

# 公共の福祉と漁業権

## —公権力による漁業権の侵害—

青 塚 繁 志

### On the Relation between the Public Policy and the Fishery Right

Shigeshi AOTSUKA

#### 第 1 公共事業の概念と漁業権

旧漁業法は漁業生産の基本である漁場の資本主義的支配を秩序づけるために漁業権制度を採用していた。漁業権制度は、定置漁業権および区画漁業権における強力な物権的効力と専用漁業権における総有的共同所有の技術を採用することによって、ひとまず漁業資本主義の発展と漁村共同体の維持との調和に役立った。

その反面戦前においてさえ、その強力な排他的効力はとくに漁村の封建的漁場支配と結合することによって批判の対象となり、漁村における資本主義をめぐって、網主層、漁民層それぞれの立場から多くの欠陥を指摘されてきた。いわば資本主義のもたらす社会経済的矛盾が、漁業権のもつ資本主義法的性格の批判として集中的に表現されたといえる。

一方、日本資本主義のなかにおかれた漁業権が、先進産業や種々の国家事業のために、その物権的効力のみならずその存在さえも一片の行政処分によって消滅されるという、弱小産業の立場を表現したことも周知のことである\*。

戦後の漁業制度改革は、日本国憲法に主導されながら、新しい社会法的権利としての漁業権を生み出した。それは民法1条にいう私権の公共性をはるかにのり越えた第三法域的権利概念への止揚である。そして漁業権に関する経済学的研究の多くはこの点に集中されている。

然しこの漁業権の変化は専ら漁業内部のそれであって、総資本との関係における性格は、明治漁業法のそれをさらに強化した形となっている。それは、漁業法における剝権処分の民主化（例えば漁業法39条）とは別個に、公共の福祉の名のもとに多くの特別立法によって行われている\*\*。

これら漁業権の権能を制限、停止、消滅せしめる各種法令は、公衆衛生文化、国土保全等に関するものから、農地、工場敷地、発電設備、海上運送、通信等産業発展のためのもの、さらに特殊の軍事目的のものにおよんでいる。そのすべてが「公共」の立場から漁業権を規制するものであることは、土地収用法3条の法意からもうかがわれるところである。

\* 青塚「漁業法の性格と問題点」（社会法綜説下539頁以下有斐閣）参照、例えば耕地整理法（明42法30）、土地収用法（明33法29）、公有水面埋立法（大10法57）、河川法（明29法71）、電信法（明33法59）、要塞地帯法（明32法105）、軍港要港規則（明33海軍省令7）。

\*\* この種の現行法は戦前からの公有水面埋立法、河川法のほか、戦後さらに強化され、いわゆる公益的事業のすべてを漁業権に優先せしめた新土地収用法（昭26法219）をはじめとして、農地造成のための農地法（昭27法229）、土地改良法（昭24法195）、それぞれの事業遂行のための電源開発法（昭27法283）、鉱業法（昭25法289）、海岸防護または漁港、港湾の修築、管理のための漁港法（昭25法137）、海岸法（昭31法101）、港湾法（昭25法218）、港則法（昭23法174）、または海運通信施設を確保するための水路業務法（昭25法102）、公衆電気通信法（昭28法97）、自衛隊演習遂行のための自衛隊法（昭29法165）あるいは駐留軍演習のため漁船操業を制限する昭和27年法243号、昭和29年法148号、その補償を定めた昭和28年法246号等々各方面におよんでいる。このほか伝染病予防法（明30法36）、都市計画法（大8法36）、文化財保護法（昭25法214）も特殊公共目的のための漁業権の停止、収用を定めたものである。

戦後における国民経済構造の変化は、戦前以上に漁業生産を総資本に従属せしめるための法的保護を余儀なくさせている。この場合、その立法政策上の規準は、憲法12条の権利濫用禁止と、29条に定める財産権の保障および公共のための使用取用の精神である。漁業法の一般法である民法は、その第1条にこの最高規範をうけて、私権の公共性と濫用禁止を規定し、漁業権のあり方にたいする国家的要請をしめしている。

戦後の漁業制度改革は、漁業権の財産権たる性格を維持せしめると同時に、その物権性に甚だしい制約を加え、公共の福祉に従わしめた。それは単に漁業権にたいする公共福祉の機械的優先ではなく、多数漁民の労働生産性の上昇を基礎として、漁業生産関係の民主化と生産力向上を実現するための権利として規定した（漁業法1条）。いわば漁業権制度における「公共の福祉」概念の確立である。漁業自営主義の採用（漁業法30条）は、憲法12条の「常に公共の福祉のために利用する責任」を漁業権者に負わしめたものである。

これにたいし、漁業以外の面からの公共的要請が漁業権効力の制約の形で行われている。この場合の「公共の福祉」は、その言葉のもつ魔力と後進産業の追従性によって至上命令的に漁業権を従属せしめているといえる。憲法、民法に定める権利濫用禁止と公共福祉の優先の具体的内容は、厳正な法律的解釈によってではなく、その時々の方政策的解釈によって決定されている疑義がある。

とくに漁業権の場合の漁業外部からの公共優先思想は、漁業が後進産業たるの故に非公共であるかの解釈による場合がしばしば見受けられる。この典型は、総資本的立場や政治的発言権の強い産業、そしてその頂点としての国営または国によって代言せしめる場合である。これらの公共福祉の内容は極めて偏向的であり、憲法の定める国民経済的見地に立つ公共の福祉ではない。

漁業権は「公共の福祉に適合するよう」漁業法で定められた財産権である。憲法は財産権の不可侵とともに、正当な補償によってのみ公共のためにこれを用いることができる旨を定め、かつ、国民が不断の努力によってこの基本的権利を保持することを要請している。

漁業権は、すでに旧法におけるローマ法的物権から、新憲法の下における権利内容に变革せしめられた。かつ民法物権のごとく公共福祉優先と濫用禁止が権利行使上の理念としてかかげられるのではなく、漁業法によって具体的な効力規定にそれらの要請をとりいれている。漁業権の不可侵を強調することは、漁業法の新理念たる国民経済的見地になつて制度改革を貫徹し漁民経済の向上をはかるだけではなく、外部からの漁村経済の破壊を防止することでもあるといえる。

旧漁業権制度の欠陥に対する民主化的批判は、とかく漁業権の財産権的性格を軽視するの風潮を生ぜしめた。然し現在、漁業権は国民経済の最下層にある漁家の唯一の財産権たるの社会経済的性格を有している。とくに組合管理漁業権としての共同漁業権や区画漁業権の大半は、憲法に保障する生存権の内容と化している。それは拡大再生産や資本家的富を生み出す生産手段の法的表現ではなく、まさに生活権の財産権として存在しているのである。漁業権の排他的効力は、その最低生活を維持するための漁場支配の法的手段であることがしばしばである。

