

意見書

2020年8月21日

国立大学法人 三重大学
人文学部准教授（行政法担当）
前田 定孝¹

意見書提出の趣旨

本意見書は、貴裁判所係属の2020年（行ケ）第1号事件につき、原告（沖縄県知事）の依頼を受けて執筆された。原告の依頼内容は、本件の被告側答弁書において「本件各申請に係る移植の具体的内容・方法等は、いずれの観点で見ても、事業の影響を受けるサンゴ類の保護を図るために行う移植として十分な内容を備えている」ことを示す根拠として、被告である農林水産大臣が、本件造礁サンゴ類特別採捕許可申請が、「環境保全図書に記載された内容を履践するものとして十分なものであるだけでなく、本件埋立承認の『留意事項』に基づき、事後調査等を含め、環境保全措置に関して指導・助言等を行う、学識経験者からなる環境監視等委員会において、環境保全措置として実施する移植の具体的な内容・方法等が検討され、その指導・助言を踏まえて各申請に至っているものであって、その内容が環境保全措置として適正なものであることは客観的にも担保されている」ことを挙げている。主張は、環境監視等委員会の検討を経てその指導・助言を踏まえて、訴外沖縄防衛局がする各申請については、原告はその申請内容を尊重せよという趣旨にでたものであると解されるところ、その当否について、行政法理論に照らして検証することである。

そしてこの点は、沖縄県知事が3月30日付けでしていた審査の申出について棄却した、去る6月19日の国地方係争処理委員会の決定（「令和2年2月28日付けで農林水産大臣がした地方自治法第245条の7第1項に基づく指示に係る審査の申出について（通知）」国地委第24号。以下「国地委第24号通知」という。）においても同様な趣旨を見出すことができる。

本意見書は、本件是正の指示および国地委第24号通知が示した上記の主旨が、環境監視等委員会の指導・助言によって沖縄県知事の判断が拘束されるのか否かという点につき、以下のように結論づけた。

すなわち、第1に、環境監視等委員会が公有水面埋立法第4条第1項第2号に定める「環境保全二十分二配慮セラレタル」要件の遵守の確保を図るために埋立承認処分に付した留意事項2に基づいて埋立事業者である沖縄防衛局の自己監視のために設置されたものであることに照らせば、別の法制である漁業法および水産資源保護法に基づいて制定された沖縄県漁業調整規則に定める各許可のしくみにおける申請において同委員会の検討および指導・助言を経るべきことは当然には法律上の要件となるものではなく、かつ、同委員会の検討および指導・助言の効果は沖縄防衛局内部にとどまる以上、沖縄県知事は、訴外沖縄防衛局がした造礁サンゴ類特別採捕許可の審査に際して、申請内容の適否を全面的に審査することができるかと解すべきである。

また第2に、環境監視等委員会とは元来許可申請者であり事業者である沖縄防衛局の内部組織であることから、かかる許可申請者であり事業者の側が処分行政庁に示した「指導・助言」が、一方的に処分行政庁の裁量権を拘束するようなことはありえない。

1 日本公法学会会員、環境法政策学会会員。2006年10月名古屋大学大学院法学研究科博士後期課程満期退学。2006年10月から2008年3月まで三重大学人文学部講師、2008年4月1日から三重大学人文学部准教授、現在に至る。

1 事案の経過と概要

農林水産大臣は、去る 2020 年 2 月 28 日付けで、沖縄防衛局が 2019 年 4 月 26 日および同年 7 月 22 日付けで玉城康裕沖縄県知事に対してしていた、沖縄県漁業調整規則 41 条第 1 項に基づく造礁サンゴ類の特別採捕許可申請に対して、同知事が処分をしなかったことについて、本件各申請について許可処分をしない審査申出人の事務の遂行は漁業法 65 条第 2 項 1 号および水産資源保護法 4 条第 2 項第 1 号の規定に違反し、地方自治法 245 条の 7 第 1 項に規定する都道府県の法定受託事務の処理が「法令の規定に違反し、また、著しく適正を欠き、かつ、明らかに公益を害するものと認められる」として本件各申請について許可処分をするよう是正の指示をした（農林水産省指令元水漁第 1564 号。以下「本件是正の指示」という。）。

これを受けて沖縄県知事は、2020 年 3 月 30 日付けで国地方係争処理委員会に対して審査申し出をした。

2020 年 6 月 19 日、国地方係争処理委員会は以下の判断し、通知した。すなわちこの判断とは、（地方自治法第 245 条の 7 第 1 項に基づく本件是正の指示が違法でないとの判断をするに際して）「沖縄防衛局長から提示された移植の実施方法等の内容が環境監視等委員会の助言を受けて決定されたものである場合には、同委員会の調査審議の過程に看過し難い過誤や欠落があったことなどによりその助言が不適切であるといえる合理的な理由がない限り、審査申出人は、その内容に基づいて裁量審査をすることが相当」であって、「沖縄防衛局は、本件埋立承認の環境保全図書に、環境保全措置の内容として埋立工事予定区域内に生息するサンゴ類の避難措置としての移植を行うことを示し、『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至』らないが、『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（中略）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』旨を示した。これを受け、審査申出人は、サンゴ類の移植を含む工事中の環境保全対策等について、『詳細検討及び対策等の実施にあたっては、各分野の専門家・有識者から構成される環境監視等委員会（仮称）を設置し助言を受ける』ことを留意事項として付して、本件埋立承認をした」ことから、「サンゴ類の移植は、現在の技術水準ではその手法が確立していない中、専門家を構成員に含む環境監視等委員会の最新の知見からの助言を受けて、実施段階でも技術水準の進展が見られれば随時考慮に入れていくことも含意しつつ、検討段階では、その時点での同委員会の最新の知見からの助言を受けて沖縄防衛局が妥当な手法を決定することを、審査申出人も了解していた」という経緯に照らして、「沖縄防衛局長から提示された移植の実施方法等の内容が環境監視等委員会の助言を受けて決定されたものである場合には、同委員会の調査審議の過程に看過し難い過誤や欠落があったことなどによりその助言が不適切であるといえる合理的な理由がない限り、審査申出人は、その内容に基づいて裁量審査をすることが相当」とし、「（環境監視等委員会の）調査審議の過程に看過し難い過誤や欠落があったという状況は認められず、その結果採用されたサンゴ類の移植に係る内容が不適切であるというような事情は見当たらないから、審査申出人は、同委員会の助言を受けて沖縄防衛局長が提示したサンゴ類の移植に係る内容に基づいて裁量審査をすることが相当であった」というものである。

