

## 辺野古訴訟と土地所有権

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2016-10-24 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	<a href="https://doi.org/10.14945/00009832">https://doi.org/10.14945/00009832</a>

研究ノート

辺野古訴訟と土地所有権

阿波連 正 一

<b>第1章 総論</b> .....	3 (422)
第1節 本稿の課題と辺野古訴訟の本質 .....	3 (422)
第2節 辺野古訴訟の経緯 .....	8 (417)
第3節 辺野古訴訟の基本的論点 .....	10 (415)
第4節 本件取消処分の違法性 .....	14 (411)
第5節 沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実 .....	33 (392)
第6節 本稿の構成 .....	51 (374)
<b>第2章 国地方係争処理委員会の審査の展開</b> .....	51 (374)
第1節 概説 .....	51 (374)
第2節 係争委審査の展開を考察する座標軸 .....	54 (371)
第3節 係争委審査の展開の概観 .....	58 (367)
第4節 係争委審査の展開 .....	62 (363)
第5節 係争委の決定の内容と評価 .....	112 (313)
第6節 小括 .....	123 (302)
<b>第3章 本件取消処分の違法性と沖縄県取消権説</b> .....	127 (298)
第1節 総説 .....	127 (298)
第2節 本件承認処分の強い違法性 .....	129 (296)
第3節 本件取消処分の違法性 .....	139 (286)
第4節 不当を理由とする本件取消処分の問題性 .....	155 (270)

第5節 小括 .....	164 (261)
<b>第4章 本件承認処分の違法性と土地所有権 .....</b>	<b>164 (261)</b>
第1節 総説 .....	164 (261)
第2節 沖縄県の第1号要件の解釈変更 .....	167 (258)
第3節 公有水面埋立法の理論構成 .....	192 (233)
第4節 米軍基地過重負担の違法性 .....	233 (192)
第5節 「キャンプ・シュワブ」跡地計画 .....	240 (185)
第6節 小括 .....	248 (177)
<b>第5章 総括—辺野古訴訟の理論構成の展開 .....</b>	<b>249 (176)</b>
第1節 総説 .....	249 (176)
第2節 拙稿の理論構成(土地合理的利用説) .....	251 (174)
第3節 第三者委員会報告の理論構成(土地合理的利用説) .....	264 (161)
第4節 沖縄県の旧理論構成(環境保全説) .....	271 (154)
第5節 国の理論構成(国民経済向上説) .....	281 (144)
第6節 沖縄県の新理論構成(公共の福祉増進説) .....	292 (133)
第7節 辺野古違法確認訴訟高裁判決 .....	318 (107)
第8節 まとめ(沖縄県の勝機の論点) .....	356 (69)
	了— 363 (62)

## 第1章 総論

### 第1節 本稿の課題と辺野古訴訟の本質

国と沖縄県の、辺野古沿岸域の埋立て承認の取り消しを巡る法的争いが、法廷及び国地方係争処理委員会（係争委）において、「辺野古訴訟」と総称される形で展開してきている。本稿の課題は、「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」を「国土利用上適正かつ合理的なること」（公有水面埋立法4条1項1号、以下、第1号要件とする）の規範的要件の判断要素とする法律構成により、辺野古訴訟における沖縄県の勝機を改めて探求することである。

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沖縄県民の不利益にある。

沖縄県の勝機は、その歴史的現実の不利益を、第1号要件の評価障害事由として法律構成をすることにある。

つまり、その米軍基地過重負担の沖縄県民の不利益を、土地所有権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消極的不利益（機会費用・機会喪失等）と土地所有権の積極的行使による積極的不利益（公害・米軍人の犯罪等）に区別すると、その消極的不利益は、①「地域経済向上の阻害要因」、他方、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」となる。沖縄県は、その5不利益事由を「国民経済・地域経済の公共性」及び「米軍基地の公共性」に照らして評価障害事由として主張立証することにより沖縄県は勝機を確実のものとするのである。

本稿は、沖縄の米軍基地過重負担の辺野古訴訟上の本質を概念構成す

るために、次の2点の基本的争点を設定する。

辺野古訴訟の第1の基本的争点は、取消処分の違法性の場面で、本件取消処分の違法性の要件事実及び審理・審査の対象を、①原処分としての本件承認処分の違法性及び前知事承認処分の裁量権の逸脱・濫用とするか（原処分違法性説）、②又は現知事の取消処分の違法性（所定の要件該当性）及び現知事の取消処分の裁量権の逸脱・濫用とするか（沖縄県取消権説）である。

第2の基本的争点は、本件承認の違法性の場面で、その承認基準の「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、沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実を判断要素とすべきか、判断要素とすべきことを前提に、米軍基地過重負担の不利益を、日米地位協定の排他的管理権による自治権の空白地帯の不利益として理論構成するか（「自治権空白地帯論」、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が広大な米軍基地の土地利用に固定化されることによる不利益と理論構成するか（「土地所有権米軍基地固定化論」、である。

そして、基本的争点に対する本稿の結論は、第1の本件取消処分の違法性に関して、沖縄県は、裁判上、沖縄県取消権説から原処分違法性説へ変更すべきである。なぜなら、職権取消権は原処分の「違法」又は「不当」を理由に発生するところ、原処分違法性説は、原処分の違法性が要件事実であり、本件取消処分の違法性の審理の対象は原処分である前知事の本件承認処分の裁量権の逸脱・濫用の有無とする理論構成であるが、本件取消処分の違法性の審理の対象を現知事の本件取消処分の裁量権の逸脱・濫用の「違法」と理論構成する沖縄県取消権説においては、その沖縄県取消権説の「違法」は、取消権発生の原処分の「不当」に該当することになるので、原処分の違法性を要件事実とする裁判では、沖縄県取消権説の主張は理由なしとなるからである。したがって、沖縄県は沖縄県取消権説から原処分違法性説へ実質的に変更（沖縄県取消権説も併

存) することになる。なぜなら、違法確認訴訟（7月22日提訴）において、まず、裁判長の争点整理において「原処分は違法な瑕疵があるのが取り消し要因である」（原処分違法性説）と「要件事実」が示され（8月5日第1回口頭弁論）、また、沖縄県は被告第1準備書面で従来の沖縄県取消権説の主張後に、「及び」と続け原処分違法性説を追加し（被告第1準備書面168頁～172頁）、さらに「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」として優先審理を行うことを認めている（8月10日付釈明書〔1〕26頁）からである。

したがって、辺野古訴訟における沖縄県の勝機は、第2の基本的争点の結論にかかることになる。米軍基地過重負担の不利益の要因に関する自治権空白地帯論と土地所有権米軍基地固定化論との対立、特に、後者の法律構成の説得力にかかるといえる。まず、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」の判断過程において、沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実を評価障害事由として考慮要素とすべき法律構成である。そして、その米軍基地過重負担の不利益を、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としての理論構成である。

土地所有権米軍基地固定化論の合理性は、第1に、埋立て承認・免許の目的に関する「公共の福祉増進説」、第2に、承認の法的性質に関する「土地所有権取得権説」により論拠付けられる。第1の「公共の福祉増進説」とは、埋立て承認・免許の目的（趣旨）を、「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」を付与することにより「土地の適正かつ合理的利用」を図り、もって国民・地域経済の向上による公共の福祉の増進にある。第2の「土地所有権取得権説」とは、埋立て承認の法的性質を、埋立事業計画者に、特定の公有水面を埋立てて、土地を造成して、その竣功により「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。土地所有権米軍基地固定化論の、土地所有権が米軍基地の土地利用に固定化されていることは、土地所有権が「土地の用途」としての「米軍基地」に制限されていることで、三者とも「埋立地（土地）の用途」に「制限された土地所有権」の概念構成となっていることに特徴があるからである。したがって、土地所有権の制限の姿である米軍基地過重負担の歴史的現実による深刻で多様な不利益が埋立て承認の本質的判断要素となる。敗戦後、70年余にわたる「基地の島」は、近代民主国家の敗戦処理後の「講和の姿」ではないのである。沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実の不利益が辺野古訴訟の本件埋立て承認の判断要素となることを契機に、その歴史的現実の違法状態が本件埋立て承認の違法性に彰表・化体して近代民主国家である日本の法の番人である最高裁判所の審判の対象となるのである。

まず、米軍基地過重負担が第1号要件の判断対象となるかに関して、沖縄県は、第1号要件の解釈を「埋立自体及び埋立後の土地利用が周辺自然环境へ与える影響」（代執行訴訟被告第1準備書面15・16頁）として埋立予定区域周辺の環境保全に純化する旧解釈から、陸地（沖縄本島）を含む「埋立ての用途・埋立後の土地利用の効果」（違法確認訴訟8月1日被告第1準備書面131頁）即ち「埋立地の用途を判断対象」（同上・127・128頁）の新解釈に変更した（係争委4・2反論書で既に変更）。つまり「埋立地の用途」を媒介にして陸地の米軍基地も第1号要件の判断要素となり、米軍基地過重負担が判断対象となる。

次に、その米軍基地過重負担の歴史的現実を構成する5事由が「不利益」の形で理論構成される。なぜなら、「国土利用上適正かつ合理的なること」（第1号要件）の規範的要件の判断は、埋立てによる「利益」と埋立てにより生ずる「不利益」とを比較衡量する総合的な判断だからである。その不利益の要因を、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が広大な米軍基地の土地利用に固定化（土地所有権制

限) されることに求め、第1号要件の判断要素として法律構成されるのである。

この判断要素となる米軍基地過重負担の歴史的現実の不利益の内実は、①「地域経済向上の阻害要因」、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の問題」、⑤「不平等な基地負担の国民の安全保障観への悪影響」で構成される5事由であり、その諸不利益が評価障害事由として第1号要件の判断要素となる。

そして、土地所有権が広大な米軍基地(221km<sup>2</sup>・県民の約9割130万人の住む沖縄本島の約18%)の土地利用に固定化されることによる不利益は消極的不利益と積極的不利益に区別される。土地所有権の消極的不利益(土地所有権を行使できないことによる地域経済上の不利益、逆に行使すれば得られる利益・機会費用・機会喪失等)と積極的不利益(土地所有権行使による地域及び周辺住民の不利益・公害等)の区別に基づくものである。

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消極的不利益は、①「地域経済向上の阻害要因」であり、その積極的不利益は、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の問題」、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。沖縄県は、その5不利益事由を「国民経済・地域経済の公共性」及び「米軍基地の公共性」に照らして評価障害事由として主張立証することにより勝機を確実のものとする。

ところで、本稿は、辺野古訴訟における沖縄県の本質的法律構成である沖縄県取消権説が裁判上破綻し(但し、政治的メッセージとしては効果的)、原処分違法性説への実質的変更の必然性を分析することであるが、辺野古訴訟には、裁判とは別の政治的機能を含有させていた沖縄県

（民）のもつ「裁判所」、ひいては「法」に対する複雑な県民感情を表していることが考えられる。そのことは、代執行訴訟（2・15知事尋問）と違法確認訴訟（8・19知事尋問）の法廷で、国及び裁判官が翁長沖縄県知事に、判決に従うかを何度も確認する点に象徴的に表れている。そして、違法確認訴訟の結審8月19日の閉廷後の知事記者会見の知事冒頭コメントの最後を「裁判所には法律の番人として公平な判断を示されることを期待する」とで結んでいることに、沖縄県（民）の複雑な感情が示されていると考えられる。沖縄県にとっては、国（政府）との戦いとともに、「裁判所」及び「法」に対する「戦い」も内包しているのである。沖縄県の政治的、感情的な側面も併有する法律構成を支えているのは、沖縄戦の歴史認識に由来する、沖縄県民の「法律」・「裁判所」に対する複雑な県民感情であると考えられる。

## 第2節 辺野古訴訟の経緯

沖縄本島の中心近くに位置する米軍普天間飛行場（4.8km<sup>2</sup>）は、1996（平成8）年4月12日の「橋本・モンデール合意」により全面返還が決定された。稲嶺沖縄県知事は、1999（平成11）年11月22日、辺野古沿岸域（1.6km<sup>2</sup>）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容認を受けて、政府は、同年12月28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（平成25）年3月22日、仲井真前沖縄県知事に対し、本件埋立承認出願を行った。17年余経過後の2013（平成25）年12月27日、前沖縄県知事は、辺野古沿岸域の埋立てを承認した（本件承認処分）。しかし、翁長現沖縄県知事は2015（平成27）年10月13日、本件承認処分を取り消した（本件取消処分）。

国は2015（平成27）年11月17日、本件取消処分の撤回を求める「代執行訴訟」を提起した。辺野古沿岸域の埋め立て承認を巡る沖縄県と国との争論は法廷闘争に突入した。沖縄県は、同年11月27日、県の主張や国

への反論をまとめた答弁書と準備書面を福岡高裁那覇支部に提出した。同年12月2日、第1回口頭弁論が開かれ、翁長知事は「沖縄の未来を切り開く判断を」との意見陳述をした。第2回口頭弁論が2016（平成28）年1月8日に開かれた。

他方、沖縄県は国土交通大臣の執行停止決定に対する取り消しを求める「抗告訴訟」を前年（2015年）12月24日に提起している。さらに、2016（平成28）年2月1日、翁長知事は、国地方係争処理委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」を福岡高裁那覇支部に提訴した。

代執行訴訟は、同年2月15日、知事尋問（2・15知事尋問）がなされ、同年2月27日、結審し、和解が勧告された。

そして、沖縄県と国との辺野古埋立承認取消しを巡る裁判・争論である「代執行訴訟」、「抗告訴訟」および「国地方係争委不服訴訟」の3件の争いは3月4日の和解成立に基づき取り下げられた。

その和解に基づき、2016（平成28）年3月17日、国は、本件取消処分のは正を指示した。この是正指示に対して、沖縄県は、同年3月23日、係争委に審査申出書を提出した。係争委の審査の過程で、同年5月2日、係争委からの質問に対する回答書において、本件承認処分の「不当」を理由とする本件取消処分の法律構成を明らかにした（沖縄県5・2回答書）。国も、「違法」から「不当」を理由とする「整理」を、同年5月9日、係争委からの質問に対する回答として係争委に提出した（国5・9回答書）。沖縄県が本件取消処分の理由を「不当」とする法律構成を明示した沖縄県5・2回答書の時点で係争委での勝敗は事実上、決していたと考えられる。

係争委は、同年6月17日、是正指示の適法性の判断回避の決定をした。法律の観点からは、審査申出人である沖縄県の、係争委の判断回避の名を借りた実質的な「却下」の「敗訴」の結果となった。この決定に対し

て、沖縄県は、「国と協議を続ける」として和解条項が示した提訴期限の同年6月28日の提訴を見送った。同年7月21日が地方自治法の定める沖縄県の提訴期限であった（同法251条の5第2項第1号）。

そして、この提訴も見送り、2016（平成28）年7月22日、国は沖縄県を相手に是正指示の不作为の違法確認訴訟を提起した。同年8月5日に第1回口頭弁論が開かれた。翁長知事は、冒頭の意見陳述で、「埋立ては沖縄の過重な負担を固定化し、環境汚染によって観光産業が回復不能な打撃を受ける」と強調した。同年8月19日の第2回口頭弁論で翁長知事尋問を行い結審し、同年9月16日に判決が言い渡された。

### 第3節 辺野古訴訟の基本的論点

取消処分（取消権行使）の違法性の有無（取消権制限の有無）は原処分  
の違法性の強弱に規定される。原処分の違法性が強いと取消権は許容  
され、原処分の違法性が弱いと取消権は制限されるという取消処分の違  
法性の有無と原処分の違法性の強弱は相関関係にあり、取消処分の違法  
性の本質は原処分の違法性の強弱にあるのである。

取消処分（取消権行使）は取消権の発生の場合と取消権の許容性（度）  
の場合に区別され、取消権の発生は原処分の「違法」又は「不当」によ  
り発生し、取消権の許容性は取消権制限の問題で、取消権制限法理・取  
消権限濫用等の成否の問題である。第1の基本的論点が取消権の発生論、  
第2の基本的論点が取消権の許容性の論点、第3の基本的論点が本件承  
認の違法性の要点である沖縄の米軍基地過負担の歴史的現実の第1号要  
件の判断要素とする法律構成論である。

本件取消処分の違法性の判断は、第1論点として、職権取消権の発生  
の場合で問題となる沖縄県取消権説と原処分違法性説の相違の認識であ  
り、第2に、その取消権発生を前提に取消権の許容性の場合で原処分の  
不当を発生根拠（理由）とする沖縄県取消権説による取消権の許容性（取

消権制限法理、取消権限濫用等)が論点となる。そして、第3に、沖縄県の勝機は、原処分である本件承認処分の違法性にかかることになり、その違法性判断において、沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実を判断要素とすべき法律構成が論点となり、最終的には土地所有権米軍基地固定化論の法律構成力にかかることになる。

そこで、本稿は、辺野古訴訟の検討を通じて、上述の3点の基本的論点を明確にした。本件取消処分の違法性の問題は、第1論点の取消権発生の場合、第2論点の取消権の許容性の場合、本承認処分の違法性の問題は、第3論点の沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実の法律構成の問題である。

まず第1論点は、職権取消権(取消権)の発生に関して、沖縄県は、沖縄県取消権説を裁判上、実質的に放棄し、原処分違法性説へ変更したことである。裁判上の要件事実は原処分の違法性であるが、沖縄県取消権説は原処分の不当を発生根拠(理由)とする取消権だからである。この沖縄県の辺野古訴訟における本質的法律構成である沖縄県取消権説の裁判上の実質的放棄は、原処分違法性説へ変更の必然性の説明を必要とする。その変更の必然性は、次の4点に纏めることができる。まず、前提問題として、第1に、原処分違法性説と沖縄県取消権説の主張立証の内容の違いを確認し、次に、第2に、その職権取消権発生理由である「違法(の瑕疵)」又は「不当(の瑕疵)」の機能の違いを明確にする。そして、第3に、「違法」又は「不当」の区別の埋立法上での機能の違いを考察し、沖縄県取消権説と原処分違法性説の具体的な違いを考察する。最後に、第4に、係争委の判断回避の決定で判明した「違法」又は「不当」の区別の意味を確認する。以上の、4点により、辺野古訴訟の本質的理論構成である沖縄県取消権説の法律構成上の破綻の必然性が示されることになる。

次に、第2論点は、発生した取消権の許容性の場面で、係争委の審査

過程で沖縄県取消権説が「不当」を理由とする本件取消処分となること  
が確認にされることにより、沖縄県取消権説は取消権発生場面では、  
原処分が「不当」の理由により取消処分が容易となり有利となるが、取  
消権の許容性場面では、取消権制限法理等により不利になるという法  
律構成の機能的側面である。この不当を理由とする取消処分の沖縄県の  
不利場面は第1に、事実主張の追加場面で、行政の合目的性にした  
がって、1996年4月の橋本・モンデール合意まで遡って、以降の17年間  
の行政過程上の事実が炙り出され、第2に、この事実主張の追加に基づ  
く是正指示理由の違法場面、つまり、本件承認処分の適法性、合目的  
性、取消権制限法理、本件取消処分裁量権濫用、取消権濫用の成否に  
関して沖縄県の不利益の結果となり、さらに、第3は、是正指示理由の追  
加として機能する場面で、「不当」は是正指示理由とならないが、国は  
「高度の不当」と法律構成して、是正指示理由として構成する。

沖縄県取消権説が原処分の不当を理由とする取消処分であることの確  
認により、行政過程上は取消権発生場面沖縄県にとって有利に見える  
「不当」概念が、行政処分は合目的でなければならないとする要請に  
より、1966年4月12日に橋本・モンデール合意からの2013年12月27日の  
仲井真沖縄県知事の埋立て承認までの行政過程が判断対象となり、沖縄  
県に不利な主張事実が判明する結果となり、その判明した不利な主張事  
実が取消権制限法理等の成否に影響する。このような取消権発生場面  
で沖縄県に有利な機能が取消権の許容性場面で取消権制限の有利に機  
能する理論構成が、国の5・9回答書である。辺野古訴訟（ここでは係  
争委審査）における国の優れた理論構成力を示すものである。

そして、第3論点は、沖縄県取消権説が原処分の不当を理由とする取  
消権発生であることが確認された係争委の審査過程を踏まえて、係争委  
決定後（6月17日）の違法確認訴訟（国7月22日提訴）での被告第1準  
備書面（8月1日）を基本に原処分違法性説を前提とする「沖縄の米軍

基地過重負担の歴史的現実」を法律構成することによる沖縄県の勝機を確認することである。この論点は、第1に、沖縄県の勝機は、原処分違法性説を前提とするので、国による7月22日の違法確認訴訟の訴状に対する沖縄県の答弁及び被告第1準備書面では実質的に原処分違法性説による法律構成であることを沖縄県の勝機の出発点として確認する。第2に、米軍基地過重負担の歴史的現実の理論構成の展開過程を、埋立法の理論構成、埋立法4条1項1号の解釈論の変更の観点から、その判断対象・要素を4段階に考察する。

第1段階は、埋立予定区域の米軍基地に限定し、その米軍基地の土地利用による周辺地域への悪影響に限定する段階である。

第2段階は、陸地（沖縄本島）の米軍基地も対象とするものである。第1号要件の判断対象を地域計画（国土計画）上の概念である「埋立地の用途」に拡大し、その「埋立地の用途」の「米軍基地」を媒介にして陸地（沖縄本島）の米軍基地も対象とする段階である。

第3段階：沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実を判断対象・要素とするものである。第2段階の沖縄本島の米軍基地を判断対象とすることを前提に、第1号要件の解釈の基本理念に国土利用計画法の「国土の均衡ある発展」を組み込み、米軍基地過重負担を判断対象とする段階である。そして、この段階の米軍基地過重負担の歴史的現実の不利益を、日米地位協定の排他的管理権等の「自治権の空白地帯」による理論構成（自治権空白地帯論）か、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理論構成（土地所有権米軍基地固定化論）かの選択の問題となる。

第4段階として、その後者の土地所有権米軍基地固定化論の内容を別款で展開する。本稿の沖縄の米軍基地過重負担の歴史現の法律構成における肝要となる理論構成だからである。

以下、3基本的論点の概要を述べることで、本稿の考察の成果を先取

りして説明することにする。

#### 第4節 本件取消処分違法性

取消処分の違法性は、取消権発生場面における原処分違法性説と沖縄県取消権説の対立と取消権の発生を前提に取消権の許容性の場面で取消権制限法理、本件取消処分裁量権濫用及び取消権濫用の成否が問題となる。まず取消権発生場面から考察する。

##### 第1款 取消権発生論の原処分違法性説と沖縄県取消権説

第1論点は、職権取消権（取消権）の発生に関して、原処分違法性説と沖縄県取消権説が対立し、国は一般的な原処分違法性説、沖縄県は沖縄県取消権説を採っているが、沖縄県は違法確認訴訟においては、原処分違法性説に変更を余儀なくされたことである。なぜなら、裁判においては「原処分に違法な瑕疵があるのが取り消し要因である」（違法確認訴訟第1回口頭弁論・裁判長による争点整理における発言）として要件事実が示されたことは、沖縄県取消権説が原処分の不当を理由とする取消処分であり、裁判では主張に理由なしとなり、敗訴の可能性が高いからである。したがって、原処分の違法が取消権発生理由となるのは、取消権発生の実質的根拠が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）に求められるため、原処分の「違法（の瑕疵）」が取消権発生要件事実となるのである。この第1論点は、第1に、原処分違法性説と沖縄県取消権説の主張立証の内容の違い、第2に、職権取消権発生理由である「違法（の瑕疵）」又は「不当（の瑕疵）」の機能の相違、第3に、「違法」又は「不当」の埋立法上における違いである。第4に、係争委の判断回避の決定で判明した「違法」又は「不当」の区別の意味である。

## 1 原処分違法性説と沖縄県取消権説の主張立証の内容

まず第1に、原処分違法性説と沖縄県取消権説の裁判上の主張立証の内容の違いである。職権取消権（取消権）は、原処分の「違法（の瑕疵）」又は「不当（の瑕疵）」を理由に発生する。原処分の「違法」を理由とする取消権の発生が「原処分違法性説」で、その主張立証の内容は原処分の「違法」であり、本件取消処分の違法性の審理・審査の対象は「前知事の要件適合性の判断に裁量権の逸脱・濫用があるかどうか」となる。

他方、沖縄県取消権説は、「被告（現知事）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）とする理論構成で、主張立証の内容は、現知事が所定の要件の充足を欠いていると判断したことであり。より詳しく言えば、沖縄県取消権の内容は、前沖縄県知事は本件承認出願が公有水面埋立法上の要件を満たしているとして本件埋立承認（原処分）をしたものであるが、現沖縄県知事は、本件承認出願は公有水面埋立法上の要件に適合しているか否かについて検討した結果、同法4条1項1号及び2号の要件に適合していないものと判断して本件取消しをした（取消処分）とするもので、沖縄県の独自の法律構成である。この沖縄県取消権の本質は、「私（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、適法に埋立て承認を取り消したもの」（違法確認訴訟8月5日知事意見陳述）である。本件取消処分の違法性の審理・審査の対象は「現知事の要件適合性の判断に裁量権の逸脱・濫用の有無」となるのである。結論的に言えば、取消権の発生が原処分の「違法」又は「不当」かのレベルに移すと、沖縄県取消権説は、原処分の「不当」を理由とする取消権発生法律構成であることが判明し、その主張立証の内容は結果的には原処分の「不当」となる。したがって、法律による行政の原理に基づく裁判は原処分の違法を要件事実とするので、沖縄県取消権による主張

立証は理由なしとなるのである。裁判では、沖縄県取消権説を原処分違法性説に変更すべきとする本質的要因である。なお、沖縄県取消権説が原処分の不当を理由とする取消権の発生であるとの結論は、係争委の審査で明確になるものである（第2章で詳述）。

原処分違法性説は、原処分の「違法」を理由に取消権が発生し、原則として取り消すべきとなる。この「違法」を理由とする取消権発生の実質的根拠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）に求められる。したがって、この原処分の「違法」は、原処分の客観的な違法な状態の存在ということになり、その違法状態の存否について現知事の裁量権（要件裁量権）はない。ただ、違法であると認められる場合にこれを取り消すかどうかについての裁量権（効果裁量権）はあり得る（国3・29答弁書〔1〕7・8頁）。

したがって、取消権の発生を原処分の「違法」を要件事実とする立場（原処分違法性説）つまり「原処分に違法な瑕疵があるのが取り消し要因である」（違法確認訴訟第1回口頭弁論裁判長の争点整理の発言）からは、沖縄県取消権説による現知事の判断に裁量権の逸脱・濫用があるかどうかであるとする主張は理由がないということになる（国3・29答弁書〔1〕7・8頁）。

要するに、原処分の違法を理由とする取消処分の要件事実は原処分である本件処分の違法性であり、その審理・審査の対象は、原処分である本件承認処分に係る前知事判断に裁量権の範囲の逸脱・濫用があるかどうかである。したがって、沖縄県取消権説に基づいて、現知事が本件取消処分に係る現知事の判断に裁量権の逸脱・濫用があるかどうかの主張は理由がないということになり、沖縄県の敗訴の可能性が高いということになる。沖縄県は敗訴を回避するために沖縄県取消権説を原処分違法性説に変更することは不可避となるのである。

## 2 原処分 of 「違法」 又は 「不当」 の機能の違い

第2に、取消権発生 of 理由である「違法 ( of 瑕疵)」 又は 「不当 ( of 瑕疵)」 の機能はどう違うか、「違法」 と 「不当」 の効果 of 面からの区別である。原処分 of 違法 又は 不当 を理由として取消権が発生するが、沖縄県取消権説は原処分 of 不当 を理由とした取消権 of 発生 of 法律構成となる。なぜなら、原処分である本件承認処分が所定 of 要件を充足すると of 「適法」 判断に対し、取消処分者が、同承認は同要件 of 充足に欠けていると of 「違法」 の判断による本件取消処分であるところ、行政部内 of 「適法」 及び 「違法」 の判断 of 違いとなるので、原処分は、客観的な違法状態如何 of 「違法」 でなく、行政庁部内 of 自主的な是正可能な否定的評価である「不当」 となるからである。

つまり、「違法」 と 「不当」 の区別 of 意味は、原処分 of 「違法」 を理由とする取消処分 ( 原処分違法性説 ) の実質的根拠は法律による行政 of 原理に基づく違法状態 of 是正 ( 適法性 of 回復 ) にあるが、原処分 of 「不当」 を理由とする取消処分 of 実質的根拠は行政処分が合目的でなければならぬとする要請に基づく行政 of 合目的性 of 回復にあるのである。

## 3 「違法」 又は 「不当」 の埋立法上 of 機能の違い

第3に、「違法」 又は 「不当」 を理由とする取消し of 場合 of 判断、言い換えると、「違法」 又は 「不当」 の区別 of 埋立法 of 面 of 機能 of 違いである。

本件で言えば、「国土利用上適正かつ合理的なること」 of 適合性判断 of 評価基準は、「違法」 の場合は、埋立法 of 趣旨・目的 of 「国民経済・地域経済 of 向上 of 公共性」となるが、「不当」 of 場合 of 評価基準は、「普天間飛行場 of 移設及び周辺住民等 of 生命・身体等に対する具体的な危険性を除去すること」となる。沖縄 of 米軍基地過重負担 of 歴史的現実 of 過程における新米軍基地建設 of ための埋立て承認 of 違法性 of 問題は、国土及び国民 of 俯瞰的な視点が有効である。米軍基地は国家レベル of 日本国 of 安全

保障によって合理化される。しかし、その米軍基地が沖縄に約73%も集中する米軍基地過重負担は、日本国家の存在価値である近代民主国家のレベルから、沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実の過程において新基地建設のための土地利用権原（土地所有権）確保の辺野古沿岸域の埋立て承認の違法性を捉えるべきことになる。現代日本の憲法秩序、法秩序は、近代民主国家の憲法秩序、法秩序の観点から沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実を考察すべきことになる。

つまり、辺野古埋立て承認問題は、近代民主国家の市民の人権・権利侵害つまり国民の国民経済その他の諸活動の原動力・基盤である土地所有権が広大な米軍基地の土地利用の固定化されていることによる人権侵害等の不利益の問題の側面において捉えることによって近代民主国家の法秩序違反の問題として沖縄県の勝機は高まるのである。

#### 4 係争委の判断回避決定における「違法」又「不当」の意味

第4に、係争委の判断回避の決定で判明した「違法」又は「不当」の区別の意味である。沖縄県取消権説における現知事による所定の要件充足を欠いているという判断の「違法」は取消権発生の原処分の「不当」に当たることが判明したことが係争委の判断回避の決定となり、判断回避決定の形式による実質的却下の沖縄県の「敗訴」の本体である。

6月17日、係争委は、「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ず」を決定した。

この判断回避の決定の理由は、係争委の本質的存在根拠を、「地方自治法は、国と地方の関係を適切な役割分担及び法による規律の下で適正なものに保つという観点から、当委員会において国の関与の適否を判断するものとすることによって、国と地方のあるべき関係の構築に資すること」におくが、「本件についてみると、国と沖縄県との間で議論を深める

ための共通の基盤づくりが不十分な現在の状態の下で、当委員会が、本件是正の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き、肯定又は否定のいずれかの判断をしたとしても、それが国と地方のあるべき関係を両者間に構築することに資するとは考えられない。」からである。

これは、沖縄県の本件取消処分は原処分の不当を理由とするもの（沖縄県取消権説）で、国に是正指示のできないという主張でありながら国の是正指示の取消しの勧告の申出をするという沖縄県の形式的法律構成に対して、係争委が、係争委の本質的存在根拠で沖縄県の審査申出を実質的に「却下」した高度の法技術である。なぜなら、沖縄県は、「基本的には、国の機関たる国地方係争処理委員会の審査において、都道府県知事の判断が尊重されるべき」と措定する。「けだし同じく国の機関たる国土交通大臣がいかなる場合に是正の指示をなし得るか、という問題と全く同じ問題意識（地方公共団体の自治権、自主的判断がいかに保障されるか）が妥当するからである。」（沖縄県4・21反論書{1} 5頁）。

実質的却下となったのは沖縄県が本件承認処分の「違法」ではなく「不当」を理由とする本件取消処分の法律構成をしたからである。「不当」と「違法」の法的性質が異なり、「不当」は、行政部内における自己統制として原処分（本件承認処分）の是正が可能とされる「行政の目的違反」であるのに対し、「違法」は、法律による行政の原理違反ないし法治主義に反する「客観法秩序違反」であるので、原処分は無効となり、原処分の是正は不可能であることを前提としている。

つまり、原処分の「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「適法性の回復」（違法状態の是正）にあるが、原処分が適法であることを前提とする「不当」を理由とする取消処分は、行政処分は合目的的でなければならないという要請に基づくもので「合目的性の回復」であり、このような原処分の不当を理由とする取消処分である

沖縄県取消権説では、違法を理由とする取消処分と比べてより一層、取消権は制限されることになり、沖縄県取消権による翁長沖縄県知事の本人取消処分が認められる可能性は殆どなくなるのである。この問題が次の原処分の不当を理由とする取消権の許容性の論点である。

## 第2款 原処分の不当を理由とする取消権の許容性

### 1 序

第2論点は、取消権発生を前提に取消権の許容性（取消権制限）の場面で、係争委の審査で判明した沖縄県取消権説が「不当」を理由とする取消処分であることは、取消権発生場面では「不当」を理由とするが故に沖縄県に有利であるが、取消権の許容性場面では不利となり、沖縄県取消権説の変更の要因となるものである。前述の、「私（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、適法に埋立て承認を取り消したもの」（前記8月5日知事意見陳述、翁長知事は国の5・9回答書の指摘する沖縄県取消権説の法律的破綻を認識していないか認識した上で政治的メッセージか）だとする沖縄県取消権説の本質的理論構成に対して、国は「不当」概念に基づく内在的批判の優れた理論構成をしている（国5・9回答書）。

しかしながら、沖縄県にとっては、行政部内の知事の権限としての取消権の発生理由としての「不当」の概念構成により沖縄県取消権を主張するのは、自治権の行使として国交相および係争委も国と対等協力関係ある地方自治体の沖縄県の判断を尊重すべきとする象徴的な概念であるからである。

それでも、この「不当」を理由とすることの沖縄県側の不利は、第1に、事実主張の追加の場面、第2に、この事実主張の追加に基づく是正指示理由の違法の場面、第3は、是正指示理由の追加の場面に表れる。この論点で、沖縄県取消権説は理論的に破綻していることを含意する

沖縄県は、地方分権一括法による国と地方公共団体の対等協力関係に基づく理論構成である沖縄県取消権説をもって係争委に勝負を賭けていたと考えられる。しかし、この「政治的主張」とも思える沖縄県取消権説に対して、国は、まるで、毘にもかけていたかのように（飛んで火に入る夏の虫）、5月9日の国の回答書（国5・9回答書）において、以下のように沖縄県に不利となる理論構成する。

## 2 「不当」による事実主張の追加

第1の事実主張の追加の場面とは、「辺野古が唯一の選択肢」の「埋立場所の適合性」の場面である。第三者委員会報告で、普天間飛行場代替施設が辺野古沿岸域とは「論理の飛躍」があるとする論点に関わる本質的論点である。国は、この埋立場所の適合性の論点を、①「普天間飛行場代替施設の建設地を辺野古沿岸域とすること」と、②「辺野古沿岸域が、普天間飛行場代替施設の建設地として、現実的で実現可能性のある唯一の選択肢である」と区別し、①に関しては、すでに説明されてきた我が国の安全保障の見地から、沖縄本島がその戦略的要衝に位置していることや（地理的優位性論）、米海兵隊が我が国の安全保障に関して担う役割及び同軍の特性・機能を維持する必要性（抑止力論、一体的運用論）、さらに沖縄の負担軽減の要請等で根拠づけている。これは一般的、客観的レベルの根拠づけであるので、「論理的に飛躍」していると批判を甘受せざるをえないと考えた国は、②の個別、具体的レベルの「辺野古が唯一の選択肢」を新たな事実として主張立証する。その根拠が「平成8年4月の橋本・モンデール合意以降、普天間飛行場代替施設の建設を辺野古沿岸域とする決定に至るまでの経緯」（国5・9回答書18頁～35頁）で、新たな主張事実である。

この事実は、次の3点で構成されている。第1点は、「橋本・モンデール合意の目的論」である。第2点は、「関係者による多大な努力と苦渋の

決断の累積論」である。第3点は、「辺野古が唯一の選択肢論」である。この3点の事実は行政の合目的違反の「不当」、その合目的性回復の取消処分の不相当性、違法性の判断に必要な現場の視点である。判断要素が個別、具体的側面において照射されることになる。この全体の過程を規定する入口が当該行政の目的である。なお、分析補助線として、①地域、②国家、③国家の質、が概念化できるとすれば、①地域および②国家を規定するのは③国家の質である。①地域は沖縄であり、②国家は日本であり、③国家の質は近代民主国家である。前記3点を行政過程の、①入口論、②過程論、③出口論（結論）の3段階で分析すると以下のとおりとなる。

行政過程の三段階の第1段階の入口論は、当該行政目的論の「橋本・モンデール合意の目的論」である。1966年4月12日の橋本・モンデール合意及びSACOの最終報告の原点である普天間飛行場の危険性を1日も早く除去するための普天間飛行場の返還と普天間飛行場代替施設の県内建設の合意である。

第2段階は、過程論で、「関係者による多大な努力と苦渋の決断の累積論」である。「普天間飛行場代替施設の建設地を辺野古沿岸域とする決定に至るまでの間には、日米間のみならず、沖縄県、名護市、その他関係地方公共団体における、様々な交渉、協議、調整等の積み重ねがある。それは、普天間飛行場の危険性除去と、日米同盟ないし安全保障体制の維持、更に沖縄の負担軽減といった、いずれも極めて重要な要請又は課題を、いかに総合的見地から調和的に解決していくかという点についての、関係者による多大な努力と苦渋の決断の累積というべきものである。」（国5・9回答書18頁）。普天間飛行場の返還合意から辺野古沿岸域決定までの17年余に渡る交渉、協議、調整過程に関係者の多大な努力と苦渋の決断の累積が主張立証され、その中に、沖縄県側のコミットが具体的に叙述され、特に、「普天間飛行場移設候補地選定資料」として別添1

「沖縄防衛局管内防衛施設図」、別添3「移設候補地位置図」及び別添2「移設候補地の比較表」の判断資料（公表は平成11年12月16日）に基づいて、平成11年11月22日、沖縄県が「名護市辺野古沿岸域を普天間飛行場代替施設の移設候補地に選定した」ことの主張事実を立証したのである。この決定を、沖縄県は、平成11年11月24日、防衛施設庁長官に通知し、平成11年12月27日、岸本名護市長が容認を表明する。そして、平成11年12月28日、閣議決定するのである。そして、その延長線上に平成25年12月27日の仲井真知事の埋立て承認であると主張立証する。

第3段階は結論で「辺野古が唯一の選択肢論」である。つまり「橋本・モンデール合意及びSACO最終報告における普天間飛行場返還と沖縄県内への普天間飛行場代替施設建設の合意から、本件承認処分に至るまで、実に約17年間もの年月を費やして、米国をも含めた関係者間における努力と決断の積み重ねを経て、『辺野古が唯一の選択肢』であるとの結論に至ったというものである。」(国5・9回答書32頁)。

この第3段階の結論レベルは、第1段階の入口論である目的論を出発点として、第2段階の過程論を経て、第3段階の結論に至るので、第3段階の結論は、第1段階の目的論、第2段階の過程論を内包している。つまり、一つの行政過程を、入口（目的）、過程、出口（結論）で概念化しているのにすぎない。いわば、行政処分の「不当性」判断は、行政処分の目的、判断過程、判断を通じてなされる判断の総体である。

以上の3段階にわたる国の新たな事実主張は、行政処分の「不当性」判断の論点において問題となるものであり、行政処分の「違法性」判断においては、判断要素にはなじまない。その3点の事実は行政庁内部の行政目的に即した判断要素であるからである。また、不当性の判断要素及び判断基準は判断の透明化のために、前もって審査基準として要件化されており、不当性の判断は、その審査基準の該当性で必要にして十分ということになる。行政処分の違法性の判断が審査基準以外も判断基準

とすることの基本的な違いである。他方、埋立て承認の違法性の判断基準は、沖縄県が主張するように「本件埋立承認願書とその審査過程においても現れていない、相手方（国）が独自に調達した新たな事実関係及び資料を」判断材料とすることはできないが（沖縄県5・24反論書〔1〕3頁）、沖縄県の主張の沖縄県取消権説は不当を理由として取消処分であるので、上記3点の事実も判断材料することができることになる。不当を理由とする取消処分は法律による行政の原理が働かないからである。上記3点の事実は「辺野古が唯一の選択肢」であることの判断が国及び米国政府の押し付けではなく、沖縄県の自主的な判断を基本とする沖縄県取消権説、つまり自己決定権の具体化であることの主張立証となるので、沖縄県にとっては、政治的にはともかく裁判上は致命的となる。しかも、それを自ら招いているのである。

このように、本件承認処分の不当を理由とした取消処分を契機に前記3点の事実が追加されたが、その影響は、第2の、国の是正指示の違法性の場面及び第3の、著しい不適正かつ明白な公益侵害の場面に現れることになる。

### 3 不当による是正指示理由の「違法」

第2の場面である是正指示理由の違法では、第1に、本件承認処分の適法性、第2に、取消権制限法理、第3に、本件取消処分裁量権濫用（要件裁量の逸脱・濫用）の違法、第4に、取消権限濫用（効果裁量の逸脱・濫用）の違法として表れる。

第1に、本件承認処分の違法性の有無に関しては、国は、本件承認処分の違法又は不当の瑕疵はないこと（何ら瑕疵がないこと）の主張立証になる。違法性がない方より不当性がない方の立証は困難であるが、国は、逆に不当性がないことの主張立証に成功すれば、取消制限法理の成立の可能性が大きくなり、取消権限濫用の違法も大きくなる。特に、取

消権限濫用の違法は国（防衛省）に損害賠償請求を認めることになる。その意味では本件承認処分の不当性がないことの主張立証の沖縄県に対する影響は大きいことになる。本件取消処分をした翁長知事の損害賠償責任が問題となるからである。

国は、「本件埋立事業につき第1号要件適合性を認めた前知事の判断は、これらの事情を正当に評価・検討した上でされたものであり、違法性のもとより、何らの不当性も認められない」と、主張する。それどころか、前知事のした本件承認処分は、「沖縄の負担軽減のための合意に基づき課せられた責任を全うする」もの（国5・9回答書44頁）と高く評価するのである。

つまり、国は、本件承認処分の評価に関して、本件辺野古問題の行政上の出発点である1996（平成8）年4月12日の橋本・モンデール合意に際しての、橋本内閣総理大臣の、「今日私たちが達成した合意は、これからそれを実現する責任が私たちの上に課せられたということです」を持ち出し、そして、「歴代の名護市長や沖縄県知事を始め、これまで関係者が重ねてきた多大な努力と苦渋の決断がそうであったように、前知事のした本件承認処分もまた、正に、沖縄の負担軽減のための合意に基づき課せられた責任を全うするという趣旨に沿うものと言うべきである。」（国5・9回答書44頁）。

このような本件承認処分を「単なる不当」を理由に取消すとは何事かと怒りを表しているのである。現知事の本件取消処分を単なる行政法上の違法性に留めないという意味をみることができる。

そして、本件承認処分の合目的性は、取消権限濫用（効果裁量の逸脱・濫用）の判断において、「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。」(国5・9回答書109頁)。この「違法」は不法行為法上の「違法」ともなる。

第2の、取消権制限法理は、行政庁が自らした行政処分（原処分）を取り消す場合には、原処分の取消しによって生じる不利益と、取消しをしないことによってかかる処分に基づき既に生じた効果をそのまま維持することの不利益を比較衡量し、当該処分を放置することが公共の福祉の要請に照らし著しく不当であると認められるときに限り、これを取り消すことができる。

取消権制限法理は原処分の違法（原処分違法性説）を前提としているが、沖縄県取消権説の不当を理由とすることが沖縄県に有利になるわけではない。利益衡量の中身に入ることになる。ここでは、原処分の違法性が大きい取消権の行使（取消処分）が許容され、逆に原処分の違法性が弱い場合・不当の場合には取消権は制限されないので、本件承認処分の違法性の強さを沖縄県は主張立証すべきことになる。つまり、沖縄県取消権説は原処分の不当を理由とする取消権であるので、取消権が制限され、翁長知事の本件取消処分は制限され、許容されないことになるのである。沖縄県は、原処分違法性説を前提に沖縄の米軍基地過重負担の違法性の大きさの主張立証ということにより本件取消処分を適法化することになるのである。つまり、辺野古訴訟での沖縄県の勝機は、原処分違法性説を前提に、具体的な米軍基地過重負担の歴史的現実の主張立証により本件承認処分の重大な（強い）違法性を主張立証することであり、本稿では後述する5構成要素を評価障害事由として構成することにあるのである。

第3に、本件取消処分裁量権濫用（要件裁量の逸脱・濫用）の違法は、沖縄県取消権説による本件取消処分の違法である。原処分の不当を理由とする取消処分の場合には、国の主張立証は本件承認処分が合目的だということになり、前記3点の事実が、その合目的性の主張立証となる。

本件埋立承認の合目的性が高いと取消処分 of 違法性又は不当性が高くなり、本件取消処分裁量権の逸脱・濫用の成立の可能性が高くなる。

「国土利用上適正且合理的」であるかの第1号要件適合性については、埋立てによってもたらせられる利益と、埋立てによって生じる不利益を比較衡量して判断される。その適合性判断過程に考慮すべき要素を考慮せず又は過大に評価して判断過程が不合理な場合には裁量権の逸脱・濫用となる。

埋立てによってもたらせられる利益は、①普天間飛行場の危険性除去という公益、②我が国の安全保障体制の確保という公益、③日米間の信頼関係の維持という公益、④沖縄の負担軽減や宜野湾市の経済発展という公益であり、判断過程において考慮すべきこれらの公益が考慮されていないとして裁量権の逸脱・濫用の違法があるとする。

他方、埋立てによって生じる不利益は、⑤埋立て工事中の環境保全対策等について、⑥飛行場として供用された後の環境保全対策等については過大に評価しているとする。

第4の取消権限濫用（効果裁量の逸脱・濫用）の違法は、取消権の発生を前提に、効果裁量の逸脱・濫用の違法である。本件承認処分 of 違法又は不当を理由とする取消権の発生を前提として、その取消権限濫用の違法である。原処分 of 違法を理由とする取消権の行使（本件取消処分）の場合には取消権限濫用の成立の余地はほとんどない。取消権行使が法律による行政の原理に基づく原処分 of 違法状態の是正（適法性の回復）だからである。これに対して、原処分は不当を理由とする取消権行使の場合には、取消権限濫用の成立は、原処分 of 適法が前提の不当であるので取消権濫用の成立の余地は広いことになる。法律のよる行政の原理が働かず、しかも行政処分は合目的的でなければならないという原則の要請により、原処分 of 適法性の程度は行政の合目的性により判断されるからである。本件承認処分も、この行政処分 of 合目的性の観点から判断さ

れ、前知事による本件承認処分の合目的性の高さにより、本件取消処分の効果裁量の逸脱・濫用の違法性が判断される。つまり、橋本・モンデール合意からの本案の実現に向けての多くの交渉、協議の積み重ねとその関係者の多大な努力と苦渋の決断の累積があり、その集大成として本件承認処分が位置づけられる。1996年4月12日の橋本・モンデール合意以降の政治過程、行政過程及び日米の外交過程の歴史的現実化として、2013年12月27日の仲井真前知事の本件埋立て承認の性質を捉えるのである。すなわち、「本件承認処分に不可変更力と同程度の自己拘束力」を認めるのである。なぜなら、「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ある」（国5・9回答書109頁）からである。

つまり、「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。」（国5・9回答書109頁）。本件取消処分の違法に原処分の不当を理由とする取消処分（沖縄県取消権説）は新たに、取消権限濫用の違法を追加し、この違法は損害賠償の違法ともなり、翁長沖縄県知事の損害賠償責任の可能性が生じ、それを回避するためには沖縄県取消権説を変更せざるを得ないことになる。

#### 4 不当による是正指示理由の「高度の不当性」

最後に、第3場面は、国は、是正指示の理由に「違法」（地自法245条の5第1項前段）に加えて「高度の不当性」（同項後段）を追加したことである。

原処分の「違法」又は「不当」を理由とする取消処分は、「違法」を理

由とする取消処分の実質的根拠は法律による行政の原理に基づく「適法性の回復」に求められ、「不当」を理由とする取消処分の実質的根拠は行政の合目的性に基づく「合目的性の回復」に求められる。

したがって、原処分の不当を理由とした取消処分に対する是正指示を国は原則としてできない。なぜなら、国と地方公共団体は対等協力関係にあるからである。沖縄県が、係争委の審査段階で、沖縄県取消権説が原処分である本件承認処分の不当を理由とすることになる取消処分であることを自認した実質的な理由である。原処分の違法を理由とした取消処分は、原処分が違法でない（適法）場合には、当該取消処分は違法となり是正指示の理由となる。同じように原処分の不当を理由とした取消処分は、原処分が不当でない場合には、当該取消処分は不当となり、是正指示の理由となるか。国の関与制度の是正指示の理由は「法令に違反するとき」又は「著しく適正を欠きかつ明白に公益を侵害するとき」の2理由に限定されている。取消処分の「違法」は「法令違反の場合」であるが、取消処分が「不当」の場合には、是正指示理由の根拠条文がない。沖縄県は、その隙間を狙ったのであるが、国は、「著しく適正を欠きかつ明白な公益の侵害」要件の解釈により、本件取消処分は、その要件に該当することにより国の是正指示に理由ありとする法律構成をする。

「著しく適正を欠き」に限定して国の解釈の特徴をみてみよう。国は、沖縄県取消権説による不当を理由とする本件取消処分を国の関与の制度である「是正の指示」の対象とする（是正指示理由）ために、次のような「著しく適正を欠く」の解釈をする。

『著しく適正を欠き』とは、是正の指示の対象となった地方公共団体の法定受託事務の事務処理が当該事務の趣旨・目的に反したり、その乖離が甚だしいなど、事務の処理がその本来の趣旨・目的に照らして著しく合理性を欠くことをいうものと解される。

これは、国と地方公共団体は、上下の関係にたつものではなく、独立

的・並列的な関係にあり、国の関与は、地方自治の原則に対する例外的な介入の場面であるから、行政部内における自己統制としての是正が可能とされる『不当』では足りず、より『高度な不当性』を要求したものである。」（5・9回答書112頁）。

つまり、是正指示の対象となる「高度の不当性」は「事務の処理がその本来の趣旨・目的に照らして著しく合理性を欠くこと」と定義するのである。

そして、「本件事務の処理である、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化とするという特質（①免許・承認の法的性質を土地所有権取得権説）を有するとともに、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（②第2号要件の趣旨を環境保全）、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（③埋立法の趣旨）、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（④第1号要件の趣旨とともに免許・承認の趣旨・目的）にある（①～④及び（）筆者挿入）」（国5・9回答書113頁）。

したがって、かかる趣旨・目的からすると、免許（承認）を取り消すに当たっては、都道府県知事は、当該埋立てが実現しようとする目的の公益性や必要性について十分考慮すべきであり、自然環境の保全等について考慮すべきである。国が当該埋立ての目的の必要性や公益性をどう捉えているか確認しよう。

①本件埋立事業の必要性は、普天間飛行場の代替施設の建設のために、普天間飛行場の危険性の除去と防衛・安全保障の質を落とさないために辺野古沿岸域に代替施設を建設することが唯一の選択肢であるという「辺野古が唯一の選択肢」を根拠に、「国家的視点から計画された、しかも我

が国の防衛や安全といった国家存立の根本に関わる極めてハイレベルな政策に基づく事業であり、国民全体の利益を守るために真に必要な事業である。」

②普天間飛行場の周辺住民等の生命・身体及び財産に対する具体的な危険性が除去されることで、国民の生命・身体及び財産の安全を確保するという公益。

③「辺野古が唯一の選択肢」により、我が国の抑止力を維持する利益、潜在的紛争地域における危機発生時の対応能力を維持するという利益、尖閣諸島を含む南西諸島の防衛を十分たらしめる利益、シーレーンを防衛する利益といった、沖縄県民を含む国民の生命・身体及び財産の安全を確保できるという多大な公益。

④本件埋立事業は、平成8年の橋本・モンデール合意及びこれに続くSACO最終報告の内容、その後の日米間において、実に約17年間にわたり積み重ねられた数々の合意内容を実現するものである（「橋本・モンデール合意実現集積論」）。当該合意の内容を実現する手段が本件埋立て事業であり、これにより、我が国の安全保障上の最重要な同盟国である米国との信頼関係が維持されるという我が国の外交・安全保障上の公益。

⑤普天間飛行場の全面返還を実現による沖縄の負担軽減を実現させる公益。

⑥普天間飛行場の返還跡地利用による経済的利益は、返還前に比して、宜野湾市が受ける直接経済効果だけで年間3,700億円以上と莫大なもので、付近住民に広く還元され、宜野湾市の経済発展を促し、ひいては沖縄県全体の発展につながり、最終的には我が国の発展、国民の増大といった国益につながるのである。」

そして、結論として、「本件取消処分は、行政行為の取消しという事務の本来に趣旨や目的に照らして、著しく合理性を欠くものであるから、『著しく適正を欠く』ものである」（国5・9回答書117頁）。

上記①～⑥の事実主張は、前記の「橋本・モンデール合意」より「関係者による多大な努力と苦渋の決断の累積」により「辺野古が唯一の選択肢」の結論に至る経緯の事実により立証されるものである。また、この主張は、本件処分及び本件取消処分が地方自治の原則により是正の指示（関与）の対象とならない「単なる不当」を、地方自治の前提となる①「我が国の防衛や安全といった国家存立の根本に関わる極めてハイレベルな政策に基づく事業であり、国民全体の利益を守るために真に必要な事業」の承認取消しを「高度な不当性」として、地方自治の原則の例外として是正の指示の対象とするための法律構成である。地方公共団体と国との役割分担の難問、しかも、沖縄と日本政府の歴史的関係を踏まえた法律構成であり、この法律構成が、沖縄県の係争委での実質的「敗訴」の本質的理由である。

##### 5 沖縄の米軍基地過重負担は近代民主国家の問題

国の前記①～⑥の事実が「わが国の防衛や安全といった国家存立の根本に関わる極めてハイレベルな政策に基づく事業」として効果をもつのは、米軍基地が適正な規模で、つまり「国土の均衡ある発展」のなかで法律的、行政的に意味をもち得る場合であり、全国比で約468倍もの沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実の中では、全く逆の意味をもつのである。まさに「わが国の防衛や安全といった国家存立の根本に関わる」米軍基地を約468倍もの過重負担、しかも71年間も負担している現実で「国家の存立の根本」を理由とすることは「国家の存立を根本」から否定しているからである。

ところで、前述した①「橋本・モンデール合意の目的論」、②「関係者による多大な努力と苦渋の決断の累積論」、③「辺野古が唯一の選択肢論」の分析補助線として、(一)地域、(二)国家、(三)国家の質、が概念化できるとすれば、(一)地域および(二)国家を規定するのは(三)国家の質である。(一)

地域は沖縄であり、(二)国家は日本であり、(三)国家の質は「近代民主国家」である。この分析補助線で見ると、国は本件取消処分（本件辺野古埋立て承認）の問題を「国家存立の根本」として(一)地域および(二)国家を規定する(三)国家の質のレベルつまり日本国家の質である「近代民主国家」のレベルで捉えるべきと考えることができる。「国家存立の根本」の内容はその「国家の質」に規定されるからである。つまり、辺野古埋立て承認問題は、近代民主国家である「わが国の防衛や安全」保障政策の観点から判断される問題だということである。

この(三)国の質・近代民主国家の観点から本件問題を判断すると、敗戦国の国民に敗戦後71年わたり、130万人の住む国土（沖縄本島）の約18%も米軍基地（221平方km）が占有し続けるということは「国家の存立の根本」（国家の質・近代民主国家）においてありえないのである。つまり、沖縄県が日本政府に勝つ必然性は、つまり本件承認処分の違法性が大きく本件取消処分すべき必然性は、「国家の存立の根本」（国家の質・近代民主国家）のレベルで「沖縄の米軍基地過重負担」が著しく不合理であり理不尽だからである。

辺野古訴訟の争点で、国側は、米軍基地過重負担を第1号要件の判断要素から排除することが訴訟戦略であるのに対し、沖縄県は、この本件埋立て承認に至る17年の経緯を本件埋立て承認及び取消権濫用の判断要素から排除することを訴訟戦略とすべきであった。国は見事に成功し、沖縄は訴訟戦略に達していなかった。

## 第5節 沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実

### 第1款 序

第3論点は、係争委の審査過程及び違法確認訴訟を踏まえて、取消権発生原処分違法性説を前提に、沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実の法律構成を展開することである。この論点は、第1に、沖縄県の勝訴

のためには、原処分違法性説を前提とするので、国による7月22日の違法確認訴訟の訴状に対する沖縄県の答弁、被告第1準備書面及び前記釈明書(1)において、沖縄県は、裁判上、沖縄県取消権説の自己否定を含意する。その原処分違法性説への実質的変更の意味を確認する（第2款）。そして、第2に、米軍基地過重負担の歴史的現実の理論構成の展開過程を、埋立法の理論構成、特に埋立法4条1項1号の「国土利用上適正かつ合理的なること」の解釈論の変更の観点から段階付けし（第3款）、第3に、米軍基地過重負担の歴史的現実の不利益を、地位協定の排他的管理権による「自治権の空白地帯」による不利益と理論構成（自治権空白地帯論）するか、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不利益と理論構成（土地所有権米軍基地固定化論）とするかが問題となる（第4款）。最後に、第4に、その後者の土地所有権米軍基地固定化論の内容を述べることにする（第5款）。

## 第2款 原処分違法性説を前提

係争委の判断回避決定による実質的却下を踏まえて、決定後の裁判となった違法確認訴訟において沖縄県は沖縄県取消権説の自己否定を含意する、原処分違法性説へと実質的な変更をする（形の上では沖縄県取消権説は残存）。前記のように、沖縄県取消権説は、係争委の段階において、原処分の不当を理由とする沖縄県に不利な法律構成であることが判明し、裁判上では、原処分の違法性が要件事実となるので、不当を理由とする沖縄県取消権説の主張は理由なしとして敗訴が目に見えているからである。

その敗訴の可能性を回避するために、沖縄県は、係争委決定（6月17日）後の裁判となった国による違法確認訴訟（7月22日提訴）における8月1日提出の答弁書及び被告第1準備書面において、本件取消処分の違法性に関する新たな法律構成をした。つまり①「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」(沖縄県取消権説)の主張立証(第2号要件・被告第1準備書面86頁～111頁、第1号要件・同145頁～168頁)に、「及び」として「②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」(原処分違法性説)の主張立証(第2号要件・同112頁～125頁、第1号要件・同168頁～172頁)を追加したのである。

さらに、①と②の関係に関して、沖縄県は、釈明事項1(4)の回答において、まず②に関して「原処分の裁量の逸脱、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、そして、①と②の関係に関して「司法審査の方式の問題として、本件埋立承認の裁量の逸脱・濫用を裁判所が直接に判断し、これを本件埋立承認取消の判断に優先させるという判断代置的審査をおこなうことはできないと主張しているものであるが、司法審査の方式は、弁論主義の問題ではない。」(沖縄県平成28年8月10日釈明書〔1〕26頁)と回答したのである。

この新たな法律構成は沖縄県による沖縄県取消権説の自己否定を含意する。なぜなら、沖縄県取消権説の内容は「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)ということであるが、審理の対象となるのは、①「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」(沖縄県取消権説)であり、②「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」ではないという主張は、代執行訴訟の冒頭から係争委の審査申出書まで一貫した沖縄県の本質的主張であったからである。その内容を沖縄県の主張で確認する。

「①審査に際して、まずもって留意されなければならないことは、審査の対象とされるのは、仲井真弘多前沖縄県知事による公有水面埋立承認

処分（本件埋立承認）という行政処分の違法性ではないということである。

②審査の対象となるのは、翁長雄志現沖縄県知事による公有水面埋立承認についての取消処分（本件埋立承認取消）という行政処分の違法性である。

③現沖縄県知事による埋立承認出願の要件適合性判断に係る裁量に逸脱ないし濫用に有無が審査の対象である（①②③筆者挿入。）（沖縄県3月22日審査申出書34頁、沖縄県4月4日反論書〔1〕から①が削除され、原処分違法性説が追加される）。しかし、沖縄県の5月2日の回答書以降、係争委審査では原処分は違法（原処分違法性説）又は不当（沖縄県取消権説）を理由に取消できるとし、①か②の選択は無意味となる。そして、争点は、取消権発生後の取消権の許容性（取消権制限法理）、取消処分裁量権濫用（要件裁量の逸脱・濫用）、取消権限濫用（効果裁量の逸脱・濫用）の問題に移ることになる。

ところで、原処分の違法を「要件事実」とする裁判では、原処分の不当を理由とする沖縄県取消権説の主張は理由なしとなるので、原処分違法性説で原告・国の本件埋立承認処分の適法の請求原因に対して、被告・沖縄県は本件埋立承認の違法を抗弁として主張立証することになる。さらに、国は再抗弁として取消制限法理を主張立証することになる。なお、違法を理由とする取消権の実質的根拠が違法状態の回復を根拠とするので取消権限濫用の成立の可能性は殆ど存在しない。かくして、裁判の舞台は取消権制限法理の成否に移るが、その成否は、本件埋立承認の違法性の強さに規定されるところ、沖縄県の勝機は本件埋立承認の違法性の強さを主張立証できるかどうかにかかるといえる。そして、その本件承認処分の強い違法性は米軍基地過重負担の歴史的現実の法律構成によるのである。

### 第3款 米軍基地過重負担の法律構成の展開

#### 1 米軍基地過重負担の判断対象の4段階

米軍基地過重負担の法律構成の問題は、その前提問題の場面として、第1に、本件埋立て承認の米軍基地土地利用権原確保の段階、第2段階として、第1段階を前提に、米軍の軍事活動の拠点としての米軍基地建設の段階に区別し、そして、米軍基地過重負担の問題を、第1段階の米軍基地土地利用権原確保段階の本件埋立て承認の判断対象・要素の問題とした上で、米軍基地過重負担の歴史的現実の法律構成の展開を、次の4段階に区別することにより、争点を明確にする。

米軍基地過重負担の理論構成の段階は、第1段階として、米軍基地は、埋立予定区域の米軍基地に限定され、陸地（沖縄本島）の米軍基地は承認の判断対象から除外される段階、第2段階は、陸地の米軍基地も「埋立地の用途」が「米軍基地」であることを媒介にして、埋立て承認の判断対象となる段階、そして、第3段階は、陸地の米軍基地が埋立て承認の判断対象とするとして、沖縄本島全体の米軍基地全体が判断対象となるか、その法律構成をどうするか段階である。地位協定の排他的管理権等による「自治権の空白地帯」による不利益（自治権空地帯論）か、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不利益（土地所有権米軍基地固定化論）かの対立となる。そして、第4段階が、沖縄県の勝機は土地所有権米軍基地固定化論にあると判断し、その内容を展開する（この第4段階は次款で考察する）。

#### 2 第1段階：埋立予定区域の米軍基地に限定

まず第1段階は、埋立予定区域の「米軍基地」に限定して、その「埋立地の用途」としての「米軍基地」であることによる周辺地域への自然環境への影響に限定される段階で、沖縄県の第1号要件の旧解釈である。

つまり、埋立法の法的性格を「埋立てに関する法律」と捉え、第1号要件の解釈を「埋立自体及び埋立後の土地利用が周辺の自然環境へ与える影響」として「埋立予定区域の米軍基地」による自然環境保全に限定する定義により、陸地（沖縄本島）の米軍基地は排除され、第1号要件の趣旨を環境保全に純化する（環境保全説）。つまり埋立予定区域の米軍基地からの自然環境への悪影響に限定され陸地（沖縄本島）の米軍基地は本件埋立て承認の判断の対象外とされた。そして、陸地（沖縄本島）の既存の米軍基地（過重負担）による不利益は日米地位協定の排他的管理権等の問題となる。すなわち、「米軍基地には排他的管理権等のため自治権が及ばないことにより広大な米軍基地の存在が沖縄県の地域振興の著しい阻害要因となっていること、米軍基地に起因する様々な負担・被害が生じていること」（沖縄県3月22日付け審査申出書168頁）である。

しかしながら、沖縄本島の米軍基地の現実つまり米軍基地過重負担の問題が本件埋立て承認の問題から除外する第1号要件の解釈に疑問、批判が生じたので、しかも、第三者委員会報告の特徴が、米軍基地過重負担の不利益が埋立て承認の法的瑕疵の判断要素となっていること、県民の多くが米軍基地過重負担の被害・不利益が辺野古埋立て承認の反対の要因としていることを踏まえて、沖縄県は、米軍基地過重負担の不利益を第1号要件の判断要素とすべきとして、旧解釈を変更する次の第2段階に移るのである。

### 3 第2段階：陸地（沖縄本島）の米軍基地も対象

第2段階は、第1号要件の「国土利用上適正かつ合理的なること」の判断要素となる「埋立地の用途」は陸地の国土（土地）利用計画の一環で捉えられるので、「埋立地の用途」としての「米軍基地」は埋立予定区域外の陸地（本島内）の「米軍基地」も判断対象となるとする段階である。沖縄県は、第三者委員会報告に倣って、埋立法を土地収用法と類似

の性格として埋立法の法的性格を「土地の合理的利用の法律」と捉え、その「土地の適正且つ合理的利用」を「公共の利益の増進と私有財産の調整」即ち土地所有権の合理的制限の原理を公共の福祉の増進に求める（公共の福祉増進説）のである。つまり、第1号要件の趣旨を「土地合理的利用説」と捉え旧説の「環境保全説」を変更するのである。

そして、米軍基地過重負担の前提である米軍基地が第1号要件の判断対象となるかに関して、沖縄県は、第1号要件の解釈を「埋立自体及び埋立後の土地利用が周辺自然环境へ与える影響」（代執行訴訟被告第1準備書面15・16頁）として埋立予定区域周辺の環境保全に限定（純化）する旧解釈から、「公有水面埋立法の免許・承認要件適合性の判断は、埋立て自体及び埋立地の用途・埋立後の土地利用を対象になされること」（違法確認訴訟被告第1準備書面127・128頁、既に、県4・2反論書で変更）に変更する。この新解釈により、「埋立地の用途」を媒介にして陸地の米軍基地も第1号要件の判断対象・要素となるのである。

沖縄県が陸地（沖縄本島）の米軍基地を埋立て承認の判断対象・要素する法律構成の経緯は、まず、代執行訴訟の2月15日知事尋問で、翁長知事は、「米軍基地は経済発展の最大の阻害要因」だとし、新都心地区の基地跡地利用の経済効果を証言したことである。裁判上、米軍基地問題を経済問題とした歴史的証言で、沖縄県のこれまでの見解（環境保全説）を否定するものである。そして、その証言を受けて、係争委の審査過程における沖縄県の4月2日反論書(1)で、米軍基地過重負担のなかでの米軍基地を「地域計画や経済発展等の地域振興についての阻害要因」（沖縄県反論書{1}17頁）として埋立てによる米軍基地建設の不利益（評価障害事由）として位置付けるのである。

さらに、係争委の4月22日知事意見陳述において、次のように陳述するのである。「返還跡地の利用から生まれている経済効果は、例えば約30年前に返還された米軍住宅地、現在的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障害要因と言える」

次に、米軍基地過重負担が埋立て承認の判断対象・要素となる第3段階をみてみよう。

#### 4 第3段階：米軍基地過重負担の歴史的現実を判断対象・要素

第2段階の「埋立地の用途」としての「米軍基地」を媒介とする陸地の米軍基地が承認の判断対象となることは、地域形成計画上の「土地の用途」の埋立版の「埋立地の用途」概念に、陸地の土地利用の実情である米軍基地過重負担は内在しているのであるが、この第3段階の米軍基地過重負担が判断対象・要素となるのは、「国土の均衡ある発展」の基本理念の観点から米軍基地過重負担の不利益の評価が内在している点で特徴がある。まず、米軍基地過重負担の内実を確認して、次に、その法律構成の機能及び評価を検討する。

##### (1) 米軍基地過重負担の内実

本件埋立て承認の判断対象・要素となる米軍基地過重負担の歴史的現実の内実は、次のように静態的面積と動態的機能に区別される。

米軍基地過重負担の静態的面積を、第三者委員会報告は次のように纏めている。「沖縄県には、平成24年3月末現在、県下41市町村のうち21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。ちなみに他の都道府県の面積に占める米軍基地の割合をみると、本県の10.2%に対し、静岡県及び山梨県が1%台であるほかは、1%にも満たない状況であり、また、国土面積に占める米軍機基地の割合は0.27%となっている（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。)。(同上・45頁)。

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の問題」、⑤「不平等な基地負担の国民の安全保障観への悪影響」で構成される5事由である(①～④同上・45頁参照)。この5不利益が1号要件の評価障害事由として評価基準である「地域経済向上の公共性」と「米軍基地の公共性」に照らして判断される。

## (2) 米軍基地過重負担を判断対象とする法律構成

そして、第2段階の陸地(沖縄本島)の米軍基地を本件埋立て承認の判断対象とした沖縄県は、次のように第3段階として米軍基地過重負担も、その判断対・要素とする法律構成をする。

「沖縄県における過重な基地負担や基地負担についての格差の固定化という不利益は、『国土利用上適正且合理的ナルコト』の総合判断の重要な判断要素であると考えられるにもかかわらず、適切に考慮されていないのであるから、考慮要素の選択及び判断の過程は合理性を欠いているのである。」(沖縄県4・4反論書{8}151頁)。

この法律構成を根拠に「前沖縄県知事のした本件埋立て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」(沖縄県4・4反論書{1}23頁)という主張になったと考えることは容易である(しかし、5・2回答書で「不当」を理由とする取消しを認めて、この原処分違法性説は無意味化される)。

この第1号要件の判断対象となる米軍基地過重負担は利益・不利益の比較衡量の総合的判断の枠組みの判断要素としては利益・不利益(価値)の形となる。なぜなら、「国土利用上適正かつ合理的なること」の意義は「埋立てにより得られる価値と失われある価値の比較衡量という総合的判断であること」(違法確認訴訟被告第1準備書面125頁)だからである。そ

して、「国土の適正かつ合理的利用」の基本理念として国土利用計画法2条は「国土の均衡ある発展」と「健康で文化的な生活環境の確保」を規定するが、この「国土の均衡ある発展」を第1号要件の解釈理念とする。そして「『均衡ある発展』を阻害することは、国土利用の基本理念に反するものであり、『国土利用上適正且合理的』とは言えないことになる」（同上・被告第1準備書面125頁）。したがって、「国土の均衡ある発展」を阻害している米軍基地過重負担は埋立法の趣旨である「国民経済・地域経済向上を阻害」し、第1号要件に著しく反する強い違法性を帯びているのである。すなわち、その「均衡ある発展」の阻害要因と阻害度を沖縄県は次のような過重な「米軍基地」の跡地利用の経済効果で立証している。

「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、米軍基地の存在は沖縄県における健全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」（同上・被告第1準備書面150頁）。この個別米軍基地（跡地）の集中・集積である米軍基地過重負担の想像を超える莫大な経済効果（機会費用・機会喪失の沖縄県民の不利益）が想定されているのである。

したがって、この叙述は、米軍基地過重負担の不利益が、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が広大な米軍基地の土地利用に固定化されていることを示しているのである。なぜなら、土地所有権は特定人が特定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）であり、その客体である土地は、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ところの「公共的な資源」であり、また、その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

の「地域性」をもち、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等「公共の利害に係る特性」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）。このように米軍基地過重負担の不利益を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理論構成を「土地所有権米軍基地固定化論」とする。

他方、沖縄県は、米軍基地過重負担による不利益に関して、日米地位協定の排他的管理権等による「巨大な自治権の空白地帯」も不利益の要因として主張する。

「米軍基地には、日本国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、自地権の及ばない地域、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（違法確認訴訟被告第1準備書面150頁、同被告第8準備書面151頁）」。

したがって、「こうした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の振興開発を図る上で大きな障害となっている（同上・150頁）。このような理論構成を「巨大な自治権空白地帯論」と称する。

