

辺野古代執行訴訟第一審判決 — 福岡高那覇支判令和5年12月20日 L E X / D B 25596603 —

矢 島 聖 也

<要 旨>

普天間飛行場の代替施設を設置するため、沖縄防衛局が公有水面埋立法42条1項等に基づいて行った埋立地の用途および設計の概要にかかる変更の申請に対し、沖縄県知事は変更を不承認とした。本件は、国土交通大臣（原告）が、地方自治法245条の8第3項に基づき、沖縄県知事（被告）に対する承認の義務付けを求めた、いわゆる代執行訴訟である。同条1項によれば、代執行等の要件として、①法令違反等の要件、②補充性要件、③公益侵害要件の3要件がすべて満たされる必要があるところ、福岡高裁那覇支部は、いずれの要件充足をも認め、原告の請求を認容した。

本稿では、主に、①につき、本件裁判所が令和5年最判等の判断に拘束されず、公有水面埋立法の本件各規定にかかる実質的審査をすべきであったこと、②につき、被告の主張する「対話」が代執行等「以外の方法」として考慮されうること、③につき、代執行訴訟における利益対立の構造に照らして、原告の主張する公益のみならず、被告の主張する公益をも比較衡量すべきであったことを主張している。

I 事案の概要

沖縄防衛局は、普天間飛行場の代替施設を設置するため、平成25（2013）年3月22日、沖縄県知事（仲井真知事（当時））に対し、公有水面埋立法（以下、「公水法」という。）に基づいて名護市辺野古沖大浦湾周辺の公有水面の埋立て（以下、「本件埋立事業」という。）の承認を求めて願書を提出し、同年12月27日、その承認（以下、「本件承認処分」という。）を受けた（この間、翁長知事による承認取消処分とこれに対する国の裁定的関与をめぐる紛争が

あったが、紙幅の都合上、本稿では割愛する⁽¹⁾。)

沖縄防衛局は、本件承認処分後に判明した事情を踏まえ、地盤改良工事を追加して行うなどするため、令和2(2020)年4月21日付けで、沖縄県知事(玉城知事)に対し、公水法42条3項において準用する同法13条ノ2第1項に基づき、埋立地の用途および設計の概要にかかる変更の承認の申請(以下、「本件変更申請」という。)をしたが、沖縄県知事は、公水法42条3項において準用する同法13条ノ2第1項および同条2項において準用する同法4条1項1号・2号の各規定(以下、「本件各規定」という⁽²⁾。)の要件に適合しないなどとして、令和3(2021)年11月25日付けで、変更を承認しない旨の処分(以下、「本件変更不承認」という。)をした。

沖縄防衛局は、本件変更不承認を不服として、令和3年12月7日付けで、地方自治法(以下、「法」という。)255条の2第1項1号に基づき、公水法を所管する国土交通大臣に対し、審査請求をした。国土交通大臣は、本件変更不承認にかかる沖縄県知事の判断に裁量権の逸脱・濫用があり、本件各規定に反し違法である等として、令和4(2022)年4月8日付けで、本件変更不承認を取り消す旨の裁決(以下、「本件裁決」という。)をした。しかし、沖縄県知事は、本件裁決後も本件変更申請を承認しなかったため、国土交通大臣は「都道府県の法定受託事務の処理が法令の規定に違反している」(法245条の7第1項)等として、令和4年4月28日付けで、沖縄県に対し、本件変更申請にかかる変更の承認をするよう是正の指示(以下、「本件指示」という。)をした。

(1) 本件における一連の訴訟については、紙野健二・本多滝夫・徳田博人(編)『辺野古裁判と沖縄の誇りある自治 — 検証 辺野古新基地建設問題』(自治体研究社、2023年)194頁以下を参照。

(2) 本稿の検討内容に直接関連しないが、本件各規定の構造は次のとおりである。すなわち、公水法42条1項は「国ニ於テ埋立ヲ為サムトスルキハ当該官庁都道府県知事ノ承認ヲ受クヘシ」と規定しており、同条3項は「第十三条ノ二(埋立地ノ用途又ハ設計ノ概要ノ変更ニ係ル部分ニ限ル)……ノ規定ハ第一項ノ埋立ニ関シ之ヲ準用ス 但シ第十三条ノ二ノ規定ノ準用ニ依リ都道府県知事ノ許可ヲ受クベキ場合ニ於テハ之ニ代ヘ都道府県知事ノ承認ヲ受ケ」るべしと規定している。埋立地の用途および設計概要の変更許可(承認)につき、同法13条ノ2第1項は、「都道府県知事正当ノ事由アリト認ムルトキハ免許ヲ為シタル埋立ニ関シ……埋立地ノ用途若ハ設計ノ概要ノ変更……ヲ許可スルコトヲ得」と、同条2項は、「第四条第一項及第二項ノ規定ハ前項ノ規定ニ依ル埋立区域ノ縮少又ハ設計ノ概要ノ変更ノ許可ニ関シ之ヲ準用ス」と規定しており、同項の準用する同法4条1項は、承認をすることができない場合として、「国土利用上適正且合理的ナルコト」(1号)、「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」(2号)等の事由を列挙している。なお、同法42条1項により都道府県が処理する事務は、第一号法定受託事務とされている(同法51条1号)。

沖縄県知事は、本件裁決および本件指示を不服とし、それぞれ令和4年5月9日および同月30日付けで、国地方係争処理委員会に対し、法250条の13第1項に基づく審査の申出をしたが、本件裁決については同年7月12日付けでその申出を却下する旨の通知を、本件指示については同年8月19日付けで本件指示は違法でない旨の審査の結果の通知を受けた。沖縄県知事は、これを不服として、本件裁決については同月12日に、本件指示については同月24日に、それぞれが違法な国の関与に当たると主張して、法251条の5第1項1号に基づき、その取消しを求める各訴えを提起した（前回訴訟）。しかし、最高裁判所は、沖縄県知事の上告を棄却する旨の判決を言い渡した（最判令和5年9月4日民集77巻6号1219頁。以下、「令和5年最高裁判決」または「令和5年最判」という。）。

沖縄県知事は、令和5年最判を受けた後も本件変更申請を承認しなかったことから、国土交通大臣は、法245条の8第1項に基づき、沖縄県知事に対し、令和5（2023）年9月19日付けで、同月27日までに本件変更申請を承認するよう勧告したが、沖縄県知事は、同日までに本件変更申請を承認しなかった。国土交通大臣は、同条2項に基づき、沖縄県知事に対し、同月28日付けで、同年10月4日までに本件変更申請を承認するよう指示したが、沖縄県知事は、同日までに本件変更申請を承認しなかった。

そこで、国土交通大臣（原告）は、沖縄県知事（被告）を相手どり、令和5年10月5日、法245条の8第3項に基づき、福岡高等裁判所に本件訴訟を提起した。

II 判 旨

請求認容

1 争 点

「代執行等につき定める地方自治法245条の8は、①各大臣の所管する法律若しくはこれに基づく政令に係る都道府県知事の法定受託事務の管理若しくは執行（以下『管理等』という。）が法令の規定若しくは当該各大臣の処分に違反するものがある場合又は当該法定受託事務の管理等を怠るものがある場合（以下、この要件を『法令違反等の要件』という。）において、②地方自治法245条の8第1項から第8項までに規定する措置以外の方法によってその是正を図ることが困難であり（以下、この要件を『補充性の要件』という。）、か

つ、③それを放置することにより著しく公益を害することが明らかであるとき（以下、この要件を『公益侵害の要件』という。）であって（地方自治法245条の8第1項）、④同項所定の各大臣の勧告を経た上でした同条2項所定の各大臣の指示において定められた期限までに都道府県知事が指示された事項を行わないときは、各大臣が、高等裁判所に対し、訴えをもって、当該事項を行うべきことを命ずる旨の裁判を請求することができる（3項）と規定している。」

このうち④を満たすことについては、前提事実のとおりである。「したがって、本件の争点は、本件変更申請に対する被告の事務（法定受託事務）の管理等（本件変更申請を承認しないこと）について、①法令違反等の要件、②補充性の要件及び③公益侵害の要件、以上3つの各要件該当性が認められるか否かである。」

2 法令違反等の要件の該当性

- (1) 「地方自治法245条の8第1項の代執行とは、『普通地方公共団体の事務の処理が法令の規定に違反しているとき（中略）に、その是正のための措置を当該普通地方公共団体に代わって行うこと』をいう（同法245条1号ト）ところ、同法245条の7第1項が是正の指示の要件について『都道府県の法定受託事務の処理が法令の規定に違反している』として同号トと同一の文言を用いていることからすれば、同項にいう『法令の規定に違反している』と認めるときに該当する場合には、代執行に係る同法245条の8第1項所定の法令違反等の要件の一つである『都道府県知事の法定受託事務の管理若しくは執行が法令の規定（中略）に違反するものがある場合』との要件に該当するものと解するのが相当である。」
- (2) 「本件判決は、本件変更不承認が公有水面埋立法の本件各規定（公有水面埋立法42条3項において準用する同法13条ノ2第1項、並びに、同法42条3項において準用する同法13条ノ2第2項において準用する同法4条1項1号及び2号）に違反することを理由に本件変更不承認を取り消したものであるところ、令和5年最高裁判決においては、本件の事実関係等によれば、被告は本件変更不承認と同一の理由に基づいて本件変更申請を承認しないものであり、『法令の規定に違反していると認めるとき』（地方自治法245条の7第1項）に該当するとして、本件指示は適法である旨の判断がされたのであるから、被告の本件変更不承認は公有水面埋立法の本件各規定に違反することが確定したといえる。それにもかかわらず、被告は、令和5年最高裁判決を受けた後も何ら対応せず、……本件変更

申請を承認していないのであるから、本件変更申請に対する被告の事務（法定受託事務）の管理等については、公有水面埋立法の本件各規定に違反し、地方自治法245条の8第1項所定の法令違反等の要件のうち『法令の規定（中略）に違反するものがある場合』との要件に該当するものと認められる。

- (3) これに対し、被告は、令和5年最高裁判決が本件裁決の拘束力に違反することのみを理由に本件指示の適法性を認めているなどと指摘した上で、被告が本件変更申請を承認しないことが本件各規定に違反するとして地方自治法245条の8第1項の法令違反があるというためには、原告において本件変更申請が本件各規定の要件を充足することを主張立証しなければならない旨主張する。」