現在各地にみられるいわゆる漁業被害は、その内容により、漁場紛争の形態を異にしている。工場排水による水質保全の漁場紛争等は、その激化することの大きいことで典型的なものであるが、法律によるいわゆる公共のための漁場喪失は、漁民の抵抗を不可能ならしめ、紛争の形態よりは、陳情の形態として内攻しているのが実態である。それは漁民の権利意識の低さからではなく、総資本的重圧と合法的抵抗理論の欠如によるものである。そのような法による権利要求ではなく、政治的陳情、個人的陳情に依存する侵害との妥協は、漁村の第一次集団的性格をより一層強化するのに役立つのであり、漁業法理念の崩壊を導く因となる。

公共の福祉と漁業権の均衡は、以上の現実から出発する必要がある。憲法の求める公共の福祉の要請は、漁業者の無権利を意味するのではなく、その正当なる権利行使と公共の調和にこそある。正当なる補償を伴うとはいえ、公共のための使用、取用は例外的措置として考慮するべきである。補償がすべての漁業権侵害を正当化するものではなく、憲法上容認されるべき正しい「公共の福祉」概念の確立こそが第一義の問題である。

正当な公共的漁業権侵害とは何か、その現実の行使は漁業権の効力をどの限界に制約すべきものか、公共事業の名のもとに行われる漁業権侵害とその不法行為性の成立の限界は何処に求められるかの課題が今後の研究対象であろう。

本論は、港湾事業をとりまく漁業権侵害について、上述の課題の一斑に資するものである\*。

## 第2 港湾法における漁業制限

### (1) 港湾区域秩序保持のための水面占用許可

港湾法は「港湾管理者の設定による港湾の開発、利用及び管理の方法を定めることを目的」とするものであるが、その目的遂行のため、港務局または港湾管理者である地方公共団体に、各種の強行法的権限を付与している。

このうち漁業権と関係するのは、港域法（昭23法175）すなわち港則法の適用ある港湾のすべてではなく、港湾区域が設定される重要港湾（昭26政令4号同法施行令1条別表第1）および地方港湾と、それに隣接し鯉湾管理者の長が指定する港湾隣接地域である。

同法は、港湾区域の定めのない港湾予定水域でも、とくに定めた水域の公示があったときは、港湾区域設定港湾とはほぼ同一の漁業制限を行いうることとしているが（港湾法56条3項）、実態的に同法の目的からみても問題となるのは、重要港湾および港湾地域を指定する港湾である\*\*。

港湾法37条は、港湾区域内または港湾隣接地域では、漁業に関係する次の行為は港湾管理者の長の許可を必要とすると定めている。「港湾区域内の水域または公共空地の占用」。すなわち港湾区域内水域の占用は港湾管理者の長の許可を受けなければならないが、その許可基準は「港湾の保全に著しく支障を与え、又は港湾の開発発展に関する港湾管理者の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は許可をしてはならない」（港湾法37条2項）とされている。なお港湾区域内の水域とは、「水域の上空45メートルまでの区域及び水面下5メートルまでの区域」をいう（港湾法施行令13条）。

ここで問題となるのは、水域の占用の意義と許可基準の解釈である。水域の占有は、例えば定置漁業、のり養殖その他の区画漁業はほとんど該当するのは当然であるが、一般漁撈作業はいわゆる占有にあたらぬことは、港湾法立法目的からもあきらかである。

つぎに、当該水域内のすべての占用的漁業が操業を禁止されるのではなく、港湾の保全と開発発展に支障をきたす場合のみである。具体的には、航路および港湾施設の利用を妨げまたは港湾工事を阻止する場合である。すなわち港湾法秩序の面からは、港湾区域の開発発展、その安全保持が漁業権にたいする公共福祉的優先性を有しているのである。この船舶の航行、てい泊、けい留の確保は、漁業法においても、漁業調整上の事由とならんで公益優先的立場から、漁業権の変更、取消または行使の停止の適用対象となっている。

### (2) 港湾事業施行と水面占用権の競合

港湾区域水面の利用について、港湾事業実施と漁業権行使は、相併存し、部分的に重複して排斥しあい、または完全に併立不可能として一方が消滅しさらなければならない三つの場合が考えられる。

このような水面の重疊の利用は、水面使用をその事業の内容とする各種事業に共通のものであって、漁業権にたいする関係で最も顕著に相排斥しあうのは、電源開発のための人造湖使用、その他にみられる河川利用の場合である。したがって、漁業法は漁業免許のほか、河川法（17、18条）その他の法令に定める場合は水面の特別使用許可を必要とするのを認め（漁業法29条）、この場合漁業権の効力は、当然には当該水面使用権をふくむものではないとする建前をとっている。

すなわち工作物その他によって水面を占有する場合は、公物の一般使用の範囲を超えるものであつて、行政庁の許可による公物の特別使用関係を必要とするとされ、当然に他の権利行使との調整その他公物利用目的の完遂のため、漁業権行使を制約せざるをえないこととなる。

したがって、河川、海面等の公物特別使用の場合、漁業免許による漁業の規制のほか、法令による公物使用許可の制約が存在することになる。前述した水面利用の三つの場合のうち、一般的に漁業権行使が他の権利との水面利用上の衝突をきたさない場合は、ほとんど公物の一般使用と異なる状態を呈するであろう。以下にのべる熊本県下港湾内漁業権の場合も、従来は港湾法または港則法による占有許可は得ておらず放任されていた。おそらく法規上は公物使用許可を強行的に規定する港湾関係法の場合も、この例に属するのが全国的ではあるまいか。水面利用上の衝突があつてはじめて特別使用許可の手続きをさせるのが通例で

\* 別掲「干拓と漁業権」も本論文に続いて同一目的のもとに論述したものである。

\*\* なお漁港法指定漁港は港湾法の適用がない（港湾法3条）。

あろう。

つぎに、部分的に漁業権者による水面占有が不能の場合は、許可に附した条件を変更して他の妨げない水域について継続せしめる以外に方法はない。この場合、部分的不能の故を以て、港湾法37条2項に定める不許可に該当しない他の漁場区域の水面使用許可をも取消すことは違法処分となる。

この許可条件の変更による部分水域の変更取消は、正当な許可によりかつ合法的な漁業権の行使にたいするときは、当然に損失補償の対象となる。港湾法はかかる場合の規定を欠いているが、それは条件として「港湾区域の秩序を紊してはならない」とか、「港湾工事を妨げてはならない」とかの制約を附する前提のためと思われる。この条件に反して操業を行う場合は、当然に許可の取消、効力の停止または条件の変更の処分 に附され、ときに占有のための施設の移転、撤去を命ぜられる（港湾法37条の3）。