つまり、沖縄県は、米軍基地過重負担の不利益の要因の理論構成に関して、現象的には、違法確認訴訟で初出の「土地所有権米軍基地固定化論」と係争委の審査段階から主張されている第2段階での「巨大な自治権空白地帯論」が混在していることになる。どの法律構成を選択すべきか肝要となる。

「巨大な自治権空白地帯論」は、その論自体、知事に権限がないことを

意味している。この沖縄県の主張は失当となる。知事は、国防・外交上の観点からの政策的、技術的な裁量に基づく地位協定上の国の決定の当否を、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である。国は係争委において次のように主張している。

沖縄県知事に「国防・外交上の観点からの政策、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」（国3月29日答弁書107頁）とした。

沖縄県は、米軍基地過重負担の不利益を第1号要件の判断要素とするために、「巨大な自治権空白地帯論」を「土地所有権米軍基地固定化論」へと徹底すべきであると考えた。したがって、第4段階として、米軍基地過重負担の不利益の土地所有権米軍基地固定化論を位置付けることができる。次款で考察することにしよう。

#### 第4款 米軍基地過重負担不利益の土地所有権米軍基地固定化論

##### 1 土地所有権米軍基地固定化論の機能

第1号要件の適合性判断は埋立てにより得られる価値（利益）と失われる価値（埋立てにより生ずる不利益）の比較衡量という総合的判断である。第1号要件の総合的判断の一判断要素である埋立てにより生ずる「不利益」と米軍基地過重負担の「不利益」とはどう違うか、同じか。つまり、埋立てにより生ずる不利益として米軍基地過重負担の不利益はそのまま判断要素となるのか。言い換えると、埋立予定区域の「埋立地の用途」の「米軍基地」の不利益と陸地の米軍基地（過重負担）の不利益とは、1号要件の判断要素として同じ平面での不利益か。さらに言えば、米軍基地過重負担の現実の不利益が判断要素となるのか、それとも、その歴史的現実を概念操作して、第1号要件の判断要素となるのか。その

問題に答える前に、米軍基地過重負担の不利益の要因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理論構成（土地所有権米軍基地固定化論）における米軍基地過重負担の不利益を個別・具体的に考察する。米軍基地過重負担の不利益をイメージするためである。

## 2 米軍基地過重負担の不利益のイメージ

土地所有権が広大な米軍基地（221km<sup>2</sup>・県民の約9割130万人の住む沖縄本島の約18%）の土地利用に固定化されることによる沖縄県民の不利益は、土地所有権の積極的行使による積極的不利益（米軍人の犯罪、公害等）と土地所有権が行使できないことによる地域経済上の消極的不利益（機会費用、機会喪失等）に区別できる。

ところで、米軍基地過重負担の内実・不利益は、①「地域経済向上の阻害要因」、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の問題」、⑤「不平等な基地負担の国民の安全保障観への悪影響」の5事由・不利益で構成される。

そして、この米軍基地過重負担の5事由・不利益を、前述の、土地所有権が広大な米軍基地の固定化されることによる不利益の区別である消極的不利益と積極的不利益に配置すると、消極的不利益は、①「地域経済向上の阻害要因」であり、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の問題」、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。結論的には、沖縄県は、その5不利益事由を「国民経済・地域経済の公共性」及び「米軍基地の公共性」に照らして評価障害事由として主張立証することにより勝機を確実のものとするのであるが、その結論を検証してい

るのである。

それでは、それらの米軍基地過重負担の内実をなす5事由・不利益が、そのまま第1号要件適合性判断の評価障害事由の不利益として判断要素となるかである。この問題を、①「地域経済向上の阻害要因」としての不利益と、③「後を絶たない米軍人・軍属による刑事事件の発生」としての不利益で考察する。

### 3 ①「地域経済向上の阻害要因」としての不利益

まず、消極的不利益に関しては、つまり、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消極的不利益は、米軍基地過重負担が地域経済の著しい阻害要因であることであり、その内容は、米軍基地跡地利用にみる米軍基地過重負担の機会費用負担の経済的不利益で証明されている。米軍基地返還跡地の「経済効果」、「機会費用」の推計を現在8地域13.8km<sup>2</sup>からさらに拡大して、130万人の生活、生産基盤である沖縄本島の約18%、221km<sup>2</sup>の経済効果、「機会費用」を想定することができる。なぜなら、その莫大な経済的不利益は、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不利益だからである。この米軍基地過重負担による県民の経済的不利益の法律構成は第1号要件の「国土利用上適正かつ合理的なること」の裁量判断において、「地域経済向上の公共性」及び「米軍基地の公共性」の評価障害事由（埋立てによる生ずる不利益）としての「地域経済向上の阻害要因」の内容となる。

そして、米軍基地過重負担による不利益が本件埋立て承認の判断要素となるとしても、その米軍基地過重負担による不利益事実そのものが直接、第1号要件の判断要素となるのではない。沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実により、その米軍基地過重負担を米軍基地の跡地利用の直

接経済効果、機会費用、機会喪失等の概念構成により、米軍基地過重負担が国民経済・地域経済の阻害要因であることを概念的に捕捉することを前提に、まだ存在していない米軍基地を建設するための土地利用権原としての土地所有権を創設する本件承認において、地域形成計画の権限をもつ沖縄県知事の埋立て承認の地域形成計画上の裁量判断レベルで判断要素となるのである。なぜなら、埋立て承認の本質は「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を付与することにより国民経済・地域経済の向上に資することにあるからである。すでに、沖縄県民の約9割の130万人が生活・生産の場としている沖縄本島が米軍基地過重負により、その地域経済向上の最大の阻害要因であることを、沖縄県知事は認識し、認識すべき状況で、その阻害要因となる米軍基地建設のための埋立て承認をすべきでない責務を沖縄県知事は負っているのであり、もし、それを考慮要素とせずに承認したとすれば、まさに、沖縄県知事の埋立て承認・裁量処分の裁量権の逸脱・濫用にあたる強い違法性ということになるのである。

要するに、沖縄県民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）に莫大な「機会費用」の「経済的不利益」を戦後70年も受け続けてきたのであり、その沖縄地域に、米軍基地建設のために辺野古沿岸域の埋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こと」に著しく反する強い違法性を帯びるのである。したがって、当年の稲嶺知事・岸本市長の辺野古沿岸域での新米軍基地建設の「承認」は、同様に強い違法性を帯び、無効であり、「苦渋の決断の累積」にはならないのである。

#### 4 ③「後を絶たない米軍人・軍属による刑事事件の発生」の不利益

この「後を絶たない米軍人・軍属による刑事事件の発生」事由は、土地所有権米軍基地過重負担の積極的不利益の観点から捉えると、米軍基地過重負担は、米軍人犯罪の発生源対策として捉えられることになる。つまり、米軍人等の犯罪をなくすためには、米軍基地を全面撤去するか整理縮小するということである。

米軍人の犯罪発生源対策としての米軍基地過重負担論を詳述すると次のとおりである。この米軍基地過重負担論は、米軍基地を土地利用権原の土地所有権の側面からみると、広大な米軍基地の自由な利用を原因とする犯罪の発生の危険性の高さを示すものである。約130万人の生活の場である沖縄本島の米軍基地過重負担は、米軍人による犯罪発生の危険性を高め、その受忍限度を超えることになる。軍人による犯罪の発生源としての土地所有権を権原とする米軍基地過重負担は許容範囲（受忍限度）を遥かに超えて犯罪数の増加の原因となっている。つまり、日本の陸地面積の0.6%の沖縄県に米軍基地の73.8%が所在する、その面積比約468倍もの、また、沖縄県民の9割の約130万人の住む沖縄本島（1208km<sup>2</sup>）の約18%（221km<sup>2</sup>）を米軍基地が占めるという米軍基地過重負担が米軍人・軍属の犯罪・凶悪事件の構造的要因である。この想像を超える米軍基地過重負担の中での米軍基地からの地域住民の生命・身体・生活環境侵害の危険性の高さは、その受忍限度の極限を超え、その極限が破壊に至らないためには、必然的に米軍基地の撤去、整理縮小の要求となるのである。なぜなら、米軍基地は、国民の生命・身体・財産を保障するための安全保障装置だからである。まさに、米軍基地建設のための辺野古沿岸域の埋立て承認を取り消し、受忍限度の極限状況を回避するためには、新米軍基地の建設を中止させるべきことになる。つまり、土地所有権取得権説の立場を前提とする土地所有権米軍基地固定化論によると、沖縄県における米軍人・軍属の刑事事件の発生の特に凶悪事件の多さは、県民の

命と暮らしを守る責任を負う沖縄県知事の埋立て承認の地域形成計画上の裁量判断レベルの判断要素となるのである。したがって米軍人等の犯罪発生源対策として過重負担の「米軍基地」を整理縮小すべき沖縄県知事が、新たな海兵隊の「米軍基地」建設のために埋立て承認をしていたとすると、まさに、裁量権の範囲の逸脱・濫用の強い違法性を帯びることになるのである。

法律的には、米軍基地を発生源とする米軍人等の犯罪の発生の歴史的現実、既存の米軍基地は米軍人等の発生源対策として知事の権限はないが、その発生源対策となる米軍基地そのものを新たに建設するため土地利用権原確保のための埋立て承認は知事の権限であるので、その平面での犯罪の発生源対策として知事の埋立て承認の裁量判断となり、知事の米軍人犯罪の発生源対策として新たな米軍基地建設を阻止する権限に形を変えているのである。つまり、米軍人等の犯罪の発生源対策の知事の権限として米軍基地建設のための本件埋立て承認の裁量判断となっているのである。

このような③の米軍人等の犯罪発生の不利益以外の他の積極的不利益である②、④、⑤の諸不利益も同様の理論構成で、沖縄県知事の本件埋立て承認の地域形式計画上の裁量判断の判断要素となっているのである。

## 第5款 小結

本件埋立て承認の違法性判断で理論的問題となるのは、本件埋立て承認の判断要素は、①「埋立地の用途」の「米軍基地」による不利益であるが、②陸地（沖縄本島）の既存の「米軍基地過重負担」による不利益が、なぜ埋立て承認の判断要素となるか、言い換えると、①「埋立地の用途」の「米軍基地」による不利益と②陸地（沖縄本島）の既存の「米軍基地過重負担」による不利益とは埋立て承認の判断要素のレベルでは同じかである。

本稿の結論は、①の不利益と②の不利益は本件埋立て承認の判断要素の平面では沖縄県知事の地域形成計画上の埋立て承認の裁量判断レベルでは、同じ性質であるということである。

なぜなら、①と②による不利益は、土地所有権が広大な米軍基地の土地利用に固定化されていることによる土地所有権制限の不利益だからである。土地所有は土地（特定地）の時空間を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その他国民の諸活動の原動力・基盤であるからである。陸地の既存の米軍基地過重負担も「埋立て用途」としての「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という平面では全く同じだということになる。土地所有権は時空間の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は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埋め立てて新たな米軍基地を建設すること承認することを意味する本件埋立て承認の強い違法性に彰表・化体するのである。

つまり、沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実を構成する、①「地域経済向上の阻害要因」、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の問題」、⑤「不平等な基地負担の国民の安全保障観への悪影響」の5事由・不利益は、本件埋立て承認の強い違法性に彰表・化体しているのである。

ここに、近代民主国家における最高裁判所での沖縄県の勝訴は目に見えることになるのである。

## 第6節 本稿の構成

本稿の構成は、第2章で、「国地方係争処理委員会の審査の展開」において、沖縄県取消権説が原処分「不当（の瑕疵）」を理由とする取消処分であることを審査の過程で確認する。第3章の、「本件取消処分の違法性と沖縄県取消権説」において、原処分の不当を理由とする取消処分である沖縄県取消権説が法理論として破綻していることを確認する。第4章は、「本件承認処分の違法性と土地所有権」において、沖縄県の旧理論構成である環境保全説から新理論構成の国土・土地の合理的利用説への原理的転換を確認し埋立承認の法的性質論の非権利説から土地所有権権説への転換の可能性を検討する。最後に、第5章では、不作為の違法確認訴訟における沖縄県の理論構成を、沖縄の米軍基地過重負担の法律構成を基本に、これまでの理論構成の展開である、拙稿の理論構成、第三者委員会の理論構成、沖縄県の旧理論構成、国の理論構成、そして、違法確認訴訟の被告第1準備書面における、沖縄県の新理論構成への転換とその内容、そして、最後に違法確認訴訟の高裁判決を位置づけ評価して総括とする。

## 第2章 国地方係争処理委員会の審査の展開

### 第1節 概説

本章は、係争委の審査の過程を検討することにより、沖縄県取消権説が原処分の不当を理由とする取消権発生であることを確認すること、また、取消権の発生が原処分である本件承認処分の不当を理由とした場合に、是正指示の理由である「法令に違反する」（違法）として、①本件承認処分の「違法又は不当」の判断、②取消権制限法理の成否、③本件取消訴訟処分裁量権濫用（要件裁量の逸脱・濫用）、④取消権限濫用（効果裁量の逸脱・濫用）の成否、そして、もう一つの是指示の理由である⑤「著

しく不適正かつ明白な公益侵害」の判断への影響を確認することである。つまり、原処分の不当を理由とする理論構成として確認される沖縄県取消権説は沖縄県にとって不利な理論構成であることが国の5・9回答書の法律構成により判明したことを確認することである。

ところで、本件取消処分の違法性は代執行訴訟において訴訟物であり、また国による是正指示の理由の一つでもある。国は代執行訴訟の本件取消処分の違法性の請求原因として本件承認処分の適法性、取消権制限法理を法律構成したのに対し、沖縄県は取消訴訟処分の違法性（訴訟物）の審理の対象を沖縄県取消権説で一貫して主張立証してきた。沖縄県取消権説とは、職権取消権の発生根拠は原処分の違法にあるとする原処分違法性説に対して、取消処分者が、原処分の所定の要件の充足を欠いていると判断した場合に取消権が発生するとする見解である。つまり、①前沖縄県知事は、本件承認出願が公有水面埋立法（埋立法）上の要件を充足しているとして本件埋立承認をしたものであるが、②現沖縄県知事は、本件承認出願は埋立法上の要件に適合しているか否かについて検討した結果、同法4条1項1号及び2号の要件に適合していないと判断して本件取消処分をしたというのである。職権取消権（取消権）は原処分の違法を理由として発生するのが原則であるが、原処分が不当の場合も取消権が認められている。本章の係争委の審査過程の検討により判明したことは、沖縄県取消権説は取消権発生の理由である原処分の違法又は不当の場面に移すと原処分の不当を理由とした取消処分となることを沖縄県が自認したことである。原処分者（①前知事）は所定の要件の適合・適法との判断をして本件承認処分をしたのに対し、取消処分者（②現知事）が不適合・違法として本件取消処分をしたような正反対の処分をした場合には、本件取消処分は自庁内の自主的・自立的判断であるので、客観的には原処分の不当を理由とした取消処分となるのである。国の関与における違法と不当の区別は、自治事務に関して、「当該国の関与が違法で

なく、かつ、地方公共団体の自主性および自立性を尊重する観点から不当でない」、「逆に、国の関与が違法であり、または、上記の観点から不当である」(250条の14第1項)との表現に見られるように、「不当」は地方公共団体の自主性および自立性を尊重する観点からの行政庁部内の否定的評価である行政部内の合目的的違反であるが、「違法」は文字通り法律による行政の原理ないし法治主義の法律違反の違法という客観的法秩序違反である。つまり、「違法」は近代民主国家の法治主義による法秩序違反、「不当」は違法とまでは言えない行政部内の合目的的違反として区別され、「違法」は、最終的には法律による行政の原理の要請による裁判所の司法判断、「不当」は行政部内の役割分担原則を基盤とした判断となる。

詳細は後述するが、係争委の審査過程で沖縄県取消権説が原処分の不当を理由とした取消処分であることが判明した過程の概略は以下のとおりである。

沖縄県は国の是正指示の違法性を争点とする係争委の3月23日の審査申出書においても、本件取消処分の違法性として沖縄県取消権説を法的主張するが、国は、3月29日の答弁書で、本件承認処分の違法を理由とする場合には沖縄県取消権説の主張は理由なしと主張する。これを、受けて、沖縄県は、4月4日の反論書において、この主張の理由なしを回避するために、原処分違法性説を理由(請求原因)に追加する。しかし、国は4月11日の再答弁書において、これまでの主張に理由なしとして否定し続けてきた沖縄県取消権説自体の主張は認める。そして、4月22日の係争委の知事意見陳述等において、係争委による沖縄県取消権説は本件承認処分の「不当」を理由とする本件取消訴訟処分かの質問に対して、沖縄県側の弁護士の一人が「端的に言えば、不当を含む」と答える。即座に、係争委は、国に不当への対応を質問し、国は対応すると答える。係争委は、同日、沖縄県に、沖縄県取消権説は「不当」を理由とするものかの質問をし、沖縄県は5月2日の回答書及び再反論書で沖縄県取消

権説をもって内容的に「不当」を認める回答する。同日、係争委は、国に、沖縄県の回答書に対する回答を求め、国は5月9日に、「不当」を理由に「整理」した回答書を提出する。ここに、本件承認処分「不当」を理由とする本件取消処分の違法性が本質的争点となる。そして、6月17日、係争委は、判断回避の決定による沖縄県の実質的却下の「敗訴」の決定をするのである。

本章では、まず、第2節で、本件係争委審査の展開を考察する座標軸を設定し、次に、第3節において、係争委審査の展開を概観し、そして、第4節で、係争委審査の展開を詳述し、最後に、小括として、沖縄県取消権説が原処分の不当を理由とする取消権の発生の法律構成であることの6点の理由を述べる。

## 第2節 係争委審査の展開を考察する座標軸

### 1 職権取消権の二つ場面を座標軸

本件の係争委審査の展開を考察する座標軸は、職権取消権（取消権）の二つの場面の区別である。つまり、①取消権発生の場面と、取消権発生を前提に、②その取消権の許容性の場面の区別を、係争委審査の展開の座標軸とするのである。第1の取消権発生の場面は、職権取消権発生は「違法（の瑕疵）」又は「不当（の瑕疵）」を発生根拠（理由）に発生するが、その発生根拠の「違法（の瑕疵）」又は「不当（の瑕疵）」の区別である。そして、本件審査で判明した特徴は、沖縄県取消権説が仲井真前知事の承認（原処分）は「違法」ではないが「不当」であるとして翁長現知事が取消した（取消処分）という点である。第2の取消権の許容性の場面は、取消権の発生を前提に、その取消権の制限の在り方であり、取消権制限法理、本件取消処分裁量権濫用（要件裁量の逸脱・濫用）、取消権制限濫用（効果裁量の逸脱・濫用）の成否が問題となる。

## 2 取消権の発生場面（取消権発生の原因の違法又は不当の区別）

職権取消権（取消権）は、原処分の「違法」又は「不当」を理由として発生するが、沖縄県は取消権発生を理由を、後述する沖縄県4・4反論書で「不当」と明言したことである。

一般的には、違法と不当の区別は、違法が処分や手続きが法令に違反していることで、不当は、違法とは言えないが、その制度目的からみて適当でないことであるが、取消し理由の区別においては、どのような違いがあるのだろうか。原処分の「違法」を理由とする取消しは、「違法」が、客観的法秩序違反であるので、「原処分を無効」とすることによる「司法統制」である。これに対し、適法を前提とする「不当」は、制度目的からみて適当でないことなので、行政部内における「自己統制」として「原処分の是正が可能」とされるものである。

したがって、「違法」又は「不当」を理由とする取消しの実質的根拠は、「違法」の場合は、法律による行政の原理に基づく「適法性の回復」にあるが、「不当」の場合は「合目的性の回復」となる。つまり、法治主義の根幹をなす法律による行政の原理は「違法」の場合に限定され、「不当」の場合には働かない。

職権取消権（取消権）の理由（発生根拠）は何かに関して、原処分違法性説と沖縄県取消権説が主張されてきた。政府は、裁判上で主張できる取消権は、原処分の違法を理由とする見解で、沖縄県取消権説は、現知事が、前知事の所定の要件充足を欠いていると判断した場合は職権取消しが認められるとする見解である。取消処分の理由は原処分の違法ではなく取消処分者が所定の要件の充足を欠いているという判断とすることである。

### 3 取消権の許容性の場面（取消権制限法理、取消権限濫用等）

取消処分 of 違法性は取消処分の理由である原処分（本件承認処分）の違法性との相関関係にある。取消処分の適法性と原処分との相関関係は、①取消権の発生根拠の問題と取消権の発生を認めた上で、②当該取消権の行使（取消処分）が裁判所等で許容されるかの問題（当該取消処分の許容性の問題）に表われる。第1の取消権の発生根拠の問題は、基本的には、第1段階が、①原処分の「違法性」、第2段階が、②原処分の「不当性」、さらに、埋立法では、有力説として、第3段階の③取消処分者による「不合理性判断」（不合理性）に区別できる。第1場面では、取消権の発生（行使できる）の点では、①②③は等価値であるが、第2の取消権行使の許容性の場面では、その①「違法性」、②「不当性」、③「不合理性」は全く異なる。それは第1に行政レベル、第2に裁判レベル、第3に係争委レベルで区別される。

第1の行政のレベルでは、取消権は、原処分が、①違法、②不当、③不合理な場合に発生し、原則的に、取消処分が許容（取消権の行使）される。

第2の裁判レベルでは、取消処分は、原処分の①違法に限定される。したがって、取消処分を取り消す代執行訴訟の場合には「原処分の適法」（請求原因）、取消処分の適法性を求める取消訴訟（機関訴訟）の場合には「原処分の違法（の瑕疵）」（請求原因）を主張立証することになる。そして、取消処分の許容性（度）は原処分の違法性の強弱（実質的違法性）と相関する。原処分の違法性が大きいと取消処分の許容度が高まり取消処分が認められる。この原処分の違法性の強弱は埋立てによる利益と埋立てにより生ずる不利益の比較衡量である。沖縄県取消権説は、「現知事が埋立承認の要件を充足していないと判断した場合には、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。」（代執行訴訟被告第3準備書面25頁）。行政レベルで発生

した取消権の行使（行政処分）を裁判レベルでも認めるべきということが前提にある。しかし、裁判レベルでは、原処分の違法を要件事実（請求原因）とする取消処分の適法性は、取消権の根拠が原処分の違法にあるので、取消権濫用になる余地はほとんどないが、結果的には、原処分の不当（の瑕疵）を根拠とすることになる沖縄県取消権説は、取消権濫用の要件である「目的違反」を内在しており、事案によっては、取消権濫用の成立の余地が大きい。

第3の係争委レベルでは、行政処分の根拠法規が法定受託事務の場合には、原則として、①原処分の違法、自治事務の場合には、②原処分の「不当」も取消しの理由となる。埋立法は形式的には「法定受託事務」であるが、自治事務との限界事例であるので、②原処分の「不当」の場合にも係争委で審査してもらう価値はある。係争委レベルでの第2場面の取消処分の許容度は、当然、原処分の①違法、②不当の順に取消処分の許容度は高い。しかも、前述のように、②原処分の不当を理由とする取消権行使は、事案によっては取消権濫用の余地が広い。取消処分の適法性を主張する当事者は、原則として、原処分の違法性を主張立証すべきで、原処分の違法性の確信が持てない場合には、予備的に②原処分の「不当性」を主張立証すべきことになる。しかも、後述するように、本係争委では、沖縄県は、原処分の違法を理由に取消すべき主張を請求原因に追加した（沖縄県4・2反論書〔1〕23頁）。係争委審査で法定受託事務は原則として原処分の①違法であると考えたからであろう。したがって、係争委で本件取消処分の理由が「不当（の瑕疵）」の場合も認められるとすると（4・22知事意見陳述等）、沖縄県は沖縄県取消権説を「不当（の瑕疵）」を理由とする取消処分であることを自認することになる（沖縄県5・2回答書）。

以下、沖縄県取消権説は客観的には原処分の「違法」又は「不当」を理由とする取消処分かの観点から係争委の審査の過程を考察する。

### 第3節 係争委審査の展開の概観

国が、沖縄県取消権が結果的には原処分不当を理由とする取消処分であることの致命的弱点を突くカードを切ったのは、係争委からの5月9日の国に対する質問への国の回答書（国5・9回答書）においてである。係争委における審査の展開を本件取消処分の理由が原処分（本件承認処分）の「違法の瑕疵」か「不当の瑕疵」かの主張立証の観点から特徴的に概観する。

㊦沖縄県は、3月23日、再度の審査申出書を提出した（3・23審査申出書提出）。この段階では、取消しの理由は「違法の瑕疵」で、その主張立証は沖縄県取消権説である。

㊧3月29日に国の答弁書が提出される（国3・29答弁書）。国は、取消しの理由を「違法の瑕疵」に求める場合には沖縄県取消権説は本件承認処分の違法性の主張立証にはならず主張に理由なしと主張する。なぜなら「違法の瑕疵」とは前知事の承認が裁量逸脱・濫用という客観的な違法である必要があるからと主張する。

㊨4月4日に沖縄県の反論書の提出（県4・4反論書）となる。沖縄県は、国の主張に反論して、処分庁は「違法の瑕疵」に限定されず、違法と不当の区別を超えて全面にわたり審査できると主張する。つまり、係争委において原処分の違法又は不当を理由に取消しできると主張する。

㊩この反論書に対して国は4月11日に再答弁書を提出する（国4・11再答弁書）。国は、たしかに、処分庁は「違法と不当の区別を超えて全面にわたり審査できる」が、沖縄県の取消処分は「違法状態」の是正のためにしたのであるから、前知事の裁量逸脱・濫用という客観的な違法が必要だと主張する。つまり、沖縄県取消権説は、原処分不当を理由とする取消しの場合には認められることを示唆する。

㊪それらの主張等を踏まえて、4月22日、係争委において知事の意見陳述等がなされた（係争委4・22知事陳述等）。係争委の沖縄県に対する

質問で、取消しの理由となる瑕疵には「違法の瑕疵」と「不当の瑕疵」があるが、沖縄県は何を理由に取り消したかの同趣旨の質問を3回もする。そして、3回目は端的に、「本件埋め立て承認の瑕疵は『違法の瑕疵』でいいのか、それとも既になされた当初の埋め立て承認が違法とは言わないにしても、現知事の判断によれば、不当ないし、不適切だという主張も含んでいるのか」と質問する。この3回目の端的な質問に対して、沖縄県の弁護士は「端的に言うとは、不当な場合を含んでいるという結果になるかと思う」と答える。結論的に言えば、この答えで今回の係争委の勝敗は決したことになる。そこで、係争委は、国への質問の冒頭で、沖縄県の取消しは「不当の問題も含めて考えているという発言があった。もし県がそのような立場とすると、国側も承認不当であることについての反論をこれからするのか」と質問する。国は「内容いかんにもよる。〈中略〉、反論したい」と答える。

⑥まず、係争委は、4・22知事意見陳述等を踏まえて、同日の4月22日に沖縄県に質問とその質問に対する回答を求め、沖縄県は回答と共に再反論書を、5月2日に提出する（県5・2回答及び再反論書）。係争委は、第2質問事項として次の質問をする。

「本件承認が違法とは言えないとしても不当であるから、本件埋立承認取消しは適法である」旨の主張をするか否かを明らかにされたい。」

沖縄県の回答は次のとおりである。

「(1)『本件埋立承認が違法とは言えないとしても不当であるから、本件埋立承認取消しは適法である』旨の主張はしていない。

(2)審査申出人の本件埋立承認の実体的瑕疵にかかる主張は、『同一行政庁による職権取消しであるから、本件埋立承認について、現知事は要件適合性判断を直接的に行い、その結果、要件適合性を欠いたと認められたことから、本件埋立承認は法律上の要件を欠如していたにもかかわらずなされたもので違法の瑕疵があると判断したものであり、本件埋立承

認取消しは適法である』というものである。」

この(2)の答えは沖縄県取消権説である。なぜなら、沖縄県取消権説を原処分レベルに移すと「原処分の不当」を理由とする取り消しであることを5・2回答及び再反論書で明言するからである。「仮に、国地方係争処理委員会が『前知事の裁量逸脱・濫用がない』と判断しても、取消処分が適法である（直接審査すれば『要件適合性の欠如』が認められる）場合が存在することになる。この場合を、裁量逸脱・濫用という意味での『違法』と対置して『不当』と呼ぶ」（同上・再反論書10頁）とするからである。

つまり、沖縄県は、本件承認の「不当（の瑕疵）」を理由に取り消したとの回答を自認（明言）したことになる。したがって、次のような国の5・9回答書となるのである。

㊦係争委は、この沖縄県の回答に対する国の反論を求め、5月9日に国による回答書の提出（5・9回答書）となる。「相手方（国土交通大臣）は、本件承認処分には違法の瑕疵がないことを前提に主張してきたが、審査申出人も指摘するとおり、本件承認処分は違法の場合のみならず、不当の場合にも取消され得るものであるから、以下、これを前提に相手方の主張を整理する。」

㊧さらに、5月24日に沖縄県の再々反論が提出された（5・24再々反論書）。

以上、係争委の議論の展開は、沖縄県が本件承認の「違法」又は「不当」を理由に本件取消しをしたのかの1点につきる。なぜ、係争委も国も本件取消しの理由が本件承認の「違法」か「不当」か、を勝敗の帰趨を決する論点とするのか。それは、原処分の「違法」を理由とする取消権と「不当」を理由とする取消権の法的性質・効力（取消の許容性いかん）が全く異なるのである。「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）されるからである。敷衍すれば「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が。そして、それ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、行政行為の取消しの実質的根拠は、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〔第六版〕行政法総論』〔有斐閣、2015年〕189頁）。

つまり「違法な瑕疵」は「法律による行政の原理違反」、「不当の瑕疵」は「行政目的違反」と性質は異なるので、それを理由とする取消権の法的性質（取消の許容性いかに）も異なる。取消権行使の許容性の法理である取消権制限法理又は取消権濫用の法理の成否を規定するのである。

したがって、取消権の発生を原処分の「違法の瑕疵」を理由とする原処分違法性説では、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」（宇賀克哉『行政法概説Ⅰ〔第5版〕』〔有斐閣、2013年〕358頁）と定義され、したがって、「原則としては取消しをすべき」（宇賀・同上358頁）となるが、「不当な瑕疵」は「取消することができる」となる。その意味では、沖縄県取消権説が「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」（被告第10準備書面12・13頁）は、「取消権を行使できる」としているので、「原処分の不当」を理由とする取消しを想定していることになる。

原処分の不当を理由とする取消権は法律による行政の原理ないし法治主義上の「取消権」ではないのである。つまり、「本件承認処分が違法に達しない不当にとどまりうるものとして本件取消処分がなされたとしても、本件承認処分が適法であることが前提となる以上、本件承認処分は

法律による行政の原理に反していいないのであるから、職権取消しを行うに当たって同原理の要請は働かない」（国5・9回答書85頁）のである。

要するに、「行政処分は合目的でなければならないという要請に基づいて職権取消しができる場合があるとしても、行政処分が適法であることを前提とする取消しの要請は法律による行政の原理に基づく取消しの要請と比して強いものとはいえないから、不当を理由に取り消すことは、違法を理由に取り消す場合と比べて、より一層制限されるものと解される。」（国5・9回答書85・86頁）。

最終的に、6月の17日に係争委の判断回避の決定が出され、県と国に審査結果が21日に通知された。

ところで、裁判等において、ベストの勝利は、相手方の論理で勝つことであるが、国は、次のように、沖縄県の「不当」を高く評価する。「相手方（国土交通大臣）は、本件承認処分には違法の瑕疵がないことを前提に主張してきたが、審査申出人も指摘するとおり、本件承認処分は違法の場合のみならず、不当の場合にも取消され得るものであるから、以下、これを前提に相手方の主張を整理する。」この国の主張を整理した回答書が提出されたのが5月9日である（5・9回答書）。

そして、6月の17日に係争委の判断回避の決定がなされ、21日に県と国に審査結果が通知される。以下、その展開を詳述することにする。

#### 第4節 係争委審査の展開

係争委の審査の展開は、審査申出段階から係争委の決定まで、以下の13段階に区別できる。①第1段階：3・23審査申出書提出、②第2段階：国3・29答弁書、③第3段階：沖縄県4・4反論書、④第4段階：国4・11再答弁書、⑤第5段階：係争委4・22知事意見陳述等、⑥第6段階：沖縄県5・2回答・再反論書、⑦第7段階：国5・9回答書、⑧第8段階：沖縄県5・13意見書、⑨第9段階：国5・17再々答弁書、⑩第10段階

階：沖縄県 5・24 再々反論書・反論書、⑪第11段階：沖縄県 6・7 反論書、⑫第12段階：沖縄県 6・8 反論書、そして、最終の⑬第13段階：6月17日の係争委の決定である。以下、各段階を詳述する。

### 1 第1段階：3・23審査申出書提出（申出書は3月22日付け）

3月23日の審査申出書提出段階は原処分違法性説を排除した沖縄県取消権説の主張である。

「審査に際して、まずもって留意されなければならないことは、審査の対象とされるのは、仲井真弘多前沖縄県知事による公有水面埋立承認処分（本件埋立承認）という行政処分の違法性ではないということである。

審査の対象となるのは、翁長雄志現沖縄県知事による公有水面埋立承認についての取消処分（本件埋立承認取消）という行政処分の違法性である。

現沖縄県知事による埋立承認出願の要件適合性判断に係る裁量に逸脱ないし濫用の有無が審査の対象である」（3・23審査申出書34頁）。

この3・23審査申出書段階の請求原因（主張）は沖縄県取消権説だけである。この段階では、第1場面の取消権の発生根拠と第2場面の取消権行使の許容性の論点の区別は意識されていない。

### 2 第2段階：国3・29答弁書

この3・29答弁書段階では、まだ国は沖縄県取消権を認めず、取消権は本件承認処分の違法性主張立証を必要と主張する。また、取消権制限法理は主張するが、取消権濫用は主張していない。まず、国の沖縄県取消権説批判、次に、取消権制限法理の主張立証をみてみよう。

(1) 国の沖縄県取消権説の主張は理由がないとの主張

沖縄県取消権説と原処分違法性説の違いが明確にでているので、国の主張の全体をみてみよう。ここでの国の主張の論理は、まず、①沖縄県の取消処分の理由は本件承認処分の違法性であることを前提とする。そして、その①の本件承認処分の違法性は、②国は、その原処分違法性説であると主張するが、③沖縄県は、同一行政庁による自庁取消しであるから、埋承認申請の申請時の前知事と同じ立場において、公有水面埋立承認出願が法の要件に適合しているか否かを判断できるものとする沖縄県取消権説を主張するが、④国は、その主張に対して、自庁取消しも原処分に違法な状態が客観的に存在する必要があると主張する。したがって、⑤沖縄県の沖縄県取消権説の主張には理由がないとする。以下、その論理の展開をみてみよう。

①審査申出人は、前知事が第1号要件を満たさないにもかかわらずこれを満たすと判断した違法の瑕疵があるとして本件取消処分をしたものである。

②しかるに、本件承認処分に違法の瑕疵があるというためには、前知事が本件承認処分において、裁量権の範囲の逸脱・濫用をしたといえる必要がある。したがって、本件で問題となるのは、原処分である本件承認処分に係る前知事判断に裁量権の範囲の逸脱・濫用があるかどうかであって、本件取消処分に係る審査申出人の判断に裁量権の逸脱・濫用があるかどうかではない。

③これに対し、審査申出人は、同一行政庁による自庁取消しであるから、埋承認申請の申請時の前知事と同じ立場において、公有水面埋立承認出願が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、審査申出人の判断に裁量権の範囲の逸脱・濫用があるかどうかである旨主張する（審査申出書35ページ）。

④しかしながら、行政庁がいったんした行政処分について、それが違

法であるとして自ら取り消し得る実質的な根拠が、法律による行政の原理に基づく適法性の回復にあることからすると、違法を理由に自庁取消しをする場面において検討されるべきは、原処分に違法な状態が客観的に存在しているか否かであり、その存否について裁量権はないといわざるを得ない（違法であると認められる場合にこれを取り消すかどうかについての裁量権はあり得るであろう。）。

⑤したがって、裁量権を有する前知事と同じ立場において要件適合性を判断することができるかどうかの理解を前提に、本件において審査対象となるのは審査申出人の判断に裁量権の逸脱・濫用があるかどうかであるとする審査申出人の上記主張には理由がない（①～⑤筆者挿入。）」（国3・29答弁書 {1} 7・8頁）。

この段階までは、本件承認処分の違法性を理由とする場合に沖縄県取消権説で、その主張立証となっているかで、国は主張立証の対象は本件承認の違法性だと主張している。沖縄県は、この国の主張を考慮して、係争委の審査申出人は沖縄県で原告的立場にあるので、主張には理由がないことを回避するために、原処分違法性説を理由（請求原因）として追加したことが考えられる。背に腹は代えられない。埋立て承認の違法性の実質的判断をせずに、係争委の判断がなされるからである。次に、国の取消権制限法理の主張をみてみよう。

## (2) 取消権制限法理

取消権制限法理とは、国の主張によると、次のとおりである。

まず、①審査申出人（沖縄県知事）の自庁取消しが適法であるためには、少なくとも、前知事の本件承認処分に違法の瑕疵があるといえる必要がある。②さらに、最高裁昭和43年11月7日第一小法廷判決・民集22巻12号2421頁（最高裁昭和43年判決）は授益的処分をした行政庁が、自らその違法を認めて、これを取り消すためには、「③処分の取消によって

生ずる不利益と、④取消をしないことによってかかる処分に基づきすでに生じた効果をそのまま維持することの不利益とを⑤比較考量し、⑥しかも該処分を放置することが公共の福祉の要請に照らし著しく不当であると認められるときに限り、これを取り消すことができると解するのが相当であるとして、行政処分に瑕疵があったとしても、そのみで直ちに自らした処分の取消しをすることができるものではなく、行政処分に対する信頼性、安定性確保のために、極めて限定的な要件を満たす場合に初めて、自らした処分の取消しをすることができるものとしている」（3・29答弁書〔1〕4頁）。

要するに、原処分が違法の場合は原則として取消すべきであるが（①）、取消権の行使が著しく公共の福祉（当該法規の趣旨）の要請に照らし不当であるときは取消権の行使は許容されない（⑥）という判例法理である。前記の取消権の発生を前提（第1場面）に取消権の行使が許容されるか（第2場面）の許容基準を示した判例法理である。この比較考量は、第1号要件適合性の裁量判断の埋立による利益と埋立てにより生ずる不利益との比較衡量と基本的に同じで、判断要素に、承認処分（原処分）後に判明・発生した事実も含めて当該法規の趣旨（公共性）に照らし判断する原処分の実質的違法性判断である。したがって、第1号要件は規範的要件であるので、取消権制限法理は、第1号要件の判断要素に承認後の判明・発生した事実が追加されていることになる。つまり、「③処分の取消によって生ずる不利益（埋立により生ずる利益）と、④取消をしないことによってかかる処分に基づきすでに生じた効果をそのまま維持することの不利益（埋立てによって生ずる不利益）とを⑤比較考量で、③に承認後に発生した事実が不利益として判断要素となる。

(3) 本件への取消権制限法理の適用

本件において、国は本件承認処分の際に法4条1項1号及び2号の各要件を満たすとした前知事の判断に裁量の逸脱・濫用はないから、そもそも本件承認処分に違法の瑕疵はないので、本件取消処分は違法である。したがって、取消権制限法理を主張立証する必要はない。つまり、「本件埋立て承認の適法性」として「本件埋立承認の違法性」の反論に成功したという。たとえ、その違法性を認めたとしても抗弁事由として取消権制限法理を主張立証する場合の判断枠組みということになる。

取消権制限法理の判断枠組みは、(1)処分の取消によって生ずる不利益(埋立により生ずる利益)と、(2)取消をしないことによってかかる処分に基づきすでに生じた効果をそのまま維持することの不利益(埋立てによって生ずる不利益)とを(3)比較考量で、(4)に承認後に発生した事実が(1)の不利益として判断要素となる。

(1)処分の取消によって生ずる不利益(埋立により生ずる利益)として

- ① 「辺野古沿岸域の埋立てを行う最大の目的である、普天間飛行場の周辺住民等の生命・身体等の危険除去ができなくなること」
- ② 「この実現のために、平成8年に日米間で合意して以来、約20年間にわたって日米両国において積み上げてきた努力が、我が国側の一方的な行為によって無に帰し、長年にわたって築き上げてきた両国の信頼関係に亀裂が入ることがもたらす日米間の外交上、防衛上の計りしれない不利益」
- ③ 「普天間飛行場跡地利用による年間約3866億円に上るとされる宜野湾市の経済発展、これに伴う沖縄県全体の経済発展の計画は白紙に戻されて頓挫し、沖縄県全体の負担軽減も実現されないことになるという有形無形の膨大な不利益」

(4)本件承認後に発生した不利益として

- ④ 「国は、辺野古沿岸域の埋立工事等のために、平成26年度末までに当

初契約金額約905億円の契約を締結し、既にそのうちの約473億円を支払っており（甲乙第3号証）、本件承認処分が取り消されれば、上記約473億円は全くの無駄金となり、国民がその負担を背負うこと」

⑤ 「平成27年度に計上した約1736億円の予算のうち契約済額の一部（金額未確定）も無駄になる」こと

(2)他方、本件承認処分について「取消をしないことによってかかる処分に基づきすでに生じた効果をそのまま維持することの不利益」（埋立てにより生じる不利益）

⑥ 「辺野古周辺住民の騒音被害や埋立対象地域における自然環境への影響等に対しては、国による十分な配慮がされており、その不利益は存在するとしても極めて小さいもの」

⑦ 「審査申出人は、沖縄の過重な基地負担が固定化されるという不利益を指摘するが、本件取消処分を取り消して普天間飛行場を辺野古沿岸域に移設する方が沖縄の負担を軽減することになるのであって、取消しをしないことによる不利益たり得ないものである」

(3)結論として(1)の「不利益」と(2)の「不利益」を「比較考量すれば、前者後者をはるかに上回ることは明らかであって、『該処分（本件承認処分）を放置することが公共の福祉に照らし著しく不当であると認められるとき』という要件に該当しないことは明らかである。つまり、本件取消権の行使（本件取消処分）は著しく不当であるので、取消権の行使は制限される（本件取消処分は違法で許容されない）。

「そうすると、仮に本件承認処分に審査申出人の主張する瑕疵があったとしても、自ら行った本件承認処分を取り消すことができるための最高裁昭和43年判決が指摘する要件を満たすものではなく、本件取消処分は違法であるというほかない。

したがって、本件指示は適法である。」（3・29答弁書 {1} 5・6頁）。

以上、取消権制限法理の判断枠組みは、本件承認処分の違法性判断の

要素に承認後の発生事実（上記④⑤）を加えた実質的違法性判断による取消権の制限である。つまり、上記①②③及び⑥⑦は第1号要件の判断要素となる。

(4) 本件埋立事業の第1号要件適合性の裁量判断

本件承認処分は第1号要件適合性の裁量判断の違法性があるか。第1号要件の「国土利用上適正合理的」であるかの判断枠組みは、国土利用上の観点から(1)当該埋立ての必要性及び(2)公共性の高さや、(3)当該埋立自体及び埋立地の用途（埋立後の土地利用）の効果等（埋立後の土地利用が周囲に自然環境等に及ぼす影響等）の(4)諸事情を比較衡量する枠組みである。国は、次のような判断要素の比較衡量をして判断している。

(1)国土利用上の観点からの当該埋立地の必要性

- ① 普天間飛行場の危険性除去のため本件埋立事業を実施する必要性  
{上記①}
- ② 宜野湾市の経済発展を図るため本件埋立事業を実施する必要性当該埋立  
{上記③}

(2)公共性の高さ

- ③ 日米間の信頼関係維持という国防・外交上の公益が大きいこと  
{上記②}
- ④ 沖縄の負担軽減という公益が大きいこと  
{上記③} {上記⑦}
- ⑤ 安全保障の見地から抑止力の維持を図る公益が大きいこと  
{上記②}

(3)当該埋立自体及び埋立て後の土地利用が周囲の自然環境等に及ぼす影響

- ⑥ 自然環境に対して環境保全措置が講じられること

{上記⑥}

- ⑦ 航空機事故の危険性や騒音被害の発生可能性が格段に低いこと

{上記⑥}

以上、取消権制限法理の判断要素は、承認後に発生した事実（上記④⑤）以外は、第1号要件の「国土利用上適正かつ合理的」であるかの判断要素となっている。取消権制限法理は原処分の実質的違法性判断であり、第1号要件は、承認・免許基準の基本要件であり、埋立法の趣旨を表しているからである。

国の第1号要件適合性の裁量判断で留意すべきは、米軍基地過重負担という沖縄県の埋立てにより生ずる不利益とされている米軍基地の過重負担が、「沖縄の負担軽減という公益が大きいこと」として埋立てによる利益として構成されている点である。

(4)そして、国は次のように判断（結論）をする。

「以上の諸事情を考慮すれば、本件埋立事業が『国土利用上適正且合理的』なものであると認められることは明らかであって、かかる諸事情を踏まえて、前知事は行政手続法5条1項に基づき定めた公有水面埋立法の免許の審査基準（乙第8号証）に基づいて埋立承認願書の審査を行い、本件埋立事業計画が第1号要件に適合すると判断しており（乙第9号証の1ないし同号証の4）、このような前知事の判断は合理的であって、重要な事実の基礎を欠くとか、その判断内容が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くと認める余地はなく、裁量権の範囲を逸脱・濫用したものであるとは到底認められない。したがって、本件承認処分に係る第1号要件適合性に関し、何ら違法の瑕疵はない。」（3・29答弁書11・12頁）。

第1号要件適合性の裁量判断において、判断過程の考慮要素に沖縄県の過重負担を埋立てにより生ずる不利益（評価障害事由）として構成できない場合には、知事の裁量判断の逸脱・濫用の違法を認めることは困難であろう。したがって、4・4反論書において、後述するように、第

1号要件の解釈を変更したものと思われる。

### 3 第3段階：沖縄県4・4反論書

国の揺さぶりに対して、沖縄県は二面作戦を採る。第1作戦は、沖縄県取消権説が「違法の瑕疵」の主張立証としては「主張に理由がない」とする国の主張に対抗するために、原処分違法性説を理由（請求原因）として追加するという主張の変更作戦である。第2作戦は、沖縄県取消権説を維持するという作戦である。2つの請求原因を構成して、選択的請求原因又は予備的請求原因とすることは一般的である。例えば、国は、代執行訴訟において、取消処分の違法性の理由（請求原因）として、本件承認処分の適法性、取消権制限法理、そして、裁量権逸脱・濫用と3点を構成している。ところが、沖縄県は沖縄県取消権説だけの理論構成しているために、本来は「不当の瑕疵」の法律構成である沖縄県取消権説を「違法の瑕疵」の主張立証とするために、原処分違法性説を理由（請求原因）として追加できない理論構成をしていた。このような理論構成の破綻を認識しながら、背に腹は変えられず、原処分違法性説を追加する第1作戦を採らざるを得ない。

まず、第1作戦からみてみよう。

「違法の瑕疵」を理由に本件取消しをするには沖縄県取消権説では「違法の瑕疵」の主張立証にはならない。なぜなら、原処分が「違法である」として自ら取り消し得る実質的な根拠が、法律による行政の原理に基づく適法性の回復にあることからすると、違法を理由に自庁取消しをする場面においては、違法な状態が客観的に存在していなければならない」（3・29答弁書〔1〕7頁）からである。しかし、沖縄県取消権説は第1号要件適合性の裁量判断による違法性である。これでは「違法の瑕疵」を主張立証したとはいえない。「すなわち、違法を理由とした自庁取消しの適否が問題となる場面において検討されるべきは、原処分に違法な状

態が客観的に存在しているか否かであり、その存否について裁量権はないといわざるをえない（違法であると認められる場合にこれを取り消すかどうかについての裁量権は有り得るであろう。）」（3・29答弁書〔1〕7頁）。「原処分違法な状態が客観的に存在しているか否か」は原処分違法性説である。違法な瑕疵を理由とする取消しの場面では、沖縄取消権説による「本件において審査対象となるのは審査申出人の判断に裁量権の範囲の逸脱・濫用があるかどうかであるとする審査申出人の上記主張には理由がない」（同上答弁書8頁）と国は主張する。この国の主張は、沖縄県取消権説は「違法の瑕疵」の主張立証としては誤りであるが、「不当の瑕疵」の場合には主張立証できますよという示唆である。

しかし、沖縄県は、沖縄県取消権説の「違法の瑕疵」を理由とする取消しには「主張の理由がない」ということを回避するために、4・4反論書段階においては、請求原因に原処分違法性説を追加するのである。つまり、「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」（4・4反論書〔1〕23頁）。

そして、後述するように、第1号要件の新解釈を、土地所有権取得権説に基づいて、『国土利用上適正且合理的ナルコト』とは、埋立自体及び埋立地の用途（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をして総合的判断をした結果、前者が後者を優越することを意味するものと解される」（県4・2反論書〔1〕12頁、反論書〔8〕10頁）と再定義する。

この第1号要件の再定義により「埋立地の用途」としての「米軍基地」が判断対象となることにより、「米軍基地過重負担」が「米軍基地の公共性」の評価基準に照らして、評価障害事由として第1号要件の判断要素となり、本承認処分は違法性を確信させ、本件取消処分は許容される可

能性が高くなると明確に判断したのか、不明であるが、第1場面と第2場面の区別の予感はある。したがって、本来は、沖縄県取消権説を放棄すべきか、予備的請求原因とすべきか明確にすべきであったが、そのまま維持されている。そこで、4・22知事意見陳述等では、係争委は、沖縄県側の、本件取消処分の理由が本件承認の違法性か不当性かが最大関心事となるのである。

次に、第2の沖縄県取消権説の維持・貫徹作戦である。この作戦を成功させるために、沖縄県は2点の主張を展開する。第1点は、沖縄県取消権は、たしかに、「違法の瑕疵」に限定すると問題があるとしても、沖縄取消権取消権説は「違法と不当」の全面にわたる審査であること、第2点は、係争委の審査は裁判と違って「違法の瑕疵」に限定されないという点を主張することである。

まず第1点については、処分庁には原処分を行った処分庁と同様の要件裁量が与えられているから、処分庁はその原処分の要件適合性を代置して判断でき、違法と不当の区別を超えて全面にわたり審査できるなどして、係争委が事後的・客観的に原処分の「違法または不当」性の有無を審査しなければならないことになる根拠はない旨主張する（県3・29反論書〔2〕27頁～30頁）。

次に第2点は、沖縄県取消権説の所定の要件適合性の裁量判断の問題に対する国の批判に、係争委審査の性格を問題にする。沖縄県は、係争委における審査において、本件取消処分という審査申出人の裁量処分をどのように審査すべきかについて、かかる裁量が最大限尊重されなければならない、審査申出人の裁量逸脱・濫用の有無が審査されなければならない旨主張するのである（3・29反論書〔2〕34頁～51頁）。

#### 4 第4段階：国4・11再答弁書

##### (1) 沖縄県3・29反論書に対する国の反論

国は、沖縄県取消権説を「不当の瑕疵」を理由とする方向に誘導する4・11答弁書を提出する。3・29反論書の第2作戦の沖縄県取消権維持・貫徹作戦に答える形で、沖縄県取消権説の取消しの理由を本件承認の不当に誘導する方向で前述の2点に答弁する。

まず第1点の、処分庁はその原処分要件の適合性を代置して判断でき、違法と不当の区別を超えて全面にわたり審査できるという主張（3・29反論書〔2〕27頁～30頁）に対しては、次のように反論する。

「違法と不当の区別を超えて全面にわたり審査できるとしても、審査申出人は、瑕疵ある埋立承認による『違法状態』を」を是正するために、本件取消処分をしたのであるから（審査申出書33ページ）、本件承認処分において前知事の裁量逸脱・濫用という客観的な違法がなければ、本件承認処分には審査申出人の主張する瑕疵がなかったことになるのであって、本件取消処分は違法と評価されることになる」（4・11再答弁書〔1〕7頁）。

沖縄県取消権説は「違法又は不当の区別を超えて全面にわたり審査」できても、「違法の瑕疵」の主張立証にはならないとくぎを刺しているのである。

次に第2点は、沖縄県は、係争委における審査において、本件取消処分という審査申出人の裁量処分をどのように審査すべきかについて、かかる裁量が最大限尊重されなければならない、審査申出人の裁量権の逸脱・濫用の有無が審査されなければならない旨主張する（3・29反論書〔2〕34頁～51頁）。

この「審査申出人の裁量逸脱・濫用の有無の審査」についても、「違法の瑕疵」かの問題とは無関係で、「違法の瑕疵」は「前知事の裁量が問題」となるが、現知事の「裁量逸脱・濫用の有無の審査」が原処分（本件承

認処分)の不当性の結果となるよう審査として評価される範囲で認め、認めたとしても裁量権逸脱・濫用となり、結局、本件取消処分は違法となるという。

上記の第1点で述べたように、国としては、本件承認処分に「違法の瑕疵」があるとされた本件取消処分についての是正の指示が問題となる本件審査申出において、本件承認処分における「前知事の裁量が問題」となり、本件取消処分における審査申出人の裁量を論ずるまでもないと考える。

しかし、本件取消処分の「違法の瑕疵」と切り離された現知事の裁量逸脱・濫用の有無の審査は認めるというのである。

「国地係争処理委員会における審査において、法4条1項1号及び2号の要件適合性に関する知事の裁量判断が尊重され、その裁量逸脱・濫用の有無が審査されることになるという結論は争わない(この点については、反論書{2}34ページ注14のとおりである)。(4・11再答弁書7頁)。

この4・11再答弁書段階では、現知事の裁量の逸脱・濫用を許容することにより、「不当の瑕疵」を理由とする範囲での沖縄県取消権説を認化する。

すなわち、「仮に、現知事による本件取消処分の裁量が問題となる余地があるとしても、以下で述べるとおり、審査申出人がした本件取消処分は明らかに裁量権の範囲を逸脱・濫用したものであるから、本件取消処分が違法と評価されることに変わりはない。」(4・11反論書{1}7・8頁)。

この4・11再答弁書の段階では、「不当の瑕疵」では沖縄県取消権は有効で、本件取消処分濫用(要件裁量の逸脱・濫用)が成立するということが十分である。第1作戦の原処分違法性説を黙殺することで十分である。そして、後述する5・9回答書において、裁量権の逸脱・濫用を、

一つは本件取消処分濫用つまり沖縄県取消権説による1号要件適合性判断の要件裁量の逸脱・濫用の違法、他の一つは、取消権限濫用の違法つまり本件承認処分を単なる「不当な瑕疵」を理由とする取消権行使は取消権限濫用（効果裁量の逸脱・濫用）の違法だと主張立証するのである。

## 5 第5段階：係争委4・22知事意見陳述等

そして、4・22知事意見陳述において、翁長沖縄県知事は、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（かし）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。この承認の瑕疵が、「違法の瑕疵（違法性）」か「不当の瑕疵（不当性）」かが論点となる。

沖縄県4・4反論書〔1〕で沖縄県取消説に原処分違法性説を追加したことを前提とすれば、瑕疵は違法の瑕疵と捉えられ、翁長知事の陳述は原処分違法性説の主張と考えるべきこととなろう。しかし、反論書〔2〕では、沖縄県取消権説が強調されているので、「不当の瑕疵」とも考え得る。他方、第1号要件が米軍基地過重負担を判断要素とする構成になり本件埋立承認処分の違法性は強くなり、しかも原処分違法性説が請求原因として追加されている。係争委は沖縄県、国のどちらの主張を許容すべきか判断に迷うところである。したがって、沖縄県に対する係争委の質問は、沖縄県は「原処分の不当性」を理由に取消したかの1点にかかることになる。丁度、2・15知事尋問において、国と裁判長が、知事は沖縄県取消権説に従って取消したかを4回も同じ質問をしたのと同じ意味をもつ。4・22知事意見陳述等の際、「委員から県への質問」において、委員は、観点を変えて3回も、同旨の質問を沖縄県にして、沖縄県は、3人の弁護士が答えている。

<第1回目の質問>

委員は次のような質問をする。沖縄県側が「不当の瑕疵」でも取消すことができるという答えの誘導である。

係争委：「前知事の埋立て承認の実体的瑕疵（かし）の問題について、前知事の判断過程の不合理性を主張している。この判断過程の瑕疵だけでも取り消しに値するという考え方なのか聞きたい。」

係争委の「この判過程の瑕疵だけでも取り消しに値するという考え方なのか」は、取消権の発生根拠の第1場面で、沖縄県側にそった形での質問で、「そうだ」と答えさせて、委員の自由な判断を留保しようとする魂胆である。もし「違法の瑕疵」で取消するのが原則の場合には、「違法の瑕疵」かどうかの判断自体を係争委がしなければならないが、「不当の瑕疵」を理由とする取消しは知事の裁量が大きいので、係争委は、承認が「違法の瑕疵」かの判断を必ずしもする必要がないからである。

質問の趣旨を、第1の場面（取消権の発生の問題）の質問で第2場面（取消権の許容性）の問題を内包していると正確に理解した沖縄県の弁護士一人は次のように答える。

沖縄県：「実体的要件としては認められていない、というふうな理由で取り消している。ただ予備的に判断したとしても、態様の判断過程においても合理的でなかったと、それだけでも違法性はある。それで違法性は認められていると考えている」

この答えは、係争委の質問の本意を捉えた上での沖縄県側に不利とならない答えとなっている。なぜならば、「それで違法性は認められていると考えている」と答弁して、本件承認処分 of 違法性を本件取消処分 of 理由としているからである。

< 2 回目の質問 >

係争委員にとって1回目の沖縄県側の答えは期待したものではなかったもので、2回目は、視点を変えて次のように質問する。

係争委：「この審査の結果、判断過程に瑕疵があるとして取り消すべきだとなったとして、その場合、実体の瑕疵には触れないで、あらためてもう一度判断をし直すというシナリオが皆さんにあるのか。」

この質問の趣旨は、沖縄県側の「埋立承認の不当性」を理由とする取消処分を認めた上で、係争委の判断を示すという質問である。係争委は沖縄県側の沖縄県取消権説は「不当」を理由に取消したのか示唆している。「実体の瑕疵には触れないで、あらためてもう一度判断をし直す」とは、「不当」を理由の取消しが棄却された場合の沖縄県側の対応だからである。沖縄県側の弁護士は次のように答える。

沖縄県：「地方自治法の規定では勧告自体に幅があると考えられているので、勧告の趣旨に従って対応できるところは、委員長が言った対応も含めて検討することにならざるを得ない。今の段階で『こうします』とはすぐに答えられない。」

見事な答えである。地方自治法の問題として、沖縄県側がどういう理由で取り消したかの質問の本意には答えない。

< 3 回目の質問 >

そこで、係争委は、もっと踏み込んで、沖縄県側が「原処分の不当性」で取り消すことができるということを主張するのは優れた法律構成だと誘い水をかけて、聞きたい答えを引き出すための最後のカードをだす。これが見事に成功する。質問が長いが見事な誘導質問なので、次に引用する。

係争委：「今回の経過で、当初の埋め立て承認に瑕疵があったという場合に違法という表現が使われている。①行政処分の瑕疵という場合には客観的に法に違反するという意味の瑕疵の他に、②必ずしも違法とは言えないけれども特に処分権限を有する行政庁の判断によると、公益に照らして適切でないという意味での不当の瑕疵があると一般には言われている。

③審査申し出人が取り消しの根拠として提出され瑕疵は整理されたていう枠組みで言うと、本件埋め立て承認の瑕疵は『違法の瑕疵』でいいのか、それとも既になされた当初の埋め立て承認が違法とは言わないにしても、現知事の判断によれば、不当ないし、不適切だという主張も含んでいるのか（①②③筆者挿入。）」

この係争委の質問は、沖縄県取消権説の微妙な立場を踏まえた上での質問であり、それに寄り添って、沖縄県取消権者の側から自信をもった、「不当も含んでいる」という答えの誘導となっている。①は国の主張の原処分違法性説で、②は沖縄県取消権説で、国に、②は主張に理由がないとされている。しかし、係争委員は、③で沖縄県取消権説をよく読みこんで、沖縄県取消権者に寄り添っている。そして、裁判所は、取消権の根拠を原処分の違法性に限定するとしても、係争委は「不当性」も含んでいるはず（自治事務の場合）だと、考えているので、係争委員の質問の内容に意を強くしている。それが、沖縄県側の弁護士の「今の質問は難しい」との係争委も難しい問題であるということを知っていることの喜びの第一声となる。誘導に乗せられたことになり、次のように答える。

沖縄県：「今の質問は難しい。こちらの主張としては要件の（埋立法4条1項）1号、2号の要件を充足していないという意味で違法だと理解している。裁判所であれば、現職である前沖縄県知事の裁量を前提として、その要件裁量の判断に逸脱・乱用があるかという審査をするのなら、

違法と不当は分かれると理解する」

「知事が同じ都道府県知事という自己の判断を審査する場合、端的にその要件を充足しているか、していないかという判断をすればよいと考える。この場合、違法と不当は区別されないと理解している。・・・＜中略＞。端的に言うとは、不当な場合を含んでいるという結果になるかと思う」

前述の第1場面の取消権の発生根拠の場面を想定しているので、それが第2場面でどういう意味を持つかは考えることはない。したがって、沖縄県の弁護士は、「端的に言うとは、不当な場合を含んでいるという結果になる」と答えるのである。この「不当な場合を含んでいる」という答えを前提に、議論が展開していく。係争委にとっては、第2場面の判断で考えるので、自らの判断裁量が広くなり、求めていた最高の答えを引きだしたことになる。

#### (4) 係争委の国への質問

早速、係争委から国への質問に沖縄県側の答えとして利用することになる。まず、本題に入る前に、係争委員は、次のように確認している。

係争委：「提出された書面を読む限り、審査申し出人が本件埋め立て承認に瑕疵があると主張し、国側は、埋め立て承認の瑕疵とは、違法の瑕疵であるという前提で書面を書いているとの理解か。」

国の訟務検事（法務省訟務局長）は次のように答える。

国：「そう理解していた。」

そして、係争委は、前述の沖縄県側の理解で質問する。

係争委：「沖縄県側に質問し、答えてもらった限りでは、違法のみならず不当の場合も含めて考えているという発言があった。もし県側がそのような立場であるとするとは、国土交通省側も承認が不当であるというこ

とについての反論をこれからするのか。』

国の訟務検事は答える。とっさに、承認が不当である場合には、第2場面での許容の問題への波及を想定して、有利に働く示唆をする。

国：「内容のいかんにもよる。取り消しの枠組みから行政原理と信頼保護を比較するとき、法律による行政原理は、よりよい行政をするというちょっと低いものになる。基本的枠組みとして取り消し制限法理がなくなったり、裁量権の逸脱乱用の話がなくなったりすることはならないと考えている。不当と言うことで是正指示を法令違反としているが、そうじゃない要件も必要という可能性があるということになれば、それも含めて反論したい。」

この答えを受けて、国土交通相は、5・9回答書で詳細な反論を展開している。つまり、「そうじゃない要件も必要という可能性があるということになれば」の答えの段階で、すでに、「著しく適正を欠いているとき、かつ、明らかに公益を害するとき」の要件が準備されていることを示唆している。係争委は、その前に、沖縄県側に、確認の質問をしている。後述するように、その質問に対して、沖縄県側は第1場面の取消権の発生根拠（取消権の有無）を想定して5・2回答書及び再反論書で答えているのに対し、国側は第2場面の取消権が許容されるかの観点から、「原処分の違法性」より「原処分の不当性」のほうが、本件取消権行使が制限され、また、取消権濫用が広がるという主張をより積極的に展開する。

## 6 第6段階：沖縄県5・2回答書

### (1) 非権利説から土地所有権取得権説への変更の困難の克服

沖縄県の新理論構成である土地所有権取得権説は、旧理論構成の非権利説に基づく沖縄県の基本的な法律構成を否定することになるので、新

理論構成を採ることは困難を伴うことになる。

第1は、行政不服審査の申立資格で「私人と同様の立場」（国の5・9回答書79頁同旨）でないこと。

第2は、取消権制限法理の適用できないとする根拠として本件承認は授益的行政処分ですらないこと。主張する資格がないこと。また、取消権制限法理で保護される権利利益は財産権に限定されること。

第3は、米軍基地過重負担の不利益を日米地位協定の問題としてきたこと。日米地位協定の問題は政府の専権であるため、知事の審査権限外である。

第4に、埋立予定地域に第1号要件の判断要素を限定したことで、沖縄本島内の米軍基地過重負担は判断要素とならないため、埋立承認の違法性に確信がもてないこと。

第5に、第4の「埋立承認の違法性」に確信がもてないため取消権の発生根拠を「沖縄県取消権説」に法律構成したことである。

このように、沖縄県取消権説と原処分違法性説の併存、実質的な沖縄県取消権の放棄、承認の法的性質を非権利説から土地所有権取得権説への法律構成への変更は総合的に判断して、困難と考え、係争委の段階では、これまでの沖縄県取消権説を貫く決断をしたと思われる。次のような係争委の質問への展開となる。

## (2) 係争委の質問事項と沖縄県の回答

沖縄県は、係争委からの平成28年4月22日付けの質問事項の3点に関して、次のように回答した。この質問は係争委での4・22知事意見陳述と同日である。以下に、係争委が、沖縄県取消権説が原処分の「不当」を理由とする取消しであるかどうか最大の関心事であったことが確認できる。係争委の質問事項は3点である。

まず第1の質問事項とその回答である。

「本件埋立承認を取消した理由として、本件埋立が公有水面埋立法の要件を充足しないという実体的瑕疵のほかに、前知事の判断過程の不合理性も主張しているが、この主張は、判断過程の瑕疵だけでも承認取消しの根拠たりうるとする趣旨か。仮にそうであるとした場合、そこでは、前知事の判断を一旦取消した後、実体的要件適合性について判断をし直すことになるとも考えられる。そのような理解でよいか。」

沖縄県の回答は「そのような理解で差支えない。」である。

第2の質問事項と、その回答は次のとおりである。

「本件承認が違法とは言えないとしても不当であるから、本件埋立承認取消しは適法である旨の主張をするか否かを明らかにされたい。」

沖縄県の回答は、形式的には否定であるが、その根拠に沖縄県取消権説を挙げて、内容的には認めることになる。

「(1)『本件埋立承認が違法とは言えないとしても不当であるから、本件埋立承認取消しは適法である』旨の主張はしていない。

(2)審査申出人の本件埋立承認の実体的瑕疵にかかる主張は、『同一行政庁による職権取消しであるから、本件埋立承認について、現知事は要件適合性判断を直接的に行い、その結果、要件適合性を欠いたと認められたことから、本件埋立承認は法律上の要件を欠如していたにもかかわらずなされたもので違法の瑕疵があると判断したものであり、本件埋立承認取消しは適法である』というものである。」

そして、第3の質問とその回答である。

「『本件埋立承認が違法とは言えないとしても不当であるから、本件埋立承認取消しは適法である』旨の主張をする場合、現知事が不当と判断すれば当然に取消しが可能であると主張するのか、それとも、何らかの判断枠組みないし判断基準にてらして本件における取消しは可能であると主張するのかを明らかにされたい。」

この質問に対して沖縄県の回答は、「質問事項2の回答のとおり、『本件

埋立承認が違法とは言えないとしても不当であるから、本件埋立承認取消しは適法である』旨の主張はしていない。」

沖縄県は、上記のように否定しながら、沖縄県の回答の結論は沖縄県取消権説の内容が「本件埋立承認が違法とは言えないとしても不当であるから、本件埋立承認取消しは適法である」を認めるものである。そのことは、次にみるように沖縄県の5・2回答・再反論書で確認できる。

### (3) 沖縄県取消権説は原処分の「違法」か「不当」か

職権取消しは、原処分に瑕疵があることを前提としている。原処分が「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、他方、「不当の瑕疵（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となる。つまり、行政行為の取消しの実質的根拠は、「違法の瑕疵」は「適法性の回復」、「不当の瑕疵」は「合目的性の回復」にあり、各瑕疵を理由とする取消権の法的性質は異なる。したがって、裁判では、三権分立の要請により、原処分の「違法の瑕疵」だけが審理に対象となるが、係争委では、自治事務は「不当の瑕疵」、法定受託事務は「違法の瑕疵」を審査の対象とするのが原則であるが、「自治事務」と「法定受託事務」の区別が政策的であるため、事案による。つまり、係争委では「原処分の不当」でも審査の対象にすることも解釈、立場により可能となる。

沖縄県は沖縄県取消権説が「原処分の違法」か「原処分の不当」かの何れを主張立証するのか明確にしていなかったが、前述のように4・22知事意見陳述等において、係争委の「違法の瑕疵」か「不当の瑕疵」かの質問に対して「端的に言うと、不当な場合を含んでいるという結果になる」との答えを引き出した。そして、沖縄県5・2再反論書〔2〕において、「不当」と明言する。

まず、原処分の「違法」（違法の瑕疵）と沖縄県取消権説の「違法」と

は同じではないと述べる。

「申出人は、『埋立法4条1項1号、2号の要件適合性を欠く』という意味で、『違法』を理由として取り消しているのである。

ここで『違法』は、『原処分における前沖縄県知事の裁量逸脱・濫用』とイコールではないから、取消処分の違法性は、直ちに前沖縄県知事の裁量逸脱・濫用と同じということとは言えない。」(同上・再反論書10頁)。

そして、沖縄県取消権説の「違法」は原処分の場面に移すと「不当」に当たると明言する。

「仮に、国地方係争処理委員会が『前知事の裁量逸脱・濫用がない』と判断しても、取消処分が適法である(直接審査すれば『要件適合性の欠如』が認められる)場合が存在することになる。

この場合を、裁量逸脱・濫用という意味での『違法』と対置して『不当』と呼ぶ(同上・再反論書10頁)とする。

さらに、注で、稲葉薫「行政法上の『不当』概念に関する覚書き」行政法研究3・26の次のような叙述を引用して自己の論拠とする。すなわち、『不当』=違法にまで至らない要件裁量判断の誤りとは、要件充足していないのに充足していると評価し、あるいは要件充足しているのに充足していないとの判断が下される場合に見出すことができる(同上・再反論書10頁)。

かように、沖縄県取消権説は「原処分の不当」の主張立証、つまり、沖縄県取消権説は原処分の「不当」を理由に取り消す法律構成であるということが明示されるのである。

したがって、前記の係争委の質問事項2でみると、次の回答となる。

質問:「本件承認が違法とは言えないとしても不当であるから、本件埋立承認取消しは適法である」旨の主張をするか否かを明らかにされたい。」

回答:「そのような理解で差支えない。」

理由:なぜなら、沖縄県取消権説である『同一行政庁による職権取消

しであるから、本件埋立承認について、現知事は要件適合性判断を直接的に行い、その結果、要件適合性を欠いたと認められたことから、本件埋立承認は法律上の要件を欠如していたにもかかわらずなされたもので違法の瑕疵があると判断したものであり、本件埋立承認取消しは適法である』は、『本件埋立承認が違法とは言えないとしても不当であるから、本件埋立承認取消しは適法である』旨の主張というものである。』からである。

違法の瑕疵を理由とする取消権の行使と「不当の瑕疵」を理由とする取消権の行使「許容性いかん」つまり取消権制限法理および「取消権濫用（裁量権逸脱・濫用）の成否を考慮しない法律構成である。それ故、後述するように、国の5・9の回答書の「不当」を理由とする「整理」を新しい主張として批判することになる。

要するに、沖縄県取消権説は、原処分 of 違法性又は不当性レベルに移すと、『本件埋立承認が違法とは言えないとしても不当である』から、本件埋立承認取消しをしたということであり、原処分 of 不当性を理由に取消処分をしたことになる。このような、前知事の埋立て承認の適法であったことを前提とする「不当」という認識は、第三者委員会の報告が「法的な瑕疵」との判断を否定するものであり、また沖縄県民が仲井真前知事の辺野古沿岸域の埋立て承認は違法であり、適法ではあるが不当を理由に翁長知事の本案取消処分を考えていないことから、今後、沖縄県弁護士会の責任問題になっていくであろう。さらに、本係争委の審査の場面では、そのような「本件埋立承認が違法とは言えないとしても不当である」から、本件埋立承認取消しをした」という沖縄県の回答を前提に、国は、次にみるように、5・9回答書は、「本件承認処分は違法の場合のみならず、不当の場合にも取消され得るものであるから」、これを前提にした主張の整理をする。もちろん、国は、沖縄県取消権説の含意を当初から認識していたことは、2・15知事尋問段階で確認できる。いつ、そ

