

令和2年（行ケ）第1号

地方自治法第251条の5に基づく違法な国の関与の取消請求事件

原告 沖縄県知事 玉城 康裕

被告 農林水産大臣 野上 浩太郎

原告準備書面(5)

令和2年11月12日

福岡高等裁判所那覇支部民事部IVB係 御中

原告訴訟代理人

弁護士 加藤 裕

弁護士 仲西 孝浩

弁護士 松永 和宏

弁護士 宮國 英男

原告指定代理人

沖縄県知事公室

知事公室長 金城 賢

参事監兼基地対策統括監 金城 典和

辺野古新基地建設問題対策課

課長 田代 寛幸

副参事 知念 宏忠

班長 宮城 石

主査 久保田 吏

主査 仲里 太一

主査 中村 健志

主任 内間 ゆりな

主任 大城 健司

主任 末永 充

沖縄県農林水産部

農林水産部長 長嶺 豊

農漁村基盤統括監 仲村 哲

水産課

課長 能登 拓

副参事 仲宗根 英之

班長 鳩間 用一

主幹 太田 格

主査 羽賀 令二郎

本書面では、第1で、地自法245条の7第1項の「法令の規定に違反していると認めるとき」の意義について、被告第2準備書面56頁以下における主張に、第2で、本件通知及び被告主張における審査基準（主として妥当性）該当性判断の枠組みの誤りについて、被告第2準備書面15頁以下における主張に、第3で、本件是正の指示が関与の制度趣旨を逸脱した違法な関与であることについて、被告第2準備書面63頁以下における主張に対して反論を行う。

なお、特に断らない限り、略語例は訴状の例による。

第1 地自法245条の7第1項の法令違反について（被告第2準備書面56頁以下の主張に対する反論）

1 被告主張の要旨

被告は、「制限」とは、特定の行為等について「限界・範囲を定めること」を意味し、「許可制」という法的仕組み全体が、漁業法65条2項1号及び水産資源保護法4条2項1号にいう「制限」に当たり、これらは、「許可制」を採ることも含め、規則でこれを定めることを認めている旨主張する。

また、漁業法65条1項及び水産資源保護法4条1項は、いずれも平成19年法律第77号によって新設された規定であるところ、同改正前は現行の漁業法65条2項及び水産資源保護法4条2項以下に相当する規定しかなかったが、そのような状況の下でも、これらの規定を根拠として、都道府県知事が水産動植物の採捕等に関して、許可制を含めた制限を規則において定めていたこと、同改正は罰則の整理のための改正であったこと、沖縄県漁業調整規則41条1項の規定が農林水産省の示す漁

業調整規則例に従って定められたものであること、沖縄県が同規則 41 条 1 項に基づく特別採捕許可事務が、法定受託事務であると理解していることなどを主張する。

しかし、被告の主張は、原告の主張に対する反論として成り立っておらず、理由はない。

2 被告主張に理由がないこと

原告は、水産資源保護法 4 条 2 項 1 号（漁業法 65 条 2 項 1 号についても同じ：以下特に漁業法について触れずとも同趣旨）が、「許可制」を採ることを認めていること自体を争うものではない。

規則は法令に違反しない限りにおいて制定できるところ、水産資源保護法 4 条 2 項 1 号が、沖縄県漁業調整規則が「許可制」を採ることを許容していることは、当然のことである（一般的禁止¹を定めることのみを許容し、一般的禁止を除外する規則制定を禁止している、と読むことはできないであろう）。

そうではなく、原告は、水産資源保護法 4 条 2 項 1 号からは、当該「許可制」を設けるか否か、また、その内容についての委任は一切読み取れないと述べているのである（白藤意見書 15 頁から 16 頁）。

水産資源保護法 4 条 2 項 1 号からは、「許可制」をとることを委任し、あるいは、特定の内容の「許可（一般的禁止の除外）」を設けることを委

¹ 規則では、指定した区域内において、指定した種別の行為をしてはならない旨定めているところ、このような限定された形での行為の禁止が、水産資源保護法 4 条 2 項 1 号の「制限」であるとも考えることもできる。

