

令和5年（行ノ）第2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 国土交通大臣 斉 藤 鉄 夫

上告受理申立理由書

令和5年4月10日

最高裁判所 御中

申立人代理人弁護士	加	藤	裕
同	仲	西	孝 浩
同	宮	國	英 男

頭書の事件について、申立人の上告受理申立の理由は、以下のとおりである。

目次

第1	はじめに	4
1	事案の要旨	4
2	原判決の概要	4
3	上告受理申立理由の骨子	6
第2	事実経過の概略	13
1	埋立承認処分	13
2	本件埋立承認処分の取消処分とこれに対する審査請求等	13
3	沖縄県民投票	14
4	変更承認申請に対する変更不承認処分	15
5	本件裁決に至る経緯	15
6	本件是正の指示に至る経緯	16
7	国地方係争処理委員会への審査申出の経緯	16
8	本件裁決等の訴えの提起	16
第3	公水法 13 条の 2 に基づく公有水面埋立変更承認の「固有の資格」（行審法 7 条 2 項）該当性についての法令解釈の誤り（争点 2）	17
1	原判決の要旨	17
2	原判決の法解釈の誤り	19
第4	関与権限の適正な執行にかかる法令解釈の誤り（争点 2 及び 3）	26
1	原判決の要旨	26
2	本件裁決が本件審査請求の審査庁になり得ないこと	27
3	行審法及び地自法の国の関与の制度趣旨の解釈の誤り	29
4	本件裁決の無効ないし本件是正の指示の違法	31
第5	災害防止要件の判断枠組みとあてはめについての法令解釈の誤り（争点 4）	37
1	原判決の要旨	37

2	原判決の法令解釈の誤り	38
3	補論	47
第6	環境保全要件の判断枠組みとあてはめについての法令解釈の誤り（争点5）	55
1	判断の枠組み	55
2	工事の実施がジュゴンに及ぼす影響についての判断の誤り	58
3	地盤改良に伴う海底面の改変範囲の拡張が環境に及ぼす影響	68
4	小括	71
第7	「国土利用上適正且合理的要件」の判断枠組みとあてはめについての法令解釈の誤り（争点6及び7）	72
1	判断の枠組み	72
2	重要な考慮要素を意図的に欠落させていること	77
3	結論における裁量判断の枠組みに相反する原判決判示	88
第8	公水法 13 の 2 の「正当ノ事由」の判断枠組みとあてはめについての法令解釈の誤り（争点8）	92
1	原判決の解釈とあてはめ	92
2	「正当ノ事由」（公水法 13 条の 2 第 1 項）の意義	93
3	「変更の内容・理由が客観的見地から、やむを得ないと認められるもの」とは認められないこと	96
4	原判決の解釈の誤りから導かれる判断の誤り	102

第1 はじめに

1 事案の要旨

本件は、申立人(原告 沖縄県知事)が、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(本件埋立事業)に関し沖縄防衛局が公有水面埋立法(公水法)42条及び13条の2に基づいてなした埋立地用途変更・設計概要変更承認申請(本件変更承認申請)につき、変更不承認処分(本件変更不承認処分)を行ったところ、その後、相手方(被告 国土交通大臣)が行政不服審査法(行審法)に基づき上記処分を取り消す旨の裁決(本件裁決)を行うとともに、沖縄県に対して本件変更承認申請を承認するよう是正の指示(本件是正の指示)をしたことに関し、同指示が違法無効であると主張して、地方自治法(地自法)251条の5第1項に基づき、その取消しを求める事案である。

2 原判決の概要

原判決は、以下の(1)の判断を前提とし、本件変更不承認処分の適否につき以下の(2)から(5)までのとおり判断して、同処分には裁量権の逸脱又は濫用の違法があるとした本件是正の指示が適法であると認め、原告の請求を棄却した。

(1) 裁決と是正の指示とは、制度の目的、規律する法律関係及び法的効果を異にするものである。原告が、本件変更不承認処分の処分理由を本件是正の指示の取消しを求める本件訴訟において主張することは、本件裁決の拘束力(行審法52条)によって制限されない(争点1)。

本件裁決に無効事由はなく(争点2)、本件裁決に重ねて本件是正の指示を行うこと自体は権限の濫用とはいえない(争点3)。

(2) 変更申請における公水法4条1項2号のうち災害防止に関する要件(災害防止要件)に係る判断においては、海底等の地盤条件に関する情報に不確定性があることが前提とされ、また、護岸の設計については、港湾法所定の技術基準への適合性が求められ、この技術基準を具体化したものとして一般的

な合理性を有する公益社団法人日本港湾協会「港湾の施設の技術上の基準・同解説」（港湾基準・同解説）が記述する性能照査の手法等に照らして、不合理な点がないかが審査される。

軟弱地盤の判明に伴って行われた本件の設計変更の内容は、上記の手法等に沿ったものであると認められる。

原告の処分理由は、①護岸直下の最深部を含む B-27 地点の力学的試験を欠くことや、②施工時の安定性照査での調整係数の設定の誤りを指摘するが、上記の性能照査の手法等を超えてより厳格な審査を行うものであり、裁量権の逸脱又は濫用がある（争点 4）。

- (3) 変更申請における環境保全要件(同項 2 号)に係る判断においては、平成 25 年 3 月 22 付けで沖縄防衛局が行った本件埋立事業の埋立承認に係る出願（本件出願）に対して平成 25 年 12 月 27 日付けで仲井眞弘多沖縄県知事（仲井眞知事）が行った埋立承認処分（本件埋立承認処分）において適法とされた環境保全配慮の水準につき、その見直しを必要とするような知見の進展、地域特性の変容及び工事内容の変更等がもたらす重要な変化の有無の審査がされる。

原告の処分理由は、①ジュゴンの生息状況の変化や、②地盤改良工事に伴う海底面改変範囲の拡張を指摘するが、上記の重要な変化に当たるものとは認められず、裁量権の逸脱又は濫用がある（争点 5）。

- (4) 変更申請における公水法 4 条 1 項 1 号の「国土利用上適正且合理的ナルコト」（第 1 号要件）に係る判断においては、本件埋立承認処分において種々の考慮要素を総合考慮しその適合性が認められたことを前提として、各考慮要素における重要な変化の有無の審査がされる。

①本件変更承認申請の内容は、上記の考慮要素に重要な変化をもたらすものではなく、②完成までにさらに約 9 年 1 月の工程を要することになったとしても、普天間飛行場の危険性を早急に除去するという本件埋立事業の政策

課題と整合しなくなるとはいえないから、第1号要件を欠くとする原告の主張は、合理性を欠き、裁量権の逸脱又は濫用がある（争点6及び7）。

- (5) 埋立地の用途や設計の概要の変更に関する「正当ノ事由」（13条ノ2第1項）に係る判断においては、本件埋立承認処分が適法であることを前提として、変更という形式で工事内容等を変更することの可否の審査がされる。

本件出願時における地盤に関する調査不足を理由として「正当ノ事由」を欠くとする原告の主張は、原告が本件埋立承認処分において専門的知見に基づく検討を経た上で災害防止要件に適合すると判断していた以上、合理性を欠き、裁量権の逸脱又は濫用がある（争点8）。

3 上告受理申立理由の骨子

申立人の上告受理申立理由の骨子は次のとおりである。

- (1) 公水法 13 条の2に基づく公有水面埋立変更承認の「固有の資格」（行審法7条2項）該当性についての法令解釈の誤り（争点2 本書面第3）

公水法 13 条の2に基づいて国の機関が受ける公有水面埋立変更承認申請にかかる処分は、行審法7条2項にいう「固有の資格」に基づいて受ける処分にあたる。すなわち、令和2年最高裁判決（最高裁判所令和元年〔行ヒ〕第367号同2年3月26日第一小法廷判決）は、公有水面埋立承認処分の「固有の資格」該当性につき、「当該処分に係る規律のうち、当該処分に対する不服申立てにおいて審査の対象となるべきものに着目すべきである」とし、「当該処分を受けた後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律」の差異は「固有の資格」の有無の判断を左右しない、とした。これを埋立変更承認処分についてみると、「当該処分を受けるための処分要件その他の規律」については、国の機関は、埋立区域の減少又は着手及び竣功期間の伸張などの変更について都道府県知事の審査を受ける必要がないことのほか、埋立承認処分を受けて事業を遂行している段階にあってこれに対する監督措置も異なっていることからすれば、令和2年最高裁判決が比較検討

した「規律」に差異があることは明らかである。ところが、原判決は、着手及び竣功期間の伸張についての要件の相違を検討しながらも、国以外の者に対して「実質的に重い要件を課すものとはとはいえない」として、国の「固有の資格」該当性を否定した。よって、原判決には法令解釈の重要な事項について誤りがある。

(2) 関与権限の適正な執行にかかる法令解釈の誤り（争点2及び3 本書面第4）

ア 原判決は、「審査請求人が審査庁と同一の行政主体（国）に所属する場合における審査庁の除斥その他の規律はない」として、相手方が本件審査請求の審査庁として、裁決をしたことを問題としない。

原判決の指摘するように、地自法には、所管大臣について、利害関係を理由とする除斥に関する明文の規定はないが、審査庁が公正な立場で審査するべきであるという要請から、地自法255条の2第1項1号の「大臣」とは、「審査請求に係る処分について、利害関係を有しない大臣」と解釈されるべきである。

相手方は、審査請求人である沖縄防衛局と一体的な関係であり利害関係を有するもので、中立公平性が求められる審査庁たりえないというべきであるから、相手方が行った本件裁決は無効である。

イ 相手方は、申立人に対して、本件変更不承認処分に関して本件裁決及び本件是正の指示という2種類の関与を同時並行的に行ってきたところ、原判決は、裁決の対象となった処分について公益上の必要から是正の指示がなされることがあるのは法が予定している、内閣等が本件裁決について具体的な指示をした証拠がない、等として相手方の権限濫用を否定した。しかし、行審法により裁決をなす審査庁は公正中立的な判断者でなければならず、同法9条2項で審理員について利害関係にもとづいた除斥事由があることを踏まえると、審査庁としての裁決の権限と所管大臣としての是正

の指示の権限を並行的に行使することは、その公正中立を損なわせるものである。沖縄防衛局が行審法に基づく審査請求をなして本件裁決がなされているにもかかわらず同時にさらに本件是正の指示を行うことはそれ自体、地自法 245 条の 3 第 1 項の関与の最小限の基本原則にも反する。また、実際に相手方を含む国の機関が、本件埋立事業にかかる申立人の権限行使に対する対抗手段を行って来た手法、経過からは、本件埋立事業の事業者、審査庁及び所管大臣のそれぞれの地位をそれぞれが互いに補完的に利用してきた関係が明らかである。よって、本件裁決及び本件是正の指示のそれぞれの権限濫用該当性の有無は、それぞれの根拠法令の重要な解釈にかかる事項であって、原判決はその判断に誤りがある。

(3) 災害防止要件の判断枠組みとあてはめについての法令解釈の誤り（争点 4 本書面第 5）

原判決は、本件変更承認申請における災害防止要件（公水法 4 条 1 項 2 号）の都道府県知事の判断に対する審査について、建設する施設が港湾法上の「技術基準対象施設」に該当する場合には、その技術基準（基準告示）の規律を具体化したものである港湾基準・同解説における性能照査の手法に照らし、不合理な点がないか否かという観点から行われるとし、これを超えた厳格な判断を行うことは、特段の事情がない限り裁量の逸脱又は濫用にあたる、とした。しかし、災害防止要件の判断に対する審査は、専門技術的な知見に基づいてされた都道府県知事の判断に不合理な点があるか否かという観点から行われるべきであり（平成 28 年最高裁判決（最高裁判所平成 28 年〔行ヒ〕第 394 号同年 12 月 20 日第二小法廷判決））、採用されている審査基準等に不合理な点がないか、審査基準等に沿った判断過程に不合理な点がないかという観点から司法審査されるものである。そして、沖縄県における災害防止要件の審査基準は、「埋立地の護岸の構造が、例えば、少なくとも海岸護岸築造基準に適合している等、災害防止に十分配慮されているか」等であ

り、そこで参照されている港湾基準も性能規定にとどまっており、原判決が裁量審査の基準とした「港湾基準・同解説」はその参考資料の一つであって、法規範でも何でもなし。原判決が示した災害防止要件の判断の審査の枠組みは、沖縄県の審査基準にない「港湾基準・同解説」を審査基準として代替するものであって、災害防止要件の審査における判断枠組みを誤っている。

したがって、申立人が、B-27 地点の力学的試験の必要性や調整係数の設定について、要件適合性が確認できないとして本件変更不承認処分を判断をなしたことは、上記最高裁判決の判断枠組みに照らして、不合理な点はなく、裁量の逸脱又は濫用はない。

(4) 環境保全要件の判断枠組みとあてはめについての法令解釈の誤り（争点5 本書面第6）

原判決は、本件変更承認申請における公水法4条1項2号のうち環境保全に関する要件（環境保全要件）の都道府県知事の判断に対する審査について、先行する埋立承認処分の環境保全要件充足性の判断の前提となった環境保全措置に照らして「特段の事情」がない限り従前の環境保全措置の水準を変更するのは裁量権の逸脱又は濫用にあたるとした。しかし、公水法13条の2は、要件適合性について公水法4条をそのまま準用しており、環境保全要件の適合性についての都道府県知事の判断に対する審査は、埋立承認申請の際の審査と同様、「専門的技術的な知見に基づいてされた都道府県知事の判断に不合理な点があるか否か」の観点からなされなければならない、当該変更承認申請に先行する埋立承認処分の際に判断の資料となった環境保全措置は、変更承認申請に対してなされた都道府県知事の判断に不合理な点があるか否かの観点から考慮されるにとどまるものである。よって、原判決の示した環境保全要件への適合性の判断枠組みは誤りである。

そして、環境保全要件審査の適正な枠組みに基づけば、工事の実施がジュゴンに及ぼす影響と、地盤改良に伴う海底面の改変範囲の拡張が環境に及ぼ

す影響についてなした申立人の判断に、裁量の逸脱濫用はない。また仮に原判決のいう「特段の事情」を考慮すべきであるとしても、その「特段の事情」に当たりうる事情として環境保全措置の不十分を指摘した本件変更不承認処分に裁量の逸脱濫用はない。

- (5) 国土利用上適正且合理的要件（必要性含む）の判断枠組みとあてはめについての法令解釈の誤り（争点6及び7 本書面第7）

原判決は、埋立変更承認申請における第1号要件の都道府県知事の判断に対する審査について、先行する埋立承認処分の同要件充足の総合判断が適法になされたことを前提として、埋立変更により、第1号要件の審査の対象となる考慮要素に重要な変更をもたらし、同要件適合性が失われることとなるかどうかという観点からの判断であり、それが合理性を欠く場合には都道府県知事の判断には裁量の逸脱又は濫用があることになるとした。しかし、第1号要件は、平成28年最高裁判決が示したように諸般の事情を総合的に考慮すべきであって都道府県知事の広い裁量に委ねられており、変更承認申請にかかる処分の判断についても、その判断自体が「事実の基礎を欠いたり社会通念に照らし明らかに妥当性を欠いたりする」かどうか審査の対象となるはずである。先行する埋立承認処分で考慮された事情と整合性を欠いたり矛盾したりした場合に、埋立変更承認申請にかかる判断が上記の審査基準に基づいて裁量の逸脱又は濫用にあたりうるにとどまるというべきである。

申立人は、本件埋立承認処分において、普天間飛行場の危険性の除去が「喫緊の課題」であるとの理由で「極力短期間で移設できる案」として本件出願がなされ本件埋立承認処分がなされたことを踏まえ、本件変更不承認処分においては、本件変更承認申請にかかる本件埋立事業について、仲井眞知事が行った本件埋立承認処分をしてから約6年5ヶ月経過した時点で変更の申請がなされ、しかも本件変更承認申請が承認されてからさらに最短でも埋立てに9年1ヶ月を要する事業へと変更されたため、もはやその目的に適合

する方策とはいえないとして本件変更不承認処分をなした。これに対して、原判決は、このような工期の適切性（普天間飛行場の危険性の早期の除去にかかる工期の適切性）について、重要な考慮要素になっていたとはいえないとして申立人の判断は裁量の逸脱又は濫用にあたるとした。しかし、本件埋立事業が「極力短期間」であることを前提として本件埋立承認処分がなされており、この工期が極めて重要な要素であったことから、本件埋立承認処分時点とはまったく異質で乖離している本件変更承認申請について、その事情を考慮して本件変更不承認処分をなしたことに、何ら「事実の基礎を欠いたり社会通念に照らし明らかに妥当性を欠いたりする」点はない。原判決が、第1号要件の判断枠組みを平成28年最高裁判決の枠組みではなく限定した上で、重要な考慮すべき要素を意図的に除外して第1号要件に適合する旨判断したのは、誤りである。

(6) 公水法13の2の「正当ノ事由」の判断枠組みとあてはめについての法令解釈の誤り（争点8 本書面第8）

原判決は、公水法13条の2第1項所定の「正当ノ事由」の意義について、「変更申請をすること自体の適法性に関する要件であり、その充足性の審査においては、申請にかかる変更を行う理由が客観的にみて相当か否か、変更を反映した後の埋立の内容が当初の埋立の承認等に係る願書により特定された内容と同一性を有するか否かという点を中心として変更申請を正当なものとするに足りる客観的事実があるか否かを判断すべきものと解される。」と判示し（原判決146頁）。本件変更承認申請については、「本件承認処分後に実施した土質調査の結果を踏まえ、地盤改良を追加し、設計の再検討や工法の見直しを行う必要が生じたという点にあるから、これらの変更は客観的にみて相当である」、「本件新施設等に供される埋立区域の減少は僅かなものであり、本件埋立事業の用途、土地利用計画、埋立地の規模、埋立面積の点からみて、本件願書により特定された内容と同一性を有するといえ

る。」として（原判決 148 頁）、その要件充足を認めた。

しかし、原判決は、都道府県知事による「正当ノ事由」の判断の裁量を著しく狭く解するもので、その解釈を誤っている。

「正当ノ事由」という要件は、「正当」とあるとおりの規範的評価を伴う抽象的な要件であり、かかる規範的評価は、変更許可等申請の必要性とこれを許容することの相当性の双方の評価を要するものであり、変更許可等の必要がないにもかかわらずそれが認められないことは当然として、単に変更許可等が「客観的に」必要であれば「正当」と評価されるものではなく、変更許可等という手続を許容することの相当性が認められなければならないことを示す意義があるというべきである。

「正当ノ事由」要件には、免許等を受けた内容と異なる内容で埋立事業を実施しようとする場合に、あらためて免許等の出願をすることなく、いわば免許等出願に対する審査と判断を流用してこれを前提とし、あらたな免許等出願よりも簡略化した手続を用いることを許容するための要件という独自の意義を有することから、当該変更許可等申請において免許等要件である公水法 4 条 1 項各号が準用される上に加重した要件を設定しているのである。

変更許可等申請の相当性については、免許等処分後にあらたに生じた事情や判明した事実の程度や出願事項の変更の程度等より処分要件により保護されている法益に鑑みて、事情の変更があるにもかかわらず免許・承認処分時において手続を簡略化し、免許等処分の判断に一定の拘束性をもたせることの合理性、免許等出願時における調査の程度、工事の進捗の程度、事情変更が生じたにもかかわらず工事が進行した理由等からの変更許可等の申請者の要保護性の程度等を総合的に考慮して判断がなされるべきものである。

以上の「正当ノ事由」要件の意義をふまえて本件変更承認申請についてみると、沖縄防衛局による出願時における調査の程度が極めて不十分であること、工事の進捗の程度としても、到底普天間飛行場の危険性の早期の除去と

いう埋立目的に沿うものとはなっていないこと、これらの結果、変更内容が一般的な変更とは異なる膨大な内容の変更となっていること、工事の実現性の不安も払拭出来ないこと等を総合的に判断した上で本件変更承認申請が同要件を充足しないとした申立人の判断に、その裁量の逸脱又は濫用はない。

第2 事実経過の概略

1 埋立承認処分

(1) 平成25年3月22日、沖縄防衛局は、本件出願を行った。

同年12月27日、仲井眞知事は、本件埋立承認処分をした。

(2) 沖縄防衛局は、本件出願に当たって、「埋立必要理由書」「設計概要説明書」を提出しているところ、同書では、「普天間飛行場の危険性を一刻も早期に除去する必要がある、極力短期間で移設」、「移設を着実に実施すること」が埋立の動機として示され、また、「埋立の時期」について「埋立工事を早期に着手して普天間飛行場の代替施設を一日でも早く完成」とされており、設計概要説明書では、工期を5年とする説明がなされていた。また、本件出願時には、大浦湾側埋立対象区域において軟弱地盤が存在することには一切触れられていなかった。

2 本件埋立承認処分の取消処分とこれに対する審査請求等

(1) 翁長雄志沖縄県知事（翁長知事）は、平成27年10月13日付けで、本件埋立承認処分に瑕疵があるとして、その取消処分（前件取消処分）をした。

前件取消処分について、政府は、一方では、沖縄防衛局において相手方に対して行審法に基づく審査請求等をし、他方で、相手方において法定受託事務の所管大臣の立場で地自法に基づく関与を行い、平成28年12月26日に、翁長知事は前件取消処分を取り消した。

(2) 前件取消処分の取消し後、沖縄防衛局が本件埋立承認処分に付された附款である留意事項に違反して工事を強行し、また、本件埋立事業による埋立対

象区域の地盤が本件埋立承認処分的前提とされた地盤とはまったく相違する軟弱地盤であることが判明するなどの新たな事情が生じたため、本件埋立承認処分の取消処分について事務の委任を受けた謝花喜一郎沖縄県副知事は、平成 30 年 8 月 31 日、本件埋立承認処分を取り消した（前件撤回処分）。

前件撤回処分に対しては、沖縄防衛局による審査請求がなされ、平成 31 年 4 月 5 日、相手方は、これに基づき、取消の裁決をなした。申立人は、同裁決に対して、国地方係争処理委員会への審査の申出とこれに対する同委員会の却下決定等の手続を経て、令和元年 7 月 17 日、地自法 251 条の 5 第 1 項に基づき、前記取消裁決の取消しを求めて、訴えを提起した。しかし、最高裁判所は、令和 2 年 3 月 26 日、申立人の上告を棄却した。

さらに、申立人が、別途行政事件訴訟法 3 条 3 項に基づき前記取消裁決の取消しを求めて訴え提起していた抗告訴訟について、最高裁判所は、令和 4 年 12 月 8 日判決において、申立人の訴訟提起の資格を否定した。

3 沖縄県民投票

(1) 国と沖縄県との間で本件埋立事業について意見の対立が続く中、平成 30 年 10 月 31 日に、「辺野古米軍基地建設のための埋立ての賛否を問う県民投票条例」が公布され、平成 31 年 1 月 31 日、賛成か反対かの 2 者択一方式から、「賛成」、「反対」、「どちらでもない」の三者択一方式に同条例が一部改正され、県民投票が実施されることとなった。

(2) 同条例はその制定目的として「普天間飛行場の代替施設として国が名護市辺野古に計画している米軍基地建設のための埋立てに対し、県民の意思を的確に反映させることを目的とする」ものであると明示している（同条例第 1 条）。

