

沖縄県代執行訴訟と米軍基地の過重負担

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2016-06-13 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 阿波連, 正一 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.14945/00009574

第3節	取消権制限説の根拠判決例の検討	102	(335)
第4節	取消権制限説の本件取消処分への適用	127	(310)
第5節	「莫大な経済的不利益が生じる点」への反論	132	(305)
第6節	沖縄県の本件取消処分の法的根拠の本質	145	(292)
第7節	小括	178	(259)
第5章	本件承認処分の違法性	181	(256)
第1節	総説	181	(256)
第2節	「国土利用上適正かつ合理的なること」の解釈	189	(248)
第3節	「宜野湾市の経済発展のための本件埋立事業実施の必要性」	200	(237)
第4節	「沖縄県の負担を軽減する公益の大きさ」	215	(222)
第5節	第三者委員会報告と沖縄県の見解の相違	224	(213)
第6節	沖縄県の米軍基地の過重負担の法律構成	235	(202)
第7節	小括	243	(194)
第6章	米軍基地の過重負担の歴史的現実	243	(194)
第1節	総説	243	(194)
第2節	米軍基地の過重負担の法律構成と沖縄県知事の主張立証	247	(190)
第3節	「地域経済向上の公共性」の評価障害事由	253	(184)
第4節	「米軍基地の公共性」の評価障害事由	261	(176)
第5節	憲法および「地域形成計画法」違反の違法状態	263	(174)
第7章	総括	272	(165)

第1章 序論

1 序

仲井真沖縄県知事は、2013年12月27日、米軍普天間飛行場の代替施設（「米軍辺野古飛行場」）建設の土地利用権原確保のため辺野古沿岸域の埋立てを承認した（本件承認処分）。翁長沖縄県知事は、2015年10月13日、本件承認処分の違法性（法的瑕疵）を理由に職権による取り消しをした（本件取消処分）。これに対して、石井国土交通相は2015年11月17日、福岡高裁那覇支部に、本件取消処分の取消しを求める「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対立は法廷闘争に突入した。

そして、沖縄県は、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。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年1月8日に開かれた。また、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12月24日に提起した。さらに、2016年2月1日、沖縄県知事は、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。そして、2016年2月15日、代執行訴訟において、知事尋問がなされた。

国と沖縄県との本件取消処分を巡る裁判は、知事の埋立て承認取消しの取り消しを求める国による「代執行訴訟」、県による国交相の執行停止決定の取り消しを求める「抗告訴訟」および国地方係争処理委員会の審査却下に対する「国地方係争委訴訟」と3件となっている。

2 本稿の課題と結論

本件取消処分を巡る裁判の本質的論点は、本件承認処分が、埋立て承認基準の「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）の規範的要件の充足性判断（裁量的判断）において、その裁量権の範囲を逸脱し又はその濫用があったとする取り消しすべき違法性があるかである。

本稿の課題は、本件承認処分の違法性の判断において、沖縄における米軍基地の過重負担の歴史的現実を判断（考慮）要素とする法律構成により、沖縄県の勝機を探求することである。

本稿の結論は、本件埋立て承認処分の裁量権の逸脱・濫用の違法性の判断基準である「国土利用上適正かつ合理的なるか」（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の過重負担の歴史的現実」を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」とする法律構成である。

そして、沖縄における米軍基地の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)に著しく反するからである。

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事由である。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。米軍基地の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収用認定において、「沖縄県に駐留軍の基地が集中していることによって生じているとされる種々の問題」つまり「沖縄における米軍基地の過重負担の歴史的現実」を評価障害事由として法律構成したことである。このような沖縄県の勝機に繋がる法律構成の理論的展開を概観する。

3 本件承認処分の違法性の判断枠組み

本件承認処分の違法性の判断は、埋立て承認基準の「国土利用上適正かつ合理的なること」(同項1号)の裁量的判断において、「埋立地の用途」による土地所有権の制限原理である「公共の福祉(公共性)」を評価

基準とする裁量的判断の違法性である。この「裁量的判断」は、本件における土地所有権の制限原理となる埋立法の趣旨としての「地域経済向上の公共性」と「埋立地の用途」としての「米軍基地の公共性」を評価基準として、その評価基準を積極的に根拠づける評価根拠事由と否定的な根拠となる評価障害事由とを「比較衡量」する「総合的判断」であり、その「裁量的判断」が裁量権の範囲を逸脱又はその濫用のあった場合に取り消しうべき違法性となる（行政事件訴訟法30条）。

この違法性の判断枠組みを埋立上の利益レベルで概念化すると「国土利用上適正かつ合理的なるか」の判断は「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とを比較衡量」する「総合的判断」の「裁量的判断」となる。本件において、「地域経済向上の公共性」と「米軍基地の公共性」を評価基準に、評価根拠事由は「埋立てにより得られる利益」、評価障害事由は「埋立てにより生ずる不利益」として概念化されることになる。つぎに、この埋立承認の違法性の判断枠組みを土地所有権の制限原理の観点から考察しよう。

4 土地所有権の制限原理の「公共性」

本件承認処分が「国土利用上適正かつ合理的なるか」の評価基準である「地域経済向上の公共性」と「米軍基地の公共性」は土地所有権の制限原理でもある。このように評価基準と土地所有権の制限原理とが同じとなるのは、土地所有権の制限（①埋立て自体②埋立地の用途）が「国土利用上適正かつ合理的なること」により合法化（正当化）される原理が「公共の福祉（公共性）」にあるからである（憲法29条2項）。したがって、土地所有権の制限原理である「公共性」は当該土地所有権の制限基準、つまり、埋立ての承認基準（1号要件）、当該土地の使用又は収用認定基準（土地収用法20条3項）、および米軍基地に供する当該土地の使用または収用認定基準（駐留軍用地特措法3条・5条）である「適正かつ

合理性」の「評価基準」となるのである。

土地所有権は、原則として、特定人が特定地の上下の時空を自由に利用および処分する権利（民法206条・207条）であるが（土地私法）、例外的に、土地所有権は法令により制限され（土地公法）、その制限原理が「公共の福祉（公共性）」である（憲法29条2項）。

土地所有権が「私益性（私法上の権利利益）」を原則としながら、その土地所有権を「公共の福祉（公共性）」により制限できるのは、土地所有権の客体である「土地の公共性」により「公共の福祉が優先」されるからである。土地所有権の客体である「土地」の「公共性」とは、「土地」が、現在及び将来における国民のために限られた資源であるとともに、生活及び生産に通ずる諸活動の共通の基盤である「公共的な資源」であり（国土利用計画法1条）、また、その「利用」が他の土地の利用と密接な関係を有することの「地域性」をもち、その土地の「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なること等「公共の利害に関係する特性」を有している（土地基本法1条）ことによる。つまり、「土地の公共性」は、土地が「公共的な資源」であり、その利用が「地域性」をもち、その土地の価値が「公共の利害に関係する特性」を有するのである。

したがって、土地所有権の本質は「公共性」にある。なぜなら、土地所有権の本質的要素である「土地」の属性として「土地の公共性」が認められるからである。土地所有権は、原則として、特定人が特定地の上下の時空を自由に利用および処分する権利であり、例外的に法令により制限され、その制限原理は「公共性」となるのである。

この土地所有権の制限原理は、第1に、「地域形成の公共性」と、第2に、「事業の公共性」に区別される。第1の「地域形成の公共性」は地域形成計画法（国土計画関連法）の目的・趣旨であるが、個別法規の目的・

趣旨・基本理念の定義により、その公共性は、より地域化、個別化されている。後述するように埋立法の趣旨を「地域経済の向上」とすると、埋立法は「地域形成の公共性」としての「地域経済向上の公共性」を土地所有権の制限原理として地域化、個別化するのである。第2の「事業の公共性」は、土地収用法を基本法として、「特定の公益の性質を有する事業」（公共事業）の土地利用権原確保のための土地所有権の制限原理であり、その公共事業の種類は土地収用法3条に道路、飛行場等と制限規定されている。「米軍基地の公共性」は駐留軍用地特措法3条・5条で規定されている。

そして、土地所有権の制限原理の観点からみると、本件承認処分 of 違法性の判断構造はつぎのとおりとなる。すなわち、埋立て承認基準の、①「埋立て自体」および②「埋立地の用途」が「国土利用上適正かつ合理的なること」（埋立法4条1項1号）の規範的要件の充足性判断（裁量的判断）は、本件土地所有権の制限原理である「地域経済向上の公共性」と「米軍基地の公共性」を評価基準として、その評価基準を積極的に根拠づける評価根拠事由と否定的な根拠となる評価障害事由とを「比較衡量」する「総合的判断」の「裁量的判断」であり、その「裁量的判断」は裁量権の範囲を逸脱し又はその濫用の場合に限り取り消しうべき違法性となる（行政事件訴訟法30条）。①「埋立て自体」は公有水面を陸地化することで、公有水面（国土）の所有権の廃止（所有権制限）の原理の「地域経済向上の公共性」、②「埋立地の用途」は埋立て後の土地利用計画による土地所有権の制限原理の「地域形成の公共性」としての「地域経済向上の公共性」と「埋立地の用途」が「米軍辺野古飛行場」の「事業の公共性」としての「米軍基地の公共性」で、①②の段階でそれぞれ「公共性」原理は機能する。本稿では、基本的に②の段階を考察している。陸地の沖縄本島の米軍基地の過重負担（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等）の法律構成が課

題だからである。

5 米軍基地の過重負担を評価障害事由とする法律構成の法的根拠

本件承認処分¹の違法性の判断において、沖縄における米軍基地の過重負担の歴史的現実を、評価障害事由として法律構成する法的根拠は、第1に、国が、埋立法の趣旨を「国土の開発その国民経済の向上に資する」（地域に即すると「地域経済の向上」）と定義したことである。第2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、米軍基地の使用または収用の認定の判断において、「沖縄県に駐留軍の基地が集中していることによって生じているとされる種々の問題」として「米軍基地の過重負担の歴史的現実」を評価障害事由として説示した²ことである。

(1) 埋立法の趣旨の「地域経済の向上」と「地域経済向上の公共性」

まず、第1の法的根拠は、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³ことである。埋立法の趣旨を「地域経済の向上」とすることで、「米軍基地の過重負担」を評価障害事由（判断要素）として法律構成できるのは、必然的に、地域内（沖縄本島）の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莫大な経済効果の喪失、機会費用を被っている土地所有権の制限状況が判断要素となるからである。一般的に、埋立事業申請者に「埋立地の用途」に制限された土地所有権を付与するのは「地域経済の向上」を目的として経済的原動力とするためであるから「地域経済の現況」つまり地域の土地所有権制限状況（土地利用状況）は必然的に判断要素となる。土地所有権は自由主義経済の原動力であり、私法秩序の根幹をなしているからである。

埋立法の趣旨・目的は、なぜ「埋立地の用途」により土地所有権を制

限するののかという土地所有権の制限原理を示すことであり、「地域経済向上の公共性」となる。土地所有権の制限原理は一般的に「公共の福祉（公共性）」（憲法29条2項）であるからである。したがって、地域・沖縄本島（1208km²）において、自由主義経済の原動力である土地所有権が広大な米軍基地（221km²）の土地利用に固定化されることにより、沖縄県（民）は、莫大な「経済効果」を喪失・逸失し、「機会費用」を被ることになる。「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が、米軍基地がなければ得られたであろう「経済的利益」のことである。米軍基地の既返還跡地の新都心地区で、返還前の軍用地料52億円が返還後1632億円と約32倍になる経済効果が沖縄県により推計されている。さらに、国は、米軍普天間飛行場の返還跡地利用に関して返還前の120億円が返還後に3866億円の約32倍の経済効果を「宜野湾市の経済発展」の評価根拠事由として法律構成している。しかし、米軍返還跡地の土地利用の経済効果は、翁長沖縄県知事が2016年2月15日の知事尋問で証言したように、前述の新都心地区の経済効果を根拠に、「米軍基地は経済発展の最大の阻害要因」と捉えるのが客観的評価である。なぜなら、返還跡地の土地利用の経済効果が現実に52億円から1632億円と約32倍となっているからである。かくして、米軍基地は、「地域経済向上の阻害要因」として「地域経済向上の公共性」の評価障害事由となるのである。

(2) 「地域経済向上の公共性」の評価障害事由としての「地域経済向上の阻害要因」

このように、米軍基地は、「地域経済向上の公共性」の評価障害事由の「地域経済向上の阻害要因」として法律構成されるのである。

さらに、沖縄県は米軍専用施設8地区の軍用地面積13.7km²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）

1兆769億円なることの推計を公表している（2015年1月）。沖縄県民は軍用地面積13.7km²で年間1兆769億円も「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、沖縄本島の米軍基地面積221km²で考えてみると「想像を絶する」年間の「経済効果の喪失・経済的不利益」、「機会費用」を被ることになる。これは個別米軍基地の集合としての「米軍基地の過重負担の歴史的現実」として「地域経済向上の阻害要因」を捉えるべきことを示している。

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、自由主義経済の原動力である土地所有権が沖縄県民の約9割の住む沖縄本島の18.3%の221km²を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、基地は自由主義経済を構造的に阻害しているのである。沖縄県民の所得全国最下位、全国一の失業率等の経済貧困の原因は、自由主義経済の原動力である土地所有権が広大な米軍基地の土地利用に固定化されていることにある。沖縄県（民）の貧困の構造的原因となっている沖縄の米軍基地の過重負担の歴史的現実とは「地域経済向上の阻害要因」として、「地域経済向上の公共性」の評価障害事由として法律構成されるのである。このような米軍基地の過重負担の評価障害事由としての主張立証は、「地域経済向上の公共性」（評価基準）に照らして、その原因の米軍基地建設の土地利用権原確保のために本件埋立て承認をすることは「国土利用上適正かつ合理的なること」に著しく反し、沖縄県知事の承認の裁量権の範囲を逸脱し又はその濫用として強い違法性を帯びるのである。

(3) 沖縄県知事職務執行命令訴訟が評価障害事由とすること

第2の法的根拠は、「米軍基地」の「事業の公共性」としての「米軍基地の公共性」の評価基準の下で米軍基地の過重負担を評価障害事由とし

て法律構成する沖縄県知事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）が存在することである。駐留軍用地（米軍基地）としての土地利用または取用の認定が「適正かつ合理的なる」かの判断において（駐留軍用地特措法3条・5条）、「米軍基地の公共性」を評価基準に米軍基地の集中（過重負担）を評価障害事由としているのである。

大法廷判決は、「米軍基地の公共性」の評価根拠事由として、①「我が国の安全と極東における国際の平和と安全の維持にかかわる国際情勢」、②「駐留軍による当該土地等の必要性の有無、程度」、③「代替すべき土地等の提供の可能性」等を法律構成し、評価障害事由として、④「当該土地等を駐留軍の用に供することによってその所有者や周辺地域の住民などにもたらされる負担や被害の程度」、さらに、注目すべきことに、⑤「沖縄県に駐留軍の基地が集中していることによって生じているとされる種々の問題も、右の判断過程において考慮、検討されるべき問題である。」として、⑤の「沖縄県に駐留軍の基地が集中していることによって生じているとされる種々の問題」の意味する「沖縄の米軍基地の過重負担の歴史的現実」を評価障害事由として法律構成しているのである。

この法律構成は、国土（37万7962km²）の0.6%の沖縄県（2276km²）に米軍基地（231km²）の73.7%が集中すること、および沖縄本島（1208km²）の米軍基地（221km²）は18.3%の占有すること（平成25年3月時点）によって「生じているとされる種々の問題も、右の判断過程において考慮、検討されるべき問題」が「米軍基地の公共性」の評価障害事由として法律構成されるのである。本件承認処分の違法性判断において、沖縄における米軍基地の過重負担の歴史的現実を考慮要素とすることは、最高裁の大法廷判決の判断である。そして、この判断は、駐留軍用地特措法における土地所有権の制限原理で評価基準である「事業の公共性」としての「米軍基地の公共性」の評価障害事由であるということである。

(4) 本件承認処分と駐留軍用地特措法の「米軍基地の公共性」の関係性

他方、本件埋立て承認基準の「国土利用上適正かつ合理的なるか」の判断で、土地所有権の制限原理の「地域経済向上の公共性」と「米軍基地の公共性」が評価基準となるのは、根拠法規である埋立法に基づく埋立て承認の本質が、①「埋立地の用途」に「制限された土地所有権」の取得、および②「埋立地の用途」が「米軍辺野古飛行場」として「米軍基地」に「制限された土地所有権」であることにある。つまり、本件「埋立地の用途」による土地所有権の制限原理が、①の側面では「地域経済向上の公共性」、②の側面では「米軍基地の公共性」となり、両者が重疊的に併合するのである。

そこで、両者の「米軍基地の公共性」の評価基準の関係性が問題となるが、この両者の「米軍基地の公共性」は同じ性質である。なぜなら、第1に、埋立法も駐留軍用地特措法も「米軍基地の土地利用権原（土地所有権等）」の確保の根拠法規であり、ともに土地所有権の制限原理を個別的に規定したものである。第2に、「米軍基地」という事業の性質からの必然的な「公共性」だからである。したがって、「米軍基地の公共性」の側面では、駐留軍用地特措法による使用又は収用の認定枠組みと埋立法による埋立て承認の判断枠組みは同じことになる。つまり、本件埋立て承認処分の違法性判断の「米軍基地の公共性」の評価基準の評価障害事由として「沖縄における米軍基地の過重負担の歴史的現実」を法律構成することは、沖縄県職務執行命令訴訟の大法廷判決を根拠とすることになる。

(5) 「米軍基地の公共性」の評価障害事由

そして、「米軍基地の公共性」に照らして、「沖縄県の米軍基地の過重負担の歴史的現実」を構成する個別評価障害事由は、以下の5事由である。

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点である。

第1の「地域経済向上の阻害要因」は、前述のように、「地域経済向上の公共性」の評価障害事由でもあるが、「米軍基地の公共性」においても、評価障害事由となる。自由主義経済の原動力である土地所有権が広大な米軍基地の土地利用に固定化されることにより莫大な「経済効果の喪失」・「機会費用」を被っているという歴史的現実、自由主義経済を構造的に阻害していることから、自由主義経済体制の安全保障である「米軍基地の公共性」に照らして、1号要件の「国土利用上適正かつ合理的なること」に著しく反する違法性を帯びることになるからである。

第2の、「航空機騒音の住民への悪影響や演習に伴う事故の発生」、第3の「後を絶たない米軍人・軍属による刑事事件の発生」、および第4の「汚染物質の流出等による自然環境破壊の問題」等は、「県民にとって過重な負担」となっている。

この「過重負担」の内実は、「個人の自由、平等および幸福追求する権利」等の「想像を絶する」人権侵害状況である。

まず第1に、このような「米軍基地の過重負担」に伴う沖縄県民の人権侵害状況の被害度は、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に、その差は約468倍に上ると指摘されている見解からは、本土国民と比較すると、「想像を絶する不平等」であり、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。

また、第2に、この「想像を絶する人権侵害状況」は、沖縄県民の基本的な人権の享有（憲法11条）を侵害し、特に、沖縄の米軍地の過重負担の歴史的現実、まさに、「公共の福祉に反し」、憲法13条の「すべての国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上

で、最大の尊重を必要とする」精神を、日本国は、戦後70年にわたって蹂躪してきているのである。

逆に、第3に、1972年以降も続いている沖縄の米軍基地の過重負担の歴史的現実、沖縄県民が、憲法12条の「国民に保障する自由及び権利は、国民の不断の努力によって、これを保持しなければならない」という自由及び権利の保持義務、沖縄県民の不断の努力が結実していない結果でもある。まさに、沖縄の米軍基地の過重負担を固定化する辺野古沿岸域の埋立て承認の取り消し訴訟は、法のレベルでの不断の努力ということになる。

このような3点の「米軍基地の過重負担」による憲法の人権侵害状況の内実、自由主義、民主主義国家の安全保障を担うことによる正当化根拠の「米軍基地の公共性」の評価障害事由となるのである。

さらに、このことは、第5に、「米軍基地の公共性」の評価障害事由として「米軍基地の不平等な基地負担の国民の安全保障観への悪影響」を法律構成する。米軍基地の安全保障の「公共的価値」の恵沢を平等に受けている日本国民は、米軍基地を平等に負担すべきが、沖縄県民は約468倍もの「想像を絶する不平等」の基地負担となり、この不平等な基地負担は、国民の安全保障観に影響を与え、「米軍基地の公共性」の評価障害事由として法律構成すべきとなる。

つまり、米軍基地の過重負担の内実を構成する5点の評価障害事由は、米軍基地のもつ「公共的価値の実現」の許容範囲を遥かに超え、「米軍辺野古飛行場」の建設のための土地所有権を確保する埋立て承認を認めることは、「米軍基地の公共性」に照らして、「国土利用上適正かつ合理的なること」に著しく反し、本件承認処分は強い違法性を帯びるのである。

以上、米軍基地の過重負担の歴史的現実を、埋立て承認基準の「国土利用上適正かつ合理的なること」の裁量的判断において、その評価基準の「地域経済向上の公共性」および「米軍基地の公共性」の評価障害事

由として法律構成することが論拠づけられた。

6 憲法および地域形成計画法（国土計画関連）に反する違法状態

沖縄における米軍基地の過重負担の歴史的現実、憲法及び「地域形成計画法」（国土計画関連法）に反する違法状態にある。

まず、憲法に反するのは、①憲法前文の「恐怖と欠乏から免れ平和のうち生存する権利」、②憲法13条の個人の尊重、自由、平等及び幸福追求に対する権利の尊重、③憲法14条の平等原則の精神、④憲法22条1項の居住・移転の自由および職業選択の自由・営業の自由、⑤憲法29条の財産権の保障（1項）および公共の福祉による制限（2項・3項）である。

つぎに、地域形成計画法（国土計画関連法）に反するのは、⑥国土総合開発法（国土形成計画法）の目的（1条）、⑦国土利用計画法の基本理念（2条）、⑧都市計画法の目的（1条）、⑨土地基本法の基本理念（2条）、⑩景観法の目的（1条）および基本理念（2条）、国土形成計画法の目的（1条）である。

この米軍基地の過重負担の違法状態は、国等に米軍基地の整理縮小の責務があることになり、本件埋立て承認をすることは、この違法状態を固定化することになり、また、現在に米軍基地の過重負担を沖縄県自ら固定化（現状容認）する意味をもつことから、「地域形成の公共性」、「事業の公共性」に照らして、判断されることになる。

7 要約

まず、第1に、「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」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号要件）に著しく反するからである。

つぎに、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事由が法律構成される。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のである。

そして、第3に、「地域形成の公共性」および「事業の公共性」の評価障害事由として「憲法に反する違法状態」および「地域形成計画法（国土計画関連法）に反する違法状態」を法律構成することである。本件埋立て承認は、その違法状態を固定化することを含意し、これらの違法状態の主張立証は、埋立法の上位の土地所有権制限原理である「地域形成の公共性」、「事業の公共性」に照らし、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」に著しく反する違法性を帯びることになる。沖縄県の勝機は沖縄の「負」の歴史的現実にあるのである。

8 本稿の法律構成の展開の概要

米軍基地の過重負担の歴史的現実の法律構成の展開を、以下に5論点で要約する。この5論点は本件埋立て承認取消し巡る裁判に共通する本質的論点である。

(1) 「米軍基地と司法権」

まず、第1論点は、「米軍基地と司法権」で、米軍基地問題に対する裁判所の「司法権の限界」が言われるなかで、「米軍辺野古飛行場」建設のための辺野古沿岸域の埋立て承認問題（本件埋立承認問題）に対して裁判所の司法権は関与できるかである。その司法権の関与は5段階に区別される。第1段階は、米軍基地の条約上の根拠である日米安保条約6条の違憲性の問題、第2段階は、日米両政府の個別米軍基地の設置・存続の協定問題（日米地位協定2条）、第3段階は、日米合同委員会による個別米軍基地の設置場所の決定問題（日米地位協定25条）、第4段階は、その当該米軍基地の土地利用権原の確保の問題（駐留軍用地特措法、土地収用法、埋立法等）、第5段階は、現存の米軍基地の管理上の排他的管理権の問題（日米地位協定3条）である。本件承認問題は、第4段階の「米軍基地の土地利用権原（土地所有権）の確保の問題」に位置づけられ裁判所の司法権が全面的に関与する問題となる。埋立法に基づく承認により国が取得する土地利用権原としての土地所有権は、私法秩序の根幹であり、自由主義経済の原動力であるからである。

(2) 「土地所有権と公有水面埋立法」

第2論点は、「土地所有権と公有水面埋立法」で、土地所有権の意義と制限および埋立法の趣旨と埋立て承認の法的性質の捉え方である。

まず、土地所有権は、原則として、特定人が特定地（地籍・地積）の上下の時空を自由に利用および処分する権利であるが、例外的に法令により制限することができ、その制限原理は「公共の福祉（公共性）」である（憲法29条2項）。土地所有権の制限原理が「公共性」であるのは、その客体である土地が「公共的な資源」であり、土地利用が「地域性」をもち、土地の価値が「公的な利害に関する特性」を有するからである（土地の公共性）。土地所有権の本質は「公共性」にあるが、原則は

「私益性（私法上の権利利益）」にある土地所有権は、私法秩序の根幹をなし、自由主義経済の原動力となる。

土地所有権の制限原理である「公共性」は、第1に、「地域形成計画法」（国土計画関連法）の広義の「地域形成の公共性」と個別法規の目的・趣旨に定義された「個別法規の公共性」に区別されものと、第2に、土地収用法を基本法とする「特定の公益の性質を有する事業」のための土地利用権原を確保（土地収用、公用）するための「事業の公共性」に区別される。

本件埋立て承認は「地域形成の公共性」としての「地域経済向上の公共性」と「事業の公共性」としての「米軍基地の公共性」を重疊的に併合するが、米軍基地の過重負担の歴史的現実を、「公共性」の評価障害事由として法律構成することにより、「公共性」に照らして、本件承認基準の「国土利用上適正かつ合理的なること」に著しく反し、本件承認処分は強い違法性を帯びることになる。沖縄の米基地の過重負担の歴史的現実が「米軍基地の公共性」の評価障害事由となる法律構成は、沖縄県知事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）において、「沖縄県に駐留軍の基地が集中していることによって生じているとされる種々の問題も、右の判断過程において考慮、検討されるべき問題である。」として説示されている。

埋立て承認の法的性質論は、埋立て承認処分により国が取得するのは、「埋立地の用途」に制限された土地所有権か、である。「地域形成計画法」（国土計画関連法）の個別法規である埋立法は、「地域形成の公共性」を地域化、個別化する埋立法の趣旨・目的を規定していないが、埋立法が自由主義経済の原動力である土地所有権の付与を契機に「国土の開発その他国民経済の向上」に資してきたことを踏まえて、国は、埋立法の趣旨を、「国の所有する公有水面（法1条1項）埋め立て、これを利用することが、国土の開発その他国民経済の向上に資するもの」（原告第1準備

書面8頁・71頁）と定義した。国は、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）であると捉える見解を採ることから、埋立て承認の法的性質は、特定の公有水面を埋立てて土地造成する埋立竣功を停止条件として埋立事業者の国に埋立地の用途に制限された土地所有権を付与する処分となる。

この国の取得する土地所有権は私法上の所有権であり、国は、埋立法上は「私人と同様の立場」とするので、「国民経済の向上」、「地域経済向上」の観点から「国土利用上適正かつ合理的なるか」、判断されることになる。このことは、埋立法の「埋立地の用途」による土地所有権の制限原理を「地域経済向上の公共性」とすることを意味し、「国土利用上適正かつ合理的なるか」の評価基準となることを意味する。

このような一般的な見解に対して、沖縄県は、埋立法の趣旨を地方公共団体の公益の保護にあるとし、本件承認処分の名宛人である国は「そもそも埋立て承認処分により埋立権を取得するとしても、かかる利益は、私益ではなく、法律上保護された利益とはいえ、本件はいわゆる受益的行政処分ですらない」（被告第10準備書面7頁）と断定する。沖縄県は、本件埋立て承認問題を「米軍基地の土地利用権原（土地所有権）の確保の問題」として捉えていない。したがって、土地所有権の制限原理の観点は欠落するので、「地域経済向上の公共性」が評価基準となることはない。そして、沖縄県の「国土利用上適正かつ合理的なること」の評価基準は「地方公共団体の公益」（自然環境保全の重要性）となり、その評価根拠事由と評価障害事由との比較衡量となり、国と、沖縄県は土俵が異なることになる。代執行訴訟は国が原告であり、抗告訴訟は沖縄県が原告であるので、埋立法の趣旨、1号要件の趣旨、2号要件の趣旨をどう捉えるかはそれぞれの訴訟に対応して死活問題となる。

(3) 「本件取消処分」の違法性」

第3論点は、「本件取消処分の違法性」で、その違法性判断の枠組み（法律構成）である職権取消権（取消権）の制限（性質）に関して、取消権制限説と取消権原則説との対立がある。取消権原則説は、受益的処分（本件承認処分）の違法性により原則として取消権は発生するとする見解であり、取消権制限説は受益的処分の違法性と職権取消しの違法性とは区別され、取消権は極めて例外的な場合に限り発生するという見解である。国は取消権制限説をとり、自説を「取消権制限の判例法理」として最高裁判決例を根拠とするが、取消権原則説も同じ最高裁判決例を自説の判例法とする。最高裁判決例を考察した結果、判例法としては取消権原則説となっている。訴訟上は、受益的処分に違法性あるときに取消権は原則として認められるが、被告の取消権行使は、公共の理念に照らして著しく不当なるか否かの「特段の事情」を原告か被告が主張立証した場合には、例外として取消権は制限される（認められない）。この「公共の理念に照らして」とは当該個別根拠法規の目的・趣旨であり、受益的処分の「公共性」の評価基準となる。

この取消権制限の有無（取消処分の違法性の有無）を判断する「受益的処分（本件承認処分）の違法性」判断は、受益的処分の根拠法規の目的に照らした判断であるので、受益的処分（本件承認処分）の実質的違法性（実体的違法性）判断である。したがって、公共の理念に照らして著しく不当なるか否かの「特段の事情」の主張立証は、原告だけが利害関係者である場合には、取消処分の取り消しを求める原告が主張立証することになるが、取消処分の取り消しが第三者に根拠法規の目的に照らした利害関係が及ぶ場合には、公共的価値の実現を担う被告・行政庁が、その不当でない「特段の事情」の主張立証することになる。

この「特段の事情」は、本件代執行訴訟では、本件取消処分の取り消しを求める原告・国の主張立証する本件承認処分後の「莫大な経済的

利益が生ずる点」である。その内容は契約金額で明示されたもので約1462億円、既に投じた473億円が無駄になるということである。この巨額の無駄の国費の主張立証は本件承認処分の「地域経済向上の公共性」の評価根拠事由になるのか。たしかに、承認後埋立て事業費に巨額に資金が投入されればされるほど、承認の「適法性」は固定化され、その究極が、埋立て工事が完了して、事情判決による承認の法的固定化となる。したがって、この無駄な巨額の問題の本質は、埋立て工事の進捗度の問題となり、承認の「適法性」の評価根拠事由としては、強いものではない。

また、この事業経費は国によるものである。その国が事業経費の投入の法的根拠となったのは本件承認処分であるが、その判断過程に違法・不当に関与した場合には信義上、「公共の福祉の観念に照らし著しい不当」かの判断要素とすることはできない。国は、沖縄本島における米軍基地の過重負担の歴史的現実を踏まえると、「地域経済の向上」を著しく阻害しており、「地域経済向上の公共性」に照らして、また、過重負担の「想像を絶する不平等」等は「米軍基地の公共性」に照らして、沖縄の過重負担となっている「米軍基地」自体を整理縮小すべき立場にあるからである。

(4) 「本件承認処分の違法性」

第4論点は「本件埋立承認処分の違法性」である。この判断の帰趨を決するのは、「宜野湾市の経済発展のために本件埋立事業を実施する必要性」の判断要素である。この「宜野湾市の経済発展」の中身は普天間飛行場返還跡地利用の経済効果である。現在の軍用地料等の経済効果の約120億円が返還後の経済効果が沖縄県により約3866億円と推計され、約3746億円も拡大し経済発展に繋がると主張立証している。この「宜野湾市の経済発展」を国は、「地域経済向上の公共性」の評価根拠事由として主張立証している。したがって、年間約3746億円の経済効果は効果的な

主張立証ということになる。これに対して、沖縄県は、その評価障害事由として、この額は、自由主義経済に原動力である土地所有権が米軍普天間飛行場（4.8km²）の土地利用に固定化によるもので、米軍基地の過重負担を整理縮小すべき責務ある政府が主張することは信義則上認められるべきではない。また、代替施設として辺野古沿岸域を埋立ててキャンプ・シュワブ（20.6km²）の一部として「米軍辺野古飛行場」基地を建設することは、キャンプ・シュワブを固定化することであり、「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」とはいえない。なぜなら、まず第1に、生物多様性の豊かな自然環境である辺野古沿岸域を破壊、喪失することであり「地域経済の向上」の観点から「国土利用上適正かつ合理的なる」とは到底いえず、第2に、この豊かな自然環境の辺野古沿岸域と辺野古崎の約8.5kmに渡る自然海浜と20.6km²の広大なキャンプ・シュワブと三位一体の自然と共生し沖縄の歴史・文化・自然・人間の特性を活かした「リゾート地」形成による「地域経済の向上」を阻害し、沖縄経済自立の契機を永久に喪失させることになるからである。つまり、辺野古沿岸域を埋立てないことによる「地域形成の公共性」としての「地域経済向上の公共性」の価値を積極的に実現すべきことを主張立証することは、訴訟上は、「地域経済向上の公共性」の評価障害事由としての主張立証ということになる。つまり、米軍普天間飛行場跡地利用の経済効果と比較するのは（比較自体ナンセンスではあるが）、キャンプ・シュワブ返還跡地・辺野古崎の自然海浜・辺野古沿岸域自然の三位一体の「リゾート地」の経済効果であるとして、評価障害事由として、国の評価根拠事由に対する効果的な主張立証となる。

しかしながら、沖縄県の埋立法の趣旨は「地方公共団体の公益保護」説であり、したがって埋立て承認の法的性質も土地所有権取得権説ではない。「地域経済向上の公共性」が1号要件の「国土利用上適正かつ合理的なること」の評価基準となることはないので、米軍基地の過重負担が

「地域経済向上の阻害要因」であるという視点が全く欠落しているので、国の「宜野湾市の経済発展」の根拠としている跡地利用の3866億円の経済効果の主張立証に効果的に反論できない。

それでも、2016年2月15日の知事尋問において翁長沖縄県知事は「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あてはまる時代になっている」と証言した。この「米軍基地は経済発展の最大の阻害要因」だとの証言の根拠は新都心地区の返還跡地利用の経済効果であるが、国の宜野湾市の経済発展の根拠も跡地利用の経済効果であるので、国の主張立証に対する効果的な評価障害事由の主張立証となる。つまり、知事の証言は米軍基地の過重負担を評価障害事由として法律構成するものである。

(5) 「沖縄の米軍基地の過重負担の歴史的現実」の法律構成

第5論点は、「沖縄における米軍基地の過重負担の歴史的現実」の法律構成である。この米軍基地の過重負担は、(一)「地域経済向上の阻害要因」、(二)「航空機騒音の住民への悪影響や演習に伴う事故の発生」、(三)「後を絶たない米軍人・軍属による刑事事件の発生」、(四)「汚染物質の流出等による自然環境破壊の問題」、(五)「不平等な基地負担の国民の安全保障観への悪影響」に分節し構成される5事由である。この5事由を、個別的に評価障害事由として、以下の3点に法律構成される。

まず、第1点は、「地域経済向上の公共性」の評価障害事由として、(一)の「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号要件）に著しく反するからである。

米軍基地の跡地利用の経済効果に関して、沖縄県は、既返還米軍基地3施設区（①那覇新都心地区、②小禄金城地区、③桑江・北前地区）および既存の米軍基地5施設区（④キャンプ桑江、⑤キャンプ端慶覧、⑥普天間飛行場、⑦牧港補給地区、⑧那覇港湾施設）の推計を公表している（2016年1月）。8地区の軍用地面積13.7km²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。沖縄県民は軍用地面積13.7km²で年間1兆769億円も経済効果を「喪失・逸失」する「経済的不利益」を受けているのであり、それが、沖縄本島の軍用地面積221km²で考えてみると「想像を絶する」年間の「経済的不利益」となる。

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）は自由主義経済の原動力である土地所有権が広大な過重負担の米軍基地の土地利用に固定化されていることによる。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、基地は自由主義経済を構造的に阻害しているのである。

このように米軍基地の過重負担が「地域経済向上」の著しい阻害要因となっていることは評価障害事由として「地域経済向上の公共性」に照らし、知事の埋立て承認は「国土利用上適正かつ合理的なること」に著しく反し、裁量権の範囲を逸脱またはその濫用が著しく、取り消しうべき重大な違法性を帯びるのである。

この「地域経済向上の阻害要因」を評価障害事由として主張立証することは、前述した沖縄県の法律構成からはでてこない。埋立法の趣旨を「国民経済の向上」即ち「地域経済の向上」とせず、「地方公共団体公益保護」説をとっているからである。

しかし、2016年2月15日の知事尋問において、翁長沖縄県知事は、「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、経済の面而言えば、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あてはまる時代になっている」と証言した。上記の既返還米軍基地3施設区の①那覇新都心地区を根拠としたのである。この証言は、評価障害事由としての米軍基地の「地域経済向上の阻害要因」の沖縄県の主張立証となる。

そして、第2点は、「米軍基地の公共性」の評価障害事由としての「米軍基地の過重負担」の法律構成は、(一)「地域経済向上の阻害要因」、(二)「航空機騒音の住民への悪影響や演習に伴う事故の発生」、(三)「後を絶たない米軍人・軍属による刑事事件の発生」、(四)「汚染物質の流出等による自然環境破壊の問題」、(五)「不平等な基地負担の国民の安全保障観への悪影響」の5事由を評価障害事由とする。

たしかに、「米軍基地」が国家の安全保障という「公共的な価値を積極的に実現」するためにある「事業の公共性」とするなら、「米軍基地の公共性」は高い。

しかしながら、以下の評価障害事由の主張立証は、その「米軍基地の公共性」故に、「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。

まず、(一)の「地域経済向上の阻害要因」は、前述の、「地域経済向上の公共性」の評価障害事由でもあったが、「米軍基地の公共性」においても、評価障害事由となる。自由主義経済の原動力である土地所有権が広大な米軍基地の土地利用に固定化されることにより莫大な「経済効果の喪失」・「機会費用」を被っているという歴史的現実、自由主義経済を構造的に阻害していることから、自由主義経済の安全保障である「米軍基地の公共性」に照らして、1号要件の「国土利用上適正かつ合理的なること」に著しく反する違法性を帯びることになるからである。

つぎに、(二)の、「航空機騒音の住民への悪影響や演習に伴う事故の発

生」、(三)の「後を絶たない米軍人・軍属による刑事事件の発生」、および(四)の「汚染物質の流出等による自然環境破壊の問題」等は、「県民にとって過重な負担」となっている。

この「過重負担」の内実は、「個人の自由、平等および幸福追求する権利」等の「想像を絶する」人権侵害状況である。

この想像を絶する人権侵害状況は、まず第1に、沖縄県民の人権侵害状況の被害度の側面で法の下での平等を定めた日本国憲法第14条の精神にも反し、第2に、沖縄県民の基本的人権の享有（憲法11条）を侵害し、特に、沖縄の米軍地の過重負担の歴史的現実、まさに、「公共の福祉に反し」、憲法13条の、「個人としての尊重」および「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」の尊重を蔑にしている、この憲法の人権侵害状況の内実は、自由主義、民主主義国家の安全保障を担うことによる正当化根拠の「米軍基地の公共性」の評価障害事由の主張立証となるのである。

さらに、このことは、(五)、「米軍基地の不平等な基地負担の国民の安全保障観への悪影響」が評価障害事由として法律構成される。米軍基地の安全保障の「公共的価値」の恵沢を平等に受けている日本国民は平等に負担すべきが沖縄県民は約468倍もの「想像を絶する不平等」の基地負担となっているからである。

つまり、米軍基地の過重負担の内実を構成する5点の評価障害事由は、米軍基地のもつ「公共的価値の実現」の許容範囲を遥かに超え、「米軍辺野古飛行場」の建設のための土地所有権を確保する埋立て承認を認めることは、「米軍基地の公共性」に照らして、「国土利用上適正かつ合理的なること」に著しく反し、本件承認処分は強い違法性を帯びるのである。

最後に、第3点は、「地域形成の公共性」および「事業の公共性」の評価障害事由として「憲法に反する違法状態」および「地域形成計画法（国土計画関連法）に反する違法状態」を法律構成することである。本件埋

立て承認は、その違法状態を固定化することを含意し、これらの違法状態の主張立証は、埋立法の上位の土地所有権制限原理である「地域形成の公共性」、「事業の公共性」に照らし、本件埋立て承認基準の「国土利用上適正かつ合理的なつこと」に著しく反する違法性を帯びることになる。

沖縄県の勝機は沖縄の「負」の歴史的現実にあるのである。

9 本稿の構成

本稿の構成は次のとおりである。まず、米軍基地の問題は「司法権の限界」が言われることに鑑み、「米軍基地と司法権」で米軍基地問題に対する裁判所の司法権の関与を考察する（第2章）。次に、本件承認処分により国が取得する権利が、制限された土地所有権でありことから「土地所有権と公有水面埋立法」の関連を考察する（第3章）。「本件取消処分の違法性」の判断枠組みである職権取消原則説と職権取消制限説と基本的に対立する見解の観点から国の法律構成である「取消権制限の判例法理」の最高裁の根拠判決例の考察を通じて、「取消処分の違法性」と「受益的処分の違法性」の関連を考察する（第4章）。また、国の本件埋立て承認の違法性判断を検討して、「本件承認処分の違法性」判断枠組みの妥当性を考察する（第5章）。そして、以上の考察を踏まえて、「沖縄の米軍基地の過重負担の歴史的現実」の法律構成に沖縄県の勝機を求める（第6章）。最後に、「総括」する（第7章）。

第2章 米軍基地と司法権

第1節 総説

米軍普天間飛行場を辺野古沿岸域の埋立地に移設する「米軍辺野古飛行場」の建設問題（辺野古移設問題）が日本の大きな政治問題となり、

そして現在は法律問題となっている。本章は、辺野古移設問題のなかで、公有水面埋立法（埋立法）に基づく沖縄県知事による辺野古沿岸域の埋立て承認の違法性（法的瑕疵）に関する法律問題を、米軍基地と司法権の観点から考察するものである。知事の埋め立て承認の取消しをめぐる国と沖縄県の裁判は、国の提訴による「代執行訴訟」、沖縄県提訴による「抗告訴訟」および「国地方係争委不服訴訟」の3件が提起され、辺野古移設問題は法律問題となり「裁判闘争」の段階に入っている。米軍基地と司法権の問題は、米軍基地問題に対して裁判所の司法権がどう及ぶかという司法権の関与の問題である。

この米軍基地に対する裁判所の司法権の関与の論点を検討するのは、「米軍に対して裁判所は何も口出しできないという『司法の限界』」（前泊博盛『本当は憲法より大切な「日米地位協定入門」』135頁）の「神話」の現状において、一般的に沖縄県の敗訴が予測されている。しかし、米軍基地問題でも、個別裁判により審判の対象が区別され、その区別に対応して司法権の関与に違いがあるかを考察する。本稿の目的が、沖縄県の勝訴の可能性を探求することにあるからである。

このような観点から、本章は、米軍基地に対する司法権の関与を以下の5段階に区別し、「米軍辺野古飛行場」建設のための辺野古沿岸域の埋立て承認の問題を、第4段階の「米軍基地の土地利用権原の確保の問題」として位置付けるものである。この問題は、「国内私法」の問題として裁判所の司法権が全面的に関与する法律問題となる。

米軍基地問題に対する司法権の関与は、次の5段階に区別できる。第1段階は、米軍基地の条約上の根拠である日米安保条約の違憲性の問題（日米安保条約6条）、第2段階は、個別米軍基地の設置の側面で、日米両政府による個別米軍基地の設置場所等の協定の問題（日米地位協定2条）、第3段階は、日米合同委員会による個別米軍基地の設置地場所の決定の問題（日米地位協定25条1項）、第4段階は、個別米軍基地の設置場

所が決定及び協定された「当該米軍基地の土地利用権原の確保の問題」で、「国内私法」（駐留軍用地特措法、土地収用法、公有水面埋立法、都市計画法等）の問題となる。第5段階は、第1、第2、第3、第4段階を踏まえて現存する米軍基地を前提に、米軍基地の管理等の排他的管理権の問題（日米地位協定3条）である。

辺野古沿岸域の埋立て承認の問題は、第4段階の問題で、普天間飛行場の移設先の辺野古沿岸域での「米軍辺野古飛行場の土地利用権原確保の問題」である。その土地利用権原である土地所有権を、国は、根拠法規である埋立法42条1項に基づく承認という受益的処分により取得する。つまり、国（防衛省）は「米軍辺野古飛行場」の土地利用権原として知事の埋立て承認の受益的処分により埋立工事竣功を停止条件として土地所有権を取得するのである。

普天間飛行場を返還し辺野古沿岸域に移設するのは日米地協定2条2項の問題（第2段階）、そして日米合同委員会により移設先を辺野古沿岸域と場所決定するのは日米地位協定25条の問題（第3段階）であるが、その「米軍辺野古飛行場の土地利用権原の確保の問題」（第4段階）は、法的には、日本政府の米軍基地提供義務として国内法の問題となり、その上で建設された米軍基地の運用・管理等が排他的管理権（日米地位協定3条）の問題となるのである（第5段階）。

本件埋立て承認問題は米軍基地の土地利用権原の確保の問題であり、その土地利用権原である土地所有権は日本国及び合衆国における自由主義経済の原動力であるところ、土地所有権は自由主義経済体制の法的基盤であり、その法的基盤は私法秩序である。つまり、土地所有権は私法秩序の根幹となっている。

自由主義経済体制では政府も地方公共団体も土地所有権者としては私人と同様の立場にたつ。自由主義経済の原動力である土地所有権は、その主体が私人（私有地）、国（国有地）、地方公共団体（公有地）のいずれ

れの土地所有権も私法上の土地所有権（私所有権説）だからである。

実務は、「国有とは、国が権利主体であるというだけで、民法上の所有権という意味以外に解することはできないと考えられる。したがって、所有の意義についても私法のそれと同じであると考えられ、実務上は国有財産についてのすべての所有権は、私所有権説の立場に立脚して理解されている。」（大蔵省理財局編『国有財産法精解＜平成6年改訂＞』300頁）。この土地私法と土地所有権を制限する土地公法（国土利用計画法、都市計画法等）との関係についても、「土地に関する公法的規律（土地公法）は、正に、土地に関する私法的規律（土地私法）に対する特別法の地位を占めるものと考えべき」（田中二郎『土地法』有斐閣法律学全集15＝II、昭和35年、15頁）とする。

この見解を前提とすると、埋立法は、私法上の土地所有権の付与（土地私法）、埋立地の用途（米軍辺野古飛行場）に制限された土地所有権（土地公法）の2側面を併有した法律となるが、土地所有権に関する「私法」ということになる。国が、免許（私人）と承認（国）の「法的効果が同一である」として、その法的効果が埋立工事竣功を停止条件として制限された土地所有権の取得を意味しているとすれば、埋立申請者の国が「私人と同様の立場」を主張するのは、自由主義経済体制における土地所有権の機能から必然的にでてくるもので、政策的なものではなく自由主義経済体制の原理的なものなのである。

日米の安全保障は、この自由主義経済の安全保障を基本としているので、土地利用権原が土地所有権である場合には、土地所有権の取得及び制限の問題に自国の司法権が及ばないということはありません。むしろ、安全保障の公共性（米軍基地）より自由主義経済体制の公共性（国民経済の向上・地域経済の向上）が優先されることを意味する。なぜなら日米両国は自由主義経済体制であり、その体制維持のための安全保障だからである。

米軍基地は土地利用権原（本件では土地所有権）が確保されて存在し、現存した米軍基地が米軍により管理されることになる。日米地位協定3条の排他的管理権は米軍基地が存在して意味を持つのであり、その米軍基地は土地利用権原の土地所有権により存在しているので、土地利用権原の問題と地位協定3条の排他的管理権とは法論理的に別の問題となり土地所有権が優先するのである。したがって地位協定より埋立法が優先するのである。なぜなら、埋立法は土地利用権原の基本である土地所有権の取得の根拠法規だからである。

第2節 米軍基地問題の司法権関与の5段階

辺野古移設問題は多様な論点が重畳しており、論点を明確にし、裁判の争点を絞るために、辺野古沿岸域の知事の埋立て承認の問題を米軍基地問題に対する裁判所の司法権の関与を5段階に区別する観点から検討する。本節では、その裁判所の司法権の関与の5段階を概観するものである。この5段階は、また米軍基地の設置、存続及び管理の法律上の根拠を段階的に概観することでもある。

米軍基地に対する裁判所の司法権の関与つまり日本国での米軍基地の設置及び存続並びに管理上の法的根拠は、設置及び存続の側面では、第1段階に、日米安保条約6条、第2段階は、日米両政府の個別米軍基地の設置・存続の協定（日米地位協定2条）、第3段階は、個別米軍基地の設置・存続の日米合同委員会の決定（日米地位協定25条）、第4段階は、米軍基地の土地利用権原の確保（駐留軍用地特措法、土地収用法、埋立法等）、第5段階は、米軍基地の管理上の排他的管理権（地位協定4条）の5段階に区別できる。以下、順次みてみよう。

1 第1段階：米軍基地の提供・存続の条約上の根拠

第1段階は日米安保条約（昭和35年6月23日号外条約第6号）で、条約レベルの一般的な米軍基地の使用・設置の根拠である。同法第6条1項で「日本国の安全に寄与し、並びに極東における国際の平和及び安全の維持に寄与するため、アメリカ合衆国は、その陸軍、空軍及び海軍が日本国において施設及び区域を使用することが許される。」と根拠づける。

2 第2段階：日米両政府による個別米軍基地の設置・存続の協定（日米地位協定2条）

第2段階は、日米地位協定（日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約第6条に基づく施設及び区域並びに日本国における合衆国軍隊の地位に関する協定）2条による個別の米軍基地の設置・存続の根拠である。

まず、米軍基地の設置を同2条1項(a)で両政府は協定を締結する。「合衆国は、相互協力及び安全保障条約第6条に基づき、日本国内の施設及び区域の使用を許される。個々の施設及び区域に関する協定は、第25条に定める合同委員会を通じて両政府が締結しなければならない。『施設及び区域』には、当該施設及び区域の運営に必要な現存の設備、備品及び定着物を含む。」とする。

次に、米軍基地の返還及び新設に関して、第2項で両政府は合意する。「日本国政府及び合衆国政府は、いずれか一方の要請があるときは、前記の取極を再検討しなければならない、また、前記の施設及び区域を日本国に返還すべきこと又は新たに施設及び区域を提供することを合意することができる。」。本件辺野古移設は本項の問題である。

そして、米軍基地の合衆国の返還義務に関しては第3項で、「合衆国軍隊が使用する施設及び区域は、この協定の目的のため必要でなくなった

ときは、いつでも、日本国に返還しなければならない。合衆国は、施設及び区域の必要性を前記の返還を目的として絶えず検討することに同意する。」と規定する。米軍基地の存続は固定的ではなく流動的である。

また、日本国民の米軍基地の使用に関して、第4項は、「(a)合衆国軍隊が施設及び区域を一時的に使用していないときは、日本国政府は、臨時にそのような施設及び区域をみずから使用し、又は日本国民に使用させることができる。ただし、この使用が、合衆国軍隊による当該施設及び区域の正規の使用の目的にとって有害でないことが合同委員会を通じて両政府間に合意された場合に限る。」と規定する。沖縄県民の黙認耕作地の法的根拠である。

そして、米軍の一時使用に関しては第4項(b)で、「(b)合衆国軍隊が一定の期間を限って使用すべき施設及び区域に関しては、合同委員会は、当該施設及び区域に関する協定中に、適用があるこの協定の範囲を明記しなければならない。」と規定する。この規定は、これまでの「基地の経費を日本側に負担させながら、米軍の演習は以前と変わらず大規模に実施できる状態」する根拠として、さらに、今後は「『全自衛隊基地の共同使用』を実現することが目標だと指摘する人たちも」いるとする（前泊博盛編著『日米地位協定入門』165頁）。米軍基地の「沖縄過重負担」から「全国の均衡ある配置」の法的根拠となる重要な規定ということになる。

3 第3段階：日米合同委員会による米軍基地の設置場所の決定（日米地位協定25条1項）

第3段階は、日米地位協定第25条による日米合同委員会の個別の米軍基地の設置場所の決定（特定地化）と日米合同委員会の設置と任務である。

まず、同第25条1項は、日米合同委員会の設置と任務を、「この協定の実施に関して相互間の協議を必要とするすべての事項に関する日本国政

府と合衆国政府との間の協議機関として、合同委員会を設置する。」と規定し、その任務を米軍基地の設置場所の特定として、「合同委員会は、特に、合衆国が相互協力及び安全保障条約の目的の遂行に当たって使用するため必要とされる日本国内の施設及び区域を決定する協議機関として、任務を行う。」とする。本条第1項で米軍基地の設置地の特定又は移設地の特定がなされ、その特定地の利用権原の確保の日本政府の任務は、次の第4段階の問題となり、第4段階で述べるように、既存の土地の場合には、まず土地所有者と賃貸借契約、応じない場合には公用収用で、駐留軍用地特措法及び土地収用法の準用となる。公有水面の場合には、公有水面埋立法の問題となる。

そして、合同委員会の組織と運用を第2項は、「合同委員会は、日本国政府の代表者一人及び合衆国政府の代表者一人で組織し、各代表者は、一人又は二人以上の代理及び職員団を有するものとする。合同委員会は、その手続規則を定め、並びに必要な補助機関及び事務機関を設ける。合同委員会は、日本国政府又は合衆国政府のいずれか一方の代表者の要請があるときはいつでも直ちに会合することができるように組織する。」と規定して弾力的運用を可能にしている。普天間返還交渉の根拠条文である。

最後に、第3項は、米軍基地の存続の最終的な判断を政府の問題とする。すなわち「合同委員会は、問題を解決することができないときは、適当な路線を通じて、その問題をそれぞれの政府にさらに考慮されるように移すものである」。米軍基地問題は、最終的には、政府の問題となる。辺野古移設問題を政府が一手に引き受けている法的根拠である。

4 第4段階：米軍基地の土地利用権原の確保（駐留軍用地特措法、土地収用法、埋立法等）。

第1、第2、第3段階を踏まえて、米軍基地の土地利用権原確保の問題であり、土地所有権の問題としての「土地私法」と土地所有権制限の問題としての「土地公法」の問題となる。基本は「国内私法」の問題となる。なぜなら、私法上の土地所有権の問題の土地私法と土地所有権の制限の土地公法との関係は、「土地に関する公法的規律（土地公法）は、正に、土地に関する私法的規律（土地私法）に対する特別法の地位を占めるものと考えべき」（田中二郎『土地法』有斐閣法律学全集15＝Ⅱ、昭和35年、15頁）ものだからである。

米軍基地の土地利用権原の確保は、既存の土地の場合には、まず土地所有者と賃貸借契約、第2に、応じない場合には公用収用で、駐留軍用地特措法及び土地収用法の準用となる。そして、第3に、公有水面の場合には、公有水面埋立法の根拠法規に基づく承認処分による埋立工事竣功を停止条件とした制限された土地所有権の取得となる。

第1の米軍基地用地の賃貸借の期限が経過し米軍基地の土地利用権原の賃借権が喪失した場合に土地所有者からの土地明渡の請求に対して板付空港判決（（最判昭和40年3月9日）は土地所有者の請求を権利濫用により棄却して「土地賃借権の存続」による土地利用権原とした。また、米軍基地の強制使用のための土地利用権原である土地所有権の地籍・地籍が明確でないため、駐留軍用地特措法が適用されないことから、暫定的に沖縄復帰の1972年5月15日に「沖縄における公用地等の暫定使用に関する法律」（公用地法）が制定され、沖縄県の米軍用地に5年間、適用された。しかし、5年後の1977年5月15日に至っても米軍基地の地籍・地積が不明確なため「沖縄県の区域内における位置境界不明地域の各筆の土地の位置境界の明確化等に関する特別措置法」（地籍明確化法）を制定し、その附則の「公用地法」の5年延長を付記したが、同法が5月15

日成立せず、賃借権の土地利用権原が喪失した。同年5月18日に地籍明確化法は成立したが、「公用地法」の期限切れの15日から18日までの4日間は「不法占有」となり、地主の立ち入りが認められたが、その4日間の米軍基地の土地利用権原は板付空港事件（最判昭和40年3月9日）と同じように「賃借権の存続」又は「占有権」ということになる。そして、沖縄県における駐留軍用地特措法の適用は1982年4月1日である。米軍基地の土地利用権原は正に国内法の問題なのであり、裁判所の司法権の範囲内にあるのである。

第2は、沖縄県の米軍基地内の地主が賃貸借契約を拒否し駐留軍用地特措法が適用され強制使用手続きが進められたが日本政府の駐留用地の使用認定がなされ、その手続き過程の代理署名を沖縄県知事が拒否し、日本政府による代理署名の代行の職務執行命令訴訟が提起された。この沖縄県知事職務執行命令訴訟（最大判平成8年8月28日）は、日本政府が勝訴し代理署名代行の職執行命令がなされて、米軍基地の土地利用権原として「土地賃借権」が確保された。

第3は、現在、問題となっている普天間飛行場の代替施設として建設予定の米軍飛行場の土地利用権原の土地所有権の確保のために辺野古沿岸域の埋立て承認の根拠法規である公有水面埋立法が問題となっている。前知事の埋立て承認に違法性（法的瑕疵）があり、その承認の職権取消しがなされ、これに対して、国がその職権取消しの代執行訴訟が提起され、現在進行しているところである。本稿は、その代執行訴訟等を考察しているのである。

以上、これまでの議論を纏めると以下ようになる。

- ① 米軍基地の使用根拠で、日本国の安全に寄与し、並びに極東における国際の平和及び安全の維持に寄与するため、アメリカ合衆国は、その陸軍、空軍及び海軍が日本国において施設及び区域を使用することが許される。」（日米安保条約6条1項）。

