

国土交通大臣の是正の指示に対する知事の不作為の違法確認訴訟

- 【文献種別】 判決／福岡高等裁判所那覇支部
【裁判年月日】 平成28年9月16日
【事件番号】 平成28年（行ケ）第3号
【事件名】 地方自治法251条の7第1項の規定に基づく不作為の違法確認請求事件（辺野古訴訟・不作為の違法確認請求事件）
【裁判結果】 認容
【参照法令】 公有水面埋立法4条1項・42条1項および3項、地方自治法245条の7第1項および251条の7第1項
【掲載誌】 判例集未登載

LEX/DB 文献番号 25543978

事実の概要

沖縄防衛局は、辺野古沿岸地域に普天間飛行場代替施設を建設するとして、2013年12月27日に仲井眞弘多前沖縄県知事から公有水面埋立承認（以下、原処分という）を受けていたが、2015年10月13日翁長雄志知事（以下、知事という）は、原処分は公有水面埋立法（以下、公水法という）4条1項1号および2号の要件を欠き、違法であるとの理由で取り消した（以下、本件取消という）。沖縄防衛局は、本件取消に対し、行政不服審査法に基づき国土交通大臣（以下、国交相という）に審査請求を行い、国交相は直ちに本件取消の執行停止を認めた。これに対して、沖縄県は、国交相による執行停止決定を違法な関与として国地方係争処理委員会（以下、係争委という）に審査を申し出た。その後、国交相は、知事に対して本件取消の取消を勧告、指示したが知事がいずれも拒否したため自治法245条の8に基づく代執行訴訟を提起した。また、沖縄県は、執行停止決定の取消訴訟を提起したほか、係争委の却下決定を受けて地方自治法（以下、自治法という）251条の5第1項に基づいて執行停止決定について関与の取消訴訟を提起するなどしたが、2016年3月4日、裁判所の和解勧告に従って、代執行訴訟、関与取消訴訟を取り下げて仕切り直し、国交相による知事に対する是正の指示、県が不服の場合に係争委への審査の申出、係争委が指示を違法でないとした場合、是正の指示の県による関与取消訴訟の提

起などの手続を経て問題解決を図ることが合意されて和解が成立した。

和解成立からわずか3日後の同7日、国交相は、知事に対して、本件取消の取消を指示したが理由を欠いていたため、同16日、一旦撤回して、本件取消が、①違法の瑕疵のない原処分を取り消した点と、②取消制限により取り消すことのできない本件承認処分を取り消した点において、公水法42条1項および3項ならびに公水法4条1項に反して違法であるとして、自治法245条の7第1項に基づいて、本件取消の取消を求める是正の指示をした（以下、本件指示という）。これに対して、同23日、知事は、自治法250条の13第1項に基づいて、係争委に本件指示の取消を求める申出をした。

この申出に対して、2016年6月20日、係争委は、本件については、「国と沖縄県は、普天間飛行場の返還という共通の目標の実現に向けて真摯に協議し、双方それぞれ納得できる結果を導き出す努力をすることが、問題の解決に向けての最善の道であるとの見解に到達した。」として、本件指示の適法性については判断しない決定を行った。知事は、この決定を受けて、同24日、普天間飛行場代替施設に関連する一連の問題に関して係争委員会のいう「真摯に協議」することを求める文書を国の関係機関宛に出した。しかし、大臣は、知事が本件指示に基づいて、本件取消を取り消さず、法定期間内に是正の指示の取消訴訟をも提起しないことから、自治法251条の7に基づいて不作為

為の違法確認を求めた。

判決の要旨

1 「当裁判所は、本件承認処分のような授益的処分の取消し、すなわち侵害的処分については、特段の根拠規定なく、原処分庁が職権で行政処分を取り消すいわゆる自庁取消し（以下、単に「取消し」ともいう。）の要件として、原処分が違法であること、すなわち原処分において要件裁量権が認められる場合には、その行使が逸脱・濫用にわたり違法であると認められることを要し、原処分に不当又は公益目的違反の瑕疵があるにすぎない場合には取消権はそもそも発生しないものと解する。」その理由は、「個別の根拠規定なくして一般に取消しが認められるとされる根拠は、法律による行政の原理ないし法治主義に求められ」、「違法な処分は取り消さなければならないという点にある。他方、このような『法』の仕組みから、原処分がされることにより、一定の法律状態が形成され、それを前提として関係者が行動することにより様々な法律関係や事実状態が積み重ねられる。このようなことが一般的に想定される以上、原処分に何らの違法がないにもかかわらず、原処分庁において、それらを覆滅させることができるという根拠は見出せない。」

