

## 沖縄県が辺野古訴訟で問う地方自治

白藤博行（専修大学名誉教授）

〔2024年1月26日（専修大学神田キャンパス7号館3階731教室）〕

### はじめに

こんばんは。白藤です。本日は、福井先生と一緒に報告させていただきます。高校生の方もいらっしゃるので、できるだけ分かりやすくお話しできればと思いますが、首尾よくいくかどうか分かりません。何なりと後でご質問いただければありがたいというふうに思います。

私は、辺野古新基地建設をめぐる国と沖縄県との間の紛争（争訟）についてお話しします。個人的には、この紛争に8年あまり前からかかわっておりまして、途中から、「辺野古訴訟支援研究会」というチームで沖縄県の地方自治保障のたたかひの法的支援を行ってまいりました。月に1回ほどの定例研究会のほか、適時に、シンポジウムを開催したり、裁判所に提出する鑑定意見書の作成をしたりしてきました。

【資料1】に、辺野古新基地建設問題対策課の作成した「これまでの訴訟一覧」（2024年5月1日現在）を添付しましたが、その第14番目の「代執行訴訟」について、2023年12月20日、福岡高裁那覇支部の判決がでました（結果は、沖縄県の「敗訴」）。本日は、もっぱらこの代執行訴訟についてお話をさせていただきます。

この訴訟一覧をみると、沖縄県の「敗訴」が目立ちます。ただ、判決や決定の内容を丁寧に読んでいただくと、沖縄県の「敗訴」の原因は、結局、裁判所がきちんと内容の審査をしない（つまり、実体審理をしない）ことに原因がありそうだとことがわかっていただけだと思います。「敗訴」の側が、こういうことをいうと、言い訳がましくなりますが、後で少しその理由について詳しくお話しします。

### 1. 代執行訴訟に至るまでの経緯

代執行訴訟に至るまでの直近の事案の概要は、以下のようです。国は、公有水面埋

【資料1】これまでの訴訟一覧（令和6年5月1日現在）

取り下げ：4件、敗訴：8件、係争中：2件

	訴訟	提訴日	勝敗	詳細
H30・10 玉城知事就任	① 代執行訴訟	H27.11.17 【国の提訴】	(和解による) 取り下げ	【機関訴訟】 1審:高裁 ※ 和解により国取り下げ
	② 抗告訴訟(執行停止決定)	H27.12.25 【県の提訴】		【抗告訴訟】 1審:地裁 ※ 沖縄防衛局の審査請求の取下げにより県取り下げ
	③ 関与取消訴訟(執行停止決定)	H28.2.1 【県の提訴】		【機関訴訟】 1審:高裁 ※ 和解により県取り下げ
	④ 不作為違法確認訴訟	H28.7.22 【国の提訴】	最高裁 敗訴	【機関訴訟】 高裁:(国の)請求認容 最高裁:(県の)上告棄却 (H28.12.20)
	⑤ 岩礁破碎差止訴訟	H29.7.24 【県の提訴】	敗訴 (中身に入らず)	【当事者訴訟】 地裁:訴え却下 高裁:控訴棄却(H30.12.5) 上告受理申立てを判決前に県取り下げ
	⑥ 関与取消訴訟(執行停止)	H31.3.22 【県の提訴】	取り下げ	【機関訴訟】 1審:高裁 ※ 係属中に裁決がされたため、県取り下げ
	⑦ 関与取消訴訟(裁決)	R元.7.17 【県の提訴】	最高裁 敗訴 (中身に入らず)	【機関訴訟】 高裁:訴え却下 最高裁:上告棄却(R2.3.26)
	⑧ 抗告訴訟(裁決)	R元.8.7 【県の提訴】	最高裁 敗訴 (中身に入らず)	【抗告訴訟】 地裁:訴え却下(R2.11.27) 高裁:控訴棄却(R3.12.15判決) →12.28上告受理申立て 最高裁:上告棄却(R4.12.8)
	⑨ 【サンゴ】 関与取消訴訟(是正の指示)	R2.7.22 【県の提訴】	最高裁 敗訴	【機関訴訟】 高裁:請求棄却 最高裁:上告棄却(R3.7.6) ※ 2名の反対意見
	⑩ 関与取消訴訟(裁決)	R4.8.12 【県の提訴】	最高裁 敗訴	【機関訴訟】 高裁:訴え却下 最高裁:不受理決定(R5.8.24)
	⑪ 関与取消訴訟(是正の指示)	R4.8.24 【県の提訴】	最高裁 敗訴	【機関訴訟】 高裁:請求棄却 最高裁:上告棄却(R5.9.4)
	⑫ 抗告訴訟(裁決)	R4.9.30 【県の提訴】	係争中	【抗告訴訟】 地裁:却下判決(R5.11.15) 高裁:係属中
	⑬ 【サンゴ】 関与取消訴訟(是正の指示)	R5.8.17 【県の提訴】	最高裁 敗訴	【機関訴訟】 高裁:請求棄却(R6.2.15) 最高裁:不受理決定(R6.4.25)
	⑭ 代執行訴訟	R5.10.5 【国の提訴】	最高裁 敗訴	【機関訴訟】 高裁:承認命令(R5.12.20) 最高裁:不受理決定(R6.2.29)

