

地方自治法 245 条の 7 第 1 項に基づく許可処分をするよう求める是正の指示の適法性

【文 献 種 別】 判決／最高裁判所第三小法廷

【裁判年月日】 令和 3 年 7 月 6 日

【事 件 番 号】 令和 3 年（行ヒ）第 76 号

【事 件 名】 地方自治法 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

【裁 判 結 果】 上告棄却

【参 照 法 令】 地方自治法 245 条の 7 第 1 項・251 条の 5、公有水面埋立法 4 条 1 項 2 号・42 条 1 項、漁業法（平成 30 年法律第 95 号による改正前）65 条 2 項 1 号、水産資源保護法（平成 30 年法律第 95 号による改正前）4 条 2 項 1 号、沖縄県漁業調整規則（令和 2 年沖縄県規則第 53 号による改正前）1 条・33 条 2 項・41 条

【掲 載 誌】 裁時 1771 号 5 頁、裁判所ウェブサイト

◆ LEX/DB 文献番号 25571629

熊本大学准教授 中嶋直木

事実の概要

沖縄防衛局（以下、「A」という）は、普天間飛行場の代替施設を名護市辺野古の一部とこれに隣接する水域（以下、「本件水域」という）に設置するため、本件水域の公有水面の埋立てについて（以下、「本件埋立事業」という）、公有水面埋立法（以下、「公水法」という）42 条 1 項に基づく沖縄県知事の承認を求め願書を提出し、平成 25 年 12 月に承認を受けた（以下、「本件承認」という）。願書に添付された環境保全に関し講ずる措置を記載した図書（以下、「本件図書」という）には、本件水域内のさんご類を避難措置として移植する旨が記載されていた。その後、平成 30 年頃までに本件水域のうち大浦湾側の大半の水域に軟弱地盤が判明した（以下、「本件軟弱区域」という）ため、A は、願書に記載された設計の概要に含まれない地盤改良工事を追加して行うことを決定した。なお、変更の承認の申請は令和 2 年 4 月になされている。

A は、平成 31 年 4 月と 7 月に沖縄県知事たる X に対し、本件図書に記載されたさんご類の移植を目的として、沖縄県漁業調整規則（令和 2 年沖縄県規則第 53 号による改正前のもの。以下、「本件規則」という）41 条に基づき、特別採捕許可を申請した（以下、「本件各申請」という）。申請内容は、本件軟弱区域外の護岸造成工事（以下、「本件護岸工事」という）箇所に生息するさんご類を本件水域外に移植する、というものである。しかし、本件各申請に対して、X は、審査基準（以下、「本件

審査基準」という）が定める標準処理期間を経過した後も、本件審査基準にいう申請内容の①必要性（以下、「必要性基準」という）及び②妥当性等について判断できないなどとして、何ら処分をしなかった。

そこで、漁業法及び水産資源保護法（以下、「漁業法等」という）を所管する農林水産大臣たる Y は、本件各申請を許可する旨の処分（以下、「本件各許可処分」という）をしない沖縄県の法定受託事務の処理が法令の規定に違反するなどとして、同県に対し、地方自治法 245 条の 7 第 1 項に基づき、本件各許可処分をするよう求める是正の指示（以下、「本件指示」という）をした。これに対し X は、国地方係争処理委員会（以下、「係争委」という）に審査の申出をしたが、本件指示が違法でないとされたため（国地方係争処理委員会決定令 2・6・19）、地方自治法 251 条の 5 第 1 項に基づき訴えを提起した。

原審（福岡高那覇支判令 3・2・3 公刊物未登載、LEX/DB25568872）は、①本件指示の時点で本件各許可処分をしていないことが「法令」の規定に違反していれば、本件指示は適法であるという前提にたち、行政事件訴訟法（が定める義務付けの訴えの要件）を参照して、②本件指示の時点までに何らかの処分をすべき相当期間を経過したかについて検討し、次いで③本件指示の時点で本件各許可処分をしていないことが裁量権の逸脱・濫用に当たらないかについて、④本件審査基準の合理性、⑤本件審査基準にいう必要性基準への適合性

と⑥妥当性等への適合性、そして、⑥個別事情（考慮義務）を検討した結果、処分発動要件を満たし、本件各許可処分をすべきことが羈束されるため、本件指示の時点で本件各許可処分をしていないことは裁量権の逸脱・濫用として違法であり、本件指示は適法と判断した。

