

論 説

普天間基地移設問題における 法治主義解釈の実践

－当該法律関係および一般法・特別法関係の見極め、
そして代執行手続きにおける「公益」の内容と判断権者－

比 山 節 男

はじめに

沖縄県の米軍普天間基地を名護市辺野古沿岸部に移設する計画（以下、辺野古移設問題という。）を巡り、2015年10月13日、翁長雄志（おながたけし）知事は前知事による移設先の埋め立て承認を取り消した。これに対して政府は、埋め立て承認の取り消し処分を撤回させるため、地方自治法に基づく代執行等の手続きに着手することを閣議了解し、承認取り消しの撤回を求める是正勧告書を沖縄県に送り、代執行等の手続きに入った。そして、知事が撤回勧告に応じなかったので、撤回を指示する国の文書を沖縄県に届け、指示に対する知事の拒否を確認した後、11月17日、知事の代わりに承認取り消しを撤回し、埋め立てを承認する「代執行」に向け、高等裁判所に提訴した。1995年に当時の大田昌秀知事が米軍基地用地の賃貸契約の代理署名を拒否した際の行政訴訟は約8カ月で政府側勝訴の最高裁判決が確定。政府関係者は、今回も「100%負けない」との自信を見せていると伝えられている（毎日新聞2015年10月30日）。

この手続きに入る前、国土交通相（以下、国交相または国交大臣と略す

ことがある。)は10月27日、埋め立て承認取り消し処分の一時的な執行停止も決定している。これは、沖縄防衛局が、埋め立て承認の取り消しを不服として行政不服審査法に基づく審査請求を行うとともに、承認取消しにより移設作業がストップさせられないよう、公有水面埋立法を所管する国交相宛、審査請求に対する裁決が出るまでの間、知事による承認取消処分の効力を止める執行停止を申立てていたのを認めたものである。沖縄防衛局は翌28日、埋め立て本体工事に必要な着手届け出書を沖縄県に提出し、29日朝から埋め立てに向けた本体工事に着手しているという。

一方、翁長知事は「承認取り消しについて法律的に最終的な判断が示されないまま、工事が強行されたことに激しい憤りを禁じ得ない」と強く反発、埋め立て承認取り消しの効力を国交相が停止したことを不服として、11月2日、国の第三者機関「国地方係争処理委員会」に審査を申し出ている。

以上の経緯において（脱稿した11月27日時点の確認）、次の4つの論点が認められる。

一つは、沖縄防衛局が、公有水面埋立法を所管する国交相宛、埋め立て承認の取り消しを不服として行政不服審査法に基づく審査請求を行ったことに関係する論点である。沖縄防衛局が国交相に不服審査請求する申立て適格を有するかが最も重要な問題である。かねてより「国民の権利救済のためにある行政不服審査制度の趣旨に反する」との批判が沖縄県を中心にあったが、今回、県は、沖縄防衛局長（防衛省）が国交相に承認取り消しの効力停止を申し立てたことについて、「国には行政不服審査法に基づく不服申し立ての資格はない」として、申し立てを認めた国交相の決定は違法だと主張している。関連して、仮に、沖縄防衛局に審査請求する不服申立て適格が認められるとして、法制度上、沖縄防衛局のような国の機関と自治体との間の紛争について、これを法的に解決するために国地方係争処理委員会による審査のような特別の制度が設けられているとき、かかる特

別の紛争解決制度は一般的な争訟制度である行政不服審査法に優先して適用される関係にないかも問題になろう。つまり、地方自治法により創設される「国地方係争処理委員会」による処理手続を特別法的な定めとして捉え、これに対して、行政不服審査法の定めを一般法的なものと理解して、特別法は一般法に優先するとの法原則を適用すべき場合かと考えるのである。

二つは、地方自治法が定める代執行（245条の8）の手続きと国地方係争処理委員会による審査（第250条の13～20）との手続進行上の優劣関係である。仮に、二つの手続きの一方が自治体と国の間の法的紛争に関する一般法的な定めで、もう一方が特別法的な定めだとすると、やはり、「特別法は一般法に優先する」原則が妥当することになるから、その見極めが重要になる。

三つは、仲井真前知事が行った埋め立て承認について、翁長知事が取り消したことに重要な瑕疵があり違法かという問題である。承認を取り消すか、それとも撤回という形をとるか検討中と伝えられていたが、前知事による辺野古埋め立て承認の経緯を検証した沖縄県の有識者委員会が、政府の計画では辺野古周辺環境保全措置が「適正に講じられているとも言いがたい」と指摘したことを踏まえ、翁長知事は取消しを選択したようである。

四つは、国の監督権限としての代執行等に関する地方自治法245条の8第1項にいう「放置することにより著しく公益を害する」に関連する問題である。そこでいう「公益」とはなにか。そして、公有水面埋立法を所管する国交大臣が同法の目的や法定受託事務とされている同法上の事務処理権限について「公益」を判断するさい、法律による行政の原則や事務分担原則との関係で一定の制約を受けるか、という問題である。そして、仮に国交大臣だけの判断によるならば制約を受けるが、内閣又は内閣総理大臣の意向を受けての「公益」判断であればそうした制約を受けないとすると、

それはどのような法的根拠に基づく判断であるのか。代執行等に関する上記法条のみを根拠にそうした判断を行うことができることは、機関委任事務制度を廃止し、国と地方公共団体の関係を対等・協力を基本とするものにした2000年の改正地方自治法の趣旨に反しないかという問題である。

マスコミなどでは、政府と県の対立が司法の場に持ち込まれる深刻な事態になったと憂えるかのような論調が多い。しかし、筆者は、従来から見聞してきた密室での裏取引で決着を付けるよりは、司法の場という衆人環視の下での決着を支持したい。政治問題について筆者はきわめて凡人であるが、「沖縄にはこれ以上の基地は要らない、県外へ」との県側の主張にも、また「普天間基地の移設を進めないと、住宅地が隣接する危険性の除去が遅れる」「安全保障体制を維持するうえで普天間基地の代替施設が不可欠」とする政府の主張にも、いずれにも相当程度の正当な根拠があるように思われるので、両者は司法の場で堂々と主張をめぐらして法的正当性を獲得してほしいと願うのである。そしてもちろん、両者の主張に軍配を挙げる司法が、法治主義を体現する解釈を示して法的正義にかなう決着を付けてくれることも強く願っている。多くの国民が普天間基地の移設問題に関心を持って見つめているとき、その問題が司法の場でどのように争われ、決着が付けられるかのプロセスは、わが国における法治主義をいっそう高いレベルのものにすると信じるが、筆者も上記4つの論点について私見を述べ、ささやかな貢献をしたいと考える。

1 沖縄防衛局が埋立て承認の取り消しを不服として行政不服審査法に基づく審査請求を行ったことの是非と可否

辺野古移設問題にどのような形で決着を付けるかはもちろん重要課題である。しかし、それを判断する前に、さしあたりは沖縄防衛局が不服申立て適格を有するかという手続法上の問題について正しい判断をすること

が、法治主義の実践という観点からは極めて重要である。このとき、正しい答えにたどり着くために押えるべき思考の筋道は次のようである。

それは、沖縄防衛局が国交相に対して行った審査請求の対象であるところの、知事による埋立て承認の取り消しが、その処分の根拠法において、どのようなものとして位置付けられているかをまず明らかにしなければならないということである。すなわち、処分の根拠法である公有水面埋立法において、処分庁である知事と処分を受けた沖縄防衛局との関係は抽象的にはいかなる関係のものとして位置付けられているかという点である。

まず初めに、公有水面埋立法は埋め立てを認めるについて、次の二つの定めを置いている。すなわち、

第2条 埋立ヲ為サムトスル者ハ都道府県知事ノ免許ヲ受クヘシ

第42条 国ニ於テ埋立ヲ為サムトスルトキハ当該官庁都道府県知事ノ承認ヲ受クヘシ

そうすると、沖縄防衛局に対する辺野古沿岸部の埋め立て承認は同法42条に基づくものであるが、この承認をするに際しての手続きは、一般の事業者に対する免許の場合とは、同法上、大きく異なる取り扱いを受けている。すなわち、免許料（12条）、工事著手および竣功の期間の指定（13条）、埋立権の譲渡不可（16条）、竣功認可の申請（22条）、埋立地に関する権利の処分制限（27条）及び埋立地の用途変更の許可（29条）などの規定は準用されていない（42条3項）。しかも、免許に関連する監督や処分に関する定め、たとえば、竣功認可前の違法行為に対する匡正（32条）、竣功認可後の違法行為に対する匡正（33条）、免許の失効（34条）および罰則（39条～41条の2）などは、一切準用されていないという大きな差異がある。極めつけは、国以外の者が行う事業については、知事等の免許に先立ち国土交通大臣が認可を行うこととされていることである（47条）。その際、50ヘクタールを超える埋立及び環境保全上特別の配慮を要する埋立については、同法に基づく措置として環境大臣の意見が求められる。

同法施行令32条および32条の2)。知事等の免許に先立ち国土交通大臣が認可を行うというのは、すこぶる奇異に思われるが、これには大正11年の内務省通知により、国が行う事業に対する知事の承認に当たって、国以外の者が行う事業と同様に国の認可を必要とする運用が実施されてきた経緯があるようである⁽¹⁾。

いずれにせよ、同法は、国（沖縄防衛局）が埋立ての承認を受けることについて、一般の事業者に対する免許の場合とは大きく異なり、国（沖縄防衛局）に対し、特別の立場あるいは地位にあることを前提に、国がその固有の資格において埋立て承認処分の名あて人となるとしていると評価すべきである⁽²⁾。あるいは、広い意味では、行政の内部関係における処理の類の問題と捉えていると見ることもできるかもしれない（もし公有水面埋立法に行政の内部関係処理の方法や基準が規定されていれば、それに即して処理しなければならないが、そうした規定はない。）。

そうすると、埋め立てを行う国が埋立て承認権者の知事から、公有水面埋立法が定めているその固有の資格においてなんらかの処分等を受けたとき、一般の民間事業者と同じように、処分等を不服として行政不服審査法に基づく審査請求を行うことは、公有水面埋立法が採用している枠組みから大きくずれていると言わざるをえないし、「国民に対して広く…不服申立てのみちを開くことによつて、簡易迅速な手続による国民の権利利益の救済を図る」という同法の趣旨にも反することが明らかである。

