所において本件国土交通大臣裁決、本件国土交通大臣指示、本件是正の指示の権限濫用については詳述するため、ここでは簡単に触れる。

すなわち、被告は、事業者として推進する公益実現という目的のために、関与庁としての立場と審査庁としての立場で権限を行使し、それぞれの立場では許容されない法効果を得たもので、権限を不当に連結し（別件における意見書であるが、甲 22 号証参照：目的、主体、事務・権限の行使、関与内容、手続といった観点から連結の不当性が判断されるべきである）、仕組みを濫用したものとして、その権限行使は違法無効であり、あるいは、少なくとも、不当な目的に

用いられる限度で、濫用に係る行政権限の名宛人に対する関係で相対的には違法・無効である（最高裁判所昭和 39 年 5 月 27 日判決・民集 18 卷 4 号 711 頁参照）。

国は裁決と是正の指示を連結させ、一体として権限行使することで司法審査を排除しようとする手法を、もはやルーティンとして用いており、地方自治を著しく軽視している。

そもそも憲法が地方自治制度を設けたのは、国会議員の中から国会の議決により指名される内閣総理大臣及びその他の国务大臣によって組織される内閣とは異なる民主的正統性を持つところの、地方公共団体の長や地方議員により運営される地方公共団体の国に対する一定の独立性を保障することが、住民の基本的な人権に資するからである。

憲法 94 条の行政執行権が憲法 65 条の内閣の行政権の下にないのも、憲法 95 条が一定の場合に立法に明確な制限をかけるのも、その端的な現れである。

公水法に基づく埋立承認処分、埋立変更承認処分は複効的行政処分であり、周辺住民の権利利益にも重大な影響を及ぼすが、もとより、駐留軍の普天間飛行場代替施設として使用されるものである以上、周辺住民のみならず、沖縄県民の利害に極めて重大な影響がある。

本来、地方自治の本旨に適合的に解釈・運用されるべき地自法における権限（地自法 255 条の 2）が、地自法の関与に関する規制を回避する形で運用されている現状は、極めて不当と言わなければならない。

本件是正の指示は違法・無効であり、あるいは、少なくとも、不当な目的に用いられる限度で、かつ、当該行政権限の濫用の名宛人

に対する関係で、相対的に先行行為の違法性が後行行為の違法を導くというべきである。

このような場合には、先行行為（裁決）の違法は、関与の名宛人である沖縄県に対する関係では、後行行為（是正の指示）を違法ならしめるというべきであり、本件において、裁決の違法性（原処分の適法性）について審理が可能と解される。

(7) 小括

以上、本件において、拘束力の効果として、原告の違法事由の主張が制限される理由はないし、また裁判所の審査範囲が限定される理由もない。

端的に、本件是正の指示の適法性が審査されなければならない。

4 小括

本件各許可申請の審査における「必要性」の判断は、その審査時点において事実の問題として本件サンゴ類の採捕の必要性があるか否かが判断されなければならない。被告は、本件是正の指示において、申請者である沖縄防衛局が本件埋立変更承認申請について承認を得る「法的地位を付与されてしかるべき状況にある」ことを理由として本件サンゴ類の採捕の必要性を認めているが、現実には、現時点においても沖縄防衛局は本件埋立変更承認申請の内容に基づいて本件埋立事業をなしうる地位になく、当然その変更後の内容に従った本件埋立事業に着手することはおよそできないのである（沖縄防衛局が当該変更内容に従った本件埋立事業をなし得る地位を法的に取得していて、その効力を原告が争っているものでもない）。本件埋立変更承認申請に対する承認処分がなされて初めて、当該埋立予定海域の本件サンゴ類が埋立により消失しうることになるのであるから、そこでようやく本件サンゴ類の移植の必要性について判断すべきこととなる。本件埋立変更

承認申請に対する承認処分があるまでは、あくまで、本件埋立承認処分に基づく法的地位を前提にその必要性を判断すべきことになる。

以上のことを前提とすると、沖縄防衛局は埋立工事を遂行できないのであるから、本件各許可申請の許可をする必要性はない。

また、本件裁決の拘束力や本件国土交通大臣指示の拘束力を根拠にしても、現時点で審理中の事件について原告が司法判断を待つことを咎められる理由はなく、裁判所の判決を待って本件各許可申請に対する判断をすることには合理性がある。

よって、原告には、本件是正の指示が指摘する法令の規定に違反する事実はない。

第4 本件国土交通大臣裁決の無効

1 「固有の資格」において受けた処分についての不適法な審査請求に対して裁決がなされたこと

(1) 行審法7条2項にいう「固有の資格」の意義

行審法7条2項は、「国の機関又は地方公共団体その他の公共団体若しくはその機関に対する処分で、これらの機関又は団体がその固有の資格において当該処分の相手方となるもの及びその不作為については、この法律の規定は、適用しない」と定めている。

「固有の資格」とは、「一般私人が立ちえないような立場にある状態」をいうものと一般に解され、通常、次の2類型で整理して理解されている。

第1の類型は、「処分の名あて人が『国の機関又は地方公共団体その他の公共団体もしくはその機関（以下「国の機関等」という）に

限定』されてい」る場合は、「固有の資格」に該当するとされる²。ただし、形式的に許認可等の対象が国の機関等だけに限定されているものであっても、国の機関等が処分の名宛人とされている特例の意味が、単なる用語変更にあたるなど、実質的に一般私人と同様の立場に立つと解される場合には、「固有の資格」に該当しないとされている^{3・4}。

次に、第2の類型は、「処分の相手方が国の機関等に限定されていない場合であっても、当該事務について国の機関等が原則的な担い手として想定されている場合には、『固有の資格』に該当する」とされる⁵。

最高裁令和2年3月26日判決・民集74巻3号471頁（令和2年最高裁判決）は、「国の機関等が上記立場において相手方となるものであるか否かは、当該事務又は事業の実施主体が国の機関等に限られているか否か、また、限られていないとすれば、当該事務又は事業を実施し得る地位の取得について、国の機関等が一般私人に優先するなど特別に取り扱われているか否か等を考慮して判断すべきである」と判示したが、基本的には、上述の整理と同様の理解に立つものと解される⁶。

この判断枠組みを整理すれば、①当該事務又は事業の実施主体が国の機関等に限られている場合、又は②（上述①に該当しない場合

² 宇賀克也『行政不服審査法の逐条解説』51頁。

³ 室井力編『コンメンタール行政法Ⅰ 行政手続法・行政不服審査法〔第2版〕』〔米丸恒治〕80頁、宇賀克也『行政不服審査法の逐条解説』52頁。

⁴ その例として、医療法・同施行令に基づく国が開設する病院についての厚生労働大臣の承認が挙げられている（宇賀克也『行政不服審査法の逐条解説』52頁）。これは、単なる読替、用語変換にすぎないことから、「固有の資格」に該当しないと解されているものである。

⁵ 宇賀克也『行政不服審査法の逐条解説』52頁。

⁶ 同判決調査官解説（曹時73巻12号217頁：以下、単に「調査官解説」という）234頁参照。

であっても) 当該事務又は事業を実施し得る地位の取得について国の機関等が一般私人に優先するなど特別に取り扱われている場合には、国の機関等が「固有の資格」において相手方となる場合に該当すると解されることになる。

令和2年最高裁判決は、公水法に基づく埋立免許と埋立承認について「固有の資格」該当性を検討したもので、本件埋立変更承認申請に係る事件の直接の先例ではないものの同じく公水法に係る裁判例として参考になるため、以下では、まず同判決の要旨について述べ、その後、同判決と本件埋立変更承認申請に係る事件では事案が異なり「固有の資格」該当性が肯定されるべきことについて述べる。

(2) 令和2年最高裁判決における公有水面埋立承認処分の「固有の資格」該当性判断について

ア 令和2年最高裁判決の判断の要旨

令和2年最高裁判決は、行審法の趣旨目的に鑑みて、「固有の資格」とは、「国の機関等であるからこそ立ち得る特有の立場、すなわち、一般私人(国及び国の機関等を除く者をいう。以下同じ。)が立ち得ないような立場をいう」との一般論を展開した上で、「行政不服審査法は、行政庁の処分に対する不服申立てに係る手続(当該処分の適否及び当否についての審査の手続等)を規定するものであり、上記「固有の資格」は、国の機関等に対する処分がこの手続の対象となるか否かを決する基準であることから」、「固有の資格」該当性判断については、「当該処分に係る規律のうち、当該処分に対する不服申立てにおいて審査の対象となるべきものに着目すべきである」とした。

そして、「埋立承認のような特定の事務又は事業を実施するために受けるべき処分について、国の機関等が上記立場において相手

方となるものであるか否かは、当該事務又は事業の実施主体が国の機関等に限定されているか否か、また、限定されていないとすれば、当該事務又は事業を実施し得る地位の取得について、国の機関等が一般私人に優先するなど特別に取り扱われているか否か等を考慮して判断すべきである。そして、国の機関等と一般私人のいずれについても、処分を受けて初めて当該事務又は事業を適法に実施し得る地位を得ることができるものとされ、かつ、当該処分を受けるための処分要件その他の規律が実質的に異なる場合には、国の機関等に対する処分の名称等について特例が設けられていたとしても、国の機関等が一般私人が立ち得ないような立場において当該処分の相手方となるものとはいえず、当該処分については、等しく行政不服審査法が定める不服申立てに係る手続の対象となると解するのが相当である。」との枠組みを示した。

この枠組みに照らして、「当該処分を受けた後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律」の差異は、「当該処分に対する不服申立てにおいては、直接、そのような規律に基づいて審査がされるわけではない」ため、それだけで固有の資格該当性を肯定する根拠にはならないとしている。

かかる枠組みを踏まえて、令和2年最高裁判決は、「国の機関が埋立承認を受けることにより、埋立てを適法に行うことができるようになるという効果は、国以外の者が埋立免許を受ける場合と異なる」とし、竣功通知により公有水面の公用を廃止する権限が国にあることは、「公有水面は国の所有に属し、本来的にその支配管理に服するから」であり、埋立承認によりかかる権限が付与されるものと解する理由がないため、竣功認可と竣功通知の相違は固有の資格該当性判断に影響しないとした。

そして、埋立承認は、出願手続（公水法 2 条 2 項、3 項）、審査手続（公水法 3 条）、免許基準（公水法 4 条、5 条）、水面の権利者に対する補償履行前の工事着手の禁止等（公水法 6 条から 10 条）、処分の告示（公水法 11 条）等の埋立免許に係る諸規定を準用していること（公水法 42 条 3 項）、国と国以外の者との競願に際して国が優先していないこと（公水法施行令 3 条、30 条）から、埋立承認及び埋立免許を受けるための手続や要件等に差異がなく、「埋立てを適法に実施し得る地位を得るために国の機関と国以外の者が受けるべき処分について、「承認」と「免許」という名称の差異にかかわらず、当該処分を受けるための処分要件その他の規律は実質的に異なる」と結論づけた。

一方で、公水法 42 条 3 項が準用していない規定は（公水法 12 条、13 条、16 から 24 条、32 条から 35 条等）、「埋立免許がされた後の埋立ての実施の過程等を規律する規定」であり、「国の機関が埋立てを適法に実施し得る地位を得た場合における、その埋立ての実施の過程等については、国が公有水面について本来的な支配管理権能を有していること等に鑑み、国以外の者が埋立てを実施する場合の規定を必要な限度で準用するにとどめたもの」と評価し、「そのことによって、国の機関と国以外の者との間で、埋立てを適法に実施し得る地位を得るための規律に実質的な差異があるということとはできない」として、「固有の資格」該当性の判断に影響がないとしている。

イ 令和 2 年最高裁判決の判断の理解

(7) 令和 2 年最高裁判決の特徴

令和 2 年最高裁判決における「固有の資格」該当性の判断として特徴的であるのは、その当否はさておくとして、複数の連

続的な段階を経てなされる公有水面埋立ての全体構造から埋立免許・承認処分のみを切り出し、その法効果を抽象化したレベルで比較して同一性を判断している点にある（藤田宙靖『行政組織法 第2版』56頁、なお、調査官解説 237頁以下参照）。

すなわち、令和2年最高裁判決は、埋立免許・承認後の規律を、埋立免許・承認の規律から切り離し、埋立免許・承認の法効果を抽象化することで、埋立免許・承認の要件、手続の規律の同一性のみに着目して「固有の資格」該当性を判断することを可能とした。

