

令和5年（行ノ）第1号 行政上告受理申立て事件

申立人 沖縄県知事 玉 城 康 裕

相手方 国土交通大臣 斉 藤 鉄 夫

上告受理申立理由書

令和5年4月10日

最高裁判所 御中

| | | | |
|-----------|---|---|-----|
| 申立人代理人弁護士 | 加 | 藤 | 裕 |
| 同 | 仲 | 西 | 孝 浩 |
| 同 | 宮 | 國 | 英 男 |

頭書の事件について、申立人の上告受理申立の理由は、以下のとおりである。

目次

| | | |
|-----------|--|----|
| 第1 | はじめに | 3 |
| 1 | 事案の要旨 | 3 |
| 2 | 原判決の概要 | 3 |
| 3 | 上告受理申立理由の骨子 | 4 |
| 第2 | 事実経過の概略 | 6 |
| 1 | 埋立承認処分 | 6 |
| 2 | 本件埋立承認処分の取消処分とこれに対する審査請求等 | 6 |
| 3 | 沖縄県民投票 | 7 |
| 4 | 変更承認申請に対する変更不承認処分 | 8 |
| 5 | 本件裁決に至る経緯 | 8 |
| 6 | 本件是正の指示に至る経緯 | 9 |
| 7 | 国地方係争処理委員会への審査申出の経緯 | 9 |
| 8 | 本件等の訴えの提起 | 9 |
| 第3 | 公水法13条の2に基づく公有水面埋立変更承認の「固有の資格」（行審法 7条2項）該当性についての法令解釈の誤り | 10 |
| 1 | 原判決の要旨 | 10 |
| 2 | 原判決の法令解釈の誤り | 12 |
| 第4 | 関与権限の適正な執行にかかる法令解釈の誤り | 19 |
| 1 | 原判決の要旨 | 19 |
| 2 | 本件裁決が本件審査請求の審査庁になり得ないこと | 20 |
| 3 | 行審法及び地自法の国の関与の制度趣旨の解釈の誤り | 22 |
| 4 | 本件裁決の無効 | 23 |

第1 はじめに

1 事案の要旨

本件は、原告(沖縄県知事 申立人)が、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(本件埋立事業)に関し沖縄防衛局がした埋立地用途変更・設計概要変更承認申請(本件変更承認申請)につき、変更不承認処分(本件変更不承認処分)を行ったところ、その後、被告(国土交通大臣 相手方)が行政不服審査法(行審法)に基づき上記処分を取り消す旨の裁決(本件裁決)をしたことに関し、本件裁決が無効であり、違法な関与に当たると主張して、地方自治法(地自法)251条の5第1項に基づき、その取消しを求める事案である。

2 原判決の概要

原判決は、以下のとおり判断し、本件裁決は有効であり、関与取消訴訟の対象となる「国の関与」に当たらないから、原告の訴えは不適法なものであるとして、却下した。

- (1) 国の機関等が受ける変更承認に係る処分(公有水面埋立法(公水法)13条の2、42条3項)は、一般私人が受ける場合との比較において処分要件等に実質的な差異があるとはいえないため、一般私人が立ち得ないような立場において相手方となるものとはいえず、行審法7条2項にいう「固有の資格」において処分の相手方となるものではないから、本件変更不承認処分を取り消す旨の本件裁決は、行審法に基づく審査請求に対する裁決に当たる。
- (2) 法定受託事務に係る都道府県知事の処分について国の機関から審査請求がされた場合において、所管大臣が審査庁となり得ないと解することはできない。
- (3) 本件裁決につき、審査庁としての立場を放棄し行政不服審査に名を借りた権限の濫用があると認めることはできない。

3 上告受理申立理由の骨子

申立人の上告受理申立理由の骨子は次のとおりである。

- (1) 公水法13条の2に基づく公有水面埋立変更承認の「固有の資格」（行審法7条2項）該当性についての法令解釈の誤り（争点2 本書面第3）

公水法13条の2に基づいて国の機関が受ける公有水面埋立変更承認申請にかかる処分は、行審法7条2項にいう「固有の資格」に基づいて受ける処分にあたる。すなわち、令和2年最高裁判決（最高裁判所令和元年〔行ヒ〕第367号同2年3月26日第一小法廷判決）は、公有水面埋立承認処分の「固有の資格」該当性につき、「当該処分に係る規律のうち、当該処分に対する不服申立てにおいて審査の対象となるべきものに着目すべきである」とし、「当該処分を受けた後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律」の差異は「固有の資格」の有無の判断を左右しない、とした。これを埋立変更承認処分についてみると、「当該処分を受けるための処分要件その他の規律」については、国の機関は、埋立区域の減少又は着手及び竣功期間の伸張などの変更について都道府県知事の審査を受ける必要がないことのほか、埋立承認処分を受けて事業を遂行している段階にあってこれに対する監督措置も異なっていることからすれば、令和2年最高裁判決が比較検討した「規律」に差異があることは明らかである。ところが、原判決は、着手及び竣功期間の伸張についての要件の相違を検討しながらも、国以外の者に対して「実質的に重い要件を課すものとまではいえない」として、国の「固有の資格」該当性を否定した。よって、原判決には法令解釈の重要な事項について誤りがある。

- (2) 関与権限の適正な執行にかかる法令解釈の誤り（争点2及び3 本書面第4）

ア 原判決は、「審査請求人が審査庁と同一の行政主体（国）に所属する場合における審査庁の除斥その他の規律はない」として、相手方が本件審査

請求の審査庁として、裁決をしたことを問題としない。

原判決の指摘するように、地自法には、所管大臣について、利害関係を理由とする除斥に関する明文の規定はないが、審査庁が公正な立場で審査すべきであるという要請から、地自法255条の2第1項1号の「大臣」とは、「審査請求に係る処分について、利害関係を有しない大臣」と解釈されるべきである。

相手方は、審査請求人である沖縄防衛局と一体的な関係であり利害関係を有するもので、中立公平性が求められる審査庁たりえないというべきであるから、相手方が行った本件裁決は無効である。