この国地委第 24 号通知を受けて、原告は、地方自治法第 251 条の 5 に基づく違法な国の関与の取り消しを求めて提訴した。

2 国地委第 24 号通知を受けた被告側答弁書における問題点

被告側は、原告の訴状に対し、国地委第 24 号通知の上記箇所を受けて、本件被告側答弁書において、「本件各申請は、環境保全図書に記載された内容を履践するものとして十分なものであるだけでなく、本件埋立承認の『留意事項』に基づき、事後調査等を含め、環境保全措置に関して指導・助言等を行う、学識経験者からなる環境監視等委員会において、環境保全措置として実施する移植の具体的な内容・方法等が検討され、その指導・助言を踏まえて各申請に至っているものであって、その内容が環境保全措置として適正なものであることは客観的にも担保されている」こと、および「加えて、沖縄県においては、本件事業に関するものを除き、これまで事業の実施により失われるサンゴ類の移植を内容とする特別採捕許可申請を不許可とした例がなく、むしろ短期間の審査で許可に至っているところ、本件各申請に係る移植の具体的な内容・方法等は、いずれの点に関しても、これまで沖縄県が許可してきたそれらの事例と比較して、申請書の記載に劣るところはなく、その申請に係る移植の内容・方法は、同等以上に手厚いものとなっている。この点からも、本件各申請が事業実施に伴う避難措置（環境保全措置）として適正であることは明白であり、その内容にいまだ許可できないような疑義があるとは到底いえない」とした。

この答弁書の考え方は、沖縄防衛局が沖縄県知事に対して本件造礁サンゴ類特別採捕許可申請をするにあたって依拠した知見が、環境監視等委員会の指導・助言に基づくものであることを根拠に、その申請内容に疑義があるとはいえないとしているのが特徴である。

そしてここに見られる一連の論理は、国地委第 24 号通知が示した、上記の論理、すなわち①2014 年 12 月 27 日の仲井眞弘多知事（当時による）公有水面埋立承認は、附款として環境監視等委員会の設置を留意事項 2 に記載していたこと、②沖縄防衛局に設置された環境監視等委員会における専門家の調査審議の過程には看過し難い過誤・欠落はないこと、③処分行政庁である沖縄県知事は、この環境監視等委員会の調査審議内容に基づいて裁量審査することが求められること、④しかしながら本件の沖縄県漁業調整規則に基づく造礁サンゴ類特別採捕許可についての審査に際し、沖縄県知事は環境監視等委員会の調査審議に基づいて判断すべきであったにもかかわらず、同知事は処分をしなかった、という内容を受けたものである。

ここでは、環境監視等委員会が示した指導・助言が、はたして沖縄県知事の判断を拘束するものなのかどうかという疑問が発生する。

係争処理委員会の判断枠組み及び被告の主張する枠組みが、行政法学的にどのような論理かは、必ずしも明確ではないが、権限の委任は法律上の根拠がなければなしえないために、沖縄県知事の造礁サンゴ類特別採捕許可の判断権限が環境監視等委員会ないし事業者に委任されたと考えることは、当然できない。

また、環境監視等委員会は、後述するとおり、事業者の事業実施過程における環境保全要件の継続的な充足を担保するために、公水法に基づく公有水面埋立承認処分の附款としてなされた留意事項 2 に対応して、事業者が環境保全内部に設置した機関であるから、沖縄県漁業調整規則に基づく特別採捕許可の制度とは、本来無関係である。

後述するように、国地委第 24 号通知が依拠したとみられる伊方原発訴訟判決・最 1 小判 1992 年 10 月 29 日民集 46 卷 7 号 1174 頁とは異なり、本件において、環境監視等委員会または事業者の判断が特別採捕許可の判断において尊重されるべき法律上のしくみは存在しない。

さらに、行政庁の専門技術的裁量は、生の専門的技術的知見の保有に与えられるのではなく、

あくまで根拠法規に裁量の根拠が求められるところ、処分の根拠法の根拠なくして、事業者の生の専門的知識それ自体を尊重し、裁量権が制約されるということもありえない。

したがって、必ずしも明確とはいいがたいが、おそらく、国地方係争処理委員会も被告も、造礁サンゴ類特別採捕許可の要件と埋立承認の環境保全要件がまったく同じである（あるいは後者は前者を包含する）ことを前提としているのではないかと考えられる。

そして、埋立承認の附款（留意事項2）の法効果として、埋立承認処分以降の継続的な環境保全要件充足について、事業者の判断を尊重しなければならず、そのため、特別採捕許可の判断においても、同様と考えているものと思われる。

しかし、このような論理については、第1に、本件で問題となったような沖縄県漁業調整規則に基づく造礁サンゴ類特別採捕許可申請に対する処分に対して、公有水面埋立承認の附款としてなされた留意事項2に対応して設置された機関である環境監視等委員会が示した指導・助言が、はたして影響を与えるのかどうかという疑問と、第2に、公有水面埋立承認処分を沖縄県知事から受けた、事業者であり、かつ許可申請者である沖縄防衛局の環境監視等委員会の知見が、処分行政庁である沖縄県知事の判断権に影響しうるのか、という疑問が、それぞれ発生する。

