

内部資料

紙本

発電所前面海域の法的地位について

昭和63年3月

浜本幸生



財団法人 海洋生物環境研究所

〒101 東京都千代田区内神田1-18-12/北原ビル
事務局 TEL (03) 233-4173

今年の1月、海生研所員研修の一環として、前水産庁遊漁調整指導室長浜本幸生氏に、「発電所前面海域の法的地位について」という講演をお願いした。ところが、長年水産庁で漁業権問題の第一人者として活躍された浜本氏のお話は、やゝ専門的に過ぎて、調査研究を専門とする海生研所員にはなかなか理解しにくいようであった。そこでもう一度浜本氏をお願いし、できる限り平易に講演の要旨を御執筆いただいたのが本篇である。そこに盛られたのは長年の御研鑽と御経験に基づく浜本氏自身のものであるが、海生研所員の執務参考用としてこゝに印刷させていただいた次第である。

昭和63年3月

理事長 斎藤達夫

発電所前面海域の法的地位について

浜本幸生

目 次

はじめに	1
1 「漁業権放棄海域」について	3
2 福島県における原子力発電所建設のための冷却水の取水、 排水及び関連施設の設置を原因とする漁業補償の事例	5
(1) 発電所の工事内容	
(2) 補償対象水面	
(3) 補償交渉の経緯	
(4) 補償金額	
(5) 補償対象となった漁業	
(6) 漁業補償協定書	
3 福島県双葉海域の漁業補償事例に見る法的重要点	10
(1) 交渉の経緯に見る漁業補償の原因	
(2) 漁業補償協定の目的	
(3) 漁民側の義務の内容	
(4) 起業者（電力会社）側の義務	
(5) 起業者側の権利	
4 漁業補償事例の法的重要点のまとめ	13
5 「漁業権」とは、何か	16
(1) 漁業権の法的意義	
(2) 漁業権は、水産動植物の採捕権、養殖権である。	
(3) 漁業権には、面積の概念はない。	
(4) 「漁業権の放棄」の法的意義	
6 「入漁権」及び「入漁権の放棄」について	31
(1) 「入漁」とは、	

(2) 「入漁権」とは、	
(3) 「入漁権の放棄」	
7 「許可漁業」及び「自由漁業」の意義……………	33
(1) 「許可漁業」とは、	
(2) 「自由漁業」とは、	
8 「許可漁業、自由漁業の権利」の法的意義について……………	35
(1) 「漁業許可」の法律的性質（禁止の解除）	
(2) 「権利」とは、何か。	
(3) 「許可漁業、自由漁業の権利」の放棄	
9 公有水面の埋立てと漁業権の消滅との関係について……………	38
(1) 公有水面埋立ての場合に、漁業権を放棄する例が多い。	
(2) 公有水面埋立法による「埋立免許」の性質	
(3) 「埋立免許」と埋立て工事との関係	
(4) 「水面の埋立て」による漁業権の消滅	
10 「海」の法的性質について……………	42
(1) 最高裁昭和61年12月16日判決	
(2) 「田原湾干潟訴訟」のあらまし	
(3) 「海」と「土地」との境界	
(4) 海は、「公共用物」である。	
11 「漁業権」に持つ日本人の伝統感覚について……………	46
12 いわゆる「二重補償」の問題について……………	49
13 発電所前面海域の法的地位（まとめ）……………	52

はじめに

「発電所前面海域の法的地位」が、何故に問題とされるに至ったのであろうか。

おそらく、“発電所前面海域には、漁業権が存在しない。従来そこにあった漁業権は、発電所から漁業補償金を受け取って、漁民が放棄してしまった”という事実が存在し、そしてまた、巨額の漁業補償金を支出した発電所側は、それと見返りに前面海域についてなんらかの法的地位を取得するのではないのかという予想が、「発電所前面海域」について特にその法的地位が問題となるゆえんであると考えます。

そこで、このような問題意識に立って、「発電所前面海域の法的地位」について説明を進めていくことにします。

1 「漁業権放棄海域」について

発電所の建設の際には、発電所用地として必要な土地を買収し、あるいは海面を埋立てて発電所用地を造成します。

海面埋立ての場合には、当然、漁業補償が必要なわけですが、埋立てられないで海面のまま存続する「発電所の全面海域」についても、発電所が出来上って稼働する場合に必要な発電所冷却水の取水及び排水、船舶の出入、碇泊等のための海面の使用（占有）などのために、漁業補償がなされるが一般的になっています。

海面のままであって埋立て等によって陸地化しない海域についての漁業補償は、一般に、海面の埋立てによる「漁場消滅補償」に対して「漁業影響補償」と呼ばれます。

しかし、この海面が存続し漁業操業が可能である「影響補償」の場合でも、補償に際して「漁業権の放棄」がなされる場合が多いのです。

そして、漁民が補償金を貰って漁業権を放棄した海域は、「漁業権放棄海域」とか、「漁業権消滅海域」のように名付けられて、電力会社が作った発電所の事業案内のパンフレットなどに麗々しく載せられています。

「発電所前面海域」における「漁業権放棄海域」は、これは両者が一致するのでしょうか、発電所の事業案内だけでなく、港湾管理者が作った港湾区域の地図にも、水産行政当局が作った沿岸漁業の漁場図の中にも、色別けして図示されていることがあります。

「漁業権放棄海域」は、「発電所前面海域」だけの存在ではありません。

昭和30年代後半から昭和40年代には、全国各地の地方自治体は臨海工業地帯造成などのために大規模な海面の埋立てを計画しました。東京湾、大阪湾などはその代表的な例です。

そして、そのために広い範囲にわたって漁業権を消滅させる大規模な漁業補償が各地で行われました。

しかし、その直後に起こったドル・ショック、オイル・ショックによって、予定したように企業が進出して来なかったために、埋立て計画が中断されて、漁業補償によって漁業権が放棄された海面が現在もなお相当な広さで残っています。

このような埋立てられないでそのまま残存している海面を、例えば、補償をした東京都港湾局や千葉県企業局は、「港湾局の海だ」、「企業局の海だ」としているようですし、「補償済み海面」や「漁業権放棄海域」などという名称で一般の海面と区別して開発計画の図面などに残している例が、各地で見られます。

今まで述べてきたように、「漁業権放棄海域」は、漁業補償の産物です。補償金の支払いとの交換で漁業権の放棄がなされたのです。

このようなやり方で漁業補償が行われることについて、漁民側は「海を売った」といい、補償金を出した事業者の方は「海を買った」といっています。

つまり、「漁業補償は、海の売り買い」であって、「漁業権放棄海域」は売買された海を特定するものだと考えているわけです。

漁民と事業者との間だけではなく、一般の国民のほとんど全てといってよいほどの人たちが、漁業補償についてはこのように考えているようです。

しかし、法律的には、このような漁業補償や「発電所前面海域」における漁業権放棄海域に対する一般の考えが方がはたして正しいのでしょうか。「漁業権放棄海域」を産み出した漁業補償の実例を手懸りにして、順を追って検討していくことにします。

2 福島県における原子力発電所建設のための冷却水の取水・排水及び関連施設の設置を原因とする漁業補償の事例

事例として取上げるには相当に古いものとなっていますが、発電所の前面海域に「漁業権放棄海域」を産み出した典型的な漁業補償事例として、昭和41年12月23日に締結された福島県双葉海域の例を掲げてみます。

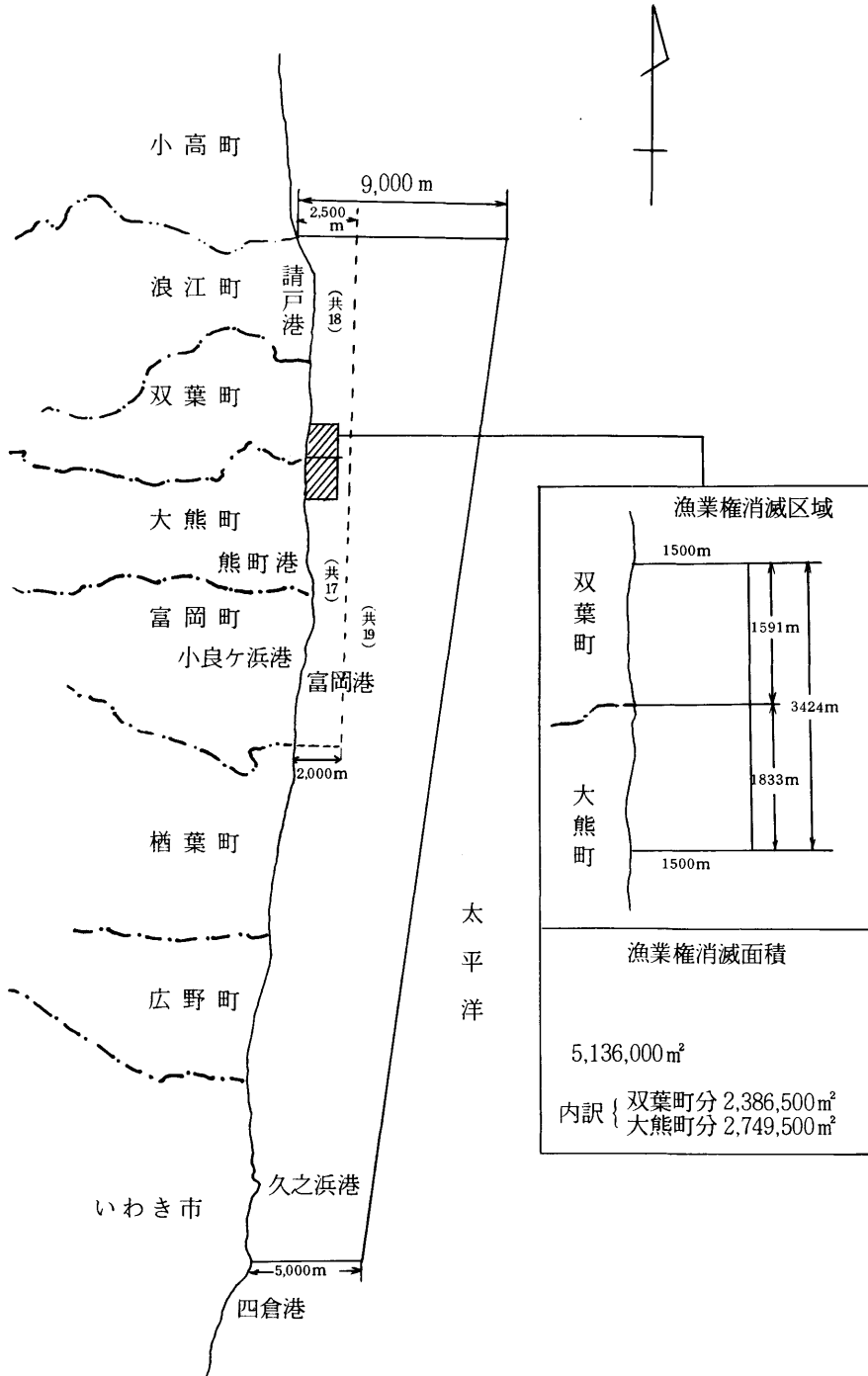
(1) 発電所の工事内容

目的 原子力発電所建設
規模 陸上敷地 297万5,200㎡
消滅海域 513万6,000㎡
出力 248万KWh (最終計画)
工事費 1号炉のみ 400億円
2号炉以下 不明

