

## 第1次・第2次地方分権改革における国・地方間関係の変容と課題 —行政法学の見地から—★

早稲田大学大学院法務研究科 教授 人見 剛

### 1. はじめに

本稿の内容は、第1次・第2次地方分権改革の概要を紹介した上で（第2節・第3節）、機関委任事務の廃止後の課題や行政的・立法的関与の縮減に関する現在の課題（第4節）、そして市町村への事務移譲に関する課題（第5節）を検討するものである。最後に、関与に係る係争処理手続に関する現状と課題を辺野古訴訟に関する検討を中心として論じる（第6節）。

### 2. 第1次地方分権改革

#### 2.1 第1次地方分権改革の概要

20世紀末の1995年に制定された地方分権推進法に基づいて設置された地方分権推進委員会（1995～2001年）の主導の下行われた、いわゆる第1次地方分権改革によって、様々な制度改革がなされた。具体的には、①機関委任事務の廃止とそれの自治事務ないし法定受託事務への再編成、②国等による関与の縮減とそれに係る実体法的・手続法的ルールを整備、③一定の関与に対する地方公共団体からの国地方係争処理委員会への申立て等の係争処理制度の新設、④機関委任事務制度を前提としていた地方事務官制度の廃止、⑤市町村までの一定の権限委譲とその受け皿としての特例市制度の創設、⑥地方公共団体の組織・人事の自由を縛っていた職員・組織・施設等の必置規制

の一定の縮減、⑦一部の国庫補助負担金の廃止・一般財源化、⑧法定外地方税に係る制限・許可制の緩和や起債許可制の廃止による地方公共団体の財政自主権の拡大などである（人見、2009、pp. 16-17）。

以下では、これらの諸改革のうち最も重要な①から③について、その内容をより詳しく紹介しておこう。

#### 2.2 機関委任事務の問題点<sup>（注1）</sup>

第1次分権改革の最も重要な成果が機関委任事務の廃止であったことは、衆目の一致するところである。機関委任事務とは、法律又はそれに基づく政令により地方公共団体の執行機関に委任された他の行政主体の事務を意味し、特に国から地方公共団体の首長に委任された国の機関委任事務が量的にも質的にも重要である。

まず、機関事務を処理する限りで知事や市町村長は国の下級行政機関と位置づけられ、主務大臣や（国の機関としての）知事の包括的な指揮監督権に服することになる。また、行政上の不服申立ての制度においても、大臣や（国の機関としての）知事が、地方公共団体の長の上級庁たる審査庁として、住民からの不服申立てに対応して知事や市町村長の処分の適法性・妥当性の審査を行った。そして、これらのことは、大臣分担管理制の国の縦割り行政が、首長の下での地域行政にも貫徹することを意味した。

\* 本稿は、2016（平成28年）5月25日（水）に、佐賀大学で開催された第205回 佐賀地域経済研究会での同名の報告原稿をもとに、その後の制度運用の動向等も踏まえて加筆・修正を行ったものである。

次に、機関委任事務は、法的には国の事務であるので、地方議会の条例制定権や調査権が及ばず、住民代表議会のコントロールを免れることにもなっていた。いわば住民自治の原則も、この限りで大きく制約されていたのである。

しかも、こうした機関委任事務が、都道府県の事務の7～8割（例えば、各種の営業許可、大気・水質汚染防止のための規制、道路法・河川法などの営造物管理、都市計画・開発許可など）を、市町村事務の3～4割（例えば、戸籍管理、外国人登録、建築確認、生活保護の決定と実施など）を占めるといわれるほど膨大な量であった。こうした機関委任事務の性格と量に規定されて、地方自治の保障を定めたはずの日本国憲法下の国・地方間関係は、あたかも国→都道府県→市町村という上下・主従の関係であるかのように観念されてきたのである。

このように、機関委任事務制度は、日本の地方自治制度の集権的分散システム（地方公共団体において処理されている事務の量が大きいという意味で分散的であるが、その実質的な決定権が中央政府に掌握されていて集権的であるシステム）の中核をなしてきた。この機関委任事務制度を廃止することにより、都道府県知事や市町村長は、国の下級機関としての性格を払拭し、完全に地方自治体の首長となるわけである。対等平等の並立関係としての国・都道府県・市町村関係を実質的にも確立する制度基盤が、戦後半世紀近くを経てようやく形成されたということができよう（人見、2009、p. 17）。この意味で、第1次地方分権改革は、第2次世界大戦後の戦後改革において不十分であった（国の総合的的地方出先機関の性格を帯有していた）都道府県の完全自治体化を成し遂げるものであるとも評されたのであった（西尾、1999、p. 39；pp. 102-117；pp. 154-167）。

### 2.3 機関委任事務の廃止と自治事務と法定受託事務への再編成

第1次地方分権改革の結果、機関委任事務は、その約7割が自治事務化された（例えば、各種営業許可、建築基準法に基づく事務、社会福祉施設の設置許可等 398件）。自治事務とは、旧地方自治法の下では、その本来的帰属を問わず（公共事務、行政事務、団体委任事務を包含する<sup>（注2）</sup>）地方公共団体の事務を包括的に指す講学上の概念で、機関委任事務と対になる概念であった。そして、新地方自治法では、自治事務は、「地方公共団体が処理する事務のうち、法定受託事務以外のものをいう」（自治法2条8項）と控除的に自治体の原則的な事務として包括的に定められることになった。

しかし、地方公共団体が処理している事務を全て国の自主・自立性が強く保障される自治事務にする訳にはいかないと考えられ、新地方自治法では、自治事務と並んで、新たに「法定受託事務」という事務類型が設けられた。法定受託事務は、「法律又はこれに基づく政令により都道府県、市町村又は特別区が処理することとされる事務のうち、国が本来果たすべき役割に係るものであって、国においてその適正な処理を特に確保する必要があるものとして法律又はこれに基づく政令に特に定めるもの」（自治法2条9項1号）と定義され、機関委任事務の3割以上が、この法定受託事務とされた（例えば、国道管理、一級・二級河川の管理に関する事務、生活保護の決定・実施に関する事務等 275件）。なお、市町村選挙管理委員会が都道府県議会議員選挙を執行する場合のように都道府県・市町村関係にも国・地方間関係と同様の事務があることが意識され、これは第2号法定受託事務とされ、国・地方間のそれは第1号法定受託事務とされた。第2号法定受託事務は、量的にも質的にも小さなものであるので、法定受託事務としては、以下専ら第1号法定受託事務を念頭に論

じることとする。

法定受託事務は、もともと国政選挙の実施、旅券の交付などの明白な国政事務が想定され、それが自治体に委託されるものと観念されていた。しかし、最終的に新地方自治法に規定された法定受託事務は、上記のように国の事務が自治体に委託されたものではなく、自治事務と同様地方公共団体の処理する事務（自治体事務）であり、ただ、国によるその適正処理確保のための措置、すなわち関与が強く認められる事務ということになったものである<sup>(注3)</sup>。したがって、かかる事務区分の主な意義は、両者に係る関与法制の違いに帰着するが<sup>(注4)</sup>、これについては、後に詳しくみることにする。

法定受託事務は、その定義にもあるように、法律・政令に特にそれとして定められている。加えて、自治体の処理する事務の中で、どの事務が法定受託事務であるかの一覧性を確保するため、①法律の定める法定受託事務は、地方自治法の別表第1と第2に列挙され（自治法2条10項）、②政令の定める法定受託事務は、自治法施行令自体が定めるものは同令223条と224条に、それ以外の政令に基づくものは同令別表第1と第2に列挙されている（同令1条）。さらに、③自治法自体が定めている法定受託事務もあり、それについては、同法の第4編に第1号法定受託事務（自治法298条）と第2号法定受託事務（自治法299条）に分けて具体的に列挙されている。③の具体例を挙げると、市町村の事務処理について、国の各大臣が直接関与することは例外で（例えば、自治法245条の5第4項、245条の7第4項）、通常は都道府県の機関が自らの判断で（自治法245条の7第2項）、あるいは大臣の指示を受けて関与を行うが（自治法245条の5第2・3項、245条の7第3項）、このような関与主体としての都道府県機関の事務のかなりの部分は、法定受託事務と位置づけられ

ている。

## 2.4 国（及び都道府県）の行政的関与の実体法的ルール<sup>(注5)</sup>の整備

関与とは、地方公共団体の事務処理に関し、国・都道府県の機関が、一定の行政目的を実現するため、固有の資格<sup>(注6)</sup>にある自治体に対して具体的かつ個別的に関わる行為（自治法245条）である。地方自治法は、そうした関与の基本類型として、「助言又は勧告」、「資料の提出の要求」、「是正の要求」、「同意」、「許可、認可又は承認」、「指示」、「代執行」（以上、自治法245条1号）及び自治体との「協議」（同条2号）を定め、これ以外の関与（同条3号）は自治事務・法定受託事務を通じて例外とされる（自治法245条の3第2項。自治関与典型主義<sup>(注7)</sup>）。そして、地方公共団体は、「その事務の処理に関し、法律又はこれに基づく政令によらなければ」、関与を受けたり、関与を要することとされることはない（自治法245条の2）。従前の機関委任事務における包括的指揮監督権や自治事務に対する不透明な関与のあり方を改め、国等が地方公共団体に対して関与を行う際には法律・政令の根拠を要することとしたものである（関与法定主義<sup>(注8)</sup>）。そして、関与は「その目的を達成するために必要な最小限度のものとする」とともに、地方公共団体の「自主性及び自立性に配慮しなければならない」（自治法245条の3第1項）。

まず、自治事務の処理に関しては、国は、「代執行」、「同意」、「許可、認可又は承認」、「指示」にあたる関与をしないようにしなければならない（自治法245条の3第2項、第4～6項）。地方自治法のみならず個別法においても、これらの類型の関与を自治事務については定めないことが求められる。自治事務に対する関与は、助言・勧告、資料の提出の要求、協議などの「非権力的関与」が中心となる（自治事務に関する非権力的関与の

原則)。

もつとも、各大臣は、地方公共団体の自治事務の処理が、違法あるいは「著しく適正を欠き、かつ明らかに公益を害していると認めるとき」には、地方公共団体に対して自ら是正の要求をし、あるいは都道府県の執行機関に指示して是正の要求をなさしめることができる<sup>(注9)</sup>(自治法245条の5)。是正の要求を受けたとき、地方公共団体は、違反の是正・改善のための措置を講じなければならないが(同条5項)、法定受託事務のような代執行(自治法245条の8)その他の実効性担保手段(行政強制や罰則)は与えられてはいない。また、いかなる改善措置を採るかについても、それは地方公共団体の判断にゆだねられていると解される。

これに対し、法定受託事務は、「国においてその適正な処理を特に確保する必要があるもの」であるがゆえに、自治事務については原則的には許されない権力的関与も基本類型に含められている。各大臣は都道府県に対し、都道府県知事は市町村に対し、地方公共団体の法定受託事務の処理が違法あるいは「著しく適正を欠き、かつ明らかに公益を害していると認めるとき」、是正・改善のため講ずべき措置に関する指示をすることができる(自治法245条の7)。これが法定受託事務に対する「是正の指示」である。自治事務に関する「是正の要求」とは異なり、改善措置の内容について、地方公共団体は、指示された是正・改善のための措置の内容に拘束されるとされている。さらに、この指示に従わない場合には、「代執行」(自治法245条の8)がなされ得る。「代執行」の手続は、かつての機関委任事務に係る「職務命令執行訴訟」手続と基本的に同様である。実体法上の要件は、私人に対する行政強制としての行政代執行法に基づく代執行に酷似しているが、執行側たる各大臣等が高等裁判所に訴訟を提起して勝訴しなければ代執行を行うことができず、その訴訟では、自治

