

弁 明 書

令和3年8月6日

審理員 櫻井 政和 殿

令和3年8月2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、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

第 1 処分の内容及び理由

1 令和 3 年 7 月 30 日付け沖縄県達農第 560 号

(1) 処分の内容

沖縄防衛局局長が受けた特別採捕許可（令和 3 年 7 月 28 日付け沖縄県指令農第 986 号）は、これを取り消す

(2) 処分の理由

沖縄県漁業調整規則第 40 条第 4 項に基づき許可するに当たって付した「サンゴ移植片の生残率を高めるためには、水温の高い時期、繁殖の時期を避ける必要があることや、台風の時期は、波浪や降雨による塩分の低下によって移植したサンゴが損傷する恐れがあること等を考慮し、適切な移植時期を選定するなど、『沖縄県サンゴ移植マニュアル』に則り適切に作業を行うこと。」との条件に反し、水温が高く台風の襲来が見込まれる時期であるにも関わらず、令和 3 年 7 月 29 日から移植を開始したため。

2 令和 3 年 7 月 30 日付け沖縄県達農第 561 号

(1) 処分の内容

沖縄防衛局局長が受けた特別採捕許可（令和 3 年 7 月 28 日付け沖縄県指令農第 987 号）は、これを取り消す

(2) 処分の理由

沖縄県漁業調整規則第 40 条第 4 項に基づき許可するに当たって付した「サンゴ移植片の生残率を高めるためには、水温の高い時期、繁殖の時期を避ける必要があることや、台風の時期は、波浪や降雨による塩分の低下によって移植したサンゴが損傷する恐れがあること等を考慮し、適切な移植時期を選定するなど、『沖縄県サンゴ移植マニュアル』に則り適切に作業を行うこと。」との条件に反し、水温が高く台風の襲来が見込まれる時期であるにも関わらず、令和 3 年 7 月 29 日から移植を開始したため。

ル』に則り適切に作業を行うこと。」との条件に反し、水温が高く台風の襲来が見込まれる時期であるにも関わらず、令和3年7月29日から移植を開始したため。

第2 審査請求の趣旨に対する答弁

本件審査請求を棄却する
との裁決を求める。

第3 答弁の理由

令和3年7月30日付け沖縄県達農第560号および令和3年7月30日付け沖縄県達農第561号をもってした各特別採捕許可の取消処分（以下「本件各取消処分」という。）は、以下に述べるとおり、適法になされたものであるから、本件各取消処分を取り消す裁決を求める本件審査請求には理由がないものである。

記

1 附款（条件）への違反を理由とする取消処分の適法性

(1) 附款（条件）が付された趣旨について

令和3年7月28日付け沖縄県指令農第986号及び令和3年7月28日付け沖縄県指令農第987号をもってした各特別採捕許可処分（以下「本件各許可処分」という。）には、いずれも法律行為の附款として「サンゴ移植片の生残率を高めるためには、水温の高い時期、繁殖の時期を避ける必要があることや、台風の時期は、波浪や降雨による塩分の低下によって移植したサンゴが損傷する恐れがあること等を考慮し、適切な移植時期を選定するなど、『沖縄県サンゴ移植マニュアル』に則

り適切に作業を行うこと。」が条件として付された（以下「本件各附款」という。）。

本件各許可処分に本件各附款を付した趣旨は、次のとおりである。

令和2年2月28日付け農林水産省指令元水漁第1564号による是正の指示にかかる関与取消訴訟の高裁判決及び最高裁判決によれば、サンゴ類の移植は、水産資源の保護培養等を図るという水産資源保護法の目的を実現させるためのものであるとする一方、高水温がサンゴの白化現象を引き起こすことやサンゴ類の移植後の生残率は、台風などの外的要因に影響され、移植後のサンゴ類の生残率が低いことを認めており、平成31年4月26日付けおよび令和元年7月22日付けの特別採捕許可申請（以下「本件各申請」という。）の目的は、サンゴ類の生残率をできる限り高める点にあることから、移植の方法等は、移植後のサンゴ類の生残可能性が高くなるものであることが望ましいとしている。

その観点から、移植の実施時期については、生残可能性を高めるために「沖縄県サンゴ移植マニュアル」がその時期を示しているところ、請求人も、サンゴ類の移植を検討するに当たって同マニュアルを参照するとしている。

以上のことから、関与取消訴訟の判決に従い、水産資源の保護培養等を図るという水産資源保護法の目的を実現させるとともに、移植後のサンゴ類の生残率をできる限り高めるために、本件各許可処分に際し「サンゴ移植片の生残率を高めるためには、水温の高い時期、繁殖の時期を避ける必要があることや、台風の時期は、波浪や降雨による塩分の低下によって移植したサンゴが損傷する恐れがあること等を考慮し、

適切な移植時期を選定するなど、『沖縄県サンゴ移植マニュアル』に則り適切に作業を行うこと。」を附款に付すこととした。

(2) 附款の違反を理由とした取消処分が認められることについて

行政処分の相手方による義務違反行為がある場合、義務違反を抑止して適法性を回復することを目的とする取消処分をすることは、義務違反を取消事由とする個別の規定がなくとも、当該処分の根拠規定を根拠として取消処分（この取消処分は講学上の分類では撤回となる。）をすることが可能である。なぜなら、許認可等を受けた授益的行政処分の相手方によって当該許認可等に係る違法状態が惹起されているのであるから、かかる違法状態を解消し、あるいはその再発を防止する許認可等の取消処分は、法律による行政の原理を実現することを意味するからである（塩野宏『行政法Ⅰ〔第6版〕』194頁）。かかる取消処分が、法令違反に対する一種の制裁としての機能を果たすことがあることは否定できないとしても、義務違反者を許認可制の仕組みから排除し、義務違反を抑止して適法性を回復することを目的とする取消処分は、この意味で、法律による行政の原理に基礎づけられて、処分根拠法規を根拠としてなしうるものである（塩野宏『行政法Ⅰ〔第6版〕』196頁）。

そして、この理は、行政処分に附款として条件が付されており、処分の名宛人がその条件に違反した場合にも妥当するものである。「従来から適法に付加された負担の不履行は独立の取消（撤回）原因として認められてきた。その理由は、私人がその義務を履行しなければ、行政庁もその行為を維持する義務がなくなるとか、行政行為の相手方と与えられた授益は、相手方が処分時に課された義務を履行しない場合

には、失効すべきだとされた」（遠藤博也『行政行為の無効と取消』186頁）とされており、義務違反は、それが付加された行政行為の取消事由になりうることは定説である（田中二郎『新版行政法・上巻〔全訂第2版〕』128頁、兼子仁『行政法総論』174頁、原田尚彦『行政法要論〔全訂第7版補訂2版〕』177頁、藤田宙靖『行政法総論』212頁、塩野宏『行政法Ⅰ〔第6版〕』202頁、宇賀克也『行政法概説Ⅰ〔第6版〕』99頁）。