被告主張のように、水産資源保護法 4 条 2 項 1 号の「制限」に、許可制をとることが含まれると解釈することも、同号の「禁止」について規則を設けることができるということから、許可制をとることも禁止されていない（全てを禁止することもできるので、禁止しない行為を除外することもできる）と解釈することも可能であろう。

いずれにせよ、原告の主張としては、水産資源保護法 4 条 2 項 1 号は、「許可制」をとるよう委任し、あるいは、「許可」の内容について何か具体的に委任しているものではない、ということである。

任していることは読み取れない。

具体的な委任をしていないのに、長が自ら定めた「一般的禁止の除外」をしないことが、規則違反とは言えても、その委任に反している（委任した法令に違反している）、とは言えない、ということが、原告が問題としていることなのである。

被告は、水産資源保護法4条2項1号を「受けて」規則が制定されていると主張するが、「受けて」の内容を問題としているのである。

被告の反論は反論として成り立っていない。

被告は、水産資源保護法4条1項の立法経緯や、沖縄県漁業調整規則が農林水産省の規則例に従ったものであるなどとも主張するが、本件とは全く関連性がない。

立法経緯については、単に、水産資源保護法4条1項が改正により含まれる以前から、水産資源保護法4条2項1号に相当する条文は「許可制」を採ることを許容していた（が、許可制をとること及びその内容についての委任はない）というだけのことである。

改正以前も許可制が取られていたことは、原告の主張と何らの齟齬もきたさない。むしろ、この改正の経緯が明らかにしているのは、省令あるいは都道府県知事の規則違反と、直接の法令違反とが峻別されていたことであって、漁業調整規則違反が法令違反となるわけではない、という原告の主張に沿うものですらある。

農林水産省の都道府県漁業調整規則例にしても、法的拘束力がない単なる技術的助言に過ぎず（地自法245条の4：処理基準ですらない）、かかる規則例が、法律の委任に替わるわけはなかろう（むしろ、沖縄県知事が技術的助言に従わずに規則を制定できることは、沖縄県漁業調整

規則が、白藤意見書が指摘するところの「自治規則」であることの証左ですらある)。

「規則例」と同内容の「一般的禁止の除外」を設けることを、水産資源保護法が委任しているわけではなく、水産資源保護法が「一般的禁止の除外」の具体的内容について委任していないことにはかわりがない。

法定受託事務云々についても、白藤意見書においても、「本来、規則に定められた個別具体の諸制度については、規則が定めるところの自治事務であると解すべきところであろうが、もし、それが困難であるというならば、せめてそれを補う自治的解釈が不可欠となる。すなわち、たとえ法律によって規則制定事務が法定受託事務であるとされたとしても、そして、当該規則で定められる個別具体の事務処理制度も法定受託事務であると解されたとしても、規則制定そのものが地方公共団体の事務として行われる限り、そこで規定される内容とその解釈・運用は、限りなく自治事務に近い内容とその解釈・運用で行わねばならない。なぜなら、そこでは、国レベルの法令による規範的秩序とは異なる、地方自治に固有の規範的秩序が生成し、発展しているとみななければならないからである。このことは、より自治立法権の性格が強い条例との関係ではもちろんのこと、たとえ長の規則ではあっても、憲法が保障するところの自治立法権である限り、同じことがいえる。憲法が保障する地方自治の実現には、条例と規則による地方自治の規範的秩序の生成・発展が不可欠なのである。」と、法定受託事務であることを前提に議論を組み立てているとおり（白藤意見書 19 頁）、法定受託事務であっても、許可制をとることやその内容について具体的な委任がないことにはかかわりなく、事務の性質と原告の主張との間には、論理的な関連性はない。

既に原告準備書面（２）で述べたことの繰り返しになるが、水産資源保護法４条２項１号が、こうあるべしと委任していない事項について、沖縄県知事が定めた規則上の特別採捕許可についての裁量逸脱・濫用が、規則違反はともかくとして、水産資源保護法４条２項１号違反を導くことはありえない。

