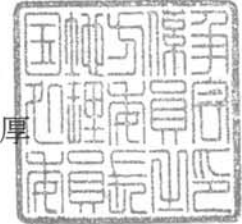


国地委第10号
平成31年2月19日

沖縄県知事
玉城康裕殿

国地方係争処理委員会
委員長 富越 和厚



沖縄防衛局長が申し立てた執行停止申立てにつき平成30年10月31日に
国土交通大臣がした執行停止決定に係る審査の申出について（通知）

国地方係争処理委員会は、沖縄防衛局長が申し立てた執行停止申立てにつき平成30年
10月31日に国土交通大臣がした執行停止決定に係る審査の申出について、別添のとおり
決定したので、通知する。

決 定

審査申出人 沖縄県知事 玉城康裕

主 文

本件審査の申出を却下する。

理 由

第1 審査の申出の趣旨及び理由

本件審査の申出の趣旨及び理由は別紙1「審査申出書」記載のとおりである。

第2 事案の概要

- 1 沖縄県宜野湾市所在の普天間飛行場の代替施設を同県名護市辺野古沿岸域に建設するための公有水面の埋立て（以下「本件埋立事業」という。）につき、沖縄防衛局が、仲井眞弘多元沖縄県知事から公有水面埋立ての承認（以下「本件承認処分」という。）を受けていたところ、翁長雄志前沖縄県知事の死去により沖縄県知事職務代理者となった沖縄県副知事富川盛武は、平成30年8月17日、地方自治法（以下「自治法」という。）第153条第1項により、期間を同月16日から沖縄県知事選挙における当選人の告示の日の前日までとして、知事の権限に属する事務の一部として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として、同副知事は、同月31日付け書面で、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。）。なお、同年10月4日、沖縄県知事選挙における当選人として沖縄県知事玉城康裕につき、告示がされた。

沖縄防衛局は、同月17日、国土交通大臣に対して、本件承認取消処分を取り消す旨の裁決を求めて、行政不服審査法（以下「行審法」という。）によ

る審査請求及び同審査請求の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を申し立て、国土交通大臣は、同月31日、同審査請求の裁決があるまで本件承認取消処分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。）をした。

本件は、沖縄県知事が、不適法な執行停止申立てに対してされた本件執行停止決定は、自治法第245条に規定する「普通地方公共団体に対する国又は都道府県の関与」のうち国の行政機関が行うもの（以下「国の関与」という。）に該当するなどとして、自治法第250条の13第1項の規定に基づき、審査の申出をしたものである。

- 2 本件審査の申出の適法性について検討するため、当委員会は、国土交通大臣に対し、平成30年12月17日付け文書（別紙2のとおり）で説明を求めたところ、国土交通大臣は同月27日付け文書（別紙3のとおり）により回答し、また、審査申出人に対しても、同月17日付け文書（別紙4のとおり）により説明を求めたところ、審査申出人は同月27日付け文書（別紙5のとおり）により回答した。なお、審査申出人からは、平成31年1月18日付け文書（別紙6のとおり）も提出されている。

第3 当委員会の判断

本件執行停止決定は、国の関与には当たらないので、当委員会の審査の対象に該当しない。その理由は以下のとおりである。

- 1 国の関与について
 - (1) 自治法は、第245条において、地方公共団体の事務の処理に関し、国の行政機関又は都道府県の機関が行う助言、勧告、許可、指示等を「関与」とし、第250条の13第1項において、このような関与のうち国の行政機関が行うものに関し、是正の要求、許可の拒否その他の処分その他公権力の行使に当たるものについて、不服があるときは、当委員会に対して審査申出をすることを認める。
 - (2) ところで、「関与」の意義を定める自治法第245条は、その第3号に

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。

なお、行審法第25条に規定する執行停止決定は、審査庁の最終的判断である審査請求に対する裁決が「関与」に該当しないとされていることとの整合性及び裁決をするまでの間の暫定的措置であることから、審査請求に対する裁決と同様に、当委員会が審査すべき国の関与から除外されるものと解される（以下、行審法に基づく裁決と執行停止決定とを「裁決等」という。）。

- (3) そうすると、審査請求手続における執行停止決定であれば、原則として、当委員会が審査すべき国の関与から除外され、当委員会の審査対象にはならないことになる。しかし、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いうべきである。
- (4) 以下、本件執行停止決定に成立に係る瑕疵があるか否かについて検討する。

2 本件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ものか

- (1) 審査申出人は、沖縄防衛局が本件承認取消処分を「固有の資格」において受けたものであるから、沖縄防衛局による行審法に基づく審査請求及び執行停止申立ては違法であり、国土交通大臣による本件執行停止決定も違法であるとする。そこで、沖縄防衛局が本件承認取消処分を「固有の資格」において受けたものか否かについて検討する。

(2) 行審法第7条は、審査請求の対象から除外される処分及び不作為として、その第1項において、国会の両院若しくは一院又は議会の議決によってされる処分をはじめとして、審査請求の対象とならない処分等を列記し、同第2項において、「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。」と規定する。

この規定の趣旨は、多様な行政事務を各行政機関が所掌することから、国の機関等が受ける処分の中には、一般私人が立ちえないような立場にある状態で（「固有の資格」において）処分の効力を受ける場合と、一般私人と同じような立場で処分の効力を受ける場合とがあることを考慮し、前者の場合には行審法の適用を否定し、後者の場合には一般私人に対する処分と同様、行審法の適用を肯定するものである。

したがって、沖縄防衛局が、国の機関としての「固有の資格」において本件承認取消処分の効力を受けたものとすれば、本件承認取消処分は審査請求の対象とならないということになる。

なお、本件承認取消処分は、既にされた公有水面埋立ての承認を取り消すものであり、同取消処分について、「固有の資格」において受けるものか否かは、承認の性質と表裏の関係にあるので、以下では、承認について、この点を検討することとする。

(3) 国の機関等が「その固有の資格において当該処分の相手方となるもの」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」ということができる。そして、一般私人が立ちえないような立場にある状態であるか否かは、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ものである。

(4) 公有水面埋立法（以下「埋立法」という。）における免許と承認との関係を検討する。

ア 国は公有水面の埋立権能を有するが、埋立法は、一般私人・事業者としての地方公共団体等（以下、単に「一般私人」という。）のする埋立てについてのみならず、国のする埋立てについても、この権能のうち埋立事業の規制権能の行使を都道府県の事務としている。そして、埋立法は、

一般私人の行う埋立事業に対する免許に関する規律を母体とし、これを国（の機関）を名宛人とする埋立事業に対する承認に準用する法形式を採用している（埋立法第42条）。これによれば、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であり、一般私人に対する免許と国（の機関）に対する承認という用語上の区別がされているが、処分の効果としては、いずれも適法に埋立事業を行う権限を付与するという点で同様であり、イに記載する相違点は、適法に埋立てがされた後の埋立地所有権の成立又は埋立権限が付与された後の埋立事業の遂行に関するものであり、免許とその規定を準用する承認における申請、審査基準は共通で、上記の差異の故に承認に特別の審査基準が適用されるものではないから、知事の判断によってもたらされる効果は適法な埋立権限の付与に向けられており、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ものといえる。

イ 審査申出人は、要旨、免許においては、公有水面の排他的埋立権の付与に加え、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果が認められるのに対して、承認においては、竣功認可に関する規定（埋立法第22条ないし第24条）は準用されず、都道府県知事に対する竣功通知をすることにより（埋立法第42条第2項）、竣功通知の日において、埋立地についての支配権が私法上の所有権に転化する、すなわち承認によって国（の機関）に付与される埋立権限には、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との相違があり、公用廃止という効果について、免許においては竣功認可・告示という都道府県知事の行為を要するのに、承認においては竣功通知という国（の機関）の単独の行為で足りるとの相違があるから、免許と承認とは法的効果を異にし、承認を受ける国（の機関）の立場を免許を受ける一般私人の立場と同視することはできない旨の指摘をする。

しかし、埋立権限の付与と、埋立ての結果としての埋立地への所有権の成立とは別個のことがらであることからすると、免許、承認のいずれにおいても、都道府県知事が要件を審査して出願人に付与する権利、利益は埋

立権限の付与であり、埋立地についての所有権の成立は適法な埋立てにより生じた土地に対する法律効果といえ、この法律効果の規律につき免許と承認との間に差異があると理解することができる。すなわち、一般私人の行う埋立事業に対する免許においては、処分の要件、処分の効果は埋立権限の付与に向けられており、埋立地における所有権の成立には竣功認可という別個の処分を要するものであり、他方、承認においても、処分の要件、処分の効果は埋立権限の付与に向けられており、埋立ての結果として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ずるので（承認の効果として埋立地の所有権が創設されるものではない。）、それを竣功通知で明らかにしたものと解されるのである。そうすると、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の効果に着目すれば、埋立法は、免許と承認とにつき、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と理解することができるのである。

なお、埋立地の所有権に関連する相違のほか、免許についての事業者への監督の規定の多くが承認に準用されていないが、監督の要否は埋立てをなす事業主体の信用、資力、事業遂行能力、遵法性によって異なるものであり、問題は、一般私人であれ国（の機関）であれ、埋立権限の付与について同様に扱われているかどうかであって、監督の必要性の差異をもって、承認の効果につきアに述べたところを左右するものとは解されない。

以上によれば、免許と承認に係る上記の規律の差異は、承認によって埋立権限の付与を受ける国（の機関）が一般私人の立ちえないような立場に立つことを示すものとは解されない。

ウ 埋立ての必要性としての埋立地の用途は、承認又は免許の要件として考慮されるものであって（埋立法第4条第1項第1号、第3号、第4号）、承認又は免許の効果の内容をなすものではないから、本件承認処分に係る埋立地の用途が飛行場関連施設を設け、基地として提供することにあることをもって、承認の効果につきアに述べたところを左右するものではない。

また、執行停止の要件である「処分による重大な損害」とは、処分、処分の執行又は手続の続行によって生ずる損害に関する判断であり、この判断において埋立地の具体的用途が考慮されることは当然であり、その用途が国の事務に属するとしても、埋立事業に対する承認の効果の性質が変わるものではない。

エ 以上によれば、公有水面の埋立承認による埋立権限の付与という効果は、免許における一般私人と同様の立場に向けられたものということができ、この埋立権限の付与処分（承認）を取り消す処分は埋立権限を奪う不利益処分として、国（の機関）がその「固有の資格」において受ける処分には当たらないというべきである。

そうすると、公有水面の埋立てにつき、承認を拒絶され、又は承認を取り消された国（の機関）は、行審法に基づき国土交通大臣に処分の取消しを求めて審査請求をすることができるものというべきである。

したがって、沖縄防衛局は本件承認取消処分を「固有の資格」において受けたものではなく、これに対する審査請求についてなされた本件執行停止決定に成立に係る瑕疵があるとはいえない。

3 国土交通大臣の審査庁としての適格性について

審査申出人は、国土交通大臣が執行停止決定をなしうる立場を著しく濫用したとして、国土交通大臣による本件執行停止決定が違法であるとするから、国土交通大臣に審査庁としての適格性があるかどうかについて検討する。

審査申出人による、法定受託事務に係る処分の相手方が国（の機関）である場合に法令所管大臣に対して審査請求を認めること（自治法第255条の2第1項第1号）は、不服の申立人と裁定者との利害が共通することになるから不当であり、このような審査請求における裁定に処分庁たる地方公共団体の長への拘束力を肯定することは地方自治の本旨に反するとの指摘は、いわゆる裁定的関与において国（の機関）が処分の相手方となる場合の問題点を指摘するものとして理解することができる。しかし、既に説示したとおり行政事務は多様であり、行政機関が処分の主体となることもあれば、処分の相手方となることもあり、他方で、行政事務は細分化され各行政機関が所掌するものとされており、所管法令の適用における要件審査は所管行政庁に属

し、所管行政庁は所管法令を適正に解釈、適用するものとされているから、制度上、不服の申立人と判断を示す者との利害が共通することにはならないし（処分の申請者と判断者とが同一主体に属する例として、地方公営企業の申請に対してその属する地方公共団体の長が処分を行うことも、珍しいことではない。）、現に、国の機関等が「固有の資格」によらずに処分の相手方となり、行政不服審査を請求することは、行審法第7条第2項が予定しているところである。

また、審査請求に係る処分につき、地方公共団体と審査庁である所管大臣との間で意見・判断が異なる場合には、審査庁の判断が拘束力を有することになる（行審法第52条。最高裁昭和49年5月30日第一小法廷判決・民集28巻4号594頁参照。このような裁決等によって不利益を受ける地方公共団体が訴えによる救済を求められないとすると、法定受託事務の処理に関する地方公共団体の自主性及び自立性を損なうおそれがあることも学説の指摘するところである（なお最高裁昭和37年4月12日第一小法廷判決・民集16巻4号781頁も参照。）。）。しかし、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。

たしかに、本件承認取消処分の適否を争う方法としては、国土交通大臣に対する審査請求による方法のほかに、裁判所に対して本件承認取消処分の取消しを求める行政訴訟を提起する方法がある。しかし、どのような不服申立方法を選択するかは、処分の名宛人である沖縄防衛局において、諸般の事情を総合考慮して決すべきものである。

したがって、国土交通大臣の審査庁としての適格性との観点においても、本件執行停止決定に成立に係る瑕疵があるとはいえない。

4 本件承認取消処分に対する審査請求の相手方（審査庁）

本件承認取消処分に対する審査請求の相手方（審査庁）につき、審査申出人は、本件承認取消処分は沖縄県知事職務代理者富川盛武から自治法第153条第1項による委任を受けた沖縄県副知事謝花喜一郎がしたものであり、この処分に対する審査庁は沖縄県知事であるとする（行審法第4条第4

号)。

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、「事案の概要」に記載したとおり、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係る委任は、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。

したがって、審査申出人の上記主張は採用できない。

5 まとめ

以上のとおり、本件執行停止決定に成立に係る瑕疵は存在しないから、同決定は、当委員会が審査すべき国の関与から除外されるものであって、当委員会の審査対象にはならない。

第4 結論

よって、本件審査の申出は不適法なものとしてこれを却下することとし、主文のとおり決定する。

国 地 方 係 争 処 理 委 員 会

委 員 長	富 越 和 厚
委 員 長 代 理	小 幡 純 子
委 員	牛 尾 陽 子
委 員	齋 藤 誠
委 員	辻 琢 也

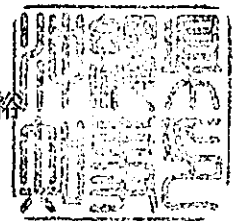
審査申出書

平成 30 年 11 月 29 日

沖縄防衛局長が平成 30 年 10 月 17 日付け執行停止申立書(沖防第 5116 号)により申し立てた執行停止申立てについて平成 30 年 10 月 30 日付けで国土交通大臣が行った執行停止決定について、不服があるので、地方自治法第 250 条の 13 第 1 項に基づき、審査の申出をする。

国地方係争処理委員会 御中

審査申出人 沖縄県知事 玉 城 康 裕



審査申出人代理人 弁護士 加 藤 裕

同 弁護士 仲 西 孝 浩

同 弁護士 松 永 和 彦

同 弁護士 宮 國 英 男

- 〒900-8570 沖縄県那覇市泉崎一丁目2番2号
審査申出人 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
審査申出人代理人弁護士 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
審査申出人代理人弁護士 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
TE098-921-1766 FAX 098-938-3166
審査申出人代理人弁護士 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
審査申出人代理人弁護士 宮國 英男
- 〒100-8918 東京都千代田区霞が関二丁目1番3号
相手方 国土交通大臣 石井 啓一

審査申出の趣旨

沖縄防衛局長が平成 30 年 10 月 17 日付け執行停止申立書（沖防第 5116 号）により申し立てた執行停止申立てについて平成 30 年 10 月 30 日付けで国土交通大臣が行った執行停止決定は違法であるから、国土交通大臣は執行停止決定を取り消すべきである

との勧告を求める。

審査申出の理由

目次

第1章 本件関与の経緯.....	6
第1節 公有水面埋立承認出願から承認取消処分まで.....	6
第1 公有水面埋立承認処分.....	6
第2 公有水面埋立承認処分の取消処分.....	6
第2節 本件関与に至る経緯.....	7
第1 行政不服審査法に基づく審査請求等.....	7
第2 国土交通大臣による執行停止決定.....	7
第2章 本件関与が違法であること.....	7
第1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こと.....	7
第1 概要.....	7
第2 「固有の資格」で受けた処分について審査請求等をなしえないこと.....	8
第3 「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.....	15
第4 公水法は「承認」処分の名宛人を国に限定していること.....	19
第5 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.....	30
第6 沖縄防衛局の「固有の資格」に関する主張は成り立ちえないこと.....	35
第7 執行停止決定の理由が論理をなさず一見明白に不合理であること.....	

.....	39
第2節 国土交通大臣は中立的第三者たるべき審査庁たりえないこと ..	42
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関与をしたこと	42
第2 国土交通大臣の本件関与における判断内容.....	43
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	44
第4 行政不服審査に求められる中立性・第三者性	49
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	52
第3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	53
第4節 本件関与の違法性についてのまとめ	54
第3章 国土交通大臣は執行停止決定の取消しなどの対応をすべきこと ..	56
第4章 本件関与は国地方係争処理委員会の審査の対象であること	57
第1節 本件関与が地自法 245 条 3 号括弧書きに該当せず、同号柱書の関与に該当すること	57
第1 本件関与が地自法 245 条 3 号柱書の関与に該当すること	57
第2 本件関与が地自法 245 条 3 号括弧書きに該当しないこと	58
第2節 「固有の資格」の判断について国地方係争処理委員会は主務大臣の判断に拘束されないこと	68
第1 前回国地方係争処理委員会の判断	68
第2 「固有の資格」の判断について、国地方係争処理委員会は主務大臣の判断に拘束されないこと	70
結 語	76

第1章 本件関与の経緯

第1節 公有水面埋立承認出願から承認取消処分まで

第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、本件承認出願について、承認をした（以下「本件承認処分」という。）。

第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¹。

同年8月8日に翁長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。)¹⁵³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。

¹ 第2章第1節で述べるとおり、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から、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、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、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 節 本件関与に至る経緯

第 1 行政不服審査法に基づく審査請求等

平成 30 年 10 月 16 日、沖縄防衛局長は、行政不服審査法（以下「行審査法」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。）。

第 2 国土交通大臣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、「本件関与」という。）をし、本件関与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 章 本件関与が違法であること

第 1 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こと

第 1 概要

国の機関である沖縄防衛局は、「一般私人と同様の立場」ではなく「固有の資格」において、本件承認出願をし、本件承認処分及び本件承認取

消処分の名宛人となったものであるから、行審法による本件審査請求等の適格を欠いていたものである(行審法7条2項)。かかる申立適格を欠く不適法な執行停止申立てについて国土交通大臣は執行停止決定を行うことはできないものであるが、それにも関わらず、執行決定がなされたものであるから、本件関与は違法である。

加えて、行政不服審査制度において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・判断をしなければならないところ、本件については、国土交通大臣は、沖縄防衛局と一体となって本件埋立事業を推進する立場にあり、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審査庁として本件関与をなしうる立場にないにもかかわらず、「執行停止申立て」とそれに対する「執行停止決定」という外観をとることにより、本件埋立事業を遂行する目的で本件関与をなしたものであるから、行政不服審査に名を借りた違法な濫用的関与である。

第2 「固有の資格」で受けた処分について審査請求等をなしえないこと

1 行審法は私人の簡易迅速な救済を目的とする手続であること

行審法は、「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)。

「簡易迅速」とは、訴訟との対比において、行審法の特徴をなすものであり、「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存するものである。

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。本件承認取消処分に際して、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、審査請求等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等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等の適格は問題があること

(1) 地方分権推進委員会の基本方針

地自法 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自法改正は、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等を認めることは、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等を行う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等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に基づく審査請求等について、「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 国の審査請求等には客観性・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、国に審査請求等の適格を認めることには重大な問題がある。

すなわち、国の審査請求等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、審査請求等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、本来国に審査請求等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、例外的に審査請求等の適格が認められるにすぎないものである。

この判断は、審査請求者・執行停止申立人たる国が、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・執行停止申立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」において本件承認処分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3 「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の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基準等について」（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（以下、「行手法」という。）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 行審法にいう「固有の資格」と行手法にいう「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、行手法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」²とされている。行手法について、「固有の資格」とは、「一般私人が立ちえないような立場」を意味すると理解されているが、「一般私人が立ちえないような立場」における行為には、行政の内部行為や機関相互の関係の行為と解されるものが含まれており、その場合は、当該行為はもともと「処分」に該当しないが、国の機関等に対する様々な決定の処分性を否定することは困難であり、行手法4条1項はこれらの処分が適用除外に

² 宇賀克也『行政手続法の解説（第1次改訂版）』79頁。

なることを明らかにする点において固有の意味を有するとされている（高橋滋『行政手続法』170頁）。

行審法については「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」³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」⁴、「一般私人が立ちえないような立場」⁵との理解がなされている。

このように、行手法4条1項にいう「固有の資格」の意義と行審法7条2項にいう「固有の資格」の意義が同じであるとするのが一般的理解である⁶。

そして、1で述べたとおり、国土交通省の前身である運輸省・建設省は、公有水面埋立承認について行手法は適用されないとの理解を示していたものであり、国土交通大臣が公有水面埋立承認について行審法を適用して執行停止決定をしたことは、公有水面埋立承認について行手法の適用がないとする理解を示していたことと矛盾するものである。

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

³ 宇賀克也『行政法Ⅱ行政救済法〔第5版〕』43頁。

⁴ 宇賀克也『行政法Ⅱ行政救済法〔第5版〕』42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〕』〔野呂充〕527頁

⁶ 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。

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⁷。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⁸⁹。

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¹⁰。

4 本件について

(1) 公水法において、公有水面埋立についての「承認」の名宛人は国に

⁷ 宇賀克也『行政不服審査法の逐条解説』51頁。

⁸ 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。

⁹ 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。

¹⁰ 宇賀克也『行政不服審査法の逐条解説』52頁。

限定されているものである。

そして、第4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「免許」の規律の内容は相違するもので、「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るから、「承認」は「免許」の単なる読替、用語変換であるということとはできず、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5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4 公水法は「承認」処分の名宛人を国に限定していること

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¹¹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」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¹²、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¹³¹⁴。

(2) 公有水面は公物であり、公用廃止がなければ私権である所有権の対象とならないこと。

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

¹¹ 三善政二『公有水面埋立法（問題点の考え方）』による。

¹² 山口眞弘＝住田正二『公有水面埋立法』21 頁。

¹³ 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。

¹⁴ 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。

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づ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ことは、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¹⁵。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自ら発生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は「免許」についての事業者への監督の規定の多くが排除されていること

¹⁵ 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。

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¹⁶。

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¹⁷。

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」

¹⁶ 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。

¹⁷ 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。

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¹⁸。すなわち、
「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。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、国のみが権利の主体となりうるものとされている¹⁹。