しかしながら、「この点については、原告と被告との間で、国地方係争処理委員会、福岡高等裁判所那覇支部、最高裁判所の各所で争われたが、最終的には、前回訴訟における令和5年最高裁判決等において、被告の本件変更不承認を公有水面埋立法の本件各規定に違反するものとした本件裁決や本件指示が適法に確定しているのであるから、被告の主張は理由がないものといわざるを得ない。令和5年最高裁判決の判示内容は、本件変更不承認を取り消した本件裁決が本件各規定に違反することを理由としていることを摘示した上で、被告が本件変更申請を承認しないことは『法令の規定』に違反していると判示するとともに、本件裁決と同様の判断過程により実体判断をして本件指示を適法とした原審（福岡高等裁判所那覇支部）の判断を結論において是認しており、ここでいう『法令の規定』が公有水面埋立法の本件各規定を指すことは明らかであって、本件変更不承認が公有水面埋立法の本件各規定に違反することについては既にその判断が確定しているのであるから、代執行に当たって本件変更申請が本件各規定の要件を充足することの主張立証を要するとの被告の上記主張は、独自の見解に立つものであって失当といわざるを得ない。

- (4) そうすると、その余の点は判断するまでもなく、本件変更申請に対する被告の事務の管理等（本件変更申請を承認しないこと）については、法令違反等の要件に該当する。」

3 補充性の要件の該当性

前記のとおり、「地方自治法上の『代執行』は、国の行政機関が『普通地方公共団体の事務の処理が法令の規定に違反しているとき（中略）に、その是正のための措置を当該普通地方公共団体に代わって行うこと』をいう（同法245条1号ト）とされていることからす

れば、地方自治法245条の8第1項にいう『本項から第8項までに規定する措置以外の方法』とは、地方自治法の定める法定受託事務の適正な執行を図るための措置をいい、具体的には、地方自治法245条の7の規定に基づく是正の指示等がこれに当たるものと解される。」

被告は、前提事実のとおり、「法定受託事務に係る本件変更申請について本件変更不承認を行い、これを取り消す旨の本件裁決や本件変更承認をするよう本件指示を受けても本件変更承認をせずに、本件裁決や本件指示の取消しを求める各訴えを提起し、最高裁判所で敗訴が確定した後も何ら対応せず、前記のとおり主張するなどして本件変更承認をしない(……)。そうすると、被告において本件変更申請を承認しないという意思は明確かつ強固であるというほかなく、地方自治法245条の8所定の代執行以外の措置により法定受託事務である本件変更申請に係る沖縄県の事務の適正な執行を図ることは困難であると認められる。

これに対し、被告は、上記措置には地方自治法上の個別関与に限らず、政治的方法を含む他のあらゆる方法が含まれることを前提に、国が被告からの本件埋立事業に関する問題解決に向けた対話の求めを無視し、十分な対話の場を設けないままに代執行の手続を行うことは、補充性の要件を欠くものである旨主張する。しかし、地方自治法245条の8第1項にいう『本項から第8項までに規定する措置(代執行等)以外の方法』とは地方自治法245条の7の是正の指示等をいい、被告主張の『対話』がこれに当たるとはいえない。また、この点を措くとしても、法定受託事務の適正な執行を図るための措置をいうことは既に判示したとおりであるところ、本件埋立事業に関する沖縄県の立場(政府において『辺野古移設が唯一の解決策』との固定観念にとらわれることなく、現行移設計画を断念し、問題解決に向けた沖縄県との対話に応じるよう求めるといもの(……))に照らすと、現時点において被告が主張している対話とは、被告が本件変更申請を承認しないことを前提とするものであることは明らかであるから、本件変更申請に係る事務(法定受託事務)の適正な執行を図るための措置に当たるものとは認められない。被告の上記主張は、以上と異なる前提に立つものであるから、採用することができない。

そして、本件埋立事業に関し、地方自治法245条の8第1項から第8項までに規定する措置(代執行等)以外の方法によって、より早期に当該事務の適正な執行を図り得る方法があるといった事情は見当たらないから、本件変更申請に対する被告の事務の管理等(本件変更申請を承認しないこと)については、補充性の要件に該当する。」

4 公益侵害の要件の該当性

- (1) 「地方自治法245条の8第1項にいう『それを放置することにより著しく公益を害することが明らか』である場合とは、都道府県知事の法定受託事務の管理等が法令の規定若しくは当該各大臣の処分に違反するものがある場合又は当該法定受託事務の管理等を怠るものがある場合において、それを放置することによる社会公共の利益に対する侵害の程度が甚だしい場合のことをいうものと解するのが相当である。
- (2) そこで検討するに、本件変更申請は、本件承認処分当時の沖縄県知事からその周辺に学校や住宅、病院などが密集し騒音被害や航空機事故の危険性など、住民生活に深刻な影響を与えており、その危険性の除去が喫緊の課題である旨の指摘がされた普天間飛行場（……）の代替施設を設置するための公有水面の埋立て（本件埋立事業）に関し、本件承認処分後の事情を踏まえた地盤改良工事を追加して行うなどするためのものであるところ、このように普天間飛行場の危険性が人の生命や身体に大きく関わるものであることに加え、本件変更申請から約3年半、本件裁決がされてから約1年半の期間が既に経過していること（……）も踏まえると、本件変更申請に係る事務がこのまま放置された場合には、本件埋立事業の進捗が更に遅延し、ひいては上記のとおり人の生命、身体に大きく関わる普天間飛行場の危険性の除去の実現がされず又は大幅に遅延することとなるものといえるから、なおこれを放置することは社会公共の利益を侵害するものに当たるものと認められる」。

しかも、前提事実のとおり、「被告は、令和5年最高裁判決において、本件裁決の趣旨に従って改めて本件変更申請に対する処分をすべき義務を負う旨や、本件の事実関係等によれば本件変更申請を承認しないことは法令の規定に違反していると認められる旨の判断を受けているにもかかわらず、県知事たる被告が令和5年最高裁判決において法令違反との判断を受けた後もこれを放置していることは、それ自体社会公共の利益を害するものといわざるを得ない。
- (3) 以上の諸点を踏まえると、本件変更申請に対する被告の事務の管理等（本件変更申請を承認しないこと）については、甚だしく社会公共の利益を害するものと認められるから、『著しく公益を害することが明らかであるとき』として、公益侵害の要件に該当する。
- (4) これに対し、被告は、原告の主張する公益の侵害がいずれも抽象的である旨主張するが、前記の普天間飛行場の危険性の性質や内容（騒音被害や航空機事故の危険性など、人の

生命、身体に大きく関わるものであること)からすれば、今後本件変更承認がされた場合に想定される工事期間を踏まえても、本件変更申請に係る事務についての法令違反を放置することによって侵害される公益の内容が抽象的であるとは到底いえない。

また、被告は、住民自治、団体自治の観点からは、当該地方公共団体や住民に係る公益(当該団体や住民の福祉への影響等)、当該地方公共団体の意思決定の民主的正統性に係る公益(民意、地域住民の自己決定)が考慮されるべきであるとして、本件埋立事業に反対する沖縄県民の民意の背景にある沖縄戦以降78年にわたる歴史的経緯等を踏まえれば、沖縄県民や沖縄県にとって極めて重大な政策課題であり、沖縄県民の基本的人権の保障に大きく関わる本件について、沖縄県民の真摯な同意を得ない状況で代執行をすることは認められるべきではないなどと主張する。

沖縄で地上戦が行われ、多くの県民がその犠牲になったことや、戦後も沖縄は米軍統治下であり、『銃剣とブルドーザー』により米軍基地が建設されていった歴史的経緯等を踏まえれば、沖縄県民の心情は十分に理解できるところではある。

しかしながら、地方自治法245条の8第1項が『それを放置することにより著しく公益を害することが明らか』であることを要件として定めていることからすれば、法律論としては、ここでいう『公益』とは法定受託事務に係る法令違反等を放置することによって害される公益を念頭に置いたものと解されることから、公益侵害の要件の判断に当たって被告の主張する『公益』を当然に考慮し得るものとはいえない。その一方で、既にみたように、普天間飛行場の危険性は生命、身体に大きく関わるものとして現に存在しているのであり、これが現実化した場合にはその周辺地域や住民に深刻な影響が生ずるものと想定されることを踏まえると、本件において公益侵害の要件の該当性が否定されるべきものとはいえない。

しかも、本件においては、前記のとおり、被告のした本件変更不承認をめぐる国と地方の行政機関間の紛争は、被告の申立てにより、地方自治法の定める紛争関係のための諸制度による解決が企図され、各機関により解決が示され、最終的には、前回訴訟における令和5年最高裁判決をもって最高裁判所によりその解決方法が確定したのであるから、地方の行政機関である被告沖縄県知事が確定した令和5年最高裁判決を放置することは、地方自治法の定める諸制度を踏みにじるものであることはもとより、憲法が基本原理とする法の支配の理念や法治主義の理念を著しく損なうものであって、社会公共の利益を甚だしく害するものといわざるを得ない。本件代執行手続については、紛争を同じくする訴訟(前回訴訟)等が被告沖縄県知事の申立てにより先行しており、ここにお

いて解決が既に図られている点に留意されなければならない。」

5 付言

「なお、付言するに、令和5年最高裁判決において確認された本件変更申請に係る事務について生じている法令違反の状態を解消し、普天間飛行場の危険性の除去をできる限り早期に、かつ、現実的な形で実現するためには、当面のところ代執行によらざるを得ないことは、これまでに判示したとおりであるが、今後十数年にわたって予定されている本件変更申請に係る工事を進めるに当たっては、更なる設計概要変更等の必要が生ずる可能性もあり得るところ、法定受託事務に関する国の関与について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とされていること（地方自治法245条の3第1項参照）も踏まえると、今後そのような事態が生じた都度、繰り返し訴訟による解決が図られることは、国と地方との関係をみた場合、必ずしも相当なものとはいえない。被告の指摘する歴史的経緯等を背景とした本件埋立事業に対する沖縄県民の心情もまた十分に理解できるところであり、国としても、沖縄県民の心情に寄り添った政策実現が求められている。このような観点からは、普天間飛行場の代替施設をめぐる一連の問題に関しては、国と沖縄県とが相互理解に向けて対話を重ねることを通じて抜本的解決の図られることが強く望まれている。」

Ⅲ 本判決の評釈

1 問題の所在

(1) 国の関与にかかる規律と代執行

平成11（1999）年地方自治法改正前においては、地方公共団体の事務は、団体事務（自治事務）と機関委任事務に区分されていた。このうち、機関委任事務制度は、国の事務の管理・執行を、国の下級行政機関としての地方公共団体の長に委任するものであり、その遂行にあたって、地方公共団体の長は、国の主務大臣の指揮監督に服していた。そして、地方公共団体の長による機関委任事務の管理・執行が法令の規定や主務大臣の処分に違反し、またはこれを怠るものがある場合には、最終的に、職務執