(3) 投票の方法は、沖縄県議会議員及び沖縄県知事の選挙権を有する者を投票資格者として、無記名で、埋め立てに賛成するときは投票用紙の「賛成」の欄に○を、反対するときには「反対」の欄に○を、賛成または反対のいずれ

でもないときは「どちらでもない」の欄に○を記す方法で行われた。

- (4) 同条例に基づき、平成 31 年 2 月 24 日（竹富町は 2 月 23 日）沖縄県下の全市町村が投票事務に参加して、県民投票が実施された。

投票結果は、次の通りである。

当日有権者数：1,153,591 人

投票率：52.48%

投票総数：605,385 票

賛成票：114,933 票（投票総数の 19.0%）

反対票：434,273 票（同 71.7%）

どちらでもない票：52,682 票（同 8.7%）

このように、投票総数の 71.7%（434,273 人）が、本件埋立事業に反対票を投じ、同事業に絞った「反対」の民意が明確に示された。

4 変更承認申請に対する変更不承認処分

県民投票によって沖縄県民の本件埋立事業への反対の民意が一義的に明らかにされたにもかかわらず、同事業が進められる中、令和 2 年 4 月 21 日、沖縄防衛局は、申立人に対して本件埋立事業に係る本件変更承認申請をした。

令和 3 年 11 月 25 日、沖縄県知事は、本件変更承認申請について、公水法 4 条 1 項 1 号、同項 2 号所定の要件を充足していない、「埋立ての必要性が認められない」、「正当ノ事由」（同法 13 条の 2 第 1 項）を充足していないとして、本件変更不承認処分をした。

5 本件裁決に至る経緯

令和 3 年 12 月 7 日、沖縄防衛局は、行審法 2 条及び地自法 255 条の 2 の規定に基づくとして、相手方に対し、本件変更不承認処分を取り消す裁決を求める審査請求（本件審査請求）をした。

本件審査請求について、令和 4 年 4 月 8 日、相手方は、本件裁決をした。

6 本件是正の指示に至る経緯

- (1) 令和4年4月8日、相手方は、申立人に対し、地自法245条の4第1項に基づき、同月20日までに本件変更承認申請に対する承認処分をすることを勧告（本件勧告）した。

申立人は、同月20日、相手方に対し、本件勧告について、本件裁決の内容を精査した上で対応を検討する必要があることなどから、同勧告の期限までに判断を行うことはできない旨回答した。

- (2) 相手方は、同月28日、申立人に対し、本件変更承認申請について承認しないことは法令の規定に違反し、また、著しく適正を欠き、かつ、明らかに公益を害しているとして、地自法245条の7第1項に基づくとして、同年5月16日までに本件変更承認申請について承認するよう本件是正の指示をなした。

7 国地方係争処理委員会への審査申出の経緯

- (1) 申立人は、令和4年5月9日、国地方係争処理委員会に対し、本件裁決が違法な国の関与であるとして審査申出を行い、さらに令和4年5月30日、同委員会に対し、本件是正の指示に不服があるとして、審査の申出をした。
- (2) 同委員会は、上記各審査の申出につき、本件裁決に関しては令和4年7月12日、本件是正の指示に関しては同年8月19日、申立人の審査の申出を退ける決定をした。

8 本件裁決等の訴えの提起

- (1) このため、申立人は、いずれも国の関与が違法であることから、地自法251条の5第1項に基づき、令和4年8月12日に本件裁決の取消しを求める訴訟を提起し（福岡高等裁判所那覇支部令和4年〔行ケ〕第2号）、さらに同月24日に本件是正の指示の取消しを求める訴訟を提起したものである（同第3号）。
- (2) 福岡高等裁判所那覇支部は、両訴訟につき、令和5年3月16日、申立人

の請求を却下ないし棄却をする判決をなした。しかし、これら判決は、地方公共団体の事務である法定受託事務における都道府県知事の自主性、自立性を否定し、地方自治を損なうものであり、あるいは公水法の解釈を誤るなど、法令解釈にかかる重要な事項の誤りを含んでいることから、上告受理申立てに及んだ次第である。

第3 公水法 13 条の2に基づく公有水面埋立変更承認の「固有の資格」（行審法 7 条 2 項）該当性についての法令解釈の誤り（争点 2）

1 原判決の要旨

原判決は、令和 2 年最高裁判決を引用した上で、変更承認について検討を加え、「埋立区域の縮小又は着手及び竣功期間の伸長に係る事項に関して（中略）国と国以外の者との間で適用される規律に差異があり、このような差異は、変更許可と変更承認の各処分に対する不服申立てがされた場合において、その審査の対象となるべきものの差異をもたらす」とした（原判決 70 頁）。

しかし、「埋立区域の縮小となる変更を行おうとする場合」は、設計の概要についても変更を行う必要が生ずるのが通常なので、国と国以外の者との間で、適用される規律に「実質的な差異があるとはいえない」として、問題を「着手及び竣功期間の伸長に係る事項の変更の規律の差異の存在をどのように解するか」という点に限定する（原判決 70 頁から 71 頁）。

その上で、国が主張していたような具体的な不服申立てにおいて審査の対象となるべきものに着目すべきで、本件裁決で審査の対象とされていない竣功期間の伸長等の点を考慮すべきでない旨の主張を令和 2 年最高裁判決の趣旨に反するとして排斥して（原判決 71 頁）、変更承認申請一般について一般私人との対比を行う。

そして、公水法 13 条、34 条 1 項 2 号、13 条の 2 第 1 項の趣旨を、利権屋を排除するとともに、埋立権者をしてできるだけ速やかに工事を完成させて埋立

地という新しい経済価値の造成を期するため、期間内に工事に着手しない場合又は竣功しない場合には、埋立権を失効させ、他方で、やむを得ない事情に至らない場合があるので、着手及び竣功期間の伸長に係る許可の制度を設けたもので、国については、その性格から、このような趣旨を考慮する必要がないので、準用していないとする（原判決 72 頁から 73 頁）。

このような規律は、埋立ての実施の段階に入った場面のみを規律するにとどまるものではないものの、「埋立免許の濫用的な取得という弊害を除去することを目的とするものであり、申立てを適法に実施し得る地位の取得につき、国以外の者に対して、国よりも実質的にみて重い要件を課すものとまではいえない。このことに照らせば、令和 2 年最高裁判決の判断内容に含まれる「固有の資格」か否かの判定基準に照らしても、上記の規律は、埋立ての実施における監督措置に属するものと解することができる。」とした。

以上の原判決の論旨は明確ではないところもあるものの、以下のようなものと理解される。

- (1) 令和 2 年最高裁判決は「当該処分を受けるための処分要件その他の規律」と、「当該処分を受けた後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律」を区別し、前者の差異は「埋立てを適法に実施し得る地位を得るための規律」の実質的な差異と言い得るが、後者の差異はそう言えない。
- (2) 埋立変更承認、許可の比較は一般的な制度として比較すべきである。
- (3) 埋立変更承認、許可の相違点は埋立区域の減少と着手及び竣功期間の変更の 2 点あるが、前者については通常、設計の概要変更を伴うので比較対象から除外する。
- (4) 着手及び竣功期間についての規律（公水法 13 条、34 条 1 項 2 号、13 条の 2 第 1 項）は、埋立免許時点で必要的な附款とされ、附款が処分から独立して審査対象になるので、「当該事務又は事業を実施し得る地位の取得」にも係わる。

- (5) 着手及び竣功期間についての規律は、埋立免許の濫用的な取得という弊害を除去することを目的とするもので、埋立てを適法に実施し得る地位の取得につき、国以外の者に対して、国よりも実質的にみて重い要件を課すものとはまではいえない。¹
- (6) (5)より²着手及び竣功期間についての規律は「当該処分を受けた後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律」にあたり、(1)より固有の資格該当性の判断の比較対象から除外される。
- (7) (6)より着手及び竣功期間についての規律は、埋立てを実施し得る地位の取得について、国の機関等を一般私人に優先するなどして特別に取り扱う趣旨ではなく、埋立変更承認、許可処分を受けるための処分要件その他の規律について実質的な差異があるとはいえず、固有の資格は認められない。

2 原判決の法解釈の誤り

原判決は、令和2年最高裁判決が当該事案に即して判示した枠組みを本件事案の相違を無視して当てはめたもので、原判決の令和2年最高裁判決の理解には誤りがあり、それを前提とした上記の法解釈は誤りと言わざるを得ない。

(1) 前提としての令和2年最高裁判決の理解について

まず、令和2年最高裁判決のいうところの、「当該処分を受けるための処分要件その他の規律」と、「当該処分を受けた後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律」の区別は、同判決の事案に即した埋立承認

¹ なぜそのように言えるのか明確ではないが、「濫用的」ではない国以外の事業者にとっては重い要件ではない、という趣旨であろうか。

² 明確ではないものの、着手及び竣功期間についての規律について「埋立ての実施の段階に入った場面のみを規律するにとどまるものとみることは困難」との判示からすると、原判決は、着手及び竣功期間についての規律について、埋立てを適法に実施する地位の取得に関する規律という面と、埋立ての実施における監督措置に属する規律という面がありうると考えた上で、前者について(5)を理由として考慮に入れず、埋立ての実施における監督措置に属する規律のみ評価した、という論理と考えられる。

着手及び竣功期間についての規律が埋立の実施における監督措置に属するという結論を(5)の理由が直ちに導いているようにも読めなくもないが、それでは論理的なつながりが理解できない。

処分と埋立免許処分についての、時的な区別に過ぎない。

つまり、同判決においては、埋立承認処分の「固有の資格」該当性が問題となり、埋立免許処分と比較する必要があったところ、「当該処分に対する不服申立てにおいて審査の対象となるべきもの」という観点から、「当該処分を受けるための処分要件その他の規律」と、「当該処分を受けた後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律」が区別された。

令和2年最高裁判決は、埋立ての実施の過程等における監督その他の規律を、それゆえに審査の対象から除外したのではない。

ここでいう「当該処分」、つまり、埋立免許、承認処分の「固有の資格」該当性を判定するに際しては、「当該処分に対する不服申立てにおいて審査の対象となるべきもの」を比較すべきとしたため、結果として比較対象から外れたのが「当該処分を受けた後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律」である、ということに過ぎない。

埋立承認処分により、国は、竣功通知により自ら公有水面の公用廃止処分をなすことで埋立地の所有権を取得しうる地位に立つ一方で、埋立免許処分によっても、国以外の者は、このような地位には立てない。

したがって、厳密に言えば、処分により置かれることになる地位に相違があるとも考えられるが（処分後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律に相違があり、処分により置かれる地位に相違があるが）、令和2年最高裁判決は、処分により置かれることになる地位や規律の相違は、埋立免許処分や埋立承認処分の審査請求手続において審査の対象となるものではないとして、埋立免許処分と埋立承認処分を比較するに際して、「当該処分を受けるための処分要件その他の規律」と、「当該処分を受けた後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律」とを区別し、前者のみを比較したのである。

また、令和2年最高裁判決にいう「当該処分を受けるための処分要件そ

の他の規律」の意味内容であるが、同判決が「出願手続（2条2項、3項）、審査手続（3条）、免許基準（4条、5条）、水面の権利者に対する補償履行前の工事着手の禁止等（6条～10条）、処分の告示（11条）等の埋立免許に係る諸規定を準用している（42条3項）。また、国の機関と国以外の者との間で同一区域における埋立ての出願が競合する場合であっても、国の機関による埋立承認の出願を国以外の者による埋立免許の出願に優先する仕組みは採られておらず、両者は所定の基準に従い同列に審査すべきものとされている（同法施行令3条、30条）。すなわち、埋立承認及び埋立免許を受けるための手続や要件等に差異は設けられていない」と比較していることから明らかなとおり、処分要件にとどまらず、埋立免許と埋立承認の手続や要件等の規律を包含する趣旨であることは明らかである。

以上を踏まえると、埋立変更承認処分の「固有の資格」該当性を問題とし、埋立変更許可処分と比較する場合、「当該処分に対する不服申立てにおいて審査の対象となるべきもの」という観点から、比較対象とすべき規律から除外されるところの「当該処分を受けた後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律」は、埋立免許処分あるいは埋立承認処分を受けた後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律である、ということはない。

したがって、埋立ての実施過程の監督措置にかかる規律であるという理由で（つまり、「埋立免許・承認処分を受けた後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律」であるという理由で）、「固有の資格」該当性を比較する際に考慮しなくてもよい、ということにはならない。

そして、令和2年最高裁判決のいうところの「当該処分を受けるための処分要件その他の規律」は、必ずしも埋立免許処分や埋立承認処分の処分要件のみならず、手続や要件等の規律を包含していたことは明らかであったところ、埋立変更承認処分や埋立変更許可処分の時点では、埋立承認処分や埋

立免許処分「当該処分を受けた後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律」を現実化しているものがあるし、処分要件ではない規律であっても、埋立変更承認処分の固有の資格該当性の判断に際しては当然考慮されることになる。

ところが、原判決は、以下で述べるとおり、令和2年最高裁判決を誤って本件に当てはめている。

(2) 原判決の令和2年最高裁判決の枠組みを本件事案に当てはめる際の誤り

原判決は、公水法13条に基づく附款の存在をとらえて、「期間の指定が、埋立免許との関係ではその失効をもたらす解除条件たる附款となっており、埋立てを適法に実施する地位の得喪に連結されていることからすると、埋立ての実施の段階に入った場面のみを規律するにとどまるものとみることには困難である。また、この附款については、例えば、国以外の者が、指定を受けた期間が短すぎることを理由として、行審法に基づく不服申立てをすれば、その審査の対象となると解される」と判示して、埋立てを適法に実施する地位の取得に係わる余地を認めた上で、埋立免許の濫用的な取得という弊害を除去することを目的とするものなので、国以外の者に対して、国よりも実質的にみて重い要件を課すものとまではいえない、としている（原判決73頁）。

しかし、この判示から明らかなおり、原判決は、埋立変更承認処分と埋立変更許可処分の規律をそのまま比較しているのではなく、埋立免許処分、埋立承認処分時点における附款を、同時点における規律の相違として比較して実質的に変わらないとしているのである。

しかし、このような当てはめは、令和2年最高裁判決の事案に即した判断枠組みを、そのまま本件に当てはめて埋立免許・埋立承認段階における規律とそれ以降の規律とで区別して比較したもので、明らかに誤りである。

そもそも、令和2年最高裁判決は、公水法13条の規律を「当該処分を受けた後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律」、つまり「公有水面埋立免許処分」を「を受けた後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律」と評価していた。

そのことは、令和2年最高裁判決が「当該処分を受けるための処分要件その他の規律」として比較した手続や要件規定には公水法13条が含まれておらず、一方で「埋立免許がされた後の埋立ての実施の過程等を規律する規定」として比較した規定のうちに公水法13条が含まれていることから明らかである。

つまり、原判決は、令和2年最高裁判決が埋立免許・承認処分を比較する際に、埋立免許・承認処分後の実施の過程等を規律する規定として両処分を比較する要素から除外していた着手及び竣功期間についての規律を、附款として審査対象になるとして、埋立免許・承認処分の時点に遡って比較してみせ、利権屋の防止等を目的とするものだから、実質的に差異がないとして、「当該処分を受けた後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律」にとどまるとして、「固有の資格」該当性判断を左右しない、としたことになる。

しかし、そうではなく、本件事案では埋立変更承認処分と許可処分の比較が問題となっているのだから、両者の「当該処分を受けるための処分要件その他の規律」を比較しなければならない。

そして、その際には、埋立免許・承認処分を受けた後の「事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律」をも含めて比較されるべきことは言うまでもない。

というより、当然のことだが、埋立ての実施の過程等における監督その他の規律には、埋立変更許可・承認処分それ自体も含まれるのであって、埋立

での実施の過程等における監督その他の規律にあたるか否かを「固有の資格」該当性の判断の考慮から除外する基準とすることなどできるわけではない。

原判決の判断は、令和2年最高裁判決の判断枠組みにも、同判決における着手及び竣功期間についての規律の評価とも矛盾しており、論理自体も破綻している。

(3) 「実質的にみて」差異がないなどとも言えないこと

原判決は、令和2年最高裁判決の判断枠組みを誤って本件に当てはめてしまった上（あるいは当てはめてしまった結果として）、比較すべき規律を根拠なく制限したため、結論を誤っている。

まず、埋立区域の減少についての規律を、通常、設計概要の変更を伴うからという理由で比較対象から除外しているが、凡そ法的な判断とは言い難い。法的には設計概要の変更を伴わないこともありうる以上、制度としての比較対象から除外する根拠がない。

また、着手及び竣功期間についての規律について、埋立免許・承認処分時点に遡って比較してしまったためか、「埋立免許の濫用的な取得という弊害を除去することを目的」という限度でしか比較できていない。

原判決も挙げているが、着手及び竣功期間についての規律は、単に利権屋の排除（埋立免許の濫用的な取得という弊害を除去）というだけではない。

一般的な事業においても着工が遅れ、期間が伸長することは通常ありうるどころ、特に、本件事案のように埋立ての必要性、あるいは埋立てにより実現されるべき公益の有無、大きさが、竣功期間の長短に大きく依存するような事業の場合（埋立ての必要性は、竣功期間の長短に大なり小なりはかかわるであろうが）、これに対する着手及び竣功期間に係る規制は、単に濫用的事業者のみならず、通常の事業者にとっても、適法に事業をなしうる地位を維持するに際しての実質的な規制であることは疑いようがない。

また、上記のとおり、令和2年最高裁判決が「当該処分を受けるための処分要件その他の規律」とした意味は、処分要件以外の規律も包括的に比較する趣旨であるところ、例えば、違法行為等に対する監督に係る規定を準用していないことについても、埋立免許・承認時点では現実化していない規定であっても、埋立変更許可・承認処分時点では現実に適用され、そのような規律の下にある者に対して適用される処分である以上、次項で述べるように、これらの処分の固有の資格該当性を判断するに際しては当然に考慮されるべきである。

原判決が比較すべき規律を根拠なく制限し、「実質的にみて」差異がないとした判断には根拠がない。

なお、令和2年最高裁判決は、比較対象とした「当該処分を受けるための処分要件その他の規律」について比較した手続や要件等に差異がないことをもって、「承認」と「免許」という名称の差異にかかわらず実質的には異ならないと評価してはいても（つまり、他の規律に差異がないことから、名称の差異を実質的ではない差異と評価している）、比較した手続や要件等に実際に差異があるにもかかわらず、その差異を「実質的にみて」差異がないとして無視するような判断枠組みはとっていない。

(4) 固有の資格が認められること

公水法は、国が埋立承認に基づいて埋立てをする場合について、指定期間内における工事の着手及び竣工の義務に係る規定（13条）、違法行為等に対する監督に係る規定（32条、33条）、埋立免許の失効に係る規定（34条、35条）を準用しておらず、42条3項は、変更承認の対象について「埋立地ノ用途又ハ設計ノ概要ノ変更ニ係ル部分」に限っている。

このような規律の相違は、本来的に公有水面の支配管理権を有しているという国の特殊な地位（公水法1条）に由来する。

かかる特殊な地位に鑑みて、埋立承認処分後は、国が自律的に埋立て事業を遂行できるものとなっており、国以外の者が変更許可を受ける場合に比して、埋立変更承認処分を受けるべき場面を限定し、その結果、竣功期間の伸長の許可を受けずとも承認処分は失効せず、原状回復義務も負わないようになっている。

このように、国以外の者が変更許可を受ける場合と、国の機関が変更承認を受ける場合とでは、手続及び要件等の規律に差異があり、この差異によって、「国の機関等が一般私人に優先するなど特別に取り扱われている」（平たく言えば、自律的に工事を進めやすくしている）ことは明らかであって、沖縄防衛局は「一般私人が立ち得ないような立場」、すなわち「固有の資格」において変更承認処分の名宛人となったものである。

これらの規律は、埋立免許、承認処分の時点では、「当該処分を受けた後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律」であるが、埋立変更許可、承認処分の時点では、かかる規律が現実化したものとして「当該処分を受けるための処分要件その他の規律」にあたることは明らかである。

(5) 小括

以上、原判決は行審法、公水法の解釈を誤り、沖縄防衛局の「固有の資格」を否定したもので、令和2年最高裁判決以外に明確な先例のない重要な事項を含んでいる。

また、令和2年最高裁判決が示した固有の資格該当性の判断枠組みにも反するものであり、原判決は破棄されなければならない。

第4 関与権限の適正な執行にかかる法令解釈の誤り（争点2及び3）

1 原判決の要旨

- (1) 本件裁決が本件審査請求の審査庁になり得ない行政庁によってされた無効な裁決であるとの申立人の主張について（原判決74頁）

申立人は、行審法 9 条 2 項が審理員について除斥事由を定めている趣旨からすれば、本件審査請求につき本件埋立事業を推進する閣議方針に従うべき相手方は利害関係人として審査庁たりえないと主張した。これに対して原判決は、審査請求人が審査庁と同一の行政主体（国）に所属する場合における審査庁の除斥その他の規律はない、として申立人の主張を排斥した。

- (2) 本件裁決が審査請求制度の濫用であって無効な裁決であるとの申立人の主張について（原判決 75 頁）

申立人は、相手方が本件審査請求について中立的判断者たる審査庁の立場を放棄して本件裁決をなしたものであるから違法無効であると主張した。これに対して原判決は、審査請求人と審査庁のいずれもが国の機関となる場合があること、内閣等が本件裁決について具体的な指示をなした証拠がないこと等を理由に、本件裁決は有効であるとした。

- (3) 本件是正の指示の有効性について（原判決 77 頁）

申立人は、同様に相手方による本件是正の指示についても、国の機関としての事業者の立場、審査庁としての立場及び所管大臣としての立場を不当に連結して関与の制度を濫用した違法があると主張した。これに対して原判決は、審査庁としての裁決と所管大臣としての是正の指示については、是正の指示の制度目的から、「裁決の後、公益上の必要性からさらに是正の指示が行われる場合があることは、法の予定するところ」（原判決 77 頁）などとして、申立人の主張を排した。

- 2 本件裁決が本件審査請求の審査庁になり得ないこと

地自法 255 条の 2 第 1 項 1 号は、法定受託事務に係る都道府県知事の処分についての審査請求は、当該処分にかかる事務を規定する法律又はこれに基づく政令を所管する各大臣に対してするものと定め、本件においては、相手方（国土交通大臣）がそれに当たるとして、相手方に対して審査請求がなされ、相手方において裁決が下されている。

この点、申立人は、本件について、相手方は、本件審査請求の審査庁になり得ないと主張するものである。

これに対し、原判決は、「審査請求人が審査庁と同一の行政主体（国）に所属する場合における審査庁の除斥その他の規律はない」（原判決 75 頁）として申立人の主張を排斥した。その理由とするところは、「法定受託事務に係る都道府県知事の処分については、審査請求人と審査庁のいずれもが国の機関となる場合が生じることは、行政不服審査制度上、当然に予定されている」（原判決 75 頁）ことと、このような場合に審査庁について除斥事由その他の規律が何ら設けられていないということである。