¹⁸ 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。

¹⁹ 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のであるから、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、公有水面の埋立てを為して私的所有権を取得する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

「承認」によって設定される権利には、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利については、私人は権利の享有主体となることはできないものであり、国に「承認」によって設定された権利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、私人は「承認」により設定された権利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²⁰。

- (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、たんなる読替、用語変換とはまったく異なるものである。

「免許」と「承認」では、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、処分により設定される権利の性質が相違することから私人は「承認」によって設定されて権利の主体となることができないため「承認」によって設定された権利には融通性がなく、また、「承認」については「免許」に関する監

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り、承認によって国に設定された権利は私人が享有できないものであるから融通性を有しないものと解される。

²⁰なお、国土交通大臣は、関与取消訴訟釈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。

督促処分の規定などの準用がなされていないものであり、「免許」と「承認」は本質的に異なる制度である。

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って、公用廃止＝所有権の取得の仕組みはまったく異なり（国は公用廃止処分または公用廃止の効果を発生させる条件成就を単独でなしうる）、監督処分等の規制が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²¹⁾）ものである。そのため、国の機関が「承認」によって取得する権利の帰属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利には融通性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。

²¹ 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5 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、「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、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き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 6 沖縄防衛局の「固有の資格」に関する主張は成り立ちえないこと

- 1 審査請求書別紙の第 2 における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」とはこの両者を併せた広い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

て行審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。

すなわち、沖縄防衛局は、行審法1条2項、2条にいう「処分」に該当するならば、そのことは自動的に、7条2項にいう「固有の資格」に該当しないということを主張しているかのようである。

しかし、このような解釈がおよそ成り立ちえないものであることは、行審法が「処分」の定義規定をおいていること等や、「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。

- 2 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。）」と定義規定を置いているのであるから、行審法1条2項、2条と7条2項にいう「処分」の意義は、文理解釈上当然に、同一に理解されるべきものである。

沖縄防衛局の主張は、行審法1条2項、2条にいう「処分」と同法7条2項にいう「処分」が異なる概念であり、一方の「処分」に該当すれば他方の「処分」に該当しないとすものようであるが、行審法1条2項が定義規定をおいていることと相容れないものと言わねばならない。

また、行審法1条2項、2項の「処分」に該当するならば、そのことが直ちに同法7条2項にいう「処分」に該当しないことを意味するとするならば、処分性（行審法1条2項、2項の「処分」）が認められるか否かの判断に加えて、同法7条2項の判断をする場面は存しないのであり、同法7条2項はまったく意味のない規定ということなる。

沖縄防衛局の主張が、行審法の解釈として成り立ちえないことは、論理的に一義的に明らかというべきである。

- 3 沖縄防衛局の主張は、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のみが「固有の資格」に該当するとするもののようにである。

この主張は、国土交通大臣が国地方係争処理委員会に平成 27 年 11 月 24 日付けで提出した書面（国水政第 58 号）²²において、「『固有の資格』とは公権力を行使する行政主体の立場をいうものと解される」と主張したことと同じであると解されるが、かかる主張については、国地方係争処理委員会の平成 27 年 12 月 8 日付け書面において「処分を受ける国の立場が公権力を行使する行政主体としての立場ではないと解される場合であっても、行政不服審査法の適用において『固有の資格』に当たらないとは限らないと思われる」とされたものであり、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のみが「固有の資格」に該当するとの主張が成り立たないことは既に明らかにされているものと言うべきである。

沖縄防衛局の主張が成り立ちえないことは、次の例からも明らかである。

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（塩野宏「補助金適正化法における交付決定の性質」同『法治主義の諸相』178 頁、小熊孝次²³「逐条説明」会計検査院月報 63 号別冊 41 頁、碓井光明「補助金」雄川一郎他編『現代

²² 本件承認処分について翁長雄志前沖縄県知事が平成 27 年 10 月 13 日付けでした承認処分取消処分について国土交通大臣が同年 10 月 27 日付けでした執行停止決定に関する国地方係争処理委員会への審査の申出における提出書面。

²³ 立法担当者である。

行政法体系第 10 巻』240 頁、小熊敏之『補助金適正化法解説〔改訂新版〕』90 頁、山村恒年「抗告訴訟の対象となる行政処分(9)」民商法雑誌 60 巻 3 号 400 頁等。裁判例としては、東京高裁昭和 55 年 7 月 28 日判決行裁例集 31 巻 7 号 1558 頁等)。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定めているが、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、私人については行審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²⁴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ものである²⁵。以上のとおり、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、2 条にいう「処分」に該当するが、地方公共団体が名宛人となる場合には、「固有の資格」において処分の名宛人となったものとして、行審法 7 条 2 項により行審法の適用除外とされるものであることは明らかである。この一例をとってみても、沖縄防衛局の主張は成り立ちえないことは明らかである。

また、水道法 6 条 1 項に基づく水道事業経営認可については、市町村が「固有の資格」において処分の名宛人とされるものと理解されている

²⁴補助金適正化法 25 条の不服の申出が、わざわざ「地方公共団体」のみその対象としていることから明らかなとおり、補助金交付決定等は、地方公共団体が固有の資格において相手方となっていることを前提としていることについても争いが無い(小早川光郎他『条解行政不服審査法』64 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』377 頁：いずれも、この制度を現行行審法 7 条 2 項で定められた適用除外処分に関して、8 条が規定する特別の不服申立制度と理解している)。

²⁵塩野宏「補助金適正化法における交付決定の性質」同『法治主義の諸相』は、「地方公共団体が、行政不服審査法上、その固有の資格においては不服審査法上の不服申立てをすることができないことに鑑み(行審五七条四項)、地方公共団体についての特別の不服申出の途を開いたものとみることができる。そうだとすると、この規定は、私人に関しては、行政不服審査法による不服申立てができることを当然のこととして前提していると解されよう。そして、最高裁判所の判例によれば、行政上の不服申立ての途があることが、処分性認定の重要な要素とされているのであって、このことから、補助金適正化法上、補助金の交付決定は行政行為とされているとみてよいであろう」(177 頁から 178 頁)としている。

(小早川光郎＝高橋滋編著『条解行政不服審査法』62頁〔磯部哲])²⁶。
水道法に基づく水道事業は、原則として市町村が原則的な担い手とされているが、私人が認可を受ける場合も存する。水道事業経営認可が権利利益の変動を生じさせると意味での処分性を有することは明らかであるから、当然に、水道事業経営認可に不服のある私人は行政不服審査請求をできるものと解される。これに対し、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審法の適用除外となるのが一般的理解である。

この例よりしても、沖縄防衛局の主張が成り立ちえないことは明らかである。

- 4 以上述べたとおり、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、2条にいう「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り、沖縄防衛局の「固有の資格」についての主張は成り立ちえないものである。

第7 執行停止決定の理由が論理をなさず一見明白に不合理であること

1 国土交通大臣の「固有の資格」についての判断

国土交通大臣は、本件関与の理由において、「(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

²⁶ 国土交通大臣が国地方係争処理委員会に平成27年12月15日付けで提出した書面(国水政第62号)においても、地方公共団体に対する水道法6条に基づく水道事業の経営の認可は、「厚生労働大臣による水道事業の認可(同法6条1項)は、地方公共団体が固有の資格において受けるものといえる」とされている。

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。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。

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2節 国土交通大臣は中立的第三者たるべき審査庁たりえないこと

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関与をしたこと

本件関与は、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、審査庁として本件関与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関与をなした裁定的関与の濫用の違法があることを述べる。

第2 国土交通大臣の本件関与における判断内容

国土交通大臣は、本件関与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な」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ことが、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。

4 本件関与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 本件関与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、本件関与は、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、本件関与は、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」と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。

以上のとおりであるから、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。

もつとも、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」にはなりえない。

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関与をなし、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ったところに、審査庁から内閣の一員としての本件関与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関与が、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関与は、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。

第3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章（「本件関与の経緯」）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任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関与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。）

第4節 本件関与の違法性についてのまとめ

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り「固有の資格」に基づいて処分の名宛人となっている国が審査請求等を申し立てることはなしえず、当然、かかる申立てに対する裁決、決定等も本来なしえないのであり、本件関与は違法である。

また、行政救済制度である行政不服審査にあっても、審査の対象となる処分を行った処分庁ではない審査担当者は、原処分との関係では利害関係のない中立的第三者であることが制度上当然に求められるものである。ところが、国土交通大臣は、本件審査請求等の対象となる本件埋立事業につき、内閣の一員としてその遂行を合意し、推進する立場にある者であり、同事業についての当事者もしくは少なくとも利害関係人であり、沖縄防衛局の主張する公益を審査する立場にもないことから、本件関与に係る執行停止決定をなしうる地位にはない。それにもかかわらず本件関与をなしたことは、審査庁としての地位を著しく濫用した違法がある。

さらには、本件関与は、本件承認取消処分に対する不服がある場合の行政不服審査請求が仮になしうるとしたときであっても、その審査庁は沖縄県知事となるところ、国土交通大臣が権限を有しないにもかかわらず審査庁として執行停止決定をした違法がある。

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

通相に対し行審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3章 国土交通大臣は執行停止決定の取消しなどの対応をすべきこと

行審法 26 条は、審査庁が執行停止の取消しをできることを明らかにしているところ、「執行停止決定前からすでに停止のための要件事実が欠けていた」場合（「本案について理由がないとみえるとき」の要件を除く。）にも取消しは可能である（浜川清ほか編『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】』〔市橋克哉〕468頁）。

本件関与が、法の趣旨に則った審査請求制度の運用がなされている限り、なされるはずのなかった行為であることは、執行停止決定前からすでに停止のための要件事実が欠けていたといえるものであることから、国土交通大臣は本件執行停止決定を取り消すことができるのであり、第2章で述べたことよりすれば、国土交通大臣は自ら違法な本件執行停止決定を取り消すべきものである。

第4章 本件関与は国地方係争処理委員会の審査の対象であること

第1節 本件関与が地自法245条3号括弧書きに該当せず、同号柱書の関与に該当すること

第1 本件関与が地自法245条3号柱書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。

本件関与は、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の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。

本件では、同号括弧書きの該当性が問題となる。

第2 本件関与が地自法 245 条 3 号括弧書きに該当しないこと

1 はじめに

本件関与は、既に第2章で述べたとおり、固有の資格において本件承認取消処分の相手方となった沖縄防衛局が、地自法 255 条の2に基づいて、国土交通大臣に対して審査請求及び執行停止の申立てを行い、国土交通大臣がなした決定である。

国の機関等が「固有の資格」において処分を受けた場合、当該処分について審査請求等はなしえず（行審法7条2項）、したがって、執行停止決定も本来はなしえない。

このように、「固有の資格」において名宛人となった処分についての審査請求、執行停止申立てに対する裁決、決定については、以下で述べるとおり、地自法 245 条 3 号括弧書きには該当しない。

以下では、まず、地方自治の本旨及び地自法 245 条 3 号括弧書きは、地方自治の本旨に基づき解釈・運用されなければならないことについて述べる。

その後、本来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の審査請求が許容され、さらに、それに対する「裁決、決定その他の行為」（以下「裁決等」という。）が地自法 245 条 3 号括弧書きにより国地方係争処理委員会の審査対象から除かれている趣旨について述べ、かかる趣旨が、本件関与に妥当せず、本件関与が地自法 245 条 3 号括弧書きに該当しないことについて述べる。

2 地方自治の本旨について

憲法第8章は、地方自治を明文でもって保障している。

その総論的規定である憲法 92 条は、「地方公共団体の組織及び運営に

関する事項は、地方自治の本旨に基いて、法律でこれを定める。」と規定する。

ここで、地方自治の本旨とは、一般的な理解によれば、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間の関係を対等化し、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、自治権の保証を実現した。

地自法 2 条 12 項は、「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しなければならない。」と規定している。

本件で問題となる地自法 245 条 3 号括弧書きも、地方自治の本旨に基づき、国と地方公共団体との適切な役割分担を踏まえて解釈されなければならないことは言うまでもない。

3 地自法 255 条の 2 及び地自法 245 条 3 号括弧書きの趣旨

平成 11 年の地自法改正（地方分権改革）により、機関委任事務が廃止され、地方公共団体の事務は自治事務と法定受託事務とされた（地自法 2 条 8 項、9 項）。

機関委任事務は国の事務であるから地方公共団体の長は主務大臣の指揮監督を受けていたが、機関委任事務の廃止によってこれまでの国と地方公共団体との上下関係は解消され、両者は基本的に対等な関係となった。

従前、機関委任事務については、主務大臣が上級行政庁として位置づ

けられており、当然に国の機関に対して審査請求を成し得たが、地方分権改革以後は、地方公共団体に上級行政庁は存在しないから、審査請求は当然にはなしえないはずである。

しかし、地自法 255 条の 2 により、法定受託事務についての審査請求が存置された。

その趣旨は、「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とするには、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」ためとされている（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 巻 2 号 98 頁）。

もとより、地自法 255 条の 2 の制度は、地方分権改革の理念に適合的ではないことは明白であり（佐藤文敏上記論文 99 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 頁等）、地方自治の本旨の観点からは重大な疑義のある制度であって、「地方自治の本旨の観点から見直されるべき制度である」が（塩野宏『行政法Ⅲ [第四版]』P246）、公正に対する信頼度が高い処分庁以外の別の行政庁に判断を求められる私人の権利利益の救済の観点から存置されたものなのである。

また、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ため、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た（地自法 245 条の 3）。

そして、国と地方公共団体の中で紛争が生じたときには、主務大臣の指揮監督権の行使によって一方的に解決することはできなくなり、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）が設けられたのである。

ところが、地自法 245 条 3 号括弧書きは、裁定的関与が本来的には関与概念に含まれるにもかかわらず、関与から除外しており、裁定的関与は、関与の基本的なルールに服さず、国地方係争処理委員会の審査対象にもならないとしている。

その趣旨は、「紛争解決のために行われる準司法的な手続であり、別途法律の根拠及び手続が定められているのが通例であること、紛争当事者（特に地方公共団体以外の当事者）の権利救済等を考えると必ずしも必要最小限にすべきものとは言えないこと、これら紛争解決のための手続に加え、さらに関与に係る係争処理制度の対象とすることは、いたずらに当事者を不安定な状態におくことになり、紛争の早期解決に資さないと考えられることなどから、本法で規定する関与に関する規定を適用することは適切でないと考えられた」からである（松本英昭『新版逐条地方自治法第九次改訂版』1136 頁）。

以上に述べてきたことを要するに、地自法 255 条の 2 が法定受託事務に関して審査請求を上級行政庁ではない主務大臣に対して認め、地自法 245 条 3 号括弧書きが、裁決等を関与から除外し、関与の基本的ルール

の適用を免れさせ、国地方係争処理委員会の審査対象に含めないとしたのは、一言でいうなら、審査請求人たる私人の権利利益の簡易迅速かつ公正な手続きによる救済のためである。

もとより、地方自治の本旨の観点からすれば問題はあるが、審査請求人の権利救済、地位の安定のために、この限りで、国や普通地方公共団体等の異なる行政主体間における関与の適法性確保や必要最小限度性の要求を後退させたものと言える。

そして、ここで想定される審査請求人が、原則として私人であることは、国等が固有の資格において処分の相手方となる場合には審査請求がなしえないとされている（行審法7条2項）ことから明らかである。

つまり、国等は、私人と同様の立場に立ち、簡易迅速かつ公正な手続きによる権利利益の救済が必要な場合に限り、審査請求の利用が許容されているのである。

4 本件関与が地自法 245 条 3 号括弧書きに該当しないこと

(1) 「固有の資格」において処分を受けた者による審査請求への関与であること

国の機関等が「固有の資格」において処分を受けた場合、当該処分について審査請求等はなしえず（行審法7条2項）、したがって、これに対する裁決等は本来はなしえない。

国という行政主体に属する機関が審査請求し、同じく裁決等をしたという外形をとっただけのことであり、実際にはなしえない（つまり、純粹に実体法上は、地自法 245 条 3 号括弧書きの裁決等に含まれているということがありえない）関与なのであるから、それは地自法 245 条 3 号括弧書きにいう裁決等には該当しない。

形式論のみならず、実質的に見ても、このように、国の機関等が審査請求適格を欠くにもかかわらず、審査請求を行い、これに対して国の機関が裁決等を行うという形で、国が地方公共団体の法定受託事務の処理に容喙する場合、上述してきた地自法 255 条の 2、245 条 3 号括弧書きの趣旨は全く妥当しないことは明らかである。

国等の行政主体は、固有の資格ではない場合にのみ審査請求により簡易迅速な権利利益の救済を求めることが可能であるところ、固有の資格において処分の相手方となっている場合、そもそも、かかる救済を求めうる地位にない。

国の機関が審査請求し、国の機関が審査を行うという手続の公正に対する信頼もありえないし、事業者たる国の機関に対して、行政不服審査手続を利用できる利益を保護する必要もない。

国は、審査庁でもあり、関与者でもあるのだから、その者の権利利益の簡易迅速な救済のために、関与に係る係争処理制度に巻き込まれないようにする必要もない。

つまり、固有の資格を看過してなされた裁定的関与は、国等が審査請求して裁決等を行うものであることから、正面から地方自治の本旨との抵触が生じ（受動的に私人の権利利益の救済のために裁決等を行うものではなく、行政目的のために審査請求して裁決等することで、能動的に関与するものである）、それと対立すべき、私人の権利利益の簡易迅速かつ公正な手続による救済の必要性が全く存在しないのである。

地自法 245 条 3 号括弧書きは、「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

び運用するようにしなければならない」(地自法2条12項)。

「固有の資格」において処分の名宛人となった国の機関等が申し立てた事案における裁決等は、そもそもなしえないものである上、実質的に見ても、地自法245条3号括弧書きが裁決等を関与から除外した趣旨も妥当しない以上、同号括弧書きは、少なくともこのような裁決等を含まないものと解釈すべきである。

既に第2章で述べたとおり、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、本件関与は国地方係争処理委員会の審査の対象となる。

(2) 裁定的関与の名を借りた濫用的関与であること

第2章「第2節 国土交通大臣は中立的第三者たるべき審査庁たりえないこと」で述べたとおり、本件関与の実態は、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。国地方係争処理委員会は、国と地方公共団体の対等・協力を基本とする関係を実現するために、国の違法ないし不当な地方公共団体への関与に対して、審査申出制度によって勧告をなすべき機関として創設されたものであることから、国がかかる裁定手続を濫用的に利用することによって地方公共団体の事務に

介入することを容認するべきではなく、かかる国の関与を取り消すよう勧告すべきである。

なお、国土交通大臣は、先行した本件承認処分の取消処分に対する不服審査請求にかかる執行停止決定に対する「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」（福岡高裁那覇支部平成 28 年〔行ケ〕第 1 号）において、「国の関与」に該当するかどうかの審査にあたって、「固有の資格」該当性の審査をすることは、「入口審査のために本案審査をすることとなり、…入口要件としての意義・役割が果たされ」ないから、関与の違法性を入口段階で審査するのは不合理だと主張していた。しかし、沖縄防衛局は、「固有の資格」において本件承認処分の名宛人になり、その上で公益上の利益を実現する目的に基づいて本件審査請求等をなしていることから、国土交通大臣において、本来執行停止決定により本件埋立事業を中断させず継続する手続上の権限はないにもかかわらず、執行停止決定という外形を取ることによって違法な関与をなしているものである。処分庁の主張は、違法な関与だから「国の関与」から除外される裁定的関与ではないというのではなく、本来審査庁として裁定的関与をなしえない行政処分について裁定的関与の外形をもった関与を行ったというものである。これを、国土交通大臣の外形的行為のみに着目して審査の対象となる「国の関与」とはならないとして国地方係争処理委員会の判断に服さないとすれば、国は外形さえ整えればどのような違法な関与をなしても地自法上それを是正する手段が存しないこととなり、国の関与について係争処理の制度を構築した意義を喪失するといわねばならない。

(3) 審査庁でないにもかかわらず審査請求に伴う本件執行停止決定を

なしたこと

さらに、第2章第3節で前述したとおり、本件関与は、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、本件関与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ではなく、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、仮に本件関与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関与をなしたのではないかと考えられる。また、本件関与は、先にも見たように、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関与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、国地方間関係の係争の解決を図る任務を帯びた国地方係争処理委員会は、かかる関与が許されない旨を明らかにするべきである。

第 2 節 「固有の資格」の判断について国地方係争処理委員会は主務大臣の判断に拘束されないこと

第 1 前回国地方係争処理委員会の判断

本件に先立ち、平成 27 年 10 月 13 日付けで沖縄県知事が沖縄防衛局に対してなした本件承認処分の取消処分に対して、沖縄防衛局が平成 27 年 10 月 13 日付けで執行停止申立てを行い、同月 27 日付けで国土交通大臣が執行停止決定を行ったことについて、沖縄県知事がなした国地方係争処理委員会への審査申出に対して、国地方係争処理委員会は、以下のように述べて、平成 27 年 12 月 28 日に、これを却下する決定を行った（国地委第 19 号：以下、「前回決定」という。）。

すなわち、「ある者が「固有の資格」において処分を受けた場合には、上述のように、当該処分に対しては行政不服審査法による審査請求はできないものと解されるため、その者が審査請求をしたとしても、当該事案は、本来、行政不服審査制度の対象にならないものであり、また、行政不服審査制度が目的としている国民の権利利益の救済を考慮した地方自治法第 245 条第 3 号括弧書の趣旨は必ずしも妥当しないことからすると、当該審査請求の手續における執行停止決定は、同号括弧書に該当しないとも考えられる。他方、ある処分に関する上記の「固有の資格」該

当性の有無については、行政不服審査法の解釈上導かれるべき「固有の資格」の意義及び「固有の資格」該当性の判断枠組みを踏まえつつ、直接には、当該処分に関する個別法の規定とその解釈によって判断すべきものである。そうすると、「固有の資格」において処分を受けたと解する余地のある者がした審査請求の場合であっても、当該個別法の規定に照らし「固有の資格」ではないとした審査庁（これは、内閣法第3条等により当該個別法に関する事務を分担管理する主任の大臣、またはその分担管理のもとに権限を行使する行政庁である。）の判断を国地方係争処理委員会が覆すことは、一般的には予定されていないと考えられる。ただし、国地方係争処理委員会は、国の関与又はそれについての不作為等に関する審査の申出について審査を行い、違法な国の関与等があると認めるときは国の行政庁に対し必要な措置を講ずべきことを勧告するものとしておかれた機関であることからすると（地方自治法第250条の7、第250条の14）、上記のように「固有の資格」に該当せず審査請求が可能であるとした審査庁の当該判断が、一見明白に不合理である場合には、その限りではなく、当該判断が一見明白に不合理であるかどうかを国地方係争処理委員会が審理することは排除されていないと考えられる。したがって、一見明白に不合理な上記判断に依拠してなされた執行停止決定は、国地方係争処理委員会の審査の対象となる国の関与に該当すると解するのが相当である。」と判示した上で、一見明白に不合理とは言えないとして、却下した。

