

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）

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）

本 田 博 利

【解 題】

1 本意見書の位置付け

岩国で進行している米軍再編＝厚木からの空母艦載機の移駐に対する住民の法的な異議申立てとしての通称「海の裁判」（公有水面埋立承認処分・変更承認処分取消請求事件。2008年2月7日提訴。原告18人。被告山口県。2012年6月6日山口地裁判決（判例集未登載）。請求却下。控訴）の控訴審（広島高裁・筏津順子裁判長）において、裁判所は、争点である国の「承認」の法的性格、ひいては国の原状回復義務の有無につき、国が承認を受けて行う埋立ては私人（民間）が免許を受けて行う埋立てとは異なるものではないとする学説上通説とされる「権利説」に立つ山口眞弘・住田正二共著『公有水面埋立法』（日本港湾協会，1954）を提示して、これへの控訴人（住民）・被控訴人（県）両者の見解を求めた。

ここにおいて、筆者は原告弁護団の求めに応じて「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）」（2013年2月15日付け甲第67号証）及び補足的に「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（第2意見書）」（同年7月17日付け甲第111号証）を提出し、「国が承認を受けて行う埋立ては違法のし放題でも原状回復義務はない」とする県が主張し山口地裁判決が採用した「国家＝行政性善説」・「国家所有万能説」への反論を

行った。本誌に収録したのは、前者の意見書である。

批判は多岐にわたるが、① 法は国には原状回復義務を準用していないのではなく、準用は手続規定に限られ、原状回復義務は実体規定上免除されていない、② 「訴えの利益なし」とする判決は、重要な最高裁判例（土地改良事業施行認可取消請求事件）を無視し、司法研修所（法務省）の実務研究で否定された過去の裁判例によっている、③ 学説上通説とされる山口・住田の「権利説」に立っていない、④ 地方分権による機関委任事務の廃止に対応せず自治体の法的地位を無視しているなどである。

本件「海の裁判」の推移については、拙著『基地イワクニの行政法問題』（愛媛大学法学会叢書 15、成文堂、2012）第 2 章（米軍岩国基地沖合移設事業の公有水面埋立法上の問題点）の補論 2 において略述した（191～201 ページ）。また、その後の裁判の推移については、「広島ジャーナリスト」第 13 号（2013 年 9 月。日本ジャーナリスト会議広島支部）掲載の拙稿「国の「だまし討ち」と闘う 岩国基地住民訴訟」において、広島地裁に係属中の愛宕山への米軍住宅建設に反対する通称「山の裁判」（愛宕山新住宅市街地開発事業認可取消処分取消請求事件）と並べて紹介を行った（95～103 ページ）。

本件山口地裁 2012 年 6 月 6 日判決は判例集未登載であるが、行政法の重要判例として北見宏介名城大学法学部准教授による判例解説がなされ、「判旨不当」の批判が展開されている（『法学セミナー増刊 新・判例解説 Watch』（日本評論社、2013 年 4 月）77～80 ページ）。本判決中、事実の概要及び判決の要旨については、同解説を参照いただきたい。

本件「海の裁判」は本年（2013）10 月 23 日に広島高裁で、また「山の裁判」は 11 月 27 日に広島地裁で相次いで判決が言い渡される予定である。

2 原告の主張

海の裁判で原告住民が求めているのは、① 山口県知事が 1996 年 12 月 18 日付けで国（中国四国防衛局）に対して行った滑走路沖合移設事業のための埋立承

認処分取消しと② 山口県知事が2008年2月12日付けでなした米軍再編に対応した誘導路の新設などのための埋立「変更」承認処分の取消しである。これらの承認（民間では免許）を取り消して、国に誘導路等を撤去するなどの原状回復を義務付け、埋立ての本来の目的である滑走路を1キロメートル沖合に移設することによる「騒音の軽減と墜落事故の防止」の実現を求めるものである。

「埋立目的」変質の理由は、後から生じた米軍再編への「受け皿」化は「重大な事情の変更」であり、当初の埋立事業の大前提を欠くことになったためである。これに対して被告県は、2008年5月14日付けで埋立工事は竣功したので、「訴えの利益なし」としてお決まりの「却下」を求めることに終始した。

原告らの主な主張は、次のとおりである。

- ① 当初の現状の60機を前提とした騒音の環境アセスの予測（「騒音が全体的に軽減する」と、厚木から59機が移駐して加わる変更後の環境アセスの予測（「一部の広域で騒音が増加する」）の間で、重大な「齟齬」が生じているのに、当初の埋立願書の内容は手つかずである。しかも変更後の騒音予測は作為的に騒音区域を狭めており、実際には機数の倍増によりさらに広範囲に広がることは明らかである。また、変更申請において、住民への縦覧や地元市町村長からの意見聴取という必要な住民参加手続がとられていない。
- ② 厚木からの艦載機移駐への知事の法的な対応として、i 知事権限を活用して国への承認の取消しや独自の環境影響評価を行わず、ii 誘導路の新設等だけが見ても明らかな土地利用の変更が判明しても、国に変更の申請を求めず半年間も放置して工事を続行させ、iii 国からようやく変更申請が出てまともな審査もせずに「スピード承認」し、iv 国から竣功通知を受ければ、現場確認もせずに認める、という法律を適正に執行すべき行政の長自らが「法治主義」を放擲するという暴挙＝悪しきトップダウンを繰り返した。

裁判の焦点は、騒音予測のベースとなった変更承認時の「騒音コンター」の予測結果の妥当性である。県は、機種ごとの離発着ルートや飛行時間、飛行回

数などの基礎データを何ら示すことなく、国の予測を“鵜呑み”にして承認した。そもそもこのような科学的な評価にかかわる妥当性の判断に当たっては専門家の知見の動員(既設置の環境影響評価技術審査会など)が不可欠であるが、県は重大な案件であるにもかかわらず律儀に「標準処理期間」を守って、拙速にもわずか1か月で素人判断による変更承認を行い、地元自治体として艦載機移駐容認の道筋をつけたのである。

3 山口地裁判決

海の裁判の第一審山口地裁は、「現に本件埋立工事は竣功」しており、「社会通念に照らし、もはや本件埋立ての原状回復は法律上不可能であると認めるのが相当」である。また、「公有水面埋立法の建前によれば、国がなす埋立ての場合に埋立承認の効力が消滅しても、国は原状回復義務を負わないと解するのが相当」であり、「埋立承認が取り消されて同承認の効力が消滅したとしても、国は法的に原状回復義務を負わないと解するのが相当」であり、原告の「訴えの利益は消滅」しているので、「却下」、すなわち門前払いの判決を下した。4年余りも争ったうえ、住民は土俵にもあげてもらえないのである。

公有水面埋立法は、90年以上前の1921(大正10)年に制定された古色蒼然としたカタカナ法律で、判決もこれに感染(?)したかのごとき法治主義・地方自治を知らない反憲法的な「国家=行政性善説」に貫かれている。しかも、「却下」の判断に当たり依拠した判例、学説が何一つ示されておらず、「訴えの利益なし」という結論に至った理由・考え方が判決からは全く不明であることが致命的な欠陥である。

原告は不当判決であるとして即刻控訴し、舞台は山口地裁から広島高裁に移った。

判決で訴えの利益が認められて原告が勝訴しても、山口地裁に差し戻して審理をやり直し、つまり、“仕切り直し”となるだけである。敗訴すれば当然最高裁に上告して争うことになると思われる。

2013（平成25）年2月15日

広島高等裁判所 御中

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）

愛媛大学法文学部 教授 本田博利

目 次

第1 山口地裁判決の問題点

1 山口地裁の「却下」判決の理由付け－国の原状回復義務規定の欠如？

- (1) 判決の要旨
- (2) 類似の裁判例に共通する誤り
- (3) 埋立承認変更処分に係る誘導路等の原状回復は可能

2 問題の所在

- (1) 本判決が及ぼす広範な悪影響
- (2) 司法研修所の「訴えの利益」「事情判決」に関する考え方
- (3) 憲法、地方自治、法治主義を知らない古色蒼然とした法システム
- (4) 「国家＝行政性善説」に貫かれた法システム
- (5) 新たな公物管理法制への変革の必要性
- (6) 小括－司法による「法創造」への期待

第2 山口地裁判決における法解釈の誤り：国の原状回復義務あり

1 法35条1項、42条3項の法構造

- (1) 国が行う埋立てに関する規定
- (2) 法35条・42条の規定の変遷
- (3) 48年法改正

2 判決の法解釈の誤り：国の原状回復義務あり

- (1) 「法的仕組み論」の示唆
- (2) [結論1] 法42条は手続規定のみを準用
- (3) [結論2] 法35条は監督処分＝実体規定：法42条は35条を準用せず
- (4) [結論3] 法35条は国の原状回復義務を適用除外する明文なし：よって国の原状回復義務あり

第3 国の原状回復義務を認める5つの根拠

1 [根拠1] 学説・判例・実務の状況

- (1) 学説
- (2) 判例
- (3) 実務

2 [根拠2] 山口・住田『公有水面埋立法』の評価

3 [根拠3] 拙著『基地イワクニの行政法問題』における私見

4 [根拠4] 類似法制との比較

- (1) 藤田宙靖「固有の資格」論の示唆
- (2) 開発協議及び計画通知制度
- (3) 類似法制との比較

5 [根拠5] 機関委任事務制度の変革－法定受託事務化

- (1) 法定受託事務の規定に見る法35条・42条の関係
- (2) 機関委任事務体制の廃止と自治体行政のあり方
- (3) 自治体の海の管理権限のあり方

第4 終わりに

注1：本意見書において、単に「法」とあるのは公有水面埋立法（大正10年[1921]法律第57号）をいう。

注2：引用文中の【 】内は、著者による注である。

注3：公有水面埋立法の条文には見出しが付けられていないため、『公有水面埋立実務便覧』の見出しによった。

第1 山口地裁判決の問題点

1 山口地裁の「却下」判決の理由付け－国の原状回復義務規定の欠如？

(1) 判決の要旨

山口地裁2008年（行ウ）第6号埋立承認処分取消請求事件、2012年6月6日判決（判例集未登載）は、請求を却下した。

本判決は、山口県岩国市在住の原告らが、岩国飛行場（米軍岩国基地）の滑走路沖合移設に伴う埋立事業について、① 山口県知事が1996年11月28日付けで国に対してなした埋立承認処分の取消し、② 山口県知事が2008年2月12日付けで国に対してなした埋立承認変更処分の取消し を求めた事案である。

裁判所は、要旨次の理由により、原告らの訴えを却下した。

- ① 本件埋立工事が竣功している以上、仮に本件処分等に違法事由があり、本件処分等を取り消したとしても、本件埋立地を海面に回復して原状回復を図ることは法律上不可能であり、法的効果からみて原告らの権利利益の保護救済にも資するところがないから、本件処分等の取消を求める訴えの利益は存在しない。(34 ページ)
- ② 本件埋立地を海面に回復することは、物理的にまったく不可能とまではいえないものの、本件埋立ての規模、構造、本件埋立地の利用状況、原状回復によって予測される社会的、経済的損失等を総合的に勘案すれば、社会通念に照らし、もはや本件埋立ての原状回復は法律上不可能であると認めるのが相当である。(35 ページ)
- ③ 公有水面埋立法の建前によれば、国がなす埋立ての場合に埋立承認の効力が消滅しても、国は原状回復義務を負わないと解するのが相当である。すなわち、公有水面埋立法は、国以外の者が行う埋立ての場合には、埋立免許の効力が消滅した場合に埋立権者が原状回復義務を負うことを規定しているのに対し（法 35 条 1 項）、国がなす埋立ての場合には、法 43 条 3 項【後述第 2 - 1(1)で付言するとおり、42 条 3 項の誤り】において前記条項を準用していないから、埋立承認の効力が消滅したとしても、国は原状回復義務を負わないとするのが自然な解釈である。(35 ページ)
- ④ 国がなす埋立ての場合には、法 42 条 1 項において「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」として、都道府県知事の承認で足りるとしている。この趣旨は、国は、本来的に公有水面を直接排他的に支配する権能を有しているから、国がなす埋立ての場合には、国に本来備わっているこの権限に基づいて埋立てを行うことになるので、国以外の者が行う埋立てには都道府県知事の免許が必要だが、国のなす埋立てにはそれを要しないというべきことになるところ、都道府県知事が海面に対して有する機能管理権との調整上の兼合いから都道府県知事の承認を要するこ

とし、都道府県知事に対し承認基準を満たすか否かの判断権限を与えたことにあると解される。(36 ページ)

- ⑤ 国がなす埋立ての場合に、法 43 条 3 項【42 条 3 項の誤り】において法 35 条 1 項を準用していない趣旨は、単に、立法当時、国の判断と都道府県知事【立法当時は国の機関としての地方長官】が相違することが想定されていなかったということにとどまらず、前記のとおり、国以外の者が行う埋立てと国がなす埋立てとの間の本質的な相違に基づくものといえ、さらに、国がなす埋立ての場合に、竣功通知により埋立地の所有権は当然に国に生ずることとされ、都道府県知事には竣功の有無に関するなんらの検査権限・義務も認められていないことに照らせば、国がなす埋立ての場合、埋立承認が取り消されて同承認の効力が消滅したとしても、国は法的に原状回復義務を負わないと解するのが相当である。(37 ページ)

以上のとおり、判決は、国が行う埋立てについては、「建前」として（いかなる？）、たとえ裁判判決により県の承認処分が取り消されて失効しても、法律上法 35 条には 42 条が「準用」されていないので、原状回復義務規定が欠如しており、国は原状回復義務を負わないことを理由に、「自然な」（どのように？）「解釈」として、「訴えの利益なし」と判断した。

ところで、判決が法の「建前」に依拠して「自然」な解釈に導いたと説明するのが④と⑤であるが、その論拠となった学説、判例、行政実例等は何も示されていない。法制定から 90 年以上経過した現代における国民の共有財産である海の管理権限の法解釈として、「国は本来的に公有水面を直接排他的に支配する権能を有しているから、国のなす埋立てには都道府県知事の免許を要しない」とするのは暴論の類である。また、都道府県知事が海面に対して「機能管理権」をもつというが、その法的根拠は何も示されておらず、国がもつという全面的な支配権との関連も不明である。さらに、「国以外の者が行う埋立てと国がなす埋立てとの間の本質的な相違」もそれ以上説明されていない。国が一

方的に行う竣功通知のあり方についても無批判である。行政のみならず、裁判所も「国家性善説」に立っていると看做されるを得ない。

判決のこうした立論が依拠したとみられるものが、第3-1(1)(3)で見る1953年12月23日付け港湾局長通知で引用されている内閣法制局意見及びこれを踏まえた三善政二『公有水面埋立法』の記述である。

しかし、これらのいわば「国家所有万能説」ともいうべき横暴な見解に対し、第3-2で詳細に見る山口・住田『公有水面埋立法』が、学問的にも高水準の法解説として対置される。三善の説明によれば、山口・住田の国の行う埋立に関する見解は「権利説」（埋立を為す権利）とされ、「一方、権利説の立場では、承認する国を行政権の主体としての国、出願する国を公企業の主体としての国であると観念して両者の関係を説明する。」（233ページ）とされる。反対の論者による妥当な説明である。山口・住田のこの考え方は、「国家＝行政性善説」を排し、憲法、地方自治、法治主義に立脚した21世紀の現代に通じる真っ当な法解釈であると言える。

山口・住田の見解の独自性・先駆性・正当性は、国の原状回復義務を認める5つの根拠について述べた第3-3・4・5においても通用するものである。

なお、判決が述べる県知事の「機能管理権」は、海と同じく「法定外公共物」である里道・水路の地方分権前の「国有」・「知事財産管理」・「市町村機能管理」を連想させるが、分権改革により里道・水路の所有・管理は市町村に一元化され、かつての問題点は立法的に解決された。拙稿「都市小河川の再生に向けて－分権時代の新たな条例づくり－」愛媛大学法文学部論集（総合政策学科編）17号（2004）50ページ以下参照。

法定外公共物法制は、里道・水路、後述する海岸法と順次整備を見ているが、塩野宏が指摘するとおり、「海については制度的整備はその後【分権改革後】もなされていない。」（『行政法Ⅲ（第4版）行政組織法』（有斐閣、2012）364ページ）のである。以上の海の管理権限のあり方は、第3-5(3)（機能管理に

つき、③④の塩野説参照)で述べる。

判決が理解している公有水面＝無主物＝国の排他的所有物（法1条1項「国ノ所有ニ属スルモノ」）＝国の一元支配であれば、海面のみならず、海水、海底の土地すべてについて、国有財産法及び新たに制定する海の管理・利用に関する法律に基づいて、台帳を整理し、必要な人員・資材を配備して、「実効的な支配」のために万全の管理体制を整備することになるが、そのような「国家所有万能説」を具体化する法システムが実現不能なフィクションであることは言うまでもない。

次に、この裁判所の判断の前提として、法35条と42条の間には当然「準用」の有無の関連があるとの認識があるが、第2において詳述するとおり、この2つの条文は、規範としての法的性質を異にしており（35条は実体規定。42条は手続規定）、いわば基盤が異なるので、「準用」の有無を論じる余地はないのである。

