

令和元年（行ケ）第2号地方自治法第251条の5に基づく違法な国の関与（裁決）  
の取消請求事件

原告 沖縄県知事 玉城 康裕

被告 国土交通大臣 石井 啓一

## 第1 準備書面

令和元年8月30日

福岡高等裁判所那覇支部民事部IVC係 御中

原告訴訟代理人

弁護士 加藤 裕

弁護士 仲西 孝浩

弁護士 松永 和宏

弁護士 宮國 英男

原告指定代理人

沖縄県知事公室

知事公室長 池田竹州

基地対策統括監 金城典和

辺野古新基地建設問題対策課

課長 多良間一弘

副参事 田代寛幸

班長 宮城石

主査 知念敦

主査 賀数清華

主査 久保田吏

主査 仲里太一

主査 中山貴史

主任 内間ゆりな

主任 末永充

沖縄県農林水産部漁港漁場課

課長 森英勇

副参事 玉寄秀人

班長 比嘉正一

主査 中村健志

沖縄県土木建築部海岸防災課

課長 新垣義秀

副参事 桑江隆

班長 上原正也

主任技師 弓削田祥平

主任 新城博史

本書面においては、公有水面埋立承認に係る処分について、国の機関は「固有の資格」（行政不服審査法 7 条 2 項）において処分の相手方となるものであるから行政不服審査法の適用は除外され、沖縄防衛局長による審査請求は不適法であって、かかる不適法な審査請求を認容した本件裁決もまた違法となるものであり、本件裁決及び答弁書における被告の主張が誤りであることについて述べる。

なお、特に断らない限り、略語例は訴状の例による。

## 第1節 行政処分の相手方になった場合は「固有の資格」ではないとする主張が誤りであること

### 第1 被告の主張の概要

被告は、「固有の資格」か否かを「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」によって判別されることを前提に（答弁書36頁：以下は、答弁書の頁番号を摘示）、「固有の資格」を、「問題となる行政機関を相手方とする公権力の行使に係る争訟が、特定人の権利利益の保護を目的とする主観訴訟となるか、法規の適正ないし一般公益の保護を目的とする客観訴訟となるかを区分・識別する概念」と主張する（37頁）。

被告は、「行政機関による公権力の行使全般」を「処分」、そのうち、「個人の権利利益に変動を生じさせる処分」を「行政処分」、「個人の権利利益の変動を前提としない処分」を「行政権限についての処分」と定義し、「固有の資格」を、「行政処分」と「行政権限についての処分」を区分する概念とする（同頁）。

被告の主張に拠ると、行審法1条2項や2条、行訴法3条2項の「処分」は、被告の定義するところの「行政処分」を意味し、行審法7条2項の「処分」は、被告の定義するところの「処分」、行訴法43条1項及び2項、地自法251条の5、250条の13第1項の「処分」は、被告の定義するところの「行政権限についての処分」を意味することになり（44頁から45頁）、抗告訴訟や行政不服審査請求をなしうる「処分」に該当する場合は、すなわち、「固有の資格」に該当しない、ということになる（48頁から52頁）。

被告は、このように概念整理を行った上で、埋立承認の撤回（取消）処分は、行政処分であり（平成28年最高裁判決の判示から明らかとする）、固有の資格にはあたらないと主張する（37頁から38頁）。

被告がこのように概念整理する根拠は、概略以下のとおりである。

すなわち、被告の主張に拠れば、行政争訟には、特定人の権利利益の保護を目的とする主観争訟と、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とする

客観争訟があるところ、行審法は主観争訟についての手続と構成されており、行訴法は主観訴訟としての抗告訴訟と当事者訴訟と客観訴訟としての民衆訴訟及び機関訴訟を区別している（40頁）。

そして、行訴法においては、行政機関が他の行政機関から処分を受けた場合、その処分が個人の権利利益の制約を前提とするか否かによって、法律上の争訟性及び主観訴訟と機関訴訟が区別され、訴訟提起の可否が決められるところ（40頁から41頁）、「固有の資格」の概念を定める行手法、行審法、地自法のうち、前二者は、国民（ないし個人）の権利利益の保護に関するもので、行政不服審査制度は個人の権利利益の保護を目的とする主観争訟である一方、地自法251条の5が定める国の関与に関する訴えは機関訴訟であるとされていることから（41頁から42頁）、行政不服審査制度と関与に関する訴えの利用の可否を区分する「固有の資格」概念は、個人の権利利益の制約が前提となるか否かを区別する概念と解すべきであるというのである（42頁）。

そして、被告は、このような解釈は、一般的に、固有の資格の判断のメルクマールとして挙げられている場合にも適合的である（43頁から44頁）、行審法や行訴法の条文解釈としても妥当である（44頁から45頁）、平成14年最高裁判決にも沿う（46頁から48頁）等と主張する。

しかし、このような被告の主張は、極めて特異な見解であり、妥当ではない。  
以下、詳述する。

## 第2 被告主張が誤りであること

### 1 地自法、行訴法との整合的な解釈との主張について

被告の主張の要点は、地自法上の関与取消訴訟制度は行訴法の機関訴訟であり、行審法は主観争訟であるところ、固有の資格がその両制度を振り分ける概念であることから、固有の資格は、個人の権利利益の制約が前提となるか否かを区別する概念であり、被告の定義するところの「行政処分」（抗告訴訟の対象

