

判例研究

辺野古沿岸部にかかる公有水面埋立承認の 取消しが違法であるとされた事例 (最判平成 28 年 12 月 20 日民集 70 卷 9 号 2281 頁)^{*}

福 永 実

【事実の概要】

宜野湾市にある普天間飛行場はアメリカ合衆国軍海兵隊の航空部隊の基地として使用されているところ、その周辺は学校や住宅、医療施設等が密集している。平成 8 年、普天間飛行場の代替施設の設置・運用後に同飛行場を返還する旨で日米合意が交わされたことを受け、国は同飛行場の代替施設を名護市辺野古沿岸域に設置することとし、平成 25 年 3 月 22 日、沖縄防衛局は前沖縄県知事（以下「前知事」という。）に対し、公有水面の埋立て（以下「本件埋立事業」という。）の承認を求めて承認願書を提出した。前知事は、本件埋立事業が公有水面埋立法 4 条 1 項各号の要件に適合すると判断し、同年 12 月 27 日、公有水面の埋立ての承認（以下「本件埋立承認」という。）をした。

現沖縄県知事（上告人）は、平成 27 年 10 月 13 日、本件埋立承認には本件埋立事業が公有水面埋立法 4 条 1 項 1 号の要件（以下「第 1 号要件」という。）及び同項 2 号の要件（以下「第 2 号要件」という。）に適合しない瑕疵があったとして、これを取り消した（以下「本件埋立承認取消し」という。）。

※ 本稿は大学裁判所合同研究会・民事分科会（於広島高裁庁舎。2018 年 2 月 28 日）で報告した原稿の一部を加筆修正したものである。本稿脱稿（3 月末日）後、稲葉馨「判批」平成 29 年度重要判例解説、本多滝夫「行政法と地方自治法の交錯」龍谷法学 50 卷 4 号（2018 年）、加藤祐子「行政訴訟における当・不当の問題の展開」早稲田大学大学院法研論集 165 号（2018 年）に接した。

公有水面埋立法に基づく都道府県知事による埋立ての承認は法定受託事務であるところ（地方自治法2条9項1号、公有水面埋立法51条1号）、国土交通大臣（被上告人）は、本件埋立承認取消しが違法であるとして、平成28年3月16日、地方自治法245条の7第1項に基づき、沖縄県に対し、本件埋立承認取消しの取消しを求める是正の指示（以下「本件指示」という。）をし、その後、沖縄県知事が国地方係争処理委員会による審査の通知があった日から30日以内に本件指示の取消しを求める訴え（同法251条の5）を提起せず、かつ、本件埋立承認取消しを取り消さなかったため、同年7月22日、同法251条の7第1項に基づき、沖縄県知事が本件埋立承認取消しを取り消さないことの違法の確認を求める本件訴えを提起した。

原審・福岡高那覇支判平成28年9月16日判時2317号42頁は、本件埋立承認取消しには本件埋立承認に違法がないのに行われた違法があり、これに対する本件指示は適法であるなどとして、国土交通大臣の請求を認容した。これに対し、現知事が上告。

【判決理由】 裁判官全員一致の意見で、上告棄却

「1 本件においては、沖縄県知事が本件指示に係る措置として本件埋立承認取消しを取り消さないことが違法であることの確認が求められているところ、本件埋立承認取消しは、前知事がした本件埋立承認に瑕疵があるとして沖縄県知事が職権でこれを取り消したというものである。」「一般に、その取消しにより名宛人の権利又は法律上の利益が害される行政庁の処分につき、当該処分がされた時点において瑕疵があることを理由に当該行政庁が職権でこれを取消した場合において、当該処分を職権で取り消すに足りる瑕疵があるか否かが争われたときは、この点に関する裁判所の審理判断は、当該処分がされた時点における事情に照らし、当該処分に違法又は不当（以下「違法等」という。）があると認められるか否かとの観点から行われるべきものであり、そのような違法等があると認められないときには、行政庁が当該処分に違法