以上が、岩国市民が4年以上にわたり争ってきた裁判の結論である。

本意見書では、本判決が法解釈において、法35条及び42条の関連を“ミスリード”し、誤った結論を導いていることを明らかにする。

その結論とするところは、第2-2でまとめた3つの法解釈、すなわち

[結論1] 法42条は手続規定のみを準用

[結論2] 法35条は監督処分＝実体規定：法42条は35条を準用せず

[結論3] 法35条は国の原状回復義務を適用除外する明文なし：よって国の原状回復義務あり

のとおりであり、さらに第3において次の5つの根拠をあげて国の原状回復義務があることを明らかにした。

[根拠1] 学説・判例・実務の状況

[根拠2] 山口・住田『公有水面埋立法』の評価

〔根拠3〕 拙著『基地イワクニの行政法問題』における私見

〔根拠4〕 類似法制との比較

〔根拠5〕 機関委任事務制度の変革－法定受託事務化

ところで、阿部泰隆弁護士（元神戸大学・中央大学教授）は、裁判判決における法の解釈の不十分さについて、次のように苦言を呈している（『行政法の解釈(2)－行政訴訟の最前線－』（2005、信山社）はしがき iii）。

「司法研修所で採用されている実務教科書である『8訂民事判決起案の手引き』（法曹会、1999年）では、事実認定については丁寧に、いわゆる要件事実論に従って判決を書くように教えているが、法律の適用については、「法解釈について当事者が強く争っているとか、裁判所が従来の判例や学説に反する新しい解釈を採ろうとするような場合を除き、解釈論を展開する必要はない。その必要がある場合でも、事実審裁判所が判決の中で法律解釈に関する論議を一々判例学説を引いて長々と展開したり、学問上の論文のような体裁や表現を用いることは妥当ではない。争いのある点について簡潔に判断を示せば足りる」（87頁）とされている。この趣旨もはっきりはしないし、学説判例を論文のように引用して論ずる必要はないのはたしかであるが、簡単に判断を示すだけでは、なぜその説が採用されたのかがわからない。当事者を説得できるように、その解釈がなぜ採用されるのかを丁寧に説明する必要があるのではないか。」

山口地裁判決は、一見司法の現場でのテキストに倣っているように見えるものの、判決理由の核心部の「建前」とか「自然な」といった“マジックワード”では簡単すぎて、国民に対する「わかりやすい司法」としての「責任説明」を果たしているとは到底言えない。

（2）類似の裁判例に共通する誤り

次の2(2)で見るとおり、司法研修所は、公有水面埋立免許処分をめぐる裁判は、「いわば事情判決がなされる典型的なケースである」と断じている。また、

日本の行政法学の通説をなす塩野宏東京大学名誉教授は、その教科書『行政法Ⅱ（第5版）行政救済法』（2010、有斐閣）において「行政過程からすると、原状回復が不可能な場合と困難な場合を厳格に区別すべき理由は必ずしもない。要は、原状の変更が公共の福祉に対して大きな障害をもたらすことにある。そこで、この制度【事情判決制度】の本質が既成事実の尊重と相手方の利益の実質的確保の調整にあるとみるならば、相手方の取消請求の中に事業判決を求める申立てを含めて理解し、事情判決制度の運用を図るべきであると思われる。（略）最高裁判所は原状回復不可能な場合はむしろ事情判決によるべしと考えていると思われ、それは妥当である。」（199ページ）と指摘する。

山口地裁は、このような有力な見解・学説の存在を知って知らずか、被告県の主張に流されて原告の訴えを却下する判決を下した。2(2)で見る司法研修所が、「下級審裁判例が散見される」として排除した裁判例の類である。

以下に、山口地裁判決に類似すると思われる2つの裁判例を批判した有力学説を見る。

① 名古屋地裁 1978年10月23日判決(行裁例集 29巻10号1871ページ)

塩野が、「むしろ事情判決がなされることが期待されるのに、原状回復は社会通念上不可能であるとして、訴えを却下する裁判例が登場した」（198ページ）として批判的に紹介した判決である。行政訴訟に関する著書を多数著している宮崎良夫東京大学名誉教授は、本判決を次のように批判している（「処分後の事情変更と訴えの利益」自治実務セミナー 1981年9月号 36～37ページ）。

「判決の見解に従えば、原状回復が客観的・物理的に不可能であることと法律上不可能であることが同一視されているようであるけれども、この両者は性質を異にしている。原状回復が客観的・物理的に不可能であるという結論は事実の認定そのものから導くことができるが、「社会通念に照らし法律上原状回復が不可能」という場合には、一定の事実認定を経た上での裁判所の客観的な法的評価・判断が下されてはじめて導き出される結論である。そしてこのような主観的な法的評価・判断を下すためには、係争処分の適否、原告の被害の

程度および原状回復による影響の大小についての一定の判断が不可欠であって、その意味では論理的に見ても本案審理が前提とならざるをえないのである。」

② 那覇地裁 1975 年 10 月 4 日判決（判例時報 791 号 17 ページ）

阿部泰隆は、「公有水面埋立による海面の原状回復不能と埋立免許無効確認を求める利益－沖縄 CTS 免許無効確認訴訟－」（ジュリスト重要判例解説昭和 50 年度 33～35 ページ）において、上記判決①に先立つ本判決を次のように批判している。

「解説者は、そもそも、本判決のように事実上原状回復不可能であるというだけで訴えの利益を否定するのは、行訴法 31 条の定める事情判決制度の存在理由と矛盾する考え方であると思う。」「本件の場合、判旨も認めるように、「土地を海面に回復することは必ずしも物理的に不可能とはいえない」が、ただ、「その規模、構造、現在の利用状況、原状回復によって予測される社会的・経済的損失および周辺海域の汚染度などからみて社会通念に照らし法律上原状回復が著しく困難である」にすぎない。そうすると、本件の例は事情判決の認められてきた右諸例【最高裁 1958 年 7 月 25 日判決（土地改良区の設立認可の取消請求事件）など】の範疇に属する。したがって、本件訴えの利益は存続すると解すべきである。」「したがって、埋立地の利用方法が環境を違法に汚染するかは免許の違法事由として本案審理されるべきである。」

以上のような本案審理に入って免許の違法を判断すべしという批判が、司法研修所や塩野の有力学説を引き出す原動力となったのである。

山口地裁判決は、これら二つの判決の引用した部分からだけでもわかるように、「そっくり」の文言である。詳細な事実認定なしに、安易に「訴えの利益なし」と結論付けた本件判決も、これら 30 年以上昔の類似の裁判例と同様の誤りを犯しているとの批判を免れえないであろう。

(3) 埋立承認変更処分に係る誘導路等の原状回復は可能

本件訴訟においては、①1996年の当初の埋立承認処分と並んで、②米軍再編の「岩国基地施設整備マスタープラン」に対応した「誘導路」の新設等を内容とする2008年の埋立承認変更処分の取消しも求められている。

②の承認変更処分が判決で取り消されれば、その効力として変更申請前の①の当初の埋立承認処分の状態に戻るから、県は国に対して新たな誘導路等を撤去して原状回復するよう命じ、国はそれに応じる法的義務が生じる（取消判決の拘束力。行訴法33条）。この原状回復は、もちろん海底にまで及ぶものではなく、「物理的」にも「法律上」も不可能ではない。

しかし、本判決が「訴えの利益なし」の理由とするのは、「本件埋立地を海面に回復して原状回復を図ることは法律上不可能」というのみであり、違法な埋立承認変更処分の原状回復の可能性は視野がなく、まったく述べられていない。この原状回復は、飛行場用地上の現在ある誘導路等のコンクリートをひっぺがすだけであるから、もちろん「物理的」にも「法律上」も容易である。

岩国における米軍再編＝基地強化の象徴である戦闘機の離発着が可能な誘導路の撤去は、「爆音」の下での日常生活を強いられている原告らの権利・利益の保護そのものである。

現に、滑走路と同じ2,440メートルの長さの「平行誘導路」（幅員23メートル）には、着陸時に機体を急減速させる緊急停止装置「アレスティング・ギア」が設置されており、計3本の滑走路を有すると同じ機能の施設設備がなされている。

次の2(1)で見るとおり、本件埋立承認変更処分には看過できない重大な瑕疵がある。

2 問題の所在

(1) 本判決が及ぼす広範な悪影響

本判決が確定すれば、岩国における滑走路沖合移設事業はその本来の目的である「墜落事故の回避と騒音被害の軽減」から大きく逸脱し、米軍再編による

厚木からの空母艦載機 59 機の移駐を始めとする基地機能の飛躍的な強化を司法のサイドから追認することになる。のみならず今後、国による全国レベルでの「野放図」な海の埋立て、例えば承認内容・条件を無視した区域外埋立てや「好き放題」な施設（上物）のレイアウト（設計の概要）・用途の変更などはもちろんありうる。本判決がこうした国の違法な埋立行為に対する埋立承認権者及び司法によるチェック機能の喪失という、国民の共有財産である海の利用の適正な管理・調整を図るうえで、取り返しのつかない結果を招来し、同様の埋立事業に広範な悪影響を及ぼすことは必至である。

一例をあげれば、前記 1(3)②の埋立承認変更処分につき、①の埋立承認処分に従って工事が進められていた 2007 年 5 月に米軍再編に対応した国（防衛省）の「岩国基地施設整備マスタープラン」が公表され、当初の①の埋立承認願書にはなかった滑走路に並行して走る 2 本の長大な「誘導路」の存在が明らかになった。それでも国は半年以上変更承認申請を放置し、県民からの強い抗議を受けてしぶしぶ変更申請に至ったものである。この国・県ともに無茶苦茶な対応の経緯については、拙著『基地イワクニの行政法問題』（2012、成文堂）【甲 68 号証】の第 2 章「補論 1 県の変更承認と国の竣功通知」179～191 ページで詳述（(1)変更承認の必要性、(2)国の変更承認申請、(3)県の変更承認、(4)国の竣功通知）したので是非ともご参照いただきたい。県においては変更申請書添付のアセス書のまともな審査はなされず、手続的にも実体的にも「超法規」だらけで、「重大な瑕疵」が明白な違法・無効な埋立承認変更処分である。

国が“ほおかむり”をとおして変更の手續に依じていなければ、埋立完了後の施設レイアウトは、①の当初の埋立承認処分とは似ても似つかぬものとなっていたことは必定である。しかし、その場合でも山口地裁判決のごとく国には原状回復義務なしとする判断に従えば、国は“お咎め”なく、“やりたい放題”を尽くすことができるのである。これでは日本の民主主義・法治主義は岩国の地から崩壊する。

また、埋立工事が竣功すれば、法上「認可」に代わる一片の「通知」で済ま

せることができるため、県による出願内容と一致しているかどうかの現地確認は全くなされていない（同書 189～190 ページ）。

沖縄では、いまだに普天間基地の移設と称して、大多数の県民の反対にもかかわらず、辺野古への新基地の建設計画が画策されているが、那覇地裁で係争中の通称「アセス訴訟」（防衛省の行った「方法書」「準備書」は違法であり、方法書の作成から手続をやり直す義務があることの確認を求めている当事者訴訟。本年 2 月 20 日に判決予定）では、オスプレイ配備隠しなど杜撰なアセスメントの内容が次々と明らかにされている。しかし、今後万が一、国が沖縄県知事の埋立承認を受けて基地建設となれば、長期にわたる工事期間中、再三にわたる米軍・米政府からの施設・機能の追加要求により、金網の向こうでは法律・承認処分を無視した好き放題の埋立てが進められ、これまた当初の埋立承認処分とは似ても似つかぬ一大軍事要塞が辺野古の海に誕生することは必定である。

その際、違法な埋立てが完了しても「国に原状回復義務なし」とする唯一の先例として本判決が援用されれば、本土からの誤ったメッセージを沖縄に送ることとなり、本件訴訟の原告のみならず、岩国市民、山口県民にとっても取り返しのつかない悔恨を残すこととなる。そのためにも、本判決を確定させることは絶対に許されないのである。

（2）司法研修所の「訴えの利益」「事情判決」に関する考え方

阿部泰隆は、「公有水面埋立と法」（日本土地法学会編『近代的土地所有権・入会権（土地問題叢書 6）』（1976、有斐閣）において、「訴えの利益は認めて、埋立免許の違法性を本案で審査し、事情判決で片付ける」という「法治国家的機能」に叶った行政救済の方向を提示している（113 ページ）。前記 1（2）で見た塩野宏も同様の見解である。

司法研修所編『行政事件訴訟の一般的問題に関する実務的研究』（2000、法

曹会）は、こうした有力学説も踏まえて同様に、「公有水面埋立免許が取り消された場合には、公有水面埋立法 35 条に基づき埋立行為者は原則として原状回復義務を負担することになる点で、埋立工事完了後も、なお埋立免許の取消しを求める訴えの利益は失われないものと解される。このように工事や事業完成後も処分の取消しを求める訴えの利益は失われないケースは、いわば事情判決がなされるべき典型的なケースともいうことができる。」とし、さらに続けて「このようなケースにおいて、訴えの利益を欠くとして訴えを却下する下級審裁判例が散見される背景には、事情判決の制度が法律による行政の原理に反するとする考慮が働いたものと思われるが、このようなケースにおいては、事情判決の制度が、公共の福祉との利益衡量の下に、行政処分の適否を司法判断の下に置くというむしろ積極的な機能を有しているものと考えらるべきであろう。」(313～314 ページ) と明快に「訴えの利益」を認めた。まさにそのとおりである。

前記 1 (1) で見た「訴えの利益なし」とする山口地裁判決の理由付け③は、国が行う埋立ての場合にも当然原状回復義務があるという上記の諸見解に照らして、明らかに失当である。

したがって本件では、上記諸見解が説くように、私人（民間事業者）には認められる訴えの利益が、実定行政法規の「解釈」、具体的には判決が言う「法 42 条は 35 条の原状回復義務の規定を「準用」していないから、国の場合には適用されない」とする解釈の合理性、妥当性如何という問題となる。しかし、このような一見法適合的な「脱法行為」を認める考え方は、明白な法解釈の誤りであるに止まらず、法治主義・法律による行政の一般原則にも明らかに違反するものであり、国の原状回復義務があることは、第 2 以下で詳しく論じるとおりである。

(3) 憲法、地方自治、法治主義を知らない古色蒼然とした法システム

公有水面埋立法は、90 年以上昔の 1921 年（大正 10）年に制定され、間もな

く100歳を迎える。この法律は、「公有水面を変じて陸地となす」ための埋立免許と竣功認可による埋立地の原始取得を柱とする「手続法」の性格が主で、このこと自体が埋立事業が促進される方向をもっていたことは否定できない。

この点につき、阿部泰隆は『行政法解釈学Ⅰ』（2009、有斐閣）において、次のとおり指摘している。

「海浜埋立てがかくも盛んに行われた理由は、法システムが土地の大量低廉供給を可能にしたからである。なぜ安いかと言えば、根拠となっている公有水面埋立法は、海浜埋立てによる国土の造成を善だとする、自然が余っていて、貧乏だった時代の発想のまま、安易に埋立免許を与えるシステムを引きずっており、経済的には、埋立免許料は造成された土地の3%（しかも自治体は無料、公水施行令17条）で、陸地を取得するよりも安価にかつ抵抗なくまとめて広い土地を取得できるように、埋立促進法的な色彩を帯びているからである。」
(15ページ)

また、成田頼明横浜国立大学名誉教授は、次のように公有水面埋立法の早期改正の必要性を説く。

海面と同じく「かけがえのない国民共有の財産」である海岸の管理法制としての「海岸法」が、「時代不適合性」の議論をきっかけに1999年に全面的にリニューアル、すなわち国・都道府県・市町村の役割分担の明確化と分権型スキームが導入された。にもかかわらず、残された課題としての公有水面の管理法制につき、「一般公共水域としての海の開発・利用・保全をめぐることは、海岸とは異なる種々の新たな問題が生じているので、次期の課題として、総合的な海域管理法が検討されなければならないと考えるものである。しかし、さしあたり、古めかしい公有水面埋立法、水難救助法等が見直しの検討対象とされることが望ましい。」（『分権改革の法システム』（2001、第一法規）345～346ページ。初出は「新たな海岸管理のあり方」自治研究75巻6号）

海岸法のみならず、地方分権改革に伴う法定外公共物（里道・水路）、河川

法など自然公物法制が環境保全の観点から次々と見直されてリニューアルされており、正当な指摘である。

公有水面埋立法は、いまや「絶滅種」となった「片かな法律」のひとつである。内閣法制局の津野修内閣法制次長は、次のとおり、単に口語体化が必要というだけではなく、要改正部分が多々あり、内容も現代化しなければならないことを指摘している。

「おそらく公法の分野で有斐閣の大六法のⅠに載っているなかで片仮名法というのは、公有水面埋立法程度かなという気がいたしました。」「公有水面埋立法になると、それなりにまた改正する機会があれば改正したらいい部分もある法律だとは思いますが。現在は環境問題とかいろいろな問題がありますから、なんらかの機会があれば改正することはおそらくそれなりのメリットはあると思うのですが、そういうことをやろうということを知ったことはまだありません。」（松尾浩也・塩野宏編『立法の平易化』（1997、有斐閣）294 ページ）

60年近く前に書かれた法制局職員との共著になる山口・住田『公有水面埋立法』においても、「法律の不備を解釈で補う」という法律として致命的な欠陥への極めて真つ当な指摘がなされていたことは、第3-2で詳しく見る。

公有水面埋立法が大改正をみたのは、第2-1(3)で見ると、公害問題の激化、埋立ての利権化から急きょ環境アセスメントの実施を義務付け、あわせて従来から問題が多かった無願埋立の「追認」を廃止した1973年の一部改正だけである。戦後30年近く経った法改正によって、戦後「死語」となっていた免許権者としての「地方長官」（制定時の地方自治法附則13条参照）が「都道府県知事」に改められた（例えば旧2条「埋立ヲ為サムトスル者ハ地方長官ノ免許ヲ受クヘシ」）一事からも分かるように、条文、内容＝法システムともに「古色蒼然」としており、当然のことながら「日本国憲法」も、「地方自治」とりわけ「地方分権」も、国民主権の「法治主義」＝「法律による行政」も知ら