となる「処分」)を区別する概念である、ということに尽きている。

ここでの被告の主張においては、以下の2点が前提とされていると考えられるが、そもそもそれが妥当ではない。

1点目は、地方公共団体(ないし国)は、(裁定的)関与に対する一般の抗告訴訟を提起できないことを前提に、関与取消訴訟制度が法定されている、という点である。

2点目は、ここでいう「主観」が、個人の私的な権利利益の保護のみを意味すると解している点(つまり、公権を含み得ないと解している点)である。

1点目については、元々、(裁定的)関与に対して、地方公共団体が抗告訴訟を提起できるかについては、議論があり、通説は、自治権の観点から、これを許容する(成田頼明「地方自治の保障」『宮沢俊義還暦記念 日本国憲法体系第五巻 統治の機構(II)』309頁、木佐茂男「国と地方公共団体の関係」雄川一郎他編『現代行政法大系第8巻』381頁、寺田友子「行政組織の原告適格」民商法雑誌83巻2号66頁、田上穰治「新憲法と自治監督」荻田保編『町村合併促進法施行一周年地方自治総合大覧会記念地方自治論文集』25頁、白藤博行「国と地方公共団体との間の紛争処理の仕組みー地方公共団体の「適法性の統制」システムから「主観法的地位(権利)の保護」システムへー」公法研究62号200頁、斉藤誠「行政主体間の紛争と行政訴訟」藤山雅行他編『新・裁判実務大系第25巻 行政争訟〔改訂版〕』94頁、江口とし子「国と地方自治体との関係」藤山雅行他編『新・裁判実務大系第25巻 行政争訟』89頁(ただし、江口は、改訂版では、同様の意見を述べつつ、平成14年最高裁判決により実務的には決着がついたため、立法的な解決が望ましいとしている)、村上裕章『行政主体間の争訟と司法権』公法研究63号219頁、薄井一成「地方公共団体の原告適格」『原田尚彦先生古稀記念 法治国家と行政訴訟』197頁、曾和俊文「地方公共団体の訴訟」同『行政法執行システムの法理論』157頁、山本隆司「行政の主体」磯部力他編『行政法の新構想I 行政法の基礎理論』89頁等：肯定

説が多数説であることを明言するものとして、宇賀克也『地方自治法概説〔第6版〕』408頁、塩野宏「国と地方公共団体のあり方再論」同『法治主義の諸相』433頁)。

そして、地自法の関与取消訴訟制度は、一般の抗告訴訟に比して簡易迅速な制度であり、立法技術上、機関訴訟として設けられたものに過ぎず(塩野宏『行政法Ⅲ〔第四版〕行政組織法』252頁)、この制度の法定自体は、一般の抗告訴訟の提起可能性に対しては中立である(小早川光郎「司法型の政府間調整」松下圭一他編『岩波講座 自治体の構想2 制度』66頁)。

「固有の資格」ではないのであれば、審査請求がなしうるところ、地自法の関与取消訴訟制度は、「固有の資格」の場合に限り認められたというだけのことに過ぎない。

「固有の資格」概念が、行訴法の抗告訴訟の提起可能性をも分ける(つまり、被告主張に拠るならば「処分性」を画定する)概念として機能することを前提にして、あるいは意図して、関与取消訴訟制度が法定されたものではないところ、行訴法、地自法、行審法の解釈から、被告主張の概念整理は導かれない。

2点目については、被告自身、厚生労働大臣の市町村に対する水道事業の認可(水道法6条2項)について、「国と地方公共団体の内部的な行為であり、市町村が公益の保護を直接の目的として水道事業の経営を行うことを許容する処分であることから、水道事業を行うという市町村の行政権限に対する処分であって、行政処分ではない」と主張している(答弁書64頁<sup>1</sup>)。

ところが、水道行政の主体としての小倉市(現在の北九州市)が提起した取消訴訟に係る最高裁昭和37年4月12日判決・民集16巻4号781頁は、私人に対してなされた試掘権設定許可に対して、鉦区内の石灰石掘採が行われることにより、平尾台上の住民の飲料その他の用に供する唯一の水源が破壊され、

---

<sup>1</sup> 被告の概念整理では、水道法の事業認可を私人が受ける場合も「行政権限についての処分」を受けている以上、いわゆる「処分性」は否定され、抗告訴訟は提起できないことになろうが、

住民の生活が危殆に陥れられ、台上住民の水源利用の不便、保健衛生上甚だしい害が起こり、場合によっては生活不能の結果さえも招来するとして、小倉市が出願許可の取消しを求め、土地調整委員会の裁定を求めたところ、小倉市の主張が排斥されたことから、裁定の取消しを求めた訴えについて、その適法性を問題とせず、本案審理を行っている。

被告が主張する概念整理に従うなら、固有の資格において水道事業認可を受けた小倉市には、「行政権限」しかないのだから、その保護を求める訴えについて、「主観訴訟」たる取消訴訟を提起する余地はないはずであるが、そのようには理解されていない。

結局、取消訴訟や行政不服審査制度が主観争訟である、というときの「主観」を、個人の私的権利利益の保護というような限定されたものと理解することはできず（訴状でも触れた摂津訴訟において問題となった国庫負担金の交付決定も、「固有の資格」において相手方となっている「処分」が抗告訴訟の対象となる例である）、行訴法、地自法、行審法の解釈から、被告主張の概念整理は導かれない。

結局、被告の主張は、前提を誤ったもので、被告の主張する概念整理に根拠はない。

## 2 行審法の条文解釈に関する被告の反論について

既に訴状で指摘したとおり、被告主張の解釈は、条文解釈として全く合理性がない。

行審法1条2項では「処分」を定義している以上、文理解釈として、同条の「処分」と7条2項の「処分」を異なる意味で解釈することはできない。

被告主張の解釈は、行審法1条2項の定義規定を無意味なものにする上、7条2項も無用の規定となり、条文解釈として合理性が全くない。

この点、被告は、行審法のみならず、行訴法や地自法の「処分」も異なる意味で用いられていると主張して反論するのであるが（答弁書 45 頁）、反論になっていない。

けだし、被告の反論は、被告の概念整理に基づけば、行訴法や地自法の「処分」が、それぞれ異なる意味内容を持っているということを述べているに過ぎないからである。

素直に条文解釈するなら、行審法 1 条 2 項、 2 条、 7 条 2 項、行訴法 3 条 2 項、 43 条 1 項及び 2 項、地自法 251 条の 5、 250 条の 13 第 1 項の「処分」は、その全てが、「処分その他公権力の行使に当たる行為」を意味し、それ以上でもそれ以下でもない。

