



「固有の資格」と「対等性」：辺野古新基地をめぐる工事停止指示と審査請求について（特集 戦後70年と安保法制：「国際法の支配」と立憲主義）

角松，生史

(Citation)

法律時報, 87(12):39-45

(Issue Date)

2015-11

(Resource Type)

journal article

(Version)

Version of Record

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/90004002>

※ この論文ファイルは印刷不可です。



「固有の資格」と「対等性」

—— 辺野古新基地をめぐる工事停止指示と審査請求について

角松生史

1 岩礁破碎等許可・工事停止指示と審査請求

2015年3月23日、沖縄県翁長知事は、防衛省沖縄防衛局に対して、普天間飛行場代替施設建設事業に係るキャンプ・シュワブ海域工事に係る「海底面の現状を変更する行為の全て」を停止するよう指示した（以下「本件指示」）¹⁾。沖縄防衛局は、2014年8月28日に仲井真前知事から沖縄県漁業調整規則39条1項に基づく岩礁破碎等の許可を得て工事を行っていたが、県によれば、許可区域外で行われたコンクリート製構造物設置が、許可を得ずで行われた岩礁破碎行為である蓋然性が高く、県の調査が終了するまでの間、工事を中止すべきだというのである。本件指示に従わない場合は許可を取り消すことがあるとされている。

これに対して沖縄防衛局長は、3月24日、本件指示が処分に該当することを前提として、農林水産大臣に対して、地方自治法255条の2に基づく

審査請求（以下「本件審査請求」）を行った。審査請求人は、上記「コンクリート製構造物」にあたるアンカーの設置は岩礁破碎行為には該当しないと主張している。また同日防衛局長は、旧行政不服審査法²⁾（以下「審査法」）34条3項・4項に基づく執行停止を申し立てた。

3月30日、農林水産大臣は、審査請求人の申し立てを認め、上記指示の効力を停止する決定³⁾（以下「本件決定」）を下した。同決定では、本件指示の処分性⁴⁾と国の申立人適格を認め、申立てを適法とした上で、審査請求人が主張するところの、工事の停止による「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」を「回復困難で重大な損害」と認めている。審査請求本体については現時点で審理が継続中である。

岩礁破碎等許可に関連する本件指示と本件審査請求をめぐるこのような経緯は、今後予想される

1) 2015年3月23日沖縄県達第281号。本文書等の関係文書は、全て地方自治総合研究所Webサイト「沖縄辺野古埋め立てに関する公開文書」(<http://www.jichisoken.jp/archive/henokosiryuu/index.html>)で入手した（白藤博行「辺野古新基地建設行政法問題覚書」自治総研443号21-42頁にもその一部が添付されている）。また、本件の経緯については、新聞報道に加え、白藤・前掲論文、徳田博人「辺野古新基地建設の阻止と沖縄防衛局の審査請求問題」季刊自治と分権60号（2015年）57-68頁、新垣勉「辺野古新基地建設の現状と法的問題点」法律時報87巻10号（2015年）48-51頁を参照した。

2) 周知の通り、行政不服審査法は2014年通常国会において全部改正されている（2014年法律68号）が、新法は現時点で未施行であり、以下本稿において同法に言及するときは、別段の断り書きがない限り、改正前の法を指すものとする。

3) 2015年3月30日26水管第2801号。

4) 沖縄県知事は、2015年3月27日付の「執行停止に関する意見書」において本件指示は行政指導であって処分にはあたらないと主張していた（農水第3782号）。これに対して本件決定は、指示に従わない場合における許可取消に言及されていることなどを捉え、本件指示は行為停止を義務づけているものと理解して処分性を認めている。この場合、許可が実際に取り消された段階での救済でも不十分ではないと思われることからすれば（参照、畠山武道「米軍普天間飛行場の辺野古移設問題」法律時報87巻3号（2015年）1-3頁（2頁））、処分性をかなり緩やかに認める立場がとられていることになる。かかる立場がこれまでの行政実務とはたして一貫するかについては検証が必要であるが、仮に、今後の審査法の運用、そして処分性について同義と理解されている行政事件訴訟法（宇賀克也『行政不服審査法の逐条解説』（有斐閣、2015年）12頁）における国の訴訟対応においても同様の立場がとられるとすれば、それは国民の権利利益救済にとって積極的なインパクトをもたらしうるものでもある。

