

弁 明 書

令和 4 年 10 月 5 日

審理員 櫻井 政和 殿

令和 4 年 9 月 20 日付けをもって沖縄防衛局局長小野功雄のした審査請求について、以下のとおり、弁明する。

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

同 弁護士 松 永 和 宏

同 弁護士 宮 國 英 男

〒900-8570 沖縄県那覇市泉崎一丁目2番2号

処分庁 沖縄県知事 玉城 康裕

〒900-0014 沖縄県那覇市松尾2丁目17番34号

沖縄合同法律事務所

TEL 098-917-1088 FAX 098-917-1089

処分庁代理人 弁護士 加藤 裕

〒904-2153 沖縄県沖縄市美里6-25-16 カーサ・スペリオールⅢ202

弁護士法人ニライ総合法律事務所沖縄市支店

TEL098-987-8892 FAX098-987-8871

処分庁代理人 弁護士 仲西 孝浩

〒904-0004 沖縄県沖縄市中央3丁目1番6号

センター法律事務所

TEL098-921-1766 FAX 098-938-3166

処分庁代理人 弁護士 松永 和宏

〒900-0025 沖縄県那覇市壺川3丁目5番地6 与儀ビル2階

ゆあ法律事務所

TEL098-834-9820 FAX098-834-1010

処分庁代理人 弁護士 宮國 英男

【目次】

第1節	はじめに	5
第1	漁業法、水産資源法及び規則の趣旨・目的並びに規則40条1項の審査基準の内容	5
第2節	本件各申請の必要性について	7
第1	最判令和3年7月6日の事案と本件各申請とは事案が異なること	7
第2	本件各申請の必要性は本件承認出願願書の「設計ノ概要」に基づいて判断されるべきこと	9
第3	本件各申請について必要性が認められないとした本件各不許可処分判断に裁量の逸脱・濫用は認められないこと	26
第4	変更承認申請を承認しないことが違法であるとの主張について	30

【凡例】

- ・ 公有水面埋立法→公水法

- ・ 令和 4 年 7 月 22 日付け沖防第 4697 号及び令和 4 年 7 月 22 日付け沖防第 4698 号で申請のあった、沖縄県漁業調整規則（令和 2 年沖縄県規則第 53 号）第 40 条第 2 項に基づく、同規則第 34 条第 2 項(造礁さんご類の採捕禁止)の適用除外に関する各許可申請→本件各申請
- ・ 本件各申請に対し、令和 4 年 9 月 5 日付けでなされた沖縄県指令農第 1134 号及び沖縄県指令農第 1135 号の各申請不許可処分→本件各不許可処分

- ・ 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
- ・ 平成 25 年 3 月 22 日、沖縄防衛局がした、本件埋立事業の埋立承認に係る出願→本件承認出願
 - ・ 平成 25 年 12 月 27 日、本件承認出願についてなされた埋立承認処分→本件承認処分
- ・ 令和 2 年 4 月 21 日、沖縄防衛局が沖縄県知事に対してした本件埋立事業に係る埋立地用途変更・設計概要変更承認申請→本件変更承認申請
- ・ 令和 3 年 11 月 25 日、本件変更承認申請について沖縄県知事がした不承認処分→本件変更不承認処分

第 1 節 はじめに

第 1 漁業法、水産資源法及び規則の趣旨・目的並びに規則 40 条 1 項の 審査基準の内容

漁業法 119 条及び水産資源保護法 4 条は、それぞれ「漁業調整のため」、若しくは「水産資源保護培養のため」に都道府県知事が水産動植物の採捕に関する制限又は禁止を規則で定めることができるとされ、沖縄県はこれに基づき沖縄県漁業調整規則（以下「規則」という）を制定している。

規則 34 条 2 項は、造礁サンゴ類の採取を禁止している。沖縄の海は、サンゴ礁が発達しており、これを自然の魚巢として沿岸の魚介類が棲息して亜熱帯の海の特長を形成している。サンゴ礁の地形ができることにより、波の強い外海との砕波帯となり、内側の波の穏やかな海域をつくるなど細分化した様々な環境を形成する。また、サンゴ礁域は貧栄養塩濃度の海域であるが、サンゴの体内に共生する褐虫藻によって基礎生産が行われ、サンゴから放出される粘液が多く魚類や底生動物の餌になり、複雑な食物連鎖が形成される。こうして、多様な生物群集がサンゴ礁に生息し、生物の多様性を支え、生態系を支える基礎となっている。すなわち、沖縄周辺海域における造礁サンゴ類は、漁業対象となる生物の生息場となることで漁場を形成し、産卵場、餌場、幼稚仔の保育場として機能しており、水産資源の保護の観点から重要な役割を果たし、水産資源としての価値はもとより、熱帯性海域特有の漁場環境を成す重要な生物である。また、サンゴに共生している褐虫藻による光合成は、海水中の窒素やリンなどの無機栄養塩から有機物を生産して水質浄化機能を果たすとともに、二酸化炭素を固定することによりその吸収源となっており、サンゴ礁は地球環境に多様な恵みをもたらしている。このような重要な機能、役割を有する造

礁サンゴ類については、造礁サンゴ類の保護培養を図り、造礁サンゴ類により形成される沿岸域の漁場を保全する必要があることから、造礁サンゴ類はこれを採捕してはならないと定められたものである。

規則 40 条 1 項は、「この規則のうち水産動植物の種類若しくは大きさ、水産動植物の採捕の期間若しくは区域又は使用する漁具若しくは漁法についての制限又は禁止に関する規定は、試験研究、教育実習又は増養殖用の種苗（種卵を含む。）の供給（自給を含む。）（以下本条において「試験研究等」という。）のための水産動植物の採捕について知事の許可を受けた者が行う当該試験研究等については、適用しない」として、知事の許可による適用除外を定めているが、水産動植物の採捕の禁止は、水産動植物の繁殖保護を図るうえから定められたものであることから、採捕禁止といえども繁殖保護に資するような、「試験研究」、「教育実習」又は「増養殖用の種苗の供給」（以下「試験研究等」という。）のための水産動植物の採捕については、採捕による水産動植物への影響と、採捕目的による効果を比較し、水産動植物の繁殖保護に資すると知事が判断し、その許可をなした場合の試験研究等については適用しないこととしたものである。