等があることを理由としてこれを職権により取り消すことは許されず、その取消しは違法となるというべきである。」「したがって、本件埋立承認取消しの適否を判断するに当たっては、本件埋立承認取消しに係る沖縄県知事の判断に裁量権の範囲の逸脱又はその濫用が認められるか否かではなく、本件埋立承認がされた時点における事情に照らし、前知事がした本件埋立承認に違法等が認められるか否かを審理判断すべきであり、本件埋立承認に違法等が認められない場合には、沖縄県知事による本件埋立承認取消しは違法となる。」「2(1) 公有水面埋立法…42条1項…の承認の要件が同条3項において準用する同法4条1項により定められているところ、同項が、同項各号の要件に適合すると認められる場合を除いては埋立ての承認又は免許(以下「承認等」という。)をすることができない旨を定めていることなどに照らすと、同項各号は、上記承認等が都道府県知事の裁量的な判断であることを前提に、上記承認等をするための最小限の要件を定めたものと解されるのであって、同項各号の規定はこのことを踏まえて解釈されるべきである。』

「(2) 公有水面埋立法4条1項1号の「国土利用上適正且合理的ナルコト」という要件(第1号要件)…の審査に当たっては、埋立ての目的及び埋立地の用途に係る必要性及び公共性の有無や程度に加え、埋立てを実施することにより得られる国土利用上の効用、埋立てを実施することにより失われる国土利用上の効用等の諸般の事情を総合的に考慮することが不可欠であり、また、前記(1)で述べたところに照らせば、第1号要件においては当該埋立てや埋立地の用途が当該公有水面の利用方法として最も適正かつ合理的なものであることまでが求められるものではない…。そうすると、上記のような総合的な考慮をした上での判断が事実の基礎を欠いたり社会通念に照らし明らかに妥当性を欠いたりするものでない限り、公有水面の埋立てが第1号要件に適合すると判断に瑕疵があるとはいえない…。」「これを本件についてみるに、…前知事は、…(略)…であること等に照らし、…本件埋立事業が第1号要件に適合すると判断しているところ、このような前知事の判断が事

実の基礎を欠くものであることや、その内容が社会通念に照らし明らかに妥当性を欠くものであるという事情は認められない。」

「(3) また、公有水面埋立法4条1項2号の「其ノ埋立ガ環境保全及災害防止ニ付十分配慮セラレタルモノナルコト」という要件（第2号要件）…に適合するとした都道府県知事の判断に違法等があるか否かを審査するに当たっては、専門技術的な知見に基づいてされた上記都道府県知事の判断に不合理な点があるか否かという観点から行われるべきである…。」「これを本件についてみるに、…沖縄県が定めた審査基準…に特段不合理な点があることはうかがわれない。また、…前知事は、…本件埋立事業が第2号要件に適合するか否かを専門技術的な知見に基づいて審査し、…（略）…として、第2号要件に適合すると判断しているところ、その判断過程及び判断内容に特段不合理な点があることはうかがわれない。」

「3 以上のとおり、本件埋立事業が第1号要件及び第2号要件に適合するとした前知事の判断に違法等…は…ない。そうすると、本件埋立承認取消しは、本件埋立承認に違法等がないにもかかわらず、これが違法であるとして取り消したものであるから、…違法である…。」

【地方自治法245条の7第1項に基づく是正の指示の適法性、及び「相当の期間」の経過にかかる判示は、紙片の都合上省略する】

「以上によれば、沖縄県知事が本件指示に係る措置として本件埋立承認取消しを取り消さないことは違法であるとして、国土交通大臣の請求を認容した原審の判断は、結論において是認することができる…。」

【評釈】

1 はじめに

本判決は2012年地方自治法改正によって導入された不作為の違法確認の訴え（地方自治法251条の7第1項）について、また公有水面埋立法4条1項1号及び2号要件の裁量判断のあり方について最高裁が初判断を示し、また

講学上の職権取消論について従来必ずしも整理されていなかった部分を明確にした点が注目される。特に本判決が「一般に」として示した職権取消の理解は、本件訴訟の文脈に限定されないであろう。紙片の都合上、以下では、本判決の職権取消論に絞って検討する。

2 職権取消しについて

(1) 職権取消しの根拠規範論

一般に職権取消しとは、行政処分に処分成立当初からの瑕疵（原始的瑕疵）を発見した場合に行政庁が職権でその効力を遡及的に失わせる行政処分をいう。

行政庁は行政処分の原始的瑕疵を発見すれば、取消しの根拠規定が明示的に存在しなくともこれを取り消し得ることに異論は無い。但し、その根拠には当然の事理と解する見解、元の根拠法に含まれているとする見解、法治国原理の要請とする見解など諸説が示されている⁽¹⁾。なお原審は、「取消権発生の根拠は法律による行政の原理の回復にあるため特段の法的根拠は必要ではなく、原処分の根拠規定に含まれていると解される」と述べていた⁽²⁾。

