

令和3年（行ノ）第1号行政上告受理申立て事件

申立人 沖縄県知事 玉城 康裕

相手方 農林水産大臣 野上 浩太郎

## 上告受理申立て理由書

令和3年2月26日

最高裁判所 御中

申立人代理人 弁護士 加藤 裕

同 弁護士 仲西 孝浩

同 弁護士 松永 和宏

同 弁護士 宮國 英男

上記当事者間の行政上告受理申立て事件の上告受理申立ての理由は、  
以下のとおりである。

## 目次

本件の経緯と上告受理申立て理由の要旨	5
第1 本件の経緯	5
1 公有水面埋立承認	5
2 本件各申請	5
3 本件是正の指示	6
4 国地方係争処理委員会への審査申出	7
5 原審判決から上告受理申立て	7
第2 上告受理申立て理由の要旨	7
1 上告受理申立て理由の第1点（水産資源保護法4条1項の委任に基づく沖縄県漁業調整規則41条についての法令違反について）	7
2 上告受理申立て理由の第2点（地自法245条の7第1項の「法令の規定に違反していると認めるとき」の解釈についての法令違反について）	12
3 上告受理申立て理由の第3点（地自法245条の7第1項の「都道府県に対し」の解釈に関する原審の解釈の誤り）	13
4 上告受理申立て理由の第4点（関与の制度趣旨に照らして地自法245条の7第1項の是正の指示として許容される範囲についての法令違反について）	15
上告受理申立て理由の第1点（水産資源保護法4条1項の委任に基づく規則41条についての法令違反について）	17
第1 裁量審査の判断枠組みについて	17
1 問題の所在及び原判決の判断枠組み	17
2 原判決の判断枠組みの誤り	20
第2 「申請内容に妥当性が認められること」「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」(妥当性等基準)にかかる原審の判断について	27
1 はじめに	27
2 妥当性等基準の適合性判断の枠組みについて	28
3 具体的な妥当性等判断に当たっての過誤について	35
第3 「申請内容に必要性が認められること」にかかる原審の判断について	66
1 原判決について	66
2 本件承認処分を受けた「設計ノ概要」にしたがって工事を遂行・完成させることが不可能であることが客観的に明らかになっているという特段の事情が認められることについて	68
3 本件承認処分に付された附款を履行できないことが客観的に明らかになっているという特段の事情が認められることについて	71
4 小括	79
上告受理申立て理由の第2点(地自法245条の7第1項の「法令の規定に違反していると認めるとき」の解釈についての法令違反について)	80
第1 問題の所在及び原判決の要旨	80
第2 地自法245条の7第1項の法令違反の範囲について	81
上告受理申立て理由の第3点(地自法245条の7第1項の「都道府県に対し」の解釈に関する原審の解釈の誤り)	83
第1 本件是正の指示が沖縄県知事に対してなされたことの違法性	84
1 地自法の規定	84
2 本件是正の指示が、沖縄県知事に対してなされたものであること	84
3 沖縄県知事に対する本件是正の指示は違法であること	86
第2 原審の解釈の誤り	87
1 原審の判示	87

2	原審の「都道府県知事に対し」の解釈 .....	87
3	原審の解釈の誤り .....	88
4	小括 .....	90
	上告受理申立て理由の第4点（関与の制度趣旨に照らして地自法 245 条の 7 第 1 項の是正の指示として許容される範囲についての法令違反について） .....	90
第 1	問題の所在及び原判決の要旨 .....	91
第 2	本件是正の指示が関与の制度趣旨を逸脱した違法な関与であること .....	91
1	関与は目的達成に必要最小限度で、地方公共団体の自主性及び自立 性に配慮されなければならないこと .....	91
2	本件関与が許されないこと .....	96

## 本件の経緯と上告受理申立て理由の要旨

### 第1 本件の経緯

#### 1 公有水面埋立承認

平成 25 年 3 月 22 日、沖縄防衛局長は、公有水面埋立法（以下「公水法」という。）42 条 1 項に基づき、沖縄県名護市辺野古の辺野古崎地区及びこれに隣接する水域等を埋立対象地とする普天間飛行場代替施設建設事業に係る公有水面埋立事業（以下「本件埋立事業」という。）の承認に係る申請（本書面において「本件承認出願」という。）を行い、同年 12 月 27 日、当時の沖縄県知事仲井眞弘多は、本件承認出願に対して、承認処分をした（以下「本件承認処分」という。）。

本件承認処分について、翁長雄志前沖縄県知事は、平成 30 年 7 月 31 日に、沖縄防衛局長に対して、本件承認処分の取消処分について聴聞を行う旨の通知をしたが、同年 8 月 8 日に翁長雄志前沖縄県知事が死去し、同月 17 日、沖縄県知事職務代理者沖縄県副知事富川盛武は、地方自治法（以下「地自法」という。）153 条 2 項により、本件承認処分の取消処分について沖縄県副知事謝花喜一郎に事務の委任をし、同月 31 日、沖縄県副知事謝花喜一郎は、上記事務の委任に基づき、本件承認処分を取り消した。同年 10 月 16 日、沖縄防衛局長は、国土交通大臣に対し、前記承認取消処分を取り消す裁決を求める審査請求（以下「本件審査請求」という。）をし、平成 31 年 4 月 5 日、国土交通大臣は、本件承認取消処分を取り消す旨の裁決をした。同裁決については、沖縄県の提起した抗告訴訟等が福岡高等裁判所那覇支部に係属中である。

#### 2 本件各申請

沖縄防衛局長は、沖縄県漁業調整規則（以下「規則」という。）に基づき、沖縄県知事に対して、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、造礁サンゴ類の特別採捕許可申請をした（以下「本件各申請」という。）。

沖縄県知事は、本件各申請について審査基準（甲6号証。以下同じ。）を充足していると認めるに至っていないと判断し、沖縄防衛局長に対して不明点について質問をするなどし、処分をするに至っていなかった。

### 3 本件是正の指示

農林水産大臣は沖縄県知事に対し、令和元年11月14日以降に複数回にわたってサンゴ類の特別採捕許可の事務処理についての資料要求をしたが、同年11月28日付けの文書においては、「地方自治法（昭和22年法律第67号）第245条の4第1項の規定に基づき、速やかに申請の内容どおりの許可処分をするよう貴職に勧告することを含めた対応を検討せざるを得ないと考えております」としていた。

そして、農林水産大臣は沖縄県知事に対して、令和2年1月31日付けで、地自法245条の4第1項に基づくとして、本件各申請について申請どおりの内容で同年2月10日までに許可処分を行うことを勧告した。

これに対して、沖縄県知事は、同年2月10日付けで、農林水産大臣に対して、沖縄県の対応は漁業法及び水産資源保護法の規定に違反するものでなく勧告に従った許可処分を行う考えはない旨を回答した。

農林水産大臣は、沖縄県知事に対して、地自法245条の7第1項に基づくとして、同年2月28日付け農林水産省指令元水漁第1564号（沖縄県への到達は同月29日）をもって、同文書到着の日の翌日から起算して7日以内に本件各申請について許可処分をするように是正の指示をした（以下「本件是正の指示」という。）。

#### 4 国地方係争処理委員会への審査申出

沖縄県知事は、令和2年3月30日付けで、地自法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。同審査申出について、国地方係争処理委員会は、同年6月19日付けで、是正の指示が違法ではないと認める旨の通知(国地委第24号)を発し、沖縄県知事は同通知を同月22日に受領した。

#### 5 原審判決から上告受理申立て

沖縄県知事は、農林水産大臣を被告として、福岡高等裁判所那覇支部に対し、令和2年7月22日に、地方自治法251条の5に基づく違法な国の関与の取消請求事件を提起したが、原審は、令和3年2月3日に、請求を棄却した。

これに対し、沖縄県知事は、令和3年2月10日に上告受理申立てをし、上告受理申立て通知書は同月16日に送達された。

### 第2 上告受理申立て理由の要旨

#### 1 上告受理申立て理由の第1点(水産資源保護法4条1項の委任に基づく沖縄県漁業調整規則41条についての法令違反について)

##### (1) 裁量審査の判断枠組みについて

原判決は、規則41条に基づく特別採捕許可について、申立人に要件裁量を認めながら、自ら申請を審査基準に当てはめて、結論を代置する判断を行い、さらに、申立人の、少なくとも処分をするか否かという点についての効果裁量を理由なく否定している。

このような原判決の判断は、その裁量審査の判断枠組み自体が誤りである。

水産資源保護法4条2項1号及び規則41条の解釈を誤り、裁量

処分について判断代置による判断をなしたものであり、前例のない法令の解釈に関する重要な事項を含むので、上告受理すべきである。

- (2) 「申請内容に妥当性が認められること」「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」との審査基準に該当することが認められないとして許可処分をしていないことが裁量の逸脱濫用になるとした原判決の法令解釈の誤り

原判決は、規則 41 条に基づく特別採捕許可申請にかかる本件審査基準中の「申請内容に妥当性が認められること」「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」(この二つをまとめて「妥当性等基準」と表示されている。)への適合性について、本件各申請は同基準に適合すると判断し、申立人が許可処分をしていないことはその裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用するものとした。

しかし、第 1 に、原判決が示した妥当性等基準の適合性判断の枠組みは、本件審査基準の解釈を誤ったものである(法令解釈に関する重要事項)。原判決は、①そのままでは埋立工事により死滅することを免れないサンゴ類を他の海域に移植して避難させるためにその採捕の許可を求めるときには、申請に係る移植の具体的な内容・方法等がその目的に照らして適切なものであるといえる場合には、それによる漁業や水産動植物に与える影響の内容・程度を考慮しても、当該採捕が水産資源の保護培養等に資するものであることは明らかというべきであるから、これを許容することが相当であるとして、埋立てに伴う移植であること自体により妥当性等基準の判断を緩和し、②環境保全措置としての移植をなす場合においては当該環境保全図書が示す方針に則っているかという点から判断すべきとし、③

公共事業により影響を受ける多数の群体・種類のサンゴ類を周辺海域に避難させるために行う移植については、試験研究等を目的とする小規模の採捕と異なり同事業に係る予算や施行期間による制約があることについても考慮する必要があるとする。しかし、埋立事業による移植の必要性は、本件審査基準の必要性にかかる事項で考慮されるべきであり、この場合においても「試験研究」としての採捕である以上、他と異なる審査基準をもって妥当性等基準の審査をすることは規則上予定していなく、かかる判断枠組みの解釈は、規則における特別採捕許可の審査基準の解釈を誤ったものである。

また、第2に、本件審査基準に適合するとした具体的判断において誤っている（法令解釈に関する重要事項、審理不尽、経験則・論理則違反）というべきである。原判決は、上述のような本件妥当性等基準の誤った解釈を前提として、具体的な基準適合性について、①移植対象の選定、②移植先の選定、③移植の方法、④事後調査の方法の適切性、⑤原告の主張する本件各申請が妥当性等基準を満たさないとする理由を検討して、本件各申請が妥当性等基準に適合していると判断した。しかし、この判断は、①移植対象の選定に当たって同種の許可事例と比較して対象を限定する内容となっていないとし、②移植先の選定については、環境条件や生息サンゴ類の相違にもかかわらず移植先の選定が合理的であるとし、③移植の方法については、環境保全図書でも最も適切な手法で移植を行うとの方針が示されており後の申請事例ではより詳細に適切性が検討された手法が採用されているのに、本件各申請が適切であると判断し、④事後調査についても、統計的手法の採用や目標の設定をしなければ試験研究として適切ではないにもかかわらずその必要性を否定するなど、原判決が示した結論とそれに至る過程において誤った判断がなされ

ているものであり、審理不尽、経験則や論理則違反の違法がある。

- (3) 「申請内容に必要性が認められること」にかかる原審の判断について

本件各申請は、実質的には採捕の対象となるサンゴ類の保全のための移植を目的としたものであるが、かかる目的の申請について、サンゴ類の移植には相当の割合の死滅を伴うものであることなどよりすれば、移植により当該サンゴ類が保全されること（移植をしなければ当該サンゴ類が死滅することなど）について高度の蓋然性が認められなければ許可しえないとの裁量判断をなしうることは当然である。

本件各申請は、本件承認処分を受けた「設計ノ概要」に示された埋立工事に伴う埋立工事対象区域内のサンゴ類の環境保全措置の目的で申請されたものであるが、公有水面が埋立てられてしまえば当該埋立対象区域内のサンゴ類は死滅することになることから、一般的には、移植の必要性が認められるものと考えられる。

しかし、本件については、本件承認処分後に、埋立対象区域の海底地盤が、公有水面埋立承認申請書類に記載された土質とはまったく異なるものであって、埋立対象区域には軟弱地盤が広範に存在しているため、本件承認処分を受けた「設計ノ概要」にしたがって工事を遂行して「設計ノ概要」に示された埋立工事を完成させることができないことが客観的に明らかとなっていたという特段の事情が存するものである。なお、事業者は、本件是正の指示がなされた時点において、「設計ノ概要」の変更承認申請を行うという意向を示していたが、変更承認は申請をすれば当然に認められるという制度ではないのであるから、変更承認処分がなされるか否かは不確定であり、変更承認が認められなければ本件承認処分が取り消される可能

性が生じるものであるから、本件承認処分の効力が維持されるか否かが不確定であることが客観的に明らかであったものである。

また、本件承認処分に付された附款により、事業者は工事着工前に実施設計を完成させて協議をしなければならないとされているところ、軟弱地盤が判明したことにより、本件承認処分を受けた「設計ノ概要」についての実施設計を作成して協議を行うことができず、本件承認処分を受けた「設計ノ概要」にしたがった工事に着手することが出来ないことは客観的に明らかであった。また、事業者は、本件是正の指示がなされた時点において、「設計ノ概要」の変更承認申請を行うという意向を示していたが、「設計ノ概要」の変更承認を受けて変更後の「設計ノ概要」に基づいて実施設計を完成させて協議をすることができるか否かは不確定であるから、本件是正の指示がなされた時点においては工事に着手することができず、変更承認を得て実施設計を完成させて協議をすることができるか否かは不確定な状態にあったものである。

以上のとおり、本件では、公有水面埋立承認処分を受けながら、承認処分を受けた「設計ノ概要」にしたがって埋立工事に着工して遂行することが客観的に不可能であることが明らかになっているという特段の事情が認められるものであるから、事業者が工事に着工して遂行することができるか否かが不確定な段階において、相当のサンゴ類の死滅を伴う特別採捕許可の必要性を認めるに至らないとした沖縄県知事の判断には合理性が認められるものであり、裁量の逸脱濫用は認められないものであり、裁量権の逸脱又は濫用に当たるとした原判決の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな水産資源保護法4条1項の委任に基づく規則41条についての法令違反がある。

## 2 上告受理申立て理由の第2点（地自法 245 条の 7 第 1 項の「法令の規定に違反していると認めるとき」の解釈についての法令違反について）

地自法 245 条の 7 第 1 項は、都道府県の法定受託事務の処理が、「法令の規定に違反していると認めるとき」、又は「著しく適正を欠き、かつ、明らかに公益を害していると認めるとき」に是正の指示をなすと規定する。

このうち、前者の「法令の規定に違反していると認めるとき」の「法令」には、条例、規則は含まれないが、原判決は、本件法定受託事務の処理の違法性を判断するに当たり、規則の審査基準適合性により判断し、規則違反が、水産資源保護法 4 条 2 項の委任の趣旨に反するとしている。

しかし、水産資源保護法 4 条 2 項 1 号は、水産資源の保護培養のための水産動植物の採捕の制限又は禁止を具体化することを規則に委任するものであるとはいえ、規則を定めるか否か、禁止の例外を設けるか否か、例外をどのような内容にするかについては、何も委任していない。

移植であろうと（一定割合で必ず死滅する）、採捕により、水産資源を毀損することは明らかであるから、規則 41 条 1 項による採捕の禁止の例外は、水産資源の保護培養という法目的に反しても、採捕を許容すべき何らかの公益上の価値（公益上の必要性）が存在する場合に、水産資源の保護培養という法目的を一定程度後退させる制度である。

仮に、採捕を一切禁止し、例外を認めない規則を設けたとしても、水産資源保護法 4 条 2 項 1 号の委任に反することはない以上、特別採捕許可を与えるべきであるのに与えない、という意味での裁量逸脱・濫用があるとしても、それは、長が自ら自己の権限行使について要件・

効果を定めた規則に反する、ということに過ぎない。

それを超えて、このような裁量逸脱・濫用が、水産資源保護法4条2項の趣旨・目的に反し、同項に違反する、という評価が成り立つ余地はない。

原判決は、地自法245条の7、水産資源保護法、規則の解釈を誤っており、前例のない法令の解釈に関する重要な事項を含むので、上告受理すべきである。

### 3 上告受理申立て理由の第3点（地自法245条の7第1項の「都道府県に対し」の解釈に関する原審の解釈の誤り）

#### (1) 本件是正の指示の違法性

地自法245条の7第1項は、大臣の行う「当該法定受託事務の処理について違反の是正又は改善のため講ずべき措置に関し、必要な指示」（以下「是正の指示等」という。）は、「当該都道府県に対し」行うものと定めている。

本件是正の指示では、当該指示文書の宛名が「沖縄県知事 殿」と記載され、結語として、「つきましては、当職は、地方自治法第245条の7第1項の規定に基づき、貴職に対し、」と記載している。これは、明らかに沖縄県知事に対して本件是正の指示を行ったものである。

このように、本件是正の指示は、沖縄県ではなく、沖縄県の行政機関である、「沖縄県知事」に対してなされたものであって、このような行政機関に対する是正の指示は地自法に定めがなく、法律上の根拠を欠くものである。

#### (2) 原審の解釈

この点に関し、原審は、「本件指示文書全体の記載をみれば、本件指示文書をもって行われた本件指示は、あくまで沖縄県に対してな

されているものであることが明らかであり、同文書の宛名が『沖縄県知事』とされていたとしても、それは沖縄県の代表機関としての沖縄県知事を指す趣旨で記載されたものと解するのが相当である。」と判示した。

原審のこの判断は、大臣のなす是正の指示等の文書が形式上の名宛人に間違いがあっても、文書全体の記載から当該是正の指示等を受ける対象がどの都道府県であるか特定できるのであれば(以下「実質上の名宛人」という。)、これをもって地自法 245 条の 7 第 1 項の「当該都道府県に対し」の要件を充足するものとの解釈を示したものと理解できる。