しかしながら、原判決の解釈は、法律の文言の存否にのみ着目するもので、その立法目的に従った解釈とはなっていない。

地自法 255 条の 2 第 1 項 1 号が、法定受託事務に関する都道府県知事の処分についての審査請求を当該事務の法令所管大臣が担当することとした趣旨は、（機関委任事務が廃止されて対等関係に基づく法定受託事務とされたことから）当該大臣が都道府県知事の上級庁として審理を行うためではなく、あくまでも公正な第三者として私人の権利利益の救済を図るためである。

この法の目的からすれば、地自法 255 条の 2 第 1 項 1 号によって都道府県知事の行った処分についての審査請求について審査庁となりうるべき大臣は、当該審査請求に係る処分について、利害関係を有しない中立公平な立場にあることが当然に求められているというべきである。

なるほど、原判決の指摘するように、地自法には、所管大臣について利害関係を理由とする除斥に関する明文の規定はないが、審査庁が公正な立場で審査するべきであるという要請から、地自法 255 条の 2 第 1 項第 1 号の「大臣」とは、「審査請求に係る処分について、利害関係を有しない大臣」と解釈されるべきである。

このことは、行審法の規定ぶりからも当然に導かれるところである。行審法

は審理員について除斥事由を定めている（行審法 9 条 2 項）。この規定は、「審査請求の審理手続の主宰者が、当該事案について利害関係を持たず、偏見なく審理を行う点を保障することは、審理手続の公平性の確保につながるのみならず、手続に対する当事者や参加人の信頼を得るうえで重要な意義を有している。」と説明されている（小早川光郎＝高橋滋『条解行政不服審査法』〔大橋真由美〕76 頁）。

審査請求にあたり、審理員が利害関係を有する場合には法律上除斥されているところである。このことから、審査庁たる大臣が利害関係を有する場合は、当然に審査庁としての地位に就けないとされるべきであり、地方自治法 255 条の 2 第 1 項第 1 号は当然それを前提としていると解釈されるべきである。

そして、相手方は、審査請求人である沖縄防衛局と一体的な関係であり利害関係を有するもので、中立公平性が求められる審査庁たりえないというべきであるから、相手方が行った本件裁決は無効である。

3 行審法及び地自法の国の関与の制度趣旨の解釈の誤り

原判決は、所管大臣による是正の指示が「法定受託事務が適正に処理されることを確保するという公益の実現を目的と」するものであること（原判決 77 頁）、他方において審査庁としての裁決が行政処分にかかる当該名宛人の保護にかかるものであることにつき、正当に指摘している。そして、前者による地方公共団体に対する行政的関与は所管法令の監督権限の行使としてなされる一方、後者による同じく地方公共団体に対する裁定的関与は中立・公正な第三者機関の立場にもとづいて行使されるのであって、両者の立場は相容れないものである。そこで、本件裁決や本件是正の指示、またその並行的な権限行使が、かかる制度目的に適合しているか、あるいは当該権限行使の濫用にあたるのではないか、ということが問われるのである（甲 70 白藤意見書参照）。

ところが、原判決の判示は、単に是正の指示や行審法による審査庁の審査などがそれぞれの制度目的に基づいて存しており、一つの行政目的のためにこれ

らの決定や処分等が併存することがありうることを述べているに過ぎない。権限の「濫用」は、そもそも行政機関に一定目的のために付与された権限を、形式的にはその権限の行使として用いながら、その具体的な事実関係のもとにおいてはその目的や制度趣旨を逸脱するなどのために利用しているとみられるためにその効力を否定されるものである。小早川光郎は、「行政作用の法的仕組みがその本来の趣旨目的の範囲を超えて利用され（*détournement de procédure* 手続の濫用）、立法の予定しないはずの不利益が特定の関係者に対して課せられるという場合もある。これを個別の行為の次元で言えば、行政機関の行為が形の上ではある一定の法的仕組みに則って行われているにもかかわらず、当該行為の実際の意図は、その仕組みを定める立法の趣旨に包摂されえない—または、本来それとは別の法的仕組みによって実現されるべき—種類のものであったという場合である。ある仕組みにもとづく権限をことさら特定の意図に、あるいは別の仕組みにもとづく別の権限に結びつけるという意味で“権限の連結（*Koppelung* 結合・融合）”等の表現が用いられることもある。」と指摘し、そのような行為は、「①その仕組みのなかで定められた要件を充足しないために違法となる場合」と、「②そうでなくても、行政作用の法的仕組みを濫用するものとして違法とされうる」場合があるとしている（小早川光郎『行政法 上』257頁から258頁）。

従って、相手方には行審法に基づく審査請求における裁決をなしうる権限や地方公共団体に対する是正の指示をなし得るという権限が存し、その権限行使を制約する法規上の規定がない、というだけでは本件裁決及び本件是正の指示がその権限濫用にあたるか否かを判断するには足りないのであって、原判決の判示はその検討が行われていない。次項で述べるとおり、相手方は、本件裁決ないし本件是正の指示について、その権限行使が不当な並行的権限の連結を行い、それらの制度趣旨を損なう濫用をなしていることは明らかである。

4 本件裁決の無効ないし本件是正の指示の違法

- (1) 本件埋立事業において是正の指示と行審法に基づく裁決を都合良く使い分けてきたこと

ア これまで国は、本件埋立事業に関連して申立人が行ってきたさまざまな行政処分に対して対抗手段を講じてきた。私人である事業者が不利益な処分を受けた場合には、一般的には当該事業者が行審法に基づく審査請求をなし、あるいは処分の取消訴訟や義務付け訴訟といった救済手続を利用することとなる。これに対して、本件埋立事業の遂行にあたっては、本件埋立事業の事業者である沖縄防衛局と当該処分の所管大臣において、役割分担をしつつ同事業者からの行審法に基づく審査請求と所管大臣としての関与を使い分け、申立人がなした処分を、最も簡易迅速に実現しうる手段を選択することによって覆滅させて本件埋立事業を推進する目的のために通じてきたことが明らかである。これが、不利益な処分を受けた当事者自身が最も効果的な救済手続を任意に選択するというだけであれば何ら手続の濫用というものではないが、法令の適正な執行という公益を実現する立場の所管大臣が、事業者の事業遂行そのものに監督権限行使によって協力することは、権限の濫用というほかない。

これまでの関連する行政処分による国の対抗手段からいくつかを指摘する。

申立人が承認後の事情を理由として平成 30 年 8 月 31 日付けで本件埋立承認処分を取り消す処分（前件撤回処分）をなしたことにつき、沖縄防衛局が行審法に基づく審査請求をなし、相手方は平成 31 年 4 月 5 日付けの裁決（前件裁決）によってこれを取り消した。前件裁決（及びその前段階である前件撤回処分の執行停止決定）により本件埋立承認処分の効力が復活し、沖縄防衛局は埋立工事を続行してきた（裁定的関与のみの利用）。申立人は、前件裁決に対して違法な国の関与の取消訴訟及び抗告訴訟を提

起したが、最高裁判所は、いずれについても、申立人が前件裁決の当否を争訟にて争うことができない旨判断した（令和2年3月26日判決及び令和4年12月8日判決）。

沖縄防衛局が、本件埋立事業により消失するサンゴ類（JPKI 地区）を移植すべく沖縄県漁業調整規則に基づく特別採捕許可申請をしたのに対し、申立人は、本件埋立承認処分の効力が前件撤回処分にかかる係争で争われていたことから処分を留保していたところ、沖縄防衛局による行審法に基づく審査請求を待たず所管大臣である農林水産大臣が、その許可処分を求める是正の指示をなした。これは、沖縄防衛局による行政不服審査請求手続によっては国の求める法効果が直ちには得られないことからなされた手段選択であった（行政的関与のみの利用）。

本件変更不承認処分に対しては、沖縄防衛局が本件審査請求を行い相手方が同処分を取り消す裁決を行うのと並行して、相手方自身が本件変更承認申請を承認するよう本件是正の指示をなした（裁定的関与と行政的関与の併用）。

以上のことから明らかなおり、国は、申立人がなしてきた行政処分の性質に応じて、沖縄防衛局と所管大臣との連携により、行審法に基づく審査請求と所管大臣としての地方公共団体への関与という二つの手段につき、そのいずれかないし両方につき、迅速に本件埋立事業の遂行を可能とする処分を得られる手段であり、かつ司法審査をできるだけ回避しうる手段として選択して対抗措置を行ってきたのである。

複数の法令上の処分是正手続があるからいずれを行使するのも自由であるというのは、処分の名宛人である事業者の行為であればともかく、本件においては事業者と所管大臣が、連携して、所管大臣による関与によって「私人」の立場にあるはずの事業者＝沖縄防衛局による事業の遂行に加担していることが明らかであり、不公正であるというほかない。

イ 原判決は、相手方による権限濫用を否定する理由の一つとして、「本件是正の指示に関する関与取消訴訟においては、それに先行する本件裁決の拘束力の作用は及ばないと解され、審査庁としてした裁決の効力と連結する仕組みとはなっていないことをも勘案」（78頁）したという。

しかし、正しく裁決の拘束力による本訴での主張制限という相手方の主張を原判決が退けたとしても、権限の濫用か否かの問題は、その権限行使者による行為自体や主観的意図に基づいて判断されるものである。国は上記のとおり所管大臣と事業者の立場を使い分けることによって、最も迅速な、かつ司法審査を可能な限り回避する手段を講じてきた。本訴において相手方が一貫して裁決の拘束力による主張制限を主張してきたのは、審査庁としての裁決と所管大臣としての是正の指示を組み合わせることによって、申請拒否処分に対して処分庁による再検討の余地を与えることなく司法審査も回避して本件埋立事業の目的を完遂しようという意図に出たものである。この法的主張が裁判所に排斥されたことは当然とはいえ、権限濫用の意図のもとに本件是正の指示がなされた事実は消えるものではない。

(2) 本件是正の指示の経過と内容も濫用を裏付けていること

そして、相手方は、本件裁決と同時に本件勧告をなしているが、同勧告は、本件変更不承認処分は「違法かつ不当であり、取り消されました」として本件裁決の存在を指摘するだけで、本件変更承認申請が公水法の要件を満たし、「承認されるべきものと認められます。」とするのみであって、何らの理由も示さずに、本件変更承認申請が要件を充足しているから承認するように求めたものである。地自法による国の関与は、その制度上は個別の行政処分を対象とすることを否定しているものではないものの、むしろ法の一般的な適正な執行を実現することを主眼とするものである。法定受託事務や自治事務に基づく個別の行政処分はもちろん膨大に存するものであり、これが違法であったり不当であったりする場合には、それに最も利害関係を有する当事者

が行審法に基づく審査請求や抗告訴訟を提起するなどの複数の救済手続が予定されている。これら当事者による救済手続の利用をまたず所管大臣が直接介入する必要もないし、およそ当事者自身がそれを求めることも不可能である。

したがって、法定受託事務や自治事務における個別の処分に対して直接所管大臣が関与することは通常ありえないし、また、本件においては当事者審査請求をなしているにもかかわらず、別途所管大臣が関与手続を用いる必要性はまったく存しない。ましてや、行審法上は、法定受託事務であっても国と都道府県知事が上級庁と下級庁の関係にはないことから、本件変更不承認処分についての相手方による審査庁としての権限は原処分の取消しにとどまり、それを受けて申立人が再度処分について検討するにとどまるはずであるにもかかわらず、本件裁決と同時に、行審法の構造を否定し国と地方公共団体の対等性を貶める関与を行っているのである。かかる勧告も前代未聞というほかない。処分の名宛人が主体となる救済手続と並行して所管大臣としての是正の指示などの関与をなすのであれば、当該処分についてなぜ例外的にかかる関与を行わなければならないのかについて、所管大臣としての公益を実現する必要性からその理由が合理的に説明されるべきであるが、これまで相手方から何らかかる説明や主張はなされていない（単に違法な処分を是正するというだけであれば、名宛人が利用しうる救済手続を進行させればよいだけのことであるし、本件埋立事業の一連の経過でも、実際に名宛人である沖縄防衛局はかかる手段を講じている。）。かかる関与自体が、国の地方公共団体への関与が必要最小限でなくてはならず、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いう基本原則（地自法 245 条の 3 第 1 項）に反するともいうべきである。

(3) 閣議決定にもとづく内閣の方針が手続に影響を与えてきたこと

原判決は、閣議決定自体が個別の処分について所管大臣による法令適合性

の判断を直ちに拘束するものではない、本件裁決について内閣等による具体的指示があったという証拠もないとする（原判決 76 頁）。

閣議決定と行政不服審査請求手続における審査庁たる大臣による個別の適法性判断とは本来別個である、というのは原判決が指摘するとおりであるところ、それにもかかわらず、これが連結される事態が生じたということが本件埋立事業にかかる一連の処分をめぐる経過である。申立人が平成 27 年に職権取消処分を行ったとき、事業者である沖縄防衛局が行審法に基づく審査請求を行い、これに対して相手方は平成 27 年 10 月 27 日に同処分の執行停止決定を行った。通常であれば、相手方は、引き続き沖縄防衛局による審査請求についての本案を判断して裁決すれば足りるところ、同日、わざわざ閣議了解により、本件埋立事業についての日米合意という閣議決定による政策に基づき、所管大臣としての所管事務の法令の適正な執行を図るという判断ではなく、内閣の判断により、平成 27 年の職権取消処分についての「是正を図る」ための地自法に基づく代執行等の手続を行うことを決定したのである。しかも、相手方は、この方針に基づき、「簡易迅速な手続」であるはずの行審法に基づく審査請求における審査庁としての本案の判断を敢えて行わず、閣議了解に従い、裁決を保留したのである。すなわち審査庁としての職務を放棄し、和解（平成 28 年 3 月 4 日）後の同年 3 月 7 日に審査請求が取り下げられるまで審査を行わなかったのである。

都道府県による法定受託事務について私人から審査請求があったときに、所管大臣が審査庁として受動的にその是正を図る以外に、その手続と同時に地自法による国の関与の制度を利用してその個別行政処分の是正を図るということはおよそ想定されていないし、前代未聞ともいうべきであり、かつそのために審査手続を中断するというのも異様というほかない。しかも、これを所管大臣の判断ではなく閣議了解という内閣の方針によって行ったということである。これが行政権限の濫用でないというのであろうか。

また、前件撤回処分に対する相手方による執行停止決定についても、かかる手続が国民の私的な権利利益を保護する目的であることを逸脱した判断がなされている。すなわち、行審法は、「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」であり、「国民の権利利益の救済を図る」ことが目的とされており（同法1条）、沖縄防衛局は、公水法における本件埋立承認処分を受けるについて、かろうじて「埋立てを適法に実施し得る地位」を得るものとしてその「固有の資格」が否定されたに過ぎない。したがって、本件埋立承認処分によって保護される沖縄防衛局の利益は、私人と同様の私的な利益の範囲にとどまるものである。それにもかかわらず、本来行政不服審査手続によって保護されえない普天間飛行場代替施設建設としての必要性や外交・防衛上の利益という公益を理由として上記執行停止決定がなされており、到底行政事件訴訟においては成り立ち得ない判断を行っている。

上記の経過は、本件裁決が対象としている本件変更不承認処分にかかる手続ではないものの、本件裁決にかかる事実経過と合わせると、閣議了解による本件埋立事業を遂行するためには、その障害となる法定受託事務にかかる沖縄県の処分に対抗するため、地自法による国の関与の制度や行審法に基づく審査請求について、相手方と沖縄防衛局が役割分担をなすことによって、その時々政府にとって都合よく手続を濫用していることが明らかといえる。

(4) 本件裁決の無効ないし本件是正の指示の違法が導かれること

本件是正の指示が、法令の適正な執行という公益目的の実現を越え、処分の名宛人である沖縄防衛局の利益の保護のためになされているものであって、その権限が濫用されており、違法であることは上記から明らかである。そして、本件裁決自体は、審査請求人である沖縄防衛局による審査請求によってなされたものではあるものの、上記経過のとおり、沖縄防衛局と相手方において、相手方による審査庁としての権限と所管大臣としての権限を、その効

果の違いに応じて使い分けることで不当な権限の連結を図ってきたものであり、行審法9条2項における審理員でさえ利害関係にもとづいた除斥事由があるのであるから、本件埋立承認処分につき利害関係のある相手方が本件判決による権限行使をなすのは、中立的判断者たる地位を期待できないものであり、権限濫用として本件判決を無効に導くものである。

第5 災害防止要件の判断枠組みとあてはめについての法令解釈の誤り（争点4）

1 原判決の要旨

原判決は、災害防止要件の判断枠組みについて、「①埋立法における災害防止要件の審査は、申請者から設計の概要として示された概略的な内容の図書等に基づき、確実に判断することが困難な内容について行われることが想定されていること、②建設する施設が港湾法上の「技術基準対象施設」に該当する場合、技術基準に適合するように建設される必要があるところ、技術基準（基準告示）の規律を具体化したものとして作成されている港湾基準・同解説には、一般的な合理性が認められること、③護岸に関する原告審査基準は、災害防止要件につき、技術基準（基準告示）に適合していること等を審査することなどを定めているが、港湾基準・同解説の内容を補完するような審査内容を具体的に定めるものではないことを踏まえると、原告が、技術基準対象施設の建設等が災害防止要件に適合する又は適合しないとした判断に違法等があるか否かについては、当該判断につき、基準告示の規律を具体化した港湾基準・同解説の記述する性能照査の手法等に照らし、不合理な点がないか否かという観点から行われるべき」（原判決81から82頁）とした。

そして、「港湾基準・同解説が、護岸等に関する設計の手法は、必ずしも精密科学を追及したものではなく、社会が要求する構造物の構築を実現可能とする工学的手法であるとの性格を踏まえた内容となっていることを勘案すると、

原告が、上記の審査に関し、基準告示の規律を具体化した港湾基準・同解説の記述する性能照査の手法等を超えてより厳格な判断を行うことは、特段の事情がない限り、法の予定するところではなく、そのような判断は、裁量権の行使における公正かつ平等な取り扱いの要請や、港湾基準・同解説を想定した審査基準に係る相手方の信頼の保護の観点から、考慮すべきではない事項を過剰に考慮したものとして、裁量権の範囲の逸脱又は濫用に当たる」とした（原判決 82 頁）。

その上で、申立人が不承認理由として具体的に挙げた 2 点（B-27 地点の力学的試験の必要性、調整係数 m の設定）について、特段の事情がないにもかかわらず、港湾基準・同解説の記述する性能照査の手法等を超えてより厳格な判断を行うものとして裁量逸脱・濫用としている（原判決 97 頁、106 頁）とした。

しかし、原判決の判断枠組みは、明らかに公水法の解釈を誤ったものであり、以下、順に論じる。

2 原判決の法令解釈の誤り

(1) はじめに

原判決は、申立人が港湾基準・同解説と異なる判断を行うために特段の事情を要求する（そもそも、異なる判断と言えるかという点も問題だが、この点は一旦脇に置く）。

原判決の判示は、平成 27 年最高裁判決（最高裁判所平成 27 年 3 月 3 日判決・民集 69 卷 2 号 153 頁）を参照したものと思われ、要するに港湾基準・同解説を災害防止要件の審査基準そのものに代替し、審査基準と異なる判断を行うために特別の事情を要求した判断枠組みといえる。

この点、処分庁が要件裁量を有する場合、要件の審査基準の定立及び事実の当てはめの場面で裁量があるが、申立人は港湾基準・同解説を災害防止要件の審査基準として審査したなどとは主張していない。

ところが、原判決は、災害防止要件と港湾基準は法的に明確に異なる要件である上、ましてや港湾基準・同解説は港湾基準との関係でも裁判規範でもなく、審査基準の文言に一義的に反しているにもかかわらず、災害防止要件の審査基準に港湾基準・同解説を代替したのである。

このような判断枠組みは、公水法が都道府県知事に与えた要件裁量を完全に無視して自ら審査基準を設定し、また、平成 28 年最高裁判決にも反した判断枠組みとしか言いようがなく、明らかに誤りである。

(2) 災害防止要件の判断枠組み

本件で問題となっているのは、公水法 4 条 1 項 2 号の「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」という要件の充足の有無である。

この要件については、「公有水面の埋立て自体により生じ得る環境保全及び災害防止上の問題を的確に把握するとともに、これに対する措置が適正に講じられていることを承認等の要件とするものと解される所、その審査に当たっては、埋立ての実施が環境に及ぼす影響について適切に情報が収集され、これに基づいて適切な予測がされているか否かや、事業の実施により生じ得る環境への影響を回避又は軽減するために採り得る措置の有無や内容が的確に検討され、かつ、そのような措置を講じた場合の効果が適切に評価されているか否か等について、専門技術的な知見に基づいて検討することが求められるといえる。そうすると、裁判所が、公有水面の埋立てが第二号要件に適合するとした都道府県知事の判断に違法等があるか否かを審査するに当たっては、専門技術的な知見に基づいてされた上記都道府県知事の判断に不合理な点があるか否かという観点から行われるべき」である（平成 28 年最高裁判決）。

いわゆる要件裁量については、事実の認定と、その評価という場面があるところ、審査基準が定立されている場合、審査基準の定立そのものと、審査

基準への当てはめの点に裁量が認められ、具体的には「審査基準等に不合理な点がないかや、そのような審査基準等に沿った判断過程に不合理な点がないか」という観点から司法審査がされる（平成 28 年最高裁判決調査官解説 595 頁、同解説が引用する最高裁判所平成 4 年 10 月 29 日判決・民集 46 巻 7 号 1174 頁（平成 4 年最高裁判決）、同判決調査官解説 416 頁も参照）。

ここでいう「審査基準等」は、「告示や各指針（内部的な審査基準）」を指し（平成 4 年最高裁判決調査官解説 417 頁）、本件では、沖縄県が定めた審査基準の合理性、審査基準への当てはめの判断過程が審査されなければならない。

この点、災害防止要件について、沖縄県の審査基準は、本件で問題とした点については審査事項(5)として、「埋立地の護岸の構造が、例えば、少なくとも海岸護岸築造基準に適合している等、災害防止に十分配慮されているか。」と、審査事項(6)として、「埋立区域の場所の選定、埋立土砂の選定・海底地盤又は埋立地の地盤改良等の工事方法の選定等に関して、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災害防止につき十分配慮しているか。」、という 2 点を定めている（審査事項(7)も災害防止要件に関する要件であるが、本件不承認理由とはなっていない）。

このうち、審査事項(5)にいうところの「海岸護岸築造基準」が、港湾法 56 条の 2 の 2 第 1 項が定める港湾基準である。

港湾基準は、技術基準対象施設の建設、改良、維持の各段階で適合が求められる基準であって（同項）、法、省令、告示により構成されている（法律の委任に基づく告示は裁判規範性を有することがある。なお、野口貴公美「行政立法－「裁判規範性」に関する一分析」磯部力他『行政法の新構想Ⅱ 行政作用・行政手続・行政情報法』25 頁以下）。

