

国土交通大臣の是正の指示に対する県の不作為が違法であると認められた事例**【文献種別】** 判決／最高裁判所第二小法廷**【裁判年月日】** 平成28年12月20日**【事件番号】** 平成28年（行ヒ）第394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】** 棄却**【参照法令】** 公有水面埋立法4条1項・42条1項・3項、地方自治法245条の7第1項・
251条の7第1項**【掲載誌】** 裁時1667号1頁

LEX/DB 文献番号 25448341

事実の概要

沖縄県宜野湾市所在の普天間飛行場の代替施設を名護市辺野古沿岸域に建設するための公有水面の埋立て（以下「本件埋立事業」という）について、沖縄防衛局が、公有水面埋立法（以下「公水法」という）42条1項に基づき、前知事Aから承認（第1号法定受託事務〔自治2条9項1号〕に該当〔公水51条1号〕：以下「本件埋立承認」という）を受けていたところ、2015年10月13日に、現知事Y（被告・上诉人）はそれを違法として取り消した（以下「本件埋立承認取消し」という）。これに対し、国土交通大臣X（原告・被上诉人）は、同年11月17日に、本件埋立承認取消しが違法であるとして、地方自治法（以下「自治法」という）245条の8第3項に基づき代執行訴訟（以下「前件訴訟」という）を提起したが、2016年3月4日に和解が成立し、Xは訴えを取り下げた。

同月16日に、改めてXは本件埋立承認取消しを違法として、自治法245条の7第1項に基づき、Yに対して1週間以内にそれを取り消すよう求める是正の指示（以下「本件指示」という）を行った。これに対し、Yは、同月21日に、国地方係争処理委員会に審査の申出（自治250条の13第1項）を行ったところ、同年6月21日に、同委員会から、国と県との真摯な協議が問題解決に向けた最善の道であると結論づける決定（以下「本件委員会決定」という）がなされた。そこで同月24日に、Yが国に協議の申入れを行ったが、Xは、同年7月22日に、Yが本件埋立承認取消しを取り消さず、法定期間内（同251条の5第2項1号により、

本件委員会決定の通知があった日から30日以内）に是正の指示の取消訴訟（同1項）の提起もしなかったとして、同251条の7第1項に基づき不作為の違法確認訴訟を提起した。

原審判決（福岡高那覇支判平28・9・16判時2317号42頁）は、本件埋立承認に違法性がない等の理由から本件埋立承認取消しは違法であり、よって、それに対する本件指示は適法であり、Yの不作為が相当の期間を経過しているとして、Xの請求を認容した。そこで、Yが上告した。

判決の要旨

上告棄却。

1 「一般に、その取消しにより名宛人の権利又は法律上の利益が害される行政庁の処分につき、当該処分がされた時点において瑕疵があることを理由に当該行政庁が職権でこれを取り消した場合において、当該処分を職権で取り消すに足りる瑕疵があるか否かが争われたときは、この点に関する裁判所の審理判断は、当該処分がされた時点における事情に照らし、当該処分に違法又は不当（以下「違法等」という。）があると認められるか否かとの観点から行われるべきものであり、そのような違法等があると認められないときには、……その取消しは違法となる。」

「したがって、本件埋立承認取消しの適否を判断するに当たっては、本件埋立承認取消しに係る上诉人の判断に裁量権の範囲の逸脱又はその濫用が認められるか否かではなく、本件埋立承認がされた時点における事情に照らし、前知事がした本

件埋立承認に違法等が認められるか否かを審理判断すべきであ……る。」

2 公水法 42 条 3 項により準用された同 4 条 1 項各号の承認要件のうち、「国土利用上適正且合理的ナルコト」との第 1 号要件について、「前知事は、……騒音被害等により」普天間「飛行場の周辺住民の生活に深刻な影響が生じていることや、同飛行場の危険性の除去が喫緊の課題であることを前提に、〔1〕本件新施設等〔引用者注：同飛行場の代替施設及びその関連施設としての飛行場を指す〕の面積や埋立面積が同飛行場の施設面積と比較して相当程度縮小されること、〔2〕沿岸域を埋め立てて滑走路延長線上を海域とすることにより航空機が住宅地の上空を飛行することが回避されること……等に照らし、埋立ての規模及び位置が適正かつ合理的であるなどとして、……第 1 号要件に適合すると判断しているところ、このような前知事の判断が事実の基礎を欠くものであることや、その内容が社会通念に照らし明らかに妥当性を欠くものであるという事情は認められない。」

