

## 辺野古新基地建設行政法問題覚書

～琉歌「今年しむ月や戦場ぬ止み沖繩ぬ思い世界に語ら」（有銘政夫）～

白 藤 博 行

### 1. 辺野古新基地建設をめぐる経緯

米軍普天間飛行場の辺野古移設計画（以下、「辺野古新基地建設」）をめぐる問題が、重大な局面を迎えている。国と沖縄県のそれぞれの思惑が引っ張り合って、2015年8月10日から同年9月9日の間を、集中協議期間とした。「辺野古しか選択肢はない」とする国と、「絶対に辺野古に新基地は造らせない」という沖縄県との間の懸隔は大きい。それにもかかわらず、集中協議期間の合意が成立したのには、それなりの理由があったに違いない。政治的な目論見は筆者には計りかねるが、直接的な原因のひとつは、2015年7月16日、「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手続に関する第三者委員会」（以下、「第三者委員会」）が沖縄県知事に提出した「検証結果報告書」（全132頁と添付資料からなる大部の報告書）<sup>(1)</sup>にある。第三者委員会は、前沖縄県知事・仲井眞弘多が行った「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」（以下、単に「埋立承認」または「承認」）の手続の「法的な瑕疵の有無」について検討するため設置されたものだが（2015年1月26日）、「本件承認手続には法的瑕疵が認められる」と結論した。これを受けて、現沖縄県知事・翁長雄志知事は、報告書を「最大限尊重して、私の判断を出していく」としていたところであり、その動向が注目されていた。このたびの一月間の集中協議期間の間、国は移設計画にかかる一切の工事を停止する一方、沖縄県は報告書を受けての承認の取り消しを含む行政的・法的対応を行わないことになる。本稿執筆時点で、すでに集中協議は開始され、菅義偉官房長官らの沖縄県への訪問等が始まり交渉が続いている。本稿の校正段階で（2015年9月9日）協議「決裂」との報道がなされている。

---

(1) 沖縄県ホームページ <http://www.pref.okinawa.jp/site/chijiko/henoko/houkokusho.html> 「第三者委員会検証結果報告書等の公開について」を参照。

さて、本稿では、このような経緯のなかで生じた行政法的な問題だけを取り上げ、若干の検討を行うことにしたい。なぜなら、もし沖縄県知事によって承認が取り消されることになれば、埋立承認取消をめぐる問題は、極めて高い確率で裁判所の判断を求められる事態が予想され、そこでの問題は、行政法学の観点からも極めて興味深い問題になることが予想されるからである。

## 2. 仲井眞前知事が行った岩礁破碎等許可にかかる 工事停止「指示」の法律問題

本稿の中心検討課題である埋立承認取消の検討に入る前に、まず、下記のような岩礁破碎等許可にかかる法律問題を検討しておきたい。これは、埋立承認取消問題の前哨戦的意味合いが強い紛争であった。

### 2-1. 工事停止「指示」等の審査請求・執行停止の問題

仲井眞前知事が、埋立承認を行ったあと（2013年12月27日）、辺野古新基地建設に反対する稲嶺進名護市長の再選（2014年1月24日）、翁長知事の就任（2014年12月10日）、衆議院選挙における全小選挙区で自民党候補者が落選し「オール沖縄」候補者が当選するなど（2014年12月24日）、国にとっては不都合な政治状況が展開した。辺野古新基地建設反対の沖縄の民意が一層顕在化したものであり、そもそも仲井眞前知事が行った公有水面埋立法上の埋立承認は適法なものであったかの疑念を抱かせる契機となった。まさにそのために第三者委員会が設置されたわけであるが、仲井眞前知事が行った埋立承認にかかわってもう一つ深刻な問題があった。沖縄防衛局は、埋立承認を得たことを前提に埋立工事を開始するにあたって、事前調査のための工事にかかる岩礁破碎等許可の手續にかかわる問題である。仲井眞前知事は、2014年8月28日、この許可も行っており、この工事による環境破壊がすでに生じている疑いが高まったのである。

すなわち、沖縄防衛局は、辺野古沖への「普天間飛行場代替施設建設事業」の遂行のために、「当該事業内容のうち、公有水面における埋立工事のほか、護岸の築造、海上ヤード（捨石マウンド）築堤等の工事」（以下、「埋立等工事」）を行う必要があったが、この埋立等工事は、共同漁業権が設定されている辺野古沿岸海域の「漁業権漁場」の「海底

の地形の改変を伴うもの」であることから、沖縄県漁業調整規則の規制対象となっていた。そこで、沖縄防衛局は、同規則第39条第1項に基づき、沖縄県知事の岩礁破碎等許可<資料1>を得て、埋立等工事を行うことになったが、この許可区域外のコンクリート製構造物（ケーソン）の設置行為が申請外の行為とみなされ、沖縄県の調査終了まで、当該許可区域を含め埋立等工事をすべて停止するよう沖縄県知事の指示が出されたのである<資料2>。そこで沖縄防衛局は、改正前行政不服審査法第34条第3項および第4項の規定に基づき、当該指示の無効審査請求と執行停止を申し立てた<資料3～5>。これに対して、裁決庁である農林水産大臣・林芳正は、審査請求の裁決があるまで指示の効力を停止するという決定を行ったのである<資料6>。沖縄県知事の工事停止指示（2015年3月23日）から、農林水産大臣の執行停止決定（2015年3月30日）にいたるまで、ほんの1週間の間起こった事件である。沖縄県は、この審査請求に対して弁明書（2015年4月22日）を提出しているが、工事停止指示は執行停止されたまま、いまだに「粛々」と「慎重な」審査が続けられているようである。ちなみに、このたびの集中協議期間中の工事停止は、この問題とは無関係に行われたものである。

## 2-2. 工事停止指示の審査請求の対象性・執行停止申立の対象性

一般に、行政不服審査法および行政事件訴訟法（あわせて「行政争訟」）の対象は、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」（以下、「処分」）に限られ、国民が違法・不当な行政を是正するために行政争訟を提起しても、処分性の要件が充たされないことを理由に却下されることが多い。ところが本件では、学説・判例からすれば、誰もがその処分性に疑いを持つのではないかと思われる沖縄県知事の埋立等工事の停止指示の処分性が、いとも簡単に認められているところにまず問題がある。

たしかに、審査請求人である沖縄防衛局<sup>(2)</sup>は、沖縄県漁業調整規則に基づく「岩礁破碎等許可」を得て、「普天間飛行場代替施設建設事業に係るキャンプ・シュワブの工事」を行っていたところ、当該工事の停止を指示され、その際、「この指示に従わない場合は、許可を取り消すことがある」（<資料2>の沖縄県達農第281号「なお書き」）との警告

---

(2) 極めて形式的な疑問であるが、そもそも行政争訟においては、不服申立人であれ原告であれ、権利義務主体であることは法の常識に属する。法例の特例の定めがないのに、行政主体である国ではなく、国の一行政機関である沖縄防衛局が不服申立人（審査請求人）となっているが、国の内部で専決などの手当てがなされているのか定かではないが、素朴な疑問を感じる。

がなされているので、私人であれば、これを脅威と感じ命令のように受け止めるかもしれない。沖縄防衛局は、この指示を「合法的に取得した岩礁破砕等の許可の効力を期限を限ることなく実質的に停止させ、岩礁破砕等を行おうとする者の権利義務を変動させるものである」と解し、行政不服審査法上の処分に該当する工事の「停止指示処分」であると主張して審査請求を申し立てることになった。そしてこれに呼応するかのよう、審査庁とされる農林水産大臣・林芳正は<sup>(3)</sup>、執行停止の「決定書」（2015年3月30日「26水管2801号」）において、埋立等工事のすべての停止を義務付ける効果があるとして処分性を認め、審査に入った。