上記諸説は必ずしも対立するものではなく、この問題は元処分の根拠規定等に取消処分の根拠も含まれるかの解釈問題である⁽³⁾。その点を明確にしなければ取消権を行使する際の考慮事項を抽出できず、後述の取消処分制限の司法審査も単なる抽象論に陥るであろう。

本件では、法42条1項（4条1項）が承認取消権の根拠規定と考えることになり、そこに取消処分の要件（取消事由）と効果規定（処分内容として取消）を想定することになる。

(1) 塩野宏『行政法1（第6版）』（有斐閣、2015年）189頁参照。

(2) 本判決の立場は不明であるが、調査官解説は原判決と同様の見解で足りるとする。衣斐瑞穂「判解」法曹時報69巻8号（2017年）373頁。

(3) 中川丈久「『職権取消しと撤回』の再考」水野武夫先生古稀論集『行政と国民の権利』（法律文化社、2011年）369～372頁。

(2) 取消処分発動要件

学説では、取消処分の発動要件が処分の原始的「違法」であることは共通認識と言えよう。

一方で、処分の瑕疵が違法に至らない不当にとどまる原始的「不当」の場合でも取消処分の要件たり得るか、という問題については、学説上これまで深く探求されてこなかった。ここで不当とは行政裁量に関わる概念であり、その判断に裁量権の逸脱濫用はないが、他により望ましい公益適合的判断が存在するのにそれが選択されていない判断状態を指す⁽⁴⁾。本件で見られる「不当」は、前知事が本件埋立承認の要件充足を裁量判断するに際し「不十分な審査による事実の法令への当てはめ（認定・評価）の間違い」があった点である⁽⁵⁾。

(a) 原処分に不当の瑕疵があるにすぎない場合でも職権取消しできるとする学説・判例（裁判例）

前述の通り通説的見解である。例えば塩野教授によれば、行政行為の瑕疵「が違法の瑕疵であれば、当然、法律による行政の原理違反の状態が存在しているし、また公益違反の状態が生じているとすると、行政目的違反の問題がある。つまり、行政行為の取消しの実質的根拠は、適法性の回復あるいは合目的性の回復にある」とされる⁽⁶⁾。

(4) 芝池義一『行政法読本（第4版）』（有斐閣、2016年）270頁。行政法諸学説における不当概念について、稲葉馨「行政法上の『不当』概念に関する覚書き」行政法研究3号（2013年）15～22頁参照。

(5) 榊原秀訓「埋立承認の職権取消処分と裁量審査」紙野健二・本多滝夫編『辺野古訴訟と法治主義』（日本評論社、2016年）170～71頁。

(6) 塩野宏『行政法1（第6版）』前掲註(1)189頁。その他の学説として、田中二郎『新版行政法上巻（全訂第二版）』（弘文堂、1974年）151頁、藤田宙靖『行政法総論』（青林書院、2013年）231頁、芝池義一『行政法読本（第4版）』前掲註(4)120頁註2、原田尚彦『行政法要論（全訂第7版補訂2版）』（学陽書房、2012年）189頁、大浜啓吉『行政法総論（第3版）』（岩波書店、2012年）297頁、宇賀克也『行政法概説1（第6版）』（有斐閣、2017年）367頁など参照。

最高裁判例(最判昭和43年11月7日・民集22巻12号2421頁)にも、「買収計画、売渡計画のごとき行政処分が違法または不当であれば、…処分をした行政庁…においては、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、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解するのが相当である…」として、原始的「不当」を理由に職権取消しができることを所与とするものがある。但しこの昭和43年最判の判示は、自作農創設特別措置法における「買収計画、売渡計画のごとき行政処分」に関するもので、行政処分の職権取消一般に関するものではなく、また、実際の事案も原処分が違法というものであった⁽⁷⁾。

