

令和2年（行ケ）第1号

地方自治法第251条の5に基づく違法な国の関与の取消請求事件

原告 沖縄県知事 玉城 康裕

被告 農林水産大臣 江藤 拓

原告準備書面(3)

令和2年9月15日

福岡高等裁判所那覇支部民事部IVB係 御中

原告訴訟代理人

弁護士 加藤 裕

弁護士 仲西 孝浩

弁護士 松永 和宏

弁護士 宮國 英男

原告指定代理人

沖縄県知事公室

知事公室長 金城 賢

参事監兼基地対策統括監 金城 典和

辺野古新基地建設問題対策課

課長 田代 寛幸

副参事 知念 宏忠

班長 宮城 石

主査 久保田 吏

主査 仲里 太一

主査 中村 健志

主任 内間 ゆりな

主任 大城 健司

主任 末永 充

沖縄県農林水産部

農林水産部長 長嶺 豊

農漁村基盤統括監 仲村 哲

水産課

課長 能登 拓

副参事 仲宗根 英之

班長 鳩間 用一

主幹 太田 格

主査 羽賀 令二郎

本書面では、本件各申請に係る特別採捕許可の必要性に関して、答弁書および被告第1準備書面における被告の主張を踏まえて、原告の主張を述べる。なお、略語は特に断らない限り、訴状の例による。

第1 造礁サンゴ類特別採捕許可の必要性に係る被告主張の要旨

1 事実関係に係る原告主張についての被告の認否

原告は、訴状「請求の原因」の「第3 埋立承認を受けた内容での埋立てを完成させることはできず、大規模な工事内容の変更が必要であることが明らかとなっていること」において「設計ノ概要」に従って工事を遂行することが不可能であることの明白性」及び「仮に設計変更により工事を完成させることができるとした場合でも、未曾有の大規模工事の追加等の大幅な変更が必要となることの明白性」に係る事実を主張したが、この原告主張について、被告は、いずれも「積極的に争うものではない」と認否している。

2 被告主張の要旨

被告は、「本件では、本件事業者において地盤改良工事の追加に係る変更承認を受けることが予定されており」（被告第1準備書面：14頁）としたうえで、「変更承認がされていない段階であっても、K8護岸及びN2護岸の造成工事を実施することは、法的にも技術的にも何ら支障がないものである上、本件事業者が、変更承認の前後にかかわらず、これらの護岸造成工事を実施しようとしている理由も合理的なものであって、これを否定すべき理由は何ら存しない。そして、本件各申請に係るサンゴ類は、いずれもこれら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るものであって、これらの護岸造成工事を

実施することによって死滅等することを免れないから、これらのサンゴ類を避難させるため、本件各申請に係る移植を行う必要があることは明らかである。」（被告第1準備書面：13頁）と主張している。

第2 原告の主張

1 本件承認処分を受けた「設計ノ概要」で特定された埋立工事を完成させることができないことが明らかとなっているという特段の事情が存すること

(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を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。）を受けた事業者は、「設計ノ概要」にしたが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、特段の事情がない限り、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、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」にしたがって工事を行って当該埋立事業を完成させることができることについての法的権限を有することと、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」にしたが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」にしたが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」にしたがって工事を行って「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て、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ることができるものと言うべきである。

そして、公水法は、公有水面埋立免許等という処分がなされた後に、「設計ノ概要」にしたが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ができないことが判明するという事態が生じうることを、法の仕組みとして想定しているものである。すなわち、2において詳述するとおり、公有水面埋立免許等の出願から処分までの段階では、詳細な実施設計でなく、「設計ノ概要」で足りるものとして出願段階での事業者の負担を軽減したものであるが、そのため、公有水面埋立免許等の処分を受けた後に、事業者が埋立工事を実施するために、「設計ノ概要」を詳細具体化した実施設計を行うために詳細な調査・検討を行う段階で、「設計ノ概要」にしたがって工事を行って「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ことが判明するという事態が生じうることになるものである。