本件において、審査基準の審査事項(5)との関わりでは、港湾の施設の技術上の基準の細目を定める告示（港湾基準の告示）3 条 1 項「技術基準対象施

設の性能照査は、作用、供用に必要な要件及び当該施設の保有する性能の不確定性を考慮できる方法又はその他の方法であって信頼性の高い方法によって行われなければならない」、13 条「地盤条件については、地盤調査及び土質試験の結果をもとに、土の物理的性質、力学的特性等を適切に設定するものとする」、49 条 1 項 1 号「主たる作用が自重である永続状態に対して、地盤のすべり破壊の生じる危険性が限界値以下であること」が問題となっている。

港湾基準は性能規定であり、港湾基準・同解説は、かかる性能規定の性能照査について公益社団法人日本港湾協会が作成している解説書である。

もとより港湾基準・同解説は港湾基準に代替する仕様規定ではないし（例えば、建築基準法の場合、「国土交通大臣が定めた構造方法」（仕様規定）と、「国土交通大臣の認定を受けたもの」（性能規定）を選択できる）、性能規定たる港湾基準の性能照査の方法としても法の委任を受けたものではない。

したがって、港湾基準・同解説は港湾基準・同解説が参照している論文や他の文献と同様、事業者や処分庁が参考にする文献であるとはいえ、港湾基準との関係でも裁判規範にはなりえないし、ましてや、災害防止要件の裁判規範になることなどありえない。

沖縄県の災害防止要件の審査基準は、港湾基準を参照しつつも、あくまでも、埋立承認申請ないし変更承認申請において、公有水面の埋立てにより生じ得る災害防止上の問題が的確に把握され、これに対する措置が適正に講じられているか否かを知事の専門技術的な知見から審査することを求めるものである。

本件においては、審査基準（港湾基準・同解説ではない）の合理性と、本件において港湾基準や解説を参照して申立人が行った、B-27 地点の力学的試験の必要性、調整係数の一律設定について審査基準適合性を否定した知事

の判断が事実の基礎を欠き、あるいは社会通念に照らし明らかに妥当性を欠くか否か、ということが、審査されなければならないことになる。

しかし、原判決はこのような判断枠組みではなく、港湾基準・同解説を申立人の審査基準に代替し、審査基準としての港湾基準・同解説に拠らないのであれば、特段の事情がなければならぬとしている。

(3) 港湾基準・同解説を審査基準に代替することが誤りであること

上記のとおり、港湾基準自体は、公有水面の埋立ての許認可があろうとなかろうと技術基準対象施設の建設等について充足が求められる基準であり、災害防止要件とは根拠法も異なり、法的には災害防止要件と同一の要件ではありえない。

しかるに、港湾基準が災害防止要件をそのまま代替するのであれば、公水法に災害防止要件を設ける意味自体がなくなってしまうし、原判決のような判断枠組みでは申立人の要件裁量は否定されてしまう。

災害防止要件は平成 28 年最高裁判決調査官解説が指摘するとおり、極めて抽象度の高い規定となっているし、災害防止要件を含めた公水法 4 条 1 項各号の要件は最低限の要件であり、これらを充足する場合でも不許可、あるいは不承認処分がなしうるとされる上（建設省埋立行政研究会「ハンドブック」41 頁）、都道府県知事は災害防止に関する免許条件を付すことも可能とされているところ（公水法 30 条、32 条 1 項 2 号、施行令 6 条）、公水法が都道府県知事に当該要件充足についての要件裁量を付与していることは明らかである。

平成 28 年最高裁判決調査官解説が引用する平成 4 年最高裁判決調査官解説 417 頁以下が指摘するとおり、「安全性」には種々のレベルがありうるところ、安全性に係る行政庁の専門技術的裁量というのは、どのレベルの安全性をもって相当と考えるか、という観点からも説明できる。

災害防止要件の要件裁量は、埋立て事業の公益性や内容、埋立区域の自然

的環境等に即した上で、どのような安全性をもって相当と考えるか、という点にも及ぶところ、このような観点から、災害防止要件の抽象的な要件の充足不充足について、申立人には審査基準を定立し、審査基準に当てはめるに際して裁量がある。

これに対して、原判決は、港湾基準・同解説と異なる判断に特段の事情を要求するところ、これは審査基準を港湾基準・同解説で代替する判断枠組みに他ならない。

もとより、審査基準の設定には申立人に合理的な裁量があるのだから、申立人自ら港湾基準や港湾基準・同解説を災害防止要件の審査基準に代替させることは全く不可能ではないと考える余地があるとしても、申立人は、そのような主張はしていない。

そして、審査基準は、審査事項(5)の文言としても、「埋立地の護岸の構造が、例えば、少なくとも海岸護岸築造基準に適合している等、災害防止に十分配慮されているか。」とされているところ、港湾基準を審査基準に代替させることは、審査基準の文言に一義的に反していることは明らかである。

さらに言うなら、原判決は審査事項(6)や審査事項(7)を無視しているが、これらの審査事項は港湾基準を引いていないところ、この点からみても、申立人が港湾基準を災害防止要件の審査基準を代替するものとして設定していないことは明らかである。

ましてや、港湾基準・同解説は法の委任を受けない単なる公益社団法人発行の解説書であって、港湾法の基準としてすら法規範性を持つものではないのであって（港湾基準・同解説（上巻）13頁参照）、申立人が、港湾基準・同解説を災害防止要件の審査基準に代替させるものとして設定したと認定できる根拠は何もない。

(4) 原判決の理由付けが妥当しえないこと

原判決は、「原告審査基準は、港湾基準・同解説が記述する性能照査の手

法等を参照して災害防止要件の審査をすることを表明した」と評価し、さらに、その上でそれにとどまらず、港湾基準・同解説を審査基準に代替している。

このような判断枠組みを取るにあたり、原判決が挙げた理由は、①設計概要に基づく不確実な事項についての審査であること、②港湾基準の規律を具体化したものとして作成された港湾基準・同解説に一般的な合理性があること、③申立人審査基準が港湾基準・同解説の内容を補完するような具体的な内容がないことであるが、いずれも理由になっていない。

①は、将来予測型の事項だからこそ要件裁量があるのであって、申立人の審査基準の設定、当てはめの裁量を消滅させるような解釈の理由になるはずがない。

②は、事実誤認で、港湾基準・同解説は港湾基準の規律を具体化するものではない。港湾基準は性能規定であり、その性能規定の充足を照査する方法についての解説書が港湾基準・同解説であって、港湾基準の規律を具体化したのが港湾基準・同解説という関係にはない。

また、ここでいう一般的な合理性を持つ、というのは、法的な意味を持っていない。

単に、事実上有力な見解である、という以上でも以下でもなく、港湾基準の性能照査方法を義務付けたり、ましてや処分庁による災害防止要件の充足の確認方法を法的に拘束するような意味を持つことはありえない。

③についても、理由にならない。このようなロジックが許容されるなら、審査基準を仕様規定化しない限り、審査庁が参照した文献が審査基準になって、当該文献を丸々採用しなければならないことになってしまう。

環境保全要件における審査基準の抽象度は災害防止要件の抽象度とほとんど変わらないが（また、この程度の抽象度の審査基準は、他の法令、要件について、いくらでも存在する）、申立人が審査にあたって、サンゴの保全に

関する特定の文献や論文を参照したとして、一部について当該文献と異なる見解を採ることが許容されなくなるなどということはありませんであろう。

また、原判決は、判断枠組み採用の理由として、「港湾基準・同解説が、護岸等に関する設計の手法は、必ずしも精密科学を追求したものではなく、社会が要求する構造物の構築を実現可能とする工学的手法であるとの性格を踏まえた内容となっていること」を勘案し、「裁量権の行使における公正かつ平等な取り扱いの要請や、港湾基準・同解説を想定した審査基準に係る相手方の信頼の保護の観点」を挙げるが、全く理由になっていない。

前者は、そもそも論理自体が明確ではないが、できる限り実現可能にするように裁量を行使しなければならないという趣旨であろうか。

上記のとおり、公水法が災害防止要件について都道府県知事に要件裁量を付与しており、都道府県知事は、いかなる安全性が当該埋立てにおいて相当と考えられるか、という点を含めて裁量を有するところ、そもそも「社会が要求する構造物の構築」について、具体的な当該埋立て工事の公益性、内容、埋立区域の自然環境等に即して、どのような安全性を持つものを相当と判断するか自体について裁量があるものである。

港湾基準・同解説を災害防止要件の審査基準に代替し、都道府県知事の裁量を消滅させるような解釈の根拠になることはありません。

また、後者の点は、平成 27 年最高裁判決を参照した判示と考えられるが、本件の審査基準をどう読んでも港湾基準・同解説を災害防止要件の審査基準として代替しているものとは解釈できないのだから、港湾基準・同解説に沿っていれば災害防止要件が充足されるとの事業者の信頼などありえないし、仮に、事業者がそのように事実上期待していたとしても、何ら法的に保護されるべき期待ではない。

当然のことながら、他の申請に対しても用いる審査基準は同一であって、審査基準を適用するにあたり、事案に即して判断することが「公正かつ平等

な取り扱い」に反することもありえない。

結局、原判決の理由付けは、法的に原判決の判断枠組みを採用できる理由になっていない。

(5) 本件において申立人の裁量逸脱・濫用が認められないこと

本件において、採られるべき判断枠組みは、上記のとおり、審査基準等に不合理な点がないかや、そのような審査基準等に沿った判断過程に不合理な点がないかという判断過程審査である。

申立人の不承認理由に即して言えば、B-27 地点の力学的試験の必要性については、前提となる地層区分が総合的な判断で、どうしてもあいまいさが残ること、S-3 地点、S-20 地点、B-58 地点の各地点における深さと地盤強度の関係が地点間で乖離していること、変動係数はこれら3地点と B-27 地点との間のばらつきを調整するものではないこと、Avf-c 層、Avf-c2 層が水面下 90m に達し、地盤未改良の粘性土が残置される計画となっていること、同地点の設計上の重要性等に鑑み、知事は、B-27 地点の力学的試験を実施すべきと判断したものであり、B-27 地点のボーリング調査及び力学的試験のコストは、総工費と比較すれば、過大な要求でもなんでもないことからしても、このような知事の判断が事実の基礎を欠くとか、社会通念に照らし明らかに妥当性を欠くなどとは到底言えない。

調整係数についても、極めて膨大な土砂を投入して、国内で例のない深度の地盤改良工事を行う本件において、港湾基準・同解説が引用する論文も参照して、「1.10 以上」の数値の中で適切な数値を選択することが必要と判断し、沖縄防衛局に対して一律に「1.10」を選択した根拠を明らかにするよう求め、根拠を明らかにしなかったため、要件適合性が確認できないとした知事の判断が、事実の基礎を欠き、あるいは社会通念に照らし明らかに妥当性を欠くなどとは到底言えないことも明らかである。

(6) 小括

以上、原判決は、災害防止要件と港湾基準ないし港湾基準・同解説の法的関係を無視し、また審査基準の一義的な文言に反して港湾基準・同解説を審査基準に代替することで申立人の災害防止要件についての要件裁量を消滅させる解釈を採ったものである。

かかる原判決の法解釈は、公水法に反する誤った解釈であり、平成 28 年最高裁判決以外に明確な先例のない重要な事項を含んでいる。

また、都道府県知事の災害防止要件についての要件裁量を認めた平成 28 年最高裁判決にも反するものであり、原判決は破棄されなければならない。

3 補論

以上のとおり、原判決の判断枠組みは法解釈を誤ったものであることは明らかであるが、念のため、港湾基準・同解説自体の解釈としても、申立人の不承認理由が港湾基準・同解説に反するものではないことについて、以下補足する。

(1) B-27 地点の力学的試験の必要性について

ア Avf-c 層と Avf-c2 層の地層区分の判断根拠があいまいで地層毎の地盤強度の推定が適切と認められないこと

(7) 原判決は、「原告は、処分理由等において、①Avf-c 層と Avf-c2 層の地層区分は「総合的に判断」されたものであり、(中略) あいまいさが残る」(原判決 93 頁から 94 頁)としたことについて、「地盤自体の不均質性や試験や評価の手法に起因する不確実性があることを前提に、地層の区分を設けて地盤のモデル化を行うという港湾基準・同解説の性能照査の手法の範囲内にあり、上記の処理が Avf-c2 層にとって危険側となるとしても、地層の区分としては、直ちに不合理なものとはいえないと考えられる。」(原判決 95 頁)とする。

(i) 申立人は同手法による地層区分を否定してはいないが、Avf-c2 層は粘性土としながら砂質土まで含むと判断したことや、地盤自体の不均質性や試験や評価の手法に起因する不確実性があることを前提に地盤のモ

デル化を行っているため、着目する要素により地層の境界が変化することからあやふやさを指摘したものである。申立人は、この点の一つとして「(b)B-58 地点でのボーリングで得られた試料 T-31、T-34 及び T-36 のデータの取扱いが変更されている点」（原判決 93 頁から 94 頁）を挙げた。つまり、沖縄防衛局は B-58 地点で Avf-c 層と Avf-c2 層の中間的な性状を示す試料 T-31、T-34 及び T-36 のデータを当初 Avf-c2 層に属するとしていたが、三次元地盤モデル等で確認し、埋没谷の前後の調査地点における地層区分との連続性（見た目）の観点から Avf-c 層と分類し直した。しかしながら、当該データは Avf-c 層の強度を過大評価する可能性があるとして棄却した。一方、申立人が指摘するように高液性限界を根拠として試料 T-32 以深を Avf-c2 層に分類することも可能であり、その場合には、Avf-c2 層のせん断強さがより低く評価される結果になる。原判決は、この様に地層区分を変更しながらデータがその地層に合わないから棄却するという処理も、「港湾基準・同解説の性能照査の手法の範囲内にあり、上記の処理が Avf-c2 層にとって危険側となるとしても、地層の区分としては直ちに不合理なものとはいえない」（原判決 95 頁）とした。しかしながら、申立人は Avf-c2 層の地盤強度の不確かさを問題としており、T-31 などを Avf-c 層に分類しつつその強度を過大に評価しないようにこのデータを棄却しながら、その結果、その下層にある Avf-c2 層の評価において T-31 などを同様に考慮しないことによって B-58 地点の Avf-c2 層のせん断強さが危険側になる場合に B-27 地点の地盤強度にどのような影響を与えるかなどについて、これまで沖縄防衛局から何ら説明も反論もない。港湾基準・同解説の手法に沿っているとして Avf-c2 層に危険側となる判断を敢えて容認する原判決は不当であり、この様なあいまいな地層区分から推定された地層毎の地盤強度は適切と認められない。

(ウ) 次に、申立人が「(a)B-27 地点で Avf-c2 層に属するとされた地層は、細粒分含有率に関し、S-3 ほか 2 地点での同層と相違がみられる」としたこと（原判決 93 頁）について、原判決では、「B-27 地点の最下部の砂礫の直上にある砂質系の部分に属する試料 C-15（乙 A62 参照）の属する範囲（G.L. -59mから G.L. -61mまで）を Avf-c2 層に含めないことを前提として、S-3 ほか 2 地点との細粒分含有率の相違をいうものであるが、変更後の設計においては、試料番号 C-15 につき、薄層で腐食物と砂の互層状となっていることを勘案し、これを安全側に評価して粘性土とするという処理がされており（弁論の全趣旨〔答弁書 79 頁〕）前提を異にしているものと考えられる（なお、同様の処理は、S-3 地点についても行われている（乙 A58 資料 2 頁（注 2）、乙 A63 参照）。）」（原判決 94 頁から 95 頁）とした。原判決が引用している「乙 A58 資料 2 頁（注 2）」は、「S-20 の土質柱状図には、Avf-c2 層の一部に『粘土質砂』等と砂質系の土である旨の記載があるが、この部分の土については、力学試験の結果、粘性土の挙動を示すことを確認し、Avf-c2 層の一部としている。また、S-3 の土質柱状図にも、Avf-c2 層の一部に「礫混じり砂」と砂質系の土である旨の記載があるが、この部分の土については力学試験が行われていないため、より安全側の設計とするため、砂質土より強度の低い粘性土に分類し、直上の Avf-c2 層に含めている。この部分の土については、Avf-c2 層のせん断強さの設定では考慮していない。」と記載している。

原判決では S-3 地点でも同様の処理を行ったとするが、引用したとおり同資料では S-3 地点では砂質系の土で力学試験が行われていないため、より安全側の設計とするため、粘性土に分類し Avf-c2 層に含めたものの、せん断強さの設定では考慮しないとしたのであるから、B-27 地点においても、試料 C-15 は砂質土ではあるものの、安全側に評価して粘

性土とするということであれば、試料 C-15 の細粒分含有率「24.2%」

(粘性土やシルトの含有率が比較的少ない) は考慮しないことが妥当である。B-27 地点の細粒分含有率の前提を異にしているとする原判決に誤りがあり、本来の粘性土 Avf-c2 層の細粒分含有率は、外れ値であつて評価に含めるべきでない C-15 における数値 24.2%を除外した「93.4～96.8%」で評価すべきであり、B-27 地点と S-3 ほか2地点との細粒分含有率に相違がみられるとして、B-27 のせん断強さの推定に疑義があるとした申立人の指摘は適切である。

イ B-27 地点の Avf-c 層とされる部分のせん断強さを他の地点での調査結果から推定することの合理性が確認されないこと

次に、申立人が「②B-27 地点において、Avf-c2 層とされる部分の粘性土のせん断強さを、同点から距離が離れた S-3 ほか2地点における力学的試験の結果から類推して求めることは、S-3 ほか2地点における深さと地盤強度の関係がばらばらであることなどからして疑義がある」(原判決 94 頁) としたことについて、原判決は、「港湾基準・同解説は、地層区分による地盤のモデル化に当たり、個々の調査地点ごとに評価することを予定しておらず、地盤物性値を求める地層ごとに 10 以上のデータを集めることを基本とする旨の内容であるから(前記ア(エ))、原告の処分理由等における上記の指摘は、港湾基準・同解説の記述する性能照査の手法に沿わない考え方であるといわざるを得ない。」(原判決 95 頁) とした。

しかし、同手法では 10 以上のデータを集め、その変動係数が 0.6 以上であれば、地層区分や土質定数の設定に問題があることが明らかとするものの、変動係数が 0.6 に収まっていることが、遡って力学的試験実施場所の選定に問題がないことを導く関係にはない。

また、試料のばらつきを示す変動係数は S-3 ほか2地点でのばらつきを評価するもので、S-3 ほか2地点と B-27 地点との間のばらつきを調整す

るものではないことから、沖縄県の審査基準である「埋立地の護岸の構造が、例えば、少なくとも海岸護岸築造基準に適合している等、災害防止に十分配慮されているか。」の審査として、B-27 地点の力学的試験の必要性を四次に渡る質問で沖縄防衛局に確認したが、沖縄防衛局は港湾基準・同解説に基づき土質定数を設定したことから、B-27 地点の調査を行う必要はない旨の回答を繰り返したことから、港湾基準の告示 13 条の地盤条件の解釈である「地盤調査に当たっては、技術基準対象施設の構造、規模及び重要度、並びに当該施設を設置する地点周辺の性状を適切に考慮する。」に対し、地点周辺の性状等を適切に考慮しているとは言い難いと判断したものである。

B-27 地点と S-3 ほか 2 地点との間で Avf-c 2 層での細粒分含有率に相違があることは既に指摘しているが、さらに B-27 地点と S-3 ほか 2 地点における Avf-c 層及び Avf-c2 層の深さと地盤強度の関係について、次のことが指摘できる。

「地盤強度が土の自重によって支配されている」とする見解については、申立人も同様に理解しているところ、沖縄県が聴取した専門家からの技術的助言でも、Avf-c 層については、その深さと地盤強度の関係は、4 地点（B-58、S-20、S-3 及び S-2 地点）全体の決定係数 R^2 （近似直線の関係性を示す係数）が 0.81、地点別に見てもほぼ同じであり、決定係数 R^2 は 0.78～0.90 と高い相関性を示していることが確認できる。一方、Avf-c2 層では、各地点の試料数が少ない上、各地点（B-58、S-20 及び S-3 地点）別の決定係数 R^2 も低く、近似直線の傾きもばらばらであり、3 地点全体でも決定係数 R^2 は 0.17 と低くなっていることから、Avf-c2 層の各地点間の深さと地盤強度の関係は、Avf-c 層のそれに比べ相関性が低く、各地点間でばらばらである。

よって、申立人の上記指摘に誤りはない。

ウ 最後の「③B-27 地点では粘性土が水面下約 90m (C. D. L. -90m) に達しているところ、同地点付近は、外周護岸の設置場所であり、災害防止に関して最も重要であると考えられること」(原判決 94 頁)に誤りはないことから、申立人の不承認理由は妥当である。

(2) 調整係数 m について

ア 調整係数 m は「1.10 以上」の数値の中で適切に設定すべきこと

(7) 原判決は、「港湾基準・同解説の『従来の安全率法による設計において、安全率は、永続状態に対しては 1.30 以上、同一の地盤における実績等から照査に用いる定数の信頼性が高いと考えられる場合や施工中に地盤の変位及び応力を観測する計測施工を実施する場合には 1.10 以上の値を用いることができるとしていた』旨の記述(749 頁。甲 51、乙 6。)には、①調整係数が必ずしも個別の地盤条件の不確定性を調整するための係数ではないことから、その差異を反映しなくとも適用できる」(原判決 104 頁から 105 頁)とした。

(i) しかし、港湾基準・同解説の記述は、上記の後「これに倣って、(略)調整係数 m を従来の安全率相当の値に設定して安定性を照査することができる。」と続き、従来の安全率相当の値として設定するものであり、あくまでも、「1.10 以上」であり、「1.10」ではない。仮に、どのような場合でも「1.10」で問題がないという趣旨であれば、「1.10 としてよい」と記載すれば足りるし、わざわざ「1.10 以上」とし、土田・湯論文を引用しているのは、「1.10 以上」の数値の中で適切に設定すべきことを求める趣旨である。

(ii) 「港湾工事における大規模仮設工等の安全性向上に向けた設計・施工ガイドライン」(甲 73 号証)では、種々の基準類を援用する場合の注意点として、「作用・抵抗等の設計条件」に関しては、「設計手法の解説等に明示されていない場合は、原著論文等の参考文献を参照し、想定

されている作用・抵抗等の設計条件の範囲を検証することが必要である。」（甲 73 号証の 8 頁、9 頁）とされ、「パラメータの設定方法」に関しても、「それぞれの設定方法の背景にある理論や根拠資料、仮定などを検証し、他の基準類におけるパラメータの設定方法とどのような関係にあるかを確認することが必要となる。」（甲 73 号証の 9 頁）とされているのであって、常に「1.10」で足りると考えるのは誤りである。

イ 動態観測を行うことで調整係数を一律に「1.10」とすることが適切と認められないこと

(7) 原判決は、「①公益社団法人日本道路協会の『道路土工 盛土工指針（平成 22 年度版）』（乙 A121）において、修正フェレニウス法による盛土の性能照査に関し、軟弱地盤上の盛土で詳細な土質試験を行い適切な動態観測による情報化施工を適用する場合には、盛土施工直後の安全率を 1.1 としてよいとされている」（原判決 105 頁）とする。