また占有の全域にわたって並存が不可能に至った場合は、部分的占用水面の取消と同一の論理で許可の取消となる。

この部分的占用水面の取消および許可の取消は、条件に反する行為にたいする処分として行われる場合であっても、上記のような条件内容の場合は当然損失補償の対象たりうると考える。何故なら、かかる場合の条件違反の要因は、もつぱら港湾工事予定計画の拡大変更、港湾設備の変更に起因し、正当な漁業権行使、占有許可行使の状態にある漁業者側にはないからである。したがって、漁業者が正当な権利行使または許可の使用をなしている限り、前掲条件違反に該当し港湾法37条の3の適用をうけ許可取消処分をうけることはない。

問題は許可に当って、将来工事計画その他の港湾施設計画の変更に際し許可を取消す旨の取消権の留保がある場合である。然しこの場合を港湾法本位に解釈するとしても、漁業権の補償なくして取消をなすことは違法の責を免れない。港湾法は、他人の土地への立入りと非災害の場合における土地の一時使用等についてのみ損失補償をなすことを規定している（港湾法55条の2～4）。一方、漁業法はかかる場合に漁業権を制限、取消する際の損失補償の規定を設けている（漁業法39条）。水面占有許可の消滅は、結果的に漁業権の消滅を必然ならしめるものである。憲法17条の国または公共団体の賠償責任の場合の不法行為、および国家賠償法にいう違法の損害は、かかる場合の違法性をふくむものと解釈する。また同29条に定める財産権の正当な補償規定は、占有許可取消に起因する漁業権の不能的無償取消（例えば瑕疵ある漁業免許の取消）を許すものではない。

かかる場合の合理的取扱は、漁業法39条による変更、消滅の剝権処分である。然し漁業権内容の実現不能を理由とした無償免許取消も不可能ではない。重要なことは、漁業権行使の不可欠の前提となる港湾法による水面占有許可処分が、無補償で取消されうることであり、その場合の附帯条件の拡大解釈である。港湾区域保全の公共福祉的意義を認めるとしても、それは正当な権利を無補償に取消しうるものではない。水面占有に関する独立の法体系を構成する港湾法は、その体系のなかにおいて正しい法運用をなしうる規定を完備しなければならない。とすれば前掲の許可取消の場合の如きは、漁業法39条の準用採用の途が講ぜられるべきではあるまいか。

正当な港湾法施行にもとづく処分を前提としない限り、いかなる正当な工事实施もそれが事実上漁業権を侵害する場合は、漁業法143条の刑事責任と民法709条の不法行為を構成する。ましてや漁業権者の水面占有許可の内容を侵す不法な工事進行は勿論である。一般に港湾関係法の適用は、不可抗力的に漁業生産を圧迫する場合が多い。然しその港務司または地方公共団体の処分 にたいしては取消請求の訴により、また不法行為については賠償請求を以て、正当な水面占有と漁業権行使を主張しうるのである。

こうした水面占有許可により生ずる種々の水面用益上の衝突は、港湾行政上可及的に他の水面占有を不許可処分にする安易な途を選ばしめる危険がある。港湾法は、占有許可が自由裁量的傾向の強い処分であるのに加えて、無許可占有（密漁的行為）を3万円以下の罰金に処するとともに（港湾法61条1項）、その「施設の改築、移転若しくは撤去又は原状の回復」を命じている（港湾法37条の3—2項）。このような強力な公権力の行使を背景に、許可方針も未然に紛争を防止する立場からの無制限の不許可に傾くおそれもある。すでに立法当時「著しく支障を与えるものでない限り許可しなければならない」とする前掲37条2項は、現行法の「著しく支障を与えるものときは許可をしてはならず」とされ、積極的禁止の方向がうかがわれるところである。全般的な港湾行政の強化が何に起因するかは論じないとしても、正当な公共福祉概念にもとづか

ず、またはそれを不必要に拡大して、一方的に漁業生産の正当な権利行使を妨げることは厳にいましめられなければならない。

### (3) 港湾区域における漁業免許

港湾区域内に設定された漁業権は、前項にみたような複雑な法律関係を構成し、港湾行政の運用あるいは港湾利用の各種企業にとって、必ずしも好ましい存在でないことは明らかである。したがって、合法的に設定された漁業権の公正な調和、権利の円滑な並存に努力するよりは、設定を禁止する方向をとりやすい。ここに漁業権との調整問題よりは、港湾区域内の漁業免許を阻止する方向がとられそのための紛争が表面化してくる。

この港湾区域内漁業免許に関する行政方針には、他の一般公有水面におけるそれと同様に当初の並行的考え方から漁業免許の禁止へという変化があらわれている。

制度改革当時は、「実際の漁場計画の場合には、権利の設定、行使その他については漁業法の制限をうける外、漁港法、港則法、港湾法等の他の諸法規から、夫々の法の目的によって重疊的に制限をうけることが考えられ、かつ、それは当然のことである」としながらも、「併しながら、漁場計画をなす場合においては、一応これらの諸法規に拘泥せずに漁場計画を進行させてよいのであり、計画の進行中、若し具体的に問題が起れば、その時々において関係諸官庁と連絡し調整するのが、制度改革の趣旨に合致すると考える。この事については、しかく運輸省が認めていることである」として、漁業権の尊重をうたっている。

思うに、公共の福祉の適用において、いずれの産業を優先させるべきかは、国民経済にしめる比重が第一の基準となるであろうが、それは国民生活のための生産力を中心とした再生産過程諸資本の比重の観点からのみ判断されるべきではない。農地改革とならんで戦後日本民主化の基礎とされた漁業制度改革当時の社会経済的重要性の評価が、漁業権と港湾秩序の均衡に関するこのような行政解釈を生み出したものである。

この方針はひきつづき変更されず、昭和28年石川県の漁業免許につき「港湾管理者、漁港管理者の同意を必要としないと解して可なりや」という照会にたいして、「一般的には貴見の通りであるが、港則法にいう特定港<sup>\*\*\*</sup>であって、外航船等巨船の出入のはげしい港については漁業計画樹立の際予め折合せるのが妥当であろう」と回答している。ともに港湾管理者の公有水面管理の性格を、漁業法13条1項5号にいう水面の占有と見なさず、その同意は不必要とする見解であり、漁業法については正当な解釈である。然しながら、一方この時期は港湾法の許可方針もすでにのべた積極的禁止の方向に動きつつあったときであり、行政上の調和が回答の漁場計画の樹立に際しての打合せという表現にあらわれているといえる。

むしろ重要なことは、行政上の圧力や調整が法解釈となってあらわれるのではなく、同一の水面に重複する異なる法秩序の統一は、公共の福祉を中心とした正当な権利行使を目標にして調和される必要があるという点である。漁業法の解釈としては正当であっても、それと港湾法秩序との統一なくしては、機械的な解釈であることを免れないであろう。それは港湾法による占用許可の禁止を生み出すのみであり、法秩序全体の混乱でしかない。したがって正当な港湾法による占用許可を漁業免許の裏づけとするためにも、当然行政上の運用統一をはかっておく通達の趣意は適当であったと解する。