しかし、岩礁破砕等許可の許可区域外における違法工事の疑いがあるとして調査のため工事停止を求めた知事の行為は、沖縄県漁業調整規則の目的を達するための知事の行為としては至極当然のものである。また、指示書の「なお書き」は、指示に従わない場合を想定した書きぶりになっており、指示が任意であることが前提である。また、指示の実効性（権力性）を担保する何らの法令・規則上の規定も存在しないところからすれば、法的拘束性が認められないところの行政指導にすぎず、処分性が認められないことは明らかである。

それにもかかわらず、沖縄防衛局は、なぜ行政法学上の通説・判例に挑むかのごとき解釈・運用をするのか。実は、沖縄防衛局は、かつて辺野古漁港区域内の占用および調査のため、漁港漁場整備法第39条第4項に基づき行った「協議」の申出が名護市によって拒否された際にも、これを「処分」とみなして審査請求を行った前歴がある。たしかに同法第43条は、農林水産大臣への審査請求を認めてはいるが、その対象は「この法律若しくはこれに基づく命令又は漁港管理規程によつてした漁港管理者の処分」に限定されており、この「処分」は、漁港管理者の「許可」（同法同条1項）を指していることは明らかであり、この「許可」を免じ、漁港管理者との「協議」でもって足りるとした同法同条第4項の規

---

(3) 沖縄県漁業調整規則は、そもそも水産資源保護法と漁業法その他漁業に関する法令と「あいまって」沖縄県における水産資源の保護培養、漁業取締りその他漁業調整を図り、併せて漁業秩序の確立を期することを目的としているが、この規則に基づく岩礁破砕等許可事務がそもそも法定受託事務であるかどうかは明らかではない。もし同規則に定められた事務が法定受託事務であるとすれば、たしかに都道府県の法定受託事務の処理にかかる審査請求は所管法令の大臣とされているところ（地方自治法第255条の2）、農林水産大臣が審査庁となる。しかし、本件事務は何ら明文でもって法定受託事務とされているわけではないので、厳密に言えば、単に解釈でもって法定受託事務とされているだけであり、そもそも農林水産大臣が審査庁であるとする事自体が問題であるといえる。

定は、国ならではの特別の地位を与えられたものであり、このような特権的な「協議」までも処分と解し審査請求の対象と解するのはいかにも無理筋の解釈（2011年1月28日沖防230号）であるが、これに成功したため、このときの経験が生かされているのであろうか。

埋立等工事の停止指示の審査請求・執行停止申立の取扱いに当たって、農林水産大臣と沖縄防衛局のいかにも不思議な「連携プレー」が際立つ解釈・運用が行われたわけだが、そのぶん法定受託事務の審査請求にかかる「裁定的関与」（地方自治法第255条の2）の問題性が顕在化した事例といえる。このような「裁定的関与」および不服申立てに関する裁決・決定については、そもそも地方自治法上の関与から除外されており（同法第245条第3号）、本件でいえば、たとえ農林水産大臣の執行停止決定に不服があっても、沖縄県は、国地方係争処理委員会への審査の申出も遮断され（同法第250条の13）、したがって、裁判所への訴えのみちも閉ざされていると解釈されるところである（同法第251条の5）。穿った見方をすれば、「連携プレー」よろしく、たとえ無理筋であっても「指示」を「処分」と解釈し、行政不服審査法上の審査請求手続にのせることによって、沖縄防衛局と沖縄県との紛争は、主だった埋立等工事の終了まで、完全にブラックボックスに入れられてしまう危険があるといえなくもない。実際、「迅速な」執行停止に比べて、「慎重な」審査請求の審理は、すでに五か月を経過する今も続けられているらしい。

### 2-3. 沖縄防衛局の審査請求人・執行停止申立人適格

改正前行政不服審査法が、その趣旨を「国民に対して広く行政庁に対する不服申立てのみちを開くことによつて、簡易迅速な手続による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」と定めていたことからすれば、処分性の問題以上に奇妙なのが、一見して国民にはみえない、しかも国の一行政機関にすぎない沖縄防衛局が、一国民として審査請求していることである。沖縄防衛局は、沖縄県漁業調整規則第39条第1項が、国の機関等と一般私人とを区別することなく岩礁破碎等許可の対象者としており、同局は「特権的立場あるいは優越的地位に基づきその固有の資格において処分の名あて人になるわけではなく、一般私人と同様の立場にたつて処分の名あて人となったもの」にすぎず、審査請求の申立人資格があると主張する。

たしかに沖縄県漁業調整規則には、国の機関等が事業者である場合について、特別の定めがないことから、国の機関等であっても同条の許可が必要なことは確かである。しかし、そのことは、国の機関等が直ちに一般私人と同様の立場にあることを意味するわけではな

く、沖縄防衛局も使用している用語を使えば、「固有の資格」を有する者か否かの解釈によることになる。この「固有の資格」概念は、実定法上、改正前行政不服審査法第57条第4項（新法第7条第2項）、行政手続法第4条第1項および地方自治法第245条第1項においてのみ使用されているところであるが、「一般私人が立ちえないような立場にある状態」<sup>(4)</sup>というのが通説である。たとえば1999年改正地方自治法は、新たに地方公共団体に対する国の行政的関与制度を定めたが、ここでの地方公共団体は、「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り」とすることで、一般私人と同様の立場に立つ場合を関与の対象から除外しているなど、「固有の資格」概念は、当該法律の適用を画する重要な基準である。

しかし、「一般私人が立ちえないような立場にある状態」とはいったい何を意味するかは、そもそも難問題である。本件では、たしかに沖縄県漁業調整規則第39条第1項の規定ぶりからして、許可申請者たる国の機関等が一般私人と同様の立場であるのか、それとも固有の資格を有する者の立場としてかの峻別は難しいところがある。さしあたりここでいえるのは、当該許可にかかる事務事業が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該当すると解される場合など、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されるときに、固有の資格を有する者と解されることになろうという一般論である<sup>(5)</sup>。

この点、沖縄防衛局自身が述べているように、岩礁破碎等許可にかかる事務事業は、「普天間飛行場代替施設建設事業に係るキャンプ・シュワブの工事」を意味しており、公有水面埋立法上の埋立承認制度に基づく埋立等工事の一環にほかならない。したがって、もし公有水面埋立法の埋立事業者としての国（沖縄防衛局）が、「一般私人が立ちえないような立場にある状態」にある「固有の資格」を有する者であるとすれば、岩礁破碎等許可にかかる事業者としての国もまた、必然的に「固有の資格」を有する者にほかならないと解するのが素直な解釈というものではないか。そこで、次に、公有水面埋立法上の埋立承認にかかる問題の検討に入りたい。

---

(4) 田中・加藤『行政不服審査法解説〔改訂版〕』（日本評論社、1977年）240頁。

(5) 室井・芝池・浜川『行政手続法・行政不服審査法 第2版』（日本評論社、2008年）80頁参照。

### 3. 仲井眞前知事が行った埋立承認の取消にかかる法律問題

第三者委員会が、「本件公有水面埋立出願は、……公有水面埋立法の要件を充たしておらず、これを承認した本件承認手続には法律的瑕疵が認められる」との検証結果を報告したことから、埋立承認の取消問題がにわかに現実化した<sup>(6)</sup>。まずは、公有水面埋立法における埋立承認制度を簡単に確認しておきたい。

