

令和元（行ヒ）第 367 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に対する意見書」への意見

令和元年 12 月 25 日

最高裁裁判所第一小法廷 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

令和元年 12 月 6 日付けで相手方から「上告受理申立て理由書に対する
意見書」（以下「相手方意見書」という。）が提出されたことから、上告受
理申立て理由書と重複しない限度において、同意見書に対する申立人の意
見を述べる。

なお、略語については従前の例による。

第1 行政処分に該当すれば「固有の資格」ではないとの主張について

1 はじめに

原判決は、行政処分該当性と「固有の資格」該当性の関係について、「被告は、国の機関等がその『固有の資格』において相手方となる処分であるか否かについて、当該処分が行政処分、すなわち自己の権利義務に直接具体的な効果を及ぼす処分であるか否かによって判断すべき旨主張するが、行審法7条2項は、国の機関等に対する行政処分のうち『固有の資格』において処分の相手方になる場合を同法の適用除外とする規定であるから、被告の主張には理由がない。」としたが、この判示自体は正当である。

ところが、相手方意見書において、行政処分に該当すれば「固有の資格」に該当しないとの主張がくり返されているので、この点についての意見を述べておくこととする。

2 相手方主張が誤りであることについて

(1) 相手方は、「行政処分に当たる行為については、これを固有の資格において受けたものと解する余地がない」（相手方意見書21頁）と主張している。

しかし、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「処分」という用語を定義しているのである。一般に、法制執務において、「以下「○○」という。」と定義した場合には、特にその定義の及ぶ範囲を限定しない限り、そこで行われた定義は、その置かれた位置以後の本則、附則及び別表等のすべてに及ぶものとされている（法制執務研究会編『新訂 ワークブック法制執務』85頁）。行審法1条2項における「処分」とい

う用語の定義は、その定義の及ぶ範囲を限定していないのであるから、法令の解釈として、同法1条2項以後において「処分」という文言を用いる場合には、同法1条2項に示された定義によるべきことになるものであり、相手方の主張は不合理である。

そして、実質的に考えても、相手方主張の不合理性は明らかであると言わなければならない。「行審法1条2項所定の行政処分に当たる行為については固有の資格において受けたものと解釈する余地がない」とするならば、行審法7条2項は適用される余地がない無用な規定ということになる。すなわち、かかる見解によるならば、行審法2条にいう「処分」に該当するのであれば「固有の資格」該当性を検討する余地はないことになり、他方、同法2条にいう「処分」に該当しないのであれば行政不服審査の対象外であるからやはり「固有の資格」該当性を検討する余地はないことになる。行審法2条の「処分」性の判断に尽きるもので、同法7条2項はおよそ適用の余地のない無用な規定ということになる。

相手方の主張は、行審法1条2項が「処分」という用語の行審法における定義をしているにもかかわらず同法7条2項の「処分」の意義について同法1条2項と異なる内容を主張するものであり、さらに、相手方の主張に従うならば同法7条2項は適用される余地が論理的に存在しないことになってしまうのであって実質的にみてもそのような解釈の不合理性は明らかであるから、「固有の資格」の意義についての相手方の主張の不合理性は明らかというべきである。

- (2) また、相手方は、『固有の資格』は、その処分に係る争訟が主観争訟と客観争訟のいずれとなるかを判別するものであるから、行政処分である本件承認取消処分を受けた沖縄防衛局の立場は『固有の

資格』ではない」(相手方意見書 10 頁)と主張している。

しかし、行審法が主観争訟を制度として採用していることは、行審法 2 条によって示されているものである。すなわち、行政不服審査の対象が「処分」であることと、不服申立適格が「処分に不服のある者」(行政事件訴訟 9 条の「法律上の利益を有する者」と同義と解釈され、平成 16 年改正においてもこの解釈のもとに「処分に不服のある者」という文言が維持されたものである。)に限定されていることによって、行政不服審査制度が主観争訟であることは示されているものである。宇賀克也『行政法概説Ⅱ(第 6 版)』42 頁は、「行政不服審査法は、『行政庁の処分に不服がある者』は審査請求ができる(2 条)としているが、これは、具体的事件ごとに審査請求をするにふさわしい者、すなわち審査請求適格を有する者のみに審査請求を認める趣旨と解される。それは、行政不服審査法が、主観争訟、すなわち、私人の権利利益にかかる紛争を解決するためのものとして立法されたことが、立法者意思に照らして明らかであるからである。」としている。行審法が客観争訟制度を採用していないことを示すために行審法 7 条 2 項を設けたとすることには理由がない。

『固有の資格』は、主観争訟と機関争訟(客観争訟)のいずれの対象となる行為であるのかを分ける概念(相手方意見書 11 頁)であるという相手方主張は、行審法 1 条 2 項に「処分」という用語の定義規定を置きながら、同法 2 条にいう「処分」と同法 7 条 2 項にいう「処分」を異なる意義に解釈することの説明にはなっていない。相手方の主張によれば、行審法 2 条の「処分」の該当性判断のほか同法 7 条 2 項の「固有の資格」の該当性判断を行う余地(同法 7 条 2 項が適用される余地)が論理的に存しないことになるとい

