SURE 静岡大学学術リポジトリ
Shizuoka University REpository

沖縄の米軍基地過重負担と土地所有権：「米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因である」

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-02-24 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 阿波連, 正一 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.14945/00009995

論　説

沖縄の米軍基地過重負担と土地所有権
―「米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因である」―

阿波連　正　一

第１章　総説 …… 3 (384)
第１節　本稿の課題と結論 …… 3 (384)
第２節　辺野古訴訟の展開と米軍基地沖縄経済発展阻害論 …… 10 (377)
第３節　本稿の構成 …… 15 (372)
第２章　米軍基地過重負担の土地所有権構成 …… 16 (371)
第１節　米軍基地過重負担の法律構成の意義 …… 16 (371)
第２節　米軍基地過重負担の自治権構成 …… 17 (370)
第３節　米軍基地過重負担の法律構成の機能 …… 22 (365)
第４節　米軍基地過重負担の土地所有権構成の内容 …… 26 (361)
第５節　米軍基地過重負担の当事者の主張立証及び高裁判決 …… 30 (357)
第６節　土地所有権構成の理論枠組み …… 44 (343)
第７節　土地所有権構成の法的根拠 …… 59 (328)
第８節　「国土利用上適正かつ合理的なること」の適合性判断 …… 65 (322)
第３章　米軍基地沖縄経済発展阻害論の証明 …… 75 (312)
第１節　序 …… 75 (312)
第２節　米軍基地沖縄経済発展阻害論の内容 …… 76 (311)
第３節　米軍基地沖縄経済発展阻害論の証明 …… 78 (309)
第４節　米軍基地跡地利用の経済効果発生のメカニズム …… 80 (307)
第５節　那覇新都心地区の土地区画整理事業の実施 …… 86 (301)
第６節　米軍基地跡地利用の経済効果 …… 90 (297)

第７節　米軍基地跡地利用の経済効果の機能 …… 101（286）
第８節　小括 …… 105（282）
第４章　高裁判決と米軍基地過重負担 …… 106（281）
第１節　高裁判決の検討の視点 …… 106（281）
第２節　米軍基地過重負担に関する高裁判決 …… 108（279）
第３節　「本件軽減判断」と自治権構成 …… 113（274）
第４節　「本件軽減判断」の理論構成批判 …… 121（266）
第５章　沖縄県の上告受理申立理由書と米軍基地過重負担 … 125（262）
第１節　沖縄県の米軍基地過重負担の二つの法律構成の混在 … 125（262）
第２節　米軍基地過重負担の土地所有権構成 …… 126（261）
第３節　米軍基地過重負担の自治権構成 …… 137（250）
第６章　最高裁判決と米軍基地過重負担 …… 146（241）
第１節　序 …… 146（241）
第２節　最高裁判決は原処分違法等説 …… 149（238）
第３節　最高裁判決は土地所有権制限法説 …… 160（227）
第４節　最高裁判決は土地所有権取得権説 …… 170（217）
第５節　最高裁判決は土地所有権構成 …… 181（206）
第６節　最高裁判決と米軍基地過重負担 …… 187（200）
第７章　最高裁判決後の沖縄県の法的対応策 …… 200（187）
第１節　序 …… 200（187）
第２節　最高裁判決後の状況 …… 201（186）
第３節　現知事は本件承認取消しを取り消すべきか …… 207（180）
第４節　本件承認取消しの取消後の沖縄県の法的対応策 … 215（172）
第５節　小括 …… 234（153）
第８章　総括 …… 236（151）
資料Ⅰ　最高裁第２小法廷平成28年12月20日判決 …… 243（144）
資料Ⅱ　「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」、
「辺野古訴訟の推移」及び拙稿・論考の展開 … 257（130）

第１章　総説

第１節　本稿の課題と結論

辺野古訴訟に関する最初の司法判断となる福岡高裁那覇支部の判決（「高裁判決」）は、2016年９月16日に沖縄県の敗訴を言い渡した[1]。沖縄県は、同年９月23日最高裁に上告し、同年10月３日、上告理由書と上告受理申立理由書を同那覇支部に提出した。年度内に最高裁の判決が出されると言われる中で、一般的には、沖縄県の「敗訴」が予想されていた。それでも、同年10月７日、翁長雄志沖縄県知事は、シンポジウム「辺野古訴訟福岡高裁判決を問う―辺野古訴訟福岡高裁判決報告・研究集会」（「10.7高裁判決研究集会」）において、「米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因である[2]」ということを勝機の論点として勝訴の可能性を確信し得る挨拶をした（以下、）。しかし、同年12月20日、最高裁第２小法廷において上告棄却の沖縄県敗訴の判決がでた。

本稿の課題は、辺野古訴訟の展開において、「10.7高裁判決研究集会」における翁長知事の「米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因である」ということの指摘を、戦後70年余にわたる「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」（米軍基地過重負担）を土地所有権の観点から捉える法律構

[1] 五十嵐敬喜「辺野古高裁判決の不条理」（『世界１２』岩波書店、2016年12月）93頁は「大方の人は、これまでの裁判の様子からみて県側の勝ち目は少ないのではないかと思ってはいたが、その内容は、同じ敗訴でも大変衝撃的なものであった。端的に言ってそれは、県側の主張を全く認めない『完敗』に等しいものであったからである。」とする。

[2] 翁長沖縄県知事は代執行訴訟の2016年２月15日の知事尋問において、「一つの跡地が返されるということは、それだけの経済効果がでてくる。今言っているような『基地で食べている』という話は確か戦後30年ぐらい、復帰からしばらくはあったかも知れないが、今や沖縄が発展しようとするときに、日本の安全保障だから我慢しているが、経済の面で言えば、米軍基地は経済発展の最大の阻害要因ということがまさに当てはまる時代になっている」とし、明確に「米軍基地は経済発展の最大の阻害要因」と陳述している。

成により、沖縄の歴史・経済・政治・法律を通底する沖縄の米軍基地問題の本質を明らかにすることである。沖縄県知事及び沖縄県民が辺野古問題にどう対応すべきかの方向性がみえてくると考えるからである。

沖縄の米軍基地問題の本質は、沖縄の過重負担の米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因であるということに象徴的に示されているように、沖縄は、自由・民主主義・法の支配といった近代的諸価値を編成原理とする近代民主国家の日本という主権国家のなかの米軍基地過重負担による植民地であるということである。つまり、沖縄は日本という主権国家のなかの米軍基地過重負担による植民地であるということである。

自由主義経済（国民経済）の原動力であり基盤である土地所有権が過重負担の米軍基地の土地利用に固定化されていることにより、沖縄の過重負担の米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因となる。したがって、沖縄経済発展の最大の阻害要因である「米軍基地は、沖縄に依存することになり、米軍基地は沖縄に寄生することになる[3]」のである。つまり、米軍基地過重負担は沖縄経済発展の最大の阻害要因であることを通じて、沖縄は、日本の主権国家のなかの植民地となり、米軍基地過重負担を契機に、歴史的・経済的・政治的に日本政府に従属する構造となっているのである。

土地所有権が自由主義経済（国民経済）の原動力・基盤であるのは、土地所有権は特定人（地主）が特定地（所有地）の上下の時空間を法令の制限内において自由に利用及び処分する権利（民法206条・207条）であり、その土地所有権の客体である土地の属性が公共性にあるからである。すなわち、土地所有権が自由主義経済の原動力・基盤であるのは、その客体である土地が、①現在及び将来における国民のために限られた資源であるとともに、②国民の生活及び生産に通じる諸活動の共通の基

[3] 川瀬光義『基地維持政策と財政』（日本経済評論社、2013年、以下、川瀬光義・『基地維持政策と財政』と略記する。）12頁、69頁参照。

盤であり、また、③その土地の利用が他の土地の利用と密接な関係有するものであり、そして、④その価値は主として人口及び産業の動向、土地利用の動向、社会資本の整備その他の社会的経済的条件によるものであること等公共の利害に関係する特性を有しているからである（国土利用計画法１条、土地基本法２条参照)。近代民主国家である日本及び米国は、自由主義経済の原動力・基盤である土地所有権の合理的制限を通じて、国民経済の発展・向上という公共の福祉の増進（公共性）に寄与することを目的に、国民経済（自由主義経済）を間接的にコントロールするのである。

このような国民経済の原動力・基盤である土地所有権が過重負担の米軍基地の土地利用に固定化されること即ち国民経済の原動力である土地所有権が米軍の基地機能に制限されることにより、その「基地によって沖縄は膨大な『機会費用』ないし『機会の喪失』を被っている[4]」ことになる。沖縄県は、2015年１月、米軍基地の、既返還３地区及び返還予定５地区の軍用地面積13.7㎢で、年間、返還前の軍用地料等590億円が、返還後の活動による直接経済効果（機会費用）１兆13959億円で、約19倍、その差額１兆769億円であることの推計を公表している[5]。沖縄本島の米軍基地の総面積は221㎢（2013年３月時点）で、沖縄県民９割130万人の生活する沖縄本島（1208㎢）の約18％前後を占領し続けているという「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」(米軍基地過重負担）を踏ま

[4] 川瀬光義・『基地維持政策と財政』69頁。機会費用とは、本来であれば得られる利益が得られなくなるという見えない利益のことである。跡地利用の直接経済効果は米軍基地による機会費用ということになる。普天間飛行場の跡地利用の直接経済効果の3866億円は、普天間飛行場による3866億円の機会費用を意味する。逆に言えば、沖縄県民は3866億円の経済効果を得られていないという「マイナスの経済効果」(経済的損失）を意味する。このことが「米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因である」ことの意味である。

[5]「駐留軍用地跡地利用に伴う経済波及効果等に関する検討調査」、沖縄県企画部企画調整課跡地利用推進班（2015年１月)。

えると[6]、「基地によって沖縄は膨大な『機会費用』ないしは『機会の喪失』を被[7]」り、「沖縄は基地に寄生され[8]」、沖縄の過重負担の「米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因である」ということが判明する。沖縄の米軍基地過重負担の本質は、土地所有権が広大な米軍基地の土地利用に固定化されることにより、沖縄の過重な米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因であることになる。つまり、沖縄は日本という主権国家のなかの米軍基地過重負担による植民地となっているのである[9]。なぜ

---

[6] 友知政樹「全基地撤去及び全補助金撤廃後の琉球（沖縄）経済に関する一考察」（『琉球独立学研究』第３号、2016年）は「３兆583億円（＝２兆1682億円＋8901億円）が琉球（沖縄）から全ての米軍基地を撤去した際の直接経済効果の推計合計額となる」（15頁）とし、また「7843億円が、琉球から全ての自衛隊基地を撤去した際の直接経済効果の推計額とな」（17頁）り、そして「全基地を撤去し、跡地利用が進んだ際の経済活動による直接経済額３兆8426億円と、米軍基地及び自衛隊基地があるためにもたらせられる金額2623億円を比較すると、跡地利用が進めばその経済効果は撤去前のおよそ14.6倍（＝３兆8426億円/2623億円）となる」（19頁）。また、この経済効果を県民総所得ベースに移すと、2012（平成24）年度の「沖縄の総所得（市場価格表示）は４兆165億円である。この値より、2623億円を差し引き、前節で推計した全基地撤去後に得られる売り上げベースの金額の３兆8426億円に粗付加価値率（56.3％）を乗じた額ととして求められる粗付加価値額である２兆1634億円（＝３兆8426億円×0.563）を加えた値は５兆9176億円（＝４兆165億円－2623億円＋２兆1634億円）となり、全基地撤去・跡地利用後の琉球（沖縄）における総所得は全基地撤去前のおよそ1.47倍＝５兆9176億円／４兆165億円となることが推計される」（19頁）。さらに、跡地利用開発の資金調達について、「今や世界には複数の開発銀行（例えば、アジアインフラ投資銀行（AIIB）や新開発銀行（BRICS銀行）など）が存在する。融資される側にとって、銀行は一つより常に複数存在してくれたほうが、選択肢が広がるという意味で有益であり、幸いなことに現在の世界状況が琉球（沖縄）に味方をしてくれているのである。もし琉球（沖縄）が世界の銀行にとって有望な融資先となることが可能であるならば、基地跡地の開発に必要な資金調達の道も開けてくるであろう。実際に、昨今の琉球（沖縄）における外国人観光客数の増加や外資系企業の投資額の増加などを考えたとき、東アジアという成長著しいマーケットの中央に位置する『真の清（ちゅ）ら島』としての琉球（沖縄）は十分に有望な融資先となれると筆者は考える。」（24頁）。

[7] 川瀬光義・『基地維持政策と財政』69頁。

[8] 川瀬光義・『基地維持政策と財政』12頁。

[9] 植民地は一般的には本国の外にあって支配下にある地域で（主権国家の外に存在）、武力によって獲得される場合が多く、本国から国民の一部が移住して現地住民を従属させ開拓や開発が行われ、経済的果実を収奪するものである。この植民地は、現象的にみると、積極的に植民地の住民の経済的果実を本国が収奪するものであるが、

なら、植民地は主権国家が特定地域の土地利用による経済価値を収奪することであり、沖縄は米軍基地過重負担により土地利用の機会費用という経済価値を米軍基地の安全保障費用を負担すべき日本が、その米軍基地過重負担により沖縄の膨大な機会費用を収奪していることになるからである。これは主権国家が特定地域の土地利用による経済価値の収奪という面では全く同じだからである。後述する高裁判決も沖縄が米軍基地過重負担による植民地となっているという含意を、次のように説示している。すなわち、戦後70年の沖縄の米軍基地の土地利用の経緯、その基地機能による人権侵害及び生活環境被害等並びに米軍基地に対する県民意識を踏まえて、「以上によれば、本土と比較して、沖縄は重い米軍基地負担を負っているといえる。」(判決書13頁)。また、「戦後70年にわたり他国からの武力行使や武装勢力によるテロなどなく平和な状態が継続する中で、軍用地料や基地労働者等の基地関連収入の比重が相対的に低下していくことにより、基地が存在することによる弊害が県民の多数に強く認識され」(判決書13頁)ている。

したがって、沖縄経済発展の最大の阻害要因である米軍基地過重負担による植民地である沖縄において、その植民地としている米軍基地を新たに建設するために、辺野古沿岸域を埋め立てることを沖縄県知事が承

「沖縄」の主権国家のなかの植民地は、日本国の地方公共団体である沖縄県の県民９割の住む沖縄本島の約18%前後を米軍基地として占領することにより、土地の合理的利用による経済発展を停止させ、本来得られるべき経済価値・機会費用を県民が被ることによって米軍基地を維持しているので、米軍基地は沖縄の機会費用を「収奪」していることになる。つまり、土地利用上の経済価値(「国土利用上の効用」)を米軍基地過重負担により沖縄県民の潜在的経済効果を収奪しているという機会の喪失である。本質的に言えば、米軍基地過重負担(米軍基地占領面積)が大きいほど植民地としての効果があることになる。植民地の現代的支配の手法ということになる。日本政府と米国政府は沖縄の米軍基地過重負担により沖縄本島を植民地としているのである。沖縄は日本の主権国家のなかの植民地ということになる。土地所有権概念の認識の弱点をもつ地域における土地所有権概念を国民経済の基盤としている国家のソフト・パワーによる植民地支配である。ここに米軍基地を沖縄本島に集中する米軍基地過重負担の本質があるとともに、沖縄独立論の契機もある。

認することは、公有水面埋立法の趣旨である「国土の開発その他国民経済の向上に資するもの[10]」という「公共の福祉の増進（公共性）」に照らして、「国土利用上の適正かつ合理的なること」（同法４条１項１号）に著しく反し、強い違法性をおびることになるのである。なぜなら、沖縄の米軍基地過重負担は日本という主権国家のなかの植民地を意味するので、自由・民主主義・法の支配といった近代的諸価値を編成原理とする近代民主国家の日本の国家の在り方（日本国憲法に顕現）を否定することになるからである。

本稿は、米軍基地過重負担を土地所有権の観点から捉える法律構成（土地所有権構成）により判明する「米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因である」ということの証明を踏まえて、辺野古訴訟における最高裁判所の判断の帰趨が意味することを客観的に考察することを目的とする。

国民経済発展の原動力である土地所有権が広大な米軍基地の土地利用に固定化されることにより、沖縄の過重負担の米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因となる。翁長知事は、その内容を、「10.7高裁判決研究集会挨拶」で、次のように述べる。

「那覇市長時代を含め、これまで多くの方々と対話、懇談を行ってきたが、いまだに、①『沖縄は米軍基地で食べている』という風説がまん延している。終戦直後、基地関連収入のGDPは50％あったが、27年後の1972年には15％、今では4.9％。②米軍基地の跡地利用についても、那覇市の新都心は大型ショッピングセンターや総合運動公園などができ、25年前まで52億円の軍用地料であったが、返還後は1634億円の経済効果が

[10] 代執行訴訟・原告第１準備書面８頁、第２準備書面71頁。本稿の「辺野古訴訟」（代執行訴訟、国地方係争処理不服審査、違法確認訴訟等）に関連する訴訟記録等（訴状、準備書面等）は、沖縄県ホームページ基地→知事公室辺野古新基地建設問題対策課、http://www.pref.okinawa.jp/site/chijiko/henoko/index.html。

うまれた。③雇用についても基地時代は芝刈りや、家の修繕などで180人程度だったが、今では100倍の１万8000人が働いている。④当然税収も増えている。⑤また沖縄への観光客は、2016年度には840万人になると県は試算していて外国人観光客も目標を５年前倒しし、200万人の大台達成を見込んでいる。航空会社もアジアの主要都市から４時間圏内、24時間使用できる那覇空港を物流拠点にしている。世界の資本が『ホテルをつくりたい』など県庁にどんどん来ている」と述べ、「⑥沖縄振興予算についても誤解が多い。1972年の本土復帰時は国からの予算を得るノウハウがなかったため、沖縄開発庁（現沖縄振興局）が間に入り、他県と違い年末に一括計上される方式が採られることになった。各都道府県は、土木や教育、福祉など、それぞれの分野別で国から受けとっているが、沖縄は一括して受けとっているだけ。沖縄県でも他の都道府県でも、国から受け取っている補助金の内容内訳は同じで、沖縄だけ特別に上乗せされているわけではない」「⑦いま、沖縄は大きく発展していこうとしているが、基地があるから何にも前に進まない。『沖縄は基地で食っている』というのはもう30～40年前の話であって、『基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因である』ということをしっかりとご理解いただきたいと思います[11]（①～⑦筆者挿入）」。

本稿の課題は、この「米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因である」ということの含意が、最高裁判所の判断の帰趨を決するものとして、辺野古訴訟における沖縄県の勝機の論点として法的な客観性を有するか、言い換えると、辺野古違法確認訴訟において最高裁判所が沖縄県を敗訴

[11] htt://www.jichiroren.jp/new.自治労連・地方自治問題研究機構に掲載されている。
平良朝敬（OCVB会長）は「観光は平和産業である」、「米軍基地は沖縄経済の阻害要因だ」と主張し続けている（「『観光の島』沖縄が問う―沖縄の未来を考える」{沖縄国際大学沖縄法政研究所編『「基地の島」沖縄が問う』琉球新報社、2016年} 81頁以下）。

させた場合の沖縄県及び沖縄県民の法的権利を考察することでもある。

ところで、辺野古訴訟の本質的争点は、公有水面埋立法（埋立法又は公水法とする。）の場面で「埋立地の用途」としての「米軍基地」が「国土利用上適正かつ合理的なること」（同法４条１項１号、以下、「第１号要件」とする。）の埋立て承認基準（埋立法42条３項による準用）の適合性判断である。この適合性判断は、埋立てにより得られる利益（評価根拠事由）と埋立てにより生ずる不利益（評価障害事由）を比較衡量する総合的な判断としてなされる[12]。辺野古訴訟における沖縄県の勝機は、「米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因である」ことを埋立てにより生ずる不利益（評価障害事由）として法律構成できるかということになる。なぜなら、この最大の阻害要因であることの不利益の大きさは、埋立法の趣旨である「国民経済向上の公共性」に照らして、後述するように、埋立てによる利益を遥かに大きく上回るからである。

要するに、本稿は、「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」（米軍基地過重負担）の土地所有権構成は、沖縄の過重負担の米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因であるということの証明を通じて沖縄が米軍基地過重負担による主権国家のなかの植民地であることが判明し、さらに、それが勝機の論点となり得る理論構成、そして、その理論構成が沖縄県の上告受理申立理由書において法律構成されているかをの考察の過程で、最高裁判所が沖縄県を敗訴させることの主権国家レベルの含意を考察するものである。

第２節　辺野古訴訟の展開と米軍基地沖縄経済発展阻害論

まず、米軍基地過重負担の土地所有権構成の内容を見る前に、結論を先取りする形であるが、辺野古訴訟の展開を概観する中で「米軍基地は

[12] 現在一般化している、この第１号要件の定義は、土地収用法と埋立法の「類似な性格」を踏まえて、第三者委員会報告書（37頁）で初めてなされたものである。

沖縄経済発展の最大の阻害要因である」(以下、「米軍基地沖縄経済発展阻害論」とする。)ということの法的機能を考察する。

辺野古訴訟の起点は、沖縄県宜野湾市の普天間飛行場(4.8㎢)が1996年4月12日の「橋本・モンデール合意」により、沖縄県内の既設米軍施設及び区域中にヘリポート建設等を条件とする今後7年程度の全面返還を決定したことにある。稲嶺恵一沖縄県知事は、1999年11月22日、その代替施設に関して、軍民共用空港及び施設使用を15年の期限等とすることの具体的方策を講ずることを求めた上で、名護市辺野古沿岸域への移設を承認し、同年12月27日、岸本名護市長の条件付き移設容認を受けて、政府は、同年12月27日、「普天間飛行場の移設に係る政府方針」を閣議決定した。沖縄防衛局は2013年3月22日、仲井真弘多前沖縄県知事に対し、本件埋立承認出願を行った。2013年12月27日、仲井真前知事は、辺野古沿岸域の埋立てを承認した(①本件承認処分)。しかし、翁長現知事は、2015年10月13日、本件承認処分を取り消した(②本件取消処分)。本件取消処分を巡り、国は本件取消処分の撤回を求める「代執行訴訟」(2015年11月17日提訴)、沖縄県は国土交通大臣の執行停止決定の取り消しを求める「抗告訴訟」(2015年12月24日提訴)及び国地方係争処理員会の審査却下の取り消しを求める「国地方係争委不服訴訟」(2016年2月1日)を提起した。しかし、この3件の訴訟は2016年3月4日の和解に基づき取り下げられた。

この和解に基づき、2016年3月17日、国は、沖縄県に対して、本件取消処分の是正を指示した(③本件是正指示)。この是正指示に対して、沖縄県は同年3月23日、国地方係争処理員会(係争委)に審査申出書を提出した。同年6月17日、係争委は是正指示の違法性の判断回避の決定をした[13]。沖縄県は是正指示の取消訴訟の期限である同年7月21日の提訴

[13] 国地方係争処理委員会(以下「係争委」とする。)の決定は「当委員会は、本件是正指示が地方自治法第245条の7第1項の規定に適合するか否かについては判断せ

を見送った。そこで、国は、沖縄県に対し、同年７月22日、④本件是正指示の不作為の違法確認訴訟を提起した（辺野古違法確認訴訟）。以上の本件承認処分に対する本件取消処分を巡る一連の訴訟等を「辺野古訴訟[14]」と総称している。そして、辺野古訴訟の辺野古違法確認訴訟において、福岡高裁那覇支部は、同年９月16日、沖縄県の敗訴の判決を言い渡したのである（⑤高裁判決）。そして、３か月経過の同年12月20日、最高裁は、沖縄県の敗訴の判決を下したのである。

辺野古違法確認訴訟は、①本件承認処分の違法性、②本件取消処分の違法性、③本件是正指示の違法性、そして、④本件是正指示の不作為の違法性を各争点とする複雑で重層的な裁判である。職権取消権の発生要件に関して原処分違法性説と沖縄県取消権説の見解の相違はあるが[15]、基本的には、①本件承認処分の違法性が基点となる。そして、⑤高裁判決は、次のような結論をだすのである。

「②本件取消処分は、①本件承認処分に裁量権を逸脱・濫用した違法が

ず」である。拙稿「辺野古訴訟と土地所有権」（静岡大学『法政研究』第21巻１号、2016年）は「係争委審査の展開」（62頁～112頁）の考察を踏まえて、「係争委が、係争委の本質的存在根拠で沖縄県の申出を実質的に『却下』した高度の法技術である」（同113頁）とする。

[14] この「辺野古訴訟」の本質を、拙稿同上「辺野古訴訟と土地所有権」は、「沖縄の米軍基地過重負担の辺野古訴訟上の本質は、国民経済その他国民の諸活動の原動力となっている土地所有権が広大な米軍基地の土地利用に固定化されている歴史的現実の不利益にある」（同３頁）とする。

[15] 原処分違法性説は、職権取消しは「当該行政行為が違法であったことを行政庁が認識し、職権で当該行政行為の効力を失わせる場合であ」り、したがって「原則としては取消しをすべき」（宇賀克也『行政法概説Ⅰ[第５版]』〔有斐閣、2013年〕358頁・359頁）とする見解である。沖縄県取消権説は、被告（現知事）が、「公有水面埋立法上、埋立承認処分権限を有しているから、既になされている埋立承認処分の違法性（要件充足性）を判断し、取消権を行使できる」（代執行訴訟被告第10準備書面12・13頁）とする見解である。この見解の対立は、本件訴訟の審理の対象を本件承認処分の裁量権の逸脱・濫用の違法とするか（原処分違法性説）、本件取消訟処分の裁量権の逸脱・濫用の違法とするかで鋭く対立している。職権取消権の根拠を沖縄県取消権説は、法律による行政の原理に基づく「適法性の回復」ではなく、自治権構成で「行政の合目的性の回復」に求めるものである。

あるとは言えないにもかかわらず行われたものであるなど違法であって、それに対する③本件指示は適法である。そして、被告が、④適法な本件指示に従わず、本件取消処分を取り消さないのは違法であり、⑤原告の請求には理由がある（①～⑤筆者挿入）。」（判決書184頁）。

つまり、本件辺野古違法確認訴訟の本質的争点は、①本件承認処分の裁量権の逸脱・濫用の違法性であるとしているのである。

ところで、本件承認処分の違法性の判断基準が埋立て承認基準の埋立法４条１項（42条３項準用）で、本件では第１号要件と第２号要件の適合性判断が問題となっている。本稿では、承認の基本要件である第１号要件を考察の対象としている。なぜなら、第１号要件は承認又は免許の基本要件であり、埋立て承認の趣旨・目的を含意しているからである。

つまり、埋立て承認の違法性の判断は「埋立地の用途」としての「米軍基地」が「国土利用上適正かつ合理的なること」の適合性の判断であり、その判断方法は、埋立てにより生ずる利益（評価根拠事由）と埋立てによる生ずる不利益（評価障害事由）との比較衡量による総合的な判断である。

したがって、この判断枠組みにおいて、「米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因である」ことの法的機能が論点となり、次のような論理展開となるのである。

埋立法の趣旨は、「国の所有する公有水面（１条１項）を埋め立て、これを利用することが、国土の開発その他国民経済の向上に資するものである[16]」。「埋立地の用途」としての「米軍基地」が「国土利用上適正かつ合理的なること」かは「国民経済の向上」という「公共の福祉の増進（公共性）」に照らして判断される。なぜなら、上述のように、埋立法の趣旨は「国民経済の向上に資するもの」だからである。そして、「米軍基地は

[16] 代執行訴訟・原告第１準備書面８頁、第２準備書面71頁で、国は、埋立法の趣旨を「国土の開発その他国民経済の向上に資するものである」と規定する。

沖縄の経済発展の最大の阻害要因である」。したがって、「埋立地の用途」としての「米軍基地」は「国土利用上適正かつ合理的なること」に著しく反することになり、本件承認処分は強い違法性を帯びるのである。沖縄県知事は、法律による行政の原理に基づく「適法性の回復[17]」の要請により本件承認処分を取消すべきことになる[18]。そして、本件取消処分は適法であるところ、適法な本件取消処分に対する是正指示は違法となる。かくして、是正指示に従わない沖縄県知事に対する違法確認の訴えは棄却されるべきとなる。

つまり、「米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因であること」（米軍基地沖縄経済発展阻害論）の論点は、辺野古訴訟の本質的争点である「埋立地の用途」としての「米軍基地」が「国土利用上適正かつ合理的なること」の適合性判断の要素として法律構成されることにより、沖縄県の勝機の論点となる法的機能をもつのである。したがって、米軍基地沖縄経済発展阻害論を第１号要件にどう法律構成するかということが本質的論点となる。米軍基地沖縄経済発展阻害論は米軍基地過重負担の土地所有権構成の論理的帰結（コロラリー）でありかつ、その構成要素となるが、沖縄県は、米軍基地過重負担の法律構成を自治権構成しているから問題となるのである。

---

[17] 職権取消権の法的性質・効力（取消の許容性）に関して、「違法の行政行為の職権取消は、法律による行政の原理ないし法治主義の形式的要請によって正当化」（芝池義一『行政法総論講義[第４版補訂版]』{有斐閣、2006年} 167頁）されるとする。また、職権取消しの実質的根拠に関して、原処分の「違法」と「不当」（公益違反の状態）を区別するものとして、行政行為の瑕疵が「違法の瑕疵であれば、当然、法律による行政の原理違反の状態が存在しているし、また公益違反の状態が生じているとすると、行政目的違反の問題がある。つまり、行政行為の取消の実質的根拠は、適法性の回復あるいは合目的性の回復にある」（塩野宏『行政法Ⅰ行政法総論[第六版]』{有斐閣、2015年} 189頁）とする。

[18] 職権取消権の発生は原処分の違法性に求められる。つまり「違法になされた行政行為の取り消しは、法律による行政の原理の要請するところで、取消しの明文がなくても一般的には可能であり、かつ、「原則としては取消しをすべきことになろう」（宇賀克也『行政法概説Ⅰ行政法総論[第５版]』{有斐閣、2013年} 359頁）。

第３節　本稿の構成

本稿は米軍基地過重負担の土地所有権構成により、沖縄の過重負担の米軍基地は沖縄経済発展の阻害要因であることが判明し、それは、沖縄の米軍基地問題の本質が、沖縄は、近代民主国家である日本という主権国家のなかの米軍基地過重負担による植民地であるということを意味した。したがって、辺野古訴訟の本質は、沖縄経済発展の最大の阻害要因である過重負担の米軍基地を建設するために辺野古沿岸域を埋立て承認すること、つまり「埋立地の用途」としての「米軍基地」の埋立てを承認することは、埋立法の趣旨である「国民経済の向上に資するもの」という「公共の福祉の増進」に照らして、「国土利用上適正かつ合理的なること」に著しく反することになり、強い違法性を帯びることになる。なぜなら、自由・民主主義・法の支配といった近代的諸価値を編成原理とする近代民主国家である日本という主権国家は主権国家のなかの米軍基地過重負担による植民地を認めることができないからである。辺野古訴訟の帰趨を決するのは「米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因であること」の主張立証（証明）にかかることになる。

そこで、まず、米軍基地過重負担の土地所有権構成の内容を考察し（第２章）、沖縄県の勝機になり得る論点である「米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因である」ことの内容は、どう証明されるかを考察し（第３章）、そして、辺野古訴訟の最初の判決となった福岡高裁那覇支部判決を米軍基地過重負担の法律構成の観点から考察する（第４章）。また、沖縄県の上告受理申立理由書における米軍基地過重負担に関する土地所有権構成と自治権構成の混在を確認する（第５章）。辺野古訴訟の違法確認訴訟の最高裁判決を米軍基地過重負担の観点から考察する（第６章）。そして、最高裁判決後の沖縄県の法的対応策を考察する（第７章）。最後に、総括する（第８章）。

第２章　米軍基地過重負担の土地所有権構成

第１節　米軍基地過重負担の法律構成の意義

米軍基地過重負担の法律構成に関して、自治権構成と土地所有権構成が基本的に対立している。米軍基地過重負担の「米軍基地」は陸地（沖縄本島）の過重負担の存在（221㎢）であるが、第１号要件上の「米軍基地」は「埋立地の用途」としての「米軍基地」(1.6㎢）であり、未だ存在しないので、現存の「米軍基地」過重負担と「埋立地の用途」としての未存在の「米軍基地」を第１号要件適合性判断レベルの相違の法律構成が問題となる。

沖縄本島（陸地）の過重負担の米軍基地も辺野古沿岸域の「埋立地の用途」としての「米軍基地」も、土地利用の法的根拠（土地利用権原）は土地所有権として全く同じ平面にあるが、未だ存在しない「埋立地の用途」としての「米軍基地」に土地所有権を取得させるべきかの許否の判断基準である第１号要件の適合性判断において、沖縄本島の「土地の用途」としての「米軍基地」の土地所有権の制限である土地利用状況及び土地利用の経済価値を判断対象・要素とするという意味では両者に判断レベルの位相の相違があるが、いずれも土地所有権を根拠としているということで、米軍基地過重負担を土地所有権構成とするのである。

しかしながら、陸地の現存の米軍基地過重負担の法律構成が辺野古訴訟の帰趨を決する重要な論点であると考えられるのは、沖縄県が、代執行訴訟及び違法確認訴訟被告準備書面まで自治権構成をとり、後述するように、高裁判決も自治権構成を前提に、本件辺野古沿岸域の埋立ては米軍基地過重負担の軽減となるので自治権侵害には当たらないと判断しているからである。自治権構成では米軍基地過重負担は本件埋立てにより軽減されるという埋立てによる利益として構成されることになる。

第２節　米軍基地過重負担の自治権構成

そこで、沖縄県の米軍基地過重負担の自治権構成の意義及びその機能を検討する。

「米軍基地には、日本国内法令が適用されないものと解釈・運用されており、また日米地位協定による排他的管理権等などの米軍の特権が認められていることから、地方公共団体からすれば、米軍基地の存在とは、自治権の及ばない地域、存在に他ならない。すなわち、県土面積の約10パーセント、沖縄島においては約18パーセントにも及ぶ地域について、自治権が奪われていることになり、巨大な自治権の空白地帯となっている[19]」。

言い換えると、「米軍基地の存在による自治権侵害」により「自治権」の内容が、次のように示されることになる。

「米軍基地には、日本国内法令による規制、国内法の環境保全規制が及ばない。米軍基地の提供、運用及び返還について関係地方公共団体の意向は反映させる仕組みがない。米軍は、公の目的として無制限に民間の港湾・空港を使用し、施設間の移動として施設外の訓練をする。米軍が保有する動産の保有、使用及び移転について課税がされない。米軍の軍人は軍人の旅券及び査証に関する法令が適用されず、その家族も含め外国人登録が免除されている。米軍の軍人・軍属に対する刑事手続に制約がある（公務執行中の作為又は不作為から生じる罪の裁判権は米軍当局が第１次の権利を有する）。米軍の軍人・軍属の公務外の不法行為による損害賠償は、日米地位協定上の特権はないものの、事実上、請求するのは困難であり、日米地位協定18条６項の慰謝料、国による見舞金制度で

[19] 違法確認訴訟・被告第１準備書面149頁～151頁に展開されている。米軍基地過重負担の自治権構成は代執行訴訟をはじめ辺野古訴訟における沖縄県の基本となる法律構成である。また、後述するように高裁判決も取っている。他方、土地所有権構成は、拙稿、第三者委員会報告書、そして国もとっている米軍基地過重負担の法律構成である。国は、後でみるように、土地所有権構成による普天間飛行場の跡地利用の直接経済効果を証拠として提出しているからである。

は不十分である。」（高裁判決書18頁による要約）。

以上の自治権の説明から判明することは、現実の米軍基地には自治権が及ばないので、新たに自治権の及ばない米軍基地を建設することは自治権を侵害すると言う意味になる。なぜなら、埋立て承認により建設される米軍基地建設の権限は埋立予定区域を「米軍基地」とすることであり、米軍基地機能には自治権（全国の都道府県知事）はないからである。したがって、米軍基地の過重負担の固定化とは自治権の及ばない米軍基地面積が増大し広大のままだと言う意味になる。

つまり、米軍基地過重負担の自治権構成とは、自治権が奪われている巨大な自治権の空白地帯ということになる。この巨大な自治権空白地帯とは沖縄県に存在する全米軍基地の総面積（228㎢）ということで、その総面積では自治権が奪われているという不利益となる（以下、「巨大な自治権空白地帯論」とする）。陸地の米軍基地過重負担の米軍基地も「埋立地の用途」としての「米軍基地」も自治権が奪われている自治権の空白地帯として同じ平面で捉えられ、内容的・質的に両者の米軍基地は自治権空白地帯として全く同じなのである。そして、その巨大な自治権空白地帯は基地機能が捨象された自治権空白地帯である。埋立て承認権限は土地利用権原を付与する処分であり、「埋立地の用途」としての「米軍基地」であり、「米軍基地」としての基地機能には埋立て承認の自治権は及ばないのである。そもそも、日米地位協定により基地機能の自由はより保障されているからである。米軍基地の基地機能には自治権は、そもそも及ばないのが日本の「米軍基地」なのである。沖縄県の誤解は、埋立て承認権限により「埋立地の用途」としての「米軍基地」を認めることは、その建設も内包しているので、その基地機能にも自治権が及ぶと判断したのであろう。埋立て承認は、「埋立地の用途」として、当該米軍基地が、当該地域の経済発展に寄与するかの判断である。したがって、当該地域の知事に承認権限を公有水面埋立法は授権したのである。「埋立地

の用途」のなかでの土地利用は自由である。沖縄県は埋立て承認権限（自治権）による「米軍基地」建設を承認したのだから、その基地機能にも自治権が及ぶと判断したのであろう。だから、上述のような「米軍基地による自治権侵害」の捉え方となったのである。「埋立の用途」として「米軍基地」を承認することは、基地機能制限の承認は除外されているのである。もし、それまで、自治権が及ぶとすると自治体が経済活動自体の自由に干渉する権限を認めるようなことになる。埋立法は、「埋立地の用途」としては土地所有権は制限されるが、その「用途」の範囲では自由である。米軍基地の「土地の用途」が特殊なのは、「土地の用途」の範囲での国民の経済活動自由が制限されていることになり、その範囲が閾地（受忍限度）をこえた米軍基地過重負担となると、その米軍基地過重負担による植民地となるのである。土地所有権が国民経済（自由主義経済）の原動力・基盤であることの機能の限界である。いわば自由主義経済を構造的に阻害し、その地域は植民となるのである。沖縄の過重負担の米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因であるということの本質である。

ところで、地方公共団体は土地所有権をもつことができる（公有地）が、自治権は行政権であり私法上の土地所有権は含まれないので、米軍基地過重負担の土地所有権構成による「米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因である」ということはコロラリ―として全く判断要素となることはない。米軍基地としての土地利用権原の基本は日本国内法令に基づく私法上の土地所有権であるという点が肝要である。つまり、自治権構成は、米軍基地過重負担面積の平面で日米地位協定により地方公共団体の自治権が奪われ、巨大な自治権の空白地帯となるが、米軍基地としての土地利用上（基地機能）の不利益は判断の対象外となる。自治権には土地利用権原の土地所有権は含まれていないからである。つまり、土地所有権が米軍基地の土地利用に固定化されることによる不利益は自治権侵害には当たらないので、米軍基地沖縄経済発展阻害論は自治権侵害

の内容になることはないが、他方で、普天間飛行場の移設による基地面積（4.8㎢）の減少と埋立による基地面積（1.6㎢）の増加の差が論点となり、自治権空白地帯は減少することになる。本件埋立てにより「自治権空白地帯」は軽減され「利益」となるのである。

したがって、高裁判決の「本件埋立事業によって設置される予定の本件新施設等は、普天間飛行場の施設の半分以下の面積であって、その設置予定地はキャンプ・シュワブの米軍使用水域内であることを考慮すれば、沖縄の基地負担の軽減に資するものであ」るとの判示は（判決書135頁）、自治権構成の論理的帰結である。

沖縄県は、この論理を批判して「沖縄における米軍基地による被害や過重負担に実態を完全に無視した、屁理屈に等しいものであり言語道断である。[20]」と批判する。しかし陸地の米軍基地過重負担の巨大な自治権空白地帯は本件埋立てにより軽減され、第１号要件の埋立てより得られる「負担軽減」の「利益」としての判断要素となるのである。

他方、米軍基地過重負担の土地所有権構成は、米軍基地過重負担の不利益を、国民経済の原動力・基盤である土地所有権が広大な米軍基地の土地利用に固定化されていることによるものとする法律構成である（「土地所有権米軍基地固定化論」）。土地所有権に基づいて米軍基地が存在し、したがって、土地所有権は米軍基地の土地利用に固定化されることになるので、米軍基地の土地利用機能即ち基地機能に土地所有権は制限されていることになる。このような土地所有権の制限の論理的帰結（コロラリー）が「米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因である」ということである。つまり、国民経済の原動力・基盤である土地所有権が広大な米軍基地の土地利用に固定化されることにより、米軍基地による経済効

[20] 上告理由書３頁。沖縄県のいう「沖縄県における米軍基地による被害や過重負担の実態」は自治権侵害の内容にならない。なぜなら、「米軍基地の存在とは、自治権の及ばない地域、存在に他ならない」と法律構成するからである。「米軍基地による被害や加過重負担の実態」は「米軍基地の存在」である。

果と米軍基地でない場合の土地利用の経済効果の大きな差額となって現われることが「米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因である」ということを示している。そして、この膨大な機会費用の負担（潜在的経済的不利益）は、第１号要件の埋立てにより生ずる不利益となるのである。なぜなら、埋立てを承認することは、「埋立地の用途」が「国民経済の向上に資するもの」という「公共の福祉の増進」にあるから、陸地での「土地の用途」が「国民経済の向上に資するもの」である場合には、埋立てによる「利益」となるが、陸地の「土地の用途」が「国民経済の向上」の阻害要因である場合には、「国民経済の向上」という「公共の福祉の増進」に照らして埋立てにより生ずる「不利益」となるからである。

したがって、陸地の過重負担の「米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因である」ことから、「埋立地の用途」としての「米軍基地」が第１号要件の「国土利用上適正かつ合理的なること」による国民経済の原動力である土地所有権の許否判断において、埋立てにより生ずる「不利益」となる。つまり、陸地に存在する過重負担の「米軍基地」が「沖縄の経済発展の阻害要因である」という「土地の用途」上の不利益は、埋立法の趣旨である「国民経済向上に資するもの」としての「公共の福祉の増進（公共性）」に照らして評価障害事由の「不利益」としての判断要素となる。陸地の米軍基地過重負担の土地所有権構成は現存の「米軍基地」の土地利用上の経済効果（機会費用・機会喪失）を、未存在の「埋立地の用途」としての「米軍基地」を埋立て承認により現実化するための判断基準であり、土地所有権の制限の側面では同じであるが、両者の「米軍基地」は全く判断の位相が異なるのである。つまり、陸地の現存の過重負担の「米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因である」ことの国民経済発展・向上の「不利益」は、「埋立地の用途」としての「米軍基地」が埋立て承認基準である「国土利用上適正かつ合理的なること」の判断において、「国民経済向上の公共性」に照らして埋立てにより生ずる評価

障害事由として「不利益」の判断要素となるのである。

要するに、米軍基地過重負担の自治権構成は、陸地の過重負担の米軍基地の存在と「埋立地の用途」としての「米軍基地」が、自治権が奪われている巨大な自治権空白地帯であるかの平面で、本件埋立てが米軍基地の過重負担を軽減するか否か判断されるのに対して、土地所有権構成は、国民経済の原動力である土地所有権の土地利用上の経済効果の平面で、陸地の過重負担の米軍基地の直接経済効果（機会費用）を「埋立地の用途」としての「米軍基地」に制限された土地所有権の許否の埋立て承認基準の判断要素とするという両者の判断の位相が異なるのである。

第３節　米軍基地過重負担の法律構成の機能

次に、米軍基地過重負担を自治権構成するか又は土地所有権構成するかの法律構成に関して、国と沖縄県及び最高裁判所にとって、どの法律構成が有利か不利か又は好都合か不都合かを考察することにより、沖縄県は、どのように法律構成すべきかを検証する。この検証は、自治権構成の消極的側面と土地所有構成の積極的側面において検証することができる。まず、自治権構成の消極的側面は次の３点を指摘することができる。

第１点は、自治権構成では、米軍基地過重負担の米軍基地沖縄経済発展阻害論は勝機の論点とならないということである。自治権構成は、米軍基地の存在により自治権が奪われている巨大な自治権空白地帯であるということは、地方公共団体の自治権侵害の違法性の問題となり、その自治権の侵害の法的根拠である日米地位協定及び日米安保条約の憲法違反の問題となるところ、沖縄県の勝機の論点となり得る米軍基地沖縄経済発展阻害論は、埋立て埋立承認基準の「国土利用上適正かつ合理的なること」の適合性の判断対象から除外されることを意味するからである。つまり、自治権構成では米軍基地沖縄経済発展阻害論は主張自体失当となるのである。

第２点は、沖縄の米軍基地の本質的評価に即してみると、自治権構成は裁判所の判断になじまないということである。米軍基地過重負担の自治権構成は、一部分の米軍基地（辺野古沿岸域の「埋立地の用途」としての「米軍基地」）をもって沖縄全体の米軍基地（米軍基地過重負担）を否定するための法律構成であり、反軍事基地の政治的主張に親和的であり、したがって、軍事基地反対の政治的戦略としては効果的である[21]。他方、土地所有権構成は、部分の場面（本件埋立て承認の違法性）において、その部分を否定（辺野古沿岸域の埋立てを否定・違法）するために、沖縄の全体の米軍基地の否定的側面（米軍基地過重負担・違法状態）を本件埋立て承認の違法性の判断要素にするための法律構成であるため、埋立て承認の違法性の判断要素として、裁判の上では、承認の違法性を導く志向となり沖縄県に有利である。

第３点は、米軍基地過重負担に関する自治権構成と土地所有権構成には、本質的違いがあり、自治権構成は、裁判上は国の勝訴に親和的な法律構成であるということである。自治権構成は、沖縄の米軍基地過重負担自体の違法性を主眼とするのに対し、土地所有権構成は、米軍基地過重負担の近代民主国家の観点からの違法状態をもって、本件辺野古沿岸域の埋立て承認の違法性の判断要素とするところ、本件埋立て承認の強い違法性、したがって本件取消処分の強い要請（強い適法性）を主張立証することを目的とする。つまり、自治権構成は、本件取消処分の適法性・違法性をもって日本政府、米国政府の体制批判の手段としているのに対し、土地所有権構成は、近代民主国家の中で、米軍基地過重負担の、

[21] 埋立法の問題から日米地位協定、日米安保条約の問題への論点を拡大する。このような思考方法は、沖縄返還過程で大浜信泉氏は次のように指摘する。「沖縄の人は最上級の思考形式にとらわれすぎ、そのために自縄自縛にもがいているのではないかとの批判がある。裏を返せば、現実無視の理想論、観念論に走りすぎているのではないかということである。」（同『私の沖縄戦後史―返還秘史―』｛今週の日本、1971年｝159頁）。

違法状態・理不尽性を内在的に糾弾・批判しているといえよう。最高裁判所にとっては、自治権構成を否定することはそれほど困難ではないが、土地所有権構成を否定することは困難となろう。自らの存在根拠を否定することになるからである。つまり、沖縄県が「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」（米軍基地過重負担）の土地所有権構成をとることは、沖縄県の勝訴は限りなく透明となるので、日本政府には不都合な土地所有権構成となるが、反対に、沖縄県が自治権構成を採り米軍基地存在自体を否定する反体制的な法律構成をとることは、法治主義の日本の政府にとっては心強い味方となる。なぜなら、最高裁判所は、法秩序維持の観点から、沖縄県を敗訴させることにそれほど負担感、罪悪感は生じないからである。

なお、沖縄県は、最終段階の上告受理申立理由書において、自治権構成と混在させながらも日本政府に不都合な土地所有権構成をとっていることに留意すべきである。

他方、米軍基地過重負担を土地所有権構成すべき積極的側面は、次のように４点に纏めることができる。

第１点は、国民経済は土地所有権を基盤とする経済活動であり、土地所有権は国民経済（自由主義経済）の原動力その他国民の諸活動の原動力である。土地所有権は国民経済の原動力・基盤である。土地所有権とは特定人が特定地の上下の時空間を法令の制限内において自由に利用及び処分する権利（民法206条・207条）であり、その客他である土地は、国民の生活及び生産に通ずる諸活動の共通の基盤であり、その土地の価値は主として人口及び産業の動向、土地利用の動向、社会資本の整備状況その他の社会経済的状況ににより変動するものであること等公共の利害に関係する特性を有するものだからである。また、自由・民主主義・法の支配といった近代的諸価値を編成原理とする近代民主国家である日本は、国民経済の発展・向上に資することを目的に、「土地の用途」によ

る土地所有権の合理的制限を通じて、国民経済向上をコントロールするからである。したがって、「土地の用途」としての「米軍基地」、「埋立地の用途」としての「米軍基地」が「国民経済の発展・向上」即ち「沖縄経済の発展・向上」の観点から「国土利用上適正かつ合理的なるか」が判断されることになる。つまり、「土地の用途」としての沖縄の過重負担の米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要であるので、「埋立地の用途」としての「米軍基地」は「国土利用上適正かつ合理的なること」に著しく反することになるのである。

第２点は、米軍基地の提供義務を負っている日本政府は米軍基地の土地利用権原として土地所有権を取得する必要があるということである。土地利用権原の土地所有権等を確保するためには、売買契約より土地所有権を取得するか、又は賃貸借契約により土地賃借権を取得するか、さらに地所有権権者が任意に応じない場合には、土地収用法の特別法である駐留軍用地特措に基づいて土地収用（国の土地所有権の取得）又は強制使用（他者の土地所有権制限）を持つことになる。そして、本件辺野古埋立てにより土地所有権を取得すことである。いずれにせよ、日本国土において米軍基地のための土地利用権原の供用ためには、土地所有権を取得するか、土地所有権の制限によるのである。

第３点は、国が辺野古沿岸域の埋立地に「米軍基地」を建設することは、当該埋立地の所有権を取得する必要がある。この埋立地の土地所有権を埋立事業計画者に取得させる根拠法規が公有水面埋立法（埋立法）である。国民経済の原動力・基盤である土地所有権を国民に取得させることを本質（目的）とする埋立法の趣旨は「国土の開発その他国民経済の向上に資するもの[22]」となるのである。国民経済の向上に資する国土の適正かつ合理的利用は「土地の用途」に制限された土地所有権を通じ

[22] 代執行訴訟・原告第１準備書面８頁、第２準備書面71頁。

てなされる。都道府県知事による埋立地の土地所有権の付与の免許又は承認基準は「埋立地の用途」が「国土利用上適正かつ合理的なること」（埋立法４条１項１号）となる。つまり、「埋立地の用途」としての「米軍基地」が「国土利用上適正かつ合理的なること」かは、土地所有権の合理的制限による「国民経済向上の公共性」に照らして判断されることになる。

したがって、第４点は、本件辺野古沿岸域の「埋立地の用途」としての「米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因である」。なぜなら、沖縄の米軍基地は、沖縄県民の約９割が生活する沖縄本島（1208㎢）の約18％前後を敗戦後70年余にわたって占領状態とする米軍基地過重負担の歴史的現実にあり、その不利益は国民経済の原動力である土地所有権が広大な米軍基地の土地利用に固定化されていることによるからである。

要するに、沖縄の米軍基地過重負担の土地所有権構成は、米軍基地過重負担が沖縄経済の発展・向上を構造的に阻害してきていることを明示する。さらに、深刻なのは、沖縄経済の最大の阻害要因である米軍基地を建設するための本件辺野古沿岸域の埋立ては、辺野古沿岸海域、辺野古崎の自然海浜、及び後背地のキャンプ・シュワブ（20.6㎢）の三位一体の観光資源を喪失させ、沖縄の基幹・成長産業である観光産業の成長の阻害要因となることである。したがって、「埋立地の用途」としての「米軍基地」は「国土利用上適正かつ合理的なること」に著しく反することになり、本件承認処分は強い違法性を帯びることになるので、本件取消処分は適法性が大きいことになる。故に、本件取消処分に対する是正指示は違法となるのである。

第４節　米軍基地過重負担の土地所有権構成の内容

１　土地所有権の意義

「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実[23]」（米軍基地過重負担）の土地所有権構成は、沖縄の過重負担の「米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻

害要因である」（米軍基地沖縄経済発展阻害論）ということになる。近代民主国家である日本における米軍基地の土地利用の法的根拠は基本的に土地所有権（その派生的権利として地上権・土地賃借権等がある）である。土地所有権は特定人（私人・国等）が特定地（地籍・地積）の上下の時空間を法令の制限内おいて自由に利用及び処分する権利である（民法206条・207条）。この土地所有権は国も有し国有地となる。「国有とは、国が権利主体であるというだけで、民法上の所有権という意味以外に解することはできない[24]」からである。国有地の米軍基地の法的根拠も土

---

[23] 米軍基地過重負担を第１号要件の判断要素とすべきとする最初の論考として拙稿「公有水面埋立法と土地所有権」（静岡大学『法政研究』第19巻３－４号、2015年３月）311（72）頁以下参照。拙稿は、米軍基地過重負担の内実（諸不利益事由）に関して、①「米軍専用施設の負担度が468倍であることは生活及び生産に通ずる共通の基盤である国土・県土・土地利用効果が468分の１となり、沖縄県民の経済活動を制約（阻害）し『著しく不公平』であること」、②「等しくあるべく国民の国土防衛負担義務である米軍専用施設負担義務を沖縄県民は468倍も果たし、『著しく不平等』であること」、③米軍専用施設の維持（人的・物的）からの沖縄県民の生命、自由及び財産等の人権侵害の危険性468倍（県民の92％の128万人の居住する沖縄本島（1208㎢）では854倍）となり、『著しく不平等かつ不公正』であること、④「米軍専用施設に対する攻撃による沖縄県民の人権侵害の危険性が468倍（沖縄本島在住の沖縄県民128万人の危険度854倍）となり、『著しく不平等かつ不公正』あること、⑤「普天間基地の県外移設の選挙公約で当選した沖縄県知事よる米軍基地建設を含意する本件埋立て承認は公約違反になること」と指摘する。そして、同年７月の第三者委員会報告書は、米軍基地過重負担を「不利益」（評価障害事由）に法律構成し、その内実の上記①を「沖縄県の振興開発を進める上で大きな制約」、②は言及されず、上記③を、「航空機騒音の住民への悪影響や演習に伴う事故の発生」、「後を絶たない米軍人・軍属による刑事事件の発生」、「汚染物質の流出等による自然環境破壊の問題等」とする。さらに「本件埋立ては、沖縄県内において米軍基地の固定化を招く契機となり、基地負担について格差や過重負担を固定化する不利益を内包するものと言える。」（同報告書45頁）。

[24] 中村稔編『国有財産精解（平成27年改定）』（大蔵財務協会、2015年、以下、中村稔編・『国有財産精解』と略記する。）322頁。「したがって、所有の意義に関しても私法のそれと同じと考えられ、実務上は国有財産についてすべての所有権は、私所有権説の立場に立脚して理解されている」（322頁）。全く「私人」と同じ立場である。このことが「承認も免許も法効果は同一である」ことの法的意味である。日本の近代民主国家（自由主義経済体制）の下では、社会主義体制と異なって土地所有権を取得することでは私人と同じである。承認の法的性質が土地所有権取得権説であることの本質的根拠である。

地所有権ということになる。したがって、国は辺野古沿岸域を埋立てて土地造成をすることにより土地所有権を取得して「米軍基地」の土地利用の法的根拠とする必要がある。埋立て承認の法的性質が土地所有権取得権説であることの本質的根拠である。つまり、過重負担の「米軍基地（陸地）」も辺野古沿岸域の「埋立地の用途」としての「米軍基地」も、その両者の「米軍基地」の判断の位相は違うが、土地利用の法的根拠（土地利用権原）としては土地所有権として全く同じ平面にある。米軍基地の存在が土地所有権を根拠とすることを前提に基地機能の側面で特別に保障するのが日米地位協定であるので、米軍基地を土地所有権の観点から捉えることは、一般法のレベル、つまり国内法の私法レベルで捉えることを意味する。「実務上は、国有財産についてすべての所有権は、私所有権説の立場に立脚して理解されている[25]」からである。免許（埋立法２条１項）は私人、承認（埋立法42条１項）は国と行政処分の名宛人は違うが、国は、「承認も免許もその法効果は同一である[26]」とすることの原理的根拠である。

２　米軍基地過重負担の土地所有権構成の二側面

米軍基地過重負担の土地所有権構成は、土地所有権の客体である特定地としての全米軍基地面積の「静態的面積」と、土地所有権の土地利用機能の側面である特定地の上下の時空間の自由な土地利用としての「動態的機能」の二つの側面に区別される。

⑴　特定地の側面の「静態的面積」

まず、土地所有権の客体である特定地面の米軍基地過重負担である「静態的面積」は、沖縄県土面積（2276㎢）では約10％を占有している負担度であり、国土の0.6％の沖縄県に米軍専用施設（228㎢）の約74％が集

[25] 中村稔編・『国有財産精解』322頁。
[26] 代執行訴訟・原告第１準備書面９頁。

中していること、沖縄県民の約９割が生活する沖縄本島（1208㎢）の約18％を米軍基地（221㎢）が占有していることの負担度である。

高裁判決は、本稿にいう「静態的面積」に関して、「戦後70年を経た現在においても、国土面積の約0.6パーセントにすぎない沖縄県に、全国の米軍専用施設面積の約73.8パーセントが集中し、同県土面積の約10.2パーセント、沖縄本島においては約18.3パーセントを米軍基地が占める状況となっている」（判決書70頁）とする。

さらに、高裁判決は、本稿にいう「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」（米軍基地過重負担）を、「１　認定事実(1)沖縄の米軍基地等、ア沖縄の米軍基地の経緯、(ｶ)「日本本土及び沖縄における米軍基地面積（専用施設面積）の推移」として、以下のように「認定事実」としている（判決書70頁）。まさに、沖縄の米軍基地過重負担の「歴史的現実」の裁判所による事実認定である。したがって、この「歴史的現実」の「認定事実」は、後述する「動態的機能」を内包しているのである。

日本（1972年以降は沖縄を除く面積）		沖　縄	
		1945（Ｓ20）年	４万5000エーカー（約182㎢）
		1951（Ｓ26）年	124 ㎢
1952（S27）年	1352.636㎢		
		1954（Ｓ29）年	162㎢
1955（Ｓ30）年	1296.360㎢		
1957（Ｓ32）年	1005.39㎢		
1958（Ｓ33）年	660.528㎢	1958（Ｓ33）年	176㎢
1960（Ｓ35）年	335.204㎢	1960（Ｓ35）年	209㎢
1965（Ｓ40）年	306.824㎢		
1970（Ｓ45）年	214.098㎢		
1972（Ｓ47）年	196.991㎢	1972（Ｓ47）年	278.925㎢
1985（Ｓ60）年	82.675㎢	1985（Ｓ60）年	248.61㎢
2013（H25）年	80.919㎢	2013（H25）年	228.072㎢

⑵　土地所有権の土地利用機能の側面の「動態的機能」

次に、土地所有権の機能である特定地の上下の時空間の利用機能である米軍基地過重負担の「動態的機能」による沖縄県民の不利益は、「消極的不利益」と「積極的不利益」に区別される。米軍基地過重負担の「消極的不利益」は土地所有権の土地利用機能により本来得られるべき利益が得られない地域経済上の不利益（跡地利用の直接経済効果・機会費用・機会喪失）で、米軍基地負担は、①「地域経済向上の阻害要因」（「沖縄の経済発展の阻害要因」）となる。他方、米軍基地過重負担の「積極的不利益」は土地所有権の特定地上下の時空間の土地利用機能（基地機能）による地域住民への悪影響（地域住民の健康侵害・生活妨害等の公害、自然環境の破壊等）である。この米軍基地過重負担の「積極的不利益」は、②「航空機騒音の住民への悪影響や演習に伴う事故の発生」、③「後を絶たない米軍人・軍属による刑事事件の発生」、④汚染物質の流出等による自然環境破壊等の発生」、⑤「不平等な基地負担の国民の安全保障観への悪影響」の不利益（評価障害事由）として法律構成される[27]。翁長知事の「米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因である」ということ（米軍基地沖縄経済発展阻害論）は、米軍基地過重負担の不利益のうちの「消極的不利益」である「地域経済向上の阻害要因」の不利益の主張立証となる。

つまり、辺野古訴訟の帰趨を決するのは、米軍基地過重負担の土地所有権構成による「消極的不利益」の米軍基地沖縄経済発展阻害論を、埋立てにより生ずる不利益（評価障害事由）とする法律構成となる。

第５節　米軍基地過重負担の当事者の主張立証及び高裁判決

それでは、米軍基地過重負担の不利益の主張立証を高裁判決及び沖縄

[27] 米軍基地過重負担の土地所有権構成に関して拙稿「辺野古訴訟と土地所有権」（静岡大学『法政研究』第21巻１号、2016年９月）３頁以下において展開される。

県の上告受理申立理由書において確認する。

1 「①米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因であること」

この主張立証は米軍基地過重負担の土地所有権構成による「消極的不利益」の「①地域経済の向上」の内容となるものである。

沖縄県は、この主張立証を「基地が返還された地域（那覇新都心地域、小禄金城地域、桑江・北前地域）の跡地利用による経済効果をみると、活動による直接経済効果は約28倍と試算されており、米軍基地の存在自体が基地用地の利用により経済効果をあげる機会を喪失させているものであり、米軍基地の存在は沖縄県における健全な経済振興の最大の阻害要因となっているものであり、米軍基地の存在により均衡ある発展が阻まれている」（上告受理申立理由書269頁）。

この主張立証において、沖縄県は、米軍基地過重負担を「米軍基地の存在自体が基地用地の利用により経済効果をあげる機会を喪失させているもの」として土地所有権構成とし、その主張立証を、「米軍基地の存在は沖縄県における健全な経済振興の最大の阻害要因」であることとする。この主張の立証を「基地が返還された地域（那覇新都心地域、小禄金城地域、桑江・北前地域）の跡地利用による経済効果をみると、活動による直接経済効果は約28倍と試算されて」いる点においている。この試算の根拠は沖縄県の2015（平成27）年１月に公表された「駐留軍用地跡地利用に伴う経済波及効果等に関る検討調査」（以下、「跡地利用経済効果検討調査」）である。しかし、この「跡地利用経済効果検討調査」を証拠としているのは、沖縄県ではなく、原告・国であり（甲A31）、高裁判決も援用している。

高裁判決は、この沖縄県の「跡地利用経済効果検討調査」を、原告・国の「普天間飛行場を抱える宜野湾市の経済発展のために本件埋立事業を実施する必要性」、高裁判決は「認定事実(5)のとおり、予定される普天

間飛行場跡地利用による沖縄県全体の振興や多大な経済効果も得られない。」（判決書133頁）の立証とするのである。この「『認定事実』⑸」は以下のような内容を示している。

「沖縄県の推計によれば、同構想に基づく利用がされた場合には、これらの活動に伴う消費や投資等の経済取引により個人・事業者等への支出が発生し、その直接経済効果は、卸・小売業、飲食業、サービス業その他産業の売上高及び不動産賃貸額などによって年間約3866億円に上り、返還前の地代収入、軍雇用者所得、米軍等への財・サービスへの提供額、基地周辺整備費等及び基地交付金などによる年間約120億円に比べ約32倍もの経済効果を上げると予想されている（甲A31）。また、直接経済効果の発生額を源泉として経済取引の連鎖により他の商品・サービスへの需要が波及し、様々な産業の生産が誘発される結果、またそれによって所得、雇用等が誘発される効果である経済波及効果についてみても、生産誘発額が返還前の年間130億円から3604億円（28倍）、所得誘発額が年間35億円から928億円（26倍）、誘発雇用人数が年間1074人から３万4093人（32倍）、税収効果が年間14億円から430億円（32倍）に上ると予想されている（甲A31）。」（判決書93頁・94頁）。

つまり、高裁判決は、普天間飛行場（4.8㎢）の跡地利用の経済効果を直接経済効果で約32倍、経済波及効果の生産誘発額で約28倍、所得誘発額で26倍、税収効果で32倍となると予想されているので、普天間飛行場が移設され返還されると、「宜野湾市の経済発展のため」になり、「沖縄県全体の振興や多大な経済効果」が得られるという主張立証を「認定事実⑸のとおり、予定される普天間飛行場跡地利用による沖縄県全体の振興や多大な経済効果も得られない。」（判決書133頁）と判示している。この「認定事実⑸」の証拠（書証）として沖縄県の「跡地利経済効果検討調査」を「甲A31」として採用しているのである。

この「甲A31」は原告・国側の証拠であるが「証拠共通の原則」によ

り沖縄県側も証拠とすることもできる。沖縄県の、この「跡地利用経済効果検討調査」の全内容は、本稿第３章で考察するが、活動による直接経済効果をみると、米軍基地の、既返還３地区及び返還予定５地区の軍用地面積13.7㎢で、年間、返還前の軍用地料等590億円が、返還後は１兆13959億円で、約19倍、その差額１兆769億円であることの推計をしている[28]。沖縄の米軍基地の総面積は221㎢（2013年３月時点）で、沖縄県民９割130万人の生活する沖縄本島（1208㎢）の約18％前後を占領し続けているという「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」（米軍基地過重負担）の過程において、このような米軍基地の跡地利用の経済効果等を想像すると、沖縄は米軍基地過重負担により沖縄経済発展が阻害されてきたという「想像を絶する」機会費用（経済的不利益）を被ってきていることが容易に想像できるのである。

この点に関しては、高裁判決も、次のように。沖縄県民の基地整理縮小の民意の側面で認識していると考えることができる。

「以上によれば、本土と比較して、沖縄は重い米軍基地負担を負っているといえる。また、認定事実(1)に証拠（甲A243、乙H13）及び弁論の全趣旨を併わせれば、戦後70年にわたり他国からの武力行使や武装勢力によるテロなどもなく平和な状態が継続する中で、軍用地料や基地労働者所得等の基地関係収入の比重が相対的に低下していくことにより、基地が存在することによる弊害が県民の多数により強く認識され（「①米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因であること」）、平成22年以降は、衆議院選挙、参議院選挙、知事選挙、名護市長選挙及び沖縄県議会選挙において本件新施設建設に反対する候補者が多く当選し、沖縄県議会、那覇市議会及び名護市議会において本新施設建設に反対する決議がなされていることなど基地の整理縮小を求める民意が形成されてきたことが認

[28]「駐留軍用地跡地利用に伴う経済波及効果等に関する検討調査」、沖縄県企画部企画調整課跡地利用推進班（2015年１月）。

められる（「⑤不平等な基地負担の国民の安全保障観への悪影響」）（①及び⑤は筆者挿入）。」（判決書136頁）。

つまり、普天間飛行場の跡地利用の経済波及効果等は普天間飛行場の辺野古移設による返還跡地の利用の観点からは「宜野湾経済の発展」及び「沖縄県全体の振興や多大な経済効果」として埋立ての必要性としての評価根拠事由の「利益」となるが、「埋立地の用途」としての「米軍基地」が「国土利用上適正かつ合理的なること」の適合性判断においては、陸地の「土地の用途」としての「米軍基地」の跡地利用の経済波及効果等の機会費用（潜在的経済利益）は、埋立法の趣旨である「国民経済の発展」という「公共の福祉の増進」に照らすと経済的不利益（マイナスの経済効果）としての評価障害事由の「不利益」とする判断要素となる。

したがって、沖縄の過重負担の「米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因である」こととして埋立てにより生ずる「不利益」として第１号要件適合性の判断要素となるのである。

２　「②航空機騒音の住民への悪影響や演習に伴う事故の発生」

この主張立証は米軍基地過重負担の土地所有権構成による「積極的不利益」に関するものである。したがって、辺野古訴訟上、「航空機騒音の住民への悪影響」に関しては、⑴陸地の米軍基地過重負担による航空機騒音及び航空機事故と⑵辺野古沿岸域の埋立予定区域の米軍基地による想定される米軍機騒音及び航空機事故の二つに区別できるが、ここでは、⑴の航空機騒音及び航空機事故となる。自治権構成では、第１号要件適合性判断の「不利益」の判断要素とならないので、主張立証がない。高裁判決は、普天間飛行場返還による騒音被害の回避の「利益」とするために「⑿普天間飛行場に関する状況等」（判決書107頁）として「認定事実」としている。しかし、この「認定事実」は米軍基地過重負担の土地所有権構成では「不利益」となるので、国及び高裁判決が普天間飛行場

の航空機騒音及び事故が深刻であるほど「利益」の評価根拠事由として有利な証明となるが、土地所有権構成では「不利益」の評価障害事由として有利な証明となる。法律構成により裁判上の証拠の機能が逆転する。本稿の土地所有権構成では「不利益」の深刻さを立証する重要な機能をもつが高裁判決は騒音被害回避の利益として次のように積極的に「認定事実」とする。

「宜野湾市内には、平成27年度において、幼稚園８施設、小学校９校、中学校５校、高等学校３校及び大学１校の学校施設や、同年７月末現在で４万1605世帯の住宅、同年９月４日において、75の医療施設や、その他公共施設等が密集しているところ（甲A41）、沖縄県が本土復帰を果たした昭和47年から平成27年３月18日までの間に105回（年平均２、４回）の航空機による事故が発生しいている（甲A42）。

沖縄防衛局は、普天間飛行場周辺の騒音問題に対処するため、かねてより周辺地域の住宅防音工事の助成事業を実施しており、これまで約427億円の補助金を支出し、１万世帯以上の防音工事が実施されているが（甲A43の１、２）、依然として、航空機による騒音等の被害や、事故等に対する危険感・不安感などの精神的被害に対する苦情が、平成26年度には300件以上、平成27年度は９月までに160件以上が宜野湾市に寄せられた（甲A44の１、２）。」（判決書107頁）。

この普天間飛行場の飛行機騒音・事故の被害、事故発生の危険性の負担の深刻さを主張立証しているのは沖縄県ではなく、国であり、高裁判決が「認定事実」としていることに注目すべきである。国は、米軍基地過重負担の自治権構成では埋立ての「不利益」の要素にならないと知っているから、住民が騒音被害に対し訴訟を提起し、損害賠償請求が認容されていることは主張立証していない。このことは裁判所が損害賠償上の違法を認めていることであり、普天間飛行場は、民法上は違法な施設であることを認めるということを知っているからであり、その代替施設も違法な存在を移設にすることになり、法律による行政の原理による政

府としては主張立証できないからである。

米軍基地過重負担の土地所有権構成では、不法行為の損害賠償を認めることは、現存のの米軍基地の不利益を裁判が認めていることになり、より有利な立証となる。沖縄県は、米軍基地による航空機の騒音等の被害の深刻さの証明として、以下のように主張立証しているが、この立証は、まさに、土地所有権構成の主張立証の核心をなすが自治権構成では主張自体失当となる。

「米軍基地の共用による頻繁な航空機の運用は県民生活に深刻な損害を与えている。その被害の深刻さを反映して、普天間・嘉手納飛行場の周辺住民は昭和57年以降、６度に渡る訴訟を提起し、裁判所は、現在継続中のものを除いてすべての訴訟において国による違法な法益侵害の存在を認め、損害賠償請求を認容している。

具体的には、昭和57年に提起された旧嘉手納爆音訴訟では住民867名に対して総額13億7300万円の損害賠償を、平成12年に提起された新嘉手納爆音訴訟では住民5519名に対して総額56億2692万円の損害賠償をそれぞれ認めた。そして、平成23年に提起された第３次嘉手納爆音訴訟に至っては、原告として名を連ねたのは２万2058名にも及ぶ（なお、平成28年10月現在も第１審継続中）。

他方、同じく基地被害に悩まされる普天間基地近隣住民も平成14年、平成24年にそれぞれ集団訴訟を提起し、平成14年第１次普天間爆音訴訟において住民386名に対して総額約３億6900万円の賠償を認め、平成24年第２次普天間爆音訴訟においては住民の数は3129名まで増加した（なお、同訴訟についても平成28年10月現在第１審継続中である。）。

また、第２次普天間爆音訴訟とは別途、近隣住民2200名余りが原告となって提起した損害賠償請求事件については、平成27年６月11日、那覇地方裁判所沖縄支部において、国の責任を認め、７億5400万円に支払いを認める判決が下されている。

度重なる訴訟に対して請求認容判決が下され続けているのみならず、各訴訟の原告数も回を追うごとに増大しているという推移からしても、沖縄県において基地に拠る爆音ア被害が蔓延し、何ら改善されていない状況が端的に現われている」(上告受理申立理由書442頁・443頁)。

また、高裁判決は、「１認定事実」として「沖縄の米軍基地に関連する事件等」として、「㋐航空機事故」、「㋑パラシュート降下訓練に伴う事故」、「㋒被弾事故」等をあげるが、ここでは「㋐航空機事故」の内容を見るにとどめる。

「日本復帰後も米軍基地に関連する航空機事故が多数発生しているところ、平成16年８月13日には、米海兵隊所属のCH－53Dヘリが宜野湾市の沖縄国際大学の構内に墜落する事故が発生した。同事故は、米海兵隊第31海兵遠征隊所属のCH－53Dヘリ（乗員３名）が沖縄国際大学の市道に隣接した本館建物に接触し、墜落、炎上した結果、当該建物の一部や周辺の樹木等が炎上又は破損したほか、近隣の住宅等にも部品が屋根に落下する等、多大な被害を与えた。」(判決書71頁)。

そして、高裁判決後の公知の事実として、復帰以降の沖縄県の米軍用機墜落29件で、軍種別で、海兵隊20件、空軍７件、海軍１件、不明１件が公表されている[29]（2016年10月25日閣議決定)。

３　「③後を絶たない米軍人・軍属による刑事事件の発生」

高裁判決は、「認定事実」の「イ　沖縄の米軍基地に関連する事件等」の「㋕主な米軍人等の公務外の事件・事故」として、「a平成７年９月４日の少女暴行事件」から、「ｎ平成28年６月４日の女性二等兵曹によるあ飲酒運転による正面衝突の交通事故で女性に重傷を負わせる事故」までの15件の刑事事件の認定事実により「米軍人等による女性に対する性犯

[29]『朝日新聞』2016年10月26日付。

罪が現在に至るまで発生し続けていること」（判決書136頁）を事実認定している。ここで重要なのは「性犯罪が現在に至るまで発生し続けていること」の「発生し続けていること」である。この認定事実は、土地所有権に基づいている。土地所有権構成の特定地の上下の「時空間の利用」機能（基地機能）として進行形として捉えられていることである。米軍基地が土地所有権を根拠として存在・維持されていることが明確に捉えられてからである。まさに米軍基地過重負担は土地所有権に根拠をおくので、「歴史的現実」として過去、現在、未来の時間軸で捉えられることになる。土地所有権は特定地を特定人が特定地の上下の時空間を法令の制限内において自由に利用及び処分する権利であるからである（民法206条・207条）。

沖縄県は、「その他米軍人等による刑法犯罪は」、特に、昭和30年９月14日の「由美子ちゃん事件、平成７年９月４日の「米兵少女暴行事件」、最近では、平成28年４月28日の「女性殺害事件」の陰惨な事件が発生している。「昭和47年の日本復帰から平成24年12月末までに5,801件、そのうち凶悪事件が570件、粗暴犯が1,045件も発生するなど、県民の生命、生活及び財産に大きな影響を及ぼしている」（同上理由書272頁）。

４　「④汚染物質の流出等による自然環境破壊等の発生」、

米軍基地過重負担の土地所有権構成の土地利用機能（基地機能）の積極的不利益である。高裁判決は、「１認定事実」の「イ　沖縄の米軍基地に関連する事件等」として「㋐赤土汚染」、「㋑PCB漏出事故」、「㋒劣化ウラン弾使用事件」、「㋓油状物質（タール状物質）汚染」、「㋔六価クロム、鉛、フッ素及びヒ素汚染」、「㋕鉛汚染」、「㋖アスベスト検出」、「㋗ダイオキシン汚染」に基づいて（72頁～74頁）、「赤土汚染、PCB漏出、劣化ウラン弾使用、油状物質汚染、六価クロム、鉛、フッ素及びヒ素汚染、鉛汚染、アスベスト検出、ダイオキシン汚染という環境問題等が発生していること」（判決書136頁）と立証する。

以上は、土地所有権構成からは土地利用機能（基地機能）上の「積極的不利益」であるので、本主張立証の立証となるが、自治権構成では、主張立証にならない。

5 「⑤不平等な基地負担の国民の安全保障観への悪影響」

この主張の内容は、米軍基地過重負担により米軍基地所在地の国民が米軍基地の存在、維持に対して反対の民意が形成され、米軍基地による安全保障の意義及び機能が脆弱化することである。沖縄県は、自治権構成の核心として、本件埋立てによる米軍基地過重負担の固定化は「沖縄県民の民意に反すること」を主張立証する。

