

適格を欠いた不適法な審査請求であることについて

第 1	「固有の資格」で受けた処分について審査請求をなしえないこと 1	
1	行政不服審査法は私人の救済を目的とする手続であること	1
2	地方自治保障の点からも国の審査請求の適格を認めることには問題があること	2
3	国の審査請求には客観性・公正性からの問題があること	6
4	小括	7
第 2	「固有の資格」の意義と判断基準についての一般的な理解について 7	
1	運輸省・建設省は公有水面埋立承認について行政手続法が適用されな いとの理解を示していたこと	7
2	行政不服審査法にいう「固有の資格」と行政手続法にいう「固有の資 格」は同義であると理解されていること	8
3	「固有の資格」の判断基準	10
4	本件について	10
第 3	公水法は「承認」処分の名宛人を国に限定していることに	11
1	国以外の者は「承認」処分の対象とならないこと	11
2	「承認」と「免許」は制度が異なり単なる用語変換ではないこと ..	11
3	小括	20
第 4	本件埋立事業は国の機関のみが担い手となる性格のものであること	21
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	21
2	本件埋立事業についての閣議決定	24
3	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	

.....	26
4 小括.....	27
第5 執行停止決定に示された「固有の資格」についての国土交通大臣の判断は論理をなしていないこと.....	28
1 執行停止決定の理由.....	28
2 国土交通大臣の上記判断は論理をなしていないこと.....	30
第6 行政法学者らの声明.....	32
第7 結論.....	34

第1 「固有の資格」で受けた処分について審査請求をなさないこと

1 行政不服審査法は私人の救済を目的とする手続であること

行政不服審査法（以下「行審法」という。）は、「公権力の行使に当たる行為に関し、国民が簡易迅速かつ公正な手続の下で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ことにより、国民の権利利益の救済を図る」ことを目的としている（1条）。

「裁判手続であると、訴訟による厳格な手続によらざるをえず、時間的・経済的コストがかかる…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」（塩野宏「行政法Ⅱ（第5版補訂版）」9頁）があることから、私人の権利の簡易迅速な手続による救済をはかることに、行政不服審査制度の存在意義があることになる。

したがって、国等が私人と同一視できない場合には、行政不服審査制度の利用を認める必要はなく、私人と同視できる場合にのみ国等の行政不服審査の利用が認められるものであり、「固有の資格」とは、かかる簡易迅速な救済が必要な私人と同視できるか否かを区別するための概念である。

なお、沖縄防衛局は、「『固有の資格』として相手方となった処分について行審法を適用しないというのは、客観争訟を制度として採用しないということを明らかにしている」（審査請求書4頁）と主張するが、特異な見解であり、「固有の資格」か否かは、あくまで簡易迅速な手続である行政不服審査制度の利用を認めるか否かということで、争訟による権利救済を包括的に否定するものではない。すなわち、「固有の資格」に基づ

く場合には、一般私人とまったく同様の規律に服さないということの意味するにすぎず、「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Ⅱ行政救済法〔第5版〕」43頁)ものである。平成30年8月31日付け承認取消処分（以下「本件承認取消処分」という。）に際して、沖縄県知事は沖縄防衛局に対して、行政事件訴訟法による抗告訴訟の提起が可能であることを教示している。

個別的な権利利益を侵害された私人の簡易・迅速な救済という制度趣旨より、本来国が審査請求等の適格を有しないことは当然であり、「固有の資格」（一般私人の立ちえない立場）に基づくものではなく、一般私人と同様の立場で処分の名宛人とされた場合にのみ、審査請求の適格が認められるものである（行審法7条2項）。

国の機関でありながら、私人と同視して審査請求の適格が認められるのは例外的なものというべきであるから、その判断は厳格になされなければならない。

2 地方自治保障の点からも国の審査請求の適格を認めることには問題があること

(1) 地方分権推進委員会の基本方針

地方自治法（以下「地自法」という）255条の2は、平成11年の地方分権一括法による地自法改正による地方公共団体の事務の区分の再構成等が行われたことに伴い設けられたものである。

地方分権一括法による地方自治法改正は、地方分権推進法に基づいて設置された地方分権推進委員会の報告、勧告を尊重して制定されたものであるが、その基本的な考え方は、国と地方公共団体の関係を上下・主従ではなく対等・協力の関係とし、両者の調整は最終的には司法的判断によるというものである。