ないづくしの法律である。つまり、本法は「明治憲法」下の「国家主権」「中央集権」「行政優位」、すなわち「行政は悪をなしえず」という「国家＝行政性善説」に貫かれた 20 世紀初めの遺物に他ならない。

山口地裁判決がこうした公有水面埋立法がもつ歴史的な沿革に基づく欠陥＝立法の不備、端的に言えば法治主義の底が抜けた「ザル法」としての延命に目をつむり、悪しき制定法準拠主義に陥っていることは否定できない。

(4) 「国家＝行政性善説」に貫かれた法システム

前(3)で見た明治憲法下で通用した「国家は悪をなしえず」＝「国家無問責の法理」の考え方は、当然のことながら戦後憲法 17 条（国及び公共団体の賠償責任）や行政救済法（行政不服審査法、行政事件訴訟法、国家賠償法）の登場により否定された。これら諸法が、国家はその諸活動において、主権者たる国民との関係において「国家は悪をなし得る」どころか「国家は悪をなしかねない」という国家観に立っていることは異論のないところであろう。

国家無問責の法理については、阿部泰隆『国家補償法』（1988、有斐閣）19～51 ページで詳論されているが、さらに阿部は「行政性善説対策」として、次のように主張する。

「各種の許認可・届出でも、行政なら不要とされているものがある。例えば、公有水面埋立地の譲渡は竣功認可の告示から 10 年間は知事の許可制に服するが、国または地方公共団体が埋立地を取得するときはこの許可を要しない（公水 27 条 1 項 1 号）。当事者が国や地方公共団体であるときは本来必要な許可に代えて協議を行うとか、本来必要な届出を不要とする制度もある（国土利用 18 条・23 条 2 項 3 号、建基 18 条）。

これは行政は悪をしないという前提による。しかし、実際にはこれが法規制をかいくぐる脱法行為を許す可能性がある。例えば、もともと、埋立ては大臣許可、環境庁長官の意見を踏まえて、特定の者が特定の用途に供するために認

められたものであるから、これを第三者に売却し、特定の用途と異なる用途に供することは簡単には認められない。ところが、埋立人が地方公共団体に売却し、そこから第三者に転売するとすれば、法規制を逃れ、まったく無関係の第三者に譲渡することが可能となる。そこで、地方公共団体が介在する場合でも、当初の埋立てと同じように大臣認可、環境長官の関与が必要である。」（『行政法解釈学Ⅰ』12ページ）

阿部がいみじくも行政性善説の具体例として挙げている法27条1項1号及び建築基準法18条については、第2-2(4)及び第3-4(2)において詳説する。

（5）新たな公物管理法制への変革の必要性

近年の環境問題への関心の高まりを背景に、公物、特に海や川などの自然公物の分野において新たな公物法理論が模索されており、公有水面埋立法の「耐用年数」切れは、口語化の必要性も含め明らかである。例えば塩野宏は繰り返し新たな公物管理法制への変革の必要性に言及し、自然公物は「理想的には、国民共有の資産」であり、「複数の利用が可能な資源という属性」をもっており、「これに「資源」の要素を組み入れることにより、管理・利用のあり方を考える上で重要な意義をもつ」「公物管理を国民の資産の合理的利用という角度から考える」「環境に対する配慮も、公物管理の一環として考えるべきである」（『行政法Ⅲ』372～376ページ、『行政組織法の諸問題』（1991、有斐閣）315ページ以下、327ページ以下、『法治主義の諸相』（2001、有斐閣）492ページ以下）などと提唱されてきたところである。

これまで見てきたように、公有水面埋立法の90年以上にわたる沿革からも、環境への配慮の欠落は致命的な法システム上の欠陥であり、新たな公物法の理念からも即刻全面改正を要するゆえんである。

海の管理法制における自治体の権限のあり方については、第3-5(3)で述べる。

(6) 小括—司法による「法創造」への期待

山口地裁判決が「法解釈の誤り」を犯していることは次の第2で詳説するが、裁判官のミスリードをさえ誘発しかねない“できばえ”の良くない法律は、司法によって創造的な解釈の道筋が示され、妥当な結論が見い出されなければならない。

櫻井敬子学習院大学教授は、「[「法治主義」は近代国家の国是というべきものであるが、統治の基準となる法律のできばえは決して良いとはいえず、これこそ法治主義の最大の弱点なのである。裁判官にとっては、不完全で問題だらけの法律規定を使って、極めて限られた選択肢の中から堅実な論理をもって実務上妥当な結論を導くことが求められることになる。]（『行政法講座 50 法の一般原則』自治実務セミナー 2010年11月号 10ページ）と喝破している。

また、阿部泰隆によれば、「法の解釈とは、法の不明確性（空白、不整合）を補い、是正し、明確かつ合理的に修正する実践的な作業である。そして、行政活動が違法かどうかを判断する。それは、しばしば、個別具体の条文の意味を探る狭い作業として行われているが、本来は、憲法も含め、法の体系全体を把握して、それに争われている問題を位置付けていくことが不可欠である。」（『行政法解釈学Ⅰ』45ページ）、「文理解釈は、法律の解釈上重要であり、法治国家である以上は、条文から勝手にあまりに離れることは許されないのが原則であるが、立法者が文理をよく考えて選択したかどうかを吟味すべきであり、そうではない場合には、それにあまり拘泥すべきではない。法の体系的な解釈、憲法の価値観を優先して、不合理な文理を修正する解釈が求められる場合が多い。」（同47ページ）とされる。

公有水面埋立法は、“できばえ”が良くないどころか、「ザル法」の典型例であり、こうした「ザル法」を楯にとって一步も引かない「法匪（法規を楯にとって形式的理屈をいう技術：末弘厳太郎）」を、法治主義に基づいて排し糾すの

が司法の果たすべき役割であろう。

以上のとおり、本件訴訟で争われている法の缺欠＝解釈上の不備に対しては、裁判所による 21 世紀の現代社会にふさわしい法治主義に叶った「法創造」活動こそが求められているのである。

第 2 山口地裁判決における法解釈の誤り：国の原状回復義務あり

1 法 35 条 1 項、42 条 3 項の法構造

(1) 国が行う埋立てに関する規定

まず、公有水面埋立ての法システムを概観しておく。【2(2)の事務手続の流れ参照】

一言でいえば、「公有水面埋立法による埋立免許は埋立権、同じく竣功認可は土地所有権を与える（公水 16 条・17 条・24 条）」（阿部泰隆『行政法解釈学 I』212 ページ）とされる。

公有水面埋立権（埋立てをなす権利）は、後掲山口・住田『公有水面埋立法』によれば、「国の特許により成立する権利」で「一定の公有水面の埋立を排他的に行い、土地の造成をするとともに、条件附に埋立地の所有権を取得することを内容とする権利である。」（157 頁）とされる。

法 2 条の都道府県知事の免許は、講学上の「特許」であり、22 条の都道府県知事の竣功認可は、同じく「確認」と解されている（通説である）。

法は、①免許の出願（申請）から②免許の取得を経て③埋立工事を施行し、④竣功認可に至る過程の諸手続を定める。本法の中心をなすこれら一連の手続には、当然行政手続法の適用がある。

竣功認可後においても免許の実効性を担保するため、種々の監督規定が置かれている。2(4)で見る法 27 条に基づく埋立地の処分（譲渡）制限（ただし、国・地方公共団体は明文により免除）がその例である。

法 42 条による国が埋立てを施行する場合の公有水面埋立法上の特例の規定は、下記①、②、③のとおりである。

国とても都道府県知事の埋立「承認」を受けて「埋立権者」となり、埋立工事が完了すれば「竣功通知」により土地所有権を原始取得して国有地となすものである。このプロセスは私人による埋立てと全く同一であり、節目となる処分の過程において「承認」、「通知」という「特例」が設けられているに過ぎないことに注意する必要がある。もちろん、免許の基準（4 条）も同一である。

端的に言えば、キセルの両端に国が埋立てを行う場合の講学上の「処分」の特例が置かれているだけで、キセルの両端を結ぶ手続・内容は私人と異なることなく同等の法的立場で埋立てを行うものである。違法な埋立てに対する「原状回復義務」も国に特例＝免除を認めることなく、同等に課されるものであることは、以下に述べるとおりである。

① 法 42 条 1 項：都道府県知事の埋立ての「免許」に代え「承認」

② 法 42 条 2 項：都道府県知事の工事竣功の「認可」に代え「通知」

③ 法 42 条 3 項：2 条 2 項・3 項（免許の願書）を「準用」

同上 ：3 条から 11 条まで（免許の諸手続・審査事項）を「準用」
 3 条（出願事項の縦覧等）
 4 条（免許の基準）
 5 条（水面に関する権利者）
 6 条（水面の権利者に対する補償等）
 7 条（補償金額の供託）
 8 条（補償等をなす前の工事着手の禁止）
 9 条（損害の補償をなすべき漁業権を目的とする先取特権
 又は抵当権の物上代位性）
 10 条（水面の利用施設に対する補償又は代替施設）
 11 条（免許の告示）

同上 ：13 条の 2（出願事項の変更等）を「準用」

同上	：14条（他人の土地に対する立入又は一時使用）を「準用」
同上	：15条（立入・一時使用の損害の補償）を「準用」
同上	：31条（物件の除去）を「準用」
同上	：37条（鑑定費用の負担）を「準用」
同上	：44条（補償に関する訴訟）を「準用」

【※付言する。地裁判決は、「法43条3項において前記条項を準用していない」（35ページ）、「法43条3項において法35条1項を準用していない」（37ページ）と記載するが、法43条は「国が埋め立てた土地を公共団体に帰属させる場合」の規定であり、しかも項立て（第2項以下）はない。これは明白に法42条3項の誤りである。刑法であれば条文違いは当然違法の問題を生ずるところ、行政法規ではただのミスで許されるのであろうか。釈然としない。】

この他の12条の免許料の徴収や16条以下の私人（民間事業者）による埋立権、埋立地の規制が国が行う埋立てに準用されないのは当然である。

引き続き国の違法な埋立行為に対する次の規定、すなわち承認権者の「監督規定」は次のとおりである。

- ① 法32条 [竣工認可前の違法行為等に対する匡正（きょうせい）]
- ② 法33条 [竣工認可後の違法行為に対する匡正]
- ③ 法34条 [免許の失効]
- ④ 法35条 [免許失効の場合の原状回復義務]

これらの規定には、明文で法42条3項の「準用」規定は適用されていない。ここまでは山口地裁判決と同じ認識であるが、判決が国が行う埋立てについては、法42条3項の「準用」がないので、法35条の原状回復義務はないと判断するのに対して、本意見書では、35条においては明文の「適用除外」規定なしに国の原状回復義務が免責されるものではないことを、次の2「結論：国の

原状回復義務あり」で明らかにする。

【参考】公有水面法は、章・節立てを行っていないので、法律の構造が極めてわかりにくい。項立てや見出しもない。後出の山口・住田『公有水面法』はこれらのことも考慮して章立てしていると考えられるので、参考までに次に掲げる。

第1章 公有水面埋立の免許

第2章 公有水面埋立権

第3章 埋立権者の権利義務

第4章 埋立の竣功

第5章 国の行う埋立

第6章 無願埋立

第7章 訴願及び訴訟

山口・住田の構成は以上であるが、本来「第8章 罰則」と続くべきところ、法39条、39条の2、40条、41条、41条の2の罰則規定が現に存在しているにもかかわらず、何ら記載がないのは不可解というほかない。

法令中の各条文の実効性を担保するためには、刑事罰（行政刑罰）ほかのペナルティが不可欠であるのに、その解説がない。法律が守られないわけがないという思い込みなのであろうか。行政指導（塩野宏の言う「和風の行政スタイル」）で済ませようというのであろうか。はたまた行政代執行を背後に原状回復を命ずれば刑事罰は不要というのであろうか。とはいえ、行政代執行は現実にはめったに発動されない実態がある。無願埋立の「追認」が横行していた時代だから告訴して刑事罰を求めるにもきりがなかったのであろうか。推測するほかないが、ここにも「行政性善説」が深い影を落としていると言えよう。

(2) 法 35 条・42 条の規定の変遷

以下に、1921 年制定以来の法 35 条・42 条の規定の変遷を見る。

【35 条・制定時】

- ① 埋立ノ免許ノ効力消滅シタル場合ニ於テハ免許ヲ受ケタル者ハ埋立ニ関スル工事ノ施行区域内ニ於ケル公有水面ヲ原状ニ回復スヘシ但シ地方長官ハ原状回復ノ必要ナシト認ムルモノ又ハ原状回復ヲ為スコト能ハスト認ムルモノニ付埋立ノ免許ヲ受ケタル者ノ申請アルトキ又ハ催告ヲ為スニ拘ラス其ノ申請ナキトキハ原状回復ノ義務ヲ免除スルコトヲ得
- ② 前項但書ノ義務ヲ免除シタル場合ニ於テハ地方長官ハ埋立ニ関スル工事ノ施行区域内ニ於ケル公有水面ニ存スル土砂其ノ他ノ物件ヲ無償ニテ国ノ所有ニ属セシムルコトヲ得

【現行】

昭和 48（1973）年 9 月 20 日法律第 84 号による一部改正（翌年 3 月 19 日施行。以下「48 年法改正」と略称）により

- ① 「地方長官」を「都道府県知事」に改めた
- ② 「地方長官」を「都道府県知事」に改めた

【42 条・制定時】

- ① 国ニ於テ埋立ヲナサムトスルトキハ当該官庁地方長官ノ承認ヲ受クヘシ
- ② 埋立ニ関スル工事竣工シタルトキハ当該官庁直ニ地方長官ニ之ヲ通知スヘシ
- ③ 第 3 条乃至第 11 条、第 14 条、第 15 条、第 31 条、第 37 条及第 44 条ノ規定ハ第 1 項ノ埋立ニ関シ之ヲ準用ス但シ第 14 条ノ規定ノ準用ニ依リ地方長官ノ許可ヲ受クヘキ場合ニ於テハ之ニ代ヘ地方長官ニ通知スヘシ

【現行】

48 年法改正により

- ① 「地方長官」を「都道府県知事」に改めた

② 「地方長官」を「都道府県知事」に改めた

③ 2条2項・3項（免許の願書）を加えた

13条の2（出願事項の変更）を加えた（埋立地ノ用途又ハ設計ノ概要ノ変更ニ係ル部分ニ限ル）

33条（地方長官の監督権）を削った＝現行33条（竣功認可後の違法行為に対する匡正）

以上見たとおり、法35条・42条の規定は、1921年の制定以来、日本国憲法制定、地方分権改革という戦後行政の二大変革にもかかわらず、主要な改正は次の(3)の48年法改正により「地方長官」を「都道府県知事」に改めたに止まり、しかも国が行う埋立てについては、時代に適応した「特例」の見直しには何ら手が付けられていない。（他の数次にわたる改正は、他の法律の改正に伴うもので、いわゆる規定の整備でしかない。）

この原因は、戦前・戦後を通じて余りにも簡略＝反法治主義的で、裁量と特例だらけの法を、運用の“妙”でカバーし、戦後も続いた機関委任事務体制の下で「通達行政」を通じて権力の源泉を維持してきた中央官僚による地方支配の病理がある。それゆえに、役人の世界では公有水面埋立法は「天下の名法」と喧伝され、「不磨の大典」視されてきたのである。

(3) 48年法改正

三本木健治元明海大学教授の論文「公有水面埋立法の改正とその史的回顧」（自治研究50巻7号）は、48年改正法の立案に当たった筆者（当時建設省水政課長補佐）による「初めての実質的な改正」の解説としてのみならず、タイトルのとおり法制定後50年を経た時点での公有水面法制の歴史的経緯、特に戦後「平和的に領土を拡張する方法」としての同法の活用をたどったものとして貴重な論考である。

以下、本件に関連する知見を次のとおり引用して示す。

- ① 大正 10 年に制定された公有水面埋立法全 50 ケ条は、公有水面の埋立に関し近代的な手続法規の装いを与え、公有水面の干拓を初めて認知して埋立と同等のものとして見做し（法第 1 条第 3 項）、（略）公法的義務と私法的権利の体系を確立したのである。（25 ページ）
- ② その規定の足らざるところは、昭和初期の多数の行政裁判所の判例がこれを補って来たのであるが、その種の法律が存在すること自体に、埋立干拓が促進される方向に一定の認識が傾いていたという事実は、否定できないとする向きもある。（27 ページ）
- ③ 一面では、本来国民の共有の資産である公有水面が、埋立地の権利の移転、用途の変更等を通じて、不当な利潤取得の舞台に転ぜられる等の弊害を生み、また、他方では大規模埋立に伴う周辺地域の自然環境の破壊、公害の発生等の問題が、近年特に各界の論議を呼ぶに至っている。（28 ページ）
- ④ 今回緊急かつ重点的に問題解決を図るため、次の諸点を主な内容とする法改正が行われたのである。

第一に、（略）法第 3 条 [出願事項の縦覧等] 関係

第二に、従来漁業権者等の水面権利者との関係のみで羈束されていた知事の裁量行為に、埋立免許の基準を明定することにより、新たに法的な羈束を加えることとした（法第 4 条関係）。

第三に、（略）法第 27 条 [埋立地に関する処分の制限]、第 28 条 [許可を受けない権利の設定又は譲渡]、第 29 条 [埋立地の用途と異なる利用の制限] 関係

