

琉球大学学術リポジトリ

サンゴ採捕許可をすよう求める是正の指示に対する
関与取消訴訟 —— 意見書及び補充意見書 ——

メタデータ	言語: ja 出版者: 琉球大学人文社会学部・琉球大学大学院法務研究科 公開日: 2022-11-11 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 徳田, 博人 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.24564/0002019550

サンゴ採捕許可をするよう求める是正の指示に対する 関与取消訴訟 —— 意見書及び補充意見書 ——

徳 田 博 人

はじめに

本稿は、筆者が福岡高裁那覇支部令2（行ケ）1号・地方自治法251条の5に基づく違法な国の関与（是正の指示）の取消請求事件について執筆した意見書及び補充意見書を再録するものである。なお、本意見書は「甲 81 号証」として、本補充意見書は、「甲 84 号証」として本件福岡高裁に提出されたものである。

1 事案の概要

〔1〕 国（沖縄防衛局）は、2013年12月27日、沖縄県名護市の辺野古沿岸の公有水面約160ヘクタールを埋め立てて、普天間飛行場の代替施設として飛行場及び関連施設（辺野古新基地）建設を目的とした埋立承認（以下「本件承認処分」という。）を、5項目からなる留意事項を付されながらも、仲井眞弘多沖縄県知事（当時）から得た。本件承認処分について、沖縄県知事職務代行者沖縄県副知事から同処分の撤回処分について委任を受けた沖縄県副知事は、本件承認処分後の土質調査により、広範囲にわたる軟弱地盤の存在が明らかになり、本件承認処分の出願（埋立）内容とおりの工事が行えないことなどを理由に、2018年8月31日に本件承認処分の撤回処分（以下「本件承認撤回処分」という。）をした。これに対して、沖縄防衛局は、2018年10月17日に国土交通大臣に対して審査請求及び執行停止の申立てを行い、同大臣は、まず、同年10月30日に本件承認撤回処分の執行停止決定（以下「本件決定」という。）を行い、2019年4月5日に本件承認撤回処分の取消裁決（以下「本件裁決」という。）を行った。

〔2〕 沖縄防衛局は、本件裁決がなされたことを受けて、埋立工事の一環として、2019年4月26日付け及び2019年7月22日付けで、沖縄県漁業調整規則41条に基づき、沖縄県知事に対し、埋立区域内に生息する造礁さんご類を埋立区域外に移植することを内容とする採捕の許可を求める2件の申請をした。これに対して、沖縄県は、本件裁決をめぐって訴訟を提起したことや、埋立工事区域内に判明した軟弱地盤の存在のため、本件承認処分では承認を受けた「設計ノ概要」に従って埋立工事を行うことはできず、「設計ノ概要」の変更承認がされていない状態では地盤改良工事もできないことから、本件承認処分に係る埋立工事を完成することは不可能であるとして、本件申請に対し何らの処分も行わなかった。

〔3〕 農林水産大臣は、沖縄県知事に対して、地方自治法245条の7第1項に基づき、2020年2月28日、本件各申請について許可処分をするようには是正の指示(以下「本件是正の指示」という。)をした。これに対して沖縄県知事は、同年3月30日付けで、地方自治法250条の13第1項に基づき、国地方係争処理委員会に対し、農林水産大臣は本件是正の指示を取り消すべきである、との勧告を求める審査申出をした。

〔4〕 沖縄防衛局は、2020年4月21日付けで、沖縄県知事に対し、公有水面埋立法42条3項において準用する同法13条ノ2第1項に基づき、本件埋立事業に係る設計の概要について、本件地盤工事を追加する旨の変更の承認の申請(以下「本件変更申請」という。)をした。

〔5〕 国地方係争処理委員会は、2020年6月19日付けで、本件是正の指示が違法でない旨の審査の結果の通知を沖縄県にした。これに不服があるとして沖縄県知事は、同年7月22日、地方自治法251条の5第1項1号に基づき訴えを福岡高裁那覇支部に提起した。

2 本意見書の問題意識と訴訟の経過など

本件意見書の付言でも言及したが、本件各申請時点において、本件埋立区域で地盤工事の対象となっている水域につき広範囲にわたり軟弱地盤が存在することが明らかになっており、本件是正の指示の時点において、本件承認処分を受けた「設計ノ概要」にしたがって工事を行って本件埋立事業を完成させるこ

とができないことは明らかであった。しかも、「設計ノ概要」の変更承認もなされていないのであるから（しかも、本件是正の指示後に、沖縄防衛局は「設計ノ概要」等の変更承認申請をしていることから）、本件承認処分を受けた埋立事業の工事のための特別採捕許可について、本件是正の指示の時点において、必要性を認めるに至っていないとした知事の判断について裁量の逸脱濫用が認められないことは当然である。また、そもそも沖縄防衛局が、本件承認処分を受けた「設計ノ概要」にしたがって工事を行って埋立事業を完成させることができないことが客観的に明らかになっているにもかかわらず（沖縄防衛局が「設計ノ概要」の変更申請をしたこと自体がそのことを自認したことになるにもかかわらず）、「設計ノ概要」の変更承認を得ない段階において、特別採捕許可申請を行ったこと自体が誤りであり、沖縄防衛局が速やかに本件各申請を取り下げ、変更承認申請の結果を待つことこそが求められている。このような問題意識に基づいて、本意見書及び補充意見書を執筆した。

本件訴訟は、原審（福岡高裁那覇支判令3・2・3〔民集75巻7号3489頁〕）において原告沖縄県知事の請求が棄却されたことから、沖縄県知事が上告受理の申立てをしたところ、最高裁第三小法廷（最高裁令3・7・6〔民集75巻7号3422頁〕）は、本件上告を受理した上で、上告人・沖縄県知事の請求を棄却した。

なお、本意見書及び補足意見書の問題意識や主張等は、原審では受け入れられることはなかったが、本件最高裁において二人の反対意見（宇賀克也裁判官及び宮崎裕子裁判官）、特に宇賀克也裁判官の反対意見において受け入れられたものと理解している。

意見書

はじめに

本意見書は、農林水産大臣の是正の指示の関与取消訴訟（以下「本件訴訟」という。）に関して、下記の3つの鑑定事項（論点）について、行政法学の見地から検討を行うものである。

検討の手順であるが、本意見（鑑定）事項については、沖縄県漁業調整規則（以下「漁業調整規則」という。）の解釈と公有水面埋立法（以下「公水法」という。）の解釈が交差して問題となることから、第一章で、漁業調整規則における造礁サンゴ類の採捕の禁止・特別採捕許可制度の趣旨・目的及び特別採捕許可の審査基準の意義並びに公水法における免許・承認処分が将来予測型の行政判断として仕組まれているものであることについて述べておくこととする。第一章を受けて、第二章で、意見（鑑定）事項1を検討し、第三章で、意見（鑑定）事項2を検討し、第四章で、意見（鑑定）事項3を検討する。

なお、意見（鑑定）事項に直接かかわるものではないが、最後に、付言も追加した。また、本意見（鑑定）事項は、審査基準に関して、審査基準3項の「必要性」との関係での沖縄県知事の裁量の逸脱濫用の有無に限定して意見を求めているものであるため、審査基準3項の「妥当性」に関しては本意見書では取り上げないこととする。

記

鑑定事項

- 1 公有水面埋立事業の実施のための造礁サンゴ類特別採捕許可申請に対する審査における特別採捕許可の必要性の判断において、当該埋立事業の工事遂行可能性は考慮要素となるか。
- 2 1が考慮要素となるとして、特別採捕許可の申請者が当該公有水面埋立について、免許または承認を受けている場合に、免許または承認を受けた埋立事業について免許または承認を受けた「設計ノ概要」にしたがって工事を

