

福岡高裁那覇支部判決2019年10月23日 国の「一般私人と本質的に異なる立場」 と「非定型的関与」

前 田 定 孝

はじめに

2019年10月23日、福岡高等裁判所那覇支部は、沖縄県・謝花喜一郎副知事による職権での公有水面埋立撤回処分に対して国土交通大臣がした取消裁決を「国の関与」にあたるとして2018年8月31日に玉城デニー・沖縄県知事が提起していた関与取消訴訟に対して、請求を却下する判決をした。本判決は、謝花副知事による処分取消（撤回）に対抗して、沖縄防衛局長が国土交通大臣に対して不服審査請求をしたのに対し、同大臣が認容裁決をしたという行為を、「違法な国の関与に当たる」として、同知事が地方自治法251条の5第1項第1号に基づいて提起していた。本判例評釈は、この判決をめぐる争われた、大臣による裁決が「関与」に該当する可能性についての判断、およびそれが公有水面埋立法についての事案である場合の法解釈のあり方について、検討を加えるものである。

事案の概要と解説

沖縄防衛局長は、沖縄県名護市辺野古沿岸にアメリカ海兵隊の新基地を建設するため、2013年12月27日、当時の仲井眞弘多・沖縄県知事から同沿岸海域の公有水面埋立の承認

を受けていた。しかし、本件承認処分は、2018年8月8日の翁長雄志前沖縄県知事の死去にともない知事職務代理者（富川盛武副知事）からの委任を受けた謝花喜一郎同県副知事によって取り消された（以下本件承認取消処分を「撤回処分」と呼ぶ）。これに対して沖縄防衛局は、公有水面埋立法を所管する被告・国土交通大臣に対し、本件承認撤回処分の取消しを求めて、2018年10月17日、行政不服審査法に基づく審査請求を行った。これに対抗して被告・国土交通大臣は、2019年4月5日、本件承認撤回処分を取り消す旨の裁決をした。沖縄県知事である原告・玉城デニーは、被告による本件裁決は違法な国の関与にあたるとして、地方自治法251条の5第1項に基づき、2019年4月22日、本件裁決の取消しを求めて提訴した。

前提事実は、以下のとおりである。

沖縄県宜野湾市にあるアメリカ海兵隊普天間飛行場は、アジア太平洋戦争の末期である1945年4月、日本本土空爆のための基地としてアメリカ合衆国軍隊によって使用開始され、現在は、同海兵隊の航空部隊基地として用いられている。

1995年に発生した少女暴行事件および「安保再定義」にともなうアメリカ軍の沖縄固定化の意向表明をきっかけとした大田昌秀沖縄

県知事（当時）と日本政府との間の在沖米軍をめぐる法的政治的紛争を受け、1996年4月15日、「沖縄に関する特別行動委員会」（SACO）中間報告において5～7年以内に十分な代替施設が完成した後、普天間飛行場を返還する内容の方向性が打ち出された。そして同年12月2日 SACO最終報告において、普天間飛行場は今後5年ないし7年以内に、代替施設が完成し運用可能になった後、全面返還されることで合意された。

その14年後、内閣は、2010年、「日米安全保障協議委員会において承認された事項に関する当面の政府の取組について」と題する閣議決定において、普天間飛行場を早期に移設・返還するため、代替施設をキャンプシュワブ辺野古崎地区およびこれに隣接する海域に設置することとし、必要な作業を進めていく旨決定した。

沖縄防衛局長は、2013年3月22日、沖縄県名護市辺野古の上記区域に普天間飛行場の代替施設となる新基地を建設するため、当時の沖縄県知事・仲井眞弘多に対し、公有水面埋立法42条1項に基づき、同地区に隣接する公有水面の埋立ての承認を求めて、公有水面埋立承認願書を提出した。対して仲井眞知事は、同年12月27日、沖縄防衛局に対し、同承認処分をした。

この処分に対し、翌2014年11月16日の県知事選挙で当選した翁長前知事は、県庁内に設置した第三者委員会による検証結果報告書をもとに、2015年10月13日、同処分を職権取消しした（以下この取消処分を「取消処分」と呼ぶ）。この取消処分は、その後、翌2016年12月20日の最高裁判決により違法と判断され、同26日、翁長知事は同取消処分を取

り消した。

その後、同水域における工事区域である大浦湾の海底等において、軟弱地盤や活断層の存在など、さまざまな深刻な問題が明らかとなるなか、翁長知事は2018年7月27日、承認処分を撤回する意向を表明した。翁長知事は、その直後の8月8日に死去した。同31日、知事職務代理者である富川副知事から委任を受けた謝花副知事が、本件承認処分に対する撤回処分をした。

翁長知事の死去にともなう県知事選挙は、9月30日に実施され、本件原告・玉城デニーが当選し、同年10月4日、同選挙における当選人として告示され、知事に就任した。

承認撤回処分から1ヵ月半以上も経過した10月17日、沖縄防衛局長は、公有水面埋立法を所管する国土交通大臣に対し、行政不服審査法2条および地方自治法255条の2に基づき、本件承認撤回処分の取消しを求める審査請求をするとともに、行政不服審査法25条3項および4項に基づいて、同処分の執行停止を申し立てた。国土交通大臣は、同10月30日、沖縄防衛局による執行停止申立てを認容するとともに、さらに2019年4月5日、本件審査請求について、本件承認取消処分を取り消す旨の裁決をした。

原告は、2019年4月22日、本件裁決が違法な国の関与に当たるとして、地方自治法250条の13第1項に基づき、国地方係争処理委員会に対し、被告を相手方として、審査の申出をした。同委員会は同年6月17日、本件裁決が同委員会で審査すべき「国の関与」に当たらず、同委員会の審査対象にならないとして、本件審査申出を却下する旨決定した。

原告は、2019年7月17日、本件委員会決

定に不服があるとして、地方自治法251条の5第1項に基づき、本件訴えを提起した。

原告は訴状⁽¹⁾で、『関与』の意義を定める地自法245条は、その3号において、『一定の行政目的を実現するため普通地方公共団体に對して具体的かつ個別的に関わる行為』を掲げ、同号の括弧書きにおいて、『審査請求その他の不服申立てに對する裁決、決定その他の行為』を『関与』から除外している」ものの、「審査請求がその成立の要件を欠く違法な請求であり、ひいては裁決にも同様の違法があるような場合には、裁決としての効力を有さないものと解されるから、それはもはや裁決として扱う必要がなく、地自法245条3号括弧書きで除外される裁定的関与に該当しない」ことから、本件のように裁決に「成立に係る瑕疵がある場合、本来、そのような裁決等は存在しえないものであり、このような瑕疵がある場合には、地方自治の本旨に戻り、地方分権改革により対等化ならしめられた国と地方公共団体間の本来の紛争処理手続きである、国地方係争処理委員会の審査及び関与に係る訴えによるべきであり、したがって、成立に係る瑕疵がある裁決等は、これらの制度の対象となる『関与』に該当すると解すべき」であること、および『固有の資格』において受けた処分については行審法は適用除外としているものであるから、かかる処分について不適法な審査請求がなされて認容裁決がなされても、裁決とは名ばかりのもので違法無効であり、このような裁決については地自法245条3号括弧書きの趣旨はまったく妥当しないものであるから、同号括弧書きにいう『裁決』には該当しない」こと等を主張していた。

判示事項

「国の機関がその『固有の資格』において相手方となった処分については、一般私人の救済のための法律である行審法を適用する前提を欠くものであり、同法は適用されない(同法7条2項)。そうであるにもかかわらず、当該処分を受けた国の機関から同法を根拠に審査請求がされ、同じく国の機関である審査庁の裁決により当該処分の取消しなどがされた場合には、当該裁決は法律上の根拠を欠くものとして有効な裁決とはいい難く、また、審査請求人は行審法に基づく救済をおよそ受けるべき立場にないのであるから、『関与』から裁決を除外した趣旨も妥当しない」。／「このような場合には、裁決の形式が採られていても、実質的には、国の機関から、普通地方公共団体に対し、裁決以外の方法による『関与』が行われたのと同視できるというべきであり、当該行為は、自治法245条3号括弧書きの定める『裁決』に当たらず、『国の関与』から除外されないものと解するのが相当である」

「国の機関等がその『固有の資格』において相手方となる処分について行審法の適用が否定される(同法7条2項)のは、上記のとおり、同法は一般私人の救済のための法律であり、国の機関等に対しても、一般私人と同じ立場で処分を受けた場合には同法を適用するべきであるものの、一般私人と異なる立場で処分を受けた場合には同法の適用の前提を欠くためである」。／「このような趣旨に照らせば、『固有の資格』とは、一般私人では立ち得ず、国の機関等であるからこそ立ち得る特有の立場であると解するのが相当であ