これに対して、高裁判決は、「以上によれば、本土と比較して、沖縄は重い米軍基地負担を負っているといえる。また、認定事実(1)に証拠（甲A243、乙H13）及び弁論の全趣旨を併わせれば、戦後70年にわたり他国からの武力行使や武装勢力によるテロなどもなく平和な状態が継続する中で、軍用地料や基地労働者所得等の基地関係収入の比重が相対的に低下していくことにより、基地が存在することによる弊害が県民の多数により強く認識され、平成22年以降は、衆議院選挙、参議院選挙、知事選挙、名護市長選挙及び沖縄県議会選挙において本件新施設建設に反対する候補者が多く当選し、沖縄県議会、那覇市議会及び名護市議会において本新施設建設に反対する決議がなされていることなど基地の整理縮小を求める民意が形成されてきたことが認められる。そして、このような民意は沖縄県の特殊事情に基づくものとして十分考慮されるべきである。」（判決書136頁）。

つまり、高裁判決は、沖縄の米軍基地過重負担と基地関連収入の相対的低下により、基地が存在することによる弊害が県民の多数により強く認識されることによる「基地の整理縮小を求める民意が形成されてきたこと」を認めたのである。しかし、高裁判決は、本件「基地の整理縮小

を求める民意」と「本件施設等の建設に反対する民意」を区別し、本件自治権（住民自治）の民意は「本件施設等の建設に反対する民意」として捉え、沖縄県の主張立証が不十分として立証責任が果たされていないと次のように判断する。

「しかし、認定事実⑶及び⑼並びに弁論の全趣旨によれば、本件埋立事業によって設置される予定の本件新施設等は、普天間飛行場の施設の半分以下の面積であって、その設置予定地はキャンプ・シュワブの米軍使用水域内であることを考慮すれば、沖縄の基地負担の軽減に資するものであり、そうである以上本件施設等の建設に反対する民意に沿わないとしても、普天間飛行場その他の基地負担の軽減を求める民意（認定事実⑴イ㈡C(e)ないし(i)）に反するとは言えないし、両者が二者択一の関係にあることを前提とした民意がいかなるものであるかは証拠上明らかではない。」（高裁判決書136頁・137頁）。

本稿の米軍基地過重負担の「⑤不平等な基地負担の国民の安全保障観への悪影響」は自治権構成ではなく、土地所有権構成なので両民意の総体である。上記高裁判決の「軍用地料や基地労働者所得等の基地関係収入の比重が相対的に低下していくことにより、基地が存在することによる弊害が県民の多数により強く認識され」ている点にあるからである。「軍用地料や基地労働者所得等の基地関係収入の比重が相対的に低下していくこと」とは米軍基地過重負担の土地所有権構成による「消極的不利益」（機会費用）であり、その民意への反映が「基地負担の軽減を求める民意」であり、その基地の整理縮小を具体化する個別民意として「本件施設等の建設に反対する民意」があり両者は二者択一の関係にはないので、土地所有権構成では主張立証に成功することになる。

６　米軍基地過重負担に関する高裁判決の「認定事実」の意義

高裁判決で最も重要な「認定事実」であるが、高裁は、沖縄の米軍基

地過重負担を、「本土と比較して、沖縄は重い米軍基地負担を負っているといえる」と認めていることである。そして、その内容は、「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」（米軍基地過重負担）の土地所有権構成による「静態的面積」を前提に「動態的機能」の両側面において認めているということである。「１認定事実」の「⑴沖縄の米軍基地等」（高裁判決書66頁～82頁）の内容は、ア　沖縄の米軍基地の経緯、イ沖縄の米軍基地に関連する事件等、ウ　日米地位協定に関連する規定となっている。そして、「ア　沖縄の米軍基地の経緯」は、㋐米軍占領と基地構築、㋑講和条約後の軍用地、㋒銃剣とブルドーザーによる新規接収、㋓島ぐるみ闘争、㋔沖縄の基地問題への取り組み、㋕日本本土及び沖縄における米軍基地面積（専用施設面積）の推移、である。

まず、高裁判決は、本稿にいう「静態的面積」に関して、「㋔沖縄の基地問題への取り組み」でまとめ、上述の表で「㋕日本本土及び沖縄における米軍基地面積（専用施設面積）推移」を示している。

「沖縄県における米軍基地については、昭和47年５月の日本復帰に際し、すみやかな整理縮小の措置をとるべきとする国会決議がなされたにもかかわらず、基地の整理縮小は遅々と進まず、復帰後、米軍基地（専用施設）の返還が本土約58.7パーセントと進んだのに対し、沖縄県では約18.2パーセントの返還にとどまり、戦後70年を経た現在においても、国土面積の約0.6パーセントにすぎない沖縄県に、全国の米軍専用施設面積の約73.8パーセントが集中し、同県土面積の約10.2パーセント、沖縄本島においては約18.3パーセントを米軍基地が占める状況となっている」（判決書69頁・70頁）とする。

そして、高裁判決は、「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」（米軍基地過重負担）の土地所有権構成による「日本本土及び沖縄における米軍基地面積の推移」を内包する「静態的面積」を前提に「動態的機能」を、「１　認定事実」の内容をなす「⑴沖縄の米軍基地等」として、「ア沖縄

の米軍基地の経緯」、「イ　沖縄に米軍基地に関連する事件等」を踏まえて、次のように説示する。

「確かに、認定事実(1)によれば、沖縄は、昭和20年４月米軍が上陸し、占領されてから講和条約まで基地建設が進められ、講和条約後の米国の施政下の下、島ぐるみ闘争による住民による反対・抵抗運動の中、軍用地として新規接収が続き、昭和47年５月の日本復帰後も米軍基地の返還が本土と比較して３分の１しか進まず、全国の米軍専用施設面積の約73.8パーセントが沖縄に集中していること（歴史的現実を内在する「静態的面積」）、沖縄の米軍基地に関連する多くの航空事故、パラシュート降下訓練に伴う事故、被弾事故、山林火災等が発生するとともに（「②航空機騒音の住民への悪影響や演習に伴う事故の発生」）、赤土汚染、PCB漏出、劣化ウラン弾使用、油状物質汚染、六価クロム、鉛、フッ素及びヒ素汚染、鉛汚染、アスベスト検出、ダイオキシン汚染という環境問題等が発生していること（「④汚染物質の流出等による自然環境破壊等の発生」）、米軍人等による女性に対する性犯罪が現在に至るまで発生し続けていること（「③後を絶たない米軍人・軍属による刑事事件の発生」）、日米地位協定により、米軍、その軍人、軍属及び家族は、国内の場合と異なる処遇を受けていること、本件埋立て事業の反対を含む米軍基地の縮小、閉鎖及び返還、米軍海兵隊の撤退、日米地位協定の見直し等に関する県民投票で賛成票が圧倒的多数であったことが認められる。以上によれば、本土と比較して、沖縄は重い米軍基地負担を負っているといえる。また、認定事実(1)に証拠（甲A243、乙H13）及び弁論の全趣旨を併わせれば、戦後70年にわたり他国からの武力行使や武装勢力によるテロなどもなく平和な状態が継続する中で、軍用地料や基地労働者所得等の基地関係収入の比重が相対的に低下していくことにより[30]、基地が存在することによる弊害が県民の多数により強く認識され（「①米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因であること」）、平成22年以降は、衆議院選挙、参議院

選挙、知事選挙、名護市長選挙及び沖縄県議会選挙において本件新施設建設に反対する候補者が多く当選し、沖縄県議会、那覇市議会及び名護市議会において本新施設建設に反対する決議がなされていることなど基地の整理縮小を求める民意が形成されてきたことが認められる（「⑤不平等な基地負担の国民の安全保障観への悪影響」）。そして、このような民意は沖縄県の特殊事情に基づくものとして十分考慮されるべきである（①②③④⑤は筆者挿入）。」（判決書135頁・136頁）。

したがって、高裁判決の「認定事実」によると、米軍基地過重負担の土地所有権構成による土地所有権の客体である特定地面の米軍基地面積である「静態的面積」を前提に、その特定地の上下の時空間の土地利用機能（基地機能である「動態的機能」の「消極的不利益」（①）及び「積極的不利益」（②③④⑤）の主張立証が認められていることになる[31]。

---

[30] 沖縄の米軍基地過重負担のもとで「軍用地料や基地労働者所得等の基地関係収入の比重が相対的に低下していくこと」とは、米軍基地過重負担の土地所有権構成の「消極的不利益」の跡地利用に経済波及効果等を含意しているので「①米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因であること」の主張立証と捉えることができる。

[31] しかし、沖縄県も高裁判決も自治権構成をとるので、高裁判決は、本件埋立ては過重負担を軽減するものとして「利益」とする。すなわち「認定事実⑶及び⑼並びに弁論の全趣旨によれば、本件埋立事業によって設置される予定の本件施設等は、普天間飛行場の施設の半分以下の面積であって、その設置予定地はキャンプ・シュワブのの米軍使用水域内であることを考慮すれば、沖縄の基地負担の軽減に資するものであり、そうである以上、本件施設等の建設に反対する民意には沿わないとしても、普天間飛行場その他の基地負担の軽減を求める民意（認定事実⑴イ㈡ないし(i)）に反するとは言えないし、両者が二者択一の関係にあることを前提とした民意がいかなるものであるかは証拠上明らかではない」（判決書136・137頁）。認定事実⑶は「普天間飛行場及びキャンプ・シュワブの概要」（同83頁）であり、⑼は「本件埋立地の規模及び埋立場所」（101頁）であり、土地所有権構成の「１認定事実」の「⑴沖縄の米軍基地等」（「ア沖縄の米軍基地の経緯」、「イ沖縄の米軍基地に関連する事件等」）は判断の対象になっていないのである。土地所有権構成と自治権構成の本質的な相違を象徴的に示すものである。自治権構成は自治権が奪われた巨大な自治権空白地帯であるので、当該米軍基地の面積の増減で「利益」か「不利益」か判断されるからである。なお、「本件施設等の建設に反対する民意」と「基地負担の軽減を求める民意」を争点としているのは、自治権（地方自治の本旨）の内容は団体自治と住民自治を要素とするので、沖縄県は住民自治の側面で新米軍基地建設は「沖縄県民の民意に反する」と主張しているからである。

要するに、米軍基地過重負担の土地所有権構成の「静態的面積」と「動態的機能」の総括による高裁判決の「本土と比較して、沖縄は重い米軍基地負担を負っているといえる」とは。沖縄は、近代民主国家である日本という主権国家のなかの米軍基地過重負担による植民地であるということを「認定事実」としているともいえる。

第６節　土地所有権構成の理論枠組み

１　土地所有権構成の理論枠組み

米軍基地過重負担の土地所有権構成は陸地（沖縄本島）の米軍基地過重負担による土地所有権の土地利用機能の消極的不利益（機会費用）と積極的不利益（基地機能による人権侵害等）を第１号要件適合性の判断対象・要素とする法律構成であるが、埋立て承認の法的性質論に関して非埋立権説、埋立権説、及び土地所有権取得権説が対立し、非埋立権説及び埋立権説を取ると陸地の土地利用状況は判断の対象とならないので、埋立て承認の法的性質を考察する必要が生じる。また、埋立て承認の法的性質と埋立法の趣旨・目的とは相互規定に関係にあり、後者では地方公共団体利益説と国民経済向上説が対立している。そして、その論点を包括する定義として承認（免許）の趣旨・目的論がある。そこで、本節では、埋立て承認の法的性質論と埋立法の趣旨・目的論を考察して、前者は、土地所有権取得権説、後者は国民経済向上説が合理的解釈であることを考察する。そして、承認（免許）の趣旨・目的を「国土の適正かつ合理的利用の確保」と捉えることになる。

２　埋立て承認の法的性質論

埋立て承認の法的性質論に関して、非埋立権説、埋立権説及び土地所有権取得権説に区別される[32]。

「埋立権説」は、埋立て承認を埋立て工事により土地造成をする「埋立

てをなす権利」（埋立権）を付与する処分とする見解で、他方、「土地所有権取得権説」は埋立工事竣功（認可・通知）を停止条件として「埋立地の用途」に制限された埋立地の所有権（土地所有権）を取得させる権利を設定する処分とする見解である。

他方、非埋立権説は、国は埋立法１条１項により公有水面を所有しており、国の埋立ては、その直接排他的に支配する権能に基づいて行うもので承認により権利を設定する必要がないので、知事が海面に対して有する機能管理権との調整上の兼合いから知事に対し承認基準を満たすか否かの判断権限を与えたものとする見解[33]である。判断対象が埋立予定区域に限定され、陸地の米軍基地過重負担は自治権構成となる。

沖縄県は非埋立権説と埋立法の趣旨・目的を地方公共団体利益説を取り、陸地の米軍基地過重負担は土地所有権構成ではなく自治権構成となる。「公水法は、行政の責任者たる都道府県知事に対して、①県域の重大要素たる海域、沿岸域の総合的な管理・利用の際の重要な法的コントロールの手法として、埋立免許（承認）権限を与えているものである。すなわち、②公水法は、埋立の対象となる地域の海域、沿岸域の総合的な管理・利用に関する利益の保護を目的としている」（代執行訴訟被告第４準備書面６・７頁）と定義する。①は埋立承認の法的性質の非埋立権説であり、相互規定的に埋立法の趣旨・目的が「埋立の対象となる地域の海域、沿岸域の総合的な管理・利用に関する利益の保護」とされ、判断対象が「埋立の対象となる地域の海域、沿岸域の総合的な管理・利用」と、「埋立対象区域」に限定され、陸地の「土地の用途」状況即ち「米軍基地

[32] 埋立て承認の法的性質論の実務・学説等の展開に関して拙稿「公有水面埋立法と土地所有権―都道府県知事の埋立て承認の法的性質論―」（静岡大学『法政研究』第19巻３－４号、2015年）229頁以下参照。

[33] 広島地判2012年６月６日（訟務月報第59巻第12号3003頁）、沖縄県も非埋立権説で、その内容（埋立承認の趣旨）を「沿岸海域の総合的な管理・利用のための重要な法的コントロール手法」（違法確認訴訟・被告第１準備書面192頁）とする。

の存在」（米軍基地過重負担）は全く判断対象から除外されることになる。

また、後述の福岡高裁判決も、非埋立権説をとるので、自治権構成となる。埋立「法１条１項により、国が公有水面に管理権限を有し、公有水面の埋立権を独占していること、その埋立ての目的もまた国の事業・事務であることを前提として、国の埋立てについては、前記のとおりの観点から、埋立地の実情に精通した都道府県知事の『承認』に係らしめているにすぎないのに対し、国以外の者の埋立ては、公有水面についての埋立権を有していないため、都道府県知事による『免許』によって埋立権の設定を新たに受けるものであって、公有水面の埋立権を本来有している国に対する『承認』と公有水面の埋立権を国以外の者に対して新たに設定する『免許』では、その性質は異なるといえる」（判決書112・113頁）。

この非埋立権説の埋立て承認は、海面に対して有する知事の機能管理権と公有水面を所有する国との調整上の兼ね合いであるので、承認の際の判断対象としては陸地（地域）の「土地の用途」は全く対象外となる。したがって、沖縄本島の米軍基地の存在（米軍基地過重負担）は埋立て承認の判断対象外となる。沖縄県の承認の法的性質の見解も「行政の責任者たる都道府県知事」の「県域の重大要素たる海域、沿岸域の総合的な管理・利用の際の重要な法的コントロールの手法」（代執行訴訟被告第４準備書面６・７頁）として非埋立権説を採るので、米軍基地過重負担の沖縄本島に存在する全米軍施設が判断対象となることはない。

したがって、問題は、埋立て承認の法的性質に関して非埋立権説、埋立権説、及び土地所有権取得権説のどちらが合理的解釈か又は通説、判例であるかどうかということになる。

かつては、非埋立権説が実務上支配的な見解であった。①1921年段階で「公有水面埋立法逐条理由[34]」、②1953年段階で「内閣法制局意見」は「承認によって『埋立ヲ為ス権利』が設定されたものと解してはならない

であろう[35]」、③1970年段階で「三善説」は、国に埋立権の付与如何について「結論は『否』である。何故ならば、公有水面は、元来、国の所有に属し、国の独占化にある。[36]」、④1995年段階で「建設省見解[37]」、判決例として、⑤山口地裁2012年６月６日判決[38]等である。

また、埋立権説は学説上、有力である。免許において1979年段階で、阿部泰隆説は免許の場面において「公有水面埋立法による埋立は埋立権、同じく竣功認可は土地所有権を与える（公水16条・17条・24条）[39]」と定義する。また、2012年段階の本田博利説は「国とても都道府県知事の埋立『承認』を受けて『埋立権者』となり、埋立工事が完了すれば『竣功通知』により土地所有権を取得して国有地となすのである[40]」。

そして、承認の法的性質を「埋立地の所有権を取得させる権利を設定する行為」とする土地所有権取得権説が、現在では通説、判例とみることができよう。学説上は、①1954年段階の山口＝住田説は「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、竣功通知の日において、行政主体に土地所有権を取得させる権利を設定する行為である[41]」と定義され、以下の学説、判例が踏襲することになる。②1960年段階の田中二郎説は「埋立等の免許は、埋立の竣功認可を条件と

---

[34]「公有水面埋立法逐条理由」（三善政二『公有水面埋立法（問題点の考え方』{1970年、日本港湾協会} 収録、1970年）291頁。

[35] 国土交通省港湾局埋立研究会編『公有水面埋立実務便覧（全訂版）』（日本港湾協会、1995年、2002年全訂２版）177頁。

[36] 三善政二『公有水面埋立法（問題点の考え方）』（1970年、日本港湾協会）233頁。

[37] 建設省河川局水政課監修『公有水面埋立実務ハンドブック』(1995年、ぎょうせい)41頁。

[38] 広島地判2012年６月６日（訟務月報第59巻第12号3003頁）。

[39] 阿部泰隆『行政法解釈学Ⅰ』（有斐閣、2009年）212頁。

[40] 本田博利「公有水面埋立法における国の現状回復義務の有無について（意見書）」（愛媛法学会雑誌　第40巻１・２号合併号、2014年３月）136頁以下。なお、同著『基地イワクニの行政問題』（成文堂、2012年）148頁・149頁では「とりわけ沿海域の総合的な管理・利用のための重要な法的コントロール手法」として非埋立権説の内容（承認の趣旨）を示す。

[41] 山口眞弘・住田正二『公有水面埋立法』（日本港湾協会、1954年、以下、山口眞弘＝住田正二・『公有水面埋立法』と略記する。）329頁。

して埋立地の所有権を取得させる行為である[42]」として実体法上の定義をする。判決例は、④津地裁1969年９月18日判決[43]、⑤神戸地裁姫路支部2000年７月10日判決[44]（免許で実質的に土地所有権取得権説。工事竣功認可告示後は「当然に所有権を取得」するので免許・承認処分の射程の範囲に「土地所有権の取得」が入っていることになる）。したがって、埋立権は「所有権類似の権能」となり妨害排除請求権が認められる。）、⑤広島高裁2013年11月13日判決[45]は、「知事が埋め立て工事の実施主体である国に対して、特定の公有水面を埋立てて土地を造成し、竣功通知の日において当該実施主体に埋立地の所有権を取得させる権利（埋立権）を設定する行為と解する」。（埋立権）としているが内容は土地所有権取得権説（広義の埋立権説）である。⑥国は、非埋立権説であったが、2015年、「承認も免許もその法効果は同一である」（代執行訴訟原告第１準備書面９頁）として土地所有権取得権説を採ることになる[46]。

以上から、埋立て承認の法的性質は土地所有権取得権説を採るべきということになる。この土地所有権取得権説を、初めて定義した山口・住田説は1954年、そして田中二郎説は1960年であり、この段階での土地所

---

[42] 田中二郎『土地法（法律学全集５－Ⅱ）』（有斐閣、1960年、以下、田中二郎・『土地法』と略記する。）161頁注（五）。

[43] 津地判1969年９月18日（下民集20巻９・10号658頁）

[44] 神戸地裁姫路支部判2000年７月10日（判時1735号106頁、判タ1061号94頁）。

[45] 広島高判2013年11月13日（訟務月報61巻４号761頁）。

[46] この国の変更に関して、徳田博人「『固有の資格』と不服申立て」（紙野健二・本多滝夫編『辺野古訴訟と法治主義―行政法学からの検証』（日本評論社、2016年８月）55頁は「国は非埋立権説から埋立権説に見解を変更したかのようにみえるが、公有水面に対して直接排他的支配管理する権能を維持していることから、埋立権説に見解を変更したとはいえない。」と批判する。なお、同書の亘理格「埋立免許・承認における裁量権行使の方向性」において、「公有水面埋立免許」に関してであるが、「特許ないし設権行為」と解されてきたとし、「設権行為は、相手方が元来有しているのではない権利や法的資格や能力を創設的に付与する行為であるので、原則として、広い範囲の自由裁量が認められうる行政行為である」（同書145頁）を前提に「埋立免許・承認における裁量権行使の方向性」を考察している。埋立て承認の法的性格論の側面で示唆に富む指摘である。

有権は原始取得であったが、1973年の埋立法の全面改正において、同法の仕組みが「埋立地の用途」を基軸概念とする国土の合理的利用という国土利用計画の観点が導入され（国土利用計画法の制定は1974年であるが、「土地の用途」が指定された用途地域制により都市地域の土地の合理的利用を図る新都市計画法は1968年に制定されている）、「埋立地の用途」に「制限された土地所有権」を取得させる権利の設定行為となった。「埋立地の用途」を埋立法の基軸概念とすることによって、埋立法は国土利用計画法（1999年の地方分権一括以後は土地利用計画上の権限が都道府県知事に移譲されるので地域形成計画法）一環として位置付けられることになる。このような、埋立て承認・免許の法的性質に関する土地所有権取得権説を踏まえて、「埋立地の用途」に「制限された土地所有権」を取得させる権利を設定する処分とする再定義がされる。以下、本稿での土地所有権取得権説は再定義されたものである。

この1973年の埋立法の改正を受けて再定義された土地所有権取得権説の概念は「公有水面埋立法は、地域形成計画法の一環として、埋立事業計画者に対する都道府県知事の行政処分により、埋立事業計画者が特定の公有水面を埋立てて、土地を造成し、制限された土地所有権を取得することに関する実体的及び手続事項を定め法律である[47]」（土地所有権制限法説）。「知事の承認は地域形成計画法の一環としての埋立法を根拠法規とし、また、知事の承認の目的を制限された土地所有権の付与にある[48]」。「知事の埋立て承認は、地域形成計画の一環である埋立法を根拠法規として、事業計画者の国が、特定の公有水面を埋め立てて、土地造成による埋立工事竣功により、国に、制限された土地所有権を取得させる行為である[49]」（土地所有権取得権説）。

---

[47] 拙稿「公有水面埋立法と土地所有権―都道府県知事の埋立て承認の法的性質論―」（静岡大学『法政研究』第19巻３－４号、2015年）３頁。
[48] 同上書・４頁。
[49] 同上書・142頁。

以上、総合すると、土地所有権取得権説の埋立て承認・免許の法的性質は、国土利用法制（地域形成計画法）の一環としての埋立法を根拠法規として、埋立事業計画者が、特定の公有水面を埋め立てて、土地造成による埋立工事竣功により、事業者計画者に、埋立地の用途に制限された土地所有権を取得させる権利を設定する行為である」と再定義される。

３　国土利用法制（地域形成計画法）と埋立法の趣旨・目的

再定義された土地所有権取得権説の特徴は、第１に、埋立法を「国土利用法制」（地域形成計画法）の一環として捉える点であり、第２に、埋立法の趣旨を「埋立地の用途に制限されたと土地所有権の付与」による「国土の開発その他国民経済に資するもの」とする点である。

国土利用法制（地域形成計画法）は土地の合理的利用を通じて、権利レベルでは土地所有権の合理的制限となり、国民経済の向上に資することをもって、公共の福祉の増進を目的とする法体系である。国民経済の向上に資する土地の合理的利用は「土地の用途」で概念化されている。つまり、「土地の用途」による「土地の合理的利用」を図る法制度が国土利用法制（地域形成計画法）ということになる。「土地の用途」は、「農業地」、「工業地」、「商業地」を基本とするので、国土利用法制（地域形成計画法）は「土地の用途」を通じた産業振興の法でもある。つまり、国土利用法制（地域形成計画法）は当該地域の「土地の用途」の選択・決定を通じて産業振興を図ることになる。国土利用法制（地域形成計画法）は個別産業法により個別化・具体化されることになる。

このような「土地の用途」の選択権・決定権が国にある段階を「国土利用法制」、都道府県知事に移譲した段階で「地域形成計画法」と概念化するのである。つまり、「地域形成計法」の概念は、国土利用計画法（1974年）、国土形成計画法（2006年）を基本として、国土利用計画法９条に基づく「土地利用基本計画」上の、①都市地域、②農業地域、③森林地域、

④自然公園地域、⑤自然保全地域、に関連する諸法令（都市計画法｛1968年｝、農振法｛1969年｝、森林法｛1951年｝、自然公園法｛1957年｝、自然環境保全法｛1972年｝等：「国土利用法制」）を地方分権主義（地方分権一括法｛1999年｝等）の観点から総合的に概念構成した体系上の概念である。したがって、地域形成計画法を構成する実定法の側面で概念化すると「国土利用法制」（上告受理申立理由書479頁）と概念化される。「地域形成計画法」は学問上の概念であるので、裁判上は「国土利用法制」が効果的であると考えられる。

国土利用法制の一環として埋立法を、その根拠法規とする都道府県知事の埋立て免許・承認レベルに移すと、次のように捉えられる。すなわち「国土利用法制を概観してみると、都道府県知事において、環境保全との調和を図りながら、地域における国土利用のあり方を総合的に調整する役割を担っていることがわかる。公水法上の埋立免許・承認は、このような地域における国土利用上のあり方の総合調整の一環であるから、都道府県知事が埋立免許・承認を行い、法４条１項各号の要件適合性の判断を行わなければならないのである」（同上理由書481頁）。つまり、国土利用法制の一環としての埋立法は「地域の国土利用のあり方の総合調整の一環である」ことになる。

そして、産業法制の側面で埋立法を根拠法規とする都道府県県知事の埋立免許・承認を捉えると、「埋立免許・承認は、『国土利用上適正且合理的』でなければなしえず（公水法４条１項１号）、どのように地域の産業を振興していくのか、という国土利用のあり方と整合していなければならない」（同上理由書482頁・483頁）のである。つまり、産業法制の側面では埋立法は、「どのように地域の産業を振興していくのか、という国土利用のあり方と整合」することであり、その整合性判断基準が第１号要件の「国土利用上適正かつ合理的なること」であるというのである。

したがって、「どのように地域の産業を振興していくのか」は時代と地

域性を踏まえてなされることになる。今、現段階の沖縄県は観光産業の振興の時代であり、本件埋立て承認は「米軍基地」か「観光産業振興」の選択の問題であり、その判断根拠が第１号要件ということになるのである。

要するに、国土利用法制の一環として埋立法を捉えると、埋立法は「地域の国土利用のあり方の総合調整の一環である」となり、その国土利用のあり方の総合調整を産業の側面で捉えると「どのように地域の産業を振興していくのか、という国土利用の整合」となり、その整合性判断は第１号要件の「国土利用上適正かつ合理的なること」の適合性判断を意味するのである。本件では「米軍基地」又は「観光産業」のいずれが「地域の産業を振興に寄与するのか」のかの合理的判断ということになる。国土の合理的利用の判断に関しては知事に、その裁量権があることが本質ではなく「土地の用途」又は「埋立地の用途」が地域の産業の振興に照らして「国土の合理的利用」と言えるかという判断の対象に本質があるのであり、したがって、その「土地の用途」及び「埋立地の用途」が客観的、内在的に「国土の合理的利用」に反する場合には裁量権の逸脱・濫用の違法となるのである。なぜなら、「土地の用途」及び「埋立地の用途」に土地所有権の合理的制限は内在・推認されているからである。

したがって、本件埋立て承認の違法性は承認権限の裁量権自体の問題ではなく、「埋立地の用途」の「米軍基地」が沖縄県の地域の産業振興の観点から客観的、内在的に「国土の適正かつ合理的利用」と判断できるか（「国土利用上適正かつ合理的なること」）にあることになるのである。

要するに、埋立法の趣旨は、埋立事業計画者が、公有水面を埋立てて、「埋立地の用途」に「制限された土地所有権」を最終的に取得することにより産業振興の原動力とし、産業振興の担い手とし「国民経済の向上に資する」ことになる。特定地面の上下の時空間を自由に利用及び処分することのできる土地所有権は、国民経済の原動力・基盤であるとともに、

国、地方公共団体は、土地利用の合理的規制・土地所有権の合理的制限を通じて国民経済（自由主義経済）を間接的にコントロールするのである。都道府県知事は埋立て承認・免許により「埋立地の用途」に制限された土地所有権を付与する権利を設定する処分を通じて、特定の産業の振興を図ることで地域経済の健全な発展に資することになる。つまり、国民経済の向上を趣旨とする埋立法と国民経済の原動力である土地所有権は有機的に結合する一体的な関係であり、埋立法の趣旨を「国民経済の向上に資するもの」と捉えることは、埋立て承認・免許の法的性質（目的）を、「埋立地の用途」に「制限された土地所有権」を取得させる（付与する）権利を設定する処分となるのである。まだ土地は存在していないので所有権を付与できないので、実体法的には、埋立工事竣功（認可・通知）を停止条件とした土地所有権の付与となる。この最終的な土地所有権の付与の法的根拠は国の公有水面の所有に基づくものではなく、埋立法に基づくものである。法治主義に基づくからである。

4　埋立法の趣旨・目的と土地所有権の制限

埋立法を、国土利用法制（地域形成計画法）の一環として産業振興の側面で捉えると埋立法の趣旨・目的は「国民経済の向上に資するもの」即ち「地域経済の向上に資するもの」として捉えられる。国土計画（地域形成計画）の鳥瞰（俯瞰）する視点（理論構成）から地域に即した土地利用計画を決定するという鳥の目と虫の目の総合調整としての土地の合理的利用である。その総合調整の基準は、地域において、どの産業を振興すべきかの政策判断である。この産業振興の政策判断は「埋立地の用途」に具現化される。なぜなら、国土利用法制（地域形成計画法）の国土利用計画ないし土地利用計画は「土地の用途」により概念構成されるからである。

国土利用計画法の一環として埋立法を位置づけることは、埋立法の目

的を規定し、埋め立て承認の目的を規定するので、知事の埋立て承認を国土利用計画（地域形成計画）の一環として位置づけることになる。地域形成計画は国土利用計画を地方分権主義の観点から構成したものであるが、地域形成計画を規定する国土利用計画法の土地利用基本計画は、都道府県の区域を、都道府県知事が、都市地域、農業地域、森林地域、自然公園地域、自然保全地域に地域区分して土地利用計画を決定するものである。それぞれの５地域に関連する法令の体系上の概念が地域形成計画法である。５地域は個別規制法規の諸計画により指定されるが、この５計画の諸計画を包括したのが地域形成計画である。したがって、その諸計画は、地域形成計画の各種計画（都市計画等）となり、埋立法が地域形成計画法の一環であるということは、埋立事業計画は都市計画と同じように地域形成計画の各種計画となる。

この地域形成計画の要素は、土地利用計画、公共施設の整備計画及び環境保全計画である。地域形成計画の中核である都市計画の土地利用計画の単位は土地の用途である。土地の用途でゾーニングする用途地域制、区域区分制では用途地域が指定される市街化区域、用途地域が原則として指定されない市街化調整区域、そして13種類の用途地域の詳細化、街区の特性に合わせたきめ細かい地区計画も基本的には用途地域の下でなされる。

その土地利用計画の単位である「土地の用途」は埋立法では「埋立地の用途」として、出願、免許・承認基準、免許・承認の告示、埋立て用途変更の承認、土地所有権取得後の埋立地の用途変更の認可・承認等の要素となり、埋立法の背骨となっているのである。埋立法の趣旨・目的は、「埋立地の用途」のための土地造成により制限された土地所有権を取得させることによる国民経済の向上にあるからである。したがって、その「埋立地の用途」は免許・承認基準（埋立法４条１項、42条３項）の基本となるのである。第１号要件の「国土利用上適正かつ合理的なるこ

と」の判断対象となり、第３号要件の「埋立地の用途」と「土地利用計画」及び「環境保全計画」との適合性条項では判断基準そのものとなり、第４号要件は、「埋立地の用途」が公共施設の整備計画を規定するのである。

地域形成計画の中核である都市計画は「土地の用途」を単位とした「用途地域制」を基本としている。埋立法も地域形成計画として「埋立地の用途」を基軸とした法的仕組みとなっているのである[50]。

そして、「土地の用途」及び「埋立地の用途」は、農業、商業、工業が基本であり、土地区画整理事業が都市計画の花であり、土地所有権の客体である特定地面の整備と特定地上の時空間の利用計画であるが、埋立事業計画は、公有水面から土地造成による特定地面の造成と特定地面上の時空間の利用規制（埋立地の用途による土地所有権の制限）が同時的になされるのである。本質的に言えば、埋立事業計画は「埋立地の用途」で農業、工業、商業のいずれかの振興を政策判断しているのである。

このことは、埋立法の法的性格は、「制限された土地所有権の法」（「土地所有権制限法説」であり「埋立規制法説」と対立する。）であり、「土地の合理的利用に関する法律」なのである。したがって、埋立て承認の目的は制限された土地所有権の付与にあることになるが、未だ土地は存在していないので土地所有権は存在できないので、承認の法的性質は土地所有権の取得とまでは至らず、「埋立ての承認は、当該官庁が、特定の公有水面を埋立てて、土地を造成し、竣功通知の日において、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[51]」、「埋立等の免許は、埋立の竣功認可を条件として埋立地の所有権を取得させる行為である[52]」と定義されることになるのである。

---

[50] 地域形成計画法（国土利用法制）の一環としての埋立法に関して拙稿「公有水面埋立法と土地所有権」212頁以下参照。
[51] 山口眞弘＝住田正二・『公有水面埋立法』329頁。
[52] 田中二郎・『土地法』161頁注（五）。

「埋立地の用途」による土地所有権の制限は土地所有権の客体である特定地面上の時空間の自由な利用の制限である。したがって、土地所有権の主体、客体及び内容がセットで規定されているのである。まず、①免許・承認の出願書の内容（２条２項)、②その公衆への告示（３条)、③出願、免許・承認基準（４条１項１号・３号・４号)、④免許・承認の告示（11条)、⑤埋立地の用途の変更の承認（13条の２)、⑥埋立権の譲渡の認可（16条)、⑦土地所有権の取得（24条)、⑧土地所有権取得後の権利変動の許可（27条)、⑨土地所有権取得後の埋立地の用途変更に認可(29条）である[53]。

要するに、「国が埋立てを行う場合には、知事の埋立て承認、国以外の場合は、免許と違うが、いずれも産業地の供給として土地所有権の取得が目的であり、しかも、その土地所有権の内容である土地利用の目的は特定されたもの、つまり『埋立地の用途』として土地所有権は制限されたものである[54]」。

したがって、戦後の1945年から1998年までの埋立地面積が2140.12㎢(国土交通省）という沖縄県土面積（2276㎢）と同じ程度の広大な埋立地が造成され、一方では日本の高度成長経済の原動力・基盤となり、他方で深刻な公害を産みだしたのである。これは埋立法の本質が「埋立地の用途」の「工業」を基本とする産業振興の法の側面として「埋立地の用途」としての「工業地域」の「制限された土地所有権」が日本の経済発展の原動力である（あった）ことを示すものである。

三本木賢治は1974年段階での埋立法の機能と実績を次のように纏めている。「昭和20年、一朝して国土の約45％を失った我国は、たくましく国土の復興に着手し、しかもなお世界の脅威にともいうべき経済成長をなしとげたが、その間にあって、平和的に領土を拡張する方法、すなわち

[53] 拙稿「公有水面埋立法と土地所有権」145頁参照。
[54] 拙稿「公有水面埋立法と土地所有権」275頁。

埋立てが行われた実績は、戦後27年間に総面積11万2716ha（国土の約0.3％）、うち農用地４万5022ha（構成比39.9％）、工場用地３万8067ha（33.8％）、住宅用地4117ha（同3.7％）、公共施設その他用地２万5520ha（同22.6％）となっており、これを実施主体別に見れば、国３万6685ha（構成比32.5％）、公共団体６万2080ha（同55.1％）、その他１万3961ha（同12.4％）である。国自ら行ったものは、ほとんど農業干拓であり、公共団体の行ったものは、その大部分が、都道府県の行う地域開発の手段としての分譲用の埋立である[55]」。

要するに、埋立法は「制限された土地所有権の法」であり、「土地の合理的利用に関する法律」なのである。したがって、埋立て承認の目的は制限された土地所有権を取得させることにあるところ、その土地所有権は国民経済の原動力・基盤であることによって、埋立法の趣旨は、「国土の開発その他国民経済の向上に資するもの」として理論構成されるのである。すなわち、特定の公有水面を埋立てて、土地造成をした埋立地（国土の開発）をどのような土地利用の目的（埋立地の用途）、すなわち、農業、工業、商業等のいずれかに供用することを通じて、地域における産業の振興を図り、もって「国土の開発その他国民経済の向上に資するもの」とするのである。埋立法は、本質的には、産業の振興による国民経済の向上ということで、埋立法を国民経済向上のもとでの産業の振興の視点から埋立法を捉えるということになる。

５　埋立て承認（免許）の趣旨・目的

埋立法に基づく免許（承認）の趣旨・目的は、国土の適正かつ合理的利用の確保とされる。その土地の合理的利用の確保の判断は第１号要件の「国土利用上適正かつ合理的なること」と同旨となり、その判断過程

[55] 三本木健治「公有水面埋立法の改正とその史料的回顧」（自治研究50巻第７号1974年）27頁・28頁。

に、埋立法の趣旨を導きの糸（評価基準）として、埋立て承認・免許の法的性質が規定され、第２号要件の趣旨を踏まえて、土地の適正かつ合理的利用の確保となる。その集大成が、国の次の定義である。埋立法に基づく免許（承認）の趣旨・目的は、「①自然公物である公有水面を埋立て、これを利用することが、国民共通の財産である公有水面を廃止し、私的所有権の対象たる陸地とするという特質を有するとともに（承認・免許の法的性質の土地所有権取得権説）、②自然環境等を大きく変容させることに鑑み、埋立てが及ぼす自然環境等への影響を十分配慮することを前提に（第２号要件の趣旨）、③国民経済の観点から真に必要な埋立てを許容することとし（埋立法の趣旨の国民経済向上説）、もって、④我が国の国土の適正且つ合理的な利用を確保するということにある（免許及び承認の趣旨・目的）」（係争委審査国５月９日回答書11頁）である。

土地の合理的利用の政策の形である「埋立地の用途」は「制限された土地所有権」となり、異質な利益の総合調整趣の政策判断となるので、免許・承認の法的性質は埋立て承認・免許の趣旨・目的に内包されることになる。つまり、埋立て承認（免許）の趣旨・目的は、承認の法的性質、第１号要件の趣旨、第２号要件の趣旨、埋立法の趣旨を内包した概念規定となる。第２号要件は、第１号要件適合性判断の条件となる。土地の適正かつ合理的利用の確保とは、「埋立地の用途」に土地の適正かつ合理的利用は内在しているので、「埋立地の用途」に「制限された土地所有権」の取得となる。つまり、土地の適正かつ合理的利用の確保とは、埋立事業計画者の側面では「制限された土地所有権」の取得を意味するのである。沖縄県は、埋立て承認・免許の趣旨・目的を前述のように「沿海域の総合的な管理利用の際の重要な法的コントロールの手法」とするが「国土の適正かつ合理的利用の確保」とする見解も主張する。すなわち、「漁業・農業・工業等の産業部門間の調整、住民・地域企業の合意、環境保全や災害防止上の安全確保など、公有水面埋立事業において必要

とされる多様な考慮要素を総合的に判断できる結節点」にあるのが都道府県知事である（上告受理申立理由書76頁・478頁）とする主張である。

第７節　土地所有権構成の法的根拠

「米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因であること」（米軍基地沖縄経済発展阻害論）は米軍基地過重負担の土地所有権構成により、第１号要件の判断枠組みの「不利益」（評価障害事由）として位置づけられる。したがって、米軍基地過重負担の土地所有権構成の法的根拠が論点となる。つまり、米軍基地過重負担の土地所有権構成すべき法的根拠は何かということになる。

第１の法的根拠として、最高裁大法廷判決[56]（最大判平成８年８月28日）は、「埋立地の用途」としての「米軍基地」が「国土利用上適正かつ合理的なること」の適合性の裁量判断において「米軍基地過重負担」を判断要素とすべきとしていることである。その最高裁大法廷判決は、取消訴訟において審理判断されるべき事柄として、「駐留軍用地」の使用又は収用認定の際に、「駐留軍の用に供するために土地等を必要とする場合において、当該土地等を駐留軍の用に供することが適正かつ合理的である」かの適合性の裁量判断においては、「沖縄県に駐留軍の基地が集中していることによって生じているとされる種々の問題も右の判断過程において考慮、検討されるべき問題である」と説示する。つまり、取消訴訟において、「米軍基地過重負担」を「駐留軍用地」の「使用又は収用認定」基準である「適正かつ合理的である」かの判断過程の考慮要素とすべきことを説示したのである。そして、本件取消処分の対象となる本件辺野

[56] 沖縄県職務執行命令訴訟・最大判平成８年８月28日民集50巻７号1952頁。拙稿「公有水面埋立法と土地所有権」（静岡大学『法政研究』〔第19巻３－４号、2015年３月〕101頁は「沖縄県米軍用地強制使用事件」とし、最高裁の判決から「駐留軍用地に使用認定の違法性の判断基準」を抽出し（拙稿同上103頁）、「①使用認定（事業認定）の取消訴訟における判断基準を示している」（拙稿同上104頁）とする。

古沿岸域の埋立て承認の違法性判断基準は「埋立地の用途」としての「米軍基地」（駐留軍用地）が「国土利用上適正かつ合理的なること」である。したがって、本件埋立て承認の違法性の判断において「埋立地の用途」としての「米軍基地」が「国土利用上適正かつ合理的なること」の裁量判断過程に「沖縄県に駐留軍の基地が集中していることによって生じているとされる種々の問題」即ち「米軍基地過重負担」を判断要素とすべきことになるのである。かくして、沖縄県の勝機は米軍基地過重負担の不利益を主張立証することにある。

第２の法的根拠は、高裁判決が、沖縄県の推計した普天間飛行場の跡地利用の年間の直接経済効果3866億円を「認定事実」としたことである（判決書93頁・94頁）。すなわち「その直接経済効果は、卸・小売業、飲食業、サービス業その他産業の売上高及び不動産賃貸額などによって年間約3866億円に上り、返還前の地代収入、軍雇用者所得、米軍等への財・サービスへの提供額、基地周辺整備費等及び基地交付金等による年間約120億円に比べ約32倍もの経済効果を上げると予想されている」。したがって、普天間飛行場が返還されなければ「予定される普天間飛行場跡地利用による沖縄県全体の振興や多大な経済的効果も得られない」（判決書133頁）と判断するのである。しかしながら、この判断は、現実の米軍基地が沖縄経済発展を阻害していることを認めたことを意味し、したがって、現実の米軍基地過重負担の「米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因であること」を認めたことになるのである。なぜなら、普天間飛行場跡地利用の直接経済効果3866億円は、普天間飛行場が返還されなければ、その多大な経済効果も得られないという判断は、必然的に、普天間飛行場（4.8㎢）の歴史的現実は直接経済効果に示されている潜在的な経済価値の経済発展可能性を阻害しているという経済的不利益を与え続けていることの判断を内在しているからである。さらに、その「認定事実」の根拠とする沖縄県の推計する直接経済効果は、普天間飛行場を含む８地

域13.8㎢で返還前590億円、返還後１兆1359億円で約19倍となっている。沖縄県民の約９割の130万人が生活、生産する沖縄本島（1208㎢）の約18％を占有する米軍基地過重負担の静態的面積221㎢は、「動態的機能」の面で想像を絶する沖縄経済の発展可能性を阻害しているという「経済的不利益」を内包している。したがって、米軍基地過重負担（221㎢）の「米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因であること」になるのである。このような判断を含意する高裁の判断は、次のように、辺野古沿岸域の埋立ての根拠法規である埋立法の側面での法的根拠に繋がることになる。

第３の法的根拠は、埋立法を国土利用法制（地域形成計画法）の一環として捉え、埋立法を産業振興の側面で捉えることである。沖縄県の俯瞰的な地域全体の土地利用状況である「米軍基地過重負担」において、その「米軍基地」のための辺野古沿岸域の埋立ては、「国土利用」の基本理念である「国土の均衡ある発展」（国土利用計画法２条）の観点即ち地域に即すと「地域における国土利用のあり方を総合的に調整すること」を意味し、「このような地域における国土利用のあり方の総合調整の一環であるから、都道府県知事が埋立免許・承認を行い、法４条１項各号の要件適合性の判断」（上告受理申立理由書481頁）となり、そして「埋立免許・承認は、『国土利用上適正且合理的』でなければなしえず（公水法４条１項１号)、どのように地域の産業を振興していくのか、という地域の国土利用のあり方と整合していなければならない」（同上理由書483頁）とするところ、「本件埋立対象地は、豊かで貴重な自然生態系をなし、希少生物等の生息地として、極めて高い自然環境価値を有する地域である。また、美しい眺望と静謐さを兼ね備え、良好な大気環境、水環境に恵まれ、この良好な環境はリゾート事業にとっても高い価値を有するものであり、米軍基地が存在しなければこのような観光資源を活用した経済発展が見込まれる地域である」（同上理由書272頁)。したがって、「米軍基地

は沖縄経済発展の最大の阻害要因であること」は、「国土利用上適正かつ合理的なること」に著しく反することになり、本件承認処分は強い違法性を帯びることになるのである。

第４の法的根拠は、「米軍基地は沖縄経済振興の最大の阻害要因であること」は埋立法の趣旨である「国土の開発その他国民経済の向上に資するもの」（代執行訴訟原告・国第１準備書面８頁・71頁）に一見明白に反し、この「国民経済向上の公共性」に照らして「国土利用上適正かつ合理的なること」に著しく反することになり、本件承認処分は強い違法性を帯びることになる。

第５の法的根拠は、埋立法を根拠法規とする承認・免許は、最終的に、埋立事業計画者に、国土の合理的利用の政策である「埋立地の用途」に「制限された土地所有権」を付与することである（土地所有権取得権説）から、沖縄経済の最大の阻害要因である「米軍基地」は「国土利用上適正かつ合理的なること」に反することになり、また、米軍基地過重負担の不利益は、国民経済の原動力である土地所有権が「米軍基地」の土地利用に固定化されることによるもので、「米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因」となり、「国土利用上適正かつ合理的なること」に著しく反し、本件承認処分は強い違法性を帯びることになる。

第６の法的根拠は、キャンプ・シュワブ水域内の辺野古沿岸域の埋立てによる「米軍基地」は、辺野古沿岸域の豊かな自然環境を喪失するとともに、キャンプ・シュワブを固定化し、「県内屈指のリゾート地」として沖縄の基幹産業である観光産業の振興を阻害することになり、基本的には産業振興に資することを意味する「国土利用上適かつ合理的なること」に著しく反し、本件承認処分は強い違法性を帯びるのである。なぜなら、「埋立免許・承認は、『国土利用上適正かつ合理的』でなければなしえず（埋立法４条１項１号）、どのように地域の産業をしていくのか、という地域の国土利用のありかたと整合していなければならない」（同上理

由書482頁・483頁）からである。

第７の法的根拠は、「埋立地の用途」に「制限された土地所有権」による国土の合理的利用の確保（免許又は承認の趣旨・目的）は、「環境の保全」（第２号要件）を内在・条件とした「埋立地の用途」に示された「特定産業」の振興であるが、「米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因であること」とともに、その埋立てにより観光資源となる辺野古沿岸域の豊かな自然環境を破壊するという観光産業の振興の阻害要因となり、「国土利用上適正かつ合理的なること」に反し、他方、辺野古沿岸域を埋め立てず、辺野古沿岸域含むキャンプ・シュワブの返還を見据えた辺野古地区の「県内屈指のリゾート地」の観光産業の振興となり「国土利用上適正かつ合理的」となるのであるが、逆に、辺野古沿岸域を埋立てることは、その観光資源を喪失することを意味するところ、「国土利用上適正かつ合理的なること」に著しく反し、本件承認処分は強い違法性を帯びることになる。

第８の法的根拠は、「米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因であること」を要素とする米軍基地過重負担の下では、国土の合理的利用の概念化である「埋立地の用途」が「米軍基地」であることは、事業の公共性として「米軍基地の公共性」の主張が必然となるが、埋立法を国土利用法制の一環として位置づけると、公有水面を埋立てて国土の適正かつ合理的利用を図る国土利用法制の側面では、その核心である「公共の福祉が優先する」（国土利用計画法２条）ということである。すなわち、「国土の利用は、国土が現在及び将来における国民のための限られた資源であるとともに、生活及び生産を通ずる諸活動の共通の基盤であることにかんがみ、公共の福祉を優先させ、自然環境の保全を図りつつ、地域の自然的、社会的、経済的及び文化的条件に配意して、健康で文化的な生活環境の確保と国土の均衡ある発展を図ることを基本理念として行うものとする」（同法２条）。「米軍基地過重負担」は、「健康で文化的な生活環

境の確保と国土の均衡ある発展を図ること」の国土利用上の基本理念に明白に反する違法状態にあり、この違法状態の中で、新たに「米軍基地」を建設するために自然環境豊かな辺野古沿岸域の埋立てを承認することは一見明白に無効・違法である強い違法性を有するのである。つまり、「米軍基地過重負担」の下での「埋立地の用途」としての「米軍基地」は、「米軍基地の公共性」に照らしても、「国土利用上適正かつ合理的なること」に著しく反し、本件承認処分は強い違法性を有することになる。

第９の法的根拠は、米軍基地過重負担を国民経済の原動力である土地所有権で法律構成すると、国民経済向上の側面で「米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因であること」になり、前述のように第１号要件に反することになるが、国民の側面で人権侵害の憲法違反状態になることである。つまり、土地所有権の客体である特定地面上の米軍基地面積を「静態的面積」、特定地面の上下の時空間の自由な利用の基地機能を「動態的機能」に区別し、「動態的機能」は、土地所有権が自由に行使できないことによる地域経済上の不利益を「消極的不利益」、他方、土地所有権の積極的行使により生ずる不利益を「積極的不利益」に区別すると、消極的不利益は①「地域経済向上の阻害要因」即ち「沖縄経済発展の最大の阻害要因」となり、積極的不利益は、②「航空機騒音の住民生活への悪影響や演習に伴う事故の発生」、③「後を絶たない米軍人・軍属による刑事事件の発生」、④「汚染物質の流出等による自然環境破壊」、となる。これらの不利益は、国民経済の側面と国民の人権侵害の側面で表れる。国民経済の側面では、前記①の不利益は、国民経済の原動力である土地所有が広大な米軍基地の土地利用に固定化されていることによるものであり、国民経済（自由主義経済）を構造的に阻害しているのである。国民の人権侵害の側面では、憲法上、土地所有権の合理的制限（憲法29条）に著しく反し、国民の自由、生命、及び幸福追求権（憲法13条）の侵害し、国民が平等に負担すべき米軍専用施設の約74％を沖縄県民が負担す

るということで、平等原則（憲法14条）に反し、また沖縄県民の約９割の130万人が生活、生産する沖縄本島の約18％を「米軍基地」が占有する状態は職業選択の自由、営業の自由、及び移動の自由（憲法22条）を制限するという、憲法違反状態にあることになる。

第10の法的根拠は、「米軍基地」の安全保障上の「公共性」の優位性の主張は、敗戦後70年余にわたる「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」の下では、日本と米国の主権国家の安全保障の根本を自ら否定することを意味するので、「米軍基地過重負担」の中では「米軍基地の公共性」は主権国家の在り方から認められない。「米軍基地の公共性」の主張立証は、これまでの「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」の違法状態を炙り出すことになり、天に唾するようなもので、米軍基地過重負担の違法状態を司法が追認することになり、司法権の正当性、信頼性、存在根拠を自己否定することになる。

要するに、「米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因であること」の主張立証（法律構成）の成功は、「国土利用上適正かつ合理的なること」に著しく反し、前知事の埋立て承認処分は強い違法性を帯びることから、本件取消処分は適法となり、したがって、是正の指示は違法となるところ、沖縄県がその是正の指示に従わないことの違法性は確認できないことになるのである。

第８節　「国土利用上適正かつ合理的なること」の適合性判断

米軍基地過重負担は第１号要件の判断要素となるが、本節では、米軍基地過重負担の自治権構成と土地所有権構成が、その第１号要件の適合性判断において、どのように機能するかを考察する。

「埋立地の用途」としての「米軍基地」が「国土利用上適正かつ合理的なること」かの適合性判断は、埋立法の趣旨である「国民経済の向上に資するもの」という「公共の福祉の増進」に照らして、埋立てにより得

られる利益（評価根拠事由）と埋立てにより生ずる不利益（評価障害事由）との比較衡量による総合的な判断である。

１　埋立てにより得られる利益

国は、埋立てにより得られる利益（評価根拠事由）として、⑴普天間飛行場の周辺住民等の具体的な危険性の除去、⑵米軍海兵隊の一体的運用、⑶沖縄本島の地理的優位性、⑷抑止力維持、⑤普天間飛行場代替施設としての適切性（滑走路も含め所要の提供施設・区域が活用でき、かつ、その機能を損なうこともないこと、航空部隊と関係する米軍海兵隊の施設等が近傍にあること、移設先の自然環境・生活環境に最大限の配慮できること）、⑸宜野湾市の経済発展、⑹日米関係の信頼関係を維持することなどの国防・外交上の公益、⑺沖縄県の負担軽減の公益、⑻安全保障の見地から抑止力の維持を図る公益を主張立証する。

２　埋立てにより生ずる不利益の主張立証

沖縄県は、埋立てにより生ずる不利益（評価障害事由）として、⑴埋立て自体によって失われる自然環境（代替性のない自然環境の不可逆的な喪失）、⑵埋立て後の本件施設等の設置により生じる辺野古沿岸周辺住民に対する航空機事故の危険性や騒音被害の発生可能性の高さ及び深刻さ、⑶辺野古崎地区の県内屈指のリゾート地として経済的潜在能力を完全に喪失する経済的不利益（沖縄県の健全な経済振興の阻害）、⑷「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」（米軍基地過重負担）の諸不利益（「①沖縄経済発展の阻害要因」、「②航空機騒音の住民への悪影響や演習に伴う事故の発生」、「③後を絶たない米軍人・軍属による刑事事件の発生」、「④汚染物質の流出等による自然環境破壊等の発生」、「⑤不平等な基地負担の国民の安全保障観への悪影響」）等の主張立証が考えられる。

3　両者の比較衡量の総合的判断

⑴　沖縄県及び高裁判決の自治権構成と非埋立権説に基づく判断

沖縄県の「不利益」の主張立証の範囲は、埋立て承認の法的性質論（非埋立権説か土地所有権取得権説か）及び米軍基地過重負担の法律構成（自治権構成か土地所有権構成か）により違いがでてくる。

埋立て承認の法的性質に関して非埋立権説をとる沖縄県は、⑴埋立て自体によって失われる自然環境、⑵埋立て後の本件施設等の設置により生じる辺野古沿岸周辺住民に対する航空機事故の危険性や騒音被害の発生可能性の高さ及び深刻さの主張立証に限定され、陸地の米軍基地過重負担は除外される。非埋立権説は、国は埋立法１条１項により公有水面を所有しており、国の埋立ては、その直接排他的に支配する権能に基づいて行うもので承認により権利を設定する必要がないので、知事が海面に対して有する機能管理権との調整上の兼ね合いから知事に対し承認基準を満たすか否かの判断権限を与えたもので、沿岸海域の総合的な管理・利用のための重要な法的コントロールとする見解[57]であり、判断対象が埋立予定区域に限定されるからである。したがって、陸地の米軍基地過重負担は自治権構成され、⑷の米軍基地過重負担は米軍基地の総面積の増減の範囲に限定される判断となるところ、普天間飛行場（4.8㎢）返還と本件埋立予定区域（1.6㎢）の比較による増減で判断され、高裁判決の判示するように、負担軽減となり「不利益」とは判断されない。また自治権構成は住民自治の民意も判断要素となるので、米軍基地過重負担の反対の民意か本件埋立てによる米軍基地建設の反対の民意か争点となる。高裁判決は、「本件埋立て事業によって設置される予定の本件施設等は、普天間飛行場の施設の半分以下の面積であって、その設置予定地は

[57] 広島地判2012年６月６日、本田博利『基地イワクニの行政問題』148頁・149頁、高裁判決書112頁・113頁、沖縄県も「沿岸海域の総合的な管理・利用にための重要な法的コントロール手法」（違法確認訴訟被告第１準備書面192頁）とする。

キャンプ・シュワブの米軍使用水域内であることを考慮すれば、沖縄県の基地負担軽減に資するものであり、そうである以上本件新施設等の建設に反対する民意に沿わないとしても、普天間飛行場その他の基地負担の軽減を求める民意（認定事実(1)イ(ヒ)C(e)ないし(i)）に反するとは言えないし、両者が二者択一の関係にあるとした民意がいかなるいものであるかは証拠上明らかではない。」（判決書136頁・137頁）。つまり、沖縄県が埋立て承認の法的性質を非埋立権説及び米軍基地過重負担の自治権構成を前提とすると、(4)の米軍基地過重負担の不利益は全く判断要素とならないので、国の主張立証が認められることになる。

逆に、自治権構成、非埋立権説をとる高裁判決は、米軍基地過重負担の中での本件埋立てによる新基地建設を、国が埋立てにより得られる「利益」としている「(5)宜野湾市の経済発展」、「(7)沖縄県の負担軽減の公益」の立証として、本件新施設が設置されない場合を想定する逆転の立証をするのである。「本件施設等が設置されなければ、普天間飛行場が返還されない蓋然性が有意に認められる。そうなると、認定事実(5)のとおり、予定される普天間飛行場跡地利用による沖縄県全体の振興や多大な経済効果も得られない。」（判決書133頁）として、本件埋立てにより得られる利益に転換しているのである。米軍基地過重負担の自治権構成は具体的な権利利益の侵害が問題となるので個別米軍基地の問題となる点をついた優れた法技術である。このように、沖縄県の主張立証する米軍基地過重負担の不利益の主張立証は成功せず、逆に、米軍基地過重負担の中での本件埋立てを「利益」に転化させているのである。したがって、自治権構成と非埋立権説による論利的帰結として、以下のような判断となる。

「普天間飛行場の移設先として、本件埋立事業の必要性があり、それに伴う公有水面の廃止、環境悪化等の不利益を考慮したとしても本件埋立事業には合理性が認められるとして第１号要件該当性を肯定できるとした判断が誤りであると認めることはできない。したがって、この点にお

いて本件承認処分に裁量内違法はない。加えて、政策的判断を要することから裁量権が付与された場合に、基礎事実の認定に誤りがなく、考慮要素を選択し、その軽重を評価・判断して結論を導く過程は正に政策判断に属するものであり、裁量の幅は広いと言うべきであるから、裁量権の範囲を逸脱又は濫用した違法がないことは明らかである。」(判決書137・138頁)。

⑵　土地所有権構成と土地所有権取得権説に基づく判断

米軍基地過重負担の土地所有権構成及び埋立て承認の法的性質論の土地所有権取得権説による埋立てにより生ずる「不利益」を、陸地の「土地の用途」及び「埋立地の用途」という土地利用の経済効果の観点から考察する。陸地（沖縄本島）の土地利用状況である米軍基地過重負担を踏まえて、「埋立地の用途」としての「米軍基地」が埋立法の趣旨である「国民経済の向上に資するもの」という「公共の福祉の増進」に照らして「国土利用上適正かつ合理的なること」かを判断するのである。非埋立権説が埋立予定区域に判断対象が限定されることとの違いである。

したがって、土地所有権取得権説からは、「埋立地の用途」としての「米軍基地」が「国土利用上適正かつ合理的」であるかは、国の主張立証する埋立てによる利益（①②③④⑤⑥⑦⑧）と沖縄県の主張立証する埋立てにより生ずる不利益（①②③④）とを比較衡量する全要素の総合的な判断となる。

この土地所有権取得権説による比較衡量において争点となるのは、非埋立権説では除外されていた埋立てにより生ずる「不利益」の、⑶辺野古崎地区の県内屈指のリゾート地として経済的潜在能力を完全に喪失する経済的不利益（沖縄県の健全な経済振興の阻害）、⑷「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」(米軍基地過重負担）の不利益（「①沖縄経済発展の阻害要因」、「②航空機騒音の住民への悪影響や演習に伴う事故の発

生」、「③後を絶たない米軍人・軍属による刑事事件の発生」、「④汚染物質の流出等による自然環境破壊等の発生」、「⑤不平等な基地負担の国民の安全保障観への悪影響」となる。⑶辺野古崎地区の県内屈指のリゾート地として経済的潜在能力を完全に喪失する経済的不利益（沖縄県の健全な経済振興の阻害）、⑷の米軍基地過重負担の諸不利益は本章（第２章）の第５節及び第６節で考察したので、ここでは。⑶辺野古崎地区の県内屈指のリゾート地として経済的潜在能力を完全に喪失する経済的不利益（沖縄県の健全な経済振興の阻害）を考察する。沖縄の経済振興・発展の阻害に関しては、これまで考察してきた㈠「米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因である」ことは、現存の沖縄本島の米軍基地の存在（過重負担）の経済発展の観点からの評価で、㈡本件辺野古沿岸域を埋立てることによる沖縄経済発展の観点からの問題が区別される。前記、翁長知事の「挨拶」の内容と関連させると、㈠は、「①終戦直後、基地関連収入のGDPは50％あったが、27年後の1972年には15％、今では4.9％。」、「②米軍基地の跡地利用についても、那覇市の新都心は大型ショッピングセンターや総合運動公園などができ、25年前まで52億円の軍用地料であったが、返還後は1634億円の経済効果がうまれた。③雇用についても基地時代は芝刈りや、家の修繕などで180人程度だったが、今では100倍の１万8000人が働いている。④当然税収も増えている。」と述べていることである。

㈡は、「⑤また沖縄への観光客は、2016年度には840万人になると県は試算していて外国人観光客も目標を５年前倒しし、200万人の大台達成を見込んでいる。航空会社もアジアの主要都市から４時間圏内、24時間使用できる那覇空港を物流拠点にしている。世界の資本が『ホテルをつくりたい』など県庁にどんどん来ている」と述べていることになる。

この本件埋立てにより生ずる不利益を、明解に指摘したのが第三者委員会報告で、次のように述べている。辺野古地域が、沖縄県の基幹産業である観光産業の本拠となり得る可能性を有する地域であるとの主張で

ある。

「名護市辺野古の『キャンプ・シュワブ』辺野古崎地区も、名護市東海岸に残された、海岸の後背地に広大な面積を有する唯一の大型海浜地として、大浦湾の対岸のカヌチャリゾート同様、『キャンプ・シュワブ』が返還されたあかつきには、手付かずの自然環境に恵まれた、ジュゴン等の希少生物の生息する区域という特性と相まって、これらと共存しうる県内屈指のリゾート地等になりうる潜在力を有している。しかるに、本件埋立対象地に普天間代替施設の米軍基地が建設された場合には、当然今後長期にわたって基地として利用されることから、地域の発展はほとんど望めず、雇用の面においても大きな期待はできない。本件埋立対象地の辺野古地区の海域を埋立てて代替施設を建設することは、ゆたかな自然環境を破壊することのみならず、同地域が秘めている環境との共存を図った上でのリゾート地としての経済的潜在能力もまた完全に喪失してしまうことであり、その経済的不利益は甚だしい。辺野古の『キャンプ・シュワブ』地区は、戦後70年もの長い間基地が存在するために、日本屈指の観光地として発展する沖縄県において、名護市の東海岸地区は取り残された状況にあり、『キャンプ・シュワブ』の辺野古崎地区は、新たな基地の建設による土地利用よりも、将来に向けた既存の基地部分の返還を求め、自然破壊を伴わない自然環境の保全と両立する形態での返還跡地の民間利用を目指すことの方が、国土利用計画上適正且つ合理的であり、より大きな価値を生むものと考えられる」(第三者委員会報告42頁、上告受理申立理由書251頁・252頁)。

沖縄県は、非埋立権説、自治権構成をとっていたので、キャンプ・シュワブの返還跡地利用を含めた辺野古崎地区の「リゾート地」構想は全く判断対象外であったが、上告受理申立理由書において、土地所有権取得権説も非埋立権説と併存させることになる。すなわち、埋立法を国土利用法制の一環として捉えることにより、産業法制としての埋立法に関し

て「埋立免許・承認は、『国土利用上適正かつ合理的』でなければなしえず（埋立法４条１項１号）、どのように地域の産業を振興していくのか、という地域の国土利用のありかたと整合していなければならない」（上告受理申立理由書482頁・483頁）として「どのように地域の産業を振興していくのか、という地域の国土利用のありかた」という「埋立地の用途」にしめされた土地所有権取得説をとるのである。

したがって、「どのように地域の産業を振興していくのか、という地域の国土利用のありかた」からみると、現在の沖縄県の産業の振興育成は観光産業の振興育成である。「本件埋立対象地は、豊かで貴重な自然生体系をなし、希小生物等の生息地として、極めて高い自然環境価値を有する地域である。また、美しい眺望と静謐さを兼ね備え、良好な大気環境、水環境に恵まれ、この良好な環境はリゾート事業にとっても高い価値を有するものであり、米軍基地が存在しなければこのような観光資源を活用した経済発展が見込まれる地域である」（上告受理申立理由書272頁）。

要するに、沖縄県の基幹産業である観光産業の「リゾート産業」の最適地である辺野古沿岸域を「沖縄の経済発展の最大の阻害要因であること」「米軍基地」のために埋立てることは「国土利用上適正かつ合理的なること」に著しく反するのである。

そして、⑷「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」（米軍基地過重負担）の諸不利益（「①沖縄経済発展の阻害要因」、「②航空機騒音の住民への悪影響や演習に伴う事故の発生」、「③後を絶たない米軍人・軍属による刑事事件の発生」、「④汚染物質の流出等による自然環境破壊等の発生」）の不利益性における、その深刻さ、重大さ、広範囲性、戦後70年に渡る継続的負担を考慮すると、非埋立権説、自治権構成説では全く判断要素とならなかったのであるが、国の主張立証する埋立てにより得られる利益を遥かに、質的に凌駕すると判断される。

特に、沖縄の過重負担の「米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因

である」ことの主張立証は、本件埋立て承認の強い違法性を決定的にする。沖縄経済発展の最大の阻害要因である米軍基地過重負担による植民地である沖縄において、沖縄を植民地としている米軍基地を新たに建設するために、辺野古沿岸域を埋め立てることを沖縄県知事が承認することは、公有水面埋立法の趣旨である「国土の開発その他国民経済の向上に資するもの[58]」という「公共の福祉の増進（公共性）」に照らして、「国土利用上の適正かつ合理的なること」（同法４条１項１号）に著しく反し、強い違法性をおびることになるのである。なぜなら、沖縄の米軍基地過重負担は日本という主権国家のなかの植民地を意味するので、自由・民主主義・法の支配といった近代的諸価値を編成原理とする近代民主国家の日本の国家の在り方（日本国憲法）を原理的、体制的に否定することになるからである。

また、国の主張立証する評価根拠事実としての①②③④⑤⑥⑦は普天間飛行場の返還の必要性及び沖縄本島内に代替施設を建設する公益性を主張するものに過ぎず、辺野古沿岸域を「埋立地の用途」としての「米軍基地」の建設用地として埋立てる必要性と公共性の評価根拠事実とはなり得ないのである。法的に言えば、普天間飛行場の代替施設の建設は、米軍基地過重負担の歴史的現実においては、沖縄本島内に新たに駐留軍用特措法に基づいて土地収用することも「土地の適正かつ合理的利用に寄与する」とは判断できないので、既存の米軍基地内に環境保全を条件に移設することに過ぎないのである。

さらに、1996年の普天間飛行場の代替施設の県内移設を条件とする全面返還の「橋本・モンデール合意」自体が、沖縄県民に米軍基地過重負担による膨大な機会費用（潜在的な経済価値の喪失の経済的不利益）であることが自明のこと、つまり、沖縄は米軍基地過重負担による植民地

[58] 代執行訴訟・原告第１準備書面８頁、第２準備書面71頁。

であるというこが認識された現時点では、見直されるべきなのである[59]。

沖縄県民の約９割の130万人が生活する沖縄本島（1208㎢）の約18％を米軍基地（221㎢）が占領することは、沖縄県民が米軍基地過重負担による機会費用という経済的損失を、国民が等しく負担すべき経済損失を過重に負担していることを意味し、その負担の上に米軍基地が存在していることは、沖縄が米軍基地を提供し運用している日本政府及び米国政府の米軍基地過重負担による植民地であるといえよう[60]。言い換えると、本質的には、「沖縄は基地に寄生されている[61]」のであり、沖縄の経済発展を食いつぶしているのであるが、現象的には、「基地の島」として、沖縄県民が経済的に米軍基地過重負担に依存するという逆立ちした構造となっている。日本も米国も、自由・民主主義・法の支配といった近代的諸価値を編成原理とする近代民主国家であり、自国の植民地を認めないのは国是であり、ましてや主権国家のなかの植民地を認めることはできないことである。したがって、米軍基地過重負担による主権国家のなかの植民地とならない程度に沖縄本島の米軍基地を整理縮小すべきは、日本政府及び米国政府の近代民主国家としての本質的義務なのである。ここに、沖縄が米軍基地過重負担による機会費用を損失補償請求できる根拠がある。

---

[59] 日米両政府による個別米軍基地の設置・存続の協定である日米地位協定２条２項の段階での判断に問題があることになる。米軍基地問題の司法権関与の５段階として分析する論考として拙稿「沖縄県代執行訴訟と米軍基地の過重負担」（静岡大学『法政研究』第20巻３号、2016年２月）32頁以下参照。

[60]「沖縄」の「植民地」とは県民の９割の住む沖縄本島の約18％前後を米軍基地過重負担として占領することにより、土地の合理的利用による経済発展を停止させ、本来得られるべき経済効果を収奪していることである。米軍基地過重負担により沖縄県民の潜在的経済効果を収奪していることになる。本質的に言えば、米軍基地過重負担（米軍基地占領面積）が大きいほど植民地としての効果があることになる。植民地の現代的支配の手法ということになる。土地所有権概念の本質的認識の弱点をもつ地域において土地所有権概念を国民経済の基盤としている国家によるソフト・パワーの植民地支配である。ここに米軍基地を沖縄本島に集中する米軍基地過重負担の本質がある。

[61] 川瀬光義・『基地維持政策と財政』12頁。

第３章　米軍基地沖縄経済発展阻害論の証明

第１節　序

米軍基地過重負担の土地所有権構成により、沖縄の過重負担の「米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因である」ことが判明した。それは、沖縄の米軍基地問題の本質が、沖縄は、近代民主国家である日本という主権国家のなかの米軍基地過重負担による植民地であるということを意味する。したがって、辺野古訴訟の本質は、沖縄経済発展の最大の阻害要因である過重負担である米軍基地を建設するために辺野古沿岸域を埋立て承認することは、「埋立地の用途」としての「米軍基地」の埋立てを承認することは、埋立法の趣旨である「国民経済の向上に資するもの」という「公共の福祉の増進」に照らして、「国土利用上適正かつ合理的なること」に著しく反することになり、強い違法性を帯びることになるのである。

まず、基本的な論点となるのは、何故、過重負担の米軍基地過重負担は沖縄経済発展の最大の阻害要因となるか、である。それは、日本が、したがって、沖縄が自由主義経済（国民経済発展）の原動力・基盤である土地所有権を土地利用権原の根幹としているからである。つまり、土地所有権は特定人（地主）が特定地（所有地）の上下の時空間を法令の制限内において自由に使用及び処分する権利（民法206条・207条）であり、その土地所有権の客体である土地が、①現在及び将来における国民のために限られた資源であるとともに、②国民の生活及び生産に通じる諸活動の共通の基盤であり、また、③その土地の利用が他の土地の利用と密接な関係有するものであり、そして、④その価値は主として人口及び産業の動向、土地利用の動向、社会資本の整備その他の社会的経済的条件によるものであること等公共の利害に関係する特性を有しているからである（国土利用計画法１条、土地基本法２条参照）。そして、自由、

民主主義、法の支配という近代的諸価値を編成原理とする近代民主国家である日本及び米国は、自由主義経済の原動力・基盤である土地所有権の合理的制限を通じて、国民経済の発展・向上という公共の福祉の増進（公共性）に寄与することを目的に、自由主義経済を間接的にコントロールするのである。

このような自由主義経済システムのなかで、かつては、沖縄経済は米軍基地に依存し、沖縄は基地経済であったが、現在では、米軍基地が沖縄に依存し、米軍基地が沖縄に寄生するという沖縄は米軍基地過重負担による植民地となっているのであり、その象徴的で、歴史的現実として「米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因である」ということである。

そこで、本章では、「米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因をであること」（米軍基地沖縄発展阻害論）を、まず、翁長知事の「10.7高裁判決研究集会」挨拶で確認し、次に、その阻害要因の内容が、どのように証明されるか、その阻害要因の内容を考察する。

第２節　米軍基地沖縄経済発展阻害論の内容

米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因であることが勝機の論点となり得る客観性を検討する前提として、翁長知事の「10.7高裁判決研究集会挨拶」の内容を改めて述べることにする。沖縄県の米軍基地跡地利用の経済効果の内容の予告的な機能をもつからである。また、その挨拶の内容を構成する、①米軍基地の関連収入のGDPの変遷、②基地跡地利用の直接経済効果、③経済波及効果の重要な雇用誘発効果、④自治体財政で重要な経済波及効果の税収効果、⑤沖縄県の基幹産業の観光産業の現況、⑥誤解されている沖縄振興予算の真実、そして、以上を踏まえて、結論として、本稿に言う沖縄県の勝機の論点⑦「（米軍）基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因である」ということの展開となり、本稿の考察の対象と結論が提示されているからである。

「那覇市長時代を含め、これまで多くの方々と対話、懇談を行ってきたが、いまだに、①『沖縄は米軍基地で食べている』という風説がまん延している。終戦直後、基地関連収入のGDPは50％あったが、27年後の1972年には15％、今では4.9％。②米軍基地の跡地利用についても、那覇市の新都心は大型ショッピングセンターや総合運動公園などができ、25年前まで52億円の軍用地料であったが、返還後は1634億円の経済効果がうまれた。③雇用についても基地時代は芝刈りや、家の修繕などで180人程度だったが、今では100倍の１万8000人が働いている。④当然税収も増えている。⑤また沖縄への観光客は、2016年度には840万人になると県は試算していて外国人観光客も目標を５年前倒しし、200万人の大台達成を見込んでいる。航空会社もアジアの主要都市から４時間圏内、24時間使用できる那覇空港を物流拠点にしている。世界の資本が『ホテルをつくりたい』など県庁にどんどん来ている」と述べ、「⑥沖縄振興予算についても誤解が多い。1972年の本土復帰時は国からの予算を得るノウハウがなかったため、沖縄開発庁（現沖縄振興局）が間に入り、他県と違い年末に一括計上される方式が採られることになった。各都道府県は、土木や教育、福祉など、それぞれの分野別で国から受けとっているが、沖縄は一括して受けとっているだけ。沖縄県でも他の都道府県でも、国から受け取っている補助金の内容内訳は同じで、沖縄だけ特別に上乗せされているわけではない」「⑦いま、沖縄は大きく発展していこうとしているが、基地があるから何にも前に進まない。『沖縄は基地で食っている』というのはもう30～40年前の話であって、『基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因である』ということをしっかりとご理解いただきたいと思います（①～⑦筆者挿入」

この挨拶で留意すべきことは、指摘されている７点のうち①②③④⑤⑥の関連において、それを踏まえて、⑦「米軍基地は沖縄経済発展の最

大の阻害要因であること」が証明されることで、辺野古訴訟の最高裁判所における勝機の論点なり得るということであり、本章は、そのことを証明する考察となる。

第３節　米軍基地沖縄経済発展阻害論の証明

米軍基地が沖縄経済発展の最大の阻害要因であるということは、どのように証明されているのであろうか。その阻害要因の内容は、いかなるものであろうか。その核心の証明は、米軍基地の跡地利用の返還前と返還後の、②経済効果、③雇用人数及び④税収の比較によって証明されている。

