

令和元(行ノ)第9号地方自治法第251条の5に基づく違法な国の関与(裁  
決)の取消請求上告受理申立て事件

申立人 沖縄県知事 玉城康裕

相手方 国土交通大臣 赤羽一嘉

## 上告受理申立て理由書

令和元年11月11日

最高裁判所 御中

申立人代理人 弁護士 加藤 裕

同 弁護士 仲西 孝浩

同 弁護士 松永 和宏

同 弁護士 宮國 英男

上記当事者間の地方自治法第251条の5に基づく違法な国の関与(裁  
決)の取消請求上告受理申立て事件の上告受理申立ての理由は、以下のと  
おりである。

## 目次

第1	本件審査請求の経緯と上告受理申立て理由の要旨 .....	3
1	本件審査請求の経緯 .....	3
2	上告受理申立て理由の要旨 .....	4
(1)	公水法 42 条に基づく公有水面の埋立承認の「固有の資格」（行審法 7 条 2 項）該当性についての原判決の法令解釈の誤り .....	4
(2)	審査請求をすべき行政庁についての原判決の法令解釈の誤り ...	9
第2	公水法 42 条に基づく公有水面の埋立承認の「固有の資格」（行審法 7 条 2 項）該当性についての原判決の法令解釈の誤り .....	15
1	原判決の要旨 .....	15
2	原判決の誤り .....	16
(1)	公水法 42 条に基づく埋立承認について、国の機関は行審法 7 条 2 項にいう「固有の資格」において処分の名宛人となること .....	16
(2)	原判決の判決理由は論理をなしていないこと .....	39
(3)	原判決には重要な事項を含む法令解釈の誤りがあり上告が受理されるべきであること .....	45
第3	審査請求をすべき行政庁についての原判決の法令解釈の誤り .....	46
1	原判決の要旨 .....	46
2	原判決の誤り .....	47
3	原判決が誤りであること .....	48
(1)	「処分庁」の意義について .....	48
(2)	原判決の理由付けについて .....	54
4	小括 .....	60

## 第1 本件審査請求の経緯と上告受理申立て理由の要旨

### 1 本件審査請求の経緯

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。）の公有水面埋立法（以下「公水法」という。）42条1項に基づく承認（以下「埋立承認」という。）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。）

翁長雄志前沖縄県知事（以下「翁長前知事」という。）は平成30年7月31日、沖縄防衛局長に対し、「予定される不利益処分の内容」を本件承認処分の取消しとして、同年8月9日に聴聞を行う旨を通知した。

翁長前知事は、平成30年8月8日に死去し、翌9日、地方自治法（以下「地自法」という。）152条1項に基づき、同日から同月12日までの間は第一順位の沖縄県副知事富川盛武（以下「富川副知事」という。）の不在により第二順位の同県副知事謝花喜一郎（以下「謝花副知事」という。）が、同月13日から次の知事が就任するまでの間は富川副知事が、それぞれ知事の職務代理をすることとなった。同月9日、前記聴聞手続が実施され、同日終了した。

富川副知事は、沖縄県知事職務代理者として、平成30年8月17日、地自法153条1項に基づき、謝花副知事に対し、委任期間を沖縄県知事選挙における当選人の告示日（同年10月4日）の前日までとして、「普天間飛行場代替施設建設事業に対する公有水面埋立ての承認の

取消処分」などの事務を委任した。謝花副知事は、平成 30 年 8 月 31 日、富川副知事からの上記委任に基づき、沖縄防衛局に対し、本件承認処分を取り消す処分（以下「本件承認取消処分」という。）をした。

沖縄防衛局長は、平成 30 年 10 月 17 日、公水法を所管する国土交通大臣大臣である相手方に対し、行政不服審査法（以下「行審法」という。）2 条及び地自法 255 条の 2 に基づくものとして、本件承認取消処分の取消しを求める審査請求をし、相手方は、平成 31 年 4 月 5 日、本件審査請求について、本件承認取消処分を取り消す旨の裁決をした。

## 2 上告受理申立て理由の要旨

### (1) 公水法 42 条に基づく公有水面の埋立承認の「固有の資格」（行審法 7 条 2 項）該当性についての原判決の法令解釈の誤り

ア 地自法 245 条 3 号括弧書きは、「国の関与」から「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」を除外している。しかし、国の機関がその「固有の資格」において相手方となった処分については、一般私人の救済のための法律である行審法を適用する前提を欠くものであり、同法は適用されない（同法 7 条 2 項）。そうであるにもかかわらず、当該処分を受けた国の機関から同法を根拠に審査請求がされ、同じく国の機関である審査庁の裁決により当該処分の取消しなどがされた場合には、当該裁決は法律上の根拠はなく裁決としての効力を有しない裁決ものであり、また、「固有の資格」に基づいて処分の相手方となる国の機関等は、行審法に基づく救済をおよそ受けるべき立場にないのであるから、「関与」から裁決を除外した趣旨も妥当しない。このような場合には、裁決の形式が採られていても、それは名ばかりの

ものであって「裁決」として扱う必要はなく、実質的には、国の機関から、普通地方公共団体に対し、裁決以外の方法による「関与」が行われたのと同視できるというべきであり、当該行為は、地自法 245 条 3 号括弧書きの定める「裁決」に当たらず、「国の関与」から除外されないものと解される（この点については原判決も同旨である。）

イ 行審法 7 条 2 項にいう「固有の資格」とは、「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る立場」との理解がなされ、これに該当するか否かについては、「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」（ただし、国の機関等が処分の名宛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を除く。）や「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」が、「固有の資格」に該当するとの理解がなされている。

国以外の者（以下「一般私人等」という。）が行う公有水面の埋立ては公水法 2 条に基づく免許（以下「埋立免許」という。）の対象となるものであり、他方、埋立承認に係る処分は国の機関のみが名宛人となるものであるから、「承認」が「免許」の単なる用語変換ではないならば、国の機関は「固有の資格」において埋立承認に係る処分の名宛人となるということになる。

埋立免許は、一般私人等が元来権限を有しない公有水面につい

て、「埋立ヲ為ス権利」（排他的に一定範囲の公有水面を埋立て、竣功認可の告示を条件に造成した埋立地の所有権を取得することを内容とする権利）という私権（無体財産権）を設権する処分である。これに対し、埋立承認は私権（無体財産権）を設権する処分ではない。国は、公有水面の「所有」者として公有水面についての公物管理上の包括的な管理支配権を有しているが、公水法42条1項が、国の行う埋立てについて都道府県知事の承認を必要とすることを定め、都道府県知事に係る公有水面に係る公物管理上の権限を付与した結果、国の公有水面に対する公物管理権はその限度において控除ないし制約されているものであり、都道府県知事から埋立承認を受けることにより国は公有水面对する公物管理上の権限を補完され、埋立承認を受けた国の機関は公有水面に対する管理支配権に基づく埋立権能を行使することができるものであり、埋立承認の法効果は、私権（無体財産権）の設権ではない。このように、埋立免許と埋立承認では処分の性質・法効果が異なり、埋立承認は私権（無体財産権）の設権ではないことから、免許料の規定は、埋立承認については準用されていないし、また、埋立承認を受けて国の機関が行う埋立ては、公有水面の「所有」者としての公物管理権に基づくものであることから、埋立免許の監督処分にかかる規定は埋立承認については準用されていないものである。

埋立承認は、私権（無体財産権）である「埋立ヲ為ス権利」の設権処分ではなく、公有水面の「所有」者である国の公物管理上の権限を補完するものであることから、埋立承認により付与される法的地位ないし権限の主体となりうるのは国のみであり、かかる法的地位ないし権限は本質的に融通性を有しないものである。

公水法は、埋立免許により設権される財産権である「埋立ヲ為ス権利」の譲渡承継について定めた公水法 16 条から 21 条の規定は、埋立承認には準用していないが、このことは、埋立承認の法効果である法的地位ないし権限は、融通性を有しないことを明らかにしている。埋立承認の処分の名宛人となるのは国の機関のみであり、かつ、埋立承認の法効果である法的地位ないし権限は国以外の者に譲渡承継されることはないのであるから、埋立承認の法効果である法的地位ないし権限の主体の立場には、一般私人等は立ち得ないものである。

埋立免許及び埋立承認は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るが、公有水面の公用廃止・私法上の土地所有権の成立・取得に関して、埋立免許と埋立承認の処分の法効果は異なるものである。埋立免許は、竣功認可を条件として埋立地の所有権を取得する権利を設権する処分であるが、埋立免許によって公有水面の公用廃止がなされるものではなく、公用廃止のためには都道府県知事の竣功認可が必要であり、一般私人等が竣功認可申請をできるのは埋立免許を受けた場合に限られるのであるから、竣功認可の申請資格の付与は埋立免許の法効果ということになる。埋立承認もまた、埋立承認によって公有水面の公用廃止がなされるものではないが、埋立承認を受けた国の機関は、竣功後にみずから竣功通知をすることによって公有水面を公用廃止して埋立地の私法上の所有権を取得することができるものであり、埋立承認の法効果として、国の機関はかかる竣功通知をなしうることになる。埋立免許と埋立承認は、いずれも公有水面の公用廃止＝埋立地の私法上の土地所有権の成立・取得にかかる法効果を有し、そしてその法効果の内容は本質的に異なる

ものである。また、埋立免許についての都道府県知事の監督処分  
の規定や免許料の規定を、公水法 42 条は準用していないが、こ  
れは処分の性質が本質的に異なることに由来するものである。

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らないことによるもの、すなわ  
ち、埋立ての主体ではなく、埋立ての影響を受ける客体の問題で  
あり、これをもって、埋立ての主体の側の異質性を否定するこ  
とはできないし、また、要件が同一であることが、処分の法的性質  
や法効果が同一であることを示すものでもない。当該処分の名宛  
人の立場に立つことができるのか否かは、当該処分の性質と法効  
果より、その処分の名宛人が限定されるのか否かという問題であ  
り、要件が同一か否かは本質的な問題ではない。

以上のとおり、埋立免許と埋立承認とでは、処分の法的性質及  
び法効果が本質的に異なるものであり、この相違は、公有水面の  
「所有」者である国と公有水面に対して元来権限を有しない一般  
私人等という本質的な立場の相違に由来するもの、埋立承認の法  
効果である法的地位ないし権限の主体の立場に立つことができ  
るのは国のみであって、一般私人等は立ち得ないものである。

公水法は、一般私人等の行う埋立てについては埋立免許という  
処分を必要とし、国が行う埋立てについては埋立承認という異な  
る処分の対象とし、規律を異にしているが、これは、公有水面の  
「所有」者ではない一般私人等に「埋立ヲ為ス権利」を設権する  
処分と、公有水面の「所有」者である国に対して公有水面に対す  
る公物管理上の権限を補完させる処分とは、本質的に相違するこ  
とによるものであり、「免許」と「承認」は単なる用語変換ではな

