

2015年5月1日

意見書

—— 撤回問題に関する意見書 ——

撤回問題法的検討会

2015年5月1日

撤回問題法的検討会

行政法研究者 仲地 博
同 徳田 博人
弁護士 新垣 勉
同 高木 吉朗
同 喜多 自然

(連絡先)

沖縄市知花1丁目26番10号
コザ法律事務所
電話 934-3298 FAX 934-2975
弁護士 新垣 勉

意見書

当法的検討会は、辺野古海域の豊かな自然環境を保全し、かつ、同沿岸部への米軍新基地建設に反対するため、沖縄県知事に対し、次のとおり、意見書を提出する。

意見の趣旨

- 1 沖縄県知事は、公有水面埋立法に基づき、埋立承認に関する判断権を授権されており、同判断権には、国の埋立承認申請に対して、埋立の承認をなすか否かの権限とともに、一旦なした埋立承認の「取消権限」を含み、同「取消権限」には、埋立承認時の瑕疵を理由とする取消（講学上の「取消」）とともに、埋立承認後の事由を理由とする取消（講学上の「撤回」）を含むものと解される。
- 2 前項の「埋立承認後の事由」には、埋立承認後に就任をした知事（以下、新知事という）のなす新たな公益判断も含まれ、新知事は、埋立承認が撤回により生じる国の不利益を考慮しても、撤回により生じる沖縄県の公益が高いと認められるときには、新たな公益判断に基づき、埋立承認を撤回することができる。
- 3 よって、新知事において、憲法で保障された地方自治の本旨及び公有水面埋立法が埋立承認の権限を知事に授権した趣旨を踏まえて、新たな公益判断を行い、前知事がなした埋立承認の撤回を行うよう、要請する。
- 4 なお、撤回は、その性質上、取消に先立って、行い得るものであり、撤回をな

したからと言って、後に取消できなくなるものでもない。沖縄防衛局の対応次第により、知事が取消に先立って撤回をなすことも選択肢の一つである。

意見の理由

第1 はじめに

1 意見理由の構成

本意見は、次のような構成となっている。

まず、「第1」において、理由の構成を説明し、主要な用語に関する用語法を確認し、撤回と取消との関係を検討し、両行政行為の性質の違いから、取消に先立って撤回をなしうることを指摘する。

「第2」において、行政行為後の事由による取消（撤回）が法的に可能か否かにつき、学説及び判例を検討し、可能とされていることを指摘した上で、それを制限する法理の内容について検討を行っている。

次に、「第3」において、「公有水面埋立法」を検討し、同法が公有水面埋立に関する事務を行政上都道府県知事に配分し同事務を行う権限を知事に授權している趣旨及び授權された権限の内容を検討し、同権限には埋立承認の「撤回」権限が含まれていること、撤回権限については、公益判断につき広範な自由裁量が委ねられていることを論証する。

そして、「第4」において、公益判断の際に比較衡量される行政行為の名宛人（沖縄防衛局）の被る不利益の内容、撤回することにより生じる公益の内容等を検討し、撤回の判断を行い得る状況にあることを指摘している。

最後に、「第5」において、当意見書の立場をまとめている。

2 「行政行為」、「取消」、「撤回」の用語について

本意見書では、「行政行為」、「取消」、「撤回」の用語を次の趣旨で用いる。

まず、行政法の中核をなす「行政行為」という用語については、さまざまな理解の仕方があるが、本意見書では、「埋立承認」の法的効力を消滅させる「取消」、「撤回」を直接の検討テーマとすることから、とりあえず、「行政行為」という用語を、「さまざまな行政の活動のうち、具体的場合に直接法効果を生じさせる行政の権力的行為」という趣旨で用いることとする（注1）。

また、「取消」と「撤回」の用語は、行政行為の発布時における瑕疵の有無を基準に取消と撤回を区別するのが通説的見解とされていることから、「取消」の用語を埋立承認時の瑕疵を理由に埋立承認の効力を消滅させる行政行為の趣旨で、「撤回」の用語を埋立承認後の事由を理由に、埋立承認の効力を消滅させる行政行為の趣旨で用いることとする（注2）。

3 「撤回」と「取消」との関係

「取消」は、埋立承認時における「瑕疵の存在」を理由とするものであるが、通説的理解によれば、瑕疵の内容は、「違法な行政行為」だけでなく、「不当な行政行為」をも含むものと解されているとのことである（注3）。「撤回」を上記のように、埋立承認後の事由に基づく公益判断により行うものと解すると、「取消」と「撤回」は、いずれも、同一の対象、すなわち、埋立承認という行政行為を対象とする点で、同一ではあるが、その理由を異にし、かつ、効力の発生時を異にする別々の行政行為であると位置づけることとなる。

従って、埋立承認時の「瑕疵の存否」に関係なく、埋立承認後の事由を理由に公益判断を行い、その判断の下に埋立承認時の瑕疵の存否の判断を待つことなく、先行して「撤回」を行うことは、法的に十分可能である（この点は、第2において、詳述する）。

「撤回」をなした後、埋立承認時の瑕疵の違法性が認められる場合に「取消」を行うことは、法治主義の観点から、また、行政行為の不当性が認められる場合に「取消」を行うことは、行政権の本質である公益実現の観点からも何ら禁止されていないと解されるものである。

沖縄県知事としては、埋立承認の瑕疵の存否及び埋立承認後の事情を総合的に考慮して、一つの行政行為として、埋立承認の「取り消し」を命じ、その法的理由として、埋立承認時の瑕疵の存在と埋立承認後に生じた撤回事由を明示することが穏当な方法だと思われるが、事情によっては、「撤回」の行政行為を先行することも、法的には問題はないと解する。

第2 行政行為の「撤回」は、法的に可能か

まず、行政行為の「撤回」を認める法的根拠を検討し、その後、「撤回」を制限する法理の内容について検討する。

1 撤回の法的根拠

(1) 学説の検討

ア 通説

通説は、授益的行政行為については、原則として撤回をなしえないものと解し、例外的に撤回をなしうる事由として、①相手方に責めのある場合、②相手方の同意のある場合、③公益上の理由がある場合の3つを挙げ、その要件を充足する場合に撤回をなしうると解している。