イ 相手方は、申立人に対して、本件変更不承認処分に関する本件裁決及び地自法245条の7第1項に基づき令和4年4月28日付けで、本件変更承認申請について承認するよう求める是正の指示（本件是正の指示）という2種類の関与を同時並行的に行ってきたところ、原判決は、裁決の対象となった処分について公益上の必要から是正の指示がなされることがあるのは法が予定している、内閣等が本件裁決について具体的な指示をした証拠がない、等として相手方の権限濫用を否定した。しかし、行審法により裁決をなす審査庁は公正中立的な判断者でなければならず、同法9条2項で審理員について利害関係にもとづいた除斥事由があることを踏まえると、審査庁としての裁決の権限と所管大臣としての是正の指示の権限を並行的に行行使することは、その公正中立を損なわせるものである。沖縄防衛局が行審法に基づく審査請求をなして本件裁決がなされているにもかかわらず同時にさらに本件是正の指示を行うことはそれ自体、地自法245条の3の1項の関与の最小限の基本原則にも反する。また、実際に相手方を含む国の機関が、本件埋立事業にかかる申立人の権限行使に対する対抗手段を行ってきた手法、経過からは、本件埋立事業の事業者、審査庁及び所管大臣のそれぞれの地位をそれぞれが互いに補完的に利用してきた関係が明らか

である。

よって、本件裁決及び本件是正の指示のそれぞれの権限濫用該当性の有無は、それぞれの根拠法令の重要な解釈にかかる事項であって、原判決はその判断に誤りがある。

第2 事実経過の概略

1 埋立承認処分

(1) 平成25年3月22日、沖縄防衛局は、本件埋立事業の埋立承認に係る出願（本件出願）を行った。

同年12月27日、仲井眞弘多沖縄県知事は、本件出願について、埋立承認処分（本件埋立承認処分）をした。

(2) 沖縄防衛局は、本件出願に当たって、「埋立必要理由書」「設計概要説明書」を提出しているところ、同書では、「普天間飛行場の危険性を一刻も早期に除去する必要がある、極力短期間で移設」、「移設を着実に実施すること」が埋立の動機として示され、また、「埋立の時期」について「埋立工事を早期に着手して普天間飛行場の代替施設を一日でも早く完成」とされており、設計概要説明書では、工期を5年とする説明がなされていた。また、本件出願時には、大浦湾側埋立対象区域において軟弱地盤が存在することには一切触れられていなかった。

2 本件埋立承認処分の取消処分とこれに対する審査請求等

(1) 翁長雄志沖縄県知事（翁長知事）は、平成27年10月13日付けで、本件承認処分に瑕疵があるとして、その取消処分（前件取消処分）をした。

前件取消処分について、政府は、一方では、沖縄防衛局において相手方に対して行審法に基づく審査請求等をし、他方で、相手方において法定受託事務の所管大臣の立場で地自法に基づく関与を行い、平成28年12月26日に、翁長知事は前件取消処分を取り消した。

(2) 前件取消処分取消後、沖縄防衛局が本件埋立承認処分に付された附款である留意事項に違反して工事を強行し、また、本件埋立事業による埋立対象区域の地盤が本件埋立承認処分の前提とされた地盤とはまったく相違する軟弱地盤であることが判明するなどの新たな事情が生じたため、本件埋立承認処分の取消処分について事務の委任を受けた謝花喜一郎沖縄県副知事は、平成30年8月31日、本件埋立承認処分を取り消した（前件撤回処分）。

前件撤回処分に対しては、沖縄防衛局による審査請求がなされ、平成31年4月5日、相手方は、これに基づき、取消しの裁決をなした。申立人は、同裁決に対して、国地方係争処理委員会への審査の申出とこれに対する同委員会の却下決定等の手続を経て、令和元年7月17日、地自法251条の5第1項に基づき、前記取消裁決の取消しを求めて、訴えを提起した。しかし、最高裁判所は、令和2年3月26日、申立人の上告を棄却した。

さらに、申立人が、別途、行政事件訴訟法3条3項に基づき前記取消裁決の取消しを求めて訴え提起していた抗告訴訟について、最高裁判所は、令和4年12月8日判決において、申立人の訴訟提起の資格を否定した。

3 沖縄県民投票

(1) 国と沖縄県との間で本件埋立事業について意見の対立が続く中、平成30年10月31日に、「辺野古米軍基地建設のための埋立ての賛否を問う県民投票条例」が公布され、平成31年1月31日、賛成か反対かの二者択一方式から、「賛成」、「反対」、「どちらでもない」の三者択一方式に同条例が一部改正され、県民投票が実施されることとなった。

(2) 同条例はその制定目的として「普天間飛行場の代替施設として国が名護市辺野古に計画している米軍基地建設のための埋立てに対し、県民の意思を的確に反映させることを目的とする」ものであると明示している（同条例第1条）。

(3) 投票の方法は、沖縄県議会議員及び沖縄県知事の選挙権を有する者を投票

資格者として、無記名で、埋め立てに賛成するときは投票用紙の「賛成」の欄に○を、反対するときには「反対」の欄に○を、賛成または反対のいずれでもないときは「どちらでもない」の欄に○を記す方法で行われた。

(4) 同条例に基づき、平成 31 年 2 月 24 日（竹富町は 2 月 23 日）沖縄県下の全市町村が投票事務に参加して、県民投票が実施された。

投票結果は、次の通りである。

当日有権者数：1, 153, 591 人

投票率：52. 48%

投票総数：605, 385票

賛成票：114, 933票（投票総数の19. 0%）

反対票：434, 273票（同71. 7%）

どちらでもない票：52, 682票（同8. 7%）

このように、投票総数の71. 7%（434, 273人）が、本件埋立事業に反対票を投じ、同事業に絞った「反対」の民意が明確に示された。

4 変更承認申請に対する変更不承認処分

県民投票によって沖縄県民の本件埋立事業への反対の民意が一義的に明らかにされたにもかかわらず、同事業が進められる中、令和 2 年 4 月 21 日、沖縄防衛局は、申立人に対して本件変更承認申請をした。

令和 3 年 11 月 25 日、沖縄県知事は、本件変更承認申請について、公水法 4 条 1 項 1 号、同項 2 号所定の要件を充足していない、「埋立ての必要性が認められない」、「正当ノ事由」（同法 13 条の 2 第 1 項）を充足していないとして、本件変更不承認処分をした。