く、国の機関は「固有の資格」において埋立承認の処分の名宛人となるものである。

ウ しかるに、原判決は、「埋立承認と埋立免許はその本質において異なるものではなく、国の機関は、埋立承認について、一般私人と同様の立場でその相手方となるものであり、国の機関等であるからこそ立ち得る特有の立場、すなわち「固有の資格」において、相手方となるものではない」と法令解釈を誤り、その結果、本件訴えを誤って却下したものである。

以上の原判決の判断の誤りは、公水法 42 条 2 項に基づく埋立承認の「固有の資格」（行審法 7 条 2 項）該当性について先例のない重要な解釈を含むものであるから、上告受理の上、原判決は取り消されなければならない。

## (2) 審査請求をすべき行政庁についての原判決の法令解釈の誤り

ア 「処分庁」の意義について

行審法 4 条 1 号は「処分庁」を「処分をした行政庁」と定義している。

文言解釈として、「処分をした行政庁」には、権限を承継している場合であっても、「処分をしていない行政庁」は含まれない。

このように解すべきことは、行審法 4 条 1 号と比較して、行訴法 11 条 1 項括弧書きが、「処分…をした行政庁」と、「処分…があった後に当該行政庁の権限が他の行政庁に承継された場合」の「当該他の行政庁」とを区別して規定していることや、国税通則法が、税務署長等がなした処分に対して、納税地の変

更があった場合は、処分をした税務署長等（つまり、「処分庁」：行審法5条1項、国税通則法75条1項1号イ）ではなく、権限を承継した現在の納税地の税務署長等に対して再調査請求をしなければならないとし、当該処分は現在の納税地を所轄する税務署長等がなしたものとみなす規定をおいている（同法85条）ことから明らかである。

このように、行訴法と行審法が「処分をした行政庁」について、異なる規律をしたのは、「処分庁」が置かれている地位の相違によるものと理解される（岡田教授意見書）。

すなわち、取消訴訟は、第三者である裁判所による審査であり、当事者主義をとっているのに対して、行政不服審査は、行政権自身による自己審査であり、職権審理主義をとっている点で相違する。

このため、取消訴訟においては、実質上の当事者である被告（ないし処分庁）の応訴の便宜と訴訟上の攻撃防御の対等化という訴訟制度上の要請があるのに対して、審査請求の場合、処分庁は、当事者ではなく、職権審理主義の下で、あくまでも「行政の適正な運営を確保する」（行審法1条1項）ための権限行使の対象に過ぎないため、処分庁の応訴の便宜や攻撃防御方法の対等化という要請がない。

行審法14条は、審査庁の変動や、審査庁であった行政庁の審査請求録取書等の関係書類の引継ぎについて規律する一方で、行審法上、処分庁の承継や関係書類の引継ぎ等についての規律は存せず、行訴法11条括弧書きや、行訴法7条、民訴法に相当する規定が存在しないのは、このような地位の相違に由来し、「処分庁」を、自律的な訴訟行為を行う当事者とみて、これを基準とす

る必要がないからである。

行政不服審査制度においては、審査庁は、職権で処分時における処分の違法性・不当性を行政権による自己審査としてレビューするものであるため、処分時における法律関係が決定的に重要なのである。

また、裁決の拘束力は、「関係行政庁」に及ぶため、処分庁が処分をした後、その処分権限が他の行政機関に委任された場合でも、その新たな行政庁は、行審法 52 条 1 項にいう「関係行政庁」として裁決に拘束され、同条 2 項以下の処分庁と同様にふるまわなければならない、何の支障もない。

以上から、行審法は、「処分をした行政庁」が処分後に権限を失い、他の行政庁に処分権限が移管された場合、当該他の行政庁が「処分をした行政庁」になることを想定していない。

#### イ 地自法 255 条の 2 第 1 項 1 号の「都道府県知事の…処分」の意義について

以上から、「処分庁」は、あくまで「処分をした行政庁」を意味し、処分権限を承継した行政庁を意味しないから、地自法 255 条の 2 第 1 項 1 号の「都道府県知事の…処分」は、たとえ、審査請求時が委任期間経過後であったとしても、受任者たる職員等が行った処分を含まない。

このような解釈は、地自法 255 条の 2 第 2 項の趣旨とも整合的である。

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ことは、国と地方公共団体を対等・協力関係とした平成 11 年の地自法改正の理念に適合せず、「地方自治の本旨の観点から見

直されるべき制度である」(塩野宏「行政法Ⅲ(第4版)」246頁)と指摘されているが、審査請求人の簡易迅速な救済の観点からかろうじて制度の合理性が認められたものである。

そして、地自法255条の2第2項は、各大臣等が審査請求先となるとすると、受任者である職員等がなした処分について、長が処分の前後を通じて一度も判断をせずに各大臣等に審査請求されることとなることが適当でないとし、長の判断の機会を確保するために、現行の制度設計となっている(高山慎「行政不服審査法の改正に伴う地方自治法の一部改正について」地方自治803号27頁から28頁)。

このような趣旨に照らしても(地自法2条12項参照)、地自法255条の2第2項1号の「都道府県知事の…処分」とは、委任期間中に受任者がなした処分を含むものと解釈することはできない。

#### ウ 原判決の理由付けについて

原判決は、行審法46条1項は、審査庁である「処分庁」又はその上級行政庁が、現に当該処分についての処分権限を有し、あるいは現に処分権限を有する期間への指揮監督権限を有していることによって正当化され、52条2項も、「処分庁」は審査請求時に裁決に従った対応をする権限を有するものとして現存していることが予定されているとみるべきといい、これに加えて、14条の規定からも、行審法は、処分庁や審査庁が時期に応じて変動し得ることを予定しているとする。

その上で、「処分をした行政庁の有する処分権限が、審査請求時までには消滅又は移転した場合には、現に処分権限を有する

行政庁が処分を行った行政庁としての立場も承継しているとみるべきであり、当該行政庁が処分を行った行政庁としての立場も承継しているとみるべきであり、当該行政庁が行審法4条の「処分庁」に当たるものと解される。」とし、したがって、本件処分は、地自法255条の2第1項1号の「都道府県知事の…処分」にあたりと解釈した。

しかし、行審法46条1項、52条2項は、審査庁が処分をした行政庁またはその上級行政庁であり、処分をした行政庁に処分権限があるという典型的な場合に、できることやなすべきことを明確にしているだけの規定に過ぎないのであって、これらの規定に合わせて「処分庁」が変動することを定めた規定ではない。

そもそも、これらの規定は、裁決時に関する規定であるところ（審査請求時ではない）、このような規定から、「審査請求時」における「処分庁」について解釈を行うことはできない。

また、行審法14条についても、同条は、「審査庁」が変動し得ることを定めた規定であって、「処分庁」が変動し得ることを定めた規定ではない。

この点、文献上、同条の典型的な例として、「処分庁が他の機関に移管され、審査庁が上級行政庁としての地位を有しなくなった場合」とされていることを挙げられているが（小早川光郎・高橋滋編「条解行政不服審査法」101頁）、この典型例とされる場合においては、当該処分をした行政庁は、行政庁ごと別の行政庁に移管されているところ、移管後も同じく「処分をした行政庁」であることに変わりはないし、処分権限を失ってもいない。

一方で、当該処分をした行政庁が審査請求された後に法令の改廃により処分をする権限を有しなくなった場合については、「処分庁の処分権限が上級行政庁を異にする他の行政庁に移管された場合であっても、移管前にした処分について移管後の行政庁がしたものとみなす旨の措置が講じられなければ、移管前の行政庁が、なお処分庁としての地位を有することから、このような場合には、従来の審査庁が裁決権限を失うことにならない」とされる（橋本博之＝青木丈＝植山克朗『新しい行政不服審査制度』77頁（立法担当者による解説）：一般社団法人行政管理研究センター『逐条解説行政不服審査法新版省令対応版』100頁も同様）。

このような記述からしても、14条の規定の適用上、処分を「した」行政庁（あるいは、せいぜい、権限移管に伴い、処分を「したものとみなす旨の措置」が講じられることで、「した」と評価できる行政庁<sup>1)</sup>）が、「処分庁」で、その「処分庁」に対して審査請求をすべき行政庁が定まることは明らかである。

## エ 小括

以上、原判決は、行審法4条1号の「処分庁」及び、これに応じて定まる審査請求をすべき行政庁に関する解釈を誤り、地自法255条の2第1項1号の解釈を誤ったものである。

本件における審査請求をすべき行政庁は、処分庁たる謝花副知事の最上級行政庁である沖縄県知事であって、国土交通大臣

---

<sup>1</sup> 上述した国税通則法85条も、「現在の納税地を所轄する税務署長」がした処分とみなし、実際に「処分をした」税務署長ではなく、「現在の納税地を所轄する税務署長」に対して異議申立てや再調査請求を認める規定である。

ではない。

したがって、本件裁決は、何らの権限も有しない機関によってなされたものであって、裁決として有効に成立したものではない。

これは、「裁決」の形式が採られていても、実質的には、国の機関から、普通地方公共団体に対し、裁決以外の方法による「関与」が行われたものと同視でき、地自法 245 条にいう「国の関与」にあたる違法な関与となる。

以上の原判決の判断の誤りは、行審法及び地自法についての先例のない重要な解釈を含むものであるところ、上告受理の上、原判決は取り消されなければならない。

## 第 2 公水法 42 条に基づく公有水面の埋立承認の「固有の資格」（行審法 7 条 2 項）該当性についての原判決の法令解釈の誤り

### 1 原判決の要旨

埋立承認と行審法 7 条 2 項にいう「固有の資格」について、原判決は、要旨、“埋立承認という処分の相手方となり得るのは国の機関に限られるが、一般私人等に対する処分である埋立免許と埋立承認は、その性質・効果の面からみれば、いずれも埋立事業を実施しようとする者の出願に対し、一定の公有水面の埋立てを排他的に行って土地を造成すべき権限を付与する処分という点で共通している。これらの処分の結果行われる埋立事業も、その主体によって行為の性質が異なるものではない。また、埋立承認の実体的・手続的要件は、免許料に関する規定を除き、埋立免許の規定が全て準用され共通しており、都道府県知事は、各処分をする場面において、基本的に、国の機関と一般私人等とを区別することなく、同様に扱うことが予定されている。埋立

承認と埋立免許には、竣功認可等の要否、権利（埋立権）の譲渡・移転に関する規定や事業者への都道府県知事による監督に関する規定の適用の有無などの相違があるが、これらの相違は、両処分の本質に関わらないものであり、埋立承認についての「固有の資格」性の判断を左右するものとはいえない。これらの点に照らせば、埋立承認と埋立免許はその本質において異なるものではなく、国の機関は、埋立承認について、一般私人と同様の立場でその相手方となるものであり、その「固有の資格」において、相手方となるものではないといえる。そして、この点は、埋立承認の取消処分である本件承認取消処分についても同様である”と判示した。

