

〔論 説〕

辺野古埋立をめぐる法律問題について

武 田 真一郎

はじめに

沖縄県では世界一危険な空港と言われる普天間基地を移転するため、名護市辺野古周辺の海域を埋め立てて新基地を造る計画（以下「本件計画」という）が進められている。本件計画に対しては沖縄県民の強い反対があり、沖縄県知事が工事中止の指示を行うとともに埋立承認を取消す手続を開始したことから、さまざまな法律問題が生じている。これらの問題は本件計画および国と地方公共団体の関係について多くの課題があることを浮き彫りにしているように思われる。本稿ではこれらの法律問題を具体的に検討するとともに、その解決方法を模索することにした。

1 問題の概観

本件計画は埋立によって新基地を造成するものであるから、国は公有水面埋立法（以下「埋立法」という）に基づいて沖縄県知事の埋立承認を受ける必要がある。国（沖縄防衛局長。以下「防衛局長」という）は公有水面埋立法 42 条に基づいて沖縄県知事に埋立を申請し、沖縄県の仲井真弘多前知事は 2013 年 12 月にこれを承認した。また、埋立工事には海底の岩礁破碎が伴うが、水産資源保護法 4 条 2 項⁽¹⁾の委任を受けて制定された沖縄県漁業規則（以下「規則」という）39 条 1 項⁽²⁾は岩礁破碎には知事の許可を要すると規定しているため、防衛局長は岩礁破碎許可（以下「破碎許可」という）を申請し、同知事は 2014 年 8 月にこれを許可した。

ところが、沖縄県民は本件計画に対して強く反対しており、2014年1月の名護市長選挙では反対派の稲嶺進氏が当選、同年11月の沖縄県知事選ではやはり反対派の翁長雄志氏が当選、同年12月の衆議院議員選挙では沖縄県の4つの選挙区すべてで自民党候補が落選して反対派の候補者が当選した。最近の世論調査を見ても県民の反対は80%を超えている⁽³⁾。

以上のような政治状況の中で、翁長知事は2015年3月に沖縄防衛局（以下「防衛局」という）による作業が岩礁破碎許可を受けた範囲外の海域で岩礁を破碎しており、同許可に付された条件に違反しているとして、防衛局長に対して工事中止を指示（以下「工事中止指示」⁽⁴⁾という）した。これに対して防衛局長は行政不服審査法（以下「行審法」という）に基づいて農林水産大臣（以下「農水大臣」という）に審査請求および執行停止の申立てを行い、農水大臣は同月中に工事中止指示の執行停止を決定した。

その結果として、防衛局は工事中止指示の効力は停止したとして埋立工事を継続しているため、翁長知事（以下「知事」という）は仲井真前知事（以下「前知事」という）のした埋立承認には当初から違法性（法的瑕疵）があったとして、2015年9月、承認を取り消す手続を開始した。

このような事実関係の下で既に生じている法律問題は、①知事のした工事中止指示は有効か、②工事中止指示に対し、国（防衛局長）が国の機関である農水大臣に行政不服審査法に基づく審査請求や執行停止申立てができるのかというものである。そしてこれから生じることが予想される法律

-
- (1) 同項は「農林水産大臣又は都道府県知事は水産資源の保護培養のために必要があると認めるときは、次に掲げる事項に関して、農林水産省令又は規則を定めることができる」と規定し、同項4号は「水産動植物に有害な物の遺棄又は漏せつその他水産動植物に有害な水質の汚濁に関する制限又は禁止」、同項5号は「水産動植物の保護培養に必要な物の採取又は除去に関する制限又は禁止」と規定している。
 - (2) 同項は「漁業権の設定されている漁場内において岩礁を破碎し、又は土砂若しくは岩石を採取しようとする者は、知事の許可を受けなければならない」と規定している。
 - (3) 琉球新報・沖縄テレビの合同世論調査によると普天間飛行場の返還・移設問題について辺野古移設に反対する意見は83%（国外移設31.4%、無条件閉鎖・撤去29.8%、県外移設21.8%）であり、賛成する意見は10.8%である（他の県内移設3.4%、その他2.8%）。琉球新報2015年6月2日朝刊による。
 - (4) 工事中止の指示は権力的に中止を命ずる行為と解されるので、実質的には工事中止命令である。

問題は、③知事は工事中止指示だけでなく破砕許可そのものを取り消すことができるか、④知事は前知事のした埋立承認を取り消すことができるか、⑤知事が埋立承認を取り消した場合、国（防衛局長）は国土交通大臣（以下「国交大臣」という）に審査請求や執行停止申立てができるのか、⑥前記⑤の場合において審査請求のほかに国はどのような法的措置をとることができるのか、⑦前記⑤の場合において国が審査請求や執行停止申立てをして執行停止決定や認容裁決が出された場合、知事はどのような法的措置をとることができるのか、⑧国が知事のした埋立承認取消しに従わずに工事を継続した場合、知事（沖縄県）はどのような法的措置をとることができるのか、などである⁽⁵⁾。