の存在に耐えられない軽さの取消権を沖縄県側が認識するかを、あるいは認識しないように誘導していたのである。

## 7 第7段階：国5・9回答書

### (1) 係争委の国への質問事項と反論の整理

係争委は沖縄県に対する3点の質問事項のうち、質問事項2と質問事項3についての反論を、次のように国に求める。

「沖縄県知事のこれまでの提出書面及び口頭の意見陳述における主張の内容をも踏まえ、5月2日付け沖縄県知事からの回答書（別添のとおり）中、『質問事項2』及び『質問事項3』に対する『回答』において示された主張に対する反論を明らかにされたい。」つまり、「本件埋立承認が違法とは言えないとしても不当であるから、本件埋立承認取消は適法である」旨の主張に対する反論を求めたのである。そして、国は、次のように、反論の趣旨を述べる。

「相手方（国土交通大臣）は、本件承認処分には違法の瑕疵がないことを前提に主張してきたが、審査申出人も指摘するとおり、本件承認処分は違法の場合のみならず、不当の場合にも取消され得るものであるから、以下、これを前提に相手方の主張を整理する。」

「まず、①本件承認処分には何ら瑕疵がないこと、②本件承認処分の取消しが制限されること、③本件取消処分が裁量権の範囲の逸脱・濫用に該当することから、本件取消処分は、『法令の規定に違反している』（地方自治法245条の7第1項前段）こと、さらに、④本件取消処分は『著しく適正を欠き、かつ、明らかに公益を害している』（同項後段）ことについて、以下のとおり詳述する」（国の5・9回答書4頁）。

(2) 本件承認処分には何ら違法又は瑕疵がないこと

国は、以下の(ア)(イ)の利益、不利益の判断要素を(ウ)比較衡量して、本件埋立事業につき「国土利用上適正且合理的」であると認めた前知事の判断には、何ら違法又は不当の瑕疵はない主張する。

(ア) 普天間飛行場代替施設の移設先は辺野古沿岸域が最善の選択肢

「本件埋立事業の最大の目的は、①普天間飛行場の危険性を除去することにある。そして、普天間飛行場代替施設の移設先としてどこが適切であるかを検討すれば、②我が国の安全保障上の見地からの沖縄本島が有する地理的優位性、米海兵隊が我が国の安全保障に関して担う役割及び同軍の特性・機能を維持する必要性、ひいては、③日米安全保障条約に基づく我が国の抑止力を維持する要請があること、さらに、④上記橋本・モンデール合意ないしSACO最終報告以降、約17年間もの年月が経過し、その間、関係者間において交渉、協議、調整が積み重ねられ、多くの努力や苦渋の決断の結果として普天間代替施設の設置場所が辺野古沿岸域に決定されたことを鑑みれば、⑤普天間飛行場に駐留する米軍海兵隊の航空部隊の移転先として適切なのは、沖縄本島内であり、かつ、辺野古沿岸域が、実現可能性のある最善の選択肢であることは明らかである（①～⑤筆者挿入）。」（5・9回答書43頁）。

(イ) 埋立てによる利益、不利益

「このように選定された辺野古沿岸域に普天間飛行場代替施設を建設するに際しては、⑥海上に埋立工法によって設置することが、周辺の安全性確保や施設管理者等の観点からも相当である。そして、⑦これら一連の検討及び判断は、平成8年4月の橋本・モンデール合意及びこれに続くSACO最終報告の承認から、約17年以上の年月を通じ、日米両政府間のみならず、政府と沖縄県、名護市、その他関係市町村との間の協議、交渉、調整を通じて構築されてきたものである上、⑧本件埋立事業がもたらす普天間飛行場の危険性除去や我が国の安全保障体制の確保といっ

た公益は、極めて大きいものである。

他方で、⑨本件埋立事業によって埋立対象地及びその周辺の自然環境や生活環境に及ぼす影響については、これに対する十分な配慮がされ、⑩航空機事故の危険性や騒音被害の影響については普天間飛行場の現状に比して格段に低くなることが見込まれているのであり、加えて、⑪前知事は本件承認処分に当たり、埋立工事中及び施設供用後の環境保全等につき、環境監視委員会や協議会の設置、さらに米国との協議等を義務付けており、これにより、辺野古沿岸域に自然環境や生活環境の保全を図っているのである（⑦～⑪筆者挿入）。」（５・９回答書４３・４４頁）

(ウ) (ア)(イ)の比較衡量

「以上の事情を総合的に比較衡量すれば、⑫本件埋立事業が、これによって生じる不利益を上回る利益をもたらすものであることは明らかであるから、『国土利用上適正且合理的』なものであることは明白である。したがって、⑬本件埋立事業につき第１号要件適合性を認めた前知事の判断は、これらの事情を正当に評価・検討した上でなされたもので、違法性のもとより、なんらの不当性も認められない。⑭平成８年４月の橋本・モンデール合意に際し、橋本内閣総理大臣は、『今日私たちが達成した合意は、これからそれを実現する責任が私たちの上に課せられたということです』（乙第14号証２ページ）と述べた。⑮歴代の名護市長や沖縄県知事を始め、これまで関係者が重ねてきた多大な努力と苦渋の決断がそうであったように、⑯前知事のした本件承認処分もまた、正に、沖縄県の負担軽減のための合意に基づき課せられた責任を全うするという趣旨に沿うものというべきである（⑫～⑯筆者挿入）。」（５・９回答書４４頁）。

「④上記橋本・モンデール合意ないしSACO最終報告以降、約17年間もの年月が経過し、その間、関係者間において交渉、協議、調整が積み重ねられ、多くの努力や苦渋の決断の結果として普天間代替施設の設置場

所が辺野古沿岸域に決定されたこと」（「関係者苦渋の決断累積論」）

「⑦これら一連の検討及び判断は、平成8年4月の橋本・モンデール合意及びこれに続くSACO最終報告の承認から、約17年以上の年月を通じ、日米両政府間のみならず、政府と沖縄県、名護市、その他関係市町村との間の協議、交渉、調整を通じて構築されてきたものである」（「橋本・モンデール合意以後決断集積論」）

「⑭平成8年4月の橋本・モンデール合意に際し、橋本内閣総理大臣は、『今日私たちが達成した合意は、これからそれを実現する責任が私たちに上に課せられたということです』（乙第14号証2 ページ）と述べた」（「橋本・モンデール合意責任論」）

「⑮歴代の名護市長や沖縄県知事を始め、これまで関係者が重ねてきた多大な努力と苦渋の決断がそうであったように」（「関係者苦渋の決断累積論」）

「⑯前知事のした本件承認処分もまた、正に、沖縄県の負担軽減のための合意に基づき課せられた責任を全うするという趣旨に沿うものというべきである」（「前知事責任全う論」）

このような、④「関係者苦渋の決断累積論」、⑦「橋本・モンデール合意以後決断集積論」、⑭「橋本・モンデール合意責任論」⑮「関係者苦渋の決断累積論」、⑯「前知事責任全う論」の事実主張に基づいて国は、沖縄県の本件承認処分の「不当の瑕疵」を理由とする本件取消処分を契機に、最後のカードを切ったことになる。

### (3) 本件承認処分の取消しが制限されること

まず、違法を理由とする取消しと不当を理由とする取消しの違いについて「不当を理由に取り消す場合には、違法を理由とする場合に比べてより一層制限されること」と法律構成する。

「本件承認処分が違法に達しない限り不当にとどまるものとして本件取

消処分が適法であることが前提となる以上、本件承認処分は法律による行政の原理に反していないのであるから、職権取消しを行うに当たって同原理の要請は働かない。この点、塩野宏教授は、『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。そして、それ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。』（塩野宏著『行政法Ⅰ {第五版補訂版} 行政法総論』170ページ）として、法律による行政の原理違反を違法の瑕疵の場合に限定している。行政処分は合目的でなければならないという要請に基づいて職権取消しができる場合があるとしても、行政処分が適法であることを前提とする取消しの要請は法律による行政の原理に基づく取消しの要請と比して強いものとはいえないから、不当を理由に取り消すことは、違法を理由に取り消す場合と比べて、より一層制限されるものと解される。」(国5・9回答書85・86頁)。

また、取消権制限法理の判例上の根拠となっている最高裁昭和31年2日判決、最高裁昭和43年11月7日判決を論拠とする。

「このように、最高裁判例は、処分の相手方のみを保護する要請にとどまる事例において、原処分の違法の重大性を踏まえて職権取消しを認めているといえ、かかる最高裁判例の立場からすると、違法にすら至らない不当の瑕疵があった場合に、それによって職権取消しが認められるとは考え難い。」(国5・9回答書87頁)。

(4) 本件取消処分が裁量権の範囲の逸脱・濫用に該当すること

(ア) 裁量権の範囲の逸脱・濫用の違法性の意義

裁量権の範囲の逸脱・濫用の違法性とは、裁量権の行使に基づく判断の適否を審査するに当たっては、その基礎とされた重要な事実を誤認があること等により、重要な事実の基礎を欠くこととなる場合、又は、事

実に対する評価が明らかに合理性を欠くこと、判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと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る場合に限り、裁量権の範囲を逸脱又はこれを濫用したものとして違法とすべきものと解するのが相当である（最高裁平成18年11月2日第1小法廷判決・民集60巻9号3249頁参照）。

(イ) 「不当」又は「違法」の判断要素の違い

適法であるが不当を理由とするので、裁量権の範囲、判断要素の縛りが免除される。原処分 of 違法を理由とする取消権は取消権の濫用の余地が殆どないが、不当を理由とする場合には、法律による行政の原理の範囲外となるので、判断要素が行政の合目的性に規制されるにすぎず、考慮される判断要素の範囲が広いことになる。しかも、法律による行政の原理に基づいた行政処分を取り消すことは困難である。つまり、原行政処分（本件承認処分）の性質が大きな意味をもつことになる。原処分の違法性を理由とする取消処分は、原処分も取消処分も法律による行政の原理の衣を被った者同士の戦いであるが、原処分の不当性を理由とする取消処分は、原処分は法律による行政の原理の衣により守られているが、この場合の取消処分は裸の処分であるので、戦いとしては土俵において、既に差がついているのである。国、「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ある」に象徴的に表れている。

(ウ) 本件取消処分裁量権濫用（要件裁量の逸脱・濫用）の違法

「審査申出人は、①普天間飛行場の周辺住民等の生命・身体等に対する危険性の除去という最も重要な公益を考慮せず、また、②我が国の安全保障に必要不可欠な日米両国の信頼関係や、③宜野湾市の経済発展、④国がこれまで投じてきた莫大な費用や工事業者の経済的利益も考慮しなかった。一方で、審査申出人は、⑤本件埋立地の自然環境や生活環境へ

の影響が少なく、⑥またこれらについては今後の対策を充実させることによって対応することが可能であるにもかかわらず、⑦普天間飛行場の周辺住民等の生命・身体等に対する危険性の除去を不可能又は著しく遅滞させるという莫大な不利益をもたらすものとなっている。また、本件取消処分は、⑧我が国が米国との約束を遵守できない結果をもたらし、⑨我が国に対する米国の信頼を失わせ、⑩日米両国に対して外交上・安全保障上の不利益をもたらすものである上、⑪普天間飛行場の跡地利用による年間3,700億円以上の直接経済効果とも試算される宜野湾市の経済発展も阻害し、⑫本件承認処分後に工業事業者と締結した約645億円分の契約が履行されないことなどによる経済的不利益をもたらすものとなっているのであって、その内容が社会通念上著しく妥当性を欠くものであることは明らかである。

したがって、本件取消処分は裁量権の範囲を逸脱・濫用したものと見て、違法である（①～⑫筆者挿入。）（5・9回答書108・109頁）。

第1号要件の判断要素が、①②③④である。

第2号要件の判断要素⑤⑥⑦である。

また、取消権制限の法理の判断要素が⑧⑨⑩⑪⑫である。これは本件取消処分が違法性の場合と同じである。

#### (エ) 取消権限濫用（効果裁量の逸脱・濫用）

「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あること」。

国は、本件承認処分の不当の瑕疵を理由に取消はできないとする。法律による行政の原理に基づく取消権限濫用の考慮要素ということになる。国の法律構成の技術の高さを象徴的に示したものである。法律による行

政の原理ゆえの17年間の合意形成の累積であったからである。辺野古訴訟の争点で、国側は、米軍基地過重負担を第1号要件の判断要素から排除することが訴訟戦略であるのに対し、沖縄県は、この本件埋立承認に至る17年の経緯を取消権濫用の判断要素から排除することを訴訟戦略とすべきであったが、国が逆手を取ったのである。沖縄県取消権説が沖縄県の裁判等の中心点として主張されて来た時から考えてきたことである。

この法律構成は、国の最終カードである。3・29答弁書で、原処分「違法」を理由とする主張立証として沖縄県取消権説は主張の理由がないが、4・11再答弁書で沖縄県取消権説を認める。そして、4・22知事意見陳述等で沖縄県取消権説は「端的に言う、不当な場合を含んでいるという結果になる」と沖縄県側の答弁で公然化させる。「不当」を理由とする整理を5・9回答書で法律構成し、止めをさしたことになる。次にその内容をみてみよう。

「①平成8年の橋本・モンデール合意以来、政府と沖縄県（あるいは普天間飛行場の代替施設の移転先となる地元自治体等）との間で普天間飛行場の代替施設の移転先をめぐる17年間の長きにわたる利害調整、交渉等が行われ、②民主党政権があらゆるオプションをゼロ・ベースで検討するとして県外への移転も模索したものの、辺野古が唯一の選択肢との結論に至ったものであり、③このような経緯を踏まえると、本件承認処分は、争訟裁断行為そのものではないものの、政府と当該移転先となる地元自治体等との利害調整という面では、通常の争訟裁断行為（異議決定、裁決）以上に、④地元自治体等についての意見の聴取が長期間にわたり慎重かつ重厚に実施された。このような経緯に照らすと、⑤本件承認処分は不可変更力と同程度の自己拘束力、少なくとも不当の瑕疵を理由としてはこれを取り消すことができないという自己拘束力を認めても不合理とはいえない。

そうすると、⑥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。従って、⑦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・濫用に当たり、違法というべきである（①～⑦筆者挿入。）（国5・9回答書109頁）。

これで、沖縄県の本件取消処分が適法である主張は係争委で許容され可能性はなくなったといえよう。国が法律による行政の原理で行政を執行しているのに対し、沖縄県側が法律による行政の原理の認識の弱さが象徴的に出た点である。本件承認処分の不当性を理由に取り消せるという発想自体が、本件承認に至る沖縄県の歴史的現実を少しでも考慮すると、「想像を絶する」ものと言えよう。

## (5) 承認の「不当」を理由とする取消し是正指示の違法性

### 1) 問題の所在

国の是正指示の違法性は、国と沖縄県の関係の理解に関する論点である。前知事による埋立て承認の「不当の瑕疵」を理由とする現知事の本件取消処分が、是正の指示の対象となるか。係争委の性格と国と地方公共団体との関係論を内包して、沖縄県と国とが対立している。この問題は、本件承認処分を「不当の瑕疵」を理由とする本件取消処分が「著しく適正を欠き、かつ、明らかに公益を害している」（地方自治法245条の7第1項後段）かの問題である。

なぜなら、「不当」は、行政部内における自己統制として是正が可能とされるものであるから、「不当」を理由とする取消処分に国が関与することは、機関委任事務を廃止し、国と地方公共団体が上下の関係に立つものではなく、対等独立な関係とする現地方自治法（1999年）の下では認められるべきではないからである。

しかも、行政法学者の間でも、「不当」を理由とする取消しの実質的根拠が「合目的性の回復」であるので、国は関与すべきでないとの見解が

有力だからである。すなわち、「強制的監督手段が合目的性補償に機能することは現行憲法上認められないところである」（塩野宏『地方公共団体』114頁）、「合目的性の保障に機能することには、かなりの程度に違憲の疑いが存すること」が指摘されている（同上・塩野宏114頁；室井力『現代行政法の原理』169頁以下、成田頼明「地方自治の保障」『宮沢俊義先生還暦記念・日本国憲法体系第五巻』301も同旨、沖縄県5・24再々反論書9頁参照）。

## 2) 国の「著しく適正を欠き」の解釈

そこで、国は、不当を理由とする本件取消処分を国の関与の制度である「是正の指示」の対象とするために、「不当」を、上記のような行政部内における自己統制として是正が可能とされているものを『不当』（「単なる不当」）、国の関与は地方自治の原則に対する例外的な介入であることを根拠として、この例外的に介入できる場合を「高度の不当性」と概念構成し、次のような「著しく適正を欠く」の解釈をするのである。

『著しく適正を欠き』とは、是正の指示の対象となった地方公共団体の法定受託事務の事務処理が当該事務の趣旨・目的に反したり、その乖離が甚だしいなど、事務の処理がその本来の趣旨・目的に照らして著しく合理性を欠くことをいうものと解される。

これは、国と地方公共団体は、上下の関係にたつものではなく、独立的・並列的な関係にあり、国の関与は、地方自治の原則に対する例外的な介入の場面であるから、行政部内における自己統制としての是正が可能とされる『不当』では足りず、より高度な不当性を要求したものである。（国5・9回答書112頁）。

このような解釈・主張に対して、沖縄県は、5・13意見書で、「相手方回答書第3（110頁6行目から120頁末尾まで）に至っては、平成28年3月16日付国水政第102号『公有水面埋立法に基づく埋立承認の取消処分取

消しについて（指示）』では是正の理由とされていなかった、「本件取消処分は『著しく適正を欠き、かつ、明らかに公益を害している』（地方自治法245条の7第1項後段）こと」という別の理由を追加するものであり、書面主義・理由付記を定めた地方自治法第249条に反するものである。」（4頁）として、「貴委員会において資料として扱われるべきではない」（同3頁）と意見する。そして、国は、その意見を受け入れて、5月17日に、再々答弁書で、同旨の理由を提出する（5・17再々答弁書）。その理由に対して、沖縄県は、5・24再々反論書で、「国が、対等独立な地方公共団体に対して、処分の根拠法上、地方公共団体の裁量に委ねられている行為について、合目的性の観点から軽々に容喙することは、憲法上ゆるぎされない」と批判し、その「意味内容は極めて限定的に解される必要がある」（9・10頁）と反論する。

### 3）国の結論（主張立証）

もちろん、国は、行政法学的には、憲法違反を内包する批判を想定内に、行政法学上の批判を、現実の1996年4月の橋本・モンデール合意以降の政治過程、行政過程及び日米の外交過程において、2013年12月の仲井真前沖縄県知事の本件埋立て承認処分、そして翁長現沖縄県知事の本件取消処分の性格を捉え、そのような過程で本件承認処分を捉えたと、「本件承認処分に不可変更力と同程度の自己拘束力、少なくとも不当の瑕疵を理由としてはこれを取り消すことができないという自己拘束力を認めても不合理とはいえない」というような性格を与え、このような「不可変更力と同程度の自己拘束力」をもつ「本件承認処分」を、「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・濫用にあたるというべき」「高度の不当性」を有して、是正の指示の対象となり、是正の指示に違法性はないと法律構成するのである。この法律構成が「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あること」である。

その立証が「上記第2の1(1)イ(イ)〔普天間飛行場代替施設の建設地を辺野古沿岸域に決定した経緯等・18頁～33頁、筆者挿入〕で述べたとおり、平成8年の橋本・モンデール合意以来、政府と沖縄県（あるいは普天間飛行場の代替施設の移転先となる地元自治体等）との間で普天間飛行場の代替施設の移転先をめぐる17年間の長きにわたる利害調整、交渉等が行われ、民主党政権があらゆるオプションをゼロ・ベースで検討するとして県外への移設も模索したものの、辺野古が唯一の選択肢との結論に至ったもの」である（5・9回答書109頁）。

「普天間飛行場代替施設の建設地を辺野古沿岸域に決定した経緯等」は、4・22知事意見陳述、それを受けた5・2回答書における沖縄県の埋立て承認の取り消しの理由が「不当の瑕疵」である明示を受けて、前記のように5・9回答書で登場したということは、当初から、国の前記の法律構成は準備されていたといえよう。それでは、国の法律構成の集大成を確認することにしよう。まず「著しく適正を欠くこと」、次に「明らかに公益を害すること」の国の法律構成をみてみよう。

#### 4) 「著しく適正を欠くこと」

まず出発点となる「著しく適正を欠くこと」とは、是正指示の対象となった地方公共団体の法定受託事務の事務処理が当該事務の趣旨・目的に反したり、その乖離が甚だしいなど、事務の処理がその本来の趣旨・目的に照らして著しく合理性を欠くことをいう。つまり、「著しく適正を欠く」とは「事務の処理がその本来の趣旨・目的に照らして著しく合理性を欠くこと」である。この「著しく合理性を欠くこと」を、行政部内における自己統制として是正が可能とされる「不当」のレベルに移すと、

その「不当」を超える「高度の不当性」を意味し、是正の指示の対象となる。つまり、当該行政処分が「高度の不当性」かは、根拠法令の趣旨に照らした総合的判断を意味するのである。

したがって、本件取消処分という事務の趣旨・目的は、ア 埋立法42条3項で準用される法2条の趣旨・目的及びイ 行政行為の取消の趣旨・目的の双方から検討される。

## ア 法2条の趣旨・目的と本件適用

### (ア) 法2条の趣旨・目的

まず、法2条に基づく免許（承認）の趣旨・目的を、国は、次のように定義する。国は、取消権制限法理の適用において、①埋立法の趣旨・目的の定義が必要であったので、「国土の開発その他国民経済の向上に資するもの」と定義した。今度は、②免許（承認）の法的性質、③第1号要件及び免許（承認）の趣旨・目的、④第2号要件の趣旨を総合的に定義する「法2条に基づく免許（承認）の趣旨・目的の定義をする。

「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御とするという特質（②免許〔承認〕の法的性質・土地所有権取得権説）を有するとともに、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（④第2号要件の趣旨・環境保全は条件）、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（①埋立法の趣旨）、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（③第1号要件の趣旨、及び免許〔承認〕の趣旨・目的）にある（①～④及び（）筆者挿入。）」（国5・9回答書113頁）。

(イ) 本件への適用（判断要素）

したがって、かかる趣旨・目的からすると、免許（承認）を取り消すに当たっては、都道府県知事は、{1} 当該埋立てが実現しようとする目的の公益性や必要性について十分考慮すべきであり、{2} 自然環境の保全等について考慮すべきである。

{1} 当該埋立てが実現しようとする目的の必要性や公益性や必要性

- ① 本件埋立事業の必要性は、普天間飛行場の代替施設の建設のため、普天間飛行場の危険性の除去と防衛・安全保障の質を落とさないために辺野古沿岸域に代替施設を建設することが唯一の選択肢であるという「辺野古が唯一の選択肢論」（5・9回答書6頁～35頁）を根拠に、「国家的視点から計画された、しかも我が国の防衛や安全といった国家存立の根本に関わる極めてハイレベルな政策に基づく事業であり、国民全体の利益を守るために真に必要な事業である。」

公益性は、以下のように多岐にわたり、社会全体として高い保護の必要性を有する。

- ② 普天間飛行場の周辺住民等の生命・身体及び財産に対する具体的な危険性が除去されあることで、国民の生命・身体及び財産の安全を確保するという公益。
- ③ 「辺野古が唯一の選択肢論」により、我が国の抑止力を維持する利益、潜在的紛争地域における危機発生時の対応能力を維持するという利益、尖閣諸島を含む南西諸島の防衛を十分たらしめる利益、シーレーンを防衛する利益といった、沖縄県民を含む国民の生命・身体及び財産の安全を確保できるという多大な公益。
- ④ 本件埋立事業は、平成8年の橋本・モンデール合意及びこれに続くSACO最終報告の内容、その後の日米間において、実に約17年間にわたり積み重ねられた数々の合意内容を実現するものである（「橋本・モンデール合意実現集積論」）。当該合意の内容を実現する手段

が本件埋立て事業であり、これにより、我が国の安全保障上の最重要な同盟国である米国との信頼関係が維持されるという我が国の外交・安全保障上の公益。

- ⑤ 本件埋立事業の実施ひては普天間飛行場の全面返還を実現することによって、沖縄の負担軽減を実現させることができるという公益。
- ⑥ 「普天間飛行場の返還に伴う派生的な利益として、その跡地利用による経済的利益は、返還前に比して、宜野湾市が受ける直接経済効果だけで年間3,700億円以上と莫大なものであり、これらは付近住民に広く還元されるとともに宜野湾市の経済発展を促し、ひいては沖縄県全体の発展につながり、最終的には我が国の発展、国民の増大といった国益につながるのである。」(5・9回答書115頁)。

この①②③④⑤⑥の主張は「橋本・モンデール合意以後決断集積論」、「辺野古が唯一の選択肢論」および「関係者による多大な努力と苦渋の決断の累積論」の事実により立証されるものである。また、この主張は、本件処分及び本件取消処分が地方自治の原則により是正の指示(関与)の対象とならない「単なる不当」を、地方自治の前提となる①「我が国の防衛や安全といった国家存立の根本に関わる極めてハイレベルな政策に基づく事業であり、国民全体の利益を守るために真に必要な事業」として「高度な不当性」として、地方自治の原則の例外として是正の指示の対象とするための法律構成である。地方公共団体と国との役割分担の難問、しかも、沖縄と日本政府の歴史的関係を踏まえた法律構成であり、この法律構成により、沖縄県の係争委での敗北は濃厚となったといえよう。

国の①～⑥の事実が「わが国の防衛や安全といった国家存立の根本に関わる極めてハイレベルな政策に基づく事業」として効果をもつのは、米軍基地が適正な規模で、つまり「国土の均衡ある発展」のなかで法律的、行政的に意味をもちうるものであり、全国比で約468倍もの沖縄の米軍

基地過重負担の歴史的現実の中では、全く逆の意味をもつのである。まさに「わが国の防衛や安全といった国家存立の根本に関わる」米軍基地を約468倍もの過重負担、しかも71年間も負担している現実で「国家の存立の根本」を理由とすることは「国家の存立」を根本から否定しているからである。近代民主国家において、敗戦国の国民に敗戦後71年わたり、130万の住む国土（沖縄本島）の約18%も米軍基地（221平方km）が占有し続けるということは「国家の存立の根本」においてありえないのである。つまり、沖縄県が日本政府に勝つ必然性は、つまり本件承認処分 of 違法性が大きく本件取消処分すべき必然性は、「国家の存立の根本」のレベルで「沖縄の米軍基地過重負担」が著しく不合理であり理不尽だからである。

沖縄県が本件承認処分を米軍基地過重負担の適法を前提とする「不当」を理由とする本件取消処分を法律構成したことの意味は限りなく深く、限りなく悲劇であり喜劇でもある。

次に、国の自然環境の保全等の主張を見て見よう。

## {2} 自然環境の保全等

国は、評価法等が定める環境影響評価法の手続きを履践し、その内容は、同種同規模の埋立事業における環境保全措置と遜色がない上、沖縄県内部の審査基準に適すると認められているのであり、環境に対する負荷をできる限り回避又は軽減するための措置を講じており、環境保全に十分な配慮をしている。」

しかるに、審査申出人は「実行が困難な環境保全対策を求めるなど過大な要求をした上で、本件埋立事業に係る環境保全措置が不十分であるとして第2号要件に適合しないとしており、自然環境や生活環境への影響を過大に考慮して、本件取消処分を行ったといえる。」（5・9回答書116頁）。

(ウ) 判断（結論）

このように、本件取消処分は、特定の公益を実現するために埋立てを行うことが真に必要なにもかかわらず、その必要性や公益性について重視することなく、その弊害のみを過度に重視して行われたものであり、法の趣旨や目的に照らして、著しく合理性を欠く。

イ 行政行為の取消の趣旨・目的と本件の適用

(ア) 行政行為の取消の趣旨・目的

行政行為を取り消すことの趣旨・目的は、違法又は不当の瑕疵がある行政処分について、{1} 当該行政行為に係る法適合性の回復又は合目的性の確保の要請と、{2} 既になされた行政行為に基づいて形成された事実上・法律上の利益等を保護しなければならないという法的安定性ないし信頼保護の要請との比較衡量の下で、適正な是正を図ることにある。「国は、本件承認処分によって埋立てをなし得る法的地位を獲得し、しかも、かかる地位に関して、以下に述べるような事実上・法律上の状態が生じており、かかる事実上の状態が生じており、事実上ないし法律上の状態を保護する必要性は高い。」（5・9回答書116頁）。

(イ) 本件の適用（判断要素）

{1} 当該行政行為に係る法適合性の回復又は合目的性の確保の要請

「平成27会計年度の国防授權法において在沖縄米海兵隊4,000人のグアム移転の予算の執行凍結を解除するなどの様々な事実関係が構築され、米国からの信頼が増しているのであって、かかる米国の信頼という事実上の状態は保護されるべきである。」（5・9回答書116頁）。

{2} 既になされた行政行為に基づいて形成された事実上・法律上の利益等を保護しなければならないという法的安定性ないし信頼保護の要請

本件取消処分が認められると、これまでに国が民間業者等との間での

請負契約の締結や漁業権消滅の補償金約30億円の支払いを行ってきたが、そのように積み重ねられてきた多数の事実関係及び法律関係が崩れ、同事業に費やされた上記経費や諸資材、諸機材等が無駄になるほか、契約解除に伴う相当金額の損害賠償金が必須となる上、平成27年度に計上した約1,736億円の予算のうち契約済額の一部（金額未確定）も無駄になるおそれがある。このような民間事業者等の法律上の状態を保護する必要性は高い。

しかるに、審査申出人は、「国は私人ではないという形式論に基づいて、行政処分<sup>3</sup>の主体としてではなく、私人と同じく行政処分の相手方の立場に立ったとしても全く保護に値しないと主張していることからすると、本件取消処分における判断の方法は、行政処分の取消しの趣旨や目的を大きく逸脱して、著しく合理性を欠く。」（5・9回答書117頁）。

（ウ）判断（結論）

本件取消し処分は、行政行為の取消しという事務の本来に趣旨や目的に照らして、著しく合理性欠く。そして、次のように「著しく適正を欠く」と判断するのである。

ウ 判断（結論）

以上のとおり、本件取消し処分は、行政行為の取消しという事務の本来に趣旨や目的に照らして、著しく合理性を欠くものであるから、「著しく適正を欠く」ものである。

5) 「明らかに公益を害すること」

ア 「明らかに公益を害している」の意義

この要件の解釈も地方自治の原則に照らして是正指示の対象とすべきでない「単なる不当」と区別して、是正指示の対象となる不当を「不当の程度が甚だしく」とする。

まず、「明らかに公益に害している」とは、「著しく適正を欠」いた事務処理をそのまま放置することが法秩序全体からみて容認できない場合をいうものと解される」（5・9回答書117頁）と定義する。そして、「違法」を意識して、その違いを次のように述べる。

「地方公共団体の事務の処理が法令に規定に反すること、すなわち違法である場合は、それ自体として、公益を害することが明らかであるところ、違法とは認められない場合であっても、不当の程度が甚だしく、これを放置することが地方自治法を含めた国法秩序からみて容認できないときには、『明らかに公益を害している』と解するのが相当である」（5・9回答書117頁）。

#### イ 免許（承認）の法定受託事務の趣旨

「明らかに公益に害している」とは「著しく適正を欠」いた事務処理をそのまま放置することが法秩序全体からみて容認できない場合をいうところ、「法秩序全体から」みるのであるから、まず、免許（承認）を法定受託事務とする趣旨を見る必要がある。

平成11（1999）年に改正され地方自治法において、免許（承認）事務が法定受託事務に位置づけられたのは次の理由による。

「同事務が国の所有する公有水面の公用の廃止及び新たな国土（陸地）の創出を伴うものであることから、国家の統治の基本に密接な関連を有する事務に該当するとされたことによる（地方分権推進委員会第2次報告別表1）」（5・9回答書）。

すなわち「その埋立てがもたらす環境保全や防災に関する影響等を考慮するについては、当該埋立区域の実情をよく知る都道府県知事にその許否の判断を委ねることが公有水面の管理上合理的である考えられたことによる。

しかしながら、国としては関与の可能性を示す必要がある。そこで、

次のような説明となる。

埋立ての免許（承認）「の判断権を当該埋立区域を管轄する都道府県知事に委ねているとしても、それが国の所有する公有水面の廃止及び新たな国土（陸地）の創出を伴うものである以上、国としてその適正な処理を特に確保する必要がある、とりわけ、本件のように、不適正な処理をそのまま放置することは、当該事務を第一号法定受託事務とした法及び地方自治法の趣旨をも没却するものであり、法秩序全体からみて容認できない事態といわなければならない」（5・9回答書118頁）。

#### ウ 本件への適用

##### {1} 本件埋立事業の国家的事業性

「本件埋立事業は普天間飛行場の危険性除去という国家事業であり、この事業を実現することにより国民の生命・身体及び財産への危険性を可能なかぎり除去していくこと、これはいうまでもなく国に課せられた最重要の国益であって、本件取消処分によりこれが妨げられる不利益は計り知れず、これを放置することが国法秩序全体から見ても容認できないことから、明らかに公益を害する。」（5・9回答書118頁）。

##### {2} 日米関係等の信頼関係

「本件取消処分は、我が国の外交ないし安全保障にとって、過去、現在及び将来にわたり極めて重要な意味を持つ日米両国間の信頼関係に大きな亀裂を生じさせ、これを崩壊させかねないものであり、我が国の外交上、安全保障上の重要な国益を明らかに害し、重大な不利益をもたらす。さらに、ことは米国との関係にのみとどまるものではない。国家間の約束事を実現できないなどということになれば、今後の諸外国との外交関係の基軸となるべき国際社会からの我が国に対する信頼が低下するのであって、これを放置することが国法秩序全体からみて容認できないから、明らかに公益を害する。」（5・9回答書119頁）。

### {3} 判断

「以上のとおり、本件取消処分は、本件埋立事業が真に必要なものであるにもかかわらず、その必要性や公益性について重視せず、弊害を過度に重視して行われ、また、法的安定性や信頼保護についても軽視しており、著しく適正を欠くものであり、かつ、国民の生命・身体等の危険性を除去することの実現を妨げ、我が国の外交や防衛上の国益に不利益を与えるものであって、これを放置することが国法秩序全体からみても容認できないから、明らかに公益を害する。」(5・9回答書120頁)。

### エ まとめ(結論)

「よって、本件取消処分が、『法定受託事務の処理が著しく適正を欠き、かつ、明らかに公益を害していると認めるとき』にも該当するといえるから、是正の指示は適法である。」(5・9回答書120頁)。

## 8 第8段階：沖縄県5・13意見書

しかし、沖縄県は、5・9回答書は審査の資料にすべきでないという意見を5月13日に提出する。

特に①「キャンプ・シュワブ辺野古沿岸域が適切であること」14頁～35頁)「普天間飛行場代替施設の建設地を辺野古沿岸域に決定した経過等」18頁～32頁)について、審査の対象から除外すべきと主張する。その国の主張事実は以下の内容である。

「普天間飛行場代替施設の建設地を辺野古沿岸域とする決定にいたるまでの間には、日米間のみならず、沖縄県、名護市、その他関係地方公共団体における、様々な交渉、協議、調整等の積み重ねがある。それは、普天間飛行場の危険性除去と日米同盟ないし安全保障体制の維持さらに沖縄の負担軽減といった、いずれも極めて重要な要請又は課題を、いかに総合的な見地から調和的に解決していくかという点についての、関係

者による多大な努力と苦渋の決断の累積というべきである」（5・9回答書18頁）。

結論は「普天間飛行場代替施設の建設地は、辺野古沿岸域が唯一の選択肢であること」である。つまり「上記おいて詳述したとおり、橋本・モンデール合意及びSACO最終報告における普天間飛行場返還と沖縄県内への普天間飛行場代替施設建設の合意から、本件承認処分に至るまで、実に17年間もの年月を費やして、米国おも含めた関係者間における努力と決断の積み重ねを経て、『辺野古が唯一の選択肢』であるとの結論に至ったというものである」（5・9回答書32頁）。

これらの事実が国により新たに主張されたのである。そして、この事実に基づき、本件承認処分の適法性を主張立証し、取消権の権限濫用を主張立証することになるのである。さらに、是正の指示の理由に、「著しく適正を欠き、かつ、明らかに公益を害する」を回答書に追加したのである。さすがに、この点については、係争委からの指摘で、5月17日の追加の指摘があり、国は、その日に再々答弁書を提出している。

## 9 第9段階：国5・17再々答弁書

国は、改めて、不当を理由とする本件取消処分に対する前記法律構成を提出する。

いずれにせよ、沖縄県は、5・24再々反論で、反論しているので、係争委は国の5・9再々答弁書における新たな主張を認める結果となっている。本件承認処分の「違法」を理由とする取消権と「不当」を理由とする取消権は全くその根拠が異なるわけであるから当然のことである。

## 10 第10段階：沖縄県5・24反論書（国5・9回答書に対する反論）

沖縄県は、5月24日に5・9国回答書に対する反論書(1)(2)(3)を提出する。

沖縄県は、反論書(1)で「相手方が、前知事の行った承認処分の審査過程にも示されていない、相手方が独自で提出した新たな事実及び資料を根拠にして、申出人の法定受託事務の処理が法令違反であると認めることは、地方自治法に照らして許されないと」(反論書 {1} 8頁)と強く批判する。

沖縄県は反論書(2)においてより具体的に次の2点の反論をする。第1点は国が主張した「普天間飛行場代替施設の建設用地が具備すべき要件」に照らして「キャンプ・シュワブ水域が最も適正な場所であるとする主張に対する反論である。この国の主張に対して、沖縄県は「沖縄本島内でも『辺野古が唯一』という主張を理由づける現時点での新たな事実としてそのような『要件』が示されたことがないことに加え、現在の案を正当化するために持ち出されたに過ぎない合理性を欠くものである。よって、本件審査においてかかる主張はそもそも審査の対象にすべきではないことはもちろん、仮に審査の対象としても、『辺野古が唯一』として埋立承認要件充足の根拠となりうるものではないことは明らかである」(反論書 {2} 8頁)と反論する。

第2点は、国の5・9回答書の目玉である「沖縄県が平成11年に普天間飛行場代替施設の設置場所の検討・選定作業であるということ」についての反論である。沖縄県は、「その選定作業は環境影響評価手続き以前の作業であること、また、本件事業と平成11年当時の計画とは前提条件や事業内容が異なっていること」と批判して、「過去になされた意思決定は、現行案と全く異なる条件やプロセスを経てなされたものであり、かつ、現行案を沖縄県が承認したことはないということを考慮せずに、『辺野古が唯一』であると主張することは極めて不当であり、何ら、合理性のないものである。」(反論書 {2} 25頁)。

そして反論書(3)では、国の「本件取消訴訟処分が裁量権の範囲の逸脱・濫用に該当すること」の主張に対する反論である。沖縄県は、国の主張

は、「公水法の要件適合性の判断（埋立承認処分の瑕疵の判断）にかかる考慮事項の主張と職権取消制限に係る主張という異質な問題が混在し、論理が整理されていない。また、相手方回答書の第2・3にいう『裁量権』が要件裁量と効果裁量のいずれについて主張するものであるのかも示されていないものである。相手方回答書の第2・3における主張は、その主張の法的位置付けすらも整理、特定のされていない、杜撰な主張であると言わざるを得ない」（反論書 {3} 2頁）と根本的に批判するものである。「もっとも、1号要件の適合性にかかる考慮事項に関係する主張も含まれているであろうと考えられることから、念のため、相手方回答書の89頁以下（略）において触れられた事項を取り上げて、本件立承認出願の1号要件適合性の判断について、審査申出人の裁量権の逸脱・濫用が認められない」とする（反論書 {3} 2頁）。

また、沖縄県は「再々反論書」（5月24日）において、「国が、対等独立な地方公共団体に対して、処分の根拠法上、地方公共団体の裁量に委ねられている行為について、合目的性の観点から軽々に容喙することは、憲法上ゆるされない」と批判し、その「意味内容は極めて限定的に解される必要がある」（9・10頁）と原理的に反論する。

#### 11 第11段階：沖縄県6・7反論書(4)、(5)

そして、沖縄県は、沖縄県議選後の6月7日に相手方回答書への反論書(4)(5)を提出する。

沖縄県は、反論書(3)で、要件適合性の裁量について述べたが、反論書(4)では、国の主張の要件適合性を欠いていたとしても取消しをすべきではないという裁量と解したとしても、本件取消は正当であると主張する。そして、「本件について具体的に利益考量しても、本件埋立工事が遂行されることによる不利益は著しいものであるのに対し、相手方回答書で示された事項は職権取消しを制限する根拠とはならないものであるから、

本件埋立承認処分職権取消しは制限されないものである」と結論付ける（反論書 {4} 27頁）。

沖縄県は反論書(5)においては、沖縄県は、反論書(3)と反論書(4)で述べた、国の本件取消処分の裁量権の逸脱・濫用論の裁量についての審査の在り方についての主張を捕捉する。すなわち、「国が、何らか知事に優越して判断を加えられると解すべき根拠はなく、国土交通大臣は、知事の裁量を尊重して『法令の規定に違反している』等の要件適合性の判断を行わなければならない以上、国地方係争委員会は、国土交通大臣の『法令の規定に違反している』等の要件適合性については、国土交通大臣に代置して審査できるし、しなければならない（端的に言えば、取消処分の裁量逸脱・濫用を審査すべきである）。」（相手方回答書への反論書 {5} 5頁）。

## 12 第12段階：沖縄県6・8反論書(6)

沖縄県の国の5・9回答書への最後の反論書(6)である。現知事の本件承認取消処分の要件適合性判断に対する国土交通大臣の関与の際の審査の対象・あり方について2点述べるものである。

第1点は、国土交通大臣の関与において、審査の対象となるのは現知事の裁量の逸脱または濫用であり、その際、現知事の判断（裁量）を国土交通大臣は尊重しなければならないこと」。

第2点は、「国土交通大臣による審査は、あくまで、国土交通大臣の任務・所掌事務の範囲内でのみ許容されるもので、これを逸脱した審査を許容されないこと」である（反論書 {6} 3頁）。

## 13 第13段階：6月17日の係争委の決定

以上の係争委における審査の流れからみると、沖縄県側の「沖縄県取消権」が維持され、客観的には取消権の根拠を「前知事の承認処分の中

当性」置いているため、国の取消権限濫用の主張が許容される可能性が高いということになる。

しかし、沖縄の歴史的現実、係争委が、「米軍基地過重負担」の深刻さを「女性遺棄事件」を契機に認識すること、6月18日の県民大会、22日の参議院選挙、6月23日の沖縄戦の20万人余の戦没者の慰霊の日が近づいている。

そして、係争委は、6月17日、判断回避の決定をする。その決定の内容については、次節の第5節において、詳述する。

## 第5節 係争委の決定の内容と評価

### 第1款 係争委決定の結論と理由の要点

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」を決定した。

この判断回避の決定の理由は、係争委の本質的存在根拠を、「地方自治法は、国と地方の関係を適切な役割分担及び法による規律の下で適正なものに保つという観点から、当委員会において国の関与の適否を判断するものとすることによって、国と地方のあるべき関係の構築に資すること」においているが、「本件についてみると、国と沖縄県との間で議論を深めるための共通の基盤づくりが不十分な現在の状態の下で、当委員会が、本件是正の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き、肯定又は否定のいずれかの判断をしたとしても、それが国と地方のあるべき関係を両者間に構築することに資するとは考えられない。」からである。

## 第2款 係争委決定の意味

この決定は、沖縄県の本件取消処分は不当を理由とするもの（沖縄県取消権説）で国に是正指示のできないという主張でありながら国の是正指示の取消しの勧告の申出をするという沖縄県の形式的法律構成に対して、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。なぜなら、沖縄県は、「基本的には、国の機関たる国地方係争処理委員会の審査において、都道府県知事の判断が尊重されるべき」と措定する。「けだし同じく国の機関たる国土交通大臣がいかなる場合に是正の指示をなし得るか、という問題と全く同じ問題意識（地方公共団体の自治権、自主的判断がいかに保障されるか）が妥当するからである。」（沖縄県4・21反論書{1}5頁）。また「法定受託事務は地方公共団体の事務であるから、憲法94条により保障された地方公共団体の行政執行権の問題であり、憲法第65条により内閣に属する『行政権』には含まれないものである。」（沖縄県4・21反論書{1}8頁）。さらに「埋立法は、地域の実情を最も知る都道府県知事に合理的理由をもって、埋立法4条1項各号の要件適合性の判断を専権的に委ねており、国の判断が優越すべき根拠は全く埋立法上存在しない。」（沖縄県4・21反論書{1}13頁）。極めつけは「沖縄県知事は、端的に本件埋立承認が埋立法4条1項1号、2号の要件を充足しないと判断している以上、埋立承認を取り消せる」（沖縄県4・21反論書{1}4頁）。

このような本件取消処分は、本来は沖縄県知事の専権的な自己決定権であり、国も関与すべきではないという沖縄県の主張を踏まえると、係争委が、法律的には蛇足的で無意味でありながら、政治的には構造的弱者には寄り添うようにも見える係争委の結論を述べる意味がみえてくる。

「したがって、当委員会としては、本件是正指示にまで立ち至った一連の過程は、国と地方のあるべき関係からみて望ましくないものであり、国と沖縄県は、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

撃に協議し、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最善の道であるとの見解に達した。」（係争委6・20決定書8頁）。そして、この「見解をもって同法250条の14第2項による委員会の審査の結論とする」（同決定書8頁）。

しかしながら、この「審査の結論」は、法的には無意味である。なぜなら、上記の見解は「同法250条の14第2項」から「結論」とすることはできないからである。これが、次に述べる沖縄県取消権説を踏まえた係争委の判断回避の実質的な意味であろうか。

沖縄県取消権説は、前述のように、翁長知事の本件取消処分は沖縄県の自己決定権の行使であるので国の是正指示、したがって国との協議は不要を主張することを含意する。その「原告」の沖縄県に、係争委は「国と沖縄県は、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」すべき見解を述べる。沖縄県の法律的主張を顧慮すると、係争委の複雑な立場が見えてくる。

いずれにせよ、法律の観点からは、審査申出人である沖縄県の、係争委の判断回避の名を借りた実質的な「却下」の「敗訴」の結果となった。この決定に対して、沖縄県は、係争委決定の逆説を真に受けて「国と協議を続ける」として和解条項が示した提訴期限の6月28日の提訴を見送った。7月21日が地方自治法の定める沖縄県の提訴期限であった（同法251条の5第2項第1号）が、それも見送ったのである。

### 第3款 係争委決定の内容

#### 1 係争委審査の結論

係争委の審査は本件承認処分の不当を理由とする本件取消処分の違法性が争点となる。1996年4月12日の「橋本・モンデール合意」から17年の経緯を集約した本件承認処分、他方、沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実の過程で新米軍基地建設を承認することを含意する本件承認処分、

国と沖縄県（民）の歴史的課題を含有した本件承認処分を近代民主国家の法秩序違反の「違法」でなく単なる行政部内の合目的性違反の「不当」で取り消すという法律構成に対して、係争委の存在意義の観点から判断することはできず、係争委は、次のように、判断回避の方法による沖縄県の「敗訴」、内容的には実体的判断のない実質的「却下」の決定をしたのである。

つまり、係争委は、6月17日、国土交通相の是正指示について「適正か否か」（朝日新聞6月18日付）、「適法か違法か」（中日新聞6月18日付）、「法判断」（読売新聞6月18日付）、の判断をしないことを決めて終了した。

## 2 判断回避の理由

小早川光郎委員長は、判断を避けた理由について、「いずれの判断をしても、それが国と地方のあるべき関係を構築することに資するとは考えられない。結論を出すのが最善の道ではない」などと説明した。しかし、この判断回避の判断は、法的には、沖縄県の「敗訴」である。その内容は、判断回避に名を借りた実質的な「却下」である。

なぜなら、沖縄県の本件審査の申出の趣旨は、本件取消処分の取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」ことであるところ、この勧告はなく、しかも判断回避により係争委の実体的判断が示されていないからである。

つまり、係争委の、「当事者双方から提出された主張書面や証拠を踏まえて、法的な観点から、審査を行った」結論は、「本件是正の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」ということである。

同法245条の7第1項は、各大臣は、都道府県の法定受託事務の処理が、①法令の規定に違反しているとき（前段）、又は②著しく適正を欠き、かつ、明らかに公益を害しているときは（後段）、当該法定受託事務

の違反の是正又は改善のため講ずべき措置に関し、必要な指示をすることができるとする規定であるところ、この是正指示の根拠条文の「規定に適合するか否かについては判断せず」というのであるから、沖縄県の審査申出自体を拒否する実質的な「却下」であり、沖縄県にとっては、最悪の結果である。国の是正指示（行政処分）が有効なままで、沖縄県の是正指示に従う義務は維持されたままだからである。

この判断回避の理由は、そもそも係争委の役目が「国と地方のあるべき関係を両者間に構築することに資する」ことであるところ、「本件是正の指示にまで立ち至った一連の過程をみると、国と地方のあるべき関係からみて望ましくないものであ」るので、係争委は、「国と沖縄県は、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」を開陳するのである。

### 3 係争委決定後の裁判

したがって、是正指示は有効のままで、沖縄県は是正の指示に従う義務つまり本件取消処分の取消（撤回）義務は維持されている。この取消義務を解除するために、沖縄県は審査の結果（3月4日の和解条項では当委員会が是正の指示を違法でないと判断した場合）の通知の日から30日以内（3月4日の和解条項では7日以内に短縮）に高等裁判所に是正指示の取消訴訟（機関訴訟）を提起する「権利」が与えられている（地方自治法250条の5第1項第1号及び第2項第1号）。この訴訟では、是正指示の違法性が訴訟物となる。沖縄県は、本件取消処分の是正指示が違法なのは本件取消処分の適法であるからであり、その適法性の理由として本件承認処分の違法性が本質的な争点となる。法律による行政の原理の要請するところである。この裁判は、事柄の重大性を考慮すると、高等裁判所が約4カ月、最高裁判所が約6か月と約10カ月はかかると考

えられる。

しかしながら、国の是正の指示に対する沖縄県の不服従が30日を経過すると、沖縄県の是正指示の不服従は行政過程上の違法状態ないし「不法行為」(朝日新聞2016年6月28日か示唆)となる。法律による行政の原理ないし法治主義に明らかに反するからである。したがって、これ以降、沖縄県は国の是正指示の違法性を主張することはできないどころか、国は、沖縄県に対して、法律による行政の原理に基づき、この行政過程上の違法状態の是正に向けて、その違法性を裁判所(司法)が確認するために、高等裁判所に、不作為の違法確認訴訟を提起することができる(地方自治法251条の7・252条)。つまり、この訴訟は、埋立て承認取り消しの違法性そのものではなく、国土交通省の是正指示に沖縄県が従わないことの違法性確認を求める形式となる。さらに、国(防衛省)は、沖縄県に不法行為に基づく損害賠償を請求することが可能となる。

国は、沖縄県の取消訴訟提起期限である30日を経過すると、国の法秩序維持義務として速やかに、その不作為の違法確認訴訟を高等裁判所に提起することになるが、同裁判は、形式審理となるので、約1カ月前後で、結審、判決となることが想定される。違法状態の是正は裁判所の本務であり、また、国の是正指示の違法性を理由とする違法状態是正を根拠とする30日以内の取消訴訟提訴の「権利」を行使せずの違法状態の自発的作出なので、12カ月前後の裁判が想定されるのである。最高裁も同様に早めの判決がでると考えられる。日本の法秩序に対する明白な挑戦だからである。つまり、国の不作為違法確認訴訟は4～6カ月前後で最高裁までの判決がでることが想定される。

しかし、この制度は、国の関与(是正指示)の適法・違法の司法判断であるので、最高裁の判決後でも、沖縄県が自ら本件取消処分(撤回)に応じる義務はないが、3月4日の和解条項では判決に従うとなっているので沖縄県は自ら取消処分を取消することになる。

#### 4 沖縄県の判断の方向

以上、沖縄県は、係争委の審査結果の実質的な「却下」の「敗訴」を踏まえ、法律による行政の原理を根拠に、速やかな、是正指示の取消訴訟の提起をすべきである。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、小早川委員長が会見で「裁判所に沖縄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。いずれにせよ、国の是正指示は地方自治法上の制度であるところ、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ことが、裁判上、沖縄県の合理的な判断である。その訴訟では、米軍基地過重負担の歴史的現実の違法性を法律構成し、本件承認処分<sup>1</sup>の違法性の主張立証の成功に勝機があると考えられるからである。しかし、沖縄県は、21日までに取消訴訟を提起せず、22日に国が不作為の違法確認訴訟を提起したのである。

#### 5 実質的却下の二つの理由

ところで、沖縄県が実質的却下となったのは、沖縄県が、本件承認処分を「違法」ではなく「不当」を理由とした本件取消処分の法律構成をしたからである。その実質的却下の内容は2点あり、第1は、本件承認処分の性質に関するもので、他の一つは、係争委の審査事項の論点である。

第1の理由は、本件承認処分の性質に関する国側と沖縄県民側からの捉え方である。国にとっては1995年の少女暴行事件を契機とする「橋本・モンデール合意」以降の17年余にわたる関係者の多大な努力および苦渋の決断の累積の集約である本件承認処分を「単なる不当」を理由とする本件取消処分は、取消権限濫用の違法と強調する。他方、沖縄県民にとっては戦後70年余にわたる米軍基地過重負担による「想像を絶する」人権侵害の危険性、現実化の歴史的現実の認識を本件承認処分は含有するので、本件承認処分を不当と判断することは、沖縄県民が、米軍基地過重

負担の適法を前提とする不当の認識を意味し、県民の米軍基地過重負担の固定化・追認を意味する。つまり、国にとっては日米同盟の絆の証、沖縄県民にとっては70年余にわたる米軍基地過重負担（「基地の島」）の固定化・追認という重い課題を内包した本件承認処分を近代民主国家の編成原理である法律による行政の原理ないし法治主義に反する「違法」ではなく、行政部内の合目的性違反の「不当」による法律構成に関して判断することに、係争委は、違和感があったということである。不当を理由とする本件取消処分の主張（沖縄県取消権説）を係争委は認めることはできなかった。係争委は、「当事者双方から提出された主張書面や証拠を踏まえて、法的な観点から、審査を行」なうしかないからである。国および沖縄県民の歴史的課題を包括した本件承認処分を「不当」を理由とする本件取消処分の主張は存在の耐えられない軽さであったのである。

第2の理由の係争委の審査事項の論点は、沖縄県の、本件承認処分の不当を理由とする本件取消処分の主張は、係争委の存在意義の「想定を超えた」主張で、係争委の審査になじまないとする論点である。

沖縄県は本件承認処分を「不当」を理由とする本件取消処分をした。国は、本件取消処分を①法令規定違反（違法）又は②著しく適正を欠き且つ明らかに公益を害すること（高度の不当性）を理由に是正指示をした（245条の7第1項）。係争委は審査の結果を自治事務と法定受託事務に区別している。

自治事務については、国の関与（本件是正の指示）が「違法でなく」（適法）、かつ、地方公共団体の自主性および自立性を尊重する観点から「不当でない」（適当）と認められるときは、その旨を当該地方公共団体の執行機関等に通知し、これを公表し、逆に、国の関与が「違法であり」、または、上記の観点から「不当である」と認めるときは、国の行政庁に対して必要な措置を講ずべきことを勧告する（250条の14第1項）。

法定受託事務においては、国の関与が「違法でない」と認めるときは、その旨を地方公共団体の執行機関に通知し、これを公表し、逆に、「違法である」と認めるときは当該国の行政庁に対して、必要な措置を講ずべきことを勧告する（250条の14第2項）。

## 6 沖縄県の実質的「却下」の「敗訴」

実質的却下となったのは沖縄県が本件承認処分「違法」ではなく「不当」を理由とする本件取消処分「法律構成をしたから」である。「不当」と「違法」の法的性質が異なり、「不当」は、行政部内における自己統制として原処分（本件承認処分）の是正が可能とされる「行政の目的違反」であるのに対し、「違法」は、法律による行政の原理違反ないし法治主義に反する「客観法秩序違反」であるので、原処分は無効となり、原処分の是正は不可能であることを前提としている。つまり、原処分の「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「適法性の回復違反」（違法状態の是正）にあるが、原処分が適法であることを前提とする「不当」を理由とする取消処分は、行政処分は合目的でなければならないという要請に基づくもので「合目的性の回復」であり、違法を理由とする取消処分と比べてより一層制限されることになる。原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の要請に基づくものだからである。

## 7 不当を理由する取消処分に対する国の関与

以上は、係争委の審査の結果であるが、それを国の関与の観点からみると、自治事務が違法かつ不当の場合に国は関与できるが、法定受託事務は、規定上は「違法」の場合に限定されているが、実務では「著しい不当」の場合も国の関与を認めている。また原処分の不当を理由とする取消処分は、原則としては、その取消処分は不当であり、原処分が法定

受託事務の場合には、取消処分も法定受託事務となるので、是正の指示の対象とはならない。しかし、取消処分が裁量権の逸脱・濫用の違法となる場合でも、係争委、国の判断は、国と地方公共団体が、形式上は対等独立の関係であるので、法的には行政部内の判断となるので不当の範囲内であり、せいぜい「著しい不当」として、是正の指示の対象になるのではないか。是正の指示の対象となり、また、違法に至らない場合には「高度の不当性」として是正の指示の対象となる。したがって、原処分の不当を理由とする取消処分は、原処分の違法性を取消処分の違法性の請求原因とすることはできないが、取消処分自体の違法性判断は可能ということになり、主張の理由なしにはならないが、原処分の違法を理由とする取消処分の実質的根拠は法律による行政の原理ないし法治主義に基づく適法性の回復（違法状態の是正）に求められ、取消権制限法理の成否は原処分の違法性の強弱に規定され、また取消権限濫用（効果裁量権の逸脱・濫用）の成立の余地は小さいが、原処分の不当を理由とする取消処分は、取消権制限法理の成立が大きく、また取消権限濫用の成立の余地が大きくなるという違いがでてくる。

このような、実務上の柔軟な「不当」の解釈に対して、沖縄県は固い「不当」と「違法」の区別を前提に解釈して、自庁取消しは最大限「不当」であり、本件承認処分従って本件取消処分は法定受託事務であるので、あくまでも違法の場合に是正指示の対象になるべきと主張するのである。法定受託事務の場合に原処分の不当を理由とする取消処分の法律構成自体が係争委は審査の申出になじまないと判断した。その法形式として、判断回避の方法で、沖縄にボールを返したのである。

沖縄県の主張も原処分（本件承認処分）レベルで承認せよとの国の是正指示の場合には一定の法的正当性を持つと思われる。米軍基地過重負担の歴史的現実で新たな米軍基地建設のための埋立て承認は沖縄県知事として認められない。この権限は埋立法上、知事に与えられているので、

沖縄県知事が判断することだと主張することは、公有水面埋立法の問題だからである。

しかし、沖縄県知事が承認処分をした後に自庁取消しだとして原処分と同じレベル取消処分という行政処分ができ、しかも、その取消処分が行政部内の合目的性違反の「不当」を理由とする取消処分、自庁以外の他行政庁、特に法定受託事務でありながら国の関与は制度的に認められないという法律構成をすること自体、現実に埋立て承認という行政処分により、その自庁以外の第三者が関与している過程で、その社会的形成の権原を否定することの認識から、そのような取消処分は行政庁の合目的違反の「不当」ではなく客観的な法秩序違反の「違法」を理由としてしかできないと法律による行政の原則を担う知事の職責上、当然に判断すべきことである。しかも、国と地方公共団体の関係の調整機関である係争委に、その「不当」を理由に申出ているのである。

沖縄県の「不当」を理由とする法律構成は、国の是正指示の範囲外であり、したがって、法定受託事務は、違法か否かの判断しかできず、是正指示は違法であるので、係争委は国への勧告の判断しかないと係争委に主張しているようなものである。

係争委は、国の主張のように、本件承認処分の性質を捉え、単なる不当を理由とする本件取消処分を取消権限濫用（効果裁量の逸脱・濫用）の違法で判断する道もあったが、係争委は、沖縄県の審査申出は係争委の存在意義になじまないとする判断回避の道を選択したのである。

そこで、係争委は「地方自治法は、国と地方の関係を適切な役割分担及び法による規律の下で適正な判断するものとすることによって、国と地方のあるべき関係の構築に資することを予定しているもの」と定義する。

ところが、沖縄県は本件承認処分および本件取消処分は「不当性」の問題として国との役割分担を入口で拒否している。沖縄県は係争委に「国

と地方のあるべき関係の構築に資すること」を期待していないのである。

そこで、係争委は、沖縄県の申出は審査になじまないとして「本件は正の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」と決定するのである。そして、係争委の土俵に上がる国と沖縄県の関係ではないので、係争委の土俵外でお互いに協議しなさいとして、沖縄県の審査申出を沖縄県に投げ返したのである。「違法性」の場だと係争委の存在価値が最も発揮されたのに、「不当性」の場に矮小化（沖縄県側の主観では最大化）したためである。真摯に協議しなさいというのが判断回避の根拠であるという逆説は沖縄県にとっては文学的である。つぎに、その内容をみてみよう。

「したがって、当委員会としては、本件是正の指示にまで立ち至った一連の過程は、国と地方のあるべき関係からみて望ましくないものであり、国と沖縄県は、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に到達した。」

以上、沖縄県の係争委での「敗訴」は、沖縄県取消権説の日本の法秩序の下での破綻を意味する。違法確認訴訟において、この破綻を沖縄県の勝機の契機とするかは、沖縄県の法律構成力にかかるといえる。

## 第6節 小括

職権取消権の理由（発生根拠）は何かに関して、原処分違法性説と沖縄県取消権説が主張されてきた。国は、裁判上で主張できる取消権は、原処分の違法を理由とする見解で、沖縄県取消権説は、現知事が、前知事の所定の要件充足を欠いていると判断した場合は職権取消しが認められるとする見解である。取消処分の理由は原処分の違法ではなく取消処分者の所定の要件の充足を欠いているという判断とするのである。

沖縄県取消権説は次の6点の理由で、原処分の「不当」を理由とする

取消権発生の法律構成である。

第1は、取消処分の実質的根拠の観点から、原処分の「違法」を理由とする場合は、法律による行政の原理に基づく適法性の回復（違法状態の是正）であるが、「不当」を理由とする場合は、法律による行政の原理が働かない「合目的性の回復」であるので、「不当」の場合には、客観的な違法性判断は必要ないからである。法律による行政の原理とは、「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に司法審査が行われる」というもので、「法治主義の要請である」（宇賀克哉『行政法概説I {第5版}』、358頁）。つまり、行政庁が一旦した行政処分（原処分）について、それが違法であるとして自ら取り消し得る実質的根拠が、法律による行政による原理に基づく適法性の回復にあることからすると、原処分の違法を理由に自庁取消しをする場面においては、違法な状態が客観的に存在していなければならない。原処分の違法を理由とする取消処分である原処分違法性説の実質的根拠は法律による行政の原理に基づく適法性の回復であるのに対し、沖縄県取消権説は、次の第2のように不当を理由とする取消処分となる。

第2に、「現知事が埋立て承認の要件の充足を欠いていると判断した場合には、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」（代執行訴訟被告第3準備書面25頁）とする沖縄県取消権説は、現知事自らの要件充足を欠いているという主観的判断なので、本件承認処分の違法の判断とはならない。つまり、沖縄県取消権説は、「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」とは「承認が違法とは認められない場合でも」を意味するので、沖縄県取消権説自体が、元来、本件承認処分（原処分）の「不当」を理由とする取消権を主張していることを意味しているのである。

第3に、沖縄県取消権説が本件承認処分の「不当」を理由としている

のは、そもそも、沖縄県は本件承認処分（原処分）の違法性判断に確信がもてていなかった。なぜなら、沖縄県取消権説の構成の理由の一つに「(原処分が) 違法とされる余地は狭いものとなる」(代・被告第3準備書面24頁)として「違法とまでは言えないが不当ではある」との認識があったからである。

第4に、さらに立ちの悪いのは、原処分違法性説（本件承認処分の違法）を主張せず沖縄県取消権説（本件承認処分の不当）を主張するのは、「県側が両者を分けて考えるように求めている背景には『仲井真前知事の埋立て承認が違法でなかったから、その承認を取り消す行為は違法だ』という結論が導かれることを避ける狙いがある。審査の対象が翁長知事による承認に絞られれば、前知事の承認に違法性があるかないかにかかわらず、承認取り消しに裁量の乱用や逸脱があっただけが純粋に審査されるとの判断がある。」(琉球新報2016年3月24日)。つまり、沖縄県取消権説は、前知事の埋立承認の違法性（法的瑕疵）を前提とせず、さらには、その判断を回避するために、本件承認処分の「不当」を理由とする本件取消処分であったのである。

第5に、翁長沖縄県知事が、沖縄県取消権説は、本件承認処分の違法ではなく不当を理由とする取消処分の法律構成であることを認識していることは、2・15知事尋問における、沖縄県取消権説の全面否定により判明する。国は、沖縄県の「不当」を理由とする沖縄県取消権説に對抗して、2月15日の知事尋問において、原処分違法性説だと成立しないが本件承認処分の「不当」を理由とする沖縄県取消権説だと成立する取消権限濫用（効果裁量の逸脱・濫用）の主張立証の1点に絞って裁判長も含めて4回もの知事尋問を展開するが、翁長知事の沖縄県取消権説の全面否定によって、乗り切るのである。本質的に言いえば、係争委はともかくとして、裁判は、法律による行政の原理に照らして、本件承認処分の「違法」を理由とする取消処分しか審理の対象にできないのに、沖縄

県取消権説を代執行訴訟の開始から一貫して沖縄県取消権説を主張し、それを翁長沖縄県知事が全面否定した。しかし、係争委の審理では、沖縄県取消権説を「不当」を理由とする本件取消処分の法律構成であることを明らかにした。係争委の審査を求めることがどういう意味を持つかは明白である。つまり、係争委の審査において、次にみるように、本件取消処分の理由が本件承認処分の違法か不当かは本質的な論点であるが、係争委の決定において全く言及されていないことに留意すべきである。

第6に、係争委において沖縄県取消権説が本件承認処分の不当を理由とするものであることの共通の認識過程を確認する。まず3月23日の審査申出書では、本件取消処分は、本件承認処分の違法を理由としているとするが、その主張立証は沖縄県取消権説である。3月29日の国の答弁書は、沖縄県が本件承認処分の違法を理由とした場合でも、沖縄県取消権説の主張は理由なしと主張をする。そこで、沖縄県は、4月2日の反論書で、主張理由なしを回避するために原処分違法性説を理由に追加する。4月11日の国の再答弁書は、本件取消処分の理由として沖縄県取消権説を初めて認める（原処分の違法を理由とするものではなく、不当の理由を示唆するものである）。4月21日の沖縄県の再反論書は沖縄県取消権説が「違法と不当を区別する必要もない」（3頁）として「不当」の含みをもたせる。それを受けて、4月22日に知事意見陳述等で、係争委の「不当」に関する3回の質問に対して、3回目で沖縄県の弁護士が「不当の場合も含む」と答える。そして、係争委は国に対する質問で、沖縄県側は「不当」も理由とする意見であるが、国側は対応しているか質問する。国は検討すると答える。係争委は、同日の22日に、沖縄県に「本件埋立承認が違法とは言えないとしても不当」を主張しているかの質問をし、5月2日までの回答を求める。沖縄県は5月2日、回答書で、質問の内容を否定し、沖縄県取消権説を主張するが、同時に、その主張は本件承認処分の不当を意味する再反論書を提出する。5月2日に係争委は

国に沖縄県の回答を添付し、それに対する回答を求める。5月9日に、国は、「不当」を前提とする主張の整理を回答書として提出する。ここに、係争委の審査の対象が本件承認処分を不当を理由とする本件取消処分に対する是正の指示が適正か否かに争点が移ることになる。しかし、この争点は、6月21日付の係争委審査の決定書に言及されていない。

### 第3章 本件取消処分の違法性と沖縄県取消権説

#### 第1節 総説

係争委の審査において、沖縄県取消権説は、本件承認処分が「適法」であることを前提とする「不当」を理由とする本件取消処分であることが、係争委、沖縄県及び国の三者で確認された。本章は、今後予想される裁判においては沖縄本島の米軍基地過重負担の歴史的現実を「国土利用上適正且合理的」であることの判断要素とする法律構成をすべきことの視点から沖縄県取消権説の限界を確認し原処分違法性説へ変更すべき必然性を考察することにより、沖縄県の勝機を改めて探求するものである。

ところで、原処分の不当を理由とする取消権の根拠は行政の合目的性の回復にあるので、本件承認に至る行政過程が不当性判断において肝要となる。そこで、その行政過程は、沖縄本島に在る米軍普天間飛行場は、1996年4月12日の「橋本・モンデール合意」による全面返還の決定から始まる。稲嶺沖縄県知事は、1999年11月22日、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容認を受けて、政府は、同年12月28日、閣議決定した。沖縄防衛局は2013年3月22日、前知事に対し、本件埋立承認出願を行った。17年余経過後の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（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（本件取

消処分)。この間、17年余の年月が経過していることがポイントである。

2016年3月17日、国は、本件取消処分の是正を指示した。この是正指示に対して、沖縄県は、3月23日、係争委に審査申出書を提出した。係争委の審査の過程で、5月2日、係争委からの質問に対する回答書において、本件承認処分の「不当の瑕疵」(以下、「不当」)を理由とする本件取消処分の法律構成を明らかにした(沖縄県5・2回答書)。国も、「違法の瑕疵」(以下、「違法」)から「不当」を理由とする本件取消処分に対応する法律構成を、5月9日、係争委からの質問に対する回答と称して係争委に提出した(国5・9回答書)。沖縄県が本件取消処分の理由を「不当」とする法律構成を明示した5・2回答書の時点で係争委での勝敗は事実上、決したと考えられる。

なぜなら、「不当」と「違法」の法的性質が異なるからである。「不当」は、行政部内における自己統制として原処分の是正が可能とされるものであるのに対し、「違法」は、客観法秩序違反であるので、原処分は無効となり、原処分の是正は不可能であることを前提としているからである。つまり、「違法」の取消しは、法律による行政の原理に基づく適法性の回復にあるが、原処分が適法であることを前提とする「不当」を理由とする取消しの要請は強いものとはいえないのである。

本章は、次のように考察される。第2節の、「本件承認処分の強い違法性」は、取消処分の有無は原処分の違法性の強弱に規定されることから、仲井真前知事の埋立て承認のもつ意味の理解に関する論点である。第3節の、「本件取消処分の違法性」は、翁長現知事の埋立て承認取消しのもつ意味の理解に関する論点である。第4節の、「不当を理由とする取消処分の問題性」は、本件承認処分の不当を理由とする本件取消処分は沖縄県庁内部の行政統制の問題なので、国が関与制度の是正の指示をすることが認められるかという国と沖縄県の関係の理解に関する論点である。

## 第2節 本件承認処分の強い違法性

「本件承認処分の違法性」における「承認」の意味（目的）は、米軍基地の建設のために沖縄本島地域内の辺野古沿岸域を埋立てることを承認することで、この承認に強い「違法性」があるかである。この承認は、法律の意味と歴史的社会的意味をもっている。

まず、埋立て承認の法律の意味（目的）は、辺野古沿岸域の1.6km<sup>2</sup>の埋立て工事を許可し（埋立権説）、土地造成をして、埋立地の用途に制限された土地所有権を埋立事業計画者に与えることである（土地所有権取得権説）。そして、陸地となった1.6km<sup>2</sup>の土地所有権者は「埋立地の用途」である「米軍基地」として自由に当該土地の上下の時空を利用できることになる。つまり、米軍基地建設のための辺野古沿岸域の埋立て承認の法律の意味は、新たに「米軍基地」を提供して自由に利用することを「承認」することである。沖縄県知事の埋立て承認の法律の意味（目的）は、公有水面埋立法を根拠法規として米軍基地建設用地に制限された土地所有権を国（防衛省）に付与するということの承認であり、自由に利用できる新たな米軍基地を承認することを意味する。土地所有権は特定地（辺野古埋立地域の1.6km<sup>2</sup>）の上下の時空間を自由に利用及び処分する権利だからである。沖縄県民の代表である沖縄県知事が米軍基地を承認するということの法律の意味は、沖縄県民が新「米軍基地」を承認することでもある。沖縄県は、係争委審査の5・2回答書において、仲井真前知事の埋立て承認を、「適法」を前提とする「不当」を理由に本件取消処分の法律構成をした。沖縄県民は米軍基地建設のための埋立てを「適法」として承認し、新米軍基地建設を「適法」として承認したことを意味する。ただし、辺野古沿岸域の埋立ては「不当」であるので、その地域以外を検討して新米軍基地建設の埋立予定地を決定するというものとなる。

