

干拓水域における漁業権の地位

青 塚 繁 志

On the Position of the Fishery Right in the Land

Reclamation by Drainage

Shigeshi AOTSUKA

第1 問題の所在

干拓はとくに戦後農村の二、三男対策としてとりあげられ、全国各地で土地改良法（昭和24法195）による国営干拓または県営の代行干拓が農地造成に大きな役割を果している。干拓は水面を対象としていることから、当該水面の所有権者あるいはその水面上に存在する受益権を中心とした各種権利者との間に過渡的な紛争およびその結果として新たな法律関係を生成する。

本論は、干拓免許およびそれともなう工事施行¹⁾が漁業免許および漁業権といかなる法律関係にたつかを、漁場紛争の観点から論ずるものである。

藩政時代から行われた地主を中心とした干拓による農地造成（新田開発）は、とくに戦後国の政策により著しくいわゆる公益的性格を強化した^{*}。したがって戦前においては有水面埋立法によって、戦後は農地法を加えて行われる干拓による既存権利の侵害およびその補償も、この政治的方向に主導されざるをえない。それは電源開発、工場汚水、農薬、発電所、飛行場建設あるいは駐留軍演習等々の戦後激増した各種の漁場侵害と軌を一にし、かつその中心問題は被害補償である。しかしその前提としての法律関係の明確化、とくに正当な干拓工事の進行をはかる一方、漁業権の保護と行政権の濫用禁止の立場から検討することは、今後増加するこの種の紛争の防止のためにも必要な課題である。

本論では被害補償の詳述は、他の共通する諸問題とともに他日にゆずり、九州有明海の実態を手がかりとして、干拓とくに国営干拓と漁業権の主要な法律関係を検討してみることにする。

まず戦前からの干拓の法的根拠である公有水面埋立法（大10法57）の場合から論述してみよう。

第2 公有水面埋立免許と漁業権者の同意

公有水面の干拓は、公有水面埋立法（以下埋立法とする）の定めるところにより、埋立とみなされ（埋立法1条2項）、地方長官の埋立免許を必要とする（埋立法2条）。また戦後に増加した国営干拓の場合も、当該干拓水域内に存在する各種権利者の同意、損害賠償およびその協議不調の場合の地方長官の裁定等、埋立免許成立における要件は、民間干拓工事の場合と異なるところはない（埋立法42条3項）。

このように埋立免許は、地方長官の免許という行政処分によって埋立の免許を受けた者に埋立権ともいふべき公法上の権能を付与するものである。然しながら地方長官の埋立免許処分は、自由裁量ではなく同法4条により次の各場合のいずれかに該当する場合のみ許される法規裁量である。

- 1 その公有水面に関して権利を有する者が埋立に同意した場合
- 2 その埋立によって生ずる利益が損害の程度を著しく超過する場合
- 3 その埋立が法令（現行では土地収用法）により土地を収用または使用することができる事業のため必要な場合

第1項にいう権利を有する者には、漁業権者および入漁権者が当然ふくまれているのであるが（埋立法5条）、従来の海面を対象とする干拓事業は土地収用法（昭和26年法219号）の対象とはならず（同法3条1項6号、5条）、したがって第3項による干拓のための埋立免許はなく、第1項または第2項によるものであ

* 自作農創設特別措置法（昭21法43—30条）、農地法（昭27法229—56条）

る。

したがって、公有水面埋立法においては、農地造成のための海面の埋立免許は漁業権者の同意か、その同意がない場合でも、農地造成による農業生産力が従来の当該海面における漁業生産力に比較して遙かにすぐれているという、国民経済上の見地からなされることになるのである。

第1項の漁業権者の同意は、戦前の干拓免許の前提としての埋立同意契約に関する限り、きわめて片務的な国策遂行という至上命令的要素に左右されていたことはのちに検討するとおりである。勿論公有水面埋立法において同意の唯一の要件となるのは損害補償額であるが、たとい漁業権者がそれに不満であるとしても、第2項による政策的埋立免許は可能であるし、そのために協議不調における地方長官の裁定（埋立法6条3項）および補償金の供託による工事の強制開始（埋立法8条1項）を認めている。

公有水面埋立法は、既存権利の尊重に関心をほらいながらも、それは損害補償の適正化によってのみ生かされるのであり、全体としては既存権利者の不可抗力的同意の方向をふくんでいる。

本来漁業者がその唯一の生活依存の場所である漁場を永久に喪うことは、漁民による組織的抵抗なり一揆的騒擾を予想させるのであるが、過去の干拓免許すなわち埋立への同意は割に平穩裡に行われている。これは第1に干拓そのものが国策的観念で漁民の反対を封殺したこと、第2に漁場の代替物としての農地入手の期待がもたれたことの二点の為である。

第1点については干拓に対する同意すなわち協定、契約、覚書の形による補償協議の調った時期によっても明らかである。例えば、長崎県泉水海森山村地先干拓は戦時中干拓営団の手により行われ、佐賀県有明干拓は昭和6年、同じく南川副干拓は戦時中に話が進められ、21年に工事を開始している。また熊本県偉島干拓もこれと同様のケースである。その他有明海の現在工事中の干拓は、このような戦時中の食糧増産の目的のもとに県営干拓としておしすすめられたものが多い。^{*}

さらに戦後においては、食糧増産に代る農村二、三男対策の名のもとに、1箇所300町歩以上の大規模干拓が国営によってすすめられ、今後もこの農村対策はさらに有明海締切計画の構想として大規模化しつつあることは周知のとおりである。^{**}

このように干拓による農地造成は、藩政時代の藩営または藩の保護援助による地主層のものから、県営へ、さらに国営へと施行主体の権力化が大きな特徴となっている。この場合、藩政時代のそれは大多数の地元住民の利益と形式的には合致し、またその形式的な要請はその後も変わっていない。国土狭少即農地の零細性という合言葉は大多数農民の共鳴をよぶものであったし、現実に部分的な零細化救済策となっていた。こうした現実的利益が国策の圧力と結合して部分的な漁民の反対を圧殺していたことは、干拓地漁家調査の多くがしめしているところである。

干拓にたいする漁業権者の同意を容易にさせた第2の点は、喪失する漁場の代替物として新しい農地が漁民にあたえられるであろう期待であった。圧倒的に農業兼業の第2種兼業漁民によってしめられる福岡、佐賀、熊本沿岸および長崎泉水海地帯では、一般的には漁民である前に農民であり、形式的には干拓の利益を直接に享受する階層にあった。漁業権者である漁協の中心は第1種兼業農家である。点在する専業網漁業部落を除けば、干拓による入植増反は、土地への農民の執着を基本的な農村経済構造を変革することなしに満足させる、過渡的な途であったのである。

工場敷地造成やその他の漁場喪失の場合に比較して、干拓による農地造成が漁業権者の反対なく進行されたのはこのような理由からであった。

然しとくに有明海においては戦時から戦後にかけてその条件は大きく変わってきている。それは漁業生産力の増加およびそれに伴う専業漁家または第1種兼業漁家地帯の増加である。一般に干拓被害として問題にされるのは、直接の干拓水面でありその生産力であるが、潟が魚類繁殖保護の好箇の育成場であることは事明のことであり、そのことは干拓にたいする沖合漁業者の反対を大きくしている。また戦後飛躍的な増加をみせている貝類、海藻類の浅海養殖は、直接的な漁場の喪失であり、とくに商品価値が高く、利潤率の大きいり養殖の普及は、兼漁農家の干拓反対をもひき起している。^{***}

