

住民が問う辺野古新基地埋立訴訟

——環境・防災の統制——

福井秀夫（政策研究大学院大学教授*）

〔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）〕

行政の優位

私は旧建設省、今の国土交通省の元職員で、裁判にも随分関わりました。例えば、成田空港収用訴訟、名古屋では長良川河口堰の差し止め訴訟、長良川水害国家賠償請求訴訟等で国の代理人を務めました。全戦全勝でした。国が勝つべくして勝つのが行政訴訟の通例だということをご紹介しておきます。

ちなみに、収用事件ですと、都道府県の収用委員会の裁決に対して、不服がある場合には、大臣に不服申し立て、審査請求ができる制度になっていますが、大臣の裁決も、入省した頃でしたが、ほとんど起草していました。

審査請求ですから、①理由があるなら元の裁決の全部または一部を取り消す、②取り消さない、すなわち棄却する、③収用ですと損失補償に関する部分と裁決の区域等を定める部分の2つの部分に分かれているのですけれども、損失補償の部分は別の増額等訴訟を提起しなければならず、審査請求では不適法だから却下し、その余は棄却する、との3つの選択肢しかありません。もちろん取消しはないものと想定されていましたので、「はんこ」が用意されていました。全部を棄却する、というはんこ、損失補償に関する部分を却下し、その余を棄却するというはんこの2種類しかなかった。まずどちらかのはんこを押して、それに合う理屈を付けるというのが大臣の裁決の書き方の作法でした。随分裁判でも争われましたけれども、最終的には国が勝っていました。

辺野古訴訟も国土交通省が処分していますが、強力な体制が組まれています。国は納税者から集めた資金を無尽蔵に裁判に投入できます。私が被告の代理人を務めた時も、かなり技術的専門的な事項について、専門家に鑑定、意見書作成などを依頼して

* 報告時。現在、都市開発研究所主席研究員。

いました。結論や方向は決まっているわけです。河川管理に瑕疵がなかった、成田が空港の最適の地だった等々自然科学的な説明の結論が決まった意見書や鑑定を、多額の報酬を払って依頼することが多い。代理人も、公費で人件費が支出される、処分をした行政の職員に加え、法務省の裁判官・検察官出身の検事が多数張り付く。ふんだんにお金と手間をかけられるわけで、これに対して通常原告の住民、私人は手弁当ですから、資金力も乏しいし、労力もそれほど割けるわけでもない。

いったん行われた処分に多少後ろめたい点があったとしても、その結論を維持することは容易にできる、というのが、大抵の行政処分の帰結で、そういうことを自覚しつつ仕事をする人が多いのです。

辺野古の裁判は、私は白藤先生と違って、2～3年前に初めて法的な議論に触れました。白藤先生が主に関わられたのは県と国の裁判ですけれども、実はもう一つ大きな争点がこの辺野古埋立てにはありました。埋立て承認に伴って、周辺の住民について、航空機が飛来することによって、基地ができ、普天間のうるさいし危ないという事情と同じことが辺野古で起きるじゃないかとの危惧がありました。辺野古の埋立地周辺の人は、明らかに苦痛を受ける、肉体的にも精神的にも苦痛を受ける。こういう地理的範囲に居住している人がいっぱいいるわけです。騒音じゃなくても、基地ができますと、航空機飛来に伴う建物高さ制限が土地利用規制で課されます。米軍の基準があって、米軍の飛行機の飛来する範囲に土地を持っている方は、そこに高い建物を建てられなくなる。建てたら障害になるので、撤去を求められる。こういう関係にある人が随分いるわけです。

さらに、辺野古の周辺は、沖縄全体もそうですが、非常に豊かな海洋環境を持っています。埋立てによって海洋環境が汚染される。さんごも死にますし、魚もいなくなるという因果関係が想定されるわけで、実際辺野古湾でダイビング事業を営んでいる海洋関係事業者もいる。こういった方々にとってみれば、辺野古の埋立てが行われることは、県にとっての自治の問題と同様、自らの生活圏、あるいは自らの営業利益や事業が侵害されるという関係に立つわけで、重大な利害関係を持つわけです。

たまたま私は訴訟の提起資格や、争える理由の制限について2008年に論文を公表していたので、住民側の代理人弁護士から住民側の意見書を書かないかとお誘いがあったというのが経緯です(福井秀夫(2022)『行政訴訟による憲法的価値の確保——法治国原理・法と経済学に基づく行政法理論』147頁以下に所収、日本評論社)。

もともと国職員の経験からすると、訴訟が出来レースで、どれぐらい抵抗できるん

だろうか、との懸念があったんですけれども、準備書面の応酬を見ると、国の主張で無理筋なことを言っている部分が多い。これは国と県の代執行訴訟でも同じですけれども、ありったけあること、ないことを言い立てる。かつて自分もやっていたとの自覚があるわけですけれども、どんなに間違っている、カラスは白いと言い続けるのが、国の代理人の使命です。経験では、まだ行政官のほうがまして、裁判官出身で法務省に出向してきている訟務検事たちは、優秀なのですけれども、とにかく国を勝たせることが職責ですから、都合の悪い証拠は平気で隠せと指示する。なかったことにする。都合が悪い事実があっても、どこかから屁理屈を見つけてきて、必ず原告の言い分を攻撃する。粗探しの天才です。とは言え、いくら何でも辺野古に関しては、被告、国側の準備書面は、あまりにも極端という印象を持ち、これは関わらないといけなさと感じました。これが契機で長大な意見書を提出し、今に至っているものです。