また、サンゴ類は、本来は、採捕を行わないほうが、水産資源の保護培養に資するに決まっており、規則４１条１項は、直接的には造礁サンゴ類等の毀損行為であって、直接水産資源の保護培養には資さないものの、例外的に採捕を許可する制度である。

したがって、特別採捕許可を与えない、ということが、水産資源の保護培養という水産資源保護法の趣旨・目的に反する、ということにはならない。

それに加えて、上記のとおり、水産資源保護法４条２項１号は、どのような許可を定めるかについて何ら委任をしていないのだから、被告主張のように、特別採捕許可を与えないということが、同号の趣旨・目的に違反するなどということはあるべきではないのである。

第２ 本件通知及び被告主張における審査基準（主として妥当性）該当性判断の枠組みについて（被告第２準備書面 15 頁以下の主張に対する反論）

１ 被告主張の要旨

被告は、被告の主張は、「沖縄県知事の許可権限が環境監視等委員会の指導・助言によって拘束され、その判断に従わなければならないなどと主張するものではなく、「環境監視等委員会は、本件埋立承認の留意事項～に基づいて設置されたもので～環境保全措置が適正に行われること

を担保しようとするものにほかならない。そして、実際に設置された環境監視等委員会は、～沖縄県がその設置を求めた目的にふさわしい実質を備えたものとなっている。」「環境監視等委員会の性格等によれば、その指導・助言等を踏まえてなされる本件事業者の環境保全措置は、その内容が適正なものであることが客観的に担保されているものとみること何ら不合理な点はないのであって、原告において、こうした経過を経てなされた申請について、なお環境保全措置として不適切であるというのであれば、その具体的根拠が明確にされる必要のあることは当然である」と主張する。

しかし、被告主張には理由がない。

2 被告主張が誤っていること

一般に、処分の根拠法（本件の場合、沖縄県漁業調整規則）が、裁量を処分庁に与えている場合、裁判所は、処分庁の判断の裁量逸脱・濫用の審査をするにとどまる。

例えば、前田意見書9頁で、本件通知がその言い回しを参照したと推測されている最高裁平成4年10月29日判決・民集46巻7号1174頁は、「右の原子炉施設の安全性に関する判断の適否が争われる原子炉設置許可処分の取消訴訟における裁判所の審理、判断は、原子力委員会若しくは原子炉安全専門審査会の専門技術的な調査審議及び判断を基にしてされた被告行政庁の判断に不合理な点があるか否かという観点から行われるべきであって、現在の科学技術水準に照らし、右調査審議において用いられた具体的審査基準に不合理な点があり、あるいは当該原子炉施設が右の具体的審査基準に適合するとした原子力委員会若しくは原子炉安全専門審査会の調査審議及び判断の過程に看過し難い過誤、欠落があり、

被告行政庁の判断がこれに依拠してされたと認められる場合には、被告行政庁の右判断に不合理な点があるものとして、右判断に基づく原子炉設置許可処分は違法と解すべきである」として、処分庁の判断過程の審査を行っている。

被告も、環境監視等委員会の判断が沖縄県知事の裁量を拘束するものではないと主張するのであるから、本件における妥当性判断の枠組みとして、裁判所は、具体的に、どのように審査されるべきかはともかく、沖縄県知事の裁量逸脱・濫用を審査すべきと主張しているものと理解される。

ところが、その上で、被告は、環境監視等委員会について、留意事項に基づいて設置されたものであること、学識経験者からなる委員で構成された委員会であるといったことを根拠に、事業者の環境保全措置の内容が適正なものであることが客観的に担保されており、不適切であるという具体的根拠が、沖縄県知事において指摘されなければならないと主張する。

この主張の趣旨は明確ではないが、仮に、この主張が、事実認定のレベルで、環境監視等委員会の意見が適切であると主張する間接事実として、環境監視等委員会の組織等について主張するにとどまるのであれば、事業者の見解以上でも以下でもなく、原告の反論としては、妥当性について個別に反論している以上の主張はない。