埋立免許・承認後の規律の相違は、埋立免許・承認処分の結果として置かれる処分の名宛人の立場の相違であるから、処分の法効果の相違とも評価しうることは明らかであるが、令和2年最高裁判決は、埋立免許・承認処分に紐づけられた埋立免許・承認後の規律については、「固有の資格」該当性の判断の考慮から除外したのである。

同様に、令和2年最高裁判決は、公有水面について国の本来的支配管理権限を肯定し、竣功通知（公用廃止）をなしうる権限が埋立承認によって付与されたものではない（厳密には、付与されたものと考えなくてもよい）と考え、竣功認可と竣功通知の区別を、「固有の資格」該当性の考慮から除外している。

仮に埋立承認により竣功通知をなしうる権限が与えられるものではなくとも、埋立承認を得なければ竣功通知はなしえない以上、埋立承認の結果として、国が竣功通知をなしうる地位に立つことは凡そ否定できないであろうが、令和2年最高裁判決は、かかる地位は埋立承認後の規律と考え、埋立承認の固有の資格該当性の判断の考慮から除外したものと考えられる。

この点、元最高裁判所判事の藤田宙靖は、①埋立てを適法に行える資格の付与、②埋立ての竣工、③予定された用途への利用、の3段階のうち、②、③については「固有の資格」該当性を肯定することは理論的に十分可能であるとした上で、令和2年最高裁判決は、①について、「埋立てを適法に行い得る資格の付与」を「それ以前には全ての者に許されなかった埋立てという行為を法的に可能にする行為一般」という抽象化したレベルで理解することで「承認」と「免許」との違いを否定したと評価している（藤田宙靖『行政組織法 第2版』56頁）。

藤田は、このような解釈手法について、「法解釈技術としては、それなりに筋の通った一つの考え方」と評価しつつも、行政不服審査制度は、本来は国の権利利益の救済を図るものではないから、そこにいう「国民」の中に国をも読み込めるケースは本来極めて例外的である筈であり、本件で、②、③の段階を必然的に伴う①の段階で、国の立場と一般私人の立場とを全く均質・対等なものとする前提から出発してよいかについては、十分な検討がされるべきと指摘している。

いずれにせよ、令和2年最高裁判決の判断枠組は、藤田が整理するところの①の切り出しにより成立しているもので、②、③の段階には妥当しない。

また、藤田が指摘するように、国民の権利利益の救済を目的とする行政不服審査制度において、「国民」に「国」を読み込めるケースは、本来、例外的でなければならない。

(i) 令和2年最高裁判決の論理

令和2年最高裁判決は、「当該処分に係る規律のうち、当該処分に対する不服申立てにおいて審査の対象となるべきものに着

目すべきである」とし、かかる観点から、「当該処分を受けるための処分要件その他の規律」と、「当該処分を受けた後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律」を区別し、前者についての相違を評価している。

この区別は、同判決の事案に即した埋立承認処分と埋立免許処分についての、時的な区別である。

令和2年最高裁判決は、埋立ての実施の過程等における監督その他の規律を、それゆえに「固有の資格」該当性の考慮から除外したのではなく、ここでいう「当該処分」、つまり、埋立免許、承認処分の「固有の資格」該当性を判定するに際しては、「当該処分に対する不服申立てにおいて審査の対象となるべきもの」を比較すべきとしたため、結果として比較対象から外れたのが「当該処分を受けた後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律」である、ということになる。

また、令和2年最高裁判決にいう「当該処分を受けるための処分要件その他の規律」の意味内容であるが、同判決が「出願手続（公水法2条2項、3項）、審査手続（公水法3条）、免許基準（公水法4条、5条）、水面の権利者に対する補償履行前の工事着手の禁止等（公水法6条から10条）、処分の告示（公水法11条）等の埋立免許に係る諸規定の準用（公水法42条3項）、国の機関と国以外の者との間での同一区域における埋立ての出願競合の審査（公水法施行令3条、30条）を比較していることから明らかなおり、処分要件にとどまらず、埋立免許と埋立承認の手続や要件等の規律を包含する趣旨であることは明らかである。

(7) 比較対象及び問題とする規律について（令和4年8月19日

付け国地方係争処理委員会決定について)

本件国土交通大臣裁決について、令和4年7月12日付け国地方係争処理委員会決定(国地委第30号)、令和4年8月19日付けの国地方係争処理委員会決定(国地委第43号)は、「埋立地用途変更・設計概要変更の承認は、国の機関が一般私人が立ち得ないような立場において相手方となる処分とはいえないから、国の機関が行政不服審査法第7条2項にいう「固有の資格」において相手方となるものということはできない。したがって、埋立地用途変更・設計概要変更の承認申請を拒否する処分である本件変更不承認処分は、国の機関である沖縄防衛局が「固有の資格」において相手方となった処分とはいえない。」としていた。

国地方係争処理委員会が「固有の資格」を否定した理由は、「国の機関等が一般私人が立ち得ないような立場において相手方となる処分であるか否かを検討するに当たっては、当該処分に係る規律のうち、当該処分に対する不服申立てにおいて審査の対象となるべきものに着目すべき」とし、本件で問題となっている埋立地の用途変更及び設計概要変更の承認(許可)は、埋立承認(免許)を前提に、事業の完遂のために埋立承認(免許)の申請時に願書に記載した用途や設計の概要の一部を変更する必要がある場合に、その変更を沖縄県知事の承認(免許)に係らしめるもので、埋立変更承認(許可)を受けて初めて、変更後の埋立地の用途や設計の概要による埋立てを適法に実施し得る地位を得るという法的効果を有する点で、承認と許可は異ならない、両者の処分要件その他の規律は実質的に異ならず、国の機関が国以外の者に優先するなど特別に取り扱われていな

い、埋立免許がされた後の埋立の実施の過程等を規律する規定の差異や、埋立区域の縮小及び期間の伸長の許可の規定の差異は、埋立地用途変更・設計概要変更の承認についての規律の差異ではないというものである。

この論旨は必ずしも明確ではないが、(a)個別具体的な処分の審査請求手続において問題となる具体的な規律（及びそれが一般私人が名宛人になった場合の処分の規律）のみを比較対象とすべき、あるいは、(b)問題となる国等に対する処分についての規律のうち、一般私人が名宛人となる処分の規律との重複部分のみを考慮すべき、との判断枠組みと考えられる。

しかし、このような限局的な判断枠組みは、いずれにしても、明らかに令和2年最高裁判決に反しているため、以下、念のため述べておく。

a 比較対象となる処分の具体性について

前提として、令和2年最高裁判決は、本件埋立承認処分を、公水法4条1項1号の要件及び同項2号の要件の欠如、留意事項違反を理由として取り消した平成30年職権取消処分についての審査請求に対する裁決の関与該当性が問題となった事案である。

したがって、仮に、当該審査請求手続の対象たる処分において問題となる規律のみを比較するという枠組みなのであれば、令和2年最高裁判決が、そもそも埋立承認処分と埋立免許処分の規律の差異を比較していること、その比較にあたり、公水法2条2項、3項、3条、4条、5条、6条から10条、11条、42条3項、公水法施行令3条及び30条を挙げて、埋立免許と埋立承認の手続や要件等の規律を包括的に比較して

いること、特に、競願がない事案であるにもかかわらず、公水法施行令 3 条及び 30 条に触れていることの説明がつかない。

すなわち、令和 2 年最高裁判決の事案において、審査請求手続の対象となった処分は平成 30 年職権取消処分であるから、審査請求手続において問題となる個別具体的な処分の規律のみを考慮する判断枠組みでは、承認取消処分と免許取消処分が比較されていなければならないし、比較されるべき規律も、同手続で具体的に問題となりうる規律、つまり、取消事由である公水法 4 条 1 項 1 号及び 2 号、あるいは、せいぜい埋立承認処分の留意事項（附款）に対応する免許条件（附款）に関する規定に限定されてしまうはずだからである。

また、もしもこのような枠組みをとると、個別の審査請求手続における具体の処分に対応して、私人と国等とで比較すべき規律が事案ごとに異なってしまい、固有の資格該当性の判断は、個別具体的な事案により左右されることとなる。

例えば、同じ埋立承認処分と埋立免許処分であっても、公水法 2 条 3 項 4 号の埋立ての場合には、公共団体等のみができるとされているから、埋立承認処分に固有の資格が認められ、そうではない場合には規律に相違がなく、認められない、というような極めて不安定な解釈を許すこととなってしまう。

このように不安定な判断枠組みは、実質的にみても妥当性を欠くことは明らかである。

令和 2 年最高裁判決は、埋立承認処分（公水法 42 条 1 項に基づく処分）と埋立免許処分（公水法 2 条 1 項に基づく処分）を、一般的な制度として比較したことは、判示から明らかで

ある。

本件についていうならば、端的に、埋立変更承認処分（公水法 42 条 3 項、13 条の 2 に基づく処分）と埋立変更許可処分（公水法 13 条の 2 に基づく処分）の規律の相違が一般的に比較されるべきで、それ以上でも以下でもない。

b 重複しない「規律」の比較の要否について

令和 2 年最高裁判決は、以下のとおり判示している（下線強調及び「当該処分」という語の数字は原告代理人が付記）。

「行政不服審査法は、行政庁の処分に対する不服申立てに係る手続（当該処分¹の適否及び当否についての審査の手続等）を規定するものであり、上記「固有の資格」は、国の機関等に対する処分がこの手続の対象となるか否かを決する基準であることからすれば、国の機関等が一般私人が立ち得ないような立場において相手方となる処分であるか否かを検討するに当たっては、当該処分²に係る規律のうち、当該処分³に対する不服申立てにおいて審査の対象となるべきものに着目すべきである。所論にいう埋立承認のような特定の事務又は事業を実施するために受けるべき処分について、国の機関等が上記立場において相手方となるものであるか否かは、当該事務又は事業の実施主体が国の機関等に限られているか否か、また、限られていないとすれば、当該事務又は事業を実施し得る地位の取得について、国の機関等が一般私人に優先するなど特別に取り扱われているか否か等を考慮して判断すべきである。そして、国の機関等と一般私人のいずれについても、処分を受けて初めて当該事務又は事業を適法に実施し得る地位を得ることができるものとされ、かつ、当該処分⁴を

受けるための処分要件その他の規律が実質的に異ならない場合には、国の機関等に対する処分の名称等について特例が設けられていたとしても、国の機関等が一般私人が立ち得ないような立場において当該処分⁵の相手方となるものとはいえ、当該処分⁶については、等しく行政不服審査法が定める不服申立てに係る手続の対象となると解するのが相当である。この点に関し、国の機関等と一般私人との間で、当該処分⁷を受けた後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律に差異があっても、当該処分⁸に対する不服申立てにおいては、直接、そのような規律に基づいて審査がされるわけではないから、当該差異があることは、それだけで国の機関等に対する当該処分⁹について同法の適用を除外する理由となるものではなく、上記の解釈を左右するものではないというべきである。」

仮に、国等に対する処分とその他の者に対する処分を比較するにあたって、相互の規律のうち、重複する規律のみを比較すべき、との判断枠組みに整合する読み方をするなら、上述の「当該処分」のうち2及び3を付したものは、直前の「国の機関等が一般私人が立ち得ないような立場において相手方となる処分」（つまり、埋立変更許可処分は含まれず、埋立変更承認処分のみを指す）を意味しており、「当該処分に係る規律のうち、当該処分に対する不服申立てにおいて審査の対象となるべきものに注目すべき」との判示を、「国の機関等が一般私人が立ち得ないような立場において相手方となる処分」に係る「規律」のみを指す（つまり、国の機関等に対する処分については存在しない「竣功期間の伸長」、「埋立区域の減

少」に係る規律は含まれない) と読まなければならない。

しかし、上述の 1、4、7 及び 8 を付した「当該処分」は、国の機関等と一般私人が受ける処分双方を指すものとして用いられているという読み方以外はできないし、9 を付した「当該処分」も、「国の機関等に対する」という言葉に引き続いて用いられている以上、「当該処分」自体は、名宛人が誰かとは関係がない概念として用いられていると考えざるを得ない。

同じ用語が、同じ文脈で特に断りなく異なる意味で用いられていることを前提にした恣意的な読み方をしなければ、令和 2 年最高裁判決が重複する規律のみを比較すべきという判断枠組みをとっているとは読めない。

素直に読むなら、1 を付した「当該処分」が全て同じ意で記述されているとしか考えられない。

また、上述したとおり、「当該処分に係る規律のうち、当該処分に対する不服申立てにおいて審査の対象となるべきものに着目すべき」との判示は、「当該処分を受けるための処分要件その他の規律」と、「当該処分を受けた後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律」を区別するための理由として挙げられている。

