

執行停止に関する意見書

令和3年8月4日

審査庁 農林水産大臣 野上 浩太郎 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執行停止の申立てについて、以下のとおり、意見を述べる。

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 代

同 弁護士 松永 和宏 代

同 弁護士 宮國 英男 代

〒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

意見の趣旨

本件執行停止申立てを却下する。
との決定を求める。

意見の理由

第1 意見の概要

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り、「本案について理由がないとみえるとき」（行政不服審査法（以下「行審法」という。）25条4項ただし書）に該当するものである。

本件執行停止申立ては、執行停止によって救済が認められない一般公益を理由としていること、処分の一時的な停止によって救済される性質の損害ではないこと、それらの損害の疎明もなされていないこと、さらには工事の一時的遅延そのものが「重大な損害」とはいえないことの違いの点においても、行審法25条4項所定の「重大な損害を避けるために緊急の必要」性の要件を充足していないものであり、また、そうであれば、およそ「必要があると認めるとき」にあたるということもできないのであり、行審法25条3項による執行停止の要件充足も認められないものである。

さらに、執行停止によって採捕が強行されるならば、公益上の不利益は、再生不可能な不可逆的側面を有するという点において甚大であるのに対し、これを取り消す不利益は、上記の範囲にとどまるものであって、

両者を比較すれば、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。）を取り消すことなく放置することは、公共の福祉の要請に照らして著しく不当であり、執行停止をすることは「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるとき」（行審法25条4項ただし書）に該当するものである。

第2 本件各取消処分は適法になされたものであることについて（行審法25条4項ただし書に該当すること）

1 附款（条件）への違反を理由として取消処分の適法性

(1) 附款（条件）が付された趣旨について

本件各許可処分には、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、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。

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、申立人も、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、本件各許可処分の際に「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、申立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（本件審査請求証拠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 Gomez1984；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 申立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、次のとおり申立人も前提としていたものである。

(イ) 平成31年4月26日付けのJPK地区のサンゴ類に係る特別採捕許可申請書及び令和元年7月22日付けI地区のサンゴ類に係る特別採捕許可申請書（以下「本件各申請書」という。）の記載JPK地区にかかる本件申請書（証拠16 本件審査請求証拠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15 本件審査請求証拠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

申立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、同様に本件各申請書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

本件各申請書は、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 申立人による移植開始時期が妥当ではないこと

(ア) 申立人の主張

申立人は、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。

申立人は、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、申立人は、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申立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、申立人によれば、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、申立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

申立人は、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（JPK 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）。申立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、申立人は海底面上約 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。

本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、申立人の計測方法に照らしてみると、移植後の8月には申立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。

申立人の行為は、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

申立人は、「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申立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、申立人による令和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、申立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申立人に電話確認を取ったところ、JPK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、申立人の採捕行為は、JPK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、申立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、申立人が、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ヵ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、申立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申立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申立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

申立人は、「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『台風の時期』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から、「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。申立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、申立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、申立人が、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15 本件審査請求証拠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、申立人が、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(本件審査請求証拠44)、申立人は、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、高い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、申立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（本件審査請求証拠45及び46）、申立人は、「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ものでないならば、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
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」
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申立人
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、また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、申立人が「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、申立人は、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、申立人自身が 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申立人の行為は、JPK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 聴聞手続きを行わなかったことに違法性はないことについて

申立人は、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、申立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、沖縄県漁業調整規則 33 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。

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り、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、当該採捕が水産資源の保護培養等に資するものとなる。

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 33 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、死滅させる行為となる。

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ある。

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なものとなる。

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あり、避難措置という目的に照らして不適切なものとなる。

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、公益上、本件各許可処分を取り消す必要があった。

そして、申立人は、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、申立人は、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。

J P K地区についても、申立人は、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、いつでも移植作業に取り掛かる状況にあり、申立人は、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、J P K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れれば、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

本件各取消処分は、第2、1において詳述したとおり、水産資源の保護培養を目的として適正に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。

第3 行審法25条4項および3項に該当しないこと

1 重大な損害を避けるために緊急の必要性が認められないこと

(1) 「重大な損害」として考慮される対象となるべき利益について

ア 「重大な損害」として考慮される対象となるべき利益について

- (ア) 「審査請求は、処分の効力、処分の執行又は手続の続行を妨げない」ことに伴い（行審法25条1項）、「処分、処分の執行又は手続の続行により生ずる重大な損害を避けるために緊急の必要があると認めるときは、審査庁は、執行停止をしなければならない」（同条4項）としており、ここでいう執行停止は「処分の効力、処分の執行又は手続の続行の全部又は一部の停止その他の措置」を意味する（同条2項）。