(2) 補償対象水面

位置 福島県双葉郡大熊町、双葉町 地先
名称 双葉海域
区域 (図面参照)
共第17号共同漁業権のうち
274万9,500㎡ 消滅
共第18号共同漁業権のうち
238万6,500㎡ 消滅
共第19号共同漁業権のうち
(513万6,000㎡) 消滅
合計 513万6,000㎡) 消滅

原子力発電所建設に伴う漁業権消滅区



(3) 補償交渉の経緯

当初、漁民の一部には、原子力発電所である以上、放射能を問題とせざるを得ず、万一の場合又は累積される放射能による海水汚染が絶無とは考えられないとして、建設に反対した。

また、消滅漁場は当該海域で操業する沿岸漁業者にとって最もすぐれた漁場であるので、漁場喪失によって漁業生産活動が不能になるとして反対した。

しかし、電力会社及び福島県開発公社が、放射能による危険度は全く無い。冷却水が約1千万トン／日放流されるが、温度差は取水温度より3～4℃上昇するだけで、漁業に大きな被害があるものとは考えられない。ただ、大量の冷却水が放流されるため、自然海流の変化が考えられ、これらを考慮して漁業権等の消滅を要請するものであると説明し、漁民側がこれを了承した。

昭和41年12月23日、福島県知事の立会いのもとに、電力会社と福島県漁連会長を代表する10漁協との間で、漁業権等の放棄とこれに関して生ずる損失の補償を内容とする漁業補償協定書（契約）が締結された。

(4) 補償金額

1億円

（内訳）

共同漁業権消滅補償 7,940万円

共同漁業権漁場入漁補償 2,060万円

（注、補償金の算定は、福島県開発公社）

(5) 補償対象となった漁業

（漁場喪失面積 513万6,000㎡）

漁業権漁業

採貝採藻、かに、かれい、すずき、ひらめ、えび、しらうお刺網漁業

知事許可漁業

機船船びき網、たこつぼ漁業

自由漁業

一本釣り、延縄漁業

(6) 漁業補償協定書

「原子力発電所建設に伴う漁業損失補償等に関する協定書」

Y電力会社（以下甲という。）と福島県漁業協同組合連合会会長Aを代表者とするX₁～X₁₀の各漁業協同組合（以下乙という。）との間に、甲が福島県双葉郡大熊町大字夫沢および双葉町大字細谷に建設し運営する原子力発電所のための冷却水の取水、排水、物揚場施設および防波堤（以下「施設等」という。）を同地先海面に設置ならびに取水、排水することにもとづき、甲の原子力発電所用地地先海面添付図面に示す海域（以下「漁業権等放棄海域」という。）内における乙の漁業権、入漁権等の放棄およびこれに関して生ずる損失の補償に関し、福島県知事立会いのもとに次のとおり協定を締結する。

第1条 乙は、福島県免許共第17号、共第18号、共第19号共同漁業権海域のうち、「漁業権等放棄海域」に、乙が有する漁業権、入漁権等漁業に関する一切の権利を放棄するものとし、今後いかなる漁業上の権利をも有しないものとする。

2 乙は、甲が「漁業権等放棄海域」に「施設等」を設置すること、ならびに冷却水の取水・排水することを承諾するものとする。

第2条 甲は乙に対し前条に定める「漁業権等放棄海域」内の権利の放棄、ならびに「施設等」の設置に伴う漁業上の損失について、次の種目別補償措置を行うものとし、その補償総額は、金1億円とする。

(1) X₃、X₂およびX₁漁業協同組合が有する第1種、第2種、第3種共同漁業権の放棄、ならびにこれに伴う漁業上の損失に対する補償

(2) 関係漁業協同組合が有する入漁権の放棄、ならびにこれに伴う漁業上の損失に対する補償

(3) 乙および乙に所属する組合員が有する許可漁業等に関する権利の放棄、ならびにこれに伴う漁業上の損失に対する補償

(4) 上記各項目以外に、甲の原子力発電所の建設ならびに運営に関連する一切の漁業上の影響に対する補償

第3条 (略)

第4条 乙は、この協定締結のうへは、今後原子力発電所の建設運営に関する事項ならびに補償金の処理に関し、名目の如何を問わず甲に対し一切異議求償を申立てないものとする。

第5条 乙は、乙の所属する組合員が有する許可漁業等に関する権利の放棄に関し、甲に対してなんらの迷惑をおよぼさないものとする。

第6条 乙は、第1条に定める権利の放棄は、昭和41年12月末日までに行うものとし、漁業権、入漁権等に関する権利の消滅、変更等の法令にもとづく手続きは、乙の責任において行うものとし、甲は、これに協力するものとする。

第7条 甲は、この協定締結後、直ちに甲の「施設等」工事に着手しうるものとする。

第8条 (略)

第9条 甲は、乙の漁業上の立場を尊重し、乙は本地域の開発の一貫としての原子力発電所建設の趣旨を十分に理解し、相互に協力するものとする。

第10条 甲および乙は、将来「漁業権等放棄海域」以外の海域において、この協定締結時に予測しがたい事項が生じた場合は、前条の趣旨にもとづき、誠意をもって協議し、円満な解決をはかるものとする。

第11条 (略)

3 福島県双葉海域の漁業補償事例に見る法的重要点

テーマである「発電所前面海域の法的地位」についての検討のために、法律的な立場から、前章に掲げた具体的な漁業補償事例の重要点を整理してみます。

(1) 交渉の経緯に見る漁業補償の原因

発電所冷却水が約1,000万トン/日放流されるので、海水温が取水時の温度より3～4℃上昇するが、漁業に大きな被害はないと見られるものの、海流の変化も考えられるので、これらを考慮して一定海域の漁業権等の消滅を要請すること(2の(3)参照)が、漁業補償問題が生ずる原因となっております。

すなわち、海面の埋立てを行うことが補償の原因ではなくて、自然のままの海面で、しかも漁業操業が可能な状態の海域において、冷却水の排出による漁業操業への影響を考慮してなされたところの、起業者側から漁民側に対する漁業権消滅の要請が、補償の原因となっているのです。

(2) 漁業補償協定の目的

原子力発電所のための冷却水の取水、排水、物揚場の施設および防波堤を発電所地先海面に設置することと、発電所が取水、排水することとのために、漁民側が「漁業権等放棄海域」内における漁業権、入漁権等の放棄を行うことと、起業者側がこの漁業権等の放棄に関して生ずる損失の補償を行うことが、この漁業補償協定の目的となっております。(2の(6) 協定書の前文参照)

言い換えますと、漁民側が「漁業権等放棄海域」内、すなわち「発電所前面海域」での漁業権等を放棄することを約束し、起業者側がそれに対して補償金を出すことを約束することが、この漁業補償協定の目的です。

したがって、この補償協定は、お互いに義務を負うことを約束する“双務契約”となります。

(3) 漁民側の義務の内容

それでは、補償協定に盛り込まれている漁民側の具体的な義務の内容を羅列してみます。

① 漁業権等の放棄義務

「漁業権等放棄海域」内の漁業権、入漁権等漁業に関する一切の権利を放棄すること。(第1条第1項)

② 施設設置、冷却水の取水、排水の承諾義務

「漁業権等放棄海域」に、原子力発電所のための冷却水の取水・排水施設、物揚場施設及び防波堤を設置することを承諾すること。

ならびに、冷却水の取水、排水することを承諾すること。(第1条第2項)

③ 異議及び求償の申立てをしない義務

協定締結後は、原子力発電所の建設、運営に関する事項及び補償金の処理に関して、起業者側に対して一切の異議申立て、求償申立てをしないこと。(第4条)

④ 組合員の有する権利を放棄させる義務

今まで言及しませんでしたでしたが、この漁業補償協定の契約当事者としての漁民側は、個々の漁民の集合体(漁民集団)ではなくて、 X_1 から X_{10} までの10個の漁業協同組合です。

漁業協同組合は、20人以上の漁民によって設立される(水産業協同組合法第59条)のですが、出来上がった漁業協同組合は「法人」でして、構成員である漁民の集団とも、個々の漁民とも異なった、独立の人格(法人格)を持っています。つまり、漁民達とは「別人」の存在となるのです。

漁業権及び入漁権は、漁業協同組合がその権利者です。したがって、漁業権、入漁権の放棄は漁業協同組合自身が行うことができます。(もちろん、組合総会の特別議決が必要ですが、)

しかし、許可漁業は組合員である漁民個人が知事の許可を受けてやっているも

のですし、自由漁業は個々の漁民がそれぞれ営んでいるものです。

それで、契約当事者である漁業協同組合は、それらに所属する組合員がやっている許可漁業、自由漁業の権利の放棄については、「漁業権等放棄海域」内における漁業上の一切の権利を放棄することを約束しています（①参照）ので、対内的に、起業者側にはなんらの迷惑を及ぼさないで、組合員の持っている権利を放棄させる義務を負っています。（第5条）