## 2 原判決の誤り

### (1) 公水法 42 条に基づく埋立承認について、国の機関は行審法 7 条 2 項にいう「固有の資格」において処分の名宛人となること

ア はじめに（公水法は埋立地の私法上の土地所有権を成立・取得するための法であること）

(ア) 埋立免許・埋立承認は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ること

「埋立は、水面を変じて生ぜしめられた土地の私法上の所有権を取得するためになされるもの」であり（山口眞弘＝住田正二『公有水面埋立法』<sup>2</sup>32 頁）、公水法は、「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）』<sup>3</sup>34 頁）として、「公有水面を変じて陸地とし財産権を付与する制度を定めた」（公益社団法人日本港湾協会

---

<sup>2</sup> 以下「山口＝住田」。

<sup>3</sup> 以下「三善」。

『港湾行政の概要 平成 25 年度』46-3) ものである。

一般私人等に対する埋立免許は、「公有水面ノ埋立ノ免許ハ一ノ行政処分ニシテ之ヲ受ケタル者ニ其ノ埋立ヲ條件トシテ埋立地ノ所有権ヲ取得セシムルコトヲ終局ノ目的トスルモノ」(大審院昭和 15 年 2 月 7 日判決・大審院民集 19 卷 119 頁)、「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」(函館地裁昭和 54 年 3 月 23 日判決・訟務月報 25 卷 10 号 2522 頁)であり、埋立免許の処分の性質については、「いわゆる特許に属する行政処分であつて、それはこれを受ける者に対し特定の公有水面をすべての者に対抗して排他的に埋め立てることにより土地を造成し、竣功認可を条件にその竣功認可の日に埋立地の所有権を取得させる権利を設定するもの」(津地裁昭和 44 年 9 月 18 日判決・判例時報 601 号 81 頁)、「特定の公有水面を埋立てて土地を造成し、その竣功認可を条件に埋立地所有権を取得させる排他的権利を設定する特許に属する行政処分」(阿部泰隆「公有水面埋立免許と救済手続」ジュリスト 491 号 92 頁)、「特定の公有水面につき、これを埋立てて、土地を造成する権利を設定する行為であるとともに、埋立ての竣功認可を条件として当該公有水面の公用を廃止し、埋立地の所有権を埋立の免許を受けた者に取得させる行為」(山口=住田 26 頁)、「公有水面埋立法第 2 条は『埋立ヲ為サムトスル者ハ地方長官ノ免許ヲ受クヘシ』と定めて、国の機関としての都道府県知事が埋立免許の権限を有することを明らかにし、同法第 24 条第 1 項は、『第 22 条ノ竣功認可アリタルトキハ埋

---

<sup>44</sup> 以下、「港湾行政」

立ノ免許ヲ受ケタル者ハ其ノ竣功認可ノ日ニ於テ埋立地ノ所有権ヲ取得ス』と定めて、埋立免許の主たる法律効果が埋立に関する工事の竣功認可を停止条件として埋立地の所有権を埋立免許を受けた者に取得させることにあることを明らかにしている。この意味において、埋立免許は、申請者に条件付で埋立免許区域内の土地所有権を付与する行政行為であるといつてよい。それは講学上いわゆる特許または設権行為の一種」(田中二郎＝雄川一郎編『行政法演習Ⅰ』〔杉村敏正〕)であり、国の機関に対する埋立承認は、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させる法的地位ないし権限を付与する処分である。

- (イ) 公水法所定の手続きによつてのみ公有水面は公用廃止されて埋立地の土地所有権が成立するものであること

公有水面の埋立ては、「主たる目的が、水面を変じて陸地となしその所有権を取得しようとするのにある」(山口＝住田 308頁)ものであるが、公有水面は、自然公物であり、水面を変じて物理的に陸地が造成されても、公有水面の公用廃止がなされない限り、私法上の所有権の対象とはならない。

すなわち、「海は、古来より自然の状態のまま一般公衆の共同使用に供されてきたところのいわゆる公共用物であつて、国の直接の公法的支配管理に服し、特定人による排他的支配の許されないものであるから、そのままの状態においては、所有権の客体たる土地に当たらない」(最高裁昭和61年12月16日判決・民集40巻7号1236頁)ものであり、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、私法上の土地所有権の対象とはならない（最高裁平成 17 年第二小法廷判決・民集 59 卷 10 号 2931 頁）。

埋立地の所有権の成立・取得は、造成という事実行為の効果ではなく、権限を有する機関による公用水面の公用廃止によるものである。そして、公有水面の公用廃止の手続は公水法において定められているものであり、公有水面を埋立てて造成した埋立地について所有権を取得するためには公水法所定の手続によるほかはないものである（那覇地裁昭和 55 年 1 月 22 日判決・訟務月報 26 卷 3 号 456 頁）。

(ウ) 埋立免許・埋立承認の効果は埋立後の土地所有権に係る権利義務の内容及び所有権の帰属にも及ぶものであること

a 埋立免許の要件（免許基準）を定めた公水法 4 条 1 項 1 号は、「国土利用上適正且合理的ナルコト」を要件（免許基準）として定め、願書の記載事項を定めた公水法 2 条 2 項は 3 号で「埋立地ノ用途」を記載させることを定めて、公水法 11 条は免許権者は免許をしたときは「埋立地ノ用途」を告示しなければならないものと定め、公水法 13 条の 2 は「埋立地ノ用途」の変更については免許権者の許可が必要であることを定め、これらの規定は埋立承認に準用されているが、これは、土地所有権取得後の埋立地の利用こそが、埋立ての目的であることを示しているものにほかならない。

そして、公水法 29 条 1 項は、竣功認可の告示により埋立地の所有権を取得した者（又はその一般承継人）は、竣功認可の告示の日から 10 年間は、所有権を取得した埋立地を告示された用途と異なる用途に供する場合には、都道府県知事

の許可を要するものとし、その違反に対しては公水法 39 条の 2 第 1 号に罰則が定められており、埋立免許により、所有権を取得した埋立地の利用の制限が定められるものとされている。

- b 公水法 24 条 1 項但書は公用、公共用の埋立地の所有権の取得について、免許条件により、特別の定めができることを定めている（公有水面埋立法施行令 27、28 条）。

そして、公用、公共用に供する埋立地で、免許条件により公共帰属させることとしたものについては、国又は地方公共団体は、竣功認可の告示の日に、埋立地の所有権を取得することになるものである（公有水面埋立法施行令 231 条）。

イ 埋立免許は私権（無体財産権）である「埋立ヲ為ス権利」を創設する設権処分であり、埋立承認とは処分の法的性質が本質的に異なるものであること

(ア) 埋立免許は「埋立ヲ為ス権利」という融通性を有する私権（無体財産権）を設権する処分であること

- a 「埋立権は、国の特許を受けて、排他的に一定範囲の公有水面を埋立て、竣功認可の告示を条件に造成した埋立地の所有権を取得することを内容とする権利である。また、一方では、埋立権は財産権としての性格を有し、一般の私権と同様に自由に譲渡等を行うことができる権利である」(港湾行政 6-81) とされる。

法文上も、公水法 16 条から 19 条は、埋立免許を受けた者は「埋立ヲ為ス権利」を有し、「埋立ヲ為ス権利」は融通性を有することが明記されている。

b 公水法の前身である明治 23 年 11 月勅令第 276 号官有地取扱規則による公有水面埋立権について、大正 6 年 8 月 21 日判決・大審院民事判決録 23 輯 1228 頁は、「公有水面埋立免許権ハ公有ノ水面ヲ埋立テ民有地ト為サンカ為メ官ニ請フテ其免許ヲ得タル権利ニシテ（明治二十三年十一月勅令第二百七十六号官有地取扱規則第十二条参照）埋立免許権者ハ其埋立ヲ条件トシテ之カ所有権ヲ取得スルモノナレハ（同年十月内務省訓令第三十六号第四条参照）其権利タル私権ノ範疇ニ属スルコト勿論ニシテ所論特許権鉱業権漁業権等ト其性質ヲ異ニスルモノニアラス勿論埋立権ノ取得ハ行政官庁ノ免許ヲ要スト雖モ此行政処分タル事業ノ性質カ単純ナル私益ニ止マラス公共ノ利害ニ影響スルモノアルカ為メ監督ノ必要ニ基クモノニシテ之カ為メ埋立免許権ヲ目スルニ公権ヲ以テスヘキモノニ非サルノミナラス前記訓令第二条第九項ニ埋立免許権ハ官許ヲ条件トシテ担保貸付ニ供シ又ハ他ニ移転スルコトヲ得ル趣旨ノ定メアルニ徴スレハ之ヲ以テ一種私法上ノ財産権ト為ス法意ナルコト疑ヲ容レス」、「該権利ハ普通財産権ト同シク融通性ヲ有シ権利者ノ一身ニ専属スルモノト謂フ可ラス」と判示している。

公水法における埋立免許によって設権される「埋立ヲ為ス権利」についても、「官庁ノ許可ヲ得タル公有水面埋立権ハ公有水面ヲ埋立テ民有地トナス目的ヲ有スル権利ニシテ埋立免許者ハ其ノ埋立ヲ条件トシテ埋立地域ノ所有権ヲ取得スルモノナレハ私権ノ範疇ニ属スルヤ論ナキトコロナルト共ニ明治二十三年内務省訓令第三十六項官ニ属スル公有水面埋立ノ出願免許方第二条ニ「埋立免許権ハ官許ヲ受クルニ非サレハ担

保貸付ニ供シ又ハ他ニ移スコトヲ得サル」旨ヲ定メ明治四十四年福岡県令第二十四号公有水面埋立及使用規則第九条ニハ「埋立許可ニヨリテ得タル権利ハ更ニ許可ヲ得ルニ非サレハ担保貸付ニ供シ又ハ他人ニ移転スルコトヲ得ス但工事着手以前ニ於テ家督相続又ハ包括的遺贈ニ依ル外之ヲ許可セス」トナシ又大正十年法律第五十七号公有水面埋立法第十六条ニハ「埋立ノ免許ヲ受ケタル者ハ地方長官ノ許可ヲ受クルニ非サレハ埋立ヲ為ス権利ヲ他人ニ譲渡スルコトヲ得ス」ト規定スルニヨリテ之ヲ觀レハ免許ヲ受ケタル埋立権ハ普通財産権ト同シク融通性ヲ有シ」(長崎控訴院昭和6年2月9日判決・法律新聞 3238号7頁)。「埋立法では、埋立権を一種の財産権として保護し、そこに一般の私物的な融通性を認める態度をうち出している」(三善 164頁)、「埋立権は財産権としての性格を有し、一般の私権と同様に自由に譲渡等を行うことができる権利である」(港湾行政 6-81)、「埋立法は、埋立権を一種の財産権と解し、それを保護するため、相続の場合、会社設立の場合、会社の合併及び分割の場合について、埋立権の承継に関する特別の規定を設けている」(同 6-84)と解されており、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。

c 公水法 12 条 1 項は、「都道府県知事ハ埋立ニ付免許料ヲ徴収することを得」と定めているが、この免許料の性格については、「埋立免許は…特別の権利を設定する行為であり、埋立

