

# 意見書

令和4年11月4日

審理員 櫻井 政和 殿

令和4年10月20日付けをもって沖縄防衛局局長小野功雄から提出された反論書に記載された事項について、以下のとおり、意見を述べる。

処分庁 沖縄県知事 玉 城 康 裕

処分庁代理人 弁護士 加 藤 裕

同 弁護士 仲 西 孝 浩 代

同 弁護士 松 永 和 宏 代

同 弁護士 宮 國 英 男 代

## 【目次】

第1節 本件各申請は、審査基準に照らして判断した結果、不許可となったものであり本件埋立事業を阻止・妨害しようという意図・目的に基づくものではないこと .....	3
第2節 反論書の第2、1（本件各申請の内容に必要性があること）における主張について .....	4
第1 特別採捕の必要性が認められないとした処分庁の判断に裁量の逸脱・濫用はないこと .....	4
第2 処分庁が本件変更承認申請を承認していない事務処理が違法であることから必要性が認められるとの主張に理由がないこと .....	11

特に断らない限り、略語例は弁明書の例による。

**第1節 本件各申請は、審査基準に照らして判断した結果、不許可となったものであり本件埋立事業を阻止・妨害しようという意図・目的に基づくものではないこと**

沖縄県では、造礁サンゴ類の特別採捕許可に当たっては、審査基準を定め、これに従って審査を行っている。

審査基準としては、形式審査のほか、内容審査として、

- 1 申請者は試験研究、教育実習及び増殖用種苗の供給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。

と定め、申請ごとにこれに照らし審査を行っている。

審査請求人は、本件埋立事業の実施に伴うサンゴ類の特別採捕許可申請が他の事業の場合と異なり不許可となっていることや許可までの期間が長いなどとして、沖縄県知事の事務処理を違法などと非難する。

しかしながら、本件埋立事業については、移植対象となるサンゴ類の群体数の多さやその種類も多様であることに加え、埋立承認の取消し、撤回がなされるなど他の事例とは異なる特別な事情があったことから不許可となるものや審査に時間を要する事案があったものであり、裁判等で違法と判断されたとしても、沖縄県知事としては、その時々で審査基準に照らして厳正に審査した結果であって、

決して本件埋立事業の実施を阻止・妨害しようとする意図があったものではない。

サンゴ類の移植について、過去に県内で移植された事例では、移植4年後の生残率は20%以下であるとの報告もあり、サンゴ類の生残率は高くないとされている。

そのため、サンゴ類の特別採捕許可申請の審査に当たっては、審査基準に照らして厳正に審査されることが求められている。

審査請求の対象となった今回のサンゴ類の移植等については、本件埋立事業の実施に伴い避難措置として行うものであることから、埋立工事の状況と直接関連するものであり、事実の問題として、埋立承認を受けた設計の概要に従った工事を行うことが不可能な状況であるから、これを以て現時点では必要性があると認められないと判断したものであって、処分庁の事務遂行が権利の濫用などと非難を受ける理由はない。

## 第2節 反論書の第2、1（本件各申請の内容に必要性があること）における主張について

### 第1 特別採捕の必要性が認められないとした処分庁の判断に裁量の逸脱・濫用はないこと

本件各不許可処分は、本件各申請について特別採捕の必要性が認められないことを理由としてなされたものである。

審査請求人は、反論書において縷々主張しているが、特別採捕の必要性が認められないにもかかわらず許可処分をすべきであると主張するものではないであろうし、仮に、必要性が認められないにもかかわらず許可処分をすべきというのであれば、そのような主張が成り立ち得ないことは論を待たないものというべきである。

本件各申請についての特別採捕の必要性に関しては弁明書において詳述したとおりであるが、改めて、本件各申請について特別採捕の必要性が認められないとした処分庁の判断に裁量の逸脱・濫用が認められないことについて再度述べておくこととする。

#### 記

- 1 審査請求人は、平成 25 年 12 月 27 日付けで本件承認処分を受けており、本件承認処分を受けた設計概要に従って工事を行う法的地位ないし権限を有するが、他方で、本件承認処分にかかる設計概要に記載のない工事を行うことはできないものである。

なお、審査請求人は、本件埋立事業に関し、設計概要変更承認申請をしているが、設計概要変更という制度は、届出制ではない。免許権者等が、法 13 の 1 第 1 項及び同条第 2 項に定める要件に適合しているとの裁量判断をして、申請を認容する処分をすることによって、初めて申請人は設計概要変更申請に係る設計概要記載の工事をする法的地位ないし権限を取得するものである。

本件各不許可処分の際、設計概要等変更承認処分はなされていなかったものであるから、審査請求人は、当該変更承認申請に係る設計概要に従って工事を行う法的地位ないし権限は有していなかったものであり、本件各申請についての特別採捕の必要性の判断は、このことを前提になされなければならないものである。