このうち、①、③、④は知事のした工事中止指示および取消措置の効力の問題として共通しており、その中でも④が今後もっとも大きな争点となると思われるので、次の2で埋立承認取消し等の問題点として検討する。②と⑤は国の機関である防衛局長が国の機関である大臣に審査請求ができるのかという問題として共通しているので、後述の3で防衛局長による審査請求の問題点として検討する。⑥と⑦については、筆者は地方自治法に基づいて解決すべきであると考えているので、後述の4で地方自治法に基づく解決として検討する。そして、⑧については後述の5でその他の争訟による解決として検討する。

2 埋立承認取消し等の問題点

(1) 工事中止命令の適法性

1で前述したように、知事は2015年3月、防衛局による作業が破砕許可を受けた範囲外の海域で岩礁を破砕しており、同許可に付された条件に違反しているとして⁽⁶⁾、防衛局長に対して工事中止を指示した。この指示は、公権力の行使としての工事中止命令であると解される。破砕許可を定めた規則には取消しや中止命令などの監督処分を定める規定はないが、後

(5) この他に、沖縄県は条例に基づいて土砂の搬入制限や国の開発行為を規制できるのかという問題があるが、この点の検討は他日を期すことにしたい。

(6) 規則39条3項は「知事は、第1項の規定により許可するに当たり、制限又は条件をつけることがある」と規定しており、附款により制限または条件を付けることを明文で認めている。なお、この制限または条件に違反すると罰則があり、6月以下の懲役または20万円以下の罰金に処される。

述のように法令によって認められた処分権限（ここでは破砕許可を行う権限）には取消権が含まれており、法令の根拠がなくても公益上の必要性が認められ、比例原則に違反しないなどの要件を満たす場合には、処分庁は処分を取り消すことができると解されている。そして、取消権が認められるのであれば、取消しに至らない範囲で一種の監督処分権の行使として工事中止を命ずる権限を否定する根拠はないように思われる。

ただし、その場合も比例原則が及ぶので、具体的な工事中止指示（中止命令）が必要な範囲内といえることが必要である。本件においては、工事中止指示の根拠となった違反行為とは、破砕許可の範囲は埋立予定海域に限られていたにもかかわらず、防衛局は立ち入り禁止区域を示すブイを固定するためにその範囲をかなり超えて重さ 15 トンから 20 トンのコンクリートブロックを海中に投下したため、サンゴ礁などに大きな被害が生じているというものである⁽⁷⁾。防衛局は、船舶の投錨には破砕許可が不要であるからブイの係留のためのコンクリートブロックの投下にも破砕許可は不要であり、許可条件には違反しないと主張している⁽⁸⁾。

コンクリートブロックの投下が船舶の投錨と同視できるとすれば防衛局の主張には理由があることになるが、それを判断するためには被害の実態を調査して検討を行う必要がある。そのためには一定の期間が必要であり、サンゴ礁の破壊は不可逆的な被害を生じる可能性があるから、知事が直ちに破砕許可の取消権を行使するのではなく、まず工事中止を指示したことが比例原則に違反して違法であるということとはできないであろう。

今後、知事はさらに破砕許可そのものを取り消す可能性がある。この問題は処分の職権取消しに関するものであり、次の埋立承認の取消しと論点は共通している。よって、次の（2）で検討する。

（2）埋立承認取消しの適法性

前述のように知事は 2015 年 9 月、前知事のした埋立承認を取り消す手続を開始した。埋立承認は埋立による新基地造成を行うための大前提であるから、その取消しは本件基地建設に重大な影響を及ぼす。そこで、知事が埋立承認を取り消すことができるかどうかを慎重に検討する必要がある。

（7） 琉球新報 2015 年 2 月 10 日による。投下されたコンクリートブロックのうち 120 個が波に流されて行方不明になっており、その際にも海底を傷つけてサンゴ礁の破壊が生じているとされている。

（8） 同前。

国民が提起した取消訴訟などに基づいて行政処分を取り消すことを争訟取消しというが、本件のように処分庁である知事が自ら取り消すことを職権取消しという⁽⁹⁾。行政処分の職権取消しには、処分時に遡って処分の効力を消滅させる本来の意味での取消しと、将来に向かってのみ処分の効力を消滅させる撤回としての取消しがある。本来の取消しは処分の成立当初から違法性（瑕疵）があった場合に行われ、撤回は処分の成立当初には違法性がなかったが、その後の事情の変化などにより処分の効力を維持することがもはや公益に適合しなくなった場合に行われる。

一般的な理解によれば、行政処分をする権限には取消権が含まれており、法律が取消権や取消要件を定めておらず、法律の根拠がない場合であっても、処分庁は自ら処分を取り消すことができるのが原則である⁽¹⁰⁾。この場合、法律が定める処分要件に違反しているなどの理由により、当初から処分が違法であったときには本来の意味での取消しが行われ、処分時に遡って処分の効力は消滅する。当初から処分が違法であったとはいえないが、その後の事情の変化によって処分の効力を維持することが公益に適合しなくなったときは撤回が行われ、処分の効力は将来に向かって消滅する。ただし、相手方に利益を与える授益的な処分の場合には相手方を保護する必要があるため、相手方の不利益を上回るだけの公益上の必要性があるなど取消しを正当とする事情がある場合に限って取消し、撤回をすることができると解される⁽¹¹⁾。