5 本件裁決に至る経緯

令和 3 年 12 月 7 日、沖縄防衛局は、行審法 2 条及び地自法 255 条の 2 の規定に基づくとして、相手方に対し、本件変更不承認処分を取り消す裁決を求める審査請求（本件審査請求）をした。

本件審査請求について、令和4年4月8日、相手方は、本件変更不承認処分を取り消す本件裁決をした。

6 本件是正の指示に至る経緯

(1) 本件裁決と同日の令和4年4月8日、相手方は、申立人に対し、地自法245条の4第1項に基づき、同月20日までに本件変更承認申請に対する承認処分をすることを勧告（本件勧告）した。

申立人は、同月20日、相手方に対し、本件変更承認申請に対する承認処分をなすことを求めた本件勧告について、本件裁決の内容を精査した上で対応を検討する必要があることなどから、同勧告の期限までに判断を行うことはできない旨回答した。

(2) 相手方は、同月28日、申立人に対し、本件変更承認申請について承認しないことは法令の規定に違反し、また、著しく適正を欠き、かつ、明らかに公益を害しているという理由で、地自法245条の7第1項に基づくとして、同年5月16日までに本件変更承認申請について承認するよう本件是正の指示をなした。

7 国地方係争処理委員会への審査申出の経緯

(1) 申立人は、令和4年5月9日、国地方係争処理委員会に対し、本件裁決が違法な国の関与であるとして審査の申出を行い、さらに令和4年5月30日、同委員会に対し、本件是正の指示に不服があるとして、審査の申出をした。

(2) 同委員会は、上記各審査の申出につき、本件裁決に関しては令和4年7月12日、本件是正の指示に関しては同年8月19日、申立人の審査の申出をいずれも退ける決定をした。

8 本件等の訴えの提起

(1) このため、申立人は、いずれも国の関与が違法であることから、地自法251条の5第1項に基づき、令和4年8月12日に本件裁決の取消しを求める訴訟を提起し（福岡高等裁判所那覇支部令和4年〔行ケ〕第2号）、さらに同

月24日に本件是正の指示の取消しを求める訴訟を提起したものである（同第3号）。

- (2) 福岡高等裁判所那覇支部は、両訴訟につき、令和5年3月16日、申立人の請求を却下ないし棄却をする判決をなした。しかし、これら判決は、地方公共団体の事務である法定受託事務における都道府県知事の自主性、自立性を否定し、地方自治を損なうものであり、あるいは公水法の解釈を誤るなど、法令解釈にかかる重要な事項の誤りを含んでいることから、上告受理申立てに及んだ次第である。

第3 公水法 13 条の2に基づく公有水面埋立変更承認の「固有の資格」（行審法7条2項）該当性についての法令解釈の誤り

1 原判決の要旨

原判決は、令和2年最高裁判決を引用した上で、変更承認について検討を加え、「埋立区域の減少又は着手及び竣功期間の伸長に係る事項に関して（中略）国と国以外の者との間で適用される規律に差異があり、このような差異は、変更許可と変更承認の各処分に対する不服申立てがされた場合において、その審査の対象となるべきものの差異をもたらす」とした（原判決20頁）。

しかし、「埋立区域の縮小となる変更を行おうとする場合」は、設計の概要についても変更を行う必要が生ずるのが通常なので、国と国以外の者との間で、適用される規律に「実質的な差異があるとはいえない」として、問題を「着手及び竣功期間の伸長に係る事項の変更の規律の差異の存在をどのように解するか」という点に限定する（原判決20頁）。

その上で、国が主張していたような具体的な不服申立てにおいて審査の対象となるべきものに着目すべきで、本件裁決で審査の対象とされていない竣功期間の伸長等の点を考慮すべきでない旨の主張を令和2年最高裁判決の趣旨に反するとして排斥して（原判決21頁）、変更承認申請一般について一般私人と

の対比を行う。

そして、公水法 13 条、34 条 1 項 2 号、13 条の 2 第 1 項の趣旨を、利権屋を排除するとともに、埋立権者をしてできるだけ速やかに工事を完成させて埋立地という新しい経済価値の造成を期するため、期間内に工事に着手しない場合又は竣功しない場合には、埋立権を失効させ、他方で、やむを得ない事情で至らない場合があるので、着手及び竣功期間の伸長に係る許可の制度を設けたもので、国については、その性格から、このような趣旨を考慮する必要がないので、準用していないとする（原判決 22 頁）。

このような規律は、埋立ての実施の段階に入った場面のみを規律するにとどまるものではないものの、「埋立免許の濫用的な取得という弊害を除去することを目的とするものであり、埋立てを適法に実施し得る地位の取得につき、国以外の者に対して、国よりも実質的にみて重い要件を課すものとまではいえない。このことに照らせば、令和 2 年最高裁判決の判断内容に含まれる「固有の資格」か否かの判定基準に照らしても、上記の規律は、埋立ての実施における監督措置に属するものと解することができる。」とした（原判決 23 頁）。

以上の原判決の論旨は明確ではないところもあるものの、以下のようなものと理解される。

- (1) 令和 2 年最高裁判決は「当該処分を受けるための処分要件その他の規律」と、「当該処分を受けた後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律」を区別し、前者の差異は「埋立てを適法に実施し得る地位を得るための規律」の実質的な差異と言い得るが、後者の差異はそう言えない。
- (2) 埋立変更承認、許可の比較は一般的な制度として比較すべきである。
- (3) 埋立変更承認、許可の相違点は埋立区域の減少と着手及び竣功期間の変更の 2 点あるが、前者については通常、設計の概要変更を伴うので比較対象から除外する。
- (4) 着手及び竣功期間についての規律（公水法 13 条、34 条 1 項 2 号、13 条の

2第1項)は、埋立免許時点で必要的な附款とされ、附款が処分から独立して審査対象になるので、「当該事務又は事業を実施し得る地位の取得」にも係わる。

(5) 着手及び竣功期間についての規律は、埋立免許の濫用的な取得という弊害を除去することを目的とするもので、埋立てを適法に実施し得る地位の取得につき、国以外の者に対して、国よりも実質的にみて重い要件を課すものまでとはいえない。^{*1}