Xが上告したところ、本判決は、上告受理申立理由のうち上記①と⑤に係るものについて、それぞれ下記判決の要旨1と2において判断を示した。

判決の要旨

上告棄却。

1 前提問題（以下、「判旨1」という）

「漁業法等に係る都道府県の法定受託事務の処理について定める漁業法65条2項1号等は、都道府県知事の定める規則及びこれに基づく行政庁の個別具体的な措置の双方により、……漁業法等の目的に従って水産動植物の採捕を制限し又は禁止することとする趣旨の規定である」。「特別採捕許可に関する判断は、本件規則41条1項の文言に加えて、……水産資源の保護等に関する専門技術的な知見を踏まえて、当該申請に関する諸般の事情を総合的に考慮するとともに、漁業法等の目的等を勘案した知事の裁量に委ねられているが」、その裁量権の逸脱・濫用に当たる場合は本件規則41条1項に違反するとともに、漁業法65条2項1号等にも違反するから、地方自治法245条の7第1項という法令の規定に違反していると認められるものに該当する。

2 裁量審査（以下、「判旨2」という）

(1) Xにおいて本件各許可処分をしないことが裁量権の逸脱・濫用に当たると認められるのでなければ、この法定受託事務の処理が漁業法65条2項1号等の規定に違反していることを理由に、本件各許可処分をすべき旨の指示をすることができない。そして、「特別採捕許可に関する知事の判断は、……その判断要素の選択や判断過程に合理性を欠くところがないかを検討し、重要な事実の基礎を欠く場合、又は社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限り」、裁量権の逸脱・濫用に当たる。

(2) 公水法上、「国の官庁が埋立ての承認を受けた後に設計の概要を変更する必要がある場合

に、当該承認に基づく工事を中断すべき旨の規定は設けられていない。したがって、この場合において、当該官庁は、変更承認を受けていない段階であっても、当該変更に関する部分に含まれない範囲の工事については、特段の事情のない限り、当初の願書に記載された設計の概要に基づいて適法に実施し得る地位を有している。

(3) Aは、公水法上、「本件護岸工事を適法に実施し得る地位を有していたところ、……さんご類は……本件護岸工事により死滅するおそれがあった以上、……漁業法等の目的を実現するためには、さんご類を……移植する必要がある」。「本件埋立出願は、本件埋立承認により、……公有水面埋立法4条1項2号の要件に適合すると判断されており、その設計の概要に含まれる本件護岸工事の実施は、本件図書に適合する妥当な環境保全措置が採られる限り、漁業法等の目的にも沿う」。「そして……本件各申請の目的は、本件図書の……環境保全措置の実施にあった」。したがって、Xの「判断は、上記のような本件護岸工事を事実上停止させ、これを適法に実施し得る沖縄防衛局（A）の地位を侵害するという不合理な結果を招来する」(括弧内筆者)。以上より、Xの判断は、「当然考慮すべき事項を十分に考慮していない一方で、考慮すべきでない事項を考慮した結果、社会通念に照らし著しく妥当性を欠いたもの」で、裁量権の逸脱・濫用に当たる。

なお、本判決には、宇賀克也裁判官と宮崎裕子裁判官の反対意見（以下、前者を「宇賀反対意見」という）がある。

判例の解説

一 本判決の意義

本件は、いわゆる辺野古新基地移設問題¹⁾において、承認の変更をめぐる戦端を開くものといえ、本判決はそれに「一応」の決着をつけた。

また、本判決は、裁量審査において、抽象的概括的な審査基準（裁量基準）の適合性判断に、判断過程審査の手法を用いた。これは、裁量基準が設定されている場合の裁量統制の手法に一例を加えたといえる。さらに、根拠法令と本件事案上密接に関連する法令から考慮要素を導き、その衡量過程の合理性を審査しており、判例における判断過程審査の具体的内容に蓄積をもたらしものとい

える（他にもいくつかの意義を有するが、本稿はこの観点を中心に解説する）。

二 前提問題

判旨 2(1) は、本件指示の時点で本件各許可処分（するべきなのに）していないことが地方自治法 245 条の 7 第 1 項にいう「法令」に違反していれば、本件指示は適法である（違反していなければ本件指示はできない）とした。判旨 1 は、その前提として、特別採捕許可の判断に裁量権の逸脱・濫用といった瑕疵がある場合に、それは本件規則に違反すると同時に漁業法 65 条 2 項 1 号等の法令に違反し、上記「法令」違反が成立すると判断を示した。