その上で、①、②の場合には、撤回に伴う補償の問題は生じないが、③の場合には、事案によっては、補償の問題が生じ得るとする（注4）。

本件において検討対象とする「埋立承認」は、埋立申請者に利益を与える授益的行政行為と評価されるものであるから、この視点から、知事による撤回（職権による撤回）がどのような根拠に基づき許されるのかを、まず、検討する。

イ 撤回の根拠

撤回の法的根拠について、戦後の学説は、法律根拠不要説、原処分規定授權説、法律根拠必要説、折衷の見解に分かれるとされているが、法律根拠不要説が通説とされている（注5）。通説は、「撤回の根拠を行政行為の公益適合性に置き、個別の法的根拠を必要としないという立場をとっている。」とされる（注6）。

原処分規定授權説は、行政行為の発布権限を授与する法は、同時にその廃止権限をも授与すると解し、撤回について明示の法律の根拠は不要で、授權法の存在で足りるとする説である。明示の法律の根拠は不要とする点では、法律根拠不要説と同一とされている（注7）。

法律根拠必要説は、行政行為の撤回にはその発布権限を受権する法律とは別個の受権法律を必要とするとする説である（注8）。この説は、「少なくとも受益的行政行為の撤回については説得力に富むようにも思われる。しかし、撤回許容または撤回義務の事由を定める法律の規定は多いが、法律の規定は必ずしも統一的・体系的に整備して制定されてはいない。このため、法律規定をあまりに重視するのは、公益への適応性を欠き国民の権利保護に欠ける結果になる。」と批判されている（注9）。

以上のような学説が存する状況の下で、法律根拠不要説が通説とされている。

(2) 判例の検討

ア 判例には、法律根拠必要説に立つ判例もわずかながら存するが、法律根拠不要説に立つと解される判例が多数であるとされている（注10）。

法律根拠不要説に立つと解される判例は、いずれも「公益上やむを得ない措置」（東京地裁 1957年<S32>1月31日判決・行集8巻1号194頁）、「法益上の必要性」（福岡地裁 1963年<S38>1月22日判決・行集14巻12号2085頁）、「公益上相当の理由のあるとき」（福井地裁 1971年<S46>10月16日決定・行集22巻10号1618頁）、「公益に適合させるため」（仙台地裁 1982年<S57>3月30日判決・行集33巻3号692頁）、「その必要に基づき」（盛岡地裁 1989年<H1>11月9日判決・判例タイムズ718号79頁）、「安全性確保の見地から」（福岡地裁 1978年<S53>11月14日判決・判例時報910号33頁）、「その後不相当と判断されれば」（京都地裁 1979年<S54>7月2日判決・判例時報950号87頁）を理由に、撤回をなしていることを認めている。

イ 特に注目されるのは、最高裁 1988年（S63）6月17日判決（判例時報1289号39頁）が、実子あっせん事件（優生保護法に基づく指定医の指定を撤回した事案）において、「指定医師の指定の撤回によって上告人の被る不利益を考慮しても、なおそれを撤回すべき公益上の必要性が高いと認められるから、法令上その撤回について直接明文の規定がなくても、指定医の指定の権限を付与さ

れている被上告人医師会は、その権限において上告人に対する右指定を撤回することができる」と判示している点である。

また、最高裁 1995 年（H7）6 月 23 日判決（民集 49 卷 6 号 1600 頁）は、第一次クロロキン薬害訴訟において、「薬事法の目的並びに医療品の日本薬局方への収載及び製造の承認に当たっての厚生大臣の安全性に関する審査権限に照らすと、厚生大臣は薬事法上、製造の承認を取り消すことができる」とし、製造の承認取消（その法的性格は撤回）の判断は厚生大臣の裁量に委ねられていると判示している。

この最高裁判決で注目されるのは、同事件一審判決（東京地裁 1982 年＜S57＞2 月 1 日・判例時報 1044 号 19 頁）が、撤回の法的根拠を「条理上」に求めたことに対し、同最高裁判決が取消（撤回）の法的根拠を「薬事法」に求めた点で、原処分規定授權説に立つものと評価されている点である（注 11）。

ウ また、最高裁 1981 年（S56）1 月 27 日判決（民集 35 卷 1 号 54 頁）が、前村長が推進をした製紙工場建設について、新たに当選をした村長が施策を変更しこれへの協力を拒否したことから、事業者が工場建設が不可能となったとして、宜野座村に対し、損害賠償を請求した事件において、次のような判示している点が注目される。

「地方公共団体の施策を住民の意思に基づいて行うべきものとするいわゆる住民自治の原則は地方公共団体の組織及び運営に関する基本原則であり、また、地方公共団体のような行政主体が一定内容の将来にわたって継続すべき施策を決定した場合でも、右施策が社会情勢の変動等に伴って変更されることがあることはもとより当然であって、地方公共団体は原則として右決定に拘束されるものではない。」との基本的判断をなした上で、「しかし、右決定が、単に一定内容の継続的な施策を定めるにとどまらず、特定の者に対して右施策に適合する特定内容の活動をするを促す個別的、具体的な勧告ないし勧誘を伴うものであり、かつ、その活動が相当長期にわたる当該施策の継続を前提としてはじめてこれに投入する資金又は労力に相応する効果を生じうる性質のものである場合には、右特定の者は、右施策が右活動の基盤として維持されるものと信頼し、これを前提として右の活動ないしその準備活動に入るのが通常である。」として、「右のように密接な交渉を持つに至った当事者間の関係を規律すべき信義公平の原則に照らし、その施策の変更にあたってはかかる信頼に対して法的保護を与えられなければならないものというべきである。」として、事業者がなした損害賠償請求を認めている。

本件との関係で、特に注目されるのは、同判決が、地方公共団体の特質、

すなわち住民自治の原則に基づき、新しい首長が従前の施策の変更を行い得ることを積極的に認めている点、さらに、行政の施策を信頼した者に対し、その信頼を保護する必要性が存することを明示し、損害賠償を認めるものの、信頼保護の法理を直接的な行政行為の制限法理とせず、損害賠償を認めることにより、行政行為を間接的に制約する法理にとどめているとも解し得る判断を示している点である。