#### 3-1. 埋立免許制度と埋立承認制度

公有水面埋立法は、一般私人が埋立事業主体となる場合、「埋立ヲ為サムトスル者ハ都道府県知事ノ免許ヲ受クヘシ」（第2条）とし、第4条でこの埋立免許出願要件を定めるほか、「埋立ノ免許ヲ受ケタル者ハ埋立ニ関スル工事竣功シタルトキハ遅滞ナク都道府県知事ニ竣功認可ヲ申請スヘシ」（第22条）と定めるなど、埋立免許制度および竣工認可制度を採用している。他方、国が埋立事業主体となる場合については、「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」（第42条第1項）とするだけで、あとは「埋立ニ関スル工事竣功シタルトキハ当該官庁直ニ都道府県知事ニ之ヲ通知スヘシ」（同条第2項）として、国の竣工認可手続を免じている。この埋立承認手続においては、埋立免許手続における多くの規定が準用される場所であるが、たとえば免許料の徴収にかかる第12条は準用されておらず、国は承認料を支払う必要はない。また、第13条「埋立ノ免許ヲ受けタル者ハ埋立ニ関スル工事ノ着手及工事ノ竣功ヲ都道府県知事ノ指定スル期間内ニ為スベシ」も準用されていないなど、同法における国は私人とは異なる取り扱いを受けることになっていることは一目瞭然である。まず、この法の仕組みだけからしても、国が「一般私人が立ちえないような立場にある状態」にある「固有の資格」を有する者であることが推定可能である。

---

(6) 第三者委員会の報告書に先立って、「撤回問題法的検討会」（行政法学者の仲地博、徳田博人、弁護士の新垣勉などが構成員）が、翁長知事宛てに、2015年5月1日、第三者委員会の報告書提出前にも承認の撤回が可能である等の「意見書」を提出している。自治労連・地方自治問題研究機構ホームページ <http://www.jilg.jp/topics/2015/05/11/917> を参照。

### 3-2. 沖縄県が埋立承認を取り消した場合の想定されるシナリオ

現在行われている集中協議の結果、国が辺野古新基地建設を断念するとか、逆に、沖縄県が辺野古新基地建設を容認するとかの結果にならない限り、沖縄県が、埋立承認を取り消す事態が予想される。これに対する国の対応、さらに国の対応に対する沖縄県の対応などについて検討してみたい。

【シナリオ1】 埋立承認が取り消されれば、埋立等工事は違法になることから、国は直ちに工事を中断する。公有水面埋立法の趣旨に合致するもっとも法治国家的な対応であるが、この埋立地を日米安保・日米地位協定に基づき米軍基地用地として提供することを使命とする国が、このような対応に出ることは考えにくい。

【シナリオ2】 逆に、国が埋立承認の取消を無視して工事の続行を続けることも予想されないわけではないが、最悪の対応であり反法治国家的対応の極みであることから考えにくい。

【シナリオ3】 岩礁破碎等許可にかかる工事の停止指示において「工事停止処分」を不服とし審査請求・執行停止の申立を行ったが、これに倣って埋立承認の取消に対する審査請求・執行停止の申立を行うことが想定される。国からしてみれば最も現実的な対応ということであるかもしれないが、すでに先の検討において示唆したように、非法治国家的対応の極みであろう。

【シナリオ4】 さすがに公有水面埋立法の仕組みからして、岩礁破碎等許可にかかる工事の停止指示において「工事停止処分」を不服とし審査請求・執行停止の申立を行った場合と同様に、「特権的立場あるいは優越的地位に基づきその固有の資格において処分の名あて人となるわけではなく、一般私人と同様の立場にあって処分の名あて人」であるとは主張できないと少しでも考えるならば、公有水面埋立法の所管大臣である国土交通大臣が、沖縄県知事が行う埋立承認の違法・不当な処分に対して、是正の指示などの関与を行うことが考えられる。この場合、沖縄県からは、国地方係争処理委員会への審査の申出や、その結果に不服であれば、裁判所への訴えの可能性もあろう。国は国で、沖縄県が国土交通大臣の是正の指示に従わない場合の代執行訴訟や、あるいは沖縄県の不作為に対する違法確認訴訟も考えられよう。

### 3-3. 埋立承認取消にかかる沖縄防衛局の審査請求人・執行停止申立人 適格・原告適格

ここでは、工事停止指示に対する国の対応から考えて【シナリオ3】が最も可能性が高いということから、埋立承認に関する沖縄防衛局の審査請求人適格、執行停止申立人適格および訴訟の場合の原告適格について、検討しておきたい。ちなみに、工事停止指示の場合と違って、埋立承認の場合、これが行政事件訴訟法および行政不服審査法上の処分であることに異論はない。

さて、国が埋立承認に対する審査請求、執行停止申立あるいはこれに対する取消訴訟など、行政争訟を提起することができるための大前提は、工事停止指示に対する場合と同様に、国が「特権の立場あるいは優越的地位に基づきその固有の資格において処分の名あて人になるわけではなく、一般私人と同様の立場にたつて処分の名あて人となったもの」ということである。この点、公有水面埋立法が、埋立免許制度と埋立承認制度を規定し、国に対する特別の取り扱いを規定していることは、すでに述べた。さらに付言すれば、旧運輸省港湾局長から各港湾管理者の長あてに出された通知「公有水面埋立法に関する疑義について」（昭和28年12月23日港管第2727号）において、公有水面埋立法第42条第1項の規定についての内閣法制局の解釈が別紙で付されている（昭和28年12月5日法制局——発第108号法制局第一部長から港湾局長あて）。この別紙の「2 意見及び理由」中の(イ)において、「公有水面に対する国の支配権は、それを公所有権とよぶかどうかは別として、公有水面を直接排他的に支配し管理する機能であるから、この支配権は、埋立をなす機能を包含するものであることは言うまでもなく、且つ、この埋立をなす機能が埋立の免許によつて国以外の者に付与されたときには、それは、『埋立ヲ為ス権利』とよばれる1個の権利として、一定の制限の下に譲渡性を有するものであること、またいうまでもない（公有水面埋立法第16条第1項参照）。ところで、公有水面埋立法第42条第1項は、『国ニ於テ埋立ヲ為サシムトスルトキハ当該官庁地方長官ノ承認ヲ受クヘシ』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にまかせようとするにありあつて、右の都道府県知事の承認の性質を埋立の免許のそれと同様に解し、承認によつて『埋立ヲ為ス権利』が設定されるものと解してはならないであろう。けだし、国は、右に述べたような公有水面に対する支配権に基いて公有水面の一部につき適法に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、『埋立ヲ為ス権利』を取得す

ることを必要としないと解されるからである。このことは、同法第42条第3項の規定が国のなす埋立について同法の多くの規定を準用していながら、ことさらに『埋立ヲ為ス権利』の移転承継に関する第16条ないし第21条の規定を準用していないことからみても明らかであるといえよう。」と書かれている（国土交通省港湾局埋立研究会編『公有水面埋立実務便覧 全訂第2版』（公益社団法人・日本港湾協会、2002年）176頁以下参照）。この見解内容をすべて支持するかどうかはともかく、埋立承認にかかる国の特別の法的地位を国自らが認めている証拠である。この限りでも、もし国があくまでも一般私人と同様の立場にたって処分の名あて人となったものであると主張するのであれば、本来、公有水面埋立法におけるこのような区別を行う仕組み自体に異議を唱えるべきところであろう。そもそも制度的違いをどのように解するのかについて、聞いてみたいところである。

ただ、一步下がって、ここでの「固有の資格」の資格については、一般的・抽象的な理解にとどまっており、私人に対する埋立免許制度、国に対する埋立承認制度といった区別だけでは、公有水面埋立法上、なおも「固有の資格」を有する者とはいえないという見解もあり得よう。そこで本稿は、すでに述べたように、問題とされる処分にかかる「事務事業が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該当すると解される場合など、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されるときに、固有の資格を有する者と解されることになる」という見解を支持するものであるところ、念のため、埋立承認にかかる事務事業の性格等について検討しておきたい。ここでは、とくに以下のような国の主張に注目したい。