公有水面埋立免許等を受けた事業者が当該埋立事業により死滅する造礁サンゴ類の移植を目的とする特別採捕許可申請をした場合でも、当該公有水面埋立免許等を受けた「設計ノ概要」にしたが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ができないことが客観的に明らかであるという特段の事情がある場合には、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、埋立てによる死滅を回避する目的で移植をするための特別採捕許可申請については、公有水面埋立免許等に基づいて「設計ノ概要」にしたが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法的権限は有しているとしても、事実の問題として、そもそも公有水面埋立免許等を受けた「設計ノ概要」にしたがって工事を実施して「設計ノ概要」によって特定された埋立工事を完成させることができないことが明らかなのであるから、当該造礁サンゴ類の移植の必要性をその時点では肯定できないこととなり、特別採捕許可の許可権者において、特別採捕許可申請の必要性を肯定できないとの判断を当然になしうるものである。

本件については、「本件埋立工事の埋立対象区域は、辺野古崎を挟んで、南側リーフエリアと大浦湾側エリアという、深度や海底地形等が大きく異なる範囲にまたがっているが、大浦湾側エリアの大半が、いわゆる軟弱地盤であることが明らかとなったものである。護岸等の構造物の設置計画箇所についても、水深数十メートルの海底に、数十メートルの厚さの軟弱地盤が存在していることが明らかになっているが、N値0の「マヨネーズなみ」とも言われるような箇所すらも数多く確認され、護岸等について埋立承認を受けた内容での工事をした場合に

は圧密沈下、液状化やすべり破壊などによる護岸の倒壊等の危険性があることは明白である。また、護岸等の設置計画箇所以外の埋立予定地についても、埋立承認を受けた内容で工事をした場合にはすべり破壊の危険性があることが明らかとなっている」（訴状：14頁。この事実自体は証拠上明らかであり、被告も積極的に争わないと認否している。）という事実が認められるものであり、本件承認処分を受けた「設計ノ概要」にしたがって工事を実施して「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ができないことは客観的に明らかであるから、かかる特段の事情が認められることよりすれば、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していても、本件各申請の必要性を否定することはできるものと言うべきである。

- (2) もっとも、公有水面埋立免許等を受けた「設計ノ概要」にしたが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ができないことが客観的に明らかになった場合でも、そのことによって当然に公有水面埋立免許等が失効するものではない。事業者は、「設計ノ概要」の変更によって対応をすることが考えられるものであり、実際、本件でも、事業者である沖縄防衛局は、本件是正の指示の時点において、「設計ノ概要」の変更承認申請を行う意向を、確定的かつ明白に明らかにしていた。

しかし、事業者が「設計ノ概要」の変更で対応する意向を示したとしても、「設計ノ概要」の変更承認処分がなされるまでは、当該公有水面埋立免許等を受けた「設計ノ概要」にしたが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ができない

ことが客観的に明らかであることに変わりはない。

また、被告は、「本件では、本件事業者において地盤改良工事の追加に係る変更承認を受けることが予定されており」ということを前提としているが、本件是正の指示の時点において予定されていたのは、「地盤改良工事の追加に係る変更承認を受けること」ではなく、あくまでも、事業者である沖縄防衛局が「設計ノ概要」の変更承認申請を行うことであり、変更承認申請について許可処分がなされるのか拒否処分がなされるのかは不確定であり、拒否処分がなされるという可能性は当然に存するものである。そして、拒否処分がなされたなら、本件承認処分を受けた「設計ノ概要」にしたがって工事を実施して「設計ノ概要」で特定された埋立工事を完成させることができないことは確定的になるものであるから、本件承認処分については当然に取消処分をすることが検討されることになる。そして、本件承認処分が取消されたならば、本件承認処分を受けた「設計ノ概要」に記載のある埋立工事を実施できないことが確定することになる。本件承認処分の効力が失効をすることになれば、それより前に「設計ノ概要」に記載のある埋立工事の実施のために造礁サンゴ類の採捕がなされていれば、その採捕はまったく無益になされたことになるのである。事業者において「設計ノ概要」の変更承認申請の意向を示していたとしても、変更承認処分を得られるか否かは不確定なものであるから、かかる不確定な状態において、特別採捕許可の必要性を認めるに至らないとの判断ができることは当然のことと言わなければならない。以下、さらに敷衍して述べる。