「②米軍基地の跡地利用についても、那覇市の新都心は大型ショッピングセンターや総合運動公園などができ、25年前まで52億円の軍用地料であったが、返還後は1634億円の経済効果がうまれた。③雇用についても基地時代は芝刈りや、家の修繕などで180人程度だったが、今では100倍の１万8000人が働いている。④当然税収も増えている。」

つまり、翁長知事の挨拶では、特定地域（那覇新都心地区）の米軍基地跡地の返還前と返還後の土地利用の経済効果の側面で、第１に、返還前の米軍基地の土地利用の経済効果（軍用地料等）の52億円と返還後の多様な土地利用の経済効果の1634億円の比較、第２に、雇用人数の側面で、返還前の180人程度が返還後の100倍の１万8000人への増加、第３に、その経済効果の増に伴う税収の増加によって、米軍基地が沖縄の経済発展の阻害要因であることを証明している。第１の基地返還前後の経済効果の比較を、後述する沖縄県の統計データを基にする調査における「活動による直接経済効果」（以下「直接経済効果」）でみる。より詳しくみると、那覇新都心地区の既返還跡地利用の「直接経済効果」は、返還前は、年間で、地代収入、軍雇用者所得、米軍等への財・サービスの提供額、基地周辺整備費等、基地交付金の総額52億円、返還後は、年間で、卸・小売業、飲食業、サービス業、製造業の売上高、不動産（土地、住

宅、事務所・店舗）賃貸額の総額1634億円となり、返還後の直接経済効果は32倍となっており、米軍基地は経済発展の阻害要因であることが統計データに基づいて額をもって証明されている。つまり、特定地域（那覇新都心地区）の米軍基地跡地利用の直接経済効果が基地返還前・後の莫大な差額をもって、「米軍基地は沖縄経済の最大の阻害要因である」ということが証明されている。

したがって、問題は、何故、既返還米軍基地跡地の特定地域（那覇新都心地区等）の返還前後の土地利用の経済効果の比較でもって、「米軍基地」一般がつまり「米軍基地は沖縄の経済発展の最大の阻害要因であること」と判断できるか、証明となるかである。言い換えると、何故、米軍基地は「マイナスの経済効果」を産むのかである。基地返還跡地利用の経済効果の側面で返還前後の経済効果に大きな違いで証明される米軍基地の「マイナスの経済効果」は、沖縄の米軍基地過重負担のもとでの「米軍基地」の経済効果の本質だからである。したがって、特定地域の米軍基地の「マイナスの経済効果」が沖縄の「米軍基地」は「マイナスの経済効果」である即ち「米軍基地は沖縄の経済発展の最大の阻害要因である」と沖縄県の翁長知事は断言することができるのである。

そこで、本質的論点は、沖縄の米軍基地が「マイナスの経済効果」を産むのは米軍基地の経済効果の本質であるとして、その本質は何かということになる。

沖縄の米軍基地の「マイナスの経済効果」の本質（原因）は、国民経済の原動力・基盤である土地所有権が広大な米軍基地の土地利用に固定化されていることである。言い換えると、特定地域が米軍基地から解放（返還）されると国民経済の原動力である土地所有権が起動することになり、当該地域の土地利用上の経済効果が米軍基地と比較して飛躍的に増加することになる（後述する最高裁判決の「国土利用上の効用」である）。「米軍基地は沖縄の経済発展の最大の阻害要因であること」を証明するこ

とになる。したがって翁長知事の挨拶の「⑦いま、沖縄は大きく発展していこうとしているが、基地があるから何にも前に進まない。」のである。それでは、次に、米軍基地跡地利用の経済効果の飛躍的発展のメカニズムを既返還跡地の那覇新都心地区で確認することにしよう。

第４節　米軍基地跡地利用の経済効果発生のメカニズム

那覇新都心地区の米軍基地跡地利用の直接経済効果が返還前の1987（昭和62）年の52億円（軍用地料等）から返還後の現在、2012（平成24）年の1634億円となったのは、那覇新都市地区に都市計画の「土地の用途」が指定された「用途地域」を基本とする「地域地区」による土地利用計画と道路・公園等の公共施設の整備を面的に一体的、総合的に実施する土地区画整理事業がなされたからである。土地区画整理事業とは、土地区画整理法（1954年）によって、都市計画区域内の土地について公共施設の整備改善及び宅地の利用の増進を図るために行われる、土地の区画形質の変更及び公共施設の新設又は変更に関する事業のことである（同法２条）。「公共施設」とは道路、公園、下水、河川等の用に供する施設であり、「宅地」とは公共施設の用に供されている国又は地方公共団体の所有する土地以外の土地」で、土地区画整理事業の土地は、「宅地」（商業地、工業地、居住地等）と「公共施設の土地」に二分される。つまり、土地区画整理事業は、道路、公園、河川等の「公共施設を整備・改善」し、土地の区画を整え「宅地の利用の増進」を図る事業となる。したがって、公共施設が不十分な区域では、土地区画整理事業の特徴である、土地所有権者（借地権等）から土地を提供してもらい（これを減歩という）、その公共用地の増加分に充てる「公共減歩」と、事業資金に充てる「保留地減歩」が準備されている。本件事業では、公共減歩が26.6％で、保留地減歩が3.4％で、平均減歩率は30％となっている[62]。つまり、特定地（所有地）100坪の場合には30坪を喪失し、70坪の土地所有者になるとい

うことであり、土地所有権喪失の土地所有権の制限となる。この土地所有権の制限が合理的であるのは、土地区画整理事業により都市計画道路や公園等の公共施設が整備され、「換地」により宅地が配置され土地の区画が整うことにより、利用価値の高い宅地が取得されるからである。土地区画整理事業の特徴である宅地の配置の「換地」とは、土地区画整理事業では、前述のように道路・公園等の公共施設を整備すると同時に個々の宅地の条件を考慮しながら、利用しやすいように宅地の再配置を行うことになるが、元の宅地に対して新しく置き換えられた宅地を「換地」というのである。

このような土地区画整理事業を「那覇新都心開発整備事業」の名称で、その事業目的を、「地区の持つ恵まれた立地条件を生かしながら、今後の沖縄県及び那覇市の発展を支える新しい拠点として、商業・業務・行政の各種中枢機能、総合公園と一体となった文化機能、高水準の住宅地等の複合的機能を有する魅力ある新都心を形成しようとするものである」。地区面積は2.14㎢（東西1.5㎞、南北1.5㎞）で、その内、元米軍用地が1.92㎢である。本件地区面積の全面にわたって、都市幹線街路、補助幹線街路、区画街路で、区域区分する。その区域は、25haの街区、100haの近隣住区（４街区）、400haの地区（４近隣住区）を基本単位とする。

道路、公園等の公共施設の配置、規模等は土地利用計画及び環境保全計画の観点を総合的に判断して決定される。例えば、各レベルの公園の配置は、街区内に街区公園（0.25ha）、近隣住区に近隣公園（２ha）、地区に地区公園（４ha）、都市に総合公園（10～50ha）である。また、この街区・近隣住区等は、道路の規模で区域かされ、街区は補助幹線街路、近隣住区は都市幹線道路で区域化されている。そして、道路で区域化された区域（地区・近隣住区・街区）の地域・地区を基本に、事業の目的、

[62] 独立行政法人都市再生機構「那覇新都心開発整備事業の概要」（平成26年３月）３頁。

コンセプトをより具体化するために必要な相当の面積に応じて、「土地の用途」が指定された「用途地域」を決定する。

このような、道路・公園等の公共空間、用地地域等及び騒音・振動・大気汚染等の環境問題を総合的に判断して、公共施設の配置、用途地域等は、土地利用、交通等の現状及び将来の見通しを勘案して、円滑な都市活動を確保するとともに、都市環境の保全を配慮するものとして、適切な規模で必要な位置に配置されることになる。

都市計画の土地利用計画、土地区画整理事業で核となる「用途地域」制は、現在は、都市計画区域の「市街化区域」に限定されているが、旧埋立法制定（1921年）の前年である1920（大正９）年制定の旧都市計画法段階では、「土地の用途」は、①住居、②商業、③工業、④未指定で、その指定地域の用途地域は、①住居地域、②商業地域、③工業地域、④未指定地域の、４種類であった。そして、1968年の新都市計画法段階で６種類の用途地域（①住居地域、②住居専用地域、③商業地域、④工業地域、⑤工業専用地域、⑥準工業地域）であったが、現段階では、1992年の都市計画法・建築基準法の一部改正により用途地域を12種類に詳細化した。その12種類の用途地域は、住居系地域では、①第一種低層住居専用地域、②第二種低層住居専用地域、③第一種中高層住居専用地域、④第二種中高層住居専用地域、⑤第一種住居地域、⑥第二種住居地域、⑦準住居地域、商業系地域では、⑧近隣商業地域、⑨商業地域であるが、工業系地域の⑩準工業地域、⑪工業地域、⑫工業専用地域である。

「用途地域」の「土地の用途」は、当該用途地域内の特定地上の建築物の用途・形態（容積率・建ぺい率・敷地に最低面積・外壁の後退距離・高さ制限）の規制（土地所有権の制限）により可視化される（建築基準法48条）。つまり、「土地の用途」が指定された用途地域においては、現象的には、特定地上の建築物の用途・形態の規制を意味する。他方、土地所有権の側面では、都市計画法上の「用途地域」は当該「土地の用途」

に「制限された土地所有権」の地域となり、その制限の根拠は都市計画法という法令の制限ということになる。なぜなら、土地所所有権とは、その特定地の上下の時空間を、法令の制限内において、自由に利用及び処分する権利（民法206条・207条）であるからである。つまり、「用途地域」における建築物の用途・形態の規制は特定地の上下の時空間の自由な利用である土地所有権を制限しているのである。言い換えると、特定地（所有地）上の建築物の自由な建築は土地所有権の内容であり、その建築物の用途・形態・意匠が規制・制限されることは土地所有権の制限を意味するのであり、それは「土地の用途」で概念化されているのである。12種の「土地の用途」が指定された12種類の「用途地域」の配置は、都市計画区域の市街化区域の多様な建築物を可視化し、居住の整備改善及び産業（商業・工業）の振興育成をコントロールしているのである。

要するに、都市地域の市街化区域の「用途地域制」は、「土地利用の用途の混在を防ぎ、日照、通風、防火、騒音、振動、悪臭、交通混雑などの環境問題の発生を防止する役割[63]」と「都市の将来像の実現のため、必要とされる都市機能（商業、工業、居住機能等）の配置構想にそって土地利用を誘導する役割[64]」があるのである。言い換えると、産業の側面では、「用途地域制」は、「土地の用途」による特定産業の振興育成は土地所有権の制限を通じて行われ、「国民経済の向上」の「公共の福祉の増進」を目的とすることになる。つまり、「土地の用途」には国土の適正かつ合理的利用が内在し、土地所有権の合理的制限となるのである。言い換えると、都市計画地域における土地の合理的利用とは「土地の用途」による「用途地域」の区分配置であり、その合理的利用により「健康で文化的な都市生活の実現」及び「機能的な都市活動を確保」することによって（都市計

[63] 蔵敷明秀『入門都市計画』（大成出版社、2010年、以下、蔵敷明秀・『入門都市計画』とする。）16頁。
[64] 蔵敷明秀・『入門都市計画』16頁。

画法２条)、「公共の福祉の増進」に寄与することを目的とするのである。

公共施設、公共事業も「公共の福祉の増進」を目的とするので「公共施設等供用」の「土地の用途」により土地所有権を制限することができるのである。したがって、当該「土地の用途」が「公共の福祉の増進」に繋がるかは、当該「土地の用途」が「国土利用上適正かつ合理的」であるかによって判断されることになる。

このような意味をもつ「土地の用途」が指定された「用地地域」における土地所有権制限の合理的根拠は、その根拠法規である都市計画法に規定され、都市の健全な発展と秩序ある整備を図り、もって「国土の均衡ある発展」と「公共の福祉の増進に寄与」することを目的（同法第１条）とし、その都市計画の基本理念は、「農林漁業との健全な調和を図りつつ「健康で文化的な都市生活の実現」及び「機能的な都市活動を確保」すべきこと並びにこのためには適正な制限のもとに土地の合理的な利用が図られるべきこととする（同法第２条)。つまり、都市計画は、本質的には「土地の用途」が指定された「用途地域」制により、居住の側面では「健康で文化的な都市生活の実現」、産業の側面では「機能的な都市活動の確保」即ち「商業、工業等」の適正な振興のための土地の合理的利用を意味し、土地所有権の側面では、土地の合理的利用の概念化である「土地の用途」に「制限された土地所有権」ということになるのである。

その「土地の用途」に「制限された土地所有権」を、より具体的にイメージ（可視化）するために、那覇新都心地区の12種類の用途地域の配置面積を確認することにより、この地域の「土地の用途」を通じて、居住の整備改善及び産業の振興育成を検証することにする。

そこで、先ず、検証の前提として12種類の用途地域の内容を確認する[65]。

---

[65] 以下の12種類の用途地域の説明に関して、稲本洋之助・小柳春一郎・周藤利一『日本の土地法　歴史と現状[第２版]』(成文堂、2004年７月）208頁「用途地域の概要」、蔵敷明秀・『入門都市計画』16頁・17頁「１２用途地域」参照。

〈住居系〉

① 第一種低層住居専用地域は、低層住宅に係る良好な住居の環境を保護する地域で、小規模な店舗や事務所を兼ねた住宅や、小学校などを建てることができる。

② 第二種低層住居専用地域は、主として低層住宅に係る良好な住居の環境を保護する地域で、小学校などのほか、150㎡までの一定の店舗などを建てることができる。

③ 第一種中高層住居専用地域は、中高層住宅に係る良好な住居の環境を保護する地域で、病院、大学、500㎡までの一定の店舗などを建てることができる。

④ 第二種中高層住居専用地域は、主として中高層住宅に係る良好な住居の環境を保護する地域で、病院、大学などの他、1500㎡までの一定の店舗や事務所など必要な利便施設を建てることができる。

⑤ 第一種住居地域は、住居の環境を保護する地域で、3000㎡までの店舗、事務所、ホテル等を建てることができる。

⑥ 第二種住居地域、主として住居の環境を保護する地域で、店舗、事務所、ホテル、カラオケボックス等を建てることができる。

⑦ 準住居地域は、道路の沿道としての地域特性にふさわしい業務の利便増進を図りつつ、これと調和した住居の環境を保護する地域で、道路の沿道において、自動車関連施設等の立地と、これと調和した住居の環境を保護するための地域である。

〈商業系地域〉

⑧ 近隣商業地域は、近隣の住宅地の住民に対する日用品の供給を行うことを主たる内容とする商業その他の業務の利便を増進する地域である。住宅や店舗の外に小規模の工場も建てることができる。

⑨ 商業地域は、主として、商業その他の業務の利便を増進する地域で、銀行、映画館、飲食店、百貨店等が集まる地域である。また、住宅

や小規模の工場も建てることができる。

〈工業系地域〉本事業では指定されていないが、理解を深めるために述べる。

⑩　準工業地域は、主として環境の悪化をもたらすおそれのない工業の利便を増進する地域で、主に軽工業の工場やサービス施設等が立地する地域である。環境悪化が大きい工場の外は、ほとんどのものを建てることができる。

⑪　工業地域は、主として工業の利便を増進する地域で、どんな工場でも建てることができる地域である。住宅や店舗は建てることができるが、学校、病院、ホテル等は建てることができない。

⑫　工業専用地域は、工業の利便を増進する地域で、どんな工場でも建てることができるが、住宅、店舗、学校、病院、ホテル等は建てることができない。

第５節　那覇新都心地区の土地区画整理事業の実施

次に、那覇新都心地区の12種類の用途地域の配置面積を確認することにする[66]。

住居系地域では、①第一種低層住居専用地域の48.3ha、②第二種低層住居専用地域の5.6ha、③第一種中高層住居専用地域の51.8ha、④第二種中高層住居専用地域の20.1ha、⑤第一種住居地域の2.4ha、⑥第二種住居地域の17.4ha、⑦準住居地域の7.4haである。

商業系地域では、⑧近隣商業地域の23.1ha、⑨商業地域の26.2haである。

工業系地域の⑩準工業地域、⑪工業地域、⑫工業専用地域は指定されていない。

---

[66] 沖縄県那覇市都市計画課からの聞き取りによる。さらに、同地区は、用途地域制の下で、街区の特性に合わせたきめ細い地区計画により良好な居住環境を担保するため、第一種・二種低層住居専用地域の容積率が通常100のところを150、絶対高さ制限が12mとなっているとのことである。なお地区計画のパンフレットはhttp://www.city.naha.okinawa.jp/kakuka/sidou/tikukeikaku.html。

さらに、上記の12種の用地地域ごとの面積を、より具体的にイメージ（可視化）するために、下記の表を示すことにする。米軍基地跡地の土地の合理的利用の事業となる那覇新都心開発整備事業は、総事業費約1,110億円（土地区画整理事業費508億円、関連公共事業費を含む）、地権者（土地所有権者等）は平成４年９月で約1,700人（特定地約4,600筆）、平成17年１月で、約3,500人（特定地約5,600筆）であり、その事業地面積の214ha（2.14㎢）は次のように配分されている[67]。下記の表は、12種類の用途地域と、その上の建築物、施設を踏まえて、説明されている。12種類の用途地域は概念による土地所有権の制限であるが、その特定地上の上下の自由な時空間の利用は建築物・施設の規制を通じて可視化されるからである。国土利用上、「土地の用途」概念が本質的概念であることが理解できる。

事業地面積の配分

区　　分	面積（ha）	比率（%）	備　　考
① 商業・業務施設	18	8.4	商業施設、業務ビル
② 沿道型施設	14	6.5	沿道型の商業、業務、住宅
③ 住宅用地	90	42.1	戸建て住宅、集合住宅
④ 公益施設	24	11.2	国、県、市の施設
⑤ 道路	45	21	
⑥ 公園	23	10.8	総合公園（18ha）ほか
合　　計	214	100%	

なお、④公益施設（官公庁施設）の建設に関して、那覇新都心地区は「シビック・コア地区」となっている[68]。「シビック・コア地区」とは、官公庁が集団的に立地する地区とその周辺で、民間建築物などとの連携が可能な一定の広がりを持った地区で、関連する都市整備事業との整合を

[67] 独立行政法人　都市再生機構「那覇新都心開発整備事業の概要」３頁。
[68] 蔵敷明秀・『入門都市計画』128頁・129頁。国土交通省要綱の「シビック・コア地区整備制度」（平成５年３月）である。

図りつつ、官公庁施設、民間建築物などの整備を総合的、かつ一体的に実施すべき地区である。具体的には、国は、①那覇第２地方合同庁舎（2.2ha）、②沖縄県職業総合庁舎（0.5ha）、沖縄県は、①県立博物館・美術館（3.1ha）、②県立那覇国際高等学校（3.5ha）、③県営天久高層住宅（1.2ha）、那覇市は、①那覇市行政施設（3.2ha）、小学校２校（3.8ha）、中学校１校（2.3ha）、③新都心銘苅市営住宅（1.0ha）、公的施設は、①NHK新沖縄放送協会（0.5ha）、②沖縄振興開発金融公庫（0.3ha）、③那覇新都心メディアビル（0.4ha）、④日本銀行那覇支店（0.6ha）、民間施設は、①サンエー那覇メインプレイス（3.6ha）、②DFSギャラリア沖縄（1.8ha）等である。

このように、「シビック・コア地区」は、那覇市の策定する整備計画を基に、魅力とにぎわいのある都市の拠点となる地区の形成を図っているのである。本事業目的の「今後の沖縄県及び那覇市の発展を支える新しい拠点として、商業・業務・行政の各種中枢機能、総合公園と一体となった文化機能、高水準の住宅地等の複合的機能を有する魅力ある新都心を形成しようとするもの」を具現化し、その成果が直接経済効果の1634億円として現われているのである。それは、「地区の持つ恵まれた立地条件を生かし」たからである。つまり、当該地域の現状を踏まえ、その地理的社会的特性及び歴史を捉えた適正かつ合理的な土地利用計画のもとで経済効果はでてくるのである。結論を先取りする形となるが、次のことに留意すべきである。

「キャンプ・シュワブ」の跡地利用計画は、辺野古沿岸の豊かな自然環境、辺野古崎の延べ9.4㎞におよぶ自然海浜及び後背地の「キャンプ・シュワブ」（20.6㎢）の三位一体で「リゾート地」として沖縄産業の基幹産業である観光産業の中心となる可能性があるのである。辺野古沿岸域1.6㎢を埋立てるということは、そのことを永久に失うことを意味するのである。

「本件埋立対象地は、豊かで貴重な自然生体系をなし、希小生物等の生

息地として、極めて高い自然環境価値を有する地域である。また、美しい眺望と静謐さを兼ね備え、良好な大気環境、水環境に恵まれ、この良好な環境はリゾート事業にとっても高い価値を有するものであり、米軍基地が存在しなければこのような観光資源を活用した経済発展が見込まれる地域である」(上告受理申立理由書272頁)。「本件埋立対象地の辺野古地区の海域を埋立てて代替施設を建設することは、ゆたかな自然環境を破壊することのみならず、同地域が秘めている環境との共存を図った上でのリゾート地としての経済的潜在能力もまた完全に喪失してしまうことであり、その経済的不利益は甚だしい。辺野古の『キャンプ・シュワブ』地区は、戦後70年もの長い間基地が存在するために、日本屈指の観光地として発展する沖縄県において、名護市の東海岸地区は取り残された状況にあり、『キャンプ・シュワブ』の辺野古崎地区は、新たな基地の建設による土地利用よりも、将来に向けた既存の基地部分の返還を求め、自然破壊を伴わない自然環境の保全と両立する形態での返還跡地の民間利用を目指すことの方が、国土利用計画上適正且つ合理的であり、より大きな価値を生むものと考えられる」(第三者委員会報告42頁、上告受理申立理由書251頁・252頁)。

米軍跡地の土地利用計画を決定しても、そこに企業が事業をしなければ経済効果は生じないのである。沖縄県の企業誘致の誘因は観光産業である。翁長知事の前記挨拶の中の「⑤また沖縄への観光客は、2016年度には840万人になると県は試算していて外国人観光客も目標を5年前倒しし、200万人の大台達成を見込んでいる。航空会社もアジアの主要都市から4時間圏内、24時間使用できる那覇空港を物流拠点にしている。世界の資本が『ホテルをつくりたい』など県庁にどんどん来ている」との指摘は、そのことを踏まえてのことだと考えられる。沖縄にとって、米軍跡地利用の経済効果の生み出す産業は、世界の観光企業(ホテル、リゾート産業)である。米軍跡地利用の経済効果は、跡地の土地利用計画に「土

地の用途」に何を決定するかである。その意味では、「埋立地の用途」が「米軍基地」である辺野古沿岸域の埋立ては沖縄にとっては最悪の選択である。第１に、沖縄の経済発展の最大の阻害要因となっている「米軍基地」であること、第２に、辺野古沿岸域、その周辺の自然海浜、その後背地のキャンプ・シュワブが20.6㎢の広大な米軍基地の跡地利用として土地区画整理事業が可能であるということである。

したがって、沖縄にとっては、戦後71年に渡る米軍基地過重負担の見返りの権利として、辺野古沿岸域に埋立ての中止とキャンプ・シュワブの返還を同時に求めるべきである。

ちなみに、ハワイのホノルル（北緯21度、177㎢｛陸上156㎢・水面20.5㎢｝、39万人、都市圏95万人）のワイキキの自然海浜は延べ5.5㎞、フランスのニース（北緯43度、34万人、71.２㎢）の海浜は延べ3.1㎞である。

要するに、本件事業計画面積、約2.14㎢（214ha）の土地所有権者は平成４年９月で約1,700人（特定地・約4,600筆）、平成17年、土地所有権者3,500人（特定地約5,600筆）である。上記⑤道路45ha（21.1％）、⑥公園23ha（10.8％）が公共施設用地として公共減歩として、実施されている。道路、公園等の公共施設用地の確保に地域の土地の合理的利用により特定地の価値が高まることにより、その公共用地として土地所有権者は自己所有地の約30％を提供（平均減歩率30％という）することになり、所有地面積が30％減少することになる。しかしながら、地域の土地の合理的利用により土地の価値がたかまることによる土地所有権の制限は合理的制限となる。それでは、次に、既返還の米軍跡地利用の経済効果を纏めた沖縄県の調査報告をみることにしよう。

第６節　米軍基地跡地利用の経済効果

「米軍基地は沖縄の経済発展の最大の阻害要因であること」の内容である基地跡地利用の「経済効果」の内容を、沖縄県の2015（平成27）年１

月に公表された「駐留軍用地跡地利用に伴う経済波及効果等に関る検討調査[69]」（以下、「検討調査」とする。）で、確認することにしよう。この確認により、米軍基地過重負担の潜在的な沖縄経済の不利益が目に見える形で現われ、戦後71年にわたって沖縄経済発展を阻害し続けてきた米軍基地を、沖縄経済の基幹産業である観光産業の観光資源となる辺野古沿岸域を埋立てて残された観光資源を完全に喪失させ、その埋立地に、新たな米軍基地を建設することの意味が誰にも明らかになるからである。

沖縄県の「検討調査」は、１．沖縄県における駐留軍用地の現状、２．既返還駐留軍用における経済効果（３地区）、３．返還予定駐留軍用地（５地区）における経済効果、そして中南部都市圏軍用地跡地利用広域構想の概要を述べている。ここでは、まず、米軍跡地の土地利用の経済効果が生じる前提条件である、⑴沖縄県における駐軍用地の現状、それを受けて⑵既返還駐留軍用地における経済効果、次に、返還予定駐留軍用地の経済効果を見る前に、⑶中南部都市圏軍用地跡地利用広域構想の概要をみて、その推計した⑷返還予定駐留軍用地の経済効果をみることにしよう。⑷は⑶に基づいて推計しているからである。⑶の構想が現実的でなければ、⑷の現実の経済効果は現実化しないからである。

１　沖縄県における駐軍用地の現状、

第１の、沖縄県における駐留軍用地の現状に関しては、現状の特徴、米軍基地面積の割合、そして、経済効果を規定する中南部都市圏の人口、面積、人口密度を示す。

まず、駐留軍用地の現状の特徴を次の５点にまとめる。

⑴　国土面積約0.6％の沖縄県に米軍専用施設・区域の約74％が集中して存在

[69] 沖縄県企画部企画調整課跡地利用推進班（2015年）。http://www.pref.okinawa.jp/site/kikaku/chousei/atochi/houkokusho/2015chyuuryuugunyoutiatochikeizaikouka.html

⑵　本島中南部都市圏は、県民の８割強（約117万人）が暮らし、全国政令指定都市並みの人口、面積、人口密度

⑶　中南部都市圏の駐留軍用地は、市街地を分断する形で存在しており、都市機能、交通体系、土地利用のなどの面で大きな制約

⑷　過密な都市空間に出現する駐留軍用地跡地の有効利用は、沖縄全体の今後の振興・発展に資する

⑸　県経済に占める基地関連収入の割合は、復帰直後の15.5％から現在では4.9％（平成23年度）となり、その比重は大幅に低下

次に米軍基地面積の割合を以下のように表にまとめる。

	面積（ha）	米軍基地面積（ha）	割合
沖縄県全体	227,672	23,176	10.20%
沖縄本島	120,833	22,112	18.30%
中南部都市圏 米軍所在地９市町村	28,905	6,668	23.10%

（H25.3月時点）

そして、中南部都市圏の人口、面積、人口密度は次のとおりである。

	面積（㎢）	人　口	人口密度 （人／㎢）
沖縄県中南部都市圏 （米軍基地を除く）	478.85 （412.17）	1,172,975	2,450 （2,846）
神戸市	552.26	1,538,601	2,786
広島市	905.41	1,184,349	1,308
北九州市	489.6	966,355	1,974

（H26.3月時点）

沖縄県が、米軍基地跡地利用の経済効果を推計するにあたって、当該米軍基地の面積、当該米軍基地所在地の中南部都市圏の人口及び人口密度を明示したのは、都市地域において、土地区画整理事業の核心である

「土地の用途」による土地所有権の合理的制限（用地地域制）が飛躍的な経済効果を産むのは、土地所有権が国民経済その他国民の諸活動の原動力・基盤であるところ、その客体である、①土地が、現在及び将来における国民のために限られた資源であるとともに、生活及び生産に通ずる諸活動の共通の基盤であること「公共的な資源」、また、②土地の利用が他の土地の利用と密接な関係を有するものであること「地域性」、そして、③その価値が主として人口及び産業の動向、土地利用の動向、社会資本の整備状況その他の社会的経済的条件により変動するものであること等「公共の利害に関係する特性」を有している（国土利用計画法１条、土地基本法２条参照）からである。

２　既返還駐留軍用地における経済効果の内容

第２の既返還駐留軍用地（３地区）における経済効果に関しては、⑴直接経済効果（消費や投資等の経済取引により、個人・事業者等への支出が発生する効果）と⑵経済波及効果（直接経済効果の発生額を源泉として、経済的取引の連鎖により他の商品・サービスへの需要が波及し、様々な産業の生産が誘発される効果、またそれによって所得、雇用等が誘発される効果）が表で示される。

⑴直接経済効果は①「整備による直接経済効果」と②「活動による直接経済効果」に区別される。①「整備による直接経済効果」は返還・引渡し後からの一定期間を中心として時限的に発展する効果で、返還後の施設・基盤整備（投資）による効果（公共・民間含む）である。②「活動による直接経済効果」は、一定程度、基盤整備等を終えたのちに徐々に発現していく効果で、返還前は、地代収入、軍雇用者所得、米軍等への財・サービスの提供額、基地周辺整備費等、基地交付金で、返還後は、卸・小売業、飲食業、サービス業、製造業の売上高、不動産（土地、住宅、事務所・店舗）賃貸額である。

⑴　直接経済効果

	整備による直接経済効果 単位：億円	活動による直接経済効果 単位：億円／年		
	返還後	返還前	返還後	倍率
那覇新都心地区　195.1ha	3,060	52	1,634	32
小禄金城地区　108.8ha	1,153	34	486	14
桑江・北前地区　38.2ha	498	3	336	108
合　計　342.1ha	4,710	89	2,459	28

⑵ 経済波及効果は、①生産誘発型：経済的取引の連載により、他の商品・サービスの需要が波及し、様々な産業の生産が誘発される理論上の効果額、②所得誘発型：様々な産業の生産が誘発されることに伴い、雇用者所得が誘発される理論上の効果額、③誘発雇用人数：誘発される生産を行うために必要となる理論上の雇用者数で、返還前は軍雇用者で、返還後は地区内従業者数、④税収効果：企業の営業余剰、雇用者所得の増加に伴い、増加が見込まれる税収額である。

⑵　経済波及効果

		整備による経済波及効果	活動による経済波及効果		
		返還後	返還前	返還後	倍率
那覇新都心地区	生産誘発額（億円）	5,329	57	1,624	28倍
	所得誘発額（億円）	1,650	17	412	24倍
	誘発雇用人数	43,948	485	16,475	34倍
	参考・雇用者実数（人）		168	15,560	93倍
	税収効果（億円）	379	6	199	33倍
小禄金城地区	生産誘発額（億円）	1,998	30	482	16倍
	所得誘発額（億円）	624	9	121	13倍
	誘発雇用人数	16,479	257	4,885	19倍
	参考・雇用者実数（人）		159	4,636	29倍
	税収効果（億円）	144	3.4	59	17倍

桑江・北前地区	生産誘発額（億円）	498	3	330	110倍
	所得誘発額（億円）	801	0.9	83	83倍
	誘発雇用者数	6,408	25	3,377	135倍
	参考・雇用者実数（人）		0	3,368	階増
	税収効果（億円）	57	0.4	40	100倍
合　計	生産誘発額（億円）	8,127	90	2,436	27倍
	所得誘発額（億円）	2,526	27	616	22倍
	誘発雇用者数	66,835	767	24,737	32倍
	参考・雇用者実数（人）		327	23,564	72倍
	税収効果（億円）	580	9.8	298	30倍

前記、那覇新都心地区の翁長知事の「③雇用についても基地時代は芝刈りや、家の修繕などで180人程度だったが、今では100倍の１万8000人が働いている。④当然税収も増えている」を、実際の既返還跡地利用の経済波及効果でみると、那覇新都市地区で、③雇用者数で、誘発雇用者数は、485人から１万６千476人と34倍、実数は、168人から１万５千560人と98倍であり、④税収効果は６億円から199億円と33倍である。既返還３地区（342.1ha・３・42㎢）の合計でみると、誘発雇用者数は767人（実数は327人）から２万４千737人（実数２万３千564人）へと32倍（実数72倍）、税収効果は９億８千万円から298億円へと30倍となっているのである。

３　「中南部都市圏駐留軍用地跡地利用広域構想」

沖縄県は、普天間飛行場を含む返還予定駐軍用地（５地域）の経済効果を推計している。経済効果は土地利用の経済効果であるので、土地利用計画に基づいて経済効果は推計されることになる。前述の既返還跡地利用は実際の経済効果の算出であるが、ここでは、跡地利用計画に基づく推計の経済効果である。土地利用計画が重要となる。

返還予定地の経済効果の推計の根拠となる土地利用計画は「中南部都市圏駐留軍用地跡地利用広域構想」である。平成25年１月に、沖縄県、

関係市町村（那覇市、宜野湾市、浦添市、北谷町、北中城村）が策定したものである。その構想の目的は、「中南部都市圏を一体と捉え、各跡地の特性を活かしつつ、広域的な観点からの役割を分担・連携した開発（全体最適のい実現）により、都市構造の再編及び都市機能の高度化を図り、沖縄全体の発展に繋がる都市形成を目指す」ものとする。そして、同構想で掲げる跡地利用の全体のコンセプトは次の４点である。

⑴　跡地振興拠点地区の形成による自立経済の構築

⑵　跡地利用による幹線道路の整備、交通ネットワークの構築

⑶　自然環境と歴史文化の保全・再生による豊かな都市環境の形成

そして、想定産業は次のようになる。

施 設 名	面 積	所在市町村	想　定　産　業
キャンプ桑江南側地区	67.5ha	北谷町	◎文化産業 ◎複合産業
キャンプ瑞慶覧	152ha	沖縄市 北中城村 宜野湾市 北谷町	◎スポーツツーリズム産業 ◎健康産業＋◎医療・生命科学産業 ◎リゾートコンベンション産業 ◎都市型農業 ※H25.4の統合計画を踏まえ整理中
普天間飛行場	480.5ha	宜野湾市	◎リゾートコンベンション産業 ◎医療・生命科学産業 ◎環境エネルギー産業 ◎文化産業 （アフターコンベンションに資する都市型エンターテイメント産業） ◎スポーツツーリズム産業 ◎複合産業
牧港補給所	273.7ha	浦添市	◎リゾートコンベンション産業 ◎国際物流流通産業 ◎海洋産業 ◎文化産業 （都市型文化産業（エンターテイメント）） ◎先端情報通信産業 ◎健康産業＋◎医療・生命科学産業

那覇港湾施設	55.9ha	那覇市	◎リゾートコンベンション産業 ◎文化産業 （都市型文化産業（エンターテイメント）） ◎国際物流流通産業 ◎複合産業 ◎スポーツツーリズム産業＋◎医療・生命科学産業

4　返還予定駐留軍用地の経済効果

そして、返還予定駐留軍用の土地利用については、平成25年１月に策定した「中南部都市圏駐留軍用地跡地利用広域構想（県・関係市町村）」に基づき、跡地毎の産業配置等（国際物流流通産業、医療・生命科学産業等）を想定し、経済効果の検証を試みたものが次の⑴直接経済効果と⑵経済波及効果の表である。

⑴　直接経済効果

		整備による直接経済効果 単位：億円	活動による直接経済効果 単位：億円／年		
		返還後	返還前	返還後	倍率
キャンプ桑江	67.5ha	719	40	334	8倍
キャンプ瑞慶覧	152ha	1,938	109	1,061	10倍
普天間飛行場	480.5ha	5,027	120	3,866	32倍
牧港補給所	273.7ha	3,143	202	2,564	13倍
那覇港湾施設	55.9ha	943	30	1,076	36倍
計	1,029.6ha	11,770	501	8,900	18倍

既返還３合計	342.1ha	4,710	89	2,459	28倍
合計８地域	1,371.7ha	16,480	590	11,359	

⑵　経済波及効果

		整備による経済波及効果	活動による経済波及効果		
		返還後	返還前	返還後	倍率
キャンプ桑江	生産誘発額（億円）	1,259	44	334	8倍
	所得誘発額（億円）	387	11	85	8倍
	誘発雇用人数（人）	10,333	351	3,409	10倍
	税収効果（億円）	89	5	41	9倍
キャンプ瑞慶覧	生産誘発額（億円）	3,311	119	693	6倍
	所得誘発額（億円）	1,023	30	208	7倍
	誘発雇用人数（人）	27,284,	954	7,386	8倍
	税収効果（億円）	235	13	88	7倍
普天間飛行場	生産誘発額（億円）	8,784	130	3,604	28倍
	所得誘発額（億円）	2,708	35	928	26倍
	誘発雇用人数（人）	72,284	1,074	34,093	32倍
	税収効果（億円）	622	14	430	32倍
牧港補給施設	生産誘発額（億円）	5,486	224	2,675	12倍
	所得誘発額（億円）	1,694	57	670	12倍
	誘発雇用人数（人）	45,177	1,793	24,928	14倍
	税収効果（億円）	389	24	316	13倍
那覇港湾施設	生産誘発額（億円）	1,641	28	1,076	38倍
	所得誘発額（億円）	509	7	275	38倍
	誘発雇用人数（人）	13,543	228	10,687	47倍
	税収効果（億円）	117	3	130	42倍
合　計	生産誘発額（億円）	20,477	545	8,383	15倍
	所得誘発額（億円）	6,321	141	2,165	15倍
	誘発雇用人数（人）	168,621	4,400	80,503	18倍
	税収効果（億円）	1,451	57	1,004	18倍

以上、前記翁長知事の「挨拶」における、②活動による直接経済効果、③誘発雇用人数、④税収効果を、上記沖縄県の推計表の返還予定駐留軍用地の経済効果で確認することができる。

そして、高裁判決は、この沖縄県の推計を「認定事実」とする。普天

間飛行場の跡地利用に経済効果に関して、次のように「認定事実」とする。

「沖縄県の推計によれば、同構想（「中南部都市圏駐留軍用地跡地利用広域構想」筆者挿入）に基づく利用がされた場合には、これらの活動に伴う消費や投資等の経済取引により個人・事業者等への支出が発生し、その直接経済効果は、卸・小売業、飲食業、サービス業その他産業の売上高及び不動産賃貸借額などによって年間約3866億円に上り、返還前の地代収入、軍雇用者所得、米軍等への財・サービスへの提供額、基地整備費等及び基地交付金などによる年間約120億円に比べ約32倍もの経済効果を上げると予想されている（甲A31）。また、直接経済効果の発生額を源泉として経済的取引の連鎖により他の商品・サービスへの需要が波及し、様々な産業の生産が誘発される結果、またそれによって所得、雇用等が誘発される効果である経済波及効果についてみても、生産誘発額が返還前の年間130億円から3604億円（28倍）、所得誘発額が年間35億円から928億円（26倍）、誘発雇用人数が年間1074人から３万4093人（32倍）、税収効果が年間14億円から430億円（32倍）に上ると予想されている（甲A31）。」（高裁判決93頁・94頁）。

この普天間飛行場跡地利用の経済効果は、国は普天間飛行場が返還されると宜野湾市の経済発展につながり、辺野古移設の必要性の根拠とする埋立ての利益として主張立証したもので、その証拠として（甲A31）いるものである。そして、高裁判決も、証拠として認めたのである。本来は、沖縄県が、米軍基地過重負担の「経済的不利益」として主張立証すべきであるが、沖縄県は米軍基地過重負担を自治権構成するために、全く、このような経済的不利益は法律構成できないのである。これに対して、国は、土地所有権構成であるので、盗人猛々しく、自らの「利益」の証拠としたのである。しかし、この証拠は、被告も援用できるので、沖縄県が米軍基地過重負担を土地所有権構成することにより、普天間飛行場返還されることにより顕在化する跡地利用の経済効果は、現実の普

天間飛行場のままでは潜在的な経済的不利益であること、つまり「米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因であること」を、裁判所が認定し、国も自白していることになり、上記の経済効果の膨大な額は、「最大の」阻害要因として、その阻害度を示していることになるである。さらに、その阻害度は、普天間飛行場だけの証拠だけではなく、甲A31の全体、つまり、上記８地域の経済効果も証拠とすることができるのである。なぜなら、甲A31自体を証拠とすることを前提に、普天間飛行場の跡地利用の経済効果が抽出されているに過ぎないからである。

したがって、沖縄県は、自らの「検討報告書」を「米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因であること」の証拠として援用でき、しかも、その証拠は裁判所も「認定事実」とし、また国側も自白しているのである。

ところで、国が、普天間飛行場返還の場合の、①基地返還跡地の土地利用が「プラスの経済効果」だとしたということは、②現存の米軍基地は「マイナスの経済効果」であることを意味するので、③「米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因であること」となるのである。したがって、③になるためには、返還の場合には①にしなければならないのである。米軍基地の跡地の土地利用が「プラスの経済効果」を産まなければ「米軍基地は沖縄経済の阻害要因」とならないのである。

さらに、この「普天間飛行場が返還された場合、年間3688億円の経済効果があることを判決で認めた」ことを日米の安全保障関係レベルに即すと、「アジア有数の人口密度の島である沖縄本島において、米軍基地の存在ゆえに潜在的に奪われている経済的価値も負担と勘案すれば、決して日米の安全保障関係は『片務的』ではない[70]」のである。日本の負担する米軍専用施設の全国の総面積は306㎢のうち国土面積の0.6％の沖縄県が228㎢で約74％を占めていることは、沖縄の米軍基地の負担によって

[70] 共同通信編集委員・石山永一郎「トランプ政権と在沖米軍基地―駐留費重荷なら縮小を―」（『琉球新報』2016年11月25日付）。

日本は片務的でないといえるのであり、安保政策の観点からも、米軍基地過重負担の沖縄に辺野古沿岸域を埋立て、新たに米軍基地を建設すべきではないのである。言い換えると、埋立法上の沖縄県知事の辺野古沿岸域の埋立て承認の裁量権の逸脱・濫用の違法性判断以前の日本政府の日米地位協定上の米軍基地建設場所選定の裁量権の逸脱・濫用の違法性が認められるのである。

第７節　米軍基地跡地利用の経済効果の機能

沖縄県は、都市計画に基づく土地区画整理事業において「土地の用途」により土地の合理的利用が図られ、土地所有権が「土地の用途」に合理的に制限された土地の合理的利用の成果として、その経済的側面における直接経済効果及び経済波及効果の推計を、８特定地区（①那覇新都市地区、②小禄金城地区、③桑江・北前地区、④キャンプ桑江、⑤キャンプ瑞慶覧、⑥普天間飛行場、⑦牧港補給地区、⑧那覇港湾地区）に関して公表した（2015年１月）。そして、⑥普天間飛行場の跡地利用の直接経済効果は、返還前が約120億円であるが返還後は約32倍の3866億円になると沖縄県は推計し、国は「宜野湾市の経済発展」を主張立証し、高裁判決も認定事実として認めているのである。

それでは、なぜ、都市計画区域内における土地所有権の合理的制限が経済効果を飛躍的に高めるのであろうか。特定人（地主）が特定地（所有地）の上下の時空間を自由に利用及び処分する権利（民法206条・207条）である土地所有権の本質は、公共性（公共の福祉の増進）にあり、その公共性は土地所有権の客体である土地の属性である公共性にある。すなわち、土地の公共性とは、①土地が、現在及び将来における国民のために限られた資源であるとともに、生活及び生産に通ずる諸活動の共通の基盤であること「公共的な資源」、また、②土地の利用が他の土地の利用と密接な関係を有するものであること「地域性」、そして、③その価

値が主として人口及び産業の動向、土地利用の動向、社会資本の整備状況その他の社会的経済的条件により変動するものであること等「公共の利害に関係する特性」を有していることである（国土利用計画法１条、土地基本法２条参照）。

要するに、都市計画区域において土地所有権の合理的制限が飛躍的な経済効果を産むのは、土地所有権が国民経済その他国民の諸活動の原動力・基盤であり、その客体である土地が、生活及び生産に通ずる諸活動の共通の基盤であり、その価値は主として人口及び産業の動向、土地利用の動向、社会資本の整備状況その他の社会的経済的条件により変動するものであるからである。

また、国家レベルの土地所有権は、近代民主国家の原動力・基盤となり、近代民主国家は、国民経済向上を目的に、土地所有権の合理的制限を通じて、国民経済を「プラスの経済効果」の方向でコントロールすることになるのである。

しかしながら、「土地の用途」に「制限された土地所有権」による国土の合理的利用を通じて国民経済の向上の「プラスの経済効果」を含意する「直接経済効果」は、「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」の過程では、「マイナスの経済効果」となる。なぜなら、国民経済の原動力である「土地所有権」が広大な米軍基地の土地利用に固定化されたことにより、「マイナスの経済効果」を意味することになるからである。国民経済の原動力である土地所有権が沖縄県民の約９割が生活する沖縄本島（1208㎢）の221㎢もの広大な米軍基地に土地利用が固定化される米軍基地過重負担により、その原動力が停止してしまい「マイナスの経済効果」となっていることが明確になる。特定人（地主）が特定地（所有地）の上下の時空間を法令の制限内において自由に利用及び処分する権利（民法206条・207条）である土地所有権が停止させられたからである。つまり、国民経済の原動力となる土地所有権は本来の内容で土地の合理的利用の概

念である「土地の用途」に規定された自由な土地利用であれば得られるはずの費用（機会費用・機会喪失）が「直接経済効果」であるので、「米軍基地過重負担」の現状のままでは「マイナスの経済効果」を意味し「沖縄経済発展を阻害」しているのである。

米軍基地過重負担を土地所有権で法律構成すると、跡地利用の「直接経済効果」は、国民経済の原動力である土地所有権の特定地面の上下の時空間の自由な土地利用の面での基地機能を意味する「動態的機能」の経済的機能の消極的不利益として法律構成され、普天間飛行場を含む８地域の土地所有権の客体である特定地面の米軍基地面積である「静態的面積」の13.8㎢において、その直接経済効果（機会費用・機会喪失）は返還前590億円、返還後１兆1359億円で約19倍とするのが沖縄県の推計である。つまり、米軍基地過重負担を土地所有権で法律構成すると、沖縄県民にとっては、米軍基地過重負担は「マイナスの経済効果」として目に見える形で（数字で明確に客観的に捉えられること）米軍基地が沖縄経済を阻害していることを認識するのである。

したがって、沖縄県民の約９割の130万人が生活、生産する沖縄本島（1208㎢）の約18％を占有する米軍基地過重負担の「静態的面積」221㎢は、その米軍基地過重負担の「動態的機能」の「消極的不利益」を意味する「直接経済効果」の額は想像を絶する「マイナスの経済効果」として沖縄経済を阻害していることを意味する。米軍基地過重負担の歴史的現実における「米軍基地は沖縄経済の最大の阻害要因であること」になるのである。法律的には、公有水面埋立法（埋立法又は公水法）の趣旨は「国土の開発その他国民経済の向上に資するもの」（代執行訴訟原告第１準備書面８頁、第２準備書面71頁）であるから、「米軍基地は沖縄経済の最大の阻害要因であること」の主張立証に成功すると、沖縄県の勝訴の可能性は明らかに目にみえることになる。

要するに「埋立地の用途」が「国土利用上適正かつ合理的」であると

は、「埋立地の用途」の経済効果が大きい場合を意味するのである。なぜなら、埋立法の趣旨は「国民経済の向上に資するもの」（代執行訴訟国・原告第１準備書面８頁・71頁）だかである。したがって、「埋立地の用途」としての「米軍基地は沖縄の経済発展の最大の阻害要因であること」は「国土理利用上適正かつ合理的なること」に著しく反し、本件承認処分は強い違法性を帯びるのである。

その意味では、埋立法の側面において、第１号要件の「埋立地の用途」の「特定産業」が「国土利用上適正かつ合理的なること」とは、その特定産業が「国民経済の向上」すなわち「沖縄経済の発展」に寄与するかの判断を意味する。しかも、都市計画法は土地所有権の存在を前提に、その土地所有権の「土地の用途」による制限であるが、埋立法では、「埋立地の用途」に「制限された土地所有権」の付与となるので、土地所有権の付与と制限が同時になされていることになる。つまり、埋立法は、土地所有権の付与（創設）と同時に、その「埋立地の用途」による土地所有権の制限もなされているのである。したがって、埋立て承認（免許）の目的は、「埋立地の用途」の「特定産業」の振興育成にあるのである。なお、国は、埋立地の土地所有権の取得は公有水面の所有から派生するのではなく、埋立法を根拠法規とする知事の承認により最終的に取得することになるのである。

要するに、埋立法を根拠法規とする「埋立地の用途」に「制限された土地所有権」の付与を本質とする知事の埋立て承認の判断基準である「国土利用上適正かつ合理的なること」の判断要素として、陸地の米軍基地過重負担の不利益が法律構成されることになり、「米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因であること」は、第１号要件適合性の判断要素として法律構成されることになるのである。

したがって、「埋立地の用途」の「米軍基地」が、陸地の米軍基地負担の「米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因であること」は、「国民経

済の向上の公共性」に照らして「国土利用上適正かつ合理的なること」に著しく反することになり、本件承認処分は強い違法性を帯びるのである。

第８節　小括

以上のような米軍基地による「膨大な経済効果の喪失」「マイナスの経済効果」は、経済的に言えば、「沖縄が基地に依存しているのではなく、基地が沖縄に依存しているのであり、沖縄は基地に寄生されている[71]」のである。「沖縄県が2012年５月に策定した『沖縄21世紀ビジョン基本計画』（沖縄振興計画2012年度～21年度）では、過度に集中する基地を『沖縄振興を進める上で大きな障害』と明記した。もはや、沖縄が基地に依存のしているのではなく、基地が沖縄に依存しているのである。基地によって沖縄は膨大な『機会費用』ないし「機会委喪失」を被っていることからして、基地に寄生されていると言うべきではないだろうか[72]」。言わば、「沖縄の米軍基地の過重負担は、沖縄の自由主義経済を構造的に阻害しているのである[73]」。米軍基地過重負担の米軍基地は沖縄本島を日米同盟の植民地としていると本質規定することができる。近代民主国家である日本が主権国家として主権国家なかの植民地を認めることを意味する。

経済的には「基地に寄生されている沖縄」であるが、現実には、基地依存の経済構造を固定化し、沖縄の自立と経済発展を阻害し、沖縄の経済的自立を構造的に阻害しているのである。本質的には沖縄は米軍基地依存の経済構造となっているのである。

そこで、問題は、米軍基地が沖縄経済発展の最大の阻害要因であるということは、辺野古訴訟の法的根拠である公有水面埋立法にどう法律構

---

71 川瀬光義・『基地維持政策と財政』12頁。
72 同上書・69頁。
73 拙稿「沖縄県代執行訴訟と米軍基地の過重負担」（静岡大学『法政研究』第20巻３号、2016年３月）206[231]頁。

成されるか、となる。

第４章　高裁判決と米軍基地過重負担

第１節　高裁判決の考察の視点

本章は、高裁判決が、「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」（米軍基地過重負担）を、埋立て承認基準である公有水面埋立法４条１項１号「国土利用上適正かつ合理的なること」（第１号要件）の適合性判断において、どう判断したかを考察する。「米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因であること」（米軍地沖縄経済発展阻害要因論）は、土地所有権構成による米軍基地過重負担の本質的要素だからである。

第１号要件の「国土利用上適正かつ合理的なること」の適合性の判断方法は、埋立てによる「利益」と埋立てにより生ずる「不利益」を比較衡量する総合的な判断である。そして、何が「利益」か「不利益」かは「埋立地の用途」としての「米軍基地」が「国土利用上適正かつ合理的」であるかの判断過程において、「米軍基地」建設のための埋立ての必要性、公共性が「利益」で、その反面として、埋立てにより生ずるものが「不利益」で、両者を比較衡量して、「利益」が「不利益」より優越すると判断されると、「埋立地の用途」としての「米軍基地」が「国土利用上適正かつ合理的」であると判断され、知事の承認は適法となるのである。そこで、論点は、高裁判決が、「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」（米軍基地過重負担）のなかで、本件埋立ては、負担軽減として「利益」として法律構成されるか又は過重負担の固定化して「不利益」のどちらに法律構成しているかとなる。

高裁判決の米軍基地過重負担に関する判断の評価は、米軍基地過重負担の法律構成である土地所有権構成か自治権構成かの視点が肝要となる。米軍基地過重負担の「米軍基地」は陸地（沖縄本島）に存在するが、第

１号要件上の「米軍基地」は「埋立地の用途」としての「米軍基地」であり、未だ存在しないので、現実存在の「米軍基地」過重負担を、第１号要件の「埋立地の用途」としての未存在の「米軍基地」の平面で判断するための法律構成が必要となるからである。つまり、土地所有権構成か自治権構成かにより、米軍基地過重負担の不利益の捉え方において違いが生じるのである。

土地所有権構成は、米軍基地過重負担の不利益は国民経済の原動力・基盤である土地所有権が広大な米軍基地の土地利用に固定化されていることによるとするものであり、米軍の占有自体が不利益である。土地所有権の客体の特定地の総面積の国土面積における米軍基地の密度を内在した「静態的面積」上の不利益と、その特定地面上下の時空間の自由な基地利用という自由な基地機能を「動態的機能」として区別できる。「動態的機能」は、土地所有権の米軍基地以外の自由な土地利用により得られる利益が得られない「消極的不利益」（直接経済効果・機会費用・機会喪失）と、自由な基地機能による「積極的不利益」（地域住民への公害等）に区別される。「米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因であること」は「消極的不利益」（評価障害事由）として法律構成されるのである。

他方、米軍基地過重負担の自治権構成は、陸地の現存の米軍基地過重負担を、第１要件の判断対象としての「埋立地の用途」としての未存在の「米軍基地」とは区別し、本件米軍基地建設目的の埋立て承認を米軍基地に関与する自治権として構成し、陸地の米軍基地過重負担は第１号要件の判断要素から排除され、「米軍基地」過重負担は自治権の論点となる。つまり、米軍基地には日米地位協定の排他的管理権等などの米軍の特権が認められていることから、地方公共団体からすれば、米軍基地の存在とは自治権の及ばない地域・存在で、自治権が奪われている巨大な自治権の空白地帯となっているとする法律構成である（「巨大な自治権空白地帯論」）。したがって、第１号要件適合性の判断要素の「利益」又は

「不利益」となるかは、本件埋立てが巨大な自治権空白地帯を縮減するか固定化するか否かよって判断され、本質的には、負担軽減は米軍基地面積の縮小になるか否となり、縮小は負担軽減の「利益」となり、現状維持は負担の固定化の「不利益」と法律構成されることになる。自治権構成では米軍基地過重負担自体（土地所有権の「動態的機能」）が第１号要件適合性判断の「不利益」として法律構成されていないのである。

要するに、米軍基地過重負担の法律構成に関する土地所有権構成は、米軍基地過重負担の不利益を第１号要件適合性の判断要素の「不利益」（評価障害事由）とする法律構成であるが、自治権構成は、米軍基地過重負担を第１号要件の適合性判断要素から独立・区別し独自の判断要素として法律構成する。したがって、自治権構成の米軍基地過重負担は、①本件埋立承認の違法性、②本件取消処分の違法性、③本件是正指示の違法性の各争点レベルで独自に判断されることになる。

第２節　米軍基地過重負担に関する高裁判決

高裁判決は、米軍基地過重負担の自治権構成を採るのである。そこで、まず、高裁の米軍基地過重負担に関する基本的判断を摘出し、その基本的判断が、①本件承認の違法性、②本件取消処分の違法性、③本件是正指示の違法性、各争点レベルにおいて、どう機能しているか、どう判断されているか、を考察することができる。

１　「本件軽減判断の内容

高裁判決は、米軍基地過重負担に関する基本的判断を以下のように判示した（判決書136頁）。

「①件埋立事業によって設置される予定の本件施設等は、②普天間飛行場の施設の半分以下の面積であって、③その設置予定地はキャンプ・シュ

ワブの米軍使用水域内であることを考慮すれば、④沖縄の基地負担の軽減に資するもの（①～④筆者挿入）」（以下、「本件軽減判断」とする）である。以下に各争点レベルにおける「本件軽減判断」の機能・判断（判示）をみることにする。

2　本件承認処分の違法性と「本件軽減判断」

⑴　沖縄県の主張

「被告は、埋立ての遂行による不利益として、第２の４⑶ア㈠記載のとおり、沖縄県の民意に反して、豊かで貴重な自然環境と良好な生活環境を破壊し、沖縄県や名護市の環境保護等の施策を阻害して新基地を建設し、過去70年余にわたり背負わされてきた沖縄の過重な基地負担をさらに将来にわたって固定化する不利益（米軍基地の存在による自治権侵害、健全な経済振興の阻害、米軍基地に起因する環境破壊、米軍基地に起因する事件事故等、沖縄県民の民意に反すること）を主張する。」（判決書135頁）

⑵　本争点の判断

「しかし、認定事実⑶及び⑼並びに弁論の全趣旨によれば、本件埋立事業によって設置される予定の本件新施設等は、普天間飛行場の施設の半分以下の面積であって、その設置予定地はキャンプ・シュワブの米軍使用水域内であることを考慮すれば、沖縄の基地負担の軽減に資するものであり、そうである以上本件施設等の建設に反対する民意に沿わないとしても、普天間飛行場その他の基地負担の軽減を求める民意（認定事実⑴イ㈡C(e)ないし(i)）に反するとは言えないし、両者が二者択一の関係にあることを前提とした民意がいかなるものであるあるかは証拠上明らかではない。

環境については、後記５のとおり、第２号要件審査において本件承認

処分の判断に誤りがあるとは認められず、水面の陸地化に伴う自然破壊等に対し適正かつ十分な措置がとられると期待できること、加えて、法４条１項１号は、当該埋立てが国土利用上公益に合致する適正なものであることを求めるものであるから、特に本件のような自然海浜の埋立てにおいては、その価値に着目しそれを保全することにより得られるであろう利益をも考慮する必要があるが、その上で、様々な一般的公益を比較衡量すべきであって、被告が主張するように、法の趣旨が自然環境を他の公益より重視し、埋立てを否定する方向で判断することを求めているものと解すべき根拠はない。

以上によれば、上記被告の主張する事実を考慮したとしても、本件承認処分の第１号要件の審査が誤りであると認めることはできない。その他、被告は、上記事情から本埋立事業の実施が憲法92条等に反すると主張するが、上記のとおり、いずれも採用できない。」（判決書136頁・137頁）。

３　本件取消処分の違法性判断

⑴　被告の主張

「被告は、本件取消処分をしないことによって本件承認処分に基づき既に生じた効果をそのまま維持する不利益、すなわち、沖縄県への極端なまでの過度の基地集中のために、70年余にわたって沖縄県の自治が侵害され、更に、沖縄県民の民意に反して、本来埋立地の貴重な自然環境を破壊し、付近の生活環境を悪化させ、地域振興開発の阻害要因を作出するものであり、これは、基地負担・基地被害を沖縄県内に移設してさらに将来にわたって固定化するものに他ならないのであって、本件承認処分を放置することが公共の福祉の要請に照らして著しく不当であると認められることが明らかであるから、本件取消処分は適法である旨主張する。」（判決書175頁）。

⑵　本争点の判断

「しかし、前記４⑷記載のとおり、本件埋立事業による普天間飛行場の移転は沖縄の基地負担軽減に資するものであり、そうである以上本件新施設等の建設に反対する民意には沿わないとしても、普天間飛行場その他の基地負担の軽減を求める民意に反するとは言えない。また、環境については、前記５のとおり、第２号要件審査において本件承認処分の判断に誤りがあると認められず、水面の陸地化に伴う自然破壊等に対し、適正かつ十分な措置が取られると期待できることに加え、前記４⑷記載のとおり、本件埋立事業によって設置される予定の本件新施設等は、普天間飛行場の施設の半分以下の面積であって、その設置予定地はキャンプ・シュワブの米軍使用水域内であることからすれば、本件埋立事業が被告の主張する地域振興開発の阻害要因とは言えない。さらに、沖縄県の自治権侵害については、上記本件新施設等の設置場所を沖縄県内とする地理的必然性が肯定できるとすれば、そのことによって上記判断は左右されない。以上によれば、上記被告の主張は理由がない。」（判決書175頁・176頁）。

４　本件是正指示の違法性（憲法41条違反）と「本件軽減判断」

⑴　被告の主張

「被告は、本件新施設等建設は、国政の重要事項であるとともに自治権を大幅に制限するものであるにもかかわらず、具体的な根拠の法律がないので、憲法41条及び92条に違反している旨主張する。」（判決書178頁）。

⑵　本争点の判断

「しかし、本件新施設等の建設及びこれに伴って生じる自治権の制限は、日米安全保障条約及び日米地位協定に基づくものであり、憲法41条に違反するとはいえず、さらに、本件新施設等が設置されるのはキャン

プ・シュワブの米軍使用水域内に本件埋立事業によって作り出される本件埋立地であって、その規模、普天間飛行場の施設の半分以下の面積であり、かつ、普天間飛行場が返還されることに照らせば、本件新施設等建設が自治権侵害として憲法92条に反するとは言えない」（判決書179頁）。

５　本件是正指示の違法性（憲法92条違反）と「本件軽減判断」

⑴　被告の主張

「被告は、本件新施設等建設は、米軍基地の存在によって、第２の４(7)ア(イ)のとおり、沖縄県の自治権を侵害し、環境破壊や事件事故等の損害を被らせるものであり、本件指示は憲法92条に違反する旨主張する」。「すなわち、広範な米軍基地内や軍人軍属の犯罪行為に自治行政権が及ばず、それによって現実に環境破壊や事件事故の被害が生じていることをもって、沖縄県の現状が既に憲法94条を導く根拠である憲法92条に違反しているから、新たな米軍基地を建設することはすべて憲法92条に違反し許されないという趣旨であると理解できる。」（判決書178頁・179頁）。

⑵　本争点の判断

「しかし、上記のとおり、地方自治法245条の７第１項の要件を満たすと認められる是正の指示が新たな米軍基地を建設することを目的とする限り一切許されないとまで認めることができない。そして、本件新施設等が設置されるのはキャンプ・シュワブの米軍使用水域内に本件埋立事業によって作り出される本件埋立地であって、その規模は、普天間飛行場の施設の半分以下の面積であり、本件新施設等で米軍が運用を開始するときには普天間飛行場が返還されるのであるから、自治権の及ばない範囲は減少することが明らかである。加えて、前記のとおり、本件新施設等の設置場所を沖縄県内とする地理的必然性が肯定できることも考慮すると、上記沖縄県の自治権の制限・米軍による環境破壊や事件事故等

によって本件指示は憲法92条に違反するとは言えない。」（判決書179頁）。

第３節　「本件軽減判断」と自治権構成

１　「本件軽減判断」の評価の視点（法律構成）

本件軽減判断は、本件埋立ては米軍基地過重負担を固定化する「不利益」を生ずるものではなく、その基地負担を軽減する「利益」となると判断した。軽減の対象となっている前記「④沖縄の基地負担」は「沖縄の米軍基地過重負担」を意味する。「軽減」が「利益」となるのは「過重」を前提とするからである。ただし、この米軍基地過重負担は「認定事実」のレベル即ち「以上によれば、本土と比較して、沖縄は重い米軍基地負担を負っているといえる」（判決書136頁）ので、第１号要件の判断要素としての埋立てによる「利益」か、埋立てにより生じる「不利益」か、のいずれかに法律構成されているわけではない。高裁判決も、米軍基地過重負担を沖縄県の自治権構成の巨大な自治権空白地帯論を採っているからである。したがって、この巨大な自治権空白地帯論と本件埋立てにより、個別的に「利益」に該当するか「不利益」に該当するかが判断されることになる。しかも、基本的には個別米軍基地面積との関連において判断されることになる。なぜなら自治権構成による巨大な自治権空白地帯は個別米軍基地の総面積だからである。

これに対して、土地所有権構成の米軍基地過重負担の不利益は国民経済の原動力である土地所有権が広大な米軍基地に固定化されている法律構成であるので、土地所有権（当然、派生権利である土地賃借権も含む）を利用権原とする米軍基地となり、必然的に全米軍基地面積が一円で米軍基過負担の内容となる。土地所有権構成による米軍基地過重負担の「静態的面積」は個別米軍基地の単なる合算の総面積ではなく土地所有権を土地利用権原とする米軍基地一円の集合の総面積を意味するので、全米

軍基地面積が前提となり、しかも、その「米軍基地」過重負担は第１号要件の「埋立地の用途」としての「米軍基地」に包摂され、米軍基地過重負担の不利益は、第１号要件の「不利益」として法律構成されているのである。なぜなら、埋立て承認（免許）の法的性質は、土地利用権権原としての「埋立地の用途」の「米軍基地」に「制限された土地所有権」を付与する権利を設定する処分（土地所有権取得権説）であり、陸地の現実の「米軍基地」過重負担と「埋立地の用途」としての未存在の「米軍基地」の土地利用権原がともに「土地所有権」であり、この土地所有権は「特定地面の上下の時空間を自由に利用及び処分する権利である」からである。つまり、米軍基地過重負担と埋立て承認・免許の法的性質をともに土地所有権構成することにより米軍基地過重負担は第１号要件の判断要素の「不利益」（評価障害事由）として法律構成されることになるのである。

２　土地所有権構成による「本件軽減判断」の検討

「本件軽減判断」の評価は、米軍基地過重負担の土地所有権構成か自治権構成かの観点の考察にかかることになる。

私は、土地所有権構成の立場から、次の理由で、「本件軽減判断」は第１号要件の解釈・適用を誤るもので、高裁判決は破棄されるべきである。

第１の誤りとする理由は、土地所有権の特定地面上の基地面積である「静態的面積」の側面で、米軍基地過重負担の軽減の「評価基準」が「沖縄の全米軍基地」負担ではなく、移設元と移設先の「個別米軍基地」間の比較においている点である。「軽減に資するもの」とする根拠が、「②普天間飛行場の施設の半分以下」つまり、埋立て予定の辺野古沿岸域（1.6㎢）は普天間飛行場（4.8㎢）の「半分以下」であり、静態的面積では4.8㎢－1.6㎢＝3.2㎢で「4.8㎢から3.2㎢も軽減」することになり、数字的でみると「負担の軽減」と判断しても不合理とはいえない。つまり、

自治権構成の立場からは「不合理とはいえない」ということである。

しかし、土地所有権構成の立場からは米軍基地過重負担の軽減は「沖縄の全米軍基地」の「静態的面積」を評価基準にすべきことになる。したがって、「静態的面積」での米軍基地過重負担とは、国土（37万6962㎢）の0.6％の沖縄県土（2276㎢）に約74％の米軍専用施設（228㎢）が集中していることを意味して、公知の事実となっている。「沖縄の全米軍基地」を負担軽減の基準とすると228㎢－（4.8㎢－1.6㎢＝3.2㎢）＝224.8㎢となり、「228㎢から3.2㎢の軽減」を「利益」することは合理的とは言えない。また、前記の土地所有権構成に加えて、「埋立地の用途」概念構成によっても「沖縄本島の全米軍基地」を前提とすべきである。すなわち、第１号要件の判断対象となる「埋立地の用途」としての「米軍基地」は「沖縄本島の全米軍基地」を対象とすることを内在している。「埋立地の用途」は、土地利用計画上の概念で、地域（沖縄本島）の土地利用状況を踏まえて「埋立地の用途」としての「米軍基地」が「国土利用上適正かつ合理的」であるかを判断するので、「米軍基地」の沖縄本島の土地利用状況（静態的面積・動態的機能）として「沖縄本島の全米軍基地」が判断対象となるからである。したがって、「本件軽減判断」は第１号要件の解釈・適用に誤りがある。

第２の理由は、仮に「個別米軍基地」間の比較衡量をする場合であっても、普天間飛行場と比較衡量すべきは、移設先の辺野古沿岸域ではなく、「キャンプ・シュワブ」である。「本件軽減判断」が「軽減に資するもの」とする根拠として「③その設置予定地はキャンプ・シュワブの米軍使用水域内であること」は、「キャンプ・シュワブ」（20.6㎢）全体を「固定化」することであるからである。たしかに、「本件軽減判断」は、「静態的面積」では、新たな米軍基地の建設ではないので、普天間飛行場の4.8㎢が「キャンプ・シュワブに吸収されるという沖縄県の負担軽減を強調することにより②と③で「軽減に資するもの」との判断することも可能

である。

しかしながら、普天間飛行場と比較衡量すべきは、辺野古沿岸域ではなく、全体を将来にわたって固定化され、辺野古飛行場で軍事機能の強化されることになる「キャンプ・シュワブ」である。その比較衡量を「静態的面積」と「動態的機能」の側面で考察する。

まず、土地所有権の特定地面上の基地面積である「静態的面積」では、本件埋立てにより「キャンプ・シュワブ」（20.6㎢）全体が、基地機能が強化され固定化された上での普天間飛行場（4.8㎢）の返還となるので、20.6㎢－4.8㎢＝15.8㎢で、15.8㎢も負担増となり、負担軽減の基準を「個別米軍基地」間としても、負担の軽減とならず、本件軽減判断は合理性を欠いていることになる。米軍基地過重負担の土地所有権構成の「静態的面積」は「動態的機能」を内在させているからである。

次に、土地所有権の特定地（米軍基地面）上の施設・活動等の基地機能である「動態的機能」の側面では、「本件軽減判断」は米軍基地過重負担の軽減の判断はしていない。米軍基地過重負担の自治権構成は「巨大な自治権空白地帯」であり、土地所有権構成を前提とする「動態的機能」は判断の対象とはならないからである。

ところで、土地所有権構成による米軍基地過重負担の「動態的機能」は「①地域経済向上の阻害要因」、「②航空機騒音の住民生活への悪影響や演習に伴う事故の発生」、「③後を絶たない米軍人・軍属の刑事事件の発生」、「④汚染物質等による自然環境破壊」、の４点の「不利益事由」が法律構成されるが、ここでは「地域経済向上の阻害要因」に限定する。米軍基地過重負担が地域経済向上の著しい阻害要因であることは米軍基地返還の跡地利用の「直接経済効果」で証明されている。普天間飛行場の跡地利用の直接経済効果は、返還前120億円（軍用地料・軍雇用者に賃金等）120億円から3866億円と約32倍を沖縄県が推計し、国は証拠とし、本判決も「認定事実」としている（判決書93・94頁）。

普天間飛行場の跡地利用の直接経済効果の3866億円を、(仮に沖縄県が、土地所所有権構成を採れば、「不利益」としての「地域経済向上の阻害要因」の証明とすることができるが)、本判決は、この3866億円を、「利益」として、一つは、静態的面積と同様に、一方で、態的機能の側面で「沖縄の基地負担軽減」とするはずであるが、その点は判断せず、他方、「沖縄県全体の振興」として本件埋立てによる普天間飛行場返還の「利益」とする法律構成をする。自治権構成では米軍基地存在自体の経済的利益・不利益を判断対象とすることはできないが、普天間飛行場が返還される場合の「沖縄県の負担軽減の公益」即ち「沖縄県全体の振興」の「公益」として「利益」の内容とする法律構成ができるからである。しかし、「沖縄県の負担軽減の公益」としても、「沖縄県全体の振興」及び「宜野湾市の経済発展」の「公益」としても、動態的機能の側面では、「個別米軍基地」間の比較衡量で、米軍基地過重負担の「軽減」の差額により「利益」または「不利益」とすべきことになるはずである。

ところで、前提問題として、国には、普天間飛行場跡地利用の経済効果3866億円を「宜野湾市の経済発展」として主張立証することは、次の３点の理由で、できない。第１に、理論的に、その3866億円は米軍基地過重負担を前提に推計されていること、第２に、米軍基地過重負担「軽減の責任」を負う国が、埋立てによる「利益」として主張立証することは信義則に反すること、第３に、米軍基地過重負担にある同地域内への移設の移設元の「利益」として法律構成することは米軍基地過重負担軽減の法的義務に違反すること、の理由である。

また、国が、その経済効果3866億円を「利益」とできるかは「個別米軍基地」間の比較衡量による。普天間飛行場（4.8㎢）とキャンプ・シュワブ（20.6㎢）地区との経済的効果・経済潜在能力の比較衡量は中長期的にはキャンプ・シュワブ地区が大きいという評価も可能である。普天間飛行場の跡地利用は内陸部の商業地域、住居地域、公共施設用地等を

基本とする経済効果3866億円となるが、キャンプ・シュワブ地区は「日本屈指の観光地として発展する沖縄県において」「県内屈指のリゾート地等になりうる」「リゾート地としての経済潜在潜力」（第三者委員会報告42頁）を有しているからである。

第３の理由は、仮に、当該跡地利用の経済効果3866億円を、当該普天間飛行場返還の場合に、「宜野湾市の経済発展」の「利益」の内容として証明できるとしても、逆に、米軍基地過重負担のままの現状の平面では、沖縄県にとっては「不利益」となり「地域経済の阻害要因」としてその阻害度を証明することになる。なぜなら、第１号要件で判断対象となる土地利用状況は、沖縄本島の約18％を「米軍基地」が占有するという「過重負担」だからである。埋立法の趣旨が「国民経済の向上」即ち「地域経済の向上」に資することからすると、国民経済向上の原動力である土地所有権が広大な米軍基地の土地利用に固定化されている米軍基地過重負担は、地域経済の著しい阻害要因であることを証明し、しかも、その「証明」を裁判所と相手の国が認めていることになるのである。その「証明」となる沖縄県推計の米軍基地跡地利用の経済効果は、普天間飛行場を含む８地域13.8㎢で返還前590億円、返還後１兆1359億円で約19倍となっている。沖縄県民の約９割の130万人が生活、生産する沖縄本島（1208㎢）の約18％を占有する米軍基地過重負担の静態的面積221㎢は、「動態的機能」の面で想像を絶する「経済的不利益」を内包し、「地域経済の著しい阻害要因」となっている。このことを、前記、「翁長知事挨拶」の「米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因であること」として沖縄県の勝機の論点としているのである。

この論点が勝機となり得るのは、この莫大な経済的不利益は、自由主義経済（国民経済）の原動力・基盤である土地所有権が広大な米軍基地の土地利用に固定化されていることによるもので、自由主義経済を構造的に阻害しているからである。自由主義経済体制の安全保障が日本、米

国の基本的な任務であるとすれば、その安全保障の軍事機能の米軍基地が、敗戦後70年余にわたって沖縄の自由主義経済を構造的に阻害してきている歴史的現実は、近代民主国家である日本の主権国家としての基本的な義務である戦後処理に義務の懈怠があり「基地の島」として「敗戦の姿」が存在し続け、その義務懈怠の過程に、米軍基地を新たに建設することは、近代民主国家である日本及び米国の安全保障原理に反することになり、新米軍基地の必要性、公共性が原理的に否定されることになる。したがって、敗戦後70年余にわたる沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実のなかで、「埋立地の用途」としての「米軍基地」のために埋立て承認することは「国土利用上適正かつ合理的なること」に著しく反する強い違法性を帯びるのである。

3「本件負担軽減判断」の前提

「本件負担軽減判断」は次の3点を前提とする。第1点は、埋立て承認の法的性質を授益的処分としての特許（設権行為）ではなく非埋立権説とする理論構成（見解）を前提とする。つまり、公有水面を所有している国は（埋立法1条1項）、その埋立ての権能を有しているので、知事の埋立て承認の法的性質は、海面に対して有する知事の機能管理権と公有水面を所有する国との調整上の兼ね合いとして捉えられる。知事の埋立て承認の判断対象は埋立予定区域に限定されることになる。

したがって、第2点は、「埋立地の用途」としての「米軍基地」は埋立予定区域に限定され、陸地（沖縄本島）の米軍基地は判断対象とはならない。「米軍基地」は「埋立地の用途」としての「米軍基地」ではなく、「米軍基地」建設の「実施」レベルで捉えられることになる。陸地の普天間飛行場が判断対象となるのは、辺野古沿岸域の埋立ての必要性として普天間飛行場の危険性除去のための代替施設等建設の必要性によることになる。したがって、「米軍基地負担」の「軽減」か「固定化」の判断は、