ちなみに、水産資源保護法と沖縄県漁業規則に基づき、沖縄県知事が2015年3月23日に行った海底面の現状を変更する作業すべての工事停止の指示についても、公有水面埋立て承認の取り消しの場合と同じような展開があった。すなわち、県知事は水産資源保護法と沖縄県漁業調整規則に基づき作業すべての停止を指示したため、沖縄防衛局は農林水産大臣宛てに上記工事停止の指示は違法であるとして、その取消しを求めて審査請求をしている。このときにも、国民の権利救済のためにある行政不服審査制

度の趣旨に反するのではないかと批判や疑問が沖縄県側を中心に広くあったが、農林水産大臣は執行停止を認め、沖縄県側はそれに対する法的措置を取らなかったの、審査請求に対する裁決の結論は出されないまま、表面上は形式的には工事が停止されないまま今日に至っている。

翻って考えてみると、従来、不服申立て適格について、国は、消費連ジュース事件（最判昭53・3・14民集三二・二・二一一）が代表例であるが、法律上の利益説に立って極めて厳格に解してきている。団体の不服申立て適格と国のそれとはもちろん異なるが、団体の不服申立て適格についてはこれを認めてもいいのではという意見が多かったが、国と最高裁判所は不服申立て適格を厳格に狭く解してきている。しかし、話が今回の公有水面埋立法の問題になると、君子豹変と評するのが適切かは分からないが、国にも一般の民間事業者と同様に不服申立て適格が認められるというのは、問題状況によって、考えとか視点を急変させるもので、ご都合主義過ぎるとのそしりを受けても仕方ないように思われる。

話を戻して、沖縄防衛局に行政不服審査法に基づき農林水産大臣に審査請求する不服申立て適格があるかについても、正しい判断をするために押えるべき思考の筋道は公有水面埋立て承認の取り消しの場合と同じである。つまり、審査請求の対象である知事による工事停止の指示が、処分の根拠法である水産資源保護法と沖縄県漁業規則においてどのようなものとして位置付けられているか、処分庁である知事と処分を受けた沖縄防衛局との関係はいかなる関係にあるか、という点である。

そうすると、水産資源保護法と沖縄県漁業規則が許認可等の処分をする場合に、国や公共団体について一般の民間事業者と異なる取り扱いを定めているのは、工事の制限等に関する規定（18条5項。埋立てやしゅんせつの工事許可を受ける場合に、保護水面を管理する都道府県知事又は農林水産大臣と協議しなければならないとする。）だけである。つまり、沖縄防衛局が農林水産大臣に対して行った審査請求の対象であるところの、知

事による工事停止の指示については、国や公共団体は一般の民間事業者と同じ扱いを受けることになるのである。

以上からすると、沖縄県知事が行った工事停止の指示について、沖縄防衛局が農林水産大臣に対し、その取消しを求めて審査請求したのは、一般私人と同じ立場を有していることに基づくものであり、問題はないと考えることにも一応の道理は認められるかもしれない。しかし、そう考えるのは、法の個別条文だけを見て結論を導く視野の狭い制定法準拠主義の法解釈との批判を免れないように思われる。やはり、行政不服審査法の法目的を踏まえて、沖縄防衛局は審査請求する不服申立て適格を有するかとの問題意識から考えるほうが、法的正義にかなう法解釈のあり方であろう（英米法であれば、コモン・ローの発想と適用ということになるだろうか）。あるいは、当該のケースに妥当する、より特別法的な規定があるときは、それを適用すべしという法原則にしたがうべきである⁽³⁾。この点については、次の2で検討する。

2 代執行と国地方係争処理委員会による審査との手続進行上の優劣関係

代執行等の手続きと国地方係争処理委員会による審査は、いずれも地方自治法において設けられている制度であるが、この二つが同時に利用されるとき、どちらか一方に手続進行上の優先順位を認めるような定め⁽⁴⁾は置かれていない。そして、いずれの規定も国と地方との間の法的紛争の処理に関する定めであり、いずれか一方が適用領域の限定されていない一般法であり、他方がその限定された特別法であるとか、いずれか一方が他方の適用領域を包摂する、いっそう広い適用領域をもつ一般法の関係にあって、その結果、「特別法は一般法に優先する」との原則が妥当するような事情を指摘することは難しいように思われる。それでは、二つの手続きは一般法と特別法の関係にはなく、図1のように、他方の手続きとは無関係にそれぞれが独立して、手続きが進められていくことになるのであろうか。

図1 辺野古埋め立てを巡る今後の手続きの流れ



朝日新聞2015年11月2日「沖縄県、係争処理委に審査申し出 辺野古移設問題」より。

そうすると、以下で検討するように、代執行と国地方係争処理委員会による審査は、最終的には高等裁判所の判決により決着が付くことになっている（上告されることはある）こと、高等裁判所の判決が下されるのは国地方係争処理委員会による審査を経る場合の方がかなり早くなるように制度設計されていること、および、第一次の審査担当機関は、代執行の場合は司法府である高等裁判所であるのに対し、国地方係争処理委員会による審査は、司法府ではなく総務省に設置された審議会が行政機関として行うなどの大きな違いがある。こうした事情に鑑みると、二つの手続きがほとんど同じ時期にスタートする今回の辺野古移設事案の場合、国地方係争処理委員会による審査を先行させ、高等裁判所における審理の段階で、二つの手続きを併合するような処理が適切であるように思われるがどうか。

ところで、訴訟経済、審理の矛盾・抵触の防止、あるいは原告・被告の訴訟追行上の負担軽減の見地から、各別の裁判所に係属する二つの訴訟を

一つの裁判所にまとめて審理する方法として、関連請求に係る訴訟を取消訴訟の係属する裁判所に移送したり併合する手続きが用意されている(行政事件訴訟法13条、16条)。代執行と国地方係争処理委員会による審査という二つの手続きがほとんど同時にスタートする辺野古移設事案についても、上記の移送や併合の措置をとる場合と、審理の矛盾・抵触の防止など、事情を共通にするところが相当程度あると考えられる。そこで、結論として、国地方係争処理委員会による審査を先行させ、高等裁判所における審理の段階で、二つの手続きを併合するような処理が適切であると考えるのである⁽⁵⁾。そこで、二つの手続きについて地方自治法が具体的にどのような定めを置いているか改めて見直してみて、一方の訴訟を担当する裁判所が他方の訴訟の推移を見守るべきような事情が認められるか、見てみよう。

そうすると、第一に、両者それぞれの手続きにおける関係機関の違いがある。すなわち、代執行(245条の8)は、所管する大臣が勧告や指示を行った後、知事が応じない場合に、高等裁判所に当該事項を行うべきことを命ずる旨の裁判を請求することができるというものであり、司法府である高等裁判所が裁断する(高等裁判所の判決に対して一週間内に上告できる。同条9項)。

これに対して、国地方係争処理委員会による審査(250条の13)は、知事等の執行機関が、その担任する事務に関する国の関与や公権力の行使に当たるものに不服があるとき、同委員会に対し、関与等を行った国の行政庁を相手方として、審査の申出をすることができるというものである。同委員会は総務省に設置され、両議院の同意を得て総務大臣が任命する任期3年(再任可)の5人の委員から構成される審議会である⁽⁶⁾。要するに、代執行と国地方係争処理委員会による審査は、第一次の審査担当機関が、代執行の場合は最初から司法府である高等裁判所が行うのに対し、国地方係争処理委員会による審査は総務省に設置された審議会がするという大き

な違いがある。そうすると、司法府としては、国と地方との間の紛争は、それぞれが独立の法人格を有する当事者ではあるが、司法府に対する関係では大きくは行政内部での争いとして、まずは行政内部での議論を尽くして問題点を十分に明らかにした後に、続きの法的決着を司法の場で決するとする方が、行政と司法の役割分担の違いという見地からも適切であると考えることも可能なように思われる。

二つは、代執行に関する高等裁判所の審理は、訴えが提起された日から15日以内に口頭弁論手続きを開始しなければならない、行政事件訴訟法が定める抗告訴訟に関する規定が一部、準用される（245条の8第14項）。判決は、「大臣の請求に理由があると認めるときは」、知事に対する「期限を定めて当該事項を行うべきことを命ずる旨の裁判」、または、「大臣の請求に理由がない旨の判決」である（同条6項、11項）。しかし、判決の時期については、事件を受理した日や裁判開始の日からこれこれの日数以内に判決をしなければならないと期限を設ける規定はない⁽⁷⁾。

これに対し、国地方係争処理委員会による審査の申出は、原則、「当該国の関与があつた日から三十日以内にしなければならない」（同法250条の13第4項）ないが、「審査及び勧告は、審査の申出があつた日から九十日以内に行わなければならない」（同条5項）とする、早期の審査結果又は勧告に向けた強い縛りがある。この点、判決の時期についてなんの縛りのない代執行との違いは大きく、自然と、まずは国地方係争処理委員会による審査の結果又は勧告を見てから、代執行に関する2回目以降の審理を続行する方がベターであるとの考量が働く余地があるように思われる。

三つは、法定受託事務に関する国の関与について国地方係争処理委員会による審査が開始されたときも、最終的には高等裁判所の判決により決着が付くことになっていることである。つまり、「委員会の審査の結果又は勧告に不服がある場合」や勧告を受けた「国の行政庁の措置に不服があるとき」は、審査申出前置の制限はあるが、高等裁判所に対して訴訟を提起

できる(251条の5第1項。高等裁判所の判決に対する上告期間が一週間という点は代執行の場合と同じである。同条第6項)。そして、国地方係争処理委員会による審査の手続きがスタートすると、90日以内に委員会の審査の結果又は勧告が出され、これに不服があれば、高等裁判所に訴えを提起できる。