(4) 同文献はあくまで道路土工の指針であって、本件のように深さが C.D.L-70m にも達する地盤改良の海上工事において、直ちに妥当するものではない。

さらに、動態観測について、申立人が聴取した専門家からの意見では「鑑定書は、『載荷時に鉛直沈下と側方変位を現地計測することによって、地盤の安定性を判定することが可能となる。この判定にはいくつかの方法が提案されており（注：道路土工）、現場計測観測によって建設中の盛土を段階的に構築する制御技術は確立しているといつてよい』と述べている。陸上の道路土工の盛土では制御技術が確立しているといつてよいと述べているが、起伏に富んだ地形で深さが 70m にも達する SCP 海上工事に適用できると判断した根拠、資料を示していない。そして、なによりも『動態観測施工を実施する計画』と、『B-27 地点の力学的試験の必要性がないこと』の関連性が述べられていない。」（甲 84 号証

立石名誉教授意見書 9頁から10頁)とし、「動態観測を述べた第4回技術検討会の資料(2頁から3頁)は、SCP 施工時の動態観測の観測項目や管理方法は述べるが、施工計画や施工フローは述べていない。(中略)技術検討会の資料は、SCP の動態観測施工について施工フローなどを述べていないので調整係数の鑑定はできないはずである。」(甲 84 号証 立石名誉教授意見書 11 頁から 12 頁)とある。また、「鑑定すべきは、『たれば』のような議論ではなく、起伏の激しい埋没谷で SCP 施工中に起こりうる砂杭の変状などの施工困難に対し、動態観測施工でどのように対処するか、あるいは復旧対策がきちんと書かれているかを判断し、それに基づいて調整係数を一律 1.10 とすることが妥当かどうか判断することである。(中略)鑑定書の『施工時の安全率(調整係数)に 1.10 を採用することに異論はない』とする結論は、鑑定者の思いであって、科学的鑑定とは言えない。(中略)申請書も鑑定書も具体策を示さず、ただ道路土工で安全率を 1.1 としているから、SCP の情報化施工の場合も 1.1 とすると述べているにすぎない。盛土工のような地上の施工では GNSS(Global Navigation Satellite System/全球測位衛星システム)を含む ICT を活用した情報化施工ができ、目視による確認や各種の対策工を施工できる。しかし、海面下 70mに達する SCP 施工での情報化施工において、GNSS を使うにしても砂杭の位置決めなどがせいぜいで、変状に対するフィードバックの対策は困難であろう。両者に同じ調整係数(安全率)を設定するには無理がある。」(甲 84 号証 立石名誉教授意見書 12 頁から 13 頁)と述べており、施工中の安定計算に用いる調整係数について、地盤の変位及び応力を観測する計測施工を行うことを前提としたからといって、調整係数を一律に「1.10」とするのは、まさに無理がある。

ウ このことから沖縄防衛局に対して一律に「1.10」を選択した根拠を明ら

かにするよう求めたが、根拠を明らかにしなかったため、要件適合性が確認できないとしたものである。更に、B-27 地点の力学的試験がされておらず地盤条件が適切に設定されていないとの主張も上記 3(1)のとおり適切であり、申立人の不承認理由は妥当である。

第 6 環境保全要件の判断枠組みとあてはめについての法令解釈の誤り（争点 5）

1 判断の枠組み

(1) 原判決の判示

原判決は、埋立免許処分又は埋立承認処分（免許等処分）の公水法 13 条の 2 に基づく変更承認申請の要件審査中、公水法 4 条 1 項 2 号の一部である環境保全要件の判断枠組みについて、平成 28 年最高裁判決を引用しつつ次のとおり判示している。

① 「同項 2 号の『其ノ埋立ガ環境保全(中略)ニ付十分配慮セラレタルモノナルコト』という要件(環境保全要件)は、公有水面の理立て自体により生じ得る環境保全上の問題を的確に把握するとともに、これに対する措置が適正に講じられていることを承認等の要件とするものと解され、その審査に当たっては、理立ての実施が環境に及ぼす影響について適切に情報が収集され、これに基づいて適切な予測がされているか否かや、事業の実施により生じ得る環境への影響を回避又は軽減するために採り得る措置の有無や内容が的確に検討され、かつ、そのような措置を講じた場合の効果が適切に評価されているか否か等について、専門技術的な知見に基づいて検討することが求められているといえることができる。そうすると、裁判所が、公有水面の埋立てが環境保全要件に適合するとし又は適合しないとした都道府県知事の判断に違法等があるか否かを審査するに当たっては、専門技術的な知見に基づいてされた上記都道府県知事の判断に不合理な点がある

か否かという観点から行われるべきであると解される(平成28年最高裁判決参照)。」(原判決107頁)

- ② 「本件承認処分においては、変更前環境保全図書の内容が、本件埋立事業において求められる環境保全配慮の水準を満たすものであるとの判断がなされたものと認められる。なお、本件承認処分には、沖縄防衛局は、実施設計に基づく環境保全対策等を詳細検討し、環境監視等委員会の助言を受ける旨の留意事項が付されているから(前提事実(1)エ)、これによる検討結果も事後的に上記の環境保全配慮の水準の内容に含まれることになると解される。」(原判決108頁)
- ③ 「埋立法上の変更の承認等は、当初の承認等と同一性を失わない範囲で行われるものとして位置付けられており、新たな承認等を行うという性格を有するものではなく、当初の承認等の内容を一部変更するという性格を有すること、変更申請に関する部分に含まれない範囲の工事を適法に実施し得る地位は、変更の承認等を申請したことによって当然に失われるわけではないことに照らすと、変更申請の内容が再度の環境影響評価の手続が不要とされる変更にとどまる場合、変更申請に対して行われる環境保全要件の適合性の審査においては、特段の事情のない限り、当初の承認等において都道府県知事が設定していた環境保全配慮の水準(前記イ参照。以下同じ。)と同じものが適用されることが予定されていると解される。」(原判決109頁から110頁)
- ④ 「上記の特段の事情としては、①当初の承認等の申請後、環境影響評価の内容に重要な影響を及ぼしその見直しが必要となるような知見や基準等の変化や、地域特性等に係る事情の変化が生じたことが認められる場合や、②設計の概要等の変更に伴って生じる工事内容の変更が、環境影響評価の内容に重要な影響を及ぼすことが認められる場合などが考えられ、これらの場合であれば、変更申請に対する審査において、従前の環境保全配慮の

水準を変更する合理性を認め得るといえる。」（原判決 110 頁）

- ⑤ 「本件変更承認申請に対する審査において、上記の特段の事情が認められるとすることに合理性を欠いているのに、それが認められるとして、本件承認処分において変更前環境保全図書の内容に基づいて設定された環境保全配慮の水準を変更して、環境保全要件に適合しないとすることは、変更申請に対する判断として、裁量権の範囲の逸脱又はその濫用となるというべきである。」（原判決 111 頁）

(2) 変更承認処分の要件審査における判断の枠組み

本書面第7で後に述べるとおり、免許等処分の出願事項の変更許可又は出願事項の変更承認（変更許可等）は、免許等処分から竣工までの工事実施過程において、出願事項の内容の変更が必要となる事態等が発生した場合に、新たな免許等処分のための手続を一からやり直さなければならなくなることを避けるべく、かかる事態に直面した事業者の利益のため、免許等出願に対して行われた審査と判断を前提として、簡略化された変更許可等の手続をもうけたものである。

したがって、変更許可等の審査にあっても、公水法4条1項各号が準用され、これら要件の充足が求められており、平成28年最高裁判決が免許等処分の際の環境保全要件の判断枠組みとして示した「専門技術的な知見に基づいてされた上記都道府県知事の判断に不合理な点があるか否か」という審査が求められる。

これに対して原判決は、変更許可等の審査については、免許等処分の際に都道府県知事が設定していた環境保全配慮の水準—環境保全図書がこれを満たすものとして判断されていたのであればその水準—と同じものを適用しつつ、知見等や事情の変化、工事内容の変更に伴い環境影響評価の内容に重要な影響を及ぼすなど「特段の事情」の有無を審査するとした。しかし、公水法4条1項各号の要件充足性の判断が、抽象的な要件設定の上で都道府県知

事の裁量に委ねられていることからすれば、変更許可等においてもその裁量判断の枠組みが変わることはなく、ただ、先んじて免許等処分がなされており、その際の環境保全要件充足性の判断において当該申請における環境保全措置が前提になされている場合には、変更許可等にかかる処分をする際に、免許等処分の際の判断と整合しなかったり矛盾したりしたときには、それが専門的技術的な知見に基づいてなされた都道府県知事の判断としての合理性が失われることがありうるに過ぎない。つまり、変更許可等の審査においても、都道府県知事による裁量審査の枠組み自体は、免許等処分の審査と同様であるというべきである。

また、仮に原判決のような判断枠組みを用いるとしても、その「特段の事情」にあたるか否かという判断自体が、都道府県知事の専門技術的な知見に基づく裁量判断に委ねられるのは当然である。したがって、裁判所が自ら「特段の事情」の有無を判断代置によって判断するのではなく、都道府県知事が新たな事情として考慮した事情とそれにもとづく環境保全要件適合性の判断について、「専門技術的な知見に基づいてされた上記都道府県知事の判断に不合理な点があるか否かという観点から」裁量の逸脱濫用があるか否かについて審査されなければならない。

2 工事の実施がジュゴンに及ぼす影響についての判断の誤り

(1) はじめに

原判決は、1項で示した環境保全要件の枠組み、すなわち本件埋立承認処分時点において申立人が設定していた「環境保全配慮の水準」を前提に、本件変更承認申請に対する審査において、その水準の変更の合理性を認めうる「特段の事情」が生じているかについて検討しており、工事の実施がジュゴンに及ぼす影響の点では、「情報収集や予測の適切さ」と「環境保全措置や事後調査の検討やその効果の評価の適切さ」とに分けて論じている。

本理由書では、便宜上、原判決のこの整理に従いつつ、それぞれについて

環境要件適合性の判断、すなわち原判決のいう「特段の事情」の判断に過誤があることを指摘する。

(2) 工事の実施がジュゴンに及ぼす影響についての情報収集や予測の適切さについて

ア 原判決は、「工事の実施がジュゴンに及ぼす影響についての情報収集や予測の適切さ」について、水中音の実測調査と水中音の予測について検討している（原判決 123 頁）。

この点に関する「特段の事情」に当たりうる事実として申立人が指摘していたことは次の諸点である。

- ① 令和元年 12 月に公表された IUCN のレッドリストにおいて南西諸島に生息するジュゴン地域個体群が絶滅危惧 I A 類と評価され、その保全の重要性が高まっていること
- ② 変更前環境保全図書作成時には沖縄島周辺で少なくとも個体 A、B、C が生息していたところ、個体 C の生息が確認できなくなり、個体 B の死亡が確認された一方で、施工区域に近い嘉陽地区を主要な生息域としていた個体 A が平成 30 年 9 月以降確認されない状況が続いていること
- ③ 他方で、令和 2 年 2 月から 6 月、8 月に施工区域内でジュゴンの鳴音のような音が録音されており、②と合わせ地域特性に変化が生じていること

このとおり、本件埋立承認処分時（平成 25 年 12 月）以降の変化として、少なくとも 3 頭は生息していたジュゴンの地域個体群の生息が確認できなくなっており、一層その絶滅の危惧が高まってきており、中でも本件埋立事業の施工区域周辺では、周辺海域に生息していた個体 A が確認されなくなる、という生物多様性の保全にとって深刻な事態が発生している。ところが他方において、施工区域内において新たなジュゴンの鳴音らしき記録

が残されていることが明らかになった。そうであれば、より絶滅に瀕したジュゴンがわずかに生息している可能性が残されている海域の保全は、本件埋立承認処分時よりもさらに切迫したものとなっており、本件埋立事業の施工区域周辺の海域の重要性はより高くなっているといわねばならない。このため、本件埋立事業の施工においてジュゴンの生息環境に最も影響を及ぼしうる船舶の航行や杭打ち音などの工事に関連する水中音の発生による影響について、変更前環境保全図書作成時より一層厳格な環境保全措置が必要になったといえる。

このため、申立人は、本件変更不承認処分において、沖縄防衛局によるこれらに対する環境保全措置の不十分な事項として、おおむね次のことを挙げた。

i 個体Aの生息状況の変化やジュゴンの鳴音らしき録音の記録時期と工事日の関係などから、工事の水中音等によりジュゴンの行動に変化が生じている可能性が見受けられるため、その影響についてさらに調査を要すること。

ii もともと水中音予測には不確実性があることから、一般的な予測手法では足りない事態となっていること

iii それにもかかわらず、採用されている水中音の予想条件の設定について、近距離音場の不規則性による効果についての減衰値(kL)の加減算を逆にした誤りがあること、他の海域の回帰係数の平均値という不確実性の高い係数を使用していることなどから不十分であること

iv 以上のことから、水中音を実測して予測する手法を採用すべきであること

イ 原判決の判断

(7) これに対して原判決は、次のとおり判断した。

「ジュゴンの生息状況については、確かに、前記ウのとおり、本件承

認処分後に実施された各種調査において、従前確認されていた個体AないしCのいずれもが、航空機からの目視観察では平成 31 年 3 月以降確認できなくなり、海草藻場の目視観察では平成 30 年 12 月以降食跡が発見されず、水中録音装置による監視では平成 31 年 4 月以降鳴音が検出されなくなっており（ただし、令和 2 年 2 月から 6 月まで及び 8 月に施行区域内においてジュゴンの可能性の高い鳴音のような音が録音された。）、生息状況に変化が生じていることが認められ、個体Aについては、海上工事開始後の生息域が変化していること（甲 74、75）などに照らすと、評価基準の行動阻害の基準値に達していない大きさの水中音の影響を受けた可能性があるとの疑いは否定できないと考えられる。（甲 58、63（粕谷意見書））

しかしながら、①平成 31 年 2 月までの間に、主として古宇利島沖で生息していることから工事の影響を受けにくいと考えられる個体B及びCについての生息が確認できなくなっており、個体Bは、工事とは直接の関係が認め難い原因で死亡したことが判明していること（前記ウ(7)、②嘉陽沖で生息していた個体Aについては、海上工事が平成 29 年 2 月に開始された後、相応の水中音が発生していたと考えられる同年 11 月から平成 30 年 8 月までの間も含めて、生息が確認できており（乙 A79〔14 頁、19 頁、20 頁、24～29 頁〕）、令和 2 年に鳴音のような音が録音された日の中には海上工事が行われていた日も含まれていたこと（乙 A52〔64 頁、資料 33〕）を勘案すると、個体Aに関する上記の変化の原因が、海上工事の施工に伴う各種作業や船舶の航行によって生じる水中音であると断定することは困難であると考えられる。

他方で、変更前環境保全図書は、参考にしたクジラ目に関する調査では、『行動阻害』の基準以下でも何らかの反応を示すことがある旨のデータを摘示しつつ、ジュゴンについての評価基準を設定し、また、大浦

湾内の水中音に関しては長期的にジュゴンの行動に影響を与える可能性があるとの評価をした上で、これらのことを前提として各種の環境保全措置を採ることとしており、工事により一定の影響が生じる可能性を踏まえた内容となっている（前記ア(エ)及び(カ)）。

これらの点を勘案すると、上記(b)の点(引用注：個体Aの生息状況や鳴音記録などの事情のこと)が、工事に伴う水中音がジュゴンに与える影響の予測の適切さに関して、環境影響評価の内容に重要な影響を及ぼしその見直しが必要となるような地域特性等に係る事情の変化に当たるとすることは合理性を欠いているというべきである。」（原判決 124 頁から 125 頁）

- (イ) また、原判決は、申立人が水中音の予測の不確実性に対応した予測方法を検討すべきこと、水中音の予測式に問題があること等を指摘したことに対して、「上記の指摘は、本件承認処分後の地域特性等に係る事情の変化とは直接的な関係がなく、工事内容の変更に係る事情の変化に伴うものでもないから、前記(1)エの『特段の事情』に当たるとはいいい難い。」（原判決 126 頁）とした。

ウ 原判決の判断が不合理であること

- (ア) このとおり原判決は、ジュゴンの生息状況に変化が生じていることを認定し、「評価基準の行動阻害の基準値に達していない大きさの水中音の影響を受けた可能性があるとの疑いは否定できない」とする一方で、「個体Aに関する上記の変化の原因が、海上工事の施工に伴う各種作業や船舶の航行によって生じる水中音であると断定することは困難」とし、「（環境影響評価の）見直しが必要となるような地域特性等に係る事情の変化に当た」らない、とした。しかし、本件埋立事業の工事の水中音により「影響を受けた可能性」があるが「断定することは困難」という理由で環境保全措置を否定するのであれば、実際に被害が科学的に立証

されない限りは措置は不要というものであり、極めて不合理である。生物多様性基本法3条3項は、その基本原則として、「生物の多様性の保全及び持続可能な利用は、生物の多様性が微妙な均衡を保つことによって成り立っており、科学的に解明されていない事象が多いこと及び一度損なわれた生物の多様性を再生することが困難であることにかんがみ、科学的知見の充実に努めつつ生物の多様性を保全する予防的な取組方法及び事業等の着手後においても生物の多様性の状況を監視し、その監視の結果に科学的な評価を加え、これを当該事業等に反映させる順応的な取組方法により対応することを旨として行われなければならない。」として、生物多様性条約と同様に予防原則を採用している。環境保全措置も生態系の保全に関しては予防原則が当然あてはめられなければならないところ、原判決は同原則に反する不合理な判断というべきである。

また、原判決は、「変更前環境保全図書は（中略）工事により一定の影響が生じる可能性を踏まえた内容となっている」ということも、ジュゴンの生息状況の変化にもかかわらず環境保全措置の内容を変える必要がない根拠とする。しかし、対象となる自然環境がある程度の幅で変動することは自然現象である以上必然であり、もともと環境保全図書における予測はそのようなものである。ここで申立人が本件変更不承認処分に際して指摘したのは、単に地域個体群の生息数や生息域に変動があったということではなく、種の絶滅につながりかねない重大な変動の疑いが生じたこと、その中で本件埋立事業の施工区域周辺のジュゴンの生息場所がより重要な意義を有するものとなっている可能性が新たに生じていることである。このような重要な事情の変動を「特段の事情」と評価しないのであれば、そもそも南西諸島のジュゴン地域個体群の保全措置を行うという前提での本件埋立事業の環境保全措置そのものの存在意義を否定することにもなるといえる。

(イ) 原判決は、申立人が水中音の予測の不確実性に対応した予測方法を検討すべきこと、水中音の予測式に問題があること等を指摘したことに対して、上記のとおり「特段の事情」には当たらないとした。その判断は、水中音の予測の予測方法や予測式自体にのみ着目することによって、変更前環境保全図書作成時と異なる「特段の事情」には当たらないとするものであり、なぜより慎重な水中音予測のあり方を検討しなくてはならなくなったのかという事情の考慮を欠落させており、原判決の示す判断枠組み自体にも反するものである。

すなわち、水中音の予測方法やその予測式そのものにかかる一般的な科学的知見自体が本件埋立承認処分以降変化したかどうかではなく、かかる予測手法をより厳格に再検討しなくてはならなくなった地域特性が生じたかどうか「特段の事情」の判断において考慮されなければならない。申立人が本件変更不承認処分判断したのは、先に述べたとおり、ジュゴンの生息状況がより危殆に瀕しており、なおかつ本件埋立事業の施工区域周辺が生息域として重要性を増しているという事情の変化に照らせば、もともと不確実性の高い水中音の予測手法について、よりジュゴンの生息にとって安全側に検討し直すことが求められている、ということである。

なお、水中音の予測式の作成における過誤（減衰値 $-kL$ の加減についての設定の誤り）については、新たな「特段の事情」に当たるか否か以前の問題であり、過誤により環境保全措置の検討にあたっての予測に誤りが生じて環境保全措置が不十分なものとなるおそれが生じるのであれば、当然に不承認処分の理由としては合理的というべきものである。申立人がこの過誤で指摘しているのは、水中音の距離減衰を過大に評価することによって、予測値が実際の水中音より過小になり、ジュゴンの生息環境を悪化させるおそれがあるということであり、この点について

原判決は何ら判断を示していない。

(3) 環境保全措置や事後調査の検討やその効果の評価の適切さについて

ア 原判決は次に、ジュゴンに及ぼす影響の検討として、「環境保全措置や事後調査の検討やその効果の評価の適切さ」について判断している。（原判決 126 頁）

この点につき、申立人は、本件変更不承認処分において、上記(2)ア①ないし③の地域特性の変化に基づいて、沖縄防衛局による環境保全措置としての不十分な事項として、おおむね次のことを挙げている。

- i 沖縄防衛局が設定しているジュゴンの水中音の評価基準は、Southallらの 2019 年の論文で、海牛類を対象に、より低い評価値が新たに提案されていることから、水中音によるジュゴンへの影響については、研究の進展によってはさらに低い値で影響を及ぼす可能性もあり、不確実性があることから不適切であること。
- ii 事後調査では水中音の測定が予定されてなく、杭打ち前にジュゴンが大浦湾に来遊した際の水中音による影響や、評価基準以下の範囲内におけるジュゴンへの影響を確認することができず、事後調査の結果と環境影響評価の結果との比較検討が可能となっていないこと。
- iii 令和 2 年 3 月にジュゴンの鳴音が確認された際に、同一時間帯における海域でのプラットフォーム船による海上監視でもジュゴンを確認できていないことから、プラットフォーム船による監視が機能しているとは到底いえず、ジュゴンの行動監視体制についてさらなる検討が必要であること。

イ 原判決の判断

これらの点について、原判決は次のとおり述べる。

「研究の進展によりジュゴンの行動阻害に関してもより厳しい評価基準が提案される将来的な可能性があるとしても、現時点においては、評価基

準のうちジュゴンの『行動阻害』に係る基準値に関して、環境影響評価の内容に重要な影響を及ぼしその見直しが必要となる知見や基準等の変化が生じたということは困難である」（原判決 128 頁）。

申立人が指摘している地域特性の変化の原因が、「工事に伴う水中音がジュゴンに与える影響の予測の適切さに関して、環境影響評価の内容に重要な影響を及ぼしその見直しが必要となるような地域特性等に係る事情の変化とまでは認められない」（原判決 128 頁）。

「環境保全措置の一つとして実施されている監視用プラットフォーム船による監視においてジュゴンの存在が確認されていないからといって、直ちにその実効性に疑義が生じたとまではいい難く、その実効性の評価につき事情の変化があるとはいえない」（原判決 130 頁）。

ウ 原判決の判断が不合理であること

- (7) 原判決は、海牛類に対する水中音の新たな評価基準（Southall ら〔2019〕）が公表されたことを受けて申立人が評価基準再検討の必要性を指摘したことについて、「現時点においては、（中略）見直しが必要となる知見や基準等の変化が生じたということは困難」とするところ、前述した生物多様性保全のための予防原則に照らして不合理な判断というべきである。

変更後環境保全図書では、この評価基準として、Southall ら（2007）などを根拠に、音圧レベルについては「障害」に関し 230dB_{re:1μPa}（ピーク値 以下単位を dB で略記）、「行動阻害」に関し 120dB（RMS…平均的な音のレベル）とし（変更後環境保全図書 2-14-3 乙A7）、予測の範囲に収まっているとする。これに対して、Southall ら（2019）では、音圧レベルについて、「一時的な障害」に関し 220dB とより厳格な基準を設定する一方で、「行動阻害」については「適用外」として基準設定に至っていない。そして、沖縄防衛局は、上記予測結果について Southall ら