公有水面埋立承認（以下「本件承認」）の取消⁵⁾に向けても繰り返される可能性がある⁶⁾。またそれは、行政法学にとっても、さまざまな検討課題を投げかける。以下本稿は、本件指示をめぐる上記の経緯を踏まえ、行政主体による行政争訟制度の利用（２）、地方自治法上の国の関与の制度と裁定的関与（３）に分けて検討を試みる。筆者の能力の不足に加え、諸般の事情から準備に十分な時間をあてられなかったため、関連文献の引照も十分ではない問題の素描に止まるが、読者の海容を願うばかりである。

２ 行政主体による行政争訟制度の利用

（１）行政不服審査制度と「固有の資格」

本件審査請求について第一に問題になるのは、「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」審査法が定める手続を、行政主体としての国が利用すること⁷⁾の可否である。

審査法57条4項は、審査庁による教示について「前三項の規定は、地方公共団体その他の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」としている。条文上はこの適用除外は教示義務に限定されているが、この場合、そもそも審査法が適用されないと解されるのが一般的である⁸⁾。そして、同条同項の「固有の資格」概念については、「一般私人ではなく国の機関または地方公共団体もしくはその機関であるからこそ

立ちうる特有の立場を意味する」という解釈⁹⁾が一般的である。それではその「一般私人では立ちえない立場」はどのように判定すべきだろうか。

まず、「行政主体と私人とで、規制の態様を異にするケース」にあたるかどうか¹⁰⁾に着目する考察方法がある。例えば地方財政法に基づき地方公共団体が起債の許可を申請する場合、一般人が名宛人になることはあり得ないので、この場合の地方公共団体の立場は「固有の資格」にあたる¹¹⁾。他方、道路運送法に基づくバス事業の許可については、私企業も地方公共団体も共に申請をなすものであるものであり、また、「申請者が国の機関等であることを特別扱いする要件は皆無である」ため、この場合の地方公共団体の立場は「固有の資格」にあたらなるとされる¹²⁾。このような考察方法をとる場合、沖縄県漁業調整規則39条によれば、岩礁破碎許可に関しては、国が申請者となることが排除されていないと解され、また、そのような場合における特別の規定は設けられていない。従ってここでの国の立場は「固有の資格」にあらず、審査請求を行うことは妨げられないことになろう。

しかし、規制の態様のみならず、事務の内容・性質にも着目し、「当該事務について国の機関等が原則的な担い手と想定されている」かどうかとも考慮すると、結論が異なる可能性がある。例えば水道法上の経営認可において、「民間事業者も市町村の同意を得て水道事業を営営することができるが、原則的には、市町村が水道事業の経営主体として想定されている」ことを指摘して、この場合の市町村は「固有の資格」で認可を受けている

5) 2015年9月14日、翁長知事は記者会見でそのような方向性を表明している。なお、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「検証結果報告書」（2015年7月16日）は、本件承認は公有水面埋立ての要件を満たさず、埋立承認手続には法律の瑕疵が認められるとしている（<http://www.pref.okinawa.jp/site/somu/gyokaku/daisanshaikankai.html>）。

6) 白藤・前掲注1）22頁は、岩礁破碎許可をめぐる紛争の「前哨戦の意味合い」を指摘する。

7) 本件審査請求の主体を行政機関としての防衛局長と解すべきか、行政主体としての国と解すべきかは、やや難しい。本件指示は国の機関としての防衛局長に宛てられ、本件審査請求は防衛局長の名義で行われている。他方、本件決定は、国に申立人適格を認めている。

8) 塩野宏『行政法Ⅱ行政救済法〔第5版補訂版〕』（有斐閣、2013年）20頁。2014年改正後の審査法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、この適用除外が一般的なものであることを明文化した（加えて、国及び公共団体の「機関」に対する処分も含むことが明示されている）。類似の規定として行政手続法4条1項がある。

9) 宇賀・前掲注4）51頁。

10) 藤田宙靖「行政主体相互間の法関係について」『行政法の基礎理論Ⅱ』（有斐閣、2005年）58-81頁（67頁）。藤田はこれに加え、「経済的行為であって、行政主体の場合にのみ規制があるケース」「行政主体の固有の資格」であるが、特別の法的保護の必要が問題とされるケース」において判断が問題になるとし、最後の類型の具体例として普通地方公共団体の「自治権」が問題になる場合をあげる（68頁）。