- ② 日米両政府による個別米軍基地の協定締結は、「個々の施設及び区域に関する協定は、第25条に定める合同委員会を通じて両政府が締結」する（日米地位協定2条1項）。また、米軍基地の返還、新設は、「日本国政府及び合衆国政府は、いずれか一方の要請があるときは、前記の取極を再検討しなければならない。また、前記の施設及び区域を日本国に返還すべきこと又は新たに施設及び区域を提供することを合意することができる。」（日米地位協定2条2項）。本件辺野古移設は本項の問題である。
- ③ 日米合同委員会による個別米軍基地の特定地決定で、「合衆国が相互協力及び安全保障条約の目的の遂行に当たって使用するため必要とされる日本国内の施設及び区域を決定する」（日米地位協定25条1項）。
- ④ そして、決定された個別米軍基地の土地利用権原の確保は、日本政府の責務となり国内法の問題となる。土地所有者との賃貸借契約、契約期限切れ権利濫用論、賃貸借拒否の駐留軍用地特措法、埋立て承認又は拒否の場合に公有水面埋立法の問題となる。

5 第5段階：米軍基地の管理上の法的根拠

最後に、第5段階が、米軍基地の運営・管理上の排他的管理権の根拠である。米軍基地内には次のように米国の排他的管理権が認められている。

「合衆国は、施設及び区域内において、それらの設定、運営、警護及び管理のため必要なすべての措置を執ることができる。日本国政府は、施設及び区域の支持、警護及び管理のための合衆国軍隊の施設及び区域への出入りの便を図るため、合衆国軍隊の要請があったときは、合同委員会を通ずる両政府間の協議の上で、それらの施設及び区域に隣接し又はそ

これらの近傍の土地、領水及び空間において、関係法令の範囲内で必要な措置をとるものとする。合衆国もまた、合同委員会を通ずる両政府間の協議の上で前記の目的のため必要な措置を執ることができる。」(日米地位協定3条1項)。

この排他的管理権により、米軍基地は、事実上、米国の租借地に等しい状況になっている。しかも米軍による基地の利用は、戦闘機の訓練等、航空機の離発着のため、土地や海だけでなく空域をも含む巨大な空間にまで及んでいるが、さらに、当該基地内でなく、近隣の土地や海上も、臨時的に、事実上米軍が排他的に制圧する事態も起こりうる。例えば、に沖縄国際大学に米軍ヘリが墜落した際(平成16年8月13日)、米軍は、墜落現場の立入りを制限し、沖縄県警による合同の現場検証の実施要求も無視し、大学の許可も得ずにキャンパス内の立ち木を伐採し、現場付近土壌を基地内へ持ち帰ったのである。その法的根拠が刑事特別法13条及び合意文書20項に求められている(前泊他『日米地位協定入門』92頁)。

6 米軍基地の辺野古移設の裁量処分

本件普天間飛行場を返還(廃止)して辺野古沿岸域に移設するために埋立てをするという場合の裁量処分の法的根拠は次のとおりとなる。

まず、米軍基地の設置は、普天間飛行場を返還(廃止)して代替施設を設置する裁量処分権の日米地位協定第2条2項である。「日本国政府及び合衆国政府は、いずれか一方の要請があるときは、前記の取極を再検討しなければならず、また、前記の施設及び区域を日本国に返還すべきこと又は新たに施設及び区域を提供することを合意することができる。」。返還及び移設の裁量処分権は日本政府と合衆国政府にある。

次に、辺野古沿岸域へ移設(配置場所)を決定する法的根拠は日米地位協定25条1項で、「合同委員会は、特に、合衆国が相互協力及び安全保障条約の目的の遂行に当たって使用するため必要とされる日本国内の施

設及び区域を決定する協議機関として、任務を行う。』。辺野古沿岸域に移設先を特定する裁量処分権は日米合同委員会にある。

そして、辺野古沿岸域を米軍飛行場基地の土地利用権原の確保は日本政府の責務となり、辺野古沿岸域の埋立て承認権を持つ沖縄県知事との交渉となる。知事の埋立て承認処分は土地利用権原である土地所有権を付与する受益的処分であり、その根拠法規が埋立法である。埋立法が土地所有権を付与する根拠法規なのである。したがって、埋立事業計画者が私人で免許による土地所有権取得、国で承認による土地所有権取得と、免許も承認も土地所有権の取得という「法的効果の面では同一」で、私法上の土地所有権を取得する。つまり、自由主義経済の原動力である土地所有権を取得することになる。したがって、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」ことになるのである。

日本国政府と合衆国政府は普天間飛行場の廃止及び移設の裁量処分権をもち（日米地位協定2条2項）、そして移設先を辺野古沿岸域とする場所配置の裁量処分権は日米合同委員会がもつ（日米地位協定25条1項）が、移設先の土地利用権原（土地所有権）は辺野古沿岸域の埋立地に確保しなければならないので、辺野古沿岸域の埋立て承認権者である沖縄県知事の承認処分が必要となる。

このような裁量処分に日本の裁判所の司法権が関与できるかの問題に関しては、現在の日本の法秩序の下では関与できない。この裁量処分は日本政府単独の裁量処分ではなく、外交上の合意の裁量処分である。つまり、「米政府の同意なしに、日本政府が米軍基地に関する事項を一方的に決める権限はない」からである。日本政府が一方的に決定する裁量処分には、裁量権の範囲の逸脱またはその濫用の場合に限り、裁判所は関与することができるのである。駐留軍用地に供する当該土地の使用又は収用の認定は、日本政府の単独の裁量処分であり、その裁量処分が裁量権の範囲を逸脱またはその濫用の取り消しすべき違法性がある場合に

は、その裁量処分の取消しを請求することができるのである（行政事件訴訟法30条）。このことを説示したのが、次章で検討する沖縄県知事職執行命令訴訟の大法廷判決（最大判平成8年8月28日）であり、これは米軍基地の土地利用権原の確保の事件である。

沖縄県は、この米軍普天間飛行場の代替施設の移設先に辺野古沿岸域の埋立地への移設の裁量処分に裁判所の司法権の関与を求めたことになる。

第3節 米軍基地と司法権関与の関連判決例

本節では、裁判所の司法権の関与が及ばない判決を検討する。第1に、前記の第1段階の日米安保条約の違憲性の問題、第2に、前記第5段階の米軍基地の運用・管理に関する排他的管理権の問題を考察する。裁判所の司法権が全面的に関与する、前記の第4段階の米軍基地の土地利用権原の確保に関連する判決例は次章の「土地所有権と公有水面埋立法」で考察する。埋立法に基づく本件承認問題は「米軍基地の土地利用権原（土地所有権）確保の問題」だからである。

1 米軍基地と日米安保条約（第1段階）

第1に、米軍基地の根拠である日米安保条約の違憲性に関して、砂川事件（最大判昭和34年12月16日）は、主権国としてのわが国の存立の基礎に極めて重大な関係を持つ高度の政治性を有するものであり、その内容が違憲か否かの判断は、純司法的機能を使命とする司法裁判所の審査には、原則としてなじまず、一見極めて明白に違憲無効と認められない限りは、裁判所の司法審査権の範囲外にあるとする。

「本件安全保障条約は、前述のごとく、主権国としての我が国の存立の基礎に極めて重大な関係をもつ高度の政治性を有するものというべきものであって、その内容が違憲なりや否やの法的判断は、その条約を締結

した内閣およびこれを承認した国会の高度の政治的ないし自由裁量的判断と表裏をなす点が少なくない。それ故、右違憲なりや否やの法的判断は、純司法的機能をその使命とする司法裁判所の審査には、原則としてなじまない性質のものであり、従って、一見極めて明白に違憲無効であると認められない限りは、それは第一次的には、右条約の締結権を有する内閣およびこれに対して承認権を有する国会の判断に従うべく、終局的には、主権を有する国民の政治的批判に委ねられるべきものであると解するを相当とする。』

2 米軍基地の運用・管理と排他的管理権（第5段階）

日本国による米軍基地の土地利用権原の確保を前提に現存する米軍基地の米軍による運用・管理に対する司法権の関与に関して、次の2判決例があり、結果的には司法権は及ばない。地位協定3条の米軍基地の運用・管理に関する排他的管理権により、日本政府に規制権限がなく抗告訴訟の処分性の訴訟要件を欠くからである。

(1) 横田基地夜間飛行禁止等請求事件（最判平成5年2月25日）

本件は、横田基地周辺住民Xらが防衛大臣Yに米軍機の夜間飛行禁止の差止請求等を求めた事件である。裁判所は、防衛相に米軍機の規制権限が無いつまり処分性が無いとして主張自体失当とした。

「XらがYに対してその主張するような差止めを請求することができるためには、Xらが米軍の使用する航空機（以下「米軍機」という。）の運航等を規制し、制限することのできる立場にあることを要するものというべきところ、前記のとおり、本件飛行場に係るYと米軍との法律関係は条約に基づくものであるから、Xらは、条約ないしこれに基づく国内法令に特段の定めのない限り、米軍の本件飛行場の管理運営の権限を制約し、その活動を制限し得るものではなく、関係条約及び国内法令に右

のような特段の定めはない。そうすると、Xらが米軍機の離着陸等の差止めを請求するのは、Yに対してその支配の及ばない第三者の行為の差止めを請求するものというべきであるから、本件差止請求は、その余の点について判断するまでもなく、主張自体失当として棄却を免れない。」

日米地位協定3条の排他的管理権は特別な国内法の規定により制限されるが、その国内法がない場合には、排他的管理権により日本政府に規制権限がないため、処分性の訴訟要件を欠き、結果的には裁判所の司法権は及ばないことになる。

(2) 厚木基地騒音訴訟（東京高判平成27年7月30日）

本件は、厚木基地周辺の住民が厚木基地における自衛隊機及び米軍機の一定の態様における運航の差止め等を求めた事件である。東京高裁は、自衛隊機差止請求については、厚木飛行場に離着陸する航空機による騒音の発生状況が大きく変わる可能性があるとして、一定期間の差止めを認容したが、米軍機の飛行差し止めについて、次のように、防衛相の行政権が及ばず、処分性がないので主張自体失当として、結果的に、裁判所の統制権（司法権の関与）の範囲外としている。

「米軍機の厚木飛行場の使用をめぐる我が国と米国との関係が日米安保条約及び日米地位協定によって規律されることは前判示のところから明らかであり、国内法である自衛隊法によって防衛大臣が米軍機の運航についてまで統括権限を与えられていると解することはできず、同法107条5項に基づき防衛大臣が航行の安全及びこれに起因する障害の防止を図るために規制を行う権限を与えられ、そのために生ずる災害の防止等の措置を講ずべき義務を負うのは専ら自己が運航統括権限を有する自衛隊機の運航についてのみでると解される」。

なお、防衛大臣は厚木飛行場の設置管理者として米軍機を含め飛行場を使用する全ての飛行機の航行に起因する災害等について必要な措置を

講ずる義務がある。

また、日米地位協定に基づき厚木飛行場の使用を許可することによって米軍機の運航に必然的に伴う騒音の受忍を周辺住民に義務付けている。

しかしながら防衛相には、自衛隊法を根拠とする米軍機の航行の規制権限はないという。日米地位協定3条の排他的管理権に基づくものだからである。米軍基地の運用・管理に関して基本的には日本の裁判所の統制権は及ばない結果となる。軍基地の運用・管理は日米地位協定によって規律され、米軍基地を提供している日本政府に規制権限はないため処分性がなく抗告訴訟の訴訟要件を欠くからである。

第4節 小括

本章で、考察したのは、米軍基地問題に対する裁判所の「司法権の限界」が言われるなかで、「米軍辺野古飛行場」建設のための辺野古沿岸域の埋立て承認問題（本件埋立承認問題）に対して裁判所の司法権は関与できるかである。この問題を判断するために、裁判所の司法権の関与を5段階に区別し、埋立法に基づく本件埋立て承認問題は、第4段階の「米軍基地の土地利用権原（土地所有権）の確保の問題であり、裁判所の司法権が全面的に関与できる、である。その司法権の関与の5段階について、第1段階は、米軍基地の条約上の根拠である日米安保条約6条の違憲性の問題、第2段階は、日米両政府の個別米軍基地の設置・存続の協定問題（日米地位協定2条）、第3段階は、日米合同委員会による個別米軍基地の設置場所の決定問題（日米地位協定25条）、第4段階、その当該米軍基地の土地利用権原の確保の問題、第5段階、現存の米軍基地の管理上の排他的管理権問題（日米地位協定3条）の5段階である。本件承認問題は、第4段階の「米軍基地の土地利用権原（土地所有権）の確保の問題」に位置づけられ裁判所の司法権が全面的に関与する問題となる。埋立法に基づく承認により取得する土地利用権原としての土地所有権は、

私法秩序の根幹であり、自由主義経済の原動力であるからである。

第3章 土地所有権と公有水面埋立法

第1節 総説

「米軍辺野古飛行場」建設のための辺野古沿岸域の埋立て承認問題は、第1に、米軍基地の土地利用権原の確保問題であり、第2に、その土地利用権原が私法秩序の根幹をなす土地所有権を国が取得するという問題である。しかし、この法的論点の設定は自明のことではない。沖縄県の見解は、本件承認問題を第1の土地利用権原確保の問題に限定せず、辺野古での「米軍基地」設置の決定権限問題（日米地位協定2条・25条）および現存の米軍基地の排他的管理権等の問題（日米地位協定3条）に論点を拡大している。また、第2論点の私法秩序の根幹をなす土地所有権を取得する埋立て承認処分を「受益的行政処分ですらない」（被告第10準備書面7頁）と全面的に否定し、埋立て承認処分を本質的に制限された土地所有権取得とは捉えていない。

そこで、本章では、埋立法に基づく埋立承認により埋立工事竣功を停止条件として国が取得する「埋立地の用途」に制限された土地所有権が地域形成計画（国土計画）に基づく「地域経済の向上」において、どのような機能をもつのかを考察する。この考察は、埋立て承認の本質が制限された土地所有権の取得にあることの意義を捉えることになる。なぜなら、土地所有権は私法秩序の根幹をなし、自由主義経済の原動力だからである。この観点は、法律構成の基点として、埋立法の趣旨の捉え方に表れることになる。本章は、いわば、土地所有権制限の形である「埋立地の用途」としての「米軍基地」を契機に沖縄における米軍基地の過重負担の歴史的現実が地域形成計画の下で必然的に、埋立て承認処分の判断要素となることの論理を土地所有権の理論的展開として位置づける

ものである。

まず、第2節で、「土地所有権の意義と制限」の論点で、その土地所有権の概念とその制限の必然性を考察する。埋立法に基づく埋立て承認により特定の公有水面の埋立竣功を停止条件として国が取得するのは「埋立地の用途」に制限された「土地所有権（埋立地の所有権）」（埋立法42条1項）である。土地所有権は、特定人が特定地の上下の時空を法令の制限内において自由に利用および処分する権利である（民法206条・207条）。権利レベルで規定すると、原則として、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および処分する権利であるが、例外的に、土地所有権は法令により制限され（民法206条・207条）、その制限原理は「公共の福祉の優先（公共性）」である（憲法29条2項・3項）。土地所有権の制限原理が「公共性」となるのは、土地所有権の本質が「公共性」にあることによる。なぜなら、土地所有権の本質的要素である「土地の属性」が「公共的な資源」、「地域性」および「公共的な利害に関する特性」を有する「土地の公共性」だからである。

第3節において、「土地所有権の制限原理としての公共性」を検討する。土地所有権の制限原理は「公共の福祉の優先（公共性）」であり、その「公共性」は「地域形成の公共性」と「事業の公共性」の二つに区別される。第1の「地域形成の公共性」は、地域形成計画（国土計画）の実現のための地域における土地所有権制限（土地利用規制等）の公共性で、その公共性の内容は地域形成計画法（国土計画関連法）の個別法規の趣旨・目的に規定されている。第2の「事業の公共性」は、「特定の公共の利益となる事業」（公共事業）の土地利用権原確保のための土地所有権の制限（強制収用・公用）である。この公共事業の土地利用権原確保の基本法は土地収用法であり、その公共事業の種類は同法3条で制限規定されている。

本件埋立承認の。本件辺野古沿岸域の埋立て承認による土地所有権の

制限原理の「公共性」は、第1の「地域形成の公共性」は「埋立地の用途」による土地所有権の制限であり、その制限原理は埋立法の趣旨の「地域経済向上の公共性」となる。第2の「事業の公共性」は、「埋立地の用途」が「米軍基地」であることによる「事業の公共性」としての「米軍基地の公共性」であるが、他方、駐留軍用地特措法による「事業の公共性」としての土地所有権制限（土地の使用又は収用の認定）の原理である「米軍基地の公共性」であり、2つの場面で問題となる。

この2つの場面の「米軍基地の公共性」は同じ性質であると捉えることができる。なぜなら、第1に埋立法も駐留軍用地特措法も「米軍基地の土地利用権原（土地所有権等）の確保」の根拠法であるとともに、第2に、「米軍基地」という事業の性質からの必然的な「公共性」だからである。したがって、「米軍基地の公共性」の側面では、駐留軍用地特措法による使用又は収用認定の判断枠組みと埋立法による埋立て承認の判断枠組みは同じ性質となり重疊的に併合することになる。

そして、沖縄県知事職務執行命令訴訟大法廷判決（最大判平成8年8月28日）は、「沖縄における米軍基地の過重負担の歴史的現実」を「沖縄県に駐留軍の基地が集中していることによって生じているとされる種々の問題」として、米軍基地に供する使用又は収用認定基準の「適正かつ合理的」判断の裁量処分において、「米軍基地の公共性」の評価障害事由とする法律構成を説示しているのである。したがって、埋立て承認基準の「国土利用上適正かつ合理的なること」の裁量的判断においても、米軍基地の過重負担の歴史的現実が「米軍基地の公共性」の評価障害事由とする法律構成は、最高裁大法廷判決から判例として導かれることになる。

第4節の、「国の土地所有権の性質」を検討するのは、知事の埋立て承認により最終的に国は土地所有権を取得するが、この国の土地所有権に関しては、私所有権説と公所有権説が対立しており、国の不服審査申立

資格・適格性で大きな争点となっているからである。埋立て承認の法的性質とも関連するが、国は、承認の法的性質として土地所有権取得権説をとり、また、国の土地所有権の性質に関して、実務は私所有権説を採っている。土地所有権は自由主義経済の原動力であり、私法秩序の根幹をなしているからである。埋立て承認の本質が土地所有権の取得にあり、その土地所有権、その制限原理の展開により、沖縄の米軍基地の過重負担の歴史的現実が、その埋立て承認の判断要素となる理論的展開となるのである。

第5節は、「公有水面埋立法と土地所有権」の論点で、埋立法の趣旨に関する国と沖縄県の見解を検討するなかで、国の土地所有権取得と埋立法4条1項1号の趣旨を検討する。まず、国の取得する土地所有権の性質に関して実務は私法上の土地所有権（私所有権説）として捉えていることが基点となる。自由主義経済の原動力である土地所有権は自由主義経済体制では私人（個人、私法人）とともに公共団体（政府、地方公共団体）も土地所有権の担い手となるからである。埋立法の趣旨に関して国等の「地域経済向上」説と沖縄県の「地方公共団体公益保護」説の対立の根底には原理的な相違が反映している。国と沖縄県の見解の対立は原理的な対立を反映しているので、埋立法の趣旨、埋立て承認の法的性質、埋立法4条1項の1号要件と2号要件の趣旨、「国土利用上適正かつ合理的なること」（1号要件）の判断枠組み、と全場面で、見解、解釈が異なることになる。その両者の見解をみて、本稿は、沖縄における米軍基地の過重負担の歴史的現実が1号要件の判断要素となる観点から国の見解をとる。沖縄県の勝機は、「沖縄の歴史的現実」にしかないからである。

第6節は、「米軍基地の土地利用権原確保の関連判決例」の板付空港事件（昭和40年3月9日）と沖縄県職務執行命令訴訟（最大判平成8年8月28日）の意義を検討する。板付空港事件は、米軍板付飛行場内の部分

の土地所有権に基づいて土地明渡しを請求した事件で、地主の請求を「私権の本質である公共性」を根拠に土地所有権は制限され、権利濫用として請求棄却した。結果として「土地賃借権の存続」により「米軍基地」の土地利用権原を確保した。沖縄県知事職執行命令訴訟は、「米軍基地」の賃貸借契約拒否の地主に対する駐留軍用地特措法による使用又は収用認定後の手続きの一環である知事の代理署名に拒否に対し国が職務執行命令し、強制使用手続を完了させた事案で、国は駐留軍用地特措法により土地利用権原を確保し、土地所有権は制限されたが、最高裁は米軍基地の使用又は収用認定の判断枠組みを判示し、その判断基準の一つとして、米軍基地の過重負担の歴史的現実を挙げ、最も注目すべき最高裁大法廷判決となっている。

第7節で、要約して「小括」とする。

第2節 土地所有権の意義と制限

1 土地所有権の意義

土地所有権とは特定人（私人、国及び地方公共団体）が特定地（地籍・地積）の上下の時空を法令の制限内において自由に利用および処分する権利である（民法206条・207条）。この土地所有権を権利レベルで定義すると、土地所有権の原則は特定人が特定地の上下の時空を自由に利用および処分する権利である。ただし、例外として、土地所有権は法令により制限することができ、その制限の原理は公共の福祉（公共性）である（憲法29条2項・3項）。

土地所有権が「私益性（私法上の権利利益）」を原則としながら、その土地所有権を「公共の福祉（公共性・公益性）」により制限できるのは、土地所有権の客体である土地の特性により「公共の福祉が優先」されるからである。

2 土地の公共性

土地（国土）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（国土利用計画法1条）ところの「公共的な資源」であり、また、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こと等「公共の利害に関係する特性」を有している（土地基本法1条）ことによる。土地所有権（私益性）の制限原理である「公共の福祉（公共性）の根拠は土地所有権の客体である土地の公共性にあるのである。「土地の公共性」とは、土地が「公共的な資源」であり、その土地の利用が「地域性」をもち、土地の利用価値が「公共の利害に関係する特性」を有することである。

3 土地所有権の本質

したがって、土地所有権の本質は「公共性」にある。なぜなら、土地所有権の本質的要素である「土地」の属性として「土地の公共性」が認められるからである。土地所有権は、原則として、特定人が特定地の上下の時空を自由に利用および処分する権利であり、例外的に法令により制限され、その制限原理は「公共性」となるのである。

したがって、「国土の利用は、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」（国土利用計画法2条）ことを基本理念とするのである。

このように「公共的な資源」、「地域性」および「公共の利害に関係する特性」を有する土地を権利の客体とする土地所有権の本質は「公共に福祉の優先（公共性）」にあるが、その「公共性」を実現するために、原

則として自由・平等・幸福追求する権利をもつ個人の権利として土地所有権を構成し、その土地所有権の本質である「公共性」により土地所有権を制限する法律構成となるのである。つまり、土地所有権は「私的性質・私益性」を原則とするが、土地所有権の本質は「公共性」あるが故に、土地所有権を制限する原理は「公共性」となるのである。このような土地所有権は私法秩序の根幹をなし、自由主義経済の原動力となる。

4 地域の姿と土地所有権の制限状況

かくして、土地所有権の制限状況（在り方）は地域住民（国民・県民）の生活、経済活動の現況を示すことになる。日本国土において日本国民は土地所有権を法的基盤として、生活、経済活動していることになるので、地域における土地所有権の在り方は、その地域住民の生活、経済活動の特徴づけている。つまり、沖縄県における米軍基地面積の割合は沖縄県民の生活、経済活動の特徴づけ、米軍基地の過重負担は沖縄県民の生活への悪影響度、沖縄県民の経済活動の阻害度を示すことになる。

沖縄県は「駐留軍用地跡地利用に伴う経済波及効果等に関する検討調査」を公表（平成27年1月）したが、その現状把握として、次の2点を示している。

(1) 米軍基地面積の割合

	面積 (ha)	米軍基地面積 (ha)	割合
沖縄県全体	227,673 (2276km ²)	23,176 (231km ²)	10.2%
沖縄本島	120,833 (1208km ²)	22,112 (221km ²)	18.3%
中南部都市圏			
米軍基地所在9市町村	28,905 (289km ²)	6,668 (66km ²)	23.1%

(H25.3月時点)

(2) 中南部都市圏の人口、面積、人口密度

	面積 (km ²)	人口 (人)	人口密度 (人/km ²)
沖縄県中南部都市圏 (米軍基地を除く)	478.85km ² (412.17km ²)	1,172,975	2,450 (2,846)
神戸市	552.26km ²	1,538,601	2,786
広島市	905.41km ²	1,184,349	1,308
北九州市	489.60km ²	966,355	1,974

(H26.3月時点)

かくして、基本的に、自由・平等・幸福追求する権利を有する個人（私人）の権利として法律構成される土地所有権は自由主義経済の原動力となるのである。土地所有権は自由主義経済の法的基盤となり、その法的基盤は私法秩序である。つまり、土地所有権は私法秩序の根幹となるのである。さらに、自由主義経済体制では個人（私人）と同様、公共団体（政府および地方公共団体）も土地所有権者として自由主義経済の担い手となる。土地所有権は自由主義経済の原動力であり、自由主義経済の法的基盤である私法秩序の根幹であるからである。その主体が私人の場合は「私有地」、国の場合は「国有地」、地方公共団体の場合は「公有地」と呼ばれるが、いずれの土地所有権も私法上の土地所有権（私所有権）である。

このように、土地所有権が自由主義経済の原動力であり、私法秩序（生活および経済活動の法的基盤）の根幹をなすことは、地域の土地所有権の在り方が地域住民の生活、生活環境および経済活動に影響を与えることになる。

5 土地所有権と米軍基地の過重負担による経済効果

沖縄県においては、自由主義経済の原動力である土地所有権が前記のように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直接経

済効果が推計されることになる。前記沖縄県の「駐留軍用地跡地利用に伴う経済波及効果等に関する検討調査」でつぎのように明示されている。

(1) 既返還駐留軍用地における直接経済効果

		整備による 直接経済効果 単位：億円	活動による直接経済効果 単位：億円／年			
			返還後	返還前	返還後	倍率
①那覇新都心地区	195.1ha	3,060億円	52億円	1,632億円	32	
②小祿金地区	108.8ha	1,153億円	34億円	489億円	14	
③桑江・北前地区	38.2ha	498億円	3億円	336億円	108	
合計	342.1ha	4,710億円	89億円	2,459億円	28	

「喪失額」 - 2,370億円

* 整備による直性経済効果：返還後の施設・基盤整備（投資）による効果（公共・民間含む）

* 活動による直接経済効果・返還前：地代収入、軍雇用者所得、米軍等への財・

サービスの提供額、基地周辺整備費等、基地交付金

・返還後：卸・小売業、飲食業、サービス業、製造業の売上高
不動産（土地、住宅、事務所・店舗）賃貸

(2) 返還予定駐留軍用地における直接経済効果

		整備による 直接経済効果 単位：億円	活動による直接経済効果 単位：億円／年			
			返還後	返還前	返還後	倍率
④キャンプ桑江（南側地区）	67.5ha	719億円	40億円	334億円	8	
⑤キャンプ端慶覧（西普天間地区等）	152ha	1,938億円	109億円	1,061億円	10	
⑥普天間飛行場	480.5ha	5,027億円	120億円	3,866億円	32	
⑦牧港補給地区	273.7ha	3,143億円	202億円	2,564億円	13	
⑧那覇港湾施設	55.9ha	943億円	30億円	1,076億円	36	
合計	1,029.6ha	11,770億円	501億円	8,900億円	18	

(2) 返還予定駐留軍用地 1,029.6ha 501億円 8,900億円 -8,399億円

(1) 既返還駐留軍用地 342.1ha 89億円 2,459億円 -2,370億円

合計 1,371.7ha 590億円 11,359億円 -10,769億円

以上から、米軍基地の跡地利用の経済効果は、年間で、8地区で、軍用地面積13.7km²で返還前590億円、返還後1兆1359億円で、その差額（喪失額）1兆769億円となるのである。沖縄県民は軍用地面積13.7km²で年間1兆769億円も、「経済効果」が「喪失・逸失」する経済的不利益を受けているのであり、それが、沖縄本島の軍用地面積221km²で考えてみると「想像を絶する」年間の「経済的不利益」となる。

この想像を絶する沖縄県民の「経済効果の喪失」、「経済的不利益」、「機会費用」は自由主義経済の原動力である土地所有権が広大な米軍基地の土地利用に固定化されていることによる。すなわち、「基地によって沖縄は膨大な『機会費用』ないしは『機会喪失』を被」り「沖縄が基地に依存しているのではなく、基地が沖縄に依存しているのであり、沖縄は基地に寄生されている」（川瀬光義『基地維持政策と財政』12頁、69頁）。いわば、米軍基地は、自由主義経済を構造的に阻害しているのである。

「基地に寄生されている沖縄」として自由主義経済を構造的に阻害している「米軍基地」は、「地域経済向上の阻害要因」として、自由主義経済の安全保障のための「米軍基地」を建設するために、本件辺野古沿岸域の埋立ては、「地域経済向上の公共性」と「米軍基地の公共性」に照らして、「国土利用上適正かつ合理的なること」に著しく反し、強い違法性を帯びるのである。

つぎに、土地所有権の制限原理の「公共性」を考察する。埋立て承認処分により取得するのは制限された土地所有権だからである。

第3節 土地所有権の制限原理としての「公共性」

土地所有権の本質は「私益性」ではなく「公共の福祉（公共性）」にある。土地所有権は権利レベルでは特定人（私人・国・地方公共団体）が特定地（地籍・地積）の上下の時空を自由に利用および処分する権利として、特定地上下の時空を特定人の自由な意思による生活および経済活

動の共通の法基盤となり、自由主義経済の原動力となっている。まさに、その土地所有権の法的基盤である法的な生活・経済共同体の公共性により土地所有権は制限されるのである。

1 土地所有権制限の公共性の2つの形

土地所有権の制限原理の公共性は、次の二つの形に区別される。第1は、「地域形成の公共性」で、「地域形成計画」(国土計画)の実現のための土地所有権の制限である。第2は、「事業の公共性」で、特定の公共事業の土地利用権原確保のための土地所有権の制限である。第1の「地域形成の公共性」が地域特性又は地域特性の形成という地域の土地所有権の制限原理であるが、第2の「事業の公共性」は特定の公共事業の土地利用権原確保のための土地所有権の制限原理であるという違いがある。

2 「地域形成の公共性」原理

第1の「地域形成の公共性」は、「地域形成計画」(国土計画)のための「地域形成計画法」(国土計画関連法)に基づく制限原理で、その個別法令の趣旨・目的に規定されることになる。この「地域形成の公共性」は、地域の特性により又は地域の特性を形成するための公共性であり、地域特性に規定された土地所有権の制限である。土地所有権の尊重を原則として(憲法29条1項)、その土地所有権の制限原理が公共性だからである(憲法29条2項・3項)。地域形成計画法(国土計画関連法)による土地所有権制限の個別法令は、国土利用計画法を基本法として、①都市地域、②農業地域、③森林地域、④自然公園地域、⑤自然保全地域に区別され、それぞれに個別法規による地域特性に応じた土地所有権の制限がなされることになる。まず①都市地域は、都市計画法の都市計画に基づく都市計画区域で、土地所有権の制限(土地利用規制)は市街化区域、市街化調整区域、用途地域として現れる。②農業地域は、農業振興地域の整備

に関する法律の農業振興整備計画に基づく農業振興地域で、土地所有権制限は農用地区域として現れる。③森林地域は、森林法の森林計画に基づく森林地域で、土地所有権制限は、国有林、地域森林計画対象民有林、保安林として現れる。④自然公園地域は、自然公園法の自然公園計画に基づく自然公園地域で、土地所有権制限は特別地域、特別保護地区として現れる。最後に⑤自然保全地域は、自然環境保全法の自然保全計画に基づく自然保全地区で、土地所有権制限は原生自然環境保全地域、特別地区として現れる。

地域形成計画法（国土計画関連法）とは上記の国土利用計画法を基本に都市計画法、農業振興地域の整備に関する法律、森林法、自然公園法、および自然環境保全法その他国土形成に関連する法体系である。国土計画とは、都市計画、森林計画、農業整備計画、自然公園計画、および自然保全計画等の包括的概念である。都市計画等は国土計画の各種計画となるのである。そして、国土計画関連権限の根拠法規たる国土計画関連法は、国土計画関連権限が国主導から地方分権一括法（1999年）により基本的に地方公共団体に移譲されることにより、地方公共団体主導の「地域形成計画」となり、その根拠法規の体系として「地域形成計画法」となる。地域形成計画は土地利用計画、環境保全計画および公共整備計画を要素とする。地域形成計画の中核である都市計画は土地利用計画、環境保全計画および都市施設整備計画を要素としている。以上の国土利用計画法を基本に5地域の個別規制法以外に多くの国土計画関連法が地域特性および地域特性の形成に応じた適正かつ合理的な土地所有権制限（土地利用規制）により国土計画（地域形成計画）を実現している制限原理が「地域形成の公共性」である。つぎに、国土利用計画法の都市地域の個別規規制法規である都市計画法で、「地域形成の公共性」原理による土地所有権制限の形をみてみよう。

都市地域では多数の土地所有権者間が対抗関係にあり、利害関係が錯

綜している。そこで都市地域では都市生活の安定と都市機能を高めるために、各土地所有権者の自由な土地利用を原則とする土地所有権を制限（土地利用規制）する新都市計画法（1968年）が制定される。新都市計画法は、「国土の均衡ある発展」と「公共の福祉の増進」に寄与することを目的に（1条）、都市は市民の生活の場であり、個人や企業の経済活動の場であることから、都市計画の基本理念を「健康で文化的な都市生活」および「機能的な都市活動」を確保すること、そのためには、「適正な制限のもとに土地の合理的な利用を図るべきとする（2条）。したがって、都市計画法の「適正な制限のもとに土地の合理的な利用を図るための土地所有権の制限原理は「健康で文化的な都市生活の公共性」と「機能的な都市活動の公共性」となる。その都市計画の目的の実現のために国及び地方公共団体は都市計画の適切な遂行責務を負う（3条）ことになる。この都市計画上での土地の適正かつ合理的な規制は、現存の土地所有権の制限である。この土地所有権の制限の範囲内で、つまり、用途地域制（住居地域、商業地域、工業地域等12用途地域）の下に制限された土地利用、言い換えると建築物の自由な建設ができるのである。

この「土地の用途」による土地所有権の制限により、土地は利便的、有効的および高度的に利用され土地所有権の価値は高まる。土地は地域の特性に応じて規制される土地所有権の制限により土地所有権の価値は高まるのである。つまり、土地所有権は、地域の中で価値をもつのであり、その土地所有権の価値を高める土地所有権を制限する権限（土地利用規制権限）を地方自治体に地方分権する根拠がある。ここに国主導の「国土計画」が地法公共団体主導の「地域形成計画」に変容・転換するのである。つまり、地方公共団体の自治事務による都市計画等の地域形成計画である。これは地方分権一括法（1999年）により、国土計画上の主要な権限が国から地方公共団体に移譲され、国土計画は基本的に地域形成計画となるのである。ここに「地域形成計画」（国土計画）に基づく

「国民経済の向上」も「地域経済の向上」となり、本稿では「国民経済の向上」を即地的に「地域経済の向上」と表現している。

つぎに、埋立法も地域形成計画法の個別法であり、埋立事業計画も地域形成計画の各種計画である。地域形成計画は、①土地利用計画、②環境保全計画および③公共施設の整備計画を要素とする。

地域形成計画法の個別法規である埋立法の埋立事業計画は、①土地利用計画を、法4条1項1号において「国土利用上適正かつ合理的なること」、②環境保全計画は、2号において、「その埋立てが環境保全および災害防止について充分配慮されたものであること」、また3号の「埋立地に用途が土地利用または環境保全に関する国または地方公共団体（港務局を含む）の法律に基づく計画に違背しないこと」、および③公共施設整備計画は、4号において、「埋立地の用途に照し公共施設配置および規模が適正であること」と規定されている。つまり、埋立法は地域形成計画法の個別法であり、埋立事業計画は地域形成計画の各種計画である。その一環として埋立法に基づく埋め立て免許・承認事務がある（埋立法は法定受託事務であるが）。

国は、埋立法の趣旨を「国土開発その他国民経済の向上に資する」ものと定義した。つまり、埋立法の趣旨は、埋立て承認処分による埋立地の用途に制限された土地所有権の付与を契機として「国土の開発その他国民経済の向上」即ち「地域経済の向上」に資するものである。埋立法に基づく土地所有権制限原理は「地域形成の公共性」としての「地域経済向上の公共性」となる。「地域経済向上の公共性」に照らして「埋立地の用途」が「国土利用上適正かつ合理的なるか」かが判断される。

この判断を土地所有権の制限原理である「地域経済向上の公共性」の観点から再構成すると、埋立て承認基準の「国土利用上適正かつ合理的なること」の判断は、「地域経済向上の公共性」を評価基準として、その「公共性」の評価根拠事由と評価障害事由とを比較衡する総合的な「裁量

的判断」であり、その裁量権の範囲の逸脱またはその濫用の場倍には取り消しうべき違法性となるのである。

つまり、土地所有権は自由主義経済の原動力であり、日本の私法秩序の根幹をなすものであることから、その制限原理は「地域形成の公共性」と「事業の公共性」に限定されることになる。そして、埋立法は、その趣旨を「地域経済の向上」とするので、その制限原理は「地域経済向上の公共性」となる。なお、農業地域の土地改良事業のために土地改良法（1949年）、都市地域の都市計画、都市整備事業計画および都市施設の整備改善のために土地区画整理法（1954年）等がある。つぎに、「事業の公共性」を考察する。

3 「事業の公共性」原理

第2の、「事業の公共性」は、特定の公共事業の土地利用権原の確保のための土地所有権制限原理で、その一般法は土地収用法である。第1の土地所有権制限が地域特性に規定されたものであるのに対し、この第2の土地所有権の制限原理の「事業の公共性」は、特定の公共事業の土地利用権原の確保である点で目的が違う。第2の土地所有権制限の基本法は土地収用法である。土地収用法は、その目的を「公共の利益となる事業に必要な土地等の収用又は使用に関し、その要件、手続及び効果並びにこれに伴う損失の補償等について規定し、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」に求める。そして、その「公共の利益となる事業」（公共事業）を、同法3条で、道路、飛行場、原子力発電所等、制限規定している。さらに、個別事業の認定の4要件を挙げる（同法20条）。①事業が第3条各号の1に掲げるものに関するものであること。②起業者が当該事業を遂行する十分な意思と能力を有する者であること。③事業計画が土地に適正且つ合理的な利用に寄与するものであること。④土地を収用し、又は使用する

る公益上の必要があるものであること。

米軍基地を「公共事業」として土地利用権原確保のためにする駐留軍用地特措法（3条・5条）がある。また都市整備事業を土地収用法3条の規定する事業に該当するものとみなし（都市計画法69条1項）しかも、土地収用法20条の土地使用認定も行わないとする（同法70条1項）。

4 本件承認処分による土地所有権の制限原理の「公共性」

本件「米軍辺野古飛行場」建設のための土地利用権原（土地所有権）確保のための辺野古沿岸域の埋立て承認は、第1の「地域形成の公共性」としての「地域経済向上の公共性」原理に基づく「埋立地の用途」による土地所有権の制限であり、第2の「事業の公共性」としての「米軍基地の公共性」の価値を積極的に実現する「土地利用権原の確保」のための土地所有権の制限と2つの側面を有している。第1の国の土地所有権取得する受益的処分の承認の根拠法規は地域形成計画法の埋立法であり、「埋立地の用途」の「米軍辺野古飛行場」は「米軍基地」であるからである。つまり、本件承認処分の違法性判断枠組みにおいて、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」の判断は、土地所有権の制限原理である「地域形成の公共性」としての「地域経済向上の公共性」と「事業の公共性」としての「米軍基地の公共性」を評価基準として、それらの「公共性」の評価根拠事由と評価障害事由を「比較衡量」する総合的な裁量的判断であり、その裁量処分の裁量権の範囲の逸脱またはその濫用の場合に限り取り消しうべき違法性と判断されるのである。

まず、「埋立地の用途」による土地所有権の制限原理が「地域経済向上の公共性」であるので、その評価根拠事由は「地域経済の向上」事由となる。この評価根拠事由により「地域経済向上の公共性」を積極的に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、「国土利用の適正かつ合理性」が認められ承認基準の充足し「承認」すべきことに

なる。他方、評価障害事由として「地域経済向上の阻害要因」を主張立証して、その阻害が著しい場合には「地域経済向上の公共性」に照らして、埋立て承認は否定すべきことになる。この「地域経済向上に対する著しい阻害要因」の主張立証に成功すると、沖縄の勝機は大きいものがある。なぜなら、当該埋立区域を埋立てて「埋立地の用途」の「米軍基地」に制限された土地所有権を付与するのは「地域経済の向上」のためであるところ、すでに現況の「土地の用途」の「米軍基地」が、「地域経済向上の著しい阻害要因」となっている場合には、当該「埋立地の用途」（米軍基地）のために埋立てる必要は全くなく、逆に「地域経済向上」を減退させる結果となり、本来なら「埋立事業計画」さえ否定されるからである。

現況の「米軍基地」が「地域経済向上の著しい阻害要因」となっていることは、既返還米軍基地3施設区（①那覇新都心地区、②小禄金城地区、③桑江・北前地区の返還後の跡地利用の経済効果で明白になっている（沖縄県「平成17年度産業関連表」に基づく推計）。沖縄県は既存の米軍基地5施設区（④キャンプ桑江、⑤キャンプ端慶覧、⑥普天間飛行場、⑦牧港補給地区、⑧那覇港湾施設）の跡地利用の経済効果の推計も公表している（2015年1月）。この8施設の合計は基地面積13.7km²、返還前の合計591億円、返還後の経済効果、1兆1336億円で、その差額1兆745億円となる。沖縄県民は13.7km²の米軍基地による年間1兆745億円の経済効果を喪失していることを意味する。沖縄本島の18.3%を占有する米軍基地（221.12km²）による「地域経済」上の不利益は「想像を絶する」ものである。このように米軍基地が莫大な経済的效果を喪失させ「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の土地利用に固定化されているからである。自由主義経済の原動力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共通の基盤であり、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条参照）。

このように土地所有権が広大な米軍基地の土地利用に固定化され、沖縄県民が莫大な経済効果を喪失していることは、「基地によって沖縄は膨大な『機会費用』ないしは『機会喪失』を被り「沖縄が基地に依存しているのではなく、基地が沖縄に依存しているのであり、沖縄は基地に寄生されている」（川瀬光義『基地維持政策と財政』12頁、69頁）。

自由主義経済の原動力である土地所有権が広大な米軍基地の土地利用に固定化されている歴史的現実、一方で、沖縄県民に膨大な経済効果を喪失・逸失させ、「地域経済の向上」の著しい阻害要因となり、他方で、「基地に寄生されている沖縄」として沖縄の自由主義経済を構造的に阻害している。埋立法の趣旨は「地域経済の向上」であるところ、「地域経済の向上」を著しく阻害している「米軍基地」の建設のために「地域内」（沖縄本島内）の辺野古沿岸域の埋立てを承認することは埋立法の趣旨に反する。他方、「基地に寄生されている沖縄」として自由主義経済を構造的に阻害している「米軍基地」を、自由主義経済の安全保障のために存在する「米軍基地の公共性」の障害事由となる。つまり辺野古沿岸域の埋立てを承認することは「自由主義経済の構造的阻害」を固定化することになり、「国土利用上適正かつ合理的なること」に著しく反し、本件承認は著しい違法性を帯びるのである。

つぎに、「事業の公共性」としての「米軍基地の公共性」の評価障害事由に米軍基地の過重負担はなるか。

一般的には「米軍基地」は、国家の安全保障という「公共的・公益的な価値を積極的に実現」することにあると照らすと米軍基地の「公共性」は高い。そして、駐留軍用地特措法により「公共の利益の事業」と認定されている。

しかしながら、沖縄県の米軍基地の過重負担は、第1に、自由主義経

済の原動力である土地所有権を広大な米軍基地の土地利用に固定化することによる莫大な経済的不利益を生じさせ「地域経済向上の著しい阻害要因」となり、自由主義経済を構造的に阻害していることは自由主義経済の安全保障である「米軍基地の公共性」の評価障害事由となる。つまり、「米軍基地の過重負担」の経済的不利益である「地域経済向上の阻害要因」は「米軍基地の公共性」の評価障害事由として法律構成されるのである。

また、第2に、「航空機騒音の住民への悪影響や演習に伴う事故の発生」、第3に、「後を絶たない米軍人・軍属による刑事事件の発生」、第4に、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」は、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。

米軍基地の過重負担（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倍に上ると指摘されている）により「想像を絶する不平等」を現出させている事実は「米軍基地の公共性」の評価障害事由となる。このことは、第5に、「不平等な基地負担による国民の安全保障観への悪影響」を評価障害事由とする。米軍基地の安全保障の「公共的価値」の恵沢を平等に受けている日本国民は、米軍基地を平等に負担すべきが、沖縄県民は約468倍もの「想像を絶する不平等」の基地負担となり、この不平等な基地負担は、国民の安全保障観に悪影響を与え、「米軍基地の公共性」の評価障害事由となる。

以上の米軍基地の過重負担の歴史的現実の内実を示す5点は、「米軍基地の公共性」の評価障害事由となり、「埋立てにより得られる利益」としての評価根拠事由と比較衡量されて「米軍基地の公共性」に照らして、「国土利用上適正かつ合理的なるか」の裁量的判断がなされ、その裁量権の範囲の逸脱又はその濫用の場合には違法性をおびるのである。

要するに、米軍基地の過重負担の歴史的現実、「米軍基地の公共性」

の評価障害事由として、米軍基地のもつ「公共的価値の実現」の許容範囲を遙かに超え、「米軍基地の公共性」に照らして、「米軍辺野古飛行場」の建設のための土地所有権を確保する埋立て承認は著しく不適正かつ不合理であると判断され、その裁量処分は裁量権の範囲を逸脱またはその濫用は著しく重大な違法性を帯びるのである。

5 米軍基地の過重負担を評価障害事由とする法的根拠

そこで、論点は、沖縄の米軍基地の過重負担の歴史的現実を、「地域経済向上の公共性」の評価障害事由として法律構成する法的根拠は何かということになる。そして、さらに、土地所有権の制限原理としての「米軍基地の公共性」は、一方では、「埋立地の用途」が「米軍基地」であることによる埋立法の下での「事業の公共性」としての「米軍基地の公共性」、他方では、駐留軍用地特措法の下での「事業の公共性」としての「米軍基地の公共性」とがあり、その両者の関係が問題となる。この二つの「米軍基地の公共性」は同じ性質であると捉えることができる。なぜなら、第1に埋立法も駐留軍用地特措法も「米軍基地の土地利用権原（土地所有権等）の確保」の根拠法であるとともに、第2に、「米軍基地」という事業の性質からの必然的な「公共性」だからである。したがって、「米軍基地の公共性」の側面では、駐留軍用地特措法による使用又は収用の認定枠組みと埋立法による埋立て承認の判断枠組みは同じことになる。したがって、「米軍基地の公共性」の側面では、駐留軍用地特措法による使用又は収用認定の判断枠組みと埋立法による埋立て承認の判断枠組みは同じ性質となり重疊的に併合することになる。

(1) 沖縄県職務執行命令訴訟における「米軍基地の公共性」の評価障害事由

そして、その判断枠組みを、沖縄県知事職務執行命令訴訟（最大判平成8年8月28日）は、駐留軍用地特措法による「当該土地等を駐留軍の用に供する土地等の使用又は収用（土地所有権の制限）の原理は「駐留軍用地（米軍基地）の公共性」にあるから、その認定基準である「適正かつ合理的である」かの判断は、当該土地所有権の制限原理である「米軍基地の公共性」を積極的に根拠づけるの評価根拠事由と、その「米軍基地の公共性」に否定的な根拠となる評価障害事由との「比較衡量」による総合的な裁量的判断ということになる。大法廷判決は、「米軍基地の公共性」の評価根拠事由として、①「我が国の安全と極東における国際の平和と安全の維持にかかわる国際情勢」、②「駐留軍による当該土地等の必要性の有無、程度」、③「代替すべき土地等の提供の可能性等」、他方、「米軍基地の公共性」の評価障害事由として、④「当該土地等を駐留軍の用に供することによってその所有者や周辺地域の住民などにもたらされる負担や被害の程度」、⑤「沖縄県に駐留軍の基地が集中していることによって生じているとされる種々の問題も、右の判断過程において考慮、検討されるべき問題である。」を挙げているのである。

そして、「米軍基地の公共性」の評価根拠事由と評価障害事由を比較衡量する「総合的」な裁量的判断により、「米軍基地の公共性」に照らして、土地所有権の制限は「適正かつ合理的」であると評価され、土地所有権の制限（使用又は収用）が認定され、米軍基地に供されることになる。他方、「米軍基地の公共性」に照らして、土地所有権の制限の「適正かつ合理性」が否定された場合には、米軍基地の土地利用権原確保は否定され、米軍基地の存続又は建設は拒否されることになる。

ここに、沖縄本島の米軍基地の過重負担の歴史的現実が、埋立て承認基準の「国土利用上適正かつ合理的なること」の判断枠組みにおいて、

「米軍基地の公共性」の評価障害事由として、最高裁大法廷判決において、判例上、確立していることを確認することができる。

つまり、米軍基地の過重負担の歴史的現実、埋立法の趣旨である「地域形成の公共性」としての「地域経済向上の公共性」の評価障害事由となるとともに、「埋立地の用途」が「米軍基地」である場合には、「事業の公共性」としての「米軍基地の公共性」の評価障害事由として、最高裁大法廷判決により、本件承認の違法性判断において判断要素となることが確定していることになる。

(2) 土地収用法における「土地の用途」の「適正且つ合理性」判断

同じ土地利用権原確保の法である土地収用法の場面では、「法20条3号所定の『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』という要件は、①その土地がその事業の用に供されることによって得らるべき公共の利益と、②その土地がその事業の用に供されることによって失われる利益（この利益は私的なもののみならず、時としては公共の利益をも含むものである。）と比較衡量した結果前者が後者に優越すると認められる場合に存在するものであると解するのが相当である。（①②筆者挿入）」（東京高判昭和48年7月13日判時710号23頁・日光太郎杉事件）。①は「事業の公共性」を積極的に根拠づける評価根拠事由の包括概念であり、②は「事業の公共性」の否定的な根拠である評価障害事由の利益レベルでの包括的な概念である。いずれにせよ、土地所有権制限の「適正且つ合理性」判断は土地所有権の制限原理である「公共性」が、その評価基準となり、その評価根拠事由と評価障害事由との比較衡量による判断ということになる。

(3) 埋立法における「埋立地の用途」の「適正かつ合理性」判断

埋立法における土地所有権の制限原理は、埋立法の趣旨が「地域経済向上」とする場合には「地域経済向上の公共性」となる。同法4条1項1号要件の「国土利用上適正かつ合理的なること」の判断は、「地域経済向上の公共性」を評価基準に、その「公共性」を積極的に根拠づける評価根拠事由と、その「当該事業の公共性」の否定的な根拠となる評価障害事由との比較衡量による総合的な裁量的判断ということになる。

ア 第三者委員会の見解

第三者委員会は、埋立法と土地収用法とを土地利用権原確保の法として「類似な性格」に捉える。「土地収用法は公共に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」（報告書36頁）。

そして1号要件の趣旨を「国土利用上公益に合致する適正なものであること」とし、その判断に関して、「国土利用上の観点かの当該埋立の必要性及び公共性の高さ、当該自然海浜の保全の重要性あるいは当該埋立自体及び埋立後の土地利用が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」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）。として、次のように結論づける。「法4条第1項第1号の『国土利用上適正且合理的ナルコト』は、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比較衡量して、総合的な判断としてなされるべきものであ（①、②筆者挿入）るとする（第三者委員会37頁）。土地所有権の制限原理を「国土利用上公益に合致する適正」と内容的に「地域経済向上の公共性」として、その評価根拠事由を①「埋立てにより得られる利益」、評価障害事由を②「埋立てにより生ずる不利益」と利益レベルで概念化し、両者を「比較衡量して、総合的な判断」とする「裁量処分」とするのである。

そして、沖縄の米軍基地の過重負担の現実を評価障害事由の②「埋立てにより生ずる不利益」として、明確に位置づけるのである。「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。」（報告書45頁）。国も、つぎにみるように基本的には同じ判断枠組みをとっている。

イ 国の見解

国は、「埋立地の用途」による土地所有権の制限原理を、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」（原告第1準備書面8頁・71頁）として「国民経済向上の公共性」と個別化している。そして、国は、明確に、「埋立の用途」による土地所有権の制限原理の「国民経済向上の公共性」を「国土利用上適正且合理的なること」の判断の評価基準としている。すなわち、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」とする。他方2号要件は、「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である。」（原告第2準備書面17頁）。このように、国は、1号要件と2号要件を明確に区別し、1号要件の評価基準を「国民経済の向上等の公益の実現を目的」として「地域経済向上の公共性」に置いているのである。

そして、評価根拠事由と評価障害事由の判断に関しては、「国土利用上適正かつ合理的なること」の判断は、「①埋立対象とされる水面部分につ

いての埋立ての必要性及び公共性、②当該埋立自体及び埋立て後の土地利用が周囲の地域社会や自然環境等に及ぼす影響などの諸事情を比較衡量した上で、技術的、政策的見地から総合的に判断するものと解される(①②筆者挿入)(原告第1準備書面13頁)。①が評価根拠事由であり、②が評価障害事由となる。国の法律構成で留意すべきは、評価障害事由の②「埋立て後の土地利用が周囲の地域社会や自然環境等に及ぼす影響など」の部分であり、「埋立て後の土地利用が周囲の地域社会」に「及ぼす影響」であり、「地域経済向上の公共性」の影響であり、そこに、その評価障害事由として「地域社会」の「沖縄本島の米軍基地の過重負担の歴史的現実」が内包しているのである。沖縄県の見解では、1号要件も「環境保全」に純化するので、この「地域社会」はみえず、また「自然環境等」から「等」も削除されることになる。

つまり、埋立て承認基準の「国土利用上適正かつ合理的なること」の裁量判断は「国民・地域経済向上の公共性」の評価根拠事由と評価障害事由との比較衡量する総合的な判断である。

ウ 沖縄県の見解

しかしながら、沖縄県の見解は、つぎにみるように、原理的に全くことなるのである。

沖縄県の見解は埋立法の趣旨は「地方公共団体の公益保護」説であるので、「国土利用上適正かつ合理的なること」の判断は「公益」を積極的に根拠づける評価根拠事由と「公益」に否定的な根拠である評価障害事由との比較衡量による判断ということになる。

沖縄県は、「公水法は、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。すなわち、公水法は、埋立の対象となる地域の海域、沿岸域の

総合的な管理・利用に関する利益の保護を目的としているといえる。したがって、本件訴訟において、原告が主張しうる利益というのは、上記公水法が趣旨・目的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。」（被告第4準備書面4・5頁）。

沖縄県の「公益」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」であり、この「公益」を積極的に根拠づける評価根拠事由と否定的な根拠である評価障害事由との比較衡量による判断ということになる。この理論構成の特徴は、徹底的に「地域経済向上の公共性」原理が排除される点にある。

そして、「国土利用上適正且合理的ナルコト」の判断は、「埋立の必要性と自然の保全の重要性、埋立及び埋立後の土地利用が周囲の自然環境に及ぼす影響の比較衡量を意味する。同法同項第2号は、『環境保全及災害防止ニ付十分配慮セラレタルモノナルコト』を求め、1号とは別途に、より直截に環境保全を要請する。」（被告第1準備書面15・16頁）。

このように1号要件を、「環境保全」の観点から位置づけると、次のような1号要件の解釈となる。すなわち「都道府県知事に承認権限を与えているのは、公有水面埋立ては、当該地域に重大なインパクト、深刻な不利益を与える可能性があることから、公有水面埋立法第4条第1項第1号は、不適正・不合理な公有水面埋立てによって、当該地方公共団体の利益が侵害される場合には都道府県知事が公有水面埋立てを承認しないという権限を付与することで、不適正・不合理な公有水面埋立によって当地方公共団体当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ものである」（被告第1準備書面13頁）とする。

ところで、沖縄県の埋立法の趣旨とする「地方公共団体の重大要素となる海域、沿岸域の総合的な管理・利用の際の法的コントロールの手法」としての承認処分では、土地所有権の制限原理の「米軍基地の公共性」

に関して、埋立予定地域以外の米軍基地は全く「国土利用上適正かつ合理的なる」かの判断要素とならない結果、沖縄本島の米軍基地の過重負担は判断要素にならない。さらに、「米軍基地の公共性」に関して、米軍基地の存在を前提として、日米安保条約6条、地位協定2条2項の米軍基地の排他的管理権の問題とし、米軍基地の土地利用権原（土地所有権）確保の国内法の問題としないため、米軍基地の過重負担は「米軍基地の公共性」の評価障害事由とは全くならない。

沖縄県の埋立法の趣旨及びそれに基づく法律構成は、基本的には、1973年改正の公有水面埋立法の法的仕組み及び1921（大正10）年以降の日本の経済社会に埋立法に基づく土地所有権の創出による歴史的現実を踏まえると、沖縄県の勝機をより確実にする沖縄の米軍基地の過重負担の歴史的現実を除外するもので、沖縄県の法律構成を再考すべきである。

第4節 国の土地所有権の性質

自由主義経済体制では個人（私人）と同様、公共団体（政府および地方公共団体）も土地所有権者として自由主義経済の担い手となる。土地所有権は自由主義経済の原動力であり、自由主義経済体制の法的基盤である私法秩序の根幹であるからである。そして、国の土地所有権の客体は「国有地」、地方公共団体の場合は「公有地」、私人（個人、私法人）の場合は「私有地」である。

ところが、そもそも、国の所有する土地所有権の性質に関しては議論のあるところである。なぜなら、「行政財産は、国の行政目的を遂行するための物的要素としての公物であるから、その行政目的を達成するために必要な限度において私法の適用が制限され又は否定される（いわゆる公物の不融通性の理論の適用がある。）」ものであり、本来自由に処分する又は使用収益できる普通財産の場合と異なって、原則として処分等の対象となりえないものとされる」（大蔵省理財局編『国有財産法精解＜平成

6年改訂』299頁）からである。

そこで、その「行政財産は、国の行政目的を達成するために必要な限度においてその物の上の私権が制限又は否定されるとすれば、行政財産の所有権がどのような性質をもつか、特に公共用財産のそれをめぐって問題とされる。この点について、学説は、私法の適用を全く否定し、専ら公法の適用を受ける公所有権の対象として理解しようとする公所有権説と、私法の適用を肯定し、私権の対象となりうべき物とする私所有権説（これが通説的見解となっているといえる。）との両極端に見解が分かれ」（同上書299・300頁）ることになる。

公所有権説は「公物の所有権殊に国有の公物に存する国の所有権は、公の目的のためにその物を管理する権利であり、私権としてみるべきではなく、国家的公権の一種であって、これを公法上の所有権と称することができる」（美濃部博士）という見解である。