さて、代執行における審理の対象は、翁長氏による承認取り消しの違法性、すなわち、知事が行う法定受託事務の管理や執行が法令や大臣の処分違反するか、違反しているとき、それを放置することにより著しく公益を害することが明らかであるかどうかなどである(245条の8第1項)。一方、国地方係争処理委員会による審査は、法定受託事務に関する国の関与における違法性の有無(250条の14第2項)である。両者の違いは、普天間基地移設をめぐるさまざまな動きについて、知事の事に着目して始めるか、それとも知事の事に対する国の関与に着目して始めるかという入り口の違いを示しているだけであり、法を適用する対象としては、普天間基地の辺野古移設という社会問題に係る法定受託事務の処理をめぐる紛争であり、ほとんど共通し重なっていると言える。したがって、ほとんど共通し重なっている社会的事実法に適用するのであるから、高等裁判所としては、審理の結果として示すことになる高等裁判所の二つの判断に実質的な矛盾抵触が生じる事態を避けたいと考えることには理由があるように思われる。

以上、3つの理由から、国地方係争処理委員会による審査を、手続上、優先して進行させるほうが適切であると考えられる。

ところで、地方自治法245条3号カッコ書は、不服申し立てに対する裁判、決定などを審査の対象外と規定しており、翁長氏の申し出は却下される公算が大きいとの見方がある⁽⁸⁾(2015.11.13産経新聞)。解釈論上、重要な論点を含む問題であり若干のコメントを行っておく。なお、翁長氏の審査申し出が却下されることを見越し、沖縄県側も国土交通相が承認取り消

しの効力を停止した決定の取り消しを求める訴訟を起こす方向で準備を進めているとの報道もあり、地方公共団体の出訴資格が一大論点になるが本稿では論じない。

初めに、申し出は却下されるとの見方は、不服申し立てに対する裁決、決定などは「普通地方公共団体に対する国の関与」から除外されているので、執行停止決定も同様に考えられる。したがって、国の関与に該当しないものに対する審査の申し出もまた成立しないというものであろう。不服申し立てに対する裁決、決定などが「普通地方公共団体に対する国の関与」から除外された理由は、他の合議制の機関が準司法的手続きを経て慎重に行った結果に対しては、それなりの敬意を払うほうがベターであるとの判断があるように思われる。しかし、本件において審査庁である国土交通相は、不服申し立てに対する裁決、決定と比べると、執行停止については準司法的手続きを経て慎重に行ったうえで決定したというほどの慎重さを踏んではないのであるから、地方自治法245条3号カッコ書の解釈において、執行停止決定を不服申し立てに対する裁決、決定に含めて解するべきではない⁽⁹⁾。

つぎに、ここで一番重要なことは、国と地方間で現実に存在する法的紛争を、専門的かつ客観的な判断を下すことができる信頼性の高い機関で議論し、検討を加えることであろう。そうすると、翁長氏が提出する「審査の申出」内容の書き方次第であるが、係争処理委員会としても、「審査の申出」が適法に成立するように、補正等の助言を行うべきである。それに、翁長氏の不服の中味は、より正確に言うと、沖縄防衛局が行った不服申し立てに対する裁決、決定などの結果に対してというより、同局がそもそも行政不服審査法に基づき審査請求する不服申立て適格を有するのか、および、内閣の一員として中立的な判断を行う適格性に大きな問題がある国交大臣が裁定機関になっているということへの不服と受け止めるべきであろう。したがって、翁長氏側が国地方係争処理委員会に国の関与に関す

る審査を適法に申し出るためには、その申し出内容が、「国の関与のうちの是正の要求、許可の拒否その他の処分その他公権力の行使に当たるもの」(250条の13第1項)に該ると解すべきである。ただし、まことに不適切な立法ではあるが、代執行の手続きにおける「指示」を除くと明記しているので、ここは、「違反を是正し、又は当該怠る法定受託事務の管理若しくは執行を改めるべきこと」の勧告を、上記規定の「是正の要求…その他公権力の行使に当たるもの」と解すべきである。

3 前知事が行った埋め立て承認を翁長知事が取り消したことには重要な瑕疵があり違法か

翁長知事が、前の知事が行った辺野古沖の埋立承認を取り消した判断の根拠となったのは、埋立承認の経緯を検証するために自らが設置した第三者委員会が7月にまとめた報告書⁽¹⁰⁾とされている。報告書は検証結果として大きく4つの項目を挙げ、埋め立て申請は公有水面埋立法の要件を満たしておらず、これを承認した手続きには法律的瑕疵があると結論づけている。たとえば、埋め立ての必要性について、「普天間飛行場移設の必要性」から直ちに本件埋立対象地(辺野古地区)での埋立ての必要性があるとした点に審査の欠落があること、公有水面埋立法第4条第1項第1号の「国土利用上適正且合理的ナルコト」の要件について、「本件埋立により得られる利益と本件埋立により生ずる不利益を比較衡量して、総合的に判断した場合、『国土利用上適正且合理的ナルコト』とは言えず、法第4条第1項第1号の要件を充足していない」こと、また、同法第4条第1項第2号の「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」の要件を充足していないなどと指摘している。そして、この報告書を踏まえて翁長知事は取消しを選択したと伝えられている。

しかし、これらの争点は辺野古移設事案の個別事情の実体に深く関係することであって、研究室で思考を巡らすにとどまる一法学者が実情を正し

く認識して云々できる問題ではない。したがって、個別事情の実体に関する問題については、本稿では、これ以上の検討は行わない。

ここで筆者が関心を持つのは、前知事が行った埋め立て承認の効果をなくす方法として、翁長知事が撤回ではなく、取り消しという方法を選択したことである。撤回と（職権）取消しのいずれが、違法な処分とされる可能性が高いか、裏返して言う、いずれが処分権者の裁量権の幅が広くて取り消しを違法と認められにくいであろうかという関心である。次の4で検討する代執行手続きでは、国は埋立承認取消しの取消しを求めているので、そのとき、撤回と取消しのいずれを選択した方が訴訟対策として優れていたか、ある程度、明らかになるかもしれない。

一般的に考えると、取消しを選択した理由は、処分に当初から（原始的な）瑕疵があって取り消す場合、法治行政を回復するためであるから法律の根拠がなくても普遍的に取り消すことができると考えられているため、取消しを選択したのかもしれない。しかし、公有水面埋立法の場合は、やや特別の事情があって問題がある。それは何かというと、同法は、埋立て処分の免許を知事が取り消したり撤回できる場合について明文の規定を置いている（32条⁽¹¹⁾）が、国が行う埋め立てを知事が承認する場合については、この32条は準用されていないのである（42条3項）。この準用がないことをどう理解するか。

知事が承認に関係して行使できる権限について42条3項は限定列举しているのであるから、列举されていなければ、取消しや撤回に関する法律上の根拠はないことになり、取消しや撤回は認められないと解するか（取消・撤回不可能説）、逆に、取消しは法律上の根拠がなくても原始的な瑕疵があったのだから普遍的にできると考えられているし、撤回も、相手方の被る不利益を考慮しても、なおそれを撤回すべき公益上の必要性が高いと認められるときは、法令上その撤回について直接明文の規定がなくとも、撤回することができるというのが判例の立場⁽¹²⁾であるから、結局、

42条3項で準用されていなくても取消しも撤回も可能であると解するか(取消・撤回可能説)である。

単純な文理解釈をすれば、42条3項を限定列举と見て、列举されていない以上、承認の取消も撤回もできないと解釈するのが素直かもしれない。そして、取消・撤回不可能説に立つと、前知事が行った埋め立て承認を翁長知事が取り消したことには、それを認める法律上の根拠規定がなく、重要な瑕疵があつて違法だということになる。他方、単純な文理解釈をせずに取消・撤回可能説を採る場合、その先の論理を展開するときには、もう一段、慎重な考慮が求められるように思う。それは、原始的な瑕疵があつたとして取り消す場合には授益的処分を信頼した相手方の保護を考慮しなければならないが、撤回の場合は、「当該法律のシステム上公益上の必要性が高い場合には…元々の処分の裏側として、撤回が許される」⁽¹³⁾と考えられることと関係する。どういうことかということ、埋め立てを承認するかどうかの裁量権は元々大きいと考えられるが、近時の公職選挙で辺野古移設に対する地元県民の支持がなくなったという後発的事情が上記「当該法律のシステム上」の新たな公益として存在することを強調すれば、埋め立て承認を撤回するための直接の法律上の根拠はなくとも、法律による行政の原則からも認められやすくなる可能性があるということである。

ただ、目下のところ、知事の承認取消しに対して沖縄防衛局長は、審査請求のうえでは、上記したような承認の取消しに関する法律上の根拠についての主張はしていないようである。その理由としては、①承認取消しに対して行政不服審査法に基づく審査請求が認められることを最優先にした、②そのためには沖縄防衛局長の埋め立て事業者としての性格を、「国」ではなく「一事業者」として位置づける必要がある、③すると、「承認」取消しを争うのではなく「免許」取消しを争うという形式をとらなければならない、④この結果、「承認」の取消しであることを前提に、そのための法律上の根拠がないことを攻撃できなくなるが、それはやむを得ない、とい

う読みがあるかもしれない。そして、さらにさらに、沖縄県側にも深読みの法律ブレンがいて、「いや、今回、最初に承認取消しをしたからといって、承認を撤回する方法を今後も選択しないなどは、誰も言っていない。最初に承認取消しをし、それで済めばそれでいい。しかし現実問題として、訴訟で負けて承認取消しを取り消される状況になったら、そのときは第二弾として、後発的事情を理由に承認を撤回できるんだから」などと考えているかもしれない。こうなると、私たち研究者の考察など、世間知らずもいいところで、ほとんど無意味なものになってしまいそうである。

4 公有水面埋立法を所管する国土交通大臣は、埋立承認を取り消す知事の法定受託事務処理が違法で、かつ、著しく公益を害する等とする政府の一致した方針に従い、地方自治法に基づき代執行等の手続きに着手することができるか

翁長知事が埋め立て承認を取り消した処分について国交大臣が執行停止を決定した10月27日、政府は閣議で、辺野古の埋め立て承認を代執行する手続きに着手することを了解した。ここでの論点に関わってくる事実経過は、報道によると次のようであるが、下線を施した2箇所につき特に着目する。

菅義偉官房長官は閣議後の会見で、政府の一致した方針として沖縄県知事に対し、（埋め立て承認）取り消し処分を是正する勧告をするともに、応じない場合は裁判所で司法の判断を仰ぐことができるようになるため、国土交通大臣において地方自治法に基づく代執行の手続きに着手することとした。代執行手続きに着手する理由について、菅氏は「知事の取り消し処分により普天間飛行場の危険性除去が困難となり、外交防衛上重大な損害を生ずるなど、著しく公益を害するとの結論に至った」と述べた⁽¹⁴⁾。