被告の反論は、被告主張の概念整理をするならば、行訴法、地自法においても、行審法と同様、条文解釈として無理がある解釈を採らなければならないことを独白しているに過ぎない。行審法の条文解釈として、被告の主張の概念整理が妥当性を有しないことは明らかである（むしろ、より一層、その条文解釈としての不合理性が明らかになっている。）。

### 3 被告の主張が従前の文献等における固有の資格の理解と整合しない極めて特異なものであること

被告は、行審法、地自法、行訴法の条文解釈の他に、従前、固有の資格の判断のメルクマールとして挙げられてきた場合にも適合的である（答弁書 43 頁から 44 頁）とも主張している。

しかし、被告の主張は極めて特異な独自の解釈であり、従前の学説等と適合的であるどころか、矛盾をきたしており、採り得ない。

そもそも、上記で述べたとおり、被告の主張に拠るなら、「固有の資格」なる法概念は不要であり、「処分性」あるいは、「法律上の争訟性」の判断に吸収されることになる。

被告の主張は、「処分性」、「法律上の争訟性」、「固有の資格」というそれぞれ機能する場面も、根拠となる法令も異なる複数の概念を全て同一視し、行審法1条2項の定義規定も、7条2項も無意味な規定にするものであって、法解釈として妥当性がない。

被告自身、従前、このような解釈は全く主張していなかったし<sup>2</sup>、学説上の根拠もない<sup>3</sup>もので、極めて特異な見解である。

そのため、従前の考え方（文献、裁判例）に拠れば、「固有の資格」であるにもかかわらず抗告訴訟の対象となる処分と理解されている例、つまり、被告の主張する概念整理と矛盾が生じてしまう例がいくらかでも存在してしまう。

上では、水道法の例を挙げたが、このような例は、他にも存在する。

例えば、最高裁平成17年12月7日判決・民集59巻10号2654頁は、都市計画法59条2項に基づく国土交通大臣の都市事業認可が処分性を有することを前提として事業地の周辺住民の原告適格を判断しているが、同認可は、地方公共団体が「固有の資格」において相手方となるものと理解されている（IAM=行政管理研究センター『逐条解説行政手続法 改正行審法対応版』106頁、総

---

<sup>2</sup> 例えば、国地方係争処理委員会の平成27年審査申出案件について平成27年12月15日付けで被告が国地方係争処理委員会に提出した国水政第62号では、「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、平成27年12月18日付けで国地方係争処理委員会に提出した国水政第63号及び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。

<sup>3</sup> 例えば、行手法4条1項の「固有の資格」について、「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頁とされ、「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、法四条一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。

務庁行政管理局『逐条解説行政手続法〔増補〕』82頁)。

あるいは、最高裁平成4年1月24日判決・民集46巻1号54頁は、土地改良法96条の2第1項(当時)に基づく都道府県知事の土地改良事業の認可が処分性を有することを前提として訴えの利益を判断しているが、同認可は、地方公共団体が「固有の資格」において相手方となるものと理解されていた(地方分権推進計画別紙2において、同認可は「関与」と位置付けられている)。

さらに指摘するなら、被告が整合的であると主張するメルクマールのうち(答弁書43頁)、特に、②当該法令が、当該処分の相手方に係る事務・事業について、行政機関が、自らの責務として処理すべきこととしている又は原則的な担い手として予定されている場合というメルクマールは、同じ効力を持つ処分を、「私人」も受ける場合があることが当然に想定されている。

この場合、被告主張に拠るならば、当該私人は「行政権限についての処分」を受けるものである以上、当該私人に対する関係でも「処分性」が否定され、抗告訴訟の提起が許されないはずである<sup>4</sup>。

しかし、例えば、競馬法施行令17条の7において準用する施行令2条2項の承認や自転車競技法4条2項に基づく設置許可の私人に対する処分性は肯定されているが(大阪地裁昭和53年11月29日判決・訟月25巻4号1007頁、最高裁平成21年10月15日判決・民集63巻8号1711頁)、これらを地方公共団体が受ける場合は固有の資格において相手方となるものと理解されている(地方分権推進計画別紙2において「関与」と整理されている)。

このように、被告の主張する概念整理は、条文解釈として合理性が全くない上、学説上の根拠もなく、従前、「固有の資格」にもかかわらず抗告訴訟の対象となる「処分」と認められてきた例とも矛盾する、極めて特異なものであって、

---

<sup>4</sup> 「行政権限についての処分」とは、被告が主張するところでは、「個人の権利利益の変動を前提としない処分」(答弁書37頁)なのであり、私人が受ける場合であっても、その「個人の権利利益の変動」はないのであるから、処分性が否定され、抗告訴訟を提起できないことになる。これは、被告の定義からの当然の帰結である。

およそ現行行審法の解釈として、採り得ない。

#### 4 平成 14 年最高裁判決との整合性に関する主張について

被告は、上記の他、被告主張の概念整理が、平成 14 年最高裁判決にも沿う（46 頁から 48 頁）とも主張する。

被告は、平成 14 年最高裁判決の調査官解説が、「固有の資格」を主観訴訟と客観訴訟の対象を画する概念として説明していることをその主張の論拠として挙げ、被告主張の概念整理が平成 14 年最高裁判決と整合的であるかのように主張しているのであるが、言うまでもなく同判決は、行審法や行手法の「固有の資格」についての解釈が問題となった事案ではなく、平成 14 年最高裁判決との整合性などありえない。