(3) 処分の相当性および理由提示に欠ける点はないことについて

ア 本件各取消処分は、請求人が本件各許可処分に付された本件各附款に違反し、「水温が高く台風の襲来が見込まれる時期であるにも関わらず、令和3年7月29日から移植を開始した」ことを理由とするものであり、その理由提示に欠けるところはなく、その処分も相当である。以下、これらの点について述べる。

イ 本件各附款が妥当な内容であること

(ア) 本件各附款で付した適切な移植時期選定を求める内容は、沖縄県サンゴ移植マニュアル（証拠50）に基づくものである。同マニュアルは、「移植の時期」について、「サンゴ移植片の生残率を高めるためには、水温の高い時期、繁殖の時期を避けるべきとされています。台風や冬季の強い季節風の吹く時期は、波浪や降雨による塩分の低下によっても移植したサンゴが損傷するおそれがあります。これらの点を考えると秋季が活動に適していると言えますが、作業の安全性や移植片を入手できる時期なども考慮して移植時期を決めましょう。」（同12頁）としている。

(イ) サンゴ類の移植時期についてのかかる知見は、これまでの研究

によって一般的なものとして受け入れられている。

高水温を避けるべきということについては、例えば、環境省・日本サンゴ礁学会編「日本のサンゴ礁」（2004年3月 乙1号証）145頁において、「移植後の生残率と温度及び日長光周期の関係を調べた実験では、生残率は温度に逆相関し、日長に相関する傾向が見られている（Yap and Gomez 1984 ; Yap et al. 1992）。移植のストレスに加え、白化も起こりやすいので、高水温期には断片の死亡率が高くなる（Yap and Gomez 1984）との報告もある。」とされている。また、大久保奈弥他の論文「Successful methods for transplanting fragments of *Acropora formosa* and *Acropora hyacinthus*（スギノキミドリイシとクシハダミドリイシの断片移植に向けた有効な手法）」（2005年 乙2号証）では、「クシハダミドリイシでは、2月に移植された全ての移植片が生存したが、7月のものは低い生存率を示した。これは、2001年の夏の7月の移植直後に発生した異常な高温によるものであり、このとき水温は30℃を超え、移植片を含む多くのサンゴのコロニーで白化が確認された。」、「スギノキミドリイシは阿嘉島周辺のクシハダミドリイシよりも白化しやすいが、1999年と2000年に移植されたスギノキミドリイシの移植片のほとんどは、2001年の暑い夏を生き延びた。これは移植直後の高温が非常に有害であることを意味し、したがって、ミドリイシなどの高温に敏感なサンゴの移植では、夏を避けることが推奨される。」と報告されている。また、大久保奈弥他の他の論文「Sexual reproduction in transplanted coral fragments of *Acropora nasuta*（ハナ

ガサミドリイシの移植された移植片における有性生殖)」(2009年 乙3号証)でも、「断片化(訳注:サンゴを割るなどして移植片を作ること)のタイミングも生残率と有性生殖に影響を及ぼしました。実際、2月に移植された移植片は全て生き残ったが、7月に移植した移植片はどれも生き残らなかった。2001年の7月に移植された移植片の生残率が低いのは、移植後の異常な高温が原因である可能性がある。水温は30度を超え、移植片を含む多くのサンゴのコロニーで白化が観察された。フィリピンでは、群体形が樹枝状のオトメミドリイシの生残率と成長率が、水温が30度以上で暖かい時期に減少したことが報告された。本研究では、2月に移植された大きな移植片の生残率は100%であり、移植はより涼しい時期に行われるべきであることを示唆している。結論として、大きな移植片を涼しい時期に移植することは、ハナガサミドリイシの移植後1年目の生残率と産卵率を高めた。」とされている。これらの報告から、移植後すぐの高水温は、移植片に非常に悪影響を与えることが示されている。また、これらの研究にあるとおり、水温の高い時期を避けるという意味は、移植する時点において水温の高い時期を避けるだけではなく、移植後の一定期間も水温の高い時期を避けるべきであるということを示している。

(ウ) 次に「台風や冬季の強い季節風の吹く時期」が問題となるのは、沖縄県サンゴ移植マニュアルに記載されているとおり、「波浪や降雨による塩分の低下によって」損傷するおそれがあるからである。このことから自明のことではあるが、移植する時点において

台風等を避けるにとどまらず、同マニュアルに「移植したサンゴが損傷する恐れ」と記載されているとおり、移植後の一定期間にわたって平穏な海象条件が求められるのである。実際に、移植後短時日のうちに到来した台風により移植したサンゴ類の生残率が下がってしまったのが、後述する那覇空港滑走路増設事業の事例である。

(エ) 沖縄県サンゴ移植マニュアルが、移植時期について、「これらの点を考えると秋季が活動に適していると言えます」としているのは、まさに上記のとおり、高水温や台風などの波浪や風雨による損傷を避けて移植したサンゴ類が定着して成長しうる条件を考慮すれば、かかる時期が好適であるということを示すものである。

ウ 請求人も本件各附款の内容の妥当性を前提として計画を策定していること

(ア) 本件各附款の内容が妥当であり、移植にあたっては、「水温の高い時期、繁殖の時期を避ける必要があることや、台風の時期は、波浪や降雨による塩分の低下によって移植したサンゴが損傷する恐れがあること等を考慮し、適切な移植時期を選定する」必要があることは、次のとおり請求人も前提としていたものである。

(イ) 本件各申請の記載

JPK地区にかかる本件申請書(証拠 29)別紙③調査計画書「6. 採捕期間」の欄において、以下のとおり記載されている。

「移植の時期については、工事工程を踏まえれば、できるだけ早期に移植する必要があるものの、夏期の高水温が確認された場合は、サンゴの種類によっては体力の消耗が激しく、移植によ

る死亡も考えられることから、移植対象サンゴおよび周辺サンゴの状況を確認し、専門家に相談の上、実施の有無を判断する。

なお、『沖縄県サンゴ移植マニュアル』等によれば、移植サンゴの生残率を高めるため、冬季風浪期等における移植は避けることが望ましいとされていることから、特別採捕許可が得られた後、工事の影響が及ぶ前に移植時の波浪に留意し、平穏な海象条件時にサンゴ類へのストレスを軽減しつつ移植する予定である。また、サンゴ類の多くが夜間に繁殖活動を行うことから、移植に当たっては、夜間を避けて行うこととする。さらに、繁殖活動が夜間に行われない場合についても考慮し、移植に当たっては、対象サンゴの状況を十分に観察し、万が一、繁殖活動を行っていることが確認された場合には、移植を行わず、繁殖活動が終了することを待って移植することとする。」

これに対して、I地区にかかる本件申請書（証拠30）における「6. 採捕期間」における記載は、次のようにより簡略な記述にとどまっているが、移植予定のサンゴ類の種は類似していることから、上記の方針を当然の前提としているものとみられる。

「移植は、工事工程を踏まえれば、できるだけ早期に実施する必要があるところ、採捕許可を受けた期間内における具体の移植時期については、専門家の指導・助言を仰ぎつつ決めることとする。

また、サンゴ類の多くが夜間に繁殖活動を行うことから、移植に当たっては、夜間を避けて行うこととする。さらに、繁殖活動が夜間に行われない場合についても考慮し、移植に当たっ

