

沖縄県知事 翁長 雄志 殿

2015年10月14日

撤回問題法的検討会

行政法研究者 仲地 博
同 徳田 博人
弁護士 新垣 勉
同 高木 吉朗
同 喜多 自然

(連絡先)

沖縄市知花1丁目26番10号

コザ法律事務所

電話 934-3298 FAX 934-2975

(弁護士 新垣 勉)

意見書

沖縄県知事は、10月13日、前知事(仲井真弘多)が行った辺野古沿岸部への米軍新基地建設のための公有水面埋立承認を取り消した。これに対し、沖縄防衛局は、本日、行政不服審査法に基づき審査請求をなし、併せて「執行停止」措置の申立をなした。

これを受けて、国土交通大臣が近日中に、沖縄県知事のなした「取消」処分の「執行停止」措置を命じることが確実視されている。

しかし、沖縄防衛局の上記審査請求は“不適法”なものであり、国土交通大臣の「執行停止」措置は、これを容認した上でなされる“違法な措置”であると考えるので、本意見書を提出する。

意見の要旨

- 1 行政不服審査法は、国民の権利利益を救済することを目的とする法律である。そのため、国が「固有の資格」で埋立申請をなし、「埋立承認」処分の名宛人となる場合は、同法を利用できない。

(注:「固有の資格」とは、「一般私人と同様な立場」で行動しているとはいえない場合を指す。)

そこで、沖縄防衛局の本件埋立申請が「固有の資格」で申請をされたものか否かが問題となる。

2 本件審査請求は、次の2つの理由から“不適法”である。

<理由1>

本件埋立事業は、“国家の事業”そのものであり、「一般私人と同様の立場」で“一事業者”として埋立申請を行っているとはいえ、国民の権利利益の救済のために定められた行政不服審査法を利用することは、法的に許されない。

<理由2>

公有水面埋立法は、「国」と「国以外の者」の埋立申請を区別して定めており、同区別には実質的な理由が存することから、国の申請を「一般私人と同様の立場」で“一事業者”として埋立申請していると評価することは、法の仕組みを否定するものであり、法的に許されない。

3 上記理由の骨子は、次のとおりである。

<理由1について>

- (1) 公有水面埋立法に基づき、沖縄防衛局が埋立申請をなした辺野古沿岸部の水域は、日本政府がアメリカ合衆国（米軍）に対して提供した水域であり、アメリカ合衆国（米軍）は同水域につき、日米地位協定3条1項により、「施設及び区域内において、それらの設定、運営、警護及び管理のために必要なすべての措置を執ることができる」条約上の権利を有する。
- (2) 公有水面の埋立は、水域を消滅させ新たに埋立地を造成するものであり、その性質上、提供水域にかかるアメリカ合衆国（米軍）の条約上の権利を消滅させる。
- (3) このような特殊な水域（米軍提供水域）についての埋立申請は、一般私人の立場では到底なしえないものであり、アメリカ合衆国（米軍）の条約上の権利を消滅させる地位を有する国でなければなしえないものである。
- (4) 本件埋立事業は、まさに日米両政府の合意に基づき、その履行としてなされている“国家の事業”そのものであり、本件埋立申請は、国の「固有の資格」に基づきなされているものである。
- (5) 前知事は、国がその「固有の資格」に基づきなした「適法な申請」と解して受理し、その前提で、埋立地の「用途」（米軍新基地建設）の有する国益性を考慮して「埋立承認」をなしたものである。
- (6) よって、本件埋立申請が、「一般私人と同様の立場」で「一事業者」として本件埋立申請をなしているとする沖縄防衛局の主張には、無理があり、理由がない。
- (7) 仮に、沖縄防衛局の主張するように、国が「一般私人と同様の立場」で“一事業者”として本件埋立申請をなしているとする、同申請は“不適法な申請だった“ということになる。

<理由2について>

- (8) 公有水面埋立法は、「国以外の者」と「国」の埋立申請を区別して規定している。

同規定には、実質的理由がある。「埋立免許」と「埋立承認」の法的性格が異なること、国が私人と異なる特殊な性格を有していることなどがその理由である。

(9) 「国」の埋立申請を「国以外の者」の埋立申請と同一視することは、公有水面埋立法がわざわざ両者を区別して規定した趣旨を没却し無視するものである。

4 以上のように、沖縄防衛局の本件埋立申請は、1つは、埋立対象水域の特殊性（米軍提供水域）という具体的理由から、もう1つは、公有水面埋立法の法構造（国以外の者と国の埋立申請を区別）という一般的理由から、到底、「一般私人と同様な立場」で“一事業者”として行っているものということとはできない。まさに、“国家の事業”として行われている埋立申請と評価されるものである。

したがって、沖縄防衛局は、行政不服審査法に基づき審査請求を行う資格を有しない。

5 ゆえに、審査請求の「適法性」を前提になされた国土交通大臣の「執行停止」措置も“違法なもの”である。

6 国家の機関が、一方で、“不適法な審査請求”をなし、他方で、これをチェックすべき主務大臣がこれを容認した上で、「執行停止」措置を命じることは、異常な事態であり、法治国家の下で許されるべきものではない。厳しく批判されるべきものである。

意見の内容

1 沖縄防衛局による審査請求と問題の所在

<沖縄防衛局による審査請求>

沖縄防衛局は、本日、翁長知事が行った「埋立承認」の取消処分につき、主務大臣である国土交通大臣に対して、行政不服審査法に基づく審査請求を行った。

その理由は、沖縄防衛局がなした本件埋立申請は、「一般私人と同様な立場」で“一事業者”として埋立申請をなしたものであり、その立場で「埋立承認」を得たものであるとして、今回、翁長知事が行った「埋立承認取消」処分は、申請者の利益を損なうものであるので、審査請求を行なうことができるというものである。

(注：地方自治法は255条の2で、法定受託事務についても、審査請求を行える旨の特別の規定を置いている。)

しかし、行政不服審査法は、「国民の権利利益の救済」のために制定されている法律であり、国がその「固有の資格」に基づき埋立承認を得ていると解される場合には、同法の適用は除外される（通説、改正前57条4項、改正後7条2項）。

<問題の所在>

よって、本件埋立申請が「固有の資格」に基づく申請といえるか否かが、問題となる。

以下，検討する。

2 「固有の資格」論の位置

(1) 行政不服審査法の目的

行政不服審査法は，行政内部での自己コントロールにより，簡易迅速かつ公正な手続の下で，国民の権利利益の救済を図ることを目的とする法律である。

同法は，上記のように，「固有の資格」に基づいて処分の名宛人となっている場合には，同法の適用を排除する仕組みを定めている。

行政不服審査法の目的に即して，「固有の資格」を解釈することが必要であり，国家機関が同法を悪用しないように注意し心掛けることが重要である。

(2) 行政手続法，行政不服審査法，地方自治法で使用されている「概念」

「固有の資格」という用語は，行政手続法（4条1項），行政不服審査法（改正前 57 条 4 項，改正後 7 条 2 項），地方自治法（245 条 1 項）で使用されている概念である。