また、被告が引用している、調査官解説が「固有の資格」について触れている該当箇所（549 頁脚注 23）も、単に、藤田宙靖「行政主体間の法関係について一覚え書き」『政策実現と行政法 成田頼明先生古稀記念』84 頁を引用したものに過ぎない。

そして、当の藤田宙靖は、平成 14 年最高裁判決に極めて批判的であり（藤田宙靖『行政法総論』277 頁（注(2)、同『最高裁回想録』95 頁以下参照：最高裁判所判事として変更の必要があると述べていた）、藤田自身が、法律上の争訟を、個人の権利利益の保護目的の提訴に限ると理解していないことは明らかである。

確かに、藤田は、裁定的関与に対する抗告訴訟については否定的であるが、自ら、「地方公共団体による住民に対する公権力の行使につき国が権力的に介入するという場合（私は、終始、こういったケースを問題としてきている）」と述べるとおり（同『行政組織法』55 頁）、私人が審査請求を行った場合に限定して議論を行っているし、「内部関係」、「外部関係」の二分論についても、あくまで、一つの「補助線」として、基準の端緒としての利用にとどめており、他の「補助線」と交錯した結果の最適の「解」の可能性については留保している

のである（同「行政主体」の概念に関する若干の整理」同『行政法の基礎理論下巻』103頁から104頁、98頁から99頁を参照）。

被告主張の概念整理が平成14年最高裁判決と整合的であるとはとても言えない。

## 5 小括

以上、被告主張の概念整理はその前提に誤りがあり、条文解釈として合理性もない上、学説上の根拠もなく、従前、固有の資格と考えられている例とも矛盾し、平成14年判決と整合性があるとも言えない。

極めて特異な独自の考え方であって、採り得ない。

したがって、公有水面埋立承認処分が抗告訴訟の対象となる処分であることから、被告が固有の資格において相手方になったとは言えず、この点の被告の主張に理由はない。

## 第2節 国の機関は「固有の資格」において承認処分の名宛人となること

### 第1 はじめに

#### 1 公有水面埋立ての目的と目的達成までの過程

- (1) 「埋立は、水面を変じて生ぜしめられた土地の私法上の所有権を取得するためになされるもの」であり（山口眞弘＝住田正二『公有水面埋立法』532頁）、  
「埋立法は、公物である公有水面に私権を設定するための根拠法」（三善政二『公有水面埋立法（問題点の考え方）』34頁）である。

願書の記載事項を定めた公水法2条2項は3号で「埋立地ノ用途」を記載させ、免許の要件（免許基準）を定めた公水法4条1項1号は「国土利用上適正且合理的ナルコト」を要件（免許基準）として定め、さらに公水法29条1項は埋立地の用途の変更には都道府県知事の許可を要するものと定めてい

るが、これは、土地所有権取得後の埋立地の利用こそが埋立ての目的であることを示したものと見える。

- (2) 公有水面埋立ては、「主たる目的が、水面を変じて陸地となしその所有権を取得しようとするのにある」(山口・住田 308 頁) ものであるが、公有水面は、自然公物であり、水面を変じて物理的に陸地が造成されても、公有水面の公用廃止がなされない限り、私的所有権の対象とはならない。

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る。

従って、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态へと形態変化しても、公用廃止がなされるまでは、公物としての本質は変更されないから、私法の適用を受けず、所有権の対象とならない(最高裁平成 17 年第二小法廷判決・民集 59 卷 10 号 2931 頁)。

土地所有権は、埋立てという事実行為の結果として当然に生じるものではなく、海底地盤上に土砂が投入されて事実上の陸地が生じれば当然に土地所有権が発生するものではない。埋立地の所有権の成立・取得は、埋立てという事実行為の効果ではなく、権限を有する機関による公用廃止の効果を生ずる行為の効果である。

- (3) 埋立事業を開始し、陸地を造成して竣功に至り、公有水面の公用廃止がなされることによって、造成された陸地が私法上の所有権の対象となり、事業者は土地所有権を取得し、埋立ての目的を達成することになる。

すなわち、公水法は、公有水面の公用廃止による土地所有権の取得という埋立ての目的達成に至るまでの過程、すなわち、適法な埋立事業の開始というスタート地点に始まり、事業開始後の造成過程という中間過程の規制、竣功後の公用水面の公用廃止による土地所有権の取得という埋立ての目的達成のゴール地点までの各過程について、規律をしているものである。

---

<sup>5</sup> 以下「山口・住田」という。

## 2 国の公有水面に対する立場と公水法による都道府県知事への権限付与

- (1) 公水法は、その1条において、同法にいう公有水面は「国ノ所有ニ属スル」と定め<sup>6</sup>、国とそれ以外の者とでは、公有水面に対する立場が異なるものと位置付けている。

公水法1条が公有水面は「国ノ所有ニ属スル」と定めていることより、国は公有水面という自然公物について一般の公物管理権を有することになり<sup>7</sup>、国と国以外の者とでは、公水法上、公有水面に対する立場を異にしている。

- (2) 他方で、公水法は、当該地域の公益の代表者である都道府県知事に公有水面埋立てに係る公物管理上の権限を定め、国の機関が行う埋立てについても、都道府県知事の承認処分を受けなければならないなどの規制を加えて、公水法が都道府県知事に係る権限を付与していることにより、その反面で、国の有する権限は控除ないし制約されているものである。

公水法が都道府県知事に公有水面埋立てに係る権限を付与し、公有水面の公用廃止の判断者を都道府県知事としたのは、公有水面の公用廃止と土地所有権の創設は当該地域に重大な影響を与えるものであるから、公有水面とい

---

<sup>6</sup> 明治7年太政官布告第120号（いわゆる「地所名称区別改定」）が「…海…其他民有地ニアラサルモノ」を第3種官有地として分類していたことが、海が国有であることの根拠としていわれている（ただし、「官有」とは非民有を意味するもので「国有」と同義ではないことが指摘されており、また、昭和6年地租法が地所名称区分を廃止したことによって、海が国有であることの根拠が不明確になったとも言われている。）。