(2019) に基づく評価をしても、「変更後の水中音の影響は、変更前と概ね同程度またはそれ以下となりました。」としている（同環境保全図書 2-14-35）。ところが、この評価では、Southall ら（2019）で評価基準として示されなかった「行動阻害」については評価をしていない。沖縄防衛局の予測では、音圧レベル（RMS）は、例えば3年次11ヶ月目では、「ジュゴンが高い頻度で確認されている安部崎から嘉陽地先西側の範囲においては、115～120dB 程度の音圧になっており」などと、Southall ら（2007）の評価基準（120dB）の範囲にぎりぎり収まっていることで許容範囲としている（同図書 2-14-17）。しかし、Southall ら（2019）が「障害」についてより厳しい評価基準を設定したことからすれば、そこで基準を示すに至らなかった「行動阻害」についても、従来の120dBより厳しい評価基準が設定されうるであろうと推認するのが極めて自然で合理的である。そうだとすれば、上記のとおり、「行動阻害」について評価基準を改めることなくその許容範囲の上限付近の音圧レベル（RMS）が予測される本件埋立事業の施工区域周辺においては、当該予測をふまればジュゴンへ「行動阻害」の影響を与えるおそれがあることは十分合理的に推認できるのである。原判決の認定でさえ、「評価基準の行動阻害の基準値に達していない大きさの水中音の影響を受けた可能性があるとの疑いは否定できない」（原判決124頁）としており、この事実関係と「行動阻害」についての評価基準について再検討しないこととの間には、まったく整合性がない。それにもかかわらず、単にSouthall ら（2019）では「行動阻害」についての評価基準が定められなかったことのみをもって、「現時点で（中略）基準等の変化が生じた」といえない、とする原判決の判断は合理性を欠くというべきである。申立人の環境保全要件の判断についての専門技術的な知見に基づく判断として不合理な点はないというべきである。

(4) また、変更不承認処分において指摘したその余の、事後調査において水

中音の実測を行うことによって環境保全措置における予測との比較検討を行うこと、ジュゴンに対する行動監視体制の見直しを行うことについても、先に述べた地域特性の変化による施工区域周辺でのジュゴンの保全の必要性の増大という地位特性の変化、すなわち「特別の事情」にもとづけば、申立人の専門技術的な知見に基づく判断としてこれが不十分であると指摘していることは合理性を欠くものではない。

(4) 小括

以上のとおり、原判決がいう「特段の事情」が存しないとする判断には、「特段の事情」となりうる地域特性の変化が存するにもかかわらずこれを環境保全措置の趣旨に反して否定し、あるいは「特段の事情」をふまえて予測手法を再検討すべきところ当該予測手法自体にのみ着目して「特段の事情」を否定するなど、不合理な判断が含まれている。

これに対して、申立人がジュゴンの保全に関して環境保全要件を充足していないとしてなした本件変更不承認処分は、本件埋立承認処分当時に個体識別ができて生息が確認できていたジュゴンの生息が確認されなくなり、その地域個体群の絶滅の危険がより一層高まった一方で、新たに施工区域内で鳴音らしき音が記録されてジュゴンが生息している可能性が判明したことなどのジュゴンの生息状況にかかる地域特性の変化に基づいて、適切な環境保全措置が検討されていないことを指摘したものである。これらの「特段の事情」を考慮した上で沖縄防衛局の環境保全措置が変更前環境保全図書記載の内容とほぼ変わらないものであることを理由として申立人がなした本件変更不承認処分における、その専門技術的な知見に基づいてされた判断に不合理といえる点はなく、原判決の環境要件適合性の判断は誤っている。

3 地盤改良に伴う海底面の改変範囲の拡張が環境に及ぼす影響

(1) 本件変更不承認処分での指摘

本件変更承認申請で予定されている約1万6000本のSCP工法による杭打

ちによって、埋立てがなされる海底の範囲を越え、C護岸等の東外側に位置する海底部分1.8haにわたって、海底地盤が盛り上がり、海底面の水深が上昇するとともにその地形の変化を生じさせることになる。これは本件変更承認申請にあたって新たに生じる海底環境の改変となるところ、申立人は、本件変更不承認処分において、沖縄防衛局がこれら盛り上がり箇所の実地調査を実施してなく、環境影響の調査について必要な水準が確保されていないと指摘した。また、沖縄防衛局が調査を実施したと主張している改変区域内の護岸直下に位置する6地点(E16、E17、BT5、BT6、BT7、BT11 原判決はこれを「護岸直下6地点」と呼んでいる。)は、護岸法線上もしくは飛行場敷地内であって改変されたまま残される海底部分ではなく、環境条件も異なるから不適切である旨指摘していた。

(2) 原判決の判断

これに対して原判決は、変更承認申請にあたって審査すべき「特段の事情」にあたらぬとして、次のとおり判断した。

「①本件変更承認申請に係る設計概要変更に伴って生じる海底面改変範囲の拡張部分は、変更前の海底面改変範囲に隣接しており、海底面改変範囲全体の面積に占める割合は1%程度にすぎないこと(前記イ(7))、②拡張部分の幅(法線方向)は、最大でも約50m程度にすぎず、調査が実施された護岸直下6地点(代替施設本体)と拡張部分の外縁との距離(法線方向)は、最大でも100m程度にすぎないこと(乙A100)、③変更前の海底面改変範囲における調査実施地点(護岸直下6地点を含む14地点。前記ウ(7)参照)の水深は最大で約39mに及んでおり、拡張部分の最大水深(40m以浅)とさほどの相違がないこと(乙A100、A102、A105)、④原告が指摘する外洋からの潮流が流れ込む斜面部であるといった環境条件は、程度の差はあれ、護岸直下6地点付近のいずれにおいても認め得ること(乙A2〔6-9-126頁以下〕、乙A100)、⑤海底面改変範囲内外において実施された種々の調査において、調査ごとに

様々な種が記録されたが、大浦湾の水深 20m以深のみに生息が限定される重要な種は確認されなかったこと(前記ウ(㊦))、⑥環境監視等委員会では、水深 20m以深の底生生物の調査の実施を示唆する意見があり、これを受けて護岸直下 6 地点を含む 22 地点の調査が行われ、さらに、令和 2 年に実施された調査の調査地点の選定に当たり、海底の谷の途中で深みとなっている特徴的な地形の 3 地点(BT12 から BT14 まで)が新たに選ばれたが、海底面改変範囲の拡張部分を対象とすべきである旨の意見が出されたことはいかがわれず(前記ウ(㊦))、原告が指摘する同部分の環境条件の差異に応じた追加調査についてはその必要性の程度が必ずしも明らかではないことを総合勘案すると、地盤改良工事の追加に伴う海底面改変範囲の拡張が、海底生物の生息状況の把握とその保護に関し、環境影響評価の内容に重要な影響を及ぼすものとすることは合理性を欠いていると考えられる。」(原判決 134 頁から 135 頁)。

(3) 原判決の判断が不合理であること

このような原判決の判断は、申立人が専門技術的な知見に基づいて有する裁量判断に対して、さしたる専門的知見にも基づかずにその合理性を否定するものであって、申立人の裁量に対する審査としては誤っている。

すなわち、原判決が挙げている①から④は、海底改変範囲の拡張部分の面積が全体の 1%に過ぎない、拡張部分の幅は最大約 50m程度で護岸直下 6 地点との距離が最大でも 100m程度である、護岸直下 6 地点など海底面改変範囲の実施地点と拡張部分の最大水深はさほど変わらない、拡張部分の環境条件は程度の差はあれ護岸直下 6 地点でも認めうる、等と、距離や面積の数字などをもとに直感的に調査実施地点と拡張部分の環境条件が異ならない、というのみである。⑤については、「大浦湾の水深 20m以深のみに生息が限定される重要な種は確認されなかった」というが、申立人の指摘は、水深の深い海域にのみ生息する生物種の保全を求めるものではなく、大浦湾の海底面の水深や地形、地質などの多様で複雑な環境条件に応じて多様な生物種

が組み合わせられて生態系が構成され、それにより沖縄防衛局の調査によっても 5300 種以上という膨大な生物種が生息する環境となっていることから、異なる環境条件に応じた生物種の組み合わせや密度も含めた生息状況を的確に調査することを求めているのであって、申立人の判断を否定する根拠とはなりえない。また、⑥についても、沖縄防衛局が設置した環境監視等委員会で申立人が指摘するような調査を求める意見がなかったというだけであって、申立人の裁量判断が環境監視等委員会での指摘の範囲に限定されなければならないという理由はない。

むしろ、沖縄防衛局が海底面改変範囲において新たな調査を付加して環境保全措置を検討する必要があることを積極的に立証することによって、初めて申立人による専門技術的な知見に基づいた裁量判断に不合理な点があると認められ、その裁量の逸脱濫用が認められることになるはずである。

よって、地盤改良に伴う海底面の改変範囲の拡張が環境に及ぼす影響について申立人が本件変更不承認処分としてあげた事由について、その専門的技術的な知見に基づいてなした判断について、不合理であると判断されうる積極的な事由がないにもかかわらず、かかる結論を導いた原判決には環境保全要件適合性の判断について違法がある。

4 小括

本件変更不承認処分に対しては、環境保全要件の充足性について、専門技術的な知見に基づいてされた上記都道府県知事の判断に不合理な点があるか否かという審査をしなければならず、また原判決の判断枠組みによるとしても、その際に、変更前環境保全図書で求められる環境保全措置と異なる環境保全措置の必要性が認められる「特段の事情」について、同様に、申立人の専門的技術的な知見に基づいてなした判断に不合理な点があるか否かが問題となる。これに対して、原判決は、申立人の専門的技術的な知見に基づいた裁量の逸脱濫用を審査するのではなく、相手方の本件是正の指示の見解を代置して同指示を適法

としたに過ぎず、その判断には本件変更承認申請における環境保全要件の判断の枠組みとそのあてはめにおいて、法令解釈上重大な誤りがあり、原判決は取り消されるべきである。

第7 「国土利用上適正且合理的要件」の判断枠組みとあてはめについての法令解釈の誤り（争点6及び7）

1 判断の枠組み

(1) 原判決の判示

原判決は、公水法 13 条の 2 に基づく免許等処分の変更承認申請の要件審査中第 1 号要件の判断枠組みについて、平成 28 年最高裁判決を引用しつつ次のとおり判示している。

「第 1 号要件においては、当該埋立てや埋立地の用途が当該公有水面の利用方法として最も適正かつ合理的なものであることまでが求められるものではないと解される。そうすると、上記のような総合的な考慮をした上での公有水面の埋立てが第 1 号要件に適合するとし、又は適合しないとした判断が、事実の基礎を欠いたり社会通念に照らし明らかに妥当性を欠いたりするものでない限り、その判断に瑕疵があるとはいい難いというべきである（以上につき平成 28 年最高裁判決参照）。」（原判決 136 頁）

「変更申請に対して行われる第 1 号要件の適合性の審査（中略）においては、埋立事業に係る全ての考慮要素を当初の承認等の段階と同様に改めて審査するものではなく、当初の承認等において審査の対象となった考慮要素を踏まえれば、『国土利用上適正且合理的ナルコト』という要件に適合するという総合判断が適法にされたことを前提として、『埋立地ノ用途ノ変更』や『設計ノ概要ノ変更』などの内容に従った変更を行った場合に、その変更部分が第 1 号要件の審査の対象となる考慮要素に重要な変更をもたらし、第 1 号要件適合性が失われることになるかどうかという観点からの判断が行われ

ることが予定されているものと解される。したがって、上記の判断に合理性を欠いている場合には、変更申請に対する判断として、裁量権の範囲を逸脱し、又は濫用したものとなるというべきである。」（原判決 138 頁）。

(2) 変更承認処分の性格

免許等処分は、願書等により特定された内容に対して免許等処分をするものであり、願書等により特定された内容に従って適法に埋立工事を実施して当該埋立事業を完成させることのできる法的地位ないし権限を付与するものであって、免許等処分を受けた者が、願書等により特定された内容と異なる埋立事業を実施する法的権限はない。願書等により特定された内容を変更する必要が生じた場合に、変更許可という制度が特別に設けられていなければ、新たな内容で免許等の出願を行うべきことになる。

したがって、変更許可等は、新たな免許等処分とこれに伴い不要となった当初免許等処分の将来に向けた失効と同様の意義を有する制度といえることができる。

変更許可等の制度が設けられたのは、公有水面埋立てについては、免許等処分から竣功までの工事実施過程において、免許等処分時には予想しえなかった新たな事態の発生や新たな事実の判明ということが生じうるところ、この場合、出願事項の内容を変更して新たに免許等の出願をするならば、手続を一からやり直さなければならないし、また、すでに工事実施をしていたならば、当初免許等処分の失効に伴い原状回復をしなければならないという事態も生じうる。当初出願に対する審査と判断がなされていること及び免許等処分を受けて埋立事業のために資本投下が開始されていることなどを考慮して、免許等処分時には想定しえなかった事態に直面した事業者の利益のため、免許等出願に対して行われた審査と判断を前提として、あらためて免許等出願をすることに代えて、変更許可等という免許等出願と比して簡略化された手続を設けたものと解される。

このとおり、変更許可等は、本来当初の免許等処分によって得られた範囲内では行えない埋立事業をなしうる地位を取得するための手続であることから、事業者の利益のため手続を簡略化するものであるにとどまり、公有水面の埋立事業をなしうる地位を取得するという点においては免許等処分と同じである。このため、変更許可等の手続を定める公水法 13 条の 2 第 2 項は、当該手続においても当初の免許等処分の申請の際と同様に同法 4 条 1 項の要件の充足を求めているのである。

(3) 変更承認処分の要件審査における判断の枠組み

ア 平成 28 年最高裁判決の判断枠組み

原判決も引用しているところ、平成 28 年最高裁判決での第 1 号要件の判断枠組みは次のとおりである。

まず公水法 4 条 1 項各号について、「同項が、同項各号の要件に適合すると認められる場合を除いては埋立ての承認又は免許（中略）をすることができない旨を定めていることなどに照らすと、同項各号は、上記承認等が都道府県知事の裁量的な判断であることを前提に、上記承認等をするための最小限の要件を定めたものと解されるのであって、同項各号の規定はこのことを踏まえて解釈されるべきである。」とし、続いて次のとおり判示している。

「公有水面埋立法 4 条 1 項 1 号の『国土利用上適正且合理的ナルコト』という要件（第 1 号要件）は、承認等の対象とされた公有水面の埋立てや埋立地の用途が国土利用上の観点から適正かつ合理的なものであることを承認等の要件とするものと解されるところ、その審査に当たっては、埋立ての目的及び埋立地の用途に係る必要性及び公共性の有無や程度に加え、埋立てを実施することにより得られる国土利用上の効用、埋立てを実施することにより失われる国土利用上の効用等の諸般の事情を総合的に考慮することが不可欠であり、また、前記(1)で述べたところ（引用注：本書面前

段で引用した箇所)に照らせば、第1号要件においては、当該埋立てや埋立地の用途が当該公有水面の利用方法として最も適正かつ合理的なものであることまでが求められるものではないと解される。そうすると、上記のような総合的な考慮をした上での公有水面の埋立てが第1号要件に適合するとし、又は適合しないとした判断が、事実の基礎を欠いたり社会通念に照らし明らかに妥当性を欠いたりするものでない限り、その判断に瑕疵があるとはいい難いというべきである。」

イ 原判決の示す判断枠組みの誤り

原判決は、前述のとおり平成28年最高裁判決の枠組みを引用しつつ、変更承認処分の第1号要件審査の枠組みについては、「埋立事業に係る全ての考慮要素を当初の承認等の段階と同様に改めて審査するものではなく」、当初の承認等において総合判断が適法になされたことを前提として、「『埋立地ノ用途ノ変更』や『設計ノ概要ノ変更』などの内容に従った変更を行った場合に、その変更部分が第1号要件の審査の対象となる考慮要素に重要な変更をもたらし、第1号要件適合性が失われることになるかどうかという観点からの判断が行われることが予定されているものと解される。」としている。

しかし、変更許可等が、事業者に対して新規の免許等処分の申請の負担を軽減するものにとどまり、その要件は公水法4条1項に基づいて新規の免許等処分と同様とされていること、平成28年最高裁判決が、第1号要件は、都道府県知事の裁量判断を前提としてその充足を最小限の要件として定めたものであり、上記のような諸般の事情を総合的に考慮すべきものであるとし、都道府県知事の広い裁量に委ねられていることを判断したことからすると、原判決の判断枠組みはこれらと整合性を欠いているというべきである。

変更承認処分の審査にあたっては、免許等処分時と同様に、平成28年

最高裁判決が示した第1号要件の総合的な考慮が求められており、都道府県知事にその裁量が広く委ねられているというべきである。原判決が示している本件埋立承認処分での「審査対象となった考慮要素」との関係についていえば、これにより都道府県知事の裁量判断の枠組みが狭くなるということではなく、変更承認申請にかかる審査の結果が、本件埋立承認処分時に判断した内容と整合性を欠いたり矛盾したりすることなどによって、その判断が「事実の基礎を欠いたり社会通念に照らし明らかに妥当性を欠いたりする」ことになるか否かの事実判断のレベルにおいて問題となりうるにとどまるのであって、都道府県知事による要件審査の裁量の枠組みが限定されるというものではない。

ウ 埋立の必要性要件について

なお、申立人の公水法4条1項の要件審査をする際の内容審査基準では、「A 埋立の必要性」、「B 免許禁止基準」、「C 免許権者の免許拒否の裁量の基準（埋立ての必要性に関する項は除く）」とあり、「B 免許基準」の区分に「法4条1項1号」とあり、第1号要件審査の前段階として必要性を審査する仕組みとなっているところ、原判決は、埋立ての必要性の審査は「第1号要件の審査から切り離れたものではなく」、「第1号要件の審査で行われる総合考慮において勘案されるべき個別の要素を並列的に取り上げているものと位置づけることが適切」として、第1号要件審査に含まれる旨判示した（同判決137頁）。また、平成28年最高裁判決の判示は、第1号要件の判断において、「埋立ての目的及び埋立地の用途に係る必要性及び公共性の有無や程度に加え、埋立てを実施することにより得られる国土利用上の効用」等が総合的な考慮の対象となるとして、第1号要件の審査中において埋立ての必要性が考慮されることを示している。

よって、以下では、原審で主張した必要性要件適合性については、第1

号要件の充足性の判断に関する主張の中で触れることとする。

2 重要な考慮要素を意図的に欠落させていること

(1) 原判決が考慮しなかった第1号要件の重要な判断要素

ア 本件変更不承認処分では、その理由の一つとして、「埋立の動機となった土地利用が可能となるまで不確実性が生じており、普天間飛行場の危険性の早期除去にはつながらない」ことを指摘している。この点にかかる第1号要件（災害防止要件で述べる部分を除く）を充足しないという本件変更不承認処分の判断は、平成25年12月27日に仲井真知事が本件埋立承認処分をなした時点では本件出願の願書（本件願書）に「埋立に関する工事の施工に関する期間」を5年としていたにもかかわらず（乙A1 25頁）、令和2年4月21日に提出された変更後の設計概要説明書によれば、本件埋立承認処分時点からではなく、変更承認処分時からさらに9年1ヶ月の工程を要する内容（乙A6 設計概要書 工程表 132～133頁）であったことから、もはや普天間飛行場の危険性の早期除去にはつながらないと判断したことによるのであった。

イ これに対して、原判決は、申立人の本件埋立承認処分審査時の内容審査（別紙）（乙A117）の記載に基づき、本件埋立承認処分にあって、要旨①普天間飛行場の危険性の除去が喫緊の課題であること、②普天間飛行場の面積に比して埋立面積の規模が適正であること、③航空機の住宅地上空の飛行が回避され、また辺野古新基地の一部が既存のキャンプ・シュワブの一部を利用して建設されることなどをあげ、第1号要件に適合すると判断したとし（原判決139頁）、本件変更承認申請における「埋立地ノ用途ノ変更」及び「設計ノ概要ノ変更」の内容は、この①から③の事情に関し、「重要な変更をもたらすものではなく」、「第1号要件適合性が失われたとする原告の判断は、合理性を欠くというべきである。」とした（原判決140頁）

原判決は、申立人の主張に対しては、「原告（仲井眞知事）が行った本件承認処分における第1号要件適合性の審査の内容（上記ア）をみても、本件願書に記載された上記の工期を順守することが適合性判断の重要な考慮要素となっていたことまではうかがわれない。そうすると、軟弱地盤の判明に伴う設計の変更を理由とする本件変更承認申請に対する第1号要件の審査に当たって、上記の工期の伸張それ自体をもって消極要素として重視することは、合理性を欠くといわざるを得ない。」（原判決142頁）とした。

このとおり、原判決は、本件埋立承認処分において第1号要件に適合すると判断した要素として「普天間飛行場の危険性の除去が喫緊の課題」であることは挙げつつも、その目的の部分だけが考慮要素だとし、「喫緊の課題」としての時間的要素を含んだ目的に適合する手段の適正性、合理性という要素をまったく排斥して、本件変更承認申請の第1号要件適合性を認定したのである。

(2) 第1号要件の裁量判断において重要な考慮要素を欠落させた法令解釈の誤り

ア 原判決のかかる判断についてみると、「普天間飛行場の危険性の除去が喫緊の課題」であるという必要性が変わらないとしている部分については、普天間飛行場の返還が今も実現していないことから、その必要性があることは、判示のとおりである。しかし、「普天間飛行場の危険性の除去」という目的の必要性があるとしても、その実現のためのいかなる手段であっても当然に必要であり相当であるということにならないことはいうまでもない。目的に必要性が認められても、その実現手段の必要性、相当性が認められて初めて当該目的の実現のために適合的な手段となるのである。

すなわち、「普天間飛行場の危険性の除去」が「喫緊の課題」であることに照らして、その手段としての必要性、相当性は、時間的要素が極めて

重要な判断材料になるのである。「喫緊の課題」であるにもかかわらず、その実現の手段として迂遠であったり、実現可能性に疑問が生じたり、あるいはその「喫緊」と評価される程度に比して不相当に長期間を要する手段であったりする場合には、当該目的に照らして適正で合理的な手段とはなりえない。

イ 原判決は、申立人が主張してきた事業実施の時間的要素の問題について、上記のとおり、本件埋立承認処分時の審査の内容において「工期を遵守することが適合性判断の重要な考慮要素となっていたことまではうかがわれない」、本件埋立事業の不確定性から「工期の伸張それ自体をもって消極要素として重視することは、合理性を欠く」というが、これは論理のすり替えというほかない。

