

# 訴 状

平成31年3月22日

福岡高等裁判所那覇支部 御中

原告訴訟代理人

弁護士 加 藤 裕

弁護士 仲 西 孝 浩

弁護士 松 永 和 宏

弁護士 宮 國 英 男

原告指定代理人

沖縄県知事公室

知事公室長 池 田 竹 州

辺野古新基地建設問題対策課

課 長 多良間 一 弘

副参事 田 代 寛 幸

班 長 宮 城 石

主 査 知 念 敦

主 査 賀 数 清 華

主 査 山 城 正 也

主 任 末 永 充

〒900-8570 沖縄県那覇市泉崎一丁目2番2号

原 告 沖縄県知事 玉 城 康 裕

〒900-0014 沖縄県那覇市松尾2丁目17番34号

沖縄合同法律事務所

TEL 098-917-1088 FAX 098-917-1089

原告訴訟代理人 弁護士 加 藤 裕

〒900-0036 沖縄県那覇市西1-2-18西レジデンス2-B

弁護士法人ニライ総合法律事務所

TEL098-988-0500 FAX098-988-0555

原告訴訟代理人 弁護士 仲 西 孝 浩

〒904-0004 沖縄県沖縄市中央3丁目1番6号

センター法律事務所（送達場所）

TEL098-921-1766 FAX 098-938-3166

原告訴訟代理人 弁護士 松 永 和 宏

〒900-0025 沖縄県那覇市壺川3丁目5番地6 与儀ビル2階

ゆあ法律事務所

TEL098-834-9820 FAX098-834-1010

原告訴訟代理人 弁護士 宮 國 英 男

〒100-8918 東京都千代田区霞が関二丁目1番3号

被 告 国土交通大臣 石 井 啓 一

地方自治法第 251 条の 5 に基づく違法な国の関与の取消請求事件

訴訟物の価額	1 6 0 万円
貼用印紙額	1 万 3 0 0 0 円

第 1 請求の趣旨

後記「請求の趣旨」記載のとおり。

第 2 請求の原因

後記「請求の原因」記載のとおり。

第 3 証拠方法

証拠説明書記載のとおり。

第 4 添付書類

1 訴状副本	1 通
2 甲号証写し	各 1 通
3 訴訟委任状写し	4 通
4 代理人届	1 通

## 請求の趣旨

- 1 被告が原告に対して平成 30 年 10 月 30 日付けでした下記公有水面埋立承認取消処分に対する執行停止決定を取り消す

### 記

沖縄県知事が平成 30 年 8 月 31 日付けで沖縄防衛局長に対してした公有水面の埋立ての承認の取消しに関する処分（平成 30 年 8 月 31 日付け沖縄県達土第 125 号・沖縄県達農第 646 号）は、平成 30 年 10 月 17 日付け審査請求（水政第 123 号）に対する裁決があるまでの間、その効力を停止する。

- 2 訴訟費用は、被告の負担とする  
との判決を求める。

# 請求の原因

## 目次

第1章 本件の経緯と本訴訟において取消請求の対象とする「国の関与」	8
第1節 「国の関与」に至る経緯	8
第1 公有水面埋立承認出願から承認取消処分に至る経緯	8
第2 本件執行停止決定に至る経緯	9
第2節 本件執行停止決定が「国の関与」に該当すること	9
第2章 本件執行停止決定が違法であり関与取消訴訟の対象となること	10
第1節 本章の概要	10
第2節 地自法 245 条 3 号括弧書きによる適用除外とならない場合	11
第1 国地方係争処理委員会の判断	11
第2 地自法 245 条 3 号括弧書きによる適用除外とならない場合	12
第3節 「固有の資格」において受けた処分についての不適法な執行停止申立てに対して執行停止決定がなされたという違法があること	15
第1 「固有の資格」において受けた処分に係る執行停止決定は地自法 245 条 3 号括弧書きにより適用除外とされないこと	15
第2 行政不服審査制度の趣旨と「固有の資格」の意義	16
第3 公水法の解釈として国の機関は「固有の資格」において公有水面埋立承認に係る処分の名宛人となるものであること	23
第4 本件埋立事業の内容よりしても沖縄防衛局は「固有の資格」において公有水面埋立承認に係る処分の名宛人となること	30
第5 「固有の資格」に係る国地方係争処理委員会の判断の誤り	36
第4節 国土交通大臣は審査庁たりえないにもかかわらず執行停止決定を行った違	

法があること .....	45
第 1 原告の主張 .....	45
第 2 国地方係争処理委員会の判断に対する反論 .....	46
第 3 本件承認取消処分をなした者は誰か .....	53
第 4 違法な「国の関与」に該当すること .....	55
第 5 節 行政不服審査に名を借りた違法な濫用的関与であること .....	57
第 1 沖縄防衛局と国土交通大臣が、内閣の一致した方針に従って辺野古に普天 間飛行場代替施設を建設するために本件執行停止決定をしたこと .....	57
第 2 国土交通大臣の本件執行停止決定における判断内容 .....	58
第 3 本件審査請求等以前から国土交通大臣が沖縄防衛局と同一の立場にあった こと .....	59
第 4 行政不服審査に求められる中立性・第三者性 .....	64
第 5 行政不服審査に名を借りた違法な濫用的関与であること .....	67
第 3 章 本件訴え提起は適法な審査申出を経たものであること .....	68
第 1 節 地自法 251 条の 5 第 1 項の意義 .....	68
第 1 審査前置主義 .....	68
第 2 適法な審査申出あれば審査申出前置主義の要請をみたくこと .....	69
第 2 節 本件執行停止決定に係る国地方係争委員会への適法な審査申出と却下決定 .....	71
第 1 国地方係争処理委員会への審査申出 .....	71
第 2 国地方係争処理委員会の審査申出の却下決定 .....	71
第 3 本件訴え提起の適法性 .....	71
結 語 .....	71

## 第1章 本件の経緯と本訴訟において取消請求の対象とする「国の関与」

### 第1節 「国の関与」に至る経緯

#### 第1 公有水面埋立承認出願から承認取消処分に至る経緯

##### 1 公有水面埋立承認処分

平成25年3月22日、沖縄防衛局長は、沖縄県名護市辺野古の辺野古崎地区及びこれに隣接する水域等を埋立対象地とする普天間飛行場代替施設建設事業に係る公有水面埋立事業（以下「本件埋立事業」という。）の承認に係る申請（以下「本件承認出願」という。）を行った。

同年12月27日、当時の沖縄県知事仲井眞弘多は、本件承認出願に対して、承認処分をした（以下「本件承認処分」という。）。

##### 2 公有水面埋立承認処分の取消処分

平成30年7月31日、翁長雄志前沖縄県知事は、沖縄防衛局長に対して、本件承認処分について事後的に処分要件を充足していないと認められるに至っていること及び本件承認処分に付された附款（留意事項）についての違反があることを「不利益処分の原因となる事実」として「普天間飛行場代替施設建設事業に対する公有水面埋立承認の取消処分」について聴聞を行う旨の通知をした<sup>1</sup>。

同年8月8日に翁長雄志前沖縄県知事が死去し、同月17日、沖縄県知事職務代理者沖縄県副知事富川盛武は、地方自治法(以下「地自法」という。)<sup>153</sup>条2項により、本件承認処分の取消処分について沖縄県副知事謝花喜一郎に事務の委任をした。

---

<sup>1</sup> 後述のとおり、公有水面埋立承認について国の機関は「固有の資格」において処分の名宛人となるものであるから、行政手続法の適用はないが、不利益処分であることより、告知聴聞という手続保障をすることが望ましいことから行政手続法に基づく場合と同様の聴聞手続を行ったものである。

同月 31 日、沖縄県副知事謝花喜一郎は、上記事務の委任に基づき、本件承認処分を取り消した（以下「本件承認取消処分」という。）。

## 第 2 本件執行停止決定に至る経緯

### 1 行政不服審査法に基づくと称した審査請求等

平成 30 年 10 月 16 日、沖縄防衛局長は、行政不服審査法（以下「行審法」という。）によるとして、国土交通大臣に対し、本件承認取消処分を取り消す裁決を求める審査請求（以下「本件審査請求」という。）及び本件審査請求に対する裁決があるまで本件承認取消処分の効力を停止することを求める執行停止申立（以下「本件執行停止申立」という。）をした（以下、両者をあわせて「本件審査請求等」という。）。

### 2 被告による執行停止決定

本件執行停止申立について、平成 30 年 10 月 30 日、国土交通大臣は、本件承認取消処分は本件審査請求に対する裁決があるまでの間その効力を停止する旨の決定（以下、「本件執行停止決定」という。）をし、本件執行停止決定がなされたことを通知する文書は同月 31 日に沖縄防衛局に到達した。

## 第 2 節 本件執行停止決定が「国の関与」に該当すること

地自法 245 条 3 号は、「前 2 号に掲げる行為の他、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的に関わる行為」を包括的に「国の関与」としているが、括弧書きにおいて「審査請求、異議申立その他の不服申立てに対する裁決、決定その他の行為を除

く。」と定めている。

「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的に関わる行為」が国の関与とされ、括弧書きにおいて審査請求等の裁定的行為によって関与する行為（以下、「裁定的関与」という。）が除外されているという条文の形式からも分かるとおり、裁定的関与は、本来的に「国の関与」（3号関与）に含まれる概念である。

本件執行停止決定は、普天間飛行場代替施設建設という行政目的を実現するために、国の行政機関である沖縄防衛局が沖縄県の本件承認取消処分執行停止の申立てをし、これに対してやはり国の行政機関である国土交通大臣が執行停止決定をするという形で、沖縄県に対して具体的かつ個別的に関わる行為であるところ、地自法 245 条 3 号本文に該当することは明らかである。

## 第 2 章 本件執行停止決定が違法であり関与取消訴訟の対象となること

### 第 1 節 本章の概要

「関与」の意義を定める地自法 245 条は、その 3 号において、「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的に関わる行為」を掲げ、同号の括弧書きにおいて、「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」を「関与」から除外している。

しかし、審査請求がその成立の要件を欠く違法な請求であり、ひいては執行停止申立てにも同様の違法があるような場合には、執行停止決定としての効力を有さないものと解されるから、それはもはや執行停止決定として扱う必要がなく、地自法 245 条 3 号括弧書きで除外される裁定的関与に該当しないものというべきである。

そして、本件執行停止決定は、国の機関等が行審法7条2項に規定する「固有の資格」において相手方となった処分に関する審査請求手続における執行停止決定がされた点(、審査請求先ではない機関に対して審査請求がなされて裁決をする権限を有しない機関が審査庁として裁決と称する判断をした点)及び行政不服審査に藉口した違法な濫用的審査請求である点において、審査請求がその成立の要件を欠き、ひいては執行停止申立てにも同様の違法があるものであるから、地自法245条3号括弧書きで除外される裁定的関与に該当しないものであり、違法な「国の関与」として取り消されなければならない。

## 第2節 地自法245条3号括弧書きによる適用除外とならない場合

### 第1 国地方係争処理委員会の判断

国地方係争処理委員会は、概略以下のとおり判断している。

すなわち、地自法245条3号括弧書きにより、執行停止決定が原則として委員会が審査すべき国の関与から除外されるとした上で、「国の機関等が行審法第7条第2項に規定する「固有の資格」において相手方となった処分に関する審査請求手続における執行停止決定がされた場合等、審査請求がその成立の要件を欠き、ひいては執行停止申立てにも同様の瑕疵（以下「成立に係る瑕疵」という。）があるような場合には、執行停止決定としての効力を有さないものと解されるから、それはもはや執行停止決定として扱う必要がなく、「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的に関わる行為」として、当委員会が審査すべき国の関与に当たりうる」との一般論を展開し（決定通知3頁）、本承認取消処分は国の機関が「固有の資格」において相手方となったか否か（決定通知3頁

以下)、国土交通大臣の審査庁としての適格性について(決定通知 7 頁以下)、本件承認取消処分に対する審査請求の相手方(審査庁)について(決定通知 8 頁以下)検討を加え、いずれについても原告の主張を排斥し、成立に係る瑕疵はなく、委員会の審査対象にならないものと判断した。

したがって、国地方係争処理委員会は、原告主張のこれらの瑕疵が認められた場合には、国地方係争処理委員会の言うところの成立に係る瑕疵に該当し、関与に該当することを前提にしている。

原告としては、かかる一般論については、不服がない。

以下では、かかる一般論が正しいことについて主張する。

## 第 2 地自法 245 条 3 号括弧書きによる適用除外とならない場合

### 1 地自法 255 条の 2、245 条 3 号括弧書きの趣旨

地方自治制度は、憲法第 8 章に根拠を持ち、一般的な理解としては、地方公共団体及び住民による自治権(団体自治、住民自治)を保障するものである。

地自法の平成 11 年改正(いわゆる地方分権改革)は、従来上級下級の関係にあった国と地方公共団体の関係を対等化し、国の関与に関するルールを定めて、関与の適法性を担保することとして、自治権の保障を実現した。

地方分権改革の結果、国と地方公共団体は対等な関係となったため、上級庁に対する審査請求は本来なしえないはずであるが、地自法 255 条の 2 により、法定受託事務に係る処分等に関する法令所管大臣に対する審査請求制度が設けられた。

地方分権改革においては、国と地方公共団体とは対等な関係とされた

ことから、国が地方公共団体に対してなしうる関与は法定され（地自法 245 条の 2）、必要な最小限度のもので、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るとともに（地自法 245 条の 3）、対等な関係の両者の間の紛争を公平・中立に解決するための制度が必要となったため、国地方係争処理委員会による審査制度（地自法 250 条の 13 以下）と訴訟手続（地自法 251 条の 5、251 条の 7）が設けられた。