行命令訴訟により、国による機関委任事務の代執行が可能とされていた（平成11年改正前の法151条の2）。

平成11年法改正により機関委任事務制度が廃止されたことに伴い、地方公共団体の事務区分は自治事務と法定受託事務に改められ（法2条8項・9項）、いずれも地方公共団体の事務に位置付けられた。それとともに、これらの事務区分に応じて、国の地方公共団体に対する関与にかかる規律も設けられた。とりわけ関与の原理・原則として、関与は、法律またはこれに基づく政令によらなければならないという関与法定主義や（法245条の2）、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・自立性に配慮しなければならないとする比例原則が定められている（法245条の3第1項）。

（2） 関与類型としての代執行

法245条は、法第11章にいう「普通地方公共団体に対する国又は都道府県の関与」を「普通地方公共団体の事務の処理に関し、国の行政機関（……）又は都道府県の機関が行う次に掲げる行為（……）をいう」と規定し、その基本類型として、「助言又は勧告」（1号イ）、「資料の提出の要求」（1号ロ）、「是正の要求」（1号ハ）、「同意」（1号ニ）、「許可、認可又は承認」（1号ホ）、「指示」（1号ヘ）、「代執行」（1号ト）、「協議」（2号）のほか、「一定の行政目的を実現するため普通地方公共団体に対して具体的かつ個別に関わる行為」で裁定的関与を除くもの（3号）を規定している。もっとも、地方自治法は、代執行と法245条3号の関与を例外的なものとして位置付けている（法245条の3第2項）。

このうち法245条1号トは、「代執行」につき、同括弧書きにおいて「普通地方公共団体の事務の処理が法令の規定に違反しているとき又は当該普通地方公共団体がその事務の処理を怠っているときに、その是正のための措置を当該普通地方公共団体に代わって行うことをいう」と定義している。そして、法245条の8において、代執行（等）の具体的な要件および手続を規定している（後述(3)）⁽³⁾。この規定は、前述の

-
- (3) 白藤博行「辺野古埋立不承認に関する国交大臣の『裁決的関与』と『勧告』・『是正の指示』」榊原秀訓・本多滝夫（編著）『地方自治をめぐる規範的秩序の生成と発展』（日本評論社、2024年）335頁以下（346頁）は、両規定の位置付けにつき、立法段階における地方分権推進委員会の議論を念頭に置いて、「一般ルール法としての地方自治法」が定める「典型関与」（法245条1項1号で列挙された関与類型）を具体化する目的で、「個別法としての地方自治法」が、それぞれ要件と効果を定めるものと説明している。

職務執行命令訴訟にかかる法旧151条の2を大部分において踏襲するものではあるが⁽⁴⁾、とりわけ例外的な位置付けにある「代執行」を行うにあたって、関与にかかる比例原則や地方公共団体の自主性・自立性への配慮の観点から（法245条の3第1項）、厳重な手続要件を課し、さらに裁判所に関与させることで、その発動を慎重なものとし、少なくとも各大臣等の一方的な意思による恣意的な発動を防止する趣旨である⁽⁵⁾。他の基本的関与類型については、これが違法に行われた場合には、地方公共団体の側が、国地方係争処理委員会に審査を申し出て、その結果等に不服がある場合には、国の関与に関する訴え（法251条の5第1項）を提起することができるが、代執行については、これとは異なる固有の司法的関与の仕組みが採用されている。

（3） 代執行の要件

法245条の8第1項は、各大臣は、①「その所管する法律若しくはこれに基づく政令に係る都道府県知事の法定受託事務の管理若しくは執行が法令の規定若しくは当該各大臣の処分違反するものがある場合又は当該法定受託事務の管理若しくは執行を怠るものがある場合において」（法令違反等の要件）、②「本項から第8項までに規定する措置以外の方法によつてその是正を図ることが困難であり」（補充性要件）、かつ、③「それを放置することにより著しく公益を害することが明らかであるとき」（公益侵害要件）の3要件をすべて満たす場合に、まず文書により、都道府県知事に対して当該違反を是正すべきこと等を勧告することができる旨を規定している。都道府県知事が、所定の期限までにこの勧告にかかる事項を行わない場合には、各大臣は、再度期限を定めて当該事項を行うべきことを指示することができる（同条2項）、都道府県知事が、所定の期限までにこの指示に従わない場合には、高等裁判所に対し、訴えをもって、当該事項を行うべきことを命ずる旨の裁判を請求することができる（同

（4） 宇賀克也『地方自治法概説〔第10版〕』（有斐閣、2023年）462頁、藤田宙靖『行政組織法〔第2版〕』（有斐閣、2022年）249頁参照。それゆえに、現行の法245条の8第1項が、代執行等の要件として「各大臣の処分」への違反を挙げているのも、これが旧職務執行命令訴訟の要件規定からそのまま引き継がれたためであるが、平成11年改正の趣旨に反するものであり、文言を変更または削除すべきであったとの指摘もある。立法過程における議論として、第145回国会参議院行財政改革・税制等に関する特別委員会第10号（平成11年7月7日）における阿部泰隆公述人の発言（発言番号373）を参照。また、村上順・白藤博行・人見剛（編）『新基本コンメンタール 地方自治法』（日本評論社、2011年）390頁以下〔白藤博行〕を参照。

（5） 松本英昭『新版 逐条地方自治法〔第9次改訂版〕』（学陽書房、2017年）1168頁。

条3項。以下、「代執行訴訟」という。)

公水法の本件各規定による沖縄県知事の承認にかかる事務は、第一号法定受託事務に該当するところ(公水法51条1号)、本件訴訟は法245条の8第3項に基づくものであり、原告の請求が認容されると、被告に対して、本件変更承認を行うべきことを命ずる旨の判決がなされ(同条6項)、所定の期限までに、被告が本件変更承認を行わない場合には、原告が被告に代わって当該事項を行うことができる(同条8項。以下、同条1項から8項までの措置を包括して「代執行等」という。)

(4) 本判決の意義と本稿における分析枠組み

法定受託事務にかかる代執行等が裁判上争われ、終局判決に至った事例は過去にないため⁽⁶⁾、本判決は、国の地方公共団体に対する代執行等につき、裁判所が初の終局的判断を示した事例として注目され、学術的にも検討する価値がある。

代執行等の要件として、法245条の8第1項に規定する3つの要件をすべて満たすことが要求される。本判決でも、もっぱら上記要件の該当性が争点とされているため、以下では、各要件判断に沿って検討を行う。もっとも、同条に基づく代執行訴訟の先例はなく、学説上も十分な解釈論が展開されているとは言い難い。この点につき、代執行訴訟は、前述のとおり機関委任事務にかかる職務執行命令訴訟(平成11年改正前の法151条の2)の制度を全体的に踏襲したものであるため、その議論を補助線として参照するのが有益であろう。以下では、代執行等の各要件判断につき、適宜、職務執行命令訴訟の議論を参照し、そこに平成11年の地方分権一括法による改正の趣旨を反映させて検討することとしたい。

2 法令違反等の要件

本件においては、法令違反等の要件につき、沖縄県知事が本件埋立承認を行わないことが、①「法令の規定」に違反するか、②「各大臣の処分」に違反するか、③「法定受託事務の管理若しくは執行を怠るものがある」かの3点が争われていたが、本判決は、①「法令の規定」への違反性のみを肯定し、「その余の点は判断するまでもない」として、②お

(6) ただし、本件に関連して、沖縄県知事(翁長知事)による埋立承認取消処分の取消しにかかる代執行等が裁判上争われたものの、福岡高等裁判所那覇支部において平成28(2016)年3月4日に和解に至った事例がある。

よび③の判断には立ち入らなかった（判旨2(4)）。以下では、本判決に沿って、①の要件を中心に検討する。

（1） 本判決の論理展開と問題設定

是正の指示（法245条の7）と代執行等（法245条の8）の両要件に共通して、いずれも「法令の規定」への違反が要求されている（以下、「法令違反要件」という。）。判旨2の理論的特徴は、これらを同一に解したうえで（判旨2(1)）、前者については、国土交通大臣による本件裁決およびこれが適法と判断された令和5年最判により、沖縄県知事が、本件裁決の拘束力に反して同一の理由に基づいて本件変更承認を行わないことが「法令の規定」（公水法の本件各規定）に違反するということが「確定」しているため（判旨2(2)）、これをもって——本件各規定にかかる実質的審査に立ち入ることなく——代執行等にかかる法令違反要件の充足が肯定されるという点にある。

また、被告は、令和5年最判が本件裁決の拘束力のみを理由に本件指示の適法性を認めていることを理由として「被告が本件変更申請を承認しないことが本件各規定に違反するとして地方自治法245条の8第1項の法令違反があるというためには、原告において本件変更申請が本件各規定の要件を充足することを主張立証しなければならない」と主張していた。これに対し、本判決は、令和5年最判が「本件変更不承認を取り消した本件裁決が本件各規定に違反することを理由としていることを摘示した上で、被告が本件変更申請を承認しないことは『法令の規定』に違反していると判示するとともに、本件裁決と同様の判断過程により実体判断をして本件指示を適法とした原審（福岡高等裁判所那覇支部）の判断を結論において是認して」いることを挙げたうえで（傍点は筆者）、ここでいう「『法令の規定』が公有水面埋立法の本件各規定を指すことは明らかであり、本件変更不承認が公有水面埋立法の本件各規定に違反することについては既にその判断が確定している」と判断した（判旨2(3)）。

「確定」という表現からは、令和5年最判が、被告の上記主張を遮断し、本件裁判所を拘束するものであるかのように読める。そこで、いまひとつ理論的に明らかにすべきであるのが、当事者または裁判所が法令違反の有無を主張立証または判断するにあたって、令和5年最判の判断に拘束されるか否か（後述(3)）、また、これに拘束されなくても、本判決のように、令和5年最判の判断を理由として法令違反の充足を肯定することが可能であるか、換言すれば、公水法の本件各規定への適合性にかかる判断を回避しえたのか（後述(4)）である。その前提として、他の関与類型に対

する争訟手続とは別個のものとして規定されている代執行訴訟について、本判決のように「是正の指示」と法令違反要件を同一に解することが妥当であるのか否か（後述(2)①）、また、法令違反要件という「法令の規定」とは何であるかについても検討しておく必要がある（後述(2)②）。