る。そして、国の機関等に対する処分について、形式的には処分の名宛人が国の機関等に限定されていたり、一般私人と異なる規制がされていたりしても、処分の性質・効果や要件などに照らし、当該処分が、一般私人に対する処分と本質的に異なるものではないのであれば、国の機関等であるからこそ立ち得る特有の立場、すなわち『固有の資格』において相手方となるものには当たらないというべきである」。

「埋立承認という処分の相手方となり得るのは国の機関に限られるが、公有水面の埋立事業は、埋立地に私法上の所有権を取得することを目的として公有水面を陸地化する事実行為であり、その主体としては上記のとおり一般私人等と国の機関それぞれが想定され、主体によって行為の性質が異なるものではない。そして、かかる埋立事業について、都道府県知事の許認可等がなければ施行できないのは、上記のように一般私人等であっても、国の機関であっても変わりがなく、埋立承認と埋立免許は、その性質・効果の面からみれば、いずれも埋立事業を実施しようとする者の出願に対し、一定の公有水面の埋立てを排他的に行って土地を造成すべき権限を付与する処分という点で共通している。また、埋立承認の実体的・手続的要件は、免許料に関する規定を除き、埋立免許の規定が全て準用され共通しており（埋立法42条3項、2条2項及び3項、3条ないし11条）、国が公有水面を管理支配する権能を有していることなどに由来する特則も設けられていない。これらのことからすれば、埋立免許によって付与される権限と埋立承認によって付与される権限とは本質的に異なるものではなく、都道府県知

事は、これらの処分の可否を判断するという場面においては、基本的に国の機関と一般私人等を区別することなく同様に扱うことが予定されているといえる」。／「このように処分の性質・効果や要件などの面からみれば、国の機関等に対する埋立承認は、一般私人等に対する埋立免許と本質的に異ならないものといえる」。

「埋立承認と埋立免許の相違点をみると、原告も指摘するように、一般私人等が埋立免許を受けた場合には、当該一般私人等は、実際に埋立てをした上で、埋立工事等が免許等に適合しているかを検査・認定する都道府県知事による竣功認可を受けることが要求され、この竣功認可という別個の処分及びその告示がされることによる法律効果として、公有水面の公用廃止がされ、埋立地の私法上の所有権が発生するのに対し（埋立法22条ないし24条）、国の機関が埋立承認を受けた場合には、竣功認可を受ける必要はなく、当該機関は、同承認に従った埋立てをした上で、都道府県知事にその旨を通知（竣功通知）すれば足りるとされている（同法42条215項）」。

／しかしながら、竣功認可のような別個の処分が要求されていないとしても、埋立承認自体から公有水面の公用廃止や埋立地の所有権の成立という法律効果が生じるものではなく、国の機関が埋立承認により付与された埋立権限に基づき、その内容に適合する埋立てを実施し、竣功通知をすることによって、国の公有水面に対する支配権が埋立地の所有権に代わるといふ法律効果が生じるものである。そして、上記のような相違がありながら両処分の要件が共通していることなどに照らせば、都道府県知事による埋立承認の判断は、埋立免許と

同じく、相手方に対して適法に埋立てをする権限を付与するという限度にのみ及んでおり、原告の主張するように、埋立承認によって、国の機関に対して公用廃止の効果を有する竣功通知を行う権限までも付与するものと解することはできない。そうすると、上記の相違は、埋立承認及び埋立免許それ自体の性質・効果に関わるものではなく、これらの処分に基づく埋立てが実施された後の所有権発生等の手続について、国が公有水面の管理支配権能を有することや国による埋立事業への信用性などに由来する特則を定めたものにすぎないといえる。『固有の資格』性は、特定の処分について行審法に基づく救済を認めるべきか否かに関する基準であるから、当該処分自体の性質・効果を中心に判断されるべきであり、処分がされた後の手続に関して上記のような相違があることをもって、埋立承認が、国の機関であるからこそ立ち得る立場で受ける処分ということとはできないというべきである」。

（本件裁決が審査庁の立場を著しく濫用してされた違法な裁決であるという点について）「行審法は、国の機関であっても、その「固有の資格」によらずに相手方となった処分については審査請求ができるものとし（同法7条2項参照）、自治法は、法定受託事務に関する都道府県知事の処分について審査請求をすべき行政庁を、当該処分に係る事務を規定する法律を所管する大臣とする（同法255条の2第1項1号）。これらの規定からすれば、法定受託事務に関する都道府県知事の処分については、審査請求人と審査庁のいずれもが国の機関となることは、行政不服審査制度上当然に予定されているといえる。そして、行審法は、手続及び判断の公正を担保するため、

一定の場合に審理員による審理や行政不服審査会への諮問を義務付けているものの（同法9条、43条）、このように審査請求人と審査庁が同一の行政主体に所属する場合について、他に何らの措置も講じていない。行審法等が上記のような場合を許容しているのは、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、上記のような場合であっても、制度上、必ずしも審査請求人と審査庁の利害が共通することにはならないという考えによるものというべきである。／したがって、法定受託事務に関する都道府県知事の処分についての国の機関からの審査請求に対し、同じく国の機関である所管大臣が審査すること自体で直ちに違法ということはできない」

【評価】

反対

【研究】

はじめに

本件は、沖縄県名護市東海岸の、辺野古新基地建設をめぐる沖縄県と国との間の、地方自治をめぐる一連の判決⁽²⁾の1つである。

前回の取消処分をめぐる裁判（福岡高那覇支判2016年9月16日およびその上告審判決である最2小判2016年12月20日）が、国の関与の一環としての「不作為の違法確認訴訟」（地方自治法251条の7第1項）であったのに対し、本件は、事業者であり沖縄県知事の沖

縄防衛局長に対する承認処分が、「一般私人に対する処分と本質的に異なるものではない」との認識のもとで、この撤回処分を不服として、国土交通大臣に対して行政不服審査請求をし、これに対して国土交通大臣が「裁決」をしたことが、「関与にあたる」と主張して、沖縄県知事が、その取消しを求めたものである。

この点、本判決は、前段で、沖縄県の主張を一部採用し、国の機関がその固有の資格において相手方となった処分については、実質的には、国の機関から、普通地方公共団体に対し、裁決以外の方法による関与が行われたのと同視できると、その関与に該当する可能性に言及した。ところがそれにもかかわらず、後段で、判決は、公有水面埋立法に基づいて「埋立承認」処分を受ける国の立場は、「埋立免許」処分を受ける民間事業者と「本質的に異なるものではない」と、したがって国が「固有の資格」において県の相手方となるのではなく、国（沖縄防衛局）も国（国交大臣）による不服審査を受けられることから、本件国土交通大臣の「裁決」は「関与に当たらず、したがって地方自治法251条の5第1項第1号という関与取消訴訟の要件を充足しないとして、請求を却下した。

1. 「裁決」が関与にあたる場合——いわゆる「非定型的関与」該当性

①判断の組み立て

本判決の前段で裁判所は、国の機関による不服審査請求とその国の他の機関による裁決が、沖縄県知事に対する「国の関与」にあたる例外的な可能性を示唆しつつ、その識別基

準を、「当該処分を受けた国の機関から同法を根拠に審査請求がされ、同じく国の機関である審査庁の裁決により当該処分の取消しなどがされた場合」に該当するか否かにあるとし、このような場合には、「当該裁決は法律上の根拠を欠くものとして有効な裁決とはいえず、また、審査請求人は行審法に基づく救済をおよそ受けるべき立場にないものであるから、『関与』から裁決を除外した趣旨も妥当しない」とした。

本判決の前段は、本件「国の関与」が、定型的関与ではなく、地方自治法245条3号でいう、国が「一定の行政目的を達成するため」の関与、すなわちいわゆる「非定型的関与」にあたるか否かの判断基準を示した。

②判断の評価（積極）

この「非定型的関与」について言及した判決は、翁長雄志前知事当時の「承認取消」についての福岡高那覇支判2016年9月16日が、「同法245条の3第2項は、国に対し、できる限り地方公共団体に対し（地方自治法245条3号でいう……筆者註）非定型的関与を行うことのないよう求めているものであり、その趣旨は国の地方公共団体に対する関与をできるかぎり透明なものとするため、是正の指示を含む定型的関与によるべきであるとするものと解される」とした1例があるのみのものである。このとき同判決は、この「非定型的関与」を、いわば関与法定主義の例外的なものとして、したがって抑制的に利用されなければならないものとして考えていたと思われる。