(2) 平成 8 年 3 月 29 日中間報告

地方分権推進委員会の平成 8 年 3 月 29 日付中間報告においては、機関委任事務について「1. 主務大臣が包括的かつ権力的な指揮監督権をもつことにより、国と地方公共団体とを上下・主従の関係に置いている。2. 知事、市町村長に、地方公共団体の代表者としての役割と国の地方行政機関としての役割との二重の役割を負わせていることから、地方公共団体の代表者としての役割に徹しきれない。3. 国と地方公共団体との間で行政責任の所在が不明確になり、住民にわかりにくいだけでなく、地域の行政に住民の意向を十分に反映させることもできない仕組みになっている。4. 機関委任事務の執行について、国が一般的な指揮監督権に基づいて瑣末な関与を行うことにより、地方公共団体は、地域の実情に即して裁量的判断をする余地が狭くなっているだけでなく、国との間で報告、協議、申請、許認可、承認等の事務を負担することとなり、多大な時間とコストの浪費を強いられている。5. 機関委任事務制度により、都道府県知事が各省庁に代わって縦割りで市町村長を広く指揮監督する結果、国・都道府県・市町村の縦割りの上下・主従関係による硬直的な行政システムが全国画一的に構築され、地域における総合行政の妨げとなっている。」という弊害があることから、「地方分権推進法の趣旨に即して、国と地方公共団

体との関係を抜本的に見直し、地方自治の本旨を基本とする対等・協力の関係とする行政システムに転換させるためには、この際機関委任事務制度そのものを廃止する決断をすべき」と機関委任事務を廃止すべきとし、国と地方公共団体と調整については「国と地方公共団体との役割分担を明確にすることにより、両者間の調整は基本的には国が優越的な地位に立つ行政統制によるのではなく、公正かつ透明な立法統制・司法統制にできるだけ委ねることとすべき」とし司法判断によるべきとされていた。

(3) 平成9年10月9日付第4次勧告

平成9年10月9日付第4次勧告においては、国と地方公共団体との間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。」とされていた。この報告、勧告を最大限に尊重して、地方分権一括法による地自法の改正がなされ、地自法第 11 章（国と普通地方公共団体との関係については地自法 245 条ないし 252 条）の規定が設けられたものである。

(4) 小括

以上の経緯よりすると、法定受託事務について、各大臣等に対する審査請求を認めることは、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。実際、地自法第 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）との疑問が示されている。

それにもかかわらず、法定受託事務について審査請求をすることができるとしたのは、「一般的に、審査請求は、処分の当事者以外の者が判断を行うため、その公正に対する信頼度は異議申立てに比べて高いといわれており、私人の立場からすれば、処分庁以外の別の行政庁に対して判断を求めることができることに、メリットがあると考えられ」、「機関委任事務が廃止されることをもって、ただちに広汎な分野にわたるこのメリットを失わしめることは、私人の権利利益の救済という観点からは適当でないと考えられた」ためである（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 76.2.98）。

法定受託事務について審査請求を認めることには厳しい批判があり、「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」（塩野宏「行政法Ⅱ（第 5 版補訂

版)」9頁)が高いという点でかろうじて制度の合理性が認められていることよりすれば、地自法 255 条の 2 に基づく審査請求について、「固有の資格」に基づかないとして国に適格が認められるのは、行政作用によって個別の権利利益を侵害されて簡易迅速な救済の必要性の高い純然たる私人とまったく同様に評価される場合に厳格に限定されなければならないものと言うべきである。

3 国の審査請求には客観性・公正性からの問題があること

判断の客観性や公正性という点からも、国に審査請求の適格を認めることには重大な問題がある。

すなわち、国の審査請求の適格を認めるということは、国という同一の行政主体が、審査請求をしてこれに対する判断をすることになる。

国が一定の行政目的の実現のためにした行為について地方公共団体の行った処分について、その地方公共団体による処分の当否を国が判断するならば、国の行政目的の実現のために結論ありきの偏頗な判断がなされるおそれがある。

上記のとおり、平成 11 年の地自法改正時に、裁定的関与の制度が廃止されていれば、処分庁に対する異議申立てのみが行審法上利用できる制度として残ったはずである。

それにもかかわらず、法定受託事務について、審査請求の制度を残したのは、審査請求が異議申立てに比して、審査の公平性の観点から優れており、私人の権利利益の救済のためには、審査請求を残すことが適当と判断されたからである。

しかるに、国が審査請求を行い、国という同じ行政主体の機関である国土交通大臣が裁決を行う場合、地方自治の本旨との関係で重大な疑問

のある裁定的関与という制度を存置させた根拠である「審査の公平性」が全く妥当しない。

したがって、国の機関がその行為によって実現しようとした目的を実質的に踏まえて、私人の個別的な権利義務と同質と言えるか否かが厳密に検討されてなければならないものと言うべきである。

