

# 公有水面埋立法4条1項2号要件の 事後的消滅と埋立承認の撤回

山 田 健 吾

## (一) はじめに

普天間飛行場代替施設建設事業（以下「辺野古新基地建設」という。）については、周知の通り、沖縄県が国による是正の指示に従わず、公有水面埋立法（以下「公水法」という。）上の埋立承認取消しを取り消さないことの違法性が争われた最高裁判決（最判平成28年12月20日民集70巻9号2281頁）以降も<sup>1)</sup>、沖縄県が国を相手として岩礁破砕差止訴訟を提起するなど<sup>2)</sup>、基地建設をめぐる問題はなんらの解決にも至っていない状況にあった。

沖縄県は、以上のような状況の中で、2018年8月31日に辺野古新基地建設に係る公水法上の埋立承認を撤回するに至った。沖縄防衛局は、同年10月16日、国土交通大臣に対して、行政不服審査法に基づき、埋立承認の撤回に対する審査請求と執行停止を申し立てたところ、10月31日に同大臣は

- 1) 最判平成28年12月20日至るまでの辺野古新基地建設をめぐる法的紛争の経緯については、紙野健二「〔総論〕 辺野古訴訟の経過と意義」紙野健二＝本多滝夫編『辺野古訴訟と法治主義』（日本評論社、2016年）9－16頁、岡田正則＝白藤博行＝人見 剛＝本多滝夫「〔座談会〕 辺野古訴訟と行政法上の論点（1）・（2）」法学セミナー62巻8号（2017年）18頁以下、31頁以下及び人見 剛「辺野古訴訟の経緯と書判決に関する一考察」LAW & PRACICE11号（2017年）1頁以下参照。
- 2) 岩礁破砕差止訴訟に係る那覇地判平成30年3月13日判例集未登載に関する検討を加えたものとして、村上 博「辺野古新基地差止訴訟と『法律上の争訟』——那覇地裁2018年3月13日判決・決定評釈」法時90巻5号（2018年）134頁以下。このほか、人見 剛「辺野古新基地建設工事における国の無許可の岩礁破砕——水産庁の突然の漁業法解釈変更の背後にあるもの」法時90巻2号（2018年）69頁以下参照。

執行停止を認める決定を行った<sup>3)</sup>。

本稿執筆時点では、埋立承認の撤回をめぐる法的紛争がどのような経緯をたどるのかについては必ずしも明らかではないが、今後の行政争訟において埋立承認の撤回の適法性が主要な争点の一つとなる以上、現時点で、これについて問題の所在を整理し、検討を加えることになんらかの意味を見出しうるとされるし、この作業は、行政行為の撤回法理の豊富化にも資すると考えられる。

本稿では、公水法に基づく埋立承認の撤回について検討を行うが、これに係る問題を網羅的に扱うのではなく<sup>4)</sup>、同法4条1項2号の環境配慮要件がいかなる場合に事後的に消滅するのか、そして、これを理由とする撤回の可否について検討を加えることとする。

## (二) 基幹的要件の事後的消滅と撤回

(1) 行政行為の撤回の根拠の要否については、周知のとおり、二つの見解があると説明されてきた。一つは、「行政行為の撤回とは、その成立に瑕疵のない行政行為について、公益上その効力を存続せしめない新たな事由が発生したために、将来にわたり、その効力を失わしめるためにする独

---

3) 国は、公水法上「固有の資格」を有するのであるから、埋立承認撤回につき、行政不服審査法の審査請求はできないと解されるが、これについては本稿では取り扱わない。この点については、徳田博人「固有の資格」紙野=本多・前掲注1) 34頁、人見 剛「最新判例演習室 行政法 大臣の是正指示の適法性を国地方係争処理委員会が判断しないとした事例：辺野古公有水面埋立承認取消処分事件 [国地方係争処理委員会平成28.6.20決定]」法学セミナー61巻11号(2016年)125頁及び角松生史「『固有の資格』と『対等性』：辺野古新基地をめぐる工事停止指示と審査請求について」法時87巻12号(2015年)39頁以下参照。

4) 徳田博人「辺野古埋立承認後の事情変更等と埋立承認の撤回」法学セミナー63巻9号(2018年)6頁以下は、公水法4条1項2号の「災害防止ニ付キ十分配慮」を求める要件がいかなる場合に事後的に消滅し、撤回が可能となるかについて検討を加えている。前掲最高裁判決の拘束力と埋立承認の撤回をめぐる問題点について検討を加えたものとして、武田真一郎「辺野古埋立承認撤回の問題点について」成蹊法学87巻(2017年)274頁以下参照。

山田：公有水面埋立法4条1項2号要件の事後的消滅と埋立承認の撤回

立の行政行為」であり、「法律上、一定の事由がある場合に行政行為を撤回しうる旨の定め…の有無にかかわらず、公益上の必要があるときは、原則として、自由に撤回しうるものと解すべき」とするものである<sup>5)</sup>。これに対して、「行政庁は、たとい、その後に発生した新たな事情によって、行政行為の効力の存続を公益上不当と判断するに至った場合でも、原則として、その独自の公益判断のみを根拠として、これを撤回する権限をもつものではない」とする立場がある<sup>6)</sup>。ただ、いずれの立場においても一定の修正がなされてきた<sup>7)</sup>。前者・第1説においては撤回自由の原則を採用するものの、利益的行政行為については撤回が制限される余地があることを認める<sup>8)</sup>。後者・第2説は撤回不自由を原則とするが、利益的行政行為であっても、行政行為の相手方の同意、撤回権の留保がある場合の撤回<sup>9)</sup>や公益上の撤回については法律の明示の根拠を要求しない<sup>10)</sup>。

(2) 撤回事由の一つとして「行政行為の要件事実とくに基幹的なそれが事後的に消滅した場合」<sup>11)</sup>が取り上げられてきた。最高裁及び第1説の立場はさておき、第2説の立場であっても、不利益的行政行為につき要件事実が事後的に消滅した場合には特別の法律の根拠を要求することなく撤回が可能としていた<sup>12)</sup>。現在では、基幹的な要件事実が事後的に消滅した場合を「法治主義の見地からの撤回の問題としてとらえることが適切」とし、行政庁は、利益的行政行為につき法律の明示の根拠がなくとも撤回できる