規則 40 条 1 項についての審査基準は、「1 申請者は試験研究、教育実習及び増殖用種苗の供給のいずれかを目的としていること。2 申請者及び採捕従事者に、採捕行為を行う上での適格性が認められること。3 申請内容に、必要性和妥当性が認められること。4 採捕行為の実施により、漁業調整上又は水産資源の保護培養上、問題が生じるおそれがないと認められること。」と定めている。

本件各不許可処分の処分理由は、「申請人は本件サンゴ類生息個所について埋立承認を受けた設計の概要に従った工事を適法に実施し得る法的地位を有し、埋立承認を受けた設計の概要に従った工事のための

環境保全措置として本件申請がなされているとしても、事実の問題として、申請人は、本件サンゴ類生息箇所について埋立承認を受けた設計の概要に従った工事を実施することは不可能な状況において本件許可申請をしたものであるから、本件許可申請の内容に必要性が認められない。」というものである。

よって、本書面では、審査請求書で縷々主張されている内容のうち、本件各不許可処分の理由である本件各申請について必要性が認められないことについて述べることにする。

第2節 本件各申請の必要性について

第1 最判令和3年7月6日の事案と本件各申請とは事案が異なること

1 最判令和3年7月6日の事案について

最判令和3年7月6日の事案は、本件承認出願に係る「設計ノ概要」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った。

同事案の特別採捕許可申請時には、沖縄防衛局は設計概要変更承認申請はしていなかったものの、本件埋立事業の対象区域のうち、大浦湾側には広範に軟弱地盤が存在していることが判明しており(以下「本件軟弱地盤区域」という)、沖縄防衛局は下の図のような地盤改良工事(SCP工法、PD工法、SD工法)を行うことを検討していた。



最判令和3年7月6日の事案で特別採捕許可申請の対象とされたサンゴ類は、K8護岸及びN2護岸の造成予定場所又はこれに近接した場所に生息していたものであるが、この場所は軟弱地盤の範囲外であり、実際、本件変更承認申請においてもK8護岸及びN2護岸については、本件承認処分を受けた「設計ノ概要」からの変更という内容は含まれていないものであった。

すなわち、沖縄防衛局は、K8護岸及びN2護岸の護岸造成工事を実施する法的地位ないし権限を有しているのみならず、事実上も軟弱地盤外で予定されているこれらの護岸造成工事を実施することは可能であったものであり、このことを前提として、サンゴ類特別採捕の必要性が認められた事案である。

- 2 これに対して、本件各申請の対象とされたサンゴ類は、本件軟弱地盤区域又は本件軟弱地盤区域外であっても本件変更承認申請に係る地盤改良工事が先行して実施されなければ事実上工事は不可能な区域に生息しているものである。

すなわち、本件軟弱地盤区域は、大浦湾側の埋立区域内の広範にわ

たることから、本件変更承認申請においては、地盤改良工事を追加して作業工程を見直しており、本件各申請に係るショウガサンゴ及び大型サンゴ類の一部が生息する本件軟弱地盤区域外の部分にあっても、埋立工事を行うには、本件軟弱地盤区域の地盤改良工事の実施が必要な行程となっている。

第2 本件各申請の必要性は本件承認出願願書の「設計ノ概要」に基づいて判断されるべきこと

1 本項で述べることの骨子

(1) サンゴ類特別採捕についての許可権者が公有水面埋立承認の効力を判断するものではないから、公有水面埋立承認がなされているときには、事業者が承認を受けた「設計ノ概要」に従って工事を遂行して「設計ノ概要」に示された埋立工事を完成させる法的地位ないし権限を有することを前提として判断をすべきものである。

そして、公有水面埋立承認処分がなされているならば、承認処分を受けた事業者は、当該処分に係る「設計ノ概要」に従って工事を遂行して「設計ノ概要」に示された埋立工事を完成させることについてその蓋然性が認められるものと言うべきであり、特別な事情のない限り、「設計ノ概要」に従った埋立工事が実際になされるとの事実認定がなされることを前提とするならば、公有水面埋立承認を受けた「設計ノ概要」に示された埋立区域内のサンゴ類は移植をしなければ死滅するとの事実認定がなされるべきものと考えられる。

(2) しかし、公有水面埋立承認については、海底等の情報が不確実な段階で審査がなされることも想定されているものであり、公水法に基づく埋立承認の要件は、承認の時点で確実に判断することが困難な内容を含むいわゆる将来予測型情勢判断とならざるを得ないもの

であるから、公有水面埋立承認処分を受けた後に、公有水面埋立承認出願の願書の「設計ノ概要」に従って埋立工事を行い「設計ノ概要」に示された埋立工事を完成させることが事実の問題として不可能であることが判明するという事態が生じうるものである。

そして、公有水面埋立承認を受けた「設計ノ概要」に従って埋立工事を行い「設計ノ概要」に示された埋立工事を実施することが事実の問題として不可能なことが明らかになったという特別な事情がある場合には、サンゴ類特別採捕許可申請に対する審査において、当該事業者が公有水面埋立承認を受けたにもかかわらず、「設計ノ概要」に記載のある当該工事の実施がなされる蓋然性は認められないとの事実認定を前提として、当該工事に係る移植を目的とするサンゴ類特別採捕の必要性は否定されるものである。