4 小括

以上のとおり、行政不服審査制度は、行政作用により個別の権利利益の侵害を受けた私人を簡易迅速に救済するための制度である以上、本来国に審査請求の適格を認めることはできないものであって、国が個別の権利利益の侵害を受けた私人と同一の立場にある場合（「固有の資格」に基づかない場合）にのみ、例外的に審査請求の適格が認められるにすぎないものである。

この判断は、審査請求人たる国が、当該行為によって実現しようとした目的を実質的に踏まえて、厳格になされるべきものである。

そして、以下に述べるとおり、本件では、審査請求人である沖縄防衛局は、「固有の資格」に基づいて公有水面埋立承認申請をし、「固有の資格」において平成 25 年 12 月 27 日付け承認処分（以下「本件承認処分」という。）及び本件承認取消処分の名宛人となっていることは明らかである。

第 2 「固有の資格」の意義と判断基準についての一般的な理解について

1 運輸省・建設省は公有水面埋立承認について行政手続法が適用されないと理解を示していたこと

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）を挙げる一方、公有水面埋立承認は挙げていないものであり、公有水面埋立承認については行政手続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。

2 行政不服審査法にいう「固有の資格」と行政手続法にいう「固有の資格」は同義であると理解されていること

「固有の資格」という概念は、行政手続法（以下「行手法」という。）においても採用されているが、「固有の資格」の意義は、行審法と行手法とで同様に理解されている。

行審法は「国民」が簡易迅速かつ公正な手続の下で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ことにより、「国民」の権利利益の救済を図ることを主たる目的とし、それと併せて行政の適正な運用の確保をも目的とするものであり（行審法1条1項）、行手法は「国民」の権利利益の保護に資することを目的とするものである（行手法1条1項）。

このように、行審法及び行手法は、いずれも、「国民」、すなわち一般私人の権利利益の救済・保護を目的とするものであることから、一般私人とは異なる立場の場合には、その対象外とするのが、「固有の資格」による適用除外の趣旨である。

行手法については「行政手続法一条一項は、『国民の権利利益の保護

に資することを目的とする』と定めているが、ここでいう『国民』とは、自然人であれ法人等の団体であれ一般私人を念頭に置いていると考えられるので、一般私人ではなく、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』で当該処分の名あて人となるような場合については、適用除外としても、本法の目的に反しないと考えられる¹とされ、行政不服審査法については「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²とされる。

そして、法の目的、「固有の資格」による適用除外の趣旨より、行審法における「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³、「一般私人が立ちえないような立場⁴との理解がなされ、また、行手法における「固有の資格」の意義についても、行政不服審査法と同義であると一般的に理解されている⁵。

なお、前述のとおり、沖縄防衛局は、「『固有の資格』として相手方となった処分について行審法を適用しないというのは、客観争訟を制度として採用しないということを明らかにしているもの」（審査請求書4頁）主張しているが、客観争訟制度を排除するための概念ではないこと

¹ 宇賀克也「行政手続法の解説〈第1次改訂版〉」79頁。

² 宇賀克也「行政法Ⅱ行政救済法〔第5版〕」43頁。

³ 宇賀克也「行政法Ⅱ行政救済法〔第5版〕」42頁

⁴ 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〕」〔野呂充〕527頁

⁵ 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、一般財団法人行政管理研究センター逐条解説行政手続法〔27年改訂版〕104頁、宇賀克也「行政手続法の解説〈第1次改訂版〉」79頁。

は、客観争訟か否かということとは関係のない行手法においても同概念が用いられていることよりも明らかである。

3 「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、「処分の名あて人が『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⁶。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⁷⁸。

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⁹。

4 本件について

(1) 公有水面埋立法（以下「公水法」という。）は、公有水面埋立についての「承認」の名宛人は国に限定されているものである。

そして、第3において詳述するとおり、公有水面に対する国とそれ以外の者の立場、公有水面という公物の廃止の仕組み、「承認」と「免

⁶ 宇賀克也「行政不服審査法の逐条解説」51頁。

⁷ 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。

⁸ 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。

⁹ 宇賀克也「行政不服審査法の逐条解説」52頁。

許」の規律の内容、「承認」と「免許」によって設定される権利の性質は異なるものであり、たんなる読替、用語変換ではないから、沖縄防衛局による公有水面埋立承認申請は、「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」に基づくものであることは明らかである。

- (2) また、第4において述べるとおり、条約上の義務の履行のための米軍基地建設は私人がなしう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、このことよりしても、沖縄防衛局が「固有の資格」において公有水面埋立承認の名宛人となるものである。