他方、私所有権説は、「公物の所有権は、公物の目的を達するために必要な限度において私法の適用の外に置かれる。しかし、これは公物が性質上民法の適用を受けないからということによるものではなく、公物としての目的を達成するために必要な限度において法律上の適用を受けるためである」（佐々木博士）とする見解である（以上、同上書300頁・3001頁参照）。

そして、現在、実務は、「国有とは、国が権利主体であるというだけで、民法上の所有権という意味以外に解することはできないと考えられる。したがって、所有の意義についても私法のそれと同じであると考えられ、実務上は国有財産についてのすべての所有権は、私所有権説の立場に立脚して理解されている。」（同上書300頁）。

さらに、私所有権説の立場からは、前記の第1の私法上の土地所有権の設定・付与（土地私法）と、第2の土地公法による土地所有権の制限との関係は、「土地に関する公法的規律（土地公法）は、正に、土地に関

する私法的規律（土地私法）に対する特別法の地位を占めるものと考えべき」（田中二郎『土地法』有斐閣法律学全集15＝Ⅱ、昭和35年、15頁）ものである。土地所有権を制限する土地公法は土地私法の特別法というのである。実務も、同様の見解を採っている。承認処分による土地所有権の設定・付与の根拠は、法律による行政により、根拠法規である埋立法に基づくものである。

このように「土地に関する公法的規律（土地公法）は、正に、土地に関する私法的規律（土地私法）に対する特別法の地位を占めるものと考えべき」とすると、埋立法は、私法上の土地所有権の付与（土地私法）、埋立地の用途（米軍辺野古飛行場）に制限された土地所有権（土地公法）の2側面を併有した法律となるが、土地所有権に関する「私法」ということになる。国が、免許（私人）と承認（国）の「法的効果が同一である」として、その法的効果が埋立竣功を停止条件として制限された土地所有権の取得を意味しているとすれば、埋立申請者の国が「私人と同様の立場」を主張するのは、自由主義経済体制における土地所有権の機能から必然的にでてくるもので、自由主義経済体制の原理的なものなのである。

日米の安全保障は、この自由主義経済体制の安全保障を基本としているので、土地利用権原が土地所有権である場合には、土地所有権の取得及び制限の問題に自国の司法権が及ばないということとはあり得ない。むしろ、安全保障の公共性（米軍基地）より自由主義経済体制の公共性（国民経済・地域経済の向上）が優先されることを意味する。なぜなら日米両国は自由主義経済体制であり、その体制維持のための安全保障だからである。

米軍基地は土地利用権原（本件では土地所有権）が確保されて存在し、現存した米軍基地が米軍により管理されることになる。日米地位協定3条の排他的管理権は米軍基地が存在して意味を持つのであり、その米軍

基地は土地利用権原の土地所有権により存在しているので、土地利用権原の問題と日米地位協定3条の排他的管理権とは法論理的に別の問題となり土地所有権が優先するのである。したがって地位協定より埋立法が優先するのである。なぜなら、埋立法は土地利用権原の基本である土地所有権の取得の根拠法規だからである。

しかしながら、沖縄県の見解は、本件承認処分は「受益的行政処分ですらない」とするのである。「本件承認処分及び取消処分の名宛人は国（防衛局）であって、そもそも埋立承認処分により埋立権を取得するにしても、かかる利益は、私益ではなく、法律上保護された利益とは言えず、本件はいわゆる受益的行政処分ですらないのであって（むしろ、周辺住民等に対しては侵益的行政処分ですらある）、受益的行政処分の取消権制限法理の適用は、この意味でもあり得ない。」（被告第10準備書面7頁）。つぎに、「公有水面埋立法と土地所有権」の観点から、このように根本的に異なる埋立法の解釈の違いをみてみよう。

第5節 公有水面埋立法と土地所有権

1 埋立て承認と土地所有権

土地所有権は埋立事業計画者が国である場合には根拠法規である埋立法に基づいて受益的処分である承認処分により国に埋立て工事竣功を停止条件として埋立地の用途で制限された土地所有権が付与される。つまり、「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」（平成25年11月13日広島高裁判決）。

この判決の特徴は、承認処分が①狭義の埋立権と②土地所有権取得さ

せる権利を付与する処分であり、①+②を埋立権（広義）としているところであり、承認は埋立権（狭義）の付与であり、埋立竣工通知により土地所有権を取得するのではなく、承認処分に①埋立工事竣工を停止条件として②土地所有権を取得する権利を付与している点である。土地所有権は私法上の権利であるので、国は知事の埋立て承認により埋立て工事竣工を停止条件として私法上の土地所有権を取得することになる。

土地所有権は私法秩序の根幹をなす権利であり、自由主義経済の原動力であるので、埋立て工事の実施主体の国は私人と同様の立場にあることになる。「埋立地の用途」として公共の用に供した時点で、国有財産となる。したがって、埋立て実施主体の国が「埋立地の用途」を「工業地」とし、埋立て工事竣工通知後に民間に「工場地」として譲渡した場合には私有地となる。いずれにせよ、国有財産の国有地も私人の私有地も、土地所有権は同じ私法上の土地所有権であり、その権利の主体が国か私人かの違いにしかすぎないのである。

このように、埋立法は、第1に、私法上の土地所有権の設定・付与（土地私法）、第2にその土地所有権を埋立地の用途で制限する（土地公法）ことの両側面を併有している。

2 埋立法と土地所有権

このように、埋立法は、自由主義経済の原動力である土地所有権を創出し、埋立地に用途で制限された土地所有権を付与し、日本経済成長の原動力として、1972年段階で総面積1127km²も埋立てられたのである。つまり、「昭和20年、一朝にして国土の約45%を失った我国は、たくましく国土の復興に着手し、しかもなお世界の脅威ともいふべき経済成長をなしとげたが、その間にあつて、平和的に領土を拡張する方法、すなわち埋立てが行われた実績は、戦後27年間に総面積11万2716ha」（三本木健治「公有水面埋立法の改正とその史料的回顧」、自治研究50巻第7号1974年、

27・28頁）である。しかし、この埋立てによるコンビナート等の工業は深刻な公害の発生源となって、社会問題となり、国土の開発及び国土利用計画の側面で、1973年に埋立法の改正がなされ、当時の国土利用計画の法技術の粋を集めた同法4条1項の免許・承認基準が新設されたのである。同項1号要件の埋立てそのもの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」を基本とし、海洋汚染、公害対策として同項2号要件の「其の埋立が環境保全及災害防止に付十分配慮せられたるものなること」が設定された。同項3号要件は「埋立地の用途が土地利用又は環境保全に関する国又は地方公共団体（港務局を含む）の法律に基づく計画に違背せざること」と現状の土地利用計画及び環境保全計画との適合性を要求したのである。

1号要件は陸地の土地利用状況を踏まえた「埋立地の用途」による土地利用計画であり、「埋立地の用途」が基軸概念となるが、2号要件は産業公害対策、海洋汚染対策の踏まえた埋立地の造成であるので、「環境保全への十分な配慮」が基軸概念となる。

3 埋立法の解釈

この1号要件と2号要件の法律構成に関して国と沖縄県が原理的に対立している。埋立法の趣旨および1号要件と2号要件の解釈にその違いが表れることになる。国は埋立て承認の本質は制限された土地所有権の付与（取得）とするのに対し、沖縄県は地方公共団体の公益の保護とする。したがって、国の見解では国は私法上の土地所有権の取得となるので自由主義経済の下では「私人」と同様に立場になるが、沖縄県の見解では「受益的行政処分ですらない」ので、国は土地所有権を取得することはなく、「私人」の概念は存在しない。国および沖縄県の論理展開を次にみてみよう。埋立ては①埋立て自体及び②埋立て後の土地利用目的（埋立地の用途）の2段階に区別されるが、どの段階を埋立法の本質とする

かにより見解が分かれる。

(1) 国の埋立法の解釈

「国土」は①公有水面と②土地（陸地）の両方を意味しているので、1号要件の判断は、「①埋立てそのもの及び②埋立地の用途が国土利用上適正かつ合理的であるかどうかにつき慎重に審査すること」とされている（昭和49年運輸省港湾局長・建設省河川局長通達）。①は公有水面から土地とすることであり、②の「埋立地の用途」は埋立て後の土地利用目的である。

埋立て免許・承認の法効果は、私法上、①の段階では埋立権、②の段階では「埋立地の用途」で制限された土地所有権の付与である。本裁判以前は、国及び実務は私人申請の免許（2条）と国申請の承認（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」（原告第1準備書面8頁）とした。国も、私人と同じように、埋立法に基づく知事の承認処分により埋立権と制限された土地所有権を取得することとなった。国は土地所有権制限の公共性の側面では知事の埋立て承認処分に服することになる。つまり、知事の埋立て承認処分は私法上の土地所有権の付与と、その土地所有権を制限する土地公法の両側面の処分となるのである。土地所有権は自由主義経済の原動力であり、日本の私法秩序の根幹をなしている私法上の権利である。なぜなら、土地所有権は、国民の生活及び生産を通ずる諸活動の共通の基盤である土地を法令の制限内において自由に利用及び処分する権利だからである。

国は埋立法の趣旨を「国の所有する公有水面（1条1項）を埋め立て、これを利用することが、国土の開発その他国民経済の向上に資するものである」（原告第1準備書面8頁・71頁）と定義した。上記②段階を本質とするが、当然①段階も内包する。①段階がなければ②段階は存在しないからである。そして、1号要件と2号要件の関係について、1号要件

を同法の目的・趣旨レベルに位置づけ、2号要件は埋立事業行為に限定される機能をもたす。すなわち、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」とする。他方2号要件は、「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である。」（原告第2準備書面17頁）。

そして、上記のように②の段階（①の段階を含む）で埋立法の趣旨を「国土の開発その他国民経済の向上に資するもの」と捉えるので、「法に基づく免許（承認）は事柄の性質上、公共的・公益的な価値を積極的に実現するための処分であるといえる」とした。この「公共的・公益的な価値を積極的に実現する」とは「国土の開発その他国民経済の向上」である。つまり、埋立て承認（免許）は「環境保全への十分な配慮」を「条件」として「埋立地の用途」に制限された土地所有権の付与を契機に「国土の開発その他国民経済（地域経済）の向上」に資することにあると定義することができる。したがって、知事の埋立て承認処分は、「埋立対象区域の利用目的に公共性があるか否か等であり、この利用目的の公共性の有無等が当該区域の埋立てが国土利用上適正かつ合理的といえるか否かを判断する一要素」（原告第2準備書面12頁・13頁）となる。

そして、「国土利用上適正かつ合理的」という判断基準は「埋立対象とされる水面部分についての埋立ての必要性及び公共性、当該埋立自体及び埋立て後の土地利用が周囲の地域社会や自然環境等に及ぼす影響などの諸事情を比較衡量した上で、技術的、政策的見地から総合的に判断す

るものと解される」(原告第1準備書面13頁)。「国民経済(地域経済)の向上」の観点から地域の土地利用状況および土地利用計画の一環として「埋立地の用途」に制限された土地所有権の公共性が判断されるのである。

(2) 沖縄県の埋立法の解釈

国の埋立法の趣旨に関する「国民経済・地域経済の向上」説に対して沖縄県は「地方公共団体公益」説を構成する。

まず埋立法の趣旨(免許・承認の趣旨)を沖縄県は、「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、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。」(被告第1準備書面12頁・13頁)とする。

したがって、埋立法4条1項1号・2号要件の趣旨は「公有水面埋立法第4条第1項第1号は『国土利用上適正且合理的ナルコト』を公有水面埋立免許ないし承認の要件としており、これは、埋立の必要性と自然の保全の重要性、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頁・16頁)。

そして、拘束力ある「土地利用計画」の観点からの1号要件が、「環境保全」の観点から位置づける解釈では、次のような1号要件の解釈となる。すなわち「都道府県知事に承認権限を与えているのは、公有水面埋立ては、当該地域に重大なインパクト、深刻な不利益を与える可能性があることから、公有水面埋立法第4条第1項第1号は、不適正・不合理

な公有水面埋立てによって、当該地方公共団体の利益が侵害される場合には都道府県知事が公有水面埋立てを承認しないという権限を付与することで、不適正・不合理な公有水面埋立てによって当地方公共団体当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ものである」（被告第1準備書面13頁）とする。制限された土地所有権付与を契機に「国民経済（地域経済）の向上」に資することではなく、「当地方公共団体当地方公共団体の利益が侵害されないという利益を保護」とするのである。

そして、沖縄県の見解の象徴的表現が、次にみる本件埋立て承認は「受益的行政処分ですらない」ということである。

「本件承認処分及び取消処分の名宛人は国（防衛局）であって、そもそも埋立承認処分により埋立権を取得するにしても、かかる利益は、私益ではなく、法律上保護された利益とは言えず、本件はいわゆる受益的行政処分ですらないのであって（むしろ、周辺住民等に対しては侵益的行政処分ですらある）、受益的行政処分の取消権制限法理の適用は、この意味でもあり得ない。」（被告第10準備書面7頁）。

沖縄県の埋立法の趣旨を「地方公共団体の利益の保護」とする解釈は地方公共団体が責任を持つ解釈としては全く独自な見解である。この独自な見解は次に述べるように、第1に埋立法が産業用地等の提供として果たしてきた歴史的現実、第2に最新の判決例が、埋立て承認の法的性質を土地所有権の付与（を設定する権利）とすることから、その客観性は疑わしい。

(3) どの解釈をとるべきか

国と沖縄県は埋立法の趣旨に関して、国の「国民経済向上」・「地域経済向上」説と沖縄県の「地方公共団体公益保護」説と基本的に対立している。国の「地域経済向上」説は、埋立法は、「環境保全の十分な配慮」

(1号要件)を「条件」として「埋立地の用途」に制限された土地所有権の付与を契機に「国土の適正かつ合理的な利用」を図ることにより「国土の開発その他国民経済(地域経済)の向上」資するものである。これに対して、沖縄県の地方公共団体公益保護説は、埋立法の趣旨を、「地方公共団体の重大要素となる海域、沿岸域の総合的な管理・利用の際の法的コントロールの手法(免許・承認)による地方公共団体の利益の保護」である。

問題は、どの見解を採るべきかである。私は、国の見解である「地域経済向上」説を採るべきと考える。第1の理由は、埋立法の仕組みが土地所有権の制限である「埋立地の用途」を基軸概念としている点である。第2は、1921(大正10)年に制定された埋立法の現在まで果たしてきた「国土の開発その他国民経済の向上」の歴史的現実である。第3は、最新の判決例である広島高裁判決(2013年11月3日)である。

まず、第1の埋立法の「埋立地の用途」を基軸概念とする埋立法の仕組みである。

「埋立地の用途」が埋立法の基軸となっている実質的理由である。「埋立地の用途」は埋立法の本質的要素である。「埋立地の用途」は、以下の10点に表れる。

- まず①免許・承認の出願事項(2条2項3号、42条3項)、
- ②免許・承認出願書の公衆への告示及び縦覧並びに地元市町村長の意見の聴取(3条、42条3項)、
- ③知事の免許・承認の判断基準(4条1項1号・3号、42条3項)、
- ④知事の免許・承認の告示(11条、42条3項)、
- ⑤免許・承認申請者の埋立地の用途の変更の許可・承認(13条の2)、42条3項)、
- ⑥被免許権者の埋立権の譲渡の許可(16条)、埋立工事竣功認可(22条1項)の告示事項(22条2項)とその書面事項の写しの地元市町村長へ

の送付（22条2項）、

⑦竣功認可告示から10年間の閲覧書面事項（22条3項）、

⑧埋立地の用途で制限された土地所有権の取得（24条）、

⑨土地所有権取得後の土地所有権の移転又は設定の許可による「埋立地の用途」の維持（27条）、

⑩土地所有権取得後の埋立地の用途の変更の許可（29条）。

項（22条2項）とその書面事項の写しの地元市町村長への送付（22条2項）、

第2は、埋立法の果たしてきた歴史的現実である。埋立法は1921（大正10）年の制定以降、産業用地の提供に寄与し、さらに戦後も、産業公害、海洋汚染を伴いながらも、戦後の国土の復興、高度成長の原動力となったこと、さらに1945年から1972年迄27年間で1127.16km²の埋立面積、それ以降も現在まで2276.72km²（2013年国土地理院公表、沖縄県土面積2227km²とほぼ同面積）で1972年から41年間で1149.56km²の埋立て面積の増加により国民経済に寄与してきた現実を踏まえると、国の埋立法の趣旨とする「国土の開発その他国民経済の向上に資する」ことが客観的で妥当であると考えられる。なお沖縄県の埋立面積は1988年から2013年までの25年間に13.91km²増加している。

第3は、最新の判決例である広島高裁判決が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用していることである。つまり、「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」（平成25年11月13日広島高裁判決）。

知事の埋立て承認は根拠法規である埋立法に基づいて国に埋立工事竣功を停止条件とする土地所有権を付与する受益的処分である。国の土地

所有権は私法上の権利（私所有権説）であるので、埋立法上は埋立事業者の国は「私人と同様の立場」にあるのである。

第6節 米軍基地の利用権原確保の関連判決例（第4段階）

1 総説

米軍基地の土地利用権原は日米安保条約6条に基づき（第1段階）、そして日米両政府による個別米軍基地の設置・存続の協定が締結され（日米地位協定2条1項・第2段階）、その個別米軍基地の設置場所が日米合同委員会により決定（日米地位協定25条1項・第3段階）される。その場所決定・協定された個別米軍基地の日本国政府による土地利用権原の確保の問題（第4段階）となる。そして、第1・2・3・4・段階を踏まえて現存する米軍基地の運営・管理に関する排他的管理権（第5段階）の問題となる。第5段階の現存の米軍基地の排他的管理権の問題は前章で考察した。ここでは第4段階の「米軍基地の土地利用権原の確保問題」を考察する。この第4段階は、裁判所の司法権が全面的に関与する。

まず第1に、米軍用地の使用期限が過ぎた場合に土地所有権者が土地の明け渡しを求めた板付空港事件（最判昭和40年3月9日）、第2は、米軍基地の継続のための賃貸借契約を拒否した場合に土地利用権原確保のため駐留軍用地特措法による強制使用手続過程における知事の代理署名拒否に対する職務執行命令を求める沖縄県知事職務執行命令訴訟（最大判平成8年8月28日）である。

米軍基地の土地利用権原（土地所有権）の確保の問題の観点から、本件埋立て承認による土地所有権の確保の問題と上記2判決例を比較すると、次の5点において相違する。

第1点は、上記2件の判決例は、既存の米軍基地内の部分の土地利用権原の確保であるのに対し、本件承認処分による確保は、新たに1.6km²の埋立てによる新たな「米軍基地」建設のための土地利用権原（土地所

有権）の確保である点である。

第2点は、米軍基地の土地利用権原の確保のための土地所有権制限が上記2件の判決例は、駐留軍用地特措法に基づく又は基づくべき事案で、その制限原理は「事業の公共性」としての「米軍基地の公共性」であるのに対し、本件承認処分は、根拠法規が地域形成計画法（国土計画関連法）の埋立法であり、土地所有権の制限である「埋立地の用途」が「米軍基地」であるということで、土地所有権の制限原理が「地域形成の公共性」と「事業の公共性」を併有したものとなっている点である。

第3点は、上記2件の判決例は土地所有権の制限原理を「事業の公共性」としての「米軍基地の公共性」を背景としながらも、土地所有権制限の法律構成としてそれぞれ異なる。板付空港事件は、土地所有権の権利濫用を「私権の本質である公共性」で根拠づけ、結果として、借地権の存続期間満了等の事由による消滅した場合の更新拒絶手続間の「土地賃借権の一時的な存続」を援用して米軍基地内の部分の土地利用権原を確保している。沖縄県職務執行命令訴訟は、既存の米軍基地内の部分の土地所有権者の賃貸借契約の拒否により駐留軍用地特措法に基づいて「事業の公共性」としての「米軍基地の公共性」原理による土地所有権制限（強制使用）の手続過程の問題である。その手続過程である知事の代理署名の拒否を職務執行命令で代理署名の執行をして、強制使用手続を完了させて米軍基地に土地利用権原の土地賃借権を確保したものである。本件埋立て承認による米軍基地の土地利用権原の確保の法律構成は基本的に異なる。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確保のために根拠法規である公有水面埋立法に基づく知事の承認処分の問題であるからである。

そこで、第4点は、本件承認処分は、根拠法規が地域形成計画法（国土計画関連法）の埋立法であり、土地所有権の制限である「埋立地の用途」が「米軍基地」であるということで、土地所有権の制限原理が「地

域形成の公共性」と「事業の公共性」を併有したものとなっているが、この「事業の公共性」としての「米軍基地の公共性」と駐留軍用地特措法による土地所有権制限（土地の使用又は収用の認定）の原理である「米軍基地の公共性」との関係性が論点となる。この二つの「米軍基地の公共性」は同じ性質である。なぜなら、第1に、埋立法も駐留軍用地特措法も「米軍基地の土地利用権原（土地所有権等）の確保の根拠法であるとともに、第2に、「米軍基地」という事業の性質からの必然的な「公共性」だからである。したがって、「米軍基地の公共性」の側面では、駐留軍用地特措法による使用又は収用の認定枠組みと埋立法による埋立て承認の判断枠組みは同じことになる。そして、その処分裁量の違法性の判断枠組みが、次のように、沖縄県知事職務執行命令訴訟（最大判平成8年8月28日）に判示されている。

「駐留軍用地特措法による土地等の使用又は収用の認定」において、当該土地等を駐留軍の用に供することが「適正かつ合理的である」かの判断（同法5条、3条）は、「米軍基地の公共性」を評価基準に、評価根拠事由として、①「我が国の安全と極東における国際の平和と安全の維持にかかわる国際情勢」、②「駐留軍による当該土地等の必要性の有無、程度」、③代替すべき土地等の提供の可能性等」、他方、評価障害事由として、④当該土地等を駐留軍の用に供することによってその所有者や周辺地域の住民などにもたらされる負担や被害の程度」、⑤「沖縄県に駐留軍の基地が集中していることによって生じているとされる種々の問題も、右の判断過程において考慮、検討されるべき問題」を比較衡量する「諸般の事情を総合考慮」してなされるべき「裁量的判断」であり、その裁量処分が裁量権の範囲の逸脱またはその濫用の場合に取り消しうべき違法性となるとする。

つまり、この裁量的判断の違法性の判断枠組みは、本件承認基準の「国土利用上適正かつ合理的なること」の判断枠組みにおける、⑤「沖縄県

に駐留軍の基地が集中していることによって生じているとされる種々の問題」つまり「沖縄本島の米軍基地の過重負担の歴史的現実」を評価障害事由とする法律構成となるのである。

第5点は、以上2判決例における米軍基地の土地利用権原の確保は、既存米軍基地内の部分の土地利用権原の確保の問題であり、しかも、その部分の土地利用権原を利用して米軍基地の存続を批判するための手段であった。したがって、裁判では土地所有権者が敗訴し、米軍基地問題では裁判は勝てないという「神話」がつくられる。これに対して、本件承認処分による「米軍辺野古飛行場」の土地利用権原の確保は、①新たな米軍基地の建設のための土地利用権原の確保であること、②土地利用権原確保の法令が埋立法という国土計画関連法（地域形成計画法）であることにより「地域形成の公共性」としての「地域経済向上の公共性」の制限原理がはたらくこと、③したがって、地域内の沖縄本島の米軍基地の過重負担の歴史的現実が、一方では「地域形成の公共性」としての「地域経済向上の公共性」の評価障害事由となり、他方では、「埋立地の用途」が「米軍基地」であるため「事業の公共性」としての「米軍基地の公共性」の評価障害事由となるため、両面の「公共性」に照らして、「埋立地の用途」が「米軍基地」であることの「国土利用上適正かつ合理的なるか」の裁量的判断がなされる。さらに、より本質的なことは、第4点で述べたように、沖縄県職務執行命令訴訟の大法廷判決により「米軍基地の過重負担の歴史的現実」が判断要となっているのである。

それでは、つぎに、2件の判決例で、以上のことを確認することにしよう。

2 板付空港事件（最判昭和40年3月9日民集19巻2号233頁）

(1) 事件の概要

本件は、米軍基地内の地主が、賃貸借期限が過ぎたので土地所有権に基づいて土地明渡しを請求した事件である。民事訴訟を通じて、外交・安全保障という国家利益の公共性による土地所有権の制限が問題となり、土地所有権の契機である安全保障機能が顕在化したものである。しかし、法的には、民法の権利濫用の根拠を「私権の本質である公共性」にもとめ、現状回復請求を権利濫用として、地主の請求を棄却し、米軍基地の利用権原を「土地賃借権の継続」で根拠づけたもので、直接、安全保障上の国益の「公共性」を根拠としたものではない。土地所有権の制限原理の「公共性」の内容を日本の外交・安全保障の国家利益ではなく、「私権の本質である社会性、公共性」に求めたものである。土地所有権の制限原理を「米軍基地の公共性」ではなく「土地所有権（私権）の本質である公共性」に求めたものである。

(2) 判旨と評価

「Y（国）の駐留軍に対する土地の提供は、日米安全保障条約3条に基づく条約上の提供義務の履行としてなされるのであって、右条約の誠実な履行は、国の義務であり、関係土地所有者らも、直接間接、この国の義務の履行に協力すべき立場に置かれているものというべきである」。

また「接收以来現在に至るまで本件土地を含む広範な土地が占領軍ないし駐留軍により空軍基地として使用されて来た事情及びこれに対処するためになされたY国とXらを含む土地所湯者との間の契約締結に関する経緯並びに本件土地がガソリンの地下貯蔵設備の用地として使用されている事実」等に鑑みると、

「本件の土地所有権の侵害については」、「現状回復を求める本訴のような請求は、私権の本質である社会性、公共性を無視し、過大な請求をな

すものとして、認容しがたい」と判示するのである。

これは土地所有権侵害に対する現状回復請求を制限するものであり、その制限の根拠として「私権の本質である社会性、公共性」を挙げている。ここでの公共性は国益としての「安全保障」ではなく、自由主義経済における土地所有権（私権の本質）の公共性である。安全保障という公共性を背景に一時的にせよ米軍地内の土地所有権行使が権利の濫用として制限され、土地利用権原が確保されたことになる。米軍基地の土地利用権原の確保のために土地所有権の行使を権利濫用として制限するところ、この制限原理の公共性は「私権の本質」つまり自由主義経済の原動力としての土地所有権であり、「日米安全保障条約3条に基づく条約上の提供義務の履行」義務つまり日本の安全保障の公共性ではない。米軍基地の公共性は私権の本質の公共性に包摂されている。このことを米軍基地の土地利用権原の確保の観点から本件を考察することで確認する。

本件のように権利濫用により土地所有権行使が制限された場合、米軍基地の土地利用権原は何権であろうか。判決は、「正当な占有権」または「正当な使用权」を説示するのであろうか。

「契約に基づき被上告人国と関係土地所有者との間にすでに適法に形成された前記のごとき土地の使用関係は、単に契約の期間が満了した（占領の終了）という一事により、たやすく消滅させるべきではなく、その使用（駐留軍による使用）の必要性が大でありかぎり、むしろこれを存続させることを相当とすることは、借地権が存続期間満了等の事由により消滅した場合においても、建物があるときは、土地所有者において、正当な事由がないかぎり、借地権者からの更新を拒絶しえないものとする借地法4条1項の精神に照らすも、肯認するに難くないところである。」

判決は、米軍基地の利用権原を明確に「土地の使用関係は、単に契約の期間が満了した（占領の終了）という一事により、たやすく消滅させるべきではなく、その使用（駐留軍による使用）の必要性が大でありか

ぎり、むしろこれを存続させることを相当とする」と説示するので、使用関係（賃貸借関係）が「存続」させ、駐留軍用地特別措置法の手続きまで「一時的な賃貸権」を土地利用権原としていることになる。その論拠は次のとおりである。

「本件において前記特別措置法に準拠して土地の使用又は収用の手続をとらなかったことによる本件土地所有権の侵害については、不法行為または不当利得に関する法規により救済を求めるのであれば格別、現状回復を求める本訴のような請求は、私権の本質である社会性、公共性を無視し、過大な請求をなすものとして、認容しがたい。」

(3) 留意点

留意すべきは、ここでの「社会性、公共性」は米軍基地の安全保障という「公益・国益」上の「公共性」ではなく「私権の本質である社会性、公共性」つまり私法上の土地利用上の公共性である。自由主義経済の原動力である土地所有権の公共性である。国は、駐留軍用地特措法による強制使用手続きをすべきことが期待されている。

3 沖縄県知事職務執行命令訴訟（最大判平成8年8月28日民集50巻7号1952頁）

(1) 本訴訟の意義

本件は、内閣総理大臣が、強制使用手続の一環である代理署名拒否をした沖縄県知事に対して、地方自治法151条の2第3項に基づく職務執行命令を請求した事件である。本件は、駐留軍用地特措法に基づく使用認定の手続きの過程で、使用認定された土地の所有者が土地調書及び物件調書の署名押印を拒否し、さらに知事も代理署名を拒否したので、代理署名が機関委任事務であるため、国が知事に代理署名をすべきとの職務執行命令訴訟の事案である。沖縄県知事の代理署名拒否の理由は次の通

りである。

(2) 沖縄県知事の代理署名拒否理由

「米軍基地は沖縄における諸悪の根源といわれてきたが、その維持・存続は、沖縄県民への犠牲と他国民への加害の役割と立場を、沖縄と沖縄県民に強要することである。このようなことが過去50年に引続き、さらに将来にわたって存続させられることは、沖縄県民には耐えがたいことであり、県民の代表たる知事にとっても到底許容できるものではない」。

沖縄県知事は代理署名という機関委任事務の拒否の理由を、米軍基地の維持・存続は「県民の代表たる知事にとっても到底許容できるものではない」として、沖縄の50年の米軍基地の歴史の是非の判断を裁判所に求めたのである。そして、その主張の根拠を日本国憲法に求めるのである。

「財産権の保障や法の下での平等を含む基本的人権尊重主義、平和的生存権を中核にもつ平和主義、地方自治の本旨を強調する民主主義の原理などを基本原則に掲げる日本国憲法」にである。つまり、知事の代理署名拒否は日本国憲法に基づいているということである。したがって、知事側の反論は、沖縄の米軍基地の現実が憲法に違反していることに集中する。

(3) 最高裁の判断

しかし、最高裁は、沖縄県側が反論として主張している「沖縄県に駐留軍の基地が集中していることによって生じているとされる種々の問題」では、職務執行命令訴訟という裁判の場では、代理署名拒否の理由にはならないと判断する。知事が代理署名を拒否できるのは、国の使用認定が一見明白に無効な場合であり、本件使用認定は適法になされ、一見明白に無効でないとは判断する。最高裁大法廷は、法的には、これで裁判所

としての役割は果たすことになるが、沖縄の50年の米軍基地の維持・存続の問題性に共感したのか、同情したのか、沖縄県側の主張は、国の米軍基地の使用認定の取消訴訟では主張事実になるとし、さらに、その米軍基地の使用認定の判断基準まで提示するのである。

個別使用認定の取消訴訟に沖縄の米軍基地の維持・存続という米軍基地全体が判断対象となるという判断を傍論として判示するのである。言い換えれば、「米軍基地の島」という景観のなかで、在沖米軍基地全体の構成部分として土地使用又は収用認定の取消訴訟における使用認定の違法性の判断要素となることを意味する。行政法的には、国の米軍基地の使用認定は「政策的、技術的な裁量にゆだねられているもの」(下記⑦)とするので、使用認定の「裁量権の範囲の逸脱またはその濫用の違法性」(行政事件訴訟法30条)の判断基準となる。それでは、この画期的な判旨を次にみてみよう。

(4) 駐留軍用地の使用認定(違法性)の判断基準

[1] 「駐留軍用地特措法による土地等の使用又は収用の認定は、駐留軍の用に供するため土地等を必要とする場合において、当該土地等を駐留軍の用に供することが適正かつ合理的であると判断されるときになされるのであるが(同法5条、3条)、右認定に当たっては、

- ① 我が国の安全と極東における国際の平和と安全の維持にかかわる国際情勢、
- ② 駐留軍による当該土地等の必要性の有無、程度、
- ③ 当該土地等を駐留軍の用に供することによってその所有者や周辺地域の住民などにもたらされる負担や被害の程度、
- ④ 代替すべき土地等の提供の可能性等
- ⑤ 諸般の事情を総合考慮してなされるべき政治的、外交的判断を要するだけでなく、

- ⑥ 駐留軍基地にかかわる専門技術的な判断を要することも明らかであるから、
- ⑦ その判断は、被上告人の政策的、技術的な裁量にゆだねられているものというべきである。
- ⑧ 沖縄県に駐留軍の基地が集中していることによって生じているとされる種々の問題も、右の判断過程において考慮、検討されるべき問題である。(①～⑧筆者挿入)。

[2] 「仮に、本件各土地に使用認定に取消し得べき瑕疵があるとしても、上告人において署名等代行事務の執行を拒否することは許されないし、被上告人においても、有効な使用認定が存在することを前提として、上告人に対して署名代行事務の執行を命ずるかどうかを決すれば足りると解される。」

[3] 「結局、本件各土地の使用認定についての瑕疵の有無は、それが重大かつ明白とはいえない限り、自己の権利ないし法的利益を侵害された者が提起する取消訴訟において審理判断されるべき事柄であって、これを本件訴訟において審理判断すべきものと解することはできない。」

(5) 本判断基準の意義

本件使用認定の判断構造を、米軍基地の土地使用权原の確保の観点から再構成していみよう。

まず、第1に、「駐留軍用地特措法による土地等の使用又は収用の認定」の「⑦判断は、被上告人の政策的、技術的な裁量にゆだねられているものと」する。なぜなら、「⑤諸般の事情を総合考慮してなされるべき政治的、外交的判断を要するだけでなく、⑥駐留軍基地にかかわる専門技術的な判断を要することも明らかであるから」である。その裁量処分判断基準（判断枠組み）は、「当該土地等を駐留軍の用に供することが適正かつ合理的である」（同法5条、3条）かである。この判断基準を充足す

る場合に米軍基地の土地利用権原を確保（土地所有権の制限）の根拠（制限原理）は「米軍基地の公共性」である。

この「米基地の公共性」の評価根拠事由は、「①我が国の安全と極東における国際の平和と安全の維持にかかわる国際情勢、②駐留軍による当該土地等の必要性の有無、程度」および「④代替すべき土地等の提供の可能性等」である。これに対して、評価障害事由は「③当該土地等を駐留軍の用に供することによってその所有者や周辺地域の住民などにもたらされる負担や被害の程度」および「⑧沖縄県に駐留軍の基地が集中していることによって生じているとされる種々の問題も、右の判断過程において考慮、検討されるべき問題である」。この「⑧沖縄県に駐留軍の基地が集中していることによって生じているとされる種々の問題」は、沖縄本島の米軍基地の過重負担の歴史的現実である。

つまり、米軍基地の過重負担の歴史的現実、本判決において、「米軍基地の公共性」の評価障害事由として法律構成されているのである。

要するに、駐留軍用地特措法（一・埋立法）に基づく「米軍基地」の土地利用権原確保のため（二）の本件米軍基地の使用又は収用認定の「適正かつ合理的である」・「国土利用上適正且合理的なること」の判断枠組みは、「米軍基地の公共性」の評価根拠事由（①、②、④）と評価障害事由（③、⑧）との「総合的」な判断であり、その裁量的判断（⑤、⑥、⑦）が、裁量権の範囲の逸脱またはその濫用があるときに違法性をおびるということである（行政事件訴訟法30条）。

ところで、本件埋立て承認処分は、根拠法規が「地域形成計画法」（国土計画関連法）の埋立法であり、土地所有権の制限である「埋立地の用途」が「米軍基地」であるということで、土地所有権の制限原理が「地域形成の公共性」と「事業の公共性」を併有したものとなっているが、この「事業の公共性」としての「米軍基地の公共性」と駐留軍用地特措法による土地所有権制限（土地の使用又は収用の認定）の原理である「米

軍基地の公共性」とは同じ性質である。なぜなら、第1に埋立法も駐留軍用地特措法も「米軍基地の土地利用権原（土地所有権等）の確保の根拠法であるとともに、第2に、「米軍基地」という事業の性質からの必然的な「公共性」だからである。したがって、「米軍基地の公共性」の側面では、駐留軍用地特措法による使用又は収用の認定枠組みと埋立法による埋立て承認の判断枠組みは同じことになる。

ここに、沖縄本島の米軍基地の過重負担の歴史的現実が、埋立て承認基準の「国土利用上適正かつ合理的なること」の判断枠組みにおいて、「米軍基地の公共性」の評価障害事由として、最高裁大法廷判決において、判例上、確立していることを確認することができる。

つまり、米軍基地の過重負担の歴史的現実、埋立法の趣旨である「地域形成の公共性」としての「地域経済向上の公共性」の評価障害事由となるとともに「事業の公共性」としての「米軍基地の公共性」の評価障害事由としては、最高裁大法廷判決により、確定していることになる。

要するに、米軍基地の過重負担の歴史的現実、「米軍基地の公共性」の評価障害事由として、米軍基地のもつ「公共的価値の実現」の許容範囲を遥かに超え、「米軍辺野古飛行場」の建設のための土地所有権を確保する埋立て承認を認めることは、「米軍基地の公共性」に照らして、著しく不適正かつ不合理であると判断され、裁量権の範囲の逸脱またはその濫用の強い違法性を帯びるのである。

第7節 小括

本稿は、代執行訴訟等の本質的論点に関して、「米軍辺野古飛行場」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か」（公有水面埋立法4条1項1号）とする。沖縄県の勝機は、沖縄の米軍基地の過重負担の歴史的現実を、「地域形成の公共性」としての埋立法の趣旨に示される「地域

経済向上の公共性」および「事業の公共性」としての「米軍基地の公共性」の評価障害事由とする法律構成にある。

埋立法に基づく埋立て承認により特定の公有水面の埋立竣功を停止条件として取得するのは「埋立地の用途」に制限された土地所有権（埋立法42条1項）である。土地所有権は、特定人が特定地（地籍・地積）の上下の時空を法令の制限内において自由に利用および処分する権利である（民法206条・207条）。権利レベルで規定すると原則として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および処分する権利であるが、例外的に法令により制限され（民法206条・207条）、その制限原理は「公共の福祉（公共性）」である（憲法29条2項・3項）。

土地所有権の制限原理は「公共の福祉（公共性）」であり、その「公共性」原理は「地域形成の公共性」と「事業の公共性」の二つに区別される。第1の「地域形成の公共性」原理は、地域形成計画（国土計画）の実現のための地域における土地所有権制限（土地利用規制）の公共性で、その公共性の内容は「地域形成計画法」を構成する個別法（各国土計画関連法）の趣旨・目的に規定されている。第2の「事業の公共性」原理は、特定の公共の利益となる事業の土地利用権原確保のための土地所有権の制限（土地収用・公用）である。この公共事業の土地利用権原確保の基本法は土地収用法であり、その公共事業の種類は同法3条で制限規定されている。

本件「米軍辺野古飛行場」の土地利用権原（土地所有権）の確保のための辺野古沿岸域の埋立て承認による土地所有権制限の「公共性」原理は、第1に「地域形成の公共性」としての埋立法の趣旨に示された「地域経済向上の公共性」、第2の「事業の公共性」は、「米軍辺野古飛行場」建設のための「埋立地の用途」は「米軍基地」であるので「米軍基地の公共性」となる。「米軍基地」は駐留軍用地特措法3条・5条により、駐留軍用地のための土地利用権原の確保の根拠も「米軍基地の公共性」と

なるからである。

そして、「埋立地の用途」が「米軍基地」であることによる「事業の公共性」としての「米軍基地の公共性」と駐留軍用地特措法による土地所有権制限（土地の使用又は収用）原理の「米軍基地の公共性」とは同じ性質であると捉えることができる。なぜなら、第1に埋立法も駐留軍用地特措法も「米軍基地の土地利用権原（土地所有権等）の確保」の根拠法であるとともに、「米軍基地」という事業の性質からの必然的な「公共性」だからである。

したがって、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」の判断枠組みにおいて、沖縄本島の米軍基地の過重負担の歴史的現実とは、つまり「沖縄県に駐留軍の基地が集中していることによって生じているとされる種々の問題」は、「米軍基地の公共性」の評価障害事由として、沖縄県知事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）において確定しているのである。

要するに、米軍基地の過重負担の歴史的現実とは、埋立法の趣旨である「地域形成の公共性」としての「地域経済向上の公共性」の評価障害事由および「事業の公共性」としての「米軍基地の公共性」の評価障害事由となるのである。そして、さらに、「沖縄の米軍基地の過重負担の歴史的現実」の内実を示す以下の5事由が「歴史的現実」を構成する5つの個別的评价障害事由として法律構成されるのである。

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。

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事由である。

第4章 本件取消処分 of 違法性

第1節 序

国は、仲井真前知事の埋立て承認（本件承認処分）に対する翁長知事の職権取消処分（本件取消処分）に対して代執行訴訟を提起した。代執行訴訟は、地方自治体の法定受託事務の行政処分に対して国がその行政処分 of 取消しを求める地方自治法245条の8第3項に基づく機関訴訟である。本件代執行訴訟は本件承認処分 of 違法性を理由とする本件取消処分に対する取り消しを求める旧来の職務執行命令訴訟である点で特徴がある。

国の訴状は、請求原因を3段で構成し、まず、第1段として、県が自ら取り消せるのは極めて例外的とする「取消権制限 of 判例法理」を法律構成して「本件取消処分は、取消権を行使できる場合には当たらないこと」とする。この判例法理 of 主張が認められない場合には、第2段として、本件取消処分 of 理由（前提）とする「本件承認処分 of 違法性」に関して「本件承認処分に瑕疵（違法性）はないこと」として「本件取消処分 of 違法性」を認める。そして、第3段で、本件取消処分 of 違法性以外 of 代執行訴訟 of 要件 of 判断である。本件代執行訴訟は形式的には機関訴訟であるが、実質的には、埋立て承認を巡る国と地方公共団体との訴訟である点において、主観訴訟的側面ももつ。

本章では、本件取消処分 of 違法性を考察するが、国 of 「取消権制限 of 判例法理」 of 検討を通じて、本件取消処分 of 違法性と本件承認処分 of 違

法性の関係の考察に至ることになる。なぜなら、本件取消処分 of 違法性判断の枠組み（法律構成）は両者の違法性 of 関係するものだからである。

職権取消処分（取消処分） of 法的性質に関して、職権取消権（取消権）原則説と取消権制限説 of 対立がある。取消権原則説は、受益的処分（本件承認処分） of 違法性により原則として取消権は発生するとする見解であり、取消権制限説は、取消処分 of 違法性と受益的処分 of 違法性とは区別され、取消権は極めて例外的な場合に限り発生するという見解である。

国は取消権制限説をとり、「本件取消処分 of 違法性」 of 請求原因として、第1段として、「本件承認処分 of 違法性」とは独立した「取消権制限 of 判例法理」を法律構成し、第2段として「本件承認処分に違法性のないこと」を請求原因として法律構成する。この国 of 取消権制限説 of 「取消権制限 of 判例法理」は最高裁判決例を根拠とするが、この根拠判決例を検討して国 of 見解が「判例法理」として客観性、妥当性があるかを検討する。その検討の結果、その根拠判決例 of 「判例理論」 of 内容は取消権原則説であることが確認できる。

取消権原則説は、受益的処分（本件承認処分） of 違法性により、原則として取消権は発生するとする見解である。この取消権原則説では、「取消処分 of 違法性」 of 請求原因として、「受益的処分 of 違法性」が基本となる。なぜなら、「受益的処分 of 違法性」により、原則として取消権が発生し（取消権時 of 受益的処分 of 違法性）、例外的に、受益的処分後に判明・発生した事実を取消権時 of 「受益的処分 of 違法性」判断 of 判断要素に含めて根拠法規 of 目的・趣旨である「公共の福祉（公共性）」（評価基準）に照らして判断されるからである（取消処分 of 違法性 of 請求原因として of 「受益的処分 of 違法性判断」）。取消権原則説においては、取消処分 of 取消し of 訴訟物である「取消処分 of 違法性」 of 請求原因は、取消権時 of 「受益的処分 of 違法性」 of 判断枠組み（「形式的違法性」）と基本的に同じであり、受益処分後に判明・発生した事実も含めて根拠法規 of 目的・趣旨

の「公共の福祉」に照らして判断されるということである（「実質的違法性」）。法治主義の原則の要請である。つまり、取消権原則説における「取消処分 of 違法性」の請求原因は「受益的処分 of 実質的違法性」ということである。

これに対して、取消権制限説は、理論的には、「取消処分 of 違法性」と「受益的処分 of 違法性」は区別され、「取消処分 of 違法性」として、主位的請求原因として「取消権制限の判例法理」、予備的請求原因として「受益的処分に違法性はないこと」として法律構成される。ただ、後述するように、内容的にみると、国の取消権制限説つまり「取消権制限の判例法理」も、取消権原則説と同じようである。本稿は、取消権原則説の立場から、「本件取消処分 of 違法性」の判断枠組みを考察しているので、「本件承認処分 of 違法性」の判断枠組みと基本的に同じという見解である。

そして、本件承認処分後に発生した事実は、国が埋立事業費に投入した「莫大な経済的不利益」である。本章では、この「莫大な経済的不利益が生じる点」が、争点の中心である。

まず、「取消権 of 法的性質」に関する取消権制限説と取消権原則説を検討し（第2節）、次に、「取消権制限説の根拠判決例の検討」として国の取消権制限説の内容である「取消権制限の判例法理」の根拠判決例を検討する（第3節）。「取消権制限説の本件取消処分への適用」として、取消権制限説の内容を判断要素に即して理解すると、その内容は取消権原則説であることが判明する（第4節）。そこで、本件承認処分後に発生した「莫大な経済的不利益」を判断要素とすべきか、すべきとした場合でもどう評価するかを検討する（第5節）。沖縄県の本件取消処分 of 法的根拠の本質（第6節）。最後に、小括として要約する（第7節）。

第2節 取消権の法的性質

1 取消権原則説と取消権制限説

取消権の法的性質に関して、取消権原則説と取消権制限説が基本的に対立している。取消権原則説は、取消権は行政（受益益）処分 of 違法性により原則として発生するという見解であり、東京高裁平成16年9月7日判決に次のように纏められている。「(1)行政行為に瑕疵（かし）があれば原則として取消権が発生する。(2)これに対し、行政行為の相手方等の信頼保護の必要性と瑕疵ある行政行為を放置することによる行政上の不利益とを比較衡量し、前者が勝る場合には取消権の行使が制限される。その判断は、取消権行使の結果として相手方が蒙る不利益の具体的状況、さらには第三者にまで影響がおよぶのか、当初の行政行為に瑕疵を生じさせた原因は何か、当初の行政行為の根拠法令の趣旨や諸規定に照らし、瑕疵ある行政行為の取消が許容されるべきであるのかを考慮して行う。」

この取消権原則説に対して、原告・国の取消権制限説は、受益的処分 to 違法性があっても取消権は発生せず、極めて例外的な場合にしか発生しないという見解で、最高裁昭和43年判決を「取消権制限の判例法理」の根拠として、次のように纏めている。原告・国は、受益的処分をした行政庁が、自らその違法又は不当を認めて、それを取り消すためには、「自らその違法または不当を認めて処分によって生ずる不利益と、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を比較考量し、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」との枠組みである。

この判断枠組みを、国は、独自の位置づけ、評価をしている。すなわち、行政処分に瑕疵があっても、原則として自庁取消権は発生せず、極めて例外的な場合に限り、自庁取消権が発生するものと解するのである。その根拠を、行政処分は、権限ある行政庁が公益のため自ら適法なもの

と確認して行う国家権力の発動であり、裁判所の判決と同様それ自体権威を有するものである上、一旦行政処分がされると、その効力の安定性に対して国民の間に、高い信頼が生じ、それを基礎として様々な法律行為や新たな法律秩序が形成されていくため、このような国民の信頼を保護する要請が強く働くというのである。国は、「取消権制限の判例法理」とするが、独自の解釈をしていると思われるので、以下、国の見解を取消権制限説とする。つぎに、なぜ、国が取消権制限説を法律構成したかを考察する。

2 国の取消権制限説の機能

本訴訟で、国が、取消権制限説を「取消権制限の判例法理」として請求原因としたのは、沖縄県が自ら取り消せるのを極めて例外的とする、国にとっては有利な法律構成だからである。具体的には、本件では、本件承認段階（2013年12月27日）での本件承認処分の違法性と本件取消段階（2015年10月13日）での本件承認処分の違法性は、国にとっては、本件取消段階での本件承認処分の違法性が断然有利である。なぜなら、本件承認処分後に判明・発生した事実として、今日まで、国は莫大な埋立て関連事業費を投入しており、国の契約金額で明示した約1462億円、既に投じた473億円の投入事業費が無駄になるという、「④莫大な経済的不利益が生じる点」を判断要素とすべきという志向となるからである。そして、その本件承認処分後に判明・発生した「莫大な経済的不利益」（契約金額で明示した約1462億円、既に投じた473億円の投入事業費の無駄）を判断要素とする「取消権制限の判例法理」を法律構成することにより、取消権制限の方向で機能すること目的とするのである。そこで、取消権は極めて例外的な場合にしか発生しないとする「取消権制限の判例法理」であるが、はたして、「判例法理」は、そのような内容を持っているのか、国が取消権制限説の根拠とする4最高裁判決例（①最判昭和28年9月4

日、②最判昭和31年3月2日、③最判昭和33年9月9日、④最判昭和43年11月7日）を考察する。

第3節 取消権制限説の根拠判決例の検討

1 総説

取消権の性質に関して取消権原則説と取消権制限説が対立し、国は、取消権制限説を「取消権制限の判例法理」として、4判決例を根拠に自己の取消権制限説を根拠づけている。

この4判決例が、取消権原則説か取消権制限説かのどちらの見解を採っているかは、訴訟構造的には、まず、④最判昭和43年11月7日の示した、以下の判断枠組みで、確認することができる。

④最判昭和43年11月7日の判断枠組みは、「処分をした行政庁その他正当な権限を有する行政庁においては、①自らその違法または不当を認めて、処分の取消によって生ずる不利益と、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とを③比較考量し、しかも④該処分を放置することが公共に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（①～④筆者挿入）」である。

この判断枠組みの、④の判断要素、つまり「④該処分を放置することが公共に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」との要件は、次の2点を含意している。

第1点は、この④要件は、受益的処分後に判明・発生した事実を取消権の制限の判断要素とし、どのような評価基準で判断するかを示している。つまり、受益的処分の違法性判断の判断要素に受益的処分後に判明・発生した事実を「公共の福祉の要請に照らして」判断することを判示している。

第2点は、この受益的処分後に判明・発生した事実の主張立証である

が、基本は、利害関係が原告だけである場合には原告にあるが、原告以外の第三者も利害関係者である場合には、公共の福祉の実現を担う行政庁の被告が主張立証することになる。

利害関係人が原告である場合には原告が主張立証する論理はつぎのとおりである。

「④該処分を放置する（取消さない）ことが、・・著しく不当であるときに限り（正当であるときは）、これを取消しすることができる（取り消せない）」とは、「④該処分を放置することが（取消さないこと）、・・著しく不当である（正当である）ときには取り消せない」。形式的にみると、原告は受益的処分の取消処分の取消しを求めているわけであるから、「職権取消はできない」ことを主張していることになり、「④該処分を放置することが著しく不当である」ことは原告が主張立証することになる。形式的に「④該処分を放置すること（取消処分しないこと）」が「著しく不当である」ことを原告が主張立証するということは、取消権原則行使となり、例外的に原告が「放置すること（取消処分しないこと）」が「著しく不当である」ことの主張立証に成功すれば取消処分は取り消されることになる。逆に言えば、取消処分の取消しを求めている原告が、取消処分は著しく不当であることの主張立証に成功した場合に限り、取消処分の取消しは認められることになるからである。つまり、極めて例外的な場合（著しく不当な場合）にしか、取消処分は認められないのではなく、取消処分の取消しが認められないのである。なお、「著しく不当である」かは「公共に福祉の要請に照らし」て判断される。この「公共の福祉」は根拠法規の趣旨・目的であることに留意する必要がある。つまり「著しく不当であるか」は根拠法規の趣旨・目的の観点から判断されることになる。このことは、原告の「著しく不当」な事実の主張立証が「公共の福祉」に反する場合には、「公共の福祉」の利害関係ある第三者に影響を与えるので、「公共の福祉」は「公共の福祉」の実現を担う行政庁が

主張立証することになり、自らの取消処分を合法化・正当化することになる。

要するに、④最判昭和43年11月7日の判断枠組みを攻撃防御の訴訟構造の中でみると、取消権原則説をとっていることになる。この取消権を攻撃防御の訴訟構造でみると、利害関係ある第三者のいない原告は、被告の取消処分は著しく不当であることを根拠法規の趣旨・目的の「公共の福祉の要請に照らし」て主張立証することになる。他方、利害関係ある第三者がある場合には、被告・行政庁が「公共の福祉」の実現（根拠法規の目的の実現）の主張立証をすることになる。

結論を先取りして言えば、「判例理論」はつぎのように法律構成される。

まず、基点となる理論（仮説の判例理論）は、「取消処分の違法性」の請求原因は、取消権原則説では、(一)取消し原因の「受益的処分の違法性」判断が原則となる（形式的違法性）。なぜなら、取消権は「受益的処分の違法性」により原則として発生するからである。取消処分時の「受益的処分の形式的違法性」である。法治主義の要請である。

さらに、(二)受益的処分後に判明・発生した事実を、その「受益的処分の違法性」の判断要素として、(三)根拠法規の目的・趣旨の「公共の福祉・公共性・公益性」に照らして（評価基準）判断される（実質的違法性）。取消処分時の「取消処分の違法性」としての「受益的処分の実質的違法性」である。国民の信頼保護の要請である。

結論を先取りして言えば、「取消処分の違法性」の請求原因が、国の取消権制限説の「取消権制限の判例法理」のように、独自に、あるわけではない。

仮説の判例理論において、取消権の制限（取消処分の違法性の有無）は、(一)受益的処分の形式的違法性の判断枠組みを原則に、(二)受益的処分後に判明・発生した事実を含めて、(三)「根拠法規の目的」の「公共の福祉・公共性・公益性」を評価基準に比較衡量する実質的違法性の判断枠

組みということになる。

(三)の規範を確立したのが、①最判昭和28年9月4日である。

(二)の受益後に判明・発生した事実が、「許可申請添付の陳情書の不実記載」(最判昭和28年9月4日)、「非耕作者」(②最判昭和31年3月2日)、「買取令書の農地と宅地が明確にされていないこと」(③最判昭和33年9月9日)、「売渡計画農地の所有者の誤認」(④最判昭和43年11月7日)また原告に「所有権取得登記を経由しているといえ、該農地の引渡しを受けていなかった」(④最判昭和43年11月7日)である

(三)の実質的違法性の判断枠組みの判断要素を、(一)(二)を包括して、①②③④と区別したのが、④最判昭和43年11月7日である。つまり、「処分をした行政庁その他正当な権限を有する行政庁においては、①自らその違法または不当を認めて、処分の取消によって生ずる不利益と、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とを③比較考量し、しかも④該処分を放置することが公共に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(①～④筆者挿入)」。

この取消権の制限(取消処分の違法性の有無)の判断枠組みを、判断要素と評価基準による比較衡量をふまえて、取消権原則説を法律構成(判例理論)するとつぎのようになる。

すなわち、判例理論は、(一)自らその違法または不当を認めて、受益的処分の取消処分によって生ずる不利益と、(二)取消処分をしないことによつてかかる受益的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、および(三)受益的処分後に判明・発生した事実を含めて、(四)公共に福祉の要請に照らして比較考量して受益的処分の違法性判断が著しく不当であると認められるときに限り、取消処分を取り消すことができるとする理論である。この判例理論は取消権原則説で取消権が原則で、

制限は例外となる。

以下、取消権原則説を4判決例で確認することにしよう。

なお、本件において、国の主張立証する受益的処分後（本件承認後）に判明・発生した「莫大な経済的不利益」は、埋立法の趣旨が「地域経済の向上」であるので、原則としては、判断要素となるという結論になる。ただし、知事の承認後に発生した莫大な経済的不利益に関して、国が、知事の承認処分の判断過程に不当・違法な関与に当たる場合には、信義則に照らし判断要素とならない。

2 ①最判昭和28年9月4日（民集7巻9号868頁）

(1) 本判決の意義と事案

本判例で、職権取り消し（取消処分）は「授権をした当該法律がそれによって達成せしめんとする公益上の必要、つまり当該処分の性質によって定まる」との規範定立をした。これは、受益的処分後に判明・発生した事実を授権法規（根拠法規）の目的・趣旨の「公共性」を評価基準として取消処分の違法性の有無（取消権の制限）が判断されるとする見解である。

本件において争われている取消処分の是非は、農地賃貸借契約の更新拒絶に係る知事の許可処分に対する取消処分である。本件は、原告・Xが、訴外Aとの農地の賃貸借契約を昭和22年10月に更新拒絶をし、当時の農地調整法に基づいて、同年11月12日に、被告・Y知事に許可（講学上の認可）されたところ、1年後、許可申請添付の陳情書に「一家は失業状態にあり生活困難を思わせる」記述があり、不実記載であったので、被告・Y知事は許可の取り消しをしたのに対して、原告が被告・知事の右取消処分の取消しを求めて出訴した事案である。

ここで論点となるのは本件許可処分の違法性が「許可申請添付書に記

述の誤り」であるという点である。この程度の事実記載の誤りで、原告は農地の利用権を回復（農地賃貸の更新拒絶）できないのか、である。農地改革の農地所有権の取得の法的根拠にかかわるもので法的には大きな争点となった。最高裁判決は、つぎのように、職権取り消しのできる規範を定立し、その本質をなす、当該法律である農地調整法の公益上の必要性の観点から、許可処分を取り消しは認められないとし、原告の取消処分の取消し請求が認容され、原告の勝訴となった。最高裁は、まず①職権取り消しのできる規範を定立し（三）「根拠法規の目的」の「公共の福祉・公共性・公益性」を評価基準に比較衡量する実質的違法性）、②本件許可処分の違法性を検討し（一）形式的違法性と（三）実質的違法性の判断要素）、また③本件授權法の公益を確定し（三）授權法規（根拠法規）の目的）、④（三）判断を示す（比較衡量）。

(2) 判旨

- ① 「元来許可が行政庁の自由裁量に属するものであってもそれはもともと法律の目的とする政策を具体の場合に行政庁をして実現せしめるために授權されたものであるから、処分をした行政庁が自らその処分を取消することができるかどうか、即ち処分の拘束力をどの程度に認めるかは一律には定めることができないものであって、各処分について授權をした当該法律がそれによって達成せしめんとする公益上の必要、つまり当該処分の性質によって定まるものと解するのが相当である。」
- ② 「本件において都道府県知事は農地の賃貸借の当事者が農調法9条3項所定の許可を受けるために申請書を提出しても、その申請者の記載にはかかわりなく、・・・当該賃貸人が自作をなすに必要な経済能力、施設等を有するかどうか、さらに賃貸借の解除、解約…又は更新の拒絶により当該農地の賃借人の相当な生活の維持が困難とな