この経過において、国の監督権限としての代執行等に関する自治法245

条の8第1項の定めとの関係で以下の下線部分につき論点が認められる。
すなわち、公有水面埋立法を所管する国土交通大臣は、埋立承認を取り消す知事の法定受託事務処理が違法で、かつ、著しく公益を害する等の政府の一致した方針に従い、地方自治法に基づき代執行等の手続きに着手することができるか、についてである。最初に、イ、埋立承認を取り消す知事の法定受託事務処理の違法性について、次に、ロ、著しく公益を害する等の政府の一致した方針に従いについて、最後に、ハ、代執行等の手続きに着手することができるについて、検討する。

検討に入る前に、代執行等に関する自治法245条の8の条文を示しておく。

地方自治法245条の8

- 1 各大臣は、その所管する法律若しくはこれに基づく政令に係る都道府県知事の法定受託事務の管理若しくは執行が法令の規定若しくは当該各大臣の処分に違反するものがある場合又は当該法定受託事務の管理若しくは執行を怠るものがある場合において、本項から第八項までに規定する措置以外の方法によつてその是正を図ることが困難であり、かつ、それを放置することにより著しく公益を害することが明らかであるときは、文書により、当該都道府県知事に対して、その旨を指摘し、期限を定めて、当該違反を是正し、又は当該怠る法定受託事務の管理若しくは執行を改めるべきことを勧告することができる。
 - 2 各大臣は、都道府県知事が前項の期限までに同項の規定による勧告に係る事項を行わないときは、文書により、当該都道府県知事に対し、期限を定めて当該事項を行うべきことを指示することができる。
 - 3 各大臣は、都道府県知事が前項の期限までに当該事項を行わないときは、高等裁判所に対し、訴えをもつて、当該事項を行うべきことを命ずる旨の裁判を請求することができる。
 - 4 (略)
 - 5 当該高等裁判所は、第三項の規定により訴えが提起されたときは、速やかに口頭弁論の期日を定め、当事者を呼び出さなければならない。その期日は、同項の訴えの提起があつた日から十五日以内の日とする。
 - 6 当該高等裁判所は、各大臣の請求に理由があると認めるときは、当該都道府県知事に対し、期限を定めて当該事項を行うべきことを命ずる旨の裁判をしなければならない。
 - 7 第三項の訴えは、当該都道府県の区域を管轄する高等裁判所の専属管轄とする。
 - 8 各大臣は、都道府県知事が第六項の裁判に従い同項の期限までに、なお、当該事項を行わないときは、当該都道府県知事に代わつて当該事項を行うことができる。(以下、略)
 - 9 第三項の訴えに係る高等裁判所の判決に対する上告の期間は、一週間とする。
- 10～15 (略)

イ、埋立承認を取り消す知事の法定受託事務処理の違法性

本条は、知事の「法定受託事務の処理」が違法である場合などに代執行等できることを定めているので、知事の行った事務処理が法令や大臣の処分に違反するかどうかを検討しなければならない。

初めに、法定受託事務の処理が「違法であること」については、大臣が一方的、主観的に違法であると考える程度ではなく、司法判断により違法が確認されていることまでは要求されないが、一般人の眼から見て、違法を疑う程度のものであることが要求されているように思われる。なぜなら、代執行等に関する自治法245条の8第1項の1箇条前の「是正の指示」（245条の7）の場合、その要件について、「各大臣は、…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。」（下線は筆者）としているのである。これに対し代執行等の手続きの場合は「各大臣は、…違反するものがある場合又は…怠るものがある場合において」（下線は筆者）と、明らかに、より客観的な定め方をしているのである。

次に、埋立承認を取り消す知事の法定受託事務の処理とは、公有水面埋立法に基づく埋立承認を取消した知事の事務処理を指している。そこで、埋立承認を取消した知事の事務処理が同法における関係規定の解釈および適用として違法性を帯びるものであるかを検討しなければならないが、その作業はさほど容易ではない。どういうことかという、埋立承認（42条3項で埋立免許の制限に関する4条を準用している。）について、同法は承認権者の裁量の幅をかなり大きいものと考えており、このことが埋立承認にしろ、その取消しにしろ、知事の事務処理における違法性の有無に関する判断を難しいものにするということである。すなわち、埋立の免許について、4条1項柱書は「知事ハ埋立ノ免許ノ出願左ノ各号ニ適合スト認

ムル場合ヲ除クノ外埋立ノ免許ヲ為スコトヲ得ズ」と、埋立の免許を自由の回復ではなく講学上の特許のように捉えているのである。したがって、免許権者の裁量の幅はかなり大きいとされることになり、埋立てを免許ないし承認すべきであったと証明することはかなり難しいと考えられる。また、埋立免許の要件として、同法4条1項1号の「国土利用上適正且合理的ナルコト」にしろ、2号の「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」にしろ、その他埋立て承認の場合にも準用されている埋立て免許を与えるための必須要件は、判断についての裁量の幅が極めて大きいとされるのが一般的であり⁽¹⁵⁾、結局のところ、埋立てを免許ないし承認すべきであったこと、あるいは反転して、免許ないし承認すべきであった免許や承認を、原始的瑕疵があるとして取り消すことは違法であると証明することも、かなり難しいと考えられるのである。

なるほど、論者がいて、前の3で検討したように、埋立承認については42条3項により埋立免許の制限に関する4条が準用されるから筆者のような見方が成り立つ可能性があるが、埋立ての取消・撤回についての32条は準用されていないから、埋立ての取消・撤回がない以上、埋立ての取消・撤回における裁量権限を行使する状況自体が考えられないと批判するかもしれない。一理あるが、それを主張することは、沖縄防衛局長に対する埋め立て許可を、国に対してのものではなく一事業者に対してのものとして位置づけ、行政不服審査法に基づく沖縄防衛局長からの審査請求を適法なものとしてきた国の立場に大きく反することになるという難題を生じさせることになる。

より本質的には、承認について裁量の幅を大きいものとして公有水面埋立法が考える公益を実現させようとするのが同法の出発点であるから、承認を維持することが同法の考える公益を実現することにならない、あるいはむしろ損なうと承認権者がそれなりの根拠に基づいて判断しているときには、裁量の逸脱・濫用があると証明することは容易なことではなく、結

局、承認の取消・撤回は元々大きい裁量権限を裏返しして行使するものとして扱われ、そこに違法性を認定することは極めて難しいように思われる。

ロ、著しく公益を害する等の政府の一致した方針に従い、の意義

ここでの問題関心は二つある。初めの一つは、自治法245条の8第1項にいう「著しく公益を害する」の「公益」の意味についてである。すなわち、自治法245条の8は、同条の要件を充たす場合、知事等が管理・執行する「法定受託事務について」、法令を所管する大臣が代執行等できると授權している。そこで、この「公益」を判断するさいに公有水面埋立法を所管する国土交通大臣が考慮できる要素や範囲は、同法の目的や法定受託事務とされている同法上の権限規定、ひいては事務分担原則や法律による行政の原則との関係で一定の制約を受けるかというのが最初の問題関心である⁽¹⁶⁾。

この問題関心は、自治法245条の8第1項が、法定受託事務に関する知事の事務処理が法令や大臣の処分に違反することを「放置することにより著しく公益を害することが明らかであるときは」という表現をしていることに起因する。つまり、この表現だと、違反を放置することにより、法定受託事務に関し法律の定める権限が適法に行使されることにより実現されるはずの公益が著しく害される場合（以下、適法公益侵害説という）を想定して言っているのか、それとも、その権限が適法に行使されることにより実現される公益とは異なる、別の類の公益が著しく害される場合までも含めて言っているのか（以下、別異公益侵害説という）、文理上ははっきりしないからである。しかし、著しく公益が害されるとき、知事が行う法定受託事務の処理に対し、法令を所管する大臣が勧告、指示、代執行などの関与をすることが認められるかどうか、ひいては国と地方公共団体との間の紛争を法治主義の名にふさわしい手続きで解決できるかを左右するきわめて重要な問題である⁽¹⁷⁾。そこで、この二つの見解の妥当性について慎重な考察を試みることにする⁽¹⁸⁾。

普通の国語の読み方としては、あるいは別異公益侵害説のように理解す

る方が素直な読み方かもしれない。しかし、それだと、法定受託事務を担当する大臣が、その法定受託事務に関する知事の事務処理を契機に、所管法令により知事に与えられていた、所管法令の目的と権限の範囲を超える公益判断の権限を認めることになってしまい、大いに問題である。なぜなら、行政事務の各省庁による分担管理原則や法律による行政の原則、ひいては法治主義の立場からすると、所管法令の目的や法益と異なる別の類の公益については、それを規制するための権限が設置法（組織法）や授權法（作用法）により明確に与えられていなければならないからである。別異公益侵害説の妥当性については後にも検討する。

ところで、分担管理原則とは、各省庁の設置法において、「…に規定する事務を分担管理する。」とされていることを言うが、その法的根拠は次のようなものである。憲法では、「法律及び政令には、すべて主任の国务大臣が署名し、内閣総理大臣が連署することを必要とする。」（74条）。内閣法では、「各大臣は、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」（3条1項）として「分担管理原則」を定めている。国家行政組織法ではさらに、組織法的見地から、より明示的で具体的な定めがあり、「国家行政組織は、内閣の統轄の下に、内閣府の組織とともに、任務及びこれを達成するため必要となる明確な範囲の所掌事務を有する行政機関の全体によって、系統的に構成されなければならない。」（2条1項）としている。

近時は、分担管理原則について、省庁間の利害調整を難しくする、いわゆる「縦割り行政」の弊害の原因であることばかりが取り上げられ、いかにして内閣機能・官邸機能を強化して政治主導政治への転換を図るかに大きな関心が集まり過ぎているきらいがある。たしかに、“省あって国益なし”の縦割り官僚主導政治は克服しなければならないが、分担管理原則が権限流用・権限集中による権限の逸脱・濫用を抑止して行政専制国家を防止する重要な役割と機能を有することを忘れてはならないのである⁽¹⁹⁾。