- 
- 5) 田中二郎『新版行政法 上巻全訂第2版』(弘文堂, 1974年) 154 - 155頁。
  - 6) 杉村敏正『全訂行政法講義総論 (上巻)』(有斐閣, 1969年) 250頁。
  - 7) 下山英二『現代行政法の基礎』(日本評論社, 1983年) 174 - 175頁。
  - 8) 田中・前掲注5)書155 - 156頁。
  - 9) 杉村・前掲注6)251頁参照。
  - 10) 芝池義一『行政法総論講義 [第4版補訂版]』(有斐閣, 2006年) 184頁注6)は、「外在的優越的公益のための撤回についても、法律の根拠を要しないと解する余地がある」とする。
  - 11) 芝池・前掲注10)書179頁。
  - 12) 杉村・前掲注6)書248頁及び251頁。

とする見解も示されている<sup>13)</sup>。

(3) いずれにしても、行政行為の基幹的な要件事実が事後的に消滅した場合については、法律の明示の根拠がなくとも、利益的行政行為の撤回が可能であることについては学説上ほぼ一致しているといつてよい<sup>14)</sup>。次に、かかる撤回の根拠の問題とは別に、行政行為の基幹的な要件事実が事後的に消滅したときに、行政庁が当該行政行為を撤回することを義務づけられる場合があるかが問題となる。この点につき、直ちに撤回が義務づけられないとする見解であっても、個別法の解釈によって撤回が義務づけられる場合があることを認める<sup>15)</sup>。基幹的な要件事実の事後的消滅を違法と捉え、行政行為の撤回を義務づけうることを示唆する見解も示されている<sup>16)</sup>。

### (三) 公水法4条1項2号の環境配慮要件の意義とその効果

#### 一 要件の意義

(1) 公水法4条1項2号は、埋立承認に係る要件の一つとして「其ノ埋

13) 芝池・前掲注10)書179-180頁及び市橋克哉ほか著『アクチュアル行政法〔第2版〕』（法律文化社,2015年）122頁〔本多滝夫執筆〕。

14) 原田尚彦『行政法要論〔全訂第7版補訂二版〕』学陽書房,2012年,191頁も「法律に撤回の定めがなくとも、…許認可要件の事後的喪失…など許認可を維持すべきでない新たな事情が生じた場合には、撤回することができると解すべきである」とする。宇賀克也『行政法概説I 行政法総論〔第6版〕』（有斐閣,2017年）373頁も「許認可等の要件事実が事後的に消滅したといえる場合には、明文の規定がなくとも撤回は可能という見解が有力である」とする。高木 光『行政法』（有斐閣,2015年）143頁は利益的行政行為の撤回につき、「要件の事後的消滅を理由とするものは、許容され、打撃の緩和措置や代償措置も不要とされることが多い」としている。

15) 塩野 宏『行政法I〔第6版〕』（有斐閣,2015年）194頁。

16) 中川丈久『「職権取消しと撤回」の再考』水野武夫先生古希記念論文集『行政と国民の権利』（法律文化社,2011年）389-390頁は「処分要件のうち、処分後も充足し続けるべき特定の要件が事後的に充足されなくなったという場面」では、「撤回事由（要件の事後的不充足）が生じた時点ですでに当該処分は違法である。そうすると撤回しないという選択肢は現実的ではないかもしれない」と述べる。芝池・前掲注10)書181頁も参照。

山田：公有水面埋立法4条1項2号要件の事後的消滅と埋立承認の撤回

立ガ環境保全…ニ付十分配慮セラレタルモノナルコト」(以下「環境配慮要件」という)を定める(公水法42条3項及び4条1項)。同要件は、最判平成28年12月20日民集70巻9号2281頁によれば、「都道府県知事の裁量的な判断であることを前提に、上記承認…をするための最小限の要件」とであると位置づけられている。したがって、同要件は公水法上の埋立承認に係る基幹的要件であると位置づけられる。

環境配慮要件に規定されている「十分配慮」とは、実務上「問題の現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をいう」と説明されてきた<sup>17)</sup>。前掲最高裁判決も、同要件につき、前述の実務の見解と同様に「公有水面の埋立て自体により生じ得る環境保全…上の問題を的確に把握するとともに、これに対する措置が適正に講じられていることを承認等の要件とするものと解される」と述べている。環境への配慮や環境保全のための適正な措置は埋立承認以降、埋立工事竣工まで継続して実施されなければならないのは当然であって、したがって、埋立承認後もこの要件を充足し続けることが必要である。

環境影響評価法が適用される公有水面埋立事業の場合に、都道府県知事が環境配慮要件の充足の有無を判断するに当たっては、環境影響「評価書の記載事項…に基づいて当該法律の規定による環境の保全に関する審査」を行わなければならない(環境影響33条3項及び4項)。この「評価書」は、埋立承認申請時に環境保全図書として添付されたものであり、そこには、環境影響評価法が適用される対象事業の環境影響の「調査の結果の概要並びに予測及び評価の結果を環境影響評価の項目ごとにとりまとめたもの」、「環境の保全のための措置」(以下「環境保全措置」という。)の検討及び「対象事業に係る環境影響の総合的な評価」が記載されている(環境影響21条2項及び14条1項7号)。このうち、環境保全措置には環境への影

17) 建設省河川局水政課(監修)『公有水面埋立実務ハンドブック』(ぎょうせい、1995年)42-43頁。

響を回避・低減する措置に加え代償措置も記載される。したがって、環境配慮要件の充足性の有無の判断に当たり、「事業…の実施が環境に及ぼす影響」（環境影響2条）を踏まえつつ、環境保全措置によって、「環境の保全上の支障」<sup>18)</sup>を回避・低減できること、回避・低減できない場合でも環境価値を代償するための措置が検討されていることが必要である。前掲最高裁判決は、環境影響評価法に言及しては不在だが、「埋立ての実施が環境に及ぼす影響について適切に情報が収集され、これに基づいて適切な予測がされているか否かや、事業の実施により生じ得る環境への影響を回避又は低減するために採り得る措置の有無や内容が的確に検討され、かつ、そのような措置を講じた場合の効果が適切に評価されているか否か等について、専門技術的な知見に基づいて検討することが求められている」と述べており、環境影響評価書（環境保全図書）に基づいて環境配慮要件の審査が行われるべきことを前提としていると解される。以上のことから確認できることは、かかる環境配慮要件が公水法に規定されたのは、都道府県知事が