これに対して法律が取消権や取消要件を定めていて法律の根拠があり、取消事由を制限していると解される場合には⁽¹²⁾、原則として法律が定める取消事由に該当する場合に限って取消し、撤回ができると解される。

(9) 国の埋立申請に対して都道府県知事がする承認が通常の意味での行政処分といえるかどうかについては議論の余地があるが、ここではとりあえず処分と考えるとにする。埋立承認の性質については3で後述する。

(10) 塩野宏・行政法 I [第6版]（有斐閣、2015年）189頁参照。

(11) 塩野・前掲書 190頁は、相手方の不利益の具体的状況、処分の瑕疵をもたらした原因などを比較考量し、処分にかかる法律の仕組みに即して取消しの可否を判断すべきであるとしている。

(12) ただし、法律が定める取消事由が必ずしも限定列举ではなく、例示的である場合もあり得るものと思われる。特に、法律が定める取消事由は撤回事由であるのが通例であり、これに該当しない取消事由（法的瑕疵）が処分当初から存在したというような事例が考えられる。

本件において知事が埋立承認の取消しができるかどうかについても、以上の原則に従って考えることができる。まず、知事の埋立承認の取消しに法律の根拠があるかどうかについては、埋立法 32 条は第 1 項から第 7 号に該当する場合には都道府県知事は免許その他の処分を取り消し、その効力を制限し、または原状回復を命じることなどができるとして、知事の取消権および監督処分権に関する規定を設けている。しかし、同条の規定は国以外の申請者による埋立免許の申請に対してのみ適用され、同法 42 条 3 項は国による埋立承認の申請には 32 条を準用していないので、埋立承認の取消しについて法律の根拠は存在しない。

したがって、前記の法律の根拠がない場合の原則に従い、当初から処分に違法性（瑕疵）があったときは知事は本来の取消しをすることが可能であり、当初から違法性があったとはいえないが、その後の事情の変化によって処分の効力を維持することが公益に適合しなくなったときは撤回をすることが可能となる。ただし、埋立承認は授益的行為であるから、相手方（国）の不利益を上回るだけの公益上の必要があるなど、取消しを正当とする事情があることが必要である。

なお、本来の取消しと撤回は必ずしも排他的なものではなく、処分の当初から違法性があり、しかもその後の事情の変化などによって処分の効力を維持することが公益に適合しない場合には、取消しと撤回の両方の意味を含む取消しをすることも可能であろう⁽¹³⁾。

翁長知事は、「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」（以下「検証委員会」という）を設置し、検証委員会は 2015 年 7 月 16 日に本件承認には当初から違法性（瑕疵）があったとする報告書を提出した⁽¹⁴⁾。報告書が本件埋立承認には当初から違法性があったとしていることによると、知事は報告書に基づいて本来の意味での取消しをすることを想定していると思われる。

ここで報告書の内容を概観しておくことにしたい。

報告書は検証項目 1 から 4 までの 4 つの項目について検証を行っている。

(13) この場合でも取消しと撤回が別個に行われるわけではなく、例えば先に取消しが行われたのであれば、後に撤回の理由が追加されることになると思われる。

(14) 報告書は 131 ページに及ぶが、全文が公開されている。<http://www.pref.okinawa.jp/site/chijiko/henoko/documents/houkokusho.pdf>

検証項目1は「埋立の必要性」に関する検証であり、埋立の必要性は承認に際して沖縄県が設定した審査基準である。検証項目2は「法4条1項1号該当性」、検証項目3は「法4条1項2号該当性」、検証項目4は「法4条1項該当性」に関するものである。埋立法4条1項1号から6号は埋立免許を認める場合の要件を規定しており、同法42条3項は同法4条を国による埋立申請に準用しているため、知事が国に対して埋立を承認する要件は同法4条1項が適用され、私人等による埋立免許の申請と同じ基準によることになる。報告書の検証項目2から4は、同項1号から3号までの該当性に関する検証である。報告書は、結論として以上の検証項目1から4のいずれについても本件承認は要件を充足しておらず、したがって違法性（瑕疵）があると結論づけている。

検証項目1は、前記のように埋立の必要性に関する検証である。報告書は、「埋立ての必要性」の要件について「適」とした本件審査結果⁽¹⁵⁾については、①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論理の飛躍（審査の欠落）があること、②「埋立必要理由書」の説明には重大な疑念があり、埋立ての必要性が存在すると認定することは困難であること、③その審査の実態においても具体的審査がなされていないこと、などの点から、本件埋立承認出願が埋立ての必要性の要件を充足していると判断するのは困難であり、法律的な瑕疵があると評価せざるを得ないとしている。

検証項目2は、埋立法4条1項1号が定める「国土利用上適正且合理的ナルコト」という要件の該当性に関する検証である。報告書は、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考量して総合的に判断する必要があるとした上で、埋立によって得られる普天間基地の危険除去という利益は確かに大きい、その反面で珊瑚礁やジュゴンを含む自然環境の不可逆的な破壊、漁業への悪影響、新基地での普天間と同様な危険の発生、沖縄県の基地集中による発展の阻害などの失われる利益の方が大きいとして、本件埋立承認申請はこの要件に該当しないと判断している⁽¹⁶⁾。