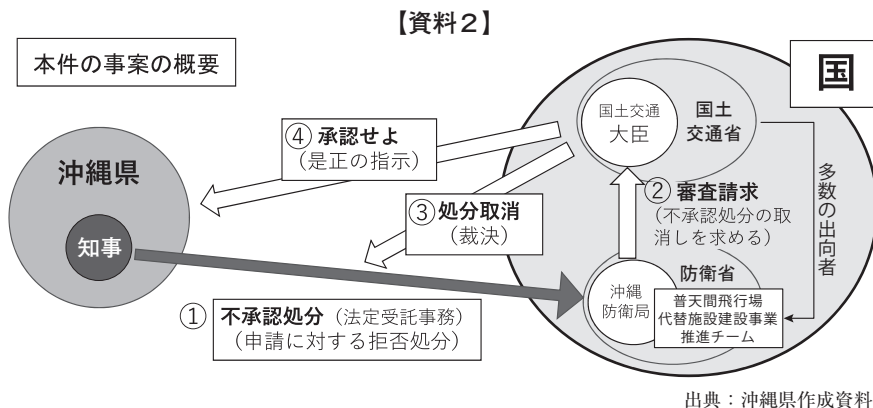
①～④:翁長前知事の行った埋立承認取消し(H27.10.13)を巡る訴訟

⑥～⑧:謝花副知事の行った埋立承認取消し(撤回。H30.8.31)を巡る訴訟

⑩～⑭:玉城知事の行った変更不承認処分(R3.11.25)を巡る訴訟

出典：沖縄県辺野古新基地建設対策課ウェブサイト

立法（以下、「公水法」）に基づいて、これまで辺野古新基地建設の埋立事業を強行してきましたが、その埋立予定地である大浦湾の海底軟弱地盤が発覚したことで、もはや当初の埋立承認の設計では埋立工事が不可能になりました。そこで、公水法上の埋立変更承認の申請を余儀なくされました。沖縄県知事は、この申請に対して不承認としたため（【資料2】の①）、国（沖縄防衛局）は、この不承認処分に対する審査請求（同②）を行い、これに審査庁である国土交通大臣は不承認処分を取り消す裁決で応えました（同③）。さらに、この取消裁決に従わない沖縄県に対する「是正の指示」の関与を行ってきました（同④）。沖縄県は、これに対して、【資料1】の⑩から⑬の訴訟を提起しましたが、いずれも「敗訴」となりました（ただし、⑫は係争中）。本件代執行訴訟は、この「是正の指示」の取消訴訟についての最高裁2023年9月4日判決に従わない沖縄県に対して、国から提起されたものです。



辺野古新基地建設というのは、そもそも国が、世界で最も危険な普天間基地を米軍から返還してもらう代わりに、名護市の辺野古崎と大浦湾の海域を埋め立てて新基地を建設して、アメリカが使う軍事基地として提供するという計画に基づいています。沖縄県民は、長年にわたって米軍軍事施設の70%以上を沖縄県に押し付けられているとの考えを持っており、この新基地建設については、またしても沖縄県の中で基地のたらい回しをするだけだということで、新基地建設反対の声が高いところです。その証拠に、新基地建設反対の故翁長雄志知事や現在の玉城デニー康裕知事を選出したり、2019年に実施された県民投票では70%以上の県民が反対の意思を表明したりしています。

こんな問題になったのは、もとをただせば、仲井眞弘多元知事が新基地建設反対派で当選して知事になったにもかかわらず、故安倍晋三首相が約束した補助金に目がくらんで、新基地建設容認派に転換し、埋立承認処分をしてしまったことに原因があります。この仲井眞知事が辺野古の海を埋め立てるという承認をした後、新基地建設反対を公約に当選した翁長知事は、仲井眞知事がした埋立承認を取り消すという処分を行ったため、これをめぐって【資料1】の①から④の訴訟が展開されました。

その後、翁長知事の逝去に伴い、謝花副知事が埋立承認の「撤回」（法的には、単に「取消」といってもよいが、埋立承認後の後発の事情の変更を理由にした「取消」）を行ったため、これをめぐって【資料1】の⑥から⑧の訴訟が展開されました。その後は、先に述べたような不承認をめぐる訴訟ということになります。

#### 【参考資料】「埋立変更不承認処分をめぐる経緯」についての当日レジュメ

国（防衛省沖縄防衛局）は、かねて辺野古崎沖・大浦湾周辺海域の埋立にかかる軟弱地盤改良工事のための埋立地用途変更と設計概要変更の承認を玉城デニー・康裕沖縄県知事に申請していた。これに対して知事は、公有水面埋立法（以下、「公水法」）が変更承認申請を認める「正当ノ事由」（13条の2）もなければ、国土利用上適かつ合理的であることの要件や環境保全・災害防止の要件（4条1項・2号）も満たさないと判断して変更不承認処分を行った。国は、地方自治法（以下、「自治法」）255条の2に基づき、国交大臣に同処分の取消を求める審査請求を行ったところ、同大臣は、行政不服審査法（以下、「行審法」）に基づき処分を取り消す「裁決」（以下、「取消裁決」）を行い、同時に、知事に変更承認処分を求める「勧告」（自治法245条の4）を行い、さらに追い打ちをかけるように同内容の「是正の指示」（同245条の7）も行った。沖縄県は、これを不服として国地方係争処理委員会に審査の申出を行い、さらに国交大臣の取消裁決の取消訴訟と是正の指示の取消訴訟（自治法251条の5の関与取消訴訟）を提起したが、いずれも棄却された。このうち福岡高裁那覇支部が2023年3月16日に是正の指示を適法であるとした判決（以下、「3.16高判」）の上告審である最高裁2023年9月4日判決（以下、「9.4最判」）があり、これを前提に、代執行訴訟が開始された。代執行訴訟は、福岡高裁那覇支部（2023年12月20日）が沖縄県知事に対して承認を命ずる判決を行い、これに対して上告受理申立が行われたものの、最高裁は、2024年2月29日、不受理決定を行った。（ただし、当日の報告後の経過を若干追加）

## 2. 地方自治法第245条の8の「代執行等」関与の規定

まず、地方自治法における「代執行等」関与の規定を見ておきましょう。

第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(①)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8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(②)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(③)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。」(ただし、①～③の番号は報告者挿入)と定めています。