法による環境・防災の統制の実効性

法による環境・防災の統制ですが、埋立法は、非常にシンプルな法律です。所管はかつては、旧建設省河川部局と旧運輸省の港湾部局でした。今はどちらも国土交通省に包含されていますが、法の趣旨は、海を埋め立てる時には、汚したり、危険なことをするな。この2つに尽きるんです。埋め立てる以上は、何らかの公益目的で埋め立てるんだらうから、それが基地であるのはたまたまで、宅地造成はじめ、海を埋め立てて陸地にするのは、何らかの土地の有効利用の必要性、公益性があつてやるんだらうけれども、埋め立てる以上は周辺の海洋・大気環境や人々の居住環境を損なったり、あるいは埋立てが行われることで災害の危険が余分に増大したりするようなことは絶対にないようにせよ、との要請です。

埋立法の法文は、漢字仮名交じりの難しい文語調ですが、4条1項1号は、国土利用上適正かつ合理的、2号は、埋立てが環境保全、災害防止に充分配慮されていること、3号は、埋立て地の用途が土地利用や環境保全に関する公的な計画に違反していないこと、4号は、公共施設の配置が適正なること、と定めます。特に重要なのがこの1号、2号です。適切かつ合理的な国土利用なのか、環境保全や災害防止に反していないか、これを旨として埋立て承認、埋立て許可の審査を下さい、というものです。

この観点から見ると、辺野古の埋立ては、最終的に米軍基地使用のためですけれども、防衛局がその名代となって、辺野古湾を埋め立て、普天間の基地移設を行う。そ

の際に、この埋立法が意図していることは、基地の適否や外交安全保障上の政策的判断ではまったくなく、単純に海洋汚染や飛行機の飛来による騒音等の技術的かつ自然科学的な意味での人の環境、精神、身体への影響が重大でないのかや、周辺の自然環境が適切に守られるか、埋立てによって災害が発生したりしないか、等につききっちり審査する。こういう趣旨です。

埋立法について、旧建設省の職員が力を入れて書いている精密な解説書があります。現在訴訟で国が言う主張と真逆なことが書いてあります。きっちり環境と安全を審査しろ。これに尽きるわけです。

行政法の作法で、原告適格という概念があります。埋立ての場合は、防衛局が申請して、知事から埋立ての承認を受けていますから、もし不承認となり、不承認が違法だと考えたら、沖縄県知事を相手取って、その処分を取り消せという行政裁判ができる。ここは間違いのない。しかし、逆に承認されて埋め立てられると、埋立法が統制する通り、環境が汚染され、あるいは災害の危険が増大する可能性が高い。その被害者は、周辺の住民、あるいは周辺の事業者等です。その人たちにその埋立てを争う資格、すなわち原告適格があるのか、という論点につき、日本では極端に厳しく司法審査されます。

元々19世紀プロイセンの、君権を保護し、行政を優位に置く制度と理論を、明治時代に伊藤博文や井上毅が特殊な意図を持って導入しました。現代日本の法と司法もこれを後生大事に守っています。しかし本国のドイツでも現在、このような理論がそのまま通用することはありません。アメリカでは、民事訴訟によって、実質的な利益侵害を判定して審理し、日本のような資格そのものに拘泥して、行政の違法を争う私人の側にだけ著しく不利益を課する奇妙な理論は通用していません。行政だけ特別であるとの特殊な概念が生じたのは、明治期に天皇を隠れ蓑にして藩閥政府の専横を正当化する意図を混入する制度をあえて導入した経緯によるものです。

このような経緯を棚上げし、制度の特殊な機能や政治的役割につきあまり問題意識を持たない美濃部達吉という憲法・行政法研究者がより特殊日本的にこれらの理論を発展させました。一部には天皇機関説事件のイメージか、自由主義を守ったヒーローのごとく誤解している人がいるようですが、美濃部は明治憲法にも当時の行政裁判法にも何ら明記していないにもかかわらず、行政権はそれだけで公共性を体現するという行政・権力性善説の人でした。行政が行った処分については、専門的裁量が広いから、司法が審査するなども力説しています。彼の特異なドグマと一体の理論が、今も

行政法学でも色濃く残存しているのです(家永三郎(1964)『美濃部達吉の思想史的研究』岩波書店参照)。

行政法学だけじゃなく、特に問題なのが裁判所です。裁判所がこの明治時代のいわば君権擁護的、非民主主義的、あるいは反法治国的と言ってもよいこの理論をそのまま維持しています。

当然行政は訴えられると、まず反射的に原告適格がないとしてその屁理屈を探します。戦後の研究者ですと、田中二郎氏という最高裁にもいた方が美濃部よりもすごい。美濃部はまだ条文に即して解釈する姿勢が強かったのですが、田中氏に至っては、行政権というのはそもそも公共性を体現しているんだから、適法性の推定がある、違法性の挙証責任ですら私人側にあるという乱暴な説を唱えていました。国家公務員試験では、田中二郎教科書を丸暗記し、漏れている最高裁判例の要旨だけを覚えておけば、行政法で満点が取れる時代が長く続いていました。そこまでむき出しの反法治国的なことを言う人は、今は学界では影を潜めています、司法には未だ随分います。