次に、新米軍基地を承認することの歴史的社会的意味である。辺野古沿岸域の埋立地において米軍基地を建設することを承認することは、沖

縄本島の米軍基地過重負担の歴史的現実を承認することを意味する。なぜなら、新たな米軍基地の建設を承認することは、必然的に、現存する米軍基地の承認を前提とするからである。少なくとも、現存する米軍基地に否定的であれば、新たに米軍基地を建設するべきか否かの承認権限を持つ沖縄県知事は承認しないものである。なぜなら、自由な生活・経済（国民経済）の原動力・基盤である土地所有権が130万人の住む沖縄本島（1208km<sup>2</sup>）の約18%を占める米軍基地221km<sup>2</sup>の土地利用に固定化され、米軍基地は、戦後71年にわたって沖縄県民の自由な生活、経済を著しく阻害してきているからである。このような沖縄本島の米軍基地過重負担の歴史的現実の過程で、米軍基地の土地利用権原（土地所有権）の付与の埋立て承認裁量権をもっている沖縄県知事が、辺野古沿岸域の埋立てを承認することは、現存の米軍基地即ち沖縄本島の米軍基地過重負担の歴史的現実を現段階で承認すること、即ち追認することを意味しているのである。この米軍基地過重負担の歴史的現実の追認が、本件埋立て承認が米軍基地過重負担を固定化することの本質的意味である。したがって、「埋立地の用途」としての米軍基地のための埋立て承認の判断過程に、米軍基地過重負担の歴史的現実の「想像を絶する」不利益を行政責任者として担っている沖縄県知事にとっては、その承認基準である「国土利用上適正且合理的」であるかの判断過程において米軍基地過重負担を追認することを意味する承認をすることは著しい裁量権の逸脱・濫用の強い違法性を帯びるのである。したがって仲井真前知事は「国土利用上適正且合理的」であるかの判断過程に沖縄本島の米軍基地過重負担を判断要素とせず、その適合性を裁量判断したことは、仲井真前知事の本件埋立て承認に裁量権逸脱・濫用の強い違法性が認められるのである。

それでは、この沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実とは何か。歴史的現実とは、現実（存在）を過去・現在・未来（将来）という時空間において捉えることである。米軍基地の土地利用権原である土地所有権は

特定地の上下の時空間を自由に利用及び処分する権利だからである（民法206条・207条）。

沖縄の米軍基地過重負担を特定地（地籍・地積）の上下の時空間の側面で捉えると（「静態的面積」）、米軍基地（221km<sup>2</sup>）は沖縄本島（1208km<sup>2</sup>）の約18%を占有し、その特定地を米軍基地として自由に利用している。国土面積比で見ると、国土の約0.6%の沖縄県に約73%の米軍専用施設が配置・配備されている。全国比面積で、沖縄県は約468倍もの米軍基地を過重負担しているのである。

また、米軍基地を動態的側面で捉えると（「動態的機能」）、このような時空間における沖縄県の米軍基地過重負担は、米軍基地の自由な利用及び軍事機能の自由は沖縄地域に約468倍もの沖縄県民への人権侵害の危険性、自然環境破壊・生活環境侵害の危険性を意味し、その危険性は、沖縄県民の人権侵害、自然環境破壊及び生活環境侵害として現実化する。

つまり、沖縄県民の米軍基地過重負担は、①「地域経済向上の阻害要因」、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の問題」、さらに、⑤「不平等な基地負担による国民の安全保障観への悪影響」等に現れてきているのである。

したがって、沖縄の米軍基地過重負担を承認することは、沖縄県民に対する「想像を絶する」人権侵害、生活環境、自然環境破壊の危険性、現実化の沖縄の歴史的現実を承認することを意味するのである。

ここでは、①「地域経済向上の阻害要因」と③「後を絶たない米軍人・軍属による刑事事件の発生」問題をより具体的にみることにしよう。

まず、①「地域経済向上の阻害要因」の内実を考察する。この内容は沖縄本島の米軍基地過重負担の歴史的現実の固定化による「膨大な経済的不利益」である。「膨大な経済的不利益」とは、沖縄に米軍基地過重負担がなければ、本来、沖縄県（民）が得られる利益が得られなくなると

いう意味の见えない費用といわれる「機会費用」のことである。これは、米軍返還跡地利用の「経済効果」として、沖縄県民に数字でみえるようになってい

る。沖縄県は、米軍専用施設8地区の軍用地面積13.7km<sup>2</sup>で、年間で、返還前590億円、返還後1兆1359億円で約19倍、その差額（喪失額）1兆769億円であることの推計を公表している（2015年1月）。以下で、その個別米軍基地の経済効果を確認する。沖縄県民が米軍基地の存在により莫大の「経済効果」を喪失し「機会費用」を被っていることが確認できる。沖縄県の経済的貧困の源は米軍基地過重負担であることが目にみえて理解できることになる。

<既返還米軍基地用地における直接経済効果>（「機会費用」の現実化）

- ① 那覇新都心地区（1.95km<sup>2</sup>）は、返還前52億円から返還後1634億円へと32倍、
- ② 小禄金城地区（1.09km<sup>2</sup>）は返還前34億円から489億円の14倍、
- ③ 桑江・北前地区（0.38km<sup>2</sup>）は、返還前の3億円から336億円へと108倍となっている。

3地区（3.42km<sup>2</sup>）における返還前と返還後の経済効果を比較すると、活動による直接経済効果は、返還前が89億円で返還後が2459億円と28倍となり、雇用者実数は、返還前が327人で返還後は2万3564人と72倍になっている。これは、「米軍基地が沖縄経済の最大の阻害要因」（翁長知事2・15知事尋問発言）となっていることの「歴史的現実」を証明している。

<返還予定米軍用地の跡地利用の直接経済効果>、次の5件が沖縄県により推計されている。本件5件は「機会費用」で観念的な「歴史的現実」である。

- ① 米軍普天間飛行場（4.81km<sup>2</sup>）は、返還前120億円から（軍用地料68億

6900万円、基地従業員195人) から3866億円の32倍。

- ② 那覇港湾施設 (0.56km<sup>2</sup>) は、返還前30億円 (軍用地料20億4500万円、基地従業員83人) から1076億円の36倍。
- ③ 牧港補給地区 (2.737km<sup>2</sup>) は、返還前202億円 (軍用地料47億2900万円、基地従業員1,110人) 2564億円の13倍。
- ④ キャンプ桑江 (0.675km<sup>2</sup>) は、返還前40億円 (軍用地料10億3800万円、基地従業員208人) から334億円の8倍。
- ⑤ キャンプ端慶覧 (1.52km<sup>2</sup>) は、返還前109億円から1061億円で約10倍となっている。

返還予定米軍用地5地区 (10.29km<sup>2</sup>) で、返還前501億円から返還後8900億円へと約18倍である。

沖縄県民は8施設の米軍用地面積13.7km<sup>2</sup>で年間1兆769億円もの経済効果を「喪失・逸失」する「機会費用」の「莫大な経済的不利益」を受けているのであり、それを沖縄本島の米軍基地221km<sup>2</sup>で考えてみると「想像を絶する」年間の「膨大な経済的不利益」を生じているのである。

このような米軍基地の「経済効果」、「機会費用」を、国は、米軍普天間飛行場 (4.81km<sup>2</sup>) の返還前120億円から (軍用地料68億6900万円、基地従業員195人) から3866億円の32倍の「経済効果」を、辺野古移設された場合の「経済効果」として、辺野古移設が宜野湾市の経済発展の利益として、本件承認処分、取消権制限法理、取消権濫用の判断要素として自己 (国) の有利な利益・要素として活用している。

反対に、本稿は、承認の法的性質論の土地所有権取得権説と埋立法の趣旨を「地域経済の向上説」により、「地域経済向上の公共性」と「米軍基地の公共性」に照らして (評価基準)、「地域経済向上の阻害要因」としての評価障害事由 (埋立てにより生ずる不利益) として法律構成する。

米軍基地の存在による「膨大は経済的不利益」「機会費用」は、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が広大な米軍基

地の土地利用に固定化されることによる。なぜなら、特定地（地籍・地積）の上下の時空間を自由に利用できる権利である土地所有権は、その客体である土地が、国民の生活及び生産を通ずる諸活動の基盤であり（国土利用計画法2条）、その土地の価値が、主として人口及び産業の動向、社会資本の整備状況その他の社会的条件により変動するものであるからである（土地基本法2条）。すなわち、米軍基地によって沖縄は膨大な「機会費用」ないし「機会喪失」を被り、「基地が沖縄に寄生」している。いわば、米軍基地は国民経済を構造的に阻害しているのであり、評価障害事由として米軍基地過重負担の「地域経済向上の著しい阻害要因」を主張立証することにより、「地域経済向上の公共性」、「米軍基地の公共性」に照らして、本件埋立承認は「国土利用上適正且合理的」であることに著しく反し、本件埋立て承認は強い違法性を帯びるのである。

このような米軍基地過重負担による「機会費用」としての「莫大な経済的不利益」は、一般的には裁判の判断になじまないが、国土利用計画法の基本理念である「国土の均衡ある発展」の下で、及び国が「国土の開発その他国民経済の向上」即ち「地域経済の向上」を趣旨とする埋立法を根拠法規とする埋立て承認であるからこそである。つまり、沖縄県民130万人の生活・生産の場である沖縄本島（1208km<sup>2</sup>）の約18%の221km<sup>2</sup>も米軍基地が占有して、沖縄の地域経済を構造的に阻害してきた歴史的現実のなかで、新たな米軍基地建設のために、沖縄本島地域内（辺野古沿岸域）の埋め立ての承認基準となっている「国土利用上適正且合理的」であるかの裁量判断に著しく反するからに他ならない。まさに、本件承認処分を認めない基準として存在してきたかのような埋立法4条1項1号である。

次に、③「後を絶たない米軍人・軍属による刑事事件の発生」問題に関して、米軍基地過重負担の観点から考察する。沖縄の米軍基地問題が社会的政治的な問題となる契機は米軍人・軍属の凶悪犯罪である。辺野

古問題の発生源である普天間飛行場返還は、1995年9月の少女暴行事件を契機とするもので、1996年、「橋本・モンデール合意」によるものである。沖縄県における米軍人・軍属による殺人や強姦などの凶悪犯罪は、本土復帰した1972年から2015年までに、計574件、発生している。そして、今年の5月の女性遺棄事件が発生し沖縄県民に衝撃を与える。2016年6月5日の沖縄県議員選挙で定数48人のうち辺野古反対派が31人、知事与党が27人と圧勝した。「国土面積の0.8%の沖縄に米軍専用施設74%が集中する現状に対する県民の怒りが背景にある」（中日新聞2016年6月7日）。「基地問題が身近な生活と密接に関わる問題として改めてとらえられ、辺野古移設を拒む知事を支える県政与党を押し上げた面もあっただろう」（朝日新聞2016年6月7日社説）。

米軍人・軍属の犯罪対策は、第1に、米軍軍人犯罪発生源対策として米軍基地問題（米軍基地の返還、整理・縮小）。第2は、地位協定の改定論、第3は、軍人であるが故の犯罪対策論、第4が、本年5月の元海兵隊員の軍属による女性遺棄事件を契機とする政府の警察力と監視による犯罪抑止策、第5が、「構造的差別」論に基づく政治的・思想的抵抗論等である。

本稿の前記③は第1の犯罪発生源としての米軍基地過重負担論である。米軍人の犯罪数の多さ、犯罪の凶悪性自体も問題であるが、沖縄での米軍人・軍属の犯罪実行の危険性が高いなかで、犯罪が現実化したことの問題性である。つまり、沖縄県民は、米軍人・軍属の犯罪の危険性が高い中で生活していることの問題性である。これは地位協定以前の「基地あるが故の米軍人犯罪」である。沖縄県民に対する米軍人の犯罪の本質は米軍基地過重負担の問題であることに留意すべきである。

第2の地位協定改定論は、地位協定と米軍関係者の犯罪に関して、米軍人・軍属の深層心理に「事件を起こしても、地位協定で自分たちは守られている」という考えがある。この意識を変えるには、抜本的な協定

の改定しかないということになる。また、米軍基地の管理権、制空権の帰属の問題もある。

第3に、米軍人の犯罪対策論もある。橋本徹氏の「予防としての米軍の風俗案」である。この米軍人の風俗活用論に対しては、女性蔑視と職業蔑視が酷い提案だと言う批判や、米軍人の凶悪犯罪は「女性に対する性欲ではなくて、女性に対する強い支配欲・加害欲・しぎゃく欲・殺人欲であるから性風俗産業を利用させても、その犯罪欲求が止まるわけではない、という強い批判がある。

そして、第4に警察力と監視による犯罪抑止策である。女性遺棄事件を契機とする政府の対策である。(1)非常勤職員による100台規模の車両でのパトロール、(2)警察官100人とパトカー20台の増強、(3)一括交付金などによる防犯灯や防犯カメラ設置、(4)国、県、自治体などによる協議会設置が柱となっている、政府の対策である。

第5の「構造的差別論」に基づく政治的・思想的抵抗論である。日米安保条約と日米地位協定という体制の中で、沖縄の米軍基地は政治的な構造的差別の最たるものとし、元海兵隊員の軍属が女性の遺体を遺棄した事件もこの構造のなかで生みだされたもので、この「構造的差別」をなくすことが米軍人・軍属の根本対策とする。

本稿の米軍人の犯罪発生源対策としての米軍基地過重負担論を詳述すると次のとおりである。この米軍基地過重負担論は、米軍基地を土地利用権原の土地所有権の問題の側面からみると、広大な米軍基地の自由な利用を原因とする犯罪の発生の危険性の高さを示すものである。130万人の生活の場である沖縄本島の米軍基地過重負担は、米軍人による犯罪発生の危険性を高め、その受忍限度を超えることになる。軍人による犯罪の発生源としての土地所有権を権原とする米軍基地過重負担は許容範囲（受忍限度）を遥かに超え、犯罪数の増加の原因となっている。つまり、日本の陸地面積の0.6%の沖縄県に米軍基地の73.8%が所在する、その面

積比468倍もの、また、沖縄県民の9割の約130万人の住む沖縄本島（1208 km<sup>2</sup>）の約18%（221km<sup>2</sup>）を米軍基地が占めるという米軍基地過重負担が米軍人・軍属の犯罪・凶悪事件の構造的要因である。この想像を超える米軍基地過重負担の中での米軍基地からの地域住民の生命・身体・生活環境侵害の危険性の高さは、その受忍限度の極限を超え、その極限が破壊に至らない為には、必然的に米軍基地の撤去、整理縮小の要求となる。なぜなら、米軍基地は、国民の生命・身体・財産を保障するための安全保障装置だからである。まさに、米軍基地建設のための辺野古沿岸域の埋立て承認を取り消し、受忍限度の極限状況を回避するためには、新米軍基地の建設を中止させるべきことになる。つまり、土地所有権取得権説の立場からは、沖縄県における米軍人・軍属の刑事事件の発生の特に凶悪事件の多さは、県民の命と暮らしを守る責任を負う沖縄県知事の埋立て承認の判断要素となる。もし、それを判断要素とせずに承認をしていたとすると、裁量権の範囲の逸脱・濫用の強い違法性を帯びることになる。1995年の少女暴行事件という悲劇を代償に普天間基地返還が日米両政府で合意されたように、米軍人・軍属の凶悪犯罪の発生源は米軍基地にあることの共通の認識である。米海兵隊の米軍基地建設のための沖縄県知事の埋立て承認は違法となるのである。

沖縄県は、その埋立て承認は「違法」ではなく「不当」と法律構成した。沖縄県は仲井真前知事と法律的には同じことを意味する。本件承認処分が「適法」であることを前提とする「不当」は、行政部内における自己統制として行政処分の是正が可能とされる取消処分であるので、米軍基地過重負担を認めた上で、辺野古以外の埋立地を沖縄県の責任で提供し、本件埋立て承認を取り消すので、本件取消処分を認めてくれという、係争委への審査申出の意味をもつのである。

つまり、沖縄県は、本件承認処分の「適法」を前提とする「不当」を理由とする本件取消処分は、行政部内の自己統制として是正の可能性（埋

立地の見直し）を与えるにすぎない。沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実を直視するならば、本件承認処分を無効とする「違法」を理由とする本件取消処分の法律構成をすべきことになるはずである。本件承認処分の「不当」を理由とする取消権は、その発生が認められるとして、その取消権は米軍基地の存在に耐えられない軽さの取消権ということになる。

言い換えると、本件承認処分の「不当」を理由とする本件取消処分の法律構成は、沖縄県内の米軍基地過重負担の歴史的現実を「適法」と追認した上で、沖縄県内に、米軍基地建設の代替案を提案しますという意味をもつのである。

なお、ドイツとイタリアのように、米軍基地の管理権と制空権を全面的にもち、訓練を含む米軍の全ての行動は両国政府に管理される許可制をとると、米軍基地機能に伴う人権侵害及び自然・生活環境被害は、日本政府の責任となる。米軍基地過重負担の整理縮小の要求は、日米両政府ではなく日本政府だけになることに留意すべきである。

沖縄県民の9割の約130万人が生活、生産の場とする沖縄本島（1208km<sup>2</sup>）の約18%（221km<sup>2</sup>）を、地域経済の阻害要因、人権侵害、自然・生活環境破等被害の発生源である米軍基地が国土利用していることは、日本の国土利用の基本法である国土利用計画法（1973年、沖縄県後の1年後）の基本理念に明白に違反する。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に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を基本理念として行う」（2条）。

沖縄県民の9割の約130万人が生活及び生産の場とする沖縄本島の約18%を米軍基地として国土利用することは明白に国土利用計画法に違反している違法状態であるのに、その米軍基地利用のために、辺野古沿岸

域を埋立てることは、その承認基準である「国土利用上適正かつ合理的なること」に明白に著しく反することであるが故に、仲井真前知事の埋立て承認の違法性は強いのである。つまり、埋立てが「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」（第三者委員会報告）ので、その承認は強い違法性を帯びるのである。したがって、また、辺野古問題の発生源である1999年11月の稲嶺知事の承認及び同年12月の岸本市長の容認も違法性が強いのである。つまり、国の主張の根幹にしている「関係者の多大の努力及び苦渋の決断の累積論」も否定されることになる。違法は累積されないからである。

### 第3節 本件取消処分 of 違法性

「本件取消処分の違法性」は、本件承認を取り消す理由が「違法」の場合と「不当」の場合の法律的な意味の違いに関する論点である。この論点は、1は、本件承認を「違法」と捉えなかったことの問題性、2は本件承認処分を「不当」を理由とする取消しを法律構成し得た問題性の2面において考えることができる。

まず、本件承認を「違法」と捉えなかったことの問題性である。この問題を検討する前に、本件承認処分の「違法の瑕疵」又は「不当の瑕疵」を理由とする本件取消処分の違いを確認する。

#### 1 「違法」又は「不当」と法律による行政の原理

取消しの理由となる原処分の「違法」と「不当」の原理的な違いは、法律による行政の原理の要請が働くか否かである。

そして、「不当の瑕疵」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ない。すなわち、「本件承認処分が違法に達しない不当にとどまるものして本件取消処分がなされたとしても、本件承認処分が適法で

あることが前提となる以上、本件承認処分は法律による行政の原理に違反していないのであるから、職権取消しを行うに当たって同原理の要請は働かない。」(国5・9回答書85頁)。

この「不当の瑕疵」には法律による行政が働かないということと、「違法の瑕疵」との違いは、具体的には、どこに現れるであろうか。本件埋立承認処分の違法性、および本件取消処分の違法性は裁量権逸脱・濫用の違法性であるので、1号要件適合性の裁量判断に係る判断過程の考慮要素の選択の合理性判断を意味する。

原処分「違法の瑕疵」を理由とする取消しの実質的根拠は「適法性の回復（違法状態の是正）」であるが、「不当の瑕疵」は「合目的性の回復」であるので、裁量権の行使の判断要素の選択の幅が広がる。

つまり、「不当の瑕疵」を理由とする取消処分の違法性判断の判断要素は行政の合目的性の要請が強いので、行政処分の積み重ねの継続性の価値が大きいが、「違法の瑕疵」は「適法性の回復」の観点から、当該行政処分が客観的法秩序に違反しているかどうかの司法判断が法律による行政の原理の要請するところである。つまり、「不当の瑕疵」は行政部内における自己統制として原処分の是正が可能とされるものであるが、「違法の瑕疵」は司法の統制であり、行政を外から、客観的法秩序の観点からの「司法の統制」に関するものである。これは法律による行政の原理の要請するものである。なぜなら、法律による行政の原理は「行政に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に司法審査が行われる」というもので、「法治主義の要請である」(宇賀克哉『行政法概説Ⅰ {第5版}』{有斐閣、2013年} 358頁) からである。

したがって、司法審査の行われない段階の裁量は次のようになる。つまり、「行政機関がある案件の処理について一定の裁量を有するという場合、当該行政機関は、当該案件処理に適用されるべき基準を自ら補充す

べき立場に、置かれる。そして、そのような立場に置かれた行政機関は、個々の案件ごとに、立法上又は解釈上で考慮禁止事項とされるもの以外の、当該案件に関連するあらゆる事項に考慮を払いつつ、補充されるべき最適の基準の探求に努めなければならない。すなわち、行政機関は、自らに課せられた任務としての裁量行為に当たり、以上の意味で考慮の対象たり得る全ての事項について考慮を払うべき義務を負うと解される(小早川光郎著「行政法講義下I」23頁、5・9回答書89・90頁)。

かくして、本件承認処分不当の瑕疵を理由とする本件取消処分は、合目的性の回復であるので、本件取消処分に際しては、その考慮すべき事実・要素は本件承認時に限定されず、本件辺野古埋立案件処理の開始から判断要素とすべき事実を探求すべきことになる。

そして、国は、本件承認時には、承認の判断要素とされていなかった「普天間飛行場代替施設の建設地を辺野古沿岸域に決定した経過等」(5・9回答書18頁から32頁)を、沖縄県が本件承認処分を「不当の瑕疵」を理由とする本件取消処分を明示したことを契機に主張立証することになる。

## 2 「橋本・モンデール合意以後決断集積論」

まず、前記「普天間飛行場代替施設の建設地を辺野古沿岸域に決定した経過等」から、次のような主張立証する。

「普天間飛行場代替施設の建設地を辺野古沿岸域とする決定にいたるまでの間には、日米間のみならず、沖縄県、名護市、その他関係地方公共団体における、様々な交渉、協議、調整等の積み重ねがある。それは、普天間飛行場の危険性除去と日米同盟ないし安全保障体制の維持さらに沖縄の負担軽減といった、いずれも極めて重要な要請又は課題を、いかに総合的な見地から調和的に解決していくかという点についての、関係者による多大な努力と苦渋の決断の累積というべきである」(5・9回答

書18頁）。

これを「橋本・モンデール合意以後決断集積論」、「関係者による多大な努力と苦渋の決断累積論」と呼ぶ。

そして、結論として「普天間飛行場代替施設の建設地は、辺野古沿岸域が唯一の選択肢であること」を主張立証する。

すなわち、「本件埋立事業の最大の目的は、①普天間飛行場の危険性を除去することにある。そして、普天間飛行場代替施設の移設先としてどこが適切であるかを検討すれば、②我が国の安全保障上の見地からの沖縄本島が有する地理的優位性、米海兵隊が我が国の安全保障に関して担う役割及び同軍の特性・機能を維持する必要性、ひいては、③日米安全保障条約に基づく我が国の抑止力を維持する要請があること、さらに、④橋本・モンデール合意及びSACO最終報告における普天間飛行場返還と沖縄県内への普天間飛行場代替施設建設の合意から、⑤本件承認処分に至るまで、実に17年間もの年月を費やして、米国おも含めた関係者間における努力と決断の積み重ねを経て、⑥『辺野古が唯一の選択肢』であるとの結論に至ったというものである（①～⑥筆者挿入）」（5・9回答書32頁）。

これは「辺野古が唯一の選択肢論」とする。「橋本・モンデール合意以後決断集積論」及び「関係者による多大な努力と苦渋の決断の累積論」の結論であり、「法的安定性」、「信頼の原則」の現れである。

国の、「橋本・モンデール合意以後決断集積論」「関係者による多大な努力と苦渋の決断の累積論」、「辺野古が唯一の選択肢論」は、第1に、本件承認処分の適法性の主張事実となり、第2に、取消権濫用の主張事実となり、第3に、是正の指示の対象となる「高度の不当性」の主張事実となる。

沖縄県は、このような主張に対して、沖縄県の5・2回答書において「質問に対する回答を超えた主張を回答書に記載することは、回答に藉口

して新たな主張をするものに他ならず、許容されてはならないものである。」したがって、「貴委員会において資料として扱われるべきではない」と意見書を5月13日に提出している（5・13意見書3頁）。しかし、「違法の瑕疵」を理由とした本件取消処分と「不当の瑕疵」を理由とするのでは、前記のように行政処分の法的性質が異なるので、沖縄県の主張は認められないであろう。したがって、沖縄県は、国の主張を認めないが、5・24反論書を提出する。

以上から、「適法」を前提とする「不当」を理由とする取消しは、法律による行政の原理は働かない。したがって、取消権制限法理と取消権濫用（裁量権逸脱・濫用）の第1号要件適合性判断に上記、判断要素を法律構成して、その適用の成否が判断される。

それでは、国が本件取消処分の違法性の原因とする①本件承認処分の違法又は不当の瑕疵はない（適法性）、②取消権制限法理、③取消権濫用（裁量権の逸脱・濫用）を順に見てみよう。

### 3 本件承認処分の違法又は不当の瑕疵はない

国は、以下の(ア)(イ)の利益、不利益の判断要素を(ウ)比較衡量して、本件埋立事業につき「国土利用上適正且合理的」とであると認めた前知事の判断には、何ら違法又は不当の瑕疵はない主張する。

#### (ア) 普天間飛行場代替施設の移設先は辺野古沿岸域が最善の選択肢

「本件埋立事業の最大の目的は、①普天間飛行場の危険性を除去することにある。そして、普天間飛行場代替施設の移設先としてどこが適切であるかを検討すれば、②我が国の安全保障上の見地からの沖縄本島が有する地理的優位性、米海兵隊が我が国の安全保障に関して担う役割及び同軍の特性・機能を維持する必要性、ひいては、③日米安全保障条約に基づく我が国の抑止力を維持する要請があること、さらに、④上記橋本・

モンデール合意ないしSACO最終報告以降、約17年間もの年月が経過し、その間、関係者間において交渉、協議、調整が積み重ねられ、多くの努力や苦渋の決断の結果として普天間代替施設の設置場所が辺野古沿岸域に決定されたことを鑑みれば、⑤普天間飛行場に駐留する米軍海兵隊の航空部隊の移転先として適切なのは、沖縄本島内であり、かつ、辺野古沿岸域が、実現可能性のある最善の選択肢であることは明らかである（①～⑤筆者挿入。）」（5・9回答書43頁）。

(イ) 埋立てによる利益、不利益

「このように選定された辺野古沿岸域に普天間飛行場代替施設を建設するに際しては、⑥海上に埋立工法によって設置することが、周辺の安全性確保や施設管理者等の観点からも相当である。そして、⑦これら一連の検討及び判断は、平成8年4月の橋本・モンデール合意及びこれに続くSACO最終報告の承認から、約17年以上の年月を通じ、日米両政府間のみならず、政府と沖縄県、名護市、その他関係市町村との間の協議、交渉、調整を通じて構築されてきたものである上、⑧本件埋立事業がもたらす普天間飛行場の危険性除去や我が国の安全保障体制の確保といった公益は、極めて大きいものである。

他方で、⑨本件埋立事業によって埋立対象地及びその周辺の自然環境や生活環境に及ぼす影響については、これに対する十分な配慮がされ、⑩航空機事故の危険性や騒音被害の影響については普天間飛行場の現状に比して格段に低くなることを見込まれているのであり、加えて、⑪前知事は本件承認処分に当たり、埋立工事中及び施設供用後の環境保全等につき、環境監視委員会や協議会の設置、さらに米国との協議等を義務付けており、これにより、辺野古沿岸域に自然環境や生活環境の保全を図っているのである（⑥～⑩筆者挿入。）」（国5・9回答書43・44頁）

(ウ) (ア)(イ)の比較衡量

「以上の事情を総合的に比較衡量すれば、⑫本件埋立事業が、これによって生じる不利益を上回る利益をもたらすものであることは明らかであるから、『国土利用上適正且合理的』なものであることは明白である。したがって、⑬本件埋立事業につき第1号要件適合性を認めた前知事の判断は、これらの事情を正当に評価・検討した上でなされたもので、違法性のもとより、なんらの不当性も認められない。⑭平成8年4月の橋本・モンデール合意に際し、橋本内閣総理大臣は、『今日私たちが達成した合意は、これからそれを実現する責任が私たちの上に課せられたということです』(乙第14号証2ページ)と述べた。⑮歴代の名護市長や沖縄県知事を始め、これまで関係者が重ねてきた多大な努力と苦渋の決断がそうであったように、⑯前知事のした本件承認処分もまた、正に、沖縄県の負担軽減のための合意に基づき課せられた責任を全うするという趣旨に沿うものというべきである(⑫～⑯筆者挿入)。(5・9回答書44頁)。

(エ) 国の主張と「橋本・モンデール合意以後決断集積論」

「④上記橋本・モンデール合意ないしSACO最終報告以降、約17年間もの年月が経過し、その間、関係者間において交渉、協議、調整が積み重ねられ、多くの努力や苦渋の決断の結果として普天間代替施設の設置場所が辺野古沿岸域に決定されたこと」(「関係者による多大な努力と苦渋の決断の累積論」)

「⑦これら一連の検討及び判断は、平成8年4月の橋本・モンデール合意及びこれに続くSACO最終報告の承認から、約17年以上の年月を通じ、日米両政府間のみならず、政府と沖縄県、名護市、その他関係市町村との間の協議、交渉、調整を通じて構築されてきたものである」(「橋本・モンデール合意以後決断集積論」)

「⑭平成8年4月の橋本・モンデール合意に際し、橋本内閣総理大臣は、『今日私たちが達成した合意は、これからそれを実現する責任が私たちの上に課せられたということです』（乙第14号証2ページ）と述べた」（「橋本・モンデール合意責任覚悟論」）

「⑮歴代の名護市長や沖縄県知事を始め、これまで関係者が重ねてきた多大な努力と苦渋の決断がそうであったように」（「関係者による多大な努力と苦渋の決断の累積論」）

「⑯前知事のした本件承認処分もまた、正に、沖縄県の負担軽減のための合意に基づき課せられた責任を全うするという趣旨に沿うものというべきである」（「前知事責任全う論」）

このような④「関係者による多大な努力と苦渋の決断の累積論」⑦「橋本・モンデール合意以後決断集積論」、⑭「関係者による多大な努力と苦渋の決断の累積論」⑮「関係者による多大な努力と苦渋の決断の累積論」⑯「前知事責任全う論」となる。「橋本・モンデール合意以後決断集積論」は「関係者による多大な努力と苦渋の決断の累積論」及び「辺野古が唯一の選択肢論」を内包しているが、「行政の安定性」「信頼の原則」の現われである。

国は、仲井真知事の本件埋立て承認を「橋本・モンデール合意以後決断集積論」（「関係者による多大な努力と苦渋の決断の累積論」「辺野古が唯一の選択肢論」）根拠とすることにより、「⑯前知事のした本件承認処分もまた、正に、沖縄県の負担軽減のための合意に基づき課せられた責任を全うするという趣旨に沿うものというべきである」と主張立証するのである。本件承認処分の適法性を主張立証しているのである。国の本件承認処分の「橋本・モンデール合意以後決断集積論」（「関係者による多大な努力と苦渋の決断の累積論」、「辺野古が唯一の選択肢論」）は、取消権限濫用に現れ、是正の指示の対象となる本件取消処分の「高度の不当性」により是正指示の適法性を主張立証するのである。国は、沖縄県

の本件承認処分の「不当の瑕疵」を理由とする本件取消処分を契機に、最後のカードを切ったことになる。

国の主張立証の主眼が、取消権制限法理から、本件埋立て承認の性格を「橋本・モンデール合意以後決断集積論」で自己拘束力の強いものとし、それなのに「単なる不当」を理由として取り消すとする本件取消処分の権限濫用としての裁量権逸脱・濫用の違法性を主張立証するのである。次に、存在価値の弱くなった取消権制限法理をみてみよう。

#### 4 取消権制限法理

取消権制限の法理には、「橋本・モンデール合意以後決断集積論」は判断要素となっていない。

取消権制限法理の成否に関して、「行政処分は合目的でなければならぬ」という要請に基づいて職権取消しができる場合があるとしても、行政処分が適法であることを前提とする取消しの要請は法律による行政の原理に基づく取消しの要請と比して強いものとはいえないから、不当を理由に取り消すことは、違法を理由に取り消す場合と比べて、より一層制限されるものと解される。」(国5・9回答書86頁)。

また、取消権制限の法理の判例上の根拠となっている最高裁昭和31年2日判決、最高裁昭和43年11月7日判決を論拠とする。

「このように、最高裁判例は、処分の相手方のみを保護する要請にとどまる事例において、原処分の違法の重大性を踏まえて職権取消しを認めているといえ、かかる最高裁判例の立場からすると、違法にすら至らない不当の瑕疵があった場合に、それによって職権取消しが認められるとは考え難い。」(国5・9回答書87頁)。

取消権制限法理の適用による取消権の制限でなくても取消しはできないという主張を含意している。つまり、違法を前提として取消権制限法理でなくても取消権は制限されるということである。なぜなら、取消権

制限法理は、違法の瑕疵を理由とする取消しの実質的根拠である法律による行政に基づく適法性の回復（違法状態の是正）を前提として、法的安定性ないし信頼の保護の要請を判断する法理だからである。

## 5 取消権濫用の二種類

国は、沖縄県取消権の取消権濫用を本件承認処分裁量権濫用と取消権限濫用の二種類の法律構成とする。第1の本件取消処分裁量権濫用は、申出人の主張する本件取消処分（判断代置）の裁量権の範囲の逸脱・濫用（1号要件適合性の裁量権の逸脱・濫用）で、沖縄県が、沖縄県取消権説として、現知事の本件取消処分の裁量権の逸脱・濫用の違法である。この法律構成では取消権限濫用の要件である法律の目的違反は争点とならない。第2は、取消権限濫用（効果裁量権の逸脱・濫用）である。本件取消権の行使が客観的に裁量権の逸脱・濫用として違法であるかである。

### (1) 本件取消処分裁量権濫用（第1号要件該当性の要件裁量の逸脱・濫用）

沖縄県取消権説の現知事の本件取消処分の裁量権の逸脱・濫用の違法性は、取消による利益と取消によって生じる不利益に比較衡量であるが、当然に考慮しなければならないところ、これを考慮しなかった場合には、考慮すべきことを考慮しなかったことになるし、考慮すべきことを考慮したとしても、特定の事項を過大に考慮したりして、結果として、当該取消しが社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものとなれば、当然取消しは裁量権の逸脱・濫用として違法となる。そこで、本件において、審査申出人が本件取消処分をするに当たって、考慮すべきことを考慮せず、また、特定の事項を過大に考慮した結果、次のように、国は、本件取消処分が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものとなったと主張する。

そして、本件取消処分は裁量の逸脱・濫用の違法は次のとおりとなる。

「審査申出人は、①普天間飛行場の周辺住民等の生命・身体等に対する危険性の除去という最も重要な公益を考慮せず、また、②我が国の安全保障に必要不可欠な日米両国の信頼関係や、③宜野湾市の経済発展、④国がこれまで投じてきた莫大な費用や工事業者の経済的利益も考慮しなかった。一方で、審査申出人は、⑤本件埋立地の自然環境や生活環境への影響が少なく、⑥またこれらについては今後の対策を充実させることによって対応することが可能であるにもかかわらず、⑦普天間飛行場の周辺住民等の生命・身体等に対する危険性の除去を不可能又は著しく遅滞させるという莫大な不利益をもたらすものとなっている。また、本件取消処分は、⑧我が国が米国との約束を遵守できない結果をもたらし、⑨我が国に対する米国の信頼を失わせ、⑩日米両国に対して外交上・安全保障上の不利益をもたらすものである上、⑪普天間飛行場の跡地利用による年間3,700億円以上の直接経済効果とも試算される宜野湾市の経済発展も阻害し、⑫本件承認処分後に工業事業者と締結した約645億円分の契約が履行されないことなどによる経済的不利益をもたらすものとなっているのであって、その内容が社会通念上著しく妥当性を欠くものであることは明らかである。

したがって、本件取消処分は裁量権の範囲を逸脱・濫用したものと見て、違法である。」(国5・9回答書108・109頁)。

ここには、取消権限濫用(効果裁量権濫用)の要件である「法律の目的違反」は争点とならないが、裁量過程の考慮要素の判断に「橋本・モンデル合意以後決断集積論」(「関係者による多大な努力と苦渋の決断累積論」)、「辺野古が唯一の選択肢論」が効果的に機能することになる。

(2) 取消権限濫用（効果裁量の逸脱・濫用）

取消権限濫用（効果裁量の逸脱・濫用）の成否に関して、「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ある」（国5・9回答書109頁）。

辺野古訴訟の争点で、国側は、米軍基地過重負担を第1号要件の判断要素から排除することが訴訟戦略であるのに対し、沖縄県は、この本件埋立て承認に至る17年の経緯を本件埋立て承認及び取消権濫用の判断要素から排除することが訴訟戦略であるべきである。国は見事に成功し、沖縄は訴訟戦略にしている。次にその内容をみてみよう。

「①平成8年の橋本・モンデール合意以来、政府と沖縄県（あるいは普天間飛行場の代替施設の移転先となる地元自治体等）との間で普天間飛行場の代替施設の移転先をめぐる17年間の長きにわたる利害調整、交渉等が行われ、②民主党政権があらゆるオプションをゼロ・ベースで検討するとして県外への移転も模索したものの、③辺野古が唯一の選択肢との結論に至ったものであり、このような経緯を踏まえると、④本件承認処分は、争訟裁断行為そのものではないものの、⑤政府と当該移転先となる地元自治体等との利害調整という面では、通常の争訟裁断行為（異議決定、裁決）以上に、地元自治体等についての意見の聴取が長期間にわたり慎重かつ重厚に実施された。このような経緯に照らすと、⑥本件承認処分は不可変更力と同程度の自己拘束力、少なくとも不当の瑕疵を理由としてはこれを取り消すことができないという自己拘束力を認めても不合理とはいえない。

そうすると、⑦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。従って、⑧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にして取

り消したものであるとすれば、裁量権の逸脱・濫用に当たり、違法というべきである（①～⑦筆者挿入。）（国5・9回答書109頁）。

①「橋本・モンデール合意以後決断集積論」で、③「辺野古が唯一の選択肢論」である。

国は、辺野古移設の行政を、法律による行政の原理に基づき、①「橋本・モンデール合意以後決断集積論」（「辺野古が唯一の選択肢論」）の中で「⑦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」とする。本件承認処分の「不可変更力と同程度の自己拘束力」の性質を、「橋本・モンデール合意以後決断集積論」で主張立証し、「少なくとも不当の瑕疵を理由としてはこれを取り消すことができないという自己拘束力を認めても不合理とはいえない。

これで、沖縄県が本件取消処分の理由を「不当」（適法であるが）とする主張は係争委で許容される可能性は低くなったといえよう。国は、国が法律による行政の原理で行政を執行しているのに対し、沖縄県側が法律による行政の原理の認識の弱さが象徴的に出た点である。本件承認処分の「不当の瑕疵」を理由に取り消せるという発想自体が、本件承認に至る沖縄県の歴史的現実を少しでも考慮すると、「想像を絶する」ものと言えよう。

要するに、本件承認処分の「適法」を前提とする「不当」を理由とする本件取消処分は、法律による行政の原理に反していないのであるから、職権取消しを行うに当たって同原理の要請は働かない。つまり「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。」（塩野宏著『行政法Ⅰ【第五版補訂版】行政法総論』170頁）。

## 6 「不当」を理由とする取消処分 of 法律構成 of 法感覚

まず、第1は、第1号要件の解釈に関して、沖縄本島の米軍基地過重負担の歴史的現実、旧理論構成（地方公共団体利益保護論、非権利説）では、その判断要素とならないのは、本件承認処分の違法性に確信がもてなかったからである。また、沖縄県の法律構成が4・4反論書において、承認・免許の法的性質論で非権利説から土地所有権取得権説、埋立法の趣旨に関して、地方公共団体利益保護説から国民経済・地域経済の向上説へと変更されたが、この変更は沖縄県取消権の第1号要件の適合性の範囲内でしかないので、係争委の審査には影響はない。なぜなら、「不当の瑕疵」を理由とする本件取消処分 of 法律構成である沖縄県取消権説は、本件承認処分の「違法の瑕疵」を請求原因として主張立証する原処分違法性説の主張立証を断念することを意味するからである。言い換えると、沖縄県取消権説における本件承認処分の「違法の瑕疵」は、原処分違法性説における本件承認処分の「不当の瑕疵」として捉えられるからである。

第2は、「敗訴でも他の権限（撤回、埋立計画の変更の承認権）を行使できる」との「敗訴でも論」が、沖縄県取消権及び本件承認処分の「不当の瑕疵」を理由とする原点であると考えられる。

取消処分 of 違法性は、まず取消権の発生根拠（第1場面・取消権の有無）と原処分の取消しが許容されるか（第2場面・取消権制限法理、取消権濫用）は、原処分 of 違法性の強弱に規定される。つまり、裁判、係争委の審査において、本件取消処分 of 適法性・違法性を決するのは本件承認処分 of 違法性の強弱である。原処分 of 違法性の強弱により、相手側の取消権制限法理、取消権濫用の成否が決せられるからである。

したがって、本件承認処分 of 適法性を意味する「不当な場合も含んでいる」と答えるとは、取消権行使の許容性いかん（第2場面）で考えるとした場合には、取消処分をする側の弁護士としては問題である。

しかし、この「想像を超える」ような「不当な場合も含んでいる」と答えた弁護士は、本件取消処分 of 適法性の争点を、第1場面の、取消権の発生根拠の問題、即ち取消権の有無の問題にしか想定できず、第2場面の取消処分の許容性の問題を想定できないからである。このような法的思考は、取消権があれば取消処分は認められるべきであり、取消権の存在（発生根拠）を認めても、取消権制限法理、取消権濫用の違法性により取消権の行使（取消処分）は認められないという法的思考が弱い。かくして、「敗訴でも他の権限（撤回、計画変更の承認権限等）を行使できる」とする「敗訴でも論」の主張となる。このような法的思考の下では「権利」ないし「権限」があることが全てとなる。

したがって、本件取消権の発生根拠となる本件承認処分（原処分）の①「違法」、②「不当」の他に、現段階に至っても、次のように、①②以外に、③知事の裁量による「不合理性判断」による取消権が発生すると主張できるのである。

埋立法4条1項各号「の要件を充足しても、知事が埋立てを認める義務を負うものではなく、知事は埋立法の趣旨を踏まえて『埋立てを拒否することができる』とする有力な見解を、埋立て承認レベルの「拒否裁量権（効裁量）」と法律構成する。そして、その『「拒否裁量権」の主張のメリットは1号、第2号要件該当性の問題（国土利用・環境保全等の観点）を離れて、より広く地方自治の本旨（地域の公益＝住民福祉の向上）の観点から『当・不当』の判断をなしうる点にある」とする見解が主張されている（沖縄タイムス2016年5月18日【新垣勉「大衆的裁判闘争の重要性」】）。その論拠が「免許・承認の要件は、全て充足しなければ、免許・承認をなしえないという形式であり（埋立法4条1項）、しかも、全て充足したとしても、都道府県知事は、『合理的な理由があるときは免許拒否ができる』（建設省埋立行政研究会編『公有水面埋立実務ハンドブック』41頁）である。この指摘は原処分レベルである。それを取消

処分レベルに持ち込む独自の法律構成である。

この主張は、一実務ハンドブック、又は学説を根拠に、知事が法定の承認基準を離れて自由な承認又はその承認の取り消しをすることができるとの主張である。本件で言えば、このような知事の自由裁量を根拠とした拒否裁量権を行使しないでした承認を、同じ拒否裁量権で、その承認を取消しできる。

この見解は、「法律による行政の原理」とは別の世界である。おそらく、この主張には、国主張の取消権制限法理、取消権濫用を想定せず、第2場面の取消権の許容性の問題の視点が弱い。つまり取消権の主張だけで十分であるという権利主張だけの法的思考である。「敗訴でも他の権限行使できると」いう「敗訴でも論」の原点である。

## 7 係争委の結論と評価

係争委では国が「勝訴」し、沖縄県が実質的に「敗訴」したと考えられる。沖縄県は、国の関与は地方自治の原則に対する介入の場面であるから「不当の瑕疵」は是正の指示の対象とならないところ、本件取消処分は本件承認処分の「不当の瑕疵」を理由とする取消処分であるので、国の是正の指示は違法であると主張する。しかし、国は、「橋本・モンデール合意以後決断集積論」を根拠に「不可変更力と同程度の自己拘束力」をもつ性質を有する本件取消処分を「単なる不当」を理由とした本件取消処分は「高度の不当性」を有し、是正の指示の対象となり、本件取消処分は「著しく適正を欠き、かつ、明らかに公益を害している」ので是正の指示は適法とする主張立証が成功していると考えられからである。

「著しく適正を欠く」の「当該埋立てが実現しようとする目的の必要性や公益性や必要性」の判断要素は「橋本・モンデール合意以後決断集積論」、「辺野古が唯一の選択肢論」および「関係者による多大な努力と苦

洪の決断の累積論」により立証されるものである。また、この主張は、本件処分及び本件取消処分が地方自治の原則により是正の指示（関与）の対象とならない「単なる不当」を、地方自治の前提となる①「我が国の防衛や安全といった国家存立の根本に関わる極めてハイレベルな政策に基づく事業であり、国民全体の利益を守るために真に必要な事業」として「高度な不当性」として、地方自治の原則の例外として是正の指示の対象とするための法律構成である。地方公共団体と国との役割分担の難問、しかも、沖縄と日本政府の歴史的関係を踏まえた法律構成であり、この法律構成により、沖縄県の係争委での判断回避決定の実質的「敗北」となったといえよう。

沖縄県が本件承認処分を米軍基地過重負担の適法を前提とする「不当」を理由とする本件承認処分を法律構成したことの意味は限りなく深く、限りなく悲劇であり喜劇でもある。存在の耐えられない軽さの職権取消権である。

#### 第4節 不当を理由とする本件取消処分の問題性

##### 1 不当を理由とする取消処分の問題性

新たな米軍基地建設のための辺野古沿岸域の埋立て承認であることの歴史的現実を踏まえると、本件埋立承認を「不当」と捉えることには、次の2点において基本的な問題がある。

第1は、本件埋立て承認の歴史的現実とは、仲井真前知事の承認が、2013年12月27日、全国注視の下で行われ、しかも、辺野古沿岸域の埋立て問題は、1995年9月の少女暴行事件を契機とする1996年4月12日の「橋本・モンデール合意」から17年余の経緯における日米両政府、関係地方公共団体等の関係者の多大な努力と苦渋の決断の累積という歴史的現実である。

第2は、沖縄本島の米軍基地が1945年4月の沖縄戦の占領軍として駐

留から始まり、現在、沖縄県民約9割の130万人の住む沖縄本島の約18%を米軍基地が占めてきている米軍基地過重負担の歴史的現実ということである。本件埋立承認は新米軍基地の建設の容認を契機として米軍基地過重負担を追認することを内包している。このような歴史的現実を凝縮、集約した辺野古沿岸域の埋立て承認を「違法」ではなく「不当」を理由として取り消すことができるという、この現実認識に基本的な疑問を感じざるを得ないのである。いずれにせよ沖縄県は、客観的には、沖縄県取消権説として本件承認処分の「違法」ではなく「不当」を理由とする本件取消処分を代執行訴訟から一貫して主張立証してきたが、係争委の審査の過程で、「不当」と明らかにしたにすぎない。まず、前知事の承認の不当を理由とする現知事の取消しは具体的にはどのような意味であるか、次に、何故、沖縄県は「不当」を理由としたか、をみてみよう。

## 2 沖縄県が「不当」とした理由

### (1) 不当を理由とする取消しの内容

前知事の承認の不当を理由に現知事が取消すということは、前知事の埋立て承認を無効として否定することではなく見直すということである。「不当」は、「適法」を前提に、行政部内における「自己統制」として原処分の是正を可能とする判断だからである。つまり、各大臣は法定受託事務の処理が、①「法令の規定に違反している」（法令規定違反）場合（地方自治法245条の7第1項前段）又は②「著しく適正を欠き、かつ、明らかに公益を害している」（不適正かつ非公益性）場合に是正の指示をなす（同項1項後段）。原処分の不当を理由とする取消しは、②の「不適正かつ非公益性」の適用の問題となるが、一般的には、不当の場合には行政部内の自己統制の問題なので国は地方公共団体に関与できないので、当然、是正の指示はできないと解釈されている。つまり原処分である前知事の埋立て承認の不当を理由とする現知事の取消しは是正指示

は違法となるのである。

したがって、沖縄県は、前知事の埋立て承認の是正を自己統制としてすることになる。翁長現知事は、承認の是正の内容として具体的には、沖縄県内に埋立地を提案する、又は、現在の滑走路の半分近くをキャンプ・シュワブに移すとか等となる。埋立て承認は適法とするが是正の可能性があるというのが不当だからである。翁長現知事は、係争委の審査を通じて国との再調整を表明したことになる。もし、見なおしの意思（是正の可能性）がないのに、不当を理由としたとするならば、それは、係争委に対する冒涇となる。

## (2) 沖縄県が「不当」を理由とした理由

国の是正指示の違法性は、国と沖縄県の関係の理解に関する論点である。前知事による埋立て承認の「不当」を理由とする現知事の本件取消処分が、是正の指示の対象となるか。この問題は、本件承認を「不当」を理由とする本件取消しが「著しく適正を欠き、かつ、明らかに公益を害している」（地自法245条の7第1項後段）かの問題である。

なぜなら、「不当」は、行政部内における自己統制として是正が可能とされるものであるから、「不当」を理由とする取消処分が国が関与することは、機関委任事務を廃止し、国と地方公共団体が上下の関係に立つものではなく、対等独立な関係とする現地方自治法（1999年）の下では認められるべきではないからである。すなわち、「強制的監督手段が合目的性補償に機能することは現行憲法上認められないところである」、「合目的性の保障に機能することには、かなりの程度に違憲の疑いが存すること」指摘されているからである。

## 3 沖縄県民にとって辺野古埋立て承認の不当の意味

新米軍基地建設を容認する辺野古埋立て承認は「違法」ではなく「不当」であることの認識は、沖縄県民が沖縄の米軍基地過重負担の歴史的

現実には「違法」ではなく「不当」であるとの認識であることを意味する。沖縄県知事は、沖縄県民の代表だからである。

沖縄県は、沖縄戦（1945年4月から6月）で、日本軍9万4136人（沖縄県民軍人2万8228人）、米軍1万2520人、沖縄県民9万4000人、の約20万人の戦没者をだした戦争地の沖縄本島を中心とする。日本は米国に敗戦し、その戦勝国の軍隊が、敗戦後71年経過する現在、沖縄本島の約18%を占領し続けている歴史的現実の米軍基地過重負担が「基地の島」の姿となっている。この米軍基地を新たに建設するための埋立て承認である。辺野古埋立て承認には、戦後71年にわたる米軍占領が内在しており、その承認は、この71年の米軍基地過重負担の歴史的現実に対する沖縄県民の評価を内在する。この歴史的現実を「不当」とみるか「違法」とみるかである。ひとは、言葉によって、歴史的現実の把握の本質を表現する。沖縄県は、戦後71年にわたる沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実を「違法」ではなく「不当」と判断評価したことになる。不当は適法を前提とするので、沖縄県民は、米軍基地過重負担の歴史的現実を追認した形となるのである。

沖縄県民にとっては、新たな米基地を建設するために辺野古沿岸域を埋立ての知事の承認は不当であるという認識は、①豊かな生物多様な生態系の喪失等の自然環境の破壊、②普天間飛行場、嘉手納基地の騒音等による深刻な長年にわたる生活環境等の被害、③米軍人・軍属の犯罪の危険性が高く凶悪犯罪が現実化、多発している沖縄県民の生命、財産及び財産等の人権侵害、③沖縄経済の最大の阻害要因等の発生原因である米軍基地過重負担の歴史的現実を、不当ではあるが適法として追認することを意味する。

敗戦後71年にわたる沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実の過程での米軍基地建設の埋立て承認であるが故に、この承認は違法となるのである。近代民主国家の根本に関わる沖縄の米軍基地過重負担の故に違法と

なるのである。違法は国家、国民全体の問題である。不当は、当該関係行政部内の問題である。沖縄の米軍基地過重負担は沖縄だけの問題ではなく、近代民主国家の根本に関わる問題である。日本も米国も近代民主国家を標榜する国家であるからである。

#### 4 国にとっての「不当」の理由の対抗

##### (1) 前知事の埋立て承認の性質は不可変更力と同程度の自己拘束力

国は、沖縄県に対する反論を、現知事の取消しの理由を前知事の承認を不当とする、その前提自体の批判を基本にする。つまり、不当を理由として「自己統制」の是正の可能性の沖縄県内部の問題とする基本認識を問題にするのである。1996年4月12日の橋本・モンデール合意以降の政治過程、行政過程及び日米の外交過程の歴史的現実化として、2013年12月27日の仲井真前知事の埋立て承認の性質を捉えるのである。すなわち、「本件承認処分に不可変更力と同程度の自己拘束力」を認めるのである。なぜなら、「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ある」(国5・9回答書109頁)。

このような、沖縄県の前知事の承認の性質の捉え方を基本的に批判する根拠としたのは、前知事の審査過程では示されなかった新たな主張事実である。

平成8年4月の橋本・モンデール以降、普天間飛行場代替施設の建設地を辺野古沿岸域とする決定に至るまでの経緯(国5月9日回答書18頁～35頁)から判明するように、その「決定に至るまでの間には、日米間のみならず、沖縄県、名護市、その他関係地方公共団体における、様々な交渉、協議、調整等の積み重ねがある。それは、普天間飛行場の危険性除去と、日米同盟ないし安全保障体制の維持、さらに沖縄の負担軽減

といった、いずれも極めて重要な要請又は課題を、いかに総合的見地から調和的に解決していくかという点についての、関係者による多大な努力と苦渋の決断の累積というべきものである」（同上回答書18頁）。すなわち、「本件承認処分に至るまで、実に約17年間もの年月を費やして、米国をも含めた関係者間における努力と決断の積み重ねを経て、『辺野古が唯一の選択肢』であるとの結論に至ったというものである」（同上・32頁）。

したがって、「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」であり、「本件承認処分に不可変更力と同程度の自己拘束力」を「認めても不合理とはいえない」（同上・109頁）。

このような、国の「稲嶺県政時に沖縄県が移設先として辺野古に選定したこと等を挙げ、橋本・モンデール合意及びこれに続くSACO最終報告から仲井真前知事承認までの17年間における積み重ねにより『辺野古が唯一』となった」の主張に対して、沖縄県は、次のように反論する。

「相手方が『積み重ね』と評する17年の経緯をつぶさに見れば、稲嶺知事が受け入れを表明した軍民共用の沖合案の環境評価続きが始まっていたにもかかわらず、沖縄県民の意見を踏まえることなしに政府間で辺野古沿岸案を合意し、かつ、沿岸V字案決定後、国は県との十分な協議を経ずに、稲嶺知事及び岸本市長の意思を反映した平成11年の閣議決定を廃止したものである。そして、その後、沿岸V字型案は一切沖縄県民に受け入れられていないのであるから、到底、これが『積み重ね』と評することが出来るものではないことは明らかである。」（沖縄県・5月24日・相手方回答書への反論書〔2〕25頁）。

「以上のとおり、過去になされた意思決定は、現行案と全く異なる前提条件やプロセスを経てなされたものであり、かつ現行案を沖縄県が承認したことはないということを考慮せず、『辺野古が唯一』であると主張す

ることは極めて不当であり、何ら、合理性ないものである」(同上・25頁)。

この沖縄県の反論に関して留意すべきことは、以下の点である。すなわち、前知事の承認の「違法」を理由とする取消しは、過去の意思決定の違法(無効)を内在しているので、「積み重ね」はあり得ないが、本件承認の「不当」を理由とする取消しは、本件承認自体適法を前提としているので、過去の意思決定も有効を前提に積み重ねることになり、その過去の意思決定を内在した本件承認となるのである。違法を理由とする取消しと不当を理由とする取消しは別次元の世界である。

## (2) 取消権限濫用(効果裁量の逸脱・濫用)の意味

前述のような「不可変更力と同程度の自己拘束力」をもつ「本件承認処分は少なくとも、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というべき」(同上109頁)。

この取消権限濫用の裁量権の逸脱・濫用による違法と、他の1つの「本件取消処分が裁量権の範囲の逸脱・濫用に該当すること」(国5月9日回答書89頁以下)とは全く別の取消権濫用であることに留意すべきである。

このような、沖縄県が本件承認処分の「不当」を理由とする本件取消処分の法律構成に対する国の取消権の権限濫用の法律構成は辺野古訴訟の集大成と思われるので、全文を掲載する。

取消権濫用(裁量権逸脱・濫用)の成否に関して、「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ある」(国5・9回答書109頁)。

「①平成8年の橋本・モンデール合意以来、政府と沖縄県（あるいは普天間飛行場の代替施設の移転先となる地元自治体等）との間で普天間飛行場の代替施設の移転先をめぐり17年間の長きにわたる利害調整、交渉等が行われ、②民主党政権があらゆるオプションをゼロ・ベースで検討するとして県外への移転も模索したものの、③辺野古が唯一の選択肢との結論に至ったものであり、このような経緯を踏まえると、④本件承認処分は、争訟裁断行為そのものではないものの、⑤政府と当該移転先となる地元自治体等との利害調整という面では、通常の争訟裁断行為（異議決定、裁決）以上に、地元自治体等についての意見の聴取が長期間にわたり慎重かつ重厚に実施された。このような経緯に照らすと、⑥本件承認処分は不可変更力と同程度の自己拘束力、少なくとも不当の瑕疵を理由としてはこれを取り消すことができないという自己拘束力を認めても不合理とはいえない。

そうすると、⑦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。従って、⑧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に取り消したものであるとすれば、裁量権の逸脱・濫用に当たり、違法というべきである（①～⑧筆者挿入）。」（国5・9回答書109頁）。

①は「橋本・モンデール合意以後決断集積論」で、③は「辺野古が唯一の選択肢論」である。

国は、辺野古移設の行政を、法律による行政の原理に基づき、①「橋本・モンデール合意以後決断集積論」（「辺野古が唯一の選択肢論」）の中で「⑦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」とする。本件承認処分の「不可変更力と同程度の自己拘束力」の性質を、「橋本・モンデール合意以後決断集積論」で主張立証し、本件承認処分は「少なくとも不当の瑕疵を理由としてはこれを取り消すことができないという自己拘束力を認めて

も不合理とはいえない。」と主張しているのである。

これで、沖縄県が本件取消処分を「不当」（適法であるが）とする主張は係争委で許容される可能性は低くなったといえよう。なぜなら「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。」（塩野宏著『行政法Ⅰ〔第五版補訂版〕行政法総論』170頁）にすぎないからである。

### (3) 国の「著しく適正を欠き」の解釈

国は、不当を理由とする本件取消処分を国の関与の制度である「是正の指示」の対象とするために、次のような「著しく適正を欠く」の解釈をするのである。

『著しく適正を欠き』とは、是正の指示の対象となった地方公共団体の法定受託事務の事務処理が当該事務の趣旨・目的に反したり、その乖離が甚だしいなど、事務の処理がその本来の趣旨・目的に照らして著しく合理性を欠くことをいうものと解される。

これは、国と地方公共団体は、上下の関係にたつものではなく、独立的・並列的な関係にあり、国の関与は、地方自治の原則に対する例外的な介入の場面であるから、行政部内における自己統制としての是正が可能とされる『不当』では足りず、より「高度な不当性」を要求したものである。（5・9回答書112頁）。

この法律構成は本件処分及び本件取消処分が地方自治の原則により是正の指示（関与）の対象とならない「単なる不当」を、地方自治の前提となる「我が国の防衛や安全といった国家存立の根本に関わる極めてハイレベルな政策に基づく事業であり、国民全体の利益を守るために真に必要な事業」の承認取消しを「高度な不当性」として、地方自治の原則の例外として是正の指示の対象とするための法律構成である。地方公共

団体と国との役割分担原則の難問、しかも、沖縄と日本政府の歴史的関係を踏まえた法律構成であり、この法律構成が、沖縄県の係争委での実質的「敗訴」の本質的理由である。

## 第5節 小括

翁長現知事は、稲嶺元知事、比嘉元名護市長、岸本元名護市長と同じように、本質的に米軍基地過重負担は「不当」だという認識の下に、普天間飛行場の代替施設を沖縄県の責任の問題として、沖縄県内に移設することを係争委の場で表明したことになる。係争委は、その意を汲んで、沖縄県で考えるというなら、係争委は判断を回避するという判断をして沖縄県の「敗訴」を回避したことになる。

言い換えると、仲井真前知事の辺野古埋め立て承認を違法と認識する人、沖縄の米軍基地過重負担を違法状態と認識している人にとっては、係争委の判断回避は、内容的に、沖縄県の「敗訴」となるが、「不当」とする翁長沖縄県知事にとっては、主張が認められたことになり、結論に「不服」は全くないことになる。沖縄県内に、普天間飛行場の代替施設の受け入れできる方法、場所を政府と協議することになるのである。また、沖縄県は、仲井真前知事の埋め立て承認を「不当」を理由とする取り消しとしたことによって、裁判では物理的に勝訴することはなくなったからである。なぜなら、裁判は、原処分（本件承認処分）の「違法」を理由とする取消処分しか審理の対象にならないからである。

## 第4章 本件承認処分の違法性と土地所有権

### 第1節 総説

本件埋立承認処分の違法性判断を、沖縄県は、公有水面埋立法（埋立法）4条1項1号（以下、第1号要件とする）及び2号（以下、第2号

要件とする)の不適合性判断においている。本章では第1号要件である「国土利用上適正かつ合理的なること」の規範的要件の適合性判断を考察する。第1号要件が埋立て承認(免許)の基本要件だからである。また、第2号要件の環境の十分な保全条項は、那覇空港沖合の埋立て工事も埋立予定区域面積が1.6km<sup>2</sup>で同規模であり自然環境も辺野古沿岸域と本質的な違いはなく、また、那覇空港沖の埋立事業と比較して辺野古沿岸域埋立事業の環境保全措置は「遜色はない」とするのが国の評価である(5・9回答書116頁)。両埋立て事業の本質的な違いは、辺野古沿岸域の埋立地の用途が米軍基地過重負担の中での新米軍基地の建設であることに対して、那覇空港沖の「埋立地の用途」が沖縄の基幹産業の基盤整備である「飛行場」の建設であるということである。埋立法の趣旨をどう捉えるかによって根本的な違いがでる。

埋立法の趣旨を埋立予定地域及びその周辺の自然環境の保全とするならば、辺野古沿岸域の埋立て承認を否定する合理的理由を見つけるのは困難であるが、同趣旨を「国民経済の向上」即ち「地域経済の向上」捉えると、辺野古沿岸域の「埋立地の用途」は、沖縄の地域経済の最大の阻害要因である「米軍基地」の象徴である「米軍飛行場」であるのに対し、那覇空港沖合の「埋立地の用途」は沖縄の基幹産業である観光産業の基盤整備となる「国際・国内空港」である。したがって、本件埋立て承認の本質的条項は第2号要件の環境保全配慮の十分条項ではなく、「埋立地の用途」により「地域経済の向上」に資するかの第1号要件の「国土利用上適正かつ合理的なること」の承認基準が本質的基準となるのである。

そして、沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実を埋立て承認の判断要素に法律構成することによって、埋立て承認の違法性の強さの主張立証が可能となるのである。さらに、この本件埋立て承認の違法性の強弱は、前述のように本件取消処分<sup>3</sup>の違法性の有無(取消権制限の有無)を規制

する。したがって、本件埋立て承認の違法性の強さを米軍基地過重負担の歴史的現実を判断要素とすることによる主張立証に成功することにより本件取消処分が許容（適法）されることになるのである。つまり、本件取消処分の違法性は取消権発生場面である沖縄県取消権説ではなく、原処分違法性説で、本件埋立て承認の違法性の強さを主張立証することの法律構成が沖縄県に求められているのである。

ところで、第1号要件の「国土利用上適正かつ合理的なること」の裁量判断において、その裁量処分が裁量権の範囲を逸脱またはその濫用の場合に違法性を帯びる。つまり、第1号要件の適合性判断に係る判断過程の考慮要素の選択および判断過程に合理性を欠いていると判断すると、その裁量判断（裁量処分）は裁量権の逸脱・濫用として違法性を帯びる。したがって、問題は、その判断過程の考慮要素（判断要素）に何を組み込むか（選択）が肝要となる。言い換えると、本件埋立て承認取消を巡る裁判等の勝機は、第1号要件の「国土利用上適正かつ合理的なること」の判断要素に「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」をどう法律構成するかにかかっているのである。

まず第1に、第1号要件の裁量判断に係る判断過程の判断要素（考慮要素）は、第1号要件の趣旨解釈によって決定される。

第2に、第1号要件は埋立法の基本要件であるため、第1号要件の解釈は埋立法の趣旨によって規定される。

また、第3に、その埋立て免許・承認の裁量処分は何を目的とするかという免許・承認の趣旨（法的性質）が論点となる。

そして、第4に、その前提としての、埋立ての承認・免許を都道府県知事に授権した理由が論点となる。この4つの論点は相互規定的な関係にある。したがって、この4論点の概念構成は、4論点の関連の中で判断される。

とくに、法律的な争点で問題となるのは、第1号要件の趣旨・解釈で

あるので、その趣旨・解釈により、具体的争点である、沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実（第4章）及びキャンプ・シュワブ跡地の利用計画（第5章）が判断要素となるか否かが決定される。

第1号事件の趣旨・解釈の観点から判断要素の側面（段階と場面）を分析すると、第1段階は、公有水面を陸地（土地）化する段階で、海洋汚染、海洋の生態系の破壊等の場面（第1場面）、第2段階は、埋立地の用途の段階で、特定の事業又地域形成計画上の「埋立地の用途」としての土地の合理的利用の場面（第2場面）、埋立予定地域の埋立地の用途からの自然環境への影響の環境保全場面（第3場面）、第3段階として、埋立予定地以外（陸地）の地域の土地の合理的利用の場面（第4場面）が問題となる。この4場面が、判断の対象（要素）となるかは、第1号要件の趣旨・解釈により規定される。当該要件の趣旨・解釈が、法律上、裁判上、重要なのは、定義自体ではなく、その定義により判断要素の範囲（判断対象）が規定されるからである。

そこで、まず、第1号要件の解釈を沖縄県の解釈変更の観点から「沖縄県の第1号要件の解釈の変更」を論点として考察する（第2節）、次に、「公有水面埋立法の理論構成」として、都道府県知事への承認・免許の授権の趣旨、埋立法の趣旨、承認・免許の法的性質、1号要件の趣旨を考察する（第3節）。また、沖縄の米軍基地過重負担の違法性（第4節）、そして、キャンプ・シュワブ跡地利用計画（第5節）、最後に、小括とする（第6節）。

## 第2節 沖縄県の第1号要件の解釈変更

### 第1款 序

本章は、辺野古埋立訴訟を勝訴するために沖縄県の法律構成の基本的枠組みを土地所有権取得権説の立場から再構成することである。そのため、第3章の本件訴訟における沖縄県取消権説の破綻の必然性の確認

を前提に、「本件承認処分の強い違法性」を法律構成するために、「国土利用上適正かつ合理的なること」（第1号要件）の判断要素に「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」を評価障害事由とする法律構成をより説得力・合理性あるものとするのである。そこで、本節では、第1号要件の解釈の変更に伴う承認・免許の法的性質論の非権利説から土地所有権取得権説への変更の必然性を考察する。

まず、第1号要件の「埋立地の用途」（第2款）、次に、第1号要件解釈の変更の契機（理由）として（第3款）、①新米軍基地建設のための埋立て承認は知事の権限、②沖縄本島の米軍基地過重負担を判断要素とする法律構成、③土地所有権を米軍基地の土地利用に固定化するの意味、④第1号要件の沖縄県の新解釈は土地所有権取得権説に基づくとする。最後に、小結とする（第4款）。

## 第2款 第1号要件の「埋立地の用途」概念の機能

沖縄県は埋立法4条1項1号の「国土利用上適正かつ合理的なること」（第1号要件）の解釈を変更した。旧解釈は、第1号要件を、「埋立ての必要性和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」（代執行訴訟被告第1準備書面15・16頁、以下、代執行訴訟を「代・」とする。）との定義であった。これに対し、沖縄県の新解釈は、『国土利用上適正且合理的ナルコト』とは、埋立自体及び埋立地の用途（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をして総合的判断をした結果、前者が後者を優越することを意味するものと解される」（4・4反論書{1}12頁、反論書{8}10頁、ただし4・22知事陳述では、「埋め立ての用途」となっているが、埋立法上は同義である。）と定義した。

この第1号要件の解釈変更の内容は、旧解釈での「埋立後の土地利用が周囲の自然環境に及ぼす影響」が、新理論構成では、「埋立地の用途（埋立後の土地利用）を対象」へと変更された点である。より本質的に言えば、第1号要件の判断対象つまり比較衡量の対象である利益、不利益の異質な諸利益の中に、旧解釈では「埋立地の用途」は含まれていないが、新解釈では、不利益の側面で明示に「埋立地の用途」を含めたことである。「埋立地の用途」は、埋立法の法的仕組みの基軸概念である。なぜなら、埋立法を根拠法規とする免許・承認の趣旨（法的性質）は、埋立事業計画者に、公有水面の埋め立てにより、土地造成をして、最終的に「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処分だからである（土地所有権取得権説）。つまり、第1号要件の判断対象に「埋立地の用途」を含めたことは、土地所有権取得権説を含意している。

なお、国は、次のように、取消権制限法理の場面で、明確に土地所有権取得権説を採っている。「国に対する承認は公有水面を埋め立て得る法的地位を付与する点において、私人に対する免許と何ら変わりがない。すなわち、私人も国も職権取消しを受けることによって、公有水面の埋め立てが不可能になり、埋め立てに要した費用や労力、埋立てにより実現しようとした利益などが全て失われるのであって、名宛人が国の場合と私人の場合とではその保護に差異を設ける理由はない」（国の5・9回答書79頁）。したがって、取消権制限法理を主張するに際して、承認により最終的に制限された土地所有権を取得する側面では、「国は行政処分を受ける私人と同様の立場にあるのであって、かかる行政庁による行政処分を信頼するのは、行政処分の相手方が私人である場合と異なる」（同上回答書79頁）。また、埋立法の趣旨も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付与による「国民経済の向上」即ち「地域経済の向上」に資するものとなるのである。

沖縄県の第1号要件の新解釈で「埋立地の用途」を判断対象としたのは、「埋立地の用途」としての「米軍（飛行場）基地」（普天間飛行場の代替施設）を判断対象とするためである。埋立法の法的仕組みの基軸概念は「埋立地の用途」である。新解釈は、「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」か、が辺野古訴訟の本質的論点であることの認識に基づくものである。

「埋立地の用途」は、「土地利用計画」（この計画は拘束的計画〔都市計画等〕で、その対比概念である指針的計画ではない）の基軸概念としての「埋立地の用途」と「環境保全」を図るための「埋立地の用途」（埋立後の土地利用が周囲の自然環境に及ぼす悪影響からの保全）の二面性がある。旧解釈は、「埋立地の用途」を「環境保全」に純化・限定した。つまり、旧解釈は、第1号要件の趣旨を、沖縄県が埋立法の趣旨とする「地方公共団体利益（環境保全）保護説」「環境の保全」に徹底するために、「土地利用計画」上の「埋立地の用途」を除外する解釈をした。したがって、第1号要件の判断対象は、「環境保全」上の「埋立後の土地利用が周囲の自然環境に及ぼす影響」に限定される。そこで、「土地利用計画」上の「埋立地の用途」を判断対象とするためには解釈を変更する必要がある。つまり、「土地利用計画」上の「埋立地の用途」を判断対象とすることを明確にするために、あえて、旧解釈の「埋立後の土地利用が周囲の自然環境に及ぼす影響」に換えて、新解釈の「埋立地の用途（埋立後の土地利用）を対象」と再定義したのである。したがって、「埋立地の用途」としての「米軍基地」が第1号要件の判断対象（要素）となる。「埋立地の用途」は「土地利用計画上」の基本概念である「土地の用途」の埋立地版だからである。