同条第2項は、「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。」

同条第3項は、「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。」

同条第6項は、「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。」

そして同条第8項は、「各大臣は、都道府県知事が第6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。この場合においては、各大臣は、あらかじめ当該都道府県知事に対し、当該事項を行う日時、場所及び方法を通知しなければならない。」と定めています。

つまり、各大臣は、この規定に従って、まずは「勧告」、次に「指示」の代執行等関与を行い、そのうえで代執行訴訟を提起し、裁判所による執行命令があつて、それにも従わない都道府県知事がある場合、代執行を行うことができることになっています。

### 3. 辺野古代執行訴訟は、代執行訴訟要件を充足しているか

さて、辺野古代執行訴訟に即して、上記の①から③の代執行訴訟の要件の充足性について、福岡高裁那覇支部2023年12月20日判決（以下、「12.20高判」）を素材に具体的に考えてみましょう。以下の判決文における「令和5年最高裁判決」は、本稿における「9.4最判」のことである。

#### 3-1. 代執行要件①（法令違反等の要件）について

まず「12.20高判」は、「原告と被告との間で、国地方係争処理委員会、福岡高等裁判所那覇支部、最高裁判所の各所で争われたが、最終的には、前回訴訟における令和5年最高裁判決等において、被告の本件変更不承認を公有水面埋立法の本件規定に違反するものとした本件裁決や本件指示が適法に確定しているのであるから、被告の主張は理由がないものといわざるを得ない。令和5年最高裁判決の判示内容は、本件変更不承認を取り消した本件裁決が本件各規定に違反することを理由としていることを摘示した上で、被告が本件変更申請を承認しないことは「法令の規定」に違反していると判示するとともに、本件裁決と同様の判断過程により実体判断をして本件指示を適法とした原審（福岡高等裁判所那覇支部）の判断を結論において是認しており、ここでいう「法令の規定」が公有水面埋立法の本件各規定を指すことは明らかであって、本件変更不承認が公有水面埋立法の本件各規定に違反することについては既にその判断が確定しているのであるから、代執行に当たって本件変更申請が本件各規定の要件を充足することの主張立証を要するとの被告の上記主張は、独自の見解に立つものであって失当といわざるを得ない。（中略）そうすると、その余の点は判断するまでもなく、本件変更申請に対する被告の事務の管理等（本件変更申請を承認しないこと）については、法令違反等の要件に該当する。」と判決しました。

「12.20高判」が言うように、たしかに裁決と高裁判決は同じ判断過程で「実体判断」をしているとしても、「3.16高判」と「9.4最判」は、ずいぶん判断過程が違います。つまり、「3.16高判」が、その適否はともかく実体判断をしたのに対して、「9.16最判」は、高裁の実体判断にまったく触れないまま、もっぱら不承認を取り消した裁決の「拘束力」論に終止した形式審査です。それにもかかわらず、「3.16高判」と「9.4最判」の「実体判断」が同一であるというのは、いかにも「法律論」としては浅はかではない



でしょうか。

### 3-2. 代執行要件②(補充性の要件)について

次に、「12. 20高判」は、「地方自治法245条の8第1項にいう『本項から第8項までに規定する措置以外の方法』とは、地方自治法の定める法定受託事務の適正な執行を図るための措置をいい、具体的には、地方自治法245条の7の規定に基づく是正の指示等がこれに当たる」。「被告は、前記前提事実のとおり、法定受託事務に係る本件変更申請について本件変更不承認を行い、これを取り消す旨の本件裁決や本件変更承認をするよう本件指示を受けても本件変更承認をせずに、本件裁決や本件指示の取消しを求める各訴えを提起し、最高裁判所で敗訴が確定した後も何ら対応せず、前記のとおり主張するなどして本件変更承認をしない(略)。そうすると、被告において本件変更申請を承認しないという意思は明確かつ強固であるというほかなく、地方自治法245条の8所定の代執行以外の措置により法定受託事務である本件変更申請に係る沖縄県の事務の適正な執行を図ることは困難であると認められる」。「地方自治法245条の8第1項にいう『本項から第8項までに規定する措置(代執行等)以外の方法』とは地方自治法245条の7の是正の指示等をいい、被告主張の『対話』がこれに当たるとはいえない。」「現時点において被告が主張している対話とは、被告が本件変更申請を承認しないことを前提とするものであることは明らかであるから、本件変更申請に係る事務(法定受託事務)の適正な執行を図るための措置に当たるものとは認められない。被告の上記主張は、以上と異なる前提に立つものであるから、採用することができない」。「本件埋立事業に関し、地方自治法245条の8第1項から第8項までに規定する措置(代執行等)以外の方法によって、より早期に当該事務の適正な執行を図り得る方法があるといった事情は見当たらないから、本件変更申請に対する被告の事務の管理等(本件変更申請を承認しないこと)については、補充性の要件に該当する。」などと判決している。

この点、そもそも沖縄防衛局は「私人になりすまして」、もっぱら国民の権利利益の保護を目的とする行審法を濫用・誤用して審査請求を行い、まんまと国交大臣の取消裁決を得たところです。ならば、この裁決に従わない沖縄県に対して、なぜ、国は私人として変更承認を求める裁判として、行政事件訴訟法上の「義務付け訴訟」などの抗告訴訟を提起しないのでしょうか。突然、沖縄防衛局になり代わって、国交大臣が変更承認を求める「是正の指示」だとか、代執行訴訟だとか、大騒ぎしているのですが