行審法25条4項にいう「重大な損害」とは、行政事件訴訟法（以下「行訴法」という。）25条2項にいう「重大な損害」と同じ意味であると解されているところ（室井力他編著『コンメンタール行政法Ⅰ 行政手続法・行政不服審査法（第2版）』467頁）、行訴法25条2項における重大な損害の意義については、執行停止申立人自身に属する権利利益であって、当該処分そのものによって生じる損害のみが対象となるものである。

執行停止申立人自身に属する権利利益が対象とされることについて、東京地方裁判所平成 22 年 6 月 1 日決定（同庁平成 22 年（行ク）144 号・裁判所ウェブサイト）は「申立人の勤務先といった第三者に生ずる損害についても主張しているが、抗告訴訟が原告自身の権利救済を目的とする制度である以上、執行停止制度で救済されるべき利益も申立人（原告）自身の利益でなければならない」と判示し、東京地方裁判所平成 20 年 12 月 10 日決定（同庁平成 20 年（行ク）277 号・裁判所ウェブサイト）は、「申立人は、前記 1（1）（イ）（b）において、本件各決定による医療機器メーカーにおける行政に対する自主的情報提供機能の萎縮効果等も主張しているが、行政事件訴訟法 25 条 2 項の『重大な損害』は申立人自身の損害に限定されると解されるので、上記主張に係る損害は、同項の「重大な損害」に該当するものとは解されない。」としている。

また、当該処分そのものによって生じる損害のみが対象となることについて、最高裁判所平成 15 年 3 月 11 日判決（判タ 1119 号 156 頁）は、「弁護士に対する戒告処分は、それが当該弁護士に告知された時にその効力が生じ、告知によって完結する。その後会則 97 条の 3 第 1 項に基づいて行われる公告は、処分があった事実を一般に周知させるための手続であって、処分の効力として行われるものでも、処分の続行手続として行われるものでもないというべきである。そうすると、本件処分の効力又はその手続の続行を停止することによって本件公告が行われることを法的に阻止することはできないし、本件処分が本件公告を介して第三

者の知るところとなり、相手方の弁護士としての社会的信用等が低下するなどの事態を生ずるとしても、それは本件処分によるものではないから、これをもって本件処分により生ずる回復困難な損害に当たるものということとはできない。」と判示している。

- (イ) 本案の裁決により原処分が取り消されれば、「処分、処分の執行又は手続の続行」自体が消滅するため、これらによる損害は裁決以降発生しようがなく、他方で裁決により原処分が維持されれば当然にその裁決によって執行停止処分の効力も失効するのであり、また、執行停止の要件として「緊急の必要性」も要求されているのは、裁決まで待っていてはその「重大な損害」の救済が困難となるという損害の性質を考慮したものである。

したがって、「重大な損害」とは、審査期間中に「処分の効力、処分の執行又は手続の続行」が妨げられないことによって生じる損害のみが対象となるものである。

- (ウ) 以上述べたとおり、行審法 25 条 4 項にいう「重大な損害」とは、執行停止申立人自身の法律上保護された利益について、当該処分そのものによって生じる損害であって、処分の効力が一時的に排除されることにより救済される性質のもののみが対象となるものである。

イ 「重大な損害」要件についての考慮事項について

平成 16 年の行訴法改正により、執行停止の積極要件は、従来の「回復の困難な損害」から「重大な損害」に改められ（同法 25 条 2 項）、さらに「重大な損害」の判断にあたっての考慮事項が創設され（同条 3 項）、「損害の回復の困難の程度」を考慮するものとし、

「損害の性質及び程度」「処分内容及び性質」をも勘案するとされた。また、これに伴って、行審法の執行停止の積極要件についても、同様の要件へと改正されたが（同法 25 条 4 項、5 項）、その考慮事項については、次のように解されている。

第一次的考慮事項である「損害の回復の困難の程度」とは、「『回復が容易でないとみられる程度』（圏央道あきる野インターチェンジ事件＝東京地決平成 15.10.3 判時 1835 号 34 頁）、あるいは、金銭賠償の実効性の程度をみて、『重大な損害』の有無を判断するための考慮要素の一つとするものである（小早川光郎＝高橋繁編『詳解改正行政事件訴訟法』222 頁〔齊藤誠〕、室井力他編著『コンメンタール行政法 I 行政手続法・行政不服審査法〔第 2 版〕』467 頁）。