(6) (5)より^{*2}着手及び竣功期間についての規律は「当該処分を受けた後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律」にあたり、(1)より「固有の資格」該当性の判断の比較対象から除外される。

(7) (6)より着手及び竣功期間についての規律は、埋立てを実施し得る地位の取得について、国の機関等を一般私人に優先するなどして特別に取り扱う趣旨ではなく、埋立変更承認、許可処分を受けるための処分要件その他の規律について実質的な差異があるとはいえず、「固有の資格」は認められない。

2 原判決の法解釈の誤り

原判決は、令和2年最高裁判決が当該事案に即して判示した枠組みを本件事案の相違を無視して当てはめたもので、原判決の令和2年最高裁判決の理解には誤りがあり、それを前提とした上記の法解釈は誤りと言わざるを得ない。

(1) 前提としての令和2年最高裁判決の理解について

*1 なぜそのように言えるのか明確ではないが、「濫用的」ではない国以外の事業者にとっては重い要件ではない、という趣旨であろうか。

*2 明確ではないものの、着手及び竣功期間についての規律について「埋立ての実施の段階に入った場面のみを規律するにとどまるものとみることは困難」との判示からすると、原判決は、着手及び竣功期間についての規律について、埋立てを適法に実施する地位の取得に関する規律という面と、埋立ての実施における監督措置に属する規律という面がありうると考えた上で、前者について(5)を理由として考慮に入れず、埋立ての実施における監督措置に属する規律のみ評価した、という論理と考えられる。

着手及び竣功期間についての規律が埋立の実施における監督措置に属するという結論を(5)の理由が直ちに導いているようにも読めなくもないが、それでは論理的なつながりが理解できない。

まず、令和2年最高裁判決のいうところの、「当該処分を受けるための処分要件その他の規律」と、「当該処分を受けた後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律」の区別は、同判決の事案に即した埋立承認処分と埋立免許処分についての、時的な区別に過ぎない。

つまり、同判決においては、埋立承認処分の「固有の資格」該当性が問題となり、埋立免許処分と比較する必要があったところ、「当該処分に対する不服申立てにおいて審査の対象となるべきもの」という観点から、「当該処分を受けるための処分要件その他の規律」と、「当該処分を受けた後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律」が区別された。

令和2年最高裁判決は、埋立ての実施の過程等における監督その他の規律を、それゆえに審査の対象から除外したのではない。

ここでいう「当該処分」、つまり、埋立免許、承認処分の「固有の資格」該当性を判断するに際しては、「当該処分に対する不服申立てにおいて審査の対象となるべきもの」を比較すべきとしたため、結果として比較対象から外れたのが「当該処分を受けた後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律」である、ということに過ぎない。

埋立承認処分により、国は、竣功通知により自ら公有水面の公用廃止処分をなすことで埋立地の所有権を取得しうる地位に立つ一方で、埋立免許処分によっても、国以外の者は、このような地位には立てない。

したがって、厳密に言えば、処分により置かれることになる地位に相違があるとも考えられるが（処分後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律に相違があり、処分により置かれる地位に相違があるが）、令和2年最高裁判決は、処分により置かれることになる地位や規律の相違は、埋立免許処分や埋立承認処分の審査請求手続において審査の対象となるものではないとして、埋立免許処分と埋立承認処分を比較するに際して、「当該処分を受けるための処分要件その他の規律」と、「当該処分を受けた後の事

務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律」とを区別し、前者のみを比較したのである。

また、令和2年最高裁判決にいう「当該処分を受けるための処分要件その他の規律」の意味内容であるが、同判決が「出願手続（2条2項、3項）、審査手続（3条）、免許基準（4条、5条）、水面の権利者に対する補償履行前の工事着手の禁止等（6条～10条）、処分の告示（11条）等の埋立免許に係る諸規定を準用している（42条3項）。また、国の機関と国以外の者との間で同一区域における埋立ての出願が競合する場合であっても、国の機関による埋立承認の出願を国以外の者による埋立免許の出願に優先する仕組みは採られておらず、両者は所定の基準に従い同列に審査すべきものとされている（同法施行令3条、30条）。すなわち、埋立承認及び埋立免許を受けるための手続や要件等に差異は設けられていない」と比較していることから明らかなおり、処分要件にとどまらず、埋立免許と埋立承認の手続や要件等の規律を包含する趣旨であることは明らかである。

以上を踏まえると、埋立変更承認処分の「固有の資格」該当性を問題とし、埋立変更許可処分と比較する場合、「当該処分に対する不服申立てにおいて審査の対象となるべきもの」という観点から、比較対象とすべき規律から除外されるところの「当該処分を受けた後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律」は、埋立免許処分あるいは埋立承認処分を受けた後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律である、ということはない。

したがって、埋立ての実施過程の監督措置にかかる規律であるという理由で（つまり、「埋立免許・承認処分を受けた後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律」であるという理由で）、「固有の資格」該当性を比較する際に考慮しなくてもよい、ということにはならない。

そして、令和2年最高裁判決のいうところの「当該処分を受けるための

処分要件その他の規律」は、必ずしも埋立免許処分や埋立承認処分の処分要件のみならず、手続や要件等の規律を包含していたことは明らかであったところ、埋立変更承認処分や埋立変更許可処分の時点では、埋立承認処分や埋立免許処分の「当該処分を受けた後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律」が現実化しているものがあるし、処分要件ではない規律であっても、埋立変更承認処分の「固有の資格」該当性の判断に際しては当然考慮されることになる。

ところが、原判決は、以下で述べるとおり、令和2年最高裁判決を誤って本件事案に当てはめている。

(2) 原判決の令和2年最高裁判決の枠組みを本件事案に当てはめる際の誤り

原判決は、公水法13条に基づく附款の存在をとらえて、「期間の指定が、埋立免許との関係ではその失効をもたらし得る解除条件たる附款となっており、埋立てを適法に実施する地位の得喪に連結されていることからすると、埋立ての実施の段階に入った場面のみを規律するにとどまるものとみることが困難である。また、この附款については、例えば、国以外の者が、指定を受けた期間が短すぎることを理由として、行審法に基づく不服申立てをすれば、その審査の対象となると解される」と判示して、埋立てを適法に実施する地位の取得に係わる余地を認めた上で、埋立免許の濫用的な取得という弊害を除去することを目的とするものなので、「国以外の者に対して、国よりも実質的にみて重い要件を課すものとまではいえない」としている（原判決22頁から23頁）。