しかし，本意見書では，国の「固有の資格」を検討対象とするため，行政手続法，行政不服審査を対象に検討する。

（注：地方自治法は，地方公共団体についての「固有の資格」を規定している。）

「固有の資格」という用語は，上記のように特定の法律で用いられていることから，当該法律の特質・目的を踏まえて，同概念を検討することが望ましい。

なお，行政主体（国・地方公共団体）が，行政不服審査法の審査請求者となる場合，あるいは行政事件訴訟法の抗告訴訟の原告となる場合において，当事者適格性につき，同一の基準で考えるべきだというのが通説的見解とされている。

しかし，その議論と「固有の資格」の議論とは，別個の問題であり，かれこれ混同すべきではない。

（注：藤田宙靖の見解について，「法人格を持つ行政主体についても『内部関係』に属するか否かで『法律上の争訟』性が判断され，その判断基準は『一般私人もまた立ち得る立場であるか否か』に求められる（「固有の資格」論）。」と紹介をされている＜西上治「機関訴訟の『法律上の争訟』性」行政法研究第 6 号，131 頁等。しかし，そこでいう「固有の資格」論は，「法律上の争訟」をめぐる議論の中で述べられているものであり，直接，行政手続法，行政不服審査法における「固有の資格」論として述べられているものではないので，本意見書では検討の外に置いた。）

(3) 行政手続法，行政不服審査法の性格と「固有の資格」

ア 条文規定

<行政手続法>

行政手続法の目的は，「手続に関し，共通する事項を定めることによって，行政運営における公正の確保と透明性（・・・）の向上を図り，もって国民の権利利益の保護に

資すること」(1条1項)。

<行政不服審査法>

行政不服審査法の目的は、「広く行政庁に対する不服申立のみちを開くことによって、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」(改正前1条1項)。

「国民が簡易迅速かつ公正な手続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を定めることにより、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」(改正後1条1項)。

イ 行政手続法における「固有の資格」の意味

以上のように、行政手続法は、行政運営の「公正の確保と透明性の向上」を図る法律であり、この趣旨は、行政主体に対し、できるだけ広く要請されるべきものである。

この法の趣旨からすると、同法でいう適用除外要件たる「固有の資格」の解釈は、できるだけ狭く解釈し、同法が行政主体に対してできるだけ広く適用されるべき方向で解釈すべきということになる。

しかし、行政運営の「公正の確保と透明性の向上」を図るという法の趣旨からいうと、行政運営の「公正の確保と透明性の向上」の要請は、行政を運営する行政主体に向けられており、行政処分等の名宛人に着目したのではなく、名宛人が私人であろうが、行政主体であろうが、等しく要請されることであり、この法の趣旨からは、行政主体について、特定の場合(すなわち「固有の資格」に基づく行為)を適用除外とする合理的理由は導き出せない。

行政主体が「固有の資格」に基づいて名宛人となっている場合に、これを適用除外とする理由は、「もって、国民の権利利益の保護に資する」最終目的から初めて導かれるものである。すなわち、「国民の権利利益の保護」とは、無関係な名宛人となった行政主体の行為については、行政手続法を適用するに及ばない、という政策的理由から、除外規定としての「固有の資格」が規定をされたと解するのが相当である。

ウ 行政不服審査法における「固有の資格」の意味

行政不服審査法は、上記のように2つの目的を有している。一つは、「簡易迅速な手続による救済」(改正前)、あるいは「簡易迅速かつ公正な手続の下で」の救済(改正法)であり、もう一つは、行政運営の適正確保である。

前者の要請は、行政主体については、考慮する必要性は少ない。行政主体については、むしろ、後者の要請が強い(この点は行政手続法と同一)。

改正法では、国民の権利利益の救済という面でも、上記のとおり「公正な手続」が明記されているので、行政主体に対しては、後者の「行政運営の公正さの確保」こそ強く要請をされていると解することができる。

このような理解が可能であれば、行政不服審査法においても、目的の一つである「行政運営の適正確保」という趣旨からは、行政手続法と同様に、行政主体について、特定の場合（すなわち『固有の資格』）を適用除外とする合理的理由は導き出せない。

行政主体を適用除外とする合理的理由を導き出すのは、もう一つの法の目的である「国民の権利利益の救済」であり、そこから初めて導かれるものである。

すなわち、「国民の権利利益の救済」とは、無関係な名宛人となった行政主体の行為については、行政不服審査法を適用するに及ばない、という政策的理由から、除外規定としての「固有の資格」が規定をされたと解するのが相当である。

（注：行政不服審査実務研究会編『行政不服の実務』＜第一法規，加除式，2015年3月＞224，225頁，小早川光郎執筆箇所・参照）

3 「固有の資格」の具体的な内容について

(1) 「一般私人と同様な立場」について

ア 学説の状況

通説は、行政手続法4条1項でいう「固有の資格」において名宛人となる国の機関（あるいは地方公共団体）については、同法は適用されないと解し、行政不服審査法でいう「不服ある者」についても、「固有の資格」において名宛人となる国（あるいは地方公共団体）は、含まれないと解している。

通説たる学説は、「固有の資格」について、次のように説明する。

＊ 田中神次・加藤泰守『行政不服審査法解説（改訂版）』（日本評論社，1977年，240頁，初版1963年）

「 一般私人が立ちえないような立場にある状態 」

＊ 南博方・関有一『わかりやすい行政手続』（有斐閣，1994年，23頁）

「 この場合の固有の資格とは、一般私人では立つことができないような立場ということ。たとえば、地方公共団体の長が起債の許可を申請し、自治大臣がこれに許可を与え、あるいは与えないという処分は、まさに地方公共団体という固有の資格でなければ名あて人となりえない行為です。 」

＊ 宇賀克也「行政手続法の解説（第2次改定版）」（学陽書房，1996年，72～75頁），『解説行政不服審査法関連三法』（弘文堂，2015年，38頁）

「 ここでいう『固有の資格』（注：行政手続法4条1項）は、行政不服審査法57条4項

にいう『固有の資格』と同義であり、一般私人では立ちえず、国の機関又は地方公共団体若しくはその機関であるからこそ立ちうる特別の立場を意味する。ここでいう『国民』とは、自然人であれ法人であれ一般私人を念頭に置いていると考えられるので、一般私人ではなく、国の機関又は地方公共団体若しくはその機関が『固有の資格』で当該処分の名あて人となるような場合については、適用除外としても、本法の目的に反しないと考えられるからであり、このように解すると、4条は、創設的規定と言うよりも、基本的に確認的規定ということになる。」