行って埋立事業を完成させることは事実上できないとの認定をし、この認定を前提に特別採捕許可についての必要性を判断することができる場合はあるか。あるとしたら、それは例えば、どのような場合か。

- 3 本件各申請（沖縄防衛局長が平成 31 年 4 月 26 日付け沖防第 2550 号及び令和元年 7 月 22 日付け沖防第 1357 号をもってした造礁サンゴ類の特別採捕許可申請）について、令和 2 年 2 月 28 日時点において、沖縄県知事が審査基準 3 項の「必要性」を認めるに至っていないと判断していたことについて、沖縄県知事の裁量の逸脱濫用は認められるか。

結論

1 について

公水法に基づく免許や承認がなされた場合には、その処分に重大かつ明白な瑕疵があって無効であると認められるといった特段の事情のない限り、当該事業者は、免許または承認を受けた「設計ノ概要」にしたがって工事を行って当該埋立事業を完成させることができる法的権限を有するという事実を前提として、当該埋立事業に係る目的のための造礁サンゴ類の特別採捕許可の必要性を判断すべきものである。

2 について

「設計ノ概要」にしたがって工事を行って当該埋立事業を完成させることができることについての法的権限（法的地位）を有することと、事実の問題としてそれが可能であるのかということは、あくまでも論理的には次元を異にする問題であり、法的権限（法的地位）を有していても事実の問題としては工事を行って当該埋立工事を行うことができないことが客観的に明白となっていると認められるような特段の事情のある場合には、特別採捕許可申請に対する審査において、免許または承認を受けた「設計ノ概要」にしたがって工事を行って当該埋立工事を行うことができないとの事実認定をして、この事実を前提に必要性について判断をすることができる。

事業者が実施設計のための海底地盤調査を行ったところ、「設計ノ概要」の前提とされた土質と相違し、「設計ノ概要」にしたがって工事を行った場合には埋立の安全性が認められないことが客観的に明らかとなり、事業者も

このことを自認しているような場合には、免許または承認を受けた「設計ノ概要」にしたがって工事を行って埋立事業を完成させることができないという事実は明白である。

3について

沖縄県知事の裁量の逸脱濫用は認められない。

第一章 漁業調整規則による造礁サンゴ類の採捕禁止と特別採捕許可制度の趣旨・目的と沖縄県の定めた審査基準

- 1 漁業調整規則は、漁業法 65 条及び水産資源保護法 4条に基づき制定されたものであるが、漁業法は、「漁業生産に関する基本的制度を定め、漁業者及び漁業従事者を主体とする漁業調整機構の運用によって水面を総合的に利用し、もつて漁業生産力を発展させ、あわせて漁業の民主化を図ること」を目的とし、水産資源保護法は、「水産資源の保護培養を図り、且つ、その効果を将来にわたって維持することにより、漁業の発展に寄与すること」を目的としている。漁業法 65 条及び水産資源保護法 4条を受けて制定された漁業調整規則は、沖縄県の漁業や水産資源確保などの事情を考慮し、「沖縄県における水産資源の保護培養、漁業取締りその他漁業調整を図り、併せて漁業秩序の確立を期すること」を目的とするものである。
- 2 漁業調整規則 33 条3項は、造礁サンゴ類が水産資源の保護の観点から重要な役割を果たし、熱帯性海域特有の漁場環境を成し、海洋環境に多様な恵みをもたらす重要な生物であることから、これは採捕してはならないと定め、その採捕を禁止している。造礁サンゴ類等についての特別採捕許可を定めた漁業調整規則 41 条（制定時は 41 条）は、採捕の禁止の例外を定めた規定であり、水産動植物の繁殖保護に資するような試験研究等のための水産動植物の採捕については、採捕による水産動植物への影響と、採捕目的による効果を比較し、当該行為が水産動植物の繁殖保護に資すると知事が判断した場合に限って、その許可をし、採捕の禁止を適用しないこととしたものである。すなわち、サンゴの採捕を原則禁止し、例外的に、より水産資源保護を増進する場合に限って、規模、時期等限定的に許可をする仕組みを採用したもので、単なる消極的な許可ではなくて、水産資源の維持・拡充を目的とした積極的

な許可であり¹、一定の将来の予測・配慮も含めた判断に基づく許可である²。

3 この趣旨・目的よりすれば、造礁サンゴ類の特別採捕許可申請に対して、許可権者である知事は、造礁サンゴ類の採捕による水産資源に対する悪影響を及ぼすおそれを未然に防ごうとした漁業調整規則の趣旨・目的に即して判断権を行使しなければならない。そして、この判断は、採捕の目的、採捕の対象となる造礁サンゴ類の種類、採捕の対象となる海域の環境や移植をされる場合にはその移植先の環境、採捕の方法、採捕の時期等の多種多様な考慮要素に基づいて、水産資源の持続可能な確保・保護を図るための専門技術的判断と政策的判断の総合的判断を必要とし、一定の将来の予測・配慮も含めた判断として行われるものであるから、知事の裁量に委ねるものでなければ適切な結果を期待することができないものであり、漁業調整規則は、特別採捕許可の要件を具体的に定めることをしないで、知事の判断に委ねたものである。

4 沖縄県は、漁業調整規則の特別採捕許可に係る審査基準を次のように定めている。

「＜内容審査＞

- 1 申請者は試験研究、教育実習及び増殖用種苗の供給のいずれかを目的としていること。
- 2 申請者及び採捕従事者に、採捕行為を行う上での適格性が認められること。
- 3 申請内容に、必要性和妥当性が認められること。
- 4 採捕行為の実施により、漁業調整上又は水産資源の保護培養上、問題が生じるおそれがないと認められること。」

本審査基準は、特別採捕許可の判断が広範な裁量権を付与されていること

1 海等の公共用水面は自然公物とされているが、塩野によれば、自然公物という観念は、「資源」の要素を組み入れることで、その管理・利用のあり方を考えるうえで重要な意義をもつ、という。塩野宏『行政法Ⅲ〔第四版〕』（有斐閣、2012年）361頁。同「自然公物の管理の課題と方向」同『行政組織法の諸問題』（有斐閣、1991年）315頁以下。本件採捕特別許可は、水産資源の維持・拡充という積極目的を実現するために、当該管理利用のあり方として許可要件を満たした場合であっても、県知事はなおも許可をするか否かの効果裁量を有していると解される。後で説明する審査基準第4項は、そのような趣旨も含むものと解される。

2 大塚直「環境法の新展開(6) 未然防止原則、予防原則・予防的アプローチ(5) 今後の課題(1)」法学教室 289号(2004年10月号) 106頁-111頁 [111頁参照]

から、当該裁量権限の行使の適正化を図るための主要な考慮事項ないし判断条件を定めたものである。また、造礁サンゴ類が水産資源保護培養において重要な役割を果たしており、採捕は不可逆的な行為であり、採捕をできないことが原則であることから、特別採捕の許可の許否判断に際して、「疑わしきは、水産資源の持続可能な維持・確保のために」という方針のもとで、特別採捕許可に係る審査基準が適用されることとなろう。以上の理解を前提にして、審査基準第1項から第4項までみてみよう。

審査基準第1項は、水産資源の持続可能性の維持・増進に反しない限りにおいての試験研究であり教育実習などであり、あくまでも採捕特別許可はその目的を妨げない限度において採捕許可することができることを定めているといえる。