- 18) 本稿で用いる「環境の保全上の支障」と「おそれ」の内容について若干の整理を行う。「環境の保全上の支障」とは、「規制等の国民の権利義務に直接かわるような施策を講じる目安となる程度の環境の劣化が生じることをいうものであって、概ね、①人の活動に伴って大気、水、土壌その他の環境の自然的構成要素が劣化することによって公害その他の人の健康又は生活環境に係る被害が生ずること（改行）②開発行為等によって自然環境が劣化すること又は一定の緑地の確保が必要な場合等において必要な自然環境の整備がなされないことにより、広く公共のために確保されることが不可欠な自然の恵沢が確保されないこと」と説明される（環境省総合環境政局総務課編著『環境基本法の解説（改訂版）』〔ぎょうせい、2002年〕124-125頁）。①は「公害」（環境基2条3号）のことである。②は保全すべき自然環境が保全されていないことを意味していると解される。「保全すべき」自然環境には、例えば、「絶滅のおそれのある野生動植物の種の保存に関する法律」に基づいて指定された「希少野生動植物」（4条1項）、自然環境保全法に基づき指定された「原生自然環境保全地域」（14条）などのように法律で保全すべき生物、生態系ないし自然環境として明定されているものは当然に含まれるとして、さらに生物多様性基本法に基づく生物多様性国家戦略（11条）などの法定計画において特に保全すべき対象とされているものも含めてよいのではないか。次に、本稿で「環境の保全上の支障」が生ずる「おそれ」という場合、それは「かかる支障が予見できる」という意味で用いることとする。

山田：公有水面埋立法4条1項2号要件の事後的消滅と埋立承認の撤回

専門技術的な見地から、「其ノ埋立ガ環境保全…ニ付十分配慮セラレタルモノナルコト」を審査することを通じて、埋立工事による「環境の保全上の支障」を予め回避し、または、可能な限りそれを低減するためであると解してよいであろう。

(3) 環境配慮要件が規定する「十分配慮」の意味については、すでに確認したとおり、実務上「問題の現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をいう」と説明されてきた。このうち「その程度において十分と認められる」のがいかなる場合か、について明確化されているわけではない。前掲最高裁判決も配慮が「十分」とされる要件を明示してはいない。ただ、前掲最高裁判決は、埋立承認処分が環境配慮要件を充足するか否かの判断において、「本件埋立事業が第2号要件に適合するか否かは沖縄県が定めた審査基準に基づいて検討されているところ、この審査基準に特段不合理な点があることはうかがわれない」として同審査基準の合理性を確認したのち、「前知事は、…、現段階で採り得ると考えられる工法、環境保全措置及び対策が講じられており、…十分に配慮されているとして、第2号要件に適合していると判断しているところ、その判断過程及び判断内容に特段不合理な点があることはうかがわれない」と判示している。このことからすると、前掲最高裁判決は、「現段階で採り得ると考えられる工法、環境保全措置及び対策」が講じられていれば環境保全への配慮が「十分」であると理解していると思われる<sup>19)</sup>。このように理解できるのであれば、「その程度において十分と認められる」とは、工法・環境保全措置・対策につき、複数案を比較検討した結果、埋立承認時において実行可能な範囲でより良い技術が講じられているものであることを意味していると思われる<sup>20)</sup>。

19) 前掲最高裁判決が用いた司法審査方法について検討すべき点があるがここでは取り扱わない。

20) 環境影響評価法の規定による主務大臣が定める指針等に関する基本的事項で

## 二 要件の効果

(1) 前掲最高裁判決は、前述したように、環境配慮要件の充足性の有無の判断において、「前知事は、…、現段階で採り得ると考えられる工法、環境保全措置及び対策が講じられており、…十分に配慮されているとして、第2号要件に適合していると判断しているところ、その判断過程及び判断内容に特段不合理な点があることはうかがわれない」と判示した。これによれば、適正な範囲と内容の環境情報の収集とこれについての予測と的確な検討を踏まえ、「現段階で採り得ると考えられる工法、環境保全措置及び対策」が講じられていれば「十分に配慮されている」ことになる。「現段階で」とは、埋立承認時点の知見に基づくものであることを意味し、「現段階で採り得ると考えられる工法、環境保全措置及び対策」であるためには、それらが、複数案の比較検討の結果、埋立承認時点で実行可能な範囲でより良い技術として選択されていることが必要となる。このことは、「現段階で採り得ると考えられる工法、環境保全措置及び対策」としていかなるものを用いるかの判断の基礎となる「埋立ての実施が環境に及ぼす影響」についての環境情報の収集とそれに基づく環境影響予測も、あくまで埋立承認時点までに収集・予測されたものである。かくして、前掲最高裁判決によれば、環境配慮要件における「十分配慮セラレタルモノ」か否かの判断は、あくまで埋立承認時点においてなされた判断を意味することが確認できよう。

(2) 環境配慮要件の意義と効果を以上のように解することができるのであれば、同要件における「十分配慮セラレタルモノ」か否かの判断は埋立承認時における判断であることから、埋立承認後のある時点で新たに判明した環境情報とこれの予測と検討の結果、「環境の保全上の支障」が生じて

↙ は、「環境保全措置の検討に当たっては、環境保全措置についての複数案の比較検討、実行可能なより良い技術が取り入れられているか否かの検討を通じて、講じようとする環境保全措置の妥当性を検討」することが事業者に対して要請されている（第五 環境保全措置指針に関する基本的事項二（5））。



山田：公有水面埋立法4条1項2号要件の事後的消滅と埋立承認の撤回

いる、または、生じるおそれがあることが判明した場合には、埋立承認時点に「採り得ると考えられる工法、環境保全措置及び対策」を、埋立承認後の環境情報とこれに基づく環境影響予測につきなんらの検討を経ることなく、そのままの内容と手順で実施することは同要件に抵触すると解する余地がある。

#### (四) 公水法4条1項2号の環境配慮要件の事後的消滅と埋立承認の撤回の可否

環境配慮要件の事後的消滅は埋立承認に係る最小限の要件が欠けたことを意味する。現在の学説判例の立場を踏まえるならば、この場合には、公水法に明文の規定がなくとも撤回することができる。そこで問題は、前述した意義と効果を有する環境配慮要件がいかなる場合に事後的に消滅することになるのか、そして、かかる事後的消滅において、埋立承認の撤回が義務づけられるのはどのような場合かである。

