

令和5年（行ケ）第4号 地方自治法第251条の5に基づく違法な国の関与（是正の指示）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 宮下 一郎

## 第1 準備書面

令和5年9月29日

福岡高等裁判所那覇支部民事部ⅡA係 御中

原告訴訟代理人

弁護士 加 藤 裕

弁護士 仲 西 孝 浩 代

弁護士 宮 國 英 男 代

原告指定代理人

沖繩県知事公室

知事公室長 溜 政 仁 代

基地対策統括監 古 堅 圭 一 代

辺野古新基地建設問題対策課

課 長 松 堂 徳 明 代

副参事 仲宗根 英 之

班 長 池 原 賢 治 代

主 査 野 原 康 寿 代

主 査 眞境名 悠 代

主 査 与那覇 克 弘 代

主 任 嶺 井 康太郎 代

主 任 上 原 祥 平 代

沖繩県農林水産部

農林水産部長 前 門 尚 美 代

農漁村基盤統括監 長 本 正 代

水産課

課 長 平安名 盛 正 代

副参事 上 間 直 之 代

班 長 井 上 顕 代

主 幹 紫 波 俊 介 代

主 査 柴 尾 秀 貴 代

本書面の略語は、特段断らない限り従前（訴状）のとおりである。

## 第1 本件裁決の拘束力について

### 1 被告主張（被告第1準備書面）の要旨

被告は、最高裁第一小法廷令和5年9月4日判決（令和5年（行ヒ）第143号）（令和5年最高裁判決）を引用した上で、「本件裁決は、本件各申請の内容に必要性が認められ、これが認められないなどとして本件各申請を許可しない原告の判断は裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たること等を理由に本件各不許可処分が違法かつ不当であるとして取り消したものであるところ、原告は本件各不許可処分と同一の理由に基づいて本件各申請を許可しないものであることは明らかであるから、そのことは地方自治法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」として、「本件各申請の必要性を肯定できないとしてこれを許可しない沖縄県の事務処理が本件裁決の拘束力に反し、違法であることはより一層明らか」と主張している（被告第1準備書面9頁）。

しかし、被告主張には理由がない。

### 2 令和5年最高裁判決の問題点とその射程について

#### (1) 令和5年最高裁判決の問題点

まず、そもそも本件国土交通大臣指示は、本件埋立変更承認申請が承認要件を充足しており、これに対して承認処分を行わないことは公水法に違反しているから、承認処分をせよ、というものであって、本件国土交通大臣裁決の拘束力に反しており行審法に違反するというものではなかった。

これは当然のことで、裁決の拘束力は、「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」という限度で働くものに過ぎず、「申請に対して承認処分をしなければならない」という効力はないからである。

言い換えれば、裁決で問題となった不承認処分の理由とは異なる理由により再度不承認処分をすることは妨げられない（小早川光郎他『条解行政不服審査法』270頁）。

つまり、「裁決の趣旨に従い、申請に対して処分をせよ」という是正の指示であれば、行審法違反という「法令の規定」違反を理由としてなしうるとしても、本件国土交通大臣指示のような「承認処分をせよ」という是正の指示の理由としては、行審法違反では不十分なのである。

だからこそ、本件国土交通大臣指示は公水法違反（つまり、裁決で問題となった点も含めて、承認要件を充足しているにもかかわらず承認処分をしないこと）を理由としていたのである。

そして、裁決には既判力も実質的確定力もないし、拘束力の名宛人に裁判所は含まれない。

裁決の拘束力は、あくまでも主文を導く理由の限度で生じるところ（小早川光郎他『条解行政不服審査法』269頁）、処分庁及び処分庁の上級行政庁以外の審査庁は、裁決とともに処分庁に対して承認処分を義務付ける措置はなしえない以上（行審法46条2項の不適用）、裁決において、承認要件を充足すると認定されていたとしても、この点は裁決の傍論に過ぎないから、本件で不承認処分の理由とされた理由以外の不承認理由による再度の処分については、そもそも拘束力は生じない。

したがって、この点について裁判所の判断を拘束する理由はない（裁判所が承認要件充足を裁決にしたがって判断しなければならなくなるわけではない）。

だからこそ、原審は公水法違反の有無を審査していたのであるし、裁決の拘束力が受訴裁判所にまで及ばない結果、訴訟における審査範囲は本件国土交通大臣指示においてその理由とされた事実関係及び法律判断の全般に及ぶこととなり、実質的にみると、裁決の拘束力によって限定

