



現代日本の海の管理に関する法的問題(文科論)

藤本, 昌志

(Citation)

神戸大学海事科学部紀要, 2:1-29

(Issue Date)

2005-07-31

(Resource Type)

departmental bulletin paper

(Version)

Version of Record

(JaLCD0I)

<https://doi.org/10.24546/00421594>

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/00421594>



現代日本の海の管理に関する法的問題

The legal issue about governance of the sea in contemporary Japan

藤 本 昌 志
FUJIMOTO Shoji

(平成17年4月6日 受付)

1. はじめに

「海の憲法」とも言うべき壮大な法典として、「海洋法に関する国際連合条約」(以下、国連海洋法条約という。)が1982年4月30日に第三次国連海洋法会議で採択された。その規定は、領海及び接続水域、国際航行に使用されている海峡、群島国、排他的経済水域、大陸棚、公海、島の制度、閉鎖海又は半閉鎖海、内陸国の海への出入りの権利及び通過の自由、深海底、海洋環境の保護及び保全、海洋の科学調査、海洋技術発展及び移転、紛争の解決など17部構成320ヶ条と9編の附属書からなる。「国連海洋法条約」は、「60ヶ国の批准または加入を得てから1年後」という発効要件を満たして、1994年11月16日に発効し、人類史上初めて、包括的な海の国際ルールが確定した⁽¹⁾。

一方、国内的には、近年までわが国における海洋の利用は、社会・経済活動が比較的単純であったため、漁業、船舶交通、埋立等の個別目的による利用規制のための最小限度の法令によって、海に関する法秩序の維持、利用をめぐる権利・利益の調整、紛争の解決等が可能であった。それ以外の法の空白部分は、慣行、慣習法、明治初期の政府文書、地方公共団体の条例・規則、判例、通達、行政実例等によって維持されてきたが、これらの位置付、評価、解釈、適用をめぐる学説や関係省庁の見解が対立している。

日本では、公正な海洋秩序を早期に実現するために、これまで優先してきた漁業や海運などの海洋利害をより安定した形で実現するために、総合的な国際的秩序の確立されたなかで活動することが望ましいとの判断から、1983年2月7日に「国連海洋法条約」に加入した⁽²⁾。また、1996年に、国内関連法規を整備し、国連海洋法の締約国となったが、依然、海をめぐる法律は不十分かつ無秩序の状態にある。

特に、昨今、日本の沿岸における船舶の航行に伴った海難(事故)により、海洋汚染や漁業被害や景観を損なう等の重大な問題が発生しているが、これらの問題解決や予防措置のための制度や法律が不十分であり、また、それらの制度や法律があっても、個々の問題解決に終始し、互いの制度や法律が連携して総合的な解決に至らない機能不全の状態にある。本稿では、海の各種利用形態が特に重層的に錯綜する沿岸域を中心に、わが国の法制度を整理検討、利用形態の法的性格等を検討、関連事例を収集分析し、円滑な海の利用および環境保全を目的とし、海の機能管理を規律する法(システム)及び課題を検討する。

(1) 60番目の批准国は1993年11月16日のガイアナである。2004年1月16日現在で、条約締約国数は145(批准128、加入12、承認5)である。(国連事務局資料)

(2) 小田滋『注解国連海洋法条約(上巻)』66、67頁(有斐閣、1985年)

第一章 海の法的性格

海の管理の検討に先立ち、海に関する実定法の制度について、検討する。

第一節 海の定義

(1) 海とは

物理的には、海とは、地球上の陸地以外の部分で、塩水をたたえた所。地球表面積の約7割を占め、その面積3億6千万平方キロメートル。平均深度3800メートル。1キログラム中に約35グラムの塩類を含む⁽¹⁾とされている。通常、海という場合、海底、海中（海水）、海面および海浜とから成り立つ⁽²⁾といわれている。

一方、法律上では、明治以降現在に至るまで海に関して規定した法律は数多くあるが、現行の法律でとくに海に関して定義した規定はない。しかし、歴史的には、あえて海の定義を試みた法令がある。それは、「地所名称区別」（明治7年太政官布告120号）の施行のために定められた「地所名称区別細目」（明治9年5月）が「海ハ水ノ最モ大ニシテ陸地外ニアルモノ」とされていた。この定義は、海の実体を漠然ととらえているが、海を海面と海水と海底からなる総合的・立体的な姿でとらえていないので不十分である。また、上記の太政官布告および細目は、地租法の廃止に伴って廃止されている⁽³⁾。法制度上、海の定義がない理由は、一義的な法的定義が困難なこと、所与の存在としてとくに定義の必要がないこと、などによる。⁽⁴⁾

(2) 海の種類

海には、内海、沿岸海、領海、公海の区別がある⁽⁵⁾とされていた。しかし、今日では、領海（内海・沿岸海）と公海の古典的・二元区分から、「国連海洋法条約」によって、内水・領海（国際海峡・群島水域）、接続水域、排他的経済水域へと、区分は国際法との関係で定まるべきものである⁽⁶⁾といわれている。以下に各水域の説明を簡単に示す。

①内水・領海

内水とは、領海の基線の陸地側の水域をいう。領海とは基線から測定して12海里を超えない範囲内の幅の区域をいう（国連海洋法3条、8条1項）。

②接続水域

接続水域とは、領海に接続する水域で、領海の幅を測定する基線から24海里を超えない区域をいう（国連海洋法33条2項）。

③国際海峡

国連海洋法条約が規律する海峡は、国際航海に使用される海峡であって、海峡の沿岸国の基線から測定して、それぞれ12海里（約22km）を超えない範囲で領海を確定した結果、航路がいずれかの沿岸国の領海内に取り込まれる海峡である。また、海峡の幅が24海里（約44km）を超える海峡でも、船舶の航行に必要な航路が領海内にしかない場合には、国際海峡に関する規定が適用される。

④排他的経済水域

排他的経済水域とは、領海に接続する水域であり、海洋法第5部に定める特別の法制度によるものをいう（国連海洋法55条）。排他的経済水域は、基線上の最も近い点から200海里までの海域並びにその海底及びその下とされている（排他的経済水域及び大陸棚に関する法律1条）。但し、外国の排他的経済水域と重複する部分については、互いの国の基線から測定した中間線までのものとなる。

⑤公海

「公海」を「いずれの国の排他的経済的水域、領海若しくは内水又はいずれの群島国の群島水域にも含まれない海洋のすべての部分に適用する。」と規定している（国連海洋法条約第86条）。

また同条約は、「いずれの国も、この条約の定めるところにより決定される基線から測定して12海里を超えない範囲でその領海の幅を定める権利を有する（同条約第3条）。」と規定し、沿岸国の領海の範囲を最大12海里まで認めている。更に、「排他的経済水域は、領海の幅を測定するための基線から200海里を超えて拡張してはならない（同条約第58条）。」と規定し、「公海」の場所的範囲を大幅に狭めている。

第二節 海と陸地の境界

海と陸地の境界については、現在の実務上では、潮汐干満の差がある水域においては春分及び秋分における満潮位、その他の水域においては高水位を標準として境界としている。根拠としては、「地籍編成地方官心得書」（明治9年5月23日内務省達乙第35号）において「海ト陸地トノ境界ハ満潮ヲモッテソノ区別ヲナスヘシ」としていることや、「公有水面埋立ニ関スル取扱方ノ件（甲）」（大正11年4月20日発土35号各地方長官あて土木局長通牒）において「埋立地（陸地）ト公有水面トノ境界ハ潮汐干満ノ差アル水流、水面ニ在リテハ高水位ヲ標準トシ之ヲ定ムルコトニ御取扱相成度」としていることが挙げられる⁽⁷⁾。但し、大潮の時でなく、春・秋分の満潮時を基準とした根拠は明らかでない。

また、海岸法では、海と陸地の境界について、海岸保全区域では、春分の日における干潮時の水際線、一般公共海岸では、低潮線（過去の記録上最も水位が下がったときの水際線）となっている⁽⁸⁾。一方、国際法上は、海と陸地の境界として、一国の領海の範囲を決める基線として、通常、沿岸国公認の大縮尺海図に記載されている海岸の低潮線である（領海及び接続水域に関する法律施行令第2条2項・6項、国連海洋法条約第5条）⁽⁹⁾とし、海は低潮線からとされている。

日本の海図では、その地域で潮が最も下がった面、つまり海面がこれ以上下がることがまれと考えられる面を水深の基準面（水深0m）としており、この面を「最低水面」と呼ぶ。また、潮が最も高くなった状態の海面を「最高水面」と呼び、この面と陸地が接する境界線が「海岸線」となる。これに対し最低水面と陸地が接する境界線を「低潮線」といい、領海の範囲を決める基線として用いられている。そして、第3番目の面が潮汐観測に基づき算出した「平均水面」である。平均水面は、陸上の高さの基準面になる。このように、法律や場所によって、海と陸地との境界は異なっている。このことから、海と陸地の境界問題は、しばしば海没する土地の所有問題となり、訴訟で争われている。この問題については、後述する。

第三節 日本の海の管理に係る法制度の整理

前節では、海の類型を概観した。当節では、日本における海の管理等に関する法制度を整理、概観し、問題点等を検討する。

(1) 海の所有権

海が所有権の対象となるか否か検討する場合、海は①海面、②海水、③海底地盤の三要素から構成されているので、それぞれに分けて検討する。

①海は国有財産

海は、本来不特定多数人の用に供されるものであるが、海底の土地は、土石採取、構造物の築造、埋立てが可能であり、その財産的価値は科学と技術の発展にともない拡大する。このように海は、経済的価値を有するものであるので、海が特定の私人に排他的かつ独占的に利用されるおそれがある。その場合には、海の所有権がどこにあるのかが問題となる。現在のところ、海は、国の所有物であるというのが戦前から現在にいたるまでの学説・判例の一致した見解である⁽¹⁰⁾。

その根拠として、前述の明治7年太政官布告120号「地所名称区分」が海を官有地第3種として「山岳丘陵林藪原野河海湖沼池沢溝渠堤塘道路田畑屋敷等其他民有地ニアラサルモノ」がある。同布告は地租を課すために官有地と民有地を区別し、官有地には、地券を発行せず、国税、地方税を賦課しないものとして分類した。しかし、一方では昭和6年に「地租法」が地所名称区分を廃止したことによって、海が国有であることの根拠が不明確になったといわれている⁽¹¹⁾。

また、「公有水面埋立法」（大正10年法律57号）第1条が「本法ニ於テ公有水面ト称スルハ河、海、湖、沼其ノ他公共ノ用ニ供スル水流又ハ水面ニシテ国ノ所有ニゾクスルモノヲ謂ヒ・・・」と規定されている⁽¹²⁾ので、海の国有の根拠とする説がある。この説は、海の国有を創設的に定めたものではないという見解もある。

更に、明治29年4月「民法」が公布され、明治31年7月16日から施行され、「民法施行法」（明治31年法律11号）も同日施行となり、同法第36条に「民法ニ定メタル物権ハ民法施行前ニ発生シタルモノト雖モ其施行ノ日ヨリ民法ニ定メタル効力ヲ有ス」と規定されているので、民法の「付合」の法理で、国有と成った⁽¹³⁾とする説もある。

現在、最高裁判所は「海は、古来より自然の状態のままで一般大衆の共同使用に供されてきたところのいわゆる公共用物であって、国の直接の公法的支配管理に服し」（最判昭和61年12月16日民集40巻7号1236頁、田原湾干拓訴訟）とし、領土高権に基づき直接的支配管理権という概念で、海の所有権を説明している。（但し、形態上、海であっても水底地盤が私的所有権の対象となっている水域も現に存在する。後述。）ここでは、財産管理権の根拠である所有とは、公法的な支配管理権を意味しており、民法上の所有権とは異なる概念である。

以上のように各説が存在するが、一般にも海が国有であることは広く認められており、これを否定する実態は見当たらない⁽¹⁴⁾という指摘のとおり、海が国有であることは通説と言える。また、そう解せば無主物先占による私人の所有権の成立を排除することができることとなり⁽¹⁵⁾、海に対する国の所有権の存在を明確にできるという意義がある。

