

令和6年（行ノ）第2号 行政上告受理申立て事件

申立人 沖縄県知事 玉城康裕

相手方 農林水産大臣 坂本哲志

上告受理申立理由書

令和6年3月11日

最高裁判所 御中

申立人代理人弁護士

加藤 裕

同

仲西 孝浩 代

同

宮國 英男 代

頭書の事件について、申立人の上告受理申立の理由は、以下のとおりである。

目次

| | | |
|----|--|----|
| 第1 | はじめに..... | 4 |
| 1 | 事案の要旨..... | 4 |
| 2 | 原判決の概要..... | 4 |
| 3 | 上告受理申立理由の骨子..... | 5 |
| 第2 | 事実経過の概略..... | 7 |
| 1 | 公有水面埋立承認出願から埋立変更承認申請に対する埋立変更不承認処分まで | 7 |
| 2 | サンゴ特別採捕許可申請をめぐる経過 | 9 |
| 3 | 本件指示以降の経過..... | 11 |
| 第3 | 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」への 該当性についての法令解釈の誤り（争点1） | 12 |
| 1 | 原判決の要旨..... | 12 |
| 2 | 令和5年最高裁判決の理解の誤り | 13 |
| 3 | 令和5年最高裁判決と事案が異なること | 18 |
| 4 | 令和5年最高裁判決が見直されるべきであること | 19 |
| 5 | 採捕の必要性要件に関する内容審査がなされるべきこと | 27 |
| 第4 | 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」の是 正の指示の要件として、公益を侵害していること等を要するか否かについての法 令解釈の誤り（争点2） | 30 |
| 1 | 原判決の要旨..... | 30 |
| 2 | 地方自治の保障に照らし、国の関与の要件を厳格に解すべきであること . | 31 |
| 3 | 小括..... | 34 |
| 第5 | 地自法255条の2第1項1号に基づく裁決と同法245条の7第1項に基づく 是正の指示との関係についての法令解釈の誤り（争点3） | 35 |
| 1 | 原判決の要旨..... | 35 |

| | | |
|---|--|----|
| 2 | 行審法46条、49条や地自法245条の7の是正の指示の制度趣旨の解釈の誤り | 35 |
| 3 | 処分の相手方の不安定な状態と紛争の迅速な解決について | 42 |

第1 はじめに

1 事案の要旨

本件は、沖縄県名護市辺野古地先に普天間飛行場代替施設を設置するための公有水面埋立に関連して、沖縄防衛局が、沖縄県漁業調整規則（本件規則）40条1項に基づき、造礁サンゴ類を対象とする2件の特別採捕許可を申請し（本件各申請）、沖縄県知事（申立人）がそれぞれ不許可処分（本件各不許可処分）をなしたところ、農林水産大臣（相手方）が、沖縄防衛局の審査請求を受けて本件各不許可処分を取り消す裁決（本件裁決）をし、その後、相手方が沖縄県に対し、地方自治法（地自法）245条の7第1項に基づき、本件各申請について許可処分をするよう是正の指示（本件指示）をなしたのに対し、申立人が、地自法251条の5第1項に基づき、本件指示が違法な国の関与であるとして、その取消しを求める事案である。

2 原判決の概要

原判決は、以下の理由で、本件指示は適法かつ有効であるとして申立人の請求を棄却した。

(1) 本件裁決は、本件各申請が申請を審査する際に用いる審査基準（本件審査基準）中の必要性の項目（必要性要件）に該当しないとしてなした申立人の本件各不許可処分は、裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たると認め、本件規則40条1項及び漁業法119条2項1号に違反するとして、同不許可処分を取り消した。それにもかかわらず、申立人が本件各申請を許可する処分をしない理由は、本件各不許可処分と同一の理由に基づくものであると認められる。

最高裁令和5年（行ヒ）第143号同年9月4日第一小法廷判決（令和5年最高裁判決）の説示に照らすと、申立人が本件各不許可処分と同一の理由に基づいて本件各申請に対する許可処分をしないという沖縄県の法定受託事務の処理は、漁業法119条2項1号の規定に違反しており、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」に該当する（争点1）。
- (2) 地自法245条の7第1項に基づく是正の指示の要件である「法令の規定に違反していると認めるとき」に当たるときには、さらに「法定受託事務の処理が著しく適正を欠き、かつ、公益が侵害されていることが明らかであること」を要するまでもなく、是正の指示をなしうる（争点2）。
- (3) 本件裁決の主体と本件指示の主体とがいずれも相手方となることは地自法が予定している事態である。また、申立人が本件裁決後も本件各申請を許可する処分をしないことに関し、相手方が本件裁決の存在を前提として沖縄県に対する本件指示をしたことは、処分行政庁を含む関係行政庁に裁決の趣旨に従った行動を義務付けることにより、速やかに裁決の内容を実現し、もって、審査請求人の権利利益を簡易迅速かつ実効的な救済を図るとともに、行政の適正な運営を確保するという行政不服審査法（行審法）52条の趣旨に合致する。

上記を踏まえ、本件の事実関係の下で、本件指示が相手方の関与権限を濫用したものとは認められない（争点3）。

3 上告受理申立理由の骨子

- (1) 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」への該当性についての法令解釈の誤り（争点1）

原判決は、令和5年最高裁判決を根拠にして申立人が本件各申請に対する許可処分をしないことが漁業法119条2項1号に違反すると判示したが、令和5年最高裁判決は、処分の根拠法規への違反ではなく裁決の拘束力（行審法52条）への違反に言及しているのみであるから原判決の解釈は誤っている。また、本件は令和5年最高裁判決の事例と異なり、裁決により取り消された処分と「同一の理由に基づいて処分をしない」事例ではないことから、裁決の拘束力を理由とした同判決をあてはめることはできない。さらには、令和5年最高裁判決自体、地自法による是正の指示と行審法による裁決の制

度趣旨が異なるにもかかわらず、是正の指示の司法審査にあたって裁決の拘束力を前提としたものであって、これは地方自治の本旨に適合する解釈としてとりえず、見直されるべきである。

よって、本件指示の適法性を司法審査するにあたって、本件裁決の拘束力にかかわらず本件各許可申請の要件適合性を判断すべきである。

- (2) 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」の是正の指示の要件として、公益を侵害していること等を要するか否かについての法令解釈の誤り（争点2）

地自法245条の7第1項は、是正の指示の発動要件について、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とき」（法令違反等要件）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」（公益侵害等要件）と規定しているところ、前者の要件に基づいて是正の指示をなす場合においても、同法245条の3が規定する関与の基本原則、すなわち国の普通地方公共団体への関与が必要最小限度のものとなるべきであるとともに、その自主性及び自立性に配慮しなければならないことから、普通地方公共団体の法定受託事務の処理が著しく不適正であり、かつ、それによって公益が侵害されていることが明らかであると客観的に認められるときにはじめて、是正の指示を行うことができるというべきである。

- (3) 地自法255条の2第1項1号に基づく裁決と同法245条の7第1項に基づく是正の指示との関係についての法令解釈の誤り（争点3）

相手方が本件裁決と本件指示を併用したことについて、処分行政庁を含む関係行政庁に裁決の趣旨に従った行動を義務付けることにより、速やかに裁決の内容を実現し、もって、審査請求人の権利利益を簡易迅速かつ実効的な救済を図るとともに、行政の適正な運営を確保するという行審法52条の趣旨に合致すると判示した原判決は、かかる制度の併用が行審法の趣旨を潜脱する濫用であることを看過するものであり、行審法52条の裁決の拘束力及び地

自法245条の7の是正の指示の制度趣旨についての法令解釈を誤ったものである。

第2 事実経過の概略

1 公有水面埋立承認出願から埋立変更承認申請に対する埋立変更不承認処分まで

(1) 埋立承認処分

平成25年3月22日、沖縄防衛局は、沖縄県名護市の辺野古崎地区及びこれに隣接する水域等を埋立対象地とする普天間飛行場代替施設建設事業に係る公有水面埋立事業（本件埋立事業）の埋立承認に係る出願（本件埋立承認出願）を行った。

同年12月27日、仲井眞弘多沖縄県知事は、本件埋立承認出願について、埋立承認処分（本件埋立承認処分）を行った。

(2) 本件埋立承認処分の取消処分とこれに対する審査請求等

ア 翁長雄志沖縄県知事（翁長知事）は、平成27年10月13日付けで、本件埋立承認処分に瑕疵があるとして、本件埋立承認処分を職権で取り消す処分（平成27年職権取消処分）を行った。

平成27年職権取消処分について、国は、一方では、国土交通大臣に対して沖縄防衛局が行審法に基づく審査請求等をし、他方で、国土交通大臣が法定受託事務の所管大臣の立場で地自法に基づく関与を行い、争訟の結果を受けて、平成28年12月26日に、翁長知事は平成27年職権取消処分を取り消した。