普天間飛行場と辺野古沿岸域の埋立予定区域との比較となる。

そして、第３点は、新米軍基地建設是非の知事の判断権限が「地方自治の本旨」に基づく自治権に求められることになる。陸地の「米軍基地」の存在も現実のレベルで日米地位協定の排他的管理権等により自治権が制約されているとされ、沖縄本島の約18％を占有する「米軍基地過重負担」は「巨大な自治権の空白地帯」として法律構成されることになる。つまり、「米軍基地過重負担」を象徴する228㎢の米軍基地の占有面積は土地所有権の客体である特定地の一円を意味する「静態的面積」でなく、個別米軍基地「面積」の単なる合算となり、必然的に「動態的機能」は判断の対象外となる。「米軍基地過重負担」の不利益（被害）の要因を土地所有権の広大な米軍基地の土地利用の固定化によるものとの法律構成ではなく、「巨大な自治権の空白地帯」として法律構成するからである。

したがって、埋立て承認の法的性質に関する非埋立権説を前提にすると、「本件軽減判断」の「本件埋立事業によって設置される予定の本件新施設等は、普天間飛行場の施設の半分以下の面積であって、その設置予定地はキャンプ・シュワブの米軍使用水域内であることを考慮すれば、沖縄の基地負担の軽減に資するもの」との判断は合理的であることになる。

そして、高裁判決は、明確に、非埋立権説を採っている。すなわち埋立「法１条１項により、国が公有水面に管理権限を有し、公有水面の埋立権を独占していること、その埋立ての目的もまた国の事業・事務であることを前提として、国の埋立てについては、前記のとおりの観点から、埋立地の実情に精通した都道府県知事の『承認』に係らしめているにすぎないのに対し、国以外の者の埋立ては、公有水面についての埋立権を有していないため、都道府県知事による『免許』によって埋立権の設定を新たに受けるものであって、公有水面の埋立権を本来有している国に対する『承認』と公有水面の埋立権を国以外の者に対して新たに設定する『免許』では、その性質は異なるといえる」（判決書112・113頁）。

そうすると、「本件軽減判断」の本質的問題は、埋立て承認の法的性質に関する非埋立権説が合理的な法律構成（理論構成）かということになる。したがって、最高裁判所が埋立て承認の法的性質に関してどう判断したかがポイントなるのである。

第４節「本件軽減判断」の理論構成批判

高裁判決は埋立て承認の法的性質に関して非埋立権説をとり米軍基地過重負担を第１号要件の判断対象とせず、米軍基地過重負担を自治権構成しているが、ここでは、米軍基地過重負担を第１号要件の判断要素とすべきとすると伴に自治権構成ではなく土地所有権構成すべき法的根拠を（第２章第７節と重なる）、主として埋立法の趣旨及び埋立法の仕組みの観点から、次の７点を指摘することにする。

第１の法的根拠は、国が埋立法の趣旨を「国土の開発その他国民経済の向上に資するもの」としたことである（代執行訴訟原告第１準備書面８頁・71頁）。さらに、埋立て免許（承認）の趣旨・目的を「自然公物である公有水面を埋立て、これを利用することが、国民共通の財産である公有水面を廃止し、私的所有権の対象たる陸地とするという特質を有するとともに、自然環境等を大きく変容させることに鑑み、埋立てが及ぼす自然環境等への影響の十分に配慮することを前提に、国民経済の観点から真に必要な埋立てを許容することとし、もって我が国の国土の適正且つ合理的な利用を確保するということにある」（係争委審査・国５月９日回答書11頁）。国は、埋立法の趣旨を「国民経済の観点から真に必要な埋立てを許容すること」とするので、埋立て承認（免許）の趣旨・目的は「我が国の国土の適正且つ合理的な利用を確保」することとなり、本件埋立て承認は地域全体の土地利用の現況を踏まえる必要があるところ、沖縄本島の約18％が米軍基地であるという「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」は必然的に第１号要件の判断要素となるのである。また、

このことは地域の土地利用計画の判断を示す「埋立地の用途」概念に内在していることによって、「埋立地の用途」としての「米軍基地」に「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」が第１号要件の判断要素として内在していることを示しているのである。

第２の法的根拠は、沖縄県職務執行命令訴訟大法廷判決（最大判平成８年８月28日）が米軍基地の使用又は収用認定において「沖縄県に駐留軍が集中していることによって生じているとされる種々の問題」つまり「沖縄における米軍基地過重負担の歴史的現実」を評価障害事由として法律構成したことである。駐留軍特措法の米軍基地の使用認定の権限は政府にあるが、その際「沖縄の米軍基地過重負担」を、その判断要素とすべきとするのであるから、ましてや知事の「埋立地の用途」としての「米軍基地」の建設のための埋立て承認の判断要素とすべきことは必然的である。さらに、高裁判決は、国防・外交事項も「地域の利益に関わる」場合には知事に審査権限が及ぶと判断されたことから「米軍基地過重負担」は、より判断要素として認められるべきことになる。なぜなら、「埋立地の用途」としての「米軍基地」が「国民経済・地域経済の向上に資する」かは「地域の利益」に深く関わることだからである。

第３の法的根拠は、米軍基地過重負担の不利益が埋立て承認の判断要素としての不利益となるのは両者の不利益が土地所有権の制限による不利益であるということである。土地所有権は土地（特定地）の上下の時空間を自由に利用する権利であり、その利用は生活及び生産の場としてあり、形を作り、形を残す権利だからである。つまり、土地所有権が国民経済（自由主義経済）その他国民の諸活動の原動力・基盤であるから、陸地の既存の米軍基地過重負担も「埋立地の用途」の「米軍基地」も土地所有権が米軍基地の土地利用に固定化される（土地所有権の制限）という平面では全く同じであり、土地所有権は特定地の上下の時空間の自由な土地利用だからである。過去、現在及び未来へと同じ時空間である

土地所有権の平面では同じである。戦後70年余にわたる沖縄の米軍基地過重負担の違法状態が、現在の米軍基地建設のための土地所有権確保のための埋立て承認の違法性の判断要素となるのである。言い換えると、敗戦後70年余にわたる「敗戦の姿」のままである「基地の島」の沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実の違法状態は、辺野古沿岸域を埋め立てて新たな米軍基地の建設を承認することを意味する本件埋立て承認の強い違法性へ彰表・化体するのである。

第４の法的根拠は、埋立法の法的仕組みが「埋立地の用途」概念を基軸概念として構成していることである。「埋立地の用途」の概念は、当該埋立事業計画が地域形成計画（土地利用計画、環境保全計画及び公共施設整備計画）の一環として地域（沖縄本島）の土地利用状況を踏まえて判断されるべきことを内在している。したがって、「埋立地の用途」が第１号要件の判断対象であるということは、必然的に陸地（地域・沖縄本島）の米軍基地の実情、つまり、沖縄の米軍基地過重負担の歴史現実が判断対象として内在していることを意味する。

第５の法的根拠は、埋立て承認権限を知事に付与した理由が「当該区域の実情に詳しいと都道府県知事の判断に委ねるのが合理的と考えられたこと」にあるとされ（国・沖縄県）、「公有水面を埋め立てることが当該海浜等と地域社会の関わりや周辺の土地利用の現況といった国土利用上の観点からみて適正かつ合理的か否かの審査」（国主張）に適合していることである。「周辺の土地利用の現況」はまさに「沖縄（本島）の米軍基地過重負担の歴史的現実」そのものである。

第６は、国自体が、普天間飛行場の跡地利用の直接経済効果の3866億円（沖縄県推計）を宜野湾市の経済振興として評価根拠事由としていることである。高裁判決も、沖縄県全体の振興や多大な経済効果として、その跡地利用の直接経済効果を挙げ、卸・小売業、飲食業その他産業の売上高及び不動産賃貸額などによって年間約3866億円に上り、返還前の

地代収入、軍雇用者所得などによる「年間約120億円に比べ約32倍もの経済効果を上げると予想されている（判決書93・94頁）として、本件埋立ての沖縄全体の経済振興への経済効果を「評価根拠事由」として主張立証しているのである。このことは、普天間飛行場は「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」を構成するものであるので、この沖縄本島（1208㎢）の米軍基地過重負担（221㎢）の土地所有権米軍基地固定化論による消極的不利益（直接経済効果・機会費用・機会喪失）を「評価障害事由」の証明に転化することが可能であることを示している。つまり「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」の固定化の不利益事由である「地域経済向上の著しい阻害要因」の「消極的不利益」として立証することができ、国と本判決が活用した沖縄県の８米軍基地面積（13.7㎢）の跡地利用の直接経済効果（機会費用）の１兆769億円を「米軍基地過重負担」の「地域経済向上の阻害要因」として、その阻害度・経済的不利益を、国と本判決と同じレベルで証明することができる。この証明によって、沖縄県の勝訴の可能性は高くなると考えられる。

第７は、第１号要件の「知事の審査権は国防・外交に係る事項に及ぶものと解するのが相当である」（判決書120頁）ことである。まず、第１号要件は当該埋立ての必要性及び公共性の高さを埋立てに伴う種々の環境変化と比較するものであるから、埋立てに係る事業の性質や内容を審査することは不可欠であり、そのことは、それが国防・外交に関わるものであっても何ら変わりはなく、また、埋立承認が法定受託事務であるとはいえ、それは地域の実情を踏まえて判断する必要があることから、知事にその判断をさせることにしたものであるから、その意味ではそれは「地域における事務」（地方自治法２条２項）ともいえるからである。つまり、「国防・外交に関する事項は本来地方公共団体が所管する事項ではなく、地域の利益に関わる限りにおいて審査権限を有するにすぎない」。したがって、「米軍基地過重負担の歴史的現実」にある沖縄においては

「地域の利益に関わる」ことそれ自体であるので、「本件埋立は沖縄県内において米軍基地の固定化を招く契機となり、基地負担について格差や過重負担を固定化する不利益を内包するものと言える」のである。この「想像を絶する不利益」と「普天間飛行場の代替施設建設のために辺野古沿岸域を埋立てる公共性」とは、はるかに、前者が優越するのである。なぜなら、辺野古沿岸域1.6㎢の埋立て承認は221㎢の沖縄本島の米軍基地を追認することを含意することになり、沖縄県知事の承認は裁量権の逸脱・濫用の強い違法性を帯びるからである。

以上から、本件埋立て承認の第１号要件の判断過程には、「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」(「米軍基地過重負担」) を判断要素とすべきで、その米軍基地過重負担は土地所有権構成すべきとなる。

第５章　沖縄県の上告受理申立理由書と米軍基地過重負担

第１節　沖縄県の米軍基地過重負担の二つの法律構成の混在

本章では、沖縄県が、上告受理申立理由書において、米軍基地過重負担の法律構成に関して自治権構成を基本に土地所有権構成が混在していることを確認することにする。解釈は裁判官の専権事項であるので、法律構成に関して対立しているものを混在させることは、裁判においては本質的な問題ではない。ただし、その主張立証の立証事実に関しては違いがある場合に、主張事実が立証されていない場合が問題となる。裁判所による主張自体失当の判断か主張に理由なしの判断がなされるからである。米軍基地過重負担の法律構成に関して自治権構成を基本とし土地所有権構成が混在する上告受理申立理由書でみることにする。

第２節　米軍基地過重負担の土地所有権構成

１　米軍基地過重負担の土地所有権構成の内容

⑴　土地所有権構成の「静態的面積」

まず土地所有権構成の米軍基地過重負担の「静態的面積」を次のように主張する。

「日本の国土面積のわずか0.6パーセントに過ぎない狭い沖縄県に、在日米専用施設面積の73.8パーセントに及ぶ広大な面積の米軍専用施設が存在している。米軍基地は、県土面積の約10パーセントを占め、とりわけ人口や産業が集中する沖縄島においては、約18パーセントを米軍基地が占めている。」（上告受理申立理由書269頁）。米軍基地面積を土地所有権構成の米軍基地過重負担の「静態的面積」として意識的に捉えていることは、「とりわけ人口や産業が集中する沖縄島においては、約18パーセントを米軍基地が占めている」との指摘に明確に象徴的に示されている。第三者員会報告では、以下にみるように、この指摘は見られないからである。

第三者委員会報告書では「平成24年３月末現在、県下41市町村のうち市町村にわたって33施設、23,176.3haの米軍基地が所在しており、県土面積の10.2％を占めている。また、在沖米軍基地は、米軍が常時使用できる専用施設に限ってみると、実に全国の73.8％が沖縄県に集中している。」（米軍基地の面積について、日本全体と沖縄の負担度を比較した場合、その差は約468倍に上がると指摘されている）。」（同報告書45頁）。

⑵　土地所有権構成の「動態的機能」の「消極的不利益」

また、土地所有権構成の米軍基地過重負担の「動態的機能」の「消極的不利益」の主張（法律構成）についても必要最小限の適切な主張となっている。

「基地が返還された地域（那覇新都心地域、小禄金城地域、桑江・北前

地域）の跡地利用による経済効果をみると、活動による直接経済効果は約28倍と試算されており、米軍基地の存在自体が基地用地の利用により経済効果をあげる機会を喪失させているものであり、米軍基地の存在は沖縄県における健全な経済振興の最大の阻害要因となっているものであり、米軍基地の存在により均衡ある発展が阻まれている」（上告受理申立理由書269頁）。

米軍基地過重負担の莫大な不利益は国民経済の原動力である土地所有権が広大な米軍基地の土地利用に固定化されていることによるという本質的な内容は、「米軍基地の存在自体が基地用地の利用により経済効果をあげる機会を喪失させているものであり、米軍基地の存在は沖縄県における健全な経済振興の最大の阻害要因となっているものであり」に法律構成されている。

その最大の阻害要因である「消極的不利益」の内容は「基地が返還された地域（那覇新都心地域、小禄金城地域、桑江・北前地域）の跡地利用による経済効果をみると、活動による直接経済効果は約28倍と試算されて」いることである。この試算の内容の１つである直接経済効果は、普天間飛行場を含む８地域13.8㎢で、年間で、返還前590億円、返還後１兆1359億円で約19倍、差額１兆769億円が沖縄県により推計され、普天間飛行場（4.8㎢）の推計は、返還前120億円から返還後3866億円の約32倍で、国が援用し、本判決も「認定事実」とする。このような沖縄県の推計を踏まえて、過重負担の米軍基地は健全な沖縄経済振興の「最大の阻害要因」の根拠（証明）としているのである。

このように過重負担の「米軍基地は沖縄経済振興の最大の阻害要因であること」を第１号要件の判断要素である「不利益」（評価障害事由）として法律構成することに成功したこと（客観性があること）になると、沖縄県の勝機がはっきり見えることを意味する。なぜなら、米軍基地過重負担の「米軍基地は健全な経済振興の最大の阻害要因であること」は、

第１に、第１号要件の「国土利用上適正かつ合理的なること」の評価基準である埋立法の趣旨が「国民経済の向上に資するもの」（代執行訴訟原告第１準備書面８頁、第２準備書面71頁）であることに明白に反し、また国土利用法制の一環としての埋立法を根拠法規とする埋立て承認が「地域における国土利用のあり方の総合調整の一環であること」（上告受理申立理由書481頁）さらに産業法制の側面での埋立法の第１号要件が「どのように地域の産業を振興していくのかという地域の国土利用のあり方と整合していなければならない」のに、明白に整合せず、本件承認処分は強い違法性を有することは明白だからである。

ただし、以上の那覇新都心等の経済効果は内容的には土地所有権の経済効果で土地所有権構成そのものであるが、沖縄県は、その上位概念を「米軍基地の存在による地域公益侵害の固定化という不利益」（上告受理申立理由書268頁）として自治権構成による要件事実としている。また、国民経済向上の観点からの経済「発展」ではなく、政府及び地方公共団体の観点からの経済「振興」としていることに留意すべきである。もし、最高裁判所が、この点に着目すれば、自治権構成による「米軍基地は沖縄経済振興の最大の阻害要因であること」は主張自体失当となる。

⑶　土地所有権構成の「積極的不利益」

土地所有権構成の米軍基地過重負担の「積極的不利益」に関しては、沖縄県の上告受理申立理由書は自治権構成の後に構成しているので、自治権構成の主張立証となっていると考えられる。

２　土地所有権構成の理論枠組み

土地所有権構成を取る場合の埋立法の理論枠組みとしては次の理論構成が前提となる。

⑴　埋立て承認の法的性質

埋立て承認（免許）の法的性質に関して土地所有権取得権説は、埋立事業計画者に特定の公有水面を埋立てて土地造成の竣功を停止条件として埋立地の用途に制限された土地所有権を取得させる権利を設定する処分であるとする理論構成である。国は、「自然公物である公有水面を埋立て、これを利用することが、国民共通の財産である公有水面を廃止し、私的所有権の対象たる陸地とするという特質を有する」（係争委審査国５月９日回答書11頁）として土地所有権取得権説をとるが、沖縄県も次のように土地所有権取得権説も採っていると考えることもできる。

「公有水面を埋め立てて陸地を造成するということは、公有水面という自然公物を公用廃止し、排他的な権利である土地所有権を発生させ、公衆の自由使用を排することを意味する。公有水面について、古来から行われてきた公衆の自由使用を排して特定の者に陸地を造成させてその者に私権（土地所有権）を取得させることの適否、すなわち、公有水面埋立の免許又は承認（以下、本項において『免許等』という。）を認めることについては、当該公有水面の特質と希少性を十分に配慮したとりわけ慎重・厳格な判断が要請されるものであり、また、都道府県知事は、権利化になじまない社会的利益や将来世代の利益を総合的に考慮する責務があるものというべきである」（上告受理申立理由書149頁）。

「米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因であること」の主張立証を勝機の論点とする沖縄県にとっては必然的な土地所有権取得権説の選択である。なぜなら、米軍基地過重負担の不利益である「沖縄経済発展の阻害要因」は国民経済の原動力である土地所有権が広大な米軍基地の土地利用に固定化されている（土地所有権の制限）ことによるものだからである。

しかしながら、上告受理申立理由書の中には非埋立権説を維持するとみられる指摘もある。すなわち「国のなす埋立てについては、それが公

物管理に関する調整権限に関わるものとして、私人に対する免許との性質上の相違は認められるとしても、ここにいう本来的な公所有権の所在から、知事による承認権限に対する制約を演繹することは法の理解を誤るものである」（上告受理申立理由書89頁）。この点については、後述する米軍基地過重負担の自治権構成でも考察する。

なお、旧埋立法は産業の振興の法そのものとして捉えられ、土地所有権を取得させることを目的とするが、1973年の埋立法改正では、国土の合理的利用の政策概念である「埋立地の用途」が基軸概念となり、環境保全の視点（法律構成）が内在する「埋立地の用途」に「制限された土地所有権」取得させることが目的となる。経済との調和条項を削除した公害対策基本法改正（1972年）を受けたものである。改正埋立法は「埋立地の用途」を基軸概念とすることにより、国土の合理的利用の国土利用法制の一環となったといえよう。

⑵　埋立法の趣旨

沖縄県は埋立法の趣旨・目的を「公水法は、埋立の対象となる地域の海域、沿岸域の総合的な管理・利用に関する利益の保護を目的として」（代執行訴訟被告第４準備書面７頁）、地方公共団体利益説をとっていた。しかし、上告受理申立理由書において、埋立法を国土利用法制の一環として捉えることにより、「国土の適正かつ合理的利用による」「国民経済の向上」という国と同旨の理論構成に至ったと考えることができる。

まず、国土利用法制の一環としての埋立法に関して、「国土利用法制を概観してみると、都道府県知事において、環境保全との調和を図りながら、地域における国土利用のあり方を総合的に調整する役割を担っていることがわかる。公水法上の埋立免許・承認は、このような地域における国土利用のあり方の総合調整の一環であるから、都道府県知事が埋立免許・承認を行い、法４条１項各号の要件適合性の判断を行わなければ

ならない」（上告受理申立理由書481頁）。

そして、産業法制としての埋立法に関して「埋立免許・承認は、『国土利用上適正かつ合理的』でなければなしえず（埋立法４条１項１号）、どのように地域の産業を振興していくのか、という地域の国土利用のありかたと整合していなければならない」（上告受理申立理由書482頁・483頁）。

「どのように地域の産業を振興していくのか、という地域の国土利用のありかた」からみると、現在の沖縄県の産業の振興育成は観光産業の振興育成である。「本件埋立対象地は、豊かで貴重な自然生体系をなし、希小生物等の生息地として、極めて高い自然環境価値を有する地域である。また、美しい眺望と静謐さを兼ね備え、良好な大気環境、水環境に恵まれ、この良好な環境はリゾート事業にとっても高い価値を有するものであり、米軍基地が存在しなければこのような観光資源を活用した経済発展が見込まれる地域である」（上告受理申立理由書272頁）。

したがって、埋立法の趣旨・目的は「国民経済の向上に資するもの」即ち「沖縄経済発展に資するもの」となるのある。

第１の根拠は、1973年改正前の大正10年制定の旧埋立法は「国土形成、開発促進を主眼として制定されたもの」（上告受理申立理由書359頁）であったが、同法は、1970年代の環境問題の激化を背景にして、1973年改正により「環境保全法としての性質を有するに至った」（同理由書360頁）とし、それは第２号要件、第３号要件の「環境配慮条項が加えられた」（同理由書360頁）として、第１号要件の「国土利用上適正かつ合理的なること」の基本要件を「環境保全法の性質を有する」ものから排除していることから、以下の第２、第３の「国土利用のあり方」に主眼を置いていることを示唆している。（ただし、２号要件は「１号とは別途に、より直截に環境保全を要請する」（同理由書364頁）とする沖縄県の旧見解を象徴する表現が残っており、混在していることに留意。ただし、裁判

では法解釈の混在は、法の最終的な解釈は裁判所の専権であるので、善解の可能性もある。）

第２の根拠は、まず、国土利用法制の一環としての埋立法に関して、「国土利用法制を概観してみると、都道府県知事において、環境保全との調和を図りながら、地域における国土利用のあり方を総合的に調整する役割を担っていることがわかる。公水法上の埋立免許・承認は、このような地域における国土利用のあり方の総合調整の一環であるから、都道府県知事が埋立免許・承認を行い、法４条１項各号の要件適合性の判断を行わなければならない」（上告受理申立理由書481頁）。つまり、知事の埋立免許・承認を、対象・根拠である埋立法に移すと、埋立法の趣旨は、「環境保全との調和を図りながら、地域における国土利用のあり方」となり、「環境保全」は条件であり、「地域における国土利用のあり方の総合調整」となる。そして、その「地域における国土利用のあり方の総合調整」の判断は、次のように「埋立地の用途」の指定で造形化される。

第３の根拠は産業法制としての埋立法に関して「埋立免許・承認は、『国土利用上適正かつ合理的』でなければなしえず（埋立法４条１項１号）、どのように地域の産業を振興していくのか、という地域の国土利用のあり方と整合していなければならない」（上告受理申立理由書482頁・483頁）。つまり、埋立て免許・承認は、「埋立地の用途」が「国土利用上適正かつ合理的」でなければならないのである。

そして、第４の根拠は、第２の根拠の「地域における国土利用のあり方」、第３の根拠の「地域の国土利用のあり方」の内容は、第３の根拠で、「どのように地域の産業を振興していくのか」と、より具体化されている。

したがって、「地域の国土利用のあり方」は「国土の合理的利用」を含意しているので、その内容は「どのように地域の産業を振興していくのか」を意味する。そして、1973年改正による「環境保全」の視点は、第

２号要件、第３号要件に具現化されているが、第１号要件の側面では「埋立地の用途」に環境保全の視点は内在化しているので、その「埋立地の用途」が「国土利用上適正かつ合理的なること」として、国土利用の「適正かつ合理的なること」に内包することにより、国土の利用が国土の適正かつ合理的利用と表現される。また、産業の振興を基本としながらも、環境保全の強い社会的要請は産業の振興に内在化され、それは「健全」な産業の振興として表現される。そして、相互に関連するが、次の第５、第６の根拠が総合的に判断される。

第５の根拠は、沖縄県は、埋立て承認の法的性質を、最終的には「埋立地の用途」に制限された土地所有権を取得させる土地所有権取得権説を採っていると考えることもできる。国土の合理的利用を示す「埋立地の用途」に「制限され土地所有権」を原動力として健全な国民経済の振興（向上）に資することになるのである。

第６の根拠は、埋立て承認（免許）の趣旨・目的を「国土の適正かつ合理的利用の確保」とする法律構成をしているとも言える。

以上を総合的に判断すると、沖縄県の埋立法の目的である「公共の福祉の増進」の内容は、「国土の合理的利用による健全な国民経済の発展」となり、それが、埋立法の趣旨となる。国の「国土の開発その他国民経済の向上に資するもの」と同旨となる。

要するに、埋立法の趣旨は、「国土の適正かつ合理的利用による健全な国民経済の発展に寄与するもの」（「健全な国民経済の発展」）である。米軍基地は健全な沖縄経済発展の最大の阻害要因である。その「埋立地の用途」としての「米軍基地」は、「健全な国民経済の発展」に照らして、「国土利用上適正かつ合理的なること」（第１号要件）に著しく反することになり、本件承認処分は強い違法性を有することになる。

なお、以上の沖縄県の埋立法の趣旨・目的を定義すると「国土の合理的利用により健全な国民経済の発展を図り、もって公共に福祉の増進に

資することを目的とする」と定義することができる。

また、第１号要件の趣旨は、埋立事業計画者に「埋立地の用途」に制限された土地所有権を付与することにより、環境保全を条件として（第２号要件）、国土・土地の適正かつ合理的利用を確保するものであると定義することができる。

⑶　埋立て承認の趣旨・目的

埋立て承認（免許）の趣旨・目的は「国土の適正かつ合理的な利用の確保」である。国は、埋立法に基づく免許（承認）の趣旨・目的を次のように定義する。

「自然公物である公有水面を埋立て、これを利用することが、国民共通の財産である公有水面を廃止し、私的所有権の対象たる陸地とするという特質を有するとともに、自然環境等を大きく変容させることに鑑み、埋立てが及ぼす自然環境等への影響を十分配慮することを前提に、国民経済の観点から真に必要な埋立てを許容することとし、もって、我が国の国土の適正且つ合理的な利用を確保するということにある」（係争委・国５月９日回答書11頁）と定義し、埋立てによる国民経済の原動力である土地所有権を創設すること（土地所有権取得権説）とするが、その際に自然環境等への十分な配慮（第２号要件）し、また「国民経済の観点から真に必要な埋立ての許容（埋立法の趣旨・国民経済の向上説）を踏まえて、「我が国の国土の適正かつ合理的な利用を確保する」ということを埋立て免許（承認）の趣旨・目的とするというのである。内容的は、埋立て承認（免許）の基本的要件（基準）である第１号要件の「国土利用上適正かつ合理的なること」と重なることになる。

沖縄県も、埋立て承認（免許）の趣旨・目的を国土の合理的利用の観点から、前記国土利用法制の一環として内容的には地域の産業の振興を目的としたものでありながら、当然の環境保全への十分な配慮を条件と

する。

まず国土利用法制の一環として、「国土利用法制を概観してみると、都道府県知事において、環境保全との調和を図りながら、地域における国土利用のあり方を総合的に調整する役割を担っていることがわかる。公水法上の埋立免許・承認は、このような地域における国土利用のあり方の総合調整の一環であるから、都道府県知事が埋立免許・承認を行い、法４条１項各号の要件適合性の判断を行わなければならない」（上告受理申立理由書481頁）。

また、産業法制の側面の埋立法に関して「埋立免許・承認は、『国土利用上適正かつ合理的』でなければなしえず（埋立法４条１項１号）、どのように地域の産業を振興していくのか、という地域の国土利用のありかたと整合していなければならない」（上告受理申立理由書482頁・483頁）。

そして、環境保全の側面の埋立法に関して、「地域の環境情報を集約し、総合的に判断することができるからこそ、埋立免許・承認において、『国土利用上適正且合理的ナルコト』、「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」といった要件を判断することができるのである」（上告受理申立理由書486頁）。

したがって、埋立て承認（免許）の趣旨・目的を「漁業・農業・工業等の産業部門間の調整、住民・地域企業の合意、環境保全や災害防止上の安全確保など、公有水面埋立事業において必要とされる多様な考慮要素を総合的に判断できる結節点」にある都道府県知事だからとする（上告受理申立理由書76頁・478頁）のである。

上述の国土利用法制の一環として産業の振興を図る埋立法を踏まえると、「漁業・農業・工業等の産業部門間の調整」が基本要件の第１号要件の内容となるが、「国土の適正かつ合理的利用の確保」における「合理的利用」は「環境保全」の視点の第２号要件を内在することになる。つまり、上告受理申立理由書は埋立て承認（免許）の趣旨・目的を「国土の

適正かつ合理的な利用の確保」として捉えることが可能となる。

⑷　第１号要件の解釈

第１号要件の解釈「埋立地の用途」が「国土の適正かつ合理的利用である」かの判断枠組みであるとする法律構成である。国土・土地の合理的利用は「土地の用途」、「埋立地の用途」に具現化され、私法の根幹的な権利である土地所有権の合理的制限であるので、諸価値の調整判断となり、その判断対象は「埋立地の用途」となる。

したがって、「『国土利用上適正且合理的ナルコト』とは、埋立て自体及び埋立の用途・埋立後の土地利用を対象として、得られる利益と生ずる不利益という異質な諸利益について、現行の法体系の下で社会に普遍的に受けいれられている諸価値に基づいて比較衡領し、総合的判断として、前者が後者を優越することを意味するものと解される」（上告受理申立理由書142頁）。

「埋立の用途・埋立後の土地利用」即ち「埋立地の用途」は「国土の合理的利用」の裁量判断の具現化であるから、その裁量権の逸脱・濫用かの違法性判断は客観的に「埋立地の用途」が「国土利用上適正かつ合理的」であるか判断され、その不適性、不合理性が判断されると、その裁量権の逸脱・濫用の違法となるのである。

なお、第三者委員会報告書は、埋立法４条１項１号の「国土利用上適正かつ合理的なること」の意義に関して、「埋立てにより得られる利益と、埋立てにより失われる利益（生ずる不利益）を比較衡量して総合的に判断する」（同報告書37頁）とするが、同旨となる。なぜなら、埋立てにより得られる利益と、埋立てにより生ずる不利益を比較衡量する総合的な判断は「国土の合理的利用」の判断枠組み（第１号要件の土地所有権構成）とも言えるからである。

第３節　米軍基地過重負担の自治権構成

１　米軍基地過重負担の自治権構成

米軍基地過重負担の自治権構成そのものが主張されている。しかし、沖縄県は自治権構成による米軍基地過重負担を巨大な自治権の空白地帯のもとに土地所有権構成の「沖縄経済振興の阻害要因」をおいていた。上告受理申立理由書では、前述のように形式的には土地所有権構成を独立した個別の法律構成としているが、実質的には自治権構成を維持している。

「米軍基地には、日本国内法令が適用されないものと解釈・適用されており、また日米地位協定による排他的管理権などの米軍の特権が認められていることから、地方公共団体からすれば、米軍基地の存在とは、自治権の及ばない地域、存在にほかならない。すなわち、県土面積の約10パーセント、沖縄島においては約18パーセントにも及ぶ地域について、自治権が奪われていることになり、巨大な自治権の空白地帯となっている。」（上告受理申立理由書269頁）。

国は、この「主張は失当である」（係争委国３月29日回答書107頁）とする。この自治権構成の米軍基地過重負担の巨大な自治権空白地帯論自体が自治権のないことを意味しているからである。これに対して、高裁は、巨大な自治権空白地帯論を前提とした上で、前述の「本件負担軽減判断」により自治権侵害に当たらないと判断している。

そして、沖縄県の上告受理申立理由書及び上告理由書は、次のように米軍基地過重負担の不利益（被害）を構成している。

２　自治権侵害の内容

上告受理申立理由書は第三者委員会報告及び拙稿の米軍基地過重負担の内実の項目を立てず網羅的に主張しているが、内容的には「米軍基地に起因する事件・事故等」（②と④）と「其の他、米軍人等による刑法犯罪」（③）に区別している。これらの事件・事故及び米軍人等の犯罪等の

発生源は、法的には、自治権構成の巨大な自治権空白地帯によるものではなく、土地所有権の米軍基地面の上下の時空間の自由な利用である基地機能（人的装置・軍人、物的装置（基地）に起因する「積極的不利益」と法律構成するのが土地所有権構成である。したがって、自治権構成では、主張自体失当となり、主張の事実としては認められないことになる。

⑴　地域振興開発の阻害

「過重な米軍基地の存在は、都市形成や交通体系の整備並びに産業基盤の整備など地域に振興開発を図る上で大きな障害となっている。街の中心地に基地を持つ沖縄中部の主要都市では、周辺集落間の交通網が遮断されている。また、米軍基地周辺の住宅・商業地域はゾーニングもされないままスプロール化してできたため、住宅等が密集し、道路整備などが不十分な状況になっている。さらに、沖縄周辺には、28か所の水域と20か所に空域が米軍の訓練区域として設定されるなど、陸地だけでなく海、空の使用も制限されている」（上告受理申立理由書269頁・270頁）。

⑵　「②航空機騒音の住民生活への悪影響演習に伴う事故の発生」について

まず「航空機騒音の住民生活への悪影響」に関して、「飛行場基地周辺においては、環境省の定める環境基準を超える違法な航空機騒音が発生しいおり、地域住民の日常生活及び健康への影響が懸念されている。また、基地周辺の学校では、授業が度々中断されるなど教育面でも影響がでている」（上告受理申立理由書270頁）。

「演習に伴う事故の発生」について、「キャンプ・ハンセン演習場では、度重なる実弾演習や、それに伴う山林火災の発生等により、大切な緑が失われ、山肌がむき出しになるなど、かけがえのない自然環境が損なわれている。その他、同演習場では、無数の不発弾が存在し、その処理には莫大な費用と長い年月を要することが予想される。米軍航空機関連事

故は、復帰後、平成24年12月末現在まで540件（うち墜落43件）発生している。航空機事故は、復帰前の1959年６月30日に発生した、死者17人（小学生11人、一般住民６人）、重軽症者210人という大惨事となった宮森小学校米軍機墜落事故のように、一歩間違えば住民を巻き込む大惨事になりかねないものであり、周辺住民はもとより県民に大きな不安を与えている。」（同上理由書270頁・271頁）。

なお、沖縄県は、「米軍基地の共用による頻繁な航空機の運用は県民生活に深刻な損害を与えている。その被害の深刻さを反映して、普天間・嘉手納飛行場の周辺住民は昭和57年以降、６度に渡る訴訟を提起し、裁判所は、現在継続中のものを除いてすべての訴訟において国による違法な法益侵害の存在を認め、損害賠償請求を認容している。」そして、度重なる訴訟に対して請求認容判決が下され続けているのみならず、各訴訟の原告数も回を追うごとに増大しているという推移からしても、沖縄県において基地に拠る爆音被害が蔓延し、何ら改善されていない状況が端的に現われている」（上告受理申立理由書442頁・443頁）と指摘しているが、米軍基地過重負担の不利益の内容として主張立証していない。米軍基地過重負担の自治権構成では、この裁判の損害額は判断の対象外となるからである。

しかし、土地所有権構成では、爆音訴訟の裁判所も認定する損害賠償請求の認容額は「積極的不利益」として、第１号要件の判断要素の「不利益」を証明する核心となるものである。つまり、爆音訴訟の損害賠償請求の認容額は土地所有権構成では裁判上の重要な「積極的不利益」の主張立証となる重要な事実で、裁判所も判断した事実となるのである。

「具体的には、昭和57年に提起された旧嘉手納爆音訴訟では住民867名に対して総額13億7300万円の損害賠償を、平成12年に提起された新嘉手納爆音訴訟では住民5519名に対して総額56億2692万円の損害賠償をそれぞれ認めた。そして、平成23年に提起された第３次嘉手納爆音訴訟に至っ

ては、原告として名を連ねたのは２万2058名にも及ぶ（なお、平成28年10月現在も第１審継続中）。

他方、同じく基地被害に悩まされる普天間基地近隣住民も平成14年、平成24年にそれぞれ集団訴訟を提起し、平成14年第１次普天間爆音訴訟において住民386名に対して総額約３億6900万円の賠償を認め、平成24年第２次普天間爆音訴訟においては住民の数は3129名まで増加した（なお、同訴訟についても平成28年10月現在第１審継続中である。）。

また、第２次普天間爆音訴訟とは別途、近隣住民2200名余りが原告となって提起した損害賠償請求事件については、平成27年６月11日、那覇地方裁判所沖縄支部において、国の責任を認め、７億5400万円に支払いを認める判決が下されている。」（上告受理申立理由書442頁）。

沖縄県は米軍基地過重負担の土地所有権構成による「消極的不利益」を米軍基地跡理利用の機会喪失の「直接経済効果」を内容として「米軍基地は沖縄経済振興の最大の阻害要因であること」を明確に法律構成したが、現実的には、米軍基地からの爆音騒音という「積極的不利益」の方が裁判所の認定に親和的であり、しかも、上述のように既に認めているのである。沖縄県が最高裁判所での勝機の論点として強力なものとなるのである。裁判所が、米軍基地から離着陸する米軍機の爆音の被害と損害を認定しているからである。しかし、自治権構成では判断対象外となるのである。

⑶ 「③後を絶たない米軍人・軍属による刑事事件の発生」について

「その他米軍人等による刑法犯罪は」、特に、昭和30年９月14日の「由美子ちゃん事件、平成７年９月４日の「米兵少女暴行事件」、最近では、平成28年４月28日の「女性殺害事件」の陰惨な事件が発生している。「昭和47年の日本復帰から平成24年12月末までに5,801件、そのうち凶悪事件が570件、粗暴犯が1,045件も発生するなど、県民の生命、生活及び財産

に大きな影響を及ぼしている」(上告受理申立理由書272頁)。

⑷ 「④汚染物質の流出等による自然環境破壊等」について

「有害物質による土壌汚染・水質汚濁、戦闘機・ヘリコプター等の墜落事故及び油脂類・赤土等の流出」(同上・270頁) 等である。

なお、巨大な自治権空白地帯論のもとでは都市計画等の地域振興開発の障害は自治権侵害にあたらない。自治権空白地帯 (米軍基地負担地域) には自治権が及ばないから自治権空白地帯であるからである。

⑸ 新基地建設は沖縄県民の民意に反する

「沖縄県民の民意に反して、在日米軍基地が一極集中する沖縄県に新たに恒久的・本格的基地を建設してさらに将来にわたって沖縄に米軍基地を固定化し、日本国内における極端な偏在、一地域の著しい過重負担を維持・固定化することは、本来、日本国憲法第13条や第25条等の人権保障、公共の福祉の増進、『国土の均衡ある発展』とその前提となる『健康で文化的な生活環境の確保』という国土利用の基本的理念や環境基本法の『現在及び将来の国民の健康で文化的な生活の確保に寄与するとともに人類の福祉に貢献』という目的等に反するものと言わざるを得ないものであり」(上告受理申立理由書274頁)。

しかし、自治権構成の前提となる非埋立権説は、埋立予定区域に限定された「埋立地の用途」の土地利用効果であるので判断対象とならないが、なるとしても、米軍基地過重負担を自治権構成しているので、主張自体失当となる。

3 自治権構成の理論枠組み

⑴ 埋立て承認の法的性質

米軍基地過重負担の自治権構成と埋立て承認の法的性質に関する非埋

立権説は次のような関係にある。まず、非埋立権説では、埋立てにより生ずる「不利益」を構成する、①埋立て自体によって失われる自然環境、②埋立て後の本件施設等の設置により生じる辺野古沿岸周辺住民に対する航空機事故の危険性や騒音被害の発生可能性の高さ及び深刻さの主張立証に限定され、③陸地（沖縄本島）の米軍基地過重負担は除外される。非埋立権説は、国は埋立法１条１項により公有水面を所有しており、国の埋立ては、その直接排他的に支配する権能に基づいて行うもので承認により権利を設定する必要がないので、知事が海面に対して有する機能管理権との調整上の兼ね合いから知事に対し承認基準を満たすか否かの判断権限を与えたもので、知事の沿岸海域の総合的な管理・利用のための重要な法的コントロールとする見解[74]であり、判断対象が埋立予定区域に限定されるからである。したがって、陸地の米軍基地過重負担を判断対象とする自治権構成となるのである。そして、④米軍基地過重負担は米軍基地の総面積の増減の範囲に限定される判断となるところ、普天間飛行場（4.8㎢）返還と本件埋立予定区域（1.6㎢）の比較による増減で判断され、高裁判決の判示するように、負担軽減となり「不利益」とは判断されない。また自治権構成は住民自治の民意も判断要素となるので、米軍基地過重負担の反対の民意か本件埋立てによる米軍基地建設の反対の民意か争点となる。高裁判決は、「本件埋立て事業によって設置される予定の本件施設等は、普天間飛行場の施設の半分以下の面積であって、その設置予定地はキャンプ・シュワブの米軍使用水域内であることを考慮すれば、沖縄県の基地負担軽減に資するものであり、そうである以上本件新施設等の建設に反対する民意に沿わないとしても、普天間飛行場その他の基地負担の軽減を求める民意（認定事実⑴イ㈦C(e)ないし

[74] 広島地判2013年６月６日、高裁判決書112・113頁、沖縄県も「沿岸海域の総合的な管理・利用にための重要な法的コントロール手法」（違法確認訴訟被告第１準備書面192頁）とする。

(i)) に反するとは言えないし、両者が二者択一の関係にあるとした民意がいかなるいものであるかは証拠上明らかではない。」(判決書136頁・137頁)。

このような論理的帰結は、高裁判決が非埋立権説をとっているからである。そして、高裁判決は、明確に、非埋立権説を採っている。すなわち埋立「法1条1項により、国が公有水面に管理権限を有し、公有水面の埋立権を独占していること、その埋立ての目的もまた国の事業・事務であることを前提として、国の埋立てについては、前記のとおりの観点から、埋立地の実情に精通した都道府県知事の『承認』に係らしめているにすぎないのに対し、国以外の者の埋立ては、公有水面についての埋立権を有していないため、都道府県知事による『免許』によって埋立権の設定を新たに受けるものであって、公有水面の埋立権を本来有している国に対する『承認』と公有水面の埋立権を国以外の者に対して新たに設定する『免許』では、その性質は異なるといえる」(判決書112・113頁)。

そして、沖縄県も非埋立権説をとる。即ち、「公水法は、行政の責任者たつ都道府県知事に対して、県域の重大要素たる海域、沿岸域の総合的な管理・利用の際の重要な法的コントロールの手法として、埋立免許(承認)権限を与えているものである」(代執行訴訟被告第4準備書面6・7頁)と定義する。即ち、沖縄県は、「県域の重大要素たる海域、沿岸域の総合的な管理・利用の際の重要な法的コントロールの手法」として非埋立権説をとるのである。違法確認訴訟で土地所有権取得権説に変更との解釈も考えられたが[75]、上告受理立理由書では、前述のように土地所有権取得権説を混在させる一方で、非埋立権説を明示する。

すなわち、「公有水面埋立法に基づく承認処分は、埋立権の設定を含むや否やに関わらず、そもそも、公有水面という国民全体から託された法

[75] 拙稿「辺野古訴訟と土地所有権」299頁以下参照。

定外公共用物の管理に係るものであり、その具体的な私法的権利の発生は竣工認可・竣工通知という別個の行政行為の結果として初めて生ずるものであって、その対象となる権利関係の性質は明確に異なるものである」（上告受理申立理由書83頁）。

沖縄県は非埋立権説を堅持しているのである。次の叙述にもその点が明示されている。

「公有水面埋立法に基づく承認は、対象地上において事業が行われることを前提として、水面を陸地化する工事を許可する処分であり、国のなす埋立については埋立てをなす権利を設定するものではなく、免許についても一般の私権とは全く比肩し得ない程度強度の制約を有するものであ」る（上告受理申立理由書21頁）とする。

最高裁判所がこの点に着目すると陸地の米軍基地過重負担は判断対象から除外されることになる。

つまり、沖縄県が埋立て承認の法的性質を非埋立権説及び米軍基地過重負担の自治権構成を前提とすると、沖縄県の「主張は失当である」として、米軍基地過重負担の不利益は全く判断要素とならないので、結果として国の主張立証が認められることになるのである。

⑵　埋立法の趣旨

「公水法は、行政の責任者たる都道府県知事に対して、①県域の重大要素たる海域、沿岸域の総合的な管理・利用の際の重要な法的コントロールの手法として、埋立免許（承認）権限を与えているものである。すなわち、②公水法は、埋立の対象となる地域の海域、沿岸域の総合的な管理・利用に関する利益の保護を目的としている」（代執行訴訟被告第４準備書面６・７頁）と定義する。①は埋立承認の法的性質の非埋立権説であり、相互規定的に埋立法の趣旨・目的が「埋立の対象となる地域の海域、沿岸域の総合的な管理・利用に関する利益の保護」とされ、判断対

象が「埋立の対象となる地域の海域、沿岸域の総合的な管理・利用」と、「埋立対象区域」に限定され、陸地の「土地の用途」状況即ち「米軍基地の存在」（米軍基地過重負担）は全く判断対象から除外されるのである。

⑶　埋立て承認（免許）の趣旨・目的

沖縄県の埋立て承認（免許）の趣旨・目的は、判断主体と判断対象という二面的に捉えることができる。上告受理申立理由書は、「公水法はその判断について『漁業・農業・工業等の産業部門間の調整、住民・地域企業の合意、環境保全や災害防止上の安全確保など、公有水面埋立事業において必要とされる多様な考慮要素を総合的に判断できる結節点』である都道府県知事に埋立免許・承認の判断を委ね、国が行う埋立事業についての、国の公益性の判断に何らの特権的な地位も認めていないものである」（上告受理申立理由書76頁）のである。判断の対象を「漁業・農業・工業等の産業部門間の調整」に向けると「土地の用途」による「国土の適正かつ合理的利用の確保」を目的として「埋立地の用途」を核心とする土地所有権取得権説を志向するが、「都道府県知事に埋立免許・承認の判断を委ね、国が行う埋立事業についての、国の公益性の判断に何らの特権的な地位も認めていないもの」という判断主体に着目すると非埋立権説に近く自治権構成を志向することになる。つまり、この定義は、両義的であということである。

⑷　第１号要件の解釈

「公水法第４条第１項第１号は『国土利用上適正且合理的ナルコト』を公有水面埋立免許ないし承認の要件としており、ここでは、①埋立の必要性と自然の保全の重要性、②埋立及び埋立後の土地利用が周囲の自然環境に及ぼす影響の③比較衡量も必要とされる。他方、同項第２号は、『環境保全及災害防止に付十分配慮セラレタルモノナルコト』を求め、１

号とは別途に、より直截に環境保全を要請する（①②筆者挿入）。」（上告受理申立理由書364頁）。

なお、この叙述は、第１号要件の解釈を示すものではないが、①と②「比較衡量も」として「も」も挿入しているが、第１号要件の解釈の環境保全構成を強く意識したものであることに留意すべきである。

第６章　最高裁判決と米軍基地過重負担

第１節　序

最高裁裁判所第２小法廷は、12月20日、上告を棄却する沖縄県敗訴の判決を下した。本章は、最高裁判決は「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」（米軍基地過重負担）をどのように判断したかの観点から考察する。また、沖縄県の敗訴を踏まえて、最高裁判決後の沖縄県の対応を検討する。翁長沖縄県知事は自らの本件承認取消しを取り消すべきか、そして、２月26日に、翁長知事は自ら本件承認取消しを取り消したので、取消後の、沖縄県はどう対応すべきを検討する。まず、最高裁の捉える本件事案の内容を述べ、本判決を４論点において考察し、最後に、最高裁判決後の沖縄県の対応を考察する。

最高裁は、裁判所が当該裁判をどのように捉えているかの法的争点を示す本件事案に関して、次のように説示する。

「本件は、我が国とアメリカ合衆国（以下「米国」という。）との間で返還の合意された沖縄県宜野湾市所在の普天間飛行場の代替施設を同県名護市辺野古沿岸域に建設するための公有水面の埋立て（以下「本件埋立事業」という。）につき、沖縄防衛局が、仲井眞弘多前沖縄県知事（以下「前知事」という。）から公有水面の埋立ての承認（以下「本件埋立承認」という。）受けていたところ、①上告人が本件埋立承認は違法であるとしてこれを取り消したため（以下「本件埋立承認取消し」という。）、

②被上告人が、沖縄県に対し、本件埋立承認取消しは違法であるとして、地方自治法245条の７第１項に基づき、本件埋立承認取消しの取消しを求める是正の指示（以下「本件指示」という。）したものの、③上告人が、本件承認埋立承認取消しを取り消さず、法定の期間内に同法251条の５第１項に定める是正の指示の取り消しを求める訴えの提起もしないことから、④同法251条の７第１項に基づき、上告人が本件指示に従って本件埋立承認取消しを取り消さないことが違法であるとの確認を求める事案である（①～④筆者挿入）。」

最高裁は、本件裁判を、本件埋立事業に関する①本件埋立承認に対して②本件埋立承認取消しがなされたが、③本件指示の取消訴訟が提起されなかったので、④本件指示の不作為の違法を確認するものとする。最高裁は、本件④国による違法確認訴訟は、③沖縄県が取消訴訟をしないことを前提とした裁判であるので、本件裁判の基本的争点は、①本件埋立承認の違法性及び②本件取消しの違法性の判断となる。

そこで、本章は、②本件取消しの違法性と①本件埋立承認の違法性との関連を示す職権取消権の発生要件論を第１論点、また、①本件埋立承認の違法性の判断枠組みの基本を示す公有水面埋立法（埋立法）の法的性格論を第２論点とし、その第２論点と相互規定的な埋立承認の法的性質論を第３論点、第４論点として第１号要件の解釈論、その集約の論点として「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」（米軍基地過重負担）を最高裁はどう判断したかを考察する。そして、最高裁は、沖縄県の法律構成の論理的帰結として米軍基地過重負担を判断対象とせず沖縄県の全面敗訴の判決を下したのである。本章は、最高裁判決が沖縄県の唯一の勝機である米軍基地過重負担を判断要素とせず沖縄県敗訴としたその必然性を考察するものでもある。

そして、最高裁判決の考察の結果、最高裁判決の意義を、以下の６点

に纏めることができる[76]。

第１の意義は、授益的処分に対する職権取消権の発生要件を取消処分の違法性に求める沖縄県取消権説ではなく原処分の違法又は不当にあるとする原処分違法等説を取り、さらに原処分が不当でないときの取消処分は不当ではなく違法であるとして是正指示の対象の法令違反に不当も当たるとする初判断を示した点である。

第２の意義は、埋立法の法的性格を「環境保全」のための「埋立を規制する法」とする埋立承認等規制法説ではなく、「国土の適正且つ合理的利用」のための「土地利用を規制する法」とする土地所有権制限法説を取ったことである。

第３の意義は、埋立承認及び免許の法的性質を授益的処分の特許（設権行為）として土地所有権取得権説を取ったことである。

第４の意義は、承認等の基準である埋立法第４条１項の各号の趣旨・目的は「承認等が都道府県知事の裁量的な判断であること前提に、承認等をするための最小限の要件を定めたもの」であると定義したことである。

第５の意義は、第１号要件の解釈を、「埋立ての目的及び埋立地の用途に係る必要性及び公共性の有無や程度に加え、埋立てを実施することにより得られる国土利用上の効用、埋立てを実施することにより失われる国土利用上の効用等の諸般の事情を総合的に考慮すること」として土地

[76] 岡田正則「『政治的司法』と地方自治の危機―辺野古訴訟最高裁判決を読み解く」（『世界２』（岩波書店、2017年２月号）93頁は、最高裁判決に関して「その内容は、地方自治制度の中で司法権が果たすべき役割をないがしろにし、政権党の横暴を追認してしまった点で、重大な問題をはらむものであるといわざるをえない」と総括する。本稿は、公有水面埋立法の土地所有権構成の立場から、埋立承認は、国土の合理的利用の形成が具体的に進み、その国土の合理的利用による経済的社会関係が形成されていく事実の積み重ねの授益的処分であるのに対し、職権取消しは、その秩序形成を覆滅させるもので、全く行政処分の内容が異なるとともに埋立法は戦後の日本の国土開発の核心をなし、日本の経済発展の基盤であるという歴史的現実の観点から最高裁判決を捉えるものである。

所有権構成の定義をしたことである。

第６の意義は、埋立て承認の裁量権の逸脱・濫用の判断枠組みを判示した点である。すなわち、「承認等が都道府県知事の裁量的な判断であること前提に、承認等をするための最小限の要件を定めたもの」であることに照らせば、「第１号要件においては当該埋立てや埋立地の用途が当該公有水面の利用方法として最も適正かつ合理的なものであることまでが求められるものではないと解される。そうすると、上記のような総合的な考慮をした上での判断が事実の基礎を欠いたり社会通念に照らし明らかに妥当性を欠いたりするものでない限り、公有水面の埋立てが第１号要件に適合するとの判断に瑕疵があるとはいい難いというべきである。」とした点である。

第２節　最高裁判決は原処分違法等説

１　職権取消権の発生要件論の原処分違法等説と沖縄県取消権説

第１論点の職権取消権の発生要件論は、本件埋立承認と本件埋立承認取消しの法的関連性を示すものである。職権取消権は原処分である前知事の埋立承認の違法又は不当に（違法等）より発生するとする見解（原処分違法等説[77]）、職権取消権の発生は現知事が「公有水面埋立法上、埋立承認処分権限を有しているから、既になされている承認処分の違法性（要件充足性）[78]」判断により発生するとの見解（沖縄県取消権説）とが基本的に対立し、辺野古訴訟の本質的争点となるものである。

---

[77] 沖縄県は「原判決は、不当の瑕疵による職権取消しを制限したことに関し過去の最高裁判決等と異なる解釈をする判例違反」を上告受理申立理由書の柱としているが、後述するように、最高裁は、「違法」と「不当」で職権取消権の発生の側面で沖縄県の主張を受けいれ、逆に、「不当」の場合も取消しの「違法」となり、さらに、是正指示の「法令違反」に当たるとして「不当」を自治権の象徴とする法律構成は全面的に否定されている。

[78] 代執行訴訟・被告第10準備書面12頁。また、「同一行政庁による自庁取消しであるから、承認申請の申請時の前沖縄県知事と同じ立場において、公有水面埋立承認出

最高裁は、職権取消しは「行政庁が当該処分に違法等があることを理由としてこれを職権により取り消すこと」と判示して、沖縄県取消権説を全面的に否定し、原処分違法等説を判示した。その根拠として以下のように、授益的処分の原処分の職権取消権の理由を原処分の違法又は不当とする点に求める。

「一般に、その取消しにより名宛人の権利又は法律上の利益が害される行政庁の処分につき、当該処分がされた時点における瑕疵があることを理由に当該行政庁が職権でこれを取り消した場合において、当該処分を職権で取り消すに足りる瑕疵があるか否かが争われたときは、この点に関する裁判所の審理判断は、当該処分がされた時点における事情に照らし、当該処分に違法又は不当（以下「違法等」という。）があると認められるか否かとの観点から行われるべきものであり、そのような違法等があると認められないときには、行政庁が当該処分に違法等があることを理由としてこれを職権により取り消すことは許されず、その取消しは違法となるというべきである。」

この判旨は、原処分の「不当」の場合も取消権が発生することを一般化した上で、法律による行政の原理に含め、その原処分が「不当」でない場合にも取消処分を「違法」として、行政法のレベルでは、「行政の合目的性の回復」も「適法性の回復」に内包させ、行政庁を法秩序維持の主体に組み込んだことになる。自治権も法秩序の枠外にあるのではなく、法秩序を構成するものとして明示したことになる。この判断は、後述の法定受託事務の指是正指示の対象の「法令違反」に当たるとする本判決

願が公水法の要件に適合しているか否かを判断できるものであり」、本件において審査対象となるのは、「現沖縄県知事の判断に裁量権の逸脱・濫用があったか否かである」（係争委審査３月23日審査申出書35頁）として本件承認処分と本件取消処分は同じ裁量つまり「前知事と同じ立場」としている点に特徴がある。後述するように、効果を発生させる承認と、その効果を取消し無効とする取消しを処分として同じとする。

の最大の意義となる。

そして、この論点は、第１に、本件取消処分の違法性（本件訴訟）の審理の対象は何かの争点と、第２に、埋立承認の要件裁量における判断要素の選択の争点、第３に、原処分の不当は法定受託事務の是正指示の対象となる「法令の規定に違反している場合」（地方自治法245条の７第１項、以下、「法令違反」とする。）にあたるか、第４に本件取消しの不法行為の成否、に関連する。

２　本件取消しの違法性（本件訴訟）の審理の対象は何か

第１の本件取消処分の違法性の審理の対象が何かは、職権取消権の発生要件論に対応して、原処分違法等説では、前知事の埋立承認の裁量権の逸脱・濫用の違法性であるが、沖縄県取消権説では、現知事の要件裁量の逸脱・濫用の違法性となる。最高裁判決は職権取消権の発生要件として原処分違法等説を判示したので、以下のように、本件取消しの違法性の審理の対象は前知事の埋立承認の裁量権の逸脱・濫用の違法性となると判示する。

「したがって、本件埋立承認取消しの適否を判断するに当たっては、本件埋立承認取消しに係る上告人の判断に裁量権の範囲の逸脱又はその濫用が認められるか否かではなく、本件埋立承認がされた時点における事情に照らし、前知事がした本件埋立承認に違法等が認められるか否かを審理判断すべきであり、本件埋立承認に違法等が認められない場合には、上告人による本件埋立て承認取消しは違法となる。」

本件取消しの違法性（本件訴訟）の審理の対象に関して、沖縄県取消権説を前提に現知事の本件取消しの裁量権の逸脱・濫用の違法性（有無）ではなく、原処分違法等説を前提とする前知事の本件承認の裁量権の逸脱・濫用の違法性（有無）と判示したのである。

さらに、注目すべきは「本件埋立承認に違法等が認められない場合に

は、上告人による本件埋立て承認取消しは違法となる。」として「不当」が認められない場合にも、本件埋立て承認取消しは「違法」となるとした点である。後述するように「不当」を理由とする取消しの場合も是正指示の対象となる「法令違反」に当たるというのである。

３　埋立承認の要件裁量の判断要素の選択

第２の埋立承認の要件裁量（第１号要件適合性判断）の判断要素の選択に関して、原処分違法等説は前知事の承認の要件裁量ということになり、この前知事の承認の違法等は現知事の取消権の発生要件となるが、沖縄県取消権説では、現知事の本件取消しの発生要件は前知事の承認の違法等とは無関係に、現知事の本件取消しの要件裁量（第１号要件適合性）の違法性が本件取消しの違法性となる。したがって、第１号の要件裁量に関して、米軍基地過重負担を判断要素とすべきかに関連して、原処分違法等説と沖縄県取消権説では主張立証に次のような違いがでてくる。

原処分違法等説では、前知事が第１号要件裁量に米軍基地過重負担を判断要素とせずに本件埋立承認をしたので、判断過程に米軍基地過重負担を考慮要素とすべきで、それを考慮要素とすると承認には至らないとして裁量権の逸脱・濫用の違法となる[79]。したがって、沖縄県が米軍基地過重負担を考慮要素すべき主張立証とその内容の不利益性の高さを主張立証すべきことになる。

他方、沖縄県取消権説では、前知事の本件承認の要件裁量（第１号要件）ではなく、現知事の本件取消しのための現知事による前知事の承認

[79] 最判昭和48年９月14日は「考慮すべき事項を考慮せず、考慮すべきでない事項を考慮して判断する」場合は「裁量権の行使を誤った違法のものである」と判示する。また、最判平成18年２月７日は「裁量権の行使が逸脱濫用に当たるか」は「その判断要素の選択や判断過程に合理性を欠くことがないかを検討」することとする。

の要件裁量（第１号要件）である。現知事は、米軍基地過重負担を第１号要件適合性判断（要件裁量）の要素として要件不適合判断（違法判断）して前知事の承認は違法として本件取消しとなる。原処分違法等説では前知事の承認の要件裁量（第１号要件）であるのに対して、沖縄県取消権説では現知事が承認の要件裁量（第１号要件）をする。したがって、沖縄県取消権説では、第１号要件適合性の要件裁量の判断過程に米軍基地過重負担を判断要素としたために、国が、前知事の要件不適合の判断は裁量権の逸脱・濫用の違法があると主張立証することになる。国が、米軍基地過重負担は第１号要件適合性の判断要素とすべきでない理由及び判断要素としても重大な不利益ではないと主張立証すべきことになる。

最高裁は、前述のように、職権取消権の発生論に関して「行政庁が当該処分に違法等があることを理由としてこれを職権により取り消すこと」と判示して原処分違法等説をとることを明示し、本件取消しの違法性の審理の対象を「前知事がした本件埋立承認に違法等が認められるか否かを審理判断すべき」として、沖縄県取消権説を全面的に否定したのである。

したがって、最高裁判決を前提にすると、前知事の第１号要件適合性の要件裁量による承認を原則として認め、例外として、その判断過程に米軍基地過重負担を考慮要素とすべき理由およびその不利益性の大きさを沖縄県が主張立証すべきということになる。つまり、沖縄県は、前知事の承認の裁量権の逸脱・濫用の違法として米軍基地過重負担を主張立証すべきということになる。

なお、沖縄県取消権説は、埋立承認と承認取消しの関係を「先行する埋立承認という自ら行った先行行為との関係で、職権取消しには何らの制約も課せられないのである[80]。」とする。しかし、本件承認を根拠して受益者である国は1.6㎢の埋立地の恒久的な土地所有権取得を目指して土

[80] 上告受理申立理由書134頁、亘理格「公有水面埋立法４条１項適用における裁量権行使の方向性に関する意見書」（乙H11号証）による。

地造成に莫大な投資しているのであり、その法的根拠となる承認と、それを覆滅させる取消しに何の制約もないというのは、両者の行政処分の内容及び効果を考慮すればあり得ない。沖縄県は、その「承認取消しによって不利益その他の影響を受けることとなる埋立承認の相手方及び利害関係者との関係では、当該承認取消権の制約を受けるのではないか、という問題は別途生じ得る[81]」とする。しかし、埋立承認の相手方に埋立工事の権利を与え（埋立権）、埋立工事竣功を停止条件として土地所有権を取得して社会形成に関与させるのが承認の本質であり、取消しはその法律関係の形成に制約をうけるであり、したがって、承認という原処分が違法又は不当の場合に限って取消権が発生するのである。

最高裁は、この論点に関して、次のように、職権取消権の発生要件に即して、承認の取消には当然に制約があるという含意で、判示の冒頭に「一般に、その取消しにより名宛人権利又は法律上の利益が害される行政庁の処分につき」を述べ、以下のように続ける。

「当該処分がされた時点において瑕疵があることを理由に当該行政庁が職権でこれを取り消した場合において、当該処分を職権で取消すに足りる瑕疵があるか否かが争われたときは、この点に関する裁判所の審理判断は、当該処分がされた時点における事情に照らし、当該処分に違法又不当（以下「違法等」という。）があると認められるか否かとの観点から行われるべきものであり、そのような違法等があると認められないときには、行政庁が当該処分に違法等があることを理由としてこれを職権により取り消すことは許されず、その取消しは違法となるというべきである。」

沖縄県取消権説は法秩序形成の基本的な認識が欠けている理論構成であるという理由で、最高裁で原理的に否定されたのである。

---

[81] 上告受理申立理由書134頁。

4 「不当」は是正指示の対象となる「法令違反」に当たるか

第3の法定受託事務の是正指示の対象となる「法令違反」に当たるかに関して、沖縄県取消権説は、その「法令違反」は原処分の違法を理由とする場合に限定され、原処分の「不当」を理由とする取消しは、「法令違反」には当たらず是正の指示の対象にならないとしてきた。国も、その見解を前提に、「高い不当性」を理由として是正の指示の対象にした。

しかし、最高裁は、職権取消権は「行政庁が当該処分に違法等があることを理由としてこれを職権により取り消すこと」という原処分違法等説を前提に、「前知事がした本件埋立承認に違法等が認められるか否かを審理判断すべきであり、本件埋立承認に違法等が認められない場合には、上告人による本件埋立て承認取消しは違法となる。」

そして、是正指示の対象の場面で、次のように最高裁の自治権と職権取消権の一般法秩序との関係を含意する内容を判示するのである。

「そうすると、本件埋立承認取消しは、本件埋立承認に違法等がないにもかかわらず、これが違法であるとして取り消したものであるから、公有水面埋立法42条1項及び同条3項において準用する4条1項の適用を誤るものであって、違法であるといわざるを得ず、これは地方自治法245条の7第1項にいう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場合に当たる。」

つまり、原処分の違法又は不当を発生要件とする原処分違法等説を前提に行政庁が当該処分に違法等があることを理由としてこれを職権により取り消すと、原処分が違法又は不当（違法等）でない場合には、本件取消しは「違法」となるとし、是正指示の対象である「法令違反」にあたると判示した。最高裁は、職権取消権の発生要件を原処分の違法又は不当とすることによって、原処分が「不当」でないときの取消処分は「不当」ではなく「違法」であることにしたことにより是正指示の対象に「法令違反」に「不当」を含め、是正指示を不当の場合にも拡大したことに

なる。

沖縄県の上告受理申立理由書により「最高裁において明確な判断を示[82]」したのである。沖縄県の形式的論理による地方自治法の隙間を取消権の効力の強さの観点から、その隙間を沖縄県の論理と反対に最高裁は判断したことになる。本判決の重要な意義で初判断である。

５　本件承認取消しは不法行為となるか

第４の現知事の本件承認取消しが不法行為となるかに関して、原処分の違法又は不当を理由とする取消しには違いがある。

原処分の違法を理由とする取消しは、取消しが裁判により許容されると、取消しの効果により原処分は取消され原処分は処分時から無効とされるので、授益的処分により発生した受益者の権利利益も消滅し、権利利益の侵害とならず不法行為は成立しない。また、授益的処分である原処分の違法が認められず、原処分が適法で取消権が発生しない場合でも取消しは不法行為となることはない。なぜなら、原処分の違法を理由とした取消権行使は「適法性の回復」であるからである。つまり、原処分の授益的処分の違法を理由とする取消しは、取消しが許容されてもされなくても不法行為は成立しないことになる。

他方、原処分の不当を理由とする取消しは、その取消しが許容された場合、原処分は取消された無効となり土地所有権取得権は失うが、受益者との関係では授益的処分である原処分は不当であるにすぎず、違法ではないので、不法行為は成立する可能性がある。原処分の不当を理由とする取消しは、「適法性の回復」ではなく、「行政の合目的性の回復」であり行政内部の事情に留まるので、授益的処分の名宛人である受益者の土地所有権取得権侵害という客観的法秩序違反の違法性を阻却しないから

[82] 上告受理申立理由書534頁。

である。また原処分の不当を理由とする取消しが許容されない場合には、原処分は有効ままで埋立工事は再開されるが、埋立工事再開までの損害賠償責任は負うことになる。つまり、原処分の不当を理由とする取消しは、当該取消しが許容されても許容されなくても権利濫用の違法により不法行為が成立する可能性が高いのである。現処分の不当を理由とした取消しは「行政の合目的性の回復」であるからである。

したがって、沖縄県取消権説は原処分の違法又は不当の判断レベルに移すと原処分の「不当」にあたるので、沖縄県取消権説は、承認処分を授益的処分とすると土地所有権取得権説による権利侵害となり賠償違法となり、当然、故意又は過失が内在しているので不法行為となる可能性が高い。最高裁判決は、「取消しにより名宛人の権利又は法律上の利益が害される行政庁の処分」とするので、承認の法的性質を非埋立権説ではなく土地所有権取得権説であるので権利侵害として違法となり不法行為となる。

そして、最高裁は、本件埋立承認の法的性質を一般レベルに及ぶ職権取消しの場面で「一般に、その取消しにより名宛人の権利又は法律上の利益が害される行政庁の処分につき、当該処分がされた時点において瑕疵があることを理由に当該行政庁が職権でこれを取り消した場合において」、埋立承認の原処分の法的性質を「その取消しにより名宛人の権利又は法律上の利益が害される行政庁の処分につき」として「名宛人の権利又は法律上の利益」として、埋立承認のレベルに移すと土地所有権取得権説であることを判示しているといえる。

6　最高裁判決の意義、評価

職権取消権の発生要件論は、各行政処分の処分権者に違いがあり、また各行政処分が段階的である点に特徴がある。

本件違法確認訴訟の訴訟物は、④是正指示の不作為の違法性であるが、

その前提、前段階として、③本件指示の違法性、②本件埋立承認取消しの違法性、①本件埋立承認の違法性と関連しているところ、本判決は次のように説示する。

「本件においては、上告人が本件指示に係る措置として④本件埋立承認取消しを取り消さないことが違法であることの確認が求められているところ、②本件埋立承認取消しは、①前知事がした本件承認埋立承認に瑕疵があるとして上告人が職権で取り消したというものである。」

沖縄県が提起する是正指示の取消訴訟は、③本件指示の違法性、②本件埋立承認取消しの違法性、①本件埋立承認の違法性が争点となるが、国の提起する本件違法確認訴訟の④本件指示の不作為の違法性も、②本件埋立承認取消しの違法性、①本件埋立承認の違法性が争点となるというのである。ちなみに、国による代執行訴訟も、②本件埋立承認取消しの違法性、①本件埋立承認の違法性が争点となる。

いずれの訴訟において、②本件埋立承認取消しの違法性、①本件埋立承認の違法性が争点となる。

そこで、②本件埋立承認取消しの違法性の審理の対象を①本件埋立承認の違法性に求め「前知事がした本件埋立承認に違法等が認められる否かを審理判断すべき」とする原処分違法等説とするか、それとも、②本件埋立承認取消しの違法性の審理の対象を本件取消処分自体に求め「本件埋立承認取消しに係る取消権者の判断に裁量権の範囲の逸脱又はその濫用が認められるか否か」とする沖縄県取消権説とが代執行訴訟以来対立してきた[83]。

[83] 原処分違法性説は、当初は、裁判の対象となるのが原処分の違法であり、その場合は権利の濫用として不法行為にならないという面を強調するものであったが、職権取消権の発生要件として原処分の違法又不当が問題となるとともに、取消処分の要件裁量に焦点が移転するとにより、取消処分の要件裁量そのものとする沖縄県取消説と取消処分の要件裁量認めず、要件裁量は原処分であるとする方向のもとでの原処分違法性説となり、さらに、最高裁判決により、取消権の発生要件は違法又は

最高裁の結論は「本件埋立承認取消しの適否を判断するに当たっては、本件埋立承認取消しに係る上告人の判断に裁量権の範囲の逸脱又はその濫用が認められるか否かではなく、本件埋立承認がされた時点における事情に照らし、前知事がした本件埋立承認に違法等が認められるか否かを審理判断すべきであり、本件埋立承認に違法等が認められない場合には、上告人による本件埋立て承認取消しは違法となる。」

このように職権取消権の発生要件を原処分の「違法又は不当」とすることによって、原処分が「不当」でないときの取消処分は「不当」ではなく「違法」であることにしたことにより「不当」も是正指示の対象の「法令違反」に当たると拡大した点に、最高裁判決の意義がある。

これまでは一般的には原処分の「違法」を理由に取り消したが原処分が「違法」でない場合には取消処分は「違法」となり是正指示の対象となり、原処分の「不当」を理由とする取消処分は、原処分が「不当」でないときには取消処分は「不当」ということとなり、是正指示の対象とするためには「高い不当性」の主張立証が要求されたが、最高裁判決は、原処分の「違法」又は「不当」を区別せずに、「そのような違法等があると認められないときには、行政庁が当該処分に違法等があることを理由としてこれを職権により取り消すことは許されず、その取り消しは違法となるというべきである」。沖縄県の形式的論理による行政法の隙間を取消権の効力の強さの観点から大は小を含めるとの観点のもとに、その隙間を沖縄県の論理と反対に最高裁が判断したことになる。

つまり、原処分の「不当」を理由とした取消しも「違法」として「是正指示」の対象となるというのである。地方自治法秩序においては不当

不当となり「違法等」として原処分違法等説ということになる。したがって、現段階の原処分違法等説は、取消権の発生要件としては原処分の違法又は不当（違法等）となり、その違法の場合は不法行為の成立の余地は少ないが「不当」の場合は不法行為の成立の余地は高くなるとともに取消権制限法理の働く余地が高くなり、取消権は制限され、取消しは違法となる。

の違法状態となる。この結論が、以下のように最高裁の判示となる。

「以上のとおり、本件埋立事業が第１号要件及び第２号要件に適合するとした前知事の判断に違法等があるということはできず、他に本件埋立承認につき違法等があることをうかがわせる事情は見当たらない。そうすると、本件埋立承認取消しは、本件埋立承認に違法等がないにもかかわらず、これが違法であるとして取り消したものであるから、公有水面埋立法42条１項及び同条３項において準用する４条１項の適用を誤るものであって、違法であるといわざるを得ず、これは地方自治法245条の７第１項にいう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場合に当たる。」

職権取消権の発生要件を原処分の「違法又は不当」（違法等）とすることによって、原処分が「不当」でないときの取消処分は「不当」ではなく「違法」であることにしたことにより「不当」も是正指示の対象の「法令違反」に当たると拡大した点に、最高裁判決の意義がある。本判決の重要な意義で初判断である。授益的処分（設権行為）である承認処分の効果と取消処分の効果の現実の効果の違いを踏まえて、承認と取消しの違いを法秩序と現実の経済社会秩序の規定関係において捉えたものである。

また不法行為になるか否かの違法は相対的になり賠償違法の観点から、つまり授益的処分の名宛人である受益者の権利利益の性質に規定されることになる。受益者の権利利益が土地所有権取得権という「所有権類似」の強い権利である場合には違法性が容易に認められ不法行為の「違法性」要件は容易に認められることになる。

第３節　最高裁判決は土地所有権制限法説

１　埋立法の法的性質論に関する土地利用規制法説と埋立規制法説

埋立法の法的性格をどう捉えるかに関して、埋立法を国民経済の向上に資するために埋立地の土地利用を合理的に規制する法律と捉える土地

所有権制限法説と沿岸域の環境の保全のため又は埋立事業のために埋立てを規制する法律と捉える埋立規制法説が基本的に対立している[84]。最高裁は後述するように土地所有権制限法説を説示する。

土地所有権制限法説は、埋立法を国土利用法制（地域形成計画法）の一環として国民経済向上を目的とする土地の合理的利用のための規制法とするものであるが、土地の合理的規制は「埋立地の用途」に「制限された土地所有権」を埋立事業者に取得させる前後のプロセスの法律ということになるからである。したがって、土地所有権は国民経済の原動力・基盤であるので、土地所有権制限法説は埋立法の趣旨・目的を「国民経済の向上に資するもの」（国民経済向上説）とすることを前提とし、埋立承認の法的性質を土地所有権取得権説とすることになる。そして、第１号要件の解釈は、土地所有権制限法説、国民経済向上説及び土地所有権取得説に即した土地となるという埋立法の理論枠組みが相互に関連する関係にあるということになる。

他方、埋立規制法説は沿岸域の環境保全ために又は埋立事業円滑な遂行のために埋立てを規制する法律である。したがって、埋立規制法説は、規制の目的と対象によって、環境保全を基本とする沿岸域の総合的な利用・管理ための埋立規制で、環境保全に問題がある場合は知事は承認を拒否することができるという意味での埋立規制説と埋立事業の円滑遂行のための埋立規制で、関係者の利害状況を総合調整するための埋立事業を規制するという意味での埋立規制法説に区別することができる。前者を埋立承認等規制法説、後者を埋立事業規制法説に区別することにする。

---

[84] 埋立法の法的性格論に関して、広島高判2013年11月13日は「土地利用を規制する法律」と「埋立てを規制する法律」とに区別して、現行埋立法は「埋立てを規制する法律」と捉える。この見解に対して拙稿「公有水面埋立法と土地所有権」（『法政研究』第19巻3―4号、2015年）256頁以下は、「土地利用に関する法律」と「埋立てに関する法律」に区別して「『土地利用に関する法律』とする方が合理的であると考える」（同上265頁）。本稿での「土地所有権制限法説」である。

つまり、埋立承認等規制説は、埋立事業計画が環境保全に問題がある場合には承認（免許）を拒否する方向のための埋立規制法であり、埋立事業規制法説は、埋立事業関係者の利害状況を調整することにより円滑に遂行するために埋立事業を規制する埋立規制法ということになる。

同じ規制法でも土地所有権制限法説は国民経済向上のための積極的な意味での土地の合理的利用のための規制法であるのに対し、埋立承認等規制法説は環境保全のために埋立てを禁止するという消去的意味での規制法となるが、他方、埋立事業規制法説は、埋立事業が円滑に遂行するための埋立事業（関連）の規制という積極的意味での規制法ということになる。