また、「其ノ埋立ガ環境保全及災害防止ニ付十分配慮セラレタルモノナルコト」との第 2 号要件については、「県が定めた審査基準……に特段不合理な点があることはうかがわれ」ず、「前知事は、……専門技術的な知見に基づいて審査し、〔1〕護岸その他の工作物の施工、〔2〕埋立てに用いる土砂等の性質への対応、〔3〕埋立土砂等の採取、運搬及び投入、〔4〕埋立てによる水面の陸地化において、現段階で採り得ると考えられる工法、環境保全措置及び対策が講じられており、更に災害防止にも十分配慮されているとして、第 2 号要件に適合すると判断しているところ、その判断過程及び判断内容に特段不合理な点があることはうかがわれぬ。」

3 「自治法 245 条の 7 第 1 項……の趣旨は当該法定受託事務の適正な処理を確保することにあると解される。このことに加えて、当該法定受託事務の処理が法令の規定に違反しているにもかかわらず各大臣において是正の指示をすることが制限される場合がある旨の法令の定めはないことを考慮すると、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場合には、当然に……是正の指示をすることができる。」

4 「被告人が平成 27 年 11 月に提起した前件訴訟においても本件埋立承認取消しの適否が問題とされていたことなど本件的事实経過を勘案すると、本件指示がされた日の 1 週間後である同 28 年 3 月 23 日の経過により、同項にいう相当の期間が経過したものと認められる。

また、本件において、上記の期間が経過したにもかかわらず原告人が本件指示に係る措置を講じないことが許容される根拠は見だし難いから、原告人が本件埋立承認取消しを取り消さないことは違法であるといわざるを得ない。」

「なお、……原告人が本件委員会決定を受けて被告人に協議の申入れをしたことは、上記の結論を左右しない。」

判例の解説

一 本判決の位置づけ

本判決は、日本の基地問題の「象徴」¹⁾とされる辺野古問題をめぐる裁判というだけでなく、1999 年第 1 次地方分権改革により国・自治体間紛争処理制度が創設されて以降初めて、最高裁が国の関与をめぐり訴えにつき判断を示したものとしても、大変注目を集めた判決である。しかもその中心的争点が、埋立免許（公水 3 条 1 項）とは異なり、国の申請に特化した埋立承認の職権取消しの違法性であり、自らも国の機関たる裁判所にとって極めて繊細な衡平感覚が要求されるにもかかわらず、後述の通り、原審判決が粗雑な議論に終始し、学説の猛烈な批判に晒される結果となったため、最高裁による是正に大きな期待が寄せられていた。

二 是正の指示の適法性

1 要件該当性

2012 年自治法改正で導入された自治体の不作為の違法確認訴訟において、不作為の違法が認められるには、まず作為義務発生の根拠となる関与（本件では是正の指示）が適法になされている必要がある。本件埋立承認取消しの違法性は、この本件指示の適法性審査のうち、「法定受託事務の処理が法令の規定に違反している」（同 245 条の 7 第 1 項）という要件該当性の問題として取り上げられている²⁾。その判断に当たり、原審も最高裁も、職権取消しの一般論として、取消対象となっ

た処分取消原因が存在していたのかに焦点を当ててきた。もっとも原審判決は、授益的行為の取消しの侵害性及び明文の根拠の欠如を理由として、取消原因を違法に限定する独自の解釈を示したが、最高裁はこれを採用せず、判決の要旨1の通り、従前の判例・多数説³⁾に沿って違法・不当の双方を含むことを確認した。しかし、その結果、取消原因の有無に着目するアプローチはますます矛盾を抱えることとなった。

まず違法性については、原審判決に対して指摘されていた通り⁴⁾、職権取消しの対象が羈束処分であればともかく、埋立承認のような(自由)裁量処分の場合には、裁判所と処分庁との間でその統制密度に重大な相違が生じる点が見落とされている。すなわち、裁量権の踰越・濫用審査(行訴30条)に限られる裁判所とは対照的に、処分庁は、自らの処分権限に基づいて裁量判断を一からやり直し、その結果を基準として当該処分の違法性をチェックできる。ところが、例えばこの職権取消しに対して取消訴訟が提起された場合に、裁判所が職権で取り消された処分の違法性につき処分庁と同じ統制密度で改めて審査するならば、そもそも当該処分に裁量を認めた意味がなくなるであろう。また、法定受託事務たる裁量処分の職権取消しに対して各大臣が是正の指示を行う場面に当てはめてみても、こうした『判断代置審査』のような関与を行うことができるとすると、……関与法制を通して、大臣が県知事の裁量権を剥奪することになってしまう⁵⁾。ましてや不当性に至っては、処分庁による公益判断の誤り一般を指す以上、裁判所はもちろん各大臣にとっても、その統制は責務や能力の範囲外である。