イ 平成27年職権取消処分の取消し後、沖縄防衛局が本件埋立承認処分に付された附款である留意事項に違反して工事を強行し、また、本件埋立事業による埋立対象区域の地盤が本件埋立承認処分の前提とされた地盤とは全く相違する軟弱地盤であることが判明するなどの新たな事情が生じたため、翁長知事は、平成30年7月31日、沖縄防衛局長に対して、本件埋立承認処

分の取消処分について聴聞を行う旨の通知をしたが、同年8月8日に翁長知事が死去し、同月17日、沖縄県知事職務代理者である富川盛武沖縄県副知事は、地自法153条2項により本件埋立承認処分の取消処分について謝花喜一郎沖縄県副知事に事務の委任をし、同月31日、同副知事は、当該事務の委任に基づき、本件埋立承認処分を職権で取り消す処分（平成30年職権取消処分）を行った。同年10月17日、沖縄防衛局は、国土交通大臣に対し、平成30年職権取消処分を取り消す裁決を求める審査請求及び同審査請求に対する裁決があるまで同処分の効力を停止することを求める執行停止申立てをした。国土交通大臣は、同月30日に執行停止申立てに対して執行停止決定をし、平成31年4月5日に平成30年職権取消処分を取り消す旨の裁決（平成31年裁決）を行った。

(3) 本件国土交通大臣指示に至る経緯

ア 本件埋立変更不承認処分に至る経緯

令和2年4月21日、沖縄防衛局は、申立人に対して本件埋立事業につき埋立変更承認申請（本件埋立変更承認申請）をした。

令和3年11月25日、申立人は、本件埋立変更承認申請について、公有水面埋立法（公水法）4条1項1号、同項2号所定の要件を充足していない、「埋立ての必要性が認められない」、「正当ノ事由」（公水法13条の2第1項）を充足していないとして、埋立変更不承認処分（本件埋立変更不承認処分）を行った。

イ 行政不服審査法に基づくと称した審査請求

令和3年12月7日、沖縄防衛局は、行審法2条及び地自法255条の2の規定に基づくものと称して、国土交通大臣に対し、本件埋立変更不承認処分を取り消す裁決を求め、審査請求（本件国土交通大臣に対する審査請求）をした。

令和4年4月8日、国土交通大臣は、本件国土交通大臣に対する審査請

求について、本件埋立変更不承認処分を取り消すとの裁決（本件国土交通大臣裁決）を行った。

ウ 本件国土交通大臣指示に至る経緯

令和4年4月8日、国土交通大臣は、申立人に対し、地自法245条の4第1項に基づき、同月20日までに本件埋立変更承認申請に対する承認処分をすることを勧告した。

申立人は、同月20日、国土交通大臣に対し、本件国土交通大臣勧告について、本件国土交通大臣裁決の内容を精査した上で対応を検討する必要があることなどから、本件国土交通大臣勧告の期限までに判断を行うことはできない旨回答した。

国土交通大臣は、同月28日、申立人に対し、本件埋立変更承認申請に対して承認処分を行わないことは法令の規定に反し、また、著しく適正を欠き、かつ、明らかに公益を害しているとして、地自法245条の7第1項に基づくものと称して、同年5月16日までに本件埋立変更承認申請について承認処分を行うよう求める是正の指示（本件国土交通大臣指示）を行った。

(4) 本件国土交通大臣裁決と本件国土交通大臣指示をめぐる係争

申立人は、本件国土交通大臣裁決及び本件国土交通大臣指示はいずれも違法な国の関与であるとして、前者については令和4年8月12日に、後者については同月24日に、それらの取消しを求める訴訟を福岡高等裁判所那覇支部に提起した（同支部令和4年（行ケ）第2号及び第3号）。

同裁判所は、両訴訟につき、令和5年3月16日、申立人の請求を却下ないし棄却したので、申立人は同月23日、いずれについても上告受理申立をした。

2 サンゴ特別採捕許可申請をめぐる経過

(1) JPKI地区のサンゴ類について

ア 沖縄防衛局は、平成31年4月26日、本件埋立事業によって消失するサンゴ類のうち、JPK地区に生息するサンゴ類について本件規則40条1項に基

づく特別採捕の許可申請をなし、続いて令和元年7月22日、同じく I 地区に生息するサンゴ類について同様に特別採捕の許可申請をした。

申立人は、その時点において既に本件埋立承認処分に基づく設計の概要によっては本件埋立事業の実施が不可能であり、この点に関し平成31年裁決の有効性について係争中であったことから、その許可処分を留保していた。すると、相手方は令和2年2月28日、申立人に対し、地自法245条の7第1項に基づき、これらの許可処分をなすよう是正の指示を行った。申立人は、当該是正の指示の取消しを求めて提訴したところ、福岡高等裁判所那覇支部は請求を棄却し、さらに令和3年7月6日、最高裁判所は申立人の上告を棄却した。

イ これを受けて申立人が令和3年7月28日、沖縄防衛局によるJPKI地区におけるサンゴ類の特別採捕許可処分をなした。

ところが、沖縄防衛局が許可条件に違反したことが確認されたため、同月30日、申立人は当該許可処分を取り消した。これに対して、沖縄防衛局は直ちに審査請求を行い、相手方は、同年8月5日、申立人による取消処分の執行停止決定を行い、沖縄防衛局はサンゴ類の採捕を再開した。

相手方は、令和3年12月28日、沖縄防衛局の審査請求につき、JPK地区については申立人の取消処分を取り消し、I地区については移植が終了したために却下の裁決をなした。

(2) DEHN地区の小型サンゴ類及びショウガサンゴ並びに大型サンゴ類について
沖縄防衛局は、令和4年7月22日、本件埋立事業によって消失するサンゴ類のうち、DEHN地区に生息するサンゴ類及びショウガサンゴ並びに大型サンゴ類（本件サンゴ類）について本件規則40条1項に基づく本件各許可申請を行った。

申立人は、令和4年9月5日、本件各許可申請について、沖縄防衛局は本件埋立承認処分に基づく工事を適法に実施しうる立場にしかなく、その設計

の概要に記載のない地盤改良工事を行わなければ工事ができないことから、本件各許可申請の内容に必要性要件が認められないという理由で本件各不許可処分を行った。

沖縄防衛局は同処分に対して審査請求をなしたところ、相手方は、令和4年12月16日、同処分を取り消す裁決（本件裁決）を行った。

相手方はさらに、令和5年3月29日、申立人に対し、本件各許可申請を許可するよう是正の指示（本件指示）を行った。

3 本件指示以降の経過

(1) 国地方係争処理委員会への審査申出

申立人は、令和5年5月1日付けで、地自法250条の13第1項に基づき、国地方係争処理委員会に対し、相手方は本件指示を取り消すべきである、との勧告を求める審査申出をしたところ、同委員会は、同年7月14日付けで、本件指示が違法でないとするとの審査結果の通知（国地委第40号。本件通知）を発し、申立人は本件通知を同月18日に受領した。

(2) 本訴の提起

申立人は、同年8月17日、地自法251条の5第1項に基づき、本件通知に不服があり、本件指示が違法な関与であることから、その取消を求めて福岡高等裁判所那覇支部に提訴した。同裁判所は、令和6年2月15日、冒頭記載のとおり申立人の請求を棄却する判決をなした。

(3) 本件国土交通大臣裁決と本件国土交通大臣指示について

ア 他方、申立人が本件国土交通大臣裁決と本件国土交通大臣指示の取消を求めて提起した訴訟につき、最高裁判所第一小法廷は、令和5年8月24日、本件国土交通大臣裁決の取消しを求めた事件（同裁判所令和5年（行ヒ）第137号）の上告受理申立てを不受理とする決定、及び本件国土交通大臣指示の取消しを求めた事件の上告を受理する決定をなし、同年9月4日、後者について上告を棄却する令和5年最高裁判決をなした。

イ 代執行訴訟

続いて国土交通大臣は、令和5年最高裁判決を受け、同年9月19日付けで、申立人に対し、地自法245条の8第1項に基づき、同月27日までに本件埋立変更承認申請を承認するよう勧告し、さらに同月28日付けで、同条2項に基づき、同年10月4日までに本件埋立変更承認申請を承認するよう指示したところ、申立人は同日までに承認処分をしなかった。

そこで国土交通大臣は、同年10月5日、地自法245条の8第3項に基づき、申立人に本件埋立変更承認申請の承認を命ずる旨の裁判を求めて福岡高等裁判所那覇支部に提訴し、同裁判所は同年12月20日、相手方の請求を認容する判決をなした。申立人は、同判決を不服とし、同年12月27日に上告受理申立をなしたが、最高裁判所第一小法廷は、本年2月29日付けで申立人による上告受理申立を受理しない決定をしたところである。