### (3) 原審の解釈の誤り

原審の先の解釈は、不合理であり妥当性を欠くものであって誤った解釈であるというべきである。

「当該都道府県に対し」の解釈については、形式上の名宛人で判断されるべきである。文書全体から、名宛人を特定できれば足るとの解釈はとらない。

その理由は、次の通りである。

ア 是正の指示等は、受けた対象が誰であるか、一見して明白でなければならぬということである。仮に原審のような解釈をすると、実質上の名宛人を文書全体から探求しなければならないことになって、その判断によっては、是正の指示等を受けたのかどうか不明な事態が生じる恐れがある。原審の解釈は、行政の安定性を著しく損なう事態を招来するもので、到底容認できない。

イ 当該大臣の職責上、その指示の対象が一見して明白でなければならぬことは当然のことであり、形式の上で、名宛人を間違ふことのないよう、当該大臣に求めることは、合理的な要求である。

ウ 修正が容易であるということである。大臣が形式上の名宛人を間違った場合、補正するなり、当該指示を撤回して、名宛人を修正した指示を出すことは容易である。そして、かかる容易な手続を求めることは合理性がある。

(4) 小括

このように、地自法 245 条の 7 第 1 項の「都道府県に対し」とは、名宛人が一見して明白であることであることが求められていると解すべきである。それが文書でなされる場合は、その文書の宛名が形式上、当該都道府県であることが記載されていることとの解釈が導かれるべきである。

この点において、原審は地自法 245 条の 7 第 1 項の「都道府県に対し」の解釈に関する解釈を誤ったものであり、この点において、本件は、民事訴訟法 318 条 1 項の「原判決に・・・法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められる事件」に該当するものである。

**4 上告受理申立て理由の第 4 点（関与の制度趣旨に照らして地自法 245 条の 7 第 1 項の是正の指示として許容される範囲についての法令違反について）**

現行地自法は、国と地方公共団体が対等独立の行政主体であることを前提に、地域における行政を、地方公共団体が自主的・総合的に処理することを原則とし、国は、これを補完する役割を担うことを原則とすることを定め、このような役割分担と補完性原理は、地自法 2 条 11 項、12 項により立法及び法解釈運用の原則となっている。

地自法 245 条の 3 第 1 項は、自治事務、法定受託事務を問わず、関与について、「目的を達成するために必要な最小限度のものとする」とともに、普通地方公共団体の自主性及び自立性に配慮しなければならない

い」と定めている。

この規定は、関与のうち公権力の行使に当たるものは、私人に対する公権力の行使に匹敵するものがあるため、比例原則の適用があることを確認的に定めたもので、当然個別関与にも妥当する指針である。

また、地自法 245 条の 7 は、「必要な指示をすることができる」と定めるが、この「必要な指示」との規定振りも、目的達成に必要最小限度のものであることが要求されることを含意している。

審査請求人が自己の権利の救済を求めたのに対応して裁定的関与をなす行政不服審査制度の場面においてすら、処分庁及び上級行政庁以外の審査庁は、処分の取消しにあっては処分の変更まではなしえず、不作為にあっては不作為の違法等を宣言するにとどまり、処分を命ずることはできない。

地自法は、地方自治の本旨に基づいて、かつ、国と地方公共団体との適切な役割分担を踏まえて解釈されなければならない上（同法 2 条 12 項）、是正の指示は、目的達成に必要最小限度のもので、普通地方公共団体の自主性及び自立性に配慮されなければならない（同法 245 条の 3）、是正の指示の場面では、被関与者である地方公共団体の判断の尊重が、憲法レベルから要請される。

被処分者の権利救済の必要があり、上級行政庁ではない機関が審査庁である場合一般に、行政不服審査においてすら認められていない、特定の処分をなすよう義務付ける関与が、憲法上の原則である地方自治の本旨に適合的に解釈されなければならない地自法上の制度である是正の指示としてなら許容されるとする解釈は、成り立ちえない。

原判決は、特定の処分をしない違法があるときにも法定受託事務の適正な処理を確保する必要がある、また、地自法 245 条の 7 第 1 項が措置について限定していないことから、特定の処分を指示することも

許容されるとするが、前者については、国民の権利利益を簡易迅速かつ公正な手続で救済し、行政の適正な運営を確保することを目的とする行政不服審査制度との平仄からすると、理由にならないし、後者については、単に両様の解釈がありうることを意味するだけで、根拠として不十分である。

原判決は、地自法 245 条の 7 第 1 項の解釈を誤っており、前例のない法令の解釈に関する重要な事項を含むので、上告受理すべきである。

## 上告受理申立て理由の第 1 点（水産資源保護法 4 条 1 項の委任に基づく沖縄県漁業調整規則 41 条についての法令違反について）

### 第 1 裁量審査の判断枠組みについて

#### 1 問題の所在及び原判決の判断枠組み

本件是正の指示は、申立人に対して、地自法 245 条の 7 第 1 項に基づき本件各申請について許可処分をするように指示するものであり、本件は、本件是正の指示の適法性が争われている。

本件是正の指示は、本件各申請について許可処分をなさないことが、法令の規定に違反し、あるいは著しく適正を欠き、明らかに公益を害していると認められるという内容のものであるところ、本件各申請について許可処分をなさないことの違法性等をどのように判断すべきか、その判断枠組みが問題となる。

原判決は、規則 41 条に基づく特別採捕許可に関する判断について、沖縄県知事の裁量的判断に委ねられているとし（原判決 46 頁）、本件事務遂行が法令の規定に違反するというためには、「①本件指示の時点までに、本件各申請について何らかの処分をすべき『相当の期間』が経過しており、かつ、②本件指示の時点で、本件各申請について許可処分をしないことが、漁業法及び水産資源保護法により委ねられた裁

量権の逸脱又は濫用に当たるといえること」が必要であるとしている（原判決 46 頁）。

その上で、①については、本件是正の指示の時点までに、本件各申請について何らかの処分をすべき「相当の期間」は経過しており、不作為は違法と判断した（原判決 49 頁から 50 頁）。

②については、本件審査基準の内容は、一般的な合理性を有することを前提に（原判決 50 頁）、「審査基準が定められているにもかかわらず、当該基準に適合する申請を許可しないことは、それを正当化する特段の事情がない限り、漁業法及び水産資源保護法により委ねられた裁量権の行使を誤るものであり、その裁量権の逸脱又は濫用に当たる」として（同頁）、「本件各申請が本件審査基準に適合するか否かという点から検討」（原判決 51 頁）を加える。

そして、本件では、審査基準 3 項の必要性基準については、採捕の目的の公益的な必要性をいい（原判決 51 頁）、「採捕それ自体が当該水産動植物の保護培養を図るために必要なものである場合等には、『試験研究等』のための採捕でなくても、これに準じるものとして、必要性基準における公益的な必要性を肯定することができ」とした上で（原判決 52 頁）、沖縄防衛局が、本件承認により埋立工事を適法に実施し得る地位を得ているから、通常は、本件区域の埋立てが実施されることが確実に見込まれ、本件サンゴ類の保護培養を図るためにはこれらを他の海域に移植して避難させることが不可欠であり（同頁）、これを許可しないことは、水産資源の保護培養等の必要性から採捕の制限等を規則に委任した水産資源保護法 4 条 2 項等の趣旨・目的に反し、このような事情の下で、本件各申請について必要性基準に適合しないと判断することは、特段の事情がない限り、その前提とする事実的重大な誤認があるか、判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこ

と等によりその内容が社会通念に照らして著しく妥当性を欠くものとして裁量権の逸脱・濫用に当たるとした（原判決 53 頁）。

また、審査基準 3 項及び 4 項の妥当性等基準については、上記の必要性基準についての判断を前提として、「採捕の目的の公益的な必要性を考えると、本件各申請に係る移植の具体的な内容・方法等がその目的に照らして適切なものであるといえる場合には、それによる漁業や水産動植物に与える影響の内容・程度を考慮しても、当該採捕が水産資源の保護培養等に資するものであることは明らかというべきであるから、これを許容することが相当である。」とし（原判決 58 頁）、「本件各申請における具体的な移植の内容・方法等が、少なくとも、①本件図書に明示された方針に即しており、②同種の許可事例と比べて同等ないしそれ以上に手厚いものであり、かつ、③移植サンゴ類の生残可能性を低下させたり、移植先の生態系に特に悪影響を与えたりする具体的なおそれがあるとはいえないなど、その時点でのサンゴ類の移植に関する専門的・技術的知見に照らし不合理といえない場合には、本件サンゴ類の避難措置という目的に照らして適切なものであると判断されるべきである。このような場合にまで、本件各申請が妥当性等基準に適合しないと判断することは、…その前提とする事実に重大な誤認があるか、判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が社会通念に照らして著しく妥当性を欠くものといわざるを得ず、原告の有する裁量権の逸脱又は濫用に当たる」とした（原判決 60 から 61 頁）。

以上の判示をまとめると、原判決は、相当な期間について判断代置している（この判断方式については異論はない）。

しかし、原判決は、申立人の要件裁量を承認しているにもかかわらず（審査基準の合理性を認めている点については異論はない）、直接申

請の内容を審査基準に当てはめ、結論を導いた上で、その結論と異なる場合には、「その前提となる事実的重大な誤認があるか、判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が社会通念に照らして著しく妥当性を欠き、裁量逸脱・濫用が認められるとされている。

この判断方式は、実質的には判断代置によるものであって、裁判所が自ら代置した結論と申立人の結論が異なる場合には、判断過程に過誤があったものとして扱っているに過ぎない（現に、必要性基準、妥当性等基準のいずれについても、原判決は、申立人が、判断の前提とした事実の重大な誤認や、要考慮事項を考慮しなかった事項を、ごく一部を除き、具体的には指摘できていない）。

そして、審査基準に適合する場合には、特段の事情がない限り、許可しないことは裁量逸脱・濫用に当たるとし、申立人の、少なくとも処分をするか否かについての効果裁量を否定している（本件是正の指示は、特に、申立人が規則 41 条 4 項に基づき制限又は条件を付すことの許否・内容について触れておらず、原判決もこの点については特に判示していない）。

## 2 原判決の判断枠組みの誤り

原判決の判断枠組みは、以下で述べるとおり、誤りである。

### (1) 申立人の裁量について

水産資源保護法 4 条 2 項 1 号は、以下のとおり定めている。

「2 農林水産大臣又は都道府県知事は、水産資源の保護培養のために必要があると認めるときは、次に掲げる事項に関して、農林水産省令又は規則を定めることができる。

- 一 水産動植物の採捕に関する制限又は禁止（前項の規定により漁業を営むことを禁止すること及び農林水産大臣又は都道

府県知事の許可を受けなければならないこととするものを除く。)」

第2点で後述するとおり、同規定は、規則において定めうる事項について枠を設けたものではあっても、規則を制定することを義務付け、あるいは規則をどのように制定するか（禁止対象、禁止の例外の有無、例外の内容等）について、何らか具体的に委任したものではない。

例えば、都道府県知事は、規則を設けないことも（つまり、採捕を禁止しないこと）、逆に、禁止のみ設けることや（禁止の例外を設けないこと）、一定の内容の禁止の例外を設けることも可能である。

水産資源保護法は、規則における規律に広く委ねている。

したがって、申立人にどのような裁量があるか、その幅は、基本的には、本件規則の解釈である。

この点、規則41条1項（制定時は40条）は、禁止の例外について、「試験研究、教育実習又は増養殖用の種苗（種卵を含む。）の供給（自給を含む。）（以下本条において「試験研究等」という。）のための水産動植物の採捕について知事の許可」を受けた場合と規定している。

ここで、「試験研究等」は、漁業法や水産資源保護法、規則の制定趣旨から、科学的・専門技術的に判断がなされるべき不確定概念を定めたもので、将来の予測にかかる判断を含んでいる。

また、一般的に採捕を禁止し、許可を受けた場合にその禁止を除外するものであるところ、当該許可は、人民のために新たな権利を設定し、または利益を与える行為なので、行政庁の判断を厳密に羈束する必要性もない。

さらに、規則41条4項は、知事が許可に際して、制限又は条件を

付けることを許容しており、これは、「試験研究等」にも様々な行為があるところ、かかる制限や条件を付して許可をすることにより、水産資源の繁殖保護を実効的に確保せしめるための規定であり、規則 41 条 1 項による許可をなすか否か、どのような内容でなすかが、知事の裁量に委ねられていることを端的に示している。

このように、規則に基づく特別採捕許可における「試験研究等」の要件充足の認定（事実の不確定概念への当てはめ）については、沖縄県知事に要件裁量が認められ、許可をなすか否か（あるいはどのような制限又は条件を付してなすか）についても、沖縄県知事に効果裁量が認められている。

規則は、将来の予測にもかかわる事項について、科学的・専門技術的判断をなしうる沖縄県知事に、このような裁量を与えたのである。

本件各申請に対して許可処分をしないことが、裁量権の範囲を超え若しくはその濫用となると認められるか否かの判断は、まず本件審査基準に不合理な点があるか否かを検討し、当該審査基準に不合理な点がない場合には、審査基準への適合性の判断過程に瑕疵があり、それにより判断内容が著しく不合理といえるかという形で審査されなければならない。

## (2) 原判決の判断の誤り

原判決は、審査基準に不合理な点がないことを前提に、自ら審査基準に申請を当てはめて結論を導く判断代置により審査を行い、また、効果裁量を否定して、要件充足が認められる場合には許可しなければならない旨を判示している。

しかし、要件充足について、申立人には要件裁量が認められるところ、本件のように、処分がなされていない段階で審査をする

場合、訴訟における行政主体の主張・立証において示されている判断内容や判断過程に対して、審査を行うことになると考えられるが<sup>1</sup>、原判決は、上記のとおり、判断を代置して判断を行っており、その審査の枠組みは、明らかに誤っている。

#### ア 必要性要件について

具体的には、後述するが、必要性要件について言えば、ここでの必要性は、事業者が何らかの事業を営むについて、採捕をする必要がある、という事業者にとっての必要性ではなく、採捕を認めるだけの（したがって、水産資源に悪影響を生じさせることを許容するに足りる）、水産資源の保護培養という観点に照らした公益上の必要性（価値）を意味している。

都道府県知事は、申請内容が、どの程度の公益上の必要性（価値）を有する場合に、必要性要件を充足するか、という判断を

---

<sup>1</sup> 行訴法の申請満足型義務付け訴訟（不作為違法確認が併合されたもの）としては、例えば、名古屋高裁平成27年7月10日判決・判時2285号23頁は、採石法33条に基づく採取計画認可申請に対する不作為の違法を確認する一方で、全証拠によっても、口頭弁論終結時点で、処分行政庁が本件申請を認可すべきか否か等について一義的に明確になっているとは認め難いとして、義務付けについては棄却している。

申請満足型義務付け訴訟（取消訴訟が併合されたもの）としては、例えば、大阪地裁平成19年3月14日判決・判タ1252号189頁は、道路運送法9条の3に基づく一般乗用旅客自動車運送事業に係る旅客運賃の変更認可申請に対して却下処分を受けた事業者が、却下処分の取消と認可処分の義務付けを求めた事案において、却下処分を取り消すとともに、義務付けの訴えについては、必要かつ十分な主張、立証は尽くされておらず、審理を続けたとしても、事案の内容、性質や当事者の主張、立証経過等に鑑みると、義務付けの請求に理由があるか否かについての判断に必要な主張、立証が尽くされることを直ちに期待することも困難として、審理を続けた場合、認可申請に対する判断の専門性、技術性等や立証の困難等のためその審理が遅延し、迅速かつ適切な救済が得られないおそれがあると考えられるとして、判断をしなかった。

これらの裁判例は、義務付けについての裁量逸脱・濫用の審査を、提訴後、口頭弁論終結時までの主張・立証に基づいて行っている。

なすのである。

ところで、本件においては、飛行場を設置するという公益上の価値を実現するために埋立承認申請がなされ、その環境保全措置として、造礁サンゴ類の移植が必要として申請が行われている。

しかし、本件では、軟弱地盤の判明により、本件承認出願どおりの工事は不可能であるという事情が存在した。

仮に、変更承認申請が承認されないことが確定的になった時点において、採捕許可の申請がされたような場合、当初の埋立承認は効力を失っておらず（変更承認が得られずとも、当初の埋立承認が直ちに効力を失うわけではない）、他の部分について工事を続行しうる地位にあるとしても、「設計ノ概要」の変更ができない以上は、当初の工事を続行して、飛行場を完成させることはできないことになる。

このような場合、移植措置は、水産資源に悪影響を生じさせるだけの行為であり、特別採捕を認めるだけの公益上の必要性が認められないことは明らかであろう。

実際には、本件においては、本件是正の指示時点で変更承認申請はされておらず、採捕を認めて水産資源に悪影響を生じさせることを許容できるだけの公益上の必要性があるかは、不確定な状態であった。

そのため、本件是正の指示の時点において、申立人は、公益上の必要性を充足するという判断をなしえないと判断していたのであって、極めて当然の判断である。

百歩譲っても、事実（軟弱地盤の判明により本件承認出願どおりの工事は不可能であること）の必要性要件への当てはめに

おける判断過程には、事実誤認もなければ、要考慮事項の不考慮もないし、結論としても、水産資源への悪影響を許容するに足りる公益上の必要性（価値）の有無が不確定な段階で、必要性要件を満たさない、とする判断が社会通念に照らして著しく妥当性を欠く、ということは凡そ不可能である。

原判決は、申立人の判断が、規則が許容する判断の幅に収まっているか否かを判断したわけではなく、自らが代置した判断と異なることから、遡って事実誤認や要考慮事項の不考慮により、結論が社会通念に照らして著しく妥当性を欠いていると判断しているが（現に、何が事実誤認であり、何が要考慮事項の不考慮かは、原判決は指摘するところがない）、原判決の判断枠組みは、申立人の裁量を否定したもので、端的に誤りである。

#### イ 妥当性等要件について

妥当性等要件についても、同様に、どのような方法が「試験研究等」として妥当性を有するものか、という、事実の不確定概念（試験研究等、あるいは妥当性等）への当てはめについて、申立人は要件裁量を有している。

したがって、本来は、申立人の判断に、事実誤認等があるか否かを判断しなければならないのにもかかわらず、実際には、原判決は、自ら判断代置した上で（というより、実際には、申請内容をそのまま自らの判断としているに過ぎない）、申立人の主張に検討を加え、排斥するという形で判断を行っている。

例えば、移植先の選定について、試験的な移植をすべきと申立人が判断していることについて、原判決は、「試験的移植を採用しないことをもって、本件移植先の選定が、その時点でのサンゴ類の移植に関する専門的・技術的知見に照らし不合理といえるもの

ではな」いとしているが（原判決 73 頁）、明らかに判断が逆である。

申請における移植先の選定が不合理といえるかどうか判断されるのではなく、申立人の判断が不合理とまでいえなければ、申立人の判断は、与えられた裁量の範囲内で適法なのである。