権は一つの財産的価値を有するものであるから、このような特別の利益を特定の人に与えた報償として埋立免許料を納付せしめるものである」(山口=住田 276 頁)、「公有水面の埋立ては、新たに土地を造成することを目的として行われる事業であり、埋立権者は、免許に基づいて国から公有水面の埋立てをなす権利を付与されることによって経済的利益を受けることになり、その利益の一部を国に納付させることが衡平の観念によって合致するという考えから、法第 12 条第 1 項において、『都道府県知事ハ埋立ニ付免許料ヲ徴収することを得』と定めている」(港湾行政 6-31)として、特許料と理解されている。

(イ) 埋立承認は「埋立ヲ為ス権利」という私権(無体財産権)を設権する行政処分ではないこと

a 公水法 1 条は、公有水面は「国ノ所有ニ属スル」と定め、国は公有水面という自然公物について一般の公物管理権を有するものであるから、国と国以外の者とでは、公水法上、公有水面に対する立場を異にしているものである。

b 国は、公有水面の「所有」者として、公有水面という自然公物に対する公物管理上の包括的な管理支配権を有しているものであるが、他方で、公水法は、当該地域の公益の代表者である都道府県知事に対しても公有水面の埋立てに係る公物管理上の権限を定めており、国が公有水面に対して有する公物管理上の包括的な管理支配権は、都道府県知事が公有水面に対する公物管理上の権限を有する限度においては、控除ないし制約されているとみることができる。

公水法 42 条 1 項は、「国ニ於テ埋立ヲ為ナサムトスルトキ

ハ当該官庁都道府県知事ノ承認ヲ受クヘシ」と定め、国の機関であっても、都道府県知事の埋立承認処分を受けなければ、埋立てを行うことはできないものとしている。すなわち、国の公有水面に対する「所有」者としての公物管理上の管理支配権は、公水法が都道府県知事に公有水面に対する公物管理権を付与して国の行う埋立てについても都道府県知事の承認が必要であるとしたことにより、その限度においては控除ないし制約をされているものであり、国の機関であっても、埋立承認を受けなければ、公有水面に対する管理支配権に基づいて公有水面の一部につき適法に埋立てをすることはできない。

公水法が都道府県知事に公有水面の埋立てに係る権限を付与し、公有水面の公用廃止の判断者を都道府県知事としたのは、公有水面の公用廃止と土地所有権の創設は当該地域に重大な影響を与えるものであるから、公有水面という自然公物の公用廃止・土地所有権の創設により得られる利益と失われる当該地域の利益の調整判断を、当該地域の都道府県知事に委ねることが適切であることによるものである。

- c 埋立承認は、国の公物管理上の管理支配権から控除ないし制約されている権能を補完して、埋立承認を受けた国の機関に、公有水面に対する管理支配権に基づいて公有水面の一部につき適法に埋立てをなしうる法的地位ないし権限を付与する行政処分である。

埋立承認によって付与される法的地位ないし権限は、公物管理上の管理支配権にかかるものであり、処分の相手方は、公有水面の「所有」者として公有水面に対する管理支配権を

有する国である。

公物管理権は私権ではなく、また、埋立承認は、公有水面の「所有」者である国の公有水面に対する管理支配権について、控除ないし制約されている権能を補完する処分であり、埋立承認は、私権（無体財産権）である「埋立ヲ為ス権利」を設権する処分ではない。

- d 国の行う埋立てについて定めた公水法 42 条は、免許料の徴収について定めた同法 12 条を準用せず、国の機関の行う埋立てについては免許料の徴収はなされないものとしている。

この免許料についての埋立免許と埋立承認の相違は、両者は処分の法的性質を異にするものであること、すなわち、埋立承認は、私権（無体財産権）である「埋立ヲ為ス権利」の設権処分ではないことによるものであり、国の行う埋立てが公共の利益のためになされることによるものではない。

公共団体の行う埋立てについては、公水法 12 条 2 項を受けた公有水面埋立法施行令 17 条 1 項により免許料は徴収できないことを定めているが、公水法 12 条 1 項は、免許料の徴収対象から公共団体を除外していない。これは、公共団体に対する埋立免許の性質は私人に対する埋立免許と同一であり、処分の性質上は免許料の対象となるものであるが、政策的な理由で免許料の納付を要しないものとしていることを明らかにしたものというべきである。昭和 36 年法制局一発第 5 号運輸省港湾局長あて法制局第一部長回答は、「埋立法第 12 条第 2 項は、『…免許料ノ徴収…ニ関シ必要ナ事項ハ勅令ヲ以テ之ヲ定ム』と規定し、この規定を受けて定められた令第 17 条第 1 項は、『公共団体ノ為ス埋立』については免許料

を徴収することができないものとしているが、その趣旨は、次のような理由に基づくものと思われる。すなわち、公共団体が埋立法所定の免許を受けて公有水面の埋立てを行う場合でも、当該公共団体が免許によって右のような経済的利益を受けるに至ることは私人が埋立てを行なう場合となんら異なるところがないが、公共団体のなす埋立ては、窮極においては国民の財政負担を経済的基盤として行われるものであり、しかも埋立てによってあらたに造成された土地は、国民の利益になんらかのかたちで還元されることとなるという特殊性にてらして、とくに免許料を納付させる必要がないものと考えたことに基づくのであろう」としている。

- e 「埋立免許は元来私人の所有に属しない公有水面について埋立工事をなす権能を認め造成地の所有権を賦与するものであるから、公有水面埋め立て事業は、もし公法法規による規制（許可、認可、免許等）がなければ元来何人も私権の行使として享受し得る営業の自由に入るものではない」（阿部泰隆「公有水面埋立免許と救済手続」ジュリスト 491 号 93 頁）ものである。すなわち、一般私人等は、公水法が埋立免許の制度を定めたことによって、はじめて、公有水面の埋立てをして埋立地の土地所有権を取得することができるものである。

これに対して、国は公有水面の「所有」者として公有水面に対する公物管理上の包括的な管理支配権を有する立場にあるから、公水法が公有水面の埋立てについて都道府県知事に公有水面の埋立てに係る公物管理権限を付与している限度において公物管理上の権限が制約ないし控除されているものであるから、公水法 42 条による規制がなされていないならば、

国は公有水面の「所有者」としての公物管理上の包括的な支配権に基づいて、埋立てをして公有水面の公用廃止をなしうる権能を有するものである。

埋立免許は、元来公有水面に対する権限を有しない一般私人等に「埋立ヲ為ス権利」を設権するものであるが、これは、公有水面に対する公物管理上の権限を付与するものではない。これに対し、埋立承認は、公有水面の「所有」者として、公有水面について公権力としての行政権限（公有水面に対する公物管理権限）を行使する主体である国に対して、控除ないし制約されている公有水面に対する公物管理上の管理支配権を補完して、国に公有水面の支配権に基づいて、埋立地を造成して公有水面を廃止する権能の行使をさせるものである。

以上のとおり、埋立承認により国の法的地位ないし権限は、公有水面の「所有」者として公有水面に対する一般的な管理支配権を有する国のみが主体となりうるものであり、一般私人等はその主体にはなり得ないものである。

したがって、埋立承認により国が得た法的地位ないし権限は融通性を有しないもので、一般私人等に譲渡することはできない。

公水法 42 条 3 項は、国の行う埋立てについて、埋立免許についての多くの規定を準用しながら、ことさらに、埋立免許により設権される「埋立ヲ為ス権利」の移転承継にかかる公水法 16 条から 19 条を準用していないが、公有水面埋立法案逐条理由<sup>5</sup>は、その理由について、「国が埋立の承認を受け

---

<sup>5</sup> 三善 291 頁より引用。

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か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こと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。このように、公水法 16 条から 19 条が国の行う埋立てに準用されていないことよりしても、埋立承認により国が得た法的地位ないし権限は融通性を有しないものであることは明らかというべきである。

行政実務においても、「公有水面埋立法第 42 条第 1 項の承認に基づく当該官庁の権能は、国以外の者に譲渡し得べきものではなく、当該承認に係る公有水面の部分について国以外の者をして埋立てをさせようとするならば、あらためて、その者に埋立ての免許を与える以外に、方法はないものと解すべきである」（昭和 28 年 12 月 5 日法制局一発第 108 号港湾局長あて法制局第一部長回答）、「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、埋立て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」（港湾行政 6 -19）とされている。

ウ 埋立免許と埋立承認はいずれも公用廃止・所有権取得にかかる法効果を有する処分であり、かつ、両者の法効果は相違するものであること

(ア) 「埋立免許は、申請者に条件付で埋立免許区域内の土地所有権を付与する行為」（田中二郎＝雄川一郎編『行政法演習 I 』〔杉村敏正〕128 頁）、であるが、埋立免許は、直ちに公有水面の公用廃止をする行為ではない。

公物に対する公物管理上の権限を有しない者が公物廃止を行うことはできないが、一般私人等は公有水面に対する公物管理上の権限を有するものではないから、埋立免許を受けた一般私人等がみずから公有水面の公用廃止をすることはできず、埋立免許を受けて陸地が物理的に造成をされても、その事実によって公用廃止がなされるものではない。

「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抛り行われる…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」  
(三善 58～60 頁) ものである。

しかし、竣功認可により公用廃止がなされるということは、埋立免許が、当該公有水面の公用廃止についての法効果を有しないということの意味するものではない。

「私人が公有水面を埋め立てて造成した事実上の土地については、公物の廃止を私人の意思に委ねるべきでないため竣功認可によって法律上の土地となるところ、これをその瞬間に第三者に原始取得させる行政処分は講学上の公用収用に外ならず、やはり申請に基づく処分と構成せざるを得ない」（仲野武志『国家作用の本質と体系Ⅰ』189頁）ものであり、公用廃止をして土地所有権を取得するためには、都道府県知事に申請をして竣功認可という免許とは別の処分を受けることが必要とされている。一般私人等が竣功認可を申請できるのは、あくまでも、埋立免許を受けた場合に限られるのであり、埋立免許を受けない一般私人等が陸地を造成して竣功認可の申請をしても、竣功認可の申請をする資格を有しないものであるから、かかる申請は拒否をされることになる。

したがって、埋立免許の法効果には、埋立てを竣功した後に、竣功認可の申請をなしうる地位ないし資格の付与が含まれるものである。

- (イ) 国の機関が都道府県知事の承認処分を受けて行う埋立てについては、公用廃止をして私法上の土地所有権を成立させるためには、竣功認可処分は不要とされている。

国の機関が都道府県知事の承認処分を受けて行う埋立てについては、「埋立ての承認は、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させる権利を設定する行為」（山口＝住田 329頁）であるから、「国は、竣功通知の日において、当該埋立地について、私法上の所有権を取得する」（山口＝住田 331頁）ものである。