第四に、埋立免許を受けないで埋立工事をした者に対し知事が原状回復の必要なしと認めるときには埋立の追認をすることができるという制度は、法制定時にも問題があったものであるが、行政運営の姿勢を一層厳正にするため、これを廃止することとした（法第 36 条関係）。

第五に、（略）法第 47 条 [都道府県の職権に対する主務大臣の監督（環境庁長官の意見）] 関係（28～29 ページ）

- ⑤ 公有水面埋立及び公有水面埋立法は、以上のように長い歴史を有し、また種々の問題を提起して来たものであるが、現時点においてなお国土環境の保全と国土の適正利用とは、あらゆる政策課題の最大なるものの一つである。

(37 ページ)

- ⑥ 終わりに、今回の法改正に関連する公有水面埋立の現下の問題点の所在を示すものとして、参議院建設委員会の附帯決議を資料として掲げることとする。

1 公有水面の埋立て及び埋立地の利用により、公害の発生等の深刻な社会問題を生じている近時の状況にかんがみ、環境の保全、国土の適正な利用及び所有権の帰属等について、公有水面埋立法を抜本的に検討し、早急に所要の法整備を行うこと。

2 海域は、国民共通の資産としての公共用物であることにかんがみ、自然環境の保全及び適正な利用を図るため、総合的な海域の管理制度を速やかに確立すること。

3～8 (略) (37～38 ページ)

以上であるが、三本木は「地方長官」の「都道府県知事」への改正については特に触れてはいない。たしかに、地方自治法（昭和 22 年法律第 67 号）の制定時の附則 13 条で「他の法令中地方長官、東京都長官、北海道庁長官（略）」に関する規定は、政令で特別の規定を設ける場合を除く外、各々都道府県知事、都知事、道知事（略）に関する規定とみなす。」と規定されていた。大正時代の「古い革袋」に戦後の新憲法という「新しい酒」を盛る具合にもいかず、明治憲法下の公有水面埋立法の「地方長官」なる用語をそのまま継続したのであれば、余りにも反憲法的な不作為（サボタージュ）を戦後 20 年間以上の長きにわたり続けてきたと言わざるを得ない。

なお、48 年法改正時の「都道府県知事」は、あくまで機関委任事務体制の下で主務大臣の指揮監督を受けて「国の事務」を執行する長であって、現在の

地方分権下の自主的に当該自治体の事務を処理する長ではない。第3 - 5(2)で詳述する。

また、すでにこの時点で国会は内閣に公有水面埋立法の抜本的な改正を求めているのであり、これまた40年間ボールは行政（所管官庁及び官僚）に投げかけられたままなのである。

2 判決の法解釈の誤り：国の原状回復義務あり

(1) 「法的仕組み論」の示唆

高木光京都大学教授は、近年注目されている「法的仕組み論」の紹介として、塩野宏『行政法Ⅰ（第4版）行政法総論』（2005、有斐閣）及び稲葉馨・人見剛・村上裕章・前田雅子『行政法』（2007、有斐閣）の次の記述を引いている（「行政法入門 29 法的仕組み」自治実務セミナー 2007年11月号4ページ、「行政法入門 30 「法的仕組み」と「仕組み解釈」」同2007年12月号4ページ）。

塩野「行政過程は、抽象的にいえば、複数の行為形式の結合ないし連鎖によって構成されている。しかし、いうまでもないことであるが、これらの行政過程は単に抽象的なものとして存在しているわけではない。それぞれは、原則として個別の制定法によって作られた法的仕組みの実現の過程として、特別の意味と内容をもつのである。たとえば、放送局の免許は、それ自体としては行政行為の一種にすぎないが、電波法、放送法によって構成されている放送局の免許制度という法的仕組みの一部をなしているのである。建築の確認も、建築基準法上の建築確認制度という仕組みの、重要ではあるが、その一部を構成している。このように、すべての行為形式はいずれかの法的仕組みの中の部分として現実上の意味をもつ。」（79～80ページ）

稲葉他「行政上の「一般的制度」は、各行政分野で共通に利用可能な「法的仕組み」（諸要素の有機的組合せ）であり、そこでは、当該仕組みそのものの

価値原理（意義）・特色・構成要素等が論じられる。行政作用法総論においては、伝統的に、「行政の行為形式論」が中心に置かれてきたが、近時は、個々の行政決定等を「行為」という視点で限定してとらえるだけでなく、たとえば、「許可」という行政行為について、《罰則による「自由」の一般的禁止→許可の申請→申請に対する手続的規律→許可による一般的禁止状態の解除→許可を受けた者に対する監督・指導・許可更新制度→違反者に対する許可の停止・取消→それをめぐる行政の事前・事後手続》といったように、一定の行為を中心とするシステムないし法律関係の展開の仕組み（法的仕組み）として把握することが重視されるようになってきている。」（18ページ）

高木はこれらの指摘を受けて、従来「行為形式」として説明されている「行政行為」等も、「法的仕組み」の中に位置づけて理解しなければならないとしたうえで、給付行政における「行為形式」と「法的仕組み」や「通知」の処分性についての具体的な考察を行っている。

次にこの「法的仕組み論」の示唆を受けて、公有水面埋立法に即した検討を行う。

ここで、次の(2)(3)(4)において対比して論じる「実体規定」及び「手続規定」の意義・区別について述べておく。

これらの概念は、法一般について行われているもので、例えば『有斐閣 法律用語辞典（第2版）』（2000）によれば、「じったいほう【実体法】」の意義として「権利義務の発生，変更，消滅の要件等の法律関係について規律する法。民法，商法，刑法等がこれに当たる。実体法の適用の手続を規律する手続法に対する。」（619ページ）と説明される。（いくつかの代表的な行政法教科書を参照したが、実体法・手続法の区別について直接言及している記述は見られなかった。索引にも同じく該当なし。改めて説明を要しない初歩的な概念とされているためであろうか。）

本書の説明では「行政法」は明示されていないが、行政主体と私人などとの間の権利義務の発生、変更、消滅の要件等の法律関係を規律する個別の「行政実体法」のまとまりとして行政法体系がつくりあげられていることは言うまでもない。個別の行政実体法の運用を手続面からコントロールする通則的なルールを定めたものが、1994年に制定された行政手続法である。

行政法規において一般的に権利義務の変動をもたらすのが「実体規定」としての「行政処分」であり（最高裁1964年10月29日判決において「行政庁の処分」とは、行政庁の法令に基づく行為のすべてを意味せず、公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうちで、その行為により直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているものをいう。」（民集18巻8号1809ページ）と定式化されている。）、その過程において行政処分を適正に行うため介在するのが「手続規定」である。

稲葉他が指摘するとおり、個別の行政法規の条文は、以上のような「実体規定」と「手続規定」の組合せからなる。

公有水面埋立法は、1(3)で見た三本木健治が述べるように「手続法規」としての性格が強いが、その節目となる埋立ての免許や竣功認可は法的な権利を形成する典型的な「処分」=「実体規定」であり、その実効性を担保するため原状回復義務を課するなどの行為も「実体規定」である。そしてこのような法の目的を達成するための「実体規定」を結ぶ役目をするものが多数の「手続規定」である。

(2) [結論1] 法42条は手続規定のみを準用

稲葉他が挙げる例に倣って、公有水面埋立法の「法的仕組み」を検討するには、埋立行政の実務を支配している後掲『港湾行政の概要』の参照が有益である。

それによれば、公有水面埋立法に基づく埋立免許権者＝都道府県知事の「出

願から免許に至る」事務手続の流れは、おおむね次のとおりである（9-21～22ページ）。

- ① 埋立の出願
- ② 免許庁受理・形式審査
- ③ 出願の告示・縦覧
- ④ 内容審査
- ⑤ 免許又は承認の可否判断
- ⑥ 埋立の免許又は承認
- ⑦ 免許又は承認の告示

1(1)(2)で見たとおり、法42条「3項」は、同条「1項」の「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」の規定に関してのみ「準用」する規定である。42条3項の準用は、あくまで同条1項の「手続」事務に限定される。

具体的には、上記①～⑦までの事務のすべてである。同項に列挙する2条2項・3項、3条から11条まで、13条の2は、この事務、すなわち承認の出願（申請）から承認を得るまでの流れに属する。

次に、免許を受けた埋立権者は、埋立工事を施行し、完了すれば竣功認可を受ける。

この工事の過程で、14条、15条、31条、37条、44条の規定が、埋立権者としての国が行う埋立てについても「準用」され、工事が完了すれば、42条2項の竣功通知がなされる。これまでが、稲葉他が例示する許可の法的仕組みの前半部〔許可まで〕である。

ここまでの結論として、公有水面埋立法は、主要には埋立免許の申請から竣功認可による埋立地の原始取得までに関する手続規定（水面権利者との調整を含む）で構成されており、国が行う埋立てにおいても、法42条3項は上記埋

立免許申請から竣功認可に代えて埋立承認申請から竣功通知に至る手続過程でしか「準用」されないことである。

次の(3)で述べるとおり、法 35 条の原状回復義務規定は、42 条 3 項の規定において準用されていないことをもって、国の義務を免除しているとはいえない。35 条の規定は、上記の準用規定とは性格を異にする監督処分を定める「実体規定」であるから、そもそも 42 条の定める手続規定の準用にはなじまない。端的にはそもそも法 35 条は、42 条とは法的性質が異なり、「無関係」な条文なのである。よって国も私人と同様に、35 条の監督規定に服する。このプロセスが、稲葉他が例示する許可の法的枠組みの後半部〔監督等から〕である。

以上見たとおり、山口地裁判決は、法 42 条 3 項の解釈、特に「準用」の意義をミスリーディングしており、結論において誤りと言わざるを得ない。

ちなみに、歴代内閣法制局長官の林修三・吉国一郎・角田禮二郎の執筆になり、現在も法制執務（立法技術）の最高の指針とされる『例解立法技術（第 2 次全訂新版）』（1983, 学陽書房）は、「法令上の慣用語」としての「準用」を次のように解説している。

「「準用」というのは、本来 A という場合について規定されているある規定を、それとは多少違うが大体類似している B という場合に、多少字句にその場合に応じた変更を加えて適用するという意味であって、A のために規定されている規定を、この A について当てはめるといふ意味の「適用」と対比される用語である。」（58 ページ）

このように、「準用」は、そもそもそれ自体から法的な権利義務を設定し、かつ効力を生じる創設的な性格をもつものではなく、実定法の構造においても、せいぜい「補則」「雑則」中の「読み替え」規定扱いなのである。

本件においては、埋立免許－竣功認可という一般的な手続規定に、類似している国が行う埋立承認－竣功通知の場合をそのまま「準用」＝「読み替え」するという法的テクニックであり、新たな実体規定にまで及んで特例の「適用」を創設ないし免除するものではない。そのためには、当然明文を要するところ、法 35 条には対応する規定はない。次の(3)(4)で述べるとおりである。

(3) [結論 2] 法 35 条は監督処分＝実体規定：法 42 条は 35 条を準用せず

以下に、法 35 条は監督処分を行うための実体規定であり、42 条 3 項が準用される手続規定とは異なることの例証を 9 点にわたり示す。

- ① 地方分権に伴い新たに「法定受託事務」とされた事務のうち、埋立の承認から竣功通知に至る過程の事務は法 42 条が準用されるが、法 35 条は 36 条が準用されるだけである。35 条が実体規定であることが、まさに実定法において明らかにされた。第 3－5(1)で詳論する。

また、法 42 条に対応する施行規則（注：奇妙なことに規則＝省令だけが平仮名化されている）16 条は、国において行う埋立てについての準用を定めるが、全 16 条のうち準用される 1 条から 7 条までの規定はすべて承認に関する手続規定である。これも実定法上の論拠となる。

- ② 法違反に対する義務履行確保の最終の段階としての行政代執行に進むためには、作為＝原状回復を命じ、代替的作為義務（行政代執行法 2 条）違反を構成する必要がある。塩野宏があげる第 3－4(2)で見る建築基準法 9 条の除却命令や河川法 31 条の原状回復命令がその好例である（『行政法 I（第 5 版）行政法総論』232 ページ）。

行政法の一般理論である法治主義（法律の留保）の要請からも、原状回復義務は、法違反者に対するペナルティ＝是正措置として、原状回復「命令」などにより新たな法的義務を課すものであるから、法律の明示の根拠がいる。単なる「準用」ではなく、明文による適用除外＝免責規定によらなければ原状回復の義務は免れ得ない。

③ 立法者意思である「公有水面埋立法逐条理由」（後掲・三善『公有水面埋立法』所収 291 ページ）は、第 3 - 1(1)で見るとおり、法 42 条につき「本条ハ国ニ於テ埋立ヲナサムトスル場合ノ手続及準用条文ヲ定メタリ」と、手続規定であると位置付けている。

④ 法制定時出された「公有水面埋立ニ関スル件」（大正 11 年 4 月 20 日発土第 11 号内務次官から各省次官あて。後掲『公有水面埋立実務便覧』161 ページ）も、次のとおり法 42 条は手続規定であると位置づけている。

「1 国ニ於テ埋立ヲ為ス場合ニ於ケル公有水面埋立法第 42 条ノ規定ニ依ル埋立ノ承認又ハ竣功ノ通知ニ付テハ同法施行令第 2 条〔現法第 2 条第 2 項、第 3 項〕又ハ同令第 25 条〔現規則第 11 条〕ノ規定スル所ニ準シ必要ナル手続ヲ履践スルコトニ致度」

⑤ 第 3 - 2 で見る学説として権威ある法解説書である山口・住田『公有水面埋立法』は、「第 5 章 国の行う埋立」において、42 条が準用される条項（範囲）について、「国の行う埋立については、当該官庁は、埋立免許権者の承認を受け、その他、その承認の制限、損害の補償及び損害防止施設の設置、工事の竣功等について埋立法第 42 条の規定に従って処理しなければならない。」（328 ページ）とする。もちろん、国の原状回復義務の免責の記述はない。

法 35 条〔免許失効の場合の原状回復義務〕は、「第 6 章 無願埋立」（343 ページ以下）の章において説明している。無願埋立の「追認」の制度は 48 年法改正において廃止されたが、もちろん事実として無願埋立てがなくなったわけではない。国も当然私人と同様の規制に服する。本章においても、法 35 条において国は原状回復義務を免責される旨の記述はもちろんない。

なお、本書については、第 3 - 2 で詳しくコメント・評価する。

⑥ (2)で見たように、稲葉他によれば、許可がなされたのちは、「許可を受けた者に対する監督・指導・許可更新制度」「違反者に対する許可の停止・取消」「それをめぐる行政の事前・事後手続」が法的に整備されている。公有水面埋立法に即せば、33 条〔竣功認可後の違法行為に対する匡正〕、34 条〔免

許の失効], 35条 [免許失効の場合の原状回復義務], さらには行政代執行法第2条に基づく代執行(山口・住田355ページ), 39条~41条の2【罰則: 1(1)で見たとおり山口・住田にはなぜか罰則に関する章立てがない】である。国が行う埋立てとて, 法律に違反する行為, 例えば, 承認された埋立区域を越境して埋め立てたり, 埋立地のレイアウトを勝手に変えたり, 異なる用途に利用したりなど, 違法な行為をなすことは十分にありうる。原状回復義務はその大きな歯止めとなるのであるから, 監督処分として免責されることはあり得ない。

- ⑦ 第3-4(2)で詳しく見るように, 類似法制としての, 国の手続上の特例を認めた都市計画法の「開発協議制度」及び建築基準法の「計画通知制度」においても, 原状回復義務を始めとする監督処分が詳細に規定され, もちろん国の特例=法律に基づく適用除外=免除はない。
- ⑧ 佐藤英善早稲田大学名誉教授は, 『経済行政法-経済政策形成と政府介入手法-』(1990, 成文堂)において, 「行政上の義務履行確保制度」などの「実効性確保の手法」のモデルを示している。それによれば, 義務違反等に対し, 行政一般に共通して用いられる実効性確保手法は, 勧告(指示)→下命→A許認可の取消・停止又はB行政強制(代執行・即時強制・強制徴収)(併用もある)→C罰則の流れである(1000ページ)。

佐藤によれば, 公物法・土地法として公有水面埋立法と共通の性格を有する「河川法」における実効性確保の手法は, 違反の形態に応じて「タイプ1行政代執行+罰則」「タイプ2 原状回復+罰則」「タイプ3 罰則」「タイプ4 即時強制(危険の切迫・緊急性)」がある(1010~1011ページ)。その前提となる監督処分の中心が, 改善・是正命令である(1012~1013ページ)。

- ⑨ 実質内閣法制局の法制執務上の見解を示す林他『例解立法技術』においても, 「監督規定」は「実体的規定」に属し, 「事業の運営方法について改善, 変更その他監督上必要な命令, 指示, 勧告等をなし得るものとする」と(225ページ)があげられている。

以上見たとおり、さまざまな実定法の定め、学説、実務等に照らしても、法 35 条は実体規定としての監督手法であり、特別の定め＝特例としての「適用除外」規定がない限り、国の特例＝免除を認めるものでないことは明らかである。

積極的に免除するには、法治主義の要請から明文の規定を要し、判決が誤読したように法が“沈黙”＝“黙認”しているように見えても、免責しているわけでは決してない。

(4) 【結論 3】 法 35 条は国の原状回復義務を適用除外する明文なし：よって 国の原状回復義務あり

ここでまず参照すべきは、第 1 - 2(4)で阿部泰隆が「行政性善説」の例として挙げた法 27 条 1 項 1 号の規定である。

27 条 [埋立地に関する処分の制限] 第 22 条第 2 項ノ告示ノ日ヨリ起算シ十年間ハ第 24 条第 1 項ノ規定ニ依リ埋立地ノ所有権ヲ取得シタル者（略）当該埋立地ニツキ所有権ヲ移転シ（略）セムトスルトキハ当該移転又ハ設定ノ当事者ハ命令ノ定ムル所ニ依リ都道府県知事ノ許可ヲ受クヘシ但シ左ノ各号ノ一ニ該当スルトキハ此ノ限ニ在ラス