しかし、被告が、実質的に、同じ趣旨を述べているとしている本件通知における判断枠組みは、「(環境監視等) 委員会の調査審議の過程に看過しがたい過誤や欠落があったことなどによりその助言が不適切であるといえる合理的な理由がない限り、審査申出人は、その内容に基づいて

裁量審査をすることが相当と考えられる。」とした上で、「沖縄防衛局は、本件埋立承認に付された上記留意事項を踏まえ、～環境監視等委員会を設置し、～同委員会から助言を受け、沖縄防衛局長は本件各申請を行った～本件各申請後の同委員会において、～特段問題があるとの指摘等を受けなかった～同委員会の調査審議の過程に看過し難い過誤や欠落があったという状況は認められず、その結果採用されたサンゴ類の移植に係る内容が不適切であるという事情は見当たらないから、審査申出人は、同委員会の助言を受けて沖縄防衛局長が提示したサンゴ類の移植に係る内容に基づいて裁量審査をすることが相当」とするものであった。

本件通知における枠組みは、明らかに、上記平成4年最高裁判決における枠組みを、そのまま事業者が設けた環境監視等委員会に当てはめたものである。

ここでは、環境監視等委員会は、あたかも、処分庁が裁量判断をするに当たり、その見解に拠らなければならないことが、処分の根拠法の仕組み上求められている、処分庁の機関（処分庁の専門技術的判断についての裁量権の根拠となる機関）であるかのように位置付けられ、事業者の機関である環境監視等委員会における調査審議の過程の審査をもって、処分庁の判断過程審査に替えられている。

本件通知における判断枠組みは、裁量審査の枠組み自体を変更しているものとしか考えられない。

この点、事業者が、専門家からの意見を踏まえて申請等を行うことは、通常ありうべきことであるが、処分の根拠法が、事業者の機関に何らかの位置付けを与えていない限り、処分庁の裁量審査に際して、事業者（あるいは事業者が設置した機関）の判断過程の審査をするなどということ

はありえない。

けだし、処分庁の専門技術的判断は、あくまで、処分の根拠法により与えられるもので、生の事実のレベルにおける処分庁の専門性に与えられるものではないからであり、したがって、当たり前のことであるが、生の事実のレベルにおける事業者の専門性が、法が与えた裁量審査の枠組みに影響を与えることはありえないからである（前田意見書でも、当然のこととして指摘されている（同意見書4頁））。

このことは、処分庁が処分の附款その他の意思表示によって、事業者は何らかの機関の設置を求めた場合であっても、かわることはない。

処分の根拠法が、公益等の保護のために、処分庁に与えた裁量を、処分庁が自ら放棄することを認めることは許されないからである（前田意見書12頁）。

したがって、処分庁の裁量判断の違法性を裁判所が審査するに当たり、事業者の機関の判断過程が審査対象となることは、ありえない。

本件について具体的に見ても、留意事項2は、「各分野の専門家・有識者から構成される」という以上のことは、環境監視等委員会の構成等について、何も指定しておらず、同委員会の具体的な人選や運営は、事業者が行い、処分庁が関与する仕組みもない（しかも、留意事項2はあくまで公水法における継続的要件充足の担保のためのもので、特別採捕許可の要件とは直接の関係もない）。

留意事項があろうがなかろうが、事業者が専門家の意見を踏まえて申請等を行うことは、極々当たり前のことである。

処分庁の要請にこたえて、専門家の意見を踏まえて申請等をしていることで、要件充足を推定するような認定ができるなら、およそ専門技術

的な裁量などというものは存在しえないのであって、本件で、留意事項に基づき環境監視等委員会が設置されたことや、環境監視等委員会が専門家により構成されているという事実から、「本件事業者の環境保全措置は、その内容が適正なものであることが客観的に担保されている」などという事実認定をし、裁量審査の枠組みを変更するようなことができるはずがない。