なお、旧解釈の根拠となっている織田が浜事件（高松高判平成6年6月24日）は、「周囲の自然環境に及ぼす影響等」として「環境保全」に限定しておらず、沖縄県の旧解釈が「影響等」の「等」を除外して意識的

に環境保全に限定する再定義をしていたことに留意すべきである。

### 第3款 第1号要件解釈の変更の契機（理由）

それでは、何故、沖縄県は1号要件の解釈を変更したのであろうか。つまり、第1号要件の判断対象に「埋立地の用途」を構成し、「埋立地の用途」として「米軍基地」を判断要素とすべき理由、言い換えると、沖縄県の解釈変更の必然性はどこにあるのか。その理由を、次の4点に纏めることができる。

#### 1 米軍基地建設のための埋立て承認は知事の権限

まず、第1は、新たな辺野古飛行場建設を第1号要件の場面で「埋立地の用途」としての「米軍基地」と捉えることは、新米軍基地建設問題を、土地利用権原の確保の問題（拘束的土地利用計画としての「埋立地の用途」）とすることにより、第1号要件の適合性判断として知事の承認権限の問題とするための法律構成である。つまり、辺野古飛行場建設のための土地利用権原（土地所有権）確保のための埋立てを、第1号要件の「埋立地の用途」としての「米軍基地」として制限された土地所有権の確保のための地域形成計画（土地利用計画）の平面で捉えることで、都道府県知事の権限の範囲内の問題とすることである。

この論点を明確にする必要があったのは、次のような国の主張があるからである。

「本件において、沖縄県知事が同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、米軍に提供する普天間飛行場代替施設の配備場所を辺野古沿岸域とすることの国防上の適否について、これを審理判断する権限があると解する余地はなく、また同様に、普天間飛行場代替施設の配置場所として辺野古と辺野古以外の場所のいずれが適切であるかという点についても、沖縄県知事にこれを審査判断する権限は与えられてい

ないというべきである。」（代・原告訴状71頁）。

本件埋立承認の要件該当性の判断において、「普天間飛行場代替施設の配置場所を辺野古沿岸域とする国防上の適否」について「審理判断する権限が」沖縄県知事に有るか。沖縄県は、そのような「国防上の適否」を審理判断する権限はないが、第1号要件の「埋立承認の要件該当性」の判断対象は、「埋立地の用途」としての「米軍基地」（普天間飛行場代替施設）の「国土利用上適正かつ合理的なること」の該当性判断は、まさに知事の権限であると反論するためである。つまり、本件「米軍基地」建設のために辺野古沿岸域を埋立てて土地利用権原（土地所有権）を確保することは、①「国防上の適否」の論点ではなく、②「国土利用上の適正・合理性」の論点とする反論である。後者の論点とすると知事の審査権限そのものである。沖縄県は、新米軍基地建設の土地利用権原確保の埋立て承認の問題とするために、「埋立地の用途」としての「米軍基地」の法律構成をする必要があり、そのために、第1号要件該当性の判断対象に「埋立地の用途」を構成したのである。かくして、4・22知事陳述等における、翁長沖縄県知事の陳述となる。

「沖縄県知事には国防・外交上の観点から要件を判断する権限がないとの主張があるが、私は国防・外交上の政策判断を都道府県知事が判断できるということは申していない。法律によって知事に与えられた権限を適切に行使するにあたり必要な限りで、法律要件の判断に必要な事項は審査可能であるという、当たり前のことを申し上げている。」

辺野古沿岸域を埋立てて新米軍飛行場基地を建設することを認めるか否かは、埋立法4条1項1号（42条3項）の承認基準の問題であり、それは知事の裁量判断の問題であり、前沖縄県知事の埋立て承認処分に違法性がある場合には、現沖縄県知事による承認取消処分の問題であると主張である。

ところが、旧解釈では、前述のように、第1号要件の判断対象を「埋

立後の土地利用が周囲の自然環境に及ぼす影響」と「環境保全」の側面に限定するため、「土地利用計画」上の「埋立地の用途」としての「米軍基地」は判断対象から除外されていた。つまり、知事の権限である「土地利用計画」上の「埋立地の用途」としての「米軍基地」の土地利用権原の確保の問題を論外としていた。「法律によって知事に与えられた権限を適切に行使するにあたり必要な限りで、法律要件の判断に必要な事項は審査可能であるという、当たり前のこと」を、沖縄県の旧解釈では、第1号要件の解釈により自ら否定していたのである。沖縄県の第1号要件の解釈の変更は必然的であった。沖縄県の第1号要件の法律構成の致命的な弱点の象徴的表れである。第1号要件の解釈の変更は、埋立法の趣旨、及び承認の法的性質に関しての変更を必然化する。

ところで、「埋立地の用途」は埋立地の土地所有権の制限であるので、「埋立地の用途」を承認基準（第1号要件）とすることは、承認の法的性質（趣旨）を埋立地の土地所有権の付与を本質とする土地所有権取得権説を意味する。

ところで、承認の法的性質に関して、土地所有権取得権説は、埋立事業計画者が特定の公有水面を埋立て、土地の造成による、埋立竣功を停止条件に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取得させる権利を設定する処分とする見解である。土地所有権取得権説の原点である山口眞弘・住田正二説は、「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」と定義する（原著『公有水面埋立法』{日本港湾協会、1954年} 329頁）。

この土地所有権取得建設に対して非権利説と埋立権説の2説が理論構成されている。

まず、非権利説は、かつての通説、実務上採用されていた理論構成で、国もかつて採っていたが、前述のように現在は土地所有権取得権説に変

更している。非権利説は、非権利説とは、国は、本来的に公有水面を直接排他的支配する権能を有しているから、国はこの権能に基づいて埋め立てを行うことになるので、「都道府県知事が海面に対して有する機能管理権との調整上の兼合いから都道府県知事の承認を要することとし、都道府県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ことにある」（山口地判2012年6月6日）とする見解である。

他方、埋立権説であるが、阿部泰隆説は「公有水面埋立法における埋立免許は、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）」と定義する（同著『行政法解釈学Ⅰ』〔有斐閣、2009年〕212頁）。また、本田博利説は「国とし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原始取得して国有となすものである。」と定義する（同著「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」〔愛媛法学会雑誌第40巻第1・2合併号、2014年3月〕136頁）。

このような埋立権説は、承認（国）及び免許（私人）の法的性質は埋立をなす権利（埋立権）の付与の範囲に留まること、つまり公有水面の埋立事業の許可であり、埋立地の土地所有権の取得は、免許（私人）で埋立竣功の認可、承認（国）で埋立竣功の通知とするので、埋立地の土地所有権取得は承認・免許の範囲外である点に特徴がある。

したがって、「埋立地の用途」としての「米軍基地」を第1号要件の判断対象とする法律構成は土地所有権取得権説を採ることを含意し、非権利説の第1号要件の定義の側面の表れである「埋立後の土地利用が周囲の自然環境に及ぼす影響」は「埋立地の用途」に変更されることになる。

それでは、沖縄県の第1号要件の旧解釈は、どの説をとっているのだろうか。「埋立権説」のようにもみえる。「埋立地の用途」は前述のとおりだとしても「埋立て用途」は土地所有権取得権説でなくても埋立権説の範囲内という主張が考えられるからである。

しかし、沖縄県の旧解釈は、内容的には非権利説を採っていると考えられる。なぜなら、沖縄県のこれまでの「代執行訴訟」、「抗告訴訟」および「国地方係争委不服審査申立」の3件の訴訟等は、承認の法的性質を「法的コントロールの手法」としての「埋立事業規制」と捉え、承認の法的性質を非権利説に志向する。「さらに言えば、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、本件はいわゆる授益的行政処分ですらない」（代・被告第10準備書面7頁）と主張するからである。沖縄県は、この非権利説に基づいて、米軍基地問題を地位協定の排他的管理権に基づく自治権空白地帯論、国は行政不服審査法の申立資格の「私人と同様の立場」とはいえず（「私人」なりすまし論）、また、代執行訴訟における国の取消権制限法理の適用はできない、さらに、取消権の発生根拠を「原処分違法性説」ではなく「沖縄県取消権説」とする法律構成をした。沖縄県としては、承認の法的性質に関して土地所有権取得権説を採ることは、これまでの法律構成を否定することになるので、沖縄県の法律構成の全面的破綻を意味する。したがって、沖縄県にとっては、土地所有権取得権説を前提とする「埋立地の用途」ではなく、非権利説でも、「埋立ての用途」として、「米軍基地」を判断対象とすることは理論的に可能かということが論点となる。

結論的に言えば、理論的には不可能である。なぜなら、「埋立地の用途」と「埋立ての用途・埋立て後の土地利用の効果」は、埋立法上は、同義だからである。

まず、第1に、「埋立ての用途」とは何か。本件では米軍基地であり、米軍基地建設を埋立て承認権限内にすることが、解釈変更の理由であった。また、「埋立地の用途」も「米軍基地」であり、その米軍基地建設の土地利用権原の確保が埋立て承認である。つまり、「埋立ての用途」と

「埋立地の用途」の内容は、「米軍基地」で同じである。

第2に、「埋立ての用途」の「用途」は何の用途であるか。米軍基地建設は「土地」に建設されるわけであるから、「土地の用途」である。まだ「土地」になっていない段階では「埋立地」であるので「埋立地の用途」となる。表現は異なるが、「埋立地の用途」と「埋立ての用途」は、同義である。

第3に、埋立法は「埋立地の用途」の概念を埋立法の法的仕組みの基軸概念としている。まず、埋立法4条1項3号及び同項4号は、「埋立自体のみならず、『埋立地ノ用途』をも対象とし、公有水面の埋立ての可否を判断するものとしている。」(4・2反論書{8}7頁)。また埋立願書の記載事項や添付書類については「埋立地ノ用途」を記載する必要があるとする。1号は「埋立ノ免許ノ出願」(同1項柱書)が「国土利用上適正且合理的ナルコト」と定め、当該願書には「埋立地ノ用途」を記載することとされている(2条2項3号)。そして、公有水面埋立法施行規則は、一方では、「土地利用計画」上の「埋立地の用途」を「埋立地の用途及び利用計画の概要を表示した図面」(同規則8号)、他方の「環境保全」上の「埋立地の用途」は、「環境保全に関し講じる措置記載した図書」(同規則8号)の添付を要するとし、その添付「図書」は、「埋立て及び埋立地の用途に関する環境影響評価に関する資料を含む環境保全措置を記載した図書であること」に示されている。

第4に、1973年の埋立法の改正を受けて、1974年6月1日、運輸省港湾局長及び建設省河川局長による「公有水面埋立法の一部改正について」の「国土利用上適正且合理的であることについて」(法第4条1項1号)に関して、「①埋立てそのもの及び、②埋立地の用途が③国土利用上適正且つ合理的であるかどうかにつき慎重に審査すること(①②③筆者挿入)」の通達をだしている。②「埋立地の用途」が明示されている。

要するに、「埋立ての用途」と「埋立地の用途」ともに、「用途」による

土地利用権原である土地所有権制限の問題である。この土地所有権の制限は、埋立竣功前は「埋立地の用途」、埋立後は「土地の用途」になるに過ぎない。「埋立地の用途」又は「埋立ての用途」としての「米軍基地」と言う場合には、「用途」自体に埋立地の土地所有権が内包している。また、本来は、「埋立後の土地利用の効果」も「土地所有権」に基づくものである。「公害」は自由な土地利用（土地所有権）を前提としている。土地の用途は「土地所有権」の制限としての「用途」である。埋立て承認の判断要素に「埋立ての用途」と定義しようと「埋立地の用途」と定義しようと内容は、全く同じである。

## 2 沖縄本島の米軍基地過重負担を判断要素とする法律構成

第2の理由は、「埋立地の用途」としての「米軍基地」を契機として沖縄本島内の米軍基地を判断対象とすることである。なぜなら、「地域形成計画」上の「土地利用計画」の基軸概念である「埋立地の用途」は、地域内（沖縄本島）の「土地の用途」の現況を前提に、その土地利用の適正かつ合理性は判断されるので、沖縄本島の米軍基地の実態即ち米軍基地過重負担が、必然的に判断対象（要素）となるからである。逆に言えば、沖縄本島の米軍基地を第1号要件の判断要素とするためには、「埋立地の用途」を判断対象とする必要がある。

つまり、第1号要件の判断対象（要素）となる「埋立地の用途」としての「米軍基地」を契機に地域内（沖縄本島内）の米軍基地が判断対象となり、その土地利用の現況である米軍基地過重負担が「地域形成計画」上の「土地利用計画」上の「埋立地の用途」により必然的に、第1号要件の判断対象となる。

したがって、4・22知事陳述では、翁長知事は、新解釈に基づいて、次のように陳述する。

「埋立ての用途は海兵隊航空基地建設だが、これは埋立対象地周辺の静

謐な生活環境を破壊するものであり、今日、新たに沖縄県内に恒久的基地を建設することは、米軍基地の集中に起因する過重な負担、被害をさらに将来にわたって沖縄県に固定化することを意味する」。

翁長知事は、意識的に、「埋立ての用途は海兵隊航空基地建設だが」と「埋立地の用途」を明示した上で、まず、「埋立て後の土地利用を対象」として、「環境保全」の側面の「埋立対象地周辺の静謐な生活環境を破壊するもの」と指摘し、さらに、「土地利用計画」の側面を追加して、「埋立ての用途は海兵隊航空基地建設」だが、「今日、新たに沖縄県内に恒久的基地を建設することは、米軍基地の集中に起因する過重な負担、被害をさらに将来にわたって沖縄県に固定化することを意味する」と陳述して、沖縄本島の米軍基地過重負担を第1号要件の判断要素とする。このことは、土地所有権が米軍基地の土地利用に固定化される諸問題も内包している。したがって、普天間移設先のキャンプ・シュワブ跡地計画も判断対象となる。

沖縄県の旧解釈は、①「埋立地の用途」としての「米軍基地」自体を判断対象から除外したため、①を契機に、②沖縄本島内の米軍基地、③その沖縄本島の米軍基地の歴史的現実である過重負担が第1号要件の判断対象（要素）となることはない。沖縄県の法律構成の変更は必然的であった。なぜなら、埋立法の法的仕組みは「埋立地の用途」を基軸概念として構成されているところ、その法的仕組みは、埋立法の趣旨が経済の原動力・基盤である土地所有権により国民経済の向上に資することを目的としており、その国民経済の向上を実現するために、国土利用計画（地域形成計画）の観点から「埋立地の用途」に制限された土地所有権の付与を目的とするのが免許・承認であるからである。

また、沖縄県の旧解釈では、米軍基地過重負担は、第1号要件の判断対象とならない結果、知事の権限の範囲外となり、しかも、その過重負担の問題を、国は、米軍基地の配備の問題として、その配備の権限は政

府の専権の問題とする。つまり、国は沖縄県の旧解釈により「米軍基地過重負担違法論」に対する反論とする。米軍基地過重負担違法論とは、沖縄における米軍基地過重負担の歴史的現実のなかで、新たに米海兵隊航空基地を建設することは、沖縄県における過重な基地負担を、固定化すると、その不利益は顕著なものであるのに、本件承認処分に際して、かかる不利益を適切に考慮しないまま1号用要件に適合するとした判断過程は合理性を欠いた違法なものであるという理論構成である。この米軍基地過重負担違法性論に対して、国は、『「沖縄県における過重な基地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・29答弁書107頁）と主張する。その理由は「都道府県知事が公有水面埋立てに係る法1項1号適合性を審査判断するにあたり、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、改めて独自に審査判断する権限は付与されていないというべきであるから」（同上107頁）とする。

しかも、前述のように、沖縄県の旧解釈は、米軍基地過重負担を第1号要件の判断対象とすることはできないのであるから、沖縄県は米軍基地過重負担を、第1号要件とは別の地位協定の問題として構成する。しかし、本件埋立承認問題は地位協定の是非の問題ではないので、沖縄県の旧解釈では、沖縄県の主張は失当となる。そこで、沖縄県は新解釈で、米軍基地過重負担違法性論により、知事の権限の問題とすることが可能となる。

沖縄県の新解釈は、米軍基地過重負担について、国の次のような主張に含まれている。

沖縄県の米軍基地過重負担の歴史的現実の問題に関する、「①米軍施設及び区域を我が国のどこにどのように配置するかは、国の存立や安全保障に関わる重要な政策判断事項であるから、②内閣ないし日米両政府間

において決定されるべき事項であり、その政策的、技術的裁量に委ねられた事項であって、都道府県知事が独自にその適否を審査判断する権限を有しない。第1号要件適合性の判断が法定受託事務として都道府県知事の事務とされたのは、埋立ての対象とされた区域について、当該区域の実情に詳しい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よるのであって、③都道府県知事は、④公有水面埋立ての対象となる区域について、申請された埋立てが『国土利用上適正且合理的』といえるか否かを審査判断する権限のみを有する（①～④筆者挿入。）（国3・29答弁書106頁）。

①②は、その通りである。「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、改めて独自に審査は判断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基地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。」（国3・29答弁書〔2〕107頁）。

しかしながら、国は、③④を認めているのである。この「④公有水面埋立ての対象となる区域について、申請された埋立てが『国土利用上適正且合理的』といえるか否かを審査判断する権限のみ」が、本稿の土地所有権取得権説に基づく「土地利用計画」上の「埋立地の用途」を契機とする陸地（沖縄本島）の米軍基地及びその歴史的現実である「基地の島」の米軍基地過重負担である。

そして、「米軍基地過重負担」は、埋立法の趣旨による土地所有権の制限原理の「地域経済向上の公共性」及び「米軍基地の公共性」に照らして、①「地域経済向上の阻害要因」、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の問題」、さらに、

⑤「不平等な基地負担による国民の安全保障観への悪影響」の評価障害事由として法律構成されるのである。

### 3 土地所有権を米軍基地の土地利用に固定化する効果

第3に、「埋立地の用途」としての「米軍基地」を第1号要件の判断対象とすることの土地所有権の側面での法的機能は、土地所有権を米軍基地の土地利用に固定化することを意味する。承認・免許の趣旨（法的性質）は埋立事業計画者に特定の公有水面を埋立て土地造成による埋立竣工を停止条件に「埋立地の用途」に制限された土地所有権を付与することである（土地所有権取得権説）。経済（事業）の原動力・基盤である土地所有権を米軍基地の土地利用に固定化することを意味する。土地所有権は、特定人が特定地の上下の時空を自由に利用することができるのが原則だからである（民法206条・207条）。

したがって、土地所有権が米軍基地の土地利用に固定化されるということは、沖縄県民にとっては、経済の原動力・基盤である土地所有権が米軍基地の土地利用に制限されるということだが、他方、米軍にとっては、米軍基地として自由に土地利用できるということを意味する。前者の沖縄県民の側面における機能は、「米軍基地は沖縄経済の最大の阻害要因」として、その経済的不利益は基地跡地利用の経済効果（機会費用、機会喪失）で推計され、土地所有権が行使できないことによる「消極的不利益」として概念化できる。

他方、米軍の土地所有権（土地賃借権も土地所有権に基づく）に基づく軍事基地利用の自由即ち基地機能の自由は、沖縄県民にとっては、周辺地域及び周辺住民への悪影響を必然的に伴う。例えば、土地所有権が電力発電所として固定化された場合、電力発電事業の自由を意味する。その発電事業により、周辺地域に煤煙、その煤煙により住民の健康被害が生ずる。軍事基地の場合だと、軍事施設が飛行場の場合には、飛行機

の騒音、飛行機の墜落事故等による地域及び地域住民の健康被害等が発生する。また、軍事基地の本質的構成要素である軍人は、地域の中で生活するので、地域住民と関わり、軍人による犯罪が発生する。特に、米軍人が海兵隊員の場合には、犯罪の危険性が高まる。このような、「米軍基地」を発生源とする公害、米軍人の犯罪等は、「米軍基地」の土地所有権の積極的行使によるもので「積極的不利益」と概念化できる。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「消極的不利益」に関しては、前述しているので、ここでは、「消極的不利益」に関して考察する。これらの「消極的不利益」は、土地所有権を土地利用権原とする「米軍基地」を発生源としている。つまり「米軍基地」があるが故の「米軍人犯罪」であり、米軍人の犯罪の発生は「米軍基地」によって規定されているのである。

このことは、他方、米軍基地のある地域及び地域住民の受忍限度も規定する。土地所有権を土地利用権原とする「事業地」の自由な土地利用を発生源とする被害は、周辺住民は受忍限度内にあることが原則である。土地所有権の土地利用の自由も周辺地域住民の受忍限度内の自由である。したがって、問題は、その受忍限度の範囲である。もちろん、軍人個人の責任は犯罪として罰せられることは言うまでもない。土地所有権の問題としては、犯罪の発生の危険性である。沖縄の米軍基地過重負担は、米軍人による犯罪発生の危険性を高め、その受忍限度を超えることになる。軍人による犯罪の発生源としての土地所有権を権原とする米軍基地過重負担は許容範囲（受忍限度）を遥かに超えている。しかも、米軍人の犯罪は地位協定で規定されているので、犯罪数の増加の原因となっている。つまり、日本の陸地面積の0.6%の沖縄県に米軍基地の73.8%が所在する、その面積比468倍もの、また、沖縄県民の9割の約130万人の住む沖縄本島（1208km<sup>2</sup>）の約18%（221km<sup>2</sup>）を米軍基地が占めるという米軍基地過重負担が米軍人・軍属の犯罪・凶悪事件の構造的要因である。こ

の想像を超える米軍基地過重負担の中での米軍基地からの地域住民の生命・身体・生活環境侵害に対する受忍限度が低くなることにより、米軍基地の撤去、整理縮小の根拠となる。なぜなら、米軍基地は、国民の生命・身体・財産を保障するための安全保障装置だからである。

したがって埋立法の承認・免許の法的性質を最終的には制限され土地所有権の付与（土地所有権取得権説）として捉えることは、米軍人の犯罪発生数も第1号要件の判断対象となる。これは、「米軍基地過重負担」の評価障害事由として法律構成され、その個別構成事由としての「後を絶たない米軍人・軍属による刑事事件の発生」として法律構成されることになる。つまり、沖縄県の米軍嘉手納基地に勤務する軍属（元海兵隊員）のケネス容疑者による「女性遺棄事件」は、本件埋立て承認の判断要素になるのである。

そして、「米軍基地過重負担」の内実を「消極的不利益」と「積極的不利益」の区別により構成すると「消極的不利益」として①「地域経済向上の阻害要因」、「積極的不利益」として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の問題」、⑤「不平等な基地負担による国民の安全保障観への悪影響」が構成され、「米軍基地の公共性」に照らして、評価障害事由として法律構成されるのである。

#### 4 第1号要件の新解釈は土地所有権取得権説に基づく

第4の契機は、承認・免許基準である第1号要件の新理論構成は、その認・免許の法的性質に関して、土地所有権取得権説に基づくものである。なぜなら、第1号要件解釈変更の本質は「埋立地の用途」としての「米軍基地」を法律構成することであり、それは、第1に米軍基地建設のための土地利用権原（土地所有権）の確保としての埋立て承認は埋立法

上、知事の権限であり、第2に、「土地利用計画」上の「埋立地の用途」を契機に「土地の用途」としての沖縄本島の「米軍基地」が判断対象となり、その過重負担の歴史的現実を判断要素とする法律構成となり、第3に、土地所有権を米軍基地の土地利用に固定化する効果、即ち、一方では、米軍基地としての自由な基地機能、他方では、その自由な基地機能に伴う沖縄県（民）への悪影響となって現実化するからである。そのような現実化は知事の承認・免許による制限された土地所有権付与の授益的処分、逆に埋立事業計画者は、最終的に、「埋立地の用途」により制限された土地所有権を取得するからである。この土地所有権を法的基盤とする自由な経済（事業）の活動の過程で、様々な利害が対立し、利益・不利益が生じ、多様な、異質の価値の対立が生じ、その調整が「公共の福祉の優先」（公共性）の観点からなされることになる。

そして、「埋立地の用途」としての「米軍基地」を第1号要件の判断要素とすることは、「米軍基地」の利用権原が土地所有権であることに基づいて「米軍基地の公共性」を評価基準とすることになり、その「米軍基地の公共性」の評価障害事由としての「米軍基地過重負担」の法律構成は、①「地域経済向上の阻害要因」、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の問題」、さらに、⑤「不平等な基地負担による国民の安全保障観への悪影響」の5事由を評価障害事由とするのである。

かくして、以上のような判断枠組みを内包する第1号要件の新解釈として、沖縄県は、次のように定義するのである。

『国土利用上適正且合理的ナルコト』とは、①埋立自体及び埋立地の用途（埋立後の土地利用）を対象として、②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、③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④比較衡量をして総合的判断をし

た結果、前者が後者を優越することを意味するものと解される（①～④筆者挿入）」（４・４反論書〔１〕１２頁、反論書〔８〕１０頁、４・２２知事陳述では「埋立ての用途」であるが埋立法上は同旨）と定義される。

そして、「③現行の法体系の下で社会に受け入れられている諸価値」とは次のような諸価値である。

「①『公共の福祉の増進』という埋立法の目的や②昭和48年改正で埋立法の重要な役割として位置づけられた環境保護の要請、③法の根本理念たる正義衡平の観念・平等原則、④日本国憲法の第13条や第25条等による人権保障や⑤第92条による地方自治の本旨の保障、⑥国土利用計画法第2条が定める『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』という国土利用上の基本理念や⑦環境基本法第1条が定める『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』という目的といった、⑧現行法体系下における普遍的価値を踏まえて、第1号要件適合性の評価がされなければならないものである（①～⑧筆者挿入。）」

この第1号要件の定義は、承認・免許の法的性質（趣旨）を土地所有権取得権説を前提とするものである。

第1の理由は、土地収用法第20条3号は土地所有権の制限（公用収用、公用使用）の基準であり、その基準は、「事業計画が土地の適正且つ合理的な利用に寄与するものであること」であり、第1号要件の、埋立自体及び「埋立地の用途」が「国土利用上適正かつ合理的なること」と同旨であるという点である。そして、沖縄県の上記「③現行の法体系の下で社会に受け入れられている諸価値」は、土地収用法第20条3号の判断に関する東京地判平成16年4月22日を援用している（反論書〔８〕9頁）。

「さまざまな性質を異にする利益を比較衡量するという手法を使って勘案するに当たり、結局のところどのような価値を最も重視すべきという

ことについては、現行の法体系の下で社会に普遍的に受け入れられた価値の優先順位を探求することが生じるのであり、そのような場面で作用するのが事業認定庁に認められ裁量というべきである」。

「③現行の法体系の下で社会に受け入れられている諸価値」の優先順位の探求は、土地所有権の制限の適正かつ合理性判断の場面で必要であり、この判断は非権利説では問題とならず、上記のように土地所有権取得説の判断方法そのものなのである。

第2の理由は、埋立法の趣旨（性格）を土地収用法と「類似の性格を有する」とする第三者委員会の見解を援用している点である。

第3の理由は、非権利説の根拠となる「環境保全」が条件となっている。非権利説に配慮を示しつつ、法律構成としては土地所有権取得説を採るべきことを示唆する。

第4の理由は、判決例が免許、承認において、そして現段階では、国も土地所有権取得権説をとっていることで、沖縄県も独自の非権利説から土地所有権取得権説に変更する時期、段階にあることである。

まず、免許の法的性質に関して、埋立法の目的を「公共の福祉の増進」として援用する判決例（津地方裁判所昭和44年9月18日）は、土地所有権取得権説である。

「公有水面埋立法に基づいて発せられる地方長官の埋立免許は、被申請人ら所論のとおりいわゆる特許に属する行政処分であって、これを受け取る者に対し特定の公有水面をすべての者に対抗して排他的に埋め立てることにより土地を造成し、竣功認可を条件にその竣功認可の日に埋立地の所有権を取得させる権利を設定するものである」。

この土地所有権取得権説は、昭和44年（1969年）判決であるが、私人申請の「免許」で、非権利説ではなく、土地所有権説を明確に採っている点が特徴である。そして、国申請の「承認」においても、土地所有権取得権説を判示する高裁判決が広島高判（平成25年11月13日）である。

広義の埋立権説で内容は土地所有権取得権説である。

「国が行う埋立てについての都道府県知事の承認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のが相当である」。

神戸地裁姫路支部平成12年7月10日判決（判時1735号106頁）は、「公有水面埋立権は埋立工事遂行の目的で、一定の公有水面を支配・管理する所有権類似の権能」として実質的に土地所有権取得権説に基づいて、妨害排除請求権を認めている。つまり、土地所有権取得の前段階の土地所有権取得権である。

「①元来、公有水面を支配し管理する権能（所有権）は国に属し、②国から委任を受けた都道府県知事はこの権能に基づき特定の者に埋立ての免許を付与する（公有水面埋立法1条、2条）。そして、③公有水面の埋立をなす者は、埋立の免許により一定の公有水面の埋立を排他的に行って土地を造成すべき権利を付与され、その権利に基づき、自己の負担において埋立を行い、工事の竣功認可の申請をし、その認可を受けることにより、④原則として右認可の告示の日に当然に埋立地の所有権を取得されていることとされている（同法22条、24条）。⑤このように埋立権者は一定の公有水面を埋め立てる権能を有するのであるが、その権能は国の公有水面管理権（所有権）から派生するものであり、⑥工事の竣功認可の告示を経た後は、埋立免許を受けた者が埋立地の所有権を当然に取得するとされていることにかんがみれば、⑦公有水面埋立権は、埋立工事遂行の目的で、一定の公有水面を支配・管理する所有権類似の権能であるといつてよい。したがって、⑧公有水面埋立免許を付与されたものは、公有水面埋立権に基づいて、埋立予定水域を使用して埋立工事の着手・続行を妨害する者を排除することができるというべきである（①～

⑧筆者挿入)」。

たしかに、知事の免許付与権の根拠（②）を国の所有権（②）に求め、また、公有水面埋立権（③）の根拠を「国の公有水面管理権（所有権）から派生するもの」（⑤）とする点において基本的な問題はある。なぜなら、知事の免許の付与権限、埋立権の免許権の根拠は、国の公有水面管理権（所有権）ではなく、知事の免許の根拠法規である公有水面埋立法にあるからである。

しかしながら、免許の処分に埋立地の土地所有権取得が内包している土地所有権取得権説をとり、それを根拠に、公有水面埋立権を、「一定の公有水面を支配・管理する所有権類似の権能」（⑦）とする。なぜなら「④原則として右認可の告示の日に当然に埋立地の所有権を取得」し、「⑥工事の竣功認可の告示を経た後は、埋立免許を受けた者が埋立地の所有権を当然に取得する」として、所有権を「当然」に取得するとしているからである。つまり、免許・承認の処分の射程の範囲に「土地所有権の取得」は入っているからである。

さらに、広島高裁平成25年11月13日判決は「埋立権」としているが、その内容は土地所有権取得権説である。「国が行う埋立てについての都道府県知事の承認の法的性質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のが相当である」。

さらに、国も、代執行訴訟において、土地所有権取得権説をとることを明確にする。まず、代執行訴訟以前は、国及び実務は私人申請の免許（埋立法2条）と国申請の承認（埋立法42条）とは法効果は違うとしていたが、「承認も免許もその法効果は同一である」（代・原告第1準備書面9頁）と変更した。国も私人と同様に、埋立法に基づく知事の承認処分に

より埋立権と「埋立地の用途」に制限された土地所有権を取得することになるのである。このことは、行政不服審査法の申立人に「私人の同様の立場」で審査申立てをしたことに端的に示されている。また、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」（代・原告第1準備書面8頁・71頁）として、「国民経済の向上」即ち「地域経済の向上」とすることは、国民経済（自由主義経済）に原動力・基盤は土地所有権であるので、埋立承認の法的性質に関して土地所有権取得権説を前提としている。

そして、係争委審査の国の5・9回答書において、次のように、明確に土地所有権取得権説を採用する。

「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め立て、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、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にも十分配慮することを前提に、③国民経済の向上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、④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（①～④筆者挿入。）」（同上5・9回答書113頁）。

この叙述は、免許・承認の法的性質は、「①自然公物である公有水面を埋め立て、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」、

2号要件の趣旨は、「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にも十分配慮すること」、

埋立法の趣旨は、「③国民経済の向上の観点から真に必要な埋立てを許容すること」

第1号要件の趣旨は、「③国民経済の向上の観点から真に必要な埋立てを許容すること」、として埋立法の理論枠組みを示している。

なお、国は第2号要件に関して、「法は、公有水面の埋立行為そのものを規律し無秩序な埋立行為を抑制することにその本旨があるから、環境保全への十分な配慮（同2号）や水面権利者との調整（法5条）等の埋立行為から生じる社会経済への影響の調和を図るための規制的側面については、埋立行為そのものに規律の射程が限られるものと解すべきである。」（原告第2準備書面17頁）。

これは、第1号要件の承認が国土利用の観点から「国土の均衡ある発展」の俯瞰的視点での「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・地域経済の向上に資するための授益的処分であるのに対し、第2号要件の側面の承認は、公有水面の埋立行為そのものを規律し無秩序な埋立行為を抑制するために、環境保全への十分な配慮を図るための規制的側面であるから、埋立行為そのものに規律の射程が限られるとする。つまり、承認のための判断対象の範囲に関しては、第1号要件は「国民経済・地域経済の向上」の観点から、判断対象は「県域」となるのに対し、第2号要件は、環境保全への十分な配慮を図るための規制的側面であるから、埋立予定地域に限定されることになる。

第1号要件は土地所有権取得権説に親和的であり、非権利説は第2号要件に親和的である。沖縄県の第1号要件の旧解釈は、性格の異なる2号要の趣旨を第1号要件の趣旨にした点に、法律構成が破綻した本質がある。つまり、米軍基地過重負担という沖縄の国土利用上の本質的問題が、まさに国土利用上の「国土の均衡ある発展」の判断要件である第1号要件から排除されることになるのである。沖縄県にとっては、旧解釈は、「最悪」の第1号要件の解釈であったのである。変更は沖縄県の弁護士であれば、必然的であった。

第5の理由は、論証としては、循環論になっているが、免許・承認の法的性質と第1号要件の定義、及び埋立法の趣旨との関連からである。つまり、諸価値の優先順位の裁量自体は土地所有権取得説の本体である

「土地の用途」により制限された土地所有権を基軸概念とした土地利用計画を核とする地域形成計画の下にある。

理論的に言えば「埋立地の用途」の概念自体に土地所有権取得説は内在しているということになる。非権利説は、土地所有権取得権説のある段階、ある側面であり、戦後70年の米軍基地過重負担の歴史的現実である沖縄の沿岸域を埋立て、そこに「米軍基地」を造ることが「国土利用上適正且つ合理的なること」かの判断対象を決する評価基準を「環境保全の公共性」とする非権利説では現実的かつ歴史的に限界がある。沖縄県の弁護士団が非権利説から土地所有権取得説に変更したのは理論構成としては必然的であった。

「環境の保全」自体も土地所有権に基づく事業活動の自由に伴う公害発生源としての事業活動の事業規制である。その公害による地域住民の健康、身体侵害ひいては生命侵害等の人権侵害、土地所有権の用途地域の範囲内での地域の景観侵害等である。つまり、沖縄県の反論書(1)の定義は、土地所有権取得権説に基づく第1号要件の定義ということになる。

#### 第4款 小結

要するに、「国土利用上適正かつ合理的なること」(1号要件)とは、埋立自体及び埋立地の用途(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をして総合的判断をした結果、前者が後者を優越することを意味するものと解される(4・2反論書{1}12頁、反論書{8}10頁)。この1号要件の解釈は埋立承認・免許の法的性質を土地所有権取得権の前提とし、埋立法の趣旨を「国民経済の向上」即ち「地域経済の向上」とするものである。

### 第3節 公有水面埋立法の理論構成

#### 第1款 序

埋立法の趣旨・目的に関して国の「国民経済＝地域経済向上の公共性説」と沖縄県の「地方公共団体利益保護説」に基づく「環境保全の公共性説」が基本的に対立している。そして、沖縄県は、4・4反論書において、その見解を国と同旨の「国民経済＝地域経済向上の公共性説」変更したとするのが本稿の結論であるが、その客観性を考察する。

まず、一般的な見解である国の見解（第2款）、次に、沖縄県の旧理論構成（第3款）、そして、沖縄県の理論構成変更の必然性を（第4款）、第1に、埋立て免許・承認権限を都道府県知事に授権した理由、第2に、埋立法の趣旨・目的、第3に、免許・承認の趣旨（法的性質）、第4に、第1号要件の趣旨・解釈の4点で検証をする。さらに、取消権の発生根拠の変更（第5款）。最後に小結する（第6款）。

#### 第2款 国の埋立法の理論構成

国の、埋立法の理論構成を、①免許・承認権限を知事に授権した趣旨（理由）、②埋立法の趣旨・目的（評価基準）、③免許・承認の趣旨（法的性質）、④第1号要件の趣旨（評価基準）をみることにしよう。

##### 1 免許・承認権限を知事に授権した趣旨（理由）

これは、なぜ知事が埋立ての免許・承認権を持っているかであり、第3の、免許・承認の趣旨（法的性質）は、知事が免許・承認をする目的は何かである。

埋立ての免許・承認権限を知事に与えた理由に関しては、国、沖縄県とも「公水面埋立申請で埋立の対象とされた区域について、当該区域の実情に詳しい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」と同じ見解である。しかし、「当該区域の実情に詳しい」の「当該区域」

に関しては、両者の見解は全く異なる。つまり、沖縄県は「埋立予定区域及びその周辺地域」に限定するに対し、国は、国土利用上の「県域」である。

国の見解は、「当該都道府県」、つまり「県域」である。埋立て承認の際の判断対象地の範囲を示す重要な言及なので、長いが、次に示す。

「埋立承認が法定受託事務として都道府県の事務とされたのは、当該地方の実情に詳しい都道府県知事の判断に委ねるのが合理的と考えられたからであると解される。他方で、都道府県知事は他の都道府県における埋立ての適否を判断する知見に乏しい。このように、当該都道府県に関しては十分な事情を把握している一方で、それ以外の地域については必ずしも十分な知見を有していない都道府県が、県外の地域における埋立ての適否を考慮して埋立承認の判断をすることを、法が予定しているとは解されない。このことは、法47条1項及び公有水面埋立法施工令32条2号及び3号が、海峡などにおける埋立てで航路、潮流、水流、水深、艦船航行碇泊に影響を及ぼすおそれがあるものや一定規模以上の埋立てについて、都道府県知事の免許に加え国土交通大臣の認可を求めていることから明らかである。すなわち、当該都道府県の区域を超える広域的な影響等があると考えられる埋立てについては、その可否の判断を、当該区域を管轄する都道府県知事のみ委ねることが適当でないという趣旨から、上記施行令は定められたものである。

したがって、法の解釈としても、承認申請を受けた都道府県知事は、当該申請の対象となっている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をすれば足り、それ以上に他の都道府県に適地があるか否かを審査することは許されない。」(代執行訴訟原告訴状73頁・74頁)。

この叙述は、辺野古訴訟を巡る法律構成において重要な承認の判断対

象（要素）を明確に示している。すなわち、「法の解釈としても、承認申請を受けた都道府県知事は、当該申請の対象となっている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をすれば足り」（代執行訴訟原告訴状73頁・74頁）と指摘する点である。

これは、本件承認にあたって沖縄本島の米軍基地、したがって米軍基地過重負担を判断要素とすることができるとする指摘である。

したがって、国は、具体的に、次のように現実に存在する沖縄本島内の米軍基地を判断対象にしているのである。

「沖縄県においては①普天間飛行場の周辺住民等の生命・身体の具体的な危険の除去が喫緊の課題であるとの見地のみならず、②宜野湾市の経済的振興や、③沖縄県全体における総合的な負担の軽減という見地からしても、④既にキャンプ・シュワブが存在している辺野古沿岸域を埋め立てて、普天間飛行場に比して大幅に規模の縮小した本件代替施設等を設置することは適正かつ合理的であるといえる（①～④筆者挿入）」（代執行訴訟原告訴状74頁）。

国は、上記①②③④の事実を埋立法の趣旨による「国民経済＝地域経済向上の公共性」及び「米軍基地の公共性」を評価基準とする評価根拠事由として法律構成しているが、沖縄県に、それらの事由の否定的側面として「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」としての評価障害事由として法律構成することを国が認めていることになる。

ところが、沖縄県の法律構成では、沖縄本島地域の米軍基地自体、本件埋立て承認の判断要素とならないため、米軍基地過重負担を評価障害事由として法律構成できないのである。この点も、沖縄県が法律構成を変更せざるをえない論点である。

この論点に関して、沖縄県は、「当該埋立対象区域及びその周辺の土地利用の観点から審査がなされる」と主張するに対して、上記、国は、「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をすれば足り」とする。

埋立て承認の際の判断対象地の範囲に関して、沖縄県の見解は、「当該埋立対象地域に当該埋立用途のための土地利用が適正合理的かという範囲においては、免許（承認）権者である知事に審査権限がある」ということである。これは、承認の判断対象を示したものである。したがって、この段階で、沖縄本島内の米軍基地は判断対象から除外される。それに対して、国の見解は、「当該都道府県」、つまり「県域」である。

## 2 埋立法の趣旨、免許・承認の趣旨及び第1号要件の趣旨

国は、埋立法の趣旨・目的を、「国の所有する公有水面（1条1項）を埋め立てて、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」と定義する（代・原告第1準備書面8頁・71頁）。

そして、第1号要件は「法全体の趣旨からみても、公有水面の埋立てによる国民経済の向上等の公益の実現を目的とするため、当該埋立ての用途がこれに資するものであるかを『国土利用上適正且合理的ナルコト』（同1号）の要件で審査することは格別」（代・原告第2準備書面17頁）とする。

他方、第2号要件について、「法は、公有水面の埋立行為そのものを規律し無秩序な埋立行為を抑制することにその本旨があるから、環境保全への十分な配慮（同2号）や水面権利者との調整（法5条）等の埋立行為から生じる社会経済への影響の調和を図るための規制的側面については、埋立行為そのものに規律の射程が限られると解すべき」と規定する（代・原告第2準備書面17頁）。

つまり、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」と規定し、第1号要件は「埋立地の用途」（土地の合理的利用）が「国民経済の向上等の公益の実現の目的」（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か」の適合性を判断するというのである。いわば第1号要件の評価基準を「国民経済向上の公共性」に求め、第1号要件の趣旨を「埋立地の用途」による土地の合理的利用とするのである（土地合理的利用説）。したがって、埋立承認基準の第1号要件の充足性の裁量判断の構成要素は「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。また、「埋立地の用途」は米軍基地であるので、「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。つまり、国の第1号要件の評価基準は「国民経済向上の公共性」および「米軍基地の公共性」となり、その要件充足性（違法性）の判断要素は、それらの評価基準に照らして判断されることになり、「米軍基地過重負担の歴史的現実」が判断要素となるかは「国民経済向上の公共性」及び「米軍基地の公共性」に照らして判断されることになる。

以上、国の見解は、第1に、埋立法の趣旨は「国民経済向上説」であり、第2に、免許・承認の趣旨（法的性質）は「土地所有権取得権説」、第3に、第1号要件の趣旨は「土地の合理的利用説」3点に纏められる。

### 第3款 沖縄県の埋立法の理論構成

沖縄県も国と同様に、①免許・承認権限を知事に授権した趣旨（理由）、②埋立法の趣旨・目的（評価基準）、③免許・承認の趣旨（法的性質）、④第1号要件の趣旨（評価基準）、及び⑤取消権の発生根拠の第1号要件の趣旨をみることにしよう。

#### 1 免許・承認権限を知事に授権した趣旨（理由）

埋立ての免許・承認権を知事に与えた理由に関しては、国、沖縄県とも「公水面埋立申請で埋立の対象とされた区域について、当該区域の実情に詳しい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」と同じ見解である。しかし、前述のように「当該区域の実情に詳しい」

の「当該区域」に関しては、両者の見解は全く異なる。つまり、沖縄県は「埋立予定区域及びその周辺地域」に限定されるに対し、国は、国土利用上の「県域」である。

沖縄県は、「本件においては、法4条1項1号による免許承認要件たる『国土利用上適正且合理的』は、原告も述べているとおり、『公水面埋立申請で埋立の対象とされた区域について、当該区域の実情に詳しい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より、その際には、当然埋立後の用途も審査の対象となる。

そして、その際には、その用途に照らし、当該埋立対象区域及びその周辺の土地利用の観点から審査がなされるのであるから、当該埋立対象地域に当該埋立用途のための土地利用が適正合理的かという範囲においては、免許（承認）権者である知事に審査権限があるというほかない。

例えば、仮に住宅地区に隣接する地先に、ここが『唯一』として国が実弾演習場を建設するために公有水面埋立をしようとした事例を考えてみよう。まさに公有水面ハンドブックが『国土利用上適正且合理的なること』に該当しない事例として記述している『良好な住宅地の前面の工業用地造成目的の埋立』（同書41頁）と同様でなかろうか。かかる国土の合理的適正な利用については、知事に権限が委ねられているのである。（代・被告第4準備書面23頁）。

埋立て承認の際の判断対象地の範囲に関して、沖縄県の見解は、「当該埋立対象地域に当該埋立用途のための土地利用が適正合理的かという範囲においては、免許（承認）権者である知事に審査権限がある」ということである。これは、承認の判断対象を示したものである。したがって、この段階で、沖縄本島内の米軍基地は判断対象から除外される。これに対して、留意しておくべきは、前述のように、国の見解は「県域」であるので、沖縄本島内の米軍基地が判断の対象となっていることである。それでは、次に、知事の審査権限は、「当該埋立対象地域に当該埋立用途

のための土地利用が適正合理的かという範囲において」であるが、どのような観点からの審査権限であるか、みてみよう。つまり、地域形成計画上の土地利用計画の観点からの「埋立用途のための土地利用」か、それとも、公害発生源としての「埋立用途のための土地利用」で「環境保全」の観点からの「埋立用途」かである。まさに、埋立法の趣旨の解釈の機能である。その承認の判断対象の範囲での承認権限の機能を示す、埋立法の趣旨・目的を見てみよう。

## 2 埋立法の趣旨・目的

沖縄県の埋立法の趣旨・目的の特徴は、第1に、第1号要件の評価基準として「環境保全の公共性」が設定され、第2に、承認権限との「裏腹」の関係として、第1号要件が職権取消権の根拠として法律構成される点である。

沖縄県は、埋立法の趣旨・目的を「①埋立法は、行政の責任者たる都道府県知事に対して、①地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。すなわち、②埋立法は、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」と定義する（代・被告第4準備書面6・7頁）。

この定義は、①は、免許（承認）の趣旨（法的性質）を規定したもので、②は埋立法の趣旨を規定したものであると思われるが、次に定義は、より、明確に、①と②の関係を定義している。

「①公有水面埋立法2条1項・42条1項は、行政の責任者たる都道府県知事に対して、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、②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を採用することにより、当該公有水面が所在する

地方公共団体の個別的利益を保護しているものである」(代・被告第3準備書面10・11頁)。

この叙述から①は、免許・承認は何に目的とするかという免許・承認の趣旨(法的性質)で、②は、その目的の内容となる埋立法の趣旨・目的を定義していることになる。そして、埋立法の趣旨は「当該地方公共団体の利益の保護」すなわち「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」と定義されるのである。この利益は、沖縄県の第1号要件、第2号要件の趣旨から「環境の保全」を意味するので、埋立法の趣旨は地方公共団体の「環境の保全」の利益の保護となる(「地方公共団体利益 {環境保全} 保護説」)。それでは、地方公共団体の「環境保全」の観点から「当該埋立対象地域に当該埋立用途のための土地利用が適正合理的」である方法は何かである。これが、免許・承認の趣旨である。

### 3 免許・承認の趣旨(法的性質)

沖縄県の旧理論構成は、免許・承認の趣旨(法的性質)を、「行政の責任者たる都道府県知事」の「地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」として捉える。この「法的コントロールの手法」とは埋立て事業規制であり、「埋立てをなす権利」(「埋立権」)の付与という授益的処分の側面は後退し、免許・承認の射程距離も埋立竣工までとなる。埋立法の趣旨が、「地方公共団体の環境保全」にあるので、その「法的コントロール手法」は次の第1号要件、第2号要件に適合する「環境保全」の範囲で「法的コントロール手法」により、「地方公共団体」の「環境保全」の「利益」が保護される。つまり、免許・承認の法的性質は授益的処分というより埋立事業の規制権限の傾向が強くなり、いわば、「非権利説」ということになる。

ところで、承認の趣旨(法的性質)に関する非権利説とは、国は、本

来的に公有水面を直接排他的に支配する権能を有しているから、国はこの権能に基づいて埋め立てを行うことになるので、「都道府県知事が海面に対して有する機能管理権との調整上の兼合いから都道府県知事の承認を要することとし、都道府県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ことにある」（山口地判2012年6月6日）とする見解である。

「さらに言えば、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、本件はいわば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侵益的行政処分ですらある）、授益的行政処分の取消権制限法理の適用は、この意味でもありえない」（代・被告第10準備書面7頁）。

つまり、沖縄県の承認は「授益的処分ですらないので」、「権利説」の「埋立権説」及び「土地所有権取得権説」ではなく、「非権利説」であるということになる。

#### 4 第1号要件の解釈

そして、その埋立法の趣旨、免許・承認の趣旨を踏まえて、第1号・第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』を公有水面免許ないし承認の要件としており、これは、埋立ての必要性和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」（代・被告第1準備書面15・16頁）

この沖縄県の見解は第2号要件だけでなく第1号要件の趣旨も地方公共団体の「環境保全」の保護に純化（限定）している点に特徴がある。なぜなら、2号は、「1号とは別途に、より直截に環境保全を要請する」

とするからである。つまり、第1号要件も「環境保全」であるが、第2号要件は「より直截に環境保全を要請する」ものだからである。埋立法の趣旨は「地方公共団体環境保全利益保護説」となり、第1号要件の評価基準は「環境保全の公共性」となる。したがって、「環境保全の公共性」は第1号要件の充足性の裁量判断の違法性の判断要素を決定する「評価基準」となる。つまり、第1号要件の充足性判断（違法性判断）は「埋立ての利益と埋立てにより生ずる不利益の比較衡量」であるが、その、利益、不利益は、「環境保全の公共性」を「評価基準」して判断されることになる。したがって、沖縄県の第1号要件の解釈である「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」の「①埋立後の土地利用が②周囲の自然環境に及ぼす影響」は、「環境保全の公共性」を「評価基準」として判断されるので、「①埋立て後の土地利用」は「②周囲の自然環境に及ぼす影響」に限定され、「①埋立て後の土地利用」は、「地域形成計画」上の「埋立地の用途」としては、第1号要件の判断対象（要素）から除外されることになる。

つまり、旧理論構成の第1号要件の解釈においては、米軍基地は、地域計画上の「埋立地の用途」としての「米軍基地」つまり「土地利用権原」確保のための「埋立地の用途」ではなく、公害発生源の「米軍基地」として、「環境保全」の観点からの「埋立地の用途」としての「米軍基地」の存在となる。したがって、「埋立地予定地域」以外の沖縄本島内の米軍基地は第1号要件の判断対象から除外されることになる。

## 5 取消権の発生根拠

沖縄県取消権説の根拠に関して、沖縄県の旧理論は、本件4条1項第1号要件を「承認権限」の「裏腹の関係」として取消権の発生根拠とするため、次のように規定する。

「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面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」（代・被告第1準備書面13頁）。

地方公共団体の利益を保護するための法的コントロールの手法（非権利説）として、承認権限の「裏腹の関係」にある取消権ということになる。つまり、「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」（代・被告第10準備書面12・13頁）。

そして、沖縄県取消権説は、次のように定義される。

①「検証結果を踏まえて、現沖縄県知事は、本件埋立承認出願は、公有水面埋立法第4条第1項第1号の要件及び同項2号の要件・・・を充足しないにもかかわらず承認されたものであり、かつその判断にかかる考慮要素の選択や判断の過程は合理性を欠いていたものであり、本件埋立承認には瑕疵があるものと判断した」（代・被告第1準備書面10頁、79頁）。

②「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・被告第3備書面12・13頁）。

③「審査申出人の本件埋立承認の実体的瑕疵にかかる主張は、『同一行政庁による職権取消しであるから、本件埋立承認について、現知事は要件適合性判断を直接的に行い、その結果、要件適合性を欠いたと認められたことから、本件埋立承認は法律上の要件を欠如していたにもかかわらず

らずなされたもので違法の瑕疵があると判断したものであり、本件埋立承認取消しは適法である』というものである。」(沖縄県5・2回答書)。

したがって、「同一行政庁による自庁取消しであるから、埋立承認申請の申請時の前知事と同じ立場において、公有水面埋立承認出願が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、審査申出人の判断に裁量権の範囲の逸脱・濫用があるかどうかである」(沖縄県3・23審査申出書35頁)。

以上、沖縄県の埋立法上の法律構成は、第1で、知事に権限付与した理由において判断対象地域を限定し、第2に、それを受けて、埋立法の趣旨を限定し、第3に、免許・承認の趣旨(法的性格)を「環境保全」のための規制権限として、第4に、第1号要件は「環境保全」に純化・限定され、「土地利用権原」の確保の視点が除外され、第5に、その第1号要件を承認権限の「裏腹」の関係として取消権の根拠とする法律構成である。

#### 第4款 沖縄県の埋立法の理論構成変更の必然性

沖縄県の見解、主張の変更を、①免許・承認権限を知事に授権した趣旨(理由)、②埋立法の趣旨・目的(評価基準)、③免許・承認の趣旨(法的性質)、④第1号要件の解釈・趣旨(評価基準)をみることにしよう。

##### 1 免許・承認権限を知事に授権した趣旨(理由)の変更

埋立ての免許・承認権を知事に与えた理由に関しては、国、沖縄県とも「公水面埋立申請で埋立の対象とされた区域について、当該区域の実情に詳しい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」と同じ見解である。しかし、「当該区域の実情に詳しい」の「当該区域」に関しては、両者の見解は全く異なる。つまり、沖縄県は「埋立予定区

域及びその周辺地域」に限定されるに対し、国は、国土利用上の「県域」である。

沖縄県は、「その際には、その用途に照らし、当該埋立対象区域及びその周辺の土地利用の観点から審査がなされるのであるから、当該埋立対象地域に当該埋立用途のための土地利用が適正合理的かという範囲においては、免許（承認）権者である知事に審査権限があるというほかない。」（代・被告第4準備書面23頁）。したがって、この段階で、沖縄本島内の米軍基地は判断対象から除外されることになる。

この見解に対して、国は、「法の解釈としても、承認申請を受けた都道府県知事は、当該申請の対象となっている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をすれば足り」とする（代執行訴訟原告訴状73頁・74頁）。これは、本件承認にあたって沖縄本島の米軍基地、したがって米軍基地過重負担を判断要素とすることができるとする指摘である。このことは、次のことで確認できる。

「沖縄県においては①普天間飛行場の周辺住民等の生命・身体の具体的な危険の除去が喫緊の課題であるとの見地のみならず、②宜野湾市の経済的振興や、③沖縄県全体における総合的な負担の軽減という見地からしても、④既にキャンプ・シュワブが存在している辺野古沿岸域を埋め立てて、普天間飛行場に比して大幅に規模の縮小した本件代替施設等を設置することは適正かつ合理的であるといえる（①～④筆者挿入）」（代執行訴訟原告訴状74頁）。

国は、上記①②③④の事実を埋立法の趣旨による「国民経済＝地域経済向上の公共性」及び「米軍基地の公共性」を評価基準とする評価根拠事由として法律構成しているが、沖縄県は、それらの事由の否定的側面として「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」としての評価障害事由として法律構成することを国が認めていることになる。

それでは、この点に関して、沖縄県の新理論構成はどうであろうか。

沖縄県の新理論構成では、旧理論構成の承認・免許の趣旨（法的性質）が承認・免許を都道府県知事に授権した理由として再構成される。つまり、旧理論構成の承認・免許の趣旨（法的性質）の解釈は法律構成論から除外されたことになる。旧理論構成は放棄され、再定義がなされたことになる。まず、再構成を確認する。

「埋立法の免許・承認に係る要件適合性の判断が法定受託事務として都道府県知事の事務とされたのは、①公有水面埋立承認申請で埋立ての対象とされた地域について、当該地域の事情に詳しい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よる。②『埋立法は、広域にわたる行政の責任者としての都道府県知事に対して、領域の大きな要素をなす海域、とりわけ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として埋立ての免許権限を付与』（本田博利「基地イワクニの法律問題」148頁）したものである①②筆者挿入」（4・4反論書{8} 12頁）。

ここでの①は国の見解（代・原告第1準備書面11頁）、沖縄県の旧理論構成であるが、新理論構成②が新たに加えられ、補強されたものである。①の見解は、「当該地域の事情」に関して、国は「県域」であり、したがって、沖縄本島内の米軍基地過重負担も知事の判断対象となるが、沖縄県の旧理論構成は、「当該埋立対象地域に当該埋立用途のための土地利用」に限定されているから、沖縄本島内の米軍基地の土地利用は判断の対象外となる。したがって、米軍基地過重負担が判断対象となることはない。それでは、沖縄県の新理論構成に②が追加されたことはどのような意味をもつのであろうか。

この②は、沖縄県の旧理論構成では、免許・承認の趣旨（法的性質）であった（非権利説）。この見解は、沖縄県の旧理論構成では、免許・承認の趣旨（法的性質）として重要な位置を占めて、埋立法の趣旨・目的

である「地方公共団体の利益保護説」を前提に、第1号要件の趣旨とされた「環境保全」を実現するための規制権限としての機能を有していた。しかし、「地方公共団体利益保護説」が放棄され、第1号要件が地域形成計画（国土関連計画）の下での「埋立地の用途」を基本とする見解に変更されることにより「環境保全」に純化（限定）していた旧理論構成が放棄されて持ち場を失い、また免許・承認を規制権限（非権利説）から授益的処分に変更したため、「法的コントロール説」の「非権利説」は、法解釈論から除外され、免許・承認権限の授権理由として位置付けられたのである。埋立法の趣旨・目的が変更された解釈の影響の象徴的な表れである。

つまり、②の見解は、旧理論構成では、埋立法の趣旨が「地域公共団体利益保護説」であることを前提に、知事の免許・承認の趣旨（法的性質）として定義されが、埋立法の趣旨の旧理論構成が放棄されたため、知事への承認権限の授権理由として復活したことになり、法律構成論から除外されることになり、知事の判断対象を「当該埋立対象地域に当該埋立用途のための土地利用」に限定する旧理論構成も放棄されたことになる。したがって、新理論構成では、沖縄本島内の米軍基地も「埋立地の用途」として土地の合理的利用の観点から判断対象となることから、米軍基地過重負担も判断対象となるのである。

それでは、新理論構成は、埋立法の趣旨、免許・承認の趣旨（法的性質）をどう定義、変更したのであろうか。

## 2 埋立法の趣旨・目的の変更

埋立法の趣旨・目的に関しては、国の見解である「国民経済＝地域経済向上説」と沖縄県の見解である「地方公共団体環境保全利益保護説」が対立している。この埋立法の趣旨の見解の相違は、免許・承認の趣旨（法的性質）と関連している。「非権利説」は「地方公共団体環境保全説」

となり、「土地所有権取得権説」は「国民経済＝地域経済向上説」となる。

「非権利説」＝「地方公共団体環境保全説」は、公有水面上の知事の管理権限を根拠に、公有水面の埋立てによる「自然環境」の侵害の危険性に対して、「環境保全」のために知事の権限を強化するものである。これは、地方公共団体の「環境保全」の価値を重視する見解である。沖縄県の法律構成は「環境保全の公共性」の価値を志向している。

これに対して、「土地所有権取得権説」＝「国民経済＝地域経済向上説」は、埋立承認・免許により埋立地の用途に制限された土地所有権の取得権を付与するという授益的処分により、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をもって「国民経済＝地域経済向上の公共性」を目的とするものである。

「国民経済＝地域経済向上の公共性」という価値は、国民経済＝地域経済の原動力・基盤が土地所有権であり、その土地所有権を付与するのが承認・免許であることは、土地所有権が多様な異質な価値の調整の上に存在している現実からみると、「国民経済＝地域経済向上の公共性」は多様な異質な価値の調整を概念化していることになる。それ故に、「国民経済＝地域経済向上の公共性」を評価基準として米軍基地過重負担を評価障害事由として法律構成することができるのである。

### 3 免許・承認の法的性質（趣旨）の変更

#### (1) 免許・承認の法的性質論

免許・承認の趣旨（法的性格）に関して「非権利説」、「埋立権説」、「土地所有権取得権説」が基本的に対立している。沖縄県の「法的コントロール説」は「非権利説」である。

埋立権説は、承認は、国に「埋立てをなす権利」を付与する処分であり、埋立工事竣功通知により国は土地所有権を取得する見解である。公有水面上の知事の管理権限を根拠に、公有水面の埋立てによる「自然

環境」の侵害の危険性に対して、「環境保全」のための知事の権限を強化するものである。

非権利説とは、国は、本来的に公有水面を直接排他的に支配する権能を有しているから、国はこの権能に基づいて埋め立てを行うことになるので、「都道府県知事が海面に対して有する機能管理権との調整上の兼合いから都道府県知事の承認を要することとし、都道府県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ことにある」（山口地判2012年6月6日）とする見解である。沖縄県の旧理論が埋立権説か非権利説であるかは、埋立権説が埋立権（私法上）の授益的処分であるのに対して非権利説は授益的処分でない点に特徴がある。したがって、次の「本件は授益的処分ですらない」との沖縄県の代執行訴訟での準備書面は沖縄県が非権利説を採っていることを示している。

「さらに言えば、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、本件はいわば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侵益的行政処分ですらある）、授益的行政処分の取消権制限法理の適用は、この意味でもありえない」（代・被告第10準備書面7頁）。

これに対して、「土地所有権取得権説」は、埋立承認・免許により埋立地の用途に制限された土地所有権の取得権を付与するという授益的処分である。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付与により、国民経済＝地域経済向上の公共性を目的とするものである。「国民経済＝地域経済向上の公共性」という価値は、国民経済＝地域経済の原動力・基盤が土地所有権であり、その土地所有権を付与するのが承認・免許であることは、土地所有権が多様な異質な価値の調整の上に存在している現実からみると、「国民経済＝地域経済向上の公共性」は多様な異質な価値の調整を概念化しているものなのである。それ故に、

「国民経済＝地域経済向上の公共性」を評価基準として米軍基地過重負担を評価障害事由として法律構成することができる。

それでは、沖縄県は土地所有権取得権説に変更したのであろうか。次にみてみよう。

## (2) 3・23審査申出書段階

沖縄県の見解は3・23審査申出書段階では、知事の免許・承認の法的性質が「埋立地の用途」に制限された土地所有権の取得権にある視点がまだ明確にはでていない。

「(1)『国土利用上適正且合理的ナルコト』とは、埋立てにより生ずる利益と埋立てにより失われる利益（生ずる不利益）とを比較衡量し、前者が後者を優越することを意味するものであり、これは総合的判断として行わなければならないことを意味するものと解される。

(2)埋立法は、国が事業主体となる公有水面埋立出願についても、都道府県知事を承認権者としており、知事はその要件適合性の判断を行うことになる。」

「承認については、国が事業主体となるものであるから、埋立ての目的は、国の事務にかかる公益の実現にある。承認の出願についても、都道府県知事に承認権限を与えているのは、事業者である国の実現しようとする公益と、これに対立する諸利益の比較衡量・総合判断の権限を都道府県知事に与えたものであり、国が当該事業によって実現しようとする公益の内容・程度について都道府県知事が判断することになっているのである。

埋立法は、国防に関する事業について除外規定・特別規定を設けていない。この埋立法の仕組みより、国防に関する目的の事業であるとしても、埋立法の要件において、異なる扱いをする根拠はなく、埋立法が都道府県知事に付与した権限と都道府県知事の責務に基づき、『当該埋立て

の必要性及び公共性の高さ』を都道府県知事が審査できることは当然のことである。もとより、埋立法の『国土利用上適正且合理的ナルコト』の判断において、調整の対象となる公益の一つとして考慮されるものであり、国防に係る事務、国の事務を行うことになるものではないことは言うまでも無い。あくまで、埋立法により知事の権限とされる要件適合性判断における諸利益の勘案において考慮されるものである。

(3)本件埋立対象地は、自然環境的観点から極めて貴重な価値を有する地域であって、いったん埋立が実施されると現況の自然への回帰がほぼ不可能である。また、今後本件埋立対象地に普天間飛行場代替施設が建設された場合、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ものである。

そして、沖縄県における米軍基地の存在は、自治権行使の重大な制約要因であり、また、地域振興開発の深刻な阻害要因となっているものであるが、今日において新たに沖縄県内に恒久的本格的な基地を建設することは沖縄県への米軍基地の固定化を意味するものである。

全国の在日米軍専用施設の73.8パーセントを抱え、70年余にわたって過重な負担を強いられてきた沖縄県に、その民意に反して、新基地を建設することにより、埋立対象地域の自然環境、生活環境を破壊し、沖縄県の基地負担を将来にわたって固定化することの不利益は、あまりに深刻である。

(4)他方で、このような著しい不利益を正当化するに足る高度な埋立ての必要は認められないものである。」(沖縄県3・23審査申出書78～80頁)。

以上は、米軍基地の建設と言う国の事業の観点から第1号要件を解釈したものである。このような解釈は免許・承認の趣旨(法的性質)を「土地所有権取得権説」の立場からではなく「法的コントロール説」(非権利説)の立場からである。すなわち、3・23審査申出書段階でも、沖縄県は「埋立法2条1項・第42条1項は、行政の責任者たる都道府県知事に

対して、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・利用に際しての重要な法的コントロールの手法として、埋立ての免許・承認の権限を与えているものである。」(3・23審査申出書84頁)。ただし、埋立法の趣旨・目的の「地域公共団体利益保護説」は除外されている。その代わりと考えられるが、新たな埋立法の趣旨・目的と考えられる、次のような、叙述がある。

「公有水面を埋め立てて土地を造成することは、国土の狭小な我が国において公共の福祉に寄与するものであるが、他方で、当該地域の自然環境、生活環境や産業等に及ぼす影響が大きく公共の福祉の増進に反する側面も有することから、これらの異質な諸利益を総合的に判断した上で公共の福祉の増進に適うと評価される場合でなければ、当該埋立ては許容されるべきではない。」(3・23審査申出書81頁)。

この叙述は沖縄県の埋立法の趣旨・目的である「地方公共団体利益保護説」を否定し、「国土の開発その他国民経済の向上に資する」という「国民経済向上説」と同旨と捉えることができる。その内容を埋立法の趣旨・目的の「国民経済の向上」とし、その「評価基準」を「国民経済向上の公共性」とすると、評価根拠事由として「公有水面を埋め立てて土地を造成することは、国土の狭小な我が国において公共の福祉に寄与するもの」、評価障害事由として「当該地域の自然環境、生活環境や産業等に及ぼす影響が大きく公共の福祉の増進に反する側面」とする判断構造は「国民経済向上説」と同じだからである。つまり、3・23申請申出書段階は、埋立法の趣旨・目的は、「国民経済向上説」に変更していると考えられるが、免許・承認の承認(法的性質)に関しては、「法的コントロール説」即ち「非権利説」を維持していると考えられることができる。

(3) 4・4 反論書段階

そして、4・4 反論書段階に至り、「法的コントロール説」を免許・承認の法的性質論から切り離し、前述のように免許・承認権限を知事に授権した理由にするのである。

「埋立法の免許・承認に係る要件適合性の判断が法定受託事務として都道府県知事の事務とされたのは、①公有水面埋立承認申請で埋立ての対象とされた地域について、当該地域の事情に詳しい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よる。②『埋立法は、広域にわたる行政の責任者としての都道府県知事に対して、領域の大きな要素をなす海域、とりわけ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として埋立ての免許権限を付与』（本田博利「基地イワクニの法律問題」148頁）したものである①②筆者挿入」（沖縄県4・2反論書〔8〕12頁）。

それでは、新理論構成では「非権利説」は放棄され、「土地所有権取得権説」に変更したのであろうか。

埋立法の趣旨である「国民経済向上説」と免許・承認の趣旨（法的性質）とは、前述のように、理論的に関連している。

すなわち、埋立法の趣旨である「国民経済の向上」の「評価基準」となる「国民経済向上の公共性」という価値は、国民経済の原動力・基盤が土地所有権であり、その土地所有権を付与するのが承認・免許であることは、土地所有権の合理的制限が多様な異質な価値の調整の上に存在している現実からみると、「国民経済向上の公共性」は多様な異質な価値の調整を概念化しているものなのである。それ故に、「国民経済向上の公共性」を評価基準として上述の評価根拠事由、評価障害事由の利益衡量となる。そして、米軍基地過重負担を評価障害事由として法律構成することができるのである。

(4) 4・4反論書にみる埋立法の趣旨と免許・承認の趣旨（法的性質）

埋立法の趣旨・目的が旧理論構成の「地方公共団体利益保護説」からの変更の新理論構成が示されるのは、3・23審査申出書においてである。ここでは、埋立法の趣旨・目的を「公共の福祉の増進」と規定する。

「公有水面を埋め立てて土地を造成することは、国土の狭小な我が国において公共の福祉に寄与するものであるが、他方で、当該地域の自然環境、生活環境や産業等に及ぼす影響が大きく公共の福祉の増進に反する側面も有することから、これらの異質な諸利益を総合的に判断した上で公共の福祉の増進に適うと評価される場合でなければ、当該埋立ては許容されるべきではない。」（3・23審査申出書81頁）。

埋立法の趣旨・目的と明示されていないが、「公有水面を埋め立てて土地を造成することは、国土の狭小な我が国において公共の福祉に寄与するものである」とは、内容的には、埋立法の趣旨・目的を「国土の開発による公共の福祉の増進」とする考え方である。

そして、4・4反論書において、『「公共の福祉の増進」という埋立法の目的』（反論書〔8〕10頁）で明示される。

このように、埋立法の趣旨・目的を「国土の狭小な我が国において国土の開発による公共の福祉の増進」とすることは、沖縄県の旧理論構成である「地方公共団体の利益保護説」を原理的に否定することを含意する。

なぜなら、「国土の狭小な我が国において国土の開発による公共の福祉の増進」の利益は「地方公共団体の利益」ではなく「国民経済の発展」上の「国民の利益」であるからである。そして、埋立て免許・承認により、国民が受益する権利は、土地所有権の取得権だからである。つまり、埋立法の趣旨・目的の内容は、免許・承認の趣旨（法的性質）に規定されるのである。当然のことと言えば当然であるが、現実レベルでは、免許・承認の授益的処分の内容により埋立法の目的の内容が決定されるか

らである。例えば、埋立法の趣旨が地方公共団体の利益とする「環境の保全」であるとするれば、その埋立法上の権限である知事の免許・承認権（埋立権）は、地方公共団体の利益である「環境の保全」のために規制権限を行使するというように、規制権限を行使する目的は埋立法の趣旨・目的が「環境の保全」にあるからである。この理論構成が沖縄県の旧理論構成である。

これに対して、新理論構成は埋立法の趣旨・目的を「国土の開発による国民経済の発展」とするとすると、その経済発展の担い手、手段が免許・承認により付与されることになる。つまり、埋立法の趣旨を「国民経済の発展」とすると、免許・承認の趣旨（法的性質）は「埋立地」の土地所有権の取得権（免許・承認の段階では土地所有権を取得する設定権）となる。土地所有権は国民経済の原動力・基盤であるからである。「国民経済」の反対概念は「国家経済」、「社会主義経済」を含意しているからである。したがって、埋立法の趣旨を「国民経済の発展」とし、免許・承認の趣旨（法的性質）を土地所有権の取得権とすることは、沖縄県の旧理論構成を原理的に否定し、変更そのものとなる。

沖縄県が埋立法の趣旨・目的を「公共の福祉の増進」する判決上の根拠として、津地裁判所昭和44年9月18日判決を挙げている（4・4反論書〔8〕9頁）。この判決は、免許の趣旨と、埋立法の趣旨を次のように判示している。