然しこの行政方針は、昭和31年3月2223号水産庁長官通達にいたって大きく変化し、大巾な港湾行政への譲歩を余儀なくせしめられている。同通達の要旨は、「1. 漁場計画の決定、漁業権変更の免許の場合は、漁場区域の全部又は一部が港湾区域内にあるときは、港湾管理者の長と、あらかじめ充分協議すること 2. 港湾法により公示された水域施設内には、原則として漁具を固定してする漁業（定置漁業、ひび建養殖業、垂下式養殖業等）を免許しないこと」の2点である。

すでに第1項では、前掲28年通達という特定港（港則法3条2項別表(一)）から港湾区域設定港全部に拡大され、かつ協議することが行政監督権によって義務づけられている。この第1項の趣旨は、前述の理由によって必要なことではあると思われるが問題点となるのは第2項である。この通達の趣旨は、すでに29年7月の港湾法改正によってつぎの37条2項後段が改正追加された。「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有の許可をしてはならない」。政令によって除外されているのは、港湾設備の建設復旧等の工事、沈没船引揚等の特殊の場合であり、漁業権行使に伴う水面占有は、当然この適用をうけ

\* 昭和26.9.28・26水6419号水産庁漁政部長通達(水産庁漁業制度関係例規集(一)36頁)

\*\* 昭和28.7.15・28水5835号水産庁長官通達(前掲例規集(一)52頁)

て水域施設における許可は絶対的に禁止された。水域施設とは航路、泊地および船だまりであって（港湾法2条5項1号）、ほぼ漁業法39条によって漁業権の変更取消処分をなしうる要件である。

したがって、31年通達は29年の港湾法改正の趣旨を説明的に指示したにすぎない。この改正はその性質において止むをえないであろうが、結果的には公有水面たるの性質を失わずして、実質的に漁業法にいう公共用水面たることを廃止したこととなる。ある段階に達しなければ、航行、泊に供する水面と雖も原則的に漁業権漁場たりうるといふ漁業法39条の前提がくずれ、港湾法秩序が優先して漁業法適用水面が失われたことを意味する。自衛隊法が同年制定されたことを除外しても、零細漁家の生計依存の場である浅海漁場が強行法的に減少せしめられていく資本主義社会の法秩序の事例を描き出しているといえよう。

このような漁業法秩序にたいする港湾法秩序の優越性は、漁業生産よりも港湾行政を重視するの結果であるが、その水面占用許可が、他の法体系における漁業免許を実質的に変更、消滅せしめることは、港湾上の統一ある法秩序としては矛盾をふくんでいる。何故ならば、漁業免許は当然港湾秩序との調和の配慮のもとに合法的に成立しているからである（漁業法13条1項4号）。これに水面占用許可を与えず、または取消の処分をなすことは法の統一を妨げ、多くの混乱とともに行政権の濫用を招くものである。港湾法の要請と漁業法との要請は、憲法にいう財産権の尊重と公共福祉のための提供との調和によって、可及的並存がはかられる必要がある。

従来の法理論からすれば、漁業免許は公共用水面使用権を付与するものではなく、さらに公共用水面使用のみからの見地にたつて、港湾法上の特別使用関係を設定しなければならない。この説は、漁業権が漁場所所有や漁場占有の権能を付与するものでなく、漁業なる行為権であるとする立場からは当然である。また港湾法にいう水面占用は専ら水域に関する占用である点からも別個の法体系に属せしめることも技術的には可能である。

然しながら、水面使用は、代替性のない、漁業権行使のための不可欠の前提である。漁業権の内容そのものではないけれども、その使用権の可否は直接漁業権の存否を左右するものである。建築工事について建築許可と道路使用許可の重疊的規制があるのとは内容的に性格を異にしている。

実定法上漁業権の設定行使は、関係法令の重疊的な規制をうけることは異論がない。然しそれは可及的同一法体系によって構成することの適当であることを否認するものではない。複雑な漁業調整の問題を港湾行政に一任することは不可能である。一方水産行政が港湾法上の要請を理解することは技術的に単純である。従来の、漁業免許のほか水面使用許可を必要とする理論から、漁業免許はその内容たる漁業についての水面使用許可をふくむとする理論に転換することは、実態的解決を早め統一的法秩序を可能ならしめるものである。この点はのちにのべる港則法秩序の場合、さらに明確にされる問題である。

#### （4）条件制限による港湾区域内漁業権の制約

上述の漁業法秩序にたいする港湾法秩序の優越性は、知事による漁業免許に種々な影響を与えている。

例えば熊本県においては、港湾法整備の時と一致する第2次漁業権切替（熊本では昭和31年7月10日公示）の直後に、港湾法との調整をはかるためにつぎの3項目の「制限又は条件」を知事職権によって追加した（漁業法34条2項）。

1. 港湾区域内においては、船舶の航行の安全をさまたげる場所で漁業を営んではならない。
2. 港湾法第12条第5項の規定により公示された水域施設内においては、漁具を固定してする漁業を営んではならない。
3. 港湾管理者が行う事業の施行に対しては、正当な理由がなければこれを拒んではならない。

この条件制限の附加は、31年8月の102回熊本県有明海漁業調整委員会に諮問されたのであるが、第2次切替による県下漁業権中この規制をうけるものは、共同23件、区画28件に及ぶから当然相当な反論を呼んだ。にもかかわらず、委員会あるいは一般漁業者の場合、このような漁業法外規制があることはあまり知られていないのが実情であるから、委員会審議はむしろ規制内容の質疑に終始したようである。委員会の意見の主なものは、条件制限の1、2項に関して、従来損害賠償されていた船舶による流網等の被害が、この条件制限によってその対象とならなくなるのではないかということ、さらに第2項によりのり養殖の不能を来すという点にあった。これにたいして県は、「船舶の航行の安全を妨げる場所に関してであるから実質的作業に

については現在と変わらないし、また正当な理由があれば賠償要求は可能である」旨回答し、委員会としては正当な賠償要求の容認を条件として諮問案を承認した形となっている。

この質疑については、港湾区域内容に従った航行による実質的漁業侵害があった場合、その航行が権利侵害を構成するかどうかは疑問がある。またのり養殖の不能の点では水域施設に関する限り全く占用許可は与えられないから、県の回答にも疑義をもたざるをえない。

然し問題となるのは、このような条件制限が附加されぬとしても港湾法上同一の制約を蒙っているということである。

まず、条件制限案について検討するつぎの点が問題とされる。第1項は港則法25条により禁止されているところであり、注意的条件の意味しかもたない<sup>\*\*</sup>。第2項はすでにのべたように、現行港湾法37条2項で許可禁止事項となっていることであるから、全く当該水域施設内水面に関する限り漁業権の内容たる漁場区域とはなりえない。これを有効と解し、それを前提として附款的意義しかもたない条件制限によって制約することは不必要であるし、条件制限として無効のものである。この場合、漁場占用を伴う漁業種類については、漁場計画から除外し、当該水面を区域とする免許を行わないのが正当であり、かつそれ以外にはない。