一 権利ヲ取得スル者ガ国又ハ公共団体ナルトキ

法 27 条が実体規定であることは明らかであり、他方法 35 条においてはこのような国を積極的に免責する明文の特例＝適用除外条項はない。

法 27 条と同様の事例としては、第 3 - 2(2)で見る国が行う開発行為については許可（協議）不要とした旧都市計画法 29 条 1 項ただし書き 4 号（現在は廃止）がある。

このように、手続規定たる法 42 条 3 項は、実体規定たる 35 条 1 項の規定を「準用」していない。ただそれだけであり、それ以上でも以下でもない。それを判決が一步踏み込んで、国が行う埋立てについては、法 42 条の準用がない 35 条の規定は、何ら明文の規定もないのに、国の原状回復義務を「適用除外」

=「免責」していると同様に“深読み”・“拡張解釈”したのは、行政実定法の構造及び立法技術の基本の理解において恣意的な「ミスリード」である。「国も悪をなし得る」のであり、公有水面の埋立てにおける違法行為も例外ではない。

裁判所はそのような解釈が、「建前」（いかなる？）に合い、「自然な」（どのように？）、かつ合理的な解釈であるゆえんを誰にでもわかりやすく説明しなければならないことはもちろんである。

なお、法 35 条違反に対する刑事罰の定めはない（法 39 条、39 条の 2、40 条、41 条参照）。「免許失効」という違法の上に違法を重ねるからであろうか。代執行が次の段階で法的に準備されているとしても、一般的にその実行に踏み切るのは至難の業であることは周知のとおりである。海面の原状回復の代執行となれば、行政の想像を絶することがらであろう。ここにも監督手法の機能不全がみられる。

付言すれば、立法論として国による原状回復につき、都道府県知事との間で、違法な事実の把握→通知・事実確認→協議→同意→原状回復の実施という是正方式も可能であろう。

以上より、公有水面埋立法の構造及び条文に照らした法解釈上、国が行う「違法」な埋立てに対しては、法第 35 条第 1 項に基づく原状回復義務があることは明らかである。

次の第 3 においては、行政法理論及び行政実定法の定めを両面から 5 つの根拠をあげて、法 35 条は国の原状回復義務を当然のこととして認めていることを明らかにする。

第3 国の原状回復義務を認める5つの証拠

1 [証拠1] 学説・判例・実務の状況

(1) 学説

公有水面埋立法に関する学術的な著書、論文は、阿部泰隆と三本木健治の一連の論文以外は、ほとんどが判例批評の類で多くはない（第一法規法情報総合データベースの法律判例文献情報などによる）。また、管見の限りでは法35条及び42条の関連を直接論じた論文はない。

実務家による執筆とはいえ、権威ある法解説書として、山口眞弘・住田正二『公有水面埋立法』（1954、日本港湾協会）がある。次の2で詳しくコメント・評価する。

三善政二『公有水面埋立法（問題点の考え方）』（1970、日本港湾協会）も実務家の手になり独自の見解を多く示しているが、附録として収められている「公有水面埋立法逐条理由」は立法者意思を探るうえで貴重である。それによれば（三善は平仮名書きに改めている）、

【35条】（288ページ）

イ 本条は免許失効の場合に於て公有水面を整理するに付必要なる方法を規定するものなり

ロ 公有水面に存する土砂其の他の物件とは土地に添付したる物と未だ添付せざる物たるとを問わさるなり

【42条】（291ページ）

本条は国に於て埋立を為さむとする場合の手續及準用条文を定めたり

イ 承認とあるは国の機関相互の関係なるを以て免許の語を避けたり

ロ 国の機関の行為なるか故に竣功認可を受けしめず単に地方長官に通知することを以って足ることとせり

ハ 国の工事に付ても第7条第8条を準用したるは此等の規定は権利者を保護

するのみならず先取特権者抵当権者をも保護する規定なればなり

ニ 第14条の準用に付ては地方長官の許可を受くるに代へて之に通知するを以て足ることとせり

ホ 国が埋立の承認を受けたる場合に於ては埋立を為す権利か之に依りて生ずるに非ざるか故に之を私人に譲渡することを得ず私人が免許を受けて発生する埋立を為す権利も亦国に移転するを得ず国は埋立を為す権利の主体たるを得されはなり

第1-1(1)で見た山口地裁判決が、特段典拠を示すことなく独自の見解として示したいわば「国家所有万能説」は、三善の本書がとるところである。三善によれば、

「国の為す埋立機能は、一般私人の場合と同様に埋立法に由来する「埋立を為す権利」として把握すべきものなのだろうか。換言すれば、そのことは、国と雖も埋立法に基づいて免許権者から相当の処分をうけることによって付与される機能なのかどうかという、問題である。」という問いを立て、

「結論は、「否」である。何故ならば、公有水面は、元来、国の所有に属し、国の独占的支配下にある。国は、その管理権、支配権の作用として当然に埋立を為す権能を保有するものと考えねばならない。従って、国が国の機関たる免許権者から行政処分をもって「埋立ヲ為ス権利」を設定して貰う必要はなく、それ以前に、管理権乃至支配権の作用として埋立を行う機能をもつものと解される。

埋立法は、斯かる見地から免許でなく「承認」をうけさせることとし、竣功認可については、確認行為を要せず「竣功の通知」をすれば足りるとしているのである。これらは、埋立を為す国と免許権者とは、相互に国の間柄であるとして事務処理をさせようとする意図に出たものであると考えられる。(一方、権利説の立場では、承認する国を行政権の主体としての国、出願する国を公企業の主体としての国であると観念して両者の相互関係を説明する。)(233ページ)と述べている。

以上の記述から、山口地裁判決との類似が明らかであろう。

三善のこの見解は、上記の法制定時の「逐条理由」42条イ、ロ、ホに忠実に依っている。

さらに、三善が依ったのは、次の(3)で見る1953年の内閣法制局意見である。

三善の本書は、29年間にわたり港湾行政に従事した経験から書かれたもので、実務家としての立場上からもこれらの行政実例を無視できなかったものと思われる。しかし、当時すでに絶版になっていた山口・住田『公有水面埋立法』の「権利説」に敬意を表して適切な紹介を行っているのはフェアである。

以上より、「国家所有万能説」は、「逐条理由」(1921)→「法制局意見」(1953)→三善『公有水面埋立法』(1960)と引き継がれ、本判決もこの見解に従っている。

さらに、「逐条理由」でいみじくも国と地方長官は「国の機関相互の関係」、つまり当時の地方長官（現在の都道府県知事）は国の機関とされたが、もちろん国、地方の対等な関係ではない。これは明治憲法下の地方自治を知らない（そもそも憲法に地方自治に関する規定はなかった）時代の中央主権的な、地方の首長を「国の機関＝手足」と法制度的にも当然視した考えに他ならない。この関係は、憲法体制の変革をみた戦後においても、「機関委任事務」として維持された。

現在の地方分権のもとでは、国、地方自治体はそれぞれ独立した対等な行政主体（公法人）である。このように、現行公有水面埋立法は、法制定時の「国優位」の法構造を維持しており、即刻「根本的な」法改正がなされるべきことは明らかである。

以上については、5(2)で「機関委任事務体制の廃止と自治体行政のあり方」として詳述する。

(2) 判 例

本件山口地裁判決以前に、法 35 条及び 42 条の関連が争点となった裁判例は、管見の限りでは見当たらない（第一法規法情報総合データベースの判例体系などによる）。

(3) 実 務

行政の現場で真っ先に参照されるのが、国土交通省港湾局埋立研究会編『公有水面埋立実務便覧（全訂版）』（1995、日本港湾協会。2002年に全訂2版が出版されている）である。本書は、過去の通達や願書の記載事項、審査方法など、執務資料としての性格が強く、独自の法解釈は示されていない。

本書の法、施行令、施行規則及び関係通達の対照表（4ページ以下）を見ると、各条文の隅々まで法の不備を補う「通達」の網が張り巡らされているが、35条及び42条についてはゼロである。これも「国家性善説」のなせる業であろう。

本書には、国への承認の「撤回」を可能とする内閣法制局の意見を受けて出された1953年12月23日付け港湾局長通知「公有水面埋立法に関する疑義について」（197～200ページ）が収録されている。それによれば、法制局意見は一般論として、

「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権能である」「公有水面埋立法第42条第1項は、「国ニ於テ埋立ヲ為サ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何ら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ところにあるのであって、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、承認によって「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づ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って、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。」と述べる。しかし、続けて、「都道府県知事は、国のなす埋立について一たん承認を与えた以上、当該官庁が埋立をなす意思を持続する限り、公有水面の当該部分について国以外の者に埋立の免許を与えることはできないが、当該官庁がその意思を放棄した場合には、その承認を撤回し、国以外の者に埋立の免許を与えることができるものと解してよい。」とされ、結論においては上記の一般論とは異なり、結果、前記(1)の「逐条理由」の42条ホを否定するものとなっている。

上記法制局意見からも、山口地裁判決が特段の典拠を示すことなく独自の見解を示したいわば「国家所有万能説」との類似が明らかであろう。

次に建設省河川局水政課監修『公有水面埋立ハンドブック』（1995、ぎょうせい）がある。本書では、逐条解説として、

【35条1項本文関係（但書関係は略）】

1 規定の趣旨

法34条により失効させられた場合の手当の規定である。

2 原状回復

埋立を遂行する法律上の権利を失った以上、速やかに工事を中止し、埋立工事着手以前の状態に戻す必要がある。

【42条1項関係】

1 国

直営で事業を行う建設省、運輸省、農林水産省等のことであり、旧来のいわゆる3公社はすべて民営化されたので、「国」以外のものは存在しない。

2 免許に代わる承認

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。

2 項関係：(略)

【3 項関係】

1 準用される規定

一般の出願人、埋立権者に対して課される規定のうち、国に対して準用又は若干変形して適用されるのは、法の次の条項である〔以下、条文を列挙〕。

以上のとおり、本書は法解釈というには程遠い「理由抜き」の解説である。したがって、35条と42条の関連についても何ら触れていない。

最後に、港湾行政研究会編『港湾行政の概要』（日本港湾協会）がある。この本は、港湾行政に携わる事務職員向けに行われる講習のテキストである。手元の「平成19年度版」では、「第9章 公有水面埋立行政の概要及び諸問題について」として、194ページにわたり事務処理上のノウハウが詳細に記載されている。内容は埋立免許事務手続における願書の作成要領及び審査にあたっての留意事項が中心である。したがって、32条以下の免許後に生じた違法行為に対する匡正や免許の失効、35条の原状回復義務、42条の国が埋立を施行する場合の準用などについては全く触れるところはない。

本書で示された国の「埋立ヲ為ス権利」の取得の要否については、3の拙著で示した私見⑧を参照されたい。

以上実務において常に参照される3書を見る限り、行政の現場では、国が違法な埋立行為を行うとは思いつかないし、たとえあっても承認権者である県知事が原状回復を求めるなど“おそれ多くて”とんでもない、という役人特有の精神構造に支えられた「国家性善説」に由来する法治行政の空白が支配しているといえよう。

2 【根拠2】 山口・住田『公有水面埋立法』の評価

前1(1)で学説として挙げた山口・住田『公有水面埋立法』は1954年に発刊

され、その後長らく絶版になっているが、48年法改正を経てもいまだ生命力を持ち、権威ある法解説書である。

ちなみに住田正二（当時運輸事務官）は、のちに運輸事務次官に昇り詰めて、国鉄改革（分割・民営化）の立役者を務め、JR東日本の初代社長に就任したその人である。著書『役人につけるクスリ』（1999、朝日新聞社）によれば、「法学博士」とある。

山口真弘（当時内閣法制局参事官）は、前掲・林他『例解立法技術』の執筆者の一人である。『公有水面埋立法』の港湾局長の序文によれば、山口は港湾法の制定を始め、7年間にわたって港湾関係の立法を担当した。

この両者の法律のエキスパートのジョイントになる本書は、当時の行政法の通説をなした美濃部（達吉）・田中（二郎）学説を踏まえた学問的水準を維持するとともに、折しも戦後復興から高度経済成長への移行期における土地需要に応える法的推進力の役割を期待された公有水面埋立法の実務上の解釈について、随所で私見も交えながら高度な法律解説書となし得ている。最近氾濫する新法「解説」とは名ばかりの、国会審議用の答弁資料を横流ししたQ&A方式の“あんちょこ”な、しかも匿名の研究会名義の法解説書は足元にも及ばない。

以下に、両名によるはしがきの一部を引用する。

「公有水面の埋立を規制する基本法令である公有水面埋立法は、大正10年に制定された古色蒼然たる法律であり、制定以来ほとんど改正が加えられていないばかりではなく、新憲法の施行に伴う多くの関係法律の制定改廃に対する整理すら満足に行われていない。」「法令の内容が明確であり、疑義が少ないということは、これを運用する国家機関にとっても、これを遵守する国民にとっても、必要なことである。公有水面埋立法が、解釈上多くの疑義を生じたまま放置されているということは、実定法のあり方として好ましいことではない。したがって、実定法の規定を、現行法制下において、どのように解釈することが最も合理的であるかを研究することは、公有水面埋立法のような十分整備されていない法令については、一つの意義をもちうると考えられる。」「本書の述べ

るところは、従来からの行政の実際の運用にできるだけ即したものにしたいと心掛けたが、法律の解釈の性質上必ずしもそれにとらわれてはいない。したがって、本書においては、従来の考え方と異なった解釈をとった場合もあり、また、これまでの行政上の運用に合致しない考え方を採用した場合もある。」

また、冒頭の「序説」では、

「埋立法は、制定以来、今日に至るまで、全くといってよいほど改正が加えられていない。しかるに戦後においては、憲法をはじめ、多くの法律が内容及び形式の両面において、著しく変貌している。これらの法令に比べてみると、埋立法は、現行法制の下においては、形式的に文語体で書かれているというだけでなく、内容においても多くの点で古すぎるという批判を免れ得ない。」

「また埋立法は、現行の他の法律と比較してみると、規定の仕方が簡単であり、したがって重要な点が、法の解釈に委ねられる場合が少なくない。このような法の解釈においても、埋立権者の保護を念頭に入れることが必要である。埋立法は、何れ将来改正されることになろう。しかしその改正がいつ行われるかについては、これを予想することができない。特に埋立法の所管が、農林、運輸、建設の三省にわたっている現在では、その間の調整に少なからざる時間を要することになろう。」「埋立法は、規定上の不備をそのままに、当分現行の内容で存続することになるであろうから、現行法の不備は、解釈によって、これを補っていく以外はない。法律の不備を解釈で補う場合には、常に合理的な根拠を求めるよう努力するとともに、解釈が恣意に流れることのないように厳にいましめる必要がある。」(6～7ページ)

本書が執筆されて間もなく60年を迎える。その間、筆者らによって深く自覚されていた「規定上の不備」「法律の不備」はそのままに「放置」されていたことになる。これが現在に至るも日本の「法治」国家の姿である。裁判上の規範とするには余りにも杜撰な法律というほかない。

執筆当時においても、公有水面埋立法が「時代遅れ」「憲法不適合」「非法治主義的」「反地方自治的」、そして「要改正」であることが、筆者らには十分に

認識されている。

山口・住田が強調する「法律の不備を解釈で補う」ためには、もちろん憲法原理、地方自治、新たな公物理論などの「新しい血」が導入されなければならない。その役目は、当然行政の自己努力のみではなく、裁判所による「司法による法創造」の力が期待されるのである。

山口・住田の「異論」（筆者の言う「従来のお考え方と異なった解釈」・「これまでの行政上の運用に合致しないお考え方」）のいくつかは、20年の歳月を経て48年法改正（追認制度の廃止が典型）で実現された。本書においては「国家性善説」に立っている42条の見直しまでは及んでいないが、次に見るように、当然のごとく国の優位性を認めるお考え方には強く疑問を提出している。

以下、本書のうち本件訴訟と関係する部分についてコメント・評価する。

いずれの記述も、山口地裁判決、特に要旨④と⑤に対する有効な反証たりうるものである。

【第1章公有水面埋立の免許 第8節埋立免許に附せられたる条件関係】

① 「埋立法第34条は、埋立に関する工事が、一定期間内に竣工しないときは、埋立権が当然失効する旨を規定しており、埋立法第35条は、この場合、埋立権者に原状回復の義務を課することができる旨を規定している。」（134ページ）

【コメント】 然り。国が行う埋立てについても、法35条は私人と同様の義務を課すのであり、国が積極的に免責される旨の記述はもちろんない。

【第2章公有水面埋立権 第5（3は誤り）節公有水面埋立権の失効関係】

② 「埋立免許の効力が消滅する場合としては、次の4つの場合がある。1 瑕疵ある埋立免許が取り消されたとき。（2～4略）」（195ページ）「瑕疵ある埋立免許として取り消された場合も、第35条1項により、原状回復の義務を負うとなすべきである。」（196ページ）

【コメント】 然り。取消訴訟の認容判決が確定すれば、埋立免許は当然失効し、原状回復義務が生じる。国が行う埋立についても、同じ取扱いがなされるべきであり、ここでも国が積極的に免除される旨の記述はない。

【第5章国の行う埋立関係】

③ 「法律は、行政主体としての国及び国の機関を拘束するのであるから、法律の規定は、特に反対の趣旨の規定がある場合、又は性質上、国及び国の機関に適用がない場合を除いて、国及び国の機関について適用になる。」(329ページ)