また、審査基準第2項は、採捕従事者等の人的適格性を包括的に定めている。従って、本件審査基準2項の要件審査に当たっては、申請者の違反行為といった処分歴、実績、等の事実をみて、許可の許否の判断が下されることになる。

さらに、本件審査基準第3項は、当該許可を否定する考慮要素と、許可を肯定する考慮要素を総合的に判断することになる。この総合的判断に際し、未然防止原則（予防原則）の観点を重視した考慮をしなければならないであろう。なぜなら、特別採捕許可の目的そのものは、水産資源の持続可能性の維持・増進に反しない限りにおいての試験研究であり教育実習などであり、あくまでも採捕特別許可はその目的を妨げない限度において許可することができるものと理解されるからである。このような前提から、必要性の検討にあたり、水産資源の持続可能な維持や増進に支障のある申請内容や状態が明白である場合には、当該申請は不許可とされなければ、当該採捕許可制度の自己否定となるのであるから、このような場合には必要性の要件を満たさない（採捕許可の目的適合性を欠く）と判断することになる。

最後に、審査基準第4項では、「採捕行為の実施により、漁業調整上又は水産資源の保護培養上、問題が生じるおそれがないと認められること。」と定めて、水産資源保護という制度趣旨に照らして目的の正当性、実施計画に従った採捕の必要性が認められ、採捕従事者等も適格性を有して妥当性が認められる実施計画に従ってなされることにより、採捕行為の実施により、漁

業調整上又は水産資源の保護培養上、問題が生じるおそれがないと認められる場合に限って、許可をなしうることを明らかにしている。

このように、造礁サンゴ類が水産資源保護培養において重要な役割を果たしており、採捕は不可逆的な行為であり、採捕をできないことが原則であることから、許可をする方向での判断権限の行使については、審査基準4項において、「問題が生じるおそれがないと認められること。」という極めて厳格な基準が設定している。特別採捕の許可の許否判断に当たっては、「疑わしきは、水産資源の持続可能な維持・確保のために」という方針のもとで、漁業調整規則の特別採捕許可に係る審査基準を適用されることが明らかにされているものである。

- 5 「設計ノ概要」についての公有水面埋立免許等は将来予測型行政判断であり不確実性を有したものであることを前提として公水法の免許等の仕組みが作られている。この点につき、説明すると、次の通りである。

公有水面を埋め立てるための根拠となる公水法は、その制定当初、公有水面を埋立て又は干拓して陸地化し、その所有権を取得する行為を規制することを主要な性格とする法律であった。しかし、その後、埋立てに伴う生物多様性等の環境や海水への影響等にも配慮する環境保全法への性格への転換を図り、都道府県知事の権限も強化されてきた。埋立事業者が国の場合には埋立承認を、国以外の者である場合には埋立免許を得るために、いずれの場合であっても当該埋立てが「国土利用上適正且合理的ナルコト」、「其ノ埋立ガ環境保全及災害防止ニ付十分配慮セラレタルモノナルコト」といった要件を満たし、また、埋め立てられた土地に造られた施設から環境への悪影響が発生することがないように、土地利用又は環境保全に関する法律に基づく計画に违背していないこと、さらに、願書において、埋立工事が完全に行われるための「設計ノ概要」や環境保全の措置を記載した図書を添付すること等が義務付けられている。

埋立事業者は、これらの要件や義務を満たすために、適切で正確な情報の収集を行うことが必然的に求められるのであるが、公水法の埋立免許または承認の制度設計そのものが、海底等の情報が不確実な段階での審査も想定されていることから、埋立免許または承認における適法性審査に当たって

は、不確実な要素も踏まえた将来予測型の行政判断とならざるを得ない³。そこで、都道府県知事は埋立免許または承認の際に、附款などを付して、環境被害の防止やその他の安全性が確保されるよう、さらなる調査（ボーリング調査などの地質調査など）や実施設計の許可や確認を求め、当該調査結果次第では、埋立法そのものが、国を含む事業者に対して埋立ての設計の概要の変更申請と知事の許可などを求めるなど、埋立内容の修正を求めている（公水法13条の2、42条参照）。

第二章 意見（鑑定）事項1について

求意見事項1については、第1、2で述べたとおり、漁業調整規則は造礁サンゴ類が水産資源保護の上で重要な役割を果たしているとの位置づけをしてその採捕を禁止し、例外的に、採捕を許可することにより水産資源保護を増進する場合に限って採捕を許可することができるとしているものであり、また、造礁サンゴ類の採捕の結果は不可逆的なものであるから、その目的の正当性・採捕の必要性については厳格に判断されなければならない。

公有水面埋立承認を受けた埋立事業の実施に係る目的ないし必要性のために、造礁サンゴ類の特別採捕許可申請がなされた場合に、当該埋立事業に係る工事の遂行が可能であると認められなければ、その目的ないし必要性が成り立たないことになるものであるから、造礁サンゴ特別採捕許可申請に対する審査における特別採捕許可の必要性の判断において、当該埋立事業の工事遂行可能性を考慮要素とできることは当然であり、また、考慮しなければならないものである。

第三章 意見（鑑定）事項2について

1 「設計ノ概要」にしたがって埋立工事を完成させる法的権限（法的地位）

を有するという事実を前提として審査すべきであること

(1) 行政機関は、自らに法律で与えられた権限の範囲内でその権限に関係する諸事項を考慮しながら、法律によって与えられた権限（裁量権限を含む）

3 この点について、三好規正「海岸・海域の公物管理法制と司法審査に関する考察」山梨学院大学ロー・ジャーナル5巻（2010年）99頁〔121頁参照〕、また、将来予測型の行政判断については、三浦大介「行政判断と司法審査」『行政法の新構想Ⅲ』（有斐閣、2008年）103頁〔125頁以下参照〕。

を行使することになる。

したがって、公水法に基づく免許や承認がなされた場合には、その処分に重大かつ明白な瑕疵があって無効であると認められるといった特段の事情のない限り、当該事業者は、免許または承認を受けた「設計ノ概要」にしたがって工事を行って当該埋立事業を完成させることができる法的権限（法的地位）を有するという事実を前提として、当該埋立事業に係る目的のための造礁サンゴ類の特別採捕許可の必要性を判断すべきものである。

- (2) 免許または承認を受けた「設計ノ概要」にしたがって工事を行って当該埋立事業を完成させることができる法的権限（法的地位）を有することと、事実の問題として免許または承認を受けた「設計ノ概要」にしたがって工事を行って当該埋立事業を完成させることが可能であるか否かは、次元を異にする別の問題である。

もっとも、免許または承認は、「設計ノ概要」を対象として審査を行い、公水法上の要件を充足しているものとして処分がなされたものであるから、特段の事情のない限り、事実認定の問題として、免許または承認を受けた「設計ノ概要」にしたがって当該埋立事業を完成させると認定されることになる。すなわち、特段の事情が認められないにもかかわらず、免許または承認がなされている場合に当該「設計ノ概要」にしたがって当該埋立事業を完成させることができることができないと事実認定をすることは裁量の逸脱濫用になるものと解される。

しかし、「設計ノ概要」にしたがって工事を行って当該埋立事業を完成させることができることについての法的権限（法的地位）を有することと、事実の問題としてそれが可能であるのかということは、あくまでも論理的には次元を異にする問題であり、法的権限（法的地位）を有していても事実の問題としては工事を行って当該埋立工事を行うことができないことが客観的に明白となっていると認められるような特段の事情のある場合には、特別採捕許可申請に対する審査において、免許または承認を受けた「設計ノ概要」にしたがって工事を行って当該埋立工事を行うことができないとの事実認定をして、この事実を前提に必要性について判断をすることができる。