被告主張は、事情というレベルで認めうるものに過ぎず、それ以上の意味を持つものとして主張されているのであれば、明らかに誤りである。

第3 本件是正の指示が関与の制度趣旨を逸脱した違法な関与であることについて（被告第2準備書面63頁以下の主張に対する反論）

1 被告主張の要旨

被告の主張は、要するに、「違法な事務処理等」には、不作為が含まれるから、本件のような場合も、原告指摘の文献における「事後」の指示であるし、また、本件各申請を許可すべきであるのに許可しないという不作為は、沖縄県の第一次的判断権に基づくものであるから、本件指示は、沖縄県の第一次的判断権を不当に侵害するものでもない、というものである。

2 被告主張が誤っていること

被告は、原告指摘の文献における記載の「違法な事務処理等」に、行審法3条や行訴法3条5項における意味での「不作為」が含まれる旨を主張しているが、特に、そのように解すべき根拠は示されていない。

しかし、「違法な事務処理等」に上記の意味での「不作為」が含まれるというなら、被告は、かかる「不作為」についての、「事前の「指示」（具

体的かつ個別的な行為)」(乙第70号証の1163頁)とは、いったいどう
いうものを指しているのか説明できるのでしょうか。

文脈に照らせば、個別具体的な申請に対して、何らかの処分をせよ、
あるいは特定の処分をせよ、という「指示」が「事前」の指示であって、
実際に処分がなされた場合に、当該処分について、取り消せ、撤回せよ、
といった「指示」が「事後」の指示であるとしか考えられない(ここで
いう「事前」、「事後」は、処分の前後である)。

また、被告第2準備書面においても、やはり具体的に反論がされてい
ないため、改めて繰り返すが、行政不服審査制度においては、処分庁及
び上級行政庁以外の審査庁は、不作為にあっては不作為の違法等を宣言
するにとどまり、処分を命ずることができない。

一方、是正の指示の場面では、行政不服審査制度とは異なり、被処分
者が自己の権利の救済を求めているわけでもない。

憲法92条は、地方自治の本旨を保障し、地自法は、かかる地方自治の
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
て解釈され(地自法2条12項)、関与は目的達成に必要最小限度のもの
で、普通地方公共団体の自主性及び自立性に配慮されなければならない
(地自法245条の3の適用といおうが、同規定により確認されている関
与一般に対する比例主義に照らしてといおうが、いずれにせよ同じであ
る)。

審査請求人の権利救済の必要性がある場面を規律する行政不服審査制
度において、上級行政庁ではない機関が審査庁である場合一般において
すら(処分庁と審査庁が行政主体を異にしない場面も含み、行政主体を
異にする場合も、地方公共団体と国のように、その独立性の保障が強度

ではない場合も含む)、不作為に対して特定の処分をなすよう義務付ける裁決は、処分庁の第一次的判断権を尊重し、許されていない。

審査請求人の権利救済の必要性もなく、憲法上の原則である地方自治の本旨に適合的に解釈されなければならない地自法上の制度である是正の指示としてなら、地方公共団体に所属する処分庁の第一次的判断権を尊重せずに関与することが許容されると考える解釈は、背理としか言いようがない。

この点、被告は、不作為という形で沖縄県知事の第一次的判断権が行使されているという趣旨の主張をしているが、理由がない。

上記の文脈（行政不服審査制度において上級行政庁ではない機関が審査庁である場合における裁決として許容される範囲）において、「不作為」により、処分庁の第一次的判断権が行使されていると見ることはできないことは明らかだからである。

不作為に対する審査請求に対する裁決において、具体的な処分を指示できるという制度においては、「不作為」を第一次的判断権の行使としてみていると評価してもよいであろうが、実際には、そのような制度にはなっていない。これは、不作為が違法である場合でも、具体的な処分については、処分庁の第一次的判断に委ねるべきという価値判断がされているからである。

審査請求人の権利救済が要請される行政不服審査一般においてすら、そのような価値判断がされているのに、処分の名宛人の権利救済の要請もなく、地方自治の本旨に適合的に解すべき是正の指示においては、より強度な関与が許容されると解釈することはできない（なお、裁定的関与が本来は関与に包含される概念であることは、地自法 245 条 3 号から

明らかである)。