^{***} 水産庁有明海漁業調整事務局「有明海水産要報」(427~435頁) 昭34

^{**} 水産庁「有明海漁業対策調査報告書」昭33

青塚「有明海漁場制度の展開と問題点」(水産研究会「有明漁業対策研究」所収 昭33)

さらに干拓にたいする漁民の反撥は、干拓に同意したときに約束または期待した干拓農地への入植増反が、戦後の農地法によって零細耕作漁民や非耕作漁民にとって原則的に不可能になったことにより深刻化している（農地法3条2項5号）。

有明海において現在進行中の干拓工事は、すべて公有水面埋立法によって損害補償を中心とする同意契約が成立しているものである。したがって公有水面埋立法の埋立免許をめぐる紛争は今後の課題となっている。現在とくに佐賀県において組織的な紛争となっているのは、入植増反即農地法改正問題であり、その行政的解釈運用が今後の補償問題すなわち同意契約の成立を左右しているといつてよい。

つぎに問題となるのは補償を中心とした同意契約がしばしば漁協役員のみによって行われる場合の紛争である。

この点に関する行政例規としては、昭和28年12月長崎県から出された同意の意思決定の手續についての照会にたいし、水産庁はつぎのように回答している。^{*}

「海面の埋立についての同意は、埋立の免許申請の要件として、法律的効果を有し又その同意は当該協同組合の同意として、対外的効力を有するものであり、且つ組合員もまた海面に関し権利（入漁権、各自漁業を営む権利）を有するのであるから、漁業協同組合がその共同漁業権を有する海面の埋立につき同意を与えるにあたっては、組合の最高の意思決定機関たる総会の議決によるべきである」。

埋立同意にたいする水産庁の見解は、(イ)同意なる行為は法律的効果をもち対外的効力を有する(ロ)組合員各自も入漁権、各自行使権を有するという二点の理由によって組合総会の議決事項であると考えているようである。

組合総会の議決事項であるか、組合長の代表権によって処理できる事項であるかは、かかって水産業協同組合法48条1項の定めるところによらなければならない。同条1項9号においては、漁業権および入漁権の設定得喪変更について総会の議決によるべきことを規定し、かつ同時に同法50条によって特別決議事項とされている。したがって、問題は、埋立にたいする同意という法律行為が、同条にいう漁業権の喪失または変更であるかどうかという点にある。上掲の水産庁の見解は、そのいずれの理由によっても、同条に該当する総会議決事項であることを納得せしめるものではない。入漁権はこの場合一応地元外組合の入漁権の問題であるし、また漁業法8条にいう各自行使権も漁業権にもとづく物権ではあるが、本権たる漁業権と運命を共にするものであり、その存在を以て総会議決事項たる漁業権の変更喪失に該当するとの理由にはならない。問題はいぜんとして、埋立同意が漁業権の変更喪失そのものであるかどうかにある。

巨匠答はつづけて、「なお、当該埋立により漁業権の内容となっている漁業の実態が権利の内容と異なる程度に埋立てる場合については、漁業権の変更の手續を要するから…総会の特別決議によらなければならない」としている。

これによってみれば、埋立の漁業にあたる影響の度合によって、その権利内容と異なる限度を変更しているようである。漁場埋立と組合総会との関係は、水産庁回答の後段にせめられる漁業権そのものの喪失変更から決定すべきである。然し、第1に水産庁の見解が漁業権変更であるから特別決議とするのは当を得ていないのであって、同様の理由によって回答前段の総会一般決議事項とを以て足りるのである。

さて、埋立が漁業権内容たる漁業の実態を変質せしめるとは、いかなることを指すのか明らかでないが、全く異質化する場合（漁期、漁場の場合は当該漁業の不能化）は、既存漁業権の消滅であって変更ではない。したがって、回答の意味は本質的変動に至らない部分的変更の意味であろうが、このような変更が埋立にたいする同意によって生ずるものであろうか。

周知のごとく、埋立事業は、権利者の同意以後に工事が開始されるのであり、かつその期間はきわめて長期にわたり、国営干拓のごとき国の財政事情によっては、数十年の永きにわたることも珍らしくない。一方、漁業権の存続期間は共同漁業権においてさえ最長10年であり、その経済的価値からみて最も干拓被害の大きい区画漁業権は最長5年である。また、現実には総合的漁業調整の建前から、一律に存続期間をあわせて共同漁業権をも5年とする行政措置が行われている。

この実態からみれば、埋立同意以後相当期間は、なお漁業権の大部分にわたって現実に操業が行われ

* 水産庁 ≪漁業制度関係例規集(一)≫ 48～49頁

るものであり、漁業権変更の必要はほとんど存在しない。むしろ漁業権は、その後の工事進行とともに部分的な漁場滅失によって自動的に縮小されるのであり、免許官庁の一方的漁業権原簿の修正でこと足りるものである。また実際に埋立同意と同時に漁業権変更決議を行い、変更免許の手續をとっている事例はないと考えられる。その後の当該漁場における操業を無権利化せしめるの必要は、漁業法も公有水面埋立法も求めるところではないからである。

以上の見解によれば、前掲水産庁回答は、埋立同意が総会特別決議事項でなければならぬことの事由をなら説明していないといえる。現行法上の建前では、埋立にたいする漁業権者の同意は、総会決議事項たる漁業権の喪失変更該当せず、その範囲外と解するのほかはない。ときに、旧漁業法の場合同意契約書に「漁業権を放棄する」とうたっていることがあるが、この意味が賠償金と引替の放棄であるにせよ、埋立権者への譲渡であるにせよ、現実に放棄手續をして無権利状態になったとすれば、公有水面埋立法にたいする無理解の結果である。

同意は漁業権の放棄、買取等の積極的な変動とは無関係である。同意の法律効果は、適法な埋立工事の進展にたいしてその侵害行為をなしえないことである。すなわち、干拓工事が公共水面を侵す行為を黙認し、自己の所有する漁業権の地盤である公共水面が、非公共水面化することにたいする容認以外の何ものでもない。もし同意を与えなければ、強制的な埋立免許が行われない限り、事実上の干拓工事は漁業権侵害となり、漁業権者はその侵害の中止を請求し、原状回復を求める物上請求権を有し、かつ損害賠償請求権をも有するのであるが、同意という行為がこれらの漁業権の物権的請求権を放棄せしめ、漁業権が埋立免許による埋立権に従属する形を生み出すものである。

このように埋立免許にたいする同意は、結果としては、漁業権の実質的変更を経て工事完成とともに漁業権の放棄と同様の状態をうみ出すものであるが、同意と同時にそれらの変動を伴うものでもないし、またその現実的必要もない。

現行法上の問題としては、法文上の解釈は別として、現実には上記のような変更、放棄と同一の状態を将来実現する効果をもつ埋立にたいする同意を、総会を経ずして組合役員のみによって行うことが妥当であるかどうかの問題である。

現行漁業法の組合管理漁業権の性格は到底それを容認するものではない。水産庁回答にも明示された組合員の各自行使権の生存権的保障が十分に考慮されねばならない。したがって現行法上の解釈としては、同意なる行為を漁業権の変更喪失に準じて拡張解釈するか、または将来漁業権の変更喪失を結果する対外的法律行為を組合総会の特別議決事項とするの法改正を急ぐべきであろう。

第 3 埋立同意契約の実態

戦前および終戦直後の時期に行われた工事開始に先だつ同意契約書の原文をみることはあまりない。それは契約当事者である漁協にすら存在しない場合もある。永久的に自分達の生活の場を失う契約としてはあまりに無関心であることもその契約の性格をあらわす一証左であろう。