しかし、この判示から明らかなおとおり、原判決は、埋立変更承認処分と埋立変更許可処分の規律をそのまま比較しているのではなく、埋立免許処分、埋立承認処分時点における附款を、同時点における規律の相違として比較して実質的に変わらないとしているのである。

しかし、このような当てはめは、令和2年最高裁判決の事案に即した判断

枠組みを、そのまま本件に当てはめて埋立免許、埋立承認段階における規律とそれ以降の規律とで区別して比較したもので、明らかに誤りである。

そもそも、令和2年最高裁判決は、公水法13条の規律を「当該処分を受けた後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律」、つまり「公有水面埋立免許処分」を「を受けた後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律」と評価していた。

そのことは、令和2年最高裁判決が「当該処分を受けるための処分要件その他の規律」として比較した手続や要件規定には公水法13条が含まれておらず、一方で「埋立免許がされた後の埋立ての実施の過程等を規律する規定」として比較した規定のうちに公水法13条が含まれていることから明らかである。

つまり、原判決は、令和2年最高裁判決が埋立免許・承認処分を比較する際に、埋立免許・承認処分後の実施の過程等を規律する規定として両処分を比較する要素から除外していた着手及び竣功期間についての規律を、附款として審査対象になるとして、埋立免許・承認処分の時点に遡って比較してみせ、利権屋の防止等を目的とするものだから、実質的に差異がないとして、「当該処分を受けた後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律」にとどまるとして、「固有の資格」該当性の判断を左右しない、としたことになる。

しかし、そうではなく、本件事案では埋立変更承認処分と許可処分の比較が問題となっているのだから、両者の「当該処分を受けるための処分要件その他の規律」を比較しなければならない。

そして、その際には、埋立免許・承認処分を受けた後の「事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律」をも含めて比較されるべきことは言うまでもない。

というより、当然のことだが、埋立ての実施の過程等における監督その他

の規律には、埋立変更許可、承認処分それ自体も含まれるのであって、埋立ての実施の過程等における監督その他の規律にあたるか否かを「固有の資格」該当性の判断の考慮から除外する基準とすることなどできるわけではない。

原判決の判断は、令和2年最高裁判決の判断枠組みにも、同判決における着手及び竣功期間についての規律の評価とも矛盾しており、論理自体も破綻している。

(3) 「実質的にみて」差異がないなどとも言えないこと

原判決は、令和2年最高裁判決の判断枠組みを誤って本件事案に当てはめてしまった上（あるいは当てはめてしまった結果として）、比較すべき規律を根拠なく制限したため、結論を誤っている。

まず、埋立区域の減少についての規律を、通常、設計概要の変更を伴うからという理由で比較対象から除外しているが、凡そ法的な判断とは言い難い。法的には設計概要の変更を伴わないこともありうる以上、制度としての比較対象から除外する根拠がない。

また、着手及び竣功期間についての規律について、埋立免許・承認処分時点に遡って比較してしまったためか、「埋立免許の濫用的な取得という弊害の除去を目的」という限度でしか比較できていない。

原判決も挙げているが、着手及び竣功期間についての規律は、単に利権屋の排除（埋立免許の濫用的な取得という弊害を除去）というだけではない。

一般的な事業においても着工が遅れ、期間が伸長することは通常ありうるところ、特に、本件事案のように埋立ての必要性、あるいは埋立てにより実現されるべき公益の有無、大きさが、竣功期間の長短に大きく依存するような事業の場合（埋立ての必要性は、竣功期間の長短に大なり小なりはかかわるであろうが）、これに対する着手及び竣功期間に係る規制は、単に濫用的事業者のみならず、通常の事業者にとっても、適法に事業をなしうる地位を維持するに際しての実質的な規制であることは疑いようがない。

また、上記のとおり、令和2年最高裁判決が「当該処分を受けるための処分要件その他の規律」とした意味は、処分要件以外の規律も包括的に比較する趣旨であるところ、例えば、違法行為等に対する監督に係る規定を準用していないことについても、埋立免許・承認時点では現実化していない規定であっても、埋立変更許可・承認時点では現実に適用され、そのような規律の下にある者に対して適用される処分である以上、次項で述べるように、これらの処分の「固有の資格」該当性を判断するに際しては当然に考慮されるべきである。

原判決が比較すべき規律を根拠なく制限し、「実質的にみて」差異がないとした判断には根拠がない。

なお、令和2年最高裁判決は、比較対象とした「当該処分を受けるための処分要件その他の規律」について比較した手続や要件等に差異がないことをもって、「承認」と「免許」という名称の差異にかかわらず実質的には異ならないと評価してはいても（つまり、他の規律に差異がないことから、名称の差異を実質的ではない差異と評価している）、比較した手続や要件等に実際に差異があるにもかかわらず、その差異を「実質的にみて」差異がないとして無視するような判断枠組みはとっていない。

(4) 「固有の資格」が認められること

公水法は、国が埋立承認に基づいて埋立てをする場合について、指定期間内における工事の着手及び竣功の義務に係る規定（13条）、違法行為等に対する監督に係る規定（32条、33条）、埋立免許の失効に係る規定（34条、35条）を準用しておらず、42条3項は、変更承認の対象について「埋立地ノ用途又ハ設計ノ概要ノ変更ニ係ル部分」に限っている。

このような規律の相違は、本来的に公有水面の支配管理権を有しているという国の特殊な地位（公水法1条）に由来する。

かかる特殊な地位に鑑みて、埋立承認処分後は、国が自律的に埋立事業を

遂行できるものとなっており、国以外の者が変更許可を受ける場合に比して、埋立変更承認処分を受けるべき場面を限定し、その結果、竣功期間の伸長の許可を受けずとも承認処分は失効せず、原状回復義務も負わないようになっている。

このように、国以外の者が変更許可を受ける場合と、国の機関が変更承認を受ける場合とでは、手続及び要件等の規律に差異があり、この差異によって、「国の機関等が一般私人に優先するなど特別に取り扱われている」（平たく言えば、自律的に工事を進めやすくしている）ことは明らかであって、沖縄防衛局は「一般私人が立ち得ないような立場」、すなわち「固有の資格」において変更承認処分の名宛人となったものである。