なお、本件各申請は、あくまでも本件承認処分を受けた「設計ノ概要」に従った工事のための移植を目的とするものであり、設計概要変更申請承認処分がなされていない段階において、設計概要変更承認申請に係る「設計ノ概要」に示された工事を必要性の根拠とすることはできない。また、設計概要変更承認申請がなされたときには、都道府県知事が申請に対する審査をして裁量判断をするものであり、申請をすれば当然に承認をされるという制度ではない。設計概要変更承認申請について、承認権者ではない農林水産大臣が、設計概要変更承認申請に対して承認がなされるべきとの判断をすることはできないものである。

2 「設計ノ概要」に記載のない工事をするとはできないこと

公有水面埋立承認を受けた事業者は、以下に述べるとおり、当該承認処分に係る出願書類記載の「設計ノ概要」に従って埋立工事を行い「設計ノ概要」に示された埋立工事を完成させることのできる法的地

位ないし権限を有するものであるが、「設計ノ概要」にない工事をする法的地位ないし権限は有しないものである。

- (1) 公有水面埋立の免許・承認は、出願人は願書と添付図書で内容を特定して出願し、都道府県知事は願書等により特定された内容を審査してこの特定された内容に対して免許・承認をするものである。
- (2) 公水法及び公有水面埋立施行規則(以下「省令」という。)は、「設計ノ概要」に係る願書への記載と添付図書について、次のように定め、願書の記載と添付図書によって、出願した工事の内容が特定されるものとしている。

ア 公水法 2 条は、2 項 4 号で「設計ノ概要」を願書の必要的記載事項と定めているが、これは、「埋立てに関する工事についての全範囲にわたる工事施行内容の概要を特定」(公益社団法人日本港湾協会『港湾行政の概要 令和 2 年度版』(以下『港湾行政の概要』とする。) 3-43。) するものであり、免許等に際しての公水法 4 条に規定する免許基準の判断や埋立てに関する工事期間中の公水法 32 条による匡正等の基準となるものである。

そして、公水法 2 条 3 項 2 号は「設計ノ概要ヲ表示シタル図書」を願書の必要的添付図書として定め、願書の「設計ノ概要」の記載と「設計ノ概要ヲ表示シタル図書」によって、設計の概要が特定されるものとしている。

イ 省令は、別記様式の第 1 の 4 において、願書の「設計ノ概要」の記載の具体的項目として、「埋立地の地盤の高さ」、「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」、「埋立てに関する工事の施行方法」、「公共施設の配置及び規模の概要」を定めている。

「設計ノ概要ヲ表示シタル図書」について、省令 2 条 2 号は、

「埋立地横断面図 縮尺は、横二千五百分の一以上、縦百分の一以上とすること。」、「埋立地縦断面図 縮尺は、横二千五百分の一以上、縦百分の一以上とすること。」、「工作物構造図 縮尺は、百分の一以上とし、護岸、堤防、岸壁その他これらに類する工作物の構造を表示すること。」及び「設計概要説明書 設計の概要についての説明を記載すること。」を定めている。

- (3) 公有水面埋立の免許・承認の出願に対して、都道府県知事は、願書と添付図書により特定された内容を審査するものであり、沖縄県は、公有水面埋立の免許に係る審査基準において、形式審査及び内容審査についての審査事項を次のように定めている。

ア 形式審査では、願書の「設計ノ概要」の記載及び添付図書である「設計概要説明書」の記載について、次のように定め、願書の「設計ノ概要」及び添付図書の「設計概要説明書」によって、埋立てに関する工事についての全範囲にわたる工事施行内容の概要が特定できているか否かを審査するものとしている。

(ア) 願書の「設計ノ概要」の記載について

記

- ① 埋立地の地盤の高さ（護岸等の天端高も含む）の記載が埋立地縦横断面図及び工作物構造図の記載内容と一致しているか。
- ② 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記載が、工作物構造図の記載内容と一致しているか。
- ③ 埋立てに関する工事の施工方法の記載内容が埋立工法、埋立土砂等の種類、埋立ての施工順序、護岸先行実施等の概要が理解できるようになっているか。
- ④ 公共施設の配置及び規模の概要の記載内容が、公共施設の配置及び規模について説明した図書の記載内容と一致してい

るか。

(イ) 添付図書の「設計概要説明書」の記載について

記

- ① 埋立地の地盤の高さを決定した理由等について説明されているか。
- ② 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について、選定理由、安定計算等も含め説明されているか。
- ③ 埋立てに関する工事の施工方法について、埋立工法、埋立土砂等の種類、埋立ての施工順序および護岸先行実施等の各事項ごとに整理して説明されているか。又埋立ての施工順序についての記載のところでは、工事工程が理解できるように説明されているか。
- ④ 公共施設の配置及び規模の概要について説明されているか。

イ 内容審査における免許禁止基準の法4条1項2号にかかる審査事項のうち、⑤から⑦は以下のように定め、願書の「設計ノ概要」及び添付図書「設計概要説明書」で特定された埋立てに関する工事についての全範囲にわたる工事施行内容の概要が、「災害防止ニ付十分配慮」の要件を充足しているか否かを審査するものとしている。

記

- ⑤ 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。
- ⑥ 埋立区域の場所の選定、埋立土砂の種類を選定、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。

- ⑦ 水面が陸地化することから生ずる反射波、そい波等による埋立地以外の場所の護岸等の損害の恐れがないよう災害防止につき十分配慮した対策（護岸の構造の選定、埋立てに関する工事の方法の選定その他）がとられているか。

- (4) 以上みたとおり、公有水面埋立免許・承認の出願人は、願書の「設計ノ概要」の記載及び添付図書「設計概要説明書」によって、免許・承認の内容となる設計の概要（埋立てに関する工事についての全範囲にわたる工事施行内容の概要）を具体的に特定し、都道府県知事は、願書等により特定された設計の概要を対象として審査を行い、願書と添付図書により特定された内容についての免許・承認を行うものである。

免許・承認を受けた事業者は、願書及び添付図書によって特定された内容に基づいて埋立工事を遂行することができるものであり、願書及び添付図書に記載のない工事を行うことは許されない。