②海の私的所有権について

私的所有権が海面、海水、海底に成立するかという問題がある。まず、海面と海水について検討する。海と同じ公共用物である河川について参照すると、河川法第2条2項に「河川の流水は、私権の目的となることができない。」と規定されており、河川の流水を特定することが困難であり、これに財産的支配を及ぼすことが不可能であることから、所有権その他の財産権等一切の私権の設定を否定している⁽¹⁶⁾と説明されている。そこで、海についても、絶えず変動する海面、海水についても、排他的支配可能性が否定され、私的所有権の対象となるとは考えられない。

次に、海底（地盤）は私的所有権の対象となるか検討する。最高裁の判例では、「海は社会通念上、海水の表面が最高高潮面に達した時の水際線をもって、陸地から区別されている。そして、海は古来より自然の状態のままで一般公衆の共同利用に供せられてきたところのいわゆる公共用物であって、国の直接の公法的支配管理に服し、特定人による排他的支配の許されないものであるから、そのままの状態においては、所有権の客体たる土地にあたらぬというべきである。しかし、海も、およそ人の支配の及ばない深海を除き、その性質上当然に私法上の所有権の客体となり得ないというのではなく、国が行政行為などによって一定範囲を区画し、他の海面から区別してこれに対する排他的支配を可能にした上で、その公用を廃止して私人の所有に帰属させることが不可能であるということはできず、そうするかどうかは立法政策の問題であって、かかる措置をとった場合の当該区画部分は所有権の客体たる土地に当たると解することができる。そこで、現行法をみるに、海の一定範囲を区画しこれを私人の所有に帰属させることとしていることに照らせば、現行法は、海について、海水に覆われたままの状態である一定範囲を区画しこれを私人の所有に帰属させるという制度は採用していないことが明らかである。」と判示している⁽¹⁷⁾。

最高裁の判例では、海であっても、他の海面から区別して排他的支配が可能であれば法理論上は私的所有権の対象とすることが可能であるが、現行法制度上はそれらの手続が定められていない。以上のことより、海底については、私的所有権の対象とすることが可能であるが、特別に私的所有権が認められる場合⁽¹⁸⁾を除き、私的所有とはならない。

(2) 公物としての海の管理について

前項では、海的所有権について、検討し、基本的に海的所有権は国であると考えて問題がないという結論に達した。次に、海の管理権について検討する。検討にあたり、海の法的性格を法令のみ則して論ずるのは困難であるので、準備として行政法学上の概念を整理する。公物は、「公の用に供されるものが、その効用を発揮するためにどのような特別の法規制が必要か」という観点に着目して構成された講学上の概念で、道路、河川のような公共用物と、官公署の建物のような公用物とに分類されが、国有財産のうち、単に収益を目的とするような普通財産は、公物には含まれない。自然公物・人工公物、国有公物・公有公物・私有公物といった区別をすることもある⁽¹⁹⁾。

海はこのうち、自然公物である。また、海は公共用物のうち、法定外公共物である。法定外公共物という言葉は、法律上の用語ではないが、里道（認定外道路）、水路（普通河川）、海浜地（海岸保全区域以外の海岸）等、公共用物でありながら公共用物の管理に関する法律の適用や準用がない公共用物の総称として広く用いられている⁽²⁰⁾。海においては、公共用物の管理に関する法律が存在しない一般海域があたる。これら法定外公共物に関する事務は国土交通省の事務とされ、その財産としての管理に関する事務は、法定受託事務として都道府県が処理している⁽²¹⁾。

(3) 海の管理に係る法制度の整理

ここで、日本における海の管理に係る、適用法令、財産管理（管理権者、根拠法）、機能管理（管理権者、根拠法、行為制限、許認可基準等）を整理する。海に適用される法律として、多様な法律が存在するが、それらの法律の内、公物（行政の遂行に奉仕すべく存在している物）の管理自体を目的とするもの（公物法）で、管理に関する法制度に絞り、また、公物管理法を検討する場合、通常、財産管理と機能管理に分けて議論するので、ここでも財産管理と機能管理に分けて整理する。

①港湾区域内の海域

港湾区域とは、（イ）重要港湾については国土交通大臣、（ロ）地方港湾であり都道府県が港務局の設立に加わっているものについては国土交通大臣、（ハ）それ以外の港湾については予定港湾区域を地先水面とする都道府県を管轄する都道府県知事が港湾区域として認可した水域をいい（港湾法第2条2項、4条4項）、原則として当該水域を経済的に一体の港湾として管理運営するために必要な最小限度の区域である（同法第4条6項）。但し、河川区域及び海岸保全区域について港湾区域の認可をする場合は、河川管理者及び海岸管理者と協議しなければならないとされている（同法第4条5項）。

（i）財産管理

港湾法の適用のある海域（港湾法第4条4項）は、国土交通省所管の公共用財産として国土交通大臣が財産管理を行う。

（ii）機能管理

港湾管理者の形態は、関係地方公共団体が、単独で又は共同して定款を定め港務局を設立して港湾管理者となる場合（港湾法第4条1項）、単独で自ら港湾管理者となる場合、共同で地方自治法第284条2項の一部事務組合を設けて管理者となる場合（同法第33条）が予定されているが、多くの場合、関係地方公共団体が単独で港湾管理者となっている。例えば、東京港を東京都が、大阪港を大阪市が管理している等である。

機能管理権の発現として、港湾区域内の水域の占用、土砂の採取、水域施設・外郭施設・係留施設等の建設・改良については、港湾管理者の長は、当該行為が、港湾の利用もしくは保全にて著しく支障を与え、又は港湾計画の遂行を著しく阻害し、その他港湾の開発発展に著しく支障を与えるものであるとき、また、政令で定める場合を除き、港湾管理者の管理する水域施設について水域の占用等の許可をしてはならないとされている（同法第37条2項）。なお、公有水面埋立法の規定による都道府県知事の職権は、港湾区域内又は港湾区域内の公有水面の埋立に係る埋め立て地については港湾管理者の長（河川区域内における港湾区域内又は港湾区域内の公有水面の埋立に係る埋立地については都道府県知事及び港湾管理者の長）が行うことになっている（同法第58条2項）。港湾法第56条の港湾については、水域の占用、土砂の採取等について、都道府県知事の許可が必要である。

②港湾区域の定めのない港湾内の海域

港湾区域の定めのない港湾において予定する地先水面とする地域を区域とする都道府県を管轄する都道府県知事が、水域を定めて公告した場合のその水域をいう（港湾法第56条）。

（i）財産管理

港湾法の適用のある海域（同法第56条）は、国土交通省所管の公共用財産として国土交通大臣が財産管理を行う。

（ii）機能管理

港湾管理者の形態は、都道府県知事である（同法第56条）。機能管理権の発現として、港湾区域内の水域の占用、土砂の採取、水域施設・外郭施設・係留施設等の建設・改良については、港湾管理者の長は、当該行為が、港湾の利用もしくは保全にて著しく支障を与え、又は港湾計画の遂行を著しく阻害し、その他港湾の開発発展に著しく支障を与えるものであるとき、また、政令で定める場合を除き、港湾管理者の管理する水域施設について水域の占用等の許可をしてはならないとされている（同法第56条の3）。

③漁港区域内の海域

漁港とは、天然又は人口の漁業根拠地となる水域及び陸域並びに施設の総合体であって、農林水産大臣が漁港審議会の議を経て、かつ、関係地方公共団体の意見を徴して指定を行ったものをいう（漁港漁場整備法（旧漁港法）第2条、5条、6条1項・2項・3項・4項）。

（i）財産管理

漁港（漁港漁場整備法5条）内の海域については農林水産省所管公共用財産として財産管理が行われている（農林水産省設置法第4条84、85号）。

（ii）機能管理

漁港の機能管理権者は、地方公共団体（漁港漁場整備法第25条）で、漁港管理規則を定め、これに従って、適正に漁港の維持管理を行うものとされている（同法第26条）。漁港の区域内の水域等において、土砂の採取、水面占用、汚水の放流等については、漁港管理者の許可が必要である（同法第39条1項）。

④海岸保全区域内の海域

都道府県知事は、津波、高潮、波浪その他海水又は地盤の変動による被害から海岸を防護し、もって、国土の保全に資することを目的とし、必要最小限度の防護すべき海岸の区域について（水面においては干潮時の水際線から原則として50m以内）、海岸保全区域として指定することができる（海岸法第1条、3条1項・3項）。

（i）財産管理

原則として国土交通省所管公共用財産として財産管理が行われる。但し、港湾管理者の長若しくは漁港管理者である地方公共団体の長が海岸管理者の場合（同法第5条3項）は、国土交通省若しくは農林水産省所管公共用財産として、財産管理が行われている。

（ii）機能管理

海岸保全区域の管理は、原則として当該海岸保全区域の存する地域を統括する都道府県知事が海岸管理者となる（同法第5条1項）。但し、海岸保全区域と港湾区域若しくは漁港区域とが重複して存するときは、その重複する部分については、当該港湾区域の港湾管理者の長若しくは当該漁港管理者である地方公共団体の長がその管理を行うことになる（同法第5条2項）。海岸保全区域内の海域においては、土砂の採取や水面における施設の新設・改築等については海岸管理者の許可を必要とする（同法第8条）。

⑤一般海域（いわゆる法定外公共用物）

前述公物管理法の適用のない海域を一般海域という。一般海域の管理権については、いくつかの論説がある。第一は、海は国有財産として国が管理するという説である。更に、海を行政財産の一種としての公共用財産と捉え、他の法定外公共用物と共に「建設省所管国有財産取扱規則（昭和30年建設省訓令1号）」に基づき、機関委任事務として都道府県知事が規則で管理できるとする説があった。しかしこの説も、機関委任事務とするには法律または政令により委任されなければならなかった（旧地方自治法148条）問題があった。第二は、地方公共団体の自治権に基づく説である。これは、地方公共団体が、自治権に基づきその自治事務として、自主条例で一般海面を公物管理できるという説である。第三は、二元的管理説である。この説は、機能管理の側面を重視し、公物管理法が存在しない場合の公物、すなわち法定外公共用財産の管理については、地域密着性の観点で、国有財産法と地方自治法による二元的管理が承認されるとする説である^{（22）}。

地方自治法の改正前において、海は、大きく分けて2つの手法で管理されていた。第一は、都道府県知事が、建設大臣からの機関委任事務として「建設省所管国有財産取扱規則」に基づいて「建設省所管公共用財産管理規則」を制定して管理している場合と、第二としては都道府県などの地方公共団体が「法定外公物の管理条例」を制定して自治事務として管理している場合である⁽²³⁾。地方自治法が改正されたことにより、機関委任事務が廃止されたため、多くの都道府県が従来制定していた規則を条例化した。しかし、従来の規則を吟味することなく、単に名称を条例に変更しただけのものもあり、公物管理条例上問題が残っている⁽²⁴⁾という指摘もある。

また、2000年の地方自治法の改革においても、法定外公共用物である海の管理に係る問題は、整理されたとは言い難く、他の法定外公共用物のように、財産管理と機能管理の一元化が明確にされていない。海が国有財産として、国有財産法9条3項4項の第1号法定受託事務（地方自治法別表第一）として財産管理をなし、機能管理については、他の法定外公共用物と同様に自治事務であるとなることが、現状における管理の姿に近く、最も相応しいのではないかと考える。実際に多くの自治体が条例に基づく海の機能管理をなしているという状況があり、このような状況が生まれるには各地域にそれぞれ固有の沿革や実情が存在すると考えることができる。また、地域の実情に応じた管理がなされることこそ、沿岸域を中心とする海の管理にとって最も望ましいと考えると、海は国有であるという考え方をとった本稿では、一般海域の管理に関して、二元管理説が良いと考える。しかし、二元管理説を採用したとしても、一般的に法定外公共用物に関する国有財産法、管理規則による規律は、財産としての管理及び保全に関するものであり、財産の一般利用にまで及ばない。

⑥水面（海域）の埋立に関して

（i）公有水面埋立法

海は国が独占する所有物という考え方に立って、水面（海域）の自由使用を禁止してその公用を廃止し、水面を埋立て、土地として利用するための、埋立のための様々な規則を定めたものである。海域を埋立て産業的利用に供し、その場所のもつ経済性を高めることによって海域の有効利用を図ることは現行の法理論上、否定されるものではないが、埋立がもたらす環境に対する不可逆性との利用に対する完全排他性を十分考慮する等、実行に当って慎重に対応すべきものであるが、公有水面埋立法は開発法制の性格を有し、埋立を規制するものではなく推進するものであると言われてしている。また、埋立実施のための要件は非常に緩い。例えば公有水面埋立の免許権者は国の機関としての都道府県知事または港湾管理者の長となっており（法第2条1項）、事業主体が都道府県や港湾管理者の場合、免許申請者と免許権者が同じになり、本当に公益上の観点から免許が公布されているのか疑問がある⁽²⁵⁾との見解もある。