つぎに第3項は、一般的な問題としては、当然水面占用許可の内容であり漁業権自体の問題ではない。その事業が合法のものである限り、漁業権行使はそれに従属せざるをえないことはすでにのべたとおりである。したがって、条件制限としては不必要不相当であるばかりでなく、これなくしても、工事施行と漁業権行使との衝突が漁業権内容の実現を恒久的に不能ならしめる場合は、漁業法39条による処置がとられざるをえないであろう。そもそも第3項にいう「正当な理由」による港湾事業の阻止ということは、漁業権の正当な行使という以外にない。したがってここでは正当な権利行使の衝突であり、漁業権者の救済は不法行為の観点からではなく漁業権の変更取消処分の問題として処理されるのが正当である。

以上のように、上述の条件制限の内容は、港則法または港湾法の水面占用許可自体の問題であり、その間接的結果として漁業法上の変動を招来するものである。もしもこれらの内容が漁業法自体の問題であるとするれば、解釈運用によっては一定水面について恒久的に漁業権行使を制約不能ならしめる条件であり、漁業権の本質の変動に及ぶものであるから、条件制限としては不相当としかうする。従来この種の条件制限がしばしばみられるが、その効果は漁業権の正当な行使さえも阻止する結果となる点が重要である。いわば、港湾法秩序にたいする漁業権者の無条件従属の意義を有することが少なくない。

### 第3 港則法による漁業制約

#### (1) 港則法における漁業上の作業制限の意義

港則法は、「港内における船舶交通の安全及び港内の整とんを図る」(港則法1条)のために漁業にたいする二つの制約を設けている。

その一つは、同法31条に定める、すべての港域内における工事または作業の許可(3条別表による特定港ではその港長、37条の2で準用する一般港では管轄海上保安監部またはその他の管区海上保安本部長)であり、第二の制約は、同法35条でいう船舶交通の妨げが予想される港内水面での漁撈禁止である。ともに漁業権漁業、許可漁業をふくむ全漁業の漁業上の工事、作業、漁撈行為という事実<sup>\*</sup>にたいして適用がある。

港則法はその定める港内秩序の確立のために、上掲31条違反にたいしては、港湾法の水面占用許可違反と同じ3月以下の懲役または3月以下の罰金をもってのぞみ、また35条違反については1ヵ月以下の罰金を規定して、強行法的に港内取締にそなえている(港則法41, 42条)。

港則法は港湾法とともに港湾に関する根拠法であるが、後者が主として港湾区域の広汎な港湾施設、港湾工事、水域等港湾機能の保全、発展に資するものであるの<sup>\*</sup>にたいして、港則法は主として、船舶の航行、てい泊、けい留を中心とした船舶交通安全、港内整理をはかるものである。然し実質的には、港湾法の重要対象である水域施設は、航路、泊地、船だまりをふくむから、港則法と結果的に重疊的な制約となり、水域施

\* 同委員会議事録による。

\*\* 「港則法に規定する漁ろうの制限は、港内における一般船舶の交通の安全を妨げる場合を除くの外、漁業法に基づく合法的な作業までを禁止するものではないと解するの当局の通達がある(昭26.1.18 保警22海上保安庁長官)。

設に関する港湾法の占用設可と港則法の作業許可による規制は、結局公共用水面の特別使用関係の設定という点で同一のものであるといえる。

もっとも、法の文字解釈の面では、港湾法の水面占用許可は、水面占用の禁止解除であり、港則法の作業許可は、水面占用を伴う工事、作業の解除許可であり、二重の警察許可をと必要するかもしれない。

このような港湾法との法形式上の差異にかかわらずそれが実質的に水面占用を伴うものであることから、その漁業免許にたいする関係は、前掲の港湾法と全く同一の行政方針がうち出されており、ほとんど港湾関係法として一括されている。したがって、当然作業許可後の合法的な漁業上の作業と船舶交通保全との調和よりは、漁業免許そのものの禁止の方向に傾き易いことはすでにのべたとおりである。

## (2) 港則法にいう漁ろう制限

港則法35条に定める漁撈制限は、その行為が船舶交通の妨げとなる虞れのある場合に禁止される。ここでは、その妨害が正当な漁業権行使である場合、または漁業許可による正当な行為である場合の調和が問題である。本規定は、水面占用を伴わない一般的「漁撈」（共同漁業権、漁業許可、自由各漁業をふくむ）を意味すると一応考えられる。したがって、その港内秩序との衝突が漁業権や漁業許可の行使を不能にする場合は、前述の水面占用不能による漁業権取消と同一に考えられ、また漁業許可の場合はその水面については事実上の操業不能により、県規則による禁止区域と同一の効果を生ずるものである。

この事例の場合、一般の許可統数の整理による許可取消（各県漁業調整規則）と異なり、なお操業区域が限定された形で漁業許可は存続している。このような事例が予想されまたは許可後発生した場合、漁業許可の制限条件の付加または禁止区域の設定を行うか、事後の場合は、漁業許可内容の変更、制限におよぶものであろう。この事後の事情による許可の変更、制限（部分漁場区域に関する許可の取消と同一の効果を有する）については、漁業権の場合と異なり県規則における損失補償の規定はない。許可は財産権でないとする現行法の建前から当然である。

然し、漁業権と漁業許可の社会経済的区別はほとんど存在しないし、単に漁場の実質的占有あるいは漁業行為の排他性の差のみである。その漁業権の漁場占有も法理的には漁場所有乃至占有ではなく、漁撈行為の排他性でしかない。したがって純理的には区別は存在しない。ただ漁業権の場合は、その漁場区域について当該漁業に関する管理権能がおよぶという法技術的特性が認められるのみである。このような財産的価値の無差別は、現に小型底曳網漁業や以西底曳網漁業の場合、その割権的許可取消にたいしては国による損失補償が行われ、また漁業権漁業であっても知事の許可を必要とするという混同的秩序が行われている（漁業法66条）。

このような大資本漁業の経営にかかる中央許可漁業と、一般の中小漁業経営の地方許可漁業を差別する法的規準はどこにも存在しない。合法であっても適法でない処分の好例であろう。立法政策上の課題として、憲法29条の趣旨に準じて許可の割権的取消にたいする補償を検討する必要がある。港則法35条にいう漁撈の意義は寧ろいわゆる漁船漁業のみではなく、定置、区画漁業にも及ぶことが考えられる。ただ実際問題として干潟利用の区画漁業の場合は最深部であっても小舟艇との問題がある程度であろう。