ることがないかどうか等諸般の事情を勘案した上許可を与えることが相当であると決定することができるのであって行政庁がその権限に基づいて許可を与えれば、それによってただに申請者だけが特定の利益を受けるのではなく、利害の反する賃貸借の両当事者を拘束する法律状態が形成せられるのである」。これは許可処分の違法性判断における「許可申請添付の陳情書の不実記載」の機能を形式的違法性とする評価である。さらに実質的違法性の判断要素も示している。

- ③ 「それ故かような場合に、申請者側に詐欺等の不正行為があったことが顕著でない限り、処分をした行政庁もその処分に拘束されて処分後にはさきの処分は取消しできないことにしなければ、農調法9条3項所定の意思の自主性を制限して、その効力を行政庁の許可に係らしめるかからしめた法的秩序には客観的安定性がないことになって、それでは却て耕作者の地位の安定を計る農調法の目的に副わなないことになることは明である」。知事の許可処分の形式的違法性により許可処分の取り消しを認めると、農調法の目的で、「公益上の必要」の内容である「耕作者の地位の安定」に副わないので、取消権は制限される。受益的処分後に判明・発生した事実（許可申請添付の陳情書の不実記載）受益的処分の違法性判断枠組みにおいて取消権行使の是非を判断している。独自に、取消処分の違法性判断があるわけではない。(三)「根拠法規の目的」の「公共の福祉・公共性・公益性」を評価基準に比較衡量する実質的違法性の判断枠組みである。
- ④ 「されば、諸論のように、Yにおいて許可後に許可申請書記載の事項と事実が相違することが明となって、先の許可を与えられなかった方がよかったという見解に到達したとしても、それはYにおいてさきの調査が不十分であったかも知れないという内部の事情に過ぎないことであって、かかる事情の下においては、諸論要素の錯誤を理

由として農調法の法的秩序に優位せしめなければならない程度のさきの許可を取消すべき公益上の必要があるものとはとうてい認めることはできない。(-)形式的違法性では不十分で、(三)「根拠法規の目的」の「公益性」による実質的違法性の判断の必要性である。

(3) 本判決の特徴

本判例は、第1に、受益的処分の取消処分が、受益的処分の自由裁量を根拠にできないということではなく、「当該処分の性質」によって判断されるとし、受益的処分の取消処分を認め、その判断基準を示した判決である。「処分をした行政庁が自らその処分を取消することができるかどうか、すなわち処分の拘束力をどの程度に認めうるかは一律に定めることはできないものであって」「各処分について授權をした当該法律がそれによって達成せしめんとする公益上の必要、つまり当該処分の性質によって定まる」と定義するのである。受益的処分の取消権の制限は、受益処分の違法性の判断枠組みを基本に受益的処分後に判明した不実記載の事実も判断要素として授權法規（根拠法規）の目的即ち公益上の必要に照らして判断されるということである。受益的処分の取り消しは受益的処分の違法性を離れて又は独立して判断されることはないのである。

第2に、この判決は、被告・行政庁は受益的処分の違法性により原則として取消権があるが、原告は、受益的処分後に判明・発生した事実「許可後許可できない事情」即ち「許可申請添付書の不実記載」があっても、授權法規（根拠法規）の目的である農地所有権の制限（移転）原理の「公共性」の内容である「耕作者の地位の安定」に照らして、判断されるというのである。この事案は、受益的処分の違法性を土地所有権の制限原理の「耕作者の地位の安定の公共性」の評価基準に照らして実質的に判断して、取消しうべきほどの違法性ではないとして、受益的処分の「公共性」が維持され、取消権が制限されたものである。この事件は、

「受益的処分後の事実」で取り消したが³、原告が³、根拠法規の目的である「耕作者の地位の安定の公共性」に照らし、取消しうべきほどの違法性ではないとして、取消権が制限され、原告が勝訴したのである。

判例理論は、取消権の制限（取消処分の違法性）の判断は、(一)受益的処分の形式的違法性の判断枠組みを原則に、(二)受益処分後に判明した事実を含めて、Ⅲ「根拠法規の目的」の「公共性・公益性」を評価基準に比較衡量する判断枠組みである。

要するに、本判決は、取消権行使の是非を、(二)受益的処分後に判明した事実は「許可申請添付の陳情書の不実記載」であるが、その事実を含めて、(三)授權法規（根拠法規）の目的（受益的処分の性質）を評価基準に、判断したものである。すなわち「元来許可が行政庁の自由裁量に属するものであってもそれはもともと法律の目的とする政策を具体的場合に行政庁をして実現せしめるために授權されたものであるから、処分をした行政庁が自らその処分を取消することができるかどうか、即ち処分の拘束力をどの程度に認めるかは一律には定めることができないものであって、各処分について授權をした当該法律がそれによって達成せしめんとする公益上の必要、つまり当該処分の性質によって定まるものと解するのが相当である」。

3 ②最判昭和31年3月2日（民集10巻3号147頁）

(1) 本件の事実

本件は、XがYに対して、本件農地の売渡処分の取消処分を取消すように求めて提訴した事件である。本件は、Xは、Yが自作農創設特別措置法（自創法）20条に基づき本件農地の売渡処分をした後に右売渡処分を取消したのは何ら正当な事由のない違法な処分であると主張し、これに対しYは、売渡処分後の調査により、買収の時期において本件農地の転借人として現実に耕作の業務を行っていた訴外Aが売渡手続を知らな

かったため買受申込をなさず、転借人であるXが耕作者として買受の申込をしたためXを右農地で耕作の業務を営むものと誤信し右売渡処分がなされたが、「その後の調査で現実の耕作者が訴外Aと判明」したところ、Yが右売渡処分は違法処分であったから取消の正当事由があると抗弁した事案である。受益的処分（売渡処分）の名宛人が「非耕作者」で、根拠法規の目的である「耕作者の地位の安定」に明白に反するので、被告国が、取消しの正当事由があると抗弁する、つまり、取消権者の国が「公共性」を主張立証しているのである。

要するに、耕作者（転借人）に売り渡すべき買収農地を地主的地位にある転貸人に売渡処分をしたが現実の耕作者を自作農化する結果にならなかった場合、自創法の目的に全く反する違法な処分となるので、売渡処分から3年を経た後でも、売渡処分の取消により関係人の被る不利益が特に重大であると認めるべき格別の事情がない限り、右土地を改めて転借人に売り渡すため売渡処分を取り消すべき公益上の必要があるとしたものである。

本件は前記最判28年判決とは、「取消権行使の規範」は同じであるが、受益的処分に利害関係人の第三者がある場合に、被告が、その規範を活用したもので、原告の取消請求は棄却され、被告の取消権行使が認められた事件である。まず、(一)受益的処分の形式的違法性①、次に(二)受益的処分後に判明した事実を含めて、(三)根拠法規の目的による実質的違法性判断②、そして③比較衡量、④結論となる。

(2) 判旨

- ① 「本件売渡処分は、買収の時期において本件土地の転借人として、現実には耕作の業務を行っていた訴外Aが売渡手続きの存在を知らなかったため買受の申込をなさず、転貸人であるXが買受の申込をしたためXが売渡の相手方として行われたというのであり、しかもXは、

その当時から売渡処分取消があるまで本件土地を自ら耕作したことは一度もないというのであって、本件売渡処分は、現実の耕作者である右Aを自作農化する結果とはならず、却ってその耕作権を一旦消滅させ（自創法2条）、同人に対しては地主的地位に当るXに単に土地所有権を付与するに終わったことが明らかである。」

- ② 「してみると、本件売渡処分は、現実に耕作の業務を営む小作農を自作農化することにより耕作者の地位の安定を図ろうとする自創法の目的に全く反する違法の処分であることが顕著であるといわなければならない。他面、原審認定の事実によれば、本件売渡処分と取消処分との間に約3年の年月の経過があるとはいえ、その間、事実上法律上の状態にはほとんど変動はなく、右処分の取消により関係人の被る不利益が特に重大であると認めるべき格別の事情もうかがわれなところである。」
- ③ 「従って、以上のような事情の下では、本件売渡処分を放置することによる公益上の不利益は、処分の取消により関係人に及ぼす不利益に比してはるかに重大であり、本件売渡処分を取り消すべき公益上の必要があるものと解するのが相当である。」
- ④ 「されば、右取消処分は適法であり、これと同趣旨に於て原審の判断は正当である。」

(3) 本判決の特徴

本判決と特徴は、第1に、①受益的処分の形式的違法性判断に、②受益的処分後に判明した事実（受益者が非耕作人）を含めて根拠法規の目的・公益上の観点から実質的違法性判断をして、被告が自ら受益的処分の取消しを正当化し、原告の取消処分の取消し請求を否定した点である。つまり「本件売渡処分は、現実に耕作の業務を営む小作農を自作農化することにより耕作者の地位の安定を図ろうとする自創法の目的に全く反

する違法の処分であることが顕著であるといわなければならない」から「本件売渡処分を放置することによる公益上の不利益は」「重大である」。受益的処分後の事実が根拠法規の目的である「耕作者の地位の安定」つまり「現実に耕作の業務を営む小作農を自作農化することを図ろうとする自創法の目的」に照らして取消処分の是非（違法性）を判断しているのである。職権取消の独自の違法性判断があるわけではなく、受益的処分の違法性判断に受益的処分後の事実を含めて（判断要素として）、根拠法規の目的の「公共の福祉（公共性）」に照らして受益的処分の違法性判断しているのである。つまり、取消処分の違法性の有無（取消権の是非）を受益的処分後の事実を判断要素として、根拠法規の目的である「公共性」に照らして判断していることになる。本件では、被告・行政庁が、「受益的処分の実質的違法性」の判断枠組みで根拠法規の目的である「耕作者の地位の安定」（公共性）を評価基準に「原告（受益者）の非耕作者」を主張立証したことになる。取消権の制限（取消処分の違法性の有無）は、受益的処分の実質的違法性判断であるが、これを土地所有権の制限（非耕作者の農地所有権の耕作者へ移転）の側面で見ると、その制限原理は、根拠法規の目的の「耕作者の地位の安定の公共性」を評価基準とし、評価根拠事由をA耕作者（本来の受益者）、評価障害事由をX非耕作者（地主的地位）の場面で、受益的処分者が受益者をXとしたので、受益的処分の違法性で取消処分となり、受益者Xが取消処分の取消しを求めたので、根拠法規の目的である「耕作者の地位の安定」を評価基準に取消処分を正当化し、その正当化の主張は公益の担い手である取消処分者の行政庁が主張立証することになるのである。

したがって、第2の特徴として、本件は①最判昭和28年9月4日とは、「取消権行使の規範」は同じであるが、受益的処分に利害関係人の第三者がある場合に、被告が、その規範を活用したもので、原告の取消請求は棄却され、被告の取消権行使が認められた事件である。この結論の法律

構成が、次の第3の特徴となる。

第3の特徴は、第1の受益的処分の不利益に対して、受益的処分の取消による不利益を対峙させる。つまり「右処分の取消により関係人の被る不利益が特に重大であると認めるべき格別の事情」である。例えば、受益的処分を受けた原告が相当の期間、引渡しを事実上耕作していた事実が想定される。受益的処分の取消による不利益の違法性の強弱である。そして、留意すべきは「右処分の取消により関係人の被る不利益が特に重大であると認めるべき格別の事情」の「右処分の取消により関係人の被る不利益」つまり第三者が「公共性」の判断要素になっている点である。この第三者の利益に主張立証するは取消権者にある。

そして、第4の特徴は、①受益的処分の違法性の判断枠組みに、②受益後の判明した事実（受益者が非耕作者）を含めて、③「根拠法規の目的」の「公共性・公益性」を評価基準に比較衡量する点である。つまり、「本件売渡処分を放置することによる公益上の不利益は、処分の取消により関係人に及ぼす不利益に比してはるかに重大であり、本件売渡処分を取り消すべき公益上の必要があるものと解するのが相当である。」そして、第三者の公益性（要保護性）は公益の代表者である取消権者の主張立証となる。したがって、本件での「非耕作者」の主張立証は取消権者がすることになる。

以上から、本判決は、(一)受益的処分の違法性の判断枠組みに、(二)受益処分後に判明した事実（受益者が非耕作者）を含めて、(三)「根拠法規の目的」の「公共性・公益性」を評価基準に比較衡量する判例理論ということになる。

つまり、「①本件売渡処分を放置することによる公益上の不利益は、②処分の取消により関係人に及ぼす不利益に③比してはるかに重大であり、本件売渡処分を取り消すべき公益上の必要があるものと解するのが相当である」。①は受益的処分後に判明した事実（受益者の非耕作者）で、②

は受益的処分レベルでは利益で取消しにより不利益となるが、①は「公益上の不利益」とし、他方の②の不利益に比して「はるかに重大」であり「本件売渡処分を取り消すべき公益上の必要がある」と判断するのである。

さらに、判例理論である、「(一)自らその違法または不当を認めて、受益的処分の取消によって生ずる不利益と、(二)取消をしないことによってかかる受益的分に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、および(三)受益的処分後に判明・発生した事実を含めて、(四)公共に福祉の要請に照らして比較考量して受益的処分の違法性判断が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」に照らしてみると、③と④は同じで、①と(三)も同じ、そして、②と(一)が同じであり、判例理論の「(二)取消をしないことによってかかる受益的処分に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」と同じものを見当たらないが、①に包摂されていると考えられる。つまり、②最判昭和31年3月2日の段階で、判例理論の利益衡量論がみられるということである。

4 ③最判昭和33年9月9日（民集12巻13号1949頁）

(1) 本件の事実

本件は、自作農創設特別措置法（自創法）に基づいて行った農地売買処分を知事Yが職権で取り消したため、当該農地の売り渡しをうけるべき地位にあった者Xが、その無効確認（取消請求を含む）求めた事件である。

本件は、昭和23年、県知事Yは、自作農創設特別措置法（自創法）9条に基づき、買収令書を交付し訴外A所有の本件田地を保有面積外過剩農地として買収したが、買収から3年4月後、本件田地内に本件田地の10分の1以下の宅地もあり、これらを実測し、確定図面を作成しなけれ

ば、買収登記ができない状況にあったので、本件田地で耕作を営み自創法16条により当該農地の売渡しを受けるべき地位にあったXに対する本件田地売渡し前に、Yが、買収令書取消処分を行ったところ、Xが、その無効確認（取消請求を含む）を求めた事案である。まず、本件「買収令書の農地と宅地に不明確さ」の違法性が争点となる。

控訴審判決は、次の理由で、本件買収処分の取消しを相当とし、原告の取消し請求を棄却した。

また受益的処分の違法性に関して「農地とその付帯施設たる宅地とはそれぞれ別個の要件及び手続きに従って買収すべきである」ところ、本件買収令書においてはそのようになされていないので、当該買収処分は取り消しうべき瑕疵あるものとなる。したがって、「行政庁はそのなした行政処分に右のような瑕疵あることを発見したときは、これを取消し得ることは、一般に認められるところである」から、Yが本件買収処分を取り消したのは相当であるとした。買収令書の農地と宅地が明確にされていないのは取消しうべき瑕疵、つまり本件買収令書違反の形式的違法性で原則として取り消し得るとしたのである。

これに対して、最高裁は、①受益的処分における書類不備の形式的違法性、②受益的処分に判明した事実（買収令書の農地と宅地が明確にされていないこと）を含めて、③「根拠法規の目的」の「公共性・公益性」を評価基準に比較衡量する判例理論を確認する。

(2) 判旨

- ① 「取消理由は、買収目的地のうちに宅地約2百坪（全買収地の10分の1にも足りない面積）が含まれているのに、これを一括して農地として買収したことは違法であるというにあり、なお、Xは買収地のうち農地部分につき売渡しを受くべき地位にあったというのである。」
- ② 「以上の事実関係の下では（書類不備の形式的違法性・筆者挿入）、

特段の事情のない限り買収農地の売渡を受くべきXの利益を犠牲に供してもなおかつ買収令書の全部（農地に関する部分を含む）を取り消さなければならない公益上の必要があるとは解されないから、右特段の事情がない限り、本件取消処分は、違法の瑕疵を帯びるものと解すべきである。」

- ③ 「そして、本訴請求は、右取消処分の無効確認を求めるというのであるが、本件記録によれば、Xが本訴を提起したのは昭和26年6月4日であって、これが取消訴訟の出訴期間内に提起されたものであることは明らかであるから、本件無効確認請求のうちには取消請求を含むものと解するのが相当である。
- ④ 「してみると、原審が、本件取消処分の全部の取消を必要とする特段の事情につき何等説示することなく漫然本件取消処分を適法としたことは、法律の解釈を誤り、その結果審理不尽の違法に陥ったものというべきであって、…原判決は破棄を免れない。」

(3) 本判決の特徴

本判決の特徴の第1点は、前記②最判昭和31年3月2日と比較すると、原告と結論に違いがあるという点である。本件③最判昭和33年9月9日は、原告が「当該農地の売渡しを受けるべき地位にあった」者で、②最判昭和31年3月2日は、原告は地主的地位にある転貸人で、本来の売渡処分をうけるべき転借人ではなく、地主的地位にある転貸人の受益的処分の取消しの取消請求は棄却され、受益的処分の取消しが認められたのに対し、本④最判昭和33年9月9日では、原告の取消請求は認容されたという、結果の違いである。

本判決の第2の特徴は、受益的処分の違法性が書類不備（事実認定の誤り）の形式的違法性でしかも一部違法の場合に買収令書の全部取消しについて、全部を取り消さなければならない公益上の必要がある特段の

事情がある場合（実質的違法性）に限り取消しできるとした点である。

そして、第3の特徴は、受益的処分の取消しの是非（制限）は、①受益的処分の違法性の判断枠組みに、②受益的処分後判明した事実（「買収令書の農地と宅地に不明確さ」）を含めて、③「根拠法規の目的」の「公共性・公益性」を評価基準に比較衡量して判断するという点である。本件では、「以上の事実関係の下では（②書類不備の形式的違法性）、①特段の事情のない限り買収農地の売渡を受くべきXの利益を犠牲（実質的違法性）に供してもなおかつ①買収令書の全部（農地に関する部分を含む）を取り消さなければならない③公益上の必要（比較衡量の評価基準）があるとは解されないから、③右特段の事情がない限り（実質的違法性）、本件取消処分は、違法の瑕疵を帯びるものと解すべきである①②③（）筆者挿入）。

以上から、本判決は、取消処分の違法性の有無（取消権の制限）は、①受益的処分の違法性の判断枠組みに、②受益処分後に判明した事実（「買収令書の農地と宅地に不明確さ」）を含めて、③「根拠法規の目的」の「公共性・公益性」を評価基準に比較衡量する判例理論ということになる。

5 ④最判昭和43年11月7日（民集22巻12号2421頁）

本判決例は、果たして、国の取消権制限説のように取消権は原則として制限されているのか検討することにしよう。

(1) 本件事案

本件は、自創法に基づいて行った農地買収計画および農地売渡計画を農業委員会が職権で取り消したため、当該計画に基づいて農地の売渡しを受けた者Xが当該農地の所有権確認等を求めた事件である。

本件は、地区農業委員会が、昭和23年3月、訴外Aの所有地を小作地

であると認定し、自創法6条に基づいて買収計画、売渡計画を立て、同年同月、都知事は、本件土地を買収しXらに売渡したところ、本件土地が耕作整理中であつたので、名目上の地番でXらの各所有権取得登記がなされたが、本件土地はAの所有地ではなく、Bの所有する自作地であることが判明したので、地区農業委員会は、昭28年5月、右買収計画および売渡計画の取り消しをしたのに対して、Xらは、右買収計画および売渡計画の取消しには、重大かつ明白な瑕疵があり、無効であるから、地区耕地整理組合等に所有権移転登記等を求めた事案である。

事案としては、受益的処分後に判明・発生した事実は「売渡計画農地の所有者の誤認」で、内容的には、地主的地位にあり非耕作者が原告の前記②最判昭和31年3月2日と類似しているもので、原告Xの取消処分の取消し請求が棄却されることが予想される。第1審、控訴審判決はXらの請求、控訴を棄却した。これに対して、Xらは、本件土地の買収処分および売渡処分は売渡代価の支払および所有権移転登記もすべて完了しているにもかかわらず、地区農業委員会は売渡処分の前提である買収計画や売渡計画を取り消すことはできないなどを理由に上告した。つまり、受益的処分後に判明・発生した事実は「売渡代価の支払および所有権移転登記もすべて完了」したことである。自創法で対象地の所有者が違う場合の事実認定の誤りの形式的違法性の機能が問題となるが、判決は、①受益的処分の取消権の制限の規範を定立し、次に、②自創法の目的つまり自創法の公共の福祉の内容を述べ、そして、③本件の所有者の誤認に適用する。さらに、④のみならずとして、違法な受益的処分（本件違法な買収処分の不利益と右処分に取消によって蒙る不利益を比較考量するのである。

(2) 判旨

- ① 「行政庁が違法または不当であれば、…処分をした行政庁その他正当な権限を有する行政庁においては、①自らその違法または不当を認めて、処分の取消によって生ずる不利益と、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とを③比較考量し、しかも④該処分を放置することが公共に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…（①～③筆者挿入。」
- ② 「しかも、自作農創設特別措置法の規定に基づく農地買収は、個人の所有権に対する重大な制約であるところ、かかる重大な制約は、その目的が自作農を創設して農業生産力の発展と農業経営の民主化を図ることにあるという理由によって是認され得る強制措置であるから、」
- ③ 「かかる処分が、本件におけるごとく、法定の要件に違反（形式的違法性・筆者）して行われ、買収すべからざる者より農地を買収したような場合には、他に特段の事情の認められない以上、その処分を取り消して該農地を旧所有者に復帰させることが公共の福祉の要請に沿う所以である。
- ④ 「のみならず、…本件各農地の売渡を受けたXらは、…所有権取得登記を経由しているといえ、該農地の引渡しを受けていなかったというのであるから、…違法な買収処分によって… [BやYの] 蒙った不利益は、違法な売渡処分に基づき…Xらが右処分の取消によって蒙る不利益に比し著しく大である」。

(3) 仮説の判例理論の観点からの本判決の判断枠組み

本判決の取消権の制限の判断枠組みを、まず、仮説の「判例理論」即ち「(一)受益的処分の違法性の判断枠組みを原則に、(二)受益処分後に判明・発生した事実を含めて、(三)「根拠法規の目的」の「公共性・公益性」を評価基準に比較衡量する理論」である。つまり、取消権原則説で、取消権が原則で、例外的に制限される。この仮説の判例理論の観点により、本判決の判断枠組みを照らすとつぎのように判断される。

本判決の判断枠組みの②で根拠法規である自創法の目的即ち公共の福祉の内容(1)自作農の創設、(2)農業生産力の発展、(3)農業経営に民主化)を明示(判例理論(三)の評価基準)し、③で、受益的処分後に判明した事実の「売渡計画農地の所有者の誤認」が法定要件に違反する形式的違法性を示し(判例理論(一))、その形式的違法性の内容即ち「農地所有者の誤認」は授權法の自創の目的・公共に福祉に照らし取消権を認めて(判例理論(三))、さらに④で、受益的処分後に発生した事実の「所有権取得登記を経由しているといえ、該農地の引渡しを受けていなかったこと」を含めて(判例理論(二))、根拠法規(自創法)の「目的が自作農を創設して農業生産力の発展と農業経営の民主化を図ること」を評価基準として、受益処分により蒙った不利益(受益的処分後に判明した事実のBの農地所有権の喪失<判例理論(二)>)と受益処分の取消しによる不利益(Xが受益的処分後に発生した事実(判例理論(二))、もし耕作した場合の収穫額)を比較衡量していることである。

したがって、本判決の、第1の特徴は、仮説の判例理論の、「(一)受益的処分の違法性の判断枠組みを基本に」を、「①自らその違法または不当を認めて、処分の取消によって生ずる不利益と、②取消をしないことによつ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③比較考量し」と判断枠組みを明確にし、さらに「(二)受益処分後に判明・発生した事実を含めて」を、「しかも④該処分を放置することが

公共に福祉の要請に照らし著しく不当であると認められる」に内包させ、仮説の判例理論の(一)(二)(三)の判断を包括した概念構成となっているのである。

つまり、本判決は「しかも④該処分を放置することが公共に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判示して、取消権の制限が原則のような表現に見えるが、原則は、受益的処分に違法性が認められる場合には取消権が発生し、例外的に「④該処分を放置することが公共に福祉の要請に照らし著しく不当であると認められる」ときに取消権が制限されることを判示しているのである。

(4) 判例理論の観点からの本判決の判断枠組み

つぎに、「判例理論」の観点から本判決の判断枠組みを照らしてみよう。判例理論とは、「自らその違法または不当を認めて、(一)受益的処分の取消処分によって生ずる不利益と、(二)取消処分をしないことによってかかる受益的処分に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、および(三)受益的処分後に判明・発生した事実を含めて、(四)公共に福祉の要請に照らして比較考量して受益的処分の違法性判断が著しく不当であると認められるときに限り、取消処分を取り消すことができる」とする理論である。判例理論は取消権原則説で、取消権が原則で、例外的に制限される。

この判例理論の観点から本判決の判断枠組みを照らすと、(三)受益的処分後に判明・発生した事実に関して、受益的処分後に判明した事実である「売渡計画農地の所有者(農地所有者)の誤認」は、Bの農地所有権喪失として「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」(判例理論(二))に含まれ、Y・被告の主張立証となるが、また、受益的処分後に発生した事実であるX

の「売渡代価の支払および所有権移転登記もすべて完了、もし耕作していた場合は収穫高」は、登記の無効と収穫高の喪失として、①受益的処分の取消処分によって生ずる不利益（判例理論(-))に含まれ、(四)公共に福祉の要請に照らして比較考量して受益的処分の違法性判断が著しく不当であると認められるときに限り、取消処分を取り消すことができる（本判決の「しかも④該処分を放置することが」が削除されている）。

したがって、本判決の第2の特徴は、「(三)受益的処分後に判明・発生した事実」に関して、これまでの判決例（①最判昭和28年9月4日、②最判昭和31年3月2日、③最判昭和33年9月9日）では「受益的処分後に判明した事実」であったが、本判決④最判昭和43年11月7日で、初めて「受益的処分後に発生した事実」が判断要素となり、「(-)受益的処分の取消処分によって生ずる不利益」に含まれたことである。

つまり、判例理論の「(三)受益的処分後に判明・発生した事実を含めて」の「判明・発生した事実」が分化し、⑦判明した事実が第三者B（真農地所有者・被告の「売渡計画農地の所有者（農地所有者）の誤認」、④発生した事実が受益者X・の「売渡代価の支払および所有権移転登記もすべて完了、もし耕作していた場合は収穫高」に区別され、⑦の第三者Bおよび受益的処分者の行政庁（本件では沖縄県）で、(二)取消処分をしないことによってかかる受益的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に含まれ、他方④受益者（本件代執行では受益者も国、原告も国）で、「(-)受益的処分の取消処分によって生ずる不利益」に含まれるとして、これまでの判決例（①最判昭和28年9月4日、②最判昭和31年3月2日、③最判昭和33年9月9日）では「受益的処分後に判明した事実」であったが、本判決④最判昭和43年11月7日で「受益的処分後に発生した事実」が判断要素となり、「(-)受益的処分の取消処分によって生ずる不利益」に含まれたことである。

そして、国は、この「受益的処分後に発生した事実」として、「莫大な

経済的不利益が生ずる点」として「①受益的処分の取消処分によって生ずる不利益（判例理論(-)）に含めたのである。しかも、本判決は、「[BやYの]蒙った不利益は、違法な売渡処分に基づき…Xらが右処分の取消によって蒙る不利益に比し著しく大である」として、X（本件では国側）の不利益は極めて小さいものとしているのである。このような受益的処分後に発生した不利益を、本件辺野古承認処分に適用して「莫大な経済的不利益が生ずる点」として法律構成したのである。ただし、この判例理論は取消権原則説で、取消権が原則として発生し、例外的に制限されるとする見解である。

したがって、国の取消権制限説即ち「取消権制限の判例法理」を、本件埋立承認の取消処分に適用して「本件承認処分を取り消すことによって生ずる不利益の大きさに鑑み、①本件承認処分において被告が瑕疵であると指摘する事項について、仮に全てを瑕疵として考慮したとしても、本件承認処分を『放置することが②公共の福祉の要請に照らして著しく不当である』と認める余地はない。したがって、本件取消処分は、③本件承認処分について被告が指摘する瑕疵の有無にかかわらず取消権を制限する判例法理に反するものであるから、法42条1項に違反し、違法である。」とする判例法理の理解は原則と例外を間違えているといえよう。

なお、「本判決が明らかにした判例法は、利益衡量により処分の職権取消許否を判断するという規準である。そして、いずれの事件においても受益的処分の違法性が（要件）に事実認定の誤りから生じていることは再確認してよい。」（牛嶋仁『行政法判例百選（5版）』・209頁）という指摘は重要である。ここには、「受益的処分後に発生した事実」は見落とされているが、至極当然なことであろう。注意すべきは、本件承認処分の承認基準は公有水面埋立法4条1項の1号要件は、「国土利用上適正かつ合理的なること」の規範的要件であり、裁量権の範囲の逸脱およびその濫用で違法性が判断されることである。

6 小結

以上から、判例理論はつぎの過程を経て確立したものである。まず、仮説の判例理論は、取消権の制限（職権取消処分^①の違法性の有無）は、(一)受益的処分の違法性の判断枠組みを基本に、(二)受益処分後に判明した事実を含めて、(三)「根拠法規の目的」の「公共性・公益性」を評価基準に比較衡量する判例枠組みということになる。

第1に、(三)の規範を確立したのが、**①**最判昭和28年9月4日である。

第2に、(二)の受益的処分後に判明した事実が、原告の**①**「許可申請添付の陳情書の不実記載」(**①**最判昭和28年9月4日)、受益処分の相手・原告が**②**「非耕作者」(**②**最判昭和31年3月2日)、**③**受益者・原告の「買取令書の農地と宅地が明確にされていないこと」(**③**最判昭和33年9月9日)、**④**受益者・原告の「売渡計画農地の所有者の誤認」(**④**最判昭和43年11月7日)、また原告に受益処分後「所有権取得登記を経由しているといえ、該農地の引渡しを受けていなかった」こと(**④**最判昭和43年11月7日)である。土地所有権の制限の根拠法規でもある根拠法規の目的の「公共の福祉」に照らし、**①**は原告の勝訴（取消権制限）、**②**は原告敗訴（取消権認容）、**③**は原告勝訴（取消権制限）、**④**は原告敗訴（取消権認容）となっている。そして、「受益的処分後に発生した事実が、原告・受益者の「売渡代価の支払および所有権移転登記もすべて完了、もし耕作していた場合は収穫高」(**④**最判昭和43年11月7日)である。この「受益的処分後に発生した事実」の適用が「莫大な経済的不利益が生ずる点」である。

そして、(一)受益的処分の違法性の判断枠組みを、(二)も(三)も包括して、判示したのが、**④**最判昭和43年11月7日ある。つまり、「処分をした行政庁その他正当な権限を有する行政庁においては、**①**自らその違法または不当を認めて、処分の取消によって生ずる不利益と、**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

との不利益とを③比較考量し、しかも④該処分を放置することが公共に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。

さらに、取消権原則の判例理論を明確にしたのが、東京高裁平成16年9月7日判決である。つまり、「(1)行政行為に瑕疵（かし）があれば原則として取消権が発生する。(2)これに対し、行政行為の相手方等の信頼保護の必要性和瑕疵ある行政行為を放置することによる行政上の不利益とを比較衡量し、前者が勝る場合には取消権の行使が制限される。その判断は、取消権行使の結果として相手方が蒙る不利益の具体的状況。さらには第三者にまで影響がおよぶのか、当初の行政行為に瑕疵を生じさせた原因は何か、当初の行政行為の根拠法令の趣旨や諸規定に照らし、瑕疵ある行政行為の取消が許容されるべきであるのかを考慮して行う。」に尽きるということである。

判例理論の内容は、受益的処分の違法性判断により取消権が発生するが、受益的処分後の判明・発生した事実を、受益的処分の違法性判断の考慮要素として、根拠法規に目的・趣旨の「公共の福祉・公共性・公益性」を評価基準に取消処分の違法性（取消権の制限）が判断されるのである。

そして、判例理論の取消権の制限の判断枠組み、つまり、判例理論とは、「自らその違法または不当を認めて、(一)受益的処分の取消処分によって生ずる不利益と、(二)取消処分をしないことによってかかる受益的処分に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、および(三)受益的処分後に判明・発生した事実を含めて、(四)公共に福祉の要請に照らして比較考量して受益的処分の違法性判断が著しく不当であると認められるときに限り、取消処分を取り消すことができるとする理論」である。

第4節 取消権制限説の本件取消処分への適用

1 序

前節で考察した結果、判例理論は、取消権原則説ある。すなわち、受益的処分の違法性判断により取消権が発生するが、受益的処分後の判明した事実および発生した事実を、受益的処分の違法性判断の考慮要素として、根拠法規に目的・趣旨の「公共の福祉・公共性・公益性」を評価基準に取消権の制限（取消処分の違法性の有無）が判断されるのである。

ところが、国の見解は取消権制限説である。そこで本節では、まず、代執行訴訟に「取消処分の違法性」の請求原因とする取消権制限説つまり国の主張する「取消権制限の判例法理」を本件埋立て承認の取消処分に適用して、国の見解を確認する。つぎに、判例法理に国の法律構成を再構成するとどうなるか、そして、本件承認処分後に発生した「莫大な経済的不利益の生ずる点」を考察する。

2 国の取消権制限説の判断枠組み

取消権制限説とは、受益的処分に違法性があっても取消権が行使できず、極めて例外的な場合にしか取消権は行使できず、取消権の原則は制限で例外的に行使できるとする見解である。国はこの取消権制限説を「取消権制限の判例法理」として、その判断枠組みを最高裁昭和43年判決に求める。

処分をした行政庁においては、「自らその違法又はその不当を認めて、(一)処分の取消しによって生ずる不利益と、(二)取消しをしないこと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比較考量し、(三)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」(一)(二)(三筆者挿入)とする見解である（最判昭和43年11月7日等）。

国は、「(三)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」を捉えて、極めて例外的な場合にしか取消権は行使できず、原則は制限されていると解釈したと考えられる。取消権の原則は取消権の行使であり、制限であり、極めて例外的に取消権は制限できるとするのが判例理論であるが、まず取消権制限説を適用した判断枠組みをつぎにみていみよう。

3 取消権制限説の本件への適用

国は、この取消権制限説を本件に適用すると、以下に述べるように、本件取消処分は取消権を行使できる場合に当たらず、本件取消処分は違法性があり取消権は制限されると主張立証する（訴状61頁）。

まず、(一)本件承認処分を取り消すことによって生ずる不利益は、次の5点において「極めて大きい」とする。①普天間飛行場周辺住民等の生命・身体の危険や騒音被害の除去を阻害する点、②宜野湾市の経済発展を阻害する点、③沖縄県の負担軽減を阻害する点、④莫大な経済的不利益が生じる点、⑤米国及び国際社会の信頼を失う点において。

他方、(二)取り消し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力を維持することによる不利益については、「存在しないし、仮に存在するにしても」次の事実により「取り消しをしないことによる不利益足り得ないものである。」とする。すなわち、⑥本件代替施設等の滑走路が海上に設置されることや、⑦自然環境に対する環境保全措置が講じられることなどによって十分に配慮されており、その不利益は極めて小さい。また、⑧被告の指摘する沖縄の過重な基地負担が固定化される不利益なるものは、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の方が沖縄の負担軽減に資しうる」ことである。

以上を比較考量すると、「本件承認処分を取り消すことによって生ずる

不利益の大きさに鑑み、⑧本件承認処分において被告が瑕疵であると指摘する事項について、仮に全てを瑕疵として考慮したとしても、(三)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』と認める余地はない」

第2に、さらに、国は、本件両不利益の比較考量でも取消権制限説を強調する。(一)の不利益は「極めて大きい」とする反面、(二)の不利益は「存在しないし存在するにしても」「不利益足り得ないもの」の比較衡量に、上記「(三)」の判断に関して、「仮に全てを瑕疵として考慮したとしても、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』と認める余地はない」と主張して、本件適用の場面でも職取消権制限説を強化しているのである。しかも「認める余地はない」と法治主義における行政からの裁判官の独立を否定するとともに、結果的には裁判官を侮辱している主張の仕方である。

結論として、「本件取消処分は、本件承認処分について沖縄県が指摘する瑕疵の有無にかかわらず、取消権を制限する判例法理に反したものであるから、法42条1項に違反し、違法である」。

4 本件取消処分の違法性の判断要素と本件承認処分の違法性の判断要素

以上の職権取消処分の違法性判断を埋立て承認の違法性判断に移すと、その判断要素は次のとおりとなる。

まず「埋め立てにより得られる利益」は、その反面として、(一)「本件承認処分を取り消すことによって生ずる不利益」となり、①普天間飛行場周辺住民等の生命・身体の危険や騒音被害の除去を阻害する点、②宜野湾市の経済発展を阻害する点、③沖縄県の負担軽減を阻害する点、④莫大な経済的不利益が生じる点、⑤米国及び国際社会の信頼を失う点となる。ただし、④「莫大な経済的不利益が生じる点」だけは、埋立て承

認後に発生した事実であるので、本件埋立て承認の違法性の判断要素から除外される。

他方、「埋立てにより生ずる不利益は、その反面として、(二)「取り消ししないことによって本件承認処分に基づき既に生じた効力を維持することによる不利益」となり、⑥本件代替施設等の滑走路が海上に設置されることや、⑦自然環境に対する環境保全措置が講じられることなどによって十分に配慮されており、その不利益は極めて小さい。また、⑧被告の指摘する沖縄の過重な基地負担が固定化される不利益なるものは、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の方が沖縄の負担軽減に資する」ことである。

以上、二つの違法性の判断要素を比較すると、利益、不利益の転倒を無視すると、「埋め立てにより得られる利益」、その反面として、(一)「本件承認処分を取り消すことによって生ずる不利益」に挙げられている、④「莫大な経済的不利益が生じる点」だけが、本件承認処分の違法性の判断要素に含まれているだけである。しかも、この④の事実を踏まえて「(三)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」と判断しているわけでもない。(一)の不利益は「極めて大きい」とする反面、(二)の不利益は「存在しないし存在するにしても」「不利益足り得ないもの」の比較衡量に、上記「(三)」の判断に関して、「仮に全てを瑕疵として考慮したとしても、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』と認める余地はない」と主張しているからである。つまり、国の本件取消処分の違法性破断は、内容的にみると、本件承認処分の違法性の判断枠組みに、受益的処分後(本件埋立て承認後)の④「莫大な経済的不利益が生じる点」が判断要素として含まれたに過ぎないのである。内容的には、取消権原則説にも親和的であるのである。そして、注目すべきは、「(三)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」の意味するものは、本件取消処分 of 違法性判断の評価基準として、判例法は、根拠法規の目的・趣旨の「公共の福祉（公共性）」を明示していることである。前記4判決例も、農地改革関連法で土地所有権の制限（耕作者への農地所有権の移転）の原理が、職権取消処分の違法性 of 評価基準となっている。埋立法も「埋立地の用途」による土地所有権の制限による「地域経済の向上」を図るものである。そこで、国は、埋立法の趣旨を「国土の開発その他国民経済の向上」、地域に即すると「地域経済の向上」とすることによって、辺野古沿岸域の埋立て承認および取消処分の違法性判断 of 評価基準に「地域経済向上の公共性」を設定したのである。

そして、「地域経済向上の公共性」を評価基準とする、経済的不利益の判断要素を具体的に持ち出してくるのである。

この経済的不利益は、反面、「地域経済の向上」に資する経済的利益である。それが、第1点として、②宜野湾市の経済発展を阻害する点（返還跡地利用の経済効果に関して返還前120億円、返還後3,866億円、その差額3746億円）、第2点が、④莫大な経済的不利益が生じる点（契約金額で明示されたもので約1462億円、既に投じた473億円が無駄になること）、の2つの判断となる。②については、次章の「本件承認処分の違法性」の判断要素でもあるので、そこで考察するとして、本節では「④莫大な経済的不利益が生ずる点」の内容とその機能を検討する。

5 「莫大な経済的不利益が生ずる点」の内容と機能

まず、第1に、国が挙げる莫大な経済的不利益の内容は次の点である。本件埋立事業のために民間事業者との請負契約等につき、平成26年度末までに当初契約金額900億円の契約締結、そのうち約473億円支払い済みであること、平成26年度には、本件埋立事業に枢要部の護岸築堤等工事のために受注者との間での当初契約金額で約562億円の契約を締結したこ

と、また、漁業権等消滅等の損失補償契約が締結され漁業組合長に相当額の補償金が支払われていること等である。契約金額で明示されたもので約1462億円、既に投じた473億円が無駄になるのである。

本件承認処分が取り消されると同事業に投じられた諸経費等が無駄になるほか契約解除に伴う損害賠償金が必至となること、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）が無駄になること、さらに、本件処分から2年余が経過し、本件事業の完遂に対する信頼や期待が積み重なられ、取り消しによる事業の頓挫による不利益は多数の関係者に及び、その信頼や期待が裏切られること甚だしく、被る不利益は極めて大きい。

第2に、このような「莫大な経済的不利益が生じる点」は「本件取消処分の違法性」判断においてどう機能するか。国の取消権制限説においては「莫大な経済的不利益が生じる点」は本件承認処分の違法性判の判断要素となり国に有利に機能する。なぜなら、本件を、本件承認段階（2013年12月27日）と本件取消段階（2015年10月13日）に区別すると、本件承認処分から今日まで、2年余りが経過し、国は契約金額で明示しただけでも約1462億円の莫大な埋立て関連事業費、また既に473億円を投じており、この国が莫大な投入事業費は、「莫大な経済的不利益が生じる点」として「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」かの判断に大きく影響し国に有利な判断となり、取消権制限の方向で機能するからである。つまり、この「莫大な経済的不利益を生ずる点」を、判断要素とすると、国の勝訴の可能性が高いのである。

第5節 「莫大な経済的不利益が生じる点」への反論

1 序

国は、沖縄県の取消権を制限するために、受益的処分後に発生した事実として「莫大な経済的不利益が生じる点」を、農地改革関連法という

究極の土地所有権の制限原理を基に、根拠法規の目的・趣旨の「公共性」を評価基準とする法律構成をして、裁判を有利に進めようとしている。「莫大な経済的不利益が生じる点」を判断要素とすることに成功し、その経済的不利益が「契約金額で明示されたもので約1462億円、既に投じた473億円が無駄になる」と主張立証しているのである。証拠も十分であろう。しかも、その評価基準が埋立法の趣旨に示された「国民経済の公共性」、地域に即して「地域経済向上の公共性」となる。その「莫大な経済的不利益」の主張立証は国に有利である。

これに対して、沖縄県は、まず、第1に、この埋立て承認後に発生した事実の「莫大な経済的不利益」を判断要素から除外する法律構成であり、第2に、その判断要素を認めたとして、その「莫大な経済的不利益」を上回る「膨大な経済的不利益」を主張立証することである。まず、第1の点から考察する。

2 「莫大な経済的不利益が生ずる点」を判断要素から除外する法律構成

本件承認処分後に国に発生した事実が取消しにより不利益となる場合、当の国が知事の承認の裁量過程への違法又は不当な関与した場合には、取消処分の違法性の判断要素とすべきではない。受益的処分の裁量過程に違法に又は不当に関与した受益者はその関与した責任として、信義則の要請により、受益的処分後に発生した事実（不利益）を甘受すべきだからである。

行政庁は受益的処分に違法性が認められる場合には、法律による行政原理又は法治主義の要請により、行政処分の適法性が合目的性を回復する（違法状態の是正の目的）のために、原則として、その受益的処分を取り消しすることができる（取消権原則）。一般的に受益者に受益的処分後に不利益が発生した場合には、行政処分の安定性と信頼性の要請に譲歩して、根拠法規の目的・趣旨の「公共の福祉（公共性）」に照らして、

その取消処分の不当性が判断され、受益者等の不利益の回復が判断される。

したがって、国が、受益的処分の裁量過程に違法又は不当に関与した場合には、行政処分に対する信頼性を、法律による行政の原理に基づく国は、自ら損なっているので、信義則の要請により、受益的処分後の自らの利益、受益的処分が取り消された場合の不利益を、取消処分の違法性の判断要素（取消権原則説では受益的処分の実質的違法性の判断要素）として主張することは、法治主義（法律による行政の原理）の要請に照らして、できないというべきである。かくして、本件において、国が受益的処分の裁量過程にどのように違法又は不当に関与したか問題となる。つぎに、本件承認過程に国が不当・違法に関与した事実を段階的に検討する。

(1) 本件承認処分時の国の承認の法的性質の捉え方への関与

第1段階は、本件承認処分段階において、前知事の埋立て承認の法的性格の捉え方に国は、どのように関与していたかである。たしか、原則としては、法の不知は許されず、であるが、その法の内容によっては、法の不知に違法又は不当に関与した場合には、その関与者は責任を負う場合もあり得る。本件はどうであろうか。取消権は行政処分の違法性が認められる場合には、法律による行政の原理又は法治主義の要請により原則として行政庁に取消権が発生する。ただし、受益的処分後に判明・発生した事由・事実は根拠法規の目的の「公共性」に照らして判断される。つまり、取消権の制限は、最終的には、受益的処分の実質的違法性判断ということになる。

国及び沖縄県は、本件承認処分時には、埋立て承認の法的性格を受益的処分とは認めていなかった。この事実は、次のように、本件承認処分の取消訴訟での、被告側の答弁書で確認することができる。当時の国及

び沖縄県は取消訴訟の被告側になっており、取消訴訟に訴訟要件の処分がないとする根拠として、次のよう主張している。

埋立法42条1項に基づく「承認は、第三者である本件埋立区域に漁業権等の権利を有する者との関係においても、直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定することが法律上認められるものではないというべきであり」「承認は、公有水面の管理調整の観点から行政主体相互間において行われる内部的行為にすぎないから、本件承認は行政処分当たらないというべきである」と主張している（取消訴訟答弁書13頁平成26年4月9日）。

このような、承認の法的性質からは、「公有水面法51条1項、地方自治法2条9項1号により第一号法定受託事務として都道府県がこれ管理するものであり、法は、国が公有水面の埋め立てを行う場合にであっても、当該埋立てによって公有水面の管理上何らかの支障を生ずるものであるか否かを、現に公有水面の管理を行っている都道府県知事の判断を尊重し、その承認を経させることとした趣旨と解される」となる。

ここで述べているの、知事の埋立て承認の法的性質は、「当該埋立てによって公有水面の管理上何らかの支障を生ずるものであるか否かを、現に公有水面の管理を行っている都道府県知事の判断を尊重」する点である。知事の承認の法的性質は埋立地の用途で制限された土地所有権の付与という受益的処分ではなく、「現に公有水面の管理を行っている都道府県知事の判断を尊重」するという公有水面の管理責任である。

そして、「知事が法42条1項に基づく『承認』を行わない場合、国は、公益の調整という観点から都道府県知事との話し合いによってこれを解決することになるが、話し合いによる解決ができず、都道府県知事が法令に違反した不承認をしようとする場合には、地方自治法245条の7に基づく国の都道府県知事に対しする是正の指示、同法250条の13以下の国地方係争委員会による審査又は同法247条の8に基づく国による代執行などの紛

争解決などの紛争解決手段が予定されたおり、法及び地方自治法が、都道府県知事の不承認を抗告訴訟によって争わせるとの立法政策をとっていないことは明らか」と主張している（答弁書11・12頁）。

本件承認処分時には、埋め立て承認は、内部事項であり、行政処分ではなく、法定受託事務として知事の現実の公有水面の管理責任にすぎないというのである。このような埋め立て承認の法的性格では、国の主張する「取消権制限の判例法理」の適用の余地は全くないと言わざるをえない。「取消権制限の判例法理」の適用の前提である受益的処分がないからである。

ところが、国は、突如、本件訴状において、次のように、知事の埋立て承認の法的性質を180度転換させる。「地域の実情などを踏まえ、技術的、政策的見地から総合的に判断することになることから、承認権者である都道府県知事には広範な裁量が認められる」ものであるとするのである。本件承認時には承認の法的性格を行政処分ではないとしながら、本件取消処分時には、広範な裁量が認められる受益的処分とすることで、「取消権制限の判例法理」の適用の前提を作出するのである。その上で、本件承認処分を取り消すことによって生ずる不利益のうちに「④莫大な経済的不利益の生ずる点」を判断要素とすることは可能にし、本裁判の帰趨を決するカードを裁判の俎上にのせたのである。国にとっては、最も求めていた法律構成であろう。国としては、国が明示する契約額では約1465億円の不利益を挙げることができるからである。

たしかに、この埋立て承認の法的性質の捉え方の変更は、法的には、「取消権制限の判例法理」を適用し取消権を制限するために、その判例法理の適用のために、埋立て承認の法的性格を180度転換させたと批判することもできよう。その批判は、解釈の変更により、実質的に法律による行政原理を逸脱し、法治主義に反する違法な関与ということも可能である。

しかしながら、法律による行政の原理の要請される行政庁は、法の不知は許されず、知事の埋立て承認の法的性質の不知は知事の責任となるので、国の関与は知事の承認の違法性への関与とはならないが、知事の承認の適法性は認めた上で、知事の承認の裁量過程への違法な又は不当な関与と認めることはできる。本件承認処分を受益的処分ではないとしながら結果として受益的処分となり、取消権制限の判例法理を適用する前提を作り出した国には、その前提となる受益的処分の裁量過程に違法又は不当に関与したと判断されるからである。

(2) 沖縄県選出の国会議員への政治的圧力

第2段階は、2013年11月25日、沖縄県選出国會議員5名が米軍普天間飛行場の県外移設の公約を破棄して辺野古移設を容認したことである。前知事は自民党推薦の候補として知事選の候補者となり、知事に再選された。知事の埋立て承認には、県内移設反対の沖縄選出の国会議員の米軍普天間飛行場の辺野古移設の容認が必要であり、それが前仲井真知事の辺野古埋立て承認への政治的圧力となる。議員内閣制もとで政権等である自民党の本件承認処分への政治的圧力は、国の政治的圧力として知事の承認の裁量過程に不当に関与したと判断されるからである。

(3) 前知事の承認過程への関与

第3段階は、前仲井真知事の承認が山場を迎えた2013年12月22日に前知事を東京に入院の名目で上京させ、集中的もしくはある種の強圧的な説得を試みていることが推認される。その説得は成功し、21世紀ビジョン沖縄振興計画期間内の3千億円台確保、米軍普天間飛行場の5年内の運用停止の口頭の約束等を条件に前仲井真知事の承認を促し、12月27日の知事の辺野古埋立て承認となった。この状況は、国による直接の政治的圧力であり、しかも受益的処分の受益者として当事者でもある国の直

接の政治的圧力であり、沖縄県の未来がかかる辺野古埋立て承認であり、公然と直接的に政治的圧力とみなされ、知事の承認の裁量過程への国の違法な又は不当な関与と判断されざるをえないであろう。

(4) 沖縄県の米軍基地の過重負担の違法性

第4段階は、そもそも、知事の本件承認処分が違法性を帯びる根本は、米軍基地の過重負担を担う沖縄県の知事だからであり、また、沖縄県の米軍基地の過重負担の違法状態の是正は国の義務であり、それゆえに基地負担軽減相が設置され、官房長官が兼任しているのである。沖縄県民の約9割の130万余が生活、生産の場とする沖縄本島（1208km²）の18.2%を占有し続けている事実は、沖縄が日本に復帰した1972年以降は、以下のような違法状態にある。①憲法（1947年）上の違法性は、憲法前文の「恐怖と欠乏から免れ平和のうちに生存する権利」の侵害、②憲法14条の平等原則の精神の違反、③憲法22条1項の居住・移転の自由の不合理な制限、④憲法22条1項の職業選択に自由の不合理な制限、⑤憲法29条の財産権の保障の不合理な制限等である。⑥都市計画法（1968年）上では地方分権一括法（1999年）以後の都市計画決定権等の地方分権を侵害する違法性、⑦国土利用計画法（1974年）上は、その基本理念（同法2条）の「国土の均衡ある発展」と「地域の健康で文化的な生活」、及び地域形成計画権（同法10条）を逸脱・侵害する違法性、⑧景観法（2004年）上は、その目的（1条）の「美しく風格ある国土の形成」、「潤いのある豊かな生活環境の創造」及び「個性的で活力ある地域社会の実現」に反する違法状態となる。この違法状態を是正するために米軍基地の整理縮小すべき責務ある国（政府）が新たな米軍基地建設用地の土地造成のための辺野古沿岸域の埋立て承認の裁量過程に関与することは違法な関与そのものと判断されよう。

(5) 結論

以上から、本件取消処分の違法性判断において、本件取消処分の違法性の理由となっている本件承認処分の裁量過程に違法又は不当に関与した国は、その本件承認以後に発生した事実つまり埋立事業に莫大な費用を投下している場合には、その本件取消処分の違法性判断（「判例理論」では受益的処分の実質的違法性判断）に影響を与える「④莫大な経済的不利益を生ずる点」は、その判断要素から除外されるべきことになる。

3 「莫大な経済的不利益」と比較考量する沖縄県の不利益

国は、自らの受益的処分後に発生した事実の取消しにより失われる「莫大な経済的不利益」を地域経済において価値を高めるために、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。これを土地所有権の制限原理となる「地域経済向上の公共性」の観点から、逆に取り消さないことによる沖縄県（民）の「経済的不利益」はどうであろうか。国の「莫大な不利益」は、承認後の取消しによる経済的不利益であるが、逆に取消ししないことによる沖縄県（民）の経済的不利益にはどのようなものがあるか。国の「莫大な経済的不利益」と沖縄県の「膨大な経済的不利益」と相殺できるかである。2点あげることができる。第1は、米軍基地の過重負担の固定化による経済的不利益であり、第2は、辺野古沿岸域を埋立てることによる「地域経済向上の公共性」の経済的不利益である。

(1) 米軍基地の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」

埋立て承認により米軍基地の過重負担の歴史的現実が固定化されるが、本件取消処分によりその固定化は回避される。取消しをしなければ、その過重負担は固定化される。したがって、取り消さないことによる沖縄

県の「経済的不利益」とは、沖縄県の米軍基地の過重負担による経済的不利益である。これは米軍基地に過重負担がなければ、沖縄県（民）が得られるという、見えない「費用」である。この「機会費用」、「経済効果の喪失」の額が沖縄県の経済的不利益の額を意味する。この「経済効果の喪失」、「機会費用」は沖縄県による次のように推計されている。

沖縄県は米軍専用施設8地区の軍用地面積13.7km²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（2015年1月）。つぎにその個別米軍基地の経済効果を確認する。

<既返還駐留軍用地における直接経済効果>

- ① 那覇新都心地区（1.95km²）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（1.09km²）は、返還前34億円から489億円の14倍、
- ③ 桑江・北前地区（0.38km²）は、返還前の3億円から返還後の1459億円へと108倍となっている。

3地区（3.42km²）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、米軍基地が経済の阻害要因となっていることを証明している。

<返還予定駐留軍用地の跡地利用の直接経済効果>、次の5件が沖縄県で推計されている。

- ① 米軍普天間飛行場（4.81km²）120億円（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（0.56km²）は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（2.737km²）は202億円（軍用地料47億2900万円、

基地従業員1,110人)ら2564億円の12倍。

- ④ キャンプ桑江は(0.675km²)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(1.52km²)は、返還前109億円から返還後1061億円で約10倍、となっている。

返還予定駐留軍用地5地区(10.29km²)で、返還前501億円から返還後8900億円へ約18倍である。

沖縄県民は軍用地面積13.7km²で年間1兆769億円も経済効果を「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221km²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」被る、いわば「膨大な経済的不利益」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(1208km²)において、自由主義経済の原動力である土地所有権が広大な米軍基地(221km²)の土地利用に固定化されることによる沖縄県(民)の莫大な経済的效果の喪失・逸失、「機会費用」を被ることを含意し、米軍基地の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、自由主義経済の原動力である土地所有権が広大な米軍基地の土地利用に固定化されていることによる。すなわち、基地によって沖縄は膨大な「機会費用」ないし「機会喪失」を被り、「基地が沖縄に寄生」している。いわば、米軍基地は自由主義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の過重負担の「地域経済向上の著しい阻害要因」を主張立証により、「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。

つまり、国の主張する「莫大な経済的不利益」は、沖縄県の「膨大な経済益不利益」で相殺されるばかりでなく、国の主張する「地域経済向上の公共性」の価値の実現を積極的に阻害しているのである。

なお、このような「膨大な経済的不利益」は、一般的には裁判になじまないが、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「国土の開発その他国民経済の向上」を趣旨とする埋立法を根拠とする埋立て承認であるからこそ、130万人の生活、生産の場である沖縄本島の18.3%の221km²も米軍基地が占有し沖縄の地域経済を阻害している歴史的現実のなかで、新たに米軍基地用に埋立て承認基準の「国土利用上適正かつ合理的なるか」の裁量的判断に著しく反するからにすぎない。まさに、埋立法4条1項1号がもっとも適格に適用される本件埋立て承認処分であるからである。

(2) 「辺野古地域」の「リゾート地」の地域形成計画による「地域経済向上」

まず前提として、取消しによる沖縄県の不利益は、辺野古沿岸域の豊かな自然環境が喪失することである。国土は、公有水面と土地（陸地）を意味するが、公有水面を陸地化することの国土の開発の問題である。国は「十分に配慮されており、その不利益は極めて小さい」と判断するが、沖縄県は埋立事業区域の辺野古崎・大浦湾が「特異な生物群と希少種が分布する貴重な生態系を保持する重要な環境保全地域」であるとす。自然環境の保全を基本理念とする現代の「国土の開発」の観点から「重要な環境保全地域」として埋立てはすべきではなく、埋立てにより「極めて重要な自然環境」を喪失することは著しい不利益である。そして、この辺野古沿岸域をめぐる豊かな自然環境の保全を前提に次のような、沖縄経済自立の切り札としてキャンプ・シュワブの返還を含めた「辺野古リゾート地」の「地域形成計画」がでてくるのである。この「地域

形成計画」は後で述べるとして、その前に国の見解をみてい見よう。

「①本件代替施設等は、施設及び区域の面積や滑走路の長さの点で普天間飛行場より規模が縮小される上、②普天間飛行場から移転される機能も一部にとどまること、また、そもそも、③本件代替施設等が建設される辺野古沿岸域は、既に米軍施設及び区域（キャンプ・シュワブ）として提供されている場所であって、本件代替施設等を建設するのために沖縄県に新たな米軍施設及び区域のための土地提供を求めるものでないことからすれば、④本件取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⑤沖縄の全体的な負担の軽減に資するのであって、取消しをしないことにより不利益足り得ないものである。」