本件について、事業者である沖縄防衛局が「設計ノ概要」の変更承

認申請をすることが必要となったのは、本件承認処分を受けた「設計ノ概要」にしたがって工事を実施して「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ができないことが明らかとなっているためである。すなわち、先にも述べたとおり、本件埋立承認処分を受けた「設計ノ概要」にしたがって工事を実施した場合には、護岸等について圧密沈下、液状化やすべり破壊などによる護岸の倒壊等の危険性があることが明白となっており、また、護岸等の設置計画箇所以外の埋立予定地についても、本件承認処分を受けた「設計ノ概要」にしたがって工事を実施した場合にはすべり破壊の危険性があることが明らかとなっているものである。これは、2において詳述するとおり、「災害防止二付十分配慮セラレタルモノナルコト」(公水法4条1項2号)といった処分の基幹的要件が充足していないことが明らかとなったということに他ならないものであり、このことが本件承認出願の際に明らかにされていたならば、本件承認出願の「設計ノ概要」については要件(免許基準)を充足しているとは認められないとして、本件承認出願の拒否処分がなされなければならなかったものである。

公有水面埋立免許等の処分について、処分の基幹的要件が充足をしていないにもかかわらず処分がなされていたことが判明をしたのであれば、「設計ノ概要」についてなされた公有水面埋立免許等の処分を取り消して、あらたな「設計ノ概要」についての公有水面埋立免許等の出願をすべきとも考えられるが、2において詳述するとおり、公水法は、「設計ノ概要」の変更申請という制度を設けている。公有水面埋立免許等を受けた「設計ノ概要」にしたがって工事を実施して「設計ノ概要」で特定された当該埋立工事を完成させることができないことが

明らかになったために「設計ノ概要」の変更承認申請をするということは、処分の基幹的要件を充足していないにもかかわらず処分がなされたことが判明したということであり、また、「設計ノ概要」の変更承認は、当該変更承認申請について、公水法 13 条の 2 第 2 項において準用する同法 4 条 1 項および 2 項の要件（免許基準）を充足していると認められ、かつ、「正当ノ事由」が認められる場合についてのみなされるものであり、これらの要件を充足しなければ、変更承認申請については拒否処分がなされることになる。そして、公有水面埋立免許等を受けた「設計ノ概要」にしたがって工事を実施して「設計ノ概要」で特定された当該埋立工事を完成させることができないことが明らかであり、かつ、「設計ノ概要」の変更が認められない場合には、当初の公有水面埋立免許等は処分要件が欠缺していてこれの補正ができないことが確定的となったということであるから、当然、公有水面埋立免許等自体について取消処分が検討されることになるものと考えられる。

公有水面埋立免許等を受けた「設計ノ概要」にしたが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ができないことが明らかになったために「設計ノ概要」の変更承認申請がなされた場合には、変更承認申請からこれに対する処分がなされるまでの間は、公有水面埋立免許等の出願をしてから処分がなされるまでの間に類しているとも言えるような不確定な状態であると言うべきである。公有水面埋立工事を遂行して完成させることができるのか否かに関してかかる不確定な状態においては、公有水面埋立免許等を受けた「設計ノ概要」にしたがった工事の実施に伴う造礁サンゴ類の特別採捕許可申請については、特別採捕の必要性を認めるに至らな

いと判断をなしうるものと言うべきである。

とりわけ、本件に即していうならば、「本件是正の指示の時点において、仮に設計変更により工事を完成させることができるとした場合でも、未曾有の規模の大掛かりな地盤改良工事を含む大幅な工事内容の変更をしない限り、本件埋立事業を遂行することが不可能であることは客観的に明らかであり、かつ、沖縄防衛局自身もその認識を外部に明確に示していたものであった」（訴状：21頁。この事実自体は証拠上明らかであり、被告も積極的に争わないと認否している。）ものであるから、かかる抜本的な「設計ノ概要」の変更承認申請が認められるか否かが不確定であることはあまりにも明らかである。被告は、「本件では、本件事業者において地盤改良工事の追加に係る変更承認を受けることが予定されており」ということを前提としているが、予定されていたのはあくまでも変更承認申請を行うということであって、変更承認を受けられるのか否かは不確定な状態であり、「本件事業者において地盤改良工事の追加に係る変更承認を受けること」は事業者である沖縄防衛局の希望にすぎないものである。