これらの規律は、埋立免許、承認処分の時点では、「当該処分を受けた後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律」であるが、埋立変更許可、承認処分の時点では、かかる規律が現実化したものとして「当該処分を受けるための処分要件その他の規律」にあたることは明らかである。

(5) 小括

以上、原判決は行審法、公水法の解釈を誤り、沖縄防衛局の「固有の資格」を否定したもので、令和2年最高裁判決以外に明確な先例のない重要な事項を含んでいる。

また、令和2年最高裁判決が示した「固有の資格」該当性の判断枠組みにも反するものであり、原判決は破棄されなければならない。

第4 関与権限の適正な執行にかかる法令解釈の誤り

1 原判決の要旨

- (1) 本件裁決が本件審査請求の審査庁になり得ない行政庁によってされた無効な裁決であるとの申立人の主張について（原判決24頁）

申立人は、行審法9条2項が審理員について除斥事由を定めている趣旨か

らすれば、本件審査請求につき本件埋立事業を推進する閣議方針に従うべき相手方は利害関係人として審査庁たりえないと主張した。これに対して原判決は、審査請求人が審査庁と同一の行政主体（国）に所属する場合における審査庁の除斥その他の規律はない、として申立人の主張を排斥した。

- (2) 本件裁決が審査請求制度の濫用であって無効な裁決であるとの申立人の主張について（原判決 25 頁）

申立人は、相手方が本件審査請求について中立的判断者たる審査庁の立場を放棄して本件裁決をなしたものであるから違法無効であると主張した。これに対して原判決は、審査請求人と審査庁のいずれもが国の機関となる場合があること、内閣等が本件裁決について具体的な指示をなした証拠がないこと等を理由に、本件裁決は有効であるとした。

- 2 本件裁決が本件審査請求の審査庁になり得ないこと

地自法255条の2第1項1号は、法定受託事務に係る都道府県知事の処分についての審査請求は、当該処分にかかる事務を規定する法律又はこれに基づく政令を所管する各大臣に対してするものと定め、本件においては、相手方（国土交通大臣）がそれに当たるとして、相手方に対して審査請求がなされ、相手方において裁決が下されている。

この点、申立人は、本件について、相手方は、本件審査請求の審査庁になり得ないと主張するものである。

これに対し、原判決は、「審査請求人が審査庁と同一の行政主体（国）に所属する場合における審査庁の除斥その他の規律はない」（原判決24頁）として申立人の主張を排斥した。その理由とするところは、「法定受託事務に係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場合が生じることは、行政不服審査制度上、当然に予定されている」（原判決25頁）ことと、このような場合に審査庁について除斥事由その他の規律が何ら設けられていないということである。

しかしながら、原判決の解釈は、法律の文言の存否にのみ着目するもので、その立法目的に従った解釈とはなっていない。

地自法255条の2第1項1号が、法定受託事務に関する都道府県知事の処分についての審査請求を当該事務の法令所管大臣が担当することとした趣旨は、（機関委任事務が廃止されて対等関係に基づく法定受託事務とされたことから）当該大臣が都道府県知事の上級庁として審理を行うためではなく、あくまでも公正な第三者として私人の権利利益の救済を図るためである。

この法の目的からすれば、地自法255条の2第1項1号によって都道府県知事の行った処分についての審査請求について審査庁となりうるべき大臣は、当該審査請求に係る処分について、利害関係を有しない中立公平な立場にあることが当然に求められているというべきである。

なるほど、原判決の指摘するように、地自法には、所管大臣について利害関係を理由とする除斥に関する明文の規定はないが、審査庁が公正な立場で審査するべきであるという要請から、地自法255条の2第1項1号の「大臣」とは、「審査請求に係る処分について、利害関係を有しない大臣」と解釈されるべきである。

このことは、行審法の規定ぶりからも当然に導かれるところである。行審法は審理員について除斥事由を定めている（行審法9条2項）。この規定は、「審査請求の審理手続の主宰者が、当該事案について利害関係を持たず、偏見なく審理を行う点を保障することは、審理手続の公平性の確保につながるのみならず、手続に対する当事者や参加人の信頼を得るうえで重要な意義を有している。」と説明されている（小早川光郎＝高橋滋『条解行政不服審査法』〔大橋真由美〕76頁）。

審査請求にあたり、審理員が利害関係を有する場合には法律上除斥されているところである。このことから、審査庁たる大臣が利害関係を有する場合は、当然に審査庁としての地位に就けないとされるべきであり、地自法255条の2

第1項1号は当然それを前提としていると解釈されるべきである。

そして、相手方は、審査請求人である沖縄防衛局と一体的な関係であり利害関係を有するもので、中立公平性が求められる審査庁たりえないというべきであるから、相手方が行った本件裁決は無効である。

3 行審法及び地自法の国の関与の制度趣旨の解釈の誤り

原判決は、国の機関が「固有の資格」によらずに都道府県知事の法定受託事務にかかる処分を受けたときに所管大臣が審査庁として行審法に基づく審査請求の審査をなすことが予定されていること、閣議決定等で本件裁決に具体的な指示があった証拠がないことを理由に、本件裁決の権限濫用との申立人の主張を排斥している。しかし、所管大臣による是正の指示は、その行政上の監督権限に基づいて法定受託事務が適正に処理されることを確保するという公益の実現を目的とするものである一方で、審査庁としての裁決は、行政処分にかかる当該名宛人の保護を目的として中立・公正な第三者機関の立場にもとづいて裁定的な関与を果たすものであり、両者の立場は相容れないものである。それにもかかわらず相手方がその異なる性質を有する本件裁決と本件是正の指示を行ってきたことの正当性、すなわち本件裁決や本件是正の指示、またその並行的な権限行使が、かかる制度目的に適合しているか、あるいは当該権限行使の濫用にあたるのではないか、ということが問われるのである（甲70 白藤意見書参照）。