しかしながら、辺野古沿岸域を埋立てることは、沖縄県の「地域経済の向上」という埋立法の趣旨に全く反する結果となる。辺野古沿岸域の豊かな自然環境が失われ、辺野古崎の延べ約8.5kmに及び豊かな自然海浜が失われ、さらにキャンプ・シュワブの土地所有権が米軍基地の利用に固定化され、辺野古沿岸域、辺野古崎周辺の自然海浜及び20.6km²の広大な土地を「リゾート地」として「国土の開発その他国民経済の向上」を趣旨とする埋立法に反することになり、「地域経済の向上」を著しく阻害する不利益となる。沖縄県の第三者委員会の辺野古地域の経済効果をつぎのように纏めている。

「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、手つかずの自然環境に恵まれた、ジュゴン等の希少生物の生息する区域という特性と相まって、これらと共存しうる県内屈指のリゾート地等になりうる潜在力を有している。しかるに、本件埋立対象地に普天間代替施設の米軍基地が建設された場合には、当然今後長期にわたって基地として利用されることから、地域の発展はほ

とんど望めず、雇用の面においても大きな期待はできない。本件埋立対象地の辺野古崎地区の海域を埋め立てて代替施設を建設することは、ゆたかな自然環境を破壊することになることのみならず、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。』（検証結果報告書42頁）。

国の辺野古沿岸域の埋立て事業費の投入による「莫大な経済的不利益」が、辺野古沿岸域を埋立てず、キャンプ・シュワブも含めた「リゾート地」の地域形成計画は、まさに「地域経済の向上」そのものではないか。なぜなら、沖縄県の「地域経済の向上」の原動力となり将来性があるのが沖縄の観光産業だからである。

国の「地域経済の向上」の観点からの「莫大な経済的不利益」は「辺野古リゾート地」の「地域形成計画」の下では、比較の対象とすらならないのである。

しかしながら、沖縄県の埋立法の趣旨に関する「地方公共団体公益保護」説からは、上述の「地域経済の向上」の視点は欠落しているので、国の主張立証に対して有効な反論は期待できなかったが、前述のように2・15知事尋問における翁長沖縄県知事の証言により、局面は一変したのである。

第6節 沖縄県の本件取消処分の法的根拠の本質

1 職権取消権の発生根拠

原処分（受益的処分）の職権による取消しが認められるのは原処分に違法性（法的瑕疵）があるからである。したがって、本件取消処分の取り消しを求める原告は、本件承認処分に違法性（法的瑕疵）がないことを主張立証することになる。本件承認処分に違法性がないと本件取消処分は違法となり取り消される。職権取消権の発生根拠は違法状態の匡（ただし）こと（是正）にあるからである。つまり、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る」（宇賀克也『行政法概説Ⅰ〔第5版〕』358頁）。したがって、違法になされた行政行為の取消しは、法律による行政の原理の要請するところで、取消しを認める明文の規定がなくても一般的には可能であり、かつ、「原則としては取消しをすべきことになろう」（同上359頁）。「法律による行政の原理」は法治主義の基幹的法理である。つまり、法律による行政の原理は、「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の司法統制が行われる」というもので、「法治主義の要請である」（宇賀・同上27頁）。行政処分（原処分・受益的処分）の職権取消しも行政処分であるところ、職権取消権の根拠が法治主義に基づく違法を匡こと（違法状態の是正）にあるとすれば、原処分の違法性が職権取消処分の発生根拠となる。この一般的な見解では本件取消処分の違法性は本件承認処分の適法性を前提とする。本件承認処分と本件取消処分の違法性とは「表裏の関係」にあるのではない。

要するに、職権取消権は原処分の違法性を発生根拠とする法治主義の基幹的法理である法律による行政の原理に基づくものである。したがって、職権取消しの取消しを求める訴訟は、第1に、法治主義の国民及び行政の側面での順法精神及び司法判断への服従を前提に、司法判断（判

決）は社会・政治的紛争の最終的決着の判断となる。第2に、職権取消権は原処分の違法性を発生根拠とするから、所定の要件の充足性判断（違法性判断）は、原処分時となる。以下、この一般的見解を職権取消権の発生根拠に関する「原処分違法性説」とする。

これに対して、職権取消権の発生根拠を、取消処分者が所定の要件を欠いていること（違法性判断）の判断に求める極めて独自な見解が主張されている。この見解だと、取消処分時（原処分後）に取消処分者が所定の要件充足性の判断（違法性判断）をすることになり、取消処分時（原処分後）の判断となる。原処分の法的瑕疵があったことの認識ではなく、取消処分時の所定の要件充足に欠けている判断（違法性判断）を根拠に取消処分をすることになる。この職権取消権の発生根拠を取消処分者の所定の法定の要件充足性判断（違法性判断）に置く見解は、沖縄県の弁護団の法律構成したものであるので「沖縄県取消権説」（内容的には取消処分者違法性判断説となる）と称することができる。この「沖縄県取消権説」によると、本件取消処分の取り消しの根拠となる本件取消処分の違法性判断は、翁長知事が本件取消処分をした「所定の法定の要件を欠いているとの判断」が裁量権の範囲を逸脱し又は濫用にあたるかの違法性判断となる。

この「沖縄県取消権説」は、内容的には原処分を取消処分時（原処分後）の違法性判断（所定の要件を欠くこと）で取消し、しかも、原処分時に効力がなかったことになるので、法的安定性に欠ける。このような職権取消権は既成法秩序の中で既成法秩序の変革を内在する法制度となる。原処分を前提に社会関係が形成され形が造られていくからである。つまり、「沖縄県取消権説」は、既成法秩序の変革を志向した法律理論である。授權法規に基づく原処分により社会的に形成された姿・形を同じ授權法規に基づく取消処分により原処分時に遡って否定するものだからである。

したがって、「沖縄県取消権説」は、既成法秩序を前提に、既成法秩序の法的担保、法的安定性、法的整合性を任務とする司法としては、自己否定になるので、認めることはできない。この変革は政治の役割である。つまり、司法上、職権取消権の発生根拠の「沖縄県取消権説」は認められないのである。職権取消権の発生は原処分時に法的瑕疵がある場合に限り、違法状態を是正する法治主義の要請により、原処分を取消することができるのみである。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」（宇賀・同上358頁）となるのである。

以上から、職権取消権の行使が「沖縄県取消権説」に基づく場合には、そもそも職権取消権が発生しないので、裁判は、実質的な原処分の違法性判断を不要とするので、本件で職権取消権の取り消しを求める国にとっては翁長沖縄県知事の職権取消権の行使（本件取消処分）が「沖縄県取消権説」に基づくことが証明できると勝訴することになる。

そこで、国は、翁長沖縄県知事の本件取消処分が「沖縄県取消権説」に基づいていることを主張立証するためには、第1に、本件取消処分が政治的手法として使われたこと、第2に、本件取消権者の翁長沖縄県知事が司法判断に対する服従度が弱いことを主張立証しなければならない。そして、第3に、翁長沖縄県知事の本件取消処分が、沖縄県の主張する「沖縄県取消権説」に基づいていることを主張立証しなければならない。最後に、第4に、翁長沖縄県知事が、日本国（政府）を「敵」とみなして、日本国の変革を志向していることを主張立証しなければならない。以上の4点の国の主張立証をみる前に、まず、沖縄県が法律構成する職権取消権の発生根拠に関する「沖縄県取消権説」の内容を確認する。

2 沖縄県の本件承認取消処分の法的根拠（「沖縄県取消権説」）

沖縄県は、職権取消権の発生根拠に関して「沖縄県取消権説」を法律構成している。「沖縄県取消権説」の内容は、職権取消権の発生根拠が原処分の違法性に置くのではなく、取消処分者の違法性判断に求めるので、第1点は、所定の法定の要件の充足性判断（違法性判断）は原処分時ではなく取消処分時（原処分後）である。第2点は、取消処分者の違法性判断の根拠となる基準は、原処分での判断の対象である所定の法定の要件の充足性判断で、原処分と同じ要件である。そして、第3点は、所定の法定の要件充足性を判断するのは取消処分した者（取消処分者）である。

まず第1点の所定の法定の要件の充足性判断が原処分時でなく取消処分時であることについて。沖縄県は、「そもそも、処分庁が法律上の根拠なく自庁取消を行うことができるとされるのは、取消処分が、原処分の根拠法規がかかる原処分について処分庁に与えている権限と裏腹の関係だからである。」

言い換えると、被告は、公有水面埋立法上、埋立承認処分権限を有しているから、既になされている埋立承認処分の違法性（要件充足性）を判断し、取消権を行使できるのである。」（被告第10準備書面12頁・13頁）。

被告（翁長沖縄県知事）は「既になされている埋立承認処分の違法性（要件充足性）を判断し、取消権を行使できる」は、要件充足性の判断時を、原処分時ではなく、取消処分時とすることを明示している。

第2点は、取消処分の対象である原処分と同じ法定の要件の充足性判断である。沖縄県は「裁判所が判断すべきなのは、被告の公有水面埋立承認処分取消処分が『公有水面埋立法の規定』に反して違法であるか否かである」（被告第10準備書面5頁）。これは、原処分と取消処分の所定の法定の要件充足性は同じであることを意味している。

第3点は、所定の法定の要件充足性を判断するのは取消処分をした者

(取消処分者)である。沖縄県は次のように主張する。

「①都道府県知事が、埋立承認処分の要件充足を判断する裁量を有していることには原告と被告間で争いが無い。②被告には、論の帰結として、既になした埋立承認処分の違法性(つまり要件充足の判断)を判断する要件裁量が当然存在する。③この要件裁量は、公水法が都道府県知事に与えている埋立承認の要件裁量と全く同じものだからであり、これを否定する根拠は何もない(原告の主張する法的安定性云々が妥当するとしても、それは、あくまで昭43年判決の法理に基づいて制限されるか否かという場面での裁量である)(①②③筆者挿入)」(被告第10準備書面13頁)。

②の「被告には、論の帰結として、既になした埋立承認処分の違法性(つまり要件充足の判断)を判断する要件裁量が当然存在する」は、被告は翁長沖縄県知事であるので、取消処分者である。

このように、職権取消権の発生根拠に関する「沖縄県取消権説」は、③取消処分者が、②取消処分時(原処分後)に、③原処分と同じ法定の要件充足の判断をするものである。つまり、「③被告は、公有水面埋立法上、埋立承認処分権限を有しているから、①既になされている②埋立承認処分の違法性(要件充足性)を判断し、取消権を行使できるのである。」(被告第10準備書面12頁・13頁)。

後述するように、国側、裁判官ともに、4回も同じ内容の質問を知事にしている。①取消処分時、②所定の法定の要件の充足、③取消処分者国側(1回目)「③あなたの知事という立場で①もう一度見てみると、②国が行った承認の申請は要件を満たしていないと考えるか。」

裁判長(2回目)「③あなたが聞かれたのは、②この埋め立て承認について、所定の法定の要件を欠いていると①今、思っているかということ。」

国側(3回目)「聞きたいのは、埋立て承認を取り消された。③①今の知事目から見て、②あの申請書を見てみると、要件を欠いているという

そういう判断か。」

国側（4回目）「③あなたが①今置かれている立場からすると②要件を満たしていないという判断」

この4回の質問は、前述の沖縄県の「沖縄県取消権説」即ち「③被告は、公有水面埋立法上、埋立承認処分権限を有しているから、①既になされている②埋立承認処分の違法性（要件充足性）を判断し、取消権を行使できるのである。」（被告第10準備書面12頁・13頁）を、確認しているに過ぎない。

一般的に授権法規に基づいて受益的処分が2度なされることない。しかし、沖縄県の「沖縄県取消権説」は2度の行政処分がなされる。この2度の行政処分が重なることはない。第1段の原処分に対して第2段は、その取消処分だからである。上述の原処分と取消処分は同じ法定の要件の充足であるのに可能な論理は何か。「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処分だからである」（被告第10準備書面12頁）。そして、この根拠法規を、沖縄県はつぎのように解釈するのである。

「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、当該地域に重大なインパクト、深刻な不利益を与える可能性があることから、公有水面埋立法第4条第1項第1号は、不適正・不合理な公有水面埋立てによって、当該地方公共団体の利益が侵害される場合は都道府県知事が公有水面埋立てを承認しないという権限を付与することで、不適正・不合理な公有水面埋立てによって当該地方公共団体の利益が侵害されないという利益を保護しているのである」（被告第1準備書面13頁）。

この1号要件は埋立て承認の基準（根拠）であるとともに、「当該地方公共団体の利益が侵害される場合は都道府県知事が公有水面埋立てを承認しないという権限」として取消権の根拠規定ともなっているのである。

この見解は、前述のように、原処分を前提に社会関係が形成され形が

造られていく既成法秩序維持の観点からは、既成法秩序の変革の機能を果たす法理論である。既成法秩序の維持保障を任務とする司法（裁判）の判断にはなじまない法理論である。

そこで、国は、職権取消権が違法状態の是正（匡）のために認められ、法治主義の基幹法理である法律による行政の原理の基づくものである点を踏まえて、沖縄県の「沖縄県取消権説」は法治主義に反するもので、この職権取消権は司法判断になじまいと判断する。したがって、「翁長沖縄県知事の本件取消処分は司法（裁判所）の判断になじまない」とすることを目的に主張立証する訴訟戦略を立てる。

第1 関門に、本件取消処分は埋立て承認の法的瑕疵（違法性）を是正するためではなく、辺野古移設阻止の政治手法の1つであり、最終的な紛争解決である司法で保護する必要ないとする事で、「本件取消処分は司法判断になじまない」とすることの主張立証である。

第2 関門は、社会・政治的紛争の最終的判断である司法（裁判所）判断に対して、法律による行政を実行する都道府県知事の立場において、翁長沖縄県知事は、司法判断（判決）に対する服従度に疑問があり、「本件取消処分は司法判断になじまない」とすることの主張立証である。

第3 関門は、違法状態の是正という既成法秩序の維持・保障の職権取消権が、沖縄県の「沖縄県取消権説」では、既成法秩序の変革を内在・志向するものであり、この「沖縄県取消権説」に基づく翁長沖縄県知事の「本件取消処分は司法判断になじまない」とすることの主張立証である。翁長沖縄知事にとって第3 関門で最大の関門となる。翁長沖縄県知事が生き延びるためには、沖縄県弁護団の法律構成の基軸である「沖縄県取消権説」を全面的・原理的に否定しなければならないからである。翁長沖縄県知事の自己否定であり、一般的には、ありえないことなので、この第3 関門の本丸を突破つまり主張立証に成功すると、国側は、99.99%の勝訴を見込んで、知事尋問に臨んだのである。

最後に、第4 関門に、翁長沖縄県知事は、沖縄の「敵」がおり、その「敵」は、日本国（政府）であること含意しているとして、外国での日本政府批判を踏まえた、日本国家を批判する翁長沖縄県知事の「本取消処分は司法判断になじまない」とする主張立証である。

以上の4 点を、2016年2月15日の代執行訴訟第4 回口頭弁論の知事尋問において、国は主張立証する。そして、翁長沖縄県知事は、その4 点について、すべて、国の主張立証を失敗に終わらせている。

3 第1 関門：本件取消処分は辺野古新基地建設阻止の政治的手法であるか

第1 関門は、翁長沖縄県知事の本件取消処分は埋立て承認の法的瑕疵（違法性）を是正するためではなく、辺野古新基地建設阻止の政治手法の1 つであり、最終的な紛争解決である司法で保護する必要ないとすることで、「本件取消処分は司法判断になじまない」とすることの主張立証である。翁長沖縄県知事は、第三者委員会の法的瑕疵の報告を参考に決済者として本件承認処分を取り消したと証言する。

(1) 本件承認取消処分は選挙公約の実現等の手法か

国側は、翁長知事に対して「あらゆる手法を駆使して辺野古新基地を阻止する。これがあなたの選挙公約。」か、と確認する。そして、さらに、「辺野古新基地建設阻止はあなたの県知事あるいは政治家としての信念、信条である」と、よりその重要性を確認する。

そして、一歩進めて、

国側「今回の埋立て承認の取り消しも、あらゆる手法のなかの一つか。」

知事は、まず、つぎのように、国側を玄間に入れる。

知事「表現方法が適切かどうかどうかわからないが、そういうスタンスだ。」と答える。

国側「今回の埋立て承認の取消しはあなたの公約や政治家としての信念の実現のためにしたことか。」

もし、この段階で、知事が「そうだ」と容認すると、これで終わりとなる。しかし、知事は、簡単にクリアする。

(2) 「第三者委員会の法律的な瑕疵の検証」の制約

知事「それはやはり制約があると思う。なぜかというと、第三者委員会の法律的な瑕疵の検証があるなかで、そこで法律的な瑕疵がなかったと言えば、それはそこで終わりだから、一貫してというわけではないと思う。」

知事は、埋立て承認の取消しが「第三者委員会の法律的な瑕疵の検証があるなか」という制約の下でなされるという明確な認識がある。これは前述の沖縄県の答弁書の「本件は、埋立承認という行政行為が審理の対象となっているものではない。現沖縄県知事が行った、埋立承認取消という行政行為が対象である。」(答弁書37頁)という知事の主観的裁量的な取消処分とは全く異なる。つまり、沖縄県の取消しは現知事自身の判断である。「被告は、公有水面埋立法上、埋立承認処分権限を有しているから、既になされている埋立承認処分の違法性(要件充足性)を判断し、取消権を行使できるのである。」(被告第10準備書面12頁・13頁)。これに対して、知事尋問における、知事自身の承認取消しの権限の根拠は、前知事の承認に「第三者委員会の法律的な瑕疵の検証」という客観的な瑕疵を前提に取消したと答えている。ここで、第1関門を一応クリアしたが、国側は、この第三者委員会の客観性に疑問を呈する。第三者委員のなかに、明確な辺野古埋立反対論者が入っているというのである。国側はつぎのように質問する。

国側「辺野古の埋立てについての立場は知らなかった。今、知事、ご覧になられて、こういう発言をされる方が、埋立て承認について調べる第三者委員会で、第三者として客観的中立的な判断ができるとお考えか。」

国側の、この質問は、職権取消しが「①当該行政行為が違法であったことを②行政庁が認識」してなされることを前提に、②の行政庁の認識の対象である「当該行政行為が違法であったこと」は客観的中立的な判断が求められるからである。「違法であった」ことは、現象的には価値的判断のように見えるが、法秩序全体に照らして判断されるので、客観的中立的な判断を志向することにより説得力をもつからである。政府が、客観性、中立性を装うために審議会を活用する根拠である。翁長知事はつぎのように、明快に答える。

知事「6人の委員がいて、そのうち3人の環境委員と3人の法律の専門家がいて、そういったことを含めて、収れんされていく中で、客観性、中立性、公正性が保たれていると思っている。」

(3) 翁長知事が埋立承認の法的瑕疵を認識したか

見事な答えである。国側は、内心、感心しながら、表では、皮肉っぽく「結局、埋め立て承認は瑕疵があるという結論がまず先にあったんじゃないか思えるが、いかがか。」と質問している。これは、前振りで、つぎに、上述の②「行政庁の認識」の確認に移る。つまり、「法的な瑕疵」を第三者委員会の受け売りか、行政庁自ら取消すことの行政上の影響を踏まえた上での「認識」かの確認である。国側は、長めだが、明快に質問する。

国側「第三者委員会は平成27年7月16日に埋め立て承認には法的瑕疵があるという報告をしたが、埋め立て承認に瑕疵があったという判断は第三者委員会の報告に従ったものか。」

翁長知事は、短答直入、明快に答える。

知事「第三者委員会の報告書を私も読んで。県庁の職員らと協議しながら、決裁権者として判断した。」

この答えは、取消しの判断を第三者委員会の報告を読んで、「①当該行政行為が違法であったことを②行政庁が認識」したのである。「県庁の職員らと協議しながら、決裁権者として判断した」つまり、前知事の埋め立て承認を取消したのである。沖縄県の答弁書のように「被告は、公有水面埋立法上、埋立承認処分権限を有しているから、既になされている埋立承認処分の違法性（要件充足性）を判断し」て（被告第10準備書面12頁・13頁）、取消権を行使したのではないのである。

(4) 那覇空港埋め立て承認との違い

そこで、国側は、翁長沖縄県知事と沖縄県側の取消権の根拠の違いがあることの認識を踏まえて、つぎのような、那覇空港第2滑走路の埋め立て承認でも第三者委員会を設置の検討を確認する。これは、国が、翁長沖縄県知事と沖縄県の弁護団との相違を検証する質問でもある。

国側「那覇空港の第2滑走路の埋め立て承認も仲井真知事がした。时期的に辺野古の埋め立て承認は平成25年12月27日で、那覇空港は平成26年1月9日なので、大体2週間後。那覇空港第2滑走路の埋め立て承認についても、自然環境とか騒音問題とかいろいろ懸念がありうると思いますが、その埋め立て承認については県庁内で検証したり、第三者委員会を設置して検討しようと考えたことはないか。」

この国側の質問は、沖縄県の埋立法の趣旨、同法4条1項1号・2号の趣旨が、自然環境等の保全にあるとすれば、埋め立ての本質的要件が自然環境の保全にあるので、辺野古埋立承認で第三者委員会を設置したと

したら、必然的、那覇空港建設のための埋立て承認においても第三者委員会を設置すべきことになる。もし、その設置が必然的でなければ、沖縄県の法律構成が破たんしていることとなる。翁長沖縄県知事は、つぎのように、埋立てに対する反対運動とか、環境保全に対する議会からの指摘等の条件レベルで自然環境保全を位置づけ、沖縄県の法律構成を明快に否定する。これは、沖縄県の埋立て承認の反対の根幹が崩壊することを含意する。翁長沖縄県知事は、裁判の上では、沖縄県の主張立証の根幹を自ら否定していることになるのである。国側の裁判技術、法律構成技術のレベルの高さを示している。

知事「私が就任する以前からこの問題が浮上していたことはなかった。県民の反対運動もなかった。その中で環境問題の保全、そういったこと等はいわゆる議会の中でも指摘されたことはなかった、このことについて、いわゆる辺野古のような検証をすることは今の時点ではない。」

この翁長沖縄知事の答えは、埋め立てにおけ「自然環境保全への十分な配慮」は「趣旨・目的」ではなく「条件」にとどまるということを意味する。

(5) 翁長沖縄県知事の法的瑕疵の判断時期

そして、取消しの判断時期を通じて、取消しが政治的手段としてか、承認に法的瑕疵がある故かの再確認をする。法的瑕疵の判断と取消処分との時期のズレを聞いてくる。沖縄県側の質問で取消しを決断したのは、第三者委員会の報告後ではなく、集中協議の終了後と答えていたからである。その時間的ズレにどう答えるかである。国側が、裁判官に向けて、政治的手法として取消したか、承認の法的瑕疵の故に取り消したかの心証形成へ向けた質問である。続けて、みてみよう。

国側：「辺野古沿岸域の埋め立て承認について、法的瑕疵があるという判断に至ったのは、先ほどの話だと、集中協議が終了後、第三者委員会の報告を受けその後、集中協議に入って、その後と聞いている。」

知事：「実行したのと判断したのはちょっと時間がずれるところがあると思うが、大体その通りだ。」

国側：「少なくとも第三者委員会の報告の後。」

知事：「そうだ。」

国側：「そうすると、少なくとも知事に就任した当時、平成26年12月、その当時には法的瑕疵の部分については分からなかった。」

知事：「判断するほどには分からなかったが。先ほど申し上げたように、(仲井真前)知事の判断する前にお会いした時に『環境問題がきついんだよ』という話を聞いたので。環境問題で苦労したんだとその時に分かった。」

以上の、尋問をみても、翁長知事が、知事選挙の公約に辺野古移設の反対を挙げたが、埋立て承認の取消しを挙げなかった理由が判明する。承認取消しの前提となる「承認の法的瑕疵」を判断していなかったからである。これは、取消しを政治的手段としたのではなく、埋立て承認の法的瑕疵ゆえの取消しであることの主張立証が成功したと評価できよう。第1 関門をクリアしたのである。つまり、「沖縄県取消権説」に基づく本件取消処分ではなく、仲井真前知事の埋立て承認に法的瑕疵（違法性）があったことを認識して、本件取消処分をしたのである。

4 第2 関門：沖縄県知事の司法判断への服従度の確認

第2 関門は、社会・政治的紛争の最終的判断である司法（裁判所）判断に対して、法律による行政を実行する都道府県知事の立場において、翁長沖縄県知事の、司法判断（判決）に対する服従度に疑問があり、「本件取消処分は司法判断になじまない」とすることの主張立証である。

職権取消しが埋め立て承認の違法性（法的瑕疵）を根拠とし、その違法状態の是正のために認められているので、取消権者である翁長沖繩県知事の司法判断への服従の程度が問題となる。司法判断への服従度の低い者に取消権を認める必要性は弱いからである。

職権取消しは原処分の違法性を根拠とする法治主義の基幹原理である法律による行政の原理に基づく。法治主義は法律の政府と国民の両面の拘束性をもつが、法律による国民の拘束は、法律が自らを代表する議会の制定したものだからであり、他方、法律が政府を拘束するのは、国民の権利利益の保護のために行政の主要な部分が国民代表からなる議会の制定した法律によって行われ、行政機関の行為の適法性を審査する独立の裁判所によって行政の司法統制が行われるからである。したがって、職権取消権の発生は法治主義の要請によるため、裁判所による司法統制への服従及び信頼を前提とする。したがって、「本件取消処分は司法判断になじまい」ということの主張立証となるのである。国が、沖繩県の司法判断（判決）に対する服従度を執刻質問するのはそのためである。翁長沖繩県知事に11回も、「司法判断（判決）に従う」と証言させているのである。法律による行政を掌る知事としては当然の義務であること11回以上も証言・誓わせているのである。法治国家における社会的・政治的紛争の最終的判断が司法判断（判決）であることを確認しているのである。裁判は政治の手段ではなく、政治の尽きた最終判断が裁判（司法判断）だからである。

(1) 法的瑕疵の認識の程度の確認（第1段階）

まず第1段階の法的瑕疵の内容について、国は知事に質問する。国側「埋立て承認の法的瑕疵の中身について。あなたが考える最も重要な瑕疵はどのようなところか。」

知事は、その質問に答えながら、法的瑕疵の全体を押さえて、その軽

重を捉えていることを明示する。これは、知事自身が全体を押さえて取消処分をしていることを示すことになる。この判断が、翁長知事自身が「この埋め立て承認について、所定の法定の要件を欠いていると今、思っているか」、それとも、仲井真知事の承認が要件を欠いているのか、の確認は、第3 関門でみることにするが。とりあえず、翁長知事の法的瑕疵の認識度の確認である。

知事「一番、法的な瑕疵は①埋め立ての必要性、これについては大変重要な部分だろうと思う。それからやはり②大浦湾はジュゴンの生息地で、生態系がしっかりしたところでもある。環境保全、生活環境もだ。それから③国土利用の適正かつ合理性に関して、基地の在り方も歴史も含めて、そういったことも考えられる。」

法律的には、①は③の要素であるので、埋立地予定地域だけでなく陸地の米軍基地を判断要素としていることを含意している。国側は、その埋立ての必要性の内容について確認する。

国側「被告の主張を見ると普天間飛行場の移設先が辺野古でなくてはならない、その実質的な根拠に乏しいと。埋め立ての必要性が認められないことを挙げている。これが重要な瑕疵だということではよろしいか。」

この国側の確認は、普天間移設先が辺野古である必要性が認められないことが重要な瑕疵だと確認して、普天間移設により普天間飛行場の全面返還および危険性除去になり、さらに基地の整理縮小により基地の負担軽減となるので、辺野古移設は法的瑕疵にならないのではないかとこの主張を内包している。そこで、まず「基地負担軽減の中には基地の整理縮小も当然含まれるという理解でいいのか」と国側の確認的質問に対して、翁長知事は、「基地負担軽減の整理縮小というのは区別しにくい。どう切り分けるか。」と全面的には同意しない。そこで、国側はつぎのよ

うに直接的に「当然含まれる」との意味で知事に尋問する。

国側「国外移転、県外移転、あるいは規模を縮小した上で、県内移設もある。規模を縮小した上で、県内移設もこれも基地負担の整理縮小となるのか。」

この切り込みに対して、翁長知事は、つぎのように答える。

知事「基地の整理縮小は決して面積的なものだけではない。辺野古には弾薬庫ができたり強襲揚陸艦が接岸できたりする。そしてV字型の滑走路。そういった意味での整理縮小には単純に面積的な意味で縮小にはならない。」

この翁長知事の答えは国側にとっては想定内であろう。国が主張立証したいのは、翁長知事の法的瑕疵は政治的なものだけということである。

(2) 翁長沖縄県知事の辺野古移設反対への立場変更（第2段階）

そこで、国側、「内容によると」と誘いみずをかける。翁長知事は「内容による。」と答える。国は、まっていたばかりと隠し玉の尋問をする。客観的、中立的な法的瑕疵の認識が、翁長知事には主観的、政治的なものであるということを裁判官に心証形成させるためである。国側の隠し玉の質問のひとつであろう。

国側「那覇市長時代に辺野古を容認された経緯がある。平成17年6月の定例的那覇市議会で、規模を縮小した上で辺野古移設について基本的にはSACO合意を着実に実現させる。基地の整理縮小を図ることがより現実的、実現可能な方法であると認識していると発言されたのは記憶しているか。」

この国の那覇市長時代の議会答弁の「辺野古を容認された経緯がある」

の尋問は、辺野古移設の必要性の実質的根拠が乏しいという法的瑕疵の認識に対して、辺野古移設反対の政治的立場の変更によるもので主観的なもので法的瑕疵の認識によるものではないという主張立証である。これに対して、翁長知事はつぎのように米軍の再編成という「辺野古移設の政策変更」という客観的情勢の変化に対応した「辺野古移設反対」だと答える。この辺野古移設の必要性の根拠がないとする法的瑕疵の認識については政治的なものではなく客観的なものであるという点に関する裁判官の心証形成に重要な点であるので、尋問の展開を一気にみてみる。翁長知事の応答が成功している。

知事「それは平成17年ということは、平成18年の米軍再編成のない中だ。意味合いが違う。」

国側「今は反対の立場。その理由については、辺野古移設を苦渋の決断で容認された中には15年返還合意や軍民共用が前提ということか。」

知事「稲峰さんの15年期限ということか。」

国側「はい。」

知事「そうだ。」

国側「それが白紙になって、それで固定化になるんじゃないかということか。」

知事「白紙になったというか。稲嶺さんに相談もなく、米軍再編成が発表された。沖縄県民がどれだけ負担しているかにも関わらず、発表された。それは信頼性かける。」

国側「そういう中から反対の立場になったと。」

知事「度合いはいいようがないが。」

翁長知事の「辺野古移設容認」から「辺野古移設反対」への変更は、客観的には、翁長知事の辺野古移設のための埋立ての必要性が主観的、政治的な法的瑕疵の認識の心証形成となるが、米軍の再編成という外部

状況の変化による変更だとして、翁長知事にとっては難問を、見事に切り抜けたと言えよう。

(3) 司法判断に対する服従度、信頼度の確認（第3段階）

それでは、第2関門の本丸、第3段階の裁判所に対する服従度、信頼度の尋問をみていみよう。このような尋問は、職権取消処分が発生根拠が原処分の違法性という法治主義の基幹法理である法律による行政の原理に基づくものとは言え、沖縄県の法治主義および裁判所に対する信頼度が弱く、また「取消権行使を辺野古埋立て阻止のあらゆる手段の一つ」として公言している沖縄県の姿勢にあらう。民主主義、法治主義の下では裁判は、最終的な解決手段だからである。この点は、日本の裁判、法治主義という本質的な問題なので、国側も、裁判所も最も関心のある点である。まず、5回、続けて6回、計11回も、判決に従うかと尋問している。このような尋問の背景は、第3関門の取消処分の発生根拠を同じ承認処分の根拠に求めるという法律による行政の原理を原理的に否定する沖縄県の法律構成に対する国の否定的な評価を内包している。国側の「本件取消処分は司法判断になじまない」とする判断する場合の前提根拠となるものである。

第1回目の確認である。

国側「作為の違法確認訴訟で敗が確定した場合、被告が確定判決の主文の判断に従った作為を行うことは、行政として当然であるというふうに、被告は第18準備書面で述べている。これはご存じか。」

知事「はい。」

第2回目の確認である。

国側「先ほど、被告代理人の質問で、作為の違法確認訴訟に限らず、国

地方係争処理委員会に申し出て、その後の国の取り消し訴訟、ここで敗訴した場合も従うと言ったが、これは間違いないか。」

知事「はい。」

第3回目の確認である。

国側「この点、前、知事は記者会見で言ったと思うが、司法の判断に従うのは行政として当然のことであるというのを、もう一度どういうふうにご理解されているか言っていただけるか。」

知事「私の取り消しについてですね、代執行訴訟、お互いに言い分を聞いて、そして判決が下される。それは、行政の長として、しっかり受け止めるべきだろうと。その意味で。」

第4回目の確認である。

通常はこれで終わるが、国は、駄目押しに第4回目の確認をする。

国側「司法の判断には行政として従うのは当然であるということによろしいか。」

知事「はい。」

第5回目の確認である。

さすがに、県知事に判決に従うかと尋問することに政府自身、高圧的な姿勢を感じたのか、このような理不尽な尋問は、沖縄県知事のこれまでの言動にあることの弁明をする。しかし、これは第5回目の司法の判断（判決）に従わせるための前振りである。一気に5回目の判決への服従の確認を一気にみてみよう。

国側「他方でこれまで、あなたはたびたび記者会見で辺野古に基地は造らせないとか、今後ともあらゆる手法を用いて辺野古に代替施設を造ら

せないとの公約実現に向け不退転の決意で取り組みということも言っている。この発言との関係はどうなるか。」

知事「私がありとあらゆる手法を用いるというのはそれこそいろいろあると思う。私が去年行動した中で、仮にワシントンDC向こうのアメリカ政府が分かったと言え、それもありとあらゆる手段になる。その意味からするといろいろなやり方がある。」

さすがに、翁長知事も、切れて、あなたがた日本国政府及び司法もアメリカ政府に従属しているのではないか、「アメリカ政府が分かったと言え」つまり辺野古移設阻止に同意すれば、辺野古移設は阻止になると、司法、判決より上だと言っているのである。国側は、啞然として尋問する。

国側「そうすると、あなた自身の公約であるとか、辺野古に造らせないと政治的姿勢と司法の判断には従うということは両立する話だと言うのか。」

知事曰く「その意味では、例えば先の話で米国が了解した場合に（裁判所の判決との整合性は）どうだということにはならない。」

見事な切り返しである。

第6回目の判決へ従うことの確認。

一般的には、法治主義の下では、政治決着できない場合に司法判断となり最終決着となるが、辺野古移設問題の本質はアメリカの米軍基地建設の問題であるので、一面では、日本の法治主義の埒外にもあり、最終的には、アメリカの判断次第という現実（国際政治）の問題でもある。

国側は、政治決着の尽きとところに司法判断という政治と司法は両立しないという法治主義の視点で、翁長知事に対して司法判断・判決に従うことのこれまでの5回の確認とは違う意味の第6回目の判決へ従うこ

との確認をする。

国側「政治的姿勢と公約とは別に司法の確定判決には当然従うということ
を言われている？」

知事「判決には従う。」

この「判決には従う」は落語の落ちになってしまった。国側は、政治
公約と対立する意味での判決に従う確認をしようとしたからである。国
のメンツにかけて反撃する。この反撃も、みようによっては喜劇的側面、
つまり、生真面目な国側を、翁長知事が、相手の顔を立てながらうまく
陳述している様子が見えるので、そのやり取りをみていみよう。この新
たな場面でも5回の判決に従うことを確認し、計11回となる。

第7回目の判決に従うことの確認。

翁長知事の国交相の裁決には従わないことの陳述後。

国側「司法判断を求めたいと。では、これと関連するが、代執行訴訟、
今国が起こしているがそれであな、被告が敗訴した場合、その判決に
はあなた、従うか。」。

国側は余裕を失って、目上視線丸出しで、「あなた・・・あなた、従う
か。」である。

知事「従う。」

第8回目の判決に従うことの確認。

国側「求めているのはあなたが出した取り消し処分を取り消せという主
文になるわけで、例えば取り消しを取り消せという判決が下された場合、
それに従ってあなたは自ら取り消せということなんです。」

知事「はい。」

第9回目の判決へ従うことの確認。

国側「これは代執行訴訟なので、取り消しを取り消せということに従わなければ代執行ができるという国の地方自治法の仕組みになっていますけれども、代執行がなくても自ら判断ができれば取り消すということか。」
知事「私が考えているのと、別なことを言っているのか。（私が考えているのと）同じ話だったら、そうだ。」

完全に翁長知事ペースである。

第10回目の判決へ従うことの確認。

国側「取り消し処分を取り消せという裁判所からの判決が出た場合に、それに従ってあなたが取り消すということもあれば、もしそれをしない場合には国が代執行できるという規定になっている。ここは、いかがということだ。」

知事「判決通り、（承認取り消しを）取り消す。」

第11回目の司法判断へ従うとの確認。

国側「双方どちらかが不満な場合に上訴して、最高裁で最終的に決定するという事もあると思う。最終判断が確定した司法判断にはあなたは従うということによろしいか。」

知事「はい。」

知事尋問において、県知事に対して11回に渡って、判決、司法判断に従うかと尋問され、従うと陳述することができるのは、言霊の日本社会では難儀なことであろう。しかし、沖縄県知事は、見下されているのを知りながら、ときには余裕をもって「従う」と答えているのである。法治主義の下では、行政に長としては当然のことでもある。なお、翁長知事本人の陳述でもあるが、本尋問における「沖縄の敵」のところで「何しろ、ある意味で二重人格を強いられてきた」という言葉が示唆的であ

る。

ところで、国側は、「司法に従う」という11回にも及ぶ翁長知事の証言の情性に期待して、「司法の判断に従うことで、その後の基地建設が阻止できないということはいいか」と尋問するが、それは、変更承認申請を承認することを含意している。翁長知事が「はい。」という危険性を察した裁判長が「質問の趣旨がちょっと」と竿をさしている。国は、つぎのように言い換えることになる。

国側「他の採り得る手段の認識について。変更承認申請をした場合に、それについては要件に従って判断するということでよろしいか。」

知事「はい。」

この知事の「はい」は司法判断に従うのではなく「要件に従って判断」ということである。これは変更承認申請の承認の原処分であるが、沖縄県の取消処分の要件を欠いている要件判断とは違うことに注意すべきである。国側は、翁長知事の両者の混同を目論んでいた可能性もある。そのために、わざわざ「それについては要件に従って判断するということがよろしいか」と念を押しているかもしれない。この問題は、つぎの第3関門である。もし、翁長知事が、仲井真前知事の承認が要件を欠いているのではなく、翁長知事自身が「要件の充足を欠いている」ことを理由に取消処分をしたと証言すれば、それで、この裁判は終わりである。

5 第3関門：翁長沖縄県知事の本件取消処分は「沖縄県取消権説」に基づくものか

第3関門は、違法状態の是正という既成法秩序の維持・保障の職権取消権が、沖縄県の「沖縄県取消権説」では、既成法秩序の変革を内在・志向するものであり、この「沖縄県取消権説」に基づく翁長沖縄県知事の「本件取消処分は司法判断になじまない」とすることのための主張立

証である。翁長沖繩知事にとって第3 関門が最大の関門となる。翁長沖繩県知事が生き延びるためには、沖繩県弁護団の法律構成の基軸である「沖繩県取消権説」を全面的・原理的に否定しなければならないからである。翁長沖繩県知事の自己否定であり、一般的には、ありえないことなので、この第3 関門の本丸を突破つまり主張立証に成功すると、国側は、99.99%の勝訴と見込んで、知事尋問に臨むことになる。

国側は翁長沖繩県知事に対して、以下にみるように裁判長も含めて同じ質問を4回も繰り返している。この質問は、前述の沖繩県の法律構成の基軸である「被告は、公有水面埋立法上、埋立承認処分権限を有しているから、既になされている埋立承認処分の違法性（要件充足性）を判断し、取消権を行使できるのである。」（被告第10準備書面12頁・13頁）を、確認しているに過ぎない。しかし、この質問は「本件取消処分が司法判断になじまない」と判断するための国側の主張立証の核心をなすものである。だから、裁判長も含めて国は、同じ質問を、しかも沖繩県の弁護団の「沖繩県取消権説」と同じ内容の質問を、4回もしているのである。もし、翁長沖繩県知事が、もし「その通りです」と答えると、この裁判は、沖繩県の完敗で、終了していたのである。そして、最高裁でも、その判断を覆すことは困難である。最高裁判所は、既成法秩序維持の司法の最後の砦であるからである。以下、裁判史上、歴史的な2016年2月15日代執行訴訟第4回口頭弁論における知事尋問をみてみよう。

(1) 第1回目の尋問：「あなたの知事という立場でもう一度見てみると、国が行った承認の申請は要件を満たしていないと考えるか」

国側は、第2 関門の司法判断（判決）へ従うとの証言で、裁判官の心証形成に成功したとは言えない中途半端な結果と考えたのであろう。ついに、本丸に迫ることになる。「別のことを聞く。」として、つぎのように質問の趣旨を述べる。

国側「今回承認取り消し判断をするに当たり、どういうスタンスで臨んだか。第三者委員会が検証し、県の意見を聞き、さらには弁護士の意見を聞き知事が判断した。そのスタンスを聞きたい。あなたの知事という立場でもう一度見てみると、国が行った承認の申請は要件を満たしていないと考えるか。」

翁長知事が長く答える。質問の趣旨が理解できなかったのか、それとも理解したうえで、はぐらかしたのかは不明である。国側および裁判長にとっては、本裁判の最高の山場である。翁長知事のこれまでの言動から自分が判断したと証言することは間違いないと考えていたに違いない。なぜなら、沖縄県の弁護団の埋立法の趣旨の捉え方の本質的要素だからである。したがって、依頼人である沖縄県知事は、堂々と、「そうだ」というはずである。そして、その時点で、この裁判は終わりである。知事は答える。

知事「(昨年)7月16日に法律的に瑕疵があると報告書がでてきて。集中協議で話し合いをやろうという話があったので、これは望むところなので、1ヶ月間の工事停止、取り消しをしないという話し合いした。

ところが、5回の会談の中で、(政府から)発言らしい発言はなかった。最後に『工事は続行します』と。これはいくらなんでも0.6%の面積にこれだけ70年間も基地を預かってきて、これからも国有地として、また100年も200年も使おうとしている。そういったものをやろうとしている政府がそんな風に物事を考えているのは。」

この証言の内容の真剣さからみると、国側の質問の、前半の「どういうスタンスで臨んだか」、「そのスタンスを聞きたい」という前振りに反応して、質問の本質である、後半部は、弁護士の領域で、知事の証言としては、あまり意味がないと考えたと思えられる。しかし、裁判長にとっては、後半の部分が全てである。知事の答えに、拍子抜けしたが、裁判

長にとっても、知事の同意の証言があれば、最高裁判所でも、ひっくりかえされることは全くないので、気を取り直して、本質部分を明快に、つぎのように、裁判長自ら質問するのである。第1回目の国側の質問内容と全く同じである。これは、裁判長、自ら同じ質問をすれば、すぐに、質問に同意すると考えたのであろう。裁判長自ら、第2回目の、国と同じ質問をする。裁判長の驚愕の表れであると思われる。

(2) 第2回目の尋問：「この埋め立て承認について、所定の法定の要件を欠いていると今、思っているかということ」

裁判長「あなたが聞かれたのは、この埋め立て承認について、所定の法定の要件を欠いていると今、思っているかということ。」

この質問は、巧妙である。仲井真前知事の「承認した」ではなく、「この埋め立て承認について」と一般化し、判断する主体を、「今、思っているか」として、翁長知事自身の判断を含意している。「はい」答えると、第1回目の国側の質問に答えたのと同じになる。「あなたの知事という立場でもう一度見てみると、国が行った承認の申請は要件を満たしていないと考えるか」である。この質問は、裁判長は明らかに、翁長知事の証言で、国を勝訴させても、最高裁でどうなるかを判断して、あまりにも明確な職権取消権の発生根拠の意図的な間違いで、判断したかったのである。裁判長は、国側の勝訴の心証形成であるが、決定打がほしかったのである。翁長知事、答える。

知事「埋立て承認・・・」

翁長知事は、裁判長が一般化したために、その質問の趣旨が判明しない。「埋立て承認・・・」となるのである。裁判長の質問の失敗である。この段階から、翁長知事は、この質問の重大性に気付き始めたと思われる。第1回目の質問に対して、十分な説得力ある答えと思っていたからである。翁長知事が第1回、第2回に裁判長の質問の意味を正確に理解

していないとみて、国側が第3回目の同じ質問をする。

- (3) 第3回目の尋問：「埋立て承認を取り消された。今の知事の中から見て、あの申請書を見てみると、要件を欠いているというそういう判断か」

国側「今、あなたが答えたのは決断したのはなぜかというところ。聞きたいのは、埋立て承認を取り消された。今の知事の中から見て、あの申請書を見てみると、要件を欠いているというそういう判断か。」

国は、丁寧にも、国の第1回の質問に対する答えは、「今、あなたが答えたのは決断したのはなぜかというところ」と位置づけたのである。知事の証言の意味は、「なぜ決断したのか」が重要である。そうすると「要件を欠いている」判断は仲井真知事の埋立て承認でしかない。承認を取り消しできるかどうか「仲井真知事の承認に瑕疵があるかどうか」であったからである。翁長知事は、質問の意味がわかって、即座に喜んで答える。

知事「法的な瑕疵があったということだ。はい。」

国側、裁判長にとっては、「はい」はほしかった答えであるが、その前に「法的瑕疵があったということだ」と述べている。国、裁判長がほしい答えは、翁長知事自身が今、要件を欠いている、つまり法的瑕疵があると認識して取り消したかである。職権取消権は「法的瑕疵があった」場合である。つまり、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る」(宇賀克也『行政法概説I [第5版]』358頁)。翁長知事は「はい」と答えたものの、国側、裁判長の主張立証目的の達成とはならない。そこで、「はい」を手がかりに、さらに第4回目の同じ質問になるのである。質問内容が全く同じ質問を4回も、である。沖縄県の法律構成の基軸、中心

である。「想像を絶する」翁長知事の証言である。国側は、最後の質問だと自覚して、丁寧に、より正確に質問する。

(4) 第4回目の尋問：「前知事はああいう判断をしたが、あなたが今置かれている立場からすると要件を満たしていないという判断」

国側「仲井真知事の判断としては要件を満たしていたとして、承認をした。あなたの立場で、もう一度見てみると、その要件は満たしていないと。前知事はああいう判断をしたが、あなたが今置かれている立場からすると要件を満たしていないという判断。」

国側および裁判長は、翁長知事に「要件を満たしている」かの判断権があることを前提に質問してきている。なぜなら、沖縄県は職権取消権の法律構成を「被告（翁長知事）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、既になされている埋立承認処分の違法性（要件充足性）を判断し、取消権を行使できるのである。」（被告第10準備書面12頁・13頁）。翁長知事が「要件充足性」を判断し、要件を欠いていると判断すれば、取消権を行使できるのである。沖縄県の見解では、仲井真知事が承認した「要件充足性」判断を、今、翁長知事が判断できるのである。なぜか、「都道府県知事に承認権限を与えているのは、公有水面埋立ては、当該地域に重大なインパクト、深刻な不利益を与える可能性があることから、公有水面埋立法第4条第1項第1号は、不適正・不合理な公有水面埋立てによって、当該地方公共団体の利益が侵害される場合は都道府県知事が公有水面埋立てを承認しないという権限を付与することで、不適正・不合理な公有水面埋立てによって当該地方公共団体の利益が侵害されないという利益を保護しているのである。」（被告第1準備書面13頁）。翁長知事は、国側、裁判長の願いに反して、つぎのように答えるのである。

知事「私は新しい民意の中で、行政的な瑕疵があると、それについて取り消しの権限は持っていると思っている。」

翁長知事にとっては、沖縄県の「沖縄県取消権説」とは違って、所定の要件充足性判断は仲井真前知事がもっているのものであって、そして、その判断の違法性（法的瑕疵）が認められる場合に、翁長知事に取消権があると思っていないから、国側の質問が、その取消権限がない質問と思って、仲井真前知事の「行政的な瑕疵」を前提として、自分は、選挙で選ばれた「私は新しい民意の中で」、仲井真前知事の法的瑕疵ある承認「について取り消しの権限は持っていると思っている」と証言するのである。全く、沖縄県の見解に原理的に反し、逆に、国側、裁判長側の職権取消権の発生根拠と同じことの証言になってしまったのである。そこで、国は、気を取り直して、取消権は簡単にできないという主張に論点を移す。

国側「今回、国の方で『取り消しは簡単にできないものだ』と主張しているのは知っているか。訴状で知っているか。」

国は、翁長知事の証言が、あまりにも沖縄県の弁護団の見解と違うため、お互い議論しているかの確認に入ったのである。知事は答える。

知事「言っている意味がよく分からない。」

国は、嘯いていると思って、再度、確認する。

国側「行政処分を取り消すことは簡単にはできないものだという最高裁の判決を挙げて主張している。それを知っているか。」

翁長知事は、どのような趣旨の質問かよく分からない。そこで、その質問の趣旨の説明を求める。もし、知っていて、その質問の意図を見抜こうと思って、次のように答えたとしたら、明晰な思考力の持ち主であ

ろう。

知事「もう少し詳しく話ししないと・・・」

国は、あきれてか諦めてか、苛立ってか、つぎのように質問する。

国側「承認の取り消しを判断される際に、行政処分を取り消しはそんな簡単にできるものじゃないんだと議論した記憶はあるか。」

もうこの国側の質問は法的には全く意味をもたない。この意味を見抜いてか、翁長知事は、職権取消権の本質を捉えて答える。

知事「議論もさることながら、行政の安定もあると思うが、一方で硬直化という問題もでてくる。間違いがあるものはただすということだ。」

「間違いがあるものはただすということだ」。これが、職権取消権の本質である。翁長沖縄県知事の見事な締め言葉である。思わず、国もつぎように、再度、述べて、翁長沖縄県知事に兜を脱ぐのである。

国「間違いがあればただすと。こういう判断したということ。」

これまで、第4回の口頭弁論を開き、あと第5回の口頭弁論を残すだけの裁判となった。知事尋問で、しかも沖縄県の法律構成の中心で、国も、裁判長も完勝して、最高裁判所も認めざるを得ず、さらに、憎き、翁長沖縄県知事を感じなきまで叩きのめそうと考えていた日本政府の安倍首相、菅官房長官の目論見は、翁長沖縄県知事一人の力によって叩きのめされたのである。日本の超一流で第一線の政府の法律家に翁長沖縄県知事は完勝したのである。沖縄県民は、このような知事をもって誇らしいことであろう。

6 第4 関門：沖縄の「敵」は日本（政府）か

最後に、第4 関門に、翁長沖縄県知事は、沖縄の「敵」がおり、その「敵」は、日本国であること含意しているとして、外国での日本政府批判を踏まえた、日本国家を批判する翁長沖縄県知事の「本取消処分は司法判断になじまない」とする主張立証である。

もし翁長沖縄県知事の沖縄の「敵」が日本（政府）であれば、翁長知事の本件取消処分を司法が保護する必要はない。日本（政府）の「敵」を日本の司法が保護する必要はないからである。国は、第1 関門の本件取消処分は政治手法の一つとする主張立証に失敗、第2 関門の翁長沖縄県知事の司法判断への服従度の低さの主張立証に失敗。そして、第3 関門で、完勝するはずであった、沖縄県の職権取消権の発生根拠である「沖縄県取消権説」に基づいて本件取消処分をしたことの主張立証の「想像を絶する」知事の証言により完敗である。国の体制レベルの「本件取消処分は司法判断になじまない」との判断を求めるといふ訴訟戦略は失敗した。日本を「敵」とする反政府の政治手法の一つとしての本件取消処分の主張立証の沖縄の「敵」論は、もはや説得力はない。しかし国は、予定通り主張立証する。

国側「陳述書でやや気になる言葉があった。答えられなかったら構わないが、2 頁で沖縄の状況を書いていて、『保守は革新の敵ではなく、革新は保守の敵ではない。敵は別のところにいるのではないか』というところ。少し気になった。」

知事「敵という言葉が正しかったかは分からないが。県民の思うような形で動くことのできない仕組みを『敵』と表現した。何しろ、ある意味で二重人格を強いられてきた。それがやっと一つになれるような部分がある中で。あの当時、白黒闘争をしてきて、私たちは二つに分かれてけんかさせられて。なんで自分で持ってきたわけではない基地を挟んで、

県民が殴り合いをするような。それを何か上から見ているのではないか。それをけんかするものが、仕組みとして、つくられているのではないか。こういうものを全体として言った。」

国側「抽象的な仕組みを指した。具体的な人や組織をさしているわけではない。」

知事「動きようのない仕組み、構造的なものを指した。」

沖縄の歴史をみつめ、沖縄の地で生きる一人ひとりの思いと暮らしを見つめる心である。

7 小結

国側は、翁長沖縄県知事の「本件取消処分は司法判断になじまない」との判断を求める訴訟戦略を立てた。その主張立証のために、第1 関門として、本件承認処分は政治的手法の一つであるか、第2 関門は、翁長沖縄県知事は、社会的・政治的紛争の最終的判断である司法判断（判決）に対する服従度がどうか。第3 関門は、既成法秩序の変革を内在・志向している「沖縄県取消権説」に基づいて本件取消処分をしたのか、第4 関門は、翁長沖縄県知事のいう沖縄の「敵」はどのようなものか、の4 関門（主張立証）を設定した。

この訴訟戦略により、国側は、99.99%の勝訴を見込んでいたが、代執行訴訟4 回口頭弁論の知事尋問において、翁長沖縄県知事の「想像を絶する」証言により沖縄県の敗訴が回避されることになった。

第1 の関門では、本件取消処分は辺野古新基地建設阻止の政治的手段ではないという証言である。職権取消しは本件承認処分の違法性を是正するためにしたものであるという証言である。

第2 の関門は、司法判断への服従度で、本件承認処分は辺野古埋立ての阻止のためのあらゆる手段の一つにすぎないのかである。司法判断は政治的紛争の最終的な紛争解決である。その司法判断が政治的解決の手

段とされると、司法の存在根拠の否定であり、しかも、職権取消権が行政処分の違法性の是正のために発生するものであるから、行政の適法性判断をするのが独立した裁判所であるからである。翁長沖縄県知事は、少なくとも11回も「従う」の証言をするのである。

第3 関門は、職権取消権の発生根拠に関して、沖縄県の主張する発生根拠の「沖縄県取消権説」を4回も確認する。一回目「あなたの知事という立場でもう一度見てみると、国が行った承認の申請は要件を満たしていないと考えるか」、2 回目は裁判長「あなたが聞かれたのは、この埋め立て承認について、所定の法定の要件を欠いていると今、思っているか」、3 回目「今の知事のみから見て、あの申請書を見てみると、要件を欠いているというそういう判断か」、4 回目「前知事はああいう判断をしたが、あなたが今置かれている立場からすると要件を満たしていないという判断」である。共通しているのは、法定の要件は同じであるが、判断者が翁長現知事、判断時期が、今（取消処分時・原処分後）である。つまり、取消処分者が、取消処分時（原処分後）に、所定の法定の要件の充足性を判断するのである。職権取消権は、原処分による違法状態の是正のために発生するので、沖縄県の、今の現知事の、要件を欠いている判断では全く発生しないのである。

翁長沖縄県知事は、沖縄県の見解には従わず、つまり、国側、裁判長の確認に、応じず、最後は、「間違いがあるものはただすということだ」と断言して前知事の埋め立て承認の違法性を理由に取り消したことを証言して、翁長沖縄県知事は沖縄県の敗訴を回避したのである。もし、翁長沖縄県知事が、4回に渡る同じ質問に「そうだ」と証言があった場合には、最高裁でも、敗訴することになっていた。沖縄県は翁長知事の証言により敗訴を回避したのである。国側、裁判長ともに、啞然とし、呆然自失となったことが想定される。99.99%の勝訴の可能性が露と消えたからである。

第4 関門は、沖縄の「敵」は、日本（政府）か。その「敵」は、「動きようのない仕組み、構造的なものを指した」ものである。頭にある敵は罰することはできない。

第7節 小括

職権取消処分の法的性質に関して、取消権原則説と取消権制限説の対立がある。取消権原則説は、受益的処分（本件承認処分）の違法性により原則として取消権は発生するとする見解であり、取消権制限説は受益的処分の違法性とは区別され、取消権は極めて例外的な場合に限り発生するという見解である。

取消権原則説では、「本件取消処分の違法性」の請求原因として、「受益的処分の違法性」が基本となる。なぜなら、「受益的処分の違法性」により、原則として取消権が発生し、例外的に、受益的処分後に判明・発生した事実を「受益的処分の違法性」判断の判断要素に含めて根拠法規の目的・趣旨である「公共の福祉（公共性）」に照らして（評価基準）判断される。つまり、取消権原則説においては、「取消処分の違法性」は「受益的処分の違法性」の判断枠組みと基本的に同じであり、受益処分後に判明・発生した事実も含めて根拠法規の目的・趣旨の「公共の福祉」に照らして判断される（受益的処分の実質的違法性判断）という違いである。法治主義が原則の要請である。

これに対して、取消権制限説は、理論的には、「職権取消処分の違法性」と「受益的処分の違法性」は区別され、「職権取消処分の違法性」として、主位的請求原因として「取消権制限の判例法理」、予備的請求原因として「受益的処分の適法性」として法律構成されるのである。ただ、内容的にみると、国の取消権制限説つまり「取消権制限の判例法理」も、「取消権原則説」と同じようである。本稿は、取消権原則説の立場から、「本件取消処分の違法性」の判断枠組みを考察しているので、「本件承認処分

違法性」の判断枠組みと基本的の同じという見解である。この取消権原則説は判例理論によるものである。

判例理論とは、「自らその違法または不当を認めて、(一)受益的処分の取消処分によって生ずる不利益と、(二)取消処分をしないことによってかかる受益的処分に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、および(三)受益的処分後に判明・発生した事実を含めて、(四)公共に福祉の要請に照らして比較考量して受益的処分の違法性判断が著しく不当であると認められるときに限り、取消処分を取り消すことができる」とする理論である。