体の事務執行の違法性等を含む是正の指示の関与の適法性も司法審査に服することになる<sup>(注10)</sup>。

## 2.5 国(及び都道府県)の行政的関与の手続法的ルール<sup>(注11)</sup>の整備

関与の手続については、国や地方公共団体が国民・住民に対して行う行政処分や行政指導に関する手続ルールを定めた行政手続法<sup>(注12)</sup>に準拠した、公正・透明性担保のためのルールが、新たに設定されることとなった。

まず、助言・勧告・資料の提出の要求その他これに類する行為を書面によらずに行った場合、また自治体から申出に基づく協議について意見を述べた場合、当該助言・勧告、資料の提出の要求、協議に関する意見の趣旨・内容を記載した書面の交付を求められた場合はこれを交付しなければならない(自治法247条1項、248条、250条2項)。これは、行政指導の方式に関する行政手続法35条3項に倣ったものであろう。また、助言・勧告等には法的拘束力がなく、それに従うか否かは、自治体の任意に任せられているのであるから、国等の職員は、自治体の機関がそれに従わなかったことを理由として不利益な取扱いをしてはならない(自治法247条3項)。これは、行政指導に関する行政手続法32条2項に倣ったものであろう。

さらに、是正の要求・指示その他これに類する行為、及び申請等に対する拒否処分・許認可等の取消処分をするときには、その内容・理由を記載した書面交付義務が課されている(自治法249条、250条の4)。これは、行政手続法8条・14条の理由提示義務に書面義務を加えたものといえよう。また、国の行政機関等は、関与としての許可・認可・承認・同意その他これに類する行為をするための基準及び許認可等の取消しその他これに類似した行為をするための基準をできるだけ具体的に定め、原則としてそれを公表しなければならない

(自治法 250 条の 2)。これが、申請に対する処分  
の審査基準、不利益処分の処分基準に関する設  
定・公開義務に関する行政手続法 5 条及び 12 条を  
範としたものであることは明らかであろう。この  
他、行政手続法 6 条の申請処理に関する標準処理  
期間の設定・公開義務、同 7 条の申請審査を遅滞  
なく開始する義務、同 37 条の届出義務の履行に対  
応した規定として、それぞれ自治法 250 条の 3、  
250 条の 5 もある。

## 2.6 関与をめぐる国・地方間の係争処理手続の整備 (注 13)

国等の関与が前述の関与法制に従った適法・妥  
当なものとなっているか否かを審査し、関与のル  
ールの遵守を担保するために、国・地方公共団体  
間の関与を審査する機関として、総務省に国地方  
係争処理委員会が設置され (自治法 250 条の 7)、  
また自治体間紛争・自治体内機関間紛争を処理す  
るために総務大臣等が任命する 3 名の自治紛争処  
理委員 (自治法 251 条) が都道府県による市区町  
村に対する関与をも審査する制度が新たに設けら  
れた (自治法 251 条の 3)。

委員会・委員は、関与のうち、①是正の要求、  
許可の拒否その他公権力の行使に該当する行為、  
②許可その他公権力の行使に該当する行為の不作  
為、③協議について、自治体の執行機関からの審  
査の申出に基づいて審査を行う (自治法 250 条の  
13 第 1～3 項、251 条の 3 第 1～3 項)。審査の申出  
は、関与があった日から 30 日以内にされなければ  
ならず (自治法 250 条の 13 第 4 項、251 条の 3 第  
5 項)、審査及び勧告は、審査の申出のあった日か  
ら 90 日以内に行わなければならない (自治法 250  
条の 14 第 5 項、251 条の 3 第 5 項)。委員会・委  
員の審査権の範囲は、対象関与が自治事務に対す  
るものであるか、法定受託事務に対するものであ  
るかで異なっている。自治事務に対する関与につ

いては、その違法性にとどまらず、自治体の自主  
性・自立性を尊重する観点からみての不当性にま  
で及ぶが、法定受託事務に対する関与の審査の範  
囲は、当該関与の違法性の有無にとどまる (自治  
法 250 条の 14 第 1・2 項、251 条の 3 第 5 項)。

委員会・委員は、審査の結果、関与に改める点  
があると認めるときは、関与を行った機関に対し  
て、理由・期間を示して必要な措置を講ずべきこ  
とを勧告すると共に申出人に通知し、かつ公表す  
る (自治法 250 条の 14、251 条の 3 第 5 項)。勧告  
を受けた機関は、勧告に示された期間内に、勧告  
に即して必要な措置を講じなければならない (自  
治法 250 条の 18、251 条の 3 第 9 項)。

係争処理制度の審査の申出を行った自治体の長  
その他の執行機関は、①委員会・委員の審査の結  
果又は勧告に不服があるとき、②委員会・委員の  
勧告に対する国等の行政庁の措置に不服があるとき、  
③審査の申出をした日から 90 日が経過しても  
委員会・委員が審査又は勧告を行わないとき、④  
国等の行政庁が委員会・委員の勧告に即した措置  
を講じないとき、のいずれかの場合に当該審査の  
相手方となった国等の行政庁を被告として違法な  
関与の取消訴訟又は不作為の違法確認訴訟を、当  
該自治体の区域を管轄する高等裁判所に対して提  
起することができる (自治法 251 条の 5 第 1 項、  
251 条の 6 第 1 項)。この訴訟には、一定の出訴期  
間制限がある (自治法 251 条の 5 第 2 項、251 条  
の 6 第 2 項)。

この訴訟で審査の対象となるのは、係争処理手  
続の審査の申出の対象事項の中で、是正の要求、  
許可の拒否その他公権力の行使に該当する関与の  
違法性と自治体の行った申請に対する許可等の不  
作為の違法性である (自治法 251 条の 5 第 1 項、  
251 条の 6 第 1 項)。それゆえ、係争処理において  
は審査の対象とされている協議の適否は訴訟の対  
象とならず、また自治事務に対する関与の不当性

も、裁判所の審査には服さない。

### 3. 第2次地方分権改革

#### 3.1 三位一体の改革、平成の大合併そして第2次地方分権改革へ

第1次地方分権改革において本格的に取り組み得なかった地方税財源の充実確保については、歳入歳出両面における自治体の自由度を高めることを目的として、2004～06年にかけて、いわゆる「三位一体の改革」、すなわち①地方税への税源移譲、②地方交付税の総額抑制、③国庫補助金の削減の一体的実施が行われた。しかし、行政のスリム化に重点が置かれたため、国からの税財源の移転が十分ではなく、地方交付税と補助金の削減のためにかえって地方公共団体の財政を圧迫する結果となってしまった。

他方で、分権改革の受け皿となる基礎的自治体、すなわち少子高齢化の進展・広域的な行政需要の増大を踏まえた行政サービスを十分に提供できる行財政能力を備えた市町村を構築することをスローガンとして、分権改革の最中から、国主導の市町村合併が全国的に大規模に実施された。とりわけ、上記の三位一体改革も一因となった地方財政危機下の市町村は、国の財政的優遇措置に誘導され合併へと追い込まれることになったのである。その結果、分権改革前には3,200余あった市町村の数は、2009年には1,700台まで半数近くに減少することになった<sup>(注14)</sup>。

さらに、機関委任事務が全廃され、通達等による行政的関与が縮減されたとしても、法令に基づく事務事業の義務付け・枠付けはなお存続している。地方公共団体の活動の自由度を高め、自主的な決定権能をさらに拡大するためには、この立法的な関与の見直しが課題となっていたところ、2006年12月、地方分権改革推進法が制定され、

同法に基づいて設置された地方分権改革推進委員会を舞台に、法令等による事務事業の義務付け・枠付けの廃止・縮小等に関して改革に関する勧告がなされることとなった。これが、第2次地方分権改革と呼ばれている。

#### 3.2 第2次地方分権改革の概要

1990年代後半に行われた第1次地方分権改革が、総じて「行政的関与」の縮減を目指し、それを一定程度達成したのに対し、世紀転換後の2000年代から今日まで続いている第2次地方分権改革の課題は、「立法的関与」の緩和すなわち法律や政省令による事務処理の義務付け・枠づけの廃止・緩和、そして事務移譲であった。第1次分権改革を担った地方分権推進委員会の最終報告（2001年6月）は、「第1次分権改革の主要な成果の1つは、国の通達等による関与を大幅に緩和したことであるが、国の法令等（法律・政令・省令・告示）による事務の義務付け、事務事業の執行方法や執行体制に対する枠付けの緩和については、ほとんど全く手付かずに行われている。地方公共団体の事務を文字どおりそれらしいものに変えていくためには、国の個別法令による事務の義務付け、事務事業の執行方法や執行体制に対する枠付け等を大幅に緩和する必要がある」と述べていた。実は、第1次分権改革の経過の中で、削減縮小の対象とされた所管省庁の通達等は、新地方自治法の下では技術的助言・勧告（自治法245条の4）に過ぎないとされたが、これに反発した省庁では、通達の内容を政省令で定めることによりその拘束力を維持・強化することすらあったといわれている。農振法の農用地区域の指定・除外、農地法の転用許可、自然公園法の行為許可などが、その例である（磯崎、2000、p. 161；pp. 167-168；pp. 171-172；p. 177）。

なお、第2次地方分権改革は、当初は地方分権改革推進委員会（2007～10年）、そして地方分権

改革有識者会議を経て、2014年からは、それまでの短期集中型の国主導の上からの改革ではなく、自治体からの権限移譲や義務付け・枠付けの緩和の発意を重視した改革を意図して自治体からの全国的な制度改革提案を募る「提案募集方式」が開始された<sup>(注15)</sup>。自治体からの提案に基づく制度改革という点でいわゆる特区制度（構造改革特別区域法、総合特別区域法、国家戦略特別区域法、東日本大震災復興特別区域法）に類似するが、申請自治体に限らず全国的な制度改革がなされる点で、これと異なる。さらに、個々の自治体の発意に応じ選択的に事務移譲を認める「手挙げ方式」も地方分権改革の方式として新たに導入されている<sup>(注16)</sup>。

こうして、第1次(2011年4月)から第7次(2017年4月)までの7回にわたる各地方分権一括法がこれまで制定され、各種の事務移譲や義務付け・枠付けの廃止・緩和がなされているので、その概要を以下にみておくことにしよう。

### 3.3 市町村への事務移譲

第1次地方分権改革は、法令上機関委任事務が多く付与されていた都道府県について、特にその自主自立性を高めることに繋がる改革でもあったといえることができるが、その改革の成果を市町村にも拡げるべく、第2次分権改革では、事務移譲、特に都道府県から市町村への事務移譲を進めることがなされた。実は、既に2000年の地方自治法改正によって導入された、各都道府県に都道府県条例によって市町村に事務移譲をする条例の事務処理の特例制度（自治法252条の17の2～4）によって相当程度の都道府県事務が既に市町村に移譲されている実態もあったのである<sup>(注17)</sup>。第2次分権改革では、個別法律の改正によって、こうした事務移譲が全国的に一般化されることとなった。2014年の自治法改正によって(1999年に新設され

た)特例市制度が中核市に吸収・一本化されたのも、特例市への事務移譲が進んで両者の違いが解消されてきたからであろう。

その他の個別法に基づく事務移譲として具体的には、①国から地方への移譲として、4ha超の農地転用許可の都道府県・指定市町村への移譲、看護師など各種資格者の養成施設等の指定・監督権限の都道府県への移譲、商工会議所の定款変更認可の都道府県・指定都市への移譲、自家用有償旅客運送の登録・監査の希望する市町村・都道府県への移譲、医療用麻薬に係る小売業者間の譲渡許可の都道府県への移譲、食鳥検査に係る指定検査機関の指定・監督の都道府県・保健所設置市・特別区への移譲など、②都道府県から指定都市への移譲として、都市計画区域マスタープランの決定、区域区分・都市再開発方針等に係る都市計画決定権限、市街地再開発事業における事業認可、病院の開設許可、幼保連携型認定こども園以外の認定こども園の認定など、③都道府県から一般市までの移譲として、騒音防止法・振動規制法・悪臭防止法などの規制地域の指定権限、墓地・納骨堂・火葬場の経営許可など、④都道府県から市町村一般への移譲として、農地等の権利変動の許可、未熟児の訪問指導等、工場の緑地面積率に係る地域準則の制定、高齢者居住安定確保計画の策定などが例として挙げられる。