原判決の判断枠組みは、申立人の裁量を否定するもので、明らかに誤りである。

#### ウ 効果裁量について

最後に、原判決は、申立人の、少なくとも処分をするか否かについての効果裁量を否定しているが、規則上、要件充足の場合に許可が義務付けられているものと読むことができる規定は存在しないし、許可の性質も上記のとおり、人民のために新たな利益を与えるものであり、また、規則 41 条 4 項が制限又は条件を付すことを許容していることからしても、申立人が、許可をするか否かについての効果裁量を有していることは明らかである。

なぜ、申立人のこの点の効果裁量が否定されるのかについて、原判決は何ら理由を付しておらず、原判決の判断枠組みは、この点でも誤りである。

#### エ 小括

原判決は、上記のように判断枠組み自体を誤った結果、「たとえ上記護岸の造成工事などに独立した用途・価値がなく、結果的に変更承認を得ることができなかった場合はそれが無益な工事になるものであるとしても・・・かかる工事が施工されることを前提に本件各申請の許否の判断をしなければならない」として必要性を認め（原判決 57 頁）、「審査基準が定められているにもかかわらず、当該基準に適合する申請を許可しないことは、それを正当化

する特段の事情がない限り、漁業法及び水産資源保護法により委ねられた裁量権の行使を誤るものであり、その裁量権の逸脱又は濫用に当たる」と言っただけ（原判決 50 頁から 51 頁）、事業者による採捕が、水産資源に悪影響を生じさせるだけで、何ら公益的価値を有しないことになってしまう可能性があっても、特別採捕許可をしなければならない旨、判断した。

しかし、このような判断が、水産資源保護を目的とした規則により広く裁量を与えられている申立人に義務付けられているなどということが、あり得るであろうか。

原判決は、水産資源保護の観点からの申立人の要件裁量、効果裁量を完全に否定する判断枠組みに基づき審査し、結果として明らかに規則の趣旨に反する結論を導いており、不合理極まりない。

原判決は、水産資源保護法 4 条 2 項 1 号及び規則 41 条の解釈を誤り、裁量処分について判断代置による判断をなしたものであり、前例のない法令の解釈に関する重要な事項を含むので、上告受理すべきである。

## 第 2 「申請内容に妥当性が認められること」「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」（妥当性等基準）にかかる原審の判断について

### 1 はじめに

原判決は、規則 41 条に基づく特別採捕許可申請にかかる本件審査基準中の「申請内容に妥当性が認められること」「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」（この二つをまとめて「妥当性等基準」と表示されている。）への適合性についての判断（原判決第 3 の 2 (5) 57

から 92 頁) において、結局「本件各申請は、本件指示の時点で原告の裁量権を踏まえてみても本件審査基準に適合すると判断されるべきものである。…本件指示の時点で本件各申請について許可処分をしないことは、漁業法及び水産資源保護法により委ねられた裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用するものといえる。」(91 頁) とした。

しかし、ここでの原判決の判示は、第 1 に、妥当性等基準の適合性判断の枠組みを示しているものの、これが規則にかかる特別採捕許可についての本件審査基準の解釈を誤ったものであり(法令解釈に関する重要事項)、第 2 に、その本件審査基準に適合するとした具体的判断において誤っている(法令解釈に関する重要事項、審理不尽、経験則・論理則違反) というべきである。

よって、以下ではこの 2 点について述べる。

## 2 妥当性等基準の適合性判断の枠組みについて

### (1) 妥当性等基準の適合性判断の在り方

漁業法 65 条 2 項及び水産資源保護法 4 条 2 項は、それぞれ「漁業取締りその他漁業調整のため」、若しくは「水産資源保護培養のため」に都道府県知事が水産動植物の採捕に関する制限又は禁止を規則で定めることができるとしており、規則の内容については、都道府県知事に委ねている。

これを受けて制定された規則は、「沖縄県における水産資源の保護培養、漁業取締りその他漁業調整を図り、併せて漁業秩序の確立を期すること」を目的としている。すなわち、沖縄周辺の海はサンゴ礁が発達しており、これを自然の魚巢として沿岸の魚介類が棲息し、亜熱帯の海の特徴を形成していることから、水産資源保護上においても重要な機能、役割を有する造礁サンゴ類について、その保護培養を図るため、規則 33 条 2 項によりサンゴの採捕を全面的に

禁止することとされた。これに対して、規則 41 条(制定時は 40 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、その許可をなした場合に、採捕の禁止を適用しないこととしたものである。

当該規定の条文の文言としては、「試験研究、教育実習又は増養殖用の種苗(種卵を含む。)の供給(自給を含む。)(以下本条において「試験研究等」という。)のための水産動植物の採捕」と規定されているが、この規定は、上述したとおり水産資源の繁殖保護に資するような行為であるが故に禁止規定を除外するもので、このような趣旨に適合する行為か否かが許可権者である申立人により合目的的に判断されるものであり、本件のように公有水面埋立てに伴う環境保全措置を目的とする採捕をも包含すると解釈される。

ここでの「試験研究等」は、漁業法や水産資源保護法、規則の制定趣旨から、科学的・専門技術的に判断がなされるべき不確定概念を定めたものといえる。また、この規定は、一般的に採捕を禁止し、許可を受けた場合にその禁止を除外するものであるところ、当該許可は、人民のために新たな権利を設定し、または利益を与える行為であり、行政庁の判断を厳密に羈束する必要性もない。また、規則 41 条 4 項は、知事が許可に際して、制限又は条件を付けることを許容しており、これは、「試験研究等」にも様々な行為があるところ、かかる制限や条件により水産資源の繁殖保護を確保せしめるための規定であり、同条 1 項による許可が知事の裁量に委ねられていることを端的に示している。

このように、規則に基づく特別採捕許可における「試験研究等」

の要件充足の認定及び許可をなすか否か（あるいはどのような制限又は条件を付してなすか）の効果裁量にかかる判断は、申立人の合理的な裁量に委ねられている。

本件各申請に対して許可処分をしないことが裁量権の範囲を超え若しくはその濫用となると認められるか否かの判断は、まず本件審査基準に不合理な点があるか否かを検討し、当該審査基準に不合理な点がない場合には、審査基準への適合性の判断過程及び判断内容に不合理な点があるかという形で審査されるべきである。従って、本件審査基準のうち妥当性等基準の適合性の判断に当たっても、このことが妥当する。

(2) 埋立工事に伴うサンゴ類の移植であることを過度に重視した原判決による枠組み設定の誤り

ア 原判決の示す判断枠組み

さて、本件各申請を許可すべきかどうかの妥当性等判断の在り方について、原判決はその57から62頁にかけて、「ア 妥当性等基準の適合性判断の枠組みについて」の項で判示しており、その論理構造は次のとおりである。

原判決はまず、「本件各申請は、そのままでは埋立工事により死滅することを免れない本件サンゴ類を他の海域に移植して避難させるためにその採捕の許可を求めるものであり、本件規則により保護の対象とされるサンゴ類を保護培養するために不可欠な行為をその目的とするものである。このような採捕の目的の公益的な必要性を考えると、本件各申請に係る移植の具体的な内容・方法等がその目的に照らして適切なものであるといえる場合には、それによる漁業や水産動植物に与える影響の内容・程度を考慮しても、当該採捕が水産資源の保護培養等に資するものであ

ることは明らかというべきであるから、これを許容することが相当である。」（原判決 58 頁）とし、本件各申請の前提となる事業目的から妥当性等基準の適合性を広く緩和して認めるような判断をしている。

続いて、その具体的判断について、「沖縄防衛局は、本件図書において、環境保全措置として行うべきサンゴ類の移植の内容・方法等についての方針等を示しており、当時原告の地位にあった仲井眞知事は、かかる内容も踏まえて、本件出願が公有水面埋立法 4 条 1 項 2 号所定の『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』に適合すると判断し、本件承認をしたものである。このような経緯からすれば、上記適切性も、まずは、その内容が本件図書に明示された方針に則したものであるかという点から判断されるべきである。」（原判決 58 から 59 頁）とされ、本件各申請の動機となった環境保全図書における環境保全措置が記載した方針に基づいて判断することを求めた。

その上で、「本件各申請のように公共事業により影響を受ける多数の群体・種類のサンゴ類を周辺海域に避難させるために行う移植については、試験研究等のみを目的とする小規模な移植と比べて、採用できる移植の内容・方法等も限定されると考えられる上、本件事業についてはその必要性・公益性を前提に仲井眞知事から埋立承認を得ているのであるから、同事業に伴う環境保全措置としてのサンゴ類の移植の方法・内容を検討するに当たっては、同事業に係る予算や施行期間による制約があることについても考慮する必要があるといえる。」（原判決 59 から 60 頁）として、公有水面埋立承認処分を受けた公共事業の施行への妨げにならないように考慮すべきこととした。

これらの点を示した結果として、原判決は、「妥当性等基準の適合性の判断における沖縄県知事の裁量権を考慮しても、本件各申請における具体的な移植の内容・方法等が、少なくとも、①本件図書に明示された方針に則しており、②同種の許可事例と比べて同等ないしそれ以上に手厚いものであり、かつ、③移植サンゴ類の生残可能性を低下させたり、移植先の生態系に特に悪影響を与えたりする具体的なおそれがあるとはいえないなど、その時点でのサンゴ類の移植に関する専門的・技術的知見に照らし不合理といえない場合には、本件サンゴ類の避難措置という目的に照らして適切なものであると判断されるべきである。」(原判決 60 頁) という判断枠組みに帰着することとなったのである。

#### イ 原判決が示す判断枠組みの誤り

しかし、原判決が示す妥当性等基準の判断の枠組みは、公有水面埋立事業に伴うサンゴ類の移植のための採捕について、本件審査基準が何らの特例を認めているわけでもないのにその審査基準を緩やかにするものであって、規則の解釈としては重大な過誤を有しているというほかない。

原判決は、「そのままでは埋立工事により死滅することを免れない本件サンゴ類を他の海域に移植して避難させるためにその採捕の許可を求めるもの」であるから、「本件各申請に係る移植の具体的な内容・方法等がその目的に照らして適切なものであるといえる場合には、それによる漁業や水産動植物に与える影響の内容・程度を考慮しても、当該採捕が水産資源の保護培養等に資するものであることは明らかというべきである」とする。しかし、埋立工事による死滅を免れないサンゴ類の移植をすべきということは、本件審査基準のうち必要性にかかる基準審査に当たって

重要な考慮事項になることは当然とはいえ、妥当性等基準の適合性の要素となるものではない。原判決は、移植による「漁業や水産動植物に与える影響・内容の程度を考慮しても」採捕自体が「水産資源の保護培養等に資するものであることは明らか」とするが、これはまさに水産資源の保護培養という目的に照らした妥当性等基準の審査とは矛盾する見解である。

本件審査基準における妥当性等基準の審査について、埋立事業の必要性に基づく申請であるからといってその判断について緩やかに解する根拠はないし、かかる運用も存しない。そもそも、規則 41 条 1 項の許可の対象は、「試験研究」、「教育実習」、「増養殖用の種苗の供給」の 3 種しか存しないのである。埋立工事により死滅するサンゴ類移植目的であったとしても、それによる必要性自体が採捕を許容する妥当性等基準を充足する要素となるものではなく、かかる場合であってもあくまでも「試験研究」としての妥当性等が認められて初めて採捕を許可しうるのである。

原判決は、こうして、「そのままでは埋立工事により死滅することを免れない本件サンゴ類を他の海域に移植して避難させるためにその採捕の許可を求める」場合を根拠なく特別扱いすることにより、より具体的に、「本件各申請のように公共事業により影響を受ける多数の群体・種類のサンゴ類を周辺海域に避難させるために行う移植については、試験研究等のみを目的とする小規模な移植と比べて、採用できる移植の内容・方法等も限定されると考えられる上、本件事業についてはその必要性・公益性を前提に仲井眞知事から埋立承認を得ているのであるから、同事業に伴う環境保全措置としてのサンゴ類の移植の方法・内容を検討するに当たっては、同事業に係る予算や施行期間による制約があるこ

とについても考慮する必要があるといえる。」として審査の基準を緩和するが、これも全く根拠がないものである。一つ目は、「多数の群体・種類のサンゴ類を周辺海域に移植」する場合には、小規模の試験研究の移植と比べて「採用できる移植の内容・方法等も限定される」とし、申請者による妥当性への配慮を緩和するものであるが、大規模な移植だからといってその移植の内容や方法等が不十分なものであってよいという審査基準は存せず、むしろ反対に、大規模な移植のための採捕であるならば、当該海域の水産資源保護培養上生じる影響がより大きくなるために、その影響の大きさを考慮して妥当性等基準の判断を慎重にしなければならないというべきである。二つ目は、当該公共事業が必要性や公益性があるとしても、当該事業を実施するに当たって水産資源保護培養上重要な資源であるサンゴ類を大規模に移植しなければならない事業の在り方を選択した以上、当該事業を選択した事業者は、それに伴い水産資源保護培養上必要な予算や期間を投じなければならないのは当然である。公共事業先にありき、として妥当性等基準の審査の緩和を述べる原判決の解釈は、水産資源保護法及び漁業法の趣旨にもとり、規則の規定及び本件審査基準について誤った解釈をなすものである。

また、原判決は、申立人が、本件各申請は「試験研究」に該当するとしてなされているところ、新たな手法の採用も含めて試験研究としてのふさわしい計画である必要を指摘しているのに対し、「本件各申請の目的は、主として本件事業の実施によりその生息場所を失う本件サンゴ類を周辺海域に移植して避難させ、その生残可能性をできる限り高める点にあり、前記(4)のとおり、本件各申請の必要性もその点をもって根拠付けられているもので

ある。同種の許可事例で実施されておらず、かつ、サンゴ類の生残可能性を高めたり、移植先への悪影響を低減させたりすることが知見として確立されているとはいえない手法を試験的に実施することは、かえって移植するサンゴ類の生残率や移植先への影響の点で問題を生じさせる可能性も否定できない。」（原判決 61 頁）とも判断した。しかし、特に原判決の判示のうち、「サンゴ類の生残可能性を高めたり、移植先への悪影響を低減させたりすることが知見として確立されているとはいえない手法を試験的に実施することは、かえって移植するサンゴ類の生残率や移植先への影響の点で問題を生じさせる可能性も否定できない」という部分は極めて不当である。原判決の姿勢は、沖縄防衛局による本件各申請の採捕計画を前提とした検討に当たっては、申立人の主張には具体的な指摘がないのだからサンゴ類の生残率や移植先への影響の点で問題を生じさせるおそれはない、としつつ、他方で申立人が指摘する新たな手法の採用については具体的な指摘もしないまま、それによって問題を生じさせる可能性があるとする偏頗なものであって、その判断手法が社会通念に照らして不合理で不相当なものといわねばならない。

本件各申請について、埋立てに伴うものであるとして妥当性等基準の判断枠組みを緩める原判決の解釈は、規則に則ったものではなく、前項で述べた許可権者である知事の合目的的な裁量権を否定するものであり、かかる解釈は採りえない。原判決が示した判断枠組みに従った妥当性等基準の判断は、重大な法令解釈の誤りがあるので、上告審において是正されるべきである。

### 3 具体的な妥当性等判断に当たっての過誤について

#### (1) はじめに

原判決は、上述のような妥当性等基準の誤った解釈を前提として、具体的な基準適合性について、「①移植対象の選定，②移植先の選定，③移植の方法，④事後調査の方法の適切性を検討し，⑤原告の主張する本件各申請が妥当性等基準を満たさないとする理由」を挙げて本件各申請が妥当性等基準に適合していると判断した（原判決 62 頁から）。しかし、この判断は、判断枠組みの問題を措いても、結論とそれに至る過程につき、審理不尽、経験則や論理則違反の違法がある。以下については、その誤りについて詳述する。

(2) 移植対象の選定について

ア まず原判決は、本件各申請において、移植対象を「被度 5 % 以上で 0.2 ha 以上の規模を持つ分布域の中にある長径 10 cm 以上のサンゴ類」とされたことについて、環境保全図書では被度 5 パーセント未満の分布域内の小型サンゴ類の保全の要否にふれてなく、上記基準は幅広くサンゴ類を避難させるものだから環境保全図書の方針に則したものとし、さらに那覇空港事業及び竹富航路事業における許可事例と比較して、それらより対象を限定する内容にはなっていない、等として不合理ではないとした（原判決 62 から 63 頁）

イ この判断についてみると、環境保全図書が被度 5 パーセント未満の分布域内の小型サンゴ類の保全にふれていないと原判決はいうが、そもそも環境保全図書（甲 61 号証）の記載は訴状 54 から 55 頁に全文引用したとおり極めて簡素で概括的にとどまっており、移植対象とするサンゴ類の範囲の検討については、被度 5 パーセント未満の分布域内の小型サンゴ類の保全はおろか、対象範囲についての方針を一切示していない。したがって、本件各申請の判断を、環境保全図書で「明示された方針に則したもの」と

評価するのは、まさに牽強附会というほかない。

また、原判決が本件各申請が、他の許可事例との比較で移植対象を限定する内容になっていないとして示した点は、原審での相手方答弁書 55 から 56 頁の内容をそのままなぞっただけのものである。この点について申立人は、原審原告第 1 準備書面 14 から 15 頁において、日本サンゴ礁学会サンゴ礁保全委員会の意見を引用して、不十分であることを指摘している。すなわち、「日本におけるサンゴ礁海域の浚渫工事で、これまで最もサンゴ礁への影響を抑えているのは、石西礁湖航路整備工事だと考えられ、この工事におけるサンゴの移設（移築と同義）基準を参考にするべきである。例えば、群集移設では、対象海域の被度 10%以上のサンゴ群集を全て移設し、被度 5～10%でもパッチ状分布する群体は対象としている。」（同委員会平成 29 年 6 月 13 日 普天間飛行場代替施設建設事業に係るサンゴ類の環境保全対策について（回答））ここにみられるとおり、本件各申請では、「被度 5%以上」という基準をもうける一方で、「0.2ha 以上の規模を持つ分布域の中にある長径 10cm 以上のサンゴ類」と採取対象を限定してしまっており、これによれば例えば 0.2ヘクタール未満の規模の分布域は放置されることになり、これは竹富航路事業における移植対象より狭いものとなる。そうであれば、その合理的理由が示されなければ妥当性があると判断できないはずであるところ、沖縄防衛局は、他と同等以上と説明するのみであるから、許可処分に至らないと判断することに不合理な点はない。