以下、本意見書は、この2点について検討する。

3 公有水面埋立承認と造礁サンゴ類特別採捕許可

(1) 公有水面埋立承認処分と造礁サンゴ類特別採捕許可処分とはまったく趣旨を異にする

沖縄県漁業調整規則に基づく造礁サンゴ類特別採捕許可申請に対する処分について、環境監視等委員会が示した指導・助言は、はたして影響を与えるのであろうか。

この点、上述のとおり、被告は、造礁サンゴ類採捕特別許可の要件と埋立承認の環境保全要件はまったく同じである（あるいは後者は前者を包含する）と考えたと思われる。しかしながら、この被告の認識は、以下の点において誤っている。

まず、公有水面埋立承認処分とは、処分庁として名宛人となっている都道府県知事が、公有水面埋立法（1921年法律第57号）に基づいてするものである。そしてその要件は、同法4条1項1号から6号において記載されている。すなわち、同条同項1号「国土利用上適正且合理的ナルコト」、および同2号「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」とする規定をはじめとする同条同項各号所定のこれらの要件に適合するか否かを判断したうえで、その相手方申請者が地方公共団体や私企業の場合には同法2条に基づいて「免許」という処分を、国の機関である場合には同法42条に基づいて「承認」という処分を、それぞれ発出する。これらの処分を受けてそれぞれの申請者（被処分者）は、埋立工事を開始し、埋立終了後、それぞれ事業者が地方公共団体や私企業の場合は同22条2項に基づく竣功認可処分を受け、または国の場合は42条2項に基づく竣功通知を都道府県知事に対してすることによって、その土地を陸地として使用できるようになる。すなわち、その埋立てが原則的に禁止されている公有水面を埋立てる必要性が生じたときに、同法4条1項各号の要件を満たすことを条件に、その全面禁止が解除される法制度である。そしてその所管大臣は、国土交通大臣とされている。

これに対して、沖縄県漁業調整規則に基づく造礁サンゴ類特別採捕許可制度とは、漁業法（1949年法律267号）2条（目的）でいう、「漁業生産に関する基本的制度を定め、漁業者及び漁業従事者を主体とする漁業調整機構の運用によつて水面を総合的に利用し、もつて漁業生産力を発展させ、あわせて漁業の民主化を図る」こと、および水産資源保護法（1951年法律313号）1条（目

的)でいう、「水産資源の保護培養を図り、且つ、その効果を将来にわたって維持することにより、漁業の発展に寄与すること」ことを実現するために、沖縄県漁業調整規則(1972年規則第143号)1条(目的)でいう「漁業法及び水産資源保護法その他漁業に関する法令とあいまつて、沖縄県における水産資源の保護培養、漁業取締りその他漁業調整を図り、併せて漁業秩序の確立を期する」ことを目的として、同規則41条第1項において創設されたものである。この場合、漁業法および水産資源保護法を所管する国の所管大臣は、農林水産大臣である。

この点、被告が仮に「特別採捕の要件と埋立承認の環境保全要件はまったく同じである(あるいは後者は前者を包含する)」と認識していたとしても、公有水面埋立法に基づく承認処分制度と沖縄県漁業調整規則に基づく造礁サンゴ類特別採捕許可制度とは、その目的、手続、およびその法令所管大臣において顕著な違いがあるのであって、この点被告の認識は誤っている。

被告は、国地委第24号通知に依拠して、造礁サンゴ類特別採捕の要件と埋立承認の環境保全要件はまったく同じである(あるいは後者は前者を包含する)ことを前提としたうえで、埋立承認の附款(留意事項2)の法効果として、埋立承認処分以降の継続的な環境保全要件充足について、事業者の判断を尊重しなければならないと、そのため、特別採捕許可の判断においても同様と、考えているものと思われる。

しかしながら、この2つの制度は、公有水面埋立承認制度が海面を埋め立てて産業基盤等の開発に資するのに対して、漁業法および水産資源保護法は、一見すると漁業という産業振興を目的とした法制度として位置づけられつつも、他方において、その法目的が、「漁業生産力の発展」または「水産資源の保護培養」とされていることから、産業基盤の開発とは、むしろ方向性を異にするものでもある。

たとえば、一般論としても、埋立工事等による水質汚濁の発生や、周辺海域の形質変更等のために環境等が変化してしまうなど、場合によっては工事の段階で、公有水面埋立承認処分時に想定されていなかったさまざまなトラブルが発生することもありうる。このような場合には、この2つの別個の法律に基づいて権限を行使する都道府県知事自身が、一方で産業基盤開発推進の立場と、他方で周辺海域を保護する立場という、相矛盾する立場に立たされることもありうるのである。

そしてその場合に県知事は、その問題解決のために、法律が委ねた裁量権を行使するのである。

(2) 造礁サンゴ類特別採捕許可手続に際して公有水面埋立承認の環境保全要件を用いることは許されない

上記のように被告は、造礁サンゴ類特別採捕許可の要件と公有水面埋立承認の環境保全要件をまったく同じである、あるいは後者は前者を包含すると考えたことから、埋立承認の附款である留意事項2の法効果として、埋立承認処分以降の継続的な環境保全要件充足について、事業者の判断を尊重しなければならないと考えたようである。

しかしながら、前述のようにこの両者は本来的に別個のものであることから、今回の造礁サンゴ類特別採捕許可申請に対する処分の際に、その処分行政庁である沖縄県知事は、この両者が本来別個のものであることを前提に判断することになる。とすると、ここで処分行政庁である沖縄県知事には、その裁量判断にあたって沖縄防衛局が公有水面埋立承認処分に関連して設置された環境監視等委員会が示した「指導・助言」を尊重し、拘束されるか否かということとは直接関係なく、漁業法、水産資源保護法、さらには沖縄県漁業調整規則の観点からの審査が求められることにならざるをえない。