しかし、地自法 245 条 3 号は、「前 2 号に掲げる行為の他、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」を包括的に「国の関与」としたが、括弧書きにおいて「審査請求、異議申立その他の不服申立てに対する裁決、決定その他の行為を除く。」と定めている。

かかる規定ぶりから明らかなおり、裁定的関与は、本来的には関与に該当する概念であるが、特に除かれていることになる。

地自法 255 条の 2 や、245 条 3 号の規定は、もとより地方自治の本旨に適合的ではなく、地方分権改革の趣旨にそぐわないもので、立法論としては見直されるべき制度であるが、残置されたのは、私人の権利利益の簡易迅速かつ公平な手続きによる救済を重視したからに他ならない（佐藤文敏「地方分権一括法の成立と地方自治法の改正（三）」自治研究 76 卷 2 号 98 頁、石森久広「法定受託事務に係る審査請求」『ジュリスト増刊新しい地方自治・地方分権』94 頁、芝池義一「地方自治法改正法案の検討」法律時報 71 卷 8 号 82 頁、塩野宏『行政法Ⅲ [第四版]』P246）、松本英昭「新版逐条地方自治法第九次改訂版」1136 頁）。

2 成立に係る瑕疵が存する場合には、地自法 245 条 3 号括弧書きの適用

が認められるべきでないこと

「地方公共団体に関する法令の規定は、地方自治の本旨に基づいて、かつ、国と地方公共団体との適切な役割分担を踏まえて、これを解釈し、及び運用するようにならなければならない。」ところ（地自法2条12項）、地方自治の本旨の観点から疑義がある地自法255条の2、245条3号括弧書きについては、もとより抑制的に解釈されなければならない。

この点、裁決等に、成立に係る瑕疵がある場合、国地方係争処理委員会が指摘するように、このような裁決等は、地自法の関与制度の規律との関係では、もはや裁決等として扱う必要がなく、関与に当たると解釈すべきである。

けだし、審査請求人が国である場合は、私人の審査請求に対して受動的に裁定的関与を行うのではなく、能動的に行う関与以外の何物でもなく、このような関与を統制する必要性は極めて高い。

そして、国はどこまでいっても国であり、人権享有主体ではなく、行政不服審査法が本来救済すべき私人とは異なる。

国は、裁定的関与ではない関与を利用することもでき、国地方係争処理委員会の審査及び関与に係る訴えは、極めて迅速に処理されることが想定され、かつ最終的には司法判断により関与の適法性が担保される公平な制度であることからしても、私人とは異なり、審査請求者たる国に、国自身が判断を行う審査請求手続による救済を受け、かつ、裁決等の形をとった関与に係る規律や紛争処理手続から免れるという利益までは到底認めがたい。

成立に係る瑕疵がある場合、本来、そのような裁決等は存在しえないものであり、このような瑕疵がある場合には、地方自治の本旨に戻り、

地方分権改革により対等化ならしめられた国と地方公共団体間の本来の紛争処理手続きである、国地方係争処理委員会の審査及び関与に係る訴えによるべきであり、したがって、成立に係る瑕疵がある裁決等は、これらの制度の対象となる「関与」に該当すると解すべきである。

### 第3節 「固有の資格」において受けた処分についての不適法な執行停止申立てに対して執行停止決定がなされたという違法があること

#### 第1 「固有の資格」において受けた処分に係る執行停止決定は地自法 245 条 3号括弧書きにより適用除外とされないこと

国の行政機関が「固有の資格」において処分の名宛人とされた場合には、行政不服審査制度により審査請求等はできないものであり（行審法 7条 2項）、その者が審査請求等をしたとしても、当該事案は、本来、行政不服審査制度の対象とならないものであるから、審査請求等の外形とこれに対する裁決等という外形がとられても、それは行審法に基づく裁決等ということとはできず、地自法 245 条 3号括弧書きにいう裁決等には該当しないものというべきである。

また、国と地方公共団体は上級下級関係にないにもかかわらず、法定受託事務に係る処分に対して地自法 255 条の 2 の審査請求を認めることにはそもそも地方自治の本旨からは疑義があるにもかかわらず、さらに、それに対する裁決等を国地方係争処理委員会の審査対象から除いた地自法 245 条 3号括弧書の趣旨は、国の関与に関する地自法の規定を、国の行政機関が地方公共団体に対し審査庁として関わる行為について適用することは、審査請求等によって救済を求める私人を、国と地方公共団体との係争のために不安定な状態におき、私人の権利救済を遅らせ、私人

の権利利益の簡易迅速な救済を図るという審査請求等の制度の目的を損なうおそれがあるという点に存するものである。しかるに、国の行政機関が「固有の資格」において処分の名宛人とされた場合には、そもそも行政不服審査制度によって権利利益の救済を受けうる立場にはなく、また、国と地方公共団体の係争の影響を受ける私人という立場でもないことから、国の行政機関が「固有の資格」において処分の名宛人とされた場合に裁決等がなされた場合には、国の関与に関する地自法の規定の適用を除外する趣旨はまったく妥当しないものであるから、地自法 245 条 3 号括弧書の趣旨よりしても、同号括弧書の裁決等には該当しないものと解される。

## 第 2 行政不服審査制度の趣旨と「固有の資格」の意義

### 1 制度を利用し得る一般的資格は制度趣旨等から解釈されるべきこと

「固有の資格」という文言は、行審法において、公共団体が一般私人と同様な立場でなく行政処分を受けた場合を除外する概念であり、行政不服審査制度を利用し得る一般的資格を定めたものである。

行政不服審査制度は、憲法上の司法権ではなく、あくまで立法政策によって設けられている制度であるから、訴訟の対象となる事案については当然に行政不服審査制度の対象とならなければならないものではない

行政不服審査制度を利用し得る一般的資格については、行政不服審査制度の制度趣旨とその長所と短所、行審法 7 条 2 項の趣旨から解釈されなければならない。

### 2 行政不服審査制度の制度趣旨

行政不服審査制度は、「簡易迅速」な手続によって、「国民」の権利利益を救済することを目的とする制度である。訴訟に比して簡易迅速な手続がとられるため、訴訟を「正式な争訟」と呼ぶのに対して「略式の争訟」と呼ばれ、国民の権利利益の救済制度のなかでは、「付加的簡易救済制度」（南博方＝小高剛『注釈行政不服審査法』24頁）として位置付けられるものである。

付加的簡易救済制度である行政不服審査制度は、正式な争訟である訴訟との対比における長所と短所の双方を有するものである。長所は、「訴訟手続にくらべ時間、費用、労力が省け、当事者は簡易迅速な救済を得られやすい。また、行政監督の手段であるから、違法な処分の是正ばかりでなく、行政庁の不当な裁量権行使の是正を求めることができる（行政不服審査法1条）」（原田尚彦『行政法要論 全訂第7版（補訂2版）』326頁）という点であるが、他方で、「裏から言えば、慎重さの欠如につながるおそれがあるし、裁判所のように偽証罪の担保の下に真正な証言を強制するようなことも行政上の不服申立てでは一般的に認められていないので、調査能力に限界があることは否めない。」（宇賀克也『行政法概説Ⅱ（第6版）』20頁）、「行政上の不服申立ては、当該行政処分を行った行政庁あるいはその上級行政庁等に再審査を求めるものであるから、中立で独立した地位の裁判官による司法上の救済の場合と比較して、決定者の独立性、第三者性に欠けるところがある」（曾和俊文ほか『現代行政法入門（第3版）』〔曾和俊文〕334頁）という短所があり、審査の公正さと権利救済の確実さという点では、行政事件訴訟に劣るものである。

行政不服審査制度については、制度の対象とする紛争の適不適については「権利救済の公正性という点では見劣りする面があることは否めない

い。簡易迅速を旨とする不服審査制度は、単純な事実誤認や基準適用の誤りなどに対しては、それなりの救済機能を発揮するものと思われるが、逆に、複雑な事実認定が求められる事案や、行政庁の法解釈が争われるような事案においては、必ずしも十分な救済機能を発揮するとは思われない。」(久保茂樹「行政不服審査」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅲ』167頁)との指摘があり、また、制度の利用者については「『簡易迅速な手続』の意義には、手続の簡便性、低廉性、迅速性のほかに、手続の『利用し易さ』が含まれているように思われる(教示義務はこの趣旨をもつ)」。訴訟においては、どちらかといえば『独立した強い個人』が想定されているように思われるが、不服審査においては、『完全無欠ではない私人』を想定することが必要ではないだろうか。」(同168頁)との指摘がなされている。

司法権とは異なり、行政上の不服申立てを提起する機会には憲法上保障されているものではなく、「行政不服審査は権利救済上不可欠の制度ではない」(芝池義一『行政法読本(第3版)補遺』3頁)ものであるから、行政不服審査制度を設けるか否か、制度を設けるとして申立ての資格や適格等の制度の内容をどのように構築するのかについては、立法政策に委ねられている。行政不服審査制度の利用を認めるか否かは、付加的簡易救済制度の利用を認めることの当否の問題であり、行政不服審査制度の利用を認めるか否かということと、権利救済が必要か否かということは、同一ではないのであり、「国の機関または地方公共団体もしくはその機関が『固有の資格』において処分の名あて人となる場合について、行政手続法、行政不服審査法の規定が適用されないということは、一般私人と同様の規律をすることが適当でないことを意味するにとどまり、お

よそ手続的規律が不要であることを意味するものではないことはいうまでもない」宇賀克也『行政法概説Ⅱ（第6版）』41頁)ものである。

このことは、行審法1条2項及び同法8条からも明らかである。行審法1条2項は「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為（以下単に「処分」という。）に関する不服申立てについては、他の法律に特別の定めがある場合を除くほか、この法律の定めるところによる。」と定め、同法8条は「前条の規定は、同条の規定により審査請求をすることができない処分又は不作為につき、別に法令で当該処分又は不作為の性質に応じた不服申立ての制度を設けることを妨げない。」と定めているが、これは、行審法7条2項により行審法の適用が除外される処分についても、別途不服申立ての制度が立法されうることを想定したもの、すなわち、行政不服審査法の適用が除外されることと救済の必要性は同一ではないことを示している。

### 3 行審法7条2項の趣旨

(1) 付加的簡易救済手続である行政不服審査制度には、制度としての短所も存するものであるが、「加害者は国家・公共団体なのであるから、被害者たる私人の簡易迅速な救済手続を設けておく必要性は私人間の紛争よりも高い」（塩野宏『行政法Ⅱ（第5版補訂版）』9頁）ことから、かかる制度が設けられているものである。

行審法は、一般私人を念頭に置いて、「国民が…広く行政庁に対する不服申立てをすることができるための制度を定める」（1条）ものである。ここで、「国民」とは、外国人を排除するものではなく、また、自然人に限定するものではないが、行政不服審査制度は、一般私人を国・公共団体との関係において救済するための制度であるから、国の機関

または地方公共団体その他の公共団体若しくはその機関については、一般私人と同じ立場にある場合にのみ行政不服審査制度の利用が認められることになる。

- (2) このことを明文で明らかにしているのが、行審法7条2項である。

同項は、「国の機関又は地方公共団体その他の公共団体若しくはその機関に対する処分で、これらの機関又は団体がその固有の資格において当該処分の相手方となるもの及びその不作為については、この法律の規定は、適用しない。」と定めている。

すなわち、国の機関等が処分の名宛人となるときには、「固有の資格」において処分の名宛人となる場合と、「固有の資格」以外において処分の名宛人となる場合があることを前提として、国の機関等が処分の名宛人となる場合に行審法の適用を除外するための概念として、「固有の資格」という概念が用いられているものである。

- (3) 「行政事件訴訟法と異なり、行政不服審査法には行政手続法と同様のかかなり広範囲にわたる適用除外が定められているため、行政訴訟の対象となる『行政処分』であっても不服申立ての対象とならない行為がある」（曾和俊文ほか『現代行政法入門（第3版）』〔曾和俊文〕339頁）ものである。

例えば、摂津訴訟判決は、「固有の資格」に基づく処分があり、それが行政訴訟の対象となることを示した例である。国庫負担金（地方公共団体が法令の定めるところにより実施しなければならないとされている国が共同責任を持つ事務事業のうち、全国的に一定の水準を維持し、併せて地方公共団体の財政負担を軽減するために、国と地方公共団体との間の経費負担区分に基づき、国が一定割合を義務的に負担す

るもの)の交付は、地方公共団体がその本来の資格において受けるものであり、国庫負担金の交付決定の名宛人は「一般私人の立ちえないような立場」であること自体は疑いの余地はない。市が保育所設置に要した費用のうち超過負担分の支払いを求めたいいわゆる撰津訴訟において、国は、国庫負担金の交付決定について「行政処分というべき」と主張し、一審の東京地裁昭和51年12月13日判決は「行政処分と解すべきである」とし、控訴審の東京高裁昭和55年7月28日判決もまた「交付決定は形成的、処分的性格を有するものであり、この種の行政庁の行為をいかに名付けるにせよ、これに処分性なしということとはできない。而して、右の交付決定が法五二条等に基づく国庫負担金の交付にかぎり性質を異にするものとなると解することは、適正化法の解釈上、及び前記説示に照し採ることができない。したがって、右交付決定の内容につき、あるいは交付決定がなされないことにつき不服がある場合には、抗告訴訟(不作為違法確認を含む。)の方法により司法審査を求めて出訴することができるものと解される」としている。

#### 4 「固有の資格」の意義と判断基準

- (1) 「固有の資格」による行審法の適用除外の趣旨は、行審法は「一般私人の救済のための法律であり、国の機関または地方公共団体その他の公共団体もしくはその機関に対しても一般私人と同じ立場にある場合にはその規定を適用するが、そもそも一般私人と異なる立場の場合には本法の対象外とする趣旨である」<sup>2</sup>とされ、この趣旨より、「固有の資格」の意義については、「一般私人ではなく、国の機関または地方公共団体その他の公共団体もしくはその機関であるからこそ立ちう