これは、以下のような上告受理申立理由に応えたためである。すなわち、（形式論的には都道府県規則の違反は「法令」に当たらないというものであるが）そもそも漁業法 65 条 2 項 1 号等は、規則に委任する内容がまったく定まっておらず、規則の制定権の範囲を画定するものであるとしても、許可制度を根拠づけるものではない。許可制度自体は知事の本件規則制定によってはじめて創設された、法律の施行とは別個独立の制度（「自治規則」と理解される。したがって、特別採捕許可の瑕疵は、当該自治規制に反するだけで、漁業法等に違反しないから、上記「法令」にも違反しない²⁾）。

これに対して、判旨 1 は、漁業法 65 条 2 項 1 号等は、規則制定のみならず、許可制度といった個別具体的な措置とその裁量判断に委ねることも予定していると述べる。これは、漁業法 65 条 2 項 1 号等といった法律の規定が個別具体的な措置と裁量権を授権し、特別採捕許可を定める本件規則は漁業法等と一体として「法令」をなすことを述べているように思われる。したがって、法律が予定する個別具体的な措置とその裁量判断に瑕疵がある場合には、本件規則違反となり、地方自治法 245 条の 7 第 1 項にいう「法令」の規定に反することになる。

三 裁量統制の手法

1 裁量認定

本判決は、特別採捕許可の裁量認定の際に、専門技術的知見に加え³⁾、①本件規則 41 条 1 項の文言、そして②当該申請に関する諸般の事情を総

合的に考慮し、③漁業法等の目的を勘案することをあげている。②と③は、地域の実情ゆえに、一律に規律することが困難であり、具体的な事情に応じて随時変更する必要があるから、漁業法等の目的を勘案した個別具体的な政策的判断を要するという意味であろうか。なお、この②は、後述の通り、少なくない意味を持つように思われる。

2 裁量統制の手法

判旨 2 は、本件審査基準にいう必要性基準への適合性に関する X の判断を検討している。したがって、本判決の基礎は、原判決と同様に、審査基準（裁量基準）を手掛かりとした裁量統制の手法⁴⁾であるともいえる。このような手法がどのような場合に正当化されるかについて議論があるが⁵⁾、本件審査基準は、詳細かつ一義的な基準ではなく、「抽象的、概括的なものにとどまり」（原判決）、それ自体評価を要する基準となっている。そのため、どのような正当化論にとっても、本件審査基準が裁量審査において果たす役割は、裁量審査の基本的枠組みを提供するという以上に、実質的にはそれほど大きくないと思われる。

他方、そのような抽象的で評価性を有する基準ゆえに、その基準への忠実な当てはめという側面を前面に出すと判断代置に陥るとの懸念があり得よう⁶⁾。実際に、そのような手法の原判決は「判断代置である」と評価される⁷⁾。これに対して、判旨 2(1) ～ (3) は、考慮要素の衡量過程の追試という側面を前面に出した「判断過程審査」の手法に拠っている。

四 考慮要素の衡量過程の合理性

そこで、①判旨 2(2) は、公水法の解釈から考慮要素の基礎を抽出し（本来的に、これが直ちに、漁業法等の体系の下にある特別採捕許可の考慮要素となるわけではない）、②判旨 2(3) は、それを考慮要素として衡量過程に組み込んだうえで、その合理性を判断したといえる。

内容としては、①が、埋立ての承認を受けた後に変更承認の必要が生じた場合、変更承認を受けていない段階でも、当該変更に関する部分に含まれない範囲の工事であれば、当初の承認に基づき適法に実施できるかという論点で、②が、必要性基準の適合性に関する判断であるが、特別採捕許可の判断において公水法上の地位を重視するのか（結果的に、必要性基準の判断が形式的になる）、そ

れとも特別採捕許可の判断と公水法上の地位は一応別のものと考えなのか（結果的に、必要性基準の判断は実質的になる）という論点と理解できる。本判決は、①を肯定し、②は公水法上の地位を重視する判断をしたといえよう。なお、反対意見は②を問題とするものといえる。