この点被告は、国地委第 24 号通知が、環境監視等委員会の知見が沖縄県知事の裁量権を拘束するものとしたことを受けて、答弁書において、環境監視等委員会の設置をみずから求めた沖縄県が、同委員会の指導・助言等に誤りがあると考えた場合は、その具体的根拠を示すように求めた。この場合被告は、本件の公有水面埋立事業に関する環境保全措置のあり方を講じるに際して、留意事項 2 によって沖縄県知事はその専門的知見を通じた指導・助言を沖縄防衛局の一機関である沖縄防衛局に委ねたこと、および同委員会の指導・助言が専門性を有していることをこの主張の根拠としているようである。そしてこのことから、被告は、沖縄県知事の裁量判断の権限が、同委員会の指導・助言によって拘束されると考えていると見ることができる。そしてここで被告が依拠したのが、「沖縄防衛局長から提示された移植の実施方法等の内容が環境監視等委員会の助言を受けて決定されたものである場合には、同委員会の調査審議の過程に看過し難い過誤や欠落があったことなどによりその助言が不適切であるといえる合理的な理由がない限り、審査申出人は、その内容に基づいて裁量審査をすることが相当」とした国地委第 24 号通知がいう箇所である。

しかしながら、上記のように処分行政庁は、このような判断をすることを許されていないというべきである。本件のような造礁サンゴ類特別採補許可申請という漁業調整規則上の制度に関する判断を、大臣が公有水面埋立法に基づく承認処分の附款に基づいて設置された組織が示した専門的知見に基づいてすることを大臣が県知事に強要するような関与は、そもそも許されないのである。

(3) 別個の法制度に基づく別個の権限を融合させることは権限濫用にあたる

このように、まったく異なった法制度を融通無碍に運用することについて、遠藤博也教授は、「権限の融合」という文言を用いて、法治主義違反性に警鐘をならしている。すなわち、遠藤は、行政権限の分配を通じて、「権限行使の範囲を狭く限定し、その行使の道順を細いものとすることにより、行政の権限濫用をおさえ、かつ、私人に予測可能性を与えることによって、法治主義の要請にこたえる機能」を確実となるのに対して、「数多くのしかも多方面の分野の権限を集中することによって、結局、権限行使の範囲・道順はひろいものとなり、予測可能性が失われて、権限が権力と化」するとし、このことを「権限の融合」と呼ぶ^{2*}。

今回農林水産大臣を含む日本政府は、辺野古・大浦湾という豊かな海域の保護と同地における公共事業の両立を意図した沖縄県知事による水産資源保護行政の遂行に対して、公共事業の推進という権限と、水産資源保護行政についての権限を融合することによって、「権力」をつくりだそうとしたのではないかと疑わざるをえない。しかもそれは、みずから所管する水産資源保護行政を、その所管していない公共事業推進行政に従属させることを通じて、本件埋立事業を推進しようとしたのである。

上記でみたように、水産資源保護法によって農林水産大臣に付与された行政権限と責任は、文字どおり水産資源の保護を意図したものである。これに対して、沖縄県知事から公有水面埋立承認を受けた事業者である沖縄防衛局は、同法上の範囲でのみ、公共事業を推進しうるに過ぎない。国地方係争処理委員会は、この 2 つの別個の法制度のそれぞれの関係に即した判断をしなければならなかったのである。

4 事業者の組織が提示した知見が処分行政庁の判断権を拘束することはありえない

2* 遠藤博也『行政法スケッチ』（有斐閣、1987 年）pp. 69-71.

(1) 処分行政庁は環境監視等委員会の指導・助言を尊重しなければならないのか

第2に、公有水面埋立承認処分を沖縄県知事から受けた、事業者であり、かつ許可申請者である沖縄防衛局の環境監視等委員会の知見が、処分行政庁である沖縄県知事の判断権に影響しうるのか、という論点について検討する。

上記のように、被告は答弁書において、「本件各申請は、環境保全図書に記載された内容を履践するものとして十分なものであるだけでなく、本件埋立承認の『留意事項』に基づき、事後調査等を含め、環境保全措置に関して指導・助言等を行う、学識経験者からなる環境監視等委員会において、環境保全措置として実施する移植の具体的な内容・方法等が検討され、その指導・助言を踏まえて各申請に至っているものであって、その内容が環境保全措置として適正なものであることは客観的にも担保されている」ことを、是正の指示を正当化する根拠とした。

そしてこの点で国地委第24号通知は、沖縄防衛局に設置された環境監視等委員会における専門家の調査審議の過程には看過し難い過誤・欠落はなく、処分行政庁である沖縄県知事は、この環境監視等委員会の調査審議内容に基づいて裁量審査することが求められるとした。

農林水産大臣および国地方係争処理委員会の論理は、上述のとおり、おそらくは、造礁サンゴ類特別採捕許可の要件と埋立承認の環境保全要件がまったく同じである（あるいは後者は前者を包含する）ことを前提とし、埋立承認の附款（留意事項2）の法効果として、埋立承認処分以降の継続的な環境保全要件充足について、事業者の判断を尊重しなければならず、そのため、特別採捕許可の判断においても、同様と考えているものと思われる。

そもそも、造礁サンゴ類特別採捕許可申請という漁業調整規則上の制度と公有水面埋立法に基づく埋立承認制度は別の制度であることについては、上述したとおりである。

ここで尊重を求められている事業者・沖縄防衛局の判断に影響を与えた環境監視等委員会とは、いかなる組織なのであろうか。そして、本件造礁サンゴ類特別採捕許可申請に対して、その処分行政庁である沖縄県知事に、いかなる姿勢で事案処理にあたることが求められたのであろうか。以下、分説する。