ては、対象サンゴの状況を十分に観察し、万が一、繁殖活動を行っていることが確認された場合には、移植を行わず、繁殖活動が終了することを待って移植することとする。」

(ウ) 環境保全図書の記載

請求人が本件各申請の前提としており、本件各申請にあたって参考資料1として添付している「環境保全に関し講じる措置を記載した文書」（環境保全図書）も、次のとおり記載している。

「埋立区域内に生息するサンゴ類について、避難措置として適切な場所に移植を行います。サンゴ類の移植は、技術がまだ十分に確立、評価されたものではありませんので、完全な代償措置には到りませんが、これまで得られた現地調査結果の情報や、沖縄県のサンゴ移植マニュアル等の既往資料の情報を踏まえながら、環境が類似し、同様なサンゴ種が生息するとともに、移植先のサンゴ群生への影響が少ないと予測される場所を選定し、最も適切と考えられる手法による移植を行います。さらにその後の生育状況を、事後調査することとします。また、これらの検討は有識者の指導・助言を踏まえて行うこととし、現段階では、サンゴの移植に関する検討は次ページに示す事項に関して行うことを予定します。」

(エ) 第17回環境監視等委員会資料

また、同様に本件各申請に添付されている参考資料2第17回環境監視等委員会資料（抜粋）においても、次のとおり記載されている。

「今回移植・移築する小型サンゴ類大型サンゴ群体については、

今後の工事工程を踏まえれば、できるだけ早期に移植・移築することが適切である。このため、沖縄県知事に対して特別採捕許可を速やかに申請することとし、特別採捕許可を得た後、速やかに移植・移築することとする。

なお、『沖縄県サンゴ移植マニュアル』等によれば、移植サンゴの生残率を高めるため、冬季風浪期等における移植は避けることが望ましいとされていることから、特別採捕許可が得られた後、工事の影響が及ぶ前に水温や移植・移築時の波浪に留意し、平穏な海象条件時にサンゴ類へのストレスを軽減しつつ移植・移築する予定。夏期の高水温が確認された場合は、サンゴの種類によっては体力の消耗が激しく、移植・移築による死亡も考えられることから、移植・移築対象サンゴおよび周辺サンゴの状況を確認し、専門家に相談の上、実施の有無を判断する。また、サンゴ類の多くが夜間に繁殖活動を行うことから、移植・移築に当たっては、夜間を避けて行うこととする。さらに、繁殖活動が夜間に行われない場合についても考慮し、移植・移築に当たっては、対象サンゴの状況を十分に観察し、万が一繁殖活動を行っていることが確認された場合には、移植・移築を行わず、繁殖活動が終了することを待って移植・移築することとする。」

(オ) 沖縄県サンゴ移植マニュアル

本件各申請は、これらの資料とともに、参考資料5として、沖縄県サンゴ移植マニュアルの上記引用部分をも添付しているのである。

エ 請求人による移植開始時期が妥当ではないこと

(ア) 請求人の主張

請求人は、令和3年7月29日にI地区からのサンゴ類移植を開始したところ、その移植時期の判断過程について次のとおり主張する。

高水温のサンゴ類への影響に十分配慮する必要があると考え、高水温時における移植実施の有無の判断方針として次のとおり本件判断基準を作成し、環境監視等委員会の専門家の確認を得た(審査請求書17頁)。

- ① 移植先及び移植元の海水温が28.92度(沖縄島周辺海域の最暖期である8月の平均海水温)以上になっている
 - ② 週積算水温が4度以上になっている
 - ③ 光合成活性度の著しい低下がある
- という3つの条件を全て満たす場合、又は、
- ④ サンゴ類に大規模な白化又はその兆候が見られる場合には、環境監視等委員会の委員に随時情報提供を行い、助言をもらい、移植作業の実施の有無を総合的に判断し、その余の場合には移植作業を実施する。

請求人は、移植元と移植先の海底面上約1メートルでの海水温を測定することとして、7月29日、移植元・移植先ともに28.3度、同月30日は移植元が28.4度、移植先が28.6度であることを確認し、週積算水温も4度を下回っており、周辺に大規模な白化又はその兆候が認められなかった。

また、請求人は、移植実施の前日や当日に、気象庁のホームペ

ージを閲覧し、台風の接近、降雨及び波高の予測を確認し、支障を及ぼす状況にないと判断した（審査請求書 18 頁）。

(イ) 本件判断基準の問題点について

本件審査請求により初めて請求人が本件判断基準を作成していることが明らかにされたところ、環境監視等委員会においてもかかる基準は議題にもなっていなかったものである。このため、本件判断基準がいかなる根拠により作成されたものかは明らかではない。本件審査請求では、例えば週積算水温 4 度以上との判断基準について、確かに「改訂 有性生殖によるサンゴ増殖の手引き」

（乙 5 号証） 1-23 では、4 度以上で白化が発生するとの研究結果が紹介されている。しかし、前述の高水温を避けるべきと指摘しているこれまでの研究報告では、白化の有無にとどまらず、高水温と生残率が逆相関の関係にあり、高水温期の移植での生残率が実際に低くなっているデータも示されているのであって、本件判断基準が妥当という判断はできない。

また、請求人によれば、本件判断基準は、その性質上移植時点での移植を実施するかどうかを判断する材料にしかされていないが、先に述べたとおり、移植時点で上記の条件を満たしていたとしても、移植してから海水温が上昇して①から③の条件が満たされなくなった場合には対応できないものとなっている。それは、典型的には海水温が上昇傾向にある時期について当てはまるであろう。

したがって、請求人が独自に本件判断基準を作成してそれを適用して実施時期を判断したとしても、それだけでは「高水温のサ

ンゴ類への影響に十分配慮」したとはいえない。

(ウ) 周辺海域の平均水温について

請求人は、移植開始時の移植元と移植先の海水温が 28.3～28.6 度で本件判断基準①の 28.92 度未満だというのが、沖縄気象台の過去 5 年分の沖縄本島東海域の水温平均値のデータをみると、海水温が最も高くなるのは 8 月 20 日で 29.86 度になる。また、2019 年のデータをみると、海水温が最も高くなるのは 8 月 31 日で 29.49 度、2020 年のデータをみると海水温が最も高くなるのは 8 月 19 日で 30.41 度となる（乙 6、7 号証。）

また、過去 2 年間（2019、2020 年）の沖縄本島東海域の 7 月から 8 月にかけての温度変化をみると、1 週間程度で 0.3 度以上上昇することもあり、7 月 30 日に移植先の海水温が 28.6 度で本件判断基準①の水温を下回っていたとしても、1 週間後には 28.92 度以上となっていることは十分にありうることであり、その場合は、移植したサンゴ類は、移植のストレスに加えて、高水温によるストレスを受けて、生残率が低下する恐れがある。

これらデータにあるとおり、8 月上旬から中旬にかけて最も海水温が高くなる時期であるにもかかわらず、その上昇時期の最中に本件判断基準①の水温をわずかに下回ったということで適切とはいえない。