2 「本件承認処分に裁量権行使の逸脱・濫用があるとは認めるに足りず違法であるとは言えないのであるから、これに対する取消権は発生せず、本件取消処分はその点において既に違法である。また、仮に裁量内違法が取消事由に該当すると解したとしても、本件承認処分にこれがあるとも認めるに足りず、この点においても同様である。」さらに、「本件においては、そもそも取り消すべき公益上の必要が取り消すことによる不利益に比べて明らかに優越しているとは認められない上、その他の点を考慮すれば、本件承認処分の取消しは許されないというべきであり、そうすると本件取消処分は、取消権の根拠規定である法42条1項、同法4条1項1号及び2号の解釈適用を誤ったこれらの法令に違反するものであると認められる。」

3 「法定受託事務に関する是正の指示がなさ

れた場合は、地方公共団体はそれに従う法的義務を負い、それに係る措置を講じるのに必要と認められる期間、すなわち、相当の期間を経過した後、それをしない不作為は違法となる」。本件では「遅くとも本件委員会決定が通知された時点では是正の指示の適法性を検討するのに要する期間は経過したというべきであり、その後本件取消処分を取り消す措置を行うのに要する期間は長くとも1週間程度と認められるから、本件訴えが提起された時点では相当の期間を経過していることは明らかであり、本件指示に係る措置を講じない被告の不作為は違法となっている。」

判例の解説

一 不作為の違法の判断

本件は、辺野古米軍新基地建設をめぐる沖縄県と国との間で争われてきた争訟のひとつであり¹⁾、2012年の自治法改正により新設された国等による違法確認訴訟が初めて使われた事案となった。本判決に対して、沖縄県は上告および上告受理を申し立てたが、最高裁は弁論を開かず、平成28年12月20日知事敗訴の高裁判決を支持して上告・上告受理申立を棄却した。まず、国等による違法確認訴訟の制度の趣旨を簡単に説明する。

自治法は、地方公共団体の事務処理が法令の規定に違反していると認められるときなどに国等の是正の要求、指示という関与によって事務処理の適法性を確保することを定めている。是正の要求・指示を受けた地方公共団体は、その内容に応じた措置を講じる義務を負うが、それに不服がある場合、係争委への審査の申出等を経て高等裁判所に訴えを提起して関与の適法性を争うことができる（自治法250条の13、251条の3、251条の5、251条の6）。しかし、国等から審査の申出、訴えの提起を行うことはできないため、地方公共団体側が不服であり是正の要求・指示に応じた措置を講じない場合に、審査の申出や訴えの提起を行わなければ問題が解決されない状態が続くことになった。このような事態が住民基本台帳ネットワークへの不接続をめぐる福島県の矢祭町および東京都の国立市において現実化した。そこで、このような事態に対応して、国等が訴えを提起して地方公共団体の不作為の違法を確認する訴訟が設けられ

た。

本件では、国交相が知事に対して原処分取消を取り消すよう是正の指示を行い、知事がそれに従った措置を講じない不作為が違法であることの確認を求める訴訟を提起した。違法確認の請求が認められるには、①国交相の是正の指示が適法であること、②指示に従わない知事の不作為が違法であること、その上で③国交相の是正の指示から相当の期間が経過したにもかかわらず違法な不作為が継続していることが必要である²⁾。