合点がいきません。どうしても国交大臣の背後に「隠された国の意思」が存在する  
しか思えません。

沖縄県は、故翁長知事の時代から、紛争の解決に向けて、どれだけ国との対話を求  
め続けてきたことでしょうか。たとえば、故翁長知事が承認取消に対する「是正の指示」  
を争ったとき、当時の小早川光郎・国地方係争処理委員会委員長が国と沖縄県の双方  
に求めた「真摯な対話」はいったいどこに行ったのでしょうか。また、沖縄県の本土  
復帰50年に作成された新たな「建議書」に基づく「真摯な対話」の求めはどうしたの  
でしょうか。「対話」なき紛争解決は非現実的ではないでしょうか。「12. 20高判」も、「付  
言」において、対話による抜本的解決を示唆しているのではないですか。なぜ、本判決  
でそれを生かせないのでしょうか。

### 3-3. 代執行要件③(公益侵害の要件)について

さらに、「12. 20高判」は、「地方自治法245条の8第1項にいう『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』である場合とは、都道府県知事の法定受託  
事務の管理等が法令の規定若しくは当該各大臣の処分違反するものがある場合又は  
当該法定受託事務の管理等を怠るものがある場合において、それを放置することによ  
る社会公共の利益に対する侵害の程度が甚だしい場合のことをいうものと解するのが  
相当」であり、「本件変更申請は、本件承認処分当時の沖縄県知事からその周辺に学校  
や住宅、病院などが密集し騒音被害や航空機事故の危険性など、住民生活に深刻な影  
響を与えており、その危険性の除去が喫緊の課題である旨の指摘がされた普天間飛行  
場(略)の代替施設を設置するための公有水面の埋立て(本件埋立事業)に関し、本件承  
認処分後の事情を踏まえた地盤改良工事を追加して行うなどするためのものであると  
ころ、このように普天間飛行場の危険性が人の命や身体に大きく関わるものであるこ  
とに加え、本件変更申請から約3年半、本件裁決がされてから約1年半の期間が既に  
経過していること(略)も踏まえると、本件変更申請に係る事務がこのまま放置された  
場合には、本件埋立事業の進捗が更に遅延し、ひいては上記のとおり人の生命、身体  
に大きく関わる普天間飛行場の危険性の除去の実現がされず又は大幅に遅延すること  
となるものといえるから、なおこれを放置することは社会公共の利益を侵害するもの  
に当たるものと認められる」。「被告は、令和5年最高裁判決において、本件裁決の趣  
旨に従って改めて本件変更申請に対する処分をすべき義務を負う旨や、本件の事実関  
係等によれば本件変更申請を承認しないことは法令の規定に違反していると認められ



る旨の判断を受けているにもかかわらず、県知事たる被告が令和5年最高裁判決において法令違反との判断を受けた後もこれを放置していることは、それ自体社会公共の利益を害するものといわざるを得ない。」と判決した。

この点、国交大臣が裁判で主張できるのは、自らが所管する法律である公有水面埋立法にかかる「公益」侵害であるはずで、それなのに、この局面にきて、国交大臣は、国家の安全保障と普天間基地の固定化の回避といった一般的・抽象的な国家の「公益」侵害の明白性を主張・強調していますが、これらははたして公水法にかかる「公益」なのでしょうか。また、それは沖縄県が主張する県民の生存・生活利益および環境利益にかかる個別的・具体的な公益に当然にまさるといえるのでしょうか。少なくとも裁判所は、「沖縄県民の民意が公益」とした知事の意見陳述に耳を傾け、個別的・具体的に両者の「公益」を比較衡量することが不可欠ではないでしょうか。

#### 3-4. 異例の「付言」について～沖縄県知事の主張は「心情論」にすぎないのか

「12.20高判」には、異例にも、「令和5年最高裁判決において確認された本件変更申請に係る事務について生じている法令違反の状態を解消し、普天間飛行場の危険性の除去をできる限り早期に、かつ、現実的な形で実現するためには、当面のところ代執行によらざるを得ないことは、これまでに判示したとおりであるが、今後十数年にわたって予定されている本件変更申請に係る工事を進めるに当たっては、更なる設計概要変更等の必要が生ずる可能性もあり得るところ、法定受託事務に関する国の関与については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、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ていること（地方自治法245条の3第1項参照）も踏まえると、今後そのような事態が生じた都度、繰り返し訴訟による解決が図られることは、国と地方との関係をみた場合、必ずしも相当なものとはいえない。被告の指摘する歴史的経緯等を背景とした本件埋立事業に対する沖縄県民の心情もまた十分に理解できるところであり、国としても、沖縄県民の心情に寄り添った政策実現が求められている。このような観点からは、普天間飛行場の代替施設をめぐる一連の問題に関しては、国と沖縄県とが相互理解に向けて対話を重ねることを通じて抜本的解決の図られることが強く望まれている。」といった付言が付けられています。

しかし、判決本文中では、「法律論」の名のもとで、沖縄県知事に対する批判の限りを尽くしているようにしかみえません。すなわち、「本件においては、前記のとおり、被告のした本件変更不承認をめぐる国と地方の行政機関間の紛争は、被告の申立てに

より、地方自治法の定める紛争関係のための諸制度による解決が企図され、各機関により解決が示され、最終的には、前回訴訟における令和5年最高裁判決をもって最高裁判所によりその解決方法が確定したのであるから、地方の行政機関である被告沖縄県知事が確定した令和5年最高裁判決を放置することは、地方自治法の定める諸制度を踏みにじるものであることはもとより、憲法が基本原理とする法の支配の理念や法治主義の理念を著しく損なうものであって、社会公共の利益を甚だしく害するものといわざるを得ない。本件代執行手続については、紛争を同じくする訴訟(前回訴訟)等が被告沖縄県知事の申立てにより先行しており、ここにおいて解決が既に図られている点に留意されなければならない。」というように激しい批判を浴びせています。