## (3) 港則法にいう「作業」の意義

港則法と漁業権の関係で最も重要な研究課題は、港則法31条にいう「工事又は作業」の意義である。それは立法政策の面からも、港湾法における水面占用許可の必要と漁業権内容の関連の問題と同一の観点から論じうるものである。然し港湾法における関連が専ら立法政策的見地からのものであるのにたいして、港則法のそれは、まず純然たる現行法の解釈上の問題である。港則法31条による漁業規制は、現実には重要港湾その他の特定港に関する限り、港湾法による占用規制によって行われるであろうから、港則法についての実質的論議の必要はあまりない。然し港則法の漁業作業規制は、さらに港湾法適用外の一般港域に及ぶものでもあるし、とくに次項にのべる具体的漁業法秩序への介入の事例があることから、法理的に明確化しておく必要がある。

問題の中心は、漁業権行使のための作業は、港則法にいう工事または作業に該当するかという点である。

すでにのべたように、港則法31条は、形式的には公共用水面占用の事実にたいする規制ではなく、工事ま

\* 小型機船底びき網漁業整理特別措置法（昭27法77）、漁業法63条の指定遠洋漁業にたいする39条5項の準用または水産資源保護法（昭26法313）11条参照。



たは作業という行為にたいする規制であることは明らかである。かつこの規制方法は、法文上は35条の漁撈禁止よりは無条件に許可を必要とせしめるものであり、そこに何等の特例を認めていない。勿論その第2項で「港長は前項の許可をするに当り、船舶交通の安全のために必要な措置を命ずることができる」とある点からいえば、措置を命ずる必要がない場合は無条件に許可するであろうし、その安全妨害の程度が著しく港内秩序と並存しえない場合は作業許可を与えないであろう。

港長は以上の判断をなしうる権限があり、その材料としてあらゆる工事又は作業について、目的、方法、期間、区域の明細を申請せしめている（港則法施行規則16条）。したがって港則法の文字解釈からは当然漁業権行使上の作業もこれに包含されるものである。

この解釈にたいする反対のものとしてはつぎのことがいわれる。漁業法によって創設される漁業権は、定置漁業、区画漁業の場合、当然その漁具設置の作業を内容とする。すなわち例えば区画漁業権の内容である区画漁業は、水面に一定の区域を設け、第1種の場合はさらに石、竹等の敷設が漁業の法定内容となっている（漁業法6条3、4項）。したがってこの場合の「漁業」の内容は漁撈作業のみならず、漁具の敷設をもふくむとするのは通説である。この解釈からすれば、漁業権行使が公共水面使用を不可欠の前提としながらも、なお別個の法客体の故に、法令に定める場合は水面特別使用許可を必要とするのにたいして、漁具敷設作業は漁業権そのものであり、漁具の毀損、敷設作業の妨害は漁業権侵害となるのである。それは漁業権行使のための不可欠の前提なのではなくして漁業権の権能の一部である。

以上の現象的な漁業上の作業に関する二面の解釈の調和は、港則法の解釈の変更に求められなければならない。もしも港則法上の作業が、漁業権の内容たる漁具敷設作業をもふくむとすれば、実質的に漁業権が二つの異なる行政主体によって創設されることとなる。また港則法上の作業許可を公有水面使用許可と解して、漁業上の作業の前提として許可を必要とするならば、港湾法における水面占用許可の場合と同一の矛盾におちいり、法解釈として統一ある法秩序を作り出すのではなく、行政上の運用にその決定権を委ねるの結果となる。さらに、港則法の文字解釈を強制する場合には、「作業」である以上一切の漁撈作業にも許可を必要とすることとなる。許可の内容が、申請にかかる作業方法、作業区域を異にする度に許可の必要があるのであるから、共同漁業権や自由漁業のごときは不能な制約を強行されるの結果となる。

すなわち港湾関係法秩序は、漁業法秩序にとって代らなければ「作業」の拡大解釈は許されえない。これらを調整するものとして、港湾上のすべての異なる法秩序を統一する法秩序を考える場合、漁業免許に際しての公益上の配慮は、港則法上の作業許可の性格をふくむと解するのほかはない。漁業権行使の一態容である漁具敷設作業は単に漁業調整のみならず、港湾秩序の上からも合法性を有するのであり、事後の事情変化による調整は、漁業法上の手続きによる漁業権の変動によって可能であり、かつ充分である。すなわち港則法の「作業」の意義は、漁業権の権能の一部である漁業上の作業をふくまないものであると解するのが正当である。

#### 第4 港則法運用における rule of law

##### (1) 港湾行政と漁業行政

港則法の「作業」の意義を漁業作業を除くものとし、港内の公共水面上の自由漁業作業は公共水面の一般使用であり、漁業権、漁業許可にもとづく漁業作業は公共水面の特別使用関係をふくむものとし、とくに港則法上の許可を必要としないと解することは、理論上の問題であるのみならず、慣行的にもまた実態上の利益の面からも正当である。

つぎのべる熊本市地先水面の百貫港内漁業作業にたいする港則法適用に際し、またはすでにのべた熊本県内各港湾における港湾法上の占用許可適用に際し、「法律に規定があるから今後適用する」という態度がみられる。その反面従来の「法なきがごとき」平穏な状態は、法の適用をまたずして公序良俗が維持されてきたことをしめしているのである。そこにおける許可のない水面占用、漁業作業は港湾関係法施行前からの慣習法的効力（法例2条）を有しているのであり、施行後許可を得ぬことをもって、形式的に港湾関係法違反とするのは法の運用を誤るものである。そこでは単に事実たる慣行としてではなく、漁業法秩序における合法的確信をもって漁業が行われているのである。その法文上の違法性は、その行為の「法適合性」によって阻却されているといえるのである。これをとくに必要ない場合にも強制することは、「法律適合性 Gesetz-

massigkeit」に該当しても「法適合性 Recht-massigkeit」に反する行政であるとしなければならない。真の意味の rule of law は、形式的解釈による行政によっては導き出されないうし、gesetz に優越する recht に従わねばならないと考える。

また港則法の形式的解釈にしたがって、作業許可を強制することは、すでにのべたようにときに実質的に港湾行政が漁業行政を代行するの機能を演ぜざるをえないこととなり、専門的な識見と複雑な漁場紛争を解決するに政的能力を不可欠とする漁業免許行政に、他の行政権が介入することは不可能と混乱を招くのみである。

この二つの前提を考慮しながら、港湾行政における真の意味の法治行政のあり方を教える事例として百貫港事件を検討してみよう。

## (2) 熊本県百貫港のり漁場紛争と港則法の運用

熊本市地先のり区画漁場における小島、松尾両漁協の紛争は、現在に至るもなおその根本的解決は行われていない。

本紛争は、昭和34年秋の暫定協定を経て、33年のり漁期は臨時的な委員会指示の発動により当面を拾収したが、その間両組合の実力的漁場争奪は繰返され、合理的な法による解決は望みえない状態の観を呈している。松尾漁協による熊本地裁への提訴も、34年3月同地裁による調停裁判に付されることになったが、その成果は両漁協内の条件変化がない限り疑問視されている。