(15) ここにいう審査結果とは、前知事が埋立承認をする根拠となった「本件審査結果書」を意味するとされている。報告書10頁参照。

(16) 沖縄県民の反対がきわめて強いことは本項目の該当性の考慮要素となり得るようにも思われるが、報告書では考慮されていない。

検証項目3は、埋立法4条1項2号が定める「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」という要件の該当性に関する検証である。報告書は、本件事業について環境アセスメントを行った際に、前知事は環境影響評価法24条に基づく意見書に多くの指摘事項(4~500項目)を記載していたにもかかわらず、なぜ埋立を承認したのかが明らかでないこと⁽¹⁷⁾、珊瑚礁やジュゴンなどの生物や生態系に対する影響が定性的評価にとどまっており、定量的評価(具体的な数値による評価)が行われていないこと、オスプレイの飛行による騒音や気流の影響が評価されていないことなどを指摘して、本件埋立承認申請は同項の要件を充足していないと判断している。

検証項目4は、埋立法4条1項3号が定める「埋立地ノ用途ガ土地利用又ハ環境保全ニ関スル国又ハ地方公共団体(港務局ヲ含ム)ノ法律ニ基ク計画ニ違背セザルコト」という要件の該当性に関する検証である。報告書は、辺野古周辺には法律に基づく環境計画として「生物多様性国家戦略2012-2020」⁽¹⁸⁾、「生物多様性おきなわ戦略」⁽¹⁹⁾があり、沖縄県が策定した環境計画として「琉球諸島沿岸海岸保全基本計画」⁽²⁰⁾があるが、本件埋立承認申請はその内容または手続に違反しており、よって同号の要件を充足しないと判断している。

以上は報告書のごく一部の要約であるが、報告書の内容が客観的な事実であるとすれば、前知事による埋立承認は埋立法4条1項1号から3号までの要件を充足していることについて十分な検討を行っておらず、したがっ

(17) 環境影響評価法33条3号により、知事が埋立免許・承認を行うかどうかを判断する際に、埋立法4条1項2号該当性については環境影響評価法24条の意見書の内容を考慮するものとされている。知事は意見書で多くの問題点を指摘したにもかかわらず、十分な説明をしないで埋立免許・承認をしたとすれば、整合性を欠くことになる。

(18) 生物多様性条約及び生物多様性基本法に基づき、生物多様性の保全および持続可能な利用を目的とする国の基本的な計画。1995年に最初の生物多様性国家戦略を策定し、これまでに4度の見直しを行った。

(19) 前掲の生物多様性条約及び生物多様性基本法13条に基づき、沖縄県が策定した計画。

(20) 2003年4月に沖縄県が策定した計画で、東洋のガラパゴスと言われるほど貴重な生物が生存する海岸を維持、復元、創造して次世代に引き継ぐことを目的とする。

て十分な理由も提示していない可能性が高いと思われる。よって、埋立承認は知事の政策的専門的判断を要する典型的な裁量行為であるとはいえ、判断過程に看過し難い過誤欠落があり、裁量権の逸脱濫用があるとして、違法と評価される可能性がある。そして、承認の判断過程に看過し難い過誤欠落があるにもかかわらず、国が埋立工事を継続することは公益に反するから、承認を取り消すことには相手方（国）の不利益を上回る公益上の必要性があることになると思われる。この場合、知事は埋立承認を取り消すことができることになろう。

逆に、報告書の内容が事実と反しており、前知事による埋立承認は埋立法4条1号から3号までの要件を満たしていることについて説得的な理由を提示しているとすれば、埋立承認は適法であることになる。この場合は知事は埋立承認を取り消すことはできないことになろう。

なお、(1) で見たように知事は破砕許可の取消しをする可能性があるが、この場合の考え方も埋立承認の取消しと同様である。破砕許可の権限を定めた規則には取消権の規定がないが、知事は取消しをすることができ、防衛局が許可条件に違反して埋立区域外で破砕行為を行ったことは取消事由になると解される。これは許可がなされた後に生じた事情であるから、ここでの取消しは撤回に当たる。破砕許可は授益的行為であるから、相手方（国）の不利益を上回る公益上の必要性があるなど、取消しを正当とする事情がある場合に取消し（撤回）が可能となる。

3 防衛局長による審査請求の問題点

前述の1で見たように、知事は2015年3月に防衛局による作業が岩礁破砕許可を受けた範囲外の海域で岩礁を破砕しており、同許可に付された条件に違反しているとして、防衛局長に対して工事中止を指示した。これに対して防衛局長は行審法に基づいて農水大臣に審査請求および執行停止の申立を行い、同大臣は同月中に工事中止指示の執行停止を決定した。知事はさらに埋立承認を取り消す手続を開始したが、埋立承認の取消しが行われた場合にも防衛局長は埋立法を所管する国交大臣に対して行審法に基づいて審査請求と執行停止申立てを行い、同大臣はこれらを認容する可能性が高いものと思われる。

なお、これらの審査請求等が行われるのは、岩礁破砕許可や埋立承認に関する事務は地方自治法2条9項1号の法定受託事務（第1号法定受託事

務)とされており⁽²¹⁾、同法 255 条の 2 第 1 号によって法律を所管する大臣に審査請求できることを根拠としている。

以下、より影響が大きと思われる埋立承認の取消しに対する審査請求や執行停止の可否についてまず検討する。既に行われた工事中止指示に対する審査請求の可否は同じ考え方に基づいて判断することができる。

