

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 宏

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

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

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

3 小括

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

なお、沖縄防衛局は、平成 27 年 10 月 13 日付けでなされた本件承認処分の取消処分についても行審法に基づき審査請求・執行停止申立てをしたが、行政法学者らから、基地建設目的のための埋立ては国だけができる事業であり、「固有の資格」に基づくものであるとして、埋立承認取消処分にかかる国の審査請求人適格・執行停止申立人適格はないとして批判を受けたものであった。すなわち、白藤博行「辺野古新基地建設における国と自治体の関係」法律時報 87 卷 11 号 114 頁は、「国の埋立承認理由は、まさに、『埋立ては、日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約第 6 条に基づく施設及び区域並びに日本国における合衆国軍隊の地位に関する協定（以下、「日米地位協定」という）の第 2 条の『施設及び区域』の提供義務の履行のためになされるものである』ことを物語るものである。つまり、沖縄防衛局は、他でもない国が、このような埋立目的をもって、公有水面埋立法上の埋立承認手続を経て、一連の埋立等工事にかかる事業を遂行するものであり、それは国だけが

できる事業であることを吐露しているわけである。ならば、沖縄防衛局が申請している本件埋立事業は、『専ら国の機関等の責務として処理されるべき事業であり、国の機関等が原則的担い手として予定されている場合』に相当し、『国の機関等の行政主体たる資格に特に注目している趣旨である』と解するほかない。したがって、少なくとも本件埋立承認手続にかかる国の立場は、『一般私人が立ちえないような状態』にある『固有の資格』を有する者であるとししか考えられず、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」に当たるといえることができ、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。

(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当する再審査庁にとどまる。

したがって、沖縄防衛局は審査請求先を誤ったものであり、国土交通大臣は当該審査請求にともなう執行停止申立に対して本件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