「もっとも、固有の資格であるか否かについて、若干疑義が生ずる場合も存在する。一般私人と国又は地方公共団体のいずれもある行為を行うことが認められているが、国又は地方公共団体については特例が定められている場合である。例えば、医療法7条1項は、病院を開設しようとするときは、開設地の都道府県知事の許可を受けなければならないと定めており、同法6条1項は、国の開設する病院については、政令で特別の定めをすることができるとしている。そして、医療法施行令1条では、国の開設する病院につき、主務大臣は、開設地の都道府県知事の許可に代えて、厚生大臣の承認を受けなければならないと規定している。この承認が処分としての性格を有するか否かは議論がありうるであろうが、肯定的に解することができる。このような場合は、一般私人が処分の名あて人になるのが原則であり、国が名あて人となるケースについて、特別の定めを置いているにすぎないから、国が名あて人であっても、固有の資格とはいえないであろう。」（以上、解説）

「『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』と同義であり、一般私人では立ちえず、国の機関又は地方公共団体若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。処分の名あて人が国の機関に限られていれば、一般私人では立ちえない『固有の資格』に立つものと解される。」（関連三法）

* 「室井力・芝池義一・浜川清編『コメンタール行政法Ⅰ（第2版）—行政手続法・行政不服審査法』（日本評論社，2014年，行政手続法4条の解説・米丸正治執筆，81頁，第1版＝1997年）」

「一般私人と同様の立場でその名宛て人となる処分及び届出義務者となる届出については、本法の適用を排除する理由がないとして、本法を適用し、固有の資格において処分の名宛て人および届出義務者になるものに限定して、適用除外の対象としている。」とし、具体的な例として

「まず、第1に、処分の名宛て人および届出義務者が、本来、私人であることを予定しておらず、国の機関、地方公共団体およびその機関のみに限られているものが、『固有の資格』要件を満たすものである。」

「第2に、処分の名宛て人および届出義務者が、国の機関に限られていない場合であっても、国の機関等が当該処分および届出にかかる事務事業を自らの責務として処理すべきこととされている場合、ならびに、それらの事務事業の原則的な担い手として予定されている場合については、国の機関等の行政主体たる地位に着目されているものと考えて、一般私人が任意に行う場合とは事務事業を実施する背景が異なるので、一般には『固有の資格』にあたる。」

「第3に、第1の要件を実質的に考慮すれば、形式的に許認可等の対象が国の機関等だけに限定されているものであっても、国の機関等が処分の名宛て人とされている特例の意味が、単なる用語変更にあたるなど、実質的に一般私人と同様の立場に立つと解される場合には、『固有の資格』にはあたらないとされている。」

* 松本英昭『**逐条地方自治法（第4次改定版）**』（学陽書房，2007年，997頁）

（注：地方自治法245条で）『国の行政機関』や『都道府県の機関』の行為について、括弧書において、『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り・・・』とあるのは、本法で規定する関与のルールは、行政主体間のルールとして、関与等の基本類型等、法定主義、基本原則、手続ルール、係争処理制度等について定めようとするものであるからである。地方公共団体が、民間等と同じ立場で対象となる国等との関係については、民間等との関係と同じルール（行政手続法、行審法等）を適用することが原則である。ここで『固有の資格』とは、行政手続法第4条及び行政不服審査法第57条第4項で規定されているものと同じ概念である。」

* 塩野宏『**行政救済法Ⅱ（第5版補訂版）**』（有斐閣，2013年，20頁）

「固有の資格でない場合、つまり、一般私人と同様の立場に地方公共団体が立つ場合、たとえば地方公共団体が水道法、ガス事業法、地方鉄道法等の事業を営んでいるときに当該経営主体としての地方公共団体に対して処分があり、これに不服があるときには、当該地方公共団体は不服申立てができると解される。」

* 小早川光郎「**第2章 行政不服審査法の逐条解説**」の同法24条の解説（2015年3月現在）（行政不服審査実務研究会編『行政不服審査の実務（加除式）』所収，第一法規，225，226頁）

「(ア) 以上の団体または機関を相手方とする処分が、それらを公的主体としての固有の資格において相手方とするものであれば、当該処分ないしそれに関する不作為

は本項の適用除外に該当することとなる。

(イ) まず、一方で、例えば地方公共団体に対する国の関与や国庫支出金の交付等において見られるように、法令が、もっぱら地方公共団体等の公的主体を相手方とする一定の行政の活動に関しその仕組みを定めていて、その仕組みに則って行政庁により一定の処分がされる場合には、当該公的主体は『その固有の資格』において処分の相手方となるものであり、本項に該当する（この場合、理論的には、当該行為は行政内部的な性質のものであって行政処分の概念に当たらないと考える余地がある。）」

「(ウ) 他方、行政の一定の活動に関する法令上の仕組みにおいて、私人および公的主体がいずれも当該活動に係る処分の相手方たりうるという形になっている場合は、時に解釈上の問題が生じる。一般的には、法令上の仕組みとして、公的主体が相手方である場合に処分の形式・要件・手続等に関し私人の場合と異なる取扱いがされていないのであれば、それは公的主体としての『固有の資格』において相手方となっているのではなく、本項に該当しない。」

* 白藤博行「沖縄防衛局辺野古沖埋立等工事停止事件」（日本法律家協会、「法と民主主義」498号、2015年、42頁）

「この『固有の資格』概念は、実定法上、改正前行政不服審査法 57 条 4 項（新法 7 条 2 項）、行政手続法 4 条 1 項、および地方自治法 245 条 1 項にのみ使用されているが、『一般私人が立ちえないような立場にある状態』（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）というのが通説である。」

以上のとおり、通説では、「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」と理解し、「一般私人と同様の立場」にあると評価される場合には、行政不服審査法は適用されると解されている。そこで、「一般私人が立ちえないような立場にある状態」、「一般私人と同様の立場」とは何かが問題となるが、これは、実質的には、同様のことを指すものと理解できるので、以下、本意見書では、まとめて「一般私人と同様の立場」と表現して、検討を進める。

イ 通説のいう「一般私人と同様の立場」の検討 —— 問題の所在

上記通説は、「一般私人と同様の立場」であるか否かを、「本法の適用を排除する理由があるか、ないか」という実質で判断をしている。上記「コメンタール行政法 I」は、同実質判断基準の下に具体的な判断の基準として、上記 3 点を指摘している。

同判断基準のうち、本件で参照されるのは、「第 2」、「第 3」の判断基準である。

そこで、本件具体的事案に即して、同「第 2」、「第 3」の判断基準を参照しながら、

以下、具体的に公有水面埋立法及び関連法令等の仕組みに照らして「行政不服審査法の適用を排除する理由があるかどうか」を検討する。

(2) 沖縄防衛局の主張する論理の構造 —— 問題の所在

ア 以上の検討のとおり、「固有の資格」の存否は、行政手続法、行政不服審査法の目的・性格を踏まえて、「国民の権利利益の救済」からみて、同法の適用を認めるべきか否かという視点から、名宛人となった沖縄防衛局の本件埋立申請につき、その具体的内容を検討して判断をすべきということになる。