ここでとり上げるのは、この間において三角海上保安部により、百貫港内漁業作業にたいし港則法の発動をみたことについてである。

すでに、32年12月の116回熊本県有明海漁業調整委員会において小島、松尾漁場紛争について、県水産課長からつぎのような要旨の発言があり、港則法発動を示唆していた。「本件について三角海上保安部から強い要求がありましたが、それは港則法に基いたものであります。実は免許の際、保安部に打合せなくして免許したのであるが、百貫港が商港であるため港湾法、港則法の適用をうける訳で、いつまでも紛争を続けるとこれを適用してしまうということです」。

百貫港の漁業作業について港則法が発動されることは、半径5000メートルの範囲が港域であるため、紛争の対象となっている有区13～15号漁業権漁場は勿論、その中心である16号漁場の松尾漁協寄り漁場の大半が適用対象となり、これは作業許可の必要または漁撈禁止の処分の発動を意味している。この委員会の際の委員側意向は、作業許可禁止によるり漁業の不能を認めながらも、それが紛争解決の最も強力な方法として容認する態度をしめしている。

港則法発動は、32年漁期は暫定協定の成立によりその実現をみなかったが、33年漁期に至り、実力的紛争の激化によってついに許可処分の止むなきに至った。

33年の委員改選後の新調整委員会は、しばしば紛争調停に努力したが両者の協調を得ることはできず、紛争は前年以上の対立を呈してきた。34年9月28日の124回委員会において、同席した三角海上保安部長は、「小島、松尾両組合が紛争している漁場区域は港湾内であるからその港湾内において治安を乱すような事がある場合は、治安維持の上からも港則法に定められる範囲内の全域にわたり作業を禁止するの止むなきに至る場合もある」旨の警告を発している。

この警告は治安維持上の必要を明確にしている。当時の新聞発表によれば、同警告内容は、「県が許可している漁業権はともかく、百貫港の先の水路上で港長の許可なしに作業することは港則法31条に違反する。特に紛争を起す場合には航路安全を確保するため検挙する」となっている。この新聞発表による警告では、漁業権漁場は作業許可の必要なしともうけとれるが、水路上は必要とするとしている点からみれば、本紛争の場合漁業権漁場が作業場所となっているのであるから、結局漁業権行使のための作業も作業許可を必要とするの見解のようである。

同警告は、作業許可の必要性和治安上の作業禁止、航路安全のための検挙というように異なる行政処分の

\* 昭和32年秋までの詳細な紛争経過とその法的分析は本研究報告7号掲載論文（昭和33年11月、65～80頁）を参照されたい。その後の経過の検討の詳細は別の機会にゆずる。

\*\* 同委員会116回会議事録による。以下本事件の資料は議事録および新聞発表による。

\*\*\* 同議事録による、警告は口頭でなされたようであり、警告文は入手しえなかった。

要件が混用されているが、作業許可の必要はあくまで航路安全のためであり、偶発した暴力的紛争がある場合は、別個の保安警察処分による検挙の形で行われるべきである。治安維持上の作業禁止という表現は港則法はありえない。このことは、漁業行為にのぞむ港湾行政の態度を如実に描出しているといわなければなるまい。本来本紛争そのものは、あくまで漁業権行使をめぐる争いであり、紛争そのものは違法のものではない。正当な漁業権行使が、免許処分の不備と特殊な漁村内部の事情により、漁場支配の形が暴力的様相を呈しているだけである。実力の抗争の実態も、現行法上はそれぞれが不法な権利行使を強行しているのではなく、法的確定があるまでは正当な権利行使の保障の行為であるといえるものである。したがって紛争そのものにたいしては、専ら生命、身体の保全という保安警察の見地からのみ、行政的干渉が許されるのであり港則法運用の問題ではない。

現実には本紛争により航路安全が阻害され、または将来そのおそれがあったであろうか、もしそのようであるとすれば、平常の漁業権行使そのものが航路安全を阻害していたのであり、漁業免許は事実認定において瑕疵ある行為として取消されるべきものである。また港則法35条による禁止処分や31条の不許可も妥当なものとして認容されるべきである。然しながら事実はその妨害があったとは認められないし、全く当面の紛争解決の便法として発動され、かつむしろ治安上の必要という港則法以外の目的によって発動されたと判断せざるをえない。同警告は以上の点においてまずその合法性に疑義がある。

つぎに解釈論としては、かりに一步をゆずり妨害ありとしても、港則法31条にいう許可は、いわば届出的内容を有するものであり、許可としたのは、同条第2項の船舶交通上の必要ある場合、具体的な措置を命じる条件を留保するためである。漁業上の作業が31条に該当するとしても、その裁量の性格は、船舶交通上の安全という法規裁量に属するとみるのが港則法および漁業法の統一的解釈であると考えられる。したがって、船舶交通の安全を阻害しない限り、不許可の裁量は許されない。また検挙等の行政警察義務違反にたいする処分については、港則法41条によって、許可に付した条件に違反しまた35条違反の行為がある場合のみ許されるのである。したがって、そのような事実がないにもかかわらず港則法違反を理由として検挙する等の行為は許されない。

以上の論旨からすれば、本紛争に関してとりうる行政処分は、保安警察上の処置のみであり、その程度に至らない紛争には介入の余地はなく、ましてや港則法介入の合法性は全くない。

三角海上保安部の警告が出されて以後は、本紛争の方向は港則法発動を一つの焦点として終始した。漁業法上の権利紛争が港則法の圧力によって強制的に解決せしめられるという異常な状態を呈し、その圧力下で同日委員会は調停案を決定しその実現の努力が重ねられたのである。

この警告および委員会調停案にたいし、松尾漁協は、警告直後のり部協議会において、「海上保安部からの警告は、けんか両成敗ではないかと思う。我々は往古よりの実績によってこの紛争を解決して裁くことを望んで止まない。海上保安部の警告どおりの措置に従うことは餓死することを宣告されるも同様である」として反対を唱え、一方小島漁協のり部協議会において、「もし相手方が妥協出来ず紛糾するような場合は保安部の港則法通りになっても仕方がない」という松尾側とは正反対の意見に一致した。

その後警告の完全実施は、紛争の中心となっている共有漁業権16号の行使区分の決定を前提としなければ不可能であるという当然の要請が明らかとなり、事情は一層複雑となってきた。何故なら作業許可は作業区域を許可内容とするものであり、単なる許可はありえないことしばしばのべたとおりであるからである。作業区域を決定し許可することは、実質的に保安部が漁場の行使区分を認定することとなる。のりひび建込作業はすでに漁業権の内容であることの当然の結果である。漁業権内容および共有漁業権の持分決定は、免許の前後を通じて漁業調整上の重要な対象の一つであるが、その行政権限や行政指導が実質的には県から保安部に移るといふ矛盾が必然化してきたのである。