第3 公水法は「承認」処分の名宛人を国に限定していることに

1 国以外の者は「承認」処分の対象とならないこと

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、「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。

2 「承認」と「免許」は制度が異なり単なる用語変換ではないこと

- (1) 国とそれ以外の者では立場が本質的に異なること

公水法1条は、「本法ニ於テ公有水面ト称スルハ…国ノ所有ニ属スルモノヲ謂ヒ」としている。公有水面埋立法逐条理由¹⁰は、「国の所有に属すと謂ふは官有地取扱規則第12条に所謂官に属すと同一なり」

¹⁰ 三善政二「公有水面埋立法（問題点の考え方）」による。

としている。

公水法の適用を受ける水面は、公共の用に供せられる水面であるから、当該水面は、いわゆる公物となり、私法の適用は排除されるものであって¹¹、ここにいう「所有」の意味については様々な理解がなされているものの、国が公有水面埋立法第1条にいう公有水面の「所有者」として、それ以外の者と公有水面に対して異なる立場にあること自体は明らかである¹²¹³。

(2) 公有水面は公物であり、私権の対象となるものではない。

ア 公物を公物以外の物にするためには、公物管理権者による公用廃止という行政行為が必要であり、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態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）。

イ 公有水面は自然公物であり、その埋立ては自然公物の管理に係るものであるから、自然公物である公有水面の公用廃止といった管理

¹¹山口眞弘・住田正二「公有水面埋立法」21頁。

¹² なお、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、立法時に「免許」と「承認」が異なるものと理解されていたことは紛れもない事実である。

¹³ なお、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（以下「関与取消訴訟釈明事項回答書」という）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。

についての実体法根拠が公有水面埋立法にあることは当然である。

なお、公有水面埋立法が手続法といわれることがあるが、それは実体的規定が存しないことを意味するものではない。本田博利「公有水面埋立法における国の原状回復義務の有無について（意見書）」愛媛法学会雑誌第40巻1・2合併号は「公有水面埋立法は…『手続法規』としての性格が強いが、その節目となる埋立ての免許や竣功認可は法的な権利を形成する典型的な『処分』＝『実体規定』であり、その実効性を担保するため原状回復義務を課するなどの行為も『実体規定』である。そしてこのような法の目的を達成するための『実体規定』を結ぶ役目をするものが多数の『手続規定』である。」としている。

なお、公有水面埋立の免許について、津地方裁判所昭和44年9月18日判決は、公有水面埋立法の目的について、「公有水面埋立法に基いて発せられる地方長官の埋立免許は、被申請人ら所論のとおりいわゆる特許に属する行改処分であつて、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である。そうして、埋立を希望する者に対して、法が当該公有水面の管理者の長をしてかゝる権利の創設、授与を許容したのは、公有水面の埋立は、元来国土の狭小な我国において土地を造成するのであるから、これが公共の福祉に寄与するものであること勿論であるけれども、反面当該水面に権利を有する者（法第五条）や施設を有する者（法第一〇条）に対して少なからず被害を与え、更には対象が自然の公物であるだ

けに地元住民などその他の利害関係人に及ぼす影響も少なくないために、激しい利害の対立を招き、もし工事施行者においてそのすべての利害関係者の同意承認を得なければ工事に着手できないとするならば、事実上この種工事は実施不可能となるところから、法は公共の福祉増進の見地から国の公権力をもつて一定の要件と手続のもとに多数の権利者の意思如何に拘らず埋立に関する法律関係を一律に形成させ、その形成された法律関係を實現する埋立工事自体に対してはなんびとも直接これを阻止し得ないものとし、もつて当該水面の埋立工事の遂行を容易ならしめようとしたものと解される。」としているが、造成された土地の所有権を取得するということは、公物の公用廃止をするということであり、公有水面埋立法が公有水面という自然公物の公物管理についての実体的規定としての性質も有していることは明らかである。

イ そして、公有水面の公用廃止という極めて重要な事柄について、公水法は、「免許」と「承認」ではまったく異なる制度としている。

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…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・二三訟務月報二五巻一〇号二五二頁も同旨）」としている。

これに対して、国が「承認」により行う埋立については、竣功認可に関する規定（22条ないし24条）は準用されていない。

そして、公用廃止＝埋立地の所有権取得については「免許」の場合とまったく異なる規律を定め、国が都道府県知事に対して竣功通知をし（42条2項）、「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。