要するに、「12.20高判」は、「9.4最判」によってすべて最終解決済みの問題について、何を沖縄はごねているんだという裁判所の「心情」の吐露をしているのです。このような裁判所の判断(特に上記の太字部分)は、代執行訴訟制度が、「代執行等」関与を各大臣の判断で行う「行政的関与」(「是正の指示」等)としての構成をとらず、わざわざ裁判所の判断を介在させている趣旨、つまり裁判所による「司法的関与」としての裁判所の執行命令制度を創設している趣旨をまったく理解していないものです。しかも、自治法245条の8第1項は、①から③の代執行3要件の実体審理(実体審査)を求めているだけでなく、これを満たしたうえで、さらに「勧告」(同1項)および「指示」(第2項)そのものの実体審理を行うことを前提としていることも無視しています。このことは、代執行訴訟制度のもとになった職務執行命令制度における裁判所の審査の範囲の判例を見落とすものです。以下の4で検討する砂川訴訟・最高裁判決(昭和35年6月17日)をご覧ください。

以上、いずれにしても「12.20高判」は、代執行要件①から③のいずれも満たさないものです。

#### 4. 沖縄県知事の不承認処分の実体的違法性について、だれが、いつ、どこで確定したのか？ 裁判所、特に最高裁は、実体審理をしたのか？ したとすれば、どのような実体審理をしたのか？

##### 4-1. 砂川訴訟・最高裁第二小法廷判決(昭和35年6月17日)

「地方公共団体の長は、地方住民の選挙によつて選任され、当該地方公共団体の執行

機関として、本来国の機関に対しては自主独立した地位を有するものではあるが、他面、法律に基き委任された国の事務を処理する関係においては、国の機関としての地位をも有するものである。したがって右後者の地位における事務処理については、国の指揮監督権に服すべきものである（国家行政組織法15条、地方自治法150条）。しかしながら、国の委任を受けてその事務を処理する関係における地方公共団体の長に対する指揮監督につき、いわゆる上命下服の関係にある、国の本来の行政機構の内部における指揮監督の方法と同様の方法を採用することは、その本来の地位の自主独立性を害し、ひいて、地方自治の本旨に戻る結果となるおそれがある。そこで、地方公共団体の長本来の地位の自主独立性の尊重と、国の委任事務を処理する地位に対する国の指揮監督権の実効性の確保との間に調和を計る必要があり、地方自治法146条は、右の調和を計るためいわゆる職務執行命令等訴訟の制度を採用したものと解すべきである。そして同条が裁判所を関与せしめその裁判を必要としたのは、地方公共団体の長に対する国の当該指揮命令の適法であるか否かを裁判所に判断させ、裁判所が当該指揮命令の適法性を是認する場合、はじめて代執行権及び罷免権を行使できるものとすることによつて国の指揮監督権の実効性を確保することが、前示の調和を期し得る所以であるとした趣旨と解すべきである。この趣旨から考えると、職務執行命令訴訟において、裁判所が国の当該指揮命令の内容の適否を実質的に審査することは当然であつて、したがつてこの点、**形式的審査**で足りるとした原審の判断は正当でない。そして、裁判所が実質的に審査するについては、司法審査固有の審判権の限界を守ることはいうまでもないところであり、且つ行政の適正敏速な処理を妨げることのないよう配慮した同条及び職務執行命令等訴訟規則の趣旨に則り特に速やかなる裁判を為すべきことは当然ではあるが、いやしくも、裁判所の審査権の限界内にあると認められる限りにおいては、裁判所はこれが実質的な審査を回避しもしくは拒否し得べきものではない。上告論旨はこの点において理由があり、原判決は破棄を免れない。そして、本件は司法審査の及ぶ限度において本件都知事の命令の適否を審査するにつき、なお事実の審理をする必要があることが明らかである。」

旧機関委任事務時代における旧職務執行命令訴訟においてすら、職務執行命令の違法性にかかる実体審理が不可欠であるとされていたことがよくわかります。そして、現在の代執行訴訟における裁判所の実体審理についても、当然に、違法性の実体審理が不可欠であることは、地方自治法の定評ある注釈書でも強調されているところです（松本英昭『新版 逐条地方自治法 第9次改訂版』（学陽書房、2019年）1171頁）。したがって、本件代執行訴訟においても、沖縄県知事の不承認処分の実体的適法性を審査すること

は、大前提になるはずです。

この点、わざわざ「付言」でもって、沖縄県が主張する「法律論」を「心情論」として切り捨てるかのごとき判決を書く前に、裁判所として、過去の判例に学ぶべきではないでしょうか。「12. 20高判」は、そもそも1999年（2000年施行）の地方自治法改正にかかる代執行訴訟制度の存在理由（公共性）を見誤っているのではないのでしょうか。代執行訴訟制度は、国からみれば、法定受託事務にかかる知事の管理・執行権限を奪ってでも国の意向を実現する最強の関与であるかもしれませんが、その相手方である知事からすれば、自らの法定受託事務の管理・執行権限の適法性を裁判所の法廷において主張できる最後の機会でもあるはずです。国の関与の誤りを正し、地方自治（自治権）の裁判的保護を求める最後のチャンスです。それは、地方自治法が、憲法が保障する地方自治を具体化する憲法附属法として、憲法の「地方自治の本旨」に基づいて、地方公共団体の事項に関する大綱を定め、国と地方公共団体間の基本的関係を定めるだけでなく、さらに、地方公共団体に関する法令の制定そのものや、その解釈・運用においても、「地方自治の本旨」や国と地方公共団体の適切な役割分担を尊重することをうたっていることと大いに関係しています（自治法1条、2条11項・12項）。もちろん自治法第245条以下に定められた関与の法定主義の原則（同法第245条の2）、関与の基本原則（同法第245条の3）をはじめとした国の関与の制限の仕組みの趣旨を見誤ってはならないのではないのでしょうか。