##### 一 埋立承認後に「環境の保全上の支障」が生ずるおそれがあることが判明した場合

(1) 埋立承認時に「採り得ると考えられる工法、環境保全措置及び対策」を実施すれば埋立工事による「環境影響はない」、環境影響が回避・低減が可能である、適切な代償措置を講じることができる、あるいは「環境保全上、特段の支障がない」と環境影響評価書（環境保全図書）に記載されていたにもかかわらず、埋立承認後の新たな知見によって（「欠缺の事後的発生」<sup>21)</sup>、埋立承認された埋立工事で「環境の保全上の支障」が生じるおそれがあることが判明した場合に（環境基準や水質汚濁防止法などの法令基準に違反する状態が現出するおそれや、保全すべき動植物が消滅したり死亡するおそれがある場合など）、国が、埋立承認時点で「採り得ると考えら

21) 遠藤博也『行政行為の無効と取消』（東京大学出版会、1968年）181頁。

れる工法，環境保全措置及び対策」につき，なんらの変更を加えることなく，そのままの内容と手順で埋立工事を実施するのであれば，都道府県知事は埋立承認を撤回しなければならないと解する。というのも，環境配慮要件は「環境の保全上の支障」を未然に防止し，あるいは，それを低減することをその目的としているのであるから，埋立承認された埋立工事による「支障」のおそれが判明しているにもかかわらず，当初の工法・環境保全・対策を何ら変更することなく埋立工事が実施されるのであれば，これを環境保全に「十分配慮セラレタルモノ」と認めることはできないため，環境配慮要件が事後的に消滅している場合に該当し，同要件に違反していることになる。公水法上の環境配慮要件は，かかる「支障」が生じるおそれのある埋立工事の実施を容認していないこと，そして，同法は埋立承認の場合に32条を準用していないため（42条3項），都道府県知事は，同条1項が定める規制権限を行使できないのであるから，かかる「支障」を未然に防止するためには埋立承認を撤回することが義務づけられると解することができる。公水法が「最小限の要件」，すなわち，同法4条1項「1号以下の免許基準をすべて満たさなければ免許を与えてはならないという拘束を課す」<sup>22)</sup>要件として位置づけている環境配慮要件に違反している場合には，「既存の法律秩序を維持する」<sup>23)</sup>ことよりも法治主義の要請が優越すると解すべきであるし，同要件の違反は，非代替的性質と不可逆性を有する公有水面という自然環境を違法に破壊することにつながるものであって<sup>24)</sup>，かか

22) 亘理 格「埋立免許・承認にける裁量権行使の方向性」紙野=本多・前掲注1) 書140頁。

23) 田中・前掲注5)155頁。基幹的要件の事後的消滅を理由とする撤回を制限する根拠としてこれを援用できる場合が仮にあるとしても，その内容は一般抽象的なものであってはならないし，極めて限定的な場合に限ってその援用は認められるものと解すべきである。中川丈久「行政法における『信義則』と『権利濫用禁止』の概念——例外的規範か，それともユキピタスな規範か」法時90巻8号（2018年）27頁は，撤回の制限につき，「およそ信義則ないし信頼保護による制限を語ったと思われる最高裁判決はない」と述べる。

24) 亘理 格「辺野古埋立訴訟の焦点」都市問題2016年9月号103頁は「公有水面

山田：公有水面埋立法4条1項2号要件の事後的消滅と埋立承認の撤回

る場合には埋立承認の撤回が制限されるべきではない<sup>25)</sup>。

(2) 次に、埋立承認時には発見できなかったが、工事を実際に進めていく中で、例えば、新たに希少野生動植物種（野生動植物4条2項）が埋立地及びその周辺に生息していることが埋立承認後に判明した場合（「欠缺の事後的発見」<sup>26)</sup>）についてである。埋立承認時には、埋立承認後に新たに埋立地周辺に生息していることが判明した希少野生動植物種の情報の収集とこれに係る予測と検討はなされていないのであるから、埋立承認時の工法・環境保全措置・対策では、都道府県知事が「十分配慮セラレタルモノ」ものと認めることはできないため、埋立承認時の工法等で埋立工事が実施される場合には環境配慮要件が事後的に消滅したことになる。公水法は、埋立承認をするための「最小限の要件」として環境配慮要件を位置づけている以上、都道府県知事が埋立工事につき「十分配慮セラレタルモノ」か否かの判断をしないまま、工事が実施されることを容認していないと解される。したがって、国が、以上の場合に埋立承認時の工法・環境保全措置・対策を変更することなく、そのままの内容や手順で埋立工事を実施するのであれば、公水法が国の埋立の場合に同法32条の準用を認めていない以上、「環境の保全上の支障」を防止するためには、埋立承認は撤回されなければならないと解される。

(3) 埋立承認時の工法・環境保全措置・対策の実施によって、「環境の保全上の支障」が現に生じている場合も、かかる工法・環境保全措置・対策が結果として「十分配慮セラレタルモノ」ものではなかったのであるから環境配慮要件が事後的に消滅したといえる。埋立承認時の工法・環境保全措置・対策の実施によって「環境の保全上の支障」が現に生じているにもか

は…その不適切な利用や開発により自然の価値が損なわれるならば、二度と元通りには復元することができず、また他の資源や代替措置によって完全に代替できる性質のものではないという意味で非代替性をその本質とする」と述べる。

25) これ以降で検討する公水法上の環境配慮要件の事後的消滅を理由とする埋立承認の撤回に対する制限に関しても、本文で述べたことが妥当する。

26) 遠藤・前掲注21)書181頁。

かわらず、国が埋立工事を続行する場合、公水法は、埋立承認の場合に同法32条の準用を認めていない以上、都道府県知事はかかる「支障」を除去・防止するためには埋立承認を撤回しなければならない。

## 二 環境影響評価書に記載された埋立工事とは大幅に異なる埋立工事が実施された場合

環境庁環境影響評価研究会『逐条解説 環境影響評価法』（ぎょうせい、1999年）は、環境影響評価書に記載された埋立工事とは大幅に異なる埋立工事を実施した場合に、対象事業に係る免許等を撤回する可能性を認める。すなわち、

「法三八条第一項では、『事業者は、評価に記載されているところにより、環境の保全についての適正な配慮をして当該対象事業を実施するようにしなければならない』と規定している。本規定は、事業を実施しようとする者が実施に取りかかる際の環境配慮義務を規定するものであり、適正な環境配慮をして事業に取りかからなかった証左とみなされる程度に、事業の着手後に事業内容を大幅に変更するような場合には、法三八条一項に違反することになる。」「対象事業について免許等を行うに当たっては、評価の記載事項に基づき環境の保全について適正な配慮がなされるものかどうかを審査することとしており、評価書の記載事項と著しく異なる内容で事業が実施され、環境の保全上の問題が生じた場合には、免許等の取消事由に該当することもあり得るものと考えられる」（156-157頁）。