この「非定型的関与」すなわち「3号関与」とは、地方自治法245条1号および2号といっ

た「関与の基本類型」以外にも、「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具体的かつ個別的に関わる行為」として、実質的に「関与」にあたりうるものがあることから、「関与」の概念を拡大することによって、「個別法で定められる可能性がある関与の基本類型以外の関与（検査、監査、立入検査、命令、確認等）も、本号のルール（関与の法定主義、関与の基本原則、及び関与にかかる係争処理手続）の適用対象と」するために、いわば例外的に法定されたものである。国が実質的に「全国的な統一性、広域的な調整、行政事務の適正な執行を図る等の行政目的」⁽³⁾を実現しようとして地方公共団体にかけってくるさまざまな「働きかけ」等についても、「（地方自治法）所定の関与のルール（法定主義、基本原理、手続および係争処理制度）を、広く個別法における関与の基本類型以外の関与」として適用すること、および「同時に、当該関与をあくまでも関与の基本類型に類するものに限定する」ことという「二重の機能」⁽⁴⁾を果たすためのものであると解される。

この点、自治省（当時）の地方分権推進室長・佐藤文俊によると、1999年地方分権一括法による地方自治法改正の直後の段階において、このような国との並行権限に関する「裁定的関与」について、「このような国の行為がそもそも第245条の関与に含まれているのかという議論はありうる」ものの、関与の定義においては、地方公共団体が国の行為の直接の相手方となる場合だけを指しているとも読める」ことから、「代執行が関与とされていることから考えれば、そのように狭く解されるべきではない」とされてきた⁽⁵⁾。

そこでは、関与の相手方である地方公共団

体の側としては、このような趣旨を十分に踏まえたうえで、国が法定外において、実質的に関与として機能するような行為をすることを、できるだけ抑制させるために、救済等の手続において、この「非定型的関与該当性」をより広範に主張できるようにすべきであると解せられる。

この点から見ても、本件判決が、本件裁決について、「裁決の形式が採られていても、実質的には、国の機関から、普通地方公共団体に対し、裁決以外の方法による『関与』が行われたのと同視できる」ものとして、「当該行為は、自治法245条3号括弧書きの定める『裁決』に当たらず、『国の関与』から除外されない」と解されうる可能性があるとしたのは、きわめて正当であると評価できる。

③「固有の資格において当該処分の相手方となるもの」が不服審査の対象から除外された理由

それでは、「裁決」が「関与」にあたるかどうかは、どのように判断されるのであろうか。裁判所はそこで、この裁決が通常の不服審査申立てに対するものであれば、「非定型的関与」にあたらず、これに対して通常でない不服審査申立てに対するものであれば「非定型的関与」にあたるとした。そしてその判断基準として用いたのが、「固有の資格」概念である。

2014年の改正で追加された行政不服審査法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」として、国や地方公共団体等が「その固有の資格において当該処分の相手方となるもの」等についての不服審査請求を、明示的に排除している⁽⁶⁾。ここでいう「固有の資格」とは、「旧行審法57条4項、行手法4条1項および地方自治法245条における『固有の資格』と同義」とされ、「処分の名あて人が『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』に限定されている場合には、当該国の機関等は、『固有の資格』において当該処分の相手方となるもの」に対し、「国の機関等が処分の名あて人として限定されているわけではないが当該事務事業の原則的な担い手として想定されている場合にも、当該国の機関等は『固有の資格』において当該処分の相手方となるものに当たると解され」、「形式的には処分の名あて人が国の機関等に限定されていたり、規制の仕組みが国の機関とにのみ適用されていたりする場合であっても、それが単に規制の特例にすぎず、処分の効果においては国の機関等が実質的には私人と同様の立場に立つと解される場合には、当該国の機関等は、『固有の資格』において当該処分の相手方となるものには当たらない」とされた。たとえば、「その例として、『免許』および『許可』の読替えにとどまる『承認』（電波104条2項）、国等が建築主である場合における建築計画の『通知』に基づく建築確認（建基18条3項）がある⁽⁷⁾という⁽⁸⁾。

それでは、行政不服審査法は、なにゆえにこのように「固有の資格において当該処分の相手方となるもの」を審査の対象から除外しているのだろうか。

田中孝男は、この地方自治法245条および行政不服審査法7条2項においてみられる「固

有の資格」という文言について、地方公共団体が「国から監督行為を受けることになる地位」とする⁽⁹⁾。国が地方公共団体の長から受けた処分について行政不服審査制度を用いてその裁決庁である大臣に不服審査請求をすることが許されるとしたら、その処分を取り消し、または撤回したという地方公共団体の長の判断に対して国は監督的地位から介入することになるというものである。

沖縄県知事が国の機関である沖縄防衛局長という防衛大臣たる閣僚の部下に対してした処分に不服があるからといって、その処分の相手方が、同じ内閣の閣僚である国土交通大臣に対して審査請求した場合に、そこで沖縄防衛局は、処分の名宛人として処分庁から権利侵害を受けたためにその救済を求めるという立場にあるというようなことはできず、逆に「国」として、都道府県に対する監督的地位においてその判断に介入することになる、というのが素直なものの見方であろう⁽¹⁰⁾。

野呂充は、改正前の行政不服審査法58条4項でいう「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」という場合の「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し、たとえば、地方公共団体がバス事業を営営するために国土交通大臣の許可を受ける場合（道運4条）はこれにあたらない」とする⁽¹¹⁾。それはまさしく、今回の沖縄防衛局の地位を意味すると解するのが素直な解釈であろう。角松生史はこの点、このような「いわば身内に判断させる」⁽¹²⁾のでは、「公正で客観的な審査はとうてい期待できない」⁽¹³⁾とする⁽¹⁴⁾。

今回の行政不服審査法改正は、同法が「国民の権利利益の救済を図るための制度とし

て、時代の要請に応えた公正性・透明性が確保されていないとの批判」を受けてなされたものであり、そこで「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」の取扱いについては、ほとんど論点とならなかった⁽¹⁵⁾。2014年の改正行政不服審査法の成立に際しての総務省「行政不服審査制度の見直し方針」においても、「『裁定的関与』については」、「今後の見直しにおいては、国と地方の関係の在り方について実質的な変更を加えない」とされた⁽¹⁶⁾。

この「固有の資格」の該当性の判断基準について角松は、「①相手方②事務・事業の性質によって判断されている」とし、前者の①『相手方』について、処分の相手方が国の機関等に限られているケースは、「一般私人が立ちえないような立場」に該当することは明らかであることから「固有の資格」に該当し、後者の「②事務・事業の性格」については、「処分の相手方が、国の機関等に限られていない場合であっても、当該法令上、当該処分の相手方に係る事務・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ケースについては、当該法令に定める制度において国の機関等は、その行政主体たる地位が特に着目されているものと考えることができ、一般私人が行う場合とは事務・事業を実施する背景が異なることから、一般的には『固有の資格』に当たる⁽¹⁷⁾とする。

この角松の整理に従うと、後者の「②事務事業の性格」の観点から見た場合の見解に類するものには、この「固有の資格」該当性についての「沖縄防衛局が普天間飛行場の代替施設を作るということは、防衛省の固有の事

務」であり、一般私人がおよそなしえない事務であるとする⁽¹⁸⁾武田真一郎の見解、および「米軍提供水域における埋立てに関わる日米合同委員会の合意や合意に向けた調整などは、公益的主体である国でなければならないことから、米軍提供水域についての一般私人の申請は、申請適格を欠くと考えべきであり、辺野古の埋立申請は、国でなければ行えない埋立申請である」とする徳田博人の見解⁽¹⁹⁾が含まれる。

「①相手方」については、角松は、公有水面埋立法に基づく都道府県知事による国に対する承認処分の性質につき、埋立申請者である国と埋立承認権者の関係を私人と行政主体との間の関係とする「埋立権説」で考えるのか、それとも「内部関係」とみる「非埋立権説」で考えるのかという対比があるとし、前者が「当該官庁が、特定の公有水面を埋立てて、土地を造成し、竣功通知の日において行政主体に埋立地の所有権を取得させる権利を設定する行為」と考えるものであり、後者は「国が支配し、管理する水流または水面を埋立てるのは、国に本来備わっている権限であるから、免許ではなく、承認とした」とする。「埋立承認の出願者としての国の地位をもっぱら事業者の立場とみるか、公有水面の包括的管理者としての立場と一体となっているとみるのかの違い⁽²⁰⁾である。