3 公水法は公有水面埋立の免許・承認処分後に要件不充足が判明する事態が生じうることを想定していること

- (1) 公水法4条1項柱書きは「都道府県知事ハ埋立ノ免許ノ出願左ノ各号ニ適合スト認ムル場合ヲ除クノ外埋立ノ免許ヲ為スコトヲ得ズ」と定め、同項2号は「其ノ埋立ガ…災害防止ニ付十分配慮セラレタルモノナルコト」（以下「災害防止要件」という。）を定めている。

埋立ては人の生命・身体・財産等に重大な影響を及ぼしうるものであるから、安全性が十分に認められない埋立てが許容されてはならないことは当然であり、公水法4条1項2号の「災害防止ニ付十分配慮」とは、「埋立地そのものの安全性と埋立に伴い他に与える災

害の二面のほか、船舶航行の安全性の問題」について、「問題の現況及び影響を的確に把握した上で、これに対する措置が適正に講じられていることであり、その程度において十分と認められること」（建設省河川局水政課監修＝建設省埋立行政研究会編『公有水面埋立実務ハンドブック』42頁）と解される。そして、「災害防止二付十分配慮」要件は、人の生命・身体等にかかるものであるから、公有水面埋立免許または公有水面埋立承認（以下「公有水面埋立免許等」という。）の処分がなされた後の埋立工事施行段階においても維持されなければならない、処分の基幹要件である。

- (2) 公有水面埋立免許等は、出願人は願書と添付図書で内容を特定して出願し、都道府県知事は願書等により特定された内容を審査してこの特定された内容に対して公有水面埋立免許等をするものである。

当該埋立ての埋立工事の内容については、願書等により特定された「設計ノ概要」（埋立てに関する工事についての全範囲にわたる工事施行内容の概要）を対象として、要件充足（免許基準適合性）の判断をして、その内容について公有水面埋立免許等がなされ、公有水面埋立免許等を受けた者は、「設計ノ概要」に従って工事を実施して「設計ノ概要」をもって特定された埋立工事を完成させることのできる法的権限を有することになる。

- (3) 以上のように、公水法は、出願人は、願書等で「設計ノ概要」（埋立てに関する工事についての全範囲にわたる工事施行内容の概要）を具体的に特定して出願し、この「設計ノ概要」を審査の対象として、災害防止要件の充足不充足が判断され、願書等で特定された内容について公有水面埋立免許等がなされるという仕組みを採用している。

もっとも、埋立てに関する工事は、水中において行われるもので

あるだけに、特別の技術を必要とし、工事が適正な方法により実施されるかどうかは、公水法4条1項各号の要件を定めることにより保護している公益について重大な影響を持つことになる。例えば、護岸の構造が、十分な強さをもっていないときには、護岸が崩壊して、埋立地が侵蝕され、護岸の面前の水面が埋没し船舶の航行にも支障を及ぼし、人の生命・身体・財産等に重大な脅威を与え、周辺環境にも甚大な被害を与えうることになる（山口＝住田『公有水面埋立法』252頁）。また、工事方法が不手際であったために、埋立地の利用ができなかった場合には、埋立ての免許等をした意味がなくなるばかりではなく、他の公有水面、或いはその背後地に被害を与えることも少なくない。公有水面を埋め立てて土地を造成することは、他方で、自然公物を公用廃止することを意味するものであるが、公有水面は、古来から、航行、漁業やレクリエーションなどの場として人々に親しまれ、また、国土全域に関わる大気や水などの環境浄化機能や生態系維持の機能を果たし、公衆の共有資産として、現代の世代に引き継がれてきたものである。過去から現在まで公衆が自由使用をしてきた共有資産である自然公物を公用廃止することは、多様な社会的利益、公衆の自由使用の利益を喪失させるものであり、当該地域の自然環境、生活環境や産業等に及ぼす影響が大きく、また、公共の福祉に反する側面も有するものであり、これらの異質な諸利益を比較衡量して総合的に判断し、埋立てによる不利益を考慮に入れた上でもなお公益に適うと評価される場合に公有水面埋立てが認められるものであるが、埋立工事を行ってもその埋立地が安全性を欠いているならば、無益に公有水面を消滅させたことになる。したがって、簡易な工事は別として、埋立てに関する工事をどのように行うのかについて、慎重に検討をする必要があり、願書の審査

のためには、埋立てに関する工事の設計に関する願書の記載事項及び添付図書において、詳細な実施設計を提出させることが望ましいとも言える。

しかし、公水法は、公有水面埋立免許を受けられるかどうか不確定な出願時において、詳細な実施設計を求めることは、出願人に対し過度の負担を強いることになるとして、出願段階では設計の概要を提出することをもって足りるものとしたものである(『港湾行政の概要』3-32、山口＝住田『公有水面埋立法』127頁)。

- (4) 設計ノ概要に基づく審査で災害防止要件を充足していると判断して免許・承認がされたとしても、例えば、その後の実施設計のための土質調査の結果等によって、願書等に基づいてなされた埋立工事の安全性の判断の前提とされた事実が覆滅し、免許後に判明した海底土質等よりすれば、設計の概要で特定された当該埋立の埋立工事が、「埋立地そのものの安全性と埋立に伴い他に与える災害の二面のほか、船舶航行の安全性」に十分に配慮されていないと認められるならば、それは、人の生命・身体・財産等に重大な侵害をもたらさうような埋立工事であって、このような埋立工事を進めることは認められないものであり、免許等の効力を維持することを認めることはできない。

以上のとおり、公有水面埋立免許の出願段階では「設計ノ概要」で足りるとしたため、大規模工事等では、「設計ノ概要」を審査した限りでは災害防止要件の充足が認められるとする判断がなされて免許処分をしたとしても、免許後の実施設計のための調査結果を踏まえて検討すれば、海底土質が免許処分の判断の前提とされた土質とは異なるなどの処分時には予期していなかった事実が判明することにより、「災害防止二付十分配慮」しているとは認められない事態が