まず、埋立免許の趣旨（法的性質）について次のように、「土地所有権取得権説」即ち「特定の公有水面をすべての者に対抗して排他的に埋め立てることにより土地を造成し、竣功認可を条件にその竣功認可の日に埋立地の所有権を取得させる権利を設定するもの」と判示する。

「公有水面埋立法に基づいて発せられる地方長官の埋立免許は、被申請人者ら所論のとおりいわゆる特許に属する行政処分であって、それを受ける者に対し特定の公有水面をすべての者に対抗して排他的に埋め立て

ることにより土地を造成し、竣功認可を条件にその竣功認可の日に埋立地の所有権を取得させる権利を設定するものである。」(津地判昭和44年9月18日判時601号85頁)。

そして、埋立法の趣旨・目的に関して次のように判示するのである。この裁判は昭和44年、1969年で、埋立法の改正の1974年の5年前の判決である。

「そうして、埋立てを希望する者に対して、法が当該公有水面の管理者の長をしてかゝる権利の創設、授与を許容したのは、公有水面の埋立は、元来国土の狭小な我国において土地を造成するのであるから、これが公共の福祉の寄与するものであること勿論であるけれども、反面当該水面に権利を有する者(法第5条)や施設を有する者(法第10条)に対して少なからず被害を与え、更には対象が自然の公物であるだけに地元住民などその他の利害関係人に及ぼす影響も少なくないために、激しい利害の対立を招き、もし工事施行者においてすべての利害関係人の同意承認を得なければ工事に着手できないとするならば、事実上この種の工事は実施不可能となるところから、法は公共の福祉増進の見地から国の公権力をもって一定の要件手続のもとに多数の権利者の意思如何に拘わらず埋立に関する法律関係を一律に形成させ、その形成された法律関係を實現する埋立工事自体に対しては何人とも直接これを阻止し得ないものとし、もって当該水面の埋立工事の遂行を容易ならしめようとしても解される。」(津地判昭和44年9月18日判時601号85頁)。

この判示は、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を、公有水面を埋立てて土地造成して、国民(実業家等)に付与して国民経済(自由主義経済)を発展させ、国民を経済的に豊かにして、1960年代の政治的危機を回避しようとする政策も根底にある。また、この段階の土地所有権は「絶対的土地所有権」を前提にし、国民の健康、環境保全の視点は弱い段階の土地所有権である。

つまり、「土地所有権取得権説」における土地所有権は、国民経済その他国民の諸活動の原動力・基盤であるので、その土地所有権の性格（絶対性・公共性）により、経済社会の機能に差異がでてくる。土地所有権の絶対性の傾向が強いと、経済活動の自由がより保護されるが、土地所有権の公共性の傾向が強いと、経済活動が他の異質な価値との調整により、経済活動の自由が制限され、地域社会における経済活動の視点が強くなる。

この判決の段階つまり1960年代、高度成長期の土地所有権は絶対性の傾向が強く経済活動の自由の価値観が一般的であった。つまり、この段階の「公共の福祉の増進」の内容は、経済活動自由の尊重であり、1974年の国土利用計画法2条の「公共の福祉の優先」は、公害問題、地価高騰の時代を背景に土地所有権の公共性、公害発生源対策としての経済活動の制限の「公共性」の認識が強まりを含意している。土地所有権の「公共性」の概念、つまり「公共の福祉の増進」の内容は、時代により、社会により、多様な、多様な異質な価値の優先順位の判断及び調整的な判断枠組みである。国民経済活動の原動力・基盤である土地所有権を最終的に取得させる免許・承認の基準である第1号要件は、「異質な諸利益の総合的判断」となるのである。

すなわち、「『国土利用上適正且合理的ナルコト』という要件の判断は、埋立てにより得られる価値と失われる価値という異質な諸利益の総合的判断としてなされあることになるが、そのままでは比較が困難な異質な利益をどのように重みづけをするかについては、要件の認定権者が、現行の法体系の下で社会に普遍的に受け入れられた価値の優先順位を探索して行うことになる」。

そして、どのような価値が現代日本社会に存在し、どのように価値体系かされているかが第1号要件の判断において、肝要となるのである。これは、埋立法の免許・承認により国民が最終的に取得するのが、地域

形成計画により規制された制限された土地所有権だからである。したがって、土地所有権による「公共の福祉の増進」の内容は、歴史的に捉えるべきということである。沖縄県の新理論構成の第1号要件適合性の評価の枠組みを見てみよう。

「①『公共の福祉の増進』という埋立法の目的や②昭和48年改正で埋立法の重要な役割として位置づけられた環境保護の要請、③法の根本理念たる正義衡平の観念・平等原則、④日本国憲法の第13条や第25条等による人権保障や⑤第92条による地方自治の本旨の保障、⑥国土利用計画法第2条が定める『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』という国土利用の基本理念や環境基本法第1条が定め『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』という目的といった、現行法体系下における普遍的価値を踏まえて、第1号要件適合性の評価がされなければならないものである（①～⑥筆者挿入。）（4・4反論書 {8} 10頁）。

前述の津地裁判決は1969年である。「①『公共の福祉の増進』という埋立法の目的」の「公共の福祉の増進」の原動力・基盤となっている土地所有権は「絶対的」土地所有権である。この「絶対的」とは、土地所有権は自由な土地の利用であるが、その「自由な土地利用」が優先されることであり、具体的には、自由な土地利用の表れである工場操業が、周辺住民に公害により健康被害を出しても公害を排出する工場操業が許容されることである。このような「絶対的」土地所有権は公害の深刻さ、自然破壊の深刻さにより、「相対化」されてくる。つまり「絶対的」土地所有権が制限されてくる過程である。土地所有権の「社会化」、「公共性」の認識である。次に、土地所有権の「公共性」の認識の段階をみてみよう。

(5) 土地所有権の公共性の法段階

まず、第1段階が、1967年の公害対策基本法の制定である。事業活動による健康侵害及び生活環境侵害をもたらす大気汚染、水質汚濁、騒音等は「公害」として、土地所有権に基づく工業地の事業活動に対して法的に否定的評価を受けることになる。さらに、1970年は、「公害国会」といわれるように、水質汚濁防止法、大気汚染防止法等が制定、改正される。そして、公害発生源の工場地である埋立て事業への社会的批判が高まり、特に埋立地の臨海工業地帯にある石油化学等の重化学工業等による産業公害は深刻な問題となる、その対策として、1973年、埋立法が改正される。そして、海洋汚染と事業活動を発生源とする公害の深刻な瀬戸内海には「瀬戸内海環境保全特別措置法」が制定され、埋立てが厳しく抑制された。

第2段階は、1968年の新都市計画法により、「土地の用途」による土地所有権の制限により、土地の有効性、効率性、高度性が高まり、それに伴い、土地の価値も高まるという現象が一般的に認知されるようになった。これは、1970年前半の地価高騰により国民に一般化される。

第3段階は、1974年の国土利用計画法の制定により、土地利用規制と土地価格規制により、土地所有権の制限が「公共の福祉の優先」によるものであり、土地所有権の「絶対性」が崩れ始める。この法律上の表現が国土利用計画法2条の基本理念である。

「国土の利用は、国土が現在及び将来における国民のために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を基本理念として行う」。

国土利用の基本理念を明確に概念化したのである。この国土利用の基本理念は、土地所有権に「自然環境の保全」が内在化されたことを意味

する。この4年前の1970年の公害国会で、公害対策基本法から「経済との調和」条項が排除され、また、1973年の公有水面埋立法では、公害発生源であった埋立地の工場群の発生源対策として第4条1項1号に「国土利用上適正且合理的ナルコト」、環境保全対策として、第2号要件、また、地域の土地利用計画と環境保全計画との適合性の3号要件、そして、公共施設に整備計画として4号要件が新設された。都市計画法、公有水面埋立法、そして国土利用計画法の国土関連計画法において、国土計画（1999年の地方分権一括法後は地域形成計画）は土地利用計画、公共施設整備計画及び環境保全計画を要素として、国土の利用は総合的になされるようになる。これは、国土利用の法的権原である土地所有権の公共性の実現過程でもあった。

第3段階が、1989年の土地基本法の制定である。ここに土地所有権の公共性の概念が確立する。1980年代、地価暴騰により、地価対策が重要課題となった。その土地バブルの対策として制定されたのが土地基本法である。本法は、土地所有権の公共性の本質を、土地の「公共の利害に関係を有する特性を有すること」においている。

「土地は、現在及び将来における国民のための限られた貴重な資源であること、国民の諸活動にとって不可欠の基盤であること、そ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、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を有する特性を有していることにかんがみ、土地については、公共の福祉を優先させるものとする。」土地所有権の絶対性という土地神話に対するアンチテーゼである。

第4段階が、1992年の環境基本法の制定である。環境基本法は、公害対策基本法（1967年）の「公害」を継承し拡大する。公害対策基本法は、土地所有権の特定地上に時空の利用の側面において、事業地の土地所有

権による事業活動の排出物を「公害」とする一方、居住地の土地所有権に「生活環境権」の概念を構成した。

環境基本法は、土地所有権の内容である特定地の上下の「時空間」に利用の「時空間」の概念をより明確に認識する。一つは、「環境の恵沢の享受と継承」の概念で、「人間活動による環境への負荷によって損なわれるおそれが生じていることにかんがみ、現在及び将来の世代の人間が健全で恵み豊かな環境を享受するとともに人類の存続の基盤である環境が将来にわたって維持されるよう適切に行わなければならない」（3条）。もう一つは、「持続発展可能な社会」の概念で、「健全で恵み豊かな環境を維持しつつ、環境への負荷の少ない健全な経済の発展を図りながら、持続的に発展することができる社会が構築されることを旨とし、及び科学的予見の充実の下に環境の保全上の支障が未然に防がれることを旨として行わなければならない」（4条）とする。「時空間」即ち「環境」の問題の認識が深化しているのである。

第5段階が、1997年の環境影響評価法の制定である。環境影響評価法は、地域形成計画（都市計画等）に係る事業の実施に関して、自然環境の保全を図るため、環境影響評価の実施等を通じて、保全すべき場所の改変を避け、あるいは、これを最小にするなどの対策を優先しつつ、適切な対策を講ずるためである。環境影響評価法は、開発事業の内容を決定するに当たって、その事業が環境にどのような影響を及ぼすかについて、調査、予測、評価を行い、その結果を公表して、住民、地方公共団体などが意見を出し、それらを踏まえて環境の保全の観点からよりよい事業活動を作り上げていこうとする制度である。

第6段階が、1999年の地方分権一括法の制定により、国土関連計画法が地域形成計画法となり、都道府県知事の地域形成計画上の権限が強化されたのである。地方分権一括法は、地域形成計画（国土関連計画）における地方公共団体の責務と権限を充実化した法律である。この地方分

権一括法により、地域形成計画法上（国土利用計画法、都市計画法、建築基準法、農振法、埋立法等）の国の機関委任事務が廃止され、ほとんどが地方公共団体の自治事務となる。都市計画法等の地域形成計画に地方分権主義が広く浸透したことを意味し、地域形成計画における知事等の責任が重くなり、規制権限が内実化されたことになる。

第7段階が、2004年の景観法の制定であり、その制定により、土地所有権の歴史的造形が保護の対象となり、土地所有権の歴史的現実が明確になった。景観法は、その目的を「我が国における都市、農村漁村等における良好な景観の形成を促進するため、景観計画の策定その他の施策を総合的に講ずることにより、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発展に寄与すること」（1条）と規定する。そして、その良好な景観の形成は、「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ことにかんがみ、適正な制限の下にこれあ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」（2条5項）るべきことが基本理念の一つとされる。

つまり、土地所有権の歴史的現実とは、現実に存在する土地所有権の形、例えば、建築物、庭園、樹木、街並み等の「景観」は、過去の土地所有権の造形化で、現在、現実の存在で目に見え、そして、将来も、維持されていくのが一般的で、土地所有権を形で捉え、その形は、過去、現在、未来の過程の存在であるということである。いわば、土地所有権を形と時間という空間と時間の造形力と捉えるのである。まさに、沖縄の米軍基地過重負担の景観となっている「基地の島」は、土地所有権制限の歴史的現実である。景観法は土地所有権の歴史的現実を対象にする法律ということになる。沖縄島は、「基地の島」として、歴史的現実の景観としては、主権国家の立場からはマイナス評価であるので、早急に、米軍基地の整理縮小を図るべきことになる。

現段階の土地所有権は、以上の多様な価値を内包し、それぞれの多様な価値を、土地所有権の「公共性」の内容として、調整している。

要するに、沖縄県の上記の多様な異質の普遍的価値として捉えられている、②、③、④、⑤、⑥は、現段階では、①の「公共の福祉の増進」の内容となり、土地所有権の公共性の内容を構成しているのである。

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は、埋立て承認・免許により「埋立地の用途」として制限された土地所有権を付与する権利を設定し、地域経済計画に基づいて「国民経済＝地域経済向上による公共の福祉を増進（公共性）」するのであり、それは「国土利用上適正かつ合理的なること」の判断過程の法益衡量となって表れるのである。

つまり、沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実が土地所有権の公共性の問題であり、その問題が、辺野古訴訟として法的に象徴的に表れているのである。

#### (6) 埋立法の趣旨・目的とする包括概念

沖縄県の理論構成は、埋立法より上位のレベルの法の目的および理念等を包括したものである。その基本となるのが、埋立法の基本要件である第1号要件の「国土利用上」に規定され、国土利用計画法第2条が定める「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」という国土利用の基本理念である。国土利用計画法の個別法である埋立法のレベルに、上記の普遍的価値を落としこむと、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」と規定し、第1号要件は「埋立地の用途」が「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いうので

ある。つまり、沖縄県の新理論構成を埋立法のレベルで包括すると、埋立法の趣旨は、国と同旨の「国民経済向上の公共性」即ち「地域経済向上の公共性」に求めることができる。沖縄県は埋立法の趣旨を「地方公共団体環境保全の公共性」から国と同旨の「国民経済向上の公共性」即ち「地域経済向上の公共性」に変更したことになる。

#### 4 第1号要件の解釈趣旨の変更、変更の必然性

##### (1) 旧理論構成

沖縄県の旧理論構成の埋立法の趣旨・目的からは、「キャンプ・シュワブ」返還跡地の「リゾート地」地域計画は判断要素とならず、したがって、沖縄の米軍基地過重負担も判断要素とはならない。なぜなら、沖縄県は、埋立法の趣旨・目的に関して、埋立法は、当該地方公共団体の「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・被告第4準備書面6・7頁）と定義するからである（地方公共団体利益保護説）。この埋立法の趣旨・目的の第1の特徴は、埋立法の適用対象地を「埋立の対象となる地域の海域、沿岸域」に限定していることである。第2の特徴は、地方公共団体が保護する利益は「海域、沿岸域の総合的な管理・利用に関する利益」に限定していることである。この埋立法の趣旨を受けて、旧理論構成の第1号要件は、「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』を公有水面免許ないし承認の要件としており、①これは、②埋立ての必要性と自然の保全の重要性、③埋立及び④埋立後の土地利用が周囲の自然環境に及ぼす影響の⑤比較衡量を意味する。⑥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、⑦1号とは別途に、より直截に環境保全を要請する（①～⑦筆者挿入）（代・被告第1準備書面15・16頁）と定義される。第1号要件を第2号要件と同様「環境保全」の純化・限定（⑦）し、「埋立地の用途」を

「環境保全」に限定する「④埋立後の土地利用が周囲の自然環境に及ぼす影響」により、沖縄本島内の米軍基地は第1号要件の判断対象から除外する。

この沖縄県の第1号要件の解釈は、埋立法の趣旨に見られる対象地域を埋立予定地域および沿岸域に限定することを前提に、その地域以外の地域の関係は「土地の用途」の関係ではなく「環境保全」の関係で捉えられる。したがって「③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」というように「自然環境に及ぼす影響」に限定され、周辺地域の「土地の用途」は排除されるのである。本来、「国土利用上」として「土地の用途」「埋立地の用途」に関する「土地利用計画」の第1号要件が「環境保全」条項として位置づけられているのである。この第1号要件の位置づけは、沖縄県の独自の見解であるので、「⑦1号とは別途に、より直截に環境保全を要請する」と規定され、第2号要件は「より直截に環境保全を要請する」との含意は、第1号要件を目的的に「環境保全」の規定にしたのである。つまり、沖縄県は、解釈により、「国土利用上の」第1号要件を「環境保全」条項としたのである。

このような第1号要件を「環境保全」に純化する解釈を可能するのは、次の4点を前提としている。

まず、第1に、都道府県知事に埋立て免許・承認権限を付与したのは、「公水面埋立申請で埋立の対象とされた区域について、当該区域の実情に詳しい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よる（代・被告第4準備書面23頁、国も同じ見解であるが「県域」である。）。

第2に、埋立法の趣旨・目的を当該地方公共団体の「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」に限定していることである（地方公共団体利益保護説）。埋立法の目的レベルで、地域全体の「国土利用計画（地域形成計画）」の視点を意識的に排除

しているのである。

第3は、埋立て免許・承認の趣旨（法的性質）を「行政の責任者たる都道府県知事に対して、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・利用の際の重要な法的コントロールの手法」（代・被告第3準備書面10・11頁）と規定することである。つまり、免許・承認を「環境保全の公共性」（地域環境利益）を実現するための規制権限として法的性格付けするのである。これに対して、一般的な見解は、免許・承認の趣旨（法的性質）を、埋立竣工を条件とした「埋立地の用途」に制限された土地（埋立地）所有権の付与という授益的処分として性格づける（権利説）。この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付与により「国民経済＝地域経済向上の公共の福祉の増進」を図るのが埋立法の趣旨・目的となるが、沖縄県の免許・承認の趣旨は、この制限された土地所有権の付与という授益的処分を排除するので、承認は「授益的処分ですらない」という結論となるのである。つまり、沖縄県の埋立て免許・承認の趣旨（法的性質）は授益的処分ではなく規制権限として定義されているのである（非権利説）。

この第3の点は、3月23日の審査申出書でも、全く同じ内容で述べられている（3・23審査申出書84頁）。

したがって、第4に、次のように、第1号要件が、埋立承認の取消権の根拠となるのである。

「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面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」（代・被告第1準備書面13頁）。「制限された土

地所有権」の付与という授益的処分の免許・承認基準としての第1号要件が、取消権として「環境保全の公共性」のための規制権限となり、承認権限と「裏腹の関係」となるのである。「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」（代・被告第10準備書面12・13頁）。

それでは、新理論構成では、沖縄本島の米軍基地は判断対象になるのであろうか。

## (2) 新理論構成

新理論構成は第1号要件の趣旨（判断）を、「①埋立てにより得られる価値と②失われる価値という異質な諸利益の③総合的な判断としてなされること（①②③筆者挿入）」（4・4反論書〔8〕8頁）と定義する。さらに、4・22知事陳述においては、より明確に、「『国土利用上適正且合理的ナルコト』とは、埋立自体および埋立ての用途・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比較衡量し、前者が後者を優越することを意味するものと解される」と再定義される。この再定義により、沖縄本島内の米軍基地は第1号要件の判断対象となる。

このような再定義は、第三者委員会の、第1号要件の趣旨（判断）を「①埋立てにより得られる利益と②埋立てにより生ずる不利益を③比較衡量して判断すべきもの」との定義を踏襲したものである。

この第三者委員会の新理論構成は土地所有権の制限（取得・制限）である土地収用法を論拠としている。

「同様な判断方法は、類似の法律の解釈においても採用されている。例えば、土地収用法の事業認定の場合である。土地収用法は公共の利益となる事業のために必要とされる土地を強制的に取得するという制度であ

り公有水面埋立法と類似な性格を有する制度である。この土地収用法は、土地収用を行う前提として『事業認定』（土地収用法第20条）を要求しているが、その事業認定の要件の要件として、同法第20条第3号は『事業計画が土地の適正且つ合理的な利用に寄与するものであること』を要求しているところ、この要件は『その事業に供されることによって得られるべき公共の利益』と『事業に供されることによって失われる私的ないし公共の利益』を比較衡量して判断すべきものであり、そしてこの判断は、『総合的な判断として行なわなければならない』とされている（反論書〔8〕6頁で第三者委員会報告提示）。

ここで、肝要な土地収用法と埋立法の「類似な性格」は、土地所有権の制限（取得〔創設〕・使用制限）である。このことは、沖縄県の新理論構成が、第1号要件の判断の「総合的判断（利益・価値衡量）」を土地所有権の制限の場面でしているということである。埋立法の場面では、「埋立地の用途」で制限された土地所有権の取得権の問題であり、土地の使用権原の問題であることを前提としていることである。つまり、本件で言えば、米軍基地を建設するため土地使用権原である当該地の土地所有権を知事が付与すべきか否かのレベルの判断基準が第1号要件であるということである。そして、その判断の本質は地域形成計画（国土利用計画）の観点から当該地の土地所有権を付与するに値する「埋立地の用途」であるか否かである。

このような第1号要件の法的な機能からみた場合、沖縄県の旧理論構成の第1号要件の解釈には、致命的な弱点があった。まず、第1に、知事の承認・免許の趣旨（法的性質）を最終的な土地所有権の付与として捉えていないこと、第2に、埋立法の趣旨・目的を、土地所有権を原動力・基盤とする地域形成ではなく、地方公共団体の利益保護としていることを前提に、第1号要件の趣旨を、土地所有権の制限（創設・制限）の問題ではなく、土地所有権の自然環境への影響問題として定義してい

るからである。

沖縄県の法律構成が破綻したのは、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」に関する沖縄県の解釈（法律構成）では「米軍基地としての土地利用」（埋立地の用途）が判断要素から除外されるからである。

しかし、沖縄の辺野古沿岸域の埋立て承認の本質的な問題は、70年にも渡る過重な負担をしてきた米軍基地を、新たに建設するための土地使用権原の確保のための埋立てであり、埋立法の平面では、「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」（第1号要件）の知事による判断である。

第1号要件の趣旨を地方公共団体の「環境保全」の機能とし、「米軍基地」建設のための「埋立地の用途」の合理性機能を排除した解釈論が沖縄県の旧理論構成である。

このように「埋立地の用途」概念が地域の社会・経済的視点を全く欠落し得るのは、第1号要件の趣旨を規定する埋立法の趣旨・目的を、「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」（地方公共団体利益保護説）と定義することにより判断対象を埋立予定地域及びその周辺に限定し、さらに、免許・承認の趣旨（法的性質）を、「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」として、承認権限の及ぶ対象を限定して捉えるからである。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か」の判断は、沖縄県の旧理論構成ではできない。ましてや、「土地の用途」として沖縄本島の「広大な米軍基地」は判断の対象とならず、また、キャンプ・シュワブの跡地利用計画の判断の対象となることはない。本質的判断要素である「埋立地の用途」としての「米軍基地」が第1号要件の判断要素から除外される解釈は、国の解釈ならいざしらず、沖縄県の解

積としては、破綻しているのである。

### (3) 主張変更の必然性

第1に、「埋立地の用途」として「米軍飛行場」を建設するために辺野古沿岸域を埋立てることが「国土利用上適正かつ合理的なること」かの判断を不可能にし、米軍飛行場建設の問題を、自ら、埋立法（第1号要件）の論点から除外している。

第2に、普天間飛行場の代替施設としての新米軍飛行場建設のための埋立ては埋立法上、違法かという問題が本質的というのに、「埋立地の用途」としての「米軍基地」が判断対象から除外されている。

第3に、米軍基地の配備問題を国防・外交の問題として政府の判断の問題だとしても、「埋立地の用途」として「米軍基地」の利用権原を付与するための埋立て承認は1号要件の充足判断として知事の権限だとする主張を否定することになる。沖縄県知事の米軍基地過重負担の歴史的現実過程において沖縄県内に新たに米軍基地を建設するか否かの第1号要件上の承認権限を否定することになるからである。

このような第1号要件の解釈に対し、国は、第1号要件の趣旨を、「公有水面の埋立てによる国民経済の向上等の公益の実現を目的とするため、当該埋立ての用途がこれに資するものであるかを『国土利用上適正且合理的ナルコト』（同1号）の要件で審査すること」（代・原告第2準備書面17頁）と定義する。つまり、「国民経済向上の公共性」に照らして「埋立ての用途」が「国土利用上適正かつ合理的なるか」を判断することである。まさに、「埋立ての用途」が第1号要件の本質的判断要素となる。第1号要件の解釈に関しては、国も、上記沖縄県の表現と同じ（等が入っているが）箇所もみられるが、第1号要件の判断における「埋立地の用途」の意義は次の叙述が適切である。

「第1号要件の適合性判断に当たっては、国土の利用上適正かつ合理的

であると判断できる限度で当該埋立地の用途が考慮され、その限度で当該埋立て後の土地利用が周囲の自然環境及び生活環境に及ぼす影響についても考慮される」（代・原告第2準備書面18頁）。

このような解釈は、埋立法の趣旨・目的を、「国の所有する公有水面（1条1項）を埋め立てて、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」と定義する（代・原告第1準備書面8頁・71頁）からである。

そして、沖縄県は4・22係争委における知事陳述において、旧理論構成を全面的に否定し、変更する第1号要件の解釈を知事自ら次のように述べるのである。

『『国土利用上適正且合理的ナルコト』とは、埋立自体および埋め立ての用途・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比較衡量し、前者が後者を優越することを意味するものと解される』。

この定義は、明確に「埋立地の用途」としての「米軍基地」が判断の対象となることを目的とした第1号要件の再定義である。この再定義の下で、4・22知事陳述において、次の2点の陳述が可能となるのである。

第1に「埋立ての用途は海兵隊航空基地建設だが、これは埋立対象地周辺の静謐な生活環境を破壊するものであり、今日、新たに沖縄県内に恒久的基地を建設することは、米軍基地の集中に起因する過重な負担、被害をさらに将来にわたって沖縄県に固定化することを意味する」。

第2に、「沖縄県知事には国防・外交上の観点から要件を判断する権限がないとの主張があるが、筆者は国防・外交上の政策判断を都道府県知事が判断できるということは申ししていない。法律によって知事に与えられた権限を適切に行使するにあたり必要な限りで、法律要件の判断に必要な事項は審査可能であるという、当たり前のことを申し上げている。」

沖縄県の旧理論構成は、「法律によって知事に与えられた権限を適切に

行使するにあたり必要な限りで、法律要件の判断に必要な事項は審査可能であるという、当たり前のこと」を第1号要件の解釈により自ら否定していたのである。沖縄県の第1号要件の趣旨・解釈の変更は必然的であった。したがって、旧理論構成の埋立法の趣旨・目的、承認・免許の趣旨（法的性質）の再定義も必然となるのである。つまり、「埋立地の用途」に制限された土地所有権を基軸概念とする地域形成計画法（国土計画関連法）の観点からの埋立法理論構成である。

沖縄県の第1号要件の趣旨・解釈は完全に破綻し、その変更は必然的であった。

#### 第5款 取消権の発生根拠の変更

沖縄県取消権説は、次のような沖縄県の埋立法の理論構成に基づくものであった。第1に、知事に承認権限を付与した理由を限定し、第2に、それを受けて、埋立法の趣旨を限定し、第3に、免許・承認の趣旨（法的性格）を地方公共団体の「環境保全」のための規制権限として、第4に、第1号要件の趣旨を「環境保全」に純化し、第5に、その第1号要件を承認権限の「裏腹」の関係として取消権の根拠とする法律構成である。つまり、地方公共団体の利益を保護するための法的コントロールの手法として、承認権限の「裏腹の関係」にある取消権ということになる。「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」（代・被告第10準備書面12・13頁）。この取消権の根拠とした第1号要件の解釈が次のようなものである。

「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

公有面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」（代・被告第1準備書面13頁）。

そして、第1、第2、第3、第4の理論構成の変更によって、上記の解釈は放棄され、沖縄県取消権説は、その根拠を失い、一般的な適法性の回復（違法状態の是正）のための取消権として位置付けられるべきことになる。

## 第6款 小結—沖縄県の新理論構成の機能

沖縄県の新理論構成の優れた機能は、第1に、米軍基地過重負担を第1号要件の判断要素とすることに合理的である点である。

すなわち、『『国土利用上の観点』ということよりすると、国土利用の基本的理念は、『公共の福祉を優先させ、自然的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』（国土利用計画法第2条）であるから、この基本理念のもとで、国内における均衡、一地域への偏在の解消という要請を判断要素として考慮しうることが当然とすべきである。』（4・4反論書 {8} 16頁）。

この含意は、「国土の均衡ある発展」を評価基準として「国内における均衡、一地域への偏在の解消という要請を判断要素として考慮しうること」つまり、「米軍基地過重負担の歴史的現実」を「評価障害事由」として法律構成しているのである。

第2に、「キャンプ・シュワブ」返還跡地利用の地域計画としての辺野古崎リゾート地」構想を「地域経済向上の公共性」に照らして、辺野古沿岸域の埋立は観光産業および沖縄の経済自立の切り札を失うものとして「経済的不利益」とする点である。この「キャンプ・シュワブ」跡地利用の「機会費用」の「経済的不利益」と米軍普天間飛行場の返還跡

地利用の「機会費用」を「経済効果」とする国の見解に対抗することとができることである。

そして、第3は、この沖縄県の新理論構成は、沖縄県取消権説の法的根拠を失わせる機能も持つことである。

## 第4節 米軍基地過重負担の違法性

### 第1款 総説

米軍基地過重負担の問題は3つの側面をもっている。第1は、米軍の軍事活動の拠点として当該米軍基地の利用権原確保の問題であり、第2は、その利用権原に基づく米軍活動その他の活動の問題である。米軍基地建設のための辺野古埋立承認を、第1の利用権原の側面で捉えるのが「利用権原確保問題」であり、第2の問題の側面で捉えるのが「米軍基地自体の建設問題」である、米軍基地そのものを埋立て承認の反対の根拠とする。そして、第3の問題は、第1の問題の経済的側面で、経済の原動力・基盤である土地所有権が米軍基地の土地利用に個定化されている経済的不利益の問題である。

また、第1問題の側面を前提として、「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」の法律構成は、第1号要件の充足性判断の裁量権の逸脱・濫用の違法性判断において、その判断過程の考慮要素とすべきとする理論構成である。この「米軍基地過重負担」を考慮要素とする段階までは次の4段階が必要である。まず第1段階は、埋立予定地域に限定して、その「埋立地の用途」が米軍基地であるということの範囲で周辺土地への自然環境への影響である。第2段階は、「埋立地の用途」が陸地の国土（土地）利用計画の一環であり、埋立予定地域を切り離し独立したものとしては捉えず、埋立予定区域の「埋立地の用途」としての「米軍基地」と陸地（沖縄本島）の米軍基地が承認の判断対象となることである。そして、第1段階、第2段階の上に第3段階として米軍基地過重負担が判断対象の

問題となる。さらに、第4段階として米軍基地過重負担の不利益要因として「巨大な自治権空白地帯論」と「土地所有権米軍基地固定化論」の選択が問題となる。

米軍基地過重負担の問題を、沖縄県の旧理論構成は、第1段階で捉えていたが、新理論構成は、第2段階で捉えるという変更をしている。

## 第2款 沖縄県の旧理論構成

まず旧理論構成では「本件埋立承認出願は、米軍基地建設により、自治権の及ばない地域を作出することにより自治権を制約し、極めて高い価値を有する本件埋立対象地域の自然を喪失させ、沖縄県民の民意に反して、米軍基地の存在によって負担を受け続けてきた沖縄県民の負担を将来にわたって固定化するものであり、その不利益の程度は、憲法の本質に反するに至る重大なものであるから、このような不利益を正当化しうる公共性、必要性が認められるか否かを、都道府県知事が判断すべきことは当然である。」（代・被告第1準備書面15頁）。

ここでは、「米軍基地自体が問題」であり、その米軍基地存立の根拠である使用権原は問題となっていない。33施設の米軍基地に新たに米軍基地を建設すること自体が問題である。これは、米軍基地の存在を前提とした問題であるので、米軍基地の運用・管理の地位協定の問題となり、その米軍基地は「自治権の空白地帯」の問題となるのである。したがって、米軍基地の利用権原確保の問題でなくなり、埋立承認基準の第1号要件の射程外の法的問題となる。

旧理論構成の米軍基地過重負担問題の特徴は、地域振興の著しい阻害要因を「排他的管理権等のため自治権が及ばないことによる広大な米軍基地の存在」とした点である。「埋立地の用途」が「米軍辺野古飛行場」であるため、米軍基地の建設の側面において、米軍基地が地位協定の排他的管理権の問題として捉えられたのである。つまり「米軍基地は排他

的管理権等のため自治権が及ばないことにより広大な米軍基地の存在が沖縄県の地域振興の著しい阻害要因となっていること」(代・被告第1準備書面201頁)とされた。つまり、旧理論構成では、米軍基地過重負担は、国土の適正かつ合理的利用の根拠法規である埋立法の判断対象から除外されていたのである。埋立法の趣旨・目的が地方公共団体の「環境保全の公共性」にあったからである。

したがって第3の経済的側面の問題は全く対象外となる。第1号要件は「国土利用上」でありながら、承認処分は制限された土地所有権の授益的処分ではないからである。なぜなら、沖縄県の埋立法の趣旨は、地方公共団体の「環境保全」の地域利益を保護するためにあるからである。

### 第3款 沖縄県の新理論構成

これに対して、新理論構成は、辺野古埋立て承認による米軍基地建設を、その米軍基地の「利用権原確保の問題」として捉えなおす。

米軍基地過重負担は、沖縄本島において米軍基地が約18%占有している側面において、「地域経済向上の公共性」の側面が問題となるからである。

まず、国土利用の側面において、『国土利用上の観点』ということよりすると、国土利用の基本的理念は、『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留意して、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』(国土利用計画法第2条)であるから、この基本理念のもとで、国内における均衡、一地域への偏在の解消という要請を判断要素として考慮しうることは当然というべきである。(反論書{8}16頁)。つまり、埋立予定地の土地利用(米軍基地)だけでなく、埋立予定地を一部とする沖縄本島が判断対象地となり、米軍基地が沖縄本島の約18%を占有している米軍基地過重負担は、埋立法の趣旨・目的である「国民経済向上の

公共性」の内容を構成する「国土の均衡ある発展」に照らして「国土利用上適正かつ合理的なること」の判断要素となることによって、この判断要素により不適正かつ不合理であるとの判断となる。

次に、米軍基地である側面において、米軍基地問題は国の専権事項であることに反対して、沖縄県の新理論構成は、代理署名訴訟判決を根拠として、埋立法上の「国土利用上適正かつ合理的なること」の判断要素となる。

沖縄県の旧理論構成は、埋立法の趣旨を地方公共団体利益保護説とするため、埋立地予定地の土地利用（米軍基地）に限定されて、沖縄本島内の米軍基地過重負担は判断要素にならない。

しかし、新理論構成は、国土利用計画法の基本理念を、埋立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過重負担が、次にみるように、直接、判断要素の法律構成となる。沖縄県の新理論構成の最大の効果である。この法律構成により、「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」（4・2反論書 {1} 23頁）とを確信することになる。

「代理署名訴訟判決から掬うべきことは、『適正且つ合理的』という規範的評価要件の判断権者は要件裁量を有するものでありこの要件適合性認定権限を有する行政庁の判断が尊重されるべきということ、『沖縄県に駐留軍の基地が集中している現状』が判断要素となるということにあるというべきである。」（4・4反論書 {8} 21頁）。

この「沖縄県に駐留軍の基地が集中している現状」即ち「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」は仲井真知事の埋立承認の判断要素となっていないので、この代理署名訴訟判決を根拠に判断要素とすべきことになる。

その新理論構成の判断の根拠は、「70年余にわたって理不尽に沖縄県、沖縄県民にのみ米軍基地負担を負わせ続けてきながら、今また、沖縄県

の民意に反して、本格的・恒久的基地を新設することにより、沖縄県の貴重な自然環境、良好で静謐な生活環境を破壊し、自治権の空白地帯、地域計画や経済的発展等の地域振興についての阻害要因をあらたに作出し、さらに将来にわたって沖縄県に基地を固定化して負担を負わせ続けることは、日本国憲法第13条や第25条等の人権保障、正義公平の観念、平等原則に反し、地方自治法の本旨に悖り、公共の福祉の増進や『国土の均衡ある発展』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』という目的などの真っ向かから反するものであり、この不利益は著しく重いものである。」(4・4反論書 {1} 18頁)。

そして、「前沖縄県知事による本件埋立承認の判断過程の合理性の欠如」つまり「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」(4・4反論書 {1} 23頁)。この新理論構成における核心を次にみてみよう。

新理論構成は、「国土利用の均衡ある発展」も埋立法の評価基準となるので、次にみるように、地位協定の排他的管理権等は米軍基地過重負担の1要素(②)となる。旧理論構成では「米軍基地は排他的管理権等のため自治権が及ばないことにより広大な米軍基地の存在が沖縄県の地域振興の著しい阻害要因」(代・被告第1準備書面201頁)であった。

しかし、新理論構成では、自治権空白論は過重負担問題の一要素たるにとどまるのである。

つまり「沖縄県における過重な基地負担や基地負担の格差、すなわち、戦後70年余にわたって沖縄県に広大な米軍基地が維持された結果、①全国の在日米軍専用施設の73.8パーセントが沖縄県に集中して他の地域との著しい基地負担の格差が生じていること、②米軍基地には排他的管理権等のため自治権が及ばないこと、③広大な米軍基地の存在が沖縄県の

地域振興の著しい阻害要因となっていること、④米軍基地に起因する様々な負担・被害が生じていること、⑤沖縄県民が過重な基地負担・格差の是正を求めていること等は、何人もが知っている公知の事実である。そして、⑥新たな海兵隊航空基地を建設することは、既存の広大な海兵隊基地の固定化を意味するものであり、沖縄県における過重負担や基地負担の格差を固定化するという不利益は顕著なものである（①～⑥筆者挿入）」（4・4反論書 {8} 150・151頁）。

そして、次のように、決定的な結論を述べるのである。

「沖縄県における過重な基地負担や基地負担についての格差の固定化という不利益は、『国土利用上適正且合理的ナルコト』の総合判断の重要な判断要素であると考えられるにもかかわらず、適切に考慮されていないのであるから、考慮要素の選択及び判断の過程は合理性を欠いているのである。」（4・4反論書 {8} 151頁）。

この法律構成を根拠に「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」（4・4反論書 {1} 23頁）という主張（原処分違法性説）になったと考えることは容易である。

この新理論構成の結論の前では、前沖縄県知事の埋立承認に法的瑕疵（違法性）の判断回避又は無いことを前提とする沖縄県取消権説の法律構成は沖縄県にとって阻害要因であり、早めに「撤回」すべきである。しかし、前述のように、沖縄県は、4・22知事意見陳述、5・2回答書において、沖縄県取消権説を維持した。

なお、旧理論構成では、代理署名訴訟判決は、消極的評価の根拠として活用されていない。米軍基地過重負担問題は、埋立予定地域だけが判断対象であることを前提に、米軍基地の存在を前提として、地位協定の問題に限定されていたからである。埋立法の趣旨・目的を「国民経済向上の公共性」の側面で位置づけた効果である。

そして、米軍基地過重負担が判断要素になるとして、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。経済の原動力・基盤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経済的不利益、逆に言えば、米軍基地跡地利用の「経済効果」、「機会費用」の問題である。2・15知事尋問で、翁長知事は、「米軍基地は経済発展の最大の阻害要因」だとし、新都心地区の基地跡地利用の経済効果を次のように証言した。2.15km<sup>2</sup>の「新都心地区でどれだけの経済効果があったか。52億円の軍用地料に対し、(経済)効果が1634億円で約32、33倍となっている」、「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でてくる。・・・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」。裁判上、米軍基地問題を経済問題とした歴史的証言で、沖縄県のこれまでの埋立法の趣旨を「環境保全」とする見解を原理的に否定するものである。そして、その証言を受けて、4・4反論書(1)で、沖縄県は、米軍基地過重負担のなかでの基地を「地域計画や経済発展等の地域振興についての阻害要因」(17頁)とする埋立てによる不利益(評価障害事由)として位置付けるのである。

さらに、4・22知事意見陳述において、次のように陳述するのである。「返還跡地の利用から生まれている経済効果は、例えば約30年前に返還された米軍住宅地、現在的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」

米軍基地が沖縄の経済発展の最大の阻害要因となっているのは、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。したがって、沖縄県民

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）に莫大な「機会費用」の「経済的不利益」を戦後70年も受け続けてきたのであり、その沖縄本島地域に、米軍基地建設のために辺野古沿岸域の埋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。

#### 第4款 小結—新理論構成の機能

新理論構成の重要な機能は、日米地位協定の自治権空白地帯論から独立して「米軍基地過重負担の歴史的現実」が位置づけられたことである。すなわち、前述の「②米軍基地には排他的管理権等のため自治権が及ばないこと、③広大な米軍基地の存在が沖縄県の地域振興の著しい阻害要因となっていること、④米軍基地に起因する様々な負担・被害が生じていること」である、③が(1)「地域経済向上の最大の阻害要因」であり、④が(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の問題」、(5)「不平等な基地負担の国民の安全保障観への悪影響」であり、「地域経済向上の公共性」の評価障害事由として(1)、そして、「米軍基地の公共性」の評価障害事由として(1)、(2)、(3)、(4)、(5)が構成されるのである。

#### 第5節 「キャンプ・シュワブ」跡地計画

「キャンプ・シュワブ」(20.6km<sup>2</sup>)が第1号要件の判断対象地となるか、なるとして、どのような意味か。その判断基準は埋立法の趣旨、第1号要件の趣旨を基準に判断される。

## 1 沖縄県の旧主張

代執行訴訟被告第4準備書面では、「本件においては、法4条1項1号による免許承認要件たる『国土利用上適正且合理的』は、原告も述べているとおり、『公水面埋立申請で埋立の対象とされた区域について、当該区域の実情に詳しい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よ』り、その際には、当然埋立後の用途も審査の対象となる。

そして、その際には、その用途に照らし、当該埋立対象区域及びその周辺の土地利用の観点から審査がなされるのであるから、当該埋立対象地域に当該埋立用途のための土地利用が適正合理的かという範囲においては、免許（承認）権者である知事に審査権限があるというほかない。

例えば、仮に住宅地区に隣接する地先に、ここが『唯一』として国が実弾演習場を建設するために公有水面埋立をしようとした事例を考えてみよう。まさに公有水面ハンドブックが『国土利用上適正且合理的なること』に該当しない事例として記述している『良好な住宅地の前面の工業用地造成目的の埋立』（同書41頁）と同様でなかろうか。かかる国土の合理的適正な利用については、知事に権限が委ねられているのである。（代・被告第4準備書面23頁）。

この「当該埋立対象区域及びその周辺の土地利用の観点から審査がなされる」との観点から「辺野古崎」も対象に入るように見える。

しかし、ここでの「基準」は「自然環境」の観点であり、「キャンプ・シュワブ」の返還跡地の「リゾート地」の地域計画は埋立法の趣旨が「国民経済向上の公共性」即ち「地域経済向上の公共性」の評価基準の場合に判断要素になるのであり「環境保全」の場合には「周辺の土地利用」は「環境保全」、前述は景観的利益に環境保全の評価基準により判断対象になるのである。つまり、「周辺の土地利用の観点」も判断要素の対象になるかは、埋立法の趣旨に規定される。国及び沖縄県の新理論構成の「国民経済向上の公共性」の趣旨では判断対象・要素となるが、沖縄県の埋

立法の趣旨・目的の旧理論構成である「地方公共団体利益保護説」の第1号要件の評価基準となる「環境保全の公共性」に照らすと判断対象とならないことになる。判断要素（評価根拠事由であれ評価障害事由であれ）となるかは、当該法の趣旨・目的で示される評価基準によるからである。つまり、周辺の土地利用が判断要素となるかは評価基準である埋立法の趣旨・目的に規定されるのである。したがって、沖縄県の埋立法の趣旨・目的である地方公共団体の「環境保全の公共性」に照らして「キャンプ・シュワブ」跡地リゾート地計画は判断要素とならないのである。

現に、沖縄県の旧理論構成で、判断対象となるのは、次のような場合に限定しているからである。「埋立法は、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・被告第4準備書面4・5頁）。上述の「周辺の土地利用」は、ここでの「沿岸域の総合的な管理・利用に関する利益の保護の目的」に内包されるものである。なぜなら、沖縄県の旧理論構成の承認（免許）の趣旨は、「埋立法は、行政の責任者たる都道府県知事に対して、地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）権限を与えているものである」（代・被告第4準備書面6・7頁）からである。したがって、沖縄県は、国が「本件訴訟において、原告が主張しうる利益というのは、上記承認（免許）の趣旨としているところの埋立の対象となる地域の海域、沿岸域の総合的な管理・利用に関する利益に限られるはずである。」（代・被告第4準備書面7頁）。

沖縄県の旧理論構成では、埋立予定地の「用途」の自然環境への影響だけが問題となるため、埋立予定地以外の地域社会の土地利用計画（地域形成計画）は「国土利用上適正かつ合理的なること」の判断要素となることはない。埋立予定地（1.6km<sup>2</sup>）を一部とするキャンプ・シュワブ

(20.6km<sup>2</sup>)の返還後を含めた地域計画を「国土利用上適正かつ合理的なること」の判断要素とすることはない。なぜなら、「公有水面埋立法2条1項・42条1項は、行政の責任者たる都道府県知事に対して、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、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を採用することにより、当該公有水面が所在する地方公共団体の個別的利益を保護しているものである」（代・被告第3準備書面10・11頁）だからである。

現に、沖縄県の旧理論構成はキャンプ・シュワブ跡地利用の「リゾート地」構想の第三者委員会報告を、「航空機騒音等の不利益」の項目に記述している。

「海兵隊航空基地新設は、第準備書面の第1章第5・9以下及び第2準備書面の第4・7以下並びに以下に引用する検証結果報告書の記載のとおり、新基地におけるあらたな騒音被害等を発生させるものであり、海兵隊航空基地の沖縄県内への新設は、基地被害を県内でたらい回しをして沖縄県内への将来にわたる基地負担の固定化にほかならない。」（代・被告第3準備書面88・89頁）。そして「(1)検証結果報告書の第5・5(4)イ」が「記」として引用されているのである（同上・89・92頁）。

また、2016年3月23日の係争委への「審査申出書」の段階でも、まだ、次のように、自然環境の影響に留めている。

「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る。

本件埋立てを遂行することは、辺野古周辺の生態系、海域生物（ウミガメ）、サンゴ類、海草藻類、ジュゴンに重大な悪影響を与えるものであ

り、また、埋立土砂による外来種の侵入が強く懸念され、航空機騒音・低周波等による被害を住民に生じさせるものであり、また観光産業等の経済振興の深刻な阻害要因をあらたに作出することにほかならない。」（3・23審査申出書89・90頁）。

このように、旧理論構成が、沖縄本島内の米軍基地跡地利用を「沖縄経済の自立」の視点から捉えることができないのは、次のような沖縄県の埋立法上の理論構成にあるのである。つまり、第1に、知事に権限付与した理由を限定し、第2に、それを受けて、埋立法の趣旨を限定し、第3に、免許・承認の趣旨（法的性格）を「環境保全」のための規制権限として、第4に、第1号要件の趣旨・解釈を「環境保全」に純化し、第5に、その第1号要件を承認権限の「裏腹」の関係として取消権の根拠とする理論構成である。

このような理論構成の本質は、公有水面上の知事の管理権限を根拠に、公有水面の埋立てによる「自然環境」の侵害の危険性に対して、「環境保全」のために知事の権限を強化するものである。これは、「環境保全」の価値を重視する見解である。

### 3 沖縄県の新理論構成

これに対して、沖縄県の新理論構成は、次のような考え方に基づいている。埋立承認・免許により埋立地の用途に制限された土地所有権の付与という授益的処分により、その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を付与することにより国民経済＝地域経済向上に資することをもって公共の福祉の増進（公共性）を目的とする見解は、土地所有権が多様な異質な価値の調整の上に存在している現実からみると、「国民経済＝地域経済向上の公共性」は多様な異質な価値の調整を概念化しているものなのである。まさに、沖縄県の新理論構成である多様な異質な価値の調整は、現実の国土の合理的利用が土地所有権の合理的

制限であり、その調整概念が「国民経済＝地域経済向上の公共性」である。それ故に、「国民経済＝地域経済向上の公共性」を評価基準として米軍基地過重負担を評価障害事由として法律構成することができる。したがって、辺野古崎地域の「キャンプ・シュワブ」の「リゾート地」地域計画が、「国民経済＝地域経済向上の公共性」および「米軍基地の公共性」に照らして評価障害事由として法律構成できるのである。

この沖縄県の新理論構成は辺野古埋立承認における「キャンプ・シュワブ」跡地利用、辺野古沿岸域及び辺野古埋立地予定区域の「リゾート地」地域計画の法律構成に関しては、第三者委員会と同じである。つまり、埋立対象地以外の地域計画も判断対象となるのである。

「米軍基地の存在は今日の沖縄県における経済振興の阻害要因となっていることは審査申出書『審査申出の理由』の第2章第3・3(4)及び反論書(5)の第4で述べたとおりであるが、以下に引用する検証報告書の記載のとおり、本件埋立は本件埋立対象地の所在する沖縄島東海岸地域における振興開発の阻害要因となるものである。」(4・4反論書{8}115頁)。

「米軍基地の返還跡地の振興開発は総じてうまく行われており、その成功例は枚挙にいとまがない。代表的なところでは、那覇市小禄・金城地区、那覇新都心地区、北谷町の桑江・北前地区、北中城アワセゴルフ場跡地、読谷村の読谷補助飛行場跡地、国頭村奥間のVOA送信所跡地の奥間リゾート施設等である。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、手付かずの豊かな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。本件埋立予定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、豊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生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、戦後約70年もの長い間基地が存在するため、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。」（4・4反論書 {8} 117・118頁）。

以上は、第三者委員会の援用であるが、反論書(1)では、明快に、自らの見解として次のように「埋立地予定地」の「埋立地の用途」に限定されず、「埋立地予定地」以外の「本件埋立対象地周辺」も「土地の用途」として判断対象地となることを述べている。第1号要件の趣旨の象徴的な変更である。第1号要件の趣旨を「環境保全（の公共性）」に純化する旧理論構成の原理的否定である。裁判上の法律の趣旨の機能、ここでは、埋立法の趣旨、第1号要件の趣旨は、具体的な判断対象地の適用の場面で、検証されるからである。旧理論構成は、埋立後の土地利用が周辺の自然環境への影響が問題であり、それがまさに、旧理論構成の特徴であったからである。つまり、埋立予定地の周辺の「土地の用途」を判断対象が除外するのが旧理論構成の目的であったからである。次のように、新理論構成では、明快に、「本件埋立対象地周辺」つまり「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「キャンプ・シュワブが返還されたあかつきには」「県内屈指のリゾート地」として「土地の用途」の対象地としているのである。「県内屈指のリゾート地」として、「環境保全の公共性」から「国民経済向上の公共性」即ち「地域経済向上の公共性」への転換・変更である。

「本件埋立対象地周辺は、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、手付かずの豊かな自然環境に恵まれた、希少生物の生息する区域という特性と相まって、これらと共存す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。しかし、海域の埋立てと基地建設が行われた場合、恒久的に基地として利用されることから、地域発展や雇用の拡大は望めないこととなり、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、豊かな自然環境を破壊することになることのみならず、同地域が秘めている環境の共存を図った上での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る。」(4・4反論書 {1} 16頁)。

ここに、旧理論構成と新理論構成の違いが明確に表れ、旧理論構成が否定されていることが、明らかになるのである。

#### 4 2・15知事尋問における翁長知事証言

沖縄県における観光産業の重要性について、翁長沖縄県知事は2・15知事尋問において、次のように証言している。「米軍基地は経済発展の最大の阻害要因」であるのに対して、「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780万人。海外から150万人、本土から63万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。」

「キャンプ・シュワブ」(20.6km<sup>2</sup>)の返還跡地は「手付かずの豊かな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」。辺野古埋立てを中止することは、埋立てにより自然環境が破壊され、「キャンプ・シュワブ」が固定化されることによる莫大な「機会費用」、「経済効果」を喪失し、さらには、「県内屈指リゾート地」の潜在力を有する観光資源が失われることを阻止することでもある。

## 5 小結

辺野古沿岸域を含めた「キャンプ・シュワブ」返還跡地の地域計画は、国の主張する「地域経済向上の公共性」を評価基準とするの評価根拠事由の米軍普天間飛行場跡地(4.8km<sup>2</sup>)の経済効果、約3746億円(3866億円-120億円)に対して、沖縄県は評価障害事由として「キャンプ・シュワブ」(20.6km<sup>2</sup>)返還跡地利用の「経済効果」(機会費用、機会喪失)で対抗する機能をもつのである。沖縄県の勝機を確かにするために、この地域計画の「経済効果」の推計が求められているのである。

## 第6節 小括

本章の結論は、第2章の前知事の埋立て承認は適法だが不当を理由とする沖縄県取消権説は、法律上、破綻したことの認識を前提に、原処分違法性説により勝訴するためには「原処分の違法性」を確かなものとするために承認の法的性質に関する土地所有権取得権説を展開し、「国土利用上適正かつ合理的なること」(第1号要件)の判断要素に「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」を評価障害事由とする法律構成をより説得力あるものとすることである。そのためには、承認・免許の法的性質論を非権利説から土地所有権取得権説への変更の必然性を考察したのである。この法律構成以外に沖縄県の勝機はないのである。

## 第5章 総括—辺野古訴訟の理論構成の展開

### 第1節 総説

本稿は、国地方係争処理委員会（係争委）の審査の過程と決定を踏まえて、職権取消権の発生論に関する沖縄県取消権説から原処分違法性説への変更の必然性を考察し、さらに、その変更に伴い本件承認処分の違法性の判断枠組みを非権利説から土地所有権取得権説への変更により、沖縄県の勝機を改めて探求することを目的とする。

この考察目的は、今後の辺野古訴訟における沖縄県の理論構成の変更を目的としたものである。そして、2016年7月21日、沖縄県は是正指示の取消訴訟（機関訴訟）を断念し、翌日7月22日、国は沖縄県を相手に是正指示の不作为違法性確認訴訟を提起した。

そして、2016年8月1日に提出した沖縄県の被告第1準備書面は、職権取消権発生論に関して沖縄県取消権に、「及び」として原処分違法性説を追加することで、原処分違法性説への実質的変更を示している。また、公有水面埋立法（埋立法）の法的性格に関して環境保全に関する法律（環境保全説）から国土（土地）の合理的利用に関する法律（土地合理的利用説）に原理転換をする。したがって、埋立て承認の法的性質論に関して非権利説から土地所有権取得権説に変更したのである。つまり、埋立て承認の本質を「埋立地の用途」に制限された土地所有権の付与としたのである。

この沖縄県取消権説の原処分違法性説への実質的変更、埋立法の趣旨を環境保全説から土地の合理的利用説への変更、及び承認の法的性質を非権利説から土地所有権取得権説への変更の表れは、これまで沖縄県の法律構成を原理的に転換を示したものである。埋立法の法的性質に関して、これまでの辺野古沿岸域の埋立予定区域又は悪影響に対する環境保全を本質として公有水面埋立法を「埋立てに関する法律」と捉える理論

構成（環境保全説）から埋立法を国土利用計画法の理念に基づく「埋立地の用途」に制限された土地所有権の付与による「公共の福祉の増進」のための「国土の合理的利用に関する法律」とする理論構成（国土・土地合理的利用説）への原理的転換である。国土の合理的利用は権利の側面では土地所有権の合理的制限であり、その制限原理は「公共の福祉の増進（公共性）」にあるからである。

筆者は、「土地所有権の成立と展開」（静岡大学『法政研究』17巻3・4号、2013年、以下「第1論文」とする）、「公有水面埋立法と土地所有権」（静岡大学『法政研究』19巻3・4号、2015年、以下「第2論文」とする）、「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34号、2016年、以下「第3論文」とする）において、土地所有権制限の観点から米軍基地問題、そして辺野古訴訟の理論構成（解釈論、法律構成）を検討してきた。その法理論の核心は、沖縄県は、「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」を「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）の判断要素とすべきとする法律構成以外に沖縄県の勝機はないという一点に尽きる。筆者の理論構成（埋立法は「土地利用に関する法律説・国土合理的利用説」）は、第三者委員会報告では全面的に採用されたが、後の辺野古埋立訴訟を巡る沖縄県の理論構成は「埋立てに関する法律説（環境保全説）」に基づいて法律構成されてきた。今度の違法確認訴訟の被告第1準備書面は「公共の福祉の増進説」（国土・土地合理的利用説）に基づく法律構成が展開されている。「環境保全説」は「公共の福祉増進説」と対立的であるが、「公共の福祉増進説」は「環境保全説」を構成要素して内包する。環境保全を条件とした公有水面埋立ての「公共の福祉の増進」であるのに対し、「環境保全説」は「埋立地の用途」に制限された土地所有権の付与を否定することによる「環境保全」だからである。したがって、埋立法の目的を「公共の福祉の増進」と捉えることは、埋立て承認の法的性質に関して土地所有権取得権説を採る

ことを意味し、「環境保全説」を原理的に否定することになる。埋立て承認の法的性質論の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であり、その土地所有権の制限原理が「公共の福祉の増進」にあるからである。

今度の違法確認訴訟において、沖縄県は、これまでの理論構成を変更したと考えられるのである。この変更こそが本稿の考察の目的であり、沖縄県の裁判における勝機であるからである。以下、違法確認訴訟における沖縄県の被告第1準備書面で、論点、争点を確認することで、総括とすることにする。総括の考察対象となるのは、公有水面埋立法（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」（第1号要件）である。

まず拙稿の理論構成を述べ（第2節）、次に、第三者委員会報告の法理論（第3節）、沖縄県の旧理論構成（環境保全説）、また、国の理論構成（国民経済向上説）、そして最後に、違法確認訴訟に展開されている沖縄県の新理論構成（公共の福祉増進説・国土合理的利用説）そして、違法確認訴訟の高裁判決を考察することにする。

## 第2節 拙稿の理論構成（土地合理的利用説）

筆者は、第1論文において、土地所有権を「特定人が特定地を法令の制限内において自由に使用収益及び処分する権利である」と定義して、その土地所有権の定義に基づいて、土地所有権の成立とその歴史的展開を考察した。そして、沖縄の辺野古訴訟も土地所有権の制限問題の表れであると考え検討したのが第2論文である。

### 1 埋立法の法的性格

まず、公有水面埋立法の法的性格に関して規定する。「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手続的事項を定めた法律である」（第2論文3頁）と定義する。そして、埋立法の法的性格を規定する「地域形成計画法」を次のように定義する。

## 2 「地域形成計画法」の一環としての埋立法

「地域形成計画法の概念は、国土利用計画法（1974年）、国土形成計画法（2005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を地方分権主義の観点から総合的に概念構成した体系上の概念である。地域形成計画は、5地域の諸計画を包括的に抽象化した概念であり、その諸計画は地域形成計画の各種計画となる。地域形成計画の要素は、(1)土地利用計画、(2)公共施設の整備計画及び(3)環境の保全計画である。地域形成計画の本質は土地利用の適正且つ合理的規制にあるから、権利レベルでは、土地所有権の制限となる。土地所有権とは、①特定人が、②特定地の上下の時空を、③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。」（第2論文5頁）。

この地域形成計画法の一環としての埋立法は、その地域形成計画法の本質を土地利用の適正且つ合理的規制（利用）に求め、その土地の合理的規制・利用は、権利レベルでは土地所有権の制限になるということであるから、埋立法の法的性格は土地の合理的規制（利用）の法律であり、権利レベルでは土地所有権の（合理的）制限の法律ということになる。

## 3 土地所有権の制限と埋立法

埋立法は地域形成計画法の一環として土地所有権の制限ともなるが、その関係は埋立法に次のように表れる。

「土地所有権の制限された『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、埋立て用途変更承認、土地所有権取得後の埋立地の用途変更等の認可等と「埋立地の用途」は埋立法の背骨となっているのである。埋立法の目的は、『埋立地の用途』のためと土地造成により制限され土地所有権を取得させることに目的があるからである。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）の中心となるのである」（第2論文145頁）。「まず、1号要件の『国土利用上適正且合理的ナルコト』の判断要素となり、3号要件の「埋立地ノ用途」と土地利用計画」及び「環境保全計画」との適合条項では判断基準そのものとなり、4号要件は、「埋立地ノ用途」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『埋立地ノ用途』を基軸とした法的仕組みとなっているのである」（第2論文227頁）。

また、「埋立法は、土地所有権の付与（特定地面）と制限（特定地面上の時空の利用制限を同時にするものである。土地区画整理事業が都市計画の花であり、特定地面上の整備と特定地上の時空の利用計画であれば、埋立事業は、特定地面の造成と特定地面上の時空の利用規制ということになる。言い換えると、土地所有権が付与される前から制限された土地所有権で地域形成計画を決定するのである。戦後の1945年〔昭和20年〕から1998年〔平成10〕年までの埋立地面積が2140.12km<sup>2</sup>〔国土交通省〕という広大な埋立地が造成され、一方で日本の高度成長の基盤となり、他方で深刻な公害を生み出したのであるが、埋立法は『土地利用に関する法律』の中心を占めていたのである）（第2論文227・22頁）。ちなみに沖縄県土面積は2276km<sup>2</sup>、沖縄本島は1208km<sup>2</sup>である。

#### 4 埋立承認の法的性質

そして、埋立承認の法的性質に関して、第2論文は次のように、埋立法の法的性質論における「土地利用に関する法律」（土地利用合理説）により土地所有権取得権説を採り、「埋立てに関する法律」（環境保全説）による非権利説（旧国）、埋立権説を採らない。

「知事の埋立て承認は、地域形成計画法の一環である公有水面埋立法を根拠法規として、埋立事業計画者の国に、特定の公有水面を埋立てて、土地造成による埋立工事竣工により、国に（埋立地の用途）で制限された土地所有権を取得させる行為である。知事の埋立て承認は、制限された土地所有権を取得させることを目的とし、その制限された土地所有権の付与は地域形成計画の一環である。制限された土地所有権は地域形成計画の単位となる『土地の用途』であり、埋立法では『埋立地ノ用途』であり、埋立て承認の本質である（土地所有権取得権説）。この見解は埋立法を『土地利用に関する法律』とする」（第2論文278・279頁）。

#### 5 埋立法（埋立法）4条1項1号の解釈と国土利用計画法

第2論文は、以上の考察を踏まえて、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」の解釈を、国土利用計画法の基本理念である「国土の均衡ある発展」により次のような基本的な解釈をする。

『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』かの判断となる。その判断過程に、敗戦後70年近くに渡る沖縄県の米軍基地の歴史的現実を判断要素とすべきかが本質的論点となる」（第2論文290頁）。この第1号要件の合理的解釈の理論的論拠は、次のように、埋立法（埋立法）を国土利用計画法の法秩序の下に位置づけることにある。長いが、本質的論点であると考えてるので、以下見てみよう。

「国土利用計画法は地域形成計画を規定する『土地利用基本計画』を『都道府県は、当該都道府県の区域について』『定める』（9条1項）とする。この土地利用計画は、①都市地域、②農業地域、③森林地域、④自然公園地域、⑤自然保全地域を、諸個別規制法規の諸計画に基づいて地域決定する（9条2項）。そして、国土・県土・土地利用規制（その基本単位が『土地の用途』で土地所有権の制限と公共性の対抗関係）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、治水等に配慮しつつ、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。』（10条）と規定する。国土・県土・土地利用に関する規制は『適正かつ合理的が図られるよう』措置する。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、別に法律に定めるところによ』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、土地区画整理法等であり、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」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、この国土利用の基本理念の『国土の均衡ある発展』が次のように国土利用計画法2条に定められているのである。

『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、生活及び生産に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を基本理念として行うものとする。』

以上が、埋立法4条1項1号（42条3項）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）要件の解釈に関して、『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』かの判断であることの理論的根拠である」（拙稿第2論文290・291頁）。

## 6 沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実と法的瑕疵

そして、その第1号要件の解釈は、次のように「米軍基地」を「埋立地の用途」を媒介にして第1号要件の法的瑕疵の問題となるのである。

「本件埋立て承認の法的瑕疵の判断は、『埋立地の用途』である『米軍基地』の建設を『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』かの判断である。その『国土の均衡ある発展』の理念的観点の判断において、沖縄県（民）の米軍基地過重負担は、地域形成計画、『国土の安全保障の均衡』及び『米軍基地』の公共性の側面において、その理念的観点の内容に著しく反しており、したがって、本件埋立て承認は著しく不適正且つ不合理であることにな」（拙稿第2論文315頁）り、重大な違法となるのである。なぜなら、「『国土の均衡ある発展』とは、わが国国民が国土のいずれの地域においても、その地域の特性に応じた暮らしぶりを営むことができ、幸福に生活することを追求できるための条件整備を行う旨の理念に他ならないと考える。すなわち『個』の利益を守りながら、『全体』を安定的に向上させるようなバランスを意味していると考えるのである」（川上征雄『国土計画の変遷』一効率と公平の計画思想）〔鹿島出版、2008年〕127頁）からである。

沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実とは明白に「国土の均衡ある発展」に反しており、しかも70年余も続いている歴史的現実とは近代民主国家の存在根拠の観点から重大、深刻な問題である。次に、その米軍基地過重負担の歴史的現実の内実を見て見よう。

## 7 沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実の内実と法的瑕疵

沖縄の米軍基地過重負担が辺野古沿岸域の埋立て承認の法的瑕疵（違法性）の問題であることを始めて言及した第2論文「公有水面埋立法と土地所有権」は次のように述べている。

「沖縄県に米軍専用施設の73%が集中する沖縄県民の過重負担の現実には、国土（37万7960km<sup>2</sup>）の0.6%の沖縄県（2276km<sup>2</sup>）における米軍基地面積あたりの負担度（米軍基地の密度）が沖縄県は468倍であることから、この米軍基地の468倍の過重負担は沖縄県民に次のような形で現れ法的瑕疵（「米軍飛行場基地」建設の不適正且不合理性）の根拠となる。

第1に、この米軍基地の負担度が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し『著しく不公平』である。

第2に、米軍基地の468倍の過重負担は、等しくあるべき国民の国土防衛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3に、米軍基地の468倍の過重負担は、米軍基地の維持（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が468倍（県民の92%の128万人の居住する沖縄本島〔1208km<sup>2</sup>〕では854倍）となり、『著しく不平等かつ不公正』であること。

第4に、米軍基地の468倍の過重負担は、米軍基地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』であること。

第5は、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に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。

以上から、『埋立地ノ用途』として『米軍飛行場基地』とする本件埋立ては著しく不適正且つ不合理であり、したがって、本件埋立て承認は法的瑕疵（違法性）があり、その違法性は重大且つ明白で無効である」（第2論文283〔98〕・284〔99〕頁）。

## 8 米軍基地過重負担の歴史的現実と「国土の均衡ある発展」

「辺野古沿岸域を埋めたてて米軍飛行場基地を建設することは『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』かの判断過程に、敗戦後70年近くに渡る沖縄県における米軍基地形成、沖縄本島の約20%（現在18%）を米軍専用施設が占め続けている歴史的現実を判断要素とすると、『埋立地ノ用途』としての『米軍飛行場基地』建設のために辺野古沿岸域の埋立は『国土利用上適正且合理的』でないという結論になる」（第2論文300頁）。沖縄県の旧理論構成では、米軍基地過重負担の「歴史的現実」は等閑視されて、単なる「背景事情」としてしか法的には位置付けられていなかったが、今度の違法確認訴訟において法律構成されることになった。違法確認訴訟の被告第1準備書面は、次のように述べる。

「沖縄への基地集中の歴史と現状は辺野古新基地建設が『国土利用上適正且合理的ナルコト』に反することを示すものであること

公水法第4条1項（同法第42条3項で承認に準用）は、その柱書において『都道府県知事ハ埋立ノ免許ノ出願左ノ各号ニ適合スト認ムル場合ヲ除クノ外埋立ノ免許ヲ為スコトヲ得ズ』とし、同項1号は『国土利用適正且合理的ナルコト』を定めている。

『国土利用上』適正かつ合理的といえなければ公有水面埋立は許容されないものであるが、国土利用計画法第2条は、国土利用の基本理念について、『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を基本理念として行うものとする。』と定めている。

すなわち、『均衡ある発展』を阻害することは、国土利用の基本理念に

反するものであり、『国土利用上適正且合理的』とは言えないこととなる。

沖縄への基地集中は、日本国全国全体の中での一地域への集中の程度が極端であること、一地域のみが70年余にわたってその負担を強いられていること、この極端なまでの一地域への負担の集中を正当化する理由はないことより、『均衡』を欠いていることはあまりにも明らかであり、国土利用計画の基本理念よりしても、到底、『国土利用上適正且合理的』であるとは認められないものである。」(同上第1準備書面4頁)。

この「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」(「沖縄への基地集中の歴史と現状」)を日米地位協定の問題ではなく埋立法の承認基準である「国土利用上適正且合理的ナルコト」の判断要素とし、その評価基準して国土利用計画法2条の「国土の均衡ある発展」及び「健康で文化的な生活環境の確保」の基本理念を設定することは、沖縄県の辺野古訴訟の理論構成が旧理論構成から原理的、全面的に転換したことを示すものである。

## 9 米軍基地過重負担の法律構成

筆者は、第2論文において、沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実を以下のように法律構成した。

「本稿の結論は、本件埋立て承認処分の裁量権の逸脱・濫用の違法性は判断基準である『国土利用上適正かつ合理的なること』(1号要件)の判断において、その評価基準となる『地域経済向上の公共性』と『米軍基地の公共性』の評価障害事由として『沖縄における米軍基地過重負担の歴史的現実』を法理法律構成することであり、利益レベルでみると、『埋立てにより生ずる不利益』である。

そして、沖縄における米軍基地過重負担の歴史的現実を構成する5事由を評価障害事由とする法律構成は以下のようになる。その5構成事由は、①『地域経済向上の阻害要因』、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の問題』、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。

第1に、『地域経済向上の公共性』の評価障害事由として、①「地域経済向上の阻害要因」を法律構成することである。この『地域経済向上の著しい阻害要因』を主張立証することにより、『地域経済向上の公共性』に照らして、本件埋立て承認基準の『国土利用上適正かつ合理的なること』に著しく反し、強い違法性を帯びるのである。つまり、『米軍辺野古飛行場』建設の土地利用権原確保のために辺野古沿岸域の埋立てを承認することは、『国土利用上適正かつ合理的なること』（法4条1項1号）に著しく反するのである。

第2に、『米軍基地の公共性』の評価障害事由として、①『地域経済向上の阻害要因』、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の問題』、⑤『不平等な基地負担の国民の安全保障観への悪影響』の5事由を法律構成する。この5事由を主張立証することにより、『米軍基地の公共性』に照らして、本件埋立て承認基準の『国土利用上適正かつ合理的なること』に著しく反し、強い違法性を帯びる。

この法律構成によると沖縄の米軍基地の『想像を絶する』著しい過重負担の歴史的現実により沖縄県の勝機は確かなものとなる。米軍基地過重負担の歴史的現実を評価障害事由とする法律構成の法的根拠が死活的な論点となるのである。

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』即ち『地域経済の向上』としたことである。

第2の法的根拠は、沖縄県職務執行命令訴訟の大法廷判決（最大判平成8年8月28日）が米軍基地の使用又は取用認定において、『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」(第3論文4・5頁)。

ここでの「地域経済向上の著しい阻害要因」を主張立証するのが、次の「土地所有権の固定化としての米軍基地過重負担」である。つまり、米軍基地過重負担が「地域経済向上の著しい阻害要因」となるのは土地所有権が広大な米軍基地に固定化されているからである。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は、その客体である土地が、国身の生活及び生産に通ずる諸活動の共通の基盤であり(国土利用計画法2条)、その土地の価値が、主として人口及び産業の動向、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(土地基本法2条)。次に、その表れを見ることにする。米軍基地過重負担が「国土上適正かつ合理的」かの判断過程の本質的要素となるのである。なぜなら埋立法の趣旨は、「国民経済・地域経済の向上に資すること」にあるからである。国民経済とは自由主義経済のことであり、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を過重な米軍基地の土地利用に固定化することは、国民経済を構造的に阻害しているからである。この認識が辺野古訴訟の本質である。

## 10 土地所有権米軍基地固定化論としての米軍基地過重負担

沖縄県は、2015(平成23)年1月、米軍専用施設8地区の軍用地面積13.7km<sup>2</sup>で、年間、返還前590億円、返還後1兆1359億円で、約19倍、その差額(喪失額)1兆769億円であることの推計を公表している。