(1) 樺島国営干拓の場合

次に最近入手した熊本県玉名郡樺島干拓の事例をしめしておこう。

『 契 約 書

熊本県玉名郡大浜町及樺島村地先有明海海面の国営干拓工事に關し 熊本農 地事務局事務部長某（以下甲と称す）大浜町漁業会長某並に樺島村漁業会長某（以下乙と称す）との間に左の条項を契約する

第一条 甲が行う大浜町及樺島村地先水面六百貳拾五町歩の干拓工事施行に対し乙は之に同意すること

第二条 甲は乙に対し補償金として大浜町 五拾貳万八千円樺島村六拾万六千円計壹百拾参万四千円を現金又は第一封鎖金にて支払うこと

第三条 乙は甲に対し甲の行う干拓工事について異議を申立てない又如何なる理由があつても損害賠償等の請求訴訟其他事業の遂行を阻害する一切の行為をなさないこと

本契約書は参通を作成し甲一通乙の二漁業会長各一通を所持する

昭和二十一年十二月十五日

(以下略)

』

上記同意契約の第1条は地先漁業権の喪失についてなんらふれる所がない。すなわち漁業権者である樺島、大浜両漁業会（現漁協）が地先専用漁業権および区画漁業権の漁場区域の一部において行われる干拓工事にたいし同意を与える形式であり、すでにのべた公有水面埋立法4条1項1号に対応するものである。この点からも、同意契約による漁業権者の履行義務は漁業権そのものの放棄ではなくして、漁業権内容である漁場区域の一部が将来干拓工事により公共用を廃止することを承認することにあるといえる。

現在上掲契約に示めされた干拓区域面積が具体的にどの位置であるかが問題とされ、工事施行中の干拓堤塘外の漁業権侵害が関心をひいている。このように、将来の同意契約が単に面積のみならず、具体的な位置をも契約に明示することが紛争防止の意味から必要であろう。

契約の重点は第2条の補償金額にあった。然しこの点についてすでにふれたように、当時の国策協力の考え方が契約締結上の紛争を皆無とし、むしろ最近における漁場生産力上昇という条件から損害賠償額が再検討されている感が強い。当時の補償額算定基準が何であったかは全く不詳である。

第3条に示めされる工事施行への協力は、同意契約が成立し、かつ適法に工事施行がなされる限り不要のものと考えられるが、漁業免許における制限条件項目と同じく、“念の為の規定”と解すべきであろう。

すでに樺島村においては、明治24年に完成したK氏ほか5人の地主による明丑干拓90町歩があり、政府補助を得ないで耕地増大に寄与した前例がある。当時は現在以上に漁業世帯は皆無に近く、海面は肥料の明藻、採介程度の依存度しかなく、地元部落における干拓そのものについての利害対立はみられなかった。こ丑干拓農地は、粗放な工事であったためか10年毎に堤塘が決壊しその修理費に悩み、戦時中の13年、同農地の小作農が勤銀より40万の買上資金の融通をうけて自作農創設の適用をうけ自営化した。

樺島干拓の地元部落である樺島村および玉名市大浜（旧大浜町）は、有明海における農村地帯に属し、ことに樺島村は明丑干拓を加えて中農層以上が多く、農耕を主とした第2種兼業によってしめられている（第1表）。漁船を有しない農民層も同様であり、かつ被備世帯をみることはないので、のり漁業収入を加えた

第1表 樺島干拓地元部落の兼業状況（第2次センサス）—個人経営世帯分

兼業別 地帯	個人経営 世帯数	専業	兼業	第1種兼業	第1種兼業中 自営農業のみ のもの	第2種兼業	第2種兼業中 自営農業のみ のもの
熊本県	2,815	464	2,351	900	739	1,451	1,273
樺島村	126	—	126	3	2	123	120
大浜町	79	5	74	20	20	54	52

第2表 樺島干拓地元部落の兼業状況（第2次センサス）—漁業従事者世帯分

主な収入源 地帯	総数	自営漁業	自営農業	漁業被備
熊本県 {	5,157	996	2,489	115
	100.0	19.3	48.3	2.2
樺島村 {	634	34	566	1
	100.0	5.4	89.3	0
大浜町 {	427	118	250	0
	100.0	27.6	58.5	0

農家収入の高さをしめし、干拓工事収入を積極的には必要としていない（第2表）。非漁船所有世帯はこの

部落では零細農を意味していない。最も平均耕地面積の低い大浜部落の従事者世帯が漁場への最低要求もっている程度である(第3表)。すなわち樺島、大浜二部落の中心をしめるものは中農層であり、かつ1町

第3表 樺島干拓地元部落の経営耕地面積別世帯数(第2次センサス)
(Aは個人経営世帯Bは従事者世帯)

	総数	農業を行わないもの	農業を行うもの	1反未満	1～3反	3～5反	5～1町	1町以上	
熊本県	(A) {	2,815	648	2,167	164	357	295	685	666
	—	—	—	100.0	7.6	16.5	13.6	31.6	30.7
樺島村	(B) {	5,157	1,092	4,065	556	936	742	1,064	767
	—	—	—	100.0	13.7	23.0	18.3	26.2	18.8
大浜町	(A) {	126	2	124	0	4	4	37	79
	—	—	—	100.0	0	3.2	3.2	29.8	63.8
樺島村	(B) {	634	29	605	8	36	58	165	338
	—	—	—	100.0	1.2	6.0	9.6	27.3	55.9
大浜町	(A) {	79	6	73	0	11	13	19	30
	—	—	—	100.0	0	15.1	17.8	26.0	41.1
樺島村	(B) {	427	57	370	62	72	130	102	4
	—	—	—	100.0	16.8	19.5	35.1	27.6	1.0

以上の富農層に主導されている。そして有明海唯一ともいわれるのり種場料の地代収入は、大浜町の5反以下農民層にも富農的意識においこんでいるとみてよい。以上の農村構造は、同意契約の性格が上層部農民による干拓推進協力の産物であり、利害対立の妥協として成立したものとはいわれない。現地調査の結果として、当時の漁業会員がその審議に全く参加していないことや、契約書原文すら現漁協に保管されていないことはその反映である。

現在現地では補償額の追加や工事完成予定年限の遅延による被害補償、とくに本年度第二期工事として着工された第2工区により全面的な被害をうける樺島村では、工事の中止が論議されているようである。これはすでにのべたように、昭和28年以降の当該水面におけるのり生産の増加、とくに種苗供給の超過利潤によるものである。然し干拓工事完成予定年限の延長は、国営干拓については現行法上適法とされている(埋立法13条, 42条3項, 34条1項2号)。ただこれらの契約後の干拓水面の事情変更が、すでに補償の完全履行がなされている現在、どのように解釈されるべきかは、法社会的立場から究明される必要がある(埋立法32条1項5号)。

また前記のとおり、契約当時の漁業会としての意思決定方法や、補償金が当時の会員に配布されていない等の事由で契約の効力も論議されているが、権利者内部の事情によって正当な契約相手方に影響を及ぼさないのは明らかである。

以上の契約事項のほか、(イ)船溜の築造。(ロ)関係漁業者に優先的に入植の斡旋をする。(ハ)漁協を主体とした干拓期成同盟を設け干拓事業推進に協力する。(ニ)干拓工事完了せざる場合と雖も交付をうけた補償金は返還しない等のとりきめがあるとされているが、成文的には明らかでない*。おそらく了解事項程度のものであったのであろう。問題は干拓問題に共通の(ロ)の優先入植であるが、全工事完成が昭和40年と予定されているため入植運動は現実化していない。