下級審では、高松高判昭和45年4月24日判時607号37頁、及び東京高判平成16年9月7日判時1905号68頁等が、「一般に」、として行政処分の原始的不当を理由に職権取消しが可能であることを述べていたものの、やはり「授益的な行政処分がされた場合において、後にそれが違法であることが明らかになった」事案であり⁽⁸⁾、原処分の不当性まで論及があるのは福岡高判平成28年9月5日判時2352号25頁など、公務員の採用取消処分の事例に限られていた⁽⁹⁾。

(b) 処分に違法がある場合に限り職権取消しをなし得るとする学説・裁判例

(7) 別の自創法事例である最判昭和31年3月2日民集10巻3号147頁、最判昭和33年9月9日民集12巻13号1949頁では、そもそも原処分の「違法」が認められることしか言及がない。

(8) 年金や生活保護事例を中心に、原処分違法類型が大勢である。大分地判平成28年1月14日判例集未登載、東京地判平成16年4月13日訟月51巻9号2304頁、大津地判平成9年12月8日判タ981号73頁、東京地判平成9年2月27日判時1607号30頁、宮崎地判昭和59年1月20日判タ534号220頁など参照。

(9) ほかに大分地判平成27年2月23日判時2352号36頁、熊本地判昭和60年3月28日判時1163号58頁参照。

通説に対し、学説では原始的瑕疵として不当を定義に挙げない見解も比較的多い⁽¹⁰⁾。但し高木教授を除き、不当性の排除が積極的に言明されていた訳ではなかった。

裁判例でも職権取消しの要件として「違法」のみを挙げ不当性に言及しないものも多かったが⁽¹¹⁾、学説と同じく、意図的なものであったか疑問である。一方、本判決の原審は、授益処分取消権発生要件は原処分に違法の瑕疵がある場合に限られる、と初めて明言している。

(c) 本判決は昭和43年最判に倣い、原処分に不当の瑕疵があるにすぎない場合でも職権取消しを認めた（但し後述の通り、本判決の論理では取消制限論の論点が生じないためか、先例の引用がない）。これまでの高裁裁判例と同じく、「一般に」という断り書きを付し、授益処分の職権取消しの枠組み一般として判示するものである。

思うに職権取消権の要件が処分の違法性に限定されるかどうかは、元処分の授権規定の解釈次第と解されるものの⁽¹²⁾、一般に、立法者が不適切な裁量権の行使の放置を許容するとは思われず、瑕疵が不当にとどまる場合に職権

(10) 高木光『行政法』（有斐閣、2015年）136頁、大橋洋一『行政法1（第3版）』（有斐閣、2016年）190頁、高橋滋『行政法』（弘文堂、2016年）82頁、阿部泰隆『行政法再入門上（第2版）』（信山社、2016年）297頁、曾和俊文『行政法総論を学ぶ』（有斐閣、2014年）168頁、兼子仁『行政法総論』（筑摩書房、1983年）175頁。なお宇賀克也『行政法概説1（第5版）』（有斐閣、2013年）358頁参照。

(11) 東京地判平成29年1月31日労経速2309号3頁、長崎地判平成28年2月23日判例集未登載、大分地判平成27年2月23日判例集未登載、和歌山地判平成26年7月11日判例集未登載、名古屋地判平成14年1月30日判例集未登載、東京地判昭和57年9月22日判時1055号20頁、神戸地判平成1年9月11日判時1370号49頁。

(12) 原審は、公水法の解釈として承認取消権が承認が違法である場合以外にも生じるとは解し得ないとする。この点につき、人見剛「辺野古争訟の経緯と諸判決に関する一考察」Law and practice11号（2017年）26頁、岡田正則「埋立承認の職権取消処分と取消権制限の法理」紙野健二・本多滝夫編『辺野古訴訟と法治主義』（日本評論社、2016年）206頁。

取消をカテゴリー的に禁止する解釈を採り得ることは、ほとんどないのではないかと考えられる⁽¹³⁾。

(3) 取消処分を選択、処分内容

仮に処分に違法又は不当な原始的瑕疵があるとしても、処分の瑕疵の是正という法治主義的要請と、処分を信頼した名宛人(関係者)の信頼保護、法的安定性の確保の要請等とを比較衡量し、場合によっては、取消処分を選択あるいは処分内容が裁量権の逸脱濫用と評価される場合がある(取消制限論)⁽¹⁴⁾。