そこで、その前提として、沖縄防衛局が、「一般私人と同様の立場」で“一事業者”として本件埋立申請を行っているとする、主張の具体的な内容は法的にどのようなものとなるかを見定めておくことが必要となる。

その主張は、法的には次のような意味内容を持つものとなるかと推測される。

- ① 埋立申請は、埋立により造成される埋立地（財産権）を取得するための申請行為であり、この点では、沖縄防衛局の埋立申請も、「国以外の者」の埋立申請行為も同一であり、沖縄防衛局の申請も「一般私人と同様な立場」での申請行為と解される。
- ② 公有水面埋立法は、国の申請であろうが、それ以外の者の申請であろうが、区別せず、誰にでも申請を認めているので、沖縄防衛局の申請は「一般私人と同様の立場」と解される。
- ③ よって、沖縄防衛局は、「財産権の主体として自己の財産権上の権利利益の保護救済を求める」ため、審査請求をすることができる。

イ 上記①は、沖縄防衛局の埋立承認申請の法的性格をどのように解するか（財産権取得目的と解することの相当性）という点が問題となる。これは、上記「コメンタール行政法Ⅰ」の判断基準に引き直していうと、上記「第2」の判断基準でいう「事務事業を自らの責務として処理すべきこととされている場合、ならびに、それらの事務事業の原則的な担い手として予定されている場合については、国の機関等の行政主体たる地位に着目されているもの」と評価しうる場合といえるか否かという問題となる。

また、上記②は、公有水面埋立法において、「国」の申請と「国以外の者」の申請を区別し、それに対応して「埋立承認」と「埋立免許」を定められていること（区別規定）の法的意味をどのように解するかという問題である。これは同じように上記「コメンタール行政法Ⅰ」の判断基準に引き直していうと、上記「第3」の判断基準でいう「形式的に許認可等の対象が国の機関等だけに限定をされている」場合といえるか否かという問題となる。

（注：上記小早川「第2章 行政不服審査法の逐条解説」の同法24条の解説でいう「ウ」の記述に関連していうと、「処分の形式・要件・手続等に関し私人の場合と異なる取扱いがされて」いる

か否かの問題となる。)

4 排除理由その1 —— 「国民の権利利益の救済」という視点からみた具体的検討

本件埋立申請は、2つの面から特殊である。

1つは、「日米両政府における外交上の合意の履行」という特殊性であり、2つは、埋立対象水域が「アメリカ合衆国（米軍）への提供水域」という特殊性である。

この特殊性は、本件埋立申請にかかる事業が「(国が) 自らの責務として処理すべきこととされている場合、ならびに、事務事業の原則的な担い手として予定されている場合」であるか否かに関係する。

そこで、以下、順次検討する。

(1) 本件埋立申請(目的)の特殊性 —— 日米両政府の合意・閣議決定に基づく申請

沖縄防衛局の本件埋立事業は、日米両政府の合意(1996年のSACO最終報告の日米両政府の承認=条件付普天間基地返還。2005年10月29日の「日米同盟:未来のための変革と再編」。2006年5月1日の「再編実施のための日米ロードマップ」=日米両政府V字型案で合意)に基づくものであり、2006年(H18)5月30日の閣議決定(「在日米軍の兵力構成見直し等に関する政府の取り組みについて」)により正式にV字型案が決定されたことから同閣議決定に基づきなされているものである。

本件埋立申請は上記“国の事業”を実施するために、埋立申請の「用途」を上記外交上の合意に基づく「米軍基地の建設」としたものである。

ゆえに、本件埋立申請は、“国が担うべき自らの責務として処理すべき事業”の実施としてなされたものであり、一般私人と同様の立場で、単なる“財産権取得”のために行われたものではない。埋立地の所有権取得は、国として行うべき事業を達成するための単なる“手段たる位置”を占めるに過ぎず、その事業の本質は、国家が「固有の資格」にて行う“国家の事業”そのものである。

(2) 対象水域の特殊性 —— 米軍への提供水域

埋立対象水域は、次の性格を有する「米軍への提供水域」である(添付図参照)。

第1区水域<50m以内> = 常時立入禁止区域

第2区水域<500m以内> = 常時立入禁止区域。ただし、本区域の使用を妨げない限り小規模漁業(網漁業を除く)は、使用期間中において米軍の活動を妨げない限り許される。

第3区水域 = c: 日本政府は船舶の停泊、係留、投錨、潜水及びサルベージ並びにその他の継続的活動を許可しない。米軍は、使用期間中において米軍の活動を妨げない限り航行又は漁業(網漁業を除く)を制限しない。

d : LST ランプ内で、日本政府は、潜水、サルベージ又はその他の継続的活動を許可しない。米軍は、米軍の使用を妨げない限り航行又は漁業（網漁業を除く）を制限しない。

このような特殊な水域（米軍提供水域）の埋立は、到底、一般私人では行えない埋立事業であり、埋立申請である。

問題は、この点を法的にどのように構成をするかであるが、次のように考えることが相当である。

- ① 基地提供合意がなされると、アメリカ合衆国（米軍）は地位協定 3 条 1 項に基づき、絶対的な権利（警護権、管理権等）を取得する（条約上の権利）。
- ② 米軍提供水域の埋立は、その性質上、提供水域を消滅させることになるから、必然的に条約上のアメリカ合衆国（米軍）の権利を消滅させるという関係に立つ。
- ③ アメリカ合衆国（米軍）の権利（条約上の権利）を消滅させるためには、日米両政府間の合意（合同委員会）が必要であるが、同合意は、公益的主体としての国でなければできない（私人の立場ではできない）。
- ④ 米軍提供水域という特殊な水域につき、公有水面埋立法における埋立申請を行い得るのは、アメリカ合衆国（米軍）の権利を消滅させることができる国だけであり、一般私人では到底これを行えないものである。
- ⑤ よって、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、国でなければ行えない埋立申請と解するのが相当である。
- ⑥ 今回、前知事が埋立申請を受理し、「埋立承認」をなしたのは、沖縄防衛局が「固有の資格」にて埋立申請を行っていることと解したことから、同埋立申請を適法なものとして受理し、申請理由たる国益的理由を考慮して、沖縄防衛局に対し、「埋立承認」を与えたと解するのが自然である。

（注①：仮に、一般私人についても、このような特殊な水域につき、申請適格を認めると仮定した場合には、どのような論理構成となるかを検討すると、次のようになるかと考える。