辺野古の場合、防衛局が承認を争うことはあり得ない。承認に負の利害関係を持つのは周辺の者です。ところが、原告適格が厳しく、これが認められても、主張できる違法の内容まで厳しい制約があるのです。

また、国の政策判断は閣議決定をし、法律を作ったり、基本的な防衛政策も決めているわけですから、閣議の一員である国土交通大臣と防衛大臣とが決定後に違うことを言うわけがない。もともと防衛局と国土交通大臣は独立の立場ではありません。しかし裁決との関係では、独立の関係に見えるように仕組みられているのです。

誰が被害者か

それに加え、政府で決まっているものについて、防衛局の申請が知事段階はともかく、国で拒否されるということは通常あり得ない。処分を直接受けた主体が争うことは、辺野古の公有水面の埋立てに限らず、受益処分ではほとんど起こり得ない。建設省職員の優れた解説書でも、何が大事かという、埋立て地域の海洋環境を守るのは大事だけれども、埋め立てられたらそこは陸地になる。海の中はなくなる。だから、立法担当者の関心事項は、埋め立てる海洋の価値を測り、その消滅や、周辺で泥がたまったり、さんごが死んだりすることに伴う価値毀損が著しいものでない、との埋立ての損失に関する評価プロセスを適切に行使しなさい、ということでした。さらに、埋立

てででき上がった陸地の利用が何らかの周辺への危険をもたらすようなこともないよう、きちんと審査した上で埋立ての許可や承認を下さい。これらに尽きるわけです。

防衛局が受けた承認、米軍基地のための承認について、公有水面埋立法の許可、1号から4号までの要件について、これは違法だと争う可能性があるのは、周辺住民、周辺事業者以外にはあり得ない。しかし、周辺住民は一切争えないというのが国の一貫した主張です。なぜなら、彼らは原告適格の持ち主じゃない。原告適格は、個別に該当条文がその人を具体的に保護していると読めるように書いていない限りは、その条文がその者を保護していることにならない。だから争う資格はない。いくら実際に被害を受けたって、それは被害の受け損で我慢しろ、というのが国の主張にほかなりません。

1号から4号がそう読めるか。読めるとするなら、何のためにこんな要件を定めたのか、説明可能でしょうか。環境保全、あるいは災害防止という2号に出てくる要件が、埋立地周辺の人には何の関係もないと、百歩譲って国の言うとおりに読んだら、汚染被害を受け放題、飛行機飛来による危険を被り放題で、誰も争えなくてよいことになる。そんなことが法治国であり得るでしょうか。誰かの何らかの行為で、具体的に身体や生命、あるいは精神に対して、悪しき影響を被る人がいて、それを争うことができない領域があってよいというなら、憲法の裁判を受ける権利は吹き飛んでしまいます(那覇地裁提出の意見書に加筆した福井秀夫(2022)「行政処分は誰がどの理由で争えるのか(一)～(七・完)——原告適格・『自己の法律上の利益』に関係のない違法主張制限解釈の混迷と辺野古公有水面埋立承認」自治研究98巻4～10号参照)。

公定力による民事訴訟排除

国の主張には、裁判を受ける権利への配慮がありません。原告適格の変な作法によって行政処分が争いにくいのに加えて、では一定の権利侵害があることを理由に民事訴訟で被害を発生させる行為を争えるかという点、大阪空港訴訟最判がこれを否定しています。伊丹空港のそばの住民が飛行差し止めを求めて争って、最高裁まで数十年かかって争われた事件です。一審、二審と全然論点にならなかった理由が突然最高裁で持ち出され、航空行政権の侵害になるから民事訴訟は一切許されないとしました。しかも航空行政権とは何かは特定しないで、とにかく民事訴訟はだめだ、入り口自体が間違っている、と地裁も高裁も裁判官はそんなことに気づいてもいなかった論点を

突如最高裁が持ち出して、訴訟そのものを全否定した。原告の訴訟はそもそも不適法だったことを、十数年かかって最高裁がやっと教えてあげたというものです。

航空行政権を争えとは、要するに行政訴訟を提起せよ、ということです。だけど、行政訴訟はかつては3カ月以内に提起しないとイケなかった。2004年に改正されて、6カ月に延びましたけれども、十数年かかってあなたは3カ月以内に処分を争っていませんからアウトと、民事訴訟の審理を引きずった挙句に宣言した。ひどいと思いませんか。しかし航空行政権とは何か、など行政法学者にも裁判官にも、最判以前には議論すらなかったのです。想像もできなかった理由で失権させた。

その後新潟空港裁判最高裁判決があって、航空行政権について具体的にやっと説明があった。例えばJALとか全日空に対して、定期航空路線免許、運行免許を国土交通大臣が出すわけです。この免許が、実は航空行政権の一環だからそれを捉えて争えということです。しかし、私も知りませんが、JALと全日空に、いつどの路線で何月何日にどんな内容の免許を与えたかなんて、誰も知らないでしょう。知る機会が通常与えられないうちに6カ月たったら争えなくなって、民事訴訟も禁じられる。これでも法治国家でしょうか。