公有水面埋立事業自体が、免許等処分の時点において、「埋立地となる海底等の情報に不確定性がある段階で行われ、実施設計の進展や工事の過程において新たな事情が判明した場合には、設計を変更し工期を伸張することも許容され得る」こと（原判決 141 頁）は当然のことであり、申立人もそのことを否定しているものではない。本件変更不承認処分も、「5年」の工期が遵守されなければならない期間であったことを前提として、それを超過していることを理由としてなしたものではない。それを理由とするのであれば、そもそも平成 25 年 12 月 27 日に本件埋立承認処分がなされてから 5 年経過した時点で工期の徒過を理由に本件埋立承認処分を取り消すのが道理となるはずであるが、もちろん申立人はそのような処分は行っていない。申立人がなした本件変更不承認処分では、「5年」を超過したことを理由としているのではなく、本件埋立事業の目的とその手段としての必要性、相当性を検討し、本件変更承認申請がなされた経緯と時期、本件変更承認申請に基づく将来の工期とその見込みなどをふまえて、総合的な考慮をした上で、第 1 号要件に適合しないと判断したものである。原

判決は、この判断についての要件適合性審査を敢えて回避するために、申立人が主張もしていない論理を前提として、埋立事業の不確定性という一般論をもちだして申立人の判断を否定しているのである。

ウ 本件埋立事業における時間的要素が極めて重要な考慮要素であったこと

(7) どのような事業であれ、その実施の必要性とともにその実現の時期がどうなるのかという時間的要素がその事業の合理性の判断要素になることは当然であるところ、それぞれの事業毎について、その時間的要素の重要性が異なってくることもまた当然である。そして、本件埋立事業について、「普天間飛行場の危険性の除去」という事業実施の必要性があるという前提事実については申立人においても認められるところであるが、これが敢えて「喫緊の課題」という極めて強い表現で急を要する事業であることが指摘されているとおり、いかに早期に普天間飛行場の危険性の除去を実現しうるかが本件埋立事業にとって重要であり、この点は他の一般的な公共事業と異なる要素である。そのことは、次の事実から明らかである。

(i) 本件願書に添付されている埋立必要理由書（乙 A3）では、埋立の動機及び必要性として、「（普天間）飛行場の周辺に市街地が近接しており、地域の安全、騒音、交通などの問題から、地域住民から早期の返還が強く要望されており、政府としても、同飛行場の固定化は絶対に避けるべきとの考えであり、同飛行場の危険性を一刻も早く除去することは喫緊の課題であると考えている。」（同 1 頁）、「普天間飛行場の危険性を早期に除去する必要がある、極力短期間で移設できる案が望ましいこと」（同 2 頁）、「以上のとおり、政府は、普天間飛行場の固定化はあってはならないとの立場から同飛行場の危険性除去が喫緊の課題と考えている。」（同 2 頁）としている。同じく同理由書の「埋立の時期」（同 21 頁）では、「埋立工事を早期に着手して普天間飛行場の代替施

設を一日でも早く完成させ、普天間飛行場の移設・返還を実現させる必要がある。」とされ、さらに「埋立の効果」（同 67 頁）では、「本埋立てを行うことで、普天間飛行場の代替施設が建設され、日米両政府の喫緊の課題となっている、普天間飛行場の早期の移設・返還を実現して、沖縄県の負担軽減を図ることが可能となる。」とされている。かかる必要性をふまえて、本件願書において、「埋立てに関する工事の施工に要する期間」を「5年」（同 25 頁）と設定された。

- (ウ) このとおり、本件埋立事業自体、「普天間飛行場の危険性を一刻も早く除去することが喫緊の課題」とされ、その目的によって進められているのであるから、短期間であるという時間的要素が本件埋立事業にとって中核的な要素ともなっていることは、新基地建設の経過からも明らかである。

平成 8 年 4 月 12 日、内閣総理大臣と駐日大使との会談において、最初に普天間飛行場の返還が発表された内容が、「今後 5 年ないし 7 年程度で全面返還される」とされた（同 3 頁）。

同年 12 月 2 日、沖縄に関する特別行動委員会（SACO）は、附属文書「普天間飛行場に関する SACO 最終報告」において、「今後 5 乃至 7 年以内に、十分な代替施設が完成し運用可能になった後、普天間飛行場を返還する。」とした。

平成 18 年 4 月 7 日付けの名護市長等と防衛庁長官の間での「普天間飛行場代替施設の建設に係る基本合意書」（同 11 頁）、同年 5 月 11 日付け沖縄県知事と防衛庁長官との間の同合意書でも、「普天間飛行場に近接した民間地域で、普天間飛行場所属大型ヘリコプターの墜落事故が発生した。一日も早い同飛行場の移設を実現することが、この問題の当初の目的にかなうものであるとの共通認識から」とされている。

同年 5 月 30 日付けの閣議決定「在日米軍の兵力構成見直し等に関する

る政府の取組について」（同 15 頁）でも、「普天間飛行場の危険性の除去、周辺住民の生活の安全、自然環境の保全及び事業の実行可能性に留意して進めることとし、早急に代替施設の施設計画を策定するものとする。」とされている。

同年 5 月 28 日付けの日米安全保障協議委員会共同発表（同 17 頁）でも、「普天間飛行場のできる限り速やかな返還を実現」、「代替の施設の環境影響評価手続及び建設が著しい遅延がなく完了できることを確保するような方法で、代替の施設を設置し、配置し、建設する意図を確認した」等の表現がみられる。現行計画である本件埋立事業は、この共同発表を受けて実施されているものである。

その後も引き続き普天間飛行場の返還期限についての合意が繰り返されている。平成 19 年 5 月 1 日付けの日米安全保障協議委員会共同発表は、「閣僚は、『ロードマップ』に従って、目標の 2014 年までに普天間飛行場代替施設を完成させることが、第 3 海兵機動展開部隊のグアムへの移転及びそれに続く沖縄に残る施設・区域の統合を含む、沖縄における再編全体の成功裡かつ時宜に適った実施のための鍵であることを再確認した。」としている。さらに、平成 23 年 6 月 21 日付日米安全保障協議委員会文書「在日米軍の再編の進展」では、「閣僚は、（中略）普天間飛行場の固定化を避けるために、上記の計画を 2014 年より後のできる限り早い時期に完了させるとのコミットメントを確認した。」ともされている。

本件願書が提出され、本件埋立承認処分がなされる前の審査中の段階の平成 25 年第 1 回沖縄県議会において、同処分を後になした当時の仲井眞知事も、「現実にもし建設計画があるとすれば、何年かかってどんなふうにかつこういうものは実現可能かも非常に難しい面が予想される。そうすると、今の普天間を一日も早くクローズをする、固定化させない。

これが辺野古を頼りにやったとすれば、辺野古へ賛成か反対か以前に、これは一体実現の可能性が本当にあるのかないのかというのがすぐ僕らの頭をよぎります。（中略）仮に賛成・反対はちょっとこちらへ置いておきまして、建設を想像するだけでも5年、いや10年、いや15年となると、事実上固定化と同じだというのが私の考え。」と答弁しており、本件埋立承認処分が、普天間飛行場の危険性除去が数年単位でいかに早く実現しうるかが重要な検討材料となっていることを明らかにしている。

仲井眞知事はまた、本件埋立承認処分の10日前である平成25年12月17日の沖縄政策協議会において普天間飛行場の5年以内の運用停止と早期返還を要請し、これに対して政府側は、本件埋立承認処分直後の平成26年2月18日の首相官邸で開催された第1回普天間飛行場負担軽減推進会議で、安倍総理大臣が冒頭、「昨年12月17日に知事から承った『普天間飛行場の5年以内の運用停止』をはじめとする基地負担軽減に関する4項目のご要望については、沖縄県民全体の思いとして、しっかりと受け止め、『政府としてはできることは全て行う』という、安倍政権の基本姿勢を申し上げてきました。」と発言して、応答している。

- (エ) 以上のとおり、本件願書において「極力短期間で移設できる案」として5年の工期で計画された本件埋立事業であったこと、普天間飛行場の危険性の除去が数年単位での「喫緊の課題」であることがそれまで幾度も確認されてきたことをふまえて、本件埋立承認処分時に第1号要件への適合性が判断されたのである。

原判決は、本件承認審査における内容審査（別紙）（乙 A117）に記載されていないとしてかかる判断を否定しているが、誤りである。そもそも本件願書に埋立の動機として記載されているとおり、上記のことはあまりにも当然の前提事実であり、これに至る本件埋立事業の経過において「喫緊の課題」という文言が繰り返され、原判決が引用する内容審

査（別紙）もそれを受けて「喫緊の課題」と表記することで、その点を重要な考慮要素としていることは当然である。

エ 以上のとおり、原判決の判示は、変更承認処分の審査の判断枠組みとして「『埋立地ノ用途ノ変更』や『設計ノ概要ノ変更』などの内容に従った変更を行った場合に、その変更部分が第1号要件の審査の対象となる考慮要素に重要な変更をもたらし、第1号要件適合性が失われることになるかどうかという観点からの判断」という狭い枠組みにもとづいて、本件埋立承認処分審査時の内容審査（別紙）での記載をその文言上の記載を極めて限定的に理解することによって、本件埋立事業の第1号要件適合性審査にあたってもっとも重要な要素の一つである事業の遂行に関する時間的要素の判断を意図的に解釈したものであって、公水法4条1項1号要件の法令解釈に重大な過誤があるというべきである。

また、仮に原判決のいう変更承認処分の審査の判断枠組み自体を前提としても、『埋立地ノ用途ノ変更』や『設計ノ概要ノ変更』などの内容に従った変更を行った場合に、その変更部分が第1号要件の審査の対象となる考慮要素に重要な変更をもたらし、第1号要件適合性が失われることになるかどうかという観点」には、事業の実施に要する期間という時間的要素が「第1号要件の審査の対象となる考慮要素」として含まれることになることから、原判決は自ら設定した枠組みに基づいてもその判断を欠落させているという、同要件上の法令解釈の誤りがあるものである。

(3) 時間的要素について裁量判断の枠組みに相反する原判決の判示

本件変更不承認処分でなされた第1号要件適合性の判断の適法性については、これが都道府県知事の裁量に属するものであり、平成28年最高裁判決が示した総合的な考慮のうえ、その判断が「事実の基礎を欠いたり社会通念に照らし明らかに妥当性を欠いたりするものでない」かどうかを審査されなければならない。

本件変更不承認処分は、工期が5年から伸張したから合理性を欠くと判断したものではない。5年の工期として平成25年12月に本件埋立承認処分を受けながらも、もっとも工期を要する大浦湾側の工事に着手せず、令和2年4月になってようやく本件変更承認申請をなしたところ、これによれば同申請が承認されてからさらに9年以上もの工期を要するという計画とされていたため、その当初の工期と比して、本件変更承認申請までに6年5ヶ月、さらにそれからの工期が9年1ヶ月と、極めて大きな乖離が生じてしまい、もはや本件願書のいう「極力短期間で移設する案」（本件願書添付埋立必要理由書2頁）とはまったく異質な計画となってしまったこと（本件埋立承認処分時点から起算すると、本件埋立承認処分時の工期が5年、本件変更承認申請に基づく工事では工期が変更申請の審査期間を除いても15年6ヶ月となる。）、そして計画上の工期が9年1ヶ月であるとしても前例のない深度に達する軟弱地盤の膨大な地盤改良工事を必要としているために計画された工期どおり進捗するかどうか極めて不確実であること（なお、本件変更承認申請にかからない辺野古側一埋立区域②一の埋立て工事については、同申請にかかわらず施工が可能であり実際に工事が進められているところ、本件願書添付の設計概要説明書記載の工程表では2年次5ヶ月目から同年10ヶ月目及び3年次5ヶ月目から6ヶ月目〔これらの工期を合わせてもわずか7、8ヶ月程度である。〕で完了するとされているにもかかわらず〔乙A6 63頁〕、本件埋立承認処分がなされてから9年3ヶ月が経過した現時点においてもいまだ埋立工の完了に至ってなく、大幅に遅延しており、本件埋立事業が事業者の計画通りの工程で進む可能性が極めて乏しい事実も明らかになっている。）を指摘しているのである。したがって、この判断が、「事実の基礎を欠いたり社会通念に照らして明らかに妥当性を欠いているか」が判断されなければならない。

ところが、原判決の判断は、本件埋立承認処分が重要な考慮要素とした時

間的要素をまったく検討の対象外にしつつ、自ら限定的に設定した本件埋立承認処分における第1号要件の審査結果（上記①から③）の事情に関し「重要な変更をもたらすものではない」（原判決140頁）とし、平成28年最高裁判決が示した裁量判断の枠組みに従うこともなく、裁量判断にあたって重要な時間的要素についての検討を怠り、同最高裁判決の摘示に反する法令の解釈の誤りをなしたものである。

これに対して、本件変更不承認処分における第1号要件適合性の判断は、上記のとおり、本件埋立事業の目的に照らしてその手段としては時間的要素においてもはや不適合としたものであって、申立人が沖縄県という地域の実情に応じた合理的な判断といえるのである。そのことは、本件埋立事業の対象海域には沖縄島内でも極めて特異で貴重な自然環境が広がっていること、普天間飛行場の代替施設として辺野古新規建設事業を実施することは沖縄県民の長年の願いである米軍基地の整理縮小に貢献するものではなく、米軍基地の集中が沖縄県の経済発展にも大きな支障となっていることなどの本件埋立事業によって失われる利益が大きく、えられる効果も乏しいもとの、沖縄県として積極的に推進する事業としてではなく、やむなく普天間飛行場の早期の撤去のため本件埋立承認処分がなされてきた経過からも明らかである。そして、本件埋立承認処分後も、平成28年12月には名護市安部海岸付近に普天間飛行場所属のMV-22オスプレイが墜落し、翌平成29年12月には、同飛行場近傍の緑ヶ丘保育園に大型ヘリコプターCH-53Eの部品が落下し、さらに同飛行場に隣接する普天間第二小学校の体育授業中の運動場に同型ヘリコプターの操縦席窓枠が落下するなど、同飛行場の危険性の除去が一刻も猶予ならない状況が続いているのである。このような状況下で遅々として進まない本件埋立事業については、平成31年2月に実施された沖縄県民投票では、本件埋立事業について投票総数の約72%、約43万人の圧倒的多数が反対を表明しているのである。このような沖縄県の地域の実情をふまえれば、

さらに膨大な建設期間を要するとする本件変更承認申請について、普天間飛行場の危険性の早期除去という目的に適合しないと申立人が判断したことは、極めて合理的であったといえる。

また、第1号要件の不適合性に関し、この本件埋立事業の期間の不確定性を申立人が指摘していることについて、原判決は、変更内容につき「災害防止要件を充足しないとする判断が合理性を欠くこと」や設計内容が港湾基準・同解説が前提とする「不確定性の範囲以内にあること」を理由に、相当ではない、としている（原判決141頁）。しかし、災害防止要件を充足していないことは本書面第5で述べているとおりであるし、申立人が指摘しているのは、埋立事業に一般的に伴う「不確実性」ではなく、本件埋立事業の実施についてのこれまでの進捗状況や、本件変更申請の内容が災害防止要件への適合いかんにかかわらず前例のない工事であって、その工期や方法についての不確実性がきわめて大きくなっているという特別に生じている事情を指摘しているのであって、原判決の判断こそ相当ではない。

なお、普天間飛行場の危険性の除去にとって「辺野古が唯一」の手段であり依然としてその必要性があるなどといった反論についてみると、裁判所が判断すべきは、国と申立人のいずれの見解が正当であるか否かではなく、公水法の要件適合性判断においては都道府県知事に裁量があることを前提にして、その裁量行使が「事実の基礎を欠いたり社会通念に照らして明らかに妥当性を欠いているか」である。したがって、もはや「喫緊の課題」としての「普天間飛行場の危険性の除去」を目的とした手段としては本件埋立事業が「国土利用上適正且合理的」といえないとした申立人の判断が、「事実の基礎を欠いたり社会通念に照らして明らかに妥当性を欠いて」いない限り、法的には適法と判断されなければならない。繰り返すが、裁判所の職責は、都道府県知事の裁量判断の適法性であり、普天間飛行場撤去に向けた方法論のいずれが正当であるか、ではないのである。そうであれば、申立人の第1号

要件不適合の判断に裁量逸脱濫用があるか否かは、本件変更申請が「普天間飛行場の危険性の除去」を「喫緊の課題」とする事業目的に整合しているかどうかという原判決のような判断代置した価値判断であってはならない。当初計画とは「普天間飛行場の危険性の早期の除去」の実現の観点で極めて大きな懸隔のある本件変更承認申請が第1号要件に適合しないと判断した申立人の本件変更不承認処分には、何ら裁量の逸脱濫用はなく、その判断を否定する内容の本件是正の指示は違法である。

3 結論における裁量判断の枠組みに相反する原判決判示

- (1) さらに原判決は、申立人が指摘しているような本件変更承認申請に基づく事業の工期や不確実性の問題のみならず、次のことを挙げて申立人の判断が「合理性を欠く」としている。

「普天間飛行場の危険性を早急に除去することが重要な政策課題として取り上げられ、平成8年に日米間の合意が行われてから、その具体的な内容の決定に向けて、沖縄県の地方自治体も含めて意見の異なる多数の関係者間の各種協議・調整等が行われ、平成25年に本件承認処分が行われるまで、約17年という長い歳月を要しつつも漸進してきたという経緯があることに加え、上記の経緯からすると上記の政策課題を実現する他の現実的な方策を速やかに見出すことが現時点においては困難であると考えられること、本件承認処分に基づく工事が着工されて大浦湾側以外の部分につき工事が一定程度進捗していることをも総合勘案すると、5年次までに埋立ての工程を終えるという当初の出願の内容が変更され、本件変更承認申請に基づく承認がされた後完成までにさらに約9年1月の工程を要することになったことをもって、埋立ての必要性を基礎づける考慮要素とされていた『普天間飛行場の危険性の除去が喫緊の課題であること』（上記ア①）との関係で、その積極的価値に重要な変更をもたらす事情であると評価することや、それと整合しないものであると評価し、第1号要件適合性が失われることになったと判断すること

は、合理性を欠くものといわざるを得ない。」（原判決 143 頁）

(2)ア このように原判決は、普天間飛行場の危険性除去の方法としていかなる手段が合理的かについて、国の見解と申立人の本件変更不承認処分の理由とを比較検討して、自らいずれが合理的かを判断代置の手法によって結論を導いている。しかし、これが、平成 28 年最高裁判決が示した公水法における埋立承認要件の判断枠組み（都道府県知事の裁量を前提として、その判断が事実の基礎を欠いたり社会通念に照らし明らかに妥当性を欠いたりするものでないかどうかという枠組み）を逸脱し、まったく別の判断を行っているものであることは明らかである。

そして、原判決が挙げている諸事実を踏まえても、申立人が第 1 号要件不適合と判断した裁量の逸脱濫用を認定しうる根拠には到底なりえない。

イ 普天間飛行場の危険性の早急な除去のために「約 17 年という長い歳月を要しつつも漸進してきた」とあるところ、そもそも平成 8 年の時点において、日米両政府の合意により「5 年ないし 7 年程度」で普天間飛行場が返還されると発表したにもかかわらず、それから現在まで 27 年の歳月を経て、それでもなお埋立の比較的容易な辺野古側の埋立が進められているにとどまり、その範囲においても埋立が完了していない、というのが現実であり、「漸進」という言葉の裏返しとして、これだけの長期間を要してもなお「わずかにしか進捗していない」というのが事実である。現実を問題にするとき、このわずかに進捗しているという事実と、わずかにしか進捗していないという事実の両面があるのである。沖縄県民がみる現実には、普天間飛行場の返還が合意されたにもかかわらず、それでも戦後の米軍による沖縄占領期間と同期間という気の遠くなる期間にわたってその実現の目途が立っていないという現実である。その現実のいずれが正当であるかを判断するのが裁判所の役割ではない。

ウ また原判決は、普天間飛行場の危険性除去のための方策について、「上

記の政策課題を実現する他の現実的な方策を速やかに見出すことが現時点においては困難であると考えられる」とも述べている。この点についても、なぜ裁判所が「辺野古唯一」という政策判断をなすことができるのであろうか。裁判官の個人的な見解ならまだしも、裁判所の職責としてなしうるものではない。普天間飛行場の返還については、沖縄県民の中でも、本件埋立事業に賛成の意見は少なく、即時返還、県外・国外移設を求める意見が多く、これらいくつもの選択肢について、政治的な選択は民主主義に基づいて決定されるべきことであって、裁判所が判断すべきではない。「他の現実的な方策を速やかに見出すことが現時点においては困難である」という原判決の判断は、単に国がかかる政策を主張してきたという事実を過ぎないのであって、むしろその「現実的な方策」としてなされている本件埋立事業が当初の普天間飛行場返還合意から 27 年経過しても進捗していないという現実を照らせばこれが「現実的な方策」ではなかったことを示しているといえる。いくつもの選択肢があるもとで、申立人が地域の実情に応じて、本件変更承認申請に基づく本件埋立事業の続行について、本件埋立承認処分での判断内容をふまえたとしても合理性を欠くと判断したことについては、辺野古唯一という裁判所の政治判断によって「社会的通念に照らし明らかに妥当性に欠く」とは判断しえないはずである。

エ さらに、「本件承認処分に基づく工事が着工されて大浦湾以外の部分につき工事が一定程度進捗している」という原判決の判断部分についても、本件埋立事業が完了間際であってその中止が社会経済的にみても多大な損失を生じさせることになって不相当というのであればともかく、本件においてはそのような事情はまったく存しない。確かに辺野古側の埋立によって同範囲の海面が消滅するところまで工事が進んではいるものの、なお多様で貴重な生態系を有している大浦湾側の工事はほとんど着手されておらずその豊かな生態系は維持されており、引き返すことは十分可能な段階で

ある。また、辺野古側の埋立だけで中断したとしても、原状回復し、あるいは仮に原状回復ができないとしても米軍飛行場目的以外の用途への転換を検討することによって社会経済的損失を防ぐという手段も十分残されている。そもそも、本件埋立事業は辺野古側と大浦湾側の埋立が一体として確実になければ進められない事業であるにもかかわらず、大浦湾側の軟弱地盤判明により事業の推進が不透明になった後も辺野古側だけを先行して埋立てするという事業遂行のあり方は、一般的な事業としてはありえないところ、本件埋立事業を沖縄県民に無理やり受け入れさせんがごとく建設という既成事実を積み上げようとしてきた事業者の事業態度について、裁判所が忖度する必要などないというべきである。それらのことをふまえると、申立人の判断が「社会通念に照らして明らかに妥当性を欠く」とは到底いえないのである。

オ 繰り返すが、裁判所が判断すべきは、どんなに事業実施に時間がかかっても「辺野古唯一」という判断が合理的である、ということではなく、申立人が地域の実状に照らしてもはや目的に適合しないと判断したことが、「社会通念に照らし明らかに妥当性に欠く」というべきかであり、裁判所はこの枠組みに基づいて判断すべきである。そうであれば申立人の判断に裁量の逸脱・濫用がないことは自明となる。

- (3) 以上のとおり、原判決が、第1号要件に適合しないと判断した申立人の判断は合理性を欠き、裁量の逸脱・濫用があると判断したことは、第1号要件適合性にかかる裁量判断の枠組みを逸脱し、裁判所が判断すべきでない判断代置によって結論を導いたものであり、ここに第1号要件の裁量判断の枠組みとそのあてはめにおいて法令解釈の重大な誤りがある。原判決が申立人が本件変更不承認処分で示した判断には裁量の逸脱・濫用はなく、これを前提とした本件是正の指示は、本件変更承認申請の要件を充足したとしてなされた違法な判断であるから、これは取り消されなければならない。