要するに、少なくとも、固有の資格において処分の相手方となった国が執行停止を申立て、これに対してなされた執行停止決定については、国地方係争処理委員会の審査対象と認められることは前提とした上で、

国地方係争処理委員会は固有の資格該当性についての審査庁の判断については、一見明白に不合理と判断されるか否かという限度で審査ができるに過ぎないとしたものである。

その論拠は、必ずしも明確ではないが、審査庁が、内閣法第3条等により当該個別法に関する事務を分担管理する主任の大臣、またはその分担管理のもとに権限を行使する行政庁であることから、その判断を国地方係争処理委員会が覆すことが一般的には予定されていない、としていることからすると、いわゆる分担管理原則に根拠を求めるものと考えられる。

しかし、以下で述べるとおり、このような限定を付す根拠はない。

第2 「固有の資格」の判断について、国地方係争処理委員会は主務大臣の判断に拘束されないこと

1 限定を付す明確な根拠がないこと

(1) 条文上、限定がないこと

国地方係争処理委員会の審査対象となる「関与」は、地自法245条柱書において、「普通地方公共団体がその固有の資格において当該行為の名あて人となるもの」に限られており、また、当該関与の根拠となる個別法に限定は一切ない。

ここでいう「固有の資格」は、行手法4条1項、行審法7条2項と同じ概念と考えられている（松本英昭『新版逐条地方自治法第9次改訂版』1135頁）。

したがって、国地方係争処理委員会は、審査対象となるか否かを判断するに際して、普通地方公共団体が「固有の資格」において当該行

為の名宛人となっているものなのか否かについて、常に審査しなければならない。

そこでは、行審法の解釈上導かれるべき「固有の資格」該当性の判断枠組みに沿って、当該関与の根拠となる個別法の規定に照らし、個別具体的に判断を行わなければならないのである。

また、上記で述べたとおり、国が固有の資格において処分の名宛人となっているにもかかわらず、審査請求を行い、これに対してなされた裁決等は、地自法 245 条 3 号括弧書きにより除外されない(つまり、審査対象になる)。

「固有の資格」該当性について、「国」と「普通地方公共団体」とで、異なる概念であるとか、異なる基準が適用されるという解釈論は存在しないから、この場合の、国地方係争処理委員会の「固有の資格」該当性の判断も、上記の「関与」にあたる行為の「固有の資格」該当性の判断と全く同じ枠組みで判断される。

すなわち、同じく審査対象該当性の判断の中で、同じく行審法の解釈上導かれる「固有の資格」該当性の判断枠組みに沿って、同じく処分の根拠法の規定に照らして個別具体的に判断を行わなければならないのである。

国地方係争処理委員会が、この場合だけ「固有の資格」該当性の判断を行う能力ないし権限に欠ける、と解する理由は何もない。

いずれにせよ、審査対象該当性を判断する限りで、行審法の解釈上導かれる「固有の資格」該当性を、処分の根拠法規に照らして判断していることに変わりはないからである。

そして、国地方係争処理委員会は、その審査対象たる関与に該当す

ると判断した上で、その違法性を全面的に審査できる（地自法 250 条の 14 第 1 項、2 項：この点、人見剛「国の機関が行った審査請求に係る大臣の執行停止決定の「関与」該当性 辺野古公有水面埋立承認取消処分事件）」法学セミナー738 号 121 頁は、本案審査については全面的に審査できることを前提に、審査対象判断については限定されるとすれば、そのような区別は一体どこから導かれたものか不明であると指摘している：なお、国地方係争処理委員会平成 13 年 7 月 24 日勧告（地方自治判例百選〔第 4 版〕204 頁以下においては、地方税法 671 条の解釈が問題となっているが、特段法解釈について自重しているようには読めない）。

条文上、関与該当性の審査や実体審査の範囲を限定する根拠は一切存しない。

国地方係争処理委員会が、国の判断が一見明白に合理性が欠ける場合に審理を限定する明確な根拠は存在しないのである。

(2) 国地方係争処理委員会の位置づけ

また、国地方係争処理委員会の位置付けからしても、その審理範囲を限定する根拠はない。

上述のとおり、平成 11 年の地自法改正により、機関委任事務が廃止され、国と地方公共団体は対等な関係となるに際して、国と地方公共団体との間で紛争が生じたときに、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り、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。

地方分権一括法による地自法改正は、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、平成9年10月9日付け第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。

「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」が国地方係争処理委員会であって、一方当事者たる国の法令解釈に拘束されるものではないことは当然であると言わねばならない。

上記のとおり、本件関与のような裁定的関与が問題となる場面では

なくとも、審査対象たる「関与」該当性に際して、国地方係争処理委員会は、常に「固有の資格」の判断をしなければならない。

主務大臣が何らかの関与を地方公共団体に対して行い、固有の資格ではないと主張している場合、国地方係争処理委員会が、主務大臣の判断に拘束され、「一見明白に不合理」かどうかという限度でしか審査できないとするなら、国地方係争処理委員会の審査は有名無実のものとなってしまい、到底「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」とはなりえない。

裁定的関与であっても、それ以外の場合であっても、関与に当たるか否かの判断は、国が行う関与を必要最小限に留め、地方公共団体の自主性を確保することを目的とする関与法制の根幹を左右する判断である。

関与が適正に行われることを制度的に保障する役割を担っている国地方係争処理委員会の審査対象に関する審査範囲を限定することは、国地方係争処理委員会制度の自殺であり、国地方係争処理委員会の位置付けからしても、ありえない。

2 行政事務分担管理原則に抵触しないこと

以上に述べてきたことを踏まえて、本件で問題となるのは、いわゆる行政事務分担管理原則が、国地方係争処理委員会の審査範囲を明文の規定なくして限定する（裏返せば、明文の規定なく主務大臣の判断に他の国家機関に対する自治のようなものを認める）ような強度を持つものなのか、ということである。

しかし、同原則が、そのような「固い」ものであると考える法的根拠は存在しない（塩野宏『行政法Ⅲ〔第四版〕行政組織法』64頁から66

頁、藤田宙靖『行政組織法』123頁から125頁、中川丈久「「分担管理原則」と公文書管理」総合研究開発機構他『政策提言－公文書管理の法整備に向けて』237頁以下、行政組織研究会「中央省庁等改革関連法律の理論的検討（一）」自治研究76巻9号11頁以下等：ただし、従来、分担管理原則の問題は、主として、平成10年の中央省庁改革の際に、内閣の権限として議論がされてきたものである）。

この点、塩野宏は、「分担管理の射程として、当該行政事務の遂行に際しての責任範囲の問題がある。すなわち、当該主任の分担管理する事務は、単純化すれば、企画・立案、執行、是正（職権であれば、不服審査であれ）に分かつことができる。分担管理はこれを常に同一の主任の大臣が行使すべきものというほど厳格に解されているわけではな」と指摘し、「行政不服審査法においては、直近上級行政庁以外に法律により審査庁を定めることができ、現に、社会保険審査会などにその例がみられ、これが分担管理に違反するものではないことに異論はない。」とし、また、横断的行政救済機関の中でも、答申、勧告、措置要求にとどまる例として、国地方係争処理委員会や、情報公開・個人情報審査会があると指摘している（塩野前掲著65頁）。

これとは異なり、横断的、総合的な裁決権を有する不服審査機関を設置することができるかどうかについては未解決な問題として残されているとしつつも、塩野自身は、対外的法効果を有する裁決権まで付与することも考えられるとして、「それが全体としての主任の大臣の分担管理を侵害するものであるかどうか」について、「分担管理自体、固い制度として存在しうるものでないことに鑑みれば、行政内部での紛争処理の現代行政における必要性からして、直ちに違憲の問題を生ずるものではない」

としている（同 65 頁から 66 頁）。

主務大臣の法解釈を他の国家の行政機関（第三者機関）が否定することは（否定の形としても、裁決だけではなく答申などもありうる）、ここで例として挙げられている社会保険審査会や情報公開・個人情報審査会、その他にも公害等調整委員会や行政不服審査会などの制度においてもありうると考えられるが、これらが行政事務分担管理原則に反するとは理解されていない。

地方分権改革により国地方係争処理制度が設けられた際に、行政事務分担管理原則（内閣法第 3 条）に反するとの国地方係争処理制度の創設に対する中央省庁の強い抵抗があることに鑑み、国地方係争処理委員会の権限を、裁定ではなく勧告にとどめることとし、行政事務分担管理原則に反するとの批判を払拭したという経緯からしても、国地方係争処理委員会が主務大臣と異なる判断をすることが、行政事務分担管理原則との関係で問題を生じることはない、ということは、立法段階で決着済みである。

分担管理原則が、国地方係争処理委員会の審査対象の判断を限定する根拠となりえないことは明らかである。

結 語

以上述べたとおり、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、審査請求等の適格を有しないものであり（行審法 7 条 2 項）、国土交通大臣には執行停止決定をする権限がないのであるから、本件関与は違法な国の関与である。加えて、本件について、国土交通大臣は、「執行停止申立て」とそれに対する「執

行停止決定」という外観をとることにより、本件埋立事業を遂行する目的で本件関与をなしものであり、濫用的関与という違法性が存するものであるほか、審査庁の立場ではないにもかかわらず審査庁として本件関与をした違法性が存する。

そして、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。さらに、本件関与の実態は、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利用し、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ること、審査庁の立場ではないにもかかわらず審査庁として本件関与をなしたことから、同括弧書きによって審査対象から除外されるべき関与に該当しない。

よって、審査申出の趣旨記載のと通りの勧告を求める。

証 拠 書 類

- 1 甲 1 号証 「執行停止申立てに対する決定について（通知）」（国水政第 44 号）
- 2 甲 2 号証 埋立必要理由書（公有水面埋立承認願書「添付図書一 1」）
- 3 甲 3 号証 承認書
- 4 甲 4 号証 聴聞通知書（土海第 429 号）
- 5 甲 5 号証 沖縄県公報第 4669 号（第 1 頁を抜粋）
- 5 甲 6 号証 公有水面埋立承認取消通知書（沖縄県達土第 125 号沖縄県達農 646 号）
- 6 甲 7 号証 審査請求書（沖防第 5115 号）
- 7 甲 8 号証 弁明書

8 甲 9 号証 執行停止申立書（沖防第 5116 号）

9 甲 10 号証 執行停止に関する意見書

添 付 書 類

1 証拠書類写し 各 1 通

2 委任状 1 通

平成30年12月17日

国土交通大臣 石井 啓一 殿

国地方係争処理委員会
委員長 富越 和厚

沖縄県知事（以下「審査申出人」という。）が、当委員会に提出した平成30年11月29日付け審査申出書に関し、下記の点について、本書面到達の日から10日以内に書面で回答するよう求めます。

記

審査申出人は、審査申出書中の「審査申出の理由」のうち「第2章 本件関与が違法であること」の「第1節」において、沖縄防衛局長は「固有の資格」において公有水面埋立事業の承認処分及び承認取消処分の名宛人となったものであるなどと主張し、「第2節」において、国土交通大臣は中立的第三者たるべき審査庁たりえないなどと主張し、さらに「第3節」においては、そもそも国土交通大臣は上記承認取消処分についての審査請求の審査庁たりえないなどと主張している。

また、「第4章 本件関与は国地方係争処理委員会の審査の対象であること」において、「沖縄防衛局長が平成30年10月13日付け執行停止申立書（沖防第5116号）により申し立てた執行停止申立てについて平成30年10月30日付けで国土交通大臣が行った執行停止決定」が、地方自治法第245条第3号括弧書において、同条にいう「関与」から除外されている「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」には該当せず、同法第250条の13による審査の対象となる「国の関与」に該当し、当委員会の審査の対象となるなどと主張している。

審査申出人の上記主張に関連して、以下の点を含め、貴職の見解を明らかにされたい。

- ・ 「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基準等について」（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（法第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」とする審査申出人の主張に対する貴職の見解
- ・ 「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

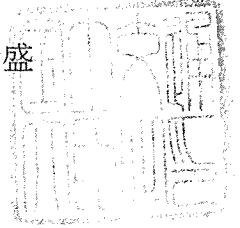
止の仕組み、「承認」と「免許」の規律は相違するもので、「承認」と「免許」によって設定される権利の性質は異なるものであるから、「承認」は「免許」の単なる読替、用語変換であるということとはできず、沖縄防衛局による公有水面埋立承認申請は、「一般私人ではなく、国の機関であるからこそ立ちうる立場」、すなわち「固有の資格」に基づくものであることは明らかである」とする審査申出人の主張に対する貴職の見解

- ・ 「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」とする審査申出人の主張に対する貴職の見解
- ・ 「国土交通大臣による本件関与は、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」を理由になしたものであり、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」とする審査申出人の主張に対する貴職の見解
- ・ 「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」とする審査申出人の主張に対する貴職の見解

国水政第 6 1 号
平成 3 0 年 1 2 月 2 7 日

国地方係争処理委員会
委員長 富越 和厚 殿

国土交通大臣臨時代理
国 務 大 臣 吉川 貴盛



平成 3 0 年 1 2 月 1 7 日付け貴委員会からの求めに対し、別紙のとおり回答いたします。

回答書の別紙

目次

1	相手方の主張の概要	2
2	事実経過	2
3	相手方の主張	5
(1)	本件審査申出は国地方係争処理委員会の審査対象でないものについての審査を申し出ていること	5
ア	「国の関与」に当たるかどうかについては文言を重視した厳格な解釈がされるべきであること	5
イ	行審法に基づく執行停止決定が「国の関与」から除かれている裁決等に該当すること	7
ウ	行審法に基づく執行停止決定であれば、一律に「国の関与」から除外されていること	10
エ	まとめ	14
(2)	沖縄防衛局が本件撤回について審査請求することができること	14
ア	本件撤回が処分に該当すること	15
イ	沖縄防衛局はその固有の資格において本件撤回を受けたものではないから、本件撤回について審査請求をすることができること	17
ウ	まとめ	24
(3)	本件審査請求の審査庁が相手方であること	24
ア	本件撤回は、沖縄県知事の処分というべきものであり、「都道府県知事その他の都道府県の執行機関の処分」に当たること	24
イ	少なくとも審査請求時点では、審査申出人が本件撤回の処分庁たる地位にあり、本件撤回が「都道府県知事その他の都道府県の執行機関の処分」に当たること	26
ウ	まとめ	29
4	貴委員会から指摘のあった審査申出人の各主張に対する相手方の見解	30
5	その他の審査申出人の主張に対する相手方の見解	36

1 相手方の主張の概要

審査申出人が平成30年11月29日付け審査申出書によってした審査申出（以下「本件審査申出」という。）は、国地方係争処理委員会の審査対象でないものについて審査を申し出ているものであって（後記3(1)）、不適法である。また、沖縄防衛局が相手方に対して平成30年10月16日付け沖防第5115号によってした審査請求（以下「本件審査請求」という。）は、審査申出人が平成25年12月27日付け沖縄県指令土第1321号・沖縄県指令農第1721号によって沖縄防衛局に対してした承認（以下「本件承認」という。）についてされた、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号による撤回処分（以下「本件撤回」という。）についてのものであるが、本件撤回は行政不服審査法（平成26年法律第68号。以下「行審法」という。）が適用される処分であって、「固有の資格」（行審法第7条第2項）で受けたものには当たらないものであり（後記3(2)）、さらに、これを審査すべき行政庁は相手方であるから（後記3(3)）、本件審査請求及び沖縄防衛局が相手方に対して平成30年10月16日付け沖防第5116号によってした執行停止申立て（以下「本件執行停止申立て」という。）について相手方が行った執行停止決定は、適法である。

2 事実経過

(1) 本件承認の内容等

ア 沖縄防衛局は、普天間飛行場の代替施設を、キャンプ・シュワブの辺野古崎地区及びこれに隣接する水域に建設する目的で、平成25年3月22日、沖縄県知事に対し、公有水面埋立法（大正10年法律第57号。以下「埋立法」という。）第42条第1項に基づき、同地区に隣接する公有水面の埋立て（以下「本件埋立て」という。）に係る申請を行った（乙第1号証）。

イ 本件埋立ての規模等は、以下のとおりである（乙第1号証、乙第2号証3ページ～6ページ、甲第2号証）。

用途、土地利用計画 普天間飛行場の代替施設として離着陸施設、エプロン、管理・設備施設等及び作業ヤード用地を設ける。

本件埋立地の規模 代替施設の施設面積 約2平方キロメートル
埋立面積 約1.6平方キロメートル
滑走路 約1,200メートル（オーバーラン600メートル）2本

ウ 仲井眞知事は、平成25年12月27日付け沖縄県指令土第1321

号・沖縄県指令農第1721号により、沖縄防衛局に対して、本件承認をした（甲第3号証）。

(2) 本件承認の取消しなどの経緯

- ア 翁長知事は、平成27年10月13日付け沖縄県達土第233号・沖縄県達農第3189号により、沖縄防衛局に対し、本件承認に瑕疵があるとして、本件承認を取り消した（以下「前件取消し」という。乙第3号証）。
- イ 相手方は、平成28年3月16日、前件取消しが違法であるとして、翁長知事に対して前件取消しを取り消すよう是正の指示をしたが、審査申出人がこれに従わなかったため、国地方係争処理委員会での審査を経て、相手方は、同年7月22日、福岡高等裁判所那覇支部に対して、翁長知事が是正の指示に従わずに前件取消しを取り消さないことは違法であるとして、翁長知事を被告として、不作為の違法確認訴訟を提起した。福岡高等裁判所那覇支部は、同年9月16日、相手方の主張を認め、翁長知事が是正の指示に従わずに前件取消しを取り消さないことは違法であることを確認する旨の判決をした（乙第4号証）。翁長知事が、この判決について上告受理の申立て等をしたところ、最高裁判所は、上告受理の申立てについて一部を受理する決定をした上で、同年12月20日、上告を棄却する旨の判決をした（以下「前件平成28年最高裁判決」という。乙第5号証）。翁長知事は、同最高裁判決後の同月26日、前件取消しを取り消した（乙第6号証）。

(3) 本件撤回等の経緯

- ア 翁長知事は、平成29年1月及び2月に、「辺野古に新基地をつくらせないことを県政の柱とし、県の有するあらゆる手法を用いて取り組む」と述べ（乙第7号証から乙第9号証まで）、同年3月、「撤回を力強く、必ずやる。」と発言する（乙第10号証）など、本件承認を撤回する意思を繰り返し表明していた。
- イ それ以降も、同知事は、本件承認を撤回する意向の発言をしていたところ（乙第11号証から乙第14号証まで）、同年7月27日、本件承認について、事後的に判明した事実から、承認要件を充足していないものと認められ、本件承認の効力を存続させることは公益に適合しないものであるため、撤回に向けた聴問の手段を実施する旨を公表した上（乙第15号証）、同月31日、沖縄防衛局に対して、本件撤回に係る聴聞通知書を送付し、本件承認の撤回の聴聞手段を開始した（甲第4号証）。
- ウ 翁長知事の病氣療養のため、平成30年8月8日、地方自治法（昭和2

2年法律第67号)第152条第1項に基づき、同日から同月12日までの間は第一順位の富川副知事の不在により第二順位の謝花副知事が、同月13日から当分の間は第一順位の富川副知事が、それぞれ職務代理をすることとされたが(乙第16号証、乙第17号証)、翁長知事は、同月8日、逝去した。同月9日、謝花副知事は同日から同月12日までの間、富川副知事は同月13日から次の知事が就任するまでの間、それぞれ知事の職務代理をすることとされた(乙第18号証)。富川副知事は、同月13日、知事の職務代理者になると、同日及び同月14日に、土砂投入前までに本件撤回をする旨を発言し、本件撤回をする意思を示した(乙第19号証、乙第20号証)。

エ このような中、平成30年8月17日、職務代理者たる富川副知事が、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)の前日までに限った上で、「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」の事務と「平成30年4月24日付け沖防第2244号、同日付け沖防第2245号及び同年6月19日付け沖防第3389号により申請された造礁サンゴ類の特別採捕に係る許可又は不許可の処分」の事務を謝花副知事に委任する旨が告示された(甲第5号証)。その後、謝花副知事により、同月31日付け沖縄県達土第125号・沖縄県達農第646号により、本件撤回が通知された(甲第6号証)。

オ 平成30年9月30日、沖縄県知事選挙が実施され、玉城知事は、同年10月4日、上記選挙における当選人として告示された(乙第21号証)。玉城知事は、平成30年10月4日の新知事就任会見において、「これを政府に訴え、県が公有水面埋立法に基づき判断した埋め立て承認撤回の判断に従うよう求めていく」との発言をした(乙第22号証)。

(4) 本件撤回に対する行政不服審査手続

ア 相手方は、平成30年10月17日、本件撤回を不服とする沖縄防衛局から、本件審査請求を受けるとともに(甲第7号証)、行審法第25条第3項及び第4項の規定に基づき、本件執行停止申立てを受けた(甲第9号証)。

イ 相手方は、平成30年10月24日、本件執行停止申立てについて、玉城知事から、本件撤回が「固有の資格」によるものに当たり、行審法の適用はない旨の意見や執行停止の理由がない旨の意見のほか、「沖縄県知事が平成30年8月31日付けでした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。)は適法である。」との意見が付された意見書の提出を受けた(甲第10号証の別紙3の11ページ)。

ウ 相手方は、平成30年10月30日付け国水政第44号により、本件執行停止申立てについて、本件審査請求に対する裁決があるまでの間、本件撤回の効力を停止する決定をした（以下「本件執行停止決定」という。甲第1号証）。

エ 玉城知事は、平成30年11月19日付け弁明書において、「沖縄県知事が平成30年8月31日付けでした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。）は適法である。」との意見を示した（甲第8号証の別紙2の11ページ）。

オ 玉城知事は、平成30年11月29日付け審査申出書において、国地方係争処理委員会に対し、本件執行停止決定が違法な国の関与であるとして、本件審査申出をした。

3 相手方の主張

(1) 本件審査申出は国地方係争処理委員会の審査対象でないものについての審査を申し出ていること

地方自治法は、普通地方公共団体の長は、「国の関与」のうち是正の要求、許可の拒否その他の処分その他公権力の行使に当たるものに不服があるときは、国地方係争処理委員会に審査の申出をすることができる（同法第250条の13第1項）。

そして、同法は、「国の関与」の具体例として、国の行政機関が行う助言又は勧告、資料の提出の要求、是正の要求、同意、許可、認可、承認、指示、代執行、地方公共団体との協議を列挙し（同法第245条第1号及び第2号）、その他に包括的な定めとして「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」を挙げている（同条第3号）。もっとも、同法は、同号所定の上記行為のうち、「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」（以下「裁決等」という。）については、「国の関与」から除いている（同号括弧書き）。

本件審査申出は、沖縄防衛局がした本件審査請求について、審査庁たる相手方がした本件執行停止決定が「国の関与」に該当するとしてされたものであるが、以下で述べるとおり、執行停止決定は、「国の関与」から除かれている裁決等に該当するから、本件審査申出は、「国の関与」でないもの、すなわち、国地方係争処理委員会の審査対象でないものについてされたものであって、不適法である。