されることにはならないとしていたのである。

ところが、令和5年最高裁判決は、本件国土交通大臣指示の適法性を審査するにあたり、行審法違反という「法令の規定」違反を持ち出し、行審法違反だけで本件国土交通大臣指示の適法性を基礎づけてしまった。

しかし、上記のとおり、そもそも行審法（拘束力）違反だけでは「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理由としては不十分であるから、判決文を文字通りに読むとすれば、単純に理由不備となる。

したがって、これを善解するならば、最高裁判所が、「上告人は本件変更不承認と同一の理由に基づいて本件変更承認をしない」と認定した判示は、他に不承認理由はない、という事実認定を前提とした判示であると読むほかない。

というのも、文字通りに「上告人は本件変更不承認と同一の理由に基づいて本件変更承認をしないもの」としても、単にそれは、当該同一の理由に基づく不承認処分はできないから、裁決の趣旨にしたがって処分をしなければならない状態にある（他に不承認理由がないなら承認しなければならない状態にあるが、他に不承認理由があるかどうかは不明）、ということ以上でも以下でもなく、それだけでは「承認処分をせよ」という本件国土交通大臣指示の適法性を説明できないからである。

しかし、原告は上告人として本件国土交通大臣裁決の有効性自体や拘束力の作用の内容や発生時期を争っていただけで、他に不承認理由がない、などとは主張していない（つまり、自白は成立していない）し、裁決の実質的確定力ないし拘束力の作用として「裁判所」が承認要件充足について裁決と同一の認定をしなければならないことにはならない、という点は上記のとおりである。

また、最高裁判所は、原審の判断を「結論において是認することがで

きる」としたものの、本件国土交通大臣指示の適法性を基礎づける上告人の「法令の規定」違反を、公水法違反から行審法違反に変更してしまい、原審の承認要件の充足についての判断を維持しなかったのだから、結局のところ、最高裁判所の本件変更承認申請の承認要件充足についての事実認定には根拠がないと言わざるを得ない。

令和5年最高裁判決は、地自法255条の2の場合も行審法の拘束力の作用が都道府県の法定受託事務の処理に及び、関与取消訴訟において裁決の内容を都道府県知事が争うことができない旨を、そのような判断を示すに不適切な事案（「裁決の趣旨に従い、申請に対して処分をせよ」という是正の指示ではなく、「承認処分をせよ」という是正の指示の適法性が争われた事案）において判示してしまったと評価せざるを得ない。

以上のことから、令和5年最高裁判決の判断には、極めて問題がある。

## (2) 令和5年最高裁判決の射程について

以上の問題点を脇に置いたとしても、令和5年最高裁判決は、本件国土交通大臣裁決が承認要件を充足していると判断したことをもって（つまり、この点についての裁決の実質的確定力ないし拘束力の作用が「裁判所」に働くという認識のもとで）、本件国土交通大臣裁決で問題となったもの以外の不承認理由がないことを認定したわけではないことは明らかである。

けだし、令和5年最高裁判決は、裁決の実質的確定力ないし拘束力の作用が裁判所に及ぶ旨を一切判示していないし（原審は、裁判所に裁決の拘束力は及ばず裁判所の審査範囲が裁決により限定されない旨を判示していたが、最高裁はかかる判断を変更する旨も示していない）、本件国土交通大臣裁決が、承認要件を充足しているという判断をしていたことについても事実認定していない。

さらに言うなら、もしも、実質的確定力ないし拘束力の作用が裁判所

に働くのであれば、裁判所は裁決と同様の判断をしなければならない  
(公水法の承認要件を充足していると判断しなければならない) ところ、  
原審の判断を変更すること自体できないはずである。

### 3 本件に令和5年最高裁判決の射程が及ばないこと

以上のことから、被告が令和5年最高裁判決を引用した上で、「本件裁決は、本件各申請の内容に必要性が認められ、これが認められないなどとして本件各申請を許可しない原告の判断は裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たること等を理由に本件各不許可処分が違法かつ不当であるとして取り消したものであるところ、原告は本件各不許可処分と同一の理由に基づいて本件各申請を許可しないものであることは明らか」(被告第1準備書面9頁)と主張するのは、同判決の射程の理解を誤ったものであって、理由がない。

原告は、本件各許可申請の時点においては、本件埋立変更承認申請に対する承認処分がなされておらず、「必要性」が認められなかったため、その余の審査を要することなく、「必要性」が欠けるとして本件各不許可処分をなしたものであって、本件においては、本件裁決で問題となった「必要性」以外の審査基準(「妥当性」の基準等)を充足していると判断したわけではない。