もう一つの問題関心は、自治法245条の8第1項にいう「著しく公益を害する」の「公益」の意味を上記した問題関心から判断するさい、法令を所管する大臣が政府の一致した方針（閣議口頭了解）に基づき行動するときには、そこでいう「著しく害される公益」の「公益」の範囲は、法令を所管する大臣だけの判断で行動するときと比べて広がるかという関心である。詳しく言うと、公有水面埋立法を所管する国土交通大臣が考慮できる範囲や要素が、同法の目的や法定受託事務とされている同法上の権限規定、ひいては事務分担原則や法律による行政の原則との関係で一定の制約を受けるとして、政府の一致した方針（閣議口頭了解）という強化支援策が追加されるとき、それまであった「著しく公益を害する」の「公益」についての一定の制約が緩められるかということである。政府の一致した方針（閣議口頭了解）に基づき、代執行等にかかる訴訟が提起されている現在の状況においては、きわめて重要な争点である。筆者が上で別異公益侵害説と呼ぶ見解の妥当性を含め、ここに至る思考プロセスをもう少し整理して考察することとする。この問題関心に至る思考プロセスとそれについての評価は、それぞれ以下のとおりである。

- ①この代執行等の手続きが認められているのは、言うまでもなく、当該法定受託事務の管理・執行の違法を是正するためであるから、当該法定受託事務の管理・執行が適法になされているときには、同条にいう「著しく公益を害する」事態は成立しない。←条文に即しての理解であるから異論なく認められよう。
- ②仮に、当該法定受託事務の管理・執行は適法になされているが、同条にいう「著しく公益を害する」事態が生じているというなら、現在の代執行等の手続きは極めて限定的に認められたものであるから、法治主義や法律による行政の原則の見地に照らしても、これに対処するには別途、そのための根拠法が必要である。←条文の文言解釈から直ちに導かれることではないが、法定受託事務に関する代執行等について

の権限を自治法245条の8の定める極めて限定された要件のもとで授權している立法趣旨からすると、その限定された以外の場面で代執行をしようとするときは、そのための個別の根拠法が別に必要であるというのは理解できる⁽²⁰⁾。

③法令を所管する大臣は法定受託事務の管理・執行が違法にされているとき、要件の付加はあるが、代執行等の手続きを始めることができる。←自治法245条の8の立法趣旨である。

④ただし、当該法定受託事務の管理・執行が違法になされることにより「著しく公益を害する」というのは、管理・執行が適法になされていれば実現されることが予定されている類の法益が害されることを意味していると理解すべきである（適法公益侵害説）。←しかし、別異公益侵害説は異なる見解である。

以上からすると、政府の一致した方針（閣議口頭了解）を踏まえて代執行等の手続きを始めるという今回の場合は、上の①、②とは関連性がなく③と④に関係する問題だといえる。より詳しく正確に言うと、政府の側は、④では別異公益侵害説の立場に立つが、政府の一致した方針（閣議口頭了解）が追加されているため、別異公益の幅ないし範囲が、公有水面埋立法を所管する国土交通大臣が担任する場合から、内閣の権限の範囲にまでさらに広がると主張すると思われる。具体的には「知事の取り消し処分により普天間飛行場の危険性除去が困難となり、外交防衛上重大な損害を生ずるなど、著しく公益を害するとの結論に至った」というものである。しかし、仮に、別異公益の幅ないし範囲が、国土交通大臣だけが担任して判断する場合から内閣の権限の範囲にまで広がるとしても、代執行等に関する自治法245条の8のみを根拠に、そうした拡張された公益判断を携えて、当該法定受託事務を管理・執行する知事に働きかけをすることは認められないと考えられる。なぜなら、そうした主張が成立するためには、自

治法245条の8のような争訟法的な規定だけでなく、法律による行政の原則ひいては法治主義との関係で、行政の組織法や作用法上の正当な根拠を有するものでなければならないからである。以下で改めて検討する。

ロー2 「政府の一致した方針として、…国土交通大臣において…代執行の手続きに着手する」ことを正当化する法的根拠はあるか。

内閣(あるいは内閣総理大臣)は、法定受託事務を担当する大臣に対し、政府の一致した方針(閣議口頭了解)に従って同事務を処理し、内閣の一員として一体として行動するように指揮をしたり要請できるかという論点である。そうすると、確かに、大臣に対し、政府の一致した方針(閣議口頭了解)に従って事務一般を処理するように指揮したり要請することはできる。基本的な定めであるが、確認のために関係する定めを見ておくと、日本国憲法では以下のものがある。

「行政権は、内閣に属する。」(第65条)、「内閣は、行政権の行使について、国会に対し連帯して責任を負ふ。」(第66条3項)、「内閣総理大臣は、国務大臣を任命する。…内閣総理大臣は、任意に国務大臣を罷免することができる。」(68条1項、2項)、「内閣総理大臣は、内閣を代表して議案を国会に提出し、一般国務及び外交関係について国会に報告し、並びに行政各部を指揮監督する」(72条)といった規定である。また、普天間基地の移設計画に関連して菅官房長官が理由として挙げている、外交防衛上重大な損害を生ずるに関連しては、内閣の職務として、「外交関係を処理すること。」(73条2号)の定めがある。

そして、これら憲法の定めを法律レベルで表現する規定として、内閣法では、「内閣は、行政権の行使について、全国民を代表する議員からなる国会に対し連帯して責任を負う。」(1条2項)、「内閣は、国会の指名に基づいて任命された首長たる内閣総理大臣及び内閣総理大臣により任命された国務大臣をもつて、これを組織する。」(2条1項)、「内閣がその職権を

行うのは、閣議によるものとする。…各大臣は、案件の如何を問わず、内閣総理大臣に提出して、閣議を求めることができる。」(4条1項、3項)、「内閣総理大臣は、閣議にかけて決定した方針に基づいて、行政各部を指揮監督する」(6条)、「主任の大臣の間における権限についての疑義は、内閣総理大臣が、閣議にかけて、これを裁定する。」(7条)、「内閣総理大臣は、行政各部の処分又は命令を中止せしめ、内閣の処置を待つことができる。」(8条)の規定がある。

また、国家行政組織法にはさらに、組織法的見地から、より明示的で具体化された規定がある。すなわち、「国の行政機関は、内閣の統轄の下に、その政策について、自ら評価し、企画及び立案を行い、並びに国の行政機関相互の調整を図るとともに、その相互の連絡を図り、すべて、一体として、行政機能を発揮するようにしなければならない。内閣府との政策についての調整及び連絡についても、同様とする。」(2条2項)

以上の諸規定から、何が公益かを判断する権能は行政権が帰属する内閣にあること、内閣は閣議決定などの方法により内閣の意思を決定し、閣議にかけて決定した方針に基づき、内閣総理大臣が行政各部を指揮監督するという、わが国における行政に関する内閣による意思決定と、それに基づく指揮命令系統を確認できる。したがって、本件について言うと、内閣の一員としての国土交通大臣は、閣議決定とそれに基づく内閣総理大臣の指揮監督に当然に従わなければならない、また一体として行動することが予定されてもいるから、普天間基地の辺野古移設関連の案件について、外交関係の処理という要素を含め、政府の一致した方針に即して「公益」を判断できるし、すべきであると主張することができるであろう。

しかし、そこまでである。確かに、現在の代執行等の定めには、「放置することにより著しく公益を害する」と法令所管大臣が判断した後に、その旨を指摘し、勧告し、指示するなどの定めはあるが、それ以前に、誰がどのような手続きを経て、「放置することにより著しく公益を害する」事

態が生じていると認定するか、その認定プロセスに第1次判断権者である知事の意見をどのように反映するかといった、判断権者、判断するための要件や判断手続きに関する規定がないのである。結局、内閣と所管する大臣が緊密な連携をとって活動することは憲法を初めとする法令の中で明確に要求されているが、その連携に基づき、内閣の外部に対して権限を行使するための作用法的な根拠規定が見当たらないのである。

あるいは、国と自治体の間は広い意味で行政の内部関係であるから、行政の外部に対して権限を行使するさいに要求される作用法的な法規は不要であるとの反論があるかもしれない。しかしそれは、機関委任事務であった時代に認められた過去の遺物の思考である。2000年の改正地方自治法は機関委任事務を廃止し、国と地方公共団体の関係は対等・協力を基本とするものに改められたのであるから、行政権を行使しようとする中央政府は、外部関係にある自治体や知事に対して権限を行使することを授權する、作用法的な根拠規定の制定を国会に要請すべきである。これを憲法が予定する行政権限の設定とその発動という観点から見ると、何が公益かを判断する権能は行政権を有する内閣にあることは言うまでもないが、国会が「国権の最高機関であつて、国の唯一の立法機関である」(41条)という法治主義原理のもとでは、その公益判断と公益判断に基づく権限行使は、立法権が授權した法規の枠組みの中で行使されなければならないということである。そうでなければ、法治主義とは無縁の行政専制国家になってしまうから、この基本枠組みを否定することは絶対に認められない。

したがって、限定された要件の下で認められている自治法上の代執行等に関する手続き規定を用いて用を済ませるなどの安易な方法を取ることはできない。辺野古移設事案でいうと、普天間基地の移設に関する特別法を制定するのがもっとも適切であるが、公有水面埋立法という個別法において、その法律を所管する大臣が、限定された局面において政府の一致した方針(閣議口頭了解)に従い、最初から知事に代行して埋立承認事務を処

理できるとする規定を設ければいいのである。この観点からすると、現在の政府の運用は、法治主義原理から要求されるレベルの明確な法的根拠がないまま、非常時の緊急対処策のようなやり方で代執行等の手続き規定を活用していると評されてもやむをえないものであり、平時には到底認められないと思われる。