「沖縄県民は軍用地面積13.7km<sup>2</sup>で年間1兆769億円の経済効果を「喪失・逸失」する「機会費用」の「経済的不利益」を受けているのであり、それを沖縄本島の米軍用地面積221km<sup>2</sup>で考えてみると、『想像を絶する』年間の『経済効果の喪失』、『機会費用』を被る、いわば『膨大な経済的

利益』を生じているのである。

この『膨大な経済的不利益』は地域・沖縄本島（1208km<sup>2</sup>）において、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が広大な米軍基地（221km<sup>2</sup>）の土地利用に固定化されていることによる沖縄県（民）の莫大な経済効果の喪失・逸失、『機会費用』を被ることを含意し、米軍基地過重負担が土地所有権の制限原理である『地域経済向上の公共性』の評価障害事由となるのである。『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意味の見えない費用のことである。このような『想像を絶する』膨大な『経済効果の喪失』、『機会費用』は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『機会喪失』を被り、『基地が沖縄に寄生』している。いわば、米軍基地は国民経済を構造的に阻害しているのであり、評価障害事由として米軍基地過重負担の「地域経済向上の著しい阻害要因」を主張立証することにより、『地域経済向上の公共性』に照らして、本件埋立て承認は適正かつ合理性に著しく反し、本件埋立て承認は強い違法性を帯びるのである」（第2論文「沖縄県代執行訴訟と米軍基地の過重負担」141頁、54頁参照）。

さらに、本稿では、土地所有権の米軍基地の土地利用の固定化による不利益論を、経済的不利益である「地域経済の阻害要因」以外の他の要因も、その表れであると理論構成した。

#### 11 米軍基地過重負担の不利益が、なぜ埋立て承認の判断要素となるか

本件埋立て承認の違法性判断で理論的問題となるのは、本件埋立て承認の判断要素は①「埋立地の用途」の「米軍基地」による不利益であるが、②陸地（沖縄本島）の既存の「米軍基地（過重負担）」による不利益が、なぜ埋立て承認の判断要素となるか、言い換えると、①「埋立地の

用途」の「米軍基地」による不利益と②陸地（沖縄本島）の既存の「米軍基地（過重負担）」による不利益とは埋立て承認の判断要素のレベルでは同じかである。

本稿の結論は、①の不利益と②の不利益は本件埋立て承認の判断要素の平面では同じ性質であるということである。

なぜなら、①と②による不利益は、土地所有権の制限による不利益だからである。土地所有権は土地（特定地）の上下の時空間を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その他国民の諸活動の原動力・基盤であるからである。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という平面では全く同じだということになる。土地所有権は特定地の上下の時空間の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は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。

つまり、沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実を構成する、①「地域経済向上の阻害要因」、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の問題」、⑤「不平等な基地負担の国民の安全保障観への悪影響」の5事由・不利益は、本件埋立て承認の強い違法性に彰表・化体するのである。

ここに、近代民主国家における最高裁判所での沖縄県の勝訴は目に見

えることになるのである。

以上が、土地所有権の観点から米軍基地過重負担の法律構成を考えてきた現在の筆者の法理論の到達点である。

### 第3節 第三者委員会報告の理論構成（土地合理的利用説）

#### 1 埋立法の法的性格

筆者は第2論文において、埋立法の法的性質を「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とすることである。この論点に関して、第2論文は「沖縄米軍基地と土地所有権」（第2章第8節）の項で、次のように述べる。

「土地所有権の制限は公共性を根拠とするものである。土地所有権の公共性が土地収用法で問題となる。土地所有権の公共性は、土地所有権の客体である特定地上の時空の利用に由来し、その時空が公共時空だからである。

米軍基地と土地所有権は、米軍用地の231km<sup>2</sup>の約3割75km<sup>2</sup>が私有地であるため、米軍用地の強制使用の問題が生じる。しかも、私有地の地主が4万4236人であるため問題となる。この問題が沖縄県知事の代理署名拒否を契機としたのが『沖縄県米軍用地強制使用事件』（第2款）である。次に米軍基地建設のために公有水面を埋め立てて、米軍基地として提供する問題が、『沖縄県知事の埋立て承認の法的問題』（第3款）である。前者は米軍基地に提供するための土地所有権の制限であり、後者は米軍基地に提供するための先取りした土地所有権の制限である」（拙稿第2論文「公有水面埋立法と土地所有権」101頁）。

駐留軍用地特措法（「沖縄県米軍用地強制使用事件」の根拠法規）は土地収用法の特別法である。

第三者委員会報告は、より積極的に土地収用法と埋立法の関係を次のように「類似な性格」と明確に規定する。すなわち、「土地収用法は、公

共の利益となる事業のために必要とされる土地を強制的に取得するという制度であり公有水面埋立法と類似な性格を有する制度である。」

したがって、第三者委員会は、土地収用法の法的性格を、埋立法の法的性格として捉えることを含意する。土地収用法は「公共の利益の増進と私有財産との調整を図り、もって国土の適正且つ合理的な利用に寄与することを目的」とする。ここから、埋立法の目的は「国土の適正且つ合理的な利用に寄与すること」であり、「土地合理的利用説」であり「土地利用に関する法律」となる。また権利の側面では「私有財産」であるので、ここでは基本的に土地所有権を意味し、「公共の利益の増進」との調和であるから、土地所有権の制限原理は「公共の福祉の増進」となる。

つまり、埋立法の目的は、価値的側面では、土地所有権の制限原理（合理的制限原理）を「公共の福祉の増進」に求め、現象的には、「国土・土地の合理的利用」にあるということになる。第三者委員会は、埋立法を「埋立てに関する法律」ではなく「土地利用に関する法律」として捉え、その内容を国土・土地の合理的利用とし、また、「環境保全」の価値に純化するのではなく、土地所有権の制限原理として「公共の福祉の増進」としているのである。

## 2 第1号要件の解釈

第三者委員会報告の優れた法律構成力は、さらに、この土地収用法と埋立法の「類似な性格」を根拠として、第1号要件の「国土利用上適正かつ合理的なること」の解釈を「埋立てにより得られる利益と埋立てによる不利益を比較衡量して判断すべき」「総合的な判断」と定義した点である。この点は、第三者委員会が初めて、埋立法の第1号要件の解釈をしたものがある。この解釈を、土地収用法から転用したのである。土地収用法と埋立法の法的性格（本質）が類似であることから転用できるのである。

つまり、埋立法と「類似な性格を有する制度である」「土地収用法は、土地収用手続きを行う前提として『事業認定』（土地収用法第20条）を要求しているが、その事業認定の要件として、同法第20条第3号は『事業計画が土地の適正且つ合理的な利用に寄与するものであること』を要求しているところ、この要件は『その事業に供されることによって得られるべき公共の利益』と『事業に供されることによって失われる私的ないし公共の利益』を比較衡量して判断すべきものであり、そしてこの判断は、『総合的な判断として行わなければならない。』とされている（小沢道一「逐条土地収用法・上」・第二次改訂版・335頁以下）。」からである。

この利益衡量論は第1号要件の一般的な解釈論であるが、第三者委員会は、自己の法理論の根拠付けのために、より具体的・個別的な場面である自然海浜の保全の場面での適用理論を例示する。「法第4条第1項第1号について、『国土利用上公益に合致する適正なものであることを趣旨とするものであり』、免許権者は、『①国土利用上の観点からの②当該埋立ての必要性及び公共性の高さと、③当該自然海浜の保全の重要性あるいは、④当該埋立自体及び⑤埋立後の土地利用が⑥周囲の自然環境に及ぼす影響等とを比較衡量のうえ、諸般の事情を斟酌（①②③④⑤筆者挿入）』するものと判示した判例が存在する（高松高裁平成6年6月24日判決・判例タイムズ・851号80頁）」とする。

この定義は、第三者委員会は自己の利益考量論の根拠付けとして「判示した判例が存在」するとしたものに過ぎない。

ところが、沖縄県の旧理論構成（環境保全説）は、第1号要件を環境保全に純化（土地の合理的利用の観点を排除）した法律構成の下で、①と③を除外し、⑥「周囲の自然環境に及ぼす影響等」から「等」を除外して、第1号要件を埋立予定区域の環境保全及びその区域からの環境保全に純化するのである。この第1号要件の解釈（定義）の下では、陸地の米軍基地過重負担等の不利益は、埋立承認基準である第1号要件の判

断要素から除外されることになる。

他方、国は、同判決（高松高裁平成6年6月24日判決）を参照して、柔軟な、普天間飛行場が判断要素となるように独自の解釈をする。

「法4条1項1号は、免許基準（承認基準）の一として、『国土利用上適正且合理的ナルコト』（以下「第1号要件」という。）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解され、免許（承認）権者がその適合性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や、当該埋立自体及び埋立後の土地利用が周囲の自然環境等に及ぼす影響など、相互の異質な利益を比較衡量した上で、地域の実情を踏まえ、技術的、政策的な見地から総合的に判断することになるから、法は、免許（承認）権者である都道府県知事に対して、第1号要件の適合性判断について一定の裁量を認めたものと解される（高松高裁平成6年6月24日判決・判例タイムス851号80ページ等参照）」（国3月29日答弁書6頁）。

そこで、沖縄県は陸地（沖縄本島）の米軍基地過重負担を第1号要件の判断対象・要素とするために、第1号要件の利益衡量論の原点に戻って第1号要件の再定義をすることになる。つまり、環境保全に純化する機能をもつ「⑥「周囲の自然環境に及ぼす影響」を排除する再定義である。

『『国土利用上適正且合理的ナルコト』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ものと解される」（違法確認訴訟被告第1準備書面131頁）。ただし、この再定義は係争委審査の沖縄県の4・4反論書において既にでているが、その段階は沖縄県取消権説を結果的には維

持したので、法的には無意味となっている。この再定義により、原処分違法性説を前提に本件承認処分の裁量権の逸脱・濫用の判断過程における考量すべき判断事項として米軍基地過重負担が法律構成され、考慮事項（判断要素）となるのである。沖縄県取消権説では、埋立承認処分の不当の判断にしかない。沖縄県取消権説は原処分の不当を理由とする取消権発生の法律構成であることは確立しているからである。この論点は、沖縄県取消権説では被告第1準備書面149頁以下に要件充足性の問題として（裁量権逸脱・濫用ではない）、原処分違法性説では、同書面169頁以下、に述べられている。

### 3 米軍基地過重負担の法律構成

第三者委員会報告は、第1号要件の「国土利用上適正且合理的ナルコト」は、「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して、総合的な判断としてなされる」（同37頁）と解釈する。

本件埋立てによって得られる利益を「普天間飛行場の危険性等の除去によって得られる利益」とする。

他方、本件埋立ての遂行によって失われる利益は、①本件埋立対象地の自然環境的価値、②生活環境に関する不利益—騒音被害等、③生活環境に関する不利益—地域への影響、④漁業における不利益、⑤沖縄県や名護市の地域計画等の阻害要因となることによる不利益、そして、米軍基地過重負担は6番目に、⑥「沖縄県の過重な米軍基地負担」として挙げられている。まず(ア)で過重負担の静態的面積、(イ)で動態的機能を述べる。

〔ア〕前記第4の4で述べたように、沖縄県には、平成24年3月末現在、県下41市町村のうち21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。ちなみに他の都道府県の面積に占める米軍基地の割合をみると、本県の10.2%に対し、静岡県及び山梨県が1%台であるほかは、1%にも満たない状況であり、また、国土面積に占める米軍基地の割合は0.27%となっている（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）。

(イ)このように広大かつ過密に存在する米軍基地は、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、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、後を絶たない米軍人・軍属による刑事事件の発生、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、県民にとって過重な負担となっている。このような状態は、法の下で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。

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。

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45頁)。

そして、結論として次のように述べる。

「以上で検討した埋立てにより得られる利益と、埋立てにより失われある利益（生ずる不利益）を比較衡量して総合的に判断した場合、本件埋立承認出願が『国土利用上適正且合理的ナルコト』との要件を充足していると判断することは困難であると思われる。」(同45・46頁)

この第三者委員会の報告の白眉は、米軍基地過重負担と本件埋立てとを関連づけたことである。すなわち、「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。」

#### 4 第三者委員会の米軍基地過重負担論の評価

米軍基地過重負担が埋立法の第1号要件の判断対象となるのは、国土の合理的利用の造形化である「埋立地の用途」が「米軍基地」であることを媒介として沖縄本島の米軍基地過重負担の実情のもとで、新たに「米軍基地」を建設することが「国土の適正かつ合理的利用」（「国土の開発その他国民経済の向上」）かの観点から、また、価値的には、想像を絶する戦後70年余に渡って県民・国民の人権侵害の危険状況が続けている米軍基地過重負担の歴史的現実過程で、辺野古沿岸域を埋立てて新たに「米軍基地」を建設することが「公共の福祉の増進」となるかである。第三者委員会報告の「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。」（同45頁）とは、米軍基地過重負担の歴史的現実の過程では、本件埋立ては、埋立法の趣旨（現象的目的）たる「国土の合理的利用」（経済の側面では「国民経済の向上」となる）ことはなく、又、埋立法の目的（価値的目的）である「公共の福祉の増進」にも繋がらないことを言っているのである。埋立法に基づく埋立て承認の判断過程の問題に関連する範囲での米軍基地過重負担であり、現実に存在する米軍基地過重負担を法的問題としているのではなく、米軍基地過重負担を契機として埋立て承認の問題とし、そのような埋立て承認による米軍基地過重負担の固定化の不利益を内包するのである。「本件埋立て」は、「米軍基地の固定化を招く契機」となり米軍基地の「過重負担を固定化する不利益を内包するもの」なのである。したがって、第三者委員会報告の『『沖縄の過重な米軍基地負担』についても、沖縄県における米軍基地の固定化の懸念を考えるとその不利益は看過できないものと言わざるを得ない』（同46・47頁）となるのである。

つまり、埋立て承認における米軍基地過重負担の歴史的現実の機能は、現実事態の事実ではなく、その事実を観念上、概念化として、その観念を本件埋立て承認の判断要素とすることである。そうすると、敗戦後70年余に渡る米軍基地過重負担の地域的不利益を体現している沖縄県知事としては、本件埋立て承認をすることは、敗戦後70年余に米軍基地過重負担の歴史的現実を承認することを含意することになるのである。したがって、沖縄県知事が本件埋立てを承認することは重大かつ明白な強い違法性となるのである。

#### 第4節 沖縄県の旧理論構成（環境保全説）

##### 1 旧理論構成の特徴

沖縄県の旧理論構成は、拙稿の論文及び第三者委員会報告の理論構成と原理的に反対の立場をとり、環境保全説、沖縄県取消権説、地方公団体利益保護説の3点が特徴となっている。

第1特徴の第1号要件の趣旨に関する環境保全説は、国土の適正且つ合理的利用条項の第1号要件の持っていた①土地の合理的利用の側面と②自然環境保全の側面を、②の環境保全の側面に純化する理論構成である。

第2特徴の沖縄県取消権説は、職権取消権の発生根拠を原処分 of 違法ではなく、埋立て承認・免許の趣旨に求めた点である。

そして、第3特徴の地方公共団体利益保護説は、埋立法の趣旨が①埋立事業計画者に埋立権及び制限された土地所有権の付与という授益的処分の側面と②埋立事業を規制する側面を持っていたが、①の授益的側面を後退させ、②の埋立事業規制の側面を第1の特徴である環境保全のための地方公共団体による事業規制として、埋立法の趣旨を地方公共団体の利益保護とする理論構成である。つまり、知事の承認は授益的処分ではないのである。

以上、沖縄県の理論構成の3点の特徴であるが、以下、沖縄県の旧理論を、論理構成の観点から、次の順で確認することで、前記3点の特徴の必然性を述べることにする。①免許・承認権限を知事に授権した趣旨（理由）、②埋立法の趣旨・目的、③免許・承認の趣旨（法的性質）、④第1号要件の趣旨（評価基準）及び解釈、⑤取消権の発生根拠の第1号要件の趣旨をみることにしよう。

## 2 知事の承認・免許授権の趣旨（「埋立予定区域に限定説」）

第1に、埋立ての免許・承認権を知事に授権した理由に、国、沖縄県とも「公水面埋立申請で埋立の対象とされた区域について、当該区域の実情に詳しい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」と同じ見解であるが、「当該区域の実情に詳しい」の「当該区域」に関し、国は「県域」であるが、知事の審査権限は、「当該埋立対象地域に当該埋立用途のための土地利用が適正合理的かという範囲において」である。

埋立ての免許・承認権を知事に与えた趣旨（理由）に関しては、国、沖縄県とも「公水面埋立申請で埋立の対象とされた区域について、当該区域の実情に詳しい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」と同じ見解である。しかし、「当該区域の実情に詳しい」の「当該区域」に関しては、両者の見解は全く異なる。つまり、沖縄県は「埋立予定区域及びその周辺地域」に限定されるに対し、国は、国土利用上の「県域」である。

沖縄県は、「本件においては、法4条1項1号による免許承認要件たる『国土利用上適正且合理的』は、原告も述べているとおり、『公水面埋立申請で埋立の対象とされた区域について、当該区域の実情に詳しい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より』、その際には、当然埋立後の用途も審査の対象となる。

そして、その際には、その用途に照らし、当該埋立対象区域及びその

周辺の土地利用の観点から審査がなされるのであるから、当該埋立対象地域に当該埋立用途のための土地利用が適正合理的かという範囲においては、免許（承認）権者である知事に審査権限があるというほかない（代・被告第4準備書面23頁）。

埋立て承認の際の判断対象地の範囲に関して、沖縄県の見解は、「当該埋立対象地域に当該埋立用途のための土地利用が適正合理的かという範囲においては、免許（承認）権者である知事に審査権限がある」ということである。これは、承認の判断対象を示したものである。したがって、この段階で、沖縄本島内の米軍基地は判断対象から除外される。これに対して、留意しておくべきは、前述のように、国の見解は「県域」であるので、沖縄本島内の米軍基地が判断の対象となっていることである。それでは、次に、知事の審査権限は、「当該埋立対象地域に当該埋立用途のための土地利用が適正合理的かという範囲において」であるが、どのような観点からの審査権限であるか、みてみよう。つまり、地域形成計画上の土地利用計画の観点からの「埋立用途のための土地利用」か、それとも、公害発生源としての「埋立用途のための土地利用」で「環境保全」の観点からの「埋立用途」かである。まさに、埋立法の趣旨の解釈の機能である。その承認の判断対象の範囲での承認権限の機能を示す、埋立法の趣旨・目的を見てみよう。

### 3 埋立法の趣旨・目的は「地方公共団体利益保護説」

第2に、埋立法の趣旨・目的を、「埋立の対象となる地域の海域、沿岸地域の総合的な管理・利用に関する利益の保護」と定義する（「地方公共団体利益保護説」）。つまり、埋立法を「埋立てに関する法律」として捉え、「土地利用に関する法律」したがって、「国土・土地の合理的利用」説、「土地所有権の合理的制限」説、その制限原理の「公共の福祉の増進」説を採らないことを意味する。

沖縄県の旧理論構成は、埋立法の趣旨・目的を「①埋立法は、行政の責任者たる都道府県知事に対して、①地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。すなわち、②埋立法は、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」と定義する（代・被告第4準備書面6・7頁）。

この定義は、①は、免許（承認）の趣旨（法的性質）を規定したもので、②は埋立法の趣旨を規定したものと思われるが、次に定義は、より、明確に、①と②の関係を定義している。

「①公有水面埋立法2条1項・42条1項は、行政の責任者たる都道府県知事に対して、地歩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、②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を採用することにより、当該公有水面が所在する地方公共団体の個別的利益を保護しているものである」（被告第3準備書面10・11頁）。

この叙述から①は、免許・承認は何に目的とするかという免許・承認の趣旨（法的性質）で、②は、その目的の内容となる埋立法の趣旨・目的を定義していることになる。そして、埋立法の趣旨は「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」と定義されるのである。この利益は、沖縄県の第1号要件、第2号要件の趣旨から「環境の保全」を意味するので、埋立法の趣旨は地方公共団体が「環境の保全」利益の保護となる。したがって、沖縄県の見解は、埋立法の趣旨は、「当該埋立対象地域に当該埋立用途のための土地利用が適正合理的かという範囲において」は、「環境保全」を目的とすることになる。それでは、「環境保全」の観点から「当該埋立対象

地域に当該埋立用途のための土地利用が適正合理的」である方法は何かである。これが、免許・承認の趣旨である。次に。その免許・承認の趣旨をみていみよう。

#### 4 免許・承認の趣旨（法的性質）は「法的コントロール説」（非権利説）

したがって、第3に、免許・承認の趣旨（法的性質）を、「行政の責任者たる都道府県知事」の「地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」として捉える（「法的コントロール説」）ことになる。つまり、土地所有権取得権説ではなく非権利説となる。

沖縄県の旧理論構成は、免許・承認の趣旨（法的性質）を、「行政の責任者たる都道府県知事」の「地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」として捉える。この「法的コントロールの手法」とは埋立て事業規制であり、その規制の手法が承認・免許の権限による規制ということになる。また、「埋立てをなす権利」（「埋立権」）の付与という授益的処分の側面は後退し、免許・承認の射程距離も埋立竣功までとなる。埋立法の趣旨が「環境保全」にあるので、その「埋立権」は次の第1号要件、第2号要件に適合する「環境保全」の範囲で「埋立権」の付与権限として、「地方公共団体」の「環境保全」の「利益」が保護される。つまり、免許・承認の法的性質は授益的処分というより埋立事業の規制権限の傾向が強くなり、いわば、非権利説ということになる。つまり、承認の趣旨（法的性質）に関する非権利説とは、国は、本来的に公有水面を直接排他的支配する権能を有しているから、国はこの権能に基づいて埋め立てを行うことになるので、「都道府県知事が海面に対して有する機能管理権との調整上の兼ねいから都道府県知事の承認を要することとし、都道府県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ことにある」（山口地判2012年6月6日）

とする見解である。

「さらに言えば、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、本件はいわば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侵益的行政処分ですらある）、授益的行政処分の取消権制限法理の適用は、この意味でもありえない」（代・被告第10準備書面7頁）。

そして、このような免許・承認の趣旨にしたがって次のような第1号要件の解釈となるのである。

#### 5 第1号要件の解釈は「埋立地の用途」は判断対象とならず

第4に、埋立法4条1項第1号要件の解釈を「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」とする（「環境保全説」）。

沖縄県の旧理論構成の第1号要件の解釈は、埋立法の趣旨、免許・承認の趣旨を踏まえて、次のとおりとなる。

「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』を公有水面免許ないし承認の要件としており、これは、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。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頁）

この沖縄県の見解は第2号要件だけでなく第1号要件の趣旨も「環境保全」に純化（限定）している点に特徴がある。なぜなら、2号は、「1号とは別途に、より直截に環境保全を要請する」とするからである。つまり、第1号要件も「環境保全」であるが、第2号要件は「より直截に環境保全を要請する」ものだからである。したがって、沖縄県の第1号

要件の解釈である「埋立ての必要性和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」の「①埋立後の土地利用が②周囲の自然環境に及ぼす影響」は、「環境保全の公共性」を「評価基準」として判断されるので、「①埋立て後の土地利用」は「②周囲の自然環境に及ぼす影響」に限定され、「①埋立て後の土地利用」は、「地域形成計画」上の「埋立地の用途」としては、第1号要件の判断対象（要素）から除外されることになる。

つまり、旧理論構成の第1号要件の解釈においては、米軍基地は、地域計画上の「埋立地の用途」としての「米軍基地」つまり「土地利用権原確保」のための「埋立地の用途」ではなく、公害発生源の「米軍基地」として「環境保全」の観点からの「埋立地の用途」としての「米軍基地」の存在となる。したがって、「埋立地予定地域」以外の沖縄本島内の米軍基地は第1号要件の判断対象から除外されることになる。

## 6 取消権の発生根拠としての沖縄県取消権説

第5に、第1号要件の趣旨が、承認処分権限の「裏腹の関係」として、取消権の発生根拠となる点である。

第1号要件を「承認権限」の「裏腹の関係」として取消権の発生根拠とするため、次のように規定する。

「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面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」(代・被告第1準備書面13頁)。

つまり、地方公共団体の利益を保護するための法的コントロールの手

法として、承認権限の「裏腹の関係」にある取消権ということになる。なぜなら、「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」（被告第10準備書面12・13頁）。

そして、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・被告第3備書面12・13頁）と定義される。

したがって、「同一行政庁による自庁取消しであるから、埋承認申請の申請時の前知事と同じ立場において、公有水面埋立承認出願が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、審査申出人の判断に裁量権の範囲の逸脱・濫用があるかどうかである」（3・23審査申出書35頁）。

## 7 米軍基地過重負担の法律構成（自治権空白地帯論）

第6に、沖縄県の旧理論構成（環境保全説）では、陸地（沖縄本島）の米軍基地過重負担は、第1号要件の解釈では判断対象にならない。なぜなら、埋立予定区域の米軍基地だけが判断対象となるからである。県の旧理論構成での米軍基地過重負担は地位協定の排他的管理権による自治権空白地帯であり、梅立法とは関連ないからである。

「本件埋立承認出願は、米軍基地建設により、自治権の及ばない地域を作出することにより自治権を制約し、極めて高い価値を有する本件埋立対象地域の自然を喪失させ、沖縄県民の民意に反して、米軍基地の存在によって負担を受け続けてきた沖縄県民の負担を将来にわたって固定化するものであり、その不利益の程度は、憲法に反するに至る重大なものであるから、このような不利益を正当化しうる公共性、必要性が認められるか否かを、都道府県知事が判断すべきことは当然である。」

(代・被告第1準備書面15頁)。

ここでは、米軍基地自体が問題であり、その米軍基地存立の根拠である使用権原は問題となっていない。33施設の米軍基地に新たに米軍基地を建設すること自体が問題である。これは、米軍基地の存在を前提とした問題であるので、米軍基地の運用・管理の日米地位協定の排他的管理権等の問題となり、米軍基地過重負担は「自治権の空白地帯」の問題となる。したがって、米軍基地の利用権原確保の問題でなくなり、第1号要件の射程外の法的問題となる。

旧理論構成の米軍基地過重負担問題の特徴は、地域振興の著しい阻害要因を「排他的管理権等のため自治権が及ばないことによる広大な米軍基地の存在」とした点である。「埋立地の用途」が「米軍辺野古飛行場」であるため、米軍基地の建設の側面において、米軍基地が地位協定の排他的管理権の問題として捉えられたのである。つまり「米軍基地は排他的管理権等のため自治権が及ばないことにより広大な米軍基地の存在が沖縄県の地域振興の著しい阻害要因となっていること」(代・被告第1準備書面201頁)とされた。つまり、旧理論構成では、米軍基地過重負担は、国土の適正かつ合理的利用の根拠法規である埋立法の判断対象から除外されていたのである。埋立法の趣旨・目的が「環境保全の公共性」にあるからである。

したがって、米軍基地跡地利用で証明される米軍基地の地域経済向上に阻害要因の経済的側面の問題は全く対象外となる。第1号要件は「国土利用上」でありながら、承認処分は制限された土地所有権の授益的処分ではないからである。なぜなら、沖縄県の第1号要件の趣旨は、地方公共団体の「環境保全」の地域利益を保護するためにあるからである。

また、米軍基地過重負担自体を地位協定の排他的管理権による自治権空白地帯の問題とすることは、地位協定は日米政府レベルの法的問題であるの、知事の権限外の問題となる。

「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」（国3月29日答弁書107頁）。

つまり、沖縄県の米軍基地過重負担の不利益の要因を「自治権の空白地帯論」の求める理論構成は法律構成として失敗で、米軍基地過重負担は、第1号要件の判断対象にならないのである。

## 8 沖縄県の旧理論構成の要約

要するに、沖縄県の埋立法の捉え方（理論構成）の特徴は、次の6点に纏めることができる。

第1に、埋立ての免許・承認権限を知事に授権した理由は、「当該区域の実情に詳しい」ことであるが、その「当該区域」に関し、国は「県域」であるのに対して、知事の審査権限は、「当該埋立対象地域に当該埋立用途のための土地利用が適正合理的かという範囲において」である（埋立予定地域限定説）。

第2に、埋立法の趣旨・目的を、当該地方公共団体の「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」と定義する（「地方公共団体利益保護説」）。

第3に、免許・承認の趣旨（法的性質）を、「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」として捉える（「非権利説」）。

第4に、埋立法4条1項第1号要件の解釈を「埋立ての必要性和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」とする（「環境保全説」）。

第5に、第1号要件の趣旨が、承認処分権限の「裏腹の関係」として、取消権の発生根拠となる点である（沖縄県取消権説）。

第6に、沖縄県の旧理論構成（環境保全説）では、陸地（沖縄本島）の米軍基地過重負担は、第1号要件の解釈では判断対象にならない。なぜなら、埋立予定区域の米軍基地だけが判断対象となるからである。したがって、跡地利用の経済効果を考慮できず、知事の権限もないので主張失当となる。陸地の米軍基地過重負担は日米地協定の排他的管理権等の自治権の空白地帯による不利益とする。

## 第5節 国の理論構成（国民経済向上説）

国の理論構成の特徴は、拙稿の論文及び第三者委員会報告の理論構成と原理的に同じ立場をとっていることである。第1の特徴は、埋立法の法的性格を「土地利用に関する法律」として捉えることを前提とする埋立法の趣旨を「国民経済の向上に資すること」とする点である。第2の特徴は、承認の効果を「私人と同様の立場」（国の5・9回答書79頁）として、土地所有権取得権説をとっていることである。

### 1 免許・承認権限を知事に授権した趣旨（理由）

これは、なぜ知事が埋立ての免許・承認権を持っているかであり、免許・承認の趣旨（法的性質）は何かで、埋立て承認の判断対象地域を規定する機能をもつ。

埋立ての免許・承認権を知事に与えた理由に関しては、国、沖縄県とも「公水面埋立申請で埋立の対象とされた区域について、当該区域の実情に詳しい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」と同じ見解である。しかし、「当該区域の実情に詳しい」の「当該区域」に関しては、両者の見解は全く異なる。つまり、沖縄県は「埋立予定区

域及びその周辺地域」に限定されるに対し、国は、国土利用上の「県域」である。

国の見解は、「当該都道府県」、つまり「県域」である。埋立て承認の際の判断対象地の範囲を示す重要な言及である。

「埋立て承認が法定受託事務として都道府県の事務とされたのは、当該地方の実情に詳しい都道府県知事の判断に委ねるのが合理的と考えられたからであると解される。」他方で、「当該都道府県の区域を超える広域的な影響等があると考えられる埋立てについては、その可否の判断を、当該区域を管轄する都道府県知事のみ委ねることが適当でないという趣旨から、上記施行令は定められたものである。」

「したがって、法の解釈としても、承認申請を受けた都道府県知事は、当該申請の対象となっている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をすれば足り、それ以上に他の都道府県に適地があるか否かを審査することは許されない。」（代執行訴訟原告訴状73頁・74頁）。

この叙述は、辺野古承認取消訴訟を巡る法律構成において重要な承認の判断対象（要素）を明確に示している。すなわち、「法の解釈としても、承認申請を受けた都道府県知事は、当該申請の対象となっている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をすれば足り」（原告代執行訴訟訴状73・74頁）と指摘する点である。

これは、沖縄県知事は、他府県の米軍基地の存在について審査する権限はないが、本件承認にあたって沖縄本島の米軍基地、したがって米軍基地過重負担を審査する（判断要素とする）ことができることを含意する。国は、「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をすれば

足り」ると主張しているからである。

したがって、国は、具体的に、次のように現実に存在する沖縄本島内の米軍基地を判断対象にしているのである。

「沖縄県においては①普天間飛行場の周辺住民等の生命・身体の具体的な危険の除去が喫緊の課題であるとの見地のみならず、②宜野湾市の経済的振興や、③沖縄県全体における総合的な負担の軽減という見地からしても、④既にキャンプ・シュワブが存在している辺野古沿岸域を埋め立てて、普天間飛行場に比して大幅に規模の縮小した本件代替施設等を設置することは適正かつ合理的であるといえる（①～④筆者挿入）」（代執行訴訟原告訴状74頁）。

国は、上記①②③④の事実を埋立法の趣旨による「国民経済＝地域経済向上の公共性」及び「米軍基地の公共性」を評価基準とする評価根拠事由として法律構成しているが、沖縄県は、それらの事由の否定的側面として「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」としての評価障害事由として法律構成することを国が認めていることになる。

ところが、沖縄県の法律構成では、「当該埋立対象区域及びその周辺の土地利用の観点から審査がなされる」と主張し、埋立て承認の際の判断対象地の範囲に関して、沖縄県の見解は、「当該埋立対象地域に当該埋立用途のための土地利用が適正合理的かという範囲においては、免許（承認）権者である知事に審査権限がある」ということである。これは、承認の判断対象を示したものであるので、この段階で、沖縄本島内の米軍基地は判断対象から除外される。この点も、沖縄県が法律構成を変更せざるをえない論点である。

つまり、国は陸地の普天間飛行場は第1号要件の判断要素となるとしているのであり、米軍基地過重負担が判断要素となることは、その法律構成に内包している。その理論構成が沖縄県にとっては死活的な論点となる。

## 2 埋立法の趣旨・目的

国は、埋立法の趣旨・目的を、「国の所有する公有水面（1条1項）を埋め立てて、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」と定義する（代・原告第1準備書面8頁・71頁）。

この定義は、第1に、埋立法が「土地の合理的利用に関する法律」であることを含意する。なぜなら、公有水面を埋め立てて、「これを利用することが、国土の開発」に資するとなっているからである。第2に、「土地所有権の合理的制限」による「公共の福祉の増進」（公共性）を含意している。なぜなら、埋立てた「土地を利用することが」「国民経済の向上に資するもの」とすることは、土地利用は国民の権利として「土地利用権」としての「土地所有権」であり、それが「国民経済の向上に資する」とは「土地所有権の合理的制限」により「国民経済の向上に資する」ことにより「公共の福祉の増進」となり、土地所有権の制限原理は「公共の福祉の増進」（公共性）となるからである。そして、このような埋立法の趣旨・目的の内容は次の免許・承認の趣旨・目的に明確に定義されるのである。国の埋立法の辺野古訴訟における到達点と評価することができよう。

## 3 免許・承認（法2条）の趣旨・目的

埋立て免許・承認の趣旨（法的性質）に関しては、定義されていなかったが、国はこれまでの見解を変更して、免許（私人）と承認（国）の「法的効果は同一」（代・原告第1準備書面9頁）とするので、埋立承認の法的性質は、特定の公有水面を埋め立てて土地を造成し、埋立て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する権利を設定する処分となる（「土地所有権取得権説」）。

そして、係争委審査における国の5・9回答書で、①埋立法2条に基づく免許（承認）の趣旨・目的（埋立法の趣旨）を、②免許（承認）の

法的性質、③第1号要件の趣旨④第2号要件の趣旨を集約的、総合的に定義する。

「法に基づく①免許（承認）の趣旨・目的は、②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（②免許・承認の法的性質・土地所有権取得権説）を有するとともに、③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（④第2号要件の趣旨、環境保全は条件）、④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（①埋立法の趣旨）、もって、⑤我が国の国土の適正且つ合理的な利用を確保すること（③第1号要件の趣旨・解釈①免許・承認の趣旨）にある（①～⑤及び（）筆者挿入）。」（国5・9回答書11頁）。

この定義は、免許・承認の法的性質を、「①自然公物である公有水面を埋め立て、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」と捉えることの本体は、土地所有権取得権説をとっていることを表明している。

第2号要件の趣旨は、「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にも十分配慮すること」として、第1号要件では「環境保全」を「条件」と捉えられることになる。

そして、第1号要件の趣旨は、「③国民経済の向上の観点から真に必要な埋立てを許容すること」として埋立法の理論枠組みを示している。

なお、国は第2号要件に関して、「法は、公有水面の埋立行為そのものを規律し無秩序な埋立行為を抑制することにその本旨があるから、環境保全への十分な配慮（同2号）や水面権利者との調整（法5条）等の埋立行為から生じる社会経済への影響の調和を図るための規制の側面については、埋立行為そのものに規律の射程が限られるものと解すべきである。」（代・原告第2準備書面17頁）。

これは、第1号要件の承認が国土利用の観点から「国土の均衡ある発展」の俯瞰的視点での「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・地域経済の向上に資するための授益的処分であるのに対し、第2号要件の側面の承認は、公有水面の埋立行為そのものを規律し無秩序な埋立行為を抑制するために、環境保全への十分な配慮を図るための規制的側面であるから、埋立行為そのものに規律の射程が限られるとする。つまり、承認のための判断対象の範囲に関しては、第1号要件は「国民経済・地域経済の向上」の観点から、判断対象は「県域」となるのに対し、第2号要件は、環境保全への十分な配慮を図るための規制的側面であるから、埋立予定地域に限定されることになる。

第1号要件は土地所有権取得権説に親和的であり、埋立権説、非権利説は第2号要件に親和的である。沖縄県は第1号要件趣旨及び解釈を、性格の異なる第2号要件の趣旨を第1号要件の趣旨にした点に、法律構成が破綻した本質がある。つまり、米軍基地過重負担という沖縄の国土の合理的利用上の本質的問題が、まさに国土利用上の「国土の均衡ある発展」の判断要件である第1号要件から排除されることになるのである。沖縄県にとっては、第1号要件の解釈の旧理論構成の変更は不可避であったのである。

#### 4 第1号要件の解釈

そして、第1号要件は「法全体の趣旨からみても、公有水面の埋立てによる国民経済の向上等の公益の実現を目的とするため、当該埋立ての用途がこれに資するものであるかを『国土利用上適正且合理的ナルコト』（同1号）の要件で審査することは格別」（代・原告第2準備書面17頁）とする。

他方第2号要件について、「法は、公有水面の埋立行為そのものを規律し無秩序な埋立行為を抑制することにその本旨があるから、環境保全へ

の十分な配慮（同2号）や水面権利者との調整（法5条）等の埋立行為から生じる社会経済への影響の調和を図るための規制的側面については、埋立行為そのものに規律の射程が限られると解すべき」と規定する（代・原告第2準備書面17頁）。

つまり、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」と規定し、第1号要件は「埋立地の用途」が「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いうのである。いわば第1号要件の評価基準を「国民経済向上の公共性」に求めるのである。したがって、埋立承認基準の第1号要件の充足性の裁量判断の構成要素は「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。また、「埋立地の用途」は米軍基地であるので、「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。つまり、国の第1号要件の評価基準は「国民経済向上の公共性」および「米軍基地の公共性」となり、その要件充足性（違法性）の裁量判断を構成する要素は、それらの評価基準に照らして判断されることになり、「米軍基地過重負担の歴史的現実」が判断要素となるかは「国民経済向上の公共性」及び「米軍基地の公共性」に照らして判断されることになる。

そして、国は、高松高裁平成6年6月24日判決を参照して、次のように、柔軟な、つまり陸地の米軍基地（普天間飛行場）が判断要素とする解釈をする。

「法4条1項1号は、免許基準（承認基準）の一として、『国土利用上適正且合理的ナルコト』（以下「第1号要件」という。）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解され、免許（承認）権者がその適合性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や、当該埋立自体及び埋立後の土

地利用が周囲の自然環境等に及ぼす影響など、相互の異質な利益を比較衡量した上で、地域の実情を踏まえ、技術的、政策的な見地から総合的に判断することになるから、法は、免許（承認）権者である都道府県知事に対して、第1号要件の適合性判断について一定の裁量を認めたものと解される（高松高裁平成6年6月24日判決・判例タイムス851号80ページ等参照）（国・3月29日答弁書6頁）。

この国の第1号要件の理論構成（解釈）は、陸地の普天間飛行場を1号要件の判断要素とすることを超えて、米軍基地過重負担も判断要素とするのであろうか。

まず、陸地（沖縄本島）の米軍基地は判断対象となるかの争点に関して、国は、沖縄県の旧理論と違って、陸地の米軍基地を判断対象としている。すなわち、代執行訴訟段階で既に、国は、「法の解釈としても、承認申請を受けた都道府県知事は、当該申請の対象となっている公有水面を埋め立てることが当該海滨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をすれば足り」（代執行訴訟原告訴状73頁・74頁）とし「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」として陸地の米軍基地も第1号要件の判断対象としていたのであるが、係争委審査の段階で、より明確に「当該埋立自体及び埋立後の土地利用が周囲の自然環境等に及ぼす影響など、相互の異質な利益を比較衡量した上で、地域の実情を踏まえ、技術的、政策的な見地から総合的に判断する」（国・3月29日答弁書6頁）として、陸地の米軍基地（過重負担）が「地域の実情」として判断要素となっているのである。

これは、本件承認にあたって沖縄本島の米軍基地、したがって米軍基地過重負担を判断要素とすることの可能性の指摘ともなる。

そして、留意すべきは、前述したように普天間飛行場移設の利益（埋立てによる利益）として、第1号要件の判断要素としているのであるそ

の前に、国は、具体的に、次のように現実に存在する沖縄本島内の米軍基地を判断対象にしているのである（代執行訴訟原告訴状74頁）。

## 5 沖縄県の米軍基地過重負担論の主張は失当

沖縄県の旧理論構成（環境保全説）説では陸地（沖縄本島）の米軍基地過重負担は、第1号要件の解釈では判断対象にならない。なぜなら、埋立予定区域の新たな建設される米軍基地だけが判断対象となるからである。しかし、沖縄県が第1号要件を環境保全説で埋立予定区域に限定する解釈（旧理論構成）から新解釈である「埋立ての用途・その後の土地利用の効果」と陸地の米軍基地過重負担に判断対象を拡大しても、その米軍基地過重負担は地位協定の排他的管理権による自治権空白地帯として位置づける。つまり、沖縄県の旧理論構成での米軍基地過重負担は地位協定の排他的管理権による自治権空白地帯であり、公有水面埋立法とは関連ないが、新理論構成で、陸地の米軍基地過重負担の弊害は、同じく排他的管理権の問題とするので、国に、次のように反論されるのである。

「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」（国3月29日答弁書107頁）。

米軍基地過重負担自体を地位協定の排他的管理権による自治権空白地帯として問題にしているからである。地位協定は日米政府レベルの法的问题であるからである。

米軍基地過重負担の法律構成は、国民経済活動の原動力・基盤である

土地所有権が過重な米軍基地の土地利用に固定化されていることの不利益（前記の5点の評価障害事由）とすべきである。

## 6 本件取消処分 of 違法性

国の本件取消処分の違法性判断の理論構成は、沖縄県取消権説と原処分違法性説の違いの観点からより明確となる、国の主張の全体をみてみよう。以下に全体の叙述をみるが、その前に、国の理論構成の理解の論理展開は、まず、①沖縄県の取消処分の理由は本件承認処分の違法性であることを前提とする。そして、その①の本件承認処分の違法性は、②国は、その原処分違法性説であると主張するが、③沖縄県は、同一行政庁による自庁取消しであるから、埋承認申請の申請時の前知事と同じ立場において、公有水面埋立承認出願が法の要件に適合しているか否かを判断できるものとする沖縄県取消権説を主張するが、④国は、その主張に対して、自庁取消しも原処分に違法な状態が客観的に存在する必要があると主張する。したがって、⑤沖縄県の沖縄県取消権説の主張には理由がないとする。以下、その論理の展開を前提に国の理論構成を確認する。

「①審査申出人は、前知事が第1号要件を満たさないにもかかわらずこれを満たすと判断した違法の瑕疵があるとして本件取消処分をしたものである。

②しかるに、本件承認処分に違法の瑕疵があるというためには、前知事が本件承認処分において、裁量権の範囲の逸脱・濫用をしたといえる必要がある。したがって、本件で問題となるのは、原処分である本件承認処分に係る前知事判断に裁量権の範囲の逸脱・濫用があるかどうかであって、本件取消処分に係る審査申出人の判断に裁量権の逸脱・濫用があるかどうかではない。

③これに対し、審査申出人は、同一行政庁による自庁取消しであるか

ら、埋承認申請の申請時の前知事と同じ立場において、公有水面埋立承認出願が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、審査申出人の判断に裁量権の範囲の逸脱・濫用があるかどうかである旨主張する（審査申出書35ページ）。

④しかしながら、行政庁がいったんした行政処分について、それが違法であるとして自ら取り消し得る実質的な根拠が、法律による行政の原理に基づく適法性の回復にあることからすると、違法を理由に自庁取消しをする場面において検討されるべきは、原処分に違法な状態が客観的に存在しているか否かであり、その存否について裁量権はないといわざるを得ない（違法であると認められる場合にこれを取り消すかどうかについての裁量権はあり得るであろう。）。

⑥したがって、裁量権を有する前知事と同じ立場において要件適合性を判断することができるかどうかの理解を前提に、本件において審査対象となるのは審査申出人の判断に裁量権の逸脱・濫用があるかどうかであるとする審査申出人の上記主張には理由がない①～⑤筆者挿入。」（国3・29答弁書〔1〕7・8頁）。

つまり、沖縄県取消権説は原処分の違法を要件事実とする場合には、その主張には理由がないとなり、沖縄県の敗訴の可能性は高いことになる。

## 7 要約

要するに、国の埋立法の捉え方は次の6点に纏めることができる。

第1に、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」と定義する点である（「国民経済の向上説」）

第2に、埋立て免許・承認の趣旨（法的性質）に関しては、定義されていないが、国の従来の見解（非権利説）を変更して、免許（私人）と承認（国）の「法的効果は同一」（原告第1準備書面9頁）とするので、

土地所有権取得権説を採ることになる。

第3に、埋立法4条1項第1号要件の趣旨を、「公有水面の埋立てによる国民経済の向上等の公益の実現を目的」つまり「国民経済向上の公共性」に照らして「埋立ての用途」が「国土利用上適正かつ合理的なるか」を判断することである。つまり、第1号要件の「評価基準」が「国民経済向上の公共性」にあるということである。さらに、本件の「埋立ての用途」は「米軍基地」であるので、「米軍基地の公共性」が評価基準になる。

第4に、第1号要件の解釈を陸地（沖縄本島）の米軍基地を含む「土地利用合理説」を採る。

第5に、米軍基地過重負担の不利益に関して、沖縄県の「巨大な自治権の空白地帯論」に対して、沖縄県知事に米軍基地の配置に審査権限はないとして、知事の主張は失当であると主張する。

第6に、取消権の発生は原処分違法性説をとり、本件取消処分の違法性の主舞台を取消権の許容性の場面とし、取消権制限法理の成否が基本となり沖縄県取消権説を前提とする本件取消処分裁量権濫用（要件裁量の逸脱・濫用）、そして一般法理の取消権濫用（効果裁量の逸脱・濫用）の成否を争点とする。

## 第6節 沖縄県の新理論構成（公共の福祉増進説）

沖縄県の埋立法の新理論構成の特徴は、旧理論構成を原理的に転換し、拙稿の論文及び第三者委員会報告の理論構成と原理的に戻るか戻りつつあるということである。沖縄県の旧理論構成である埋立法の法的性格に関する「埋立に関する法律」（「環境保全説」）から「土地（合理的）利用に関する法律」（土地合理的利用説）、埋立法の趣旨に関する「地方公共団体利益保護説」から「国民経済・地域経済向上説」、埋立法の目的に関する「地域環境保全説」から「公共の福祉の増進説」（土地所有権の合理

的制限説)、米軍基地過重負担の不利益の要因に関する「自治権空白地帯論」と「土地所有権米軍基地固定化論」との併存、取消権発生の沖縄県取消権説から原処分違法性説への裁判上での実質的変更である。

### 1 承認・免許権限を知事に授権した趣旨（理由）

埋立ての免許・承認権を知事に与えた理由に関しては、国、沖縄県とも「公水面埋立申請で埋立の対象とされた区域について、当該区域の実情に詳しい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」と同じ見解である。しかし、「当該区域の実情に詳しい」の「当該区域」に関しては、沖縄県は「埋立予定区域及びその周辺地域」に限定されるに対し、国は、国土利用上の「県域」である。

沖縄県は、「その際には、その用途に照らし、当該埋立対象区域及びその周辺の土地利用の観点から審査がなされるのであるから、当該埋立対象地域に当該埋立用途のための土地利用が適正合理的かという範囲においては、免許（承認）権者である知事に審査権限があるというほかない。」（被告第4準備書面23頁）。

したがって、この段階で、沖縄本島内の米軍基地は判断対象から除外されることになる。

それでは、沖縄県の新理論構成では、陸地の米軍基地は判断対象となるのであろう。沖縄県の新理論構成では、旧理論構成の承認・免許の趣旨（法的性質）は承認・免許を都道府県知事に授権した理由として再構成される。

「埋立法の免許・承認に係る要件適合性の判断が法定受託事務として都道府県知事の事務とされたのは、①公有水面埋立承認申請で埋立ての対象とされた地域について、当該地域の事情に詳しい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よる。②『埋立法は、広域にわたる行政の責任者としての都道府県知事に対して、県域の大きな要素を

なす海域、とりわけ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として埋立ての免許権限を付与』（本田博利「基地イワクニの法律問題」148頁）したものである①②筆者挿入」（4・4反論書{8}12頁）。

ここでの①は、国の見解（原告第1準備書面11頁）では「県域」、沖縄県の旧理論構成では「埋立予定区域」であるが、新理論構成②が新たに加えられ、補強されたものである。①の見解は、「当該地域の事情」に関して、国は「県域」であり、したがって、沖縄本島内の米軍基地過重負担も知事の判断対象となるが、沖縄県の旧理論構成は、「当該埋立対象地域に当該埋立用途のための土地利用」に限定されているから、沖縄本島内の米軍基地の土地利用は判断の対象外となる。それでは、沖縄県の新理論構成に②が追加されたことは、①を県域に拡大して陸地の米軍基地も判断対象とする機能をもつのであろうか。

この②は、沖縄県の旧理論構成では、免許・承認の趣旨（法的性質）は「地方公共団体の利益保護説」を前提に、第1号要件の趣旨とされた「環境保全」を実現するための規制権限としての「法的コントロール」機能を有していた。しかし、「地方公共団体利益保護説」が放棄され、第1号要件が地域形成計画（国土利用計画）の下での「埋立地の用途」を媒介とする土地の合理的利用の法的コントロールの手法に転化する。

つまり、②の埋立予定区域限定の見解は、旧理論構成では、埋立法の趣旨が「地域公共団体利益保護説」であることを前提に、知事の免許・承認の趣旨（法的性質）として定義されたが、埋立法の趣旨の旧理論構成の「地方公共団体利益保護説」が放棄されたため、知事の免許・承認の趣旨である「法的コントロール説」は知事の「県域」の地域形成計画による土地の合理的利用の判断権の授権理由として復活したことになり、知事の判断対象を「当該埋立対象地域に当該埋立用途のための土地利用」に限定する旧理論構成も放棄されたことになり、新理論構成では、沖縄

本島内の米軍基地も土地利用の観点から判断対象となることから、米軍基地過重負担も判断対象となるのである。

それでは、新理論構成は、埋立法の趣旨、免許・承認の趣旨（法的性質）をどう定義、変更したのであろうか。

## 2 埋立法の趣旨・目的

沖縄県の、埋立法の趣旨・目的に関する旧理論構成は、「①埋立法は、行政の責任者たる都道府県知事に対して、①地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。すなわち、②埋立法は、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」と定義する（被告第4準備書面6・7頁）。そして、①と②の関係は、次の定義により、明確になる。

「①公有水面埋立法2条1項・42条1項は、行政の責任者たる都道府県知事に対して、地歩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、②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を採用することにより、当該公有水面が所在する地方公共団体の個別的利益を保護しているものである」（代・被告第3準備書面10・11頁）。

この定義は、①は、免許・承認は何に目的とするかという免許・承認の法的性質（趣旨）で「法的コントロール手法説」（非権利説）を示すものであり、②は、その目的の内容となる埋立法の趣旨・目的を定義していることになる。

前述のように、②「法的コントロール手法説」は、承認・免許権限を知事に授権した趣旨（理由）に移され、非権利説の論拠が失われ、さらに、①の地方公共団体利益保護説が削除され、放棄され、非権利説は居

場所を喪失し、放棄されることになる。

そこで、沖縄県は旧理論構成の「地方公共団体利益保護説」から、3・23審査申出書において、「公共の福祉の増進説」に原理的転換をする。

「公有水面を埋め立てて土地を造成することは、国土の狭小な我が国において公共の福祉に寄与するものであるが、他方で、当該地域の自然環境、生活環境や産業等に及ぼす影響が大きく公共の福祉の増進に反する側面も有することから、これらの異質な諸利益を総合的に判断した上で公共の福祉の増進に適うと評価される場合でなければ、当該埋立ては許容されるべきではない。」（3・23審査申出書81頁）。

埋立法の趣旨・目的と明示されていないが、「公有水面を埋め立てて土地を造成することは、国土の狭小な我が国において公共の福祉に寄与するものである」とは、内容的には、埋立法の趣旨・目的を「国土の開発による公共の福祉の増進」とする考え方である。

そして、4・4反論書において、「『公共の福祉の増進』という埋立法の目的」（4・4反論書 {8} 10頁）で明示される。

このように、埋立法の趣旨・目的を「国土の狭小な我が国において国土の開発による公共の福祉の増進」とすることは、沖縄県の旧理論構成である「地方公共団体の利益保護説」を原理的に否定することを含意する。

なぜなら、「国土の狭小な我が国において国土の開発による公共の福祉の増進」の利益は「地方公共団体の利益」ではなく「国民経済の発展」上の「国民の利益」であるからである。そして、埋立て免許・承認により、国民が受益する権利は、土地所有権の取得権だからである。つまり、埋立法の趣旨・目的の内容は、免許・承認の趣旨（法的性質）に規定されるのである。当然のことと言えば当然であるが、現実レベルでは、免許・承認の授益的処分の内容により埋立法の目的の内容が決定されるからである。例えば、埋立法の趣旨が地方公共団体の利益とする「環境の

保全」であるとするれば、その埋立法上の権限である知事の免許・承認権（埋立権）は、地方公共団体の利益である「環境の保全」のために規制権限を行使するというように、規制権限を行使する目的は埋立法の趣旨・目的が「環境の保全」にあるからである。この理論構成が沖縄県の旧理論構成である。

これに対して、新理論構成は埋立法の趣旨・目的を「国土の開発による国民経済の発展」とするとすると、その経済発展の担い手、手段が免許・承認により付与されることになる。つまり、埋立法の趣旨を「国民経済の発展」とすると、免許・承認の趣旨（法的性質）は「埋立地」の土地所有権の取得権となる。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。したがって、埋立法の趣旨を「国民経済の発展」とし、免許・承認の趣旨（法的性質）を土地所有権の取得権とすることは、沖縄県の旧理論構成を原理的に否定し、変更そのものとなる。

沖縄県が埋立法の趣旨・目的を「公共の福祉の増進」する判決上の根拠として、津地裁判所昭和44年9月18日判決を挙げている（4・4反論書〔8〕9頁）が、埋立免許の趣旨（法的性質）について「被申請人者ら所論のとおりいわゆる特許に属する行政処分であって、それを受ける者に対し特定の公有水面をすべての者に対抗して排他的に埋め立てることにより土地を造成し、竣功認可を条件にその竣功認可の日に埋立地の所有権を取得させる権利を設定するものである」（同上判決・判時601号85頁）と判示し、埋立法の趣旨・目的に関して

「法は公共の福祉増進の見地から」のものとする（同上・85頁）。

この判示は、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を、公有水面を埋立てて土地造成して、国民（実業家）に付与して国民経済（自由主義経済）を発展させ、国民を経済的に豊かにして「公共の福祉の増進」を目的としているのである。ただし、この判決は、昭

和44（1969）年で、産業公害の発生源対策の一環として昭和49（1974）年に改正され、埋立法4条1項の免許・承認基準が創設されることに留意すべきで、その理論構成が「環境保全説」である。しかし、埋立法の趣旨としては、「環境保全」は「本質」ではなく「条件」とすべきで「国民経済の向上」による「公共の福祉の増進」を本質とする理論構成すべきである。

さらに、沖縄県は、以下で述べるように、違法確認訴訟において、埋立法の趣旨・目的を、「土地の合理的利用」の国民の権利レベルでの「土地所有権の合理的制限」による「国民経済・地域経済向上」に資することにより「公共の福祉の増進」を目的とする「公共の福祉増進説」の立場をより明確にする。

つまり、沖縄県は、第三者委員会報告における第1号要件の意義に関して援用するに当たって、土地収用法を「公有水面埋立法と類似な性格を有する制度である」として、埋立法の趣旨・目的に関して土地収用法の趣旨・目的を援用するのである。

第三者委員会報告は、土地収用法の法的性格を、埋立法の法的性格として捉えることを含意する。土地収用法は「公共の利益の増進と私有財産との調整を図り、もって国土の適正且つ合理的な利用に寄与することを目的」（土地収用法1条）とする。したがって、埋立法の目的は「国土の適正且つ合理的な利用に寄与すること」即ち「国土・土地合理的利用説」であり「土地利用に関する法律」となる。また権利の側面では「私有財産」であるので、ここでは基本的に土地所有権を意味し、「公共の利益の増進」との調和であるから、土地所有権の合理的制限の原理は「公共の福祉の増進」となる。

したがって、沖縄県も第三者委員会報告と同様、埋立法の目的を「国土・土地合理的利用説」を採り、「土地所有権の合理的制限」の原理は「公共の福祉の増進」となる、国民のレベルでは「公共の福祉増進説」を

採ることを意味する。

それでは、埋立法の趣旨が「地方公共団体」の「環境保全」の利益の保護（地方公共団体利益説）から「国民経済の向上」による「公共の福祉の増進」（公共の福祉増進説）に原理転換することにより、埋立承認の法的性質（趣旨）は「土地所有権取得権説」に変更するのであろうか、それとも「埋立権説」となるのであろうか。

### 3 埋立承認の法的性質（趣旨）

沖縄県は第1号要件に関する旧解釈の「埋立自体及び埋立後の土地利用が周辺の自然環境への影響」として「埋立予定区域」の「環境保全」に純化する理論構成を、次のように「①埋立自体及び埋立地の用途（埋立後の土地利用）を対象」として陸地の米軍基地も包含する理論構成と根本的に変更するのである。

『国土利用上適正且合理的ナルコト』とは、①埋立自体及び埋立地の用途（埋立後の土地利用）を対象として、②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、③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④比較衡量をして総合的判断をした結果、前者が後者を優越することを意味するものと解される（①～④筆者挿入）（4・4反論書{1} 12頁、反論書{8} 10頁）。

この、承認・免許基準である第1号要件の新解釈の理論構成は、認・免許の法的性質に関して、土地所有権取得権説を前提又は基づくものであると考えられる。なぜなら、第1号要件解釈変更の本質は「埋立地の用途」としての「米軍基地」を法律構成することであり、それは、第1に米軍基地建設のための土地利用権原（土地所有権）の確保としての埋立承認は埋立法上、知事の権限であり、第2に、「土地利用計画」上の「埋立地の用途」を契機に「土地の用途」としての沖縄本島の「米軍基地」が判断対象となり、その過重負担の歴史的現実を判断要素とする法

律構成となり、第3に、土地所有権を米軍基地の土地利用に固定化する効果、即ち、一方では、米軍基地としての自由な基地機能、他方では、その自由な基地機能に伴う沖縄県（民）への悪影響となって現実化するからである。そのような現実化は知事の承認・免許による制限された土地所有権付与の授益的処分、逆に埋立事業計画者は、最終的に、「埋立地の用途」により制限された土地所有権を取得するのである。この土地所有権を法的基盤とする自由な経済（事業）活動の過程で、様々な利害が対立し、利益・不利益が生じ、多様な、異質の価値の対立が生じ、その調整が「公共の福祉の優先」（公共性）の観点からされることになる。

そして、「埋立地の用途」としての「米軍基地」を第1号要件の判断要素とすることは、「米軍基地」の利用権原が土地所有権であることに基づいて「米軍基地の公共性」を評価基準とすることになり、その「米軍基地の公共性」の評価障害事由としての「米軍基地過重負担」の法律構成は、①「地域経済向上の阻害要因」、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の問題」、さらに、⑤「不平等な基地負担による国民の安全保障観への悪影響」の5事由を評価障害事由とするのである。

つまり、前記第1号要件の新解釈は、以上のような判断枠組みを内包するものであるといえよう。

そして、「③現行の法体系の下で社会に受け入れられている諸価値」とは次のような諸価値であるが、以下で述べるように、この諸価値も土地所有権取得権説を含有していると考えられる。

「①『公共の福祉の増進』という埋立法の目的や②昭和48年改正で埋立法の重要な役割として位置づけられた環境保護の要請、③法の根本理念たる正義衡平の観念・平等原則、④日本国憲法の第13条や第25条等による人権保障や⑤第92条による地方自治の本旨の保障、⑥国土利用計画法

第2条が定める『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』という国土利用上の基本理念や⑦環境基本法第1条が定める『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』という目的といった、⑧現行法体系下における普遍的価値を踏まえて、第1号要件適合性の評価がされなければならないものである（①～⑧筆者挿入）。

この第1号要件の定義は、承認・免許の法的性質（趣旨）を土地所有権取得権説とするものである。

第1の理由は、土地収用法第20条3号は土地所有権の制限（公用収用、公用使用）の基準であり、その基準は、「事業計画が土地の適正且つ合理的な利用に寄与するものであること」であり、第1号要件の、埋立自体及び「埋立地の用途」が「国土利用上適正かつ合理的なること」と同旨であるという点である。そして、沖縄県の上記「③現行の法体系の下で社会に受け入れられている諸価値」は、土地収用法第20条3号の判断に関する東京地判平成16年4月22日を援用している（反論書〔8〕9頁）。

「さまざまな性質を異にする利益を比較衡量するという手法を使って勘案するに当たり、結局のところどのような価値を最も重視すべきということについては、現行の法体系の下で社会に普遍的に受け入れられた価値の優先順位を探求することが生じるのであり、そのような場面で作用するのが事業認定庁に認められ裁量というべきである」。

「③現行の法体系の下で社会に受け入れられている諸価値」の優先順位の探求は、土地所有権の制限の適正かつ合理性判断の場面で必要であり、この判断は非権利説では問題とならず、上記のように土地所有権取得権説の判断方法そのものである。

第2の理由は、埋立法の趣旨（性格）を土地収用法と「類似の性格を

有する」とする第三者委員会の見解を援用している点である。

第3の理由は、非権利説の根拠となる「環境保全」が条件となってきた。非権利説に配慮を示しつつ、法律構成としては土地所有権取得説を採るべきことを示唆する。

第4の理由は、免許・承認の法的性質に関して、判決例が、そして現段階では、国も土地所有権取得権説をとっていることで、沖縄県も独自の非権利説から土地所有権取得権説に変更する時期、段階にあることである。

しかしながら、沖縄県は、埋立て承認の法的性質に関して、免許（私人が名宛人）と承認（国が名宛人）の本質的な差異とすることを前提にして（国は私人の同様の立場とする見解）、明確に、土地所有権が財産的価値の基本であること前提にするが故に、次のように、取消権制限の成否の場面で、「土地所有権取得権説」を拒絶しているようにも読める。

「公有水面埋立承認は、自然公物の公用廃止を意味するものであり、公衆の自由使用や公有水面の有する環境機能や生態系維持機能といった重要な社会的利益に係るものであるから、公有水面の埋立ては免許・承認がなければできないものであり、免許・承認基準が定められ、これに適合しない埋立事業は一切認めないものとしているのである。

本件埋立承認処分は、公有水面を適法に埋め立て得る資格・地位を申請者たる沖縄防衛局に付与する処分であり（財産的価値に関係する処分ではなく、資格等の地位付与に関する処分）、同法が保護しようとしている適正な国土利用や環境保全・災害防止（公有水面埋立法第4条第1項）などの公益や地元市町村の公益（同法3条）を保護するために、当該承認処分が違法である場合には、違法な埋立工事を防止するために、当該承認処分が違法である場合には、違法な埋立工事を防止するために同処分の効果を覆滅させる必要性は極めて高い（行政処分を存続させると損なわれる自然公物に係る公共の利益）。

『公水法は、広域にわたる行政の責任者としての都道府県知事に対し、県域の大きな要素をなす海域、とりわけ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として埋立ての免許権限を付与』（本田博利「基地イワクニの法律問題」148頁）したものであり、都道府県知事は、この権限を適切に行使して公益を保護する責務があるものというべきである。」（違法確認訴訟被告第1準備書面192頁）。

この沖縄県の理論構成は、厳密に言えば、取消権制限法理の適用の場面で、埋立て承認により国が取得する権利は「土地所有権」ではないということを言っているにすぎないが、埋立て承認の法的性質に関する「土地所有権取得権説」は、承認処分は地域形成計画の下にある「埋立地の用途」に制限された土地所有権を取得する権利を設定する処分であるので、申請者が承認処分により取得する権利は「土地所有権」でなく「土地所有権を取得する権利」すなわち「土地所有権取得権説」である。

したがって、沖縄県の新理論構成が土地所有権取得権説を採っているとの理解は理論的には間違いではないということになる。

なお、免許による埋立権であるが、埋立権は、埋め立て工事の着手・続行の妨害排除請求ができるとする。その根拠は、「埋立権は、埋立工事遂行の目的で、一定の公有水面を支配・管理する所有権類似の権能である」からと判示する（神戸地裁姫路支部平成12年7月10日判決判時1735号106頁）。

また、違法確認訴訟の段階で、沖縄県は「公有水面の埋め立てという行為の性質」（埋立免許の責務の項であるが）において土地所有権取得権説を含意する叙述がみられる。すなわち、「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」（違法確認訴訟被告第2準備書面28頁）。

#### 4 第1号要件の意義と趣旨

それでは、次に、沖縄県が、第1号要件の趣旨を「国土・土地の合理的利用説」に変更し、それに基づく第1号要の新解釈（既に前述のように4・4反論書で変更）、を改めて確認することで、沖縄県の解釈変更宣言の意味を考えることにする。

まず「国土利用上適正且合理的ナルコト」の意義として「埋立てより得られる価値と失われる価値の比較衡量という総合的判断であること」と定義する。前記第三者委員会報告のレベルに戻している。そして、この判断の理念（評価基準）を国土利用計画第2条の基本理念に求めるのである。これは、第1号要件の趣旨を「環境保全説」から「国土・土地合理的利用説」への原理的転換及び埋立法の趣旨を「埋立てに関する法律」（環境保全説）から「土地利用に関する法律（国土・土地合理的利用説）」へ原理転換の宣言である。前記の意義に続いて述べているからである。

「国土利用計画法第2条は、国土利用の基本理念について、『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を基本理念として行うものとする。』と定めている。

『均衡ある発展』を阻害することは、国土利用の基本理念に反するものであり、『国土利用上適正且合理的』とは言えないこととなる。」（違法確認訴訟被告第1準備書面125頁）。

この叙述は、沖縄県が第1号要件の趣旨を「国土・土地合理的利用説」に原理的に転換するとともに第1号要件判断の評価基準を「国土の均衡ある発展」とすることにより、陸地（沖縄本島）の米軍基地（過重負担）

を第1号要件の判断対象とする機能を示すものである。

## 5 第1号要件の新解釈

沖縄県の旧理論構成は、第1号要件の解釈を「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」(代・被告第1準備書面15・16頁)と定義する。この第1号要件の解釈に「米軍基地としての土地利用」(埋立地の用途)自体は判断要素から除外される。上記の「埋立後の土地利用が周囲の自然環境に及ぼす影響」には陸地の米軍基地は、その判断対象に入らないからである。したがって、論理的には、当該埋立てを承認するか否かは、「埋立後の土地利用が周囲の自然環境に及ぼす影響」如何となり「環境保全」が第1号要件の趣旨となる。したがって、この第1号要件の趣旨からは、陸地(沖縄本島)の既存の米軍基地は第1号要件の判断対象から除外される。

しかし、沖縄の辺野古沿岸域の埋立て承認の本質的な問題は、70年にも渡る過重な負担をしてきた米軍基地を、新たに建設するための土地使用権原の確保のための埋立てであり、埋立法の平面では、「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」であるかである。

したがって、以下の旧解釈論の問題点は、沖縄県の新解釈への変更を必然化させるのである。

第1に、「埋立地の用途」として「米軍飛行場基地」を建設するために辺野古沿岸域を埋立てることが「国土利用上適正かつ合理的なること」かの法律判断を不可能にし、米軍飛行場基地建設の問題を、自ら、埋立法の第1号要件の論点から除外している。

第2に、普天間飛行場の代替施設としての新米軍飛行場建設のための埋立ては埋立法上、違法かという問題が本質的というのに、「埋立地の用途としての米軍基地」が判断対象から除外されている。

第3に、米軍基地の配備問題を国防・外交の問題として政府の判断の問題としても、「埋立地の用途」として「米軍基地」の利用権原を付与するための埋立て承認は埋立法4条1項第1号要件の充足判断として知事の権限だとする主張を否定することになる。沖縄県知事は米軍基地過重負担の沖縄県内に新たに米軍基地を建設するか否かの第1号要件上の判断権を否定するからである。

そこで、沖縄県は4・22係争委における知事陳述において、旧理論構成を全面的に否定し変更する第1号要件の趣旨を知事自ら次のように述べるのである。

『『国土利用上適正且合理的ナルコト』とは、埋立自体および埋立ての用途・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比較衡量し、前者が後者を優越することを意味するものと解される』。

この定義は、明確に「埋立地の用途としての米軍基地」が判断の対象となることを目的とした第1号要件の再定義である。

そして、沖縄県は、違法確認訴訟において、第1号要件の解釈の変更の論拠をより明確に第1号要件の趣旨を「環境保全説」から「土地の合理的利用説」に変更することに置くのである。沖縄県は陸地（沖縄本島）の米軍基地過重負担を第1号要件の判断対象・要素とするために、第1号要件の利益衡量論の原点に戻って第1号要件の再定義をすることになる。つまり、環境保全に純化する機能をもつ「⑥「周囲の自然環境に及ぼす影響」を排除する再定義である。

『『国土利用上適正且合理的ナルコト』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ものと解され』る（違法確認訴訟被告第1

準備書面131頁)。

さらに、違法確認訴訟被告第1準備書面は項目として「イ 公有水面埋立法の免許・承認要件適合性の判断は、梅立自体及び埋立地の用途・埋立後の土地利用を対象になされること」(同上第1準備書面127・128頁)を立てている。「埋立地の用途」の概念は、当該埋立て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ていることを内在しているのである。したがって、「埋立地の用途」を第1号要件の判断対象とすることは、必然的に陸地(地域・沖縄本島)の米軍基地に実情、つまり沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実が判断対象とされることを意味するのである。「埋立地の用途」・「土地の用途」概念は国土形成計画、地形成計画において、基軸概念となっているもので、その概念による、地域の土地利用状況、したがって、当該地域の国民経済・地域経済の歴史的現実がイメージできる概念であるのである。その意味では、沖縄県の旧解釈は致命的な弱点を内包していたことを意味する。

かくして、陸地(沖縄本島)の米軍基地(過重負担)は「埋立ての用途・埋立後の土地利用」(埋立地の用途)として第1号要件の判断対象となるのである。

## 6 米軍基地過重負担を第1号要件の判断対象・要素とする理由

米軍基地過重負担が埋立承認の判断対象となるのは、埋立法が国土利用計画法の一環としてあり、国土利用計画法の基本理念の下に適用されるからである。被告第1準備書は、そのことを、以下のように明確にしている。

「①沖縄県民の民意に反して、②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、日本国内における米軍基地の極端な偏在、一地域の著

しい過重負担を維持・固定化することは、本来、③日本国憲法第13条や第25条等の人権保障、④正義公平の観念、⑤平等原則、⑥地方自治法の本旨の保障、⑦公共の福祉の増進、⑧『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⑨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というものであり、それにもかかわらず、⑨本件埋立承認出願に係る埋立事業が『国土利用上適正且合理的』であると言いうるためには、⑩このような不利益を与えてもなお当該埋立事業計画を実施しなければならない特別な必要性を要するものというべきである」（違法確認訴訟被告第1準備書面154・155頁）。

なお「①沖縄県民の民意に反して」は重要である。なぜなら、米軍基地過重負担も沖縄県民が同意しているならば、原則としては認められるからである。

また③から⑨の目的・価値に反することが不利益となるのは、米軍基地過重負担自体が1号要件の判断対象・要素となることを前提とする。それは、米軍基地過重負担が⑧『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に反し、埋立法の目的である「⑦公共の福祉の増進」に寄与しないから、「不利益」として第1号要件の判断対象・要素となるからである。つまり、埋立法を国土利用計画法の一環及び具体的・個別法として位置づけるからである。逆に言えば、沖縄県の旧説である「環境保全説」だと、埋立法の対象は原則として埋立予定区域に限定されるので、陸地の沖縄本島に米軍基地過重負担は1号要件の判断対象・要素とならないからである。埋立法の目的を「公共の福祉の増進説」とすることの効果は米軍基地過重負担が第1号要件の判断対象・要素とする法律構成にあるのである。より端的に言えば、辺野古沿岸域の埋立てによる「新米軍基地建設」の