(2) その他の干拓の場合

(イ) 長崎県森山村地先水面は泉水海に属し、さきの熊本県樺島干拓の事例と同じく好箇の干拓適地であり、現在長崎大干拓として発展している。森山村地先干拓は、戦時中に同意契約が結ばれ着工されたが、その同意覚書はつぎのようなものである**。

1. 森山村漁協が干拓営団から1万5千円の補償金を受領し漁業権を放棄する。
2. 工事完成までは森山村漁民の漁業行為を認める。

* 水産庁「有明海水産要報」431頁

** 20回長崎県南高海区漁業調整委員会議事録(昭和26.10.14開催)

この覚書成文は入手しえなかったし、また了解事項に止まるものであったかどうかは明らかではない。然し、戦時中ほとんど無償に近い形で同意したことは争われぬ。それを裏書するように、その補償金は森山村漁協ではなく、当該漁業権の共有者である泉水海沿岸各漁協で組織する泉水海漁業権者会に交付されたようであり、また補償金のうち6,000円は国防献金として、9,000円は交付後の漁業権税として支出されていることが明らかである（上掲議事録）。したがって、ここにみられる補償金は漁業権者に交付され、その意思によって消費されている形式ではなんら不合理はないのであるが、実質的な漁場喪失にたいする補償金の意味はなく、ましてや将来にたいする生活保障は全然考慮されていなかった。

また第2項の漁業行為の認容は、工事未施行区域は公共用水面であることから当然であり、契約の必要はなく正当な漁民の権利である。

(ロ) つぎに佐賀県有明国営干拓は、昭和4～5年当時県代行干拓として出発したものであるが、補償金は1,500町歩に対し坪当たり20銭ともいわれ、当時の漁業権者会に交付されている。いずれにしても前項森山地先干拓と同じく無償提供的考え方の協力が行われている。またその代償として口頭で「漁民の優先入植増反」が約束されたが、現在の国営干拓移管と同時に否定されたという。国営干拓の政治的配慮から当然の結果であろうが、どの干拓においても黙契的あるいは期待権的に入植増反が前提となっている同意契約、および補償金額の算定を考えると、あきらかに契約違反で、公有水面埋立法による埋立免許の合法性が疑われる点である。

然し有明国営干拓の場合、すでに入植増反も事実上完了し、地元漁業世帯は県内入植世帯の10%程度入植をみている。このような事実上の漁場喪失の場合、漁業権の回復は不可能であり、契約法上の問題を残すのみであろうが、ほとんど前掲熊本棒島干拓地元農村と類似した佐賀農漁村では、この解決は困難であり既成事実として黙認されている。

(ハ) 他の佐賀県の事例である南川副代行干拓では戦後21年に工事が開始されたが、補償金は有明干拓と同様当時の専用漁業権者である佐賀県有明海漁連に交付され、直接の被害者である地元漁協にも配分されていないようである。

以上の事例は棒島干拓を除いては成文を入手できないし、正確な分析は望みえないのであるが、埋立免許にたいする同意契約および損害賠償についての理論からつぎの点が今後問題点として検討される必要がある。

- (1) 現行憲法29条にいう「正当な補償」と干拓被害賠償の関連、これと関連する漁場秩序と他の法秩序の均衡との基準となる「公益」の概念
- (2) 損失補償または損害賠償金の漁業権者への交付の実態的不合理
- (3) 干拓適地である干潟漁場が内湾性水族および回遊性水族の産卵、育成場であることからする被害補償の範囲、土地取用における補償との相違点
- (4) 干拓漁場に依存する漁民が同意契約の前提として有する入植増反への既得権と同意契約の関連

第4 干拓のための漁業権の消滅

農地造成のための海面干拓は、戦前から公有水面埋立法を根拠法として行われてきた。かつ、その場合も行政上の円滑な運営を計って、漁業権者の同意を前提として行われたのが一般的であるが、一方埋立法においても、干拓による農地造成を公益とする考え方から、強制的な埋立免許が行われうることはすでにのべたところである。

このような現存漁業権の物権的効力に優先する埋立権を設定することは、現実にはそれ以後の工事進捗との間に種々の紛争をひき起すことは止むをえない。この防止のためには、現存漁業権を強制的に消滅せしめ、それ以後は当該水面に漁業免許を行わないことが農地造成政策上最も安易な途である。とくに戦後においてはわが国農政の方法は明白な形でこの方向に進んでいるといえる。

一般に、現存漁業権を公益上の理由によって消滅しうるものとしては漁業法39条の規定がある。また損失補償の国庫負担を避ける意味では、当該漁業権の存続期間満了後、再免許せず埋立免許を先行せしめることもできよう（漁業法13条1項4号）。そのいずれの場合にも漁業権者の同意という難問題は消滅するし、存続期間更新制が区画漁業権のみの延長制に切替えられた現行法では、形式的には同一権利の存在を主張する根拠は失われている（漁業法21条3項）。ただし、このような干拓による犠牲を無補償的に漁民にのみ負わ

せることは行政としても不可能に近いし、また法理論としても慣習法上の権利として争うこともできよう。^{*}

戦後に成立した農地関係法は、食糧行政における農業生産と漁業生産の比重を明確化したものでもある。土地改良法（昭和24法195）にもとづく国営もしくは県営土地改良事業としての干拓（同法2条2項4号、87条の2）を推進するため、現行法では農地法56条が漁業権、入漁権を強制的に消滅せしめる方向を明らかにしている。

現在進行中の干拓の多くは終戦直後以前のもが多いが、今後干拓推進のためには公有水面埋立法と並んで農地法がその中心をしめることとなる。

農地法は都道府県知事が都道府県開拓審議会の意見をきいて（同法56条2項）、漁業権者に補償を明示した権利消滅書を交付することによって漁業権を消滅させることができる（同法50条）。さらに補償金の供託制が採用され（同法52条）、その算定方法は政令の定める基準によって行われ、漁業権者には訴願の途があたえられているのみである。

この農地法に規定する漁業権消滅の方向は次項にのべる干拓水域内の漁業免許、漁業権行使についても一貫するものであり、今後の重要な立法政策上の論点とならなければならない。

第5 干拓問題における漁業権者の救済

干拓のための埋立免許や、農地法による漁業権消滅、あるいは特例的に考えられる漁業法39条による漁業権取消については、それが現行法秩序からして不合理と考えられる場合は、不当な処分については訴願の途がひらかれ（埋立法45条、漁業法135条、農地法85条1項5号）、違法な処分については行政訴訟（埋立法46条、行訴法1条）が可能である。また補償金の裁定や決定については、訴願または行政訴訟によって救済の途がある（埋立法44条、行訴法1条）。

然しこの場合行政救済はほとんど期待されない。一方漁業者が司法救済の方法に熟知せず、かつ行政処分が確定力をもって現実に工事が進行する場合につき考えると、裁判遅延の現状からきわめて迅速な救済のごとく思われる。このような一方的な行政処分が、現実に漁業権の物権的請求を不能ならしめるような場合、仮処分の司法救済が考慮されるべきではあるまいか。

いずれにしても、上述の救済の場合、その争点になるのは「公益概念」の決定である。埋立法4条1項2号にいう利益比較、漁業法39条にうたう「公益上の必要」、農地法56条の場合の「自作農を創設し、又は自作農の経営を安定させるため必要があり、且つ、国土資源の利用に関する総合的な見地」というのは、結局憲法29条にいう「公共」または「公共の福祉」と同意的であり、行政処分の合法性の基準である。また損害賠償あるいは損失補償については、憲法29条の「正当な補償」の概念をもって争うこととなる。