二次的考慮事項の一つ目の「損害の性質及び程度」についていうと、「損害の性質」の勘案とは、「たとえば、開発許可、土地収用の事業認定による金銭的損害、または、それに伴う環境悪化による被金銭的損害といった損害そのものの性質をみること」であり、「損害の程度」の勘案とは、「執行停止がなされないために処分の結果生じる損害の規模をみること」とされる（同書同頁）。二次的考慮事項の二つ目である「処分内容及び性質」についていうと、「処分の内容」の勘案とは、「処分を行うことによって得られる利益（公益、公共の秩序等）がどのようなものか、処分の緊急性・必要性がどの程度あるかなどをみて処分の内容を検討すること」であり、「処分の性質」の勘案とは、「処分を即時に行わなければ事後的に同様の効果を得ることがどの程度困難になるか、処分が地域住民等法律上の利益を有する第三者を含む多数の関係者に対して、どのような性質を

有する利益をどの程度及ぼすか等を見ること」とされる(同書同頁)。なお、「緊急の必要」は、この『「重大な損害」の発生する可能性が時間的に切迫しているか、継続中で、当該審査請求の裁決の余裕がないことを意味する。』(小早川光郎他編『条解行政不服審査法』143頁)ものとされている。

(2) 普天間飛行場の周辺住民等の危険や日米合意の履行の遅滞と我が国の安全保障への影響という主張について

ア 申立人は、「回復し難い極めて重大な損害であり、これを避けるために緊急の必要」として、普天間飛行場の周辺住民等の危険や不安の除去、騒音等の生活環境の改善の遅滞と見通しの喪失、日米合意の履行の遅滞と我が国の安全保障への影響を主張している。

しかしいずれについても、行審法によって救済されるべき申立人の法律上保護された利益に基づいて生ずる損害でない。

普天間飛行場の危険性除去等は、これはまさに普天間飛行場周辺に居住する住民等に帰属する利益であり、これを除いた一般的な市民の安全等は、私人の個別的な権利利益でも申立人に帰属する利益でもなく、一般公益そのものである。

外交・安全保障上の利益についても、ここで主張される外交上安全保障上の利益は、一般公益であることから、それが損なわれる虞は行審法の救済対象となる名宛人に生じる損害とはなりえない。この「重大な損害」については、米国との信頼関係等が「国」に帰属する利益であり、「国」は申立人と法主体として同一である、と一応は言い得るにしても、これは国が私人と同一の立場において主張できる利益ではない公益に属するものであるから、かかる利益に基づ

いて審査請求をなす（つまり、かかる利益に対する処分による侵害の排除を求める）ことは認められないものである。

イ また、処分の効力の一時的排除による救済される性質の損害にも該当しない。

普天間飛行場の危険性の除去等ないし外交・安全保障上の利益として主張されるような損害は、仮に申立人がここで主張するとおり新基地建設が普天間飛行場閉鎖と引き替えのものであったとしても、埋立、新基地建設後、当該基地が米軍に提供され、その後、普天間飛行場が実際に閉鎖されれば、事実上免れるという関係にすぎず、処分の効力を執行停止により一時的に排除することにより救済される利益に基づく損害ともいえない（もとより、政府は普天間飛行場の5年以内の閉鎖を約束していたものであるから、新基地建設の進行状況と引き替えの関係にはなく、前提自体誤っている）。つまり、執行停止によって避けられるべき「重大な損害」とは、執行不停止の原則があるため、審査請求から本案裁決までの期間に行政処分の効力が存続し続けることにより生じてしまう「重大な損害」を指すのであって、審査請求の対象となった当該行政処分の結果終局的に生じる不利益や損害を指すものではない。上記決定が、「本件許可取消しによって、申立人が行う本件事業の継続が不可能となるため、」とその「重大な損害」が発生する原因を指しているが、これはまさに当該行政処分が確定することによる終局的な不利益、損害であって、執行停止の判断において考慮されなければならない「重大な損害」とはまったく異なるのである。