第3 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」への該当性についての法令解釈の誤り（争点1）

1 原判決の要旨

原判決は、争点1について、令和5年最高裁判決を引用して、「法定受託事務に係る申請を棄却した都道府県知事の処分がその根拠となる法令の規定に違反するとして、これを取り消す裁決がされた場合において、都道府県知事が上記処分と同一の理由に基づいて上記申請を認容する処分をしないことは、地方自治法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』に該当する」とした上で（原判決19頁）、「本件裁決が本件各不許可処分を取り消した理由を踏まえ、原告が本件各申請を許可する処分をしない理由が本件各不許可処分と同一の理由に基づくものか否か」を検討する（同頁）。

そして、本件裁決が、「本件審査基準の内容審査基準のうち必要性の項目について、本件さんご類を移植することは水産資源保護上必要な措置であるなど

本件各申請が客観的に同項目に該当すると認められるにもかかわらず、これに該当しないとした原告の判断が裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たるものと認め、本件規則40条1項に違反するとともに、漁業法119条2項1号にも違反し、他に不許可とすべき事情もないとして、本件各不許可処分を取り消した」ところ（原判決22頁から23頁）、原告が内容審査基準のうち残余の各項目について該当性の判断を示しておらず、本件訴訟においても残余の各項目についての判断を明らかにしていない点を捉えて、「原告が本件各申請を許可する処分をしない理由は本件各不許可処分と同一の理由に基づくものであると認められる」とし（原判決23頁）、結論として、「原告が本件各申請を許可する処分をしないという沖縄県の法定受託事務の処理（本件事務処理）は、漁業法119条2項1号の規定に違反しており、地方自治法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』に該当する」と判断した（原判決23頁から24頁）。

しかし、原判決のこの点の判断は明らかに令和5年最高裁判決の判断を誤解し、行審法52条の拘束力の解釈を誤ったものである。

2 令和5年最高裁判決の理解の誤り

原判決は、令和5年最高裁判決が判断した「法令の規定に違反していると認めるとき」にいう「法令」を処分の根拠法規（令和5年最高裁判決の事案において公水法）と理解していると考えられる。

しかし、もともと令和5年最高裁判決における是正の指示は、公水法42条3項が準用する同法13条ノ2第1項及び第2項、4条1項1号及び2号等の規定に違反することを理由としてなされていた。

令和5年最高裁判決の原審において、被告である国土交通大臣は、これらの規定に違反していることを理由とした是正の指示の適法性を主張するにあたって、処分庁には裁決の拘束力（行審法52条）が及ぶことから、同訴訟において裁決により取り消された変更不承認処分の理由と同一の主張をすることは許さ

れない、という主張制限を媒介にして、裁判所の審理範囲が限定され、それを前提として上記各規定の充足性が判断されるべきであるとした。

これに対して原審の判決（福岡高裁那覇支部令和4年（行ケ）第3号令和5年3月16日判決。令和5年原審判決）は、国土交通大臣のこの点の主張を排斥した上で、上記各規定の要件適合性を具体的に審理判断し、「本件変更不承認処分の処分理由等は、いずれも裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用した違法があり、法令違反が認められる」、「上記の事務処理の違法は、処分理由等の根拠とされた埋立法4条1項1号及び2号並びに13条ノ2第1項所定の各要件の審査における裁量判断の在り方自体に係るもの」（令和5年原審判決150頁）として、本件是正の指示は適法と判示した。

ところが、このような経過を踏まえてもなお、令和5年最高裁判決は、令和5年原審判決が具体的に公水法の要件充足性について判断したことに対して、あえて当該要件充足性に係る判断を一切行うことなく、同判決と国土交通大臣のいずれの論理構成も採用せず、行審法に定める裁決の拘束力の規定のみを持ち出して「法令の規定に違反」することを認定し、令和5年原審判決の判断を「結論において是認」した。

これは本件各規定の要件充足性を判断した令和5年原審判決とはまったく異なる枠組みで判断されたものであり、令和5年最高裁判決が公水法の本件各規定という「法令」について、「法令の規定に違反」することを認定したものと理解することはできない。

けだし、令和5年最高裁判決は、前提事実として、裁決が本件埋立変更不承認処分を取り消した理由について摘示しているだけで（令和5年最高裁判決2頁）、その摘示は「法令の規定に違反」との判断部分における「法令の規定」へのあてはめには全く反映されていない。

令和5年最高裁判決が法令違反を検討した部分は、同判決の理由3(1)の項、わずか2頁のみであるところ、ここでは、行審法52条1項における裁決の拘束

力と同条2項における処分庁の再度の処分の義務についての解釈が述べられているのみであって、この解釈を前提に、処分庁が裁決で取り消された処分と同一の理由に基づいて「申請を認容する処分をしないことは、地方自治法245条の7第1項所定の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」（令和5年最高裁判決4頁）と結論づけているだけなのである。

一般に、「原審の判断は、結論において是認することができる」（令和5年最高裁判決4頁）という判示は、原判決と結論が同一ではあるが、理由が異なる場合に判示される用法であることからしても、公水法の各規定の違反を具体的に認定した令和5年原審判決の理由（つまり、公水法の各規定への違反）とは異なる理由で判断をしたということは明らかである。

令和5年最高裁判決が判決理由における具体的な法令違反の検討については、行審法における拘束力の効果を述べているに過ぎないのであるから、同判決は、申立人が本件埋立変更承認申請を承認しないことが公水法の上記各規定という法令に違反しているかどうかを判断したのではなく、行審法52条という法令違反に該当すると判断したと解するほかない。

このことは、令和5年最高裁判決が、行審法52条が定める拘束力について明確に判示し、裁決の実質的確定力について全く触れていないことから明らかである。

つまり、裁決の拘束力が裁判所に及ばないことは条文上明確であり、裁判所が裁決の判断に拘束されるとすれば、それは、裁決に実質的確定力を認めることを意味するが、かかる効力は一般的には否定されている上¹、拘束力とは明確に異なる効力である（甲28）。

¹ 本件における周辺住民のような複効的処分の場合、その取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者が裁決の取消訴訟を提起しても、処分庁が裁決に従って許可処分をすれば訴えの利益が消滅して却下される。

そして、裁決の実質的確定力によって裁判所が裁決に拘束されるのであれば、この者が当該処分の取消しを求めても、当該処分の取消訴訟は棄却されてしまうことになってしまう。法律による行政の原理の観点からみて、このような結果はおよそ許容できない。

したがって、令和5年最高裁判決が、裁決の拘束力の趣旨について判示して、拘束力を根拠として、公水法の上記規定という法令違反を認定した（つまり、裁決における公水法違反に関する判断の拘束力により、裁判所の公水法の要件認定判断が拘束されると判断した）ということはありません。

このことは、拘束力の客観的範囲からしても明らかである。

拘束力の客観的範囲は、「裁決主文およびその前提となった要件事実の認定と効力の判断について生じるのが限度で、裁決の結論と直接関係のない傍論や間接事実の判断には及ばない」（小早川光郎他『条解行政不服審査法』271頁）とされている。

したがって、令和5年最高裁判決の事案において、埋立変更不承認処分における不承認処分の理由以外についての公水法の各規定の要件充足不充足の判断について、埋立変更不承認処分を取り消した裁決の拘束力が及ぶ余地はない。

仮に、裁決の拘束力が裁判所にも及び、その内容が実質的確定力と同様の効力だという前提に立つことができるとしても、その客観的範囲は埋立変更不承認処分における不承認処分の理由についてしか生じないのだから、それ以外の要件についても充足している、という判断について、裁決に拘束力が生じることはありえないのである。

論の帰結として、埋立変更承認申請が公水法の要件を充足していることを理由とする（言うまでもないが、公水法の要件は埋立変更不承認処分における不承認処分の理由に限定されていない）是正の指示に従わない法定受託事務の処理が、「公水法」という「法令の規定」に違反している、という判断は、裁決の拘束力のみを根拠としてはなしえない（裁決の拘束力の客観的範囲を超える範囲で拘束を認めてしまうことになるため）ことは明らかである。

以上から、令和5年最高裁判決については、文字どおりに判示を読む以外の読み方はありません。

令和5年最高裁判決は、処分庁が先行する裁決において取り消された埋立変

更不承認処分の理由と「同一の理由に基づいて」申請を認容する承認処分をしないという事案において、そのような処分庁の法定受託事務の処理が、「行審法52条」という「法令の規定」に違反することを理由として、是正の指示の適法性を「結論として」認めた事例判決であって、それ以上でも以下でもない（つまり、関与庁の関与の理由を差し替えて是正の指示の適法性を結論として肯定している）。

ここで、「同一の理由に基づいて」承認処分をしない、と表現されている事実認定の意味については、「処分庁が他の不承認処分はないと判断している」、という意味しか考えられない。

けだし、仮に、「審査庁」あるいは「関与庁」が他に不承認処分はないと判断していたとしても、裁決の拘束力（あるいは実質的確定力だとしても）の客観的範囲は裁決で否定された不承認理由以外には及ばないのだから、「行審法52条」違反だけを理由として「何らかの処分をせよ」ではなく、「承認処分をせよ」という是正の指示の適法性を基礎づけることはできず、少なくとも他の不承認理由が存在しないことについて裁判所は判断を加えなければ「承認処分をせよ」という是正の指示の適法性を判断できない。