公有水面埋立法の直接の前身は明治23年官有地取扱規則（勅令第246号）であるが、大正10年の公有水面埋立法逐条理由では、官有地取扱規則12条の「官ニ属スル公有水面」の文字を踏襲したものとされる。

<sup>7</sup> 公有水面は自然公物であり、公水法1条にいう「所有」とは私法上の所有権ではない。公物に対しては、一般に管理権が発生するが、公物管理権の根拠については、公所有権説等の諸説がある。公水法1条の「所有」の意味については、「公有水面は、誰の所有にも属せず、国が公共物として支配し、管理するものである。ここにいう所有の概念は、私法上の所有とは異なり、国の統治権に基づく管理権、いわゆる公権上の所有権を有することを意味する（「港湾行政の概要」6-5）」、「公法上の所有権とは、国家が公の目的のために水流又は水面を支配し、管理する権利であって、私法上の所有権が、その権利者の私目的をもって物を使用、収益、処分をする権利であるのと異なる。このような権利を『所有権』ということが妥当かどうかは、もっぱら用語の問題であるが、有体物の完全な支配の権能であって、私法の適用を受けない意味において、公法上の所有権といってよいと思われる」（山口・住田22～23頁）などの説明がなされている。

う自然公物の公用廃止・土地所有権創設により得られる利益と失われる当該地域の利益の調整判断を、当該地域の都道府県知事に委ねることが適切であることによるものである。

国土利用計画法第2条は、国土利用の基本理念について、「国土の利用は、国土が現在及び将来における国民のための限られた資源であるとともに、生活及び生産を通ずる諸活動の共通の基盤であることにかんがみ、公共の福祉を優先させ、自然環境の保全を図りつつ、地域の自然的、社会的、経済的及び文化的条件に配慮して、健康で文化的な生活環境の確保と国土の均衡ある発展を図ることを基本理念として行うものとする。」と定め、公有水面埋立ては、かかる目的のためになされるものであり、当該埋立てが「自然環境の保全を図りつつ、地域の自然的、社会的、経済的及び文化的条件に配慮して、健康で文化的な生活環境の確保と国土の均衡ある発展」に資するものであるか否かが判断されなければならない。公有水面を埋め立てて土地を造成することは、一方で創設された土地の利用により発展を期するものであるが、他方で、公有水面を喪失させるものである。公有水面は、古来から、航行、漁業やレクリエーションなどの場として人々に親しまれ、また、国土全域に関わる大気や水などの環境浄化機能や生態系維持の機能を果たし、公衆の共有資産として、現代の世代に引き継がれてきた過去から現在まで公衆が自由使用してきた共有資産である自然公物であり、公有水面を公用廃止して土地創設をすることは、当該埋立てについて同意を求める対象とはされない多様な社会的利益、公衆の自由使用の利益を喪失させるものであり、当該地域の自然環境、生活環境や産業等に及ぼす影響は大きいものである。このように、公有水面埋立ては当該地域に係る公益に重大な影響を及ぼすものであるから、当該地域の都道府県知事に当該埋立ての公用廃止に係る権限が付与されてい

るのである<sup>8</sup>。

- (3) 以上述べたとおり、国は公有水面という自然公物に対する一般の公物管理権を有するものであるが、公水法が都道府県知事に公物管理権限を付与したことにより、その限度において、国の公有水面埋立てに係る公物管理権限については控除ないし制約されているとみることもできる。

すなわち、国の機関であっても、都道府県知事から承認を受けなければ埋立てを行うことはできないし、また、後述のとおり、承認を受けることなく事実上の陸地を造成して竣功通知をしてみても、その竣功通知に公有水面についての公用廃止と土地所有権の取得という法効果は生じないものである。

承認は国の事務ではなく地方公共団体の事務であり、承認の法効果として、国の機関は適法に埋立てを行い、竣功通知により公有水面の公用廃止をして土地所有権を成立させて国に土地所有権を取得することができる権限ないし法的地位を付与されるのであるから、承認の行政処分性は肯定される。

---

<sup>8</sup>国土利用法制や海岸管理法等については、国の役割は、全国的な基本方針を定めるにとどまり、当該地域の総合調整の役割は都道府県が担うものとされている。第1に、国土利用については、都道府県の土地利用基本計画との整合性が求められる。国の役割は、「国土の利用に関する基本的な事項について全国計画を定める」ととどまる(国土利用計画法5条)。これに対して、国土利用の中心的判断となる土地利用基本計画は、都道府県が定める(9条)。都道府県レベルの土地利用の判断が優先されるからである。第2に、海岸保全基本計画との整合性も求められる。国の役割は、「海岸保全区域等に係る海岸の保全に関する基本的な方針を定める」ととどまる(海岸法2条の2第1項)。これに対して、海岸保全の中心的判断となる海岸保全基本計画は、都道府県が定める(2条の3)。都道府県レベルの海岸保全の判断が優先されるからである。第3に、環境基本法に基づいて、各県に属する水域については都道府県知事が環境基準を定める(環境基本法第16条2項2号ロ)。第4に、漁業法や農業法といった産業法では規制や監督が都道府県知事に委ねられているので、埋立事業とこれらの産業との整合性も求められる。例えば、海岸域の埋立ては、漁業にきわめて大きな影響を与えるが、埋立てと漁業の調整は都道府県のレベルで行われるのであって、国のレベルで行うことはできない。以上のように、土地利用や海岸管理の点から、都道府県知事が総合調整の役割が必要となるものであり、公水法においても、免許や承認の判断権が知事に委ねられているものである。かりに、国の公益判断を優越させる必要がある事業であるとすれば、そのためには、例えば海岸法6条所定のような主務大臣の直轄工事に関する規定がなければならない。公有水面埋立事業については、防衛大臣の直轄事業の規定はないので、都道府県知事の公益判断に対して防衛大臣・外務大臣等の公益判断を優越させることはできない。一方、事業者としての沖縄防衛局が国土利用上の合理性の判断や海岸の保全・防災等の判断を行えないことも明らかである。これらに関する事項は、都道府県知事の総合的な判断に従うべきことになるのである。以上のように、土地利用や海岸管理等の点から、当該地域についての判断は都道府県知事が総合調整の役割を担うので、埋め立て免許や承認の判断権が知事に委ねられているものである。