現在漁業生産力の犠牲による農地造成は無条件的に「公益」と考えられている。然しながら、国の貿易政策や農政の一時的「国策」のために、多くの漁民の生産の場をうばうことは、単純に公益といわれえないものをもっている。農地所有権は漁業権と同様に物権であり、法律的には私権として両者にならぬ差はない。また農民を富裕ならしめることと漁民のそれもまた差等をつける合法的な根拠はありえない。すべてときの国の食糧政策の左右するところといえる。まさに農地法にいう「国土資源の総合的利用」の理解にかかるところであろう。

かりに農業政策を先行せしめることが公益としても、それは干拓水域の漁家の補償や、入植増反による発展の解消を、不可欠の要件として包含するものでなければならない。今日多くの干拓農家が経営危機を訴え、反面とくにのり養殖が重要な農家収入となり、相互投資の形で支えあっている状況からすれば、軽々に干拓を公益とみことはできない。まして、干拓水面が単に当該水域の滅失と漁業生産力の喪失にとどまらず、広汎な関係漁場の重要な魚族資源の培養地であることを考慮すれば、公益の決定は精密な科学的調査と、時の政治に左右されない合理的富政政策の貫徹が必要である。

つぎに問題となるのは、特例的に考えられる漁業法13条1項4号、21条3項による、漁業免許の拒否や漁場計画からの除外である。ことに漁場計画の際に、干拓水域内漁業免許は原則的に禁止するという最近の行政方針からみると、この措置は免許切替を好機として、実質的に漁業権消滅の効果を来たすものであり、現実的な問題となっている。

* 川島武宣 ◀ 判例民事法昭和15年度 ▶ 31頁

まず漁業免許の拒否の救済については、その訴が行政庁に行政処分^{*}の作為を求めるのであるから、現在この種の訴を行政訴訟事項以外とする判例法の建前からは司法救済の途はない。したがって漁業法135条の農林大臣への訴願による行政救済のみとなる。

また漁場計画からの除外については、現在行政方針は同計画の性格を行政処分ではないとするため、訴願、訴訟の対象とはならず、救済の途は閉ざされている。然しながら、この見解は行政処分の意義を極めて狭義に解するきらいがあり、かつ実質的に漁場計画が漁業権取得を左右する重要要件である点からも再検討される必要がある。この行政方針の意義は、とくに共同漁業権のごとき生存権的な権利について、関係地区の撰択によっては慣習法の入会権を否定することとなり、その救済は調整委員選挙にまつ以外にないという結果をもたらすものである。存続期間の満了によって漁業権は消滅するという形式論のみによって、漁民の漁業入会権を否定することは批判の余地があろう。

最後に干拓免許と漁業権の調整上大きな役割を果たすものは、埋立免許における市町村会の答申（埋立法3条）と、漁業権消滅通知書交付における県開拓審議会の答申（農地法56条2項）である。したがって干拓免許に際しての漁民側の要望は、これらの諮問団体にも向けられることが必要である。ひいてはその構成員に漁民代表や漁業に関する学識経験者を参加せしめるよう働きかけることが重要な問題である。すなわち、干拓の合理的運営について積極的に漁民が参加し、たんに漁協運営の合理化のみならず、市町村行政や県行政の中軸に眼を向けることが、紛争の根本的解決策の一つといえる。

第6 干拓工事施行における漁業権の効力

以上述べたところは、現存する漁業権について公有水面埋立免許または農地法による漁業権消滅処分がいかなる関連を有するかの問題であった。

つきに、干拓工事開始後の干拓水域内における、漁業法の適用または漁業権の効力の問題がある。一般物権と異なり、漁業権は存続期間がある権利である。その限りにおいて、埋立免許にたいする同意または消滅処分とは無関係に漁業権が設定されていく。すなわち漁業免許をめぐって、行政処分の適法性、権利行使の態容が問題になる所以である。

(1) 干拓水域と漁業法の効力

この関係を明確に判示したものは周知の昭和15年大審院判決である。同事件は、埋立権者の埋立工事に対し原告の漁業組合が漁業権の確認請求をなし、原審はこれを認めて原告の勝訴としたが、被告埋立権者はさらに「公有水面埋立免許は公共用廃止の効力を有し、したがって原告組合の漁業権は消滅した」として上告したものである。

大審院は、埋立免許の性格を「之ヲ受ケタル者ニ其ノ埋立ヲ条件トシテ埋立地ノ所有權ヲ取得セシムルコトヲ結局ノ目的トスルモノナレドモ、免許自体ニ因リ直ニ該水面ノ公共用ヲ廢スル効力ヲ生ズルモノニ非ズ」とし、したがって該水面の使用については「其ノ埋立ニ必要ニシテ水面ノ公共用ト相容レザル施設乃至埋立自体ニ因リテ其ノ公共用廃止ノ効力ヲ生ズルモノ」として上告原告の主張を斥け、結論として「故ニ右埋立免許後其ノ水面ニ付第三者ガ漁業ノ免許ヲ得タル場合ト雖モ其ノ免許ハ無効ノモノニ非ズシテ如上ノ施設乃至埋立ノ実行ニ因リテ漁業権ハ漸次縮減シ或ハ全ク消滅スルニ至ルモノト解スルヲ相当トス」として漁業組合の主張を容れた。

この干拓水域内における漁業法の効力についての正当な判旨は、その後両者の関連を規律する裁判規範として現在に至っている。本判例の意義は、埋立権と漁業権を同等の権利とし、干拓についての公益的意義を過重視するあまり、漁業権の物権性を無視するの弊をまぬがれしめた点にある。同時に埋立免許と漁業免許の調和をはかる意味で、埋立法による手続完了の後あるいは埋立免許後設定された漁業権は、埋立工事の進

* 例えば昭27.4.30 仙台高裁（高裁民集5巻5号）、昭28.9.16 東京地裁（行裁集4巻9号）、昭30.2.28 横浜地裁（行裁集6巻2号）

** 昭26.8.15. 26水第4868号水産庁次長通達（水産庁 ク漁業制度改革関係主要通達集ク 123頁）

*** 昭15.2.7 大審院民事4部、民集19巻2号119頁。なおこの判決は漁業権の確認をしたが、現実には埋立免許が優先することを認めたものであり、損害賠償は埋立免許の故を以て否定され、実質的な漁業権者の利益は縮小した。この点につき川島武宣、判例民事法 昭和15年度31頁および美濃部達吉、国家学界雑誌昭和15年7月号行政法判例評釈参照

抄を阻止しえないことと、損害補償請求権を認められないことを明示した点で重要な意義をもっている。

行政例規も戦前はほぼ判例に従っていたようであるが、戦後においてはやや変化している。

まず制度改革当時は、(1)埋立免許区域に漁業免許することは可能である。(2)漁業法13条1項5号の同意は必ずしも必要でないとし、大審院判例を継承している。同意を必要としないとする根拠は、埋立免許のみでは水面の占有に該当しないとすることにある。蓋し占有の解釈は正当であり、少なくとも捨石後の埋立工事の進展を以て干拓予定水面の占有とし、漁業法13条1項5号の水面占有権者の同意を要するとするのが正しい。埋立権者の水面占有の法的保障を漁業権との調和の上に求めたものである。