ハ、代執行等の手続きに着手することができるか

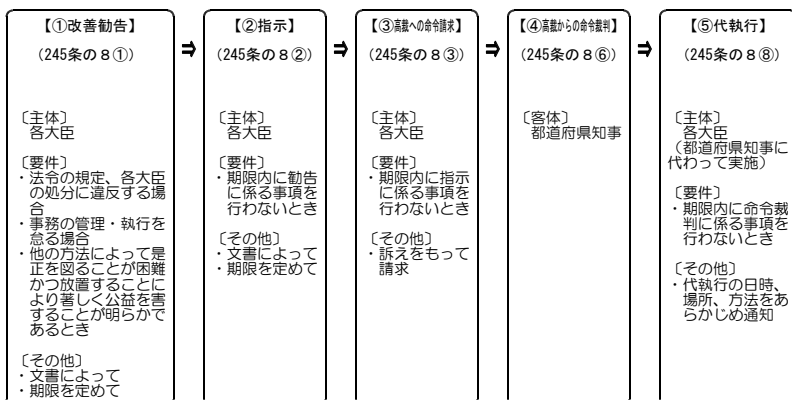
以上は、自治法245条の8第1項にいう「放置することにより著しく公益を害する」の「公益」の意味を探る考察であるが、実は、知事の事務処理の法令違反などを「放置することにより著しく公益を害することが明らかであるときは」といった文言は、1948年（昭和23年）1月1日施行の地方自治法改正で設けられた職務執行命令訴訟制度には入っていなかったものである。それが1991年（平成3年）、職務執行命令違反を確認する裁判があったとき内閣総理大臣が知事を罷免できるとする制度を廃止したさいに職務執行命令訴訟制度も改正され、そのときに初めて「放置することにより著しく公益を害することが明らかであるとき」の文言が挿入されたという経緯がある。つまり、一般に、「職務執行命令訴訟制度とほぼ同様の要件及び手続の制度として代執行制度が設けられている」といったことが言われるが、正確には、1991年（平成3年）に法改正されるまでは「放置することにより著しく公益を害することが明らかであるとき」の文言はなかったのである。そして、同年改正された職務執行命令訴訟制度とほぼ同様の要件及び手続の制度として代執行制度が設けられたというのが正確な経緯である。

この経緯が意味するところは極めて大きい。なぜなら、「放置することにより著しく公益を害する」の文言が挿入されたのは、「代行についてできるだけ慎重であるべきであるという見地から、代行できる場合を極力限定する趣旨により設けられた」⁽²¹⁾という経緯があるからである。つまり、

1948年（昭和23年）から1991年（平成3年）に地方自治法が改正されるまで、職務執行命令訴訟制度にそうした文言はなく、それまでは知事の機関委任事務処理の法令違反だけで職務執行命令と職務執行命令訴訟を提起できるとされていた（下記条文参照）のである。そして、代行についてできるだけ慎重であるべきことを示すために、「かつ」としてこの文言を追加して、代行が認められる要件を上乗せしたのである。要するに、この文言は地方自治を尊重する自治法改正の流れの中から生まれたものだったのである。

しかし、今回の辺野古移設事案において政府が法治国家にふさわしい処理をすると広言している中味は、知事の事務処理の法令違反がまだ確定していない段階で、公益が著しく害されることを強く前面に打ち出して代執行手続きに結び付けようとしている感がある（下の図「総務省HP・職務執行命令訴訟制度の変遷」も公益に関するこうした理解を導く基礎になっているように思われる。また、1968年最高裁判決が行政機関の処分取り消し基準について「取り消す不利益と取り消さない不利益を比較考量」したうえ、「公共の福祉に照らして著しく不当」な場合に限って取り消しが

地方自治法における代執行



できるとしており、これが基準であるとしたうえで、「辺野古移設に伴う不利益は、自然環境への影響や騒音被害などが想定される。だが、普天間飛行場の現状が大幅に改善される利益と比べれば、極めて限定的だ。政府の主張には十分根拠があろう。」とする読売新聞社説(12月3日「辺野古移設訴訟「公益」を考慮した司法判断を」)もこの類である。天下の公器と言われる大新聞が法的衣を着て、しかも社説でこのような反法的論理を主張するのは悲しいに尽きる。)。要するに、1991年(平成3年)の自治法改正時には、機関委任事務の処理についてさえ、地方自治の見地から上記要件の上乗せをして職務執行命令訴訟の利用を限定的にしようとした沿革があるのに、地方分権の時代に法定受託事務とされた今日において、公益が著しく害されることを強調して無理矢理代執行手続きに入るとするのは、無理筋も甚だしい時代錯誤である。関与の基本原則である、自治体に対する関与について「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」(自治法245条の3)に明らかに反するし、地方自治の本旨に基づく国と地方公共団体との間の適切な役割分担(1条の2第2項、2条11項、12項。)を特に重視して、「地方公共団体に関する制度の策定及び施策の実施に当たって、地方公共団体の自主性及び自立性が十分に発揮されるようにしなければならない」(1条の2第2項)としている立法趣旨からも大きく逸れる「公益」概念の流用であると言わざるをえない⁽²²⁾。

○地方自治法(昭和23年1月1日施行)

第百四十六条 主務大臣は、国の機関としての都道府県知事の権限に属する国の事務の管理若しくは執行が法令の規定若しくは主務大臣の処分に違反するものと認めるとき、又はその国の事務の管理若しくは執行を怠るものと認めるときは、文書を以て、当該都道府県知事に対し、その旨を指摘し、期限を定めて、その行うべき事項を命令することができる。

②主務大臣は、都道府県知事が前項の期限までに当該事項を行わないときは、高等裁判所に対し、当該事項を行うべきことを命ずる旨の裁判を請求することができる。

③ ④ (略)

- ⑤当該高等裁判所は、主務大臣の請求が理由があると認めるときは、当該都道府県知事に対し、期限を定めて当該事項を行うべきことを命ずる旨の裁判をしなければならない。
- ⑥主務大臣は、都道府県知事が前項の裁判に従い同項の期限までに、なお、当該事項を行わないときは、当該高等裁判所に対し、その事実の確認の裁判を請求することができる。(以下、略)
- ⑦主務大臣は、前項の確認の裁判があつたときは、都道府県知事に代つて当該事項を行うことができる。
- ⑧内閣総理大臣は、第六項の確認の裁判があつたときは、当該都道府県知事を罷免することができる。
- ⑨第六項の確認の裁判があつた場合においては、都道府県知事は、その後第五項の裁判に従い当該事項を行つたことを証明して、その裁判をした高等裁判所に対し、前項の規定による内閣総理大臣の権限を消滅させる裁判を請求することができる。
- ⑩～⑬ (略)

地方分権一括法前の地方自治法(平成3年7月1日施行)

- 第百五十一条の二 主務大臣は、国の機関としての都道府県知事の権限に属する国の事務の管理若しくは執行が法令の規定若しくは主務大臣の処分に違反するものがある場合又はその国の事務の管理若しくは執行を怠るものがある場合において、本項から第八項までに規定する措置以外の方法によつてその是正を図ることが困難であり、かつ、それを放置することにより著しく公益を害することが明らかであるときは、文書により、当該都道府県知事に対して、その旨を指摘し、期限を定めて、当該違反を是正し、又は当該怠る事務の管理若しくは執行を改めるべきことを勧告することができる。
- ②主務大臣は、都道府県知事が前項の期限までに同項の規定による勧告に係る事項を行わないときは、文書により、当該都道府県知事に対し、期限を定めて当該事項を行うべきことを命令することができる。
 - ③主務大臣は、都道府県知事が前項の期限までに当該事項を行わないときは、高等裁判所に対し、訴えをもつて、当該事項を行うべきことを命ずる旨の裁判を請求することができる。
 - ④ ⑤ (略)
 - ⑥当該高等裁判所は、主務大臣の請求に理由があると認めるときは、当該都道府県知事に対し、期限を定めて当該事項を行うべきことを命ずる旨の裁判をしなければならない。
 - ⑦ (略)
 - ⑧主務大臣は、都道府県知事が第六項の裁判に従い同項の期限までに、なお、当該事項を行わないときは、当該都道府県知事に代わつて当該事項を行うことができる。(以下、略)
 - ⑨～⑬ (略)

結び

以上、本稿では、検討した結果、以下のような結論を得た。

沖縄防衛局が埋立承認の取り消しを不服として行政不服審査法に基づく審査請求を行ったことについては、公有水面埋立法が具体的に規定している当該の法律関係を最初に正しく認識し、次に、行政不服審査法の立法趣

旨や目的の視点から考えることが重要であり、逆に、不十分な法律関係の認識や執行停止に関する1箇条、1つの条項からのみ結論を出すと、関係する法律の立法趣旨や目的、そして事務分担原則、最終的には憲法や法的正義に大きく反するとして、要旨、以下のことを述べた。

公有水面埋立法は、国（沖縄防衛局）が埋立承認を受けることについて、一般の事業者に対する免許の場合とは大きく異なり、国（沖縄防衛局）は特別の立場ないしは地位にあることを前提に、国がその固有の資格において埋立て承認処分の名あて人となるとしていること、したがって、埋め立てを行う国が埋立て承認権者の知事から、公有水面埋立法が定めているその固有の資格においてなんらかの処分等を受けたとき、一般の民間事業者と同じように、処分等を不服として行政不服審査法に基づく審査請求を行うことは公有水面埋立法が採用している基本枠組みから大きく外れていること、また「国民に対して広く…不服申立てのみちを開くことによつて、簡易迅速な手続による国民の権利利益の救済を図る」という行政不服審査法の趣旨にも反することが明らかである。

次に、代執行等の手続きと国地方係争処理委員会による審査との手続進行上の優劣関係については、両者はいわゆる一般法と特別法の間にあるとは断言できないが、それでも、法律上の一つの制度のみに着目して解釈し運用すると不十分であり、時には同じ一つの法律に基づく別の制度にも適切な配慮をして二つの制度間の運用を図ることが、それぞれの制度に与えられた本来の使命を果たしていくうえでも重要であるとの認識を得た。そのうえで、今回二つの手続きがほとんど同じ時期にスタートする辺野古移設事案の場合、国地方係争処理委員会による審査を先行させ、高等裁判所における審理の段階で、二つの手続きを併合するような処理が適切と思われることを提案した。なおこのとき、着目した要素は、代執行と国地方係争処理委員会による審査は、最終的には高等裁判所の判決により決着が付くことになっている（上告されることはある）こと、高等裁判所の判決

が下されるのは国地方係争処理委員会による審査を経る場合の方がかなり早くなるように制度設計されていること、および、第一次の審査担当機関は、代執行の場合は司法府である高等裁判所であるのに対し、国地方係争処理委員会による審査は、司法府ではなく総務省に設置された審議会が行政機関として行うという大きな違いがあることであった。