これと同じことが辺野古にも言えるわけで、辺野古も離発着を直接民事訴訟で争おうとすると、航空行政権の侵犯だとして却下される。行政訴訟はどうかというと、唯一争えるのが埋立て承認となります。通常の空港の場合、離発着の主体は民間の事業者ですから、路線免許等がありますけれども、辺野古は離発着主体が国どころか米軍です。免許すら争いようがない。さらに最高裁の判決があって、米軍の飛行場の使用については、条約で決まったことだから、条約に対して司法は一切判断できない、とされています。どんなにうるさくても米軍の飛行については司法救済がないのです。騒音の発生源になっても、民事訴訟は大阪空港判決で禁止、飛行に係る行政訴訟については条約があるからそもそも争えない。争い得るほぼ唯一の手掛かりが公有水面埋立承認となります。

沖縄の住民側弁護士は、この細かいルートをうまく捉えて争っておられますが、国は特異な理屈を持ち出し、裁判所もそれに乗りがちです。

埋立法承認の原告適格

その一つが、2020年3月19日那覇地裁の執行停止の申し立て棄却決定です。ただこ

の決定はまだましで、埋立法の1号から4号の国土利用上適正・合理的、環境保全、災害防止などが全部原告適格の根拠になるとして国の主張を完全に否定しています。ところが否定したせいかもしれませんけれども、判例集に載っていない。判例集は、誰が載せるかどうか決めるか。実質的には法務省と最高裁です。「先例」にならないとしたら判例誌などに提供しない。判例は本来公共財で、今だったらもともと裁判官もワードで判決を書いているわけですから、単に最高裁ホームページに貼り付ければ済む。ところが、判決の大部分はこれに載らないのです。情報非開示を当事者が決めるのは本来おかしいはずです。

この後、本体判決が2022年4月26日にありました。これも実体審理に入らずに、そもそも訴えが不合法だと却下していますが、執行停止棄却決定以上にもっと奇妙な理屈です。沖縄県知事がいったん承認した埋立てにつき撤回し、それが争点であることは、県の訴訟も住民の訴訟も同じですけれども、知事の撤回の理由が埋立法の4条1号と2号だけだったのです。判決は、原告適格の根拠になる条文はこの2つだけで、3号、4号は関係がないとしました。

しかし、これはおかしい。何を理由にしても処分は一つです。理由が1個だろうが5個、10個あろうが、ある処分をすることに伴って発生する効果は一体ですから、その理由付けや要件の多寡にかかわらず同じ効果が発生する。その効果による被害が争われる際に、特定の、たまたま理由とされた2個の要件しか争えないなら、他の要件は違法のまま被害を与えてよいことになる。

しかも、1号の「国土利用上適正かつ合理的」要件は、個人の利益を一切守っていないというのです。個人の利益を守っているのは、2号の「環境保全及び災害防止に付き十分配慮」要件だけだ。しかし、あなたたちの利益は全然それに値しないから、保護する必要はありません。こういう結論です。

さらに、行政事件訴訟法10条1項に、自分の利益に関わらない違法主張はできないと書いてあるんです。これは当たり前のことですが。租税賦課処分を受け、その処分が違法だとして争う時に、自分以外の第三者の権利を守っている手続規定の違反は争えない、あなたに関係ないんだから、との趣旨です。2022年那覇地判は、原告適格の根拠になった条文以外が、原告以外の特定の者を守るものでなく、処分全体の適切さを確保するものであっても、その違法は一切主張できません。違法でも争う人が世の中に誰一人いなくてもいい。こういうことを判決で明言しているのです（福岡高裁提出の意見書に加筆した福井秀夫(2023)「行政処分の理由とその処分を争う原告適格と

の関係及び原告適格を基礎付ける処分要件と自己の法律上の利益に関係のない違法主張制限との関係(一),(二・完)——公有水面埋立承認撤回処分の取消裁決の取消訴訟に係る那覇地判2022年4月26日を素材として」自治研究99巻1,2号参照)。

公共の福祉と市場の失敗

次に、環境や防災を審査することは、法と経済学の観点からは、市場の失敗という概念のうち、負の外部性の統制に該当します。日本国憲法の原則は、どの国の近代憲法も同じですけれども、誰かの人権を侵さない限り、財産権や幸福追求権は、自由に行使してよいとするものです。憲法では、居住移転の自由、表現の自由、財産権の保障はじめ、自由権が保障されています。この際、「公共の福祉」による制約が多くの規定に入れられています。これは、市場が失敗する時、それを放置すると社会的利益が損なわれる。何でも自由ではまずいわけで、例えば土地利用がおよそ自由だと、日当たりの悪い住居がいっぱいできる。廃棄物を自由に捨てたら、周りの人の環境や安全性が阻害される。公有水面埋立てでも、埋立てが野放しだとさんごや魚類が死滅する。こういう負の外部性、周りの人や自然界の迷惑が発生しないよう、公共の福祉の制約という原理で縛りをかけることが憲法上も想定されています。経済学的にも、憲法解釈上も、一定の自由の制約には合理性があります。