エ ちなみに、取消については、学説上、「一般に、違法な行政行為の取消は適法状態の回復を意味するから、侵益的であると授益的であるとを問わず、取消を明示する法律の規定がなくても許されよう。」と指摘されたり、また、多くの判例は、法律に明示の規定がなくても、その取り消しが許されることを前提に判断しており、中には、法律に明示の規定がなくても取り消しが許されることを明示する判例も存していることが指摘されている（注12）。

(3) 撤回の法的根拠に関する本意見書の立場

ア 上記学説及び判例の状況を踏まえると、「撤回」の法的根拠については、次のように理解するのが相当である。

日本国憲法は、第65条により、内閣（政府）に行政権を付与し、第94条により、地方公共団体に地方自治権を付与している。同授權により、内閣は、国の事務につき、地方公共団体は、自治事務につき所掌し、それぞれ同所掌事務（組織法・条例に基づき、所掌事務はそれぞれの内部機関・組織に配分される）につき行政権を有するものである。

法定受託事務の法的性格については、種々の考え方が存する。すなわち、「本来、国の事務であるものを法律により地方公共団体に配分し、その事務処理権限を授權するもの」との考え方、あるいは、単に、「地方公共団体に法律により一定の事務を配分し、その事務処理権限を授權するもの」と解するだけで十分であり、法定受託事務が「本来的に国の事務に属するもの」と観念することまでは必要ではないのではないかとの考え方など。

本意見書では、法定受託事務の法的性格につき、さまざまな考え方がありうることを踏まえて、本件においては、法定受託事務とされる埋立の免許・承認に関する事務及びその執行権限が公有水面埋立法により都道府県知事に配分・授權されていること、同埋立事務については上級庁が存しないこと、内閣（政府）と法定受託事務を担当する知事とは、法的に対等な立場に立つとされていることを確認しておくことが重要であると考えます。

本来の行政所掌事務であれ、法定受託事務であれ、いずれの場合においても、行政事務及び行政権は、公益のために行使されなければならない。これは、内閣の行政権が主権者からの信託によるものであり、地方公共団体の行政権が地域住民からの信託によるものであるという行政権の根源的性質に由来するものである。

法定受託事務についても、配分・授権される行政事務・権限が上記性格のものであり、かつ、配分・授権を受ける地方公共団体・知事等が上記性格を有するものであることから、法定受託事務の執行も、公益に適合することが要請されている。

上記の通説たる法律根拠不要説あるいは原処分規定授権説に基づき、公有水面埋立法が授権する埋立の免許・承認の権限には、すでになした埋立の免許・承認を撤回する権限も包含されていると解するのが相当である。

(なお、公有水面埋立法の具体的検討は、第3において行っている。)

2 撤回の制限法理

上記のように、都道府県知事に対し、埋立の免許・承認につき、撤回権限が付与されているとしても、それは無制限なものではない。

どのような場合に、撤回が許されないのかが問題となる。その例として、しばしば、①法律が禁止している場合、②公益適合性がない場合、③受益的行政行為を信頼して、申請者が行動しており、同信頼を保護する必要高い場合、④比例原則違反と評価される場合等が挙げられている。

そこで、順次検討する。

まず、上記①の法律が明示・黙示的に撤回を禁じている場合には、当然のことながら撤回はできない。本件のように、埋立の免許・承認事務が法定受託事務である場合には、法定受託事務を定める当該法律に違反して撤回を行えないことはいうまでもない。

次に、上記②のように、撤回することにつき、公益上の必要性がない場合には、そもそも当該撤回は「不当な行政行為」と評価されるものであり（行政は、常に公益目的適合性を有しなければならない）、その程度次第によっては権限外行使として「行政権の濫用」との評価を受けるものといえよう。

ゆえに、公益適合性を有しない撤回は、許されないと解するのが相当である。

上記③の信頼を保護する必要性が存する場合に、どのように解するかが問題となる。国民は、法令に基づき申請を行い、受益的行政行為により一定の受益を享受する地位・権利・利益を得ることになるものであるから、同受益は、憲法 25 条が保障する国家による社会的福祉・社会保障等の具体的実現として、保障されるべき価値を有している。そのため、受益的行政行為の場合には、合理的理由なく撤回し得ないと解するのが相当である。

それゆえに、行政権の目的・性格を根拠に、自由に撤回をなしうるとする見解には、賛同できない。

受益的行政行為については、「信頼の保護」法理は、撤回を制限する法理となると解するのが相当である。

もっとも、「信頼の保護」法理は、本来、行政行為をなした行政主体（行政

機関)に申請者の経済的損失についての補償義務を課し、国民の保護を図るとともに、行政主体(行政機関)にペナルティーを課して慎重な判断を求め、そのことにより間接的に撤回を制限するものであり、直接的に撤回を制限するものではないと解するのが妥当である(前記1981年1月27日判決参照)。

なお、「信頼の保護」法理は、行政行為を信頼して行動する国民の保護を図るものであるから、行政行為の名宛人が国である場合には、妥当しないものと解されるものである(注13)。

上記④の比例原則は、行政権行使一般についていえるものであるが、当然のことながら撤回についても、妥当する。

よって、授益的行政行為を撤回する場合には、撤回により受益者に生じる不利益と撤回により生じる公益とが慎重に比較衡量された上で、その結果採用される「撤回」との間に、比例原則に基づく適切なバランスが存することが求められる。受益者側の負担の不履行、撤回を行う側の判断ミス等は、独立した制限要素と位置づけるより、いずれも比例原則を適用する際に考慮される事情・要素の一つと位置づけるのが妥当である。

3 撤回の要件

ア ここでの課題は、上記のように、撤回の法的根拠及び制限法理を理解するとして、それをどのように訴訟手続上「要件化」するかである。

(注：具体的な授權法の中に、明示ないしは類推しうる条項が存する場合には、その解釈により、撤回の要件が探求されることになると思われるが、撤回に関する明示の規定がない場合に、どのように考えるかがここでの検討事項である。)