- (1) 条約上の権利を有する米軍は、法 4 条 3 項 1 号の「其ノ公有水面ニ関シ権利ヲ有スル者」に該当する。
- (2) 国以外の申請者は、法 4 条 3 項に基づき、米軍の権利消滅書面（漁業権消滅決議と同様な合意文書。1 号書面）を添付しなければ、申請書類の不備となる。また、当然のことながら「埋立免許」を得ることができない。
- (3) 沖縄防衛局が、仮に「一般私人と同様の立場」で“一事業者”として埋立申請を行っているとする、同 1 号書面（権利者の同意書面）を添付していないことの説明がつかない。
- (4) 沖縄防衛局は、「固有の資格」で埋立申請を行っているがゆえに、申請適格があり、米軍

につき、1号書面（権利者の同意書面）の添付を要しないと解するのが自然である。）

（注②：このような特殊な水域について、一般私人が埋立申請を行いたい場合には、提供水域であることを解消した（返還）後に、通常の水域を対象にして申請を行うべきことになる。その場合における私人の埋立申請を想定して、念のため、法の構造理解に資するため、検討してみた。次のようになるかと思われる。

- (1) 一般私人が、埋立地を国に賃貸し、国が米軍に賃借地を提供する目的にて、埋立申請を行う。
- (2) 米軍への提供目的を有する国への「賃貸目的」だけでは、法4条1項1号の要件「国土利用上適正且合理的」（法4条1項1号）を充足しない。

なぜなら、法は、埋立申請者が埋立地を使用する目的を基準に、上記1号要件該当性を判断する仕組みとなっていると解されるので、賃貸目的の場合は、賃貸それ自体の必要性について判断され、賃借人の賃借地の使用目的については、それが米軍基地の新基地建設であっても、それ自体は埋立免許を与えるか否かの判断において考慮されることはないと思われるからである。）

（注③：三善政二『公有水面埋立法（問題点の考え方）』16, 17頁は、米軍提供水域については、「水面を変じて陸地となすがごとき権利を設定する埋立の免許は、これらの施設及び区域内においては、原則としてなしえないと解すべきである。ただし、合同委員会の協定において、明示又は黙示に許容している場合は、この限りでないのは、いうまでもない。」とする。日米合同委員会において、私人が埋立をすることを許容していないことは明らかであるので、同見解によると、国以外の者は、そもそも埋立申請の適格性を有しないということになるのではなかろうか。）

(3) 本件埋立申請の性格 —— 「固有の資格」に基づく申請

ア 本件の場合、上記のように、沖縄防衛局による申請は、「日米両政府における外交上の合意の履行」という性格を有し、かつ、「閣議決定」に基づく埋立申請であり、単なる土地所有権（財産権）取得目的の申請とは評価されず、その実態は、国益目的にて行われる“国の事業”を実施するための埋立申請と評価されるものである。

イ 確かに、埋立申請には、土地所有権取得という側面があることは否定できないが、それは「手段的性格」を持つものであり、本質的なものとはいえない。

公有水面埋立法は、土地利用の適正かつ合理的な規制を本質とする「土地形成計画法」の一環としての法律という基本的性格を有する法律であり、その主要な要素は、①土地利用計画、②公共施設の整備計画、③環境の保全計画とされており、「埋立免許」、「埋立承認」について、同①ないし③の観点から埋立を認めるか否かを判断するものとなっている。法4条1項の各号も、同観点からの審査を求める要件となっている。

同法においては、埋立地の所有権取得は、「手段たる位置」を占め、本来の目的は土地形成計画法という観点から、埋立により誕生する埋立地の「用途」にあり、埋立地

の「用途」こそ、埋立申請の「目的」と解すべきものである。

埋立地の「用途」は、埋立を認めるか否かの判断を行う際の重要な判断基準となっている。

(注：もちろん、同判断基準の他に、埋立権に基づく埋立工事による環境汚染防止という他の重要な判断基準も存する。)

これは、法が 2 条で埋立申請において埋立地の「用途」を記載することを定め、11 条で埋立地の「用途」を告示することを定め、29 条で「告示シタル用途ト異ナル用途ニ供セントスルトキ」には、知事の許可を受けるべきことを定めていることから、裏付けられる。法は、単に埋立地を造成することそれ自体の「国土利用上の適正かつ合理性」を問題としているだけではなく、埋立地の利用の在り方(用途)を重視した判断枠組み(仕組み)となっていることは明らかである。

ゆえに、上記埋立に至る経緯、理由、事業実態及び対象水域の特殊性を考慮に入れると、沖縄防衛局の埋立申請は、行政手続法及び行政不服審査法を適用して「国民の権利利益の救済」を図る必要性を有するものではなく、「一般私人と同様の立場」で“一事業者”として行なっている申請と解する法的実態を有していない。

本件埋立事業は、「国民の権利利益」とは無関係な“国家ぐるみの事業”という実態を有することは明らかであり、「固有の資格」に基づく申請として、行政手続法及び行政不服審査法の適用を排除すべき十分な理由が存するものである。

エ 留意点

上記は、本件申請対象水域の「具体的特殊性」を理由に、沖縄防衛局の埋立申請は、「私人と同様の立場」で行う“一事業者”としての埋立申請とはいえないこと、「固有の資格」に基づく埋立申請としか解しえないことを指摘するものである。

(注：国が住宅地・工業団地を造成する計画で埋め立てを申請する場合、あるいは、一般病院を建設する予定で埋め立てを行う場合には、その実態次第では、「一般私人と同様の立場」で埋立申請を行っているとは解し得る場合もあることを否定するものではない。本件の場合には、単に、具体的な事情を踏まえると、そのようには判断できないというものである。)

5 排除理由その 2 —— 公有水面埋立法自体が、「国以外の者」と「国」の申請を区別して取り扱っている趣旨からみた具体的検討

(1) 公有水面埋立法の性格、「埋立免許」と「埋立承認」の法的性格の検討

ア 学説の状況

公有水面埋立法に関する最新の論文である阿波連正一「公有水面埋立法と土地所有権」(静岡大学『法政研究 19 巻 3・4 号』, 229 頁以下, 2015 年)に基づき整理すると、次のとおりである。

* **非埋立権説**：「埋立免許」は，申請者に埋立権と条件付所有権を取得させる効果を有するものである。

「埋立承認」はそれと異なり，埋立権を付与するものでもなく，また条件付で所有権を付与するものでもない。

「埋立承認」は，公有水面の埋立について，国と県において調整をするものに過ぎない。

埋立の対象となる水面は，「国の所有に属する」ことを要すると定められている（法1条）ため，その意味が問題となるが，三善政二は，「所有に属する」との意味は，水面の敷地（底地）が，国の所有に属する意味とする。ただし，その場合の「所有」とは，「一応，私法上の所有と公法上の所有との両者を含むもの」と解している。その上で，「埋立法の適用を受ける水面は，公共の用に供せられる水面であるから，当該水面は，いわゆる公物となり，私法の適用は排除される。したがって，当該水面についての国の私法上の所有権は，公法上の所有権に転化し，その私法上の所有権の作用は，公法上の所有権の作用として発現することになる。」とする。