生じることも想定されるものである。

そこで、公水法は、工事着手前の段階で再度の確認をして、安全性を欠いた埋立てがなされることを防止するための仕組み、災害防止要件という基幹的要件の工事施行段階における充足を確認するための仕組みを設けている。

すなわち、公水法 34 条は、免許処分に実施設計の認可申請を免許条件として付した場合に、不認可の処分がされたとき又は指定する期間内に申請をしないときは、免許の効力は失効することを定めているものである。願書等で特定された「設計ノ概要」を審査して、災害防止要件を充足していると判断して公有水面埋立免許をしたということは、当該「設計ノ概要」に基づいて適正な実施設計ができるという判断をしたということである。それにもかかわらず、適正な実施設計が示されなかったということは、公有水面埋立免許等をしたこと自体が不相当であったということであり、それは公有水面埋立免許の処分要件を充足していないことが事後的に判明したことを意味するため、公有水面埋立免許の効力を事後的に失効させるものであるということもできる。また、公有水面埋立免許等の処分要件を充足していないにもかかわらず公有水面埋立免許等の処分がなされたことが事後的に判明した場合には、当該免許処分等を失効させたいうえで、新規に公有水面埋立免許等の新規出願をすべきものであるが、公水法 13 条の 2 第 1 項は、「正当ノ事由」がある場合には、変更承認申請で「設計ノ概要」等の変更をできることを定めている。

以上のとおり、公水法 34 条や 13 条の 2 は、公有水面埋立免許等の処分がなされても、実際には公有水面埋立免許等の処分要件が充足していないことが判明する事態が生じうることを想定しているものである。

4 設計概要変更承認申請に対する裁量判断は都道府県知事が行うものであること

- (1) 設計概要変更承認申請とは、申請をすればかならず承認をされるという制度ではないし、また、申請に対する判断は都道府県知事が行うものであり、設計概要変更承認申請について農林水産大臣が判断をする権限を有するものではない。
- (2) 設計概要変更承認申請については、公水法 42 条 3 項によって同法 13 条の 2 が準用され、省令 16 条 1 項により省令 7 条が準用されている。

公水法 13 条の 2 に基づく設計概要変更許可申請については、省令 7 条 1 項に規定する設計概要変更許可申請書(省令別記様式第三)及び同条 2 項 3 号に掲げる添付図書を免許権者に提出しなければならない。

この設計概要変更許可申請書の作成要領については「1) 設計概要変更許可申請書 ① 設計概要変更の内容 本項には、許可を受けようとする設計の概要の変更の内容を願書の(1) 埋立地の地盤の高さ(2) 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(3) 埋立てに関する工事の施行方法(4) 公共施設の配置及び規模の概要の4項目に区分したうえ明瞭に記載すること。変更に係る埋立てに関する工事の施行計画の概要は、本項に記載された内容により特定されることになるので、願書の設計の概要の記載要領に準じて記載すること。なお、本項には願書で特定した設計の概要のうち変更に係る部分について記載すれば足り、例えば、複数の工作物のうち変更に係らない工作物について記載しなくても良いが、埋立てに関する工事の施行方法を変更するような場合、変更する内容をより明瞭にするため、変更に係らない施行方法について

も言及することが望ましい。② 設計概要変更の理由 本項では、
1. 変更前の設計の考え方 2. 変更するに至った経緯 3. 変更後の設計の考え方の各項目に整理して記載すること。』（『港湾行政の概要』3-68）とされ、添付図書については「①埋立地横断面図 ②埋立地縦断面図 ③工作物構造図 ④設計概要説明書 ⑤資金計画書⑥処分計画書 ⑦埋立てに用いる土砂等の採取場所及び採取量を記載した図書 ⑧埋立てに関する工事に要する費用に充てる資金の調達方法を証する書類 ⑨埋立地の用途及び利用計画の概要を表示した図面 ⑩環境保全に関し講じる措置を記載した図書⑪公共施設の配置及び規模について説明した図書変更となる図書は、変更前及び変更後の内容を記載すること。

ただし、⑧、⑩については変更後の内容について記載すること。変更しない図書は、添付図書の目録に「内容不変につき添付省略」と記載したうえ添付しないことができる。なお、許可を受けようとする変更の内容をより明確にするため、規則で定めていない図書、例えば実測平面図、写真等を添付することは差し支えない。また、免許権者において、総合的な判断を行うためにこれらの図書を要求することができる。』（『港湾行政の概要』3-69）とされている。

承認権者である都道府県知事は、設計概要変更承認申請書と添付図書により特定された内容について、設計概要変更承認申請について、「正当ノ事由」（公水法 42 条 3 項、公水法 13 条の 2 第 1 項）が認められるか否か、公水法 13 条の 2 第 2 項で準用する同法 4 条 1 項及び 2 項の要件（免許基準）に適合しているか否かを審査し、裁量判断を行うものである。

設計概要変更承認申請がなされたときには、都道府県知事が申請に対する審査をして裁量判断をするものであり、申請をすれば当然

に承認をされるという制度ではない。そして、設計概要変更承認は、地方公共団体の事務であり、農林水産大臣は、設計概要変更承認申請処分がなされていないにもかかわらず、設計概要変更承認申請がなされたことを前提として、サンゴ類特別採捕許可申請についての必要性の判断をすることはできない。すなわち、本件承認処分にかかる「設計ノ概要」に基づいて、本件各申請についての必要性は判断されなければならない。

5 本件承認処分を受けた「設計ノ概要」に従って本件各申請の目的とされるサンゴ類生息場所の埋立工事を実施することが事実上不可能であること

- (1) 公有水面埋立ての免許・承認を受けた者は、願書と添付図書により特定された内容に基づいて工事を遂行しなければならないものであり、また、設計概要の変更の承認を受けない限り、免許・承認を受けた内容以外の工事をするには許されない。