同『逐条解説』は、以上の通り、「評価書の記載事項と著しく異なる内容で事業が実施され、環境の保全上の問題が生じた場合」に対象事業の免許等を取り消すことができる余地を認める。しかし、免許を取り消すことができる場合を「環境の保全上の問題が生じた」場合に限定すべきではない

山田：公有水面埋立法4条1項2号要件の事後的消滅と埋立承認の撤回

し、このほかの場合にも撤回することが義務づけられる場合があると解すべきであろう。というのも、埋立承認申請の際、国が、自らが提出した環境影響評価書（環境保全図書）に記載された埋立工事とは大幅に異なる埋立工事を、公水法13条の2及び42条3項に基づく変更承認の申請をすることなく実施する場合、当初のものとは大幅に異なる埋立工事に係る工法・環境保全措置・対策が「十分配慮セラレタルモノ」か否かについては、都道府県知事の判断を経していない。したがって、この場合に、当初のものとは大幅に異なる埋立工事を実施するのであれば、環境配慮要件は事後的に消滅することになり、同要件に違反していることになる。そして、前述したように、公水法は、都道府県知事が、工法・環境保全措置・対策につき「十分配慮セラレタルモノ」か否かの判断をしないまま埋立工事が実施されることを容認していないのであるから、国が、当初のものとは大幅に異なる埋立工事を実施する場合、公水法は、埋立承認の場合に同法32条の準用を認めていない以上、都道府県知事は、「環境の保全上の支障」が生じているか、または、生じるおそれがあるか否かにかかわらず、公有水面という自然環境を保全するために、埋立承認を撤回しなければならないであろう。

### 三 環境影響評価書に記載された環境保全措置が実施されなかった場合

埋立承認後の埋立工事の過程で、環境配慮要件を充足すると判断された環境保全措置の水準を下回るような保全措置しか講じられていないのであれば、それは環境保全に「十分配慮」されていないことになり、環境配慮要件が事後的に消滅し、同要件に違反しているといえる。公水法は都道府県知事が「十分配慮」がなされていると判断していない環境保全措置で埋立工事を実施することを認めてないと解されるので、国がこの状態のまま埋立工事を続行するのであれば、都道府県知事は埋立承認を撤回すべきである<sup>27)</sup>。

27) この場合に、対象事業の免許等の撤回を示唆するのが北村喜宣『環境法〔第4版〕』（弘文堂、2017年）326頁である。

国が、環境影響評価書（環境保全図書）に記載された環境保全措置とは異なる保全措置を実施した場合で、国が後者の保全措置によって「環境の保全上の支障」は生じないと主張する場合であっても、都道府県知事は埋立承認を撤回することが義務づけられる場合があると解される。それは、埋立承認に附款が付され、それによって環境保全措置について国と都道府県との間で協議することが義務づけられている場合である。かかる内容の附款は、国が、環境影響評価書（環境保全図書）に記載された環境保全措置とは異なる保全措置を、埋立承認後に実施しようとする場合に、それが環境配慮要件における「十分配慮セラレタルモノ」か否かについて判断を受けることを義務づけ、これによって同要件の充足性の有無を、都道府県知事が改めて判断することを通じて、「環境の保全上の支障」を未然に防止し、また、その「支障」をできるだけ回避するために付された附款（負担）である<sup>28)</sup>。国が、かかる協議を経ることなく、あるいは、誠実かつ真摯に協議を行うことなく、環境影響評価書（環境保全図書）に記載された環境保全措置とは異なる保全措置を実施する場合には、都道府県知事はその保全措置が環境配慮要件における「十分配慮セラレタルモノ」と判断できないのであるから、同要件が事後的に消滅し、同要件に違反しているといえる。公水法は、都道府県知事が、工法・環境保全措置・対策につき「十分配慮セラレタルモノ」か否かの判断を経ないまま埋立工事を実施することを容認していないのであるから、「環境の保全上の支障」を生じているまたは生じるおそれがあるか否かにかかわらず埋立承認は撤回されるべきである。北村喜宣は環境影響評価書（環境保全図書）に記載された環境保全措置とは異なる保全措置の実施が「環境に対して重大な影響が生じている場合」に、対象事業の免許等の撤回できる余地を認めるようであるが<sup>29)</sup>、こ

28) このような附款は、後述するように、公水法の趣旨目的に合致しているし、埋立承認に係る裁量の範囲内にあるといえる。埋立承認の附款が定める事前協議の義務づけの意味については、徳田・前掲注4)論文10頁参照。この事前協議の公水法上の位置づけについても後述する。

29) 北村・前掲注27)書326頁参照。

山田：公有水面埋立法4条1項2号要件の事後的消滅と埋立承認の撤回  
れに限定されると解すべきではないであろう。

#### 四 埋立承認の附款に基づく事前協議に応じない場合

##### (1) 段階的継続的手続としての環境影響評価手続と埋立承認手続

###### 1 環境影響評価法の環境影響評価手続

環境影響評価法は、環境影響評価書を作成するための手続と対象事業に係る免許等を行う際の環境影響評価の考慮方法を定めている。同法に基づいて作成された環境影響評価書には、「調査の結果の概要並びに予測及び評価の結果を環境影響評価の項目ごとにとりまとめたもの」、環境保全措置及び「対象事業に係る環境影響の総合的な評価」が記載される（環境影響21条2項及び14条1項7号）。都道府県知事は、公水法上の埋立免許及び承認につき、この「評価書の記載事項…に基づいて」、環境配慮要件に関する審査を行う。

環境影響評価法が定める環境配慮手続はこれで完結するわけではないし、同法が、対象事業に係る免許等が行われた後の行政過程について関心を持っていないわけではない。すなわち、同法は、対象事業に係る免許等が行われた後に、環境保全措置につき「当該事業の実施において講じたものに係る報告書」（以下「事後報告書」という。）の作成・公表、当該事業に係る免許を行う者及び環境大臣への事後報告書の送付を事業者に要求する（38条の2第1項及び38条の3）。そして、事後報告書に対して、免許等を行う者は「環境の保全の見地からの意見を書面により述べることができる」のである（38条の5）。したがって、公水法に基づく埋立承認手続に移行した段階においても、国は環境影響評価法に基づいて事後報告書の作成等が要請され、都道府県知事は環境保全の見地から意見を述べるのである。この事後報告書に係る手続は、環境影響評価に係る予測の不確実性を補うための手続として位置づけられている<sup>30)</sup>。