なお、被告は、「本件事業者において地盤改良工事の追加に係る変更承認を受けることが予定されて」ということを主張する。しかし、公水法上の「設計ノ概要」の変更承認申請の承認権者でもない農林水産大臣が、「設計ノ概要」の変更承認がなされていない（それどころか、本件是正の指示の時点では、変更承認申請すらなされていない。）段階において、「変更承認を受けることが予定」されているという判断をして、この判断に基づいて、本件是正の指示という関与をしたことは、農林水産大臣の則を超えた暴挙も甚だしいものと言わなければならない。出

願事項の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（規則別記様式第三）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。」（公益社団法人日本港湾協会『港湾行政の概要 平成 25 年度』6-67）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。」(同6-69)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、「設計ノ概要」の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項および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されるという制度ではない。そもそも本件是正の指示の段階においては、事業者である沖縄防衛局は「設計ノ概要」の変更承認申請もしていないが、変更承認申請は、公有水面埋立承認を受けた事業者のみが行うことができるものであるから、事業者が変更承認申請をしていない段階においては、変更承認申請の内容を特定することは、承認権者である沖縄県知事や公水法を所管する国土交通大臣でもできないので

あり、まして農林水産大臣が変更承認申請の内容を特定することはできないことは余りにも当然である。そして、「設計ノ概要」の変更承認は、地方公共団体の事務であり、都道府県知事が判断をするものであり、この公水法上の「設計ノ概要」の変更承認申請に係る都道府県知事の判断について、農林水産大臣は関与をなしうる立場にはない。それにもかかわらず、被告が、「本件事業者において地盤改良工事の追加に係る変更承認を受けることが予定されて」いるとの判断に基づいて、本件是正の指示をしたことは、農林水産大臣が判断権限を有しない事項についての判断に基づいて関与をしたものであり、農林水産大臣の立場を逸脱したものであると言わなければならない。

また、これまで述べたとおり、このような経緯で「設計ノ概要」の変更承認申請が必要となったということは、当初の公有水面埋立免許等の処分について基幹的要件を充足していなかったことが判明したということであるから、公有水面埋立免許等に基づく工事を停止したうえで、変更申請許可等の対応を検討すべきことはあまりにも当然のことであると言わなければならない。昭和48年改正前の文献であるが、三善政二『公有水面埋立法（問題点の考え方）』は、「当該埋立は、免許処分及び免許条件で指定された埋立の区域において免許された設計どおりの工法で完成したときに限って「竣工認可」を与え、土地所有権を付与するのである…（中略）…従って、設計変更を必要とする事態に至ったときは、直ちに、当該工事を中止して所要の手続をなし、免許の効力を補正することが大切となる」（176頁）としている。

- (3) なお、本件各申請に係るサンゴ類は 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るものであるが、この場

所については軟弱地盤の範囲外であり、K8護岸及びN2護岸については、「設計ノ概要」の変更において、本件承認処分を受けた「設計ノ概要」からの変更は予定されていない。

しかし、「設計ノ概要」は一個であり、「設計ノ概要」は埋立てに関する工事についての全範囲にわたる工事施工内容を特定しているものであって、「設計ノ概要」を分割して、ある個所については要件を充足し、他の個所については要件を充足していないとの判断がなされるものではない。

また、当該公有水面の一部についてのみ埋立工事が強行され、一部のみが事実上の陸地化をしたとしても、「設計ノ概要」の変更承認がなされないのであれば、その事実上の陸地化をした個所については竣工をすることもできず、土地所有権も成立しないこととなり、無意味・有害に海面を事実上消失させたことになる。本件に即してみると、「設計ノ概要」の変更が認められない場合には、本件埋立事業の大半を占める大浦湾側の埋め立て工事の大半を実施できず、K8護岸やN2護岸のみを造成しても、本件埋立事業の目的を達成することができないことはあまりにも明らかであり、その場合には、まったく無益に海面を事実上喪失させたということになるのであり、このようなことが正当化されえないことは明らかである。