(2) 環境監視等委員会は造礁サンゴ類特別採捕許可申請者である沖縄防衛局の内部組織である

環境監視等委員会、すなわち「普天間飛行場代替施設建設事業に係る環境監視等委員会」は、「普天間飛行場代替施設建設事業に係る環境監視等委員会運営要綱」（2014年4月11日）にもとづいて設置された。同委員会は、「普天間飛行場代替施設建設事業を円滑にかつ適正に行うため、環境保全措置及び事後調査等に関する検討内容の合理性・客観性を確保するため、科学的・専門的助言を行うことを目的」とし（同1条）、「(1)事後調査等の計画策定、結果の評価に関すること」、および「(2)環境保全措置に関すること」について「指導・助言等を行う」とされ（同2条）、その組織は、「学識経験者のうちから、沖縄防衛局長が委嘱した委員で構成する」とされる（同3条）。そしてその事務局は、「沖縄防衛局調達部調達計画課に置き、委員会の庶務を行う」とされる（同10条）。

同委員会は、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に関する2014年12月27日の公有水面埋立承認処分の附款である留意事項2において、「詳細検討及び対策等の実施にあたっては、各分野の専門家・有識者から構成される環境監視等委員会（仮称）を設置し助言を受けるとともに、特に、外来生物の侵入防止対策、ジュゴン、ウミガメ等海生生物の保護対策の実施について万全を期すこと。また、これらの実施状況について県及び関係市町村に報告すること」とされた部分を受けて、沖縄防衛局が設置したものである。このように、同委員会は、事業者の

内部組織である。そしてこの環境監視等委員会とは、公有水面埋立承認処分の根拠法規である公有水面埋立法上の公益を実現することを目的として、知事の公有水面埋立承認処分を受けた事業者である沖縄防衛局によって設置されたものである。

すなわち環境監視等委員会とは、元来事業者・沖縄防衛局が「計画策定・結果の評価」および「環境保全措置」について検討する際に助言を求める機関にすぎないのであって、その専門的知見に対して、沖縄県漁業調整規則に基づく造礁サンゴ類特別採捕許可申請についての判断において、沖縄県知事に直接的に配慮を求める機関ではないのである。また、この組織は、前節で検討したようにあくまでも公有水面埋立承認後において事業者が同法に基づく環境保全措置を実効あらしめるために設置した組織であって、漁業法・水産資源保護法制度のものとの組織ではないことも付言しておく。

(3) 判断権者はあくまでも処分行政庁である沖縄県知事である

① 漁業調整規則における許可権者の判断と許可申請者・事業者の「助言・指導」

本件の造礁サンゴ類特別採捕の許可処分は、沖縄県漁業調整規則 41 条 1 項で、「試験研究、教育実習又は増養殖用の種苗の供給のための水産動植物の採捕」につき、沖縄県知事が行うとされている。

これに対して、本件提訴後に裁判所に提出された被告側の答弁書は、「沖縄県自身が、本件埋立承認に際し、その留意事項において、環境保全措置の詳細検討等を行うに当たっては、『各分野の専門家・有識者から構成される環境監視等委員会（仮称）を設置し助言を受ける』こととしたことに基づく」環境監視等委員会の「指導・助言等を踏まえて、本件事業におけるサンゴ類の移植計画が策定され、本件各申請に係る移植の内容・方法等が決定されていることから、……本件各申請の申請内容が環境保全措置を実施するものとして適正であることは客観的に担保されている」ことから、「原告において、これと異なり、自ら設置を求めた環境監視等委員会の指導・助言等に誤りがあるというのであれば、その具体的根拠が明確にされなければならない」とする。そしてその根拠として、沖縄県自身が、「環境保全措置の検討に際して専門家の助言を受けるという手続を求め、これにより環境保全措置が適正に行われることを担保するため」に留意事項 2 に基づく環境監視等委員会を県が求めたのであり、そして実際に、「環境保全措置や事後調査等に関して指導・助言等をするものとして、（サンゴ類の専門家を複数含む……筆者註）学識経験者からなる委員で構成された委員会」である環境監視等委員会によって、「サンゴ類の移植の方法等に限らず、種々の環境保全措置等に関して、様々な指導・助言等がされているほか、その資料や議事録は公にされ沖縄県にも随時提供されるなど、本件の環境監視等委員会には、沖縄県がその設置を求めた目的にふさわしい実質があることも認められる」とする。

この書き振りからは、あたかも事業者である沖縄防衛局に設置された環境監視等委員会で示された知見が、処分行政庁である沖縄県知事の裁量権を拘束するものと認識されているかのように読み取ることができる。この点、国地委第 24 号通知も、「沖縄防衛局長から提示された移植の実施方法等の内容が環境監視等委員会の助言を受けて決定されたものである場合には、同委員会の調査審議の過程に看過し難い過誤や欠落があったことなどによりその助言が不適切であるといえる合理的な理由がない限り、審査申出人は、その内容に基づいて裁量審査をすることが相当」とした。

このように、被告および国地方係争処理委員会は、環境監視等委員会の「指導・助言」を根

抛付ける知見が、沖縄県知事の裁量権も拘束するものと考えているようである。その根拠として、「検討段階では、その時点での同委員会の最新の知見からの助言を受けて沖縄防衛局が妥当な手法を決定する」ことが適切であるとしているようである。

しかしながら、被告側のこの認識は、第1に、被告が処分行政庁に対して事業者が示した知見に基づく「助言・指導」を理由に沖縄県漁業調整規則において命じられた権限を同規則に従って適切に行使する裁量権を妨げる点で誤っている。また第2に、そこで専門的知見をもとにして「指導・助言」する組織が、許可申請者でありかつ事業者の内部組織である点について誤っている。さらに第3に、処分行政庁の判断権限を別個の処分において付した附款によって放棄させ、あるいは剥奪しようと考えた点において誤っている。