(2) 「法令の規定」への違反

① 要件の同一性

是正の指示と代執行等にかかる法令違反要件には文言上の差異があるため、異なる解釈が成り立つ余地がある。この点につき、本判決は、代執行等の「要件」を規定する法245条の8第1項ではなく、代執行の「定義」規定である法245条1号ト括弧書き（「普通地方公共団体の事務の処理が法令の規定に違反しているとき」）と、是正の指示の「要件」を規定する法245条の7を直接に対応させ、その文言上の同一性から、両法令違反要件を同一のものと解釈している（判旨2(1)）。もっとも、代執行の定義規定が、代執行等の要件規定の解釈にあたって参照される余地はあるとしても、本判決においては、是正の指示と代執行等の法令違反要件の同一性を直ちに帰結しうるだけの十分な論拠が示されているとは評価し難い。いずれにせよ、是正の指示と代執行等の「法令の規定（……）に違反」を同一に（あるいは別異に）解すべき理由があるか否かは、さらなる検討を要するというべきである。

両要件にかかる解釈上の明確な差異として、代執行等の要件を定める法245条の8第1項は、「法令の規定……に違反」と「法定受託事務の管理若しくは執行を怠るものがある場合」という要件を区分しているため、代執行等にかかる「法令の規定……に違反」は、厳密には「作為」にかかる法令違反のみを指し、法定受託事務の不作为による法令違反は、「法定受託事務の管理若しくは執行を怠る」の要件において審査すべきことになる⁽⁷⁾。他方で、法245条の7第1項には、このような区分が設けられていないため、同項にいう「法令の規定に違反」には、法定受託事務の処理にかかる不作为の違法性を含んでいる⁽⁸⁾。この意味で、両者における「法令の規定（……）に違反」の意義は異なる。とりわけ令和5年最判で肯定された法令違反とは、沖縄県知事が本件裁決によって取り消された本件変更不承認と「同一

(7) 松本・前掲注(5)1169頁。

(8) 和久一彦「判解」法曹時報74巻10号（2022年）2411頁以下（2422頁以下）。

の理由に基づいて上記申請を認容する処分をしないこと」、すなわち法定受託事務の処理にかかる不作為をいうのであるから、本件では「法定受託事務の管理若しくは執行を怠る」の該当性の問題として審査されるべきであったことになる。したがって、少なくとも判旨2(1)のように法令違反要件の同一性を前提に令和5年最判の要件判断をスライドさせるような論理は採用することができず、改めて法令違反等の要件を審査し直す必要があったといえる。

もっとも、本判決が問題とするような法定受託事務の「処理」と「管理若しくは執行」という文言による法解釈上の差異は、学説上も明確ではない⁽⁹⁾。このような文言上の不一致が生じたのが、法245条の8が旧職務執行命令訴訟の規定をほぼそのまま踏襲した結果であるとすれば、立法者は両者の区分を明確に意識しているわけではないと思われる。いずれにせよ、法令違反要件が「不作為」を含みうるか否か以外の点については、両要件を別意に解すべき理由は見当たらないように思われる。そうであるとすれば、法245条の8第1項の法令違反等の要件を全体として考えた場合、法245条の7の法令違反に当たる事実があれば、上記要件も充足されるという解釈もありえないではなく、両要件を同一に解する可能性は、なお残されている⁽¹⁰⁾。以下では、この可能性を前提として、本判決を検討することとするが、両要件の同一性を前提とした場合でも、令和5年最判と本判決では、その「法令の規定」の解釈または適用に差異があるように思われる。

② 「法令の規定」の意義

令和5年最判は、本件指示にかかる法令違反要件の判断において、裁決の拘束力（行政不服審査法52条）を根拠として、沖縄県知事が本件裁決によって取り消された本件変更不承認と「同一の理由に基づいて上記申請を認容する処分をしないこと」が「法令の規定に違反している」と判断しており、かつ、これ以上の判断——すな

-
- (9) 例えば、松本・前掲注(5)1121頁以下でも、両概念は、少なくとも明確には区別されていないように思われる。このことは、平成11年改正前の地方自治法の解説書（長野士郎『逐条地方自治法〔第12次改訂新版〕』（学陽書房、1995年）437頁）や職務執行命令訴訟の判例（例えば、最大判平成8年8月28日民集50巻7号1952頁）でも同様である。
- (10) 令和5年最判の調査官解説である和田山弘剛「判解」ジュリスト1595号（2024年）113頁以下（117頁）が、令和5年最判の「説示に照らせば、代執行における法令違反要件（自治245条の8第1項）にも同様の考えが妥当する」と指摘するのも、合理的に読むならば、このような可能性を前提とするものと思われる。

わち、公水法の本件各規定にかかる実体的判断 — を示していない。ここでいう「法令の規定」が何を指すのか判決文からは判然としないが、判決文を素直に読むならば、直接的には、裁決の拘束力について規定する行政不服審査法52条をいうものと解される⁽¹¹⁾。これに対して、本判決は、令和5年最判で判断されている「法令の規定」につき「公有水面埋立法の本件各規定を指すことは明らかである」と明言しており、代執行等にかかる法令違反についても、あくまで本件各規定への違反が問題となるとしている。

学説上は、「法令の規定（……）に違反」を「文字どおり違法な場合」と説明するものがあり⁽¹²⁾、このような説明からは、その意義を広く捉える余地もないではない。しかし、最高裁判所調査官解説によれば、法245条の7の法令違反要件につき、前回訴訟のように法定受託事務としての法令に基づく申請に対する応答の不作為が問題となる場合で、かつ、当該申請に対して特定の措置をすべき旨の是正の指示（特定型の指示）が争われるときには、「法令違反の要件としては、『相当の期間』の経過に加え、特定の措置を講ずべきことがその根拠となる法令の規定から明らかであると認められ、又は当該措置を講じないことが裁量権の範囲を超え若しくはその濫用となると認められることが必要である」という⁽¹³⁾。すなわち、義務付け訴訟の本案要件に対応させて、羈束処分については、処分の根拠法令の要件に照らして、また、裁量処分については、当該処分をしないことが、その根拠法令によって与えられた裁量権の逸脱・濫用に当たるか否かにより、つまり根拠法令に照らして当該特定の処分をすべき義務が認められるか否かにより、「法令の規定」への違反を判断すべきであるという。前述のように、是正の指示にかかる法令違反要件と代執行等にかかる法令違反等の要件を同一に解するならば、このことは代執行等にかかる法令違反等の要件にも妥当するといえよう。加えて、是正の指示や代執

(11) 石崎誠也「地方自治法第251条の5に基づく違法な国の関与（是正の指示）の取消請求事件」高岡法学42号（2023年）121頁以下（128頁）も同旨と思われる。

(12) 是正の要求に関する解説であるが、松本・前掲注(5)1158頁、村上ほか・前掲注(4)382頁〔白藤〕。

(13) 和久・前掲注(8)2423頁。和久は、法定受託事務の処理にかかる不作為について、各大臣が①「措置の内容までは特定せずに、一定の期間内に何らかの措置を講ずべき」旨の是正の指示（不特定型の指示）を行う場合と、②「措置の内容を特定して、一定の期間内に一定の措置を講ずべき」旨の是正の指示（特定型の指示）を行う場合に分け、①について不作為の違法確認訴訟等の救済手段を、②について、申請型義務付け訴訟の本案勝訴要件を参考として検討している。

行等が、各大臣の「所管する法律若しくはこれに基づく政令に係る都道府県知事の法定受託事務」の処理ないし管理・執行を対象としていることからしても、「法令の規定」への違反は、その所管する法定受託事務の根拠法令の規定、すなわち本件では公水法の本件各規定に照らして判断されるべきであり、この点において、本判決の上記判断は正当であると評価できる。

さて、本判決が、本件指示と代執行等との要件上の同一性を強調し、公水法の本件各規定の適合性にかかる実質的判断を避けるのであれば、令和5年最判に沿った判断をすべきであったところ、本判決と令和5年最判の判断には齟齬が見受けられる。本判決は、「法令の規定」を「公有水面埋立法の本件各規定」と解釈すべきとの前提に立ち、令和5年最判をこれと整合する形で理解し直したものと評価できるが、そうであるとすれば、令和5年最判が、なぜ公水法の本件各規定にかかる要件判断を正面から扱わなかったのかという疑問が再度浮き彫りにされることになる。

(3) 令和5年最判または本件判決の実質的確定力？

① 令和5年最判の既判力・争点効

イ 既判力

本件訴訟は、行政事件訴訟法2条にいう「行政事件訴訟」のうち機関訴訟（同法6条）に位置付けられる。そして、行政事件訴訟に関し、行政事件訴訟法に規定のない事項については、民事訴訟の例により処理されることとなる（同法7条）。ここで、令和5年最判で「確定」したとされる判断が、被告の主張を遮断し、あるいは受訴裁判所を拘束する効力を有するとすれば、それは判決の既判力の問題であると考えられる。

民事訴訟法学説において、確定した終局判決には、これを上訴等の通常の不服申立方法によって覆すことのできなくなる効力（形式的確定力）があるほか、当事者がその判断に拘束され、新たに訴えを提起するなどの方法によって、同一事項について異なる主張をすることができないという効力（実質的確定力または既判

力)があると説明される⁽¹⁴⁾。既判力の有する積極的作用として、後訴裁判所は、既判力の生じた前訴判決の訴訟物について、その判断を前提として判断をしなければならず、消極的作用として、前訴の当事者は、既判力の生じた前訴判決の判断に反する主張・立証をすることはできなくなり(遮断効)、後訴裁判所もこのような攻撃防御方法を却下しなければならないと説明される⁽¹⁵⁾。

既判力は、原則として、判決主文に包含するものに限り生ずる(民事訴訟法114条1項)。すなわち、判決理由中の事実認定や法律判断には既判力は生じないため、他の訴訟で同一事実や同一の法律問題が争われても、後述の争点効が生じない限り、裁判所は別の認定・判断が可能である⁽¹⁶⁾。既判力が問題となる場合として、民事訴訟法学説においては、(i)後訴の訴訟物が前訴の訴訟物と同一である場合、(ii)前訴の訴訟物が後訴の訴訟物の先決問題となっている場合、(iii)前訴の訴訟物と後訴の訴訟物が矛盾関係に立つ場合の3つが論じられている⁽¹⁷⁾。

ロ 前回訴訟と本件訴訟の訴訟物

(i)につき、前回訴訟は、是正の指示にかかる関与取消訴訟である。抗告訴訟としての取消訴訟における訴訟物は、判例・通説によれば、係争処分の違法性一般であるとされている⁽¹⁸⁾。このことは、機関訴訟と位置付けられるものの、取消訴訟の形式をとる関与取消訴訟についても、同様に解することができよう⁽¹⁹⁾。