さらに、先に述べたとおり、公有水面埋立免許等を受けた「設計ノ概要」にしたがって工事を実施して「設計ノ概要」で特定された当該埋立工事を完成させることができないことが明らかになったために「設計ノ概要」の変更承認申請がなされた場合には、当初の処分は基幹的処分要件を充足していなかったことが明らかになっているという

ことであるから、「設計ノ概要」の変更承認申請について拒否処分がなされた場合には、公有水面埋立免許等の処分は取消しを免れないことになるものと言うべきであるが、特別採捕許可がなされて造礁サンゴ類が採捕され、他方で、「設計ノ概要」の変更承認申請に対して拒否処分がなされて公有水面埋立免許等の取消処分がなされたときは、公有水面埋立免許等を受けた「設計ノ概要」にしたがった埋立工事はすべてできないことが確定するのであるから、この場合、造礁サンゴ類はまったく無益に採捕されたことになる。そして、本件については、「本件是正の指示の時点において、仮に設計変更により工事を完成させることができるとした場合でも、未曾有の規模の大掛かりな地盤改良工事を含む大幅な工事内容の変更をしない限り、本件埋立事業を遂行することが不可能であることは客観的に明らかであり、かつ、沖縄防衛局自身もその認識を外部に明確に示していたものであった」ものであるから、「設計ノ概要」の変更承認申請をしても、許可を得られるのか否かが不確定であることは明らかであり、仮に変更承認申請に対して拒否処分がなされたときは、本件承認処分についても取消処分がなされることになると考えられ、そうなれば、K8 護岸や N2 護岸の造成に関する埋立工事は実施できないことが確定することになる。

以上のとおり、本件については、本件承認処分について基幹的処分要件を充足していないものであることが明らかとなっているものであるから、本件各申請にかかる造礁サンゴ類の生息場所の工事内容に変更がないとしても、「設計ノ概要」の変更承認がなされるまでの間は、本件承認処分を受けた「設計ノ概要」の実施のための特別採捕の必要性を認めるに至らないとの判断をなしうることは当然である。

(4) 本件については、本件承認処分を受けた「設計ノ概要」にしたがって工事を実施して「設計ノ概要」で特定された埋立工事を完成させることができないことが明らかとなっているという特段の事情があり、変更承認がなされていない段階において、特別採捕許可の必要性を肯定するに至っていないとした原告の判断は正当なものであり、本件是正の指示の時点において、本件各申請についての許可処分をしていないことについて、原告の裁量の逸脱濫用は認められないものである。

2 本件承認処分を受けた「設計ノ概要」に基づく全体の実施設計を示して協議を行うことができないことが明らかになっているという特段の事情があること

(1) 本件承認処分については、附款が付されているが、その第1項（以下「留意事項1」という。）において、「工事の施行について 工事の実施設計について事前に県と協議を行うこと」とされ、実施設計についての協議が定められており、事業者は、実施設計を作成して沖縄県と協議をしなければ、工事に着手をすることができないものとされている。

この点、確かに、造礁サンゴ類の移植は埋立工事そのものではなく、そもそも工事に着手する前になされるものであるから、実施設計についての協議がなされていない段階、すなわち、工事に着手できない段階であるということのみをもって、特別採捕許可の必要性が否定されるものではない。しかし、本件では、本件承認処分を受けた「設計ノ概要」についての実施設計を作成することができないことが客観的に明らかになっているという特段の事情が存するものである。実施設計について分割して協議をすることはできず、全体の実施設計を作成し

て協議をしなければならないものであり、また、実施設計は、あくまで「設計ノ概要」を詳細具体化したものであるから、「設計ノ概要」にしたがって完成されなければならないものである。ところが、本件では、本件承認処分を受けた「設計ノ概要」に基づいて実施設計をすることができないことは明らかとなっているのである。本件各申請は、本件承認処分を受けた埋立工事がなされることを前提とするものであるが、本件承認処分を受けた「設計ノ概要」について全体の実施設計を完成させて協議をすることが不可能であることが客観的に明らかとなっているのである。したがって、本件是正の指示の時点においては、留意事項1との関係においても、事業者が本件承認処分を受けた「設計ノ概要」に基づく実施設計を完成させて協議をすることが不可能であることが明らかであった以上、そもそも埋立工事に着手することができない状態にあったのであるから、特別採捕許可の必要性を否定できることは明らかである。