「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」（前掲三善）ものであり、公用廃止がなされなければ埋立てにより物理的に陸地が造成されても私権（土地所有権）の対象とはならない。換言すると、埋立てにより生じた陸地について埋立事業者が土地所有権を取得するという事は、公有水面の公用廃止がなされたということの意味する。

前述したとおり、承認については、埋立事業者である国の機関が行う竣功通知により、埋立てにより生じた陸地が私的所有権の対象となり、国がその私的所有権を取得するものである¹⁴。私法上の所有権の対象となるということは公有水面の公用廃止がなされたこと

¹⁴ なお、埋立地が公用又は公共用に供せられる場合には、竣功通知により公有水面の公用廃止がなされて埋立造成地について私的所有権の対象となると同時に土地が公用又は公共用に供せられた範囲において一旦私法の適用が排除されるが、一旦は公有水面の公用廃止によって土地の私的所有権が発生することには変わりはない。したがって、当該土地について公用または又は公共用を廃止すれば、土地についての私法の適用が復活することになる。

にほかならないものであるから、国が行う竣功通知には公用廃止の効果をも有するということになる。

以上のとおり、「承認」により国に対して設定される埋立権の内容には、公用廃止という効果を有する竣功通知を行う権限を付与することが含まれているものであり、自然公物の公用廃止という効果を有する竣功通知を行う権限を付与する点において、「免許」と「承認」とは、本質的に異質なものである。

ウ なお、かりに、「免許」が竣功認可を条件とする公用廃止処分であり、また、「承認」が竣功通知を条件とする公用廃止処分であると解したとしても、この2つの処分がまったく異質のものであることに変わりはない。

すなわち、「免許」の場合には、竣功認可・告示という都道府県知事の行為によって条件成就して公用廃止という効果が発生するのに対して、「承認」の場合には国が単独で竣功通知により条件成就させて公用廃止の効果を生じさせることができるのである。

したがって、「承認」を受けた国と「免許」を受けた国以外の者の立場は、まったく相違するものである。

(3) 「承認」に基づいて国が行う埋立事業について、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、後述のとおり、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¹⁵。

また、免許料の徴収に関する公水法12条及び38条についても、「承認」には準用されていない¹⁶。

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。

(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) そして、「免許」によって国以外の者に設定される権利と「承認」によって設定される権利は、その本質を異にするものである。

「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ないし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¹⁷。すなわち、

¹⁵ なお、国土交通大臣は、関与取消訴訟説明事項回答書において、「これらの規定が準用されていないのは、通常、国については、上記のような当然に行うべきことを行わず、また、守るべき規律を守らないといった事態を想定することはできず、万が一そのような事態が生じたとしても、監督措置等を待つまでもなく自ら必要な措置を採ることが期待できるのであって、あえて法によって国を規律する必要がないからである。また、同じ理由から、罰則について国に対しては適用されないのが普通である。」と主張していた。

¹⁶ 関与取消訴訟説明事項回答書において、国土交通大臣は、「免許料の徴収に関する公有水面埋立法12条及び38条についても、免許料は「免許」により公共物である公有水面を埋立て、これを利用する権利を付与される、いわば受益的処分であり、これによって得た経済的利益の代償を納付させることが衡平の銀点から適切であるとの趣旨から徴収されるものであるから、このような権利の付与を伴わない「承認」については準用されていない。」と主張していた。

¹⁷ 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。）

「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ないし21条を準用しておらず、譲渡性は認められない。すなわち、承認によって国の機関に対して設定される埋立の権利は、融通性を有しないものであり、国のみが主体となりうるものである¹⁸。

「免許」により設定される権利と「承認」により設定される権利は、融通性・不融通性というその権利の本質において相違するものであり、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¹⁹。

の埋立てを行う権利)を挙げている。

¹⁸ 公有水面埋立法逐条理由は「国が埋立の承認を受けた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、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んら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ところにあるのであって、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しうるものであり、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、公水法により、国は行政庁の承認を受けなければ埋立てをなしえないと定められている以上、国の有する管理権（公法上の所有権）には、埋立を為す権限は含まれておらず、承認によって、公有水面の埋立を為す権利が国に付与されるものと理解すべきである。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利は異質なものである。

¹⁹ なお、国土交通大臣は、関与取消訴訟説明事項回答書において、「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

(6) 以上述べたとおり、公水法における「免許」と「承認」の相違は、たんなる用語変換とはまったく異なるものであって、公用廃止＝所有権の取得という制度の最も本質的な部分における仕組みが完全に異なり、「承認」については「免許」に関する監督処分の規定などの準用がなされていないものであり、処分により設定される権利の性質にも相違が存するものであって、「免許」と「承認」は本質的に異なる制度である。