そして、政府が提起した代執行の訴えについては、自治法が代執行手続きを認めているのは、たとえば公有水面埋立法に基づく知事の法定受託事務の処理が違法であるときに、権限を行使する主体と権限行使の方法を限定してのものであるとの立場から、政府の方針に基づき、普天間飛行場の危険性除去や外交・防衛上の重大な損害を生ずることを著しい公益の侵害として代執行手続きを活用するのは、作用法的根拠を欠いて法律による行政の原則との関係で大きな問題を有するし、事務分担原則や自治法における国の関与の基本原則と地方自治の尊重・地方分権の趨勢にも反する疑いがあると述べた。さらに、決定的に重要な問題として、「放置することにより著しく公益を害することが明らかであるときは」という自治法245条の8第1項の文言は、1948年（昭和23年）1月1日施行以来の職務執行命令訴訟制度には入っていなかったものであるところ、1991年（平成3年）、職務執行命令違反を確認する裁判があったとき内閣総理大臣が知事を罷免できるとする制度を廃止したときに初めてこの文言が挿入された経緯があるのであり、「かつ」として追加されたこの文言の挿入は、「代行についてできるだけ慎重であるべきであるという見地から、代行できる場合を極力限定する趣旨で設けられた」ものであるから、公益が著しく害されることを強く前面に打ち出して代執行手続きを進めようとしている政府の姿勢は、法治国家の法治主義にあまりにふさわしくない法の解釈であることを指摘した。

なお、本稿は「法治主義解釈の実践」というタイトルであるが、以上、三つの論点を考察するとき、なにも法治主義とはこれこれで、その原則を

適用すると、この具体的問題はどのように考えられる、といった論理展開をしているわけではない。行政が議会において成立した法律の制限の下に行動する国家を法治国家といい、法治国家のとり建前を法治主義と呼んだりしているが、本稿では、三つの論点それぞれにおける関係する法律や条項、関係する事実、特に、そこにおける関係当事者の法律関係であるとか、一般法・特別法的な関係にないか、あるいは立法趣旨や経緯を参照し、見極めようとする作業を進める時、筆者なりの法的正義やバランス感覚を用いて考量した結果が、恣意的、差別的行政を排し、国民の権利と自由を保障することを目指す法治主義の中身に近いと感じられたので、「法治主義解釈の実践」というタイトルにした次第である。

辺野古移設問題について、法治主義に基づく筆者の法解釈は以上である。ほとんどの重要な論点について、政府の方針や解釈を批判する結果になっている。ここまで拙稿に目を通してくださった方の中には、筆者の解釈論を理解できない訳ではないが、これだと、辺野古移設ができなくなって普天間基地が現状のまま凍結されることになってしまう、結局、国益という大きな公益を損なうのではないかと躊躇する人がおられるかもしれない。法解釈を離れた議論になるが、それほどに安全保障や日米関係維持のために米軍基地が必要と考えるなら、政府からいろんな地元交付金や補助金も出ることだし、自分たちの地元に基地を呼んだらいいと思う。原発とか産廃の最終処分場をNIMBY (Not In My Back Yardの略。施設が必要なのはわかるが、自分の居住地域には建てないでくれ、の意味) 排除するというのならまだ分らないことはないが、およそ集团的自衛権まで確立してお互い助け合おうとしている米軍基地ならば、沖縄以外の集团的自衛権に賛成する人たちの地元に受け入れたらいいのではないか。米軍にも人情はあるのだから、地元受け入れを拒むような人たちのために、非常時・緊急事態に自己の危険と不利益を顧みないで、地元の人を守るために使命を尽くしてくれるとは到底思えない。その意味でのギブ・アンド・テイクは

当然ある。結局、沖縄の人には基地を新しく作るという選択肢は考えられないが、私たちには、安全保障のために不可欠と考える米軍基地を呼ぶ選択肢があると考える。

少しばかり昔1976年(昭和51年)に戻るが、当時、最高実力者だった田中角栄元首相がロッキード事件で被疑者・被告人になり、強力な弁護団が結成されるなどしたとき、筆者は日本の片隅から、漠然とではあるが、これで日本の刑事司法も前近代的な職権主義から少しは当事者主義に向けて前進したらいいなと感じたことがある。そして、わが国の行政訴訟は、2000年頃の司法制度改革を経て、ある程度 of 前進はしているようだが、まだまだ未開拓地が残っているし、大きく逆流するかのよう な 気配すらある。幸いなことに、菅義偉官房長官も10月14日の記者会見で「我が国は法治国家だから、法に基づいて対応していきたい」と強調しているようである。今回の辺野古移設案が、制定法準拠主義どころか逐条準拠、さらには概念固執・視野狭窄の法解釈を乗り越え、行政専制・行政無謬の行政風土を克服して、法治主義を進化させる機会になることを期待したい。

註

- (1) 地方分権法の施行を契機に、平成12年4月から大正11年の内務省通知による措置は廃止されている。そして、国が事業主体の埋立事業については、環境大臣の意見は求められないが、別に、環境影響評価法に基づく手続を要する対象事業として規定されている。以上について、参照、環境省HP・資料6 公有水面埋立法における国の関与について、<https://www.env.go.jp/council/02policy/y0210-02/mat06.pdf>
- (2) 行政法研究者と弁護士5人による「撤回問題法的検討会」も意見書(2015年10月14日)において、「公有水面埋立法は、国と国以外の者の埋立申請を区別して定めており、同区別には実質的な理由が存することから、国の申請を一般私人と同様の立場で“一事業者”として埋立申請していると評価することは、法の仕組みを否定するもの」「国家の機関が、一方で“不適法な審査請求”をなし、他方で、これをチェックすべき主務大臣がこれを容認した上で、『執行停止』措置を命じることは、異常な事態であり、法治国家の下で許されるべきものではない」としている。
- (3) 当時、国は、地方自治法に基づく是正の指示を行い、高裁に訴えて代執行できるのであるから、不服申立てをすることは認められないと早期に指摘する見解があった。武田真一郎「農相裁決、権限ない」琉球新報2015年3月27日。
- (4) 平成24年の法改正により設けられた違法確認訴訟については、この訴えを提起できる要件として、国等が是正の要求をしたのに自治体がそれに応じた措置を講じないことに加えて、国地方係争処理委員会に審査の申し出もしないときが加えられ(自治法

- 251条の7第1項1号)、審査申し出が同訴訟に対して優先して取り扱われることを前提としているようである。
- (5) 相続関係訴訟についてであるが、最高裁判所も「関連事件待ち」と題して、「関連する各事件の審理の進行状況や別件の進行の見込みなど諸般の事情を総合的に考慮した上で、弁論の併合をせず、別件の進行を待つことにも一応の合理性を認め得る。もっとも、別件の進行待ちで審理が止まっている期間があまりに長くなることを防止するために、裁判所は、当事者等を通じて、当該別件の進行状況を確認し、進行管理を図る必要があると考えられる」とする報告書を公表している。最高裁判所、裁判の迅速化に係る検証に関する報告書(第2回)(平成19年7月13日公表) http://www.courts.go.jp/about/siryo/hokoku_02/index.html
- (6) 2015年11月5日時点では、平成27年4月17日から平成30年4月16日までを任期とする5人の委員が任命されており、行政法の専門家としては、委員長を務める小早川光郎教授のほか、渡井理佳子教授が入っている。
- (7) たとえば、選挙効力訴訟や当選人の公民権に関わる刑事訴訟の場合、事件を受理した日から100日以内に判決するように努めなければならない(公職選挙法第213条、同法第253条の2)とされているし、人事官の弾劾裁判の場合は「裁判開始の日から百日以内に判決を行わなければならない」(国家公務員法第9条第5項)とする規定がある。
- (8) 国地方係争処理委員会に対する審査の申し出が却下された例として、2009年11月、国交大臣が行った独立行政法人鉄道建設・運輸施設整備支援機構に対する北陸新幹線工事実施計画(その2)の認可に関して、新潟県知事が審査を申し出た例がある。委員会は2009年(平成21年)12月25日却下、新潟県は却下に対して30日以内に東京高裁に提訴せず、国との協議が続行されることとなったようである。参照、総務省HP「国地方係争処理委員会に対する審査の申出に係る決定と通知について」(2009年12月25日)。http://www.soumu.go.jp/menu_news/s-news/02gyosei01_000013.html (2015年11月10日閲覧)。
- (9) 沖縄県知事の指示に対して沖縄防衛局長が行った審査請求にさいしての執行停止の申し立てを農林水産大臣が認めたケースでも、また、今回、翁長知事がした埋立て承認取り消しに対して国土交通大臣が同様に執行停止の申し立てを認めたケースでも、いずれの場合も6日程度、実質的には3日程度の検討で執行停止の決定がなされている。これに対し、2015年11月26日の時点では審査請求に対する裁決は2件とも出されていない。なお、行政不服審査法34条3項は、「処分庁の上級行政庁以外の審査庁は、必要があると認めるときは、審査請求人の申し立てにより、処分庁の意見を聴取したうえ、執行停止をすることができる。」とする。
- (10) 「検証結果報告書」普天間飛行場代替施設建設事業に係る公有水面埋立承認手続に関する第三者委員会、平成27年7月16日。http://jichisoken.jp/archive/henokosiryou/pdf/4-01_houkokusyo.pdf
- (11) 32条1項は、「免許の取消し」ができる場合について、次のように定めている。これを行政行為の取消しと撤回に分けると、3号は免許の取消し、3号以外はおそらく免許の撤回に相当する場合のようである。
- 1 埋立ニ関スル法令ノ規定又ハ之ニ基キテ為ス処分ニ違反シタルトキ
 - 2 埋立ニ関スル法令ニ依ル免許其ノ他ノ処分ノ条件ニ違反シタルトキ
 - 3 詐欺ノ手段ヲ以テ埋立ニ関スル法令ニ依ル免許其ノ他ノ処分ヲ受ケタルトキ
 - 4 埋立ニ関スル工事施行ノ方法公害ヲ生スルノ虞アルトキ
 - 5 公有水面ノ状況ノ変更ニ因リ必要ヲ生シタルトキ
 - 6 公害ヲ除却シ又ハ軽減スル為必要ナルトキ
 - 7 前号ノ場合ヲ除クノ外法令ニ依リ土地ヲ収用又ハ使用スルコトヲ得ル事業ノ為必要ナルトキ
- 2項 前項第7号ノ場合ニ於テ損害ヲ受ケタル者アルトキハ都道府県知事ハ同号ノ事業ヲ為ス者ヲシテ損害ノ全部又ハ一部ヲ補償セシムコトヲ得