国や地方公共団体などの行政主体の行為には、私人の行為と同様に私人の資格で行われるものと、国や地方公共団体固有の資格で行われるものがある。契約の締結や営業許可、建築確認の申請などは、行政主体が行う場合であっても私人が行う場合と何ら異なるところはないから、私人の資格で行われるということが出来る。他方で行政処分や国の地方公共団体に対する関与などはごく一部の例外を除いてもとより私人が行うことができるものではなく、国や地方公共団体固有の資格で行われる⁽²²⁾。

私人の資格で行われる行為であれば、国や地方公共団体は私人と同様に民事訴訟や行政訴訟、行審法による不服申立てをすることができる。例えば、国と売買契約を締結した相手方に債務不履行があれば国は民事訴訟で履行を請求したり損害賠償請求をすることができるし、地方公共団体が食堂の営業許可を申請⁽²³⁾したが不許可処分を受けた場合には行審法に基づく不服申立てや不許可処分の取消訴訟を提起することができる。

これに対して、国や地方公共団体固有の資格で行われる行為は私人の行為ではなく、行政権の行使に当たるから、国や地方公共団体は固有の資格で行った行為について民事訴訟や取消訴訟、行審法による不服申立てをすることはできないのが原則である。例えば、市長がした生活保護の支給拒否処分に対して申請者が都道府県知事に審査請求をしたところ、知事が支給拒否処分を取り消す裁決をした場合において、市(市長)が行審法に基づく不服申立てをしたり行政事件訴訟法(以下「行訴法」という)に基づ

(21) 水産資源保護法 35 条の 2、漁業法 51 条 1 号。

(22) 地方自治法 245 条柱書きは、国の機関が行う同条 1 号から 3 号までに掲げる行為のうち、「普通地方公共団体はその固有の資格において当該行為の名あて人となるものに限り」、同法にいう関与に当たると規定している。国・地方公共団体固有の資格で行われる行為と、私人の資格のようにそれ以外の資格で行われる行為があるということは、実定法もこれを前提としている。

(23) このような事例はあまりないかも知れないが、長野県松本市の上高地には松本市営食堂があり、同食堂は食品衛生法による営業許可を受けているはずである。

いて取消訴訟を提起して取消裁決の取消しを請求することはできない。また、市町村長が総務大臣に対して法定外普通税の新設の同意を求めたところ同大臣が同意を拒否した場合において、当該市町村（長）が行審法に基づく不服申立てをしたり行訴法に基づいて取消訴訟を提起して不同意の取消しを請求することはできない。

それは市長のした支給拒否処分や市町村長のした同意の申請は私人の行為ではなく、地方公共団体固有の資格で行った行為であり、行政権の行使に当たる行為であるから、これに関する市と県および市と国の間の紛争は「国又は公共団体の機関相互間における権限の存否又はその行使に関する紛争」（行訴法6条）であり、特別な法律の定めがある場合に限って争訟を提起できる（同法42条）と解されるからである。あるいは行政権は法令で認められた権限に基づいて行使されるものであり、私人としての権利や法的利益に基づいて行使されるものではないから、国や地方公共団体はそもそも私人の法律上の利益を保護するための制度である民事訴訟や取消訴訟、行審法による不服申立てによって保護を求める法律上の利益を有しないということもできる。

では、本件における国の埋立申請はどちらの資格で行われたのであろうか。埋立法は、私人による埋立申請と国による埋立申請を区別し、私人の申請には埋立免許を行い（2条）、国の申請には埋立承認を行うものとしている（42条）。そして、同法42条2項は、申請手続（2、3条）、免許基準（4条）、損害（損失）の補償（5～10条）などの規定を国による埋立に準用しているが、工事の竣工認可（22条）、埋立地の所有権の取得（24条）、埋立免許の取消しや条件の変更、原状回復命令等の監督処分（32、33条）、免許の失効（34条）などの規定を準用していない。

このように埋立法が私人による埋立と国による埋立を区別しているのは、両者の性質が異なるからであろう。私人の埋立は工場用地造成やリゾート施設建設など私的利益の実現を目的とするのに対し、国の埋立はインフラの整備による公益の実現を目的としている。国と都道府県知事はともに公益の代表者として相互に協力し合うことを前提としているのであり、埋立免許の取消しや監督処分の規定が準用されていないのは、相互の協力を前提とすればこれらの規定を適用する必要がないためであると解される⁽²⁴⁾。

よって、私人による埋立と国による埋立は異なっており、前者は私人の資格で行われるのに対し、後者は国固有の資格で行われると解すべきであ

る。実際にも私人が軍事基地造成のために埋立を申請することなどあり得ないであろう。したがって、国による埋立申請は国固有の資格で行われたものであり、知事が埋立承認を取り消した場合において、国は行審法による審査請求や執行停止の申立てはできないと解される。