この区別は、時的な切り分けであって、「当該処分を受けるための処分要件その他の規律」の中に、「当該処分に対する不服申立てにおいて審査の対象となるべきもの」と、「審査の対象とならないもの」(それ以外の規律) の区別があるものとして判示を読むのは、令和 2 年最高裁判決の判断理由を正確に理解していないとしか言いようがない(区別の次元が違っている)。

さらに、一般的に「固有の資格」が認められる例の中には（令和２年最高裁判決調査官解説 238 頁以下及び 260 頁における、令和２年最高裁判決の判断枠組みと整合するとされている例を参照）、私人について国等よりも要件が加重されているもの（水道法、都市計画法）があるが、もしも、重複する部分のみが比較されるとすれば、重複する部分が同じである限り、私人について加重されている規律の相違は問題となる余地がないから、このような規律の相違に着目して固有の資格該当性が認められる余地がなくなってしまう。

以上、令和２年最高裁判決は、端的に、一般的な制度としての埋立免許と埋立承認を包括的に比較したものである。

(3) 沖縄防衛局は「固有の資格」において本件埋立変更不承認処分の相手方となっていること

令和２年最高裁判決が判示するとおり、公水法は、国が埋立承認に基づいて埋立てをする場合について、国以外の者が埋立免許に基づいて埋立てをする場合に適用される規定のうち、指定期間内における工事の着手及び竣功の義務に係る規定（公水法 13 条）、違法行為等に対する監督に係る規定（公水法 32 条及び 33 条）、埋立免許の失効に係る規定（公水法 34 条及び 35 条）を準用していない。

また、公水法 42 条 3 項は、埋立変更承認の対象について「埋立地ノ用途又ハ設計ノ概要ノ変更ニ係ル部分ニ限ル」としている。

このような埋立免許・承認後の規律の相違は、令和２年最高裁判決によれば、国が本来的に公有水面の支配管理権を有していること等に由来するものである。

埋立免許・承認後は、国は本来的に公有水面の支配管理権を有していることから（令和２年最高裁判決によれば、竣功通知をする権

限も、埋立承認に付与されたものとする必要はない)、言わば自律的に埋立てを施工することができ、竣功期間に制限はなく、都道府県知事の監督も受けない。

竣功期間に制限がない結果、竣功期間の伸長に埋立変更承認を得る必要はなく、埋立承認により大枠で要件充足が判断されている以上、より環境負荷が少ない埋立区域の減少についても埋立変更承認を得ずに自律的に施工できる。

仮に、本件が、国以外の者が事業主体であった場合、工事期間の伸長と、埋立区域の減少も伴っていることから、変更許可申請も必要であった。

また、普天間飛行場の早期の危険除去という目的に照らして、どの程度の期間内で除去されるべきかという観点から埋立免許で竣功期間が定められ、本件のように、免許時と比較して、工事期間が大幅に伸長し、実際にいつ完成するか不明確になったような場合に、変更許可が不許可とされれば、期間内に竣功しないとして埋立免許は失効し（公水法 34 条 1 項 2 号）、事業主体は原状回復義務を負うことにもなったはずである（公水法 35 条 1 項）。

しかし、本件は、公有水面の支配管理権を有している国が事業主体であるため、かかる規律を受けず、埋立区域の減少と工事期間の伸長について埋立変更承認申請はなされず、これらの点は、埋立変更承認において考慮されないこととなった（なお、裁決書 64 乃至 65 頁を参照）。

以上からすれば、国が公有水面の支配管理権を有しており、免許・承認処分を受けた後の異なる規律の法効果が既に生じているため（藤田の整理する②の段階）、国以外の者が変更許可を受ける場合と、国の機関が埋立変更承認を受ける場合とでは手続および要件に差異

があり⁷、この差異によって「国の機関等が一般私人に優先するなど特別に取り扱われている」（令和2年最高裁判決）といえ、沖縄防衛局は「一般私人が立ち得ないような立場」において埋立変更承認処分の相手方となるもの、すなわち、「固有の資格」において本件変更不承認処分の名宛人となったものである。

したがって、本件国土交通大臣裁決は、本来審査請求をなしえないにもかかわらずなされた審査請求に対する裁決であり、無効である。

2 本件国土交通大臣裁決は国の関与権限を濫用したもので違法無効であること

(1) 平成27年職権取消処分に対する審査請求等について国土交通大臣は中立的判断者たる審査庁の立場を放棄していたこと

ア 普天間飛行場の移設問題について政府は、「平成22年5月28日に日米安全保障協議委員会において承認された事項に関する当面の政府の取組について」と題する同日付け閣議決定において、「日米両国政府は、普天間飛行場を早期に移設・返還するために、代替の施設をキャンプシュワブ辺野古崎地区及びこれに隣接する水域に設置することとし、必要な作業を進めていく」ことを決定した。

そして、前述のとおり、平成25年3月22日に本件埋立承認出

⁷ 調査官解説 238 頁以下及び 260 頁（注 14 以下）で、令和2年最高裁判決の判断枠組みと整合するものとして挙げられている例の中に含まれている水道事業の経営許可や都市計画事業の認可又は承認のように、私人が許認可を得られる場合が地方公共団体より限定されている場合（私人について要件が加重されている場合）、重複する部分は同一であるとしても、地方公共団体は固有の資格ではないとは判断されていない。

本件で問題とされているのは、「用途変更と設計概要の変更承認処分」であるが、変更免許と重複しない部分（竣功期間、埋立区域の減少）の相違は、「用途変更と設計概要の変更承認処分」の規律の相違ではない、というような理由で固有の資格該当性が否定されることはありえない、ということである。

願がなされ、同年 12 月 27 日に本件埋立承認処分がなされた。

イ 政府は、平成 27 年 10 月 27 日（平成 27 年職権取消処分について沖縄防衛局がした行政不服審査請求に伴う執行停止申立てに対して国土交通大臣が執行停止決定をなした日である）の閣議において、改めて普天間飛行場の名護市辺野古への移設を「唯一の解決策」と位置づけた上で、「本件承認には何ら瑕疵はなく、これを取り消す処分は違法である上、本件承認の取消しにより、日米間で合意された普天間飛行場の辺野古への移設ができなくなることで、同飛行場が抱える危険性の継続、米国との信頼関係に悪影響を及ぼすことによる外交・防衛上の重大な損害等が生じることから、本件承認の取消しは、著しく公益を害することが明らかである。このため、法定受託事務である本件承認の取消処分について、その法令違反の是正を図る必要があるので、公有水面埋立法の所管大臣である国土交通大臣において、地方自治法に基づく代執行等の手続に着手することになる」との閣議了解をした。

国土交通大臣は、同閣議了解における「(普天間) 飛行場が抱える危険性の継続、米国との信頼関係に悪影響を及ぼすことによる外交・防衛上の重大な損害等が生じることから、本件承認の取消しは、著しく公益を害することが明らか」との判断を前提に、同閣議了解に基づき、平成 27 年職権取消処分は違法であるとの立場で代執行を行うものとし、その翌日である平成 27 年 10 月 28 日、地自法第 245 条の 8 第 1 項に基づき、平成 27 年職権取消処分を取り消せとの勧告を行った。

ウ ここにおいて、国土交通大臣は、内閣の一員であるとともに、行政不服審査請求における審査庁としての立場を併有していることとなる。

訴訟において裁判所は、当然中立公正な審判者でなくてはならず、当該事件の当事者であつたり利害関係があつたりする場合には、当然に除斥、忌避、回避の対象となるところである。これに対して、行政不服審査請求の一方の当事者は必ず処分庁たる行政庁であり、これを、上級庁が存しない場合等を除いては当該処分にかかる行政庁以外の機関が審査庁になるとはいえ、行政機関内での争訟手続たるがゆえの中立性、公正性については問題が指摘されてきたところである。しかしながら、行政不服審査請求にあつても、争訟に対する審理判断である以上、審査庁が原処分について中立・公正な立場から適正な審理をなすことが当然求められているものであり、改正後の行審法は、そのことをより明確にしたものである。改正後の行審法1条は、旧法の「簡易迅速な手続」という表現から、「簡易迅速かつ公正な手続」と、公正性を明記し、すべての行政不服審査において、処分について利害関係のない職員から選任され、審理を公正に行うことを職務とする審理員によって当該審理がなされることとされ（行審法9条、17条、28条から42条）、さらには審理員意見書の提出を受け、原則として第三者機関たる行政不服審査会等への諮問を義務づける（行審法43条）こととした。これによって、審査庁の公正な判断者としての位置づけを強化したものである。

国土交通大臣は、審査庁の立場としては、独立した中立公正な立場で判断をしなければならないものであるから、閣議で決定・了解された政策目的を実現することを目的として、審査庁の権限を行使することは許されないものである。独立した中立公正な判断者の立場を離れ、閣議で決定・了解された政策目的実現のために審査庁としての権限を行使するならば、それはまさに権限を濫

用した違法な裁定的関与にほかならないことになる。

エ しかし、本件埋立事業のための公有水面埋立てという個別案件について、閣議決定による方針に基づき、国の機関が事業者として本件埋立事業を行っているものであり、国土交通大臣が、審査庁の立場においては、内閣の一員として本件埋立事業を推進すべき立場とは切り離して独立した中立公正な判断を行うことは、実際には不可能を強いることにも等しい。かかる案件について、国の機関である沖縄防衛局が行政不服審査請求等を行うこと自体、偏頗な判断を求めることにほかならない。

そればかりか、平成 27 年職権取消処分という個別の行政処分について、法令違反として是正をはかることが閣議了解され、国土交通大臣は、内閣の一員としてこの閣議了解に基づいて、平成 27 年職権取消処分は法令違反であるとして、翁長知事に対して、平成 27 年職権取消処分を取り消すことを勧告しているのである。理論上理屈上はともかくとして、国土交通大臣が、閣議了解から独立して中立公正な判断をすることは、当該事情のもとでは、事実上は不可能であるというほかはない。

そして、国土交通大臣は、同日の代執行手続の閣議口頭了解時の記者会見において、審査庁としての審査については、「本日の閣議で国土交通大臣として代執行の手続に着手するということが、政府の一致した方針として口頭了解をされたわけでございます。公有水面埋立法を所管する国土交通大臣として、まずは代執行の手続を優先して行うということにいたしたいと考えております。」、「まずは本日閣議口頭了解で、公有水面埋立法を所管する国土交通大臣に対して、地方自治法に基づく代執行の手続を行うことが確認されましたので、地方自治法に基づく代執行の手続をま

ずは優先して行いたいと思います。その後状況を見て審査請求のほうの手續についてどうするかということを考えていく。同時並行というよりは、代執行の手續を優先してまず行うということです。」と発言した。すなわち、国土交通大臣は、審査庁の立場においても、前記閣議了解に基づき、「簡易迅速かつ公正な審理の実現」を図る審査庁の責務を放棄し、政府の意向によって裁決に向けた審理を先延ばしにするということを、明言したのである。閣議了解によって行政不服審査請求の審理を放置するという法律上の根拠のない前代未聞の措置をとったことは、行政不服審査請求制度そのものを否定する行為であった。

- (2) 平成 31 年裁決時においても国土交通大臣が中立的判断者としての立場を逸脱していたこと

国土交通大臣は、平成 30 年 10 月 30 日付けでした平成 30 年職権取消処分に対する執行停止決定の理由において、「本件埋立ては、日米間の合意の下に、普天間基地代替施設として提供する飛行場の建設を目的として、約 1.6 平方キロメートルを埋め立てるというものである。本件撤回は、埋立てをなし得る法的地位を喪失させ、その効力が維持される限り本件埋立てを行うことができないという損害を事業者たる地位にある申立人に生じさせるものである。こうした状態が継続することにより、埋立地の利用価値も含めた工事を停止せざるを得ないことにより生じる経済的損失ばかりでなく、普天間飛行場周辺に居住する住民等が被る航空機による事故等の危険性の除去や騒音等の被害の防止を早期に実現することが困難となるほか、日米間の信頼関係や同盟関係等にも悪影響を及ぼしかねないという外交・防衛上の不利益が生ずることから、『処分、処分の執行又は手續の続行により生ずる重大な損害を避けるために緊急の必要がある

と認めるとき』に該当するという申立人の主張には理由がある。」とした。

この判断は、沖縄防衛局が「重大な損害を避けるために緊急の必要があると認めるとき」にあたるとして主張した内容を全面的に認容したものであり、同局と国土交通大臣が同一の見解に立っていることを示したものである。