11) 宇賀・前掲注4）52頁。

12) 宇賀・前掲注4）52頁。参照、田中真次・加藤泰守『行政不服審査法解説〔改訂版〕』（日本評論社、1977年）241頁。

とされる¹³⁾。この考察方法に従えば、「沖縄防衛局が普天間飛行場の代替施設をつくるということは、防衛省の固有の事務」であり、一般私人がおよそしない事務であるから、「固有の資格」にあたるという議論¹⁴⁾が成立しうらう¹⁵⁾¹⁶⁾。

それでは今後、公有水面埋立法上の本件承認が取消された¹⁷⁾場合はどうだろうか。同法の場合、国が埋立を行おうとする場合には、一般的である知事の埋立「免許」(2条)に替えて、知事の「承認」(42条)を受けるものとしている。この特例規定の趣旨が、「国が支配し、管理する水流又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」¹⁸⁾というものであれば、ここでの国の立場は「固有の資格」にあたりと結論づけることができよう。他方、埋立承認の性質を「公有水面を現実に管理する都道府県知事が、埋立事業の実施主体である国に対して、特定の公有水面を埋め立てて土地を造成し、竣功通知の日において当該実施主体に埋立地の所有権を取得させる権利(埋立権)を設定する行為」と理解する場合¹⁹⁾、「固有の資格」を否

定する方向性の議論とならう²⁰⁾²¹⁾。

(2)「法律上の争訟」と

「事業主体-規制主体」関係

上では、審査法の解釈論としての「固有の資格」該当性について検討したが、より一般的に、行政主体が行政目的を実現するために訴訟制度を利用することの可否について検討することもできる。裁判例・学説は、裁判所法3条の「法律上の争訟」および行政事件訴訟法6条(以下「行訴法」)上の「機関訴訟」の概念をめぐってこの問題を検討してきた²²⁾²³⁾。

(a) 本件と類似した状況にかかる裁判例として、逗子市と国の間の紛争に関する東京高判1992年2月26日²⁴⁾がある。この事件では、横浜防衛施設局が逗子市池子弾薬庫跡地において米軍住宅建設を計画し、そのために必要な池子川(準用河川)の付け替え・防災調整池設置工事について、河川管理者である逗子市長に河川法上の協議(95条)を申し入れたが、建設反対運動に支えられた市長

13) 宇賀・前掲注4)52頁。行政手続法4条1項についての同様の解説として参照、行政管理研究センター『逐条解説行政手続法〔27年改訂版〕』(ぎょうせい、2015年)104-105頁(同書は①「名宛人」②「事務・事業の性格」という二つのメルクマールをあげる)、米丸恒治「同条解説」室井力他編『行政手続法・行政不服審査法〔第2版〕』(日本評論社、2008年)80-81頁。

14) 第189回国会衆議院総務委員会会議録18号(2015年8月27日)における福田昭夫委員と上村政府参考委員、浅川政府参考委員とのやりとり参照。ここでは福田委員は事務の内容・性質に主に着目し、浅川政府参考委員は規制の態様に主に着目している。

15) ただし本文の例は、処分(経営認可)の根拠法である水道法自体が、同時に市町村が行う水道事業の根拠法である事例であった。それに対して本件指示の場合、その根拠法である漁業調整規則と、普天間飛行場代替施設建設事業の根拠法は別であり、前者は後者に対して規制法的な関係に立っていることに注意しなければならない。

16) 紙野健二「辺野古新基地建設問題の展開と基地建設の利益」法律時報87巻11号(2015年)108-113頁(110頁)は、申立人が主張する「利益」に着目するアプローチをとり、防衛施設に関する那覇市情報公開条例事件(最判2001年7月13日訟務月報48巻8号2014頁)における「建物の所有者として有する固有の利益」との相違を強調する。

17) 講学上の取消・撤回のいずれが行われるかは、ここでの議論には関わりないと考えられる。本件承認に係る取消と撤回の関係を検討するものとして、参照、撤回問題法の検討会「意見書」(2015年5月1日)(<http://www.jilg.jp/topics/2015/05/11/917/>)。なお、取消・撤回に際しての行政手続法の適用の有無についても、「固有の資格」(行政手続法4条1項)該当性が問題となる。徳田・前掲注1)65-66頁。