そして、2において後述するように、公水法は、免許または承認の後に、実施設計のための調査・検討段階において、免許または承認を受けた「設計ノ概要」にしたがって工事を行って埋立事業を完成させることができないことが判明するという事態が生じうることを、法の仕組みとして、想定をしているものである。そこで、例えば、限定された地盤調査に基づいて「設計ノ概要」が作成され、この「設計ノ概要」について免許または承認がなされた後に、事業者が実施設計のための海底地盤調査を行ったところ、「設計ノ概要」の前提とされた土質と相違し、「設計ノ概要」にしたがって工事を行った場合には埋立的安全性が認められないことが客観的に明らかとなり、事業者もこのことを自認しているような場合には、免許または承認を受けた「設計ノ概要」にしたがって工事を行って埋立事業を完成させることができないという事実は明白であるから、少なくともこのような場合には、当該埋立事業に係る目的のための特別採捕許可申請に対する審査において、免許または承認を受けた「設計ノ概要」にしたがって工事を行って当該埋立工事を行うことができないとの事実認定をして、この事実を前提に特別採捕の許可に係る審査基準第3項の必要性について判断をすることができる。

2 公水法2条2項4号が免許の出願段階で「設計ノ概要」で足りるとした趣旨およびこれに対応する公水法仕組み並びに実施設計についての協議を義務付ける承認処分の附款の意義

(1) 公水法は、免許または承認の後に、事業者が実施設計のための検討を行う段階において、「設計ノ概要」にしたがって工事を行って埋立事業を完成させることができないことが判明する事態が生じうることを法の仕組みとして想定をしているものである。

(2) 公水法2条2項4号と34条の趣旨

ア 公水法は、出願人は、願書と添付図書で「設計ノ概要」（埋立てに関する工事についての全範囲にわたる工事施行内容の概要）を具体的に特定して出願し、都道府県知事は願書等により特定された内容を審査してこの特定された内容に対して免許・承認をするものである。

免許・承認を受けた者は、願書と添付図書により特定された「設計ノ

概要」に基づいて工事を行って埋立事業を完成させる法的地位を有することになるが、「設計ノ概要」の変更申請をして承認を受けない限り、免許・承認を受けた「設計ノ概要」にしたがった工事以外の工事をすることは許されない。

もっとも、埋立に関する工事は、水中において行われるものであるだけに、特別の技術を必要とし、工事が適正な方法により実施されるかどうかは、公水法4条1項各号の要件を定めることにより保護している公益について重大な影響を持つことになる。例えば、護岸の構造が、十分な強さをもっていないときには、護岸が崩壊して、埋立地が侵蝕され、護岸の面前の水面が埋没し船舶の航行にも支障を及ぼし、人の生命・身体・財産等に重大な脅威を与え、周辺環境にも甚大な被害を与えうることになる⁴。また、工事方法が不手際であったために、埋立地の利用ができなかった場合には、埋立ての免許等をした意味がなくなるばかりではなく、他の公有水面、或いはその背後地に被害を与えることも少なくない。したがって、簡易な工事は別として、埋立てに関する工事をどのように行うのかについて、慎重に検討をする必要があり、願書の審査のためには、埋立てに関する工事の設計に関する願書の記載事項及び添付図書において、詳細な実施設計を提出させることが望ましいとも言える。

しかし、公水法は、免許等を受けられるかどうか不確定な出願時において、詳細な実施設計を求めることは、出願人に対し過度の負担を強いることになるとして、出願段階では「設計ノ概要」を提出することをもって足りるものとした⁵。

イ 「設計ノ概要」に基づく審査で要件を充足していると判断して免許等がされたとしても、例えば、その後の実施設計のための土質調査の結果等によって、願書等に基づいてなされた埋立工事の安全性の判断の前提とされた事実が覆滅し、免許後に判明した海底土質等よりすれば、設計の概要で特定された当該埋立ての埋立工事が、「埋立地そのものの安全性と埋立に伴い他に与える災害の二面のほか、船舶航行の安全性」に十

4 山口眞弘=住田正二『公有水面埋立法』(日本港湾協会, 1954年) 252頁。

5 『港湾行政の概要〔平成25年度〕』6章-32頁、山口=住田・前掲注4) 127頁。

分に配慮されていないと認められるならば、人の生命・身体・財産等に重大な侵害をもたらさうような埋立工事を進めることを認められないものであり、免許等の効力を維持することを認めることはできない。

以上のとおり、出願段階では「設計ノ概要」で足りるとしたため、大規模工事等では、「設計ノ概要」を審査した限りでは「災害防止二付十分配慮」要件の充足が認められるとする判断がなされて免許処分をしたとしても、免許後の実施設計のための調査結果を踏まえて検討すれば、海底土質が免許処分の判断の前提とされた土質とは異なるなどの承認時には予期していなかった事実が判明することにより、「設計ノ概要」にしたがって工事を行って埋立事業を完成させることができないことが判明するという事態が生じることも想定されるものである。

そこで、公水法は、工事着手前の段階で再度の確認をして、安全性を欠いた埋立てがなされることを防止するための仕組み、「災害防止二付十分配慮」という基幹的要件の工事施行段階における充足を確認するための仕組みを設けている。すなわち、公水法 34 条は、免許処分に実施設計の認可申請を免許条件として付した場合に、不認可の処分がされたとき又は指定する期間内に申請をしないときは、免許の効力は失効することを定めているものである。

願書等で特定された設計の概要を審査して、「災害防止二付十分配慮」要件を充足していると判断して埋立免許をしたということは、当該設計の概要に基づいて適正な実施設計をできるという判断をしたということである。それにもかかわらず、適正な実施設計が示されなかったということは、埋立ての出願を免許したこと自体が不相当であったということであり、免許の要件を充足していないことが事後的に判明したことを意味するため、免許の効力を事後的に失効させるものであるということもできる。

実施設計の認可申請を免許条件で付すことが適当な場合又は実施設計認可申請の義務付けを不要とする場合については、「工事の実施設計認可は、小規模な埋立、或は工事の簡単な埋立については、これを求めさせる必要はないが、通常の場合は、埋立に関する工事の重要性からみて、

工事の実施設計の認可を受けさせることが必要であろう。」⁶ また、「設計の概要を審査した限りにおいては免許しうると判断されるものの、例えば、埋立て区域の土質条件が一律でないことが想定されるためにさらに実施計画を確認したうえで埋立てに関する工事に着手させることが適当と判断される場合がある。このような場合、埋立法は、当該出願を免許し、免許条件をもって免許権者の指定する期間までに実施設計の認可を受けさせた後に埋立てに関する工事に着手させることとしている。」⁷ とされている。

ウ なお、実施設計は、「設計ノ概要」を詳細化したものであるが、設計の概要は、「埋立てに関する工事についての全範囲にわたる工事施行内容の概要を特定」⁸ するものであるから、実施設計の認可は「埋立てに関する工事についての全範囲にわたる工事施行内容」の総体についてなされるものであり、当該埋立ての埋立工事の一部について分割して認可をするものではない。したがって、当該埋立ての埋立工事の一部について実施設計の認可申請をしても、それは実施設計の認可申請をしたものとは認められない。また、免許条件をもって実施設計の認可申請を義務付けるのは、実施設計を確認したうえで工事に着手をさせるためであるから、実施設計の認可は工事に着手する前に得なければならないものであり、実施設計の認可申請が免許条件とされた場合には、実施設計の認可を得ずに工事に着手することは認められないものである。したがって、実施設計の認可申請が免許条件とされた場合に、実施設計について認可を受けないで工事に着工した場合は、「埋立ニ関スル法令ニ依ル免許其ノ他ノ処分ノ条件ニ違反シタルトキ」（公水法 32 条 1 項 2 号）に該当することになる。