以下、分説する。

② 処分行政庁における権限行使のあり方

上記のように被告は、環境監視等委員会が示した「サンゴ類の移植の方法等に限らず、種々の環境保全措置等に関して、様々な指導・助言等」を理由に、原告が造礁サンゴ類特別採補許可処分をしなかったことを違法として、是正の指示をした。そしてこの点で国地委第24号通知は上記のように、「沖縄防衛局長から提示された移植の実施方法等の内容が環境監視等委員会の助言を受けて決定されたものである場合には、同委員会の調査審議の過程に看過し難い過誤や欠落があったことなどによりその助言が不適切であるといえる合理的な理由がない限り、審査申出人は、その内容に基づいて裁量審査をすることが相当」とした。

この箇所のこの言い回しは、最1小判1992年10月29日民集46巻7号1174頁(伊方原子力発電所原子炉設置許可処分取消請求事件)を参照したと思われる。この国地委第24号通知が示す部分に該当するこの最高裁判決の箇所は、「右の原子炉施設の安全性に関する判断の適否が争われる原子炉設置許可処分の取消訴訟における裁判所の審理、判断は、原子力委員会若しくは原子炉安全専門審査会の専門技術的な調査審議及び判断を基にしてされた被告行政庁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って、現在の科学技術水準に照らし、右調査審議において用いられた具体的審査基準に不合理な点があり、あるいは当該原子炉施設が右の具体的審査基準に適合するとした原子力委員会若しくは原子炉安全専門審査会の調査審議及び判断の過程に看過し難い過誤、欠落があり、被告行政庁の判断がこれに依拠してされたと認められる場合には、被告行政庁の右判断に不合理な点があるものとして、右判断に基づく原子炉設置許可処分は違法と解すべきである」とした部分である。

この原子炉設置許可処分取消訴訟は、被告行政庁である内閣総理大臣が四国電力に対してした原子炉設置許可処分の違法性を訴えて、同原子力発電所周辺の住民が原告となって提訴したものである。

この場合、核原料物質、核燃料物質及び原子炉の規制に関する法律(1957年法律第166号)は、同最高裁判決の第1審である松山地判1978年4月25日の当時、発電用原子炉につき、事業者である電力会社が、同法23条に基づいてその設置許可申請を処分庁である内閣総理大臣にし、その申請を受けた処分庁は、原子力委員会設置法・国家行政組織法(8条)に基づいて総理府に設置された原子力委員会の意見を聞かなければならないとされ、これに対して意見を求められた原子力委員会は原子力委員会設置法14条の2によつて設けられた、科学専門家によつて構成されている安全審査会に原子炉の安全性に関する調査を指示し、その調査結果を得たうえで、原子力委員会の意見を確定して処分庁に答申するという手続がとられていた。そして四

国電力に対する伊方原子力発電所についての原子炉設置許可処分に際しても、この諸手続が經由された。

このように、四国電力伊方原子力発電所についての原子炉設置許可処分手続についての「原子力委員会若しくは原子炉安全専門審査会の専門技術的な調査審議及び判断を基にしてされた被告行政庁の判断に不合理な点があるか否か」という場合の「専門技術的な調査審議及び判断」を示す原子力委員会もしくは原子炉安全専門審査会は、あくまでも法律上の根拠に基づいてその判断を示したのである。そしてこの判断を受けて、処分行政庁は、設置許可処分をするかどうかを判断した。

この点、本件造礁サンゴ類特別採補許可手続は、原子炉設置許可処分手続とまったく異なっている。

また、この最1小判1992年10月29日は、判断の主体においても、本件造礁サンゴ類特別採補許可についての事案と異なっている。すなわち、この最高裁判決は、「被告行政庁の判断」が、「原子力委員会若しくは原子炉安全専門審査会」という処分庁に対してその専門的知見を提示することとされた機関が示した「調査審議及び判断の過程」に看過し難い過誤、欠落があり、被告行政庁の判断がこれに依拠してされたと認められる場合に、原処分を違法と解している。ここで注意されなければならないのは、この伊方原子力発電所原子炉設置許可処分取消事件について判断している主体が、この処分行政庁がした判断の適否について審査を委ねられた裁判所であるということである。これに対して本件造礁サンゴ類特別採補許可処分においては、その判断の主体は、上記伊方原子力発電所における裁判所ではなく、処分行政庁そのものなのである。すなわち、本事案で問題になっているのは、行政庁がした処分等によって権利侵害を受けたとの原告の主張に対して、その「処分のあり方・内容」について審査する司法権のあり方についてではなく、処分権限を委ねられた行政権そのものの判断のあり方についてなのである。

この点、裁判所は、憲法上の権力分立の原則に即して行政権による第一次的判断に対する謙抑的な判断をするのかもしれない。しかしながら本件で問われているのは、行政権行使の違法性を判断するについての裁判所の判断方法ではなく、まさしくこの第一次的判断のあり方そのものなのである。

③ 「指導・助言」をした環境監視等委員会は許可申請者・事業者の内部組織である

被告は上記のように、「沖縄県自身が設置し助言を受けることとした環境監視等委員会の指導・助言等を踏まえて」策定されたサンゴ移植計画に基づいて決定された移植の内容・方法等が環境保全措置を実施するものとして適正であることは客観的に担保されている」ことから、「原告において、これと異なり、自ら設置を求めた環境監視等委員会の指導・助言等に誤りがあるというのであれば、その具体的根拠が明確にされなければならない」とする。

しかしながら、ここでいう環境監視等委員会とは、事業者であり造礁サンゴ類特別採補許可処分の申請者である沖縄防衛局の一機関である。とすれば、原告は、許可申請者自身が示す「指導・助言」を裏付ける知見に基づいて、その許否の判断をするように、被告・農林水産大臣から迫られていることになる。

すでに見たように、最1小判1992年10月29日で問題となった「原子力委員会若しくは原子炉安全専門審査会の調査審議及び判断」とは、あくまでも処分庁である被告行政庁の判断を適正化せしめるために設置された「専門技術的な」組織であった。その示す知見とは、許可申請