ア 「国の関与」に当たるかどうかについては文言を重視した厳格な解釈がされるべきであること

(ア) 地方自治法は、普通地方公共団体の長は、「国の関与」のうち是正の要

求、許可の拒否その他の処分その他公権力の行使に当たるものに不服があるときは、国地方係争処理委員会に審査の申出をすることができるように定めだけでなく（同法第250条の13第1項）、審査の申出をした普通地方公共団体の長は、この審査の申出に対する国地方係争処理委員会の審査の結果又は勧告に対して不服があるときなどには、審査の申出の相手方となった国の行政庁を被告として、審査の申出に係る違法な国の関与の取消訴訟又は国の不作為の違法確認訴訟を提起することができるように定めている（同法第251条の5）。そのため、この「国の関与」に当たるかどうかは、国地方係争処理委員会に対して審査の申出をすることの可否を決する基準となるだけでなく、その後の国の関与に関する訴えを提起することの可否を決する基準ともなるものである。

(イ) ところで、この国の関与に関する訴えは、国と地方公共団体との間といた別法人の機関相互の紛争に係る典型的な機関訴訟（争訟）であるとされているところ（乙第23号証448ページ）、機関訴訟は、裁判所法（昭和22年法律第59号）第3条の「法律上の争訟」に該当せず、同条の「その他法律において特に定める権限」に属する訴訟であるため、抗告訴訟や当事者訴訟のように当然にこれを提起することができるのではなく、法律が定める場合に限ってこれを提起することができるようにされている（行訴法第42条、乙第23号証441ページ）。このように、機関相互の紛争のうちいかなる紛争をいかなる場合に訴訟の対象とするかは、法律により具体的に定められることとなっている。

このように、機関訴訟については、法律に定める場合に限って訴訟提起をすることができるのであって、法律に定める範囲内でのみ、裁判所はその権限を行使することができる。そして、立法者は、裁判所がその権限を行使することができる範囲を法律の文言によって明らかにしている上、行政権内部の問題について、どのような場面において司法が関与することとなるのかは、三権分立の下、慎重な検討を要する問題であるから、いかなる場合に裁判所がその権限を行使することができるのかについては、当該法律の文言を拡張的に解釈すべきものではなく、その文言どおりに厳格な解釈により判断すべきである。

地方自治法上、国の関与に関する訴えの審理対象が、「国の関与」に当たるものに限定されていることからすると（同法第251条の5参照）、裁判所は「国の関与」に当たるものについてのみ、その権限を行使することができるのであって、「国の関与」に当たるかどうかについては、「国の関与」の意義を定める同法第245条の文言の形式を重視した厳格な解釈により判断すべきである。

イ 行審法に基づく執行停止決定が「国の関与」から除かれている裁決等に該当すること

(ア) 地方自治法第245条第3号括弧書きは、審査請求人の権利利益を救済するために裁決等を「国の関与」から除いていること

地方自治法第245条第3号括弧書きは、審査請求に対する裁決等を「国の関与」から除外しているが、その趣旨は、「これらの関与については、紛争解決のために行われる準司法的な手続であり、別途法律の根拠及び手続が定められているのが通例であること、紛争当事者（特に地方公共団体以外の当事者）の権利救済等を考えると必ずしも必要最小限にすべきものとは言えないこと、これら紛争解決のための手続に加え、さらに関与に係る係争処理制度の対象とすることは、いたずらに当事者を不安定な状態におくことになり、紛争の早期解決に資しないと考えられること」（乙第24号証1135ページ及び1136ページ）にある。

すなわち、裁決等については、準司法的手続であるという性質上、主として、審査請求人の権利利益の救済が問題となっている手続であるが、このような手続において、地方公共団体の自主性・自立性に配慮して関与を最小限にするなどの関与の基本原則を含む国と地方公共団体との間の規律を直接及ぼすと、裁決等における審査請求人の権利利益の救済が後退しかねないことになる。例えば、地方自治法は、国と地方公共団体との間で国の関与の適法性を争う訴訟として、国の関与の取消訴訟（同法第251条の5）や普通地方公共団体の不作為の違法確認訴訟（同法第251条の7）を設けているが、これらの訴訟においては、審査請求人の参加の手続が何ら設けられておらず（国の関与の取消訴訟は行政事件訴訟法（昭和37年法律第139号。以下「行訴法」という。）第22条（第三者の訴訟参加）の規定の準用が除外されている（地方自治法第251条の5第8項）し、普通地方公共団体の不作為の違法確認訴訟についても行訴法第22条の規定は準用されていない（地方自治法第251条の7）。）、行政機関の行為によって権利利益が侵害された審査請求人の救済を考慮することができる手続とはなっていない。そのため、不服申立ての手続における「国の関与」から裁決等を除外しなければ、権利利益を害されたとして不服申立てをした審査請求人が全く関わることのできない手続で、当該裁決等についての適否が争われることとなり、当該審査請求人にとって著しい不利益となりかねないのである。仮に、地方自治法における「国の関与」になり得る審査請求手続における裁決等が、一部又は全部の審査請求人の申立てを認め

て、権利利益を救済した判断であった場合に、当該裁決等が同法の「国の関与」に関する手続で司法判断を受けることとなるとすると、当該裁決等によって救済された権利利益が不当に不安定な状態になり、最も利害関係を有する者である審査請求人の手続的関与のないところで司法判断が行われるというバランスの悪い事態になることとなる。このように、行政不服審査という行政権内部の準司法手続との関係を考慮して、国の行う裁決等を「国の関与」から除外することは、司法関与が原則的に権利利益を制約された者を関与させることを前提として行われることからして、極めて合理的な理由のあることである。

このように、地方自治法は、地方公共団体の行為によって権利利益を侵害された者が審査請求をした場合には、行審法等に定められた審査請求手続で完結させ、このような審査請求人の権利利益を救済した裁決等に影響を与えることとならないよう、紛争の早期解決も考慮して、地方自治法の「国の関与」の規律を適用しないこととしているのであって、国地方係争処理委員会において、その救済の是非を審査することを予定していない。

- (イ) 本件審査請求及び本件執行停止決定に適用される行審法は、処分庁が審査庁の行った裁決等を争うことを認めておらず、これを認めることは行審法の趣旨にも反すること

一般に、行審法が、処分庁が審査庁の行った裁決等について争うことを許容しているどうかについては、「第一に、行政不服審査制度は、違法な行政処分に対して国民の権利利益を行政的に保護しようとする制度であり、審査庁が原処分の非を認めて国民の権利利益を救済してやれば制度の目的は達成されるのであるから、これに対して原処分者が更に出訴することは、その制度的意義を失わしめること、第二に、審査請求において、審査庁の判断は、原処分者に対し制度上法的に優越した効力をもつものとして原処分—審査請求—再審査請求という一連の行政手続が構成されている」(乙25号証247ページ)ことから、処分庁が審査庁を相手方にした訴訟等によって審査庁の行った裁決等を是正することは、行審法上、予定されていないものと解される。

それにもかかわらず、法定受託事務に係る都道府県知事の処分を取り消す裁決等について、仮に、当該裁決等が「国の関与」であるとして、都道府県知事が所管大臣との間の訴訟手続(地方自治法第251条の5)で争うことができることになれば、上記の行審法の解釈に反することになるばかりか、当該裁決等によって権利利益の救済を受けた審査請求人が当該手続に全く関与することができないまま(上記のとおり、

地方自治法第251条の5の訴訟については、処分庁の処分によって権利利益を侵害された者が手続に参与することができない。) 処分庁と審査庁との間で争われる訴訟手続によって、審査請求人を救済する裁決等の効力が否定されることを認めることになるから、審査請求人に対する手続保障を欠くことになり、権利利益の侵害を受けた者を救済するという行審法の目的にも反することになる。

(ウ) 行審法に基づく執行停止決定が「国の関与」から除かれている裁決等に該当すること

地方自治法第245条第3号括弧書きが裁決等を「国の関与」から除外したのが、審査請求人の権利利益を救済する制度における判断を優先させ、かつ、その紛争を早期に解決するためであり、行審法も処分庁が審査庁の行った裁決等を争うことを認めていないと解されることから、審査請求手続の過程における付随的・暫定的な決定である行審法第25条に基づく執行停止決定についても、行政庁が審査庁との間で国地方係争処理委員会において争うことは予定されていないと解するほかない。

すなわち、行審法第25条に基づく執行停止決定も、暫定的なものであるとはいえ、紛争解決のために行われる準司法的手続であるため、主として申立人の権利利益の救済を考慮するという点で、審査請求に対する裁決と違いはない上、仮に、審査請求手続の過程における早期の権利救済のために審査庁がした執行停止決定が、国地方係争処理委員会における審査の対象となり、更にはその後続く国の関与の取消訴訟(地方自治法第251条の5)の対象にもなり得るとすれば、執行停止決定によって示された権利利益に関する判断が、審査請求の手続とは別の手続の中で否定され得ることになる結果、当該権利利益を相当に不安定な状態にすることになる。さらに、行審法第25条に基づく執行停止決定が「国の関与」に当たると解した場合には、権利利益を侵害された者が参与することができない国地方係争処理委員会の審査手続やその後の訴訟手続において、当該者の手続保障が図られることなく執行停止決定が否定され得ることを認めることになり、権利利益の侵害を受けた者を救済するという行審法の目的にも反する。このように、行審法に基づく執行停止決定は「国の関与」から除外される裁決等に該当しないと解釈は、審査請求手続の終局判断である裁決等を国地方係争処理委員会の審査の対象から除外し、審査請求手続内での権利救済を企図した地方自治法第245条第3号括弧書きの趣旨及び行審法の趣旨に反することは明らかである。

したがって、行審法第25条に基づく執行停止決定も、「国の関与」から除かれる裁決等に該当するというべきである。

ウ 行審法に基づく執行停止決定であれば、一律に「国の関与」から除外されていること

行審法第25条に基づく執行停止決定が、「国の関与」から除かれる裁決等に該当し、「国の関与」に当たらないことは、審査申出人が、沖縄防衛局が「固有の資格」において受けたものについて本件審査請求及び本件執行停止申立てをしたものであって不適法であるとか、審査請求先を誤ったものであって不適法であるなどと主張していることを踏まえても、何ら変わらない。

以下詳述する。

(ア) 条文の文言上、裁決等が一律に「国の関与」から除外されていること

前記アのとおり、「国の関与」に該当するかどうかは、形式的に文言解釈をすべきであるところ、地方自治法第245条第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く」として、裁決等を明確に除いており、しかも、同号括弧書きは、裁決等が違法なものか否かによって「国の関与」に当たるか否かの取扱いを区別するような規定振りにはなっておらず、他にそのような区別をすることをうかがわせる規定も存在しない。このような条文の文言及び規定振りからすると、処分庁から、「固有の資格」として受けた処分についてされた裁決等であるなど、裁決等に違法があるとの指摘がされたとしても、裁決等に関しては一律に、国地方係争処理委員会の審査対象になる「国の関与」から除外されていると解するほかない。

(イ) 審査庁が行った執行停止決定が違法であることを理由に当該執行停止決定を裁決等でないとすることは、裁決等の該当性が入口要件であることと矛盾すること

何らかの決定等が「国の関与」から除外されている裁決等に該当するかどうかは、国地方係争処理委員会の審査対象である「国の関与」となるかどうかといういわば手続の入口要件の問題であり、国地方係争処理委員会は、入口要件を充たした「国の関与」について、それが違法か否かについての本案審査をすることができるものとされている（地方自治法第250条の14第2項）。仮に、当該決定が法令の解釈・適用を誤っている場合には、「国の関与」から除外されている裁決等に該当しないなどと解すると、入口要件の判断のために、当該決定等の適法性を判断することになる。そして、当該決定等が違法であれば、それは国

地方係争処理委員会の審査対象である「国の関与」になり、しかも、その「国の関与」は違法ということになることから、当該決定等が違法かどうかという判断は正に本案審査をしているに等しい。このような理解は、本案審査をすべき対象を適切に取捨選択するという入口要件としての意義・役割が全く果たされず、不合理といわざるを得ない。

したがって、「国の関与」から除外される裁決等に該当するかどうかは、裁決等の違法性とは離れて判断されなければならない。

(ウ) 裁決等を「国の関与」から除外した趣旨からしても、裁決等が一律に「国の関与」から除外されているというべきこと

「国の関与」から裁決等を除外した趣旨は、前記イ(ア)のとおり、裁決等については、準司法的手続という性質上、審査請求人の権利利益を救済する制度における判断を優先し、その後に最も法律上利害関係を有すべき不服申立てをした者の手続的関与がないままされる判断がこれに影響しないようにする必要があるという点にある。そうすると、処分庁から裁決等に至る手続に違法があるとか、行審法の解釈・適用に誤りがあるなどとの指摘があったとしても、国地方係争処理委員会の審査手続や裁判所の訴訟手続に審査請求人の手続的関与がない以上、審査請求人の権利利益を救済する制度における判断を優先し、この判断に国地方係争処理委員会や裁判所の判断がされることによって影響を与えるべきでないことには変わりはない。

処分庁と審査庁との間で処分に関する法律上の解釈・適用に関する見解が相違した場合において、一般的にそのような見解の対立に関する争訟が司法判断の場に持ち込まれる制度となっていないのであるから、仮に違法な裁決等であったとしても、その裁決等がもはや「裁決等」に該当しないとして「国の関与」に当たることにはならないのは当然である。このように解したとしても、後述するとおり、その裁決等によって権利利益を害される者がいた場合には、その者が抗告訴訟や国家賠償請求訴訟を行うことが認められているのであるから、処分庁と審査庁が国と地方公共団体にまたがる場面についてのみ特別な争訟の余地が生ずるような解釈をする理由はないというべきである。

(イ) 処分庁が審査庁の裁決の適否を争うことは行審法の趣旨にも反すること

a そもそも、一般の行政不服審査手続において裁決等がされた際に、それに手続上の違法があったとしても、その違法は、当該裁決等を受けた審査請求人等が提起する裁決等の取消訴訟（行訴法第3条第3項）において是正されるべきであって、処分庁が審査庁を相手方にし

た訴訟等によってこれを是正することが予定されているとはいえない。すなわち、前記イ(イ)のとおり、「第一に、行政不服審査制度は、違法な行政処分に対して国民の権利利益を行政的に保護しようとする制度であり、審査庁が原処分の非を認めて国民の権利利益を救済してやれば制度の目的は達成されるのであるから、これに対して原処分者が更に出訴することは、その制度的意義を失わしめること、第二に、審査請求において、審査庁の判断は、原処分者に対し制度上法的に優越した効力をもつものとして原処分—審査請求—再審査請求という一連の行政手続が構成されていると考えるべき」(乙第25号証247ページ)であり、このような見地から、行審法は、処分庁が審査庁を相手方にして裁決等の違法性を是正するような客観訴訟の定めを置いていないものと解される。たとえ、審査庁が手続上の違法を看過して処分庁の処分を取り消す裁決等をした場合であっても、処分庁が審査庁を相手方にしてこれを是正する客観訴訟の定めを置いていない以上、裁決等の違法は裁決等の取消訴訟において是正されるべきものと解するほかない。この場合、処分によって権利利益を侵害された者は、審査庁による裁決等により救済されているのであるから、裁決等の取消訴訟を提起することはあり得ないが、他に裁決等の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者(行訴法第9条第1項)がいれば、そのような者は裁決等の取消訴訟を提起することができるのであって、上記違法は当該取消訴訟において是正されるべきものといえる。

このように、一般の行政不服審査手続において、手続上の違法があったとしても、その違法は裁決等の取消訴訟において是正されるべきものであり、処分庁が審査庁を相手方にした客観訴訟で是正されるべきものではない。そして、このことは、法定受託事務に係る都道府県知事の処分について審査請求がされた場合であっても、何ら異なることはない。すなわち、地方自治法第255条の2第1項第1号は、法定受託事務に係る都道府県知事の処分についても審査請求をすることができることを前提として、当該処分に係る事務を規定する法律の所管大臣を審査請求先とする特例規定であるところ、当該審査請求についても行審法が適用される以上、審査庁の判断は処分庁に対し制度上法的に優越した効力を持つものと解するのが相当であり(行審法第52条参照)、処分庁が審査庁の裁決等に対して出訴することを認めるのはその制度的意義を失わせるものといえる(なお、行審法は、上記の解釈を前提として、法定受託事務に係る都道府

県知事の処分のように審査庁が処分庁の上級行政庁という立場に立たない場合であっても、処分庁が審査庁の執行停止について出訴することを認めていない。)

b) また、国地方係争処理委員会の審査手続やその後の訴訟手続については、上記イ(ア)のとおり、審査請求人が当該手続に関与することができないのであるから、仮に、裁決等が「国の関与」であるとして、都道府県知事が所管大臣との間の訴訟手続等で争うことができるとすると、審査請求人に対して何ら手続保障を与えられないまま、自らを救済した裁決等の効力が否定され得ることになり、処分によって権利利益を侵害された者に審査請求を認めた趣旨にも反する。

(オ) 不服申立ての要件についての解釈を誤った裁決等が「国の関与」に当たると解すると、国の関与に関する訴えを審理する裁判所が常に裁決等の違法性を判断しなければならなくなり、不合理であること

「固有の資格」や審査請求先といった不服申立ての要件についての解釈を誤った審査請求が「国の関与」に当たると解するのは、想定される様々な違法事由との関係でも適切な解釈とはいえない。

例えば、固有の資格（行審法第7条第2項）の解釈に関する誤りと審査請求期間（行審法第18条第1項）の徒過を看過した誤りや不服申立適格（行審法第2条）の解釈に関する誤りを比較すると、審査請求を利用できないのに利用したという点において、その違法性に本質的な違いは見出せない。それにもかかわらず、例えば、当該審査請求につき、審査庁が審査請求期間の徒過を看過して裁決等において処分庁の処分を取り消して、当該審査請求人の権利利益を救済した場合に、処分を取り消された処分庁が国地方係争処理委員会の審査手続やその後の訴訟手続において当該裁決等の取消しを求め、当該審査請求人の権利利益の救済を否定することができるとするのは、当該審査請求人に対する手続保障の関係等において、明らかに不相当である。

そして、国地方係争処理委員会への審査申出やその後の国の関与に関する訴え（地方自治法第251条の5）は客観争訟であるから、「国の関与」から除外される裁決等に該当するかどうかは、法律上の争訟に該当しないものについて、特別に裁判所の権限を及ぼさせるかどうかに関わる問題である。この問題は、国地方係争処理委員会の審査の入口要件及び国の関与に関する訴訟手続の訴訟要件に関する問題であるから、国地方係争処理委員会及び当該訴訟を担当する裁判所は、「国の関与」から除外される裁決等に該当するかどうかについて、常に職権で調査し、判断しなければならないものと解される。そうすると、仮に、裁

決等において、固有の資格（行審法第7条第2項）の解釈に関する誤りと審査請求期間（行審法第18条第1項）の徒過を看過した誤りなどの違法があれば、「国の関与」から除外される裁決等に該当しないとすると、国地方係争処理委員会及び上記裁判所が、裁決等にこのような違法があるかどうかを常に職権で調査し、判断しなければならないことになり、裁決等について国地方係争処理委員会や裁判所の審査権限が及ぶことを認めることになるが、これは、地方自治法第245条第3号括弧書きが「国の関与」から裁決等を除き、裁決等については、国地方係争処理委員会や裁判所の審査権限が及ばないことを明示した趣旨に明らかに反し、不合理である。

結局のところ、同号が国地方係争処理委員会や国の関与に関する訴えの審査対象となる「国の関与」から裁決等を除いたのは、権利利益の救済手段における裁決等である以上、その裁決等の判断を仰ぐために不服申立てをした当事者が不在の手續である国地方係争処理委員会の審査や国の関与に関する訴訟ではその違法性の判断をしないことを明らかにしたものというほかない。

エ まとめ

以上によると、本件執行停止決定は、行政不服審査手續において行審法第25条に基づく執行停止決定としてされたものであるから、「国の関与」から除かれる裁決等に該当し、「国の関与」に当たらない。そうすると、本件審査申出は、国地方係争処理委員会の審査対象でないものについて審査を申し出ているものといえるから、不適法である。

(2) 沖縄防衛局が本件撤回について審査請求をすることができること

行審法は、行政庁の「処分」に不服がある者が審査請求をすることができる（同法第2条）、地方自治法も、法定受託事務に係る「処分」について当該処分に係る事務を規定する法律を所管する大臣に対して審査請求をすることができるとしている（同法第255条の2第1項第1号）ところ、本件撤回は「処分」に該当するから、沖縄防衛局は審査請求をすることができるものと解される。

なお、行審法第7条第2項は、国の機関が「固有の資格」において処分の相手方となった場合には、同法の適用がないこととしているから、沖縄防衛局が本件撤回を「固有の資格」で受けたものであれば、沖縄防衛局は本件撤回について審査請求をすることができないこととなる。しかし、国の機関が「固有の資格」で受けた処分かどうかは、一般私人が立ち得ないような立場で受けたものかどうかによって判断されるところ（乙第26号証67ペー

ジ)、上記のとおり、沖縄防衛局は、審査申出人から、「処分」、すなわち、国民の権利義務に直接具体的な効果を及ぼすものとして、本件撤回を受けたものであるから、処分庁である審査申出人は、沖縄防衛局を法的に一般私人と同様の立場であると見て本件撤回をしたものといえる。

そうすると、沖縄防衛局は、「固有の資格」でなく本件撤回を受けたものといえるから、本件撤回について審査請求をすることができる。

以下、詳述する。

ア 本件撤回が処分に該当すること

(ア) 行審法第2条に規定される「処分」とは、「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)をいうところ、ここでいう「処分」とは、「国または公共団体が行う行為のうち、その行為によって、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ことが法律上認められているものをいう」(最高裁昭和39年10月29日判決)と解されている。

(イ) そうすると、埋立法上、国は、都道府県知事から「承認」を得なければ公有水面の埋立てをなし得ないのであるから(同法第42条第1項)、「承認」は、国に対して埋立てをなし得る法的地位・利益を与えるものであり、権利義務に直接具体的な効果を及ぼす行為としての「処分」であることは明らかである。本件承認が上記の意味での「処分」としての性質を有することは、前件取消しの適否について判断した前件平成28年最高裁判決において明確に示されている。すなわち、同判決は、「一般に、その取消しにより名宛人の権利又は法律上の利益が害される行政庁の処分につき、当該処分がされた時点において瑕疵があることを理由に当該行政庁が職権でこれを取り消した場合において、当該処分を職権で取り消すに足りる瑕疵があるか否かが争われたときは、この点に関する裁判所の審理判断は、当該処分がされた時点における事情に照らし、当該処分に違法又は不当(以下「違法等」という。)があると認められるか否かとの観点から行われるべきものであり、そのような違法等があると認められないときには、行政庁が当該処分に違法等があることを理由としてこれを職権により取り消すことは許されず、その取消しは違法となるというべきである。」との一般論を示した上で、前件取消しの適否について判断しているが、これは、本件承認が上記の意味での「処分」であることを明らかに前提としたものといえる。すなわち、いわゆる行政処分としての「処分」には、公定力が認められるため、どのような機関にこの意味での排他的取消権限が認められるのが重要な問題であるとされ、有効に通用している行政処分の効果を失