### 3.4 法律や政省令による事務処理の義務付け・枠付けの廃止・緩和

法律・政省令による立法的関与としての義務付け・枠付けの廃止・緩和として、①地方公共団体に対する事務の法令上の義務付けの廃止・緩和(山村振興計画・中小企業支援計画等の各種計画の策定義務の廃止や内容の例示化など)、②法定事務に関する法令上の基準等の枠付けや関与の廃止(例えば公立高等学校の収容定員の基準の廃止、各種

の大臣・知事の許認可・協議制の廃止や届出等への緩和、同意を要する協議制の単なる協議制への緩和)、③法定事務に係る法令上の基準等の設定の条例委任(福祉施設(児童福祉施設、老人ホーム、介護施設、障害者施設、障害者支援施設等)・公営住宅・公園・上下水道等の設備・運営に関する基準や道路構造の技術的基準など<sup>(注18)</sup>)、④法定受託事務の自治事務化(2ha超4ha以下の農地の転用許可)などが行われた。

また、こうした個別法の他にも、地方自治法が定める事務等の義務付け・枠付けがあり、これらの見直しもなされている。議員定数の法定上限(自治法旧90条、91条、281条の6)、議決事項の条例による追加の制限(自治法旧96条2項括弧書き)、市町村基本構想の策定義務(自治法旧2条4項)の撤廃、地方公共団体が審査請求を却下する場合における議会への諮問手続の事後報告への見直し(自治法206条、229条、231条の3、238条の7、243条の2、244条の4)などである。特に、前二者は、第1次分権改革の際に、改革の不徹底な点として指摘されていた問題であったので<sup>(注19)</sup>、ある意味遅すぎた改正といえる。

### 3.5 自治体から国への関与の整備・強化

関与法制は、もっぱら国等から地方公共団体への関与を対象として論じられてきたが、これとは逆に、地方公共団体から国への関与ともいえるものが、いわゆる国の計画策定などの際の地方公共団体の意見聴取・意見申出などの手続である(人見、2008、pp. 10-13)。国の政省令の制定への参加として、例えば、総量規制の地域指定をする政令立案に際しての都道府県知事の意見聴取(大気汚染防止法5条の2第6項、水質汚濁防止法4条の2第3項)があり、国の計画策定への参加として、例えば、河川整備計画策定の際の関係都道府県・市町村の意見聴取(河川法16条の2第5項)や全

国森林計画の策定・変更の際の都道府県知事の意見聴取(森林法4条8項)などがある。行政処分を行う際の参加として、水利利用許可等に際しての関係都道府県知事と関係市町村長の意見聴取(河川法36条)などが挙げられる。

地方公共団体相互間についても、知事が市町村長の意見を聴いて策定する行政計画として、都道府県廃棄物処理計画(廃棄物法5条の5第3項)や指定ばい煙総量削減計画(大気汚染防止法5条の3)などがある。

これに加えて、地方自治に影響を及ぼす法律・政令その他の事項に関して、一般的に自治体の首長と議会の全国的連合組織(しばしば地方6団体と呼ばれる)が、内閣・国会に意見書を提出する国政参加制度もある(自治法263条の3)。1993年の地方自治法改正によって導入されたこの制度は、1999年の地方自治法改正により一般的な応答努力義務と一定の場合の内閣の応答義務が付加され(同条3・4項)、さらに2006年改正により地方公共団体に新たな義務や負担を義務付ける施策の立案に際しては当該施策に関する大臣の事前情報提供義務(同条5項)が定められるに至っている(人見、2008、pp. 5-9)。

その後、2011年には、地方自治に影響を及ぼす国の政策の企画・立案・実施について関係大臣及び上述の全国的連合組織の代表者が協議を行う「国と地方の協議の場に関する法律<sup>(注20)</sup>」も制定されているが、この制度は、以前の子ども手当の実施、消費税の国・地方間の配分、社会保障と税の一体改革などをめぐって活用された他は、目立った成果もなく、期待されたほどの機能を果たしているとはいえないようである。

これらの地方公共団体からの国への「関与」制度の拡充・強化も、国地方間関係における今後の重要な課題であるといえよう。



#### 4. 機関委任事務の廃止・行政的関与・立法的関与の縮減に関する課題<sup>(注21)</sup>

##### 4.1 機関委任事務廃止の成果

機関委任事務の自治事務化は、機能的には国等の包括的な指揮監督権を排除し、拘束的な通達等を否定し、ひいては法定自治事務の事務処理の自治体の自由度の拡大を意味する。

例えば、建築確認、開発許可、用途地域の指定等のまちづくり権限の自治事務化と基礎自治体たる市町村への事務移譲、そして土地利用規制を排他的法律事項としているかの如く解されてきた旧地方自治法2条3項18号<sup>(注22)</sup>の削除など、まちづくり行政の分野では地方分権は確実な進捗をみたと評価されている。その一つの現れとして、高度経済成長期、機関委任事務にがんじがらめにされた制度の下、目前の必要に迫られて市町村が苦肉の策として定め、地域社会の安定的発展に重要な役割を果たしてきたと評価されてきた宅地開発指導要綱やマンション建設指導要綱等のまちづくりに関する要綱の条例化がある。そこでは、良好な地域住環境の形成を目指して、都市計画法の改正による条例委任規定の拡大と柔軟化（例えば、開発許可に関する同法33条）を活用するだけでなく、そうした法律の実施条例と自主条例を組み合わせ合わせた総合的なまちづくり条例が各地で制定されてきている（内海、2008、pp. 98-101；内海、2010）。

また、機関委任事務が自治事務化されたことを契機に、法令と切り離された独自条例（自主条例・平行条例）としてではなく、法律上の事務の実施について独自の規定を設ける法律実施条例（法定事務条例）を制定する例も現れてきている（北村、2008、pp. 13-15）。法律上の許可要件が白地になっていた墓地経営許可（第2次一括法により中核市から一般市まで権限移譲されている）について自治体が独自の許可要件を付加する墓地埋葬法施行

条例<sup>(注23)</sup>や、砂利採取法に基づく砂利採取計画認可について災害防止上必要な場合には採取跡地の確実な埋戻しを確保するための保証措置を同認可の要件とすること等を定めた同法施行条例<sup>(注24)</sup>などである。そして、そうした条例の制定を一般的に認めようとする「自治事務に関する法令の規定の標準法説・標準規定説<sup>(注25)</sup>」も精力的に説かれるようになっている。

教育行政の分野では、教育長の任命承認制度の廃止という重要な関与撤廃がなされ<sup>(注26)</sup>、義務教育学校標準法の改正により都道府県教育委員会の判断で国の基準を下回る人数の学級編成基準を定めることができるようになり、また市町村立小中学校等の学級編成に関する都道府県教育委員会の認可制が協議・同意制へ、そして届出制に緩和され、少人数学級の導入が進んでいるとされている（竹内、2014b、pp. 79-82）。

さらに、法定外税にかかる関与の緩和や法定外目的税の承認に伴い、各地で多くの新税が開発され（多くの都道府県で導入されている産業廃棄物税、東京都のホテル税、岐阜県の乗鞍環境保全税、東京豊島区の狭小住戸集合住宅税、山梨県河口湖町の遊魚税、北九州市の環境未来税、太宰府市の歴史と文化の環境税など）、地域の状況に即した課税手段として活用されているといえよう<sup>(注27)</sup>。

##### 4.2 機関委任事務体質の存続

しかし、現場の職員からは、拘束的な通達に代わって国から発出される非拘束的な技術的助言が、実際には通達と変わらない通用性を有しているという指摘が見られることも事実である。例えば、「技術的助言の存在は、通達があったころの時代と機能的には同じであり、通達の廃止による『自治体の自由度の拡大』は、残念ながら第一次地方分権改革を経て10年以上たった現在においてもはっきりとは見えてこない（立岩、2012、p. 126）。」

という<sup>(注28)</sup>。通達が廃止され、技術的助言としての「都市計画運用指針」に全て切り替えられている都市計画法の分野においても、「自治体現場においては、引き続き旧来の通達やこの運用指針に依存している場合が多く、実際に独自の条例や審査基準づくりを進めている自治体は多くない(内海、2008、p. 100)」とも指摘されている。また、このまちづくり行政の分野では、同時に進んでいる中央政府主導の規制緩和との関連で、本来、規制強化・ダウンゾーニング型の地区計画制度に多くの緩和型の地区計画制度が導入され、むしろ「中央管理型の強制的規制緩和」と呼ばれるような事態も進行しているとの指摘もある(野口、2015、pp. 44-45)。

機関委任事務が法定受託事務とされた場合には、その処理基準を法令所管大臣が定めることができるわけであるが、処理基準は、自治体が「事務を処理するに当たりよるべき基準」(自治法 245 条の 9 第 1 項)ではあっても、これに法的に拘束されるものと考えべきではない(塩野、2012、p. 245；宇賀、2017、p. 402)。にもかかわらず、地方自治体や裁判例では、かかる基準を情報公開条例におけるいわゆる法令秘情報に含めて解釈する例もみられるところである(鳥取地判平成 18 年 2 月 7 日判時 1983 号 73 頁、広島高裁松江支判平成 18 年 10 月 11 日判時 1983 号 68 頁、最判平成 19 年 2 月 22 日(判例集未登載))<sup>(注29)</sup>。

このような裁判例が生み出されるには、もちろん裁判官の地方自治法理解の不十分さがあるのであるが、そうした解釈の手がかりとなるような地方公共団体の条例の規定にも原因があるといわねばならない。そのような意味で、第 1 次分権改革期からとみに注目されるようになった「自治体法務」の活性化、「政策法務」の必要性が強調されなければならない(人見、2007)。総務省関係者の手になる地方自治法のスタンダードな注釈書でも、

この点が次のように述べられている。

「これまでは、地方公共団体における『法務』は、とかく、条例、規則等の立案に際しての法技術的処理、法規の解釈、法規の事務・事業への適用の際の法的な対応、争訟事務などといったことが中心であり、地方公共団体の政策を形成し、実現するための手段としての自主的かつ積極的な自治立法(自主法)の定立及び法令の自主的解釈などといった政策との結びつきが一般的に弱かったと言える。しかし今日においては、このような『政策法務』が地方行政における政策形成において、実体的にも手続的にも、極めて重要な課題となってきた。

『政策法務』は、法の解釈・運用に関する法務(しばしば『執行法務』とされる。)、立法(地方公共団体では自治立法)に関する法務(しばしば『立法法務』とされる。)、評価と争訟に関する法務(しばしば『評価・争訟法務』とされる。)などに分けられることが少なくない。

多くの地方公共団体においては、『政策法務』についての問題意識が格段に高まってきており、意欲的な取り組みがみられるようになってきた。これらの取り組みの進展とその成果が大いに期待される(松本、2015、pp. 224-225)。」

### 4.3 条例による法令の上書きの蹉跌と条例への基準委任

第 2 次地方分権改革においては、立法分権の手段として、条例による法令の「補正」、いわゆる条例による法令の上書き権も議論の俎上にあげられていた。しかし、前述の実際になされた義務付け・枠付けの緩和は、条例による法令の書き換えとは異なり、事務の義務付けを廃止し、あるいは(義務付けられた)事務処理に対する法令上の枠付けを廃止・緩和してその代わりにの定めを条例で規定するという方式にとどまることになった<sup>(注30)</sup>。