この点国は、伝統的に、この承認処分の性質を、「内部関係」としてとらえ、同時に「非埋立権説」にもとづいて解釈してきた。

この埋立権説につき白藤博行は、すでに2016年12月段階で、法制局第一部長から港湾局長に宛てられた1953年12月5日付法制局一発第198号を引用しつつ、「国は、……

公有水面に対する支配権に基いて公有水面の一部について埋立をなしうるのであり、国以外の者がなす埋立の場合と異なつて、埋立をなすために特に『埋立ヲ成ス権利』を取得する必要としないと解される」とする。このことから、「(公有水面埋立承認制度の法意は)当該官庁のなす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の性質にまかせようとするににあるのであつて、『埋立ヲ為ス権利』が設定されるものと解してはならない」⁽²¹⁾としたことを紹介しつつ、「このような『固有の資格』論の趣旨は、沖縄防衛局が私人として行審法上の審査請求・執行停止申立を行うにあたって、『固有の資格』を有する者であるわけにはいかないという差し迫った理由によるものである」としていた。

このように見ていくと、今回の裁判で国は、安易に沖縄防衛局が、「固有の資格において処分の相手方となる」と判断されると困るという事情がある反面で、「私人と同様の立場に立つ」として扱ってもらわなにかぎり「関与」と判断されてしまわざるをえないという矛盾に直面したのである。この意味で裁判所は、ぎりぎりのところで自己の裁量で国を勝訴させたといえなくもない⁽²²⁾。

④裁決制度の「非定型的関与該当性」と地方自治権

行政不服審査法に基づく裁決の制度は、これが関与の代わりに用いられた場合、とりわけ今回のように承認処分の相手方の上級機関が審査庁と同一の内閣の構成員であるような場合には、閣議決定等による拘束を通じて、結果的に地方自治法でいう「関与」以上の地

方自治権への介入を可能とするものである⁽²³⁾。すなわち、本件のように沖縄防衛局という県知事の処分の相手方が、不利益処分をされた場合に私人と同様の立場で行政不服審査請求した場合、その審査庁が国の大臣であれば、その処分および不利益処分の内容が国策に関わるものであればあるほど、大臣は、同じ内閣の一員として、内閣が主導する施策を推進する方向で裁決を出そうとするはずである。これに対して、その不利益処分をした地方公共団体の長のサイドから見ると、地域の事情等を考慮して団体自治の理念に即して判断したにもかかわらず、大臣の裁決に対する対抗手段が用意されていないということになる。そこでもしも本案審査に入ることなく訴訟要件レベルで訴えが却下されるとすれば、地方公共団体と国との実体的な法解釈の違いが争点となっているにもかかわらず、裁判上において、公有水面埋立法4条1項各号該当性についての解釈の妥当性などはおよそ論点ともならないうちに裁判が不適法却下される。

そうすると、国としては、ある地方公共団体の域内においてその国策を強行するために、とりわけそれが地方公共団体の長の処分によって事業の実施等が左右されるような場合には、むしろ積極的に大臣に対する不服審査請求した方が、より国としての方針を貫徹しやすくなるのである。

本判決は、このように、国の機関が、地方公共団体に対して国策を強制しようとする場合に、その監督関係に重点的に着目して、国から地方公共団体に対する地方自治法に基づく関与の制度を利用するよりも、行政不服審査制度を用いた方が、より「簡易・迅速」に国策の貫徹が保障されるという、深刻な問題

を明るみに出したものである。

本判決は、このような行政不服審査法に基づく裁決制度のうちに、沖縄県知事に対する国土交通大臣の「国の役割を果たすために『特に』必要とされる行政目的」についての「基本類型以外の関与類型」の存在可能性を発見し、この点について司法判断を試みた。

2. 「私人と本質的に異ならない」として「関与」性を否定

ところが、本判決は、前段部分で上記のような「非定型的関与」の存在可能性について一定の示唆を与えつつも、その後段部分で、本件の国の地位は「固有の資格に該当しない」と判断することにより、「審査庁」である国土交通大臣による裁決の「非定型的関与」該当性を否定し、そのことによって、本件関与取消訴訟を却下した。そこで裁判所は、公有水面埋立法における私的事業者に対する「免許」と国の行政機関に対する「承認」という2つの処分が、一見すると外見的に共通していることに着目して、「本質的に異ならない」と判断し、そのことによって「固有の資格」該当性を否定し、「非定型的関与にあたらな

①判断の組み立て

本判決の後半部分は、(1) 公有水面の埋立事業は、一般私人等と国の機関という主体によって行為の性質が異なるものではないこと、(2) その埋立事業について、都道府県知事の許認可等がなければ施行できないのは、上記のように一般私人等であっても、国の機関であっても変わりがないこと、(3) 埋立承

認と埋立免許は、その性質・効果の面からみれば、いずれも出願とそれに対する処分という点で共通していること、および(4) 埋立承認の実体的・手続的要件は、一部を除き埋立免許の規定が全て準用され共通していること、などの点から、「国の機関等に対する埋立承認は、一般私人等に対する埋立免許と本質的に異ならない」とした。

本判決における判断は、本件撤回処分についての国地方係争処理委員会決定2019年6月17日(国地委第6号)を踏襲したものである。この国地委第6号は、「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に対して裁決がされた場合等、審査請求がその成立の要件を欠き、ひいては裁決にも同様の瑕疵があるような場合には、裁決としての効力を有さないものと解されるから、それはもはや裁決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」としてその「非定型的関与」該当可能性を示しつつ、「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、……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」とした。

なお、本件撤回処分に対する執行停止決定に対する沖縄県知事の審査の申し出についての国地方係争処理委員会決定2019年2月19日（国地委第10号）も、ほとんど同じ文言のもとに同様の判断をしている。

このように、国地方係争処理委員会も本判決も、前段においてその非定型的関与該当性の可能性を示唆しつつも、後段においても、「処分の効果」に着目することを通じて、「固有の資格において当該処分の相手方となるもの」に該当しないことから、その非定型的関与該当性を否定した点で、共通している。

②国を主体とする事業における行政行為の外見的類似性

上記のように本判決は、「公有水面の埋立事業は、埋立地に私法上の所有権を取得することを目的として公有水面を陸地化する事実行為であり、その主体としては上記のとおり一般私人等と国の機関それぞれが想定され、主体によって行為の性質が異なるものではなく、そして、「かかる埋立事業について、都道府県知事の許認可等がなければ施行できないのは、上記のように一般私人等であっても、国の機関であっても変わりがなく、埋立承認と埋立免許は、その性質・効果の面からみれば、いずれも埋立事業を実施しようとする者の出願に対し、一定の公有水面の埋立てを排他的に行って土地を造成すべき権限を付与する処分という点で共通している」こと、また、「埋立承認の実体的・手続的要件は、免許料に関する規定を除き、埋立免許の規定が全て準用され共通して」いることなどから、「このように処分の性質・効果や要件などの

面からみれば、国の機関等に対する埋立承認は、一般私人等に対する埋立免許と本質的に異ならない」と判断することによって、上記の非定型的関与該当性を否定した。

「処分の外見が似ていれば内容も同一の性質といえるのか」という疑問が、ここで提示されうる。

この点、行政処分とは、最1小判1964年10月29日民集18巻8号1809号によると、「公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によつて、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」をいうとされる。そこで行政処分とは、「規律力を有する行政の行為」⁽²⁴⁾または「その処分による規律を承認すべきことを関係者に対して強要する力」⁽²⁵⁾であることをメルクマールとして判断されるものと理解されるのが主流のように思われる。たとえば、遠州鉄道上島駅周辺土地区画整理事業計画決定の処分性が争われた最大判2008年9月10日民集62巻8号2029頁は、「事業計画の決定がされることによって、……規制を伴う土地区画整理事業の手続に従って換地処分を受けるべき地位に立たされるものということができ、その意味で、その法的地位に直接的な影響が生ずる」とした⁽²⁶⁾。同様に条制制定行為につき最1小判2009年11月26日民集63巻9号2124頁は、「他に行政庁の処分を待つことなく、その施行により各保育所廃止の効果を発生させ、当該保育所に現に入所中の児童及びその保護者という限られた特定の者らに対して、直接、当該保育所において保育を受けることを期待し得る上記の法的地位を奪う結果を生じさせる」ことを根拠に処分性を認めた。