（ii）瀬戸内海環境特別措置法

1960年代以降、全国の海岸特に太平洋沿岸や瀬戸内海沿岸の海岸線が次々と埋立られた。埋立は、空港、コンビナート、都市、廃棄物処分場などの公共施設である。これらの埋立により環境が著しく影響を与えた。特に、閉鎖区域の海域である瀬戸内海について、環境汚染を引き起こす開発を総合的かつ計画的に防止するため瀬戸内海環境特別措置法（昭和48年）が制定された。

特に、埋立について抑制するように規定、運用されているはずであるが、法律施行後も、神戸空港、関西空港等埋立は減どころか、かえって増えてさえいる。瀬戸内海全域で法律施行後8800ha以上（出典：平成11年度瀬戸内海の環境保全）の海域が埋立てられた。

(iii) 広域臨海環境整備センター法、大阪湾臨海地域開発整備法

大都市圏からの廃棄物を海面埋立により処理する計画（フェニックス計画）を具体化するための法律である。環境配慮規定があるものの、瀬戸内海環境保全特別法とは大きく矛盾する法律である。また、内陸部の公害防止という理由のために、海の埋立が承認されるというのは、自然保護の観点からも問題がある。

- (1) 新村 出編：『岩波 広辞苑 第五版』（1998年、岩波書店）
 - (2) 村上武則・廣瀬 肇：「第3章 海の管理行政法」42頁 村上武則編：『応用行政法第二版』（2001年、有信堂）
 - (3) 成田頼明：「第Ⅱ章わが国海洋開発関連法制の現状と問題点」32頁 社団法人海洋産業研究会：『新海洋時代に対応する海洋開発関連法制に関する研究』（1981年、総合研究開発機構）
 - (4) 成田頼明：前注（3）32頁
 - (5) 安田正鷹：『水の法律』124頁（1938年、松山房）
 - (6) 参照、成田頼明：「海をめぐる法律関係」1頁、成田頼明/西谷 剛編『海と川をめぐる法律問題』（1996年、財団法人河川自治振興財団、良書普及会）
 - (7) 建設大臣監房会計課監修：『公共用財産管理の手引＜第2次改訂版＞』8版9頁（ぎょうせい、1999年）、成田頼明：前注（3）33頁
 - (8) 建設省財産管理研究会：『地方分権と法定外公共物』6版27頁（ぎょうせい、2000年）
 - (9) 西井正弘：『図説国際法』初版第3刷 126頁（有斐閣、1999年）
 - (10) 武井群嗣/安田正鷹『水に関する学説判例実例総覧』690～697頁（1928年）
 - (11) 成田頼明：成田頼明：「第Ⅱ章わが国海洋開発関連法制の現状と問題点」32頁 社団法人海洋産業研究会：『新海洋時代に対応する海洋開発関連法制に関する研究』（総合研究開発機構、1981年）
 - (12) 建設大臣官房会計課監修：『公共用財産管理の手引＜第2次改訂版＞』8版9頁（ぎょうせい、1999年）11頁
 - (13) 成田頼明：前注（3）3頁、建設大臣官房会計課監修：前注（7）10頁
 - (14) 廣瀬肇：「海域利用調整の法律問題について」航海96号59頁（日本航海学会、1987年）
 - (15) 来生新：「海の管理」雄川一郎他編：『現代行政法体系9公務員・公物』347頁（有斐閣、1984年）
 - (16) 建設省財産管理研究会：『地方分権と法定外公共物』6版69頁（ぎょうせい、2000年）
 - (17) 最判昭和61年12月16日民集40巻7号1236頁、田原湾干拓訴訟
 - (18) 海底地盤が私的所有権の対象となっている事例は、長崎県のレジャー施設ハウステンボス、東京都の東京港野鳥公園汐入の池、神奈川県造船所の追浜ドック（住友重機械工業）、茨城県の工場用地の掘削による港（住友重機械工業）、広島県の厳島神社の全面海域がある。
- なお、行政実例として、以下の表のようなものがある。（『公有水面埋立法ハンドブック』（ぎょうせい））

表3-1 海の私的所有権の行政実例

	払下げ海面	海 没 地	
		自 然	人 工
常時海面下ある場所	① 否定 ⑥ 肯定	③ 肯定	⑤総論 肯定 具体例 否定
干満により露出する場所	② 否定 ⑦ 肯定	④ 否定	

- ① 海面下の土地の所有権に関する疑義について〔昭和33年4月11日民事3発第203号 法務省民事局第3課長事務代理から千葉法務局長あて回答〕
 - ② 海浜地の取扱いについて（海面下の土地の所有権）〔昭和32年6月29日建設省河川局長から石川県知事あて回答〕
 - ③ 鹿児島県錦江湾土地所有権確認請求事件〔昭和51年3月31日鹿児島県地裁判決〕
 - ④ 海面下の土地の所有権に関する疑義について〔昭和44年3月7日建設省東河政発第6号建設省河川局長から東京都知事あて回答〕
 - ⑤ 海面下の土地の所有権について〔昭和36年10月4日民事甲第2801号法務省民事局長から大蔵省財務局長あて回答〕
 - ⑥ 最高裁一小昭和52年12月12日判決（訟務月報）
 - ⑦ 最高裁三小昭和61年12月16日判決（訟務月報）
- (19) 法令用語研究会：『法律用語辞典第2版』（有斐閣、2000年）、公物の概念については、松島諄吉「公物の概念」、『ジュリスト増刊 行政法の争点（新版）』144～147頁（有斐閣、1990年）参照。
- (20) 法定外公共用物の概念については、寶金敏明：『改訂里道・水路・海浜』5版3頁以下（ぎょうせい、1998年）、建設大臣官房会計課監修：前注（3）2頁以下、塩野 宏「法定外公共用物とその管理権」、『ジュリスト増刊 行政法の争点（新版）』152、153頁参照。里道とは、道路法による道路に認定されていない道路すなわち認定外道路のうち、公図（旧土地台帳法施行細則（昭和25年7月31日法務府令88号）2条1項の規定に基づき登記所に備え付けられていた地図を指す）上、赤線で表示されているものをいう。普通河川とは、河川法や下水道法などの河川管理に関する特別法の適用ないし準用のない河川、運河、公共用悪水路、堀、堤塘等を総称したもので、その種類には、①公図上青線をもって表示されるもの、②川敷や湖底等が公共団体や私人の所有に属する河川、湖沼、ため池等のうち、公共用物である普通河川やため池等、③脱落地たる河川、公共用悪水路、ため池等がある。海浜地とは、実務上、有番地の土地の地先から春・秋分時の満潮位までの海浜をさし陸地を意味することが多いが、最高満潮時の海岸線と最低干潮時の海岸線の二つにはさまれた地域とする見解（岸 昌：「地方自治の探求」172頁（1961年））もある。
- (21) 法令用語研究会：『法律用語辞典第2版』（有斐閣、2000年）、廣瀬肇『海域利用調整と法』59頁参照（日本海洋協会、1995年）
- (22) 村上武則・廣瀬 肇：前注（2）42頁
- (23) 建設省所管の公共用財産として管理や使用規則を制定していた都道府県として、北海道、宮城、秋田、山形、福島、千葉、東京、神奈川、新潟、富山、石川、静岡、愛知、三重、福井、大阪、兵庫、鳥取、島根、岡山、山口、徳島、愛媛、高知、福岡、熊本、大分、宮崎、鹿児島、沖縄。独自の条例で一般海域の管理を行っていた都道府県として、長崎、広島、京都、茨城、佐賀（参照：建設大臣官房会計課監修『公共用財産管理の手引』第二次改訂版373～379頁）。都道府県における公共物管理に関する条例又は規則の制定状況について、建設大臣官房会計課監修：『公共用財産管理の手引＜第2次改訂版＞』8版373～379頁（ぎょうせい、1999年）
- (24) 村上武則・廣瀬肇：前注（2）42頁、46～47頁
- (25) 阿部泰隆：「海浜の埋立と保全」『自治研究56巻11号』29頁

第二章 海の利用と権利性

海、本来の利用を考えると、船舶の通航、漁業が主であり、また、海水浴、釣、レジャーボート等のレジャーも海を海として利用するものである。一方、埋立てや構造物の設置は、排他的占有で、半永久的な独占使用で海を土地として利用するものである。前述したように海は、法律で管理する海域と、法律がない海域いわゆる一般海域が存在する。海の利用形態が同じでも、海域が異なれば利用関係の法的性質は異なると思われる。そこで、海を公物として捉えた場合の利用の法的性質を検討する。

第一節 海(公物)の使用の類型

(1) 海の自由使用

公物の使用形態には、自由使用・許可使用・特許使用がある。自由使用の場合、使用目的は問われず、供用の枠内で自由に使用が可能であり、①法律、②公物管理者の定める制限、③他人の共同使用を妨げてはならないとの制約に服する。②は、公物管理者が管理上の必要に基づき行うものであり、③は一般的な社会見解・地方的慣行により具体化されると解される⁽¹⁾。

公物である海の自由使用は、前述のように一般海域における漁業、船舶の通航、海水浴、釣、レジャーボートの通航等が当たる。自由使用に基づく使用は、伝統的に公物の反射的利益と解されている⁽²⁾。しかし、塩野教授は、「自然公物がまさに公共用物として現代の世代にひきつがれたものであるならば、その利用をして、単に反射的利益とみることには大いに疑問がある。そういうものとして自然公物が存在するのであるから、むしろそれは、法的な利益というべきではないか。ただ、それが絶対不可侵のものではない以上、かかる利用方法の制限、場合によっては、廃止もあり得ることである。問題は、その際、管理者が考慮しなければならない要素及びその判断の手續にあるわけであって、この点に関しては司法的統制が及び得ることは、最近多くの論者によって主張されているところである。むしろ、公物管理者が、積極的に公物管理の方法のシステムを、以上の見地にたって自ら開発し、もって紛争をできるだけこじらせないようにすることが期待されるのであって、いわゆる反射的利益論に安住することが許されないことはいうまでもない。」⁽³⁾と主張されている。

また、道路の自由使用に関し、私人による道路使用が妨害された事例で、「村民が各自は他の村民がその道路に対して有する利益ないし自由を侵害しない程度において、自己の生活上必須の行動を自由に行い得べきところの使用の自由権（民法710条参照）を有する」との最判昭和39年1月16日民集18巻1号1頁以降、学説・判例は道路の自由使用を法律上保護された利益として、訴えの利益を認める傾向にある⁽⁴⁾。したがって、公物の自由使用の法的性質は、原則として反射的利益の性質を有するが、公物の利用と生活上の利益が密接に結びついている場合、公物の利用は「法律上の利益」を承認される⁽⁵⁾と考えることができる。

(2) 海の許可使用

一般に、公物の許可使用とは、公物の一般公衆の自由使用・一般使用が社会・公共の安全と秩序の維持にとって障害の発生を防止し、また一般公衆が自由に使用すると公物本来の利用が妨げられないように管理調整上、自由な使用を制限し、特定の場合に使用を許可することをいう。この許可は、公物の使用者に独占的・排他的な権利（第三者の介入・妨害を排除できる力ないし法的地位）を付与するわけではない。むしろ、許可は単に使用の禁止状態を解除して、本来の自由の状態を回復させる法的効果を有するにすぎない。その意味では許可による使用そのものの態様は自由使用のそれと異ならない⁽⁶⁾。許可使用は、ある意味で利用調整の役割を果たすものとして機能する。ま