個別的利益の集積としての公益

この時、例えば公有水面埋立てでいうと、基地を造ることは安全保障を是とする立場からの「公共の利益」すなわち公益です。この「公益」と、埋立てをする時に周りの人たちの環境や防災上の配慮をきちんとしなさい、という時の「公益」とは、実は意味が全然違う。このことが分からない人が、職業裁判官にも結構います。前者は、かなり広がりのある概念であり抽象度が高いのですが、後者は、濃淡はあっても、具体的な個人への影響、被害を前提として、それら個々の利益の侵害の集積に対しての配慮を意味します。言い換えれば、埋立法の要件で想定される「公益」は、個々人の利益の集積にほかなりませんから、それは抽象的一般的な利益ではありえない。一般的抽象的な利益と個別的利益とを截然と分ける論法は誤っているのです。

一つの標本が、まだ1年も経っていませんが、2023年5月9日納骨堂最判です。墓

地埋葬法は、お墓、納骨堂などを造る時、周辺の者の宗教的感情を傷つけたり、墓地などが公衆衛生を阻害することがないように、適切に設置、管理させる目的（1条）で、自治体の許可（10条）などを定めた法律です。出来の悪い法律で、目的規定はあっても、要件規定を欠いている。自治体に条例や行政指導でばらばらの要件を決めさせるという、国の法律としては異常な規定ぶりです。最高裁多数意見は、目的規定の「宗教的感情」や「公衆衛生」とは、条例にたまたま書いてあれば、それは手掛かりになるけれども、条例に何も書かれていなければ、宗教感情、公衆衛生を理由として、誰も一切争うことはできないとしました。

これに対して、宇賀克也判事——行政法の卓越した研究者です——だけが反対意見を書いて、墓地をどこかに造らざるを得ないという「公益性」と、周りの人々の環境、公衆衛生、宗教的感情等が損なわれない利益に配慮する意味での「公共の福祉」とは全然意味が違う、後者は「周辺住民の個別的な利益の集積・総合」にほかならない、この利益の侵害の意味での原告適格は、条例の規定に関わりなく法の中に存在している、という当たり前のことをずばり明言しました。原告適格が、条例の規定ぶりの偶然によってあったりなかったりしてよい、とする多数意見と比べて、格段に論理的かつ法の本質を見極めた解釈です（福井秀夫（2023）「納骨堂の『許可』は誰を守るもの？」税務経理 10100号参照）。

このロジックはきわめて普遍的です。辺野古に応用してもいろんなことが見えてくる。辺野古の埋立ての目的は、墓地をどこかに造らざるを得ないというのと似て、安全保障の観点から基地をどこかに造らざるを得ない時、その必要性を「公益」だとするなら、埋立地周辺の人たちの環境や防災に関する被害を受けない利益は、同じ公共、公益という名前と呼んだとしても、それは個別的利益の集積であって、前者の公益とは異質です。ところが、その個別的利益については、いやいやそれは「公益」だから誰も争えないというのが、さっきの那覇地判や国の主張であるわけで、だとすると、厳密な要件であるのに、それらが個別の誰の環境や安全性をも守っていないことになります。

被害を受ける者がいるなら、しかも原因行為が違法なら、争えないまま放置すべき理由はない。さらに、条約があるから、基地は一切行政訴訟になじまない、との最高裁の理屈もおかしい。条約だって政府が交渉、改正する余地がある。仮にそれを捨象しても、埋立手続きが、環境、防災の観点から厳密に法で統制されているのに、そこで一切争えないと明言するのは理解に苦しみます。

内閣は、閣議決定の上で、国会提出して法律を作る立場です。厳格な防災、環境要

件を起草した、その担当者たちの解説によれば、埋立区域内は利害調整条項があつて当たり前であるのに加え、当時の担当職員から見ても、具体的に影響を受ける周辺の人たちの利益保護以外の意味はあり得ないことが前提となっていたのです。もし一切争えないなら、違法は誰も是正できないことになる。だったらそんな条文はなくてよいこととなります。無益な条文、およそ是正の可能性が発生し得ない空集合になります。司法では担保できない、誰も世の中に争える人がいない要件なら、混乱を助長する分ないほうがましです。

民事訴訟はどうでしょうか。空港はだめなのに、なぜか原子力発電所は民事訴訟による差止めが形式的には可能とされています。原子力発電所の場合は、許可が争えるし、民事訴訟で原発の差止めも求められる。ところが空港は民事訴訟が一切だめ、行政訴訟も何を争えばよいのか混とんのまま。これについてつじつまの合う説明を聞いたことがありません。

「公定力」の混乱

行政処分は違法は、取消訴訟という行訴法で定めた特殊な類型以外では争えないとされます。小難しい言葉では、取消訴訟の排他的管轄ないし「公定力」——美濃部達吉の造語です——などと、素人を煙に巻く隠語で、この拡張による曖昧模糊とした私人救済の排除の仕組みが随所に見られます。特に公定力は、美濃部が19世紀プロイセン法や当時のドイツ学説を受け売りした特殊な概念で、日本国憲法にはなじまない行政優位を基礎付ける概念です。