工事停止指示の審査請求についての沖縄県の弁明書のなかで、「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」の国の埋立承認申請の理由が紹介されている。これによれば、「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。」「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。」とされているようである。ここでの国の埋立承認申請理由は、まさに「埋立は、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」ことを語るものにほかならない。

これは、他でもない国自身が、公有水面埋立法上、このような埋立目的をもって、このような埋立承認手続を経て、このような埋立工事にかかる事業の遂行が可能であるのは国だけであることを主張していることの証左である。そうであるとすれば、本件沖縄防衛局が申請している埋立事業が、「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該当すると解される場合」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ような立場にある状態」にある「固有の資格」を有する者であるとしか考えられない。新旧行政不服審査法は、いずれにしても「固有の資格」を有する者に対する審査請求につ

いては適用除外としているところであり<sup>(7)</sup>、埋立承認取消にかかる国（沖縄防衛局）の審査請求人・執行停止申立人適格はない。当然ながら、取消訴訟等の原告適格も否定されるということになる。

#### 4. 「一般私人と同様の立場」であるという国の主張のなぜ

行政法を対象に研究する者にとっては、このような公有水面埋立法における埋立承認出願にかかる国の立場について、これを私人と同様の立場であると解する者は、その理由づけはともかく、皆無ではなかろうかと想像する。それにもかかわらず、水産資源保護法および漁業法とあいまって法目的を達成しようとする沖縄県漁業調整規則にかかわって、国が、知事の工事停止指示に対して審査請求や執行停止申立をしたり、あるいは、今後、もし公有水面埋立法の埋立承認の取り消しが行われることがあれば、これに対しても審査請求や執行停止申立を行うかもしれなかつたりする理由はどこにあるのだろうか。

そこで直ちに想起されるのが、原告・国が被告・那覇市長を相手に提起した那覇市情報公開決定取消請求訴訟（最判平成13年7月13日訟務月報第48巻第8号2014頁、第2審福岡高裁那覇支部判平成8年9月24日、第1審那覇地判平成7年3月28日）である。最高裁は、那覇市長が那覇市情報公開条例に基づき行った国の防衛施設の建築工事計画通知書の公開決定に対する取消訴訟において、国が「建物の所有者として有する固有の利益が侵害されることをも理由として、本件各処分取消しを求めていると理解できる」として、国が求める訴えは「法律上の争訟」に当たると判断した。しかし、この最高裁の「建物の所有者として」論は、国の上告理由をみると、決して正解とはいえないように思われる。

最判平成13年7月13日における上告理由は、以下のとおりである<sup>(8)</sup>。

- ① 国と自治体の機関との間の紛争をすべて、行政組織内部の関係であるとして裁判所の解決から排除する解釈は、憲法が定める「地方自治の本旨」からすると失当である。
- ② 国または自治体の私人または私的団体とは異なる性格の権利義務に関する紛争が、およそ「法律上の争訟」に当たらないというわけではない。「法律上の争訟」にかかる

---

(7) ちなみに、新行政不服審査法第7条第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。」と定める。

(8) 訟務月報第48巻第8号2022頁以下。

「当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争」（「事件性」要件）は、「国民」あるいは「私人」の権利義務関係に関する紛争である必要はなく、「当事者間の具体的な」権利義務関係に関する紛争であればよい。「当事者間の具体的な」権利義務関係は、当事者間の「主観的な」権利利益に関する紛争であることを要するが、この「主観的な」権利利益は、当該主体の固有の利益であれば足り、この固有の利益とは、「その者にのみ帰属し、これが侵害されるときその者のみが救済を求め得る利益」のことである。

- ③ 国または自治体の私人または私的団体と同様の権利義務は、国または自治体の有する権利利益の一部であるにすぎず、国または自治体が本来的な行政主体としての地位において私人または私的団体とは異なる性格の権利利益を有する場合でも、当該権利利益が固有の利益であれば、「法律上の争訟」該当性を否定されるいわれはない。つまり、「法律上の争訟」性は、固有の利益であるかどうかで決せられることになり、「国が有する本来的な行政主体としての地位に基づく利益のうちでも、少なくとも、国家の存立そのものに関わる性質の利益は、これを国の固有の利益とすることができる。すなわち、不特定多数の者の利益という意味の公共の利益とは異なる。国が国家として存立していく基本に関わる国家自身の利益は国の固有の利益である」。
- ④ 憲法第76条の司法権とは、具体的な争訟について法を適用し宣言することでこれを解決する国家作用であり、独立の法主体間の具体的な紛争について解決する手段としての役割を担っている。国と自治体が独立の別個の法主体として、しかも行政主体としての地位において具体的な紛争が生じたとき、これを解決するも司法権の役割である。このような司法権の意義や役割からすれば、国と自治体またはその機関との間において行政主体としての地位に基づき生じた紛争も、「法律上の争訟」の要件を充たす場合があり、その場合の紛争は司法権の範囲内にあり、これを行政組織内部の調整に任せ司法権の範囲から除外することは憲法第76条に違反して許されない。
- ⑤ このような「法律上の争訟」論を前提として、国の防衛上の秘密保持の利益は国のみに属し、これがある処分によって侵害された場合、この処分の取消し等を求める者は国以外に存在しない。国の防衛上の秘密が明らかにされることは国民生活、個々の国民の生命・身体・財産が侵害されることに繋がり得るが、国は、そもそもこのような国民生活、個々の国民の生命・身体・財産を保護する責務を有し、国の防衛上の秘密保持の利益は、個々の国民の利益の総和を超えた部分を持つ国にのみ帰属する利益である。この意味で、国の防衛上の秘密保持は国の固有の利益であり、この侵害を争う訴えは「法律

上の争訟」に当たるということになる。

以上、やや丁寧に国の上告理由をみてきたが、国は、「建物の所有者として有する固有の利益が侵害されることをも理由として、本件各処分取消しを求めている」たわけではなさそうである。たしかに、国または自治体の私人または私的団体と同様の権利義務を、「私人又は私的団体でも取得し得る権利義務（例えば、不動産所有権や事業活動上の地位に基づく権利義務）」と言い換えた部分はあったが、これは主要な文脈ではなかった。国の主張は、あくまでも国と自治体の機関との間の紛争であっても、固有の利益をもって対立する独立した当事者間の具体的紛争であれば、「法律上の争訟」に当たるということで一貫している。

これらの主張は、当時の那覇防衛施設局の主張ということになるが、現在でいえば那覇防衛局の主張ということになる。事件が違うといえばそれまでだが、国が「法律上の争訟」について以上のような考え方を持っていたとすれば、今回も埋立等工事にかかる利益を国の本来的な行政主体としての地位において、「私人または私的団体と異なる権利利益」として、すなわち「純粋な私的利益ではない利益」として行政主体としての国にのみ帰属する利益として主張する方が、よほど筋がとおっており論理的ではなかろうか。然るに、辺野古新基地建設をめぐる紛争における国の対応をみると、一方で、沖縄防衛局は「一般私人と同様の立場」で審査請求人・執行停止申立人になり、他方では、農林水産大臣が法定受託事務にかかる審査請求機関（公権力の行使主体）として立ち現われ、実際、執行停止決定まで行っている。これでは、一方で国の行政機関である沖縄防衛局が「私人」になりすまし（「私人なりすまし」）、他方で同じく国の行政機関である農林水産大臣が、この「私人」としての沖縄防衛局の不服申立て（審査請求）を受け、権力的な裁断を行うようにしかみえないではないか。国民からみれば、国の一人芝居にみえるのではなかろうか。もっと厳しいことをいえば、これでは偏頗な自力救済といわれてもしかたがない所業ではないのか。