他方で、本件訴訟は変更承認処分の義務付け訴訟としての性格を有すると解さ

(14) 秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅱ〔第3版〕』(日本評論社、2022年)476頁以下、長谷部由起子『民事訴訟法〔第4版〕』(岩波書店、2024年)282頁以下、伊藤眞『民事訴訟法〔第8版〕』(有斐閣、2023年)576頁以下、新堂幸司『民事訴訟法〔第6版〕』(弘文堂、2019年)714頁以下、三木浩一・笠井正俊・垣内秀介・菱田雄郷『民事訴訟法〔第4版〕』(有斐閣、2023年)424頁以下等を参照。

(15) 長谷部・前掲注(14)285頁以下を参照。

(16) 新堂・前掲注(14)702頁。

(17) 例えば、秋山ほか・前掲注(14)484頁以下、長谷部・前掲注(14)286頁。

(18) 南博方(原編著)高橋滋・市村陽典・山本隆司(編)『条解行政事件訴訟法〔第5版〕』(弘文堂、2023年)242頁以下〔人見剛〕。判例として、最判昭和53年9月19日判時911号99頁などを参照。

(19) 高橋ほか・前掲注(18)241頁〔人見〕も、「関与取消訴訟等は抗告訴訟的なもの」であり、「行政訴訟独自の訴訟物論としては、やはり抗告訴訟を取り出して論ずれば足りる」として、関与取消訴訟についても抗告訴訟に準じた取扱いを示唆している。

れ⁽²⁰⁾、その法的性格については、抗告訴訟としての義務付け訴訟に準じて考えることができる⁽²¹⁾。もっとも、義務付け訴訟の訴訟物をいかに考えるかは若干の検討を要する。抗告訴訟としての義務付け訴訟については、その法的性質を給付訴訟と構成するか、形成訴訟と構成するかによって訴訟物の捉え方が異なる。このような見解の対立は、実体上の給付請求権を観念できるか否かという論点に由来するものである。義務付け訴訟に訴訟要件や本案勝訴要件が法定されているのは、給付（行政処分）請求権が予定されていないためであると解し、義務付け訴訟を形成訴訟として構成する立場からは、その訴訟物は「一定の処分をしないことの違法性」であると説明される⁽²²⁾。他方で、義務付け訴訟を給付訴訟として構成する立場からは、その訴訟物は、「原告の有する実体法上の給付請求権」（行政処分請求権）であるとされる⁽²³⁾。このような請求権は、とりわけ申請型義務付け訴訟においては、原告の申請権を根拠とすることができ、非申請型義務付け訴訟についても、一定の処分をすべき行政庁の義務が認められる場合には、原告の処分請求権が観念されうる⁽²⁴⁾。

さて、本件訴訟をいずれと構成すべきかについては、さらなる検討を要するが、ここでの議論との関係では、形成訴訟説と給付訴訟説のいずれによっても、関与取消訴訟とは訴訟物が異なることだけ確認できれば十分である。すなわち、関与取消訴訟において判断されたことは、本件指示の適法性であり⁽²⁵⁾、変更承認を

(20) 松本・前掲注(5)1171頁や、村上ほか・前掲注(4)392頁〔白藤〕によれば、正確には「義務付け訴訟的性格」と説明される。

(21) 高橋ほか・前掲注(18)241頁〔人見〕。

(22) 形成訴訟説は、実務や民事訴訟法学説において有力であるとされている。高橋ほか・前掲注(18)248頁〔人見〕、山本和彦「行政事件訴訟法の改正について」ジュリスト1277号（2004年）37頁等を参照。

(23) 行政法学説においては、給付訴訟説が有力である。塩野宏『行政法Ⅱ〔第6版〕』（有斐閣、2019年）248頁。

(24) 高橋ほか・前掲注(18)248頁以下〔人見〕。

(25) なお、取消訴訟に特有の問題として、取消訴訟の請求棄却判決が確定すると、後訴において、その既判力により、当該処分の違法主張がすべて遮断されるという問題がある。判例（最判昭和48年3月27日集民108号529頁）は、前訴換地処分取消訴訟において請求棄却の判決が確定した場合に、当該換地処分の違法を理由とする国家賠償請求において、当該換地処分が違法であるとの判断はできないとしている。本件訴訟では法245条の8第1項の各要件判断が問題となるのであり、被告は本件指示の違法性を主張しているわけではないから、いずれにせよ令和5年最判の既判力は問題とはならないだろう。

しないことの違法性または変更承認を求めることのできる国土交通大臣の請求権の存在ではない。

ハ 是正の指示と代執行の関係

上記(ii)および(iii)を検討するにあたっては、是正の指示と代執行の関係を整理する必要がある。一般に、是正の指示は、地方公共団体に対して法定受託事務の処理にかかる違反の是正ないし改善の措置を講ずべき法的義務を課すものと理解されている⁽²⁶⁾。そして、代執行は、各大臣が、その所管する法令に基づく法定受託事務の適正な管理・執行を都道府県知事に代わって実現するものである。

もともと、両者の関係は、行政処分とその義務履行確保のための行政代執行の関係とは異なる。すなわち、第一に、地方自治法上の代執行は、その要件上、必ずしも是正の指示が行われることを予定するものではない（代執行訴訟を提起するにあたり、法245条の8第2項の「指示」は前置されるが、これは法245条の7第1項の「是正の指示」とは異なる）。第二に、是正の指示の適法・違法にかかわらず、各大臣が代執行を行う際には、代執行訴訟手続を経る必要がある。反対に、是正の指示が適法に存在するとしても、一般的な行政処分のような公定力は観念されないと解される。すなわち、是正の指示を関与取消訴訟において取り消さなければ、代執行訴訟においてその違法性を争うことができないという関係にはない。なぜならば、このように解した場合には、代執行に訴訟手続が要求されている趣旨に反するからである⁽²⁷⁾。最後に、是正の指示の要件は「その所管する法律又はこれに基づく政令に係る都道府県の法定受託事務の処理が法令の規定に違反していると認めるとき、又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」であるため、代執行訴訟のように、法令違反等、補充性、公益侵害の

(26) 松本・前掲注(5)1163頁、宇賀・前掲注(4)442頁を参照。

(27) 兼子仁「新地方自治法における解釈問題」ジュリスト1181号(2000年)40頁以下(46頁)。また、白藤博行「『代執行訴訟』における裁判所の審査権」法律時報96巻4号(2024年)4頁以下(6頁)では、「『是正の指示』関与訴訟で『是正の指示』の『適法性』が確定した場合であっても、代執行訴訟で決着がつくまで、その『適法性』は『仮象の適法性』というべきものであり、その実体的適法性(関与に不服がある相手方からすれば実体的違法性)は、代執行訴訟における裁判所の判断を待たねばならない」とされている。また、行政法研究者有志一同による声明「9.4辺野古最高裁判決および国土交通大臣の代執行手続着手を憂慮する」地方自治問題研究機構HP(<https://www.jilg.jp/topics/2023/09/28/1648>:2024年7月1日最終確認)も参照。

3要件をすべて満たさなくとも適法と判断されうる。ゆえに、是正の指示が関与取消訴訟において適法と判断されても、代執行訴訟において各大臣の請求が棄却される場合は観念されうる。

さて、上記(ii)につき、前回訴訟の訴訟物が代執行訴訟（承認の義務付け）の先決問題であるというためには、是正の指示が適法であることが、代執行等の要件判断に関わるものでなければならない。しかし、法245条の7に規定する是正の指示の有無あるいはその適法性は、代執行等の要件には直接に関わるものではないため、これが本件訴訟において承認を義務付けるうえでの先決問題であるとは言い難い。そして、(iii)については、是正の指示にかかる取消請求の棄却——すなわち本件指示の適法性——と承認の義務付け請求の棄却が両立しうるかが問題となるが、前述のとおり要件が異なる以上、是正の指示の適法性判断と、代執行訴訟の棄却は両立しうるものであり、矛盾関係に立たないと解される。

もっとも、原告は前回訴訟等において自ら本件指示の違法性を争っており、それに対する裁判所の判断は、令和5年最判等において一応は示されている。そうすると、代執行訴訟において、これと矛盾する主張立証をすることが、紛争の蒸し返しとなりうる側面は否定できない。その意味で、前述のとおり法令違反要件の同一性を前提として、要件判断のレベルでは両者を同一に解する本判決の意図も全く理解できないではない。ただし、この点については、既判力ではなく、争点効や信義則の問題として検討すべきであろう。

二 争点効・信義則

民事訴訟法学においては、後訴裁判所や当事者の前訴の判決理由中への拘束を認める理論として、争点効が論じられている。争点効の要件として、学説上は、①前訴および後訴の主要な争点について、②当事者が十分な主張立証を尽くしてこれを争い、③裁判所がこれについて実質的な判断を示した場合には、④前訴と後訴の係争利益がほぼ同等である（または前訴の係争利益の方が大きい）限り、後訴において争点効が生じ、⑤当事者の援用により、後訴裁判所は前訴判決に拘束されることが論じられる⁽²⁸⁾。判例は、争点効を認めることに消極的であるが（最

(28) 秋山ほか・前掲注(14)514頁、長谷部・前掲注(14)309頁、伊藤・前掲注(14)599頁以下、新堂・前掲注(14)718頁以下、三木ほか・前掲注(14)445頁以下を参照。

判昭和44年6月24日判時569号48頁)、信義則の観点から、前訴の蒸し返しとなるような主張を排斥するものがある(最判昭和51年9月30日民集30巻8号799頁)。

前述(2)②のとおり、本件訴訟 — およびこれと要件を同一とするとされる前回訴訟 — で問題となる法令違反(等の)要件は、公水法の本件各規定に照らして判断されるべきところ、令和5年最判は、本件各規定にかかる要件判断を正面から取り上げたものではない。この点につき、本判決は、令和5年最判が「本件変更不承認を取り消した本件裁決が本件各規定に違反することを理由としていることを摘示した」ことと、「本件裁決と同様の判断過程により実体判断をして本件指示を適法とした原審(福岡高等裁判所那覇支部)の判断を結論において是認して」いることを根拠に、「本件変更不承認が公有水面埋立法の本件各規定に違反することについては既にその判断が確定している」という(傍点は筆者)。要するに、令和5年最判が、本件各規定にかかる実質的審査を行った本件裁決や原審の判断を俎上に載せたうえで、その判断を明確に否定することなく、(理由付けは異なるとしても)同様の結論に至った点をとらえ、前回訴訟の一連の過程を通じて、上記争点が十分に争われ、最終的に令和5年最判で決着したことを強調するものと思われる。しかし、令和5年最判は、むしろそのような実質的な判断を行った原審(福岡高判令和5年3月16日民集77巻6号1291頁)を考慮せず、本件裁決の拘束力のみを根拠とした形式的審査に徹している⁽²⁹⁾。ゆえに、争点効の要件とされるもののうち、上記③の点において、令和5年最判において実質的な判断が示されたとはいえず、その判断に争点効を認めることは困難である。