4-2. 「9. 4最判」は、いわば「審理員判決」とでもいうべきものになっている。

「審理員意見書」≡「国交大臣の裁決」≡国交大臣の是正の指示

福岡高裁那覇支部判決（2023年3月16日）⇒「9. 4最判」の流れ

① 審理員意見書、裁決書および是正の指示の内容の比較対照

以下の【対照表】をご覧ください。これは、A4で全80頁余になる「審理員意見書」、国交大臣の「裁決書」および「是正の指示」の内容を比較したものです。三者は、実質的にほぼ同じ内容です。要は、審理員意見書だけがオリジナルで、国交大臣の裁決書も是正の指示もこれをコピーしたものすぎません。それだけならまだ行政権内部の問題で済みますが、「3. 16高判」は独自の実体審理をしているものの、「9. 4最判」は、国交大臣の裁決をそのまま、「裁決の拘束力」論で何らの審査をすることなく容認する判決になっていますから、「9. 4最判」は、結局のところ、審理員意見書をそのまま認めた判決に過ぎないこととなります。さて、このような司法審査のあり方は、許される

【対照表】審理員意見書、裁決書、是正の指示書

審理員意見書	裁決書	是正の指示
<p>第1章 事案の概要</p> <p>以下、証拠については、審査請求人が提出したものを「請」とし、処分庁が提出したものを「処」とし、これにそれぞれの証拠の番号を付して表記する。</p> <p>第1 本件審査請求の概要</p> <p>審査請求人は、平成25年12月27日付け沖縄県指令士第1321号・沖縄県指令農第1721号により当時の沖縄県知事から公有水面埋立法（大正10年法律第57号）第42条第1項の承認を受けた、沖縄県宜野湾市所在の普天間飛行場の代替施設（以下「本件代替施設」ともいう。）を同県名護市辺野古沿岸域に設置するための公有水面の埋立て（以下「本件埋立事業」という。）に関し、同条第3項において準用する同法第13条ノ2第1項に基づき、処分庁に対し、埋立地用途変更・設計概要変更承認申請（以下「本件変更承認申請」という。）をしたところ、処分庁は、審査請求人に対し、本件変更承認申請を不承認とする処分（以下「本件変更不承認処分」という。）をした。</p> <p>本件審査請求は、審査請求人が、本件変更不承認処分に不服があるとして、行政不服審査法第2条及び地方自治法（昭和22年法律第67号）第255条の2第1項第1号に基づき、審査庁に対し、本件変更不承認処分の取消しを求めらるものである。</p> <p>第2 関係法令等の概要</p> <p>別紙1のとおり</p> <p>第3 事実関係等の概要</p> <p>1 本件審査請求に至る経緯</p> <p>(1) 普天間飛行場は、宜野湾市の中央部にあり、昭和20年から</p>	<p>第1章 事案の概要</p> <p>以下、証拠については、審査請求人が提出したものを「請」とし、処分庁が提出したものを「処」とし、これにそれぞれの証拠の番号を付して表記する。</p> <p>第1 本件審査請求の概要</p> <p>審査請求人は、平成25年12月27日付け沖縄県指令士第1321号・沖縄県指令農第1721号により当時の沖縄県知事から公有水面埋立法（大正10年法律第57号）第42条第1項の承認を受けた、沖縄県宜野湾市所在の普天間飛行場の代替施設（以下「本件代替施設」ともいう。）を同県名護市辺野古沿岸域に設置するための公有水面の埋立て（以下「本件埋立事業」という。）に関し、同条第3項において準用する同法第13条ノ2第1項に基づき、処分庁に対し、埋立地用途変更・設計概要変更承認申請（以下「本件変更承認申請」という。）をしたところ、処分庁は、審査請求人に対し、本件変更承認申請を不承認とする処分（以下「本件変更不承認処分」という。）をした。</p> <p>本件審査請求は、審査請求人が、本件変更不承認処分に不服があるとして、行政不服審査法（平成26年法律第68号）第2条及び地方自治法（昭和22年法律第67号）第255条の2第1項第1号に基づき、審査庁に対し、本件変更不承認処分の取消しを求めらるものである。</p> <p>第2 関係法令等の概要</p> <p>別紙2のとおり</p> <p>第3 事実関係等の概要</p> <p>1 本件に至る経緯</p> <p>(1) 普天間飛行場は、宜野湾市の中央部にあり、昭和20年から</p>	<p>第1章 事案の概要</p> <p>以下、証拠は、沖縄防衛局が令和3年12月7日に提出した、沖縄県知事が同年11月25日付け沖縄県指令士第767号・沖縄県指令農第1502号により沖縄防衛局に対してした埋立地用途変更・設計概要変更承認申請を不承認とする処分についての審査請求（水政第63号）に係る審理手続において、沖縄防衛局（審査請求人が提出したものを「請」とし、沖縄県知事（処分庁）が提出したものを「処」とし、これにそれぞれの証拠の番号を付して表記したものである。）</p> <p>第1 本件概要</p> <p>沖縄防衛局は、平成25年12月27日付け沖縄県指令士第1321号・沖縄県指令農第1721号により当時の沖縄県知事から公有水面埋立法（大正10年法律第57号）第42条第1項の承認を受けた、沖縄県宜野湾市所在の普天間飛行場の代替施設（以下「本件代替施設」ともいう。）を同県名護市辺野古沿岸域に設置するための公有水面の埋立て（以下「本件埋立事業」という。）に関し、同条第3項において準用する同法第13条ノ2第1項に基づき、沖縄県知事に対し、埋立地用途変更・設計概要変更承認申請（以下「本件変更承認申請」という。）をしたところ、沖縄県知事は、沖縄防衛局に対し、本件変更承認申請を不承認とする処分（以下「本件変更不承認処分」という。）をした。</p> <p>第2 関係法令等の概要</p> <p>別紙2のとおり</p> <p>第3 事実関係等の概要</p> <p>1 本件に至る経緯</p> <p>(1) 普天間飛行場は、宜野湾市の中央部にあり、昭和20年から</p>