者である事業者・四国電力の側がその申請内容を正当化するためにその組織内に設置した組織による知見ではないのである。

この点、本件における当事者関係は、まったく異なっている。すなわち、環境監視等委員会は、上記のように事業者であり許可申請者の側の組織であって、処分行政庁である沖縄県知事の側の組織ではない。また環境監視等委員会に委ねられた責務は、あくまでも公有水面埋立承認処分に附款として付加された留意事項2の内容が実体あるようにすることを目的として設置されたものである。ましてや前節で明らかにしたように、沖縄県漁業調整規則に基づく造礁サンゴ類特別採補許可処分をする際に適切な知見を示す機関でもない。

この点、本件における被告の主張は、処分行政庁の判断に際して考慮すべき専門技術的知見について、一方的に事業者が示した知見の採用を強要するものといえる。この点において、処分行政庁である沖縄県知事が行使すべき裁量権の行使を、農林水産大臣がむしろ積極的に妨げるものとなっているのである。

④ 農林水産大臣の思考枠組みは、規制法制度というものを破壊する

さらに敷衍すると、このように処分行政庁の判断過程に、一方的に事業者の「専門的知見」が反映された場合、そこでは規制法規というものの本来の趣旨が完全に没却されてしまうという不都合が生じる。沖縄県漁業調整規則にしても原子炉等規制法にしても、それが周辺の住民等の利益を保護することを目的として、事業者の活動に制限をかけるものである。いいかえると、周辺住民、あるいは周辺の自然環境を保護するために、その必要な保護の範囲で、本来自由であるとされた経済活動に対して、処分行政庁が許可処分というかたちで、制限の解除を行うというのが、この両者に共通する性格である。またこのような規制法制度に共通するのは、事業者に自由自在な事業活動を許した場合に、これらの「原子炉施設周辺住民の生命、身体、財産」あるいは「沖縄県における水産資源」が危機に瀕するために、かかる被害を予防あるいは未然防止することを目的として、法律の委任を受けた規制行政庁が必要かつ最低限の合理的な範囲で事業者の活動を制限しようとする（いいかえれば営業の自由に対する合理的な制限である）趣旨に出たものと解されるのである。

上記の伊方原子力発電所原子炉設置許可処分取消請求事件は、「（原子炉等）規制法、特にその二四条一項四号は、公共の安全を図ると同時に、原子炉施設周辺住民の生命、身体、財産を保護することを目的としていると解さなければならない」（松山地判1978年4月25日行裁例集29巻4号588頁）として周辺住民の原告適格を認定することで、原子炉等規制法が実現を期す公益のうちに「原子炉施設周辺住民の生命、身体、財産を保護すること」を含ませた。この点、本件是正の指示において問題となった沖縄県漁業調整規則に基づく造礁サンゴ類特別採補許可制度についても、その目的において、「沖縄県における水産資源の保護培養、漁業取締りその他漁業調整を図り、併せて漁業秩序の確立を期すること」を挙げているのである。いかなる事業者に対しても（国の機関も含む）、その事業が一方的に推進されることによって漁場等が破壊されるという不都合が発生する可能性があり、このような事態を未然に防止するために、水面埋立工事を通じた漁場破壊行為を必要最小限度に抑制しようとする趣旨に出たものである。そしてその判断は、漁業法・水産資源保護法、およびこれらに法律に基づく沖縄県漁業調整規則が委ねる範囲で、沖縄県知事がその権限によって行われるというものである。

このような当事者関係において、処分行政庁がもつばら事業者の知見に拘束されなければならないとすれば、そこで沖縄県知事が本来保護されるべきものとして沖縄県漁業調整規則によ

って命じられた「水産資源の保護培養」等の利益の保護を不可能としてしまうのである。このことは、沖縄県漁業調整規則を制定した意味そのものの没却である。

⑤ 処分行政庁の判断権限は附款によって放棄あるいは剥奪されない

さらに、処分行政庁は、法律上命じられたみずからの裁量権を、みずから制限するような効果を生じさせることが許容できるのか、さらにその場合に、このようなみずからの権限に対する制限を、本件留意事項2という附款によってかけることができるのか、という点も問題となる。

処分の附款において処分行政庁がその処分の相手方である事業者に対して、その組織内に「各分野の専門家・有識者から構成される機関」を設置させ、そこで「環境保全措置の詳細検討等」を行わせれば、その時点で法令上の裁量権のうちの専門技術的な部分は、事業者の組織の専門性の尊重によって満たされるのであろうか。そして、その事業者サイドの専門性に、処分行政庁は一方的に依拠しなればならなくなるのか。そしてそこでは、法令上明記された裁量権は、留意事項2という附款によって、もはや処分行政庁には許されなくなるのであろうか。

この点、公有水面埋立法に基づいて承認処分をした沖縄県知事は、この承認にあたっての環境保全要件または災害防止要件等が、その後においても充足されるように、監督し続ける必要がある。そこで留意事項2に基づいて設置されたのが環境監視等委員会という事業者の内部組織であり、承認権者としての沖縄県知事は、同委員会を含む沖縄防衛局が示した情報や知見を参照しつつ、環境保全措置が適切に保たれているのかどうかを監督する。

とすれば、本件で被告が主張するように処分庁自身が処分の附款で環境監視等委員会の設置を事業者に求めたとしても、環境保全が適切になされているか否かを行政庁があらためて判断する余地がなくなるようなことは、公有水面埋立法に基づく処分庁と被処分庁との関係においてありえないのである。そのことは、2018年8月31日の謝花喜一郎副知事による撤回処分が、その後の事情変更に基づいてなされえたこと、その場合に国自身も撤回そのものが無効であるという主張をしなかったことによっても裏付けられている。

したがって、たとえ留意事項2に基づいて環境監視等委員会が設置されたとしても、その機関が何らかの指導・助言をしたことによって、法律上の権限が消滅し、あるいは解消されるわけではないのである。本件「詳細検討及び対策等の実施にあたっては、各分野の専門家・有識者から構成される環境監視等委員会（仮称）を設置し助言を受ける」とした留意事項2は、それ自体によって処分庁である沖縄県知事による法律上の権限行使を制限しうるものではなく、ましてや実定法上附款によってそのようなことが認められるわけでもない。