わせる取消しの手続の一つとして職権取消しがあるものと解されているから（乙第27号証231ページ）、職権取消しが論じられるときの「処分」がいわゆる行政処分を指すことは明らかである。前件平成28年最高裁判決の判例解説においても、埋立法第42条第1項の「承認」の法的性質については非埋立権付与説と埋立権付与説の2つに見解が分かれているものの、「非埋立権付与説によっても、「承認」により、事業の施行者としての国が適法に公有水面の埋立てを施行することができるとの法的効果を付与されることは埋立権付与説と同様であり、同説の立場からも上記「承認」が行政処分であると解することが相当であると考えられる。」（乙第28号証368ページ）とされ、「承認」が上記の意味での「処分」であることが明らかにされている。

- (ウ) そして、処分の取消しとは、当該処分がされた時点における事情に照らして当該処分に瑕疵がある場合に、当該処分により生じた法律関係を消滅させる行政行為をいう。そして、行政庁が「処分」に該当する行為を取り消した場合、すなわち、国民に対する優越的な地位に基づき、人の権利義務に直接具体的な効果を及ぼす行為を取り消した場合には、「処分」によって生じた権利義務の変動とは反対の権利義務の変動が新たに、かつ、直接具体的に生ずることになるから、これもまた行審法第1条第2項にいう「処分」に該当することとなる。したがって、前件取消しの違法性が問題となった前件平成28年最高裁判決は、本件承認が当該「処分」であることを前提としている以上、これを取り消した前件取消しが当該「処分」であることも、当然にその前提としていることができる。

また、処分の撤回とは、瑕疵なく成立した法律関係について、その後の事情によりその法律関係を存続させることが妥当でないということが生じたときに、この法律関係を消滅させる行政行為をいい、「処分」によって形成された法律関係を消滅させる点で、「処分」の取消しと同じであることから、「処分」の撤回もまた、行審法第1条第2項にいう「処分」に該当することになる。

- (エ) そうすると、沖縄防衛局は、仲井眞知事が行った本件承認によって、適法に埋立てをなし得る法的地位・利益を得、これに基づいて本件埋立てを実施していたところ、今般行われた本件撤回によって、当該法的地位・利益を失ったことになる。審査申出人による本件撤回は、沖縄防衛局が本件承認によって得た埋立てをなし得る法的地位・利益を失わせるものであって、正に沖縄防衛局の法的地位・利益に直接具体的な効果を及ぼす行為であるから、行審法第1条第2項にいう「処分」に該当す

る。

なお、本件撤回について、行審法第1条第2項にいう「処分」であることについては、審査申出人も争っていないところである（審査申出書41ページ）。

イ 沖縄防衛局はその固有の資格において本件撤回を受けたものではないから、本件撤回について審査請求をすることができること

行審法は、「行政庁の処分に不服がある者は、第4条及び第5条第2項の定めるところにより、審査請求をすることができる」（同法第2条）として、行政庁の処分に対する審査請求の主体を何ら限定していない。また、地方自治法第255条の2第1項も、法定受託事務に関する行政庁の処分に対して審査請求をすることができることを規定しており、その主体を何ら限定していない。行審法の目的が国民の権利利益の救済を図ることにあること（同法第1条第1項）からすると、権利利益の制約を受けた者は、これに不服があれば、審査請求をすることができるものと解されるのであって、前記アのとおり、埋立てをなし得る法的地位・利益に直接具体的な効果を及ぼす「処分」である本件撤回を受けた沖縄防衛局は、本件撤回について審査請求をすることができるものと解される。

なお、行審法第7条第2項は、国の機関に対する処分のうち、その機関が固有の資格において相手方となるものについては、同法の規定を適用しないとしているため、仮に、沖縄防衛局が本件撤回を固有の資格において受けたものに当たるとすれば、沖縄防衛局は本件撤回について審査請求をすることができないことになる。しかし、行審法は権利利益の救済を目的とするものであるから（同法第1条第1項）、同法の適用が除外される「固有の資格」において受けたものとは、権利利益を制約する処分ではないためにこれを救済する必要のないものをいうと解されるどころ、前記アのとおり、沖縄防衛局は、本件撤回を、埋立てをなし得る法的地位・利益を制約する「処分」（同法第1条第2項）として受けたものであり、当該法的地位・利益は一般私人のそれと何ら異ならない上、これを救済する必要性も一般私人と何ら異ならないから、本件撤回が「固有の資格」において受けたものではないことは明らかである。したがって、沖縄防衛局は本件撤回について審査請求をすることができる。

以下詳述する。

(ア) 少なくとも行審法第1条第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する余地がないこと

- a 一般に、「固有の資格」（行審法第7条第2項）とは、一般私人が立ち得ないような立場にある状態をいうものと解されている（乙第26

号証67ページ)。

この点、行審法は、いわゆる行政処分に関する不服申立てについて定めているものであるから(同法第1条第2項)、同法第7条第2項における「固有の資格」の検討も、いわゆる行政処分についてのみ検討すれば足りることになる。そこで、同項についてみてみると、同項が、国や地方公共団体等の機関に対する処分のうち、その機関が「固有の資格」において相手方となるものについて同法を適用しないこととしている趣旨は、同法が国民の権利利益の救済を目的とするものであること(同法第1条第1項)に鑑み、このような権利利益の救済が問題とならないものについては、「固有の資格」で受けたものとして、同法を適用しないこととしたことにあるものと解される。すなわち、国や地方公共団体については、国民と同様に権利利益の帰属主体になることがある一方、行政機関としての固有の行政権限を行使する立場などといった、個別の権利利益ではなく、一般公益を直接の目的とする立場などの国民が立ち得ない立場になることもある。そこで、国等の機関が、国民と同様に権利利益の主体として相手方になり、その権利利益の制約が問題になる処分については、その権利利益の救済を図る必要が生じ、同法の目的に照らして、当然に行審法を適用する必要があるが、一般公益を目的とした正に行政機関として相手方となる行為は、その権利利益の救済を図る必要はなく、同法の目的に照らして同法を適用する必要がない。そこで、同法第7条第2項はこのような場合に同法の適用がないことを確認的に示したものと考えられるのである。

- b このように、国や地方公共団体が立ち得る2つの立場、すなわち、一般私人と同様に権利義務の主体となる場合と、一般公益を目的とする行政機関として行政権限の主体となる場合を区別して、その制約に対する救済手段に違いを設けることは、行訴法においても、これらの取扱いに違いを設けていることとも合致する。すなわち、一般に、行政争訟の制度・手続に関しては、特定人の権利利益の保護を目的とする主観争訟と、一般公益の保護を目的とする客観争訟があるところ、行訴法は、主観訴訟としての抗告訴訟(同法第3条)及び当事者訴訟(同法第4条)と、客観訴訟としての民衆訴訟(同法第5条)及び機関訴訟(同法第6条)とを明確に区別した上で、一定の場合に客観訴訟を提起して一般公益を保護することを許容している。一方、行審法は、上記のとおり、特定人の権利利益の救済を目的とする主観争訟を制度として採用している反面、客観争訟としていかなる者が争訟を提

起し得るかについての規定等を置いておらず、一般公共の利益の保護を目的とする客観争訟を制度として採用していない。小早川光郎教授も、行政不服審査制度について、「客観争訟として制度を構成するのであれば、いかなる者が争訟を提起しうるかについての規定を置くのが自然であるところ、本法においてはそのような規定は置かれておらず、自己の権利利益の保護を求める者に不服申立権（争訟提起権能）を認める主観争訟の制度であることが前提とされているものと考えられる。いずれにしても、従来から一般に、行政不服審査を主観争訟と解することについては、少なくとも強い異論は見られない」と述べているところである（乙第29号証7ページ）。

- c したがって、「固有の資格」として相手方となったものについて行審法を適用しないというのは、行政不服審査手続において客観争訟を制度として採用しないことを明らかにしたものと考えることができ、「固有の資格」としての立場とは、国民と同様の権利利益が問題とならない立場、すなわち、一般公益の保護が問題となるような立場をいうと解するのが相当である。
- d 仮に、上記のような理解と異なり、行審法で救済されない「固有の資格」として受けたものの中に、一般私人と同様に有する権利利益の制約としての処分（いわゆる行政処分）が含まれると解すると、国又は地方公共団体が、一般私人と同様に有する権利利益の制約を受けた場合に、行訴法に基づく訴訟提起をすることはできるが、行審法に基づく審査請求をすることはできないという事態が生ずることになるが、権利利益の制約が生じているにもかかわらず、簡易迅速な救済手段である行政不服審査が認められず、司法救済のみが認められるとすべき合理的理由は何ら見当たらない。国であっても、一般私人と同様に有する権利利益の制約が生じているのであれば、それを審査庁や裁判所の審査に委ね、不当又は違法に制約された権利利益を救済する必要があるし、これによって行政の適正な運営を確保する（行審法第1条第1項）必要があることは、一般私人の場合と何ら異ならない。仮に、行審法が、国や地方公共団体については、一般私人ではないから簡易迅速な救済手段を認める必要がないという立法政策を採用したのであるならば、国や地方公共団体が受けた処分について一律に行審法の適用を除外することになるはずであるが、行審法は、このように一律に同法の適用を除外せず、むしろ「固有の資格」で受けた処分のみに限定して同法の適用を除外しているのであるから、上記立法政策を採用したものでないことは明らかである。

e 以上によると、国や地方公共団体が一般私人と同様に権利利益の制約を受けたにもかかわらず、これについて行政不服審査を認めない合理的理由はなく、むしろ、これを認めなければ、不当又は違法に制約された権利利益が救済されず、また、行政の適正な運営を確保することもできなくなるのであるから、行審法で救済されない「固有の資格」として受けた処分の中に、一般私人と同様に有する権利利益の制約としての行政処分が含まれると解することはできず、「固有の資格」としての立場とは、一般私人と同様に有する権利利益の保護が問題にならず、一般公益の保護が問題となるような立場をいうものと解される。

結局のところ、国が「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ことが法律上認められているもの」としての行政処分を受けたと評価することができる場合というのは、法的に見れば、国が一般私人と同様の権利義務の制約を受けたものと評価されたのであるから、一般私人と同様の立場で受けたものというほかなく、少なくとも行審法第1条第2項所定のいわゆる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はない。

f なお、行審法第7条第2項は、「国の機関…に対する処分で、これらの機関…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…については、この法律の規定は、適用しない」と定めるところ、上記のように、「固有の資格」の解釈について、権利利益の救済が問題となる場合ではなく、一般公益の保護が問題となる場合をいうと解すると、「固有の資格」において受ける「処分」(同項)は、いわゆる行政処分としての「処分」(同法第1条第2項)以外のものを含むものとして理解されることとなる。

しかし、同じ法律の中で異なる意味で「処分」という文言を用いているのは、行審法だけではなく、行訴法でも同じであるし、「固有の資格」において受ける「処分」、すなわち、行政機関の権限の救済のように一般公益の保護を目的とした客観争訟の対象になるものを含めて「処分」という文言を用いているのは、行訴法や地方自治法においても見られるところであり、行審法特有のものではない。すなわち、行訴法は、その第3条第2項において、処分性のあるいわゆる「処分」を定義付けているが、一方で、民衆訴訟又は機関訴訟という客観訴訟の対象となるものについても「処分」という文言を用いており(同法第43条第1項及び第2項)、同じ法律でありながら異なる意味で「処分」という文言を用いている。また、地方自治法においても、行政機関の権限の救済のように一般公益の保護を目的とした客観争訟とし

ての国地方係争処理委員会による紛争解決手続の対象となるものについて、「国の関与のうち是正の要求、許可の拒否その他の処分」という文言を用いており（同法第250条の13第1項）、客観争訟の対象となるものについても「処分」という文言を用いている。これらの法律と同じように、行審法も、「処分」という文言を用いているのであって、行審法が「固有の資格」において受けるものを「処分」と規定していることは、他の法律における「処分」の用法とも合致しているのである。行審法第7条第2項は、単に「処分」としているのではなく、「国の機関・・・等に対する処分」としているのも、このような意味で「処分」の文言が用いられていることによるものと理解される。

国や地方公共団体の機関等を相手方としてされる「処分」と一般に呼ばれるものは、権利利益を変動させるいわゆる行政処分に限られず、行政権限の変動をもたらすようなものも含んでおり、そうであるからこそ、行審法第7条第2項の規定を置いて、「国の機関・・・に対する処分」のうち行政機関特有の立場で相手方になる「固有の資格」に当たるものについて行審法の適用を除外する規定を確信的に置く意義があったものと考えられるのである。

(イ) 少なくとも行審法第1条第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でないと解釈することは、従前の学説にも沿うものであること

a 上記のとおり、行審法第1条第2項所定の行政処分は、「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ことが法律上認められているもの」をいうとされているから、国は、国民と同様の立場に立たない限り、このような行政処分を受けることができない。このように、国が同項所定の行政処分を受けるときは、国が国民と同様の立場にあることは、上記行政処分の定義内容からして自明であることから、従前の文献においてこの点を明示したものは多くないが、従前の学説においても、少なくとも同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ではないものと解釈されてきた。

b 美濃部達吉教授は、「時としては公共団体も一般人民と同様の地位に立ちて国の行政権の下に服することが有り、例へば公共団体が電気事業や瓦斯事業を営む場合には、私立会社の営む同種の事業と同様に国の監督に服するものであり、公共団体において家宅を建築すれば、私の家宅と同様に建築警察の制限を受けねばならぬのであって、此の場合の国家と公共団体との関係は、公共団体に特別な関係ではなく、

寧ろ国家と一般人民との関係に準ずべきものである（旧字体から新字体に変換：引用者）」（乙第30号証103ページ）と述べている。ここで、美濃部達吉教授は、「行政権の下に服する」ことを「一般人民と同様の地位」と述べているのであって、まさに行政処分を受ける立場のことを一般私人と同様の立場であると考えているものと解される。

- c また、雄川一郎教授は、「地方公共団体も一の法人格として公法上、私法上の権利義務の主体であり、その限りで国とは異った利益を有することは言うまでもない。そうであれば、少なくとも一般論としては、そのような地位には権利救済の要請が内在していると考えられるのであって、同法（旧行政不服審査法（昭和37年法律第160号）：引用者）4条にいう「行政庁の処分…に不服がある者」に含まれ得る可能性を当然に否定することはできないであろうと思われる。しかし、他方で、地方公共団体が私人と全く同一の意味において憲法上又は法律上の権利保護を享有する訳ではないということも、一般に認められているところであろう。即ち、地方公共団体の権利救済については、また当然に私人と同一であるということにはならないのである。それでは、その相異はどのような点に求められるべきかということになるが、この問題については、地方公共団体のいわゆる「固有の資格」の意味を検討するのが順序であろう。」（乙第31号証392ページ及び393ページ）と述べた上で、「地方公共団体にあっても、その権利利益の保護の要請はある。従って、不服申立を認めるに適する場合は少ないと思われる。その場合は、原則として行政不服審査法上の不服申立（審査請求・異議申立・再審査請求）を認めるべきであろう。…地方公共団体については、何らかの意味において私人と異なる地位に立つことはあり得る。例えば、国が地方公共団体の行政を或る範囲で監督したり、これに関与したりする場合である。そのような場合には、地方公共団体の不服申立を制限し或はこれを許さないとし、或は別の不服の制度を設けることも可能である。しかし、それはその理由を明確に認識した上で、具体的に規定の上に明らかにすべきであろう。「固有の資格」というような多義的概念で不服申立を規制することには充分の理由があるとは言い難い。」（乙第31号証398ページ）と述べている。

このように、雄川一郎教授は、地方公共団体においても権利利益の保護の要請はあるとした上で、「固有の資格」で受けたものについては、当該権利利益の保護が図られなくなるのであるから、このように権利利益の保護を否定する「固有の資格」の実質的な意味を明らかに

する必要があり、具体的には、国の地方公共団体に対する監督や関与が「固有の資格」で受けるものに当たるのではないかと論じているのである。国や地方公共団体の機関は、これらについて権利利益の保護の要請があるにもかかわらず、「固有の資格」で受けたものについては、行政不服審査制度を利用することができなくなるというのであれば、雄川一郎教授が論じるとおり、「固有の資格」の解釈に当たっては、国や地方公共団体の機関が行政不服審査制度を利用できないことを正当化し得る実質的理由が明らかにされる必要がある。単に、処分の相手方が国の機関等に限られているかどうかや、国の機関等が原則的な担い手として予定されているかどうかといった形式的なメルクマールに該当することを述べただけでは、国の機関等が行政不服審査制度を利用できないことを正当化することはできないのであって、これを正当化する実質的理由を探求することがより重要である。仮に、国や地方公共団体の機関がいわゆる行政処分を受けた場合に、当該行政処分の中に「固有の資格」で受けたものがあるとするならば、これらの機関は行政訴訟による救済を受けられるにもかかわらず、行政不服審査制度による救済を受けられないということになるが、このような事態が正当化される実質的理由はないと言わざるを得ない。そうすると、上記のような雄川一郎教授の見解を前提とすれば、地方公共団体が権利利益を制約する行政処分を受けた場合には、その権利利益を保護する要請が働くのであるから、「固有の資格」でなく受けたものとなり、他方で、国の地方公共団体に対する監督や関与のような、権利利益ではなく一般公益を目的とした行為を受けた場合には、権利利益を保護する要請が直接的に働かないのであるから、「固有の資格」で受けたものとなると解される。このように、雄川一郎教授も、少なくとも行審法第1条第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ではないと解しているものと思われる。

- d 上記のとおり、雄川一郎教授により、「固有の資格」というような多義的概念で不服申立を規制することには充分の理由があるとは言いがたい。」旨論じられた後、学説上、「固有の資格」について、その実質的意味について共通的な認識が形成されるような議論はなく、また、国や地方公共団体の機関について、権利利益の保護の要請が存するという美濃部達吉教授以来の通説的理解が変更され、修正されるような議論はされておらず、この基本的前提は何ら変更されていないというべきである。国や地方公共団体についても権利利益の保護の要請が働

くという共通の理解について、これを否定するとすれば、いかなる実質的根拠の下でいかなる範囲において否定されるのかについて相応の議論が行われてしかるべきであるが、このような議論はこれまでに何ら行われていない。したがって、国や地方公共団体についても、権利利益を害される「処分」に当たる行為を受けた場合には、やはりその保護の要請は存するのであり、行政不服審査手続における救済を否定する理由はなく、「固有の資格」というべきものとはいえない。

ウ まとめ

以上のとおり、本件撤回は行審法第2条の「処分」に該当するところ、沖縄防衛局は、このような「処分」として本件撤回を受けたものであるから、法的に見て、一般私人と同様の立場で本件撤回を受けたものといえ、「固有の資格」でなく本件撤回を受けたものといえる。

よって、沖縄防衛局は本件撤回について審査請求をすることができる。

(3) 本件審査請求の審査庁が相手方であること

ア 本件撤回は、沖縄県知事の処分というべきものであり、「都道府県知事その他の都道府県の執行機関の処分」に当たること

埋立法における「承認」は、公有水面を埋め立てるという国土と海域の変更に関わる重要な処分であり、一般的にも都道府県知事の権限として行われる重大な処分権限である。とりわけ本件承認は、その目的が普天間基地移設のための飛行場の建設にあり、県下に米軍基地を有し、その在り方について住民の関心も高い沖縄県においては、極めて重大かつ社会的関心も高いものである。これまで、沖縄県知事は、自ら本件承認の取消しや撤回について、その権限行使に関する方針や見解を処分前から繰り返し公にしておき、これを重大な処分権限として位置付けている。

このように、本件承認やその取消しの権限は、本来的に沖縄県知事自身が行使すべきものとして取り扱われていたものである。

前記2で述べた事実経過のとおり、翁長知事は、平成29年以降、本件撤回について度々公に発言してきているが、平成30年7月27日、翁長知事自ら、本件承認後に判明した事実等から、埋立法第4条第1項の基幹的要件を充足していないものと認められること、本件承認の撤回に向けて聴聞の手続に入るよう指示したことなどを発言し、公表した（乙第15号証）。その後、同日に公にされたとおり、同月31日、聴聞の期日が指定され、同年8月9日、聴聞期日が行われ、同日、聴聞は終了した。このような経緯からすると、本件撤回を行うことについての実質的判断は、翁長知事において既に行われていたものといえる。なお、そのことは、後に撤回を通知する謝花

副知事が、「自分でやりたいが、もしものことがあったら君に頼む」などと翁長知事が発言していたことを明らかにしていることとも符合する（乙第32号証）。

一方、翁長知事は、同月8日に逝去し、沖縄県においては県知事が欠ける事態となったが、同月13日以降、職務代理者となった富川副知事は、土砂投入前までに本件承認を撤回する旨発言した上で（乙第19号証、乙第20号証）、同月17日、謝花副知事に、本件撤回の処分権限を知事が欠けた間に限定して委任したのである。この委任の内容は、通常の上位の権限者から下位の補助者に権限に属する事務の一部を委任するものとは異なり、特定の相手方に対する個別具体的な処分権限に特定して委任したものであって、埋立法、あるいは基地に関わる事務等、一定の一般性を有する範囲の事務ではなく、本件の「取消処分」の委任とされており、本件撤回とサンゴの特別採捕許可に関する事務以外にこれらの事務を遂行するに際し関連し得る事務は一切委任されていない。本来、実質的判断を委ねるのであれば、事務の適正や公平性、他の事務遂行との整合性等の観点から、例えば、本件承認に関する事務の一切を委任したり、公有水面埋立承認（許可）に関する事務の一切を委任するなど、一定の範囲の事務を委任されてしかるべきであるが、そうではなく、極めて限定された内容であって、かつ、この「委任」として特定された処分は、既に聴聞手続を終えた段階に至っていたことからしても、本件撤回を行うことは前提であったというほかない。したがって、謝花副知事は、既に翁長知事の下で決まっていた本件撤回を、富川副知事とともに引き継ぎ、職務代理者たる富川副知事もその決定を了承の上で、謝花副知事の名において通知したものである。これは、謝花副知事の前記の発言のほか、本件撤回について、「富川副知事や与党と相談して毅然と判断する。」などと発言している（乙第32号証）こととも整合するものである。

また、謝花副知事に本件撤回を委任することとされた期間は、沖縄県知事が欠けた間に限定され、新知事の就任後に当該委任を解消するかどうかの判断を経ることなく、新知事が告示される前日までとあらかじめ限定されており、かつ、この特定権限の委任は、第一順位の職務代理の副知事から第二順位の職務代理となる副知事へのもので、いわば並行的なものあることからすると、撤回処分を決めていた翁長知事が急逝したという事情の下、沖縄県知事が欠けた間の職務代理を分担し、あるいは欠けた知事の職務を代行させるものともいえるものである。