それにもかかわらず、国が「私人なりすまし」論を採らざるを得なかった、またこれからも採るかもしれない理由は、いうまでもなく最判平成13年7月13日が「建物の所有者として」論を採ることで、「行政主体が行政権の主体としての地位に基づいて抗告訴訟を提起することに消極的な態度を示したものと解するのが素直」<sup>(9)</sup>であるという最高裁の判断

---

(9) 当時、最判平成13年7月13日の上告代理人の一人であった江口とし子裁判官の「国と地方自治体との関係」藤山雅行・村田斉志編『行政争訟・改訂版 新・裁判実務大系25』（青林書院、2012年）110頁。

があることに尽きる。さらに、いわゆる「宝塚市パチンコ店等規制条例事件」（最判平成14年7月9日、民集第56巻第6号1134頁）において、「国又は地方公共団体が提起した訴訟であって、財産権の主体として自己の財産上の権利利益の保護救済を求めるような場合には、法律上の争訟に当たるといふべきであるが、国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とするものであって、自己の権利利益の保護救済を目的とするものといふことはできないから、法律上の争訟として当然に裁判所の審判の対象となるものではなく、法律に特別の規定がある場合に限り、提起することが許されるものと解される。」としたのが、行政権の主体としての訴訟提起の消極的見解の決定打となったのであろう<sup>(10)</sup>。辺野古新基地建設をめぐる行政争訟において、国が「私人なりすまし」を行わねばならない理由はここにあった。

## 5. 行政主体間訴訟に対する学説

江口とし子裁判官は、この問題は、「少なくとも実務的には決着のついた問題」と述べるが、同時に、この問題が、「憲法上の司法権、裁判を受ける権利及び地方自治の本旨の意義や、国と地方公共団体の行政権の関係をどのように考えるかにかかわる問題であって、判例に対する多数の学説の見解は、これらに関する新たな考え方に基づくものであり、その論拠には首肯し得る点も少なくない。」と述べ、「行政主体間の紛争を適切に解決する争訟手段の立法化を推進するのが望ましい方向」とも述べる<sup>(11)</sup>。

行政主体としての国と自治体との間の紛争については、学説では見解が大きく分かれている<sup>(12)</sup>。ここでは、国の関与に関する裁判的統制について対立する代表的な二つの考え方を中心にみることで、「法律上の争訟」についての学説の検討に代えたい<sup>(13)</sup>。

塩野宏は、国の「監督権の違法な行使は、地方公共団体たる法人が国に対して有する自

(10) この点、江口は、当初、「国と地方自治体との関係」藤山雅行編『行政争訟 新・裁判実務大系25』（青林書院、2004年）81頁以下では、積極的見解を示していたが、「改訂版」では改説している。

(11) 江口・注(9)論文の110頁～111頁。

(12) 白藤「国と地方公共団体との間の紛争処理の仕組み」公法研究62号（2000年）200頁以下参照。

(13) 西上治「機関争訟の『法律上の争訟』性」宇賀克也編『行政法研究第6号』（信山社、2014年）25頁以下、参照。とくに学説については、93頁以下を参照。

治権の侵害に当たるのであって、日本国憲法の地方自治の保障の充実の見地からすると、これに対して地方公共団体は裁判所に救済を求めることができ、その訴訟は、現行法では行政事件訴訟法の抗告訴訟に該当する<sup>(14)</sup>と主張されるところである。2000年改正地方自治法の関与法定主義の趣旨は、まさに「国家関与の根拠及びその態様が法律の留保に属し、その範囲の関与にのみ地方公共団体が服従するとみる」ものであり、「国家関与がその限界を越えた場合には、その是正手段が制度上存在していなければならないはず」である。したがって、違法な国の関与が「個別地方公共団体の自治権の排除という形をとる限りにおいて具体的権利義務関係に関する訴訟として、裁判所による救済の方法が認められる」という考え方は、一層妥当するということになる。

これに対して、藤田宙靖は、行政主体間の紛争に関しての「法律上の争訟」について、消極的解釈傾向を示している。「行政主体と私人の二元論」、「行政の内部関係と外部関係の二元論」<sup>(15)</sup>を基本的な思考枠組とする日本の行政法制度からすれば、「行政主体相互間の法関係は、基本的には『行政の内部関係』に属する」としながら、例外的に、「私人相互間と同じ、行政主体と私人との関係と同じ性質のもの」がありうると考える。かつて田中二郎が、行政組織内部の問題については、原則として、上級行政庁の判断と決定を待ち、行政組織内部における法解釈上の疑義や紛争については、当然に、司法審査が及ぶべきことにならないとしたり、また、雄川一郎も、国の行政と自治体の行政との有機的連関の保持を強調する立場に立てば、国の監督ないし関与はその目的のための手段であり、「その制度が地方自治の本旨に反し、地方自治の保障を破らない限り、地方公共団体はこれに服すべき地位にあるという理論」が成立しうると述べたり、国の自治体に対する行政監督・関与のコントロールを裁判所に委ねることは、司法的権利保障制度の枠をはみ出るとした伝統的学説を継受する面がある。

藤田は、「固有の資格」における地方公共団体の抗告訴訟の提起の可能性について、抗告訴訟は憲法の「裁判を受ける権利」に基づく「私人」の権利保護のためのものであり、行政主体の公権力の行使は、かかる権利保護の対象ではない。そこで、これとは別に、「地方自治の保障」に由来する憲法上の「自治権」の保護を理由とする抗告訴訟の利用を考えると、そもそも実体的な権利としての「自治権」の憲法上の保障自体が問題で

---

(14) 塩野『行政法Ⅲ』（有斐閣、1995年）177頁。ここでの叙述は、より詳しくは、同「地方公共団体の法的地位論覚書き」および「地方公共団体に対する国家関与の法律問題」（前掲『国と地方公共団体』所収論文）を参照。

(15) 藤田宙靖『行政法学の思考形式』（木鐸社、1978年）など、一貫した思考である。

あり、仮に実体法上の権利があることを前提としても、抗告訴訟を提起する手続法上の権利が保障されているかどうかはさらに問題である。結論的には、抗告訴訟が、私人の主観的権利の保護を目的とする主観訴訟である限り、たとえば私人の権利を侵害する地方公共団体の公権力の行使に対して、国が監督権を行使しこれを是正する場合を想定すると、この国の関与に対する地方公共団体の抗告訴訟を認めることは、かえって私人の権利侵害となりうる。主観訴訟としての抗告訴訟の基本構造からすれば、地方公共団体の抗告訴訟を認めることは抗告訴訟の客観訴訟化を意味するものであって容易に許されないというのである<sup>(16)</sup>。

最近では、これらの論争を踏まえてであろうが、斎藤誠は、行政主体間における「法的に保護された利益」を肯定的に理論構成することを主張している。「現行法の解釈としては」の条件付きであるが、「憲法と法律により構成される自治権・地方自治保障を根拠に地方公共団体が出訴することは、理論上は可能である。……憲法レベルで地方自治を保障し、国の立法・行政組織とは別個に地方公共団体を位置づけているからである。地方公共団体が私人ではなく、なおかつ私人に対して公権力を行使する立場にあることは、地方公共団体に特有の司法的保護を排除する論拠にはならない。保護の水準を基本権（人権）の保護と同等に設定できるか（設定しなければならないか）どうかはまた別の問題である」<sup>(17)</sup>としている。さらに、これを敷衍して、「個別法が明文で出訴ないし不服申立規定を置いていない場合にも、そのような『法的に保護された地位』（取消訴訟のシステムに則していえば『法律上の利益』（行訴9条））を認め得る」としており、「地方公共団体に対する、ある種の処分について、地方公共団体の『固有の資格』という括りで、個別の手続・制度の対象から外したり（教示につき行政不服審査法57条4項、行政手続法の適用除外に