仮に審査請求ができるとすると、国の機関による審査請求や執行停止申立てを同じ国の機関である国交大臣が審理することになり、一方的に国に有利となって不公正である。また、審査請求に対する裁決や執行停止決定を処分庁（本件では沖縄県知事）が争うことは困難であるから、この面から見ても不公正である⁽²⁵⁾。さらに、国による埋立については知事が事実上国の監督に服することになり、このような事態は国の地方公共団体に対する関与は必要最小限度とし、地方公共団体の自主性および自立性に配慮しなければならないとする地方自治法の原則（245条の3第1項）に違反するおそれがある。

ここで埋立法42条1項の埋立承認の性質について検討しておきたい⁽²⁶⁾。国以外の申請者からの埋立申請に対しては同法2条に基づいて埋立免許が行われるが、この埋立免許の性質は申請者に埋立権原を付与する形成的な処分（行政処分）である⁽²⁷⁾。したがって、申請に対して拒否処分を受けた申請者や、いったん免許を受けたものの同法32条に基づいて免許の取消処分や監督処分を受けた申請者は行審法に基づいて不服申立てをすることができるし、取消訴訟を提起することもできる。

これに対して、同法42条1項の承認は埋立免許とは異なると考えられるが、具体的にどのような性質の行為であるかについては議論の余地があ

(24) 付言すれば、本来は国と都道府県が協力し合うことを前提として埋立の承認がなされるはずである。本件のように国と沖縄県の間で激しい対立が生じているのはこのような前提を欠いていたからであり、それ自体が本件埋立承認に何らかの瑕疵があったことをうかがわせる。

(25) 地方自治法255条の2による審査請求制度の問題点については、塩野宏・行政法III〔第4版〕（有斐閣、2012年）246頁参照。同書は、大臣の裁決に対して地方公共団体が出訴できる仕組みの必要性を示唆している。

(26) この点を検討するものとして、畠山武道「米軍普天間飛行場の辺野古移設問題」法律時報87巻7号（2015年）1頁、2～3頁参照。

(27) 形成的な処分（形成行為）とは、相手方に特別な資格や法的地位を付与したり剥奪したりする処分である。前掲、塩野宏・行政法I〔第6版〕133～144頁参照。伝統的な分類に従えば、特許に当たると解される。

る。

この点について、もっとも古典的な見解は、①「国は本来的に公有水面を直接排他的に支配する権能を有しており、国はこの権能に基づいて埋立をなするので、国のなす埋立てには埋立権を要せず、都道府県知事が海面に対して有する機能管理権との調整上のかねあいから知事の承認を要することとされたにすぎない」⁽²⁸⁾というものである。この見解によれば、承認は埋立権原を付与するわけではないから、権力的な行為でも処分でもないということになる⁽²⁹⁾。次に、②埋立承認は国に埋立権原を付与する形式的な権力的行為であって処分に当たるという考え方⁽³⁰⁾、③埋立承認は形式的な権力的行為であって処分に当たすが、承認申請は国固有の資格で行われるものであるから、国は取消訴訟や行審法に基づく不服申立てはできないという考え方があり得る。③の考え方では、国は都道府県知事の処分に不服がある場合、地方自治法に規定された関与の手続（具体的な手続については4で後述する）によって解決すべきであるということになる。

①の考え方は、埋立法が制定された1921年当時の法体系をそのまま肯定し、同法が環境保全法へと性格を変えたことを過小評価するものとされており⁽³¹⁾、今日ではもはや妥当性を持たないと考えられる⁽³²⁾。②は伝統的な処分概念と整合性があるが、処分であれば国は取消訴訟や不服申立てができるのではないかという問題が生じることになる。③については、国固有の資格で行われた承認申請に対して国民の権利義務を形成したり確定

(28) 前掲、畠山武道「米軍普天間飛行場の辺野古移設問題」法律時報87巻7号2頁。同稿は、岩国基地埋立事件の山口地判平24.6.6（判例集未掲載）はこの考え方によっているとしている。

(29) この場合、承認は国と都道府県との間の内部的な通知に過ぎないことになるが、都道府県知事は埋立法4条1項各号の該当性を審査する権限があるのだから、同法は承認を単なる事実行為としての通知として位置づけているのではないと解される。

(30) 岩国基地埋立事件の控訴審判決である広島高判平25.11.13（裁判所HP）はこの考え方によっている。同判決は、原告（処分の相手方以外の第三者としての住民）との関係では埋立承認は処分性を有すると判断したとも考えられる。

(31) 前掲、畠山武道「米軍普天間飛行場の辺野古移設問題」法律時報87巻7号3頁。

したりする処分はなし得ないのではないか、また処分であるとするれば取消訴訟や不服申立てができるのではないかという疑問が生じる点で伝統的な処分概念とは整合性を欠く面があるが、埋立申請が国固有の資格で行われ、取消訴訟や不服申立てができないのは、地方自治法が国と地方公共団体との間の紛争については取消訴訟や不服申立てではなく、同法の関与の規定に基づいて解決するというルールを定めたからであり、制定法によって処分概念が修正されたためであると理解することができるものと思われる⁽³³⁾。筆者は③の理解が簡明であり、法令の規定にも適合していると考ええる。