た、許可使用の性質は、公物警察権に基づく場合と、公物管理権に基づく場合にわけられ、いずれも、法令に基づく規制に従わなければならない。

海の許可使用は、その利用が海本来の用法に従いながらも、法令上の規制におかれている利用形態であり、個々の管理法の対象となっている海域における利用形態が考えられる。しかし、海の許可使用を公物警察権と公物管理権とに分けて許可使用の性質を考えることがふさわしいかどうか疑問がある⁽⁷⁾との意見がある。また、磯部教授は「海域においていわゆる公物警察と公物管理を厳密に区別することはあまり積極的な意義がないものと思われる。海上における公共秩序の維持はもちろん重大な行政課題ではあるが、各種の利用形態が重層的に錯綜する海域にあつては、単なる消極的秩序の維持のための警察介入を総合的な利害調整のための規制と区別することは实际的にきわめて困難であり、むしろ積極的な秩序形成こそが究極的な課題とならざるをえないであろう。」⁽⁸⁾と主張されている。

(3) 海の特許使用

公物の特許使用に関する一般論は、公物の本来をこえ、特定人に特別の使用の権利を設定する公物の利用関係としている。道路の地上または地下に、電気・ガス・水道・下水道・軌道・地下鉄等の施設を設け、河川にダムを建設するなどがその例としてあげられるが、許可使用が一時的な公物の利用の回復であるのに対し、特許使用は、継続的な利用権を設定するものである⁽⁹⁾と説明される。

海の特許使用として考えられるものとしては、海上レストラン、海上ビル、駐車場等の浮体構造物の設置がある。これらは本来海を利用しなくても陸上でも設置が可能である構造物であるということから、海本来の用法をこえるものであり、特定人に一定の海域の占有を認めることから、公物の特許使用に類似する。また、漁業権による漁業は、海の特許使用と解されているが、重層的・時間的に利用可能な海域に設定されている漁業権の排他性の内容については、慎重に検討する必要がある。

第二節 海の利用の権利性

前節において、海の利用の三類型を概観した。従来からの学説・判例では、海（法定外公共用物）の自由使用は反射的利益であるとされてきた。しかしながら、本当に反射的利益であって権利ではないのであろうか。前節においては、一部分において権利性を認める見解を示したが、ここで改めて特許使用と自由使用の権利性について比較検討する。

現在、公物の特許使用を認められた者の立場は法の保護する利益、権利として保障されている。つまり、理念的に、権利の設定を専ら立法者の裁量に委ねている。特に法律が個人のために留保した利益のみが、例外的・特恵的に権利に高められている。例えば、現行の公有水面埋立法は、国有に属する水面について申請人に埋立を認め（但し、若干の制約あり、法第4条1項等）、最終的に申請者に埋立地の所有権を付与することを法律で規定し、その権利性を保障している。一方、公物の本来の利用目的に沿って利用している人々の立場は、それがいわゆる自由使用であるから、自由使用によって得られる利益は単なる反射的利益であるとして、その侵害に対して、法的な権利として対抗することはできないとされている。

しかし、公物の本来の目的に沿って利用する形態が、最も尊重され保護されるべきではないだろうか。代表的な見解として、公物法の理論が公物、特に公共用物について私権の成立を制限し、こ

れを、公の支配の下においてきたのは、公共用物は本来公衆の自由使用に提供されるべきものであるから、公衆の利用の妨げとなるような私権の成立を防止し、公益的見地から、公共の利益増進に最も適するような方法で、これを管理することが適当であると考えられたためである。それゆえ、かかる法理のもとにおいても、公物の管理が行政主体によって適切に進められるならば、公衆の公物利用が、私法秩序の干渉を受けることなく確実に保障されるはずであった。ところが、これまでの公物法理論においては、最も肝心な公衆の利用についての権利性が完全に否定されてきた。つまり、公物の利用者である公衆の側には、行政庁の公物管理行為の非違を追及する法的機能は一切否定されてきた。そして、反射的利益論は、公行政における公物利用者の地位を法的に無力化するとともに、その反面、公物管理に関する行政主体の自由性を支える理論的根拠となったと説かれる。そしてそのような批判の上に、公共用物の利用者をもっぱら公物行政の客体として位置づけ、その法的主体性を完全に捨象する本来の公物管理の理論には、現代の憲法感覚からみて大いに疑問のあるところである。現代にふさわしい公物法の理論を形成するには、公物の本来の利用者たるべき住民の法的主体性を認めて公物管理への住民参加を確保するとともに、その反面において、行政庁が公物管理に関して有するところの裁量権をその自由利用者との関連において限界づける原理を考究することが緊急の課題となるであろうとする⁽¹⁰⁾。この説は、従来、反射的利益にとどまるとされていた公共用物の使用者の利益を、法律上保護される利益、保護するに値する利益として、その権利性を認めようとする見解である。このように、公物の自由使用にも権利性を認めようとする主張する見解があることを踏まえた上で、次節において、現在における海の利用の類型を整理する。

第三節 海の利用の類型

科学技術の発達により、海の利用は旧来の限定された利用にとどまらず、様々な新しい利用形態が出現している。本節では、それら海の利用の類型を検討する。

(1) 漁業

漁業をめぐる、近年、海運やレジャーとの関連において問題が発生している。本項では、漁業に関して、歴史的沿革を踏まえた上で、社会通念及び漁業者自身の漁業や漁業権に関する法的性質、概念、権利の範囲の認識と法制度上の権利内容との差異を検討する。このような認識の差異（誤解）が海を管理する上で問題をより複雑にする原因となっている。従って、海の管理を考える場合、漁業や漁業権について、これらの認識の差異（誤解）や法的位置付けを明らかにする必要がある。

① 漁業制度の沿革

日本における漁業は、漁業法の中に漁業権として法的に保護される権利である。漁業（漁業権）を理解するために、その歴史的沿革を概観する。日本における最初の成文の法律である「大宝律令」の雑令の中に、「山川藪沢の利は、公私これを共にす。」と記載されており、漁業は比較的自由に行うことができたようである⁽¹¹⁾。時代とともに日本各地に漁村が形成され、また制度的なものも整えられ、1741年「律令要略」に「山野河川入会 一つ 村並之獵場は、村境を沖え見通し、獵場の境たり 一つ 磯獵は地付き次第なり、沖は入会 一つ 川は附寄次第に随ひ、中央境たり」と記載されている⁽¹²⁾。江戸時代には、すでに漁業権が権利として完成していたと考えられる。

江戸時代、漁場は「磯獵場」と「沖獵場」に区別されて利用されていた。各藩の藩主がそれぞれ、土地と同様に「磯獵場を領有する」ことを前提として、今でいう漁業権の免許などの漁業行政が行われていた。「磯獵場」は、地附の村に利用する権利を与え、小規模な漁場を村民に広く利用させていた。これを「一村専用漁場」という⁽¹³⁾。では、どこまでが「磯」の部分かという舟の櫂

が立つところまで、あるいは海底の段丘があるところまでなど地方ごとの海浜環境によって定められていた⁽¹⁴⁾。また、定置網、敷網、海苔・牡蠣の養殖のような資本を必要とする漁業については、藩主が経営能力のある者に直接、特定の漁業を「個別独占漁場」として特許した。「磯猟場」の沖に、「沖猟場」があり、「沖猟場」は各藩の藩主の領域ではなく、一般に誰でも自由に漁業をすることができ、「漁猟入会場国境無差別（漁猟入会いは、国境の差別なし）」とし、国境（藩境）付近の沖合漁場では、国境に関係なく、両方の国の漁民の自由な入会いの漁業を認めていた⁽¹⁵⁾。

時代が進み、明治維新によって、藩主による漁場の支配構造は崩壊したが、漁場の占有を主体とする利用関係は、貢租諸役は従来の慣行としてそのまま継承されていたが、明治政府は地租改正した直後の明治8年に太政官布告23号によって「海面官有」を宣言し、旧来の権利や慣行を一切否認し、申請に基づく「借区料」の徴収を主体とした新漁業制度（先願主義や更新主義）を実施した。その結果、漁業および漁民の間で漁場の争奪をめぐって紛争が続発した。また、政府内部において、海面は官有であるのかどうか、それに付随して、漁業権は公権か私権なのかという論争がおこった。当時の内務省は「海面国有説」すなわち、「海面は国有、政府の所有に属する。したがって、漁業のために海面を使用するには、出願して官有の海面を借用しなければならない。」と考え、一方、大蔵省は「海面公有説」で「海面は公有水面（公共用水面）であり、政府の所有には属さない。そして漁業権は、従来、藩主の免許という行政処分で設定されていたが、その性質は私権である。」と主張していた。これらの争いは、太政官達74号によって、すべて旧来の慣行に戻ることにによって収まった。太政官は大蔵省側の見解に立って、「海面は公有水面（公共用水面）、漁業権は私権」であるとした⁽¹⁶⁾。様々な紆余曲折を経て、明治43年に「明治漁業法」が成立した。この制度は、a) 沿岸漁業秩序を規制する「漁業権制度」、b) 沖合遠洋漁業秩序を規制する「漁業許可制度」、c) 資源保護のための「漁業取締制度」から成っている。この新制度も封建時代から引き継がれた全国の漁業慣行を調査、整理して作られたものであった。明治漁業法における漁業権は、旧来の「入会漁場（一村専用漁場）」は専用漁業権に、「個別独占漁場」は定置漁業権、区画漁業権、特別漁業権の3つに編成された。また、「漁業免許」は、「先願主義」がとられ、その免許期間は20年間という長期間のうえ、更新もいたって容易であったため、その免許は半永久的なものであった。しかも、「漁業免許」は賃貸が可能であったので、財産的性格を持つものとなっていた⁽¹⁷⁾。

第二次世界大戦後、占領軍総司令部（GHQ）の民主化政策の一環として、「農地改革」、「財閥解体」に続き昭和24年に「漁業法」、「漁業法施行法」が公布施行され、長年慣行として行われてきた沿岸漁業の全面的な整理を行い、明治漁業法における漁業権及びそれに関連する権利関係を2年以内に消滅させて、新しく計画的に新漁業権を免許するものであった。新漁業法は、「水産業協同組合法」に基づく漁業協同組合を組織させ、組合に免許を与える方式になった。

②現行漁業法の概観（法の目的と適用範囲）

漁業法の目的は、第一条に「この法律は、漁業生産に関する基本的制度を定め、漁業者および漁業従事者を主体とする漁業調整機構の運用によって水面を総合的に利用し、もっ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を目的とする。」とある。「漁業生産に関する基本的制度を定め」とは、水面において魚や貝を採ったり、養殖したりする「漁業生産」を所管事項としている。また、「水面を総合的に利用し・・・」とは、水面の漁業利用は同一水面でも季節、時間、

利用する水深によって異なる。また、水面は土地と異なり、区画や分割することができにくいという特性のため、漁場の水面利用の特質に応じた利用をさせ、よって漁業生産力の発展をはかり、その利用の調整により漁業の民主化を図ることである⁽¹⁸⁾。漁業法の適用範囲は、海や河川等の公共の用に供する水面には、すべて適用される。また、漁業法の適用について、領海であろうと公海であろうと、属人的に適用される⁽¹⁹⁾。

③漁業権とは

漁業権には、定置漁業権、区画漁業権及び共同漁業権の三種類がある。漁業権とは、行政庁の免許により一定の水面において排他的に一定の漁業を営むことを得る権利であり、法第6条2項に「定置漁業権とは定置漁業を営む権利であり、区画漁業権とは区画漁業を営む権利であり、共同漁業権とは共同漁業を営む権利をいう。」と規定されている⁽²⁰⁾。

④漁業権の性質

「漁業権」とは、水面の支配権でも所有権でもなく、それぞれの漁業の免許の内容（漁場の位置、区域、漁業種類、漁業時期、漁法等）の範囲内において排他的独占的に漁業を営む権利をいう。いわば水面の「利用権」、「採捕権または養殖権」である。漁業は、同一の水面を、特殊な場合を除き、立体的、重疊的に利用し、同一水面に複数の漁業が存在し、一般に漁業権も重複して免許されている。また、判例では「漁業権を有する者は、免許の対象となった特定の種類、すなわち、水産動植物の採捕又は養殖を営むために必要な範囲及び様態においてのみ水面を使用することができる権利であって、右の範囲及び様態を越えて無限定に水面の支配あるいは利用する権利を有するものではない。」としている⁽²¹⁾。