また、本判決は、沖縄県知事が自ら本件裁決や本件指示を争い、最終的には、令和5年最判をもってその解決方法が確定したにもかかわらず、なおこれを争おうとする姿勢を、地方自治の諸制度や法の支配・法治主義の観点から問題視しており(判旨4(4))、このことを法令違反等の要件のレベルで「紛争の蒸し返し」として扱い、信義則に反すると考えた可能性もある。しかし、本件裁決については、少なくとも一連の争訟手続においては沖縄県知事がこれを争うことができなかったにもかかわらず⁽³⁰⁾、令和5年最判においても、本件各規定にかかる実質

(29) 白藤・前掲注(27)5頁。

(30) 岡田正則「行政機関が『終審として裁判を行ふ』ことにしてよいのか？」法学セミナー818号(2023年)42頁以下、人見剛「辺野古埋立承認撤回処分取消裁決の取消請求事件」自治総研546号(2024年)49頁以下等を参照。

的審査が、本件裁決の拘束力ゆえに阻まれたことになる。ゆえに、代執行訴訟において、実質的審査を求めることが信義則に反すると解すべき事情もないだろう。

以上によれば、本件訴訟において、当事者や裁判所が令和5年最判の判断に拘束されるべき理由はないといえる⁽³¹⁾。

② 本件裁決の効力

なお、令和5年最判の効力ではなく、本件裁決の効力ゆえに、被告が本件裁決の趣旨に反する主張を妨げられ、裁判所の審査権が制限されるという可能性も全く考えられないではない。本判決は、本件裁決の拘束力をそれほど重視していないように思われるが、この点につき念のため言及しておきたい。もともと、本件裁決の拘束力をめぐっては、すでに令和5年最判の評釈等において議論が展開されてきたため、ここでは既存の議論をもとに、本件裁決の拘束力を根拠として被告の主張や裁判所の審査を制限するような解釈は採り難いことが確認できれば十分である。学説上の議論の筋としては、以下のようなものがある。

第一に、本件に裁決の拘束力を原則どおりに及ぼすことに疑問を呈するものがある⁽³²⁾。すなわち、本件では、国土交通大臣が、裁定的関与により、沖縄県知事の判断をコントロールする一方で、その背後には沖縄県と国の係争があり、審査請求人が国の機関である点で、純然たる私人が審査請求人となる場合とは異なることを理由とした見解である。とりわけ本件では、沖縄県知事が本件裁決につき司法審査を受ける可能性が他になく（最判令和2年3月26日民集74巻3号471頁や最判令和4年12月8日民集76巻7号1519頁を参照）、本件指示や代執行等にかかる司法審査の中で本件裁決に反する主張を認めなければ、国の関与に対する司法的関与の仕組みを形骸

(31) 武田真一郎「辺野古埋立の設計概要変更承認を求める国土交通大臣の是正の指示の取消しを請求した沖縄県知事の訴えにつき知事の上告が棄却された事例」成蹊法学99号（2023年）379頁以下（393頁）も同旨。また、田中良弘「本件判批」法学教室523号（2024年）101頁も「本判決の上記判示は、法定受託事務の処理に法令違反があることを理由に是正の指示が適法である旨の判断がされて確定した場合、その後の代執行訴訟において原告があらためて被告の法定受託事務の管理又は執行に法令違反があることを具体的に主張立証する必要はないことを述べたにとどまり、被告が法令違反に該当しないことを抗弁として主張立証することについて一切認めない趣旨ではないと解すべきであろう」と指摘している。

(32) 興津征雄「判批」法学教室520号（2024年）115頁。

化することになりかねない⁽³³⁾。

第二に、本件裁決の拘束力は、本件指示（ないし代執行等）にかかる法令違反（等の）要件の判断に直接影響を与えるものではないという見解である⁽³⁴⁾。すなわち、裁決の拘束力は、処分庁に対し、再度の申請に際して、同一事情・同一理由の下で同一処分をすることを禁じ、裁決の趣旨に従って処分をすべきことを義務付けるのみであり、当該申請がその申請要件を充足することを確定するものではない⁽³⁵⁾。また、「私人」の権利救済を主たる目的とする審査請求と、国の地方公共団体に対する関与は別個独立の制度であるため、本件指示（ないし代執行等）と本件裁決は、別の固有の措置であるとして、その適法性についても切り離して検討されるべきであると指摘するものがある⁽³⁶⁾。

第三に、本件裁決には、これと矛盾する主張を裁判所の審理範囲から除外する効力はないという指摘がある⁽³⁷⁾。このような効力は、行政行為の実質的確定力として論じられてきたが、学説は争訟裁断行為としての行政行為であってもこれに実質的確定力を認めることに極めて慎重であり、少なくとも本件裁決に実質的確定力を認める法律上の根拠は存在しない⁽³⁸⁾。とりわけ代執行訴訟においては、裁判所は実質的審査をなしうるのであるから（後述(4)）、本件訴訟において、本件裁決の

(33) 興津・前掲注(32)115頁。また、武田・前掲注(31)393頁、白藤博行「9・4辺野古最高裁判決——こんなずさんな『審理員判決』でよいのか」世界2023年11月号10頁以下も参照。

(34) 石崎・前掲注(11)124頁以下。

(35) 山田健吾「裁決の拘束力と裁定的関与」専修大学法学研究所所報66号（2023年）27頁以下（36頁）、武田・前掲注(31)390頁以下、石崎・前掲注(11)125頁以下。なお、国土交通大臣は、沖縄県知事の上級行政庁ではないため、行政不服審査法上は変更承認を命ずることもできないが（同法46条2項）、裁決の拘束力を理由としてこれに反する被告の主張を制限してしまえば、事実上、承認を命じたのと同様の効果を生ずることになりかねない。

(36) 石崎・前掲注(11)127頁参照。この点に関連して、令和5年最判は、沖縄県知事が、本件裁決によって取り消された本件変更不承認と同一の理由により、申請を承認しないとすると「処分の相手方が不安定な状況に置かれ、紛争の迅速な解決が困難となる」と判示しており、本件で、原告が本件裁決の拘束力を主張するのも、処分の相手方の法的安定性の保護を旨とするものと思われる。しかし、最高裁の判断（前掲最判令和2年3月26日）を前提とすれば、仮に代執行訴訟で国の請求が認められなかったとしても、その判決は「私人」たる国（沖縄防衛局）の法律関係に何ら変動を与えるものではなく、また、「私人」たる国には、自らの申請を満足するために、抗告訴訟による救済の途が残されている。あくまで両制度は別個独立のものとして議論すべきであろう。

(37) 山田・前掲注(35)27頁以下（31頁以下）。

(38) 山田・前掲注(35)34頁。

判断が裁判所を拘束すると解することは困難であろう。

(4) 裁判所の審査の範囲

以上の検討は、裁判所が、令和5年最判や本件裁決の判断に拘束されないことを明らかにしたにとどまる。そこで、本件裁判所が、令和5年最判を引用して、もっぱら形式的な審査により、国の請求を認容することができるか否かがなお問題となる。この点につき、職務執行命令訴訟に関する判例であるが、砂川事件最高裁判決（最判昭和35年6月17日民集14巻8号1420頁）は、以下のように判断している。

「国の委任を受けてその事務を処理する関係における地方公共団体の長に対する指揮監督につき、いわゆる上命下服の関係にある、国の本来の行政機構の内部における指揮監督の方法と同様の方法を採用することは、その本来の地位の自主独立性を害し、ひいて、地方自治の本旨に戻る結果となるおそれがある。そこで、地方公共団体の長本来の地位の自主独立性の尊重と、国の委理事務を処理する地位に対する国の指揮監督権の実効性の確保との間に調和を計る必要があり、地方自治法146条は、右の調和を計るためいわゆる職務執行命令等訴訟の制度を採用したものと解すべきである。そして同条が裁判所を関与せしめその裁判を必要としたのは、地方公共団体の長に対する国の当該指揮命令の適法であるか否かを裁判所に判断させ、裁判所が当該指揮命令の適法性を是認する場合、はじめて代執行権及び罷免権を行使できるものとするることによつて国の指揮監督権の実効性を確保することが、前示の調和を期し得る所以であるとした趣旨と解すべきである。この趣旨から考えると、職務執行命令訴訟において、裁判所が国の当該指揮命令の内容の適否を実質的に審査することは当然であつて、したがつてこの点、形式的審査で足りるとした原審の判断は正当でない。」

「そして、裁判所が実質的に審査するについては、司法審査固有の審判権の限界を守ることはいふまでもないところであり、且つ行政の適正敏速な処理を妨げることのないよう配慮した同条及び職務執行命令等訴訟規則の趣旨に則り特に速やかなる裁判を為すべきことは当然ではあるが、いやしくも、裁判所の審査権の限界内にあると認められる限りにおいては、裁判所はこれが実質的な審査を回避しもしくは拒否し得べきものではない。」

上記事例にいう形式的審査とは、主務大臣と都道府県知事が「上命下服」の関係にあることを前提として、職務執行命令が「形式的要件（当該命令が所定の方式を具備すること、都知事が当該事項につき命令権を有すること又は命令事項が町長の権限内の国の事務に属することその他の要件）を欠き又は不能の事項を命じている場合」に該当するか否

かの審査をいう⁽³⁹⁾。上記判例によれば、職務執行命令訴訟においてはこのような審査では足りず、「裁判所の審査権の限界内にあると認められる限りにおいては」実質的審査が要請される。そうでなければ、職務執行命令訴訟制度は、実質上骨抜きに近い結果となりかねないためである⁽⁴⁰⁾。このことは現行制度においても妥当すると考えられ、むしろ国と地方が対等・協力の関係において法定受託事務を処理する現行制度においては、地方自治保障の観点から、なお実質的審査が要請されるというべきであらう⁽⁴¹⁾。

(5) 小 括

以上によれば、本件訴訟においては、法令違反等の要件の判断にあたり、公水法の本件各規定への違反性について実質的な判断が示されるべきであったと解される。そして、このような実質的審査を尽くさなかった令和5年最判を援用することで、法令違反等の要件の充足を認めるべき理由はなく、また、砂川事件最高裁判決の趣旨に鑑みても、このような形式的審査は、現行の関与法制ないし代執行訴訟の趣旨に反し、許されないといえよう。