30) 鎌形浩史（環境庁企画調整局環境影響評価課）「環境影響評価法について」ジュ

## 2 公水法の埋立免許手続と埋立承認手続

公水法4条1項2号が規定する環境配慮要件に関する審査は環境影響評価書（環境保全図書）に基づいて行われる。同法はこの埋立免許及び承認に係る環境配慮要件の審査でもって環境配慮の十分性の審査を終わらせるわけではない。埋立免許に関しては、埋立免許後に、埋立権者による実施設計の申請に係る認可手続（34条1項）、埋立権者が埋立区域の縮小、埋立地の用途の変更、埋立期間の伸長または設計の概要の変更を行う場合には変更許可申請が必要であり（13条の2第1項）、その審査には公水法4条1項が準用され、環境配慮要件に関する審査も行われる（13条の2第2項）。竣工認可前に埋立権者が、公水法に違反する行為などを行った場合には、都道府県知事は埋立免許を取り消したり、原状回復を求めるなどの権限を行使することができる（32条1項）。

国が埋立権者である場合、埋立承認後に、埋立区域の縮小、埋立地の用途の変更、埋立期間の伸長または設計の概要の変更を行う場合に変更承認申請が必要となるのは埋立免許手続の場合と同じであるが（42条3項及び13条の2）、法34条は準用されていないため、実施設計に関する認可手続は用いられないし、法32条も準用されないため、国が仮に公水法に違反する行為を行った場合でも、都道府県知事は法32条に基づく権限を行使することはできない。

## 3 段階的継続的手続

公有水面埋立事業に環境影響評価法が適用される場合、同法は環境影響評価書作成手続、環境影響評価書（環境保全図書）に基づいてなされる公水法の環境配慮要件の審査、環境影響評価法に基づく事後報告書の作成・公表・送付、都道府県知事による意見の提出手続を規定し、環境保全措置を段階的継続的に見直す手続を用意している。公水法も、埋立免許の申請、

リスト1115号（1997年）41頁及び大久保規子「環境影響評価法の2011年改正について」ジュリスト1430号（2011年）33-34頁参照。



山田：公有水面埋立法4条1項2号要件の事後的消滅と埋立承認の撤回

埋立免許における環境配慮要件の審査，埋立免許後の実施設計の申請と認可，必要に応じてなされる変更許可手続を規定し，埋立免許手続，実施設計に関する認可手続及び変更許可申請手続という各行政行為手続において，埋立工事に係る工法・環境保全措置・対策を段階的継続的に見直すための手続を用意している。これは埋立免許後も，埋立工事の実施設計の作成段階や埋立工事の実施過程における状況に応じ，環境影響をさらに回避する方法や，環境影響をより一層低減する方法を追求するための手続ともなる。このような手続が用意されたのは，第一に，公有水面埋立工事は水中で行われるため，埋立免許時点までに収集された環境情報とこれに基づく工法・環境保全措置・対策では，公有水面の埋立てによる環境の保全上の支障の有無，範囲やその程度につき不確実性が残らざるを得ないこと，第二に，環境の保全上の支障は不可逆的なものであることから，前述した不確実性を可能な限り低減する必要がある，また，公有水面が一度埋め立てられてしまうと原状回復は極めて困難であるため，工法・環境保全措置・対策につき見直しと検討が適時に行われる必要があるからであろう。

環境影響評価法が適用される公有水面埋立事業に係る埋立承認に関しても，埋立免許の場合と同じく同法に基づく上記の手続が用いられるが，公水法の埋立免許手続と同様の段階的継続的な手続は明定されていない。埋立承認については，その申請に基づき環境配慮要件の審査が行われ，埋立承認が行われた後には，必要に応じてなされる変更承認手続が規定されているにとどまる。そのため，国は設計の概要を具体化詳細化する実施設計を独自の判断で策定することもできる。また，前述したとおり，国の埋立工事によって「環境の保全上の支障」が生じたとしても，また，生じるおそれがあっても，公水法32条が準用されないため，都道府県知事が，これらに対処するためには埋立承認を撤回するしかない。国が変更承認申請をしない限り，現に行われている「工法，環境保全措置及び対策」が，埋立承認後も「十分配慮セラレタルモノ」であるか否かを客観的に判断し，それを見直す機会はないのである。しかし，国が公有水面の埋立てを行う

場合であれ、国以外の者がそれを行う場合であれ、環境影響の不確実性、「環境の保全上の支障」の不可逆性と埋立てによる原状回復の困難性への対処が求められるのであって、国による埋立ての場合についても、埋立承認時の工法・環境保全措置・対策を段階的継続的に見直し、それらを環境保全に「十分配慮セラレタルモノ」と客観的に判断するための手続が必要であると解される。公水法は、国による埋立ての場合に変更承認申請手続を準用している点に鑑みると、必要に応じて、埋立承認に関しても、工法・環境保全措置・対策の適切性を段階的継続的に見直す手続の必要性を認めていると解される。そうであるならば、実務上、都道府県知事が、当該埋立ての特質に応じて、埋立承認の附款を定めて、工事の実施設計の提出を求め、これについて事前に国と都道府県の双方で協議することや工事中の環境保全措置について双方で事前に協議することを義務づけることが行われているが、このような附款を定めることは公水法の目的に資するものであり、埋立承認の裁量の範囲内にあって適法であると解される。埋立承認の附款によって事前協議が義務づけられることで、埋立承認の申請、埋立承認における環境配慮要件の審査、埋立承認後の実施設計に係る協議、環境保全措置に関する協議、必要に応じてなされる変更承認申請手続という、一連の手続が公水法に組み込まれることとなり、都道府県知事は、埋立承認時に「採り得ると考えられる工法、環境保全措置及び対策」を、埋立承認後に段階的継続的に見直すことが可能となり、それが環境保全に「十分配慮セラレタルモノ」か否かを客観的に判断しうるための手続を実施できるようになる。埋立承認申請書に記載された設計の概要や環境保全図書だけでは埋立承認をすることに躊躇する場合に、このような内容の事前協議が附款として義務づけられることで、公水法の段階的継続的手続を作動させ、「採り得ると考えられる工法、環境保全措置及び対策」を埋立承認後に、より水準の高いものとすることもできる。沖縄防衛局が提出した「普天間飛行場代替施設建設事業に係る環境影響評価書」では、環境保全措置として海藻やサンゴを移植することは明記されているものの、海藻やサン