---

<sup>2</sup> 宇賀克也『行政法概説Ⅱ〔第5版〕』43頁。

る立場」、「一般私人が立ちえないような立場」との理解がなされている。

## (2) 「固有の資格」の判断基準

「固有の資格」の判断基準については、次のように、2類型で整理して理解されている。

第1の類型としては、「処分の名宛人が『国の機関又は地方公共団体その他の公共団体もしくはその機関（以下「国の機関等」という）に限定』されている場合」は、「固有の資格」に該当するとされる<sup>3</sup>。ただし、形式的に許認可等の対象が国の機関等だけに限定されているものであっても、国の機関等が処分の名あて人とされている特例の意味が、単なる用語変更にあたるなど、実質的に一般私人と同様の立場に立つと解される場合には、「固有の資格」に該当しないとされている<sup>45</sup>。

次に、第2の類型として、「処分の相手方が国の機関等に限定されていない場合であっても、当該事務について国の機関等が原則的な担い手として想定されている場合には、「固有の資格」に該当するとされる<sup>6</sup>。

---

<sup>3</sup> 宇賀克也『行政不服審査法の逐条解説』51頁。

<sup>4</sup> 室井力編『コンメンタール行政法I 行政手続法・行政不服審査法〔第2版〕』〔米丸恒治〕80頁、宇賀克也『行政不服審査法の逐条解説』52頁。

<sup>5</sup> その例として、医療法・同施行令に基づく国が開設する病院についての厚生労働大臣の承認が挙げられている（宇賀克也『行政不服審査法の逐条解説』52頁）。これは、単なる読替、用語変換にすぎないことから、「固有の資格」に該当しないと解されているものである。

<sup>6</sup> 宇賀克也『行政不服審査法の逐条解説』52頁。

### 第3 公水法の解釈として国の機関は「固有の資格」において公有水面埋立承認に係る処分の名宛人となるものであること

#### 1 「承認」処分の名宛人は国の機関に限定をされていること

公水法は、国以外の者が埋立をする場合には「都道府県知事ノ免許ヲ受クヘシ」(2条)と定め、国による埋立については「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ヘシ」(42条1項)と定め、国以外の者が埋立をする場合の免許制度と国が埋立をする場合の承認制度を別個の制度としている。

すなわち、「承認」の名宛人は、国の機関に限定をされているものであるから、「固有の資格」に該当する。

#### 2 単なる用語変換ではないこと

##### (1) 「埋立法は、公物である公有水面に私権を設定するための根拠法」

(三善政二『公有水面埋立法(問題点の考え方)』34頁)であり、「埋立の承認は、当該官庁が、特定の公有水面を埋立てて、土地を造成し、竣功通知の日において行政主体に埋立地の所有権を取得する権利を設定する行為」(山口眞弘＝住田正二『公有水面埋立法』329頁)である。

埋立ての目的は、土地所有権の取得にあるが、公有水面は自然公物であり、公物は公用廃止をされなければ私的所有権の対象とはならない。公有水面を構成する一要素としての地盤に土砂その他の物件が添付されて土地的状态へと形態変化しても、公用廃止がなされるまでは、公物としての本質は変更されないから、私法の適用を受けず、所有権の対象とならない(最高裁平成17年第二小法廷判決・民集59巻10号2931頁)。

公有水面が私的所有権の対象である法律上の土地となるのは、公有水面という自然公物の公用廃止によるのであり、公用廃止は、私的土地所有権を取得させるという公有水面埋立てについての本質をなすものであるところ、公用廃止について、免許と承認とではまったく異なる仕組みが採られている。

これは、公水法が、公有水面について「国ノ所有ニ属スル」（公水法1条1項）と定め、国とそれ以外の者とは立場を異にするものとしていることから、異なる仕組みが採用されたものである。

(2) 「承認」は一般私人が主体となり得ない法的地位ないし権限を付与するという効果を有する処分である。

公有水面に土砂投入をして事実上陸地化をしても、公用廃止がなされない限り、事実上の陸地は私的所有権の対象とはならないものであり、法律上の土地となり私的所有権が成立をするためには、公用廃止が必要となる。そして、自然公物である公有面について、国とそれ以外の者では立場を異にすることから、公有水面埋立てによる私的土地所有権の成立について、公水法は、国とそれ以外の者とは、別々の行政過程を仕組んでいる。

すなわち、公水法1条1項は、「本法ニ於テ公有水面…国ノ所有ニ属スル」と規定し、公有水面という自然公物の公物管理について、国はそれ以外の者とは異なる立場にあることを明らかにした上で、公有水面という自然公物の公用廃止について、国とそれ以外の者との間では、異なる仕組みを採用している<sup>78</sup>。

---

<sup>7</sup> 公有水面埋立法逐条理由は、「承認とあるは国の機関相互の関係なるを以て免許の語を避けたり」としている。今日においては、都道府県知事は国の官吏ではないことはもとより、承認は地方公共団体の事務（法定受託事務）であり、「国の機関相互」という関係ではないが、「免許」と「承認」が異なる制度として立法されたものであることは

埋立てに係る工事を終えたとき、国以外の者が「免許」により事業主体となる場合には、都道府県知事に竣功認可を申請しなければならず（公水法 22 条 1 項）、竣功認可・公示によって所有権を取得するものと定められている（公水法 24 条 1 項）。公物については私的所有権の対象とならないものであり、公用廃止をしなければ私的所有権の対象とはならないが、免許により造成工事がなされた場合には、公有水面の公用廃止は、竣功認可という、免許とは別個の都道府県知事の処分によってなされることになる<sup>9</sup>。

---

紛れもない事実である。

<sup>8</sup> 国土交通大臣は、福岡高等裁判所那覇支部平成 28 年（行ケ）第 1 号地方自治法 251 条の 5 に基づく違法な国の関与の取消請求事件における平成 28 年 2 月 10 日付け釈明事項への回答書において、「公有水面埋立法は、国と国以外の者では公有水面を埋め立てる権能の有無に違いがあることに着目し、国に対しては「承認」、一般私人又は地方公共団体に対しては「免許」と、文言を区別し、一部の規定を「承認」には準用しないこととしているものである。」「国はもとより公有水面を埋立てる権能を有していることから、国の行う公有水面の埋立てについては、「免許」と同様に、「承認」によって埋立てをなす権能が設定されるものと解することはできない。これに対して、一般私人又は地方公共団体は公有水面を埋め立てる権能を有していないから、公有水面埋立法に基づく「免許」は、私人又は地方公共団体に対して埋立権を設定する処分である。」と主張していた。

<sup>9</sup> 免許については、「埋立行為の進展は、事実問題として当該水域を陸地化し、果ては地盤が支える『水流又は水面』という水そのものを他に移動せしめて形態の変化を余儀なくする…斯様な形態的变化は、飽くまで事実上の変化であり、法律的には『公用廃止』の意思表示がなされない以上、公有水面たる本質を喪失したと解してはならない…公有水面の効力を廃止する効力は免許それ自体にはない…当該埋立地の造成が完了し、埋立に関する工事の完成状態が免許及びこれに付した条件のとおりであるか否かを検査し、免許処分を行った目的に照らして適合である旨の宣言を行う『竣功認可』という別個の行政処分に拠り行われる…公物たる水面は、事実上陸地化されたからの理由をもって公物としての本質まで変更されると理解されてはならない…公物を公物以外の物にするためには、公物の用途廃止が必要である…免許は埋立権を設定する処分であり、竣功認可は、確認処分であると同時に公有水面の公用を廃止する処分である。従って、完成埋立地の私法上の所有権は、竣功認可の日において付与される…この意味において、免許の性格の中には、『竣功認可を条件として、竣功認可の日において埋立地の所有権を取得せしめる効力がある』と解されるのである。斯様に、国の所有に属する公有水面に対して私法上の土地所有権を付与することは、公法行為のとしても免許及び竣功認可から生ずる法律効果」（三善政二『公有水面埋立法（問題点の考え方）』58～60 頁）、「竣功認可は、埋立工事完成の事実を確認する行為であるとともに、埋立免許を受けた者に埋立地の所有権を取得させる行政処分である」（寶金敏明『里道・水路・海浜 4 訂版』196 頁）とされている。函館地裁昭和 54 年 3 月 23 日判決は「免許は埋立を条件として埋立地の所有権を取得させることを終局の目的とする行政処分であり、右免許自体によ

これに対し、「承認」については、「竣功通知の日において、当該埋立地についての支配権が私法上の所有権に転化し、これを取得する」山口眞弘＝住田正二『公有水面埋立法』341頁）ものとされている。事業者である国の機関による竣功通知により造成された陸地が私的所有権の対象となり私的所有権を取得するのであるから、竣功通知は、公有水面の公用廃止という効果を有する行為であるということになる<sup>10</sup>。このように、「承認」には、国の機関に対し、竣功通知により公用廃止という効果を生じさせる公物管理上の地位ないし権限を付与するという内容が包含されているものである。

- (3) 公水法は、埋立ての過程における事業者に対する規律について、国の機関が「承認」に基づいて行う埋立てと、国以外の者が「免許」に基づいて行う埋立てとでは、その規律を異にしている。

公水法 42 条 2 項は、埋立に関する規定の多くを準用しないで国に対しては規制の排除などを行っている。すなわち、埋立権の譲渡に関する 16 条ないし 21 条、工事の竣功認可（22 条）、竣功認可による埋立地の所有権の取得（24 条）のほかにも、埋立免許の取消しや条件の変更、原状回復命令等の監督処分（32、33 条）、免許の失効（34 条）、免許の失効に伴う原状回復義務（35 条）などの監督処分の規定などは準用していない。また、免許料の徴収に関する公水法 12 条及び 38

---

り直ちに該当する公用水面および海浜地の公用を廃止する効力を有するものではないと解すべきであるから、右免許処分により、別紙物件目録（二）の公用水面および海浜地はもとより本件土地について被告が公用廃止処分をしたと解することはできない」と判示し、同判決を引用した平成 11 年 1 月 21 日付け阿部泰隆（当時）神戸大学教授「意見書」（神戸地方裁判所姫路支部提出）は、「三善著を参照すると、公有水面の埋立免許がなされたというだけでは当該水面の公用に供せられる性質が当然に廃止されたとは言えない（公用廃止は竣功認可による、函館地判昭和五四・三・二三訟務月報二五卷一〇号二五二頁も同旨）」としている。

<sup>10</sup> 「竣功通知の日において、当該埋立地についての支配権が私法上の所有権に転化し、これを取得する」山口眞弘＝住田正二『公有水面埋立法』341頁）。

条についても、「承認」には準用されていない。

このように、「免許」による埋立とは規律の内容そのものが大きく異なっているが、私人のみならず、地方公共団体が行う事業についても「免許」によるものとされていることからすると、このことは、事業主体の信用、資力、事業遂行能力や遵法性によって説明をすることはできない。

国について、埋立ての過程についても異なる規律がなされているのは、公水法1条1項が「本法ニ於テ公有水面…国ノ所有ニ属スル」とし、公有水面という自然公物に係る公有の埋立てについては、国をそれ以外の者とは異なる立場に置いていることによるものである。

- (4) なお、免許基準（公水法4条）は、承認について準用されているが（公水法42条3項）、私人であれ、国であれ、埋立てによる当該地域環境等への影響は変わりはないことによるもの、すなわち、埋立ての主体ではなく、影響を受ける客体の問題であり、これをもって、主体の側の異質性を否定することはできない。
- (5) 以上のとおり、免許により国以外の者に設定される権利と、承認を得た国の機関の権限ないし法的地位は異なるものであり、承認により付与された権限ないし法的地位の主体には、国以外の者は立ち得ないものである。

「免許」により国以外の者に対して設定される公有水面埋立権については、公有水面埋立法は譲渡性を認めており（16条から21条）、  
「公有水面埋立権」は差押えの対象ともなるものである<sup>11</sup>。すなわち、

---

<sup>11</sup> 国税徴収法基本通達第73条関係は、同法73条1項の規定による差押えの対象となる無体財産権として「公有水面埋立権」（都道府県知事から免許を受けて公有水面（河、海、湖、沼その他の公共の用に供する水流又は水面で国の所有に属するものをいう。）の埋立てを行う権利）を挙げている。

「融通性ヲ有シ権利者ノ一身ニ専属スルモノニアラサル」（昭和6年2月9日長崎控訴院民事二部判決）ものである。

これに対して、承認については、公水法42条2項は、同法16条から21条を準用しておらず、譲渡性は認められないものと解されている。すなわち、承認によって国の機関に対して設定される権限ないし法的地位は、融通性を有しないものであり、国のみが承認による権限ないし法的地位の主体となりうるものである<sup>12</sup>。

「承認」によって設定される権限ないし法的地位には、事業者による竣功通知により公有水面の公用廃止という効果を生じさせる権限が包含され、また、私人の免許によって設定された権利に対する監督とは異なるものとなっている。かかる「承認」によって設定された権限ないし法的地位については、私人はその主体となることはできないも

---

<sup>12</sup> 公有水面埋立法逐条理由は「国が埋立の承認を受けたる場合に於いては埋立を為す権利か之に依りて生ずるに非ざるか故に之を私人に譲渡することを得ず私人が免許を受けて発生する埋立を為す権利も亦国に移転するを得ず国は埋立を為す権利の主体たるを得されはなり」としている。