(エ) 実際の海水温について

沖縄県が、令和 3 年 7 月 30 日に、本件各申請にかかるサンゴ類の移植先の S 1（J P K 地区の移植先）及び S 5（I 地区の移植先）の表層水温を計測したところ、S 1 の平均水温は 28.4 度、S 5 の

平均水温は 29.0 度であった（乙 8 号証）。請求人が計測したときには S 5 は先のとおり、28.3 度、28.6 度だったとするが、それより高水温が計測されている。

そもそも週積算水温は、通常は海水面の温度を利用して計測するところ、請求人は海底面上約 1 メートルの地点での海水温を測定しており、海水温は一般に海底に近くなるほど温度が低くなる傾向があることから、このような計測方法では海水温の影響を過小評価しているおそれもある。

今年の沖縄気象台の沖縄本島東海域の水温の推移を見ると、台風 7 号の影響により一時的に水温が低下したが上昇する傾向を見せており（乙 9 号証）、今後 8 月中旬に向けて、水温が上昇していくことも見込まれる。

これらの実測温度、海水温上昇時期にあること、請求人の計測方法に照らしてみると、移植後の 8 月には請求人の基準としている水温をも上回り、移植のストレスに加え、高水温による影響によって生残率が低下するおそれが高い。

請求人の行為は、移植する時点においてサンゴが生存していればいいというようなものであり、避難措置としてサンゴ類を移植し、移植先でサンゴ類が健全に生存し続けられるように、移植したサンゴの生残率を低下させないものとはなっていない。

(オ) 台風及び波浪の影響について

請求人は、「移植実施日の前日や当日に、気象庁のホームページを閲覧する方法で台風の接近、降雨及び波高の予測を確認した上で、移植実施当日にも、大浦湾内に設置した波高計で測定した波高

を確認するなどの方法によって、台風の接近、降雨及び高波浪の発生の有無を確認することとしており、…これらの方法で台風の接近、降雨及び高波浪が無いことを確認できたことから、…移植を実施した」（本件審査請求書 18 頁）という。

しかし、台風による波やうねりなどによる移植サンゴの被害を軽減するには、移植当日などの移植時における海象条件のみが問題となるのではなく、移植後の安定的に固定されるまでの一定期間について良好な海象条件が求められるのである。この点、夏季には台風が到来する頻度が高く、また沖縄近海も高水温域になるために、その周辺で台風が急激に発生したり発達したりすることもありうるのだから、このことも踏まえた時期の判断が求められるのである。そして、統計上 8 月、9 月には沖縄地方への台風接近がもっとも多いのであるから、当然そのことは考慮されなければならない（台風の接近数については乙 10 号証）。実際に本件において移植が開始されたのは本年 7 月 29 日であるが、その 5 日後の 8 月 3 日には気象庁から南シナ海での台風発生予報が出され、同月 8 日には東シナ海を通過するとされ、さらに同月 4 日午前には沖縄南方での別の台風発生予報が出され、この台風は 6 日にも沖縄周辺に接近するとされている（乙 11 号証）。

サンゴ礁保全再生事業報告書（沖縄県平成 30 年 乙 12 号証）によれば、「植込みはまた、台風シーズンの直前や海水温が最も高い時期を避けるほうがよい」とされている。また、同報告書によれば、移植したサンゴ類が基盤に活着するまでの時間について、「ミドリイシ類の断片はほぼ 2 週間～1 か月で基盤に活着するが、活

着に要する時間は種類によって大きく異なる。それはまた基盤の素材や季節によっても異なると考えられるが、十分に測られていない。Guest et al.(2009) が形状の違った 7 科 11 種のサンゴ断片の活着速度を調べた結果、Acropora hyacinthus や A.difitifera がもっとも速く、1 か月後には活着したが、キクメイシ科の Echinopora lamellosa では 5 か月後でも 50 %が活着したに過ぎなかった。」とある。すなわち活着までの期間はサンゴ類の種類によって異なり、活着するのが早いミドリイシ類であれば移植後 1 か月あれば活着するため、その時点で水中ボンドのみで固定されているときよりも波浪への耐性は強くなっていくと考えられているのである。

本件についてみると、7月 29 日及び 30 日に移植されたサンゴ類は直ちに活着するわけではなく、水中ボンドによる固定のみでこれから見込まれる台風 9 号が沖縄本島に接近すれば、その波浪の影響を受けることになることから、生残率が低下するおそれがある。

(カ) 以上にみたとおり、移植の実施時期にかかる請求人による本件判断基準自体に疑問があるほか、その判断手法は、移植を実施するその時点のみにおける海象条件しか考慮しないものであり、当該時期の海象条件の変化やその傾向を踏まえていないため、高水温や台風を避ける等の条件に照らして、最も不適切な時期に着手をしているものであり、請求人による令和 3 年 7 月 29 日における I 地区における採捕行為の着手は、本件各附款に違反するものである。

また、請求人による上記の着手行為は I 地区にかかるものであるが、同日及び翌日に沖縄県から請求人に電話確認を取ったところ、J P K地区と I 地区について移植作業を開始するとして、日によって可能な箇所を確認して作業を行っているとの回答を受けたものであり、請求人の採捕行為は、J P K地区と I 地区について一体として行われているものである。

なお、本件各附款が「水温の高い時期」「台風の時期」と記載していることについて、請求人はそれが具体的に何を指すのか明らかではない旨主張する（審査請求書 14 頁）。しかし、もちろん当該時期への該当性については現実の海象条件も踏まえた具体的な判断が必要な場合もありうるが、少なくとも、上記のとおり、7、8月に最も台風の到来が多く、かつ沖縄本島東海域の海水温が最も上昇していくのが8月上旬から中旬ごろであることからすれば、7月末に移植を開始し、移植直後の期間がかかる時期にさしかかるような移植時期の選定が本件各附款の示す条件に適合しないことは明らかである。反対に特にこの時期であってなおかつ特段の事情もないにもかかわらず移植を行うことも適切だとするのであれば、沖縄県サンゴ移植マニュアルに記載している移植時期についての指針がまったく意味をなさないことになってしまうというほかない。

オ 過去に実施された事業実施に伴うサンゴ類の移植について

続いて、請求人が、過去にも事業に伴う環境保全措置としてのサンゴ類の移植が7月から9月の間にも行われていたと指摘し、本件各取消処分が不公平な取扱であると主張していること（審査請求書

20 頁) から、この点について各事業の経過にもとづき反論を加える。

(ア) 那覇空港滑走路増設事業について

那覇空港滑走路増設事業に伴うサンゴ類の移植については、生残率の変化について事後調査の報告がなされている(乙 13 号証)。

これによれば、主にミドリイシ属の小型サンゴについては、平成 26 年の台風 8 号到来前に移植を行ったエリア①、②については、台風 8 号等の影響で群体数、被度が低下している。これに対して、エリア③-1、④-1 はその後の台風 19 号以降に移植を行ったために大きな影響は出てなく、またエリア③-2 (8 月に移植)、④-2、⑤は、台風 8 号の被災状況を考慮して被害を受けにくい高台に移植するなどの対策を講じたために台風 19 号の被災はなかった(同号証 6-38)。