(3) 公水法 13 条の 2

免許権者は、出願人が提出した願書及び添付図書を審査し、その願書等により特定された内容に対して免許を与えるものであり、他方、免許

6 山口＝住田・前掲注 4) 253 頁。

7 『港湾行政の概要〔平成 25 年度〕』6 章－33 頁。

8 『港湾行政の概要〔平成 25 年度〕』6 章－43 頁。

をされた埋立権者は、その特定された内容に基づいて埋立てに関する工事を遂行して埋立地を造成する義務を負うものである。また、願書に記載した「設計ノ概要」及び設計ノ概要説明書により特定された工事を対象に、免許時の判断では「災害防止ニ付十分配慮」という要件を充足していると判断されたとしても、免許後の海底土質調査等の結果、設計の概要として特定された内容を対象に判断すれば、「災害防止ニ付十分配慮」の要件を充足していないと判断される事態は生じうるものである。

免許を受けた埋立権者は、免許を受けた時点において、願書等により特定された内容に基づいて埋立てに関する工事を遂行する義務を負うものであるから、願書等により特定された内容をみだりに変更して実施することは許されない。しかし、出願段階では「設計ノ概要」で足りるとしていることもあり、免許後の詳細検討の段階で、「設計ノ概要」の変更が必要となることがやむを得ないと認められる場合があることも想定される。

そこで、公水法は、埋立免許後、出願に際して予想しえなかった新たな事態が発生し、願書等により特定された内容を変更して埋立工事を実施する必要が生じた場合について、同法 13 条の 2 において、都道府県知事は、「免許ヲ為シタル埋立ニ関シ」て、「正当ノ事由アリト認ムルトキ」は、「設計ノ概要」の変更を許可できると定めている。

したがって、免許後に、実施設計の検討に際して、「設計ノ概要」の変更の必要が生じたときは、「設計ノ概要」の変更の許可を得てから、変更後の「設計ノ概要」で特定されている埋立てに関する工事の実施設計の認可を得ることが必要となる。

(4) 実施設計についての協議を義務付ける承認処分の附款の意義

ア 国が事業主体となる埋立工事についても、公水法 42 条 3 項は、同法 2 条 2 項を準用し、承認の出願については、「設計ノ概要」の提出で足りるとしている。

前述したとおり、「設計ノ概要」の審査で承認処分を受けたとしても、その後の実施設計作業段階における土質調査等によって、願書の「設計ノ概要」によりなされた要件充足の判断が覆滅される事態は生じ得る。

その場合に、要件を充足していない埋立を認めることはできないことは当然であり、承認後において、「災害防止二付十分配慮」要件を充足していないと認められたならば、要件不充足を根拠として承認処分取消処分をなしうるものと解される。すなわち、承認処分により与えられた地位には、承認後に「災害防止二付十分配慮」要件を充足しないことが判明すれば処分の効力が消滅させられる⁹。

公水法が、承認の出願についても「設計ノ概要」で足りるとした以上、免許と同様に、「設計ノ概要」を審査の対象とした承認時における判断には不確定な要素が残ることを前提としているものというべきである。したがって、「設計ノ概要」に基づく判断で承認処分をしても、大規模工事などについて、さらに実施設計を終えた後に、承認権者において詳細を確認したうえで埋立に関する工事を着工させることが適当と認められるときには、承認権者である都道府県知事が、事業者である国が実施設計を示して承認権者と協議を行った後に着工させることができることを当然の前提としているものである。

イ 埋立承認処分は、裁量処分であるが、性質上附款になじまない処分を除いては、附款を付することができる。公水法は、公有水面埋立承認について都道府県知事に承認要件の充足の判断についての裁量を付与しているものであるから、明文規定がなくとも、免許処分について裁量権の許す範囲内で附款を付することができるものではあるが、公有水面埋立法施

9 中川丈久教授は、『職権取消しと撤回』の再考（「水野武夫先生古希記念論文集」所収・法律文化社、2011年）という論文の中で、「撤回事由が私人側の事情による場合であって、処分要件のうち、処分後も充足し続けるべき特定の要件が事後的に充足されなくなったという場面…この場合、撤回事由（要件の事後的不充足）が生じた時点で当該処分はすでに違法である。そうすると、撤回しないという選択肢は現実的でないかもしれない。」と述べる（389頁～390頁）。この指摘をうけて、公水法における「設計ノ概要」の意義、埋立免許・変更承認制度（公水法13条の2）を法的仕組みの中で位置づけてみるとどうなるのか。公水法の仕組みの中で、「設計ノ概要」は埋立免許であれ承認であれ、処分後も充足し続けるべき特定の要件充足事項に該当し、当該「設計ノ概要」通りの工事を進めることができないということは、埋立免許・承認の事後的不充足を意味することになる。つまり、この時点で違法である。このような事態を回避するために、変更承認制度がある。なお、当初の埋立免許や承認は、変更承認申請をした時点で、変更承認を得ることを条件として、当初の埋立免許または承認の効果を手続的に有効であると維持するのであって、変更承認が認められる間は、当初の埋立免許や承認も手続的には有効であっても、違法な状態が継続しているものと解される。

行令6条（都道府県知事ハ埋立ニ関スル法令ニ規定スルモノノ外埋立ノ免許ニ公益上又ハ利害関係人ノ保護ニ関シ必要ト認ムル条件ヲ附スルコトヲ得）は免許に附款を付しうることを明確にしており、同条は、同施行令30条により国が埋立てを施行する場合にも準用されている¹⁰。

実施設計に関する協議を義務付ける附款は、公水法42条3項が同法2条2項を準用して「設計ノ概要」に基づく審査で承認をできることから、大規模工事等では不確実な要素が残ることから、実施設計を終えた後の段階において再度の確認を行うことによって、工事着工時においても要件を充足していることを担保するものである。

第四章 意見（鑑定）事項3について

1 沖縄県知事の認識・判断

(1) 本件承認処分に留意事項1が付された趣旨・目的

沖縄県の説明によれば、本件承認処分に留意事項1を付した趣旨・目的は、以下のようなものである。

記

普天間飛行場代替施設建設事業は、沖縄県内でも前例のないような大規模埋立工事であり、埋立対象区域は、辺野古崎を挟んで、南側リーフエリアと大浦湾側エリアと、海底地形が大きく異なる範囲にまたがり、工事の大半を大浦湾側が占めている大浦湾側エリアは、深い湾という沖縄県内でも特殊な地形であるため、埋立工事に使用される埋立土量は膨大な量となっている。このように、前例のない未曾有の大工事であることは明らかであるにもかかわらず、公有水面埋立承認出願段階では、土質調査がなされたのは4箇所のみであり、承認段階では、願書及び添付書類の記載並びに審査における沖縄県から沖縄防衛局への質問に対する回答により、要件の充足を認めて承認がなされたものであるが、承認後の実施設計のためのボーリング調査等により、出願・承認の前提と異なる土質等が判明する可能

10 建設省埋立行政研究会編『公有水面埋立実務ハンドブック』134頁。

性も否定できないものであった。そのため、実施設計を提出させて協議をすることで、埋立の安全性、要件の充足を確認したうえで工事に着工をさせることが必要であるとして留意事項1を付したものである。