③判断の評価（消極）

たしかに、「処分性」についての議論は、公権力の行使に対する法的統制を図るに際しての〈共通の基準〉を導き出したものであるという点で、私人の権利救済という点において、積極的な意義をもつものと思われる。それは、「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」ものという共通性に着目しつつ、これを「処分（性）」として「対象化」し、その他のそこで保護されるべき公共的性質の実体的な要素がいったん「捨象」され、あるいは「現実性剥奪」されたものとして現象すること、その共通性を見出すのであり、かかる処分概念とは、このようにその内容を「疎外」することを通じて、そこに「法的権利救済」の契機を発見しようとする論理操作であるという一面を有した。

しかしながら、行政処分といわれる、同様の外見を持ったものには、それが行政機関を相手方としてされた場合、「その行為によって」、「直接国民の」ではなく）「直接行政機関の」、「権利義務もしくは権限を形成しまたはその範囲を確定する」ものも含まれる。それは、〈行政行為という法技術〉を用いて、国や自治体を相手として「権利義務または権限を形成し、もしくはその範囲を確定する」ものである。

このように、「権利・義務」を形成・確定するものと、「権限」を形成・確定するものとを、たまたま外見が似ているからといって、同じ平面で取り扱ってよいのか、根本的な疑問が残るのである。沖縄防衛局が主張するのは、「直接相手方の権限を形成しまたはその範囲を確定する」ものであって、そこで形成・確定されるものは、決して「国民・住民

の権利」ではない。そこに権利の救済を必要とする〈国民〉は存在しないのである。そこでもっぱら存在するのは、特定の国の事業について公有水面埋立法という個別法によって都道府県知事から埋立の承認を受ける公共事業の主体だけであり、そこで確保されるものは、国家が事業をなす権限そのものである。

すなわち、「問題となる行為が、個人の権利・利益を直接に侵害・制約するような法的効果を持つものである」かどうかを中心として処分性を考える思考方法は、基本的人権の享有主体である自然人たる国民の権利救済には簡明であり、相当なものであるとはいえても、必ずしも国民の代表者である国会制定法を根拠に行政活動を行う公権力主体によって行使される権限についてまでも適合的であると考えすることはできないのである。

このような観点で見た場合、いわゆる行政救済制度の存在理由は、私人と行政主体とでは根本的に異なっているのではないかとの疑問に突き当たる。この点、たとえば行政不服審査制度は、同1条でその目的を、「国民の権利利益の救済を図るとともに、行政の適正な運営を確保することを目的」とする。しかしながらこの両者は、その申立人が個人であるか、または行政機関であるかによって、制度としても本質的に異なったものとなる。

行政不服審査法1条は、上記のようにこの両者を「とともに」で接続し、文字どおり並列の関係に置いてきた。この後者については、「行政の自己統制の一環として、行政の適正な運営を確保することを目的とする」との「解説」は存在する⁽²⁷⁾。しかしながら、この両者の違いを意識した検討は充分にされてこなかったように思われる⁽²⁸⁾。この場合、本件

のように権利救済を求める主体が私人ではなく、むしろ私人の権利保護・実現のために国民の国会における代表者を通じて議決された法律に基づいて行われる行政活動を実体的および手続的に行うことを命じられた公権力主体の場合、行政争訟法制度のもとで主張するのは、「行政執行の適正化」のみである。そこで、「適法性という客観法的要素を内在させた利益の保護・救済のための訴訟である行政訴訟は、本来的に、主観的要素と客観的要素との接合の上に立脚した訴訟形態であり、私人が原告となる行政訴訟にあっては「権利利益と行政の適法性確保は表裏の関係にある」⁽²⁹⁾ということを考えて、その処分の客体が国であったとすれば、むしろその客観的要素たる行政執行の適正化の要請に適切な法解釈・運用こそが求められるのではないかと思われるのである。

国が主体となった場合、民間企業等が都道府県知事によって受ける許認可事業としての公有水面埋立事業といったものとは異なった、〈国家〉に固有の責務や「救済」の考え方が存在するのである。そこでは、抽象化された「直接国民の権利義務を形成またはその範囲を確定する」ものという共通の要素を、「処分性」として抽出することを通じて行政救済制度の対象とするという必要性は、もはや問題とならない。むしろ、公有水面埋立法を解釈・運用する際には、私人あるいは個人という基本的人権の享有主体を対象とする「免許」と、かかる基本的人権を法律に基づいて保障することを国民・議会によって命じられ、同時に本判決がいうように「公有水面を管理支配する権能を有している」公権力主体たる国の機関に対する「承認」、そしてさ

らに、場合によっては、基本的人権を法律に基づいて保障することを国民・議会によって命じられるものの、「公有水面を管理支配する権能を有してい」ない公権力主体たる地方公共団体という、3者それぞれの本質的な違いに着目した法運用が、求められるのである。そこでは、それがたまたま外見的に似ているからといって、都道府県知事が事業者に公有水面埋立を認めるに際して、その行政行為の相手方が国であるのか、あるいは地方自治体や民間企業であるのかという主体の違い、すなわちそれが権利の主体であるのか権限の主体であるのかまでも捨像してしまうことはできないと考えるべきなのである。

この点からみた場合、徳田博人が公有水面埋立法が〈免許〉と〈承認〉の制度において差を設定した理由に言及している点に着目すべきであろう。徳田は言う。「免許は、私人が公物廃止をする権限を持たず、そのため、免許の法効果として埋立権と同時に竣功認可を申請し、知事に法効果として審査してもらう権利（資格）も付与する仕組みとなっており、「これは、公物の廃止を私人の意思に委ねるべきでなく、私人の申請に基づいて知事の審査を必要としたからであり、埋立承認には存在しない仕組み」であって、「承認の場合には、国（沖縄防衛局）自ら公物廃止の権限を持ち、その効果は埋立権に止まり、竣功を申請する権利を付与する仕組みにはなっていない」ことから、「沖縄防衛局が私人でないことを物語ってい」る⁽³⁰⁾、と。

ここでは、公有水面埋立法でいう「埋立免許と承認の法効果には大きな違いがみられる」⁽³¹⁾のである。この点の認識の違いこそが、国および裁判所をして「竣功認可のような別

個の処分が要求されていないとしても、埋立承認自体から公有水面の公用廃止や埋立地の所有権の成立という法律効果が生じるものではなく、国の機関が埋立承認により付与された埋立権限に基づき、その内容に適合する埋立てを実施し、竣功通知をすることによって、国の公有水面に対する支配権が埋立地の所有権に代わるといふ法律効果が生じる」という認識を持たしめたものである。しかしながら、もしもその先でさらに、「上記のような相違がありながら両処分の要件が共通していること」に着目し直して、あらためて、〈免許〉と〈承認〉とが「本質的に異なるものではない」と結論づけた場合、この両者の性質の違いが完全に見落とされてしまうのである。

原告は、埋立〈免許〉が、一般私人等が元来権限を有しない公有水面について「埋立ヲ為ス権利」という、排他的に一定範囲の公有水面を埋立て、竣功認可の告示を条件に造成した埋立地の所有権を取得することを内容とする権利という私権（無体財産権）を設権する処分であるのに対し、埋立〈承認〉とは、私権（無体財産権）を設権する処分ではなく、国は、元来公有水面の「所有」者として公有水面についての公物管理上の包括的な管理支配権を有しているものであり、公水法42条1項が国の行う埋立てについて都道府県知事の承認を必要とすることを定め、都道府県知事にかかる公有水面に係る公物管理上の権限を付与した結果として、国の公有水面に対する公物管理権がその限度において控除ないし制約されているにすぎず、都道府県知事から埋立承認を受けることにより国は公有水面に対する公物管理上の権限を補完され、埋立承認を受けた国の機関は公有水面に対する管理支配権

に基づく埋立権能を行使することができるのであって、埋立承認とは、私権（無体財産権）である「埋立ヲ為ス権利」の設権処分ではなく、公有水面の「所有」者である国の公物管理上の権限を補完するものであることから、埋立承認により付与される法的地位ないし権限の主体となりうるのは国のみであり、かかる法的地位ないし権限は本質的に融通性を有しない、とした。このことから、埋立承認の処分の名宛人となるのは国の機関のみであり、かつ、埋立承認の法効果である法的地位ないし権限は国以外の者に譲渡承継されることはないのであるから、埋立承認の法効果である法的地位ないし権限の主体の立場には、一般私人等は立ち得えないと主張した。