以上のとおり、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、公有水面の埋立承認（免許）に係る事務というような一般的な形ではなく、「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」という、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極めて短期間に限られ、現に、当該事務の委任後2週間で本件撤回がされたこと等からすると、本件撤回が沖縄県知事によるものというべきことは明らかである。

そして、このことは、⑥審査申出人が、本件審査請求や本件執行停止申立てに対し、「処分庁」として弁明書や意見書を提出して対応しており、審査申出人自身が本件撤回は審査申出人の処分であることを自認していることから裏付けられている。

そうすると、本件撤回は、沖縄県知事の処分というべきものであり、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都道府県の執行機関の処分」に当たるから、審査庁は相手方であると解するのが相当である。

イ 少なくとも審査請求時点では、審査申出人が本件撤回の処分庁たる地位にあり、本件撤回が「都道府県知事その他の都道府県の執行機関の処分」に当たること

上記のとおり、そもそも、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」に当たるものであるが、仮に、本件撤回が委任を受けた副知事の処分の形式を採っていることを重視するとしても、以下のとおり、謝花副知事の処分庁たる地位は、委任の終期である平成30年10月3日（沖縄県知事選挙における当選人の告示の日の前日）を経過した同月4日以降は、沖縄県知事選挙に当選した現沖縄県知事に承継されている。したがって、審査請求時点では、現沖縄県知事が本件撤回の処分庁たる地位にあるのであって、本件撤回は、同法第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」に当たる。

(7) 本件の事実経過等に照らすと、本件撤回をしたという謝花副知事の地位は、審査申出人に移転しているといえること

前述した本件撤回に係る事実経過からして、本来的に、極めて重大な、沖縄県知事の職務であるべき本件撤回について、翁長知事が急逝するという特別な事情の下において、臨時的に、沖縄県知事が欠けた期間に限定

して副知事に委任することとしたもので、その判断の実質は県知事及び職務代理の下で既に行われていたと見ることのできる状況である。

とりわけ、期間があらかじめ限定されていたことからすれば、本件撤回を行った地位は、新知事の就任後は当然に沖縄県知事に引き継がれることとされていたものである。

審査申出人は、沖縄県知事に就任した際や審査請求のあった時点においても、本件撤回に関し、いわば撤回処分をした立場を引き継ぐ者として発言していることが認められるほか、本件審査請求や本件執行停止申立てに対し、「処分庁」として弁明書や意見書を提出して対応している。加えて、それらにおいて、本件撤回が適法である旨も言及しており、処分の適法性に関し、一貫した見解を示していることは、処分庁たる地位を当然承継したことの現れである。したがって、本件撤回の処分庁たる地位は、本件審査請求時において、審査申出人に承継されていたというべきである。

(イ) 地方自治法第255条の2の趣旨からすれば、本件撤回の処分庁は審査申出人であり、審査庁が相手方であること

a 地方自治法第255条の2第1項第1号は、行審法第4条第1号の特別法として、第一号法定受託事務に係る都道府県知事の処分の審査請求先を当該処分に係る事務を規定する法律又はこれに基づく政令を所管する各大臣と定めている。その趣旨は、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（地方自治法第2条第9項第1号）、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（乙第24号証1520ページ及び1521ページ、乙第33号証133ページ）。そうすると、本件において、委任を受けた職員が処分をしたとしても、その後に、委任の終期が経過して沖縄県知事にその権限が戻っており、沖縄県知事が当該処分の適法性を主張するなど、処分庁として振る舞っている以上、審査請求につき裁決をする権限を有する行政庁を所管大臣としなければ、処分庁以外の別の行政庁を審査庁として、処分の適否を判断させることとした同法第255条の2第1項第1号の趣旨に反する。

b また、地方自治法第255条の2第2項が、都道府県知事が第一号法定受託事務に関する権限を補助職員に委任し、当該補助職員がその

委任に基づいて処分をした場合には、最上級庁である都道府県知事が審査庁になり、当該処分に係る事務を規定する法律又はこれに基づく政令を所管する各大臣が再審査庁となるとした趣旨は、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りと解される。そうすると、仮に、事務の委任を受けた補助職員がその権限に基づいて処分をした後に、その権限の委任が終了して都道府県知事にその権限が戻った場合には、都道府県知事は、審査請求がされなくても、職権取消しなどによって、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から、都道府県知事が審査庁とならなくとも、地方自治法第255条の2第2項の趣旨に反することとはならない。むしろ、法定受託事務の処理に関しては、いかなる場合も処分庁自身が審査庁となることは想定されておらず、審査申出人が本件撤回をした地位を引き継いでいる以上、処分庁たる地位を引き継いだ審査申出人が審査庁となることは、上記aのとおり、同条第1項第1号の趣旨に反することとなるのである。

- c 以上のことからすると、本件においては、審査申出人が処分庁となり、相手方が審査庁となるのが、地方自治法第255条の2の趣旨に合致する。

(ウ) 行審法の規定からも本件審査請求の処分庁は沖縄県知事であるといえること

- a 行審法の規定からすると、審査請求に処分権限を有する者を処分庁として審査請求をすべきであり、本件においては、審査申出人が本件撤回の処分権限を有しているのであるから、本件審査請求の処分庁は審査申出人である。

(a) 行審法第14条は、行政庁が裁決をする権限を有しなくなった場合に、裁決をする権限を有することになった行政庁に審査請求書等の関係書類等を引き継がなければならないことを定めているところ、この審査庁の権限を有しなくなった場合の典型例として、処分庁が他の行政庁に移管され、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が挙げられている（乙第29号証101ページ）。このように、同法第14条は、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。

- (b) また、行審法第52条第2項は、申請に対する処分に係る審査請求において、処分を取り消す裁決がされた場合には、処分庁は、裁決の趣旨に従って、改めて申請に対する処分をしなければならないことを

定めている。そうすると、同法第52条第2項においては、処分を実際に行った行政庁ではなく、処分権限を有する行政庁こそが、行政不服審査手続における処分庁であることが前提とされている。

(c) さらに、行審法第4条は、同条柱書で「審査請求は、…当該各号に定める行政庁に対してするものとする。」とした上で、同条第1号が「処分庁等…に上級行政庁がない場合」には「当該処分庁等」が審査請求先になるとして、審査請求の際に、処分庁等に上級行政庁があるか否かをみて、審査請求先を決めることとしている。このように、同法第4条は、審査請求時の処分庁を基準に審査請求先を決めるものといえる。

(d) 以上のことからすれば、行審法は、処分時の処分庁から他の行政庁に処分権限が移転した場合には、審査請求時において処分権限を有している行政庁を処分庁と扱い、当該処分庁を基準に審査請求先を決めることとしているものと解される。

b) そして、このような理解は、行政不服審査手続上、いかなる行政庁を処分庁として審理に関与させるのが最も適切かという観点からみても妥当である。すなわち、処分後に処分権限が移転した場合、当該処分に関する資料は現に処分権限を有する行政庁が送付を受けてこれを保管することになるため、審査請求の審理との関係では、現に処分権限を有する行政庁が審理に参加することが便宜であることに加え、審査請求手続における審理過程において、自らの処分が誤りであると認識した場合に、その処分を職権で取り消すことができる行政庁こそが、処分庁として、行政不服審査手続に関与することが望ましい。

このような解釈は、行審法と同じく、争訟手続について定めた行訴法においても採用されている。すなわち、行訴法においては、処分をした行政庁から他の行政庁に処分権限が移管された場合に、権限の承継者が、応訴の上からも、取消判決の拘束力（同法第33条）との関係からも、相手方として最も適切であるとの趣旨で（乙第23号証187ページ）、取消訴訟の被告適格につき、当該処分をした行政庁ではなく、その権限を承継した行政庁を基準に被告となる行政主体が定まる旨規定しているところである（同法第11条第1項）。

ウ まとめ

以上のとおり、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。

4 貴委員会から指摘のあった審査申出人の各主張に対する相手方の見解

- (1) 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基準等について」（港管第 2159 号・建設省河政発第 57 号平成 6 年 9 月 30 日）において、行政手続法第 5 条の適用を受ける処分として公有水面埋立承認を挙げておらず、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との主張について

同通達（以下、この項目において「平成 6 年通達」という。）は、当時、行政手続法が施行されることを踏まえ、適切に審査基準が定められるよう、各処分について、それまでに発出された関係する通達を整理して示したものである。

また、平成 6 年通達の作成当時は、埋立承認がいわゆる行政処分であるかどうかについての見解が確定しておらず、審査申出人が挙げる平成 6 年通達の記載は、埋立承認に対する行政手続法の適用の有無について確定的な判断を示したものではない。

すなわち、平成 6 年通達は、あくまで行政手続法の施行に伴って定めることとなり得る審査基準とそれまでの通達の関係性を示すものであり、埋立承認に行政手続法が適用されるか否かについて確定的な見解を示す趣旨で作成したものではない。

これに対し、現在においては、埋立承認の法的性質が、国に埋立てをなし得る法的地位・利益を付与する行政処分であることが前件平成 28 年最高裁判決で確定している。埋立承認が埋立てをなし得る法的地位・利益を与える行政処分である以上、それが一般私人と同様の立場で受けたものであって、「固有の資格」で受けたものではないことは、前記のとおり明らかである。

このように、平成 6 年通達は、埋立承認に行政手続法が適用されるか否かについて確定的な見解を示すことを目的として作成したものではない上、当時がいかなる前提であったにせよ、前件平成 28 年最高裁判決で確定した埋立承認の法的性質を覆す根拠となるものではあり得ず、埋立承認が「固有の資格」で受けたものではないという結論を左右するものではない。

よって、審査申出人の上記主張には理由がない。

- (2) 公有水面埋立法における「承認」と「免許」の規律は相違し、「承認」は「免許」の単なる読み替え、用語変換であるとはいえないから、沖縄防衛局による公有水面埋立承認申請は、「固有の資格」に基づくものであるとの主張について

埋立法における承認と免許は監督処分等の規律が異なっているが、埋立てをなし得る法的地位・利益の付与という点において、「承認」も「免許」も、同様の法的性質を有している。そして、前件平成28年最高裁判決は、沖縄防衛局が受けた埋立法における承認が、行政処分、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ことが法律上認められているもの」に当たることを前提に判断しており、沖縄防衛局が、国民、すなわち一般私人と同様の立場で本件承認を受けたものであるといえることは明らかである。そうすると、埋立法における承認及び本件審査請求の対象である本件撤回が「固有の資格」で受けたものではないことは前件平成28年最高裁判決によって確定したものと見え、承認と免許の規律の相異を検討する意味は乏しい。

そもそも、審査申出人は、埋立法における承認が、免許の単なる読み替え、用語変換でなければ、「固有の資格」で受けたものとして、行政不服審査制度を利用することができないものと主張しているが、承認が免許の単なる読み替え等でなければ、行政不服審査制度による簡易迅速な権利利益の救済を受けられないとすべき実質的理由を明らかにしていない。上記のとおり、埋立法における承認は、埋立てをなし得る法的地位・利益の付与という点において免許と同様であって、このような法的地位・利益を簡易迅速に救済する必要性は、免許を受ける一般私人と何ら異ならないのであって、その必要性は、単なる読み替え等でないという形式的理由によって否定されるものではない。承認と免許を法的に見れば、埋立てをなし得る法的地位・利益の付与という点で何ら異ならないことからすると、かかる法的地位・利益を簡易迅速に救済する必要性も何ら異ならず、承認は「固有の資格」でなく受けたものといえる。

よって、審査申出人の上記主張には理由がない。

- (3) 本件承認が「処分」に該当すること自体は争いがなく、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いとの主張について

審査申出人の上記主張は、行審法第7条第2項における「処分」を同法第1条第2項における「処分」（いわゆる行政処分）と同じ意味でしかあり得

ないことを前提に主張しているものと解される（なお、審査申出人は、「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い」と主張するが、このうち「固有の資格」である」との部分は「固有の資格」でない」との誤記であることを前提として、以下の主張を行う。).

しかし、行審法第7条第2項における「処分」は、同法第1条第2項における「処分」と異なる、国の関与も含めた広い意味で用いられているものであり、その規定ぶりは、同じく争訟についての法律である行訴法と同じであるから、審査申出人の上記主張はその前提を誤っている。

すなわち、行審法は、争訟に関する法律であり、いわゆる行政処分としての「処分」に関する不服申立てについて定める法律である。そして、行審法と同じく、争訟に関する法律である行訴法は、その第3条第2項において、いわゆる行政処分としての「処分」を定義付けている一方で、民衆訴訟又は機関訴訟という客観訴訟の対象となるものについても「処分」という文言を用いており（同法第43条第1項及び第2項）、同じ法律でありながら、同法第3条第2項とは異なる、国の関与も含めた広い意味で「処分」という文言を用いている。

このように、行審法第7条第2項における「処分」が国の関与も含めた広い意味であると解すると、国の関与のように「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」ではないものについては、国民の権利利益の救済を図る（同法第1条第1項）必要がないから、同法第7条第2項が、「固有の資格」で受けたものとして同法の適用を除外したのは、同法の目的に整合する。一方で、同項における「処分」が、同法第1条第2項における「処分」と同じ意味であると解すると、国の機関等について、行政処分によりその権利利益に影響を受けているにもかかわらず、行政不服審査制度における救済手段が認められるものと認められないものがあることになり、そうであるとすれば、認められないものはなぜその救済手段が否定されるのかを当該規定の趣旨から説明する必要がある。しかし、審査申出人はその実質的根拠や理由を何ら説明しておらず、それはつまるところ、その説明ができないことを意味している。なお、国の機関等であっても、行政不服審査制度における救済を図る必要性自体が否定されないことは、同法第7条第2項が「固有の資格」で受けたものに限ってその救済を否定し、一律にその救済を否定しているわけではないことから明らかである。

このように、同項は、「国の機関・・・に対する処分」として捉え、国の機関等を相手方とする場合における「処分」が同法第1条第2項に規定するいわゆる行政処分よりも広い意味であることを念頭に置いたものとする方が、

同法の趣旨・目的に適う理解ができるのであって、同法第7条第2項における「処分」を同法第1条第2項における「処分」と同じ意味であることを前提とした審査申出人の上記主張には理由がない。

- (4) 国交大臣による本件関与は、中立的で公正な判断者としての地位を放棄し、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って、審査庁としての立場を著しく濫用したものであるとの主張について
- ア 相手方が審査庁として判断することは行審法が当然に予定するものであること

本件撤回が地方自治法第255条の2第1項第1号の「都道府県知事その他の都道府県の執行機関の処分」に該当し、本件審査請求及び本件執行停止申立て（以下、これらを総称して「本件審査請求等」という。）につき裁決及び決定をする権限を有する機関は、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ことは、前記3(3)で詳述したとおりである。行審法は、行政権内における不服申立ての制度であるところ、行政機関が申請等に対する判断や処分を行うなどの行政権の行使に際しては、一般に、申請者や処分を受ける者などの属性や行政機関との関係等によって判断主体を変更することとはされておらず、行政の責任主体において判断されるものであって、行政事件訴訟における裁判官の除斥、忌避及び回避のような制度（行訴法第7条、民事訴訟法（平成8年法律第109号）第23条、第24条等）は設けられていない。行政権行使の主体は、法令に従って行政運営を行うものとして中立公正に判断することが期待されており、そのような公正性は、権利利益を侵害された者に司法救済の途が開かれるほか、長の公選制を始めとする任免の制度等によって担保されている。行審法における裁決等の決定も行政機関の行う判断としてこれらと同様であって、相手方は、埋立法を所管する大臣である以上、本件審査請求等において、審査庁としての職務から排除され、又は自発的に関与を避けることは許されていない。

したがって、埋立法の所管大臣である相手方が審査庁として埋立法の処分である本件撤回について本件執行停止決定をしたことは、行審法が当然に予定するものであり、権利濫用となることはあり得ない。

- イ 相手方が内閣の一員であることが、本件執行停止決定の公正性を損なうものではないこと

閣議決定は、内閣の重要政策に関する基本的な方針として決定されるものであり（内閣法（昭和22年法律第5号）第4条第2項）、個別の処

分の法令適合性の判断を拘束するようなものではあり得ない。本件でいえば、相手方のなすべき判断は、具体的な撤回理由を基にされた本件撤回について、行審法の規定に基づき、埋立法の適用の見地から取り消されるべきかどうか、あるいは、その執行停止の要否についてであるが、執行停止の申立てを受けた埋立法の所管大臣である相手方は、沖縄防衛局の提出した執行停止申立書や審査申出人の意見を踏まえ、具体的な事実関係に照らして判断するものであり、このような個別・具体的判断は、閣議決定等から帰結されるものではない。普天間飛行場の移設が基本方針であるとしても、それが個別の法令に反して行われることはあり得ず、移設事業の一環として公有水面の埋立てが必要な場合において、その法令の適合性について所管大臣が判断する必要性が生じた場合に、これについて法令の規定に基づき判断することは当然というべきである。このことは、国務大臣が、憲法上、専ら法律を誠実に執行する義務を負っていること（憲法第73条第1号）からも明らかである。

なお、本件執行停止決定に先立ち、本件撤回を執行停止することについて閣議決定や閣議了解がされた事実はない。また、相手方が摘示する平成27年10月27日閣議了解は、沖縄県知事が同月13日付けで行った前件取消しへの対応に関するものであるところ、前件取消しは本件承認時に存在した瑕疵の存否等の問題であったのに対し（前件平成28年最高裁判決参照）、本件撤回は本件承認後に生じた事情を理由とするものであるから、本件撤回については何ら関係はない。

相手方は、本件執行停止決定に当たって、行審法上の審査庁として審理及び判断を行ったものであるから、相手方が内閣の一員であることによって、その中立性や公正性を損なうものではなく、審査申出人の主張には理由がない。

ウ 相手方が本件執行停止決定において「重大な損害を避けるために緊急の必要がある」と認めた判断は、行審法の要件に照らして適正なものであること

審査申出人は、本件執行停止決定が「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」（行審法第25条第4項）との執行停止の要件判断において、本来「損害」として考慮することができない外交及び防衛上の一般公益を「損害」として考慮しているとして、これを本件執行停止決定の権利濫用を基礎付ける事情の一つとして主張する。

しかし、本件執行停止決定は、執行停止の要件該当性の判断において、「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（沖縄防衛局：引用者注）に生じさせるものである」（甲第1号証）として、埋立てをなし得る法的地位が失われることを本件撤回により生じる「損害」として認定した上で、「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。」（甲第1号証）として、普天間飛行場周辺に居住する住民等が被る不利益や、日米関係に与える悪影響等の事情を、埋立てをなし得る法的地位が失われるという「損害」の重大性を判断する過程で勘案したものである。

行審法第25条第5項は、損害の重大性を判断するに当たっては、行訴法第25条第3項と同様に、「損害の回復の困難の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度並びに処分内容及び性質をも勘案するものとする」と規定しており、これらの規定は、処分等により執行停止の申立人に生ずる損害の重大性を判断するに当たっては、当該申立人に生ずる具体的損害の「回復の困難の程度」及び「損害の性質及び程度」を勘案するとともに、当該申立人以外の第三者の利益等にも関わる「処分の内容及び性質」をも総合的に勘案するものとしているものと解される（乙第34号証542ページ、乙第35号証433ページ）。したがって、本件執行停止決定において、普天間飛行場周辺に居住する住民等が被る不利益や、日米関係に与える悪影響等を損害の重大性を評価するにあたって勘案したことは、行審法第25条第5項に基づく適正な判断である。

(5) 本件審査請求を審査すべき行政庁は、行審法第4条第4号に基づき、沖縄県知事の補助機関となる謝花副知事の最上級庁たる沖縄県知事であるとの審査申出人の主張について

前記3(3)で詳述したとおり、本件の事実経過によると、本件撤回は、そもそも沖縄県知事の処分といえる上、本件撤回に関する謝花副知事への事務委任の終期があらかじめ平成30年10月3日までとされており、少なくとも、審査請求の段階において、本件撤回に関する処分権限を有する処分庁は審査申出人であるといえる。そうすると、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都道府県の執行機関の

処分」に該当するから、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。

よって、審査申出人の上記主張には理由がない。

5 その他の審査申出人の主張に対する相手方の見解

- (1) 本件埋立事業は条約に基づく国家間の基地提供のための事業であるから、国の機関のみが担い手となるものであって、私人が行えるものではないから、本件承認は、沖縄防衛局が「固有の資格」において受けたものであるとの主張について（審査申出書30ページないし35ページ）

前記のとおり、埋立法に基づいて国が受ける承認処分は、その埋立目的如何にかかわらず、事業の施行者としての国が適法に公有水面の埋立てを施行することができるとの法的効果が付与されるものであって、承認処分はいわゆる行政処分と解されるところ（乙第28号証368ページ参照）、行政処分とは「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から（最高裁昭和39年10月29日判決）、承認処分によって国が受ける、適法に公有水面の埋立てを行うことができるという法的地位・利益は、「国民の権利義務」と同様のものと解される。

そして、審査申出人も、このような法的地位・利益が行政訴訟における救済の対象となることについては、争っていない。

審査申出人の主張によれば、このような法的地位・利益を審査請求手続において保護する必要性が、その埋立てが条約の履行かどうかといった埋立ての目的等によって左右されることとなり、明らかに不合理である。しかも、審査申出人の主張によれば、行政事件訴訟においても保護される「国民の権利義務」と同様の法的地位・利益でありながら、それが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によって、審査請求手続による救済手段の必要性が否定されることになる根拠が何ら明らかにされておらず、不合理というほかない。

よって、審査申出人の上記主張には理由がない。

- (2) 補助金等に係る予算の適正化に関する法律（以下「補助金適正化法」という。）に基づく補助金等の交付決定や水道法に基づく水道事業経営認可の例からしても、行審法第1条第2項の「処分」に該当すれば同法第7条第2項にいう「固有の資格」に該当しないという論理は成り立ち得ないとの主張について（審査申出書37ページないし39ページ）

審査申出人の主張は最高裁判所の判決に基づくものでもなく、実務上も確定したものではないから、審査申出人は、自身の主張に沿う解釈に立てば、

相手方の主張は採り得ないと主張しているにすぎず、そのような主張は、相手方の主張に対する反論足り得ない上、自らの主張を補強するものでもない。

そもそも、本件においては、埋立法に基づく埋立承認処分やこれを撤回する処分が、「固有の資格」で受けたものであるのかどうか問題になっているのであって、補助金適正化法に基づく補助金等の交付決定や水道法に基づく水道事業経営認可が行審法第1条第2項の「処分」であるかどうかや地方公共団体がこれらを「固有の資格」において受けるものかどうか問題になっているのではないから、本件において、これらのことを議論する実益はない。