審理員意見書	裁決書	是正の指示
<p>ひ設計の概要の変更には正当の事由があり、本件変更承認申請は公有水面埋立法第42条第3項において準用する同法第13条ノ2第1項及び同条第2項において準用する同法第4条第1項第1号及び第2号等の要件を満たし、承認されるべきものであると認められる。</p> <p>第4章 結論</p> <p>以上のとおり、本件変更承認申請は違法であるから、本件審査請求には理由がある。また、本件に現れた諸事情からすると、本件変更承認処分は不適切な裁量判断として不当であることも明らかであるから、いずれにせよ本件審査請求には理由がある。したがって、行政不服審査法第46条第1項の規定により、本件変更承認処分は取り消されるべきである。</p>	<p>ひ設計の概要の変更には正当の事由があり、本件変更承認申請は公有水面埋立法第42条第3項において準用する同法第13条ノ2第1項及び同条第2項において準用する同法第4条第1項第1号及び第2号等の要件を満たし、承認されるべきものであると認められる。</p> <p>第5章 結論</p> <p>以上のとおり、本件変更承認処分は違法であるから、本件審査請求には理由がある。また、本件に現れた諸事情からすると、本件変更承認処分は不適切な裁量判断として不当であることも明らかであるから、いずれにせよ本件審査請求には理由がある。したがって、行政不服審査法第46条第1項の規定により、本文のとおり裁決する。</p>	<p>途及び設計の概要の変更には正当の事由があり、本件変更承認申請は公有水面埋立法第42条第3項において準用する同法第13条ノ2第1項及び同条第2項において準用する同法第4条第1項第1号及び第2号等の要件を満たし、承認されるべきものであると認められる。</p> <p>第4章 結論</p> <p>以上のとおり、本件変更承認申請は公有水面埋立法第42条第3項において準用する同法第13条ノ2第1項及び同条第2項において準用する同法第4条第1項第1号及び第2号等の要件を満たし、承認されるべきものと認められる。貴県知事が沖繩防衛庁による本件変更承認申請について承認しないことは、裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用したものと見て違法であり、同法第42条第3項において準用する同法第13条ノ2第1項及び同条第2項において準用する同法第4条第1項第1号及び第2号等の規定に違反し、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いわざるを得ない。また、本件に現れた諸事情からすると、本件変更承認申請について承認しないことは、著しく適正を欠き、かつ、明らかに公益を害しているといわざるを得ない。よって、地方自治法第245条の7第1項に基づき、貴県に対し、本件変更承認申請について承認するよう指示する。</p>

のでしょうか。以下、検討します。

② 最高裁2023年9月4日判決(「9.4最判」)の形式審査は正々堂々の非常識

「9.4最判」は、国交大臣の取消裁決の拘束力を形式的に適用することで、自らは知事の処分の適法性に関する実体的判断をまったく示さずのまま、国交大臣の判断を鵜呑みにして、知事の変更不承認が自治法上も違法であると断定しました。しかし、この裁決の拘束力については、「3.16高判」が、「裁決」と「是正の指示」はそれぞれ内容も法的効果も異なる制度であり、是正の指示には行審法上の争訟制度とは独立した関与取消訴訟が許容されているところ、この関与取消訴訟の趣旨は、地方公共団体の長本来の地位の自主独立の尊重と、国の法定受託事務にかかる適正確保の要請との間の調和を図るところにあり、国と地方公共団体との間の法定受託事務にかかる紛争解決を目的とした司法審査が予定されており、知事は何ら主張制限されることなく是正の指示の適法性を争うことができると判断しています。つまり、「3.16高判」は、裁決の拘束力を完全に否定しているわけです。本件における「裁決の拘束力」の否定の判断に限って言えば、至極まっとうな判断であるということが出来ます。こ



れによれば、最高裁が裁決の拘束力を形式的に適用するとしても、「3.16高判」の裁決の拘束力否定論にまったく触れることがないままの形式審査は、判決の作法に反するといえるのではないのでしょうか。「9.4最判」は、正々堂々の非常識な判決であるというしかありません。

「9.4最判」は、「3.16高判」の結論を是認していると常套句のように言いますが、そのほかの何を肯定し、何を否定したのでしょうか。もし「9.4最判」が、「是正の指示」の取消訴訟において、各大臣の違法性判断については形式審査で足りると考えていたとしても、代執行訴訟では、そうはいかないことは、先の砂川事件・最高裁判決から明らかではないのでしょうか。実体審査なしの代執行訴訟では、話になりません。

### ③ 「3.16高判」は実体審理をするも、その内容は憲法違反ではないか

上述のごとく、「3.16判決」は沖縄県知事の不承認処分の適法性について実体審理をしたものの、その判断枠組みや実体的判断内容は極めて不適切であるといえます。たとえば公水法の「災害防止要件」についてみると、審査基準を「港湾法における技術基準」に求めるのは常道ですが、港湾法は具体的基準を「港湾の施設の技術上の基準を定める省令」（6条）に委任しており、その細目は「港湾の施設の技術上の基準の細目を定める告示」（「基準告示」）に委ねられており、さらにこれを具体化する国交省港湾局監修「港湾の施設の技術上の基準・同解説」（「港湾施設基準・同解説」）に「一般的な合理性」を認められるという理由で、結局、災害防止要件の審査はすべて「港湾施設基準・同解説」の審査基準に照らして審査すればよいといった結論になっています。最悪なのは、この「港湾施設基準・同解説」の基準を超えて、より厳格な判断を行うことは、特段の事情がない限り、法の予定するところではなく、そのような判断は、裁量権の行使における公正かつ平等な取り扱いの要請や、「港湾施設基準・同解説」の審査基準を信じた者の信頼保護の観点から、考慮すべきではない事項を過剰に考慮したものとして、裁量権の範囲の逸脱・濫用に当たり違法であるという判決部分です。一見すると、最近の行政法学における裁量の逸脱・濫用論を踏まえたものにみえますが、そうではありません。これでは、法律でも省令でもなく、基準告示ですらない、いかなる意味でも法とは言えない「港湾施設基準・同解説」の審査基準をあたかも法であるかのごとく位置づけ、これ以上の厳しい基準で審査することは違法であるというところでもない内容なのです。これは、いくら善解しても「基準告示先占論」であり、もっと言えば、「港湾施設基準・同解説先占論」であるというしかありません。1960年代から70年代、公害で苦しむ住民の生命や健康を保護するために法律よりも厳しい規制を可