一つの考え方は、授益的行政行為の撤回は、基本的に自由になしうるものと解し、上記制約法理を撤回を制限する「抗弁」と位置づける考え方である。

もう一つは、授益的行政行為の撤回は、基本的に自由になしえないものと解し、上記制約原理に該当しないことを積極的に撤回の「要件」と位置づける考え方である。

撤回が認められる実体法上の理解が同一であったとしても、主張・立証責任をどちらの側に課すかにより、訴訟手続(実務)上は大きな違いが生じるものであるから、この点を明確にすることは大切である。

上記の制限法理のうち、①の「法律違反」は、抗弁事実とすることが妥当である。なぜなら、「法律に違反していない」こと(不存在の証明)は、要件化に適しないからである。

上記②の「公益適合性」は、撤回を行う行政側で当然に検討している事項であり、積極的に主張・立証しうるものであるので、授益者に負担をさせるより、処分をなした行政機関(行政主体)に負担させるのが相当である。

よって、公益適合性は、撤回の「要件」と位置づけるのが相当である。

上記③の「信頼の保護」は、受益者側が主張・立証すべきである。なぜなら、受益を受けた者がどのように行政行為を信頼し行動していたかは、処分者側では、十分把握しにくい事項であるからである。

上記④の「比例原則」は、当然に撤回を行う処分者側に求められるものである。処分者側は、撤回の可否を判断する際に、当然のことながら、撤回により生じる受益者側の不利益を踏まえて、撤回により生じる公益性の高さとともに「撤回」という手段の適切さを検討しているものであるから、撤回の合理的理由（公益性の高さ）の存在とともに手段の適切さは「要件」と位置づけるのが相当である。

以上のように、上記②、④は、いずれも撤回の要件となるものであり、その内容は、上記最高裁 1988 年（S63）6 月 17 日判決（実子あっせん事件）の判示するように、「撤回することにより生じる不利益を考慮しても、撤回することによる公益が高いこと」及び「手段の適切さ」と解するのが相当である。

イ 受益者が国民である場合は、上記理解で十分であると考ええる。

問題は、本件のように、国が受益者として申請をなし、これに対し、授益的行政行為が行われた場合である。

撤回者も、受益者も、いずれも行政行為の公益適合性を遵守すべき立場に立つ行政主体（行政機関）であるので、受益の保護という視点より、公益適合性が優先されるべきものと考えられ、原則として「信頼の保護」法理は、国が名宛人となっている場合には、適用されないと解するのが相当である。このような場合には、行政行為を撤回することにより受益者に生じる不利益を考慮しても、撤回することにより得られる公益が高いか否かという比較衡量は、不要となり、撤回権者は、授權法令に基づき、授与された裁量の範囲内で、公益適合性及び比例原則に反しない限り、原則として撤回判断を自由に行えると解するのが相当である。

従って、このような場合には、撤回を行うか否かについては、「公益適合性」及び「比例原則」だけが要件となると解すべきである。

本件は、この場合に該当する。

第 3 公有水面埋立法の検討 —— 授權の趣旨と権限内容

1 埋立事務の配分、授權の趣旨

ア 公有水面埋立法は、2 条において「埋立ヲ受ケムトスル者ハ都道府県知事ノ免許ヲ受クベシ」と定め、42 条 1 項において「国ニ於テ 埋立ヲ為サムトスルトキハ 当該官庁 都道府県知事ノ承認ヲ受クベシ」と定めていることから、埋立にかかる事務（以下、埋立事務という）を都道府県の事務として配分し、同事務の執行権限を都道府県知事に授權していることは、同法の規定から明らかといえる。

1999年（H11）の地方自治法改正により、埋立事務は、従来の「機関委任事務」から「法定受託事務」に法的性格が変更され、地方自治法2条により、地方公共団体（沖縄県）が処理する事務であることが明確に位置付けされた。

埋立事務を処理する権限の中核をなすのが、「埋立免許」付与権、「埋立承認」権である。

また、同法は、13条の2において、免許の内容の変更をなしうることを定め、32条において、竣工認可の告示日の前であることを条件に、埋立免許を受けた者に対し、「左ニ掲グル場合ニ於テハ・・・本法若ハ本法ニ基キテ発スル命令ニ依リテ 其ノ為シタル免許其ノ他ノ処分ヲ取消シ 其ノ効力ヲ制限シ 若ハ其ノ条件ヲ変更シ・・・ムルコトヲ得」と定めている。

32条の「左ニ掲グル場合」には、埋立承認時の瑕疵だけではなく、埋立承認後に生じた事由と解される「五 公有水面ノ状況ノ変更ニ困リ必要ヲ生ジタルトキ」、「六 公害ヲ除去シ又ハ軽減スル為必要ナルトキ」を理由とする「取消」を認めていることから、同「取消」には「撤回」を含むものと解される。

従って、同法が本来の「取消」権限とともに「撤回」の権限を授権していることは、規定上明らかである。

イ 公有水面埋立法は、明治憲法下の1921年（T10）4月9日に制定をされた古い法律であるため、目的条項を有していない。

そのため、公有水面埋立法の目的・趣旨をどのように解するかが問題となる。

明治憲法下の時代から現在に至るまで、公有水面埋立法は、その法執行権限を知事に授権してきた。それは、埋め立てられる公有水面を日常的に管理しているのが知事であり、知事こそがもっとも現地の実情に詳しいことから、知事に埋立の必要性及び免許付与・承認の判断させることが、最も適切・公正に申請者の利害と都道府県の公益とを調整・判断することになるとの制度設計上の実質的考慮に基づくものと解される。

地方分権化の流れの中でなされた1999年（H11）の地方自治法改正においても、この制度趣旨は変更をされておらず、むしろ国と対等な地位に立つ地方公共団体への「法定受託事務」として、埋立事務が位置づけられている。これは、上記公有水面埋立法の趣旨が、一層地方分権化の流れの中で、より一層妥当することとなったと解しうるものである。

授権された上記判断権ないし調整権は、その実質からみて、撤回権を含むものと解される。

ゆえに、通説の立場に立てば当然のこととして、原処分規定授権説に立つ場合においても、原権限授権の趣旨からみて、知事は、「埋立免許」、「埋立承認」の取消だけでなく、「撤回」をなす権限を授権されていると解される

ものである。

ウ 残る問題は、公有水面埋立法に、同法が授権した上記権限を制限する特別の規定が存するか否かであるが、同法には、国が埋立申請者であることを理由に、知事の権限を制限する明文の規定は存しない。