よって、審査申出人の上記主張には理由がない。

- (3) 相手方は、国の機関等が「固有の資格」において受けた都道府県知事の処分に対する国の審査請求において、執行停止決定をする権限を有していないのであるから、当該処分に対する執行停止決定は違法であり、地方自治法第245条第3号括弧書きにいう裁決等には該当しないと主張について（審査申出書58ページないし64ページ）

前記3(1)のとおり、地方自治法第245条第3号括弧書きの文言及び規定振りからすると、裁決等に関しては、一律に国地方係争処理委員会の審査対象である「国の関与」から除外されていると解される。そして、「固有の資格」の解釈を誤ったなど違法な審査請求に対する執行停止決定が「国の関与」から除外される裁決等に当たらないと解すると、国地方係争処理委員会は、審査請求手続における適法性という実体審査を常にしなければならなくなり、「国の関与」から裁決等を除外して、これを入口要件としたことと矛盾することになる。また、裁決等を「国の関与」から除外した趣旨や行審法の趣旨からしても、「固有の資格」の解釈を誤ったなど違法な審査請求に対する執行停止決定であっても、「国の関与」から除外される裁決等に該当するものと解される。

さらに、「固有の資格」の解釈を誤った審査請求は、審査請求期間（行審法第18条第1項）の徒過等を看過した審査請求と比較した場合、本来裁決等が適法にできないという点において、本質的な違いを見出すことができないから、裁決等によって審査請求人が救済された場合に、処分庁が国地方係争処理委員会における審査手続やその後の訴訟手続において、当該裁決等を争えんとすると、審査請求人に対する手続保障の関係等において、明らかに不相当である。しかも、このような手続的な違法を有する裁決等について、「国の関与」から除外される裁決等に当たらないと解するのは、国地方

係争処理委員会やその後の国の関与に関する訴えが提起された裁判所が、裁決等にこのような違法等があるかどうかを審査することを認めることとなり、地方自治法第245条第3号括弧書きが「国の関与」から裁決等を除き、裁決等については、国地方係争処理委員会や上記裁判所の権限が及ばないことを明示した趣旨に反することとなる。結局のところ、同号が国地方係争処理委員会の審査対象となる「国の関与」から裁決等を除外したのは、権利利益の救済手段として利用された制度における判断である裁決等である以上、一律に、国地方係争処理委員会ではその違法性の判断をしないこととしたものというほかない。

よって、審査申出人の上記主張には理由がない。

- (4) 本件執行停止は、相手方が中立公正な判断権者たるべき審査庁としての地位を著しく濫用した違法があるところ、国の関与の外形的行為のみに着目して国地方係争処理委員会の判断対象になるかどうかを判断するとすれば、国は、外形さえ整えれば、どのような違法な関与をしても、地方自治法上それを是正する手段がないことになり、国地方係争処理委員会の制度を構築した意義が失われるとの主張について（審査申出書64ページないし65ページ）

本件執行停止決定が審査庁の立場を濫用したことによってされたものではないことは、前記4(4)のとおりである。

また、国の関与の外形的行為にのみ着目して、国地方係争処理委員会の審査対象になるかどうかを判断したとしても、行政不服審査手続における手続的な違法や内容上の違法は、裁決等に対する取消訴訟（行訴法第3条第3項）等で是正されることが予定されているから、地方自治法上、これを是正する手段がなくても、制度上の不備があるとはいえないし、国地方係争処理委員会は、裁決等を除いた公権力の行使としての国の関与があった場合に、その違法性・妥当性を判断するものとして制度が構築されているのであるから（同法第250条の13第1項）、そのような場合においてその意義が発揮されることになり、裁決等について審査対象にならないとしても、その意義が失われるとは到底いえない。そもそも、同法第245条第3号括弧書きが明確に「国の関与」から裁決等を除いた趣旨は、行政不服審査手続が利用された場合には、権利利益の救済手段として行われる同手続における判断、すなわち、裁決等が地方自治に対して制約的に機能するよう見える場面があり得るとしても、不服申立手続における判断を優先し、その判断自体を「国の関与」とはせず、これを国地方係争処理委員会の審査対象とも、その後の国の関与に関する訴訟の審査対象ともしないことにある。また、その

ように解さなければ、「国の関与」から裁決等を除外した趣旨は全うされないものであり、審査申出人の上記主張は、同号括弧書きが明確に「国の関与」から裁決等を除いた趣旨を誤って理解するものというほかない。

よって、審査申出人の上記主張には理由がない。

- (5) 本件執行停止は、本来の審査庁である審査申出人ではなく、相手方によってされたものであるところ、このような手続上の瑕疵について、審査請求という裁定手続において審査申出人が是正を求める手段はないから、本件審査申出による是正を認めるべきであるとの主張について（審査申出書66ページ及び67ページ）

前記3(3)のとおり、本件審査請求について裁決する権限を有する審査庁は相手方であると解されるから、審査申出人の主張は、その前提を欠くものである。

また、前記3(1)のとおり、仮に、審査請求先に関する法令の解釈・適用を誤ったなど、違法な審査請求に対する執行停止決定であっても「国の関与」から除外される裁決等に該当するものと解される。

審査請求に関する法令の解釈・適用を誤った審査請求があったとしても、審査請求期間（行審法第18条第1項）の徒過等を看過した審査請求と比較した場合、本来裁決等が適法にできないという点において、本質的な違いを見出すことができない。このような手続的な違法を有する裁決等について、「国の関与」から除外される裁決等に当たらないと解するのは、国地方係争処理委員会やその後の国の関与に関する訴えが提起された裁判所が、裁決等にこのような違法等があるかどうかを審査することを認めることとなり、地方自治法第245条第3号括弧書きが「国の関与」から裁決等を除き、裁決等については、国地方係争処理委員会や上記裁判所の権限が及ばないことを明示した趣旨に反することとなる。結局のところ、同号が国地方係争処理委員会の審査対象となる「国の関与」から裁決等を除外したのは、権利利益の救済手段として利用された制度における判断である裁決等である以上、一律に、国地方係争処理委員会ではその違法性の判断をしないこととしたものというほかない。

よって、審査申出人の上記主張には理由がない。

- (6) 本件審査請求の請求人である沖縄防衛局と審査庁である相手方は、本来の審査庁である沖縄県知事における判断を違法に回避して、本件執行停止決定をしたものであって、このような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（地方自治法第245条の2）、最小限の原

則（同法第245条の3）等に照らし、国地方係争処理委員会は、このような関与が許されない旨を明らかにすべきであるとの主張について（審査申出書67ページ及び68ページ）

審査申出人は、自らが審査庁として原処分の当否を判断する機会を奪うものであるとの主張をするが、審査申出人は、一貫して、本件撤回が「固有の資格」に当たり、行政不服審査の対象とはならないことのほか、本件撤回が適法である旨を公にも述べるとともに、本件審査請求の手續においても主張しているところであり、これらは原処分の当否を判断する機会を必要とする旨の主張と矛盾しているといわざるを得ない。

また、いずれにしても、前記3(3)のとおり、審査庁に関する法令の適用について相手方の判断に誤りはなく、そもそも「濫用的な関与」とされるべき理由はない。

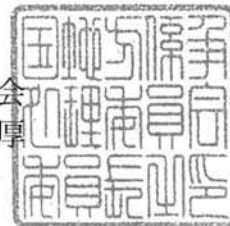
加えて、審査請求や執行停止の申立てを受けなければ、裁決や執行停止決定等のいわゆる「裁定的関与」はなし得ないところ、そもそも裁定的関与が「濫用的」などということがいかなる場合に観念することができるのか疑問といわざるを得ないし、また、「濫用的」との評価がされたことによって本来「国の関与」から除かれるものが「国の関与」に該当することとなる根拠も不明である。特に、「濫用的」などとの主張は、もはや実体的な評価に及んでいるのであって、そのような評価をすることができる権限が、国地方係争処理委員会や裁判所に与えられていないことは、既に述べたことからして当然といえる。

よって、審査申出人の上記主張には理由がない。

以上

平成30年12月17日

沖縄県知事 玉城 康裕 殿

国地方係争処理委員会
委員長 富越 和厚

貴職が当委員会に提出した、平成30年11月29日付け審査申出書に関し、下記の点について、本書面到達の日から10日以内に書面で回答するよう求めます。

記

貴職は、審査申出書中の「審査申出の理由」のうち「第2章 本件関与が違法であること」の「第1節」において、沖縄防衛局長は「固有の資格」において公有水面埋立事業の承認処分及び承認取消処分の名宛人となったものであるなどと主張し、「第2節」において、国土交通大臣は中立的第三者たるべき審査庁たりえないなどと主張し、さらに「第3節」においては、そもそも国土交通大臣は上記承認取消処分についての審査請求の審査庁たりえないなどと主張している。

また、「第4章 本件関与は国地方係争処理委員会の審査の対象であること」において、「沖縄防衛局長が平成30年10月13日付け執行停止申立書（沖防第5116号）により申し立てた執行停止申立てについて平成30年10月30日付けで国土交通大臣が行った執行停止決定」が、地方自治法第245条第3号括弧書において、同条にいう「関与」から除外されている「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」には該当せず、同法第250条の13による審査の対象となる「国の関与」に該当し、当委員会の審査の対象となるなどと主張している。

上記主張に関し、以下の点を含め、補充すべき点があれば明らかにされたい。

- ・ 「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基準等について」（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（法第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」との点
- ・ 「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「免許」の規律は相違するもので、「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るから、「承認」は「免許」の単なる読替、用語変換であるということはできず、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」との点

- ・ 「本件承認取消処分が「処分」に該当すること自体は争いがな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」との点
- ・ 「国土交通大臣による本件関与は、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」を理由になしたものであり、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」との点
- ・ 「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」との点

平成 30 年 12 月 27 日

上 申 書

国地方係争処理委員会

委員長 富越 和厚 殿

審査申出人 沖縄県知事 玉 城 康 裕



審査申出人代理人 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

平成 30 年 12 月 17 日付け貴委員会からの「審査申出の理由」について「補充すべき点があれば明らかにされたい」との求めについては、審査申出書の記載に不備などがあるとは考えておりませんので、現時点において補充すべき点はありません。

ただし、相手方から審査申出書に対する反論などの文書が貴委員会に提出されることがあれば、相手方の主張に対する反論の機会を与えていただきたく、お願いいたします。

以 上

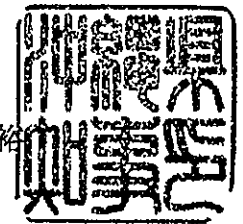
平成 31 年 1 月 18 日

意 見 書

国地方係争処理委員会

委員長 富 越 和 厚 殿

審査申出人 沖縄県知事 玉 城 康 裕



審査申出人代理人 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

平成 30 年 12 月 27 日付け国水政第 61 号における相手方の主張について、
別紙のとおり、意見を述べます。

意見書の別紙

目次

第1	相手方の主張(1)について.....	3
1	相手方の主張の要旨（回答書5頁以下）.....	3
2	関与該当性の問題と審理範囲の区別について.....	4
3	審理範囲の点について.....	6
4	相手方の主張を踏まえても、形式的に裁決等の形をとれば関与に関する規制を免れ得ると判断すべき理由はないこと.....	9
	(1) 地自法245条3号括弧書き及び行審法の趣旨について.....	9
	(2) 裁決等の該当性が入口要件であること、不服申立ての要件について.....	11
第2	相手方の主張(2)について.....	13
1	公有水面埋立て承認は「固有の資格」で処分の名宛人となること..	13
	(1) 行政不服審査制度の制度趣旨.....	13
	(2) 行審法7条2項の趣旨.....	15
	(3) 「固有の資格」の意義と判断基準.....	18
	(4) 国の機関は「固有の資格」において公有水面埋立て承認に係る処分の名宛人となること.....	19
2	相手方の主張の不合理性.....	21
	(1) 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ことの不合理性..	21
	(2) 「承認」に係る処分の名宛人が国の機関に限定されていることにつ	

て実質的な反論はないこと	29
第3 相手方の主張(3)について.....	31
1 審査請求にあたっての処分庁は審査申出人であるとの相手方の主張	31
2 本件撤回をなした者は誰か	31
3 処分庁を判断すべき時点	33
(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	33
(2) 地自法 255 条の 2 の趣旨との関係.....	34
(3) 行審法の各規定との関係	37

第1 相手方の主張(1)について

1 相手方の主張の要旨（回答書5頁以下）

相手方は、平成30年12月17日付け国水政第61号（以下「回答書」という。）の5頁以下において、国の関与に関する訴えは客観訴訟であることから、「国の関与」の解釈は、文言を重視した厳密な解釈がなされるべきであるとした上で（回答書5～6頁）、地自法245条3号括弧書きは審査請求人の権利利益を救済するために裁決等を「国の関与」から除いていること（同7～8頁）、行審法は処分庁が審査庁の行った裁決等を争うことを認めておらず、認めることは行審法の趣旨に反することであるとして（同8～9頁）、執行停止決定についてもこのような地自法245条3号括弧書きや行審法の趣旨が妥当するため、国の関与から除外される裁決等に該当するとする（同9～10頁）。

そして、条文の文言上、裁決等は、一律に「国の関与」から除外されており、特に違法なものか否かによって区別されるような規定になっていないこと（同10頁）、執行停止決定が違法であることを理由に執行停止決定を裁決等でないと判断することは、裁決等の該当性が入口要件であることと矛盾するので、「国の関与」該当性は、裁決等の違法性とは離れて判断されなければならないこと（同10～11頁）、裁決等を「国の関与」から除外した趣旨（同11頁）、処分庁が裁決等の適否を争うことが行審法の趣旨に反すること（同11～13頁）、不服申立ての要件について解釈を誤った裁決等が「国の関与」に当たるとすると、国の関与に関する訴えを審理する裁判所が常に裁決等の違法性を判断しなければならないこと（同13～14頁）から、行審法に基づく執行停

止決定であれば、一律に「国の関与」から除外されていると解釈すべきであるとする。

しかし、少なくとも、「固有の資格」において処分の名宛人となっている国が審査請求を行い、これに対して国の機関が執行停止決定を行う形で「関与」を行った事案に関しては、以上の主張は明確に誤りである。

2 関与該当性の問題と審理範囲の区別について

相手方は、国の関与に関する訴えは客観訴訟であることから、厳格に条文解釈すべきであるとした上で（同5～6頁）、地自法上、「国の関与」や「裁決等」について違法な裁決等を「拡張的に解釈」することは相当でないという趣旨の主張を行っている。

しかし、条文の文理解釈から相手方の主張は導けない。

この点、前提として、純粹に条文解釈として、地自法 245 条 3 号の「裁決等」に固有の資格を看過してなされた裁決等が含まれるか否か（「国の関与」該当性の問題）と、これに対して国地方係争処理委員会ないし裁判所が審理できるかという審理範囲の問題は、論理的には区別される。

平成 27 年審査申出案件（沖縄防衛局長がした執行停止申立てにつき平成 27 年 10 月 27 日付けで国土交通大臣がした執行停止決定に係る審査申出）における前回国地方係争処理委員会が、「ある者が「固有の資格」において処分を受けた場合には、当該審査請求の手続における執行停止決定は、同号括弧書に該当しないとも考えられる。」とした上で、「固有の資格」に該当せず審査請求が可能であるとした審査庁の当該判断が、一見明白に不合理である場合には、その限りではなく、当該判断が一見明白に不合理であるかどうかを国地方係争処理委員会が審理することは

排除されていない」と国地方係争処理委員会の審理範囲について言及し、「一見明白に不合理な上記判断に依拠してなされた執行停止決定は、国地方係争処理委員会の審査の対象となる国の関与に該当すると解するのが相当である。」と結論付けているとおりである。

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。」と規定しており、国が固有の資格において処分の相手方となった場合には、行審法はそもそも適用されない。

したがって、国地方係争処理委員会や裁判所の審理範囲と区別された形式的な条文解釈としては、地自法245条3号括弧書きの「裁決等」の中に、固有の資格において処分の相手方となった処分に関してなされた審査請求等に対する裁決等が含まれないことは、疑いようがない。

このような「裁決等」の解釈は、「拡張的に解釈」したものでない。

形式的に厳格に条文解釈すれば、当然にそのような結論になるのであって、前回国地方係争処理委員会が、「ある者が「固有の資格」において処分を受けた場合には、上述のように、当該処分に対しては行政不服審査法による審査請求はできないものと解されるため、その者が審査請求をしたとしても、当該事案は、本来、行政不服審査制度の対象にならないものである」ことを根拠に挙げて、「当該審査請求の手續における執行停止決定は、同号括弧書に該当しないとも考えられる。」と判断しているのは、このような形式的な条文解釈を踏まえたものである。

以上から、厳格に条文解釈すべきであるとか、地自法に例外を許容す

る規定がないという点の相手方の主張に理由がないことは明白である。

地自法ではなく、行審法が「固有の資格」については、そもそも行審法の適用を除外しているのであって、形式的な条文解釈としては、固有の資格を看過してなされた裁決等が地自法の「裁決等」に含まれる余地はないからである。

問題は、国地方係争処理委員会や裁判所が、「固有の資格」について、審査庁の判断と異なる判断をすることが許容されるか否か、という、これらの機関の審理範囲の点に尽きている。

3 審理範囲の点について

国地方係争処理委員会や裁判所が、固有の資格該当性に関して、審査庁の判断と異なる判断を行うことが一切許容されない、と解釈することは、地自法の条文上、国地方係争処理委員会や裁判所の審理範囲を限定する規定はない上、実質的に見たとしても、地自法 245 条 3 号の趣旨に照らして、ありえない。

審査申出書において述べたことと重複するため、簡略に述べるが、憲法は地方自治の本旨を保障しているところ、いわゆる地方分権改革により国と地方公共団体の関係は対等化され、国の関与に関するルールを定め、関与の適法性を担保することにより、かかる憲法の趣旨は実現されることになった。

地自法 245 条 3 号括弧書きや、地自法 255 条の 2 の規定は、このような地方自治の本旨との関係で重大な疑義がある規定であるが、審査請求人の権利利益の簡易迅速かつ公正な手続による救済を図るために、かろうじて存置が許容されたものである。

ところが、処分の相手方となった国が審査請求をし、国の機関が裁決等を行う場合、かかる裁決等は、国の機関が私人の審査請求に対して受動的に行うものではなく、能動的に行う関与以外の何物でもないから、このような関与を統制する必要性は、極めて高い。

そして、この場合に、国が固有の資格において相手方となったものであれば、審査請求人たる国は、行審法の適用が除外される結果、行審法及び地自法 255 条の 2、245 条 3 号括弧書きにより簡易迅速かつ公正な手続による救済を得ることがそもそも許されない。

言い換えれば、地方自治の本旨と抵触するにもかかわらず、地自法 255 条の 2 により審査請求を認め、245 条 3 号括弧書きにより関与規制の適用を除外するための対立利益が国に存在しないことになる。

このような場合に、固有の資格についての審理が一切及ばないと解釈することは、国が自ら審査請求を行い、これに対して形式的に国の機関によって行われる「裁決等」、つまり、関与者たる国自身が、能動的、一方的に被関与者たる地方公共団体に対して示す法解釈に国地方係争処理委員会や裁判所を拘束せしめ、実際には、地自法 245 条 3 号括弧書きに該当していない可能性があり、したがって、違法な関与がなされている可能性があっても、それを常に等閑視することを意味する。

この点、固有の資格に立ちえず、関与者にもなりえない、したがって、関与を巡る紛争に当事者として参加し、手続保障を受けることもできない私人が不適法な審査請求をし、これに対して不適法な裁決等がなされた場合に、当該私人に、関与を巡る紛争に巻き込まれない利益までを認め、裁決等が違法であるとしても、国地方係争処理委員会や裁判所が関与の適法性を審理することはできない、という解釈が成り立つ余地はあ

りえなくはないかもしれない。

しかし、国は、そもそも、固有の資格外でなければ、行政不服審査法の適用を受けられず、審査請求により救済を求める利益を持たない上、自ら関与をなす主体であり、関与を巡る紛争に当事者として参加する者であって、私人とは全く利益状況が異なるし、審査請求人も国なのであるから、他の私人も手続に現れない。

地自法は、地方自治の本旨に基づいて、かつ、国と地方公共団体と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（同法2条12項）、固有の資格の解釈が争われる場合に、国に、関与を巡る紛争に巻き込まれない利益までをも認め、関与者たる国が能動的、一方的に示す法解釈に、国地方係争処理委員会や裁判所の審理を一切免れしむる効力を付与する解釈は、凡そ地自法の規定の解釈としてありえない。

前回国地方係争処理委員会が、「行政不服審査制度が目的としている国民の権利利益の救済を考慮した地方自治法第245条第3号括弧書の趣旨は必ずしも妥当しないこと」を根拠として挙げて、「当該審査請求の手続における執行停止決定は、同号括弧書に該当しないとも考えられる。」としているのは、かかる趣旨と理解される（ただし、前回国地方係争処理委員会は、国地方係争処理委員会の審理範囲を、審査庁の判断が一見明白に不合理な限りに限定しており、この点は、不当である）。

4 相手方の主張を踏まえても、形式的に裁決等の形をとれば関与に関する規制を免れ得ると判断すべき理由はないこと

(1) 地自法 245 条 3 号括弧書き及び行審法の趣旨について

相手方は、地自法 245 条 3 号括弧書きは審査請求人の権利利益を救済するために裁決等を「国の関与」から除いていること(同 7～8 頁)、行審法は処分庁が審査庁の行った裁決等を争うことを認めておらず、認めることは行審法の趣旨に反すること(同 8～9 頁)から、執行停止決定が裁決等に該当し、また、かかる地自法の解釈は一律になされなければならない(同 11～13 頁)とも主張する。

しかし、前者については、相手方が回答書 7 頁以下で縷々引用している地自法 245 条 3 号括弧書きの趣旨は、国が「固有の資格」において処分の相手方となっている場合、一切妥当しないのだから、全く理由になっていない。すなわち、そのような場合、国には、行審法は適用されないから、そもそも、その権利利益の救済を問題にする余地はないし、審査請求人である国と無関係な手続(国地方係争処理委員会による審理や国の関与に係る訴え)により司法判断が行われることになり、手続保障に欠けることにもならない。

後者についても、行審法を相手方主張の解釈に理解することはできず、理由がない。

相手方引用の最高裁昭和 49 年 5 月 30 日判決民集 28 卷 4 号 594 頁は(乙 25)、国民健康保険の被保険者が、自己のした保険給付に関する処分等を取消した国民健康保険審査会の裁決に対して取消訴訟を提起する原告適格を有しないと判断したものであるが、その理由は、保険者のした保険給付等に関する処分の審査に関するかぎり、審査会と

保険者とは、一般的な上級行政庁とその指揮監督に服する下級行政庁の場合と同様の関係に立ち、右処分の適否については審査会の裁決に優越的効力が認められ、保険者はこれによって拘束されるべきことが制度上予定されているものとみるべきという点にあった。