しかし、大浦湾側の海底に広範に軟弱地盤が存在することが判明し、沈下、液状化及びすべり破壊の危険性が認められるものであり、そのため本件承認処分を受けた「設計ノ概要」に従って本件埋立事業の工事を完成させることができないことは、誰の目からみても疑義を生じる余地がないまでに客観的に明らかである。そして、沈下、液状化及びすべり破壊の危険性のために、本件承認処分を受けた「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は明らかである。

- (2) 土は土粒子、水、空気の3要素からなり、このうち土粒子が構成している土の固体部分が土の骨格であり、その間隙に、水（間隙水）と空気があることになる。土の性質は、土粒子の大きさによって異なることになるため、粒径で区分され、粒子の小さい方から粘土、

シルト、砂、礫、石に分類される。土は単一の粒径で構成されていないため、一般的に最も支配的な土粒子を基準にして、土を粘性土と砂質土に大別し、土の判断基準としている。

軟らかい粘性土については、圧密沈下がとりわけ重要な問題となる。土は、土粒子の間隙に水、空気が存するものであるが、水等が外に流出すれば、土の体積は減少することになる。粘性土と砂質土を比較すると、土粒子の細かな粘性土は透水性が低く、これに対して土粒子の粗い砂質土は透水性が高いという性質の違いがある。粘性土は、圧をかけることによる土粒子の間隙の水の流出に長い時間がかかり、構造物が出来上がった後、構造物下の土の沈下（土粒子の間隙の水が流出することにより土の体積が減少する。）が進行し続け、沈下の終息までに長い時間が掛かることになる。この現象を圧密沈下という。N値の低い土中の水分が多い軟弱な粘性土の地盤上に、構造物を構築した場合には、構造物の荷重により圧密沈下現象が生じる危険性が存することになる。

また、N値がきわめて低い地盤であれば、砂質土と粘性土のいずれについても、載荷と同時に沈下が生じることになる（粘性土については土の体積が即時に収縮しなくとも、土の側方移動による沈下が生じることになる。）。

表層に緩い砂質土が存在する場合には、液状化の危険性が生ずることになる。砂質土は、粘着性のない粒の粗い粒子からなるが、互いに角を接触させ、いわば突っ張りあって全体を支えている。砂粒子間には広い間隙があり、地下水面が高いと、この間隙は水で完全に満たされている。ここに地震動が加わって砂粒子が繰り返し揺すられると、お互いの支えが次第に外れ、やがては砂粒子間の接触はなくなる。地震による連続した振動は砂粒子を密実化させる方向に

働き、間隙水の圧力（間隙水圧）は一時的に上昇する。そして、砂粒子の噛み合わせが完全に外れ、水圧を高めた水の中にばらばらになって浮いた状態となる（地盤の液状化）。圧力を高めた地下水が砂とともに地表へ噴出すると、地層の中身が抜け出したことになり、沈下・亀裂・陥没・隆起などの地盤変形が起こり、横からの押さえのないところや傾斜のあるところでは液状化層が側方へ流動し、これにより地盤上の建物・構造物に沈下・傾斜・転倒・浮き上がり等やそれに伴う破壊が生じることになる。緩い砂質土の地盤は、地震時にこの液状化現象が起こる危険性が存するということになり、締まりの程度は N 値によって判定するが、N 値が 10 以下であると液状化の危険性は大きいとされている。

港湾構造物の建設後及び建設中における深刻な事故に地盤破壊がある。地盤は荷重を支えきれなくなると、地盤内部のある面に沿ってそれより上方の土塊がすべり落ち、地盤の破壊という現象が生じる。この地盤のすべりを想定した安定検討方法として、広く用いられているのが、円弧すべりの解析であり、すべりを起こそうとする力のモーメント（起動モーメント）がこれに抵抗するモーメント（抵抗モーメント）の比で地盤の安定性が判断されることになる。

- (3) 本件承認処分後に明らかとなった土質調査等の結果よりすれば、本件承認出願に係る「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は明らかである。

ア 本件承認処分後に公表された土質調査の結果では、N 値 0（モンケン自沈）という数値を示した箇所を含め、圧密沈下の危険性が広範に存していることが明らかになっている。

しかし、沖縄防衛局は、本件承認出願とこれに対する審査において圧密沈下を生じさせる土層は存在しないと説明して、地盤改

良工事を含まない内容の設計概要について本件承認処分を受けたものであり、上記の軟弱地盤に対する圧密沈下対策の地盤改良工事は承認を受けた工事内容に含まれていない。

したがって、埋立承認を受けた内容で本件埋立事業を行うならば、圧密沈下が生じ、護岸の沈下や不同沈下による傾斜等の危険性が認められ、また、空港施設の滑走路で沈下が生じるならば、沈下により滑走路に生じた不陸は航空機の離発着の安全性に直接に関わることになる。

圧密沈下という点のみよりしても、本件承認処分を受けた「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は明らかである。

イ 本件承認出願とこれに対する審査において沖縄防衛局は液状化を生じさせる土層は存在しないと説明して本件承認処分を受けたものであり、上記の軟弱地盤に対する液状化対策の地盤改良工事は承認を受けた工事内容に含まれていない。しかし、大浦湾側の本件埋立事業施工予定地域には、表層の砂質土が N 値 0（モンケン自沈）を示した箇所を含め、非常に緩い砂質土が広範に存在することが明らかとなっているものであり、液状化の危険性が認められることは明白である。そして、液状化が生じたときに、港湾構造物に甚大な被害が生じることは、よく知られていることである。水辺周辺の地盤は地下水が海水とつながっているため、液状化が生じやすいものである。地震の際に、地盤を横から支えている壁体が倒壊したり移動する損傷は多く見られるが、とくに海岸や港湾内にある擁壁構造物は液状化の影響が加わって破損しやすく、時には数メートルも海の方に滑り出して大きな被害の元凶となってきた。ケーソン式護岸の例では、兵庫県南部地震の