①の点で、是正の指示は、国交相が知事の事務の処理が法令に違反するとして行ったものであり、知事の本件取消が公水法に違反していることが必要であるが（自治法 245 条の 7）、この点についての判決の判断については後の二で検討する。加えて、指示の適法性の判断では、法定受託事務も地方公共団体の事務であって、自治法はその処理に対する国の関与は必要最小限度でなければならないと、地方公共団体の自主性と自立性に配慮されなければならないことを定めており（自治法 245 条の 3 第 1 項）、本件指示がこれに従うものか否かが判断されなければならない。しかし、本判決は、本件訴訟の性質は、立法技術上機関訴訟であるが、実質は国が事業者としての立場で取消処分を争う訴訟であると性格付け、「被告の取消権行使に要件裁量その他被告の判断の司法への優越を認めるべき根拠はない」とした。訴訟の性格を独自に解釈することで上記の自治法の規律が及ぶことを潜脱するものである。

②の点では、まずもって知事が不作為であることを要する。知事は指示どおりに本件取消を取り消していないという限りで形式的には不作為である。しかし、知事は対象事務に関して係争委の決定に沿って国の関係機関に協議を申し入れ、真摯な協議開始に向けた行動をとっていたのであり、国交相はその申し入れを等閑視しながら知事に対して是正の指示を行い、それへの不作為を違法として訴えた。判決は、係争委の手続は「地方公共団体のための簡易迅速な救済手続であり」、「同委員会の決定自体は紛争解決のために意義のあるものではなく、その手続において議論として争点を整理すること、その間に原被告において解決のために協議をすることのみ意義があった」と決めつけ、「元々和解において決定内容には意味がないものとしており」、被告は「本件指示の取消訴訟

を提起すべきであった」という。係争委を設けた自治法の制度の趣旨をないがしろにする解釈である³⁾。

仮に不作為があるとしてもそれが違法とされるには、本件取消が、知事の裁量権を踰越・濫用するものであると判断されなければならない。この点についての判決の判断は後の二で検討する。

③の点は、②とも関連するが、知事の不作為があったとしても、その是正の指示が行われてから措置をとるための相当の期間が経過している必要がある。判決は、上記のとおり、係争委の決定に意義を認めず、不作為の違法性は和解で終了した代執行訴訟と主たる争点が共通し、「遅くとも本件委員会決定が通知された時点では是正の指示の適法性を検討するのに要する期間は経過した」ので、そこから本件取消を「取り消す措置を行うのに要する期間は長くとも 1 週間程度と認められる」とした。しかし、上記のとおり、係争委の決定後に沖縄県は国に協議の申し入れを行っており、それへの回答を待っている状況で、是正措置を講じるのに必要と考えられる期間が経過したとはいえない。また知事が第三者検証委員会を設置して原処分を検証して瑕疵があるとする結論を得るのに半年を要し、取消にさらに 3 か月近くを要したのであって、その本件取消を是正の指示からわずか 1 週間で取り消すことを可能とする根拠は示されていない。

二 取消権と裁量権

本判決は、不作為の違法について上記のように知事の承認取消の適法性を中心に判断する審理方法をとらず、「本件訴訟の審理対象は前知事がした本件承認処分にその裁量権の範囲を逸脱し、または、濫用した違法があると認められるかである」とし、加えて「直接その判断の当否を審査し」、要件の「認定及び評価を誤り処分を行ったものと認められるかを判断」した。

まず、本判決は、「原処分に不当又は公益目的違反の瑕疵があるにすぎない場合には取消権はそもそも発生しないものと解する」としたが、これは不当の瑕疵も取消原因とする行政法理論に反する。行政法学説では、行政庁による職権取消は処分に瑕疵があれば行うことができ、また、取り消さなければならないとされているが、取消原因となる瑕疵には不当も含まれることが前提とされ