これに対し、他に不許可処分の理由がないと「処分庁が」判断しているのであれば、行審法52条の拘束力違反だけで処分庁は「何らかの処分」ではなく、「承認処分」をしなければならない地位にあるといえる。

結局、最高裁は、行審法52条違反だけで「承認処分をせよ」という是正の指示の適法性を基礎づける例外的な事案について、行審法52条違反を理由として是正の指示の適法性を「結論として」肯定したとしか考えられない。

もとより、処分庁は、他に埋立変更不承認処分の理由がないとまでは判断していなかったから、令和5年最高裁判決が前提としたこのような事実認定自体、誤りであって、原審においても、行審法52条違反という法令の規定違反は争点になっていなかったところ、最高裁判所が差し戻さずに判決を言い渡した

点には手続的な問題もあるが、いずれにせよ、令和5年最高裁判決の読み方としては、以上の読み方以外にはありえない。

3 令和5年最高裁判決と事案が異なること

以上を前提にすると、本件と令和5年最高裁判決とでは明らかに事案が異なり、原判決は令和5年最高裁判決の誤った理解を前提に、行審法52条の拘束力について誤った法解釈を本件に適用したものである。

すなわち、令和5年最高裁判決の事案において、処分庁は、特に、他に埋立変更不承認処分の理由がありうることを明示せずに本件埋立変更不承認処分を行っていたが、本件各許可申請については、申立人は、必要性要件を充足していないことから妥当性の項目（妥当性要件）を審査するまでもなく本件各不許可処分をなしたことを明示している。

仮に、裁決により本件各不許可処分が取り消され、本件各許可申請がなされている状態に戻り、裁決の拘束力が申立人に及んで、申立人が裁決で否定された本件各不許可処分の理由と同一の理由（必要性要件）によって不許可処分ができない状態にあると理解したとしても、申立人は、妥当性要件の審査は何らしていないのだから、改めて妥当性要件を審査しなければならないことは明らかである。

したがって、本件においては、令和5年最高裁判決の事案とは異なり、同判決の言うところの、「同一の理由に基づいて許可処分をしない」事案（処分庁が同一の理由以外の不許可処分がないと判断している事案）とは言えず、行審法52条違反という「法令の規定」違反だけでは、許可処分をせよ、という是正の指示は基礎づけられない。

そして、上記のとおり、令和5年最高裁判決は、実質的確定力を認めたものではなく、裁決で問題となった埋立変更不承認処分の理由についての判断に裁判所が拘束されると判断したものではないから、本件においても、必要性要件についての裁決の判断に裁判所が拘束されることはない。

結局のところ、本件は行審法52条の拘束力によって本件各許可申請を許可処分をせよ、という是正の指示の適法性を基礎づけることができる例外的な事案とは言い切れず、必要性要件充足性も含め、裁判所は、本件規則の要件を充足しているか否かの判断をしなければならないことになる。

以上、原判決は本件是正の指示の適法性の審査について、令和5年最高裁判決の誤った理解の下、行審法52条の裁決の拘束力の効果について誤った解釈を本件に当てはめた結果、判断理由を遺漏したもので、差し戻されなければならない。

4 令和5年最高裁判決が見直されるべきであること

以上に加えて、そもそも、令和5年最高裁判決には大きな問題があり、見直されるべきことについて述べる。

すなわち、上記のとおり、令和5年最高裁判決が前提とした事案は極めて例外的な事案であるが、そうであっても、その限度では裁決の拘束力と是正の指示の効力の結合を肯定したものといえる。

行審法52条という法令の規定違反による是正の指示を肯定すると、その裁決自体の違法性（裁決において判断されている法定受託事務の違法性、言い換えると、処分庁がなした処分や不作為の適法性）について司法審査が及ばないため、結局のところは適法性が担保されない是正の指示の存在を認めていることには変わりはない。

この点で、いずれにせよ、令和5年最高裁判決は見直されるべきである。

すなわち、仮に、令和5年最高裁判決の事案が、最初から関与庁が、「処分庁には裁決において否定された理由以外の不承認処分の理由がないため、行審法52条に違反することから、承認処分をせよ」、という内容の是正の指示を行っていた事案であったとしても、いずれにせよ、裁判所は関与取消訴訟において裁決の違法性を審査しなければならなかったもので

ある。

したがって、上記の申立人の主張にもかかわらず、最高裁判所が本件を「同一の理由に基づいて許可処分をしない」事案と判断した上で、令和5年最高裁判決と同様、是正の指示の理由を差し替え、行審法52条違反を理由として結論として原審の判断を肯定するようなことも許されないことについて、以下述べる。

(1) 地方自治の本旨と地方分権改革の趣旨、地自法の解釈原理について

憲法は地方自治について一章を割いているが（憲法第八章）、憲法92条にいう「地方自治の本旨」は、一般に団体自治と住民自治を意味し、規定の法的性質としては制度的保障（法律によっても侵すことのできない領域が存する）であると解されている（佐藤幸司『日本国憲法論』549頁）。

そして、地方公共団体の長、地方議会議員は、国会議員とは別に、住民の直接選挙により選任される（憲法93条）、地方公共団体の統治権は、国とは異なる民主的正統性を有している。

その表れとして、地方公共団体の「行政を執行する権能」は憲法94条により保障されたもので、内閣の下にはないとされており（1996年12月6日衆議院予算委員会内閣法制局長官答弁）、憲法は二重の統治構造を保障したのである。

これは、その支配意思の形成に住民が関与した地方公共団体の国（殊に行政権）に対する自律権を保護することが（住民自治及び団体自治）、地域住民の基本的人権の保障に資するため（地自法1条の2も参照）、憲法制定権力たる国民ないし地域住民は、統治権を分割して信託したものである（佐藤幸治『日本国憲法論』549頁から550頁、渋谷秀樹『憲法 第3版』738頁）。

したがって、国の行政権が自治体行政を制約するものとして単独で登場することはなく、そのようなものとして登場しうるのは立法権のみ、というこ

となる（小早川光郎「地方分権改革—行政法的考察—」公法研究62号166頁）。

このような地方自治の本旨に沿う制度とするため、平成11年の地自法改正（いわゆる地方分権改革）では、国と地方公共団体の関係を対等・協力の関係とした。

地方公共団体の長を国の下部機関とみていた機関委任事務が廃止されるとともに、国が地方公共団体に対してなしうる関与は、法定され（地自法245条の2）、その関与は必要な最小限度のものとし、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（地自法245条の3）、公平・中立的立場にある第三者機関としての国地方係争処理委員会による審査制度（地自法250条の13以下）や、関与訴訟手続（地自法251条の5、251条の7）が設けられ、関与の適法性が担保されることとなった（平成8年3月29日付け地方分権推進委員会中間報告第2章、平成9年10月9日付け地方分権推進委員会第4次勧告第3章参照）。

法定受託事務は、機関委任事務とは異なり、地方公共団体の事務であるから、立法機関が法定受託事務として地方公共団体に割り振った事務の処理は、憲法94条が定める行政執行権に属し、憲法65条が定める内閣の行政権の下にはないこととなる（小早川光郎「地方分権改革—行政法的考察—」公法研究62号172頁）。

上記のとおり、国の行政権が自治体行政を制約するものとして単独で登場することはないため、法定受託事務の処理についての地方公共団体の判断を覆すことは、国の行政権限りではなしえず、立法府が定めるルールに従う限りで許容されることになる。このルールに従っているか否かを立法権や司法権によらず行政権が最終的に判断することになれば、かかる事態は国の行政権限りで覆していることと変わらず、憲法が地方自治の本旨を立法によっても侵しえない領域として確保し、二重の統治機構を要請したことを無意味に

してしまう。

そのため、憲法92条の地方自治の本旨、また、法治主義の要請から、国が地方公共団体に対してなしうる関与の適法性について、地方公共団体が司法で争うことが要請され、関与の適法性が担保されていなければならないのである（塩野宏『行政法Ⅲ〔第五版〕行政組織法』267頁における、関与法定主義は、国民の侵害留保の延長という観点のみならず、憲法上の並立的協力関係にある国の関与権は民主的正当化根拠が必要という観点にも立脚すべきとの指摘も参照）。

また、地方分権改革においては、国と地方公共団体の役割分担が整理され（地自法1条の2）、国の立法、解釈の原則（地自法2条11項、12項）が定められた（平成8年3月29日付け地方分権推進委員会中間報告第2章参照）。

つまり、「地方公共団体に関する法令の規定は、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、これを解釈し、及び運用するようにしなければならない」とされており（地自法2条12項）、関与に関する規定についてもかかる解釈原理が妥当することになる。