(3) 移植先の選定について

ア 原判決は、本件各申請における移植先の選定について概ね次のとおり判示した（63 から 73 頁）。

すなわち、本件移植先は環境保全図書が示した生息ポテンシャル域に当たる（64 頁 a 項）、本件移植先と本件移植元との具体的な環境の類似性がある（64 頁 b 項）、本件移植元と本件移植先のサンゴ類の類似性も認められる（65 頁 c 項）、このため環境保全図書が求める移植先のサンゴ群生への影響も少なく、また沖縄県サンゴ移植マニュアルにも違反しない（66 頁 d 項）、同種許可事例と比べて同等ないしそれ以上に詳しい検討がなされている（67 頁 e 項）、環境監視等委員会からの具体的な指導・助言を受けており委員から異論は示されてなく、申立人が提出した専門家意見書でも悪影響の具体的な裏付けの知見を示していない（67 頁 f 項）、という点から、移植先の選定について不合理とはいえない、というものである。さらに、申立人の主張について、他の移植先候補地との比較検討がなされていないという指摘に対しては、ハビタットマップを通じて検証がなされているとし（68 頁 a 項）、本件移植元と本件移植先の環境の類似性があるといえないとの指摘に対しては、申立人の指摘する数値の違いによりサンゴ類の生残可能性等に影響を与える具体的おそれはないとし（69 頁 b）、移植元と移植先に生息するサンゴ類が類似しているとは評価できないとの指摘に対しては、サンゴ類の出現種（属）が全体として類似しており環境条件等も類似していることから問題がないものである可能性が高いとし（69 頁 c 項）、移植先の生態系への「負の影響」への検討がなされていないとの指摘に対しては、一定の影響は避けられないものであって、本件移植先への「負の影響」は他の海域に移植する場合に比べて相対的に低く、同種許可事例でも特段の影響が生じた等の事情も伺われない等とし（71 頁 d 項）、試験的移植も必要であるとの指摘に対しては、移植後のサ

ンゴ類の生残率や移植先の生態系への悪影響の問題が生じる可能性は高くなく、試験移植の実施は本件事業の遂行期間に大きな影響を与えるため相当ではなく、同種許可事例でも実施されていない（72 頁 e 項）とし、結局申立人が本件各申請を許可していないことが、「その前提とする事実的重大な誤認があるか、判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が社会通念に照らして著しく妥当性を欠くもの」（73 頁）とした。

しかし、この判断は、申立人による専門的技術的判断の裁量を一定程度広く認める枠組みを採用しながら、実際には、その専門的技術的判断の裁量を否定し、かつ相手方や沖縄防衛局の主張をそのまま肯定したものであって、むしろ、相手方らの専門的技術的な主張を緩やかに認めるものであって、裁量の判断を転倒させるものというべきである。いくつかについて具体的に指摘する。

イ 原判決は、本件妥当性等基準適合性判断の枠組みのうちに、「まずは、その内容が本件図書に明示された方針に則したものとなっているかという点から判断されるべきである。」（原判決 59 頁）と述べており、環境保全図書では、移植先を選定するに当たって、「移植先の海域のサンゴ群生の種別生息状況、群体数、生息環境（地形、水深、生息基盤、水質、波当たり・流れの状況、食害生物、付着藻類、移植可能スペースの有無）等」の情報を整理してなすべきことを指摘している（原判決 64 頁）。そうすると、本件各申請の許否の判断に当たっては、まさに環境保全図書で示した方針に具体的に則したものとなっているかどうかを検討しなければならない。ところが、申立人が指摘してきたように、この移植先の「サンゴ群生の種別生息状況」が具体的に明らかにされな

いまま本件各申請がなされているのである。これは環境保全図書に則したものとはいえないのであって、仮に環境保全図書に明示したにもかかわらずかかる情報を整理することをしないことに変更した上でサンゴ類の移植を行う計画とするのであれば、本件各申請に当たって最低限その合理的理由も示さねばならないといえるが、何らその説明はされていない。

ウ 原判決は、S 1 地区及び S 5 地区が「平成 9 年頃まではサンゴ類が高被度（被度 5 0 % 以上）に分布しており、平成 1 0 年以降発生した白化現象によりその被度が低下したものの、水質条件等は良好であるため、地形・波浪条件にも照らして、条件を整えば今後回復する可能性がある海域（生息ポテンシャル域）に当たるところ（甲 6 1 号証）、かかる事実自体から、本件移植先は、一定の範囲で、①本件移植元と環境が類似し、②同様なサンゴ種が生息し、③移植によっても移植先のサンゴ群生に悪影響を及ぼさない可能性が高い海域であることが裏付けられている」とした（原判決 64 頁）。しかし、この判断に科学的な根拠はなく、もともと対象海域にはサンゴ類が生息していて白化現象で一時的に被度が低下しただけなのだから、そこにサンゴ類を移植しても大丈夫であろう、という感覚的な判断にとどまるものである。移植先においてかつてサンゴ類が高被度で分布していたことと、移植対象であるサンゴ類が移植先において生息しているかはイコールではない。白化現象で減少する前のサンゴ類の種構成は明らかとはいえず、かつて移植対象であるサンゴ類と違う種類のサンゴ類が高被度で分布していた海域に移植を行えば、移植先のサンゴの種構成に変化が生じ悪影響を及ぼすおそれがあり、移植したサンゴも死滅してしまうおそれがある。従って、原判決が述べてい

るような、「同様なサンゴ類が生息し」ていて「移植先のサンゴ群生に悪影響を及ぼさない可能性が高い」とは簡単に判断できないのである。このことから、沖縄県は、環境保全図書に明示された方針に則して、移植先の海域のサンゴ群生の種別生息状況を示すように求めているのである。

エ 移植元と移植先の比較についてみると、原判決は、J P K地区とS 1地区、I地区とS 5地区はそれぞれ類似性があるというが、それは、「地形・水深が概ね一致するのみならず…、底面流速（海底面上1 m）の最大値には違いがみられるが、水温、塩分濃度、波当たり、通常時の流れの状況、浮遊懸濁物質量（SS）などはいずれも一致ないし類似する」、「J P K地区とS 1地区、及びI地区とS 5地区とでは、それぞれ、周辺海域の中でも、生物相、底質、シールズ数、サンゴ礁の地形などが一致し、生物生息場としての特性が類似する海域に存在する」、「本件移植先の中でも、移植元との環境・状況が具体的に類似した場所に固定・静置されることが予定されている」（原判決 64 から 65 頁）というものである。

このようなサンゴ類の生息条件の類似性の判断は、その諸要素の数値の科学的な意味を踏まえてなされなければならないのであって、数字が概ね一致しているとか例外的な数値が一部にあるだけだ、というようなこれまた感覚的評価によってなされるべきものではない。底面流速の最大値についてみると、これは台風等のイベント時の流速を意味し、これが異なっているということは台風等による破損等の影響が異なっているということであり、毎年相当規模の台風が近海を通過する本件事業実施海域においては、その意味は極めて重要である。本件各申請ではこの点について

て十分な検討がされておらず、単純に類似していると判断した原判決には科学的な根拠はまったく存しない。

塩分濃度の比較についてみても同様である。J P K地区の塩分濃度はS 1地区の塩分濃度よりも最低値が0.9psu低くなっており、S 5地区に移植先を変更したI地区よりも塩分濃度は低くなっている。申立人は原審原告第4準備書面 29頁でこのことを指摘し、沖縄防衛局が示した造礁サンゴ類にとって最適の塩分濃度の範囲が34から37psuに対して、J P K地区の塩分濃度が32.4から34.9psuで塩分濃度が低くなっている海域である一方、S 1地区は33.3から34.9psuと「最適」の値に近くなっている。最適な塩分濃度のレンジが狭い中でこのような違いがあることは重要であり、環境監視等委員会委員も、大雨による影響を考慮する必要性を述べているとおり、極めて慎重な判断が必要だが、これらの点も原判決は適切に考慮していない。

また、原判決が移植元と移植先の類似性を肯定するに当たって、実際のサンゴ類の固定・静置作業において、「本件移植先の中でも、移植元との環境・状況が具体的に類似した場所に固定・静置されることが予定されている」（原判決65頁）という点についても、作業員の現地での判断のみによって移植を行うことは、移植技術の向上につながるだけでなく、適切な場所に配置されないことによる生残率の低下や移植先に負の影響を与えるおそれすらある。沖縄防衛局が示しているのは、まさに原判決が述べているとおり、「移植元と海藻草類の被度が類似した場所で、かつ、サンゴ類の大きさ・形状に応じた微地形を選定して配置するなど」の抽象的な方針にとどまるのであって、その適切な移植の実施のためにより具体的な移植先の選定手法や計画を申立人が

求めることは、当然その裁量の範囲内というべきである。

オ 移植元と移植先に生息するサンゴ類の類似性についての原判決の判示も、何ら科学的根拠を伴うものではない。J P K地区とS 1地区の比較においても、I地区とS 5地区の比較においても、主に生息するサンゴ類の属別の記載から互いに共通の属のサンゴ類がみられることだけで類似性が簡単に認定されている。

しかし、原審の認定でも、S 1地区には「J P K地区には少ないハナヤサイサンゴ属も含まれるものの」（66頁）として、一方で属構成のレベルでの違いがあることを認めつつも、そのことをなぜ無視しながら他の属の共通性で類似性を認める判断になったのか、その論理過程は明らかではない。ハナヤサイサンゴは、他のサンゴ類と比較してSPSS（底質中懸濁物質含量）が高いと弱く、流れがあり、浅くて波が碎けるような場所が適地であるという性質を有しており（訴状52頁）、その移植先への適合性も具体的に判断する必要があるはずである。

さらに、原審原告第1準備書面18頁でも指摘したところであるが、J P K地区は近接した場所といえども、出現種の群体数も含めて検討すれば、J地区はコモンサンゴ属が優占しているのに対し、P地区とK地区はキクメイシ属が優占しており、優占種が異なっている。J P K地区をまとめて見たとしても、キクメイシ属が優占しており次にハマサンゴ属となっているが、S 1地区の優占種は、第26回環境監視等委員会で示された「表1 移植元と移植先の環境要素の比較一覧」の移植先の「サンゴ類優占種（上位5属）」の記載が、上から群体数が多い属を記載しているのであれば、S 1地区はコモンサンゴ属の群体数が最も多く、J P K地区の優占種であるキクメイシ属は第4位に過ぎず、類似性が高

いとは言えない。単に○属、○属が共通して主要な構成をなしているという極めて粗雑なくくりで判断するのではなく、それぞれの構成比率も含めて検討する必要があるのである。その検討を行うためにも、環境保全図書に記載のあるとおり移植先についてサンゴ群生の種別生息状況、群体数、群生被度（サイズ）が示される必要があるが、本件各申請においてはそれが十分とはいえない。

I 地区については、移植先で優占種となっているハマサンゴ属は、32 群体しか生息しておらず、I 地区に多く生息しているカメノコキクメイシ属は移植先の優占種に含まれていない。このカメノコキクメイシ属は、環境監視等委員会委員からも、「一般には他のサンゴが存在しないようなところにいるタイプのサンゴですので、そういったサンゴを、より一般的なサンゴの生息環境にとって良いような場所に移植した場合にどうなのかということについては知見がありませんから、ここは十分注意していただきたい。」とも指摘されているのである（甲 45 号証 第 12 回環境監視等委員会議事録 16 頁）。

原審ではこれらのおり、移植元と移植先での優占種が異なったり、同一属が優占していてもその比率、順位が異なっており、サンゴ群生の構成が異なっていることを述べていたにもかかわらず、原判決は、何をもって類似性があるかあって生残率や移植先の生態系への影響がないと判断したのかという判断基準、枠組みが示されてなく、単に相手方や沖縄防衛局の主張をなぞったに過ぎない。かかる判断が申立人の有する妥当性等基準にかかる裁量を侵害するものであることは明らかである。

カ 原判決は、本件各申請が示す移植先は、上記のおり生息ポテンシャル域への移植であること、環境条件の類似性、生息するサ

ンゴ類の類似性を挙げて、「①移植元と環境が類似し、②同様なサンゴ種が生息する地域である」と結論付けている（原判決 66 頁 d 項）。そのそれぞれの判断が妥当ではないことは既に述べたが、さらに言えば、移植先のサンゴ種は属レベルでの優占種しか示されておらず、移植元に生息している 16 科 57 属のサンゴ類が移植先に生息しているか不明であり、同様なサンゴ種が生息する海域とは言えない。本件各申請におけるサンゴ類の移植については、優占種の保全だけが問題となるのではなく当該海域において少数ではあっても生息する種の保全も同様に求められるところ、優占種以外のサンゴ類の移植先と移植元での生息状況の比較検討も、その条件の類似性を判断するに当たって重要である。ところが原判決は、57 属のサンゴ類の内 3 属についてのみ比較して判断しており、「移植先の生態系に対しても、これまでおよそ生息していなかった動植物が移入するものでないという意味で移植の影響が相対的に少ないといえる。」（原判決 66 頁）としている。しかし、これでは優占種でない種も含めた 57 属のサンゴ類全体の生息条件として移植先が適切かどうかは判断できないはずである。

キ 原判決は、同種の許可事例との比較においても、本件各申請が「同種の許可事例と比べて同等ないしそれ以上に手厚い検討がなされている。」（原判決 67 頁）と判示した。

これも相手方の主張をオウム返しになぞっているだけであって、本件各申請について手当が不十分であるとしている申立人の裁量を侵害するものといえる。

本件各申請が同種許可事例との比較において「同等ないしそれ以上」とはいえないことは、例えば次のようなことが指摘できる。

那覇空港事業では、事業対象海域のシールズ数は示していないものの、サンゴ類の被度及び底質を図面で示した上で移植先を絞り込み、移植先において移植対象種が主要な出現種であることを確認している。竹富航路事業でも、事業対象海域のシールズ数は示していないものの、石西礁湖全体のサンゴ類の被度及び優占種を図面で示した上で、移植先を検討している。これに対して本件各申請では、ハビタットマップにおいて、シールズ数、サンゴ礁地形は追加で検討されているものの、最も重要な移植先海域のサンゴ類の生息状況については、被度を示しているのみで種別の分布状況については示されておらず、その代わりS1からS5の絞り込んだ移植先における優占種が3属示されているだけで、移植対象である57属のサンゴ類が移植先に生息しているかは不明であり、移植対象のサンゴ類の当該海域周辺における種別の生息状況についての情報が他の許可事例と比較しても不足している状況である。

また、本件各申請に際して採用されたハビタットマップについては、サンゴの専門家からの意見では、「ハビタットマップは対象地域の様子を全体的に掌握する意味では有効であるが、個々の植え付け作業に必要な情報量が不足している。ハビタットマップを利用して移植が可能な地域を検討し、その地域における各分類群についての詳細な分布図を作成し、移植先の生態系の実態を明確にしておく必要がある。特にサンゴ類については詳細な種別の分布図を作成し、微環境を確認するとともに、移植しようとしているサンゴ類の具体的な移植可能な場所を予め検討しておかなければならない。移植しようとしている多様なサンゴ類には、種ごとに生息に好適な環境があるからである。」（甲78号証）とあ

り、ハビタットマップによる包括的な観点からの検討だけでは不十分であり、移植先のサンゴ類の種別生息状況や、微地形等についての詳細な情報が不足しており、移植先として十分なものとなっているか判断できない。

したがって、本件各申請が同種許可事例と比較して同等以上として許可すべきという判断ができる段階にもないのである。

ク 原判決はさらに、環境監視等委員会でも本件各申請にかかる移植先について委員から異論はなく、申立人がより適切な移植先も指摘していない、申立人が提出した専門家意見書（甲 77 から 80 号証）も生残可能性や悪影響の具体的なおそれを示していない、等とする（原判決 67 頁）。

しかし、妥当性等基準は、「申請内容に妥当性が認められること」「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」とあるとおり、積極的に妥当性が認められ、かつ水産資源保護培養等の観点から問題がないと判断されることを許可要件としているのである。したがって、許可権者である申立人が他の移植先を示す必要などなく、そもそも移植先を選定する上で重要な情報である移植先におけるサンゴ類の種別生息状況が示されておらず、適切な移植先を検討するための情報が不足しているために、具体的な移植先を指摘することができないことも当然である。そして、各専門家の指摘も、例えば環境条件の相違に着目して懸念が示されたりするなど（甲 77、78 号証）本件各申請が妥当と認められるには不十分であることも具体的に指摘している。原判決の判断手法をみれば、たとえば、「申請に基づく採捕と移植により〇パーセントの生残可能性が低下する」と言ったような指摘がなされない限り

は許可すべき、という非科学的な判断を許可権者である申立人に求めることになり、またその裁量権を奪うものというほかない。

ケ 続いて、原判決が申立人の主張に対してより詳細に応答している部分についてさらに述べる。

申立人が、沖縄防衛局が本件移植先を選定するに際して他の移植先候補地との比較がなされていないと指摘していたことに対して、原判決は、沖縄県に対する令和2年10月13日付けの沖縄防衛局回答文書（乙66号証）の記載を引き写しながら、比較検討の上でも本件移植先とされるS1及びS5地区の選定が適切である旨述べる（原判決68頁a項）。

しかし、そもそも乙66号証は、令和2年9月17日付けで沖縄県が説明要求したものに対して沖縄防衛局が回答してきた文書であり、S1地区が水深やサンゴの被度の点においてS2、S3地区よりも優れているとの沖縄防衛局の判断は、本件是正の指示の時点では示されていなかった。本件での判断の対象は本件是正の指示がそのなされた時点において適法であったか否かであり、原判決は令和2年10月13日付けの沖縄防衛局の回答文書でなされた説明を根拠に移植先の選定が合理的であると判断するのは、本件是正の指示の適法性判断の資料を誤っている。このことを逆にいえば、原判決が乙66号証を根拠にして他の移植先との比較検討もなされたというのであれば、そのことはすなわち本件是正の指示の時点ではまだ移植先の選定が他の候補地との比較検討において合理的であると判断できなかったということにもなるであろう。

なお、乙66号証の沖縄防衛局の説明も移植先の比較検討として十分なものでないことについて補足しておく。そもそも、S1

から S 4 を選定するに当たって、沖縄防衛局は本件申請書参考資料 4 「サンゴ類に関する環境保全措置」において、「小型サンゴ類の移植元の水深は、3～6 m の範囲が 50%程度あることから、移植先の水深も 5 m 前後に設定することが望ましい。」として、水深 5 m 前後の移植先調査範囲（S 1、S 2、S 3、S 4）を設定している（甲 3、4 号証の資料 4 の 15 頁）。このことからすれば、移植先の選定において水深については 5 m 前後が望ましいとしていたものであり、S 1 から S 4 はその条件を満たしている。また、サンゴ類の被度については、被度が高いほどサンゴ類にとって望ましい環境であり、移植スペースが確保できるのであれば被度が高い海域の方が移植先として好ましいとも考えられる。そして S 1 地区 1.9 ヘクタール、S 2 地区 1.7 ヘクタール、S 3 地区 1.1 ヘクタール、S 4 地区 1.2 ヘクタールの移植スペースがあり、J P K 地区の移植対象サンゴ類の移植対象分布域は、J 地区 0.5 ヘクタール、P 地区 0.6 ヘクタール、K 地区 0.4 ヘクタールであり、そのサンゴ被度が 5 から 25 パーセントであることを考慮すると、最大でも合計 0.375 ヘクタールのスペースがあれば移植できることとなり、サンゴ類の被度が高い S 2 地区が優れていると考えることもできる。これらのことから、乙 66 号証の説明から直ちに S 1、S 5 地区の比較優位性を認めることができるものではなく、さらなる検討が必要である。原判決は、そのような技術的な検討の必要性についての審理も経ずに、沖縄防衛局の本件是正の指示後の沖縄県からの説明要求文書への回答（乙 66 号証）での主張をそのまま述べているだけであり、十分に科学的な判断をしているとはいえない。