同法には、国が埋立申請を行う場合を想定して、別途 42 条を規定されていることから、一応、同条項が知事の権限を制約するものであるか否かが問題となる位である。42 条は、国に対し、「埋立承認」を受けべき旨を定めているにもかかわらず、42 条 3 項が上記 32 条を準用していない。そのため、国は、42 条 3 項が一定の条項しか準用する旨定めていないことから、反対解釈により、知事は、準用されていない条項については、知事の権限を認めない趣旨と解すべきだとして、「埋立承認」権限には「撤回」権限が含まれていないと主張することが懸念される。

しかし、同懸念は不要である。

何にゆえに、32 条が準用をされていないのか、その理由を説明した解説書等は見当たらない。

32 条 1 項をみると、1 号（法令・処分違反）、2 号（条件違反）、3 号（詐欺による免許取得）は、いずれも、公益の代表者たる国については、通常想定しえない場合であり、仮に、想定しようとしても、すぐに是正が期待される場合である。

また、4 号（工事による公害の発生）、6 号（公害除去・軽減）は、問題が発生をすれば、国により、すぐに防止措置が取られると想定される場合である。

5 号（公有水面の状況変化）は、状況の変化に国が対応すると想定をされる場合である。

7 号（強制収用の必要性）は、埋立による公益よりも、より高い公益事業の必要性が生じた場合であり、国との調整が可能な場合である。

このように、申請者が公益の代表者である国の場合には、国以外の者が申請を行う場合と異なり、上記 32 条 1 項に定める事態が生じたとしても、それへの対応が容易に期待されることから、国への信頼を前提に、上記 1 項が準用されなかったと理解することができる。

また、32 条 2 項（損害・損失補償）が準用されなかったのは、公益の比較衡量により、埋立事業が中止となることから、損害・損失補償義務の準用が不要とされたものかと思われる。

以上のように、42 条 3 項が 32 条を準用しなかった背景には、準用を明記しなくても、何ら支障は生じないとの立法者の判断があったものと理解することができる。

このような理解が可能であれば、42 条が 32 条を準用しなかった趣旨の中に、都道府県知事が有する「撤回」権限を意図的に除外する趣旨を含むと解

するのは相当でない。

広島高裁 2013 年 (H25) 11 月 13 日判決は、この点につき、「国が行う埋立の場合の準用条文を定めた埋立法 42 条 3 項は、埋立法 35 条 1 項 (注：原状回復義務規定) を準用しておらず、その外に、埋立法に埋立承認の効力が消滅した場合に国が原状回復義務を負うかについて言及した規定は存しない。この場合、埋立法は、国が行う埋立について、埋立承認の効力が消滅した場合に国が原状回復義務を負うかについては何ら規定していないにとどまり、このことから直ちに、国が原状回復義務を負わないと断ずることは相当でない。」と判示しているが、同判断は極めて説得的である。

以上のように、42 条 3 項が 32 条を準用していないとしても、そのことを理由に、公有水面埋立法が国の申請に対してなされた「埋立承認」につき、その撤回権限を除外したものと解することは相当でない。

むしろ、上記実質的な配慮の下で、32 条の準用が明記されなかったと解し、埋立承認についても、沖縄県知事は、撤回権限を授権されていると解するのが相当である (注 14)。

2 授権されたのは広範な裁量権

公有水面埋立法は、上記のとおり、「埋立免許」及び「埋立承認」の権限を都道府県知事に対し授権しているが、それは、埋め立てられる公有水面を直接管理し、もっともその地域の実情に詳しい地方公共団体の長に、その判断権を授権することが適切な権限の行使に資すると考えて、埋立権限を授権したものと解されるものである。

公有水面埋立法は、このような考えの下に、広範な裁量権を都道府県知事に付与している。同法 4 条は、埋立免許をなす最低限度の要件を定めているが、同要件が充足されても、なお、埋立免許をなすか否かは、知事の裁量に委ねられている。知事は、埋立免許を付与すべき義務を課せられていない。

ちなみに、1974 年 (S49) 6 月 14 日に港湾局長及び河川局長から港湾管理者の長・都道府県知事にあてられた「公有水面埋立法の一部改正について」(港管第 1580 号、建設省河政発第 57 号) は、埋立免許基準について、「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。」と通知している。

この点、国が埋立申請を行う場合においても、都道府県知事の「埋立承認」権限を制約する特別な定めは規定されておらず、埋立承認をすべき義務も特別に定められていない。

以上の点を考慮すると、都道府県知事は、公有水面埋立法上、埋立免許、埋立承認のいずれについても、多様な事情を斟酌しながら、公益判断を行う

幅広い自由な裁量権を付与されていると解されるものである（注15）。

第4 公益判断の内容

1 国益と県益との関係

ア 第2, 3で述べたように、沖縄防衛局の埋立申請にかかる本件においては、撤回の可否は、撤回が「公益適合性」を充足しているのか否か、及び「比例原則」に適合しているのか否かにより判断されるものと解する。その場合、「公益」をどのように理解するかは、人により様々であるが、ここでは、「戦前の行政法理論は、国益ないし公益中心の行政観に依拠して構成されてきたが、憲法の基本原理の転換を踏まえると、今日の行政作用は、究極的には国民の生存と福祉を守り、国民生活へ奉仕する活動であると見なければならぬ。」との指摘がなされていることを念頭において、公益を理解することが重要と考える（注16）。

沖縄県知事が行う埋立承認の撤回が公益適合性を有すること、撤回以外に沖縄県民の公益を保全する道がないことは、明白であるから、沖縄県知事が撤回判断をなすことにつき、法的障害は何ら存しない。

イ ただ、ここでは、国以外の者が埋立申請を行った場合と同様の判断基準を採用するとした場合に、どのようななるかを念のため検討して置く。

上記最高裁1988年(S63)6月17日判決は、撤回の認められる場合として、「指定医師の指定の撤回によって上告人の被る不利益を考慮しても、なおそれを撤回すべき公益上の必要性が高いと認められるから、法令上その撤回について直接明文の規定がなくても、指定医の指定の権限を付与されている被上告人医師会は、その権限において上告人に対する右指定を撤回することができる」と判示している。