(2) 裁決の拘束力と関与の連結が許容されないこと

ア 行審法における問題

行審法は、「国民の権利利益の救済を図るとともに、行政の適正な運営を確保することを目的とする」ところ（1条1項：なお、前者の目的が主眼であることについて塩野宏『行政法Ⅱ〔第六版〕行政救済法』17頁）、裁決は、当事者の審査請求をもって（行審法2条）、争訟を裁断する受動的な行為である。

行審法52条に定める認容裁決の拘束力は、公権力の違法又は不当な処分その他公権力の行使を受けた国民の権利利益の救済を図るために、取消裁決の実効性を担保するための特別に定められた効力であり、主観的範囲は

審査庁及び原処分庁、原処分に関係する行政庁、客観的範囲は主文およびその前提となった要件事実の認定と効力の判断に限定される。

申請拒否処分についての認容裁決の拘束力の効力は、明文としては「裁決の趣旨に従い、改めて申請に対する処分をしなければならない」（行審法52条1項）と定められているにとどまる。

審査請求制度は、基本的には、上級・下級の間を前提とした制度であるところ（行審法4条参照）、一般的指揮監督権限を有する上級行政庁や元々権限を有する処分庁以外が審査庁の場合には、原処分を変更することは許されず、また、申請に対して一定の処分をすべき旨を命じ、あるいは一定の処分をすることはできないとされ（行審法46条1項、2項、49条3項）、原処分を取り消すという以上に、上級行政庁ではない審査庁に処分庁に対する指揮監督権限が付加されているわけではない。

ところが、裁決と是正の指示を連結させ、行審法52条違反を理由として許可処分を命じる是正の指示が許容されるとすれば、上級行政庁以外の審査庁に行審法の明文を超えて指揮監督権限（行審法46条2項1号）を付与するに等しく、行審法は明らかにこのような連結を予定していない。

イ 地自法における問題

一方、地自法上の関与制度は、行審法の審査請求のように個別事案における公権力の違法又は不当な処分その他公権力の行使を受けた国民の権利利益の救済を図ることを目的とする制度ではなく、地方公共団体の事務処理について、「一定の行政目的」（地自法245条3号柱書）で行うものである。

ここで、「一定の行政目的」とは、地方公共団体の事務の処理に関して、全国的な統一性、広域的な調整、行政事務の適正な執行の確保を図る等の行政目的を意味する（松本英昭『新版逐条地方自治法 第9次改訂版』1134頁）。

当該法定受託事務が私人に対する何らかの処分であったとしても、当該私人に関与の申立権はなく、関与は、私人の申立てを待たずに発動される積極的な作用である。この点において、行審法とは異なり、私人の権利救済の要請は全国的な行政事務の適正な執行の要請の前に後退する。

平たく言うなら、処分（法定受託事務の処理）の適法性、適正性が、実体法上は確保されていなくとも、私人が救済されればよい、というような制度ではない。

法令所管大臣は、所管する法令に係る法定受託事務の適法、適正な執行の確保を図るために関与を行い得るが、法定受託事務の適法性、適正性について地方公共団体と見解を異にする場合にまで、法令所管大臣の関与が当然に優越することはなく、国地方係争処理委員会の審査、関与取消訴訟等における司法審査により、関与の適法性が担保されることで、法定受託事務の処理の適法性、適正性が確保される仕組みとなっている。

つまり、ここでは、行審法における国民の権利利益の救済という場面とは異なり、当該法定受託事務に係る法令の解釈が司法により示され、広い意味での行政の適法、適正な執行が統一されることが制度的に予定されているのであって、また、担保されていなければならない。

仮に、この場面において行審法52条の拘束力と関与を連結し、裁決の拘束力違反による関与を肯定してしまうと、裁決における違法な処分の根拠法の解釈により、法定受託事務の処理の全国的な統一が図られることにもなってしまいかねず、関与制度の趣旨・目的に正面から反する事態となってしまう。

また、上述したとおり、国の行政権が地方公共団体の行政執行権を制約するものとして単独で登場することは許されず、関与の適法性は担保されていなければならなかったところ、仮に、拘束力違反による関与を肯定すると、国と地方公共団体をまさしく上級・下級行政庁の関係に置き、内閣

の行政権が単独で地方公共団体の行政権を制約することとなってしまう。

裁決と是正の指示を連結させることで、裁決の理由中の判断を是正の指示の要件判断に代替することを許容することは、適法性が担保されない裁決等以外の関与（是正の指示）を認めるに等しく、地方自治の本旨に悖る結果となってしまう。

このような連結を地自法が予定していないことは明らかである。

ウ 裁定的関与について関与から除外されていることについて

令和5年最高裁判決は、「上記裁決がされたにもかかわらず、都道府県知事が上記処分と同一の理由に基づいて上記申請を認容する処分をしないことが許されるとすれば、処分の相手方が不安定な状態に置かれ、紛争の迅速な解決が困難となる事態が生ずることとなり、上記裁決が国と普通地方公共団体との間の紛争処理の対象にならないものとされていること（地方自治法245条3号括弧書き）に照らしても、相当でない」ことを、

「同一の理由に基づいて許可処分をしない」事案において行審法52条違反による是正の指示をなしうる根拠として挙げている（令和5年最高裁判決34頁）。

しかし、「裁決等」自体に関与として争わせずに審査請求人（本件では沖縄防衛局を機関とする国）の早期救済を図るべきという要請と、「裁決等」と関与を連結させて、関与への司法審査を省略できるという関与庁（本件では国土交通大臣を機関とする国）にとっての便宜とは全く異なる。

既に述べたように、地自法に定める関与制度は国民等の権利救済を図る制度ではなく、行審法と地自法は裁決等と関与の連結を予定していない。

審査請求人の迅速な権利救済については、審査請求人が裁決後に、自ら不作為の違法確認訴訟や義務付け訴訟を提起して実現すべきことであって、それで地自法245条3号括弧書きの趣旨は実現される。

私人には関与の申立権はないのだから、裁決等の拘束力と関与が連結され、裁決後の関与により自身の権利が救済されるとの期待は法的に保護される利益では全くなく、裁決等の拘束力と関与の連結は地自法245条3号括弧書きの趣旨とは関係がない。

一方、上述したとおり、関与は、法令所管大臣が所管する法令に係る法定受託事務の適法、適正な執行の確保を図るために行われるものだから、処分の根拠法（関与庁が所管する法令）に即して是正の指示を行い、当該法定受託事務の処理の違法性について司法審査を受け、法定受託事務の適法な処理を全国的な統一を図ることこそが関与の趣旨に即した処理であって、裁決の拘束力と関与を連結させ、司法審査を経ることなく適法性が担保されない法定受託事務の処理を指示することを許容することは、地自法の関与制度の趣旨に悖り、地方公共団体の行政執行権を内閣の行政権の下に置くものとして、地方自治の本旨にも適合しない。

地自法の制度上、関与制度は、審査請求人がどのようにして権利実現を図るかとは全く無関係にされるだけのことであって、地自法245条3号括弧書きは、むしろ裁決等と関与の連結が予定されていないことを明確にしている。

裁決等の趣旨や地自法245条3号括弧書きの趣旨から裁決等の拘束力と関与の連結を肯定するのは、審査請求人（沖縄防衛局）の権利救済の要請と関与庁（国土交通大臣）の便宜を混同するものと言わざるを得ず、誤りである。

エ 小括

以上からすれば、裁決の拘束力と関与を連結させることは、行審法、地自法のいずれも予定するものではなく、地方自治の本旨に適合的に解釈すべき関与に関する規定の解釈としてとりえない。

したがって、令和5年最高裁判決は見直されるべきであって、「同一

の理由に基づいて許可処分をしない」事案についての事例判決としても、
裁決の拘束力と関与を連結させ、拘束力を理由としてなされる是正の指示
の適法性を肯定することはできない。

5 採捕の必要性要件に関する内容審査がなされるべきこと

- (1) 上記のとおり、原判決は、本件裁決が本件各不許可処分を本件規則40条1
項及び漁業法119条2項1号に反するとして違法かつ不当だとして取り消し
たにもかかわらず、申立人が本件各申請を許可する処分しない理由は、本件
各不許可処分と同一の理由に基づくものであると認定し、この沖縄県の本件
事務処理が漁業法119条1項2号に違反し、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」に該当する、として本件指示を適法と
している。

この判断枠組みは、申立人が、本件各申請が本件規則に基づく本件審査基
準のうち必要性要件を充足していないと主張していることについて、本件裁
決が必要性を認めて本件不許可処分を取り消したことにより、その拘束力
(行審法52条1項)を根拠に、改めてその要件充足性を司法審査することも
なく、申立人の法令違反を認定するものである。