コ 原判決は、さらに、移植元と移植先の環境条件の類似性について

て、同判決 64 頁 b 項での判断に加え、申立人の主張に対して、さらに検討してそれを排斥している（原判決 69 頁 b 項）。

この点については、環境条件が類似していると直ちに判断することができるはずがないことは、流速や塩分濃度に関して前述したとおりであり、また、原判決が判断根拠とした乙 66 号証も、本件是正の指示より後に説明がなされたものであって、これにより本件是正の指示を正当化することができるものでないことは前項でも指摘したとおりである。

例えば、本件各申請書では移植先の流速の最頻値は示されておらず、流速の最頻値が示されたのは乙 66 号証であり、かかる判断が本件是正の指示の時点でなされえないことは明らかである（なお、最頻値の類似性のみが問題となるのではないことは前述した。）。

塩分濃度の比較についてさらに述べると、I 地区からの移植先を S 1 から S 5 地区に変更するように助言した環境監視等委員会の委員も、移植元と移植先における塩分濃度について「おそらく大雨が降った後などはこの I 地区の方の塩分が下がったり、あるいは濁度が高くなったりします。」（甲 45 号証 議事録 16 頁）と助言しているが、移植後のサンゴ類の生残率に有意な差が生じることを裏付ける研究結果などが示されているものではなく、サンゴの研究者としての専門的な知見をもとに助言を行っているのであり、その点については申立人の提出する専門家の意見書も同様である。原判決は、環境監視等委員会の委員による I 地区の移植先として S 1 地区は適当ではないとする助言などについては、「環境監視等委員会は、サンゴ類の移植等に関する高度な専門的知見を有し、本件サンゴ類の移植計画に関しても十分な審議

を行ったものと認められる」（原判決 61 から 62 頁）などとして問題なしとしながら、他方では、申立人が提出する専門家の意見書で J P K 地区の移植先が S 1 地区は適当ではないとした意見については、試験研究結果を示されていないことから採用できないものとするなどしており、専門家の意見の採否に当たっても、沖縄防衛局及び相手方の主張のみを合理的な理由なく一方的に採用する偏頗な判断をしているものである。そもそも、専門家の意見に裏付けに足りる研究結果や確立した知見があるのであれば、意見を聞くまでもなく研究結果や確立した知見を採用すればよいのである。専門家は、その専門分野において、自らの経験や研究をもとに具体的に研究され知見が確立されていない内容についても、専門的な見地からの意見を述べることができるものであり、その意見に不合理な点がなければ最大限に尊重されるべきである。

サ 原判決が、移植元と移植先に生息するサンゴ類の類似性を肯定しつつ申立人の主張を排斥している部分（原判決 69 頁 c 項）についても、先に批判したとおりである。単に「サンゴ類の出現種（属）が全体として類似している」（原判決 70 頁）というのはあまりにも大雑把で科学的根拠を伴わないものである。また、原判決が、「移植先との最優占種や優先順位的一致まで求めることは、事業者に過度な負担を課すものといえる。」（原判決 70 頁）というが、このような判断手法が、埋立事業者の事業の遂行目的があれば妥当性等基準の審査を緩和してよいというものでなく誤っていることは前述のとおりである。また、申立人は、移植元と移植先の最優占種や優先順位的一致がなければ移植先として適切ではないと指摘してきたものではない。最優占種や優先順位的一致がな

いのであれば、それを踏まえた上で、移植元や移植先に生息するサンゴ類の種構成等をより詳細に検討して具体的に生残可能性を高め、また移植先の生態系に悪影響を与えないような計画を検討して提示すべきというのである。沖縄防衛局による本件各申請は、極めて概括的な類似性を根拠として計画され、かつ現実の移植についての配慮は植付け作業の段階で行うというだけであるところに問題があると指摘してきたのである。

この点、例えば、移植先に生息するサンゴの種別生息状況が属レベルでも示されておらず、移植元に生息している16科57属のサンゴ類が移植先に生息しているかという検討さえなされていないところが指摘できる（環境保全図書において、移植先について「サンゴ群生の種別生息状況」を調査することの記載があることは前述）。移植元に生息しているサンゴ類の種が移植先に生息していないということは、移植元と移植先の距離があまり離れていないことからすれば、むしろ移植先の環境がその種にとって適していないという可能性も考えられるのであり、また、移植先に生息していない種を移植すること自体は移植先の種構成の変動により負の影響を与えるおそれがあることにも配慮しなければならないのである。

本件事業は、多数の種類サンゴ類が混在する生息域で、サンゴ類の生息域を保全するための環境保全措置を実施し、完全な代償措置には至らないまでも、環境が類似し、同様なサンゴ種が生息するとともに、移植先のサンゴ群生への影響が少ないと予測される場所を選定し、最も適切と考えられる手法による移植を行うことを前提として、承認されたものであり、事業者が自主的に環境保全措置を実施している竹富航路事業とは、環境保全措置に求

められる水準が異なっており、最優占種や優占順位の同一性を検討して対応することまで求めることは、事業者の過度の負担を課すものともいえない。

シ 移植先への「負の影響」について、原判決は、一定範囲で生態系に影響を与えることは避けられない、本件移植先は白化現象以前にはサンゴ類が高被度に分布していた海域である、「本件サンゴ類には本件移植先に生息している種類（属）のものも多く含まれており、移植によってこれまでおよそ生息していなかった動植物が移入するものでもない」、環境監視等委員会でもその具体的可能性について指摘されていない、等として否定している（原判決 71 頁 d 項）。

しかし、繰り返し指摘しているように、本件各申請では、移植先のサンゴ群生の種別生息状況が示されておらず、移植する 57 属のサンゴ類が移植先に生息しているか不明であり、移植先の被度が変わるだけではなく、種構成が変わってしまうおそれがある。

「負の影響」について環境監視等委員会で触れられていないのも、移植先においてサンゴ類を初めとした動植物の生息状況が明らかにされていないのであるから、検討しようにも検討しようがないというものでしかない。環境保全図書においては、「移植対象となるサンゴ類の種や群生規模を勘案し、事前に踏査して、生息環境の適否や移植先での影響等を検討して具体の移植箇所を決定します。」とあり、申立人は、これに基づいて、移植によって、移植先にどのような影響が生じるか示し、その影響を最小限にするためにどのような対策を講じるのか示すように求めてきたのである。そして、専門家が意見書で指摘しているように、そのような移植先への影響を検討するためには、移植先に生息するサン

ゴ群生の種別生息状況が示される必要があるが示されていない。要するに、「負の影響」の具体的可能性やおそれがない、ということではなく、それを判断するための十分な資料を沖縄防衛局が持ち合わせていないために、判断しようがないのであって、申立人がそれを指摘するのに何ら不合理なことではない。それにもかかわらず、事業者側の資料の不十分さによって「負の影響」の可能性の程度について判断できないことを、その具体的可能性がうかがわれないうとして本件是正の指示をなすことは、申立人の裁量を侵害するものである。

(4) 移植の方法について

ア 原判決は、申立人が、個別のサンゴ類のそれぞれの移植先（訴状 62 頁から）やサンゴ類の移植の作業手順（同 67 頁から）の主張に対し、沖縄県サンゴ移植マニュアルで指摘されている方法や環境保全図書に明示した方針に則している、同種許可事例より一層適切な内容になっている、具体的な危険性をうかがわせる証拠はない、等として専門的・技術的知見に合致するとした。その上で、申立人が移植するサンゴ類の種類ごとに移植方法（採取・運搬・固定）や配置場所の決定方針等を示すべきと主張していたことに対しては、本件各申請では一定程度配慮した移植方法を定めている、種類毎の移植方法や固定場所などの確立した知見はない、環境監視等委員会も種類毎の方針設定を求めている、等から、申立人の指摘は「事業者に過度な負担・困難を課すもの」であり、同種許可事業でもこれらのことが求められていないなどとして、排斥した（原判決 73 から 77 頁）。

イ ところが、実際に沖縄防衛局が本件事業に関して本件各申請と同様にサンゴ類の移植を計画するに際して、より詳細な方針が示

されているものがあり、このことからしても、本件各申請が「可能な限りサンゴ類の生残可能性が高くなるように配置された方法がとられていると評価すること」（原判決 74 頁）はできない。

すなわち、本件各申請より後に沖縄防衛局が申請した DEHN 地区の特別採捕許可申請においては、「配置に当たっては、移植先のサンゴの種構成を踏まえ、元々の種構成から大きな変化が生じないように配慮しながら周囲の海底面より 1～2 m 高い岩盤に、多様性を持たせ、群体間の間隔を空けた配置（樹枝状群体については、各断片の融合による固定の強化を促進させるため、密着させた配置）に留意する。また、一部の群体については、産卵時の受精率向上を図る狙いから各種の 3～6 群体を密集させて配置することとし」とあり、本件各申請より配置に関してより具体的な検討がなされた記載となっている。それでも、この移植計画を審査した第 26 回環境監視等委員会では、「具体的に移植を進める上で、もっと丁寧で詳細な、生息するサンゴのリストと、どこにどのようなサンゴが分布しているのか、地形とサンゴの分布について地区ごとに整理していただいて、さらに移植先の地点についても、おおよそどこにどのようなサンゴが分布しているのかということを図に整理していただきたい。」など、さらに詳細な具体的な現場の状況がわかるような図を移植先について作成するよう求められている。このことからしても、本件各申請にあるような個別のサンゴ類の移植先やサンゴ類の移植の作業手順についてより個別化した具体的な方針を示すことは可能であり、かつ環境監視等委員会での指摘にもあるとおり、それはサンゴ類の生残可能性を高めるなどその移植を成功させるために検討が必要なものであるといえる。

この議論からも明らかなおとおり、本件各申請の移植計画については、その検討がなされた環境監視等委員会の審議の際に委員は異論を示していなかったとしても、より配置について配慮されたDEHN地区の申請については、更なる要望が示されていることからすれば、本件各申請の移植計画について異論が示されなかったのは、委員会の時間的な制約などにより、委員が十分検討して意見が述べられず終了していた場合等が考えられる。環境監視等委員会で異論が示されなかったからといって、移植計画が十分なものであったとはいえないのである。

ウ これに対して、本件各申請については、本件是正の指示の後になっても、沖縄防衛局は令和2年4月16日付け文書(乙28号証)で、個別のサンゴ類それぞれの配置について「配置に当たっては、移植先のサンゴ類の種構成を踏まえ、移植先の元々の種構成から大きな変化が生じないように配慮することとしています。また、移植先のサンゴ類の被度分布を踏まえ、すでに高被度に生息している範囲を避けるとともに、元々生息していたサンゴ類と間隔を空けることとしています。このような方針に基づいて、作業従事者が、事前に移植先の状況を確認した上、採取した個々のサンゴ類の種類や形状を勘案し、現場において安定した固定に適する微地形を個別に選定し配置します。」と説明しているだけであり、概括的な方針に基づき、作業従事者が微地形を個別に選定し配置する計画にとどまっており、移植したサンゴ類の生残率と個別の配置場所を検証することができないのである。また、サンゴ類の種類毎の特性に適した移植方法や固定場所などについての確立した知見は存在していないとしても、サンゴの種毎の生息場所の知見や飼育下における最適な環境条件に関する知見等は一定程

度の蓄積があり（その具体的内容は例えば甲 69 号証でも整理している。）、それらをもとに、「サンゴ類の移植等に関する高度な専門的知見を有」する環境監視等委員会の審議を行い方針を定めることは、生残率の上昇や移植先の生態系への悪影響の低下などの効果をもたらすことが期待できる上に、サンゴ類の種類毎の特性に応じた移植方法・配置場所等の方針を定めることで初めてサンゴ類の移植技術の向上につながるのである。したがって、申立人が、個別のサンゴ類のそれぞれの移植先やサンゴ類の移植の作業手順等についてサンゴ類の種別も考慮してより詳細に検討することが必要として本件各申請の許可処分をなさないでいることは何ら違法とはいえない。

(5) 移植後の事後調査について

ア 原判決は、申立人が、サンゴ類移植に当たっての統計的手法も用いた事後調査の必要性やその目標設定やその成果の判断時期を具体的に示すべきこと等を指摘したのに対して、本件各申請は、事後調査については「モニタリング手法（頻度、方法、管理）」と記載されている環境保全図書の方針や沖縄県サンゴ移植マニュアルに則したものであり、方法・評価基準などは同種許可事例より手厚い、環境監視等委員会でも明確な異論が示されていない、等として不合理ではないとする。そして、申立人が指摘する数値目標の設定の必要性については、「特定の生残率を目標として設定しなければ試験研究として不適切といえるかは疑問」である、移植したサンゴ類と移植先に元々生息していたサンゴ類との比較を統計的手法によって行うべきと主張した点については、「相当の費用・期間を要し、事業者に相応の負担を課すことになり、本件各申請における事後調査でも「移植したサンゴ類と元々生息

していたサンゴ類との生息状況の相違や傾向をつかむことは十分可能である、等として否定した（原判決 77 から 81 頁）。

イ この点について、まず、原判決は、本件各申請における事後調査の頻度が同種の許可事例と比較してより手厚いとする。しかし、この事後調査の在り方については、申立人が提出した専門家の意見書でも、「事後調査は『移植後、当分の間はおおむね 1 週間ごとに経過観察を行う』こととされている。これは最初の群体が移植された 1 週間後から、ほぼ毎日観察を行うことを意味する（毎日移植が行われる場合）ので、そのことを誤解のないように明記する必要がある。さらに移植に関しては直後に問題が生じる可能性があるので、『当分の間はおおむね 1 週間ごと』ではなく、より高頻度に事後調査を実施する必要がある。」（甲 80 号証の 4 頁）と指摘されているとおり、当該記載から事後調査として十分といえるかどうかについて疑問が残るものである。

次に、原判決は、事後調査での生残率の目標設定は不要としつつ、「本件各申請における評価基準は、移植前後におけるサンゴ群集の総被度・種類数やサンゴ群集に集まる魚類や大型底生生物の種類数・個体数の相違など、客観的な数値を基礎とするものであり、このような数値と、一般的な生残率、移植後に生じた外的要因の有無、同種許可事例での数値などの諸事情を総合考慮して移植を評価・分析するという方法も、試験研究としての意義は十分に認められる」（原判決 79 から 80 頁）とする。しかし、原判決が示したかかる「総合考慮して移植を評価・分析するという方法」自体が、具体的な評価基準を持ち合わせていないものであるために、移植の成否を客観的に評価することを困難にさせるものである。その欠陥は、訴状 76 から 77 頁でも指摘した那覇空港事

業において、「天然サンゴと同様の生育やライフサイクルがみられている」とか「移植サンゴ周辺では魚類や大型底生動物の増加が確認されている」などとの曖昧な評価により、生残率の極めて低かったミドリイシ属の移植に対する検証が結果としてなされないことに端的に表出しているのである。原判決が述べた評価・分析の手法は、その科学的根拠があるとはいえないのである。そして、「本件各申請のように多数かつ多種のサンゴ類の移植をする場合に、特定の生残率を目標として設定しなければ試験研究として不適切といえるかは疑問である。」（原判決 79 頁）との判断は、環境監視等委員会委員からも、「他の事業で行った移植がどのような経過をたどっているかということ踏まえた上で最善の策をとることは重要ですので、他の事業が目標、数値基準を持っていないから、この事業も同じ評価の水準でいいというわけではありません。今後の取組として、他の事業で、移植後どのようなサンゴの生残状況かということも確認しつつ、本事業の移植サンゴ類の経過を観察していただきたい。なお、移植については、一般的な移植、植え付けの目標基準として3年後の生残率が4割以上という、これは事業に伴う移植ではなく、一般的な移植、植え付けについてのものでありますので、参考にしてください。」（甲 51 号証議事録 11 頁）などの指摘がなされているのであって（訴状 72 から 75 頁）、原判決が依拠している環境監視等委員会での委員の専門的な助言・指導をも無視するものである。また、原判決が「則している」とした沖縄県サンゴ移植マニュアルでも、「明確なゴールを定める必要があります。…『被度』を数値目標として、ある程度まで被度を高めることがゴールとなります。この場合、移植サンゴの生残率と成長が重要な評価指標と

なります。」（甲 60 号証 22 頁）としているのに、かかる肝要な箇所を無視して「則している」と評価するのは不合理である。

(6) 環境監視等委員会での審議について

ア 原判決は、申立人が環境監視等委員会での審議が十分機能してなく、そこでの審議を経ているからといって本件各申請に係る移植の内容・方法等の適切性を担保することはできないと主張したことに対しても、本件各申請の適切性を客観的に担保し得る専門的知見を有している、十分な審議もなされている、また、環境監視等委員会や委員の指導・助言等に沖縄防衛局が適切に対応しなかった事実もないなどとして、これを退けた（原判決 81 から 83 頁）。

イ ところが、原判決は、一方では、委員からの意見に沖縄防衛局が「対応していないものがあるとしても、委員としてはそれをもって直ちに移植計画が不適切になるという趣旨で意見を述べたものではないと解するのが相当である。」（原判決 82 頁）というのである。そもそも環境保全図書には、「サンゴ類の移植は、技術がまだ十分に確立、評価されたものではありませんので、完全な代償措置には至りませんが、これまでに得られた現地調査結果の情報や、沖縄県のサンゴ移植マニュアル等の既往資料の情報を踏まえながら、環境が類似し、同様なサンゴ種が生息するとともに、移植先のサンゴ群生への影響が少ないと予測される場所を選定し（図－6.14.3.1.1 参照）、最も適切と考えられる手法による移植を行います。」（甲 61 号証の 6-14-163 から 164 下線は引用者）とあるのだから、環境保全図書が明示した方針に則するのであれば、環境監視等委員会での指摘への対応に当たっても、「最も適切と考えられる手法による移植」に向けた措置を取るべきと