公定力とは、行政処分は、取り消されるまでは、私人も裁判所も、それを有効なものとして承認しなければならぬ効力である、とされます。むろん、明治時代以降、この効力の根拠となる法令が存在したことは、今に至るまでかつて一切ありません。美濃部が編み出し、実定法の根拠がまったくない概念ですが、これを排除する必要がある場合しか取消訴訟は認めないとするドグマが、未だに司法に蔓延しています(中込秀樹ほか(2000)『改訂行政事件訴訟の一般的問題に関する実務的研究』法曹会など)。取消訴訟が行訴法に置かれていることを取消訴訟の排他的管轄とも言いますが、これは実定法の産物です。そして、そこから言えることは、せいぜい、処分の違法を争うには、せつかく置かれた取消訴訟のルートを通してほしい、という一点に止まります。有効性承認要求効力は、排他的管轄とは何の関係もありません(福井秀夫(2024)「公定力概念の

検証(上),(下)——実定法に根拠なき理論の廃棄と立法による排他性の廃止」自治研究 100 卷 3, 5 号参照)。

原告適格の拡張

2004年に行政法を改正しましたが、その素案は、政府の行政訴訟検討会で作成しています。私も委員で参加しており、排他性を廃止すべきと主張しました。しかし関連してやっと入ったのが、原告適格の配慮事項の追加でした。今まであまりに狭かったので、これを拡大しようと意図したものです。原告適格について、従来処分要件、例えば埋立法なら、4条1号、2号等の要件の中に、その人の利益を個別に守っているとはっきり読み取れる場合以外は適格を認めないとする、「法律上保護された利益説」ではおかしいじゃないか、というところまでは皆さん意見が一致して、「法の規定の文言のみによることなく、法の趣旨、目的、考慮されるべき利益の内容、性質を考慮せよ」との条文が行訴法9条2項の新設によって入ったのです。要件文言のみを詮索するのでは個別利益の保護が読みにくい場合でも、一定の「考慮」に基づき原告適格が存在するとの新しい集合領域を明記したのです。私は確信的なものと解釈していますが、創設的と考えても結論は同じです(筆者と同検討会事務局関係者であった裁判官出身の村田氏、弁護士の越智氏との共著である福井秀夫・村田斉志・越智敏裕(2004)『新行政事件訴訟法』新日本法規出版において、原告適格拡大を含む法改正の趣旨、改正法の解釈を包括的に示した)。

ということは、この領域の原告適格を持つ者とは、処分要件だけの詮索では原告適格が否定される類型の者です。埋立法の趣旨全体を見る、埋立法と関連した法律を見る、埋立法の承認が実際に発揮する誰かに対する苦痛、事業の妨害要素等に着目すれば、埋め立てられることによって何らかの不利益を受けることとなるとの因果関係があって、法が、処分が適法なら一定の苦痛等の受忍をその者に求めている限り、その者は処分を争えるということになります。

もう一つ、行訴法10条1項の自分の利益に関係なかったらその違法につき争っちゃいかん、という要件につき、処分要件ではっきりある者の利益を守っていると読めないなら、およそその違法を主張しちやいかん、というに近いことを言っています。辺野古関係だけじゃなく、全国の判例でこういう言明が広く見られます。

しかし、2004年改正で広がったはずの原告適格領域で違法主張ができる者とは、処

分要件文言ではその者をはっきり保護しているとは読めないからこそ、広がった領域で原告適格が認められた人たちです。ところが、仮にこれら裁判官の理屈が正しいならば、処分要件で個別利益を守っているとは読めないのに適格を認められた者であるのに、その者が違法主張できるのが、処分要件のその人の利益を守っている要件だけだと言っていることになる。絶対に本体審理で勝てない人たちに、訴える資格だけを与えたにほかなりません。これは、主張できる違法事由がそもそも存在しない者の原告適格領域を作った、すなわち勝訴があり得ない人たちにエクスキューズとして入口たる原告適格だけ与えたことを意味します。違法主張の実体判断部分を本案といいます。が、本案では決して勝てない、訴えの資格だけ与える無意味な領域をわざわざ法改正により作ったことになるわけです。だったらその改正に何の意味があったのでしょうか。この主張を公文書たる準備書面に書くことができる国の職員、なかんずく裁判官出身者がいることに驚きます。改正に意味を持たせるとすれば、違法主張は、その人の権利を直接守っている要件以外についても可能でなければ、論理破綻です。その意味でも、辺野古の住民側の主張は法改正の趣旨に整合的です。

裁判が混迷の度合いを深めています。が、政治的な争点でもあることから、本来の法の趣旨である、環境や災害という純粹の技術的、科学的判断の審理の手續や基準がゆがめられている可能性がないか、危惧します。

宇賀克也判事と宮崎裕子判事のお二人だけが反対意見ですが、辺野古埋立てに関するさんご採捕の許可を知事に命じる農水大臣の指示を適法とする最高裁判決が2021年7月6日にありました。これは、埋立地で軟弱地盤が見つかって、そのままの工事工程ではできそうにない、変更せざるを得ないことがわかった後、変更承認を知事がしないままになっていたのですけれども、計画全体を変更せざるを得ないことが客観的に判明している段階で、元の計画のまま成就する蓋然性が全然ないのに、さんごが生息できるかどうか、試しに採捕する試験採捕を認めよ、との防衛局の申請に対して、多数意見は、公定力同様の効力を持ち出して、元の計画に基づく埋立承認はいったん有効に成立しているのだから、元の計画がどんなに変わったとしても、その承認は有効だ、だからさんごは当然採ってよいとしたのです。