⑤ 「漁業権等放棄海域」以外の海域での漁業影響の受忍義務

補償協定書に明文の規定はありませんが、「漁業権等放棄海域」以外の海域で、原子力発電所の建設、運営に関連する一切の漁業上の影響（おそらく冷却水の排水による漁業影響だと思いますが）が生じた場合には、原則としてそれを受忍すべき義務（第2条(4)、第4条、第9条及び第10条参照）を負っています。

⑥ 漁業権等の放棄の期限

昭和41年12月末日までに、「漁業権等放棄海域」内の漁業権等の放棄を行うこと。（第6条）

(4) 起業者（電力会社）側の義務

一方、補償協定における起業者の具体的な義務の内容は、1億円の補償金を支払うことです。（第2条）

(5) 起業者側の権利

補償協定書には、権利、義務の関係において、漁民側には義務ばかりで権利に関する規定はありません。

しかし、起業者側には、協定締結（昭和41年12月23日）後、直ちに取水、排水施設、物揚場施設及び防波堤を設置する工事に着手できるという権利を持っています。（第7条）

4 漁業補償事例の法的重要点のまとめ

前章で整理した福島県双葉海域での漁業補償事例における法律的な重要点を通観しますと、

- ① 発電所の冷却水の排出が漁業環境に及ぼす影響を考慮して、起業者側が「発電所前面海域」における漁業権等の漁業上の権利の放棄を要請したこと。（起業者側が、漁民側に対して一切の権利を放棄するように申し込んだこと。）
- ② 漁民側がその要請（申込み）を承諾して、漁業権、入漁権、許可漁業、自由漁業の権利を放棄したこと。
- ③ 漁民側は、冷却水の取水、排水施設等の設置について同意するとともに、発電所冷却水の取水、排水に同意したこと。
- ④ 起業者側は、以上の漁民側の処置に対して、補償金を支払ったこと。
- ⑤ そして起業者側は、協定締結後直ちに取水、排水の施設等を設置する権利を取得したこと。
- ⑥ また、漁民側は、「漁業権等放棄海域」外における影響を含み、発電所の建設、運営に関連する一切の漁業上の影響について、異議、求償の申立てをしないことを約束したこと。

ということが、判ります。

つまり、起業者側が漁業権等の放棄を申込み、また、施設の設置、冷却水の取水、排水をすることの同意を申し込んだのに対して、漁民側がそれらの申込みを受け入れて漁業権等を放棄した。それに対して起業者が補償金を支払い、施設の建設を始めていくという流れになっています。

陸上で、土地を買いたいと土地所有者に申込み、所有者がOKしたので代金を支払ってその土地で工事を始めるという、陸上で売買によって事業用地を取得するというやり方と、そっくり同じです。

ただし、この漁業補償協定書には、「土地の売買」に匹敵するような、「漁業権の売買」についての条項はありませんでした。漁民側が漁業権等の権利を「放棄」したに留まっています。

しかし、起業者側が「漁業権等の放棄」を申込み、漁民側がそれを承諾したということに対して、1億円の補償金を支払っているのですから、おそらく、契約当事者の間では「漁業権等の売買は、法律上不可能である。」ことを知ってはいても、“漁業補償とは、「海」の売買である”とか、“漁業補償とは、「漁業権等」の売買をするもの”というように思い込んでいて、それで、「海の売買」や「漁業権等の売買」のかわりに、或いはそれらの売買をするために、漁民側が「漁業権等の放棄」という行為を行い、起業者側が「補償金の支払い」という行為を行うというやり方をしたのではないかと、思われるのです。

“漁業補償は、海の売り買いをするものである。漁業補償金を支払った者は、その海を我が物にできる”という考え方が、この漁業補償協定の契約当事者の間で（注、これは想像ですが）ばかりではなく、「1 漁業権放棄海域について」で述べたように、漁民や一般社会の人達にまで滲透しているのです。

こういう考え方が一般的になっているために、港湾や漁業の行政において、海の図面の中に「漁業権放棄海域」とか、「補償済み海面」という名称で、一般海面とは区別して載せられているという、結果を招いているのであろうと思うのです。

しかし、“漁業権によって海を支配、所有している”ということや、“海を我が物にできる”というような考え方は、結論を先にいいますと、全く法律的に根拠のない考え方なのです。根拠がないというより、むしろ誤った考え方というべきものなのです。

このような考え方が何故に法律根拠がないのか、何故法律的には誤りであるのかということについて、まず、「漁業法」の立場から説明し、次いで、「公有水面埋立法」においては、海面の埋立による漁業権の消滅と、その消滅することとなる漁業権の補

償との関係をどのように規定しているのかを説明します。

最終的には、「発電所前面海域の法的地位」は、漁業法や公有水面埋立法の分野ではなくて、「民法」上の問題なのですから、民法の規定、民法の判例によって、「発電所前面海域」が所在する「海」の法律的な性質、「海」と「土地」との境界について、説明することになります。

5 「漁業権」とは、何か。

今まで事例として取上げてきた福島県双葉海域における原子力発電所の建設、運営に伴う漁業補償では、漁業権、入漁権及び許可漁業等に係る漁業上の権利の放棄が中心となっていました。

したがって、この事例についての法律的な検討をするには、「漁業権等の漁業上の権利の放棄」が法的にはどのような効果を生ずるものであるのかということから入るべきですが、それにはまず順序として、「漁業権等の漁業上の権利」についての法律的な意義について説明します。

漁業法には、「漁業権は物権とみなし、土地に関する規定を準用する。」という規定があります（漁業法第23条）ので、“漁業権は土地の所有権と同じようなものである”と思っている人が多いようです。（法律の専門家である弁護士の中にもそのような人がいました。）

また、漁民や一般社会の人達も、「漁業権は物権だから……」と、よくいいます。私が、そのような人達に「物権だから」どうかしたのですかと聞き返すと、たいいていの場合、質問の意味が判らないせいか話はそこで止まってしまいます。

これからしばらくは漁業法の規定によって漁業権等の法的意義を説明しますが、“漁業権は土地所有権のように水面を支配する権利ではない”というのが、説明の目的です。あらかじめそのような「先入感」を持って読んでいただきたい。しよせん、法的には「漁業権等の漁業上の権利」はそうなんですから。

(1) 漁業権の法的意義

漁業法には、漁業権の法的意義を総括的に示す規定はありません。

しかし、「漁業」とは水産動植物の採捕又は養殖の事業をいう（漁業法第2条第1項）、「漁業権」とは定置漁業権、区画漁業権および共同漁業権をいう（第6条第1項）、「定置漁業権」とは定置漁業を営む権利をいい（第6条第2項、第3項）、「区

画漁業権」とは養殖業を営む権利をいい（第6条第2項、第4項）、「共同漁業権」とは一定の水面を共同に利用して営む漁業（共同漁業）を営む権利をいう（第6条第2項、第5項）、との規定があります。

そのほかには、漁業権の設定は都道府県知事の漁業の免許による（第10条）、漁業種類、漁場の位置及び区域、漁業時期等を漁業の免許の内容とする（第11条第1項）、漁業権は物権とみなし、土地に関する規定を準用する（第23条第1項）、との規定があります。

以上の漁業法の各規定を総合しますと、漁業権の意義は、「漁業権とは、特定の水面において特定の時期に特定の漁業を営む準物権であって、行政庁（都道府県知事）の免許によって設定される権利である。」ということになります。

これをすこし詳しく説明しますと、漁業権の法律的意義は、

- ① 漁業権とは、営利の目的をもって水産動植物の採捕又は養殖の事業を行う権利であるが、
- ② 一切の水面において漁業を営み得る権利ではなくて、漁業免許の内容として特定された水面において、漁業を営む権利である。
- ③ また、常に年間を通して漁業を営むことができる権利ではなく、免許内容によって漁業時期を特定された権利である。
- ④ そして、免許によって特定された水面（②参照）及び漁業時期（③参照）において、一切の種類の水産動植物を一切の手段、方法によって採捕又は養殖できるといふ包括的な権利ではなくて、採捕又は養殖の目的物となる水産動植物の種類及び採捕又は養殖の手段、方法（すなわち、「漁業種類」）は、免許内容として特定されたものに限定されている権利である。
- ⑤ 漁業権は、「物権とみなされる」ところのいわゆる「準物権」であるから、権利者が一定内容の水産動植物の採捕又は養殖を行う利益——すなわち、漁業の免許によって特定された内容の漁業を行う利益——を、一般人に対して保護す

る法律上の力を有する権利である。

したがって、当該利益の実現が妨害され又は妨害されるおそれがあるときは、その妨害を排除し又は予防できることはもちろん、同一内容の他の権利の存在を許さないという排他性を持ちます。

⑥ 漁業権は、行政庁（都道府県知事）の免許によってのみ設定される権利であつて、時効、先占等によって取得できる権利ではない。

(2) 漁業権は、水産動植物の採捕権、養殖権である。

前項で述べた漁業権の法的意義の説明は、少々固すぎたかも知れません。しかし、法律的に正確な漁業権の意義を述べるためにはやむを得ないことなのです。

漁業権の意義をズバリといいますと、それは「漁業行為をする権利」なのです。前項で述べたように、都道府県知事の漁業の免許の内容として特定されたところの、水面、時期、採捕・養殖の目的となる水産動植物の種類、採捕・養殖の手段、方法によって、漁業を行う権利です。

定置漁業権と共同漁業権は、水産動植物を採捕するという漁業行為を保護する権利であり、区画漁業権は、水産動植物を養殖するという漁業行為を保護する権利なのです。

漁業法には、前項で述べたように、漁業権とは、定置漁業、養殖業（区画漁業）又は共同漁業を営む権利である。」と規定しています。（第6条第2項）

また、「漁業とは、水産動植物の採捕又は養殖の事業をいう。」と規定しています。（第2条第1項）

ところで、「事業」とは、「ある行為を反復継続すること」を指す法律用語です。

それで、例えば定置漁業権は「定置漁業を営む権利」ですから、これを分解しますと、「定置漁業権とは、定置網漁法による水産動植物の採捕行為を反復、継続して営む権利である。」ということになります。つまり、「定置網漁法による採捕行為」が、定置漁業権の権利の中核となっているわけです。