しかし本判決は、そもそも本件埋立承認に「違法等があると認められない」として取消要件論で切ってしまうため取消制限論を問題とせず、また原審のように、不当の瑕疵を仮定して職権取消が制限されるか否かの検討もしていない。

(4) 検討

(a) 職権取消しの審査対象について

本判決は、原審と同様、「本件埋立承認取消しの適否を判断するに当たっては、本件埋立承認取消しに係る沖縄県知事の判断に裁量権の範囲の逸脱又はその濫用が認められるか否かではなく、本件埋立承認がされた時点における事情に照らし、前知事がした本件埋立承認に違法等が認められるか否かを審理判断すべき」とする。

これに対し、原処分(埋立承認)と取消処分(承認取消)は別個の行政処分であるから、本件の審査対象は現知事の埋立承認取消処分であり、原処分

(13) 人見剛「辺野古争訟の経緯と諸判決に関する一考察」前掲註(12)42頁、橋本博之『現代行政法』(岩波書店、2017年)151頁、原田大樹「行政行為の取消と撤回」法学教室448号(2018年)74頁参照。

(14) 中川丈久『職権取消しと撤回』の再考」前掲註(3)380～381頁、乙部哲郎『行政行為の取消と撤回』(晃洋書房、2007年)284～85、383頁参照。取消範囲が不適切であることを根拠に取消処分を違法と判断したものとして、最判昭和33年9月9日民集12巻13号1949頁。

13 - 辺野古沿岸部にかかる公有水面埋立承認の取消しが違法であるとされた事例（福永）が根拠規定の要件を充足していなかったとする現知事の認定自体に（要件）裁量の逸脱濫用がないかを問題にすべきではないか、との疑問が呈されている⁽¹⁵⁾。

しかし職権取消処分の要件は定義上、原処分の処分時における瑕疵となる。ところ、本判決は、あくまで現知事が行使した職権取消処分の訴訟物として、前知事が行使した本件埋立承認に原始的瑕疵があるか否かを論じているに過ぎないものと思われる⁽¹⁶⁾。

(b) 判決構造における審査対象の欠落の問題

とはいえ、本判決が示した枠組みの下では、①職権取消要件論において免許権者（前知事）の判断に違法又は不当な瑕疵があるか否かが審査され、それが肯定されて初めて、②職権取消限界論において取消権者（現知事）の取消権行使に裁量権の逸脱・濫用があるか否か、が問われることとなる。従って、要件審査次第では、取消権者の判断が裁判所によって全く審査されることはなく、実際、本判決は現知事の職権取消にかかる裁量判断を審査していない⁽¹⁷⁾。

この点は、職権取消しが原処分に「職権で取り消すに足りる瑕疵があるか否か」を問う構造上、致し方ないことであるが、そこで①職権取消要件論にかかる司法審査の方法が重要になろう。

要件審査のうち、まず取消権者が原処分に違法があると判断し職権取消したが裁判所が原処分を適法と判断した場合、取消権者の職権取消しにかかる要件認定は誤りであり、取消処分は違法である（この点についての取消権

(15) 武田真一郎「判批」成蹊法学 86 号 177 頁（2017 年）184～185、193 頁、榊原秀訓「埋立承認の職権取消処分と裁量審査」前掲註 (5) 179～81 頁。

(16) 人見剛「辺野古争訟の経緯と諸判決に関する一考察」前掲註 (12) 43 頁、岡田正則ほか「座談会」法学セミナー 62 巻 8 号（2017 年）38 頁（人見発言）、山下竜一「判批」法学セミナー 62 巻 1 号（2017 年）117 頁、原田大樹「行政行為の取消と撤回」前掲註 (13) 76 頁。

(17) 武田真一郎「判批」前掲註 (15) 186～87 頁、人見剛「辺野古争訟の経緯と諸判決に関する一考察」前掲註 (12) 47 頁。

者の要件裁量は認められない)。

問題は、取消権者が原処分に不当な瑕疵があるとも捉えていた場合に、裁判所が原処分に不当な瑕疵もないと判断して、取消権者の要件認定と相反する場合に生じる。この不当性審査につき、以下、幾つか論点を整理する。

(c) 不当性の審査基準

まず本判決は、公水法4条1項1号の要件についていわゆる社会観念審査を、2号の要件については審査基準を用いた判断過程の合理性審査を行うようにみえるものの、これら裁量逸脱濫用基準の下では、埋立承認処分の「違法性」の有無は審査されても「不当性」の有無を審査したことにはならないのではないか、との問題が指摘されている⁽¹⁸⁾。