国の機関でありながら固有の資格に基づかずに処分の名宛人になったときに行政不服審査請求ができる場合であっても、執行停止決定の要件たる「重大な損害を避けるために緊急の必要があると認めるとき」に当たるかどうかにおいて考慮される「損害」として主張しうる利益は、一般公益ではなく、当該行政機関が私人において主張しうると同様に有する私法上の財産権の保護など、申立人に帰属する法的に保護された権利利益である。ところが、上述の執行停止決定申立において沖縄防衛局は、かかる法的に保護された権利利益を主張するのではなく、外交・防衛上の一般公益そのものを根拠に審査請求等をなしているのである。このため本来執行停止決定を行う余地はないはずである。それでも国土交通大臣は、かかる執行停止の要件充足が求められることを意図的に無視し、かかる要件を充足していないにもかかわらず、さらには外交・防衛に関して所管もしていないことからその公益上の必要について判断することもできないはずであるにもかかわらず、自らが了解して閣議決定までなされている「公益」を理由に執行停止決定をした。つまり、国土交通大臣は、政策決定事項である公益実現のため、内閣の一員として了解した公的な利益を認容すべく平成 30 年職権取消処分に対する執行停止決定をなし、個々の行政処分について保護されるべき主観的利益の法的検討をなす中立公正な審査庁たるべき役割を放棄した

ものである。

- (3) 本件国土交通大臣裁決にあたっては、国土交通大臣が中立的判断者としての立場からの逸脱を継続していること

国土交通大臣は、令和4年4月8日、本件国土交通大臣裁決と地自法245条の4第1項に基づく本件国土交通大臣勧告の各文書を同日それぞれ原告に対して郵送するとともに、本件国土交通大臣裁決及び本件国土交通大臣勧告をいずれも担当する国土交通省水管理・国土保全局水政課から沖縄県に宛てて1通の電子メールにまとめて送信した。そして、本件国土交通大臣勧告は、本件埋立変更不承認処分は「違法かつ不当であり、取り消されました」という本件国土交通大臣裁決のみを指摘し、本件埋立変更承認申請が公水法の要件を満たし、「承認されるべきものと認められます。」として、本件埋立変更承認申請を令和4年4月20日までに承認するよう勧告をしている。

ところで、地自法255条の2第1項1号による都道府県知事の法定受託事務にかかる処分についての行政不服審査請求にあつては、都道府県知事と法令所管大臣の間には処分庁と上級庁という関係にはなく、審査請求による申請拒否処分が取り消される場合であっても、審査庁は、処分庁に対して当該処分をすべき旨を命ずることも、自ら当該処分をすることもできない（行審法46条1項、2項）。審査庁による適法な取消裁決がなされた場合には、あくまでも処分庁は、「裁決の趣旨に従い、改めて申請に対する処分をしなければならない。」（行審法52条1項、2項）こととなるにとどまる。そのときには処分庁は、原処分が遡及的に効力を失ったことになるため、当初の申請が継続している状態に戻って改めて審査を継続して申請に対する諾否の応答を義務づけられるということである。

しかし、本件国土交通大臣裁決と同時にこれと同一の趣旨の本件国土交通大臣勧告を行うことは、法定受託事務についての都道府県知事による申請拒否処分に対して当該法令所管大臣が審査庁となる取消しの裁決があった場合に、審査庁による認容処分の命令もしくは自らなす認容処分が行審法上認められておらず、改めて都道府県知事による審査を求めているという行審法の構造を否定するものである。これは、地自法に基づく国の関与を利用することによって法定受託事務の処理について法令所管大臣と都道府県知事との関係を上級庁下級庁の関係に貶めるものである。処分についての審査請求を認容する場合の裁決の内容を定めた行審法 46 条の規定は、裁決と同時に並行する上述のような地自法による国の関与は予定していないのであって、本件国土交通大臣裁決と本件国土交通大臣勧告は、地自法 255 条の 2 第 1 項及び行審法 46 条の趣旨に反し、国土交通大臣としての所管事務に関する権限を濫用したものとして無効と言うべきである。

なお、国土交通大臣によれば本件国土交通大臣勧告は地自法 245 条の 4 第 1 項に基づくものとされるところ、同項による勧告は、その「勧告を受けた場合には、勧告を尊重しなければならない義務を負うと解すべきであるが、法律上勧告に従う義務を負うものではない。」（松本英明『新版逐条解説地方自治法第 9 次改訂版』1147 頁）ものの、本件国土交通大臣勧告自体、期限を明示して特定の処分を一義的に求めているものであり、かつ、上述のとおり、上記期限経過後国土交通大臣は、直ちに原告に対して、地自法 245 条の 7 に基づくとして同一内容の本件国土交通大臣指示を行っており、かかる経過と内容をふまえれば、本件国土交通大臣裁決と本件国土交通大臣勧告が行政権限の濫用であるといえることは一層明らかである。

このような国土交通大臣の行政上の権限の濫用は、本件埋立承認処分を維持すべく行われてきた前述の国土交通大臣による一連の恣意的な権限行使の経過をみれば極めて明瞭である。国土交通大臣が平成 27 年職権取消処分の執行停止決定と並行して閣議了解により地自法による代執行手続を決定した経過、平成 30 年職権取消処分について明らかに執行停止の要件を欠く公益上の理由による執行停止決定（なお、平成 27 年職権取消処分の執行停止決定も同様の判断をしてきている。）をしてきたことなど、本件埋立承認処分の効力の維持を巡って国土交通大臣が従来の行政処分に対する審査庁の一般的な対応から著しく逸脱してきた処理をなしてきたことの帰結が、本件国土交通大臣裁決と本件国土交通大臣勧告の同時発出であり、いずれも行政権限の濫用として違法というべきである。

(4) 以上にみたとおり、

- ① 本件埋立事業が、普天間飛行場の閉鎖のために名護市辺野古へ移設することを「唯一の解決策」としている閣議決定に基づくものであり、国土交通大臣も、内閣の一員として、もともと本件埋立事業を推進する立場にあること
- ② 平成 30 年職権取消処分に対する執行停止決定（及び平成 27 年職権取消処分に対する執行停止決定）において、国土交通大臣がした「埋立地の利用価値も含めた工事を停止せざるを得ないことにより生じる経済的損失ばかりでなく、普天間飛行場周辺に居住する住民等が被る航空機による事故等の危険性の除去や騒音等の被害の防止を早期に実現することが困難となるほか、日米間の信頼関係や同盟関係等にも悪影響を及ぼしかねないという外交・防衛上の不利益が生ずること」との認定は、平成 27 年 10 月 27 日閣議了解においても確認されており、沖縄防衛局による行政不服

審査請求等を待つまでもなく、国土交通大臣も予め同一の判断を有していること

- ③ 平成 27 年職権取消処分について、審査庁たる国土交通大臣が、行政不服審査手続の審理そのものを閣議了解に従属させたことを公言していたこと
- ④ 本件国土交通大臣裁決と本件国土交通大臣勧告を同時になしてきたことは、上述の国土交通大臣の中立的判断者としての立場を逸脱して本件埋立承認処分の効力の維持を目的として行政権限を行使してきたことの延長であって、行審法及び地自法の趣旨に反して、法定受託事務を行う都道府県知事を下級庁の地位に貶めるものであること

を指摘できる。

これらのことから、本件国土交通大臣裁決は、国土交通大臣が、内閣の一致した方針に従って、名護市辺野古に普天間飛行場代替施設を建設するために本件埋立変更不承認処分を覆滅させることを一義的な目的として、中立的判断者たる審査庁の立場を放棄してなしたものであることは明らかというべきである。普天間飛行場の名護市辺野古への移設を「唯一の解決策」として一体的方針を共有している内閣の内部において、「一般私人」とであると主張する沖縄防衛局による行政不服審査請求及び執行停止申立てについて、「公正・中立な審査庁たる国土交通大臣」が中立・公正な判断をなしうるとするのは余りにも無理がある。

以上のとおりであるから、本件埋立変更不承認処分に係る行政不服審査請求手続においては、判断権者の公正・中立という行政不服審査制度の前提が欠落しているものと言わざるを得ない。

これに対して、前掲の本件国土交通大臣裁決に対する令和 4 年 7

月 12 日付け国地方係争処理委員会決定（国地委第 30 号）は、「（国土交通大臣は）証拠に基づき（中略）処分庁の判断が、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であるか、また、不適切な裁量判断であり不当であるかを判断して、本件裁決をしたことが認められる。（中略）閣議決定や閣議了解のために、不当に歪められたと認めるに足りる証拠はない。」、「本件裁決と本件勧告及び本件是正の指示は、異なる根拠法令の規定に基づいて行われた別個の行為であると認められるし、これらを同日に行うことはできないといった規律もない。」、「法令所管大臣は、（中略）申請拒否処分を取り消す裁決から時日を空けずに申請認容処分をすべきことを勧告し、引き続いて是正の指示をすることが許されないとする規律もない。」等として、本件国土交通大臣裁決の権限濫用を否定している。しかし、この決定は、これら権限の存在と形式的な手続過程を説明しているだけのことである。権限濫用行為は、その権限や形式的に適法と外見上みられる過程の中に、その事実経過から、本来それらの制度趣旨を逸脱する行為が見いだされることによって認められるものである。上述のような事業者と審査庁、所管大臣の間における手続の利用過程やこれが他に類例を見ない特異な経過をたどっていることを子細にみれば、これが権限濫用であることは容易に推認されるはずである。本件の審査においては、原告が指摘した事実が従来の行政過程に照らして極めて特異なものであることについて正面からその不合理的を審査すべきである。

(5) 小括

このとおり国土交通大臣は、内閣の一員としてその政策目的の実現のために本件埋立事業について中立的で公正な判断者としての地位を放棄しながら審査庁として判断を繰り返してきており、もはや

審査庁として認容裁決をなしうる立場にない。国土交通大臣は、それにもかかわらず、本件国土交通大臣に対する審査請求に対して中立公正な判断者としての審査庁の立場から権限行使をすることなく、沖縄防衛局と同一の立場において本件埋立事業を遂行する目的で法令所管大臣として勧告をなすと同時にその立場とは相容れない行政救済手続の中立的判断者として本件国土交通大臣裁決をなしたものであるから、本件国土交通大臣裁決には行政不服審査に名を借りた濫用的関与という違法が存するものであり、本件国土交通大臣裁決は違法無効である。

- 3 本件国土交通大臣裁決は国土交通大臣が審査請求人と一体をなす利害関係を有し審査庁たりえないにもかかわらずなされたもので違法無効であること

- (1) 審査庁たる大臣は利害関係のない中立公平な立場でなければならないこと

地自法 255 条の 2 第 1 項 1 号は、法定受託事務に関する都道府県知事の処分についての審査請求を当該事務の法令所管大臣が担当することとした。その趣旨は、機関委任事務が廃止されて対等関係に基づく法定受託事務とされたことから、当該大臣が都道府県知事の上級庁として審理を行うためではなく、あくまでも公正な第三者として私人の権利利益の救済を図るためである。

この観点からは、地自法 255 条の 2 第 1 項 1 号に基づき都道府県知事が行った処分に対する行政不服審査請求について審査庁となりうるべき大臣は、当該審査請求に係る処分について、利害関係を有しない中立公平な立場にあることが当然に求められているというべきである。

この点、地自法には、所管大臣について、利害関係を理由とする

除斥に関する明文の規定はないが、審査庁が公正な立場で審査すべきであるという要請から、地自法 255 条の 2 第 1 項 1 号の「大臣」とは、「審査請求に係る処分について、利害関係を有しない大臣」と解釈されるべきである。

このことは、行審法の規定ぶりからも当然に導かれるところである。行審法は、審理員について除斥事由を定めている（行審法 9 条 2 項）。この規定は、「審査請求の審理手続の主宰者が、当該事案について利害関係を持たず、偏見なく審理を行う点を保障することは、審理手続の公平性の確保につながるのみならず、手続に対する当事者や参加人の信頼を得るうえで重要な意義を有している。」と説明されている（小早川光郎＝高橋滋『条解行政不服審査法』〔大橋真由美〕76 頁）。

行政不服審査請求にあたり、審理員が利害関係を有する場合には法律上除斥されているところである。このことから、審査庁たる大臣が利害関係を有する場合は、当然に審査庁としての地位に就けなるとされるべきであり、地自法 255 条の 2 第 1 項 1 号は当然それを前提としていると解釈されるべきである。