また「営む」というのは、「営利の目的をもって、ある行為（行為を反復継続すれば、「事業」となる。）をすること」を指します。つまり、「利益を得る目的」である行為をすることです。

「漁業を営む」場合の利益は、漁獲物又は養殖物を販売することによって得られます。試験、研究の場合、あるいは自家用の食料・肥料等にあてる場合、また自己の楽しみのために遊漁する場合には、漁獲物・養殖物の販売行為はありません。販売する目的を持たずに試験研究等のために水産動植物を採捕・養殖する場合は、「漁業を営む」ことには該当しないのです。

漁業の場合の「営む」ということについて考えてみましょう。漁業は、海面において水産動植物を採捕・養殖し、陸地に持ち帰ってきて魚市場等で漁獲物・養殖物の販売をしています。「営む」こと、すなわち販売行為は、海面ではやっていません。「陸地で営んでいる」わけです。

「営利の目的をもって」——すなわち、漁獲物・養殖物を販売して生活し又は商売をしようという意図を持って——はいても、現実には海面でなされている行為は、採捕・養殖という生産行為です。

ですから、「漁業権は〇〇漁業を営む権利である」と漁業法に規定してあっても、漁業法の意図は、海面における水産動植物の採捕又は養殖の行為を権利として保護することになるのです。営業すなわち販売の保護ではありません。

漁業法の目的は、公共用水面における採捕行為・養殖行為（すなわち、漁場の利用）の秩序立てをすること＝「漁業調整」＝にあるのですから、当然、漁業権の扱いは、陸上における営業権ではなく、採捕権・養殖権として扱っているのです。

そして、漁業権の内容＝漁業免許の内容である特定の水面、時期、漁業種類は、漁業権という名前の「水産動植物の採捕権、養殖権を主張できる範囲（限界）」を、規定しているものであるのです。

3) 漁業権には、面積の概念はない。

2で述べた福島県双葉海域における原子力発電所の建設による漁業補償事例では、陸上敷地297万5200㎡と、消滅海域513万6000㎡というのが、事例紹介の最後の「(1) 発電所の工事建設」に出ていました。

また、「(2)補償対象水面」でも、共第17号共同漁業権のうち238万6500㎡消滅、共第18号共同漁業権のうち238万6500㎡、合計513万6000㎡というように、補償対象水面が面積で表わされていました。(共第19号共同漁業権は固定式刺網等の第2種共同漁業権として、第1種共同漁業権(採貝採藻等)である共第17号共同漁業権及び第18号共同漁業権と、重複して同一海面に免許されています(図面参照)から、この漁業補償事例では、共第19号共同漁業権に係る消滅面積は、カッコ書きで513万6000㎡と、合計面積がカッコ書きで記されています。)

ところで、話は変わりますが、国会議員さんなどに、“全国の漁業権の面積はどれぐらいあるのか”と聞かれることがあります。

何のためにそのような質問が出てくるのかよく判らなかったのですが、どうやら、漁業権は陸上の土地の区分でいえば農地にあたると思っているようです。陸上の土地には、農地とか、宅地とか、山林とかの地目がありますが、漁業権の面積を合計すれば、それで漁場として使われている水面の全体の面積が出てくるのだと思っているようなのです。

先程の補償事例でも、第2種共同漁業権は第1種共同漁業権の上に重複して存在していました。一般的に、定置漁業権と区画漁業権は、第1種共同漁業権が存在している海域に、重複して免許されています。

だから、これらの第1種共同漁業権、第2種共同漁業権、定置漁業権、区画漁業権等の漁業権の面積を、全国的に測って計算して答えを出しても、出てきた数字に意味があるとは全く思えません。

それよりも、漁業権が免許されているのは沿岸部のせいぜい距岸1,000mの

範囲内です。(事例に出てくる漁業権の沖出し距離は第1種共同漁業権である共第17号と共第19号は1500mですのでまあまあですが、共第19号の5000mから9000mという沖出し距離には、共同漁業権の法律的な性質(「一定の水面を共同に利用して営む」……漁業法第6条第5号参照)上、問題があります。)

わが国沿岸で漁業が行われているのは漁業権が存在する距岸1000mくらいまでの海域だけではありません。小型の底びき網漁業、まき網漁業でも、このような沿岸部はたいがい漁業禁止区域になっていて、底びき網、まき網漁業の操業はそれより沖合いの漁場でなされています。

この点においても、沿岸部にだけ存在する漁業権の面積だけを測っても、それはわが国沿岸漁業の全体の操業面積(漁場の広さ)を表わす数字にならないのです。

実際の漁業権の免許のやり方を見ますと、免許の内容、すなわち漁業権の権利内容である「漁場の区域」は、

「次の基点第1号、(ア)、(イ)及び基点第2号の各点を順次に結んだ線と最大高潮時海岸線とによって囲まれた区域

基点第1号 ○○県○○市○○町大字○○番地に設置した標柱

(ア) 基点第1号から○度○分、○○mの点

(イ) 基点第2号から○度○分、○○mの点

基点第2号 ○○県○○群○○町○○岬岩礁に設置した標柱

というように、表示しています。

いわば、「漁場の区域」は、「漁業権の外側の限界」、すなわち、「隣りの漁業権との境界」と、「入会い漁場である沖合部に対する漁業権の限界」とを規定しているだけでして、たとえその区域の中に島が存在していても、「漁場の区域から○○島を除く」といったような表現はありません。

それよりも、土地の面積(地積)にあたるような、漁場区域の広さ(面積)の表示がないことに、注意すべきでしょう。

それは、漁業権の権利内容である「漁場区域」には、「面積の概念はない」からなのです。

また漁業権には「登録」の制度があり、「登記に代わる」と規定されています。(第50条)すなわち、土地、建物の不動産登記と全く同様に、「漁業権登録」があり、登録簿の閲覧や謄本請求ができます。

漁業権の設定登録は、漁業の免許をした都道府県知事が職権で行いますが、漁業免許の内容をそのまま登録原簿に登載します。

したがって、漁業権の登録(登記)の上でも、「地積」にあたる漁場の面積は出てこないことになっています。

何故に、「漁業権には面積の概念がない」のでしょうか。

前項で述べたように、「漁業権は水産動植物の採捕権、養殖権」でして、漁業権は、その内容となっている水産動植物の採捕行為、養殖行為という、権利者の漁業行為を保護する権利でした。

この漁業権の性格から、「漁業行為がない」ときは、漁業権の権利としての効力は働く余地がないこととなります。漁業行為をやっていてそれを他人に妨害されたときに、始めて漁業権がその権利としての法律上の力を発揮することができるのです。

それだけではなく、漁業権は免許によって特定された水面(すなわち、漁業権の漁場区域)において一切の漁業を営むことができる権利ではなくて、特定の「漁業種類」に限定された権利でした。((1)の④参照)

これを陸上の農業にたとえてみますと、ある範囲の畑において、「大根を作る権利」や「白菜を作る権利」が漁業権にあたります。その畑の土地の所有権とは別の権利に構成されているのです。そして、大根を作る行為、白菜を作る行為を権利として保護するというようなものです。

したがって、漁業権は特定の漁業種類についての漁業行為を保護する権利なので、すなわち、土地のように面積〇〇㎡という表示をすることは不必要です。漁場内に島

があっても、「〇〇島を除く」といった表示もその必要がないものとなります。

漁業権の漁場区域は、前述のように、「隣の漁業権との境界」と「入会い漁場との境界」とは、明確に表示されていました。

それは、「漁業権者が漁業権を主張できる限界」を明らかにするためです。また、「権利者のした漁業行為が権利として保護される境界の内であったのか外であったのか」を明らかにするためのものだとも、いえます。

「この海に、漁業権があるのか。それともないのか」という議論を耳にすることがあります。「漁業権放棄海域」を地図に示してあるのも、そのような議論の延長線上にあるものなのでしょう。

また、河川の漁業権では、漁場区域を「〇〇川」という表現によって免許されていますが、「最上流の分水嶺にまで漁業権があるのか」という議論もしばしば起きます。

しかし、このように「漁業権があるのか。ないのか。」という議論は、法律的には全く無意味です。

漁業権は、土地所有権のように、水面にベタ、ベタと存在するものではありません。現実には水面においてある漁業行為が行われているときに、その漁業行為が「漁業権の範囲内の漁業行為であるのかないのか」ということが、漁業権の存在の有無についての、法律的な議論となり得るのです。

それが何故であるかは、ここでまた繰返して説明する必要はないと思いますが、要するに漁業権は水産動植物の採捕権・養殖権であるからです。

「漁業権は物権とみなされ、土地に関する規定が準用される」のではないかという反論が、予想できます。

「物権」とは、「物を直接に支配する権利」です。土地所有権は、土地を直接支配し所有する権利です。

しかし、漁業権は本来は「物権」ではありません。だから「物権とみなす」と規

定されているのです。このような権利は、ほかに鉱業権や採石権がありまして、「みなし物権」とか、「準物権」とか、呼ばれています。

そして、漁業権等の「準物権」は、すべて「利用権」でして、「直接の支配権」ではありません。逆説的になりますが、「漁業権は物権とみなされる。だから「物権」ではなく、また、水面を直接に支配する権利ではない。水面の「利用権」である。」というのが、「物権とみなす」という規定の解釈になります。

また、「漁業権は土地に関する規定が準用される」のは、物権のなかでも「土地の利用」が漁業権の漁場の利用に似ているからです。「物の直接の支配」の面で準用されているわけではありません。

そして、「土地に関する規定」はいっぱいありますが、「外国人土地法」の規定が漁業権に準用されるだけでして、そのほかは皆無です。

(4) 「漁業権の放棄」の法的意義

本稿の冒頭で述べたように、この補償事例では、漁業権、入漁権、許可漁業や自由漁業に係る「権利の放棄」が中心となっていました。

ここでは、それらのうち、「漁業権の放棄」が、法律的にどのような効果を生ずるのかということを説明します。

「漁業権そのものの持つ法的意義」については、前項までの説明を参照してください。

① 漁業法における「漁業権の放棄」に関する規定（第31条）

「漁業権の放棄」については、漁業法には第31条（登録した権利者の同意）に、「漁業権は、第50条の規定（注、漁業権の登録の規定）により登録した権利者の同意を得なければ、分割し、変更し、又は放棄することができない。」という規定があるだけでして、ほかには見当たりません。