２　沖縄県の見解は埋立承認等規制法説

沖縄県は埋立法の性格に関して、埋立規制法説のうちの埋立承認等規制法説をとることを明言する。沖縄県は、他の論点では土地所有権制限法説につながる見解を混在させている場合もあるが、この埋立承認等規制法説は一貫している。

「昭和48年改正は、無秩序な埋立てを防止し環境を保全する観点から同法が公有水面の埋立てに対する規制法であることを明確にする観点から、法４条１項の免許基準の定め方は、同項各号所定の基準に『適合スルト認ムル場合』以外には『埋立ノ免許を為スコトを得ズ』と、免許を拒否しなければならない場合を明示的に定めることを通して、免許をなし得る場合を同項各号所定の基準に即した判断によって制約するという規定態様を採用し、その反面、免許拒否をなし得る場合を明示的に制約する趣旨の規定を定めていないものである[85]。」

埋立法の法的性格を埋立所承認等規制法説とするので、埋立法４条１

[85] 上告受理申立理由書74頁・75頁。

項の免許（承認）基準を埋立て禁止の方向で再定義するのである。「免許を拒否しなければならない場合を明示的に定めることを通して、免許をなし得る場合を同項各号所定の基準に即した判断によって制約するという規定態様を採用し、その反面、免許拒否をなし得る場合を明示的に制約する趣旨の規定を定めていないものである」。つまり「免許をなし得る場合を同項各号所定の基準に即した判断によって制約するという規定態様」として、同１項各号の規定は、免許をなし得る場合を「制約するという規定態様」を通じて「免許拒否をなし得る場合」を規定しているというのである。なぜならば、埋立法は環境保全のために免許等を禁止する埋立規制法とするからである。

したがって、「公有水面埋立の免許等の判断に関しては、免許等という結論を導く判断には、基準を満たさない事業計画には免許を与えてはならないという意味で厳格な解釈適用が要請される一方、免許等拒否という結論を導く判断には、根拠規定その他の関連法規が定められた背景や趣旨目的を適切かつ十分に考慮した判決が要請されていることを示すものである[86]。」

このような特異な解釈論の根拠を沖縄県は、次のように埋立法の昭和48年改正に求めている。

「公水法は、大正10年に制定された現代では稀となった文語体片仮名の法律である。国土形成、開発促進を主眼として制定されたものであるが、そのような要請があったのは、今から90年以上も昔のことである。制定

[86] 上告受理申立理由書150頁・151頁。このような免許等拒否への解釈の根拠を沖縄県は、昭和48年改正法の施行等を受けての港湾局長及び河川局長通達「公有水面埋立法の一部改正について」における「法第４条１項の基準は、これらの基準に適合しないと免許することができない最少限のものであり、これらの基準のすべてに適合している場合であっても免許の拒否はあり得るので、埋立ての必要性等その他の要素も総合的に勘案して慎重に審査を行うこと」に置く（上告受理申立理由書151頁）。これに対して、最高裁は土地所有権制限法説の観点から、埋立法第４条１項の基準は「基準に適合しないと免許することができない最小限のもの」とする。

当時からの条文は、適用する側には特別の支障がないせいか、依然として大幅な改正には至っていない。

しかしながら、同法は、1970年代の環境問題の激化を背景にして、以下のとおり、環境保全法としての性質を有するに至った。

すなわち、1960年代、日本は高度経済成長期に入り、大規模な海の埋立てが環境を破壊することが顕在化した。これを受け、公水法は、昭和48年、①願書を３週間公衆の縦覧に供することにより利害関係者の意見を反映させる、②知事の埋立免許の裁量行為に法定の基準を明定する、③50haを超える大規模埋立てについては環境保全上の見地から環境庁長官の意見を求める等の規定が新設された[87]。」

さらに、沖縄県は、第２号要件の独立要件をあげ埋立法の「環境保全法としての性質」を強調している。

「ところで、環境保全や災害防止の観点は、元来、適正且つ合理的な国土利用の一環をなし、またその重要な要素の一つであると考えられるので、１号要件の枠内でも十分勘案可能な要素であるが、公有水面の埋立事業の濫用を通してかかる非代替的な価値が損なわれることに対する深刻な危機感を背景として、２号要件として、環境保全と災害防止を一個の明示的な法律規定として独立させたものである。この点に、改正後の公有水面埋立法がいかに自然その他の環境的価値の重要性を重んじているかが、明快かつ象徴的に現われているものである[88]。」

この「公有水面埋立法がいかに自然その他の環境的価値の重要性を重んじているか」を受けて、国土の適正かつ合理的利用の基本要件である１号要件の解釈も環境保全に純化する独自の解釈論を展開するのである。

「公水法第４条第１項第１号は『国土利用上適正且合理的ナルコト』を公有水面埋立免許ないし承認の要件としており、ここでは、埋立の必要

[87] 上告受理申立理由書359頁・360頁。
[88] 上告受理申立理由書361頁。

性と自然の保全の重要性、埋立後の土地利用が周囲の自然環境に及ぼす影響の比較衡量も必要とされる。他方、同項第２号は、『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』を求め、１号とは別途に、より直截に環境保全を要請する[89]。」

ここでは、「埋立後の土地利用が周囲の自然環境に及ぼす影響の比較衡量も」として「も」の１語を入れて環境保全の純化要件批判を回避させているが、それは「自然環境等に及ぼす影響等」として、国及び判決例の１号要件の解釈論のように「等」を入れた解釈を展開すべきであるが、ここに沖縄県の第１号要件の解釈の本質と限界が象徴的に示されていることに留意すべきである。つまり、沖縄県は、埋立法を海及びその周囲の環境保全法として徹底する志向であり、陸地の米軍基地過重負担は全く第１号要件の判断要素とはならないのである。

言い換えると、埋立法を「環境保全法としての性質を有する」とし、「公有水面の埋立てに対する規制法である」とする認識は、戦後の1945（昭和20）年から1972（昭和47）年までの戦後27年間の埋立法に基づく埋立地の総面積1127.16㎢（国土の約0.3％）を「昭和20年、１朝にして国土の約45％を失った我国は、たくましく国土の復興に着手し、しかもなお世界の脅威ともいうべき経済成長をなしとげたが、その間にあって、平和的に領土を拡張する方法、すなわち埋立てが行われた実績[90]」であるという認識と対極にある認識である。戦後の1945（昭和20）年から1998（平成10）年までの埋立地面積が2140.12㎢（国土37万6972㎢の約0.6％）という広大な埋立地が造成され、1972（昭和47）年からでも1012.96㎢も増加しているのである。このような埋立法に基づく埋立ての現実は埋立法の性格を土地所有権制限法とするのである。

---

[89] 上告受理申立理由書364頁。
[90] 三本木健治「公有水面埋立法の改正とその史料的回顧」（自治権研究50巻第７号1974年）27頁・28頁。

ちなみに、沖縄県土面積は2276㎢で国土の約0.6％に米軍専用施設228㎢で約74％を占めている（2016年12月22日の北部演習場約70㎢のうち約40㎢が返還され約70％となる）。埋立法は土地所有権制限法としての性格をもっているので、その論理的帰結として、「埋立地の用途」としての「米軍基地」が国土利用上適正且つ合理的であるあるか」は陸地（沖縄本島1208㎢）に米軍基地意過重負担（221㎢）を判断要素とすることになる。

３　高裁判決は埋立事業規制法説

高裁判決は非埋立権説をとっていることから埋立法の法的性格に関して埋立規制法説をとるが、そのなかでも埋立事業規制法説を積極的にとる。高裁判決の非埋立権説の内容（承認の趣旨）は「国は元々固有の埋立権を有するものの、当該地域に与えることになる埋立て自体から生ずる諸般の利害状況の調整や工事から生じる弊害の防止策等については、地域の実情に詳しい知事に判断させること」（判決書111頁）であるので、高裁判決の埋立規制法説は承認により埋立事業の円滑な遂行の方向での利害関係者との総合調整のための埋立事業の規制の意味での埋立事業規制法説ということになる。

そして、沖縄県の「埋立てを否定する方向で判断することを求めているとする」埋立承認等規制法制説に対して次のように反論する。

「法４条１項１号は、当該埋立てが国土利用上公益に合致する適正なものでることを求めるものであるから、特に本件のような自然海浜の埋立てにおいては、その価値に着目しそれを保全することにより得られるであろう利益をも考慮する必要があるが、その上で、様々な一般的公益を比較考量すべきであって、被告が主張するように、法の趣旨が自然環境を他の公益より重視して、埋立てを否定する方向で判断することを求めているものと解すべき根拠はない。」（判決書137頁）。

4　最高裁判決は土地所有権制限法説

それでは、最高裁は埋立法の法的性格をどのように捉えているのであろうか。次の6点の理由から、埋立規制法説ではなく土地所有権制限法説をとっていると考えることができる。

第1の理由は、最高裁は、埋立法4条1項の各号を、沖縄県の埋立規制法説（埋立承認等規制説）の根拠とする「免許をなし得る場合を同項各号所定の基準に即した判断によって制約するという規定態様」として捉えず、「上記承認等をするための最小限の要件を定めたもの」と解するのである。

「公有水面埋立法は、①42条1項において、国が行う埋立てにつき、当該事業を施行する官庁が都道府県知事から承認をうけるべきことを定め、②その承認の要件が同条3項において準用する同法4条1項により定められているところ、③同項が、同項各号の要件に適合すると認められる場合を除いては埋立ての承認又は免許（以下「承認等」という。）をすることができない旨を定めていることなどに照らすと、④同項各号は、上記承認等が都道府県知事の裁量的な判断であることを前提に、⑤上記承認等をするための最小限の要件を定めたものと解されるのであって、⑥同項各号の規定はこのことを踏まえて解釈されるべきである（①～⑥筆者挿入）。」

「⑤上記承認等をするための最小限の要件を定めたものと解される」という説示が、土地所有権制限法説であることを示すのは、⑤「最小限の要件」の機能が承認拒否の方向の要件として機能するではないということを含意しているからである。そして、「最小限の要件」の機能が承認の拒否の機能を果たさない根拠の1つが④知事の承認等が裁量的な判断であるからである。

そして、第2の理由は、最高裁判決が、埋立法の法的性格論の埋立規制法説と相互規定的な埋立承認の法的性質に関する非埋立権説でなく、

土地所有権制限法説と相互規定的な土地所有権取得権説を取っているからである。つまり、⑤「最小限の要件」が埋立承認等規制説の根拠とならないのは、「③同項が、同項各号の要件に適合すると認められる場合を除いては埋立ての承認又は免許（以下「承認等」という。）をすることができない旨を定めていることなどに照らすと」、⑤「最小限の要件」となるところ、③は承認等が土地所有権取得権説を意味しているからである。私人に対する免許は特許（設権行為）として土地所有権権取得権説として確立していることを前提に、「②その承認の要件が同条３項において準用する同法４条１項により定められているところ」から免許と承認の要件が同法４条１項として同じであることを根拠に「承認も免許もその法効果は同一である[91]」として、承認の法的性質も特許としての土地所有権取得権説となるのである。したがって、承認又は免許と区別する意味はなくなり、「③同項が、同項各号の要件に適合すると認められる場合を除いては埋立ての承認又は免許（以下「承認等」という。）をすることができない旨を定めていることなどに照らすと」として、「埋立ての承認又は免許（以下「承認等」という。）をすること」となるのである。

さらに、第３の理由として、最高裁判決は、承認が権利又は法律上の利益の付与であることを職権取消しの対象である原処分の場面で説示することである。すなわち「一般に、その取消しにより名宛人の権利又は法律上の利益が害される行政庁の処分につき」とは、行政庁の処分（本件では原処分である承認）の法的性質は特許（設権行為）として権利又は法律上の利益の付与を意味するのである。

また、第４の理由は、埋立法の法的性格、埋立承認の法的性質と相互規定的な基本要件である第１号要件の判断枠組みにおいて、土地所有権制限法説と土地所有権取得権説の基軸概念である「埋立地の用途」に「制

[91] 代執行訴訟・原告第１準備書面９頁。

限された土地所有権」の存在根拠（本質）である「国土利用上の効用」が中核概念となっていることである。第１号要件の「国土利用上適正且合理的ナルコト」という要件は「承認等の対象とされた公有水面の埋立てや埋立地の用途が国土利用上の観点から適正かつ合理的なものであることを承認等の要件とするものと解されるところ、その審査に当たっては、埋立ての目的及び埋立地の用途に係る必要性及び公共性の有無や程度に加え、埋立てを実施することにより得られる国土利用上の効用、埋立てを実施することにより失われる国土利用上の効用等の諸般の事情を総合的に考慮することが不可欠」とするのである。この「国土利用上の効用」とは経済主体に土地利用による経済効果をもたらし満足度を高めることで、まさに「土地の用途」による「制限された土地所有権」が土地所有者に経済効果をもたらし満足度を高めることを意味する。「国土利用上の効用」とは国民の自由を基本とする経済活動の原動力・基盤である土地所有権の存在根拠（本質）ということになる。

したがって、第５の理由は、④第１項各号は知事の裁量的な判断であることを前提に、⑤上記承認等をするための最小限の要件であることを踏まえて、⑥同項各号の規定は解釈されるべきとすると、埋立法の法的性格が埋立て拒否の方向の埋立承認等規制法説であると「移設先は辺野古が唯一の解決策であること」の主張立証が必然となるが、土地所有権制限法説を前提とすると、「第１号要件においては当該埋立や埋立地の用途が当該公有水面の利用方法として最も適正かつ合理的なものであることまでが求められるものではないと解される」。したがって、最高裁判決は土地所有権制限法説を取っていると考えることができるのである。

第６の理由は、戦後日本の国民経済向上の原動力・基盤となった埋立地の土地所有権の本質である「国土利用上の効用」を踏まえて、現行の埋立法を国民経済の向上に資するために埋立地の土地利用を合理的に規制する法律と捉える土地所有権制限法説を最高裁判決はとったというこ

とになる。敗戦による国土の約４割を喪失した戦後日本は国土の開発を埋立地に求め、海洋汚染による深刻な自然環境破壊とその上での事業活動に伴う深刻で広範な公害と引き換えに日本の経済復興・発展の原動力・基盤となった埋立地を歴史的現実に捉えたものである。

要するに、戦後の1945（昭和20）年から1998（平成10）年までの埋立地面積が2140.12㎢（国土交通省）という広大な埋立地が造成され（沖縄県土面積は2276㎢）、一方では日本の高度成長及び経済発展の基盤となり、他方で深刻な公害を産みだしたのであるが、最高裁判決は、環境保全のために埋立て（事業）を規制する埋立規制法説ではなく、公有水面埋立法を国民経済の向上に資するために埋立地の土地利用を合理的に規制する法律と捉える土地所有権制限法説を取ったということになる。

したがって、沖縄県が埋立法を「環境保全法としての性質を有する」とし、「無秩序な埋立てを防止し環境を保全する観点から同法が公有水面の埋立てに対する規制法である」とする埋立承認等規制法説と最高裁判決の取る埋立法を言わば「国土利用上の効用」の法とする土地所有権制限法説とは本質的に異なるので、この埋立法の法的性格の捉え方の本質的な違いにより、沖縄県の敗訴は見えていたことになる。

第４節　最高裁判決は土地所有権取得権説

１　埋立承認の法的性質論

埋立て承認の法的性質をどう捉えるか、すなわち免許と同じように特許（設権行為）とするかに関して、非埋立権説、埋立権説及び土地所有権取得権説が主張されていることは前述のとおりである[92]。

非埋立権説の基本は、国は埋立法１条１項により公有水面を所有しており、国の埋立ては、その直接排他的に支配する権能に基づいて行うも

[92] 本稿44頁「埋立て承認の法的性質論」以下参照。

ので承認により権利を設定する必要がないので、知事の承認は、知事が海面に対して有する機能管理権との調整上の兼ね合いから知事に対し承認基準を満たすか否かの判断権限を与えたものとする見解である。

埋立権説は、埋立て承認は埋立工事により土地を造成する「埋立てをなす権利」(埋立権)を付与する処分(設権行為)で、埋立工事竣功認可・竣功通知により埋立地の所有権(土地所有権)を取得するという見解である。土地所有権取得権説との違いは、設権行為という面では同じであるが、埋立権説の承認は埋立工事により土地を造成する権利とする埋立権(狭義の埋立権)に範囲を限定し土地所有権の取得は範囲外とするところ、土地所有権取得権説の承認は、埋立権に土地所有権取得を内在する広義の埋立権とするか、承認に埋立権を内包する土地所有権取得権説ということにある。

土地所有権取得権説は、埋立て承認を「埋立地の所有権を取得させる権利を設定する行為」として、承認段階で承認に埋立工事竣功を停止条件とする土地所有権取得が内在しているとする見解である。山口眞弘・住田正二説は「埋立の承認は、当該官庁が、特定の公有水面を埋立てて、土地を造成し、竣功通知の日において、行政主体に土地所有権を取得させる権利を設定する行為である」と定義し、田中二郎説は、免許であるが、「埋立等の免許は、埋立の竣功認可を条件として埋立地の所有権を取得させる行為である」とする。

以上、埋立承認の法的性質に関して、非埋立権説、埋立権説、及び土地所有権取得権説のいずれが合理的な見解であるかが最終的な論点となるが、前述のように、戦後の1945(昭和20)年から1998(平成10)年までの埋立地面積が2140.12㎢(国土37万6972㎢の約0.6%)という広大な埋立地が造成され、日本の経済発展の基盤となっていることは、土地所有権が国民経済の原動力・基盤であることを踏まえ、また国の所有権も現在は前述のように公所有権説ではないことを勘案すると、埋立て承認

は免許も含めて、その承認等の法的性質は土地所有権取得権説が合理的という結論になる。

２　沖縄県の見解は非埋立権説

沖縄県は、承認の法的性質に関して明確に非埋立権説をとる。無秩序な埋立てを防止し環境を保全する観点から同法が公有水面の埋立てに対する規制法であるという埋立承認等規制法説からの当然の帰結である。

「公有水面上埋立法に基づく承認処分は、埋立権の設定を含むや否やに関わらず、そもそも、公有水面という国民全体から託された法定外公共用物の管理に係るものであり、その具体的な私法的権利の発生は竣工認可・竣工通知という別個の行政行為の結果として初めて生ずるものであって、その対象となる権利関係の性質は明確に異なるものである[93]。」

「公有水面埋立法に基づく承認は、対象地上において事業が行われることを前提として、水面を陸地化する工事を許可する処分であり、国のなす埋立てについては埋立をなす権利を設定するものではなく、免許についても一般の私権とは全く比肩し得ない程強度の制約を有するものであり、この様な、資格を付与する処分が違法・不当である場合、その資格それ自体を維持するということは通常許容されないものであるという性質を解せず、承認と免許の相違について判断することもなく、免許については譲渡性及び相続生が認められると判示しており、職権取消における処分の性質論を誤っている[94]。」

沖縄県は埋立承認の名宛人は国であり、埋立権と土地所有権取得権説という権利を付与する授益的処分ではないこと基本としている。上告受理申立理由書の次の叙述はそれを示している。

「公有水面に係る私法的権利の発生は竣工認可・竣工通知という、免

[93] 上告受理申立理由書83頁。
[94] 上告受理申立理由書21頁。

許・承認処分とは別個の行政行為の結果として初めて生ずるものであって、その対象となる権利関係の性質は明確に異なるものであり、・・その性質は、公共の利益を加味して行われる水面の陸地化工事をなす権能・資格を付与するものである[95]。」

それでは国のなす埋立てはどのようなものであろうか。「国のなす埋立については、それが公物管理に関する調整権限に関わるものとして、私人に対する免許との性質上の相違は認められると[96]」する。この免許と承認の性質上の相違を根拠にして、高裁判決は、職権取消権は制限されるとする。すなわち「法43条３項が、知事の監督権に関する法32条を準用しない趣旨は、国の事業においては同条１項各号に規定する事態が生じても直ちに取消権が生じることとはしない意図にでたものと解する」(判決書113頁)。これに対して、沖縄県は前記の「私人に対する免許との性質上の相違は認められるとしても、ここに言う本来的な公所有権の所在から、知事による承認権限に対する制約を演繹することは法の理解を誤るものである[97]」。すなわち、「公有水面埋立法は、承認処分についても都道府県知事に判断権を認めたものであり、監督処分に基づき行政的執行が可能か否かはともかく、本来的に承認権を有する都道府県知事に対して、現状回復義務を負うのであって（広島高判平成25年11月13日訴訟月報61巻４号761頁)、国のなす埋立が故に、職権取消が制約されると解することは出来ないのである。」(同上理由書94頁)。

沖縄県の法解釈の技術レベルが端的に表れているのであるが、上記広島高裁判決は免許と承認の法的性質は広義の埋立権説（土地所有権取得権説）であり、沖縄県と高裁判決の取る非埋立権説を否定したものであり、高裁判決の批判に広島高裁判決を援用することは自らの免許と承認

[95] 上告受理申立理由書95頁。
[96] 上告受理申立理由書89頁。
[97] 上告受理申立理由書89頁。

の性質上の相違に基づく非埋立権説の法律構成を自己否定することになり得るものである。(同受理申立理由書94頁)。

３　国の見解は土地所有権取得権説

国は、非埋立権説から土地所有権取得権説に変更する。その変更の理由は、以下の５点であると考えることができる。

第１の理由は、免許が特許（設権行為）として土地所有権取得権説であることを前提に「承認も免許もその法効果は同一である[98]」として承認の法的性質を土地所有権取得権説とするのである。

第２の理由は、土地所有権は国民経済の原動力・基盤であるが、国は埋立法の趣旨を「国土の開発その他国民経済の向上に資するもの[99]」として、授益的処分の免許・承認により埋立地の土地所有権を埋立事業者に付与することにより国民経済の向上を図るとしているのである。埋立法の趣旨を国民経済の向上に資するものとすることは、国民経済の原動力・基盤が土地所有権であることから、埋立法に基づく承認・免許の法的性質は埋立工事竣功を停止条件として土地所有権を取得させることにあるということになる。

第３の理由は、財務省が私所有権説をとっていることである。「実務上は、国有財産についてすべての所有権は、私所有権説の立場に立脚して理解されている[100]」。したがって「国有とは、国が権利主体であるというだけで、民法上の所有権という意味以外に解することはできない[101]」のである。

第４の理由は、承認のための要件（埋立法42条３項）が免許と同じ要

[98] 代執行訴訟・原告第１準備書面９頁。
[99] 代執行訴訟・原告第１準備書面８頁、第２準備書面71頁。
[100] 中村稔編・『国有財産精解』322頁。
[101] 同上・322頁。

件（同法４条１項）ということである。要件が同じであれば同じ効果が発生するのが原則であるからである。

第５の理由は、敗戦後の1945（昭和20）年から1998（平成10）年までの埋立地面積が2140.12㎢（国土37万6972㎢の約0.6％）という広大な埋立地が造成され、日本の経済発展の基盤となっているという現実を踏まえ、その経済活動の法的根拠は国民経済の原動力・基盤である土地所有権の基づいているということである。これは、自由主義経済においては政府もその一つの経済主体であるという認識が前提となっている。

以上を踏まえて、国は、埋立て承認（免許）の趣旨・目的に集約させて、埋立法の理論枠組みを次のように総括する。

埋立法に基づく免許（承認）の趣旨・目的は、「自然公物である公有水面を埋立て、これを利用することが、国民共通の財産である公有水面を廃止し、私的所有権の対象たる陸地とするという特質を有するとともに、自然環境等を大きく変容させることに鑑み、埋立てが及ぼす自然環境への影響を十分に配慮することを前提に、国民経済の観点から真に必要な埋立てを許容することとし、もって、我が国の国土の適正かつ合理的な利用を確保するということにある[102]。」

要するに、埋立て承認等の趣旨・目的は、埋立事業者に「埋立地の用途」に「制限された所有権」を取得させることにより（土地所有権取得権説）、「国土の適正かつ合理的な利用を確保するということにある」。

４　高裁判決は非埋立権説

高裁判決は、埋立承認の法的性質に関して非埋立権説をとっている。それを確認する前に、承認の法的性質論を相互規定する埋立承認の趣旨・目的に関する高裁判決は次のとおりである。

[102] 係争委審査・国５月９日回答書113頁。

「法が知事に承認権限を付与した趣旨は、国は元々固有の埋立権を有するものの、当該地域に与えることになる埋立て自体から生じる諸般の利害状況の調整や工事から生じる弊害の防止策等については、地方の実情に詳しい知事に判断させることとしたものと解されるのであり、地方自治法上も法定受託事務と事情に詳しい知事に判断させることとしたものと解されている[103]。」（判決書111頁）。つまり、高裁判決の承認の趣旨は、国は固有の埋立権を有するので特許（設権行為）ではなく、「当該地域に与えることになる埋立て自体から生じる諸般の状況の調整や工事から生じる弊害の防止策等については、地方の実情に詳しい知事に判断させること」にあるとするのである。これは埋立法の法的性格に関して埋立事業規制法説を取ることを意味するのである。したがって、以下のように、埋立法の仕組みを埋立事業規制法説の観点から捉えるのである。

「そして、公有水面の埋立事業は、水面を陸地に改変する大規模な事業として行われるものであって、埋立場所の環境を大きく変更することとなることから、地元の地方公共団体や利害を異にする各団体、漁業権との調整等が不可避的に求められることとなり、法は、これらに鑑みて、埋立免許・承認処分をする前の手続として、埋立願書等を縦覧に供し、かつ期限を定めて地元市町村の意見を聴くこととしたり（法３条１項、42条３項)[104]」する。ちなみに、土地所有権制限法説だと埋立法の仕組みを土地所有権取得過程と捉えるので、出願願書はどのような土地所有権と

[103] 非埋立権説だと承認は何故必要か（趣旨）となり、それに答えたものである。土地所有権取得権説は「埋立地の用途」に「制限された土地所有権」の付与により「国土の適正かつ合理的利用の確保」となり、第１号要件と同旨となる。

[104] 高裁判決書111頁であるが、112頁以下に述べられることは、埋立法の仕組みを埋立事業規制法説の観点から整理したもので埋立事業規制説の到達点である。埋立事業規制法説、非埋立権説（国は固有の埋立権をもっており承認により設定されるわけではない）と沖縄県と同じ見解であるが、沖縄県は、免許・承認の拒否志向であるのに対し高裁判決は承認の実施志向の総合調整機能として埋立法を捉えている。その違いが各争点の場面で表れることになる。

なるかを示すものと捉えられ願書の要件（法２条２項の①１号、②２号、③３号）である①事業者名等（土地所有権の主体）、②埋立区域等（客体・特定地）、③埋立地の用途（土地利用の内容・目的）が肝要となる。

したがって、高裁判決の埋立承認の法的性質に関しては土地所有権制限法説を前提とする土地所有権取得権説ではなく埋立事業規制法説に基づく埋立法の法的仕組みを前提にして以下のように、非埋立権説となる。

「これらは（承認について準用されていない免許に関する規定・筆者挿入）、国が事業主体であることによるもののほか、法１条１項により、国が公有水面に管理権限を有し、公有水面の埋立権を独占していること、その埋立ての目的もまた国の事業・事務であることを前提として、国の埋立てについては、前記のとおりの観点から、埋立地の実情に精通した都道府県知事の『承認』に係らしめているにすぎないのに対し、国以外の者の埋立ては、公有水面についての埋立権を有していないため、都道府県の知事による『免許』によって埋立権の設定を新たに受けるものであって、公有水面の埋立権を本来有している国に対する『承認』と公有水面の埋立権を国以外の者に対して新たに設定する『免許』では、その性質は異なると言える」（判決書112・113頁）。

それでは、承認が権利の設定でない（非埋立権説）としたため、その承認の趣旨は何かとなるが、それが前記の「当該地域に与えることになる埋立て自体から生じる諸般の利害状況の調整や工事から生じる弊害の防止策等については、地方の実情に詳しい知事に判断させること」となるのである。この高裁判決の承認の法的性質の非埋立権説の内容つまり承認の趣旨は、沖縄県のように承認拒否の志向ではなく埋立てから生ずる諸般の利害状況等の調整を知事に任せて埋立てをスムーズに実現させ結果的には「埋立地の用途」に「制限された土地所有権」に変容した所有権を国が取得するための承認の機能ということになり、沖縄県の承認の機能とは逆になる。

したがって、沖縄県が承認拒否の根拠とする昭和48年改正にともなう「環境保全法としての性質を有する」（上告受理申立理由書360頁）との見解に対して、以下のように、根拠がないと否定することになる。

「環境については、後記５のとおり、第２号要件審査において本件承認処分の判断に誤りがあるとは認められず、水面の陸地化に伴う自然破壊等に対し適正かつ十分な措置がとられると期待できること、加えて、法４条１項１号は、当該埋立てが国土利用上公益に合致する適正なものであることを求めるものであるから、特に本件のような自然海浜の埋立てにおいては、その価値に着目しそれを保全することにより得られるであろう利益をも考慮する必要があるが、その上で、様々な一般的公益を比較衡量すべきであって、被告が主張するように、法の趣旨が自然環境を他の公益より重視し、埋立てを否定する方向で判断することを求めているものと解すべき根拠はない。」（判決書137頁）。

沖縄県と高裁判決は埋立承認の法的性質に関して非埋立権説と同じで、しかも、埋立法の法的性格を国土の合理的利用の土地所有権制限法説と対立する環境保全等のための埋立規制法説であるが、この埋立規制法説でも沖縄県の埋立てを否定する方向の埋立承認等規制法説と高裁判決の「埋立て自体から生じる諸般の利害状況の調整や工事から生じる弊害の防止策等」のための埋立事業規制法説という基本的な違いが判断に違いを産むということになる。

５　最高裁判決は土地所有権取得権説

最高裁判決は、埋立法を国民経済の向上に資するため国土の合理的利用の国土利用法の一環とする土地所有権制限法説により土地所有権取得権説を取ることになる。それは、以下の埋立法の法的性格を示す４条１項各号が「⑤上記承認等をするための最小限の要件を定めたもの」と規定する根拠とする①、②、③で、その理由が明らかにされている。

「公有水面埋立法は、①42条１項において、国が行う埋立てにつき、当該事業を施行する官庁が都道府県知事から承認をうけるべきことを定め、②その承認の要件が同条３項において準用する同法４条１項により定められているところ、③同項が、同項各号の要件に適合すると認められる場合を除いては埋立ての承認又は免許（以下「承認等」という。）をすることができない旨を定めていることなどに照らすと、④同項各号は、上記承認等が都道府県知事の裁量的な判断であることを前提に、⑤上記承認等をするための最小限の要件を定めたものと解されるのであって、⑥同項各号の規定はこのことを踏まえて解釈されるべきである（①～⑥筆者挿入）。」

第１の理由は、最高裁判決が、埋立法の法的性格を前述のように土地所有権制限法説をとっていることである。埋立承認の法的性質に関する土地所有権取得権説と土地所有権制限法説は相互の規定関係にあるからである。つまり、⑤「最少限の要件」が埋立承認等規制法説の根拠とならないのは、「③同項が、同項各号の要件に適合すると認められる場合を除いては埋立ての承認又は免許（以下「承認等」という。）をすることができない旨を定めていることなどに照らすと」、⑤「最少限の要件」となるところ、③は「承認等」が土地所有権取得権説を意味しているからである。私人に対する免許は特許（設権行為）として土地所有権権取得権説として確立していることを前提に、「②その承認の要件が同条３項において準用する同法４条１項により定められているところ」から免許と承認の要件が同法４条１項として同じであることを根拠に「承認も免許もその法効果は同一である[105]」として、承認の法的性質も特許として土地所有権取得権を付与するというのである。したがって、承認又は免許と区別する意味はなくなり、「③同項が、同項各号の要件に適合すると認め

[105] 代執行訴訟・原告第１準備書面９頁。

られる場合を除いては埋立ての承認又は免許（以下「承認等」という。）をすることができない旨を定めていることなどに照らすと」として、「埋立ての承認又は免許（以下「承認等」という。）をすること」として、免許が土地所有権取得権説であることを前提として承認の法的性質も土地所有権取得権説であること示しているのである。

第２の理由として、最高裁判決は承認が権利又は法律上の利益の付与であることを職権取消しの対象である原処分の場面で説示するのである。すなわち「一般に、その取消しにより名宛人の権利又は法律上の利益が害される行政庁の処分につき」とは、行政庁の処分（本件では原処分である承認）の法的性質は特許（設権行為）として権利又は法律上の利益の付与を意味するのである。

なお、最高裁判決が「土地所有権」の概念を使わないのは土地所有権が私法及び公法の法秩序の根幹をなす権利であるとともに、土地所有権は国民経済（自由主義経済）の原動力・基盤であるからである。埋立法に基づいて、敗戦後の1945（昭和20）年から1998（平成10）年までの埋立地面積が2140.12㎢（国土37万6972㎢の約0.6％）という広大な埋立地が造成され、日本の経済発展の基盤となっているという現実を踏まえ、その経済活動の法的根拠は国民経済の原動力・基盤である土地所有権の基づいているということを、日本国民が空気のように認識しているからで、敢えて土地所有権に言及する必要はなく「名宛人の権利又は法律上の利益」で十分に理解できるからである。埋立て承認の法的性質を土地所有権取得権説として捉えることは日本の法秩序及び経済社会体制の本質的な認識に基づくものと考えることができる。その土地所有権の本質は「国土利用上の効用」（最高裁判決）である。

第５節　最高裁判決は土地所有権構成

１　第１号要件の解釈論の環境保全構成と土地所有権構成

埋立承認の違法性の判断を決する第１号要件の解釈は、埋立法の法的性格に関して、無秩序な埋立てを防止し環境を保全する観点から同法が公有水面の埋立てに対する規制法であるとする埋立承認等規制説（前述のように高裁判決は埋立事業規制法説）と国民経済の向上のために国土の合理的利用のための土地所有権制限法説とが対立し、埋立承認の法的性質に関する非埋立権説と埋立承認等規制法説、土地所有権制限法説と土地所有権取得権説が相互の規定関係あること考察された。そして、第１号要件の解釈に関して、埋立規制法説（埋立承認等規制法説・埋立事業規制法説）と非埋立権説は環境保全構成、土地所有権制限法説と土地所有権取得権説は土地所有権構成というように区別することができる。

２　沖縄県の解釈は環境保全構成

沖縄県は、埋立法の法的性格論の埋立承認等規制法説を前提に、埋立承認の法的性質を「授益的行政処分ですらない[106]」として非埋立権説を取り、その非埋立権説の内容（承認の趣旨）を「公水法は、行政の責任者たる都道府県知事に対して、県域の重大要素たる海域、沿岸域の総合的な管理・利用の際の重要な法的コントロールの手法として、埋立免許（承認）権限を与えているものである[107]」とする。

したがって、第１号要件の解釈も、環境保全に徹底して、「埋立ての必要性と自然の保全の重要性、埋立及び埋立後の土地利用が周囲の自然環境に及ぼす影響の比較衡量[108]」とする「埋立後の土地利用が周囲の自然

[106] 代執行訴訟・被告第10準備書面７頁は「本件はいわゆる授益的行政処分ですらないのであって（むしろ、周辺住民等に対しては得益的行政処分ですらある）」とする。
[107] 代執行訴訟・被告第４準備書面６頁・７頁、違法確認訴訟・被告第１準備書面192頁。
[108] 代執行訴訟・被告第１準備書面16頁。

環境に及ぼす影響」として土地所有権制限法説の側面を徹底的に排除していた。しかし、2016年４月22日の知事陳述において「埋立自体および埋立後の土地利用を対象」とするとして「土地利用の規制」の側面にも考慮し、その見解は違法確認訴訟でより明確に「『国土利用上適正且合理的利用ナルコト』とは、埋立自体及び埋立ての用途・埋立後の土地利用を対象として、得られる利益と生ずる不利益という異質な諸利益について、現行の法体系の下で社会に普遍的に受け入れられている諸価値に基づいて比較衡量し、総合的判断として、前者が後者を優越することを意味すると解される[109]。」と定義され、上告受理申立理由書でも同じ内容となる[110]。したがって、米軍基地過重負担は、埋立承認の法的性質の非埋立権説を前提に、巨大な自治権の空白地帯として自治権構成され、沖縄県の第１号要件の解釈上では、米軍基地過重負担の不利益は第１号要件の適合性の要件裁量の判断要素となるはずである。しかし、その米軍基地過重負担を自治権空白地帯として自治権構成したため主張自体失当となる。

他方、沖縄県は同じ上告受理申立理由書364頁では、埋立法の法的性格に関する埋立承認等規制説の言及の場面で、これは第１号要件の解釈レベルではないが、第１号要件は「埋立の必要性と自然の保全の重要性、埋立及び埋立後の土地利用が周囲の自然環境に及ぼす影響の比較衡量も必要とされる。他方、同項第２号は、『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』を求め、１号とは別途に、より直截に環境保全を要請する」。ここ至っては、第１号要件は環境保全に純化した要件そのものであり、環境保全的構成ではなく、環境保全構成解釈そのもののようにも読め、埋立法の法的性格に関する埋立承認等規制説を第１号要件に貫徹した解釈論のようにも読める。しかし、「埋立後の土地利用が周囲の自然環境に及ぼす影響の比較衡量も必要」として「比較衡量」と「必

[109] 違法確認訴訟・被告第１準備書面131頁。
[110] 上告受理申立理由書142頁。

要」の間に「も」を入れて、第１号要件レベルでは、陸地の米軍基地過重負担は全く第１号要件の判断対象から排除する法律構成を回避しているように考えられる。しかし、前述のように自治権構成したため主張自体失当となる。

ところで、沖縄県の第１号要件の新解釈でも、埋立法の法的性格を埋立承認等規制法説とすること、埋立承認の法的性質を非埋立権説とし、その非埋立権説の内容（承認の趣旨）を「県域の重大要素たる海域、沿岸域の総合的な管理・利用の際の重要な法的コントロールの手法」とすることにより第１号要は規定されている。したがって、米軍基地過重負担は自治権構成され、その上位概念として「米軍基地の存在による地域公益侵害の固定化という不利益[111]」とする沖縄県の主張立証の要件事実として構成されている。しかも、沖縄県取消権説により承認の第１号要件適合性の要件裁量は現知事にあるとする。そうすると、最高裁の第１号要件の解釈によっては米軍基地過重負担の主張立証は主張自体失当となることにもなる。

３　国の解釈は擬似的環境保全構成

国は、埋立法の趣旨を「国土の開発その他国民経済の向上に資するもの」とし、埋立承認の趣旨・目的を「国土の適正かつ合理的利用の確保」して、埋立法の法的性格に関して土地所有権制限法説をとり、埋立承認の法的性質を土地所有権取得権説を取っているので、土地所有構成になるはずであるが、辺野古訴訟においては陸地の土地利用状況である米軍基地過重負担を第１号要件の判断要素とすることを回避するために（沖縄県が環境保全構成をとっているので敢えて自分の不利になる解釈を展開する必要はない。）、第１号要件の解釈については、下記②において、

[111] 上告受理申立理由書268頁。

埋立規制法説と非埋立権説の環境保全構成と同旨の解釈をする。

第１号要件は「その文言及び事柄の性質上、当該埋立自体及び埋立地の用途が国土利用上の観点からして適正かつ合理的なものであることを要する趣旨とするものと解され、免許（承認）権者がこれに該当するか否かを判断するに当たっては、国土利用上の観点から当該埋立の必要性及び公共性の高さと、①当該埋立自体及び②埋立て後の土地利用周囲の自然環境等に及ぼす影響など、相互に異質な利益を比較衡量した上、③地域の実情などを踏まえ、技術的、政策的見地から総合的に判断することになる（①②③筆者挿入）[112]」とする。

４　高裁判決は環境保全構成

高裁判決は、埋立承認の法的性質に関して、以下のように非埋立権説を取る。「国以外の者の埋立ては公有水面の埋立権を有していないため『都道府県知事』による『免許』によって埋立権の設定を受けるものであって、公有水面の埋立権を本来有している国に対する『承認』と公有水面の埋立権を国以外の者に対して新たに設定する『免許』ではその性質は異なるといえる」（判決書113頁）。このように、非埋立権説を取る高裁判決は、その埋立承認の権限を付与した趣旨（非埋立権説の内容）を「国は元々固有の埋立権を有するものの、当該地域に与えることになる埋立て自体から生ずる諸般の利害状況の調整や工事から生じる弊害の防止策等については、地域の実情に詳しい知事に判断させることとしたものと解される」（判決書11頁）。

このような、高裁判決の非埋立権説の内容（埋立承認の趣旨）を踏まえると、第１号要件の解釈は、以下のように埋立ての必要性及び公共性と埋立地の周辺地域の環境保全を基本とし、陸地の土地利用状況の米基

[112] 係争委審査・国３月29日答弁書６頁。

地過重負担は「地域の実情」として周辺的は判断要素とする環境保全構成となる。

「第１号要件は、埋立て自体及び埋立地の用途が国土利用上の観点から適正かつ合理的なものであることを要するとする趣旨と解され（甲B15）、承認権者がこれに該当するか否かを判断するに当たっては、国土利用上の観点からの当該埋立ての必要性及び公共性の高さと、当該埋立て自体及び埋立て後の土地利用が周囲の自然環境ないし生活環境に及ぼす影響などと比較衡量した上で地域の実情などを踏まえ、総合的に判断することになる」（判決書120頁）。沖縄県の非埋立権説と埋立承認の趣旨（非埋立権説の内容）を「沿岸域の総合的な管理・利用のための重要な法的コントロールの手法[113]」とする見解を踏まえた沖縄県説の第１号要件の解釈と同じようなものである。ただし、旧沖縄県の見解では排除された米軍基地過重負担は高裁判決では「地域に実情」として枠外の判断要素と位置づけることができる。したがって、前述のように「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」（米軍基地過重負担）が「認定事実」とされることになる。

しかしながら、「地域の実情」として判断要素としては弱いものとなり、次のような判断となる。

「本件埋立事業によって設置される予定の本件新施設等は、普天間飛行場の施設の半分以下の面積であって、その設置予定地はキャンプ・シュワブの米軍使用水域であることを考慮すれば、沖縄の基地負担の軽減に資するもの」（判決書136頁）と判示して、米軍基地過重負担は法律上の判断要素としては軽くなっているのである。これは、埋立法の法的性格を埋立事業規制法説とすること、埋立承認の法的性質を非埋立権とすること、及び埋立承認の趣旨を「諸般の利害状況の調整や工事による弊害

[113] 代執行訴訟・被告第４準備書面６・７頁、違法確認訴訟・被告第１準備書面192頁。

の防止等」を知事に判断させることとする法律構成の論理的帰結である。

５　最高裁判決は最初の土地所有権構成

最高裁判決は、埋立法の法的性格に関する土地所有権制限法説、埋立承認の法的性質に関する土地所有権取得権説との相互規定関係として、以下のように、第１号要件の意義・解釈に関して、初めて土地所有権構成をする。

「公有水面埋立法４条１項１号の『国土利用上適正且合理的ナルコト』という要件（第１号要件）は、①承認等の対象とされた公有水面埋立てや埋立地の用途が国土利用上の観点から適正かつ合理的なものであることを承認等の要件とするものと解されるところ、②その審査にあたっては、埋立ての目的及び埋立地の用途に係る必要性及び公共性の有無や程度に加え、埋立てを実施することにより得られる国土利用上の効用、埋立てを実施することにより失われる国土利用上の効用等の諸般の事情を総合的に考慮することが不可欠であり、また③前記⑴で述べたところに照らせば、第１号要件においては当該埋立てや埋立地の用途が当該公有水面の利用方法として最も適正かつ合理的なものであることまでが求められるものではないと解される。そうすると、④上記のような総合的な考慮を上での判断が事実の基礎を欠いたり社会通念に照らし明らかに妥当性を欠いたりするものでない限り、公有水面の埋立てが第１号要件に適合するとの判断に瑕疵があるとはいい難いというべきである（①～④筆者挿入）。」

最高裁判決の論理構成は、①が第１号要件の意義、②がその解釈で、その判断枠組みによる裁量権の行使、③がその裁量権の行使（前知事の第１号要件適合性の裁量判断）を埋立承認等規制説の観点でなく土地所有権制限法説の観点から判断すべきこと、④がその判断の裁量権の逸脱・濫用の違法性の有無、ということになる。

②の第１号要件の判断枠組みの中核である「国土利用上の効用」は、最高裁判決が土地所有権構成をとった判示である。なぜなら「国土利用上の効用」は、国民経済（自由主義経済）の原動力・基盤である土地所有権の存在根拠（本質）であるからである。

したがって、辺野古訴訟の帰趨を決する米軍基地過重負担の自治権構成では、前知事の②の第１号の要件裁量権の行使の判断要素とならないので、例外的に④の判断過程に米軍基地負担を判断（考慮）要素として④の裁量権の逸脱・濫用の違法となるか判断できるか、するかである。したがって、米軍基地過重負担の争点は次節で考察されるので、そこで、②の裁量権の行使を前提に④裁量権の逸脱・濫用を考察することにする。結論的に言えば、最高裁判決では米軍基地過重負担は④の裁量権の逸脱・濫用の判断の考慮要素とはされていない。次節では、その確認と、その理由の考察となる。

第６節　最高裁判決と米軍基地過重負担

１　米軍基地過重負担の自治権構成と土地所有権構成

米軍基地過重負担の自治権構成は埋立地の用途が米軍基地であることを捉えて米軍基地建設のために埋立ては自治権の侵害であるとして、陸地の米軍基地の存在は自治権が奪われた自治権空白地帯として、新たに米軍基地を建設することは自治権の侵害だとするのである。

この自治権構成に対して土地所有権構成は、埋立承認の法的性質は「埋立地の用途」の「制限された土地所有権」を取得させる権利を設定する処分で、埋立工事により土地が造成され土地所有権を取得して、国民経済の原動力である土地所有権により国民経済の向上、地域経済の発展に寄与するものであるとするのである。したがって、埋立地の用途に制限された土地所有権の付与が国民経済の向上に資するものであるかの判断に陸地の土地の用途による土地利用状況が埋立承認の判断要素とすべき

必然性となるのである。つまり、埋立法の法的性格を土地所有権制限法説、埋立承認の法的性質を土地所有権取得権説とし、それに適合する第１号要件の解釈（判断枠組み）が土地所有権構成ということになる。

２　沖縄県の見解は自治権構成

「米軍基地には、日本国内法令が適用されないものと解釈・適用されており、また日米地位協定による排他的管理権などの米軍の特権が認められていることから、地方公共団体からすれば、米軍基地の存在とは、自治権の及ばない地域、存在にほかならない。すなわち、県土面積の約10パーセント、沖縄島においては約18パーセントにも及ぶ地域について、自治権が奪われていることになり、巨大な自治権の空白地帯となっている[114]。」

３　高裁判決は自治権構成

高裁判決は、「本件承処分の第１号要件の審査について、重要な事実誤認等により、その内容が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められ、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものといえるか検討する」として、裁量権の逸脱・濫用を判断するとする。

まず、裁量権の行使に関しては「沖縄県全体としては、一定程度の改善であるとことは否定しがたい事実として、第１号要件具備を肯定したものであり、その前提とした事実及びその評価に誤りや不合理な点があるとは認められない」（判決書127頁）と判示した。

次に、前知事が裁量権行使に判断要素しなかった事項に関して沖縄県の主張立証を高裁判決は、以下のようにまとめる。

---

[114] 上告受理申立理由書269頁。米軍基地過重負担の自治権構成の内容に関しては本稿17頁以下参照。沖縄県は前述のように（本稿126頁）土地所有権構成と考えられる「米軍基地の存在は沖縄県における健全な経済振興の最大の阻害要因」とも主張する。

「被告は、埋立ての遂行による不利益として、沖縄県民の意に反して、豊かで貴重な自然環境と良好な生環境を破壊し、沖縄県や名護市の環境保護等の施策を阻害して新基地を建設し、過去70年余わたり背負わされてきた沖縄の過重な基地負担をさらに将来にわたって固定化する不利益（米軍基地の存在による自治権侵害、健全な経済振興の阻害、米軍基地に起因する環境破壊、米軍基地に起因する事件事故等、沖縄県民の民意に反することを主張する」（判決書135頁）。

そして、高裁判決（136頁）は、「沖縄は重い米軍基地負担を負っているといえる」とし、また「軍用地料や基地労働者所得等の基地関係収入の比重が相対的に低下していくことにより、基地が存在することによる弊害が県民の多数により強く認識され」、「基地の整理縮小を求める民意が形成されてきたことが認められる。そして、このような民意は沖縄県の特殊事情に基づくものとして十分考慮されるべきである」。さらに、「本件埋立地周辺は、特異な地理的環境を有し、多様な生態系が存在し、その中には多くの希少種や新種が含まれたおり、その自然環境は貴重なものであり、その保全は強く求められるものといえる」。

このような米軍基地過重負担の不利益等が承認の判断過程の考慮要素とされ「認定事実」とされているとすると裁量権の逸脱・濫用の違法と判断するのが社会通念であるはずである。

「しかし、認定事実(3)及び(9)並びに弁論の全趣旨によれば、本件埋立事業によって設置される予定の本件新施設等は、普天間飛行場の施設の半分以下の面積であって、その設置予定地はキャンプ・シュワブの米軍使用水域であることを考慮すれば、沖縄県の基地負担の軽減に資するものであり、そうである以上本件新施設等の建設に反対する民意には沿わないとしても、普天間飛行場その他の基地負担の軽減を求める民意（認定事実(1)イ(ｾ)C(e)ないし(i)）に反するとは言えないし、両者が二者択一の関係あることを前提とした民意がいかなるものであるかは証拠上明らか

でない。」（判決書136・137頁）。

なぜ、このような判断となるのであろうか。沖縄県も高裁判決の埋立法の法的性格を埋立規制法説とし、埋立承認の法的性質を非埋立権説とするところ、その承認の趣旨（非埋立権説の内容）は、沖縄県は、「県域の重大要素たる海域、沿岸域の総合的な管理・利用の際の重要な法的コントロールの手法」であり、高裁判決は「埋立て自体から生ずる諸般の利害状況の調整や工事から生じる弊害の防止策等については、地域の実情に詳しい知事に判断させること」であり、埋立予定区域周辺であり陸地の米軍基地過重負担は承認の判断対象とならない。そこで、埋立ての目的が新米軍基地建設であることを捉えて、承認権限は自治権であるので新基地建設は自治権の問題だとし、自治権の内容である団体自治（自治体の事務）と住民自治（民意）の観点から陸地の米軍基地を捉えなおし、陸地の米軍基地過重負担を自治権構成するのである。つまり「米軍基地には、日本国内法令が適用されないものと解釈・運用されており、また、日米地位協定による排他的管理権などの米軍の特権が認められていることから、地方公共団体からすれば、米軍基地の存在とは、自治権の及ばない地域、存在にほかならない。すなわち、県土面積の約10パーセント、沖縄島においては約18パーセントにも及ぶ地域ついて自治権が奪われていることになり、巨大な自治権の空白地帯となっている[115]」。

米軍基地過重負担の自治権構成による判対象となるのは米軍基地過重負担が巨大な自治権空白地帯と定義されたように、本質的な判断対象は米軍基地面積の増減となる。また、民意は、新基地反対の民意と普天飛行場その他の基地負担軽減を求める民意と区別される。

ところで、沖縄県の主張する米軍基地過重負担の内容は前述のように

[115] 上告理由書10頁、上告受理申立理由書268頁。違法確認訴訟の高裁段階では沖縄県は米軍基地過重負担の自治権構成で一貫していたが、上告受理申立理由書段階で自治権構成を基本に土地所有権構成も混在させることになる。

過去70年余わたり背負わされてきた沖縄の過重な基地負担をさらに将来にわたって固定化する不利益は、①米軍基地の存在による自治権侵害、②健全な経済振興の阻害、③米軍基地に起因する環境破壊、④米軍基地に起因する事件事故等、⑤沖縄県民の民意に反することである。この①から⑤の事実のなかで、自治権の内容になるのは、①と⑤だけである。したがって、沖縄県と高裁判決のとる自治権構成では①と⑤しか判断対象とならない結果「本件埋立事業によって設置される予定の本件新施設等は、普天間飛行場の施設の半分以下の面積であって、その設置予定地はキャンプ・シュワブの米軍使用水域であることを考慮すれば、沖縄県の基地負担の軽減に資するものであり、そうである以上本件新施設等の建設に反対する民意には沿わないとしても、普天間飛行場その他の基地負担の軽減を求める民意に反するとは言えない」との判示は沖縄県の自治権構成の論理的帰結でもある。

ちなみに沖縄県の米軍基地過重負担の②③④は自治権の侵害ではなく沖縄県民（国民）の権利利益の侵害である。米軍基地過重負担の不利益は土地所有権の土地利用（米軍人等・物的施設）から生じる不利益であるので、土地所有権構成だと米軍基地過重負担の判断対象そのものとなるのである。そして、埋立法を根拠法規とする埋立承認により埋立事業者の国（沖縄防衛局）に埋立工事竣功を停止条件として埋立地の土地所有権を取得させ当該土地の利用に供して米軍基地機能（軍事施設、軍事訓練、その軍人等）を果たすのである。その基地機能の過程に米軍基地過重負担による不利益は生ずるのである。したがって、米軍基地過重負担を埋立承認の判断要素とすべき法律構成は米軍基地過重負担の土地所有権構成、その前提として埋立承認の法的性質を土地所有権取得権説とし、埋立法の法的性格を土地所有権制限法説としなければならないのである。

沖縄県は、自らの米軍基地過重負担の自治権構成の論理的帰結である高裁判決に対して、「屁理屈」と批判する。

「このように単に基地の建設場所や、面積が今より小さくなるから自治権侵害に当たらないと言う論理は、沖縄における米軍基地による被害や過重負担の実態を完全に無視した、屁理屈に等しいものであり言語道断である[116]。」

自らの米軍基地過重負担の自治権構成に対して「沖縄における米軍基地による被害や過重負担の実態を完全に無視した、屁理屈に等しいものであり言語道断である」として自己批判していることになる。

４　国の見解は土地所有権構成

国は、陸地の米軍基地過重負担を土地所有権構成する。なぜなら、国は、陸地の普天間飛行場の返還跡地利用の直接経済効果（機会費用）、年間約3866億円（現在約120億円の約32倍）を第１号要件の評価根拠事由として「宜野湾市の経済発展をもたらす公益」を主張立証するところ、その直接経済効果（機会費用）は土地所有権の存在根拠（本質）である「国土利用上の効用」（最高裁判決）としての機会費用を示すものだからである。また、米軍基地過重負担の土地所有権構成は、国の理論構成である国民経済向上説、土地所有権制限説、土地所有権取得権説の論理的帰結でもある。

これに対して、沖縄県は、国の埋立てについても承認の権限は知事に付与されているとして、埋立てによる米軍基地過重負担の不利益を、第１号要件の判断要素としていない前知事の裁量権の行使を前提に、訴訟上、評価障害事由とする裁量権の逸脱・濫用の考慮要素として米軍基地過重負担を自治権構成する。

ところが、国は、その自治権構成の前提である知事の国防・外交上の適否自体を争点として、その自治権構成の主張は失当であると反論する。

---

[116] 上告理由書３頁。

沖縄県知事が法に基づき埋立承認の要件該当性を判断するに当たって、日米間の合意によって米軍に提供する本件新施設等の配置場所を辺野古沿岸域とすることの国防・外交上の適否について、これを審理判断する権限があると解する余地はなく、仮に、沖縄県知事が、第１号要件適合性を判断するに当たり、国防・外交上の観点からみた埋立ての必要性につき審理判断をすることができるとしても、都道府県知事は、国の本来はたすべき役割に関する国による国防・外交上の政策判断を尊重すべきことは当然であるから、国の当該判断が明らかに合理性を欠いているとみとめられない限り、これを覆して独自に審査することはできないというべきである[117]。

「したがって、都道府県知事が公有水面埋立てに係る法４条１項１号適合性を審査判断するに当たり、国防・外交上の観点からの政策的、技術的な裁量に基づく国の決定の当否を、改めて独自に審査する権限は付与されていないというべきであるから、『沖縄県における過重な負担や基地負担についての格差の固定化』について、前知事により『適切に考慮されていない』とする審査申出人の主張は失当である」（係争委審査国３月29日答弁書107頁）。

要するに、普天間飛行場の跡地利用の直接経済効果に関して、国は、米軍基地過重負担の土地所有権構成により評価根拠事由とするところ、沖縄県の自治権構成による評価障害事由の主張は、これから、最高裁判決の「国土利用上の効用」を中核とする土地所有所有権構成により「失当」となるところ、土地所有権構成による直接経済効果は、沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実により沖縄県民の経済的損失の評価障害事由となるので、今後、沖縄県は、米軍基地過重負担を土地所有権構成すべきことになる。

[117] 高裁判決書14頁による。その根拠を14頁以下に詳細にまとめる。

５　最高裁判決は土地所有権構成

最高裁判決は、米軍基地過重負担を第１号要件の判断要素としていない。最高裁判決が米軍基地過重負担を第１号要件の判断要素としないのは第１号要件の解釈に基づくものである。以下、その論理展開を考察するが、その前提となる、第１号要件の意義・解釈は、以下のようなものである。

最高裁判決は、埋立法の法的性格に関する土地所有権制限法説、埋立承認の法的性質に関する土地所有権取得権説と相互規定関係として、前述のように、第１号要件の意義・解釈に関して、初めて土地所有権構成を判示する。

「公有水面埋立法４条１項１号の『国土利用上適正且合理的ナルコト』という要件（第１号要件）は、①承認等の対象とされた公有水面埋立てや埋立地の用途が国土利用上の観点から適正かつ合理的なものであることを承認等の要件とするものと解されるところ、②その審査にあたっては、埋立ての目的及び埋立地の用途に係る必要性及び公共性の有無や程度に加え、埋立てを実施することにより得られる国土利用上の効用、埋立てを実施することにより失われる国土利用上の効用等の諸般の事情を総合的に考慮することが不可欠であり、また③前記⑴で述べたところに照らせば、第１号要件においては当該埋立てや埋立地の用途が当該公有水面の利用方法として最も適正かつ合理的なものであることまでが求められるものではないと解される。そうすると、④上記のような総合的な考慮を上での判断が事実の基礎を欠いたり社会通念に照らし明らかに妥当性を欠いたりするものでない限り、公有水面の埋立てが第１号要件に適合するとの判断に瑕疵があるとはいい難いというべきである（①～④筆者挿入）。

最高裁判決の論理構成は、①が第１号要件の意義、②がその解釈で、その判断枠組みによる裁量権の行使、③がその裁量権の行使（前知事の

第１号要件適合性の裁量判断）を埋立承認等規制説の観点でなく土地所有権制限法説の観点から判断すべきこと、④がその判断の裁量権の逸脱・濫用の違法性の有無、ということになる。

辺野古訴訟の帰趨を決する争点の米軍基地過重負担が前知事の②の第１号の要件裁量権の行使の判断要素となっていないので、例外的に④の判断過程に米軍基地負担を判断（考慮）要素として裁量権の逸脱・濫用の違法性の有無の判断となるである。

まず、最高裁判決における②前知事の裁量権の行使（第１号要適合性判断）を、最高裁判決は「本件事実関係の概要」において、次のように説示している。

「上記審査のうち本件埋立事業が第１号要件に適合するか否かの審査においては、普天間飛行場の周辺に学校や住宅、医療施設等が密集しており、騒音被害等により住民生活に深刻な影響などが生じていることや、過去に同飛行場周辺で航空機の墜落事故が発生しており、同飛行場の危険性の除去が喫緊の課題であることを前提に、①同飛行場の施設面積が約4.8㎢であるのに対し、本件新施設等の面積が約２㎢であり、そのうち埋立面積が約1.6㎢であることなどから埋立ての規模が適正かつ合理的である、②沿岸域を埋め立てて滑走路延長線上を海域とすることにより航空機が住宅地の上空を飛行することが回避されることや、本件新施設等が既に米軍に提供されているキャンプ・シュワブの一部を利用して設置されることなどから、埋立の位置が適正かつ合理的であるなどとされた上で、本件上立事業が第１号要件に適合すると判断されている。」（事実関係等の第１の２⑷イ）。

この前知事の裁量権の行使（第１号用要件適合性の裁量判断）には、米軍基地過重負担は判断要素（考慮要素）となっていない。それでは、最高裁判決は、高裁判決のように沖縄県が自治権で構成する米軍基地過重負担を考慮要素とする「上記被告の主張する事実を考慮したとしても、

本件承認処分の第１号要件の審査が誤りであると認めることはできない」（判決書137頁）として裁量権逸脱・濫用の判断をしているのであろうか。

そこで、最高裁判決は前記のような第１号要件の適合性判断の②裁量権の行使を前提に、④に米軍基地過重負担を考慮要素として裁量権の逸脱・濫用の違法性を、どのように判示しているのか、以下にみてみよう。

「これを本件についてみるに、本件埋立事業は普天間飛行場の代替施設（本件新施設等）を設置するために実施されるものであり、前知事は、同飛行場の使用状況や、同飛行場の同飛行場の返還及び代替施設の設置に関する我が国と米国との間の交渉経過等を踏まえた上で、前記第１の２⑷イのとおり、騒音被害等により同飛行場の周辺住民の生活に深刻な影響が生じていることや、同飛行場の危険性の除去が喫緊の課題であることを前提に、①本件新施設等の面積や埋立面積が同飛行場の施設面積と比較して相当程度縮小されること、②沿岸域を埋立てて滑走路延長線上を海域とすることにより航空機が住宅地の上空を飛行することが回避されること及び本件新施設等が既に米軍に提供されているキャンプ・シュワブの一部を利用して設置されるものであること等に照らし、埋立の規模及び位置が適正かつ合理的であるなどとして、❸本件埋立事業が第１号要件に適合すると判断するところ、❹このような前知事の判断が事実の基礎を欠くものであることや、その内容が社会通念に照らし明らかに妥当性を欠くものであるという❺事情は認められない。

したがって、本件埋立事業が第１号要件に適合するとした前知事の判断に違法等があるということはできない（❸❹❺筆者挿入）。」

この最高裁判決は、②裁量権の行使を前提に、④米軍基地過重負担を裁量権逸脱・濫用の考慮要素として判断しているのであろうか。それは、前記前知事の前記第１の２⑷イにみた②の裁量権の行使では、「本件埋立事業が第１号要件に適合すると判断されている」という説示であるが、本判決では「❸本件埋立事業が第１号要件に適合すると判断するところ、

❹このような前知事の判断が事実の基礎を欠くものであることや、その内容が社会通念に照らし明らかに妥当性を欠くものであるという❺事情は認められない。」と判示する。②が❸で、④が❹であるが、本件では沖縄県が主張立証する米軍基地過重負担の自治権構成は❺事情で、この「❺事情は認められない。」と判示する点に、沖縄県の主張立証する米軍基地過重負担は考慮要素として判断の対象となっていないということを判示する。そのことを、結論で確認することにしよう。

「以上のとおり、❸本件埋立事業が第１号要件及び第２号要件に適合するとした前知事の判断に違法等があるということはできず、❺他に本件埋立後承認につき違法等があることをうかがわせる事情は見たらない。そうすると、本件埋立承認取消しは、本件埋立承認に違法等がないにもかかわらず、これが違法であるとして取り消したものであるから、公有水面埋立法42条１項及び同条３項において準用する４条１項の適用を誤るものであって、違法であるといわざるを得ず、これは地方自治法245条の７第１項にいう都道府県知事の法定受託事務の処理が法令の規定に違反している場合にあたる。」

この結論部分で、「❺他に本件埋立後承認につき違法等があることをうかがわせる事情は見たらない。」と判示されており、沖縄県の米軍基地過重負担の主張立証は最高裁判決上は存在していないのである。

それでは、なぜ最高裁判決は、辺野古訴訟の沖縄県の唯一の勝機である戦後の70年余にわたる「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」（この米軍基地過重負担の不利益は①沖縄経済発展の最大の阻害要因、②航空機騒音の住民への悪影響や演習に伴う事故の発生、③後を絶たない米軍人・軍属による刑事事件の発生、④汚染物質の流出等による自然環境破壊等の発生、⑤不平等な基地負担の国民の安全保障観への悪影響である。）を前知事の承認の裁量権の逸脱・濫用の違法の考慮要素としなかったのであろうか。

第１の理由は、沖縄県の米軍基地過重負担の法律構成が自治権構成で土地所有権構成ではなかった点である。

第２の理由は、沖縄県の法律構成が法秩序と現実の経済社会秩序の関係性という基本的な法認識が欠如していることに対する既成秩序の維持を使命とする最高裁判所の判断になじまなかったという点である。それは職権取消権の発生要件である沖縄県取消権説であり、また、埋立法の法的性格に関する現行埋立法は免許等の拒否の方向で解釈すべきとする埋立承認等規制説、埋立承認の法的性質を非埋立権説を堅持する姿勢である。

まず、沖縄県取消権説であるが、沖縄県取消権説の特徴は、承認処分と取消処分は同じ裁量権で承認処分に制約されないという点であるが、授益的処分（設権行為）である承認処分の効果と取消処分の効果の違いを現実の経済社会秩序の形成の側面で捉えると、承認処分は経済社会秩序を土地の合理的利用を通じて形成するものであるのに対し、取消しは、その土地の合理的利用により形成する又は形成するであろう経済社会秩序を転覆する行政処分である。本質的に異なる承認処分と取消処分を知事の行政処分としての自治権とするのは自治権による法秩序と経済社会秩序の破壊とも考えることができるからである。

次に、埋立法の法的性格に関する埋立承認等規制説は、埋立法の趣旨が自然環境を他の公益より重視して、埋立てを否定する方向で判断することを求めているものとする見解であるが、これに対して、最高裁判所は、戦後日本の国民経済向上の原動力・基盤となった埋立地の土地所有権の「国土利用上の効用」を踏まえて、現行の埋立法を国民経済の向上に資するために埋立地の土地利用を合理的に規制する法律と捉える土地所有権制限法説の観点から第１号要件の解釈を土地所有権構成で、外交・国防に関する事項も承認権限に内包しているという法律構成には違和感をもったと考えられる。最高裁は、敗戦による国土の約45％を喪失した

戦後日本は国土の開発を埋立地に求め、海洋汚染による深刻な自然環境破壊とその上での事業活動に伴う深刻で広範な公害と引き換えに日本の経済復興・発展の原動力・基盤となった広大な埋立地を、歴史的現実に捉えたものと考えられる。

そして、沖縄県の主張する埋立承認の法的性質に関する土地所有権取得権説の回避傾向と非埋立権説の堅持の姿勢である。最高裁判決が、第１号要件の解釈・判断枠組みを「埋立ての目的及び埋立地の用途に係る必要性及び公共性の有無や程度に加え、埋立てを実施することにより得られる国土利用上の効用、埋立てを実施することにより失われる国土利用上の効用等の諸般の事情を総合的に考慮することが不可欠」であるとし、「国土利用上の効用」を、その判断枠組みの基底・核心においたのは、「国土利用上の効用」概念が土地所有権の存在根拠（本質）をなしていることから最高裁判決が第１号要件の土地所有権構成及び承認の法的性格を土地所有権取得権説を前提としていることを含意しているのである。最高裁判決が土地所有権概念を明示に使わないのは土地所有権が私法及び公法の法秩序の根幹をなす権利であるとともに、この土地所有権は国民経済（自由主義経済）の原動力・基盤であるからである。埋立法に基づいて、敗戦後の1945（昭和20）年から1998（平成10）年までの埋立地面積が2140.12㎢（国土37万6972㎢の約0.6％）という広大な埋立地が造成され、日本の経済発展の基盤となっているという現実を踏まえ、その経済活動の法的根拠は国民経済の原動力・基盤である土地所有権の基づいているということを、日本国民が空気のように認識しているからで、敢えて土地所有権に言及する必要はないのである。沖縄県が埋立て承認の法的性質を土地所有権取得権説をとらず、「埋立地の用途」としての「米軍基地」ではなく、それから独立させ、米軍基地の建設を承認権限を媒介にして自治権に組み入れることの含意を捉えて、最高裁判決は、陸地の米軍基地過重負担を全く第１号要件の判断要素から除外したと考え

られるのである。

要するに、本件新施設等の配置場所を辺野古沿岸域とすることの国防・外交上の適否について審理判断する権限があることを前提とする自治権の法律構成自体に根本的な誤りがあるとともに最高裁判決は第１号要件の解釈を土地所有権構成するので、陸地の米軍基地は過重負担の自治権構成では全く第１号要件の判断要素とする余地はなかったと考えられる[118]。

第７章　最高裁判決後の沖縄県の法的対応策

第１節　序

最高裁は2016年12月20日、辺野古違法確認訴訟において沖縄県に敗訴の判決を言い渡した。そして、2016年12月26日、翁長沖縄県知事は自らの意思で知事として本件承認取消しを取り消した。翁長知事は最高裁判決の当日、自ら本件取消しを取り消す意向を表明していたので、翌日の新聞紙面では「県民への重大な裏切り」との批判がで、そして、26日には取消し反対の運動が展開されたが、地方自治法上は代執行訴訟が準備されているのに、翁長知事は自ら取消した。まず、翁長知事は本件取消しを取り消すべきかを考察する。翁長知事の取消し後、沖縄県は、あらゆる手法により埋立工事を阻止すると表明している。そこで、知事の取消し後の法的対応策として、どのような法的手段が日本の法秩序において用意されているのかを検討する。第１に、埋立て承認の撤回となるが、

[118] 岡田正則・前掲注（76）『世界２』96頁は「国防に関する事項を県の側がどのように判断できるかも注目された」が、最高裁判決は「現知事には埋立地用利用の合理性に関する判断権がないという位置づけをすることによって、この問題を回避した」とするが、最高裁判決は、一応、判断権はあるとする高裁判決よりもっと辛辣で、そもそも埋立法に基づく承認には、そのような国防・外交事項は関連性がなく権限自体問題にならないと判断しているのである。いわば、この論点に関して、高裁判決は棄却みたいなものであるが、最高裁判決は却下といえるような判断ということになる。

知事の自らの取消しは「前知事の承認の適法性」を自ら認めた埋立工事の合法性により、現翁長知事の埋立工事阻止の権限等を自ら放棄した形となった。現翁長知事が権限行使するには出直し選挙により禊を受けた新翁長知事が前提となる。そこで撤回権行使の前提となる出直し選挙の際に「撤回指示・辺野古埋立反対」、「米軍基地過重負担による損失補償」及び「キャンプ・シュワブ返還交渉義務付け訴訟」の「県民投票」の実施となる。第２は、米軍基地過重負担による機会費用の損失補償請求、第３は、キャンプ・シュワブ返還交渉義務付け訴訟である。まず、二つの論点の前提となる最高裁判決直後の状況を、新聞各紙面を通じて確認する。

第２節　最高裁判決後の状況

最高裁は2016年12月20日、辺野古違法確認訴訟において沖縄県の敗訴の判決を下した。地元紙２紙は翌21日、一面トップで「工事再開」を報じた。

琉球新報は[119]、「年内に工事再開」で、「県は敗訴を受け、26日にも承認取り消しを取り消す。沖縄防衛局は埋め立て承認の効力が戻り次第、早ければ同日にも埋め立て本体工事を再開する」とのリード記事が掲載される。そして、記事３面では、島袋良太記者の署名記事で「敗訴を受け、県は26日にも埋め立て承認取り消しを取り消す。ことし３月から中断してきた工事は再び動き出す」。そして、工事再開を既定事実として「県と政府が次の綱引きとして想定するのは、来年３月に期限切れを迎える岩礁破砕許可の更新申請だ。県はこの更新を認めない場合、政府は再び工事を中断した上で県と法廷闘争する必要がある」。

他方、沖縄タイムス[120]は、一面の中みだしで、「国、年明け工事再開」

[119] 以下の記事は、『琉球新報』2016年12月21日付による。
[120] 以下の記事は、『沖縄タイムス』2016年12月21日付による。

とし、その記事の内容として「判決を受けて、知事は週明けにも埋め立て承認取り消し処分を取り消す。判決を受け国は埋め立て工事に向けた準備を速やかに着手し、天候をみながら年明けにも工事に着手する」。その後の県の対応として「ただ県側は、仲井真弘多前知事が下した埋め立て承認処分の撤回や岩礁破砕許可など知事権限行使を検討しており、普天間飛行場の移設計画が円滑に進むかどうか不透明だ」。そして３面総合では、政経部・大野亨恭記者署名で「知事民意背に次の手」「全権限で基地阻止」の見出しで、記事は「一方、知事は埋め立て承認を『撤回』を中心に、工事を止める今後の法的手段を準備している。その他にも①来年３月末に許可期限を迎える岩礁破砕許可②埋め立て予定区域に生息するサンゴを移植するための『特別採捕』許可③工事を進める上で必要な複数の設計概要の変更申請―に３つを挙げ、いずれも認めないことで、工事に影響を与えられる可能性がるとしている。」

このような沖縄地元紙に加えて朝日新聞も次のように同様な記事を掲載している[121]。「沖縄長期戦へ次の対抗策」の見出しで、吉田卓史・小山謙太郎記者の署名記事によるもので、「翁長雄志知事は20日、県庁で記者会見し『行政が司法の最終的判断を尊重することは当然。速やかに取り消しの手続きを進めていく』と述べ、『埋め立て承認の取り消し』を年内にも取り消す考えを示した。１年１カ月に及んだ法廷闘争の結果、13年12月に仲井真弘多・前知事が出した名護市辺野古沿岸部の埋め立て承認の効力が復活することになった」。このような認識を踏まえて、「ただ、翁長氏はすでに次の手段を用意済み。最も強力なのは『岩礁破砕許可』の更新見送りだ。これも仲井真氏が出した許可だが、来年３月末で期限が切れ、更新されないと、工事が実質できない」。さらに、「沖縄県が検討している今後の対抗策」で、「許認可権限で対抗」するものとして、①岩

[121] 以下の記事は、『朝日新聞』2016年12月21日付によるものである。

礁破砕許可を更新しない、②サンゴ類の特別採捕許可しない、③承認済みの設計概要を変更した場合に認めない、④埋め立て承認の『撤回』、また「県が関わる協議や手続きを慎重に行う」ものとして、①実施設計の事前協議、②環境保全策の事前協議、③林地開発の届け出、④土壌汚染状況調査、⑤県外からの埋め立て材料搬入の届け出、⑥埋蔵文化財に関する届け出・通知を挙げている。朝日新聞の社説は「辺野古訴訟　民意を封じ込める判決」とし、「12頁の判決全文から浮かびあがるのは、民主主義の理念と地方自治の精神をないがしろにした司法の姿だ」とし、「沖縄県側の敗訴が確定し、政府は埋め立て工事に御墨付きを得たことになる。だが、事態が収束に向かうわけではない。移設までにはなお多くの手続きがあり、民意を背負う翁長知事は与えられた権限をフルに使って抵抗する構えだ。」

このような、翁長知事の承認取消しの取り消しの既定路線的な誘導記事に対して、識者の反論が掲載されている。

琉球新報は、「識者評論」で、乗松聡子氏は、「県に法的義務生じず」の見出しで、「新基地反対に民意を受け知事になった翁長知事はそれを行ったら県民への重大な裏切りになる。」と断じる。なぜなら「翁長知事がこの判決後に埋立て承認取り消しの取り消しをするとしたらそれは自らの意思でやるという以外にはないのである」からとする。

他方、沖縄タイムスでは、「達眼」で、白藤博行氏が、「裁判所の不公正明らか」の見出しで、「不作為の違法確認訴訟は、本来国の是正指示に従わないことが違法かどうかの確認にすぎず、是正指示に従わせる執行力はない。翁長知事には県民の命と生活を守るために従えないという判断があってもいい。」と断ずる。琉球新報、沖縄タイムス、地元２氏が上記のように報道することは、翁長知事の意向でもあると思われるが、埋立承認取り消しの取り消しをした時点で、翁長知事が仲井真知事の埋立て承認は適法であることを認めたことになるので、日本の法治国家の下で

は、自己の認めたことに反する行為、つまり適法と認めた埋立てを妨害する権限行使は違法となり、さらに、埋立事業者である国からの損害賠償請求が容易に認められることになる。

翁長知事に批判的な読売新聞[122]は「社説」で「辺野古判決確定　翁長氏は徹底抗戦を続けるのか」の見出しで、その徹底構成への対抗策として「翁長氏の承認取り消しという『不法行為』が１年２か月余にわたり、政府と県の対立を煽って混乱を深めた事実は重い。」と断言する。この「不法行為」と「混乱を深めた事実は重い」という断言の法的根拠は「仲井真弘多前知事の埋め立て承認に『違法があるとうかがわせる事情は見たらない』とも認定した。」点である。翁長知事が徹底抗戦して知事権限を行使した場合には、翁長知事の１年２カ月余にわたる「不法行為」により莫大な損害額の損賠賠償請求で対抗するという示唆である。