漁業権は、漁業法第23条で「物権とみなし、土地に対する規定を準用する」と規定されている。漁業権は、特定の水面において特定の漁業を独占排他的に営み、利益を享受する権利であり、その利益の享受を一般人に対抗し得る権利という点において、物権が物について一定の利益享受を一般人に対抗し得るものであるのと権利の性質が同じである。したがって漁業権の法律上の効力を規定するのに、物権と同一の地位に置くのが便宜であるので物権とみなされている。このように権利としての法律上の効力は物権と同じであるが、漁業権の内容は漁場という特定の水面において一定の漁業を営む権利であり、一般の有体物に対する直接支配することを本体とする物権とは、厳密な意味においては区別されるべきであるので、「みなす」と規定されている。物権とみなされる結果生ずる漁業権の効力として、漁業権の内容である一定の利益享受を妨害する行為に対して、物権的請求権として、返還請求権、妨害排除請求権、妨害予防請求権の3つがある。このような物的請求権を有していることが、漁業権漁業と他の許可漁業、自由漁業と異なる⁽²⁸⁾。また、漁業権に対して、土地に関する規定が準用される。主なものとしては、以下のものがある。

- ・ 登記を対抗要件とする
- ・ 先取特権および抵当権の規定が準用される
- ・ 土地収用法が適用される
- ・ 民事訴訟法等の法律の適用上において、不動産物権と同じ扱いを受ける

漁業権は、例外のものを除き、原則として担保化は認められない(同法第23条)。また、相続または法人の合併による場合を除き、原則として移転も認められない(同法第26条)。さらに、貸付もいかなる場合でも禁止されている(同法第30条)。一方、漁業権の行使権の侵害に対しては親告罪が適用される(同法第14条1項)。

⑤漁業補償

漁業補償の根拠は、民法第709条（不法行為）である。他人の権利を侵害した者は、それに対する損害を補償しなければならない。民法の損害賠償は、損害が発生した後のことを規定している事後補償であるが、漁業の場合には、海面に設置する工作物や埋立工事などが実施される前に、工事中や工事完成後に漁業に与えるであろう損害の額を算定して、事前補償が行われている。

漁業権漁業の場合、漁業権の対価補償（漁業権は譲渡性がなく取引価格がないので、いわゆる収益価格によっている。）と通損補償（漁業権等の消滅又は制限により通常生じる損失の補償）でなされる。一方、許可漁業と自由漁業の場合は、当該漁業の利益が社会通念上、権利と認められる程度にまで成熟しているものについて、漁業権漁業の場合と同様に補償が行われる。ここで注意すべきは、漁業法は補償に無関係の法律である。また、漁業権は、前述しているように、海の支配権や所有権ではなく、漁業権自体が売買の対象ではない。また、漁業補償された海面でも公有水面であるので、関係する法律は全て適用され、漁業法11条1項の規定に基づいて必要がある場合は、再び、漁場計画が樹立され免許されることもある⁽²³⁾。

⑥漁業に係る問題点

前述したように、漁業権は物権とみなされ、土地に関する規定の準用を受けるが、その本来的な性格は土地所有権と全く異なるものである。漁業権は、法的にはあくまでも、営利の目的をもって水産動植物の採捕又は養殖を行う権利であり、水面を支配したり、所有する権利ではない。しかし、漁業者は、漁業権をあたかも水面の支配権ないしは所有権であるかのように認識されている。これは、漁業制度の沿革で述べたように、封建時代には、藩主の水面の領有を前提として、漁場すなわち地先水面は「村々」が所有ないし所有に類する権能を認めるところから発生しており、水面が近代法の民法において土地のように所有権の対象にはならなかったが、日本人の伝統的、歴史的な感覚において、「漁場」は農地や畑と同じもの認識されている。また、漁業者ばかりでなく、埋立業者、港湾管理者等の行政当局ですら、「漁業者に補償して海を買った」という意識がある。

この水面の所有権ないし支配権の認識が、社会通念上法的保護に値する利益として漁業権漁業（入漁権を含む）のみならず、許可漁業及び自由漁業までが、他の海洋利用の形態との利害調整の際の補償対象となる根源となっているのではないか。その結果、単なる営業補償の範囲を越え、上記のような認識を満足できるような形で補償が行われているため、漁業補償が莫大な金額になっている。海の管理を考える場合、この水面に対する認識の変革が最も、重要になると考える。

(2)船舶の航行

船舶の航行は、海の利用の主要な形態である。一口に船舶航行といっても、商船とヨットやプレジャーボートの航行等、目的によって航行の形態が異なる。本項では、特に人や物の移転を目的とする船舶の航行について検討する。

①船舶航行の権利性（航行権）

船舶の航行は権利として保護されるものか、つまり認められるものか検討する。一般論では、船舶の通航は、海（公物）の自由使用にあたり、航行権というものは主張できず、それは単に反射的利益に過ぎないと考えられてきた⁽²⁴⁾。しかし、前述したように、公物の自由使用においても、公物の利用と生活上の利益とが密接に結びついている場合、公物の利用は、「法律上の利益」が承認される⁽²⁵⁾。これを、海の利用で考えてみると、船舶の通航が、人や物の移転（憲法第22条

移転の自由の保障)に、生活を維持するための陸上輸送や航空輸送という代替輸送がない場合に限り、船舶の通航という利用が生活に結びついた場合となり、「法律上の利益」を承認されることができると考えることができる。特に商船に限って見た場合、通航の権利ないし権利性が保障されなければ海上企業の営業はできない。従って、種々の船舶を規律する海事法制の存在は、船舶の航行権が認められていることを当然のこととして成り立っていると解するべきであろう。

国際法上も無害通航権といった船舶の航行権が認められている(海洋法に関する国際連合条約、第17条、18条、19条)。諸外国における船舶の航行権を見てみると、英国では、普通法上の漁業権(the common law right of fishing)に対して、普通法上の航行権(the common law right of navigation)が優先する⁽²⁶⁾。また、米国における判例を中心とした航行権(the right of navigation)と漁業権(the right of fishing)の関係の研究によれば、「この権利(航行権)は公のものであり、それは、コモン・ローによって授けられたただでなく、オレゴン州を合衆国に認める法令によって持続されているのである。漁業権もまた同様に公の権利である。航行権は、公共の福祉(public weal)に最も重要なのである。漁業権は航行権に譲歩しなければならない。両者が必然的に対立するときは、航行権は漁業権を制限し、漁業権が航行権の公正な、有用な合法的な行使を妨害する限りは漁業権を航行権に強制的に従わせる。船舶は一定の針路で航行する権利を有し、停止したり、寄り道をしたり、漁業用の引き網または網を取り扱っている人の行動を待たされるということはない。しかもこの航行権は、国民に船で航行でき水面のあらゆる部分を妨害されずに使用する権限を与え、そして船に一定の針路を航行する権限を与えるのだが、他の権利に注意を払わずに行使してはいけない。公共の水面を航行する航海者は、通常の注意と十分な注意を払って船を取り扱わなければならない。」として航行権、漁業権ともに自然の権利であり、公的権利である⁽²⁷⁾としている。以上のように、欧米では「航行権」が認められた権利として承認されている。

②船舶航行に係る問題点

船舶の航行権に関する議論を概観すると、わが国の法律では、明確に航行権が定められているわけではないが、種々の制約の条件下において一応、一般的に船舶の航行権は認められている権利と考えられる。特に、船舶の通航は、対私人との関係で調整される通航権の効用を最大限に発揮されるよう対行政との関係において主張し得る公権の性質をもつものとして理解される⁽²⁸⁾ともいわれている。問題なのは、わが国の伝統的な公物法理論を、海の利用にそのまま当てはめると、船舶の航行の利益は、単なる反射的利益にすぎないとなる点である。次に、船舶の航行する海域と漁業が営まれている海域とが、わが国の地理的状况によって、重複している海域(例えば、瀬戸内海が顕著である。)があり、それらの海域は特に前述したように、漁業関係者の「海は我々のもの」といった意識が強く、船舶の航行と紛争が絶えない状況にある。また、近年、船舶の大型化、高速化が著しく、東京湾、伊勢湾、大阪湾、瀬戸内海等の船舶交通の輻輳海域では、上記漁業との問題のほか、海洋性レジャーとの紛争が発生しており、ますます船舶の航行上の問題や危険が増大している。よって、海の管理を考える場合、船舶には航行権があるという前提で考えるべきである。

(3)埋立

埋立とは、川、海、湖沼、その他の公共の用に供する水流または水面に土砂等を投入・埋築して、陸地として利用可能な土地にすることをいう。また、公有水面の埋立とは、公有水面埋立法に基づいて、公有水面すなわち国有の水面を埋立てる(一定区域を閉め切って行う干拓を含む)ことをいう。埋立に関して、公有水面埋立法を中心に検討する。

①公有水面埋立の制度

公有水面埋立の構造は、何人の私有に属さない公共の水面において、許可を受けて埋立てると、その土地が埋立てた者の所有になるというものである。公有水面の埋立を実施するにあたっては、都道府県知事の免許を受けることが必要である（同法第2条1項）。埋立を実施しようとする者（免許申請人）は、知事の免許を受けるため願書を提出しなければならない（同法第2条2項）。知事は公有水面埋立免許を交付するにあたり、埋立が法定の事項に適合していない場合は免許を交付することができない（同法第4条1項）。具体的には、埋立に関する工事の施工区域内の公有水面に対して権利（漁業権、入漁権、法令または慣習により公有水面から引水または排水する権利等（同法5条））を有する者がいるときは、権利者の同意を得るか、埋立を実施することによる利益の程度が損害の程度を著しく上回るか、法令により土地を収用または使用する事業に必要なときのいずれかに該当しなければ免許を交付することはできない（同法4条3項）。利害関係人の意見書の提出（同法3条3項）。以上のように埋立てる者と水面権利者との調整が図られている。

②埋立をめぐる問題

公有水面埋立とは国の管理下にあるとされている法定外公共用物としての公有水面の公用を廃止する行為である。公有水面埋立の対象となる海域は、国有に属している水面（海域）であり、実務上、海は国有財産として扱われている。従って、公用廃止の処分権原の根拠を考える場合、国有公物（法定外公共用物であり、自然公物でもある公物）の管理責任の問題として考えるべきである^{（4）}^{2）}という見解がある。基本的には、公有水面埋立のための水面（海域）の自由使用を禁止してその公用を廃止する行政行為である公用廃止は、管理者の裁量権の範囲内であると考えられてきた。自然公共施設の廃止は、われわれの有する資源の合理的に、しかも将来のあり方も含めた考慮の上で行う必要があり、廃止の際の考慮事項が加重されていくべき^{（29）}という見解がある。公有水面埋立にあたり、このような全体的な視点に立った制度が必要である。

（4）レジャー

1980年代後半からわが国における国民の「余暇」に対する認識の高まり、また、「ゆとりある生活」の認識の高揚を背景として、従来、一般的な国民における海の利用は、海水浴、潮干狩り、磯釣り等の海岸付近を利用した比較的簡易なものであったが、プレジャーボート、ボードセーリング、サーフィン、ダイビング、遊漁等といったいわゆる海洋性レジャーとして、海岸付近のみならず、沿岸域の利用が活発になってきている。その結果、古典的な海の利用である漁業や船舶通航との紛争が新たに発生している^{（30）}

通説・判例は、これら海洋性レジャーを海の利用としては、公物の自由使用、一般使用としての公物利用者の利益は、反射的なものに過ぎないとしてきている。その例としては、最も有名な判決で「一般に、海水浴場たる一定の海岸及び海面は、国が管理する自然公物であって、付近住民等において海水浴をなしうるのは、国がその利用を許していること（禁止しないこと）の反射的効果であって、付近住民等が海水浴をなす権利を有するのではない」^{（31）}と判示している。つまり、海洋性レジャーを楽しむという行為は、国民の権利として確立されたものではないとし、その法的保護は非常に弱い、全く保護されないものとしている。しかし、社会的に大きな存在となっている海洋性レジャーの権利性について考えると、一個人が主体となって行為を行うことから、憲法第13条、25条を根拠する基本的人権の権利の一つとして考えることが可能ではないだろうか。この考えは、近年、いわれている環境権を根拠とする。前述したように、塩野教授は、「自然公物がま

さに公共用物として現代の世代にひきつがれたものであるならば、その利用をして、単に反射的利益と見るには大いに疑問がある。むしろ、公物管理者が、積極的に公物管理の方法のシステムを自ら開発し、もって紛争をできるだけこじらせないようにすることが期待されるのであって、いわゆる反射的利益論に安住することが許されないことはいうまでもない」⁽³²⁾と主張されている。

(5) 海水の利用(水利権)