放棄の法律上の意味は、「権利者が自分の持っている権利又は利益を行使しないで、投げ棄てること」です。

漁業法第31条の規定は、漁業権の権利者が、自分の持っている漁業権を投げ棄てる（放棄）場合には、その漁業権の上に設定されている抵当権、先取持権又は入漁権でしかも漁業権登録簿に登録されているものの権利者（抵当権者、入漁権者等）の同意が必要であるとしているものです。

そして、これらの登録した権利者の同意がないときは、「漁業権の放棄をすることができない」、すなわち、法律上漁業権の「放棄が不能」であることとして、抵当権者等の権利者の利益を保護しているのです。

ところで、漁業法には漁業権の放棄に関してはこの規定だけではかにはないといいましたが、それは「漁業権は物権とみなされる」（漁業権第23条）ため、漁業権には「民法物権編」の規定が直接適用されるからです。

すなわち、漁業権は所有権などの一般の物権（財産権）と同じ取扱いを受けることになるわけでした、漁業法には特別なものしか規定されず、そのほかはすべて民法の規定によることになるからです。

漁業権は、第1項で説明したように、都道府県知事の漁業免許によって設定される権利ですので、民法の規定が適用されるのは意外に思われるかも知れません。

漁業権の放棄に関する第31条の規定とか、そのほか漁業法の中に漁業権に関する規定を置いています、これらの漁業法の規定は、すべて民法の一般規定に対する「特別規定」であるわけです。

したがって、漁業法に書かれている規定だけで漁業権に関する法律関係を考えるのは、大きな誤りを冒すことになります。

「民法」の規定の「特別規定」とは、民法の規定に優先する規定のことです。例えば、民法には「権利は時効によって取得できる」という規定（民法第163条）がありますが、漁業法第10条の規定はこの民法の規定に優先し、漁業権は都道府県知事の免許によって取得できるだけで、時効によって取得できないことを定めるものです。

漁業権の放棄に関する漁業法第31条の規定も、「権利の処分は権利者の自由である」（民法第206条）規定に対して、その漁業権に登録した権利者がある場合にはその権利者の同意がなければ漁業権の処分（放棄）はできないということを、追加したものです。

登録した権利者がいないときは、民法の一般規定にもどって、権利者が自由に漁業権を放棄できるのです。

② 「漁業権の放棄」は、権利者の単独の意思表示による。

前項で述べたように、「漁業権の放棄」とは、権利者が自分の持っている漁業権の権利を行使しないで投げ棄てることでして、原則として権利者が自由になすことができるものでした。

すなわち、権利者が自分で自由に漁業権を放棄できる（民法第206条）のであって、権利者の単独の意思に基づいて「漁業権の放棄」を行うことができるのです。

この「発電所前面海域の法的地位」についての説明のために使った福島県双葉海域における原子力発電所の建設に伴う漁業補償事例では、電力会社（起業者）側が、漁業権等の放棄を要請し、漁民側がそれを受け容れて放棄しています。

まるで「土地の売り買い」と同じやり方をしていると説明しましたが、「土地の売買」では、土地所有者に対して買いたい人が土地を売ってくれという「申込」をし、それを所有者が「承諾」することで、「契約が成立」します。それと同じやり方をしているからです。

しかし、「漁業権の放棄には、このような「申込」、「承諾」という手続きは要りません。「放棄は権利者の単独行為」です。

③ 「漁業権の放棄」の成立時期

①で述べたように、漁業権を放棄するには都道府県知事の認可を要するなどという規定は、漁業法にも、民法にも、ありませんでした。

「漁業権の放棄」は、漁業権者自身が漁業権を放棄する意思を固め、その漁業権の放棄の意思を外部に対して明らかにしたときに、成立します。

しかし、放棄しようとする漁業権について登録した権利者があるときは、その権利者の「放棄の同意」がないときは「漁業権の放棄」ができないこと、すなわち、放棄が法的に成立しないことは、①で述べました。

ところで、漁業権者が自分の持っている漁業権を放棄する意思を固める手続についてですが、まず、個人が定置漁業権などを持っている場合について説明します。

個人が単独で漁業権を持っているときは、その個人が「放棄の意思」を内心で固めるだけでよいのです。

数人の共有の漁業権の場合には、共有者の全員の一致によって「放棄の共同意思」を決定します。

漁業協同組合が共同漁業権等を持っている場合には、その漁業権の放棄は、組合長個人の意思や組合理事会の決定によってすることはできません。

水産業協同組合法第48条、第50条の規定により、組合の総会において、正組合員の過半数が出席し、その3分の2以上の多数による議決（いわゆる特別議決）によって、漁業権の「放棄の組合意思」を決定しなければならないのです。

漁連の場合も、同様です。

次に、漁業権放棄の意思を「外部に表示」した場合に「放棄」が成立するのですが、「外部に表示」とは、適法に「放棄」の意思を決定した後で、「漁業権を放棄する」ということを外部の人に対して明らかにするだけでよいのです。

そして、外部に対して「放棄の意思表示」をしたときに、「漁業権の放棄」が法的に成立します。

別段、都道府県知事に「放棄」を届出たり、漁業登録簿に登録したりしたときに、「放棄」が成立するわけではないのです。

例えば、組合長などの組合の代表者が、新聞記者に対して「漁業権を放棄した」旨を告げたときに、「放棄」が成立するのです。

そして、次に述べるように、「漁業権の放棄が成立したとき」に、その漁業権は消滅します。

つまり、「漁業権の放棄」は、その漁業権を無くしてしまう法律効果を持っているのです。前の例では、組合長が新聞記者に話したとたんに、その漁業権は消滅しているのです。届出や登録をしたときに消滅するものではないことに、注意を払う必要があります。

④ 「漁業権の放棄」は、漁業権の消滅原因の一つ。

「5 漁業権とは何か」の(1)で説明したように、漁業権は、都道府県知事の漁業免許と言う行政処分が発生する権利です。

そして、漁業権には、「存続期間」が定められていて、共同漁業権と、真珠養殖業及び海面における漁類養殖業の区画漁業権は存続期間が10年です。その他の定置漁業権や漁協、漁連が持っている区画漁業権の存続期間は5年です。「存続期間」が満了すると、自動的にその漁業権は消滅してしまいます。

漁業権がなくなってしまうケースは、「存続期間の満了」だけではなく、漁業法に基づいて漁業権が取り消された場合や土地収用法によって漁業権が収用された場合にも、その漁業権は消滅します。

また、公有水面埋立法のところでも詳しく説明しますが、漁業権の漁場区域であった海面の全部が埋立て、干拓によって陸地となった場合にも、その漁業権は消滅します。このように水面の陸地化によって消滅することを、「漁業権の滅失」といいます。陸上の土地が海没によって「土地の滅失」となることと、法律的には同じです。

ところで、「漁業権の放棄」は、以上のケースに加えて、「漁業権の消滅原因」の一つとなります。それは、「放棄」が一般の財産権に共通する「権利の消滅原

し
は
い
滅
を
漁
殖
の
統
法
た
で
は
失
に
引
原

因」であるからです。

「漁業権の放棄」は、漁業権者が自分の持っている漁業権の権利を行使しないで投げ棄てることでした。

しかし、「放棄」したときは、“権利者がその漁業権から離れてしまう”、或は、“漁業権は存在するけれども自分はそれから下りてしまう”、ということではなくて、「放棄」によって、漁業権そのものがなくなってしまうのです。しかも、「放棄」が成立したとたんに消滅するのです。

しだがつて、漁業権が放棄されますとその漁業権は消滅してしまうので、その漁業権のあった海面はいわば「サラ地」になるわけです。

漁業法の社会で、漁業法的に「たとえ話」をしますと、「放棄」によって漁業権は消滅してしまったのですから、従来の漁業権の漁場区域の外側（沖合い側）にあった「入会い漁場」が従来漁業権のあった沿岸部にも拡ってくる、すなわち、誰でも操業できる漁場に変ったということになります。

漁業法第39条第1項には、「漁業調整のために漁業権を取消することができる」規定がありますが、これは、権利者の独占的な漁場利用をやめさせて、広く一般の漁業者の漁場利用に開放するという公益の実現を目的として、在来の漁業権を取消するという規定です。

福島県双葉海域の漁業補償事例では、起業者側は漁業権等の放棄を要請し、そのために1億円という補償金を支払っていますが、法律的にいいますと、「漁業調整のため」に漁業法第39条第1項の規定によって漁業権を取消して消滅させた場合と、同じことをしたことになります。

漁業法第39条第1項の規定によって漁業権を取消したときには、国がそれに対して補償金を交付しなければならない（同条第5項）のですが、国に代わって私企業が補償金を払ったというかっこうになっています。

「国がやるべき公益的な仕事（漁業権漁場を一般漁業者に開放すること）を、

企業がやっている」と、漁業補償のセミナーで話したことがあるのですが、出席していた電力会社などの企業の法規担当者は、皆、苦笑いをしていました。法律的には、まさにそのようになるからです。

6 「入漁権」及び「入漁権の放棄」について

(1) 「入漁」とは、

一般に「入漁」とは、自分の住んでいる漁村の前浜の漁場ではなくて、他の漁村の前浜の漁場に入会って、自分達が漁業の操業をすることを指しています。

他の漁村の前浜漁場に入漁する形態には、

- ① 「入漁権」を設定し、それに基づいて権利として入漁する形態（入漁権入漁）
- ② 「入漁契約」を締結し、契約に基づいて入漁する形態（契約入漁）
- ③ 権利者が他人が入漁してくるのを阻止しないために入漁できる型態（容認入漁）

が、あります。他に、都道府県知事が漁業権の免許の際に「〇〇地区漁民の入漁を拒んではならない」という「制限・条件」を付け、これによってその地区漁民がその漁業権の漁場に入漁する場合があります。「条件・制限による入漁」と呼ばれていますが、漁業権者が入漁を拒否することを禁止しているのですから、法律的には③の「容認入漁」に含まれます。