このように、沖縄県は、国が海面に対する包括的な公物管理権を有するのは、国が私人と同様の法主体とは異なって、むしろ国民の信託を受けて公権力行使の主体として、公権力の主体として公物管理権を委ねられているがゆえのことであると考えたのである。

先に角松が都道府県知事による国に対する承認処分の性質につき、埋立申請者である国と埋立承認権者の関係を私人と行政主体との間の関係とする「埋立権説」で考えるのか、それとも「内部関係」とみる「非埋立権説」で考えるのかという対比をしたことを紹介した。そこで角松は、前者が「当該官庁が、特定の公有水面を埋立てて、土地を造成し、竣功通知の日において行政主体に埋立地の所有権を取得させる権利を設定する行為」と考えるものであり、後者は「国が支配し、管理する水流または水面を埋立てるのは、国に本来備わっている権限であるから、免許ではなく、承認とした」と考え、「埋立承認の出願者と

しての国の地位をもっぱら事業者の立場とみるか、公有水面の包括的管理者としての立場と一体となっているとみるのかの違い」であるとしたのである⁽³²⁾。

この点を敷衍すると、公有水面埋立法上の承認処分には、国がいうように非埋立権説に立脚したうえで、「公有水面は国民の共通資産」であり、その多くは「自然環境の一部として国民共通のまたは国境を越えたグローバルな資産としての価値を有する」という公有水面の特質と希少性に着目した管理権の行使が期待されるのであり、「このような埋立免許の特質を踏まえれば、公有水面の所有権を有する国が出願する場合であっても、出願者＝事業者と承認権者＝管理者を分離した制度理解がより望ましい」のであり、「国は事業者としての立場で、防衛上の必要性も含めた埋立事業の公共性を主張し、県知事は公有水面の管理者として規制主体の立場で、事業の公共性と公有水面の意義とを比較衡量することになる」⁽³³⁾とするのが、公有水面埋立法の正しい解釈ではないかと考えられるのである。

本判決は、「竣功認可のような別個の処分が要求されていないとしても、埋立承認自体から公有水面の公用廃止や埋立地の所有権の成立という法律効果が生じるものではなく、国の機関が埋立承認により付与された埋立権限に基づき、その内容に適合する埋立てを実施し、竣功通知をすることによって、国の公有水面に対する支配権が埋立地の所有権に代わるという法律効果が生じるものである」とするなど、単純に「免許」と「承認」との異同に着目するのではなく、その法効果の所在に着目した。ところがそのあとに続けて、その効果について「上記のような相違がありな

がら両処分の要件が共通していることなどに照らせば、都道府県知事による埋立承認の判断は、埋立免許と同じく、相手方に対して適法に埋立てをする権限を付与するという限度にのみ及んで」いるとして、この両者の差異をあえて矮小化したうえで、「原告の主張するように、埋立承認によって、国の機関に対して公用廃止の効果を有する竣功通知を行う権限までをも付与するものと解することはできない」と結論づけた⁽³⁴⁾。しかしながら、上記で検討したように、その法的主体の性質の違いに着目して法解釈した場合、まったく逆の結論が導かれうるのである。

④都道府県知事と国が公有水面埋立法に基いて担うそれぞれの「公共性」

それでは、公有水面埋立法は、承認処分をするに際して、都道府県知事に対して何に配慮した権限行使を命じているのであろうか。

「海面を埋め立てて陸地に成す」という行為は、それが私企業であれ地方公共団体であれ、あるいは国であれ、基本的に厳しく禁止されている。そのことから、その埋立てをしようとする場合、法定の解除の条件に適合しているのかが厳格に審査されなければならない。そこで国がアメリカ軍に提供するための土地を造成しようとする場合、日米地位協定2条でいう「施設及び区域」の提供義務を履行することを目的として、国・防衛省・沖縄防衛局が、公有水面埋立法上の埋立承認手続を経て埋立工事にかかる事業を遂行するのである。このような「公有水面埋立免許・承認処分は、その性質上、その根拠規定に鑑みて、地域の事情を考慮して免許・承認の是非を判断することが要請される処分であつ

て、地域の事情に通暁した都道府県知事に広い裁量権が認められる処分である」⁽³⁵⁾。とすれば、そこで沖縄県知事は、そこで公有水面埋立法が自らに委ねたと考える基準において裁量的にかつ厳格に判断することこそが求められる⁽³⁶⁾。そこで、海面という公物管理権の主体である国は、公有水面埋立法に基づいて、「この公物管理権の行使に係る事務の処理について、地方自治法上の国と地方公共団体との適切な役割分担の原則に基づき、国の公物管理権の一部を都道府県に受託させる立法政策を採用し、たとえ国が『公物管理権に由来する事実行為としての埋立行為』をなす場合であっても、国の自由な埋立行為を許さず、法定受託事務として都道府県知事の『承認』にかからしめる仕組みを採用したと考えられる」⁽³⁷⁾のである。

この場合、公有水面埋立法4条は、承認処分をするに際して「1 国土利用上適正且合理的ナルコト」および「二 其ノ埋立ガ環境保全及災害防止ニ付十分配慮セラレタルモノナルコト」を含む合計6項目の要件適合性を求める。とくに重要な点は、2号要件である「其の埋立が環境保全に付十分配慮せられたるもの」および「其の埋立が災害防止に付十分配慮せられたるもの」である。亘理格によれば、この承認処分をするに際して都道府県知事には、「公有水面の埋立免許に関する行政裁量に関しては、埋立免許という結論を導く局面では、免許基準を満たさない事業計画には免許を与えてはならないという意味での厳格な解釈運用が要請される一方、免許拒否という結論を導く局面では、根拠規定その他の関連法規が定められた背景や趣旨目的を適切かつ十分に考慮した判断が要請される」と

し、この「当該免許権限は、免許拒否への方向への裁量的判断の可能性が広く認められるという意味で、片面的裁量権が法律で認められた権限」であるとする⁽³⁸⁾。沖縄県知事には、公有水面埋立法が要請する実体的な内容を十分に精査しつつ明らかにして、最適な判断をすることが求められるのである⁽³⁹⁾。

4. その他の論点——裁決庁は誰か

まったく別の論点として、本事案では、知事が欠けた場合における職務代理者から委任を受けた者による裁決に対して不服申し立てをする場合、誰が裁決庁となるのが争われた。すなわち、行政不服審査法4条4号は、「前三号に掲げる場合以外の場合」、すなわち①「処分庁等に上級行政庁がない場合又は処分庁等が主任の大臣若しくは宮内庁長官若しくは内閣府設置法第49条第1項若しくは第2項若しくは国家行政組織法第3条第2項に規定する庁の長である場合」に「当該処分庁等」を、②宮内庁長官又は内閣府設置法第49条第1項若しくは第2項若しくは国家行政組織法第3条第2項に規定する庁の長が処分庁等の上級行政庁である場合」に「宮内庁長官又は当該庁の長」を、ならびに③「主任の大臣が処分庁等の上級行政庁である場合」に「当該主任の大臣」を、それぞれ審査請求先としている以外は、不服申立先を「当該処分庁等の最上級行政庁」に規定していることから、沖縄県側から、撤回処分をした「知事職務代理者から委任を受けた者」の「最上級行政庁」は職務代理者である富川盛武副知事か、または新しく就任した玉城デニー知事となるはずではないか、との主張がされていた。

判決は、「処分をした行政庁の有する処分権限が、審査請求時までに消滅又は移転した場合には、現に処分権限を有する行政庁が処分を行った行政庁としての立場も承継しているとみるべきであり、当該行政庁が行審法4条の『処分庁』に当たるものと解される」とし、このことは「処分権限者からの委任に基づき処分を行った行政庁が、その委任の終了に伴い処分権限を失った場合も同様であり、この場合には委任者が『処分庁』ということになる」として、審査請求先を国土交通大臣であるとした。

ここでは、裁決庁が処分時、裁決時、はたまた審査請求時のいずれの段階で決定されるのが争点となった。

判決は、「このような裁決をすることは、あくまで審査庁である『処分庁』又はその上級行政庁が、現に当該処分についての処分権限を有し、あるいは、現に処分権限を有する機関への指揮監督権限を有していることによって正当化される」こと、および「同法52条2項も、申請に対する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と定めており、かかる規定からも、『処分庁』は、審査請求時に裁決に従った対応をする権限を有するものとして現存していることが予定されているとみるべきである」としたのである。この点については、本稿の射程を超えるため、これ以上立ち入らないものとする。