また、2009～12年までの民主党政権下では、詳細すぎるとされる地方自治法による自治体の組織・運営に係る義務付け・枠付けの廃止・緩和を意味する地方政府基本法の制定なども構想されていたが（人見、2010）、現在ではこのような大きな構えの議論は完全に立ち消えとなっている。

## 5. 市町村への事務移譲に関する課題<sup>(注31)</sup>

国から地方へ、あるいは都道府県から市町村への事務移譲よりも事務の性格の機関委任事務から自治事務への転換による地方公共団体の事務処理に係る自由度の拡大を目指した第1次地方分権改革と異なり、第2次地方分権改革では事務移譲が推進されていることを先にみた。しかし、第1次地方分権改革の成果であった都道府県の実務処理特例条例に基づく事務移譲（自治法252条の17の2）は、移譲を希望する市町村の意向に応じたきめ細かい移譲が可能であったが、第2次地方分権改革で進められている法律改正による事務移譲は、個々の市町村等の事情を抜きにした画一的なものになりがちであろう。したがって、「一方的な法律による権限移譲を行うことは、規模の小さい『町村』等、体力がない市町村にとって、事務執行が困難になる恐れ（岩崎、2012、p.122）」も指摘されている。

また、事務処理特例条例に基づく事務移譲の場合は、都道府県が当該事務処理の経費について必要な財源措置を講じなければならないが（地方財政法9条・28条1項）、法律による一般的な事務移譲となると、その財源も国の一般的な財源措置の問題（同法13条1項）に解消され、いわゆる交付税措置ということになる。かかる国による財源補填が十分になされるものか、市町村には大きな危惧があるといわれている。

地方公共団体における民間委託・民営化の進行

や非正規公務員の増大は、こうした「財源保障なき分権」の圧力によってもたらされている部分も多いのではないかとと思われる。総務省の調査によれば、2016年4月1日時点で、全国の自治体の臨時職員・非常勤職員の総数は64万3千人余で、正規公務員数263万5千人余と併せて、地方公務員の非正規率は約20%、5人に1人は、非正規公務員となっているという（上林、2017、pp.7-10）。教育行政の分野では、県費負担教職員の給与の種類や額を、国庫負担金総額の限度内で都道府県が決定できる総額裁量制が導入されたために、かえって正規教員の非常勤講師への置き換えが進行していると言われている（竹内、2014b、pp.82-83）。2005年には4万6千人余の非常勤講師は、2016年には9万2千人余に倍増している。

ちなみに、ドイツにおいても、事務・権限の剥奪による地方自治の侵害から事務・権限の押し付けによる地方自治の侵害へ、という問題局面の移行が注目されており、事務負担を生じさせたものがその財源を手当てするべきであるとする自治体財政にかかわる州憲法上の牽連性原則（Konnextätsprinzip）の強化改正が進んでいる<sup>(注32)</sup>。日本においても地方財政法2条1項が定める「国は……地方公共団体に負担を転嫁するような施策を行ってはならない」とする地方財政運営の基本原則に改めて着目すべきであろう。

## 6. 関与をめぐる係争処理手続の課題

### 6.1 係争処理制度の利用の低調

第1次地方分権改革の重要な柱として導入された国地方間、都道府県・市町村間の紛争処理制度としての係争処理制度の発動は、これまで数件の実例しかない。制度導入後10数年間で、国地方間の係争に関する利用は、地方税法669条に基づく法定外普通税の新設に係る総務大臣の不同意が争

われた横浜市勝馬投票券発売税事件＝国地方係争処理委員会勧告平成13年7月24日判時1765号26頁と全国新幹線鉄道整備法9条4項に基づく意見聴取の機会を与えられなかったとする新潟県知事による国土交通大臣に対する申出＝国地方係争処理委員会決定平成21年12月24日地方自治752号64頁の2件にとどまり、都道府県・市町村間の係争に関する利用は、農業振興地域の整備に関する法律13条4項に基づく農業振興地域整備計画の変更協議に係る千葉県知事の不同意に対する我孫子市の申出＝自治紛争処理委員勧告平成22年5月18日地方自治752号70頁、同事件＝自治紛争処理委員通知平成23年10月21日地方自治773号47頁の実質1件にとどまっていた。そして、高等裁判所への出訴に至った事案は、皆無であった。

こうした利用低調の理由としては、まず、係争処理制度の対象が法的に限定された関与に限られており、それ以外の国自治体間紛争が取り上げられないことが挙げられよう。実際、前述した北陸新幹線建設に関わる新潟県知事の申出は、不服の対象が地方自治法上の関与に該当せず、対象適格性を欠くとして審査されず、申出は却下されている(橋本、2010)。したがって、国と地方公共団体等の間に紛争があったとしても、係争処理手続の対象とならないため、地方公共団体が、係争処理手続ではなく、通常の訴訟を提起した自治体争訟として、次のような例がある。①別府競輪の場外車券売場の建設をめぐる地元の大分県日田市が建設認可処分を行った経済産業大臣を被告として提起した処分取消訴訟(大分地判平成15年1月28日判タ1139号83頁)、②住基ネットに参加していなかった杉並区が東京都を被告として提起した、住基ネット接続希望住民の住基情報の受信を求める受信義務確認請求訴訟(東京地判平成18年3月24日判時1938号37頁とその控訴審＝東京高判平成19年11月29日判自299号41頁<sup>(注33)</sup>)、

③逗子市が国等との間で締結した合意書に基づき国を被告として米軍住宅の追加建設をしてはならない義務等の確認請求訴訟(東京高判平成19年2月15日訟月53巻8号2385頁<sup>(注34)</sup>)、④現在継続中の青森県大間町に建設中の大間原発の原子炉設置認可処分に対する抗告訴訟などである<sup>(注35)</sup>。

また、国地方係争処理委員会などの係争処理手続における審査機関が、紛争の裁定機関ではなく勧告機関にすぎない(地方自治法250条の14、251条の3第5・6項)、という点も、係争処理手続の利用の低調さの原因になっている可能性がある。もともと第1次地方分権改革の際の本制度の制度設計時の議論においては拘束力を有する裁定権限を有する機関として国地方係争処理委員会を設置する議論もあったのであるが、国の行政処分等の最終決定権限は原則として各主任の大臣であるとする大臣分担管理原則(内閣法3条1項、国家行政組織法5条1項)を根拠とする委員会の裁定権批判論が国の省庁から強く出されたため、結局、国地方係争処理委員会などは勧告権を有するだけの一種の諮問機関になったのである。

さらに、自治事務に係る是正の要求(自治法245条の5)についてはその内容を強制する手段が国等にはなく、代執行が認められている法定受託事務に係る是正の指示(自治法245条の7)については、代執行を行う国等の関与主体側から出訴しなければならないので(自治法245条の8)、いざにせよ自治体から敢えて申出をする必要性が認められない、ということが指摘されている(垣見、2006、pp.81-92)。この点が特に顕わになったのが住基ネット不参加に関わる国立市や福島県矢祭町に対する知事からの是正の要求のケースである。2012年の地方自治法改正により国や都道府県が提起する是正措置の不作为の違法確認訴訟(自治法251条の7、252条)が導入されたのも、こうした事情が背景にあるのである。

## 6.2 辺野古公有水面埋立問題をめぐる国と沖縄県の争訟

### 6.2.1 第1次辺野古争訟

このような係争処理手続の低調状況に大きな風穴を開けたのが、米海兵隊の普天間基地の移設問題に関わって国と沖縄県の厳しい対立に至った辺野古公有水面埋立承認取消処分事件である<sup>(注36)</sup>。前知事の行った埋立承認処分を現知事が職権で取り消したのに対し、辺野古基地建設を担う沖縄防衛局は、即座に国土交通大臣に審査請求と執行停止の申立てを行い（公有水面埋立法に基づく知事の埋立免許・承認の事務は法定受託事務であり、法定受託事務に係る処分に対する審査請求は、大臣等に審査を申し立てることとされていた。自治法255条の2第1項1号）、大臣は2週間後には執行停止決定を下して埋立工事が継続することになり、さらに法定受託事務の事務処理が違法であるとして初めての代執行訴訟（自治法245条の8）も提起した。これに対して、沖縄県知事は、大臣の執行停止決定が違法であるとして国地方係争処理委員会に申出をしたのであった。制度導入後3度目の申出であった。

国地方係争処理委員会決定平成27年12月28日<sup>(注37)</sup>は、結論として、審査請求に付随してなされた申立てに対する執行停止決定は、地方自治法245条3号括弧書きの「審査請求その他の不服申立てに対する裁決、決定その他の行為」に該当し、この規定により自治法上の「関与」から除かれているとして、知事の申出を却下する決定を下した。

確かに、地方自治法245条3号括弧書きの規定をそのまま読めば、そのような解釈になるであろうが、行政不服審査法に基づく審査請求等は「国民の権利利益の救済を図る」（同法1条1項）手段であり、国の機関等が一般私人とは異質の「固有の資格」にあるときには審査請求等を申し立てることはできない（同法7条2項）。そして本件で埋

立承認を申請した沖縄防衛局は、一般私人とは異質の「固有の資格」にあるので、本件審査請求は法的に許されず、本件執行停止決定には国民の権利利益の救済を考慮して、関与を限定した地方自治法245条3号の趣旨は妥当しない、というのが沖縄県知事の主な主張であった。この点について、国地方係争処理委員会は、形式的には自治法245条3号括弧書きの裁定的関与であっても、『固有の資格』に該当せず審査請求が可能であるとした審査庁の当該判断が、一見明白に不合理である場合には、そのような「判断に依拠してなされた執行停止決定は、国地方係争処理委員会の審査の対象になる国の関与に該当する」としつつも、「国土交通大臣の……主張は、国が一般私人と同様の立場で処分を受けるものであることについての一応の説明となっているということができるところから、国土交通大臣の判断が一見明白に不合理であるとまでいうことはできない。」「したがって、本件執行停止決定は、国地方係争処理委員会の審査の対象となる国の関与に該当するということではない」としたのであった<sup>(注38)</sup>。

なお、こうした行政上の不服申立て手続を媒介とした審査庁の裁決という形をとった「裁定的関与」を、わざわざ地方自治法上の係争処理手続の対象となる「関与」から除外したところのそもそもの理由は、国地方間の紛争に、不服申立てを行った一般私人を巻き込むことによってその権利利益の救済を遅延させるべきではない、ということにあったはずである。とすれば、今回の審査請求が仮に私人と同質の国の地位に基づく請求であったとしても、請求人と審査庁が共に国であるという今回のケースは、やはり請求人の権利救済を重視する地方自治法255条の2の趣旨が妥当しない事案であって、むしろ国の露骨な関与の性格を帯びるので、本執行停止は地方自治法245条3号括弧書きが係争処理手続の適用除外とした関与では

ないと解すべきであったと考えられる。

この後、沖縄県知事は、係争処理手続の第2段階の高等裁判所への出訴を、この制度導入後初めて行ったが、先の国土交通大臣が提起した高等裁判所への代執行訴訟も同一の裁判所に係属し、そこで国・県双方が訴えや審査請求・執行停止の申立てを取り下げ、紛争の円満解決に向けた協議を行いつつ、国土交通大臣が改めて是正の指示をし、知事は国地方係争処理委員会への再度の申出をし、さらに高等裁判所への出訴という手続を踏むことの和解が、2016年3月4日に成立した。

### 6.2.2 第2次辺野古争訟

和解成立後も、国は、県との協議をまともにすることなく、直ぐに是正の指示を行い、沖縄県知事は、再度、国地方係争処理委員会にその取消の勧告を求めて審査の申出を行った。

国地方係争処理委員会決定平成28年6月20日<sup>(注39)</sup>は、次のように述べて、国土交通大臣の是正の指示の適否について判断せず、国と地方とのさらなる真摯な協議を求める決定をしたのである。