- 2 公水法と漁業法及び水産資源保護法に基づく規則とは、法体系を異にする別の制度である。

したがって、特別採捕許可申請の許可権者及び農林水産大臣のいずれについても、設計概要等変更承認申請について判断をすることはできない。

審査請求人は、反論書の第 2、1 (3)において、「変更承認後の埋立て

をなし得る地位の存否を問題とするとしても、承認権者が違法に変更承認をしていない場合には、事業者が上記地位を有していること、あるいはこれを有すべきことを前提とすべきである。」(13頁)と主張するが、農林水産大臣が変更承認申請に対して、これを承認すべきか否かを判断することはできないものであり、審査請求人の主張が誤りであることは明らかである。

- 3 審査請求人が、本件承認処分にかかる設計概要に従った工事を行う法的地位ないし権限を有するか否かということと、事実の問題として本件承認処分にかかる設計概要に従った工事を行うことが可能か否かということは、異なる問題である。

本件承認出願に対して、本件承認処分がなされたのは、本件承認出願に係る設計概要説明書に示された大浦湾側の構造物にかかる設計土層・土質はいわゆる軟弱地盤という内容ではなく、また、本件承認出願に対する審査過程においても、審査請求人がいわゆる軟弱地盤は存在しないという内容の回答をしていたため、審査請求人が提出した願書等及び審査請求人の回答を前提に、本件承認出願願書等によって特定された「設計ノ概要」に従った工事を行うことが可能であると判断されたためである。すなわち、審査請求人は、本件承認出願に際して、大浦湾側の構造物に関しては、実際の土層・土質と異なる内容を設計土層・土質として記載し、また、本件承認出願に対する審査過程での処分庁からの質問に対して、「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。」などと回答することによって、本件承認処分を受けたものであった。

しかし、本件承認処分にかかる設計概要に従った工事を行う法的地位ないし権限を取得しているとしても、実際の大浦湾側には軟弱地盤が広範に広がっているのであり、軟弱地盤の存在する箇所については、本件承認処分にかかる設計概要説明書に記載された設計土層・土質と実際の土層・土質はまったく異なるのであるから、事実の問題としては、本件承認処分を受けた設計概要に従って工事を行うことは不可能である。

審査請求人は、反論書の第2、1(2)ウにおいて、「処分庁は、技術的問題・事実の問題としては、「設計ノ概要」に従って工事を実施することができないことが客観的に明白である場合には、当該「設計ノ概要」に記載のある工事が実施される蓋然性が認められないとの事実認定をすることができるというが、当初の埋立承認に係る「設計ノ概要」について変更する必要があるとしても、当該「設計ノ概要」に記載のある工事を施行することができなくなるわけではないから、処分庁の指摘は誤りである。すなわち、(中略)出願時の「設計ノ概要」の一部を変更する必要がある場合、変更を予定しない工事については、埋立法第13条ノ2の変更許可又は同法第42条第3項の変更承認を得る前に、当初の「設計ノ概要」に基づいて工事を施行することは可能である。」(11頁)と主張しているが、これは、法的な地位ないし権限を有するか否かという問題と、事実の問題として実際に工事を行うことが実際に可能であるか否かという問題の区別すらも理解していないものであり、審査請求人の主張は、およそ論理の体をすらなしていないものである。

なお、埋立区域の実際の土層・土質と異なる設計土層・土質を記載した承認出願書類の提出によって公有水面埋立承認処分を受け、設計概要に従って埋立工事を行う法的地位ないし権限を取得したとしても、

実際の土層・土質が異なるものであれば、設計概要に従って工事を行う法的地位ないし権限を有していても、事実の問題として工事を実施することができないという事態が実際に生じうることは、本件の経緯よりしても明らかである。本件承認処分がなされたのは平成25(2013)年12月27日、本件変更承認申請がなされたのは令和2(2020)年4月21日であり、本件承認処分から本件変更承認申請まで実に7年を超える年月を経過している。本件の経緯について特に留意しなければならないのは、設計概要説明書では1年次に着工することになっている東側護岸のC-1からC-3護岸については、工事に着工することなく、本件変更承認申請に及んだことである。設計概要説明書では、埋立区域を、南側リーフエリアの埋立区域②、大浦湾の北側・東側の埋立区域①、大浦湾東側の埋立区域③に分割し、各埋立区域の工事を並行して行うものとされているが、本件埋立事業の大半を占めているのは大浦湾側の埋立てである。各埋立区域の工事は、別個、並行で進められるものであり、また、南側リーフエリアの埋立工事は、大浦湾側の護岸等の着工の後に開始し、大浦湾側の埋立ての完成よりも遥かに早い時期に完成するものとされており、最後に完成するのは埋立区域③である。埋立区域③の施行順序は、先ず、K-8護岸、隅角部護岸及びC-1護岸を先行して築造し、次に、C-2護岸、C-3護岸を築造し、最後に、東側外周護岸の最終閉合区間である護岸(係船機能付)の構築と並行して、空港島切土を当該護岸(係船機能付)の背面に陸上よりダンプトラックにより搬入し、ブルドーザーで巻き出し、本埋立区域の埋立を終了するものとされている。そして、工程表では、1年次にC-1護岸からC-3護岸の基礎工に着工するものとされている。つまり、本件承認処分を受けても、C-1護岸からC-3護岸に着工しない限り、本件埋立事業の完成には全く近づかないという内容