そもそも公有水面の埋立てという行為は、私人であれ地方公共団体であれ、あるいは国であれ、元来禁止されているのである。それは、公有水面埋立免許あるいは承認という制度の趣旨に沿って、公有水面埋立法4条1項各号に適合する場合にのみ例外的に解除される。この点に立ちかえる必要がある。そこでは、被告がいうように留意事項2によって沖縄県知事がその専門的知見を通じた指導・助言を沖縄防衛局の一機関である沖縄防衛局に委ねたことをもって処分行政庁が判断をしないこととした（しかも公有水面埋立法に基づく承認処分とはまったく別個の制度である）などということは、ありえないのである。

(4) 造礁サンゴ類特別採補許可制度には「許可制度」にふさわしい制度運用が求められる

さて、さらにここでは、沖縄県知事がこの事案を取り扱うに際して、「許可」という制度にふさわしい取扱いが求められることを、あらためて指摘しておきたい。

この沖縄県漁業調整規則 41 条第 1 項は、サンゴ類の特別採捕許可についての規定である。そもそもこの「許可」とは、行政法学上、「人の本来自由な活動領域について予め禁止をしておき、一定の要件を備えると、申請に基づきその禁止を解除、つまり自由の回復を図る」と定義される^{3*}。このことは、本件造礁サンゴ類移植許可制度についても、同規則制定時の沖縄県漁業調整規則制定説明書によれば、規則 33 条 2 項について「造礁さんご類については、沖縄の海はさんご礁が発達していてそれを自然の魚巢として沿岸の魚貝類は棲息して亜熱帯の海の特長を形成しているものである。しかし近年、さんご礁を装飾用に採集するものが多く、漁場が破壊されることとして関係各界から規制について強い要請があったので、東京都の調整規則を参考にして全面的に禁止することとした」と説明されている。このことは、同規則におけるサンゴ類の採捕についても、原則がそもそも全面禁止されていることを示すものである。そこで同規則 41 条 1 項は、「試験研究、教育実習又は増養殖用の種苗」に限定して知事の許可を受けた場合に、この全面禁止が解除されるものとしているのである。この場合「試験研究」を目的とする理由としては、サンゴ群集修復手法の開発や保全すべきサンゴ群集の遺伝的多様性の研究等、サンゴ礁の効果的な保全策の技術開発に資することが挙げられる^{4*}。そして、このことは、沖縄県知事が造礁サンゴ類の特別採捕許可処分をするに際しても、出発点とされなければならない。

この点、磯野弥生は、「環境ガバナンスの原則からすれば、県知事は重大な影響関連情報を取得した時には、それを人々に公表し、人々から得た知見を十分に配慮し、決定することが求められる」とする^{5*}。今回の沖縄県漁業調整規則に基づく沖縄防衛局による造礁サンゴ類の特別採捕許可申請に対して沖縄県知事が処分をしなかったのは、辺野古沿岸部における公有水面埋立承認処分の処分権者として沖縄防衛局に対して監督する立場にある者として、大浦湾海底に広がる軟弱地盤の状況を慎重かつ正確に見極めようとしていたからであって、かかる環境ガバナンスの立場からすれば、県知事は、至極当然のことをしたにすぎない。

ましてや、訴状もいうように、本件のような造礁サンゴ等の大規模な破壊をともなう移植の許可処分を行う場合、「事業の実施が確実であり、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」のである。本件工事によってどのような漁場破壊あるいは環境破壊が発生するのか明らかではなく、さらには、このような軟弱地盤が広がっているような場所で予定された工事がそもそも実施可能なかどうかすらも事業者から説明がないような段階で、審査にあたる処分行政庁が安易に漁場を破壊しかねないような判断を出すわけにはいかないのである。

この点から見ても、沖縄県知事には、漁業法、水産資源保護法、および沖縄県漁業調整規則の本来の趣旨に基づいて、直接的にかつ責任を持ってその裁量権を行使することが求められるのである。このような観点からも、かかる行政責任を事業者・沖縄防衛局が公有水面埋立事業を維持するために提示する「専門技術的知見」に委ねることなど許されるはずはない。またそこで、事業者の「裁量権」に謙抑的な裁量審査・判断を要求することなど、行政権の専門性、あるいは権力分立の原則の上においても成り立たない。

この点、被告答弁書は、「本件規則 33 条 2 項及び 41 条の規定は漁業法 65 条 2 項 1 号及び水産

3* 塩野宏『行政法 I [第六版]』（有斐閣、2015 年）p. 129.

4* したがって、4 万群体もの大量の特別採捕が、沖縄県漁業調整規則制定時に想定されていたのかどうかは、きわめて疑問である。

5* 磯野弥生「リレー・エッセイ 辺野古問題と環境ガバナンス」『環境と公害』第 49 巻第 4 号（2020 年）p. 1.

資源保護法4条2項1号の規定を受けて定められたものであるところ、これら各法律の各条項は、漁業調整等又は水産資源の保護培養のために必要な水産動植物の採捕の制限又は禁止を認めるものであって、かかる規定の目的に反して水産動植物の採捕を制限又は禁止することは許されないと主張する。このことは一見すると、あたかも国家権力に対して権力統制を厳格にしつつ人民の経済的自由を幅広く認めようとする、自由主義的な見解のようにも見受けられる。しかしながら、かかる経済的自由権の行使主体が沖縄防衛局というれっきとした国家機関であり、本件埋立事業が国策として強行されているという事実を照らすと、今回の農林水産大臣による関与は、国家の機関に「国家からの自由」を認めることに等しく、国家権力の恣意的な行使を意図的に招くものであるといわざるをえない。