公水法は、国の機関についても、都道府県知事の承認を受けなければ適法に埋立てを行う権限はないものとしている。国の機関が、承認処分を受けずに公有水面を埋め立てて造成した事実上の陸地については、造成をした国の機関が竣功通知をしても、それは公水法 42 条 2 項に基づく竣功通知ではなく、当該竣功通知は公有水面の公用廃止の法効果を有しないものと介される。

そうすると、造成した事実上の陸地について公用廃止をして法律上の土地とするためには、公用廃止という公物管理上の権限の行使が必要であるが、公水法が、国の機関の行う埋立てについて、都道府県知事に承認処分の権限を付与したことによって、国は、公有水面埋立てに係る公有水面の公用廃止という公物管理上の権限を控除ないし制約されているものであり、埋立てを行う国の機関は、都道府県知事から承認処分を受けることによって、竣功通知により公用廃止という公物管理上の効果を生じさせることのできる権限ないし法的地位を得ることができると解されることになる。埋立承認を受けなければ、国の機関は公用廃止の法効果を有する竣功通知をすることはできないのであるから、承認の法効果には、承認を受けた国の機関に対する埋立てを適法にできる権限の付与とともに、承認を受けた国の機関に竣功通知により公用廃止という公物管理上の効果を生じさせることのできる法的地位ないし権限を付与するという法効果があるということになる。

自然公物の公用廃止という法効果を有する公物管理上の権限行使をなしうる法的地位ないし権限は私人に対しては付与できないものであり、公水法 1 条により公有水面の「所有」者とさ

れ公有水面に対する公物管理上の管理支配権を有する国の機関であるからこそ、公有水面の公用廃止という法効果を生じさせる竣功通知をなしうる法的地位ないし権限の主体となりうるものである。

エ 埋立免許と埋立承認とでは、埋立てにかかる規律・制約の内容が異なり、処分の効果は異なるものであること

(ア) 埋立免許と埋立承認という処分の法効果として付与される埋立行為についての権限についても、免許と承認とでは相違しているものである。

免許を受けて行う埋立ては、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）などの監督処分などの規制をうけるものであり、埋立免許の法効果は、かかる制約を受けたものである。

これに対して、承認については、公水法 42 条は、上記の監督処分等についての条文を準用していないものであり、免許に基づく埋立てについての規制等は及んでいないものである。

処分の法効果として付与される埋立てにかかる権限について、埋立免許と埋立承認では規律・制約の内容が異なっているものである。

(イ) 埋立監督処分について、埋立免許と埋立承認で以上の相違が生じるのは、公有水面に対する国と一般私人等の立場が異なることによるものである。

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)。公水法は、「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」(三善14頁)である。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て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、免許を与えられた私人等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、承認を受けた国の機関は、公用廃止に係る公物管理上の地位を有しているからである。監督処分適用除外も、このように、国の公有水面に対する公物管理上の地位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、国の公物管理上の地位に由来するものである。

オ 小括（国の機関は「固有の資格」において公水法 42 条の埋立承認の名宛人となるものであり、原判決は法令の解釈を誤ったものであること）

(ア) 行審法 7 条 2 項にいう「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る立場」との理解がなされ、これに該当するか否かについては、「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」（ただし、国の機関等が処分の名宛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を除く。）や「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」が、「固有の資格」に該当するとの理解がなされている。

公有水面埋立てについて、埋立承認に係る処分は国の機関のみが名宛人となるものであるから、「承認」が「免許」の単なる

用語変換ではないならば、国の機関は「固有の資格」において埋立承認に係る処分の名宛人となるということになる。

(イ) 埋立免許と埋立承認では、処分の性質及びその法効果が本質的に異なるものである。

埋立免許は、一般私人等が元来権限を有しない公有水面について、「埋立ヲ為ス権利」（排他的に一定範囲の公有水面を埋立て、竣功認可の告示を条件に造成した埋立地の所有権を取得することを内容とする権利）という私権（無体財産権）を設権する処分である。

これに対し、埋立承認は私権（無体財産権）を設権する処分ではない。国は、公有水面の「所有」者として公有水面についての公物管理上の包括的な管理支配権を有しているが、公水法42条1項が、国の行う埋立てについて都道府県知事の承認を必要とすることを定め、都道府県知事に係る公有水面に係る公物管理上の権限を付与した結果、国の公有水面に対する公物管理権はその限度において控除ないし制約され、承認を受けることにより国は公物管理上の権限を補完され、埋立承認を受けた国の機関は公有水面に対する管理支配権に基づく埋立権能を行使することができるようになるものであり、埋立承認の法効果は、私権（無体財産権）である「埋立ヲ為ス権利」の設権ではない。このように、埋立免許と埋立承認では処分の性質・法効果が異なり、埋立承認は私権（無体財産権）の設権ではないことから、免許料の規定は、埋立承認については準用されていないし、また、埋立承認を受けて国の機関が行う埋立ては、公有水面の「所有」者としての公物管理権に基づくものであることから、埋立免許の監督処分にかかる規定は埋立承認については準用されて

いないものである。

埋立承認は、私権（無体財産権）である「埋立ヲ為ス権利」の設権処分ではなく、公有水面の「所有」者である国の公物管理上の権限を補完するものであることから、埋立承認により付与される法的地位ないし権限の主体となりうるのは国のみであり、かかる法的地位ないし権限は本質的に融通性を有しないものである。公水法は、埋立免許により設権される財産権である「埋立ヲ為ス権利」の譲渡承継について定めた公水法 16 条から 21 条の規定は、埋立承認には準用していないが、このことは、埋立承認の法効果である法的地位ないし権限は、融通性を有しないことを明らかにしている。埋立承認の処分の名宛人となるのは国の機関のみであり、かつ、埋立承認の法効果である法的地位ないし権限は国以外の者に譲渡承継されることはないのであるから、埋立承認の法効果である法的地位ないし権限の主体の立場には、一般私人等は立ち得ないものである。

埋立免許及び埋立承認は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るが、公有水面の公用廃止＝私法上の土地所有権の成立・取得に関して、埋立免許と埋立承認の処分の法効果は異なるものである。埋立免許は、竣功認可を条件として埋立地の所有権を取得する権利を設権する処分であるが、埋立免許によって公有水面の公用廃止がなされるものではなく、公用廃止のためには都道府県知事の竣功認可が必要であり、公用廃止・所有権取得にかかる埋立免許の法効果は竣功認可の申請資格の付与である。埋立承認もまた、埋立承認によって公有水面の公用廃止がなされるものではないが、埋立承認を受けた国の機関は、竣功後にみずから竣功通知をすることに

よって公有水面を公用廃止して埋立地の私法上の所有権を取得することができるものであり、埋立承認の法効果として、国の機関はかかる竣功通知をなしうることになる。埋立免許と埋立承認は、いずれも公有水面の公用廃止＝埋立地の私法上の土地所有権の成立・取得にかかる法効果を有し、そしてその法効果の内容は本質的に異なるものである。

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らないことによるもの、すなわち、埋立ての主体ではなく、埋立ての影響を受ける客体の問題であり、これをもって、埋立ての主体の側の異質性を否定することはできないし、また、要件が同一であることが、処分の法的性質や法効果が同一であることを示すものでもない。当該処分の名宛人の立場に立つことができるのか否かは、当該処分の性質と法効果より、その処分の名宛人が限定されるのか否かという問題であり、要件が同一か否かは本質的な問題ではない。

以上のとおり、埋立免許と埋立承認とでは、処分の法的性質及び法効果が本質的に異なるものであり、この相違は、公有水面の「所有」者である国と公有水面に対して元来権限を有しない一般私人等との本質的な立場の相違に由来するもの、埋立承認の法効果である法的地位ないし権限の主体の立場に立つことができるのは国のみであって、一般私人等は立ち得ないものである。

公水法は、一般私人等の行う埋立てについては埋立免許という処分を必要とし、国が行う埋立てについては埋立承認という

異なる処分の対象とし、規律を異にしているが、これは、公有水面の「所有」者ではない一般私人等に「埋立ヲ為ス権利」を設権する処分と、公有水面の「所有」者である国に対して公有水面に対する公物管理上の権限を補完させる処分とは、本質的に相違することによるものであり、「免許」と「承認」は単なる用語変換ではなく、国の機関は「固有の資格」において埋立承認の処分の名宛人となるものである。

- (ウ) 行審法7条2項にいう「固有の資格」と行政手続法（以下「行手法」という。）4条1項にいう「固有の資格」は同義であると解されているが、埋立承認については「固有の資格」であるとの理解を、国は明確に示していたものである。

すなわち、運輸省港湾局管理課長・建設省河川局水政課長通達「行政手続法の施行に伴う公有水面埋立法における処分の審査規準等について」（港管第2159号・建設省河政発第57号平成6年9月30日）は、「法に規定する免許等の処分のうち、行政手続法第5条の適用を受ける次の表の『処分名』の欄に掲げるもの」として、「公有水面埋立免許（法2条第1項）」を挙げながら、他方で、公水法42条による埋立承認は挙げていないものであるから、埋立承認については行手法が適用されないとの理解に立っていたことは明らかである。

- (エ) 以上のとおり、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り、「国の機関は、埋立承認について、一般私人と同様の立場でその相手方とあるものであり、国の機関等であるからこそ立ち得る特有の立場、すなわち『固有の資格』において、相手方となるのではない」（原判決書18頁）とした原判決は、法令解釈を誤ったものである。

## (2) 原判決の判決理由は論理をなしていないこと

### ア はじめに

(1)で述べたとおり、国の機関は「固有の資格」（行審法7条2項）において埋立承認（公水法42条）の処分の名宛人となるものであり、「国の機関は、埋立承認について、一般私人と同様の立場でその相手方となるものであり、国の機関等であるからこそ立ち得る特有の立場、すなわち『固有の資格』において、相手方となるものではない」（原判決書18頁）とした原判決は、法令解釈を誤ったものである。

(1)で述べたことと重複するが、原判決の判示に即して、原判決の理由がおよそ論理の体をなすものではないことについて述べておくこととする。

### イ 埋立承認の処分の法的性質に係る原判決の非論理性

(ア) 原判決は、「『固有の資格』性は、特定の処分について行審法に基づく救済を認めるべきか否かに関する基準であるから、当該処分自体の性質・効果を中心に判断されるべき」（原判決書16頁）とする。

しかし、原判決は、埋立承認の処分の法的性質については示していない。私権を設定する処分であるのか公権に係る処分であるのか、埋立承認により付与される権限と国が本来有する「公有水面を管理支配する権能」（原判決書14頁）とは法的性質が同質であるのか異質であるのかといった、処分の法的性質の本質については何も示されていない。