そして、本件承認処分後に発生した事実は、国が埋立事業費に投入した「莫大な経済的不利益」である。なぜなら、本件承認処分から今日まで、国の投入した埋立て関連事業費を投入した「莫大な経済的不利益」は契約金額で明示した約1462億円、既に投じた473億円の投入事業費が無駄になるということである。この「莫大な経済的不利益」に沖縄県がどう対抗するかが、裁判の帰趨を決めることになる。沖縄県の対抗策は次の3点である。

まず、第1に、この「莫大な経済的不利益」は判断要素とすべきではないとする法律構成である。なぜなら、国は、その莫大な、事業費を投入する法的根拠となった前知事の埋立て承認過程に違法・不当に関与したのであり、信義則の要請により、判断要素とすることはできない。国は、沖縄本島の米軍基地の過重負担の歴史的現実を踏まえると、「地域経済向上の公共性」また「米軍基地の公共性」に照らすと、沖縄本島の米軍基地自体の整理縮小すべき立場にあるからである。

第2に、国の「莫大な経済的不利益」の主張立証に対して、沖縄県は、米軍基地の過重負担の歴史的現実による「膨大な経済的不利益」で対抗する。沖縄県(民)は8地区の米軍用地面積13.7km²で年間1兆769億円も「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

いるからである。それを、沖縄本島の米軍用地面積221km²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「想像を絶する」膨大な「経済効果の喪失」、「機会費用」は、自由主義経済の原動力である土地所有権が広大な米軍基地の土地利用に固定化されていることによる。すなわち、基地によって沖縄は膨大な「機会費用」ないし「機会喪失」を被り、「基地が沖縄に寄生」している。いわば、基地は自由主義経済を構造的に阻害しているのであり、埋立法の趣旨である「地域経済の向上」に著しく反するのである。つまり、国の主張する「莫大な経済的不利益」は、沖縄県の「膨大な経済益不利益」で相殺されるばかりでなく、国の主張する「地域経済向上の公共性」の価値の実現を積極的に阻害しているのである。

第3に、辺野古沿岸域を埋立てによる辺野古地域の「観光リゾート地」として地域形成上喪失する沖縄県の「想像を絶する」「経済不利益」が逆に言えば、辺野古沿岸域、辺野古崎の自然海浜、キャンプ・シュワブ（約20km²）の三位一体による「辺野古リゾート地」の「地域形成計画」は「地域経済の向上」そのものである。なぜなら、沖縄県の「地域経済の向上」の原動力となり将来性があるのが沖縄の観光産業だからである。2・15知事尋問における沖縄県知事の証言は、「辺野古リゾート地」の地域形成計画の主張立証を含意している。

国の「地域経済の向上」の観点からの「莫大な経済的不利益」は「辺野古リゾート地」の「地域形成計画」の下では、比較の対象とすらならないのである。

第5章 本件承認処分の違法性

第1節 総説

国による本件取消処分の取り消しを求める「代執行訴訟」と沖縄県の国土交通相の執行停止決定の取り消しを求める「抗告訴訟」、そして、国地方係争処理委員会の却下に対する不服の訴えの「係争委却下不服訴訟」の3件の訴訟が進行している。

これらの訴訟の基点となるのが「本件承認処分の違法性」である。訴訟の対象となっている本件取消処分の理由であるからである。特に、国は、「代執行訴訟」において、「本件取消処分の違法性」の請求原因として「取消権制限の判例法理」とともに「本件承認処分に違法性（違法な瑕疵）がないこと」を法律構成している。本章で考察するのは、「本件承認処分の違法性」である。

1 公有水面の埋立て承認基準

本件埋立ての承認（免許）基準は、公有水面埋立法（埋立法）4条1項1号～6号（法42条3項で承認に準用）に規定されている。その内、1号要件は、埋立てが「国土利用上適正かつ合理的なること」（「適正かつ合理性」基準）、2号要件は「その埋立が環境保全および災害防止について十分配慮されたものであること」（「環境保全配慮」基準）、3号要件は「埋立地の用途が土地利用又は環境保全に関する国または地方公共団体（港務局を含む）の法律に基づく計画に違背しないこと」（「埋立地用途の土地利用計画等適合」基準）である。

本件承認処分の違法性は、1号要件の「適正かつ合理性」基準の不適合、2号要件の「環境保全配慮」基準の不適合判断である。なお、後述するように、第三者委員会検証報告書（以下、第三者報告書とする。）は、3号要件の「埋立地用途の土地利用計画等適合性」基準も不適合とする。

2 「国土利用上適正かつ合理的なるか」の裁量的判断の違法性判断枠組

1号要件の「国土利用上適正かつ合理的なること」は規範的要件であるので、その適合性判断は裁量的判断となり、その裁量的判断は裁量権の範囲を逸脱し又はその濫用の場合に限り違法性（違法な瑕疵）を帯びることになる。このような裁量処的判断の違法性判断は、諸事情の法益衡量によるが、その判断（裁量）過程の司法審査は、「判断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て著しく妥当性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として違法となるとすべきとし、その処分は取り消すことができる」（最判平成18年11月2日）。

したがって、裁量的判断の違法性判断は「判断過程において考慮すべき事情」つまり判断要素に何を構成するかが肝要となる。つまり、本件承認処分の違法性の判断基準となる埋立て承認基準の「国土利用上適正かつ合理的なるか」の判断要素に何を組み込むかである。この判断要素に組み込む基準は、まず、埋立法の趣旨の「地域経済の向上」である。そして、「地域経済の向上」は、「埋立地の用途」による土地所有権の制限法である埋立法の場面で、その土地所有権の制限原理内包し、「地域経済向上の公共性」となる。この「地域経済向上の公共性」が、1号要件の評価基準となるのである。「地域経済向上の公共性」に照らして1号要件の判断要素が構成される。裁量処分（裁量的判断）は、この判断要素の比較衡量による総合的判断となるので、「地域経済向上の公共性」を積極的に根拠づける「評価根拠事由」と、その消極的、否定的な「評価障害事由」の諸要素の比較衡量の総合的な判断となる。

3 原告・国の本件承認処分の違法性判断枠組

国は、一般的に「国土利用上適正かつ合理的なること」の裁量的判断を、「(1)埋立対象とされる水面部分についての埋立ての必要性及び公共性、

(2)当該埋立自体及び(3)埋立て後の土地利用が周囲の地域社会や自然環境等に及ぼす影響などの(4)諸事情を比較衡量した上で、(5)技術的、政策的見地から総合的に判断するもの（(1)～(5)筆者挿入）」（原告第1準備書面13頁）とする。

この判断枠組みで、(1)が評価根拠事由であり、(2)が評価障害事由である。そして、本件承認処分場面では、本件「埋立地の用途」が「米軍基地」であることにより、土地所有権の制限原理が「事業の公共性」としての「米軍基地の公共性」も重畳して、つぎのような判断枠組みが構成される。

本件においては、(1)当該埋立ての必要性及び公共性の高さ（評価根拠事由）として、①普天間飛行場の周辺住民等の生命・身体に対する具体的な危険を除去するために本件埋立事業を実施する必要性が極めて高く、②宜野湾市の経済発展のために本件埋立事業を実施する必要性、③日米間及び国際社会における我が国の信頼関係を維持する公益性の大きさ、④沖縄県の負担を軽減する公益の大きさ、⑤安全保障の見地から抑止力の維持を図る公益の大きさが認められる。

「地域経済向上の公共性」の評価根拠事由は、②と④、「米軍基地の公共性」の評価根拠事由は、①、③および⑤である。

他方、(2)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（評価障害事由）としては、⑥本件代替施設等は周辺住民の騒音被害について十分配慮した設計となっており、普天間飛行場の周辺住民のそれと比して、格段に低い。また、⑦その他の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については、保全措置が講じられて、影響や不利益自体が小さい。

⑥は「米軍基地の公共性」の評価障害事由で、①の評価根拠事由に対抗するものである。

⑦は「地域経済向上の公共性」の評価障害事由、「米軍基地の公共性」

の評価障害事由を含んでいるが、国としては、積極的に主張立証する必要もないし責任もないが、相手の反論に対応したものとなる。逆に、沖縄県が、評価障害事由として主張立証すべきであるが、沖縄県は「地域経済向上の公共性」を評価基準としないため、国の主張失当を主張するにとどまる。しかし、2・15知事尋問において、翁長沖縄県知事は「米軍基地は経済発展の最大の障害要因」との証言で十分な反論となる。

結論として、「以上の諸事情を総合考慮すると、本件埋立事業に付き、『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、これに適合するとした判断について、重要な事実の基礎を欠くとか、その判断内容が社会通念照らして著しく妥当性を欠くと認める余地はなく、違法な瑕疵はない」（訴状69頁）。

本稿は、(2)評価障害事由に、「沖縄における米軍基地の過重負担の歴史的現実」を法律構成すべきとする主張である。

本章は、1号要件の評価基準である「地域経済向上の公共性」に照らして、本件承認処分の違法性判断の帰趨を決すると思われる判断要素を考察する。「地域経済向上の公共性」を評価基準による評価根拠事由として、第1に、②「(1)宜野湾市の経済発展のために(2)本件埋立事業を実施する必要性 ((1)(2)筆者挿入)」、第2に「④沖縄県の負担を軽減する公益の大きさ」である。

4 「宜野湾市の経済発展のために本件埋立事業を実施する必要性」

まず、国の、第1の評価根拠事由は、「(1)宜野湾市の経済発展のために」と「(2)本件埋立事業を実施する必要性」に区別できる。米軍普天間飛行場の返還の必要性に関して、世界一危険な飛行場の「危険性の除去」に加えて、「(1)宜野湾市の経済発展のため」が登場したことになる。「危険性の除去」という生活障害要因だけでなく逆に「経済発展のため」という。辺野古移設が「経済発展のため」であるので、宜野湾市民にとっては、

辺野古移設は積極的に賛成すべきことになる。「危険性の除去」だと辺野古地域への「危険性」の移転で、辺野古住民の犠牲3746億円も拡大するというのである。これまで、我慢してきたので、もういいのではないかととなる。この機能をもつのが「(1)宜野湾市の経済発展のために」と「(2)本件埋立事業を実施する必要性」の裁判上の主張立証である。

本章は、この年間3746億円も拡大するという経済効果は、「地域経済向上の公共性」に照らして、辺野古移設の積極的根拠となるか、を考察するものである。本稿の結論は、米軍基地の過重負担を整理縮小すべき責務ある政府が主張することは信義則上認められない。なぜなら、年間3746億円の経済効果の拡大は普天間飛行場（4.8km²）の跡地利用の経済効果であるから、現実の「米軍基地」の存在は、その経済効果の拡大を阻害していることを意味するのであり、この、1972年からの経済効果の阻害者である国であるからであり、しかも、経済効果の阻害要因である「米軍基地」を同じ沖縄本島内に移設するというからである。

翁長沖縄県知事は、2・15知事尋問において、「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」だと証言したのである。知事が、この「米軍基地は経済発展の最大の阻害要因」とした根拠は「新都心地区」（2.15km²）での米軍基地返還の跡地利用の経済効果で、軍用地料52億円が返還後の経済効果は1634億円で約32、33倍になっている経済効果である。国は、同様に、沖縄県の推計を米軍普天間飛行場跡地利用の経済効果を自己の主張立証の根拠としているので、「米軍基地返還跡地利用の経済効果」は原告・被告の認めた証拠ということになる。

さらに、重要なことは、国が、「沖縄県の米軍基地の過重負担歴史的現実」を本件承認処分違法性の判断要素とすることを認めて（自白）しているということである。なぜなら、米軍普天間飛行場は「沖縄本島の米軍基地の過重負担の歴史的現実」の象徴的な米軍基地であるとともに、

さらに、土地所有権が米軍基地に固定化されることによる「機会費用」、「経済効果」を国主張の「宜野湾市の経済発展」の立証としているからである。

このような「機会費用」、「経済効果」を、国は、宜野湾市の「経済発展」の論拠としているのに対して、代執行訴訟第4回口頭弁論の2・15知事尋問における翁長沖縄県知事の証言は、この跡地利用の「経済効果」を「米軍基地は経済発展の最大の阻害要因」の「証拠」としているので、「経済効果の喪失」、「機会費用」を被る「膨大な経済的不利益」を意味する。本件の約3746億円という「莫大な経済的不利益」は、理論的には、自由主義経済の原動力である土地所有権が米軍普天間飛行場（4.8km²）を土地利用に固定化することによるものである。

したがって、移設先の辺野古沿岸域に「米軍辺野古飛行場」建設のために辺野古沿岸域を埋立ててキャンプ・シュワブ（20.6km²）の一部として「米軍辺野古飛行場」基地を建設することは、キャンプ・シュワブを固定化することであり、「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」とはいえない。なぜなら、この「辺野古地域」は東海岸に残された屈指の「リゾート地」として「日本国で有数の観光産業として伸びている」（2・15知事尋問における翁長知事証言）沖縄県の「経済自立」の切り札となるからである。

5 「沖縄県の負担を軽減する公益の大きさ」

第2に、国の「地域経済向上の公共性」の評価根拠事由は、「④沖縄県の負担を軽減する公益の大きさ」である。

この沖縄県の負担軽減の公益の大きさの内容は、普天間飛行場（4.8km²）の辺野古移設（1.6km²）を「公益」性の評価の「基準」に、国は、以下の4点を指摘している。第1点に、その規模は現在の半分以下に縮小されること（4.8km²から1.6km²）、第2点に、第1点の結果、沖縄県全体か

らみた負担の軽減も図られること、第3点に、既設キャンプ・シュワブ及びその周辺で、沖縄県に新たな施設及び区域の土地提供を求めるものでもないこと、第4点に、日米安全保障協議委員会における合意により、早期に、しかも確実に沖縄県の負担を軽減することができることである(訴状66頁)。

この評価根拠事由は、「米軍基地の公共性」ではなく「地域経済向上の公共性」を評価基準とするものである。この「公益の大きさ」の評価はつぎの2点で問題である。

まず、第1の問題は、軽減か否かの基準は現実存在する移設元の当該米軍基地(普天間飛行場4.8km²)を「公益性」の評価の「基準」としている。現実存在する米軍基地の「過重負担」(沖縄本島に221km²の米軍基地)を評価の「基準」とすれば、「軽減する公益の大きさ」とは評価されないからである。つまり、221km²からの軽減ではなく、4.8km²から1.6km²への軽減である。その評価の「基準」だと、前記の、第1点の、その規模は現在の半分以下に縮小されること(4.8km²から1.6km²)、第2点の、第1点の結果、沖縄県全体からみた負担の軽減も図られること、の評価・判断となる。しかし、この判断は「判断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て著しく妥当性欠くもの」で違法性を帯びる。沖縄の米軍基地の過重負担の歴史的現実を、負担軽減の評価の「基準」にすべきである。

第2の問題は、第3点の、既設キャンプ・シュワブ及びその周辺で、沖縄県に新たな施設及び区域の土地提供を求めるものでもないことだから、負担過重ではなく、第1の問題を踏まえて負担軽減となるとする「評価」である。この点は、重要な点で、耐用年数約200年の「米軍辺野古飛行場」の建設により、キャンプ・シュワブが固定化されることになる。なぜなら、キャンプ・シュワブの構成部分として「米軍辺野古飛行場」は建設されるからである。辺野古地域が東海岸に残された屈指の「リゾー

ト地」の可能性を奪うことになる。辺野古沿岸域、辺野古崎の自然海浜、およびキャンプ・シュワブの広大な跡地利用の三位一体の「リゾート地」の地域形成計画が設定できず、沖縄観光の「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」とは到底言えない。

このような国に対する批判的な見解は、跡地利用の経済効果を米軍基地の過重負担の内容（「地域経済向上の阻害要因」）として構成し、「地域経済向上の公共性」の評価障害事由として法律構成するものである。

6 「米軍基地の過重負担」を判断要素とする法的根拠

このような国の、本件埋立てを、「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」、「沖縄県の軽減負担」を法律構成に対しては、沖縄県は、2・15知事尋問での翁長知事証言の「米軍基地は経済発展の最大の阻害要因」により評価障害事由として、基本的に対立しているように見える。

しかしながら、沖縄の米軍基地の過重負担の象徴として「米軍普天間飛行場」を本件埋立て承認の判断要素とすることを前提としており、したがって、「米軍辺野古飛行場」以外の沖縄本島の米軍基地であり、米軍基地の過重負担が埋立て承認基準の「国土利用上適正かつ合理的なること」の判断要素となることを前提としているのである。さらに、国は、土地所有権が米軍基地に固定化されることによる「機会費用」、「経済効果」を国主張の「宜野湾市の経済発展」の立証としている。このことは、「沖縄本島の米軍基地の過重負担の歴史的現実」を本件承認処分の違法性の判断要素とすることを含意しているのである。

つまり、「国土利用上適正かつ合理的なること」の裁量的判断において、沖縄の米軍基地の過重負担の歴史的現実を判断要素とする法的根拠に、原告・国が、判断要素とする法律構成をしていることを加えることができるように見える。しかし、第1の法的根拠であった、国が、埋立法の

趣旨を「国土の開発その他国民経済の向上」即地的に「地域経済の向上」としたことの必然的な理論構成で、この第1の根拠に内包されるものである。したがって、第2の、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、米軍基地に供する使用又は収用認定に際して、「沖縄県に駐留軍の基地が集中していることによって生じているとされる種々の問題」として判断要素としたことと2点ということになる。つまり、米軍基地の過重負担の歴史的現実を1号要件の判断要素とすることは、解釈上、確立したものである。

7 本章の構成

そこで、まず、「国土利用上適正かつ合理的なること」の解釈（第2節）、つぎに、国の主張立証する「宜野湾市の経済発展のために本件埋立事業を実施する必要性」の検討（第3節）、さらに、「米軍基地の過重負担の一環としての米軍普天間飛行場」を検討する（第4節）。そして、埋立法の趣旨に関して「地方公共団体公益」説の沖縄県の見解を第三者委員会報告との対比を通じて、沖縄県の法律構成の問題性を検討する（第5節）。最後に、小括として要約する（第6節）。

第2節 「国土利用上適正かつ合理的なること」の解釈

1 本件承認処分の違法性の意義

国は代執行訴訟において、「本件取消処分の違法性」の請求原因の1つとして「本件承認処分に違法性（違法な法的瑕疵）がないこと」を主張立証する。沖縄県の「本件取消処分の適法性」を根拠づける「本件承認処分の違法性」を否定するものであり、「本件取消処分の違法性」を根拠付ける請求原因である。つまり「本件承認処分の適法性」を請求原因として「本件取消処分の違法性」を訴訟物として、本件取消処分の取り消し命令を求めている。

国にとっては、本件承認段階(2013年12月27日)での承認の違法性と本件取消段階(2015年10月13日)での違法性判断は、本件取消段階での違法性判断が断然有利である。なぜなら、承認から今日まで、莫大な埋立て関連事業費が投入され、この莫大な投入事業費は、「④莫大な経済的不利益が生じる点」として取消しにより生ずる不利益として、取消権制限の方向で機能する可能性があるからである。したがって、本件承認処分の適法性は、「取消権制限の判例法理」の適用による本件取消処分の違法性が認められない場合に、「本件承認処分の適法性」により本件取消処分の違法性の判断とする機能をもつ。もちろん、両方法により「本件取消処分の違法性」を理由づけてもよく、裁判官の判断に有利に働くことになる。

なお、沖縄県は本件承認処分の違法性の判断根拠を1号要件と2号要件の違法性(違法な瑕疵)に求めているが、本章では、1号要件の問題を基本に考察する。1号要件が基本要件であるからである。つまり、土地所有所有権の制限原理の公共性の内容を示す埋立法の趣旨である「地域経済向上の公共性」は、1号要件の「国土利用上適正かつ合理的なること」の評価基準となり、その「地域経済向上の公共性」に照らして1号要件の判断要素が法律構成されるのである。また、1号要件の「国土利用上適正かつ合理的なること」の判断基準は、土地所有権制限の法である「地域形成計画法」(国土計画関連法)および公共事業の土地利用権原確保の基本法である土地収用法における土地所有権の制限基準となっているからである。つまり、埋立法は「埋立地の用途」を基軸概念とした「地域形成計画法」であり、1号要件は基本要件となるのである。つぎに、まさに、この「国土利用上適正かつ合理的なること」(1号要件)の解釈を考察する。

2 「国土」の意義と免許・承認の法的性質

まず1号要件の「国土」は、①公有水面と②土地の両方を意味しているので、1号要件の判断は、「①埋立てそのもの及び②埋立地の用途が国土利用上適正かつ合理的であるかどうかにつき慎重に審査すること（①②筆者挿入）」とされている（昭和49年運輸省港湾局長・建設省河川局長通達）。①は公有水面から土地（陸地化）とすることであり、②の「埋立地の用途」は埋立て後の土地利用目的である。土地所有権の制限の側面では、①公有水面の陸地化は、公有水面（①国土）の所有権を廃止（制限）して土地所有権を創出することであり、②「埋立地の用途」に制限された土地所有権の取得である。この土地所有権制限の根拠法規は埋立法であり、埋立法の趣旨が、土地所有権の制限原理の「公共性」の内容を示すことになり、国の見解では「国土の開発その他国民経済の向上」即地的に「地域経済の向上」となる。本章では、基本的に「埋立地の用途」に制限された土地所有権を考察する。「埋立地の用途」による「地域経済の向上」の契機であるからである。

埋立て免許・承認の法効果は、私法上、①の段階では埋立権、②の段階では「埋立地の用途」で制限された土地所有権の付与である。この埋立権及び制限された土地所有権の取得の根拠法規は埋立法である。したがって、国は埋立法により埋立権を取得し、埋立竣工により「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より、公有水面の所有権を喪失することになる。公有水面の所有権からは埋立権は派生しない。国の公有水面の所有権には、法律による行政の原理に照らして、公有水面を廃止する機能は内包していないからである。

本裁判以前は、国及び実務は私人申請の免許（2条）と国申請の承認（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」（原告第1準備書面9頁）とした。国も、私人と同じように、埋立法に基づく知事の承認処分により埋立権と制限された土地所有権を

取得することになった。国は土地所有権制限の公共性の側面で知事の埋立て承認処分には服することになる。つまり、知事の埋立て承認処分は私法上の土地所有権の付与と、その土地所有権を制限する土地公法の両側面の処分となったのである。土地所有権は自由主義経済の原動力であり、日本の法秩序の根幹をなしている私法上の権利である。

3 埋立法の趣旨

埋立法の趣旨を、国は、「国の所有する公有水面（1条1項）を埋め立て、これを利用することが、国土の開発その他国民経済の向上に資するものである」（原告第1準備書面8頁・71頁）と定義した。前章で考察したように、取消権制限説で受益的処分後に発生した「莫大な経済的不利益が生じた点」を判断要素とし、本件取消処分を「公共の福祉の観念に照らし著しい不当ある場合」として取消権の制限の法律構成をしたのであるが、この「公共の福祉」の内容が埋立法の趣旨であるからである。つまり、国は、取消権制限説の法律構成上、「公共の福祉」の内容を示す根拠法規の趣旨を、上記の②の段階で積極的に定義する必要があったのである。つまり「本件承認処分を取り消すことによって生ずる不利益の大きさに鑑み、本件承認処分において被告が瑕疵であると指摘する事項について、仮に全てを瑕疵として考慮したとしても、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』と認める余地はない」と判断するためである。「埋立地の用途」による土地所有権の制限原理の「公共の福祉」の内容を示すのが根拠法規の目的・趣旨であるので、国としては、その趣旨を定義する必然性があった。この定義が、国にとっては致命的なるのである。この定義により、必然的に、沖繩本島の米軍基地の過重負担の歴史的現実が1号要件の判断要素となるからである。「埋立地の用途」「土地の用途」は地域形成計画の基軸概念であり、「地域経済の向上」に資するのである。

このように埋立法の趣旨を「国土の開発その他国民経済の向上」、即地的（地域に即する）に「地域経済の向上」となり、必然的に沖縄本島内の米軍基地の現況つまり米軍基地の過重負担の歴史的現実が「国土利用上適正かつ合理的なること」の判断要素となる。

そして、埋立法の趣旨を②の段階で捉える（①の段階を踏まえないと②の段階はないので当然①の段階を含む）と、1号要件と2号要件（環境保全条項）の関係を次のように位置づけることになる。1号要件を同法の目的・趣旨レベルに位置づけ、2号要件は埋立事業行為に限定される機能をもつ。

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」とする。

他方2号要件は、「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である。」（原告第2準備書面17頁）。

4 知事の埋立承認処分の内容

そして、上記のように②の段階（①の段階を含む）で埋立法の趣旨を「国土の開発その他国民経済の向上に資するもの」と捉え、「法に基づく免許（承認）は事柄の性質上、公共的・公益的な価値を積極的に実現するための処分であるといえる」とした。この「公共的・公益的な価値を積極的に実現する」とは「国土の開発その他国民経済の向上」である。「国民経済の向上」とは沖縄県に即すると、知事の埋立承認処分による制

限された土地所有権の付与を通じて沖縄県域の「県土開発その他県民経済の向上に資する」即ち「地域機経済の向上に資する」ことを意味する。つまり、知事の埋立て承認処分は、自由主義経済の原動力である土地所有権の制限（「埋立地の用途」による土地利用規制）を通じて、「国民経済の向上」、「地域経済の向上」という公共的・公益的な価値を積極的に実現する処分である。

ところで、この埋立法の趣旨の「地域経済の向上」は、土地所有権の制限原理の側面では、「地域形成の公共性」としての「地域経済向上の公共性」そして、「埋立地の用途」の「米軍基地」による「事業の公共性」としての「米軍基地の公共性」として地域、個別化される。この両「公共性」の価値を積極的に実現するものとして本件承認処分がある。この「地域形成の公共性」と「米軍基地の公共性」は本件承認基準の「国土利用上適正かつ合理的なること」の評価基準となり、「埋立地の用途」による土地所有権の制限原理となる。本件承認処分は、本来は、「地域経済向上の公共性」と「米軍基地の公共性」つまり、経済の自由主義と国家の安全保障という国家体制レベルの「公共性」の価値を積極的に実現する処分であるが、「想像を絶する」米軍基地を過重に負担する沖縄の歴史的現実の過程では、その国家体制の脆弱性を示すものとなる。

ところで、本件承認処分の本質的な側面から、法解釈の側面に考察を戻すと、知事の埋立て承認処分は、「埋立対象区域の利用目的に公共性があるか否か等であり、この利用目的の公共性の有無等が当該区域の埋立てが国土利用上適正かつ合理的といえるか否かを判断する一要素」（原告第2準備書面12頁・13頁）となるのである。

そして、「埋立対象区域の利用目的に公共性があるか否か」の判断は、「埋立対象区域の利用目的」は「埋立地の用途」のことであるので、その「埋立地の用途」の公共性は、本件承認処分では、「地域形成の公共性」としての「地域経済向上の公共性」および「埋立地の用途」が「米軍基地」

であるので、「事業の公共性」としての「米軍基地の公共性」を意味する。そして、重要なのは、この「公共性の有無等が当該区域の埋立てが国土利用上適正かつ合理的といえるか否かを判断する一要素」というのである。つまり、「地域向上の公共性」と「米軍基地の公共性」は「国土利用上適正かつ合理的」かの一判断要素」となるというのである。しかし、「公共性」は価値・評価であるので、それが判断要素として現れるためには、主張立証可能な「事実」として現れる必要がある。この事実が評価根拠事由ということになる。それに対して、その「公共性」の否定的な内容を表彰している事実が評価障害事由である。理論的に言えば、土地所有権制限（埋立承認）の原理である「公共性」は制限（承認）基準の「国土利用上適正かつ合理的」かの評価基準であるが、この評価基準は、「国土利用上適正かつ合理的」かの判断要素の場面では「評価根拠事由」、「評価障害事由」として現れることになるのである。この「評価根拠事由」と「評価障害実」の主張立証を通じて、土地所有権制限（承認）の「適正かつ合理性」有りと判断された場合は土地所有権制限（承認）は適法となり、逆に「適正且つ合理性」無しと判断された場合には違法性（違法な瑕疵）となるのである。したがって、本件承認処分（土地所有権の制限原理）の「公共性」の評価根拠事由又は評価障害事由としてどのような事実を法律構成するかが裁判を決するということになる。本稿は、「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「沖縄の米軍基地の過重負担の歴史的現実」を法律構成するものである。「地域経済向上の公共性」は、地域の経済発展の推進過程の評価なので、必然的に、埋立対象地域外の県域の「米軍基地の歴史的現実」も、その「公共性」の判断要素となるのである。

5 「国土利用上適正かつ合理的なるか」

したがって、「国土利用上適正かつ合理的なること」という判断基準は「(1)埋立対象とされる水面部分についての埋立ての必要性及び公共性、(2)当該埋立自体及び(3)埋立て後の土地利用が周囲の地域社会や自然環境等に及ぼす影響などの(4)諸事情を比較衡量した上で、(5)技術的、政策的見地から総合的に判断するものと解される ((1)～(5)筆者挿入)」(原告第1準備書面13頁)。

一方で、「(1)埋立対象とされる水面部分についての埋立ての必要性及び公共性」は「地域経済向上の公共性」と「米軍基地の公共性」であり、事実レベルでは、評価根拠事由として判断要素とし現れることになる。

他方、「(2)当該埋立自体及び(3)埋立て後の土地利用が周囲の地域社会や自然環境等に及ぼす影響」は、事実レベルでは、評価障害事由として判断要素となる。

特に、「埋立て後の土地利用が周囲の地域社会」「及ぼす影響」は、沖縄の米軍基地の過重負担の固定化そのものであり裁量過程の判断要素となる。なぜなら「埋立て後の土地利用」とは普天間飛行場の代替施設である「米軍飛行場」であり、沖縄本島及び周辺域を訓練空域としていることは、米軍基地の過重負担の固定化を意味し、この過重負担の固定化の「諸事情を比較衡量した上で、技術的、政策的見地から総合的に判断するもの」だからである。

以上、要するに、国の埋立て承認基準の「国土利用上適正かつ合理的なること」の判断は「(1)埋立対象とされる水面部分についての埋立ての必要性及び公共性、(2)当該埋立自体及び(3)埋立て後の土地利用が周囲の地域社会や自然環境等に及ぼす影響などの(4)諸事情を比較衡量した上で、(5)技術的、政策的見地から総合的に判断するもの ((1)～(5)筆者挿入)」(原告第1準備書面13頁)である。したがって、このような広範な裁量が認められている「承認処分の違法性（違法な瑕疵）」は、裁量権の範囲を逸

脱し又はその濫用の場合に限られることになる。つまり、承認処分が国土利用上、不適正かつ不合理の場合には、裁量権の範囲を逸脱しまたはその濫用の場合となり、承認処分は違法性を帯びるのである。

そして、裁判所は、その違法性判断の裁量過程を次のように審査統制することになる（裁量過程審査統制型）

つまり、「裁判所が裁量の適否を審査するにあたっては、当該判断の基礎とされた重要な事実を誤認等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て著しく妥当性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のものとして違法となすとすべきとし、その処分は取り消すことができる」（最判平成18年11月2日民集60巻9号3249頁）。

要するに、本件承認処分の違法性の判断基準は「国土利用上適正かつ合理的なるか」となり、本件承認の判断（裁量）過程に、沖縄の米軍基地の過重負担の歴史的現実が考慮事情となっていない場合には、裁量権の範囲の逸脱またはその濫用として、本件承認処分は違法性を帯びるのである。

6 国による本件への適用

本件においては、当該埋立ての必要性及び公共性の高さとして、①普天間飛行場の周辺住民等の生命・身体に対する具体的な危険を除去するために本件埋立事業を実施する必要性が極めて高く、②宜野湾市の経済発展のために本件埋立事業を実施する必要性、③日米間及び国際社会における我が国の信頼関係を維持する公益性の大きさ、④沖縄県の負担を軽減する公益の大きさ、⑤安全保障の見地から抑止力の維持を図る公益の大きさが認められる。

「地域経済向上の公共性」の評価根拠事由は、②と④、「米軍基地の公共性」の評価根拠事由は、①、③および⑤である。

一方、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としては、⑥本件代替施設等は周辺住民の騒音被害について十分配慮した設計となっており、普天間飛行場の周辺住民のそれと比して、格段に低い。また、⑦その他の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については、保全措置が講じられて、影響や不利益自体が小さい。

⑥は「米軍基地の公共性」の評価障害事由で、①の評価根拠事由に対抗するものである。

⑦は「地域経済向上の公共性」の評価障害事由、「米軍基地の公共性」の評価障害事由を含んでいるが、国としては、積極的に主張立証する必要もないし責任もない。自分の勝訴にふりになるような主張立証するばかりはないからである。この評価障害実の主張立証の責任は被告の沖縄県にある。もし、沖縄県がこの評価障害事由の主張立証に成功しなければ、国が勝訴することになる。国が原告だからである。

以上の諸事情を総合的考慮すると、本件埋立事業につき、「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、これに適合するとした判断について、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て著しく妥当性を欠くと認める余地はなく、違法の瑕疵はない（訴状60頁参照）。

国の主張立証は「代執行訴訟」において、「本件取消処分 of 違法性」の請求原因として、「本件承認処分に違法性（違法な瑕疵）はないこと」であるので、その主張立証が認められると、国の請求は認容され、本件取消処分は取り消されることになる。

しかしながら、この本件承認の違法性判断において、沖縄本島の米軍基地の過重負担の歴史的現実が「判断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て著しく妥当性欠くものと認められる」ので、沖縄県が「米軍基地の過重負担の歴史的現実」主張立証に成功すると、本件埋立承認処分は違法性があり、本件取消処分は適法であり、認められることになる。

なお、沖縄の米軍基地の過重有負担の歴史的現実の判断要素の有無に關して、前章の「本件取消処分の違法性」において、国は、「本件取消処分の違法性」の請求原因の「取消権制限の判例法理」の判断要素としながら、低い評価を与えている。即ち、「⑧被告の指摘する沖縄の過重な基地負担が固定化される不利益なるものは、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軽減に資しうる」とする。辺野古埋立が「沖縄の負担軽減に資しうる」とするのである。なぜ、「本件取消処分の違法性」の判断要素としながら「本件処分の違法性」の判断要素からは除外したか、興味ある考察になる。裁判上は、この過重負担を評価障害事由とした方が、対抗關係にある評価根拠事由の積極性が浮かび上がる場合には、判断要素とした方が有利である。

評価障害実としてどのような事実を判断要素とすべきか、そして、その内容の主張立証する義務と責任があるのは、被告の沖縄県である。この評価障害事由が評価根拠事由に効果的な対抗となり、その主張立証に成功すれば、沖縄県は敗訴しないからである。

つぎに、判断過程の判断要素（考慮事情）として評価根拠事由のなかで、重要な論点となると思われる、②「宜野湾市の経済発展のために本件埋立事業を実施する必要性」、④「沖縄県の負担を軽減する公益の大きさ」、また評価障害事由としての、⑦「その他の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については、保全措置が講じられて、影響や不利益自体が小さ」の3点について検討する。

第3節 「宜野湾市の経済発展のための本件埋立事業実施の必要性」

国の比較衡量の特徴は、「地域経済向上の公共性」と「米軍基地の公共性」の評価根拠事由である埋立ての必要性等の利益を、「必要性が極めて高く」、「必要性」及び「公益性の大きさ」と高く評価する一方、その「公共性」評価障害事由である埋立てによる不利益を「各段低い」、「影響や不利益自体が小さい」と低く評価する点にあるので、結論は自明である。このような国の評価根拠事由を高く評価し、評価障害事由を低く評価する主張立証は国の弁護団の当然の職務、責務である。その反対の主張立証が沖縄県の弁護団の職務、責務ということになる。

この埋立ての必要性の判断を本質的に規定するのは、内容的に「②宜野湾市の経済発展のために本件埋立事業を実施する必要性」である。埋立法の趣旨が「地域経済の向上」にあるからである。その必要性の内容は普天間飛行場跡地利用の経済効果が莫大であることである。本件承認の違法性判断の難問を考察することにしよう。

1 宜野湾市と米軍普天間飛行場

まず、宜野湾市の現状を国の訴状で概観する。普天間飛行場は4.8km²あり、宜野湾市の市域面積の約25%を占めている。平成27年度において、宜野湾市内には、8幼稚園、9小学校、5中学校、3高等学校、1大学の学校等施設、同年7月末現在で約4万1600世帯の住宅、同年度で、約70施設超の医療施設や、その他の公共施設が密集しているところへ、1,972年から2015年3月18日までの間に、105回の航空機による事故が発生し、世界一危険な飛行場といわれることもある。また、住宅防音工事が1万世帯以上、約427億円の補助金で実施されている。

2 普天間飛行場の跡地利用の経済効果の内容と機能

つぎに、米軍普天間飛行場の返還跡地の経済効果をみてみよう。国は2015年1月に公表した沖縄県の推計を活用（主張立証）している。沖縄県の調査でみると、米軍基地の返還が実現した場合の年間の経済効果として、以下のように試算している。

返還前は、軍用地料収入、軍雇用者所得、基地周辺整備費等で「年間120億円にすぎないのに対し」、返還後は産業の売上高、不動産賃貸額等によって「年間約3866億円にも上がり、返還前に比べ約32倍もの直接経済効果を挙げると予想されている」。

「普天間飛行場の返還は、返還前に比して、年間3700億円以上、10年間で3兆7000億円以上の直接経済効果をもたらす可能性を秘めている」。

「沖縄県の上記推計によると、直接経済効果の発生額を源泉として経済的取引の連鎖により他の商品・サービスへの需要が波及し、様々な産業の生産が誘発される結果、またそれによって所得、雇用等が誘発される効果である経済波及効果が生じ、生産誘発額は返還前の年間130億円から3604億円（28倍）、所得誘発額が年間35億円から926億円（26倍）、誘発雇用人数が年間1074人から3万4093人（32倍）、税収効果が年間14億円から430億円（32倍）に上ると予想されている。」

国は、この普天間飛行場返還後の跡地利用による経済効果（年間3700億円以上、10年間で3兆7000億円以上の直接経済効果）を、第1に、前章の「取消権制限の判例法理」の場面で、第2に、本章に「本件承認処分」に違法性（適法性）の場面で、自己の主張の根拠として機能させている。

第1の「取消権制限の判例法理」では、取消によって生ずる不利益の要素として「宜野湾市の経済的利益が得られなくなる」として挙げられ、「現状より10年間で3兆7000億円以上もの直接経済効果を有する計画が実現できなくなる不利益は甚大である」（訴状48頁）として、取消権

制限に大きく貢献している。したがって、「取消権制限の判例法理」において、この判断要素の評価が裁判の帰趨を決することになる。

第2に、本件承認の違法性判断において、この返還跡地の経済効果を、「国土上適正かつ合理的なるか」の判断要素に、「地域経済向上の公共性」の評価根拠事由として、「②普天間飛行場を抱える宜野湾市の経済発展のために本件埋立て事業を実施する必要性」を法律構成し、つぎのように、埋立て承認による普天間飛行場の返還の必要性は「極めて高い」と評価している。

「普天間飛行場は宜野湾市が都市機能・交通体系・土地利用等、効率的なまちづくりや、同市の経済活動に影響を及ぼしている一方で、沖縄県の推計によれば、普天間飛行場が返還された場合の直接経済効果は約3866億円に上るとされていることから普天間飛行場が返還されれば、宜野湾市の経済発展にも大きく資するといえる。そして、上記のとおり、日米の合意に従って、普天間飛行場の代替施設を建設することが最も早く、かつ確実に普天間飛行場の返還がなされるものである。宜野湾市の経済発展のために、本件埋立事業を実施し、普天間飛行場の返還がなされる必要性は極めて高いといえることができる。」（訴状65頁）。裁判の帰趨は、「地域経済向上の公共性」に照らすと、この1点の評価にかかることになる。

つまり、「国土利用上適正かつ合理的なること」の裁量処分において、一方では、この評価基準としての「地域経済向上の公共性」が、その裁量処分の判断要素として、「②宜野湾市の経済発展のために本件埋立事業を実施する必要性」という姿に変容し、「地域経済向上の公共性」の評価根拠事由として、この裁量処分の裁量権の逸脱又はその濫用の違法性判断を左右することになる。この年間3868億円の経済効果を国の評価根拠事由として主張立証は成功するであろうか。この主張立証が成功すると、本件承認処分（「埋立地に制限された土地所有権制の取得」）は「地域経済

向上の公共性」に照らして認められることになる。逆に、この「②宜野湾市の経済発展」の評価根拠事由に対する否定的評価又は対抗する評価障害事由の主張立証に沖縄県が成功すると、本件承認処分は違法性を帯び、本件取消処分の理由となり、本件取消処分は適法となり、沖縄県の勝訴となる。返還跡地の年間3866億円の直接経済効果の評価により裁判の帰趨を決することになるのである。つぎに、その評価の前提として、米軍基地の跡地利用の経済効果の概要と、その意味を考察する。その意味とは、米軍基地の跡地利用の経済効果は、国の主張の根拠とする積極的な経済効果（利益）なのか、それとも、本来、得られる利益が、米軍基地に存在により得られないというような見えない費用という消極的な経済効果（不利益）なのかである。返還跡地利用の経済効果が後者の意味であると、米軍基地の提供義務を履行している国が、この経済効果を自己の主張の根拠とすることは信義則に照らしてできないことになり、逆に、沖縄県に「地域経済向上の公共性」の評価障害事由として法律構成されるべき事実となる。

3 米軍基地の跡地利用の経済効果の概要

まず、これまで判明した返還跡地の経済効果の内容を確認することにしよう。沖縄県は「駐留軍用地跡地利用に伴う経済波及効果等に関する検討調査」結果をとりまとめ公表した（2015年1月30日）。

沖縄県は米軍専用施設8地区の軍用地面積13.7km²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（2015年1月）。つぎにその個別米軍基地の経済効果を確認する。

<既返還駐留軍用地における直接経済効果>

- ① 那覇新都心地区（1.95km²）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（1.09km²）は、返還前34億円から489億円の14倍、
- ③ 桑江・北前地区（0.38km²）は、返還前の3億円から返還後の1459億円へと108倍となっている。

3地区（3.42km²）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、米軍基地が経済の阻害要因となっていることを証明している。

<返還予定駐留軍用地の跡地利用の直接経済効果>、次の5件が沖縄県で推計されている。

- ① 米軍普天間飛行場（4.81km²）120億円（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（0.56km²）は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（2.737km²）は202億円（軍用地料47億2900万円、基地従業員1,110人）ら2564億円の12倍。
- ④ キャンプ桑江は（0.675km²）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（1.52km²）は、返還前109億円から返還後1061億円で約10倍、となっている。

返還予定駐留軍用地5地区（10.29km²）で、返還前501億円から返還後8900億円へ約18倍である。

沖縄県民は軍用地面積13.7km²で年間1兆769億円も経済効果を「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221km²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」被る、いわば「膨大な経済的不利益」を生じているのである。「機会費用」とは、米軍基地に過重負担がな

ければ、沖縄県（民）が得られるという、見えない「費用」である。

4 米軍基地跡地利用に伴う経済効果の意義

このような「膨大な経済効果」は「地域経済向上の公共性」に照らしてどのような意味があるのであろうか。「地域経済向上の公共性」は、本件埋立処分「埋立地の用途」の「米軍基地」による土地所有権の制限原理であり、「米軍基地」が「地域経済の向上」に資することが土地所有権の制限を適正かつ合理化し、適法化するのである。

ところが、米軍基地の返還跡地の経済効果とは、米軍基地でなく本来であれば得られる経済効果のことで、沖縄県民からみると、その「経済効果」を「米軍基地」の存在により「喪失・逸失」していることになる。「経済的不利益」となる。本来であれば得られる利益が得られないいわば見えない費用を「機会費用」と言うが、沖縄は「膨大な機会費用」を被っていることになる。沖縄県民は、前記沖縄県の報告書によると、8米軍基地面積13.7km²で年間1兆769億円も経済効果を「喪失・逸失」する「機会費用」の「経済的不利益」を受けていることになる。それを、沖縄本島（1208km²）の18.3%を占有する米軍用地面積221km²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」被る、いわば「膨大な経済的不利益」を生じていることになる。

このような「想像を絶する」年間の「膨大な経済効果の喪失」は、自由主義経済の原動力であり、私法秩序の根幹をなす土地所有権が広大な米軍基地に土地利用が固定化されていることによる。

このような米軍基地による「膨大な経済効果の喪失」は、本質的には、「沖縄が基地に依存しているのではなく、基地が沖縄に依存している」であり、沖縄は基地に寄生されている」（川瀬光義『基地維持政策と財政』日本経済評論社、2013年、12頁）のである。「沖縄県が2012年5月に策定した『沖縄21世紀ビジョン基本計画』（「沖縄振興計画」2012年度～21年

度）では、過度に集中する基地を『沖縄振興を進める上で大きな障害』と明記した。もはや、沖縄が基地に依存しているのではなく、基地が沖縄に依存しているのである。基地によって沖縄は膨大な『機会費用』ないしは『機会喪失』を被っていることからして、基地に寄生されていると言うべきではないだろうか。」（同書69頁）。言わば、沖縄の米軍基地の過重負担は、沖縄の自由主義経済を構造的に阻害しているのである。

つまり、米軍基地の返還跡地利用の経済効果とは「地域経済向上の公共性」の阻害度を費用として示しているのであり、本質的に評価根拠事由として法律構成できるものではないのである。つぎに、なぜ「返還跡地の経済効果」が「地域経済向上の公共性」の阻害度を示すのかを考察する。

5 「経済効果」の発生源としての土地所有権の「公共性」

自由主義経済の原動力である土地所有権が米軍基地の土地利用に固定化されていることによるのは、土地所有権の本質が「公共性」にあるからである。土地所有権の本質は、原則として、個人の私法上の権利（私益性）として、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および処分する権利として（民法206条・207条）個人に「公共性」が配分される。例外的に、法令により制限され、その制限原理が「公共性」である（憲法29条2項）。このように「私益性」を原則とする土地所有権を「公共性」により制限する法令の体系が「地域形成計画法」（国土計画関連法＜都市計画法、埋立法等＞）であり、「公共事業」のために土地利用井権原を確保する法が土地収用法を基本法とする法令体系である。

土地所有権の本質が「公共性」にあるのは、土地所有権の本質的要素である土地の属性が「公共性」であるからである。「土地の公共性」とは、①土地が「公共的な資源」であり、②その土地の利用が「地域性」をもち、③土地の価値が「公共の利害に係る特性」を有することである。

土地（国土）は、①「現在及び将来における国民のために限られた資源であるとともに、生活及び生産に通ずる諸活動の共通の基盤である」（国土利用計画法1条）ところの「公共的な資源」であり、また、②「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の「地域性」をもち、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（土地基本法1条）ことによる。土地所有権（私益性）の制限原理である「公共の福祉（公共性）の根拠は土地所有権の客体である土地の公共性にあるのである。

このように土地所有権は、土地所有権の客体である土地の公共性により、その本質は「公共性」にあるが、原則として、個人の私法上の権利（私益性）とし、例外的に、法令により制限し、その制限原理として、土地所有権の本質である「公共性」となる。このように土地所有権は「土地の公共性」故に自由主義経済の原動力となり、私法秩序の根幹をなすのである。土地は、生活及び生産に通ずる諸活動の共通の基盤であり、土地の利用が他の土地の利用と密接な関係を有し、および、土地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」を有しているからである。

したがって、自由主義経済の原動力である土地所有権が広大な米軍基地の土地利用に固定化されることにより沖縄県民は「膨大な経済的效果の喪失」、「経済的不利益」を被っているのである。すなわち、「基地によって沖縄は膨大な『機会費用』ないしは『機会喪失』を被って」おり、「沖縄は基地に寄生されている」のである。いわば、広大な米軍基地は自由主義経済を構造的に阻害しているのである。

要するに、米軍基地の返還跡地利用の経済効果とは「地域経済向上の公共性」の阻害度を費用として示しているのであり、本質的に評価根拠

事由として法律構成できるものではないのである。

6 「宜野湾市の経済発展のために本件埋立事業を実施する必要性」

(1) 国の法律構成

国は、「地域経済向上の公共性」の評価根拠事由としての②「(-)宜野湾市の経済発展のためと(二)本件埋立事業を実施する必要性」を法律構成する。

米軍普天間飛行場の返還跡地利用の経済効果（返還前の年間120億円が返還後は年間約3868億円にも上がり、返還前に比べ約32倍もの直接経済効果）に関して、国は、「地域経済向上の公共性」の評価根拠事由として「②宜野湾市の経済発展のために本件埋立事業を実施する必要性」を法律構成する。

「①普天間飛行場は宜野湾市が都市機能・交通体系・土地利用等、効率的なまちづくりや、同市の経済活動に影響を及ぼしている一方で、沖縄県の推計によれば、②普天間飛行場が返還された場合の直接経済効果は約3866億円に上るとされていることから普天間飛行場が返還されれば、宜野湾市の経済発展にも大きく資するといえる。そして、上記のとおり、日米の合意に従って、普天間飛行場の代替施設を建設することが最も早く、かつ確実に普天間飛行場の返還がなされるものである。宜野湾市の経済発展のために、本件埋立事業を実施し、普天間飛行場の返還がなされる必要性は極めて高いといえることができる（①②筆者挿入）」（訴状65頁）。

国の主張の①は、土地所有権が米軍普天間飛行場（4.8km²）の土地利用の固定化により宜野湾市の諸活動に影響を及ぼしているという「地域経済向上の公共性」の阻害（障害）を意味しているのであり、その阻害要因である「米軍普天間飛行場」がなければ本来の経済活動効果の総費用が、②の直接経済効果の約3866億円を意味している。

(2) 国の法律構成に対する反論（信義則違反）

国の評価根拠事由としての「②宜野湾市の経済発展のために本件埋立事業を実施する必要性」は、(一)「宜野湾市の経済発展」と(二)「本件埋立事業の実施」に区別することができる。まず、(一)を独立させ、(二)とは連結させずに、「宜野湾市の経済発展」と「経済効果」を考察する。

たしかに、米軍普天間飛行場の単独の返還に対して、国以外の者が当該基地返還に反対の訴訟が、もしあるとした場合に、国が「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」を法律構成し、その内実として「経済効果」の約3866億円を組み込むことの主張立証は認められるであろう。

しかしながら、国が、同じ地域内への米軍基地の移設のために、当該返還跡地利用の「経済効果」を「地域経済向上の公共性」の評価根拠事由の内実とする法律構成は認められないことになる。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「経済効果」との比較衡量である。

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「経済効果」を評価根拠事由として主張することはできない。当該米軍基地がなければ得られている利益が得られず「地域経済向上」を阻害している責任が、国にあるからである。国は、米軍普天間飛行場の土地利用権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経済効果、約3866億円を主張の根拠できるのは地域内移設を伴わない米軍普天間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「機会費用」が額で明示され、その責任が約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、辺野古移設の辺野古沿岸域の埋立承認の1号要件の「適正かつ合理性」基準の評価基準である「地域経済向上の公共性」の評価根拠事由としての「②宜野湾市の経済発展」の内容として、この「約3866億円の直接経済効果」を組み込む評価根拠事由の主張立証はできないことになる。つまり、土地所有権が米軍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」に責任を持つ国が、その「経済的不利益」即ち「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」の内容として法律構成する主張立証は信義則に照らしてできない。国の、主張立証は「盗人猛々しい」の一言につきる。主権国家が他国の軍事基地のしかも「想像を絶する」過重負担にある地域内の「タライ回し」をすることは、自らの権威を貶めるものである。

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」と比較衡量による判断である。国も、②「(-)宜野湾市の経済発展のために(二)本件埋立事業を実施する必要性」とするので、(-)のために(二)実施する必要性、であるから、(-)の内容が「経済効果」であるから、当然(二)の内容も「経済効果」を含意する。この(二)の「経済効果」の実質的内容は、次節で検討する「沖縄県の負担を軽減する公益の大きさ」に示されていると考えられる。なぜなら、国は、米軍普天間飛行場の代替施設を辺野古沿岸域の埋立地に移設することは、「沖縄県の負担を軽減する公益が大きいこと」とするからである。

そこで、辺野古沿岸域を埋め立てて「米軍辺野古飛行場」を建設することの「経済効果」考えることになるが、本稿は、それをつぎのように評価している。まず第1に、海兵隊基地であるキャンプ・シュワブ(20.6 km²)を固定化すること(米軍普天間飛行場は4.8 km²)、第2に、辺野古沿岸域の価値ある自然環境を喪失すること(辺野古埋立地は1.7 km²)、第3

に、辺野古崎の自然海浜延べ8.5kmを喪失することである。このキャンプ・シュワブ返還跡地、辺野古沿岸域の自然環境、および辺野古崎の自然海浜の三位一体の「リゾート地」の「地域形成計画」の経済効果はどれだけ推計できるのであろうか。沖縄県の産業は観光産業が中核であり、将来も発展の可能性を秘めているのである。「地域経済向上の公共性」の過去・現在・未来の喪失である。なぜなら、「米軍辺野古飛行場」は耐用年数約200年と言われているからである。内陸部の米軍普天間飛行場(4.8km²)とは、「地域経済向上の公共性」に照らす、その評価は自明のことである。このように、50年、100年の時空で判断するのは、土地所有権制限原理が「地域形成の公共性」の場合の特質である。なぜなら、土地所有権は特定人(私人、国等)が特定地の上下の時空を自由に利用および処分する権利だからである。

(3) 「地域経済向上の阻害要因」として評価障害事由

以上は、「経済効果」を「宜野湾市の経済発展」即ち「地域経済の向上」として「地域経済向上の公共性」の評価根拠事由とする法律構成であった。それとは反対に、「経済効果」即ち「機会費用」を「地域経済向上の阻害要因」として評価障害事由として法律構成できるのであろうか。これは理論的には、「沖縄本島の米軍基地の過重負担の歴史的現実」を構成する評価障害事由として「地域経済向上の阻害要因」の主張立証として「経済効果」「機会費用」を組み込む法律構成の理論的構成である。

沖縄本島の米軍基地の過重負担(広大な米軍基地)の中での「跡地利用に伴う膨大な経済効果」を「地域経済向上の公共性」に照らしてみると、その「膨大な経済効果」は、「自由主義経済の構造的な阻害」として、「地域経済向上の公共性」の評価障害事由となっている。

国が、「経済効果」を内容とする「宜野湾市の経済発展」、「地域経済の向上」を評価根拠事由とするのは、米軍普天間飛行場を単独の米軍基地

として捉える結果であり、沖縄の米軍基の過重負担の歴史的現実の中で、構成要素として米軍基地という構造の中で個別米軍基地を捉えていないからである。米軍基地の過重負担の構造において、跡地利用の経済効果を位置づけると、「地域経済向上の公共性」の評価障害事由なのである。沖縄県の主張立証すべき事実である。なぜなら、埋立法という地域形成計画法に基づく土地所有権の制限原理である「地域経済向上の公共性」が評価基準であるからである。また、「米軍基地」による土地所有権制限という「地域形成計画」上の毎年の「機会費用」であり、それが、日本が米軍基地提供義務をもった1972年から生じている機会費用である。この「機会費用」は米軍基地の撤去・返還の根拠となるのであり、辺野古移設の根拠とするは、「盗人猛々しい」に一言につきる。

まさに、翁長沖縄県知事は、2・15知事尋問において、つぎのようにすように証言する。

「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あてはまる時代になっている」。そして、その根拠として、「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）効果は1634億円で約32、33倍になっている」。

要するに、米軍基地の過重負担は自由主義経済を構造的に阻害しており、「地域経済向上の公共性」の評価障害事由としての「地域経済向上の阻害要因」の主張立証により、本件埋立て承認は適正かつ合理性に著しく反し、本件承認処分は強い違法性を帯びるのである。

7 要約

米軍普天間飛行場の返還跡地の経済効果（現在の120億円が返還後3866億円の経済効果が沖縄県により推計され、約3746億円も拡大し経済発展に繋がること）を「地域経済向上の公共性」の評価根拠事由としての法

律構成には3つの見解がある。さらに、第4の見解は、「沖縄本島の米軍基地の過重負担の歴史的現実」を評価障害事由として法律構成するものである。「地域経済向上の公共性」の評価障害事由として「沖縄本島の米軍基地の過重負担の歴史的現実」を構成する評価障害事由として「地域経済向上の阻害要因」を法律構成するものである。

第1は、国の見解で、「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のために本件埋立事業を実施する必要性」の中身として「経済効果」を組み込む法律構成である。

第2の見解は、第1の法律構成を前提に、「経済効果」を「機会費用」として言わば「経済的不利益」として捉え、この「経済的不利益」の発生責任は米軍基地義務者の国にあるとして、信義則に照らして、国は、「経済効果」、「機会費用」を内容とする評価根拠事由を主張立証できないとするものである。普天間基地の「経済効果」の約3866億円は、自由主義経済の原動力である土地所有権が米軍普天間飛行場(4.8km²)を土地利用に固定化することによるもので、米軍基地の過重負担を整理縮小すべき責務ある政府が主張することは信義則上認められるべきでないというものである。

第3は、第1の法律構成を前提に、移設元の米軍普天間飛行場の「経済効果」と移設先の「米軍辺野古飛行場」を一部とする「キャンプ・シュワブ」返還跡地利用の「経済効果」と比較衡量するという見解である。移設先の辺野古沿岸域に「米軍辺野古飛行場」建設のために辺野古沿岸域を埋立ててキャンプ・シュワブ(20.6km²)の一部として「米軍辺野古飛行場」基地を建設することは、キャンプ・シュワブを固定化することであり、「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」とはいえないとする。

この結論を、元自民党員で元県会議長の外間盛善氏は、印象的、象徴的につぎのように述べている。

「小高い丘から大浦湾の辺りを見ると、沖縄本島でもナンバーワンの水質、景勝地ということが分かる。ジュゴンなどの海洋動物もたくさん生息している。休暇には孫も連れていった。すでに基地がある内陸ならまだしも、ああいった自然豊かな場所を埋め立てるのは子々孫々まで大きな禍根を残し取り返しがつかない。観光振興の面からも過ちを犯すことになる。辺野古に新基地を造って県全体として得るものはない。」（沖縄タイムス2013年12月29日）。

第4の見解は、「地域経済向上の公共性」の評価障害事由としての「沖縄本島の米軍基地の過重負担の歴史的現実」を構成する個別評価障害事由として「地域経済向上の阻害要因」を法律構成するものである。この見解の根拠は、「膨大な経済効果」は、自由主義経済の原動力である土地所有権が広大な米軍基地の土地利用に固定化されていることによる。すなわち、沖縄は米軍基地により膨大な「機会費用」又は「機会喪失」を被り、基地に寄生されている。言わば、米軍基地が自由主義経済を構造的に阻害していることである。この見解では、沖縄本島内の米軍基地移設は、物理的に認められないことになる。移設元の米軍基地の「経済効果」に比して「米軍基地の過重負担」の「経済効果」は「想像を絶して」、裁判の判断基準にならないが、判明し推計できる「経済効果」だけでも「膨大な経済効果」だからである。