以上の考え方は、工事中止指示や破砕許可の取消しにも妥当する。破砕許可の根拠法規である規則（沖縄県漁業調整規則）は、国や地方公共団体による申請と私人による申請を区別していない。しかし、岩礁破砕は埋立に伴うものであり、埋立法が私人による埋立と国による埋立を区別し、国の埋立承認申請は国固有の資格によるものと解されるのであるから、これと不可分な破砕許可申請も国固有の資格によるものと解すべきである。このように解するとすれば、国（防衛局長）は工事中止指示に対して審査請求をすることはできず、農水大臣に審査権限はないから、既になされた工事中止指示の執行停止決定（および今後予想される工事中止指示を取り消す認容裁決）は無権限の行為であり、無効であることになる。

4 地方自治法に基づく解決

前記3で見たように、国による埋立承認申請および岩礁破砕許可申請は国固有の資格で行われたものであり、私人の資格で行われたのではないから、知事による埋立承認の取消し、工事中止指示および岩礁破砕許可の取

(32) 山口真弘・住田正二・公有水面埋立法（日本港湾協会、1954年）329頁は、「埋立の承認は、当該官庁が、特定の公有水面を埋め立てて、土地を造成し、竣工通知の日において行政主体に埋立地の所有権を取得させる権利を設定する行為である」として、国の機関としての地方長官（都道府県知事）が埋立承認を申請した国の機関（官庁）に対して埋立権原および埋立地の所有権を取得させる行為であるとしている。戦後間もない時期の都道府県知事による埋立承認が機関委任事務だった時代の考え方であるが、国は自由に埋立ができるわけではなく、都道府県知事による埋立権原の付与が必要だと理解されている。

(33) つまり、地方自治法が①と②を修正したことになる。

消しに対して国（防衛局長）は行審法に基づく審査請求や執行停止申立て、取消訴訟の提起はできないと解される。そこで国はどうすべきかが問題となるが、本件は国と地方公共団体（沖縄県）の権限行使をめぐる紛争であり、地方自治法はこのような紛争に対する争訟手続を用意している。

(1) 是正の指示

同法 245 条の 7 第 1 項は、「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に講ずべき措置に関し、必要な指示をすることができる」と規定している。本件でも国交大臣が知事のした埋立承認の取消しが違法または適正を欠くと考えるとき、または農水大臣が知事のした工事中止指示または破碎許可の取消しが違法または適正を欠くと考えるときは、本条の是正の指示をすることができる。

そして、同法 250 条の 13 第 1 項は、国の関与のうち公権力の行使に当たるものについては、関与を受けた地方公共団体は国地方係争処理委員会に審査の申出をすることができる」と規定している。是正の指示は公権力の行使に当たるので、本件でも沖縄県は同項に基づき、同委員会に対して審査の申出をすることができる。

さらに沖縄県は同委員会の審査の結果または勧告に不服がある場合には、国の行政庁（国交大臣または農水大臣）を被告として高等裁判所に対して関与（指示）の取消しを求める訴えを提起することができる（251 条の 5 第 1 項）。よって、第三者機関である同委員会のほか、裁判所の判断も受けられるのであるから、審査請求による解決よりははるかに公正である。

(2) 代執行

同法 245 条の 8 第 1 項は、「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また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 8 項までに規定する措置以外の方法によっ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」と規定している。

この勧告をした場合には、都道府県知事が期限までに勧告に係る事項を行わないときは、各大臣は都道府県知事に対して当該事項を行うべきことを指示することができる（2項）。都道府県知事が当該事項を行わないときは、各大臣は高等裁判所に対し、訴えをもって、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（3項）。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項）。都道府県知事が第6項の裁判に従って当該事項を行わないときは、各大臣は当該都道府県知事に代わって当該事項を行うことができる（8項）。

本件においても、国交大臣が知事のした埋立承認の取消しについて、農水大臣が知事のした破砕許可の取消しについて、それぞれ法令の規定に違反し、同条第1項から第8項までに規定する措置（代執行）以外の方法によっ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考えるのであれば、第1項の勧告（承認取消しの取消しの勧告など）を行い、知事が従わない場合には第2項の指示を行い、さらに第3項の訴えを提起して判決を得た場合には自ら埋立承認の取消しや破砕許可の取消しを取り消すことができる。この代執行手続は司法判断を経ているので、審査請求による解決よりはるかに公正である。

ただし、代執行は代執行以外の解決によることが困難であり、かつ、それを放置することが著しく公益を害することが明らかである場合に限って認められる例外的な措置である（同条第1項柱書き）。本件においては、防衛局長が各大臣に対する審査請求をすることができないことは前述のとおりであるが、各大臣が知事の承認取消しや破砕許可の取消しが違法であると考えるのであれば、まず同法245条の7の是正の指示をすべきであり、それでは不十分である場合に限って、同法245条の8の勧告を行い、代執行の手続をとるべきである。

5 その他の争訟による解決

以上のように、本件における埋立承認の取消しや破砕許可の取消し、工事中止指示をめぐる紛争は地方自治法に従って解決すべきである。しかし、

実際には知事が埋立承認の取消しを行った場合、工事中止指示のときと同様に防衛局長は行審法に基づいて審査請求と執行停止の申立てを行い、同じ国の機関である国交大臣はいわば身内の判断でこれらを認容して工事を継続する可能性も高いと思われる。