というのが同図書の前提といえる。そして、仮に委員の指摘への対応がなされなくても計画が不適切にまでなることはなかったとしても、対応しないということは、環境保全図書が明示した「最も適切な手法」を採用しなかったのであり、同図書と整合しない計画であったということになる。それにもかかわらず、沖縄防衛局が対応していない部分について、さしたる根拠もなく「不適切であるという趣旨で意見を述べたものではない」と決めつけて当該指摘部分を無視してよい、という判断は、これもやはり相手方による本件是正の指示が適法であるとの結論先にありきの論でしかない。

環境監視等委員会での指摘が本件各申請に反映されてなく、その妥当性判断ができないことに大きく影響している点について、第12回環境監視等委員会での議論（甲45号証）から3点取り上げてみる。第1は、移植先の候補地検討について、「ベストなところはないと思うのですけれども、比較、優位であるというような情報がもう少し必要なんじゃないか」というまとめがあったのに対して、複数の移植先候補地の比較検討がなされていない（訴状58から59頁）。第2には、個別のサンゴ類の移植先の配置デザインについて、「移植に関しまして少し私が心配しますのは、このプロトコルの中には複数のサンゴの移植配置デザインといえますか、どういうところにどういう植え方をするのかという方針が書かれていないことです。多くのサンゴの種苗は単一種を畑のように植え付けられることが多いように思います。今回の場合は元の状態に近い形で移植したいというのが私の気持ちです。…密度も含めて元の配置デザインと近い形で新しいところに移植するというお考えを検討いただければと思います。」（訴

状 64 頁) との指摘がなされているにもかかわらず、このような配置デザインは示されていない。第 3 に、目標の設定と事後調査に関して、「他事業との比較ですが、これは、この事業の結果を評価する際に、過去の事例を学ぶという観点から実施する必要があります。一般的に植え込みや移植については、移植後、3 年後の生残率が 40%以上を目指すべきということが提案されています。そういった目標にこれまでの事業が達しているのかどうかということをしちんと把握しなければならない。もし、これらの事業が目標に達していないのであれば、移植自体が避難措置として適切でないということになりますので、本事業では、他事業では適切でなかった措置をどのように適切なものに改めていくかということを考えなければいけないことになります。他事業で目標に達している場合、達していない場合について今後も引き続き十分に検討した上でこの事業の避難措置を進めていっていただきたいと思っています。」(訴状 72 から 73 頁) との発言もあったが、このような目標の設定もなされていない。このとおり、沖縄防衛局が対応しなかった事項には、本件各申請がなそうとしているサンゴ類の移植計画に重大な影響を与えるものが含まれているにもかかわらず、結局事業者である沖縄防衛局の都合で取捨選択されているだけである。これで環境監視等委員会が十分機能しており、その専門的知見が活かされているとは到底いえない。

ウ また、原判決は、環境監視等委員会で十分な審議がなされているとして、そこで異論が出されなかったことなどを本件各申請の適切性の根拠としている。しかしながら、環境監視等委員会において積極的に本件各申請にかかるそれぞれの計画や手法について適切である旨承認されたのであればともかく、異論が出されな

かったという消極的な事実から、専門的知見によって担保されていると認定することはできない。そのことは、環境監視等委員会は本件各申請に関して審議の対象になるわけではないことが第4回環境監視等委員会でも確認されていること（訴状36頁）、本件各申請の基礎となる「サンゴ類の移植・移築計画」についてさえも特に時間をかけた議論がなされてなく「(案)」が成案に格上げされ、その後になって委員からI地区の移植先の選定について異論が出されるなど、その時々には十分な審議が尽くされているとはいえないことから、明らかである。

(7) 本件各申請の特殊性について

ア 原判決は、申立人が、本件各申請については、その自然環境や、移植対象となるサンゴ類の種類、規模の上で、那覇空港事業や竹富航路事業の許可事例とは異なった慎重な計画が必要としていることについて、本件海域での事業について他の両事業とその自然環境の違いをもって取扱いを異ならしめる合理的理由はない、小型サンゴ類の群体移植という範囲で見れば、本件各申請もこれら両事業との違いは「質的にも量的にも根本的に異なるといえるほど大きいものとはいえない」とし、さらに本件事業と竹富航路事業の相違点として、本件海域は異なる環境条件のもとに多様な生態系が形成されている複雑さがあるとの申立人の指摘に対しても、その程度が大きく異なるとは考えられない、等として、本件各申請について同種許可事例と異なる取扱いをする合理的理由はないとした（原判決83から86頁）。

イ しかし、この原判決の判示も、本件海域の極めて特殊で複雑な生態系の実態を否定する、科学的根拠のないものである。本件海域の特徴は、例えば日本生態学会自然保護専門委員会による「沖

縄県辺野古・大浦湾のサンゴ礁生態系の環境アセスメントを求める要望書」(甲 66 号証)でも、「大浦湾一帯は、我が国の中でも極めて生物多様性の高い地域で、世界の生物多様性のホットスポットのひとつと認識されています。ヤンバルの深い森から流れ出る大浦川の河口には名護市の天然記念物であるマングローブ林が発達し、その沖には干潮時に干潟が発達しています。浅瀬には海草藻場が広がり、砂地、泥底、サンゴ礫の重なるガレ場には、それぞれの環境にしか生息できない生物が数多く存在します。湾口から湾奥に向かって走る谷は、辺野古崎周辺で水深 60m 以上にもなります。これらの独特な環境が隣り合って、世界的に見ても貴重な大浦湾独自の生態系を形成しています。とくに、大浦湾埋立予定地東部では、長島と中干瀬の間で、深さ 60m 以上の海底谷に向かって急傾斜の斜面が形成されており、この斜面上にシルト・粘土分の多い底質が分布しています。この斜面・海底谷は、海水面が低下していた時代の、大浦川の氾濫原・河床と考えられます。この斜面・海底谷には、その地形・環境の特異性から、未記載種を含む特異な生物の存在が予想されます。」と指摘されている。すなわち、沖縄島周辺の大部分はリーフに囲まれ、その内側に水深の浅い礁池(イノー)を有している地形となっており、本件海域は、上記指摘のとおり、湾奥の大浦川河口附近から大きな谷が形成されており、汽水域も含みながら、多様な底質で構成され、水深も浅瀬から 60m 以上の海底谷までの多様な環境が備わっている。このような沿岸域の地理的多様性は極めて特異なものである。このため、沖縄防衛局の調査によっても、哺乳類 1 種、爬虫類 8 種、魚類 988 種、サンゴ類 333 種、底生動物 2656 種類、メイオベントス 63 種類、動物プランクトン 235 種、海草類

14種、海藻類 353種、植物プランクトン 242種類、貴重種（レッドデータリスト記載種）173種（甲 68号証）もの多様な生物種が確認されており、その種数は、極めて狭小な海域にもかかわらず、世界自然遺産登録地である屋久島や知床半島などと比べてもこれらを凌駕しているのである。原判決は、竹富航路事業についても、その移植対象の群体数や種は本件各申請と同様に多数であり、また石西礁湖も「多種多様なサンゴ類が混生する岩礁域とある特定の種が優占する砂礫域など、環境条件の大きく異なる地域が混在」（原判決 85頁）するなどして本件各申請との相違はないとする。しかし、石西礁湖の貴重性は、ここで形成されている礁湖が日本国内最大のサンゴ礁海域となっているところにあり、本件海域のように極めて狭い海域にモザイク状に多様な環境条件が備わっている地域とはまったく性格が異なるのである。このため、石西礁湖内でも岩礁や砂礫でのサンゴ類の生息状況が相違していることと比較して本件海域も同様だという評価になりうるものではない。

かかる移植対象の海域の自然環境の相違に照らして、求める対応が異なるとしても、それは「試験研究」として許可処分をする申立人に広く裁量が委ねられているのであって、公共事業に伴う移植事業であるからといって同様に取り扱わなければならないとするのは、上記の許可処分の性格に照らして妥当ではない。

(8) 小括

原判決は、本件各申請にかかる妥当性等基準の審査を行い、「かかる移植の具体的内容・方法は本件サンゴ類の避難指置という目的に照らし適切なものであるといえ、本件指示の時点で、本件各申請は妥当性等基準に適合しないと判断することは、判断の過程におい

て考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が社会通念に照らして著しく妥当性を欠くものといわざるを得ず、その裁量権の逸脱又は濫用に当たる。」（原判決 91 頁）とした。しかし、以上にみたとおり、申立人が本件是正の指示時点において妥当性等基準に適合することが確認できていないとして許可処分をなさずにいた判断には、「判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が社会通念に照らして著しく妥当性を欠くもの」はなく、その裁量の逸脱濫用はなかったのであり、本件是正の指示は違法である。この点について、原判決は、何ら専門家証人の採用もせず、本件各申請の科学的妥当性についての審理を尽くしてなく、論理則、経験則にも反する判断をなしたものであるから、上告審においてこれを破棄すべきである。

### 第 3 「申請内容に必要性が認められること」にかかる原審の判断について

#### 1 原判決について

原判決は、「本件事業については、本件承認がされた後、本件区域の大浦湾側の海域の大半が軟弱地盤であり（本件軟弱地盤部分）、本件設計概要に記載されていない地盤改良工事を施工しなければ工事を完成させることができないことが判明しており、本件指示の時点では、同地盤改良工事を実施するために必要な本件設計概要の変更承認の申請すらされていない段階であった。」、「沖縄防衛局が本件設計概要に記載された工事を適法に実施し得る地位を有していたとしても、前記認定のとおり、本件事業については、本件設計概要に記載のない地盤改良工事を経た上でなければ、本件軟弱地盤部分に埋立工事を施工することが技術的に不可能な状況であるから、沖縄防衛局としては、本件設

計概要の変更承認を得た上で同部分の工事を施工することを予定していたものと解される。そして、本件指示の時点では、沖縄防衛局は、上記変更承認の申請すらしておらず、今後、同承認を受けて本件軟弱地盤部分の埋立工事を実施できるかどうかは未だ不確定な状況にあったといえる。これらの事情に加え、移植後のサンゴ類の生残率は高くなく、移植は対象となる相当な割合のサンゴ類の死滅を伴うものである」との事実を認定した上で、「たとえ上記護岸の造成工事などに独立した用途・価値がなく、結果的に変更承認を得ることができなかった場合はそれが無益な工事になるものであるとしても、本件指示の時点で、沖縄防衛局が変更承認申請に先行して上記護岸の造成工事を施工することを妨げる法律上の根拠は存在しないといえる。したがって、原告としては、かかる工事が施工されることを前提に本件各申請の許否の判断をしなければならない」とし、「本件指示の時点において、本件各申請が必要性基準に適合しないという判断をすることは、その前提とする事実的重大な誤認があるか、判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が社会通念に照らして著しく妥当性を欠くものといわざるを得ず、その裁量権の逸脱又は濫用に当たる」とした。

この原審の判断は、公有水面埋立承認を受けた海域に生息するサンゴ類について、規則 41 条に基づく特別採捕許可申請がなされた場合については、必要性が認められることを前提に審査をしなければならないとするものであり、許可権者である沖縄県知事の必要性の判断についての裁量を否定するという判断をしたものに他ならない。

本件は、公有水面埋立承認がなされて承認処分を受けた「設計ノ概要」に基づいて埋立工事を遂行・完成させる権限が付与されながら、承認処分後に、当該承認処分を受けた「設計ノ概要」に基づいて埋立工事

を遂行・完成させることができないことが客観的に明白になっているという特段の事情が認められる場合に、当該承認処分を受けた「設計ノ概要」にしたがった工事のためのサンゴ類の移植許可申請の必要性を認めるに至らないという判断が裁量の逸脱濫用になるのかが問われているものである。法的権限がありながら事実上は当該権限の行使が不可能であることが明らかになっている場合についての裁量判断の在り方についての解釈は、本件に限られず他の事件においても一般的に通用しうるものであり、法令の解釈に関する重要事項を含むものである。

## 2 本件承認処分を受けた「設計ノ概要」にしたがって工事を遂行・完成させることが不可能であることが客観的に明らかになっているという特段の事情が認められることについて

規則 33 条 2 項は、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。サンゴ類等についての特別採捕許可を定めた規則 41 条（制定時は 40 条）は、採捕の禁止の例外を定めた規定であり、また、規則には許可の要件は定められていないものであり、審査基準においても、抽象的に極めて評価性の高い文言により基準が定められているものであるから、特別採捕許可の判断は、許可権者である沖縄県知事の広範な裁量に委ねられているものである。

本件各申請は、本件承認処分を受けた埋立工事に伴うサンゴ類の死滅回避を目的とするものであるが、公水法と規則は、法の趣旨・目的を異にした、異なる法系統に属する法である。公水法に基づく処分である公有水面埋立承認処分は、規則に基づく処分である特別採捕許可について許可をしなければならないという法的拘束力を発生させるも

のではないのであり、沖縄県知事は、特別採捕許可申請に対しては、あくまでも規則の趣旨・目的に照らして、裁量判断を行うものである。

公有水面埋立承認を受けた事業者は、当該承認を受けた「設計ノ概要」にしたがって埋立工事を行い「設計ノ概要」に示された埋立工事を完成させることのできる法的地位ないし権限を有するものであり、また、特別採捕についての許可権者が公有水面埋立承認処分についての権限を有するものではない。したがって、特段の事情のない限り、公有水面埋立承認がなされているときには、事業者が承認を受けた「設計ノ概要」にしたがって工事を遂行して「設計ノ概要」に示された埋立工事を完成させることについて高度の蓋然性が認められるものと認定されるべきであり、この認定を前提として、特別採捕の必要性についての判断がなされるべきものと考えられる。

しかし、公有水面埋立承認がなされて事業者が承認を受けた「設計ノ概要」にしたがって工事を遂行して「設計ノ概要」に示された埋立工事を完成させることができる法的権限を有しているとしても、承認を受けた「設計ノ概要」にしたがって工事を遂行して「設計ノ概要」に示された埋立工事を実際に完成させることができるか否かはあくまでも事実の問題であり、事実の問題として、公有水面埋立承認が効力を有しているとしても、当該承認を受けた「設計ノ概要」にしたがって工事を遂行して「設計ノ概要」に示された埋立工事を完成させることができないことが何人の目にも客観的に明らかになっているような場合については、当該承認を受けた「設計ノ概要」にしたがって工事を遂行して「設計ノ概要」に示された埋立工事を完成させることは事実上は不可能であるとの事実認定をして、この認定に基づいて、特別採捕許可の必要性についての裁量判断をすべきものである。

本件承認処分を受けた「設計ノ概要」では、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るとされている。そして、本件是正の指示がなされた時点においては、本件承認処分に係る設計概要説明書に記載された大浦湾側の海底地盤の土質等は実際の海底地盤の土質等とは異なるものであり、実際の大浦湾側の大半を軟弱地盤が占めているという事実が判明しており、この軟弱地盤の存在により「設計ノ概要」にしたがって工事を遂行して「設計ノ概要」に示された埋立工事を完成させることが事実上は不可能であることは客観的に明白になっていたものであり、また、本件是正の指示がなされた時点において、事業者である沖縄防衛局は「設計ノ概要」の変更承認申請はしていなかったものの、変更承認申請を行う意向は明示していたものであり、本件承認処分を受けた「設計ノ概要」にしたがって工事を遂行して「設計ノ概要」に示された埋立工事を完成させることはできないという認識を外部に明白に示していたものであるから、本件承認処分を受けた「設計ノ概要」にしたがって工事を遂行して「設計ノ概要」に示された埋立工事を完成させることができないことが何人の目にも客観的に明らかであったものである。

「設計ノ概要」の変更承認申請は、申請をすれば当然に承認をされるという制度ではない。そして、本件承認処分を受けた「設計ノ概要」では、本件埋立事業に係る工事の大半は大浦湾側の工事に係るものであり、本件是正の指示の段階において、「設計ノ概要」の変更申請がなされた場合には、前例もないような未曾有の大規模地盤改良工事の追加が含まれることは明らかであり、かかる変更なくして埋立工事を完成させることができないこともまた明らかであったものであるから、仮に「設計ノ概要」についての変更承認申請に対して拒否処分がなされたときは、本件承認処分についても取消処分がなされることも考え

られるものであるが、本件承認処分が失効すれば、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うことはできないことになる。

本件是正の指示がなされた時点においては、本件承認処分を受けた「設計ノ概要」にしたがって工事を遂行して「設計ノ概要」に示された埋立工事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、かつ、「設計ノ概要」の変更承認申請がなされたとしても承認処分を受けられることができるか否かは不明なのであるから、本件各申請にかかるサンゴ類の生息する海域が本件承認処分を受けた「設計ノ概要」に示された埋立対象区域内にあったとしても、実際に当該海域について埋立工事を遂行することができるか否か自体は不確定な状態にあったものである。

公有水面埋立承認を受けているにもかかわらず、当該承認を受けた「設計ノ概要」にしたがって工事を遂行して「設計ノ概要」に示された埋立工事を完成させることができないことが客観的に明らかとなっており、変更承認申請がなされて当該申請に対する処分がなされるまでは埋立工事を遂行することができるか否かが不確定であると認められるものであるから、かかる状況下においては本件各申請の必要性を認めるに至らないとする判断には合理性が認められるものであり、沖縄県知事のかかる判断について特別採捕許可に係る裁量の逸脱濫用は認められないものである。裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものであるとした原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令解釈の誤りがあり、破棄を免れない。

### **3 本件承認処分に付された附款を履行できないことが客観的に明らかになっているという特段の事情が認められることについて**

(1) 本件承認処分については、附款が付されているが、その第1項(以

下「留意事項1」という。)において、「工事の施行について 工事の実施設計について事前に県と協議を行うこと」とされ、実施設計についての協議が定められており、事業者は、工事に着手する前に、実施設計を作成して沖縄県と協議をしなければならないものとされているところ、本件是正の指示がなされた時点においては、留意事項1との関係において、工事に着工をすることができない状態にあったものであり、この点からも、かかる状況下においては本件各申請の必要性を認めるに至らないとする判断には合理性が認められ、沖縄県知事のかかる判断について特別採捕許可に係る裁量の逸脱濫用は認められないものである。