また、日本経済新聞[123]は「社説」で「円滑な日米同盟には沖縄の理解が必要だ」との見出しで、まず「日本の安全保障において沖縄は地政学的に極めて重要な地域だ。在日米軍や自衛隊が重点配備されるのは当然である。だが、いくら基地をつくっても周辺住民の協力なしに日米同盟の円滑な運用は望めない。沖縄県民の過重な負担感をいかに軽減するか。安倍政権はいまこそ対話姿勢を示すときだ。」と基本的スタンスを示す。そして、紳士の示唆をする。「政府内には翁長知事がさらなる移設阻止に動いた場合に損害賠償訴訟を起こして追い詰めるなどの案もあるようだ。それが本当に移設実現への近道なのか。力ずく一辺倒の政権と思われれば、沖縄以外の案件にもマイナスだ。」

なお、読売新聞は、翁長知事の徹底抗戦の知事権限行使に対して、３月４日の和解条項を持ち出す。和解条項の機能を正確に押さえた上で、都合よく活用している。

---

[122] 以下の記事は『読売新聞』2016年12月21日付による。
[123] 以下の記事は『日本経済新聞』2016年12月21日付による。

「疑問なのは、翁長氏が徹底抗戦の構えを崩していないことだ。翁長氏は記者会見で、①埋め立て承認の取り消し撤回に応じたが、②『あらゆる手法を駆使し、辺野古新基地は造らせない』と強調した。

今後は、③知事権限を行使し、来年３月まで期限が切れる岩礁破砕許可の更新や、移設工事の設計変更時の承認を拒否することなどを視野に入れているという。

だが、④今年３月に国と県が合意した和解条項には、『判決確定後、互いに協力して誠実に対応することを確約する』とある。翁長氏は、この条項の趣旨を一方的にないがしろにするつもりなのか。

⑤翁長氏の承認取り消しという『不法行為』が１年２か月余にわたり、政府と県の対立を煽って混乱を深めた事実は重い。」

翁長知事には①と②の対応が考えられるが、①は翁長知事が「応じた」として知事の裁量に根拠をおいている。②の対応に関して、その具体的な知事の権限を③であげ、その②③の対抗策として、④の和解条項、⑤不法行為による損害賠償請求を挙げている。④の和解条項には、❶「確定判決に従う」と❷「同趣旨に従って」と二つがあるが、読売新聞・社説の「『判決確定後、互いに協力して誠実に対応することを確約する』」は❷「同趣旨に従って」である。しかし、読売新聞の「④今年３月に国と県が合意した和解条項には、『判決確定後、互いに協力して誠実に対応することを確約する』とある。翁長氏は、この条項の趣旨を一方的にないがしろにするつもりなのか。」

『判決確定後・・』は何の「判決確定後」であるかは意識的に除外している。それは「是正指示の取消訴訟」である。次に、その和解条項(9)を確認してみよう。

「審査申出人及び沖縄防衛局長と相手方は、是正の指示の取消訴訟判決確定後は、❶直ちに、同判決に従い、同主文及びそれを導く理由の趣旨に沿った手続きを実施するとともに、❷その後も同趣旨にしたがって互

いに協力して誠実に対応することを相互に確約する[124]。」

和解条項の判決は是正指示の取消訴訟であり、違法確認訴訟ではないということが肝要である。なぜなら、違法確認訴訟は執行力がなく代執行訴訟をまって、埋立承認取消しの取り消しがなされ、承認取消しは無効となり、国は工事再開の法的根拠を持つことになるが、是正指示の取消訴訟は、沖縄県の敗訴の場合には、埋立承認取消しの取り消しにより判決により、承認取消しは取り消され無効となり、承認が有効となり、国は工事再開の法的根拠を取消訴訟の判決自体で持つことになるのである。つまり、取消訴訟では沖縄県の敗訴の場合には確定判決で埋立承認取消しの取り消しが認められ、改めて翁長知事の埋立承認取消しの取り消しの行政処分（意思表示）は不要であるが、是正指示の不作為の違法確認訴訟は執行力を有しないので埋立承認の取り消しに従わないことが違法であるとの司法判断にすぎず、改めて執行力確保の取消しの取り消しを求める代執行訴訟における国の勝訴判決が必要であるのである。言い換えると、和解条項は、取消訴訟の確定判決後の「従う」で❶は当然のことで注意規定的条項にすぎないが、❷は創設的条項で沖縄県側の知事権限の不行使の内容を含むか否かで議論となっているのである。逆に、違法確認訴訟の確定判決の場合には❶の条項が、もし埋立て承認取消しの取り消しを含む内容とすれば、執行力のない違法確認訴訟の制度趣旨に照らして和解条項は無効となるが、❷も取消訴訟を前提とする和解条項なので無効となる。

要するに、和解条項に従って翁長知事は埋立承認取消しの取り消しをするのではなく自ら「応じた」（前記読売新聞）のであり、そのことは

[124]国地方係争処理委員会の決定通知（国地委第33号平成28年６月20日）の別紙１「本件承認出願から本審査の申出に至るまでの主な経緯」の「同年３月４日　審査申出人と明相手方が、代執行訴訟においておおむね以下の内容で和解」による。和解条項は全て是正指示の取消訴訟である。当然のことである。

「仲井真前知事の埋立て承認は違法や不当でない」ことを自ら認めることになり、前記翁長知事の埋立て工事阻止ための権限行使は、信義則違反として、全て権利濫用となり不法行為が成立するとともに、その権限行使も権限濫用として無効となる。

そのような法廷闘争に県民の税金を使うことには、裁判が待ち構えていることになる。また、承認取消しの撤回は、沖縄県が勝訴した場合には、最高裁判決で埋立て承認の法的性質に関して土地所有権取得権説が確立したことにより、国に対する少なくとも約577億円の損失補償（又は損害賠償）を前提とするので、沖縄県の敗訴の可能性の高いことを認識した上で、政治的手法として県費で裁判闘争を続けることには、ある段階で批判が出てくることが予想される。

以下、乗松聡子氏、白藤博行氏に見解を基本にしながら、翁長知事が埋立承認取消しの取り消しをすることの法律上の意味を考察することにする。

第３節　現知事は本件承認取消しを取り消すべきか

翁長知事は本件承認取消しを取り消すべきかを考察する。翁長知事は12月26日の自ら本件承認取消しを取り消したので、次節で本件取消し後の沖縄県の対応を検討することにする。

翁長知事は、2016年12月20日の最高裁判決後の記者会見で、「行政が司法の最終判断を尊重することは当然だ。速やかに取り消しの手続きを進めていく[125]」として自ら取消しを「速やかに」取り消す意向を示してい

[125]『沖縄タイムス』2016年12月21日付「辺野古訴訟最高裁判決知事会見」。記者の質問と答えの全文は次のとおりである、記者「前回、知事は記者会見で取り消しの撤回に関して『長く延ばしてもどうか思う』と発言していた。撤回の時期について、年内、来週にも判断する意向はあるのか。」の質問に対して、知事は「行政が司法の最終判断を尊重することは当然だと今日まで話をしてきた。敗訴を受けて、取り消しの時期はということだが、速やかに取り消しの手続きを進めていくということで理解をいただきたい。」

る。これに対して、乗松聡子氏は、翌日21日の琉球新報の「識者評論」において[126]、その「司法の最終判断」には取消しの取り消しは法的に含まれていないので、「埋立承認取り消しの取り消しをするとしたらそれは自らの意思でやるという以外にはない」として「新基地反対に民意を受け知事になった翁長知事はそれを行ったら県民への重大な裏切りになる。」と指摘している。

ここでは、法律家の立場から、以下の５点の理由により、「司法の最終判断」つまり本件最高裁判決には取消しの取り消しは含まれていないので、翁長知事が自ら判断した承認取消しの取り消しは「県民への重大な裏切りになる」と乗松氏の意見に全面的に賛意を表するものである。

第１の理由は、翁長知事は最高裁判決に従って承認取消しを取り消す法的義務はないということである。乗松聡子氏が琉球新報の「識者評論」で指摘するように、最高裁の「判決の効果として国は工事を再開できない。この判決では文字通り埋立承認取消しが違法であると確認されるだけで、翁長知事がそれを受けて埋立て承認取消しを取り消す法的義務は生じない。国は工事再開するには、さらに代執行裁判を起こし、勝訴したとき初めて県の代わりに埋立承認取り消しを取り消すことができるのである」。最高裁の判決は不作為違法確認訴訟（地方自治法251条の７第１項）での沖縄県敗訴の判決であり、是正指示取消訴訟（同法251条の５第１項）の判決ではないからである。

白藤博行氏は、同日（21日）の沖縄タイムスの「達眼」で、「不作為の違法確認訴訟は、本来国の是正指示に従わないことが違法かどうかの確認にすぎず、是正指示に従わせる執行力はない」として、翁長知事に取消しを取り消す法的義務がないのは、違法確認訴訟には「是正指示に従わせる執行力はない」からである。白藤博行氏は、「翁長知事には県民の

[126] 以下の乗松聡子氏の見解は『琉球新報』2016年12月21日付による。

命と生活を守るために従えないという判断があってもいい。」と断ずるのである。

また、平安名純代氏は、沖縄タイムス・プラスで（2016年12月25日）、「沖縄県知事は自ら進んで取り消すと聞いている。辺野古問題に終止符だ」との見出しで、「今回の裁判で、最高裁が示した判決主文にあるのは、⑴本件上告を棄却する⑵上告費用は上告人の負担とする―の２点のみ。すなわち、埋立て承認取り消しを違法と確認したのみで、知事が取り消しを取り消さなければならない法的拘束力はない。」と述べる。

そして、塩野宏氏は、「もっとも不作為の違法確認判決が確定しても、当該地方公共団体が不作為である状態が継続すれば、判決の執行力の確保手段[127]」が必要であり、その一つが代執行訴訟である。

つまり、是正指示取消訴訟は、原告である沖縄県の敗訴が確定すると、その確定判決により埋立承認取消しが取り消され承認取消しは無効となり埋立て承認の効力が「復活」して国の工事再開の法的根拠となるが、不作為違法確認訴訟の確定判決は是正指示が違法であることを確認するにすぎず、工事再開の法的根拠のためには、知事が任意に承認取消しの取り消しをするか、知事がその取り消しをしない場合には、国による代執行訴訟が必要となるのである。不作為違法確認訴訟はより自治権を尊重した関与制度として是正指示取消訴訟とは確定判決の内容に違いがあり「判決に従う」でも意味が違うということである。

第２の理由は、翁長知事は３月４日和解条項に従う義務はないということである。なぜなら、乗松聡子氏の指摘するように和解条項は無効だからである。つまり「３月４日の国と県の『和解条項』の第９項の『判決に従い』という部分に従って翁長知事が違法確認訴訟確定判決に『従い』埋立承認取消しを取り消すと理解している人がいるがそれは間違い

[127] 塩野宏・『行政法Ⅲ行政組織法[第四版]』（有斐閣、2012年）252頁。

だ」。なぜなら「国地方係争委員会が６月17日、国による是正指示の違法性の判断をしないと決定したために和解５、６項が無効となった。委員会が国の是正の指示を違法であるとも違法でないとも判断していないので、県は、５項（違法でないと判断した場合）または６項（違法であると判断した場合）に基づいた是正の指示の取消訴訟をしなかったのだから、５項または６項の存在を前提にした９項が働く余地はなく、９項も当然無効である」からである。

それどころか、乗松聡子氏は「そもそも敗訴が確定した訴訟は違法確認訴訟であり是正指示取り消し訴訟ではないのだから、９項の『判決に従う』こととは関係ないのだ。」と断言する。なぜなら、確定判決の効果の観点からみると、是正指示取消訴訟は、原告である沖縄県の敗訴が確定すると、その確定判決により埋立承認取消しは取り消され承認取消しは無効となり埋立て承認の効力が復活して国の工事再開の法的根拠となるが、不作為違法確認訴訟の確定判決は是正指示が違法であることを確認するにすぎず、工事再開に法的根拠のためには、知事が任意に承認取消しの取り消しをするか、知事がその取り消しをしない場合には、国による代執行訴訟が必要となるからである。不作為の違法確認訴訟と是正指示の取消訴訟とは確定判決の内容に違いがあり「判決に従う」でも意味が違うということである。平たく言えば、不作為違法確認訴訟では確定判決があっても知事の取消しの取り消しの処分（意思表示）が必要であるが、是正指示取消訴訟では、その取消しの取り消し処分がなくても確定判決により承認が「復活」して有効となるのである。確定判決の効力の観点からみると違法確認訴訟と取消訴訟は天と地の違いがあるのである。それ故、和解条項にどの訴訟が書かれているかが肝要となるのである。

「審査申出人及び沖縄防衛局長と相手方は、是正の指示の取消訴訟判決確定後は、❶直ちに、同判決に従い、同主文及びそれを導く理由の趣旨に沿った手続きを実施するとともに、❷その後も同趣旨にしたがって互

いに協力して誠実に対応することを相互に確約する（❶❷筆者挿入）[128]。」

和解条項では、確定判決の対象は不作為違法確認訴訟ではなく、「是正の指示の取消訴訟判決確定後」と明示されているのである。さらに言えば、「❶直ちに、同判決に従い」は取消しの取り消しをすることで、確定判決に含まれていることなので注意規定的であるが、「❷その後も同趣旨にしたがって互いに協力して誠実に対応すること」には承認取消権以外の工事阻止の知事権限をどうするかの条項で、沖縄県と国とが対立していることになる。したがって、違法確認訴訟の確定判決であるので、❶条項に取消しの取り消しを含むとすれば当然無効となり、そして❷条項も無効となる。つまり、乗松氏が指摘するように「そもそも敗訴が確定した訴訟は違法確認訴訟であり是正指示取り消し訴訟ではないのだから、９項の『判決に従う』こととは関係ないのだ。」

第３の理由は、最高裁は、違法確認訴訟を、３月４日の和解を前提に審理判断し判決を下していないということである。最高裁判決は和解を全く念頭においていない。なぜなら、不作為の違法確認訴訟に即して判断しているからである。

まず、和解条項の「審査申出人は是正の指示に不服があれば指示があった日から１週間以内に等委員会（国地方係争処理委員会）に審査の申出を行う」となっているので、「相当な期間内」は係争委の決定（６月20日）からとなるはずであるが、「相当の期間内」に国地方係争処理員会の審理、決定期間が考慮されずに、是正指示に３月16日の１週間後の３月23日の経過をもって「相当の期間を経過」としているからである。

また、国の提訴の７月22日から５カ月のスピード審理判断は、執行力のない違法確認訴訟であるからであり、沖縄県が判決に不服であれば、承認取消しの取り消しするのではなく、国による代執行訴訟における執

[128] 国地方係争処理委員会決定通知（国地委第33号平成28年６月20日）の別紙１による。

行力をもった審理判断がなされることを想定しているからである。もし、最高裁の確定判決だから、また３月４日の和解条項に「判決に従う」とあるから埋立て承認取消しを取り消しと強弁するのであれば、それは法律に無知であり、判断が無能であることを証明するので、知事たるものが、また弁護士たるものがそのようなことを自認することはあり得ないので、乗松聡子氏の指摘するように「埋立承認取り消しの取り消しをするとしたらそれは自らの意思でやると意外にはない」のである。

そして、乗松聡子氏は、「新基地反対の民意を受け知事になった翁長知事はそれを行ったら県民への重大な裏切りになる。」と指摘する。

要するに、「翁長知事がこの判決後に埋立承認取り消しの取り消しをするとしたらそれは自らの意思でやると意外にはないのである。新基地反対の民意を受け知事になった翁長知事はそれを行ったら県民への重大な裏切りになる。」のである。

しかし、翁長知事が「県民への重大な裏切りになる」ことを自認して埋立承認取消しを取り消すはずはない。取り消した後、「新基地反対の民意を受け知事になった翁長知事」は新基地反対の民意に沿う新基地建設の阻止実現の知事権限があり、その権限を行使して「新基地反対の民意を受け知事になった翁長知事」は自らの責任を全うしようしているからである。したがって、本質的な問題は、果たして想定されている知事の権限の内容、その権限行使ができるかということになる。

そして、第４の理由は、取消しの取り消し後の知事の権限の行使では埋立て工事は中断できないということである。さらに、取消しの取り消しにより地方自治法上、積極的に「埋立て承認の適法性」を認めたことで、埋立工事の阻止の知事権限は行政権限濫用として無効となる可能性及び権利濫用の不法行為による損害賠償請求[129]認容の可能性が高くなり

[129]『沖縄タイムス』2016年12月21日付「辺野古訴訟最高裁判決知事会見」は、記者の「権限行使で阻止すると、知事への損害賠償請求ということも国は考えているよう

最終的には沖縄県民が損害賠償責任を負うということである。知事の埋立て工事に関連する許認可権限は、①埋立て承認の撤回権、②岩礁破砕許可の更新許可、③サンゴ類の特別採捕許可、④承認済みの設計概要の変更の承認権限が想定されている[130]。

まず、①埋立て承認の撤回権の行使であるが、この撤回権は承認時に遡って無効とする職権取消権と違って承認撤回権の行使後に承認を無効とする制度である。したがって、埋立て承認の違法又は不当は要件とならない反面、本件のように埋立権及び土地所有権取得権の付与という授益的処分の場合には、埋立事業者に損失補償又は損害賠償責任を負う可能性が高くなる。つまり、沖縄県が勝訴した場合には、国に少なくとも約577億円[131]の損失補償又は損害賠償することになるのである。沖縄県知事が辺野古埋立て承認をした代償である。したがって、承認撤回をする場合には県民投票で沖縄県民の同意が必要となる。沖縄県知事の埋立て承認により埋立て工事に投入した少なくとも約577億円以上も損失額又は損害額を同じ沖縄県知事が撤回することを意味するから沖縄県民の当然の代償となるからである。もし、沖縄県の承認撤回は裁判では当然認められないが、沖縄県民のスタンスを示すためという政治的手法として承認撤回権を行使しようとするとしたら、何千万という莫大な弁護士費用は沖縄県民が負担するので、県議会の同意が必要であり、またその決定に対して県民の法的対抗手段が用意されている。したがって、承認撤回の実体を沖縄県民が認識した場合には、沖縄県知事はその撤回権を行使

だ」との質問に対して、知事は「私が言えるのはしっかりと県は、地方自治法にのっとって、厳正に審査する。だから、そういった損害賠償の対象にはならないと思っている。」

[130]『朝日新聞』2016年12月21日付けは、後述する「沖縄県が検討している今後の対抗策」を網羅的に挙げている。

[131]国においては、本件埋立事業として「平成27年度までに当初契約金額約1293億円の契約を締結し、そのうちの約577億円を既に支払っている（甲A228）。」（高裁判決の「認定事実」107頁。

できないと考えられる。

しかし、それでも、現知事が前知事の承認を撤回しようとしても、違法確認訴訟での最高裁の沖縄県敗訴の確定判決後に、国による代執行訴訟を待たずに、翁長知事が任意に承認取消しの取り消しの処分をした場合には、前知事の承認、現知事の承認取消し、国による是正指示、沖縄県による是正指示取消訴訟を提起せずに、国による不作為違法確認訴訟、最高裁で、沖縄県の敗訴の確定判決、そして、代執行訴訟を待たずに、現知事が埋立承認取消しの取り消しの処分をし、その後に、現知事が埋立承認を撤回する権利は、現地方自治法は認めないことが想定され、撤回権の濫用として却下になることが想定される。

また、②岩礁破砕許可の更新許可、③サンゴ類の特別採捕許可、④承認済みの設計概要の変更の承認等の権限行使に関しては、違法確認訴訟の最高裁の沖縄県敗訴の確定後の埋立承認取消しの取り消し処分後の、現知事による権限行使は行政権権限濫用として違法として認容されないであろう。さらに、それらの権限行使は権利濫用の違法として国からの損害賠償請求がことごとく認容される可能性が高くなるであろう。翁長知事の承認取消しの取り消し処分により、地方自治法上、より積極的に「前知事の埋立て承認の適法性」が確認されるからである。翁長知事の20日の記者会見での、記者の「権限行使で阻止すると、知事への損害賠償請求ということも国は考えているようだ。」の質問に対して、知事は「私が言えるのはしっかりと県に、地方自治法にのっとって、厳正に審査する。だから、そういった損害賠償の対象にはならないと思っている。」と答えている。まさに、地方自治法にのっとって、「仲井真前知事の埋立て承認は適法性」が確認され、それに反する翁長知事の権限行使は、地方自治法にのっとってことごとく権利濫用として不法行為となり損害賠償請求が認容される可能性が高いのである。

以上から、翁長沖縄県知事は、埋立承認取消しを取り消すことは沖縄

県知事としてはできないことであり、国からの代執行訴訟を受けて立つことになる。そして、さらに、次のように積極的に代執行訴訟を勝ち抜くべきである。

第５の理由は、本稿の見解であるが、「主権国家のなかの米軍基地過重負担による植民地」における無抵抗の抵抗権として代執行訴訟を活用すべきということである。

この代執行訴訟は主権国家のなかの米軍基地過重負担による植民地である沖縄における無抵抗という抵抗権に基づく法廷闘争となる。なぜなら、戦後70年余にわたる「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」を国民経済その他国民の諸活動の原動力・基盤である土地所有権の観点から法律構成することにより「米軍基地過重負担は沖縄経済発展の最大の阻害要因である」ことが自明のこととなり、沖縄は自由・民主義・法の支配といった近代民主国家である日本という主権国家のなかの米軍基地過重負担による植民地であることの認識が沖縄県民及び国民に自明のこととなっているからである。

第４節　本件承認取消しの取消後の沖縄県の法的対応策

１　沖縄県の法的対応

2016年12月26日、翁長沖縄県知事は自らの知事としての意思で本件承認取消しを取消した。沖縄県は、あらゆる手法により埋立工事を阻止すると表明している。沖縄県に、本件取消し後の法的対応には、どのような法的手段（権限行使及び訴訟）が日本の法秩序において用意されているのであろうか。まず、㋐埋立工事を阻止する知事の権限として、①埋立工事を将来に渡って無効とする承認の撤回、②岩礁破砕の許可、③埋立工事の計画変更等の承認、④サンゴ礁移植の許可等が検討されている。ところが、これら知事の権利又は権限は、翁長知事が2016年12月26日に、知事自ら本件承認取消しを取り消したことにより、①法律上の知事の権

利又は権限ではあるが、現知事の意思により、その取消しの取り消しにより、現知事、自ら「前知事の承認の適法性」を認めたことに信義則上、②現知事のそれらの権利又は権限は行使できないか、③現知事の権利又は裁判所により許容されない可能性が高い。このような理解は⑶の「判決に従う」で述べることにするが、翁長知事が自らそれらの権利又は権限を回復するには本件埋立承認取消し取り消しをした現翁長知事を自ら否定して、新たな知事としてしか回復できないことであるので、翁長知事は辞任し、出直選挙で新たな知事として当選するしかない。いわば、出直し選挙で禊を受けてしかそれらの権利、権限は行使できないことになる。

２　沖縄県の法的対応の法廷闘争と政治闘争の関連

このような法的手段は辺野古訴訟で意図的に活用した知事の埋立承認の取消権のように政治的手段としては使わない法的手段である。つまり、敗訴を前提とした訴訟ではなく、勝訴が予測される訴訟でなければならない。なぜなら、敗訴を前提としての訴訟は、沖縄県の予算を使った法廷闘争を手段とする政治闘争で、その法廷闘争の弁護士費用は地方自治法上、認められないからである。特定の政治勢力による裁判闘争と異なって、地方公共団体である沖縄県の法廷闘争は政治闘争の手段としてはならないのである。したがって、法廷闘争に沖縄県知事が、特定の政治勢力の激励をうけ、挨拶をするなどとは、都道府県が当事者の裁判では地方自治の団体自治と住民自治の観点から考えられないことである。したがって、地方自治体が当事者の裁判であることを前提に、辺野古代執行訴訟の福岡高裁における2016年２月15日の第４回口頭弁論知事尋問[132]において国は翁長知事に承認取消しも公約を実現する政治手法かの質問が

[132] この知事尋問（要旨）は沖縄国際大学沖縄法政研究所編『「基地の島」沖縄が問う―連続企画「沖縄の未来を考える」―』（琉球新報社、2016年６月）104頁以下に掲載。

でるのである。

国は、「あらゆる手法を駆使して辺野古新基地を阻止する。これがあなたの選挙公約。」と確認して、「今回の埋め立て承認の取り消しはあなたの公約や政治家としての信念の実現のためにしたことか。」と質問する。自らの政治信念つまり政治闘争の一環として法廷闘争することは地方自治の本旨に反するからである。知事は、そうではなく、「違法状態の是正のため」と次のように答えて切り抜ける。知事としての当然の見識である。

「それはやはり制約があると思う。なぜかというと、第三者委員会の法律的な瑕疵（かし）の検証がある中で、そこで法律的な瑕疵がなかったと言えば、それはそこで終わりだから、一貫してというわけではないと思う。」知事は自らの政治闘争の手法として裁判闘争をすることは地方自治の本旨の住民自治に反するもので厳に禁止されているのである。

3 「判決に従う」ということの二つの意味

また、同じ2月15日の知事尋問において、翁長知事は国から10回も「判決に従うか」と質問され「判決に従う」と答え、その内容の大半は「判決に従い」本件取消しを取り消すというものである。最高裁の違法確認訴訟の「違法を確認する」の判決に、自らの意思で従い、前仲井真知事の埋立承認取消しを取り消した。この取消しの法的意味は「前知事の埋立承認の適法性」を翁長知事自ら認めることになり、国は、最高裁判決の「埋立て承認の適法性」に基づき埋立工事を進めることができ、さらに翁長知事は自らの権限で埋立工事を阻止することはできなくなった。なぜなら、自ら認めた適法な行為・事業を中断する等の妨害行為は信義則上、違法行為となり、もう翁長知事には知事権限に基づいて埋立工事を阻止する権限はないのである。この論点の議論は、すでに、2月15日の知事尋問の「判決に従うか」の質問の本質として述べられているのであ

る。そのことを知事と国との質疑応答で確認することにより、本取消しの取り消し後の知事権限の行使の可能性と有効性を検討することにする。

国は翁長知事に「判決に従うか」と10回も質問し、翁長知事は、「判決に従う」と答えているのである。あげくには、翁長知事の「敵は別のところにいる」の発言の「敵」はどういう意味かと質問を最後に現職の知事に質問する異常性は、翁長沖縄県知事の辺野古代執行訴訟での県知事としての振る舞いと、国の質問に本質的意味を勘案して、地方自治体の沖縄県が当事者の裁判という観点を通すと、国の質問は戸惑いの普通の質問となるのである。

このような、地方自治の本旨である団体自治および住民自治の観点から、翁長沖縄県知事の自らの意思による本件取消しの取り消しは、違法確認訴の最高裁判決の核心が「前知事の埋立て承認の適法性」を判断し、その判断を自ら認めて、本件承認取消しの取り消し行政処分をしたということは、現知事として「前知事の埋立承認の適法性」を認めることを意味し、現沖縄県知事の翁長知事は沖縄防衛局の本件埋立工事が適法であることを認めたことになるのである。

したがって、一般的に、つまり法的に埋立工事を中断又は中止させる権限があるとしても、埋立工事の法的根拠である埋立て承認の適法性を自ら知事として認めた翁長知事にはその権限は許容されない。その権限を行使しても、国が従えばそれでよしとなるが、裁判では認容されないことになる。つまり、知事の権限に関しては、①一般的（行政法規上）に知事に権限があるということ、②当該知事が権限を行使できるかということ、③当該権限行使が裁判所で許容できるかの３段階があり、法律家はそれを見極めるが専門能力ということになる。

本件取消しの取り消しは、最高裁判決の「前知知事の埋立て承認の適法性」を現知事が積極的に認めた形となっているので、その適法性に基づく埋立て工事を中断する権限行使は、法律上は妨害行為となり認容さ

れないことになる。一般常識レベルで特定行為を適法と自ら認めてその特定行為を中断、妨害することは違法行為だからである。しかも知事たるものが前知事の埋立て承認の適法性を認めて、その現知事がその適法に基づく埋立て工事を妨害することは自治権の濫用どころか自治権そのものを自ら否定することにある。なぜならば、公有水面の埋立承認権限は地域形成レベルにおける最大の自治権の行使だからである。

このような一般的常識は、法律のレベルでは「信義則」いわれるものであるが、それは、条文に規定されていないが法律の原則となるものである。

そして、そのことは、本件埋立て承認の取り消しを巡る2016年３月４日の和解前の辺野古代執行訴訟で既に言及されているのである。代執行訴訟は、翁長知事が敗訴した場合、その主文は「本件取消処分を取り消せ」となるが、「その判決に従う」の意味には２段階がある。第１段階は①翁長知事が自ら、その判決に従うと判断して本件取消しを取り消す場合である。第２段階は、②知事が取り消しを取り消せという判決に従わなければ国が代執行ができるということである。①知事自らの取消しの取り消しは、「前知事の承認は適法」で、それを取り消した「自らの取り消しは違法」であるので、取り消すという意味をもつ。つまり、翁長知事が判決に従い取消すかは翁長知事の自由で、翁長知事は自ら取り消さない自由をもっているのである。したがって、②「取消しを取り消せ」との判決に従わず取り消さない場合には、翁長知事は「前知事の埋立承認の適法性」は認めていないことになる。そこで、代執行訴訟の意義、その判決の意味はどこにあるかとなるが、国は辺野古代執行訴訟の２月15日に口頭弁論の知事尋問の中で、次のように明解に述べている。もちろん、これは法律家の間ではより基本的な常識であるが。

「これは代執行訴訟なので、②取り消しを取り消せということに従わなければ代執行ができるという国の地方自治法の仕組みになっています（②

筆者挿入）」と国は正確に代執行訴訟の意義を述べ、その「①代執行がなくても自ら判断が出れば取り消すということか。」と裁判の根幹に関わることなので翁長知事に確認する。知事は、次のように答える。

「私が考えているのと、別なことを言っているのか。（私が考えているのと）同じ話だったら、そうだ。」

翁長知事は、質問の意味が明確にわからず、またその返事が、他の工事中止の権限と関係するか理解しないまま、①自ら取消しを取り消すと断言しているようなものである。国は、その知事の答えが法的に重大であることを考え、改めて確認する。

「取り消し処分を取り消せという裁判所からの判決がでた場合に、①それに従ってあなたが取り消すということもあれば、②もしそれをしない場合は国が代執行できるという規定になっている。ここはいかがかということだ（①②筆者挿入）。」

翁長知事、答えて曰く。

「判決通り、（承認取り消しを）取り消す。」

そして、国は、最高裁判所の段階の判断を質問する。

「最高裁で最終的に決定することもあると思う。最終判断が確定した司法判断にはあなたは従うということでよろしいか。」翁長知事は、「はい」と答える。この答えに対して、国は丁寧に、この「はい」（①段階の判決に従うとの意味）の法的意味を説明する。

「そうすると、あなたが出した取り消し処分が違法で取り消されるということは、基本的には前知事の仲井真さんが出した、あなたは瑕疵があるというけれども、瑕疵があるといっていた仲井真さんの承認には瑕疵がないといいうことがその場合、司法的に確定することになる。それが確定した場合はその判断を尊重してその後の行政判断をするということになるのか。」。

ここで、注意すべきは、翁長知事が「あなたが出した取り消し処分が

違法で取り消されるということ」(①段階の翁長自身による取消しの取り消しのこと）で、「瑕疵があるといっていた仲井真さんの承認には瑕疵がないといいうことがその場合、司法的に確定すること」という点である。国は、「その後の行政判断」の具体的な質問をする。

「仮定の話で恐縮だが、最高裁等で取り消し処分を取り消せということが確定した場合に、その後に例えば変更承認申請等が出されることがあり得る。その場合はそれへの対応はどうなるか。」

まさに現段階で問題になっている知事の権限の法的手段の一つである。注意すべきは、「その後の行政判断」であり、それは翁長知事が自ら取消しの取り消しをしたことによる「前仲井真知事の埋立承認の適法性」を認めた後の行政判断である。知事は、国の質問に答える。

「具体的に上がってこないとどうと言えないが、沖縄県民の思いは大切にしないといけない。」とはぐらかす。国は確認するために次にように明確に質問する。

「そうすると、前の承認は適合となっても、新たな変更申請についいては、その要件を吟味して新しく判断するということか。」知事、答える。

「そういうことだ。」

国は、この翁長知事の答えを受けて、知事はそれができると考えているかもしれないが、日本の地方自治の本旨の観点から、客観的法秩序においては、自ら相手の適法性を公的に認めて、その適法性に基づく事業を知事の公的権限で阻止・妨害することは信義則上できない。この原則はあまりにも当然なので、国は、以下のように、翁長知事が理解しようと理解しまいと客観的法秩序の問題なので、もう翁長知事は自ら取消しの取り消しをした場合には埋立工事を阻止する権限は行使できないと断定的に述べるのである。

「あらゆる手段を駆使してアメリカと交渉するとも言われましたが、基本的にあらゆる手段を駆使して辺野古に基地を造らせないという中で、

司法の判断に従うことでその後の基地建設が阻止できないということはいいのか。」

あまりにも、法律の現実的機能を端的に断定的にそして結論的に述べた国に対して、翁長知事に答えてもらうのは、「酷」と考えた裁判長は、十分に国の断定的な結論を知った上で、論点をずらす。

「質問の趣旨がちょっと。」

国も、「判決に従う」という名目で自らの取消しを取り消すことは他の知事権限で埋立工事阻止はできないと国の訟務検事としての法的に説明責任的な警告は十分にしたと考えて、次のように、別の質問に対する答えが有利になるように鉾を収める。

「他の取り得る手段の認識について、変更承認申請をした場合に、それについては要件に従って判断することでよろしいか。」

「はい」と翁長知事は、胸をなでおろして答えるのである。

以上、要するに、2016年12月20日、代替執行訴訟ではなく違法確認訴訟の最高裁の沖縄県敗訴の判決がだされ、12月26日、翁長沖縄県知事は自ら本件承認取消しを取り消した時点で、翁長知事は、知事権限により埋立工事を阻止することはできないということになる。埋立工事阻止の知事権限は、①埋立承認の撤回、②岩礁破砕の許可、③埋立設計変更等の承認、④サンゴ移植の許可等である。

つまり、代執行訴訟は、知事の敗訴の判決がでても、知事がその判決に従わずに承認取り消し取り消さない場合に国が代わりに執行（代執行）する地方自治法上の例外的な自治権に関与する法制度ということになる。沖縄県の敗訴がでて自ら取消しの取り消しをする位なら取り消しをするなということである。なぜなら、自ら判決に従い埋立承認の取消しの取り消しをすれば、前述のように、「前知事の埋立承認の適法性」を現知事が自認することになるので、その承認の適法性に基づく埋立工事を阻止する知事の権限行使は工事の妨害行為として違法となるからである。

4　埋立て承認撤回と翁長知事の出直し選挙及び県民投票

行政処分の撤回とは、行政行為の成立時に瑕疵がないというとき、つまり、瑕疵なくし成立した法律関係について、その後の事情により、その法律行為を存続させることが妥当でないということが生じたときに、その法律関係を消滅させる行政行為をいう。そして、撤回の「事柄の実質は法律関係の将来にわたる消滅である[133]」。つまり、「撤回は事柄の性質上、将来に向かってのみ効力を有する[134]」。

これに対して、行政行為の取消しとは、行政行為によって法律関係が形成・消滅したとき、その行政行為に瑕疵があるので、これを取り消すことによって法律関係をもとに戻すということである[135]。したがって、行政行為の取り消しは、行政行為に当初から瑕疵があったことを前提とするので、取消しの効果は遡及するということになる[136]。そうすると、行政行為の取消しの本質は、法律関係が形成・消滅したときの行政行為に瑕疵があるということになる。つまり、行政行為の取消しは、概念上、行政行為に瑕疵があることを前提としているところ、その瑕疵が違法の瑕疵であれば、当然、法律による行政の原理違反の状態が存在しているし、また公益違反の状態が生じているとすると、行政目的違反の問題がある。「つまり、行政行為に取消しの実質的根拠は、適法性の回復あるいは合目的生の回復にある。ここからして、学説は、行政行為の取消しには法律の特別の根拠は必要でないという点で一致している[137]」。

したがって、行政行為の取消しにおいては、当該行政行為に違法な瑕疵があるか、不当な瑕疵があるか否かという要件該当性が本質的な論点

---

[133] 塩野宏『行政法Ⅰ行政法総論[第六版]』（有斐閣、2015年、以下、塩野宏・『行政法Ⅰ』と略記する。）192頁。
[134] 塩野宏・『行政法Ⅰ』195頁。
[135] 塩野宏・『行政法Ⅰ』188頁。
[136] 塩野宏・『行政法Ⅰ』191頁。
[137] 塩野宏・『行政法Ⅰ』189頁。

となる。

これに対して、行政行為の撤回の本質は、「事柄の実質は法律関係の将来わたる消滅」であり、「撤回は、事柄の性質上、将来に向かってのみ効力を発する」という効果の側面が本質的な点となるので、要件の側面は相対化され、取消しのように違法な瑕疵か不当な瑕疵かのように判断枠みが限定されていない点に特徴があるということになる。したがって、撤回の要件は「その後の事情により、その法律行為を存続させることが妥当でないということが生じたとき[138]」というように、取消しの場合のように「違法な瑕疵」「不当な瑕疵」というように判断枠組み自体が存在せず「その法律行為を存続させることが妥当でないということ」と一般的な枠組みとなっている点に撤回の特徴があるのである。したがって、必然的に、存続させることが妥当でない法律行為、つまり原処分が違法又は不当であることを撤回権者が主張立証することは、本件埋立承認を「存続させることが妥当でないということ」を主張立証することになるのである。

要するに、沖縄県取消権説は、原処分の違法又は不当（違法等）の要件事実の主張立証には不適合的であるが、撤回の一般要件である「その後の事情により、その法律行為を存続させることが妥当でないとき」には適合的である。なぜなら、第１号要件適合性の裁量判断をする知事は前知事の原処分判断後の現知事だからである。現知事は承認取消しの場合には前知事が要件裁量権をもっているが、その後の事情により現知事が撤回に値するかの第１号要件の裁量権は撤回する現知事がもっているからである。

したがって、現知事は取消しの要件である第１号要件、第２号要件の要件裁量権として「その後の事情により、その法律行為を存続させるこ

[138] 塩野宏・『行政法Ⅰ』191頁。

とが妥当でないとき」の主張立証ができるのである。最高裁判決の埋立法の法理論的枠組みにしたがって、第１号要件、第２号要件の要件裁量権を行使すればいいのである。

つまり、「一般的には、行政庁は明文の規定がなくても、埋立承認に瑕疵がある場合や事後的に公益違反の状態が生じた場合には職権による取消し又は撤回を行うことができると解されるから、いうまでもなく、このような一般法理に基づく職権取消し又は撤回は、国に対する『承認』であっても、私人に対する『免許』であっても可能であると解される[139]」。

もちろん、翁長知事の出直し選挙を前提とするのであり、その選挙で翁長知事が当選すれば「公共の利益に必要性」の主張立証ともなり、国との交渉に国の「不誠実な交渉」も当然「その後の事情」の主張立証となることは言うまでもないことである。また翁長知事の撤回の前提条件である出直し選挙の際に「辺野古埋立反対」、「キャンプ・シュワブ返還交渉要求」、「戦後補償請求」「米軍基地過重負担による損失補償請求」も加えて県民投票を実施すればより法的には強力となる。

５　戦後補償及び損失補償

戦後補償及び損失補償は、戦後70年余に渡る「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」（米軍基地過重負担）を金銭補償すると考えられる制度である。他方、日本軍の国家賠償責任（不法行為）を問う裁判があり、那覇地裁から原告敗訴の判決がでた[140]。

戦後補償は、戦争行為によって損害を与えた人々に対し行われる補償

[139] 福岡高判那覇支部平成28年（行ケ）第１号（地方自治法第251条の５に基づく違法な国の関与の取消請求）における国土交通大臣の答弁。上告受理申立理由書80頁・81頁参照。

[140] 日本軍の国家賠償責任を問う裁判が初めて提起され判決が平成28年３月16日那覇地裁で請求棄却の判決が下された。その裁判の内容について、瑞慶山茂編著『法廷で裁かれる　沖縄戦―初めて問う日本軍の国家賠償責任』（高文研、2016年６月）参照、判決文は480頁以下に掲載。

のことで、広義の戦後補償は戦争補償を含む。この戦争補償は、戦争行為が原因で交戦国に生じた損失・損害の賠償として金品、役務、生産物などを提供することである。

これに対し、損失補償は、適法な公権力の行使により、財産権が侵害され、特別の犠牲が生じた者に対して、公平の見地から全体の負担において金銭で補填するというものである（憲法29条３項）。

損失補償の要否の基準については、①侵害行為の特殊性、②侵害行為の強度、③侵害行為の目的を総合的に判断する必要があるとする見解がある[141]。

また、損失補償の要否は、その損失が「特別の犠牲」にあたるか否かで判断される。その実質的基準として、①財産権の制限の強弱、②財産権規制を受ける側における原因の有無、③財産価値の存否、④財産自体の危険性の有無、⑤警察制限か公用制限か、⑥従前の利用の固定か侵害か、といった「利用規制の態様、原因、損失の程度、社会通念（時代により、処によって可変的である）を総合的に判断することになると思われる[142]」。

国民経済の原動力である土地所有権が広大な米軍基地の土地利用に固定化されることにより被っている機会費用（直接経済効果）を「特別の犠牲」として損失補償の対象として国に請求すべきである。

その直接経済効果（「経済的損失」）は、沖縄県の推計によると、既返還３地区及び返還予定５地区の軍用地面積13.7㎢で、年間、返還前の軍用地料等590億円が、返還後の活動による直接経済効果（機会費用）１兆13959億円で、約19倍、その差額１兆769億円であることの推計を公表し

[141] 宇賀克也『行政法概説Ⅱ行政救済法［第5版］』（有斐閣、2015年、以下、宇賀克也・『行政法概説Ⅱ』と略記する。）』505頁以下参照。
[142] 塩野宏『行政法Ⅱ行政救済法［第５版補訂］』（有斐閣、2013年）362頁。

ている[143]。また、友知政樹教授は、全基地撤去及び全補助金撤廃後の直接経済効果を推計して、３兆8426億円で、全基地によりもたらせる2623億円の14.6倍になることを発表、そして、「このおよそ3.8兆円という額は琉球（沖縄）に米軍及び自衛隊基地があるせいで琉球（沖縄）が被る経済的損失（機会費用）であると言うこともできる[144]」と述べる。この「経済的損失」の全てではなく、確実性の高い地域の直接経済効果を積み上げて、それを損失額として損失補償請求することになる。この損失補償は、それ自体、独自の価値と意味を持つことは当然のことであるが、当面は、知事が埋立承認を撤回する場合には、国の埋立工事費用を損失補償することが前提となるので、その損失補償額と相殺する機能を有すことになる。

そうすると、損失補償請求は基本的には私人であるので、沖縄県との関係の法律構成が問題となるが、基本的には乗り越えられると考える。なぜなら、沖縄県及び市町村の土地所有権の公有地も米軍基地となっているからである。つまり、沖縄県民、沖縄県、及び市町村という沖縄全体で請求することになる。

そこで、問題は、米軍基地過重負担による直接経済効果（機会費用）が「特別の犠牲」となる理由・根拠である。この論点に至る論理は以下の段階を経ることになる。

第１段階は、日本に戦後補償が請求できるかである。沖縄に対する日本の主権回復により沖縄県となる。この主権回復とともに沖縄県が独立して主権国家となった沖縄が日本に戦後補償を請求した場合には認められる可能性がある。ところが、沖縄は独立せず沖縄県として日本の主権

[143]「駐留軍用地跡地利用に伴う経済波及効果等に関する検討調査」、沖縄県企画部企画調整課跡地利用推進班（2015年１月）。
[144]友知政樹「全基地撤去及び全補助金撤廃後の琉球（沖縄）経済に関する一考察」（『琉球独立学研究』第３号、2016年）17頁。

国家に組み込まれ普通地方公共団体となったので戦後補償は認められなくなったのである。

第２段階は、沖縄県の戦後の状況を踏まえ、戦後補償に準じる形で日本政府に請求できるかである。

そして、第３段階が、主権国家の中の米軍基地過重負担による植民地となっている現実状況により被っている経済的損失を補償請求できるかである。米軍基地過重負担により国民経済の原動力・基盤である土地所有権が広大な米軍基地（米軍基地過重負担）の土地利用に固定化されていることにより被っている機会費用（経済的不利益）を損失補償請求できるかということである。その理由は、以下のように、４点考えることができる。

第１は、日米安保条約による米軍基地を置くことを認めているからである。その米軍基地による損失補償請求だからである。日米安保条約５条は、日本が攻撃を受けた場合に「共通の危険に対処する」として米国による日本防衛義務を明記し、そのために同条約６条は「日本国の安全に寄与し、ならびに極東における国際の平和および安全の維持に寄与する」ために、日本国内に米軍基地を置きことを認めているのである。現在、在日米軍は陸海空の各軍と海兵隊で構成され、その人員は計約５万人といわれている。

安保条約に基づき、日本に駐留する米軍の法的地位や基地の管理・運用を定めた取極めが日米地位協定である。在日米軍の駐留経費は、日本側が一定の負担をしており、地位協定上、日本に支払い義務はないが、1978年度予算で当時の防衛庁長官が「思いやりを持って対処する」として、基地労働者の福利費などに拠出した「思いやり予算」が発端である。1987年度以降は特別協定を結び、従業員の給与、光熱費や訓練移転費を負担するようになる。2016年度の「思いやり予算」は約1900億円である。「思いやり予算」の他に沖縄の軍用地料の年間990億円（2016年度）等の

米軍基地の維持費等を含めて「在日米軍関係経費」は2016年度は約7600億円となっている（『日本経済新聞』2016年11月10日付）。

第２に、米軍基地負担による機会費用を「特別の犠牲」として損失補償請求できるのは、米軍基地過重負担により国民経済の原動力である土地所有権が広大な米軍基地の土地利用に固定化されていることにより生じている機会費用という莫大な経済的損失は主権国家の中の植民地であり、植民地は自由・民主主義・法の支配といった近代民主国家では認められないことであり、それは米軍基地の提供義務を負い、その米軍基地経費の負担している日本政府がその機会費用という経済損失を負担すべきだかである。

第３に、沖縄の米軍基地過重負担による機会費用は前述のように「想像を絶する莫大」な損失額であることは、現実の過重な米軍基地を維持するためには、沖縄県（民）及び軍用地主はそれだけの機会費用を日本政府の代わりに負担していることになるので、日本政府に損失補償の一部を請求することができるのである。

第４に、沖縄の米軍基地形成史の「ブルドーザーと銃剣による土地接収」を勘案すると、その損失補償請求は認容される可能性が高いのである。なぜなら、現在の４万人近くの軍用地主は国と賃貸借契約していたとしても事実上の土地収用上の強制使用にあたると判断される可能性が高いからである。

以上、沖縄本島の想像を絶する米軍基地過重負担による機会費用の損失補償による日本政府はその負担に耐えられず沖縄本島の米軍基地の整理縮小をせざるをえないのである。国民経済の原動力である土地所有権の内在的展開により沖縄本島の米軍基地は日本政府が負担できる程度に縮小均衡されるのである。

６　キャンプ・シュワブ返還交渉義務付け訴訟論

キャンプ・シュワブ返還交渉義務付け訴訟論とは、日本政府が米国とキャンプ・シュワブの返還を交渉すべきとする義務付け訴訟を沖縄県及び沖縄県民が提起するという沖縄の法的対応策である。このキャンプ・シュワブ義務付け訴訟の法律構成に関しては、義務付け訴訟と当事者訴訟が考えられる。

義務付け訴訟は申請型義務付け訴訟と非申請型義務付け訴訟が区別されるが、ここでは非申請型義務付け訴訟となる[145]。

非申請型義務付け訴訟は、「行政庁が一定の処分をすべきであるにかかわらずされないとき」であって、行政事件訴訟法３条６項２号に掲げる場合を除いたもの（同法３条６項１号）について、行政庁がその処分をすべき旨を命ずることを求める訴訟である。

その訴訟要件は、①「一定に処分がされないことにより重大な損害を生ずるおそれ」があること（重大性の要件、同法37条の２第１項）、②「その損害を避けるために他に適当な方法がないとき」であること（補充性の要件、同条同項）、③「行政庁が一定の処分をすべき旨を命ずることを求めるにつき法律上の利益を有する者で」であること（法律上の利益の要件、同条３項）である。

キャンプ・シュワブ返還交渉義務付け訴訟で、日本政府に米国政府と返還交渉すべきことを求めるのは、日米地位協定事項だからである。

まず、米軍基地の使用根拠は、日米安保条約６条１項である。すなわち、「日本国の安全に寄与し、並びに極東における国際の平和及び安全の維持に寄与するため、アメリカ合衆国は、その陸軍、空軍及び海軍が日本国において施設及び空域を使用することが許される」。そして、日米政府による個別基地の協定締結は、「個々の施設及び区域に関する協定は、

[145] 宇賀克也・『行政法概説Ⅱ』344頁。

第25条に定める合同委員会を通じて両政府が締結」する（日米地位協定２条１項)。また、米軍基地の返還、新設は、「日本国政府及び合衆国政府は、いずれか一方の要請があるときは、前記の取極を再検討しなければならず、また前記の施設及び区域を日本国に返還すべきこと又は新たに施設及び区域を提供することを合意することができる。」(日米地位協定２条２項)。

つまり、キャンプ・シュワブ返還は「いずれか一方の要請があるときは、前記の取極を再検討しなければならず、また前記の施設及び区域を日本国に返還すべきこと又は新たに施設及び区域を提供することを合意することができる」のである。

この規定に基づいて、沖縄県は、直截、日本政府にキャンプ・シュワブの返還を米国に要請するよう要求するとともに、その返還を要請すべき義務付け訴訟を提起すべきということになる。

そして、その前提となるキャンプ・シュワブの返還を求める根拠は、キャンプ・シュワブ辺野古崎地区の観光資源としての価値が高いからである。

第三者委員会は、以下のように「キャンプ・シュワブ」辺野古崎地区を県内屈指のリゾート地等となり得る潜在力を強調する。

「名護市辺野古の『キャンプ・シュワブ』辺野古地区も、名護市東海岸地域に残された、海岸の後背地に広大な面積を有する唯一の大型海浜地として、大浦湾の対岸のカヌチャリゾート同様、『キャンプ・シュワブ』が返還されたあかつきには、手付かずの自然環境に恵まれた、ジュゴン等の希少生物の生息する区域という特性と相まって、これらと共存しうる県内屈指のリゾート地等になりうる潜在力を有している。しかるに、本件埋立対象地に普天間代替施設の米軍基地が建設された場合には、当然今後長期にわたって基地として利用されることから、地域の発展はほとんど望めず、雇用の面においても大きな期待はできない。本件埋立対

象地の辺野古崎地区の海域を埋め立てて代替施設を建設することは、ゆたかな自然環境を破壊することのみならず、同地域が秘めている環境との共存を図った上でのリゾート地としての経済的潜在能力もまた完全に喪失してしまうことであり、その経済的不利益は甚だしい。

辺野古の『キャンプ・シュワブ』地区は、戦後70年もの長い間基地が存在するために、日本屈指の観光地として発展する沖縄県において、名護市の東海岸地区は取り残された状況にあり、『キャンプ・シュワブ』の辺野古地区は、新たな基地の建設による土地利用よりも、将来に向けて既存の基地部分の返還を求め、自然破壊を伴わない自然環境の保全と両立する形態での返還跡地の民間利用を目指すことの方が、国土利用上適正且つ合理的であり、より大きな価値を産むものと考えられる[146]。」

また、沖縄県の観光産業の発展可能性が高いことである。翁長知事は、前記２月15日の知事尋問において、「まさしく沖縄観光は去年、（海外観光客が）100万人を突破し、150万人になった。全部で78万人。海外から150万人、本土から630万人が県内に観光客としてきている。これは日本国で有数の観光産業として伸びている。」と証言する。

そして、平良朝敬（OCVB）会長は、観光立国には気候・自然・文化・食事の４条件が前提条件だとして、「私はこの４条件を沖縄県にあてはめてみました。沖縄は日本で唯一の亜熱帯海洋性気候であり、希少な海洋性動植物等が、100数類、そして160の島々を有し、そのうち有人島が49あり、自然環境に秀でている。ゴーヤーやフーチャンプルー、沖縄そば等の琉球料理もあります。また中国からの冊封使の１人徐葆光が書いた書物には宮廷料理の記載があります。その料理再現してみたところ、観光の大きな要素になると思いました。沖縄にはこういった観光の４条件

[146] 第三者委員会検証結果報告書42頁、まさに最高裁判決のいう「国土利用上の効用」である。

が十分に備わっているということです[147]。」

沖縄県及び沖縄県民がキャンプ・シュワブの返還交渉すべき義務づけ訴訟の法的根拠は、以下の、国土利用計画法、国土形成計画法、及び景観法である。

第１は、国土利用計画法である。米軍基地過重負担で在日米軍施設の約70%が0.6%の沖縄に集中することは「健康で文化的な生活環境の確保と国土の均衡ある発展」を基本理念とする国土利用計画法の基本理念（２条）に反する。すなわち、米軍基地過重負担の歴史的現実は、「国土の利用は、国土が現在及び将来における国民のために限られた資源であるとともに、生活及び生産に通ずる諸活動の共通の基盤であることに鑑み、公共の福祉を優先させ、自然環境の保全を図りつつ、地域の自然的、社会的、経済的及び文化的条件を配慮して、健康で文化的な生活環境の確保と国土の均衡ある発展を図ること」の基本理念に著しく反し、日本政府は、沖縄県の基幹産業である観光産業の観光資源として県内屈指のリゾート地としての潜在能力を有しているキャンプ・シュワブの返還交渉をして「健康で文化的な生活環境の確保と国土の均衡ある発展を図る」べき責務がある。

第２に、国土形成計画法である。沖縄県民の約９割の130万人の生活する沖縄本島の約17%を占める米軍基地過重負担は、国土形成計画法の目的（１条）の「現在及び将来の国民が安心して豊かな生活を営むことができる経済社会の実現に寄与すること」に反する。日本の主権国家の中の米軍基地過重負担による植民地である沖縄は「現在及び将来の国民が安心して豊かな生活を営むことができる」経済社会ではなく、その米軍基地過重負担の軽減のために、日本政府は、キャンプ・シュワブ（20.6

[147] 沖縄国際大学沖縄法政研究所編『「基地の島」沖縄が問う―連続企画「沖縄の未来を考える」―』（琉球新報社、2016年）90頁。

㎢）の返還交渉を米国とすべきである。

第３は、景観法である。米軍基地過重負担で沖縄本島の約17%を米軍基地が占有するという「基地の島」となっている沖縄は景観法の目的である「美しく風格のある国土の形成、潤いのある豊かな生活環境の創造及び個性的で活力ある地域社会の実現」に著しく反する。キャンプ・シュワブを含む辺野古沿岸域は沖縄本島の東海岸に残された自然豊か地域であり「良好な景観の形成」のもつ観光資源の視点から日本政府はキャンプ・シュワブ返還交渉を米国とする責務がある。「良好な景観は、観光その他の地域間の交流の促進に大きな役割を担うものでることにかんがみ、地域の活性化に資するように、地方公共団体、事業者、及び住民により、その形成に向けて一体的に取り組む」責務があり、そして、「良好な景観の創出」を展開して行くのは国及び地方公共団体の責務であるからである。すなわち、「国は、基本理念にのっとり、良好な景観の形成に関する施策を総合的に策定し、及び実施する責務を」有し（景観法３条）、「地方公共団体は、基本理念にのっとり、良好な景観の促進に関し、国との適切な役割分担を踏まえた、その区域の自然的社会的諸条件に応じた施策を策定し、及び実施する責務有する」（景観法４条）のである。

そして、辺野古リゾート国土計画は、日本の歴史を踏まえ、将来を見据えた「地方創生」および「観光立国」の国家政策の具現化が最も近いものであると考えることができる。

第５節　小括

翁長沖縄県知事は、2016年12月26日、自ら判断した埋立承認取消しを見ずから取り消した。承認取消しの取り消しの記者会見も開かず、那覇空港での記者会見で、自らの取り消し処分を取り消す手続きに入ったと表明した。そして「最高裁判決が出て、しっかりしたところから改めて方向性を構築していく。知事権限も想定しての法廷闘争なので新辺野古

基地は造らせない、オスプレイの配備撤回に向け、頑張りたい」と述べた。また「原点にもどり、辺野古新基地は造らせないとの新たなスタートへ改めて決意を固めた」と述べた。

26日は、朝から、初めて辺野古訴訟の裁判闘争で市民の反対運動があった。

これで、2015年10月13日の翁長知事の埋立て承認の取り消しによって始まった国と沖縄県との裁判闘争は終結した。翁長知事自ら、違法確認訴訟の最高裁判決を受けて、代執行訴訟を待たずに自ら埋立て承認取消しの取り消しをするという「想像を絶する」判断をしたのである。地方自治法上、沖縄県知事自ら「埋立て承認の適法性」を積極的に認めたことによる、翁長知事による埋立て工事を阻止又は妨害する行為は全て権限濫用として無効となるとともに権利濫用の不法行為による損害賠償責任をおうことになるのである。これが地方自治の本旨であるからである。

翁長沖縄県知事は、係争委の判断回避の決定後において、沖縄県は是正指示の取消訴訟をすべきか、その提訴期限切れ後の国の是正指示の不作為違法確認訴訟を受けるべきかの判断時において、辺野古訴訟からの撤退を前提に訴訟の選択をしている。つまり、知事の権限による辺野古埋立阻止に関する政治的判断をしていることになる。したがって、12月26日をもって、翁長知事の知事権限による埋立て阻止の放棄を宣言したことになる。

その後の沖縄県の対応は、政治的闘争の側面を内包させながら以下のような抵抗権的な法廷闘争となるであろう。すなわち、現知事の出直し選挙とともに県民投票を実施し、その民意に基づいて、①「辺野古埋立承認の撤回」②「米軍基地過重負担による機会費用の損失補償請求」及び③「キャンプ：シュワブ返還交渉の義務付け訴訟」を提訴することである。

しかし、本件承認取消しを取り消した現知事による承認撤回の「表明」

に対しては、沖縄防衛局は、最高裁判決の土地所有権構成を根拠に、差止訴訟（行政事件訴訟法37条の４第12項）及び仮の差止め（同法37条の５）を提起し、撤回はできないことが想定される。

第８章　総括

最高裁判所は、2016年12月20日、辺野古違法確認訴訟において、土地所有権構成により、自治権構成の沖縄県の全面敗訴の判決を下した。

そこで、最後に、以下の論点に関して、土地所有権構成の観点から一般論の総括をする。沖縄の米軍基地問題の本質を踏まえ、今後の辺野古訴訟に対する沖縄県及び沖縄県民の方向性・対応策がみえてくるからである。すなわち、辺野古違法確認訴訟の最高裁判所の判断の意味、そして沖縄県における最高裁判所の判断の意味、及び辺野古訴訟の「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」の土地所有権構成により「米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因である」ということの主権国家レベルの本質的な意味、並びに今後の沖縄県及び沖縄県民の方向性を考察することにする。

自由・自由主義・法の支配という近代的諸価値を編成原理とする近代民主国家では、法の支配の原理は立憲主義と法治主義からなり、立憲主義は権力も憲法に拘束される原理であるが、国民も政府も法律に拘束される原理が法治主義である。つまり、この法律による国民と政府の両面拘束の原理が法治主義である。

国民が法律に拘束されるのは、国民代表からなる議会の意思が国民の意思であると擬制され、国民自身の同意があるからである。民事関係において、自らの意思に基づいて締結した契約に自分自身が拘束されると同様に、自らの意思を代表する議会の制定した法律に国民が拘束されると構成されるのである。

他方、政府を拘束する原理は法律による行政の原理である。国民の権利利益の保護のため、行政の主要な部分が国民代表からなる議会の制定した法律によって行われ、行政機関の行為の適法性を審査する独立の裁判所によって行政の司法統制が行われるのが、法律による行政の原理で、法治主義の要請である。法律による行政の原理は、法治主義の基幹的法理である。

したがって、近代民主国家における法治主義、民主主義のもとで、国民も政府も法律に拘束され、その適法性判断が裁判所でなされるということは、近代民主国家においては、裁判所の判断が最終決着ということになる。もちろん、その最終決着は最高裁判所までいくと、その判断が最終決着ということになる。言い換えると、民主主義及び法治主義国家の国民は裁判所の判決に自発的に服するということが擬制されているのである。沖縄県民も、沖縄県知事の承認取り消しを巡る裁判の判断にしたがった沖縄県民としての決着となるのである。

しかしながら、沖縄の米軍基地問題の法的問題に関しては複雑な側面をもっている。戦後71年にわたって米軍基地過重負担の歴史的現実があるからである。約20万人の戦死者を出した沖縄戦の戦禍で沖縄県民の４分の１が戦没し、その戦地に71年後の現在130万人が生活している沖縄本島に、占領軍の米軍基地が約18％を敗戦後71年も占有し続けている歴史的現実は主権国家の戦争の「講和」後としては近代民主国家の編成原理である自由・民主主義・法の支配といった近代的諸価値に対する本質的な懐疑が潜在しているからである。つまり、近代民主国家である日本の戦後処理に関して沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実は「基地の島」の姿となり、この「基地の島」に新たに「米軍基地」を建設して、「基地の島」を固定化しようとしているのである。沖縄戦の戦没者20万人の魂を蹂躙し続けているのである。近代民主国家、日本の主権の至高性を自ら貶めているのである。

翁長沖縄県知事が日米両国政府の辺野古沿岸域を埋立てて、新たに米軍基地を建設することに反対し、また、米国で、政府及び米国民への辺野古米軍基地建設の理不尽さを訴え、さらには、国連人権委員会での「基地問題は人権問題」との国際社会への訴えは必然性があるのである。沖縄の米軍基地問題の本質は、主権国家の在り方であり、「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」は「基地の島」として「敗戦の姿」で現れ、辺野古訴訟で裁判の場で炙りだされたことになる。

そして、辺野古訴訟では、本件埋立て承認の違法性が争われ、「本件埋立ては、全国の在日米軍専用施設の73.8％を抱える沖縄県内において米軍基地の固定化を招く契機となり、基地負担についての格差や過重負担を固定化する不利益を内包するもの」（第三者委員会報告書45頁）と法律構成される。そして、敗戦後70年余にわたる「敗戦の姿」のままである「基地の島」の沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実の違法状態は、辺野古沿岸域を埋立てて、新たな米軍基地の建設を承認することを意味する本件埋立て承認の強い違法性へ彰表・化体するのである。

したがって、辺野古違法確認訴訟における最高裁判所は、自由・民主主義・法の支配といった近代的諸価値を編成原理とする近代民主国家の主権の一翼を担う司法権の最終的担い手として、自らの存在価値と存在根拠を国民に示す裁判ということになる。沖縄県知事の辺野古沿岸域の埋立て承認の違法性判断は、沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実が、近代民主国家である日本の主権国家として許容できる合理的な過重負担であるかであり、日本が主権国家として存在し続けるかが試される裁判ということになる。いわば、主権国家の基盤である安全保障問題が沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実を契機に政府、地方公共団体及び裁判所の役割分担並びにそれぞれの権力の存在根拠と存在価値が検証されることになるのが辺野古訴訟ということになる。

そして、その辺野古訴訟の過程において、戦後70年余にわたる「沖縄

の米軍基地過重負担の歴史的現実」（米軍基地過重負担）を土地所有権で法律構成することにより、沖縄の過重負担の「米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因である」ということが判明するのである。それは、沖縄の米軍基地問題の本質が、沖縄は、近代民主国家である日本という主権国家のなかにある米軍基地過重負担による植民地であるということを意味する。したがって、辺野古訴訟の本質は、沖縄経済発展の最大の阻害要因である過重負担である米軍基地を建設するために辺野古沿岸域を沖縄県知事が埋立て承認することは「埋立地の用途」としての「米軍基地」が、埋立法の趣旨である「国民経済の向上に資するもの」という「公共の福祉の増進」に照らして、「国土利用上適正かつ合理的なること」に著しく反することになり、強い違法性を帯びることになるということである。なぜなら、自由・民主主義・法の支配といった近代民主国家である日本という主権国家は主権国家のなかの米軍基地過重負担による植民地を認めることはできないからである。したがって、辺野古訴訟において、最高裁判所は、その本質である沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実、その核心である米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因であるということを、近代民主国家である日本の主権を構成する司法権レベルで捉えると、沖縄県を敗訴させることはあり得ないのである。それは、沖縄が米軍基地過重負担による主権国家のなかの植民地であることを最高裁判所が認めることになるからである。

ところで、沖縄は米軍基地過重負担による主権国家のなかの植民地であるということであるが、植民地は、一般的には、本国の外にあって支配下にある地域で、武力によって獲得される場合が多く、本国から国民に一部が移住して現地住民を従属させ開拓や開発が行われ、経済的価値を収奪するものである。この植民地は、現象的にみると、積極的に植民地の住民の経済的価値を収奪するものであるが、沖縄の米軍基地過重負担による主権国家のなかの植民地とは、県民の約９割の約130万人の生活

する沖縄本島の約18％の米軍基地として占領・占有することにより、米軍基地過重負担は土地の合理的利用による経済発展を停止させ阻害し、本来得られるべき莫大な潜在的経済価値の機会費用を日本政府が収奪しているという意味の植民地である。日本政府は米軍基地提供の負担義務を負い、その費用を負担しているからである。米軍基地過重負担の機会費用を日本政府は機会費用を負担している沖縄県民に損失補償せずに過重負担の米軍基地を提供していることは、米軍基地の費用負担義務を負っている日本政府が沖縄県民の機会費用という経済的価値を収奪しているということになるから植民地ということになるのである。

要するに、沖縄の米軍基地過重負担の本質は、国民経済（自由主義経済）の原動力・基盤である土地所有権が広大な米軍基地の土地利用に固定化されることにより、沖縄の過重な米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因であることになるところ、沖縄は日本という主権国家のなかの米軍基地過重負担による植民地であるということにあるのである。なぜなら、植民地は主権国家が特定地域の土地利用による経済価値を収奪することであり、沖縄は米軍基地過重負担による土地利用上の機会費用という経済価値を米軍基地の安全保障費用を負担すべき日本が、その米軍基地過重負担により沖縄の膨大な機会費用を収奪していることになるからである。

本質的に言えば、米軍基地の過重負担が大きいほど植民地としての効果があるということになる。近代民主国家の根幹をなす国民の権利である土地所有権の観念の稀薄な地域を植民地とする現代的支配の手法ということになる。日本政府と米国政府は、米軍基地過重負担により沖縄を植民地にしているのである。自由主義経済の原動力・基盤である土地所有権概念の認識の稀薄な地域において、土地所有権を自由主義経済の原動力・基盤とする近代民主国家のソフト・パワーによる植民地支配である。ここに米軍基地を沖縄本島に集中する米軍基地過重負担の本質があ

るとともに、沖縄の法的な独立の契機ともなる。つまり、最高裁判所が、米軍基地過重負担の土地所有権構成の沖縄県に敗訴を言い渡すことは、沖縄の米軍基地過重負担による主権国家のなかの植民地を認めることになり、沖縄県知事及び沖縄県民に憲法上の抵抗権を認めることになるのである。

したがって、最高裁判所が、米軍基地過重負担の土地所有権構成の沖縄県を敗訴させる判断は、自由・民主義・法の支配といった近代的諸価値を編成原理とする近代民主国家の司法権を逸脱・濫用した違法な判断であるので、沖縄県及び沖縄県民は、その最高裁裁判の判断に従うべきではなく、反対に、自由・民主主義・法の支配という近代的諸価値を編成原理とする近代的民主国家を完遂・内実化するために、近代民主国家である日本のために、沖縄県及び沖縄県民は抵抗権を有するに至るというべきである。

沖縄は、国民経済の原動力である土地所有権の観点を通すと、日本という主権国家のなかの米軍基地過重負担による植民地であるということになる。これは、自由・民主主義・法の支配といった近代諸価値を編成原理とする近代民主国家における最高裁判所においては認められないことである。日本は自由・民主主義・法の支配といった近代的諸価値を憲法の編成原理とする近代民主国家であるからである。

したがって、沖縄県及び沖縄県民は、辺野古違法確認訴訟における最高裁判所による沖縄県の自治権構成に対する敗訴の判決を契機に、戦後70年余にわたる米軍基地過重負担の歴史的現実を近代民主国家の根幹をなし、自由主義経済（国民経済）の原動力・基盤である土地所有権の観点から法律構成すべきである。このような土地所有権構成により、米軍基地は沖縄経済発展の最大の阻害要因であることが明らかになる。沖縄の米軍基地問題の本質は、沖縄が米軍基地過重負担による主権国家のなかの植民地であることにある。自由・民主主義・法の支配という近代的

諸価値を編成原理とする近代民主国家である日本及び米国が、主権国家のなかの植民地を認めることは、自らが近代民主国家であることを自己否定することを意味する。それは、同時に沖縄県及び沖縄県民にとっての「自己決定権」の論理でもある。

―了―

資料　I

言渡	平成28年12月20日
交付	平成28年12月20日
裁判所書記官	

平成２８年（行ヒ）第３９４号

判　　決

当事者の表示　　別紙当事者目録記載のとおり

上記当事者間の福岡高等裁判所那覇支部平成２８年（行ケ）第３号地方自治法２５１条の７第１項の規定に基づく不作為の違法確認請求事件について，同裁判所が平成２８年９月１６日に言い渡した判決に対し，上告人から上告があった。よって，当裁判所は，次のとおり判決する。

主　　文

本件上告を棄却する。

上告費用は上告人の負担とする。

理　　由

第１　本件の事実関係等の概要

１　本件は，我が国とアメリカ合衆国（以下「米国」という。）との間で返還の合意がされた沖縄県宜野湾市所在の普天間飛行場の代替施設を同県名護市辺野古沿岸域に建設するための公有水面の埋立て（以下「本件埋立事業」という。）につき，沖縄防衛局が，仲井眞弘多前沖縄県知事（以下「前知事」という。）から公有水面の埋立ての承認（以下「本件埋立承認」という。）を受けていたところ，上告人が本件埋立承認は違法であるとしてこれを取り消したため（以下「本件埋立承認取消し」という。），被上告人が，沖縄県に対し，本件埋立承認取消しは違法であるとして，地方自治法２４５条の７第１項に基づき，本件埋立承認取消しの取消し

を求める是正の指示（以下「本件指示」という。）をしたものの，上告人が，本件埋立承認取消しを取り消さず，法定の期間内に同法２５１条の５第１項に定める是正の指示の取消しを求める訴えの提起もしないことから，同法２５１条の７第１項に基づき，上告人が本件指示に従って本件埋立承認取消しを取り消さないことが違法であることの確認を求める事案である。

２　原審の適法に確定した事実関係等の概要は，次のとおりである。

⑴　普天間飛行場は，宜野湾市の中央部にあり，昭和２０年からアメリカ合衆国軍隊（以下「米軍」という。）による使用が開始され，現在，米軍海兵隊の航空部隊の基地として用いられている。同飛行場周辺は，学校や住宅，医療施設等が密集している状況にある。

⑵　キャンプ・シュワブは，名護市辺野古周辺に所在し，昭和３１年から米軍海兵隊により使用が開始され，現在はキャンプ地区及び訓練場地区として，米軍海兵隊の陸上部隊により用いられている施設及び区域であり，一般人の立入り等が制限されている。

⑶ア　平成８年４月に行われた内閣総理大臣と駐日米国大使との会談において，普天間飛行場につき，一定の措置を講じた後に返還される旨の合意がされ，更に同年１２月，日米安全保障協議委員会（日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約４条を根拠として設置された協議機関）に出席した関係閣僚等により，同飛行場の代替施設を設置し，運用が可能となった後に同飛行場を返還する旨が承認された。その後，国は，同飛行場の代替施設及びその関連施設としての飛行場（以下「本件新施設等」という。）を名護市辺野古沿岸域に設置するため，本件埋立事業を実施することとし，沖縄防衛局がその手続を進めた。

イ　沖縄防衛局は，キャンプ・シュワブ施設敷地内から辺野古崎とこれに隣接する大浦湾，辺野古湾の水域を結ぶ形で埋立地を造成し，本件新施設等を設置するため，平成２５年３月２２日，前知事に対し，原判決別紙４記載の公有水面の埋立て（本件埋立事業）の承認を求めて，公有水面埋立承認願書を提出した（以下，この出願を「本件埋立出願」という。）。

ウ　沖縄防衛局長は，本件埋立出願に先立ち，環境影響評価法及び沖縄県環境影響評価条例（平成１２年沖縄県条例第７７号）に基づいて環境影響評価書を作成し，平成２３年１２月及び同２４年１月，これを前知事に送付するとともに，同年１２月，補正後の環境影響評価書を前知事に送付した。

(4)ア　前知事は，本件埋立出願を受けて，関係市町村長である名護市長及び関係機関である沖縄県環境生活部長等に対し意見照会をし，それぞれ回答を受けた。また，沖縄県は，平成２５年１０月から同年１２月までの間，４回にわたり，沖縄防衛局に対し，本件埋立事業が公有水面埋立法４条１項１号の要件（以下「第１号要件」という。）及び同項２号の要件（以下「第２号要件」という。）に適合するか否かに関する質問をし，その回答を受けた。

イ　前知事は，沖縄県が行政手続法５条１項に基づいて定めた公有水面埋立免許の審査基準により本件埋立出願に係る審査を行い，本件埋立事業が第１号要件及び第２号要件を含む公有水面埋立法４条１項各号の要件に適合すると判断して，平成２５年１２月２７日，本件埋立承認をした。

上記審査のうち本件埋立事業が第１号要件に適合するか否かの審査においては，普天間飛行場の周辺に学校や住宅，医療施設等が密集しており，騒音被害等により住民生活に深刻な影響が生じていることや，過去に同飛行場周辺で航空機の墜落事

故が発生しており，同飛行場の危険性の除去が喫緊の課題であることを前提に，①同飛行場の施設面積が約４．８㎢であるのに対し，本件新施設等の面積が約２㎢であり，そのうち埋立面積が約１．６㎢であることなどから埋立ての規模が適正かつ合理的である，②沿岸域を埋め立てて滑走路延長線上を海域とすることにより航空機が住宅地の上空を飛行することが回避されることや，本件新施設等が既に米軍に提供されているキャンプ・シュワブの一部を利用して設置されることなどから，埋立ての位置が適正かつ合理的であるなどとされた上で，本件埋立事業が第１号要件に適合すると判断されている。

また，上記審査のうち本件埋立事業が第２号要件に適合するか否かの審査においては，前記(3)ウの環境影響評価書の内容が検討の対象とされた上で，①護岸その他の工作物の施工，②埋立てに用いる土砂等の性質への対応，③埋立土砂等の採取，運搬及び投入，④埋立てによる水面の陸地化において，現段階で採り得ると考えられる工法，環境保全措置及び対策が講じられており，更に災害防止にも十分配慮されているとして，本件埋立事業が第２号要件に適合すると判断されている。

(5) 上告人は，平成２７年１０月１３日，本件埋立承認には本件埋立事業が第１号要件及び第２号要件に適合しないにもかかわらずこれらに適合するとした瑕疵があったとして，本件埋立承認取消しをした。

(6) 公有水面埋立法に基づく都道府県知事による埋立ての承認は法定受託事務であるところ（地方自治法２条９項１号，公有水面埋立法５１条１号），被上告人は，本件埋立承認取消しが違法であるとして，平成２７年１１月１７日，地方自治法２４５条の８第３項に基づき，本件埋立承認取消しの取消しを行うべきことを命ずる旨の裁判を求める訴え（以下「前件訴訟」という。）を提起した。

前件訴訟は，平成２８年３月４日の和解期日において訴えが取り下げられたことにより終了した。

(7) 被上告人は，本件埋立承認取消しが違法であるとして，平成２８年３月１６日，地方自治法２４５条の７第１項に基づき，沖縄県に対し，本件埋立承認取消しの取消しを求める本件指示をした。本件指示に係る書面には，同書面が到達した日の翌日から起算して１週間以内に本件埋立承認取消しを取り消すべき旨の記載がされていた。

(8) 上告人は，本件指示に不服があるとして，平成２８年３月２３日，地方自治法２５０条の１３第１項に基づき，国地方係争処理委員会に対し，審査の申出をした。

(9) 国地方係争処理委員会は，平成２８年６月２１日，上告人及び被上告人に対し，国と沖縄県が普天間飛行場の返還という共通の目標の実現に向けて真摯に協議し，双方がそれぞれ納得できる結果を導き出す努力をすることが，問題の解決に向けての最善の道であるとの見解をもって審査の結論とする旨の決定（以下「本件委員会決定」という。）を通知した。