- (2) 沖縄県知事が本件審査基準第3項（必要性）を満たしているとの判断に至っていないとする理由

沖縄県の説明によれば、「必要性」が認められるとの判断に至っていないとする理由の要旨は、以下のとおりである。

記

ア 土木構造物を支えているのが地盤であり、安全性に係る地盤の現象については、「沈下」、「液状化」及び「すべり破壊」の3つの現象が特に重要であるとされている。そして、沈下についてはとりわけ圧密沈下が深刻な問題となるために圧密沈下を生じる軟らかい粘性土層の有無とそれが存在する場合の対応の有無が、液状化については表層に緩い砂質土等がある場合には地震時に地盤が液状化する危険性が存することになるため液状化の危険性のある土層の有無とそれが存在する場合の対応が、すべり破壊については安定計算（円弧すべり解析）で所定の地盤の強さが認められるか否かが、それぞれ問題となるものとなる。

埋立対象区域の海底地盤の土質やN値について、本件承認出願書類（設計概要説明書）では、沈下、液状化やすべり破壊について、問題となる内容は示されていなかった。そして、公有水面埋立承認の審査における沖縄県の質問に対し、沖縄防衛局は、「液状化の可能性は低いものと判断した。また、地盤の圧密沈下に関しては、地層断面図に示す通り、計画地の直下には圧密沈下を生じるような粘性土層は確認されていないため、圧密沈下は生じないものと想定しています。」「各護岸の施工時及び完成時の地盤の円弧滑りは全て耐力作用比1.0以上を満足しています。」などと、問題が生じない旨を回答していた。この出願書類（設計概要説明書）の内容及び沖縄防衛局の回答の内容を前提として、本件承認出願に係る審査がなされた結果、「埋立地の護岸等の構造は、滑動、

転倒及び支持力などの安定計算が行われ、技術基準に適合しており、災害防止に十分配慮されていると認められる。」「埋立区域の液状化の有無を評価し、対策が必要な個所では実績のある工法により地盤改良が計画されているため、埋立地をその用途に従って利用するのに適した地盤となるよう対策が講じられているものと考えられ、災害防止につき十分配慮していると認められる」とされ、これを前提として本件承認処分がなされたものであった。

ところが、本件承認処分後になされた土質調査の報告書により、大浦湾側埋立工事施行区域について、「沈下」、「液状化」及び「すべり（地盤の破壊）」のいずれについても危険性があることが明らかとなった。すなわち、本件埋立工事の埋立対象区域は、辺野古崎を挟んで、南側リーフエリアと大浦湾側エリアという、深度や海底地形等が大きく異なる範囲にまたがっているが、大浦湾側エリアの大半が、いわゆる軟弱地盤であることが明らかとなったものである。護岸等の構造物の設置計画箇所についても、水深数十メートルの海底に、数十メートルの厚さの軟弱地盤が存在していることが明らかになっているが、N値0の「マヨネーズなみ」とも言われるような箇所すらも数多く確認され、護岸等について埋立承認を受けた「設計ノ概要」にしたがって工事をした場合には圧密沈下、液状化やすべり破壊などによる護岸の倒壊等の危険性があることは明白である。また、護岸等の設置計画箇所以外の埋立予定地についても、埋立承認を受けた「設計ノ概要」にしたがって工事をした場合にはすべり破壊の危険性があることが明らかとなっている。

なお、埋立対象区域は、辺野古崎を挟んで、南側の非常に浅いリーフエリアと大浦湾側からなり、本件埋立事業に係る工事の大半は大浦湾側の工事であり、この大浦湾側の大半を軟弱地盤が占めているものであり、軟弱地盤でない箇所が大浦湾側の埋立対象区域に占める割合はきわめて小さなものである。軟弱地盤の存在により「設計ノ概要」に従って工事を行うことが不可能であることが判明した箇所を除外した場合、他の箇所のみ工事を行っても、埋立ての目的を達成することはできないことは、余りにも明らかである。また、本件各申請に係るサンゴの生息箇所

は軟弱地盤にかかっていないものではあるが、この箇所には予定されている護岸は他の護岸と一体として大浦湾側の埋立てを行うためのものであり、本件各申請に係るサンゴの生息箇所に予定されている護岸工事のみを行っても、その工事には独立した用途・価値を見出すことができないことについては、何人の目から見ても疑いの余地はない。

2 検討（本件是正の指示がなされた時点において、沖縄県知事が許可処分をしていなかったことについて、沖縄県知事の裁量の逸脱濫用は認められるか。）

(1) 本件各申請について、沖縄県知事は、沖縄防衛局が本件承認処分を受け、本件承認処分を受けた「設計ノ概要」にしたがって当該埋立事業を完成させることができるということを、前提事実として考慮しなければならない。

しかし、他方で、土質調査結果という客観的科学的資料が公表されていること、埋立工事の大半を大浦湾側の工事が占めていることは数値的に明確であること、大浦湾側の埋立対象区域の大半が軟弱地盤であることは土質調査結果によって明らかでそのことは沖縄防衛局も認めていること、大浦湾側の土質調査の結果は本件承認処分の前提とされた設計土層と異なることは一義的に明らかであること、以上より、本件承認処分を受けた「設計ノ概要」にしたがって埋立事業を完成させることができないことは客観的に明らかであり、本件承認処分を受けた「設計ノ概要」に従って工事を行って埋立事業を完成させることができないという認識は沖縄防衛局自身が明確に外部に示していたこと等の諸事実が認められるものである。

これらの事実という特段の事情に基づいて、沖縄県知事が、沖縄防衛局が本件承認処分を受けた「設計ノ概要」にしたがって工事を行って埋立事業を完成させることはできないという事実認定を行ったことについて、裁量の逸脱濫用は認められないものと思料する。

(2) なお、本件各申請に係るサンゴ類は、軟弱地盤の範囲外に所在している。しかし、免許・承認は、当該埋立事業の全体についてなされるものであり、「設計ノ概要」は当該埋立事業について1つであって、「設計ノ概要」の全体を一体として審査の対象とされ、1つの「設計ノ概要」について免許・承認がなされるものである。「設計ノ概要」に記載された工事の全てを行っ

て埋立事業を完成させなければならないのであるから、免許・承認を受けた「設計ノ概要」に従って埋立事業を行うことが可能か否かということは、全体について判断をされることである。したがって、問題となっている箇所が他の工事とは独立していた関連性がない場合で、問題となっている箇所は当該埋立事業全体の中では些末なものに過ぎず、当該箇所を除いて完成させても埋立事業の目的に影響が生じないといった特段の事情のない限り、1つの「設計ノ概要」から、ことさらに問題が生じていない一部分のみを切り出して、工事が可能か否かということ判断することはできない。本件については、本件埋立事業工事の大半を大浦湾側が占めているが、その大浦湾側の大半について軟弱地盤が存在して「設計ノ概要」に従った工事をできないことは明白あり、本件各申請に係るサンゴ類の生息箇所のみについて工事をしてまったく意味をなさないものであり、このことよりしても、必要性を認めるに至っていないとして沖縄県知事の判断について裁量の逸脱濫用は認められないものと料する。

〔付言〕

本件各申請について、本件是正の指示の時点において、本件承認処分を受けた「設計ノ概要」にしたがって工事を行って本件埋立事業を完成させることができないことは明らかであり、他方、「設計ノ概要」の変更承認もなされていないのであるから、第4までに述べたとおり、本件承認処分を受けた埋立事業の工事のための特別採捕許可について、本件是正の指示の時点において、必要性を認めるに至っていないとした知事の判断について裁量の逸脱濫用が認められないことは当然である。また、そもそも沖縄防衛局が、本件承認処分を受けた「設計ノ概要」にしたがって工事を行って埋立事業を完成させることができないことが客観的に明らかになっているにもかかわらず、「設計ノ概要」の変更承認申請を得ない段階において、特別採捕許可申請を行ったこと自体が誤りであり、沖縄防衛局が速やかに本件各申請を取り下げ、変更承認申請の結果を待つことこそが、求められているものというべきであろう。