18) 建設省埋立行政研究会編著『公有水面埋立実務ハンドブック』(ぎょうせい、1995年)130頁。このような解釈を採用するものとして、山口地判2012年6月6日訟務月報59巻12号3003頁(北見宏介「本件評釈」新・判例解説Watch12号(2013年)77頁(80頁)は、この解釈が承認の処分性を否定する方向に作用すると指摘する)。

19) 広島高判2013年11月13日裁判所ウェブサイト(前掲注17)の山口地判の控訴審である)。畠山・前掲注4)2-3頁は、第一審判決の立場を推し進めると承認を撤回することができないという結論に結びつくのに対して、控訴審判決の見解によれば撤回が可能になると指摘する。

20) 宇賀・前掲注4)52頁は医療法6条・医療法施行令1条について「一般私人を対象とした許可の特例にすぎない」として「固有の資格」該当性を否定する。

21) もっともこの場合も、「埋立事務」というフレーミングで問題を捉えてそれが国の機関に「特有の立場」にあたるかのみを見るのではなく、岩礁破碎許可の場合と同様、埋立がなされる「目的」に着目してそれが日米地位協定の履行のためになされることを強調することで、なお「固有の資格」にあたるという議論も可能ではある。参照、白藤博行「辺野古新基地建設問題における国と自治体との関係」法律時報87巻11号(2015年)114-120頁(116頁)。

22) 現時点までのわが国における裁判例・学説を周到に検討した業績として、西上治「機関訴訟の『法律上の争訟』性——問題の抽出」行政法研究6号(2014年)25-163頁がある。同論文では、従来の議論が機関争訟の「法律上の争訟」性を否定する論拠を「権利権限型」「人権否定型」「公益目的型」「内部問題型」「自律尊重型」「上級下級型」「争訟制度型」「救済阻害型」の8つに分けて分析する。また、学説・裁判例を簡潔明晰に概観するものとして、村上裕章「国・自治体間等争訟」岡田正則他編『現代行政法講座Ⅳ自治体争訟・情報公開争訟』(日本評論社、2014年)11-27頁がある。

との間の協議は不成立となった。そこで横浜防衛施設局は計画を変更して仮設調整池を設置することとし、これについては河川法上の協議が不要という判断の下に工事に着手した。これに対して逗子市長は、当該仮設調整池についても協議が必要だという解釈の下に当該工事は河川法に違反するとして、工事中止命令を発した。しかし横浜防衛施設局が従わないため、工事続行禁止をめぐる民事訴訟を提起したものである。

第1審²⁵⁾および本判決は、国が行う事業について、河川管理者の承認(20条)に替えて協議を求める河川法95条の趣旨を「河川管理権は本来国に帰属するものの、国はその管理権限の行使を河川管理者に専属的に付与したものである以上、河川管理以外の事務を執行する国の行政庁が河川管理者の意向を無視して同法上の承認を要する行為に係る事務を執行することはできないものであるが、河川管理の事務と河川管理以外の事務を執行する国の行政庁の事務は共に国家意思を淵源とするものであるから、申請に対して一方的に決定を下す承認という概念で律するのは適当ではないので、双方の意思を積極的に出し合って協議をし、その結果合意された結果に応じて国が同法20条所定の承認を要する行為を行うことのできる地位を取得することとした」ものと理解する。

その上で、「池子川の河川管理者である原告と本件工事を実施する横浜防衛施設局長も共に国の一機関としての立場にあって、その双方の事務は共に国家意思を淵源とするものであり、双方の意思を積極的に出し合って協議をすることが予定さ

れているというべきである……したがって、右趣旨に鑑みれば、右両者に見解の相違に基づく対立が生じた場合にも、一個の法主体内部の紛争として、その解決は、行政内部における調整により、最終的には国の行政権の属する内閣の責任と権限により図られるべきことが予定されているものと解すべきである」として、本件訴えは法律上の争訟にあたらないとするのである²⁶⁾。