ところが、多数意見も認めているところですが、さんごは採捕して移植すると多くが死滅します。さんご移植自体がさんご死滅計画なのですけれども、その点は考慮しないまま、かつ計画変更の蓋然性が高いのに、それも一切考慮しない。これに対して、宇賀、宮崎両判事だけが、それはおかしい、変更申請の可否についての蓋然性を判断

しないまま採捕を正当化するのは、水産資源の保護にむしろ反するのではないか、実質的に無意味になった元の埋立て要件審査に基づき形式的にだけ存在する元の承認の法的効力にそのまま依拠してはならないと、科学的知見を踏まえ、法令の規定と論理に適合的な解釈を理路整然と展開しています。

自治の尊重と司法の独立

自治体の意思がないがしろにされることも問題です。本来、科学的技術的論点に対して、政治的な思惑を、結論を先取りして持ち込んではいけません。しかも、基地の立地やその影響について、自治体や地域の意向が無視されて、国が決め打ちするのは妥当でないと思います。裁判官は、憲法と法律にのみ拘束される（憲法76条3項）のですから、法の厳格な論理の追及を回避、忌避しないことが重要です。

アメリカやドイツと違って、日本は非連邦制国家で、自治体の地方自治も憲法上の保障は弱いのです。特にアメリカは州の自治、独立性が非常に強い。例えば死刑制度の有無は州が決定する。麻薬を合法にする、しない。これも州で決められます。連邦が決めることは、きわめて限定されています。もし日本が連邦制の国で、「沖縄州」があってアメリカ同様の自治制度なら、はるかにすっきりした法的判断が可能はずで。日本の自治制度について将来の課題が多々あると思います。

司法の独立についても、アメリカと日本では随分落差があります。日本は試験に通った直後の社会人経験の一切ない者を職業裁判官に採用して雇い続けるキャリア制が原則です。憲法80条1項に10年任期と定めていますが、これまで任期満了で再任されなかったのは、青年法律家協会所属などの政治的理由らしき例があるくらいです。要するに、よほど司法官僚組織の幹部の不興を買わない限り事実上定年まで自動更新される。反面、判決の憲法、法律適合性などが問題とされることはまずない。このような慣例を背景に、裁判官は、司法官僚組織によって将棋の駒のように全国で転勤を繰り返させられます。多くの者が家庭の事情等により大都市勤務を望みますが、かなえられず人事に一喜一憂する。このような構造の中で、「良心に従ひ独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される」こと（憲法76条3項）を貫ける者がどれほどいるのでしょうか。

アメリカにはそんな制度はありません。アメリカの裁判官は終身で定年もない。最高裁も、連邦裁判所も州裁判所も、社会経験のない、法曹資格者というだけの者がい

きなり任用される日本同様のキャリア制を持ちません。平均的には40代、50代ぐらいで、よほど実務経験を積んで法律論、人格等が高く評価された者だけが選ばれます。しかも、特に連邦では上院による実質審査が厳しいので、むしろ民主、共和の政治的立場を旗幟鮮明にしない者が任命される可能性はありません。日本で往々にして最高裁からすら語られるような、「政治的中立」のふりをしてはいけない、しかし判決は憲法と法に則ってのみ起草せよ、が原則なのです。終身ですから、いったん任用されたら、日本と違って任命権者による転勤命令で他のポストや別の地域に異動させられる可能性もない。任命後は時の政権にこびる動機すらまったくないのです。

どちらが公正でしょうか。アメリカのほうがよほど公正で透明性があると思います。日本では、「実際には人が必ず持つ政治的立場」を覆い隠して、「政治的中立のふりをする」と、たまたま自分が知る左右の立場のまんなかあたりが、往々にして俗耳に入りやすく、裁判官も前提としがちな「政治的中立」でありまして、このような基準の下で実はむしろ政治的な付度をする裁判官が多いと感じます（政治的中立につき、丸山眞男（1995）『丸山眞男集 第三巻』148頁、岩波書店、松本三之介（1997）「主体的人格の確立をめぐる——丸山眞男の思想についての一考察」駿河台法学10巻2号223-227頁参照）。

最判2023年2月21日多数意見は、金沢市広場につき護憲団体の使用申請を、「政治的中立性に疑義」が生じるとして市が拒否したのを正当化した。これに対し宇賀克也判事が、首長や議会が政治的活動の末に選ばれて政策遂行する以上、およそ政策が「政治的中立」たることはあり得ない、集会の自由は「思想の自由市場形成」のためにあるとして、政治的中立と表現の自由についての本質的で重要な問題提起を行ったのが注目されます。どちらが適切な見解かは自明です（福井秀夫（2023）「自治体施設の使用は拒否できるか」税務経理 10083号、前掲福井（2024）（下）66-71頁参照）。

アメリカでは、日本の排他性に相当するような特殊な行政訴訟の作法がなく、先に述べたように、行政の違法もすべて民事訴訟で争えます。原告適格や、違法主張が自己の利益に関係があるか否かなどが問題となる場面もほとんどない。辺野古は米軍基地目的の埋立て事件ですが、仮に同様の訴訟がアメリカで提起されていたなら、およそ異なる推移を辿ったでしょう。