おわりに

かつて福岡高裁那覇支部で「取消処分」の

不作為違法確認訴訟の際の多見谷寿郎裁判長は、それに先立つ同年3月4日に沖縄県と国とを「和解」させた際に、私人としての地位に基づく不服申立てなのか、それとも国が監督的地位から関与をしてきたのかという問題をいったん「関与である」と整理した。これに対して今回の「撤回処分」のプロセスにおいて、国の側は、むしろ積極的に「国は私人と同一の立場である」とする方針を採用しているかにみえる。今回の裁判の最大の争点は、この「国の私人性」にあるのかもしれない。

本判決は、地方自治法が明示的にこの種の訴訟を排除しているとして、法律の条文どおりに機械的に切って捨てることによって、より単純に却下判決を出すこともできたはずである。しかしながら本件那覇支部判決は、その前段において、上記の沖縄県の主張を一部容れて、まがりなりにもその判断基準を示した。この点はそれなりに評価できよう。しかしその先の後段の判断において、「形式上において免許も承認も変わらない」とした係争委の判断をそのまま採用して、今回の裁決は関与にあたらないとして、請求を却下した。原告は10月30日、上告した。さらに11月11日、原告は、上告受理申立理由書で、「裁決の形式が採られていても、それは名ばかりのものであって『裁決』として扱う必要はなく、実質的には、国の機関から、普通地方公共団体に対し、裁決以外の方法による『関与』が行われたのと同視できるというべきであり、当該行為は、地自法245条3号括弧書きの定める『裁決』に当たらず、『国の関与』から除外されない」とした。

最高裁では、まさしくこの高裁が立てた判断基準の当てはめの適合性が審査の対象とな

る。2020 年 2 月 26 日の本稿校了時点において、まだ本件の最高裁判決は出されていない。しかしながら、上告審では、基本的人権の享有主体としての私人（国民）とその基本的人権を保障するために設立された国家組織との本質的な違いを認識したうえで、その意味で原則的かつ「玲瓏な法律論」に基づく判断が求められる。

本件では、「固有の資格」をめぐり、第1に、公権力主体が行政不服審査制度を用いることの可否が、第2に、行政権が、「国民の権利利益の救済を図るとともに、行政の適正な運営を確保することを目的」とする行政救済制度において、法律上の「救済」を求めうる者に該当するのかどうかについて争われた。この後者の場合、行政機関が「国民の権利利益の救済」を受ける対象となりえないとすれば、その「救済」の対象とは、あくまでも「行政の適正な運営を確保する」点に限定されざるをえないのではないと思われるのである。

このように考えた場合、公有水面埋立法において「免許」と「承認」という2つの制度が、異なった法主体を対象に、それぞれ別個に適用されるとすれば、そこで実現されるべき法益も、異なっているはずである。したがって、「埋立免許によって付与される権限と埋立承認によって付与される権限とは本質的に異なるものではな」とした本判決は、その行政客体の法的性質に着目しない判断をした点について、〈公権力主体〉と〈基本的人権の享有主体としての国民〉との違いを見落とした判断として、再考が求められるのである。

思い起こせば、この沖縄県と国との争いは、翁長県政が発足して以来、沖縄防衛局が「一般私人と同様の立場」にあるのかが、

一貫した争点であった。たとえば2015年3月には、岩礁破碎をめぐって、沖縄県の行政指導に対して沖縄防衛局は、農林水産大臣にその不服審査請求と執行停止の申し立てをした。続く同年10月13日の承認取消処分に対しても、まさにその同日、沖縄防衛局は、国土交通大臣に対して不服審査請求と執行停止の申し立てをし、その後、地方自治法に基づく代執行訴訟を提起した。これに対して沖縄県は、国地方係争処理委員会の決定に対して、関与取消訴訟を提起した。前述のように福岡高裁那覇支部の多見谷裁判長は、2016年3月4日の「和解」において不服審査請求と代執行の両方はできないものとして整理した⁽⁴⁰⁾。

これらの経緯から、今回の撤回処分に対しても、国は、不服審査請求と関与のどちらを選択するのかに、関心が寄せられていたのである。この点、今回、国は明示的に不服審査請求＝「一般私人と本質的に異なる立場」という戦略をとり、国地方係争処理委員会も福岡高裁那覇支部も、このことを追認したのである。

国の機関が「一般私人と本質的に異なる立場」たり得ないような「国家権力」としての資格、すなわち「固有の資格」をともらう場合がどのようなものであるのか。そのことはさらに、裁判所が「法の支配」という観点において、主権者である国民と、その国民の基本的人権を保障するために設立された公権力主体に着目したうえで、国家をどのように意義づけするのかにもかかわってくる、重大な論点でもある。

註

- (1) 関与取消訴訟・訴状（沖縄県ウェブサイト、

- 2019年7月17日) <https://www.pref.okinawa.jp/site/chijiko/henoko/documents/190717sojou.pdf> (2020年1月13日最終確認)
- (2) 辺野古新基地建設をめぐる公有水面埋立承認処分に関連する判決としては、前回の翁長知事による取消処分をめぐる福岡高那覇支判2016年9月16日民集70巻9号2727頁および最2小判2016年12月20日民集70巻9号2281頁、ならびに沖縄県漁業調整規則に基づく知事の岩礁破碎許可を受けることなく工事を強行したことに対する民事差止請求事件である那覇地判2018年3月13日判時2383号3頁およびその控訴審である福岡高那覇支判2018年12月5日判時2420号53頁がある。
- (3) 松本英昭『要説 地方自治法 第七次改訂版』(ぎょうせい, 2011年) 597頁。
- (4) 村上順・白藤博行・人見剛編『別冊法学セミナー no. 211. 新基本法コンメンタール 地方自治法』(日本評論社, 2011年) 371-72頁。〔白藤博行〕
- (5) 佐藤文俊「地方分権一括法の成立と地方自治法の改正(四)」『自治研究』(2000年3月号) 64-65頁。
- (6) なお、この規定は2016年4月施行の行政不服審査法改正において追加されたものである。したがって、後述する2015年3月における岩礁破碎をめぐる一連の事態およびその後の10月13日の公有水面埋立承認取消処分をめぐる一連の経過の際には、この規定は存在していなかった。
- (7) 室井力・芝池義一・浜川清・本多滝夫編『コンメンタール行政法 行政手続法・行政不服審査法 第3版』(日本評論社, 2018年) 375頁。〔門脇美恵〕
- (8) この点、白藤博行によると、沖縄県が2015年11月2日に行った国地方係争処理委員会に対する審査の申し出の際に12月18日に同委員会に対して国土交通大臣が提出した回答書(国水政62号)によると、以下の3つの判断基準が示されているという。すなわち、「【判断基準①】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更にすぎない場合を除く)」「【判断基準②】処分の名あて人に係る事務・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」「【判断基準③】原則として①と②を基準とするが、『最終的には個別の根拠法令の趣旨から』、『場面』ごとに判断する(個別法律の個別条文解釈)」白藤博行「法治主義の限界の諸相——沖縄県辺野古訴訟を素材に」現代行政法講座編集委員会編『現代行政法講座 I 現代行政法の基礎理論』(日本評論社, 2016年) 10頁。
- (9) 田中孝男「地方自治法における『固有の資格』概念の検討(下)」『自治実務セミナー』2016年4月号62頁。
- (10) この論点について、戦前からの学説・判例をもとに検討したものとして、小林博志「処分庁・行政主体の不服申立権と出訴権」西南学院大学法学論集48巻3・4号(2016年)がある。小林は、「審査請求人としての」国と処分庁である沖縄県の利害が対立し、この対立に国が裁判庁として関与するという構図については「こうした問題についても理論的な解明が行われていない」としつつも(同3頁)、「裁判庁が国の機関(例、大臣や局長)であれば裁決という形で国の意思を押し付けることの可能性が高い(同56頁)とする。さらに、(このような事態は)「もともと行政不服審査法を使い、裁決を求めること自体が法が予定しないことから、非難されるべきは国であろう(同58頁)とし、さらに結論的に、「それは、新行政不服審査法7条2項の趣旨であろう」とする(同註(128))。
- (11) 前掲註(7) 375頁。〔野呂充〕
- (12) 紙野健二「辺野古訴訟の経過と意義」紙野健二・本多滝夫編『辺野古訴訟と法治主義』(日本評論社, 2016年) 13頁。
- (13) 片山善博「辺野古審査請求から見えてくる国のモラルハザード」『世界』2015年12月号61頁。
- (14) 角松生史「法的紛争解決手続の交錯と限界——辺野古埋立承認取消処分をめぐる国・自治体間争訟」『法律時報』89巻6号(2017年) 59頁。
- (15) 大野卓「行政不服審査法関連三法について」『自治研究』90巻12号(2014年) 5頁。
- (16) 総務省「行政不服審査制度の見直し方針(二・完)」(2013年)『自治研究』89巻10号(2013年) 146頁。