(b) 第一次地方分権改革以前の事件である本判決では、準用河川管理に係る事務が機関委任事務であることが前提とされており、そのため、市長と横浜防衛施設局長との紛争は「同一行政主体内の機関関係、すなわち『内部関係』である」ことが強調される²⁷⁾。しかし原田尚彦は、そこには防衛施設局に示される「国の事業実施機関としての意思」ないし「事業主体としての国家意思」と、市長に示される「規制権をもつ行政庁の意思」ないし「公権力の主体としての国家意思」との対立があり、その場合、前者が後者に従うのが「法治行政の基本である」と主張する。両者に対立がある場合は、「事業主体としての国家」は、「公権力の主体としての国家」の意思を尊重して、いったんはこれに従うべきである。どうしても従えないと考えるときには、「事業主体としての国家」の側に抗告訴訟の提起を認めるのが筋だというのである²⁸⁾。

逗子市池子弾薬庫跡地に関する紛争における「事業主体としての国(=横浜防衛施設局長)」と、「規制主体としての逗子市長(ただし、機関委任事務制度の下で国の機関とされている)」とのこの対立

23) 審査法における「固有の資格」の問題と「法律上の争訟」該当性の問題については、(1)両者がイコールだという考え方と、(2)国の機関等が「固有の資格」における相手方になる場合は、「法律上の争訟」に該当する場合であっても、審査法に基づく救済制度の対象にならないという考え方の両者が成り立つだろう。後者の立場に立つ場合、地方自治法245条以下に定める普通地方公共団体に対する国又は都道府県の関与等に関する規定が、「普通地方公共団体がその固有の資格において当該行為の名あて人となるもの」に限られていることを踏まえ、不服審査制度と関与に関する紛争処理の仕組みとの役割分担が予定されていると理解することになるだろうか。なお、斎藤誠は、審査法、行政手続法、地方自治法の「固有の資格」に関する規定は個別の手續・制度の対象に関するものであり、「そこから拡張して、『固有の資格』が否かによって、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」と指摘する(斎藤誠「行政主体間の紛争と行政訴訟」藤山雅行・村田斉志『行政訴訟〔改訂版〕』(青林書院、2012年)94-99頁(98頁))。

24) 判例時報1415号(1992年)100頁。参照、小幡純子「本件評釈」地方自治判例百選〔第3版〕(2003年)200頁。

25) 横浜地判1991年2月15日判例時報1380号122頁。参照、鈴木庸夫「池子工事差止訴訟第1審判決について」ジュリスト988号(1991年)58-65頁、原田尚彦「池子訴訟から(1)」法学教室133号(1995年)53-58頁、宮崎良夫「本件評釈」平成3年度重要判例解説(1992年)52頁。

26) なお、上告審(最判1993年9月9日判例時報1415号100頁)は、これらの論点には触れず、原告が逗子市長=「権利義務の帰属主体たり得ない行政庁としての上告人」であることに着目して本件を却下している。また、機関訴訟論とは別の問題として、本判決後に出された宝塚市パチンコ店最判(最判2002年7月9日民集56巻6号1134頁)を前提とすれば、相手が私人であっても、工事中止命令による義務の履行を求める訴訟は、法律上の争訟性が否定されることになるう。

27) 西上・前掲注22)87-88頁。西上は同時に「自律尊重型の思考」が見られることも指摘する。

28) 原田・前掲注25)56-57頁。

構造は、本件指示をめぐる沖縄防衛局長と都道府県知事との対立構造と相似する。前者において生じた事態について、原田尚彦は、「防衛施設庁側は、こうした（注：抗告訴訟の提起といった）対抗措置をとることなく、河川管理者の意思を無視して工事を強行するといった、法治国にはあるまじき、かなり乱暴な挙に出たため、事態が拗れに拗れ紛争をいっそう深刻なものとしたようである」²⁹⁾と評する。「規制主体」としての意思があっさりとは無視され、「事業主体」による現実の物理的変更のみが着々と進んでしまったのである。これと比べれば、本件指示に対して行政不服審査を提起した沖縄防衛局長の対応は、「法治行政」の観点からより望ましいとひとまず言えそうである。

だが、現実には起きた事態は、実は逗子市の場合とあまり変わらない。農林水産大臣による執行停止決定後、審査請求については「工事停止指示は執行停止されたまま、いまだに『肅々』と『慎重な』審査が続けられているようである」「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5か月を経過する今も続けられているらしい」と指摘される³⁰⁾。「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」（参照、審査法34条4項本文）という暫定的判断に基づいた執行停止さえ得れば、（県の主張によれば許可区域外でサンゴ礁を損傷させる疑いがあるところの）³¹⁾「事業主体」による現状の物理的変更を一方向的に進めることができる点で、逗子市の場合と結局同じなのである³²⁾。