処分性が肯定されるという点においては、国の機関以外の者が処分の名宛人となる免許も国の機関のみが処分の名宛人となる承認も同じである。

しかし、国は、公有水面についての「所有」者（公水法1条）として一般的な公物管理権限を有するもので、公物管理上は特別な地位にあるものであることから、承認の法効果として発生する権限ないし法的地位と免許の法効果として設権される権利は、本質的に異なるものであり、承認の法効果として発生する権限ないし法的地位の享有主体に、国以外の者は立ちえない。

## 第2 承認に基づく埋立てにより土地所有権を取得するためには竣功認可が不要であること

### 1 免許と承認の相違

#### (1) 免許による埋立てについて

国の機関以外の者が行う埋立てについては、免許を受けて埋立てを行って竣功した後、土地所有権を所得するためには、竣功認可という、埋立免許とは別個の都道府県知事の処分を受けることが必要である。

すなわち、「公有水面の埋立免許は、一定の公有水面の埋立てを排他的に行つて土地を造成すべき権利を付与する処分であり、埋立工事の竣功認可は、埋立免許を受けた者に認可の日をもつて埋立地の所有権を取得させる処分」（最高裁昭和60年12月17日判決・判時1179号56頁）であり、適法に埋立事業を開始して陸地を造成し、公有水面の公用が廃止され、土地の私法上の所有権を取得するという埋立ての目的を達成するためには、都道府県知事から、免許と竣功認可という2つの処分を受ける必要があるものとされている。

また、免許による埋立ての過程においても、都道府県知事が公水法32条等による監督・規制を行うものとしている。

#### (2) 承認による埋立てについて

「埋立の承認は、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」（山口・住田 329 頁）である。

国の機関が行う埋立てについては、陸地を造成して私法上の土地所有権を取得するために、都道府県知事から国の機関が得ることが必要な処分は埋立承認のみであり、都道府県知事から竣功認可という処分を受ける必要はない。

また、免許を受けての埋立てについて規制する公水法 32 条を承認について定めた公水法 42 条が準用していないなど、承認を受けて国の機関が行う埋立てと、免許を受けて国の機関以外の者が行う埋立てとは、埋立ての過程等における都道府県知事による監督等も異なるものとされている。

2 国の機関が行う埋立てについては「竣功認可」を要しないとされていることが意味すること

(1) 公物を公物以外の物にするためには、公物管理権者による公用廃止という行政行為が必要であり、公有水面を構成する一要素としての地盤に土砂その他の物件が添付されて土地的状態へと形態変化しても、公用廃止がなされるまでは、公物としての本質は変更されないから、私法の適用を受けず、所有権の対象とならない(最高裁平成 17 年第二小法廷判決・民集 59 卷 10 号 2931 頁)。

公有水面の公用を廃止する効力は、免許処分それ自体にはないが、公用廃止を私人が行うことはできないから、免許を受けた者がみずから公用廃止をすることはできない。

「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적으로는『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拠り行われる…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」（三善政二『公有水面埋立法（問題点の考え方）』58～60頁）ものであり、「埋立工事の竣功認可は、埋立免許を受けた者に認可の日をもって埋立地の所有権を取得させる処分」（最高裁昭和60年12月17日判決・判時1179号56頁）ということになる。

- (2) これに対して、国の機関が都道府県知事の承認処分を受けて行う埋立てについては、公用廃止をして私法上の土地所有権を成立させるためには、竣功認可処分は不要とされている。

国の機関が都道府県知事の承認処分を受けて行う埋立てについては、「埋立ての承認は、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」（山口・住田329頁）であるから、「国は、竣功通知の日において、当該埋立地について、私法上の所有権を取得する<sup>9</sup>」（山口・住田331頁）ものである。

公水法は、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適法に埋立てを行う権限はないものとしている。国の機関が、承認処分を受けず

---

<sup>9</sup> 「ただし、埋立地が、公用又は公共の用に供せられる場合には、当該埋立地については、私法の適用が排除されるから、右の所有権は、直ちに、公法上の所有権に転化する。」（山口・住田

に公有水面を埋め立てて造成した事実上の陸地については、造成をした国の機関が竣功通知をしても、公有水面の公用廃止はされず、事実上の陸地は法律上の土地にはならず、私法上の土地所有権は成立しないものと解される。

そうすると、造成した事実上の陸地について公用廃止をして法律上の土地とするためには、公用廃止という公物管理上の権限の行使が必要であるが、公水法が、国の機関の行う埋立てについて、都道府県知事に承認処分の権限を付与したことによって、国は、公有水面埋立てに係る公有水面の公用廃止という公物管理上の権限を控除ないし制約され、埋立てを行う国の機関は、都道府県知事から承認処分を受けることによって、竣功通知により公用廃止という公物管理上の効果を生じさせることのできる権限ないし法的地位を得ることができるものと解されることになる。承認処分を受けなければ、竣功通知により公用廃止して土地所有権を成立させることはできないのであるから、承認の法効果には、承認を受けた国の機関に対する埋立てを適法にできる権限の付与とともに、承認を受けた国の機関に竣功通知により公用廃止という公物管理上の効果を生じさせることのできる権限ないし法的地位を付与するという効果があるということになる。