2) 「入漁権」とは

「入漁権」とは、他の漁協又は漁連が持っているところの、共同漁業権又は「ひび建養殖業」等の特定区画漁業権の漁場に入会って、その漁業権の内容となっている漁業の全部又は一部を営む権利です。（漁業法第7条）

そして「入漁権は、物権とみなす」規定（漁業法第43条第1項）もあり、「入漁権の法律的性質」は、漁業権のそれと同じであると考えてよいのです。

ただし、入漁権は、他人の共同漁業権又は特定区画漁業権の上に設定される権利として、単独には存在できません。それは、他の漁村の前浜に入会って漁業を営む権利だからです。

また、「入漁権の設定」は、都道府県知事の免許によるのではなくて、その前浜の漁

業権を持っている漁協・漁連と、その前浜に入漁しようとする他の漁協・漁連との間で、「入漁権設定の契約」を結ぶことによって、入漁権が設定される（このように物権を設定するための契約は、「設定行為」と呼ばれます。漁業法第7条参照）点が、漁業権とは異なります。

(3) 「入漁権の放棄」

入漁権は、前述のように「物権とみなさ」れ、また漁業権の放棄の場合の漁業法第31条のような特別の規定がありませんので、一般の財産権同様に、権利者は自由に「放棄」することができます。

「入漁権の放棄」の手続き、「放棄の効果」は、「漁業権の放棄」の場合と、全く同じです。

7 「許可漁業」及び「自由漁業」の意義

福島県双葉海域の漁業補償事例では、漁民側は、「漁業権等放棄海域」内の「許可漁業、自由漁業の権利」を放棄し、漁業補償金を受け取っていました。

「発電所前面海域」における許可漁業、自由漁業の権利を放棄し、補償金を貰ったわけですが、許可漁業の権利、自由漁業の権利とはいかなるものであり、また、それは「物権とみなされる」ところの漁業権、入漁権と比べて、どのような性質の権利なのでしょう。

(1) 「許可漁業」とは

「職業選択の自由」は、憲法が保障するものです。「漁業を職業とする自由」も、憲法が認めています。

また、「海は、古来より自然の状態のまま一般公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」（最高裁第3小法廷昭和61年12月16日判決）であって、国民の誰もが原則として「海」を自由に使用することができます。「海」を漁業のために利用することも、「公共用物である海」の使用として、国民の誰もが基本的には自由になし得るものです。

そうしますと、「海」において漁業（水産動植物の採捕・養殖）を行い、またそれを職業とすることは、その採捕又は養殖の手段、方法を問わず、原則として国民一般の自由になっている、こととなります。

しかし、漁業法の規定又は漁業法に基づく農林水産省令あるいは都道府県漁業調整規則の規定によって、「〇〇漁業を営もうとする者は、農林水産大臣又は都道府県知事の許可を受けなければならない」とされて、国民が自由にその漁業を営めないものがあります。

底びき網、まき網等の漁獲効率の高い漁業が、だいたい「許可を受けなければ営めない漁業」にされています。

このような国民の自由に対する制限は、「漁業調整（漁業法第65条）」又は「水産資源の保護培養」（水産資源保護法第4条）のために、それらに支障を及ぼす種類の漁業については、憲法で同じく認められている「法律による国民の権利・自由の制限」に基いて、国民一般がそれらの支障のある漁業に自由に着業することを禁止し、大臣又は知事の許可を受けた者だけがその漁業営業に着手することを認めるものです。

「許可漁業」とは、このようにその漁業の営業に着手するためには農林水産大臣又は都道府県知事の「漁業許可」を必要とする種類の漁業のことを指す言葉です。

(2) 「自由漁業」とは、

「自由漁業」とは、「許可漁業」という言葉に対応する言葉です。

すなわち、ある漁業の営業に着手するにあたって、農林水産大臣又は都道府県知事の「漁業許可」を必要とせず、誰でも自由にその漁業を開始することができる漁業を指しています。

したがって「自由漁業」とは、「職業選択の自由」及び「公共用物」である海の自由な使用という原則に則って、その着業についての法令による制限がない種類の漁業をいうものです。

通常、一本釣漁業や、小規模のはえなわ漁業、刺し網漁業等が、「自由漁業」になっています。

8 「許可漁業、自由漁業の権利」の法的意義について

(1) 「漁業許可」の法律的性質（禁止の解除）

「許可漁業」となっている漁業に着業するためには、農林水産大臣又は都道府県知事の「漁業許可」を必要とすることを前章で説明しました。

また、漁業を営業とすることは、原則として国民一般の自由であることも、前章で説明しました。

そして、漁業法とか農林水産省令あるいは都道府県漁業調整規則には、「〇〇漁業を営もうとするときは、大臣又は知事の許可を受けなければならない」という規定があることも説明しました。

そのほかに、農林水産省令では、「〇〇漁業を営んでならない。ただし、農林水産大臣の承認を受けた場合は、この限りでない」と、「承認」という語を使っている例があります。

このように法令の規定では、「許可」という語を使っている場合と、「承認」という語を使っている場合がありますが、どちらも法律的な意義においては差異はありません。用語の相違だけです。

また、「許可を受けなければ〇〇漁業を営んではならない」という表現と、「〇〇漁業を営んでならない。ただし、承認を受けた場合は、この限りでない」という表現とがありますが、どちらも法律的には同じ意味になります。

何故かといいますと、どちらの表現でも、〇〇漁業を営むことを国民の自由に任せないで「一般的に禁止」しているからです。

そして、許可又は承認を受けたときはその〇〇漁業を営んでかまわないこととして、その「禁止を解除」することになっているからです。

このように法令で或ることをすることを一般的に禁止し、その禁止を特定の者に解除することを、学問上、「許可」と呼んでいます。「漁業許可」も「漁業の承認」

も、学問上は「許可」の категорияに入ります。

それでは、「漁業許可」すなわち学問上の「許可」の法律効果はといいますと、「漁業許可」を受けたものは、一般には禁止されている〇〇漁業を営むことができることとなりますが、漁業を営むことは本来的には国民の自由になすことができるものでしたから、「許可」の法的効果は、本来の〇〇漁業の「営業の自由を回復する」という点にあるのです。

都道府県知事の「漁業の免許」は、5の(1)の⑥で述べたように、漁業権という「権利を設定」する行政上の行為（権利を設定する行政行為は、学問上「特許」と呼ばれます。）でしたが、「漁業許可」は権利を設定するのではなくて、単に「本来の国民の自由を回復」させるに過ぎません。

皮肉ないいかたをしますと、“「許可漁業」についての「漁業許可」を受けた者は、「自由漁業」を営むことになる”ということになります。「自由漁業」とは本来の国民の自由に属する漁業でしたから。

(2) 「権利」とは、何か。

ところで、本稿で取り上げた漁業補償事例では、漁民側は、「許可漁業の権利」及び「自由漁業の権利」を放棄し、それに対して漁業補償金を受け取っていました。

しかし、前項で述べたように、漁業許可は漁業免許のように国民の権利を発生させるものではありませんでした。「許可」は単に国民の本来の自由を回復させるに過ぎず、漁業許可を受けた者の地位は「自由漁業」を営んでいる者の地位と変わりはないといえたのです。

それでは、いったい「許可漁業の権利」、「自由漁業の権利」というのは存在するのでしょうか。答はイエスです。存在します。

何故かといいますと、「権利」とは、「生活上の利益」や「生活に密着した利益」を指すからでして、漁業権のように法律上に「〇〇権」と明記されたものだけが「権利」ではないからです。

「許可漁業」や「自由漁業」であっても、その漁業を長年にわたって営みそれで生活している漁民は、「権利を持っている」、「その漁業を営む地位は法的に保護される」ということになっています。

もちろん、これらの「権利」は、「漁業法に規定する漁業権」ではありません。しかし、「広い意味の漁業権」でして、もしこの権利が違法に侵害されたときには、民法によって損害賠償を請求することができ、金銭による賠償では損害が償えない場合にはその侵害行為をやめさせる（差止める）法律上の力を持っています。

この意味で、「許可漁業、自由漁業の権利」は、漁業法ではなく、「民法で認められる権利」であるといえます。

(3) 「許可漁業、自由漁業の権利」の放棄

漁業権による漁業ではなくて、許可漁業、自由漁業であってもそれが「生活上の利益」となっているときは、「法的保護に値する利益」すなわち「権利」であるわけです。

したがって、漁業権、入漁権の場合と同じく、「許可漁業、自由漁業の権利の放棄」も、法的にはあり得ることになります。

そして、この場合の「放棄」でも、権利者が自分の利益を行使しないで投げ棄てることであること、権利者が自由に放棄できるものであること、及び「放棄」によってそれらの権利が消滅することは、他の民法上の権利又は漁業権、入漁権の放棄の場合と、全く同じです。

9 公有水面の埋立てと漁業権の消滅との関係について

先程、5の(4)の④のところで、「漁業権の漁場区域であった海面の全部が埋立て、干拓によって陸地となった場合は、その漁業権は消滅する。ちょうど土地が海没によって「滅失」することと同じ」であると説明しました。

(1) 公有水面埋立ての場合、漁業権を放棄する例が多い。

本稿で取上げた福島県双葉海域の発電所建設に伴う漁業補償事例では、海面を埋立てて発電所用地を造成することによる補償事例ではありませんでした。発電所の施設等の設置と冷却水の取水、排水を原因として「漁業権等放棄海域」を設定し、漁業権等の消滅に対する補償をした事例でした。

しかし、一般的には、発電所を建設する際にはその用地を埋立てによって造成することとともに、建設された発電所が稼動する場合に必要な冷却水の取水、排水等のための「発電所前面海域」の使用をすることとをあわせて補償が行われ、その際には埋立て予定水面と発電所前面海域との両方について、漁業権の放棄がなされている場合が多いと、1で説明しました。

すなわち、水面埋立てによる用地の造成の場合には、「公有水面埋立法」による都道府県知事の「埋立免許」を取りますが、その「埋立免許」を取る際に、あらかじめ埋立予定水面にある漁業権を放棄してしまう例が多いのです。