もっとも、純然たる私人が不服申立人ないし原

告である場合であっても同じような問題は生じる。一般的に例えば環境に対する悪影響を理由とした工事中止命令について、その執行停止が認められれば、審査請求の裁決や訴訟の本案判決が下される以前に、現状を物理的に変更して裁決・判決を無意味なものにしてしまうことは可能である。

となると、このような事態が生じたことの淵源は、行政主体に申立人適格が認められたこと自体よりも、むしろ、裁定的関与という制度の特質にあるのではないか。項を改めてこの点を検討する。

3 地方自治法上の国の関与の制度と裁定的関与

(a) 前述のように、沖縄防衛局長は、本件指示に対して、地方自治法255条の2に基づく審査請求を行った。本件指示の根拠法である沖縄県漁業調整規則39条が水産資源保護法4条2項の委任に基づくものだとすれば³³⁾、同条同項の規定による事務は第1号法定受託事務だとされており（水産資源保護法35条の2）、同法を所管する農林水産大臣に対する審査請求が可能とされている。これにより、国の機関である沖縄防衛局長による審査請求に対して、国の機関である農水大臣が裁断者として立ち現れるという構図が生じたことになる³⁴⁾。

国と地方公共団体との間の「対等・協力を基本とする新しい関係」³⁵⁾の構築を理念とした第一次地方分権改革における国の関与の制度との関係において、上のような「裁定的関与」は基本的に従前の法制を継承する³⁶⁾異物的存在であり、かねてより問題が指摘されてきた。

国の関与の制度において、法定受託事務に対しては、各大臣による是正の指示（地方自治法245条

29) 原田・前掲注25) 57頁。

30) 白藤・前掲注1) 23-25頁。

31) もちろんこれは「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれ」（審査法34条4項但書）要件の解釈問題である。本件執行停止決定は、本件指示が県による「調査」を工事停止の理由としていたことをとらえ、「執行停止により調査が認められなくなるという関係は必ずしも認められない」として同要件の充足を否定している。

32) 小早川光郎は、本件における執行停止が「（裁決が出るまでの）現状凍結ではなく、作業を進めるという意味を持つ」とコメントしている（毎日新聞2015年3月31日）。

33) 白藤・前掲注1) 24頁注(3)は、岩礁破壊等許可事務の法定受託事務該当性に疑問を投げかけるが、問題はこの委任関係を前提するかどうかということになろう。

34) 白藤・前掲注1) 34頁、前掲注21) 118頁は「一人芝居」と評する。

35) 宇賀克也『地方自治法概説〔第6版〕』（有斐閣、2015年）388頁。

36) ただし、従前の裁定的関与前置主義は廃止されている。宇賀・前掲注35) 365頁、塩野宏『行政法Ⅲ〔第4版〕』（有斐閣、2012年）246頁。なお、行政不服審査法全部改正に際して、一部の裁定的関与は廃止されたが、制度は基本的に存続している（宇賀・前掲注35) 360頁）。

の7)および代執行の規定が設けられている。代執行を行うに際しては、勧告・指示を経て高等裁判所に訴えを提起する仕組みがとられている(同法245条の8)。また、行政過程による紛争処理手続として、国地方係争処理委員会による審査の手続(同法250条の7-250条の20)および同委員会の審査の結果等に地方公共団体が不服がある場合の訴訟手続(同法251条の5)および国の側からの違法確認訴訟制度(同法251条の7)が定められている。最終的には関与の適法性について、裁判所が判断できる仕組みが用意されているのである。

これに対して、裁定的関与の場合、国の機関による一方的な裁決がなされること自体が「並立的協力関係の理念に適合的でない」³⁷⁾に加えて、裁決に対して地方公共団体が出訴できるかどうかが明らかではない。むしろ、分権改革より遙か以前の判例³⁸⁾を単純にあてはめれば、出訴可能性が否定されているとみる余地もある。「国・自治体間においては、行政の法令解釈・運用の最終的な(傍点原文)統一は、裁判所の判断に寄るべきであると考えられる」³⁹⁾という観点からは非常に問題がある制度だといわざるを得ない。