(16) 藤田「行政主体相互間の法関係について — 覚え書き」成田頼明先生古稀記念『政策実現と行政法』（有斐閣、1998年）85頁以下。なお、明治憲法下においてすら、地方公共団体に対する国家監督権の違法な行使に対して、権利毀損に基づく抗告訴訟が認められていた。自治権が憲法上の権利まで高められた日本国憲法下で、従前より、自治権の保障を弱める方向で法律上の争訟概念を解釈することは、憲法の趣旨に正面から反するものである、との藤田に対する塩野の直截的批判に対しては、地方公共団体の法的地位が高められ、実体法上の権能が国に匹敵するようになればなるほど、国の公権力の行使の「対象」としての位置づけ、「私人」としての位置づけには無理があると応える。藤田によれば、憲法上の自治権保障の要請と、地方公共団体の公権力の行使に対する国からの関与をめぐる法関係を「行政主体の公権力行使に対する（私人からの）不服の訴訟」ととらえることは同義でないということである（103頁以下、注(22)）。

(17) 斎藤誠「第4 地方自治の手続的保障」同『現代地方自治の法的基層』（有斐閣、2012年）142頁。

つき同法4条1項)、対象にした(国の関与に対する規律につき、地方自治法245条柱書)からといって、そこから拡張して、『固有の資格』か否かによって、当該処分に対する地方公共団体の出訴可能性を一律に決することも適切ではない<sup>(18)</sup>とも述べる。

いずれの学説も、もっぱら自治体の出訴資格について論じたものであり、これをそのまま国の出訴資格として論じるわけにはいかないのは当然であるが、行政主体間の紛争の解決についての基本的考え方を論じている。「行政主体間の紛争を適切に解決する争訟手段の立法化」を待つだけではなく、これらの学説に真摯に耳を傾け、司法の現場で決断できることがあるのではないか。

## 6. 総括～国の行政的関与と行政争訟的関与の意義

### 6-1. 辺野古新基地建設における国の行政的関与の責任

埋立等工事の停止指示問題で注目を浴びた沖縄県漁業調整規則は、漁業法や水産資源保護法その他漁業関係法令とあいまって、沖縄県における水産資源の保護培養、漁業取締りその他漁業調整を図り、併せて漁業秩序の確立を期することを目的とする。そこで、漁業法の目的をみると、「漁業生産に関する基本的制度を定め、漁業者及び漁業従事者を主体とする漁業調整機構の運用によつて水面を総合的に利用し、もつて漁業生産力を発展させ、あわせて漁業の民主化を図ること」とあり、また、水産資源保護法の目的には、「水産資源の保護培養を図り、且つ、その効果を将来にわたつて維持することにより、漁業の発展に寄与すること」とある。このたびの事件で、少なくとも沖縄県は、沖縄県漁業調整規則にかかる責任を履行するため、埋立等工事の停止指示等の措置に出たといえる。それでは、これらの法律の所管の大臣は、はたして自己の責任を履行しているのだろうか。

サンゴ礁が潰されているといった写真報道がなされたとき、岩礁破碎等許可にかかる権限主体である沖縄県知事が、その事実の真偽を確かめるため、一切の埋立等工事を停止して調査に入るのは至極当然の話であり、その限りでは、法律所管大臣も同じであろう。もし、この沖縄県知事が行う法定受託事務の処理が適切でないということであれば、現行法上、まずは何らかの行政的関与を行うべきであったのだろう。地方自治法は、そのための

---

(18) 斎藤「行政主体間の紛争と行政訴訟」藤山・村田編前掲書97～98頁。

周到な仕組みを用意しているのではないか。まずは、水産資源保護法・漁業法の所管大臣である農林水産大臣、次に公有水面埋立法の所管大臣である国土交通大臣の責任が問われる事態であることを自覚しなければならない。

地方自治法では、機関委任事務廃止後、自治事務と法定受託事務における濃淡はあれ、そしてその当否はともかく、違法・不当な地方自治行政の事前・簡易・迅速な是正を図る目的で国の関与法制が整備された。なかんずく、今回問題とされている法定受託事務に関しては、是正の指示といった権力的関与が可能とされ（地方自治法第245条の7）、これに従わない自治体に対しては代執行訴訟制度まで用意されている（同法第245条の8）。さらに、これらの国の関与（自治事務に対する是正の要求もふくめて法定受託事務に対する是正の指示など）に対して何らのアクションも起こさない自治体に対しては、国からの不作為の違法確認訴訟といった「司法的関与」も可能とされた（同法第251条の7）。

このような法定関与法制は、法定された関与主体が、法定された関与手続でもって、個別の法律の行政の目的を達成するためのものであり、とくに国に与えられた権限である。したがって、法律執行の適法性確保のために与えられた特別な権限であり、その意味では、司法的統制を経ずに自治体行政の法的統制を可能とするバイパスである。今回の辺野古新基地建設問題では、なぜかこのバイパスがまったく利用されないまま、「本道」を走ろうとする意図は何なのか。ここでいう「本道」とは、本来国民に与えられた違法・不当な行政を是正するための行政不服審査法・行政事件訴訟法上の行政争訟である。なぜ誰がみても見事な公権力の行使主体にみえる沖縄防衛局が、「国民」・「私人」になりすまして、沖縄県知事が行った工事停止指示に対して、審査請求・執行停止申立を行うなどといった無理筋の手段を採ったのか。これでは、バイパス不要の宣言ではないか。国の行政機関である沖縄防衛局は、同じく国の行政機関である農林水産大臣の判断を待たず、「私人」になりすまして行動することの意味を考えなければならない。沖縄防衛局は、国の行政的統制（行政的関与制度）を無視・軽視して、司法的統制（「司法的関与」制度）に願いを託すことになったわけであるが、これで法の体系性や法的安定性が保たれるのだろうか。これでは、これまで国の行政的関与の不可欠性・重要性を唱え、自治事務・法定受託事務に関する関与の法定主義、法定受託事務に関する代執行訴訟制度あるいは国からの不作為の違法確認訴訟制度といった地方自治法の関与の諸制度の意義はないがしろにされるではないか。

この点、このような地方自治法上の行政的関与の責任を果たさない農林水産大臣が、同じく地方自治法上の法定受託事務にかかる処分の違法・不当を正す審査庁としての責任

（同法第255条の2）を果たせるとは到底考え難い。埋立等工事停止にかかる国の審査請求書および執行停止申立書において縷縷述べられるところの実体的・手続的違法を読めば読むほど、当該法律の所管大臣である農林水産大臣の義務の懈怠が明らかである。この農林水産大臣が行うところの審査請求に対する裁決とはいったいいかなる内容となるのか興味深いところである。

いずれにしても、今回の国の対応は、地方自治法上の国の行政的関与の本来的意義にかかわって、国によっても利用されない国の関与法制をどう評価するかといった大きな問題を投げかけたといつてよい。