処分自体の性質から判断をすべきとしながら、処分の法的性質すら示していないのであるから、論理をなしているものではない。

(イ) 原判決は、「国は本来公有水面を管理支配する権能を有する」(原判決書 14 頁)、「国の機関が埋立承認により付与された埋立権限に基づき、その内容に適合する埋立てを実施し、竣功通知をすることによって、国の公有水面に対する支配権が埋立地の所有権に代わるという法律効果が生じる」(同 16 頁)、「監督に関する規定が準用されていないことについても、監督の要否は、公有水面への支配権を有するという国の立場…などによって異なるもの」(同 17 頁)、「一般私人等が埋立免許を受けた場合には…都道府県知事による竣功認可を受けることが要求され、この竣功認可という別個の処分及びその告示がされることによる法律効果として、公有水面の公用廃止がされ、埋立地の私法上の所有権が発生するのに対し…、国の機関が埋立承認を受けた場合には、竣功認可を受ける必要はなく、当該機関は、同承認に従った埋立てをした上で、都道府県知事にその旨を通知(竣功通知)すれば足りる…上記の相違は…国が公有水面の管理支配権能を有すること…などに由来する」(同 15～16 頁)としており、国の埋立ては、「公有水面に対する支配権が埋立地の所有権に代わる」としている。

原判決は、埋立承認は「公有水面に対する支配権」を有する国に対する処分であるとしているものであり、埋立てを行う国の機関が「公有水面に対する支配権」の主体であるとするものである。すなわち、公水法 1 条は公有水面が「国ノ所有ニ属ス

ル」旨を規定しているが、ここでいう国とは、公権力としての行政権限（公有水面に対する公物管理権限）を行使する主体としての国であることは明らかであるが、原判決は、国が行う埋立てについての都道府県知事の承認の名宛人となり、埋立事業を行う実施主体である国の機関を、公有水面に対する支配権の主体である国であるとしているのである。公権力としての公物管理権限を有する主体として公有水面に対する支配権に基づいて埋立てを行う権限と、公物管理権者から特許を受けて一般私人等が埋立てを行う権限では、権限の法的性質は本質的に相違するものであり、一般私人等は、公有水面に対する支配権に基づいて埋立てを行う権限の主体の立場には立ち得ないものである。

埋立承認を受けた国の機関を、「公有水面の支配権」の主体として位置付けながら、「固有の資格」を否定することは、論理をなすものではない。

#### ウ 処分の法効果に係る原判決の非論理性

(ア) 国の機関への竣功通知の権限付与について、原判決は、

「埋立承認と埋立免許の相違点をみると、原告も指摘するように、一般私人等が埋立免許を受けた場合には、当該一般私人等は、実際に埋立てをした上で、埋立工事等が免許等に適合しているかを検査・認定する都道府県知事による竣功認可を受けることが要求され、この竣功認可という別個の処分及びその告示がされることによる法律効果として、公有水面の公用廃止がされ、埋立地の私法上の所有権が発生するのに対し（埋立法 22 条ないし 24 条）、国の機関が埋立承認を受けた

場合には、竣功認可を受ける必要はなく、当該機関は、同承認に従った埋立てをした上で、都道府県知事にその旨を通知（竣功通知）すれば足りるとされている（同法 42 条 2 項）。しかしながら、竣功認可のような別個の処分が要求されていないとしても、埋立承認自体から公有水面の公用廃止や埋立地の所有権の成立という法律効果が生じるものではなく、国の機関が埋立承認により付与された埋立権限に基づき、その内容に適合する埋立てを実施し、竣功通知をすることによって、国の公有水面に対する支配権が埋立地の所有権に代わるという法律効果が生じるものである。」と判示し、埋立承認を受けた国の機関の行う竣功通知に、「国の公有水面に対する支配権が埋立地の所有権に代わるという法律効果」<sup>6</sup>を認めている。

しかし、他方で、原判決は、「埋立承認によって、国の機関に対して公用廃止の効果を有する竣功通知を行う権限までも付与するものと解することはできない。」としている。

---

<sup>6</sup> 一般私人等は、「公有水面に対する支配権」を有するものではないから、埋立免許を受けた一般私人等が竣功認可処分を受けて埋立地の私法上の所有権を取得することは、「公有水面に対する支配権が埋立地の所有権に代わる」ものではありえない。なお、一般私人等は、竣功認可の告示の日の前にも埋立地を使用することができ（公水法 23 条）、竣功認可前の埋立地に対する支配権は観念し得るが、これは「公有水面への支配権」ではない。埋立免許を受けて海底地盤上の土砂等の投入がなされた場合には、「埋立ヲ為ス権利」という権限に基づくものであるから、埋立地を構成する土砂等の私法上の所有権は、民法 242 条但書により埋立権者に存するものであり、免許権者は、埋立地を構成する土砂等に私法上の所有権を有するものであって、一般私人等は公有水面に対する公物管理上の支配権を有するものではない。

しかし、それでは、原判決は、埋立承認を受けた国の機関に、どのような手続によって竣功通知をする権限が付与されるというのだろうか。

公有水面の公用を廃止して埋立地について私法上の土地所有権を発生・取得させることは、公水法所定の手続によつてのみなしうるものである。国の機関が行う竣功通知に係る規定は、公水法 42 条 2 項であるが、規定の構造上も、これが同条 1 項を受けていることは明らかである。すなわち、国の機関が公有水面を埋立てて陸地を造成しても、それが埋立承認を受けてなされたものではないならば、公水法 42 条 2 項に基づく竣功通知をする権限は有しないのであり、竣功通知をなし得るのは、公水法 42 条 2 項に基づく埋立承認を受けた国の機関に限られるものである。そして、公水法には、公水法 42 条以外に、国の機関に竣功通知をなす権限を付与する根拠となる規定は存しないものであり、制度上、埋立承認とは別個に竣功通知に係る権限を付与する手続は存しない。埋立承認を受けた国の期間のみが公水法 42 条 2 項に基づく竣功通知をなしうるのであるから、竣功通知をなしうるのは埋立承認の法効果であるということになる。

原判決は、先に引用したとおり、「埋立承認と埋立免許の相違点」として、埋立免許は「竣功認可という別個の処分及びその告示がされることによる法律効果として、公有水面の公用廃止がされ、埋立地の私法上の所有権が発生するのに対し（埋立法 22 条ないし 24 条）…国の機関が埋立承認により付与された埋立権限に基づき、その内容に適合する埋立てを実施し、竣功通知をすることによって、国の公有水面に対する

支配権が埋立地の所有権に代わるという法律効果が生じる」とした上で、「上記のような相違がありながら両処分の要件が共通していることなどに照らせば、都道府県知事による埋立承認の判断は、埋立免許と同じく、相手方に対して適法に埋立てをする権限を付与するという限度にのみ及んでおり、原告の主張するように埋立承認によって、国の機関に対して公用廃止の効果を有する竣功通知を行う権限までも付与するものと解することはできない」（原判決 16 頁）とするが、処分の法効果が相違するか否かは、処分の法効果を対比して判断されるものであり、要件が同じであるから、法効果に相違はないという論法は、およそ論理をなすものではない。

- (イ) 埋立免許により一般私人等に付与される埋立ての権限には、都道府県知事による監督処分を受けるという制約が存するものである（公水法 32 条から 35 条等）。これに対し、公水法 42 条は国の行う埋立てについて埋立免許の監督処分についての規定を準用していないものであり、処分の法効果である権限の内容は異なるものである。

原判決は、「監督の要否は、公有水面への支配権を有するという国の立場や、事業主体の信用、資力、事業遂行能力、遵法性などによって異なる」とするが、地方公共団体の行う埋立てについて監督処分の対象とされているのであり、「事業主体の信用、資力、事業遂行能力、遵法性」が監督処分の要否について説明をすることはできない。そして、「公有水面への支配権を有するという国の立場」が国の行う埋立てについては監督処分を要しないことの根拠であるということは、この相違は処分の本質に係るものであるということになる。すなわち、一般私

人等は「公有水面への支配権」の主体の立場に立つことはできないものであり、処分の法効果が、埋立承認の法効果は公有水面への支配権について権限の補完であり、私権(無体財産権)の創設という埋立免許の法効果とは、本質的に異なることを示しているものである。

- (ウ) 埋立免許の法効果として、都道府県知事は免許権者から免許料を徴収することができることになるが、埋立承認には係る法効果は存しない。

前述したとおり、この免許料についての埋立免許と埋立承認の相違は、両者は処分の法的性質を異にするものであること、すなわち、埋立免許は私権（無体財産権）である「埋立ヲ為ス権利」の設権処分であるの対して、埋立承認は公物管理上の権限に係る処分であって私権（無体財産権）の設権処分ではないという相違に基づく法効果の相違であり、処分の本質に係る法効果の相違である。

原判決は、免許料について、埋立免許と埋立承認では相違することについて、「埋立承認の実体的・手続的要件は、免許料に関する規定を除き、埋立免許の規定が全て準用」とするのみで、免許料について埋立免許と埋立承認が相違しながら、埋立免許と埋立承認の処分の性質・効果を同じであるとする理由は何ら示していないのであり、論理をなしているものではない（なお、原判決は、免許料を「実体的・手続的要件」とするが、公水法 12 条により都道府県知事が免許料を徴収することができるのは、埋立免許の法効果であって、要件ではない。）。

- (3) 原判決には重要な事項を含む法令解釈の誤りがあり上告が受理さ

## れるべきであること

以上述べたとおり、国の機関は、公水法 42 条に基づく埋立承認について、行審法 7 条 2 項にいう「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、埋立承認については、行審法 7 条 2 項により、行審法の適用は排除されるものであり、相手方が本件裁決をすることには法律上の根拠がなく、裁決としての効力を有しない、裁決の名に値しないもので、地自法 245 条 3 号の「裁決」には該当しないものであるから、違法な関与として、取り消されなければならないものである。

原判決は、公水法 42 条に基づく埋立承認の行審法 7 条 2 項にいう「固有の資格」への該当性について、「本件承認取消処分は、沖縄防衛局が、その『固有の資格』において相手方となったものではなく、沖縄防衛局は、本件承認取消処分について、行審法に基づき、所定の行政庁に審査請求をできる。したがって、この点に関する原告の主張は採用できない」（原判決書 18 頁）と誤った法令解釈をし、その結果、本件訴えを却下するという誤った裁判をしたものであるが、この原判決の判断の誤りは、公水法 42 条 2 項に基づく埋立承認の「固有の資格」（行審法 7 条 2 項） 該当性について先例のない重要な解釈を含むものであるから、上告受理の上、原判決は取り消されなければならない。

### 第 3 審査請求をすべき行政庁についての原判決の法令解釈の誤り

#### 1 原判決の要旨

原判決は、要旨、“本件承認取消処分は、沖縄県知事職務代理者である富川副知事からの委任を受けた謝花副知事がした処分である。もっとも、富川副知事による謝花副知事への事務の委任期間は、新たな沖