「国と沖縄県の両者は、普天間飛行場の返還が必要であることについては一致しているものの、それを実現するために国が進めようとしている、辺野古沿岸域の埋立てによる代替施設の建設については、その公益適合性に関し大きく立場を異にしている。両者の立場が対立するこの論点について、議論を深めるための共通の基盤づくりが不十分な状態のまま、一連の手続が行われてきたことが、本件争論を含む国と沖縄県との間の紛争の本質的な要因であり、このままであれば、紛争は今後も継続する可能性が高い。当委員会としては、本件是正の指示にまで立ち至っているこの一連の過程を、国と地方のあるべき関係からかい離しているものとする。」

「ところで、国と地方公共団体は、本来、適切

な役割分担の下、協力関係を築きながら公益の維持・実現に努めるべきものであり、また、国と地方の双方に関係する施策を巡り、何が公益にかなった施策であるかについて双方の立場が対立するときは、両者が担う公益の最大化を目指して互いに十分協議し調整すべきものである。地方自治法は、国と地方の関係を適切な役割分担及び法による規律の下で適正なものに保つという観点から、当委員会において国の関与の適否を判断するものとすることによって、国と地方のあるべき関係の構築に資することを予定しているものと解される。しかしながら、本件についてみると、国と沖縄県との間で議論を深めるための共通の基盤づくりが不十分な現在の状態の下で、当委員会が、本件是正の指示が地方自治法第245条の7第1項の規定に適合するか否かにつき、肯定又は否定のいずれかの判断をしたとしてもそれが国と地方のあるべき関係を両者間に構築することに資するとは考えられない。」

「したがって、当委員会としては、本件是正の指示にまで立ち至った一連の過程は、国と地方のあるべき関係からみて望ましくないものであり、国と沖縄県は、普天間飛行場の返還という共通の目標の実現に向けて真摯に協議し、双方がそれぞれ納得できる結果を導き出す努力をすることが、問題の解決に向けての最善の道であるとの見解に到達した。」

このような内容の決定は、地方自治法の予定するところではなく（同法250条の14第2項）、国地方係争処理委員会は、国地方間の係争を解決するために「国の関与の適否を判断する」というその期待される役割をまたも果たさなかったという印象は拭えない。ただ、この決定は、本件是正の指示に至る一連の過程が、同委員会の審査の究極の存在意義である「国と地方のあるべき関係の構築」という観点から見た場合、そこから「かい離」

したいわば不当なものであると認定している。特に、「適切な役割分担の下、協力関係を築きながら公益の維持・実現に努める」という「国と地方のあるべき関係」を全く眼中に置かず、辺野古沿岸埋立による基地建設のみに邁進する国の強権的強圧的な手法に対する反省を迫る委員会の意見表明であるといえるであろう（人見、2016d）。

沖縄県知事は、この国地方係争処理委員会の見解にしたがって、国との協議を再三に求めたが、国は全くこれを意に介さず、先に紹介した 2012 年地方自治法改正によって新たに導入された国からの出訴、すなわち是正の指示に従わない地方公共団体の不作為の違法確認訴訟を直ぐさま提起した。

### 6.2.3 福岡高裁那覇支部判決

#### (1) 判決の概要と争点

国土交通大臣の提起したこの不作為の違法確認訴訟について、福岡高裁那覇支判平成 28 年 9 月 16 日（判時 2317 号 42 頁）は、周知のように、沖縄県知事の埋立承認取消処分を取り消さないことは違法であることを確認する判決を下した。

本件における争点は多岐にわたるが、本稿で注目する論点は、以下の 6 点である。①埋立承認処分のような授益的行政処分の職権取消は、原処分が違法の場合にのみ許されるのか、それとも原処分に不当の瑕疵がある場合も認められるのか。②埋立承認の要件である、公有水面埋立法 4 条 1 項 1 号の「国土利用上適正且合理的ナルコト」の要件の審査は、外交防衛に関する事項にも及ぶのか、また本件におけるこの要件の欠如の有無。③同じく埋立承認の要件である同法 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」の要件の本件における欠如の有無。④仮に埋立承認処分の職権取消が可能であるとした場合に、いわゆる行政処分の職権取消権

制限の法理によって制限されることになるのか。

⑤大臣の是正の指示の根拠である地方自治法 245 条の 7 第 1 項の意義と本件是正の指示の範囲。⑥仮に本件指示が適法であるとして、沖縄県知事が指示に従わないことが違法といえるか。

以下では、これらの争点についての高裁判決の判示の内容とその問題点をみていくことにしよう。

#### (2) 争点①について

一般論として、明文の規定がない場合の行政処分の職権取消の取消事由としては、当該処分の違法性に限られるとする学説<sup>(注 40)</sup>もないではないが、通説・判例は、違法性のみならず不当の瑕疵も挙げている<sup>(注 41)</sup>。しかし、本判決は、不利益の行政処分の場合とは異なり、授益的行政処分の場合の職権取消の根拠を法律による行政の原理に見出し、その帰結として原処分の違法性のみが職権取消事由であるとする。そして、仮に通説・判例のように原処分の不当事由も職権取消の根拠となると解したとしても、公有水面埋立法 42 条 3 項が、知事の監督権に関する同法 32 条を準用していないことも理由として、同法の埋立承認については、不当事由を根拠に処分庁が職権取消することはできないとした<sup>(注 42)</sup>。この点は、後に紹介する本件の最高裁判決によって否定される論点である。

#### (3) 争点②について

まず、公有水面埋立法 4 条 1 項 1 号の要件審査において、外交・防衛という国家の安全保障上の問題が含まれるか否かについては、本判決は、このような問題の審査は、国土利用上の観点から埋立ての必要性と公共性と、埋立て自体及び埋立後の土地利用による自然環境・生活環境に及ぼす影響等とを比較衡量した上で、地域の実情を踏まえて総合的に判断すべきところ、この審査に当たっては、埋立てに係る事業の性質や内容の審査は不

可欠であるとし、また埋立承認が法定受託事務(自治法2条9項)とされているとしても(公有水面埋立法51条1号)、「地域における事務」(自治法2条2項)であることに変わりないとして、これを肯定している。とはいえ、知事は、外交・防衛についての国の判断が不合理とはいえない場合には、それを尊重すべきとして、結果として、「国の説明する国防・外交上の必要性について、具体的な点において不合理であると認められない限りは、そのような必要性があることを前提として判断する」ことに帰着している。

次に、埋立が認められるか否かに関する公有水面埋立法4条1項1号の「国土利用上適正且合理的ナルコト」の要件認定については、免許・承認権者である知事に広範な裁量が認められることには争いはなく<sup>(注43)</sup>、本判決は、小田急訴訟＝最判平成18年11月2日民集60巻9号3249頁を引用して、「当該判断が裁量権の行使としてされたことを前提として、その基礎とされた重要な事実を誤認があること等により、重要な事実の基礎を欠くこととなる場合、又は、事実に対する評価が明らかに合理性を欠くこと、判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限り、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したのとして違法となるものと解するのが相当である」という司法審査の基準を定立している。その上で、裁量権の逸脱・濫用の違法はない、という結論に至っている。

なお、本判決は、この要件審査について、現知事の埋立承認取消処分は、前知事の承認処分には承認要件を充足しない違法の瑕疵があるという認識の下にされたが、その瑕疵が違法か不当かは程度の問題であって、「瑕疵があり、それが違法と評価される程度に至っていると判断した場合には、少なくとも不当の瑕疵があるとの判断が含まれる

(松永、2016、p.4)」とする被告県知事側の主張を裁判所なりに受け止めて、裁量権の逸脱・濫用に当たる「違法」の場合の他に、処分庁が法定の「要件を充足していないにもかかわらずその認定及び評価を誤り処分を行った」場合も違法と同様に扱うことを認め、これを「裁量内違法」と呼んで、この点の審査も行っている。そして、「普天間飛行場の移設先として、本件埋立事業の必要性があり、それに伴う公有水面の廃止、環境悪化等の不利益を考慮したとしても本件埋立事業には合理性が認められるとして第1号要件該当性を肯定できるとした判断が誤りであると認めることはできない」として、本件承認処分の裁量内違法の存在も否定している。

この「裁量内違法」の概念について考えてみると、判決が問題としている要件裁量において、「要件に関する裁量判断の結論は、要件を充足しているとするかしないかのいずれかである」ので、要件裁量に係る「不当」とは、結局「要件充足していないのに充足していると評価し、あるいは、要件充足しているのに充足していないとの判断が下される場合」に見出すことができる(稲葉、2013、pp.26-27)。したがって、判決のいう「裁量内違法」の問題は、結局「不当性」の問題に帰着するはずで、実際、判決も「不当(裁量内違法)」と表現しており、かかる独自の概念は不要であると考えられる。後にみる最高裁判決も、この問題に関説していない。

思うに、現知事の埋立承認取消処分の瑕疵事由は、先行処分たる前知事の埋立承認処分の無瑕疵には尽きず、前者固有の瑕疵事由はあり得るのであるが、本件では、埋立承認取消処分固有の瑕疵は争点とはなっておらず、もっぱら前知事の埋立承認処分の承認要件充足判断に誤りがあったので現知事が承認処分を取り消したとしている限り、現知事の取消処分の適否の審査がもっぱら問題と



なるとする本判決及び後にみる最高裁判決の判示は、その限りで理解可能である。とはいえ、判決も認めるように埋立承認・不承認の処分には処分権者たる知事に広範な裁量が認められているのであるから、前知事の要件充足を認めた判断と現知事の要件充足を否定した判断のいずれが妥当であるかの審査は、そうした知事の裁量判断そのものの適否の審査（裁量権の逸脱・濫用の審査＝適法性の審査にはとどまらない不当性の審査の対象）に踏み込まざるを得ない。そして、現に本判決は、この点にまで結局踏み込み、沖縄防衛局の埋立出願に際して提出した埋立必要理由書を自ら審査し、「埋立の必要があるものと認めるのが相当である」と述べたり、「普天間飛行場の被害を除去するには本件新施設等を建設する以外にはない。言い換えると本件新施設等の建設をやめるには普天間飛行場による被害を継続するしかない」と判示するなど、処分庁たる沖縄県知事と同様の立場で判断をしているのである。この点については、「前知事の判断に裁判所の判断を代置」し、「翁長知事の判断に裁判所の判断を代置する」という「二重の判断代置」という批判<sup>(注44)</sup>を浴びているところである。確かに、埋立承認要件を充足しているとする前知事の判断と逆に充足していないとする現知事の判断があるとき、それぞれに相応の根拠と合理性がある場合には、現時点で終局的な処分権者の判断である後者の判断の裁量を尊重するのがこれまでの判例の裁量審査のあり方と整合的であったと考えられるのである。

#### (4) 争点③について

公有水面埋立法4条1項2号の「環境保全」の「十分な配慮」要件の認定についても、本判決は、「多方面にわたる専門技術的知見を踏まえた総合的判断が必要とされる」として、知事の裁量を認め、明示的には引用していないが、おそらく伊方

原発訴訟＝最判平成4年10月29日民集46巻7号1174頁を参照して、「現在の環境技術水準に照らし、①審査において用いられた具体的審査基準に不合理な点があるか、②本件埋立出願が当該具体的審査基準に適合するとした前知事の審査過程に看過しがたい過誤、欠落があるか否かを審査」という司法審査の基準を定立している。その上で、①沖縄県が行政手続法に基づいて定めた本件免許基準に「不合理な点は見出せない」、②本件審査内容は、護岸その他の工作物の施工、埋立土砂等の性質、土砂等の採取・運搬・投入、水面の陸地化において「現段階で取り得ると考えられる工法、環境保全措置及び対策が講じられており、さらに災害防止にも十分配慮されている」として本件審査基準該当性を認めているものであり、本件承認処分における第2号要件審査について、その審査過程に誤りがあるとは言えないと、ほとんど具体的な説明抜きで結論の提示にとどまっている。また、2号要件に係る「裁量内違法」の存否については、被告に主張立証責任があるとして被告の主張に理由があるか否かという形で審査し、「本件審査基準に不合理な点があるといえず、かつ、本件埋立出願が本件審査基準に適合するとした前知事の審査に誤りがあるとも言えないので、前知事の判断が誤りであるといえず、本件承認処分に裁量内違法があるとは言えない」という結論に至っている。