【コメント】 然り。次の4で見るとおり、公有水面埋立法においては国は「固有の資格」、つまり「一般私人が立ち得ないような立場にある状態」にはない。私人と同等の法的な立場で海を埋め立てるのである。法律による国家の「拘束」の基本は、実体規定である。公有水面埋立法は、手続法が基本であるとはいえ、特例はせいぜい42条1項（免許に代えて承認）、同条2項（認可に代えて通知）と技術的な「準用」にとどめ、実体規定について広範な、私人に優越する特権的な特例＝適用除外は認めるべきではない。

第2-2(4)の[結論3]で述べたとおり、[法35条は国の原状回復義務を適用除外する明文なし：よって国の原状回復義務あり]である。本書が述べるとおり、免除するには「特に反対の趣旨」の規定としての明文の根拠を要する。

④ 「埋立を行う官庁が、法律に拘束されるということは、国家の内部関係において拘束されるということではなく、国民に対する関係において拘束されるということである。したがって、国のなす埋立についての承認が違法に行われるならば、これによって権利をき損された国民は、裁判所に対しその取消又は変更を求めることができることになる。」(329ページ)

【コメント】 然り。憲法（裁判を受ける権利）を踏まえた極めて真つ当な法治主義的理解である。本件訴訟においては、まさに、「国のなす埋立について

ての承認」が「違法」に行われたため、国民が、裁判所に対し、その「取消」を求めている事案であり、「却下」=裁判の否定は許されない。

- ⑤ 「埋立の承認の性質 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である。埋立の承認により行政主体は、このような権利を取得する。国の機関たる埋立免許権者が、行政主体たる国につき、このような権利を設定することは論理的には少しも矛盾しない。なぜならば、承認を行う国の地位は、行政権限の主体としての国であり、承認を受ける国の地位は、公企業の主体としての国であるから、両者はその発動の面を異にするものである。この関係は、たとえば、企業の主体としての国が鉱業を営む場合に、行政権限の主体たる国の機関である通商産業局長の許可を受けて鉱業権の設定を受けるのと同様である。また、公有水面が国の所有に属するものであることと、国が当該水面を埋立てて、これにつき私法上の所有権を取得することも、また矛盾しない。」「また、埋立法の規定においても、国の行う埋立が権利に基づくものであることを否定している規定はない。」
(329～330 ページ)

【コメント】 然り。三善の言う「権利説」の真骨頂である。これまでの記述を踏まえ、「埋立の承認の性質」につき、行政職員でありながら、果敢に「国家所有万能説」、「国家＝行政性善説」を排した正当な法的理解である。

山口・住田は、引用した部分に続けて、1(3)で見た1953年の法制局意見を名指しはしないものの批判している。両名の行政内部にありながら自立した法律家としての躍如たる主張である。次の3の拙著の私見⑧も参照されたい。

国は竣功通知の日において私法上の所有権を取得するが、「埋立地が、公用又は公共の用に供せられる場合は、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。」
(331 ページ) のである。

なお、埋立免許権者の法的地位は、地方分権以前の中央集権＝機関委任事務体制下での記述であるが、分権後の現在ではより通用する。国の「公企業」であっても、電気、ガス、鉄道事業など、民営の公共企業と同様の規制を受けるものである。なお、かつての「公企業」概念の理解として、田中二郎『新行政法下巻（全訂第2版）』（1983、弘文堂）107～110ページ参照。

⑥ 「国の行う埋立の手続については、埋立法は、原則として、国以外の者が行う埋立の手続を準用している。（略）国の行う埋立の手続を細説すると次のとおりである。

- (1) 国の行う埋立の承認（略）
 - (2) 国の行う埋立に関する損害の賠償及び損害の防止の施設（略）
 - (3) 他人の土地への立入等（略）
 - (4) 鑑定費の負担（略）
 - (5) 訴願及び訴訟（略）
 - (6) 埋立の竣功（略）
- 」（335～340ページ）

【コメント】 然り。準用を手続規定に限定したのは妥当であり、第2-2(2)の[結論1]の[法42条は手続規定のみを準用]を裏付けるものである。ただ、単に「原則として」準用していると述べるのみで、実体規定である33条から35条までをその「例外として」準用していない理由までは言及していない。このことは、実務上、想定できないので省略したか、準用しないことについて全体の記述との整合上合理的な理由が見いだせないためかのいずれかであろう。

【第6章無願埋立関係】

⑦ 「埋立免許を受けないで埋立工事をした者があるときは、(1)原状回復の必要がない場合には、埋立の追認をし、(2)無願埋立の完成を許容すべきでない場合には、原状回復その他の措置をすることになる。」(343ページ)

「これは、無願埋立を適法化するものではない。したがって、埋立の免許

を受けないで埋立工事をした者は、刑罰に処せられる。このことは、埋立の追認があった場合でも同様である。」（344 ページ）

【コメント】 追認の制度は、第2-1(3)で見たとおり、48年法改正により廃止された。その理由は、「行政運営の姿勢を一層厳格にするため」である。当時の追認制度の必要理由は、例外的に「埋立をした水面を原状に回復させることが国民経済上不利である場合がある。」（346 ページ）とされ、他方では原状回復義務に戻るのが原則とされた。当然ながら、原状回復の義務の不履行については、行政代執行法第2条によって代執行をなすことができる場合もあるとされる。（354～355 ページ）

以上は、違法な埋立行為に対しては、原状回復措置を基本とすることの表れであり、国が行う埋立てについても、当然同じ取扱いがなされるべきことに変わりはない。

⑧ 「埋立の追認前においては、埋立工事をする者は、何らの権利を有しない。したがって、(a) (略) (b) 第三者が埋立工事を妨害した場合においても、埋立工事をした者は妨害の排除を請求し、又は損害賠償の請求をすることができない。何となれば、自己の行為により違法な事実状態を生ぜしめた者が、その違法な事実状態の存続を国家に対し求めることは、クリーン・ハンドの原則に反するからである。」（353 ページ）

【コメント】 「クリーン・ハンドの原則」（「手の汚れた者は保護されない」）への言及は、当時としては先進的であり慧眼である。

京都市の開発許可の取消しを求めて市の開発審査会で争われた「京都市一条山モヒカン刈り事件」で審査会は、市長のした開発許可を取り消すという画期的な裁決を下した。住民側の求めに応じて阿部泰隆が提出した意見書において、業者の許可申請権の濫用の指摘に当たって「クリーン・ハンドの原則」が援用され、それが審査会を動かしたのである。

裁決は、「何人も自己の不法によって権利を得ることはできない」というク

リーン・ハンドの原則に基づき、違法開発者の責任を問うことなく違法開発を追認したり新たな利益を与えることは許されない、違法開発者は原状を自らの費用で回復する責を負わなければならない」と指摘した。

以下に、公有水面埋立ての「追認」にも言及した前記阿部意見書を引用する（『行政法の解釈(2)－行政訴訟の最前線－』（2005、信山社）9～10ページ）。

「これは違法行為をして利益を得ることを禁止するという法の一般的な正義感による。「何人も自己の不法によって権利を得ることはできない」(nemo ex proprio dolo consequitur actionem. No one acquires a right of action from his own wrong) というのはローマ法以来の法格言である（高柳＝末延編集代表『英米法辞典』（有斐閣、1952年）付録Ⅲ法諺570頁参照）。クリーン・ハンドの原則、禁反言の法理等もこの一種であって、いちいち明文の規定がなくとも認められている。また、1973年までの公有水面埋立法では無願埋立ての追認という制度があり、無許可で勝手に公有水面を埋め立てた者でも、あとから埋立免許を得て、埋立地の土地所有権を取得するという、いわば泥棒に追い銭的制度があった。国有地が不法占拠されたので、いっそ廉価で払い下げるといようなものである。しかし、これは1973年の法改正で廃止された。国有の海に勝手に土砂を放り込んだら自分の物にしてもらえるというのでは、クリーン・ハンドの原則に反し、違法行為はあとを絶たないし、国有の海の適正管理の要請にも反するからである。そもそも、この制度はもともと国民の信託を受けて海を管理すべきであるという憲法上の要請（前文参照）に反し、違憲であったのではないか。こうした法思想は他の領域にも応用可能であろう。」

このように、「クリーン・ハンドの原則」は、禁反言の原則と同じように、行政法上の一般原則としての「法源」たりうることは明らかである。公有水面埋立法における国の原状回復義務は、このクリーン・ハンドの原則に照らしても当然の要請である。したがって、原告らには「訴えの利益」があり、当然法的な救済を受けることができる。法の支配・法治国の理念のもとでは、法律違

反の行政は許されず、是正のための裁判的救済の機会が必ず保障されなければならないのである。

山口地裁判決は、法源でもあるこのクリーン・ハンドの精神を忘れて、法42条は35条を準用していないので国に原状回復義務はない、という悪しき成文法主義・制定法準拠主義から誤った解釈を導いたのである。

以上、山口・住田『公有水面埋立法』の示唆するところを詳細に見てきたが、両名は行政実務家という立場にありながら、当時すでに制定以来40年を経過していた公有水面埋立法に、新憲法下での新しい民主主義的・法治主義的解釈を随所で示し、「新しい血」の導入に努めている。

山口地裁判決は、遺憾ながらこうした基本的な学説を一顧だにすることなく、戦前戦後一貫した「国家＝行政性善説」に立つ行政解釈にのみ従っているようである。

司法による「法創造」が求められるゆえんである。

3 [根拠3] 拙著『基地イワクニの行政法問題』における私見

以下、拙著『基地イワクニの法律問題』【甲68号証】から関連する主要な私見のいくつかを引用する。

本書第2章の「[第1論文] 米軍岩国基地沖合移設事業の公有水面埋立法上の問題点－県知事権限の活用提案－」は、2006年9月に愛媛大学法文学部論集（総合政策学科編）第21号に発表した同名の論文に、その後の動向として、「補論1 県の変更承認と竣功通知」、「補論2 裁判の推移」を加えたものである。

付言すれば、本書は図らずも「岩国3部作」となった3つの行政法論文（[第2論文] 岩国市・愛宕山新住宅市街地開発事業廃止の法的問題点、[第3論文] 自治体情報公開審査会答申の尊重義務）で構成しているが、その内容は、米軍再編が進行していく中での国・山口県・岩国市の「無法」な「超法規」だらけのまるで違法行政の見本市のようなものである。3論文で取り上げた事案はす

べて訴訟に移行した（情報公開訴訟は原告勝訴）。本書は、日本の民主主義が岩国の地から崩壊することに異議を唱えたものである。

- ① そもそも知事に与えられた海の管理権限は、船舶の航行、漁業・水産振興、レクリエーションなどさまざまな価値をもつ海の利用を調整するために県民から「信託」されたものであり、貴重な海面の埋立てが許容されるのは、県民全体の利益と直結し環境保全上も問題がない例外的な場合に限られる。
(136 ページ)
- ② 公水法【公有水面埋立法】は、広域にわたる行政の責任者としての都道府県知事に対して、領域の大きな要素をなす海域、とりわけ沿海域の総合的な管理・利用のための重要な法的コントロール手法として埋立ての免許権限を付与しているのである。(148～149 ページ)
- ③ 1921 年の法制定以来戦後も継続した機関委任事務体制のもとで、免許権者は自治体の長ではなく「国の機関としての知事」であったのであり、国が行う埋立てに知事が「免許」を与えるとはまさに「おこがましい」「おそれ多い」ことであつたらう。しかし、21 世紀に入り、国と地方の関係は上下・主従の関係から対等・協力の関係に 180 度転換したのであるから、片仮名法律からの脱皮の際には、是非とも国も私人と対等の当事者として同じ手続を踏むよう改められなければならない。(149 ページ)
- ④ 県民共有の財産である海が不法に埋め立てられる場合には、相手が国だからといって「不作為」に「逃避」することなく、積極的に権限を行使すべきなのである。「法治」国家においては、国民への重大な侵害に対する「放置」行政は許されない。行政の規制権限の不行使により被害を拡大した水俣から豊島に至る数々の悲惨な歴史に思いを致すべきである。(173 ページ)
- ⑤ 法律に規定がなくとも公益の確保のために取消し（撤回）を、しかも無補償で行うことができるかという問題がある。法定の取消事由の補強である。これは法 42 条は 32 条を準用していないとの反論への備えでもある。かかる主張は、後述する「国は悪をなしえず」との行政性善説のドグマのもとに県

知事が国を監督・処分することなどはありえないという思い込みによる。本来、42条の規定は地方分権改革の際に法定受託事務の区分の設定に合わせて削除すべきであった。したがって、準用されていないのは法の不備である【法32条は実体規定であるので、35条と同様に考えるべきであり「法の不備」を持ち出すべきではない。この記述は、本意見書において改説（削除）する。】が、この法律に規定がなくても無補償で取消し（撤回）ができるかという問題については、次にあげるように学界では肯定する有力学説【兼子仁、遠藤博也、今村成和、原田尚彦】が多い。（174ページ）

- ⑥ 最後の難問である。県知事が究極の法的手段を発動して埋立承認処分の取消しをすれば工事の続行はできず、無視すれば当然無願埋立【違法行為】として違法【失効】になるのであるが、その対応如何ということである。国が取消しに応じて工事をストップすれば、当然公有水面の原状回復義務が生ずる（法35条1項）のでそれを求めるべきであるが、海面の大部分が埋め立てられている現状では施工上の問題などで現実味を欠く。そのため、これも42条の準用はないが、「原状回復ヲ為スコト能ハスト認ムルモノ」（同項但書）としてやむなく義務を免除することとなろう。【既述のとおり法35条においては「42条の準用」を持ち出すべきではない。この記述も、本意見書において改説（削除）する。】ただしこの場合、海面に投入された土砂などは無償で国に帰属することになる（同条2項）ので実質的な損害は生じない。国は将来意欲があれば、適法な状態に戻して再度申請し直せば良い。（175ページ）

- ⑦ こうした不毛な議論が想定されなければならないのは、1921年の法制定以来国の特権的な地位になんら手が付けられないまま法制度が温存されてきたがゆえである。その根底にあるのは典型的な「行政性善説」、つまり国・自治体は悪＝間違いをしない、あるいはなしえないという先験的な考え方である。（175ページ）

- ⑧ 「概要」【前出1(3)の『港湾行政の概要』】ではさらに、国は本来公有水面に対する支配権を有しているので埋立てを行うために特に「埋立ヲ為ス権

利」を取得することを必要としないのであり、「承認」は埋立工事が公有水面の管理上なんらかの支障があるか否かを都道府県の判断に任せようとすることにあるとする（9-19）。これは海底から海面まですべてが国の原始的所有であり、国が行う埋立ては自由自在というこれまた1973年改正法の本質を全く無視した暴論である。たしかに法1条1項は「本法ニ於テ公有水面ト称スルハ（略）公共ノ用ニ供スル水流又ハ水面ニシテ国ノ所有ニ属スルモノヲ謂ヒ」と規定しているが、村上【武則大阪大学名誉教授】（1990：127-134）が指摘するように、一般海面について自治体が自治事務として条例で管理している事例が多数あるごとく、海は国の所有どころか本来国民だれでもが自由に使用できる公共財産なのである。一方、内閣法制局と運輸省職員共同の執筆になり法解説としての信頼性が高い山口他【山口・住田『公有水面埋立法』】（1954：327-342）が説くように、行政主体としての国は当然法律の拘束を受けるのであり、埋立ての承認により水面を埋め立てて土地を造成し、私法上の所有権を取得するのは「国の行う埋立てが、埋立権に基づくもの」であることによるという率直で明快な解釈がどうしてもとられないのであろうか。この解釈からは、国も私人も公水法上の埋立権者としての地位は対等であるが、同法の手続法としての性格に鑑みて「本来公益を目的として行為をなす官庁にのみ不当に煩瑣な手続を課することになる」ので、国に特例として特権的な手続を認めただけなのである。（176ページ）

4 【証拠4】類似法制との比較

(1) 藤田宙靖「固有の資格」論の示唆

地方分権前の機関委任事務体制下の公有水面埋立法は、「出願人」・「埋立権者」としての「国」=埋立竣工後の土地の「上物」を建設・利用して事業を行う省庁の大臣「承認権者」=「国」の機関たる地方長官ないし都道府県知事であり、両者の関係はいわゆる行政の「内部関係」と理解されていた。

しかし、地方分権により国と地方は対等な関係となり、従来の考えはとれな

いことは、次の5で述べるとおりである。

この問題に多大な示唆を与えるのが、前最高裁判所裁判官の藤田宙靖東北大学名誉教授の行政組織論における「行政主体間の法関係」としての「固有の資格」論である。

藤田の『行政組織法』（1994，良書普及会）40ページ以下によれば、

- ① 「行政主体」とは「行政を行う任務を負わされ、かつ法人格を有している法主体」とされ、「（国も含め）これらの法主体が主張している利益が「一体としての行政に帰属すべき利益」であるか、それとも「そのような利益と区別された」当該法主体に「固有する利益」であるかの判別が出発点となる。前者の場合には、法主体相互間の法関係は、「客観法的なものとなり、行政組織法関係となる」が、後者の場合には、そうではなく、「行政作用法関係となって、抗告訴訟等が可能となる。」（43ページ）
- ② 「例えば、個別法規の中には、各種の許認可等の行政行為について、申請者が国その他一定の法主体である場合については、その適用を排除し、許認可庁等との協議等、特別の手續を以てこれに代えている場合がある（例えば参照、都市計画法29条4号、建築基準法18条、道路法35条、宅地建物取引業法78条、等々。また参照、日本道路公団法39条の2、住宅金融公庫法29条、等々）。このような場合については、これらの法主体の有する利益は、通常の私的個人・企業とはやや性格を異にし、その法的保護のあり方についても必ずしも主観法的なものでなくともよい、との考え方がなされているもの、と解することができないではないであろう。」（44ページ）