際に液状化により大型ケーソン岸壁が2～5メートル海側に押し出されたり、傾斜して大きな被害を出したことは未だ記憶に新しく、また、矢板岸壁の例では、日本海中部地震の際に、液状化により矢板が海側に大きく傾いて移動し、背後の地盤が大きく陥没し、同時に側方流動が生じ、地割れや地盤沈下は50メートルぐらい陸側に及んでいるが、液状化により護岸構造物が大きな変位を起こすと、それが陸側に伝わっていき、建物などの陸上施設も大きな被害を受けることとなるものである。

液状化の危険性ということのみよりしても、本件承認処分を受けた「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は明らかである。

ウ 土質調査の結果では、N値0等のマヨネーズなみとも表現される分厚い軟弱地盤層が認められるものであるが、本件承認処分を受けた構造物の重量を考えると、「設計ノ概要」のとおりに行えば直ちに沈下が生じることは明らかである。

例えば、ケーソン護岸については、基礎部分に石材（捨石）を敷き詰め、その上に巨大なコンクリートの函であるケーソンを設置して護岸とするものであるが、基礎捨石は最大数千キログラム、ケーソンは中詰材を除いても数千トンの重量がある。そして、ケーソン護岸設置箇所についてもマヨネーズなみとされる分厚い軟弱地盤の層が明らかになっているのであるから、かかる箇所について、承認を受けた工事内容で設置しようとしたならば、たちどころに基礎捨石やケーソンが数十メートルも沈み込んでしまうことになるのであり、本件承認処分を受けた「設計ノ概要」に基づく内容で工事を完成させることができないことは明らかである。

エ 本件承認出願とこれに対する審査において沖縄防衛局は安定計算結果に問題はないと説明して本件承認処分を受けたものであり、上記の軟弱地盤についての地盤破壊対策の地盤改良工事は承認を受けた工事内容に含まれていない。

しかし、本件承認処分後に公表された円弧すべり解析の結果では、「設計ノ概要」により工事を完成させた場合には、C-1 護岸、C-3 護岸、護岸（係船機能付）、A 護岸、中仕切岸壁 A： - 10.0m、中仕切岸壁 A： - 7.5m、中仕切岸壁 B： - 7.5m、中仕切護岸 N-1 において、起動モーメントが抵抗モーメントを上回っており、所定の安定性を欠き、護岸等の荷重による地盤破壊の危険性が存することが明らかになっている。さらに、埋立地内についても、安定性照査結果（円弧すべり照査結果）では、設計概要説明書に示された埋立工法で工事をするならば、工事による積載荷重に対する所定の安定性が認められず、工事により地盤破壊が生じる危険性が存することが明らかにされている。

この円弧すべり解析の結果のみよりしても、本件承認処分を受けた「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は明らかである。

第3 本件各申請について必要性が認められないとした本件各不許可処分の判断に裁量の逸脱・濫用は認められないこと

1 本件各申請は、本件承認処分を受けた埋立工事に伴う造礁サンゴ類の死滅回避を目的とするものである。

確かに、公有水面の埋立てに際して、埋立区域内の造礁サンゴ類そのままにして埋立工事がなされれば当該埋立区域内の造礁サンゴ類は死滅することになるものであり、また、公有水面埋立免許等を受けた事業者は、「設計ノ概要」に従って工事を実施して「設計ノ概要」を

もって特定された埋立工事を完成させることのできる法的権限を有するものであるから、公有水面埋立免許等を受けた「設計ノ概要」に示された埋立区域内の造礁サンゴ類を対象として、埋立てによる死滅を回避する目的で移植をするためになされた特別採捕許可申請については、特段の事情がない限り、その目的自体の正当性ないし必要性は肯定的に判断されることになろう。

しかしながら、「設計ノ概要」に従って工事を行って当該埋立事業を完成させることができる法的権限を有することと、事実の問題としてそれが可能であるのかということは、あくまでも次元を異にする問題である。

公有水面埋立承認を受けた「設計ノ概要」に従って工事を実施して「設計ノ概要」をもって特定された埋立工事を完成させることのできる法的権限を有していても、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となっていると認められるような特段の事情のある場合には、特別採捕許可申請に対する審査において、公有水面埋立免許等を受けた「設計ノ概要」に従って工事を行って「設計ノ概要」をもって特定された埋立工事を完成させることができない事実状態にあるとの事実認定をし、この事実を前提として特別採捕許可の必要性について判断をすべきものである。

- 2 日本には約 400 種類の造礁サンゴ類が生息しており、沖縄島にはそのうち約 340 種が確認されているところ、これらのサンゴ類は、それぞれの種に適合した自然的条件の場所に分布して生息している。したがって、本来は、本件各申請の対象となっているサンゴ約 8 万 4 千群体についても、現在の生息場所でそのまま生息し続けることが水産資源保護法上最も望ましい状態である。そして、事業の実施が確實であ

り、事業の実施に伴いサンゴがやむを得ず消失するような場合にはじめて、次善の策である環境保全措置としてサンゴ類を移植することが水産資源保護上望ましい状態といえるものである。

それでもなお、サンゴ類の移植については、もともと確立した確実な移植技術があるわけではなく、植え込んだ種苗が成長して産卵するまで（多くは3年）の生残率 40 パーセント以上を成功のゴールにすることが提唱されているにすぎず（Omori et al.2016 「沖縄県サンゴ礁保全再生事業総括報告書」）、環境保全措置が成功したとしても、本件でいえば、移植が成功したとしても本来生息していたサンゴ約8万4千群体のうち3万4千群体しか水産資源として保護することはできないこととなる。