ている⁴⁾。また、「行政の適正な運営を確保することをも目的とする行政不服審査法（1条）は、不当の瑕疵による行政庁の取消権を前提としている⁵⁾。

次に、判決は、前知事の原処分について「直接その判断の当否を審査すれば要件を充足していないと認められるにもかかわらず、その認定及び評価を誤って処分を行ったとしても、それが裁量権の範囲内にあり、裁量権の逸脱・濫用にまで至らない場合には違法とならない。しかし、裁量という衣を取り払ってしまえば、それは法定の要件を充足しないにもかかわらずなされた法令違反の処分ということもできる」として、前知事の承認処分に裁量の逸脱・濫用の瑕疵＝違法があったか否かだけでなく、裁量内違法＝不当の瑕疵の有無についても「直接その判断の当否を審査」した。これに対して知事の取消権行使について要件裁量権が認められるとすると、原処分が「取消権発生の根拠を全く伴わないばかりか、法的、客観的に裁量内適法である原処分に対する再審査の判断が裁量内において誤って違法と判断したものであるとしても有効に取り消せるという不条理を招くことになる」ので、「本件承認処分に瑕疵があるとの本件取消処分における判断に要件裁量が認められるとの主張は採用できない」とした。「裁量内違法（適法）」という概念を新造して、知事の公水法に基づくひとつの権限について承認処分の際には要件裁量を認める一方その取消については裁量を認めないという「不条理」な解釈を行った⁶⁾。

判決は、このような取消権についての解釈の上に、原処分に違法の瑕疵があったかについて、「国の判断が不合理とまでは言えないのであれば知事はこれを尊重すべきである」として、裁判所自身が不合理性の内容を判断して、「前知事の判断が誤りであるといえず、本件承認処分に裁量内違法があるとは言えない」し、「違法なものであるとは言えない」、と不当でも違法でもないとした。さらに裁量内違法または不当が仮に取消事由と認められたとしても、取り消すことによる不利益として、日米関係の信頼の破壊、国際社会からの信頼喪失等を挙げ、「取り消すべき公益上の必要が取り消すことによる不利益に比べて明らかに優越しているとは認められない」ので取消は許されず、「法令に違反する」とした。判決の裁量内違法＝不当がないとの判断は、裁判所が法に従っ

て判断できる問題の範囲を明らかに踏み越えており⁷⁾、かつ裁判所自身が行った公益判断を行政の判断に代置してしまっており、判例に反する⁸⁾。

以上のように、本判決は、地方分権改革後に地方自治の本旨に沿って自治法が設けた国・地方公共団体間の紛争解決制度や手続をことごとく等閑視または無視し、行政法における常識をも覆して、裁判所自身の価値判断を前面に、裁判所の役割を踏み越えて行政の判断に自らの判断を代置した判決である。最高裁は、このような判決を法治主義や地方自治の本旨に従って是正するべきであったが、知事の上告・上告受理申立を斥け、その機会を逃してしまった⁹⁾。

●—注

- 1) 辺野古をめぐる紛争の経過は、本多滝夫＝白藤博行＝亀山統一＝前田定孝＝徳田博人編『Q&A 辺野古から問う日本の地方自治』（自治体研究社、2016年）に詳しい。また、辺野古基地建設をめぐる行政法上の論点を検討するものとして、紙野健二＝本多滝夫編『辺野古訴訟と法治主義——行政法学からの検証』（日本評論社、2016年）がある。
- 2) 参照、岡田正則「裁判所による法治主義・地方自治の破壊——辺野古訴訟高裁判決の問題点と上告審の課題」法時 88 卷 12 号（2016年）106 頁。
- 3) 参照、白藤博行「憲法の地方自治保障の原点と現点」法民 513 号（2016年）32 頁。
- 4) 参照、芝池義一『行政法総論講義 [第4版補訂版]』（有斐閣、2006年）166 頁、藤田宙靖『行政法総論』（青林書院、2013年）243 頁。
- 5) 参照、室井力＝芝池義一＝浜川清編著『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]』（日本評論社、2008年）329 頁 [渡名喜庸安]。
- 6) 参照、本多滝夫「辺野古訴訟・福岡高裁判決の論理」法民 512 号（2016年）36 頁。
- 7) 芝池・前掲注 4）書 69 頁は、裁判所の役割は紛争解決のための法とくに制定法の解釈適用であるとする。
- 8) 最判昭 52・12・20 民集 31 卷 7 号 1101 頁は、裁判所が公務員に対する懲戒処分を審査する場合、「懲戒権者と同一の立場に立って懲戒処分をすべきであったかどうか又はいかなる処分を選択すべきであったかについて判断し、その結果と懲戒処分とを比較してその軽重を論ずべきものではない」とする。
- 9) 本判決の評釈として、既にふれたもの以外に、紙野健二「9・16 福岡高裁那覇支部辺野古訴訟判決を受けて」住民と自治 643 号（2016年）36 頁がある。