ウ 申立人の主張には実証的根拠が認められないこと

申立人は、普天間飛行場周辺に居住する住民等が被る航空機による事故等に対する危険性及び騒音等の被害の継続と米国との信頼関係や日米同盟に悪影響を及ぼす可能性があるという外交・防衛上の不利益を主張するが、これらの主張には実証的根拠がないものと言わなければならない。

(ア) 普天間飛行場周辺に居住する住民等が被る航空機による事故等に対する危険性及び騒音等の被害の継続という主張について

a 本件各許可処分は、平成 25 年 12 月 27 日付けでなされた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（以下「本件埋立事業」という。また、本件埋立事業により建設される基地を「辺野古新基地」という。）の承認処分（以下「本件承認処分」という。）の環境保全措置を目的した申請についてなされたものである。

本件承認処分は未だ効力を有しており、申立人は本件承認処分を受けた「設計ノ概要」に示された工事を行う法的地位ないし権限を有しており、それゆえ、本件各許可処分がなされたものである。

しかし、本件埋立事業については、本件承認処分後に、埋立対象区域の海底地盤が、公有水面埋立承認申請書類に設計土層として示された土質や沖縄県からの海底地盤についての質問に申立人が回答した内容とは、実際の海底地盤はまったく異なるものであって、埋立対象区域には軟弱地盤が広範に存在しているため、本件承認処分を受けた「設計ノ概要」にしたがって

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ができないことが客観的に明らかとなっているものである。そして、申立人は、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、申立人の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、変更承認申請が認められるか否かは不確定であるが、変更承認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ものである。

現時点において、申立人が工事を行う法的地位ないし権限を有しているのは、本件承認処分を受けた「設計ノ概要」にしたがった工事のみであるが、本件承認処分を受けた「設計ノ概要」に示された工事を完成させることが不可能であることは客観的に明らかなのであるから、本件各取消処分により本件承認処分を受けた「設計ノ概要」に示された工事の完成が遅れるという関係が存しないことは客観的に明らかである。

- b 普天間飛行場には米海兵隊の第3海兵機動展開部隊隷下の第1海兵航空団のうち第36海兵航空群が駐留しており、辺野古新基地は、第36海兵航空群の移駐先として建設されるものであるが、第36海兵航空群は、もともと沖縄県内に駐留していたものではなく、厚木飛行場に駐留していたところ、厚木飛行場周辺の米軍機航空騒音被害が問題とされたために、厚木飛行

場周辺の騒音被害解決のために、1969年（昭和44年）に普天間飛行場に移駐をしたものである。昭和47年の沖縄の日本復帰時には、普天間飛行場は海兵隊航空基地として運用され、国は、その危険性や騒音被害を認識していたものであるが、普天間飛行場の危険性や騒音被害に対して、住宅防音工事等の弥縫策以外に何ら対策を講じずに放置し続けてきたものであり、普天間飛行場を離着陸する航空機の騒音の違法性と国の責任については、これまで那覇地裁沖縄支部平成20年6月26日判決、福岡高裁那覇支部平成22年7月29日判決、那覇地裁沖縄支部平成27年6月11日判決、同支部平成28年11月17日判決、福岡高裁那覇支部平成28年12月1日判決とすでに5回の判決によって指弾されている。

申立人のいう普天間飛行場による危険性や騒音被害の継続というのは、本件各取消処分によって生じる損害ではなく、このような経過にもかかわらず、何らの対策を講じてこなかった国の不作為による損害といわねばならない。

普天間飛行場の危険性や騒音被害の継続は、本件各取消処分によって生じるものではなく、国が米軍に普天間飛行場を提供することによって発生しているものである。

- (イ) 米国との信頼関係や日米同盟に悪影響を及ぼす可能性があるという外交・防衛上の不利益という主張について
 - a 本件埋立事業の前提となった普天間飛行場返還合意自体が、平成8年4月の橋本モンデール会談時において、「5年ないし7年ぐらいに」とされていたにもかかわらず、そこからすでに