以下、さらに敷衍して述べる。

- (2) 本件承認処分には、附款として留意事項1が付されているが、これは、公有水面埋立免許に実施設計認可申請を免許条件として付すことと同様の趣旨に基づくものであるため、実施設計認可申請と公水法34条の意義について述べることとする。

ア 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「災害防止ニ付十分配慮」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、「問題の状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、「災害防止ニ付十分配慮」要件は、人の生命・身体等にかかるものであるから、公有水面埋立免許等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。

イ 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。

当該埋立の埋立て工事の内容については、願書等により特定された「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」にしたが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。

ウ 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、「災害防止ニ付十分配慮」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ものであり、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、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』6 - 32、山口・住田『公有水面埋立法』127頁)。

ウ 設計の概要に基づく審査で「災害防止ニ付十分配慮」要件を充足していると判断して免許がされたとしても、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、人の生命・身体・財産等に重大な侵害をもたらさうような埋立工事を進めることを認められないものであり、免許等の効力を維持することを認めることはできない。

以上のとおり、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「災害防止ニ付十分配慮」要件の充足が認められるとする判断がなされて免許処分をしたとしても、免許後の実施設計のための調査結果を踏まえて検討すれば、海底土質が免許処分の判断の前提とされた土質とは異なるなどの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、「災害防止ニ付十分配慮」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、「災害防止ニ付十分配慮」という基幹的要件の工事施行段階における充足を確認するための仕組みを設けている。

すなわち、公水法 34 条は、免許処分に実施設計の認可申請を免許条件として付した場合に、不認可の処分がされたとき又は指定する期間内に申請をしないときは、免許の効力は失効することを定めているものである。

願書等で特定された「設計ノ概要」を審査して、「災害防止ニ付十分配慮」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をできるという判断をしたということである。それにもかかわらず、適正な実施設計が示されなかったということは、公有水面埋立免許をしたこと自体が不相当であったということであり、公有水面埋立免許の要件を充足していないことが事後的に判明したことを意味するため、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。

実施設計の認可申請を免許条件で付すことが適当な場合又は実施設計認可申請の義務付けを不要とする場合については、「工事の実実施設計認可は、小規模な埋立、或は工事の簡単な埋立については、これを求めさせる必要はないが、通常の場合は、埋立に関する工事の重要性からみて、工事の実実施設計の認可を受けさせることが必要であろう。」（山口・住田『公有水面埋立法』253頁）、「設計の概要を審査した限りにおいては免許しうると判断されるものの、例えば、埋立て区域の土質条件が一様でないことが想定されるためにさらに実施計画を確認したうえで埋立てに関する工事に着手させることが適当と判断される場合がある。このような場合、埋立法は、当該出願を免許し、免許条件をもって免許権者の指定する期間までに実施設計の認可を受けさせた後に埋立てに関する工事に着手させることとしている。」（『港湾行政の概要』6-33）とされている。

エ 実施設計は、「設計ノ概要」を詳細化したものであるが、設計の概要は、埋立ての用途・埋立事業の目的どおりの工事を行っても環境上も防災上も支障がないことの審査を担保するためのものであることから、「埋立てに関する工事についての全範囲にわたる工事施行内容の概要を特定」する必要があり、したがって、「設計ノ概要」を詳細化した実施設計の認可（公水法34条1項参照）も、「埋立てに関する工事についての全範囲にわたる工事施行内容」の総体についてなされるものであり、当該埋立の埋立工事の一部について分割して認可をするものではない。

したがって、当該埋立の埋立工事の一部について実施設計の認可

申請をしても、それは実施設計の認可申請をしたものとは認められない。

また、免許条件をもって実施設計の認可申請を義務付けるのは、実施設計を確認したうえで工事に着手をさせるためであるから、実施設計の認可は工事に着手する前に得なければならないものであり、実施設計の認可申請が免許条件とされた場合には、実施設計の認可を得ずに工事に着手することは認められないものである。したがって、実施設計の認可申請が免許条件とされた場合に、実施設計について認可を受けずに工事に着工した場合は、「埋立ニ関スル法令ニ依ル免許其ノ他ノ処分ノ条件ニ違反シタルトキ」（公水法 32 条 1 項 2 号）に該当することになる。