行政庁の解釈も「公有水面埋立法第42条第1項は、『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ヘシ』と規定しているが、その法意は、当該官庁の行う埋立工事が公有水面の管理上ならんかの支障を生ずるものであるか否かを都道府県知事の判断にまかせようとするに於て、都道府県知事の承認は埋立ての免許と異なり、承認によって『埋立ヲ為ス権利』が設定されるものではない。国は、本来公有水面に対する支配権（公有水面を直接排他的に支配し管理する機能）を有しており、この支配権に基いて公有水面の一部について適法に埋立てをなするのであり、国以外の者がなす埋立ての場合と異なって、埋立てを行うために特に『埋立を為す権利』を取得することを必要としないと解されている。（昭和28年12月5日法制局一発第108号法制局第1部長から港湾局長あて）したがって、国が埋立ての承認を受けた場合においては、埋立てを為す権利がこれによって生ずるのではないから、埋立に関する権能を私人（国以外の者）に譲渡することはできない」（公益社団法人日本港湾協会『港湾行政の概要 平成25年版』6-18以下）というものである。

しかし、国は公有水面について私的所有権を有しているものではなく、公水法により、国は都道府県知事の承認を受けなければ埋立をなしえないと定められている以上、国が公有水面についての公的所有権者であっても、都道府県知事から承認処分を受けない限り国は埋立てをして造成した土地の所有権を取得することはできない。ただし、国とそれ以外の者では、公有水面に対する立場が異なることから、「免許」によって国以外の者に設定される権利と「承認」によって国に設定される権限ないし地位は異質なものであり、承認によって国に設定された権限ないし地位の主体に私人はなりえないものであるから融通性を有しないものと解される。

のであり、国に「承認」によって設定された権限ないし法的地位は私人に対して承継されえないものとされている。

「免許」により設定される権利と「承認」により設定される権限ないし法的地位は、融通性・不融通性というその本質において相違するものであり、私人は「承認」により設定された権限ないし法的地位の主体となることはできないのであるから、このことよりしても、「免許」と「承認」が異なる制度であることは明らかである<sup>13</sup>。

### 3 小括

公有水面埋立ての「承認」は、処分の名宛人が国の機関に限定されているものである。

そして、実質的にも、国に対して「承認」によって設定される権限ないし法的地位と国以外の者に対して「免許」によって設定される権利は異質なものであって、公用廃止＝所有権の取得の仕組みはまったく異なり、監督処分等の規制がまったく異なっている<sup>14</sup>。そのため、国の機関が「承認」によって取得する権限ないし法的地位の主体に私人はなることができず「承認」によって設定される権限ないし法的地位には融通性

---

<sup>13</sup>国土交通大臣は、福岡高等裁判所那覇支部平成 28 年（行ケ）第 1 号地方自治法 251 条の 5 に基づく違法な国の関与の取消請求事件における平成 28 年 2 月 10 日付け釈明事項への回答書において、「私人又は地方公共団体に対する「免許」によって設定される埋立権は、一定の制限の下で、一種の私法上の財産権として譲渡性を有している（公有水面埋立法 16 条 1 項参照）。他方、「承認」にこのような権利の付与という契機は認められず、国が有する公有水面に対する支配管理権は国以外の者に譲渡し得べきものではないから、埋立権の譲渡や承継といった、埋立権の譲渡性を前提とする公有水面埋立法 16 条ないし 21 条の規定は「免許」にのみ適用されているところである。」と主張していた。

<sup>14</sup> ただし、一般法理に基づく職権での取消・撤回は可能であり、また、これにより承認の効力が失効した場合には公有水面埋立法の趣旨より原状回復義務は認められるものである。

が認められないものとされている。「免許」と「承認」とは異なる制度であり、たんなる読替、用語変換ではない。

以上のとおり、公水法は、1条において公有水面について「国ノ所有ニ属スル」と定めて、国は公有水面という自然公物の公有水面埋立という公物管理について国以外の者とは異なる立場にあることを定め、国とそれ以外の者とでは、公有水面埋立については「免許」と「承認」という別の制度とし、埋立てによる公有水面の公物廃止とこれによる私的所有権の成立については「免許」と「承認」は異なる仕組みを採り、造成過程における規律等も相違させ、「免許」によって国以外の者が取得する権利と「承認」によって国に設定される権限ないし法的地位を本質的に異なるものとし、「承認」によって国に設定される権限ないし法的地位の主体には私人は立ち得ないものとしているものである。

公有水面埋立承認について、国は、公有水面の公的所有者として、「一般私人ではなく、国の機関であるからこそ立ちうる立場」、すなわち「固有の資格」において処分の名宛人となるものであり、審査請求等の適格は認められないものである。

#### **第4 本件埋立事業の内容よりしても沖縄防衛局は「固有の資格」において公有水面埋立承認に係る処分の名宛人となること**

公水法が、埋立免許制度と埋立承認制度とを区別し、国に対する特別の取り扱いを規定していることから、「固有の資格」に基づくことは明らかであるが、念のため、本件埋立事業の性格よりしても、本件埋立事業は専ら国の機関の責務として処理されるべき事項であり、国の機関のみが担い手となることについて述べる。

## 1 条約に基づく国家間の基地提供のための事業であること

### (1) 埋立必要理由書

「普天間飛行場代替施設建設事業に係る公有水面埋立承認申請書」の「埋立必要理由書」には、「埋立の動機並びに必要性」として、「わが国の周辺地域には、依然として核戦力を含む大規模な軍事力が集中しているとともに、多数の国が軍事力を近代化し、軍事的な活動を活発化させるなど、安全保障環境は一層厳しさを増している。こうした中、わが国に駐留する米軍のプレゼンスは、わが国の防衛に寄与するのみならずアジア太平洋地域における不測の事態の発生に対する抑止力として機能しており、極めて重要である。また、沖縄は南西諸島のほぼ中央にあることやわが国のシーレーンにも近いなど、わが国の安全保障上、極めて重要な位置にあるとともに、周辺国から見ると、大陸から太平洋にアクセスするにせよ、太平洋から大陸へのアクセスを拒否するにせよ、戦略的に重要な位置にある。こうした地理的な特徴を有する沖縄に、高い機動力と即応性を有し、様々な緊急事態への対処を担当する米海兵隊をはじめとする米軍が駐留していることは、わが国の安全のみならずアジア太平洋地域の平和と安定に大きく寄与している。普天間飛行場には、米海兵隊の第3海兵機動展開部隊隷下の第1海兵航空団のうち第36海兵航空群などの部隊が駐留し、ヘリなどによる海兵隊の航空輸送の拠点となっており、同飛行場は米海兵隊の運用上、極めて大きな役割を果たしている。他方で、同飛行場の周辺に市街地が近接しており、地域の安全、騒音、交通などの問題から、地域住民から早期の返還が強く要望されており、政府としても、同飛行場の固定化は絶対に避けるべきとの考えであり、同飛行場の危険性

を一刻も早く除去することは喫緊の課題であると考えている。わが国の平和と安全を保つための安全保障体制の確保は、政府の最も重要な施策の一つであり、政府が責任をもって取り組む必要がある。日米両政府は、普天間飛行場の代替施設について、以下の観点を含め多角的に検討を行い、総合的に判断した結果、移設先は辺野古とすることが唯一の有効な解決策であるとの結論に至った。」とされ、「埋立の効果」については「本埋立てを行うことで、普天間飛行場の代替施設が建設され、日米両政府の喫緊の課題となっている、普天間飛行場の早期の移設・返還を実現して、沖縄県の負担軽減を図ることが可能となる。また、在日米軍再編が着実に実施されることにより、日米安全保障体制が強化され、わが国の安全と共にアジア太平洋地域の安全にも寄与することが可能となる。」としている。

すなわち、本件埋立事業は、日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約第6条に基づく施設及び区域並びに日本国における合衆国軍隊の地位に関する協定2条による「施設及び区域」の提供義務の履行のためになされるものである。

国は、外交・防衛にかかる条約上の義務の履行という目的をもって、公水法上の公有水面埋立て承認手続を経て、一連の基地建設のための事業を遂行しようとしているものであり、これは一般私人が立ちえなない、まさに国家としての立場においてなされる一連の行為にほかならない。

また、埋立必要理由に示された利益は、外交・防衛上の一般的公益そのものであって、行政不服審査制度による保護の対象である私人の個別的権利利益ではない。

## (2) 執行停止申立書における沖縄防衛局の主張

沖縄防衛局は、執行停止申立書において、執行停止が必要であるとする理由について、「喫緊の課題である普天間飛行場の周辺住民の危険や不安の除去、騒音等の生活環境の改善が遅滞し、かつ、その見通しが立たなくなること」、「本件撤回処分により、日米合意の履行としての本件埋立事業が遅滞することとなり、我が国の安全保障が揺らぎかねない極めて深刻な事態を招くおそれがあること」、「本件埋立事業は、日米両政府の合意の履行として実施されていること」、「本件埋立事業が、再び長期間中断したまま、その見通しが立たなくなることは、日米間の信頼関係を損なうこと」、「日米間の信頼関係が損なわれることは我が国の安全保障を脅かす重大なものであること」、「本件埋立事業をし得る法的地位を喪失することに伴って生じる我が国の安全保障体制への悪影響は損害の重大性を評価するに当たって考慮されるべきこと」などと普天間飛行場の危険性と米国との信頼関係への悪影響を主張している。

ここで主張されているのは、行政不服審査制度の保護の対象である私人の個別的な権利利益とはおよそ異質な一般公益そのものであり、行政不服審査制度の対象となるものではない。

以上のとおり、本件埋立事業は、条約の履行のための一連の事業の一環としてなされるものであり、また、埋立てによる利益は外交・防衛上の一般公益であって行政不服審査制度が救済の対象とする私人の個別的な権利利益でないことより、「固有の資格」（一般私人が立ちえないような立場にある状態）においてなされていることは明らかである。

## 2 日米合同委合意・閣議決定・防衛大臣告示等は私人がなしえないこと

日米両政府は平成 26 年 6 月 20 日の日米合同委員会で、米軍普天間飛行場移設先となる名護市辺野古沖で、普天間飛行場の代替施設の工事完了の日まで常時立ち入り禁止となる臨時制限区域を設定するとともに、日米地位協定に基づき代替施設建設のため日本政府が同区域を共同使用すること（FAC6009 キャンプ・シュワブの水域の使用条件の変更及び一部水域の共同使用について）、普天間飛行場代替施設建設事業の実施に伴い、キャンプ・シュワブ内の作業ヤードを整備するために必要な工事の実施（FAC6009 キャンプ・シュワブの施設の整備に係る事業の実施について）を合意した。

そして、同年 7 月 1 日の閣議において、『日米地位協定』第 2 条に基づく、米軍使用施設・区域の共同使用等について、御決定をお願いします。今回の案件は、沖縄防衛局が普天間飛行場代替施設建設のため、キャンプ・シュワブの一部水域を共同使用するもの」（加藤内閣官房副長官）と説明し、『日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約第六条に基づく地位に関する協定』第 2 条に基づく施設及び区域の共同使用、使用条件変更及び追加提供について」を閣議決定し、同月 2 日に防衛大臣が告示（防衛省告示第 123 号）した。

「普天間飛行場代替施設建設事業」のために、第一制限区域の設定を日米合同委員会において日米両国間で合意をし、この日米合意に基づいて閣議決定し、防衛省告示をしているものであり、これは、まさに私人は絶対に行うことのできない埋立事業であることを示しているものにほかならない。

## 3 小括

本件埋立事業の性格よりしても、私人が行えるものではなく、国の機関のみが担い手となるものであるから、「固有の資格」に基づいて埋立承認を申請し、承認処分等の名宛人となっているにもかかわらず、審査請求等をしたもので審査請求等の適格を欠くことは明らかである。

なお、沖縄防衛局は、平成 27 年 10 月 13 日付けでなされた本件承認処分の取消処分についても行審法に基づき審査請求・執行停止申立てをしたが、行政法学者らから、基地建設目的のための埋立ては国だけができる事業であり、「固有の資格」に基づくものであるとして、埋立承認取消処分にかかる国の審査請求人適格・執行停止申立人適格はないとして批判を受けたものであった。すなわち、白藤博行「辺野古新基地建設における国と自治体の関係」法律時報 87 卷 11 号 114 頁は、「国の埋立承認理由は、まさに、『埋立ては、日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約第 6 条に基づく施設及び区域並びに日本国における合衆国軍隊の地位に関する協定（以下、「日米地位協定」という）の第 2 条の『施設及び区域』の提供義務の履行のためになされるものである』ことを物語るものである。つまり、沖縄防衛局は、他でもない国が、このような埋立目的をもって、公有水面埋立法上の埋立承認手続を経て、一連の埋立等工事にかかる事業を遂行するものであり、それは国だけができる事業であることを吐露しているわけである。ならば、沖縄防衛局が申請している本件埋立事業は、『専ら国の機関等の責務として処理されるべき事業であり、国の機関等が原則的担い手として予定されている場合』に相当し、『国の機関等の行政主体たる資格に特に注目している趣旨である』と解するほかない。したがって、少なくとも本件埋立承認手続にかかる国の立場は、『一般私人が立ちえないような状態』にある『固有

の資格』を有する者であるとしか考えられず、埋立承認取消処分にかかる国の審査請求人適格・執行停止申立人適格はない」とし、また、紙野健二「辺野古新基地建設問題の展開と基地建設の利益」法律時報 87 卷 11 号 108 頁は、「防衛局長の主張する利益は、国防上の利益のために必要とされる基地建設の利益、すなわち、通常のいうところの一般公益であって、国民の権利救済のための行政不服審査制度によって救済される個別的利益とはいえない、というのが常識的な理解である」としていた。

## 第5 「固有の資格」に係る国地方係争処理委員会の判断の誤り

### 1 国地方係争処理委員会の判断の要旨

国地方係争処理委員会は、固有の資格において処分の相手方となる場合とは、「一般私人が立ちえないような立場にある状態で処分の相手方となる場合」と定義し、そのような状態であるか否かを、「審査請求の可否という観点から具体的処分の効力について検討すべき」とする。