また、原告は、そもそも本件裁決の効力自体を争い、また異なる手続における関与手続においては客観的に審査基準充足の判断がされなければならないから、本件裁決で排斥された理由(つまり、「必要性」の基準に係る判断)について、別途、本件訴訟で主張しているにすぎない。

要件裁量に基づき第一次的に判断権を行使すべき原告が審査していないその余の審査基準の充足不充足について、本件訴訟で認定することはできないものであるから、令和5年最高裁判決を根拠とした被告主張には理由

がない。

## 第2 本件是正の指示時点において「必要性」の基準充足が認められないこと

1 最高裁判所は、本件国土交通大臣裁決が無効であるとの原告の上告受理申立理由について不受理決定をなした上で、本件埋立変更承認申請の承認を求める本件国土交通大臣指示が適法である旨を判示した。しかし、行審法が規定する裁決の拘束力は、有効な裁決が存する場合に、処分庁が再度当該申請を審査するにあたって、同一の事実関係の下、同一の理由で同一の処分を反復できず、原処分が申請拒否処分ときは、違法又は不当とされた実体的理由又は手続によらないで処分をやり直さなければならないという効果を有するに過ぎないものであって、当該裁決と同一の理由をもって地自法上の法令所管大臣による是正の指示等の国の関与手続がなされた場合に、当該関与の適法性を根拠づけようとする当該理由についてまで、行審法の拘束力が及ぶものではない。また、申請拒否処分を取り消す裁決の拘束力は、その裁決の趣旨にしたがって原処分庁が再度処分をなすことを義務づけるにとどまり、それを越えて特定の処分を求める是正の指示の根拠となりえるものではない。これらのことはこれまで述べてきたとおりである。

2 そうすると、本件是正の指示は令和5年3月29日になされたところ、その時点において、本件各許可申請につきサンゴ類特別採捕の「必要性」が認められると言えたかどうかは本件訴訟において審理の対象となるものである。だからこそ、被告は、本件是正の指示において、その必要性が認められる理由として、本件埋立変更承認申請がいまだ承認されていないことを認めつつも、「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」としているものである。したがって、裁判所は、行審法の裁決の拘束力に違反するかどうかではなく、本件是正の指示が理由としている審査基準充足に係る「漁業法（昭和24年法律第267



号) 第 1 1 9 条第 2 項第 1 号に違反して」いるかどうか(甲 1 号証。本件是正の指示)を判断すべきである。是正の指示は、法令所管大臣が法定受託事務の処理について「法令の規定」違反を確認した際に、それを具体的に指摘して地方公共団体には是正を求める公権力の行使である。したがって、法令所管大臣が「法令の規定」に違反すると指摘した具体的な法令についての違反の有無が審査の対象となることを繰り返し指摘しておく。本件において、これを無視して行審法違反の有無を審査すべきでないことについては留意しておくべきである。

そして、本件各許可申請に係る本件サンゴ類を移植する「必要性」が生じる前提となる当該海域の公有水面の埋立てについては、本件埋立変更承認申請に対する承認処分がなされておらず、沖縄防衛局が同海域において本件埋立変更承認申請の「設計ノ概要」に基づく埋立てをなしうる法的地位が存しなかったのは争いがない事実であることから、サンゴ類特別採捕の「必要性」があるとした本件是正の指示は、本件規則 40 条 1 項の許可の要件について判断を誤ったものであり、違法と言うべきである。

この点、最高裁令和 3 年 7 月 6 日判決(令和 3 年(行ヒ)第 76 号)(乙 27 号証。令和 3 年最高裁判決)は、本件埋立変更承認申請にかかる「設計ノ概要」の変更の必要性がない箇所である JPKI 地区でのサンゴ類特別採捕許可にかかる判決であるが、その指摘は重要である。同判決は、「さんご類は、さんご礁の形成に不可欠な役割を果たすとともに、漁業の対象となる生物の生息場所等として機能し、周辺の水産資源の保護、漁場の形成等の点で重要な役割を果たしている。さんご類の移植については、移植後の生残率は高くないとされており、沖縄県においては移植から 4 年後の生残率が 20%以下というデータもある。」、「本件さんご類の具体的な生息場所は、本件軟弱区域外の護岸造成工事(以下「本件護岸工事」という。)が予定されている箇所又はその近辺に限られている。」との事実認定を前提として、「公有水面埋立法上、国の官庁が埋立ての承認を受けた後に設計の概要を変更する必要性が生じた場合に、当