(10) 上告人は，本件委員会決定の通知があった日から３０日以内に本件指示の取消しを求める地方自治法２５１条の５所定の訴えを提起せず，かつ，本件埋立承認取消しを取り消さなかった。そこで，被上告人は，平成２８年７月２２日，同法２５１条の７第１項に基づき，本件訴えを提起した。

第２　上告代理人竹下勇夫ほかの上告受理申立て理由第３の１，第６及び第７について

１　本件においては，上告人が本件指示に係る措置として本件埋立承認取消しを

取り消さないことが違法であることの確認が求められているところ，本件埋立承認取消しは，前知事がした本件埋立承認に瑕疵があるとして上告人が職権でこれを取り消したというものである。

一般に，その取消しにより名宛人の権利又は法律上の利益が害される行政庁の処分につき，当該処分がされた時点において瑕疵があることを理由に当該行政庁が職権でこれを取り消した場合において，当該処分を職権で取り消すに足りる瑕疵があるか否かが争われたときは，この点に関する裁判所の審理判断は，当該処分がされた時点における事情に照らし，当該処分に違法又は不当（以下「違法等」という。）があると認められるか否かとの観点から行われるべきものであり，そのような違法等があると認められないときには，行政庁が当該処分に違法等があることを理由としてこれを職権により取り消すことは許されず，その取消しは違法となるというべきである。

したがって，本件埋立承認取消しの適否を判断するに当たっては，本件埋立承認取消しに係る上告人の判断に裁量権の範囲の逸脱又はその濫用が認められるか否かではなく，本件埋立承認がされた時点における事情に照らし，前知事がした本件埋立承認に違法等が認められるか否かを審理判断すべきであり，本件埋立承認に違法等が認められない場合には，上告人による本件埋立承認取消しは違法となる。

2(1)　公有水面埋立法は，４２条１項において，国が行う埋立てにつき，当該事業を施行する官庁が都道府県知事から承認を受けるべきことを定め，その承認の要件が同条３項において準用する同法４条１項により定められているところ，同項が，同項各号の要件に適合すると認められる場合を除いては埋立ての承認又は免許（以下「承認等」という。）をすることができない旨を定めていることなどに照ら

すと，同項各号は，上記承認等が都道府県知事の裁量的な判断であることを前提に，上記承認等をするための最小限の要件を定めたものと解されるのであって，同項各号の規定はこのことを踏まえて解釈されるべきである。

(2) 公有水面埋立法４条１項１号の「国土利用上適正且合理的ナルコト」という要件（第１号要件）は，承認等の対象とされた公有水面の埋立てや埋立地の用途が国土利用上の観点から適正かつ合理的なものであることを承認等の要件とするものと解されるところ，その審査に当たっては，埋立ての目的及び埋立地の用途に係る必要性及び公共性の有無や程度に加え，埋立てを実施することにより得られる国土利用上の効用，埋立てを実施することにより失われる国土利用上の効用等の諸般の事情を総合的に考慮することが不可欠であり，また，前記(1)で述べたところに照らせば，第１号要件においては当該埋立てや埋立地の用途が当該公有水面の利用方法として最も適正かつ合理的なものであることまでが求められるものではないと解される。そうすると，上記のような総合的な考慮をした上での判断が事実の基礎を欠いたり社会通念に照らし明らかに妥当性を欠いたりするものでない限り，公有水面の埋立てが第１号要件に適合するとの判断に瑕疵があるとはいい難いというべきである。

これを本件についてみるに，本件埋立事業は普天間飛行場の代替施設（本件新施設等）を設置するために実施されるものであり，前知事は，同飛行場の使用状況や，同飛行場の返還及び代替施設の設置に関する我が国と米国との間の交渉経過等を踏まえた上で，前記第１の２(4)イのとおり，騒音被害等により同飛行場の周辺住民の生活に深刻な影響が生じていることや，同飛行場の危険性の除去が喫緊の課題であることを前提に，①本件新施設等の面積や埋立面積が同飛行場の施設面積と比

較して相当程度縮小されること，②沿岸域を埋め立てて滑走路延長線上を海域とすることにより航空機が住宅地の上空を飛行することが回避されること及び本件新施設等が既に米軍に提供されているキャンプ・シュワブの一部を利用して設置されるものであること等に照らし，埋立ての規模及び位置が適正かつ合理的であるなどとして，本件埋立事業が第１号要件に適合すると判断しているところ，このような前知事の判断が事実の基礎を欠くものであることや，その内容が社会通念に照らし明らかに妥当性を欠くものであるという事情は認められない。

したがって，本件埋立事業が第１号要件に適合するとした前知事の判断に違法等があるということはできない。

〔3〕 また，公有水面埋立法４条１項２号の「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（第２号要件）は，公有水面の埋立て自体により生じ得る環境保全及び災害防止上の問題を的確に把握するとともに，これに対する措置が適正に講じられていることを承認等の要件とするものと解されるところ，その審査に当たっては，埋立ての実施が環境に及ぼす影響について適切に情報が収集され，これに基づいて適切な予測がされているか否かや，事業の実施により生じ得る環境への影響を回避又は軽減するために採り得る措置の有無や内容が的確に検討され，かつ，そのような措置を講じた場合の効果が適切に評価されているか否か等について，専門技術的な知見に基づいて検討することが求められるということができる。そうすると，裁判所が，公有水面の埋立てが第２号要件に適合するとした都道府県知事の判断に違法等があるか否かを審査するに当たっては，専門技術的な知見に基づいてされた上記都道府県知事の判断に不合理な点があるか否かという観点から行われるべきであると解される。

これを本件についてみるに，前記第１の２(4)イのとおり，本件埋立事業が第２号要件に適合するか否かは沖縄県が定めた審査基準に基づいて検討されているところ，この審査基準に特段不合理な点があることはうかがわれない。また，前記第１の２(4)ア及びイのとおり，前知事は，関係市町村長及び関係機関からの回答内容や沖縄防衛局からの回答内容を踏まえた上で，本件埋立事業が第２号要件に適合するか否かを専門技術的な知見に基づいて審査し，①護岸その他の工作物の施工，②埋立てに用いる土砂等の性質への対応，③埋立土砂等の採取，運搬及び投入，④埋立てによる水面の陸地化において，現段階で採り得ると考えられる工法，環境保全措置及び対策が講じられており，更に災害防止にも十分配慮されているとして，第２号要件に適合すると判断しているところ，その判断過程及び判断内容に特段不合理な点があることはうかがわれない。

したがって，本件埋立事業が第２号要件に適合するとした前知事の判断に違法等があるということはできない。

３　以上のとおり，本件埋立事業が第１号要件及び第２号要件に適合するとした前知事の判断に違法等があるということはできず，他に本件埋立承認につき違法等があることをうかがわせる事情は見当たらない。そうすると，本件埋立承認取消しは，本件埋立承認に違法等がないにもかかわらず，これが違法であるとして取り消したものであるから，公有水面埋立法４２条１項及び同条３項において準用する４条１項の適用を誤るものであって，違法であるといわざるを得ず，これは地方自治法２４５条の７第１項にいう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場合に当たる。

第３　上告代理人竹下勇夫ほかの上告受理申立て理由第８について

１　地方自治法２４５条の７第１項は，各大臣（内閣府設置法４条３項に規定する事務を分担管理する大臣たる内閣総理大臣又は国家行政組織法５条１項に規定する各省大臣）は，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場合に是正の指示をすることができる旨を定めるところ，その趣旨は当該法定受託事務の適正な処理を確保することにあると解される。このことに加えて，当該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各大臣において是正の指示をすることが制限される場合がある旨の法令の定めはないことを考慮すると，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場合には，当然に地方自治法２４５条の７第１項に基づいて是正の指示をすることができる。

２　これを本件についてみるに，被上告人は公有水面埋立法を所管する大臣であり（国土交通省設置法４条５７号。平成２７年法律第６６号による改正後は同条１項５７号），公有水面埋立法に基づく都道府県知事による埋立ての承認は法定受託事務であるところ，前記第２の３のとおり，本件埋立承認取消しが法令の規定に違反しているのであるから，被上告人は，沖縄県に対し，これを是正する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。

したがって，本件指示は適法であり，上告人は本件指示に係る措置として本件埋立承認取消しを取り消す義務を負う。

第４　上告代理人竹下勇夫ほかの上告受理申立て理由第９について

１　地方自治法２５１条の７第１項は，同項に定める違法の確認の対象となる不作為につき，是正の指示を受けた普通地方公共団体の行政庁が，相当の期間内に是

正の指示に係る措置を講じなければならないにもかかわらず，これを講じないことをいう旨を定めている。そして，本件指示の対象とされた法定受託事務の処理は，上告人が本件埋立承認を職権で取り消したことであり，また，本件指示に係る措置の内容は本件埋立承認取消しを取り消すという上告人の意思表示を求めるものである。これに加え，被上告人が平成２７年１１月に提起した前件訴訟においても本件埋立承認取消しの適否が問題とされていたことなど本件の事実経過を勘案すると，本件指示がされた日の１週間後である同２８年３月２３日の経過により，同項にいう相当の期間が経過したものと認められる。

また，本件において，上記の期間が経過したにもかかわらず上告人が本件指示に係る措置を講じないことが許容される根拠は見いだし難いから，上告人が本件埋立承認取消しを取り消さないことは違法であるといわざるを得ない。

したがって，上告人が本件指示に係る措置として本件埋立承認取消しを取り消さないことは，地方自治法２５１条の７第１項にいう不作為の違法に当たる。

２　なお，所論は，上告人が本件委員会決定を受けて被上告人に協議の申入れをしたことなどを指摘して，上告人に地方自治法２５１条の７第１項にいう不作為の違法はない旨をいう。しかしながら，上告人は，本件指示に係る措置として本件埋立承認取消しを取り消していないのであるから，上告人に同項にいう不作為の違法があることは明らかであり，上告人が本件委員会決定を受けて被上告人に協議の申入れをしたことは，上記の結論を左右しない。所論は採用することができない。

第５　結論

以上によれば，上告人が本件指示に係る措置として本件埋立承認取消しを取り消さないことは違法であるとして，被上告人の請求を認容した原審の判断は，結論に

おいて是認することができる。論旨は，いずれも採用することができない。

よって，裁判官全員一致の意見で，主文のとおり判決する。

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官　鬼　丸　か　お　る

裁判官　小　貫　芳　信

裁判官　山　本　庸　幸

裁判官　菅　野　博　之

当 事 者 目 録

那覇市泉崎１丁目２番２号

上　告　人	沖縄県知事　翁　長　雄　志
同訴訟代理人弁護士	竹　下　勇　夫
	加　藤　　裕
	松　永　和　宏
	久　保　以　明
	仲　西　孝　浩
	秀　浦　由紀子
	亀　山　　聡
同指定代理人	謝　花　喜一郎
	山　城　正　也
	比　嘉　徳　和
	新　城　和　久
	柿　島　　敢

東京都千代田区霞が関２丁目１番３号

被　上　告　人	国土交通大臣　石　井　啓　一
同指定代理人	定　塚　　誠
	武　笠　圭　志
	西　山　卓　爾
	小　原　一　人
	加　藤　経　将

平　光　信　隆
小　野　功　雄
小　野　　健
森　　健　良
小　野　啓　一
熊　谷　直　樹
野　村　恒　成
山　崎　　修
柴　橋　資　郎
小　川　佳　剛
眞　部　　朗
大　和　太　郎
木　村　宗　敬
村　田　宇　弘
星　野　玲　菜

ほか

資料　Ⅱ

「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」、「辺野古訴訟の推移」及び拙稿・論考の展開

◆年表

- 1945年４月１日　米軍沖縄本島上陸
- 1945年６月23日　牛島中将自決　沖縄戦の「組織戦」の「終了」
- 1952年４月28日　サンフランシスコ平和条約発効
  日米安保条約
- 1972年５月15日　沖縄返還
- 1995年９月　少女暴行事件
- 1995年10月21日　10・21沖縄県民総決起大会
- 1995年11月４日　沖縄県知事代理署名拒否
- 996年４月12日　普天間飛行場返還で日米政府が合意
- 1996年８月28日　代理署名拒否最高裁大法廷判決
- 1996年９月８日　県民投票
  - ＊1997年１月　「土地はいったい誰のものなのか―沖縄は何を提起しつづけるのか」（『法学セミナー』1997年１月号34頁～37頁）
  - ＊1997年２月　共著『沖縄の基地問題』（第１章「沖縄の基地問題の現在」13頁～80頁）
  - ＊1997年３月　「沖縄米軍基地と土地所有権の制限」（沖縄国際大学『沖縄法学』第26号185頁～225頁）
  - ＊1997年９月　〈巻頭論説〉「沖縄県知事の代理署名拒否問題―民法学の立場から」（九州法学会『九州法学会法会報・1996年』１頁～９頁）

＊1998年３月　「土地所有権と住民投票」（沖縄国際大学『沖縄法学』第13号41頁～88頁）

＊1998年３月　「基地と土地問題」（日本法社会学会　『法社会学』50号129頁～134頁）

＊1999年９月８日　「９・８県民投票の意義を考える集い」（連合沖縄・講演録〈1999年11月１頁～19頁〉）

• 1999年11月22日　稲嶺知事、普天間基地移転先としてキャンプ・シュワブ水域内発表

• 1999年12月27日　岸本名護市長、移設受け入れを表明、

• 1997年12月27日　「普天間飛行場移設政府方針」を閣議決定

＊2001年３月　共著『体系　環境・公害判例第２巻　Ⅰ水質汚濁（担当）』（旬報社、１頁～399頁、Ⅱ地盤沈下〈村田輝夫〉）

＊2004年９月　共著『環境・公害法の理論と実践』（「環境・公害法における違法性理論」、日本評論社）

＊2013年３月　「土地所有権の成立と展開」（静岡大学『法政研究』17巻３・４号１頁～322頁）

• 2013年12月27日　仲井真知事、辺野古沿岸域の埋め立て承認

• 2014年１月15日　住民、埋立て承認の取消訴訟（抗告訴訟）を提起

• 2014年10月18日　沖縄県知事選、現職、仲井真弘多現知事敗れる、翁長雄志新知事誕生

• 2014年11月10日　翁長沖縄県知事就任

• 2015年１月15日　第三者委員会発足（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きに関する第三者検証委員会）

• 2015年２月６日　第１回第三者委員会

＊2015年５月　「公有水面埋立法と土地所有権」（『法政研究』19巻

３・４号１頁～330頁）

- 2015年６月29日　第12回第三者委員会（最終委員会）
  - ＊①７月２日「前知事承認に瑕疵　無効―国土利用適正さ　判断基準」（『沖縄タイムス』辺野古埋め立て法的性質論〈上〉）
  - ＊②７月３日「基地の島　日本敗戦の姿―景観法上『良好でない』」（『沖縄タイムス』辺野古埋め立て法的性質論〈中〉）
  - ＊③７月６日「前知事の承認　瑕疵明白―職権取り消し　県民が選択」（『沖縄タイムス』辺野古埋め立て法的性質論〈下〉）
- 2015年７月17日　第三者委員会報告書概要版公表
- 2015年７月29日　第三者委員会報告書全文公開
  - ＊④７月31日〈阿波連正一・静岡大法科大学院教授（民法、環境法）の話〉「基地負担は不平等」（『朝日新聞』なぜ辺野古　追求した第三者委―報告書　埋め立て承認「法的瑕疵」）
  - ＊⑤８月９日「自己決定権　法的に表明」（『沖縄タイムス』「達眼　第三者委報告⑦」）
- 2015年10月13日　翁長沖縄県知事　辺野古埋立て承認の取り消し
- 2015年10月14日　防衛省、国土交通相に行政不服審査法に基づく不服審査請求と取り消しを無効とする執行停止の申し立て
  - ＊⑥10月16日「法廷闘争、県に勝機も―辺野古承認取り消し」（『静岡新聞』識者評論）
  - ＊⑦10月21日「執行停止前の訴訟有効―認められ得る仮差止め」（『沖縄タイムス』辺野古承認取り消しと法的対抗処置〈㊦〉）
  - ＊⑧10月22日「執行停止決定前の訴訟―取り消し効力生かす差止

め」（『沖縄タイムス』辺野古承認取り消しと法的対抗処置〈㊥〉）

＊⑨10月23日　「埋め立ては負担固定化―ジレンマ抱える国交相」（『沖縄タイムス』辺野古承認取り消しと法的対抗処置〈㊦〉）

• 2015年10月23日　沖縄県　国土交通大臣へ不服審査請求するが執行停止決定の差止請求及び仮の差止め申請せず

• 2015年10月27日　国交相、沖縄県の取消処分の執行停止決定、代執行の閣議決定

• 2015年11月２日　沖縄県、国地方係争紛争処理委員会へ不服審査の申し出（第１次）

• 2015年11月17日　国土交通相、本件取消処分の取り消しを求める「代執行訴訟」を提起

• 2015年12月２日　代執行訴訟（第１回口頭弁論　知事意見陳述）

• 2015年12月25日　沖縄県、国交相の執行停止決定の取り消しを求める「抗告訴訟」を提起

• 2016年１月８日　代執行訴訟（第２回口頭弁論）

＊⑩１月11日　「埋立法では国も『私人』―実務は以前から『私所有権』」（『琉球新報』公有水面埋立訴訟―県に勝機はあるか〈１〉）

＊⑪１月12日　「環境保全は『条件』―地域経済向上の視点欠落」（『琉球新報』公有水面埋立訴訟―県に勝機はあるか〈２〉）

＊⑫１月13日　「自治体利益論は誤解―疑わしい『受益的処分』否定」（『琉球新報』公有水面埋立訴訟―県に勝機はあるか〈３〉）

＊⑬１月14日　「『歴史的現実』が力に―基地『固定化』批判を」（『琉

球新報』公有水面埋立訴訟―県に勝機はあるか〈４〉）（表の数字の訂正を１月18日付に掲載）

- 2016年１月29日　代執行訴訟（第３回口頭弁論）
- 2016年２月１日　知事、係争処理委の審査却下の取り消しを求める「係争委不服訴訟」を提起
- 2016年２月15日　代執行訴訟（第４回口頭弁論―知事尋問｛２・15知事尋問｝）
- 2016年２月29日　代執行訴訟結審（第５回口頭弁論）、「係争委不服訴訟」結審

＊2016年２月　〈研究ノート〉「沖縄県代執行訴訟と米軍基地の過重負担」（静岡大学『法政研究』20巻３号１頁～289頁）

- 2016年３月４日　国と沖縄県の代執行訴訟等の和解成立（国と沖縄県との３訴訟｛代執行訴訟、抗告訴訟および係争委不服訴訟｝の取り下げと工事中止）
- 2016年３月16日　国交省、沖縄県へ新たな是正の指示

＊⑭３月21日　「知事尋問に４つの関門―わなを見事に切り抜ける」（『琉球新報』埋め立て承認と取り消し『和解』の意味と展望―阿波連正一氏に聞く〈上〉）

＊⑮３月22日　「客観的瑕疵が根拠―政治的手法論をクリア」（『琉球新報』埋め立て承認と取り消し『和解』の意味と展望―阿波連正一氏に聞く〈中〉）

＊⑯３月23日　「主張変更なら勝訴―『敗訴でも』論は敗訴招く」（『琉球新報』埋め立て承認と取り消し『和解』の意味と展望―阿波連正一氏に聞く〈下〉）

- 2016年３月23日　沖縄県、国交相の是正の指示（３月17日付）に対して係争委へ審査を申出、申出書提出（第３次）
- 2016年３月29日　国、係争委へ「答弁書」提出

- 2016年４月４日　沖縄県、係争委へ「反論書(1)〜(9)」提出
- 2016年４月22日　国地方係争処理委員会・知事意見陳述等（４・22知事意見陳述）
  - ＊⑰４月30日　「主張変更せざるを得ず―濫用なら賠償請求の恐れ」（『琉球新報』公有水面埋立法訴訟―勝機を確かなものに〈上〉）
  - ＊⑱５月２日　「『目的違反』が内在―『県取消権』説の変更必然」（『琉球新報』公有水面埋立法訴訟―勝機を確かなものに〈中〉）
  - ＊⑲５月３日　「『国土の均衡発展』へ―基地過重負担　判断要素」（『琉球新報』公有水面埋立法訴訟―勝機を確かなものに〈下〉）
- 2016年５月３日　沖縄県知事　憲法記念日談話
- 2016年６月17日　国地方係争処理委員会・判断回避の決定
  - ＊⑳６月27日　「30日以内提訴を―裁判上生き残る唯一の道」（『琉球新報』「係争委決定の意味」）
  - ＊㉑７月18日　「違法確認訴訟　県に不利」（『沖縄タイムス』（辺野古県の取消訴訟を）
  - ＊㉒７月19日　「過重負担の違法性　要点」（『沖縄タイムス』「辺野古県の取消訴訟を）
- 2016年７月22日　国、沖縄県を是正指示の不作為違法確認訴訟を提起
- 2016年８月２日　違法確認訴訟第１回口頭弁論
  - ＊㉓８月18日　「県、取消権で修正―審理対象は原処分の違法」（『琉球新報』「辺野古　違法確認訴訟の意味と行方」
- 2016年８月19日　翁長知事承認尋問（違法確認訴訟第２回口頭弁論）及び結審
  - ＊㉔８月19日　「地域経済向上を阻害―米軍基地全体が判断要素」

（『琉球新報』「辺野古」違法確認訴訟の意味と行方）

- 2016年９月16日　福岡高裁那覇支部　沖縄県敗訴の判決
- 2016年９月23日　沖縄県　違法確認訴訟上告

＊９月30日　「辺野古訴訟と土地所有権」（静岡大学『法政研究』第21巻１号１[424]頁～363[62]頁）。

- 2016年10月３日　沖縄県、上告理由書及び上告受理申理由書提出
- 2016年12月20日　辺野古違法確認訴訟　最高裁の沖縄県敗訴判決

＊㉕12月26日　「取り消しは裏切り―代執行訴訟受けて立て」（『琉球新報』辺野古訴訟最高裁判決）

- 2016年12月26日　翁長沖縄県知事埋立承認取消しを取り消す
- 2016年12月27日　承認取消しの取り消し通知到達（辺野古訴訟終了）
- 2016年12月27日　国　埋立て工事再開（2013年12月27日）

＊2017年１月発行

「沖縄の米軍基地過重負担と土地所有権」（静岡大学『法政研究』第21巻2号

◆新聞記事

① 2015年７月２日 『沖縄タイムス』　　（沖縄タイムス社提供）

文化

辺野古埋め立て
法的性質論
阿波連　正一　<上>

本稿では、前県知事の辺野古沿岸域の埋め立て承認の法的瑕疵について考察する。その検討を、戦後70年にわたり沖縄本島に米軍専用施設が集中し沖縄本島を「基地の島」の景観としていること、および国土面積の0・6％の沖縄に米軍専用施設の73・8％が集中する過重負担の現実の中で判断する。

結論を先取りすれば本論は、前県知事の辺野古沿岸域の埋め立て承認の法的瑕疵（違法性）は重大かつ明白であり、無効であると結論するものである。

前知事承認に瑕疵 無効
国土利用適正さ 判断基準

あはれん・まさかず　1952年国頭村出身。静岡大学法科大学院教授。専門分野は民法、環境・公害法。沖縄国際大学法学部教授などを経て2005年4月から現職。

■歴史的存在問う

前知事の埋め立て承認の判断基準は、公有水面埋立法が定める承認基準（埋立法4条1項、42条3項）に基づいている。この承認基準（埋立法4条1項）は1号から6号まであるが、本件承認で争点となるのは1号要件、2号要件、3号要件である。

第1号要件は「国土利用上適正且合理的ナルコト」、第2号要件は「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」（以下、環境保全条項という）、第3号要件は「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」（以下、「埋立地ノ用途」の「土地利用計画」および「環境保全計画」との適合性条項という）である。

一般的には、前知事の埋め立て承認の判断については、2号要件の環境保全条項が大きな争点となっている。だが本稿では、1号要件の「国土利用上適正且合理的ナルコト」の規範的（不確定）要件を本件埋め立て承認の本質的争点と考えている。「埋立地ノ用途」である「米軍飛行場基地」建設を承認するか否かが、本質的問題と考えるからだ。そしてその判断過程においては、戦後70年にわたる沖縄の米軍基地の歴史的存在が問われることになる。

■1号・3号の解釈

埋立法4条1項では、3号要件に「埋立地ノ用途」が規定されているが、1号要件にはなく「国土利用上」という概念がある。そこで1号要件の「国土利用上適正且合理的ナルコト」は「埋立地ノ用途」とどのような関係にあるか、その解釈が問題となる。

1号要件の解釈は「①埋立てそのものの②埋立地の用途が国土利用上適正かつ合理的であるかどうかの審査を求めるもの」（国土交通省港湾局埋立研究会編『公有水面埋立実務便覧〈全訂第2版〉』21頁、以下『便覧①』とされている。

そこで問題は、1号要件の「埋立地の用途」と3号要件の「埋立地ノ用途」の判断機能の違いということになる。

結論から言えば、1号要件の②「埋立地の用途」は、規範的要件である1号要件に即して国土利用の理念的観点からの判断であるのに対し、3号要件の「埋立地ノ用途」は、地域形成計画レベルの地域に即した土地利用計画と環境保全計画との適合性判断となる。

この「埋立地ノ用途」の1号要件、3号要件の判断機能を理論的に区別すると、1号要件は、「埋立地の用途」を、「国土の均衡ある発展」の理念的観点から「国土利用上適正且合理的ナル」かの「縦の関係」の俯瞰的判断であるのに対し、3号要件は、地域に即した「埋立地ノ用途」が、地域の土地利用計画および環境保全計画との適合性の「横の関係」の判断となる。

つまり、1号要件の「埋立地の用途」は判断対象であるのに対し、3号要件の「埋立地ノ用途」は判断基準であるので、1号要件と3号要件の判断の観点は理論的には異なるのである。

まず3号要件の「埋立地ノ用途」の「土地利用計画」および「環境保全計画」との適合性は、地域に即した地域形成計画の平面での判断で、「埋立地の用途(使用形態の区分)から翻ってみた埋め立て地周辺等に置いての土地利用上での整合性を求めたものである」と一般的に解釈されている。

■法的瑕疵の判断

埋め立てを承認した前知事は、この3号要件の該当性について、埋め立て地の用途が都市計画法に基づく都市計画に違背していないか、埋め立て地の用途から予想される環境への影響の程度が公害対策基本法（環境基本法）に基づく公害防止計画上許容されているか、その他国又は地方公共団体の法律に基づく計画に違背していないかという3項目の審査事項を設けて、その適合性審査を行っている（埋め立て承認取り消し訴訟の被告第1準備書面34頁）。

この「埋立地ノ用途」の判断基準は「埋立地ノ用途」が本件のように「米軍飛行場基地」である場合には、移設元の宜野湾市米軍普天間飛行場基地と移設先の名護市辺野古埋立沿岸域の米軍飛行場基地との土地利用計画および環境保全計画（環境基準）の比較となり、その適合性判断は事実的・数学的に判断され、その適合性の法的瑕疵の判断は規範的、政策的判断ではないのである。

これに対し、1号要件の「国土利用上且合理的ナルコト」の判断の対象となる「埋立地の用途」は、その「埋立地の用途」を「国土の均衡ある発展」の理念的観点から、「適正且合理的ナル」かの判断をすることである。

このような規範的(不確定)要件の判断をより透明化するため、この1号要件の法定外の判断要素として「埋立ての必要性」(「埋立必要理由書」)が実務上あり、その審査基準として、次のようなものが掲示されている（『便覧』39頁）。

①埋立ての動機となった土地利用が埋立てによらなければ充足されないか②埋立ての動機となった土地利用に当該公有水面を廃止するに足る価値があるか③埋立ての開始時期からみて、今埋立てを開始する必要があるか④埋立てをしようとする場所が、埋立地の用途に照らして適正な場所といえるか—などの7項目である。

それでは、それらの項目に即して、前知事の埋め立て承認の本件判断は、どのように評価されるのだろうか。

② 2015年７月３日 『沖縄タイムス』　（沖縄タイムス社提供）

文化

辺野古埋め立て
法的性質論
阿波連　正一　<三>

基地の島 日本敗戦の姿
景観法上「良好でない」

前回に続き、前知事の辺野古沿岸域の埋め立て承認の判断を、公有水面埋立法4条1項の第1号要件「国土利用上適正且合理的ナルコト」、および2号要件の判断をより透明化するための審査基準から検討していく。

まず、名護市辺野古沿岸域の埋立予定の海域は、沖縄の海岸の中で貴重なサンゴ礁の海でありジュゴンが回遊し、また近年新種の甲殻類が相次いで発見されている。この海域を埋立で廃止するかは、その海域自体の評価ではなく審査基準②「埋立ての動機となった土地利用に当該公有水面を廃止するに足る価値があるか」で判断される。

本件の「埋立ての動機となった土地利用」は「埋立地の用[illegible]「米軍飛行場基地」である。[illegible]とともに、④「埋立てをしようとする場所が、埋立ての用途に照らして適正な場所といえるか」で判断される。

この論点を本件に即して本質規定すると「埋立地の用途」としての「米軍飛行場基地」建設のために辺野古沿岸域を埋め立てることが「国土の均衡ある発展」の理念的観点から「国土利用上適正且合理的ナル」かという判断となる。

■国土計画の理念

このような、知事の埋め立て免許・承認基準の埋立法4条1項1号（42条3項）の「国土利用上適正且合理的ナルコト」の合理的解釈の規範的根拠は、埋立法を国土利用計画法の法秩序の下に位置付けることにある。

そして、国土・県土・土地利用規制の根拠法は、「土地利用基本計画に即して適正かつ合理的な利用が図られるよう、関係行政機関の長及び関係地方公共団体は、この法律に定めるものを除くほか、別に法律に定めるところにより、公害の防止、自然環境及び農林地の保全、歴史的風土の保全、治山、治水等に配意しつつ、土地利用の規制に関する措置その他の措置を講ずるものとする」（国土利用計画法10条）と規定する。国土・県土・土地利用に関する規制は「適正かつ合理的な利用が図られるよう」措置するものとされている。

その土地利用規制に関する措置の法的根拠は「この法律に定めるものを除くほか、別に法律の定めるところによる」のであり、この「別の法律の定めるところ」の法律が都市計画法、景観法、土地収用法、土地改良法等である。ここに埋立法も入り、本法の国土の「適正かつ合理的な利用が図られるよう」にすることが、埋立法4条1項1号の「国土利用上適正且合理的ナルコト」に表れているのである。

そして、この国土計画の基本理念の「国土の均衡ある発展」は、次のように国土利用計画法2条に定められている。「国土の利用は、国土が現在及び将来における国民のための限られた資源であるとともに、生活及び生産を通ずる諸活動の共通の基盤であることにかんがみ、公共の福祉を優先させ、自然環境の保全を図りつつ、地域の自然的、社会的、経済的及び文化的条件に配意して、健康で文化的な生活環境の確保と国土の均衡ある発展を図ることを基本理念として行うものとする」

■歴史過程で判断

国土計画の基本理念である「国土の均衡ある発展」の内容は、都市計画法（1968年）の「土地の用途」概念を単位とする都市計画の基本である「用途地域制」概念や、景観法（2004年）における「景観」概念などで捉えることができる。ただ、1号要件の総合性を「国土の均衡ある発展」の理念的観点から判断する場合、重要なのは後者の景観法の概念である。

形式的には、1号要件が景観計画基準であるのに対し、3号要件は都市計画基準であり、重層としてすみわけがされている。後者は、地域の関係の中で現在から未来に向けた事実で判断するのに対し、前者では、当該地域計画の「国土利用上適正且合理的ナルコト」が地域の景観全体の中で、過去・現在・未来の歴史過程において判断されるからである。

そこで、辺野古沿岸域の埋め立てについて歴史的視点を判断要素とすると、「埋立地の用途」としての「米軍飛行場基地」建設は「国土利用上適正且合理的」でないという結論になる。

沖縄本島の「基地の島」の景観は、日本国の「太平洋戦争の日本国の敗戦の姿」である。沖縄本島の約20％を米軍専用施設が占め続けていることにより、米国は日本に対する戦勝国としての誇りと戦果を示し続けている。逆に日本はその現実に自らの敗戦の意味を思い知らしめ続けさせられている。

そこに新たに米軍飛行場基地を建設するために辺野古沿岸域を埋め立てることが、「国土の均衡ある発展」の理念的観点から「国土利用上適正且合理的ナル」かが本質的な論点である。

■国と地方の責務

敗戦国日本が、邦人戦没者の地上戦の激戦地に戦勝国米国に軍事基地を70年間も提供し続けている。「基地の島」の景観は「良好でない景観」ということになる。「良好な景観の形成」は「現にある良好な景観を保全することのみならず、新たな良好な景観を創出することを含むものであること」（景観法2条5号）とされている。

したがって「美しく風格のある国土の形成」（景観法1条）を意味する「良好な景観の形成」に向けて、「米軍飛行場基地」建設は制限されるべきである。なぜなら「良好な景観」は、「地域の自然、歴史、文化等と人々の生活、経済活動等との調和により形成されるものであることにかんがみ、適正な制限の下にこれらが調和した土地利用がなされること等を通じて、その整備及び保全が図られなければならない」（景観法2条2号）からである。

また、埋立予定海域の辺野古沿岸域は、沖縄本島の東海岸に残された自然豊かな海域であり「良好な景観の形成」は観光資源の視点をもっている。

「良好な景観は、観光その他の地域間の交流の促進に大きな役割を担うものであることにかんがみ、地域の活性化に資するよう、地方公共団体、事業者及び住民により、その形成に向けて一体的な取組がなされなければならない」（景観法2条4号）。

沖縄本島1208平方㌔に米軍専用施設228平方㌔の広域な「基地の島」の景観を縮小、解消して、「良好な景観の創出」を展開していくのは国及び地方公共団体の責務である。「国は、基本理念にのっとり、良好な景観の形成に関する施策を総合的に策定し、及び実施する責務を有する」（景観法3条）し、「地方公共団体は、基本理念にのっとり、良好な景観の形成の促進に関し、国との適切な役割分担を踏まえて、その区域の自然的社会的諸条件に応じた施策を策定し、及び実施する責務を有する」（景観法4条）からである。

（静岡大学法科大学院教授）

③ 2015年７月６日 『沖縄タイムス』 （沖縄タイムス社提供）

文化

辺野古埋め立て

法的性質論

阿波連 正一 <下>

前知事の承認 瑕疵明白

職権取り消し 県民が選択

ここまでの検討を踏まえての結論は、前県知事の辺野古沿岸域の埋め立て承認の法的瑕疵（違法性）は重大かつ明白で無効である。その法的根拠は、本件埋め立て承認が埋立法4条1項1号（42条3項）の「国土利用上適正且合理的ナルコト」の承認基準に著しく反するからである。

■無効の判断根拠

この1号要件の承認基準の解釈は、国土利用計画法2条および10条の埋立法における表れであることから、「埋立地ノ用途」を「国土の均衡ある発展」の理念的観点から「国土利用上適正且合理的ナル」かの判断となる。この判断過程に、国土利用計画法2条、10条および県規則1条、2条を根拠に、県の米軍専用施設（基地）の歴史的現実を判断要素として、本件埋め立て承認の法的瑕疵は重大かつ明白で無効と判断するものである。この判断根拠は以下の二つの側面での7点の事実である。

まず一つ目は、戦後70年にわたり米軍専用施設が沖縄本島の約20%を占有する歴史的現実である「悪魔の島」の景観の形成の側面において。

第一は、沖縄本島の「基地の島」の景観は「太平洋戦争の日本国の敗戦の姿」であり、平和条約の発効および沖縄返還の下では「良好でない景観」であること。

第二に、埋め立て予定区域の辺野古沿岸海域は沖縄特有の「観光資源」として「良好な景観」を創出すべきこと。

■過重負担の内実

次に、二つ目の側面は沖縄県に米軍専用施設の73・8%が集中するという沖縄県民の過重負担の現実である。

2014年3月の県統計資料によると国土（37万7960平方キロ）の0・6%の沖縄県（2276平方キロ）に米軍専用施設の面積（308228平方キロ）の73・8%（現在）が配置され、面積あたりの米軍基地負担密度でみると沖縄県は本土の468倍（ガバン・マーコーマック・乗松聡子『沖縄の〈怒〉』（法律文化社、2013年）、7ページでは「約500倍にもなる。想像を絶する不平等とはいえないか」と述べる）である。この米軍専用施設の沖縄県民の過重負担の内実は次の5点である。

第一に、米軍専用施設の負担密度が468倍であることは生活および生産に通ずる共通の基盤である国土・県土・土地利用効果が468分の1となり、県民の経済活動を制約（阻害）し「著しく不公平」であること。

第二に、米軍専用施設の過重負担は、「等しくあるべき国民の国土防衛負担」義務である米軍専用施設負担義務を沖縄県民は468倍も果たし、「著しく不平等」であること。

第三に、米軍専用施設の過重負担は、米軍専用施設の維持（人的・物的）からの県民の生命、自由および財産等の人権侵害の危険性が468倍（2010年の国勢調査によると県民の92%の128万人の居住する沖縄本島1208平方キロでは854倍）となり、「著しく不平等かつ不公正」であること。

第四に、米軍専用施設の過重負担は、米軍専用施設に対する攻撃による県民の人権侵害の危険性が468倍となり、「著しく不平等かつ不公正」であること。

第五は、普天間基地の県外移設の選挙公約で当選した県知事による米軍基地建設を容認する本件埋め立て承認は公約違反になること。

■自己決定権象徴

以上、戦後70年にわたり沖縄本島の約20%を米軍専用施設が占有し続けている歴史的現実、国土の0・6%の沖縄県に米軍専用施設の73・8%が配備されている歴史的現実を、「埋立地ノ用途」を「国土の均衡ある発展」の理念的観点から「国土利用上適正且合理的ナル」かの判断要素（要考慮要素）とすると、「判断過程の瑕疵」（裁量権濫用・逸脱）にあり、濫用（逸脱）が重大かつ明白な瑕疵と言わざるを得ないのである。

県知事の辺野古沿岸域の埋め立て承認は、米軍基地建設に反対か否かの観点を含みながら、その本質は、沖縄県の地域形成計画において、辺野古沿岸域を埋め立てて米軍飛行場基地を建設することが、沖縄県の歴史的現実とそれを踏まえた沖縄県の地域形成計画の未来を見据えた上で、新たに「米軍飛行場基地」の建設を認めることが、沖縄県の未来を切り開くことになるか否かの観点から判断すべきことである。

したがって、最終的には、県民の代表である知事の埋め立て承認または不承認（職権取消）は、県民の選択を意味し、県民は、この知事の判断に責任を持つことになる。また、日本国憲法秩序の中での県民の自己決定権の象徴としての知事の職権取り消しということになる。

2014年11月16日の県知事選挙で、普天間基地辺野古移設賛成か否かが争点となり、辺野古移設反対の翁長雄志候補が36万820票、辺野古移設賛成の仲井真弘多候補が26万1076票の結果となった。職権取り消しは、行政行為を行ったのちに、行政行為に法的瑕疵（違法性）があったことを行政庁が認識し、職権で当該行政行為の効力を失わせる行政行為である。辺野古移設の反対は、日本の法治主義の下では、知事の職権取り消しにより選挙公約が実行されることになるのである。

（静岡大学法科大学院教授）

④ 2015年７月31日 『朝日新聞』　　（朝日新聞社提供）

なぜ辺野古 追及した第三者委

報告書 埋め立て承認「法的瑕疵」

なぜ辺野古なのか――。米軍普天間飛行場（沖縄県宜野湾市）の同県名護市辺野古への移設の前提となる埋め立て承認をめぐり、29日に全文が公開された県の第三者委員会の報告書は、「辺野古移設が唯一の解決策」とする安倍政権の主張に根本的な疑問を投げかけている。

報告書は、辺野古沿岸部の埋め立てを前知事が認めた経緯を第三者委員会が検証し、今月まとめた。大きく四つの論点を提示し、埋め立て承認に「法律的瑕疵があった」と結論づけた。

とりわけ、「埋め立ての必要性」に関して「県の審査が不十分だった」と断じ、移設先を辺野古とする計画の根幹を疑問視しているのが特徴だ。

県が埋め立てを認める理由として「普天間飛行場の危険性」や「普天間飛行場を移設する必要性」を挙げた点を、報告書は問題視する。それだけの理由では、埋め立てる場所が辺野古でなければならないことの説明にはなっていないと指摘し、「論理の飛躍がある」と批判した。

報告書は、埋め立て申請の審査を担当した県職員への聞き取り結果などを踏まえ、県側の対応にも疑問を投げかけた。

「辺野古以外に選択肢がない」と主張する国に対し、県は地理的優位性の根拠などを質問したとされる。しかし、国からの回答は「質問に正面から答えた内容とはなっていない」（報告書）と分析。疑問点が解消されていない状態なのに、県が埋め立てを承認したと指摘した。

報告書の指摘について翁長雄志知事は29日、朝日新聞などの取材に対し、「一つひとつがもっともだなと思っている。合法的に（取り消しを）やれるものがある」と語り、承認取り消しに踏み切る意向を強く示唆している。（松川敦志）

■全文が公開された第三者委員会報告書の骨子

- 埋め立ての理由について、普天間飛行場の危険性や移設の必要性を挙げるのみ。移設先として辺野古が適切だとしたことへの説明がない
- 普天間の危険性除去という利益は大きいが、その危険性は移設先で起こり得る。自然破壊だけでなく基地の固定化を招き、地域経済の発展は望めなくなる
- 埋め立て予定地に生息する貴重な生物に対する国の解析・調査は不十分。環境保全が適正に行われるといえない
- 国や地元自治体の自然環境や景観の保全、都市開発などの計画と整合性がとれていないと指摘されながら、審査では触れられていない。複数の計画に違反する可能性が高い

相当丹念に検証■基地負担は不平等

木佐茂男・九州大法学研究院教授（行政法）の話　「辺野古阻止」を掲げる翁長雄志知事が設置した第三者機関なので「結論ありきの検証では」との指摘もあったが、報告書を読む限り相当丹念に検証している。前知事の承認手続きに「法的な瑕疵」があるとした結論は、無理がないという印象だ。承認の可否は県民の利益にも関わる重要な判断であるにもかかわらず、県庁内で法令解釈の専門家が関わった形跡がうかがえず、公有水面埋立法で求められる環境保全策も尽くされていない。本土の自治体が基地受け入れに反対している事情も背景に、「辺野古ありき」の承認だった印象が強い。政府が移設作業を進める中、住民による工事の差し止めを求める訴訟などにとっても、大きな武器になると思われる。

阿波連正一・静岡大法科大学院教授（民法、環境法）の話　公有水面埋立法にある「国土利用上適正かつ合理的かどうか」という基準について、政府は普天間飛行場の移設先は沖縄県内だという前提で考えたが、第三者委員会はその前提自体の妥当性を考え、なぜ辺野古なのか説明されていないと判断した。戦後70年にわたり沖縄に米軍基地が集中しているという歴史的現実を踏まえ、沖縄に移設することの合理性を疑い、法律的に考えたものだ。埋め立てが「米軍基地の固定化を招く契機となり、基地負担について格差や過重負担を固定化する不利益を内包する」としたのは、この報告の白眉だ。国家の防衛義務と米軍基地を沖縄に過重に負わせ、法の下の平等に反するという指摘だ。裁判の存在根拠である主権国家の問題である。

地元理解が前提　渉外知事会長

米軍基地を抱える14都道県の知事でつくる「渉外知事会」の黒岩祐治会長（神奈川県知事）は30日、米軍普天間飛行場（沖縄県宜野湾市）の同県名護市辺野古への移設計画について「地元の納得の上で解決するのが筋だ」と述べ、沖縄の理解が移設の前提だという認識を示した。東京都内で記者団に語った。

黒岩氏は「沖縄への基地負担の偏りは全国民がしっかり受け止めていくべき課題」と指摘。その上で、「現時点で（沖縄県民の）反対が多い。政府がしっかり話して地元の理解を得るための努力をされるのだと思う」と語った。

一方、沖縄県の翁長雄志知事は31日に菅義偉官房長官と会談する。8月上旬には安倍晋三首相とも面会予定で、辺野古移設反対を改めて伝える意向だ。

⑤ 2015年８月９日 『沖縄タイムス』 （沖縄タイムス社提供）

自己決定権 法的に表明

達眼

第三者委報告 ⑦

阿波連正一氏 静岡大学法科大学院教授

本報告の本質は、埋め立て承認の法的瑕疵の判断に沖縄の米軍基地の歴史的現実を判断要素とする法律構成をしていることである。このために、報告は次の3点の特徴を持つ。

第1の特徴は、公有水面埋立法4条1項1号要件の「国土利用上適正かつ合理的なること」の解釈。県の17項目の審査基準について「必要な利益、価値、失われる利益等を網羅して審査する考えを全くとっていないから、基準にのみ基づく審査にとどまる場合には、実態にそぐわない判断手法による審査になりかねない危険がある」と批判する。

報告では1号要件の解釈を「埋め立てにより得られる利益と埋め立てにより生ずる不利益とを比較衡量して、総合的な判断としてなされるべきもの」とする。

第2の特徴は、まさに米軍基地の歴史的現実を「沖縄県の過重な米軍基地負担」として、埋め立てによる不利益とすることである。

米軍専用施設の73・8％が沖縄に集中する過重負担の現れとして、振興開発の制約、住民の生活環境被害、米軍人等の事件・事故が発生し、県民の負担となる。この状態は「法の下の平等」を定めた日本国憲法第14条の精神に反する」

さらに米軍基地の集中・固定化の不利益と埋め立てとの関連を「本件埋め立ては県内において米軍基地の固定化を招く契機となり、基地負担について格差や過重負担を固定化する不利益を内包する」と理論構成し、沖縄の米軍基地の歴史的現実と関連させる。報告の法技術上の自慢である。

第3の特徴は、辺野古埋め立てを地域形成計画の観点から脱米軍基地の一環として捉える視点である。

広大な「キャンプ・シュワブ」（2062㌶）が返還されれば辺野古崎地区は「豊かな自然環境に恵まれた屈指のリゾート地になりうる潜在力を有している」。しかるに、普天間代替施設建設は「豊かな自然環境の破壊」のみならず、「基地として利用されることから地域の発展はほとんど望めず」「リゾート地としての経済的潜在力もまた完全に喪失してしまうことであり、その経済的不利益は甚だしい」。

そして、こう結論付ける。「辺野古崎地区は、新たな基地の建設による土地利用よりも、将来に向けて既存の基地部分の返還を求め、自然破壊を伴わない自然環境の保全と両立する形態で返還跡地の民間利用を目指すことが、国土利用上適正かつ合理的であり、より大きな価値を生む」

辺野古埋め立てを許すことは、沖縄の未来を「米軍基地の沖縄」とし、歴史的自然的特性を生かした「国際リゾート地の沖縄」を閉ざすことを意味する。知事としては絶対に認めることはできないのである。

報告書は、沖縄の脱米軍基地の自己決定権を法律的、政治的、思想的に表明した歴史的文書ということになり、沖縄の歴史に新たな地平を切り開くことになるのである。

（談）

（聞き手＝政経部・福元大輔）

⑥ 2015年10月16日 『静岡新聞』 （静岡新聞掲載共同通信提供）

識者評論

法廷闘争、県に勝機も

辺野古承認取り消し

静岡大大学院教授 阿波連 正一

あはれん・まさかず　1952年、沖縄県国頭村生まれ。沖縄国際大教授を経て現職。土地所有権法、環境法が専門。共著に「環境・公害法の理論と実践」など。

翁長雄志・沖縄県知事は、名護市辺野古沿岸部の埋め立て承認取り消しによって、戦後70年を経ても新たに米軍基地を建設しようとする日米両政府に対する沖縄県民140万人の「怒りの真剣」をさやから抜いた。

防衛省沖縄防衛局は行政不服審査法に基づく審査請求と取り消しの効力停止を国土交通相に申し立てたが、県の対抗措置は同省が効力停止決定を下す前に、決定を下すこと自体を差し止める訴訟の申し立てとなろう。これなら、工事は止まり続けるからだ。

国と県との裁判闘争の行方をめぐって国は楽観視しているようだが、これまでの米軍基地に関する最高裁判決の傾向、沖縄への米軍基地の集中・過重負担の歴史的現実の観点からみると、最高裁レベルでは県に勝機もあるうると考える。

翁長氏は承認取り消しの根拠として、公有水面埋立法第4条の「国土利用上適正かつ合理的であるか」の判断に誤りがあったとした。辺野古沿岸域を埋め立てて新基地を建設することは、在日米軍基地の約73%が集中するの政治性を有する」として司法審査権の範囲外とした。一方、96年の沖縄県知事代理署名訴訟判決は県の敗訴とはなったが、判決文には「沖縄県に駐留軍の基地が集中していることによって生じているとされる種々の問題」も基地使用認定の取り消し訴訟が起きれば、考慮、検討されるべきだとも書かれている。

これは、辺野古沿岸部埋め立てが「国土利用上適正かつ合理的か」の判断に「沖縄への米軍基地の集中」も考慮要素となることを含意している。

沖縄県の基地過重負担は、沖縄経済の発展を明らかに阻害している。

米軍住宅地返還後に実施された那覇新都心開発による直接経済効果は、返還前の軍用地料52億円から1634億円と31倍になった。辺野古地区も屈指のリゾート地になりうる潜在力を有しており、米軍キャンプ・シュワブが返還されれば、沖縄経済自立への切り札にもなりうる。

基地の存在は県民の生命、自由および財産等侵害の危険性をもたらしており、過重負担を解消すべき法的根拠は国土利用計画法、都市計画法、景観法、さらには憲法にも及ぶ。

たとえば、国土利用計画法は、地域の自然、社会、文化に配慮した「健康で文化的な生活環境の確保」と「国土の均衡ある発展」を図ることを基本理念としている。

「基地の島」の景観は景観法が定める「良好な景観の形成」にも反する。現状の景観は主権国家の本来の姿ではなく、激烈な地上戦により戦没者約19万人をもたらした「敗戦の姿」のままだ。戦後処理に責任をもつ主権国家は戦勝国の基地を整理縮小すべき義務がある。

安倍政権が「美しい日本」を唱えるならば、なおのこと、県との全面対決の道を進み続けるべきではない。

⑦ 2015年10月21日 『沖縄タイムス』 （沖縄タイムス社提供）

文化

辺野古承認取り消しと 法的対抗措置

阿波連正一 ㊤

執行停止前の訴訟有効

認められ得る仮差し止め

翁長雄志知事は、13日に、名護市辺野古沿岸部の前知事による埋め立て承認に法的瑕疵（違法性）があるとして承認を取り消した。法律による行政の原理に照らし、瑕疵ある行政行為は原則として取り消されるべきだからである。前知事の違法な行政処分を断腸の思いで断罪し法治主義を貫いたことになる。

翁長知事は、承認取り消しによって、戦後70年を経ても過重な基地負担に苦しむ沖縄に、米軍基地を建設しようとする日米両政府に対する140万県民の「怒りの宝剣」をさやから抜いたのである。

この知事の承認取り消しに対して防衛省は、早速、翌14日に、国土交通相に行政不服審査法に基づく不服審査請求と取り消しを無効とする執行停止を申し立てた。本論では、知事の承認取り消しをめぐる県と国双方の法的対抗措置を検討し、国土交通相の執行停止判断に対する県の法的措置が、執行停止決定の前後で異なる意味を持つことについて考察する。

あはれん・まさかず　1952年国頭村出身。静岡大学法科大学院教授。専門分野は民法、環境・公害法。沖縄国際大学法学部教授などを経て2005年4月から現職。

認容裁決の流れ

まず、知事の承認取り消しに対する国の法的措置は、法定受託事務に関する関与訴訟として、地方分権との関連で、国の地方公共団体に対する関与制度がある。

その法的措置は大きく分けて、国土交通相による①是正の指示（地方自治法245条の7）および②代執行手続（同法245条の8）。また、防衛省には、知事の取り消しに対する抗告訴訟としての③取消訴訟（行政事件訴訟法3条2項）と、法定ではないが、独自の「国民」の解釈による④行政不服審査法に基づく審査請求（2条、3条）と執行停止の申し立て（25条1項）の四つの措置がある。

防衛省は、以上の①②③④の法的措置のなかから「国民の権利利益の保障」である④行政不服審査法に基づく審査請求と執行停止の申し立てを選択した。審査請求と執行停止の申し立てを選択したのは、知事の取り消しにより中断した埋め立て工事を早期に再開させる法的措置としては執行停止決定しかないからである。

そのために「国民」を私人と読み替え、埋め立て事業者は私人としての立場であり「国民」として「不服申し立て資格」があると独自の解釈をして行政不服申立制度を選択したのである。

審査請求の結論である裁決が出るまで時間がかかるが、執行停止決定は一般的には数週間程度で得られ、防衛省は認容裁決が出ていなくても工事再開ができる。しかも、内閣一致の原則からすると国交相の執行停止決定、認容裁決の流れは確実である。

法的措置の選択

これに対して、他の三つの法的措置の①是正の指示②代執行の手続き③執行停止決定の取消訴訟は、裁判所の判断が出るまで、知事の取り消しは執行不停止原則により有効で、前知事の承認は無効のままになるので、早期に工事を再開することができないからである。

この不服申し立て、特に、早期に取り消しを無効にして工事を進めるための執行停止の申し立てに対し、県はどのような法的措置をとるべきか。県の法的措置の選択は、裁判の行方を先取りする判断を示すことになる。つまり、その選択に知事の取り消しの法的価値の評価が示されるからである。

国交相の執行停止判断に対する県の法的措置は、執行停止決定の前後で異なる。

国交相による取り消し無効の執行停止決定前には、決定を下すこと自体を阻止する①差し止め訴訟（行政事件訴訟法3条7項、37条の4）および仮の差し止めの申し立て（同法37条の5）があり、決定後は、国の第三者機関である②「国地方係争処理委員会」への審査の申し出（地方自治法250条の13第1項）、および③執行停止決定の取消訴訟が考えられる。

県は、県議会対策、日程、各訴訟または申し出のハードルの高さなどを総合的に判断した上で、執行停止決定後の法的措置である②国地方係争委員会への申し出③執行停止決定の取消訴訟を検討しているようである。

しかし、知事の取り消しが、地方自治権上の価値の至上性（沖縄の自己決定権の行使）と県民の「怒りの宝剣」を象徴するものであることを考慮すると、筆者は執行停止決定前の差し止め訴訟および仮の差し止めの申し立てを選択すべきだと考える。それは以下の法技術上、法理論上の理由による。

「緊急の必要性」

第1に、執行停止決定後の取消訴訟が選択できているならば、同じ抗告訴訟である差し止め訴訟の要件はそれほど困難ではなく、本件では仮の差し止めが認められる可能性が高い。

差し止め訴訟は「重大な損害を生ずるおそれがある場合」に限られるが（行政事件訴訟法37条の4）、この要件に関しては、埋め立て地は極めて貴重な自然環境的価値を有する地域であって、いったん埋め立てが実施されると現況の回復がほぼ不可能である。また今後本件埋め立て地に米軍飛行場基地が建設された場合、騒音被害の増大は住民の生活や健康に大きな被害を与える可能性がある。米軍基地の過重負担の固定化の主張で十分である。

また、仮の差し止めの要件である「償うことのできない損害を避けるための緊急の必要性」（同法37条の5）に関しては、すでに工事に着工し、本体工事が始まろうとしている段階での工事続行を認める執行停止決定の仮の差し止めであるので「緊急の必要性」要件を満たしており、仮の差し止めは認められ得る。

「鞆の浦訴訟」（広島地決2008年2月29日）では埋め立て免許の仮の差し止めの申し立ては却下されたが、その理由は、申立人らは、免許がなされた場合、直ちに差し止め訴訟を取消訴訟に変更し、それと同時に執行停止の申し立てをし、本件埋め立てが着工する前に執行停止の申し立てに対する許否の決定を受けることが十分可能であるからとする。

本件では承認（免許）により埋め立て工事が進行し本体工事前の承認取り消しの執行停止決定であるので、仮の差し止めが認められ得る。なお、仮の差し止め制度は、法治主義の要請により仮の差し止め決定が出るまで処分をしないという制度である。本件の場合には、本事件の性質上、決定まで相当の時間を要すると考えられる。

⑧ 2015年10月22日 『沖縄タイムス』 **（沖縄タイムス社提供）**

文化

辺野古承認取り消しと法的対抗措置

執行停止決定前の訴訟

取り消し効力生かす差し止め

阿波連正一 ㊥

知事の埋め立て承認取り消しが、地方自治権上の価値の至上性（沖縄の自己決定権の行使）と県民の「怒りの鉄剣」を象徴するものであることを考慮すると、筆者は国土交通相による執行停止決定前の差し止め訴訟および仮の差し止めの申し立てを選択すべきだと考える。

その法技術上、法理論上の第2の理由は、執行停止決定後の取り消し訴訟等の法的措置は、知事の取り消しを全く無意味化するものだからである。

執行不停止原則

翁長雄志知事の承認取り消しにより承認は無効となり埋め立て工事が中断された。その取り消しの無効化である執行停止決定がなされると、前知事の承認が有効となり工事が再開される。翁長知事の承認取り消しにより承認が無効となり即工事が中断されたのは、知事の取り消しは行政処分として執行不停止原則（行政処分の効力・執行または手続きは訴訟の提起または不服の申し立てでは妨げないという原則）が適用されるからである。また知事の取り消しに対する国交相の執行停止決定がある場合に即工事が再開されるのは、執行停止決定が行政処分として執行不停止原則が適用されるからである。

これに対して、執行停止に対する県の取り消し訴訟、または国地方係争処理委員会への申し出は、行政処分ではないので、裁判の認容判決または申し出の認容裁決を待って取り消しの効力が発生し、工事は中断されることになる。

行政処分（本件の承認、執行停止決定、認容裁決等）は執行不停止原則を採用する（行政事件訴訟法25条1項、行政不服審査法25条1項）。

先に述べたように、同原則では、行政処分の効力・執行または手続きは訴訟の提起または不服の申し立てでは妨げない。知事の承認または取り消し並びに執行停止決定は行政処分であるので即効力を生じ、それらの行政処分に対する取り消し訴訟は裁判所の判決をまって取り消しの効力を生じるのである。

このように、知事の承認取り消しは即知事の承認を無効とし工事を中断させる強力な効力を持っているが、県が現在検討している取り消し訴訟は、国交相による執行停止決定に対する取り消し訴訟である。この取り消しは裁判の判決をまって取り消しの効力が生ずるので、知事の承認取り消しを全く無意味化する結果となるのである。これに対して、知事の取り消しの効力を生かしたまま、知事の取り消しを無効化する執行停止決定自体を差し止めるのが、差し止め訴訟、仮の差し止めの申し立てである。

工事中断の措置

このようなことは、国交相の執行停止決定に対し、県が国地方係争処理委員会へ申し出る場合にも同じである。

国交相の執行停止決定（行政処分）の執行不停止原則で知事の取り消しは無効となり中断していた工事は再開されるが、その法的根拠となる執行停止決定に対して工事を中断させる法的措置が国地方係争処理委員会への申し出である。

工事中断の権限が知事から国地方係争処理委員会に移るため全く知事の取り消しが無意味化している。その知事の取り消しの無意味化は、国地方係争処理委員会の判断に不服がある場合には、機関訴訟としての取り消し訴訟を提起する高等裁判所に継承されることになる。

これに対して、関与制度の是正の指示または代執行手続きは、公有水面埋立法の主管庁である国交相が最終的には、機関訴訟としての取り消し訴訟を高等裁判所で争うので、高等裁判所の判決までは、知事の取り消しは効力を維持する。知事の取り消しの執行不停止原則は生きたままであるからである。高等裁判所の棄却判決により執行不停止原則が解除された場合に、知事の取り消しは効力を失い、沖縄防衛局は、工事を再開することになるのである。

このように、地方自治法の関与制度の下では、知事の取り消しは有効なままである。裁判所の判決があるまでは工事は中断したままなので、政府は、是正の指示、代執行手続きを選択しなかったのである。早期の工事再開には、政府には、行政不服審査制度の選択しかなかったのである。

国民の名を僭称

第3に、執行停止決定自体の違法性は、執行停止決定自体の差し止め訴訟と仮の差し止めの申し立てで主張することが効果的であり、執行停止決定後の取り消し訴訟または国地方係争処理委員会への申し出は効果的ではない。

執行停止決定自体の違法性の主張は、国である沖縄防衛局には不服申し立て資格がないので執行停止決定自体に違法性があるとするものである。行政不服審査法の目的は「国民の権利利益の保護」であり、国民の権利利益の保護を簡易迅速に保障する制度である。国が国民の名を僭称して政府内の国交相に申し立て、内閣一致の原則により、実質的な審査はなされないような不公正な防衛局の不服審査申し立て自体、違法性がある。

このような執行停止決定自体の違法性の主張は、執行停止決定自体を事前に差し止める、差し止め訴訟等で主張するのが効果的である。執行停止決定自体の違法性の主張と執行停止決定の違法性の主張とともに差し止め訴訟等の主張の重要な事実となるからである。

執行停止決定後の取り消し訴訟では執行停止決定の違法性の主張が中心であり、執行停止の違法性自体の主張は法的に効果的ではない。執行停止決定は執行不停止原則により取り消し訴訟により取り消される（認容判決）までは適法と推定されるところ、執行停止決定自体も適法と推定されるからである。

（静岡大大学院教授）

辺野古埋め立て承認取り消しの会見をする翁長雄志知事＝13日、県庁

⑨ 2015年10月23日 『沖縄タイムス』　（沖縄タイムス社提供）

文化

辺野古承認取り消しと 法的対抗措置

阿波連正一 ㊦

埋め立ては負担固定化

ジレンマ抱える国交相

　国による地方公共団体への「関与制度」として、かつては職務執行命令訴訟制度があった。これは、憲法上の地方自治権（特に地方分権）との兼ね合い、つまり、国の事務の統一的処理の確保の要請と住民公選の首長の独立性確保の要請の調和を図るための制度だった。しかし、地方分権一括法（1999年）により、国の地方公共団体への関与制度として是正の指示、代執行手続きが創設された。

　従って、国の地方公共団体の行政処分に対する関与は、法定の関与制度に制限されるので、本件では、知事の承認（許可）に対する国の行政処分は、行政不服審査手続きの下では認められないことになる。これが、知事の取り消しの地方自治権上の意味をもたせ続けるため、国交相の執行停止決定前に県による差し止め訴訟および仮の差し止めの申し立てが有効だと筆者が考える第4の理由である。

　国交相の執行停止決定、認容裁決は、県の地方自治権を侵害することになるが、そのような国の行政処分は、その調整制度としての関与制度に限定されている。県が国交相の行政不服審査法上の執行停止決定を待って、国地方係争処理委員会への申し出、取消訴訟を提起することは、執行停止決定を認めた上での法的措置となり、地方自治権の侵害を自ら黙認する結果となり、知事の取り消しを無意味とする。

内閣一致の原則

　第5に、国交相は内閣一致の原則と行政事務の分担管理の原則（省益）のジレンマに陥るために、本件防衛省の不服審査申し立てに対しては、判断留保の志向をとることが想定される。

　国交省は国土計画関連法（国土総合開発法、都市計画法、公有水面埋立法、国土利用計画法、国土形成計画法等）を主管とし、沖振法、産業振興等を担ってきた。本件辺野古埋め立て承認の取り消し問題は、この「省益」の根幹にかかわる問題を内包している。

　国土利用計画の基本理念である「国土の均衡ある発展」の基本理念には「国土の安全保障の均衡」も含まれている。米軍基地の沖縄への過重負担は国土面積の0・6％の県に約74％の米軍専用施設面積が集中し、県の国土上の米軍基地の過重負担は他地域と比べ約470倍とも推認される。この現状に鑑み、国土利用計画として米軍基地の整理縮小を図るべきだからである。

判断留保を模索

　ところが、辺野古埋め立て承認による米軍基地の建設は沖縄の過重負担を固定化する効果を持つほか、過重な基地負担が安全保障の問題として国内をはじめ国際問題化する。防衛省の「省益」の問題に関わる中で、国交省の「省益」を侵害する辺野古移設問題に関わりたくないというのが本音であろう。だが国交相は、内閣の一員として内閣一致の原則により、安全保障政策の閣議決定である辺野古移設政策に従わなければならない。国交相は「省益」と「内閣一致の原則」とのジレンマに陥ることになる。

　そこで、国交相は、その判断留保の法的方法として、沖縄防衛局に不服審査資格があるかの形式的判断を使って、国交相の判断の留保を模索することになる。ましてや、県が執行停止決定の差し止めと仮差し止め申し立てで、裁判所の判断に移ると、国交相にとっては渡りに船である。

　以上の理由により、県は最善を尽くして、国交相の執行停止決定前に、差し止め訴訟および仮の差し止めの申し立てをすべきだということになる。県が執行停止決定前の差し止め訴訟と仮の差し止めの申し立てができない場合には、その後の、知事の取り消しによる工事の中断を維持させることとの法廷闘争が困難になるからである。

停止の法的機能

　国交相が執行停止決定をした場合は、埋め立ての法的責任主体は国交相となる。その法的機能は以下の通りである。

　第1に、執行停止決定、認容裁決により埋め立ての法的責任主体は県知事から国交相に移ることになる。なぜなら、翁長知事の承認取り消しにより前知事の埋め立て承認は無効となったが、その承認取り消しを無効化する執行停止決定をしたのは、上級庁である審査庁の拘束力ある行政処分だからである。したがって、埋め立てによる米軍基地建設の反対運動は法的には沖縄内部（現知事と前知事）の戦いではなくなり、政府との戦いとなる。

　第2に、県知事の承認取り消しにより前知事の承認（自己決定権）は解除される。身勝手な自己決定権という批判に法的な反論ができることになる。県知事の取り消しを国交相が執行停止決定（取り消しの取り消し）した場合には、県の自己決定権を政府が侵害したことになり国連の場で法的（これまでは政治的）に自己決定権の侵害を訴えることができる。

　第3に、国交相が埋め立ての法的責任主体となるのは、辺野古埋め立ての国土計画関連法の違法性に責任を負うということである。国交省は国土計画関連法の行政事務の主管庁である。辺野古埋め立ては沖縄への米軍基地の過重負担の固定化を意味することから、米軍基地の過重負担の国土計画関連法（国土利用計画法、都市計画法、沖振法、公有水面埋立法および憲法等）を逸脱、違反している違法性は国交相が責任をもつことになる。

　特に、内閣を構成する政党の国交相である場合には、所属政党の政治責任ともなり、政党の綱領とも矛盾する。国交相は、その責任を軽減すべき法的方法として、執行停止決定を留保すべきことになる。内閣一致の原則の下でも、各大臣の行政事務の分担管理の原則（内閣法3条）、不服申立人と処分庁の審査庁であることおよび法治主義の要請によるものである。

　沖縄の米軍基地の過重負担の歴史的現実は、その現実を直視し、絶望、葛藤しながらも、それに立ち止まるのではなく、その絶望、葛藤の淵で徹底的に思索し、その歴史的現実の必然性を洞察する過程において、われわれ沖縄人を自由にするエネルギー、「魂力」ともなるのである。その自由性は、法律家においては、過重な米軍基地の整理縮小および辺野古埋め立て工事中断を現実化するための法律構成に結実するのである。

（静岡大大学院教授）

⑩ 2016年1月11日 『琉球新報』

（琉球新報社提供）

公有水面埋立訴訟

県に勝機はあるか

阿波連 正一

□1□

沖縄県と国の間で争われている名護市辺野古沿岸域の埋立承認取り消しをめぐる訴訟について、民法学者で土地所有権法が専門の阿波連正一静岡大法科大学院教授に論じていただく。主な論点は①公有水面埋立法（埋立法）は〝私法〟であり、埋立承認手続きにおいて国は〝私人〟となる②県は第三者委員会報告を踏まえ埋立法の土様で法律構成をすべきである③埋立法の趣旨にのっとって基地過重負担を主張すれば県に勝機がある―。まず、今回の問題に司法権が及ぶのかという点から。4回にわたって掲載する。

1、司法権は及ぶか
国の土地所有権取得が本質

米軍普天間飛行場を名護市辺野古沿岸域の埋立地に移設する「米軍辺野古飛行場」の建設問題（辺野古移設問題）が、訴訟提起などによって法律問題となっている。公有水面埋立法（埋立法）に基づく沖縄県知事による辺野古沿岸域の埋立承認の違法性（法的瑕疵）をめぐる法律問題を、米軍基地と司法権の観点から考察する。

司法権の問題とは、米軍基地問題に対して裁判所の司法権がどう及ぶかという問題である。米軍基地に対する裁判所の司法権の関与という論点を検討するのは、米軍に対して裁判所は何も口出しできないという「司法の限界」が指摘され、一般的に沖縄県の敗訴が予測されているからである。そこで、米軍基地問題を5段階に区別し、その区別に対応して司法権の関与の違いがあるかを示し、沖縄県の勝訴の可能性を探求してみたい。

国内私法秩序の問題

米軍基地問題に対する司法権の関与は、次の5段階に区別できる。

①米軍基地の条約上の根拠である日米安保条約の違憲性の問題（日米安保条約6条）

②日米地位協定に基づく日米両政府による個別米軍基地の設置場所等の協定の問題（日米地位協定2条）

③日米合同委員会による個別米軍基地の設置場所の決定の問題（日米地位協定25条1項）

あはれん・まさかず　1952年、国頭村生まれ。沖縄国際大教授を経て静岡大法科大学院教授。専門は土地所有権法、環境法。共著に「環境・公害法の理論と実践」など。

④個別米軍基地の設置場所が決定・協定された当該米軍基地の土地利用権原の確保の問題（駐留軍用地特措法、土地収用法、公有水面埋立法等の国内法の問題）

⑤①②③④の結果、設置された米軍基地の管理等の排他的管理権の問題（日米地位協定3条）

「米軍辺野古飛行場」建設のための辺野古沿岸域の埋立承認の問題は、④の「米軍基地の土地利用権原の確保の問題」として位置付けられ、国内私法の問題として裁判所の司法権が全面的に関与する法律問題となる。国（防衛省）は、知事の埋立承認の「受益的処分」により、埋立工事竣功を停止条件として土地利用権原となる土地所有権を取得するのである。この④は、法的には日本政府の米軍基地提供義務のための国内法の問題である。

土地利用権原である土地所有権は自由主義経済の原動力である。自由主義経済体制は私法秩序を法的基盤としており、私法秩序の根幹に土地所有権があるのである。

埋立法では国も「私人」
実務は以前から「私所有権」

2、土地所有権は「私法」
自由主義経済体制の原理

自由主義経済体制では、政府も地方公共団体も土地所有権者としては私人と同様の立場に立つ。その主体が私人（私有地）、国（国有地）、地方公共団体（公有地）であっても、そのいずれの土地所有権も、「私法」上の土地所有権（私所有権）だからである。

行政の実務は、以前から次のように行われている。

「国有とは、国が権利主体であるというだけで、民法上の所有権という意味以外に解することはできないと考えられる。したがって、所有の意義についても私法のそれと同じであると考えられ、実務上は国有財産についてのすべての所有権は、私所有権説の立場に立脚して理解されている」（大蔵省理財局編『国有財産法精解（平成6年改訂）』300㌻）

土地所有権は土地私法と、土地所有権を制限する土地公法（国土利用計画法、都市計画法等）の関係についても、「土地に関する公法的規律（土地公法）は、正に、土地に関する私法的規律（土地私法）に対する特別法の地位を占めるものと考えるべき」（田中二郎『土地法』有斐閣法律学全集15－Ⅱ、昭和35年、15㌻）とされる。

地位協定より優先

この見解を前提とすると、埋立法は、私法上の土地所有権の付与（土地私法）と用途（本件では「米軍辺野古飛行場」）を制限された埋立地の土地所有権（土地公法）という2つの側面を併有した法律であり、土地所有権に関する「私法」ということになる。

今回の一連の訴訟で、国は「免許」（私人）と「承認」（国）の「法的効果が同一である」と主張している。法的効果が、埋立工事竣功を停止条件とする制限された土地所有権の取得を意味しているとすれば、埋立事業者である国が「私人と同様の立場」を主張するのは、自由主義経済体制における土地所有権の機能から必然的に出て来るもので、自由主義経済体制の原理的なものなのである。

日本は自由主義経済を基本としているので、土地利用権原が土地所有権である場合には、土地所有権の取得および制限の問題に自国の司法権が及ばないということはあり得ない。むしろ、安全保障の公共性（米軍基地）より自由主義経済体制の公共性（国民経済の向上・地域経済の向上）が優先される。なぜなら日米両国は自由主義経済体制であり、その体制維持のための安全保障だからである。

米軍基地は土地利用権原（土地所有権）が確保されて存在し、現存する米軍基地が米軍により管理される。日米地位協定3条の排他的管理権は米軍基地が存在して意味を持つのであり、その米軍基地は土地利用権原である土地所有権により存在しているので、土地利用権原の問題と地位協定3条の排他的管理権とは法論理的に別の問題となり、土地所有権が優先するのである。したがって地位協定より埋立法が優先するのである。なぜなら、埋立法は土地利用権原の基本である土地所有権を取得させる授権法規だからである。

⑪ 2016年１月12日 『琉球新報』 （琉球新報社提供）

公有水面埋立訴訟

県に勝機はあるか

□2□

3、埋立法上の争点

「過重負担」は判断要素か

阿波連 正一

環境保全は「条件」

地域経済向上の視点欠落

埋立承認の本質が国による土地所有権取得であるとの認識は、翁長雄志知事が仲井真弘多前知事の埋立承認取り消しに踏み切る根拠となった第三者委員会（第三者委、大城浩委員長）の「検証報告書」（2015年7月16日提出）に示されている。ところが、代執行訴訟における沖縄県の主張はこの第三者委報告書と異なる法律構成をしている。

県が公有水面埋立法の趣旨を誤解しているため、米軍基地の過重負担は同法4条1項1号要件「国土利用上適正かつ合理的なること」の判断要素になり得ないのである。

埋立承認問題を米軍基地の土地利用権原（土地所有権）の確保の問題とする見解に対して、沖縄県は、埋立法4条1項1号要件の判断要素について、「米軍辺野古飛行場」建設自体の問題（第1場面）と「米軍辺野古飛行場」の「環境保全」の問題（第2場面）に区別して論じる。

まず第1場面の「米軍辺野古飛行場」建設自体に関して、第1に、埋立法4条1項1号の要件の審査において、「公有水面埋立法は、国防に関する事業についても除外規定を設けていないのであるから」（被告第1準備書面13㌻）、都道府県知事に国防上の必要性に関して審査判断する権限があるとする。

第2に、我が国の安全保障のために、日米安全保障条約に基づき提供する米軍施設および区域の配置場所の決定を都道府県知事が審理判断する権限があるとする。そして、現存する米軍基地の排他的管理権により地域振興を阻害されていることが、米軍基地の過重負担であるとする。

その上で「沖縄県土の約1割、沖縄島に至っては約2割を占め、この巨大な自治権の空白地帯の存在が、沖縄県の地域振興等の著しい阻害要因となっている」（被告答弁書122㌻）と述べて、米軍基地は「自治権の空白地帯」であり、その過重負担により「地方公共団体の利益」すなわち「公益」が侵害されるとして、これを判断要素と主張する。

基地に自治権及ばず

しかしながら日本の法秩序においては、都道府県知事に第1の国防上の必要性について審査判断する権限自体がない。第2の米軍基地の配置場所決定にも審査判断権限はなく、米軍基地の移設先が「辺野古沿岸域」であることが1号要件の判断要素となることもない。また、既存の米軍基地に県の自治権は及ばないため、既存基地の過重負担が「自治権の空白地帯」として自治権の侵害とはならない。したがって、この法律構成では米軍基地の過重負担は全く1号要件の判断要素とはならなくなる。

結局、埋立の公益への影響は「周囲の自然環境に及ぼす影響」にとどまり、「米軍辺野古飛行場」の土地利用計画は「地域経済の向上」の観点からは評価されないので、結局、米軍基地の過重負担は判断要素となることはない。

次に第2場面の「米軍辺野古飛行場」の周辺の地域社会への影響に関しては、「公有水面埋立法第4条第1項第1号は『国土利用上適正且合理的ナルコト』を公有水面埋立免許ないし承認の要件としており、これは、埋立の必要性と自然保全の重要性、埋立及び埋立後の土地利用が周囲の自然環境に及ぼす影響の比較衡量を意味する」として、1号要件を「埋立後の土地利用が周囲の自然環境に及ぼす影響」という「環境保全」問題に限定している。