- (2) 国土交通大臣は審査請求人と一体的な関係であり中立公平性が求められる審査庁たりえないこと

行審法第 9 条 2 項 2 号以下は、審査請求人等、当該審査請求に関係を有する者を、審理員から除斥することを定めているが、これらの規定は、不服申立て制度における審理の公正さを確保するという平成 26 年の行審法の抜本改正における主要な目的に基づいて定められたものである。

これらは審理員についての規定であるが、審理員について利害関係がある場合は除斥されなければならないとした制度趣旨よりして

も、審査庁である大臣においてこれらの規定と同等の利害関係が認められる場合は、審査庁たりえないものというべきである。

本書面第4の2において詳述したとおり、本件埋立事業は、閣議決定や閣議了解に基づいて進められている事業であって、後述の「特定の内閣の重要政策」に該当し、国土交通大臣は、内閣の一員として、閣議決定に基づき、本件埋立事業を推し進める立場にあり、審査請求人と利害を同一にし、一体となって本件埋立事業を推進してきたものである。

国土交通大臣が内閣の一構成員であるという意味は、内閣総理大臣に任命され（内閣法3条）、別に法律の定めるところにより、主任の大臣として行政事務を分担管理すること（分担管理事務）になる国務大臣であるということであるが、ここでいう法律とは、専ら国家行政組織法であるところ（内閣府設置法等を除く。）、国家行政組織法5条1項は、各省の長を各省大臣として、内閣法のいうところの分担管理事務を処理するだけでなく、同条2項は、「その分担管理する行政事務に係る各省の任務に関連する特定の内閣の重要政策について、当該重要政策に関して閣議において決定された基本的な方針に基づいて、行政各部の施策の統一を図るために必要となる企画及び立案並びに総合調整に関する事務を掌理する。」（内閣補助事務）と定めているところであり、国土交通大臣は、分担管理事務と内閣補助事務をともに処理することとなるという意味でも、内閣の一構成員であることができる。

さらに、国家行政組織法4条は「国の行政機関の任務及びこれを達成するため必要となる所掌事務の範囲は、別に法律でこれを定める。」とし、国土交通省設置法が国土交通省の任務と所掌事務の範囲を具体的に定めているが、国土交通省設置法は、国土交通省の任務

について、「国土交通省は、国土の総合的かつ体系的な利用、開発及び保全、そのための社会資本の整合的な整備、交通政策の推進、観光立国の実現に向けた施策の推進、気象業務の健全な発達並びに海上の安全及び治安の確保を図ることを任務とする。」(同法3条1項)、
「前項に定めるもののほか、国土交通省は、同項の任務に関連する特定の内閣の重要政策に関する内閣の事務を助けることを任務とする。」(同法3条2項)、「国土交通省は、前項の任務を遂行するに当たり、内閣官房を助けるものとする。」(同法3条3項)と定め、国土交通省が内閣官房の補佐機関であり、ひいては内閣の重要な補佐機関であることが明文化されている。そして、国土交通省の具体的な所掌事務については、「国土交通省は、前条第1項の任務を達成するため、次に掲げる事務をつかさどる。」(同法4条1項)として、全128号にわたる分担管理事務が列挙されている。公水法に係る所掌事務は、「公有水面の埋立て及び干拓に関すること。」(同法4条1項57号)として規定されており、まずは国土交通省の分担管理事務として挙げられているが、同時に、「前項に定めるもののほか、国土交通省は、前条2項の任務を達成するため、同条1項の任務に関連する特定の内閣の重要政策について、当該重要政策に関して閣議において決定された基本的な方針に基づいて、行政各部の施策の統一を図るために必要となる企画及び立案並びに総合調整に関する事務をつかさどる。」(同法4条2項)ことが定められ、この内閣補助事務も処理することとされている。

したがって、国土交通大臣は、内閣法からすれば国土交通省の主任の大臣であるが、国家行政組織法からすれば、内閣の統轄の下にあって、分担管理事務及び内閣補助事務をともに処理する国土交通省の長である大臣として、内閣の一構成員の地位にあるということ

になる。内閣法 6 条は、「内閣総理大臣は、閣議にかけて決定した方針に基いて、行政各部を指揮監督する。」と定めるところであり、この限りで、国土交通大臣は、行審法上の裁決を行うときであれ、地自法上の関与（地自法 245 条の 4 の技術的勧告や地自法 245 条 7 の是正の指示等）を行うときであれ、内閣法 6 条のいうところの「閣議にかけて決定した方針に基いて」なされる指揮監督のもとにあることは否定できない。また、国土交通省の内閣補助事務を達成するため、内閣補助事務の執行にあたっては、国土交通省の分担管理事務に関連する「特定の内閣の重要政策について、当該重要政策に関して閣議において決定された基本的な方針に基づいて、行政各部の施策の統一を図るために必要となる企画及び立案並びに総合調整に関する事務をつかさどる。」(国土交通省設置法 4 条 2 項)ことから、一層のこと内閣総理大臣の指揮監督下に置かれることは明らかである。

沖縄防衛局によって実施されている本件埋立事業は、本書面第 4 の 2 に示したとおり、閣議決定、閣議了解に基づいて推進されているものであり、この本件埋立事業の推進について、国土交通大臣は、国土交通省設置 4 条 2 項の「特定の内閣の重要政策」に関して「閣議において決定された基本的な方針」として拘束されている立場において沖縄防衛局と一体となって推進をしなければならない立場にあり、本件国土交通大臣に対する審査請求について、審査請求人である沖縄防衛局と一体化したものというべきである。

以上により、本件国土交通大臣に対する審査請求において、国土交通大臣は行政不服審査請求にかかる処分について利害関係がある者として、地自法 255 条の 2 第 1 項 1 号の「大臣」として審査庁とはなり得ないというべきであり、それにもかかわらず、本件国土交

通大臣裁決をしたものであるから、本件国土交通大臣裁決は無効とすべきである。

4 小括

よって、以上に掲げた理由で本件国土交通大臣裁決は無効であることから、本件埋立変更不承認処分は失効していないものであり、本件国土交通大臣裁決により本件埋立変更不承認処分が取り消されていることを前提としている本件裁決も重大かつ明白な瑕疵があるため無効であり、本件各不許可処分の効力は存続しているものである。そして、さらにその結果、無効な本件国土交通大臣裁決及び無効な本件裁決を受けた本件是正の指示もその前提を欠く違法な関与であるというべきである。

第5 本件国土交通大臣指示は関与権限を濫用したもので違法無効であること

1 権限の連結と仕組みの濫用

いわゆる余目町個室浴場事件の判決（最高裁判所昭和 53 年 5 月 26 日判決・民集 32 卷 3 号 689 頁、最高裁判所昭和 53 年 6 月 16 日判決・刑集 32 卷 4 号 605 頁）は、いわゆる行政権の濫用という法理を示した。

同事件の事案は、山形県余目町においてトルコ風呂営業を行おうと考えた事業者が、山形県知事に対して営業用建物の建築確認申請及び公衆浴場営業許可申請を行ったところ、当該事業予定地から約 150m の地点に未認可の児童遊園が存在していたため、余目町は、当該児童遊園を児童福祉施設として設置する認可を山形県知事に申請し、山形県知事の認可を受け、その後、公衆浴場営業許可を得た事業者が営業したところ、児童福祉施設等の敷地から 200m の区域内におけるトル

コ風呂営業を禁止した風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律（風営法）4条の4第1項に反するとして、山形県知事が営業停止処分を行ったというものである。

これに対して、山形県知事の営業停止処分を違法であるとして、事業者が提起した国家賠償請求事件と事業者が風営法違反に問われた刑事事件において、最高裁判所は、児童福祉施設設置認可処分が、事業者のトルコ風呂営業の規制を主たる動機、目的としている点で、少なくとも事業者に対する関係で違法、無効であり、それを前提とする営業停止処分も違法であるとして、刑事事件においては無罪判決を下し、国家賠償請求事件においては事業者の請求を認めた。

小早川光郎は、「行政作用の法的仕組みがその本来の趣旨目的の範囲を超えて利用され（*detournement de procedeur* 手続の濫用）、立法の予定しないはずの不利益が特定の関係者に対して課せられるという場合もある。これを個別の行為の次元で言えば、行政機関の行為が形の上ではある一定の法的仕組みに則って行われているにもかかわらず、当該行為の実際の意図は、その仕組みを定める立法の趣旨に包摂されえない—または、本来それとは別の法的仕組みによって実現されるべき—種類のものであったという場合である。ある仕組みにもとづく権限をことさら特定の意図に、あるいは別の仕組みにもとづく別の権限に結びつけるという意味で“権限の連結（*Koppelung* 結合・融合）”等の表現が用いられることもある。」と指摘し、そのような行為は、「①その仕組みのなかで定められた要件を充足しないために違法となる場合」と、「②そうでなくても、行政作用の法的仕組みを濫用するものとして違法とされうる」場合があるとして、②の例として、余目町最高裁判決の事案を挙げている（小早川光郎『行政法 上』257頁から258頁）。

また、小早川は、別稿で（同『平行権限と改正地方自治法』碓井光明他『金子宏先生古稀祝賀 公法学の法と政策 下巻』289 頁）、「互いに重なり合う一定の事項を処理する権限が複数の行政庁にそれぞれ別個に与えられている場合、とりわけ、国・自治体間の関係において、一定の事項を自治体の事務としつつ、それと重なり合う一定の事項を、右の自治体事務とは別個独自の国の事務であって国の行政庁の権限に属するものとしている場合」を「並行権限関係」と定義して、そのうえで、「相互に並行権限関係に立つそれぞれの行政庁の権限」を「並行権限」と定義し（同 295 頁）、国の行政不服審査権限と代執行を包摂した広義の並行権限と、これらを除いた狭義の並行権限について論じている。

同論文では、行政不服審査権限は特有益な観点もあるとして直接の考察の対象から除外しているものの、狭義の並行権限の設定それ自体について、改正地自法は 1 条の 2 の役割分担原則に照らしても真に必要と認められる場合に、かつ、その場合に限り、これを許容するとの立場をとったと評し（同 304 頁から 305 頁）、実質的に考えて 3 号関与にあたりうるような並行権限の行使について関与紛争処理手続の対象とすべきと解釈し（同 305 頁から 306 頁）、並行権限を地自法改正の趣旨に即して解釈することの重要性を指摘している。

ところで、本件において、国は、公有水面埋立をなす事業者としての立場（事業者としての立場）、地自法 255 条の 2 における審査庁としての立場（審査庁としての立場）、地自法 245 条の 7 等の関与をなす法令所管大臣の立場（関与庁としての立場）の 3 つの立場で現れている。

憲法 92 条は、「地方公共団体の組織及び運営に関する事項は、地方自治の本旨に基いて、法律でこれを定める。」と規定し、地自法は、地方公共団体に関する法令の規定を地方自治の本旨に基づいて、国と地

地方公共団体の適切な役割分担を踏まえて解釈することを要求する（地自法 2 条 12 項）。

地方公共団体の「行政を執行する権能」は、憲法 94 条により保障されたもので、内閣の下にはないとされ（平成 8 年 12 月 6 日衆議院予算委員会内閣法制局長官答弁）、したがって、国の行政権が地方公共団体の行政執行権を制約するものとして単独で登場することは許されないこととなる（小早川光郎「地方分権改革—行政法的考察—」公法研究 62 号 166 頁）。

地方分権改革は、国と地方公共団体を並立・対等な関係として機関委任事務を廃し、関与の法定、必要最小限度の原則を定め、違法な関与に対する紛争処理手続を整備し、関与の適法性を担保しているところ、地自法 245 条の 7 の法令所管大臣は、法定受託事務が所管法令に適合して処理されることを担保するために関与を行うものである。

一方で、地自法 255 条の 2 の制度は、地方自治の本旨に適合的とは言い難く、立法論としては見直しが必要であるとされるが、処分庁とは異なる行政機関による私人の権利利益の簡易迅速かつ公平な手続による救済を重視して、地方分権改革に際しても存置されたものである

（佐藤文敏『地方分権一括法の成立と地方自治法の改正（三）』自治研究 76 巻 2 号 98 頁、石森久広『法定受託事務に係る審査請求』『ジュリスト増刊新しい地方自治・地方分権』94 頁、芝池義一『地方自治法改正法案の検討』法律時報 71 巻 8 号 82 頁、塩野宏『行政法Ⅲ（第 5 版）』270 頁等）。