33年10月の委員協議会では、さらに保安部の態度は、「紛争が円満解決しなければ作業許可は出さない。作業許可についても、県、委員会を経由してくれば許可する。保安部としては暴行、傷害等を防止し海上治安が保てたらよい」という説明によってより明らかとなった。ここでいう作業許可はしないということは、申請されたものにたいする態度であろうが、港則法には無許可作業を罰する強行規定はない。また紛争解決を要件としてその後でなければ許可しないとするのも港則法の予想する許可条件ではない。許可申請にたいしては、紛争を起し船舶交通を妨げないことの措置を命じるのみであり、その条件に違反した場合はじめて

強制手段を発動しうるのである。

上掲の保安部の方針のなかで、「県、委員会の経由申請」が許可の条件として説明されているのは、本事例の場合の作業許可のもつ性格意義をよく説明している。すなわち港則法に規定のないこの運用上の措置は、その経由過程において行使区分の明確化を期待したものであろう。然しこの期待は、作業許可をしないという圧力によっても、およそ不可能であることは紛争の本質から明らかであり、むしろ漁業法（例えば委員会指示）による審決すらも無能視した措置である。

委員会は、当日の協議会で港則法適用の申請(?)を決定したが、すでに翌日の6日には作業許可が交付され、それらは「(1)港内における船舶の安全及び治安上差支えある場合は作業の中止又は作業用物件の撤去を命ずることがある。(2)船舶の安全及び治安上必要な措置を命ずることがある」の条件を付したものであった。また作業場所は両組合共に百貫港内の漁業権漁場となっていたのである。

この作業許可は、すでに4日の松尾漁協の16号漁場での杭打作業という実力行使を事後承認した形であり、かつ委員会経由の過程で行使区分を決定せしめるという案も水泡に帰した。また両組合に共に16号漁場の作業許可を交付したことは、港則法適用の政策的意図であった漁場紛争の解決に役立つものではなく、むしろその後の紛争が、港則法上の合法性のもとに進展するという根拠にさえなった。表面的には作業許可による港内秩序の安定がはかられたものの、その実態は形式的な港則法遵守を強制したのみであり、法規行政の欠陥をさらけ出したものであった。

上掲作業許可の条件は、港則法31条2項にいう、許可に当り船舶交通のための必要な措置を命じたことにはならない。それは、船舶交通安全のための作業上の措置ではないからである。第1項の作業の中止または作業用物件の撤去は許可処分と同時に行われ、作業そのものが船舶交通安全なものとして許可されなければならない。したがってその命ぜられた措置に違反し、違法な作業方法、作業区域によって行われた作業にたいして、41条1項1号の刑罰処分が行われるものである。第1項のいう作業の中止または物件の撤去は、許可当時予想されなかった船舶航路の変更等の特殊事情により、許可による合法的な作業が変更または取消される場合であって、本件に予想されるような漁場紛争という作業自体の要件により、作業中止等の措置を命ずることは港則法31条の予測しないところである。また第2項のような注意的条件はとくに必要はないし、許可の条件としてはより具体的であって、条件違反が処罰に結びつくものでなければならない。以上の理由によって、上掲作業許可は港則法の期待する要件をそなえず、また港内秩序確立からも、漁場紛争への介入目的からも、何の実効をももたらしうるものではなかったのである。

この本質的に誤った港則法の運用は、6日委員会委員が港則法適用方を申請のため保安部を訪れた際の保安部側説明によく表明されている。当日の保安部の説明は、従来の方針を逆転せしめ、「保安部としては、海上治安ということが第一任務で、もし委員会が考えておられるようなこと（漁場行使区分の作業許可による確認）を保安部がやれば、保安部までも紛争にまきこまれる恐れがある。区画漁業権の行使区分の決定は県や委員会がやるべきである。したがって両組合にたいする作業許可は、漁場を問わず関係漁業権漁場全域について交付した」という、港則法の立場からは一応正当な態度に戻っている。漁場紛争は、委員会一県一大臣の漁業法上の行政救済と、限定された事項についての司法救済の方法によってのみ解決されるべきであり、港則法という異なる法秩序の範囲外にあることが港湾行政として確認されたものである。この意味で過渡的に漁業法の実質的権限を異なる行政権限に代行せしめようとした委員会およびこれを傍観した県の方針は批判の余地があろう。

### (3) 百貫港紛争のもつ法律的本質

百貫港紛争における港則法適用の際の理論的矛盾は上述によってあきらかである。この経過において、つねに港則法適用が問題となった。形式的には港域に関する限り港則法は強行法であり、その適用を左右する事由はありえない。この場合の港湾行政の態度は、すでに本質的には漁業作業の許可は不必要であるということをも前提としているものである。その適用の必要は、本来の港湾行政からのものではなく、専ら当面の漁場紛争の解決を公権の圧力によってはかろうとした点に出発している。【このような恣意的な行政権の行使は、港湾秩序の維持または治安上の必要という公共福祉概念の借用によってなされている。合法であっても適法でなく、真の意味の法の支配の範囲外の行使であるといわなければならない。

百貫港事件における問題の焦点は、法技術的な解釈論にあるのではなく、公権力による漁場紛争への介入にあるといえる。現行漁業法では解決しない、共有漁業権行使上の権利紛争の公権的解決を、たまたま水面使用の共通点からなお形式的に適用ありとした港則法によって、港則法のもつより強力な公権力性によって解決しようとした点にその本質がある。

## 第 5 結 語

港湾法による水域占用許可と港則法の漁撈禁止および作業許可は、港湾行政権の強力な公権性に裏づけられている。港湾法の港湾区域設定については、関係地方公共団体の意見を徴するのみで利害関係人の関与は許されていない（港湾法 4 条）。また港則法の作業許可は、全く許可官庁の自由裁量的な専権に一任されている。その許可取消についての賠償規定も存在しない。漁業権、漁業許可に関する限り可能な限りの民主的調整のもとに行われる漁業法体系（調整委員会の審査、答申、建言、利害関係人にたいする公開の聴問および一般的公聴会）も、港湾水域に関する限り一行政官庁の裁量によって左右されるという法体系上の矛盾は今後の統一的海面法秩序にとって重要な課題である。

港湾関係法の他法域への介入は、いわゆる公共の福祉を理由としたものである。然し他法域との関係においては戦前の旧憲法当時と本質的に変わらない港湾関係法が、一方的に公共福祉の何であるかを決定しうる権能は、憲法 27 条の意図する財産権尊重との調和の上にてたてられる公共の福祉であるか否か疑義なきをえない。

漁業権は漁業法による正当な財産権であり、零細漁家の場合は生存権の本質をもつものである。その強行法的な変動については、公共のために変動せしめることの正当性をよく検討し十分な保護と救済を考慮して行われなければならない。（昭和 34 年 6 月記）