近年では、古来からの海水の利用としての製塩よりも、むしろ、工業用の冷却水や発電設備の冷却水の利用が増大している。さらに、陸上における養殖のための海水利用、深海からくみ上げるミネラル分を多く含んだ深層水の様々な分野へ利用され海水の需要は増加している。海水は、海の一部であり、主要な構成要素である。前述したように、海の所有権は国にあると一般に認めてられている。旧建設省の見解によると、「海水は国有財産上の財産とは解されず、海水の利用採取に関しては国有財産法による処分を必要としない。但し、海水のくみ上げ施設を海底の地盤に固定して設置した場合は、国有財産法の適用をうけると解する。」⁽³³⁾とされている。海水は誰でも自由に利用することができる。但し、誰でも自由に好きなだけ海水をくみ上げて使用できるわけではなく、公序良俗に反しない限りで誰でも自由に海水を利用できると考える。例えば、古来から、海岸付近において、入り浜式製塩を行ってきた地域の付近に、工業施設ができて大量に海水をくみ上げ利用し、利用後本来の海水でない海水(成分等の変化)として排水された場合は、製塩業者は、海水の利用の権利(水利権)を主張できると考える。但し、ここでいう水利権とは、陸上における河川等の水の利用における社会的に認知された水利権とは異なると考えているが、この例の限りにおいて、海水の利用の水利権を主張できるのではなかと考える。また、工業用として利用された後の海水は多分に水温が上昇しており、付近の環境にも、大きな影響を与えている場合には、環境の面からも海水の利用の権利性と義務について検討する余地がある。

以上のように、海水の利用の権利(水利権)が全く権利として主張できないとは考えられない。また、今後、益々海水の利用が増大することが考えられる(例えば、海水から次世代のエネルギー源として有望視されている水素を取り出す等)ので、海水の利用の権利についても検討する余地が多分にあると考える⁽³⁴⁾。

(6) 海における環境権

①環境権とは

環境権が提唱され始めたのは、比較的最近のことである。なぜなら、近年にいたるまで、人間の活動が自然あるいは自然を介して社会に与える影響は非常に小さく無視できる程度のものであったため、自然環境のことを考慮しなくても何ら不都合は生じていなかった。しかし、わが国では、第二次大戦後、急速に工業化を進めた結果、高度経済成長によって経済的繁栄を手に入れた反面、公害や自然環境破壊が増大するという事になった。このような社会情勢の中、四大公害訴訟、その他の公害訴訟や住民運動の盛りあがりの中で提唱されるようになった。

環境権とは「国民が良き生活環境を享受し、かつこれを支配しうる権利」⁽³⁵⁾といった意味に解釈されている。環境権の根拠は、①憲法第13条個人の尊重・幸福追求権および憲法第25条生存権、または②両者に法的根拠があるとする説と、③環境権というものに公害・環境破壊からの自由という自由権的性格と環境に対する国家の積極的な配慮と政策を要請する社会権的性格を認める説がある。また、最近では、公害により農作物への被害が生じたり、土地の利用が制限される可能

性があることから、憲法第29条の財産権の根拠として問題にされてきている⁽³⁶⁾。以上のように、環境権が解釈されているが、学説上争いがある。環境権が立法や法解釈に与えた影響を評価しつつも、その内容や範囲が不明確であるとし、これに否定的な見解が多い。一方、環境の対象を限定し、個別具体的な環境権の構成を説くものがあり、最近の判例においても見受けられるものがある⁽³⁷⁾。

また、環境権が私人の具体的な権利として認められるかという点において、環境権の提唱者は、この権利に基づいて妨害の排除または予防を請求しうる権利があるとし、環境権の具体的な権利性を肯定しているが、判例においては、対象となる範囲、侵害の程度、環境権の主体などが不明確であるとして、これを否定している⁽³⁸⁾。しかし近年、「権利の主体となる権利者の範囲、権利の対象となる環境の範囲、権利の内容は、具体的・個別的な事案に即して考えるならば、必ずしも不明確であるとは判断し得」ないとして、環境権に基づく原子力発電所の運転・差止めの訴えを適法する判例がある⁽³⁹⁾。また、環境権には否定的ではあるが、環境的利益について実質的に肯定する判例が存在する⁽⁴⁰⁾。

以上のように、学説判例とも争いがあり、環境権に対する明確な法的権利は確立していない。しかし、公害に苦しむ一般市民にとって、自分達の生活を守る手段として環境権という法概念は非常に有用である。また、住民の権利としての環境権として、直接環境保全を担保するものにはならないが、環境保全という目的にとって間接的に大きく貢献できるものと考ええる。このように考えると環境権は環境保全に効果的で社会的影響力の大きい権利と思われるので、法制度上の権利として確立されることが望まれる。

②海における環境権(入浜権)

前項では、環境権について概観したが、本項では海に限って環境権または類似のものが成立しているのか検討する。海における環境権としては、入浜権といわれているものがある。では、入浜権とはどのようなものか検討する。入浜権が提唱されたのは、昭和44年3月和歌山市磯ノ浦海水浴場に隣接する第三工区埋立事業に対するものであったが当時は、高度成長をむさぼる社会情勢において受け入れられることはなかった。その後、昭和48年に埋立が進む瀬戸内海地域の兵庫県高砂市の住民が「入浜権」という言葉を用いて運動を始めたことにより、公害や埋立によって、白砂青松の海岸や海がなくなっていく状況に、ようやく社会が目をむけるようになり、「入浜権」が注目されるようになった⁽⁴¹⁾。

入浜権の意義について、次のように述べている。「古来、海は万民のものであり、海浜に出て散策し、景観を楽しみ、魚を釣り、泳ぎ、あるいは汐を汲み、流木を集め、貝を掘り、のりを摘むなど生活の糧を得ることは、地域住民の保有する法以前の権利であった。また、海岸の防風林には入会権も存在していたかと思われる。われわれはこれらを含め入浜権と名付けよう。今日、憲法が保障するよい環境のもとで生活出来る国民の権利の重要な部分として、住民の入浜権は侵されてはならないものと考ええる。しかるに近年、高度成長政策の名のもとにコンビナート化が進められ、日本各地の海岸は埋立てられ、自然が大きく破壊されるに至った。多くの公害もまた、ここから発している。われわれは公害を絶滅し、自然環境を破壊から守り、あるいは自然を回復させる運動の一環として、入浜権を保有することをここに宣言する。」⁽⁴²⁾と宣言している。また、瀬戸内海環境保全特別法第12条の7第2項は、「海水浴、潮干狩りその他これらに類する用に公衆に利用され

ており、将来にわたってその利用が行われることが適当であると認められるもの」を自然海浜保全地区に指定できる旨、規定している。これは、入浜権を制度化したものといわれている。

これまで、入浜権の法的性質を説明するものには、公物利用説、入会権説、公共信託説、環境権説が論じられていたが、1976年の日本土地法学会のシンポジウム「海浜の埋立をめぐる法律問題」以降、入浜権は環境権の一種とする説に集約された⁽⁴³⁾。

しかし、前述したように環境権が現行の法制度や判例において、具体的な権利として認められていない状況では、入浜権も環境権と同様認められることはない。⁽⁴⁴⁾しかし、兵庫県高砂市の入浜運動に見られるように、海浜と地域住民との関わり合い、すなわち「伝統的入浜慣行」と呼ばれる地域共同体を背景にした共同利用慣行、例えば古くからの習俗・慣習など、慣習法上の公物利用権の成立を認め、これを入浜権の根拠と考えることも可能であろう⁽⁴⁵⁾。

では、具体的に海浜と一般公衆または地域住民との関わり合いを見てみると、2つの側面が指摘されている。一つは地域住民の慣習として海浜との関わり方、つまり地域共同体を背景にして展開されてきた海浜の共同利用慣行で、「伝統的入浜慣行」と呼ばれているものと、伝統的入浜慣行が発展し、社会・経済体制の変化から、特に都市化した地域では、地域住民が「経済活動の場」として観光客を誘致するなど地域外の人々も参加できるような海水浴、釣りなどの海洋性レジャーの利用のような営業活動を背景にして展開されてきた海浜の利用を「近代的入浜慣行」といわれるものがある。もう一つは、地域住民に限らない一般市民による自由な海浜の利用、すなわち海浜の自由使用である。特に、大都市に比較的近く、自然の状態が多く残っている海岸は、不特定多数の人々が「憩い」に訪れることが多く、その利用は、海洋性レジャーといった活動をとることが多い。これらの二つの区別は、入浜権の法的処理ならびに法的保護を考える場合に有用である⁽⁴⁶⁾と言われている。

慣習法上の公物使用権が認められるには、①当該公物の使用が長年にわたり慣習として定着しており、かつその主体が特定の人、住民、地域または団体等特定の人々において特別な利益がもたらされていること、②当該公物が平穏かつ公然に長期間継続しており、一般に正当な使用として承認されていることが必要である。前述の「伝統的入浜慣行」や、すでに地域社会の構成要素となっていると考えられる「近代的入浜慣行」は、公物使用権の二つの構成要件を満たしていると思われ、入浜慣行について公物使用権が認められると考えれば、入浜権を権利として主張できるのではないだろうか。しかし、従来の考え方では、一般公衆の海浜の利用は、公物管理の反射的利益であるとされているが、一般公衆による公物の自由使用を行政による公物管理の反射的利益と考えるのは必然ではなく、公物法制や公物管理は、公物の目的に沿った利用および管理を保障することを目的としているのであるから、一般公衆の自由使用を貫くために公物とされているものは、まさにその理由でこれを権利的に把握することができると⁽⁴⁷⁾と述べられている。

近年、「自然享受権」が提唱されている⁽⁴⁸⁾。この権利は、地球規模の環境破壊が進んできたこんにち、環境権よりもはるかに広い規模に及ぶ内容を有している。また、この権利は、自然環境を将来の世代から信託されたものとみる「公共信託論」からも強い影響を受けているものである。さらにこの自然享受権は、我われ人間ばかりでなく、動物も植物も有することができるとされる点に特徴がある。ただ彼らは意思表示ができないので、現在生きている我われに、自然環境を保護すべ

きことが信託されているとされるのである⁽⁴⁹⁾。公共信託論の考え方を、海浜に当てはめると、海浜は一般公衆の共用財産であり、行政はこの管理を委託されているにすぎないことになり、海浜の不当な管理や埋立に効果的に対抗できることになり、権利性を主張できるのではないだろうか。

-
- (1) 原龍之助『公物營造物法 新版(増補)』261～262頁(1982年、有斐閣)
 - (2) 自由使用に基づく使用が反射的利益とする判例は、①道路の自由使用につき、岐阜地判昭和30年12月12日行裁例集6巻12号2909頁、②河川の自由使用につき、松山地判昭和53年5月30日行裁例集29巻5号1095頁、控訴審である高松高判昭和54年8月30日行裁例集30巻8号1444頁、③海(海水浴)の自由使用につき、松山地判昭和53年5月29日行裁例集29巻5号1081頁
 - (3) 塩野宏：「自然公物の制御の基本的あり方」『行政組織法の諸問題』(1991年、有斐閣)、初出、1979年、建設省編、『国土建設の将来展望』
 - (4) 同様に道路の供用に関し、最判昭和62年11月24日判時1284号56頁
 - (5) 横山信二：「海の利用関係」『松山大学論集』第五巻第三号49頁
 - (6) 石川敏行「第5章公物管理行政」村上武則編『応用行政法〔第二版〕』154頁(2001年、有斐閣)
 - (7) 横山信二：「海の利用関係」『松山大学論集』第五巻第三号53頁
 - (8) 磯部力：「公物としての海域利用の性質」『新海洋法条約の締結に伴う国内法制の研究第2号』163頁(1983年、日本海洋協会)
 - (9) 原龍之助：前注(1)271～272頁
 - (10) 原田尚彦：「公物管理行為と司法審査」田中二郎編：『杉村章三先生古稀記念・公法学研究』551～555頁(1974年、有斐閣)
 - (11) 浜本幸生：『[最新]早わかり「漁業法」全解説』9頁(1997年、水産社)
 - (12) 金田禎之：「漁業権等をめぐる諸問題」77頁、成田頼明/西谷 剛編『海と川をめぐる法律問題』(1996年、財団法人河中自治振興財団、良書普及会)
 - (13) 金田禎之：前注(12)77～78頁
 - (14) 浜本幸生：前注(11)10頁
 - (15) 金田禎之：前注(12)78頁、浜本幸生：前注(11)10～11頁
 - (16) 浜本幸生：前注(11)11～14頁、金田禎之：前中(12)78頁
 - (17) 浜本幸生：前注(11)15～20頁、金田禎之：前中(12)79～80頁
 - (18) 金田禎之：『新編漁業法詳解』16～17頁(2001年、成山堂)
 - (19) 金田禎之：前注(18)30～35頁
 - (20) 金田禎之：前注(18)37～38頁参照
 - (21) 平成8年10月28日東京高裁判決
 - (22) 金田禎之：前注(18)277～280頁
 - (23) 金田禎之：前注(18)316～325頁
 - (24) 荏原明則：「海域等の利用関係」『行政法の争点(新版)』159頁(1990年、有斐閣)
 - (25) 横山信二：「海の利用関係」『松山大学論集』第五巻第三号49頁
 - (26) 山戸嘉一：『国際海上衝突予防法』461頁(1946年、有斐閣)
 - (27) 和田啓史「航行権と漁業権」『広島商船高等専門学校紀要第1号』35～46頁(1979年)
 - (28) 石川敏行・村上武則：「第4章 行政法関係」村上武則編『基本行政法第二版』86頁(2001年、有信堂)
 - (29) 荏原明則：『公共施設の利用と管理』20頁(1999年、日本評論社)