審査庁は、もともと審査請求を受動的な立場で受けて、公正な第三者として私人の権利利益の救済を図る立場にある。

仮に、地自法 255 条の 2 に基づく裁決に対して、処分庁（の所属する地方公共団体）の係争手段は確保されないという解釈をとる場合（地

自法 245 条 3 号括弧書きにより関与紛争処理手続から除外され、抗告訴訟が許されないというのが国の解釈と考えられる。)、裁決の適法性は担保されないこととなる。

そもそも、そのような解釈は違憲ではないかと思われるが、仮に合憲であるとしても、地方自治の本旨に照らして解釈する以上（地自法 2 条 12 項）、少なくとも、かかる制度が、関与の適法性を担保する関与紛争処理手続の極めて例外的な制度と位置づけられるべきことは明らかである。

かかる観点からは、地自法 255 条の 2 の審査請求に対する裁決を、地自法 245 条の 7 等の関与と恣意的に選択して、地自法 245 条の 7 の目的を実現するための手段として用いることが許されると解することはできない。

また、地自法 255 条の 2 は、国の機関が固有の資格において処分の名宛人となった場合は利用できず（行審法 7 条 2 項）、あくまでも一般私人と同様の立場で処分の名宛人となった場合にのみ利用ができるに過ぎない。

かかる観点からすれば、処分の名宛人（事業者）である国が、事業の目的を達成するための手段として一般私人とは異なる権限（具体的には地自法 245 条の 7 等の関与、255 条の 2 の審査請求に対する裁決）を行使することは許容されない。

処分の名宛人たる事業者の行う事業は、国の事業であっても、公水法上は特別な位置付けはなされておらず（競願の処理について公水法施行令 30 条）、事業の実施そのものは、公水法の適切な運用とは関係がないからである。

以上からすると、本件における国の 3 つの立場、すなわち、事業者としての立場、審査庁としての立場、関与庁としての立場を連結させ

て、1つの立場ではなしえない権限を行使して、他の立場における目的を実現する行為は、権限の不当な連結、あるいは仕組みの濫用として違法であって、(少なくともかかる目的実現のための手段として用いられる限りで、その相手との関係で相対的には) 無効である。

2 本件国土交通大臣指示が違法であること

(1) 三者の立場における権限

地自法 255 条の 2 の審査庁としての権限は、条文上、認容裁決として、処分の取消、不作為の違法の確認はできるものの、処分の変更や一定の処分をすべき旨の命令はなしえない（行審法 46 条 1 項ただし書、同条 2 項、49 条 3 項）。一方で、処分の執行停止の決定はなしえ（行審法 25 条 3 項）、国の解釈によるなら、裁決の適法性は司法判断により担保されることがない。

地自法 245 条の 7 等の関与を行う法令所管大臣としての権限は、国の解釈によるなら、特定の処分をすることを命じることも許容されている一方で（地自法 245 条の 7 にいう講ずべき措置）、執行停止はなしえず、関与の適法性は最終的には関与取消訴訟等で司法判断により担保される。また、関与紛争処理手続や代執行手続は、手続が極めて迅速に終了することが想定されている。

さらに、「固有の資格」において処分の名宛人となった者ではない場合、事業者は、審査請求、執行停止の申立て等をなしえ、認容裁決後、処分庁が申請に対して処分をしない場合は、不作為違法確認、義務付け訴訟の提起、仮の義務付けの申立てができるが、関与の発動を求める申請権はないし、当然であるが、自ら権限を行使することもできない（実際に、本件埋立事業以外に個別処分に国が関与をした実例はない）。

(2) 本件における連結・仕組みの濫用

ア 本書面第4で述べたとおり、本件埋立事業は、普天間飛行場の名護市辺野古への移設を唯一の解決策とする閣議決定に基づき推進されている事業で、「特定の内閣の重要政策」に該当し、国土交通大臣は内閣の一構成員として、かかる政策について内閣補助事務を行う立場にある（内閣法3条、5条2項、国家行政組織法4条、国土交通省設置法3条2項、同条3項、4条2項）。

国土交通大臣は、一方で、公水法を所管し、分担管理事務を行う立場として、地自法245条の7等の関与や、地自法255条の2に基づく審査請求の審査庁となるが（国家行政組織法4条、国土交通省設置法3条1項、4条1項57号）、その場合も、内閣法6条の「閣議にかけて決定した方針に基いて」なされる内閣総理大臣の指揮監督下に置かれることになる。

本件では、以下の事情が指摘でき、これらに鑑みれば、本件国土交通大臣指示は、事業者としての立場、審査庁としての立場、関与庁としての立場を不当に連結し、仕組みを濫用したものと見て違法、無効である。

イ 平成27年職権取消処分を巡る紛争の経緯

平成27年10月13日、原告は平成27年職権取消処分をしたところ、2日後の同月15日には、沖縄防衛局は国土交通大臣に対して審査請求及び執行停止申立てをし、12日後の同月27日には国土交通大臣は執行停止決定をした。

同日の閣議においては、改めて普天間飛行場の名護市辺野古への移設を「唯一の解決策」と位置づけ、普天間飛行場の危険性の継続、米国との信頼関係への悪影響による外交・防衛上の重大な損害等が生じるため、平成27年職権取消処分は著しく公益を害するものとして、国土交通大臣において、地自法に基づく代執行

等の手続に着手すると閣議了解がされ、国土交通大臣は、翌 28 日には代執行手続に着手している（地自法第 245 条の 8 第 1 項に基づく勧告）。

国土交通大臣は、代執行手続の閣議口頭了解時の記者会見において、審査庁としての審査については、代執行手続が閣議了解されたため、代執行手続を優先して行う、その後状況を見て審査請求の手続をどうするか考えていく旨発言している。

実際に、国土交通大臣は閣議了解に基づいて行政不服審査請求の手続については放置し、平成 28 年 12 月 26 日に原告が平成 27 年職権取消処分を取り消すまでの 1 年 2 ヶ月程度の間、裁決をしなかった。

平成 27 年職権取消処分が取り消されるまでの間に埋立工事を進めるためには執行停止が必要であるが、代執行手続においては、執行停止ができないため、執行停止決定が利用されたことは明らかである。

閣議了解においては、事業者としての立場を再確認し（「唯一の解決策」との位置付け）、事業者としての立場で推進すべき公益を保護するために、関与庁としての立場と、審査庁としての立場の権限行使について方向性が決定され、事業者としての立場に従属している。

沖縄防衛局は、処分後 2 日で審査請求及び執行停止申立てをしているが、それを受けて、わずか 12 日後には、代執行をなしうると国土交通大臣は判断していることになるところ（地自法 245 条の 8 第 1 項の要件を充足していると判断している）、沖縄防衛局が申立てを行う以前から、執行停止決定や代執行手続の準備を並行して進めていたであろうことも明らかである。

ウ 本件規則に基づく岩礁破碎許可を巡る紛争について

本件規則 39 条（当時）は、漁業権が設定されている区域において岩礁破碎行為を行う場合は知事の許可が必要である旨定めていたところ、沖縄防衛局は、平成 25 年 3 月 11 日に地元の名護漁協が漁業権一部放棄議決を行ったことをもって漁業権が消滅したと主張し、平成 26 年 8 月 28 日になされた岩礁破碎許可の期限が平成 29 年 3 月 31 日に満了したにもかかわらず、岩礁破碎許可を得ずに、同日以後、岩礁破碎行為を継続した。

しかし、漁業権は漁場計画（「漁場の区域」も内容とする）どおりに申請しなければならず、知事は、計画どおりにしか免許できないところ、漁業権者の任意で「漁場の区域」を変更できるという解釈は到底ありえない。

「一部放棄議決」は、漁業権の「変更」にあたるとしか解釈しようがなく、かかる解釈は、大國仁『漁業制度序説』90 頁、工藤重男『判例通達による漁業法解説』63 頁、浜本幸生『共同漁業権論』675 頁、田中克哲『最新・漁業権読本』203 頁、金田禎之『新編 漁業法詳解 増補四訂版』287 頁等、極めて常識的なものであった（直接の判示ではないが、最高裁昭和 60 年 12 月 17 日判決・判例タイムズ 583 号 62 頁）。

国自身、従前は、漁業権の一部放棄が議決されても、免許を受けずに漁業権が当然に変更されるものではないという見解に立っていた（答弁書第四一号内閣参質一〇二第四一号昭和六十年六月十四日、答弁書第四四号内閣参質一〇四第四四号昭和六十一年五月二十七日、答弁第一一号内閣衆質一一四第一一号平成元年三月十四日といった政府答弁の他、水産庁長官の地自法 245 条の 4 に基づく技術的助言「24 水管第 684 号平成 24 年 6 月 8 日「漁

場計画の樹立について」)、昭和二七年一〇月二日付二七水七九〇二号「漁業法第二二条の事務取扱上の解釈について」水産庁漁政部長通知等)し、沖縄防衛局も、一部放棄議決後に、岩礁破碎許可を得ていた。

しかし、上述のとおり、沖縄防衛局は、本件埋立事業の実施に合わせて、岩礁破碎許可を得る必要がないという解釈をとり、水産庁長官もこれに沿う解釈を示したのである(平成29年3月14日付け28水管第2332号)。

国は、実質的当事者訴訟として沖縄県が提起した岩礁破碎行為の差止ないし岩礁破碎許可を得ずに岩礁破碎行為をしてはならない義務の確認訴訟において、訴訟要件のみ主張し、漁業法の解釈については主張しなかった。

結局、この解釈の適法性は、司法判断が得られていない。

ここでは、事業遂行のために、法令所管大臣たる水産庁長官の立場が曲げられたものと言わざるを得ない。

エ 平成30年職権取消処分を巡る紛争の経緯

平成30年8月31日、沖縄県副知事が知事職務代理者からの委任に基づき、平成30年職権取消処分をしたところ、同年10月16日に沖縄防衛局が国土交通大臣に対して、行政不服審査請求及び執行停止申立てをし、国土交通大臣は、同月30日に執行停止決定をし、平成31年4月5日に、平成31年裁決をしている。

国土交通大臣は、執行停止決定に際して、「重大な損害を避けるために緊急の必要があると認めるとき」(行審法25条4項)の内容として、沖縄防衛局の主張をそのまま容れて、工事停止の経済的損失のほかに、普天間飛行場の危険性除去等の早期実現、日米間の信頼関係や同盟関係等への悪影響という外交・防衛上の不利

益を認定している。

しかし、行審法 25 条 4 項の「損害」として主張しうる利益は、一般公益ではなく、当該行政機関が私人において主張しうると同様に有する私法上の財産権の保護など、申立人に帰属する法的に保護された権利利益に限られるにもかかわらず、上述の閣議了解において確認されている公益実現のために、国土交通大臣は執行停止決定をなしたものである。

結局、ここでは、事業者としての立場で推進することを確認した公益を保護するために、極めて無理のある解釈をとって、審査庁としての立場で権限行使しているのである。

オ 本件国土交通大臣指示に至る経緯

令和 2 年 4 月 21 日、沖縄防衛局は、原告に対して本件埋立変更承認申請をし、令和 3 年 11 月 25 日、原告は、本件埋立変更不承認処分をした。

これに対して、令和 3 年 12 月 7 日、沖縄防衛局は、本件国土交通大臣に対する審査請求をし、令和 4 年 4 月 8 日、国土交通大臣は、本件国土交通大臣裁決をし、同日、原告に対し、地自法 245 条の 4 第 1 項に基づき、同年 4 月 20 日までに本件埋立変更承認申請に対する承認処分をするよう本件国土交通大臣勧告を行った。

原告が、同月 20 日、国土交通大臣に対し、本件国土交通大臣勧告の期限までに判断を行うことはできない旨回答したところ、国土交通大臣は、同月 28 日、原告に対し、本件国土交通大臣指示をなした。

本件国土交通大臣勧告は、本件国土交通大臣裁決により本件埋立変更不承認処分が取り消され、本件埋立変更承認申請が要件充

足しているため承認処分をなすよう求める内容で、他に具体的に要件充足についての国土交通大臣の判断は記述されていない。また、本件国土交通大臣指示の内容は、審理員意見書及び本件国土交通大臣裁決とほぼ同じである。

このように、本件国土交通大臣裁決、本件国土交通大臣勧告、本件国土交通大臣指示は、同日、あるいは極めて短期間になされ、その内容も全く同じである。

カ 小括

国土交通大臣は、平成 27 年職権取消処分を巡る紛争の経緯からも明らかなおり、事業者として遂行する公益のために、閣議決定、閣議了解に基づいて、審査庁としての立場、関与庁としての立場における権限を行使してきた。