なお、サンゴ類の移植は埋立工事そのものではなく、そもそも工事に着手する前になされるものであるから、実施設計についての協議がなされていない段階、すなわち、工事に着手できない段階であるということのみをもって、特別採捕許可の必要性を認めるに至らないとするものではない。実施設計とは、公有水面埋立承認等を受けた「設計ノ概要」に基づいてこれを詳細・具体化するものであるところ、本件では、大浦湾側埋立対象区域に軟弱地盤が広範に存在していることが明らかになったことから、本件承認処分を受けた「設計ノ概要」に基づいて実施設計を完成させて協議をすることは不可能であったと認められるものである。本件承認処分を受けた「設計ノ概要」に基づいて実施設計を完成させることが不可能であることが客観的に明らかであったものであることから、「設計ノ概要」の変更承認を得ない限り、実施設計を完成させることは不可能である。すなわち、本件承認処分を受けた「設計ノ概要」について実施設計を完成させた協議をして、本件承認処分を受けた「設計ノ概要」にしたがった工事に着工することは事実上は不可能であることが客観

的に明白であったものであり、「設計ノ概要」の変更承認を得て、変更後の「設計ノ概要」に基づいて実施設計をして協議をして工事に着工できるか否かは不確定な状態にあったものであり、かかる特段の事情が認められることから、本件承認処分がなされているにもかかわらず、本件各申請について必要性を認めるに至らないとの判断がなされたものである。

- (2) 本件承認処分には、附款として留意事項1が付されているが、これは、公有水面埋立免許に実施設計認可申請を免許条件として付すことと同様の趣旨に基づいたものである。

埋立てに関する工事は、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ることになる(山口眞弘＝住田正二『公有水面埋立法』(以下「山口・住田」という。)(252頁))。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にもなりかねない。

公水法は、公有水面埋立免許を受けられるかどうか不確定な出願時において、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ものであるが(公益社団法人日本港湾協会『港湾行政の概要 平成25年度』(以下「港湾行政の概要」

という。) 6 - 32、山口・住田 127 頁)、大規模工事等では、「設計ノ概要」を審査した限りでは、要件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処分時には予期していなかった事実が判明する事態等が生じうるものである。

そこで、公水法は、工事着手前の段階で再度の確認をして、安全性等を欠いた埋立てがなされることを防止するための仕組として公水法 34 条を設け、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。

実施設計の認可申請を免許条件で付する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。」(山口・住田 253 頁)、「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樣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上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。」(「港湾行政の概要」6 - 33) とされている。

なお、「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

ために、「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」（「港湾行政の概要」6 - 43）するものである。したがって、「設計ノ概要」を詳細・具体化した実施設計の認可も、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総体についてなされるものであり、当該埋立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のであるから、当該埋立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ものである。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上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ものである。

- (3) 本件承認処分に留意事項 1 が附款として付された趣旨は、次のとおりである。

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、公有水面埋立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ものであり、公水法が、公有水面埋立承認の出願についても「設計ノ概要」で足りるとした以上、公有水面埋立免許と同様に、「設計ノ概要」を審査の対象とした公有水面埋立承認処分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、さらに実施設計で詳細を確認した上で埋立て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必要となる。

公水法は、公有水面埋立免許等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、公有水面埋立免許等について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るが、公有水面埋立法施行令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）は公有水面埋立免許に附款を付しうることを明確にしておおり、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（建設省埋立行政研究会編著『公有水面埋立実務ハンドブック』134頁）。

本件埋立事業は、沖縄県内でも前例のないような大規模な埋立工事であり、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、本件承認出願の段階で、土質調査がなされていたのは4箇所のみであった。本件承認処分の段階では、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、本件承認処分後に実施設計の検討段階において、本件承認処分  
の前提とされた土質等と実際の土質等が異なることが判明する可能  
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、埋立ての安全性、要件の充足を確認した上で工  
事に着工をさせることが必要であるとして留意事項1が付されたも  
のである。このことについて、例えば、「普天間飛行場代替施設建設  
事業に係る公有水面埋立承認手続に関する第三者委員会」の第2回  
委員会（2015年2月26日）において、本件承認処分の担当者は、  
「特に護岸、一番海に接する部分の海岸に構築する工作物の強度や  
安定性を計算しまして、そこが適正な強度をもっているかどうかと  
いうことを最終的にチェックしないと、実施設計ができません。そ  
のためにはまず海底の地盤の強度がどのくらいあるかということ  
を確認しなくてはいけませんので、今はその確認のためのボーリング  
調査が行われているということになります。これが行われた後、実  
施設計、標準的な断面がどういう、護岸がどういう形、今の形でい  
いかどうかという判断をした上で、我々は承認をしたときには留意  
事項を付していますので、その留意事項に基づいて県と協議を行っ  
て、その協議が終了した後、着手ということになります」、「公有水  
面埋立法の施行令第6条で、免許に際して公益上及び利害関係者の  
保護に関し必要な条件を付すことができるとなっております。この  
政令第6条については、明確に埋め立ての承認の場合に準用される  
とは規定はされておられませんけれども、解説の中には準用される  
ということと解説がありまして、これまで承認の際に付した留意事項  
は、私が知る限り全て遵守されておりますし、法的な拘束力もある  
のではないかとこのように我々としては考えております。」、「留意事  
項の1点目に、工事の実施設計について事前に県と協議を行うこと

ということになっておりますので、この事前というのは我々としては工事の着手だというふうに考えております。」との認識が示されている。

前述のとおり、実施設計は「設計ノ概要」に基づいてこれを詳細・具体化したものであるが、「設計ノ概要」とは、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ものであり、実施設計の協議は、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についてなされなければならないものである。しかし、本件については、本件承認処分を受けた「設計ノ概要」をもって特定された埋立工事を完成させることができないことが明らかとなっているのであるから、本件承認処分を受けた「設計ノ概要」についての全範囲にわたる実施設計を作成して協議を行うことは、事実上不可能であることが、客観的に明らかになっている。

また、「設計ノ概要」の変更承認申請がなされるとしても、当該申請に対して、承認処分がなされるのか拒否処分がなされるのかは、変更承認申請がなされて処分がなされるまでは不確定である。

- (4) 本件については、本件是正の指示がなされた時点においては、本件承認処分を受けた「設計ノ概要」についての全範囲にわたる実施設計を作成して協議を行うことができないことは客観的に明らかであるから工事に着手することはできず、「設計ノ概要」の変更承認を受けて変更後の「設計ノ概要」に基づいて実施設計を完成させて工事に着手することができるのか否かは不確定な状態にあったものであり、かかる特段の事情が存したことよりすれば、「設計ノ概要」についての変更承認がなされていない段階において、本件各申請について特別採捕許可の必要性を肯定するに至っていないとした申立人の判断は正当なものであり、本件是正の指示の時点において、本件

各申請についての許可処分をしていないことについて、申立人の裁量の逸脱濫用は認められないものである。

#### 4 小括

本件是正の指示がなされた時点においては、本件承認処分を受けた「設計ノ概要」にしたがって工事を遂行して「設計ノ概要」に示された埋立工事を完成させることが出来ないことが客観的に明らかとなっていたものであるから、大規模な「設計ノ概要」の変更をしなければ工事を遂行・完成させることができないことが明らかであったところ、変更承認申請をしても当該申請が認められるのか否かは不確定であり、変更承認申請について不許可処分となれば、本件承認処分自体が取り消される可能性が当然に存するのであるから、埋立工事を遂行することができるか否かが不確定であったものである。また、本件承認処分に付された附款である留意事項1との関係においても、工事着工前に「設計ノ概要」に基づいて全体の実施設計を完成させて協議をしなければならないものであるところ、本件是正の指示がなされた時点においては、本件承認処分を受けた「設計ノ概要」についての全範囲にわたる実施設計を作成して協議を行うことができないことは客観的に明らかであったものであり、また、「設計ノ概要」の変更承認を受けて変更後の「設計ノ概要」に基づいて実施設計を完成させて協議をすることができるか否かは不確定であるから、本件是正の指示がなされた時点においては工事に着手することができず、変更承認を得て実施設計を完成させて協議をすることができるか否かは不確定な状態にあったものである。

他方で、サンゴを移植した場合には、移植の対象となったサンゴ類の相当の割合の死滅をもたらすものであり、さらに、大量のサンゴ類の移植は移植対象先の環境にも重大なインパクトをもたらすものであ

り、移植自体はサンゴ類に対して深刻な弊害をもたらすものである。

そうすると、事業者が工事を遂行することができるか否かが未定の段階において、相当のサンゴ類の死滅を伴う特別採捕許可の必要性を認めるに至らないとした沖縄県知事の判断には合理性が認められるものであり、裁量の逸脱濫用は認められないものである。

「本件各申請が必要性基準に適合しないという判断をすることは、その前提とする事実的重大な誤認があるか、判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が社会通念に照らして著しく妥当性を欠くものといわざるを得ず、その裁量権の逸脱又は濫用に当たる」とした原判決の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな漁業法 65 条及び水産資源保護法 4 条の委任に基づく規則 41 条についての法令解釈の誤りがあり、破棄されなければならない。

## 上告受理申立て理由の第 2 点（地自法 245 条の 7 第 1 項の「法令の規定に違反していると認めるとき」の解釈についての法令違反について）

### 第 1 問題の所在及び原判決の要旨

地自法 245 条の 7 第 1 項は、都道府県の法定受託事務の処理が、「法令の規定に違反していると認めるとき」、又は「著しく適正を欠き、かつ、明らかに公益を害していると認めるとき」に是正の指示をなすうると規定する。

このうち、前者の「法令の規定に違反していると認めるとき」の「法令」には、条例、規則は含まれないところ（地自法における「法令」が条例や規則と異なることは、地自法 14 条、15 条から明らか）、本件においては、そもそも、規則違反は言えても、法令違反はありえないのではないか（したがって、地自法 245 条の 7 第 1 項の要件のうち、「法令の規定に違反していると認めるとき」にはあたらないのではな

いか)、ということが問題となる。

原判決は、「法令の規定に違反していると認めるとき」について、「漁業法及び水産資源保護法等の法令の規定に違反するといえる場合」(原判決 45 頁) とし、そのようにいえるためには、「これらの法によって委ねられた裁量権の範囲を超え又はその濫用に当たるといえることが必要」とする (原判決 46 頁)。

しかし、具体的に裁量権逸脱・濫用該当性の判断は、規則 41 条について沖縄県が定めた審査基準への適合性により判断し(原判決 50 頁)、必要性については、「必要性を否定することは、水産資源保護法 4 条 2 項等の趣旨・目的に反する」(原判決 57 頁)、妥当性についても、「本件各申請が妥当性等基準に適合しないと判断することは、上記のとおり、水産資源の保護培養等を目的とする水産資源保護法 4 条 2 項等の趣旨に反する」としている (原判決 60 頁)。

原判決は、「同法が規則に委任する『採捕の制限』の中には、採捕を原則として禁止しつつ、これを例外的に許容する制度を設けることも当然に含まれ、特別採捕許可に係る判断も同法の委任の趣旨に反しないように行使されるべき」としているところ (原判決 47 頁)、結局、規則に違反することは、水産資源保護法 4 条 2 項等の委任の趣旨・目的に反することであるとして、「法令の規定に違反していると認めるとき」に当たるものと解したものと理解される。

## 第 2 地自法 245 条の 7 第 1 項の法令違反の範囲について

この点、水産資源保護法 4 条 2 項 1 号は、「水産動植物採捕に関する制限又は禁止」について規則を定めることができる旨規定している。

しかし、「水産資源保護法第 4 条第 2 項第 1 号は、水産資源の保護培養のための水産動植物の採捕の制限又は禁止を具体化することを規則に委任するものであるとはいっても、水産資源の保護培養のための水

産動植物の制限又は禁止を解除することについては、そのような内容の規則を定めるか否か、又、定めるとしても、いかなる場合に、どのような内容のものを定めるかについては、規則に委任する内容がまったく定まっていない。」（白藤意見書 15 頁から 16 頁）。

「いまのまま、いまの現場でのサンゴ類の生息を確保することが、水産資源の保護培養の観点からは、最適に決まって」おり（白藤意見書 15 頁）、移植（一定割合は必ず死滅する）を含めた造礁サンゴ類の採捕は、基本的には、水産資源の保護培養という法の目的に反する行為である。

したがって、水産動植物の採捕の禁止の解除は、水産資源の保護培養という法の目的に反しても、採捕を許容すべき何らかの公益上の価値（公益上の必要性）が存在する場合に、水産資源の保護培養という法目的を一定程度後退させることを意味する。

規則 41 条 1 項が定めた「試験研究等」という例外要件は、水産資源の保護培養に将来的に資する可能性があるという意味の公益上の価値（必要性要件）がある場合に、現在の水産資源の毀損が最小限度に収まることを条件に（妥当性要件は、当該水産資源や周辺の水産資源に与える影響を抑えることを要求する）、採捕を認めるものである。

そして、このような例外を認めるか否か、どのような場合に例外を認めるのか、ということについて、法は、一切具体的な委任をしていない。

例えば、例外要件を認めずに採捕を禁止するだけの規則であっても、法の委任には反していない。

法は、規則を定めることを認めるにとどまるのだから、採捕の禁止をせずとも（規則を定めずとも）、法の委任に直ちに反することはないであろうし、例外要件を現行規則よりも広く認めて、採捕を極めて緩

やかに認める規則であっても、法の委任には反していないであろう。

要するに、法は、広い空白地帯を設け、規則による規律に委ねている。

白藤意見書が指摘するとおり、水産資源保護法4条2項各号は、長の規則制定権の範囲を画定する目的で定めたものであるが（地自法15条）、少なくとも、許可制度の制定に係る部分（つまり、規則41条1項の適用除外にかかる部分）は、法律を施行するものではなく、「自治規則」あるいは「自主規則」とでもいうべきものである（白藤意見書17頁）。

仮に、採捕を一切禁止し、例外を認めない規則を設けたとしても、法の委任に反することはない以上、特別採捕許可を与えるべきであるのに与えない、という意味での裁量逸脱・濫用があるとしても、それは、長が自ら自己の権限行使について要件・効果を定めた規則に反する、ということに過ぎない。

それを超えて、このような裁量逸脱・濫用が、水産資源保護法4条2項の趣旨・目的に反し、同項に違反する、という評価が成り立つ余地はない。

水産資源保護法4条2項1号は、どのような場合に採捕の禁止が除外されなければならないかについて、何も規律していないからである。

原判決は、地自法245条の7、水産資源保護法、規則の解釈を誤っており、前例のない法令の解釈に関する重要な事項を含むので、上告受理すべきである。

**上告受理申立て理由の第3点（地自法245条の7第1項の「都道府県に対**

し」の解釈に関する原審の解釈の誤り)

## 第1 本件是正の指示が沖縄県知事に対してなされたことの違法性

### 1 地自法の規定

地自法 245 条の 7 第 1 項は、「各大臣は、その所管する法律又はこれに基づく政令に係る都道府県の法定受託事務の処理が法令の規定に違反していると認めるとき、又は著しく適正を欠き、かつ、明らかに公益を害していると認めるときは、当該都道府県に対し、当該法定受託事務の処理について違反の是正又は改善のため講ずべき措置に関し、必要な指示をすることができる。」と定める。

この規定において、大臣の行う「当該法定受託事務の処理について違反の是正又は改善のため講ずべき措置に関し、必要な指示」(以下「是正の指示等」という。)は、「当該都道府県に対し」行うものと明確に定めている。

### 2 本件是正の指示が、沖縄県知事に対してなされたものであること

しかしながら、本件是正の指示は、沖縄県に対してではなく、沖縄県知事に対してなされたもので、違法である。

本件是正の指示の文書は、次のような記載になっている。まず、文書番号として、「農林水産省指令元水漁第 1564 号」と付されたあと、その文書の宛名を「沖縄県知事 殿」と明記している。そして、「貴職は、」と沖縄県知事を指す文言を用いて、文書を書き出し、「沖縄防衛局長から貴職に対してされた沖縄県漁業調整規則第 4 1 条第 1 項に基づくサンゴ類の特別採捕許可申請 2 件（平成 3 1 年 4 月 2 6 日付け沖防第 2 5 5 0 号及び令和元年 7 月 2 2 日付け沖防第 1 3 5 7 号）について、現在に至るまで許可処分をしていません。このような貴職の事務の遂行は、別紙 1 に記載の理由により、漁業法（昭和 2 4 年法律第 2 6 7 号）第 6 5 条第 2 項第 1 号及び水産資源保護法（昭和 2 6 年法

律第313号)第4条第2項第1号の規定に違反し、地方自治法(昭和22年法律第67号)第245条の7第1項に規定する都道府県の法定受託事務の処理が法令の規定に違反し、また、著しく適正を欠き、かつ、明らかに公益を害するものと認められます。」と続けて、結語として、「つきましては、当職は、地方自治法第245条の7第1項の規定に基づき、貴職に対し、」と明らかに沖縄県知事を指して、「下記1の期限までに、下記2の申請について許可処分をするよう是正の指示をします。」とし、本件是正の指示を出しているのである。

さらに、同文書を構成する同文書の別紙是正の指示理由書においても、例えば、第1理由の要旨において、「沖縄防衛局は、普天間飛行場代替施設建設事業(略)に関し、公有水面埋立法に係る埋立承認(略)を受けた。沖縄防衛局長は、本件埋立承認に係る環境保全図書に基づく環境の保全のための措置(略)の一環として、小型サンゴ類の移植を行うため、貴職に対し、沖縄県漁業調整規則(略)に基づき、平成31年4月26日、同日付け沖防第2550号により、小型サンゴ類約38,760群体の特別採捕許可申請(略)をした。その後、令和元年7月22日、同日付け沖防第1357号により、小型サンゴ類約830群体の特別採捕許可申請(略)をした。本件各申請について、貴職は、貴県の定める標準処理期間(45日)を大幅に経過し、各申請から199日、145日(いずれも土日及び休日を含まない。)を経過した現時点においてもなお、許否の判断をしていない。」と記述し、明らかに、沖縄県と沖縄県知事と明確に使い分けている。

そして、この是正の指示理由書では、「貴職」という記載が50個以上、「貴県」という記載が10個以上もあり、明らかに、沖縄県知事と沖縄県とを使い分けていることが明白なのである。

このように同文書の宛名が沖縄県知事と明記されていること、文中

においても沖縄県と沖縄県知事とを明確に使い分けていることに照らしても、本件是正の指示は沖縄県知事に対してなされたものであることは明らかである。

### 3 沖縄県知事に対する本件是正の指示は違法であること

このように、本件是正の指示は、沖縄県ではなく、沖縄県の行政機関である、「沖縄県知事」に対してなされたものであって、このような行政機関に対する是正の指示は地自法に定めがなく、法律上の根拠を欠くものである。この点、申立人は、原審においても次のように主張した。