該承認に基づく工事を中断すべき旨の規定は設けられていない。したがって、この場合において、当該官庁は、変更承認を受けていない段階であっても、当該変更に関する部分に含まれない範囲の工事については、特段の事情のない限り、当初の願書に記載された設計の概要に基づいて適法に実施し得る地位を有しているものと解される。」と判示している。

すなわち、「当該変更に関する部分に含まれない範囲の工事」に限定して「当初の願書に記載された設計の概要に基づいて適法に実施し得る地位を有している」として、「本件各申請の対象である本件さんご類は、この工事の予定箇所又はその近辺に生息していたというのである。そうすると、本件さんご類は適法に実施し得る本件護岸工事により死滅するおそれがあった以上、水産資源の保護培養を図るとともに漁業生産力を発展させるという漁業法等の目的を実現するためには、本件さんご類を避難させるべく本件水域外の水域に移植する必要があった」と判示したものであり、これは裏返すならば、「当初の願書」に記載された「設計ノ概要」に基づき工事を実際に行うことができないことが判明している場所に生息するサンゴ類については、特別採捕の必要性は認められないとの判断を前提としたものと言うべきである。

同判決は、サンゴ類がサンゴ礁を形成する不可欠な生物であって、水産資源の保護や漁場の形成等に重要な役割を果たす一方で、その移植について移植後の生残率が極めて低いことを指摘しており、安易な移植がなされることによつてむしろ水産資源保護に逆行しかねないことも当然認識しているといえる。だからこそ、「設計の概要に基づいて適法に（工事を…引用者）実施し得る地位を有している」と、事業者が事実の上でも法的にも確実に埋立てをなし得る地位、客観的状況にあることを確認した上で、サンゴ類特別採捕の必要性を認定しているのである。

さらに、令和3年最高裁判決の原判決（福岡高等裁判所那覇支部令和3年2月3日判決）は、「沖縄防衛局が本件設計概要に記載された工事を適法に実施

し得る地位を有していたとしても、前記認定のとおり、本件事業については、本件設計概要に記載のない地盤改良工事を経た上でなければ、本件軟弱地盤部分に埋立工事を施工することが技術的に不可能な状況であるから、沖縄防衛局としては、本件設計概要の変更承認を得た上で同部分の工事を施工することを予定していたものと解される。そして、本件指示の時点では、沖縄防衛局は、上記変更承認の申請すらしておらず、今後、同承認を受けて本件軟弱地盤部分の埋立工事を実施できるかどうかは未だ不確定な状況にあったといえる。これらの事情に加え、移植後のサンゴ類の生残率は高くなく、移植は対象となる相当な割合のサンゴ類の死滅を伴うものであること（認定事実(1)オ(ウ)）を踏まえ、少なくとも本件軟弱地盤部分の工事によって影響を受けることを理由とするサンゴ類の移植については、その実施が未だ不確定である以上、原告の裁量判断として、移植の必要性を否定することも許されるというべきである。」と判示しているところ、同判決も、事業者が設計の概要に基づいて適法に工事を実施し得る法的地位を得ていない場合には、処分庁である都道府県知事が未だそれを許可しないという裁量を有していることを示唆するものといえる。

これに対して、被告は、「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、サンゴ類特別採捕の「必要性」の基準を充足すると主張してきた。しかし、「法的地位を付与されてしかるべき状況」とは何であるのかについては明らかでなく、適法に埋立てができる「法的地位」が付与されていない段階では埋立工事をなしえないのであるから、その時点で本件サンゴ類の死滅を防ぐために移植する「必要性」が生じているものではない。このような「必要性」は、事業者が適法に埋立てができる「法的地位」を現実に付与されて初めて生じるものであるから、それに至らない段階では、サンゴ類特別採捕の「必要性」がないと判断することは当然許容されるべきである。

よって、本件是正の指示時点においては、沖縄防衛局は本件埋立変更承認申請の「設計ノ概要」に基づいた埋立てをなしうる法的地位を得ておらず、また、サンゴ類の移植について移植後の生残率が低く、安易な移植がなされることによって水産資源保護に逆行するおそれがあるからには、その移植に係る特別採捕の必要性を認めるか否かについてはなお許可権者である原告の裁量に委ねられているのであって、その許可要件充足を根拠とする本件是正の指示は違法である。