- (30) 紛争の例として、①佐賀県唐津市にじの松原地先海岸におけるヨットハーバー沖合の共同漁業権及び区画漁業権（のり・わかめの養殖）の設定海域におけるヨット帆走による事例、②静岡県浜名郡舞阪町今切口地先海域における、好漁場におけるレジャーボート増加による漁業者との事例、③千葉県千葉市稲毛海岸付近における港内のレジャーボートの無秩序航行と係留による事例、④神奈川県三浦市初声三戸地先海岸におけるウィンドサーフィン、ヨットの航走による漁業者との事例、⑤沖縄県宮古島及び伊良部島海域におけるダイビングと漁業者との事例。
- (31) 松山地判昭和53年5月29日行裁例集29号5巻1081頁
- (32) 塩野 宏：「自然公物の制御の基本的あり方」『行政組織法の諸問題』（1991年、有斐閣）、初出、1979年、建設省編、『国土建設の将来展望』
- (33) 建設大臣監房会計課監修：『公共用財産管理の手引＜第2次改訂版＞』8版13頁（1999年、ぎょうせい）
- (34) 慣習法上の海水利用権が成立するとした判例として、大阪高裁昭和37年10月19日判決、下級民集13巻10号2102頁
- (35) 大阪弁護士会環境権研究会：『環境権』158頁（1973年、日本評論社）
- (36) 佐藤英世：「第6章 環境行政」183頁 村上武則編：『応用行政法第二版』（2001年、有信堂）
- (37) 佐藤英世：前注（36）183～184頁。環境権の内容や範囲の不明確な点についての同意見として、原田尚彦：『環境権と裁判』60～61頁（1977年、弘文堂）、個別具体的な環境権の構成する判例として①丸森町廃棄物処分場事件（平穏生活権）、仙台地判平成4年2月28日判例時報1429号109頁）
- (38) 環境権を否定する有名な判例として、伊達火力発電所事件、札幌地判昭和51年7月29日行裁例集27巻7号1096頁、判例時報988号37頁。
- (39) 女川原発建設工事差止請求事件、仙台地判平成6年1月31日判例時報1428号3頁
- (40) 環境権類似の権利の存在を認めたものとして、阪神高速道路事件、神戸地裁尼崎支部判昭和48年5月11日判例時報702号18頁、また、憲法13条後段の幸福追求権から導き出される人格権に基づいて環境利益の保護を行ったものとして、大阪国際空港事件、大阪高判昭和50年11月27日判例時報797号36頁
- (41) 田中唯文：「埋立てと入浜権運動」日本土地法学会『近代的土地所有権・入浜権』160～163頁（1976年、有斐閣）
- (42) 昭和50年2月21日「海を生きしコンビナートを拒否する東京集会」、田中唯文：前注（48）160頁（1976年、有斐閣）
- (43) 篠塚昭次：「長浜町入浜権事件」『別冊 ジュリストNo. 126 公害・環境判例百選』175頁参照、入浜権を環境権の一種とする同様の論として、淡路剛久：「「入浜権」の序論的考察」『判例タイムズNo. 368』11頁
- (44) 入浜権をめぐる有名な判例として、長浜町入浜事件、松山地判昭和53年5月29日行裁例集29巻5号、1081頁
- (45) 伝統的な入浜慣行を考慮したと考えられる判決として、牛深市し尿処理場建設禁止仮処分事件、熊本地判昭和50年2月27日『判例タイムズ318号』200頁
- (46) 淡路剛久：前注（50）15～16頁
- (47) 淡路剛久：前注（50）16頁
- (48) 1986年日本弁護士連合会「自然保護のための権利の確立に関する宣言」
- (49) 山村恒年：『自然保護の法と戦略』第2版396頁（1994年、有斐閣）

第三章 日本の海の管理にむけて

第一章では海について、第二章では海の利用と権利性について検討した。本章では、これらの検討をふまえ、日本の海の管理にむけて法的側面と政策的側面について、若干の私見を述べる。

(1) 法的側面

海に関する行政法の観点での議論は、その多くが沿岸域（陸地に近い海域）を念頭とされている。それらの多くは河川や道路に準じた形で述べられ、伝統的な公物理論の枠内で、公物管理の根拠、原権を意識したものである。しかし、海は、沿岸域のみではなく、領海、排他的経済水域、公海へと連続的であり、全世界に及ぶ。海の国際性を前提とし、国際法を視野に入れた上で、従来の公物管理の考え方（機能管理、財産管理）から離れて考えなければならない。海の管理法制としてどのような形が考えられるか示す。

① 公物管理からの脱却

これまでの、日本の海や海岸の管理は、どちらかといえば防災面を重視し、災害からどれだけ陸域を守るべきかの観点から法制が整備され、防災面の機能管理に重点が置かれていた。しかし、1996年の海洋法締約により、海洋の開発・利用・保全の義務が生じ、1997年の河川法、1999年の海岸法、2000年の港湾法、2001年の水産基本法をはじめとして、海に関する法律の改正が実施され、防災重点から環境や利用調整へ変化が見られる。

一方、日本の海の利用状況を見れば、以前の海の利用は、社会・経済活動が比較的単純であったため、漁業、船舶交通、埋立等の個別目的による利用規制のための最小限度の法令によって、海に関する法秩序の維持、利用をめぐる権利・利益の調整、紛争の解決等が可能であった。それ以外の法の空白部分は、慣行、慣習法、明治初期の政府文書、地方公共団体の条例・規則、判例、通達、行政実例等によって維持されてきた。しかし、現代においては、これらの位置付、評価、解釈、適用をめぐる学説や関係省庁の見解が対立している。また社会・経済活動が活発化・重層化したため、各々の活動の対立や紛争が発生している。更に科学技術の発達により、海の利用は旧来の限定された利用にとどまらず、様々な新しい利用形態が出現しており、海の秩序はカオス状態である。また、海に関する法律や船舶に関する法律等が多数制定されているが、それらの法律は、それぞれ独立的に機能しており、法律間や法律の存在しないものとの調整規定が少なく、時には権利が対立する場合が生じている。

海に関する法制として、公物管理法や国有財産法・地方自治法における財産管理から、公物自体の安全確保、公物利用秩序の維持、異なる利用形態の総合調整、公物の機能改善を目的とした大きな法理念の下に海の管理に関する法の再構築が必要である⁽¹⁾。

② 「公共信託論」⁽²⁾について

イギリスの法制の流れを汲むアメリカでは「公共信託論」という理論による法制度が存在し、モン・ロー上の理論として発展してきた。前項で見たアメリカの沿岸域管理法は、「公共信託論」を「公衆の最良の利益」のためという従来の理解から進めて、航行、通商及び漁撈等を認め、保護するためのものから、それらの保護の前提として、海岸や河川をそれ自体保護し、環境を保護するための法である。また、私人の公物に対する使用権または利用権（具体的には、通行権や自由使用権）を構成し、市民訴訟を認める点で大きく異なる⁽³⁾。また、いわゆる入浜権の法理論的基礎として、公物の管理はもともと国民から国家・公共団体に信託されたものであり、公権力による恣意的な公

物の廃止・変更は信託違反として許されないという、英米法において形成された「公共信託」の法理を加える新説として主張されている⁽⁴⁾。この説は、伝統的な公法理論の変革も踏まえ、住民参加の新しい政治・行政体系への展望をも拓く雄大な学説である。現行憲法の基礎的立場にも適合し、多くの共感を呼び起こした⁽⁵⁾と評価されている。

日本では、公物の自由使用は他人の自由使用を妨げない限りにおいて認められる反射的なものとされており、基本的に何らかの権利が付与されていない。このような状態によって、自由使用は法的保護が非常に弱く、本来的な使用でない許可使用や特許使用が法的に強く保護されるという矛盾が発生している。日本においては、船舶の航行は正に反射的利益とされており、漁業などの許可使用や特許使用との対立が生じている。近年では、自由使用についても状況によってある程度の権利性が認められる事例も存在する⁽²⁾が、個々の事例を詳細に検討する必要がある、普遍的な法理を導くことはかなり困難である。しかし、日本には、古くから「入会」といわれる「公共信託論」の概念に近いものが存在する。この「入会」の概念を海の管理法制に適用することについて検討する。

③「入会」の概念適用について⁽⁶⁾

(i)「入会権」とは

「入会権」とは、一般的な概念として、部落や組と呼ばれる、一定の地域に住む人々が、ある山や沿岸区域を集团的に、共同で利用し、管理することであり、よく知られているものとして、入会林野がある。

民法は、「入会権」を物権の一種として定め、共有の性質を有する入会権と共有の性質を有しない入会権という2種類の入会権について規定を置いている。共有の性質を有する入会権については、各地方の慣習に従うほか共有に関する規定を適用すると定め(民法第236条)、共有の性質を有しない入会権については、各地方の慣習に従うほか地役権に関する規定を準用すると定めている(民法第294条)。しかし、民法は、「入会権」の定義について何ら規定していない。一方、学説は、「入会権」とは、「一般に一定の地域の住民が、一定の山林原野などにおいて、共同して収益(具体的には主として雑草・稈・薪炭用雑木等の採取)する慣習上の権利である」と定義している。

「入会権」は、入会地盤との関係から見ると、以下の3種類に分類される。

- (a) 1つの村落がその所有する入会地を共同利用する村中入会
- (b) 数個の村落が所有する入会地をその数個の村落で共同利用する数村持地入会
- (c) 1つの村落が所有し利用している入会地を他の村落が利用する他村持地入会

(a)、(b)及び(c)の一部が、共有の資質を持つ「入会権」であり、(c)の一部が共有の性質を持たない「入会権」と解されてきた。しかし、「入会権」は慣習上の権利であるから、その法律関係はすべて慣習によって定まり、民法の規定の適用の余地はないと解するのが通説である⁽⁷⁾。現在では、「入会権」は権利者である一定の村落民(入会団体)に総有的に帰属するというのが通説・判例となっている⁽⁸⁾。最も、その具体的内容は、入会団体の構成員各人は、入会団体の総有に属する山林原野につき、共有持分又はこれに類する管理処分権を有しない。これに対して、「入会権」の対象である山林原野において使用収益を行う権能は、入会団体の構成員たる資格に基づいて各人に認められ、入会団体で定められた規律に従わなければならないという拘束はあるが、構成員が各自単独で行使することができるという解されている。

「入会権」は、徳川封建時代以前からの遺制であり、明治時代に近代的所有権制度が確立されて以来、近代的所有権制度との矛盾あるいは対抗関係を通じて、現在に至るまで権利の内容を定める慣習自体が変化を続けており、また、入会権の解体现象も見られる等、その内容を一般的に明確に説明することは困難な状況である。現在では、利用形態別に4種類に分類されて説明されている⁽⁹⁾。