そこで、本件において、埋立承認を得た沖縄防衛局（政府）の被る不利益とは、どのようなものか、撤回すべき公益とは、何であるのか、前者を考慮しても、後者の公益が高い（比較衡量）と認められる事情が存在するのか否かが問題となる。

以下、順次検討する。

ウ まず、沖縄防衛局（政府）の被る不利益の中核をなすのは、安全保障という側面での「国防上の不利益」と日米同盟の維持という側面での「外交上の不利益」の問題である。

しかし、辺野古沿岸部への米軍新基地建設は、普天間基地の代替施設と位置付けられているものであり、同新基地が建設できなくとも、普天間基地が移設できないというだけであり、米軍新基地建設ができなくとも、特段に我が国の安全保障上支障が生じる訳ではない。

従って、米軍新基地建設ができないことが、直ちに「国防上の不利益」を

もたらすとは思えない。

また、確かに、日米両政府は、SACO 最終報告の承認及び日米両政府の普天間代替施設建設合意が存することから、米軍新基地建設が行えなくなると、「外交上の不利益」が生じることは否めない。しかし、これについては、普天間基地代替施設の「沖縄県外」ないしは「国外」移設等の他の方策により、対処し得る問題であり（米軍内部における在外基地政策の変更等＜グワムにおける海兵隊基地建設等＞）、現に、SACO 最終報告の承認後、約 19 年の長期にわたって普天間代替施設が建設できていない状況が続いているにもかかわらず、外交上の問題が深刻化していないことを考慮すると、その不利益は、さほど大きなものではない。

これは、そもそも普天間基地の代替施設の建設問題が「日本の国内問題」と位置づけられており、日本国政府の問題と解されていることによるものと思われる。

重要なことは、上記「国防上の不利益」ないしは「外交上の不利益」は、そもそも公有水面埋立法における埋立承認の可否を判断する際に考慮すべき事項とされていないことを確認することである。

埋立承認の要件判断で要請されているのは、公有水面法 4 条 1 項が定める「国土利用上の適正と合理性」（1号）、「環境保護への配慮」（2号）等であり、「国防上の不利益」ないしは「外交上の不利益」は知事が判断する際の考慮事項とはされていない。

普天間基地の代替施設として辺野古沿岸への米軍新基地建設計画が決定された経緯を振り返れば明らかなように、SACO 最終報告の中で、普天間基地の条件付返還が合意された最大の理由は、普天間基地の「危険性の除去」であり、もともと普天間基地の代替施設建設合意は、同「危険性の除去」を目指す方策の一つとして登場したものであった。

この経緯を考慮に入れると、国が目指す米軍新基地建設の本来の趣旨は、普天間基地の「危険性の除去」にあったと位置づけられるものである。

ゆえに、埋立承認が撤回されることによる沖縄防衛局側の被る不利益の実体は、「危険性の除去ができなくなる」ことにつきる。

しかし、「危険性の除去」それ自体は、本来、米軍基地を提供している内閣（政府）の責任に属する問題であり、その責任を沖縄県に転嫁し得るものではない。米軍新基地の建設ができないことにより、普天間基地の「危険性の除去」が現実的に遅滞することとなるとしても、その責任は、もっぱら内閣（政府）に存するものであり、辺野古沿岸部における新基地建設によっても、海兵隊基地それ自体の危険性が解消されるものではなく、単に、海兵隊基地の危険性が普天間地域から辺野古沿岸地域に移転するだけに過ぎない。

従って、問題の本質は、沖縄県内に存する「危険性の除去」ではなく、「危

険性の移転」ないしは「危険性除去の遅滞」というべきものである。

エ 次に、撤回されることにより生じる公益の中核は、新基地建設を断念することにより、辺野古の埋立海域の豊かな自然が保全される利益及び沖縄に長期間にわたって機能を強化された海兵隊基地が存続しないこととなる利益である。後者の利益は、国土の0.6%の沖縄県に米軍専用施設の74%が集中している現状、米軍基地が戦時中の土地囲い込み、米軍統治・施政権下での「銃剣とブルトナー」に象徴される強制的な土地取り上げ、復帰の際の法律の名の下での強制的使用の継続、復帰前、復帰後の米軍基地に起因するさまざまな事件事故の存在という沖縄が背負わされてきた苦難の歴史を背景に、将来の沖縄県をどのように築いていくかという民意に基づき総合的に判断されることとなる。

この際、重要な判断指標となるのが、2010年（H22）3月に決定された「沖縄21世紀ビジョン」である。同ビジョンは、2030年（H42）を想定したあるべき沖縄像を描いた基本構想である。同ビジョンは、5つのあるべき沖縄の将来像の冒頭に「沖縄らしい自然と歴史、伝統、文化を大切に作る島」を、2番目に「心豊かで安全安心に暮らせる島」を掲げている。

同ビジョンを具体化する基本計画という性格と沖縄振興法に基づく沖縄県の地域計画としての性格の両方の性格を有するものとして、2012年（H24）に「沖縄21世紀ビジョン基本計画」が策定をされ、同計画の中で沖縄の自然環境保全の重要性、その基盤に豊かな生物多様性が存することが指摘されている。そこで指摘された生物多様性の保全については、2013年（H25）に「生物多様性おきなわ戦略」が作成をされている。同戦略は、2010年（H22）に制定をされた生物多様性基本法に基づく国家戦略である「生物多様性国家戦略2010-2020」に基づく沖縄県の地域戦略としての性格をも兼ね備えるものである。

以上のように、沖縄における豊かな自然の多様性を保全することは、沖縄県の諸施策の中核なすものであり、公益判断の重要な柱をなすものである。

オ このように、撤回を行うべきか否かを判断する際に、比較衡量されるべき不利益、公益の実体は、埋立承認が撤回されることにより生じる「普天間基地の危険性除去の遅滞」と撤回されることにより生じる「米軍新基地が建設されないことによる沖縄県の公益」との比較衡量ということになる。

同比較衡量は、いずれも沖縄県それ自体が地方公共団体の立場で、何がもつとも沖縄県民の公益に適するか否かを判断し得る事項、性質にかかるものであり、知事が公有水面埋立法の趣旨に基づきより良く適切に判断し得るものである。