以上

補充意見書

はじめに

本補充意見書は、農林水産大臣の是正の指示の関与取消訴訟（以下「本件訴訟」という。）に関して、2020（令和2）年8月21日付けで裁判所に提出した意見書（甲第81号証。以下「意見書」という。）を補充するものである。

なお、特に断らない限り、略語例は意見書の例による。

1 最高裁判決（2020年3月26日〔民集74巻3号471頁〕）によれば、公水法は、埋立免許であれ、埋立承認であれ、埋立てを適法に実施し得る地位を申請者に付与する行政処分としている。当該法的地位は、出願事項である①埋立ての施行主体、②埋立区域を含む埋立てに関する工事の施行区域、③埋立地の用途、④設計ノ概要、⑤工事の施行に要する時期、のそれぞれの特定によって、埋立ての内容、すなわち、埋立事業者の法的地位が特定されることになる¹。

2 埋立ての内容の特定を構成する事項、とくに、「埋立区域」の特定、「埋立の用途」の特定、「設計ノ概要」の特定は、観念的に、それぞれを分けて特定しているのであるが、これらは相互に密接に、しかも、埋立ての用途（埋立ての目的・用途）を軸にしながらかつて関連している。この関連性は、埋立ての内容の特定の変更が必要となった際に、顕在化する場合がある。例えば、出願の際に記載される埋立用途に係る埋立地の配置や規模は、埋立区域の規模とも関連してくる。そのため、埋立区域の縮小に伴って、願書で特定した埋立地の用途の内容も変わることを余儀なくされる場合もある²。また、埋立区域の規模も、土地利用に関する国の計画の変更や、護岸等の工作物の変更（「設計ノ概要」の変更）によっても左右される。「設計ノ概要」では、埋立てに関する工事についての全範囲にわたる工事施行内容の概要を特定することが必要であるが、これは埋立区域の用途・利用全体が環境上も防災上も問

1『港湾行政の概要〔平成25年度〕』6章-38頁から45頁参照。

2『港湾行政の概要〔平成25年度〕』6章-66頁。

題ないことを確保する（生じ得る危害を排除する）ことにもなるからである。すなわち、「設計ノ概要」は、埋立免許または承認の審査において、その全体を一体として審査の対象とされ、1つの「設計ノ概要」について免許・承認がなされるものである。「設計ノ概要」に記載された工事の全てを行って埋立事業を完成（＝埋立事業の用途・利用目的を実現）させなければならないのであるから、免許・承認を受けた「設計ノ概要」に従って埋立事業を行うことが可能か否かということは、全体について判断をされることとなるのである³。

3 埋立事業者は、埋立免許または承認された後は、特定された内容のとおり埋立てを遂行する義務が生じる。しかし、埋立免許または承認の審査は、海底等の情報が不確実な段階での審査も想定されていることから、埋立免許または承認の審査は不確実な要素も踏まえた将来予測型の行政判断とならざるを得ず、承認後には新たな事態が生じることがある。かかる事態は、公水法の仕組みの中で、埋立免許であれ承認であれ、処分後も充足し続けるべき特定の要件を満たさないことが生じ得ることを意味することになる。公水法は、このような事態を想定して、埋立事業者が埋立免許または承認後に埋立工事を実施する前に、さらなる海底等の調査・情報収集等を行わせるために、埋立免許条件をもって実施設計の認可申請を義務付けたり（公水法 34 条 1 項、なお、埋立承認の場合にも承認の際に附款を付して実施設計を義務付けたり）、さらに、変更の許可または変更の承認制度（公水法 13 条の 2）を整備したりしている。

4 実施設計は、「設計ノ概要」を詳細化したものであるが、設計ノ概要は、埋立ての用途・埋立事業の目的どおりの工事を行っても環境上も防災上も支障がないことの審査を担保するためのものであることから、「埋立てに関する工事についての全範囲にわたる工事施行内容の概要を特定」する必要がある。したがって、「設計ノ概要」を詳細化した実施設計の認可（公水法 34 条 1 項参照）も、「埋立てに関する工事についての全範囲にわたる工事施行内容」の全体についてなされる必要がある。しかも、実施設計の認可申請を埋立免許の認可条件とすることは、実施設計の適切さを確認したうえで埋立工事に着手をさせるためであるから、申請者は、実施設計の認可は埋立工事

3 『港湾行政の概要 [平成 25 年度]』6 章 - 43 頁。

に着手する前に得なければならないことになる。埋立承認の場合にも、同様の趣旨から承認の際に附款で埋立事業者に対して実施設計の作成と都道府県知事との協議を義務付けることができる⁴。

- 5 埋立免許等の段階では、詳細な実施設計でなく、「設計ノ概要」で足りるものとして出願段階での事業者の負担を軽減したものであるが、事業者が埋立工事を実施するために、「設計ノ概要」を詳細具体化した実施設計の申請等を許可または承認の条件とされた結果、埋立工事を行うために詳細な調査・検討・調整を行う段階で、免許等で特定された「設計ノ概要」にしたがって工事を行って当該埋立事業を完成させることができないことが判明するという事態が生じうる⁵。かかる事態は、公水法の仕組みの中で、埋立免許であれ承認であれ、処分後も充足し続けるべき特定の要件を満たさないことを意味することになる。その場合に、要件を充足していない埋立てを認めることはできないことは当然であり、承認後において、埋立免許または承認の要件を充足していないと認められたならば、処分庁は要件不充足を根拠として承認処分の取消処分をなしうるものと解される。すなわち、承認処分により与えられた地位は、要件不充足を理由に処分の効力が消滅させられる⁶。

-
- 4 埋立承認処分は、裁量処分であるが、性質上附款になじまない処分を除いては、附款を付すことができる。公水法は、埋立承認について都道府県知事に承認要件の充足の判断についての裁量を付与しているものであるから、明文規定がなくとも裁量権の許す範囲内で附款を付すことができるものではあり、公有水面埋立法施行令6条及び同施行令30条は、この点を確認している。
- 5 『港湾行政の概要〔平成25年度〕』6章-69頁は、次のように指摘する。「免許後に実施設計の調整に伴って原書の内容を変更しなければならない事態が起こったときは、法第13条の2の規定による変更の許可を受けなければならない。」と。
- 6 中川丈久教授は、『「職権取消しと撤回」の再考』（水野武夫先生古希記念論文集）所収・法律文化社、2011年）という論文の中で、「撤回事由が私人側の事情による場合であって、処分要件のうち、処分後も充足し続けるべき特定の要件が事後的に充足されなくなったという場面…この場合、撤回事由（要件の事後的不充足）が生じた時点で当該処分はすでに違法である。そうすると、撤回しないという選択肢は現実的でないかもしれない。」と述べる（389頁-390頁）。この指摘をうけて、公水法における「設計の概要」の意義、埋立免許・変更承認制度（公水法13条の2）を公水法の法的仕組みの中で位置付けてみるとどうなるのか。公水法の仕組みの中で、「設計の概要」は埋立免許であれ承認であれ、処分後も充足し続けるべき特定の要件充足事項に該当し、当該設計ノ概要通りの工事を進めることができないということは、埋立免許・承認の事後的不充足を意味することになる。