山田：公有水面埋立法4条1項2号要件の事後的消滅と埋立承認の撤回

ゴをいかなる方法で移植するかは個別具体的に示されていない。沖縄県知事は、このような場合であっても、事前協議を内容とする附款を付すことができるがゆえに、埋立承認を行うことができたと解される。というのも、例えば、サンゴに係る移植の具体的な方法は、埋立承認後に、環境影響評価法、公水法と沖縄県知事によって付された埋立承認の附款によって義務づけられた事前協議による段階的継続的手続を通じて見直され確定されていくことになるからである。かかる段階的継続的手続は、埋立承認時で「採り得ると考えられる」工法・環境保全措置・対策を、埋立承認後にさらに良いものにするための、都道府県と国との合意形成手続とも位置づけることができる。

## (2) 埋立承認の附款に基づく事前協議と環境配慮要件の事後的消滅

### 1 協議の法的性質と機能

国による埋立ての場合には、前述したように、環境影響評価法、公水法及び埋立承認の附款に基づいて、工法・環境保全措置・対策が段階的継続的に見直されることとなる。埋立承認後の段階的継続的手続は、主として、工事の実施設計の提出を求め、これについて事前に国と都道府県の双方で協議することや工事中の環境保全措置について双方で事前に協議することを通じて行われることになる。かかる事前協議は行政行為の附款であり、国と都道府県は上記の事柄について事前協議が義務づけられることになる<sup>31)</sup>。

埋立承認の附款に定められた事前協議は、埋立承認時の工法・環境保全措置・対策を、埋立承認後に段階的継続的に見直すための手続であるが、これは国による埋立てに準用されていない実施設計の認可手続と公水法32条に基づく規制権限の行使という規制と同様の機能、すなわち、「環境の保全上の支障」を未然に防止する機能を有するといえる。というのも、前述したように、国以外の者が埋立権者である場合、実施設計の認可手続は設

---

31) 塩野・前掲注15)書201頁参照。

計の概要を具体化するとともに、公水法4条1項各号の要件を充たしているか否かを判断する過程であるが、国による埋立てにこれが適用されないため、国は設計の概要を独自の判断で具体化詳細化できることになる。また、国以外の埋立権者が、例えば、埋立免許後の段階的継続の手続である実施設計に関する認可手続を経ることなく埋立工事を行う場合、それにより「環境の保全上の支障」が生じているのであれば、都道府県知事は公水法32条に基づく規制権限の行使を通じて「支障」を除去または防止することができるし、この規制権限を通じて、実施設計の申請を埋立権者に求め、実施設計に関する認可手続を実施することも可能である。しかし、国による埋立ての場合、違法な埋立工事が実施されても同法32条が準用されないため、都道府県知事は国に対して同条に基づく規制権限を行使できない。埋立承認の附款として定められた事前協議は、国と地方公共団体の双方で、埋立工事の実施前及び実施過程で、環境保全の配慮内容や方法を吟味する場となり、「環境の保全上の支障」を未然に防止することができるのであって、国以外の者に適用される規制と同様の機能を果たすことになる。このような規制機能を有する協議は、これまでもわが国の法制において用いられてきた<sup>32)</sup>。例えば、自然環境保全法21条1項は「国の機関又は地方公共団体が行う行為については、第十七条第一項ただし書又は第十九条第三項第五号の許可を受けることを要しない。この場合において、当該国の機関又は地方公共団体は、その行為をしようとするときは、あらかじめ、環境大臣に協議しなければならない。」と規定する。自然公園法68条も同種の規

32) 美濃部達吉『日本行政法 上』(有斐閣, 1936年) 396-397頁は官庁間の協議の一つの例として「行政官廳が私人と同様の地位に於いて或る事業を営み又は或る行為を為す場合に其の事業又は行為に付き監督権を有する官廳と協議するを要する場合」を掲げ、このような例が多いと説明している。山内一夫『新行政法論考』(成文堂, 1979年) 171頁もこれと同様の例を指摘し、「この種の協議は、私人が受けることを要する許可、認可、免許等に相当する」という。遠藤文夫「行政機関相互の関係」雄川一郎ほか『現代行政法大系 第7巻』(有斐閣, 1985年) 186頁も同様の例につき協議「制度の実体は、許認可等の規制行政にほかならない」という。

定を定めており、これらの協議については、自然環境保全法及び自然公園法上の公益調整を図る規定であると説明されてきた<sup>33,34)</sup>。そして、これらの協議は公益調整のための手続であるとともに、実務上、私人に対する許可と同様の機能を果たすように取り扱われてきた<sup>35)</sup>。すなわち、自然環境保全法や自然公園法では、私人が指定地域における禁止行為を解除してもらうためには環境大臣または都道府県知事の許可が必要である一方、他方で国が指定地域で公園事業を実施するには、許可に代えて環境大臣または都道府県知事との協議が要求されており、許可制による規制を協議による規制で代替しているのである。この他にも、港湾法37条1項及び3項や海岸法13条などで同種の協議が規定されている。

埋立承認の附款に定められた協議は、私人とは異なる法的地位を有する国と都道府県が当事者となる。埋立権者である国と地方公共団体は、私人とは異なり、「憲法的価値を有する環境」<sup>36)</sup>を擁護実現する義務を有してい

33) 「国の機関または地方公共団体に対しては、…不作為義務を課さないこととし、行為を行うに当たっては、あらかじめ環境庁長官に協議すべき義務を規定したものである。このような規定は、いわば国の機関または地方公共団体の行為は、公益実現を目的として行われるものであり、公益の一つである自然環境保全との調整についても、十分協議を尽くすことによって、自然環境の保全が図られると考えるからである。したがって、本項の協議は、環境庁長官が協議に係る行為について十分判断しうる内容を有する書類、図面などによって行うことを要するものであり、これらは施行規則に定められている各状の許可申請書の例に準じて行われるべきものである」(環境庁自然保護局企画調整課編『自然環境保全法の解説』〔中央法規出版, 1974年〕191頁)。