1 本件護岸工事が適法に実施できたか

判旨 2(2) は、本件変更承認等がなされない限り埋立区域全体の工事の実施そのものができないとする X の主張⁸⁾を採用しなかったが、他方、変更承認がなされておらず当初の承認が有効である段階では、当初承認された設計の概要に基づくすべての工事が実施できるともしていない。すなわち、その場合に、当該変更に含まれない範囲の工事は、特段の事情がない限り、当初承認された設計の概要に基づいて適法に実施し得るとした。そして、本件軟弱区域外の本件護岸工事は当該変更に含まれない範囲の工事で、かつ、特段の事情もないため、当初の承認により適法に工事を実施できると結論付けている。

この結論自体には、係争委や原判決のみならず反対意見も同調しているものと思われる。もっとも、そもそも「変更が客観的にみておよそ実現不可能な場合には、当該埋立工事の続行は許されるべきではな」との理解を前提にしながら、本件指示の時点ではそうとは言い切れないと判断したのか（宇賀反対意見）、さらに、変更承認がなされない場合には本件護岸工事が「無益な工事になる」としてもそれを妨げる法律上の根拠はないと割り切った判断（原判決）をしたのか、は分からない。

2 考慮要素の衡量過程

X は本件埋立事業の目的達成の見込みを要考慮要素とした結果、必要性基準に適合しない（しているか分からない）と判断したが、判旨 2(3) は、本件護岸工事という特定の工事を適法に実施できることから比較ストレートにさんご類の移植の必要性を認める。ここでは、公水法上の地位が決定的で、本件特別採捕許可の必要性基準の判断が形式的になっているように思われる。さらに、「本件埋立出願」の公水法要件適合や「本件護岸工事」の漁業法等への適合と、本件各申請（によるさんご類の移植）が、本件では目的と手段（主従）の関係にあるという側面が考慮されている。これは、裁量認定において「当該申請に関する諸般の事情を総合的に考慮する」と述べたことと結びつき、

かつ、公水法上の地位を本件特別採捕許可の判断において重視した根拠ともいえるようか。

他方、宇賀反対意見は、本件規則に基づく特別採捕許可の判断は公水法上の問題とは区別されるとする。そして、変更が承認されなかった場合、大浦湾側の大半に軟弱地盤のあることが判明しているから、当該護岸工事とそれに伴うさんご類の移植も無駄になり、さんご類に不可逆的な被害が生じ得るため、水産資源保護という本件規則の目的から考えれば、本件護岸工事という特定の工事のみに着目するべきではなく、変更申請の承認の蓋然性は要考慮事項とすべきとする。

ここからみても、判旨 2(3) は、公水法上、本件護岸工事という特定の工事を適法に実施できるという地位を本件規則の特別採捕許可の判断の考慮要素として直接的に組み込みかつ重視しているといえよう。その結果、この点についての X の判断は考慮不尽となり、他方で、本件埋立事業の見込みについて要考慮要素とした X の判断は他事考慮と判断されたものと思われる。

●—注

- 1) この紛争過程については、紙野健二「辺野古新基地建設問題が提起する公法学の諸問題」晴山一穂ほか編『官僚制改革の行政法理論』（日本評論社、2020 年）189～192 頁を参照。
- 2) 判旨 1 の論点の詳細は、白藤博行「国の関与の転形と地方自治の規範的秩序の形成」本多滝夫ほか編『転形期における行政と法の支配の省察（市橋克哉先生退職記念論文集）』（法律文化社、2021 年）199 頁以下を参照。
- 3) 専門技術的な知見から直ちに裁量が導かれるかについては、高橋滋「行政裁量論に関する若干の検討」小早川光郎＝高橋滋編『行政法と法の支配（南博方先生古稀記念）』（有斐閣、1999 年）341 頁参照。
- 4) 飯島淳子「（原判決）判批」法教 489 号（2021 年）167 頁。
- 5) 例えば、専門的・技術的な観点からの判断の場合とする見解（衣斐瑞穂「判解」最判解民事篇平成 28 年度（2019 年）595 頁）や行政実務の情報を裁判所の審理のなかで充実させる点に求める見解（大橋洋一『行政法 I 現代行政過程論〔第 4 版〕』（有斐閣、2019 年）142～144 頁）がある。
- 6) 山本隆司「行政裁量の判断過程審査の理論と実務」司法研修所論集 129 号（2019 年）42～43 頁の質疑応答を参照。
- 7) 飯島・前掲注 4）167 頁。
- 8) この点に関する諸論点については、徳田博人「公有水面埋立承認処分の効力と事業者の法的地位」本多ほか編・前掲注 2）書 181 頁以下参照。