この点については二つの説明が考えられる。一つは、(後述の通り)そもそも最高裁は不当な瑕疵について、その程度が違法に準ずるほど相当に著しいものと捉えているため、審査枠組みが裁量逸脱基準に接近してしまったという理解である⁽¹⁹⁾。

もう一つは、最高裁は「不当」の有無を一応審査したという理解である。この点、原審は第1号要件の判断について最判平成18年11月2日民集60巻9号3249頁(小田急線連続立体交差(高架化)事業認可取消訴訟上告審判決)を引用し⁽²⁰⁾、次のように述べて違法及び裁量内違法の判断枠組みとしていた。「…その基礎とされた重要な事実に誤認があること等により、重要な事実の基礎を欠くこととなる場合、又は、事実に對する評価が明らかに合理性を欠くこと、判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限り、裁

(18) 岡田正則「『政治的司法』と地方自治の危機」世界891号(2017年)98頁、人見剛「辺野古争訟の経緯と諸判決に関する一考察」前掲註(12)43頁、杉原丈史「判批」新・判例解説 Watch21号(2017年)57頁。

(19) 衣斐瑞穂「判解」前掲註(2)362頁、註19。

(20) 衣斐瑞穂「判解」前掲註(2)364頁註24も同最判に言及する。

11 - 辺野古沿岸部にかかる公有水面埋立承認の取消しが違法であるとされた事例（福永）
量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものとして違法となるものと解する…」。この引用先例と対比すれば、本判決は「(重要ではない) 事実誤認」や「(著しくはない) 不当性」でもって「違法等」の評価基準としている。これは、違法に至らない不当な瑕疵を措定した上で、その不存在をもって「違法等」=違法及び不当の不存在を表現しようとしたのであろうか。

また本判決は、2号の「其ノ埋立ガ環境保全及災害防止ニ付十分配慮セラレタルモノナルコト」については、最判平成4年10月29日民集46巻7号1174頁（伊方原発訴訟）の枠組みを参考に審査しているものと思われるが⁽²¹⁾、本判決は「審査基準に特段不合理な点はない」、「第2号要件に適合するとの判断過程及び判断内容に特段不合理な点はない」として、「特段」という副詞をつけており、これも不当な瑕疵の不存在の表明であらうか⁽²²⁾。

(d) 不当の有無の認定自体の問題

いずれの方法にせよ裁判所が不当の有無を認定しているとする、次に、そもそも裁判所が処分不当性の有無自体を判定して良いのかという疑問も湧く⁽²³⁾。本件では、取消権者（現知事）が免許権者（前知事）の判断に不当性があると認定しているにも拘わらず、本判決が前知事の判断に不当性はないと判断し、双方の判断が相違する場合に、裁判所は自己の判断を取消権者の判断に優先させて良いか、という問題である。原処分に要件裁量又は効果裁量が認められる場合、「原処分に原始的不当がある」との認定については、取消権者に要件裁量が認められるべきとも考えられる⁽²⁴⁾。

(21) 衣斐瑞穂「判解」前掲註(2) 365～66頁註29、高木光「行政処分における考慮事項」法曹時報62巻8号（2010年）23頁参照。

(22) 岡田正則「判批」自治研究94巻2号（2018年）153頁。但し「特段」が不当の内包を意味し得るか疑問ではある。

(23) 岡田正則「『政治的司法』と地方自治の危機」前掲註(18) 98頁、岡田正則「判批」前掲註(22) 153～154頁、杉原文史「判批」前掲註(18) 57頁、人見剛「辺野古争訟の経緯と諸判決に関する一考察」前掲註(12) 45頁、岡田正則ほか「座談会」前掲註(16) 38頁（人見発言）、宇賀克也「判批」国際文化研修25巻3号（2018年）41頁。

しかし本判決は、そのような裁量判断を職権取消しの審査対象から排除した⁽²⁵⁾。そのような裁量が取消権者に認められるか否かは結局は個別法の解釈に依るところ、本判決は、職権取消要件論としても、また取消制限審査の場面においても、前知事の判断の不当性の有無自体は、違法性の判断と同様に客観的に認定しておかざるを得ない、と考えたのだろうか⁽²⁶⁾。