自然公物の公用廃止という法効果を有する行為をする権限は私人に対しては付与できないものであり、公水法1条により公有水面の「所有」者とされる国の機関であるからこそ、竣功通知により公有水面の公用廃止という公物管理上の法効果を生じさせることのできる権限ないし法的地位権限の主体となりうるものである。

### 第3 免許と承認の法効果は本質的に異なるものであること

- 1 免許と承認では、埋立てをなしうるという点においても処分の法効果が異なること

(1) 免許と承認では、処分により付与される埋立ての権利または権限ないし法的地位の内容は異質なものであり、免許と承認付与という点においても、処分の法効果は、本質的に異なるものである。

(2) 免許は、「埋立ヲ為ス権利」という無体財産権を設権する処分である。

公水法は、免許については「埋立ヲ為ス権利」を設権する行為であることを明らかにした上で（以下、免許処分によって設権される「埋立ヲ為ス権利」のことを「公有水面埋立権」という。）、この公有水面埋立権を、自然人については相続により承継されるものとし（公水法 17 条）、また、会社については組織再編に伴い承継される（公水法 19 条、19 条の 2）こと等を定めるとともに、公有水面埋立権は都道府県知事の許可を受けて譲渡することができるものとし（公水法 16 条）、民事執行実務及び滞納処分実務において、公有水面埋立権は、差押対象となる無体財産権とされている。

これに対して、承認により国の機関に付与される権限ないし法的地位は、無体財産権ではない。国は公有水面の「所有」者として公有水面について一般的な公物管理権限を有するものではあるが、公水法が公有水面の埋立てに関して都道府県知事に規制権限を付与していることから、国の公物管理権限は控除ないし制約されているものであり、国の機関であっても、都道府県知事の承認をえないで埋立てをなしうる権限ないし法的地位は有しないのであるから、承認は、国の機関に埋立てをなしうる権限ないし法的地位を付与する処分である。しかし、これは、公有水面埋立権という無体財産権を設権する処分ではない。

免許の法効果である公有水面埋立権の設権と、承認の法効果として付与される国の機関の権限ないし法的地位は、本質的に異なるものである。

(3) 免許と承認という処分の法効果として付与される埋立行為についての権限についても、免許と承認とは相違する。免許を受けて行う埋立ては、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）などの監督処分などの規制をうけるものであり、また、免許料（公水法12条、38条）という負担も伴うものであり、免許の法効果は、かかる制約を受けたものである。

これに対して、承認については、公水法42条は、上記の監督処分等についての条文を準用していないものであり、免許に基づく埋立てについての規制等は及んでいないものである。

免許の効果である埋立権限と承認の効果である埋立権限は、規律・制約の内容が異なっており、処分の効果である埋立てに係る権限の内容は異なるものである。

## 2 公用廃止について免許と承認の処分の法効果は異なること

- (1) 第2で述べたとおり、承認の法効果には、承認を受けた国の機関に対して、公有水面の公用廃止という効果を有する竣功通知を行う権限の付与が含まれるものである。
- (2) 免許により埋立てを行って竣功した場合には、免許を受けた者が土地所有権を取得するためには、都道府県知事に申請して竣功認可処分を受けなければならない。

「私人が公有水面を埋め立てて造成した事実上の土地については、公物の廃止を私人の意思に委ねるべきでないため竣功認可によって法律上の土地となるところ、これをその瞬間に第三者に原始取得させる行政処分は講学上の公用収用に外ならず、やはり申請に基づく処分と構成せざるを得ない」（仲野武志『国家作用の本質と体系Ⅰ』189頁）ものであり、公用廃止をして土地所有権を取得するためには、都道府県知事に申請をして竣功認可という免許とは別の処分を受けることが必要とされている。

竣功認可の法効果として、免許を受けた者に付与される法的地位ないし資格は、埋立てを竣功した後に、竣功認可申請をなしうる地位ないし資格であ

る。

- (3) これに対して、国の機関が承認処分を受けてした埋立てについて竣功したときは、第2において述べたとおり、承認を受けた国の機関が竣功通知を行うことにより、公用廃止されて国は私法上の土地所有権を取得する仕組みがとられている。

そして、国の機関であっても、都道府県知事の承認処分を受けずに埋立てをし、事実上の陸地を造成しても、竣功通知をすることにより公用廃止して私法上の土地所有権を取得することはできない。竣功通知により公用廃止して埋立地の私法上の土地所有権を国に取得させることができるのは、承認を受けて埋立てを行った国の機関のみである。すなわち、承認という一つの処分には、承認を受けた国の機関に対して、埋立てを適法に行うことができる権限ないし法的地位の付与とともに、公用廃止=私的土地所有権の成立という効果を有する竣功通知をなす権限を付与するという法効果が存するものである。

- (4) (2)で述べたことを踏まえ、1(3)で述べた埋立監督処分についての相違が生じる理由ないしその相違が何を意味するものかについて、述べる。

公用廃止は、管理者の自由裁量に委ねられているのではなく、「其の公の目的に供用すべき必要の失はれた場合にのみこれを為し得べきもの」（美濃部達吉『日本行政法下巻』795頁）とされている（塩野宏「法定外公共物法制の改革」同『法治主義の諸相』492頁も同旨）。公有水面埋立法は、「一定の利用目的をもつ出願者が、定められた法律手続を経て埋立権を付与され、それに基づいて「公有水面」を埋め立て、その行為の結果として造成された陸地に対して「民法」（明29法89）が規定する不動産としての地位を認め、且つ、所有権を付与しようとする根拠法」である（三善政二『公有水面埋立法（問題点の考え方）』14頁）。免許においては、願書により特定された出願者の用途が公有水面の公用を廃止するに足る公益性があり、特定された工事内容