#### (5) 争点④について

本判決は、これまで紹介してきたように、前知事の行った埋立承認処分には違法性も（本判決の特殊な用語である）裁量内違法もないとして、現知事の承認処分の職権取消処分は違法であるとするのであるが、さらに「念のため」として、仮に原処分である埋立承認処分が裁量内違法であったとしても、いわゆる行政処分の職権取消制限の法

理によって、本件埋立承認処分を職権で取り消すことは許されない旨を説いている。

行政処分の職権取消制限の法理とは、「行政処分は適法かつ妥当なものでなければならぬから、いったんされた行政処分も、後にそれが違法又は不当なものであることが明らかになった場合には、法律による行政の原理又は法治主義の要請に基づき、行政行為の適法性や合目的性を回復するため、法律上特別の根拠なくして、処分をした行政庁が自ら職権によりこれを取り消すことができるというべきであるが、ただ、取り消されるべき行政処分の性質、相手方その他の利害関係人の既得の権利利益の保護、当該行政処分を基礎として形成された新たな法律関係の安定の要請などの見地から、条理上その取消しをすることが許されず、又は、制限される場合があるというべきである。」（東京高判平成16年9月7日判時1905号68頁）とするような行政処分に関する判例法理である<sup>(注45)</sup>。

本判決は、授益的行政処分を取り消すには、行政処分の取消しを必要とする公益上の理由が、同取消しによってもたらされる既存の法秩序の破壊による不利益を上回らなければならないとし、その考慮要素として、①処分を取り消すべき公益上の必要、②取り消すことによる不利益、③処分の性質、④瑕疵の性質・程度、⑤瑕疵が生じた原因を含め、処分の根拠法令等に即して判断されるべきとした。その上で、③については、本件承認処分はその性質上法的安定性の確保の要請が強く、④については裁量内違法（不当）にとどまり、その程度は軽微である、⑤については瑕疵の発生原因は申請者側でない、とし、①と②について取り消すべき公益上の必要が取り消されることによる不利益に比べて明らかに優越しているとは認められないとした。結局、仮に本件埋立承認処分に裁量内違法（不当）の瑕疵があり、現知事が職権取消権限を有するとしたとしても、職権取消制限の法

理によってそれを行行使することはできない、というのである。

しかしながら、このような判示については、やはりいくつかの疑問が残されている。

まず、処分の性質について、「公有水面の埋立事業は多大な費用と労力を要し、様々な法律・利害関係が積み重なっていく性質を有」するというのであるが、このような事情は、なおさら、そのような法的安定性が覆されないように、早期の段階で（本件のようにまだ本格的な埋立工事に着手する前に）事業を中止する必要が認められるべきであるともいえるはずである。今の段階であれば、違法な埋立承認によって形成される法律関係が、後戻りできないほどに拡大・深化する前に適法状態を確保することができるといえるのである。その結果不測の被害を受ける工事関係者など第三者には補償をすれば足りるというべきである。判決は、知事が誤って違法に公有水面の埋立を承認してしまい、事後にその誤りに気付いたとしても、国土利用上適正性を欠き、貴重な自然環境を破壊してしまう埋立工事を手を拱いて傍観せざるを得ないとする議論に通じかねないものがあるといわざるをえない。

また、金銭補填になじむ損害ではないが、日米両国間の信頼関係が損なわれることによって国に生じる不利益は、今回の埋立承認処分によって新たに形成された信頼関係に基づくものではなく、同処分がなされる前から日米両政府が合意していたことによる信頼関係に基づくものである。したがって、仮にかかる信頼関係が損なわれたとしても、それによる不利益は、本件埋立承認取消処分によって生じたものとはいえない。法治国家である日本の体制を十分に知悉している米国政府は、国家事業であっても、日本においては法律の定める手続を履行し、法定の要件を充足しなければ実施し得ないことは十分に承知していたはずである。

さらに、本判決は、授益的処分の受益者が国（沖縄防衛局）である本件の特殊性の指摘についても、「取消制限の趣旨は法的安定性の確保にあるところ、国に対する処分の取消しであっても法的安定性の確保の要請はあるので」、私人に対する授益的処分の場合と同様に職権取消制限の法理が妥当するとするが、同法理は、授益的行政処分による授益に対する相手方私人の信頼利益を保護すべく発達してきた法理であり、その授益的処分が国や地方公共団体あるいはその機関を相手方とする場合にも援用できるものであるかは、法律による行政の原理の下、積極的に法令を遵守し適法な法状態を主体的に形成すべく義務付けられている国や地方公共団体の法的地位に鑑みて大いに疑問を呈さざるを得ない。

これは、自治体の違法な行為を信頼して行動したとき、信頼した主体が、法律による行政の原理に厳格に服すべき公益主体である国の行政機関である場合と、自身の私益を追求する自由を有する私人である場合とで、あるべき事後的対処に関し何らの差異もないという誠に粗雑な主張である。かかる主張の背景には、授益的行政処分による受益者相手方の信頼利益を法律による行政の原理よりも優先させて保護するという職権取消制限の法理の趣旨を正解せず、行政処分によって形成された法律関係の法的安定性の要請一般に同法理を解消して理解していることがあるものと思われる。

また、国の機関等が違法な授益的行政処分の相手方であるときも職権取消制限の法理を援用することが仮にできるとしても、この法理は、当該処分の相手方の受益を享受できるとの信頼が保護されるべきことを根拠とするものであるから、そうした制限法理を援用することができる者は、当該相手方である。本件では、埋立承認処分の相手方は、埋立事業者としての沖縄防衛局である。実際、沖縄防衛局は、本件埋立承認取消処分の名宛人と

して、国道交通大臣に審査請求をしており（自治法 255 条の 2 第 1 項 1 号）、また別に裁判所に同処分の取消訴訟を提起することもでき、それら争訟手続において承認取消処分の違法事由として上記法理違反の主張ができることになる<sup>（注 46）</sup>。実際、沖縄県知事は、本件承認取消処分において沖縄防衛局に取消訴訟の教示（行訴法 46 条）も行っている。授益的行政処分の職権取消制限の法理は、こうした争訟手続において主張されるべき法理である<sup>（注 47）</sup>。むしろ、本件訴訟の原告である国土交通大臣は、公有水面埋立法の所管大臣として、同法に基づく法定受託事務である埋立承認事務の管理・執行の適法性を確保すべく本件訴訟を提起しているものである。したがって、仮に、沖縄県知事の行った当初の埋立承認処分が違法であり、それを取り消すことが公有水面埋立法に適合するものであるとすれば、同法が保護しようとする適正な国土利用や環境保全・公害防止などの公益を確保するため沖縄県の立場を支援することこそあれ、同法に違反する埋立事業を推進しようとする（私人と同質の立場にあると主張する）埋立事業者である沖縄防衛局の主張すべき授益的行政処分の職権取消制限の法理を主張するのは背理というべきではなかろうか。

#### （6）争点⑤について

自治法上の関与としての是正の指示は、都道府県の法定受託事務の処理が違法である場合には一般的に行うことができるのであり、その違法性が「全国的な統一性、広域的な調整等の必要性という観点から看過しがたい違法」に限られるとする被告の主張には理由がないという本判決の判示は、地方自治法の解釈上首肯できよう。しかし、この点に関わって、「法定受託事務に関する是正の指示については自治事務に関する是正の要求よりも広く、都道府県が処理する法定受託事務に係る法令

を所管する大臣であることだけが要件とされており、自らの担任する事務に関わるか否かに関係なく、法定受託事務の処理が違法であれば、是正の指示の発動が許される趣旨と解される。」とする説明は、自治法の関与法制の仕組みに関する理解を誤っているものと思われる。地方自治法 245 条の 5 第 1 項が各大臣の「担任する事務に関し」都道府県の自治事務の処理について是正の要求をすることができるとしたのは、自治事務は極めて多様な自治体事務を包含しており、法令の根拠なしに自治体の条例・規則を根拠として、あるいはそもそも法的根拠なしに行われる事務もあるので、その事務処理の適法性を問題視して国の大臣が関与する場合の担当大臣は、当該大臣の所管法令と関係づけて定めることができなかつたことに由来するものである。これに対して、法定受託事務は「法律又はこれに基づく政令により」自治体が処理することとされる事務(自治法 2 条 9 項)であって、必ず法令の根拠があるので、法定受託事務の自治体の事務処理の是正を関与によって求めることができる大臣は、法令所管大臣として明確に定めることができるのである。

したがって、法定受託事務の処理については是正の指示をする大臣は、法令所管大臣としての地位において活動するものであるから、関与をめぐる係争処理制度(本件不作為の違法確認訴訟(自治法 251 条の 7)も係争処理制度の一環である)の中で、公有水面埋立法の制度を超越した日米安保条約や防衛・外交の事項を主張することはできないのではないか、という被告側側の主張は、なお聴かれるべき重要な論点であるというべきである。

なお、判決は、公有水面埋立法 4 条 1 項 1 号の要件の審査において防衛・外交にかかる事項を審査できることから、国土交通大臣も是正の指示において同事項を考慮できるとするが、地域の事務に係る広範な行政分野を所管する行政機関である

知事の地位と公有水面埋立法の所管大臣である国土交通大臣の地位の相違を踏まえない議論ではないかと考えられる。本判決は、「本件は、国の事業にかかる埋立承認が取り消されたことからその取消しを指示した事案であり、本来的には行政行為の効力に関する不服として抗告訴訟に類する利益状況にあるといえる」とも述べているが、こうした認識が無意識に上記のような解釈に混入している可能性も否定できず、また、そのような本件の事案の実質を踏まえるならば、米軍基地建設のために公有水面埋立を行おうとしている国(防衛局)が、埋立承認処分取消訴訟を提起すれば、防衛・外交に係る諸事項を主張するに何らの問題もなかつたのである(岡田、2016、p. 109)。

#### (7) 争点⑥について

本判決が述べるように、地方自治法 251 条の 7 の不作為の違法確認訴訟にいう「不作為」とは、是正の「指示に係る措置を講じなければならないにもかかわらず、これを講じないこと」(同条 1 項)であり、国地方係争処理委員会への審査申出期間、同委員会の審査期間、および関与取消訴訟の出訴期間は、国の不作為の違法確認訴訟の提訴を制限する期間にすぎない。そして、2016 年 3 月 4 日の和解において「国地方係争処理委員会の決定が被告に有利であろうと不利であろうと被告において本件指示の取消訴訟を提起し、両者の協議はこれと並行して行うものとされた」ことも確かであろう。

しかし、先に見たように、国地方係争処理委員会の決定は、沖縄県にとって有利でも不利でもなく、おそらく誰も想定していなかった、「本件是正の指示にまで立ち至った一連の過程は、国と地方のあるべき関係からみて望ましくないものであり、国と沖縄県は、普天間飛行場の返還という共通の目標の実現に向けて真摯に協議し、双方がそれぞれ

れ納得できる結果を導き出す努力をすることが、問題の解決に向けての最善の道である。」とする見解を表明するものであった。この委員会決定は、大臣に対しても知事に対しても法的拘束力を元々有するものではなく、和解においてもそのことが前提とされていたのであるが、こうした異例の決定がなされた意味を、本判決は、もっとくみ取るべきであったと言える。本判決自身、「国にとって、防衛・外交上、県にとって、歴史的経緯を含めた基地問題という双方の意見が真っ向から対立して一歩も引かない問題に対しては、互譲の精神により双方にとって多少なりともましな解決策を合意することが本来は対等・協力の関係という地方自治法の精神から望ましいとは考える」とも述べているのである。