ところが、原判決の判示は、単に是正の指示や行審法による審査庁の審査などがそれぞれの制度目的に基づいて存しており、一つの行政目的のためにこれらの決定や処分等が併存することがありうることを述べているに過ぎない。権限の「濫用」は、そもそも行政機関に一定目的のために付与された権限を、形式的にはその権限の行使として用いながら、その具体的な事実関係のもとにおいてはその目的や制度趣旨を逸脱するなどのために利用しているとみられるためにその効力を否定されるものである。小早川光郎は、「行政作用の法的仕組

みがその本来の趣旨目的の範囲を超えて利用され（*détournement de procédure* 手続の濫用）、立法の予定しないはずの不利益が特定の関係者に対して課せられるという場合もある。これを個別の行為の次元で言えば、行政機関の行為が形の上ではある一定の法的仕組みに則って行われているにもかかわらず、当該行為の実際の意図は、その仕組みを定める立法の趣旨に包摂されえない—または、本来それとは別の法的仕組みによって実現されるべき—種類のものであったという場合である。ある仕組みにもとづく権限をことさら特定の意図に、あるいは、別の仕組みにもとづく別の権限に結びつけるという意味で“権限の連結（*Koppelung* 結合・融合）”等の表現が用いられることもある。」と指摘し、そのような行為は、「①その仕組みのなかで定められた要件を充足しないために違法となる場合」と、「②そうでなくても、行政作用の法的仕組みを濫用するものとして違法とされうる」場合があるとしている（小早川光郎『行政法 上』257頁から258頁）。

従って、相手方には行審法に基づく審査請求における裁決をなしうる権限や地方公共団体に対する是正の指示をなし得るという権限が存し、その権限行使を制約する法規上の規定がない、というだけでは本件裁決及び本件是正の指示がその権限濫用にあたるか否かを判断するには足りないのであって、原判決の判示はその検討が行われていない。次項で述べるとおり、相手方は、本件裁決ないし本件是正の指示について、その権限行使が不当な並行的権限の連結を行い、それらの制度趣旨を損なう濫用をなしていることは明らかである。

4 本件裁決の無効

(1) 本件埋立事業において是正の指示と行審法に基づく裁決を都合良く使い分けてきたこと

これまで国は、本件埋立事業に関連して申立人が行ってきたさまざまな行政処分に対して対抗手段を講じてきた。私人である事業者が不利益な処分を受けた場合には、一般的には当該事業者が行審法に基づく審査請求をなし、

あるいは処分の取消訴訟や義務付け訴訟といった救済手続を利用することとなる。これに対して、本件埋立事業の遂行にあたっては、本件埋立事業の事業者である沖縄防衛局と当該処分の所管大臣において、役割分担をしつつ同事業者からの行審法に基づく審査請求と所管大臣としての関与を使い分け、申立人がなした処分を、最も簡易迅速に実現しうる手段を選択することによって覆滅させて本件埋立事業を推進する目的のために通じてきたことが明らかである。これが、不利益な処分を受けた当事者自身が最も効果的な救済手続を任意に選択するというだけであれば何ら手続の濫用というものではないが、法令の適正な執行という公益を実現する立場の所管大臣が、事業者の事業遂行そのものに監督権限行使によって協力することは、権限の濫用というほかない。

これまでの関連する行政処分による国の対抗手段からいくつかを指摘する。

申立人が承認後の事情を理由として前件撤回処分をなしたことにつき、沖縄防衛局が行審法に基づく審査請求をなし、相手方は平成 31 年 4 月 5 日付けの裁決（前件裁決）によってこれを取り消した。前件裁決（及びその前段階である前件撤回処分の執行停止決定）により本件承認処分の効力が復活し、沖縄防衛局は埋立工事を続行してきた（裁定的関与のみの利用）。申立人は、前件裁決に対して違法な国の関与の取消訴訟及び抗告訴訟を提起したが、最高裁判所は、いずれについても、申立人が前件裁決の当否を争訟にて争うことができない旨判断した（令和 2 年 3 月 26 日判決及び令和 4 年 12 月 8 日判決）。

沖縄防衛局が、本件埋立事業により消失するサンゴ類（JPKI 地区）を移植すべく沖縄県漁業調整規則に基づく特別採捕許可申請をしたのに対し、申立人は、本件承認処分の効力が前件撤回処分にかかる係争で争われていたことから処分を留保していたところ、沖縄防衛局による行審法に基づく審査請求を待たず所管大臣である農林水産大臣が、その許可処分を求める是正の指

示をなした。これは、沖縄防衛局による行政不服審査請求手続によっては国の求める法効果が直ちには得られないことからなされた手段選択であった（行政的関与のみの利用）。

本件変更不承認処分に対しては、沖縄防衛局が行審法に基づく審査請求を行い相手方が同処分を取り消す本件裁決を行うのと並行して、相手方自身が本件変更承認申請を承認するよう本件是正の指示をなした（裁定的関与と行政的関与の併用）。

以上のことから明らかなおり、国は、申立人がなしてきた行政処分の性質に応じて、沖縄防衛局と所管大臣との連携により、行審法に基づく審査請求と所管大臣としての地方公共団体への関与という二つの手段につき、そのいずれかないし両方につき、迅速に本件埋立事業の遂行を可能とする処分を得られる手段であり、かつ司法審査をできるだけ回避しうる手段として選択して対抗措置を行ってきたのである。

複数の法令上の処分是正手続があるからいずれを行使するのも自由であるというのは、処分の名宛人である事業者の行為であればともかく、本件においては事業者と所管大臣が、連携して、所管大臣による関与によって「私人」の立場にあるはずの事業者＝沖縄防衛局による事業の遂行に加担していることが明らかであり、不公正であるというほかない。

(2) 本件是正の指示の経過と内容も濫用を裏付けていること

そして、相手方は、本件裁決と同時に地自法 245 条の 4 に基づいて申立人に対して本件変更承認申請を承認せよとの勧告をなしているが、同勧告は、本件変更不承認処分は「違法かつ不当であり、取り消されました」として本件裁決の存在を指摘するだけで、本件変更承認申請が公水法の要件を満たし、「承認されるべきものと認められます。」とするのみであって、何らの理由も示さずに、本件変更承認申請が要件を充足しているから承認するように求めたものである。地自法による国の関与は、その制度上は個別の行政処分を