なお、前記のような「膨大な」「機会費用」被る「経済的不利益」は、一般的には裁判になじまないようにみえるが、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「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とする埋立て承認であるからこそ、130万人の生活、生産の場である沖縄本島の18.3%の221km²も占有し沖縄の地域経済向上を阻害している歴史的現実のなかで、新たに米軍基地用に埋立て承認基準の「国土利用上適正かつ合理的なること」の裁量的判断に著しく反するからである。まさに、埋立法4

条1項1号がもっとも適格に適用される本件埋立て承認処分である。

第4節 「沖縄県の負担を軽減する公益の大きさ」

1 「沖縄県の負担を軽減する公益の大きさ」の位置づけ

辺野古沿岸域の埋立て事業を、後述するように、第三者委員会は「埋立てにより生ずる不利益」つまり評価障害事由として位置づけている。これに対して、国は、「沖縄県の負担を軽減する公益の大きさ」で評価根拠事由として法律構成する。

国は、「地域経済向上の公共性」の評価根拠事由（当該埋立ての必要性及び公共性の高さ）として、①普天間飛行場の周辺住民等の生命・身体に対する具体的な危険を除去するために本件埋立事業を実施する必要性が極めて高く、②宜野湾市の経済発展のために本件埋立事業を実施する必要性、③日米間及び国際社会における我が国の信頼関係を維持する公益性の大きさ、④沖縄県の負担を軽減する公益の大きさ、⑤安全保障の見地から抑止力の維持を図る公益の大きさが認められる。このように「④沖縄県の負担を軽減する公益の大きさ」を、国は評価根拠事由として位置づけているのである。

他方、評価障害事由（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）としては、⑥本件代替施設等は周辺住民の騒音被害について十分配慮した設計となっており、普天間飛行場の周辺住民のそれと比して、格段に低い。また、⑦その他の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については、保全措置が講じられて、影響や不利益自体が小さい。

評価障害事由に関しては、国は、積極的に主張立証する必要もないし責任もない。相手（被告・沖縄県）の反論に対応である範囲で十分である。この評価障害実を主張立証するのは被告の沖縄県である。もし、沖縄県がこの評価障害事由の主張立証に成功しなければ、国が勝訴するこ

とになる。国が原告だからである。第三者委員会報告が評価障害事由として挙げながら、沖縄県の見解では除外されている場合には、評価根拠事由とした方が国にとって有利である。なぜなら反論がなく、この評価根拠事由は認定されることになり、原告有利に機能するからである。しかし、沖縄県も、2・15知事尋問において、翁長知事の「米軍基地は経済発展の最大の阻害要因」との証言により、主張立証はしたことになる。

2 国の見解

国は、「地域経済向上の公共性」の評価根拠事由としての「沖縄県の負担を軽減する公益の大きさ」をつぎのように主張立証している。

「普天間飛行場の機能が、本件代替施設等に移転すれば、①その規模は現在の半分以下に縮小されることとなり、②沖縄県全体からみた負担の軽減も図られることとなる。また本件埋立事業及び本件代替施設等の建設は、③既に米国に施設及び区域として提供されている場所であるキャンプ・シュワブ及びその周辺において行われるのであって、沖縄県に新たな施設及び区域の土地提供を求めるものでもない。④日米安全保障協議委員会における合意が既に存在することからすると、辺野古沿岸域において本件埋立事業を行い、本件代替施設等を建設することにより、早期に、しかも確実に沖縄県の負担を軽減することができるのであって、その公益は大きい（①～④筆者挿入）。」（訴状66頁）。

他方、国は、沖縄県の主張立証する評価障害事由（埋立てにより生ずる不利益）に関してはつぎのように低く評価する。⑤本件代替施設等は周辺住民の騒音被害について十分配慮した設計となっており、普天間飛行場の周辺住民のそれと比して、格段に低い。また、⑥その他の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については、保全措置が講じられて、影響や不利益自体が小さい。

沖縄県は、埋立法の趣旨、1号要件の趣旨を、後述するように「地方

公共団体法益保護」説で「環境保全」に純化した法律構成において、埋立てによる自然環境等への悪影響、騒音被害等を詳細に積極的に主張立証する中で、国は、その主張立証が「地域経済向上の公共性」に照らすと、上記⑤の騒音被害は普天間飛行場と比して格段に低い、また、⑥の自然環境等への影響や不利益自体が小さい、評価する。このおうな、国と沖縄県の評価の違いは、その評価基準を、国は「国民経済向上の公共性」即地的に「地域経済向上の公共性」置くのに対して、沖縄県は、「地方公共団体公益保護」説による「自然環境保全の重要性」に置いていることによる。つまり、国としては、「地域経済向上の公共性」に照らすと、上記の評価・判断で、裁判官に対しては、十分だとしているのである。つまり、沖縄県の反論は、国にとっては、この程度の反論だということである。

このような沖縄県の見解に対して、第三者委員会は、埋立法の趣旨に関して、国と基本的に同じ見解（土地所有権制限法）なので、「地域経済向上の公共性」を評価基準に評価根拠事由、評価障害事由を法律構成している。つぎにその内容をみてみよう。国の「沖縄県の負担を軽減する公益の大きさ」の評価根拠事由に対する効果的な反論になるからである。

3 第三者委員会の見解

まず、第三者委員会の1号要件の判断枠組（判断基準）みは「(-)埋立てにより得られる利益と(二)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べき」（報告書37頁）とする。「(-)埋立てにより得られる利益」は評価根拠事由、「(二)埋立てにより生ずる不利益」は評価障害事由にあたり、判断要素である。

第三者委員会は、評価根拠事由として、①「本件埋立ての公共性」で、その内容は「普天間飛行場の移設によって得られる利益」で具体的には「同飛行場の危険性の除去」である。

他方、評価障害事由（埋立てにより生ずる不利益）として、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、「キャンプ・シュワブ」返還跡地の振興開発）、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、⑥沖縄県の過重な米軍基地負担（沖縄県の振興開発の制約、航空機騒音被害、演習に伴う事故発生、米軍人・軍属による刑事事件、汚染物質による自然環境破壊）である。⑥沖縄県の過重な米軍基地負担に関して「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。」（報告書45頁）。

この第三者委員会報告の、「沖縄県の負担を軽減する公益の大きさ」と関連する主な点は、②生活環境に関する不利益（騒音被害、「キャンプ・シュワブ」返還跡地の振興開発）、⑥沖縄県の過重な米軍基地負担（沖縄県の振興開発の制約、航空機騒音被害、演習に伴う事故発生、米軍人・軍属による刑事事件、汚染物質による自然環境破壊）である。第三者委員会の特徴は、②は個別米軍基地、⑥は米軍基地全体、の現実を「不利益」と評価し、さらに、それが「埋立て」により「固定化」される「不利益」を内包していると評価している。

4 国の「沖縄県の負担を軽減する公益の大きさ」の意味

この現実の「不利益」評価に対して、国は、個別米軍基地、米軍基地全体を、「不利益」と評価せず、したがって「過重負担」という概念も存在せず、この米軍基地の存在（現状・現実）は評価の「標準基準」となる。したがって、「標準基準」である「現状・現実」より、「不利益」が減少すれば、沖縄県の「負担を軽減」する「公益の大きさ」となる。このような現状・現実には過重負担の米軍基地を「公益」の「標準基準」して、国の「評価根拠事由」を再度みてみよう。

「普天間飛行場の機能が、本件代替施設等に移転すれば、①その規模は現在の半分以下に縮小されることとなり、②沖縄県全体からみた負担の軽減も図られることとなる。また③本件埋立事業及び本件代替施設等の建設は、既に米国に施設及び区域として提供されている場所であるキャンプ・シュワブ及びその周辺において行われるのであって、沖縄県に新たな施設及び区域の土地提供を求めるものでもない。日米安全保障協議委員会における合意が既に存在することからすると、④辺野古沿岸域において本件埋立事業を行い、本件代替施設等を建設することにより、早期に、しかも確実に沖縄県の負担を軽減することができるのであって、その公益は大きい。」(訴状66頁)。

たしかに、米軍基地全体を評価の「標準基準」とすると現象的、形式的には「地域経済向上の公共性」に照らして「沖縄県の負担を軽減する公益は大きい」と判断されそうである。

しかしながら、沖縄県民の約9割の130万人が住む沖縄本島(1208km²)の18.3%を占める米軍基地(221km²)の現実を「標準基準」とすること自体、「社会通念に照らして著しく妥当性を欠く」ことから、それを評価根拠事由とすること自体に、国の「公正・衡平」観念に疑問を感じざるをえない。より一般的に、米軍基地の過重負担を、裁量処分の「判断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て著しく妥当性欠くものと認められる」ので、本件埋立承認処分は違法性が認められることになる。

5 キャンプ・シュワブの固定化

さらに、個別的、内容的にみると、より疑問が大きくなる。例えば、「③本件埋立事業及び本件代替施設等の建設は、既に米国に施設及び区域として提供されている場所であるキャンプ・シュワブ及びその周辺において行われるのであって、沖縄県に新たな施設及び区域の土地提供を求

めるものでもない」として「公益」は「大きい」となる。

しかしながら、国の、この判断は、歴史的、現実的に客観的な認識を欠いている。たしかに「沖縄県に新たな施設及び区域の土地提供を求めるものでもない」。しかし、キャンプ・シュワブ(20.6km²)の一部として「米軍辺野古飛行場」が建設されるということは、「既に米国に施設及び区域として提供されている場所であるキャンプ・シュワブ及びその周辺」が、米軍基地として固定化される。つまり、キャンプ・シュワブの20.6km²が、飛行場の耐用年数約200年にわたり、その返還跡地の利用はできないということを含意する。

このキャンプ・シュワブ(20.6km²)の米軍基地としての固定化は次の二つの機能をもつ。

まず、第1は、キャンプ・シュワブの基地機能が強化されることである。そして、さらに、周辺地域の米軍基地との連携強化による生活環境被害の増大による不利益の拡大である。「本件埋立対象地周辺には、キャンプ・シュワブ、北部訓練場、キャンプ・ハンセン、新たな着陸帯が建設されている伊江島補助飛行場など、多くの米軍海兵隊基地や訓練場が点在している。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ると、周辺米軍海兵隊基地の拠点となり、現在のキャンプ・シュワブの騒音被害の増大は住民の生活や健康に大きな被害を与える可能性がある。」(第三者委員会報告42頁)。これは米軍基地全体の過重負担の固定化による不利益そのものである。

この不利益を端的に述べるのが、第三者委員会の評価障害事由としての「②生活環境に関する不利益(騒音被害、「キャンプ・シュワブ」返還跡地の振興開発)」である。

土地利用は孤立した区域ではない。埋め立て区域を一部とするキャンプ・シュワブ全体でその経済効果を考えるべきことになる。普天間飛行場自体の経済効果も宜野湾地域全体の地域のなかで、一部地域として経

済効果は判断されているのである。地域における土地利用の一環として考慮すべきことになる。なぜならば土地利用は地域の特性に規定されるからである（「土地の公共性」）。

辺野古沿岸域及びそれを一部とするキャンプ・シュワブさらにそれを一部とする周辺地域を含めて地域特性を考えるべきことになる。辺野古崎の残されていた延べ約8.5kmにも及ぶ自然海浜、辺野古沿岸域の自然の豊かさ、さらに大浦湾含めた海域とその周辺地域を総合的に考えると、沖縄本島に残されたもっとも大規模な観光資源といえる。第三者委員会報告書は、次のように、明解に、述べている。

6 第三者委員会報告の辺野古地域の「地域形成計画」

まず前提として、取消しによる沖縄県の不利益は、辺野古沿岸域の豊かな自然環境が喪失することである。国土は、公有水面と土地（陸地）を意味するが、公有水面を陸地化することの国土の開発の問題である。国は「十分に配慮されており、その不利益は極めて小さい」と判断するが、沖縄県は埋立事業区域の辺野古崎・大浦湾が「特異な生物群と希少種が分布する貴重な生態系を保持する重要な環境保全地域」であるとす。自然環境の保全を基本理念とする現代の「国土の開発」の観点から「重要な環境保全地域」として埋立てはすべきではなく、埋立てにより「極めて重要な自然環境」を喪失することは著しい不利益である。そして、この辺野古沿岸域をめぐる豊かな自然環境の保全を前提に、つぎのような、沖縄経済自立の切り札としてキャンプ・シュワブの返還を含めた「リゾート地」の「地域形成計画」がでてくる。

「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、手付かずの自然環境に恵まれた、ジュゴン

等の希少生物の生息する区域という特性と相まって、これらと共存しうる県内屈指のリゾート地等になりうる潜在力を有している。しかるに、本件埋立対象地に普天間代替施設の米軍基地が建設された場合には、当然今後長期にわたって基地として利用されることから、地域の発展はほとんど望めず、雇用の面においても大きな期待はできない。本件埋立対象地の辺野古崎地区の海域を埋め立てて代替施設を建設することは、ゆたかな自然環境を破壊することになることのみならず、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。』（検証結果報告書42頁）。

国の辺野古沿岸域の埋立て事業費の投入による「莫大な経済的不利益」が、辺野古沿岸域を埋立てず、キャンプ・シュワブも含めた「リゾート地」の地域形成計画は、まさに「地域経済の向上」そのものではないか。なぜなら、沖縄県の「地域経済の向上」の原動力となり将来性があるのが沖縄の観光産業だからである。翁長沖縄県知事は、2・15知事尋問において、「まさしく沖縄観光は去年、（海外観光客が）100万人を突破し、150万人になった。全部で780万人。海外から150万人、本土から630万人が県内に観光客としてきている。これは日本国で有数の観光産業として伸びている。」と証言する。

7 小結

以上、国が、「沖縄県の負担を軽減する公益の大きさ」を評価根拠事由として法律構成したことは、「地域経済向上の公共性」に照らして、多くの問題を含んでいることが判明した。

まず、第1の問題は、軽減か否かの基準は現実に存在する移設元の当該米軍基地（普天間飛行場4.8km²）を「公益の大きさ」の評価の「基準」とし、移設先の「米軍辺野古飛行場」（1.6km²）との比較で軽減すなわち「公益の大きさ」としている。現実に存在する米軍基地の「過重負担」（沖縄本島に221km²の米軍基地）を評価の「基準」とすべきである。つまり、221km²から（4.8km²−1.6km²）への軽減である。そうだと、「軽減する公益の大きさ」とは到底、言えない。この判断は「判断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て著しく妥当性欠くもの」で違法性を帯びる。沖縄の米軍基地の過重負担の歴史的现实を、負担軽減の「評価基準」にすべきである。

第2の問題は、既設キャンプ・シュワブ及びその周辺で、沖縄県に新たな施設及び区域の土地提供を求めるものでもないことだから、負担過重ではなく、負担軽減となるとする「評価」である。この点は、重要な点で、耐用年数約200年の「米軍辺野古飛行場」の建設により、キャンプ・シュワブが固定化されることになる。なぜなら、キャンプ・シュワブの構成部分として「米軍辺野古飛行場」は建設されるからである。辺野古地域が東海岸に残された屈指の「リゾート地」の可能性を奪うことになる。辺野古沿岸域、辺野古崎の自然海浜、およびキャンプ・シュワブの広大な跡地利用の三位一体の「リゾート地」の地域形成計画が設定できず、沖縄観光の「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」とは到底言えない。

辺野古沿岸域を埋め立てず辺野古地域を「リゾート地」とする「地域形成計画」は、国の「地域経済向上の公共性」の評価根拠事由としての

「沖縄県の負担を軽減する公益の大きさ」に対する、沖縄県の評価障害事由（地域経済向上の阻害要因）として位置づけることになる。

ところで、前述したように、2・15知事尋問の翁長知事の証言で局面は一変したが、沖縄県の見解は、第三者委員会報告と大きな違いがみられるので、つぎの、その違いを確認することにしよう。

第5節 第三者委員会報告と沖縄県の見解の相違

1 米軍基地の過重負担の位置づけ、評価基準

まず、第1に、米軍基地の過重負担の位置づけ・評価基準に関して、第三者委員会と沖縄県は、基本的に違う。第三者委員会は、米軍基地の「過重負担」を「埋立地の用途」を基軸とする地域の土地利用計画による「国民経済の向上」、「地域経済の向上」の観点から判断する。第三者委員会は埋立法の法的性格を「土地収用法と類似な性格を有する制度」とする。すなわち「土地収用法は公共に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」（報告書36頁）。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、もつ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。第三者委員会は埋立法の趣旨を土地所有権の制限による公共の利益の増進すなわち「国民経済の向上」、「地域経済の向上」と明確に認識している。したがって、本件では「米軍辺野古飛行場」の土地利用権原（土地所有権）の確保の受益的処分である知事の埋立て承認が沖縄県の「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か」の裁量的判断となる。

この見解に対し、沖縄県の埋立法の趣旨は、「公水法は、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。すなわち、公水法は、埋立の

対象となる地域の海域、沿岸域の総合的な管理・利用に関する利益の保護を目的としている」(被告第4準備書面4・5頁)。沖縄県は、「米軍基地の存在」を「地方公共団体」の観点から「自治権の及ばない地域、存在」とし、「過重負担」を「巨大な自治権の空白地帯」(被告第1準備書面117頁)として「公益」上の不利益とする。

ちなみに、国は、埋立法の趣旨を「国の所有する公有水面(法1条1項)埋め立て、これを利用することが、国土の開発その他国民経済の向上に資するもの」(原告第1準備書面8頁・71頁)と定義している。

法律においては、当該法律の趣旨・目的をどう捉えるかは死活的な問題である。第三者委員会と沖縄県の見解が原理的に全く異なることは、第三者委員会の報告書を基本に沖縄県知事は本件承認処分を取消したことを考慮すると深刻な問題を内包することになる。

2 米軍基地の過重負担の内容

第2に、第1の基本的原理的な違いに対応して、米軍基地の過重負担の内容及び固定化の内容に違いがでてくる。第三者委員会は、まず過重負担の内容を、「①このように広大にかつ過密に存在する米軍基地は、②沖縄県の振興開発を進める上で大きな制約となっているばかりでなく、③航空機騒音の住民への悪影響や演習に伴う事故の発生、④後を絶たない米軍人・軍属による刑事事件の発生、⑤さらには汚染物質の流出等による自然環境破壊の問題等」とする。

それは、「⑥県民にとって過重な負担となっている。」として「県民」の「過重な負担」である。

したがって、その法的評価は「⑦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。」

次に、過重負担の固定化の内容である過重負担と本件埋立てとの関連については、「⑧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（①～⑧筆者挿入。）（報告書45頁）として、沖縄本島の「米軍基地」の過重負担のなかで新たな「米軍基地」（米軍辺野古飛行場）のための土地利用権（土地所有権）確保のための埋立て承認の是非となる。「埋立地の用途」が「米軍辺野古飛行場」の建設という米軍基地のための「土地利用計画」が「国民経済の向上」、「地域経済の向上」の観点から「適正かつ合理的」かが判断されるべきとなる。

要するに、第三者委員会の米軍基地の過重負担の内容を構成する②③④⑤の要素は、本件埋立てが「適正かつ合理的なるか」の判断要素とすべき法律構成をしたのである。その「総合的」な判断は「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とを比較衡量して判断すべきもの」（報告書36頁）であるが、米軍基地の過重負担の構成要素②③④⑤は「埋立てにより生ずる不利益」として1号要件の判断要素となる。そして、本稿では、「米軍基地の過重負担の歴史的現実」を構成する個別評価障害事由として法律構成する。

さらに、第三者委員会は公有水面埋立法の法的性格を次のように定義している。「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」（報告書36頁）。本件では「米軍辺野古飛行場」の土地利用権原（土地所有権）の確保の受益的処分である知事の埋立て承認が沖縄県の「地域経済の向上」の観点から「国土利用上適正かつ合理的なるか」が判断されるのである。

これに対して、沖縄県の見解は、「埋立ての遂行によって損なわれる公益」（被告第1準備書面116頁）が侵害されないように承認しないことで「公益」を保護する。なぜなら1号要件は「不適正・不合理な公有水面埋立によって、当該地方公共団体の利益が侵害される場合には都道府県知事が公有水面を承認しないという権限を付与することで、不適正・不合

理な公有水面埋立てによって当該地方公共団体の利益が侵害されないという利益を保護している」(被告第1準備書面13頁)からである。承認は「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ないという利益を保護」するためにある。第三者委員会の土地所有権付与の受益的処分による「国民経済の向上」という「国民」の「一般私益」ではなく受益的処分の承認をしない権限で「環境保全」という「地方公共団」の「公益」を保護するのである。つまり、埋立て承認をしない権限を行使して当該公有水面及び周辺地域の環境が保全されることになり、陸地の土地利用の状況つまり「国民経済の向上」「地域経済の向上」の視点を排除し得るための法律構成である。この内容を過重負担の内容と固定化の内容で確認する。

まず、過重負担の内容は「①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、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、全国の在日米軍専用施設の73.8%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、③米軍基地に起因する様々な負担・被害が生じていること、④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は、何人も知っている公知の事実である。」(被告第1準備書面201頁)。

この沖縄県の基地の過重負担は、現存の米軍基地を前提に広大な「自治権の空白地帯」として「地方公共団体」の「公益」を侵害している。「②米軍基地には排他的管轄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」に象徴的に示されている。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「地域振興」の著しい阻害要因とはされない。したがって、その阻害の不利益度を基地返還跡地の直接経済効果で示すこと

はできない。国が返還跡地の活動による直接経済効果に関して返還前の120億円から返還後3866億円になるという主張に対して効果的な反論はできないことになる。地域振興の阻害要因を米軍の排他的管理権等としているからである。当然第三者委員会の見解では評価障害事由として効果的に反論できることは言うまでもない。

3 米軍基地の過重負担の固定化

つぎに、固定化の内容は「⑤新たに米海兵隊航空基地を建設することは、この沖縄県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である」(被告第1準備書面201頁)とする。

この固定化の内容に第三者委員会と沖縄県の違いが明確にでている。沖縄県は「⑤新たに米海兵隊航空基地を建設することは」とするのに対し、第三者委員会は「⑧本件埋立ては」としているのは、沖縄県の過重負担が現存の「米軍基地」としての「施設」を対象としているのに対して、第三者委員会は「米軍基地」としての「埋立地の用途」の「土地利用計画」を対象としていることである。

したがって、沖縄県の過重負担は「⑤新たに米海兵隊航空基地を建設すること」は、「この沖縄県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である」として、新たに建設される「米軍海兵隊航空基地」が追加され「この沖縄県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」となるのである。

これに対して、第三者委員会は、「⑧本件埋立ては、沖縄県内において米軍基地の固定化を招く契機となり、基地負担について格差や過重負担を固定化する不利益を内包するものと言える」(報告45頁)とする。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」とは、

沖縄県の見解のように「沖縄県」としての「地方公共団体」ではなく、第三者委員会は「沖縄県内」として米軍基地の過重負担の現場である沖縄本島「地域」に過重な米軍基地を「追認」し「米軍基地」としての「土地利用」の「固定化」の追認を含意するのである。したがって、沖縄県の見解のように「固定化するものであり、その不利益は顕著なものである」とはせず、第三者委員会は「過重負担を固定化する不利益を内包する」として、米軍基地の過重負担の構成要素②③④⑤は「埋立てにより生ずる不利益」として1号要件の判断要素となるのである。

以上、米軍基地の過重負担の機能は、沖縄県の見解と第三者委員会の見解はことなるのである。

4 地域振興の阻害要因

第3は、過重な米軍基地による地域振興の阻害要因に関して、第三者委員会は、「過重負担自体」、沖縄県は「排他的管理権」を阻害要因とする点である。第三者委員会は、「①このように広大にかつ過密に存在する米軍基地は、②沖縄県の振興開発を進める上で大きな制約となっている」とするのに対して、沖縄県は、「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」とするのである。

第三者委員会は埋立て承認を土地利用権原（土地所有権）確保の問題として捉えるので、このレベルでの米軍基地の過重負担となるのに対し、沖縄県は、「米軍基地」建設自体であるので、存在する米軍基地を想定するので「排他的管理権」による現実に阻害された状況を想定することになる。必然的に「米軍基地」排他的管理権を伴うことになる。「埋立地の用途」の概念が欠落するので、「米軍基地」に飛躍することになる。ここに至っては埋立法の問題から現存する米軍基地の排他的管理権の地位協定の問題へとワープすることになる。沖縄返還過程で大浜信泉の「沖縄

の人は最上級の思考形成にとらわれすぎ、そのために自縄自縛にもがいているのではないかとの批判がある。裏を返せば、現実無視の理想論、観念論に走りすぎているのではないかということである。」（同『私の沖縄戦後史—返還秘史—』（今週の日本、1971年159頁）。法律による行政の原理が弱いところでは誰も止めることはできない。

5 過重負担と埋立てとの関連

第4は、過重負担と埋立てとの関連について、第三者委員会は「埋立て」の平面で「⑦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。」とする。これに対して、沖縄県は「米軍基地の建設」の平面で「⑤新たに米海兵隊航空基地を建設することは、この沖縄県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」として捉えている。これは第三者委員会が既存の米軍基地の存在を前提に埋立て承認の違法性判断に限定して、過重負担が固定化するから承認は違法性を帯びるとするに留まる。あくまでも、承認の平面での米軍基地の過重負担として抑制されたものである。これに対して、沖縄県は、米軍飛行場用地ではなく、新たな「米軍基地」建設として米軍基地自体の過重負担を考え、過重な米軍基地の整理縮小も判断射程に入れながら、整理縮小の観点から当該米軍基地の建設を断念することによる当該埋立承認の否定である。

6 現存の米軍基地を含めた地域形成計画

(1) 地域の土地利用計画

第5点は、現存の米軍基地の存在を含めた地域の土地利用計画の観点からの不利益の視点である。沖縄県の見解では、陸地（沖縄本島）の米軍基地を含めた土地利用計画は全く射程外であるため、3号要件の「埋

立地の用途」と地域の土地利用計画及び環境保全計画との適合性に関して、土地利用計画は無関係である一方、環境保全計画は1号要件、2号要件に包摂されるため、3号要件に関する法的瑕疵は不要となり、除外されるのである。しかし、第三者委員会では、3号要件該当性は120頁から130頁まで割かれており、しかも、3号要件の不利益として次のように述べられているのである。「埋立予定区域」だけの土地利用計画ではなく、名護市全体を射程にいられた「名護市土地利用基本計画」、「第4次名護市総合計画」及び「名護市景観計画」の内容を述べた上で、第三者委員会は「埋立計画が、名護市の前記各計画と対立し、これらの計画で実現を目指している土地利用計画や地域開発計画等の阻害要因となり、これらの各計画上の諸価値を損なうことは明らかである。」(報告書44頁)。陸地の土地利用計画及び地域開発計画の中で埋立計画の是非が判断されているのである。

さらに、第三者委員会は、注目すべき、つぎのような「地域形成計画法」(国土計画関連法)および自然環境保全関連法の一環として本件埋立計画を捉えているのである。

「生物多様性基本法、自然環境保全法、土地基本法、景観法、都市計画法、公有水面埋立法、海岸法等多くの法律が、都道府県や市町村等の地方公共団体に対し、その地域や区域の自然的社会的条件等に応じた、これらの法律の趣旨に則した国土利用計画や自然環境保全のための施策を策定してその実施をすることを求めているところであるが(各法律のその旨の明文規定や解釈によってそのように考えられている)これらの法律に基づいて、地方公共団体が策定する地域計画や方針等については、これらの法律の規定の趣旨からも、また憲法や地方自治法の尊重の理念からも、最大限尊重されなければならない。」(報告書44頁)。

そして、結論として、「前記のとおり、地方自治の尊重に観点から、市町村及び都道府県の施策は公有水面埋立法の適用においてもできる限り

尊重されるべきものであるが、本件埋立は、上記のとおり、名護市及び沖縄県の施策（計画）と大きく齟齬するものであり、本件埋立により名護市及び市民、沖縄県及び沖縄県民が被る不利益は大きいものである。（報告書45頁）。この結論には、第三者委員会と沖縄県との原理的な対立が明確に示されている。

第1は、1号要件で比較衡量される「不利益」が第三者委員会では地域形成計画（土地利用計画、環境保全計画及び公共施設の整備計画）上の「不利益」に対して、沖縄県は「地方公共団体」の「公益」である。地域形成計画上の不利益であるため地域形成計画権限者の名護市及び沖縄県の「地方公共団体」とともに地域形成計画による受益者ともなり侵益者ともなる名護市民及び沖縄県民の「国民」が不利益の当事者になるのに対し、沖縄県では「地方公共団体」の「公益」に限定されているのである。なぜなら、沖縄県の法4条1項1号要件は「都道府県知事が公有水面埋立てを承認しないという権限を付与することで、不適正・不合理な公有水面埋立てによって当該地方公共団体の利益が侵害されないという利益を保護している」からである。沖縄県の県内では、市民・県民が、利益・不利益の当事者となることはないのである。

第2は、地方自治の尊重の意味である。第三者委員会の、ここでの地方自治の尊重は、地域形成計画上の地方公共団体の計画権限、規制権限としての自治権であり、米軍基地の排他的管理権を排除するような統治権的な自治権ではない。第三者委員会には法律による行政原理に基づく権限を自覚した姿勢がみられるが、沖縄県には法律による行政の原理の認識が弱いように見える。米軍基地の過重負担が巨大な「自治権の空白地帯」は法律による行政の原理の観点からは「虚構」である。むしろ、国土利用計画及び地域形成計画上の自治権である公有水面埋立法に基づく免許権限及び承認権限が知事に授權されていて、その承認の受益的処分により埋立工事が進行しているのであり、自治権に反しているのでは

ないという現実の法秩序を前提して法律構成すべきである。

(2) 地域経済の向上と辺野古沿岸域の埋立て

第6点は、米軍基地の過重負担の整理縮小に伴う返還跡地の振興開発上の経済的不利益を「地域経済の向上」に転化させる視点である。キャンプ・シュワブの返還も想定した土地利用計画による「地域経済の向上」の視点である。第三者委員会の特徴の一つでもある。しかし、沖縄県の見解からは全面削除されことになる。沖縄県内の米軍基地の存在自体、全く無関係だからである。しかし、第三者委員会では本質的要素である。

まず、辺野古埋立てが沖縄全体の米軍基地の中で位置づけられる。「本件埋立対象地周辺には、キャンプ・シュワブ、北部訓練場、キャンプ・ハンセン、新たな着陸帯が建設されている伊江島補助飛行場など、多くの米軍海兵隊基地や訓練場が点在している。」

そして、既存米軍基地との関連において生活環境への影響が考えられる。「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ると、周辺米軍海兵隊基地の拠点となり、現在のキャンプ・シュワブの騒音被害の増大は住民の生活や健康に大きな被害を与える可能性がある。」

また、陸地の既存の米軍基地の跡地利用を含めた「地域経済の向上」の観点から本件埋立てが考えられる。「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、那覇市小緑・金城地区、那覇新都心地区、北谷町の桑江・北前地区、北中城村のアワセゴルフ場跡地、読谷村の補助飛行場跡地、国頭村奥間のVOA送信所跡地の奥間リゾート施設等々である。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、手付かずの自然環境に恵まれた、ジュゴン等の希少

生物の生息する区域という特性と相まって、これらと共存しうる県内屈指のリゾート地等になりうる潜在力を有している。しかるに、本件埋立対象地に普天間代替施設の米軍基地が建設された場合には、当然今後長期にわたって基地として利用されることから、地域の発展はほとんど望めず、雇用の面においても大きな期待はできない。本件埋立対象地の辺野古崎地区の海域を埋め立てて代替施設を建設することは、ゆたかな自然環境を破壊することになることのみならず、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。』（報告書42頁）。

ここに、第三者委員会のエッセンスが込められている。この叙述には、米軍基地の過重負担の「想像を超える」経済的不利益を踏まえつつ、未来を見据えた沖縄経済の自立、沖縄の地理的自然的歴史的特性を踏まえた「観光リゾート地」沖縄を梃子とする「観光産業の振興」による「沖縄経済の自立」、「地域経済の向上」の視点が、積極的に示されている。沖縄県の見解には、全く、このような視点が欠落している。しかし、2・15知事尋問における翁知事の証言で局面は一変するのである。つまり、「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630万人が県内に観光客としてきている。これは日本国で有数の観光産業として伸びて

いる」。まさに、「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。」のである。

7 沖縄県の埋立法の趣旨批判—小結

最後に、結論として、米軍基地の過重負担に関する位置付及び評価は、第三者委員会と沖縄県の見解は、正に「似て非なるもの」の典型である。

また、沖縄県の公有水面埋立法に関する次のような位置づけは、公有水面埋立法に基づく埋立ての免許（私人）又は承認（国）が国土利用計画上、地域形成計画上、つまり「国民経済の向上」「地域経済の向上」の上で果たしてきた自治権であることを考慮すると、沖縄県民が歩んできたことの過酷さを感じざるを得ない。

「公有水面埋立法を適用して、沖縄県の民意に反して、名護市辺野古沖の海兵隊基地建設を強行し、沖縄県の自治権を侵害することは、憲法92条に違反するものである」（被告第1準備書面306頁）。

以上、第三者委員会報告と沖縄県の法律構成は原理的に異なる結果、多くの論点で、その違いが明白になった。つぎに、その沖縄県の独自の公有水面埋立法の法律構成を確認することにしよう。

第6節 沖縄県の米軍基地の過重負担の法律構成

1 序

米軍基地は土地利用権原（本件では土地所有権）が確保されて存在し、現存した米軍基地が米軍により管理されることになる。日米地位協定3

条の排他的管理権は米軍基地が存在して意味を持つのであり、その米軍基地は土地利用権原の土地所有権により存在しているので、土地利用権原の問題と地位協定3条の排他的管理権とは法論理的に別の問題となり土地所有権が優先するのである。したがって地位協定より埋立法が優先するのである。なぜなら、埋立法は土地利用権原の基本である土地所有権の取得の根拠法規だからである。このような辺野古埋立て承認問題を米軍基地の土地利用権原（土地所有権）の確保の問題とする見解に対し沖縄県は次のように埋立法に関する独自の法律構成を展開する。

2 沖縄県の埋立法の法律構成

沖縄県は、埋立法4条1項1号要件の判断要素を、第1場面として「米軍辺野古飛行場」建設自体の問題、第2場面として、「米軍辺野古飛行場」の「環境保全」の問題に区別する。

(1) 「米軍辺野古飛行場」建設自体

まず第1場面の「米軍辺野古飛行場」建設自体に関して、第1に、法4条1項1号の要件の審査において、都道府県知事は、「公有水面埋立法は、国防に関する事業についても除外規定を設けていないのであるから」（被告第1準備書面13頁）、国防上の必要性に関して審査判断する権限があるとし、第2に、我が国の安全保障のために、日米安全保障条約に基づき提供する米軍施設及び区域の配置場所の決定を都道府県知事が審理判断する権限があるとする。よって、米軍基地の過重負担は、現存する米軍基地を対象とするので、米軍基地の排他的管理権により地域振興の阻害要因となる。つまり米軍基地の過重負担は「沖縄県土の約1割、沖縄島に至っては約2割を占め、この巨大な自治権の空白地帯の存在が、沖縄県の地域振興等の著しい阻害要因となっている」（被告答弁書122頁）。現実に存在する米軍基地の過重負担は「自治権の空白地帯」として「地

方公共団体の利益」すなわち「公益」を侵害するとして判断要素となる。

しかしながら、日本の法秩序においては、第1の都道府県知事の国防上の必要性について審理判断する権限自体ないので、1号要件の判断要素となることはない。したがって、第2の米軍基地の配置場所の決定の審理判断権限もないので、米軍基地の移設の配置場所が「辺野古沿岸域」であることが1号要件判断要素となることはない。

また、米軍基地の過重負担が「自治権の空白地帯」として自治権の侵害となることはない結果、米軍基地の過重負担は、全く、1号要件の判断要素となることはない。つぎにみるように、公有水面埋立て後の「米軍辺野古飛行場」の公益への影響は「周囲の自然環境に及ぼす影響」とどまり、「米軍辺野古飛行場」の土地利用計画は「地域経済の向上」観点から評価されないので、結局、米軍基地の過重負担は判断要素となることはない。

(2) 「米軍辺野古飛行場」の周辺地域社会への影響

つぎに第2場面の「米軍辺野古飛行場」の周辺の地域社会への影響に関して、「米軍辺野古飛行場」以外の米軍基地が判断要素となることは全くない。つまり、沖縄県民の約9割が住む沖縄本島の18.2%を占有する米軍基地の過重負担は全く判断要素とはならない。なぜなら「公有水面埋立法第4条第1項第1号は『国土利用上適正且合理的ナルコト』を公有水面埋立免許ないし承認の要件としており、これは、埋立の必要性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。」として、1号要件を「環境保全」条項に純化し、「埋立後の土地利用が周囲の自然環境に及ぼす影響」という「環境保全」に限定して、沖縄本島の米軍基地としての土地利用の問題は除外されているからである。国のように、公有水面を埋め立てることが、「周辺の土地利用の現況といった国土利用上の観点からみて適正かつ合理

的といえるか否か」という「国民経済の向上」「地域経済の向上」の視点は全く欠落しているのである。こういう法律構成を沖縄県が主張することは「想像を絶する」。なぜなら、免許・承認権限をもつ沖縄県（知事）は那覇飛行場の増設のための埋立て承認は沖縄の「地域経済」の基幹である「観光産業の向上」の観点からであるからである。埋立て予定地区域自体の「環境保全」及び予定区域からの「環境保全」の観点から埋立て承認の是非の判断をしたのではないからである。このよう事実は、埋立てに伴う「環境保全」は「条件」であり、埋立法の「趣旨・目的」は、「飛行場用地」として制限された土地所有権の付与による「国民経済の向上」・「地域経済の向上」にあるのである。沖縄県の埋立法の解釈は「条件」を「趣旨・目的」とした主客転倒したものとなっている。

いずれにせよ、その当否は別にして、沖縄県の1号要件の法律構成では、全く米軍基地の過重負担は判断要素となることはないのである。

要するに、沖縄の米軍基地の過重負担は埋立て承認の判断要素から除外されるということである。その理由は次の2点である。まず第1に、米軍基地の土地利用権限（土地所有権）の確保の根拠法規として埋立法を位置づけず、逆に現存の米軍基地に自治権が及ぶことを前提にして地位協定3条の排他的管理権により「自治権の空白地帯」として「地方公共団体」の「公益」の「地域振興」の阻害要因とするが、日本の法秩序においては米軍基地には自治権が及ばない結果、米軍基地の排他的管理権が地域振興の阻害要因とはいえないからである。第2の理由は、埋立て予定地の土地利用に限定して、本件では「米軍辺野古飛行場」の土地利用に限定して、その経済的または自然的影響を考慮するが、地域の全体、本件では沖縄本島全体の土地利用を「国民経済の向上」・「地域経済の向上」の観点から捉えるのではなく、当該「米軍辺野古飛行場」の公有水面および周辺の自然環境の影響に限定することから、沖縄本島の米軍基地の過重負担は論理的に射程外となるのである。

このような結末となるのは、次のように、埋立法の趣旨（免許・承認の法的性質）と埋立法4条1項1号及び2号の趣旨を「環境保全」に純化した法律構成にある。

まず、沖縄県は埋立法の趣旨（免許・承認の法的性質）に関して次のように定義する。

「公有水面埋立法は、行政の責任者たる都道府県知事に対して、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）権限を与えることにより、当該地方公共団体の公益を保護するものとしたものである。」（第5意見書301頁および被告第1準備書面13頁参照）。

次に埋立法4条1項1号・2号要件の趣旨は「公有水面埋立法第4条第1項第1号は『国土利用上適正且合理的ナルコト』を公有水面埋立免許ないし承認の要件としており、これは、埋立の必要性と自然の保全の重要性、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）。

拘束力ある「土地利用計画」の観点からの1号要件が、「環境保全」の観点から位置づける解釈では、次のような「想像を絶する」1号要件の解釈となる。

「公有水面埋立法は、当該地方公共団体の公益を適切に保護するため、都道府県知事に、第4条第1項第1号『国土利用上適正且合理的ナルコト』の判断権限を与えている。

都道府県知事に承認権限を与えているのは、公有水面埋立ては、当該地域に重大なインパクト、深刻な不利益を与える可能性があることから、公有水面埋立法第4条第1項第1号は、不適正・不合理な公有水面埋立てによって、当該地方公共団体の利益が侵害される場合には都道府県知

事が公有水面埋立てを承認しないという権限を付与することで、不適正・不合理な公有水面埋立てによって当該地方公共団体の利益が侵害されないという利益を保護しているのである。」（被告第1準備書面13頁）。

そして、沖縄県の見解の象徴的表現が、次にみる本件埋立て承認は「受益的行政処分ですらない」ということである。

「本件承認処分及び取消処分の名宛人は国（防衛局）であって、そもそも埋立承認処分により埋立権を取得するにしても、かかる利益は、私益ではなく、法律上保護された利益とは言えず、本件はいわゆる受益的行政処分ですらないのであって（むしろ、周辺住民等に対しては侵益的行政処分ですらある）、受益的行政処分の取消権制限法理の適用は、この意味でもあり得ない。」（被告第10準備書面7頁）。

3 「地域経済の向上」説か「地方公共団体公益」説か

沖縄県の埋立法の趣旨を「地方公共団体の利益の保護」とする解釈は地方公共団体が責任を持つ解釈としては全く独自な見解である。この独自な見解は次に述べるように、第1に埋立法が産業用地等の提供として果たしてきた歴史的現実、第2に最新の判決例が、埋立て承認の法的性質を土地所有権の付与（を設定する権利）とすることから、その客観性は疑わしい。

第1の理由は、埋立法が「埋立地の用途」に制限された土地所有権の付与による産業用地提供の国土開発法として日本の国民経済の向上に資してきた歴史的現実を無視するものであるからである。埋立法は1921（大正10）年の制定以降、産業用地の提供に寄与し、さらに戦後も、1945年から1972年迄27年間で埋立面積1127.16km²、そして1972年から41年間で1149.56km²の埋立て面積は増加し2013年までの総埋立面積は2276.72km²（沖縄県土面積2227km²とほぼ同面積）となっており、産業公害、海洋汚染を伴いながらも、戦後の国土の復興、高度成長の原動力となり「国土の開

発その他国民経済の向上に資し」てきた歴史的現実である。なお沖縄県の埋立面積は1988年から2013年までの25年間に13.91km²増加し（国土地理院公表）している。「国民経済の向上」、「地域経済の向上」に資している現実である。埋立法は、知事の埋立て承認処分により土地所有権（私益）の付与を通じて「国民経済の向上」すなわち「地域経済の向上」という「一般私益」を保護しているのであって、「地方公共団体」の「公益」を保護しているのではないのである。

第2の理由は、最新の判決例も埋立て承認の法的性質を、埋立工事竣功を停止条件として埋立の用途で制限された土地所有権を付与する処分としていることである。つまり、「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」（広島高裁平成25年11月13日判決）のである。

要するに、沖縄県の主張する埋立法を「地方公共団体の重大要素となる海域、沿岸域の総合的な管理・利用の際の法的コントロールの手法として、埋立ての免許（承認）権限を与えて、その権限行使によって当該地方公共団体の利益を保護するという仕組み」とする捉え方は、1921年から現実に存在し実施されてきた埋立法の捉え方としては、「誤解」である。

4 辺野古移設問題の多面性

以上、知事の埋立て承認の取消しを巡る裁判の沖縄県の法律構成に関する問題点を検討してきたが、その法律構成の前提となる問題点を確認して今後の方向の参考にする。

辺野古移設問題は、まず第1は、本件埋立てにより、辺野古沿岸域及

び大浦湾地域の豊かな自然環境の喪失・破壊に対する自然環境の保全という環境問題である。

第2は、その辺野古沿岸域を埋立てるのは「米軍基地」の建設のためであるが、この米軍基地が国土面積0.6%の沖縄県の米軍専用施設の73.7%が集中し、県民の約9割130万人が住む沖縄本島（1208km²）に221km²の18.3%が集中するという米軍基地の過重負担問題である。

第3は、米軍基地の存在又は整理縮小に関する沖縄県民の意思に関して、米軍基地の整理縮小の県民投票、米軍基地建設のために辺野古埋立ての是非の名護市民投票、そして、名護市長選、市議選、及び県議選並びに知事選、そして国会議員選挙における民意という民主主義の問題である。

第4に、歴史的総合的な民族自決権としての広義の自己決定権、および狭義の自己決定権（自治権）の問題である。

第5に、米軍基地の存続の法的根拠である日米安保条約及び地位協定の問題である。辺野古移設問題は、この5点の大きな課題が重畳している問題である。

沖縄県の埋立て承認に関する法律構成は、第1の環境問題を基本に、第4の狭義の自治権の問題及び第5の地位協定の問題を、組み込んだものとなっている。

これに対して、裁判となっているのは公有水面埋立法であり、本件では「米軍辺野古飛行場」の土地利用権（土地所有権）の確保の問題に焦点をあて、第2の米軍基地の過重負担問題と第1の環境問題が、争点となるような法律構成をすべきである。この2本立てで沖縄県の勝機が見えるからである。次章に、この2本立ての法律構成である第三者委員会検証報告書を基本に、沖縄県の勝機を探求する。

第7節 小括

本件承認処分の違法性の判断の帰趨を決するのは、「宜野湾市の経済発展のために本件埋立事業を実施する必要性」の判断要素である。この判断要素は「米軍辺野古飛行場」以外の沖縄本島の米軍基地であり、米軍基地の過重負担が「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を前提としている。「宜野湾市の経済発展」の中身は普天間飛行場返還跡地利用の経済効果である。現在の120億円が返還後3866億円の経済効果が沖縄県により推計され、約3746億円も拡大し経済発展に繋がると主張立証している。しかし、この額は、自由主義経済に原動力である土地所有権が米軍普天間飛行場（4.8km²）の土地利用に固定化によるもので、米軍基地の過重負担を整理縮小すべき責務ある政府が主張することは信義則上認められない。また、移設先の辺野古沿岸域に「米軍辺野古飛行場」建設のために辺野古沿岸域を埋立ててキャンプ・シュワブ（20.6 km²）の一部として「米軍辺野古飛行場」基地を建設することは、キャンプ・シュワブを固定化することであり、「国土開発その他国民経済（地域経済）の向上」の観点から「国土利用上適正かつ合理的」とはいえない。

第6章 米軍基地の過重負担の歴史的現実

第1節 総説

1 米軍基地の過重負担の法律構成

沖縄県の勝機は「沖縄の米軍基地の過重負担の歴史的現実」の法律構成にある。米軍基地の過重負担は、第1に「地域経済向上の公共性」の評価障害事由としての「地域経済向上の阻害要因」であること、第2に、「米軍基地の公共性」の評価障害事由であること、第3に、憲法及び地域形成計画法（国土計画関連法）に反する違法状態にあること、の3点である。この3点の主張立証に成功すれば、沖縄県の勝機はより確かなも

のとなる。「米軍辺野古飛行場」建設のために辺野古沿岸域の埋立てを承認することは、「地域経済向上の公共性」、「米軍基地の公共性」に照らして、公有水面埋立法（埋立法）4条1項1号「国土利用上適正かつ合理的なること」に著しく反するからである。沖縄県の勝機は沖縄の「負」の歴史的現実にあるのである。つぎに、本章考察の基点である「米軍基地の過重負担の歴史的現実」の内容を確認する。

2 米軍基地の過重負担の内実

「普天間飛行場代替施設建設事業に係る公有水面埋立承認手続に関する第三者委員会」（大城浩委員長、以下、「第三者委員会」とする。）の「検証結果報告書」（2015年7月16日提出、以下、「報告書」とする。）は、公的に「沖縄県の過重な基地負担」を「本件埋立の遂行によって失われる利益」として法律構成した。つまり、「沖縄における米軍基地の過重負担の歴史的現実」を、1号要件「国土利用上適正かつ合理的なること」の裁量的判断の判断要素とし、より本稿の法律構成に即して言えば、「地域経済向上の公共性」の評価障害事由として法律構成したのである。この第三者委員会は「沖縄県の過重な米軍基地負担」の内容を、「静態的面積」と「動態的機能」を区別して、つぎのように述べる。

まず「静態的面積」に関して、

「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倍に上ると指摘されている。)(報告書45頁)。

つぎに、「動態的機能」に関して、

「このように広大に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。

⑤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。

⑥本件埋立は、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。

⑦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(①～⑦筆者挿入。)(報告書45頁)。

この第三者委員会の「沖縄県の過重な米軍基地負担」を、1号要件の裁量的判断における「本件埋立の遂行によって失われる利益」として法律構成したことにより、沖縄県の勝機がみえたのである。

3 「米軍基地の過重負担の歴史的現実」の構成5事由の評価障害事由

そして、本稿は、「沖縄における米軍基地の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を、第三者委員会報告を踏まえて、以下のようにする。その5構成事由は、(一)「地域経済向上の阻害要因」、(二)「航空機騒音の住民への悪影響や演習に伴う事故の発生」、(三)「後を絶たない米軍人・軍属による刑事事件の発生」、(四)「汚染物質の流出等による自然環境破壊の問題」、(五)「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、(一)「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)に著しく反するからである。

第2に、「米軍基地の公共性」の評価障害事由として、(一)「地域経済向上の阻害要因」、(二)「航空機騒音の住民への悪影響や演習に伴う事故の発生」、(三)「後を絶たない米軍人・軍属による刑事事件の発生」、(四)「汚染物質の流出等による自然環境破壊の問題」、(五)「不平等な基地負担の国民の安全保障観への悪影響」の5事由である。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ので、米軍基地の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。

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収用認定において、「沖縄県に駐留軍の基地が集中していることによって生じているとされる種々の問題」つまり「沖縄における米軍基地の過重負担の歴史的現実」を評価障害事由として法律構成したことである。

4 本章の構成

本章は、まず、米軍基地の過重有負担の法律構成と翁長沖縄県知事の主張立証（第2節）、つぎに、米軍基地の過重負担が、第1に、「地域経済向上の公共性」の評価障害事由としての「地域経済向上の阻害要因」であること（第3節）、第2に、「米軍基地の公共性」の評価障害事由であること（第4節）、第3に、憲法および地域形成計画法（国土計画関連法）に反する違法状態にあること（第5節）、を述べる。

第2節 米軍基地の過重負担の法律構成と沖縄県知事の主張立証

1 埋立法の趣旨と1号要件の解釈

第三者委員会報告（以下、報告書）の過重負担の歴史的現実の法律構成は、まず、埋立法の趣旨を「環境保全への十分な配慮」（2号要件）を条件として「埋立地の用途」に制限された土地所有権を付与して「国土の開発その他国民経済の向上」即ち「地域経済の向上」に資することにある。この視点は「地域経済の向上」の基盤整備等（公共事業）のための土地利用権原確保の法である土地収用法と埋立法は「類似な性格を有する制度」（報告書36頁）との認識に確認できる。なぜなら、土地収用法の目的は「公共の利益の増進と私有財産との調整を図り、もつて国土の適正かつ合理的な利用に寄与すること」にあるからである（1条）。したがって、「国民経済の向上」「地域経済の向上」の観点から1号要件の「国土利用上適正かつ合理的なること」の裁量的判断を「総合的」なものとし「埋立てにより得られる利益と埋立てにより生ずる不利益とを比較衡量して判断すべきもの」（報告書36頁）とする。米軍基地の過重負担は「埋立てにより生ずる不利益」として構成され、1号要件の判断要素として構成されている。

2 米軍基地の過重負担を1号要件の判断要素とする法的根拠

米軍基地の過重負担を1号要件の判断要素とする法的根拠は、第1に、国が、埋立法の趣旨を「国民経済の向上」・「地域経済の向上」と定義したこと、第2は、沖縄県職務執行命令訴訟の大法廷判決が、米軍基地の使用又は収用認定の「適正かつ合理的」であることの判断において、「沖縄県に駐留軍の基地が集中することによって生じているとされる諸々の問題」として米軍基地の過重負担を判断要素としていること、の2点である。第2点に関しては、第3章において考察しているので、ここでは、第1点に関して、代執行訴訟第4回口頭弁論（2016年2月15日）の知事尋問（以下2.15知事尋問とする。）を踏まえた考察する。

(1) 埋立法の趣旨としての「地域経済の向上」

原告・国が、埋立法の趣旨を「国土の開発その国民経済の向上に資するもの」（原告第1準備書面8頁・71頁）と定義することによって客観性をもつ。この「国土の開発その他国民経済の向上」は地域に即すると「地域経済の向上」の概念となるので、以下、「地域経済の向上」とする。

さらに、被告・沖縄県が、米軍基地の過重負担を構成する個別米軍基地の跡地利用の経済効果に関連して「米軍基地は経済発展の最大の阻害要因」（地域経済向上の最大の阻害要因）として証言したことは、米軍基地の過重負担を1号要件の判断要素とすべきことを含意していることである。2.15知事尋問で翁長沖縄県知事が、「今や沖縄が発展しようとするときに、日本の安全保障だから我慢しているが、経済の面で言えば、米軍基地は経済発展の最大の阻害要因」と証言したからである。

それでは、埋立法の趣旨を「地域経済の向上」（経済発展）と定義すると、沖縄本島の米軍基地の過重負担が1号要件の判断要素となるのか。

「埋立地の用途」の「米軍基地」による地域形成の「地域経済の向上」・「経済発展」は「地域内」（沖縄県、沖縄本島）の米軍基地として存在す

る。したがって、個々の米軍基地は地域全域の全米軍基地（沖縄本島・1208km²の全米軍基地面積・221km²）の現実において、しかも、その現実は過去・現在・未来の歴史的現実の中で捉えられる。なぜなら、米軍基地の利用権原である土地所有権は特定地（当該土地）の上下の時空を自由に利用及び処分する権利だからである。この土地所有権が生活および経済活動の場面に移ると自由主義経済の原動力となるのである。土地面積の拡大は生産高を上げ、土地所有権の付与は生産性を上げる結果、生産力を増強するからである。

2・15知事尋問における翁長知事の証言にある2.15km²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倍になっている」。これは年間であり、返還前の52億円から返還後の土地利用の経済効果が1634億円であるから、その差額1582億円は、米軍基地でなければ得られたという見えない費用（利益）で、「機会費用」と言われるもので、土地所有権が米軍基地に制限されたマイナスの経済効果である。いわば、沖縄県民はいわば米軍基地に土地所有権が制限（固定化）されなければ得られたであろう「機会費用」と言う見えない「膨大な経済的不利益」を被っているのである。この「膨大な経済的不利益」は、自由主義経済の原動力である土地所有権が広大な米軍基地の土地利用に固定化（制限）されたことによるものである。このような米軍基地による「機会費用」は人口密度が高く米軍基地面積が拡大するに比例して高くなる。なぜなら、土地所有権の本質的要素である「土地」は、国民の生活及び生産を通ずる諸活動の共通の基盤であり、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「公共的な利害関係をもつ特性」を有しているからである（土地基本法2条参照）。したがって、米軍基地の「地域経済向上の阻害」度は、地域内の米軍基地の広大な面積に規定されるので、埋立法の趣旨は「地域経済向上の公共性」を意味

する結果、本件「埋立地の用途」の「米軍辺野古飛行場」による土地所有権の制限効果（経済効果）も沖縄本島の米軍基地の過重負担の中で評価されることになる。つまり、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」の裁量的判断において、「沖縄本島の米軍基地の過重負担の歴史的現実」が判断要素となるのである。

(2) 埋立法の土地所有権の制限原理としての「地域経済向上の公共性」

また、埋立法は「埋立地の用途」、本件では「米軍用地」による土地所有権の制限法であるが、その制限原理は「公共の福祉（公共性）」であるため（憲法29条2項・3項）、埋立法の趣旨は公共性の内容となる。したがって、埋立法の趣旨の「地域経済の向上」は、「埋立地の用途」（土地所有権制限）が「国土利用上適正かつ合理的なること」であるので、この1号要件の評価基準は「地域経済向上の公共性」となるのである。

(3) 「埋立地の用途」の「米軍基地」による「米軍基地の公共性」

さらに、本件の場合には「埋立地の用途」が「米軍基地」であるため、「公共の利益に関する事業」のための土地所有権の制限原理の「公共性」となり「米軍基地の公共性」も重畳する。つまり、本件埋立て承認は、「地域経済向上の公共性」と「米軍基地の公共性」が重畳することを意味し、一般的には、知事の承認義務が高くなる。「米軍基地の公共性」は「米軍基地」の安全保障上の「公共性」である。つまり、日常生活の場面でみると、米軍基地のためには国民は一般的には「我慢」すべきということである。

その意味では、2・15知事尋問における翁長知事の、「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、経済の側面であれば、米軍基地は経済発展の最大の阻害要因ということがまさに当てはまる時代になっている」とする証言は、本代執行訴訟の本質的な

争点を定義したものである。つまり、沖縄の米軍基地の過重負担の歴史的現実を「地域経済向上の公共性」と「米軍基地の公共性」に照らしてどう裁判官が判断するかである。

3 翁長沖縄県知事の知事尋問における米軍基地の過重負担に関する主張立証

この本代執行訴訟の本質的争点に関して、翁長沖縄県知事は、2016年2月15日の知事尋問において、つぎのように、本件辺野古沿岸域の埋立承認の裁量処分の違法性は重大かつ明白である旨、主張立証する。県側の弁護士は「沖縄は基地で食べているとの話についてはどうか」と質問する。この質問に対し、翁長沖縄県知事は、米軍返還跡地の土地利用の「経済的効果」即ち「機会費用」という見えない費用・不利益の発生メカニズムを踏まえた証言となっている。つまり、膨大な「経済的不利益」は、自由主義経済の原動力である土地所有権が広大な土地所有に固定化されていることの認識を踏まえているのである。

知事の証言は、「そういった時代背景の中で、基地が返された跡地利用で、大変、資本の投資が沖縄で始まっている。先駆けとなった、私が那覇市長時代の新都心地区215㌔、25年前に返還され、そのときにその土地に52億円の軍用地料が払われていた。周辺に住んでいる人たちは52億円がなくなるので『これは大変なことになる』『生活はどうなるか』ということになった。」翁長知事は、跡地利用の経済効果を断片的、部分的に述べているのではない。まさに、土地利用の経済効果は、当該地域社会の歴史的現実の場面での見えない費用の「機会費用」である。知事は、どのように時代背景を捉えているか。以下、この論点に関する証言の最後まで、みることにしよう。

「基地依存経済がどのように変わったか。二つ（指標）がある。一つは、戦争が終わって生産設備がない。基地のそばで暮していく中でGDP

の約50%が基地経済。そして復帰時に15%。そして今は5%前後で推移している。

その中で沖縄の経済はアジアのダイナミズムが沖縄におおいかぶさってくる。今やまさしく日本とアジアの架け橋になる。

情報通信産業も去年からことしにかけて沖縄に海底ケーブル、光ファイバーも接続されるので、情報通信産業という意味でもアジアとやっっていく。

そして、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630万人が県内に観光客としていきている。これは日本国で有数の観光産業として伸びている。」このように証言して、冒頭の「そういった時代背景の中で、基地が返された跡地利用で、大変、資本の投資が沖縄で始まっている。」との証言になっているのである。そして、続けて、証言は、以下のように展開する。