「機関委任事務が廃止された現在においては、国の行政機関が地方公共団体の執行機関に対して、直接に関与を行うことは許容されていない。地自法第 11 章第 1 節の表題は、『普通地方公共団体に対する国又は都道府県の関与等』と銘打たれ、行政主体が関与における当事者であることが明確にされているものであり、地方分権改革により対等独立とされた国と地方公共団体の関係に鑑みれば、関与の名宛人は執行機関ではありえず、行政主体でなければならないものである。地自法 245 条の 7 は、各大臣から都道府県という地方公共団体に対する指示について規定しているものであつて都道府県知事に対する関与の根拠となるものでない。しかるに、本件是正の指示は、被告から沖縄県の機関である知事に対してなされたものであるから、かかる是正の指示には法律上の根拠規定は存しないものであり、関与の法定主義（地自法 245 条の 2）に反するものとして違法である。そして、名宛人の誤りの瑕疵は、一般的に、内容の瑕疵を構成し、取消事由ないし無効事由となるものである。」（訴状 11 頁）

## 第2 原審の解釈の誤り

### 1 原審の判示

この点に関し、原審は、「しかしながら、サンゴ類の特別採捕許可に係る事務はあくまで沖縄県の法定受託事務であり、地自法245条の7第1項に基づく是正の指示は、法定受託事務を担当した個々の執行機関ではなく、その事務の帰属する都道府県に対してのみなされるべきものであるところ、本件指示文書には、本件指示の対象となるのが上記特別採捕許可に係る事務であること、同事務について地自法245条の7第1項を根拠として是正の指示をすることが明記されている（甲1）。これらを含めた本件指示文書全体の記載をみれば、本件指示文書をもって行われた本件指示は、あくまで沖縄県に対してなされているものであることが明らかであり、同文書の宛名が『沖縄県知事』とされていたとしても、それは沖縄県の代表機関としての沖縄県知事を指す趣旨で記載されたものと解するのが相当である。」と判示した。

原審は、「是正の指示は、法定受託事務を担当した個々の執行機関ではなく、その事務の帰属する都道府県に対してのみなされるべきものである。」と正確に指摘したにもかかわらず、「沖縄県知事」を宛名とした本件是正の指示の違法性を否定してしまっている。

その根拠は、本件文書の宛名が「沖縄県知事」と記載されたとしても、指示文書全体の記載から、機関としての沖縄県知事に対してではなく、沖縄県に対して、是正の指示がなされたと解することができるというものである。

### 2 原審の「都道府県知事に対し」の解釈

原審のこの判断は、大臣のなす是正の指示等の文書が形式の上で「名宛人」となっている者（以下、これを「形式上の名宛人」と称する。）に間違いがあっても、形式上の名宛人以外の記載から、当該是正の指

示等を受ける対象が都道府県であって、それがどの都道府県か特定できるのであれば(以下、この特定できる都道府県を「実質上の名宛人」という。)、これをもって地自法 245 条の 7 第 1 項の「当該都道府県に対し」の要件を充足するものであるという解釈を示したものと理解できる。

### 3 原審の解釈の誤り

原審の判示するような、地自法 245 条の 7 第 1 項の「当該都道府県に対し」の規定について、形式上の名宛人に誤りがあっても、実質上の名宛人が特定することができるのであれば、「当該都道府県に対し」の要件として足りるとの解釈は、不合理であり妥当性を欠くものと言わなければならない。

「当該都道府県に対し」の解釈については、形式上の名宛人で判断されるべきものであって、形式上の名宛人が間違っている場合に、実質上の名宛人をもって、名宛人を特定することができれば足りるものとの解釈はとるべきではないと解する。その理由は以下のとおりである。

- (1) まず、是正の指示等については、是正の指示等を受けた対象が誰であるか、一見して明白でなければならないということである。是正の指示等は、これを受けた都道府県において、その後の事務をどのように処理するのか極めて重要な判断を求められることになる。このような重要な判断を求める是正の指示等が、当該都道府県に対してなされているのか、あるいはそれ以外の者に対してなされているのか、一見して明白でなければ、是正の指示を受けた後の事務の遂行に大きな支障が出ることは間違いない。仮に原審のように実質的な名宛人を探求することができればそれでよいという趣旨の解釈をするとすれば、形式上の名宛人として是正の指示等の文書を受け

た者が、実質上の名宛人が誰なのか探求しなければならないことになって、その判断によっては、是正の指示を受けたのかどうか不明な事態が生じる恐れがある。

先に述べたように、本件是正の指示文書も、形式上名宛人が「沖縄県知事」となっており、別紙是正の指示理由書においても「貴職」と「貴県」という文言を、それぞれ 50 個以上、10 個以上を用いて使い分け、文書発信者自ら、文書の内容において、知事を指す場合と県を指す場合とを峻別しているのである。そのような文書の中で、原審の判示するように「本件指示文書全体の記載をみれば・・・沖縄県に対してなされているものごとであることが明らかである。」と解することは到底できないのである。実質的な名宛人が特定できれば足りるとする原審の解釈は、行政の事務遂行上の安定性を著しく損なう事態を招来するものであって、到底容認できる解釈ではない。

(2) 次に、指示を出す者が、「各大臣」であるという点である。大臣が、是正の指示等を出すのであるから、当該大臣の職責上、その指示の対象が一見して明白でなければならないことは当然のことであり、形式の上で、名宛人を間違ふことのないよう、当該大臣に求めることは、合理的な要求である。大臣が、仮に形式上の名宛人を、間違えた場合において、大臣の間違いを、そのまま許容しなければならない理由はない。

(3) 3 番目に、修正が容易であるということである。仮に大臣が形式上の名宛人を間違った場合、間違った名宛人を補正するなり、あるいは、いったん当該指示を撤回する等して、新たに文書の宛名を修正した指示を出すことは容易である。そして、かかる容易な手続きを求めることは合理性がある。むしろ、形式上の名宛人を間違ったまま放置されることを容認することの方が、形式上の名宛人だけで

なく、実質上の名宛人をも不安定な地位に止めることになって、著しく妥当性を欠くものである。

#### 4 小括

- (1) このように、地自法 245 条の 7 第 1 項の「都道府県に対し」とは、是正の指示の名宛人が実質的に都道府県と解することができるのであれば足りるというものではなく、形式上名宛人とされた者（それが文書で行われる場合は、文書の宛名）が「都道府県」でなければならないと解するべきである。

原審のように、当該是正の指示等が誰に対してなされたものかは、その文書の宛名ではなく、文書全体から判断して解釈するべきであるような解釈は、これまで述べた理由から到底容認できるものではない。

- (2) 本件是正の指示についても、本件是正の指示を行った文書（甲 1 号証）の宛名は明らかに「沖縄県知事」となっていることから、当該是正の指示は、沖縄県知事に対してなされたものであると解されるべきものであって、かかる指示は、法律上の根拠がない違法なものであるというべきである。

以上、原審は、地自法 245 条の 7 第 1 項「都道府県に対し」という規定の解釈を誤ったもので、著しく合理性及び妥当性を欠く解釈である。

この点において、本件は、民事訴訟法 318 条 1 項の「原判決に・・・法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められる事件」に該当するものである。

**上告受理申立て理由の第 4 点（関与の制度趣旨に照らして地自法 245 条の**

## 7 第 1 項の是正の指示として許容される範囲についての法令違反について)

### 第 1 問題の所在及び原判決の要旨

本件是正の指示は、地自法 245 条の 7 第 1 項に基づくものであるところ、是正の指示の要件を充足しているとしても、いかなる指示をなすのか、ということが問題になりえ、申立人は特定の処分をなすよう指示することは許されないと解する。

この点、原判決は、地自法 245 条の 7 第 1 項の趣旨を、法定受託事務の適正な処理を確保することにあると解されるとし、法定受託事務の処理について、何らの処分もしないという点のみならず、特定の処分をしないという点でも違法な状態にある場合には、当該特定の処分をすることまで指示しなければ、当該法定受託事務の適正な処理を十分に確保することはできず、同項が違反の是正等のため講ずべき措置の内容について何らの限定もしていないことを考慮すれば、違反の是正等のために必要なのであれば、同項に基づく是正の指示として、都道府県に対し、特定の処分をすることを求めることも許容されるとした（原判決 92 から 93 頁）。

しかし、原判決の判断は、明らかに誤っている。

### 第 2 本件是正の指示が関与の制度趣旨を逸脱した違法な関与であること

#### 1 関与は目的達成に必要最小限度で、地方公共団体の自主性及び自立性に配慮されなければならないこと

日本国憲法 92 条は、地方自治の本旨を保障し、94 条は、直接に地方公共団体に行政執行権を与えた（平成 8 年 12 月 6 日内閣法制局長官国会答弁参照<sup>2)</sup>）。

---

<sup>2)</sup> 「憲法六十五条の「行政権は、内閣に属する。」というその意味は、行政権は原則として内閣に属するんだ。逆に言いますと、地方公共団体に属

現行地自法は、国と地方公共団体が対等独立の行政主体であることを前提に、地域における行政を、地方公共団体が自主的・総合的に処理することを原則とし、国は、これを補完する役割を担うことを原則とすることを定め（地自法1条2項：磯部力「国と自治体の新たな役割分担の原則」西尾勝編著『新地方自治法講座⑫地方分権と地方自治』84頁以下参照）、このような役割分担と補完性原理は、地自法2条11項、12項により立法及び法解釈運用の原則となっている。

法定受託事務も、あくまでも国と地方公共団体が対等独立の行政主体であることを前提として、地方公共団体の事務として定められたものであるところ（塩野宏「行政法Ⅲ〔第4版〕行政組織法」162頁）、地自法245条の3第1項は、自治事務、法定受託事務を問わず、関与について、「目的を達成するために必要な最小限度のものとするとともに、普通地方公共団体の自主性及び自立性に配慮しなければならない」と定めている。

この規定は、関与のうち公権力の行使に当たるものは、私人に対する公権力の行使に匹敵するものがあるため、比例原則の適用があることを確認的に定めたもので（塩野宏『行政法Ⅲ〔第四版〕』240頁）、立法の指針であるとともに、当然個別関与にも妥当する指針である（現行地自法も、そのように立法、解釈されていなければならない（地自法2条12項））。

比例原則は、一般的には法治国原理から当然に要求される原理であるところ（塩野宏『行政法Ⅰ〔第六版〕』93頁）、私人の基本権の制約の場面と同様、憲法により保障される自治権の制約は、必要最小限度でなければならず、地方自治の本旨の一内容を構成する団体自治の観

---

する地方行政執行権を除いた意味における行政の主体は、最高行政機関としては内閣である」

点から、普通地方公共団体の自主性及び自立性に配慮してなされなければならないことは、当然なのである。

地自法 245 条の 7 は、「必要な指示をすることができる」と定めるが、この「必要な指示」との規定振りも、目的達成に必要最小限度のものであることが要求されることを含意している。

具体的には、個別処分の場合、仮に都道府県の法定受託事務の処理に違法性（あるいは著しく不適正）があったとしても、許容される関与は、何らかの処分をせよ、という限度であって、当該都道府県の法定受託事務たる個別処分について、処分庁に代わって判断するような関与は、当該地方公共団体の第一次的判断権を無視するもので、許容されえない。

けだし、仮に個別処分の審査に違法性があるとしても、このような是正の指示が、軽々に許されるならば、ありとあらゆる法定受託事務の処理について、法令所管大臣が自己の判断を置き換えて容喙することができることになる。

このような是正の指示の在り方は、国と地方公共団体との適切な役割分担の原則を破壊し、地方公共団体の自主性及び自立性を著しく制約し、関与の制度趣旨を逸脱するものとして、許容されない。

このことは、審査請求人が自己の権利の救済を求めたのに対応して裁定的関与をなす行政不服審査制度の場面においてすら、処分庁及び上級行政庁以外の審査庁は、処分の取消しにあっては処分の変更まではなしえず、不作為にあっては不作為の違法等を宣言するにとどまり、処分を命ずることができないこととの均衡からも明らかである。

是正の指示の場面では、行政不服審査制度とは異なり、被処分者が自己の権利の救済を求めているわけではなく、被処分者の権利救済の要請はない。

上記のとおり、地自法は、地方自治の本旨に基づいて、かつ、国と地方公共団体との適切な役割分担を踏まえて解釈されなければならない上（同法 2 条 12 項）、是正の指示は、目的達成に必要最小限度のもので、普通地方公共団体の自主性及び自立性に配慮されなければならないのであって（同法 245 条の 3）、是正の指示の場面では、被関与者である地方公共団体の判断の尊重が、憲法レベルから要請されるのである。

被処分者の権利救済の必要があり、上級行政庁ではない機関が審査庁である場合一般に、行政不服審査においてすら認められていない、特定の処分をなすよう義務付ける関与が、憲法上の原則である地方自治の本旨に適合的に解釈されなければならない地自法上の制度である是正の指示としてなら許容されるとする解釈は、成り立ちえない。

この点、松本英昭『新版逐条地方自治法第 9 次改訂版』1163 頁においても、「地方自治法の一般的根拠に基づき行うことができる「是正の指示」は、違法な事務処理等に対する「指示」、いわば事後的な「指示」である。事前については、一般的根拠に基づくもの、すなわち本法に基づくものとしては、第二百四十五条の九に基づいて処理基準を定めることができるが、事前の「指示」（具体的かつ個別的な行為）や事後の「指示」であっても本法の「是正の指示」以外のものについては、個別の法律において、その必要に応じて事項と場合を限定して定める必要がある。」とされている。

ここでいう「事前」、「事後」は、事務処理の前後であるが、個別処分に係る事務処理においての「事前」、「事後」は、同じく処分に関する行政内統制制度である行政不服審査制度における文脈に照らせば、「処分」の前後と考えられる。

実際のところ、松本が個別規定がなければ許されないとする「事前

の「指示」（具体的かつ個別的な行為）」は、本件で許されないと申立人が主張している、特定の処分をなすよう指示する行為以外には、想定しようがない。

この点、原判決は、特定の処分をしない違法があるときにも法定受託事務の適正な処理を確保する必要があるというのであるが、行政不服審査制度は、「行政庁の違法又は不当な処分その他公権力の行使に当たる行為に関し、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」を目的とするが（行政不服審査法1条1項）、審査庁が上級庁以外である場合に、行訴法の申請不作為の場合の義務付け訴訟（行政事件訴訟法3条6項2号）のような制度は置かれていない。

法定受託事務の適正な処理は、不作為（相当期間を経過しても作為しないという場合、不作為については第一次的判断権が行使されており、この点については「事後」と言いうるであろう）に対して何らかの処分をするよう指示し、その後、実際に処分の形で第一次的判断権が行使された後に、その内容を踏まえて、改めて是正の指示をすることも、確保できる。

国民の権利利益の救済のための簡易迅速な制度である行政不服審査制度においてすら、そのように段階を踏まえた処理がされているのであって、被処分者の迅速な権利利益の救済が問題とならず、行政不服審査制度一般の場合とは異なり、地方公共団体の事務処理の独立性が憲法上要請される地自法の関与制度において、なぜ、法定受託事務の適正確保のために個別処分の指示をなしうるとすることができるのであろうか。

原判決の理由付けは、不十分である。

また、原判決は、地自法 245 条の 7 第 1 項が、違反の是正等のため講ずべき措置の内容について何らの限定もしていないことにもついていうが、それは、解釈としては、いずれもありうるということの意味するに過ぎない。

地方自治の本旨に適合的に、国と地方公共団体との適切な役割分担を踏まえて解釈・運用されなければならない関与制度の解釈として、一般的に審査庁が上級庁以外の場合に許容されていない、個別の処分を指示することが許容されていると解釈する根拠としては、極めて薄弱としか言いようがない。

結局、具体的な処分に関して、「事前」に「具体的かつ個別的」に「指示」を行うこと、つまり、特定の処分をなすよう指示することは、地自法 245 条の 7 の「是正の指示」としては、そもそも許容されない。

## 2 本件関与が許されないこと

本件関与は、規則に基づく許可をなすよう指示するものであるところ、このような指示は、地自法 245 条の 7 の「是正の指示」としては許容されないから、本件是正の指示は違法である。

また、本件では、以下の事情も指摘できる。

すなわち、相手方は、報道及び沖縄防衛局から標準処理期間を経過しても本件各申請に対して許可処分がなされていない旨の連絡を受けたことを端緒として、資料要求を行い、申立人が何らの資料の提出もしていない段階の令和元年 11 月 28 日付け文書において、すでに地自法 245 条の 4 第 1 項に基づき、申請どおりの許可処分をすることを勧告する意向を示していた。

変更承認申請に伴う環境保全措置の変更によるサンゴ類への影響について、事業者である沖縄防衛局が検討中の工事に係る資料を参照したり、沖縄防衛局が変更後の工事によって移植先のサンゴ類への影響

が不可避となる変更承認申請をすることが疑われないといった理由で問題がない旨指摘している態度からも、相手方が沖縄防衛局と一体となって、本件に結論ありきで臨んでいることを伺わせるものである。

相手方は令和2年1月31日付け元水漁第1403号において、地自法245条の4第1項に基づく資料要求は、本件以外に事例がない旨を明らかにしているところ、本件のように、個別処分について、都道府県知事が第一次的判断を行使する以前に、申請書類を資料要求した上で、さらに、事業者から入手したであろう検討中の資料や（申請書類に含まれていない資料である）、事業者の見解をそのまま採用して（事業者が影響がないように変更承認申請を行うから影響がないと述べているに等しい）、法令所管大臣が特定の処分をなすように指示をすることは、端的に言って異常な対応である。

また、原審において、相手方は、事業者である沖縄防衛局の協力を得て証拠（乙60、64、71）を提出しており、このような協力関係の下、相手方と沖縄防衛局が一体となって本件訴訟に臨んでいるものである。これらの証拠は、本件是正の指示以後に沖縄防衛局が作成したものであるにもかかわらず、原判決もこれらを根拠に事実認定や判断をしており、本来、本件是正の指示の後に説明がなされたこれらの証拠によって本件是正の指示を正当化することができるものではない。

現在のところ、事業者である沖縄防衛局自身は、何らの手続もとっていないが、行政不服審査制度を利用した場合、上記のとおり、義務付けは不可能であるから、沖縄防衛局から、沖縄県知事に対して、特定の処分を義務付けるためには、義務付け訴訟の提起が必要となるところ、司法審査の長期化を回避するために、相手方が事業者である沖縄防衛局と一体となって、本件是正の指示をなしたとしか考えられない。

このように、事業者である国が、その事業目的を達成するために、行政不服審査制度ですら認められていないことを実現するために、法令担当大臣が事業者と一体となって、他に類例のない関与をなしたのが本件である。

本件是正の指示は、関与が目的を達成するために必要な最小限度のもので、かつ地方公共団体の自主性及び自立性に配慮しなければならないものとされた趣旨に、全く合致しない濫用的なもので、違法である。

以上、原判決は、地自法 245 条の 7 第 1 項の解釈を誤っており、前例のない法令の解釈に関する重要な事項を含むので、上告受理すべきである。