

## 【上告受理申立理由書の骨子】

沖縄県の上告受理申立理由書（令和5年4月10日）のうち「第1はじめに」、「第2 事実経過の概略」、「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）該当性の誤りについての法令解釈の誤り」及び「第4 関与権限の適正な執行にかかる法令解釈の誤り」の部分（以下（1）及び（2））については排除されたが、以下の（3）から（6）まで（理由書の第5から第8まで）は受理された。沖縄県が、知事の不承認処分の何を最高裁に審理（実質的審査）してほしかったのかがよくわかるので、以下、「上告受理申立理由の骨子」を挙げる。詳しくは、民集77巻6号1224頁以下を参照せよ。

### (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

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まではいえない」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1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

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外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外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外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使してきた手法、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**

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い。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**

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**

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す、同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こととした。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

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情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

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。