沖縄県知事選挙に係る当選告示日の前日までとされており、本件審査請求時には、謝花副知事の本件承認取消処分に関する権限は消滅し、同権限は原告が有している。処分をした行政庁の有する処分権限が、審査請求時までに消滅又は移転した場合には、現に処分権限を有する行政庁が、『処分庁』としての立場も承継しているとみるべきであり、審査請求時において、都道府県知事からの事務の委任に基づいて処分をした機関への委任が終了している場合には、当該処分は、『都道府県知事の処分』に当たるものと解される。したがって、謝花副知事の『処分庁』としての立場は、本件審査請求時においては、原告が承継しており、本件承認取消処分は法定受託事務に関する『都道府県知事の処分』に当たり、本件承認取消処分について、審査請求をすべき行政庁は埋立法の所管大臣である被告となる”と判示した。

## 2 原判決の誤り

原判決は、上記のとおり、処分をした行政庁の有する処分権限が審査請求時までに消滅又は移転した場合には、現に処分権限を有する行政庁が行審法4条1項1号の「処分庁」の立場を承継しているものとして、本件処分については、地自法255条の2第1項1号の「都道府県知事…の処分」に該当すると判断し、したがって、審査請求をすべき行政庁は国土交通大臣であるとしている。しかし、仮に相手方が審査請求を行おうとしても、その場合には、行審法4条4号に基づき、沖縄県知事の補助機関である謝花副知事の最上級庁たる沖縄県知事に対して審査請求をなすべきであり、国土交通大臣は審査庁として有効に裁決をなしうる地位にはない。

原判決の解釈は、地自法255条の2第1項1号の解釈を誤ったものであり、取消されなければならない。

### 3 原判決が誤りであること

#### (1) 「処分庁」の意義について

##### ア 行審法4条について

行審法4条は「処分庁」を「審査請求時に処分権限を有する行政庁」ではなく、「処分をした行政庁」と定義している。

文言解釈として、「処分をした行政庁」には、権限を承継している場合であっても、「処分をしていない行政庁」が含まれないことは明確である。

一方で、行訴法11条1項は、その括弧書きにおいて、抗告訴訟における被告適格について「処分又は裁決があった後に当該行政庁の権限が他に承継された場合には、当該他の行政庁」を基準に被告適格が定まるものとしている。

このように、行審法4条とは異なり、行訴法が「処分をした行政庁」から権限の承継があったときについて、明文の規定を設けているところ、ここでは、「処分…をした行政庁」には、「処分…があった後に当該行政庁の権限が他の行政庁に承継された場合」の「当該他の行政庁」が含まれないことが当然の前提となっている。

したがって、あえて、行訴法11条1項括弧書きに相当する規定を設けなかった行審法は、「処分庁」に、処分権限が他の行政庁に承継された場合の当該他の行政庁が含まれないものとして立法されたことは明らかである。

このように、行訴法と行審法が「処分をした行政庁」について、異なる規律をしたのは、「処分庁」が置かれている地位の相違によるものと理解される（岡田教授意見書）。

すなわち、取消訴訟は、第三者である裁判所による審査であり、当事者主義をとっているのに対して、行政不服審査は、行政権自身による自己審査であり、職権審理主義をとっている点で相違する。

このため、取消訴訟においては、実質上の当事者である被告（ないし処分をした行政庁<sup>7</sup>）の応訴の便宜と訴訟上の攻撃防御の対等化という訴訟制度上の要請があり、提訴時点を標準として管轄裁判所が決められる（行訴法 12 条）。

それゆえ、訴訟の場合には、提訴時の処分権限ないし事務の帰属を基準とし、行訴法 11 条 1 項括弧書きが設けられている（なお、提訴後の処分権限ないし事務の変動についても、平成 16 年改正前の解説だが、旧 11 条 1 項但書、もしくは 7 条、民訴法 209 条、213 条等に従い、承継されると理解されていた（園部逸夫『注解行政事件訴訟法』199 頁、南博方『注釈行政事件訴訟法』138 頁等））。

これに対して、審査請求の場合、処分庁は、当事者ではなく、職権審理主義の下で、あくまでも「行政の適正な運営を確保する」（行審法 1 条 1 項）ための権限行使の対象に過ぎない。

このため、処分庁の所在地の移動や権限承継等は行審法の規律の対象とはならず、処分庁の応訴の便宜や攻撃防御方法の対等化という要請はない。

後述する行審法 14 条が、審査庁の変動や、審査庁であった行

---

<sup>7</sup> 平成 16 年改正前の行訴法 11 条 1 項は、行政主体ではなく行政庁が被告適格を有していたところ、「処分をした行政庁」を被告とすべきとし、同項但書で、処分があった後に当該行政庁の権限が他の行政庁に承継されたときは、その行政庁を被告とすべきとされていたが、原告の便宜の点から、行政庁から行政庁が帰属する行政主体が被告とされている。

政庁の審査請求録取書等の関係書類の引継ぎについて規律する一方で、処分庁の承継や関係書類の引継ぎ等について規律しておらず、他に、行訴法 11 条括弧書きや、行訴法 7 条、民訴法に相当する規定が一切存在しないのは、「処分庁」を、自律的な訴訟行為を行う当事者とみて、これを基準とする必要がないからである。

行政不服審査制度において、審査庁は、行政の自己審査として、職権で処分時における処分の違法性・不当性をレビューするものであるため、処分時における法律関係が決定的に重要であり、「処分をした行政庁」が処分権限を失い、他の行政庁が処分権限に移管されたとしても、審査庁の審査は、「処分をした行政庁」の処分に対して行えばよく、当事者たる地位を有しない「処分をした行政庁」の変動を手續上、規律する必要性はない。

また、裁決の拘束力は、「関係行政庁」に及ぶが、「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）。」（小早川光郎＝高橋滋編著『条解行政不服審査法』268 頁〔大江裕幸〕）。

処分庁が処分をした後、その処分権限が他の行政機関に委任された場合でも、その新たな行政庁は、行審法 52 条 1 項にいう

「関係行政庁」として裁決に拘束され、同条2項以下の処分庁と同様にふるまわなければならず（2項以下は、1項の拘束力の具体的な適用を定めたものと解される（小早川光郎＝高橋滋編著『条解行政不服審査法』269頁〔大江裕幸〕。）、何らの支障もない。

以上から、行審法は、「処分をした行政庁」が処分後に権限を失い、他の行政庁に処分権限が移管された場合、当該他の行政庁が「処分をした行政庁」になることを想定していない。

このような解釈は、国税通則法85条が、平成28年3月31日法律第15号による改正以前は「その処分をした税務署長に対する異議申立て」（上記改正前の同法75条1項1号：下線は代理人）について、改正後は「その処分をした税務署長、国税局長又は税関長に対する再調査の請求」（上記改正後の同法75条1項1号イ：下線は代理人）について、納税地異動による管轄区域の変動に伴う個別権限の承継の場合に、75条の規定にかかわらず、異議申立てや再調査請求を、「現在の納税地を所轄する税務署長等に対してしなければならない」とし、「その処分は、現在の納税地を所轄する税務署長等がしたものとみなす」と規定していることから明らかである。

つまり、ここでは、「処分をした」税務署長は、実際に処分をした税務署長であり、処分権限を承継した「現在の納税地を所轄する税務署長等」ではないことが前提となっている。

言うまでもなく、異議申立てや再調査請求は、「処分庁」に対してなすものであるが（旧行審法3条2項、現行審法5条1項）、わざわざ85条の特則が設けられ、当該処分を、「現在の納税地を所轄する税務署長がしたものとみなす」とし、異議申立て

や再調査請求を「現在の納税地を所轄する税務署長等に対して  
しなければならない」とされているのは、「処分庁」は、「処  
分をした行政庁」であって、「処分権限を承継した行政庁」で  
はないからなのである。

#### イ 地自法 255 条の 2 について

以上から、「処分庁」は、あくまで「処分をした行政庁」を  
意味し、処分権限を承継した行政庁を意味しないから、地自法  
255 条の 2 第 1 項 1 号の「都道府県知事の…処分」は、たとえ、  
審査請求時が委任期間経過後であったとしても、受任者たる職  
員等が行った処分を含まない。

このような解釈は、地自法 255 条の 2 とも整合的である。

行審法は、審査請求すべき行政庁について、原則として、最  
上級行政庁としており（同法 4 条 3 号）、地自法 255 条の 2 も  
まずその原則を前提にしている（同条 2 項）。

地自法 255 条の 2 第 1 項 1 号は、この行政不服審査法の基本  
原則について、法定受託事務についての例外を定めたものであ  
る。

もとより、法定受託事務について、各大臣等に対する審査請  
求等を認めることは、国と地方公共団体を対等・協力関係とし  
た平成 11 年の地自法改正の理念に適合しないものであった。

実際、地自法 255 条の 2 については、「地方自治の本旨の観点  
から見直されるべき制度である」（塩野宏「行政法Ⅲ（第 4  
版）」246 頁）と指摘されているが、審査請求人の簡易迅速な救  
済の観点からかろうじて制度の合理性が認められたものであ  
る。

ところで、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権限を委任した場合になされた処分については、長が審査請求先となり、長の裁決に不服がある場合には、各大臣等に再審査請求ができるとする仕組みを設けている。

これは、「仮に、新行審法における審査請求が最上級行政庁に対してするものとされたことと同様に考えて、地方公共団体の長が職員等に権限を委任した場合に、委任を受けた職員等とした処分について、原権限庁である長に対する審査請求を認めず、各大臣等に直接審査請求できるものとする」と、当該処分については、長が処分の前後を通じて一度も判断をせずに各大臣等に審査請求されることとなる。しかしながら、委任をした長が処分を見直す機会を奪うことは適当でない。審査請求人の立場からしても、処分をした当該地方公共団体の長が審査庁となれば、審査請求の裁決において処分の変更等を行うことが可能であることから、迅速な解決が図られるという利点がある」として（高山慎「行政不服審査法の改正に伴う地方自治法の一部改正について」地方自治 803 号 27 頁から 28 頁）、設けられた制度である。

地自法は地方自治の本旨に基づいて、かつ、国と地方公共団体の適切な役割分担を踏まえて、これを解釈運用しなければならないところ（地自法 2 条 12 項）、委任された職員等の処分について、その最上級行政庁である長の判断の機会を一度も経ずに、上級庁でもなんでもない各大臣等に対する審査請求が認められるとすることは、地方自治の本旨の観点からも許容しえない解釈である。      ウ 小括

以上、行審法 4 条 1 号にいう「処分庁」は、あくまでも「処分をした行政庁」であって、処分権限を承継した行政庁ではない。

したがって、本件における「処分をした行政庁」は、謝花副知事であり、本件処分は、地自法 255 条の 2 第 1 項 1 号の「都道府県知事の…処分」ではない。

本件において審査請求をすべき行政庁は、処分庁たる謝花副知事の最上級行政庁の沖縄県知事であり、原判決の判断は誤りである。

## (2) 原判決の理由付けについて

原判決は、行審法 46 条 1 項は、審査庁である「処分庁」又はその上級行政庁が、現に当該処分についての処分権限を有し、あるいは現に処分権限を有する期間への指揮監督権限を有していることによつて正当化され、52 条 2 項も、「処分庁」は審査請求時に裁決に従った対応をする権限を有するものとして現存していることが予定されているとみるべきといい、これに加えて、14 条の規定からも、行審法は、処分庁や審査庁が時期に応じて変動し得ることを予定しているとする。