- (2) しかし、この判示は、令和5年最高裁判決の判断枠組みに従っているとし
ているものの、同判決は、処分庁が審査庁の裁決によって取り消された原処
分と同一の理由に基づいて申請を認容する処分をしないことが行審法52条の
拘束力の規定に違反することを判示したに過ぎないものであって、同判決
が、その当該申請にかかる法定受託事務の処理がその根拠法令である公水法
42条3項、13条ノ2及び4条1項に違反することを認めたものではない。よ
って、同判決を根拠に本件において申立人による本件事務の処理がその法定
受託事務である根拠法令たる漁業法119条1項2号に違反するということは
できない(本書面第3の2項)。

また、本件各許可申請については、申立人により、必要性要件を充足して

いないことから妥当性要件を審査するまでもなく本件各不許可処分をなしていることが明示されているところ、本件指示の時点では、本件各不許可処分が本件裁決によって取り消されている段階に過ぎない。したがって、本件は、令和5年最高裁判決がいうような、「法定受託事務に係る申請を棄却した都道府県知事の処分がその根拠となる法令の規定に違反するとして、これを取り消す裁決がされた場合において、都道府県知事が上記処分と同一の理由に基づいて上記申請を認容する処分をしない」場合にも当たらない（本書面第3の3項）。このため、本件指示の適法性を判断するにあたって、行審法52条の裁決の拘束力を根拠として法定受託事務の根拠法令違反の審査を回避した令和5年最高裁判決の枠組みを用いることもできないはずである。

さらには、都道府県の法定受託事務に対する国による是正の指示は、国と普通地方公共団体という対等・協力の関係にある行政主体間における権力的関与であることから、地自法は、国地方係争処理委員会や司法という第三者機関における中立公正な審査がなされることを予定している。それにも関わらず国民の権利利益の簡易迅速な救済を目的とする、制度趣旨が異なる行審法に基づく審査庁の裁決の拘束力を根拠に、当該法定受託事務の適法性の内容審査を回避する判断をなした令和5年最高裁判決は、ただちに見直されるべきである（本書面第3の4項）。

- (3) このとおり、いずれにしても、本件指示の適法性を判断するためには、申立人が本件指示時点において、本件各許可申請について許可処分をしていないことがその法定受託事務の処理について法令違反、すなわち漁業法119条1項2号に違反するか否か、本件各許可申請が同法119条1項2号に基づく本件規則40条1項の本件審査基準に定める要件のいずれも充足しているか否かについて内容の審理判断をしなければならない。

申立人は、原審において、本件指示の時点では必要性要件を充足していないことを主張してきた。すなわち、本件各許可申請は、本件埋立事業が実施

されることで埋立海域の本件サンゴ類が死滅することが避けられないことをふまえ、これらを移植することによってその避難措置を図ることを目的としている。ところが、本件各許可申請にかかる本件サンゴ類のほとんどが生息している海域は、海底の軟弱地盤改良工事のため本件埋立変更承認申請がなされている場所であり、当該申請時においていまだ埋立変更承認処分がなされていない場所であったのである。したがって、事業者である沖縄防衛局は、本件指示の時点では当該海域において本件埋立事業を遂行することができなかったから、申立人にとっては、本件埋立事業の遂行に伴う避難措置としての本件サンゴ類の移植が必要と判断できる状況ではなかったのである。

これに対して本件指示は、埋立変更承認処分がいまだなされていないことを前提としつつも、本件国土交通大臣裁決や本件国土交通大臣指示があること等を根拠に、「沖縄防衛局は、本件変更承認申請に対する承認を得て適法に埋立てができる法的地位を付与されてしかるべき状況にある」として必要性要件を充足しているとした。

しかし、本件裁決のいう「法的地位を付されてしかるべき状況にある」という状態は、一定の状況に対して相手方による価値判断を加えられた評価に過ぎないものであって、何ら法的な権限を付与された状態を指すものではなく、本件埋立事業の遂行によって現実に移植対象の本件サンゴ類が死滅するおそれが生じている段階でもない。特に、移植目的の本件サンゴ類の採捕は、いったん移植がなされれば移植元海域の自然環境に重大な影響を与えるものである一方、移植先におけるこれらの生残率も後述のとおり40パーセント以上であれば成功といわれるほど確実性の相当程度低い環境保全措置にとどまるものである。したがって、相手方のというような実際に本件埋立事業が進められるかも未確定の段階においては、環境保全措置としての本件サンゴ類の移植のための特別採捕の必要性を認めることができないと判断することは当然といえ、本件各許可申請の許可処分を行わないことは、申立人の適法

な裁量の範囲内にとどまる適法な処理である。

以上のとおり、本件指示の適法性を審理判断するにあたっては、令和5年最高裁判決を根拠にして本件各許可申請の要件充足性の審査を回避することは許されず、漁業法119条2項1号及び本件規則40条に基づく本件審査基準、なかんずく必要性要件についてその充足性を具体的に審理すべきである。これをなさなかった原判決には、これらの条項の法令解釈に重大な誤りがあるというべきである。

第4 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」の是正の指示の要件として、公益を侵害していること等を要するか否かについての法令解釈の誤り（争点2）

1 原判決の要旨

申立人は、都道府県の法定受託事務の処理が法令違反等要件に当たるとして当該法令を所管する大臣が地自法245条の7第1項に基づいて是正の指示をなす場合といえども、さらに公益侵害等要件を要すると解すべきであると主張した。

これに対して原判決は、地自法245条の7第1項に基づく是正の指示の要件である「法令の規定に違反していると認めるとき」に当たるときには、さらに公益侵害等要件に該当することまでは不要であると判示した。その理由は、同項が法令違反等要件と公益侵害等要件を選択的に規定している条文上の文言に加え、「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にもかかわらず、当該法令を所管する大臣が是正の指示を行うことができないとすれば、地方公共団体の法定受託事務の処理に関して、全国的な統一性、広域的な調整、行政事務の適正な執行の確保を図る等の行政目的を実現することが困難となるが、そのような事態は地方自治法が普通地方公共団体に対する国の関与の制度を設けた趣旨に照らして不当である」（原判決29頁）というものであ

る。

2 地方自治の保障に照らし、国の関与の要件を厳格に解すべきであること

(1) 是正の指示の発動要件

地自法245条の7第1項は、是正の指示の発動要件について、確かに、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」と選択的な規定ぶりを行っている。

この点、成田頼明他編「注釈地方自治法<全訂>」2巻5878頁では、前者の要件を①、後者を②として、次のとおり解説している。

「①は、普通地方公共団体の法定受託事務の処理が違法である場合をいう。これには、作為による場合のほか、不作為による場合も含まれる。また、『法令』とは、法律またはこれに基づく政令（これらに基づく内閣府令、省令、規則、告示を含む）をいう。②の『著しく適正を欠き』とは、確保すべき収入を不当に確保しないこと、不当に経費を支出すること、不当に財産を処分することなど、法定受託事務の処理が、法令の規定に違反しているとまでは認められないが、著しく適正を欠いていることをいう（平成一年法律八七号による改正前の旧二四六条の二第一項参照）。ただし、②については、それとともに、『明らかに公益を害している』という要件を満たしていることが必要である。つまり、普通地方公共団体の法定受託事務の処理が著しく不適正であり、かつ、それによって公益が侵害されていることが明らかであると客観的に認められるときにはじめて、是正の指示を行うことができるのであり、そうした事態に至らない限りは、当該地方公共団体における自治的な是正・改善に委ねられるべきである。この点は、①の要件に該当する場合についても同様と解される。したがって、また、各大臣または都道府県の執行機関の是正の指示は、①の場合はもちろん、②の場合にも、合法性のコントロールにとどまり、合目的性のコントロールには及びえないもの

と解される。」

以上の整理から見るに、法定受託事務に対する是正の指示にあたっては、法定受託事務も地方公共団体の事務であって、地方公共団体への関与は法定されたものに限定され（地自法245条の2）、かつ「その目的を達成するために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」（地自法245条の3第1項）という原則に基づかなければならず、上述①ないし②の要件に基づくその発動にあっても、「普通地方公共団体の法定受託事務の処理が著しく不適正であり、かつ、それによって公益が侵害されていることが明らかであると客観的に認められるときにはじめて、是正の指示を行うことができるのであり、そうした事態に至らない限りは、当該地方公共団体における自治的な是正・改善に委ねられるべき」なのである

原判決は、法令違反に対して直ちに是正の指示がなし得ないとするれば、「地方公共団体の法定受託事務の処理に関して、全国的な統一性、広域的な調整、行政事務の適正な執行の確保を図る等の行政目的を実現することが困難となる」（原判決29頁）というが、そのような事態は、法令違反の結果、当該状態の事実評価において「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」となった場合に生じるのであって、法定受託事務の処理についての上記の要請が直ちに原判決の解釈を導きうるものではない。むしろ、法定受託事務であっても地方公共団体の事務であって、その自主性及び自立性をふまえるならば、国の関与のうち技術的助言や勧告等とは異なり権力的関与とされる是正の指示をなし得るためには、その必要性が具体的に存する場合に限定されるよう解釈されなければならない。地方公共団体の法定受託事務の処理に法令違反があるとしても、その時点において直ちに是正をしなければならない必要性がみられない場合には、その段階では是正の指示はなし得ないというべきである。