「特定の内閣の重要政策」として閣議決定されている事業については、内閣補助事務として、当該事業に係る公益を推進する義務を負っているのもあって、国土交通大臣は、3つの立場を同時に兼ねており、権限行使主体が連結されている。

また、平成 27 年職権取消処分、平成 30 年職権取消処分を巡る紛争に際して、上述の閣議了解により事業者として推進することを確認した公益が侵害されることを理由として執行停止をし、工事の速やかな再開が可能となるべく権限を行使し、平成 27 年職権取消処分の際には、裁決は行わずに、極めて短期間に手続が終了する代執行手続によって事業を推進しようとしており、事業遂行の目的のために審査庁としての権限、関与庁としての権限を行使している。

本件国土交通大臣指示においても、本件国土交通大臣裁決、本件国土交通大臣勧告、本件国土交通大臣指示は、極めて短期間で

(本件国土交通大臣裁決と本件国土交通大臣勧告は同日、また、原本送付前には、同じ担当者から1通のメールでまとめて送られている)、同内容(本件国土交通大臣勧告は、本件国土交通大臣裁決の存在を挙げるのみ)でなされているところ、審査庁としての立場に基づく権限行使と別に、関与庁としての権限行使について検討された形跡は全くない。手続という観点からも、その権限行使の内容という観点からも、これらの立場が連結されていることは明らかである。

本件国土交通大臣指示は、本件国土交通大臣裁決により本件埋立変更不承認処分が取り消されていることを前提として、特定の処分を指示しているもので(審査庁としての立場ではなしえない)、審査庁として本件埋立変更不承認処分を取り消すにあたって、地方公共団体が国とは対等な関係であって上級下級の関係にないことから行審法上自ら承認処分をすることができないという制度の限界があることを没却し、他の権限を利用することによって地方公共団体の自立性を否定し、行審法の脱法を図るものである。

結局、事業者として推進する公益実現という目的のために、関与庁としての立場と審査庁としての立場で権限を行使し、それぞれの立場では許容されない法効果を得ようとしたものと言わざるを得ない。

このような権限行使は、権限を不当に連結し、仕組みを濫用したものである。そして、この無効な本件国土交通大臣指示の効力を前提として本件サンゴ類の採捕の必要性を認めた本件裁決も無効であり、本件サンゴ類の採捕の必要性が認められないとした本件各不許可処分はなお有効である。よって、

本件各許可申請の許可処分を求めてきた本件是正の指示は、無効な本件国土交通大臣指示及び無効な本件裁決に基づいてなされた違法な関与というべきである。

第6 本件埋立変更不承認処分が適正に判断されたものであること

1 本件埋立変更承認申請が承認要件を充足していないこと

原告は、本件埋立変更承認申請を不承認としたところ(甲15号証)、この申請が承認要件を充足していない理由は、概要以下のとおりである。

(1) 「正当ノ事由」が認められないこと

公水法13条ノ2第1項は、免許ないし承認処分(免許等処分)を受けた埋立事業の変更許可申請については、「正当ノ事由」が存在することを求めているところ、本件埋立変更承認申請には「正当ノ事由」が認められない。すなわち、本件埋立変更承認申請の内容は、本件埋立承認処分後に実施した土質調査を踏まえた地盤改良に伴い工程の変更を含めた大幅な見直しとなっていること、地盤の安定性等に係る設計に関して最も重要な地点において必要な調査が実施されないまま地盤の安定性等が十分に検討されておらず災害防止に十分配慮されているとは言い難いことなどから、埋立ての動機となった土地利用が可能となるまで不確実性が生じており、普天間飛行場の危険性の早期除去にはつながらず、普天間飛行場の早期の危険性の除去という本件埋立事業の必要性に照らして、その必要性との整合性を欠くに至っている。このため、本件埋立事業を続行するに当たり変更許可ないし承認という手続を用いることが相当と認められる程度を越えていることから、「正当ノ事由」が欠けるとしたものである。

(2) 「国土利用上適正且合理的」といえず、「必要性」もないこと

本件埋立変更承認申請は、公水法 13 条ノ 2 第 2 項において準用する同法 4 条 1 項 1 号の要件である「国土利用上適正且合理的」との要件も充足していない。災害防止の観点からの要件充足性については、後記の災害防止要件で指摘しているところ、それ以外にも、本件埋立事業が、普天間飛行場の危険性の除去を喫緊の課題として「極力短期間で移設」、「移設を着実に実施」する目的でなされていたにもかかわらず、本件埋立変更承認申請は、本件埋立承認処分がなされていた時点での工期を著しく上回る内容であり、そればかりかその不確実性もあることから、当初の事業目的との間で整合性が失われ、もはや国土利用上適正でも合理的でもなくなったといえ、また本件埋立事業の必要性はなくなった。

(3) 災害防止要件を充足していないこと

本件埋立変更承認申請は、公水法 4 条 1 項 2 号の「災害防止ニ付十分配慮」の要件も充足していない。

C-1-1-1 護岸の B-27 地点付近において、粘性土 (Avf-c 層及び Avf-c2 層) は水面下約 90m に達している。C-1-1-1 護岸の B-27 地点付近は、外周護岸の設置場所となっており、同付近の地盤条件の設定が災害防止に関して最も重要と考えられ、同付近の地盤条件は、B-27 地点における三軸圧縮試験等の力学的試験等を実施し、その結果をもって設定することが最も適切であるところ、それがなされていない。

また、施工時の地盤の安定性能照査について、C-1-1-1 護岸付近には深い谷地形があり、護岸設置箇所において唯一粘性土の Avf-c2 層が存在しているところ、沖縄防衛局に対し、安定計算に用いる調整係数 m を一律に下限値の 1.10 とするのではなく、護岸毎に地盤

条件や施設の重要性を勘案し、合理的な値を設定する必要がある旨を確認したところ、沖縄防衛局からは、性能照査にあたって地盤条件等の不確定性をどのように判断し、調整係数 m を 1.10 と設定したか明確に示されなかった。

このとおり、B-27 地点の地盤条件を適切に設定していないことによつて、地盤の均一性や地盤定数の信頼性等の区分についても合理的な説明がないため、どのように不確定性を考慮したか不明である。

よつて、災害防止に十分配慮しているとは認められない。

(4) 環境保全要件を充足していないこと

さらに、本件埋立変更承認申請は、公水法 4 条 1 項 2 号の「環境保全（中略）ニ付十分配慮」の要件も充足していない。

本件埋立変更承認申請の内容では水中音を発する工事が予定されており、また、本件埋立承認処分時から本件埋立事業の実施区域周辺でのジュゴンの生息状況などの地域特性の変化が生じているにもかかわらず、予定されている埋立工事の実施がジュゴンに及ぼす影響について適切に情報が収集されておらず、適切な予測が行われていない。また、本件埋立変更承認申請に係る埋立工事の実施により生じ得るジュゴンの生息にかかる環境への影響を回避又は軽減するために採り得る措置が的確に検討されておらず、措置を講じた場合の効果が適切に評価されていない。

本件埋立変更承認申請において予定されている埋立工事では SCP 工法の実施が予定されているが、それに伴つて埋立予定区域外でも生じる海底地盤の盛り上がりや底生生物の生息状況など環境に及ぼす影響について、適切に情報が収集されていない。

よつて、環境保全に十分配慮しているとは認められない。

2 本件埋立変更不承認処分が適正に判断されたこと

しかるに、国土交通大臣は、本書面第1で経緯を示したとおり、本件埋立変更不承認処分を取り消す本件国土交通大臣裁決をなすとともに、本件埋立変更承認申請を承認するよう求める本件国土交通大臣指示をなした。

しかし、上述1で述べたように、本件埋立変更不承認処分については、公水法13条の2第1項に定める「正当ノ事由」の存否について適正に判断され、また同条2項で準用する公水法4条1項の各要件についても、それぞれその要件を欠くことが示されていて、その判断内容は適正なものであり、違法かつ不当、又は著しく適正を欠き、かつ、明らかに公益を害するものではない。

したがって、本件国土交通大臣裁決及び本件国土交通大臣指示は、いずれも、本件埋立変更不承認処分が何ら原告の裁量を逸脱ないし濫用により違法があるとは評価しえないにもかかわらずなされたものであり、本件埋立変更承認申請についての承認要件の内容においても判断を誤った違法がある。

3 「適法に埋立ができる法的地位を付与されてしかるべき状況」にな いこと

このため原告は、本件国土交通大臣裁決及び本件国土交通大臣指示の取消しを求める訴訟を提起したところ、令和5年3月16日、福岡高等裁判所那覇支部がこれら訴えを却下ないし棄却する判決をしたため、同月23日、いずれも最高裁判所に上告受理申立てをしている。

本件埋立変更不承認処分は適正に判断されたものであり、そのため、本件国土交通大臣裁決及び本件国土交通大臣指示のいずれも最高裁判所の判決の如何によっては取り消される余地が残されたままである。そして、本件国土交通大臣裁決または本件国土交通大臣指示が取り消

されると、本件埋立変更承認申請に基づく工事は実施できないことになる。このように本件埋立事業が実施できることがいまだ確定していない時期において、本件国土交通大臣裁決の拘束力や本件国土交通大臣指示の存在をもって、沖縄防衛局が「本件変更承認申請に対する承認を得て適法に埋立ができる法的地位を付与されてしかるべき状況にある」ということはできないし、このような「適法に埋立ができる法的地位を付与されてしかるべき状況」という法的には何ら意味のない評価を根拠として、「適法に埋立ができる法的地位を付与されて」いる者と同様に扱って本件サンゴ類の採捕の「必要性」を認めることはできない。

第7 本件是正の指示が権限の濫用であること

1 はじめに

本書面第4により本件国土交通大臣裁決について、本書面第5により本件国土交通大臣指示について、いずれも権限濫用で無効となることを主張したところ、本件埋立事業にかかる被告の権限行使についても、国土交通大臣同様の権限濫用が存する。

2 被告が本件埋立事業において関与してきた経緯

(1) 本件是正の指示の経緯

被告も、国土交通大臣と全く同様に、事業者である沖縄防衛局と意を通じながら、国の機関としての3つの立場を使い分けてその権限を行使してきている。被告についても、地自法255条の2における審査庁としての立場と、地自法245条の7等の関与をなす関与庁としての立場を、国に最も有利になるように恣意的に行使してきたものである。

本件是正の指示は、令和5年3月1日に被告から原告に対して、

「サンゴ類の特別採捕許可の事務処理について」(4水管第3554号)との文書で資料提出要求があったことに始まるが、同文書においても、令和4年12月16日に原処分を取り消す本件裁決がなされた後いまだに本件各許可申請に対する処分がなされていない旨の連絡を沖縄防衛局から連絡を受けたことを述べている。本件是正の指示はこれがきっかけでなされたものであるが、被告は、すでに中立・公正な判断者たるべき審査庁としての立場において本件裁決をなしている。本件裁決の根拠は地自法255条の2によるが、同条は本来上級庁、下級庁の関係にもないにもかかわらず、国民の権利利益の簡易迅速な救済の観点から存置された制度であり、地方分権改革とは緊張関係を有するものである。この場合、審査庁が原処分を取り消したとしても、処分の変更や一定の処分をすべき旨の命令はなしえない(行審法46条1項ただし書、同条2項、49条3項)。これは地方公共団体と国が対等協力の関係にあることを尊重すべく、審査庁としての限界を示したものである。ところが、本件是正の指示のとおり、本件裁決と本件是正の指示を組み合わせることによって、審査庁であったはずの被告が、行審法上限界があるはずの権限とその効果を取得することになるのである。国土交通大臣による是正の指示が権限濫用となることを指摘したと同様、審査庁としての立場と所管大臣としての立場を併用して権限行使することは、関与庁としての立場を不当に連結して仕組みを濫用した違法、無効のものというべきである。

本来であれば、本件裁決に基づいて処分のやり直しがなされていないということに不服があれば、事業者である沖縄防衛局がさらに行政不服審査請求なり、抗告訴訟なりの権利利益救済のための法的手続を処分の名宛て人として行使することが可能であり、それが極

めて当たり前の経過であるところ、被告が、名宛て人自身による救済手続の利用に委ねずになぜ本件埋立事業に関連する処分のみについて自ら所管大臣としての関与権限を行使するのも明らかにされていない。事業者が国の機関であり、その事業が閣議決定を経た国策であるという恣意的な理由以外には考えられない。