（注①：三善政二『公有水面埋立法（問題点の考え方）』，日本港湾協会，1970年，291頁。

注②：1953年<S28>12月23日港湾局長通知<国土交通省港湾局編「公有水面埋立実務便覧（全訂版）」，日本港湾協会，2002年全訂2版，所収177，178頁。初版1995年>

注③：建設省河川局水政課監修『公有水面埋立実務ハンドブック（全訂2版）』，ぎょうせい，2002年，初版1995年

注④：上記「公有水面埋立法（問題点の考え方）」は，海面たる水面の敷地の所有については，直接触れていないが，公有水面埋立法1条が，水面，海面について公法上の所有権を認めたものと解していること（23頁）から，その敷地についても，国の所有に属すると解しているようにみえる。）

* **埋立権説**

阿部説：「埋立免許」は，申請者に「埋立権」を付与するものである。この見解は，公有水面埋立法を「一種の開発許可法」と位置づけるものである。

所有権取得は，竣工認可の告示の効果とする。

（注：阿部泰隆「公有水面埋立てと法」、『近代的土地所有権・入浜権<土地問題双書6>』所収，1976年，99頁。阿部泰隆「公有水面埋立免許と救済手続」ジュリスト491号，92頁，1971年）。

ただし，阿部論文では，「埋立承認」については，論及されていない。

本田説：本田博利「公有水面埋立法における国の原状回復義務の有無について（意見書）」（愛媛法学会第40巻1・2号合併号，2014年）は，さらに進んで，「埋立承

認」についても、申請者に埋立権を付与するものとする。

(注：ただし、同論文は、「私法上の所有権を取得するには、『国の行う埋立てが、埋立権に基づくもの』であるという率直で明快な解釈がどうしてもとられないであろうか」と指摘しているが、同氏の見解が、所有権取得の効果を「埋立承認」の効果としているのか、それとも、法 42 条 2 項の効果としているのか、必ずしも明瞭ではない。前者だと解すると、所有権説に接近し、後者だと埋立権説ということになる。)

* 所有権説

山口・住田説：「埋立免許」は、いずれも申請者に「埋立権」の付与と「所有権取得（停止条件付所有権）」という 2 つの法的効果を付与するものであるとする。

「埋立承認」については、「公有水面を埋め立てて、土地を造成し、竣工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行為である」とする。

(山田眞弘・住田正二「公有水面埋立法」, 日本港湾協会, 1954 年, 329 頁)。

同本では、上記のように表現し、明確には、「埋立権」の付与とは表現していない。そのため、同説は「埋立承認」については、「埋立権」付与の効果を認める見解かどうか疑問が存するとされている。しかし、「公用の廃止」だけでは、埋立を正当化する理由がないこと、公有水面の所有権は「公法上の所有権」を意味し、「私的所有権」を意味しないので、「公法上の所有権」から埋め立てをなす行為を説明し得ないことから、同説は「埋立権を付与したもの」と解する見解が存する(阿波連論文 268 頁)。

(注：この説では、公有水面埋立法の基本的性格についての説明はない。)

田中説：「埋立等の免許は、埋立の竣工認可を条件として埋立地の所有権を取得させる行為である。」とする(田中二郎『土地法』<有斐閣, 法律学全集 15-II>, 1960 年, 161 頁)。

また、阿波連論文は、上記本で「埋立の竣工認可を条件として」と記述されていることから、同説は当然に「埋立権を内包している」と解している。

「埋立承認」についても、阿波連論文は、同説は「(注：埋立) 承認に関しても、土地所有権説を採っている。」と解している(阿波連論文 272 頁)。

阿波連説：「知事の埋立て承認は、地域形成計画法の一環である公有水面埋立法を根拠法規として、埋立事業計画者の国に、特定の公有水面を埋立てて、土地造成による埋立工事竣工により、国に制限された土地所有権を取得させる行為である。」とする(阿波連論文 278 頁)。

イ 当意見書の視点

所有権説の、山口・住田説、田中説、阿波連説は、いずれも、埋立承認につき、「埋立権」の付与、及び条件付所有権を取得させる法的効果を有する行為と解する点で共通する。

3 説の違いは、公有水面埋立法の基本的性格を、「一種の開発許可法」とみるのか、「土地形成計画法の一環」とみるのかという 1 点に帰着するようにみえる。この点については、阿波連説の方が説得的であり、法の今日的意義に合致すると考えるので、同説に基本的に賛同する。

ただし、後述するように、これら 3 説は、「埋立承認」に対し、条件付所有権取得効果を認める点で大きな疑問が残る。この点については、後記(3)で検討する。

また、上記 3 説は、いずれも「埋立承認」につき、埋立権付与の効果を認めていることから、法の性格を阿波連論文のように、「土地形成計画法の一環」とだけ位置付けることについては、疑問が残る。

当意見書は、法の基本的性格を「土地形成計画法の一環」と位置づけることが相当だと考えるが、「埋立免許」及び「埋立承認」について、いずれも埋立権の付与という法的効果を生じさせることから、「一種の開発許可法」という性格をも有し、二つの性格を有する法律と位置づけることが相当ではないかと考える。

(2) 従前の国主張と今回の沖縄防衛局主張との間には、整合性があるのか？

ア 「埋立承認」の法的性格に関するこれまでの国の主張

これまで、国は、埋立承認の法的性格に関して公式に見解を表明したことはない。

しかし、現在、係争中の辺野古埋立承認取消請求事件（那覇地方裁判所平成 26 年（行ウ）第 1 号公有水面埋立承認取消請求事件，原告付近住民，被告県）において、国は、県の答弁書の形で国の意見を実質的に表明している。

（注：国から派遣されて県代理人となった訟務検事が原稿を作成して、県の主張の形をとった書面）

同書面によると、国の意見の骨子は、次のとおりである。

- ① 公有水面は国の直接の公法的支配管理に服しており、埋立については「本来、国の判断に委ねられるべきものである。それゆえ、国が公有水面を埋め立てる場合には、公有水面の管理・支配権を有しない国以外の者がこれを埋め立てる場合と異なり、免許により埋立権の設定を受けることを要しない。」
- ② 公有水面埋立法が知事の承認を要するとした趣旨は、「当該埋立てによって公有水面の管理上何らかの支障を生ずるものであるか否かを、現に公有水面の管理を行っている都道府県知事の判断を尊重し、その承認を経させることとした趣旨と解される。」
- ③ 「この都道府県知事の承認は、国による埋立てについての管理上の調整の観点から行われる行政主体間の行為であって、行政機関相互の内部行為であるというべきである。」
- ④ 「法 42 条 1 項に基づく承認は、国に『埋立ヲ為ス権利』を付与するものではなく、飽くまで国による埋立てについて、都道府県知事との管理上の調整の観点か