で安全性確保や環境保全に支障がない等の要件を充足する限りにおいて、公有水面の公用を廃止し、私所有権を成立させるための埋立てを行うことを認める。そして、竣功認可により、免許どおりに完成されたことを確認することにより（したがって、公用廃止し、私所有権を成立させるだけの公益性や環境保全が図られているなどの要件充足が確認されて）、初めて公用が廃止され、私所有権が成立するのである。だからこそ、一旦免許を与えても、その後、用途や工事内容の変更には許可が必要とされるのであり（公水法13条の2）、免許と異なる内容で事実上埋め立てられても、公用は廃止されず、公有水面への原状回復義務は依然として残る。

一方、承認の場合には、竣功認可の規定は準用されておらず、竣功通知によることとされている。これは、願書により特定された用途や工事内容どおりに施工されているか否かを、出願者自身が確認し、公用を廃止することを許容しているものに他ならない。言うまでもなく、公物の公用を廃止することは、免許を与えられた私人等にはなしえないことである。承認後、国自身において、工事が承認の内容と合致しているか否かを自ら確認することで、公用を廃止できるのは、承認を受けた国の機関は、公用廃止に係る公物管理上の地位を有しているからである<sup>10</sup>。監督処分<sup>10</sup>の適用除外も、このように、国の公有水面に対する公物管理上の地位に由来するものと考えられる。つまり、国が、承認どおりに完成しているかを自ら確認でき、その間、私人と同様の監督処分を受けないのは、国の公物管理上の地位に由来するものである。

#### 第4 埋立承認と埋立免許についての行政手続法の適用について（運輸省・建設省は、埋立免許については行政手続法が適用され、他方、埋立承認については行

---

<sup>10</sup> もっとも、承認後も、都道府県知事の公物管理権が除外されることはないし（だからこそ、承認後の用途等の変更の場合は、都道府県知事の許可が必要となるし、本件に即して言えば、当該公有水面における使用許可等に関する権限が国の機関に移動することもない）、工事の内容が承認と異なっている場合には、埋立承認を撤回することもでき、承認権者の裁量の範囲内に

## 政手続法が適用されないとしていたこと)

### 1 行手法における「固有の資格」の意義は行審法と同じであること

「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。

行手法2条2号は、同法にいう「処分」について、行審法1条2項と同じく、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」と定めているが、これは、行手法の「対象となる処分が、行政不服審査法及び行政事件訴訟法のそれと同じであることを明らかにしたもの」（一般社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』20頁）である。

そして、行手法4条1項について、「『固有の資格』の概念は行政不服審査法第五七条で用いられている場合と内容的に同一のものでありこの場合、『固有の資格』とは『一般私人が立ちえないような立場にある状態』を指すものとされている（田中・加藤『行政不服審査法解説』二四〇頁）」（一般社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）ものであるが、これは、旧行審法57条4項と同義として定められたものである。そして、「行政不服審査法7条2項は、行政手続法4条1項と平仄」を合わせて定められたものであるから（宇賀克也『Q&A新しい行政不服審査法の解説』50頁）、行審法7条2項の「『固有の資格』とは、「旧行政不服審査法57条4項、行政手続法4条1項かつこ書の『固有の資格』と同義」（宇賀克也『行政不服審査法の逐条解説』51頁）ということになる。

以上のとおり、行審法と行手法にいう「固有の資格」および「処分」の概念は同一であり、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、法四条一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。

## 2 運輸省・建設省の見解について

運輸省港湾局管理課長・建設省河川局水政課長通達「行政手続法の施行に伴う公有水面埋立法における処分の審査規準等について」(港管第 2159 号・建設省河政発第 57 号平成 6 年 9 月 30 日)は、「法に規定する免許等の処分のうち、行政手続法第 5 条の適用を受ける次の表の「処分名」の欄に掲げるもの」として、公有水面埋立免許(法 2 条第 1 項)を挙げる一方、公有水面埋立承認は挙げていないものであり、公有水面埋立承認については行政手続法が適用されないとの理解に立っていたことは明らかである。

## 第 5 小括

免許の法効果は「埋立ヲ為ス権利」(公有水面埋立権)という無体財産権の設権行為であるのに対して、承認処分の法効果は無体財産権の設権ではない。免許と承認とでは、処分の法的性質、処分の法効果である権利または権限ないし法的地位の法的性質が、本質的に相違する。公有水面埋立ては、「埋立は、水面を変じて生ぜしめられた土地の私法上の所有権を取得するためになされるもの」であり(山口・住田 32 頁)、「埋立法は、公物である公有水面に私権を設定するための根拠法」(三善政二『公有水面埋立法(問題点の考え方)』34 頁)であるところ、土地の私法上の所有権の取得＝公用廃止という埋立ての目的に関して、承認処分の法効果には、国の機関に公用廃止の効果を生じさせる竣功通知をする権限の付与が包含されており、免許とは処分の法効果が全く異なる。また、このため、処分の効果である埋立権限についても、免許が都道府県知事に監督処分等の制約を受けた権限であるのに対して、承認による埋立権限では

都道府県知事の監督処分等が大幅に排除されており、埋立てに係る権限の内容自体が異なる。

このように、免許と承認では、処分の法効果が本質的に異なるものであるが、この相違は、公水法1条が公有水面を「国ノ所有ニ属スル」と定め、国に公有水面という自然公物についての一般的公物管理権を認めていることによるものである。

それ故に、かかる地位ないし立場にはない一般私人は、承認処分を受けることはできず、また、承認処分によって国の機関に付与された権限ないし法的地位を承継することもできず、承認処分によって設定される権限ないし法的地位の主体の立場には、一般私人は立ち得ないものである。

一般私人は承認処分の名宛人の立場には立ち得ず、国の機関のみが承認処分の名宛人となるものであるから、国の機関は、「固有の資格」（一般私人の立ちえない立場）において、承認処分の名宛人となるものである。

従って、沖縄防衛局長による本件審査請求は不適法であり、かかる不適法な審査請求を認容した国土交通大臣による本件裁決も違法であるから、取り消されなければならない。

以上