また、平成 26 年度の 7 月に移植したアオサンゴ③(同号証 6-40)については、高台に植え付けるなど台風対策を施した上で移植を行ったが、それでも移植直後の台風 19 号の影響により被度及び群体数の低下がみられる。

(イ) 竹富南航路整備事業について

竹富南航路整備事業の移設サンゴについては、平成 26 年の 8 月から 9 月にかけて移設した 3,196 群体があり、これらについては、「移設を行った 2 地点では移設後 1 ヶ月に軽度の白化が確認された。群体移設を実施した時期は平成 26 年 8～9 月であり、夏季の高水温期に相当し移設先では移設サンゴと既存サンゴともに白化現象がみられ、…夏季の 30～31 度を越える高水温が影響した可能性が考えられた。」(乙 14 号証 6～7 頁)と報告されている。

ここでは高水温により既存サンゴも影響を受けてはいるものの、かかる時期に群体にダメージをもたらす移植は当然控えるのが望ましいというべきである。

(ウ) オキナワハマサンゴについて

本件事業に関しては、オキナワハマサンゴの移植が指摘されているところ、これについては、請求人が実施していた護岸工事により閉合される海域内に新たに1群体が確認されたため、速やかに移植する必要が生じたため、平成30年2月16日にその採捕許可を行った。ところがその移植前に当該群体への食害が確認されたことから請求人が食害対策を検討している期間に許可期間が経過したため、追加して移植の必要が生じたオキナワハマサンゴ群体の採捕許可申請と合わせ、同年7月17日に採捕の許可をなしたものである。これは、そのままでは閉合される海域内に残されて高水温の影響が及ぶオキナワハマサンゴの状況に照らしてやむなく当該時期に許可処分がなされたものであり、これを適切な移植時期に関する一般的な事例として指摘するのは不適切である。

なお、第15回環境監視等委員会において、委員は、「サンゴの移植の時期について、高水温期をできるだけ避けるということでした。これについては、ミドリイシ類のように高温に弱い種類についてはそうですが、ハマサンゴに関しては、案外夏場でも移植可能ではないかと思います。」と発言しており、これに対し事務局は、「サンゴの移植につきましては、できるだけ高水温期を避けたいと考えていますが、県から許可がいつ下りるかがまだ不明なところもあります。県の許可が出るのを待つという状況です。」と回

答している。(乙 15 号証)

また、第 17 回環境監視等委員会において、委員は「移植前には、当初、夏場の高水温時期の移植に懸念があり、ハマサンゴ類は高温に強いことから大丈夫であろうと判断し移植を行った」と発言している。(乙 16 号証)

オキナワハマサンゴについては、このように、科学的根拠はないものの近縁種のハマサンゴ類に高温耐性があるからおそらく大丈夫であろうと楽観的に判断して移植が進められたものであるが、オキナワハマサンゴが高温に耐性があるという判断自体の科学的根拠は不明である。

(エ) 以上の過去の事業の経過に照らしてみると、結局、那覇空港滑走路増設事業及び竹富南航路整備事業、とりわけ前者において、高水温期、台風到来時期における移植の適性に問題があることが実証されてきているのであるから、試験研究としてのサンゴ類移植技術の向上を図り、環境保全措置に資するものとするためには、本件各附款で付した条件を厳格に遵守して移植時期の判断をすることが求められるのである。

また、引用した環境監視等委員会の議論にもあるとおり、ミドリイシ類などより高水温に弱いサンゴ類の移植も主として行うのであるから、より一層その移植時期について配慮すべきである。

すなわち、移植後に台風が襲来したり、高水温期が来ると移植後の生残率が低下する影響が生じることが明らかであり、沖縄県サンゴ移植マニュアルのとおり移植時期を選定することが重要である。このことを改めて条件として掲記し、水産資源保護培養に

より資するべく、今回の許可にあたっては、条件として、「サンゴ移植片の生残率を高めるためには、水温の高い時期、繁殖の時期を避ける必要があることや、台風の時期は波浪や降雨による塩分の低下によって移植したサンゴが損傷するおそれがあること等を考慮し、適切な移植時期を選定するなど、『沖縄県サンゴ移植マニュアル』に則り適切に作業をおこなうこと」を付すことにしたものである。

7月から9月ころの間の高水温期や台風到来時期の移植については、過去に許可を受けて実施されてきた結果、生残率の低下等がみられたことから、その時期を避けるよう条件を付けたものであり、過去に許可され、実施されてきたから今回も問題ないとする請求人の主張は誤っている。

カ 本件各許可処分における許可期間との関係

請求人は、「移植を開始した7月29日という日付をもって、特別採捕許可証の…『水温が高い時期』や『台風の時節』に当たり、その日時に移植を行うことにより条件違反になるというのであるとするなら、それは許可期間の記載と相容れないものであって、許可証に矛盾した内容が記載されたものと言わざるを得ない。そのような条件は、自らした本件各許可処分と矛盾するものというほかなく、無効である。」と主張する（審査請求書19頁）。

この点について、まず確認をしておかなければならないのは、本件各申請は、採捕の期間について「許可の日から11か月間」「許可の日から2か月間」とされており、この始期は、本件各許可処分の時期に左右されるものであり、たまたま本件に係る関与取消訴訟

最高裁判決が令和3年7月6日になされたことから、同月28日に本件各許可処分をなすに至ったために許可の期間が定まったに過ぎない。そして、いかなる水産資源保護培養の要請からいかなる時期にサンゴ類の移植を実施すべきかということについてまで裁判所により判断されたものではない。従って、本件各申請にあるとおりの採捕の期間を処分庁が許可しなければならないとしても、上記の観点から移植の実施時期について条件をつけることは本件各許可処分をせよと命じた最高裁判決にも適うことである。そして、その許可期間に海象条件等の不可抗力でサンゴ類の移植が完了しなかった場合には、その採捕にかかる期間の伸張の許可変更申請をなせば対応できることである。

沖縄県サンゴ移植マニュアルに基づき今回付した条件のうち「水温の高い時期」については、移植時だけではなく移植後も影響を受けること、「水温の高い時期」が過ぎてから移植することが移植したサンゴ類の生残率を高める結果となることから付したものである。

過去の沖縄県の海水温のデータをみると海水温が最も高くなるのは、8月中旬でありその後、海水温は低下していく。請求人もこのことは把握しており、審査請求書の中においても「移植先及び移植元の海水温が28.92度（沖縄島周辺海域の最暖期である8月の平均海水温）以上になっている」と記載している。また、請求人は申請書において、I地区の移植の実働作業日数は約7日が見込まれるとしている。このことからすると、請求人が、サンゴ類への影響に配慮して適切に移植を実施するのであれば、許可期間内で最も移植に適しているのは、海水温がピークを越えた9月に移植を実施することであり、

これから海水温が最も高くなる時期を迎え、移植のストレスに加えて高水温の影響によりサンゴ類の生残率が低下するおそれが高い7月29日に移植を開始することではない。本件各申請によれば、I地区については実働作業として約7日、気象海象の状況等を踏まえて作業日数として1箇月を要すると見込んで許可期間2ヶ月として申請しており（証拠30）、この期間内においても移植の時期を適切に考慮することは可能であり、必要である。