## 6-2. 辺野古新基地建設における国の行政争訟的関与

しかし、なによりも問題なのは、国が「一般私人と同様の立場」で、行政争訟制度を利用しようとしたことである。「固有の資格」概念を使っていえば、沖縄県漁業調整規則や公有水面埋立法の執行過程における国が「固有の資格」を有する者ではないというのには驚かされた。すでにみたように、江口とし子裁判官は、行政主体の訴訟提起にかかる問題の整理において、行政主体の抗告訴訟の提起は、「私人とまったく同様の立場に立つ場合」と「私人とまったく同様の立場に立つ場合以外の場合」を区別し、前者の場合は抗告訴訟の提起が可能となり、後者の場合は、いわゆる「固有の資格」を有する場合として、抗告訴訟が不可能であるというのが、実務上の決着であるとしている。このような区別からすれば、「固有の資格」を有する場合とは、「私人とまったく同様の立場に立つ場合以外の場合」であるから、公権力の行使はもちろんのこと、それ以外の行政法上の（権力的法形式・行為形式、非権力的法形式・行為形式を問わない）さまざまな法形式・行為形式を活用した行政活動が含まれることになる。はたして公有水面埋立法上の国（沖縄防衛局）の立場が「私人とまったく同様の立場に立つ場合」にすぎず、「私人とまったく同様の立場に立つ場合以外の場合」ではないと言い切れるのか。埋立承認申請書で縷縷述べられた国の申請理由は、まさに公権力の行使はもちろんのこと、それ以外のすべての行政法上の法形式・行為形式を駆使して、本件埋立は、日米地位協定の第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といっているようにしかみえない。

### 6-3. 正々堂々と正面からの行政主体間訴訟を

以上の検討は、行政主体間の争訟にかかる学説の動向や現在の最高裁判例を踏まえた場合の行政法的論点を指摘してきた。この限りにおいて、本件における国の行政的・法的対応には、過去の国の主張も鑑みるならば、いかにも理解しがたい論理が内在していることが明らかになった。

しかし、私見では、行政不服審査法や行政事件訴訟法は、そもそも国民の権利保護や救済の実効的救済のための制度であって、「固有の資格」を有する国や地方公共団体といった行政主体は端から埒外であるといった議論は本来適切ではないと考えている。つまり、「法律上の争訟」概念を広く解釈し、国であろうが自治体であろうが、行政権の主体として裁判的紛争解決を求める可能性を有するべきであると考えている。「法律上の争訟」を「裁判を受ける権利」にだけ結びつけて解釈することはせず、憲法の三権分立論、とくに「司法権」の任務の範囲論から根拠づけることは可能であると考えている。この意味で、塩野宏や斎藤誠の議論に与するものである。正々堂々と正面からの行政主体としての訴訟を模索すべきであると考えている。もちろんこの場合でも、現行の法システムにおける限り、原告適格の問題は残ることは承知している。

いずれにしても今回の一連の事件は、自治体に対する国の関与問題だけではなく、国に対する自治体の関与問題の重要性を提起するものである。筆者は、そもそも対等併立する国と自治体の双方向的関与制度を主張するところであるが<sup>(19)</sup>、これらの双方向的関与にかかる争訟システムについての検討が必要である。場合によっては、国権・国益と自治権・自治体益の紛争解決システムとなれば、国を相手とする自治体の「自治権侵害訴訟」だけでなく、自治体を相手とする国の「国権侵害排除訴訟」のごとき問題もあらためて議論されることになるかもしれないが、まずは憲法が保障する地方自治・自治権の保障を基礎とした制度設計の議論を行わなければならない。

(しらふじ ひろゆき 専修大学法学部教授)

※ 本稿は、2015年6月10日開催の自治制度研究会（於：自治総研）での報告をもとにしている。本来、自治総研8月号掲載の予定であったが、筆者の不幸で本号掲載となった。そのため、別に執筆依頼を受けていた法律時報10月号掲載予定の拙稿「辺野古新基地建設問題における国と自治体との関係」と時期的に重なってしまい、内容的重複があることをお断りしたい。

---

(19) 渡名喜庸安他『アクチュアル地方自治法』（法律文化社、2012年）229頁以下。

キーワード：公有水面埋立法／沖縄県漁業調整規則／埋立承認の取消／  
国の行政的関与／国の審査請求／国の執行停止申立／  
国の行政争訟的関与／行政主体間訴訟

<資料1>

沖縄県指令農第1381号

沖縄防衛局

平成26年7月11日付け沖防第2769号による岩礁破碎等の許可申請については、沖縄県漁業調整規則（昭和47年9月12日沖縄県規則第143号）第39条第3項の規定により、次のとおり条件を付して許可します。

平成26年8月28日

沖縄県知事 仲井眞 弘多



- 1 許可期間は、平成26年8月28日から平成29年3月31日までとする。
- 2 岩礁破碎等の区域には、工事が完了するまで、適宜、標識等を表示すること。
- 3 漁業権漁業及びその他の漁業の操業をいたずらに妨げないこと。
- 4 岩礁破碎等の工事は、日の出から日没までとする。
- 5 漁場汚濁が生じた場合には、直ちに工事を中断して被害を最小限にとどめる措置を講ずること。
- 6 漁業調整その他公益上の事由等により、別途指示をする場合は、その指示に従うこと。
- 7 知事が工事の進捗状況等について説明を求めた場合には、遅滞なく資料を提供すること。
- 8 岩礁破碎等の行為が完了した後は、速やかに完了届を提出すること。
- 9 本申請外の行為をし、又は付した条件に違反した場合は、許可を取り消すことがある。



沖 縄 県

<資料2>

沖縄県達農第281号

沖縄防衛局

平成26年8月28日付け沖縄県指令農第1381号にて許可した「普天間飛行場代替施設建設事業に係るキャンプ・シュワブ海域の工事」に係る岩礁破碎等の許可（以下、「許可」という。）に関し、許可区域外にて行われたコンクリート製構造物等の設置については、当該許可に係る申請外の行為と認められ、許可を得ずに岩礁破碎行為が成された蓋然性が高いと思量されることから、県が必要とする調査を実施する。

本書受領後、県の調査が終了し、改めて指示をするまでの間、当該許可区域を含め、当該工事に係る海底面の現状を変更する行為の全てを停止すること。

また、当該行為を停止した旨の報告を、本書受領後7日以内に行うこと。

なお、この指示に従わない場合は、許可を取り消すことがある。  
以上、許可の附款に基づき指示する。

平成27年3月23日

沖縄県知事 翁長雄志



沖縄県

<資料3>

沖防第 1461 号  
平成27年3月24日

農林水産大臣 林 芳正 殿

沖縄防衛局長  
井上 一徳

審査請求書

平成26年8月28日付け沖縄県指令農第1381号により沖縄県知事から許可のあった岩礁破碎等の許可申請に対して、平成27年3月23日付けで沖縄県知事から当局に対し、県の調査が終了し、改めて指示をするまでの間、当該許可区域を含め、当該工事に係る海底面の現状を変更する行為の全ての停止を指示する処分（沖縄県達農第281号）がなされたが、不服があるので、下記のとおり地方自治法（昭和22年法律第67号）第255条の2に基づき審査請求する。

記

1. 審査請求人の名称及び住所  
名称：沖縄防衛局長 井上 一徳  
住所：沖縄県中頭郡嘉手納町字嘉手納290-9
2. 審査請求に係る処分  
平成27年3月23日付け沖縄県知事が審査請求人にした、県の調査が終了し、改めて指示をするまでの間、当該許可区域を含め、当該工事に係る海底面の現状を変更する行為の全ての停止を指示する処分（沖縄県達農第281号）
3. 審査請求に係る処分があったことを知った日  
平成27年3月23日
4. 審査請求の趣旨及び理由  
趣旨：「上記2. に掲げる処分を取り消す。」との裁決を求める。  
理由：別紙のとおり。
5. 処分庁の教示の有無及びその内容  
処分庁による教示はなかった。
6. 審査請求の年月日  
平成27年3月24日