能にする内容の条例を「上乘せ条例」として法律違反とした「法律先占論」を想起させる発想です。否、法でもないもので地方自治を侵害、許容するという意味で、法律先占論より酷いものであり、反法治主義的であり、反憲法的ですらあるといえましょう。

## 5. 福岡高裁判決（「3. 16高判」）後の変更承認の代執行と埋立工事の再開、そして最高裁による上告受理申立ての不受理決定

沖縄県知事は、「3. 16高判」後、直ちに最高裁に上告受理申立てを行いました。上告受理申立てに執行停止効がないため、国交大臣は、2023年12月28日、知事に代わって埋立変更承認を行いました。埋立工事は2024年1月10日に再開しました。そして、同年2月29日、最高裁は上告受理申立ての不受理決定を行いました。

代執行訴訟制度において、高裁判決後に、国に代執行を認めているのは、都道府県知事の法定受託事務の管理・執行による住民への急迫不正の侵害（緊急を要するときその他特に必要があるときも限定）を防ぐためであり、一刻を争う緊急事態を回避するためではないのでしょうか。裁判所による執行命令判決に対する上告の執行停止効を認めないのも、それゆえではないのでしょうか。本件代執行訴訟は、そのような事態なののでしょうか。本件のように、長年にわたって辺野古新基地建設にかかる埋立事業の適法性が争われている問題の解決が、このような趣旨からなる代執行訴訟で決着済みとされていいのでしょうか。代執行訴訟制度において、高裁判決後、すみやかに代執行が可能な場合には、本件判決の「付言」が言うような「今後十数年にわたって予定されている本件変更申請に係る工事を進めるに当たっては、更なる設計概要変更等の必要が生ずる可能性もあり得る」場合は該当しないのではないのでしょうか。今後10年以上もの長期間にわたって工事が継続し、莫大な費用もかかる可能性のある工事は、直ちに変更承認の代執行を行い、埋立工事を始めなければならない事態ではないのでしょうか。

代執行訴訟において、あえて最高裁への上告の途を開いているのは、司法の法と正義による法治国家の貫徹のためではないのでしょうか。せめて最高裁の判断が示されるまで、本件埋立工事の再開は待つべきだったのではないのでしょうか。その間、沖縄県民との「真摯な対話」がなぜできなかったのでしょうか。悔やまれる国の対応です。

## おわりに

～立憲法治国のもとで、基本的人権を保障し、地方自治を含めた民主主義制度を確立し、平和を希求する国家・社会を実現するために、司法権は、最高の良識的な権力たれ！～

国家安全保障は法を破るとでも考えない限り、憲法が定める「地方自治の本旨」、これを具体化する地方自治法の諸規定は最大限尊重されねばなりません。しかし沖縄は、日本国憲法の制定にもかかわらず、そして1972年の本土復帰にもかかわらず、いわば憲法の埒外に置かれてきました。つまり、基本的人権の保障も据え置かれ、地方自治も据え置かれ、平和主義も据え置かれたままであったのです。沖縄を、勝手に日本国防衛の砦と決めつけ基地の島にしてしまっただけではありません。民意無視の辺野古新基地建設の強行を是認する本件代執行判決は、なおも沖縄における憲法のまっとうな適用を据え置くものとして、憲法違反の誹りを免れないものです。

沖縄の生きる力を奪い、沖縄の文化や価値観を破潰する権利など、国には到底認められません。繰り返される沖縄県民の平和への決意表明を正しく聞き、沖縄の自治権（自己発展権・自己形成権）を保障することではじめて、沖縄を本当の意味で憲法の適用のもとに置くことになるのではないのでしょうか。

辺野古訴訟は、沖縄県民の生きるためのたたかいであり、沖縄県民の正義と地方自治への覚悟の表明であったと確信します。沖縄が正義と地方自治を貫く限り、沖縄は決して代執行判決なんかには負けたりはしません。正義の上にしか平和は成り立たないからです。ただ、沖縄が正義と地方自治を貫くためには、国民全体の正義と地方自治への覚悟の後押しが不可欠であることを付言しておきたいと思います。代執行訴訟で辺野古新基地建設を終わらせてはなりません。

さいごに、司法権は、法的に筋が通らない論理で、憲法が保障する地方自治の理念や法の仕組みを毀損してはならないことを強調したいと思います。ただただ内閣・行政権の判断を追認するのではなく、司法が絶対に守るべき一線があるはずで、立憲法治国において、司法権は最も良識的な権力であらねばならない、あってほしいと願います。

**【付記】** 本稿は、2024年1月26日に開催された専修大学法学研究所シンポジウム「沖

縄・辺野古訴訟と地方自治」の講演をもとにしている。ただ、当日の講演が、資料等を参考にして、あれこれとお話をするものであったことから、文字に起こすと大変読みづらいものとなった。そこで、当日のレジユメ(パワポ)をもとに、また、その後の状況の変化も付加し、大幅な加筆・修正を行ったことをお断りしたい。法学研究所の支援に心からお礼申し上げたい。