う不合理性について、なんらの説明・反論になっていないものである。

- (3) さらに相手方は、相手方の『固有の資格』の解釈が適切なものであることについては、最高裁平成14年7月9日第三小法廷判決（民集56巻6号1134ページ、以下『平成14年最高裁判決』という。）からも明らかである」（相手方意見書12頁）と主張する。

平成14年最高裁判決は、行審法や行手法の「固有の資格」についての解釈が問題となった事案ではないのであり、平成14年最高裁判決との整合性などありえない。

また、相手方が引用している、平成14年最高裁判決の調査官解説が「固有の資格」について触れている該当箇所（549頁脚23）は、藤田宙靖「行政主体間の法関係について一覚え書き」『政策実現と行政法 成田頼明先生古稀記念』84頁を引用しているものに過ぎないし、「固有の資格」に係るものでもない。そして、言うまでもなく、藤田は平成14年最高裁判決を厳しく批判しているのであり^注、藤田自身が、法律上の争訟を、個人の権利利益の保護目的の提訴に限ると理解していないことは明らかである。

（注）藤田宙靖『行政法総論』277頁（注(2)）は、平成14年最高裁判決について、「私自身もまたこの平成一四年判決の結論及び理由付に対しては、疑問を抱くものであって、国民と行政庁（国）との間の権利義務のあり方につき定める法令の規定の解釈及び適用を巡る争いが、国民の側から争う場合のみ法律上の争訟となり、国の側から争えばそうならないという理屈は、理解が困難である」と厳しい批判をしているものである。また、藤田宙靖『最高裁回想録』95頁以下では、「最高裁判事就任の当時から、私が、自ら最高裁判事となった以上は何とかしなければならないと焦慮に駆られ

ていたのは、その殆ど直前と言っても良い時期に第三小法廷が出していた二つの判決の存在であった。すなわち、先にも触れた『宝塚市パチンコ条例事件判決』と『行政文書部分開示情報単位論事件判決』である。前者は、宝塚市が、『宝塚市パチンコ店等、ゲームセンター及びラブホテルの建築等の規制に関する条例』八条に基づき同市長が発した建築工事中止命令の名宛人に対して、同工事を続行してはならない旨の判決を求めたのに対し、第三小法廷が、このような訴えは不適法であるとして、原判決を破棄、一審判決を取り消して、訴え却下の判決をしたものである。その理由として、同小法廷は「国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は、裁判所法三条一項にいう法律上の争訟に当たらず、これを認める特別の規定もないから、不適法というべきである。」と説明していたのであった。しかし、行政庁の公権力行使について法律上自力執行が認められていない場合に、行政庁が、通常の民事法上の手続によって、裁判所の手を借りた強制執行を行うことが出来るというのは、行政法学者の間ではむしろ広く承認されて来た考えであったし、そもそも、国や地方公共団体が公権力行使を行う場合であっても、その名宛人である国民との間の関係が法律上の権利・義務関係であることは、明治憲法下においてすら、一般的に承認されて来たのであって、これらの者の間の訴訟を『法律上の争訟』ではないということは、行政法理百年の発展を否定することであるとすら評価されかねない。」としている。

なお、平成14年最高裁判決の調査官解説について、藤田宙靖「法律学と裁判実務」法学74巻5号には「『宝塚市パチンコ条例事件』判決とか…当時の行政法学者がこぞって反対した悪名高き判決を続けて出しておりました」(642頁)、「既存の引き出しのどれもがうまく当てはまらない事態が生じたとき、例えば大変な自信家の場合(優秀な若手の裁判官の中には時々こういうタイプがいます)には、強引に既存の引き出しを当てはめてしま

って、とんでもない結論に到達してしまうこともあります（先に挙げた『宝塚市パチンコ条例事件』判決…などは、担当調査官のこういった判断を、小法廷の裁判官がうまくチェックできなかったケースではないかと思えます。）」（645頁）とされ、また、藤田宙靖『裁判と法律学』245頁以下では中川丈久教授の「調査官制度に関連して、二点ほどお伺いしたいと思います。一つは、先生が『回想録』の中で、困った最高裁判決として、宝塚パチンコ条例事件のもの（最三小判平成一四.七.九民集五六卷六号一一三四頁）や、情報公開条例の個人情報の単位についてのもの（最三小判平成一三.三.二七民集五五卷二号五三〇頁）を挙げられています（『回想録』一二頁）。行政法学の世界では、この二つが困った判決であり、その調査官解説も説得力に欠けることについて、極めて多くの方が考えを共有していると思えます。推測でしかないのですが、ああいう判決が出てしまう背景に『調査官裁判』があると考える余地はあるのでしょうか。それとも判事が『それでいい』と言っているのだから、判事がちゃんと見ていなかったということに尽きるのでしょうか。」との質問に対して「あれは私が入る前の判決ですから、全くの推測ですが、当時は園部さんが退官されてから私が就任するまでの間で、公法学者がいなかった時期でした。一方で担当調査官は両事件とも行政法に非常に詳しく、非常に優秀だし、また非常に自信の強い人たちだったのです。ですから、彼らが自信を持って『こうです』と言ったものに対して、裁判官たちは『ああ、そうか。そういうものか』と思ってしまったのではないかという気がするのです。」と答えている。