(e) 「不当性はない」との認定の是非

そこで、最高裁の不当の判断自体を検討する。本判決が本件埋立承認に不当性はないと判断する根拠は、公有水面埋立法4条1項各号が「承認等が都道府県知事の裁量的な判断であることを前提に、上記承認等をするための最小限の要件を定めたものと解される」から、「第1号要件においては当該埋立てや埋立地の用途が当該公有水面の利用方法として最も適正かつ合理的なものであることまでが求められるものではない」ため、免許権者の判断に多少の不当性があっても、法的に不当とは評価しない点にある⁽²⁷⁾。

このことは、最高裁が理解する原始的不当とは、違法（裁量の逸脱濫用）に準ずるほど瑕疵の程度が高いものが想定されていることを意味する。

以下、最高裁が不当性はないとする論拠の成立可能性を検討する。第一に、最高裁の「最小限」論は、「法第4条1項各号の基準は、これらの基準に適合しないと免許することができない最小限度のものであり、これらの基準のすべてに適合している場合であっても免許の拒否はあり得るので、埋立ての必要性等他の要素も総合的に勘案して慎重に審査を行うこと。」とする解釈通達

(24) 武田真一郎「判批」前掲註(15) 193～195頁。岡田正則ほか「座談会」前掲註(16) 38頁(岡田発言)、岡田正則「判批」前掲註(22) 151頁、榊原秀訓「埋立承認の職権取消処分と裁量審査」前掲註(5) 179～81頁。

(25) 衣斐瑞穂「判解」前掲註(2) 362～63頁。

(26) 福岡高判平成28年9月5日判時2352号25頁、福岡高判平成29年6月5日判時2352号3頁参照。

(27) 人見剛「辺野古争訟の経緯と諸判決に関する一考察」前掲註(12) 43～44頁、岡田正則「判批」前掲註(22) 151～52頁。

9- 辺野古沿岸部にかかる公有水面埋立承認の取消しが違法であるとされた事例（福永）

を参考にするものである⁽²⁸⁾。掲記の通り、この通達における「最小限」の意味は、もともと「4条1項の規定は必要最小限の免許基準を定めたものにとどまること」を意味するに過ぎず、同項に明示的には示されていない諸事項を考慮して免許拒否の結論に到達する可能性を認める趣旨である⁽²⁹⁾。従って、「最小限」は免許拒否判断における考慮事項の豊富さを強調するための議論であって、埋立権者の埋立免許の許容判断が「最も適正かつ合理的なものではなくて良い」という論理に必ずしも至るものではない。

第二に、通達が示すように、とりわけ法4条1項1号では「様々な『一般の公益』を比較衡量すべき…要件該当性に関する免許権者の判断は、性質上、裁判所による尊重の度合いがより高い」と言えよう⁽³⁰⁾。本判決も1号要件について、「諸般の事情を総合的に考慮することが不可欠」と述べている点も合わせ考えると、職権取消の要件たる原処分 of 瑕疵の有無を当該処分時の事情に照らして判断する以上、原処分時における処分庁の判断が尊重され、むしろ裁判所が前知事（免許権者）の判断に「不当があった」とは評価し難い、というのが最高裁の意図であろう。

しかし免許権者の判断が尊重されるべきとはいえ、それ故に免許権者の判断が「最も適正かつ合理的なものであることまで求められていない」、との結論には至らないだろう。一般に、立法者が処分庁に裁量権を付与した趣旨は、事柄の性質上、当該行政分野の責任を負う行政庁「の裁量に任せるのでなければとうてい適切な結果を期待することができない」と考えたからであろう⁽³¹⁾。公有水面の埋立免許権者に対しても、関連する諸般の事情を総合考慮

(28) 昭和49年6月14日付け運輸省港湾局長・建設省河川局長通達（港管第1580号・河政発第57号）「公有水面埋立法の一部改正について」

(29) 亙理格「埋立免許・承認における裁量権行使の方向性」紙野健二・本多滝夫編『辺野古訴訟と法治主義』（日本評論社、2016年）152頁以下。

(30) 高木光「行政処分における考慮事項」前掲註(21)21頁。高松高判平成6年6月24日判タ851号80頁（織田が浜差戻控訴審）も参照。

して適切な結果に到達することが求められているはずである⁽³²⁾。本件では、現知事が諸般の事情の総合考慮をやり直して、より最適な行政処分を構想しており、以前の行政処分は客観的に言って「不当」はあったと評価することは可能であったと考えられる。裁判所が前知事の判断に「不当があった」とするより、何一つ不当は「なかった」と判断することが司法権の行使としてより穏当と考えたのであろうか。