- (17) 角松前掲註 (14) 60 頁。
- (18) 武田真一郎「辺野古新基地建設と国地方係争処理委員会の役割」紙野・本多編前掲註 (12) 123 頁。整理は角松前掲註 (14) による。
- (19) 徳田博人『「固有の資格」と不服申立て」同前 49 頁。
- (20) 角松前掲註 (14) 60 頁。
- (21) 白藤博行「法治の中の自治、自治の中の法治」大島和夫・榊澤能生・佐藤岩夫・白藤博行・吉村良一編『広渡清吾先生古稀記念論文集 民主主義法学と研究者の使命』（日本評論社、2015 年）251 頁。
- (22) 白藤前掲註 (8) 9 頁。そこで、白藤によると、旧来国は、「知事の埋立承認によって埋立権が付与されるわけではないという意味における『非埋立権説』に立ち、国の公有水面埋立に関する排他的な公物管理権を根拠にしつつも、国に埋立権を付与するときのものではなく、単に国と都道府県との間の管理上の調整を行うものであり、いわば行政主体間の調整であり、「この見解からすれば、『固有の資格を有する』との結論に至ることは、しごく自然のはず」であるにもかかわらず、上記「非埋立権説」を放棄せずに維持するために、「国が公有水面の埋立権を本来的に有し公有水面の公物管理権の主体であるが、それゆえに『固有の資格』を有するわけではなく、私人と同様の立場である」との主張を組み立てようとしていたとする。
- (23) この点村上裕章は、この裁定的関与に関する訴訟を認めるかどうかにつき、塩野宏「地方公共団体に対する国家関与の法律問題」塩野『国と地方公共団体』（有斐閣、1990 年）114 頁以下。および人見剛「地方自治体の自治事務に関する国家の裁定的関与の法的統制」『東京立大学法学会雑誌』36 巻 2 号（1995 年）85 頁以下などの肯定説が「裁決を処分庁が受忍せざるをえないとすれば、地方公共団体に対するあまりに強力な関与であり、自治権の侵害となること、処分庁と審査庁とを上下関係にあると見るべきではなく、審査庁は第三者として総称を解決すべきものと考えられることなどを挙げる」のに対し、桜田誉「行政不服審査庁の法的性格」『関西大学法学論集』14 巻 4～6 号（1965 年）16 頁以下。雄川一郎「機関訴訟の法理」『行政争訟の理論』（有斐閣、1986 年）428 頁等が、「裁定的関与には行政不服審査法が適用されるが、同法は処分庁と審査庁とを上級機関と下級機関と捉えており、制度上処分庁による訴訟提起は認められないこと、また、不服審査手続が国民の権利保護を目的としている点からしても、処分の相手方が満足を得られれば手続を終了すべきであり、原処分庁の出訴を認めると相手方の利益を害することになる」とする見解を紹介したうえで、「解釈論としては消極説に一理あるものの）そのように解すると、自らの処分を取り消された処分庁、したがって地方公共団体は裁決を争うことができず、極めて強力な関与を受ける結果となる。そして、このことは、すでに肯定説が指摘するように、憲法が保障する『地方自治の本旨』に抵触する可能性が極めて大きい」ことから、「立法論としては裁定的関与の全面廃止が考えられる」とともに、「仮に残すとしても、これを第三者的な裁定制度に改め、裁決に対する地方公共団体の出訴を認めるべきである」とする。村上裕章『行政訴訟の基礎理論』（有斐閣、2007 年）60-67 頁。
- (24) 塩野宏『行政法Ⅱ [第六版]』（有斐閣、2019 年）105 頁。
- (25) 小早川光郎『行政法 上』（弘文堂、1999 年）268-69 頁。
- (26) 藤山雅行・村田斉志篇『新・裁判実務体系 25 行政争訟 [改訂版]』（青林書院、2012 年）152 頁。〔増田稔〕は、この土地地区画整理事業計画をめぐる判断について、「法的効果を根拠として」判断したとする。
- (27) 行政不服審査制度検討会「行政不服審査制度検討会最終報告（二）——要請不服審査法及び行政手続法改正要綱案の骨子——」（2017 年）『自治研究』83 巻 11 号（2017 年）。この点、先の行政不服審査法改正においてこの箇所は、「立法時の解釈においても、前者が基本的な目的であるとの理解は示されていたものの、改正の内容が救済の側面のさらなる充実であることを踏まえ、この趣旨を明確にするために文言を修正すべきことを提案

- している」とされた。高橋滋「行政不服審査制度検討会最終報告の概要」『自治研究』84巻2号(2008年) 22頁。
- (28) この点亘理格は、「共通の了解が成立しているわけではないというのが実情」とする。亘理格「法律上の争訟と司法権の範囲」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想Ⅲ』(有斐閣, 2008年) 3頁。
- (29) 同前17頁。この点亘理はさらに、「行政訴訟における裁判審査に託された役割とは、主に、行政機関が、関係する多様なルールに従った権限の行使または不行使を行ったか否かを検証するという点にあるのであって、少なくとも厳密な意味の権利義務関係の裁断に存するわけではない」とする。同25頁。
- (30) 徳田博人「【Q & Aで学ぶ】辺野古埋立承認『撤回』をめぐる沖縄県と国の法的争い」『けーし風』第103号(2019年7月) 24頁。
- (31) 同前。
- (32) 角松前掲註(14) 60頁。
- (33) 同前。
- (34) この点裁判所は、裁判所に提出された徳田意見書の内容をいったん意識したうえで、あえてその趣旨を別の意味で再解釈したものと推察されるが、うがち過ぎであろうか。
- (35) 人見剛「自治体の争訟権について」紙野・本多編前掲註(12) 81頁。
- (36) この点、2015年10月の承認取消処分に対して国が不服審査請求と執行停止を請求した際における国地方係争処理委員会の審査において、国は「国が事業主体になる場合、『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通常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』……『あえて法によって国を規律する必要がある』」としたという。参照、白藤前掲註(8) 12頁。
- (37) 同前13頁。
- (38) 亘理格「埋立免許・承認における裁量権行使の方向性」紙野・本多編前掲註(12) 150-51頁。
- (39) この点、公有水面埋立法は、その判断において求められる環境保全および災害防止についての裁量基準として、及川敬貴および辻信一がいうように、公有水面埋立法は、いわゆる「環境法化」現象のもとで解釈・理解されなければならないと思われる。及川敬貴『生物多様性というロジック』(勁草書房, 2010年) 63頁。この「環境法化」につき及川は、「開発促進や産業保護や生態系保全関連の規定が加えられたり、場合によっては、それらの法律が新法となって生まれ変わったりする現象」と定義する。また、辻信一『環境法化現象』(昭和堂, 2016年) 73頁は、公有水面埋立法の「環境法化」に言及する。
- (40) この点、福岡高裁那覇支部の多見谷寿郎裁判長による「3・4和解」では、福岡高裁那覇支部に対して当時国が代執行訴訟を、沖縄県が関与取消訴訟をそれぞれ提起していたのに対して、「それぞれ取り下げ、各事件の被告は同取り下げに同意すること」および沖縄防衛局長は、「被告(沖縄県……評者註)に対する行政不服審査法に基づく審査請求及び執行停止申立てを取り下げ」、同時に「利害関係人は、埋立工事をただちに中止することとしたうえで、原告は被告に対し、本件の埋立承認取消に対する地方自治法245条の7所定の是正の指示をし、被告は、これに不服があれば是正の指示があった1週間以内に同法250条の13第1項所定の国地方係争処理委員会への審査申出を行う」としていた。この和解は、一般的に、多見谷裁判官が、紛争解決に際して、行政不服審査による経路ではなく、地方自治法に基づく「関与」のルートを採用することを求めたものと解せられると思われる。それにもかかわらず、国は今回、行政不服審査法を活用するルートを採用した。この点、今回の問題および今回と類似の問題が将来的に発生した場合に、どのようなスタンスで行政権が運用されるのかという、行政法学の考え方全体に関わる大きな問題を提起しているように思われる。なお、2016年3月4日の「和解条項」は、本多滝夫編『Q & A 辺野古から考える日本の地方自治』(自治体研究社, 2016年)に掲載されている。