3 小括

以上述べたとおり、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利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り、公用廃止＝所有権の取得の仕組みもまったく異なり（公用廃止処分または公用廃止の効果を生じさせる条件成就を国が単独でなしうる）、監督処分等の規制もまったく異なっている（国が「承認」に基いて行う埋立については、国以外の者が「免許」に基いて行う埋立に関する監督処分の規制等が排除されている²⁰⁾）ものである。

以上のとおり、公有水面埋立承認について、国は、「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。

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。

²⁰ 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。

第4 本件埋立事業は国の機関のみが担い手となる性格のものであること

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、公有水面埋立承認について国の機関が「固有の資格」において処分の名宛人とされていることは明らかであるが、念のため、普天間飛行場代替施設建設事業(以下「本件埋立事業」という。)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はほかならない。

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

本審査請求に伴って沖縄防衛局は執行停止の申立てをしているが、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が主張されている。

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 本件埋立事業についての閣議決定

沖縄防衛局の公有水面埋立て承認の取得はまさに、国が国としての立場において行うものであり、その目的においておよそ私人と同列の関係で行うものではあり得ないが、このことは、現内閣の閣議決定に基づく方針からも根拠付けることが出来る。

いうまでもなく、沖縄防衛局は防衛大臣の指揮命令に服し、防衛大臣及び被告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化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法制局長官答弁においても、内閣の一体性の保持は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。

そして、「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」と題する閣議決定において、国は、「日米安全保障条約は署名 50 周年を迎えたが、特に最近の北東アジアの安全保障情勢にかんがみれば、日米同盟は、引き続き日本の防衛のみならず、アジア太平洋地域の平和、安全及び繁栄にとっても不可欠である。このような日米同盟を 21 世紀の新たな課題にふさわしいものとすることができるように、幅広い分野における安全保障協力を推進し、深化させていかなければならない。同時に、沖縄県を含む地元の負担を軽減していくことが重要である。このため、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とともに、日本国内において同盟の責任をより衡平に分担することが重要であるとの観点から、代替の施設に係る進展に従い、沖縄県外への訓練移転、環境面での措置、米軍と自衛隊との間の施設の共同使用等の具体的措置を速やかに採るべきこと等を内容とする日米安全保障協議委員会の共同発表を発出した。」と決定され、現政権はこれを承継している。

行審法の目的規定には、「簡易迅速かつ公正な手続」（1 条 1 項）と明記され、手続の公正性が前提であることが明らかにされている。

しかし、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、「一般私人たる沖縄防衛局」と「公正・中立な審査庁たる国土交通大臣」と位置付けて、その判断の中立性・公正性を保つことは余りにも無理があり、判断権者の公正・中立という基本的な前提が欠落していることは明らかである。

3 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。

4 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、審査請求をしたもので審査請求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

にかかるとの国の立場は、『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、しか考えられず、埋立承認取消処分にかかるとの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 執行停止決定に示された「固有の資格」についての国土交通大臣の判断は論理をなしていないこと

審査請求人は、本件審査請求とともに執行停止の申立てをし、国土交通大臣は「固有の資格」に基づくものではないとして執行停止決定をしているが、国土交通大臣の示した「固有の資格」に関する判断が論理をなしていないことについて、念のために述べておくこととする。

1 執行停止決定の理由

国土交通大臣は、執行停止決定に付した理由において、「(1) 審査請求をなし得る者は、「行政庁の処分に不服がある者」(行審法第 2 条) であるところ、ここにいう「処分」、すなわち、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」(行審法第 1 条第 2 項) とは、国又は地方公共団体の行為によって「直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定する」ものであると解されている(最高裁昭和 39 年 10 月 29 日判決)。そして、行審法が「国民の権利利益の救済」を目的としていること(行審法第 1 条第 1 項)を合わせて考えると、申立人のような国の機

関であっても、上記の意味での「処分」を受けたものといえれば、一般私人と同様の立場で「処分」を受けたものとして、当該処分についての審査請求をなし得るものと解することができる。この点、埋立承認の「撤回」は、埋立てをなし得る法的地位・利益を失わせる点で、埋立承認の「取消し」と同じであるところ、前件取消しの違法性が争われた前件平成 28 年最高裁判決は、この「取消し」が行審法第 2 条の「処分」に当たることを前提とした判断を行っている。その上、埋立承認の撤回が「処分」に当たるとすることは、埋立ての「承認」の撤回が、埋立てをなし得る法的地位・利益を失わせる点で、一般の事業者が受ける埋立ての「免許」の撤回と全く変わることはないことを考えると、「国民の権利利益の救済」という行審法第 1 条の目的とも整合するといえる。したがって、本件撤回は、行審法第 2 条の「処分」に当たるということができ、申立人は、本件撤回についての審査請求をすることができると考えられる。