3 補充性要件

(1) 本判決の論理展開

判旨3の特徴は、第一に、法245条の8第1項にいう「本項から第8項までに規定する措置以外の方法」（以下、「代執行等以外の方法」という。）につき、代執行にかかる定義規定を参照して、「地方自治法の定める法定受託事務の適正な執行を図るための措置をいい、具体的には、地方自治法245条の7の規定に基づく是正の指示等」というと判断している。これに対して、被告は、上記の「方法」には地方自治法上の個別関与に限らず、政治的方法を含む他のあらゆる方法が含まれることを前提として、国が沖縄県からの対話の求めを無視し、十分な対話の場を設けないままに代執行等の

(39) 白石健三「判解」最高裁判所判例解説民事篇昭和35年度225頁以下。

(40) 白石・前掲注(39)229頁。

(41) 松本・前掲注(5)1171頁。白藤博行「辺野古代執行判決——地方自治の憲法保障を揺るがす激震」月刊全労連325号(2024年)1頁以下(5頁)は、本判決を「形式審査の極み」とであると批判する。同前掲注(27)5頁も参照。

手続を行うことは、補充性要件を欠く旨主張していたが、このような「対話」は、代執行等以外の方法に該当しないと判断されている（後述(2)①）。

第二に、代執行等以外の方法により「その是正を図ることが困難である」ことの判断にあたって、「被告において本件変更申請を承認しないという意思は明確かつ強固である」（被告主張の「対話」についても、被告が本件変更申請を承認しないことを前提とするものであることは明らかである）という理由から、代執行等以外の方法により法定受託事務の適正な執行を図ることは困難であるとしている（後述(2)②）。

第三に、本判決は、代執行等の補充性を判断するにあたって、「より早期に」当該事務の適正な執行を図り得る方法があるか否かという考慮要素を挙げている（後述(2)③）。

(2) 補充性要件の解釈・適用

① 代執行等「以外の方法」の解釈

本判決は、代執行等以外の方法につき「地方自治法の定める」「法定受託事務の適正な執行を図るための」措置をいうと限定的に解釈している。この点につき、地方自治法に関する主要な逐条解説書においても、代執行等以外の方法という要件は、「『法定受託事務』の適正な執行を図るための措置」をいうと説明され⁽⁴²⁾、その例として、松本英昭は「第245条の7の規定に基づく是正の指示などを指す」と説明しており⁽⁴³⁾、判旨は、このような説明に沿ったものと理解することができる。もともと、松本の説明からは、これを地方自治法に規定される個別関与の手段に限定する趣旨までは明らかではない。他方で、白藤博行によれば、代執行等以外の方法の例として、地方自治「法を直接根拠にして行うものとしては、技術的な助言または勧告、是正の指示などが想定されよう」と説明されており⁽⁴⁴⁾、必ずしも地方自治法に規定する手段に限定して解する必要はないように思われる⁽⁴⁵⁾。

いずれにせよ、本判決では、被告主張の「対話」のような地方自治法の想定しな

(42) 松本・前掲注(5)1169頁、村上ほか・前掲注(4)391頁〔白藤〕参照。

(43) 松本・前掲注(5)1169頁。

(44) 村上ほか・前掲注(4)391頁〔白藤〕。

(45) 片木淳「地方分権改革の理念を無視した最高裁判決——辺野古訴訟と自治体の『裁判を受ける権利』」月刊自治研777号（2024年）26頁以下（30頁）は、本判決の限定的な解釈につき「那覇支部判決はその根拠・理由を示しておらず、恣意的な解釈である」と批判する。白藤・前掲注(41)6頁も参照。

いインフォーマルな手段は、代執行等「以外の方法」に該当しないと判断されている。もっとも、法2条12項や関与に関する基本原則に照らして⁽⁴⁶⁾、また、国の地方公共団体に対する基本的な関与の手段の1つとして「協議」が想定されている趣旨からも⁽⁴⁷⁾、「対話」による解決が代執行等「以外の方法」からただちに排除されるとまでは言い難い。むしろ問題となる公益（後述4）が「極めて政治的」な性格であるため、「国民の安全を考えて動く政府と、住民の意見を掲げて動く（住民自治・団体自治）沖縄県との話し合いを通じて、政治決着を探る以外に、本質的な解決はない」との指摘もあり⁽⁴⁸⁾、本件のような事例では「対話」による解決の重要性はいっそう強調されうる（この点につき、本判決の付言も参照）。さらに、本判決は、熟議の末、第三案が生み出される可能性を見逃しており、結論ありきの論理ではないかとの批判もある⁽⁴⁹⁾。

② 他の手段による是正の困難性

本判決は、代執行等以外の方法により「その是正を図ることが困難」の判断に際して、被告が本件変更申請を承認しないという意思が明確かつ強固であることを考慮している。また、「対話」については、代執行等「以外の方法」には該当しないものの、これを措くとしても、本件埋立事業に関する沖縄県の立場に照らすと、被告主張の「対話」が「被告が本件変更申請を承認しないことを前提とするものであることは明らかである」として、結論において補充性要件の充足を肯定している。

この点に関連し、職務執行命令訴訟にかかる最大判平成8年8月28日民集50巻7号1952頁では、原審（福岡高那覇支判平成8年3月25日判時1563号26頁）による補充性要件の判断を正当として是認しているが、原審も、沖縄県知事の「署名等代行の拒否の意思は固い」ことを理由に補充性要件を肯定している。すなわち、職務執行命

(46) 片木・前掲注(45)30頁。

(47) 「辺野古代執行訴訟 判決文を読み込むと明らかな矛盾が — 『対話』は解決策にあたるのか、あたらぬのか」琉球放送株式会社（RBC）2023年12月21日の報道（<https://newsdig.tbs.co.jp/articles/rbc/907644?display=1>；2024年7月10日最終閲覧）において、武田真一郎成蹊大学教授は「地方自治法は国と地方公共団体が協議するということも、国による関与の1つの方法として挙げているので、協議や話し合いが解決の手段ではないとは必ずしも言えないと私は思う」とコメントしている。

(48) 板垣勝彦『地方自治法の現代的課題』（第一法規、2019年）220頁以下（234頁以下）。

(49) 徳田博人「辺野古問題 — 代執行訴訟と地方自治の危機」住民と自治2024年3月号22頁以下（24頁）。

令訴訟制度の下でも、都道府県知事が一定の措置をとることを拒否する姿勢が明白であり、国において、代執行によるのでなければその是正が期待されない場合には、補充性要件が満たされるという判断がなされており、本判決はこれを踏襲するものと思われる。

もっとも、現行制度においては、国と自治体の対等・協力関係の下で、法定受託事務は地方公共団体の事務として位置づけられ、関与にかかる比例原則にも照らし、とりわけ例外的に位置付けられる代執行は抑制的に解されるという点で、職務執行命令訴訟とは考え方が根本的に異なることに留意すべきであろう。また、代執行訴訟における国と地方の利益対立の構造に鑑みれば（後述4(2)）、代執行等を争う被告が、原告の指示する措置を行わない明確かつ強固な意思を示すことは当然のことであるといえ⁽⁵⁰⁾、このことのみをもって他の手段による是正の困難性を認めることには、やや疑問が残る。とはいえ、前述①のように代替手段を限定解釈する以上、原告にとって是正を図るために利用できる手段は事実上ほかにないといえるから、是正の困難性を認めざるをえないように思われる。問題は、前述①のとおり、むしろ代執行等「以外の方法」の解釈を限定しすぎることにあるといえよう。

③ 補充性を緩和しうる考慮要素

本判決は、補充性判断において法定受託事務の適正な執行を「より早期に」図り得る方法があるか否かという観点を挙げる。もっとも、代執行等に代わる手段の有無を検討する際に、これらの要素を考慮すべきであるのかは議論の余地がある⁽⁵¹⁾。

この点につき、いわゆる補充性要件の判断においては、これを厳格に解するか、緩やかに解するかが問題となることがある。例えば、行政事件訴訟法36条に規定される無効等確認訴訟の「現在の法律関係に関する訴えによつて目的を達することができないものに限り」の要件をめぐっては、これを厳格に解し、「現在の法律関係に関する訴え」に還元することのできない場合を指すとする説（最判昭和45年11月6日民集24巻12号1721頁）や、現在の法律関係に関する訴えでは「目的を達することができない」場合を指すとする説のほか、無効等確認訴訟で争う方が紛争解決の観点

(50) 片木・前掲注(45)30頁。

(51) この点につき、批判的な見解として、徳田・前掲注(49)24頁を参照。また、白藤・前掲注(41)6頁は、「私人」としての審査請求と関与を重ねて行っている国の対応が、「簡易迅速な問題解決」とはかけ離れていることを指摘する。

から「直截的で適切」である場合には、補充性要件を満たすと柔軟に解する説（最判昭和62年4月17日民集41巻3号286頁）がある⁽⁵²⁾。

このような議論に照らせば、代執行訴訟における補充性要件の判断についても、代執行との比較で、より迅速または適切な手段があるか否かという要素を考慮する可能性はただちに否定できない。しかし、国民の権利利益の救済を目的とする訴訟と国の法定受託事務の適正な執行を図る訴訟とでは、その要件解釈の方向性も自ずと異なりうる。とりわけ本判決のように国の代執行の可能性を拡大する解釈は、代執行訴訟を例外的な関与手段と位置付ける法245条の3第2項との関係で緊張関係に立ちうるため、少なくともそのような解釈を正当化する根拠が要請されるが、本判決においてはそのような説明はなされていない。また、本判決のように、一方で、代執行等「以外の方法」から地方自治法に規定されていない手段を除外し、代替手段の選択肢を極めて限定しておきながら、他方で、当該「方法」のうち「より早期に」法定受託事務の適正な執行を図り得るものであることを要請するという姿勢は、解釈のあり方として一貫性を欠くようにも思われる。

なお、本判決の指摘するように「より早期に」解決を図るならば、国の側からは、判例（前掲最判令和2年3月26日）を前提として、「私人」として行政事件訴訟法上の義務付け訴訟（および仮の義務付け）により変更申請の承認の（仮の）義務付けを求める手段も考えられる⁽⁵³⁾。しかし、本判決の判示に従えば、このような「法定受託事務の適正な執行を図るため」の措置として地方自治法が想定していない手段は、代執行等「以外の方法」には該当しないということになるのだろう。