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

ア 国が行う埋立てへの公水法 2 条 2 項の準用が意味すること

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

前述したとおり、「設計ノ概要」の審査で公有水面埋立承認処分を受けたとしても、その後の実施設計作成の作業段階における土質調査等によって、願書の「設計ノ概要」によりなされた安全性の判断が覆滅される事態が生じ得る。そのような場合に、災害防止について十分配慮されたものではない埋立てを認めることはできないことは当然であり、公有水面埋立承認処分後において、「災害防止ニ付十分配慮」の要件を充足していないと認められたならば、処分の基幹

的要件の不充足を根拠として公有水面埋立承認の取消処分をなしうるものと解される。すなわち、公有水面埋立承認により与えられた地位には、承認処分後に「災害防止ニ付十分配慮」の要件を充足しないことが判明すれば処分の効力が消滅させられるという内在的制約を伴っているものである。

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

イ 工事着工段階での「災害防止ニ付十分配慮」要件充足の担保を目的とすること

公有水面埋立承認は、最高裁平成 28 年 12 月 20 日判決（民集 70 卷 9 号 2281 頁）も判示するように裁量処分であるが、裁量処分については、国民の身分に関わる帰化の許可のように性質上附款になじまない処分を除いては、その裁量権の許す範囲内で附款を付すことができるものである。

公水法は、公有水面埋立免許等について都道府県知事に承認要件の充足の判断についての裁量を付与しているものであるから、明文規定がなくとも、公有水面埋立免許等について裁量権の許す範囲内

で附款を付すことができるものではあるが、公有水面埋立法施行令 6 条（都道府県知事ハ埋立ニ関スル法令ニ規定スルモノノ外埋立ノ免許ニ公益上又ハ利害関係人ノ保護ニ関シ必要ト認ムル条件ヲ附スルコトヲ得）は公有水面埋立免許に附款を付しうることを明確にしておき、同条は、同施行令 30 条により国が埋立てを施行する場合にも準用されている（『公有水面埋立実務ハンドブック』134 頁）。

実施設計に関する協議を義務付ける附款は、公水法 42 条 3 項が同法 2 条 2 項を準用して「設計ノ概要」に基づく審査で承認をできるとしたこと、大規模工事等では不確実な要素が残ることから、実施設計を終えた後の段階において再度の確認を行うことによって、当該埋立の埋立工事の安全性、「災害防止ニ付十分配慮」要件が工事着工時においても充足していることを担保するものである。

ウ 本件承認処分に留意事項 1 が付された趣旨・目的と意義

(ア) 留意事項 1 が付された趣旨・目的

本件埋立事業は、沖縄県内でも前例のないような大規模な埋立工事であり、埋立対象区域は、辺野古崎を挟んで、南側リーフエリアと大浦湾側エリアと、海底地形が大きく異なる範囲にまたがり、工事の大半を大浦湾側が占めている大浦湾側エリアは、深い湾という沖縄県内でも特殊な地形であるため、埋立工事に使用される埋立土量は膨大な量となっている。このように、前例のない未曾有の大工事であることは明らかであるにもかかわらず、本件承認出願の段階で、土質調査がなされていたのは 4 箇所のみであった。本件承認処分の段階では、願書及び添付書類の記載並びに審査における沖縄県から沖縄防衛局への質問に対する回答によ

り、要件の充足を認めて承認がなされたものであるが、本件承認処分後に実施設計の検討段階において、本件承認処分の前提とされた土質等と実際の土質等が異なることが判明する可能性も否定できないものであった。そのため、実施設計を提出させて協議をすることで、埋立ての安全性、要件の充足を確認したうえで工事に着工をさせることが必要であるとして留意事項1が付されたものである。

(イ) 留意事項1の意義

- a 留意事項1は、公有水面埋立免許の場合の免許条件に準ずるものとして付されたものであり、前述のとおり、実施設計についての協議を工事着工前に行うことを義務づけたものである。