(2) この点、処分庁は、申立人が「固有の資格」において本件撤回の相手方となったものであり、行審法の規定は適用されないと主張する（行審法第 7 条第 2 項）。しかしながら、前記(1) のとおり、上記の前件平成 28 年最高裁判決及び行審法の目的などに照らせば、本件撤回は、行審法第 2 条の「処分」、すなわち、「直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定する」ものに当たるのであるから、申立人は一般私人と同様の立場で処分を受けたといえるのであって、「一般私人が立ち得ないような立場にある状態」と解されている「固有の資格」においてその相手方となったものではないと認められる。」とした。

要するに、国土交通大臣の判断は、「本件撤回は、行審法第 2 条の「処分」に当たるということができ、申立人は、本件撤回についての審査請

求をすることができると考えられる。）、「本件撤回は、行審法第 2 条の「処分」、すなわち、「直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定する」ものに当たるのであるから、申立人は一般私人と同様の立場で処分を受けたといえる」というものであり、「処分」と「一般私人と同様の立場」と同一とするものである。

2 国土交通大臣の上記判断は論理をなしていないこと

国の機関についても都道府県知事の「承認」を受けなければ公有水面を埋立てることはできないもので「承認」は国の機関に公有水面埋立をなしうる法的地位を設権する処分であり、この承認処分を取り消して公有水面埋立をなしうる法的地位を喪失させる行為が「処分」に該当することは当然である。本件承認取消処分に際して、処分庁は沖縄防衛局に対し、「この決定があったことを知った日の翌日から起算して 6 箇月以内に、沖縄県を被告として（訴訟において沖縄県を代表する者は、沖縄県知事となります。）、処分の取消しの訴えを提起することができます（この決定があったことを知った日の翌日から起算して 6 箇月以内であっても、この決定の日の翌日から起算して 1 年を経過すると処分の取消しの訴えを提起することができなくなります。）」として、本件承認取消処分に対する取消訴訟が提起できる旨を教示している。

当該行為が「処分」に該当するか否かということと、その「処分」について「固有の資格」において処分の名宛人となっているのか否かは、次元の異なる問題である。

このことは、条文自体から明らかである。行審法 7 条 2 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、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。論理的に、「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」という概念は、「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」を含む、これよりも広い概念である。

すなわち、国の機関等に対する「処分」には、国の機関等が「固有の資格」に該当する場合と国の機関等が「固有の資格」に該当しない場合があり、国の機関等に対する「処分」のうち、「固有の資格」において国の機関等が名宛人となる処分は行審法の適用対象外とし、「固有の資格」ではない場合は行審法の適用となることを定めているのであり、「処分」と「固有の資格」とは、次元の異なる問題である²¹。

²¹ 沖縄防衛局の主張は、一般的に、国や地方公共団体の機関に対する行為が「処分」と称される場合には、国の機関等が権利利益の主体として相手方になり、その権利利益が制約される処分性を有する場合に限って用いられているものではなく、行政権限の行使主体として相手方となり行政権限の変動をもたらすものを含む意味にも用いられているところ、行審法7条2項にいう「国の機関…に対する処分」とはこの両者をあわせた概念をいうものであり、同項は、この広い概念での「処分」に該当するもののうち、行政権限の変動をもたらす処分は「固有の資格」において当該処分の相手方となるものとして行政不服審査法の適用除外となり、権利利益を変動させるという意味での処分性を有する処分のみが行政不服審査制度の対象となることを注意的に確認したものであるというもののようである。

しかし、このような解釈が成り立ちえないことは、「固有の資格」に基づくものであることについて争いのない補助金適正化法に基づく地方公共団体に対する補助金交付決定や、水道法に基づく市町村に対する水道事業経営認可を考えれば明らかである。

補助金適正化法に基づく補助金交付決定は、行審法1条2項にいう処分に該当すると理解されている。

補助金適正化法25条は、地方公共団体のみを対象として不服の申出についてさだめているが、これは、補助金交付決定は処分性を有するものであるから、私人については行政不服審査法による不服申立てができるが、地方公共団体は「固有の資格」に該当することから行審法の適用除外となるため、行審法8条が規定する特別の不服申立制度として設けられた制度と理解されている。