然しながら、この行政方針は農地法施行を契機として大きく変化し、とくに国営干拓については政策的解釈が支配しはじめたといえる。

食糧増産、農村二、三男対策のための干拓農地造成政策の進行は、国営干拓を土地改良法によって裏づけるとともに重要な農政の一環となった。一方漁業権者との紛争は、戦後の浅海養殖事業の発展とともに増加し、干拓事業進行の大きな阻止要因ともなってきた。

この戦前の干拓当時と異なる生産関係の変化は、従来の大審院判例を踏襲することを政策的に不可能視する方針を打出させたものである。

すでに、27年3月には農地局長、水産庁長官連名を以て「自作農創設特別措置法による干拓事業と漁場計画について」なる通達^{***}において、「自作農創設特別措置法によって国が既に漁業権を買収している水域について新たに漁業権を設定することは、干拓事業の進捗に支障をきたすおそれもあるので、原則として新たに漁業権の新設はしないものとする」と指示した。この方針は、第二次切替の31年においても踏襲され、さらに農地法による漁業権消滅水域を追加している^{***}。

この国営干拓についての偏農主義的な行政方針の反面、一般公有水面埋立免許については、「あらかじめ当該公有水面埋立権者の同意を得ること、但し正当な事由がないにも拘らず当該埋立権者が同意をしないときはこの限りではない^{***}」として、第一次改革当時の方針を継続している。

後段の一般埋立権にたいする態度は、漁業法13条1項5号および4項の法意の当然の解釈であり、現実に埋立権者が占有を開始した水域における妥当な措置である。問題は法的には全く同等の解釈をなさざるをえない国営干拓水域におけるそれが、いかなる法理論によって原則的免許を禁止しうるかである。

国営干拓水域において免許を拒否し(漁業法13条1項4号)、または漁場計画に組入れない(漁業法11条1項)という方針は、明白にその干拓水域が公共水面を廃止された事実を挙証しなければ不当な行政措置である。上述の大審院判決が、埋立免許の性格を明快に論じ、漁業権者の利益を保護し、かつ漁業権と埋立工事の調整を法解釈において円滑ならしめたにもかかわらず、同一内容をもつ埋立事業を、その事業者によって区別することは、厳正な法の執行とはいえない。31年2223号通達にのべた「正当なる理由による同意の拒否」は、31年4029号通達上どのように解釈されるべきであろうか。

この点を説明して、27年620号通達の例示的説明として指示された、27年2213号通達はつぎのようにのべている。原則的免許禁止の理由となっている「干拓事業の進捗に支障を来す」とは、「既に築堤のため捨石その他の工事に着手している場合その計画堤塘線内における漁業がこれに該当する」。

一般に捨石工事の開始は、埋立権者による水面占有の開始を意味することすでにのべたごとくであるが、そのことは必ずしも、その水面について漁業上の公共用性を失わせるものではない。捨石工事後約14年を経過して潮止工事が完成したのは、熊本県樺島干拓第1工区についてすでにみたところである。同干拓第2工区は本年捨石工事を開始したが、潮止完成は早くて昭和40年と予定されている。その他とくに国営干拓の場合は、財政政策の変動や農政の後退により、工事遅延は日常事となっており、潮止完成まで10年という例は珍らしくない実態である。かつ、この間は何の干拓においても従来の漁業が行われ、工事進展とともに漸次操業区域が縮少している状態である。

以上の実態からみるならば、27年2213号通達の説明は、なんら工事進捗を妨げる理由を明示したことには

* 昭26.9.28, 26水6419号 水産庁回答(水産庁×漁業制度関係例規集×(一)36頁)

** 昭27.3.3農地620号(前掲例規集(一)35頁)

*** 昭31.8.15農地4029号(前掲例規集(二)18頁)

**** 昭31.3.9.31水2228号 水産庁長官(前掲例規集(二)17頁)

ならないといえる。勿論工事進行上多くの支障を生ずるのはのちにのべるところである。然しその支障は、漁業免許の際の制限条件によっても未然に防止できるものであり、法理論上も漁業権者による工事妨害を合法なりとする根拠はない。したがって、同通達という支障とは権利運用の面において充分調整可能のものであり、原則的な免許禁止の事由には該当しないし、漁業法13条5号に規定する埋立権者の同意拒否の正当性の裏づけにも該当しない。

同一水面に併存する二権利は、併立の法的根拠がある限り、相互尊重の原則にたって運用されなければならない。民法1条にいう、権利濫用の禁止と公共福祉の優先の二原則は、この場合の調整の結節点となるものである。法秩序における権利の正当性は、その所有者が国であるか民間企業であるかによって区別されるべきものではない。あたかも国の事業であることが公益決定の基準となりえないのと同様である。円滑なる干拓工事の進捗の範囲内で漁業免許をすることが公益の内容でなければならない。その現実的な必要がないにもかかわらず、水面使用上の紛争を予防するのみの理由で漁業免許を禁止することは、漁業法および農地法にかかげる諸目的に反する不当な措置であり、埋立権についていえば権利濫用といわざるをえない。

すでにのべたように、このような行政措置については、漁業法13条における免許拒否にたいする訴願を除いては、救済の途はない。然しこの場合、このような通達行政の主体である農林大臣にたいしての訴願や行政監督権による指示救済を求めてもその結果は明らかであろう。三権分立の概念に固執することなく、なんらかの司法救済が講ぜられる必要がある。

ひるがえって、このような干拓水域内の漁業免許禁止の根拠を、埋立免許にたいする同意および損害賠償、あるいは漁業権消滅処分と補償に求める立論が考えられる。

然しながら純理論的には、当時の漁業権は存続期間満了により、または消滅処分により消滅したのであるが、その補償はなんらその後の漁業法適用を妨げるものではない。^{*} 上掲の大審院判決や26年6419号水産庁通達はこの趣旨を明らかにしている。それは単純に補償当時の漁業権と異なる新権利であるからの故ではない。形式論的には期間満了により旧権利は消滅し、その後同一水面に免許された漁業権であっても同一権利ということはできない。^{**} 法社会学の立場からみれば、このような形式論にかかわらず、少なくとも共同漁業権あるいは組合管理区画漁業権は、同一の権利としてなお埋立免許との関連において、無補償の根拠となりうるかもしれない。

然しその場合とても補償の事実が新たな漁業権の設定を妨げるものではない。ましてや定置漁業権や、全く権利内容を異にする区画漁業権の場合は、漁業権者が同一人格であっても、旧権利の補償を以てその発生を阻止するいかなる合理的根拠もないといわなければならない。それはかかって、漁業権は、土地所有権と異なり、漁場所有権ではなく、したがって旧漁業権の補償は漁場の法律的帰趨と無関係であるからである。かりに旧漁業法で認められた譲渡が現行法に再現したとしても、その開拓財産としての譲受漁業権はその期間満了とともに消滅するものである。

干拓水域に漁業権を設定しうるかの問題は、旧権利にたいする補償には左右されず、かかって公共用水面としての漁場がその公共用性を喪失したかどうかにある。ただすでに埋立免許の存在する水面に免許された漁業権は、埋立工事の進行とともに部分的に消滅し、やがて工事完了とともに全権利の内容を実現することの不能な権利と化し、公共用水面たることの廃止とともに完全に消滅しるのみである。したがって、適法な工事進行にたいしては、なんらの損害賠償請求の権能もなく、またその工事進行を阻止する効力もない。^{***}