四半世紀を経過しているが、橋本モンデール会談後の主な経緯は次のとおりである。

平成 8 年 12 月 SACO 最終報告

平成 11 年 12 月 辺野古沖合に軍民共用空港を建設することを前提とした「普天間飛行場の移設に係る政府方針」の閣議決定

平成 14 年 7 月 リーフ上を埋め立てて 2000m の滑走路を有する代替施設を建設する基本計画の決定

平成 17 年 10 月 米軍再編協議の中間報告として、L 字型に代替施設を建設する新たな移設案を合意

平成 18 年 5 月 米軍再編の最終合意として、現行の V 字型案へ計画を変更

平成 21 年 9 月 政権与党となった民主党、社会民主党、国民新党が、「米軍再編や在日米軍基地のあり方についても見直しの方向で臨む」との三党連立政権合意

平成 22 年 5 月 普天間飛行場移設先を「キャンプ・シュワブ辺野古崎地区及びこれに隣接する水域に設置する」との日米共同発表

平成 22 年 8 月 滑走路 V 字案・I 字案を併記した二国間専門家検討会合による「普天間飛行場の代替の施設に関する専門家会合報告書」を公表

平成 23 年 6 月 日米両政府が、普天間飛行場代替施設につき、名護市辺野古崎へ埋立による V 字型滑走路を

建設することに合意

平成 25 年 3 月 沖縄防衛局が本件承認申請

平成 25 年 12 月 本件承認処分

平成 26 年 8 月 海上ボーリング調査着手

平成 27 年 10 月 本体工事（陸上）着手

平成 28 年 3 月 訴訟上の和解により工事停止

平成 28 年 12 月 工事再開

平成 29 年 4 月 護岸工事着手

令和 2 年 4 月 埋立地用途変更・設計概要変更承認申請

- b 本件承認処分は埋立区域内の海底地盤についての申立人の沖縄県に対する説明を前提として承認されたものであるところ、実際の海底地盤は公有水面埋立承認申請時の申立人の説明とはまったく異なるものであり、大浦湾側の埋立区域の大半が軟弱地盤であったことから、平成 25 年の本件承認処分から 7 年以上を経過しても、本件埋立事業の完成にはまったく近づいていないものであり、少なくとも現時点において、完成の目途が立っていないことは明らかである。

本件埋立事業は、辺野古崎を挟んで、非常に浅いリーフ側と大深度の水域が存する大浦湾側にまたがるものであり、大浦湾側とリーフ側は並行して工事が行われる工程とされているが、最初に着工して最後に完成をするのは、大浦湾側とされている。すなわち、本件承認処分にかかる設計概要説明書の工程表では、大浦湾側の東側護岸（A 護岸）に 1 年次 1 月目に着工し、5 年次に東側護岸で最後に築造される護岸（係船機能付）が完成す

ることによって、埋立てに関する工事が完了するものとされている。大浦湾側と並行して行われるとされている非常に浅いリーフ側の埋立工事は、大浦湾側よりも遥かに工期が短いものであり、大浦湾側の東側護岸の着工よりも後に着工し、東側護岸が完成する遥か前に埋立てが完成するものとされている。大浦湾側とリーフ側は並行して行われるものであるから、大浦湾側の東側護岸に着工しない限り、非常に浅いリーフ側の埋立てのみを進めても、埋立工事の完成に近づくことにはならないものである。ところが、東側護岸について、工程では1年になされるものとされる工事も未だなされていない。これは、本件承認処分を受けた「設計ノ概要」に従って、地盤改良工事をしないで工事をするならば、軟弱地盤のため、工作物等の荷重による地盤破壊、地震時の地盤の液状化や沈下の危険性があることが明らかとなっていることから、工事を行うことができないものであり、本件承認処分から7年半余を経過しても、埋立工事の完成にはまったく近づいていないのである。

そして、仮に地盤改良工事により埋立工事を完成させることが理論上技術上は可能であって変更承認を受けられたとしても、未曾有の大規模地盤改良工事が必要となるものである。また、地盤改良工事を終え、その後に護岸工事等に着工して埋立てが完成することができたとしても、それだけで供用をできるわけではない。埋立工事完成後に、飛行場施設整備の工事を行って飛行場施設を完成させ、その後に飛行場認証手続や提供手続がとられるのであり、埋立工事完成から供用までには、さら

に何年もの年数を要することになる。以上よりすれば、仮に軟弱地盤改良が理論上技術上可能であり変更承認を得られ、辺野古新基地が完成することができたとしても、第 36 海兵航空群の移駐が可能となるのは、確たる時期を想定することもできない遠い将来のことである。

- c 平成 8 年の橋本モンデール会談で普天間飛行場返還が合意されてからすでに四半世紀を経過し、仮に本件埋立事業を完成させることができるとした場合でもその時期の確たる見通しも立てることもできない状況にあるなかで、本件各取消処分にかかる審査請求の期間について執行停止がなされないことにより、米国との信頼関係や日米同盟に悪影響を及ぼすことなど考え難いものである。