さらに藤田は、「行政主体相互間の法関係について－覚え書き」西谷剛他編『政策実現と行政法（成田頼明先生古稀記念）』（1998，有斐閣）83ページ以下において、この問題を敷衍して論じている。

- ③ 「我が国の実定行政法自体、もはや、先に見たような意味での単純な二元論【行政主体と私的法主体（私人）の二元論】上にもみ出来上がっているわ

けではないのであって、様々の法律・法制度は、各種の行政主体が、通常の私人と全く同じ法的立場で、他の行政主体との法関係に入ることを認めている。そして、こうしたケースは、必ずしも、古くから「国が、行政主体でありながら、敢えて私人と同様の法的立場に立つケース」と位置付けられてきた、国の「純粋に財産管理」的な行為の場合に止まらず、行政主体が直接に公行政活動を行い、かつ行政法によって規律される法関係に入るようなケースもまた、様々な形で広く登場してきている。」(86 ページ)

- ④ 「問題は、このいずれ【「1 行政主体のみが行い得る活動の場合。例、軍事、警察、司法、課税、等々。内部関係となる」 「2 私人の活動と本質的に違いの無い場合。例、普通財産の管理。内部関係に属さない】にも属さない第三のケース、つまり、伝統的な行政主体と私人の二元論に照らしてみても、果たして本来行政主体の行うべき活動なのか、それとも、本来私人も行い得る活動であると言えるのか、が、明確ではないようなケースである。こういったケースは、特に、行政主体が何らかの公の施設の管理者、或いは事業の施行主体として登場するような例において見られる。」(89 ページ)
- ⑤ 「こういったケースについて問題を考えるに際し、従来までの法制度・法理論からして一つの手掛かりを与えるのは、行政主体の「固有の資格」という概念である。」「この概念については、従来、これらの法律【概念を実定法化した行政不服審査法 57 条 4 項、行政手続法 4 条 1 項】のコンメンタール等で、「その固有の資格」というのは、「一般私人が立ち得ないような立場にある状態」という意味である、と説明されてきている。そしてその際、「一般私人が立ち得ないような立場」であるかどうかということは、少なくとも原則的には、法律が、その事業等の規制に当たり、私人であるか行政主体であるかを全く区別せず、同じ規制を行っているかどうか、によって、判断されてきているとってよい。」「問題はただ、「一般私人もまた立ち得る立場であるか否か」を具体的にどのように判断するか、というところにある。」(89～91 ページ)
- ⑥ 「事業の規制をする法律の中には、法律が、事業主体が誰であるかという

ことにも重大な関心を持ち、したがって、単なる私人がその事業を行う場合とそうでない場合とで、手続の上でも違いを設けている場合があるが、こういったケース【典型例として、土地区画整理事業・都市再開発事業等の市街地開発事業のケースを挙げる】をどう考えるかという問題がある。」「また、ある行為について、私人が行う場合にも行政主体が行う場合にも共に規制があるが、私人の場合であるならば、それをしようとするれば許認可が必要となるが、行政主体の場合には必ずしもそうでなく、別の手続が用意されている、という例がある。【例として、前記②の法律を挙げる】、この場合、そのことの意味をどう考えるか、という問題がある。」(91～92 ページ)

藤田は、以上に続けて事業主体としての行政主体の法的立場、財政上の諸問題を巡る行政主体の法的立場、地方公共団体の法的立場という3項目に絞って、問題の検討を進め、最後に「このテーマは、もともとそれ自体、甚だ解決の困難な問題であって、生じ得るあらゆる問題について明確に一義的な解決基準を示すことは、そもそもできない類のものである。そしてそのことは、こういった問題が生じてきたその歴史的背景からして、むしろ当然なことなのだ、ということも、本論に述べたところから明らかであろう。」(104 ページ)と結んでいる。

また、塩野宏も、実定法概念としての「固有の資格」（行政不服審査法 57 条 4 項「前 3 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、当該公共団体は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。」）につき、「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は、当該地方公共団体は不服申立てができると解される。」と説明している（前掲『行政法Ⅱ』20～21 ページ）。

以上藤田及び塩野の論考から示唆されるとおり、国が行う埋立では、決して一般私人が立ち得ないような「固有の資格」に立つものではなく、事業の施行主体として、例示されている都市計画法や建築基準法のように私人と同様の法的規制に服するが、ただ特別の「手続規定」が用意されているに過ぎないのである。

次に、公有水面埋立＝「海の開発」に対する開発許可（開発協議）＝「陸の開発」、それらに共通する「宅地開発」の用途に沿った宅地上の「建築」としての建築確認（計画通知）を例に検討を行う。根拠となる都市計画法及び建築基準法は、いうまでもなく公有水面埋立法と並ぶ都市法・土地法における代表的な法律である。

（2）開発協議及び計画通知制度

【開発協議制度】

① 国が行う開発行為の適用除外の有無

都市計画法 29 条以下は、開発許可制度について定める。

4 条（定義）12 号 「この法律において「開発行為」とは、主として建築物の建築又は特定工作物の建設の用に供する目的で行う土地の区画形質の変更をいう。」愛宕山開発のように、山を切って行う団地造成が典型例である。

29 条 1 項（開発協議の許可） 「都市計画区域又は準都市計画区域内において開発行為をしようとする者は、あらかじめ、（略）都道府県知事（略）の許可を受けなければならない。ただし、次に掲げる開発行為【1号から11号まで列記】については、この限りでない。」

都市計画法の立案者による権威ある法解説書である三橋壯吉『都市計画法』（1973、第一法規）は、29条ただし書き各号を「適用除外」と位置付け、本法が適用されない「市街化区域または市街化調整区域内で行なわれる開発行為であっても、スプロールの弊害を引き起こすおそれのないもの、これを防除す

るために他に相当の手法が備わっているもの、どうしてもやむをえないもの等」のそれぞれにつき、その理由を具体的に説明している（153～158 ページ）。このように、「適用除外」事項は、具体的な理由に基づき、法の趣旨・目的を損なうことなく、例外的に、明文をもって規定されなければならないのである。

1968年の都市計画法制定当時においては、ただし書き4号において「国、都道府県、（略：指定都市等）が行う開発行為」は「適用除外」と規定され、国が行う開発行為を始め、公益上必要な建築物に係る開発行為は、包括的に適用除外とされた。その法意は、実質国の見解を代弁し、開発行政の現場での“バイブル”である開発許可制度研究会（覆面団体である）『全訂 開発許可制度の解説』（2004、（社）日本宅地開発協会）によれば、「これらの建築物は、市街化区域及び市街化調整区域を問わず、都市にとって公益上不可欠なものであり、また、ほとんどが国若しくは地方公共団体又はこれらに準ずる法人が設置主体であったり、設置についての管理法があったりなどして、一般的にみて、弊害を生ずるおそれも少ないので、適用除外とされたものである。」（94 ページ）とされた。これまた、国、自治体ぐるみの「行政性善説」である。そもそも許可を受ける必要がないので、81条に定める開発許可権者の監督処分（後述）の適用もない。法律に違反しても“お咎めなし”で、違法のし放題となる。

このような特例に対して、安本典夫立命館大学名誉教授は、次のとおり真っ当な批判を行った。

「許可の適用除外の根拠として、「許可権者と同等またはそれ以上の者の行う開発行為」だから、あるいはその公的な性格から当然に都市計画と調和した開発が行われることが期待される、といわれる。しかし、国・地方公共団体の関係は本来上下関係でとらえるべきものではなく、前者を根拠に許可不要とするのは適切な考え方とはいえない。」（荒秀・小高剛編『都市計画法概説』（1998、信山社）74 ページ）

本来この特例規定は、2000年の国と地方の関係を対等な関係に変革した地方分権のスタート時に改められるべきであった。それが実現したのは、2007年の日本のまちづくりの大きな転換をなした「まちづくり3法」（都市の秩序ある整備を図るための都市計画法等の一部を改正する法律）の制定であり、これに伴ってようやく削除された。

法改正により、国や自治体が行う学校、社会福祉施設、医療施設、庁舎、宿舍などほとんどの公共施設の建設のためには開発許可が必要となった。前地方分権推進委員会調査員で静岡県職員の小泉祐一郎は、次のとおり述べている。

「今回の改正により、開発許可が不要な施設の縮減が行われることは、開発許可制度の整合性を高めるとともに、秩序ある土地利用の推進に資するものであり、関係省庁や業界団体、さらには与党の部会等の抵抗が予想される中で改正に取り組んだ関係者の努力に敬意を表したい。」（「平成18年改正都市計画法の隠れた論点」自治実務セミナー2006年11月号72ページ以下）

なお、開発主体が国であれ、民間事業者であれ、許可基準（33条の技術基準、34条の立地基準）に変わりはない。

② 開発協議制度

国が行う開発行為についても、原則開発許可を要することと改められたことに伴い、次の規定が新設された。

34条の2（開発許可の特例）国又は都道府県、（略：指定都市等）が行う都市計画区域若しくは準都市計画区域における開発行為（略）については、当該国の機関又は都道府県との協議が成立することをもって、開発許可があったものとみなす。

この法意は、前記『開発許可制度の解説』の改訂版（2007、ぎょうせい）によれば、

「国又は都道府県等が行う開発行為のうち、第29条第1項第3号（令第21条）で別途許可不要とされているもの以外については、開発許可権者の許可を受けることが必要である。しかし、その際、国又は都道府県等と開発許可権者

の関係を、もっぱら許可を受ける者と許可を行う者という関係としてとらえ、開発許可権者が申請に対して一方的に決定を下すというような概念で律するのは適当ではないと考えられる。このため、双方が協議し、合意された結果に応じて国又は都道府県等が許可を要する行為を行うことができる地位を取得するという特例制度を規定している。」(245 ページ) とされる。

つまり、開発許可に代えて開発協議制度を採用しても、あくまで対等な行政主体間の「合意」を要する「協議」であり、実質「許可」制と変わらぬ運用がなされるのである。

③ 監督処分

81 条は、開発許可権者が行う監督処分等について定める。

1 項は、「本法又は本法に基づく命令の規定又はこれらの規定に基づく処分に違反した者等」に対し、「国土交通大臣、都道府県知事又は指定都市等の長は、次の各号のいずれかに該当する者に対して、都市計画上必要な限度において、この法律の規定によってした許可、認可若しくは承認（略）を取り消し、変更し、その効力を停止し、その条件を変更し、若しくは新たに条件を付し、又は工事その他の行為の停止を命じ、若しくは相当の期限を定めて、建築物その他の工作物若しくは物件（略）の改築、移転若しくは除却その他違反を是正するため必要な措置をとることを命ずることができる。」と規定する。

その趣旨は、建設省都市局都市計画課監修『逐条問答都市計画法の運用（第2次改訂版）』（1989、ぎょうせい）によれば、「都市計画法は、開発許可制度、計画制限、事業制限等一般私人に対して行為の制限をする制度を設けており、一方これらの制限は都市計画上必要なものであり、違反行為は早急に排除されねば都市計画の推進のうえで非常な障害となる。そこで、これら本法によりなされた許可、認可若しくは承認に違反した者に対し、違反を是正するため必要な措置をとるべきことを命令できることにしたのである。」(663 ページ) と説明される。つまり、法 81 条は、開発許可のみならず、都市計画法全般にわたる監督規定なのである。

安本は、「違反を是正するため必要な措置」には当然「原状回復の命令」が含まれるとする（103ページ）。“法令の民主化”のためには、開発許可権者、開発許可を受けた者ともに、違反是正のために考えられるメニューは、本条のようにあらかじめできるだけ明確にされ、最終的には許可権限者の責任において違反の態様に応じた合理的な選択がなされるべきである。

以上の監督処分について、国の特例＝免除規定はもちろんない。

第1項を受けて第2項では行政代執行を行う場合の手続の特例を定める。

第1項の規定による命令に違反した者は、91条の規定による刑罰（1年以下の懲役又は50万円以下の罰金）に処せられる。

【計画通知制度】

① 国が行う建築行為の適用除外の有無

1950年に制定された建築基準法は、その執行体制として、「建築主事」及び「特定行政庁」という特異な制度を採用している。建築基準を守らせるための手段としての建築手続は、旧法（1919年に制定された市街地建築物法）では知事の認可又は事前届出であったが、新法では両者とも「建築主事の確認」とされた。

建築主事は、建築確認に関する事務をつかさどる県又は市町村の機関であり（人口25万人以上の市は必置）、建築確認の権限と完了検査の権限をもつ（4条）。

特定行政庁は、違反建築に対する是正指導、壁面線の指定、用途地域内での建築の例外許可等の権限を有する行政庁である。建築主事を置く市町村については当該市町村の長が、また建築主事を置かない市町村については都道府県知事が特定行政庁となる（2条36号）。

建築基準法は、原則として我が国に存在するすべての建築物（一定規模以上の工作物を含む。88条）を規制対象とするが、文化財等（3条1項）や既存不適格建築物（3条2項。3項はその例外）は適用除外されている。したがって、

国の建築物といえども適用除外はなく、すべて法律の規制に服する。（以上の記述は、小宮賢一、荒 秀、関哲夫『建築基準法（特別法コンメンタール）』（1984、第一法規）、荒 秀編『新建築基準法 50 講』（1994、有斐閣）による。）

② 計画通知制度

18 条は、国等が建築主である場合の確認・検査・是正措置の特例を定める。建築主の国は、建築確認に代えて「計画通知」（「当該工事に着手する前に、その計画を建築主事に通知しなければならない。」）で足りる（2・3 項）。また、建築主事は、国から「完了通知」があったときは、基準に適合しているかどうかを検査しなければならない（5・6 項）。

18 条の法意は、小宮他によれば「本条は、国、都道府県または建築主事を置く市町村（以下「国等」という）の建築物及び建築物の敷地について、手続上、一般の建築物および建築物の敷地と全く同じ取扱いをすることには不都合な点があるため、手続規定に特例を定めることとしたものである。手続規定以外の実体規定については、国等の建築物および建築物の敷地に当然に適用される。」（287 ページ）

しかし、以上の説明からは一般と同じ取扱いをすることにより生じる「不都合な点」とは何かについて何も語っておらず、特例が先験的に与えられている。これまた阿部泰隆が第 1 - 2(4)で本条を例に挙げて批判した「行政性善説」である。

小宮他の解説の後段は、「実体規定」及び「手続規定」の概念を援用して、同じ条文でも 9 項の是正措置についての特例は手続規定ではなく、監督規定としての実体規定であることを明らかにしており正当である。

なお、公有水面埋立法においては、国が行う埋立てについては竣功の認可に代えて通知で足りるとされているが、本件訴訟において山口県はなんら現地確認を始め、竣功の確認を行っていないことにつき、拙著 189~191 ページを参照されたい。建築基準法に定める完了通知への検査に相当する規定を欠くため

である。

③ 監督処分

特定行政庁は、国の建築物又は建築物の敷地が9条1項に定める「違反建築物に対する措置」の規定に該当すると認めれば、直ちに、その旨を当該建築物又は建築物の敷地を管理する機関の長に「通知」し、これらの規定に掲げる必要な措置を採るべきことを「要請」しなければならない(18条14項)。

9条1項「特定行政庁は、建築基準法令の規定又はこの法律の規定に基づく許可に付した条件に違反した建築物又は建築物の敷地については、当該建築物の建築主、(略)に対して、当該工事の施工の停止を命じ、又は、相当の猶予期間を付けて、当該建築物の除却、移転、改築、増築、修繕、模様替、使用禁止、使用制限その他これらの規定又は条件に対する違反を是正するために必要な措置をとることを命ずることができる。」

この違法建築に対する措置は、建築主事ではなく、特定行政庁である通常市長の権限であり、実体規定である。そのうえで、「通知」及び「要請」はあくまでも手続の特例であり、国に優越的な実体規定ではない。

小宮他は、「本項は、是正措置(9・10・90の2)についての特例である。」「本項は、9条1項等の命令を通知および要請としたものである。」(290～291ページ)とのみ説明する。これまた「行政性善説」である。

なお、特定行政庁が9条に基づきどのような措置=処分をするかには、法文上からも選択の余地がある。また、処分をするか否かにも裁量がある。公有水面埋立法における「原状回復」の規定も、本来は本条のように多様な選択肢が示されるべきなのである。それこそが、行政庁の処分によって打撃を受ける相手方にとっての最大の防禦になるのであり、「法令の民主化」の第一歩なのである。

付言すれば、前掲司法研修所編『行政事件訴訟の一般的問題に関する実務的研究』は、事情判決の項において次のように述べる。

「建築確認や都市計画法に基づく開発許可の取消しを求める訴えは、工事が完了すればその利益が失われると解されるが、これは、社会通念上原状回復が困難ないし不可能であることを理由とするものではない。建築確認や開発許可は、それを受けなければ所定の工事をすることができないという法的効力を有するにすぎない処分であって、それが存在していることが違反是正命令等の他の処分を発する上での法的障害になっているなど、所定の工事完成後も存続するような付随的な法的効力はないし、また、これが取り消されると、原状回復義務が発生したり、行政庁において違反是正命令を発することが義務付けられるなどの法的効果が生じることもないことから、工事が完了すると、その取消しを求める訴えの利益は失われるということができるのである。」（313ページ）