つまり、このアプローチは、職権取消しの一般論としても国の関与という観点からも、そもそも論理的に成り立ちえない。現に最高裁も、本件埋立承認の違法性を審査する段になると、判決の要旨2の通り、行政裁量の踰越・濫用をめぐる判例上蓄積されてきた司法審査方式を援用するだけで終わっている⁶⁾。にもかかわらず、審査の結果、違法性のみならず不当性も認められないと断言した。これでは結論ありきと受け取られても仕方がないのであって、そうした論理の破たんを取り繕おうともせず、平然と国の立場に沿った判断を打ち出す姿は、まさに「政治的司法」⁷⁾ そのものではないだろうか。よって、この判示部分は、ここ

まで積み重ねられてきた地方分権改革を無にする⁸⁾にとどまらず、(国家)行政権に対する司法統制という法治主義の基盤をも掘り崩すに十分な負のインパクトを有しており⁹⁾、行政法学の立場からは到底受け入れられるものではない。

では、裁判所は、本件埋立承認取消しの違法性について、どのような審査をすべきだったのだろうか。学説によれば、この違法が国の関与の前提条件として要求されるものであることから、その審査において留意しなければならないポイントとして、以下の点が指摘できる。

まず、第1号法定受託事務も自治体の事務である以上、自治法2条12項により、それを規律する法令の解釈運用は、「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」行わなければならない。これは、自治体執行機関からみれば、憲法による自治権保障の一環として、国に対する「法解釈自主権」が認められることを意味する¹⁰⁾。よって、公水法上の埋立承認の解釈・運用としての職権取消権の行使をめぐるても、是正の指示を行う大臣には知事の裁量判断に対する尊重が求められることとなる。さらに国の関与として自治体における裁量権行使の違法性がチェックされる場合には、同じ裁量処分に対して私人から提起された取消訴訟におけるような、主観的権利利益保護のための審査密度向上という要請はなく、もっぱら「全国的……統一」(自治1条の2第2項)の観点からの適法性確保にとどまるため、尊重の度合は一層強まる¹¹⁾。

確かに第1号法定受託事務の場合は、自治事務とは異なり(同2条13項参照)、「国において適正な処理を特に確保する必要」が前提とされている。しかし、実際に同事務に振り分けられた自治体の事務はまさに多様で¹²⁾、「国が本来果たすべき役割といっても、……濃淡があるわけであって、関与に際して、その事務の性質に応じた判断がなされてしかるべき」¹³⁾ものと解される。よって、各々の法的仕組みや立法趣旨に照らして、国の関与が必要とされる違法性の範囲・程度を具体的に画定していく必要がある。公水法に関していえば、公有水面の自然条件の地域的特性ゆえ、戦前以来、都道府県レベルへの分権的構造を発達させてきた背景があり、各大臣によるチェックを制約する根拠となろう¹⁴⁾。

2 効果裁量の限界

自治法 245 条の 7 第 1 項は、1 の要件に該当する場合、「必要な指示をすることができる」として、是正の指示の実施・内容を各大臣の裁量に委ねており、本件指示の適法性審査では、こうした効果裁量¹⁵⁾の法的限界も問題となる。しかし、原審判決は、この文言から直ちに、違法な事務処理に対して指示を行うことは「当然に許容される」と解釈し、最高裁も、判決の要旨 3 の通り、こうした指示を制限する規定はないと断言した。

これに対して学説は、同 245 条の 3 第 1 項により、関与全体を対象に、必要最小限性及び自治体の自主性・自律性への配慮義務が明文化されていると批判する¹⁶⁾。確かにこの規定は、第一義的には「立法の指針」と位置づけられるが¹⁷⁾、有力説¹⁸⁾のように、法の一般原則としての比例原則の適用が国等の関与にも及ぶことを確認するものと捉えれば、「関与を定める場面にとどまらず、実際にそれを行う場面においても重要な意味を持つもの」¹⁹⁾と解される。よって、本件においても、同項に基づき、本件指示の実施・内容に関して比例性の有無が厳格に問われるべきであった。