- (12) 菊田医師実子あっせん事件最判昭和63年6月17日判時1289号39頁、判タ681号99頁。優生保護法に基づく指定医師の指定をしたのちに、法秩序遵守等の面において指定医師としての適格性を欠くことが明らかとなり、指定を存続させることが公益に適合しない状態が生じた場合について、実子あっせん行為のもつ右のような法的問題点、指定医師の指定の性質等に照らすと、指定医師の指定の撤回によって上その者が被る不利益を考慮しても、なおそれを撤回すべき公益上の必要性が高いと認められるときには、法令上その撤回について直接明文の規定がなくとも、指定医師の指定の権限を付与されている医師会は、その権限において指定を撤回することができるとしている。
- (13) 引用箇所を含め、本稿で説明する取消と撤回について、参照、阿部泰隆・行政法再入門上98頁。
- (14) 朝日新聞デジタル2015年10月27日。脱稿後、校正段階で閣議口頭了解の全文に接することができた(琉球新報2015年10月28日)。本文の紹介に大きな間違いはないが、それに相当する部分を引用すると、次の通りである。「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、本件承認の取り消しにより、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などが生じることから、本件承認の取り消しは、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り消し処分について、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きに着手することとする」。
- (15) たとえば、公有水面埋立免許処分について、埋立てが公益に合致するとした知事の判断が埋立免許に関する公益性の原則に反するかが争われた伊達火力訴訟事件で、第一審判決(札幌地裁昭和51年7月29日行裁例集27巻7号1096頁。なお、控訴審および最高裁判決(昭和60年12月17日)は、埋立にかかる公有水面の周辺水面に漁業を営む権利を有する者の原告適格を否定するのみである)は、開発利益と環境利益との対立、その間の調整をめぐる比較考量に着目して以下のように述べている。地裁レベルの判決であるが今日における行政法学の一般的な考え方と思われるし、政府が主張する普天間基地の危険性除去や外交・防衛上の重大な損害回避と知事の主張する、現在以上に沖縄に新しい基地は要らないという思いの対立と衡量が究極の争点になっている辺野古移設事案における公益性判断のあり方を考えるうえで参考になる。
- 公有水面の埋立てが公益に合致するかどうかを判断するに当たっては、埋立地の用途が公益の増進に役立つことのみならず、環境保全、埋立てによって漁業に及ぼす影響、近隣海域において漁業を営む漁民や地域住民との調和、融合などの見地をも十分に考慮して判断すべきである。しかし、電源開発も環境保全もともに重要な社会的利益であつて、右両者の相克は、常に一方が他方に優先するといった単純な性質の問題ではない。結局、公共性と環境とをいかに調和させるかという妥協と選択の問題であつて、その調和点を求めることは、高度に政治的、経済的な価値判断を要する事項であり、開発利益と環境利益との対立、その間の調整をめぐる比較考量の結果は、開発の公共性に対する認識や環境保全に対する態度などによつて結論を異にするし、本質的には、国民の政治的な判断に委ねるべき問題である。公有水面埋立免許は、国の機関としての知事が行なういわゆる自由裁量行為であるから、裁判所は、公益性についての知事判断が裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつたかどうかを審査するにとどまるべく、それをこえて、この問題に対する自己の見解を代置すべきものではない。
- (16) ただし、「公益」を判断するさいに公有水面埋立法を所管する国土交通大臣が考慮できる要素や範囲は、同法の目的や法定受託事務とされている同法上の権限規定などとの関係で一定の制約を受けるかという筆者の問題関心自体は正しいと考えるが、たとえば、埋立免許の要件としての、同法4条1項1号の「国土利用上適正且合理的ナルコト」にしろ、2号の「埋立が環境保全及災害防止ニ十分配慮セラレタルモノナルコト」にしろ、その他埋立て承認の場合にも準用されている埋立て免許を与えるた

めの必須要件は、その判断についての裁量の幅が極めて大きいというのも事実であり、結局、一定の制約を受けるか否かの考察が実効的なものとならないおそれがある。

- (17) 本文で、「放置することにより著しく公益を害することが明らかであるときは」という表現だと、法定受託事務に関し法律の定める権限が適法に行使されることにより実現されるはずの公益が著しく害される場合(以下、適法公益侵害説という)を言っているのか、それとも、その権限が適法に行使されることにより実現される公益とは異なる、別の類の公益が著しく害される場合までも含めて言っているのか(以下、別異公益侵害説という)、文理上ははっきりしないと述べている。それはその通りで間違っていないのだが、こと辺野古移設事案における埋め立て承認の取消しの場合について言うと、二つの説はその建て前ほどの違いをもたらさないかもしれない。

どうしてかと言うと、公有水面埋立法に基づく埋立ての承認の要件(承認を職権で取り消すときは消極要件になる)として、前注16で挙がっている「国土利用上適正且合理的ナルコト」の要件などは、その判断についての裁量の幅が極めて大きいというだけでなく、そもそも「国土利用上」にはどのようなものが含まれるかについても明確な境界線を引くことがきわめて困難と思われる。その結果、権限が適法に行使されることにより実現されるはずの公益と言っても、ある公益について、それが「国土利用上」の内側にある公益か、外側にある公益かを判別することは、同様に困難であると言うしかなくなるのである。他方、政府のいう著しく害される「公益」とは、「知事の取り消し処分により普天間飛行場の危険性除去が困難となり、外交防衛上重大な損害を生ずる」というような公益であるから、これは公有水面埋立法における法定受託事務が適法に処理されることにより実現しようとする公益とは異なる類いの別の公益であると見るのが常識的であろう。それでも、権限が適法に行使されることにより実現されるはずのある公益は、それがたとえば、「国土利用上」の内側にある公益か外側にある公益かを判別することが困難なのであるから、結局、上記二つの説は、公有水面埋立法における一定の法定受託事務については、その建て前ほどの違いをもたらさないことになりそうである(恩師阿部泰隆先生がよく言われる、入り口は男女別だが、中は一緒に温泉みたいなのか)。

- (18) 筆者が寡聞にして知らないだけかもしれないが、遺憾ながら本稿執筆時点では代表的な文献を含め、この論点について直接言及するものを見出すことができていない。
- (19) 参照、遠藤博也・実定行政法12頁。他に、分担管理原則については松戸浩による一連の論稿があるが、各省設置法が所掌事務規定・権限規定の2本立てとなっていたことの歴史的経緯や事務配分の名宛が各省大臣から各省に変更された背景を明らかにするもので、遠藤博也や筆者の問題意識とは異なっている。参照、松戸浩・事務配分規定成立の経緯(一〜三・完)愛知大学法経論集160号1頁以下、162号39頁以下、164号33頁以下(2002〜2004年)。同・制定法に於ける事務配分単位の変容とその意義―所謂「分担管理原則」の影響―(一〜二・完)広島法学31巻1号97頁以下、2号113頁以下(2007年)。

なお、2015年3月、知事による辺野古沖作業中止指示に対して農林水産大臣が出した執行停止決定について、筆者は一般向けに、農水大臣の決定は、水産資源保護法等に基づき大臣が審査庁として考慮できる権限の範囲を超え、行政事務の「分担管理原則」に反するとともに行政法の大原則である「法律による行政」に反して無効であるとする解釈論を発表していた(比山節男・農相による県指示効力停止、判断は権限逸脱し無効、琉球新報論壇2015年4月17日。本文中の写真記事参照)。そして、この筆者の解釈論を、衆議院議員の仲里利信氏が第189回国会における質問で引用して紹介し、これに対して内閣総理大臣安倍晋三の名で質問に対する答弁書が公表されている。これも以下に紹介するが、答弁書は個別条文の文言だけを見て結論を導くものであり、「なぜ、そうした見解が成立しうるのか」、正当性の理由をなんら示していない。わが国の実務は先例主義と制定法準拠主義に侵されているとの批判をしばしば耳にするが、この答弁書の回答は行政不服審査法の目的規定すら見ていないので、制定法準拠主義よりもっと質の悪い、1つの条文の文言だけを見て文理解釈する視野狭窄

症に陥っている。極めて残念であるが、分担管理原則に関する議論の現状を知る好材料であるので、ここに収録しておく。

第189回国会 322国が行政不服審査請求を行うことの適格性等に関する質問主意書 [答弁書六頁] http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_shitsumon.nsf/html/shitsumon/menu_m.htm

審査庁は、行政不服審査法第34条第5項の規定に基づき、「損害の回復の困難の程度を考慮」し、「損害の性質及び程度並びに処分内容及び性質をも勘案」した上で、同条第4項の規定に基づき、「処分…により生ずる重大な損害を避けるため緊急の必要がある」か否かの判断を行うこととなる。一般的に、所管する法律に基づく処分であっても、当該処分等により損害が生ずるか否かを判断するに当たって勘案すべき事情は所掌事務の範囲内のものには限られない。本件決定については、本件指示が農林水産省所管の水産資源保護法（昭和二十六年法律第三百十三号）第4条第2項第5号の規定に基づくものであるが、本件指示により生ずる損害については、農林水産省は、審査庁として本件審査請求の事務の処理に必要な範囲内において一切の事情を勘案することとなるものである。

(20) たとえば、参照、宇賀克也・地方自治法概説〔4版〕、321頁。新基本法コメント・地方自治法390頁（白藤博行執筆）。

(21) 注解法律学全集6 地方自治法1（1998年）390頁。

(22) 「放置することにより著しく公益を害する」に関する本文の私見が正しいとすると、この文言を積極的に活用することを前提とした本分中のロ、ロー2およびハの考察は、いわばボタンの掛け違いを正さないままに次の作業に取りかかる筋の悪いつじつま合わせの感がある。しかし、自治法245条の8第1項の規定を文言通りに読んで、政府のような解釈を受け入れる人が相当程度存在するおそれもあるので、それに備えた考察も必要なのにも思われるので以下の検討を続けることとする。

（本学法科大学院教授）