こうした委員会決定を前にしても、それを一顧だにせず「肅々と」不作為の違法確認訴訟を提起する国土交通大臣の振る舞いは、「地方自治法の精神に沿わない状態である」と認められるのではなからうか<sup>(注48)</sup>。

#### 6.2.4 最高裁判決

最判平成28年12月20日(判時2327号9頁)は、結論として原審判決の判断は、結論として是認することができるとして上告を棄却した。

まず、前述の職権取消事由に関する争点については、本判決は、これまでの通説・判例どおり、原処分が違法の場合のみならず不当の場合も認めた。

その上で、原処分に瑕疵があることを理由になされた職権取消処分について、「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、」原処分に違法性・不当性があるか否かがもっぱら審査されることになり、原処分に違法又は不当の瑕疵がないときには、その原処分を取り消した職権取消処分は違法となるとされた。したが

って、「本件埋立承認取消しの適否を判断するに当たっては、本件埋立承認取消しに係る上告人(現知事)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、上告人(現知事)による本件埋立承認取消しは違法となる。」かかる判示は、その限りで妥当であろう<sup>(注49)</sup>。

しかし、本判決は、前知事の埋立承認処分に違法等(=違法又は不当)があるか否かをしっかりと審査しているであろうか。この点が大いに疑問しいと思われる<sup>(注50)</sup>。なぜなら、本判決は、まず、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」の要件については、次のように判示しているのみであるからである。

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

し明らかに妥当性を欠くものであるという事情は認められない。したがって、本件埋立事業が第1号要件に適合するとした前知事の判断に違法等があるということはできない。」

「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、原処分たる埋立承認処分の違法事由にすぎず、不当事由ではなかろう。にもかかわらず、かような審査で、原処分に違法性と不当性の両方を意味する「違法等」がないとされた理由は、公有水面埋立法4条1項各号の埋立承認要件は、「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。」と解することを根拠に、「第1号要件においては当該埋立てや埋立地の用途が当該公有水面の利用方法として最も適正かつ合理的なものであることまでが求められるものではないと解される。」からであろう。このことから、前知事の「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した判断に瑕疵があるとはいえない」というのである。

しかし、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」の要件が、埋立承認処分をするための最小限の要件に過ぎないとすれば、知事は、その裁量の範囲内で、より適正かつ合理的な埋立や埋立地の用途を承認の要件とすることができるわけであり、1973年の同法改正により追加された「法4条1項各号の基準は、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<sup>(注51)</sup>」が求められているのである<sup>(注52)</sup>。したがって、前知事の裁量判断として最小限の要件を満

たしたとして埋立承認をしたとしても、現知事がより適切な国土利用のあり方の要素を考慮した結果、前知事が処分をした時点においても不当な判断であったと判断する可能性は否定できないはずである。したがって、前知事の「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」場合のみが不当を含む瑕疵ある場合であるとは到底考えられないであろう。

次に、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」という要件については、「公有水面の埋立て自体により生じ得る環境保全及び災害防止上の問題を的確に把握するとともに、これに対する措置が適正に講じられていることを承認等の要件とするものと解されること、その審査に当たっては、埋立ての実施が環境に及ぼす影響について適切に情報が収集され、これに基づいて適切な予測がされているか否かや、事業の実施により生じ得る環境への影響を回避又は軽減するために採り得る措置の有無や内容が的確に検討され、かつ、そのような措置を講じた場合の効果が適切に評価されているか否か等について、専門技術的な知見に基づいて検討することが求められるということが出来る。そうすると、裁判所が、公有水面の埋立てが第2号要件に適合するとした都道府県知事の判断に違法等があるか否かを審査するに当たっては、専門技術的な知見に基づいてされた上記都道府県知事の判断に不合理な点があるか否かという観点から行われるべきであると解される。」

そして、本判決は、沖縄県が定めた審査基準及び前知事の判断過程及び判断内容には特段不合理な点があることはうかがわれぬ、として「本件埋立事業が第2号要件に適合するとした前知事の判断に違法等があるということはできない。」という結論に至っている。

ここでいう専門技術的判断の不合理性の審査は、

伊方原発訴訟＝最判平成4年10月29日民集46巻7号1174頁の違法性審査の基準に酷似しており、ここでも前知事の判断の違法性の審査しかなされず、不当性の審査は等閑視されているように思われるのである。

こうして両判決をみると、両者の入り組んだ対照性が浮かび上がってくるように思われる。すなわち、高裁判決は、処分庁による職権取消は、原処分違法の瑕疵がある場合に限られるとしつつ、裁量内違法（不当）は違法事由と同一視できるとし、裁量内の過誤にあたる不当性審査に踏み込んで、あたかも処分庁に成り代わった判断代替的審査を行い、その内容は、国の外交・防衛上の判断をもっぱら基礎としたものであった。他方、最高裁判決は、処分庁による職権取消は、原処分違法の瑕疵のみならず不当の瑕疵がある場合にもなされ得るとし、実際には原処分の違法性しか審査せず、結果として、前知事の裁量判断を尊重することになった。

## 注

(注1) 詳しくは、人見(1998, pp. 10-11)を参照のこと。

(注2) 詳しくは、宇賀(2017, pp. 122-136)を参照のこと。

(注3) 法定受託事務の性質については、このような自治体事務説が通説であるが、「国から法律で対等な自治体に対して執行委託された事務」と捉える受託自治体事務説も唱えられている。兼子(2000, pp. 43-44)を参照のこと。

(注4) 関与法制上の相違以外にも、議会の議決事件(自治96条2項)、議会の検査・監査請求(自治98条)などに関して若干の異なった取扱いがみられる。

(注5) 人見(2011, pp. 61-63)を参照のこと。

(注6) 例えば、公営バス事業の経営者としての地方公共団体は、国土交通大臣等から許可制を通じた規制を

受けるが、これは民間事業者と同様の地位に基づくものであるので、「固有の資格」にある自治体に対する関与とはいえない。

(注7) なお、①地方公共団体に対する国等による支出金の交付・返還に係るもの、②「相反する利害を有する者の間の利害の調整を目的としてされる裁定その他の行為」、③行政上の不服申立てに対する裁決等(いわゆる裁定的関与)は、地方自治法上の関与からは除外されている(自治法245条3号括弧書)。この③の問題が、後に第1次辺野古争訟において問題となることについて、本稿の6.2.1を参照のこと。

(注8) もっとも、技術的な助言・勧告、資料の提出要求、是正の勧告・要求・指示、代執行の関与類型については、自治法245条の4以下の規定が関与根拠規定となっているので、これ以外に個別法上の根拠規定が必要なわけではない。

(注9) 都道府県の執行機関は、市町村の自治事務の処理に対しては、独自には「是正の勧告」までしかできない(自治245条の6)。

(注10) 機関委任事務に係る職務執行命令訴訟に関する最判昭和35年6月17日民集14巻8号1420頁と最大判平成8年8月28日民集50巻7号1952頁を参照のこと。

(注11) 人見(2011, p. 63)を参照のこと。

(注12) 行政手続法4条1項は、「固有の資格」としての地方公共団体及びその機関に対する行政処分や行政指導について、同法を適用除外にする旨を定めている。

(注13) 人見(2011, pp. 64-66)を参照のこと。

(注14) 平成の大合併が地域にもたらした多くの課題を具体的に検証した文献として島田(2015)、災害対策に関する市町村合併の問題点を指摘した文献として室崎・幸田編(2013)、合併問題に関する筆者の検討として人見(2005a)を参照のこと。

(注15) 岩崎(2016)を参照のこと。

(注16) 適用例として、自家用有償旅客運送の登録・監査

- の希望する市町村・都道府県への移譲がある。嶋田(2016)を参照のこと。
- (注17) 地方分権改革推進委員会の第1次勧告(2008年5月)によれば、総計200以上の法律に係る事務について市町村への移譲が行われていた。
- (注18) こうして定められた第2次一括法までの地域の独自基準の具体例として、小早川監修・義務梓見直し条例研究会編(2013, pp. 106-286)を参照のこと。
- (注19) 例えば、人見(2005b, p. 190)、人見(2005c, p. 245)、大津ほか(2005, p. 52 [人見発言])を参照のこと。
- (注20) この法律について、岩崎(2012, pp. 179-190)、飛田(2012)を参照のこと。
- (注21) 人見(2016b, pp. 44-46)を参照のこと。
- (注22) その条文は、「法律の定めるところにより、建築物の構造、設備、敷地及び周密度、空地地区、住居、商業、工業その他住民の業態に基づく地域等に関し制限を設けること。」であった。
- (注23) こうした条例の適法性が争われた事件として、さいたま地判平成21年12月16日判自343号33頁。小早川(2013)を参照のこと。
- (注24) 北海道のこの条例の適法性が争われた事件として、公調委裁定平成25年3月11日判時2182号34頁。人見(2013b)を参照のこと。
- (注25) 代表的なものとして、北村(2004, pp. 131-132)、斉藤(2012, pp. 262-264; pp. 292-295; pp. 299-308)を参照のこと。
- (注26) その意義と残された課題について、竹内(2014a, p. 137)を参照のこと。
- (注27) なお、横浜市の勝馬投票券発売税は、総務大臣の同意が得られず、国地方係争処理手続を経て結局導入が見送られた。神奈川県の特例企業税は、納税企業からの訴訟で最高裁まで争われ、最判平成25年3月21日民集67巻3号438頁において違法無効と判断された。自治体の自主課税権の保障について今後課題を残した判決である。最高裁判決に対する批判として、人見(2013a)を参照のこと。
- (注28) 保健衛生行政分野に関する同様の指摘として、田口・島田(2003, pp. 145-146)を参照のこと。
- (注29) 磯部(2013)を参照のこと。
- (注30) この点に対する批判として、例えば、磯崎(2010, p. 146)、出石(2010)、鈴木(2010, p. 19)などがある。
- (注31) 人見(2016b, pp. 46-47)を参照のこと。
- (注32) 武田(2004, pp. 110-114)、上代(2007)を参照のこと。
- (注33) この訴訟について、兼子・阿部編(2009)を参照のこと。
- (注34) この訴訟について、山本(2008)を参照のこと。
- (注35) もっとも、そうした国地方間の訴訟は、裁判所の本来的審判対象たる「法律上の争訟」(裁判所法3条1項)に関する宝塚市パチンコ店等規制条例事件=最判平成14年7月9日民集56巻6号1134頁の判例法理(行政権の主体としての固有の資格の下で提起された自治体の訴訟は、「法律上の争訟」に当たらない)に照らして訴えが却下されてしまう結果にもなっている。この最高裁判決に対する批判として、人見(2016a)を参照のこと。
- (注36) 事件をめぐる複雑な法律問題について、紙野・本多編(2016)を参照のこと。
- (注37) 決定の全文は、紙野・本多編(2016, pp. 239-243)を参照のこと。
- (注38) こうした決定の判断に対する批判として、人見(2016c)がある。
- (注39) 決定の全文は、紙野・本多編(2016, pp. 258-262)を参照のこと。
- (注40) 例えば、宇賀(2013, p. 358)、高木(2015, p. 136)を参照のこと。
- (注41) 判例として、最判昭和43年11月7日民集22巻12号2421頁、東京地判平成9年2月27日判時1607号30頁、東京高判平成16年9月7日判時1905号68頁。学説として、塩野(2015, p. 189)、芝池(2006、



p. 166)、藤田 (2013, p. 231) をあげることができる。

(注 42) この点に関する批判として、岡田 (2016, p. 110)、大田 (2016, pp. 3-4) がある。

(注 43) 従来の裁判例として、高松高判平成 6 年 6 月 24 日判タ 851 号 80 頁、広島地判平成 21 年 10 月 1 日判時 2060 号 3 頁などをあげることができる。