沖縄県知事が両者を比較衡量して、後者の公益が前者を上回るという判断することには、沖縄の実情を踏まえると、十分な合理的理由があるといえる。

よって、撤回を認める要件は、十分充足されるものとする。

撤回判断を「違法」と判断する事情・事由は存しないというべきである。

カ なお、公有水面埋立法の趣旨を踏まえると、「国土利用上適正且合理的ナルコト」の要件判断、及び同法4条の要件を充足した後の「埋立の必要性」の判断は、埋立事業（埋立後の土地利用を含めて）それ自体による公益的判断を中心とすることが要請をされていると解するのが相当であり、特定の埋立事業を推進するために政治的意図の下で行われる予算措置等は、公益判断の要素として考慮されるべきものではない。

本件埋立承認の際に、前知事において、国の予算措置（2014年度予算における沖縄関係予算措置）が公益判断の要素として考慮されている場合には、それは考慮すべきではない事項を考慮した不当な判断として、撤回判断の一つの要素をなすもの解すべきである。

また、不確実な政治的期待を公益判断の要素として考慮している場合にも、同判断は、考慮すべきでない不確実な事項を考慮した不当な判断として、撤回判断の一つの要素をなすもの解すべきである。

2 留意事項について

ア なお、前知事がなした埋立承認には、次の5点の留意事項が付されている。

- ① 工事の実施設計につき、事前に沖縄県と協議を行うこと。
- ② 実施設計に基づき環境保全対策、環境監視調査及び事後調査などについて詳細検討し、県と協議を行うこと。環境監視等委員会（仮称）を設置し助言を受けること、外来種の侵入防止、海生物の保護対策の実施に万全を期すこと、実施状況につき、県・関係市町村への報告すること。
- ③ 供用後の環境保全対策につき、米国政府と間で特別な取決めを締結するなどの実効性のある方法により万全を期すこと。国、県、市町村で構成される協議会等の設置。
- ④ 添付図面（規則3条5号<埋立に用いる土砂等の採取場所及び採取量を記載した図書>、7号<埋立地の用途・利用概要書>、8号<環境保全策を記載した図書>）を変更して実施する場合は、知事の承認を受けること。
- ⑤ 埋立工事の竣工したとき、知事に通知すること。

上記留意事項は、埋立承認につき、沖縄県が沖縄防衛局に対して課した附款と解され、その性格は講学上の「負担」と解されるものである。

沖縄防衛局が、上記留意事項を順守しない場合は、同不順守事態は、当然のことながら、知事が撤回を判断する際の一つの要素となるものである。

第5 本意見書の立場

以上のとおり、本意見書は、上記の通説たる法律根拠不要説あるいは原処

分規定授權説に基づき、公有水面埋立法が授權する埋立の免許・承認の権限には、すでになした埋立の免許・承認を撤回する権限も包含されていると解する。

そして、同撤回権限は、都道府県知事の広い自由裁量に委ねられており、本件埋立承認の撤回が公益性を有することは、明白であり、撤回以外に、埋立を回避する手段がないことも明らかであるから、沖縄県知事は、その判断をなせるものである。

また、国以外の者が埋立申請を行った場合に採用される撤回の判断基準に照らしても、撤回によって申請者たる沖縄防衛局（政府）の被る不利益を考慮しても、なおそれを撤回すべき公益上の必要性が高いと認められるときには、法令上その撤回について直接明文の規定がなくても、沖縄県知事は、前知事がなした「埋立承認」を撤回することができるかと解するものである。

上記撤回の要件を備えているか否かは、今後、沖縄県知事の慎重な総合的判断に委ねられるものであるが、当意見書は、十分に「撤回」判断をなしうる環境・要素を有するものと考え、本意見書の趣旨のとおり、意見を具申するものである。

注 1 塩野宏『行政法Ⅰ（第5版補正版）』（有斐閣，2013年）112頁は、「行政行為とは、行政の活動のうち、具体的場合に直接法効果をもってなす行政の権力行為である。」とする。阿部泰隆『行政法解釈学Ⅰ』（有斐閣，2008年）306頁は、「こうした執行力を背景とする特殊性が行政行為の特殊性と称されるものの本体である。」とする。宇賀克也『行政法概説Ⅰ（第5版）』（有斐閣，2013年）312頁は、「法令に基づく行政庁の一方的な認定に基づく行為によって効力が発生する点に行政行為の特色があるのであるが、これだけで、行政行為の説明として十分かについては慎重に検討する必要がある。」とする。

注 2 乙部哲郎『行政行為の取消と撤回』（晃洋書房，2007年）422頁参照。前掲塩野169，172頁は、「行政行為の取消しとは、行政行為によって法律関係が形成・消滅したとき、その行政行為に瑕疵があるので、これを取り消すことによって法律関係を元に戻すということである。」とし、「行政行為の成立時には瑕疵がないとき、つまり、瑕疵なく成立した法律関係について、その後の事情により、その法律関係を存続させることが妥当でないということが生じたときに、この法律関係を消滅させる行政行為を、従来の行政行為論は、行政行為の撤回として説明するのである。」とする。芝池義一『行政法総論講義（第2版）』（有斐閣，2006年）171頁は、「撤回と職権取消の違いは、対象である行政行為が適法であ

るか否かにあるのではなく、それが行われる理由にあるといえる。成立時において瑕疵のない行政行為および瑕疵のある行政行為のいずれも、撤回の対象となる。」という。

注3 遠藤博也は、「従来の瑕疵論においては、違法の行政行為と不当の行政行為とを併せて瑕疵ある行政行為とよび、瑕疵ある行政行為の態様として無効の行政行為と取り消しすべき行政行為とを分かち、瑕疵の態様として無効と取消しとを区別し、さらに、瑕疵の原因として無効原因と取消原因とを区別してきた。」