である。ところが、審査請求人は、本件承認処分を受けながら、C-1 護岸から C-3 護岸等について、着工していない。つまり、本件埋立事業の完成には、これまで、一日たりとも近づいていないのである<sup>1</sup>。

本件承認処分を受けながら、設計概要説明書に記載があり、かつ、設計概要説明書では1年次に着工することとされていた工事にも着工をしなかったという、この異常な事実経過こそが、設計概要に従って工事をするのできる法的地位ないし権限を有するか否かということと、事実の問題として実際に設計概要に従って工事をするのできるか否かとは異なる問題であるということを示しているものにほかならない。

- 4 最判令和3年7月6日の事案は、設計概要に記載のある K8 護岸及び N2 護岸の造成工事について、同護岸の造成工事が予定されている箇所又はその近辺のサンゴ類に限定された移植を目的としたものであるが、これらの護岸予定個所の地盤は軟弱地盤ではなく、また、軟弱地盤の区域における工事の先行を前提とするものではなかったものである。すなわち、K8 護岸及び N2 護岸の造成工事について、事業者は、当該護岸造成工事を行う法的地位ないし権限を有し、かつ、事実の問題として造成工事を行うことは可能であったものであり、本件とは、事案を異にするものである。

最判令和3年7月6日は、当該護岸造成工事を行う法的地位ないし

---

<sup>1</sup> 本件承認処分とほぼ同じ時期に公有水面埋立承認処分がなされた那覇空港滑走路増設事業については、平成26年1月9日に公有水面埋立承認処分がなされると、それから1か月も経たない同年2月3日に、那覇空港滑走路増設事業の本体部分（願書の「設計の概要」中の「護岸、堤防、岸壁その他これらに類する工作物の種類及び構造」の欄に記載されている護岸等）に係る実施設計についての協議書（公有水面埋立承認に係る留意事項に基づく協議について）が提出され、承認処分から2か月も経ないで同月下旬には那覇空港滑走路増設事業の護岸工事に着手している。

権限を有し、かつ、事実の問題として造成工事を行うことは可能であった事案について判断をしたものであるから、たしかに、埋立承認を受けた設計概要に従って当該護岸造成工事を行う法的地位ないし権限を有してはいるが、事実の問題として実際に承認を受けた設計概要に従って造成工事を行うことは不可能であると認められる事案についての判断を直接的には示したのではない。

しかし、同最判は、「当該変更に関する部分に含まれない工事」に限定して、「本件各申請の対象である本件さんご類は、この工事の予定箇所又はその近辺に生息していたというのである。そうすると、本件さんご類は適法に実施し得る本件護岸工事により死滅するおそれがあった以上、水産資源の保護培養を図るとともに漁業生産力を発展させるという漁業法等の目的を実現するためには、本件さんご類を避難させるべく本件水域外の水域に移植する必要がある」と判示したものであり、当初の願書に記載された「設計ノ概要」に従って工事を実際に行うことができないことが判明している場所に生息するサンゴ類については、特別採捕の必要性は認められないとの判断を前提としていると捉えるのが素直な解釈であるというべきである。なお、同最判の原判決（福岡高裁那覇支部令和3年2月3日判決）は、「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こと（認定事実(1)オ(ウ))を踏まえると、少なくとも本件軟弱地盤部分の工事によって影響を受けることを理由とするサンゴ類の移植については、その実施が未だ不確定である以上、原告の裁量判断として、移植の必要性を否定することも許されるというべきである。」と判示したものであるが、最判は、この原判決の判断については否定をしていないことに留意すべきである。

- 5 以上述べたとおり、埋立工事の環境保全措置としての、サンゴ類移植のための特別採捕許可申請がなされた場合に、公有水面埋立免許・承認処分を受けた「設計ノ概要」に工事の記載があっても、事実の問題として、当該工事を実施することが不可能であることが客観的に明らかであるという特別の事情がある場合には、当該工事を実施する法的地位ないし権限を有していたとしても、当該工事を行うことは事実上できないという事実認定をし、特別採捕の必要性を否定することができるものである。