(f) そこで本件のような場合、原処分の一応の不当性を措定した上で取消制限論（効果裁量論）に進み、「処分の取消によつて生ずる不利益と、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」かどうかを検討すべきだったのでないか。その際、違法を理由とする職権取消は取消しすべしとの方向に強く働くのに対し、不当を理由とする職権取消は、それが弱く働くことになる⁽³³⁾。取消制限論に進んだとしても、本判決と結論は同じになっていた可能性はある⁽³⁴⁾。

3 おわりに

第一に、最高裁が理解する不当とは違法（裁量の逸脱濫用）に準ずるほど

(31) 稲葉馨「行政法上の『不当』概念に関する覚書き」前掲註(4) 22 頁、原田尚彦『行政法要論（全訂第 7 版補訂 2 版）』前掲註(6) 189 頁参照。

(32) 亙理格「埋立免許・承認における裁量権行使の方向性」前掲註(29) 151 頁以下、人見剛「辺野古争訟の経緯と諸判決に関する一考察」前掲註(12) 44 頁、岡田正則「判批」前掲註(22) 146 頁。

(33) 山下竜一「原審判批」法学セミナー 744 号 109 頁 (2017 年)、山下竜一「判批」前掲註(16) (2017 年) 117 頁。なお福岡高判平成 29 年 6 月 5 日判時 2352 号 3 頁は、比較考量の考慮要素として「当該行政処分の瑕疵の有無及び程度」を明記している。

(34) なお原処分の「不当」を理由とする職権取消処分につき、取消権行使の制限を認めただに理解できる判例として、最判昭和 28 年 9 月 4 日民集 7 卷 9 号 868 頁がある。

7- 辺野古沿岸部にかかる公有水面埋立承認の取消しが違法であるとされた事例（福永）

瑕疵の程度が高いものが想定されている。この点で、職権取消要件を違法に限定する見解に接近している。職権取消要件に原始的の不当を含むとする下級審裁判例にあっても、実際には違法を取り上げるものが多かったことから⁽³⁵⁾、不当要件の内実がどのようなものとなるか継続的な判例分析が必要であろう。

第二に、公有水面埋立法4条1項1号の埋立免許のように裁量の程度が広い処分の場合には、最高裁が整理した職権取消し論の枠組み下では、（担任者の交代があるかに関わりなく）行政庁が原処分に軽微な不当性を発見して職権取消しをなすことは、ほぼカテゴリーカルに封じられることになる。このことは、職権取消制限論で議論すべき利益衡量の結論の一部が要件論に前倒しされることを意味する。そしてまた、行政庁が考慮を尽くすことなく安易に原処分を発動するといった事態を防ぐという副次的効果が期待できよう。しかし一方で、行政庁による適法行政への是正手段は確実に縮小する⁽³⁶⁾。確かに行政処分によって構築された法秩序維持や、利益処分の名宛人の利益保護が図られるという側面は有意義であるものの、例えば瑕疵ある処分を発動させた原因が処分の相手方にあるといった考慮や、行政処分が存続することで損なわれる利益といった考慮の検討の余地がなくなってしまう点は、小さくないのではないか。

(35) 本判決後の福岡高判平成29年6月5日判時2352号3頁（大分教員採用決定取消処分取消等請求控訴事件）でも、教育公務員特例法は「教員の採用方法を任命権者の広範な裁量に委ねているものと解され、その採用についての判断が事実の基礎を欠いたり社会通念に照らし明らかに妥当性を欠いたりするものでない限り、当該採用の判断に瑕疵があるとはいえない」とされ、本判決の不当性基準が引き継がれている。但し当該事案では、「採用処分は事実の基礎を欠く違法なもの」とされ、不当性は違法性認定に含めて判断されている。

(36) 武田真一郎「判批」前掲註(15)186～87頁、岡田正則「厚木基地訴訟・辺野古訴訟最高裁判決からみた司法制度の現状」法と民主主義516号（2017年）41頁。