(成田頼明他編『行政法講義下巻』<青林書院新社, 1970年>255頁)とする。なお、同一文で、「訴訟による取消しとは異なり、行政庁による取消しでは、違法のみならず不当でも取消事由になるものといわれている。しかし単純な負担的行政行為はともかく、授益的行政行為を不当を理由として取り消すことはできないというべきであろう。」(278頁)としている点が注目される。芝池義一「職権取消と撤回」(山田幸男他編『演習行政法<上>』)273頁は、「行政行為は、たとえそれが違法または不当な瑕疵を有するものであっても、この瑕疵が当該行政行為を無効たらしめるものでないかぎり、公定力を有し、一応有効なものとして取り扱われる。行政行為の取消とは、このような瑕疵を有するものの一応は有効な行政行為から、その成立当初に存した瑕疵を理由として、効力を失わしめることをいう。」とする。

注4 前掲乙部『行政行為の取消と撤回』416頁は、「通説的見解は、撤回には法律の明示の根拠は不要という前提のもとに、侵益的行政行為の撤回は原則として自由であるが、授益的行政行為の撤回は相手方に責めのある場合や相手方の同意のある場合を除いてすることができず、それにもかかわらず公益上の必要から撤回するときにはこれにより生じた損失を補償しなければならないという。」という。前掲記芝池『職権取消と撤回』182頁。中川丈久「『職権取消しと撤回』の再考」(『行政と国民の権利』<法律文化社, 2011年>所収)は、行政法の一般理論の観点から、最高裁の判例の動向を素材にして、撤回事由について考察している。早坂禧子「撤回についての一考察」(小早川光郎他編『行政法の発展と変革上巻』<有斐閣, 2001年>所収)。

注5 前掲乙部『行政行為の取消と撤回』431頁、特に432頁の注45に掲げられている論文等参照。

注6 前掲塩野『行政法Ⅰ(第5版補正版)』173頁。

注7 柳瀬良幹『行政法教科書(再訂版)』(有斐閣, 1969年)121頁、前掲乙部『行政行為の取消と撤回』433頁、前掲塩野『行政法Ⅰ(第5版補正版)』174頁。

注8 杉村敏正『行政行為の撤回の法理』(『法の支配と行政法』<有斐閣, 1970年>所収)159頁。前掲乙部「行政行為の取消と撤回」437頁の注54に掲げられている論文等参照。

注9 前掲乙部『行政行為の取消と撤回』436頁。前掲塩野『行政法Ⅰ(第5版補正

版)』173, 174 頁は、「撤回が問題となるのは、私人の申請に基づいてなされた授益的行政行為によって行政主体との間に法律関係が形成されたあとで、その法律関係を消滅させるという場面である。別の見方をすると撤回は授益的行政行為がその構成要素の一つとなっている免許制、許可制等の法的仕組みの構成要素の一つである。このような場合に、その法律関係を消滅させるにはいかなる場合にも個別法の具体的法律の根拠を必要とするということには当然にはならない。それを主張するには、侵害留保原則とはむしろ別の理由を立てる必要があると思われる。その際、法治国原理に基づく法的安定性、既得権の保護ということがあげられるであろうが、これも、撤回一般に法律の根拠を必要とするというところまで主張できることにはならないと解される。法的安定性、既得権の保護は、撤回権の制限という角度から考えるのが適切と思われる。」として、別の角度から法律根拠必要説を批判している。

注 10 前掲乙部『行政行為の取消と撤回』440 頁以下において、判例の分析がなされ、「判例の多くは、とくに撤回には法律の根拠が必要とか不要と明示するわけではなく、撤回されるべき行政行為の裁量性の有無を問題にすることもなく、当該事案で撤回の許容性を認める。」と指摘されている。

注 11 宇賀克也判例批評(判例評論 446 号 207 頁)。薬事法は、1979 年(S54)の改正により、有用性を欠くこととなった医薬品の製造承認の取消義務を定めたが、同条項は、創設的規定ではなく、確認的規定との指摘がなされている。浜秀樹『平成 7 年行政関係判例解説』339 頁、西埜章『ジュリスト行政判例百選Ⅱ(第 4 版)』293 頁等参照。

注 12 前掲乙部『行政行為の取消と撤回』278 頁。

注 13 前掲乙部『行政行為の取消と撤回』332 頁は、信頼保護原則は、当該行政行為の相手方が公務員である場合は、原則として適用されないとする。

注 14 本田博利『公有水面埋立法における国の原状回復義務の有無について(意見書)』(広島高裁に提出された意見書。愛媛法学会雑誌第 40 巻第 1・2 合併号 113 頁以下)は、「公有水面埋立法は、主要には埋立免許の申請から竣工認可による埋立地の原始取得までに関する手続規定(水面権利者との調整を含む)で構成をされており、国が行う埋立てにおいても、法 42 条 3 項は上記埋立免許申請から竣工認可に代えて埋立承認申請から竣工通知に至る手続過程でしか準用されていないことである。」と指摘した上で、「42 条『3 項』の準用は、あくまで同条 1 項の『手続』事務に限定をされる。」とする。

注 15 山口眞弘・住田正二『公有水面埋立法』(日本港湾協会, 1954 年) 38 頁は、「行政機関の行為は、公益に合することを要するのはいうまでもないが、いかなる場合が、公益に合する場合であるかについては、埋立免許権者の自由な判断に委ねられているわけである。」とする。三善政二『公有水面埋立法(問題点の考え方)』(日本港湾協会, 1970 年) 64 頁は、「免許という行政行為は、出願者に対し

て埋立権という新たな権利を設定してやる処分であると解されるから、原則的には『自由裁量の行為である』と解するのが至当である。」とする。阿部泰隆『公有水面埋立免許と救済手続』(ジュリスト No491) は、「免許権の行使については、適法性のほかに、法文上は存在しない制約が解釈上補充的に要求される(要件補充)。すなわち、公益性、資力信用の原則である。」とする。

注 16 原田尚彦『行政法要論 6 版』(学陽書房, 2005 年) 8, 9 頁は、「国民主権の原理に立つ日本国憲法は、こうした在来の価値観を 180 度転換した。国民は国政の主体となり、国家は国民の信託によりその自由と人権を守り福祉を増進することを目的とする団体となった(国家契約説)。日本国憲法下の行政は、もはや天皇が臣民を支配する、超私益的な公益追求活動ではない。国民各個の共通の利益をはかるために、主権者たる国民がその総意に基づき連帯して実施する公共的な役務となった。現在の行政は、こうした憲法観に即して運営されなければならない。」とする。

以上