そして、公水法が免許に関する規律を母体とし、これを承認に準用する法形式を採用していることから、埋立事業は一般私人が担当することを想定し、その要件、効果を国（の機関）の行う埋立事業に当てはめたものと評価する。

その上で、免許と承認の用語上の区別にかかわらず、処分の効果としては、いずれも適法に埋め立て事業をなしうる権原を付与するという点で同様であり、免許と承認の相違点は、適法に埋立所有権の成立又は埋立権限が付与された後の埋め立て事業の遂行に関するもので、免許・承認における申請、審査基準は共通していることから、承認を受ける国（の機関）の立場は免許を受ける一般私人と変わらない、とする。

さらに、国地方係争処理委員会は、審査請求の可否を論ずる観点から、不服を申し立てるべき処分（つまり、免許・承認）の効果に着目すれば、公水法は、免許と承認について、埋立権限の付与という共通の効果を本来的効果とし、承認についても免許と同じ法的規制を加え、埋立地の所有権という埋立てに付随する効果について必要な規定を整備したものであるとする。

承認に準用されていない免許に関する規定については、監督の要否は事業主体の信用、資力、事業遂行能力、遵法性によって異なるものなので、承認の効果が一般私人と異ならないということを左右しない、とした。

国地方係争処理委員会は、要するに、埋立権限の付与が本来的効果であり、埋立事業の遂行後の所有権取得は付随的效果であると整理した上で、付随的效果についての規律の差異は、事業主体の信用、資力、事業遂行能力、遵法性等に着目した規律の差異に過ぎず、これをもって固有の資格を左右しない、と判断したものと考えられる。

しかし、明らかに誤りである。

以下では、前提として、既に述べたことと繰り返しになるが、免許と承認の相違点について簡単にまとめた上で、「本来的効果」と「付随的效果」の区別がそもそも不可能であること、また、免許と承認の相違点は、処分の相手方の地位が異なることから生じる本質的な相違であり、承認処分は、固有の資格において相手方となることについて論じる。

## 2 免許と承認の相違点

既に述べたことであるが、免許と承認の相違点について、簡略にまと

める。

まず、公水法が対象とする公有水面は、国の公所有権に属する（公水法 1 条）。

そして、免許においては、都道府県知事の許可を受けて、「埋立ヲ為ス権利ヲ他人ニ譲渡スルコト」ができ（公水法 16 条 1 項、）、差押対象ともなるが（国税徴収法 73 条 1 項、同法基本通達第 73 条関係参照）、承認においては、公水法 16 条以下は準用されておらず、承認により与えられる権限は譲渡性・融通性を持たない<sup>15</sup>。

また、承認においては、譲渡性・融通性を前提とする 16 条から 21 条もそうであるが、他にも、免許料に関する規定（同法 12 条、38 条）、竣功認可（22 条）、監督処分に係る規定（32 条から 35 条）などが準用されておらず、かなりの規定が準用されていない。

これらの相違点を前提とした上で、以下では、国地方係争処理委員会の判断に理由がないことについて述べる。

### 3 「本来的効果」と「付随的效果」という区別が不可能であること

まず、「本来的効果」と「付随的效果」の区別は不可能である。

国地方係争処理委員会の判断は、必ずしも明確とは言い難いが、審査請求の対象は免許と承認であり、竣功認可や竣功通知ではないから、審査請求の可否を論ずる観点から、不服を申し立てるべき対象たる処分の効果（のみ）に着目すると、免許や承認が有する埋立権限の付与という共通の効果が本来的効果であり、公有水面の公用廃止や埋立地の私所有

---

<sup>15</sup> 昭和 28 年 12 月 5 日法制局一発第 108 号法制局第 1 部長から港湾局長あて、公益社団法人日本港湾協会『港湾行政の概要 平成 25 年版』6 - 18 以下、三善政二『公有水面埋立法（問題点の考え方）』234 頁）においては、立法担当者や国の、当時における考え方が示されている。

権の取得に関する規律については、免許・承認後の埋立てに付随する効果と捉えていると考えられる。

しかし、このように、法効果を切り取り、「本来的効果」と「付随的效果」とに区別することは不可能である。

まず、免許と承認が同じく「埋立権限」を与えるものと言っても、その「埋立権限」の性質が、全く異なり、国地方係争処理委員会が共通している「本来的効果」は、単純に「埋め立てることができるようになる」程度の意味の共通性しかなく、同じ法効果と見ること自体、不可能と言わざるを得ない。

この点、免許により国以外の者に与えられる「埋立ヲ為ス権利」（公水法 16 条 1 項）や「公有水面埋立権」（国税徴収法基本通達第 73 条関係）は、譲渡性・融通性を持つ一方で、承認により国（の機関）に与えられる埋立権限は譲渡性・融通性を持たない。

したがって、そもそも国地方係争処理委員会によれば、免許と承認とで共通しているとされる「埋立権限」の性質は、異なるものであって、同じ法効果と見ることにはできない。

さらに、行審法 7 条 2 項は、「固有の資格において当該処分の相手方となるもの」について、行審法の適用を除外しているところ、文理上、ここで問題とされているのは、いかなる地位において、処分の相手方となっているか否かであって、処分それ自体の効力のみ（しかも一部だけ）を問題としているわけではないことは明らかである<sup>16</sup>。

---

<sup>16</sup> このことは、処分の名宛人が限定されていないが、原則としてその担い手が国等であるため、固有の資格とされる例を想起すれば理解できる。

例えば、水道法 6 条の水道事業の経営の許可や都市計画法 59 条の認可などである（小早川光郎他『条解行政不服審査法』62 頁、高木光他『条解行政手続法 第 2 版』135 頁から 136 頁、室井力他『コンメンタール行政法 I 行政手続法・行政不服審査法 第 3 版』89 頁、同 375 頁、総務庁行政管理局『逐条解説行政手続法 [増補]』82 頁）。

「固有の資格」は、処分の相手方の「地位」についての概念である以上、処分後の監督処分等についての規律の違いは、当然に「固有の資格」の判断において考慮される。

言い換えれば、「免許」と「承認」という処分の効力と、処分により与えられる地位や、与えられる前の地位は、処分そのものと不可分一体である（例えば、監督処分がない「免許」はありえないし、免許料を徴収されない「免許」もありえない）。

免許と承認を契機に「適法に埋め立てることができるようになる」という事象を抽出して、共通する「本来的効果」と見ることはできない。

その法効果の一部を抜きだして、本来的効果とし、その余の法効果を「付随的效果」として、「固有の資格」の判断要素から除外することに根拠はない。

以上、固有の資格の判断において、国地方係争処理委員会がいうところの「本来的効果」と「付随的效果」を区別することは、そもそも不可能であって、理由がない。

#### 4 免許と承認の相違が本質的な相違であること

既に述べたとおり、免許と承認とでは、与えられた権利ないし権限の譲渡性・融通性の有無、監督処分や竣功認可等の条文の適用除外等の相違がある。

この相違は、処分の相手方の地位（公物の公所有権を有している者とそうでない者）に由来する相違であり、まさしく固有の資格を左右する相違である。

---

これらの例では、処分の効力自体に相違は全くない。

この点は、公水法における公物の支配管理権の所在及び公用廃止過程という観点から見れば、容易に理解できる。

すなわち、公有水面は、国の公所有権に属する公物であり、明示ないし黙示の公用廃止処分がなければ私的所有権の対象とはなりえない（最高裁平成 17 年 12 月 16 日判決民集 59 卷 10 号 2931 頁）。

公用廃止は、管理者の自由裁量に委ねられているのではなく、「其の公の目的に供用すべき必要の失はれた場合にのみこれを為し得べきもの」（美濃部達吉『日本行政法下巻』795 頁）とされている（塩野宏「法定外公共物法制の改革」同『法治主義の諸相』492 頁も同旨）。

公有水面埋立法は、「一定の利用目的をもつ出願者が、定められた法律手続を経て埋立権を付与され、それに基づいて「公有水面」を埋め立て、その行為の結果として造成された陸地に対して「民法」（明 29 法 89）が規定する不動産としての地位を認め、且つ、所有権を付与しようとする根拠法」である（三善政二『公有水面埋立法（問題点の考え方）』14 頁）。

免許においては、願書により特定された出願者の用途が公有水面の公用を廃止するに足りる公益性があり、特定された工事内容で安全性確保や環境保全に支障がない等の要件を充足する限りにおいて、公有水面の公用を廃止し、私所有権を成立させるための埋立を行うことを認める。

そして、竣功認可により、免許どおりに完成されたことを確認することにより（したがって、公用廃止し、私所有権を成立させるだけの公益性や環境保全が図られているなどの要件充足が確認されて）、初めて公用が廃止され、私所有権が成立するのである。

だからこそ、一旦免許を与えても、その後、用途や工事内容の変更には許可が必要とされるのであり（公水法 13 条の 2）、免許と異なる内容

で事実上埋め立てられても、公用は廃止されず、公有水面への原状回復義務は依然として残る。

一方、承認の場合には、竣功認可の規定は準用されておらず、竣功通知によることとされている。

これは、願書により特定された用途や工事内容どおりに施工されているか否かを、出願者自身が確認し、公用を廃止することを許容しているものに他ならない。

言うまでもなく、公物の公用を廃止することは、公物の管理者がなしうることであり、免許を与えられた私人にはなしえないことである。

承認後、国自身において、工事が承認の内容と合致しているか否かを自ら確認することで、公用を廃止できるのは、公物の管理権を有しているからである<sup>17</sup>。

監督処分適用除外も、このように、国も公物の管理権を有していることに由来するものと考えられる。

つまり、国が、承認どおりに完成しているかを自ら確認でき、その間、私人と同様の監督処分を受けないのは、国も公物の管理権を有しているからなのである。

このように、免許と承認の相違は、国が、公物の公所有権を有し、公物の管理権を有し、公用を廃止しうる地位にあることに由来するものであり、免許を受けた私人の地位とは、本質的に異なる相違である。

この点、国地方係争処理委員会は、このような相違を、公用廃止過程

---

<sup>17</sup> もっとも、承認後も、都道府県知事の公物管理権が除外されることはないし（だからこそ、承認後の用途等の変更の場合は、都道府県知事の許可が必要となるし、本件に即して言えば、当該公有水面における使用許可等に関する権限が国の機関に移動することもない）、工事の内容が承認と異なっている場合には、埋立承認を撤回することもでき、承認権者の裁量の範囲内において、附款を付すことも妨げられない。

の相違については、埋立地の所有権という埋立てに付随する効果と整理し、あるいは、監督処分適用除外については、監督の事業主体の信用、資力、事業遂行能力、遵法性による取り扱いの相違と整理し（これは、質的な相違ではないという趣旨であろう）、固有の資格を左右しないとしている。

しかし、上記に述べたことから理解されるとおり、公水法は、公有水面の公用を廃止し、埋立事業者に私所有権を取得せしめるための法律であり、埋立行為を適法に実施させることは、公有水面の水面としての性質を失わせ、公用を廃止するための過程の一部に過ぎない。

公用を廃止し、私所有権を取得せしめなければ、公有水面たる性質は失われず、たとえ埋立を行っても原状回復義務は免れないし、そもそも、公有水面の公用を廃止し、私所有権を取得せしめるだけの公益性が認められる場合に初めて免許・承認は行われ、埋立行為の実施が適法とされるのである。

したがって、そもそも、本来的効果、付随的效果と切り分けること自体、無意味であり、不可分なのであるが、何が主かということであれば、公用の廃止及び私所有権の取得こそが公水法の主たる目的であり、国地方係争処理委員会の判断に理由はない。

また、監督処分適用除外についても、一般論として、立法上、事業主体の信用等により異なる規律をすることはありうるであろうが、公水法の場合、監督処分適用除外は、上記に述べたとおり、公所有権、公物管理権の帰属に由来する相違であり、単に、事業主体の信用等に根拠を置くだけのものではないから、理由がない。

このことは、例えば、都市計画法 59 条の事業認可が、市町村、都道

府県、国の機関、それ以外の者と分けて規律を行っているのに比較して、本件では、公所有権を持つ（公水法1条）国と、それ以外とで二分していることや、譲渡性に関しても異なる規律を行っていることから（譲渡性に関する相違を、事業主体の信用等から説明するのは困難であろう）、理解される。

## 5 小括

国地方係争処理委員会は、埋立権限の付与を本来的効果とし、私所有権付与に関する規律を付随的效果と判断し、本来的効果が共通することから、固有の資格ではないと判断したが、そもそも与えられる埋立権限の性質自体に相違がある上、本来的効果、付随的效果と切り分けることは不可能であるから、その判断に理由はない。

国地方係争処理委員会は、監督処分適用除外については、事業者の信用等に着眼した規律の相違に過ぎず、固有の資格の判断を左右しないとしたが、承認における国の立場は、公所有権、公物管理権の帰属及び公用廃止過程という観点からすると、本質的に免許を与えられた私人と相違する。監督処分適用除外や譲渡性に関する規律などの相違は、このように、私人と異なる立場の相違に由来するものであるから、その判断に理由はない。

以上、本件承認処分について、国が固有の資格において相手方となったとした国地方係争処理委員会の判断は誤りである。

#### 第4節 国土交通大臣は審査庁たりえないにもかかわらず執行停止決定を行った違法があること

##### 第1 原告の主張

第1章で述べたとおり、平成30年8月17日、沖縄県知事職務代理者沖縄県副知事富川盛武は、地自法153条1項により、「普天間飛行場代替施設建設事業に対する公有水面埋立の承認の取消処分」にかかる事務につき、補助機関である職員たる沖縄県副知事謝花喜一郎に委任し、これを受け謝花喜一郎沖縄県副知事が、同月31日、本件承認取消処分をなしたものである。