34) 「これは、国の機関の行う行為は、すべて国家意思として公益目的のために行われるものであるから、これに対しては一般私人などのそれと同じ観点から規制を行う必要はなく、国の機関相互(国立公園にあっては、環境庁長官と環境庁長官以外の国の機関、国定公園にあっては国の機関たる都道府県知事と国の機関)の話し合いによって公園目的を達成しうるものと考えられたからである」(環境庁自然環境保全局企画調整課編『自然公園法の解説』〔中央法規出版, 1977年〕286頁)。

35) 例えば、「『国立公園の許可、届出等の取扱要領』の全部改正について」第2章第3節参照。

36) 塩野 宏「国土社会と法」山本草二＝塩野 宏＝奥平康弘＝下山俊次『未来社

る。そして、国と地方公共団体という「公的主体は、…、公益に最も適するように活動する義務を有している」<sup>37)</sup>のであるから、このような法的地位を有する当事者による協議によって、実施設計に関する許可手続や公水法32条に基づく規制権限の行使という規制を用いるよりも、より高い水準での工法・環境保全措置・対策が講じられることが期待できるのである。そうだとするならば、埋立承認の附款に定められた国と都道府県の協議は単に話し合いが行われればよいというものではない。国と都道府県の双方が、「憲法的価値を有する環境」や公益の擁護実現を目指しつつ、公水法が求める水準を超える工法・環境保全措置・対策の内容を双方の合意の下で確定していくことが要請されているとよいであろう。

## 2 埋立承認の附款に基づく事前協議と環境配慮の要件の事後的消滅

### ①埋立承認の附款に基づく協議が行われない場合

埋立承認の附款として、工事の実施設計の提出を求め、これについて事前に国と都道府県の双方で協議することや工事中の環境保全措置について双方で事前に協議することが定められた場合、この事前協議は国と都道府県の双方に義務づけられたものである。この附款によって、国及び都道府県は、埋立承認時の工法・環境保全措置・対策を、事前協議を通じて見直すことが義務づけられ、この協議を通じて、都道府県知事は、これらの工法等が埋立承認後も「十分配慮セラレタルモノ」であることを客観的かつ適正に判断することができることとなる。したがって、かかる協議が行われることなく埋立工事が実施される場合には、埋立承認時に「採り得ると考えられる工法、環境保全措置及び対策」が、埋立承認後も「十分配慮セラレタルモノ」となっているか否かについて、都道府県知事は判断を行っていないのであるから、国が協議を経ないままで埋立工事を実施する

↘ 会と法』（筑摩書房、1976年）175頁。

37) 岩橋健定「環境影響評価法の実体的側面」松本博之＝西谷 敏＝佐藤岩夫『環境保護と法——日独シンポジウム』（信山社、1999年）129頁。

山田：公有水面埋立法4条1項2号要件の事後的消滅と埋立承認の撤回

場合には、環境配慮要件が事後的に消滅したことになり、同要件に違反していることになる。附款により定められた事前協議義務に違反して埋立工事を実施することは、都道府県知事による「十分配慮セラレタルモノ」か否かの判断を経ないまま工事が行われることを意味するのである。公水法は、都道府県知事が、工法・環境保全措置・対策につき「十分配慮セラレタルモノ」か否かの判断をしないまま埋立工事を実施することを容認していないのであるから、都道府県知事は埋立承認を撤回しなければならない。

## ②協議が誠実かつ真摯に行われない場合

公水法は、埋立承認の附款に基づく事前協議の方法について定めてはいないし、これについての一般法理も存在しない。ただ、埋立承認の附款で定められた事前協議に適用されるわけではないが、国と地方公共団体の協議方法について地方自治法250条が規定している。同条では協議方法につき国と地方公共団体が「誠実に協議を行うこと」を要求している。この『『誠実に協議を行う』とは、協議の当事者の対等性を前提として、一方が他方の意見を聴取するにとどまることなく、それにつき回答・反論の提示などを行う方法で合議を進めることをいう。協議において当事者がそれぞれの自己の意見に固執し、双方の意見の一致を見出す努力を重ねない事情は当該協議に基づいてなされた国の行政機関による不同意の取消事由となる』と説明されている<sup>38)</sup>。また、行政機関相互の協議についてであるが、「行政作用を行う前に、関係行政機関の間において協議が義務付けられている場合において、協議が行われなかったとき、または協議が行われたが真摯なものではなかったときには、そのことが行政作用の瑕疵になりうる」とされている<sup>39)</sup>。「誠実」に協議を行うことや、「真摯」に協議を行うことは普遍的に要請されるものであって、以上の二つの場面に限定されるべきでは

38) 白藤博行ほか編『新基本コンメンタール 地方自治法』（日本評論社、2011年）399頁〔本多滝夫執筆〕。

39) 宇賀克也『行政法概説Ⅲ 行政組織法／公務員法／公物法〔第4版〕』（有斐閣、2015年）74頁。

なく、埋立承認の附款に定められた協議方法として当然に備えるべき要件であるといつてよいであろう。かかる協議においては、国と地方公共団体の「対等性」を前提としたうえで、都道府県知事が附款として定めた協議内容と方法に基づいて協議が進められなければならない。したがって、国がそもそも事前協議の席につかないことはもちろんのこと、都道府県知事が附款で定めた協議内容を、国が一方的に変更することや、国が「回答・反論の提示などを行う方法で合議」を行おうとしない場合には、協議が誠実かつ真摯になされたとは到底いえない。国が誠実かつ真摯な協議を行わず、自らが適切と主張する埋立工事を一方的に続行するのであれば、その工法・環境保全措置・対策について「十分配慮セラレタルモノ」か否かについて、都道府県知事の判断を経ているのであるから、環境配慮要件が事後的に消滅しており、同要件に違反しているといえる。公水法は、都道府県知事が、工法・環境保全措置・対策につき「十分配慮セラレタルモノ」か否かの判断をしないまま埋立工事を実施することを容認していないのであるから、都道府県知事はかかる場合には埋立承認を撤回しなければならない。埋立工事の順序の変更によって保全すべき希少野生動植物種に支障が生じるおそれがあるものの、国がこれに対して何らかの環境保全措置を講じることで「支障」への対処が可能であると主張しているとしても、国がそもそも誠実かつ真摯に事前協議に応じない場合には、都道府県知事はかかる環境保全措置の内容を確認できないのであるから、環境配慮要件が事後的消滅したことには変わりはない。この場合にも、国が誠実かつ真摯に事前協議に応じることなく、かかる埋立工事を実施するのであれば、都道府県知事は埋立承認を撤回すべきである。