(注 44) 例えば、松永 (2016, pp. 4-5)、岡田 (2016, p. 109) がある。

(注 45) 参照、最判昭和 28 年 9 月 4 日民集 7 卷 9 号 868 頁、最判昭和 31 年 3 月 2 日民集 10 卷 3 号 147 頁、最判昭和 33 年 9 月 9 日民集 12 卷 13 号 1949 頁、最判昭和 43 年 11 月 7 日民集 22 卷 12 号 2421 頁など。

(注 46) 実は、沖縄防衛局による審査請求の申立ては、その埋立事業者としての法的地位が、一般の国民とは異質な固有の資格に当たるので不適法であると考えられるが (行審法 1 条、改正行審法 7 条 2 項)、取消訴訟にはかかる制約はない。

(注 47) もっとも、本件の埋立事業者としての沖縄防衛局は、埋立免許 (公有水面埋立法 2 条) の相手方ではなく、埋立承認 (同法 42 条) の相手方であり、行政機関としての固有の資格にあるものであり、やはり職権取消制限の法理によって保護される信頼利益の主体とはいえないであろう。

(注 48) 同旨、白藤 (2016, p. 32)、大田 (2016, p. 3) を参照のこと。

(注 49) 本判決が、現知事の埋立承認取消処分 of 適否を直接の審査対象とせず、もっぱら前知事の埋立承認処分 of 適否を審査対象としたことを批判する論説として、武田 (2017, pp. 184-193) がある。

(注 50) 岡田 (2017, p. 98) は、「本判決は、前知事の…埋立承認に不当があるか否かの検討をしていないにもかかわらず、《本件埋立承認には違法等がない》と断定している。杜撰な判断だといわざるをえないであろう。」と述べている。同旨、杉原 (2017, p. 3) を参照のこと。

(注 51) 1974 年 6 月 14 日港管第 1580 号、建設省河政発第 57 号、港湾局長・河川局長から港湾管理者の長、都道府県知事あて「公有水面埋立法の一部改正について」を参照のこと。

(注 52) 詳しくは、亘理 (2016) を参照のこと。

## 参考文献

出石稔 (2010) 「義務付け・枠付けの見直しと条例による上書き権—自治体の条例制定権への影響—」『都市問題研究』62 (1)、pp. 63-78.

磯崎初仁 (2000) 「土地利用規制と分権改革」今村都南雄編『自治・分権システムの可能性』敬文堂、pp. 153-198.

磯崎初仁 (2010) 「法令の規律密度と自治立法権—地方分権改革推進委員会の検討を踏まえて—」『ジュリスト』1396、pp. 146-153.

磯部哲 (2013) 「法定受託事務に関する情報公開と国の処理基準」磯部力ほか編『地方自治判例百選 [第 4 版]』有斐閣、pp. 32-33.

稲葉馨 (2013) 「行政法上の『不当』概念に関する覚書き」『行政法研究』3、pp. 8-46.

岩崎忠 (2012) 『「地域主権」改革—第 3 次一括法までの全容と自治体の対応—』学陽書房

岩崎忠 (2016) 「地方分権改革と提案募集方式」北村喜宣編『第 2 次分権改革の検証—義務付け・枠付けの見直しを中心に—』敬文堂、pp. 324-342.

宇賀克也 (2013) 『行政法概説 I [第 5 版]』有斐閣

宇賀克也 (2017) 『地方自治法概説 [第 7 版]』有斐閣

内海麻利 (2008) 「指導要綱の条例化と住民の意向の反映—地方分権に伴う制度環境の変化とまちづくり条例による事前手続に着目して—」日本地方自治学会編『格差是正と地方自治』敬文堂、pp. 93-116.

内海麻利 (2010) 『まちづくり条例の実態と理論』第一法規

大田直史 (2016) 「国土交通大臣の是正の指示に対する知事の不作為の違法確認訴訟」『新・判例解説 Watch・

- 行政法』170、pp. 1-4 (LEX/DB 文献番号 z18817009-00-021701434).
- 大津浩ほか (2005) 「座談会・地方分権改革の意義と課題」小早川光郎・小幡純子編『あたらしい地方自治・地方分権』有斐閣、pp. 4-57.
- 岡田正則 (2016) 「裁判所による法治主義・地方自治の破壊—辺野古訴訟高裁判決の問題点と上告審の課題—」『法律時報』88 (12)、pp. 106-111.
- 岡田正則 (2017) 『『政治的司法』と地方自治の危機—辺野古訴訟最高裁判決を読み解く—』『世界』891 (2017年2月号)、pp. 93-100.
- 垣見隆禎 (2006) 「地方分権改革の検証—国地方係争処理制度は機能するか—」日本地方自治学会編『自治体二層制と地方自治』敬文堂、pp. 79-106.
- 紙野健二・本多滝夫編 (2016) 『辺野古訴訟と法治主義—行政法学からの検証—』日本評論社
- 兼子仁 (2000) 「新地方自治法における解釈問題」『ジュリスト』1181、pp. 40-48.
- 兼子仁・阿部泰隆編 (2009) 『自治体の出訴権と住基ネット』信山社
- 上林陽治 (2017) 「欺瞞の地方公務員法・地方自治法改正 (上)」『自治総研』463 (2017年5月号)、pp. 1-30.
- 北村喜宣 (2004) 『分権改革と条例』弘文堂
- 北村喜宣 (2008) 『分権政策法務と環境・景観行政』日本評論社
- 小早川光郎 (2013) 「墓理法と同法施行条例」磯部力ほか編『地方自治判例百選〔第4版〕』有斐閣、pp. 62-63.
- 小早川光郎監修・義務梓見直し条例研究会編 (2013) 『義務付け・梓付け見直し独自基準事例集』ぎょうせい
- 斉藤誠 (2012) 『現代地方自治の法的基層』有斐閣
- 塩野宏 (2012) 『行政法 III〔第4版〕』有斐閣
- 塩野宏 (2015) 『行政法 I〔第6版〕』有斐閣
- 芝池義一 (2006) 『行政法総論講義〔第4版補訂版〕』有斐閣
- 嶋田暁文 (2016) 「自家用有償旅客運送に関する事務・権限の移譲をめぐる一考察」北村喜宣編『第2次分権改革の検証—義務付け・梓付けの見直しを中心に—』敬文堂、pp. 195-278.
- 島田恵司 (2015) 『だれが地域を救えるのか—作られた「地方消滅」—』公人の友社
- 上代備平 (2007) 「財政憲法原理としての牽連性—厳格化の傾向と財政立法による補完—」『法学政治学論究』74、pp. 193-227.
- 白藤博行 (2016) 「憲法の地方自治保障の原点と現点」『法と民主主義』513、pp. 30-33.
- 杉原丈史 (2017) 「国土交通大臣の是正の指示に対する県の不作為が違法であると認められた事例」『新・判例解説 Watch・行政法』175、pp. 1-4 (LEX/DB 文献番号 z18817009-00-021751472).
- 鈴木庸夫 (2010) 「地域主権時代の条例論」『ジュリスト』1413、pp. 14-21.
- 高木光 (2015) 『行政法』有斐閣
- 竹内俊子 (2014a) 「教育行政領域における『分権改革』の現状と課題」三橋良士明・村上博・榊原秀訓編『自治体行政システムの転換と法』日本評論社、pp. 129-163.
- 竹内俊子 (2014b) 「教育分野における『分権改革』の検証と課題」本多滝夫・榊原秀訓編『どこに向かう地方分権改革』自治体研究社、pp. 75-99.
- 田口一博・島田恵司 (2003) 「衛生分野における分権改革の影響」北村喜宣編『ポスト分権改革の条例法務』ぎょうせい、pp. 121-147.
- 武田公子 (2004) 「ドイツにおける自治体間財政調整の動向—牽連性原則と州・自治体間協議—」『京都府立大学学術報告 (人文・社会)』56、pp. 105-119.
- 武田真一郎 (2017) 「沖縄県知事が公有水面埋立承認の取消の取消しをしないことが違法とされた事例」『成蹊法学』86、pp. 177-201.
- 立岩信明 (2012) 「分権改革と政府間関係—技術的助言を運用するメカニズム—」日本地方自治学会編『「地域主権改革」と地方自治』敬文堂、pp. 113-131.
- 飛田博史 (2012) 「『国と地方の協議の場に関する法律』の制定過程と概要について」『自治総研』409 (2012年

- 11月号)、pp. 1-25.
- 西尾勝 (1999) 『未完の分権改革』 岩波書店
- 野口和雄 (2015) 「都市計画・まちづくりにおける分権—遅れる分権改革と『縮小時代』での危惧—」 嶋田暁文・木佐茂男編『分権危惧論の検証』 公人の友社、pp. 40-53.
- 橋本基弘 (2010) 「国と地方の紛争処理システムについて」 『法学セミナー』 665、pp. 42-45.
- 人見剛 (1998) 「機関委任事務制度」 『法学教室』 209、pp. 10-11.
- 人見剛 (2005a) 「最近の市町村合併促進論に関する一考察」 『分権改革と自治体法理』 敬文堂、pp. 81-94.
- 人見剛 (2005b) 「住民自治の現代的課題—地方議会・住民参加・住民投票—」 『分権改革と自治体法理』 敬文堂、pp. 187-201.
- 人見剛 (2005c) 「住民監査請求・住民訴訟に係る地方自治法改正案について」 『分権改革と自治体法理』 敬文堂、pp. 229-250.
- 人見剛 (2007) 「分権改革と自治体政策法務」 『ジュリスト』 1338、pp. 96-102.
- 人見剛 (2008) 「地方公共団体の国政参加権再論」 日本地方自治学会編『合意形成と地方自治』 敬文堂、pp. 3-21.
- 人見剛 (2009) 「地方分権改革」 『法学教室』 351、pp. 16-17.
- 人見剛 (2010) 「『地方政府基本法』 制定と地方自治法の抜本的見直し」 『法と民主主義』 449、pp. 12-15.
- 人見剛 (2011) 「自治行政権と関与・係争処理法制」 『法学教室』 369、pp. 58-66.
- 人見剛 (2013a) 「法定外税条例の地方税法適合性」 『法学教室』 395、pp. 44-49.
- 人見剛 (2013b) 「北海道砂利採取計画の認可に関する条例の適法性」 『法学セミナー』 706、p. 109.
- 人見剛 (2016a) 「地方公共団体の出訴資格再論—『法律上の争訟』に関する私権保護ドグマー—」 磯部力先生古稀記念論文集『都市と環境の公法学』 勁草書房、pp. 199-237.
- 人見剛 (2016b) 「関与の見直しと国地方関係の変化」 『都市問題』 107 (5)、pp. 42-51.
- 人見剛 (2016c) 「国の機関が行った審査請求に係る大臣の執行停止決定の『関与』 該当性」 『法学セミナー』 738、p. 121.
- 人見剛 (2016d) 「大臣の是正指示の適法性を国地方係争処理委員会が判断しないとした事例」 『法学セミナー』 742、p. 125.
- 藤田宙靖 (2013) 『行政法総論』 青林書院
- 松永和宏 (2016) 「辺野古訴訟高裁判決の問題点」 『法学セミナー』 743、pp. 1-5.
- 松本英昭 (2015) 『新版・逐条地方自治法〔第8次改訂版〕』 学陽書房
- 室崎益輝・幸田雅治編 (2013) 『市町村合併による防災力空洞化』 ミネルヴァ書房
- 山本未来 (2008) 「行政主体間の争訟と地方自治—逗子市米軍住宅追加建設訴訟を契機として—」 『愛知学院法学部法経論集』 177、pp. 1-62.
- 亘理格 (2016) 「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—行政法学からの検証—』 日本評論社、pp. 137-163.