ところで、公有水面の埋立ての場合に漁業権を放棄する必要があるのでしょうか。法律的には、結論はノーです。理由は、以下で説明します。

(2) 公有水面埋立法による「埋立免許」の性質

海、河川などの公有水面を埋立てて土地を造成する場合には、公有水面埋立法に基づいて、都道府県知事の「埋立免許」をうけます。

「埋立免許」とは、埋立免許を受けた者の海面などの埋立て工事が竣功した場合には、都道府県知事の「竣功認可」を条件として、その埋立免許を受けた者に埋立地

の所有権を与える（公有水面埋立法第24条第1項）行政行為です。

「漁業免許」のように漁業権という国民の権利を設定する行政行為（学問上の「特許」。前章の(1)参照）ではなくて、「埋立免許」は、このように公有水面の埋立ての前に、あらかじめ埋立てによって造成した土地の所有権者を定めておくという、免許なのです。

したがって、海面を区切って「埋立免許」がなされていたとしても、その免許に基づき埋立て工事を実施して土地を造成しない限り、「埋立免許」は働く余地がないこととなります。

大審院（現在の最高裁にあたる）の判例にも、「埋立免許じたいによって海面の公共性を廃止する効力はない」というのがあります。（大審院民事部昭和15年2月7日判決）

「埋立免許」のこのような性格から考えると、埋立免許を取る前にあらかじめ埋立て予定水面にある漁業権を放棄してしまうのは、おかしいということになりましょう。

(3) 「埋立免許」と埋立て工事との関係

公有水面埋立法には、「埋立免許を受けた者は、漁業権者、入漁権者に対して埋立てによる損害を補償するか又はそれらの者の同意がなければ、埋立て工事に着手することができない」という規定（第8条）があります。

すなわち、「埋立免許」は原則として埋立て予定水面にある漁業権者、入漁権者が「埋立の同意」をした場合に、都道府県知事が免許する（第4条第3項参照）ものですが、埋立て工事に着手するためには、さらに、漁業権者、入漁権者に対する「補償を完了」するか又はそれらの者から「埋立工事着手の同意」を得る必要があることが、規定されているのです。

つまり、公有水面埋立法においては、都道府県知事が「埋立免許」をした後でも、その埋立て予定水面にはなお漁業権、入漁権が存在しているということを、前提に

しているのです。

したがって、一般に行なわれているところの、「埋立免許」を取る前にあらかじめ埋立予定水面の漁業権を放棄してしまうということは、法律の規定に反したやり方であるということになります。

公有水面埋立法には、この第8条の規定のように、漁業権などの権利者を保護する規定を置いています。埋立てられないで水面が存在している状態において漁業権を放棄してしまうことは、権利者の保護の規定を置いている公有水面埋立法の「脱法行為」をするものだとも、いえるのです。

(4) 「水面の埋立て」による漁業権の消滅

公有水面埋立法では、「埋立免許」が出された後でも、「埋立て工事に着手する」までは、埋立予定水面には従前の漁業権がそのまま存在するとの前提で、法の規定が置かれていました。

すなわち、「公有水面埋立免許」によって漁業権が当然に消滅するものではないことを、埋立法の規定自体が明らかにしているのです。

(2)で取上げた大審院判決では、「埋立免許自体によって海面の公共性を廃止しない」と判示した後で、「よって、埋立免許後に第三者に与えられた漁業権の免許は有効である」と述べるとともに、漁業権について「その埋立に必要であって水面の公共用と相容れない施設ないし埋立自体によって、その漁業権は漸次減縮し、あるいは全く消滅するに至るもの」であることを明らかにしています。(大審院民事部昭和15年2月7日判決)

水産庁の解釈でも、「漁業権に補償して埋立免許になった場合、その補償を受けた漁業権は自然消滅するのか」という質問に対して、「現実に埋立工事が施行せられるまでは、漁業権は存続する。而うして、埋立工事施工により、漁業権はその対象を失い、内容不能の権利となる。」と解釈しています。(昭和26年9月28日漁政部長。「最新漁業制度重要例規集」(大成出版社)213頁)

すなわち、水産動植物の「採捕権」、「養殖権」である漁業権（「5 漁業権とは、何か。」の(2)参照）は、埋立工事の施工によって水面が陸地に変じたため、その水産動植物を採捕、養殖するという権利の目的の実現が不可能となることにより、埋立工事が進展して水面が陸地化するに伴いだんだんと「滅失」していくということです。

そして、「漁業権の漁場区域の全部が埋立てによって陸地に変じた場合」には、その漁業権は「滅失によって消滅する」こととなります。

(注)「漁場区域」の一部が埋立てられた場合は、「漁業権の一部滅失」となりますが、「漁場区域」の陸地側の限界が「海岸線」と定められている場合には、「変更免許」（漁業法第22条）の取手続をとる必要はありません。土地の海没、隆起などの自然現象による場合も、埋立て、干拓等の人為的な原因による場合であっても、変りはありません。（大審院刑事部昭和9年10月22日判決）

10 「海」の法的性質について

(1) 最高裁昭和61年12月16日判決

昭和61年12月16日、最高裁判所は、「海は、古来より自然の状態のまま一般公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、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、「海」についての従来の疑問を一掃する判決を出しました。（「田原湾干潟訴訟」上告審判決）

簡単にしますと、“海は、土地ではない。所有権の対象にならない”と判決したわけです。

福島県双葉海域での原子力発電所建設の事例では、あたかも“漁業補償とは「海」の売買である。「漁業権等放棄海域」は買った「海」の区域である”と考へてやられたように見えました。

この事例だけでなく、漁業補償一般においてこのように考へられていることは本稿の冒頭で述べておきましたが、このような考へ方は最高裁判決によって法律的に明確に否定されたことにもなります。

(2) 「田原湾干潟訴訟」のあらまし

三河湾の一部である愛知県豊橋市沿岸の田原湾内には、満潮時に海面に没し、干潮時に海面上に現われる干潟があつて、明治時代から地目を「池沼」として10人～40人の共有地として登記されていた部分があつた。

昭和38年頃から、愛知県が田原湾一帯の干潟を埋立てて工業団地の造成を計画し、登記簿上の共有者に対して「協力感謝金」の名目で1坪あたり250円支払い、任意に滅失登記申請をするように要請した。

訴訟になったのは、共有登記名義人のうちの一部の者が「協力感謝金」を受領して、法務局に対し、豊橋市長らの作成の海没地であるという証明書を添付して、土

地の「滅失」の登記申請をした事案です。

法務局では、秋分の日である昭和44年9月23日に実地調査をして、この「登記されている土地」が満潮時に海面下に没する事実（0.6 mないし2.0 m）が確認されたので、申請どおり「海没」を原因として土地の滅失の登記をし、登記用紙を閉鎖しました。この法務局の処分について、土地の滅失の登記の申請人とならなかった共有者（すなわち、「協力感謝金」を受取らなかった者）が、処分の取消しを求める訴訟を起こしたのです。

なお、この「土地」は、明治時代に国から地券が下附され、以後、転々と分割、譲渡の登記がされ、かつ、課税されていました。

裁判の経過は、第1審の名古屋地裁（昭和51年4月28日判決）、第2審の名古屋高裁（昭和55年8月29日判決）はともに、「満潮時に海面下に没する干潟が所有権の対象となる「土地」にあたる」として、法務局の滅失登記処分を取消しました。

これに対し、法務局（国）が最高裁に上告したところ、逆転して「海は、国が一定範囲を区画することにより排他的支配を可能にした上で、その公用を廃止して私人に帰属させる措置をとらない限り、所有権の容体たる土地にあたらぬ」という、判決が出されたものです。

(3) 「海」と「土地」との境界

民法第85条で、「本法ニ於テ物トハ有体物ヲ謂フ」と規定し、第86条は、「物」を動産と不動産に分けた上で、「土地及ヒ其定着物ハ之ヲ不動産トス」と規定しています。

しかし、“何をもって「土地」というのか”、あるいは“海水とその敷地とによって構成される「海」又は海面下の地盤が、所有権の対象となるかどうか”について、明確にした法律の規定はありません。

また、「海と土地との境界」についての法律の規定もありません。

昭和61年12月16日の最高裁判決は、「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。」と、「海と土地との境界線」を明確に解釈しました。

1年のうちで最も高い満潮は、春分、秋分の時期に現れますので、田原湾の干潟については、法務局は前述のように秋分の日に実地調査をして海没を確認しているわけですが、これが最高裁によって認められたのです。

漁業権の免許においては、漁業権の漁場区域の陸地側の限界を「最大高潮時海岸線」とさだめているのが通常（「5 漁業権とは何か」の(3)参照）ですが、最高裁判決のいう「海水の表面が最高高潮面に達した時の水際線」とは、すなわち「最大高潮時海岸線」ですから、漁業権は、最高裁が明確に判示した「海」についてのみその「漁場区域」としていることとなります。したがって、「土地」の上には漁場区域は存在しません。

従来とられてきた漁業権の免許のやり方は、最高裁判決に適合するものであったわけです。

(4) 海は、「公共用物」である。

また、最高裁判決は、「海は、古来より自然の状態のまま一般公衆の共同使用に供されてきた「公共用物」であって、国の公法的な支配管理には服するが、特定人による排他的支配の許されないものである」と、いっています。

判決のこの部分は、本稿ではすでに「7 「許可漁業」及び「自由漁業」の意義」の(1)で紹介しました。「漁業は原則として国民の自由」であることの説明に使用しました。

「公共用物」とは、最高裁の説明どおり、一般公衆の共同使用に供される物です。道路や公園など人工が加わったものも「公共用物」ですが、「自然のまま」で公共用物である海、河川等は、特に「自然公物」と呼ばれることがあります。

「自然のままの公共用物」である「海」は、漁業のほか、船舶の航行や海水浴、

ひいては軍隊の射爆場に至るまで、誰にでも自由な使用ができるのです。実力の世界は別として、法的には漁業が最も優先して使用できることにはなっていないのです。

なお、河川については、河川法で「河川は、公共用物である。」と、明文をもって規定されています（第2条）。

(参考)