米軍基地の移設や返還について日米での合意がありながら、それが長年実現してない案件は多数ある。例えば那覇軍港については、昭和 49 年 1 月に移設を条件に返還合意がなされており、これがかつての読谷補助飛行場におけるパラシュート降下訓練の廃止等や県道 104 号線越え実弾砲撃演習の廃止と合わせて「重要 3 事案」と呼ばれてきたのに、いまだに実現をしていない。このとおり、在日米軍基地の国内移設等については、政治的合意のとおりに進捗していない事例が多数あり、それにもかかわらず政府のいう日米同盟の信頼関係が損なわれたという事情はなく、申立人の主張は、本件各取消処分に直接起因する「米国との信頼関係」等への悪影響を具体的事実と証拠で明らかにすることを一切行わず、政治的重大性を声高に叫ぶこと

によって審査庁から執行停止決定を得ようという政治的な言動に過ぎないものと言わなければならない。

(3) 申立人の経済的損失という主張について

申立人は、作業員の人件費相当額の損害、傭船料相当額の損害、警備費用といった経済的損害が生じ、重大な損害を避けるために緊急の必要性がある旨主張する。

この点、そもそも、費用の額、本件各取消処分との対応関係（例えば、警備費用は、特別採捕許可にかかる業務の遂行とは無関係に生じる費用ではないかと考えられる）、業務の履行等にかかわらず申立人に支払が義務付けられていること、損失が生じる期間（解除等の合理的な対応によって損失発生が回避できない期間）等の立証がなく、損失の発生自体が不明である。

しかし、仮に、それを脇に置いたとしても、かかる損失が、「重大な損害」にあたらぬことは、以下のとおり明らかである。

この点、「重大な損害」は、上記のとおり、審査期間中に「処分の効力、処分の執行又は手続の続行」が妨げられないことによって生じる損害を意味し、その該当性については、損害の回復の困難の程度、損害の性質及び程度、処分内容及び性質を勘案するとされる。

しかし、本件は国の事業であるところ、そこで生じ得る経済的損失は、個人や法人の経済的利益の喪失による「重大な損害」とは異質である。

一般に金銭的損失は、賠償により回復可能であるところ、「重大な損害」に金銭的損失が含まれるとしても、それは単に金額の多寡の問題ではなく、当該処分の名宛人に対し、回復が困難で事業の存続やその

経済的存立等が損なわれる等の影響を生じるおそれがある場合をいう。

本件の場合、このような意味での申立人の経済的損失の「損害の回復の困難の程度」は、ないに等しい。

また、「損害の性質及び程度」についても、申立人が主張する本件の経済的損失は、多額とは言い難い金銭的損害である。

そして、「処分内容及び性質」についても、本件において処分を行うことによって得られる利益は、サンゴの保全、という一旦侵害されてしまえば、不可逆的に侵害されてしまう公益である。

本件各取消処分を執行停止することにより、かかる公益に対する侵害を許容してしまうと、後に棄却裁決がなされたとしても、かかる公益を事後的に保護することは不可能になってしまう。

以上、いずれの観点から見ても、本件における申立人主張の経済的損失は、「重大な損害」とはいえず、執行停止は認められない。

2 「必要があると認める場合」にあたらぬこと

これまで述べてきたことからすれば、本件においては、本件各取消処分によって避けられるべき「重大な損害」は存在しない。そうであれば、およそ「必要があると認める場合」にあたるということもできないのであるから、同項による執行停止も認められないものである。

第4 「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるとき」(行審法24条5項ただし書)に該当することについて

1 サンゴ礁生態系保全が水産資源保護培養の観点その他から重要な意義を有すること

サンゴ礁生態系保全の必要性は、水産庁「改訂 有性生殖によるサン

ゴ増殖の手引き」(乙5号証)においても詳細に述べられている。

同手引きは、まず、サンゴ類移植が十分な成果を上げていないことについて、「これまで沖縄で移植あるいは移設されたサンゴ群体は30万株を越えるが、多くのサンゴの植込み4年後の生残率は20%以下である。修復した面積も一件数haにすぎず、さんご礁の生態系サービスの回復をもたらすまでには至っていない」(まえがき)としている。