この場合には、まず知事は同法 245 条の 13 第 1 項に基づいて、裁決および執行停止決定に不服があるとして国地方係争処理委員会に対して審査の申出をすべきである。審査の申出の対象となるのは、国の関与のうち公権力の行使に当たるものであるが（同項）、同法 245 条 3 号の個別的関与についてはカッコ書きにより不服申立てに対する裁決・決定が除外されているため、裁決・決定に対しては審査の申出ができないようにも思われる。しかし、同号により除外されるのはあくまでも適法な不服申立て（審査請求）に限られると解すべきである。正当な当事者からの審査請求に対し、権限のある審査庁が裁決を行ったのであれば、同委員会に対して審査の申出をする必要は認められないであろう。ところが、本件のように不服申立適格を有しない国（防衛局長）が審査請求を行い、審査権限のない国交大臣が審査を行った場合には、当該審査請求は不適法であるとともに、裁決や執行停止決定は無権限の行為として無効であるというほかはない。このような不適法な審査請求は同号カッコ書きによって除外されることはなく、むしろ法律に基づかない違法な関与（245 条 3 号の個別的関与）として、審査の対象となると解する必要がある。知事が審査の申出をすれば、審査の対象となるかどうかも含めて同委員会の判断を受けることができ、さらに審査の結果に不服があるときは裁判所の判断を受けることができる。

もう一つ考えられるケースは、防衛局長が知事のした承認の取消しは無効であると主張して、取消しを無視して工事を継続することである⁽³⁴⁾。防衛局長が審査請求をして国交大臣が執行停止決定をした場合も防衛局は

(34) 知事に承認の取消権があることは本稿でも見たように確立された法解釈である。そして、知事のした承認の取消しが無効となり、国が判決等を得ないで承認取消しを無視することができるのは、行政処分準じて考えるとすれば、承認取消しの当初から重大な瑕疵（違法性）があり、それが何人にも明白な場合である。そのような重大明白な瑕疵があることは現実には考えにくいので、国が権限ある機関によって取消しがなされていないのに承認取消しを無視して工事を継続するという事態が発生するとすれば、それは法治主義および法治国家からの逸脱である。

工事を継続すると思われるので、知事は工事の継続による不可逆的被害の発生を防止する方法を講じる必要がある。

この場合には、沖縄県は埋立承認の取消しによって国が埋立を行う法的根拠（権原）が消滅したことを理由として、民事訴訟による工事の差止請求および仮処分申請をすることが考えられる。しかし、宝塚市パチンコ条例事件の最高裁判決⁽³⁵⁾が行政上の義務の履行を求める訴えは法律上の争訟に当たらず、不適法であると判示しているので、本件差止訴訟も埋立承認の取消しに伴う行政上の義務の履行を求める訴えとされて不適法とされる可能性がある。

この点については、宝塚の事例は市の条例に基づいて工事中止命令が出されたのであるから行政上の義務の履行を求める訴えといえるが、本件では知事の取消権の行使によるものとはいえ、法律で定められた埋立の法的根拠（権原）が消滅したために不作為義務が生じたのであるから、単に法律上の義務の履行を求める訴えであって、行政上の義務の履行を求める訴えには当たらないといえることができるのではないだろうか⁽³⁶⁾。そもそも前記最高裁判決は、財産上の請求のみが法律上の争訟に当たるという前提に立って行政上の義務の履行を求める訴えは法律上の争訟に当たらないと判示していると解され、法律上の争訟の意味を狭くとらえずぎているとも考えられる。同判決の判断は見直すべきである。

おわりに

本稿の検討によれば、本件における法律問題は取消訴訟や行審法に基づく審査請求によるのではなく、国と地方公共団体の関係を定めた地方自治法の規定に基づいて解決するべきである。その際に重要なことは争訟の結果そのものではなく、国と沖縄県が主張と議論を尽くすことにより、沖縄県民が納得できるような解決の道筋が示されることであろう。国が主張するように環境への影響は小さく、辺野古新基地建設以外に解決策がないことが明らかになれば県民の理解は進むであろうし、逆に環境への影響は無

(35) 最判平 14.7.9 民集 56 卷 6 号 1134 頁。

(36) このように解さないとすれば、免許を受けなくて埋立工事をしたり、免許条件に違反して埋立工事をする者がいる場合に工事を中止させることができないことになる。同様な問題は建築基準法違反により除却命令を受けた建物に人が立て籠もり、代執行ができない場合にも発生する。

視できず、辺野古新基地建設以外の代替案があるならば、国は代替案を真剣に検討すべきである。国地方係争処理委員会の審査や同法に規定された訴訟手続は、そのような議論の場として機能することが期待される。

沖縄県民の理解を進めるためには全県で住民投票を行うことも有効な方法である⁽³⁷⁾。投票の過程で国と県が同じテーブルについて新基地建設の利害得失や代替案の可能性について議論を尽くすことにより、双方にとって解決策を模索し、住民の理解を得るためのまたとない機会となるはずである。

(37) 沖縄県では、1996年9月8日に「米軍基地縮小と日米地位協定の見直し」を求める住民投票が全県で実施されたという実績がある。この投票では、賛成が91.3%、反対が8.7%（投票率59.5%）という結果となった。住民投票の意義と実例については、武田真一郎・吉野川住民投票－市民参加のレシピ（東信堂、2013年）を参照されたい。