- (a) 入会権者が入会団体の規制の下に共同して入会地から収益し、自己の消費に当てる古典的な個別的利用
- (b) 入会団体が造林・植林事業等を行い、団体としてその産物を取得する直轄利用
- (c) 入会地を分割して個々の入会権者の個別的利用に委ねる分割利用
- (d) 入会団体が入会権者でない者との契約によって入会地の利用を認める契約利用

(ii)「入会」の概念

ここでは入会林野と入会漁場を例として、「入会権」における「入会」の概念を検討する。入会林野は、村や部落の人々の共同の草刈場や薪取りの山であり、その林野の中で自由に草や薪を採ることができ、村落の全員がそれらの権利を持っている。また、各々が自分勝手にそれらの林野を利用すると、たちどころに入会林野は荒れ果てて利用できなくなってしまうため、自由に利用することができるものの制限（山入の時期、採取できる物・量、人数、道具、採取した物の使用等）が決められていた。入会林野等は、村落共同体に共同所有され、処分管理の権能は共同体に属し、使用収益の権能は村落の構成員に属しており、その性質は「総有」と解されている⁽¹⁰⁾。

海の入会漁場については、1741年「律令要略」に「山野河川入会 一つ 村並之獵場は、村境を沖え見通し、獵場の境たり 一つ 磯獵は地付き次第なり、沖は入会 一つ 川は附寄次第に随ひ、中央境たり」と記載されている⁽¹¹⁾。江戸時代、漁場は「磯獵場」と「沖獵場」に区別されて利用されていた。各藩の藩主がそれぞれ、土地と同様に「磯獵場を領有する」ことを前提として漁業行政が行われていた。「磯獵場」は、地附の村に利用する権利を与え、小規模な漁場を村民に広く利用させていた。「磯獵場」の沖に、「沖獵場」があり、「沖獵場」は各藩の藩主の領域ではなく、一般に誰でも自由に漁業をすることができ、「漁獵入会場国境無差別（漁獵入会いは、国境の差別なし）」とし、国境（藩境）付近の沖合漁場では、国境に関係なく、両方の国の漁民の自由な入会いの漁業を認められていた⁽¹²⁾。

「入会」の概念は、環境の利用の自由を保障し、様々な共同体的慣習法的拘束の下に成立していた環境利用の秩序のための「共生共助」であり、自然的ないしは慣習法的に成立していた「公共的な物の管理に関する規範」といえる。

(c)「入会」の概念の導入

人類は、古代から近代に至るまで、農耕や狩猟を基本とする「環境依存型」の生活であり、「慣習法的環境利用秩序」を維持していたが、世界では産業革命後、日本においては、明治維新後、これらの慣習は悪習として極限まで最小化し、全て近代市民法の権利関係に置き換えられた。それら近代法は日本に今日の発展をもたらしたが、人と環境の関係を悪化させる結果となった。

日本の海について見てみると、海という資源の利用は、社会・経済活動が活発化・重層化したため、各々の活動の対立や紛争が発生している。更に、海は公物であり、公物の自由使用については、他人の自由使用を妨げない限りにおいて認められる反射的なものとされており、基本的に何らかの

権利が付与されていない。しかし、このような状態は、法的保護が非常に弱く、本来的な使用でない許可使用や特許使用が法的に強く保護されるという矛盾が発生している。海という資源の利用は、現状では種々の利用が入り乱れた状態であり、その状態を高度な秩序ある利用に変革させるためには、権利の優先関係を議論するのではなく、全ての海を利用しているものが「共生共助」の考えに立ってそれぞれの活動を見直し、「自己のみの利益の追求」から「海という資源の保全との関係から自己の活動と利益範囲の策定」に考えを変化しなければならない。この考えは、正に「入会」の概念である。海に関する法制の再構築の基本理念として、改めて「入会」の概念を見つめ直し、「環境利用の自由を保障し、環境利用の秩序」として取り入れ、法が複合的に機能するようにすべきである。

(2)政策的側面

現在、海の管理に関しては、海という有限の空間あるいは資源という性格から、様々な利用の競合が生じるため、現在、利用の調整という手段がとられているが、現行の調整は、関連している海の利用の個々の利益をできるだけ確保することと言い換えれば、利益確保の均衡点を見つけ出すことに終始し、海という資源の保全や環境問題に対する意識が少ない。海の管理あるいは利用の調整を目的とした管理法が存在しない現状では、それらの法律の制定に向けて、議論することが必要であり、そのためにも、時間はかかるが最も公共性の高い次元での合意をなす為に、第三者的調整機関による合意形成方式により、行政・学識経験者・海を利用する関係者が協力して、お互いの理解を深め、相互に理解を深めた上で、「自己のみの利益の追求」を目的とせず、全体との関係から「自己の利益」の範囲を決め、海という資源の保全を考慮した管理・利用の合意を考えていかなければならない。

①管理の範囲

海といっても、公物管理法の存在している区域と一般海域のような法定外公共用物のような区域が存在する。沿岸域とその他の部分に分けて管理する。沿岸域では、漁業、養殖、埋立、海洋性レジャー等の利用調整・管理を中心に一元的に行い、その他の部分は航路等の別次元の管理を行う。

②管理主体

次に管理主体の問題である。海の所有権が国にあり国有であることは既に述べた。このことより、国が一元的に管理することも考えられるが、各地の状況により、より地域に根ざした管理主体のほうが現実的である。沿岸部分については地方公共団体、その他の部分および航路等については国という二元管理とする。その際の最小単位は市町村とし、広域について検討すべきものは都道府県を主体とすべきである。

③行政内の協働

地域の事情にあった管理であるといっても、隣同士の市町村や都道府県で全く異なった方法をとることは、返って混乱を招くこととなる。そこである程度、統合されたアプローチが必要であると考え。隣接した地域における協働が必要である。

④管理の本質

海は、様々な利用が錯綜する区域である。よって、管理といっても今までのような公物管理ではなく、海自体の安全確保、利用秩序の維持、異なる利用形態の総合調整、沿岸海域の機能改善を目的とした管理とすべきである。

⑤行政の枠組み

国レベルでも法律ごとに海・沿岸海域の管轄が異なり、同様に地方公共団体内でも管轄が異なっている行政の組織を、海・沿岸海域を一括管理する組織に変更し、責任と権限を明確にする必要が

ある。

⑥住民・市民の参加

沿岸海域の管理に関し、地方公共団体と地域住民すなわち市民との間で、「共治」を行っていくべきである。これは、行政の政策に市民からの意見を聴取するP C（Public Comment）を更に発展させ、行政と市民の双方向の交流を活発化し、多様なニーズを政策立案と執行過程に反映させるP I（Public Involvement）を目指す必要がある。

⑦教育の必要性

より良い海の管理を行うためには、そこに参加する住民、市民の考えかたがより重要である。特に沿岸海域では、様々な利用が錯綜していることにより、各利用形態の利益維持・拡大を図ろうとし、調整が難航・長期化し、更に沿岸海域の環境の保全、環境負荷の増大に関してあまり関心が払われていない状態である。そこで、海を真正の公共用物と考え、公共信託論や入会の考えを積極的に導入し、「自己のみの利益」を求めず、全体の中の一私人という観点から当初の目的の変更または縮小することにより、全体的な調整を図るコンセンサスを育成する必要がある⁽¹³⁾。

⑧民間と行政のパートナーシップ（Public Private Partnership : PPP）

すべてを行政が取り仕切るのではなく、既存の協議会等のNPOとの協働により、沿岸海域の管理・利用調整の役割を分担する。この場合、行政側は公共の安全と秩序の維持の責任を取ることを明確にしておかなければならない。また、新たに行政が動くよりも、今までに形成された信頼関係を基にスムーズに活動できるメリットがある。

⑨経済的な誘導

経済的な手法としてコントラクティングアウト（行政事務の外部委託）の一種であるP F I（Public Finance Initiative）を活用して、沿岸海域の管理や整備を行うことが考えられるが、この場合、行政側は公共の安全と秩序の維持にのみ責任を負担し、極力、民間側の活動を規制しないようにすべきである。また、海を利用する者からの利用者負担によって、周辺環境の整備にあてることも考えられる。

⑩第三者によるチェック機能

民間と行政がパートナーシップを実施した場合、汚職や癒着などの問題が生じてくる。これら二つの部門が腐敗に陥らないように、情報の公開を積極的に実施する必要がある。例えばN G OのW e b上での公開等が考えられる。

⑪客観的な評価方法

科学的、生物学的な裏付けに基づく評価が必要である。環境保全を考慮した海の利用の尺度として、その利用によって生じた、あるいは生じると予測される環境破壊を復元するために必要なコストを試算し、コストを比較することによって、主観的な主張がなされ、かつ公益性が曖昧にされがちな場で、多くの当事者に一定の判断材料を与えることができる。

⑫警察の積極的介入

近年、国民の安全、環境の保全等に関する意識が高まり、危険等の回避のため行政に対して的確な対応を求める傾向が強く、行政の危機管理責任は益々大きくなっている。しかし、いわゆる「民事不介入」により、ただ公共の安全と秩序を維持するという消極的な目的のためにのみ警察権が発動し得るのであるが、紛争や海難が発生する蓋然性の高い場合には、のちに不作為の問題等が発生する可能性があるため、積極的に管理・調整する必要がある⁽¹⁴⁾。

-
- (1) 公物管理から環境管理への論文として、磯部 力：「公物管理から環境管理へ」成田頼明先生横浜国立大学退官記念『国際化時代の行政と法』27頁以下（1993年、良書普及会）、また自然公物の管理に関して塩野 宏：「自然公物の管理の課題と方向」建設省編『国土建設の将来展望』1131頁以下（1979年、ぎょうせい）
- (2) 公共信託論については、Sax. Public Trust Doctrine in Natural Resources Law : Effective judicial Intervention, 68 Mich. L. Rev. 471(1970).木村 実：『土地環境法の理論』130頁（1978年、ぎょうせい）、畠山武道：「公共信託論の展開（1）－（4）」判例タイムズ545～549号、山川洋一郎・高橋一修：『環境の保護』（1974年、岩波書店）その他多数。
- (3) わが国においても、公物の利用権や使用権を認めようとするものとして、道路の自由使用に関し最判昭和39年1月16日民集18巻1号1頁以下、道路の供用に関し、最判昭和62年11月24日判時1284号56頁
- (3) 荏原明則：『公共施設の利用と管理』31、35頁（1999年、日本評論社）
- (4) 田中唯文：「入浜権の法的構造」高崎裕士・木原啓吉共編「入浜権」83頁（1977年、ジャパン・パブリッシャーズ）
- (5) 篠塚昭次：「長浜町入浜権事件」『別冊ジュリスト 公害・環境判例百選No. 126』175頁
- (6) 入会林野に関しての研究として、中尾英俊：『入会林野の法律問題』（勁草書房、1984年）。入会権に関しての研究として、渡辺洋三：『入会と法』（東京大学出版会、1972年）、川島武宜：『慣習法上の権利』（川島武宜著作集第8・9巻）（岩波書店、1983年、1986年）、戒能通孝：『入会の研究』（一粒社、1958年）。
- (7) 中尾英俊：前注（6）54頁
- (8) 中尾英俊：前注（6）100頁、最高裁判所判決昭和41年11月25日民集20巻9号1921頁
- (9) 中尾英俊：前注（6）34頁
- (10) 中尾英俊：前注（6）100頁、ゲルマン社会および中世ドイツ社会の特徴とされる村落共同体も同様のものである。原始共産制のあとゲルマン人の村落定住とともに生じ、林野や牧草地を共同所有（総有）し、耕作の分担が割り当てられる。その総有地をマルク（Mark）という。しかし、マルク共同体の存在については論争が多い。
- (11) 金田禎之：「漁業権等をめぐる諸問題」77頁、成田頼明・西谷 剛編『海と川をめぐる法律問題』（良書普及会、1996年、財団法人河中自治振興財団）
- (12) 金田禎之：前注（11）78頁、浜本幸生：『[最新]早わかり「漁業法」全解説』10～11頁（水産者、1997年）
- (13) 教育の先進的な例として、滋賀県は琵琶湖の環境を守るために、1980年より小中高校の生徒を対象として船舶乗船を含めた環境教育を実施している（<http://www.pref.shiga.jp/edu/>）。
- (14) 同様な意見として磯部 力：「公物としての海域と海域利用の性質」、『新海洋法条約の締結に伴う国内法制の研究第2号』163頁（1983年、日本海洋協会）