ら行われるものにすぎない。そうすると、国の行う埋立てにより、漁業権者等の権利利益が侵害をされるのは、国がそもそも有している埋立てを行う権限の行使によるものであって、同項に基づく承認の効力によって直接生じるものではないというべきである。したがって、法 42 条 1 項に基づく承認は、第三者である本件埋立区域に漁業権等の権利を有する者との関係においても、直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定することが法律上認められるものではないというべきである。」(2015 年 4 月 9 日付答弁書, 12, 13 頁)

これは三善政二「公有水面埋立法（問題点の考え方）」と同じ見解に立つものである。

イ 「埋立承認」の法的性格に関する国見解の変更の予兆

ところが、知事が前仲井真知事から現翁長知事に交替したことにより、沖縄県の応訴姿勢に疑念を抱いたためか、国の訟務検事は上記訴訟で沖縄県の代理人を辞し、改めて行政事件訴訟法 22 条に基づき国の資格で訴訟参加してきた。

国は、訴訟参加後の本年 6 月 24 日の上記訴訟の弁論の中で、上記④の主張を改め、「埋立承認」の行政処分性を認める旨意見を述べている。それはどのような理由によるものか定かでないが、上記③の「行政機関の内部行為」主張と④の「埋立承認の処分性否定」主張は、沖縄防衛局が審査請求をする際に障害となることから、その主張修正を図ったものではないかと憶測されている。

ウ 沖縄防衛局の審査請求を理由づけるためには、国の従来の見解の基本的な変更が迫られている？

沖縄防衛局の埋立申請を「一般私人と同様な立場」（「一事業者」の立場）で行っていると主張をする限り、上記従前の国の見解を大幅に変更しないと、審査請求を正当化する論理は構築できないのではないかと？。

すなわち、沖縄防衛局が審査請求を正当化するためには、上記③、④の見解は、障害となるので、修正をしなければならない。

なぜなら、③の「内部行為」という理解では、審査請求を正当化できないし、④の「調整行為」では、埋立承認の「行政処分性」を肯定できないからである。

そうだとすると、③、④は、国の論理の中核をなすものであるが、これを探り得ないこととなると、結局、沖縄防衛局は、「埋立承認」が機関相互間の内部行為ではなく、知事が外部の申請者に対してなす外部行為であることを認めた上で、その処分性を認める見解に立つことになる。

そうすると、必然的に、「処分性」の内容が問われることとなり、「埋立承認」の法的内容が問題となる。

<想定される「処分」の内容>

結局、「埋立承認」の処分性を根拠づけるためには、「埋立承認」につき、申請者たる国に対し「埋立権付与」の効果を認めるか、あるいは、国が本来的に埋立権を有す

ることを前提とした上で（従来の見解維持）、公法的規制（無断埋立の禁止）を解除（公用の廃止を含め）する許可処分と解するか、いずれかとならざるを得ないと思われる。

<前者の論理（埋立権付与）をとる場合>

仮に、前者の論理をとる場合には、埋立権付与という点では、「埋立免許」と「埋立承認」との間には、違いはないことになる。すると、残る問題点は、「埋立承認」につき、所有権取得効果を認めるか否かという点に絞られてくるが、同効果を否定すれば、所有権取得の効果という点で、「埋立免許」と「埋立承認」との間には、違いがあるということになる。

しかし、これでは、沖縄防衛局の主張を正当化することはできない。

同効果を認めれば、「埋立免許」と「埋立承認」との間には、差異がなく同一ということになる。この場合には、「埋立免許」と「埋立承認」との間の用語の違いは「形式的なもの」ということになり、上記「コメンタール行政法Ⅰ」の判断基準「第3」でいう「形式的に許認可等の対象が国の機関等だけに限定をされている」場合にあたるということで、沖縄防衛局の主張を根拠づけるものとなる。

しかし、今回、沖縄防衛局がこのような見解をとるとは思えない。なぜなら、同見解では、法が42条を定めた趣旨、特に、42条3項で準用規定を置いた趣旨を説明できなくなるからである。

<後者の論理（公法的規制の解除）をとる場合>

この論理に立つと、「埋立承認」は単に公法的規制を解除する処分ということになり、一応処分性は説明し得るものとなる。しかし、埋立権を国が有すると解する点で、申請者たる国は、一般私人とは異なる地位を有することになる。この論理においては、「埋立承認」には、所有権取得効果は認められないということになるかと思われる。

すると、この点でも、「埋立承認」は「埋立免許」と異なることとなる。

したがって、この論理をとると、沖縄防衛局の主張を根拠づけることはできない。

以上のように、沖縄防衛局の「一般私人と同様の立場」論は、必然的に従来の国の見解（上記①、②）に影響を及ぼすものと思われ、その変更を迫るものと思われる。

(3) 埋立権説、所有権説に対する基本的疑問

ア 竣功通知の法的効果について

埋立権説、所有権説は、「埋立承認」の本質をどのように見るかの違いはあるものの、埋立権の付与と条件付所有権取得の効果を生じさせるという点では、同じである。

しかし、同見解は「埋立承認」に対し、条件付ではあれ、「所有権取得の効果」を認める点で、大きな疑問がある。

すなわち、公有水面埋立法42条2項では、「工事竣功したるときは、・・・知事に通知すべし」と規定するだけであり、24条（埋立免許）のように「竣工認可の告示ありたるときときは、・・・埋立地の所有権を取得する」と明記していない。それにもかかわ

らず、何故に「通知」（法的性格は、観念の通知）に「所有権取得の効果」が生じるのか、という点である。

埋立権説、所有権説では、この点について、説明が全くなされていない。

（注：非埋立権説は、まがりなりにも、水面ないしは敷地（底地）につき、「国が所有する」＜私法上の所有、公法上の所有を含む＞として、埋立承認の効果としての所有権取得を否定し、国の所有権の根拠を一応は提示している。）

イ 所有権取得の法的根拠について

<海、又は海底地の所有について>

海面たる水域の敷地（底地）の所有権については、周知のように、古くから争われてきた問題であるが、最高裁 1986 年（S61）12 月 16 日判決（田原湾干潟事件、判例時報 1221 号、3 頁）は、「海は、古来より自然の状態のままで一般公衆の共同使用に供されてきたところのいわゆる公共用物であって、国の直接の公法的支配管理に服し、特定人による排他的支配権の許されないものであるから、そのままの状態においては、所有権の客体たる土地には当たらない」と判断している。

（注：ただし、「国が行政行為等によって一定範囲を区画し、他の海面から区別してこれに対する排他的支配を排した上で、その公用を廃止して私人の所有に帰属させる」場合は、別とする）。