本件埋立事業について、審査請求人が、軟弱地盤区域における工事やその先行を前提とする工事について、本件承認処分にかかる設計概要に従った工事を実施することができる法的地位ないし権限を有するとしても、事実の問題として、本件承認処分にかかる設計概要に従った工事を実施することはできないことは明らかであるから、本件各申請について特別採捕の必要性が認められないとした処分庁の判断に裁量の逸脱・濫用は認められないものである。

## 第2 処分庁が本件変更承認申請を承認していない事務処理が違法である

## ことから必要性が認められるとの主張に理由がないこと

### 1 審査請求人の主張の要旨

審査請求人は、審査庁の審理の範囲は処分の当否を判断するために必要な範囲全部に及ぶ、審査請求人は、審査庁が独自に、本件変更承認申請を承認すべきものと判断すること等を前提とするものではない、裁決及び是正の指示がなされていることから、客観的に、処分庁が本件変更承認申請を承認していない事務処理が違法であることが明らかである、処分庁が本件変更承認指示の取消しを求めて訴訟を提起していても、是正の指示の効力に影響はなく、本件変更承認指示に応じないことは違法である、等主張する（反論書第2・1・(4)乃至(6)）。

しかし、審査請求人の主張に理由はない。

### 2 処分庁の反論

上述したとおり、公水法と、漁業法及び水産資源保護法、沖縄県漁業調整規則は、法体系を異にする別の制度である。

本件申請で問題となっているのは、沖縄県漁業調整規則の特別採捕許可における採捕の必要性であるところ、本件においては、事実の問題として、本件承認処分にかかる設計概要に従った工事を実施することはできない状況となっていることから、採捕の必要性は認められないとしたものである。

変更承認がなされ、審査請求人が変更後の設計概要に従った工事を実施することができる法的地位ないし権限を取得し、変更後の設計概要に従った工事を実施することが事実の問題としても可能とならなければ、必要性を認めることはできない。

審査請求人の主張は、変更承認により審査請求人が変更後の設計概要に従った工事を実施することができる法的地位ないし権限を取得し、変更後の設計概要に従った工事を実施することが事実の問題として可

能となるという判断を（つまり、特別採捕の必要性が認められることを）、①変更承認申請を承認していない処分庁の事務処理が違法であることをもって替えることができ、かつ、②審査庁は、裁決及び是正の指示が存在することにより、この違法性を認定できるということを前提にしている。

しかし、公水法に基づく埋立変更承認処分の権限は都道府県知事にあるところ、本件変更承認処分がなされていない現時点において、特別採捕許可の処分庁としての都道府県知事や農林水産大臣に、審査請求人が変更後の設計概要に従った工事を実施することができる法的地位ないし権限を付与する権限を持たないことは言うまでもない。

現時点で変更承認がされていない以上、審査請求人は、変更後の設計概要に従った工事を実施することができる法的地位ないし権限を有していないのであって、それ以上でも以下でもない。

特別採捕許可の処分庁としての都道府県知事や農林水産大臣には、かかる法的地位ないし権限を有することや、事実の問題として、かかる法的地位ないし権限を前提として変更後の設計概要に従った工事が実施可能であると認定できる権限がないことは明らかで、①の前提は成り立つ余地がない。

そして、農林水産大臣が、裁決及び是正の指示の存在自体は認定しうるとしても、裁決及び是正の指示により、都道府県知事の法定受託事務の処理の違法性が実質的に確定するものではないことは、弁明書で述べたとおりである。

また、弁明書で主張したとおり、裁決は権限を濫用したものとして無効であり、また、原処分とは異なる理由による不承認処分が否定されるわけではなく、変更承認処分がなされていないことが違法とは言えないし、沖縄県知事は、是正の指示に係る係争の結果を踏まえて処

分を再度なすことも許されるというべきである。

要するに、裁決と是正の指示が存するという事実から、直ちに本件変更承認申請を承認すべきもの、と認定することはできない。

公水法に係る法定受託事務の処理についての是正の指示権限は国土交通大臣にあるところ、本件変更承認申請に係る事務の適法性を巡る紛争は、国土交通大臣との間の関与取消訴訟等において審理されるべき事項であって、特別採捕許可の処分庁としての都道府県知事や農林水産大臣が、公水法に係る法定受託事務の処理の違法性を認定する権限はないのであって、本件審査請求において、上記のような主張の適否が争われ、法定受託事務の処理の違法性が認定されるべき理由はない。

結局、②の前提も成り立っておらず、請求の主張に理由はない。