(52) さしあたり、宇賀克也『行政法概説Ⅱ〔第7版〕』（有斐閣、2021年）325頁以下を参照。

(53) 武田・前掲注(31)394頁、白藤・前掲注(41)6頁参照。もちろん、私人の権利救済のための制度と関与にかかる制度は別個独立のものであり、代執行等「以外の方法」を広く解するとしても、「私人」としての国による抗告訴訟の提起がこれに該当するか否かはなお問題となる。すなわち、仮に民間事業者が本件変更申請を行っていたとすれば、これは法定受託事務にかかる主務大臣である国（国土交通大臣）とは別個のアクターであるから、国の観点からは、民間事業者の訴訟提起によって「法定受託事務の適正な管理・執行を図る」ことは必ずしも期待できず、民間事業者が抗告訴訟を提起することができることは、代執行等「以外の方法」に該当しないものと考えられる。本件においては、国（沖縄防衛局）が自ら「私人」の立場で申請をなし、本件変更不承認に不服がある場合にも「私人」としての立場で訴えを提起することになる（前掲最判令和2年3月26日参照）。しかし、その意思決定は、行政主体であり事業主体でもある「国」が行うものであり、代執行訴訟か抗告訴訟か、いずれの方向性で本件変更申請の承認を求めるのかを組織的に決定することができるのであるから、代執行等「以外の方法」に当たると解する余地はあろう。

4 公益侵害要件

(1) 本判決で考慮された「公益」

判旨4は、法245条の8第1項にいう「それを放置することにより著しく公益を害することが明らか」な場合につき、都道府県知事の法定受託事務の管理・執行が法令等に違反する場合において、「それを放置することによる社会公共の利益に対する侵害の程度が甚だしい場合のことをいう」ものと解している（判旨4(1)）⁽⁵⁴⁾。そして、普天間飛行場の危険性が人の生命や身体に大きく関わるものであることに加え、本件変更申請や本件裁決から相当の期間が既に経過していることを踏まえると、「本件変更申請にかかる事務がこのまま放置された場合には、本件埋立事業の進捗が更に遅延し、ひいては上記のとおり人の生命、身体に大きく関わる普天間飛行場の危険性の除去の実現がされず又は大幅に遅延することとなるものといえるから、なおこれを放置することは社会公共の利益を侵害するものに当たるものと認められる」という（判旨4(2)）。これに対し、被告は、原告の主張する公益の侵害がいずれも抽象的である旨主張していたが、本判決は、普天間飛行場の危険性の性質や内容（騒音被害や航空機事故の危険性など、人の生命、身体に大きく関わるものであること）から、本件変更申請にかかる事務についての法令違反を放置することによって侵害される公益の内容が抽象的であるとは到底いえないと判断している（判旨4(4)）。

さて、代執行訴訟の公益侵害要件は、その文言に照らせば、是正の要求や是正の指示の公益侵害要件（都道府県の法定受託事務の処理が著しく適正を欠き、かつ、「明らかに公益を害していると認めるとき」）とは異なり、「著しく公益を害することが明らかであるとき」として要件が加重されている。この文言によれば、公益侵害の有無、公益侵害の程度が著しいこと、公益侵害の明白性の3つの要素につき検討する必要がある。ただし、本判決は、公益侵害要件につき、都道府県知事の法令等に違反する法定受託事務の管理を「放置することによる社会公共の利益に対する侵害の程度が甚だしい場合のこと」をいうとしていることから、少なくとも明白性が検討される関係になく、判旨からも明白性をいかに認定しているのかが明らかではない点で問題がある⁽⁵⁵⁾。

(54) 同様の説明をするものとして、松本・前掲注(5)1169頁を参照。

(55) 片木・前掲注(45)31頁によれば、判旨は「著しく」も「明らか」も無視した独断的解釈であると批判されている。山田健吾「辺野古裁判・9月4日最高裁判決と地方自治」住民と自治2023年12月号42頁以下（45頁）も参照。

伝統的に、職務執行命令訴訟（ないし代執行訴訟）は、もっぱら日米安保条約に関連する事件で用いられており、違法な法定受託事務の処理によって「害される公益」としては、条約上の義務履行といった政治的な側面の強い「公益」が問題となる（前掲最判平成8年8月28日も参照）⁽⁵⁶⁾。ただし、本判決は、このような外交上の「公益」を直接に指摘するものではなく、あくまで普天間基地周辺の「人の生命・身体」を問題としている。このような判断は、原告の主張をうけたものであると考えられるが、公益侵害の具体性または重大性を強調する趣旨であろう。もっとも、普天間基地の危険性が「現実化した場合には」その周辺地域や住民に深刻な影響が生ずるとしていることから、裁判所においては、その危険性が現実化していないという現状認識であり、原告の主張する公益は、なおも一般的・抽象的であるとの指摘もある⁽⁵⁷⁾。

（2） 代執行訴訟における公益の対立構造

さて、判旨4において特に問題であるのは、公益侵害要件で考慮される「公益」を文言どおり「法定受託事務に係る法令違反等を放置することによって害される公益」と限定して（傍点は筆者）、「法律論」としては、国の主張する公益のみを考慮し、他方で、被告の主張する「住民に係る公益」や「地方公共団体の意思決定の民主的正統性に係る公益」——すなわち本件変更不承認によって保護される公益——については、「沖縄県民の心情は十分に理解できる」としつつも、「法律論」としては、当然に考慮されるものではないとしたことである（判旨4(4)。本判決の付言も参照）。

しかし、代執行訴訟においては、地方公共団体が漫然と法定受託事務の管理・執行を懈怠したり、あるいは天災等の緊急時において、都道府県による法定受託事務の適正な管理・執行をすることができないような事例を除いては、必然的に国の公益と地方公共団体の公益が対立する構造とならざるをえない。ゆえに、公益侵害要件の判断にあたっては、国の主張する公益のみを片面的に考慮するのではなく、両者を比較衡

(56) 板垣・前掲注(48)231頁以下。なお、金井利之「『新・地方自治のミライ』第37回 代執行訴訟制度によるミイラ」月刊『ガバナンス』2016年4月号も参照。ぎょうせいオンラインに同様の記事がある（<https://shop.gyosei.jp/online/archives/cat05/0000069971>：令和6年7月1日最終確認）。

(57) 白藤・前掲注(41)8頁。

量すべきものと解釈すべきであろう⁽⁵⁸⁾。さもなければ、対等であるはずの国・地方の関係において、代執行訴訟は国にとって一方的に有利な制度となってしまう、代執行の発動に裁判所を関与させた趣旨（前述1(2)）を没却しかねないからである。

むすびにかえて — 付言およびその後の展開について

(1) 付言について

本判決では、異例ともいうべき裁判所による付言がなされている。その骨子は、次のとおりである。すなわち、今後工事を進めるにあたっては、更なる設計概要変更等の必要が生ずる可能性もありうるが、関与の基本原則（法245条の3第1項）を踏まえると、今後そのような事態が生じた都度、「繰り返し訴訟による解決が図られることは、国と地方との関係をみた場合、必ずしも相当なものとはいえない」。本件埋立事業に対する沖縄県民の心情もまた十分に理解でき、国としても、沖縄県民の心情に寄り添った政策実現が求められるため、今後は一連の問題に関して、国と沖縄県とが相互理解に向けて対話を重ねることを通じて抜本的解決の図られることが強く望まれている。

将来的な紛争が生じた都度「繰り返し訴訟による解決が図られることは、国と地方との関係をみた場合、必ずしも相当なものとはいえない」と述べる部分については、むしろ裁判所による実質的判断が示される方が、国の地方公共団体に対する関与にとっては健全なあり方であるようにも思われる。もっとも、裁判所の立場からは、外交問題にもかかわる極めて政治的な公益が争われる本件は、司法的関与に馴染まず、「国と沖縄県とが相互理解に向けて対話を重ねる」という政治的プロセスによって解決されるべきと考えた可能性もある⁽⁵⁹⁾。しかし、そうであるならば、なおさら補充性要件において、「対話」による解決が優先すると認め、本件請求を棄却すべきであったのではないかと思われる⁽⁶⁰⁾。

(58) 本多滝夫「辺野古代執行訴訟と地方自治 — 役割を『放棄』した司法部」法学セミナー833号（2024年）42頁以下（43頁）、白藤・前掲注(41)8頁、片木・前掲注(45)31頁、山田・前掲注(55)45頁などを参照。

(59) 板垣・前掲注(48)231頁以下参照。

(60) 片木・前掲注(45)31頁。

(2) その後の展開について

沖縄県知事の「法定受託事務の管理若しくは執行」が、公水法の本件各規定に違反するか否かについては、さらに詳細な検討を要する。本稿ではこのような論点には立ち入らないが、少なくともこの点を検討することなく、原告の請求を認容した本判決には大いに疑問が残る。

本判決後の展開として、国は令和5（2023）年12月28日に代執行を行い、今年初頭には埋立工事に着手している。被告は、同年12月27日に上告受理申立てを行ったが、上告をしても執行は停止されず（法245条の8第10項）、執行停止を行うための仕組みも存在しない。仮に上告審で被告が勝訴した場合には、原状回復の措置がとられることとなるが（法245条の8第11項）、その場合には原状回復が現実的に可能であるかという問題が生じうる⁽⁶¹⁾。当然ながら、国は、形式的には本判決に基づいて適法に工事に着手することができるが、代執行訴訟の審理に要する期間が短期であることも考慮すれば（法245条の8第5項・9項・15項および普通地方公共団体に対する国の関与等に関する訴訟規則2条・3条を参照）、原状回復の困難性が問題となる場合には、原状回復の可能性を犠牲にしても直ちに工事に着手する必要があるか否かを検討すべきであろうし、場合によっては上告審終了までは代執行を控えるべきであろう⁽⁶²⁾。

最終的に、最高裁判所第1小法廷は、沖縄県知事の上告受理申立てに対し、令和6（2024）年2月28日付で上告不受理決定を行った。本件は、過去に前例のない代執行訴訟に関する解釈上の重要論点を含む事件であったため、本判決以前からその動向に注目が集まっており⁽⁶³⁾、最高裁が代執行等の要件にかかる判断を示すことが期待されていた。それにもかかわらず、最高裁が上告を受理しなかったことに対しては、学説上の批判も強い⁽⁶⁴⁾。上記上告不受理決定により本判決が確定したが、代執行等の要件に関し、裁判所による実質的な判断が示されなかったことは、代執行訴訟制度の趣旨に鑑みても極めて遺憾である。

（やじま せいや 名古屋大学大学院法学研究科講師）

キーワード：法定受託事務／関与／代執行／公有水面埋立法／辺野古

(61) 村上ほか・前掲注(4)391頁〔白藤〕。

(62) 村上ほか・前掲注(4)391頁〔白藤〕。

(63) 例えば、白藤・前掲注(33)14頁、山田・前掲注(55)45頁等を参照。

(64) 本多・前掲注(58)42頁以下、白藤・前掲注(27)6頁、片木・前掲注(45)31頁。