(2) 本件各許可申請につき処分をなしていないことが、「著しく適正を欠き、「明らかに公益を害している」とはいえないこと

ア 本件指示が求める本件各許可申請に対する許可処分を申立人がなしていないことについては、「著しく適正を欠くものでもなく、また「明らかに公益を害している」ものでもないことについて述べる。

イ 日本には約400種類の造礁サンゴ類が生息しており、沖縄島にはそのうち約340種が確認されているところ、これらのサンゴ類は、それぞれの種に適合した自然的条件の場所に分布して生息している。したがって、本来は、本件各許可申請の対象となっている本件サンゴ類約8万4千群体についても、現在の生息場所でそのまま生息し続けることが水産資源保護法上最も望ましい状態である。そして、公有水面埋立事業との関係では、本件埋立事業の実施が確実であり、同事業の実施に伴い本件サンゴ類がやむを得ず消失するような場合にはじめて、次善の策である環境保全措置としてサンゴ類を移植することが水産資源保護上望ましい状態といえる。

それでもなお、本件サンゴ類の移植については、もともと確立した確実な移植技術があるわけではなく、植え込んだ種苗が成長して産卵するまで（多くは3年）の生残率40パーセント以上を成功のゴールにすることが提唱されているにすぎず（Omori et al.2016 「沖縄県サンゴ礁保全再生事業総括報告書」。甲23）、環境保全措置すなわち本件でいえば、本件サンゴ類の移植が成功したとしても、単純掲載で本来生息していた本件サンゴ類約8万4千群体のうち約3万4千群体程度しか水産資源として保護することはできないこととなる。

また、サンゴ類の不適切な移植は、移植元のサンゴ類を消失させるのみならず、移植先に生息したサンゴ類、ひいてはその他の生態系に負の影響を与えかねないことに留意しなければならない。移植の失敗は、成果をゼロにするのではなくマイナスにする可能性すらある。「沖縄県サンゴ移植

マニュアル」(甲24)においては、サンゴ移植で注意すべきこととして、移植活動自体がサンゴ群集にマイナスに働く可能性がある点として、遺伝的攪乱、病原菌を持ち込むこと、そして最も危険なことは、移植によって簡単にサンゴ類を保全することができると行政や企業などが誤解し、移植が開発行為の免罪符となる可能性があることと説明している。

サンゴ類の移植は、それ自体が、移植されたサンゴ類の大半の死滅を意味するものである以上、学術的な研究としてごく少数の個体を移植する場合であればともかく、公有水面埋立工事に伴うサンゴ類の環境保全措置として大量のサンゴ類の群体を移植することについては、移植対象であるサンゴ類の生息場所について「設計ノ概要」に示された工事がなされるとの事実認定がなされることが前提となるものと言うべきである。

しかるに、本件指示の時点において、本件各許可申請にかかる本件サンゴ類が生息している名護市大浦湾側の本件埋立事業における埋立予定区域について、本件埋立変更不承認処分や本件国土交通大臣裁決ないし本件国土交通大臣指示の法的効力をどのように評価するとしても、本件埋立事業の埋立予定区域のうち名護市大浦湾側において埋立工事を施工することができない状態にあったことは動かしようのない事実である。この事実が存続していたもとで、過半のサンゴ類を死滅させることになり環境影響上も水産資源保護上も不可逆的な損失を生じさせることになる本件各許可申請に対して許可処分をしなかったことは、申立人の地方公共団体としての自主性・自立性にもとづき、地域の自然環境と産業資源を保護する役割を有する者として何ら「著しく適正を欠」くとも、「明らかに公益を害している」ともいえない。

よって、本件指示は、是正の指示についての要件を充足していないのであるから違法であり、取り消されるべきである。

3 小括

原判決は、地自法245条の7第1項に基づく是正の指示の要件の解釈について誤っており、これは法令解釈の重要な事項というべきであるから、上告審において改められるべきである。

第5 地自法255条の2第1項1号に基づく裁決と同法245条の7第1項に基づく是正の指示との関係についての法令解釈の誤り（争点3）

1 原判決の要旨

原判決は、争点3について、「被告は、本件において、地方自治法255条の2第1項1号に基づき審査庁として審査請求に対する裁決（本件裁決）をし、同法245条の7第1項に基づき法令を所管する大臣として是正の指示（本件指示）をしたもので、本件裁決の主体と本件指示の主体とが一致することは、法が予定している事態である。また、…原告が本件裁決後も本件各申請を許可する処分をしないという沖縄県の法定受託事務の処理に関し、被告が本件裁決の存在を前提として本件指示をしたことは、処分庁を含む関係行政庁に裁決の趣旨に従った行動を義務付けることにより、速やかに裁決の内容を実現し、もって、審査請求人の権利利益の簡易迅速かつ実効的な救済を図るとともに、行政の適正な運営を確保するという行政不服審査法52条の趣旨に合致するものというべきである。」と判断し、「審査庁としての立場と関与庁（法令を所管する大臣）としての立場とを不当に連結して仕組みを濫用しているとする原告の主張は、独自の見解に立つものといわざるを得ない。」と判示した。（原判決30頁）

2 行審法46条、49条や地自法245条の7の是正の指示の制度趣旨の解釈の誤り

(1) はじめに

原判決の判断は、審査請求手続で審査した大臣が、地自法245条の7第1項の大臣として是正の指示を行う主体となることが認められてしまうと、本来、行審法や地自法の予定していない指示権限の濫用的な行使の結果を招来

してしまうことになるものであって、容認できるものではない。

申立人は、地自法255条の2第1項1号によって都道府県知事の行った処分について審査庁となった大臣が、当該処分についてこれを取り消す裁決を行った場合、同大臣が地自法第245条の7第1項1号の是正の指示を行うことは、権限の濫用として認められないと主張するものである。以下その理由を述べる。

(2) 行審法による救済手続について

行審法1条は、「この法律は、行政庁の違法又は不当な処分その他公権力の行使に当たる行為に関し、国民が簡易迅速かつ公正な手続の下で広く行政庁に対する不服申立てをすることができるための制度を定めることにより、国民の権利利益の救済を図るとともに、行政の適正な運営を確保することを目的とする」と目的規定を置くところ、その目的は条文でも明らかなように「国民の権利利益の救済」であり、当事者の申立を受けて争訟を裁断する受動的な手続である（本書面第3の4(2)）。

行審法上の審査請求に対して裁決をなす場合、一般的指揮監督権限を有する上級行政庁や元々権限を有する処分庁以外が審査庁の場合には、原処分を変更することは許されず、また、申請に対して一定の処分をすべき旨を命じ、あるいは一定の処分をすることはできないとされ（行審法46条1項、2項、49条3項）、原処分を取り消すという以上に、上級行政庁ではない審査庁に処分庁に対する指揮監督権限が付加されているわけではない。改正前の旧行政不服審査法においては、機関委任事務に係る審査請求について、裁決で原処分の取消処分の外、当該処分を変更すること（変更処分）も認められていたが（旧行政不服審査法第40条3項、5項）、改正後の行審法の下においては、機関委任事務が廃止されて法定受託事務となった地方公共団体の事務に関する処分については、審査庁が変更処分等を行うことは認めていない。これは地方分権一括法による改正によって、法定受託事務に係る処分を審査す

る行政庁は、処分庁の上級行政庁という立場ではないことが確認されたことに基づくものである。

都道府県知事による法定受託事務の申請拒否処分が審査庁によって取り消された場合、審査庁が処分庁に一定の処分を命じ、又は一定の処分をすることはできないことから、裁決自体で処分の名宛人が救済されることにはならない。このため、処分庁が改めて裁決に基づいて処分のやり直しをすることになる（行審法52条）ところ、それでもなお処分庁の不作為や新たな処分のため名宛人が救済されないときには、さらに行政事件訴訟法（行訴法）による義務付け訴訟等を提起することによって、司法による判断を仰ぐ方途が用意されている。

行訴法37条の2第5項は、義務付け訴訟の原告の勝訴の要件について、「義務付けの訴えに係る処分につき、行政庁がその処分をすべきであることがその処分の根拠となる法令の規定から明らかであると認められ又は行政庁がその処分をしないことがその裁量権の範囲を超え若しくはその濫用となると認められるときは、裁判所は、行政庁がその処分をすべき旨を命ずる判決をする」と定めるところ、義務付け訴訟では、行審法の裁決とは別に、「行政庁がその処分をすべきであることがその処分の根拠となる法令の規定から明らかである」かどうかについて裁判所による実質的な審理が行われることになる。