また、不適切なサンゴ類の移植は、移植元のサンゴ類を消失させるのみならず、移植先に生息したサンゴ類、ひいてはその他の生態系に負の影響を与えかねないことに留意しなければならない。移植の失敗は、成果をゼロにするのではなくマイナスにする可能性すらあるのである。「沖縄県サンゴ移植マニュアル」においては、サンゴ移植で注意すべきこととして、移植活動自体がサンゴ群集にマイナスに働く可能性がある点として、遺伝的攪乱、病原菌を持ち込むこと、そして最も危険なことは、移植によって簡単にサンゴ礁を保全できると行政や企業などが誤解し、移植が開発行為の免罪符となる可能性があることと説明している。

サンゴ類の移植は、それ自体が、移植されたサンゴ類の大半の死滅を意味するものである以上、学術的な研究としてごく少数の個体を移植する場合であればともかく、公有水面埋立工事に伴うサンゴ類の環境保全措置として大量のサンゴ類の群体を移植することについては、移植対象であるサンゴ類の生息場所について「設計ノ概要」に示され

た工事がなされるとの事実認定がなされることが前提となるものと言うべきである。

- 3 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は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と解され、このことは、最判令和3年7月6日も前提としているものと言うべきである。

すなわち、同最判は、「さんご類は、さんご礁の形成に不可欠な役割を果たすとともに、漁業の対象となる生物の生息場所等として機能し、周辺の水産資源の保護、漁場の形成等の点で重要な役割を果たしている。さんご類の移植については、移植後の生残率は高くないとされており、沖縄県においては移植から4年後の生残率が20%以下というデータもある。」、「本件さんご類の具体的な生息場所は、本件軟弱地盤区域外の護岸造成工事（以下「本件護岸工事」という。）が予定されている箇所又はその近辺に限られている。」との事実認定を前提として、「公有水面埋立法上、国の官庁が埋立ての承認を受けた後に設計の概要を変更する必要がある場合に、当該承認に基づく工事を中断すべき旨の規定は設けられていない。したがって、この場合において、当該官庁は、変更承認を受けていない段階であっても、当該変更に関する部分に含まれない範囲の工事については、特段の事情のない限り、当初の願書に記載された設計の概要に基づいて適法に実施し得る地位を有しているものと解される。」と判示しているが、「当該変更に関す

る部分に含まれない工事」に限定して「当初の願書に記載された設計の概要に基づいて適法に実施し得る地位を有している」として、「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った」と判示したものであり、これは裏返すならば、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たものと言うべきである。

- 4 以上述べたとおり、本件各申請の対象であるサンゴ類の生息場所については、事実の問題として、本件承認処分にかかる「設計ノ概要」に従った工事を実施することができないことは明らかであり、本件各申請について必要性が認められないとした本件各不許可処分の判断には裁量の逸脱・濫用は認められないものである。

第4 変更承認申請を承認しないことが違法であるとの主張について

審査請求人は、本件申請の必要性について主張するにあたり、「変更承認していないことそのものが違法であり、本件変更承認申請は法的に承認すべきものなのであるから、本件変更承認申請の変更承認がなされていないことは、本件各申請の移植の必要性を否定する理由になり得ない」旨主張しているため（審査請求書16頁）、このような主張の誤りについて、以下で若干補足する。

そもそも、既に上述したとおり、農林水産大臣が、設計概要変更承

認申請について、設計概要変更承認申請に対して承認がなされるべき（承認がなされていない状態が違法であり、したがって、承認がなされていて、変更承認後の埋立てを適法に実施し得る法的地位を前提に本件申請の必要性が判断される）との判断をすることはできないから、審査請求人の主張は、失当というほかはない。

審査請求人の主張は明確ではないものの、「裁決により取り消された上、埋立法を所管する国土交通大臣により、本件変更承認申請を承認しないことが、埋立法に違反する違法な事務処理であり、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、地方自治法第245条の7第1項に基づき、沖縄県に対し、本件変更承認申請を承認するよう本件変更承認指示がされている。そうすると、処分庁がいまだ本件変更承認申請を承認していない事務処理は違法であり、本件変更承認申請は法的に承認すべきものであることが明らかになっている」旨主張しており（審査請求書17頁）、あるいは、是正の指示がなされている以上は、設計変更承認処分が法的に承認されるべきことが明らかである旨主張する趣旨とも理解される。

しかし、是正の指示の権力性は、一般的な行政処分の権力性とは異なり、それ自体の自力執行力は否定されている（村上順他『新基本法コンメンタル地方自治法』388頁）。つまり、制度としては、地方公共団体は、国地方係争処理委員会への審査申出をすることができる一方で、申出をせずに、これに従わないことも可能であり、最終的には関与取消訴訟、あるいは不作為違法確認訴訟により司法判断がなされることが予定されているもので、是正の指示の内容の適法性（逆に言えば、地方公共団体の法定受託事務の処理の違法性）について、実質的に確定していることにはならない。

一応、審査請求人が主張するところに即して、若干補足しておく、

本件変更不承認処分を取り消した裁決は、固有の資格において本件変更不承認処分の名宛人となった審査請求人による審査請求に対してなされたもので、また権限を濫用したものとして無効である。

また、裁決が仮に有効であるとしても、処分庁は、あくまでも裁決の趣旨に従って再度処分をなす義務を負うにとどまるところ、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もなく、現時点において、変更承認処分がなされていないことが違法であるとは言えない。

さらに言うなら、裁決及び裁決後になされた是正の指示については、現在係争中であるところ、かかる係争の結果を踏まえて処分を再度なすべき裁量はあるから、この点からも、現時点において、変更承認処分がなされていないことは違法ではない。

いずれにせよ、これらの主張の適否は、裁決や是正の指示に関する国地方係争処理委員会の手続及び関与取消訴訟、あるいは抗告訴訟の手続において審理、判断され、最終的には司法により、処分庁が変更承認申請に対して変更承認処分をしないことが違法であるか否か、変更承認処分をなすべき義務があるか否かが実質的に確定する。

公水法を所管していない農林水産大臣が、変更承認申請に係る手続とは別の手続において、変更承認処分がなされていないことが違法であると判断し、それを前提にして本件申請の必要性を判断できる理由はない。