仮に沖縄防衛局が本件承認取消処分に対して審査請求できる立場にあるとすれば、その請求を審査すべき行政庁は、行審法4条4号にもとづき、沖縄県知事の補助機関となる謝花喜一郎沖縄県副知事の最上級庁たる沖縄県知事であり、国土交通大臣とはならない。国土交通大臣は、地自法255条の2第2項に基づき、沖縄県知事による裁決に不服がある場合の再審査請求を担当する再審査庁にとどまる。

したがって、沖縄防衛局は審査請求先を誤ったものであり、国土交通大臣は当該審査請求にともなう執行停止申立に対して本件執行停止決定となる執行停止決定をする権限はなく、本件執行停止決定は権限のない行政庁によるものであるから違法となる。（行審法は、行政庁が誤った審査請求先を教示した場合の救済手続〔同法22条〕、行政庁が審査請求先を教示しなかった場合の不服申立手続〔同法83条〕を定めているが、本件承認取消処分においては、行政不服審査請求をなしえない処分であることから審査請求先の教示はしていないところ、沖縄防衛局は、処分庁に対して〔同法83条参照〕ではなく、国土交通大臣に対して本件審査

請求等をなしたものである。)

このため、本件執行停止決定は、違法な「国の関与」として取り消されなければならない。

## 第2 国地方係争処理委員会の判断に対する反論

### 1 国地方係争処理委員会の決定

原告の上記主張に対して、被告は、審査申出における反論（回答書3(3)）において、「本件撤回は、そもそも沖縄県知事がしたものであるといえるし、少なくとも、審査請求時点において、本件撤回の処分庁は審査申出人であるといえる。よって、本件撤回は、地方自治法第255条の2第1項第1号の『都道府県知事その他の執行機関の処分』に当たり、本件審査請求について裁決をする権限を有する審査庁は、本件撤回に係る事務を規定する埋立法を所管する相手方である。」（同29～30頁）と反論していた（同4(5)〔同35～36頁〕では同旨のまとめをしている。）

これに対して、国地方係争処理委員会の決定は、「4 本件承認取消処分に対する審査請求の相手方（審査庁）」の項（同決定8～9頁）において、次のとおり判断した。

「しかし、審査請求における処分庁は、新たな処分を含め裁決に従った対応をすべき者として現存していることが予定されているから（行審法第52条）、審査請求時までに委任された権限の消滅又は移転により受任者たる処分庁の権限に承継が生ずる場合には、審査請求における処分庁、審査庁は審査請求時における処分権限の帰属を基準に判断すべきものである。」

「そして、…沖縄県副知事謝花喜一郎に対する本件承認取消処分の権

限にかかる委任は、新知事の選挙に係る当選告示の日の前日までとされていたから、本件承認取消処分をした処分庁の権限は、当選告示日の前日である平成 30 年 10 月 3 日の終了をもって委任者たる沖縄県知事職務代理者富川盛武に承継され、当選告示をもって現知事に承継されたことになるので、審査請求時の処分庁は沖縄県知事であり、審査庁は国土交通大臣となる。」

この決定は、地自法 255 条の 2 における審査請求の相手方を確定するときの処分庁の意義については、当該処分時の処分庁ではなく、審査請求時に存する行政庁を基準として判断すべきであるというものである。本件に即して言うと、本件「審査請求時」には、謝花副知事への委任は終了しており、当該処分の処分庁の権限についてみると「現沖縄県知事が本件撤回の処分庁たる地位にある」から、審査請求時点では、本件承認取消処分は地自法 255 法 1 項 1 号の「都道府県知事その他の執行機関の処分」に当たるといえるものである。

## 2 処分時の処分庁を基準として審査請求先を判断すべきであること

### (1) 処分時の処分庁を基準として審査請求先を判断すべきであること

しかし、本件のような委任庁たる都道府県知事から委任を受けたその補助機関たる職員による処分がなされた後にその委任が終了した場合であっても、地自法 255 条の 2 の適用にあたっては、当該処分は、なお「当該執行機関の事務を補助する職員…に委任した場合」の「その委任に基づいてなした処分」に文言上一義的に当たるのであるから、本件承認取消処分について処分庁を審査請求時に存する行政庁を基準として判断するという判断は誤りである。

本件決定は、その根拠として上記のとおり、行審法 52 条を挙げて

いるのみであるところ、被告は本件審査にあたってその他の主張も加えていることから、それらの主張についても含めて以下反論を加える。

## (2) 地自法 255 条の 2 の趣旨との関係

この点について、被告は、地自法 255 条の 2 第 1 項ないし 2 項の趣旨をその根拠の一つとしてあげる。いわく、地自法 255 条の 2 第 1 項 1 号が、「処分庁である都道府県知事に再度審査させるよりも、処分庁とは別の行政庁が審査する方がその公正に対する信頼度は高く、不服申立人の立場からすると一定の利益があると考えられていることに加え、第一号法定受託事務は、国が本来果たすべき役割に係る事務であるという性質上（…）、国において、第一号法定受託事務についての判断の全国的な統一性の確保・事務の適正処理の確保をすることにある」のだから、すでに沖縄県知事に処分権限が戻って処分庁として振る舞っている以上、審査庁を所管大臣としなければ同条の趣旨に反する、同条 2 項は、「権限を委任した都道府県知事に処分を見直す機会を与えることにあると解される」ところ、補助職員への委任が終了して都道府県知事に権限が戻った場合には、「都道府県知事は、…当該補助職員が行った処分をいつでも見直すことができるのであって、審査庁として処分を見直す機会を与えられる必要はない」、というのである。

しかし、このような理解は、行審法の構造と平成 11 年地自法改正の趣旨に反するものである。

行審法は、審査請求すべき行政庁について、処分庁等に上級行政庁がない場合には当該処分庁等を（同法 4 条 1 号）、そして上級行政庁がある場合には上級行政庁を、そのうちでも上級行政庁が複数存在する場合には最上級行政庁を（同条 2 号ないし 4 号）審査庁とする原則を

採用している。そして、後者の最上級庁に対する請求は、「審査請求人に対し、主任の大臣等や地方公共団体の長の判断を受ける機会を確保し、併せて、行政事務の統一的な処理を確保する、との趣旨に基づくものである」（小早川光郎＝高橋滋『条解行政不服審査法』27頁）。

従って、地自法 255 条の 2 第 2 項は、普通地方公共団体の長等が法定受託事務に係る処分の特権を委任した場合になされた処分に対しては当該委任をした執行機関が審査請求を受けて裁決することを前提としており、これは行審法の上記原則に従うものである。このため、本件のような場合においても、都道府県知事ではなくそこから委任を受けた補助機関による処分である以上、その最上級庁である都道府県知事による見直しの判断をする機会を確保しなければならないのは当然である。被告は、当該処分に係る委任が終了して特権が復している以上、委任庁たる都道府県知事がいつでも職権で見直しができるのだからその機会は不要というが、職権で見直しが必要となることと、当該被処分者等からの請求により審査請求手続において見直しをすることとはまったく別のことであるから、職権発動ができる立場にある行政庁への審査請求が不要となるという理由にはならない（かかる主張は、上級庁がない場合の当該処分庁に対する審査請求の意義をも損なうことになりかねない）。

他方で被告は、上記のとおり、本件の場合において都道府県知事に対する審査請求を求めることが地自法 255 条の 2 第 1 項 1 号の趣旨に反するというが、これもまた誤りである。前述のとおり、そもそも平成 11 年地自法改正に至る議論の過程において、機関委任事務を廃止して法定受託事務を創設するにあたり、各大臣に対する審査請求を認

めることには批判が大きく、かろうじて「被害者たる私人の簡易迅速な救済手続を設けておく必要性」からその存置が認められたにとどまるものであり、法定受託事務について主務大臣による積極的関与が求められたものではない。このように私人救済の観点から地自法 255 条の 2 第 1 項 1 号規定の審査請求が存置されるとともに、地自法 255 条の 2 第 2 項は、都道府県知事等の執行機関が裁決をした場合において、「委任がなされなかった場合には、本条 1 項に基づいて、大臣等に対して審査請求をすることができたはずであるから、委任がなされた場合についても、同等の判断を求める機会を確保するために、大臣等に対する再審査請求を認めるものである。」（成田頼明他編集「注釈地方自治法<全訂>第 3 卷」7989 頁）したがって、補助機関へ委任されてなされた処分であっても、審査請求を経た上での特則として、委任がなされなかった場合の大臣等への審査請求と同様に、大臣等に対する再審査請求によって判断を受ける機会は十分確保されているのであるから、地自法 255 条の 2 第 1 項 1 号による審査請求の趣旨を理由として同条 2 項が前提としている原則的な審査請求のあり方である最上級庁たる都道府県知事に対する審査請求を否定する論は成り立たない。

### (3) 行審法の各規定との関係

ア 上記のとおり、国地方係争処理委員会の決定は、行審法 52 条を引いてきて、それを根拠に「審査請求における処分庁は、新たな処分を含め裁決に従った対応をすべき者として現存していることが予定されている」とした。また、被告は、行審法 52 条 2 項が、処分取消の裁決がなされた場合に処分権限を有する行政庁が改めて処分をすべきことを定めていることから、「処分権限を有する行政庁こそ

が、行政不服審査請求における処分庁であることが前提とされている。」とも主張しており、その主張は上記決定と共通するものである。しかし、同項は、同条1項における裁決の関係行政庁への拘束力を具体化した当然の内容を示すものであって、審査請求時点における「処分庁」の意義を確定する意味を有するものではない。

行審法52条は、1項において敢えて「関係行政庁」としている。「関係行政庁」とは、「処分庁およびそれと一連の上下の関係にある行政庁ならびに当該処分ならびに当該処分または不作為に関係を持つ行政庁であり（田中＝加藤・行審法解説208頁）、処分庁と同一の行政主体に属する行政庁に限らず、裁決により取り消された処分または違法と宣言された不作為に係る事案に関係して何らかの処理権限を持つ行政庁、すなわち取り消された処分または違法と宣言された不作為を基盤または前提とし、これと関連する処分または付随する行為を行う行政庁をいう（南＝小高・注釈行審法295頁以下）。」

（小早川＝高橋「注解行政不服審査法」268頁）。むしろそこには、当該処分をなした行政庁が「対応すべき者として現存している」か否かにかかわらず関係行政庁を拘束することを明確にしているのであるから、同条項をもって、審査請求先を振り分けて特定するための概念にとどまる地自法255条の2記載の「行政庁」が審査請求時に現存していなければならないという解釈は導き得ない。

イ 被告は、さらに行審法の他の各規定（14条や4条）をも引き合いに出して本件における審査請求先を判断するための基準となる「処分庁」の解釈について、本件承認取消処分をなした謝花副知事ではなく、審査請求時に権限を有する沖縄県知事である、という（回答

書 28～29 頁)。

まず、被告は、行審法 14 条が、審査請求後に「法令の改廃により当該審査請求につき裁決する権限を有しなくなったとき」は、「新たに当該審査請求につき裁決をする権限を有することになった行政庁」への引継ぎを求めていることから、「処分後に処分権限が移転することに伴い、処分庁が変動することを示すものといえる。」という。

しかし、この規定は、当該審査庁が法令の改廃により「裁決の権限を有しなくなったとき」に権限を有する行政庁への引継ぎを求めているのであって、過去に行われた処分の処分庁そのものが事後的に変動してしまうことをいうものではない。本件においては、本件承認取消処分後に、謝花副知事への委任は終了してその権限は廃されたものではあるものの、沖縄県知事が法定受託事務として公水法上の免許承認処分の権限を所管していることは何ら変わりがなく、当該事務について補助機関がなした処分について裁決をする権限の変動はまったくない。

ウ さらに被告は、行審法 4 条における審査請求先の規定をも引用するが、当該規定から、処分庁に上級行政庁があるか否かについて、処分時もしくは審査請求時のいずれの時点を基準として判断されるべきかを明らかにしているものではない。

エ 以上にみたとおり、行審法の種々の規定をみても、本件のような委任庁たる都道府県知事から委任を受けたその補助機関たる職員による処分がなされた後にその委任が終了した場合の審査請求先について被告の主張を根拠づけることには解釈上無理がある。

なお、被告は、他にも行訴法における取消訴訟の被告適格につい

でも論じているが、本件は審査請求先についての議論であるから、まったく当を得ない主張である。

### 第3 本件承認取消処分をなした者は誰か

なお、被告は、上記のとおり、本件承認取消処分の処分者は、沖縄県知事の補助機関たる謝花副知事ではなく、「沖縄県知事による処分というべきもの」（回答書 26 頁）であるから同処分に対する行政不服審査請求の審査庁は国土交通大臣になるとも主張していた。国地方係争処理委員会決定はこの点を取り上げていないが念のため反論を加えておく。

被告は、本件承認取消処分の処分庁が謝花副知事ではなく「沖縄県知事」であるとした理由として、次の6点を挙げている（同 25～26 頁）

- ① 「翁長知事及びその職務代理者である富川副知事が、謝花副知事に権限を委任する以前から、本件撤回をする意思を明確に示していたこと」
- ② 本件埋立ての規模や社会的影響からして、本来的には沖縄県知事自身が担う重大権限であって、通常であれば沖縄県知事が副知事に対して本件撤回に関する事務を委任して、その判断を委ねるとは考え難いこと」
- ③ 職務代理者である富川副知事から謝花副知事に対する委任が、…特定の処分に限った上で、本件承認を撤回することを前提とする形で事務を委任していること」
- ④ 「特定された処分は、既に聴聞期日を終えていた段階にあったこと」
- ⑤ 「委任することとされた期間が沖縄県知事が欠けている短期間に限られ、現に、当該事務の委任後2週間で本件撤回がされたこと」