(b) 行政主体が裁定的関与制度を利用する場合、この問題性はより拡大された形で現れる。

第一に、仮に審査請求の裁決に対して処分庁(地方公共団体)の出訴を認めないという立場に立つ場合、そのような立場の正当化論拠として、出訴を認めることが「簡易迅速な手続による国民の権利利益の救済」に反するという点があげられることがある⁴⁰⁾。このような正当化論拠が、行政主体が審査請求を行う場合には妥当しない——少なくとも説明が大きく異なってくる——のは明らか

であろう。「固有の資格」該当性が否定されて国が審査請求をできる場合、少なくとも裁決に対して処分庁の出訴を認めないことについての有力な論拠の一つは失われることになる。

第二に、前述した、国の機関による審査請求に対して、同じく国の機関が審査庁として登場するという二重性の構造——白藤のいう「一人芝居」⁴¹⁾——が問題になる。しかしそれが、どのような意味で問題なのかは、なお検討を要する。

たとえば土地収用制度を考えてみれば、起業家としての国の機関による申請に対して、事業認定庁としての国土交通大臣が判断を下すことは、ごくありふれた事態である。起業家を代表する者が国土交通大臣自身であることも少なくない。国が一方では事業主体として登場し、他方で国の機関が規制主体ないし判断者として立ち現れることは、法が当然に予定する構図である⁴²⁾。同様に、公有水面埋立法では、事業者としての都道府県が免許庁としての都道府県知事に出願するという構図がしばしば見られる⁴³⁾。

このような場合と比較して、審査請求人と審査庁が属する行政主体が同一であることをどう捉えるかについては、なお検討が必要であろう。ここで考察を行う準備はないが、そのような同一性がある場合を予め予想した審理の構造や手法が採用されているかどうか、という点は一つの手掛かりになるのではないかな。

(c) しかしともあれ、現実が生じた事態——審査請求人と同一の行政主体に属する審査庁が迅速に本件指示の執行停止を認め、事業主体の意思次第で工事が進行しうる状態になったこと——は、いかにも不合理である。このことから、「国は、

37) 塩野・前掲注36) 246頁。

38) 最判1974年5月30日民集28巻4号594頁(大阪府国民健康審査会事件)。同判決については、「射程が及ぶのは、国の各種関与および不服審査が国民健康保険の場合と同様に制度化されている社会保険の分野で、保険者たる行政主体ないし行政庁が不服審査の裁決を争う場合に限定されよう」という射程の限定の試み(山本隆司「本件評釈」地方自治判例百選〔第4版〕(2003年)196-197頁(197頁)等もあり、裁決に対する処分庁ないしそれが属する行政主体の出訴可能性を一般的に否定したものではないと解する余地がある。

39) 人見剛「自治体の法解釈自治権について」北村喜宣他編『自治体政策法務——地域特性に適合した法環境の創造』(有斐閣、2011年)128-142頁(141頁)。

40) 参照、山本・前掲注38) 197頁、藤田・前掲注10) 77頁、小早川光郎「司法型の政府間調整」松下圭一他編『自治体の構想(2)制度』(岩波書店、2002年)67頁。

41) 参照、前掲注34)。

42) プロイセン1874年土地収用法とO.マイヤーによる「三面構造」の理論的把握について参照、角松生史「土地収用手続における『公益』の概念——1874年プロイセン土地収用法を素材として」社会科学研究48巻3号(1996年)147-203頁(181-183頁)。

43) 例えば社会的に関心を集めた鞆の浦架橋埋立事業の場合も、事業者としての広島県・福山市が、免許庁としての広島県知事に申請している。

法定受託事務の処理が不適切と考えるのであれば、地方自治法245条の8に定める代執行も含めた前述の地方自治法の関与の仕組み——地方公共団体が「固有の資格」において名宛人となる場合において用いられる——を使うべきであった」という趣旨の主張が沖縄県及び複数の論者によってなされている⁴⁴⁾。