さらにいえば、請求人が、失われるサンゴ類の代償措置としての環境保全措置であるサンゴ類の移植を真摯に行うのであれば、許可期間内で最も移植に適している時期を選定し、移植を行うことは当然として、9月は依然として台風の襲来する時期であることから、特別採捕許可変更申請を行い、沖縄県サンゴ移植マニュアル及び条件に付されているとおり、秋季の移植を行うために、採捕期間の延長も検討すべきであった。

沖縄県は、これらのことから、7月29日から移植を開始することは、移植のストレスに加えて高水温の影響によりサンゴ類の生残率が低下するおそれが高い行為であり、直ちに中止するよう行政指導を行い、その際には、許可期間内では、適切な移植時期を選定することが困難な場合は、許可期間を変更するために、特別採捕許可変更申請を行うように促したが（証拠44）、請求人は、中止することなく移植を実施する旨回答しており、最も適した秋季に移植することも、次善の策として許可期間内で、高水温の影響を受けにくい9月に移植することもせず、移植のストレスに加えて高水温の影響によりサンゴ類の生残率が低下する恐れが高い、7月29日からの移

植を継続する姿勢を見せた。

このような行為は、関与取消訴訟での高裁判決の申請の妥当性に関する判断基準の「本件各申請における具体的な移植の内容・方法等が、少なくとも、①本件図書に明示された方針に則しており、②同種の許可事例と比べて同等ないしそれ以上に手厚いものであり、かつ、③移植サンゴ類の生残可能性を低下させたり、移植先の生態系に特に悪影響を与えたりする具体的なおそれがあるとはいえないなど、その時点でのサンゴ類の移植に関する専門的・技術的知見に照らし不合理といえない場合には、本件サンゴ類の避難措置という目的に照らして適切なものであると判断されるべきである」に反したものであり、7月29日に移植を開始することは、専門的・技術的知見に照らし、移植サンゴ類の生残可能性を低下させるものであり（Okubo et al.2009、Yap and Gomez1984 ; Yap et al.1992）、もはやサンゴ類の避難措置という目的に照らして適切なものと判断されず、いたずらにサンゴを死滅させるおそれのある行為であり、水産資源の保護培養に資する行為とはいえない。

キ 本件各取消処分理由提示が特定に欠けるものではないこと

本件各取消処分は、請求人が本件各許可処分に付された本件各附款に違反し、「水温が高く台風の襲来が見込まれる時期であるにも関わらず、令和3年7月29日から移植を開始した」ことを理由とするところ（証拠45及び46）、請求人は、「処分庁は、『水温の高い』とは具体的に何を指すのかや、『台風の時期』とはどのような根拠によっていかなる時期を指すのかも明らかにしておらず、一定時期の移植を禁止する趣旨に読み取ることもできないし、許可を取

り消すべき理由が、単にその日程のみによるのではないならば、具体的にどのような理由によるものか全く理解できない。」（審査請求書 14 頁）等として本件各取消処分理由提示として不十分である旨主張する。

しかし、本件各附款は、「サンゴ移植片の生残率を高めるためには、水温の高い時期、繁殖の時期を避ける必要があることや、台風時期は、波浪や降雨による塩分の低下によって移植したサンゴが損傷する恐れがあること等を考慮し、適切な移植時期を選定する」等と明確に記載しており、その意味することは前述のとおり請求人も当然サンゴ類移植の基本的な事項として理解してそのとおり実施する旨表明している内容である。なかんずく、8月上旬から中旬は最も高水温となる時期であり、統計上の台風到来数も最も多い時期にはいっており、7月末に移植を行うと、移植直後でストレスを受け、まだ十分活着しているとはいえない移植直後の期間に上記の高水温や台風到来などによる死滅、損傷の危険がきわめて大きい時期を迎えることとなる。したがって、移植を実施する当日の海水温や台風接近情報だけではなく、それから先の移植後となるある程度の期間の海象条件も考慮すると、7月末頃の移植実施が最も不適切な時期となることは明らかである。このことを踏まえて、請求人が「7月 29 日から移植を開始した」という本件各附款で制限を課した時期に明らかに該当する日に移植行為をなしたという具体的な事実を指摘して本件各取消処分をなしているのであって、理由提示が不十分とはならない。

また、請求人は、J P K 地区にかかる特別採捕許可の取消しにつ

いては、当該地区のサンゴ類の採捕には未だ着手していないから、「特別採捕許可に付された制限や条件に反する前提を欠いている」（審査請求書 15 頁）ともいう。しかし、請求人自身が J P K 地区と I 地区でのサンゴ類の採捕を合わせて行うことを前提としてそのときどきの海象条件によって採捕の場所を選定して実行することとしていることは前述のとおりであり、I 地区での採捕行為を令和 3 年 7 月 29 日に着手し、沖縄県の求めに対しても採捕を中止しない請求人の行為は、J P K 地区における採捕についても同様の採捕行為を行う旨を明らかにしているものであるから、上記の同日に開始した採捕行為自体が取消処分理由となるものである。

2 聴聞手続を行わなかったことに違法性はないことについて

請求人は、本件各取消処分が聴聞を行わないままなされたもので、行政手続法（以下、「行手法」という。）に反して違法である旨主張する。

しかし、以下で述べるとおり、本件は、行手法 13 条 2 項 1 号の「公益上、緊急に不利益処分をする必要があるため、前項に規定する意見陳述のための手続を執ることができないとき」にあたり、請求人の主張に理由はない。

(1) 行手法 13 条 2 項 1 号の意義

行手法 13 条 2 項 1 号は、「公益上、緊急に不利益処分をする必要があるため、前項に規定する意見陳述のための手続を執ることができないとき」に、弁明の機会の付与ないし聴聞手続をとらなくてもよい旨定める。

ここで、「公益上」とは、「当該不利益処分によって公益上の障害が除去され、あるいは公益の増進が図られることを想定」し（高木光他

『条解行政手続法』231頁)、あるいは、「社会一般の利益を図る観点からという意味であり、ここでは、処分の根拠を定めている法律が当該処分によって実現しようとしている目的について、その確保を図る必要がある状況であること」を指している（一般財団法人行政管理研究センター編著『逐条解説行政手続法 改正行審法対応版』170頁）。

「緊急に不利益処分をする必要がある」とは、「不利益処分の時期が遅れることによって、公益が損なわれることを想定し」（高木光他『条解行政手続法』232頁）、「個別法の趣旨に照らして、公益の早急な確保が望まれる場合であるため、速やかに不利益処分をすることが必要であるとき」を意味する（一般財団法人行政管理研究センター編著『逐条解説行政手続法 改正行審法対応版』170頁）。

そして、「前項に規定する意見陳述のための手続を執ることができないとき」とは、「聴聞又は弁明の機会の付与の手続をとる時間的余裕がないこと」を意味し、聴聞・弁明手続を終えるために一定の期間を要することから、「そのために処分を遅らせていては公益の確保に重大な支障となると、行政庁が具体的なケースに照らして判断したとき」を指す（一般財団法人行政管理研究センター編著『逐条解説行政手続法 改正行審法対応版』171頁、高木光他『条解行政手続法』232頁同旨）。