⑥ 「審査申出人が、…『処分庁』として弁明書や意見書を提出して対応して」いること

しかしながら、被告の示す理由は、いずれも法形式上沖縄県知事職務代理人から補助機関たる沖縄県副知事に委任されたことを否定する事由とはなりえない。翁長前知事が、本件承認処分の要件適合性に疑義が生じたことから本件承認撤回処分の手続を進める旨表明したとしても、その後の手続で示されているとおり、本件承認取消処分の被告である沖縄防衛局に対して不利益処分の原因となる事実を示して聴聞手続を実施し、その結果を受けて最終的に本件承認取消処分をなすか否かが判断されたのであって、聴聞手続開始を判断したからといってその者が処分行為をなした者ということができないのは明らかである（①、④）。また、地自法 153 条 2 項は、補助機関への委任の範囲について、当該委任される権限の影響力や重大性を考慮して制限を定めているわけでもなく、公水法における免許承認処分について補助機関に対して委任ができないということでもないし（②）、委任する権限の範囲や期間についても特段の制約があるわけでもない（③、⑤）。審査申出人が弁明書や意見書を提出しているのも、補助機関への委任が終了しているために過ぎない（⑥）。

以上のとおり、被告の主張は、翁長前知事が政治的に本件承認処分を問題と考えていたことと、行政行為としての本件承認取消処分を混同する主張であって、本件承認取消処分が、法的に「沖縄県知事」によるものということとはできず、その補助機関たる謝花副知事によるものであることは明確である。

#### 第4 違法な「国の関与」に該当すること

本件執行停止決定は、仮に沖縄防衛局に審査請求適格があったとしても、国土交通大臣は審査庁たりえないにもかかわらず執行停止決定を行った違法があるのだから、これを地自法 245 条 3 号括弧書きの「裁決、決定その他の行為」として国地方係争処理委員会における審査から除外する理由はない。

すなわち、第一に、同括弧書きで同委員会の審査から除外される「裁決、決定その他の行為」は、適法な審査請求がなされていることを前提とした適用除外であり、請求それ自体が不適法な場合は、原則どおり国地方係争処理委員会の審査の対象となるというべきである。

当該裁定手続内で解決が予定されている国の関与について、裁定手続と国地方係争処理委員会への審査申出という二重の手続を否定している趣旨は、そもそも裁定等の準司法手続による解決が制度として予定されていること、紛争当事者の権利救済の観点から国の関与を最小限にすべきともいえないこと、当事者を不安定な状態におくことになることなどによるものである。この点、本件執行停止決定は国の機関が審査庁でないのに誤って執行停止決定をなしたものであるところ、当該裁定手続たる行政不服審査請求手続自体、審査庁を跳躍して再審査庁が直ちに審査する手続を予定していないこと、したがって当事者は審査庁による審査手続を跳躍して直接再審査庁による救済を受けうる立場にはなく、かかる過誤の手続によって救済される当事者（本件では沖縄防衛局）の利益はもともと法的に保護されているものではないことから、地方公共団体による審査申出を否定する理由はない。そして、地方公共団体の機関が審査庁となっている処分への不服申立につき、審査庁たる地方公共団体

の機関を跳躍して直ちに国の機関による審査をなすこと容認することは、当該地方公共団体の事務である処分について、その最上級庁である地方公共団体の執行機関において事案をレビューして原処分の当否を判断する機会を奪うものであり、かつ、その審査庁として審査する機会の喪失について当該地方公共団体の執行機関自身が裁定手続において是正を求めうる手段は存しない。よって、国の機関である再審査庁たるべき行政庁が本来の審査庁である地方公共団体の執行機関を跳躍して行政不服審査請求に対してなした裁定的関与は、そもそも当該裁定手続で解決が予定されていないものであり、依然として審査申出のみによって解決するほかない。

第二に、仮に本件執行停止決定が上記同括弧書きに該当するとしても、本件審査請求の請求人は国の機関たる沖縄防衛局で、請求を受けたのも国の機関である国土交通大臣であり、いずれも行政手続について自らこれを運用する立場にあつて、行政不服審査請求の手続について最も熟知している機関の一つであることから、その手続的違法性を知りながら本件執行停止決定をなしたのではないかとも考えられる。また、本件執行停止決定は、後述のとおり、閣議了解によって確認された国の公益にもとづいて、地方公共団体の機関たる沖縄県知事の本件承認取消処分の効力を喪失させるため、国の機関たる沖縄防衛局の申出にもとづいて国の機関たる国土交通大臣によって、行政不服審査請求の中立性、公正性が損なわれるもとでなされているものである。これらのこと等からすれば、沖縄防衛局が本件承認取消処分に対する審査請求をなしうるとしても、国土交通大臣が、敢えて地方公共団体の執行機関による審査庁としての判断手続を違法に回避して本件執行停止決定をなしたものというべきで

ある。かかる濫用的な関与に対しては、国と地方公共団体における関与の法定主義（地自法 245 条の 2）、最小限の原則（同 245 条の 3）等に照らして、許されないというべきである。

## 第 5 節 行政不服審査に名を借りた違法な濫用的関与であること

### 第 1 沖縄防衛局と国土交通大臣が、内閣の一致した方針に従って辺野古に普天間飛行場代替施設を建設するために本件執行停止決定をしたこと

本件執行停止決定は、公水法上の埋立承認処分を受ける国の法的性格、または本件埋立事業が国でなければなしえない事業であるという事業の性格に照らして沖縄防衛局が「固有の資格」にもとづいて処分の名宛人になっていることを否定し、審査請求等の対象とならないのに執行停止決定をなしたという違法な国の関与がなされたものである。

ここでは、さらに、国土交通大臣は、本件審査請求等にかかる本件埋立事業については中立的第三者たるべき地位になく、沖縄防衛局と一体となって事業を推進する立場にある者であるから、審査庁として本件執行停止決定をなしうる立場にないにもかかわらず、沖縄防衛局と同一の立場において本件埋立事業を遂行する目的で本件執行停止決定をなした裁定的関与の濫用の違法があることを述べる。かかる点からも、本件執行停止決定は違法な国の関与として取り消されるべきである。

この点についての国地方係争処理委員会の決定は、「3 国土交通大臣の審査庁としての適格性について」（同決定 7～8 頁）で示されているところ、結局のところ、国の機関が「固有の資格」によらずに処分の相手方となったときに同じ国の機関である法令所管大臣が審査庁となりうること、地方公共団体の法定受託事務について拘束力のある判断を審

査庁たる所管大臣が行うこともありうるということという一般論を述べた上で、「国の機関に対する処分につき所管大臣に審査請求をすることをもって、違法（権利濫用）ということとはできないし、本件審査請求の成立を否定するほどに国土交通大臣が埋立法の解釈適用を意図的に歪めると推認するに足る証拠はない。」という。しかし、まさに本件は、「本件審査請求の成立を否定するほどに国土交通大臣が埋立法の解釈適用を意図的に歪めると推認するに足る」実態が存したものであり、以下のとおり、その事実を十分踏まえた判断がなされなければならない。

## 第2 国土交通大臣の本件執行停止決定における判断内容

国土交通大臣は、本件執行停止決定にかかる執行停止決定中「執行停止の要件該当性の判断について」（2頁）において、以下のとおり判断した。

「本件埋立ては、日米間の合意の下に、普天間基地代替施設として提供する飛行場の建設を目的として、約1.6平方キロメートルを埋め立てるというものである。本件撤回は、埋立てをなし得る法的地位を喪失させ、その効力が維持される限り本件埋立てを行うことができないという損害を事業者たる地位にある申立人に生じさせるものである。

こうした状態が継続することにより、埋立地の利用価値も含めた工事を停止せざるを得ないことにより生じる経済的損失ばかりでなく、普天間飛行場周辺に居住する住民等が被る航空機による事故等の危険性の除去や騒音等の被害の防止を早期に実現することが困難となるほか、日米間の信頼関係や同盟関係等にも悪影響を及ぼしかねないという外交・防衛上の不利益が生ずることから、『処分、処分の執行又は手続の続行により生ずる重大な損害を避けるために緊急の必要があると認めるとき』

に該当するという申立人の主張には理由がある。」

この判断は、沖縄防衛局が「重大な損害を避けるために緊急の必要があると認めるとき」にあたるとして主張した内容を全面的に認容したものであり、同局と国土交通大臣が同一の見解に立っていることを示したものである。

### 第3 本件審査請求等以前から国土交通大臣が沖縄防衛局と同一の立場にあったこと

#### 1 内閣の一体性

沖縄防衛局は防衛大臣の指揮命令に服し、防衛大臣及び国土交通大臣はともに内閣の構成員である。そして、内閣は、総理大臣をその「首長」として組織され、総理大臣が任免権を有する各国务大臣は、その統括下に形成される行政組織を「主任の国务大臣」として分担管理し（内閣府設置法6条）、かつ、内閣は「閣議にかけて決定した方針に基づいて」一体的に行動する（内閣法6条）。平成19年5月9日の衆議院外務委員会における内閣法制局長官答弁においても、内閣の一体性の保持は、憲法第66条3項の「内閣は、行政権の行使について、国会に対し連帯して責任を負ふ。」という規定に基づく憲法上の要請であるとされている。つまり、国家行政組織の中であって、防衛大臣と国土交通大臣はともに内閣の構成員としての一体性を有し、閣議決定に基づく方向性を同じくしている。

#### 2 本件埋立事業は内閣が一体となって推進してきたこと

##### (1) 平成22年5月28日閣議決定

普天間飛行場の移設問題について政府は、「平成22年5月28日に

日米安全保障協議委員会において承認された事項に関する当面の政府の取組について」と題する同日付け閣議決定において、「日米両国政府は、普天間飛行場を早期に移設・返還するために、代替の施設をキャンプシュワブ辺野古崎地区及びこれに隣接する水域に設置することとし、必要な作業を進めていく」ことを決定し、現政権はこれを承継している。

(2) 平成 27 年 10 月 27 日閣議口頭了解

さらに、政府は、本件承認処分に関し、先行する承認取消処分に対して国土交通大臣が執行停止決定をなした日である平成 27 年 10 月 27 日の閣議において、改めて辺野古への移設を「唯一の解決策」と位置づけた上で、「本件承認には何ら瑕疵はなく、これを取り消す処分は違法である上、本件承認の取消しにより、日米間で合意された普天間飛行場の辺野古への移設ができなくなることで、同飛行場が抱える危険性の継続、米国との信頼関係に悪影響を及ぼすことによる外交・防衛上の重大な損害等が生じることから、本件承認の取消しは、著しく公益を害することが明らかである。このため、法定受託事務である本件承認の取消処分について、その法令違反の是正を図る必要があるので、公有水面埋立法の所管大臣である国土交通大臣において、地方自治法に基づく代執行等の手続に着手することになる」(下線部引用者)との閣議了解をした。

国土交通大臣は、当然かかる閣議了解に拘束されることになるのであり、同了解における「(普天間) 飛行場が抱える危険性の継続、米国との信頼関係に悪影響を及ぼすことによる外交・防衛上の重大な損害等が生じることから、本件承認の取消しは、著しく公益を害すること

が明らか」との判断を前提に、同了解に基づき、承認取消処分は違法であるとの立場で代執行を行うものとし、その翌日である平成 27 年 10 月 28 日、地自法第 258 条の 8 第 1 項に基づき、先行する埋立承認取消処分を取り消せとの勧告を行った。

(3) 審査庁による審査方針も閣議了解により決定されたこと

国土交通大臣は、ここで、閣議の一員であるとともに、行政不服審査請求における審査庁としての立場を併有していることとなるが、上記同日の代執行手続の閣議口頭了解時の記者会見において、審査庁としての審査については、次のように述べている。

(記者)

行政不服審査法の審査の中で違反であると判断したのであれば、その法律に基づいて審査結果を出せばいいのではないかと。

(国土交通大臣)

審査請求の裁決を行うべきかというご質問でしょうか。

(記者)

そうです。

(国土交通大臣)

本日の閣議で国土交通大臣として代執行の手続に着手するというのが、政府の一致した方針として口頭了解をされたわけでございます。公有水面埋立法を所管する国土交通大臣として、まずは代執行の手続を優先して行うということにいたしたいと考えております。

(中略)

(記者)

今後、この行政不服審査法と地方自治法の2本の法律でこの問題について取り組んでいくということなのか。行政不服審査法で裁決を出した後も代執行は進めていくということか。

(国土交通大臣)

まずは本日閣議口頭了解で、公有水面埋立法を所管する国土交通大臣に対して、地方自治法に基づく代執行の手続を行うことが確認されましたので、地方自治法に基づく代執行の手続をまずは優先して行いたいと思います。その後状況を見て審査請求のほうの手続についてどうするかということを考えていく。同時並行というよりは、代執行の手続を優先してまず行うということです。

行審法は、行政不服審査請求について、「国民の権利利益の救済を図る」べく（行審法1条）、「簡易迅速かつ公正な審理の実現」（同28条）を図らなければならないとされているところ、審査庁たる国土交通大臣は、行審法の趣旨に基づきかかる審理に努めなければならないはずである。ところが、審査庁たる国土交通大臣は、この記者会見での問答にみられるとおり、閣議了解に基づき、「簡易迅速かつ公正な審理の実現」を図る審査庁の立場を放棄し、政府の意向によって裁決に向けた審理を先延ばしにしたものである。閣議了解によって行政不服審査請求の審理を放置するという法律上の根拠のない前代未聞の措置をとったことは、行政不服審査請求制度そのものを否定する行為である。