三 相当期間の不作為

不作為の違法確認請求固有の要件である、①自治体の行政庁の作為義務違反、②「相当の期間」(自治 251 条の 7 第 1 項)の経過に関しては、判決の要旨 4 の通り、本件埋立承認取消しをめぐり先行する前件訴訟の裁判過程を②の判断要素としてカウントする一方、本件委員会決定に基づく Y による協議の申入れを①・②いずれの判断要素からも除外することで、指示からわずか 1 週間の経過をもって両要件該当性を導き出している。もっともこの部分は原審判決のダイジェストにすぎず、同判決に対する学説の批判²⁰⁾がそのまま当てはまる。紙幅も尽きたので一点だけ付け加えれば、こうした形式的な解釈運用が続くと、この訴訟が、国地方係争処理委による係争処理前置の欠如も相俟って、各大臣にとって使い勝手の良い道具に成り下がる虞がある。

●—注

1) 紙野健二=本多滝夫編『辺野古訴訟と法治主義』(日本評論社、2016 年) 3 頁 [紙野]。

- 2) 本件では争われなかったが、もう一方の「著しく適正を欠き、かつ、明らかに公益を害している」という要件該当性審査のあり方は、なお難問として残る。
- 3) 判例として、最一小判昭 43・11・7 民集 22 卷 12 号 2421 頁。学説の動向につき、高木光『行政法』(有斐閣、2015 年) 136 頁、山下竜一「判批」法セ 744 号 (2017 年) 109 頁参照。
- 4) 本多滝夫「判批」法民 512 号 (2016 年) 36 頁、岡田正則「判批」法時 88 卷 12 号 (同年) 111 頁。
- 5) 紙野=本多編・前掲注 1) 183 頁 [榊原秀訓]。
- 6) これに対して原審は、「裁量内違法」という自らの造語(前田定孝「判批」季論 21 第 35 号 (2017 年) 73 頁参照)を駆使して、裁量判断の当否にまで立ち入る概念矛盾を犯していた。
- 7) 岡田正則「判批」世界 891 号 (2017 年) 98~99 頁。
- 8) 本多滝夫「判批」住民と自治 646 号 (2017 年) 44 頁は、今後、こうした裁判所による正当化を見込んで国の関与が増加することを危惧する。
- 9) 辺野古訴訟からみた日本の法治主義の現状分析として、紙野=本多編・前掲注 1) のほか、白藤博行「法治主義の限界の諸相」現代行政法講座編集委員会編『現代行政法講座 I 現代行政法の基礎理論』(日本評論社、2016 年) 1 頁以下参照。
- 10) 北村喜宣ほか編『自治体政策法務』(有斐閣、2011 年) 132~134 頁 [人見剛]。
- 11) 紙野=本多編・前掲注 1) 182~183 頁 [榊原]。
- 12) 本来的/非本来的法定受託事務の区別につき、北村喜宣『分権改革と条例』(弘文堂、2004 年) 92 頁。
- 13) 塩野宏『行政法Ⅲ [第 4 版]』(有斐閣、2012 年) 164 頁。
- 14) 紙野=本多編・前掲注 1) 161~163 頁 [巨理格]。
- 15) 白藤博行「辺野古執行訴訟の和解後の行政法的論点のスケッチ」自治総研 451 号 (2016 年) 14 頁及び武田真一郎「辺野古新基地建設をめぐる不作為の違法確認訴訟について」成蹊 85 号 (同年) 12 頁は、私人との間の行政裁量とは区別して「関与裁量」と呼ぶ。
- 16) 原審判決につき、本多・前掲注 4) 37 頁、岡田・前掲注 4) 109 頁、大田直史「判批」新・判例解説 Watch 文献番号 z18817009-00-021701434 (Web 版 2016 年 12 月 22 日掲載) 3 頁、武田・前掲注 15) 18 頁。本判決につき、岡田・前掲注 7) 99~100 頁。
- 17) 松本英昭『新版逐条地方自治法 [第 8 次改訂版]』(学陽書房、2015 年) 1101 頁。
- 18) 塩野・前掲注 13) 240 頁、宇賀克也『地方自治法概説 [第 6 版]』(有斐閣、2015 年) 370 頁。
- 19) 田村達久「地方自治法講義⑩ 地方公共団体に対する国等の関与 (2)」自セ 52 卷 10 号 (2013 年) 13 頁。
- 20) 紙野健二「判批」住民と自治 643 号 (2016 年) 37 頁、白藤博行「判批」法民 513 号 (同年) 32~33 頁、大田・前掲注 16) 3 頁。