その上で、「処分をした行政庁の有する処分権限が、審査請求時までに消滅又は移転した場合には、現に処分権限を有する行政庁が処分を行った行政庁としての立場も承継しているとみるべきであり、当該行政庁が行審法 4 条の「処分庁」に当たるものと解される。」とし、したがって、本件処分は、地自法 255 条の 2 第 1 項 1 号の「都道府県知事の…処分」にあたりと解釈した。

しかし、かかる解釈は誤りである。

### ア 行審法 46 条 1 項、52 条 2 項について

まず、行審法 46 条は、審査庁が現に当該処分について処分権を有し、あるいは現に処分権限を有する機関への指揮監督権限を

有することを根拠づける規定でも、審査庁は、かかる権限を有する行政庁でなければならないことを示す規定でもない。

同条では、審査庁が「処分庁の上級行政庁又は処分庁」である場合には、全部又は一部取消の裁決のほか変更の裁決をなしうるが、そうでない場合には、全部または一部取消の裁決しかできないことを示している（同条1項）。さらに、審査庁が「処分庁の上級行政庁又は処分庁」でない場合には上記裁決をなすにとどまるものの、「処分庁の上級行政庁」である場合にはさらに当該処分庁に対する命令を、「処分庁」である場合には自ら当該処分をすることを求めている（同条2項）に過ぎない。

つまり、同条は、審査庁が「処分庁の上級行政庁又は処分庁」である場合とそうでない場合の権限の範囲を定めているものであって、それ以上でもそれ以下でもない。

法定受託事務についての地自法255条の2第1項1号のごとく、審査庁が「処分庁の上級行政庁又は処分庁」でない場合があることは今さら説明するまでもないところ、行審法46条1項1号が常に適用されるように「処分庁」を解釈すべき根拠はない。

また、同じく、行審法52条2項についても、1項の拘束力が機能する具体的一場面を定めたもので、処分庁が現に処分権限を有している場合に、裁決の趣旨に従って、申請に対する処分をしなければならないことを定めたものに過ぎず、この規定に合わせて「処分庁」を解釈すべき根拠はない。

要するに、審査庁が処分をした行政庁またはその上級行政庁であり、処分をした行政庁に処分権限があるという典型的な場合に、できることやなすべきことを明確にしているだけの規定に過ぎないのであって、これらの規定に合わせて「処分庁」が変動す

ることを定めた規定ではないのである。

そもそも、これらの規定は、裁決時に関する規定であるところ（審査請求時ではない）、このような規定から、「審査請求時」における「処分庁」について解釈を行うことはできない。

行審法には、行訴法 11 条 1 項括弧書きや、7 条及び民訴法の規定のように、「処分庁」の地位の承継について定めた規定が一切存在せず、行審法は、「処分庁」の地位の承継について、想定していないと見ざるを得ない。

行審法 46 条 1 項や 52 条 2 項という「裁決時」を規律する規定から「審査請求時」における「処分庁」を解釈する原判決の論理では、審査請求後の変動について適切な説明を加えることができないところ、この点からしても、原判決の解釈は誤りである。

なお、上述したとおり、行審法 52 条 1 項は、処分をした行政庁や上級行政庁以外の「関係行政庁」に及ぶ。

例えば、申請に対する拒否処分をした行政庁 A a（最上級行政庁は B a）が処分権限を失い、他の行政庁 A b（最上級行政庁は B b）に処分権限が移管されたという例を考えた場合、当該他の行政庁 A b や、その上級行政庁 B b は「関係行政庁」であり、当然に拘束力が及ぶ。

したがって、この場合には、B a は、申請に対する拒否処分を取り消す裁決をすることになる。

A a は「処分をした行政庁」であるが、裁決時点では処分の申請を受け、再度処分を行う権限を有しないので、B a は A a に対して、行審法 46 条 2 項の命令をなすことはできない（なお、この命令は裁決の内容をなすものではなく、別途指揮監督権限に基づき行うものである）。

ただし、行審法 52 条 1 項の拘束力を受ける B b は、同じく拘束力を受ける A b に対して、その指揮監督権限に基づき、一定の処分をすべき旨を命じることになり（念のため、B b に対して、46 条 2 項が適用されるわけではない）、A b は変更処分を行うことになろう。

同様に、行審法 52 条 2 項についても、A a には裁決後の処分権限がないのであれば、適用がなく、裁決後の処分については、52 条 1 項の拘束力を受ける A b が行うことになる（念のため、A b に対して、52 条 2 項の適用があるわけではない）。

行審法 46 条 1 項や 52 条 2 項については、このような処理となるだけのことで、このような規定から、原判決のような解釈は導かれない。

#### イ 行審法 14 条について

原判決は、行審法 14 条についても、行審法が、処分庁や審査庁が時期に応じて変動し得ることを予定しているという解釈の根拠としている。

しかし、この規定は、条文の文言上、明らかに、「審査庁」が変動し得ることを定めた規定であって、「処分庁」が変動し得ることを定めた規定ではない。

この点、原審において、相手方は、同条の典型的な例として、「処分庁が他の機関に移管され、審査庁が上級行政庁としての地位を有しなくなった場合」とされていることを挙げて（小早川光郎・高橋滋編「条解行政不服審査法」101 頁）、この規定が処分庁の変動を予定しているかのように主張していた。

しかし、この典型例とされる場合は、当該処分をした行政庁は、行政庁ごと別の行政庁に移管されているところ、移管後も

同じく「処分をした行政庁」であることに変わりはないし、処分権限を失ってもいない（原審における相手方の主張の表現に従うなら、一般的・包括的な地位の承継があった場合ということになる）。

例えば、沖縄県の建築主事が建築確認を行った後に、沖縄県が福岡県と統合したような場合を想定すると（県の名称としては「福岡県」だとして）、沖縄県の建築主事は、統合後は福岡県の建築主事となるが、「処分をした行政庁」であることには変わりはないし、処分権限も失っていない。

この場合、「処分をした行政庁」に対する最上級行政庁が変動したため、14条の「行政庁が審査請求がされた後法令の改廃により当該審査請求につき裁決をする権限を有しなくなった」場合に該当することになるだけのことである。

一方で、当該処分をした行政庁が審査請求された後に法令の改廃により処分をする権限を有しなくなった場合については

（原審における相手方の主張の表現に従うなら、個別的・具体的な権限の承継があった場合）、「処分庁の処分権限が上級行政庁を異にする他の行政庁に移管された場合であっても、移管前にした処分について移管後の行政庁がしたものとみなす旨の措置が講じられなければ、移管前の行政庁が、なお処分庁としての地位を有することから、このような場合には、従来の審査庁が裁決権限を失うことにならない」とされる（橋本博之＝青木丈＝植山克朗『新しい行政不服審査制度』77頁（立法担当者による解説）：一般社団法人行政管理研究センター『逐条解説行政不服審査法新版省令対応版』100頁も同様）。

このような記述からしても、14条の規定の適用上、処分を

「した」行政庁（あるいは、せいぜい、権限移管に伴い、処分を「したものとみなす旨の措置」が講じられることで、「した」と評価できる行政庁<sup>89)</sup>が、「処分庁」で、その「処分庁」に対して審査請求をすべき行政庁が定まることは明らかである。

本件において、処分をした行政庁は、謝花副知事であり、謝花副知事のした処分を沖縄県知事がなした処分とみなす措置も特段とられていない以上<sup>10)</sup>、本件処分は、謝花副知事が「処分庁」としてなした処分で、地自法 255 条の 2 第 1 項 1 号の「都道府県知事の…処分」ではない。

したがって、本件においては、「処分庁」たる謝花副知事の最上級行政庁である沖縄県知事が審査請求をすべき行政庁であ

---

<sup>8)</sup> 上述した国税通則法 85 条も、「現在の納税地を所轄する税務署長」がした処分とみなし、実際に「処分をした」税務署長ではなく、「現在の納税地を所轄する税務署長」に対して異議申立てや再調査請求を認める規定である。

<sup>9)</sup> 厳密には、「みなす旨の措置」がされた場合であっても、その措置の具体的な解釈によっては、審査請求をなすべき行政庁は、やはり実際にした処分庁の最上級行政庁と解釈されるべき場合は存在し得る。

直接的には取消訴訟の被告適格について判示したものであるが、千葉地裁平成 15 年 11 月 21 日判決・判例地方自治 266 号 65 頁は、墓理法の墓地経営許可権限が知事から市町村長に県条例により委譲されたが、同附則 3 項から 5 項までで、施行日前に知事に対してされた申請に係る事務については知事に管理・執行権限が留保され、当該権限に基づいて知事がした処分は当該処分後における同法の適用について市町村長のした処分とみなす旨を定めていた事案において、異議申立て及び取消訴訟は当該処分が行われた時点を基準として違法性を事後的に審判する手続であるため、異議申立て及び取消訴訟は、附則 5 項でいう「当該処分後における墓理法の適用」に係る手続ではないというべきとして、市町村長のした処分をみなされず、異議申立て及び取消訴訟は知事に対してなすべきとしている。

ここでは、附則の「当該処分後における」の解釈として、「みなす旨の措置」は、処分後の法適用についてのみと理解されたのである。

<sup>10)</sup> 本件は、職務代行者（沖縄県知事）の告示による委任の意思表示の合理的意思解釈の問題だが、告示上、「みなす旨の措置」自体を認める根拠がなく、原判決も、「みなす旨の措置」の有無については、明確に判断していない。

委任終了に伴い、委任事項にかかる事務を、委任終了後になす権限が委任者に移譲されるのは当然であるが、このことと、「みなす旨の措置」は同視できない。

また、委任期間内になした受任者の処分について、委任者であり受任者の最上級行政庁である長に判断する機会を留保しないとする、職務代行者（沖縄県知事）の意思解釈は、地方自治の観点からも不合理である。

り、原判決は誤りである。

#### 4 小括

以上、原判決は、行審法4条1項1号の「処分庁」及び、これに応じて定まる審査請求をすべき行政庁に関する解釈を誤り、結果、地自法255条の2第1項1号の解釈を誤ったものである。

本件における審査請求をすべき行政庁は、処分庁たる謝花副知事がの最上級行政庁である沖縄県知事である。

したがって、本件裁決は、何らの権限も有しない機関によってなされたものであって、裁決として有効に成立したものではない。

これは、「裁決」の形式が採られていても、実質的には、国の機関から、普通地方公共団体に対し、裁決以外の方法による「関与」が行われたものと同視でき、地自法245条にいう「国の関与」にあたる違法な関与となる。

以上の原判決の判断の誤りは、行審法及び地自法についての先例のない重要な解釈を含むものであるところ、上告受理の上、原判決は取り消されなければならない。