すなわち、上級行政庁でない審査庁が処分庁の申請拒否処分たる原処分を取り消した場合、処分庁において新たな処分をなすか、もしくは中立公正な第三者機関である司法による救済制度を利用することによって名宛人の権利利益を最終的に救済する仕組みになっており、処分庁ではない行政主体によって直接何らかの処分を行い、又はこれを義務付けるなどして救済する制度とはされていないのである。これは、都道府県の法定受託事務に関して言えば、処分庁の属する都道府県と審査庁の属する国との間について、地自法上

の対等・協力の関係を尊重しなければならないことが前提となっているからである。

(3) 是正の指示の関与について

これに対して地自法245条の7に基づく是正の指示は、平成11年の地自法の改正で国と地方公共団体との関係の対等化を図り、国の関与を整理する中で改めて位置づけられた制度である。この改正により、前述のとおり、国が地方公共団体に対してなしうる関与は法定され（地自法245条の2）、必要な最小限度のもので、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とされる（地自法245条の3）とともに、公平・中立的立場にある第三者機関としての国地方係争処理委員会による審査制度（地自法250条の13以下）や、関与訴訟手続（地自法251条の5、251条の7）が設けられ、関与の適法性が担保されることとなったのである。ここでは、「法律又はこれに基づく政令により都道府県、市町村又は特別区が処理することとされる事務のうち、国が本来果たすべき役割に係るものであつて、国においてその適正な処理を特に確保する必要があるもの」である第1号法定受託事務（地自法2条9項1号）であっても、地方公共団体はその事務に関してなした判断に対して、国の機関限りにおいてそれを覆滅させることはできないこととされている。地自法は、このために、国と地方公共団体との判断が異なるときには、その対等・協力の関係を損なわないように、第三者機関である国地方係争処理委員会（地自法250条の13）及び国の関与に関する訴訟（地自法251条の5など）という紛争処理手続を用意しているのである。こうして、最終的には司法審査によって国による関与の適法性を担保することとされ、地方公共団体の自主性・自立性（地自法245条の3第1項）が保障される仕組みとなっている。

(4) 行政不服審査請求と是正の指示の併用の問題

このとおり、法定受託事務といえども、国の機関が当該機関の判断限りに

において、地方公共団体の処分を変更したり、特定の処分を命令したり、あるいは自ら代わって処分をすることができない仕組みになっている。

ところが、原判決は、本件指示の取消しを求める国の関与の取消訴訟である本件において、令和5年最高裁判決の判断枠組を援用して、「法定受託事務に係る申請を棄却した都道府県知事の処分がその根拠となる法令の規定に違反するとして、これを取り消す裁決がされた場合において、都道府県知事が上記処分と同一の理由に基づいて上記申請を認容する処分をしないことは地方自治法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』に該当する』（原判決19頁）と判断した。これは、結局のところ、都道府県の法定受託事務について、国の機関である主務大臣がいったん審査請求に基づいて裁決をなせば、それを根拠とする是正の指示がなされた場合、裁決で示された判断については司法審査をすることなく国の機関による是正の指示の関与の適法性を認めるということになる。

その結果、国の機関が審査請求に基づく裁決を経た上で地自法上の是正の指示を行った場合、もちろんこれは原判決のいうとおり、その両者の行政主体が一致するのであるところ、上級行政庁ではない審査庁でもある主務大臣が、司法審査を経ることなく自ら、処分庁が属する都道府県に対して特定の処分を命ずることを可能にする効果をもたらすことになる。

令和5年最高裁判決が行った解釈を前提とするならば、審査請求に基づく裁決と地自法に基づく是正の指示の併用は、それぞれの制度がまったく想定していなかった、第三者機関たる司法の関与なく国の行政機関が法定受託事務にかかる処分について都道府県に対して具体的な処分を命じうる効果をもたらす結果をもたらしてしまうことになる。これにより、行審法が、上級行政庁にあたらぬ審査庁は、裁決によって原処分を変更し、又は自ら処分をなし、あるいは処分庁に命ずることはできない仕組みとしたことの制度趣旨にも、地自法に基づく是正の指示に関し国と地方公共団体の間での生じた紛

争について、その法定受託事務の管理及び執行の適法性を司法機関が法に照らして公正中立な立場で最終的に審査判断するという制度趣旨にももとるといふ帰結を導くことになるのである。

(5) 国の機関が審査請求をした本件における濫用の深刻性

従来はこのような裁決と是正の指示の併用という事例は見受けられなかったものの、国は、辺野古新基地建設にかかる本件埋立事業についての本件埋立変更承認処分などで両制度の併用という手段を繰り返し講じるようになって現在に至っている。申立人は、国が辺野古新基地建設事業以外に関する処分においてかかる手法を選択したという事例を寡聞にして知らない。

一般の私人が都道府県知事による法定受託事務の申請拒否処分を受けた場合であろうと、かかる併用手法は、上記のような地方公共団体の自主性・自立性を国の機関限りにおいて否定しうる効果をもたらすものであるが、ましてや国の安全保障政策の一環として進められている辺野古新基地建設事業において、当該処分の申請人が沖縄防衛局という国の機関であるところに、より権限濫用の契機が潜んでいるといえる。

もちろん国の機関もその「固有の資格」に基づいて受けたものではない処分であれば、審査請求をすることによって救済を受けられ、これが都道府県知事の法定受託事務の処分であれば、審査庁たる国の機関（主務大臣）によって救済される仕組みとはなっている。しかし、審査庁はあくまでも公正中立の立場であることが前提であり、国の機関であるからという一事でその公正性が損なわれることにはならないであろう。

しかし、辺野古新基地建設事業においては、これまで申立人が縷々指摘してきたとおり、沖縄防衛局という事業者、本件埋立事業の遂行を決定している内閣、そして内閣に属する各主務大臣が一体となり、一般的に私人が受けた場合の行政処分の救済手続を超え、能動的に法定受託事務を所管する大臣が関与を継続し、なおかつ当該関与も事業者の事業遂行のために最も便宜と

なる手法を選択し続けているものである。

このように国の機関の公正中立性に重大な疑問があるもとの、ただそこに2つの制度があるから、という理由で行審法に基づく裁決と地自法に基づく是正の指示を組み合わせて都道府県の事務に介入することは、その濫用を一層明らかにさせているといえる。

(6) 小括

以上にのべたとおり、都道府県が法定受託事務について申請拒否処分をしたことに対して審査請求に基づいて当該法定受託事務の主務大臣が審査庁として取消裁決をなした場合には、もはや当該主務大臣がそれに引き続いて、同裁決に基づいて都道府県に対して特定の処分をなすことを求める是正の指示を行うことは許されず、当該是正の指示の権限の行使は主務大臣の権限濫用として違法になるというべきである。さもなくば、上述のとおり、行審法46条、49条及び52条の趣旨及び地自法245条の7に基づく是正の指示について定められた国と地方公共団体の間に用意された係争手続の趣旨に反することとなるからである。

原判決は、「原告が本件裁決後も本件各申請を許可する処分をしないという沖縄県の法定受託事務の処理に関し、被告が本件裁決の存在を前提として本件指示をしたことは、処分庁を含む関係行政庁に裁決の趣旨に従った行動を義務付けることにより、速やかに裁決の内容を実現し、もって、審査請求人の権利利益の簡易迅速かつ実効的な救済を図るとともに、行政の適正な運営を確保するという行政不服審査法52条の趣旨に合致するものというべきである。」（原判決30頁）として、申立人が主張してきた制度の併用の危険を指摘するどころか、それと正反対に、併用こそ「行政不服審査法52条の趣旨に合致する」とまで判示した。この判断は、これらの法制度の趣旨を理解しない暴論であって、法令解釈に重大な誤りがあるというべきであり、本件指示は違法と判断されなければならない。

3 処分の相手方の不安定な状態と紛争の迅速な解決について

なお、原判決は、「法定受託事務に係る申請を棄却した都道府県知事の処分について、これに対する審査請求を受けて同処分を取り消す裁決がされた場合、都道府県知事は、上記裁決の趣旨に従って、改めて上記申請に対する処分をすべき義務を負うというべきである。仮に、上記裁決がされたにもかかわらず、都道府県知事が上記処分と同一の理由に基づいて上記申請を認容する処分をしないことが許されるとすれば、処分の相手方が不安定な状態に置かれ、紛争の迅速な解決が困難となる事態が生ずることとな」と判示する（原判決19頁）。

しかし、このような場合には、申請者は、審査請求をなしたのと同様に、行訴法に基づいて特定の処分のための義務付け訴訟を提起する道が用意されており、さらには、「償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があり、かつ、本案について理由があるとみえるとき」には、裁判所が仮の義務付けを命ずることもできる（行訴法37条の5第1項）のであるから、当該申請者が能動的にかかる申立てをなすことが想定されているのであって、さらに都道府県知事の法定受託事務についての処分に限って是正の指示による解決を図らなければならないという必要性があるわけでもない。

したがって、申請者の不安定な状態の解消という理由を持ち出して是正の指示の権限行使を根拠づけるのは理由とはなりえない。

以 上