憲法とともに減ほすべきだった行政法

本来、君権至上19世紀プロイセン法にあえて依拠し、明治藩閥政府への司法統制を

弱めるよう意図して伊藤博文や井上毅によって仕組まれた特異な明治憲法と行政裁判法に基づく行政法理論や作法は、戦後憲法とともに減ぼすべきでした。オットー・マイヤーは19世紀理論として今の日本理論に通じる細かで行政にのみ優位な特殊な理論を打ち立て、「憲法は減ぶが行政法は減びない」などと、行政法の技術性、中立性を誇りました。未だに行政法の「技術性」を無邪気に信じる者もいますが、藩閥政府の正当化のための姑息な道具立てとして奉仕した理論を後生大事に守ることは有害です。韓国、台湾でも、日本の植民地支配のため日本の行政法理論が輸入され、定着してしまいました。マイヤー、美濃部流の、行政にだけ有利で、近代憲法的価値、人権価値尊重と相容れない行政法理論がそのまま残存するのは、東アジアの少数の国に限られません。法治国家原理を損なうこれら理論と直ちに決別すべきです。

【追記】

本稿本文脱稿後の2024年5月15日、福岡高裁那覇支部は、沖縄県知事がした埋立承認撤回処分を国土交通大臣が取り消した審査請求裁決を争う原告適格を否定した原審の那覇地判を取り消し、同地裁に差し戻した。撤回処分の理由とされた埋立法要件のみが原告適格を基礎付ける要件であり、原告には、騒音、航空機飛来に伴う危険性などが想定できないなどとして実質的な被害を無視した地判の論理を全面的に否定し、すべての原告の原告適格を肯定したものであり、筆者が同高裁、一審に提出した意見書と基本的に同一の論拠に基づく。同高判は、「当該事業に起因する騒音、振動等により健康又は生活環境に係る著しい被害を直接的に受けるおそれのある者」は原告適格を持つとして、被害の実質に基づいて判断せよ、とのきわめて真つ当な判断基準を提示した。司法の良識を体現した優れた判決と言える。

もっとも、同高判が、事実審理を自身では行わず、すべてを地裁での改めての審理に委ねざるを得なかったことは、民訴法307条本文が、訴えを却下した一審判決を取り消す場合には差し戻さなければならない旨定める以上、解釈論としてはやむを得なかったであろうものの、同条の立法的適切性につき大きな疑問が残る。訴える資格があるとすると、その資格に基づく違法性の主張について、原告適格を否定することに注力してきた国の主張に呼応して一審裁判所で既に空費された時間的損失をさらに拡大させないため、控訴裁判所が証拠に基づき実質的に審理し、本案の判断を行うことを認める立法が必要と思われる。

同条は審級の利益を確保する趣旨だが、被告の主張たる訴え自体の不適法が否定さ

れた以上、被告の審級の利益を考慮すべき必然性は乏しい。原告の合意があるならば、一審却下の場合にも控訴審における事実認定、弁論を認める余地があるはずだ。また、現在の原告適格の判断枠組みが、行政法理論の歪みや、立法の不備によって裁判所にとっても不明確であることは否めないものの、だからと言って、これに伴う不利益を原告に転嫁してよいことにはならない。

しよせん、訴訟要件という訴え自体の適法性に関する資格審査にすぎない原告適格判定に、数年間もの長期を要し、しかも法の専門家のはずの裁判官の間ですら見解が分かれること自体異常であり、本来、原告適格を含む訴訟要件の判定につき、せいぜい数か月程度の最長期間の定めを法に明記すべきであろう。そして、訴訟要件の有無についてのみでも上訴を可能とし、本案判決以前の早期に、司法の訴訟要件に関する最終判断をきわめて迅速に行うこととする法的措置が必須と考える。本件についても、結局訴訟提起後5年を経過してやっと訴訟の入口を通過してよし、と宣言し、また振り出しに戻して実質審理を行うことによる長時間経過に伴う被害救済の遅れは甚大な水準に達することを、司法、立法関係者は深刻に受け止めるべきである。

しかも、5月29日、被告国は5月15日判決を不服として上告したため、「入口通過の可否」の判定すら先送りされ、状況は一層深刻化している。

また、そもそも単なる訴え提起の資格たる訴訟要件の審理に長期間を要すること自体、制度の歪みの反映であり、諸外国と比べても不毛な訴訟資源の空費、権利救済の遅れの弊害が、日本では際立っている。

美濃部に由来する歪んだ公定力理論により、公定力排除の必然性があるときにのみ行政訴訟を認めるべきであるとする実定法の根拠なきドグマが未だに蔓延しているため、原告適格の判断も、私人に対してのみ極端に不利で、行政に対してはきわめて有利な歪んだ判決の集積を生んできたことを直視する必要がある。2004年行訴法改正により拡大されたはずの原告適格は、その後の多くの判決でも依然として不明確かつ狭すぎ、所期の目的を達成できていない。原告適格を行政訴訟の障害物とすることなく広く違法性審査を行うことができるよう、その判定の基準を単純で明確なものとするさらなる抜本的な法改正が必須である。

(2024. 06. 03 最終稿脱稿)