(2) 本件への適用

沖縄県では、サンゴ類を保護培養し、サンゴ類によって形成される漁場環境を保全するために、沖縄県漁業調整規則34条2項に基づき、サンゴ類の採捕を禁止し、同40条1項の試験研究等のための水産動植物の採捕について許可を得た場合に限り、適用を除外している。

本件各許可処分は、そのままでは埋立工事により死滅することを免れない本件サンゴ類を他の海域に移植して避難させるためのものであるところ、移植の具体的な内容・方法等がその目的に照らして適切なものである限りで、当該採捕は水産資源の保護培養等に資するものとして、許されるものである。

しかし、具体的な移植の内容・方法等が、移植サンゴ類の生残可能性を低下させるもので、その時点でのサンゴ類の移植に関する専門的・技術的知見に照らし不合理なものである場合は、避難措置という目的に照らして不適切なものとなる。

そのような移植を行うことは、沖縄県漁業調整規則 34 条 2 項に基づき、サンゴ類を保護培養し、サンゴ類によって形成される漁場環境を保全するために、サンゴ類の採捕を禁止している、沖縄県漁業調整規則に反し、保護すべきサンゴ類を無益に採捕し、死滅させる行為といえる。

そのため、かかる行為を防ぐことは、処分の根拠法である沖縄県漁業調整規則が目的とする公益に合致し、公益上、許可を取り消す必要が生じる。

この点、本件では、上述したとおり、現時点でのサンゴ類の移植に関する専門的・技術的知見である、移植する季節とその後の生残率を比較した研究（Okubo et al.2009 乙 3 号証）に照らすと、7 月 29 日に移植を開始することは、移植のストレスに加え、移植後に高水温の影響を受けるため、生残可能性を低下させるものであり、避難措置という目的に照らして不適切である。

また、移植後に台風が襲来することによって、移植したサンゴが損

傷し、死滅するおそれがあり、生残可能性を低下させるもので、この点からも、避難措置という目的に照らして不適切である。

このような移植はもはや避難措置とはいえず、サンゴ類の移植を直ちに中止させなければ、移植したサンゴ類が高水温や台風の影響によって死滅するおそれが高く、本件においては、公益上、本件各許可処分を取り消す必要があった。

そして、請求人は、I地区のサンゴ移植に着手していたところ、申請書上、同地区のサンゴ移植は、実働作業日数としては7日と予定されていた上、請求人は、一旦停止を求めた行政指導に対して、従わない意思を明確に示していた。

JPK地区についても、請求人は、移植作業の場所について、日によって、できる箇所を見ながら作業を行っている、移植の進捗で左右され、公表できるスケジュールはない、としていたところ、たまたま7月29日、30日にはI地区を実施してただけで、いつでもJPK地区の移植作業に取り掛かる状況にあり、請求人は、一旦停止を求めた行政指導に対して、従わない意思を明確に示していた。

言うまでもなく、サンゴの移植は、サンゴに不可逆的なダメージを与えるものであるところ、本件のように、避難措置として不適切な時期に実施する場合、なおさら取り返しがつかないダメージを与えることになる。

聴聞手続を実施することにより、数十日程度不利益処分が遅れれば、その間に、I地区の約830群体は全て移植を終え、JPK地区の約3万8760群体の多数の群体について移植がされ、その生残可能性に重大かつ不可逆的な影響を生じさせてしまうことは明らかであ

った。

したがって、聴聞手続により不利益処分が遅ければ、沖縄県漁業調整規則が実現しようとしている公益の確保に重大な支障が生じる状況下にあったもので、本件において、行手法 13 条 2 項 1 号に該当し、聴聞手続を執らず、許可処分を取り消したことは適法である。

3 本件各取消処分は水産資源保護を目的としたものであって行政権の著しい濫用とは認められないことについて

請求人は、「本件各取消処分に至る経緯からして、J P K 地区のサンゴ類及び I 地区のサンゴ類に係る移植を阻止し、ひいては本件埋立事業の遂行を妨害することを目的に本件各取消処分に及んだものであり、行政権の著しい濫用であって、違法である」と主張するが、本件各取消処分は、1 において述べたとおり水産資源の保護培養を目的としたものであって、また、2 において述べたとおり適正な手続によりなされたものであり、行政権の著しい濫用という主張にはまったく理由がないものである。

なお、請求人は、平成 25 年 12 月 27 日付け沖縄県指令土第 1321 号・沖縄県指令農第 1721 号による公有水面埋立承認処分（以下「本件埋立承認処分」という。）についての平成 30 年 8 月 31 日付け沖縄県土達 125 号・沖縄県達農第 646 号による公有水面埋立承認処分の取消処分（以下「本件埋立承認取消処分」という。）に対して平成 31 年 4 月 5 日付けで国土交通大臣がした本件埋立承認取消処分を取り消す旨の裁決（以下「本件取消裁決」という。）に対し、沖縄県知事が本件取消裁決は違法な関与であるとしてその取消しを求める関与取消訴訟を提起し、沖縄県が本件取消裁決に係る関与取消訴訟の司法の最終判断まで本件埋立承認処分を前提とする処分を行わないという方針をとったことを、本件各取消処分

が行政権の著しい濫用であることの根拠として挙げているが、このような方針をとったことが行政権の著しい濫用を基礎づける事情になりえるものではない。これは、法的には、公有水面埋立承認について、国の機関は、「固有の資格」において処分を受けるのか否かという問題であったものである。すなわち、本件取消裁決に係る関与取消訴訟に先立つ国地方係争処理委員会への審査申出に対して、同委員会は「国の機関等が行審法第7条第2項に規定する『固有の資格』において相手方となった処分に関する審査請求に対して裁決がなされた場合等、審査請求がその成立の要件を欠き、ひいては裁決にも同様の瑕疵（以下「成立の瑕疵」という。）があるような場合には、裁決としての効力を有さないものと解される」との判断を示していたものであり、国の機関が「固有の資格」において公有水面埋立承認を受けるものであるならば、本件取消裁決は無効であるということになり、本件埋立承認取消処分により本件埋立承認処分は取り消されたことになるのであるから、本件埋立承認処分が効力を有することを前提とした処分をすることができないことは当然である。そして、国の機関が「固有の資格」において公有水面埋立承認に係る処分を受けるものか否かについては確定した裁判例はなかったものの、例えば、平成30年10月26日に110名の行政法研究者が発表した「辺野古埋立承認問題における日本政府による再度の行政不服審査法の濫用を憂う」とする声明に「公有水面埋立法における国に対する公有水面の埋立承認制度は、一般私人に対する埋立免許制度とは異なり、国の法令遵守を信頼あるいは期待して、国に特別な法的地位を認めるものであり、換言すれば、国の『固有の資格』を前提とする制度である。国が、公有水面埋立法によって与えられた特別な法的地位（「固有の資格」）にあり