以上の法理論的根拠は、基本においては行政解釈としても認めていることは、前掲31年2228号通達にも明かである。にもかかわらず前掲諸通達にみるごとく、あたかも干拓水面が非公共用水面であるかのごとき禁止措置を講じているのは、すでにのべた政策的配慮に基くものである。その故に前掲27年620号通達は、原則的な漁業免許の禁止にたいして特例を設け、「しかし干拓工事が長期にわたり実施されない場合には、水面の総合的利用の見地から定置漁業権及び区画漁業権に限り漁業権を新設することはやむをえない」とし、こ

* 昭30.3.22.30水2171号 漁政部長通達はこの立場を明示している。(前掲例規集(二)32頁)

** 戦前の大審院が期間更新をもってさえ新権利の発生と解し、同一権利の期間延長と解する行政判決と対立していたことは周知のことである。

*** 以上の干拓水域における漁業免許の理論はそのまま河川法、電源開発促進法、特定多目的ダム法と漁業権の関係に適用される。

の趣旨は、31年の第二次切替における4029号通達にも採用されている。

この「長期」とは「1年以上経過しても工事に着工する見通しのたたない場合」をいう。^{*}

この緩和的例外措置の場合も、捨石工事の開始後は適用されないし、予算上捨石着工の見通しのない場合も共同漁業権は免許されないこととなっている。区画漁業権および定置漁業権のみを例外的免許とした趣旨は不明であるが、おそらく漁家経済にとってこの二漁業権の収益率が高いことによるものであろう。然し干拓水面が漁業法にいう公共用水面であることの前提にたつ限り、共同漁業権のみを除外する適法性は全く存しない。むしろ漁場への生活依存度の面からいうならば、次第に区画漁場の狭隘化が現実化し、操業制限による零細漁家の閉め出しが顕著になっている現在、共同漁業権漁業こそ底辺漁家層にとって不可欠の生存権的性格をもっているといえる。

また干拓工事の支障の点からみても、むしろ漁具を固定する区画漁業とくにのり養殖や定置漁業こそが除外されるべきなのである。一方に干拓工事進捗との支障を理由として免許禁止をうたい、他方実態から遊離した特例的免許を認めることの矛盾は、いわゆる通達行政がなんらの合理的事由によらず、政治的力関係のままに決定されていく過程をしめすものである。今日正当な意味での法の下での行政への復帰が強調される所以である。

この中央官庁の一方的通達は、その内容にふくまれる矛盾や実態からの遊離の故に、地方行政においてそのまま実施されていない。県はその実態にあわせて全漁業権を干拓水域内に免許し、むしろ権利行使と存続期間の面で調整を加えている。

次項に中央通達という例外的免許の場合の取扱と実態を検討してみよう。

(2) 干拓水域内漁業権の効力

干拓水域内における漁業権の効力は、埋立免許による埋立工事権に制約され、埋立工事に従属することはすでにのべたとおりである。戦前においては、工事完成が明らかである場合は漁業免許に工事妨害をしない旨の条件制限を附してその調整をはかり、完成期が不明な場合でも同様の条件制限附漁業免許であると解するのが正当であった。

戦後においては、この法理論的根拠を明文化する意味もふくめて、存続期間の短縮、制限条件、契約等の方法によって漁業権の効力を制限している。

(イ) まず、存続期間の短縮の事例は長崎干拓地先水面^{**}や熊本県干拓水域の漁業免許についてみられる^{***}。熊本県では、第2次切替の昭和31年に、熊本県農地事務局から干拓水域内には漁業免許をしないことの強硬な申入をうけたが、交渉の結果、31年は当面干拓予定地内外を問わず1年免許とし、32年以後は予定地内は1年免許、予定地外は4年免許とすることとなった。この場合県有明漁業調整委員会は区画漁業権の期間延長^{****}(漁業法21条2項)を条件として承認をあたえている。

この漁業法にいう期間短縮は、漁業調整上の必要のためかつ必要な限度において行われる処分であり(漁業法21条5項)、本事例のように漁業権自体の必要からではなく、干拓工事進捗上の理由によって短縮することは、漁業法21条の法意に反するものである。上掲の農地事務局の申入れは、前掲31年4029号通達を実行したのであるが、それはのちにのべるごとく制限条件または協定によって行われるべきであり、期間短縮によって漁業権を制約する法的根拠もまた必要性も存しない。期間短縮の意義は、干拓水域内の漁業権を早期に消滅せしめ、漁業法13条1項4号による免許拒否の機会を多くすることにあると考えられるが、埋立免許の優先性の承認を前提とする限り、このような徒らに漁業権の物権性を制約する措置は、漁業法違反という形式論のみでなく、法運用上極めて有害な前例となるであろう。

(ロ) つぎに、一般的に採用されている漁業権の効力制限は、漁業権の条件制限または協定による方法である。

* 昭 27.4.28 農地2213号 農地局管理部長、農地局建設部長、水産庁漁政部長通達 (前掲例規集 (一) 35頁)

** 前掲有明海水産要報 62頁

*** 熊本県有明海漁業調整委員会 103回議事録

**** 漁業法21条5項による期間短縮は、試験的操業による経営不安定の場合、漁場計画と切替時の関連から一斉切替以後に免許する漁業権の場合等が一般的な事例である。

すでに、干拓水域内の漁業免許の原則的禁止と特例措置を定めた前掲27年620号および31年4029号通達は、その例外的免許について、「この場合には将来いかなる補償の対象ともせず、且つ、干拓工事施行に何らの異議の申立をしないということを中心とする等の措置をすること」を指示している。

その具体的説明を27年2213号通達にみると、「漁業権（定置漁業権、^{*}区画漁業権）を新設したとき、その水域に国が干拓工事に着手して捨石等を行い工事を施行しても免許された者は何らの異議の申立もせず、又国は免許された者に対し、新設された漁業権についてこれが買取又は補償を行わないという条件が必要であるから、知事が漁業権を新設するときは、予め所轄農地事務局長…、知事及び免許される者との間に前記の条件等を決定した契約を締結し、各当事者がその契約書を保持する等の措置により干拓工事施行に支障をきたさないようすること」と指示している。

同通達にいう、将来いかなる買取または補償の対象としないという条件は、条件制限としては明示されず、協定に一任されているのが一般約である。従来の行政例規では、河川における漁業権設定や発電ダム建設に伴う人造湖上の漁業権分割、免許または新規免許について、「河川管理者の行う公共事業の施行や人造湖の水面管理による漁業損害につき漁業権の補償要求をしない」旨の条件制限を附することは不適当であるとの事例がある。^{**}

公有水面埋立免許水域における漁業権が、原則的には補償要求の根拠を有しないことはすでにのべたところである。したがって条件制限に定めることは勿論不当であるが、協定においても不必要な措置である。それは前掲河川、電源ダムに関する通達と異なり、漁業法39条との競合からではない。39条は当該漁業権の不当なる効力が制限され、または当該漁業権がそれ自体のもつ事由以外の要因によって取消される場合である。正当なる権利が水面利用との衝突を来し、39条所定の事由により漁業権が剝奪処分^{*}に附される場合の補償である。埋立予定水域内の漁業権がこのような効力をもたないことは所論から明らかである。

条件制限によって、干拓水域内の漁業権の効力を制限している事例につきのものがある。

(イ) 長崎県における第2次切替時に、泉水海奥部の1種かきひび、3種貝類区画漁業権につき、「国又は地方公共団体の行う干拓工事を妨げてはならない」の条件制限が附され、長崎干拓との調整をはかっている。