相手方の主張に拠るなら、そもそも関与に係る訴えの法的性質は機関訴訟であって抗告訴訟ではないから、同判決のように原告適格は問題となりえないし、また、同最判の事案と異なり、国と地方公共団体は上級下級の関係にはなく、独立対等な国と地方公共団体間における「関与」の適法性が争われているのであるから、本件に射程が及ばないことは明らかである。

行審法の手続き上は、審査庁の判断が処分庁の判断に優越しているとしても、地方自治の本旨の観点から重大な疑義があるにもかかわらず、国と地方公共団体間において国の機関に対する審査請求を許し、また、裁決等を関与規制から免れさせているのは、あくまで審査請求人の権利利益の保護のためであるところ、国が固有の資格において処分の相手方となっている場合には、かかる制度の趣旨が妥当しないのだから、審査庁の判断を処分庁の判断に常に優越させるべき理由がない。

そもそも、行審法が、処分庁が審査庁の行った裁決等を抗告訴訟の形で争うことを否定していると解釈できるかすら疑義があるが（塩野宏『行政法Ⅲ〔第四版〕行政組織法』252頁、同書引用の文献参照）、それを置いても、本件で問題となっているのは、国が審査請求し、国の機関が裁決等を行うという形でなされる裁定的「関与」の効力如何であるところ、行審法が審査庁の行った裁決等が「関与」にあたる場

合に、「関与」の効力を争うことまでも否定する趣旨であることは、行
審法の規定からは読み取れず、相手方の主張に理由はない。

(2) 裁決等の該当性が入口要件であること、不服申立ての要件について

相手方は、執行停止決定が違法であることを理由に執行停止決定を
裁決等でないと判断することは、裁決等の該当性が入口要件であるこ
とと矛盾するので、「国の関与」該当性は、裁決等の違法性とは離れて
判断されなければならない（同 10～11 頁）、不服申立ての要件につ
いて解釈を誤った裁決等が「国の関与」に当たるとすると、国の関与に
関する訴えを審理する裁判所が常に裁決等の違法性を判断しなければ
ならなくなり不合理である（同 13～14 頁）などとも主張する。

しかし、前者については、「入口要件」という用語自体、独自の用語
であって、どのような法概念なのか不明確であり、かかる不明確な法
概念と矛盾することを論拠とする主張には理由がない。

なお、入口要件とは、（関与に係る訴えにおける）訴訟要件と同義と
いう趣旨と理解しても、一般論として、訴訟要件は本案判決の要件で
あり、口頭弁論終結時に充足していることを要する要件であるとされ
るが、本案審理の要件、あるいは訴訟法律関係の要件ではなく、本案
審理と並行して審理が行われる（兼子一他『条解民事訴訟法』722 頁）。
訴訟要件と本案要件は、訴えの利益等、内容において重複するものも
あるが、それ故に訴訟要件の存在を否定すべきと解釈されることもな
い。

訴訟要件は、その存在理由は多種多様であり、その解釈問題の解決
にあたっては、個別的解決がはからなければならない（兼子一他『条
解民事訴訟法』724～725 頁）。

「国の関与」、特に裁決等の訴訟要件の存在意義は、独立対等な関係にある国と地方公共団体間の関与の適法性に関する国地方係争処理委員会や裁判所の判断を除外することにより、審査請求人の簡易迅速かつ公正な手続きによる救済を求める権利利益を救済するという点にある。

しかし、上記のとおり、形式的な条文解釈として、裁決等に、固有の資格を看過した裁決等が含まれることはありえず、「国の関与」該当性（「裁決等」、「固有の資格」該当性）に国地方係争処理委員会や裁判所の審理を及ぼすことは、地方自治の保障の観点から極めて重要である一方、国に、関与を巡る紛争それ自体を回避できる利益まで保障されているとは考え難い。

「固有の資格」該当性の審理と、裁決等の違法性の審理に重複するところがあるとしても、それ故に（せいぜい、訴訟経済故にということになるか）、「固有の資格」に係る審査が一切できないという解釈は、到底執り得ない。

また、後者の点（不服申立ての要件について解釈を誤った裁決等が「国の関与」に当たるとすると、国の関与に関する訴えを審理する裁判所が常に裁決等の違法性を判断しなければならなくなり不合理である（同 13～14 頁）との主張）についても、少なくとも、固有の資格が問題となる場合には国地方係争処理委員会や裁判所の審理が及ぶと解釈すべきである。

この点、審査申出人は、私人が不適法な審査請求を行い、これに対して、不適法な裁決等が行われた場面について、何らか主張を行うものではない。

第2 相手方の主張(2)について

1 公有水面埋立て承認は「固有の資格」で処分の名宛人となること

(1) 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。

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。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。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、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。

「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）ことになる。

(2) 行審法7条2項の趣旨

ア 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。

イ 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。

ウ 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おり、行審法の1条2項以後の規定において「処分」という文言を用いる場合には、同法1条2項に示された定義が及ぶことになる。

そして行審法2条は「行政庁の処分に不服がある者は、第4条及び第5条第2項の定めるところにより、審査請求をすることができる。」と定め、同法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。」と定めているの

であるから、同法7条2項は、国の機関等が名宛人となる行政処分について、国の機関等が「固有の資格」において処分の名宛人となる場合を行政不服審査の対象から除外することを定めたものであり、先に引用したとおり、「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)ということになる。

相手方は、平成27年審査申出案件について平成27年12月15日付けで相手方が国地方係争処理委員会に提出した国水政第62号(以下「平成27年国水政62号」という。)において、平成26年改正前の行政不服審査法(以下「旧行審法」という。)57条4項にいう「固有の資格」の意義について、「行政不服審査法は、公共団体が、その本来の資格で行政処分を受けた場合には、行政不服審査の対象としないが、例外的に公共団体が、一般私人と同様な立場で行政処分を受けた場合には、その対象とすることを明確にするため、公共団体に対する処分で、当該公共団体がその『固有の資格』において処分の相手方となるものについては、適用しないと定めたと解すべきである」(2頁)、『固有の資格』という文言は、行政不服審査法において、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」(4頁)であると主張していた。また、相手方は、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取消請求事件(以下「平成28年関与取消訴訟」という。)答弁書においても、同様に、「『固有の資

格』という文言は、行政不服審査法において、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」(30頁)、
『固有の資格』とは、一般私人と同様な立場で行政処分を受けたのではない場合」(30頁)と主張していた。

エ なお、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、行審法7条2項にいう「固有の資格」と同義と解されているが、行手法4条1項の「固有の資格」については、「当該『許可』『認可』等がそもそも処分に該当するのか、『内部的行為』にとどまるのかは解釈問題であるが、処分に該当する場合に本法第2章及び第3章の規定を排除するのが、本項の意義である」(高木光ほか編『条解行政手続法(第2版)』〔須田守〕134頁)、「国の機関等に対する様々な決定の処分性を否定することは困難であり、法4条1項はこれらの処分が適用除外になることを明らかにする点において固有の意味を有している」(高橋滋『行政手続法』170頁)とされている。」

(3) 「固有の資格」の意義と判断基準

ア 行審法7条2項にいう「固有の資格」とは、旧行審法57条4項や行手法4条1項の「固有の資格」と同義であり(宇賀克也『行政法概説Ⅱ(第6版)』40頁)、「一般私人が立ちえないよう立場」(田中真次=加藤泰守『行政不服審査法解説』214頁)を意味するものである。

イ 「固有の資格」への該当性について、「処分の相手方が国の機関等に限定されているケースは、『一般私人が立ちえない立場』に該当することは明らかであり、『固有の資格』に当たるものと考えられる」(一

般社団法人行政管理センター編『逐条解説行政不服審査法 新政省令対応版』67頁)とされる。もっとも、その判断は実質的になされるものであり、処分の名宛人が国の機関等に限定されていても、そのような規定が単なる用語変換を行っているに過ぎず、実質的には国の機関等が私人と同様な立場に立つと解される場合には、「固有の資格」に該当しないものとされる(一般社団法人行政管理センター編『逐条解説行政不服審査法 新政省令対応版』67頁)。

相手方も、平成 27 年国水政 63 号において、「固有の資格」に該当する場合について、「典型的には、①処分の名宛人が国の機関等に限られている場合(ただし、国の機関等が名宛人となる処分に設けられた特例が、一般私人が名宛人となる処分の単なる用語変換にすぎない場合を除く。)や、②処分の名宛人に係る事務・事業について国の機関等が自らの責務として処理すべきこととされている又は原則的な担い手として予定されている場合がこれに該当すると考えられる。」(4頁)としていた(平成 28 年関与取消訴訟答弁書の 31 頁においても同様の主張がなされている。)

(4) 国の機関は「固有の資格」において公有水面埋立て承認に係る処分の名宛人となること

ア 「一般的には、公共団体に対する行政権の行使については、行政不服審査の対象とならない」(平成 28 年関与取消訴訟答弁書・27頁)、「例外的に公共団体が、一般私人と同様な立場で行政処分を受けた場合には、その対象とすることを明確にするために、公共団体に対する処分で、当該公共団体がその『固有の資格』において処分の相手方になるものについては、適用しないと定めた」(同 28 頁)

ものであり、「固有の資格」に該当する典型的な場合は、「処分の名宛人が国の機関等に限定されている場合（ただし、国の機関等が名宛人となる処分に設けられた特例が、一般私人が名宛人となる処分の単なる用語変換に過ぎない場合を除く。）」（同 31 頁）である。

イ 公有水面埋立法は、事業者が国の機関である場合には「承認」を必要とし、国以外が事業者の場合には「免許」を必要としているものであるから、「承認」処分の名宛人となり得るのは国の機関のみであり、一般私人は「承認」処分の名宛人の立場に立つことはできず、「承認」処分の名宛人は国の機関に限定をされているものである。

ウ そして、審査申出書の「審査申出の理由」の第 2 章第 4（19～29 頁）で詳述したとおり、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って、公用廃止＝所有権の取得の仕組みはまったく異なり（国は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単独でなしうる）、監督処分等の規制が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）ものである。

そのため、国の機関が「承認」によって取得する権利の帰属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利には融通性が認められないものとされている。すなわち、公有水面埋立ての承認処分によって設定される権利ないし法的地位の主体となりうるのは国のみであり、国以外的人格は、公有水面埋立ての「承認」処分により設定される権利ないし法的地位の主体の立場に立つこと

はできないものである。

「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。

エ 以上のとおり、公有水面埋立て「承認」に係る処分について、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。

2 相手方の主張の不合理性

(1) 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ことの不合理性

ア 相手方は、「行審法1条2項所定のいわゆる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はない」（回答書20頁）と主張している。

しかし、この主張は、相手方が、『固有の資格』という文言は、行政不服審査法において、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」（平成27年国水政62号4頁等）とくり返し主張していたこととはおよそ相容れない、完全に矛盾した主張であり、その不合理性は明らかである。

イ 相手方は、行審法7条2項について、回答書において、『固有の資格』において受ける『処分』（同項）は、いわゆる行政処分としての『処分』（同法第1条第2項）以外のものを含むものとして理解されることとなる」（20頁）として、「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」と主張している。

しかし、前述したとおり、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「〇〇」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。

ウ 相手方は、回答書18～19頁において、①「特定人の権利利益の救済を目的とする主観争訟を制度として採用している反面、客観争訟としていかなる者が争訟を提起し得るかについての規定等を置いておらず、一般公共の利益の保護を目的とする客観争訟を制度として採用していない。小早川光郎教授も、行政不服審査制度について、『客観争訟として制度を構成するのであれば、いかなる者が争訟を提起しうるかについての規定を置くのが自然であるところ、本法においてはそのような規定は置かれておらず、自己の権利利益の保護を求める者に不服申立権（争訟提起権能）を認める主観争訟の制度であることが前提にされていると考えられる。いずれにしても、従来から一般に、行政不服審査を主観争訟と解することについては、少なくとも強い異論は見られない』と述べているところである（乙第29号証7ページ）。」とした上で、「したがって」という接続詞により、②『『固有の資格』として相手方となったものについて行審法を適用しないというのは、行政不服審査手続において客観争訟を制度として採用しないことを明らかにしたもの』と主張している。

上記①として示した部分については一般的な理解である。しかし、①から②を導く理由は示されていないのであり、①と②は、「したがって」で結ばれる論理関係にはない。なお、ここに引用された小早川光郎教授による記述は、行審法7条2項に関する記述ですらない。

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¹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。

また、「『固有の資格』として相手方となったものについて行審法を適用しないというのは、行政不服審査手続において客観争訟を制度として採用しないことを明らかにしたもの」という主張は、行審

¹ 「固有の資格」は、不服申立適格の問題ではなく、一般的資格(訴訟における当事者能力に相当する。)の問題である。

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。相手方の主張によるならば、行審法2条の「処分」の該当性判断のほかに同法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）が論理的に異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り、相手方の「固有の資格」に関する主張の不合理性は明らかである。

エ 相手方は、「行審法は権利利益の救済を目的とするものであるから（同法第1条第1項）、同法の適用が除外される『固有の資格』において受けたものとは、権利利益を制約する処分ではないためにこれを救済する必要のないものをいうと解される」（回答書17頁）と主張している。

しかし、先に述べたとおり、「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。

行審法や行手法は、「国民の権利利益」の保護・救済を目的として、一般私人を念頭において規律をしているものであり、行審法や行手法が適用をされないということは、一般私人を念頭においた規律を適用することが適切でないことを意味するにとどまる。

相手方の主張の不合理性は、行審法1条2項及び同法8条からも明らかというべきである。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ものである。

また、「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。そこで、地方自治法は、『行政運営における公正の確保と透明性…の向上（行政手続法1条1項）が、国と地方公共団体との間においても妥当する普遍性を有する理念であることに照らして、行政手続法に範をとり、地方公共団体に対する国の関与手続について規定するとともに（地方自治法245条以下）、国の地方公共団体に関する関与について国地方係争処理委員会への審査の申出（同法250条の13）、都道府県の市町村に対する関与について審査の申出があった場合の自治紛争処理委員による審査手続（同法251条の3）について規定している」（宇賀克也『行政法概説Ⅱ（第6版）』41頁）ものである。

* 相手方は、平成 28 年関与取消訴訟の被告第 1 準備書面では、「固有の資格」について、「服従すべき行政主体が命令する行政主体に対して適正手続及び行政救済の保障を求めること自体が当該行政目的ないし公益を阻害する行為として許されない関係」（5 頁）であるとして、上記ウ及びエに引用した内容とは異なる主張をしていたが、このような主張の変遷自体が不合理極まりないものというべきである。

なお、「固有の資格」に該当する場合に、「適正手続及び行政救済の保障を求めること自体が当該行政目的ないし公益を阻害する行為として許されない」とすることは、誤りである。「固有の資格」に該当しない場合には、一般私人を念頭においた行手法や行審法の対象となり、他方で、「固有の資格」に該当する場合には、地自法 245 条以下の関与制度の対象となるものとして、「固有の資格」という概念によって、一般私人を念頭に置いた制度と国・公共団体の関係における制度に振り分けられ、「行政運営における公正の確保と透明性…の向上」（行政手続法 1 条 1 項）という普遍的理念の実現についての役割分担がなされているものである。

オ 相手方は、回答書 36 頁以下において、「補助金等に係る予算の適正化に関する法律（以下『補助金適正化法』という。）に基づく補助金等の交付決定や水道法に基づく水道事業経営認可の例からしても、行審法第 1 条第 2 項の『処分』に該当すれば同法第 7 条第 2 項にいう『固有の資格』に該当しないという論理は成り立ち得ないとの主張について（審査申出書 37 ページないし 39 ページ）」と題して、審査申出人の主張には理由がないと主張している。

相手方は、「審査申出人の主張は最高裁判所の判決に基づくものでもなく、実務上も確立したものではないから、審査申出人は、自身の主張に沿う解釈に立てば、相手方の主張を採り得ないと主張しているにすぎず、そのような主張は、相手方の主張に対する反論足り得ない上、自らの主張を補強するものでもない」と主張するが、具体的な内容は皆無である。最高裁判所判決がなければ論拠にならないとすることに理由がないことは明らかである。

また、相手方は、「そもそも、本件においては、埋立法に基づく埋立承認処分やこれを撤回する処分が、『固有の資格』で受けたものかどうかの問題になっているのであって、補助金適正化法に基づく補助金等の交付決定や水道法に基づく補助金等の交付決定や水道法に基づく水道事業経営認可が行審法第1条第2項の『処分』であるかどうかや地方公共団体がこれらを『固有の資格』において受けるものかどうかの問題になっているのではないから、本件において、これらのことを議論する必要はない」として、一切、具体的な反論をしない。審査申出人は、行政不服審査法7条2項の解釈について、同法1条2項にいう「処分」に該当すると解された上で、同法7条2項にいう「固有の資格」に該当性が検討されている個別法の処分の例があるならば、「行審法第1条第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する余地がない」（回答書17頁）との相手方の主張は成り立ちえないということを指摘し、その例として、水道法に係る処分等を挙げているものであり、「本件において、これらのことを議論する必要はない」ということにはならない。相手方が、水道法に基づく処分等について審査申

出人の主張に対して、なんら具体的な反論をしていないが、それは具体的な反論ができないことを示しているものに他ならない。

なお、平成 27 年審査申出案件においては、相手方において水道法に係る主張をしていた（平成 27 年国水政 62 号 14～15 頁、平成 27 年国水政 63 号 7～9 頁）。そして、平成 27 年国水政 63 号の 8 頁においては、「認可及びその取消し(同法 35 条)という行政処分」について、「一般私人と同様な立場で処分を受けるものとはいえない。したがって、上記認可等については、地方公共団体は固有の資格において受けるものといえる」として、地方公共団体が行政処分について固有の資格において名宛人となる例として挙げられていたものである。

(2) 「承認」に係る処分の名宛人が国の機関に限定されていることについて実質的な反論はないこと

審査申出人は、「承認」に係る処分の名宛人が国の機関に限定しているのみならず、実質的に判断をしても「承認」は「免許」の単なる用語変換ではないことについて、審査申出書の「審査申出の理由」の第 4（19～29 頁）において詳述した。

これに対し、相手方は、回答書の 31 頁において、平成 28 年最高裁判決が「承認」が処分に該当すると判断していることから「承認」と「免許」の規律の相違を検討する意味は乏しいとし、また、「単なる読替え等でないという形式的理由によって否定されるものではない」というだけで、「審査申出の理由」の第 4 において指摘をした免許と承認の実質的な相違について、なんらの具体的な反論・説明をしていない。

読替え等であるか否かは、実質の問題であって、「単なる読替え等でないという形式的理由によって否定されるものではない」という相手方の主張は意味をなすものではない。また、相手方は、平成 27 年国水政 63 号の 4 頁において、「固有の資格」に該当する典型的な例として、「処分の名宛人が国の機関等に限定されている場合（ただし、国の機関等が名宛人となる処分に設けられた特例が、一般私人が名宛人となる処分の単なる用語変換にすぎない場合を除く。）」と主張していたものであり（これ自体は一般的な理解である。）、処分の名宛人が国の機関等に限定されている場合は「固有の資格」に該当すると考えられるが、実質的には用語変換に過ぎないと判断される場合に「固有の資格」該当性が否定されるのであるから、承認について処分の名宛人が国の機関に限定されているにもかかわらず「固有の資格」を否定するのであれば、単なる用語変換に過ぎないことについて説明をする必要があるが、相手方はその実質的根拠や理由を何ら説明していない。

審査申出書において述べたとおり、「承認」によって設定される権利ないし法的地位について、一般私人はその主体の立場には立つことはできないものであり、国の機関であるからこそ「承認」によって設定される権利ないし法的地位の主体の立場に立つことができるものであるから、実質的にも、「承認」が「免許」の単なる用語変換ではないことは明らかである。

なお、相手方が平成 28 年関与取消訴訟に提出した「釈明事項への回答書」の第 2、1 (1) 及び同 (3) において、相手方は、国とそれ以外の者では公有水面に対する立場が異なるもので、「免許」と「承認」

によって設定される権能ないし法的地位の内容は異なるという内容を主張していたものである。

第3 相手方の主張(3)について

1 審査請求にあたっての処分庁は審査申出人であるとの相手方の主張

審査申出人が、本件関与は相手方が審査庁たりえないにも関わらず執行停止決定を行った違法があることを指摘した（審査申出書第2章第3節 53頁）のに対し、相手方は、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）と反論する（同4(5)〔同35～36頁〕では同旨のまとめをしている。）

そもそも沖縄防衛局による本件審査請求は行審法上不適法なものであることはすでに述べているところであり、加えて上記の論点についての申出人の主張は審査申出書記載のとおりであるが、相手方の主張に対し、必要な限りで簡潔に反論を加えておく。

2 本件撤回をなした者は誰か

審査申出書記載のとおり、本件承認取消処分は、平成30年8月17日に沖縄県知事職務代理者沖縄県副知事富川盛武から地自法153条2項により事務の委任を受けた沖縄県知事の補助機関である沖縄県副知事謝花

喜一郎が、同月 31 日になしたものである（申出書 6，53 頁）。

これに対して相手方は、本件承認取消処分 of 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）であると主張し、その理由として次の 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、相手方の示す理由は、いずれも法形式上沖縄県知事職務代理者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相手方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、相手方の主張は、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。

3 処分庁を判断すべき時点

(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

もう一つの相手方の主張は、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、謝花副知事への委任は平成 30 年 10 月 3 日までであり、同月 4 日以降は「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」に当たるという主張である。

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相手方の主張は誤りである。

(2) 地自法 255 条の 2 の趣旨との関係

この点について、相手方は、地自法 255 条の 2 第 1 項ないし 2 項の趣旨もその主張の理由とする。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号の趣旨に反する、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権限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。相手方は、当該処分に係る委任が終了して権限が復している以上、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）。

他方で相手方は、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。審査申出書（10～13 頁）で述べたとおり、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 巻」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

相手方は、さらに行審法の各規定を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、というので（回答書 28～29 頁）、それぞれ反論する。

まず、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。

次に、相手方は、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。」とも主張する。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。

さらに相手方は、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。

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相手方の主張を根拠づけることには解釈上無理がある。

なお、相手方は、他にも行訴法における取消訴訟の被告適格についても論じているが、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。

証 拠 書 類

- 1 甲第 11 号証 平成 27 年 12 月 15 日付け国水政第 62 号
- 2 甲第 12 号証 平成 27 年 12 月 18 日付け国水政第 63 号
- 3 甲第 13 号証 平成 28 年 2 月 10 日付け「釈明事項への回答書」(福岡高等裁判所那覇支部(行ケ)第 1 号)
- 4 甲第 14 号証 平成 28 年 2 月 12 日付け「答弁書」(福岡高等裁判所那覇支部(行ケ)第 1 号)
- 5 甲第 15 号証 平成 28 年 2 月 24 日付け「被告第 1 準備書面」(福岡高等裁判所那覇支部(行ケ)第 1 号)

添 付 書 類

- 1 甲号証 (第 11 号証から第 15 号証) の写し 各 1 通