対象とすることを否定しているものではないものの、むしろ法の一般的な適正な執行を実現することを主眼とするものである。法定受託事務や自治事務に基づく個別の行政処分はもちろん膨大に存するものであり、これが違法であったり不当であったりする場合には、それに最も利害関係を有する当事者が行審法に基づく審査請求や抗告訴訟を提起するなどの複数の救済手続が予定されている。これら当事者による救済手続の利用をまたず所管大臣が直接介入する必要もないし、およそ当事者自身がそれを求めることも不可能である。

したがって、法定受託事務や自治事務における個別の処分に対して直接所管大臣が関与することは通常ありえないし、また、本件においては当事者が審査請求をなしているにもかかわらず、別途所管大臣が関与手続を用いる必要性はまったく存しない。ましてや、行審法上は、法定受託事務であっても国と都道府県知事が上級庁と下級庁の関係にはないことから、本件変更不承認処分についての相手方による審査庁としての権限は原処分の取消しにとどまり、それを受けて申立人が再度処分について検討するにとどまるはずであるにもかかわらず、本件裁決と同時に、行審法の構造を否定し国と地方公共団体の対等性を貶める関与を行っているのである。かかる勧告も前代未聞というほかない。処分の名宛人が主体となる救済手続と並行して所管大臣としての是正の指示などの関与をなすのであれば、当該処分についてなぜ例外的にかかる関与を行わなければならないのかについて、所管大臣としての公益を実現する必要性からその理由が合理的に説明されるべきであるが、これまで相手方から何らかかる説明や主張はなされていない（単に違法な処分を是正するというだけであれば、名宛人が利用しうる救済手続を進行させればよいだけのことであるし、本件埋立事業の一連の経過でも、実際に名宛人である沖縄防衛局はかかる手段を講じている。）。かかる関与自体が、国の地方公共団体への関与が必要最小限でなくてはならず、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いう基本原則（地自法 245 条の 3 第 1 項）に反するともいうべきである。

(3) 閣議決定にもとづく内閣の方針が手続に影響を与えてきたこと

原判決は、閣議決定自体が個別の処分について所管大臣による法令適合性の判断を直ちに拘束するものではない、本件裁決について内閣等による具体的指示があったという証拠もないとする（原判決 26 頁）。

閣議決定と行政不服審査請求手続における審査庁たる所管大臣による個別の適法性判断とは本来別個である、というのは原判決が指摘するとおりである（原判決 26 頁）ところ、それにもかかわらず、これが連結される事態が生じたということが本件埋立事業にかかる一連の処分をめぐる経過である。申立人が平成 27 年に職権取消処分（前件取消処分）を行ったとき、事業者である沖縄防衛局が行審法に基づく審査請求を行い、これに対して相手方は平成 27 年 10 月 27 日に同処分の執行停止決定を行った。通常であれば、相手方は、引き続き沖縄防衛局による審査請求された事案を判断して裁決すれば足りるところ、同日、わざわざ閣議了解により、本件埋立事業についての日米合意という閣議決定による政策に基づき、所管大臣としての所管事務の法令の適正な執行を図るという判断ではなく、内閣の判断により、平成 27 年の職権取消処分についての「是正を図る」ための地自法に基づく代執行等の手続を行うことを決定したのである。しかも、相手方は、この方針に基づき、「簡易迅速な手続」であるはずの行審法に基づく審査請求における審査庁としての当該事案の判断を敢えて行わず、閣議了解に従い、裁決を保留したのである。すなわち審査庁としての職務を放棄し、和解（平成 28 年 3 月 4 日）後の同年 3 月 7 日に審査請求が取り下げられるまで審査を行わなかったのである。

都道府県による法定受託事務について私人から行審法に基づく審査請求があったときに、所管大臣が審査庁として受動的にその是正を図る以外に、そ

の手續と同時に地自法による国の関与の制度を利用してその個別行政処分の是正を図るということはおよそ想定されていないし、前代未聞ともいうべきであり、かつそのために審査手續を中断するということも異様というほかない。しかも、これを所管大臣の判断ではなく閣議了解という内閣の方針によって行ったということである。これが行政権限の濫用でないというのであろうか。

また、前件撤回処分に対する相手方による執行停止決定についても、かかる手續が国民の私的な権利利益を保護する目的であることを逸脱した判断がなされている。すなわち、行審法は、「国民が簡易迅速かつ公正な手續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」であり、「国民の権利利益の救済を図る」ことが目的とされており（同法1条）、沖縄防衛局は、公水法における本件埋立承認処分を受けるについて、かろうじて「埋立てを適法に実施し得る地位」を得るものとしてその「固有の資格」が否定されたに過ぎない。したがって、本件埋立承認処分によって保護される沖縄防衛局の利益は、私人と同様の私的な利益の範囲にとどまるものである。それにもかかわらず、本来行政不服審査手續によって保護されえない普天間飛行場代替施設建設としての必要性や外交・防衛上の利益という公益を理由として上記執行停止決定がなされており、到底行政事件訴訟においては成り立ち得ない判断を行っている。

上記の経過は、本件裁決が対象としている本件変更不承認処分にかかる手續ではないものの、本件裁決にかかる事実経過と合わせると、閣議了解による本件埋立事業を遂行するためには、その障害となる法定受託事務にかかる沖縄県の処分に対抗するため、地自法による国の関与の制度や行審法に基づく審査請求について、所管大臣と沖縄防衛局が役割分担をなすことによって、その時々政府にとって都合よく手續を濫用していることが明らかといえる。

(4) 本件裁決の無効が導かれること

本件是正の指示が、法令の適正な執行という公益目的の実現を越え、処分
の名宛人である沖縄防衛局の利益の保護のためになされているものであって、
その権限が濫用されており、違法であることは上記から明らかである。そし
て、本件裁決自体は、審査請求人である沖縄防衛局による申請によってなさ
れたものではあるものの、上記経過のとおり、沖縄防衛局と相手方において、
相手方による審査庁としての権限と所管大臣としての権限を、その効果の違
いに応じて使い分けることで不当な権限の連結を図ってきたものであり、行
審法9条2項における審理員でさえ利害関係にもとづいた除斥事由があるの
であるから、本件承認処分につき利害関係のある相手方が本件裁決による権
限行使をなすのは、中立的判断者たる地位を期待できないものであり、権限
濫用として本件裁決を無効に導くものである。

以上