すなわち、補助金交付決定は処分性を有するものであるから行政不服審査制度の対象である「処分」に該当するが、地方公共団体は「固有の資格」において処分を受けるものであるから行審法の適用除外にあたりとされているものである。

また、水道法に基づく市町村に対する水道事業経営認可は、原則として市町村が原則的な担い手とされているが、私人が対象となる場合も存する。

そして、水道事業経営認可は権利利益の変動を生じさせるものであるから、処分性を

本件承認取消処分が「処分」に該当すること自体は争いが無い当然のことであり、この「処分」が「固有の資格」において「処分」の名宛人とされたか否かについて、「処分」であるから「固有の資格」であるということは、およそ論理の体をなすものではなく、かかる論法によって「固有の資格」を否定した国土交通大臣の判断は一見明白に不合理なものである。

第6 行政法学者らの声明

平成30年10月26日、110名の行政法学者が、沖縄防衛局が国土交通相に対し行政不服審査法に基づく審査請求と執行停止を申し立てたことについて、国民のための権救済制度である行政不服審査制度を濫用するものであり、法治国家に悖るものであるとして、審査庁たる国土交通大臣に審査請求等を却下するよう求める声明を発表したが、同声明においても、「今回の審査請求と執行停止申立ては、米軍新基地建設を目的とした埋立承認が撤回されたことを不服として、防衛省沖縄防衛局が行ったものである点、きわめて特異な行政上の不服申立てである。なぜなら、行政不服審査法は、「国民の権利利益の救済」を目的としているところ（行審1条1項）、「国民」、すなわち一般私人とは異なる立場に立つことになる「固有の資格」において、行政主体あるいは行政機関が行政処分の相手方となる処分については明示的に適用除外としている（行審7条2項）にもかかわらず、防衛省沖縄防衛局が審査請求と執行停止申立てを

有し、私人は不服がある場合には行政不服審査請求をできるものと解されるが、市町村は「固有の資格」において処分の名宛人となったものとして行政不服審査法の適用除外となるとするのが一般的理解である。

これらの例よりしても、行審法7条2項は、国の機関等に対する処分性を有する行為（行審法1条2項にいう処分）のうち、「固有の資格」において処分の名宛人となる場合を行審法の適用除外とするものであることは明らかである。

行っているからである。そもそも公有水面埋立法における国に対する公有水面の埋立承認制度は、一般私人に対する埋立免許制度とは異なり、国の法令遵守を信頼あるいは期待して、国に特別な法的地位を認めるものであり、換言すれば、国の「固有の資格」を前提とする制度である。国が、公有水面埋立法によって与えられた特別な法的地位（「固有の資格」）にありながら、一般私人と同様の立場で審査請求や執行停止申立てを行うことは許されるはずもなく、違法行為に他ならないものである。また、撤回処分の適法・違法および当・不当の審査を国という行政主体内部において優先的にかつ早期に完結させようという意図から、日本政府が防衛省沖縄防衛局に同じく国の行政機関である国土交通大臣に対して審査請求と執行停止申立てを行わせたことは、法定受託事務にかかる審査請求について審査庁にとくに期待される第三者性・中立性・公平性を損わしめるものである。実際、故翁長雄志知事が行った埋立承認取消処分に対して、審査庁としての国土交通大臣は、執行停止決定は迅速に行い埋立工事を再開させたものの、審査請求における適法性審査には慎重な審議を要するとして、前述の和解で取り下げられるまで長期にわたって違法性判断を回避した。それにもかかわらず、地方自治法上の関与者としての国土交通大臣は、ただちに埋立承認取消処分を違法であると断じて、代執行訴訟を提起するといった行動をとったのである。このような矛盾する対応は、審査庁としての国土交通大臣には第三者性・中立性・公平性が期待し得ないことの証左である。日本政府がとる、このような手法は、国民のための権利救済制度である行政不服審査制度を濫用するものであり、法治国家に悖るものといわざるを得ない」と指摘されている。

第7 結論

以上述べたとおり、行審法は、行政処分につき「固有の資格」において名宛人となった場合には、当該処分を適用除外としているところ（行審法7条2項）、沖縄防衛局は、「固有の資格」において本件承認取消処分の名宛人となったものであるから、沖縄防衛局による審査請求は適格を欠いた不適法なものであり、却下されなければならない²²。

以上

²² なお、仮に沖縄防衛局の「固有の資格」を否定して本件承認取消処分についての審査請求が可能であるとした場合でも、本件承認取消処分は委任を受けた副知事が行ったものであり、国土交通大臣に対する審査請求に対して同大臣が裁決をすることについては疑義が生じるものである（地自法255条の2第2項参照）。