添付資料：別紙

<資料4>

沖防第1462号  
平成27年3月24日

農林水産大臣 林 芳正 殿

沖縄防衛局長  
井上 一徳

執行停止申立書

行政不服審査法（昭和37年法律第160号）第34条第3項及び第4項の規定により、下記のとおり執行停止を申立てます。

記

- 1 審査請求の件名  
審査請求書（平成27年3月24日付け沖防第1461号）
- 2 審査請求年月日  
平成27年3月24日
- 3 申立ての趣旨及び理由  
趣旨：「平成27年3月23日付け沖縄県知事が審査請求人にした、県の調査が終了し、改めて指示をするまでの間、当該許可区域を含め、当該工事に係る海底面の現状を変更する行為の全ての停止を指示する処分（沖縄県達農第281号）について、審査請求に対する裁決があるまで、その効力を停止する。」との決定を求める。  
理由：別紙のとおり。

<資料5>

沖防第 1487 号  
平成27年3月24日

沖縄県知事 翁長 雄志 殿

沖縄防衛局長  
井上 一徳

平成27年3月23日付沖縄県達農第281号による指示に対する  
当局の見解について

平成27年3月23日付沖縄県達農第281号による指示に対する当局の見  
解は次のとおりです。

当局としては、下記の理由により、貴指示は、違法性が重大かつ明白で無効  
なものであり、現在行っている作業を中断する理由はないと考えます。

記

1 岩礁破碎についての理解を誤っていること

岩礁破碎等の許可は、水産資源保護法第4条第2項第5号の規定を根拠と  
する「都道府県漁業調整規則」に基づく規制であるところ、同法の目的に照  
らせば、「岩礁」とは、海域における地殻の隆起形態であり、この隆起形態  
を変化させる行為が「破碎」とであると解される。しかるに、本件アンカーの  
設置は地殻そのものを変化させる行為ではなく、岩礁破碎に当たらない。貴  
指示は、水産資源保護法の趣旨を正解せず岩礁破碎の解釈を誤った、又は事  
実を誤認したものである。

2 アンカー設置等について許可を不要としていたこと

平成26年8月28日付沖縄県指令農第1381号及び平成26年7月1  
7日付農水第1121-2号で許可等があった岩礁破碎等に係る許可等の手  
続きに当たって、当局から、アンカーを含む浮標の設置について、岩礁破碎  
等に係る許可等の必要性を添付図面を送付する等して確認したところ、貴県  
からは、他の事例を踏まえれば、浮標の設置は同手続きの対象とはならない  
旨が示されたところである。このため、当局としては、貴県からの指示に従  
い、アンカーを含む浮標の設置について、岩礁破碎等に係る許可申請を行わ

なかったものである。したがって、「許可区域外で行われたコンクリート製構造物等の設置については、許可に係る申請外の行為と認められる」とする貴指示は、禁反言の原則に反する。また、県はボーリング調査についても許可不要としていたものであり、貴指示は禁反言の原則に反する。

3 他の事業との公平性に欠けること

沖縄県内で国を事業者として行われた他の同種案件においても、本件と同様のアンカーの設置は岩礁破碎許可手続の対象とされていないにもかかわらず、本件アンカーの設置についてのみ許可を必要とすることは、公平性を欠き、平等原則に反する。

4 著しい権限濫用であること

仮に本件アンカーの設置が岩礁破碎に当たるとしても、本件指示は、許可区域外のアンカー設置行為を問題として、①許可区域内を含めてすべての工事区域において、②アンカー設置行為のみならずすべての現状変更行為の停止を求めるもので、比例原則に反し、著しい権限濫用である。

5 行政手続法等に違反していること

弁明の機会が与えられておらず、また、必要な教示がなされていない。

<資料6>

26水管第2801号

決 定 書

〒904-0295

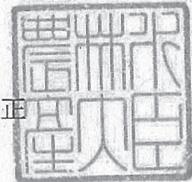
沖縄県中頭郡嘉手納町字嘉手納290番地9  
審査請求人 沖縄防衛局長 井上 一徳

処分庁 沖縄県知事 翁長 雄志

平成27年3月24日付けで審査請求人から申立てのあった、平成27年3月23日付けで沖縄県知事翁長雄志が審査請求人にした、沖縄県の調査が終了し、改めて指示をするまでの間、平成26年8月28日付け沖縄県指令農第1381号による許可区域を含め、「普天間飛行場代替施設建設事業に係るキャンプ・シュワブ海域の工事」に係る海底面の現状を変更する行為の全ての停止の指示（平成27年3月23日付け沖縄県達農第281号。以下「本件指示」という。）に対する執行停止の申立てについて、次のとおり決定する。

平成27年3月30日

審査庁 農林水産大臣 林 芳正



主文

裁決があるまでの間、本件指示の効力を停止する。

理由

本件申立てに対し、平成27年3月27日付けで沖縄県知事より意見書の提出があった。この意見書の中で、許可区域外の区域において岩礁破碎行為がされているかどうか等、本件指示の適法性（意見書第3）については、この意見を考慮してもなお現段階で本案について理由がないとみえるとはいえず、その事実関係等について、今後さらなる審理を尽くしていく必要がある。

本決定においては、本件指示の処分性（意見書第1）、申立人の申立適格（意見書第2）及び執行停止の要件（意見書第4）について、判断を行う。

## 1 本件申立ての適法性について

(1) 本件指示は、沖縄県知事が平成26年8月28日付けで行った岩礁破碎等の許可の附款に基づくものである。そして、その内容は、審査請求人が本件指示に従わない場合は、同許可を取り消すことがあるとした上で、審査請求人に対し、普天間飛行場代替施設建設事業に係る海底面の現状を変更する行為の全てを停止することを命じるものである。

そうすると、本件指示が任意で工事の停止を求めるものということではできず、審査請求人に対し、普天間飛行場代替施設建設事業に係る海底面の現状を変更する行為の全てを停止することを義務付けるものというべきであり、行政不服審査法第2条第1項の「処分」に当たると解するのが相当である。

(2) また、審査請求人の申立人としての適格についてみても、沖縄県漁業調整規則第39条は、岩礁破碎等を行うに当たって必要な沖縄県知事の許可について、国が事業者である場合を特に除外していない。

そうすると、国が事業者である場合も沖縄県知事の許可が必要であることは、私人が事業者である場合と変わりはないというべきであることから、国にも申立人としての適格が認められると解するのが相当である。

以上により、本件申立ては適法であると解する。

## 2 執行停止の要件該当性について

本件指示によって「当該許可区域を含め、当該工事に係る海底面の現状を変更する行為」の全てを停止することにより、審査請求人が行う普天間飛行場代替施設建設事業が大幅に遅れることとなるため、普天間飛行場周辺住民に対する危険性や騒音の継続による損害、日米両国間の信頼関係への悪影響による外交・防衛上の損害等といった回復困難で重大な損害が生じ、当該損害を避ける緊急性があるとする審査請求人の申立ては相当であると認められる。

したがって、本件指示の効力を停止する必要がある。

また、本件指示が工事の停止であるという性質上、処分の効力の

停止以外の措置によっては当該損害を避けるという目的を達することができない。

なお、沖縄県知事は、執行停止により許可区域外の区域での岩礁破砕行為の有無を確認するための当該調査が実施できなくなるとすれば、水産資源保護法及び沖縄県漁業調整規則の定める趣旨に鑑みて重大な影響が生ずることは明らかであると主張するが、執行停止により調査ができなくなるという関係は必ずしも認められないことから、本件指示の効力を停止したとしても、なお公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるとはいえない。また、本件指示の内容に鑑みると、処分の執行又は手続の続行ができなくなるおそれがあるときにも該当しない。さらに、許可区域外の区域において岩礁破砕行為がされているかどうかの事実関係等については、今後審理を尽くす必要があると認められるため、現段階で本案について理由がないとみえるとはいえない。

以上により、行政不服審査法第34条第3項及び第4項の要件を満たす。

よって、主文のとおり決定する。