第2 最高裁昭和36年3月7日判決・民集15巻3号381頁（以下、「昭和36年最高裁判決」という。）を引用した枠組みの設定の誤りについて

1 はじめに

相手方は、「裁決に無効の瑕疵があるというためには、裁決に重大かつ明白な瑕疵があることが必要となると解される（最高裁昭和 36 年 3 月 7 日第三小法廷判決・民集 15 卷 3 号 381 ページ参照）。そのため、仮に、無効な裁決は自治法 245 条 3 号括弧書きの「裁決」に当たらないと解釈する余地があり、しかも、本件裁決に『固有の資格』該当性や審査請求先についての判断の誤りがあると解する余地があるとしても、それらの瑕疵が重大かつ明白でなければ本件裁決は無効とならないというべきである。」（相手方意見書 35 頁）と主張しているが、このような枠組みの設定は誤りである。

同最判と本件では、事案を相違し、相手方の主張は、次元の異なる問題を混同している。

2 昭和 36 年最高裁判決と本件は事案を相違すること

昭和 36 年最高裁判決は、税務署長がした課税処分の無効確認請求訴訟において、「重大かつ明白な瑕疵というのは、『処分の要件の存在を肯定する処分庁の認定に重大明白な瑕疵がある場合』を指すものと解すべきことは、当裁判所の判例である（昭和三二年（オ）二五二号同三四・九・二二第三小法廷判決、民集一三卷一一号一四二六頁）」と判示したものであり、同最判が先例として引用した最高裁昭和 34 年 9 月 22 日判決・民集 13 卷 11 号 1426 頁は、「無効原因となる重大・明白な違法とは、処分要件の存在を肯定する処分庁の認定に重大・明白な誤認があると認められる場合を指すものと解すべき」と判示したものである。

処分権限を有しない行政庁が「処分」と称する判断を示した場合の事例ではない。

本件における「『固有の資格』該当性や審査請求先についての判断の誤り」は、処分の要件の存在の認定についての誤りではない。

昭和 36 年最高裁判決と、本件とは事案が相違しており、同最判を引用した相手方意見書の誤りは明らかである。

そもそも、認容裁決をする権限を有しない行政庁が、裁決と称して認容判断を示したとしても、判断権限自体を有しないのであるから、その判断の内容自体の当否を問うまでもなく、認容裁決としての効力を認めることはできない。

国土交通大臣のした審査請求を認容するとの判断（本件裁決）は、認容判断をする権限を有しない行政庁が示した判断であって、「裁決」と称しても、それは名ばかりのものであって「裁決」として取り扱われるべきものではないのであるから、本件裁決は、地自法 245 条 3 号括弧書きの「裁決」に該当しないものである。

3 成立に係る瑕疵と処分の無効概念は次元が異なる問題であること

また、そもそも、成立に係る瑕疵と処分の無効概念とは次元が異なる問題である。

地方分権改革により、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とおり、地自法 255 条の 2 に基づく裁定的関与は、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 巻 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 巻 8 号 82 頁、塩野宏『行政法Ⅲ（第 4 版）』P246）、松本英昭『新版逐条地方自治法（第 9 次改訂版）』1136 頁）。

「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。

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、そもそも、形式的に裁決という形が採られていても、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いから、関与に当たると解釈される。

つまり、「成立に係る瑕疵」という概念は、本来的には「関与」にあたるべき裁定的関与を、必要最小限度のものならしめ、また、国地方

係争処理委員会の審査制度や関与に係る訴えにより適法性・妥当性を担保させるべき要請と、審査請求人たる私人の簡易・迅速かつ公平な救済の要請を調整する概念といえる。

一方で、処分の「無効」概念は、取消訴訟制度の法定から導かれる取消訴訟の排他的管轄の例外をならしめるもので、行訴法の無効確認訴訟や争点訴訟はそれを前提とするものである。

本来ならば、出訴期間内に取消訴訟によるべきであるにもかかわらずこれをしなかった者について救済の途を開くかどうかという観点から、重大な瑕疵がある場合に（補充的に明白性が要求される場合もある）、救済を認めるための概念である。

このように、「成立に係る瑕疵」と「無効」概念は、機能する場面やその求められる根拠が異なる概念であり、相手方の主張は、これらを混同するもので妥当ではない。

以上