「公共性」に対抗できるのは沖縄の「米軍基地過重負担」の歴史的現実の「反公共性」にしかないのである。つまり、米軍基地過重負担を埋立承認の判断対象・要素に法律構成できるかが裁判の帰趨を決する、言い換えると沖縄県の勝機があるのである。

この法律構成は、第1に埋立法の趣旨を「国土の開発その他国民経済の向上に資すること」、第2に、代理署名最高裁大法廷判決が、米軍基地過重負担を「土地の適正かつ合理的利用」の判断要素していること、が挙げられている。「代理署名訴訟判決から拘するべきことは、『適正且つ合理的』という規範的評価要件の判断権者は要件裁量を有するものでありこの要件適合性認定権限を有する行政庁の判断が尊重されるべきということ、『沖縄県に駐留軍の基地が集中している現状』が判断要素となるということにあるというべきである。」(4・4反論書 {8} 21頁)。

ここでは第3の法律構成として、埋立法を国土利用計画法の個別・具体的法と位置づけることにより、米軍基地過重負担が国土利用計画法の「国土の均衡ある発展」の基本理念の観点から第1号要件の判断要素となるということになる。このことを、被告第1準備書面は次のように明確に述べる。

『『国土利用上の観点』ということよりすると、前述したとおり、国土利用の基本理念は『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』(国土利用計画法第2条)であるから、この基本理念のもとで、国内における均衡、一地域への偏在の解消という要請を判断要素として考慮しうることは当然とすべきである』(違法確認訴訟被告第1準備書面137頁)。

さらに、第4の法律構成として、被告第1準備書面は注目すべき構成をする。土地収用法20条3号の「土地の適正且つ合理的な利用に寄与するもの」という要件を充足すると認定するには「当該地域に即して、当

該地域の利用として適正且つ合理的であるか否かが判断されなければならないものである。公有水面埋立てについても、当該地域に即して、当該地域の国土利用として適正且合理的であるか否かが判断されなければならない」（違法確認訴訟被告第1準備書面135・136頁）。米軍基地過重負担の沖縄本島地域に即して同じ沖縄本島内の辺野古沿岸域を埋立てて新米軍基地を建設することが「国土利用として適正且つ合理的」であるか否かが判断されなければならないことになるので、米軍基地過重負担が第1号要件の判断対象・要素となるべきとなるのである。米軍基地過重負担を1号要件の判断要素とすべき有効な法律構成である。

第5の米軍基地過重負担の第1号要件の判断要素とすべき法律構成として埋立法が法定受託事務であることである。

「埋立法の免許・承認に係る要件適合性の判断が法定受託事務として都道府県知事の事務とされたのは、公有水面埋立承認申請で埋立ての対象とされた地域について、当該地域に係る総合調整的判断としての、当該地域の国土利用として適正且つ合理的であるか否かの判断は、当該地域の实情に詳しく且つ当該地域の行政主体である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よるものである」（違法確認訴訟被告第1準備書面136頁）。

ここでの「当該地域」は沖縄県の旧説である「環境保全説」では当該埋立予定区域を意味していたが、国は「当該地域」を「県域」としているが、沖縄県の新説が「国土の均衡ある発展」の観点からの埋立地の土地利用を考えるので、埋立予定区域を含む「県域」となり、「県域」である沖縄本島の米軍基地過重負担が埋立て承認の判断要素とすべきことになる。第1号要件の判断主体としての個別「沖縄県」知事の判断対象として米軍基地過重負担を第1号要件の判断対象・要素に転ずるのである。沖縄県の当該地域の实情は「米軍基地過重負担」だからである。

そして、第6に、違法確認訴訟被告第1準備書面は項目として「イ

公有水面埋立法の免許・承認要件適合性の判断は、梅立自体及び埋立地の用途・埋立後の土地利用を対象になされること」(同上第1準備書面127・128頁)を立てて、第1号要件の判断対象として「埋立地の用途」を強調していることである。なぜなら、「埋立地の用途」の概念は、当該埋立て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ていることを内在しているからである。したがって、「埋立地の用途」を第1号要件の判断対象とすることは、必然的に陸地(地域・沖縄本島)の米軍基地に実情、つまり沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実が判断対象とされることを意味するのである。

## 7 米軍基地過負担の不利益の判断と要因

### (1) 米軍基地過負担の判断位置と沖縄県取消権説、原処分違法性説

米軍基地過負担の不利益の第1号要件適合性判断は沖縄県取消権説と本件承認処分の違法性とは、要件適合性判断の要素としているか、すべきかで異なる。米軍基地過負担の第1号要件適合性判断の判断要素となるかに関して、仲井真前知事の本件承認処分においては、判断要素とせずに適合性ありとして承認したので、その判断過程に米軍基地過負担を考慮要素とすべきで、考慮要素としなかった点において裁量権の逸脱・濫用の違法があると主張することになる。これに対して、沖縄県取消権説は、第1号要件適合性の判断要素として米軍基地過負担を判断要素とした上で、要件適合性が認められないとして違法という判断となる。この裁量権の逸脱・濫用の場面の違いが沖縄県取消権説の法律構成の特徴でもあるが、いずれにせよ、取消権という既成秩序を法律で覆滅させる制度は、事案の規模、性質による原処分の違法性による取消権の発生となる。本件事案に即すると本件承認処分の違法を根拠とする取消権にならざるを得ない。その観点からすると、米軍基地過負担の不

利益の内容は同質として考えて法律構成をすべきとなる。つまり、沖縄県取消権における米軍基地過重負担の不利益をもって原処分違法性説の判断要素としても問題はないという考えである。したがって、沖縄県取消権説における米軍基地過重負担の不利益の捉え方をもって原処分違法性説において捉えることにする。

## (2) 沖縄県取消権説と米軍基地過重負担

沖縄県取消権説は、本件取消処分の違法性に関して、「本件埋立承認出願は承認時において1号要件を充足していなかった（承認処分に実体的違法があった）と認めたものであり、この現沖縄県知事の判断に要件裁量の逸脱・濫用は認められないこと」とし、その要件充足性の判断は、埋立てによる利益と埋立てにより生ずる不利益の比較衡量により判断されるが、その不利益は「本件埋立承認出願に係る埋立事業による生ずる不利益として、①「代替性のない自然環境を不可逆的に喪失させるという不利益」と②「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」が構成される。この後者②の不利益として米軍基地過重負担の不利益が次のように理論構成されるのである。

## (2) 米軍基地過重負担の不利益の内容

「(ア)今後本件埋立対象地に普天間飛行場代替施設が建設された場合、騒音被害の増大は住民の生活や環境に大きな被害を与えるものであり、米軍航空機による被害・負担を将来にわたって沖縄県内に固定するものである。今日あらたに、沖縄県内に恒久的な米軍基地を建設することは、全国の在日米軍専用施設の73.8パーセントを抱える沖縄県において米軍基地の固定化を招く契機となり、過重負担について格差や過重負担の固定化に繋がるものであり、この埋立により生ずる不利益は著しいものである。

(イ)沖縄県民は、軍事、戦争、米軍基地の存在のため、70余年にわたって、運命を翻弄され、米軍基地負担を押しつけられてきた。

今日においても、沖縄における米軍基地の存在は、沖縄の振興開発を進める上で大きな制約となっていることはもとより、その運用等により周辺住民をはじめ県民生活に様々な影響を与えている。

① 日本の国土面積のわずか0.6パーセントにすぎない狭い沖縄県に、在日米軍専用施設面積の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。さらに、沖縄周辺には、28か所の水域と20か所の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。

② 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轄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。

③ こうした過重な米軍基地の存在は、都市形成や交通体系の整備及び産業基盤の整備など地域の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島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、住宅地が密集し、道路整備などが不十分な状況になっている。

④ 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。

⑤ また、広大な米軍基地の存在は、県民生活や自然環境に様々な影響を及ぼしており、とりわけ日常的に発生する航空機騒音による基地周辺住民の健康への影響や有害物質による土壌汚染・水質汚濁・戦闘機・ヘリコプター等米軍機の墜落事故及び油脂類・赤土等の流出、実弾演習による山林火災や被弾事故等米軍基地に起因する事件・事故等による県民生活及び環境への影響が問題となっている」（達・被告第1準備書面249～151頁）。

⑥ その他、米軍人等による刑法犯罪は「沖縄県警察本部の統計によると、昭和47年の日本復帰から平成24年12月末までに5,801件ののぼり、そのうち凶悪事件が570件、粗暴犯が1,045件発生するなど、県民の生命、生活及び財産に大きな影響を及ぼしている（①～⑥筆者挿入）」（達・被告第1準備書面152・153頁）。

この沖縄県の米軍基地過重負担の理論構成は、①は過重負担の静態的面積の確認である。②は米軍基地過重負担の不利益の要因を「巨大な米軍基地の空白地帯論」とするものである。③は、地域振興開発における、その具体的表れである。そして、④は「米軍基地の存在」が「地域経済振興の最大阻害要因」となっているという指摘であり、⑤は「広大な米軍基地の存在」が「県民生活や自然環境」への悪影響、そして、⑥が「その他、米軍人等による刑法犯罪」である。

### (3) 米軍基地過重負担の不利益の要因

沖縄の米軍基地過重負担の不利益の要因に関しては、前記②の沖縄県の理論構成である「(巨大な)自治権空白地帯論」と、本稿の理論構成である「土地所有権米軍基地固定化論」に区別できる。「自治権空白地帯論」は、日米地位協定の排他的管轄権の「巨大な自治権の空白地帯」による不利益とする理論構成である。この見解に対して、「土地所有権米軍基地

固定化論」は、国民経済その他国民の諸活動の原理・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不利益と理論構成するものである。

前記沖縄県は②で「自治権空白地帯論」を理論構成していることは、それを米軍基地過重負担の不利益の要因とすることを意味するので、③は「こうした過重な米軍基地の存在は」として、直接に要因とし、さらに⑤、⑥も要因としていることが考えられる。③⑤⑥に共通していることは、米軍基地過重負担の現象的な不利益である点で共通している。

しかし、④の跡地利用の経済効果による不利益は「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」として、現象的なものではなく、歴史的現実には依拠しているが、概念的に概念で捉えられた不利益である。このような不利益は「土地所有権米軍基地固定化論」の不利益の捉え方と同じであるので、④は「土地所有権米軍基地固定化論」による要因の捉え方の考えることができる。このような捉え方ができるのは、土地所有権は特定人が特定地の上下の時間空間を自由に利用及び処分できる権利であり、その土地所有権が、国民経済（自由主義経済）その他の国民の諸活動の原動力・基盤であり、それ故に、近代民主国家である日本の国民の諸活動の原動力・基盤となるからである。

つまり、前記、沖縄県の米軍基地過重負担の不利益の理論構成は、「自治権空白地帯論」と「土地所有権米軍基地固定化論」が混在していることになる。本稿は、沖縄の米軍基地過重負担の不利益の法律構成を、後者の「土地所有権米軍基地固定化論」に徹底（統一）すべきと考えるのである。

なぜなら、「自治権の空白地帯論」自体、知事に権限がないことを意味しているからである。したがって、国は係争委の段階であるが、次のように主張することができるのである。

「国防・外交上の観点から政策的、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」（国3月29日答弁書107頁）。

この国の反論は、「土地所有権米軍基地固定化論」には、その前提において通用しない。なぜなら、この国の反論は現実存在している米軍基地（過重負担）の「自治権の空白地帯論」に対するものであるが、「土地所有権米軍基地固定化論」における米軍基地（過重負担）は、まだ存在していない埋立予定区域を埋立てて米軍基地を建設するための土地利用権原としての土地所有権を創設するための承認基準の適合性という観念上のレベルで、米軍基地（過重負担）の不利益も観念上、概念的にと捉えられたもので、現実存在する米軍基地（過重負担）の不利益ではないからである。これは、埋立承認処分が時空間に存在する土地所有権の創設だからである。

要するに、本件事案での沖縄県の勝機は、土地所有権に基づく理論構成しかないのである。なぜなら、沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実の不利益は、梅立て承認の判断要素とする法律構成は、土地所有権を基軸とした理論構成でしかできないのである。この土地所有権は国民経済その他国民の諸活動の原動力・基盤であり、民主国家日本の原動力・基盤であるからである。

## 8 沖縄県取消権説の裁判上の実質的放棄（原処分違法性説との併存）

沖縄県は8月1日に答弁書及び被告第1準備書面を提出し、県の本質的法律構成である沖縄県取消権を変更した。なぜなら、「③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（県取消権説）」の主張立証（第2号要件・被告第1準備書面86頁～111頁、第1号要件・

同145頁～168頁)に、「及び」として「②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(原処分違法性説)」の主張立証(第2号要件・同112頁～125頁、第1号要件・同168頁～172頁)を追加したからである。ここに、沖縄県の本質的法律構成である沖縄県取消権説の変更は、政治的にはともかく、裁判上は破綻したことを意味するのである。係争委の審査を通じて国と県とで確定した、原処分である本件承認処分の「不当」を理由とする取消権発生である県取消権説が、「①本件承認処分に違法の瑕疵があるというため」(要件事実)には、主張の理由がないということになり敗訴が目に見えるので、県の弁護士としては、それを回避する職務上の責務があったからである。

また、8月5日の違法確認訴訟(7月22日提訴)の第1回口頭弁論の裁判長の争点整理において「原処分に違法な瑕疵があるのが取り消し要因である」(原処分違法性説)と「要件事実」が示され、その場で、沖縄県は、「あくまで前知事のした原処分が違法だから取り消したのだと」原処分違法性説を主張立証することを明言したのである。つまり、是正指示の違法性の抗弁を原処分違法性説で主張したのである。

そして、沖縄県は、前記のように被告第1準備書面で従来の沖縄県取消権説の主張後に、「及び」と続け原処分違法性説を追加し(被告第1準備書面168頁～172頁)、さらに「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」として優先審理を行うことを認めている(8月10日付釈明書{1}26頁)。「司法審査方式の問題として、本件埋立承認の裁量の逸脱・濫用を裁判所が直接に判断し、これを本件埋立承認取消の判断に優先させるという判断代置的審査をおこなうことはできないと主張しているものであるが、司法審査の方式は、弁論主義の問題ではない」(同上26頁)とするからである。

これで、少なくとも沖縄県取消権主張による主張の理由なしは回避されたことになる。沖縄の米軍基地過重負担の法律構成次第では最高裁に

一縷の望みが残されたことになる。

## 第7節 辺野古違法確認訴訟高裁判決

### 第1款 総説

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が、9月16日に言い渡された。本稿の関心は、同高裁が、辺野古訴訟の勝敗の帰趨を決すると考えられる「沖縄の米軍基地過重負担の歴的現実」（以下、「米軍基地過重負担」）を、埋立て承認基準の「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、以下、「第1号要件」）適合性判断方法である埋立てによる「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）の比較衡量の判断要素として、どう判断したかである。

本件判決は、「米軍基地過重負担」の判断を「**①本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であり、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）（本判決136頁）と判示した（以下、「本件軽減判断」とする）。つまり、「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（内包する）ものではなく、その「米軍基地過重負担」を軽減する「利益」となると判断したのである。「本件軽減判断」が「米軍基地過重負担」を判断対象としていることは「**④沖縄の基地負担の軽減に資するもの**」で「軽減」の内容・対象になっている「**④沖縄の基地負担**」で示されている。「**④沖縄の基地負担**」即ち「米軍基地過重負担」を対象とするから「軽減に資する」との判断が必要となるのである。

筆者は、「本件軽減判断」は、第1号要件の解釈を誤るものであると判断するものである。

第1の理由は、「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（「米軍基地過重負担」）ではなく、移設元と移設先の「個別米軍基地」間の「静態的面積」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、普天間飛行場（4.8km<sup>2</sup>）と移設先の辺野古沿岸域（1.6km<sup>2</sup>）で「半分以下」で、「静態的面積」の減少は4.8km<sup>2</sup>−1.6km<sup>2</sup>=3.2km<sup>2</sup>で「4.8km<sup>2</sup>から3.2km<sup>2</sup>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。このような「本件軽減判断」における「米軍基地過重負担」の「軽減」の基準は「個別米軍基地」間の比較である。

しかし、「米軍基地過重負担」の「軽減」の基準は「沖縄の全米軍基地」を基準にして判断されるべきである。米軍基地「過重負担」は、「静態的面積」の側面では、0.6%の沖縄県土に約74%の米軍専用施設（228km<sup>2</sup>）が集中していることの「過重負担」であり、全国土面積の県土面積の割合に応じた米軍専用施設の割合が高いという「過重負担」であるからである。「沖縄の全米軍基地」を負担軽減の基準とすると負担軽減か否かは228km<sup>2</sup>−（4.8km<sup>2</sup>−1.6km<sup>2</sup>=3.2km<sup>2</sup>）=224.8km<sup>2</sup>で判断されるべきで、県土面積の過重負担の228km<sup>2</sup>から3.2km<sup>2</sup>の軽減を埋立て承認の違法性判断レベルの負担軽減との判断が合理的であるかであるが、合理的とは言えないであろう。また、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からである。「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」が「国土利用上適正かつ合理的」か、を判断するところ、埋立地の用途としての「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）を踏まえるので、沖縄本島の全米軍基地が判断対象となるのである。したがって、「本件軽減判断」は第1号要件の解釈に誤りがあるのである。

第2の理由は、「個別米軍基地」間の比較衡量をする場合には、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」の「静態的面積」と「動態的機能」である。埋立予定地域の辺野古沿岸域が「キャンプ・シュワブ」内の米軍使用水域内であることは「キャンプ・シュワブ」を「固定化」することであるからである。しかし、「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」で想定しているのは、「固定化」を想定しない既存の「キャンプ・シュワブ」内への移設なるところ、「静態的面積」において新たな米軍基地の建設ではないので、沖縄県の負担増はなく、しかも普天間飛行場の4.8km<sup>2</sup>が全く負担軽減になることを強調することにより②と③で「軽減に資するもの」との判断である。

しかしながら、埋立予定地の辺野古沿岸域が「キャンプ・シュワブ」内であることは、「キャンプ・シュワブ」全体を将来にわたって固定化（返還が困難）することになり、しかも本件埋立予定の新「米軍辺野古飛行場」により軍事機能を強化した「キャンプ・シュワブ」の「固定化」となる。普天間飛行場と比較衡量すべきは軍事機能の強化された「キャンプ・シュワブ」となる。そこで普天間飛行場と「キャンプ・シュワブ」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、「静態的面積」の側面では、本件埋立てにより「キャンプ・シュワブ」(20.6km<sup>2</sup>)全体が固定化され上での普天間飛行場(4.8km<sup>2</sup>)の返還となるので $20.6\text{km}^2 - 4.8\text{km}^2 = 15.8\text{km}^2$ で、15.8km<sup>2</sup>も負担増となるのである。つまり、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。

次に、「動態的機能」の側面で普天間基地と「キャンプ・シュワブ」の比較衡量に関して「本件軽減判断」を検討する。「本件軽減判断」は「動態的機能」の側面では「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「動態的機能」は内容として5点の「不利

益事由」(評価障害事由)が法律構成されているが、その一つの「地域経済向上の阻害要因」を検討する。「米軍基地過重負担」が「地域経済向上の阻害要因」(評価障害事由)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。そして普天間飛行場の「直接経済効果」は沖縄県が推計し、国、本裁判所も3866億円を認定している。しかし、国と本判決は、この「直接経済効果」の3866億円を、本件埋立てにより普天間返還が実現し、文字どおりの跡地利用の「直接経済効果」で「宜野湾市の経済発展」(国)、「沖縄県全体の振興」(本判決)として、本件埋立てによる「利益」の評価根拠事由として法律構成している。したがって、この立場は、「動態的機能」の側面で「個別米軍基地」間の比較衡量で、「米軍基地過重負担」の「軽減」の差額を「利益」とすべきことになるが、本判決及び国は、この比較衡量をせずに、生のままで、普天間飛行場の返還による「沖縄県全体の振興」(「宜野湾市の経済発展」を内包)主張立証しているが、その主張立証は理由なしとして認められないであろう。

また、そもそも国には、普天間返還跡地利用の「直接経済効果」3866億円を「宜野湾市の経済発展」(評価根拠事由)として主張立証すること、次の3点の理由で、できない。第1に、理論的に、その「直接経済効果」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、その「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」(評価根拠事由)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」の同地域内への移設の法律構成することは「米軍基地過重負担」軽減の法的義務違反であること、の理由である。

さらに、仮に、国が「直接経済効果」3866億円を「利益」(「宜野湾市の経済発展」等)として主張立証できるとしても、その「利益」の内容は「個別米軍基地」間の比較衡量となるが、普天間飛行場(4.8km<sup>2</sup>)と「キャンプ・シュワブ」(20.6km<sup>2</sup>)地区との「直接経済効果」即ち「経

「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のである。普天間飛行場の跡地利用は内陸部の商業地域、居住地域、公共施設用地等を基本とする「直接経済効果」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能力」（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、以上のように、仮に、米軍基地跡地利用の「直接経済効果」は、当該米軍基地返還の場合には現象的には、「利益」（評価根拠事由）として「経済発展」の証明として援用できるとしても、逆に「米軍基地過重負担」のままだと沖縄県にとっては「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。なぜなら現状・現実には、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」の適合性判断レベルでは、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、米軍基地の土地利用は地域経済の阻害要因であることが証明され、しかも、その証明を裁判所と相手の国が認めているのである。その「証明」となる沖縄県推計の「直接経済効果」は、普天間飛行場を含む8地域13.8km<sup>2</sup>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。さらに、地域経済の最大の阻害要因として証明された米軍基地が沖縄県民の約9割の130万人が生活、生産の場である沖縄本島（1208km<sup>2</sup>）の約18%を米軍基地（221km<sup>2</sup>）が占有している状況で、「埋立地の用途」としての「米軍基地」のために本件埋立てを承認することは強い違法性を帯びることになるのである。ここに沖縄県の勝訴の可能性が確かに見えてくるのである。

以上から、「本件軽減判断」は第1号要件の解釈に誤りがあると判断さ

れるのである。本節は、この結論をより理論的に説明するために次のように構成する。

まず、「本件軽減判断」を、本判決全体（構造）のなかで核心をなすものと位置づけ（第2款「本判決の結論と特徴」、第3款「本判決の要旨」）、次に、「本件軽減判断」を考察する分析枠組みを設定する（第4款）。そして、先ず、「本件軽減判断」の前提となる国防・外交事項に対する知事の審査権限を検討して（第5款）、つぎに各争点レベル（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）における「本件軽減判断」を確認した上で（第6款）、本題の「本件軽減判断」が第1号要件の解釈を誤るものであることを考察する（第7款）。最後に、小結とする（第8款）。

## 第2款 本判決の結論と特徴

本件は、知事のした取消処分は、①承認処分に何らの瑕疵がないにもかかわらず瑕疵があるとされた点、②取消制限に反する点においても違法であるから、③取消処分の取り消しを求める本件指示は、地方自治法245条の7所定の全ての要件を充足しているとして、国が、地方自治法251条の7第1項2号イ又はロに基づき、県知事に対し、指示に基づいて、④知事が本件取消処分を取り消さないことが違法であることの確認を求めた事案である。

本件違法確認訴訟の結論は、①本件承認処分に裁量権を逸脱・濫用した違法があると言えない適法にもかかわらず行われた②本件取消処分は違法であって、③それに対する本件指示は適法であるところ、④被告が、その本件指示に従わず、本件取消処分を取り消さないのは違法であるとして、原告の請求を認容したものである。本判決は、①本件承認処分の違法性（適法）→②本件取消処分の違法性「違法」→③本件是正指示の違法性（適法）→④本件是正指示の不作為の違法性（違法）の論理展開

となっており、判断の基点は、①本件承認処分の違法性（適法）の判断となっており、その判断が本判決の特徴を示すことになる。

本判決の特徴は、結論としては、第1号要件適合性判断の判断要素である「利益」（評価根拠事由）で国の主張する沖縄の地理的優位性論、抑止力論、海兵隊の一体的運用論、辺野古埋立て唯一選択肢論、そして「本件軽減判断」（「米軍基地過重負担」軽減論）を認めて、沖縄県の全面的敗訴となったが、本稿の立場（「米軍基地過重負担」固定化論）の立場からは、法律的には、沖縄の勝訴の可能性、つまり上告審での勝訴の余地を残した判決であるという点である。

第1点は、「本件軽減判断」の判断に解釈の誤りがあるが、裁判所が「沖縄の基地の経緯」等を「認定事実」とすることにより、「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」を「認定事実」としていることである。判決文の66頁から82頁までの「認定事実」で、その内容は、「ア 沖縄の米軍基地の経緯」（66頁～71頁）、「イ 沖縄の米軍基地に関連する事件等」（71頁～80頁）、「ウ 日米地位協定に関連する規定」（80頁～82頁）である。

第2点は、国防・外交事項も「地域の利益に関わる限りにおいて審査権限を有する」とし、本件の「埋立地の用途」としての「米軍基地」建設のための埋立て承認の裁量判断に「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」を対象とすることを認めたことである。

### 第3款 本判決の要旨

本判決の結論は、前述のように、①本件承認処分に裁量権を逸脱・濫用した違法がなく行われた（適法）、②本件取消処分は違法であって、③それに対する本件指示は適法であるところ、④被告の本件指示の不作为は違法であるとして原告の請求を認容した。以下、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、④本件是正

指示の不作为の違法性、の各要旨を①を基本に述べて「本件軽減判断」が本判決の核心であることの一端を確認する。

## 1 本件承認処分の違法性

### (1) 審理の対象

本件の審理対象は、前沖縄県知事の辺野古沿岸の埋め立て承認が違法であるかどうかである。つまり、知事が本件承認処分を取り消すには、本件承認処分に裁量権の逸脱・濫用による違法があることを要し、その違法性の判断について知事に裁量は存しないので、取消処分の違法性を判断するに当たっては、本件承認処分の裁量権の逸脱濫用の違法性の有無が審理の対象となる。言い換えると、本件違法確認訴訟の審理の核心は本件承認処分の裁量権の逸脱・濫用の違法とするのであるが、その裁量権の逸脱・濫用の違法判断の場である第1号要件の適合性の判断過程の考慮要素として「米軍基地過重負担」を法律構成した上での「本件軽減判断」となるので、「本件軽減判断」は、本訴訟の核心をなす判断であることを示すことになる。以下、そのことの意味を検証する。

### (2) 第1号要件の適合性判断

第1号要件の「国土利用上適正且つ合理的なること」の適合性判断は国土利用の観点から①当該埋立ての必要性及び公共性の高さ②当該埋立て自体及び埋立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、総合的に判断される。

### (ア) 国防・外交事項に関する知事の審査権（公共性）

知事の審査権は国防・外交に係る事項に及ぶと解するのが相当。ただし、国防・外交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で審査権限を有するにすぎない。地方公共団体には国全

体の安全などを判断する権限も、判断しうる組織体制もない。本来、知事に審査権限を付与した趣旨と異なり、埋め立て承認を拒否した場合、本来の権限と責任を負うべき立場の国の不合理とは言えない判断が覆されてしまい、地方公共団体の判断が国の判断を優越することにもなりかねない。地方自治法が定める国と地方の役割分担の原則に沿わない不都合な事態になる。国の説明する国防・外交上の必要性について、具体的に不合理と認められない限りは、知事はその判断を尊重すべきだ。

(イ) 沖縄の地理的優位性（必要性）

沖縄と潜在的紛争地域とされる朝鮮半島や台湾海峡との距離は、ソウルまでが約1260キ、台北までが約630キ、グアムからより近い。北朝鮮の弾道ミサイル「ノドン」の射程外は国内の沖縄などごく一部。沖縄に地理的優位性が認められるとの国の説明は不合理ではない。

(ウ) 海兵隊の一体的運用（必要性）

在沖米軍の中で海兵隊は重要な役割があり、沖縄本島からの移転は機動力・即応力が失われるため採用できない。「在沖縄全海兵隊を県外に移転することができないという国の判断は戦後70年の経過や現在の世界。地域情勢から合理性があり尊重すべきである」。

(エ) 普天間飛行場の返還と本件施設等の関係（公共性）

新基地は普天間の半分以下の面積で、予定地はキャンプ・シュワブ内であるから、全体として沖縄県の負担は軽減される。1966年の日米間の普天間返還合意は沖縄にヘリポートを含む米軍施設を建設することが前提とされている。沖縄本島近くでの代替地確保の可能性は考えにくく、新施設が設置されなければ返還合意自体が履行されない関係にある。そうすると普天間の跡地利用による沖縄県全体の振興や経済効果が得られない。

(オ) 普天間飛行場による騒音被害や危険性（必要性）

騒音被害や危険性は深刻で、普天間閉鎖で改善される必要がある。在沖繩の全ての海兵隊を県外移設できないという国の判断は、戦後70年の経過や現在の世界情勢から合理性があり尊重すべきだ。普天間代替施設の移転先は他になく、普天間の被害を除去するためには辺野古に新施設を建設する以外にない。新施設の建設をやめるには普天間の被害を継続するしかない。埋め立て事業の必要性は極めて高い。

(カ) 沖縄県全体の振興や多大な経済効果（必要性）・宜野湾市の経済発展（国）

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が得られる。その直接経済効果は卸・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」（本判決93・94頁）とし、沖縄県全体の振興に繋がるとする。

埋め立てによる「米軍基地過重負担」の軽減の「利益」を、個別米軍としている。「本件軽減判断」の本質が表れている「直接経済効果」が「米軍基地過重負担」の「固定化」による「不利益」でなく、個別「普天間飛行場」跡地利用に限定した「利益」で沖縄県全体の振興や多大な経済的効果として「宜野湾市の経済発展」として「利益」に転化しているのである。

(キ) 前知事の判断の合理性

以上、①本件埋立事業の必要性（普天間飛行場の危険性の除去）が極めて高く、②それに伴う環境悪化等の不利益を考慮したとしても第1号要件該当性をできるとする判断は不合理ではない。つまり、普天間飛行場の被害を除去するには本件埋立てを行うことしかなく、これにより県全体としては基地負担が軽減されることからすると、本件埋立てに伴う

**不利益**や基地の整理縮小を求める沖縄の民意を考慮したとしても、**埋立法4条1項1号要件を欠くと認めるには至らない。**

「本件軽減判断」が第1号要件の適合性判断の核心であることを示して、しかもその「本件軽減判断」が第1号要件の適合判断の要素（利益）となっているのである。

(3) 2号要件の前知事の判断の合理性

環境保全対策のための調査、予測及び評価方法は、現在の知見をもとに可能な範囲で現況、影響を把握し適正な措置を講じることで足りる。埋め立て承認時の審査基準や前知事の判断に不合理な点があるとは言えない。

(4) 本件承認処分の判断

よって、本件承認処分における要件審査に裁量権の逸脱・濫用があるとはいえ、本件承認処分は違法であるとは言えない。

2 本件取消処分の違法性

**普天間の移転は沖縄県の基地負担軽減に資するもので、新施設に反対する民意に沿わないとしても、負担軽減を求める民意に反するとは言えない。**取り消すべき公益上の必要が、取り消すことによる不利益に比べ明らかに優越しているとまでは認められず、**承認取り消しは許されない。**

「本件軽減判断」は本件承認処分を適法化するとともに、本件取消処分の違法性（取消権の制限）のレベルでも、「取り消すべき公益上の必要」を弱め、「**承認取り消しは許されない**」とする方向で機能する。つまり、取消権の制限（本件取消処分の違法性）のレベルでも重要な機能をしている。

### 3 国の是正指示の違法性

法定受託事務に関する是正指示は事務所を所管する大臣であることだけが要件。事務処理が違法なら是正指示が許される。国土交通相の権限逸脱とする知事の主張に理由がない。

また、新施設は日米安全保障条約および日米地位協定に基づくもので、憲法41条に違反するとは言えない。普天間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。

この争点レベルでは、後述するように、「本件軽減判断」は、自治権の「侵害」に当たらないとする機能を持ち、よって自治権侵害の憲法92条に反しない判断へ導く。

### 4 是正指示の不作为の違法性

法定受託事務に関する是正指示がなされた場合、地方公共団体は従う法的義務がある。従前の代執行訴訟と主たる争点が共通しており、本件訴えが提起された時点で相当期間が経過している。是正指示に従わないのは不作为の違法に当たる。最終的な解決手段として用意された訴訟を起こし、自らの違法状態を解消することが地方自治法の趣旨に沿う。知事は訴訟を起こすべきだった。

#### 第4款 「本件軽減判断」の分析枠組み

本件埋立ては、「米軍基地過重負担」を、一方では「軽減」するとして「利益」となるとする見解があり、他方では「固定化」する「不利益」を内包するという見解があるということは、この二つの見解が成立することは「米軍基地過重負担」の意義に関して二つ捉え方（二犠牲）があることである。そこで、本款では、まず「米軍基地過重負担」の二つの意義を分析し、その上で、埋立法上、どちらの捉え方が合理的な解釈かを検討する。そのことは、「本件軽減判断」が法令（第1号要件）の解釈を

誤るものであるかの判断根拠となるからである。

## 1 「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」の二義性

第1号要件の「国土利用上適正かつ合理的なること」の解釈は埋め立てによる利益と埋め立てにより生ずる不利益を比較衡量して総合的に判断する。本判決が、その不利益の判断要素に「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」（以下、「米軍基地過重負担」）は、まず第1段階として、考慮されるべき否か、考慮されるべきとして、第2段階として、どのように考慮されているか、つまり、「利益」としてか「不利益」として考慮されているかが問題となる。ていないか又は不十分であるかの法令の解釈に誤りがあるか検討する。

本判決は、「**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**」とする。本件埋立てを「沖縄県の基地負担を軽減に資するもの」（公益）としての「評価根拠事由」として法律構成する。本件埋立ては「沖縄の米軍基地過重負担」を固定化する不利益を内包するものとして「地域経済向上の公共性」、「米軍基地の公共性」の「評価障害事由」とする法律構成が主張されてきた。そうすると、本件埋立てを、米軍基地過重負担を「固定化」する「不利益」と捉える見解と「米軍基地過重負担」を「軽減」する「利益」と捉える見解が対立することになる。このような見解の対立は「米軍基地過重負担」の二義性に内包していると考えられる。この「米軍基地過重負担」の二義性を考察する前提として、その「固定化」の概念を最初に提唱した第三者委員会報告の内容を確認することしよう。

## 2 「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」の内実

第三者委員会報告の「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」の内実は、静態的面積と動態的機能の2つの側面に区別できる。第1の静態的面積は、米軍基地の土地利用権原である土地所有権の客体の土地の総面積である。第2の動態的機能は、土地所有権の自由な利用機能の米軍基地の側面での基地機能の自由である。つまり、米軍基地過重負担の静態的面積とは米軍基地の土地所有権の客体としての土地の側面からの米軍基地の総面積の沖縄県の負担度、動態的機能は土地所有権（派生権利の土地賃借権も含む）に基づく自由な基地機能の地域住民の被害負担度・不利益である。この不利益は、後述するように「米軍基地過重負担」における土地所有権の機能から「消極的不利益」と「積極的不利益」に区別できる。

沖縄県の第三者委員会は、米軍基地過重負担の、(ア)静態的面積と(イ)動態的機能を次のように判断した。

〔ア〕前記第4の4で述べたように、沖縄県には、平成24年3月末現在、県下41市町村のうち21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。ちなみに他の都道府県の面積に占める米軍基地の割合をみると、本県の10.2%に対し、静岡県及び山梨県が1%台であるほかは、1%にも満たない状況であり、また、国土面積に占める米軍機基地の割合は0.27%となっている（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）。

(イ)このように広大かつ過密に存在する米軍基地は、①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、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、県民にとって過重な負担となっている。このような状態は、法の下で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。

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。

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（①～④筆者挿入）。」（第三者委員会報告45頁）。

この米軍基地過重負担を、第三者委員会報告は、第1号要件の「国土利用上適正且合理的ナルコト」の判断に、次のように「本件埋立ての遂行によって失われる利益」として位置づけている。

第三者委員会は、第1号要件を「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して、総合的な判断としてなされる」（同37頁）と解釈する。

本件埋立てによって得られる利益を「普天間飛行場の危険性等の除去によって得られる利益」とする。

他方、本件埋立ての遂行によって失われる利益は、①本件埋立対象地の自然環境的価値、②生活環境に関する不利益—騒音被害等、③生活環境に関する不利益—地域への影響、④漁業における不利益、⑤沖縄県や名護市の地域計画等の阻害要因となることによる不利益、そして、米軍基地過重負担は6番目に、⑥「沖縄県の過重な米軍基地負担」として挙げられている。結論として次のよう述べる。

「以上で検討した埋立てにより得られる利益と、埋立てにより失われある利益（生ずる不利益）を比較衡量して総合的に判断した場合、本件埋立承認出願が『国土利用上適正且合理的ナルコト』との要件を充足して

いると判断することは困難であると思われる。」(第三者委員会報告45・46頁)

この「沖縄県の過重な米軍基地負担」は敗戦70年余も続いている過程での現在の現実であるので「沖縄の米軍基地過重負担」の「歴史的現実」となるのであるが、埋立て承認基準の「国土利用上適正かつ合理的であること」の判断方法である利益・不利益の利益衡量の総合的判断の下で、「米軍基地過重負担の歴史的現実」を不利益の判断要素とすると、その承認は著しい不合理と判断され、その裁量判断は裁量権の逸脱・濫用の強い違法となるのが「社会通念」であろう。したがって、本件埋立て承認の裁量判断に「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」を判断要素とするか否かが第1号要件適合性の判断を決することになる。

ところで、国民経済(自由主義経済)等の原動力・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」)の土地利用の固定化(土地所有権米軍基地固定化論)による不利益を「消極的不利益」と「積極的不利益」に区別することができる。土地所有権が積極的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」(跡地利用の経済効果、機会費用、機会喪失等)、他方、土地所有権の積極的行使による地域住民等への悪影響(不利益)を「積極的不利益」(公害、自然環境の破壊等)の区別である。この区別に基づくと前記「米軍基地過重負担」の5不利益事由は次のように配置される。

土地所有権米軍基地固定化論による消極的不利益として、①「沖縄県の振興開発を進める上で大きな制約」(地域経済向上の阻害要因)、その積極的不利益として、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」が配置されることになる。以上の考察を踏まえて、次に、「固定化」の二義性を考察する。

### 3 「米軍基地過重負担」の二義性

本件埋立てに関連する「米軍基地過重負担」の意義に関しては、二つに側面に区別できる。まず第1の側面は、その「米軍基地過重負担」のレベルを、土地所有権の合理的制限を示す土地利用計画上の①「埋立地の用途」としての②「米軍基地」を前提に、①「埋立地の用途」の「土地利用計画」レベルで捉えるか、②「米軍基地」建設の「実施」レベルで捉えるかで区別できる。第2の側面は、③土地所有権の客体の特定地（地籍・地積）の観点から「米軍基地過重負担」を「静態的面積」、④土地所有権の内容である自由な土地利用の観点からの「動態的機能」に区別できる。

したがって、「米軍基地過重負担」の意義に関して、第1の理論構成は、①「埋立地の用途」の「土地利用計画」レベルで「米軍基地過重負担」を③「静態的面積」と④「動態的機能」の側面で捉えるもの、第2の理論構成は、②「米軍基地」建設の「実施」レベルで「米軍基地過重負担」を③「静態的面積」と④「動態的面積」の側面で捉えるもの、第3理論構成が、②「米軍基地」建設の「実施」レベルで「米軍基地過重負担」を③「静態的面積」と④「動態的機能」の側面で捉えるものである。第4の理論構成が、①「土地利用計画」レベルで「米軍基地過重負担」を③「静態的面積」と④「動態的機能」の側面で捉えるものである。

第1の理論構成（①③④）を取るのが、第三者委員会報告と拙稿の理論構成であり、第2の理論構成（②③④）が沖縄県の見解、第3の理論構成（②③④）が本判決、そして、第4の理論構成（①③④）を取るのが国である。

この4理論構成で基本となるのは、①「埋立地の用途」の「土地利用計画」レベルと②「米軍基地」建設の「実施」レベルの区別である。①「土地利用計画」（拘束的計画）レベルは、過去からの土地利用の集積、造形である地域の実情（景観）を踏まえて、中長期的に地域全体の利益を

考えた土地利用計画となるので、多様な判断要素・価値の総合的な判断となるところ、まさに地域形成計画（土地利用計画、環境保全計画及び公共施設整備計画）の一環である埋立法の承認の裁量判断そのものとなり、「沖縄の米軍基地過負担の歴史的現実」は、観念上、概念化されて、その判断要素なるのである。それに対して、将来の②「実施」レベルの「米軍基地」建設の捉え方は、将来の「埋立地の用途」としての「米軍基地」と現実の「米軍基地過重負担」の米軍基地が重なり、「米軍基地」反対としての新米軍基地建設の埋立て承認反対となるが、法的には、現実の「米軍基地過重負担」は既存の日米地位協定の適用の問題となる。沖縄県の理論構成（②③④）が「米軍基地過重負担」の問題を日米地位協定の排他的管理権等による「自治権空白地帯論」の必然化し、また同じ本判決（②③④）は事実認定のレベルで負担軽減となるので自治権の侵害に至らないという判断になる。

これに対し、第三者委員会報告・拙稿（①③④）及び国（②③④）は「米軍基地過重負担」の固定化は自治権侵害の問題ではないとする。つまり、①「埋立地の用途」の「土地利用計画」レベルの「米軍基地過重負担」は埋立て承認の判断要素として観念上、概念化された不利益であるが、②「実施」レベルの「米軍基地過重負担」は「現実」の「米軍基地過重負担」となり、過重負担の固定化は現在を基準として「静態的面積」により証明され、「現状維持」は「固定化」としての不利益となるが、「静態的面積」の縮小は軽減として「利益」となるのである。ただし、「動態的機能」も含む沖縄県の理論構成（②③④）は③「静態的面積」の減少だけでなく④「動態的機能」の負担度も考慮されることになる。

このような①「埋立地の用途」の「土地利用計画」レベルと②「米軍基地」建設の「実施」レベルの違いは、次の、第三者委員会報告と沖縄県の「米軍基地過重負担」の「固定化」の定義に明確に表れる。「①本件埋立て」に対して「②新たな米軍基地建設」の違い、また、「固定化を招

く契機」・「固定化する不利益を内包」に対して「固定化する不利益」の違いである。

まず第三者委員会報告は「①本件埋立は、沖縄県内において米国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45頁）と定義する。米軍基地を過去、現在及ぶ未来の時間軸で捉え、現存の米軍基地過重負担と未来の米軍基地建設如何を、現在において判断する違いを明確に認識している。他方、沖縄県は「②新たに米軍基地を建設することは、この沖縄における過重な基地負担や基地負担の格差を固定化するものであり、その不利益は顕著なものと認められる」（「取消処分の理由」・3頁）と定義する。将来の米軍基地建設が現在の米軍基地と重なるが、現在の「米軍基地過重負担」は埋立て承認の判断から除外され、「米軍基地には排他的管理権等のため自治権が及ばないことにより広大な米軍基地の存在が沖縄県の地域振興の著しい阻害要因となっていること」（同3頁）となる。ただし、「実施」レベルの「米軍基地過重負担」は、理論的には、法的に日米地位協定の排他的管理権等の問題となり埋立て承認の問題ではないが、第1号要件の「国土利用上適正かつ合理的なること」の適合性判断が埋立てによる「利益」と埋立てにより生ずる「不利益」の比較衡量の総合的判断であることから、その「利益」又は「不利益」に幅があり、承認の判断要素とする解釈も可能である。

要するに、「沖縄の米軍基地過重負担」に関しては、基本的に二つの見解が区別される。第1の理論構成は、①「埋立地の用途」の「土地利用計画」レベルの「米軍基地過重負担」を埋立て承認の判断要素として観念上、概念化された不利益（③④）とするが、第2の理論構成は、②「実施」レベルの「米軍基地過重負担」は「現実」の「米軍基地過重負担」となり、「過重負担」は現在を基準とする③「静態的面積」で証明され、「現状維持」は「固定化」としての③「静態的面積」の不利益となる。但

し、③「静態的面積」の縮小は「軽減」として「利益」となる。

第2の、②「実施」レベルの「米軍基地過重負担」の理論構成は、③「静態的面積」の「現状維持」を意味する現象的、経験的判断であるので、その理論構成を取るべき法的根拠は必ずしも必要ではないが、第1の①「土地利用計画」レベルの「米軍基地過重負担」の「固定化」の不利益の理論構成は、観念上、概念化されて第1要件の判断要素となるので、この理論構成が第1号要件の合理的解釈であることの法的根拠が必要と考えられる。次に、その法的根拠を検討する。

#### 4 「米軍基地過重負担」を判断要素とすべき法的根拠

それでは、「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前記①「埋立地の用途」の「土地利用計画」レベルで捉える法的根拠は、次の6点である。

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」即ち「地域経済の向上」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ところにある」（国5・9回答書11頁）。承認・免許の趣旨・目的（埋立法の趣旨）が「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」あるとすると、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ので、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。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なることは必然的である。さらに、本判決は、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ている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。「周辺の土地利用に現況」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。本判決も、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120億円の比約32倍もの経済効果を上げると予想されている（本判決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ため、この沖縄本島（1208km<sup>2</sup>）の米軍基地過重負担（221km<sup>2</sup>）の土地所有権米軍基地固定化論による消極的不利益（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のである。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1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（13.7km<sup>2</sup>）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のである。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」（本判決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迫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、本件埋立て承認の判断過程には、①「埋立地の用途」の「土地利用計画」のレベルにおいて「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」）を考慮要素とすべきことになる。

それでは、次に、①「埋立地の用途」の「土地利用計画」レベル、②「米軍基地」建設の「実施」レベル、米軍基地過重負担に関する、③「静態的面積」と④「動態的機能」の分析枠組みで本判決を検討することしよう。

## 第5款 国防・外交事項と知事の審査権限

### 1 本争点の判断

第1号要件の審査対象（判断要素）に国防・外交上の事項が含まれるかについて判決は次のような判断を示す。

第1号要件に関する知事の審査権は国防・外交に係る事項に及ぶ。ただし、国の判断が明らかに合理性を欠いていると認められない限り知事はこれを尊重すべきである。この論点を敷衍した判決の内容を以下のとおりである。

「確かに国防・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。**

そして、地方公共団体には、国防・外交に関する事項を国全体の安全や国としての国際社会における地位がいかにあるべきかという面から判断する権限も判断しうる組織体制も責任を負いうる立場も有しない。ところが、例えば、軍事基地は、軍事行動に出ようとする者に対する抑止力であると言っても、目に見えるものではなく、周辺住民にとっては身近なものではなく、かえって、有事には弾道ミサイル等による攻撃の対象となり得るなど、武装テロ集団が活動するような危険がない限り、周辺住民にとっていわば迷惑施設であろうし、それが自国民の指揮下でない他国の基地であれば一層のことである。そのようなことから、本来知事に審査権を付与した趣旨と異なり、地域特有の利害ではない米軍基地の必要性が乏しい、また住民の総意であるとして40都道府県全ての知事が埋立承認を拒否した場合、国防・外交に本来の権限と責任を負うべき立場にある国の不合理とは言えない判断が覆されてしまい、国の本来の事務について地方公共団体の判断が国の判断に優越することにもなりかねない。これは、地方自治法が定める国と地方の役割分担の原則にも沿わない不都合な事態である。そうすると、国の判断が不合理とは言えないのであれば知事はこれを尊重すべきであるといえる。したがって、**国の説明する国防・外交上の必要性について、具体的な点において不合理であると認められない限りは、そのような必要性があることを前提として判断すべきである**」（本判決122頁）。

## 2 本争点の考察

この判示で沖縄県に有益な点は次の2点である。

第1点は「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」とする点である。

第2点は、「国の説明する国防・外交上の必要性について、具体的な点

において不合理であると認められない限りは、そのような必要性があることを前提として判断すべきである。」

知事の本件埋立て承認に際して「米軍基地過重負担」は第1点の「地域の利益に関わる」こと、そのものであり、また第2点の「国の説明する国防・外交上の必要性について、具体的な点において不合理」そのものである。

国の国防・外交事項は国の専権事項であるというこれまでの「神話」を否定するものであり、本判決が、近代民主国家の基本原則である法治主義の法の番人としての裁判所の使命としての観点から「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」を裁判するということである。「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」つまり、敗戦後、70年余にわたって戦勝国の軍隊が、激戦地として住民の4分の1が戦没した沖縄本島(1208km<sup>2</sup>)で、現段階でも、沖縄県民の約9割の130万人が生活、生産の場とするこの地に、約18%の米軍基地(221km<sup>2</sup>)が存続し続けているのが歴史的現実である。この「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」の中で、さらに、新たな米軍基地を建設するために、観光を基幹産業とする沖縄県の観光資源として、自然豊かな辺野古沿岸域を埋立てることは、まさに「地域の利益に関わる」ことであり、その「歴史的現実」自体で「国防・外交上の具体的な必要性の点において不合理」であることは自明のことである。「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」を踏まえて、その埋立て承認の権限をもつ沖縄知事に、国家の根本である国防・外交事項に関して、例外的に知事に審査権限を付与しようとするものである。本判決は、不条理な「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」からの解放を、近代民主国家の存在原理の民主主義、法治主義の要請に基づくものとして、この法律構成に託していると考えられるのである。

## 第6款 各争点レベルの「本件軽減判断」

「本件軽減判断」を、各争点レベル、つまり、①本件承認処分の違法性、②本件取消処分の違法性、③是正の指示の違法性の各レベルで示された判断を考察する。まず、その3争点レベルでの「本件軽減判断」を確認することにする。次に、その各争点レベルで判断の核心となる「本件軽減判断」つまり「**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を考慮すれば、沖縄の基地負担の軽減に資するもの**」（本判決37頁）とする判断を考察する。

### 1 本件承認処分の違法性と「本件軽減判断」

#### (1) 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4(3)ア(i)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。」（本判決135頁）

#### (2) 本争点の判断

「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 {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、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。」(136頁・137頁)。

本件争点の考察は第7款において総括的に後述する。

## 2 本件取消処分の違法性と「本件軽減判断」

### (1) 本争点の意義

本件取消処分の違法性（許容性）判断における「米軍基地過重負担の歴史的現実」は次のように現象的に判断される。

本件埋立て承認が違法であれば国は取消権制限法理を主張立証（再抗弁）する。もし、この場合には、沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実

の強い違法性により、取消権の制限は認められず、本取消処分は適法となる。「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」は本件承認処分の強い違法性を立証し、その本件承認処分の強い違法性は本件取消処分の制限を拒否する機能をもつのである。したがって、裁判所が取消権制限法理において、どう判断しているかは肝要である。以下に判断をみてみよう。

## (2) 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。

## (3) 本争点の判断

「しかし、前記4(4)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4(4)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175頁・176頁)

#### (4) 「本件軽減判断」の機能

「本件軽減判断」は、本件承認処分に裁量権行使の逸脱・濫用があるとは認めるに足りず違法とは言えないので取消権は発生せず、本件取消処分は既に違法であるとするものである。ただし、本件事案に鑑み、念のため、仮に裁量内違法が取消事由に該当すると解し、本件承認処分に裁量内違法があると認められた場合に、その取消権行使が制限を受ける結果、本件取消処分が違法となるかについて、特に、「米軍基地過重負担」を「被告の主張する地域振興開発の阻害要因とは言えない」として取消処分の違法の根拠としている。

### 3 是正の指示の違法性（自治権侵害）と「本件軽減判断」

#### (1) 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。」

この被告の沖縄県の主張は、「米軍基地過重負担」を、①埋立地用途」の「土地利用計画」レベルではなく②「米軍K地」建設の「実施」レベルで捉えていることを示している。

(2) 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、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。**」（178頁）

(3) 「本件軽減判断」の機能

本件新施設等建設が自治権侵害に当たるかの争点に関して「本件軽減判断」は自治権の「侵害」自体が存在しないという機能を持ち、従って自治権侵害に当たらず憲法92条に反しないという結論になる。「本件軽減判断」は本件争点の本質となっている。「本件軽減判断」は、①「埋立地用途」の「土地利用計画」レベルではなく、②「米軍基地」の「実施」（本件では「本件新施設等建設」）レベルで捉えるので移設元と移設先の事実レベルで考えられる「静態的面積」が軽減されるので、「侵害」にならず、また「本件新施設等建設」の問題とするので、その法的根拠論の憲法41条の問題となり、日米安保条約、日米地位協定で一蹴されるのである。埋立て承認の判断対象は「埋立地の用途」としての米軍基地であって、したがって、地域形成の土地利用計画の適正・合理性の判断要素であり、「米軍基地」建設自体の問題ではなく、法令の解釈の誤りのが現象化している場面である。

(3) 被告の主張（憲法94条違反）

「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(i)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。」

#### (4) 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。」(178頁・179頁)。

#### (5) 「本件軽減判断」の機能

本件新施設等の設置（新米軍基地建設）は自治権（憲法94条・92条）を「侵害」する憲法違反であるので国は沖縄県に是正の指示はできない、つまり是正の指示は違法だと主張する。この主張の具体的な自治権「侵害」に対して、「本件軽減判断」は「自治権の及ばない範囲」は減少するとして、自治権の「侵害」に該当しないとする機能をもつのである。「本件軽減判断」は埋立て承認を②「米軍基地」建設（本件新施設等の設置）

の「実施」レベル捉えるものがあるが、沖縄県も同レベルで捉えていること（自治権侵害自体が明示）を踏まえた、同じレベルの「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」として、「自治権の及ばない範囲は減少する」とし、さらに、「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」、「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」と判断するのである。最後の「地理的必然性」は乱暴だとしても、埋立て承認を②「米軍基地」建設の「実施」レベルで捉えると解釈上、「本件軽減判断」、「運用開始時返還」は「自治権の範囲の減少」の理由付けとなるのは不合理ではない。

要するに、前記①「埋立地の用途」の「土地利用計画」レベルでは、その想定される「不利益」が埋立て承認の判断要素になるというのであって具体的に法令違反（権利利益の侵害）の問題ではないので、自治権（憲法94条・92条）「侵害」の問題とはならないのである。逆に、②「米軍基地」建設の「実施」レベルでは、自治権侵害の問題とすることになり、埋立法4条1項1号の問題にはしないことになり、移設元と移設先の個別「米軍基地」の問題となる。「権利利益」の侵害は具体的・個別的だからである。判決も沖縄県も、埋立て承認を、②「米軍基地」の「実施」レベルで同じように捉え、自治権侵害の問題とするが、判決は、個別「米軍基地」レベルを援用し「本件軽減判断」で「過重負担」の軽減で「自治権」の「侵害」に当たらないと判断しているのである。沖縄県は法律的には「事件性」の憲法41条・92条・94条違反の裁判闘争をしているからである。

## 第7款 「本件軽減判断」の考察

### 1 「本件軽減判断」の評価基準

上記、本件承認処分<sup>(一)</sup>の違法性、本件取消処分<sup>(二)</sup>の違法性、是正指示の違法性の3争点レベル判断場面において、本判決の本質を示すと考えられる判断が、「本件軽減判断」つまり「<sup>(一)</sup>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、<sup>(二)</sup>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<sup>(三)</sup>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、<sup>(四)</sup>沖縄の基地負担の軽減に資するもの<sup>(一)(二)(三)(四)</sup>筆者挿入)」(本判決136頁)する判断である。以下、前記のように「本件軽減判断」とする。

「本件軽減判断」の特徴は、第1に、米軍基地過重負担を上記③静態的面積の側面に限定している点と、第2点として、移設先が既存の「米軍基地」であるキャンプ・シュワブ米軍使用水域内であり、前記③静態的面積に変動がないと指摘していることである。この第1点と第2点の特徴で共通しているのはいずれも、「米軍基地過重負担」を、③静態的面積で捉え、前記④動態的機能の視点が排除されていることである。また、本判決は、「米軍基地過重負担」の意義を、前記②「米軍基地」建設の「実施」レベル捉えていることを前提としている。したがって、上記の判断は必然的なこととなる。そこで、問題は、前記①「埋立地の用途」の「土地利用計画」レベルで、③「静態的面積」、④「動態的面積」で捉えると、どう判断され、どちらの判断が合理的かとなる。

### 2 普天間飛行場と辺野古沿岸域との「静態的面積」

確かに、移設元(普天間飛行場)と移設先(辺野古沿岸域)と個別的な側面で、つまり、②「米軍基地」建設の「実施」レベルの「③「静態的面積」の負担度でみると、<sup>(二)</sup>普天間飛行場は4.8km<sup>2</sup>であり、<sup>(一)</sup>辺野古沿岸域の埋立予定地は1.6km<sup>2</sup>で、「米軍基地」面積は3.2km<sup>2</sup>減少するので「半

分以下の面積」となり、③「静態的面積」の側面では明らかな負担軽減となる。

しかし、「沖縄の米軍基地過重負担の歴的現実」(「米軍基地過重負担」)の側面、つまり、①「埋立地の用途」の「土地利用計画」のレベルで、③「静態的面積」と④「動態的機能」の観点から、どう判断されるかが肝要である。

「米軍基地過重負担」の中で、同じ沖縄本島内の宜野湾市の「普天間飛行場」(4.8km<sup>2</sup>)から名護市の「辺野古沿岸域」(1.6km<sup>2</sup>)への「米軍基地」の移設はどう評価され判断されるであろうか。「基地のタライ回し」か「負担軽減」かである。

「米軍基地過重負担」の中での「普天間飛行場」の返還と代替施設としての「辺野古飛行場」建設を考えるということは、個別利益ではなく、沖縄県(民)の全体利益の観点から判断するということになる。

沖縄本島(1208km<sup>2</sup>)の「米軍基地」は221km<sup>2</sup>で、米軍基地は沖縄本島の約18%を占有している。沖縄本島内の③「静態的面積」である。普天間飛行場の④「動態的機能」の「土地所有権米軍基地固定化論による「消極的不利益」(跡地利用の経済効果、機会費用、機会喪失)は、本判決は、沖縄県の推計の(国も援用)、返還後の年間の直接経済効果を3866億円とし返還前の軍用地料等の120億円と比較(3746億円増)して約32倍の直接経済効果を認定事実としている。10年間で3兆7千億円の経済効果が増加するというので、国は普天間飛行場の返還は「宜野湾市の経済発展」、さらに、前記のように本判決は「沖縄県の振興」になると評価するのである。つまり、④「動態的機能」の側面で「不利益」ではなく「利益」となり、本判決は「沖縄県全体の振興や多大な経済効果」(本判決93・94頁)、国は「宜野湾市の経済振興」として第1号要件の評価基準の「国民経済・地域経済向上の公共性」の「評価根拠事由」として法律構成することになる。これ対して、跡地利用の直接経済効果を本来であれば得ら

れたであろう経済的利益・費用（機会費用）であるが「米軍基地」の占有に得ることができなかつたので沖縄県（民）全体からみると経済的不利益となり、その「直接経済効果」・「機会費用」は「地域経済向上の阻害要因」（評価障害事由）として法律構成しているのである。したがって、問題は、普天間飛行場跡地利用の直接経済効果3866億円を「宜野湾市の経済振興」（国）、「沖縄県全体の振興」（本判決）として「評価根拠事由」と法律構成するか、「地域経済向上の阻害要因」（沖縄県、第三者委員会及び拙稿）として「評価障害事由」と法律構成するか、どちらが合理的かとなる。

### 3 普天間飛行場跡地利用の直接経済効果3866億円の法律構成

しかし、原告である国は、「米軍基地過重負担」の中で、同じ沖縄本島地域内への米軍基地移設のために、第1号要件の評価基準である「国民経済・地域経済向上の公共性」（国は埋立法の趣旨を国民経済の向上に資するものとするので）の評価根拠事由として、当該普天間飛行場返還跡地利用の「直接経済効果」を内容とする「宜野湾市の経済振興」及び「沖縄県全体の振興」を法律構成することはできない。その法的根拠は、第1は、信義則であり、第2は、移設先の米軍基地の「直接経済効果」との比較衡量であり、上記の「**その設置予定地は(三)キャンプ・シュワブの米軍使用水域内であること**」と関係する。

まず、第1に、国は、信義則に照らし、「宜野湾市の経済発展」の内容として3866億円の「直接経済効果」を「評価根拠事由」として主張立証（立証は裁判所が認定事実としているので沖縄県にとっては死活問題となる）できない。当該米軍基地がなければ得られている利益が得られず「国民経済・地域経済の向上」を阻害している責任が国あるからである。国は、米軍普天間飛行場の土地権利原を確保し提供する義務があるからであり、その義務の履行として米軍普天間飛行場が存在しているから

である。国が、米軍普天間飛行場跡地利用の直接経済効果、約3866億円を主張の根拠とできるのは地域内移設を伴わない米軍飛行場の返還の場合だけである、同じ地域である沖縄本島内への移設のため土地利用権原の確保のための埋立て承認のための積極的根拠とすることはできないのである。年間、米軍普天間飛行場がなければ約3866億円もの「莫大な経済効果」が得られるという「キ秋費用」が額で明示され、その土地利用権原提供の責任が約3866億円という重大な責任が明確になったからである。

したがって、この約3866億円を辺野古沿岸域の埋立て承認基準である第1号要件の「国土利用上適正かつ合理的」基準の評価基準である「国民経済・地域経済向上の公共性」の評価根拠事由としての「宜野湾市の経済発展」「沖縄県全体の振興」の内容として、この約3866億円の直接経済効果を主張立証はできないことになる。つまり、土地所有権が普天間飛行場の土地利用に固定化されていることによる本質的な「経済的不利益」に責任を持つ国、その「直接経済効果」・「機会費用」を、「地域経済向上の公共性」の評価根拠事由として「宜野湾市の経済発展」の内容とする法律構成はできない。国の主張立証は「盗人猛々しい」の一言に尽きる。主権国家が他国の軍事基地の、しかも、敗戦後70年余にわたって「想像を絶する」米軍基地の過重負担の歴史的現実の中にある地域内の「タライ回し」することは、自らの主権国家としての権威を貶めるものであるからである。

第2に、信義則違反の判断がなされない場合には、移設先の「米軍基地」建設の機能する「経済効果」との比較衡量による判断である。この移設先は、上記の「**その設置予定地は(三)キャンプ・シュワブの米軍使用水域内であること**」である。本判決は、「キャンプ・シュワブの米軍使用水域内」であること、③「静態的面積」の観点から米軍基地過重負担の軽減を主張している。しかし、①「埋立地の用途」の「土地利用計画」

レベルで、④「動態的機能」の側面からみると将来の「地域経済向上の阻害要因」となり、①「土地利用計画」レベルの視点が輝きだすのである。移設先のキャンプ・シュワブは20.6km<sup>2</sup>である。その地域内に辺野古崎を含み自然海浜が延長8キロメートルにわたっている。その沿岸域の埋立予定地（1.6km<sup>2</sup>）が自然環境豊かな辺野古沿岸域である。

キャンプ・シュワブ水域内の辺野古沿岸域を埋立て「米軍辺野古飛行場」を建設することは、20.6km<sup>2</sup>のキャンプ・シュワブとして、つまり米軍基地として固定化することを意味するのである。そうすると④「動態的機能」が固定化されるのである。この経済的不利益を第三者委員会報告は次のよう述べている。沖縄県の基幹産業が観光産業であり、沖縄県の経済的自立の切り札となる内容である。

「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、国土利用計画に適合し、かつ合理的であり、より大きな価値を生むものと考えられる。」（第三者委員会検証結果報告書42頁）。移設先はより「経済効果」もちそれが本件埋立てにより喪失するのである。

以上、本件承認処分、本件取消処分の違法性、是正指示の違法性の判断の核心となっている「**本件施設等は、普天間飛行場の施設の半分以上の面積であって、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**」とする判断は法令の解釈を誤るものである。

## 第8款 小結

以上、高裁判決を踏まえると、沖縄県の勝機は、「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」の固定化による不利益を土地所有権米軍基地固定化論による「消極的不利益」と位置づけ、第1号要件の評価基準である「米軍基地の公共性」及び「国民経済・地域経済向上の公共性」の「評価障害事由」として「地域経済向上の阻害要因」として法律構成して、高裁の「本件軽減判断」は法令の解釈を誤るものであると主張できるかにかかるとなるのである。

## 第8節 まとめ（沖縄県の勝機の論点）

まとめとして辺野古訴訟における沖縄県の勝訴の可能性の論点（勝機の論点）の展開を述べることにする。

1 辺野古訴訟の帰趨を決するのは、「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「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)の判断要素とすべき法律構成である。

2 「米軍基地過重負担」の辺野古訴訟上の本質は、国民経済(自由主義経済)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不利益の審判である。

3 土地所有権は、特定人が特定地の上下の時空間を自由に利用及び処分する権利である(民法206条・207条)。

4 土地所有権の本質は、公共性(公共の福祉の増進)であり、その公共性は土地所有権の客体である土地の公共性である。

5 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み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)。

6 土地所有権は国民経済その他国民の諸活動の原動力・基盤である。なぜなら、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。

7 土地所有権は、近代民主国家の原動力・基盤であり、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、国民経済をコントロールするのである。

8 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

義は、埋立てにより得られる「利益」と、埋立てにより失われある利益（生ずる「不利益」）を比較衡量して総合的に判断する（第三者委員会）。

9 埋立法の趣旨は、国土の開発その他国民経済・地域経済の向上に資するものである（国民経済・地域経済向上説）。

10 埋立法の目的は、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国民経済・地域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ものである（公共の福祉増進説）。

11 埋立法に基づく免許（承認）の趣旨・目的（第1号要件の趣旨内包）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」（国5・9回答書11）する定義が現在の到達点と考えられる（国土・土地合理的利用説）。

12 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（国土・土地合理的利用説）。

13 埋立て承認・免許の法的性質は、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付与する権利を設定する処分である（土地所有権取得権説）。

14 「沖縄」の米軍基地過重負担の歴史的現実の「沖縄」は「沖縄県」と「沖縄本島」の二つの意味を併有している。辺野古訴訟は基本的に「沖縄本島」の「埋立地の用途」としての「米軍基地」の「土地利用計画」（拘

束的計画)の問題である。「土地利用計画」は地域形成計画(土地利用計画、環境保全計画及び公共施設整備計画)の1要素であり、本件では沖縄本島「地域」である。土地利用計画上の「埋立地の用途」は権利レベルでは土地所有権の合理的制限である。

15 「埋立地の用途」概念は、埋立事業計画が地域形成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た判断を内在している。したがって、「埋立地の用途」を第1号要件の判断対象とすることは、必然的に地域(沖縄本島)の「沖縄本島の米軍基地過重負担の歴史的現実」が判断対象となる。

16 「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」の「歴史的現実」とは、米軍基地過重負担を、過去(米軍占領)から現在そして未来という時空間で捉えることである。土地所有権は、特定人が「特定地の上下の時空間」を自由に利用及び処分する権利だからである。

17 「沖縄の米軍基地過重負担の歴史的現実」の「米軍基地過重負担」は「静態的面積」と「動態的機能」の側面に区別できる。

18 沖縄県の「静態的面積」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。)(第三者委員会)

沖縄本島の静態的面積は、沖縄本島(1208km<sup>2</sup>)の米軍基地は221km<sup>2</sup>で、約18%で、沖縄県民約140万人の約9割の130万人が沖縄本島を生活、生産の場としている。

19 「米軍基地過重負担」の「動態的機能」は、沖縄県民に与える「米軍基地」の基地機能による「不利益」である。「米軍基地過重負担」による「不利益」の内容、程度は、国民経済その他国民の諸活動の原動力・基盤

となっている土地所有権が広大な米軍基地（221km<sup>2</sup>）の土地利用に固定化されている（土地所有権の制限）ことによるものである（土地所有権米軍基地固定化論）。「動態的機能」による不利益は、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である「消極的不利益」（跡地利用の直接経済効果・機会費用・機会喪失等）と土地所有権の行使による地域住民の被る不利益である「積極的不利益」（住民の健康侵害・生活妨害の公害、自然環境破壊等）に区別できる。

20 「動態的機能」による「消極的不利益」が、①「沖縄県の振興開発を進める上での大きな制約」（以下、「地域経済向上の阻害要因）」、「積極的不利益」が、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「会汚染物質の流出等による自然環境破壊の問題等」となる（第三者委員会）。

21 土地所有権米軍基地固定化論による「消極的不利益」は、基地跡地利用の直接経済効果（機会費用・機会喪失）で証明されている。その直接経済効果は、普天間飛行場を含む8地域13.8km<sup>2</sup>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（4.8km<sup>2</sup>）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。

22 「直接経済効果」を第1号要件の法律構成として、国と本判決は、「利益」（評価根拠事由）として「負担軽減」とする。他方、第三者委員会は、「過重負担」を「固定化」するものとして「不利益」（評価障害事由）とする。

23 移設元（普天間飛行場）と移設先（辺野古沿岸域）を個別に捉えると、「利益」に映る。「過重負担」の「静態的面積」（負担度）は個別基地では普天間飛行場（4.8km<sup>2</sup>）から辺野古沿岸域（1.6km<sup>2</sup>）へ個別基地比ではマイナス3.2km<sup>2</sup>の負担減と映る。他方「動態的機能」の側面でも「過重負担」の「積極的不利益」が、「個別負担（被害）」の側面では、世界

一危険な普天間飛行場の危険性を除去し騒音被害が減少することにより「利益」として「評価根拠事由」となり、また「動態的機能」の側面の「過重負担」の「消極的不利益」は「経済効果」として3.866億円の文字どおりの「利益」と捉えられ「宜野湾市の経済発展」(国)、「沖縄県全体の振興」(本判決)の証明された「評価根拠事由」となる。

24 国が、その「直接経済効果」の3866億円を「利益」の要素とする「宜野湾市の経済発展」・「沖縄県全体の振興」(評価根拠事由)の証明として援用することは、第1に、理論的に認められない。なぜなら、その「直接経済効果」の3866億円は「沖縄本島の米軍基地過重負担の歴史的現実」を前提に推計されているからである。したがって、第2に、信義則に反し認められない。「沖縄本島の米軍基地過重負担の歴史的現実」により沖縄県民に「想像を絶する」「積極的不利益」の被害状況及び「消極的不利益」状況(沖縄本島の全米軍基地221km<sup>2</sup>の直接経済効果の想定)において、その「米軍基地過重負担」軽減の責任を負っている国が、同じ不利益状況つまり「米軍基地過重負担」にある地域内に移転する根拠として、直接経済効果を援用することは「信義則」に反するからである。より本質的言えば、普天間飛行場跡地利用の直接経済効果3866億円を同地域内移設の根拠として法律構成することは「過重負担」軽減の法的義務に反するとも言い得るであろう。

25 地域全体の観点からは普天間基地(4.8km<sup>2</sup>)の辺野古沿岸域(1.6km<sup>2</sup>)への移設は、「静態的面積」の縮小、「動態的機能」の負担軽減ではなく、その「移転(たらい回し)」となり不利益の軽減ではなく不利益の「固定化」である。したがって、地域全体が「想像を絶する」「米軍基地過重負担」の「不利益状況」の中では、しかも地域全体の「米軍基地過重負担」軽減の責任を負う沖縄県知事にとっては個別米軍基地の「計算上」の利益は同地域内の現実の不利益の継続となり地域全体としては「不利益」の固定化となる。したがって、知事の埋立て承認の平面では、「米軍基地

過重負担」の「不利益」として評価障害事由となるのである。

26 移設先がキャンプ・シュワブ（20.6km<sup>2</sup>）の米軍使用水域内の埋立地ということは、この地域全体が「米軍基地」として固定化されることを意味する。普天間飛行場跡地利用の直接経済効果と同様の考察が許されることになる。理論的にいえば、この地域の直接経済効果がゼロであれば、県外・国外移設と同様になり、本質的に負担軽減となる。つまり、移設が理論的には許容されることになる。ところが、この地域こそが、「直接経済効果」の側面での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。まさに、この点に関して、第三者委員会報告（42頁）は、次のように的確に述べる。「『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」。

27 したがって、福岡高裁那覇支部の、「沖縄本島の米軍基地過重負担の歴史的現実」に関する「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」とする判断は、法令の解釈を誤るものである。

—了—