これに対し安本は、「建築確認と違反是正命令」の場合とは異なり、「都市計画法上の開発許可の場合」は、「工事完了検査は、当該工事が開発許可内容に適合していることの検査に基づいて交付される。この点で建築基準法令の構造とはまったく異なる。しかも、たとえば市街化調整区域において許可基準に違反して許可されるべきではない開発行為が誤って許可された場合には、それは職権取消、または争訟によって取消もしくは無効確認されるべきものである。そのことは、土地の区画形質変更工事の完了後であっても変わらない。市街化区域においても、予定建築物の用途の場合、開発区域外の相当規模の道路への接続基準などの点で許可要件をみたさない場合には、予定された土地利用自体拒否されるべきである。このときは、開発許可自体を覆すというかたちで土地利用の適正性を確保すべきことになる。このように考えると、開発許可を取り消す訴えの利益は、工事完了後も消滅しないと考えるべきことになる。」（102～103ページ）との見解を示している。

(3) 類似法制との比較

以上、藤田が指摘した類似の法制、すなわち「申請者が国その他一定の法主体である場合には、その適用を排除し、許認可庁との協議等、特別の手続を以ってこれに代えている場合」としての開発協議制度及び計画協議制度との比較において、公有水面埋立法における国が行う埋立ての特例規定の合理性の検討を行った。

戦後の都市法は「国も悪をなし得る（やりかねない）」を当然の前提とした制度となっている。しかし、戦前・戦後を一貫して変わらない公有水面埋立法の法的「不備」は、このような類似法制と共通する手続の特例及び監督処分法のシステムの合理性の欠如からも証明できる。

終わりに、「米軍基地」=市街化調整区域の金網の向こう側は、国による提供施設の建設（“思いやり予算”による！）に当たり、開発協議・計画通知が満足になされることのない「無法」の限りの実態があることを付言しておく。

5 [証拠 5] 機関委任事務制度の変革—法定受託事務化

(1) 法定受託事務の規定に見る法 35 条・42 条の関係

2000 年に「地方分権」がスタートした。標語的に言えば「中央集権から地方分権へ」「国から地方へ」「官治から自治へ」「上下・主従の関係から対等・協力の関係へ」「タテの関係からヨコの関係へ」である。

その象徴が、(2)で見る「機関委任事務体制（制度）の廃止」である。従来は地方自治法 148 条 1 項において「普通地方公共団体の長は、当該普通地方公共団体の事務及び法律又はこれに基づく政令によりその権限に属する国、他の普通地方公共団体その他公共団体の事務を管理し及びこれを執行する。」とされていたのが、「及び」以下の機関委任事務の規定が削除されて、現行 148 条「普通地方公共団体の長は、当該普通公共団体の事務を管理し及びこれを執行する。」に改められた。

従来の機関委任事務は、ごくわずかの事務自体の廃止と国の直接執行事務へ

の移行を除き、原則自治事務化され、残りが「国が本来果たすべき役割に係るものであって、国においてその適正な処理を特に確保する必要があるもの」（2条9号1号）として「法定受託事務」（第1号）に区分された。

「地方分権一括法」により、公有水面埋立法に次の条文が加えられた（1999年法律87号）。

第51条 本法ノ規定ニ依リ地方公共団体が処理スルコトトサレテイル事務ノ内左ニ掲グルモノハ地方自治法（昭和22年法律第67号）第2条第9項第1号ニ規定スル第1号法定受託事務トス

本51条の規定により、埋立ての免許事務を始め、大半が法定受託事務とされ、残りは自治事務とされた。それら「左ニ掲グル」「都道府県が処理スルコトトサレテイル事務」（同条1号）のうち、35条、42条関係は次のとおりである。

- ① 第2条第1項〔埋立の免許〕及第2項〔免許の願書〕（第42条第3項ニ於テ準用スル場合ヲ含ム）
- ② 第3条第1項乃至第3項〔出願事項の縦覧〕（第13条ノ2第2項及第42条第3項ニ於テ準用スル場合ヲ含ム）
- ③ 第13条の2第1項〔出願事項の変更〕（第42条第3項ニ於テ準用スル場合ヲ含ム）
- ④ 第14条第1項〔他人の土地に対する立入又は一時使用〕（第42条第3項ニ於テ準用スル場合ヲ含ム）
- ⑤ 第35条〔免許失効の場合の原状回復義務〕（第36条ニ於テ準用スル場合ヲ含ム）

本規定上からも、第2-2(2)(3)で述べた埋立の免許（承認）の出願から竣功認可（通知）に至る過程において、42条にいう「（第42条）第1項ノ埋立ニ関」する上記①から④の手續事務については42条の国が埋立てを施行する場

合の「準用」があるが、⑤の事務については35条は実体規定であるので42条の適用はなく、36条[無免許の工事に対する匡正及びその原状回復]のみが準用されることが、法文上も明らかにされた。

すなわち、次の(2)で見ると、法定受託事務という「本来的」国の事務とされる事務においても、法35条と42条の異なる法的性質の区分は、分権の前後においても一貫して維持されているのである。

上記条文は、閣法の最後の関門である内閣法制局の厳しい審査をパスしたものであり、国が行う埋立てにおいては、35条の原状回復義務は適用除外=免責されていないことのひとつの有力な証拠となるものである。

さらに言えば、42条の規定は地方分権=法定受託事務の創設に合わせて、新しい地方自治の時代にはそぐわないものとして、削除されるべきであったことはもちろんである。

(2) 機関委任事務体制の廃止と自治体行政のあり方

原田尚彦東京大学名誉教授は、『新版地方自治の法としくみ』(2003, 学陽書房)において、地方分権においては、国と自治体とは対等・協力の関係にあり、21世紀における地方自治・自治体行政のあり方を次のように述べる。

- ① 「奇妙なことに、これまで(平成11年の改正前)の法制においては、これらのしごとは、そのすべてが、地方公共団体がその自治権にもとづいて実施する自治体本来のしごととされていたわけではない。地方公共団体が実施する事務の多く(都道府県ではその事務の7~8割、市町村ではその4割)は、法律上は自治権にもとづいて団体自身が実施するいわゆる「自治事務」ではなく、地方公共団体の長その他の執行機関が法律またはこれにもとづく政令により国(その他の団体)から委任され、国(その他の団体)のしごととして実施することを義務づけられた事務とされてきた。こうした事務を「機関委任事務」という。」(62ページ)「自治事務と機関委任事務とは、このよう

に、法制上まったく異なった扱いがなされた。機関委任事務というシステムの存在が、国と地方を主従関係・支配服従の関係とし、地方自治の実現を阻む重大な制度上の要因となっていたのである。」（64～65 ページ）

- ② 「機関委任という事務処理方式は、地方公共団体の機関を中央省庁の下部機関として位置づけその指揮監督のもとにおいて、国に留保されている地域的な役務を実施させるシステムであった。いわば公選された地方公共団体の長を官選知事の身代わりにして（ないし戦前の市町村長と同様の地位において）中央政府の監督下におく旧時代的システムであったということが出来る。それゆえ、この制度は地方の自主性と創造性の発揮を阻害することになり、現行憲法のとる地方自治観にそぐわないものであった。そこで、平成 11 年に、国と地方公共団体の関係を上下・主従関係から対等な協力関係に転換するため、地方分権推進法のもとに地方自治法の大改正が行われ、機関委任事務というシステムは全面的に廃止された。」（65 ページ）
- ③ 「法定受託事務とは、法律またはこれにもとづく政令で、国（その他の団体）が地方公共団体の機関にではなく、団体そのものにその実施を委託する事務をいうと定義することができる。」（66 ページ）

原田が述べるように、法定受託事務は、かつての「国の事務」ではなく、「地域における事務」（2 条 2 項）であり、首長は法律に基づき、自主的・自立的に事務を処理しなければならない。機関委任事務における国の包括的な指揮監督権は廃止され、国の支配の象徴であった「通達行政」、つまり法律によらず通達による行政は許されない。

地方分権下の公有水面埋立法の運用も、かつての「地方長官」時代ではないのであるから、国の関与も地方自治法が定める類型（第 11 章 245 条以下）に限られる。

公有水面埋立法における法定受託事務について付言すると、沖縄・辺野古への新基地建設のため、国（防衛省）が県知事に公有水面埋立承認申請をすれば、

あくまでも普天間基地の県外移設を求める知事は不承認処分をすることが予想される。国はこれに対する対抗措置として、地方自治法に基づき主務大臣の「是正の指示」(245条の7)を出すことができ、県がそれに従わなければ当該事項を行うべきことを命ずる旨の裁判の判決を得て、承認を「代執行」することができる(245条の7)。これは、分権前の「職務執行命令訴訟」と同様のシステムであり、太田昌秀知事時代に発動(いわゆる代理署名拒否事件)された事例がある。

さらには、稲嶺恵一知事時代には、政府が次の知事選も視野に普天間基地移設計画の実現を左右する公有水面の埋立免許権限を国に召し上げる特別措置法の国会提出準備を進めたこともあった。これは政府の姑息で強権的な姿勢を浮き彫りにするだけでなく、法的にもその内容(地方自治の否定)、手続(憲法が定める地方自治特別法の住民投票の欠如)ともに重大な疑義を生じた。さすがにこれは“やり過ぎ”で実現しなかったが、県知事の有する「海」の管理権限がいかに強大であり、決して国の思うとおりに示した事例である。

(3) 自治体の海の管理権限のあり方

来生新横浜国立大学教授の論文「海の管理」雄川一郎・塩野宏・園部逸夫編『現代行政法大系第9巻公務員・公物』(1984, 有斐閣)342ページ以下は、機関委任事務体制時に書かれたものであるが、現在に至るも基本文献としての価値を失っていない。

以下に、自治体の海の管理権限に関する知見を引用する。

- ① 「海の大部分は、いわゆる法定外公共用物であって、実定法の規律を受けていない。」(345ページ)
- ② 「この問題【海の管理主体】については、古くから、建設省、大蔵省等と自治省との間で見解の対立があり、(略)自治省は、そもそも海域は地方公共団体の自治権の内容として的一般管理権に基づいて、地方公共団体が、公

共事務として条例によって管理すべきものと考えているのである。」（355 ページ）「公共団体の区域である海域には、当該地方公共団体の自治権に由来する諸機能が及ぶことは当然であり、法令に反せず、当該事務が国の事務に属しない限りで、当該地方公共団体は、その海や沿岸域に関する行政事務条例を制定して、当該地方の公共の秩序の維持のために、一定の行為規制等をなすうことは一般に認められるところである。」（358 ページ）

- ③ 「塩野教授は、(略)「地方自治法 2 条 3 項 2 号から推測されるように、法定外公共用物の機能管理は、その利用及び管理の地域密着性に鑑み財産的帰属とは別に、公共事務としてとらえることを前提として法制度がくみたてられている」という、国有財産法と地方自治法の 2 系列による管理権の存在という議論を展開されるのである。」（359 ページ）
- ④ 「すでに見たように、現に、多くの自治体が条例に基づく海の機能管理をなしているという状況がある。また、(略)本稿がとってきた海の国有性という前提の下では、理論的な明快さを欠くことは否定できないとしても、結論として塩野教授の説に従うべきだと考える。海に対する国と地方の管理権の二重性、共同性という認識を前提に、求められている管理の機能に応じて、国と地方の権限配分を合理的に考えていくというアプローチこそ、今後、この分野で要求されることであろう。」（359 ページ）

以上、来生が述べるように、海面・海水・海底の土地＝無主物＝自然公物＝国の所有（公有水面埋立法 1 条 1 項「本法ニ於テ公有水面ト称スルハ河、海、湖、沼其ノ他ノ公共ノ用ニ供スル水流又ハ水面ニシテ国ノ所有ニ属スルモノヲ謂ヒ（略）」）＝国の一元支配＝地方自治体の管理権の排除という直線的・短絡的な思考形式による国の優越的な公共財（国民共有の財産）の独占は認められない。

ちなみに、阿部泰隆は河川の水についても「河川水を公水と称して、公水使用権は「河川の全水量を独占排他的に利用しうる絶対不可侵の権利ではなく、

使用目的を充たすに必要な限度の流水を使用しうるにすぎない」とした判例(最判1962〔昭和37〕・4・10民集16巻4号699頁〔百選42頁〕)でも、公水か私水かが決め手になっているわけではなく、流水の使用は希少な天然資源の配分の問題であるから必要の限度にとどまると解すべきものである。」と述べている(『行政法解釈学I』69～70ページ)。

以上の自治体による海の管理権限のあり方からも、法42条に国の特権=法律の明文なしに原状回復義務の免除を認める考え方の誤りは明らかである。

第4 終 わ り に

以上、縷々述べてきたとおり、現行公有水面埋立法は、余りにも憲法・地方自治・法治主義などの民主主義的な諸原理に反しており、即刻根本的な改正を要し、構造的な不備・欠陥が正されなければならない。それは、「立法の不備」そのものであるが、それを放置してきた責任は、国会(議員)の立法不作為ではなく(第2-1(3)参照)、難読かつあいまいで裁判官でさえミスリードしかねない古色蒼然たる法律を、解釈・運用の名のもとに自らに都合よく自由自在に操り、制度の改革をサボタージュしてきた所管大臣及び国家官僚の側にある。

しかし、本件訴訟のようにすでに舞台が司法の場に移っている場合は、司法による真っ当な解釈と並んで、例えば法源としての「クリーン・ハンドの原則」などを活用した「司法による法創造-創造的な解釈や法の一般原則の導入-」がなされなければならない。

まずは中間判決をもって原審の「却下」判決の過りを正し、すみやかに本案審理に入るべきである。

特に米軍再編=厚木からの空母艦載機の移駐に対応した埋立承認変更処分は、拙著で詳しく述べたように、「超法規」措置が余りにも多い。事実と証拠に基づいた審理を進め、飛躍的な拡大強化が進む基地の現状を司法のサイドか

らメスを入れていただくことを強く要望する。

本件訴訟は、事業判決がなされるべき典型的な事案であることを強調して、本意見書を閉じさせていただく。

【追記】

本意見書を提出した通称「海の裁判」の広島高裁判決が2013年11月13日に出された（当初10月23日の判決言渡予定が延期。裁判長裁判官 筏津順子，裁判官 曳野久男，木村哲彦）ので，校正時に追記する。

判決の主文は，「1 原判決を取り消す。2 控訴人らの訴えをいずれも却下する。3 訴訟費用は，第1，2審とも控訴人らの負担とする。」である。

つまり，「国は原状回復義務を負わない」ので「訴えの利益なし」とした山口地裁判決を取り消し，本意見書で主張した「国に原状回復義務あり」と認められたものの，別の理由で却下したのである。裁判所は，1996年の当初埋立承認処分については1年の「出訴期間経過」，2008年の埋立変更承認処分については「処分性なし」と判断した。

またもや「門前払い」である。逆転ホームランを打ったと思ったらボールがグラウンドに戻ってきて，もう一度再試合といった類の判決である。筆者が広島市役所時代から指導をいただいている阿部泰隆弁護士（神戸大学名誉教授）は，よく行政訴訟を「障害物競争」に例えて，「行政訴訟はやるだけ無駄」と言われる現状の一因を「裁判所の行政擁護的な解釈と訴訟の運営」に求めておられるが，まことその感を深くする。

公有水面埋立法42条と35条をめぐる初の判断であり，国は違法な埋立てを行っても原状回復義務なしという反法治国家的な判決が確定することによる沖縄の辺野古埋立て＝新基地建設への悪先例・悪影響がひとまず回避できたことだけが救いである。

参考までに，翌11月14日付けの中国新聞記事を掲げる。裁判所は，埋立変更承認処分を法的効果を有しない「事実行為」ととらえているようである。せつ

かく「国家＝行政性善説」を排して、国と私人（民間）は同じ法的地位に立つので「国に原状回復義務あり」との明快な判断を示しながら、国への変更承認に付された「留意事項」（免許条件と同じ）の法的性質の把握においては、「国は悪をなしえず」という悪しきドグマから脱皮しえていない。却下の結論に至る論旨・文脈が不明瞭であるため、担当記者にさえ「処分性なし」のキーワードが伝わっていない。

「処分を変更できるのは処分のみ。事実行為ではありえない。」はシンプルで明瞭な法原理（法システム）である。住民は、11月27日に最高裁に上告した。

最後に、愛媛大学での最後の仕事となった拙論の掲載を快くお許しいただいた法学会同僚のご高配に深く感謝する次第である。

<p>地訟 基訴 岩理 岩理</p> <h2 style="text-align: center;">一審取り消して却下</h2> <p style="text-align: center;">広島高裁判決「提訴期間過ぎた」</p>	<p>岩国市の米海兵隊岩国基地の滑走路沖合移設をめぐり、基地周辺の住民が山口県知事の公有水面の埋め立て承認の取り消しなどを求めた訴訟の控訴審判決が13日、広島高裁であった。佐津裁判長は「埋め立ては、埋め立ての完了を理由に「訴えに利益がない」として請求と判断。一方で、行政</p>
<p>2006年、艦載機59機を厚木基地（神奈川県）から岩国基地に移転することへ同意。知事は08年2月、合意を受けた計画変更申請を承認した。</p> <p>原告は、計画変更の承認についても「基地周辺の騒音や墜落の危険性が増した」として取り消しを求めていた。しかし、佐津裁判長は騒音や墜落の危険性の増大は「計画変更でなく艦載機の移駐が直接の原因」との考え</p>	<p>処分を取り消し訴訟を起せる期間は処分日から1年以内と定められていると指摘し、「提訴は期間を過ぎた後で不適法」とした。</p> <p>国事業の公有水面の埋め立ては、騒音騒動や墜落事故の危険回避を目的に、知事が1996年に承認した。しかし日米両政府が</p>