したがって、公有水面に対する国の所有権を根拠に、埋立地の所有権を説明することはできない。

<無主物の国庫帰属法制>

わが国の所有権法制の下では、埋立工事が竣功したか否かに関係なく、埋立により土地が造成されたときには、民法 239 条 2 項（「所有者のない不動産は、国庫に帰属する」）により、埋立地は国の所有となる。これがわが国の法制度である。

いうまでもないが、「造成地の誕生」と「工事の竣功」あるいは「竣功の通知」とは、同一ではない。竣功の通知がなくても、埋立地は、所有権成立の要件たる対象の特定と支配可能性が充足されれば、民法上、造成地は国の所有となる。

国の埋立地の所有権取得は、埋立地の造成が「適法な埋立手続」を経たものであるか、「違法な埋立」によるものかを問わない。いずれの場合においても、埋立地は、民法により国の所有地となる。

<所有権説>

上記所有権説の 3 説では、「国以外の者」が「埋立免許」に基づき埋立地を造成した場合においても、竣功認可の「告示前」は、埋立地は国の所有に帰属しているはずであるが、竣工認可の「告示前」の土地所有権の帰属についての言及がない。

この点は、埋立権説に分類されている本田説についても、同じである。

「竣功認可の告示」により、埋立地の所有権が国から埋立申請者に移る（法 24 条の効果。停止条件の成就）と解するのが論理的である。

(4) 公有水面埋立法の基本的性格と「埋立免許」と「埋立承認」との法的性格の異同

以上の検討を踏まえて、当意見書では、「埋立承認」の法的性格につき、次のように考えることが相当ではないかと考えている。

ア 法の基本的性格

「公有水面埋立法は、地域形成計画法の一環として、埋立事業計画者に対する都道府県知事の行政処分により、埋立事業計画者が、特定の公有水面を埋め立てて、土地を造成し、制限された土地所有権を取得することに関する実体的及び手続的事項を定めた法律である。」(阿波連正一「公有水面埋立法と土地所有権」, 3頁。)

(注：法の目的分析という点では、阿波連説に基本的に賛同。ただし、上記「特定の公有水面を埋め立てて、土地を造成し」は、「埋立権の付与」と明確に記述すべきと考える。)

公有水面埋立法は、上記のように「地域形成計画法の一環」としての性格を有する法ではあるが、公有水面を埋め立てる方法により、新たな造成地を生み出すものであることから、「埋立禁止の解除」あるいは「公用の廃止」という公法上の処分をなした上で、埋立工事に伴う環境保全を図ることが必然的に要請されるものでもあり、この側面は「一種の開発許可法」という性格を有するものといえる。

ゆえに、公有水面埋立法は、「地域形成計画法の一環」としての法という性格と「一種の開発許可法」としての性格を有していると位置づけるのが相当である。

イ 「埋立免許」と「埋立承認」の法的性格

埋立免許」は、いずれも埋立事業計画者に対し、埋立禁止という公法上の規制を解除し(公用の廃止を含め)、特定の公有水面を埋め立てて、土地を造成し(埋立権の付与)、停止条件(竣工認可)付で制限された土地所有権を取得させるものである。

「埋立承認」は、いずれも埋立事業計画者に対し、埋立禁止という公法上の規制を解除し(公用の廃止を含め)、特定の公有水面を埋め立てて、土地を造成する権利(埋立権)を付与するものである。

「竣功通知」は、単に行政上の義務を課すものであり、所有権取得の法的効果を生じさせるものではない。埋立により新たに造成される埋立地の所有権は、民法により、国の所有に帰属する。

ウ 法的性格の同一側面と異なる側面

以上のように、「埋立免許」は、「埋立権の付与」と「条件付所有権の付与」という法的効果を有するのに対し、「埋立承認」は、「埋立権の付与」という効果を有し、「所有権付与」の法的効果を有しない点で、両者は、法的性格を異にする。

ただし、「埋立権の付与」という点では、埋立免許と埋立承認は共通の性格を有する。

エ 法 42 条が「国以外の者」と「国」とを区別して規定した理由

以上の検討から明らかなように、「埋立免許」と「埋立承認」の法的性格は、「埋立権の付与」という側面では共通し、「所有権取得」という側面において異なる。

「埋立承認」については、申請者が国であることから法的効果を異にするものである。

そのため、法は両者を区別して規定しているものである。

オ 区別規定と「固有の資格」との関係

以上のように、法は、埋立については、「国以外の者」が申請を行う場合と「国」が申請を行う場合と区別している。これは、法が申請者が「国」の場合には、その地位に着目して異なる扱いをしているものと解すべきものであるから、「国」の申請を直ちに、「国以外の者」の申請と同視するのは、相当でない。

法は、申請者が単に国であるという形式的理由だけで、42 条を置いたものではなく、国という特殊な性格を考慮して、同条を置いたものと解されるからである。

例えば、「埋立免許」については、知事が埋立工事の着手及び竣功期間を指定し、同期間内にこれをなすことが義務付けられている（法 13 条）にもかかわらず、「埋立承認」については、法 42 条 3 項で、2 条 2 項が準用されていることから、国の申請の際、申請書に「埋立ニ関スル工事ノ施行ニ要スル期間」の記載が求められているものの、13 条が準用されていないために、工事期間及び竣功期間に関する制限規定がない。

また、法 29 条は、「埋立免許」について、埋立の告示後 10 年以内に埋立地の用途変更を行う場合には、改めて知事の許可を得るべきことを定めているが、「埋立承認」については、法 42 条 3 項は、これを準用していない。

また、法 32 条は、知事の監督権を定めるものであるが、42 条 3 項は、「埋立承認」につき同条項を準用していない。

また、法 34 条は、「埋立免許」について、実施設計を不許可にしたとき、指定期間内に工事の着工、竣効がないときの免許の失効等を定めるが、法 42 条 3 項は、これを準用していない。

また、法 42 条 3 項は、免許料に関する 12 条を準用していない。

これらの規定は、申請者が「国」であることから、法が国に対し特別な法的地位を付与しているためであり、明らかに「国以外の者」の申請と取扱いを異にしているものである。

これは、まさに「国」という特殊性に基づくものであり、到底「一般私人と同様な立場」とはいえないものである。

法におけるこの取扱いは、まさに上記小早川「第 2 章 行政不服審査法の逐条解説」の同法 24 条の解説でいう「処分の形式・要件・手続等に関し私人の場合と異なる

取扱いがされて」いる場合に該当するものである。

以上のように，法は“国の特殊性”に着目をして42条を定めており，国を「一般私人と同様な立場」として取り扱っているとは，到底，解し得ないものである。

5 結び

よって，当法的検討会は，上記検討の結果を踏まえて，本意見書を提出する。

以上