第8 公水法 13 の2の「正当ノ事由」の判断枠組みとあてはめについての法令解釈の誤り（争点8）

1 原判決の解釈とあてはめ

(1) 原判決は、公水法 13 条の2第1項所定の「正当ノ事由」について、「変更申請をすること自体の適法性に関する要件であり、その充足性の審査においては、申請にかかる変更を行う理由が客観的にみて相当か否か、変更を反映した後の埋立の内容が当初の埋立の承認等に係る願書により特定された内容と同一性を有するか否かという点を中心として変更申請を正当なものとするに足りる客観的事情があるか否かを判断すべきものと解される。」と判示した（原判決 145 頁）。

(2) そして具体的なあてはめとして、本件変更承認申請がなされたのは、「本件承認処分後に実施した土質調査の結果を踏まえ、地盤改良を追加し、設計の再検討や工法の見直しを行う必要が生じたという点にあるから、これらの変更は客観的にみて相当であるといえることができる。また、上記の変更の結果、埋立地の面積が減少するが、本件新施設等に供される埋立区域の減少は僅かなものであり、本件埋立事業の用途、土地利用計画、埋立地の規模、埋立面積の点からみて、本件願書により特定された内容と同一性を有するといえる。そうすると、本件変更承認申請については、変更申請を正当なものとするに足りる客観的事情があるといえる。」と判示した（原判決 147 頁から 148 頁）。

(3) 申立人の主張

これに対し、申立人は、「正当ノ事由」（公水法 13 条の2第1項）の判断について、変更許可等申請の必要性とこれを許容することの相当性の双方の評価を要するものであること、したがって、変更許可等の必要がないにもかかわらずそれが認められないことは当然として、単に変更許可等が必要で

あれば「正当」と評価されるものではなく、変更許可等という手続を許容することの相当性が認められなければならないものというべきであると主張してきたものである。

(4) 原判決の法令解釈の誤り

原判決と申立人の「正当ノ事由」に関する解釈、適用についての違いは、「変更許可等という手続を許容することの相当性」を審査することが、公水法 13 条の 2 第 1 項の「正当ノ事由」の解釈適用として、容認されるかどうかという点にある。

原判決は、「正当ノ事由」の判断に関する考慮事由として、「手続を許容することの相当性」を排除するものである。これは「正当ノ事由」の判断の考慮事由を極めて狭く解釈するもので、公水法 13 条の 2 第 1 項所定の「正当ノ事由」の判断権者とし都道府県知事に与えられた裁量権を不合理に制限する解釈であって、容認できない。

2 「正当ノ事由」（公水法 13 条の 2 第 1 項）の意義

(1) 埋立免許処分又は埋立承認処分（以下「免許等処分」という。）は、願書等により特定された内容に対して免許等処分をするものであり、願書等により特定された内容に従って適法に埋立工事を実施して当該埋立事業を完成させることのできる法的地位ないし権限を付与するものであって、免許等処分を受けた者が、願書等により特定された内容と異なる埋立事業を実施する法的権限はない。

願書等により特定された内容を変更する必要がある場合に、変更許可という制度が特別に設けられていなければ、新たな内容で免許等の出願を行うべきことになる。

したがって、出願事項の変更許可又は出願事項の変更承認（以下「変更許可等」という。）は、新たな免許等処分とこれに伴い不要となった当初免許等処分の将来に向けた失効と同様の意義を有する制度ということができる。

変更許可等の制度が設けられたのは、公有水面埋立てについては、免許等処分から竣功までの工事実施過程において、免許等処分時には予想しえなかった新たな事態の発生や新たな事実の判明ということが生じうるところ、この場合、出願事項の内容を変更して新たに免許等の出願をするならば、手続を一からやり直さなければならないし、また、すでに工事実施をしていたならば、当初免許等処分の失効に伴い原状回復をしなければならないという事態も生じうる。当初出願に対する審査と判断がなされていること及び免許等処分を受けて埋立事業のために資本投下が開始されていることなどを考慮して、免許等処分時には想定しえなかった事態に直面をした事業者の利益のため、免許等出願に対して行われた審査と判断を前提として、あらためて免許等出願をすることに代えて、変更許可という免許等出願と比して簡略化された手続を設けたものと解される。

(2) もとより、願書等により特定して処分された内容をみだりに変更することが許されるものではなく、変更許可等という制度は、免許等処分の際には想定しえなかった事態に対応するための事業者の救済措置としての制度であるから、変更許可等という手続の利用を認めることが正当化される場合、すなわち、変更許可等という制度によることがやむを得ないものであり、かつ、免許等出願に対する審査過程と判断を前提とするものの相当性が認められる場合にのみ許容されるものというべきである。

(3) 公水法 13 条の 2 第 1 項にいう「正当ノ事由」という要件には、免許等を受けた内容と異なる内容で埋立事業を実施しようとする場合に、あらためて免許等出願をすることなく、いわば免許等出願に対する審査と判断を流用してこれを前提とし、あらたな免許等出願よりも簡略化した手続を用いることを許容するための要件という意義と、変更許可等申請によることが許容された場合の処分要件という意義があるものと解されるが、後者については、同条 2 項で準用される処分要件の認定判断にかかるものであり、「正当ノ事

由」の独自の意義は、変更許可・承認申請という手続の利用を許容されるか否かという点にあるものというべきである。

「正当ノ事由」という要件は、きわめて抽象的な文言をもって定められたものであるから規範的評価を要するものである。かかる規範評価は諸利益の衡量であって、変更許可等申請の必要性とこれを許容することの相当性の双方の評価を要するものであるから、変更許可等の必要がないにもかかわらず変更許可等が認められないことは当然として、単に変更許可等が必要であれば「正当」と評価されるものではなく、変更許可等という手続を許容することの相当性が認められなければならないものというべきである。

変更許可等申請の相当性については、免許等処分後にあらたに生じた事情や判明した事実の程度、出願事項の変更の程度等から、処分要件によって保護されている法益に鑑みて、事情の変更があるにもかかわらず免許・承認処分時の審査・判断を流用して手続を簡略化し、免許等処分の判断に一定の拘束性をもたせることの合理性、免許等出願時における調査の程度、工事の進捗の程度、事情変更が生じたにもかかわらず工事が進行した理由等からの変更許可等の申請者の要保護性の程度等を総合的に考慮して判断がなされるべきものである。

- (4) 沖縄県は、公水法 13 条の 2 第 1 項に基づく変更許可等についての審査基準を、「変更の内容・理由が客観的見地から、やむを得ないと認められるもの」と定めているが、変更許可等申請という手続によることを許容するか否かという判断についての上記の考え方と整合するものである。すなわち、単に必要性が認められれば足りるとするものではなく、必要性が認められることを前提として、出願事項の変更の規模・内容の程度が免許等処分時の審査・判断を流用して手続を簡便化して免許処分時の判断に拘束されることを相当とする範囲に収まっているか否か、変更後の内容により工事が確実に実施できるか否か、免許等出願時に当該埋立事業の内容・規模・影響等に照ら

して事業者としてなすべき調査をしていたにもかかわらず予見しえなかったものか否かなどの視点から判断を可能とするものである。

3 「変更の内容・理由が客観的見地から、やむを得ないと認められるもの」とは認められないこと

(1) 公有水面埋立承認処分は、願書等により特定された内容についてなされるものであり、埋立承認を受けた「設計ノ概要」に従って工事を行って「設計ノ概要」で特定された内容の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付与するものであるが、「設計ノ概要」にない工事を行うことはできない。

本件埋立承認処分に係る「設計ノ概要」に従って工事を行って「設計ノ概要」で特定された内容の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るから、本件変更承認申請を行うことの必要性は認められる。

よって、「正当ノ事由」が認められるか否かは、出願事項の変更の規模・程度や変更後の内容により工事が確実に実施できるか否か等から免許処分時の審査・判断を流用して手続を簡便化して免許処分時の判断に拘束されることを相当とする範囲に収まっているか否か、免許出願時に当該埋立事業の内容・規模・影響等に照らして事業者としてなすべき調査を尽くしても予期しえなかったものか否かという点から、「変更の内容・理由が客観的見地から、やむを得ないと認められるもの」と認められるか否かに係るものである。

(2) 本件変更申請は、出願事項の変更の規模・程度が免許処分時の審査・判断を流用して手続を簡便化して免許処分時の判断に拘束されることを相当とする範囲に収まっているものとは到底いうことはできないものであり、また、本件出願の内容と比較したとき、本件変更承認申請に示された工事の内容は不確実性が著しく高まった内容へと変更をされているものであって、変更後の内容により工事が確実に実施できるかという点についても疑義を生じさせる要素が認められるものである。

土木工事については、工事を実施するなかで、設計の前提とされた土質・土層と実際の土質・土層が異なることが判明し、設計変更が必要となるという事態が生じること自体は一般的に生じるものである。

しかし、本件変更申請の変更の規模・程度は、一般的に、想定されているような変更の規模・程度ということではできないものである。

埋立の位置として選定された区域は、辺野古崎を挟んで、リーフエリアと大深度の大浦湾側からなり、本件出願の内容では、埋立土量でいうならば埋立工事の約 85 パーセントを大浦湾側が占めるとされていた。この大浦湾側の大半において、実際の土質・土層が異なっていることが判明し、大浦湾側の大半に地盤改良工事が追加されたものであり、埋立工事の大半を占める区域について地盤改良工事を追加することは、変更申請の規模として、一般的に想定されるようなものとは言えない。

設計土層・土質と実際の土層・土質の相違の程度という点においても、その相違は著しいものである。本件出願の内容では、埋立対象区域の地盤は液状化、圧密沈下や円弧滑り等の危険性のない地盤であるとされていたのに対し、本件変更承認申請の内容では、埋立対象区域には、大浦湾側の埋立対象区域の大半に広範に軟弱地盤が存在することが明らかになったものである。加えて、軟弱地盤の程度もN値0などと設計土層・土質とはおよそ異なるものであり、軟弱地盤の土層の厚さも分厚いものであり、かつ、深度という点においては前例・実績のない深さにまで及んでいるものである。

埋立の位置として選定された場所で埋立工事を行うためには、前例もない大規模工事を要するというに加え、技術的にも前例のない特殊ないわば未知の工事が必要となるものであり、確実に埋立工事を行うためには著しく不向きな軟弱地盤からなる場所である。SCP 工法等自体は一般的な工法で実績豊富ということができるとしても、本件のような深い海底の分厚い軟弱地盤層についての実際の工事における SCP 工法の実施は、到底、実績豊富とい

うことはできない。砂杭打込深度（海面からの深さ）から見ても、本件における SCP 工法の砂杭打込深度は－70m であるが、国内実績で最も深い SCP 工法の砂杭打込深度は－65m である。また、国外の実績をみても、試験工事として砂杭打込深度が－70m の事例が 1 例（韓国）あるのみとされ、韓国における試験工事の例についても、沖縄防衛局はその内容を確認していないとしている。砂杭の 1 本当当たりの杭長という点からみても、国内・国外実績の杭長は 42.3m であるのに対して、本件の砂杭の 1 本当当たりの杭長は盛上り土を含めると最長で約 55m である。さらに、護岸計画地の軟弱地盤が確認されている地点で最も深いものは、海面から－90m に及ぶが、その深さまで砂杭を打ち込むことのできる作業船は存在しないため－70m までしか地盤改良はなされず、さらにその箇所については、地盤の強度（せん断強さ）の把握を目的とした力学的試験すらも行われていない。これらのことよりすれば、変更後の内容により工事が確実に実施できるか否かについて、不確実な要素が大きいのと言わざるをえない。

そして、本件埋立事業の目的は、「埋立工事を早期に着手して普天間飛行場の代替施設を一日でも早く完成」させ、「極力短期間で移設」、「移設を着実に実施」するとされているものであり、本件埋立事業を認めるか否かについて、本件埋立事業の期間は考慮要素としてきわめて重い位置づけを持つものであるところ、工事に要する期間の伸長は著しいものである。すなわち、本件出願の設計概要説明書では、5 年次までに埋立工事を終えるという工程が示されていたものであるが、これに対し、本件変更承認申請において示された工期は、本件変更申請の承認が得られ、当該変更に係る工事に着手した時点を起点として、「9 年 1 ヶ月」後が終期とされている。上記変更後の工程表に示された「9 年 1 ヶ月」の期間には、平成 25 年 12 月の本件埋立承認処分の日から実施された工事の期間（令和 2 年 4 月の本件変更承認申請までに 7 年余、令和 3 年 11 月の本件変更不承認処分までの約 8 年余）は含まれ

ていない。つまり、本件変更承認申請時までの期間との合計でも 16 年を超えるものであり、本件出願に示された工期の実に 3 倍以上もの長期間を要することになるものである。

- (3) 沖縄防衛局が、本件出願に際し、免許出願時に当該埋立事業の内容・規模・影響等に照らして事業者としてなすべき調査を尽くしたにもかかわらず予期しえなかったとは、到底、認めえないものである。

埋立対象区域は、辺野古崎を挟んで、リーフエリア側と大浦湾側からなるが、本件出願の添付図書「設計概要説明書」では、大浦湾側の海底地盤について、例えば、C-1 護岸及び C-3 護岸の設計の前提とされた土質・設計土層は、本件出願の添付図書「設計概要説明書」の 40 頁・表 2.1.6「土質条件一覧表」及び同 44 頁・表 2.1.7「設計条件一覧表」により示されている。C-1 護岸については、海底から沖積層（砂礫・N値 11・層厚 15m）、その下位に琉球石灰岩（礫まじり砂～砂礫・N値 50・層厚 13m）、更にその下位に基盤層である嘉陽層（砂岩、礫岩・N値 50、表面高 C.D.L-57m）とされ、C-3 護岸については、海底から沖積層（砂礫・N値 11・層厚 22m）、その下位に琉球石灰岩（礫まじり砂～砂礫・N値 50・層厚 12m）、更にその下位に基盤層である嘉陽層（砂岩、礫岩・N値 50、表面高 C.D.L-45m）とされており、軟弱地盤と評価される内容はなかった。そして、本件出願に係る「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、各埋立区域の工事は別個、並行で進められるものとされ、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いた。最後に完成するのは埋立区域③とされているが、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たものであった。大浦湾側に軟弱地
盤が存在していないことを前提として、1年次にC-1護岸からC-3護岸の
基礎工に着工し、5年次に埋立工事が完成するという内容が示されていたも
のであった。

さらに、本件出願に対する審査過程において、沖縄防衛局は沖縄県の質問
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。」などと回答し、この沖縄防衛局が示した設
計概要説明書及び審査における回答を前提に、本件埋立承認処分がなされた
ものであった。

しかし、大浦湾側について、軟弱地盤が存在しないとする内容で設計概要
説明書を作成したことがどのような合理的根拠に基づくものであったのかは
一切明らかにされていない。また、本件出願に対する審査過程での沖縄防衛
局の回答、すなわち、「液状化の可能性は低いものと判断した。」、「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。」などの回答
が、大浦湾側について、どのような合理的根拠に基づいてなされたものであ
るのかについても、一切、明らかにされていない。

そして、本件埋立承認処分後の沖縄防衛局の対応は、大浦湾側の海底地盤
が設計概要説明書に示された土質・土層とは異なるものであることを沖縄防
衛局が予期していたと考えない限り、合理的な説明がつかないものと言わな

ければならない。前述したとおり、本件出願に係る埋立必要理由書では、「普天間飛行場の危険性を一刻も早期に除去する必要がある、極力短時間で移設」、「移設を着実に実施すること」が埋立の動機として示され、また、「埋立の時期」について「埋立工事を早期に着手して普天間飛行場の代替施設を一日でも早く完成」とされており、また、本件出願に係る設計概要説明書では、埋立区域を①～③に分割して、各埋立区域の工事は別個、並行で進められるものとされ、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いた。最後に完成するのは大浦湾側の埋立区域③とされているが、同区域については、1年次にC-1護岸からC-3護岸の基礎工に着工し、すなわち、C-1護岸からC-3護岸の基礎工に着工しない限り、本件埋立事業の完成には一日たりとも近づかないというのが、本件出願に係る設計概要説明書に示されていた内容である。

ところが、沖縄防衛局は、本件埋立承認処分を受けた後、C-1護岸からC-3護岸の実施設計すらもしなかった。これは、大浦湾側の海底地盤が設計概要説明書に示された土質・土層と異なる可能性を認識していたという以外に説明がつかないものである。本件埋立承認処分とほぼ同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ことと対比すると、沖縄防衛局が、本件埋立承認処分後に、C-1護岸からC-3護岸の実施設計すらもしなかったことがいかに異常であるかは、余

りにも明らかであると言わなければならない。

南側リーフエリアと大浦湾側では、深度や海底地形はまったく相違しているものであり、また、軟弱地盤は大浦湾側の埋立対象区域の大半に及んでいるのであるから、大浦湾側についての土質・土層についての調査を十分にしないまま本件出願に及んでいたならば、大浦湾側の土質・土層が設計概要説明書に示された内容と異なるものであることを予期しえなかったとは言えることはできないものであるし、沖縄防衛局において、大深度の個所の地盤調査をするなどしていれば、設計土層・土質と実際の大浦湾側の土層・土質と相違していることは当然に把握できていたはずである。

大浦湾側の海底地盤の実際の土質・土層が、本件出願に係る設計概要説明書の土質・土層とは全く異なるものであったことは、沖縄防衛局が出願の段階において調査をしていればその時点で判明をしていたものであり、また、そもそも本件出願に係る設計概要説明書に示された大浦湾側の土質・土層の内容や、本件出願についての審査過程での沖縄防衛局の沖縄県に対する回答は、およそ合理的根拠に基づいてなされたとは認められないものである。

- (4) 以上より、本件変更承認申請については、「変更の内容・理由が客観的見地から、やむを得ないと認められるもの」とは認められないものである。

4 原判決の解釈の誤りから導かれる判断の誤り

- (1) 原判決は、「出願者が、当初の出願時までには調査した情報に基づいて設計概要説明書を作成して提出し、都道府県知事が、それを審査した上、設計の概要の内容が災害防止要件に適合するとして、承認をした以上、後に海底等に関する新たな情報が判明したからといって、当初の承認等における災害防止要件に関する判断が事後的に違法なることはない」と解される。そうすると、都道府県知事がいったん承認等をしておきながら、変更申請の段階において、当初の出願における海底等の情報が工事を最終的に完成させるのに足りるものではなかったことをもって、出願者の調査義務に懈怠があり「正当ノ事

由」を欠くとする事は、法の予定するところではないと解される。」と判示するところである（原判決 146 頁から 147 頁）。

- (2) しかし、このような判断は、「正当ノ事由」解釈について、「変更申請を正当なものとするに足りる客観的事情があるか否かを判断すべきものと解される。」とする原判決の誤った解釈から導かれるものである。この判断は、「正当ノ事由」を、正しく理解するものではない。

また、原判決は申立人の主張が、後に海底等に関する新たな情報が判明した場合に、当初の承認等における災害防止要件に関する判断が事後的に違法なると主張しているものと理解しているようであるが、そうではない。

公水法 13 条の 2 第 1 項の「正当ノ事由」の判断にあたって、「正当ノ事由」という要件は、規範的評価を要するもので、変更許可等申請の必要性とこれを許容することの相当性の双方の評価を要するものである。そして、この相当性については、「免許等処分後にあらたに生じた事情や判明した事実の程度や出願事項の変更の程度等より処分要件により保護されている法益に鑑みて事情の変更があるにもかかわらず免許・承認処分時の審査・判断を流用して手続を簡略化し、免許等処分の判断に一定の拘束性をもたせることの合理性、免許等出願時における調査の程度、工事の進捗の程度、事情変更が生じたにもかかわらず工事が進行した理由等からの変更許可等の申請者の要保護性の程度等を総合的に考慮して判断がなされるべきものであって、事後的に当初判断を違法とするものではない。

原判決の立場によれば、当初出願時に提出した設計概要説明書において、埋立事業を承認した以上は、都道府県知事は、その後の設計概要の変更については、出願時の事情を一切考慮することなく、変更承認申請時における事情のみを考慮することとなるよう示唆するものである。しかし、「正当ノ事由」をそのように狭く解する根拠はないというべきである。

- (3) 原判決は、「上記の点は措くとしても」として、「原告は、その専門的知

見に基づいて、本件出願時において提出された設計概要説明書に記載された地層断面図に不確定性の程度に疑義を抱き、調査の具体的な内容を問い合わせていたにもかかわらず、（中略）追加の質問や資料提出を求めることなく、（中略）不確定性を許容していたことがうかがわれるところである」として、本件出願時における沖縄防衛局の調査の不十分さを指摘することは、合理性を欠くなどと述べる（原判決 149 頁から 150 頁）。

しかし、申立人は、不確定性があることそのものを非難しようとしているのではない。一般的に埋立事業において、海底の情報に不確定性があることは、その通りである。しかし本件変更申請は、その規模、程度が一般的に想定されているような変更申請の規模・程度を遙かに超えているものであることが問題なのである。本件変更承認申請は、出願時には、地盤改良に関する工事については一切の予定はなく、地盤改良のために一粒の砂の使用さえ無いような説明であったものが、埋立土量からすれば、埋立工事の約 85 パーセントを占める大浦湾側の大半において、実際の土質・土層が異なっていることが判明し、大浦湾側の大半に地盤改良工事が追加されるというものであって、埋立工事の内容は、出願時の設計概要説明書による説明とは全く別物となっているのである。

このような地盤の情報は、沖縄防衛局が出願の段階において調査をしていればその時点で判明をしていたものである。本件出願時の審査過程で、大浦湾側の地盤についての、沖縄防衛局の沖縄県に対する説明に沖縄県が疑義をいただき、質問をしたものの、沖縄防衛局の回答は、やはり軟弱地盤を想定したものではなかったのである。

原判決は、沖縄県が、沖縄防衛局の回答に対して、追加の質問や資料提出を求めることがなかったことを理由に、沖縄防衛局の調査の不十分さを容認するものようである。しかし、本来埋立要件が充足されていることを説明すべき者は申請者である沖縄防衛局である。その沖縄防衛局の説明が、沖

縄防衛局自身の調査の不十分さによって間違っていたものであり、その間違いの程度が一般的な設計概要変更の範疇を超えるようなものである場合は、その調査の不十分さの責を申請者は負うべきである。審査する側の質問の不十分さ、追加資料提供の不存在を理由に、申請者の調査の不十分さが治癒されるような法の解釈適用は許されない。

「正当ノ事由」の判断は、これまで述べたように、設計概要変更という簡易な手法で埋立事業の継続を許容するためには、かかる事態を招来した申請者の事情をも考慮要素とするべきである。原判決のように、出願時の申請者の事情を一切問題にしないとする態度、すなわち原判決のように「正当ノ事由」について、変更承認出願時の事項のみを考慮要素として判断されるべきとして、これを狭く解釈しようとする、結局は、埋立許可要件を定めた公水法の規定の潜脱を許すことにも等しいのであって、かかる解釈は容認できない。

以上