そして同手引きは、「サンゴ礁の多様な機能」を次のとおり詳述する(I-10)。

「サンゴ礁は海洋面積の0.2%にも満たないが、93,000種以上の動植物の棲息場所となり、浅海の生物の35%以上の種を保持し、世界人口の実に2割、80以上の国の数え切れない地域社会が収入と食料をサンゴ礁に依存し、1km²のサンゴ礁が、年間15トンの食料を生産し、それは、1,000人以上を養うに十分である(Kimble 2002)。サンゴ礁の種の多様性については830,000種以上が見られるという報告もある(Fisher et al. 2015)。サンゴの体内に共生している褐虫藻は、光合成によって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する。石灰化によって、サンゴの作り出す複雑な空間地形には多種多様な生物が共存し、サンゴ礁は水産生物の生産の場や水質浄化としての重要な機能を持つ。また、サンゴ礁には、美しい景観がもたらす観光機能、天然の防波堤としての防災機能、海の文化人類学の研究や生態系のしくみを知る環境教育の場としての機能があり、地形学・地質学・古生物学による過去の地球環境変動を把握する場としても重要である。さらに、古いサンゴの岩石化した琉球石灰岩は石垣や漆喰の材料として利用されている。最近では、サンゴやイソ

ギンチャク、カイメンなどのサンゴ礁域の有用生物が医薬品などとしても注目されており、他の産業にも利用可能な物質が得られる可能性がある。

こうしたことから、サンゴ礁が大きな環境攪乱を被ると、これらの機能が減少あるいは消滅し、水産資源の減少や観光資源の質の低下など大きな社会問題を招く恐れがある。」

このとおり、サンゴ礁生態系の保全が水産資源保護培養を始めとした多様な価値を有する意義があるため、漁業法及び水産資源保護法にもとづいて沖縄県漁業調整規則において、造礁サンゴ類の採捕を原則的に禁止しているのである。

2 サンゴ類の保全が損なわれ、公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあること

本件各申請は、造礁サンゴ類の生態系保全が極めて重要であるにもかかわらず、なお本件事業による公有水面埋立により失われるサンゴ類の保全を目的として、JPK地区で分類上の科レベル（「科」の下に「属」、「属」の下に「種」がある。）でキクメイシ科、ミドリイシ科、ハマサンゴ科、オオトゲサンゴ科を始めとした16科にも及ぶ約38,760群体を、I地区でキクメイシ科、アナサンゴモドキ科、ハマサンゴ科、ミドリイシ科を始めとした10科約830群体を移植する計画である。このような多様な種を含む多数の移植をまとめて行う計画は極めて異例なものであって、その移植の成否は水産資源保護上極めて重要な影響をもたらす。

そして、上記のとおり、「多くのサンゴの植込み4年後の生残率は20%以下である」とのデータにも示されているとおり、サンゴの移植技術は確立しておらず、成功率も極めて低い現状にあるため、その移植計画の

実施は、過去の試験研究での成果を踏まえ、より生残率を高めるための慎重な手法をとらなければならない。

不適切な移植がなされてしまえば、生残率が極めて低下し、また移植前の生息状況のとおり回復させることも不可能で不可逆的な結果を招くものである。

執行停止によって本件各移植が強行されるならば、公益上の不利益は、再生不可能な不可逆的側面を有するという点において前記の通り甚大であり、本件各取消処分 of 効力を停止することは、公共の福祉の要請に照らして著しく不当であるといわねばならない。

3 申立人の被る損害に関する主張について

これに対して、申立人は、「本件事業は、普天間飛行場の危険性と周辺住民の不安等を除去し、その周辺住民の平穏な生活環境を確保するのみならず、我が国の安全保障の根幹を形成する日米の信頼関係を維持することに資するものであるから」、本件各取消処分の執行を停止することが公共の福祉に合致するという（執行停止申立書 14 頁）。

しかし、普天間飛行場の危険性の除去という要請は本件各取消処分の効力の一時的排除によって救済される性質のものではなく、また「日米の信頼関係」が損なわれるかの主張もまったく実証的な根拠もないことなどは、前述のとおりである。よって、本件各取消処分の執行停止が「公共の福祉に合致する」という根拠はどこにも見当たらない。不適切なサンゴ類の移植は自然環境へ回復不可能なダメージを与えるものであって、移植したサンゴ類の生態系の保全の観点から本件各取消処分の効力を一時停止することが公共の福祉に反することは揺るがない。