ながら、一般私人と同様の立場で審査請求や執行停止申立てを行うことは許されるはずもなく、違法行為に他ならないものである。」とされていたなど、学説においては公有水面埋立承認について国の機関は「固有の資格」であると解する立場が支配的であると考えられる状況にあったものであり、また、運輸省港湾局管理課長・建設省河川局水政課長通達「行政手続法の施行に伴う公有水面埋立法における処分の審査基準等について」（港管第 2159 号・建設省河政発第 57 号平成 6 年 9 月 30 日）は、「法に規定する免許等の処分のうち、行政手続法第 5 条の適用を受ける次の表の『処分名』の欄に掲げるもの」として、公有水面埋立免許（法 2 条第 1 項）を挙げる一方、公有水面埋立承認は挙げていないものであり、この通達では、公有水面埋立承認について国の機関が“「固有の資格」以外の立場において受ける処分”であるとの解釈が採られていなかったことは明らかである。確定した裁判例も存しない状況において、当時の学説においては支配的と考えられた見解を採用したことについて、行政権の著しい濫用という評価をなしえないことは明らかというべきである。

また、請求人は、本件各申請に関して令和 2 年 2 月 28 日付けで農林水産大臣がした是正の指示に対して、沖縄県知事が提起した関与取消訴訟の棄却判決が確定した後、3 週間以上の間許可しなかったことを、行政権の著しい濫用とする根拠として挙げているが、この主張も誤りである。前記是正の指示に係る関与取消訴訟の高裁判決及び最高裁判決によれば、サンゴ類の移植は、水産資源の保護培養等を図るという水産資源保護法の目的を実現させるためのものであるとする一方、高水温がサンゴの白化現象を引き起こすことやサンゴ類の移植後の生残率は、台風などの外的要因に影響され、移植後のサンゴ類の生残率が低いことを

認めており、本件各申請の目的は、サンゴ類の生残率をできる限り高める点にあることから、移植の方法等は、移植後のサンゴ類の生残可能性が高くなるものであることが望ましいとしている。一方で、本件各申請は、採捕の期間について「許可の日から11か月間」「許可の日から2か月間」とされており、この始期は、本件各許可処分の時期に左右されるものであり、いかなる水産資源保護培養の要請からいかなる時期にサンゴ類の移植を実施すべきかということについてまで裁判所により判断されたものではない。是正の指示に係る関与取消訴訟の最高裁判決がなされたのは令和3年7月6日であり、司法の最終判断に従い速やかに許可処分する必要があったが、許可処分した場合、水温が高く台風の襲来が見込まれる時期に移植が開始されるおそれがあり、そのような時期に移植することは、移植直後でストレスを受け、まだ十分活着しているとはいえない移植直後の期間に高水温や台風到来などによる死滅、損傷の危険がきわめて大きい時期を迎えることとなり、生残率を低下させるおそれが大きい行為となり、判決で示された、本件各申請の目的は、サンゴ類の生残率を出来る限り高める点にあることから、移植の方法等は、移植後のサンゴ類の生残可能性が高くなるものであることが望ましいとした判断に反することとなるおそれがあった。そのため、移植後のサンゴ類の生残率を出来る限り高めるために、どのような条件が必要となるか、サンゴの移植の専門家に対し、高水温や台風の襲来が移植したサンゴ類にどのような影響を与えるかについての技術的・専門的知見を確認し、論文や既存の資料を精査し、海水温や台風の襲来数等の統計的なデータを整理し、改めて慎重に検討したものである。そのような検討を慎重に行った上で、県が許可処分するに際し「サンゴ移植片の生残率を高める

ためには、水温の高い時期、繁殖の時期を避ける必要があることや、台風
の時期は、波浪や降雨による塩分の低下によって移植したサンゴが損傷
する恐れがあること等を考慮し、適切な移植時期を選定するなど、「沖縄
県サンゴ移植マニュアル」に則り適切に作業を行うこと。」を附款に付す
こととされたもので、これらのことから一定の期間を要したものである。
なお、請求人は、「移植作業の準備もあることから、沖縄防衛局から県に
対して、処分の時期の見通しを尋ねても、見通しのみならず、許可するか
否かについても明らかにできないとしか伝えられることはなかった。」と
主張し、県の対応により移植作業の準備に支障が生じたかのように主張
するが、本件各申請の採捕期間の項目において、「許可を得た後に人員と
船舶を確保する必要があるため、その準備期間として1か月」、サンゴ類
の移植工期の表には「※準備及び気象海象状況等を考慮した期間を含む。」
としており、許可を得た後に移植作業の準備を行う計画となっており、
本件各申請の採捕の期間の「許可の日から1か月間」、「許可の日から
2か月間」には、移植作業の準備期間も含まれているものである。関与
取消訴訟の確定を受け、水産資源の保護培養等を図るという水産資源保
護法の目的を実現させるとともに、移植後のサンゴ類の生残率をできる
限り高めるためには、附款の検討などが必要であったものであり、水産
資源保護の目的でこのような検討を行ったことをもって、「サンゴ類に係
る移植を阻止し、ひいては本件埋立事業の遂行を妨害するため」という
ことができないことは当然であり、行政権の著しい濫用との主張につい
ては、この点についてもまったく理由がないものである。

さらに請求人は、本件各許可処分に際して、沖縄県知事が「今後、現在
審査中である変更承認申請に係る軟弱地盤の改良工事の実施が不可能と

思われるなど、埋立工事全体の完成ができなくなった場合には、サンゴ移植の必要性も認められなくなりますので、本日許可したサンゴ類の特別採捕許可申請の許可処分を取り消すこともあり得ます。」などと述べたことを、行政権の著しい濫用の根拠として挙げているが、これもまた、およそ失当な主張である。請求人は、令和2年4月に埋立地用途変更・設計概要変更承認申請（以下「本件変更承認申請」という。）をしているが、大浦湾側の大半に軟弱地盤が存在しており、本件変更承認申請の内容を前提としても水面下約70メートルまで杭を海底に打ち込まなければならないなど未曾有の大規模な海底地盤改良工事が必要となるとされているものであって、本件各取消処分の時点において、本件変更承認申請が認められるか否かは不確定であると言わざるをえないが、承認処分がなされないのであれば、造礁サンゴ類の採捕がなされても、本件埋立事業の完成には結びつき得ないことになり、本件変更承認申請が不承認になった場合、本件各申請に係るさんご類の生息箇所のみのは無意味なものとなるが、他方において、さんご類の移植は極めて困難で、移植を行っても大半のさんご類が死滅することになるのであるから、埋立工事全体の完成ができなくなったという事情が発生するならば、水産資源保護の観点から、本件各許可処分の取り消しが検討されるべきことは当然である。沖縄県知事のこの発言自体は当然の事柄を述べているものであり、この発言を捉えて、「水産資源保護法等の法令の趣旨・目的を逸脱したものであることは明らか」とする請求人の主張がいかにも失当なものであるかは、余りにも明らかであると言わなければならない。

以上のとおり、行政権の著しい濫用との請求人の主張は、いかなる観点からみても失当である。

以上