(ロ) 熊本県樺島干拓地先水面の共同、区画漁業権については、すでに26年の第一次切替時に「既に賠償済の干拓予定地内においては干拓工事に支障を及ぼさないよう操業するとともに干拓施行により権利を侵害されても異議を申立ててはならない」旨の条件制限が附されている。然し第二次切替ではつぎのべる協定に切替えられ、条件制限は附されていない。

この条件制限はすでに法理論的に明かな埋立免許の優先性を明示したにすぎないが、このような必要性はないと同時に、条件制限の合法的な運用ではないと思われる。本来条件制限は漁業権の本質を変更せしめるものは許されないからである。干拓工事を妨害しないという条件制限は、漁業権内容となっている漁業の永久的停止または不能を許容するものであり、条件制限の性格上許されるべきでない。勿論干拓の場合この状態は必然的に起るものではあるが、それはすでにのべたように公共水面の廃止によるものであり、条件制限の結果ではない。かつこのような条件制限が附されることは、不当な埋立権の行使にたいする対抗性を弱める結果を予想させるものである。

(ハ) 最後に本省通達の指示する地元協定による干拓水域内漁業権の制約は、熊本県樺島干拓の事例ではつぎのごとくなっている。

* 昭26.11.19 水産庁調整二課長回答（前掲例規集(一)54頁）昭30.3.22.30水2175号 水産庁漁政部長回答（前掲例規集(二)32頁）

** これら回答の趣旨は、漁業法39条との競合を来し不当に漁業権者を圧迫するとの事由による。この場合河川管理者の行う適法な公共事業やダム使用権（特定多目的ダム法20条）の行使が漁業法における公共用水を廃するの結果と解するか、公益上の理由により漁業法39条の変更または取消の職権的剝奪を必要とすると解するかにより取扱を異にするであろう。いずれにしても補償請求の禁止を条件制限とすることは、不必要であるか条件制限範囲外であると考えられ、通達の趣旨に賛成である。

『 協 定 書 』

熊本農地事務局が実施中の農林省樺島千拓建設事業地区内に設定された…区画漁業権の行使に当り、熊本農地事務局長（以下「甲」という。）と当該漁業権者たる樺島村漁業協同組合長（以下「乙」という。）との間に左記のとおり協定する。

記

- 1 期 間 漁業権の存続期間…
 - 2 区 域 別紙図面表示のとおり。
 - 3 乙は、漁業権の行使に当り、甲の行う工事実施になんらの支障も与えないようにしなければならない。
 - 4 甲は、工事実施のため必要がある場合は、乙に対し~~のりひび~~等の施設の撤去を命ずることができる。
この場合、乙は、如何なる場合といえども無条件でこれに応じなければならない。もし乙がこれに応じない場合は、甲は自らこれを撤去し、乙は他の者をしてこれを撤去させ、それに要した一切の費用を乙に負担させることができるものとする。
 - 5 乙は、前項により如何なる損害を受けても甲に対し一切損害補償を要求しないものとする。
 - 6 乙は、甲の工事実施によって漁業権が侵害された場合においても異議を申し立てないことは勿論これに対し一切補償を要求しないものとする。
 - 7 乙は、甲が行うサンドポンプ船などによる採土については、特に協力するものとする。
- (略)
- 10 本協定に関し、後日甲、乙間に紛争を生じた場合は、立合人が誠意をもってこの解決に当るものとする。

(略)

この協定は、漁業権免許後その存続期間満了、新権利免許と対応して1年毎に同文で協定されている。この立会人は県知事であり、単なる自治体首長の故ではなく、漁業免許官庁としての性格が立会人ならしめたものであろう。何故なら協定違反にたいする制裁は、知事による漁業法13条1項4号にもとづく不免許または漁場計画からの除外が最大の強制力として働くからである。

したがって上掲協定書にみるように、その内容は双務契約というより漁業権者の誓約書であることがこの協定の本質である。漁業法における免許官庁の裁量権は、このように漁業権者の萎縮を招き、漁業権の後退を余儀なくしている。この協定によれば、千拓工事において漁業権者にたいする不法行為は成立の余地はなくなるが果してそうであろうか。

(3) 千拓工事における不法行為の成立

上掲協定書は、ほぼ千拓水域内における埋立権と漁業権の関係を正当に表示したものであるが、第6項の拡張解釈の問題がある。同協定書をうけて、現場事業所長と漁協組合長との間に結ばれた覚書は、その第2項において「樺島千拓工事関係者が不可抗力又は過失の為本免許区域の禁止区域外の区域における漁業に損害を与える場合が惹起してもこれが損害補償はしない」と定めている。禁止区域とは同覚書第1項において協定する漁場として使用禁止の区域である。

漁業権者が工事進捗に支障を与えないこと、および工事実施による漁業権侵害についてその侵害の違法性を阻却することは論理上明らかである。然しながらその工事とは正当なる工事進捗をいうのであり、例えば協定第4項にいう「工事実施のため必要がある場合」についても、漁業権者はそれが正当な必要であるかどうかについての審査権を留保するものである。ましてや同項後段で無条件応諾を強制する協定は、民法にいう権利濫用禁止に反し公序良俗に反する法律行為の疑義がある。

また協定第6項にいう権利侵害の容認を拡張し、覚書第2項に禁止区域外漁業行為にたいする過失による損害についても賠償を要求せしめない旨の約定は明らかに埋立権の濫用である。何故ならば埋立権優先に対応する漁業権者の義務は、同覚書第1項で具体的に定められた漁業禁止区域内における操業中止であり、区域外における操業は正当な漁業権の行使であるからである。このような正当な漁業権行使にたいし加えた損害は、当然不法行為として処理されなければならない。

補償完了または埋立免許の同意は、埋立事業者による不法行為成立を阻止する要件ではない。それは不法行為法の立場から独自に決定されなければならない。干拓水域における正当な法秩序は、漁業権の無権利性の強要によって確立されるものではない。

さらに、干拓工事による干拓水域外の漁場被害の問題がある。コンクリート材料の臭気による魚族の逃避、サンドポンプによる区域外泥土の採取、そのための海底変形（のりひび建の不能）、ポンプ水管支脚装置による漁場喪失等がそれである。協定第7項に定める採土にたいする協力は、干拓水域外漁場被害を容認せしめるものであろうか、疑義の存するところである。私見によれば、埋立免許の合法性は干拓水域外には及ばず、現在または将来予想される区域外被害は新たな漁業権侵害として賠償の対象となるものと考えている。勿論その行為は工事完成のため止むを得ないものであり、それを阻止することは民法1条1項の法意に反するものと思われる。然しそのことは区域外における不法行為の成立を妨げるものではない。

第7 結 語

戦後漁業にたいする外部からの権利侵害は重要な特徴をなしており、わが国資本主義の発展上の産業間矛盾となつてあらわれている。そして多くの場合漁業の譲歩（漁業生産の恒久的破かい）によって当面が糊塗されている。その範囲は水曝実験被害のごとく遠洋漁業に及ぶものもあるが、多くは沖合、沿岸漁業と、とくに零細漁家の漁場の無価値化や喪失としてあらわれている。この漁業被害における階層関係が権利保護、補償等のすべてを決定したといえる。

従来の漁業法学はもっぱら漁業内部の法解釈論に終始したきらいがあり、この漁業被害を法学的立場から究明することは、実践的意義は勿論、漁業法学を国民経済構造的視点にすえて再出発せしめる学問的契機ともなるものである。この小論は別稿「公共の福祉と漁業権」とともにこのような意図で執筆したものである。

（昭和34年9月10日記）