「先駆けとなった、私が那覇市長時代の新都心地区215㌔、25年前に返還され、そのときにその土地に52億円の軍用地料が払われていた。周辺に住んでいる人たちは52億円がなくなるので『これは大変なことになる』『生活はどうなるか』ということになった。

わたしが15年前に那覇市長になって、向こうの区画整理事業が始まった。これは高率補助ではなく、普通の土地整理事業でできあがった。2、3年前に完成したが、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) 効果は1634億円で約32、33倍になっている。雇用は、向こうは住宅地だったので、芝生を刈ったりして、家の修繕をしたりして170人が雇われていた。今、新都心地区では1万6千人、約100倍の人が働いている。税収も6億円だったのが、199億円。

一つの跡地が返されるということは、それだけの経済効果がでてる。今言っているような『基地で食べている』という話は確か戦後30年ぐら

い、復帰からしばらくはあたかもしれないが、今や沖縄が発展しようとするときに、日本の安全保障だから我慢しているが、経済の面で言えば、米軍基地は経済発展の最大の阻害要因ということがまさに当てはまる時代になっている。」(琉球新報2016年2月16日)

沖縄の「経済発展の最大の阻害要因」即ち「地域経済向上の阻害要因」である米軍基地の過重負担の歴史的現実を、「地域経済向上の公共性」「米軍基地の公共性」に照らして、裁判官はどう判断するであろうか。

第3節「地域経済向上の公共性」の評価障害事由

本稿は、評価障害事由として法律構成する「沖縄の米軍基地の過重負担の歴史的現実」を第三者委員会の過重負担の内容も踏まえて、(一)「地域経済向上の阻害要因」、(二)「航空機騒音の住民への悪影響や演習に伴う事故の発生」、(三)「後を絶たない米軍人・軍属による刑事事件の発生」、(四)「汚染物質の流出等による自然環境破壊の問題」、(五)「不平等な基地負担の国民の安全保障観への悪影響」の5構成事由を個別の評価障害事由として法律構成する。そして、この5事由を、1号要件の「国土利用上適正かつ合理的なること」の裁量的判断における評価基準である、「地域経済向上の公共性」と「米軍基地の公共性」のそれぞれの評価障害事由として法律構成する。本件の裁量的判断の過程を明確にし、客観性をもたせるためである。

まず、「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」を法律構成する。

それでは、米軍基地が、および米軍基地の過重負担（ここでは、沖縄本島への米軍基地の集中）が、「地域経済の向上」の阻害要因となっているか、その阻害要因とする根拠は何か、まず問題となる。沖縄の経済は、かつては基地依存経済と言われてきたからである。2・15知事尋問において、翁長沖縄県知事は、冒頭でつぎのように証言している。「基地

依存経済がどのように変わったか。二つ（指標）がある。一つは、戦争が終わって生産設備がない。基地のそばで暮していく中でGDPの約50%が基地経済。そして復帰時に15%。そして今は5%前後で推移している。」まず、沖縄の地域経済において「GDPの約50%が基地経済」があったことである。そして「復帰時に15%」、しかし、「今は5%前後で推移」しているという。

たしかに、傾向として基地経済の依存度が50%から5%前後まで、下がっていっているとすれば、論理的には、知事証言の「経済発展の最大の阻害要因」とはでてこないはずである。しかし、その「米軍基地が経済発展の最大の阻害要因」と断定した証言をする根拠は何か。既存の返還跡地の土地利用の経済効果の違いである。米軍基地の土地利用効果と米軍基地でない普通の、本来の土地利用の場合の経済効果の差額である。沖縄県民は、まず米軍基地が既に返還された米軍用地における直接経済効果で、発見することになる。以下、沖縄県の「駐留軍用地跡地利用に伴う経済波及効果等に関する検討調査」結果の公表（2015年1月30日）からみていみよう。

まず、既返還駐留軍用地における直接経済効果である。

- ① 那覇新都心地区（1.95km²）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（1.09km²）は、返還前34億円から489億円の14倍、
- ③ 桑江・北前地区（0.38km²）は、返還前の3億円から返還後の1459億円へと108倍となっている。

翁長沖縄県知事は、2・15知事尋問で、上記①新都心地区を挙げて、その評価を下している。

(1) 「そういった時代背景の中で、基地が返された跡地利用で、大変、資本の投資が沖縄で始まっている。先駆けとなった、私が那覇市長時代の新都心地区215[㌠]、25年前に返還され、そのときにそこの土地に52億円の

軍用地料が払われていた。周辺に住んでいる人たちは52億円がなくなるので『これは大変なことになる』『生活はどうなるか』ということになった。」

(2) 「わたしが15年前に那覇市長になって、向こうの区画整理事業が始まった。これは高率補助ではなく、普通の土地整理事業でできあがった。2, 3年前に完成したが、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) 効果は1634億円で約32、33倍になっている。雇用は、向こうは住宅地だったので、芝生を刈ったりして、家の修繕をしたりして170人が雇われていた。今、新都心地区では1万6千人、約100倍の人が働いている。税収も6億円だったのが、199億円。」

(3) 「一つの跡地が返されるということは、それだけの経済効果がでてくる。今言っているような『基地で食べている』という話は確か戦後30年ぐらい、復帰からしばらくはあったかもしれないが、今や沖縄が発展しようとするときに、日本の安全保障だから我慢しているが、経済の面では、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。」(琉球新報2016年2月16日)

この証言は明解である。(1)でかつての米軍基地の経済効果、(2)で、本来の、自由主義経済の土地利用効果、そして(3)で、「米軍基地は経済発展の最大の阻害要因」として、米軍基地により、どれだけに莫大な「機会費用」を被って「米軍基地は経済発展の最大の阻害要因」だと断定する証言である。この「経済効果」は新都心地区だけある。新都心地区も含めて、既返還駐留軍用地における直接経済効果は、3地区(3.42km²)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、米軍基地が経済の阻害要因となっていることを端的に証明している。

さらに、沖縄県は、5地区の返還予定駐留軍用地の跡地利用の直接経

済効果を、推計し、公表している。

- ① 米軍普天間飛行場（4.81km²）120億円（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（0.56km²）は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（2.737km²）は202億円（軍用地料47億2900万円、基地従業員1,110人）ら2564億円の12倍。
- ④ キャンプ桑江は（0.675km²）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（1.52km²）は、返還前109億円から返還後1061億円で約10倍、となっている。

返還予定駐留軍用地5地区（10.29km²）で、返還前501億円から返還後8900億円へ約18倍である。

沖縄県は、米軍専用施設8地区の軍用地面積13.7km²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）1兆769億円の経済効果を米軍基地により得られていないのである。「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が、沖縄県民は、米軍専用施設8地区の軍用地面積13.7km²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）1兆769億円の「機会費用」を被っているのである。

それを、沖縄本島の米軍用地面積221km²で考えてみると、まさに「想像を絶する」年間の「経済効果の喪失」、「機会費用」被る、いわば「膨大な経済的不利益」を、日々、生じているのである。この「想像を絶する」「経済効果の喪失」・「機会費用」の被りは、米軍基地の故であり、さらには米軍基地の過重負担の故でもある。

土地面積の拡大は生産高をあげることになり、土地所有権の付与は生産性をあげ、結果として生産力を増強するのである。土地所有権は自由

主義経済の原動力なのである。

つまり、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」は自由主義経済の原動力である土地所有権が広大な過重負担の米軍基地の土地利用に固定化されていることによるのである。

言い換えると、このように土地所有権が広大な米軍基地の土地利用に固定化され、沖縄県民が莫大な経済効果を喪失していることは、「基地によって沖縄は膨大な『機会費用』ないしは『機会喪失』を被り」「沖縄が基地に依存しているのではなく、基地が沖縄に依存しているのであり、沖縄は基地に寄生されている」（川瀬光義『基地維持政策と財政』12頁、69頁）。「沖縄が基地に依存しているのではなく」「沖縄は基地に寄生されている」のである。いわば、米軍基地の過重負担、つまり、沖縄県民の約9割の130万人が住む沖縄本島（1208km²）を米軍基地（221km²）が18.3%も占有している歴史的現実、沖縄の米軍基地が、自由主義経済を構造的に阻害していることになるのである。

なぜ、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が、膨大な「経済効果」を喪失させ、膨大な「機会費用」を被るのか。それは、土地所有権の本質を「公共性」あるとする「土地の公共性」故である。

「土地の公共性」とは、土地が「公共的な資源」であり、その土地の利用が「地域性」をもち、土地の利用価値が「公共の利害に係る特性」を有することである。

つまり、土地（国土）は、①現在及び将来における国民のために限られた資源であるとともに、生活及び生産に通ずる諸活動の共通の基盤である（国土利用計画法1条）ところの「公共的な資源」であり、また、②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の「地域性」をもち、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「公共の利害に係る特性」を有している（土地基本法1条）のである。

この「土地の公共性」が集約しているのが、沖縄本島の「土地」（国土）である。特に、現段階は③の「公共の利害に係る特性」が現出する時代にある。2・15知事尋問における翁長沖縄県知事の証言は、そのような「土地所有権」の自由主義経済の原動力であることの経済的機能を踏まえた証言になっている。(1)で「米軍基地」の経済機能の衰退、(2)アジア全体の経済動向、(3)情報化時代の情報通信産業、(4)沖縄の観光産業の発展、そして(5)「そういった時代背景の中で」と踏まえて、基地依存時代意識の返還の懸念、(6)米軍基地跡地の経済効果の内容、最後に(7)総括として、「米軍基地は経済発展の最大の阻害要因」と本質規定するのである。以下、証言をみていく。米軍基地返還の根拠が「経済発展の阻害要因」の排除による「経済自立」宣言だからである。

(1) 「基地依存経済がどのように変わったか。二つ（指標）がある。一つは、戦争が終わって生産設備がない。基地のそばで暮していく中でGDPの約50%が基地経済。そして復帰時に15%。そして今は5%前後で推移している。

(2) その中で沖縄の経済はアジアのダイナミズムが沖縄におおいかぶさってくる。今やまさしく日本とアジアの架け橋になる。

(3) 情報通信産業も去年からことしにかけて沖縄に海底ケーブル、光ファイバーも接続されるので、情報通信産業という意味でもアジアとやっていく。

(4) そして、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630万人が県内に観光客としていきている。これは日本国で有数の観光産業として伸びている。」このように証言して、本稿の冒頭の証言になっていく。

(5) 「そういった時代背景の中で、基地が返された跡地利用で、大変、資本の投資が沖縄で始まっている。先駆けとなった、私が那覇市長時代の新都心地区215㌔、25年前に返還され、そのときにその土地に52億円の軍用地料が払われていた。周辺に住んでいる人たちは52億円がなくなるので『これは大変なことになる』『生活はどうなるか』ということになった。

(6) わたしが15年前に那覇市長になって、向こうの区画整理事業が始まった。これは高率補助ではなく、普通の土地整理事業でできあがった。2、3年前に完成したが、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)効果は1634億円で約32、33倍になっている。雇用は、向こうは住宅地だったので、芝生を刈ったりして、家の修繕をしたりして170人が雇われていた。今、新都心地区では1万6千人、約100倍の人が働いている。税収も6億円だったのが、199億円。」

(7) 一つの跡地が返されるということは、それだけの経済効果がでてくる。今言っているような『基地で食べている』という話は確か戦後30年ぐらい、復帰からしばらくはあたかもしれないが、今や沖縄が発展しようとするときに、日本の安全保障だから我慢しているが、経済の面言えば、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 ((1)~(7)筆者挿入)。

日本は、敗戦後、約45%の国土を「喪失」した。アジアへ侵略は、土地の面積の拡大により、生産高を上げることであり、土地所有権の付与により、生産性を上げ、結果として、生産力を増強し、他国民の犠牲により日本国民の生活を豊かにするはずであった。しかし、敗戦になる。日本は、土地の面積を拡大し、土地所有権を付与する国土を公有水面の埋め立てに求めた。1945年から1972年迄27年間で1127.16km²の埋立面積、それ以降も現在まで2276.72km² (2013年国土地理院公表、沖縄県土面積2227km²とほぼ同面積)で1972年から41年間で1149.56km²の埋立て面積の増

加である。日本の経済復興、高度成長の原動力は、埋立てにより土地の面積を拡大し、土地所有権を付与した「公有水面埋立法」にあるのである。日本国民は「食べるために」海を埋め立て、その海を殺したのである。なお沖縄県の埋立面積は1988年から2013年までの25年間に13.91km²増加している。

今度の仲井真前沖縄県知事が承認した辺野古沿岸域の埋立ては、沖縄の「経済発展の最大の阻害要因」である米軍基地を建設するための土地所有権の確保である。さらに、その埋立予定地域が、沖縄の産業の原動力となる「リゾート地」に適し、キャンプ・シュワブの返還を求める根拠ともなり、沖縄の「経済的自立」の「切り札」になりうる地域であるということである。第三者委員会の報告はつぎのようにのべる。「広大なキャンプ・シュワブ」(20.67km²)が返還されれば辺野古地区は「豊かな自然環境に恵まれた屈指のリゾート地になりうる潜在力を有している」。「辺野古地区は、新たな基地の建設による土地利用よりも、将来に向けて既存の基地部分の返還を求め、自然破壊を伴わない自然環境の保全と両立する形態で返還跡地の民間利用を目指すことが、国土利用上適正かつ合理的であり、より大きな価値を生む」(報告書42頁)。

2・15知事尋問において、翁長沖縄県知事は、沖縄の観光産業の重要性について、「そして、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630万人が県内に観光客としていきている。これは日本国で有数の観光産業として伸びている。」と証言しているのである。

このように米軍基地の過重負担が「地域経済向上」の著しい阻害要因としての評価障害事由の主張立証は、「地域経済向上の公共性」に照らし、仲井真前知事の埋立て承認は「国土利用上適正かつ合理的なること」に著しく反し、裁量権の範囲を逸脱またはその濫用が著しく、取り消しうべき重大な違法性を帯びるのである。

第4節 「米軍基地の公共性」の評価障害事由

「米軍基地の公共性」に照らして、「沖縄県の米軍基地の過重負担の歴史的現実」を構成する個別評価障害事由を考察すると、以下の5事由で構成される。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点である。

第1の「地域経済向上の阻害要因」は、前述のように、「地域経済向上の公共性」の評価障害事由でもあったが、「米軍基地の公共性」においても、評価障害事由となる。自由主義経済の原動力である土地所有権が広大な米軍基地の土地利用に固定化されることにより莫大な「経済効果の喪失」・「機会費用」を被っているという歴史的現実、自由主義経済を構造的に阻害していることから、自由主義経済の安全保障である「米軍基地の公共性」に照らして、1号要件の「国土利用上適正かつ合理的なること」に著しく反する違法性を帯びることになるからである。

第2の、「航空機騒音の住民への悪影響や演習に伴う事故の発生」、第3の「後を絶たない米軍人・軍属による刑事事件の発生」、および第4の「汚染物質の流出等による自然環境破壊の問題」等は、「県民にとって過重な負担」となっている。

この「過重負担」の内実は、「個人の自由、平等および幸福追求する権利」等の「想像を絶する」人権侵害状況である。

まず第1に、このような「米軍基地の過重負担」に伴う沖縄県民の人権侵害状況の被害度は、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に、その差は約468倍に上ると指摘されている見解からは、「想像を絶する不平等」であり、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。

また、第2に、この「想像を絶する人権侵害状況」は、沖縄県民の基

本的人権の享有（憲法11条）を侵害し、特に、沖縄の米軍地の過重負担の歴史的現実、まさに、「公共の福祉に反し」、憲法13条の「すべての国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」精神を、日本国は、戦後70年にわたって蹂躪してきているのである。

逆に、第3に、1972年以降も続いている沖縄の米軍基地の過重負担の現実、沖縄県民は、憲法12条の「この憲法が国民に保障する自由及び権利は、国民の不断の努力によって、これを保持しなければならない」という自由及び権利の保持義務の不断の努力が結実していない結果でもある。まさに、沖縄の米軍基地の過重負担を固定化する辺野古沿岸域の埋立て承認の取り消し訴訟は、法のレベルでの不断の努力ということになる。

このような3点の「米軍基地の過重負担」の憲法の人権侵害状況の内実、自由主義、民主主義国家の安全保障を担うことによる正当化根拠の「米軍基地の公共性」の評価障害事由となるのである。

さらに、このことは、第5に、「米軍基地の公共性」の評価障害事由として「米軍基地の不平等な基地負担の国民の安全保障観への悪影響」を法律構成する。米軍基地の安全保障の「公共的価値」の恵沢を平等に受けている日本国民は平等に負担すべきが、沖縄県民は約468倍もの「想像を絶する不平等」の基地負担となり、この不平等な基地負担は、国民の安全保障観に悪影響を与え、「米軍基地の公共性」の評価障害事由として法律構成すべきとなる。

つまり、米軍基地の過重負担の内実を構成する5点の評価障害事由は、米軍基地のもつ「公共的価値の実現」の許容範囲を遥かに超え、「米軍辺野古飛行場」の建設のための土地所有権を確保する埋立て承認を認めることは、「米軍基地の公共性」に照らして、「国土利用上適正かつ合理的な

ること」に著しく反し、本件承認処分は強い違法性を帯びるのである。

第5節 憲法および「地域形成計画法」違反の違法状態

「地域形成の公共性」および「事業の公共性」の評価障害事由として「憲法の精神等に反する違法状態」および「地域形成計画法（国土計画関連法）に反する違法状態」を法律構成することである。本件埋立て承認は、その違法状態を固定化することを含意し、これらの違法状態の主張立証は、埋立法の上位の土地所有権制限原理である「地域形成の公共性」、「事業の公共性」に照らし、本件埋立て承認基準の「国土利用上適正かつ合理的なつこと」に著しく反する違法性を帯びることになる。

沖縄の米軍基地の過重負担の歴史的現実は、「憲法に反する違法状態」および「地域形成計画法（国土計画関連法）に反する違法状態」にあり、国等は米軍基地を整理縮小すべき責務がある。したがって、辺野古沿岸域の埋立てを承認することは、その違法状態を固定化することになり、結果的に現在の米軍基地の過重負担を沖縄県自ら固定化（現状容認）する意味をもつ。辺野古沿岸域の知事の埋立て承認は埋立法4条1項1号の「国土利用上適正かつ合理的なること」の規範的要件に違反し、本件埋立承認処分は違法性が重大であり知事の職権取消は適法で正当であると判断される。

1 憲法前文「恐怖と欠乏から免れ平和のうちに生存する権利」の侵害

第1は、憲法前文の「恐怖と欠乏から免れ平和のうちに生存する権利」の侵害を固定化する。沖縄戦の地上戦により沖縄県民は4分の1の尊い命、財産及び文化遺産を失い、さらに敗戦後70年も米軍基地の存続により「基地の島」として存続し、その「基地の島」の内実は「戦争トラウマの島」、「基地に寄生された島」そして「敗戦の姿」であり、戦争の「恐怖」は「戦争トラウマの島」として世代間伝達し、戦争の「欠乏」は「基

地に寄生された島」として沖縄経済を構造的な「欠乏」状態のままの維持により、沖縄は「恐怖と欠乏か免れず」、「平和のうちに生存する権利」が侵害された状態を持続している。つまり、米軍基地の建設のために辺野古沿岸域を埋立てることは「恐怖と欠乏から免れ平和のうちに生存する権利」の侵害状態を固定化することになるのである。

2 憲法12条の精神に反する

第2に、沖縄の米軍基地の過重負担の歴史的現実は、「公共の福祉に反しない限り」の憲法12条の精神に反している。米軍基地の過重負担により侵害されている沖縄県民の「公共の福祉」に比較すると、米軍基地の安全保障の公共性は、その存在根拠に反する結果となっているからである。したがって、憲法12条の「国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」沖縄県民は「個人の尊重」を蹂躪され、「自由、平等及び幸福追求に対する国民の権利」が尊重されず、1972年から蹂躪され続けられている。

3 憲法14条の平等原則の精神に反する

第3に、憲法14条の平等原則の精神に反する「想像を絶する不平等」を辺野古埋立ては固定化する。在日米軍専用施設（310km²）の73.7%の227km²が国土37万7962km²の0.6%の沖縄県（2276km²）に存在する米軍基地の過重負担密度は約468倍となり、その負担密度は、米軍基地機能による騒音、事故及び米軍人の犯罪等の人権侵害及び危険度の側面では、静態的面積の全国面積に比しての動態的機能において、本土と比較して約468倍になるという「想像を絶する不平等」であり、また、国民が平等に負担すべき米軍基地の負担度でみると、沖縄県民は約468倍も負担するという「想像を絶する不平等」となっているのである。

4 憲法22条1項、29条1項・2項に反する

第4に、憲法22条1項の居住・移転の自由及び職業選択の自由・営業の自由の合理的な制限を著しく逸脱し、また憲法29条の財産権の保障（1項）及び同法2項の公共の福祉による財産権の制限（2項）の合理的な制限を著しく逸脱していることを固定化する。県民の約9割の130万人が住む沖縄本島（1208km²）の約18.2%の221km²を米軍基地が占有することは、自由主義経済の原動力である土地所有権を広大な米軍基地の土地利用に固定化することにより、前述のように「地域経済の向上」を著しく阻害し、沖縄県民に莫大な経済的不利益を生じさせ、全国一の失業率及び県民所得の低さを固定化することになるからである。

5 国土総合開発法に反する

第5は、国土総合開発法（1950年、2005年に改正して国土形成計画法）の目的（1条）に反することを固定化する。沖縄の「地域経済の向上」を著しく阻害している過重負担の米軍基地の建設のために、自然豊かな辺野古沿岸域を埋立てることは、「国土の自然的条件を考慮して、経済、社会、文化等に関する施策の総合的見地から国土を総合的に利用し、開発し、及び保全し、並びに産業立地の適正化をはかり、あわせて社会福祉の向上に資することに」に著しく反し、その違反を固定化するからである。

6 国土利用計画法に反する

第6は、国土利用計画法（1974年）の基本理念（2条）に反することを固定化する。米軍基地の過重負担は、自由主義経済の原動力である土地所有権を広大な米軍基地の土地利用に固定化することにより、「地域経済の向上」を著しく阻害し、他方、広大、強大な米軍基地機能に伴う甚大な基地被害を生じさせている米軍基地の建設のために自然豊か辺野古

沿岸域を埋立てることは、「国土の利用は、国土が現在及び将来における国民のために限られた資源であるとともに、生活及び生産に通ずる諸活動の共通の基盤であることに鑑み、公共の福祉を優先させ、自然環境の保全を図りつつ、地域の自然的、社会的、経済的及び文化的条件を配慮して、健康で文化的な生活環境の確保と国土の均衡ある発展を図る」国土利用計画法の基本理念に反するからである。国土の0.6%の沖縄に米軍専用施設の73.6%の221km²を配置し県民の約9割の130万人が生活する沖縄本島の18.2%を占有して、土地所有権を広大な米軍基地の土地利用に固定化して「地域経済の向上」を著しく阻害し、県民に莫大な不利益を与えている米軍基地を建設するために埋立てをすることは「国土の均衡ある発展」に反し、また、米軍基地の過重負担により、県民は本土国民と比較して約468倍もの米軍基地を過重負担していることは「国土の均衡ある発展」の内容である「国土の均衡ある安全保障」にも著しく反する。さらに、米軍基地の過重負担により県民の受ける米軍基地機能に伴う騒音、事故及び米兵の犯罪等に人権侵害の多発及び危険性の高さは「健康で文化的な生活環境の確保」に反し、辺野古沿岸域の埋立ては、「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」の逸脱を固定化することになる。

7 都市計画法に反する

第7に、沖縄の米軍基地の集中は都市計画法の目的、基本理念に即していない。都市地域では都市生活の安定と都市機能を高めるために、各土地所有権者の自由に土地利用を規制する新都市計画法（1968年）が制定される。この都市計画上での土地の適正かつ合理的な規制は、現存の土地所有権の制限である。都市計画法は「国土の均衡ある発展」と「公共の福祉の増進」に寄与することを目的に（1条）、都市は市民の生活の場であり、個人や企業の経済活動の場であることから、都市計画の基本

理念を健康で文化的な都市生活及び機能的な都市活動を確保すること、そのためには、適正な制限のもとに土地の合理的な利用を図られるべきとする（2条）。その都市計画の目的の実現のために国及び地方公共団体は都市計画の適切な遂行責務を負う（3条）。

都市計画法上の米軍基地の過重負担は、経済活動の制約・阻害として現れ、都市計画の各種権限をもつ沖縄県及び市町村の地方分権を侵害する違法性である。その違法性の是正として、法治主義に基づく米軍基地の整理縮小の権利主張である。

このような都市計画の適切な遂行において、米軍基地の過重負担は阻害要因となっている。法律的にいえば拘束力のない都市計画指針レベルの青写真は描けても、都市計画の本体である拘束力ある都市計画は決定できない。絵に描いた餅の都市計画は描けても都市計画法の都市計画は決定できないということである。

都市計画法の都市計画は、土地利用計画、都市施設整備計画及び市街地開発事業計画であるが、広大な米軍基地は市街地開発事業計画を阻害する。このことは、米軍用地の返還後の市街地開発事業により検証できる。市街地開発事は、都市計画の土地利用計画と都市施設の整備計画を面的に一体的に行う「都市計画の花」である。米軍の住宅地1.92km²の返還後に那覇新都心市街地開発事業（2.15km²）が実施され、直接経済効果は返還前の軍用地料52億円から1634億円の31倍に上がり、米軍基地の過重負担が経済の阻害要因となっていることを証明している。地域の都市計画は地方公共団体が決定するという地域形成計画における地方分権を侵害している違法性である。

例えば、嘉手納町（15.04km²）で施設面積12.40km²の割合は82.5%である。沖縄市（49.03km²）で施設面積16.89km²の割合は34.5%、北谷町（13.78km²）で施設面積7.28km²の割合は52.9%、宜野湾市（19.70km²）で施設面積6.37km²の割合は32.4%、読谷村（35.17km²）で施設面積12.59km²の割合

35.8%、金武町（37.88km²）で施設面積21.07km²の割合55.6%、宜野座村（31.32km²）で施設面積15.86km²の割合50.7%である。

このような市町村における米軍施設面積の占める割合自体が当該市町村の地域形成計画権の地方分権を侵害する違法性を帯びている。つまり、沖縄県の米軍基地の過重負担は地域形成計画（都市計画）の地方分権を侵害する違法性を帯びているのである。その違法状態の是正として沖縄県（民）の米軍基地の整理縮小の権利主張となるのである。

8 土地基本法に反する

第8は、土地基本法（1989年）の基本理念（2条）の「公共の福祉の優先」に反することを固定化する。沖縄県民の約9割の130万人が生活、生産する場である沖縄本島（1208km²）の18.2%を米軍専用施設（227km²）が占有する過重負担は、自由主義経済の原動力である土地所有権を米軍基地が土地利用に固定化することにより「地域経済の向上」を著しく阻害し、土地利用における「公共の福祉」の内容は土地所有権の制限による「地域経済の向上」であるから、沖縄本島の広大な米軍基地の土地利用の固定化（土地所有権の制限）は「公共に福祉の優先」に反することになり、そのような米軍基地の建設のために辺野古沿岸域を埋立てることは、土地基本法の基本理念に反し、それを固定化することになる。

つまり「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、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」（土地基本法1条）。米軍基地の土地利用に固定化して「地域経済の向上」の「公共の福祉」反し、「公共の福祉を優先させる」ために、過重負担となっている米軍基地

は整理縮小すべきであるにもかかわらず、そのような米軍基地の建設のために辺野古沿岸域を埋立てることは「公共に福祉の優先」に反する米軍基地の過重負担を固定化することになる。

9 景観法に反する

第9は、景観法（2004年）の目的（1条）の「良好な景観の形成」及び基本理念の一つである「新たな良好な景観を創出」（2条5項）する責務違反を固定化する。「我が国における都市、農山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个性的で活力ある地域社会の実現を図り、もって国民生活の向上並びに国民経済の及び地域社会の健全な発展に寄与することを目的とする」。米軍基地の建設のため辺野古沿岸域の埋立てることは景観法の目的に反する米軍基地の過重負担を固定化する。

まず「美しく風格のある国土の形成」については、沖縄は「基地の島」の景観を形成しており、この景観は「地域の自然、歴史、文化等と人々の生活、経済活動等との調和により形成されるもの」（2条2項）であるところ、「基地の島」の内実は苛烈な沖縄戦の地上戦により県民の4分の1を失い「根こそぎ喪失」の戦争体験の世代間伝達の「戦争トラウマの島」、敗戦後70年に渡る米軍基地の過重負担の構造的な経済的欠乏の「基地に寄生された島」そして、占領軍の米軍が地上戦のあった沖縄本島を70年に渡って約20%占領し続ける「敗戦の姿」である「基地の島」は「美しく風格のある景観」とは到底いえないのであり、戦争をした主権国家は責任をもって米軍基地の整理縮小をすべきであり、米軍基地の建設のために辺野古沿岸域の埋立てを認めることは、「基地の島」の固定化であり、主権国家の責務の放置を継続することを意味する。

次に「潤いのある豊かな生活環境の創造」に関して、県民の約9割の

130万人の住む沖縄本島の約18.2%を占有する米軍基地は自由主義経済の原動力である土地所有権を広大な米軍基地の土地利用に固定化して「地域経済の向上」の著しい阻害要因となり、沖縄県の雇用を失い全国1の失業率と県民所得の最下位となり、「潤いのある豊かな生活環境」とは到底言えず、その「創造」は、元凶となっている過重な米軍基地の整理縮小であり、米軍基地の建設のために埋立てをすることは、そのような状況の固定化を意味する。

そして「個性的で活力ある地域社会の実現」であるが、沖縄は「基地の島」として「戦争トラウマの島」、「基地に寄生された島」、「敗戦の姿」を内実としてマイナス評価の受ける地域社会であるが、現象的には「個性的で活力ある」ようにみえる。逆説的に言えば、この現象は沖縄社会の特色であり、過重負担の米軍基地が存続してきた根拠でもあるが、他方では、米軍基地の整理縮小のエネルギーの蓄積でもある。米軍基地の過重負担の固定化は、爆発するエネルギーの蓄積とみることもできる。

このエネルギーは「新たに良好な景観を創出する」エネルギーともなる。「良好な景観の形成」は「現にある良好な景観を保全することのみならず、新たに良好な景観を創出することを含むものであることを旨として行われ」るべきである（2条5項）。このエネルギーは、辺野古埋立てを中止させ、豊かな自然環境の辺野古沿岸域を生かし、辺野古崎の自然海浜を生かしつつ後背の広大なキャンプ・シュワブ（20.6km²）を返還させ跡地を「国際リゾート地」の創生という「新たな良好な景観を創出」に活かされることも考えられる。

10 国土形成計画法に反する

第10は、国土形成計画法（2005年）の目的に反することを固定化する。国土形成計画法は国土総合開発法（1950年）の「開発」から「国土形成」へと「開発主義からの転換」と理解され、国土利用計画法の理念との一

体化が図られることになる。国土総合開発法の「国土を総合的に利用し、開発し、及び保全し」から「国土の利用、整備及び保全」という「国土の形成」転換で「開発」が「整備」に変更されているのである。地域の土地利用計画、公共施設の整備計画及び環境保全計画が総合的になされて「地域経済の向上」に資するものである。国土形成計画法は「国土の自然的条件を考慮して、経済、社会、文化等に関する施策の総合的見地から国土の利用、整備及び保全を推進するため、国土利用計画法（昭和49年法律第92号）による措置と相まって、現在及び将来の国民が安心して豊かな生活を営むことができる経済社会の実現に寄与することを目的とする」（1条）。国土利用計画法の項で述べたように、沖縄の米軍基地の過重負担は、自由主義経済の原動力である土地所有権を広大な米軍基地の土地利用に固定化し「地域経済の向上」を著しく阻害し、国土形成計画法で言えば「現在及び将来の国民が安心して豊かな生活を営むことができる経済社会の実現」を阻害するので、米軍基地の建設のために過重負担地域の沖縄本島内の辺野古沿岸域を埋立てることは、米軍基地の過重負担を固定化し、国土形成計画法の目的違反を固定化することになる。

以上要するに、日本の地域形成計画法（国土計画関連法）の法秩序において、米軍基地の過重負の沖縄本島内で米軍基地建設のために辺野古沿岸域の埋立てを承認することは、埋立法4条1項1号要件の「国土利用上適正かつ合理的なること」に著しく違反することになり、知事の辺野古沿岸域の埋立て承認は重大な違法性を帯びることになり、知事の職権取消は適法である。

第7章 総括

1 本稿の課題と結論

本稿の課題は、本件承認処分¹の違法性判断において、沖縄における米軍基地の過重負担の歴史的現実を考慮要素とする法律構成により、沖縄県の勝機を探求することである。

その結論は、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）の規範的要件の充足性判断において、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の過重負担の歴史的現実」を法律構成するものである。

このような法律構成の法的根拠は、第1に、国が²、埋立法の趣旨を「国土の開発その国民経済の向上」即ち「地域経済の向上」に資するものと定義したことである。第2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³、米軍基地の使用または収用の認定の判断において、「沖縄県に駐留軍の基地が集中していることによって生じているとされる種々の問題」として「米軍基地の過重負担の歴史的現実」を評価障害事由として説示したことである。

この沖縄の米軍基地の過重負担の歴史的現実を評価障害事由とする法律構成により、本件承認処分は、「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、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、本件承認処分は取り消しうべき重大な違法性を有し、本件取消処分は適法という判断となる。つぎに、この評価障害事由とする「沖縄の米軍基地の過重負担の歴史的現実」の内実により、5事由に分節して、その「歴史的現実」を構成する5事由の評価障害事由として法律構成する。

2 沖縄の米軍基地の過重負担の歴史的現実を構成する5評価障害事由

沖縄の米軍基地の過重負担の歴史的現実の5構成事由による評価障害事由の法律構成は、以下になる。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号要件）に著しく反するからである。

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事由である。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。以下、その理論構成の展開の概要を述べて総括とする。

3 地域形成計画法としての公有水面埋立法

まず、本件取消処分を巡る裁判の本質的論点は、地域の土地利用、環境保全および公共施設整備を形成する計画である「地域形成計画」上の

自治権である知事の埋立て承認の裁量処分が、その裁量権の範囲の逸脱又はその濫用の場合に限る、取り消しうべき違法性があるかの問題である。

地域形成計画は、土地利用計画、環境保全計画および公共施設整備計画を要素とするが、自由主義経済の原動力である土地所有権の制限（権利移転、土地利用規制等）を契機に「地域形成の公共性」を制限原理とする拘束力ある計画で、都市計画が典型である。地域形成計画は、国土利用計画法の土地利用基本計画に基づくもので、その地域形成計画上の権限は、基本的に、地方分権一括法（1999年）により、国から地方自治体に移譲され、「国土計画」から「地域形成計画」に変容したものである。したがって、「地域形成計画法」は、国土計画の根拠法規である国土計画関連法の体系上の概念構成である。つまり、地域形成計画法は、国土形成計画法、国土利用計画法を基本法とし、その個別法規として、都市計画法、建築基準法、農業振興地域整備法、森林法、自然公園法、自然環境保全法、景観法、および公有水面埋立法、その他多くの国土計画関連法により構成される。

したがって、本件承認処分の違法性の問題は、日本の法秩序上、根拠法規の埋立法が地域形成計画法の個別法であることに規定され、米軍基地を過重負担する沖縄県の知事による新たな米軍辺野古飛行場建設の土地利用権原確保のためにする、地域形成計画上の自治権としての埋立て承認処分であり、その裁量権の範囲を逸脱したまたはその濫用となる取り消しうべき違法性となるかである。

4 沖縄の米軍基地の過重負担の歴史的現実の内実

まず、沖縄の米軍基地の過重負担の歴史的現実の内容は、米軍基地の占有する地理的な静態的面積と米軍基地の、生活、経済活動および環境への影響等の動態的機能に区別できる。

静態的面積に関して、米軍基地は、県土面積の10.2%を占め、米軍専用施設は全国の73.7%が沖縄県に集中していること、また、沖縄県民の約9割130万人が住む沖縄本島（1028km²）を米軍基地（221km²）が18.3%も占有していること、その米軍基地の面積を日本全体と沖縄の負担度を比較した場合、その差は約468倍に上るほど広大にかつ過密に存在することの指摘である（第三者委員会報告書45頁）。

米軍基地の過重負担の動態的機能は、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）となっていること、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である。

このような過重負担の歴史的現実の過程において「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」（報告書45頁）。なぜなら、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からである。

5 本件承認処分の違法性判断の構造

つぎに、本件承認処分の違法性の判断構造はつぎのとおりである。すなわち、埋立て承認基準の、①「埋立て自体」および②「埋立地の用途」が「国土利用上適正かつ合理的なること」（埋立法4条1項1号）の規範的要件を充足するかの判断（裁量的判断）は、本件土地所有権の制限原理である「地域経済向上の公共性」と「米軍基地の公共性」を評価基準として、その評価基準を積極的に根拠づける評価根拠事由と否定的な根拠となる評価障害事由とを「比較衡量」する「総合的判断」の「裁量的判断」であり、その「裁量的判断」は裁量権の範囲を逸脱し又はその濫

用の場合に限り取り消しすべき違法性となる。①「埋立て自体」は公有水面を陸地化することで、公有水面（国土）の所有権廃止（所有権制限）の原理である「地域経済向上の公共性」、②「埋立地の用途」は埋立て後の土地利用計画による土地所有権の制限原理の「地域経済向上の公共性」と「埋立地の用途」が「米軍辺野古飛行場」による「米軍基地の公共性」というように、①②の段階でそれぞれ「公共性」原理が機能する。本稿では、基本的に②の段階を考察している。陸地の沖縄本島の米軍基地の過重負担（土地所有権を広大な米軍基地の土地利用に固定化していることの不利益）の法律構成が課題であるからである。

本件埋立て承認基準の「適正かつ合理性」の裁量的判断で、土地所有権の制限原理の「地域経済向上の公共性」と「米軍基地の公共性」が評価基準となるのは、根拠法規である埋立法に基づく埋立て承認の本質が、①「埋立地の用途」に「制限された土地所有権」の取得および②「埋立地の用途」が「米軍基地」に「制限された土地所有権」であることによる。つまり、本件「埋立地の用途」による土地所有権の制限原理が、①の側面では「地域経済向上の公共性」、②の側面では「米軍基地の公共性」となり、両者が重疊的に併合するのである。そこで、論点は、土地所有権の制限原理としての「地域経済向上の公共性」と「米軍基地の公共性」の概念構成の必然性となる。

6 土地所有権の制限原理

ところで、土地所有権および、その制限原理を一般的に捉えると、土地所有権は、原則として、特定人が特定地の上下の時空を自由に利用および処分する権利（民法206条・207条）であるが（土地私法）、例外的に、土地所有権は法令により制限され（土地公法）、その制限原理が「公共の福祉（公共性）」である（憲法29条2項）。つまり、土地所有権制限の有無（当該土地の使用又は収用認定、埋立て免許・承認）の判断基準

は「土地（埋立地）の用途」の「適正かつ合理性」であり、その評価基準は土地所有権の制限原理の「公共の福祉（公共性）」となる。

土地所有権が「私益性（私法上の権利利益）」を原則としながら、その土地所有権を「公共の福祉（公共性）」により制限できるのは、土地所有権の客体である「土地の公共性」により「公共の福祉が優先」されるからである。土地所有権の客体である「土地の公共性」とは、土地が、現在及び将来における国民のために限られた資源であるとともに、生活及び生産に通ずる諸活動の共通の基盤であるという「公共的な資源」であり（国土利用計画法1条）、また、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の「地域性」をもち、その土地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「公共の利害に係る特性」を有している（土地基本法1条）ことによる。つまり、「土地の公共性」とは、土地が「公共的な資源」であり、その利用が「地域性」をもち、土地の価値が「公共の利害に係る特性」を有することである。

したがって、土地所有権の本質は「公共性」にある。なぜなら、土地所有権の本質的要素である「土地」の属性として「土地の公共性」が認められるからである。土地所有権は、原則として、特定人が特定地の上下の時空を自由に利用および処分する権利であり、例外的に法令により制限され、その制限原理は「公共性」である。

土地所有権の客体となりうる土地（国土）は37万7962km²であるが、そのほとんどの土地は土地所有権の客体となっている。土地所有権は主体により、例えば、私有地は原則・利用および処分の自由、例外・法令による制限、他方、国有地・公有地は、原則・自由な利用および処分は制限され、例外・法令により制限解除と区別されるが、土地所有権としては同じ私法上の権利（私所有権説）である。現在、その面積と割合は、

私有地が19万9700km²（52.8%）、国有地8万7700km²（23.2%）、公有地3万1300km²（8.3%）、道路・河川等5万9200km²（15.7%）となっている（財務省「国有財産」平成25年11月）。ちなみに、沖縄県土面積（2276km²）は国土の0.6%で、米軍基地面積（231km²）の割合10.2%、沖縄本島面積（1208km²）は米軍基地面積（221km²）の割合18.3%となっている（沖縄県平成25年3月）。国は、埋立法の趣旨を、「①国土の開発その他②国民経済の向上に資するもの（①②筆者挿入）」と定義する。①「国土の開発」は土地面積の拡大であり、②「国民経済の向上」は土地所有権の付与である。土地面積の拡大は生産高を上げ、土地所権の付与は生産性を高め、生産力を増強するのである。埋立法は、戦後の経済復興の原動力となっているのである。土地所有権は自由主義経済の原動力だからである。

土地所有権の制限原理は「公共性」である。土地所有権（土地私法）を制限する法令（土地公法）が「地域形成計画法（国土計画関連法）＜国土利用計画法・都市計画法・埋立法等＞」および土地収用法等である。一般的には、その個別法規の目的・趣旨・基本理念に土地所有権の制限原理である「公共性」の内容が定義される。

土地所有権の制限原理は、第1に、「地域形成計画法」の場面で、「地域形成の公共性」と、第2に、土地収用法等の場面で、「事業の公共性」に区別される。第1の「地域形成の公共性」は地域形成計画法（国土計画関連法）の一般的目的であるが、個別法規の目的・趣旨・基本理念の定義により、その公共性は、より地域化、個別化されている。第2の「事業の公共性」は、土地収用法を基本法として、「特定の公益の性質を有する事業」（公共事業）の土地利用権原確保のための土地所有権の制限原理であり、その公共事業の種類は土地収用法3条に道路、飛行場等と制限規定されている。

地域形成計画法（国土計画関連法）の個別法である埋立法に基づく埋立て承認の本質は埋立事業者の国が「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ある。その土地所有権の一般的な制限原理は「地域形成の公共性」であり、その個別的な内容は個別法で定義される。埋立法は規定していないが、国は、その趣旨を「国土の開発その他国民経済の向上」即ち「地域経済向上」と定義している。他方、「事業の公共性」は、本件「埋立地の用途」が「米軍辺野古飛行場」であり「事業の公共性」としての「米軍基地の公共性」となる。「米軍基地の公共性」は「駐留軍用地」として駐留軍用地特措法3条・5条に規定されている。本件埋立て承認処分による土地所有権の制限原理の特徴は、「地域形成の公共性」としての「地域経済向上の公共性」の下に「事業の公共性」としての「米軍基地の公共性」が重疊的に併合している点にある。

したがって、本件承認処分の違法性の判断構造はつぎのとおりとなる。すなわち、埋立て承認基準の土地所有権制限（埋立地の用途）の合理性判断である「国土利用上適正かつ合理的なること」（同法4条1項1号）の規範的要件の充足性判断（裁量的判断）は、その制限原理の「地域経済向上の公共性」と「米軍基地の公共性」を評価基準として、その評価基準を積極的に根拠づける評価根拠事由と否定的の根拠となる評価障害事由とを「比較衡量」する「総合的判断」の「裁量的判断」であり、その「裁量的判断」は裁量権の範囲を逸脱又はその濫用の場合に限り取り消すべき違法性となる。

この判断枠組みを埋立ての利益レベルで概念化すると「国土利用上適正かつ合理的なること」の規範的要件の充足性判断は、「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とを比較衡量」する「総合的判断」の「裁量的判断」となる。本件において、「地域経済向上の公共性」と「米軍基地の公共性」を評価基準に評価根拠事由は「埋立てにより得られる利益」、評価障害事由は「埋立てにより生ずる不利益」として概念化されている。そして、本稿の法律構成は、「沖縄の米軍基地の過重負担の歴史的現実」を、「地域経済向上の公共性」と「米軍基地の公共性」の

評価障害事由すなわち「埋立てにより生ずる不利益」とする構成である。

7 米軍基地の過重負担を評価障害事由とする法律構成の法的根拠

そして、論点は、埋立法に基づく本件承認処分の違法性判断において、沖縄における米軍基地の過重負担の歴史的現実を評価障害事由として法律構成する法的根拠は何かとなる。この法律構成の法的根拠は、第1に、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」に資すると定義したことである。根拠法規である埋立法が「地域形成計画法」（国土計画関連法）の個別法規であることの意義でもある。第2は、沖縄県職務執行命令訴訟の大法廷判決が、「沖縄県に駐留軍の基地が集中していることによって生じているとされる種々の問題も、右の判断過程において考慮、検討されるべき問題である。」として、米軍基地の過重負担の歴史的現実を評価障害事由として法律構成したことである。

(1) 埋立法の趣旨と「地域経済向上の公共性」

まず、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「地域経済向上」と定義したことである。埋立法の趣旨を「地域経済の向上」としてことで、地域内（沖縄本島）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土地所有権制限状況が判断要素となる。なぜなら「埋立地の用途」に制限された土地所有権が「地域経済の向上」の経済的原動力となるために埋立てるのであるから、「地域経済」の現況つまり土地所有権制限状況（米軍基地の過重負担）は必然的に判断内容となる。土地所有権は自由主義経済の原動力であり、私法秩序の根幹をなしているからである。

さらに、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」とすることは、埋立法を「地域形成計画法」（国土計画関

連法)の個別法規として明確に位置づけることになる。したがって、「埋立地の用途」が埋立計画区域に限定されず、地域形成計画(国土計画)の下での土地利用計画における「埋立地の用途」であることを含意する。この「埋立地の用途」を基軸とした「埋立事業計画」は「地域形成計画」(国土計画)の一環となされるもので、国土の利用状況すなわち地域の土地所有権制限状況(姿)が当然、前提とされている。したがって、本件「埋立地の用途」が「米軍基地」であるということは、必然的に、地域である沖縄本島におけ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現状が、埋立て承認にあたっての判断要素となる。つまり、知事の埋立て承認にあたって、沖縄本島における米軍基地の過重負担の歴史的現実が判断要素となるのは、埋立て承認の根拠法規である埋立法の趣旨を「地域経済の向上」とすることで、より明確に、埋立法を地域形成計画法の個別法として位置付けられるからである。

したがって、地域・沖縄本島(1208km²)において、自由主義経済の原動力である土地所有権が広大な米軍基地(221km²)の土地利用に固定化されていることは、沖縄県(民)が、莫大な経済的効果の喪失・逸失、「機会費用」を被ることを含意し、米軍基地の過重負担が「地域経済向上の公共性」の評価障害事由となるのである。沖縄県は米軍専用施設8地区の軍用地面積13.7km²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(2015年1月)。「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。沖縄本島に130万人住む沖縄県民は、軍用地面積13.7km²で年間1兆769億円も経済効果を「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221km²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」被る、いわば膨大な「経済的不利益」を生じているのである。

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、自由主義経済の原動力である土地所有権が広大な米軍基地の土地利用に固定化されていることによる。すなわち、基地によって沖縄は膨大な「機会費用」ないし「機会喪失」を被り、「基地が沖縄に寄生」している。いわば、基地は自由主義経済を構造的に阻害している。つまり、「地域経済向上の公共性」の評価障害事由としての「地域経済向上の著しい阻害要因」の主張立証により、「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。

(2) 沖縄県職務執行命令訴訟と「米軍基地の公共性」

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、米軍基地の過重負担の歴史的現実を「米軍基地の公共性」の評価障害事由とする法律構成を説示したことである。大法廷判決は、駐留軍用地（米軍基地）としての土地利用または収用の認定が「適正かつ合理的である」かの判断において（駐留軍用地特措法3条・5条）、「米軍基地の公共性」の評価根拠事由として、①「我が国の安全と極東における国際の平和と安全の維持にかかわる国際情勢」、②「駐留軍による当該土地等の必要性の有無、程度」、③「代替すべき土地等の提供の可能性」等、評価障害事由として、④「当該土地等を駐留軍の用に供することによってその所有者や周辺地域の住民などにもたらされる負担や被害の程度」を挙げる。

そして、さらに、注目すべきことに、⑤「沖縄県に駐留軍の基地が集中していることによって生じているとされる種々の問題も、右の判断過程において考慮、検討されるべき問題である。」として、⑤の「沖縄県に駐留軍の基地が集中していることによって生じているとされる種々の問題」の意味する「沖縄の米軍基地の過重負担の歴史的現実」を評価障害

事由として法律構成しているのである。

この法律構成は、国土（37万7962km²）の0.6%の沖縄県（2276km²）に米軍基地（231km²）の73.7%が集中すること、および沖縄本島（1208km²）の米軍基地（221km²）は18.2%の占有すること（平成25年3月時点）によって「生じているとされる種々の問題も、右の判断過程において考慮、検討されるべき問題」が「米軍基地の公共性」の評価障害事由として法律構成されるのである。そして、この判断は、駐留軍用地特措法における土地所有権の制限原理で評価基準である「事業の公共性」としての「米軍基地の公共性」の評価障害事由であるということである。

(3) 埋立法と駐留軍用地特措法の各「米軍基地の公共性」の関係性

他方、本件埋立て承認基準の「国土利用上適正かつ合理的なるか」の判断で、土地所有権の制限原理の「地域経済向上の公共性」と「米軍基地の公共性」が評価基準となるのは、根拠法規である埋立法に基づく埋立て承認の本質が、①「埋立地の用途」に「制限された土地所有権」の取得、および②「埋立地の用途」が「米軍辺野古飛行場」として「米軍基地」に「制限された土地所有権」であることにある。つまり、本件「埋立地の用途」による土地所有権の制限原理が、①の側面では「地域経済向上の公共性」、②の側面では「米軍基地の公共性」となり、両者が重疊的に併合するのである。

そこで、両者の「米軍基地の公共性」の評価基準の関係性が問題となるが、この両者の「米軍基地の公共性」は同じ性質である。なぜなら、第1に、埋立法も駐留軍用地特措法も「米軍基地の土地利用権原（土地所有権等）」の確保の根拠法であり、ともに土地所有権の制限原理を個別的に規定したものだからである。第2に、「米軍基地」という事業の性質からの必然的な「公共性」だからである。したがって、「米軍基地の公共性」の側面では、駐留軍用地特措法による使用又は収用の認定枠組みと

埋立法による埋立て承認の判断枠組みは同じことになる。つまり、本件埋立承認処分の違法性判断の「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の過重負担の歴史的現実」を法律構成することは、沖縄県職務執行命令訴訟の大法廷判決を根拠とすることになる。

(4) 「米軍基地の公共性」の評価障害事由

そして、「米軍基地の公共性」の評価障害事由としての「沖縄県の米軍基地の過重負担の歴史的現実」は、以下の5事由で構成される。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点である。

第1の「地域経済向上の阻害要因」は、前述のように、「地域経済向上の公共性」の評価障害事由でもあったが、「米軍基地の公共性」においても、評価障害事由となる。自由主義経済の原動力である土地所有権が広大な米軍基地の土地利用に固定化されることにより莫大な「経済効果の喪失」・「機会費用」を被っているという歴史的現実、自由主義経済を構造的に阻害していることから、自由主義経済の安全保障である「米軍基地の公共性」に照らして、1号要件の「国土利用上適正かつ合理的なること」に著しく反する違法性を帯びることになるからである。

第2の、「航空機騒音の住民への悪影響や演習に伴う事故の発生」、第3の「後を絶たない米軍人・軍属による刑事事件の発生」、および第3の「汚染物質の流出等による自然環境破壊の問題」等は、「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。

米軍基地の過重負担（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倍に上ると指摘されている）により

「想像を絶する不平等」を現出させている事実は「米軍基地の公共性」の評価障害事由となる。

さらに、このことは、第5に、「米軍基地の公共性」の評価障害事由として「米軍基地の不平等な基地負担の国民の安全保障観への悪影響」を法律構成する。米軍基地の安全保障の「公共的価値」の恵沢を平等に受けている日本国民は平等に負担すべきが沖縄県民は約468倍もの「想像を絶する不平等」の基地負担となり、この不平等な基地負担は、国民の安全保障観に影響を与え、「米軍基地の公共性」の評価障害事由として法律構成すべきとなる。

つまり、米軍基地の過重負担の内実を構成する5点の評価障害事由は、米軍基地のもつ「公共的価値の実現」の許容範囲を遥かに超え、「米軍辺野古飛行場」の建設のための土地所有権を確保する埋立て承認を認めることは、「米軍基地の公共性」に照らして、著しく不適正かつ不合理であり、本件埋立承認は強い違法性を有すると判断されるのである。

以上、米軍基地の過重負担の歴史的現実を、埋立て承認基準の「国土利用上適正かつ合理的なること」の裁量的判断において、その評価基準の「地域経済向上の公共性」および「米軍基地の公共性」の評価障害事由として法律構成することが論拠づけられた。

8 憲法および地域形成計画法（国土計画関連）に反する違法状態

沖縄における米軍基地の過重負担の歴史的現実は、憲法及び国土計画法（地域形成計画法）に反する違法状態にある。

まず、憲法に反するのは、①憲法前文の「恐怖と欠乏から免れ平和のうちに生存する権利」、②憲法14条の平等原則の精神、③憲法22条1項の居住・移転の自由および職業選択の自由・営業の自由、④憲法29条の財産権の保障（1項）および公共の福祉による制限である。

つぎに、地域形成計画法（国土計画関連法）に関しては、⑤国土総合

開発法（国土形成計画法）の目的（1条）、⑥国土利用計画法の基本理念（2条）、⑦都市計画法の目的（1条）、⑧土地基本法の基本理念（2条）、⑨景観法の目的（1条）および基本理念（2条）、⑩国土形成計画法の目的（1条）である。

この米軍基地の過重負担の違法状態は、国等に米軍基地の整理縮小の責務があることになり、本件埋立て承認をすることは、この違法状態を固定化することになり、また、現在に米軍基地の過重負担を沖縄県自ら固定化（現状容認）する意味をもつことから、「地域形成の公共性」、「事業の公共性」に照らして、判断されることになる。

9 要約

まず、第1に、「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」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）に著しく反するからである。第2に「事業の公共性」である「米軍基地の公共性」の評価障害事由として、「想像を絶する不平等」等により「米軍基地の公共性」に照らして、本件埋立て承認の適正かつ合理性に反し強い違法性を帯びる。

つぎに、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事由である。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のである。

そして、第3に、「地域形成の公共性」および「事業の公共性」の評価障害事由として「憲法に反する違法状態」および「地域形成計画法（国土計画関連法）に反する違法状態」を法律構成することである。本件埋立て承認は、その違法状態を固定化することを含意し、これらの違法状態の主張立証は、埋立法の上位の土地所有権制限原理である「地域形成の公共性」、「事業の公共性」に照らし、本件埋立て承認基準の「国土利用上適正かつ合理的なつこと」に著しく反する違法性を帯びることになる。沖縄県の勝機は沖縄の「負」の歴史的現実にあるのである。

10 結び—民主主義国家・法治主義国家と沖縄米軍基地問題

代執行訴訟以外にも、執行停止決定の取消訴訟等の「抗告訴訟」および国地方係争処理委員会の却下に対する不服の「国地方係争委不服訴訟」の3件が裁判になっている。結びとして、裁判で決着することの意味を考えて結びとする。

民主主義国家では、国民も政府も法律に拘束される。この法律による国民と政府の両面拘束の原理が法治主義である。つまり民主主義国家は法治主義国家のことでもある。国民が法律に拘束されるのは、国民代表からなる議会の意思が国民の意思であると擬制され、国民自身の同意があるからである。民事関係において、自らの意思に基づいて締結した契約に自分が拘束されると同様に、自らの意思を代表する議会の制定した法律に国民が拘束されると構成されるのである。他方、政府を拘束する原理は法律による行政の原理である。国民の権利利益の保護のため、行政の主要な部分が国民代表からなる議会の制定した法律によって行われ、行政機関の行為の適法性を審査する独立の裁判所によって行政の司法統

制がおこなわれるのが、法律による行政の原理で、法治主義の要請である。法律による行政の原理は、法治主義の基幹的法理である（宇賀克哉『行政法概説Ⅰ』（有斐閣、2013年）27頁）。

したがって、民主主義国家、法治主義国家においては、国民も政府も法律に拘束され、その法律の適法性判断は裁判所でなされるということ、民主主義国家、法治主義国家においては裁判の判断が最終決着ということになる。もちろん、その最終決着は最高裁までいくと最高裁の判断が最終決着ということになる。言い換えると、民主主義国家の国民は裁判所の判決に自発的に服するということが擬制されているのである。沖縄県民も、知事の承認取消しを巡る裁判の判断にしたがった沖縄県民としての決着となるのである。

ただし、沖縄の基地問題の法的問題に関しては複雑な側面も持っている。戦後70年に渡って米軍基地の過重負担の歴史的現実があるからである。戦後70年経過しても日米両国による米軍基地を建設しようとする辺野古移設問題は米国政府及び米国民への辺野古米軍基地建設の理不尽さの訴え、さらには、国連人権委員会での「基地問題は人権問題」と国際社会への訴えである。この辺野古移設問題に象徴的に表れている沖縄の基地問題の国際社会への訴えは、沖縄の基地問題の本質が主権国家の在り方の問題であるからである。

そして、本件埋め立て承認の瑕疵が争われる裁判の場面では、「本件埋め立ては、全国の在日米軍専用施設の73.8%を抱える沖縄県内において米軍基地の固定化を招く契機となり、基地負担について格差や過重負担を固定化する不利益を内包するもの」（第三者委員会報告書45頁）との主張は象徴的である。最高裁判所は、主権国家の存在原理である法治主義の担い手として、自らの存在価値が試される裁判ということになる。沖縄県の辺野古沿岸部の埋め立て承認に瑕疵があるかは、沖縄の米軍基地の過重負担の歴史的現実が主権国家として許容できる合理的な過重負担かで

あり、日本国家が主権国家として存在しているかが試される裁判ということになる。主権国家の基盤である安全保障問題を契機に政府、地方公共団体、裁判所の役割分担及びそれぞれの権力の存在根拠と存在価値が検証されることになるのである。

—了—