変更承認申請がなされるという事態が生じた場合というのは、基本的には当初の設計の概要の内容では埋立免許・承認の要件を充足しないということなのだから、当初の申請を取り下げて、新しく申請するということと同じであるものである⁷。法は簡便な手続として変更承認申請という制度（公水法 13条の2）で申請者（事業者側）に配慮していることになるが、変更承認申請自体が公水法 4条 1項各号の免許要件をもう一度確認しないといけなことから、免許または承認の際の審査と同様に、都道府県知事は変更承認の審査に当たって、埋立てに関する工事についての全範囲にわたる工事施行内容の概要を対象に審査をしないといけなことになる。そうすると、変更承認申請をして承認を受けるまでの間というのは、新たな申請に対して承認を受けられるのか分からない状態であり、埋立ての内容の特定が不確定な状態であるということである。

7 国は答弁書（令和2年8月4日、111頁）において、次のように述べている。「この変更許可ないし承認に当たっては、当初の承認時と異なり、漁業権者等の権利者の同意は不要とされるなど（同法13条の2第2項は同法4条の3項の規定を準用していない）、変更前の埋立免許又は埋立承認の効力等が維持されることを前提とした規定となっている。したがって、変更承認を要する事態が生じたとしても、埋立承認の効力には何ら影響せず、事業者は、依然として埋立承認に基づく埋立を適法になし得る地位を有しており、当該埋立承認を受けた際の願書の「設計ノ概要」（同法2条2項4号）に従って埋立行為をなし得る」と。しかし、この主張の問題点は次の通りである。

埋立事業者の埋立てを適法になし得る地位は、出願の際に埋立ての内容が特定された範囲内であり、かつ、それが公水法 4条 1項各号及び同条 3項の各号、いずれをも満たす必要がある。事業者が変更承認の申請をしたということは、変更承認申請した時点において、埋立事業者は公水法 4条 1項各号の要件を満たさない状態、すなわち、出願書の「設計ノ概要」に従った特定された内容の埋立てを、完成・実現できない状態にあることを自認したことを意味する。本来なら、当初の申請を取り下げて、新しく申請することもあり得たが、法は、簡便な手続として変更承認申請という制度を設け、埋立事業者に、実体的に、適法に埋立てを実施し得る地位の回復の機会を与えたのである。

また、公水法 4条 3項の規定の趣旨は、当初の埋立免許または承認を受ける際に、漁業権者等の権利者との補償問題などでトラブルをさけるためのものであり（『港湾行政の概要〔平成30年度〕』3章・59頁）、埋立事業者が変更承認申請をする際には、漁業権等がすでに消滅している状態が通常でもあることから、このような補償問題などでトラブルが発生することを想定しがたいからであろう。これに対して、承認等で特定された「設計ノ概要」等が変更される恐れがあること自体は、公水法自体が将来予測型の行政判断を組み込んだものであることの帰結ともいえる。

6 ところで、公有水面の埋立ては、国民共通の資産である公物を廃止するという重大な問題（公益侵害の恐れのある行政処分）であり、公水法は、1973年に、自然環境の保全、公害の防止、埋立地の権利処分及び利用の適正化等の見地から大幅な改正が行われ、その一環として、それまで旧公水法36条で定められていた追認制度が廃止された⁸。追認制度とは、埋立ての出願をしないまま埋立工事を実行し、または、出願はしているが免許処分が行われない段階で埋立工事に着手し、土地の造成化が見られた区域について、追認の日において埋立ての免許があったものとみなされる制度である。この制度が廃止された趣旨は、事前に、埋立ての内容が都道府県知事の事前の審査を経て特定されない限り、いかなる場合であっても埋立てを適法に実施し得る地位を認めないためのものであり、確実に埋立区域の全体の埋立てができる（埋立ての内容が特定される）ことを担保されて初めて工事ができるとしたものである。そうでなければ、後々、無益で有害なことになりかねない事態を招くことがありうるからであり、このような背景もあって追認制度は廃止されたのである⁹。以上のような追認制度の廃止の趣旨からいえることは、不必要な埋立工事を避け、法定要件の充足が確実な段階（埋立ての内容の特定が公認された段階）で工事を進めることを公水法は当然の前提としているということである。

7 漁業調整規則は造礁サンゴ類が水産資源保護の上で重要な役割を果たしているとの位置付けをしてその採捕を禁止し、例外的に、採捕を許可することにより水産資源保護を増進する場合に限って採捕を許可することができるとし、また、造礁サンゴ類の採捕の結果は不可逆的なものであるから、特別採

8 「公有水面埋立法の一部を改正する法律の施行までの間における措置について」（昭和48年9月27日港管第2358号、建設省河政発第75号、港湾局長、河川局長から港湾管理者の長、都道府県知事あて）、「公有水面埋立法の一部改正について」（昭和49年6月14日港管第1580号、建設省河政発第57号、港湾局長、河川局長から港湾管理者の長、都道府県知事あて）

9 廃止の背景に無願埋立ての増加がある。この無願埋立てには、出願前に埋立てを行うものや、埋立区域の勝手な拡大を行うもの、出願するつもりが無く勝手に土地を利用するつもりで埋立て、単なる土捨て行為の結果の埋立等の種類があり、これらによる弊害が多く、埋立行政の適正な執行を欠く事態が生じたことが指摘されている。また、無願埋立地について時効取得を主張する者が多く見られ、権利関係が不明瞭になって複雑化し、所有権を巡って訴訟となるなどの問題が生じた。このような諸問題が背景にあり、昭和48年の法改正で追認制度が廃止されたと考えられる（『公有水面埋立実務ハンドブック』ぎょうせい、125頁）。

捕の許可の許否判断に際して、「疑わしきは、水産資源の持続可能な維持・確保のために」という方針のもとで、特別採捕許可に係る審査基準が適用されることとなろう。

埋立承認を受けた事業者は「設計ノ概要」にしたがって工事を行って当該埋立事業を完成させる法的地位（権限）を有するものであるから、特段の事情がなければ、埋立承認を受けた「設計ノ概要」に示された埋立区域内の造礁サンゴ類を、埋立てによる死滅を回避する目的で移植をするための特別採捕許可申請については、その目的自体の正当性ないし特別採捕許可の必要性は肯定的に判断されることになろう。

しかし、本件において、県の考え方を前提にすると、今回の「設計ノ概要」の変更内容は、軽微なものではなく、大浦湾側の埋立ての大半に影響する重大なものである上、この「設計ノ概要」の変更内容が認められない限り、普天間飛行場代替施設建設事業で飛行場が建設できないようなものである。そのような状況の中で N2 や K8 という一部の護岸だけが建設できるということも認めても、意味をなさず、むしろ後々有害な結果（サンゴ礁を含む自然の破壊、膨大な建設工事費用の建設用途を達成しないままの費消など）さえ生じるおそれのあるものである。

しかも、本件埋立事業者たる沖縄防衛局は、本件承認処分（平成25年12月27日付け沖縄県指令土第1321号・沖縄県指令農第1721号で仲井真弘多知事が行った承認処分をいう。）を受けた「設計ノ概要」にしたがって工事を行って埋立事業を完成させることができないことが客観的に明らかになっているにもかかわらず（その意味で、特段の事情があり）、「設計ノ概要」の変更承認申請を得ない段階において（不確実性が多々ある状況下で）、特別採捕許可申請を行ったこと自体が誤りであり、特別採捕許可の必要性要件を満たすものでない。したがって、沖縄県には採捕許可の許否を判断しないことにつき、沖縄県知事には裁量権の逸脱濫用は認められないのであり、沖縄防衛局こそ、速やかに本件各申請を取り下げ、変更承認申請の結果を待つことこそが、求められているものというべきであろう。