このことについて、例えば、「普天間飛行場代替施設建設事業に係る公有水面埋立承認手続に関する第三者委員会」の第2回委員会（2015年2月26日）において、本件承認処分の担当者は、「特に護岸、一番海に接する部分の海岸に構築する工作物の強度や安定性を計算しまして、そこが適正な強度をもっているかどうかということを最終的にチェックしないと、実施設計ができません。そのためにはまず海底の地盤の強度がどのくらいあるかということを確認しなくてははいけませんので、今はその確認のためのボーリング調査が行われているということになります。これが行われた後、実施設計、標準的な断面がどういう、護岸がどういう形、今の形でいいかどうかという判断をした上で、我々は承認をしたときには留意事項を付していますので、その留意事項に基づいて県と協議を行って、その協議

が終了した後、着手ということになります」、**「公有水面埋立法の施行令第6条で、免許に際して公益上及び利害関係者の保護に関し必要な条件を付すことができるとなっております。この政令第6条については、明確に埋め立ての承認の場合に準用されるとは規定はされておられませんけれども、解説の中には準用されるということで解説がありまして、これまで承認の際に付した留意事項は、私が知る限り全て遵守されておりますし、法的な拘束力もあるのではないかとというように我々としては考えております。」**、**「留意事項の1点目に、工事の実施設計について事前に県と協議を行うことということになっておりますので、この事前というのは我々としては工事の着手だというふうに考えております。」**との認識を示している。

- b 協議は埋立工事の全範囲の実施設計を対象とするものである。

前述のとおり、実施設計は、「設計ノ概要」を詳細化したものであるが、「設計ノ概要」とは、埋立てに関する工事についての全範囲にわたる工事施行内容の概要を特定するものであるから、実施設計の協議は「埋立てに関する工事についての全範囲にわたる工事施行内容」の総体についてなされるものであり、当該埋立の埋立て工事の一部について分割してなされるものではない。

実施設計についての協議を義務付ける趣旨は、工事着工段階においても、「災害防止ニ付十分配慮」要件を充足していることを確認することにあるが、同要件は「設計ノ概要」によって

特定された埋立工事の内容について判断されるものであり、「設計ノ概要」とは「埋立てに関する工事についての全範囲にわたる工事施行内容の概要を特定」をするものであり、全範囲にわたる工事施行内容が示されなければ、「災害防止ニ付十分配慮」要件の充足を判断することはできない。

実質的に考えても、埋立ての一部のみについて実施設計を確認して当該箇所の工事に着工をすることは著しく不合理であることは明らかであり、山口・住田『公有水面埋立法』127頁は、公水法34条に関して、「埋立に関する工事の実実施設計書について、認可を受けさせること。」の趣旨について、「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。」としている。

- (4) 実施設計は「設計ノ概要」を詳細化したものであるが、「設計ノ概要」とは、埋立てに関する工事についての全範囲にわたる工事施行内容の概要を特定するものであり、実施設計の協議は、埋立てに関する工事についての全範囲にわたる工事施行内容についてなされなければならないものである。

しかし、本件については、本件承認処分を受けた「設計ノ概要」をもって特定された埋立工事を完成させることができないことが明らかとなっているのであるから、本件承認処分を受けた「設計ノ概要」についての全範囲にわたる実施設計を作成して協議を行うことは、事実上、不可能であることが明らかになっている。

「設計ノ概要」の変更承認がなされなければ、事業者である沖縄防

衛局は、本件承認処分を受けた「設計ノ概要」についての全範囲にわたる実施設計を作成して協議を行うことはできないものであり、「設計ノ概要」の変更承認がなされるのか否かは、処分がなされるまでは不確定なものである。

本件については、本件是正の指示がなされた時点においては、本件承認処分を受けた「設計ノ概要」についての全範囲にわたる実施設計を作成して協議を行うことができない状態にあり、「設計ノ概要」の変更承認がなされない限り、事実上、工事に着手できない状態にあるという特段の事情が存するものである。このことよりすれば、「設計ノ概要」についての変更承認がなされていない段階において、本件各申請について特別採捕許可の必要性を肯定するに至っていないとした原告の判断は正当なものであり、本件是正の指示の時点において、本件各申請についての許可処分をしていないことについて、原告の裁量の逸脱濫用は認められないものである。

以上