- 3 本件執行停止決定が内閣の方針にもとづいて中立的な審査庁たりえない国土交通大臣によりなされたこと

以上にみたとおり、

- ① 本件埋立事業が、普天間飛行場閉鎖のために辺野古移設を「唯一の解決策」としている閣議決定に基づくものであり、国土交通大臣も、内閣の一員として、もともと本件埋立事業を推進する立場にあること
- ② 本件執行停止決定たる執行停止決定においてその要件を充足すると判断された「埋立地の利用価値も含めた工事を停止せざるを得ないことにより生じる経済的損失ばかりでなく、普天間飛行場周辺に居住する住民等が被る航空機による事故等の危険性の除去や騒音等の被害の防止を早期に実現することが困難となるほか、日米間の信頼関係や同盟関係等にも悪影響を及ぼしかねないという外交・防衛上の不利益が生ずること」との認定は、平成27年10月27日閣議了解においても確認されており、沖縄防衛局による本件審査請求等をまつまでもなく、国土交通大臣も予め同一の判断を有していること
- ③ 先行した本件承認処分の取消処分に対する執行停止決定にあたって、審査庁たる国土交通大臣が、行政不服審査手続の審理そのものを閣議了解に従属させたことを公言していることが指摘できる。

そして、本件執行停止決定は、沖縄県知事が長文にわたる意見書を提出したわずか5日後になされており、その決定では、執行停止の要件の判断につき、沖縄防衛局が申し出たとおりであり、かつ先行する案件で示したと同一の認定をしてなされたものである。

これらのことから、本件執行停止決定は、国土交通大臣が、内閣の一致した方針に従って、辺野古に普天間飛行場代替施設を建設するために本件承認取消処分の効力を妨げることを目的として、中立的判断者たる審査庁の立場を放棄してなしたものであることは明らかである。辺野古

移設を「唯一の解決策」として一体的方針を共有している内閣の内部において、「一般私人」であると主張する沖縄防衛局による審査請求及び執行停止申立てについて、「公正・中立な審査庁たる国土交通大臣」が中立・公正な判断をなしうるとするのは余りにも無理がある。

以上のおりであるから、本件承認取消処分に係る審査請求手続においては、判断権者の公正・中立という行政不服審査制度の前提が欠落しているものと言わざるを得ない。

#### 第4 行政不服審査に求められる中立性・第三者性

訴訟において裁判所は、当然中立公正な審判者でなくてはならず、当該事件の当事者であったり利害関係がある場合には、当然に除斥、忌避、回避の対象となるところである。

これに対して、行政不服審査請求の一方当事者は必ず処分庁たる行政庁であり、これを、上級庁が存しない場合等を除いては当該処分にかかる行政庁以外の機関が審査庁になるとはいえ、行政機関内での争訟手続たるがゆえの中立性、公正性については問題が指摘されてきたところである。しかしながら、行政不服審査請求にあっても、争訟に対する審理判断である以上、審査庁が原処分について中立・公正な立場から適正な審理をなすことが当然求められているものであり、改正行政不服審査法は、そのことをより明確にしたものである。新法1条は、旧法の「簡易迅速な手続」という表現から、「簡易迅速かつ公正な手続」と、公正性を明記し、すべての行政不服審査において、処分について利害関係のない職員から選任され、審理を公正に行うことを職務とする審理員によって当該審理がなされることとされ（行審法9条、17条、28～42条）、さ

らには審理員意見書の提出を受け、原則として第三者機関たる行政不服審査会等への諮問を義務づける(同法 43 条)こととした。これによって、審査庁の公正な判断者としての位置づけを強化したものである。

ところで本件審査請求は、国の機関たる沖縄防衛局が、沖縄県知事の法定受託事務にかかる行政処分に対し、国の機関たる国土交通大臣に対して行政不服審査請求をなしたものである。一般に行政不服審査請求手続の公正性が問題とされうるのは、処分庁も審査庁も行政機関であるというところにあるが、本件においては、審査請求人と審査庁が同じく国の機関であるというところに公正性についての問題が生じうる。

地方公共団体の法定受託事務について、各大臣等に対する審査請求等を認める地自法 255 条の 2 は、国と地方公共団体を対等・協力関係とする平成 11 年の地自法改正の理念に適合しないことになるので、その廃止が検討されたにもかかわらず、結果的に、私人の簡易迅速な救済手続を残す必要性が指摘されて残されたものであることは、前述のとおりである。そこで指摘されていた問題点に照らすと、地方公共団体の法定受託事務について、私人からの行政不服審査請求はともかくとして、国の機関がその処分の名宛人となったときの審査請求については、地自法改正の理念に照らし、国と地方公共団体の対等関係を否定する関与の危険が極めて大きいものといわねばならない。

もともと、国地方係争処理委員会決定が指摘しているとおり、一般論としては、「固有の資格」にはない処分の名宛人たる国の機関が、国の機関である審査庁に対して行政不服審査請求をすることが否定されているものではない。

しかし、本件で何が問題であるかという点、国土交通大臣は、すでに

本件審査請求等以前の時点において、本件審査請求等で主張されている「重大な損害を避けるために緊急の必要があると認めるとき」に当たるとされている沖縄防衛局の主張につき、従前の閣議了解等によって、これと同一の立場に立っていることを明らかにしており、加えて本件承認処分にかかる先行案件における行政不服審査請求の審理にあたっては、閣議了解を優先させるという中立的判断者である審査庁の立場を放棄しているものである。

かかる国土交通大臣が、本件審査請求等にあたって、中立的審判者として従前の閣議での了解の正当性を審査することはおよそ望めない。行政不服審査の外形をもっているものの、これはもはや「審査」にはならない。

なぜ、このような事態になっているのだろうか。国の機関でありながら固有の資格に基づかずに処分の名宛人になったときに行政不服審査請求ができる場合であっても、執行停止決定の要件たる「重大な損害を避けるために緊急の必要があると認めるとき」に当たるかどうかににおいて考慮される「損害」として主張しうる利益は、一般公益ではなく、当該行政機関が私人において主張しうると同様に有する私法上の財産権の保護など、申立人に帰属する法的に保護された権利利益である。ところが、本件において沖縄防衛局は、かかる法的に保護された権利利益を主張するのではなく、外交・防衛上の一般公益そのものを根拠に本件審査請求等をなしている。このため本来本件審査請求等において執行停止決定を行う余地はないにもかかわらず、国土交通大臣は、かかる執行停止の要件充足が求められることを意図的に無視し、かかる要件を充足していないにもかかわらず、自らが了解して閣議決定までなされている「公益」

を理由に執行停止決定をした。つまり、国土交通大臣は、政策決定事項である公益実現のため、内閣の一員として了解した公的な利益を認容すべく本件執行停止決定をなし、個々の行政処分について保護されるべき主観的利益の法的検討をなす中立公正な審査庁たるべき役割を放棄してしまつたところに、審査庁から内閣の一員としての本件執行停止決定へと変容した原因があるといえる。考慮すべき「損害」でない閣議了解による公益を考慮して執行停止決定を行うという本件執行停止決定が、裁定的関与の名をかりた手続の濫用をもたらしたといえることができる。

## 第5 行政不服審査に名を借りた違法な濫用的関与であること

以上のとおり、国土交通大臣による本件執行停止決定は、本件埋立事業について中立的で公正な判断者としての地位を放棄した国土交通大臣が、審査庁としてではなく内閣の一員としてその政策目的実現のために、行政不服審査請求によって保護されていない「公益」を理由にしたものであり、執行停止決定という外観を有するにもかかわらず、審査庁として行審法にもとづく執行停止決定をなしうる立場を著しく濫用した同法を潜脱する違法な関与といわねばならない。

すなわち、本件執行停止決定の実態は、内閣の一員たる国土交通大臣が、閣議決定に基づく本件埋立事業を推進するために、公益を理由に審査庁の立場を濫用して中立公正な判断者たるべき審査庁の立場を放棄してなした著しい濫用的関与であり、所管の大臣たる国土交通大臣による、地自法 245 条 3 号柱書及び同法 250 条の 13 第 1 項柱書に定める公権力の行使たる関与行為そのもので、地自法 245 条 3 号括弧書きにおいて除外されている「審査請求、異議申立その他の不服申立てに対する裁決、決

定その他の行為」として保護されるべき裁定手続には該当しないものである。

### 第3章 本件訴え提起は適法な審査申出を経たものであること

#### 第1節 地自法 251 条の 5 第 1 項の意義

##### 第1 審査前置主義

地自法 251 条の 5 第 1 項は、国の関与に関する訴えを提起するには、その前に国地方係争処理委員会の審査を経なければならないとする審査申出前置主義を採用している。

すなわち、地自法 251 条の 5 第 1 項は、国の関与に関する審査の申出をした普通地方公共団体の長は、①国地方係争処理委員会の審査の結果または勧告に不服があるとき（同項 1 号）、②国地方係争処理委員会の勧告に対する国の行政庁の措置に不服があるとき（同項 2 号）、③当該審査の申出をした日から 90 日を経過しても、国地方係争処理委員会が審査または勧告を行わないとき（同項 3 号）、④国の行政庁が、国地方係争処理委員会の勧告に対する措置を講じないとき（同項 4 号）、のいずれかに該当するときは、訴えを提起できるものと定めている。

この趣旨については、国地方係争処理委員会は、「国と地方公共団体との間の具体的な争いを迅速かつ適切に処理する任務を担うものであり、実行力と機動性が期待される機関」（松本英昭「新版 逐条地方自治法第 8 次改訂版」1156 頁）であり、審査申出前置主義が採用されたのは、「行政部内の係争はできるだけ行政部内で解決するとともに、係争の迅速な解決を図ることにある」（松本同書・1206 頁）とされている。

## 第2 適法な審査申出あれば審査申出前置主義の要請をみたすこと

適法な審査申出に対して国地方係争処理委員会が誤って却下決定をした場合については、文理的に地自法第251条の5第1項の1号から4号には該当しないのではないかが問題となる。

しかし、適法な審査申出に対して誤って却下決定をした場合については、訴えを提起できないとすることには、不合理である。

地方分権推進委員会第4次勧告は、国と地方公共団体との係争処理の仕組みについて、「機関委任事務制度を廃止し、国と地方公共団体の新しい関係を構築することに伴い、対等・協力を基本とする国と地方公共団体との間で万が一係争が生じた場合には、国が優越的な立場に立つことを前提とした方法によりその解決を図るのではなく、国と地方公共団体の新しい関係にふさわしい仕組みによって係争を処理することが必要となる。この仕組みは、地方公共団体に対する国の関与の適正の確保を手続面から担保するものであると同時に、地方公共団体が処理する事務の執行段階における国・地方公共団体間の権限配分を確定するという意義をも有するものであるから、対等・協力の関係にある国と地方の間に立ち、公平・中立にその任務を果たす審判者としての第三者機関が組み込まれているものであることが必要である。そして、この第三者機関は、審判者である以上、国と地方公共団体の双方から信頼される、権威のある存在でなければならない。さらに、行政内部でどうしても係争の解決が図られないときは、法律上の争いについて最終的な判定を下すことを任としている司法機関の判断を仰ぐ道が用意されていることも必要である。以上のような考え方に立ち、委員会としては、新たな係争処理の仕組みは、次のような要件を満たすものでなければならないと考える。◆

国と地方公共団体が対等、協力の関係に立つことを前提とし、地方自治の制度的保障の充実、確立に資するものであること ◆国と地方公共団体の係争について、公平・中立な立場に立って判断する権威のある第三者機関を組み込んだものであること ◆できる限り行政内部で簡易・迅速に係争の解決を図ることを旨としつつ、行政内部において係争が解決しない場合は、司法判断によって係争を終局的に解決することが可能なものであること」と勧告し、「司法機関の判断を仰ぐ道が用意されていることも必要」、「司法判断によって係争を終局的に解決することが可能なものであること」を要求していたものである。

適法に審査申出をしたにもかかわらず国地方係争処理委員会が誤って却下決定をした場合には司法機関の判断を仰ぐ道がとざされるところとは、あまりにも不合理であり、国と普通地方公共団体との間の係争処理の仕組みについての立法の趣旨にも反することとなる。

この点、住民監査請求前置主義を採用した住民訴訟について、最高裁判所平成10年12月18日第三小法廷判決・民集52巻9号2039頁は、「監査委員が適法な住民監査請求を不適法であるとして却下した場合、当該請求をした住民は、適法な住民監査請求を経たものとして、直ちに住民訴訟を提起することができる」と判示しているが、審査申出前置主義を採用した国の関与に関する訴えについても同様に解するべきである。

したがって、国地方係争処理委員会が適法な審査申出を不適法であると却下した場合、当該審査申出をした地方公共団体は、適法な審査申出を経たものとして、直ちに国の関与に関する訴えを提起できるものというべきである。

## 第2節 本件執行停止決定に係る国地方係争委員会への適法な審査申出と却下決定

### 第1 国地方係争処理委員会への審査申出

原告は、本件執行停止決定は、地方自治法第250条の13第1項による審査の対象となる「国の関与」に該当し、上記の違法があることから、平成30年11月29日付けで、国地方係争処理委員会に対し、地自法250条の13第1項に基づき、適法な審査の申出をした。

### 第2 国地方係争処理委員会の審査申出の却下決定

審査申出に対し、国地方係争処理委員会は、平成31年2月18日付けで、「審査の申出に係る本件執行停止決定は、地方自治法第250条の13第1項に規定する審査の対象に該当するとは認められない」として、審査の申出を却下する決定をした。

原告は、同年2月21日に、上記の審査の結果の内容の通知を受けた。

### 第3 本件訴え提起の適法性

第2章で述べたとおり、本件執行停止決定は、「国の関与」として地方係争処理委員会の審査の対象となるものであり、原告の国地方係争処理委員会に対する審査の申出は適法であるから、地自法第251条の5第1項1号及び3号の類推により審査申出前置主義の要請を充たしているものである。

## 結 語

以上述べたとおり、本件執行停止決定は違法な国の関与に該当するもの

として取り消されるべきものであり、本件訴えは適法な審査申出を経た適法な訴えであるから、請求の趣旨記載の判決を求める。

以上