しかしこれは、ややアイロニカルな状況ではある。地方自治法245条の8は、地方自治法旧151条の2が定めていた職務執行命令訴訟の手続を基本的に引き継いだものである。1996年において駐留軍用地特別措置法にもとづく使用権限の取得手続に際して、署名等代行事務を拒否した沖縄県知事を被告として提起されたのが、この職務執行命令訴訟だった。確かに同訴訟における最大判1996・8・28民集50巻7号1952頁は、砂川事件最高裁判決⁴⁵⁾を引き継ぎ、裁判所は「主務大臣の判断の優越性を前提に都道府県知事が職務執行命令に拘束されるか否かを判断すべき者と解するのは相当でなく、主務大臣が発した職務執行命令がその適法要件を充足しているか否かを客観的に審理判断すべき」と述べ、国と地方公共団体の一定の「対等性」を前提としている⁴⁶⁾。その意味で、結局は国の一方的判断で工事が進行してしまう本件審査請求に比べれば、かつて基地用地の使用権限の強制的取得に用いられた手法を引き継ぐ手続の方が、地方公共団体にとって有利であるというアイロニカルな、状況が生じたのである。

4 むすびにかえて

(かどまつ・なるふみ 神戸大学教授)

「戦後」行政法学が強く意識していた課題の一

44) 沖縄県知事「執行停止に関する意見書」(2015年3月27日農水第3782号) 徳田・前掲注1) 63頁、紙野・前掲注16) 111頁、白藤・前掲注21) 119頁。

45) 最判1960年6月17日民集14巻8号1420頁。

46) 但し、使用認定については都道府県知事は無効の瑕疵の有無しか判断できないとされているため、その対等性には限界がある。さしあたり参照、交告尚史「本件評釈」地方自治判例百選〔第4版〕(2013年) 202-203頁(203頁)。交告は、機関委任事務が廃止され法定受託事務とされたことで、裁判所による「全面的適法性審査」が求められると指摘する。

47) 例えば兼子仁『行政行為の公定力の理論』(東京大学出版会、1960年)、渡辺洋三『現代国家と行政権』(東京大学出版会、1972年)。

48) かなり文脈は異なるが、「市民法を基底に据えた行政法理論」高柳『行政法理論の再構成』(岩波書店、1985年) 461頁を志向し、行政庁と私人の対等性の訴訟法上の可能性(同書506頁)やその歴史的條件(同書125頁)を探索する高柳信一は、しかし、「対等性」では解決にならないことも明確に指摘していた。「通説的見解は、行政に特殊固有の法を統一的な法体系たらしめる共通の指導原理としての権力性の契機を重視したため、その反面において、行政に特殊固有でないところの、経済的価値の給付・移転による行政目的達成の作用を行政の私的行為として捉え、そこにおいては、行政主体は、私人と対等の立場に立ち、私人と同様に私法の適用の下にあるとし、かくして、一見、行政の非権力化(=民主化)を推進するリベラルな理論であるかのごときポーズをとるのであるが、しかし、それは、このように理論構成する結果、実は、この種の行政分野において行政主体の恣意を放任する結果を出せしめている」同書141-142頁(この箇所初出:1969年)。

49) 山本隆司「行政組織における法人」塩野古稀『行政法の発展と変革 上』(有斐閣、2001年) 847-898頁(890頁)。

つに、「対等性」の追求があった。第一に、1960年代頃までに形成された、従来行政権の「固有の資格」に基づき認められていたアプリアリな特権性(たとえば公定力理論)を剥奪して、ひとまず私人と「対等の立場」に引き下ろした上で理論的考察を進めていこうという志向⁴⁷⁾である。第二に、前述したように第一次分権改革において特に強く意識された「国と地方公共団体との対等性」である。

しかし本件指示をめぐって生じた事態は、国を私人と同様の位置に置いて「対等当事者」としての地位を認めることが、一定の制度的文脈の下においては、むしろ不合理な帰結を引き起こすことを示している⁴⁸⁾。またそのことは、国と地方公共団体の「対等性」を支えるための制度的仕組みを、現実の紛争状況と運用の実態を踏まえながらとらえていくべき必要性を示しているだろう。

これからの行政法学が進んでいく一つの方向性として、行政主体と私人の単純な二元論を否定し、多様な行政主体・行政組織の「多次元的分節」⁴⁹⁾を志向しながら、それらが形作るガバナンス構造を文脈的に制御していくというものがあるだろう。基本的に妥当な方向性である。ただし、例えば国と特定の地方公共団体との間に極めて固定的かつ不平等な利害対立構造がある場合、従来の二元論はもとより、新たなガバナンスの試みもどこまで有効に機能しうるだろうか。この点もまた問われざるを得ない。