(2) JPKI 地区のサンゴ類特別採捕許可処分にかかる経緯

被告の審査庁としての立場と関与庁としての立場の恣意的な使い分けと併用は、本件是正の指示だけではない。

沖縄防衛局による JPKI 地区でのサンゴ類特別採捕許可申請に対する被告の対応もまた、そのことを露骨に示している。

本書面第 1 で経緯を述べたとおり、JPKI 地区でのサンゴ類特別採捕許可申請については、原告が平成 31 年裁決の有効性を訴訟において争っていたことから処分を保留していたところ、被告は、沖縄防衛局による行政不服審査請求など何らの救済手段の行使をまたず、いきなりこれら各許可申請について許可処分をするよう命令する是正の指示をなしてきた。他方で、当該是正の指示が適法であるとの判決が確定したことから原告が当該各許可申請を許可した直後、許可違反があったとしてこれら各許可処分を取り消す処分をしたところ、沖縄防衛局が行政不服審査請求を行い、被告は直ちに同取消処分の執行停止決定をなした。これにより行政不服審査請求の被告による本案審査中にもサンゴ類移植作業が進められることになったのである。

この経過にもみられるとおり、事業者が行う許可申請に対して、許可、不許可、許可処分の取消し、処分の不作為の状況に応じて、事業者からの申請いかににかかわらず最も迅速に沖縄防衛局が本件埋立事業を遂行できるための手法を、あるいは審査庁の立場から、

あるいは関与庁の立場から使い分けているのである。

かかる手法は、国土交通大臣と全く同様である。関与庁としての権限行使と審査庁としての権限行使の並行的行使の手法が、両機関とも一貫して沖縄防衛局による本件埋立事業の遂行に向けられているのであって、私人であれば決して得られない国の有する3つの立場を恣意的に使い分ける権限濫用が繰り返されていることは明らかである。

(3) 本件規則に基づく岩礁破碎許可を巡る紛争について

さらにこのことは、本書面第5の2(2)ウで述べている本件規則に基づく岩礁破碎許可を巡る紛争についての水産庁の漁業権「一部放棄」についての解釈変更からもみてとれる。

漁業権の一部放棄が議決されても、これ自体漁業権の変更に当たることから免許を受けずに漁業権が当然に変更されるものではないという見解は従来一貫していたにもかかわらず、沖縄防衛局が、原告による岩礁破碎許可処分手続を免れんがために、本件埋立事業実施区域に対する名護漁業協同組合による漁業権「一部放棄」の議決により当該海域についての漁業権は消滅したと主張し、これを従来の解釈との整合性に関しても全く説明なく水産庁が追認したのである。

水産庁は国家行政組織法3条2項に基づく外局として農林水産省に設置された組織であり（農林水産省設置法21条）、所管大臣である被告の指揮監督下にある。普天間飛行場の名護市辺野古への移設という閣議決定に基づく国策に係る影響との関連で解釈変更がなされているのであって、被告の国策遂行の立場に基づいてなされたことは容易に推認できる。

(4) 閣議決定に拘束される立場であること

このとおり、被告も国土交通大臣同様、国の機関として持つ権限を恣意的に使い分け、併用して、本件埋立事業の推進を図っていることが明らかであるところ、それ自体、国土交通大臣について述べたとおり、被告も内閣の一員として閣議決定で推進している本件埋立事業を一体となって遂行する立場にあり、法令所管大臣としての適正な法の執行を期待し、あるいは審査庁として公正中立の立場から処分についての審査をすることは叶わないというほかない。

3 小括

以上に述べたとおり、本件是正の指示自体、本件埋立事業を推進する目的に基づいて、本件裁決をなした審査庁としての立場と関与庁としての立場を恣意的に選択して行使することによって、それぞれの立場では許容しえない法的効果を得ようとしているものというべきで、これもまたその権限を不当に連結して濫用するものとして違法・無効である。

第8 「明らかに公益を害しているとき」等にあたらぬこと

1 是正の指示の発動要件

地自法 245 条の 7 第 1 項は、是正の指示の発動要件として、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」と規定している。

成田頼明他編「注釈地方自治法<全訂>」2 巻 5878 頁では、前者の要件を①、後者を②として、次のとおり解説している。

「①は、普通地方公共団体の法定受託事務の処理が違法である場合をいう。これには、作為による場合のほか、不作為による場合も含まれる。また、『法令』とは、法律またはこれに基づく政令（これらに基

づく内閣府令、省令、規則、告示を含む)をいう。②の『著しく適正を欠き』とは、確保すべき収入を不当に確保しないこと、不当に経費を支出すること、不当に財産を処分することなど、法定受託事務の処理が、法令の規定に違反しているとまでは認められないが、著しく適正を欠いていることをいう（平成十一年法律八七号による改正前の旧二四六条の二第一項参照）。ただし、②については、それとともに、『明らかに公益を害している』という要件を満たしていることが必要である。つまり、普通地方公共団体の法定受託事務の処理が著しく不適正であり、かつ、それによって公益が侵害されていることが明らかであると客観的に認められるときにはじめて、是正の指示を行うことができるのであり、そうした事態に至らない限りは、当該地方公共団体における自治的な是正・改善に委ねられるべきである。この点は、①の要件に該当する場合についても同様と解される。したがって、また、各大臣または都道府県の執行機関の是正の指示は、①の場合はもちろん、②の場合にも、合法性のコントロールにとどまり、合目的性のコントロールには及びえないものと解される。」

以上の整理から見ると、法定受託事務に対する是正の指示にあたっては、法定受託事務も地方公共団体の事務であって、地方公共団体への関与は法定されたものに限定され（地自法 245 条の 2）、かつ「その目的を達成するために必要な最小限度のものとするとともに、普通地方公共団体の自主性及び自立性に配慮しなければならない」（地自法 245 条の 3）という原則に基づかなければならず、上述①ないし②の要件に基づくその発動にあたっては、「普通地方公共団体の法定受託事務の処理が著しく不適正であり、かつ、それによって公益が侵害されていることが明らかであると客観的に認められるときにはじめて、是正の指示を行うことができるのであり、そうした事態に至らない限り

は、当該地方公共団体における自治的な是正・改善に委ねられるべき」
なのである。

2 本件各許可申請につき処分をなしていないことが、「著しく適正を欠」
き、「明らかに公益を害している」とはいえないこと

(1) 本件是正の指示は本件各許可申請につき許可処分をせよ、という
内容であるが、原告による本件各不許可処分が有効であること、本
件是正の指示が違法であることについては、これまで述べたとおり
である。

さらに、本件是正の指示が求める本件各許可申請に対する許可処
分を原告がなしていないことについては、「著しく適正を欠」くもの
でもなく、また「明らかに公益を害している」ものでもないこと
について述べる。

(2) 日本には約 400 種類の造礁サンゴ類が生息しており、沖縄島には
そのうち約 340 種が確認されているところ、これらのサンゴ類は、
それぞれの種に適合した自然的条件の場所に分布して生息している。
したがって、本来は、本件各許可申請の対象となっているサンゴ約
8 万 4 千群体についても、現在の生息場所でそのまま生息し続ける
ことが水産資源保護法上最も望ましい状態である。そして、公有水
面埋立事業との関係では、同事業の実施が確実であり、同事業の実
施に伴いサンゴがやむを得ず消失するような場合にはじめて、次善
の策である環境保全措置としてサンゴ類を移植することが水産資源
保護上望ましい状態といえる。

それでもなお、サンゴ類の移植については、もともと確立した確
実な移植技術があるわけではなく、植え込んだ種苗が成長して産卵
するまで(多くは 3 年)の生残率 40 パーセント以上を成功のゴール
にすることが提唱されているにすぎず (Omori et al. 2016 「沖縄

県サンゴ礁保全再生事業総括報告書」甲 22)、環境保全措置が成功したとしても、本件でいえば、移植が成功したとしても本来生息していたサンゴ約 8 万 4 千群体のうち 3 万 4 千群体しか水産資源として保護することはできないこととなる。

また、サンゴ類の不適切な移植は、移植元のサンゴ類を消失させるのみならず、移植先に生息したサンゴ類、ひいてはその他の生態系に負の影響を与えかねないことに留意しなければならない。移植の失敗は、成果をゼロにするのではなくマイナスにする可能性すらある。「沖縄県サンゴ移植マニュアル」(甲 23)においては、サンゴ移植で注意すべきこととして、移植活動自体がサンゴ群集にマイナスに働く可能性がある点として、遺伝的攪乱、病原菌を持ち込むこと、そして最も危険なことは、移植によって簡単にサンゴ礁を保全することができるかと行政や企業などが誤解し、移植が開発行為の免罪符となる可能性があることと説明している。

サンゴ類の移植は、それ自体が、移植されたサンゴ類の大半の死滅を意味するものである以上、学術的な研究としてごく少数の個体を移植する場合であればともかく、公有水面埋立工事に伴うサンゴ類の環境保全措置として大量のサンゴ類の群体を移植することについては、移植対象であるサンゴ類の生息場所について「設計ノ概要」に示された工事がなされるとの事実認定がなされることが前提となるものと言うべきである。

しかるに、現在、本件各許可申請にかかるサンゴ類が生息している名護市大浦湾側の本件埋立事業における埋立予定区域について、本件埋立変更不承認処分や本件国土交通大臣裁決ないし本件国土交通大臣指示の法的効力をどのように評価するとしても、本件埋立事業の埋立予定区域のうち名護市大浦湾側において埋立工事を施工す

ることができない状態にあることは動かしようのない事実である。この事実が存続しているもとの、過半のサンゴ類を死滅させることになり環境影響上も水産資源保護上も不可逆的な損失を生じさせることになる本件各許可申請に対して許可処分をしないことは、原告の地方公共団体としての自主性・自立性にもとづき、地域の自然環境と産業資源を保護する役割を有する者として何ら「著しく適正を欠」くとも、「明らかに公益を害している」ともいえない。

よって、本件是正の指示は、是正の指示についての要件を充足していないのであるから違法であり、取り消されるべきである。

証拠書類

- 甲第1号証 4水管第3986号（本件是正の指示）
- 甲第2号証 特別採捕許可申請書（沖防第4697号）
- 甲第3号証 特別採捕許可申請書（沖防第4698号）
- 甲第4号証 許認可等に係る審査基準
- 甲第5号証 不許可処分通知（沖縄県指令農第1134号）
- 甲第6号証 不許可処分通知（沖縄県指令農第1135号）
- 甲第7号証 審査請求書（沖防第5398号）
- 甲第8号証 弁明書
- 甲第9号証 裁決書（4水管第2909号）
- 甲第10号証 サンゴ類の特別採捕許可の事務処理について（4水管第3554号）
- 甲第11号証 サンゴ類の特別採捕許可の事務処理について（回答）（農水第3702号）
- 甲第12号証 サンゴ類の特別採捕許可の事務処理について（勧告）（4水管第3748号）
- 甲第13号証 サンゴ類の特別採捕許可の事務処理について（回答）（農水第3913号）
- 甲第14号証 サンゴ類の特別採捕許可申請に係る是正の指示について（回答）（農水第4134号）
- 甲第15号証 不承認通知書（沖縄県指令土第767号、沖縄県指令農1502号）
- 甲第16号証 裁決書（国水政第6号）
- 甲第17号証 埋立地用途変更・設計概要変更承認申請について（指示）（国水政第18号）

- 甲第18号証 最高裁令和元年（行ヒ）第367号令和2年3月26日判決
- 甲第19号証 最高裁令和2年3月26日判決・民集74卷3号471頁調査官解説
- 甲第20号証 行政組織法 第2版
- 甲第21号証 鑑定意見書（岡田正則意見書）
- 甲第22号証 鑑定意見書（白藤博行意見書）
- 甲第23号証 沖縄県サンゴ礁保全再生事業総括報告書（抜粋）
- 甲第24号証 沖縄県サンゴ移植マニュアル（平成20（2008）年度版）（抜粋）
- 甲第25号証 福岡高裁那覇支部令和4年（行ケ）第3号令和5年3月16日判決（抜粋）
- 甲第26号証 審査申出書
- 甲第27号証 令和5年3月29日付けで農林水産大臣がした地方自治法第245条の7第1項に基づく是正の指示に係る審査の申出について（通知）
- 甲第28号証 鑑定意見書（山田健吾意見書）

添付書類

- 1 証拠書類写し 各 1 通
- 2 訴訟委任状 3 通
- 3 代理人届 1 通