そのため、沖縄本島の米軍基地としての土地利用の問題は除外され、「米軍辺野古飛行場」以外の米軍基地が判断要素となることはない。つまり、沖縄県民の約9割が住む沖縄本島の18・2%を占有する米軍基地の過重負担は判断要素とはならず、国が主張しているところの、公有水面を埋め立てることが「周辺の土地利用の現況といった国土利用上の観点からみて適正かつ合理的といえるか否か」という「国民経済の向上」「地域経済の向上」という視点が全く欠落しているのである。

主客転倒の解釈

こういう法律構成を沖縄県が主張するということは「想像を絶する」。なぜなら、免許・承認権限をもつ沖縄県（知事）が那覇空港増設のための埋立承認をしたのは、沖縄の「地域経済」の観点からだからである。埋立予定区域自体の「環境保全」や、周囲の自然環境に及ぼす影響という「環境保全」の観点から埋立承認の是非の判断をしたのではない。

つまり、埋立法の「趣旨・目的」は、「環境保全」を「条件」として、「飛行場用地」という用途に制限された土地所有権を付与して「国民経済の向上」「地域経済の向上」をさせることなのである。沖縄県の解釈は「条件」と「趣旨・目的」を主客転倒したものとなっているのである。

いずれにせよ、その当否は別にして、沖縄県の1号要件の法律構成では、米軍基地の過重負担は全く判断要素となることはないのである。

（静岡大法科大学院教授）

公有水面埋立法

第1条　本法において公有水面と称するは河、海、湖、沼その他の公共の用に供する水流または水面にして国の所有に属するものをいい埋立と称するは公有水面の埋立をいう（2－3号は略）

第4条　都道府県知事は埋立の免許の出願左に各号に適合すと認むる場合を除くのほか埋立の免許を為すことを得ず

1 国土利用上適正かつ合理的なること
2 その埋立が環境保全および災害防止について十分配慮せられたるものなること
3 埋立地の用途が土地利用または環境保全に関する国または地方公共団体（港務局を含む）の法律に基づく計画に違背せざること（4－6号は略）

1号要件に関する県の法律構成と問題点

建設自体の問題

「国防を除外する規定ない」
　　＝知事に判断権限あり
「過重負担で『自治の空白』」
　　＝「公益」を侵害

問題点
・日本の法秩序では権限は認められない
・自治権侵害にならないので公益浸害にならない

「県に基地の配置場所を決定する権限ある」

問題点 ・配置場所決定の権限はない

環境保全の問題

1号要件を「環境保全」に限定

問題点
・「地域経済の向上」の視点欠如
・現存基地の過重負担は判断要素にならない

⑫ 2016年１月13日 『琉球新報』　（琉球新報社提供）

公有水面埋立訴訟

県に勝機はあるか □3□

阿波連　正一

4、土俵はどこにあるか

沖縄県の解釈、法律構成では、沖縄の米軍基地の過重負担が公有水面埋立法（埋立法）4条1項1号要件の判断要素から除外される理由をさらに説明する。

まず第1に、埋立法を米軍基地の土地利用権原（土地所有権）の確保のための授権法規と位置付けていない。一方で、現存の米軍基地に自治権が及ぶことを前提にして、地位協定3条の排他的管理権により現存の米軍基地は「自治権の空白地帯」として、「地方公共団体」の「公益」である「地域振興」の阻害要因としている。

しかし、日本の法秩序においては米軍基地には自治権が及ばない。そのため、米軍基地の排他的管理権が地域振興の阻害要因であるとは言えない。

第2に、埋立予定地の土地利用に限定して、その経済的または自然的影響を考慮している。地域の全体（本件では沖縄本島全体）の土地利用を「国民経済の向上」「地域経済の向上」の観点から捉えず、当該「米軍辺野古飛行場」の公有水面および周辺の自然環境への影響に限定することから、沖縄本島全体の米軍基地の過重負担は論理的に射程外となるのである。

「法的コントロール」

このような結末となるのは、埋立法の趣旨（免許・承認の法的性質）と埋立法4条1項1号・2号の趣旨を「環境保全」に純化した法律構成にある。

まず、県は埋立法の趣旨（免許・承認の法的性質）を次のように位置付けた。

「公有水面埋立法は、行政の責任者たる都道府県知事に対して、県域の重大要素となる海域、沿岸域の総合的な管理・利用の際の重要な法的コントロールの手法として、埋立の免許（承認）権限を与えることにより、当該地方公共団体の公益を保護するものとしたものである」（第5意見書3 01㌻）

自治体利益論は誤解
疑わしい「受益的処分」否定

次に埋立法4条1項1号・2号要件の趣旨を次のように述べる。

「公有水面埋立法第4条第1項第1号は『国土利用上適正且合理的ナルコト』を公有水面埋立免許ないし承認の要件としており、これは、埋立の必要性と自然の保全の重要性、埋立及び埋立後の土地利用が周囲の自然環境に及ぼす影響の比較衡量を意味する。同法同項第2号は、『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』を求め、1号とは別途に、より直截に環境保全を要請する」（被告第1準備書面15、16㌻）

「受益的処分ではない」

拘束力のある「土地利用計画」の観点であるはずの1号要件を「環境保全」の観点で捉えるため、次のような「想像を絶する」解釈となる。

「都道府県知事に承認権限を与えているのは、公有水面埋立は当該地域に重大なインパクト、深刻な不利益を与える可能性があることから、公有水面埋立法第4条第1項第1号は、不適正・不合理な公有水面埋立によって、当該地方公共団体の利益が侵害される場合には都道府県知事が公有水面埋立を承認しないという権限を付与することで、不適正・不合理な公有水面埋立てによって当該地方公共団体の利益が侵害されないという利益を保護しているのである」（被告第1準備書面13㌻）

そして、次のような象徴的な見解が示される。

「本件承認処分及び取消処分の名宛人は国（防衛局）であって、そもそも埋立承認処分により埋立権を取得するにしても、かかる利益は、私益ではなく、法律上保護された利益とは言えず、本件はいわゆる受益的行政処分ですらないのであって(むしろ、周辺住民等に対しては侵益的行政処分ですらある）、受益的行政処分の取消権制限法理の適用は、この意味でもあり得ない」（被告第10準備書面）

産業用地提供の歴史

埋立法の趣旨を「地方公共団体の利益の保護」とする県の解釈は、全く独自な見解である。この見解は、埋立法が産業用地等の提供として果たしてきた歴史的現実からも、最新の判決例（広島高裁判決）が埋立承認の法的性質を土地所有権の付与（を設定する権利）としたことからも、その客観性は疑わしい。

埋立法は「埋立地の用途」に制限された土地所有権の付与による産業用地提供の国土開発法として、日本の国民経済の向上に貢してきた歴史的現実があるからである。埋立法は1921（大正10)年の制定以降、産業用地の提供に寄与した。戦後も45年から2013年までの総埋立面積は2276・72平方㌔（沖縄県土面積2・227平方㌔とほぼ同面積）で、産業公害、海洋汚染を伴いながらも、戦後の国土の復興、高度成長の原動力となり「国土の開発その他国民経済の向上に貢し」てきたのである。

広島高裁判決

岩国基地の滑走路沖合移設をめぐり住民が山口県知事の埋立承認処分の取り消しを求めた裁判で広島高裁は、埋立承認の法的性質を、埋立工事竣功を停止条件として埋立の用途で制限された土地所有権を付与する処分と判断した。つまり、「国が行う埋立についての都道府県知事の法的性質については、公有水面を現実に管理する都道府県知事が埋立工事の実施主体である国に対して、特定の公有水面を埋め立てて土地を造成し、竣功通知の日において当該実施主体に埋立地の所有権を取得させる権利（埋立権）を設定する行為と解する」（広島高裁平成25年11月13日判決）と判示したのである。

要するに、埋立法を「地方公共団体の重大要素となる海域、沿岸域の総合的な管理・利用の際の法的コントロールの手法として、埋立の免許（承認）権限を与えて、その権限行使によって当該地方公共団体の利益を保護するという仕組み」とする県の捉え方は、1921年から現実に存在し実施されてきた埋立法の捉え方としては誤解なのである。

県は本訴訟で、「米軍辺野古飛行場」の土地利用権原（土地所有権）の確保の問題に焦点を当て、米軍基地の過重負担問題と環境問題が争点となるような法律構成をすべきである。この2本立てで県の勝機が見えるからである。国の公有水面埋立法の趣旨の定義によって、県の勝機が見えてきた。米軍基地の過重負担という沖縄の歴史的現実による勝機である。

（静岡大法科大学院教授）

⑬ 2016年１月14日 『琉球新報』 （琉球新報社提供）

公有水面埋立訴訟

県に勝機はあるか

□4□

阿波連正一

「歴史的現実」が力に

基地「寄生」固定化批判を

5、どう法律構成するか

沖縄県の勝機は、第三者委員会（第三者委）報告書で示された米軍基地の過重負担の歴史的現実の法律構成にある。第1に「地域経済の向上」に対する著しい阻害要因であること、第2に米軍基地の「公共性」の障害事由になること、第3に憲法および国土利用関連法（地域形成計画法）に反する違法状態にあること－の3点である。

この3点の主張立証に成功すれば、県の勝機はより確かなものとなる。「米軍辺野古飛行場」建設のために辺野古沿岸域の埋立を承認することは、前記3点を固定化することであり、公有水面埋立法4条1項1号要件「国土利用上適正且合理的ナルコト」に著しく反するからである。沖縄県の勝機は沖縄の「負」の歴史的現実にあるのである。

第三者委の法律構成

埋立法の趣旨は、「環境保全への十分な配慮」（2号要件）を条件として、「埋立地の用途」に制限された土地所有権を付与して「国民経済の向上」「地域経済の向上」に資することにある。

第三者委は、埋立法を「（国民経済の向上のための土地利用権限獲得の法である）土地収用法と類似な性格を有する制度」（報告書35㌻）とした上で、過重負担の歴史的現実について、「国民経済の向上」「地域経済の向上」の観点から1号要件の「国土利用上適正且合理的ナルコト」の総合性判断を「総合的」なものとし、「埋立てにより得られる利益と埋立てにより生ずる不利益とを比較衡量して判断すべきもの」（報告書35㌻）とする。

その結果、米軍基地の過重負担は「埋立てにより生ずる不利益」として構成され、1号要件の判断要素となる。これは、国が本訴訟で埋立法の趣旨を「国土の開発その国民経済の向上に資するもの」（原告第1準備書面59㌻、71㌻）と定義したことによって妥当性を持つ。

過重負担の内容

そして、第三者委は、米軍基地が県土面積の10・2％を占め、米軍専用施設は全国の73・8％が沖縄県に集中していることとし、日本全体と沖縄の米軍基地の負担度を比較した場合、その差は約468倍に上ると指摘されているとしつつ（報告書45㌻）、次のように述べる。

「①このように広大にかつ過密に存在する米軍基地は、②沖縄県の振興開発を進める上で大きな制約となっているばかりでなく、③航空機騒音の住民への影響や演習に伴う事故の発生、④後を絶たない米軍人・軍属による刑事事件の発生、⑤さらには汚染物質の流出等による自然環境破壊の問題等⑥県民にとって過重な負担となっている。⑦このような状態は、法の下の平等を定めた日本国憲法第14条の精神にも反するものと考えられる。⑧本件埋立ては、一面で普天間飛行場の移設という負担軽減の側面があるものの、他面において普天間飛行場の代替施設を沖縄県内において新たに建設するものである。⑨本件埋立ては、沖縄県内において米軍基地の固定化を招く契機となり、基地負担について格差や過重負担を固定化する不利益を内包するものと言える」（報告書45㌻）（①～⑦は筆者挿入）。

次にこの過重負担の法律構成がなぜ勝機となるかを、以下の3点で考察する。

「地域経済の向上」阻害

米軍基地が「地域経済」の著しい阻害要因となっていることは、3施設の返還後の経済効果で明白になっている。さらに、沖縄県が既存4施設の跡利用の経済効果も推計している。以上7件の合計は、面積12・46平方㌔、返還前の経済効果481億円、返還後の経済効果1兆1023億円で、その差額は1兆542億円となる。7施設12・46平方㌔の米軍基地により沖縄県民は年間1兆542億円の経済効果を「喪失」していたことを意味する。沖縄本島の18・3%を占有する米軍基地全体（221・12平方㌔）による「地域経済」上の不利益は「想像を絶する」ものである。

このように、沖縄県民が莫大な経済効果を喪失（＝逸失）しているのは、自由主義経済の原動力である土地所有権が、広大な米軍基地の土地利用に固定化されていることによる。すなわち、「基地によって沖縄は膨大な機会費用ないしは逸失機会損失を被」っており、「沖縄が基地に依存しているのではなく、基地が沖縄に依存しているのであり、沖縄は基地に寄生されている」（川瀬光義『基地維持政策と財政』）。いわば、基地は自由主義経済を構造的に阻害しているのである。

埋立法の趣旨は「地域経済の向上」である。したがって、「地域経済の向上」を著しく阻害している「米軍基地」の建設のために「地域内」（沖縄本島内）である辺野古沿岸域の埋立を承認することは、埋立法の趣旨に反する。つまり、辺野古沿岸域埋立を承認することは「国土利用上適正且合理的ナルコト」に著しく反し、著しい違法性を帯びるのである。

「公共性」の障害

「米軍基地」が国家の安全保障という「公共的・公益的な価値を積極的に実現」するためにあるとするなら、米軍基地の「公共性」は高い。しかしながら、米軍基地の過重負担が地域に莫大な経済的不利益を生じさせ「地域経済の向上」の著しい阻害要因となっていることは、自由主義経済の安全保障のために存在するはずの米軍基地の「公共性」の障害事由となる。

さらに、航空機騒音の住民への影響等や演習に伴う事故の発生、後を絶たない米軍人・軍属による刑事事件、汚染物質の流出等による自然環境破壊など、深刻で広範な沖縄県民の人権侵害および危険性は「想像を絶する不平等」であり、米軍基地の「公共性」の障害事由になる。こうして「埋立により得られる利益」としての「米軍基地」の「公共性」は阻却される。

要するに、「米軍辺野古飛行場」の建設のための土地所有権を確保する埋立承認を認めることは、米軍基地の持つ「公共的価値の実現」の許容範囲をはるかに超え、著しく不適正かつ不合理であると判断されるのである。

憲法・国土計画関連法違反

沖縄の米軍基地の過重負担の歴史的現実は憲法および国土計画関連法（地域形成計画法）に反する違法状態にあり、国等は米軍基地を整理縮小する責務がある。辺野古沿岸域の埋立を承認することは、その違法状態を固定化することになり、現在の米軍基地の過重負担を沖縄県自ら固定化（現状容認）する意味を持つ。

憲法から次の点が指摘できる。前文の「恐怖と欠乏から免れ平和のうちに生存する権利」の侵害を固定化する。憲法14条の平等原則の精神に反する「想像を絶する不平等」を固定化する。憲法22条1項の居住・移転の自由および職業選択の自由・営業の自由の合理的な制限を著しく逸脱する。憲法29条の財産権の保障（1項）および公共の福祉による財産権の制限（2項）の合理的な制限を著しく逸脱していることを固定化する。

そして、国土総合開発法（1950年、2005年に改正して国土形成計画法）の目的（1条）に反することを固定化する。国土利用計画法（1974年）の基本理念（2条）に反することを固定化する。「地域経済の向上」を著しく阻害し、「国土の均衡ある発展」にも、そしてその一部である「国土の均衡ある安全保障」にも著しく反し、「健康で文化的な生活環境の確保」からの逸脱を固定化することになる。

さらに、土地基本法（1989年）の基本理念（2条）の「公共の福祉の優先」に反することを固定化する。景観法（2004年）の目的（1条）の「良好な景観の形成」および基本理念の一つである「新たな良好な景観を創出」（2条5項）する責務違反を固定化する。

以上要するに、日本の国土利用関連法の法秩序において、米軍基地の過重負担を強いられている沖縄本島内で、米軍基地建設のために辺野古沿岸域の埋立を承認することは、公有水面埋立法4条1項1号要件の「国土利用上適正かつ合理的であること」に著しく違反することになる。したがって前知事の辺野古沿岸域の埋立承認は重大な違法性を帯びており、翁長知事の職権取り消しは適法であることになる。

（静岡大法科大学院教授）

（おわり）

経済効果の比較

	面積(平方㌔)	返還前	返還後	増加率
那覇新都心地区	1.92	52億円	1634億円	32倍
小禄金城地区	1.09	34億円	489億円	14倍
桑江・北前地区	0.65	3億円	1459億円	108倍
合計	3.66	89億円	2456億円	28倍
雇用者数		327人	23564人	72倍
喪失分				−2367億円
【返還予定（県推計）】				
普天間飛行場	4.81	120億円	3866億円	32倍
那覇港湾施設	0.56	30億円	1076億円	36倍
牧港補給地区	2.74	202億円	2564億円	12倍
キャンプ桑江	0.68	40億円	1061億円	26倍
合計	8.79	392億円	8567億円	22倍
喪失分				−8175億円

⑭ 2016年３月21日 『琉球新報』 （琉球新報社提供）

埋め立て承認と取り消し 「和解」の意味と展望 <上>

阿波連正一氏に聞く

辺野古代執行訴訟は4日、和解で終決した。国は和解条項通りだとして、7日に是正指示を行い、16日に出し直した。このまま和解条項に沿って新たな訴訟に一直線に向かうのか。今回の和解の評価をめぐってさまざまな解釈、議論が行われている。土地所有権法に詳しい阿波連正一静岡大学法科大学院教授は法律論の立場から今回の訴訟を詳しく分析しており、本紙1月11～14日付では、県に勝機があると論じた。その後の知事尋問や和解成立、そして新たな動きを踏まえて、阿波連教授に今回の和解の意味と今後の展望について聞いた。

（構成　米倉外昭）

代執行訴訟で成立した和解内容について説明する翁長雄志知事（左）と稲嶺進名護市長（右）＝4日午後、防衛省

知事尋問に四つの関門

わなを見事に切り抜ける

あはれん・まさかず　1952年、国頭村生まれ。専門は土地所有権法、環境法。共著に「環境・公害法の理論と実践」など。

Q　今回、国が急転直下で和解を受け入れたことは驚きをもって受け止められました。その前に、このような代執行訴訟で裁判所が和解勧告をしたことも異例でした。県はもともと今回成立した和解案に対して受け入れる意向を示していたわけですが、これを政府が受け入れたのはなぜでしょうか。

A　国が敗訴することが明らかになったからだ。私は1996年の代理署名訴訟最高裁大法廷判決で基地の過重負担が判断要素になることが示されていることと、国が本件訴訟において公有水面埋立法の趣旨を「周辺の土地利用の現況といった国土利用上の観点からみて適正かつ合理的といえるか否か」すなわち「国民経済の向上」「地域経済の向上」と定義したことから、県がこれを踏まえて法律構成をすれば県に勝機があると論じてきた。仲井真前知事の埋め立て承認に法的瑕疵があるとした第三者委員会（委員長・大城浩弁護士）も同様の判断をしていた。ところが、本件訴訟で県弁護団は、翁長知事の取り消しの根拠となった第三者委員会報告書を踏まえず、極めて独自の見解に基づき法律構成をした。国はこの矛盾を突く作戦を立て、2月15日の知事尋問で県側を法的に追い詰めようとした。しかし、知事がこれを見事に切り抜けた。結局、国は勝訴判決を得ることは不可能と判断し、政治的メリットもある和解を選んだのだろう。

勝つつもりだった国

Q　和解は選挙をにらんだ政治的思惑からという見方があります。また、手続き的に無理筋だったという指摘もかなりあります。しかし、国が自ら起こした裁判であり、国際的にも注目された裁判ですから100%勝つつもりだったのではないでしょうか。

A　政治的理由は本質ではない。完璧に勝つことがはっきりしていれば、勝訴判決の方が明らかに政治的意義も効果も大きいからだ。だからこそ、国が和解を選んだということは大変なことだ。知事尋問を見ると分かるように、手続きも本質ではない。裁判の本質の部分で勝てなかったということだ。しかし、知事尋問までは国は勝つ気満々だった。県弁護団の主張を基に周到にわなを仕掛けていたからだ。もし知事が失敗していたら、和解もなく、工事中止もなく、万事休すだったのではないか。

Q　国側が仕掛けたわなとはどういうものでしょうか。また、国側はどのような判決を目指していたのでしょうか。

A　国側が狙った判決は、「このような県の主張は日本の法秩序に反しており、本件取消処分は司法の保護に値しないから、違法・無効である」というものだ。そこへ向けて、知事尋問に四つの関門を設けた。①翁長知事の取り消しは政治手法の一つである②翁長知事は司法判断（判決）に服従しない可能性がある③埋立承認と取り消しは裏腹でありそれぞれ知事が独自に判断できるという考え方は法秩序になじまない④翁長知事は日本政府を「敵」として批判している―。以上を立証しようとした。

争点は「職権取消権」

Q　知事尋問では、国側は判決に従うかどうか、また取り消し判断についてしつこく質問を繰り返した。裁判官も質問に加わった。この異様な知事尋問から何が読み取れるのか。

A　知事尋問で国が争点にしたのは、埋め立て承認を取り消した翁長知事の「職権取消権」の根拠だった。仲井真前知事が行った埋め立て承認という行政処分が「原処分」で、翁長知事が行った埋め立て承認の取り消しという行政処分が「取消処分」である。〈宇賀克也「行政法概説Ⅰ」（第5版）〉では、「職権取消」とは「当該行政行為が違法であったことを行政庁が認識し、職権で当該行政行為の効力を失わせる場合」とし、違法になされた行政行為は「原則としては取消しをすべきことになろう」とする。つまり、原処分の違法性が職権取消権の発生根拠なのである。ところが県弁護団は違う主張をしている。すなわち、取消処分者が違法性を判断できるという考え方だ。

Q　県の第10準備書面でこう述べています。「そもそも、処分庁が法律上の根拠なく自庁取消を行うことができるとされるのは、取消処分が、原処分の根拠法規がかかる原処分について処分庁に与えている権限と裏腹の関係だからである」「言い換えると、被告は、公有水面埋立法上、埋立承認処分権限を有しているから、既になされている埋立承認処分の違法性（要件充足性）を判断し、取消権を行使できるのである」。承認と取り消しが「裏腹の関係」にあると言っています。

A　さらに県はこう述べている。「被告（県）は、公有水面埋立法上、埋立承認処分権限を有しているから、既になされている埋立承認処分の違法性（要件充足性）を判断し、取消権を行使できるのである」（第10準備書面）。一般的に埋立権を与えるような「受益的処分」が2度なされることはない。しかし、県の説では、一般的にできることになる。

⑮ 2016年３月22日 『琉球新報』 （琉球新報社提供）

埋め立て承認と取り消し 「和解」の意味と展望 ＜中＞

阿波連正一氏に聞く

客観的瑕疵が根拠

政治的手法論をクリア

Q 県側はなぜ第三者委員会報告書と違う主張をしているのでしょうか。

A そもそも、公有水面埋立法における知事の埋め立て承認権限の意味を県弁護団は誤解している。第1準備書面でこう述べている。「都道府県知事に承認権限を与えているのは、公有水面埋立ては当該地域に重大なインパクト、深刻な不利益を与える可能性があることから、公有水面埋立法第4条第1項第1号は、不適正・不合理な公有水面埋立てによって、当該地方公共団体の利益が侵害される場合は都道府県知事が公有水面埋立てを承認しないという権限を付与することで、不適正・不合理な公有水面埋立てによって当該地方公共団体の利益が侵害されないという利益を保護しているのである」。つまり地方公共団体の利益のために承認権限があるとしている。だから、同様に判断をして取り消す権限もあるという解釈だ。

法治主義とは

Q 第三者委員会を設けて前知事の承認判断の法的瑕疵を検証し、その結果に従って取り消したということとは違いますね。

A 時間的な流れの中で社会関係が形成されていくことを前提にして法秩序がある。その維持を任務とする司法の立場に、県の主張はなじまない。埋め立てが承認されたので工事が始まり、工事が進んでしまえば、承認を取り消しても元には戻せない。時間とともに事実が積み上がっていく。従って、取り消しは既に形成された社会関係を破壊することだから、「原処分に瑕疵があった場合」という条件が必要になるのだ。法治主義とは、このような既成法秩序の維持のための規範的・制度的システムのことである。日本では行政も司法もそのように動いているが、本件訴訟で県は異なる認識での主張をした。そこで国は、県主張の弱点を突いて、知事尋問で四つの関門を設けて勝訴を目指したということだ。

Q 知事尋問で国側はこう質問しています。「あらゆる手段を駆使して辺野古新基地を阻止する。これがあなたの選挙公約か」。さらに「今回の埋め立て承認取り消しも、あらゆる手法の中の一つか」。これが第1関門ですね。

A 知事は「表現方法が適切かどうか分からないが、そういうスタンスだ」と答える。国は「今回の埋め立て承認の取り消しはあなたの公約や政治家としての信念の実現のためにしたことか」と畳み掛ける。「そうだ」と答えたら終わりだった。しかし知事はこう述べた。「それはやはり制約があると思う。なぜかというと、第三者委員会の法律的な瑕疵の検証がある中で、そこで法律的な瑕疵がなかったと言えば、それはそこで終わりだから、一責としてというわけではないと思う」。県の準備書面で主張していた、「（県知事は）既になされている埋立承認処分の違法性を判断し取消権を行使できる」を否定したことになる。第3関門もクリアしている。

那覇空港と比較

Q さらに、国側は那覇空港第2滑走路の埋め立て承認を取り上げ、「この承認について検証しようと考えたことはないのか」とも聞きました。

A 県の主張では、公有水面埋立法第4条1項1号の「国土利用上適正かつ合理的なること」を「埋立の必要性と自然の保全の重要性、埋立及び埋立後の土地利用が周囲の自然環境に及ぼす影響の比較衡量を意味する」として1号要件を環境保全に限定した。しかし、環境保全は「条件」であって「趣旨・目的」ではない。環境保全が「目的」なら那覇空港でも検証しないといけない。国はこの矛盾を突こうとしたのだろう。知事はこう答える。「私が就任する以前からこの問題が浮上していることはなかった。県民の反対運動もなかった。このことについて、いわゆる辺野古のような検証をするということは、今の時点ではない」。この答えは、環境保全は「目的」ではなく「条件」であるという立場を示したことになる。取り消しの判断時期についても問われ、第三者委員会報告の後だったと明確にした。政治的信条に基づく取り消しではなく、承認に瑕疵があったから取り消したということを示したことになる。

判決への服従度

Q 次に、国側は判決に従うかと11回も質問しました。司法判断への服従度という第2の関門ということですね。

A 司法判断への服従度の低い者に取消権を認めてはならないという立場からだ。ここで争点になっている「職権取消権」は、裁判所による司法統制への服従と信頼を前提としている。裁判は政治の手段ではなく、政治が尽きた最終判断であり、それが法治主義の要諦でもある。そのために11回も知事に問いただし、判決に従うよう誓わせたのである。

Q 承認について「最も重要な瑕疵はどういうところか」と問われ、知事は「一番法的な瑕疵は埋め立ての必要性。これについては大変重要な部分だろうと思う。それからやはり、大浦湾はジュゴンの生息地で、生態系がしっかりしたところでもある。環境保全、生活環境もだ。それから国土利用の適正かつ合理性に関して、基地のあり方も歴史も含めて、そういったことも考えられる」と答えました。そして、「単純に面積だけで縮小にならない」と指摘して、普天間から辺野古への移転で沖縄の負担軽減になるという国の主張を否定しました。この後、国側は「（那覇市長時代に）辺野古を容認した経緯がある」などと知事の主張の変化を追及します。

A 国側は、辺野古移設反対は政治的立場の変更による主観的なもので、法的瑕疵の認識によるものではないと立証しようとした。知事は、主張の変化は米軍再編による政策変更という客観情勢の変化に対応したものと答え、難問を見事に切り抜けている。

Q そして、判決への服従度を繰り返しただされます。その5回目で国側は「これまであなたはたびたび記者会見で辺野古に基地は造らせないとか、今後ともあらゆる手法を用いて辺野古に代替施設を造らせないとの公約実現に向け不退転の決意で取り組むということも言っている。この発言との関係はどうなる」と問いました。知事は「私がありとあらゆる手段を用いるというのは、それこそいろいろあると思う。私が去年行動した中で、仮にワシントンDC、向こうのアメリカ政府が分かったと言えば、それもありとあらゆる手段になる。その意味からするといろんなやり方がある」と答えます。

A アメリカの判断が日本の司法より上だと答えたわけだ。国側が「そうすると、あなた自身の公約であるとか辺野古に造らせないという政治的姿勢と、司法の判断に従うということは両立する話だというのか」と問うと、知事は「その意味では、例えば先の話で米国が了解した場合にどうだということにならない」と見事に切り返している。

（静岡大学法科大学院教授）

（構成 米倉外昭）

⑯ 2016年３月23日 『琉球新報』　（琉球新報社提供）

埋め立て承認と取り消し「和解」の意味と展望 阿波連正一氏に聞く ＜下＞

主張変更なら勝訴
「敗訴でも」論は敗訴招く

Q 次に国側は第3問目の、知事が埋め立て承認と裏腹に取り消しの要件を判断できるかどうかという問題を追及します。質問は4回繰り返されます。「あなたの知事という立場でもう一度見てみると、国が行った承認の申請は要件を満たしていないと考えるか」。知事がずれた答えをしたので、2回目は裁判長が質問をします。

「間違いは正す」

A 裁判長は「この埋め立て承認について、所定の法律の要件を欠いていると今、思っているかということ」と言い換えた。「今」と聞くのは、争点である知事の「職権取消権」の根拠を問うことであり、巧妙だ。知事が「はい」と答えたらアウトだった。知事は質問に疑問を感じたのか、口ごもる。そして国側が再び「今、あなたが答えたのは決断したのはなぜかというところ。埋め立て承認を取り消された今の知事の目から見て、あの申請書を見てみると、要件を欠いているという判断か」。知事は質問の意味が分かったのだろう。「法的な瑕疵があったということだ。はい」と答える。

Q 4回目の質問に対して「私は新しい民意の中で、行政的な瑕疵があると、それについて取り消しの権限は持っていると思っている」と答えました。選挙で選ばれた知事として瑕疵があれば取り消す権限があると述べたわけですね。その後は国側が「取り消しは簡単にできないものだ」と質問します。

A 知事は「行政の安定もあると思うが、一方で硬直化という問題も出てくる。間違いがあるものは正すということだ」。これで国側はかぶとを脱ぐ。沖縄県の法律構成に基づいて知事の弱点を突く国側のもくろみは失敗した。第一線の優秀な訟務検事たちに知事が完勝したのである。

Q 第4の質問は知事が日本政府を「敵」としているのではないかという点です。知事の陳述書の「保守は革新の敵ではなく、革新は保守の敵ではない。敵は別のところにいるのではないか」という表現に関して聞いてきました。こんな質問をされるところに、国と争うことの怖さを感じます。

A 知事は「敵という言葉が正しかったかは分からないが、県民の思うような形で動くことのできない仕組みを『敵』と表現した」と、日本政府とは特定せず、抽象的な仕組みだと述べた。これで質問全てをクリアした。

Q 和解条項をどう理解すべきでしょうか。「是正の指示の取消訴訟判決確定後は、直ちに、同判決に従い、同主文、およびそれを導く理由の趣旨に沿った手続を実施するとともに、その後も同趣旨に従って互いに協力して誠実に対応することを相互に確約する」となっています。

A 前知事の承認取り消しではなく、新たな申請について承認するかどうかは、翁長知事がその時点で要件を判断することになる。しかし、和解状況に「趣旨」という言葉が入っていることが問題だ。主文と理由の「趣旨」に従って対応することになっているので、前知事の承認を認める県敗訴判決なら、その後の手続きも埋め立てを進めるものにならざるを得ない。そうしなければ、また裁判を起こされて、知事の職権濫用の違法という判決になり、さらには損害賠償を請求される可能性もある。

勝つために法律構成

Q とすると、埋め立てを阻止するためには新たな訴訟で県が勝つしかありません。県の法律構成をどのように変更すれば勝てるのでしょうか。

A 代理署名訴訟最高裁判決で基地の過重負担が判断要素になると判示したことを踏まえた上で、第三者委員会報告書が示した、米軍基地の過重負担の歴史的現実が①「地域経済の向上」に対する著しい阻害要因であること②米軍基地の「公共性」の阻害要因になることと③憲法および国土計画関連法（地域形成計画法）に反する違法状態にあること―を法律構成しなければならない。第三者委は、公有水面埋立法が土地収用法と同様の国民経済向上のための土地利用権限確保の法であるとして法律構成した。代理署名訴訟判決も、米軍用地を強制使用する法律についてのものであり、土地収用法と共通している。この前の知事尋問では何とかクリアしたが、県側が新たな裁判でも主張を変更しなければ、その主張を知事が承認したことになり、敗訴は免れないだろう。

県議会で辺野古代執行訴訟の和解に関する質問に答弁する翁長雄志知事＝8日

県議会の知事答弁

Q ところで、次に想定される訴訟の判決後の県の姿勢をめぐる議論があります。3月8日の県議会で、知事は「今回の2件の訴訟の和解で、今後、設計変更などいろいろある。法令などに従い適正に判断することに変わりない」と述べました。これが「敗訴でも権限行使する」と受け止められています。

A まず、これは法律的には和解条項には反しない。知事が想定している設計変更などの承認は新たに判断することであって、今回の和解条項には含まれない。しかし、「敗訴でも」という表現自体に「判決には従わない」という意味合いがあり、このように報道されたことで、次の訴訟で県の敗訴が決まってしまったと危惧している。「知事は判決に従わないのではないか」と裁判官に心証を持たれたからだ。知事尋問で11回も判決に従うと答え司法への服従を誓ったが、それを県議会答弁で否定したと見なされる。知事がこれを県議会の場で明確に修正しなければ、裁判で不利な証拠として使われるだろう。新訴訟に向けて県は、法律構成の変更とともに、司法への服従度が低いという心証を解く必要がある。

Q 敗訴を想定して対応を練るという議論自体が奇妙です。県議会での知事や知事公室長の答弁は一般論を述べただけです。ところが、県議会の質問も報道も「敗訴でも抵抗する」ことを強調しているようです。一方は知事の司法への服従度の低さを印象付け、もう一方は知事の辺野古阻止への決意の固さを評価しているように見えます。

A それぞれ政治的な思惑があるのだろう。しかし、主観的正義と客観的正義は違う。政治的思惑はどうあれ、公式の場の発言は裁判の勝敗に直結する。裁判の世界と政治の世界は違うのである。法律については客観的正義に基づいた議論を行うべきなのである。

（静岡大学法科大学院教授）

（構成・米倉外昭）

⑰ 2016年４月30日 『琉球新報』　（琉球新報社提供）

公有水面埋立法訴訟

勝機を確かなものに ㊤

阿波連 正一

辺野古新基地建設のための埋め立て承認の是非をめぐる代執行訴訟の和解を受けて、国と県の法的争いは国地方係争処理委員会（係争委）に移っている。この問題について本紙文化面で、静岡大学法科大学院教授の阿波連正一氏が1月、「県に勝機はあるか」と題して県の主張を批判的に検討し、法律構成を変更するよう提起した。3月には「『和解』の意味と展望」と題して、2月15日の知事尋問の内容を分析し、「県が主張を変更すれば勝訴する」と論じた。これに対し弁護士の新垣勉氏が今月18～20日付で「誤解に基づく批判」との見解を示した。しかし、阿波連氏は県の主張は変更されたとしている。今回、県の主張変更の内容を解説し、今後の訴訟の勝機をあらためて論じる。

沖縄県は第1～9まである4月4日付反論書（以下、反論書）で、取消権と公有水面埋立法（以下、公水法）4条1項1号要件についての主張（法律構成）を変更した。4月22日の係争委での知事の意見陳述は変更した主張に基づいたものであった。

本稿は、県主張の基本的な変更点を確認して、裁判上の知識を県民が共有することを目的とする。そして、沖縄県の勝機は沖縄の米軍基地の過重負担という歴史的現実にあることを明らかにし、勝機をより確固としたものにしたい。

■四つの変更点

まず、基本的なことを確認しておきたい。

仲井真弘多前知事が行った埋め立て承認が「原処分」で、翁長雄志知事が行った埋め立て承認の取り消しが「取消処分」である。

同じ「行政処分」でも、行政レベルの段階と裁判レベルの段階では異なる。行政レベルでは自由裁量で行っていても、裁判レベルになると裁量権の濫用がないかが問われるのである。これが裁判における「請求原因」になる。国地方係争処理委員会も基本的には裁判レベルである。

主張変更せざるを得ず
濫用なら賠償請求の恐れ

県主張は以下の四つの点で変更された。

①取消権の根拠

変更点の第1は、取消権の根拠に関して新たな主張を追加したことである。

県の旧主張は、取消処分者である現知事が「既になされている埋め立て承認処分の違法性（要件充足性）を判断し、取消権を行使できる」という見解だ（代執行訴訟被告第10準備書面）。これを「県取消権」説と呼ぼう。

反論書ではこれに次の文章が追加された。「前沖縄県知事のした本件埋立承認は要件適合性を欠いた違法な行政処分であるから、取り消さなければならない」（第1反論書）。つまり「原処分に違法性があるから取り消さなければならない」ということだ。これを「県取消権」説に対して、「原処分違法性」説と呼びたい。

「県取消権」説に立つと、裁判の請求原因は「現知事による既になされている埋め立て承認処分の違法性判断」に限定される。そのため、「前知事の承認処分（原処分）の違法性」は請求原因としては否定されてしまう。反論書で「原処分違法性」説を追加したことで、主張の変更となるのである。

②公水法の趣旨

変更点の第2は、埋め立て承認の違法性を規定する公水法の趣旨・目的の変更である。県の旧主張は「地方公共団体の利益保護」説であったが、新主張では「国民経済＝地域経済向上の公共性」説へと変更した。

③基地過重負担

変更点の第3は、米軍基地の過重負担論の法律構成である。地位協定の排他的管理権による「自治権空白」論から、「国民経済＝地域経済向上の公共性」論および「米軍基地の公共性」論へと変更した。

④返還跡地計画

変更点の第4は、キャンプ・シュワブ返還跡地の地域計画における法律構成である。「自然環境への影響」から「埋め立てによる地域経済への不利益」へと変更した。

■四つの変更理由

変更の理由として次の4点が考えられる。

①「取消権濫用の違法性」回避

「県取消権」説は、以前にいったんなされた原処分から時間がたった時点で、あらためて要件充足性を判断して取消処分ができるというもの。これは違法状態の是正が目的となっておらず、現在の法秩序の下では認めることは困難である。係争委でも裁判でも取消権の濫用とされる可能性が高い。2月15日の知事尋問で国側と裁判長が質問を繰り返したことが裏付けている。

②損害賠償請求回避

「原処分違法性」説は、原処分の違法性を是正するために取り消すべきであるという、法秩序維持のための消極的な取消権の行使である。それに対し、「県取消権」説は、地方公共団体の利益保護のための積極的・攻撃的な取消権の行使である。従って、「県取消権」説では取消権濫用の違法性と判断される可能性がある。そうなると、防衛省が県に損害賠償請求をすることが可能になるのである。

国地方係争処理委員会会合に臨む翁長雄志知事と県の代理人、職員ら＝22日、総務省

③知事尋問との整合性

知事尋問の中で、翁長知事は県の主張を変更した（詳細は3月21～23日付論考を参照）。当然、その整合性を取る必要があった。

④「前知事の承認の違法性」を確信させる

「県取消権」説は、裁判所による前知事の埋め立て承認（原処分）の違法性の判断を回避する、もしくは前提としない法律構成であった。しかし、追加された新見解では、原処分の違法性を請求原因とするために、前知事の違法性を確信させるための主張立証が必要となる。そこで、違法性の判断において、米軍基地の過重負担と米軍基地が経済発展の最大の阻害要因であることを考慮要素にするために、「県取消権」説が法的根拠としていた公水法1号要件の趣旨を変更することになった。つまり、公水法の趣旨を「地方公共団体の利益保護」から「国民経済＝地域経済向上の公共性」へと変えたのである。

■取り消しの本質

「県取消権」説は、政治的側面では効果的であるが、裁判では「取消権濫用の違法性」があると判断され、埋め立て承認（原処分）が適法となってしまう。法理論的には「原処分違法性」説だけで必要にして十分である。

本件取り消しの本質は前知事の埋め立て承認の違法性にある。取り消しの正当性が認められるには、前知事の埋め立て承認の違法性の重大さを徹底的に主張立証するしかない。また、取消権濫用とされると、県民に莫大な損害賠償請求が降りかかる恐れがある。県は主張を変更せざるを得なかったのである。

次回から、四つの変更点について詳しく説明する。

（あはれん・まさかず　静岡大学法科大学院教授）

（㊦は5月2日付に掲載）

⑱ 2016年５月２日 『琉球新報』 （琉球新報社提供）

公有水面埋立法訴訟

勝機を確かなものに 中

阿波連 正一

「目的違反」が内在

「県取消権」説の変更必然

■取消権の根拠

主張変更の4点のうち第1点目の「取消権の根拠」の変更を考察する。「県取消権」説では防衛省による損害賠償請求の可能性があった。本稿では、「県取消権」説が「取消権濫用の違法性」判断を内在していることを考察し、変更の必然性を確認する。基本的に、裁量権濫用の違法性を考察する。

目的違反の有無

裁量権濫用（逸脱・濫用）は、法律の目的違反・不正の動機、もしくは裁量権行使（効果裁量）における判断過程の考慮要素および判断過程の合理性判断による。この取消権濫用の判断基準で注意すべきは法律の目的違反（目的適合性）である。取消権の発生根拠（要件裁量）の法律構成である「原処分違法性」説と「県取消権」説に基本的な違いがあるからである。

「原処分違法性」説は「原処分に違法性がある場合には取り消さなければならない」とする一般的な見解である。沖縄県は第1反論書で「前沖縄県知事のした本件埋立承認は要件適合性を欠いた違法な行政処分であるから、取り消さなければならないものである」（23㌻）と、請求原因として追加した。請求原因を「原処分の違法性」とすることは、目的違反はないことの主張立証も含意しているので、取消権濫用の成立の可能性はないのである。

ところが、沖縄県の旧見解では、「原処分の違法性」は審理の対象とならないと主張していた。従って国は、本件取消処分が「県取消権」説に基づくと主張立証すれば、本件取消処分が目的違反であると推認させることができたのである。

要件裁量と効果裁量

「原処分違法性」説では、原処分の違法性判断が「要件裁量」、この違法性を前提に発生した取消権を行使するか否かが「効果裁量」となる。「原処分の違法性」に取消権を行使すべきことが内在しているので、取消権を行使するという効果裁量の幅は狭く、その逸脱・濫用の判断の余地はほとんどない。従って、取消権者が損害賠償を請求される可能性は低い。

これに対して、「県取消権」説は、「取消処分者が原処分の違法性判断をした場合には取消権を行使できる」とする見解で、取消権の発生（要件裁量）と取消権の行使（効果裁量）は、同時の判断で、しかも、一体的になされることになり、逸脱・濫用の判断の余地が大きい。しかも、「原処分の違法性」を審理の対象（請求原因）としないため、「目的違反」を推認させる。つまり、「県取消権説」には取消権濫用の違法性が内在しているのである。

そこで国は、2月15日の知事尋問で、取消処分の目的が原処分の違法性を是正するためではなく、政治公約等の実現を目的とする政治的手法だと主張立証しようとしたのである。

違法性に確信なく

県が「県取消権」説を構成したのは、「（原処分が）違法とされる余地は狭いものとなる」（被告第3準備書面24㌻）との認識を示したように、沖縄県は原処分の違法性の判断に確信が持てていなかったからである。

また、県は「現知事が埋立承認の要件を充足した場合には、かりに前知事の裁量の逸脱ないし濫用が認められない場合でも、職権取消しは認められるものである」（被告第3準備書面25㌻）とも述べている。厳密に言えば、「県取消権」説では「原処分の違法性」は必要ないことになる。2月15日の知事尋問の法律的な意味がここからも確認できる。

こうしたことから県は、「原処分違法性」説を請求原因に追加する必要があった。4月22日の係争委での意見陳述でも、翁長知事は冒頭で「私は、仲井真弘多前沖縄県知事のした公有水面埋め立て承認処分に瑕疵があったものと判断し、昨年10月13日に、当該処分を取り消した」と陳述した。この陳述も、取消処分が「原処分違法性」説に基づくものであることを示したのである。

なお、「敗訴でも他の権限（撤回、設計変更の承認権等）行使をする」という主張も問題となる。つまり、本訴で敗訴しても他の権限を行使するという発言を公式の場ですることは、本件取消処分の目的は、辺野古新基地建設工事の中止のための手段であることを含意し、本件取消処分が政治的手法の一つであることを推認させるのである。

以上、「県取消権」説は損害賠償請求の可能性を内在するので、その危険を回避するために「原処分違法性」説を追加し、主張を変更せざるを得なかったのである。そのために、「県取消権」説の根拠となっていた公水法の趣旨・目的である「地方公共団体利益保護説」も変更せざるを得ず、本件問題の本質は「埋立承認の違法性」であることがあらためて確認される。

（静岡大学法科大学院教授）

〈辺野古埋め立て承認取り消しの法的問題〉
県の主張の変更点

	県の旧主張	県の新主張（4月4日反論書）
①取消権の根拠	「県取消権」説	「原処分違法性」説（追加）
②公有水面埋立法の趣旨	地方公共団体の利益保護	国民経済＝地域経済向上の公共性
③基地過重負担	自治権の空白	国民経済＝地域経済向上の公共性と基地の公共性
④キャンプ・シュワブ返還跡地計画	自然環境への影響	地域経済への不利益

国地方係争処理委員会を終えて取材に応じる翁長雄志知事＝4月22日、総務省

⑲ 2016年５月３日 『琉球新報』　（琉球新報社提供）

公有水面埋立法訴訟

勝機を確かなものに

阿波連正一

○○下

「国土の均衡発展」へ

基地過重負担 判断要素に

公水法の趣旨・目的について沖縄県は「地方公共団体の利益保護」説を採っていたが、反論書でその見解を変更した。その意味を検討する。

■公水法の趣旨

公水法4条1項の1号要件「国土利用上適正かつ合理的なること」が埋め立て承認（免許）の基本要件である。

公水法の趣旨・目的には基本的に次の二つの側面がある。①国土利用による公共の福祉の増進（公共性）と②埋め立ておよび埋め立て後の土地利用による自然環境破壊に対する環境保全の公共の福祉（公共性）である。どの側面を本質的なものと捉えるかによって、埋立承認の判断要素の範囲が規制される。

国の見解

国は公水法の趣旨を「国土の開発その他国民経済の向上に資するもの」と規定し、「国民経済の向上等の公益の実現の目的」（国民経済の公共性）に照らして「国土利用上適正かつ合理的なるか」の適合性を判断するとした。また、「事業の公共性」として「米軍基地の公共性」が評価基準となるとした。

県の旧見解

一方、沖縄県の旧見解は、公水法の趣旨・目的は①1号要件の評価基準として「環境保全の公共性」と設定し、②承認権限と「裏腹」の関係として1号要件が職権取消権の根拠となると法律構成した。

代執行訴訟で県は次のように述べていた。「公水法は、行政の責任者たる都道府県知事に対して、県域の重大要素たる海域、沿岸域の総合的な管理・利用の際の重要な法的コントロールの手法として、埋立の免許（承認）権限を与えているものである」（被告第4準備書面6－7㌻）。そして1号要件の趣旨を「埋立ての必要性と自然の保全の重要性、埋立及び埋立後の土地利用が周囲の自然環境に及ぼす影響の比較衡量を意味する」と「環境保全」に純化した。

これでは、1号要件の評価基準は「環境保全の公共性」となり、「埋立地」以外の地域の土地利用は除外され、「国民経済向上の公共性」の視点も欠落する。

さらに「当該地方公共団体の利益が侵害される場合は都道府県知事が公有水面埋立てを承認しないという権限を付与することで、不適正・不合理な公有水面埋立てによって当該地方公共団体の利益が侵害されないという利益を保護しているのである」（第1準備書面13㌻）とした。

普天間返還に対抗

今回の反論書では、1号要件の趣旨を変更し、つまり「評価基準」を変更した。公水法より上位のレベルにある国土利用計画法の「公共の福祉を優先させ、自然環境の保全を図りつつ、地域の自然的、社会的、経済的及び文化的条件に配慮して、健康で文化的な生活環境の確保と国土の均衡ある発展を図ること」という基本理念を核とした。

県の新見解によって米軍基地の過重負担が1号要件の判断要素となり、「国土の均衡ある発展」を評価基準として、米軍基地の過重負担の歴史的現実を「評価障害事由」として法律構成できるようになった。

■基地の過重負担

県の旧見解

米軍基地の過重負担の問題は三つの側面を持っている。第1は米軍の軍事活動の拠点としての基地の使用権原の問題であり、第2はその使用権原に基づく米軍の活動の問題である。第3に、第1の問題の経済的側面で、経済の原動力である土地所有権が米軍基地の土地利用に固定化されている経済的不利益の問題である。

県の旧見解は第2の側面のみを捉えて、基地の運用・管理に関する地位協定の問題、「自治権の空白地帯」の問題としていた。つまり、米軍基地の過重負担は公水法の判断対象から除外されていたのである。

県の新見解

新見解では、国土利用計画法の基本理念を公水法の趣旨の基本に据えるため、国土の均衡ある発展の観点から米軍基地の過重負担が直接、判断要素となる。排他的管理権によって基地に自治権が及ばないことも過重負担の一要素に組み入れた。

そして、第3の米軍基地としての土地利用の経済的不利益が問題となる。4月22日の意見陳述で知事は次のように述べた。「例えば約30年前に返還された米軍住宅地、現在の那覇新都心地区では、経済効果が52億円から1634億円、雇用が170名から約1万6千名、税収が6億円から199億円に増加しており、今や米軍基地の存在は、沖縄経済発展の最大の阻害要因と言える」

自由主義経済の原動力である土地所有権が、広大な米軍基地の土地利用に固定化されていることで、「経済発展の最大の阻害要因」になっているのである。県民130万人の住む沖縄本島の約18％が米軍基地に占有され、米軍専用施設が沖縄県に約73％が集中しているような土地利用の固定化は、沖縄県（民）に長年にわたって莫大な「経済的不利益」を強いてきた。その沖縄地域で、米軍基地建設のために辺野古沿岸域の埋め立てを承認することは、「国土の均衡ある発展」「地域経済向上の公共性」に照らして「国土利用上適正かつ合理的なること」に著しく反する強い違法性を帯びるのである。

■返還跡地計画

現在のキャンプ・シュワブ（20・6平方㌔）が1号要件の判断対象地となるか。例えば住宅地区に隣接して実弾演習場を建設することができるだろうか。キャンプ・シュワブの返還跡地がリゾート地になるのなら、周辺の土地利用も判断対象にならなければならない。

県の旧見解では埋め立て予定地の用途の自然環境への影響だけが問題になるため、埋め立て予定地以外の土地利用計画（地域形成計画）は判断要素にならない。そこで県は新見解で「辺野古崎地区は、新たな基地の建設による土地利用よりも、将来に向けて既存の基地部分の返還を求め、自然破壊を伴わない自然環境の保全と両立する形態での返還跡地の民間利用を目指すことの方が、国土利用上適正且つ合理的であり、より大きな価値を生むものと考えられる」（第8反論書117－118㌻）と主張したのである。

県は係争委への審査申出書提出まで「県取消権」説を維持してきたが、4月4日の反論書でようやく変更し、意見陳述でも明確にした。県は、勝訴のために客観的正義の探求をより進めるべきである。

（静岡大学法科大学院教授）

⑳ 2016年６月27日 『琉球新報』 （琉球新報社提供）

寄稿

係争委決定の意味

阿波連 正一

30日内に提訴を

裁判上生き残る唯一の道

国地方係争処理委員会（係争委）は6月17日、国土交通相の是正指示について判断しないことを決めて終了した。この「判断回避」という判断は、法的には沖縄県の「敗訴」である。判断回避に名を借りた実質的「却下」である。なぜなら、沖縄県の本件審査申し出の趣旨は、本件取り消し処分の取り消しの指示について「国土交通大臣はこれを取り消すべきである、との勧告を求める」だからであり、今回、勧告はなく、係争委の実体的判断も示されなかったからである。

実質的却下となったのは、県が仲井真弘多前知事の埋め立て承認を「違法」ではなく「不当」だと判断して取り消したと主張したからである（この点は別の機会に論じたい）。

紛長雄志沖縄県知事はこの係争委の決定を双方の協議を促すものと受け止め、国との協議を優先する考えを示している。しかし、国は30日の経過を待って次の手を打ってくるだろう。

係争委の判断回避によって、是正指示は有効のままで県が従う義務は維持されている。これを解除するために、県には審査結果の通知日から30日以内に是正指示の取り消し訴訟を提起する「権利」が与えられている。この訴訟では「是正指示の違法性」が「訴訟物」となり、前知事による埋め立て承認処分の違法性が実質的な争点となる。最高裁判決まで約10カ月はかかると考えられる。

提訴しないまま30日を経過すると、県の是正指示への不服従という違法状態が行政過程として確定することになる。国は、その違法状態を是正するために不作為の違法確認訴訟を提起することができる。

違法状態の是正は裁判所の本務であり、同裁判は形式審理となる。しかも、県は是正指示の違法性を理由に提訴する「権利」を行使せずに違法状態を生んだことになるため、是正指示の違法性の主張もできない。国の不作為違法確認訴訟は最高裁判決まで2カ月前後と予想される。

最高裁判決後も、県が承認取り消しの取り消しに応じなければ、国は代執行訴訟を提起することになる。この裁判も2カ月前後で決着がつくと思われる。

以上から、県は、法律による行政の原理を根拠に、速やかに是正指示の取り消し訴訟を提起すべきということになる。それが、近代民主国家である日本の法秩序を維持することになるからである。これこそ、係争委の小早川光郎委員長が会見で「裁判所に県側から不服の訴えができる」と説明したことの含意である。

国の是正指示は地方自治法上の制度である。その是正指示が出された以上、その是正指示の違法性を争うしか、裁判上、県の生き残る道はない。その訴訟では、基地の過重負担の違法性を法律構成し、本件埋め立て承認処分の違法性を主張立証すれば勝機がある。

（あはれん・まさかず 静岡大学法科大学院教授）

㉑ 2016年７月18日 『沖縄タイムス』　（沖縄タイムス社提供）

辺野古 県の取消訴訟を

寄稿 阿波連正一（上）

違法確認訴訟 県に不利

6、7日の文化面に掲載した論考「係争処理委員会 判断の意味」で弁護士の新垣勉氏が示した、違法確認訴訟で取消処分の違法性が争われ、国敗訴の可能性がある―との主張に対し、静岡大学法科大学院教授の阿波連正一氏から反論が寄せられた。2回にわたって紹介する。

◇　◇

国地方係争処理委員会（係争委）の決定後の裁判に関して、県による是正指示の取消訴訟か、国による不作為の違法確認訴訟が対立している。県は、翁長雄志知事の損害賠償責任を回避および解消するとともに、国の違法確認訴訟における県の敗訴を回避するために、是正指示の取消訴訟を21日までに提起し、米軍基地過重負担の違法性の法律構成による勝訴を追求すべきである。自己決定権に歴史的汚点を残さないために敗訴の濃厚さがみえている違法確認訴訟を選択すべきではないのである。

なぜなら、30日経過後も維持される係争委の審査における仲井眞弘多前知事の埋め立て承認の「不当」を理由とする翁長知事の承認取り消しの法律構成（県取消権説）は、第1に、翁長知事が損害賠償責任を負うこと、第2に、30日経過後の工事中断が不法行為となること、第3に、国の不作為違法確認訴訟は是正指示不服従の違法状態確認の「形式審理」となることの3論点において、県にとっては、裁判上の不利益になるからである。

この3論点の不利益は、違法確認訴訟における県の勝訴の可能性がほとんどないことを示している。その不利益回避のために、第三者委員会報告の原点に戻り、前知事の承認の「違法」を理由とする現知事の承認取り消しの法律構成（原処分違法性説）による是正指示の取消訴訟を提起すべきだと考える。

第1論点の、翁長知事が不法行為（損害賠償）責任を負うとのことであるが、不法行為責任は、①「違法」で②「過失」ある行為によって生じた③「損害」の賠償責任である（民法709条、国家賠償法1条）。本論点は、「不当」を理由とする県取消権説が違法確認訴訟の敗訴を決定づける法律構成であることを前提に、さらに翁長知事に不法行為責任も生ずる点に意味がある。そこで、国の主張事実を不法行為の要件に再構成する。

第1に、翁長知事の本件取消処分は①「違法」となる。なぜなら、本件取消処分は取消権濫用（効果裁量権の逸脱・濫用）の違法だからである。つまり、「本件承認処分は、普天間飛行場の代替施設の移転先をめぐる17年間にわたる政府と移転先地元との利害調整に終止符を打つ処分であって、その性質上、単なる不当の瑕疵に基づいて取消しをすることができないもので」（今年5月9日の国回答書）あり、翁長知事の「本件取消処分が、仮にこの点を看過して、単なる不当の瑕疵を理由として取り消したものであるとすれば、裁量権の逸脱・濫用にあたり、違法というべき」（同）だからである。

ここに、違法確認訴訟で県の勝訴の可能性がほとんどないこととともに、翁長知事が損害賠償責任を負うことの主張立証が示されている。なぜなら、原処分（本件承認処分）の「違法」を理由とする取消処分は法律による行政の原理に基づく違法状態の是正であるため、取消権濫用（効果裁量権の逸脱・濫用）の成立の余地はほとんどないが、「不当」を理由とする取消処分には法律による行政の原理が働かず、取消権濫用の成立の余地が広いからである。

第2に、翁長知事には②「過失」もある。翁長知事は、「本件承認処分に至るまでの経緯については、十二分に理解しているはずであり、日米両政府はもとより、県においても、1996年の橋本・モンデール合意およびSACO最終報告を出発点とした普天間飛行場代替施設建設の各種交渉過程において、辺野古沿岸域以外の区域も含めた候補地を検討した結果、辺野古沿岸域に代替施設を建設することが決定されたものである。本件承認処分は、歴史的に見ても大変重い意味があり、もはや軽々に変更されることはないものとの認識せざるを得ないものであった」（同）。

第3に、本件取消処分と因果関係にある③「損害」は想像を絶する莫大な額が想定される（国は何億何万円と証拠に基づいて損害額を積み上げていると考えられる）。

あはれん・まさかず　1952年国頭村出身。静岡大学法科大学院教授。専門分野は民法、環境・公害法。沖縄国際大学法学部教授などを経て2005年4月から現職。

㉒ 2016年7月19日 『沖縄タイムス』 （沖縄タイムス社提供）

辺野古 県の取消訴訟を

寄稿 阿波連正一 （下）

過重負担の違法性 要点

翁長雄志知事の不法行為責任の内在は不当を理由とする県取消権説によるものであり、その内在している不法行為責任を解消するためには、翁長知事は違法を理由とする原処分違法性説に基づく是正指示の取消訴訟を提起せざるを得ないのである。その責任は3年間、遡及される可能性があるので、3年間は翁長知事は政府に抵抗する地位を喪失し、政治生命の危機が続くことを意味するのである。

違法確認訴訟における県の勝訴の可能性がほとんどないことの第2論点は、30日経過後の工事中断が不法行為となることである。国の是正指示に従わない義務違反の行政過程上の違法状態は民事責任の側面では「不法行為」にもなる。重大な損害を伴う行政法規違反だからである（「朝日新聞」6月28日付の紙面では「従わないのは不法行為」と示唆）。したがって、この工事中断は「不法行為」となり、工事中断が長引けば長引くほど損害額が莫大なものになる。

県は、工事中断が不法行為にならないために30日以内に取消訴訟をすべきである。なぜなら、是正指示の違法性を訴訟物とする取消訴訟は最高裁判決まで約10カ月かかり、その間の工事中断は不法行為ではなく適法・合法だからである。

第3論点は、国による不作為の違法確認訴訟は是正指示不服従の違法状態確認の「形式審理」となることである。なぜなら、是正指示の違法性を訴訟物とする取消訴訟の30日以内に提訴する「権利」を放棄する形となるからである。この見解は「完全に間違い」で、国の不作為の違法確認訴訟も、是正指示の違法性が真正面から審理される（訴訟物）として県は提訴を見送るべきだとの見解が主張される。しかし、この見解は次の3点において、本件事案では、県に不利である。

第1に、この見解は、前記第1論点の翁長知事の損害賠償責任とともに取消権濫用（効果裁量権の逸脱・濫用）の違法を前提とするので、違法確認訴訟で是正指示の違法性を実質審理するとしても、県の勝訴の可能性はほとんどない。

第2は、前記第2論点の、埋め立て工事中断の不法行為により、違法確認訴訟が延びるほど損害額は拡大する。この不法行為は、30日の経過後の是正指示の不服従という行政過程上の違法状態から発生しているからである。

第3は、国の不作為違法確認訴訟では是正指示の違法性は訴訟物とはなり得ない。なぜなら、本件是正指示の不作為違法確認訴訟において県による是正指示の違法性（本件取消処分の適法性）の主張立証（抗弁）を認めることは、地方自治法の仕組み上あり得ないからである。

国の関与制度の一つとして是正指示制度があり、是正指示により地方公共団体に指示に従う義務が生じ、その義務を解除するために、その是正指示の違法性を訴訟物とする30日以内提訴の取消訴訟があるのであり、その30日経過後に、同じ「是正指示の違法性」を訴訟物とする不作為の違法確認訴訟は制度的にはあり得ないのである。

したがって、この「訴訟は、埋め立て承認取り消しの違法性そのものではなく、国土交通相の是正指示に県が従わないことの違法性の確認を求める形式」（「読売新聞」2016年6月29日付）となるのである。

以上、県は、是正指示の取消訴訟を提起し、沖縄の米軍基地過重負担の違法性の法律構成による勝訴を追求すべきである。敗訴濃厚な違法確認訴訟を選択して、嘆きの民主主義を繰り返すのではなく、取消訴訟を選択して自己決定権に基づく民主主義を自らのものとすべきである。責任を丸ごと引き受ける決断が民主主義の基盤である。沖縄は今、その歴史的場面に立っているのである。

（静岡大学法科大学院教授）

㉓ 2016年８月18日 『琉球新報』 （琉球新報社提供）

「辺野古」違法確認訴訟の 意味と行方 ＜1＞

阿波連 正一 ㊤

国と沖縄県の法廷および国地方係争処理委員会での法的争いが「辺野古訴訟」と総称される形で展開してきた。「代執行訴訟」は和解で終わったが、係争委を経て国は「違法確認訴訟」を新たに提起し、福岡高裁那覇支部で再び裁判となっている。19日の第2回口頭弁論で結審し、判決が9月16日に言い渡される。この裁判の意味と見通しについて専門家に論じてもらう。

県、取消権で修正
審理対象は原処分の違法

一連の訴訟について筆者は、公有水面埋立法（公水法）を原理的に解釈した上で、法律による行政の原理という観点から、県がどのような法律構成を行い、どのように主張立証をすれば裁判で勝機があるのかを論じ、県側主張の問題点を指摘し、提言を行ってきた。

論点は二つ。取消権の根拠を「県取消権説」から「原処分違法性説」に転換すべきこと。公有水面埋立法の原理的解釈に基づき米軍基地過重負担の歴史的現実を主張立証すべきこと。

筆者の指摘は十分に反映されてこなかったが、県の主張は徐々に修正が加えられてきたことが、県提出の書面から明らかになった。あらためて沖縄県の勝機を探求したい。

要件事実は何か

翁長雄志知事は仲井真弘多前知事の辺野古埋め立て承認を取り消した。その職権取消権はどこから発生するのか。そして裁判の審理の対象は前知事の埋め立て承認の違法性（適法性）なのか、現知事の取り消しの違法性（適法性）なのか。

違法確認訴訟第1回口頭弁論で裁判長は争点整理において「原処分に違法な瑕疵があるのが取り消し要因である」と「要件事実」を示した。一方、県側は「本件取消処分に係る被告の判断に裁量権の逸脱・濫用があるかどうか」（被告第1準備書面）と述べ、現知事の取り消し処分の適法性が争点だと主張している。

筆者は、この裁判長が述べていることを「原処分違法性説」、県が主張しているものを「県取消権説」と呼び、「県取消権説」では敗訴の可能性が高いと主張してきた。

一連の訴訟で県は一貫して「県取消権説」を掲げつつ、途中から「原処分違法性説」も並行的に主張する修正を加えてきた。まず、代執行訴訟の2月15日の知事尋問で知事は、国側、裁判官の執拗な質問を受ける中で、事実上「県取消権説」を否定した。筆者はこれによって敗訴の危機を切り抜けたと評価した（本紙3月21日付）。係争委では、県は4月4日付で9本の反論書を提出し、その中で「原処分違法性説」を並行的に主張した。筆者はこれを修正が図られたと分析した（本紙4月30日付）。

ところが、今度の違法確認訴訟では第1回口頭弁論の8月5日、翁長知事は「公有水面埋立法により県知事に与えられた権限を正しく行使し、適法に埋め立てて承認を取り消したもの」と陳述し、「県取消権説」を堅持しているようにも見える。

ただ県は8月1日提出の答弁書と第1準備書面で従来の「県取消権説」主張の後に、「及び」と続けて「原処分である本件承認処分に係る前知事の判断に裁量権の範囲の逸脱・濫用があるかどうか」を追加している。また「原処分の裁量の逸脱・濫用があるという主張があることは当然である」として、「県取消権説」の部分よりも優先して審理を行うことも認めている（8月10日付「釈明書」（1）26㌻）。

この新たな法律構成は「県取消権説」の裁判上の自己否定を含意する。裁判では前知事による原処分の違法性が「要件事実」となるからである。

行政の合目的性

県は係争委で、取消権の発生は前知事の「違法（の瑕疵）」によるのではなく、「不当（の瑕疵）」によると主張し（5月2日付「回答書」）、原処分の取り消しは「違法」または「不当」の場合にできるという立場を取った。

「違法」と「不当」はどう違うのか。「違法」は法律上の規定に基づく客観的なものであり、「不当」は行政庁部内の評価によるものである。つまり、根拠法規を前提に、行政の合目的性を基準に評価される。

原処分の「違法」を理由とする取り消し処分の根拠・目的は、法律による行政の原理に基づく違法状態の是正（適法性の回復）にある。これが「原処分違法性説」である。原処分の「不当」を理由とする場合は、行政処分の根拠・目的は合目的性の回復にあることになる。これが「県取消権説」である。

国は係争委への5月9日付「回答書」でこう述べている。「本件承認処分は、その性質上、少なくとも単なる不当の瑕疵に基づいて取り消すことはできない処分である。したがって本件取消処分が、仮にこの点を看過して、単なる不当の瑕疵を理由として取り消したものであるとすれば、裁量権の逸脱・濫用にあたり、違法というべきである」

沖縄県にとっては自治権の行使として、国と対等の関係にあることから、「不当」を取り消しの理由としたのであろう。しかし、国はそれを逆手に取り、1996年の橋本首相とモンデール駐日米大使の合意にさかのぼって、国と沖縄県や名護市の間で積み上げられてきた行政過程を詳述した（5月9日付「回答書」）。

係争委は6月17日、「当委員会は、本件是正指示が地方自治法第245条の7第1項の規定に適合するか否かについては判断せず」と決定した。筆者は、国交相の是正指示を取り消すという勧告が出なかったという意味で、実質却下だと考える。判断を回避し両者に協議を促したのは、係争委の高度な法技術だったのである。

（あはれん・まさかず 静岡大学法科大学院教授、民法）

【関係年表】

□2013年
12.27　仲井真知事が埋め立て承認
□2015年
10.13　翁長知事が埋め立て承認取り消し
11.17　国交相が代執行訴訟提起
□2016年
3.4　代執行訴訟で和解成立、訴訟取り下げ
3.7　和解条項に沿って国が是正指示
3.23　県が国地方係争委に審査申し出
6.17　係争委が判断回避の決定
7.22　国が違法確認訴訟提起
8.19　違法確認訴訟第２回弁論で結審
9.16　違法確認訴訟判決

㉔ 2016年８月19日 『琉球新報』 （琉球新報社提供）

「辺野古」違法確認訴訟の 意味と行方〈2〉

地域経済向上を阻害

米軍基地全体が判断要素

阿波連 正一（下）

職権取消権の発生に関して沖縄県が「県取消権説」を実質的に放棄し、「前沖縄県知事のした本件埋立承認は要件適合性を欠いた違法な行政処分であるから、取り消さなければならない」とする「原処分違法性説」に変更したことにより、最高裁段階で沖縄県の勝訴の可能性が残った。沖縄の米軍基地過重負担の70年余にわたる歴史的現実の理不尽性を、近代民主国家日本の法の番人である最高裁が審判することになるからである。

米軍基地過重負担の歴史的現実を公有水面埋立法（公水法）第4条1号要件「国土利用上適正かつ合理的なること」の判断要素とすべき法的根拠は次の2点である。①公水法の趣旨・目的が「地域経済向上の公共性」であり、本件「埋立地の用途」が「米軍基地」であることによる「米軍基地の公共性」であること②代理署名訴訟大法廷判決（1996年8月28日）が土地利用権原確保の認定の裁量において「沖縄県の基地の集中」（米軍基地過重負担）を判断要素とすべきとしていること。

公水法の趣旨・目的を原理的に理解して法律構成することについて、筆者は本紙で論じた（1月11〜14日付）。その内容は県主張に概ね反映されてきた。あらためてそのポイントを解説する。

二つの解釈変更

公水法の趣旨は、「埋立地の用途」に制限された土地所有権の付与による地域形成計画を実現することにある。そのため、県は公水法の趣旨・目的について、「地方公共団体利益保護説」から「国土・土地合理的利用説（公共の福祉増進説）」へと変更した。その結果、沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実が、「地域経済向上の阻害要因」を基本に評価障害事由として法律構成されることになった。

米軍基地過重負担を第1号要件「国土利用上適正かつ合理的なること」の判断要素とするためには二つの段階がある。①埋立予定地域以外の米軍基地が判断対象地となるか否か②判断対象地となるとして、埋立予定地の土地利用が周辺地域の自然環境に悪影響があるか、周辺（沖縄本島）の土地利用に不利益があるか―である。

また県は、第1号要件の基本理念を国土利用計画法2条の「国土の均衡ある発展」とすることにより、「埋立て及び埋立後の土地利用が周囲の自然環境に及ぼす影響」（環境保全説）から「埋立ての用途・埋立後の土地利用の効果」（土地合理的利用説）へと変更した。

県の旧解釈である環境保全説では、周辺地域の範囲は「埋立予定地域の沿岸地域」と限定的で、自然環境・生活環境への悪影響にとどまり、既存の米軍基地はその判断対象とならない。新解釈の土地合理的利用説では、「埋立ての用途・埋立後の土地利用の効果」（埋立地の用途）を法律構成することで、「埋立地の用途」が「米軍基地」であることを媒介にして、既存の米軍基地も判断対象となる。さらに「国土の均衡ある発展」という基本理念により、米軍基地過重負担が判断対象・要素となるのである。

過重負担の不利益

次に、米軍基地過重負担が第1号要件の判断要素となることを前提に、米軍基地過重負担の不利益の内容を、自由主義経済その他国民の諸活動の原動力・基盤である土地所有権が、広大な米軍基地の土地利用に固定化（土地所有権の制限）されていることによる不利益を理論構成する。

埋め立て承認の本質は、「埋立地の用途」（本件では米軍基地）に制限された土地所有権を付与することで国土・土地の合理的利用を図り公共の福祉を増進することだからである。したがって、土地所有権制限の姿である沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実による多様で深刻な不利益が、埋め立て承認の本質的な判断要素となるのである。敗戦後、70年余にわたる「基地の島」は近代民主国家の姿ではないのである。

次に、基地過重負担による不利益は「消極的不利益」（土地所有権を行使できない不利益）と「積極的不利益」（土地所有権行使による周辺住民の不利益）に区別できる。

「消極的不利益」は、地域経済向上の著しい阻害要因となっていることが基地跡地利用の経済効果（機会費用・機会喪失）から証明されている。筆者が1月に本紙で強調した点である。県も今回の訴訟で、全面的に採用している。すなわち「基地が返還された地域（那覇新都心地域、小禄金城地域、桑江・北前地域）の跡地利用による経済効果をみると、活動による直接経済効果は約28倍と試算されており、米軍基地の存在自体が基地用地の利用により経済効果をあげる機会を喪失させているものであり、米軍基地の存在は沖縄県における健全な経済振興の最大の阻害要因となっているのであり、米軍基地の存在により均衡ある発展が阻まれている」（第1準備書面150㌻）。

「積極的不利益」は①航空機騒音、演習に伴う事故の発生②後を絶たない米軍人・軍属による刑事事件の発生③汚染物質の流出等による自然環境破壊の問題④不平等な基地負担による国民の安全保障観への悪影響―である。これらを「米軍基地の公共性」の評価障害事由として主張立証することにより、第1号要件に著しく反し、強い違法性を帯びると判断される。

なお、沖縄県は、地位協定に基づく排他的管理を、「自治権の空白地帯」として沖縄県の地域公益侵害の不利益としている。「自治権の空白地帯」自体、知事に権限がないことを意味する。国は国地方係争処理委員会で「国防・外交上の観点からの政策的、技術的な裁量に基づく国の決定の当否を、改めて独自に審査する権限は付与されていないというべきであるから、『沖縄県における過重な負担や基地負担についての格差の固定化』について、前知事により『適切に考慮されていない』とする審査申出人の主張は失当である」（3月29日「答弁書」107㌻）とした。沖縄県は、米軍基地過重負担の不利益を1号要件の判断要素とするために、「自治権の空白地帯」論を「土地所有権米軍基地固定化」論へと徹底すべきである。

（静岡大学法科大学院教授）

（次回は31日掲載予定）

㉕ 2016年12月26日 『琉球新報』 （琉球新報社提供）

辺野古訴訟最高裁判決

取り消しは裏切り

阿波連 正一（静岡大法科大学院教授）

代執行訴訟 受けて立て

12月20日、辺野古訴訟における最高裁判決が沖縄県の敗訴で確定した。翁長雄志知事は判決後の記者会見で「行政が司法の最終判断を尊重することは当然だ。速やかに取り消しの手続きを進めていく」と自ら埋立承認の取り消しを取り消す意向を示した。

しかし、最高裁判決には取り消しの取り消しは含まれていない。知事が自ら取り消しの取り消しをすれば「県民への重大な裏切りになる」との秀松聡子氏の意見（本紙21日付）に、法律家として、以下の理由から全面的に賛意を表する。

第1は、この判決では埋立承認取り消しが違法であると確認されただけで、取り消しを取り消す法的義務は生じないからである。国が工事を再開するには、さらに代執行訴訟を起こして勝訴し、県に代わって取り消しを取り消さなければならないのである。

第2は、知事には3月4日和解条項に従う義務はないということである。秀松氏は「和解条項第9項の『判決に従い』という部分に従って翁長知事が違法確認訴訟確定判決に『従い』埋立承認取り消しを取り消すと理解している人がいるがそれは間違いだ」と指摘する。国地方係争処理委員会が国の是正指示の違法性を判断をしなかったことにより和解条項5、6項が無効となったため、5項また は6項を前提にした9項が働く余地はない。和解条項では、確定判決の対象は不作為違法確認訴訟ではなく是正指示取消訴訟と明示されているのである。

第3は、前述の通り最高裁は3月4日の和解を前提とせず不作為の違法確認訴訟として判断しているということである。提訴から5カ月というスピード審理判断をしたのは、次の代執行訴訟を想定していたからだ。

第4は、取り消しの取り消し後の知事の権限行使では工事は中断できないということである。取り消しの取り消しにより知事が「埋立承認の適法性」を認めた後の、埋立承認の撤回や岩礁破砕、サンゴ類の特別採捕、設計変更などの不許可・不承認等は、行政権限の濫用として無効とされる可能性がある。さらに国による損害賠償請求（少なくとも577億円とされる）が認容される可能性も高くなる。

第5は、「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」が「沖縄経済発展の最大の阻害要因である」ことを立証し、国民経済その他国民の諸活動の原動力・基盤である土地所有権の観点から法律構成をすることにより、代執行訴訟は勝訴できるからである。

自由、民主主義、法の支配を掲げる近代民主国家である日本において沖縄は米軍基地過重負担による植民地であるという認識が、沖縄県民、日本国民に自明のこととなっているからである。知事は代執行訴訟を受けて立つべきである。