「公共用物」である海、河川等と土地との境界については、従来、土地の登記事務に関し、「潮の干満の差のある水面にあっては春分、秋分における満潮位をもって境界とし、その他の水面にあっては高水位を標準」として境界を定めて処理されてきています。このうち、潮の干満の差のある水面についての土地の境界線のとり方が最高裁によって支持されたわけですが、潮の干満の差のない水面では「高水位」を標準とすることも、やがて支持されることになろうと思います。

1 1 「漁業権」に持つ日本人の伝統感覚について

昭和61年12月16日の最高裁判決の舞台となった愛知県田原湾の一带は、徳川時代から磯猟場として附近の村々の入会い漁場となっていました。そして、藩主に税を納めることによって、村々が「支配、進退」する場所であったのです。

わが国の漁業は、だいたい足利時代末期から特に発達を始め、徳川時代には現在みられる漁業はほとんど出揃ったといわれます。

そして、沿岸の村々はすべて漁業を営むようになり、その支配圏としての一村限り又は数村限りの地先水面専用漁場（いわゆる「一村専用漁場」）が確立してきました。

そして、このような一村限り又は数村限りの「一村専用漁場」は、藩主が漁場を「領有」することを前提に、藩主に貢租（税金にあたる）を納めることによって、その村の「支配、進退」の場所として法的に確認されていたのです。

明治維新によって徳川幕府は倒れて藩政が崩壊したので、「一村専用漁場」はその法的な基礎を失ったのですが、明治34年に始めて制定された漁業法によって、「一村専用漁場」は「地先水面専用漁業権」という近代的な権利に構成されました。

現行漁業法の「第一種共同漁業権」は、この明治漁業法の「地先水面専用漁業権」を承継いだものです。

現行漁業法第10条には、「漁業権の設定を受けようとする者は、都道府県知事に申請してその免許をうけなければならない」と規定されていますので、“知事の免許によって漁業権は始めて発生する”ように見えますが、現在の共同漁業権は、前述のように徳川時代においてすでに「一村専用漁場」という権利として確立されたものを引き継いだものなのです。何もない所から、都道府県知事の免許によっていきなり漁業権が生じたのではありません。“はじめに事実ありき”です。事実の歴史的な積み重ね——おそらく、沿岸の各漁村間の漁場争いの積み重ね——によって、権利が発生するのです。（法律上に「〇〇権」と規定されたものだけが権利なのではなく、「生活

上の利益」が即わち権利であることは、すでに「8の(2)「権利」とは、何か」で説明しました。)

そしてまた、漁業法には、例えば「共同漁業権とは、一定の水面を共同に利用して営む漁業をいう」(第6条第2項、第5項)と規定しています。(5の(1)参照)

しかし、漁業権は、「営む権利」——営業権——というよりは、「水産動植物の採捕権又は養殖権である」ことを、同章の(2)で説明しておきました。

ところが、徳川時代の「一村専用漁場」は、「漁村による漁場の所持」であったといわれているのです。

「漁村による漁場の所持」とは、漁村がその前浜の漁場を所持している、土地のように支配している(不動産的支配)ことなのです。

徳川時代はいうまでもなく封建制度でして、現在のような近代的な個人の所有権はありませんでした。漁場も、農地、山林と同じように、封建藩主の持ち物(領有)でした。そして、貢租を納めるとか勲功とかによって、「一村専用漁場」が、他の農地、山林と同様に、藩主から村々に与えられていたのです。

明治維新によって封建制度が打ち壊わされて、近代的な「所有権」制度が西欧から導入されました。

農地や山林は、近代的な「所有権」の対象になりましたが、西欧にはわが国のような漁業の長い伝統に基づく「一村専用漁場」が存在しなかったことと、水面は土地のように技術的に分割(区画)することが不可能なために、水面(漁場)は「所有権」の対象とはされなかったのです。

しかし、徳川時代では、漁場も、農地も、山林も、村々が「所持」していたわけですから、「漁場」すなわち「水面」が近代的な民法の世界では土地のように所有権の対象にはならないことになったけれども、日本人の伝統的、歴史的な感覚においては、「漁場」は農地と同じものと、受けとめているのです。

漁民は、よく「われわれの海」という言い方をします。

そして、「われわれの海」の範囲は、第一種共同漁業権の漁場区域がそれにあたると云っています。

それよりも漁民は、第一種共同漁業権は「われわれの海」を明らかに認めたものと考えているといったほうが良いかも知れません。

このような云い方、考え方が、日本人が漁業権に持つ伝統的な感覚です。漁民ばかりでなく、電力会社等の起業者側も、地方自治体の議会の議員も、港湾管理者等の行政当局も、そのような感覚を持っています。「漁村による漁場の所持」の感覚が、漁業権を通して現代にまで生き続けてきているわけです。

しかし、明治維新後の近代国家であるわが国では、漁業法も民法も、漁業権や海面の法律的な性格において、このような伝統感覚を認めるものではありません。このことは、今までに何回も繰り返して説明してきました。

しかし、これも何回も繰り返しましたが、漁業補償においては、漁場は農地と同じような取扱いをうけているのです。

12 いわゆる「二重補償」の問題について

鳥取県と島根県との県境にある中海では、農林省が干拓して農地を造成するとともに、湾口を閉め切って残存水面の淡水化を計画しました。そして、農林省がいわゆる漁業権の全面消滅補償を行いました。(ただし、漁業権の放棄による権利消滅手続きはとられておりません。)

ところが、この中海の残存水面について、島根県は県営貯木場の設置を計画し、鳥取県は埋立てによる土地造成を計画しました。

島根県の県営貯木場のほうは、「すでに漁業者は漁業権の全面消滅補償を受けているのであるから、重ねて県営貯木場設置による補償をすれば“二重補償になる”から、漁業補償はできない」という理由で、補償をしないで残存水面に県営貯木場を設置しました。

この場合に島根県は、農林省が行った干拓等による漁業補償に関して、なんらの補償金の負担もしていません。

したがって、島根県は、漁業補償を全くしないで、いわばタダで、貯木場を作ったわけです。(ただし、後になって漁民から高い補償金を取られています。)

一方、鳥取県営の埋立てのほうでも、県議会、マスコミ等で、埋立てによる補償は要るのか要らないのかという、「二重補償問題」議論が沸騰し、ついに知事名で、「中海において中海干拓事業以外の事業を行う事業主体は、すでに消滅補償がなされている漁業権等について、さらに補償しなければならないかどうか。」と、農林省あてに照会を發しました。

鳥取県知事に対する農林省の回答については後で述べますが、このような「二重補償問題」は、漁業権消滅補償がなされても依然として水面が残っていて、従来どおりの漁業操業が行われている場合に、その水面について補償者以外の者が新規に埋立てなどの事業を始めようとするときには、かならずといってよいほど、どこでも地方自

治体やマスコミ等で問題となっているものです。

(註) 「発電所前面海域」についても、電力会社以外の、例えばリゾート業者等が、マリーナ建設、埋立て等の事業を計画することが起り得るのです。これに法的にどのように対応できるかについては、最後の章で述べます。

「二重補償」が問題となるのは、「漁業権の二重売りを認めることになるのではないか」という心配が原因です。

同じように、“補償金を貰って漁業権を放棄した海面に、再び漁業権が免許されたらまた補償しなければならなくなる”という心配から、「漁業権放棄海域」内の再免許に反対するという、起業者側や地方自治体などの声もいたるところで聞かれます。

そこで、先ほどの鳥取県知事の照会の件ですが、中海の干拓事業を計画し漁業補償を行ったのは、現在でいえば農林水産省の構造改善局です。そして、漁業権等を所管しているのは水産庁です。それで農林省事務次官あてに照会があったのですが、農林省側は構造改善局の回答をあわせて水産庁長官の名前で回答しています。

水産庁長官名の回答は、「中海において中海干拓事業以外の事業を行う事業主体は、関係水面において（中略）現実に漁業を営んでいる漁業者があるときは、これらの者が中海干拓事業による漁業補償を受けている場合であっても、当該漁業に対して補償すべきと解する。」ということでした。（昭和47年6月28日）

すなわち、「いわゆる二重補償」は、しなければならないという、回答です。

この回答の基本は、民法の損害賠償の法理に拠っています。

民法第709条では、「故意・過失により他人の権利、利益を侵害して損害を与えた場合は、その損害を賠償しなければならない」という、損害賠償の責任を規定しています。加害者は被害者に賠償しなければならないということです。

中海干拓事業を実施する農林省は、干拓事業がもたらす漁民側の損害に対して、全面消滅補償というかたちであらかじめ賠償しています。

しかし、農林省が鳥取県の行う埋立て事業による損害を補償したわけではないので

して、鳥取県が埋立て事業によって中海で漁業を継続している漁民に対して損害を与えるときには、加害者として民法第709条により損害賠償をする責任があるということになります。

前章で述べたように、日本人の伝統的感覚では、漁業権（漁場）は農地や山林と同じに見えています。

また、このような伝統感覚から、漁業補償は土地の売買と同じで海面の売買であるというように思っています。それで、同一水面について漁業補償を繰り返すことは、同じ土地の二重売り——「二重補償」——になると考えるのです。

しかし、民法の損害賠償の法理は、加害者に対して賠償を義務付けているのです。被害者がたまたま同一人だという理由で、前の加害者がその人に賠償しておれば、後からの加害者の賠償責任が免除されるというものではありません。

1 3 発電所前面海域の法的地位（まとめ）

本稿のテーマである「発電所前面海域の法的地位」に関しては、まず、それが、問題となる原因が発電所立地の際の漁業補償のやり方にあると捉えて、補償金を貰って漁民が漁業権を放棄した海面—「漁業権放棄海域」—を取り上げることから始めました。

そして、「漁業権放棄海域」を設定した漁業補償の実例について、くわしく紹介しました。

次いで、その漁業補償事例において法律的に重要と認められる点をまとめた上で、それらの法的重要点に関して、現行の漁業法制度における漁業権、入漁権、許可漁業、自由漁業の意義とそれらの権利の放棄の法的効果について説明しました。

漁業権等の放棄の法的効果で最も注意すべきことは、「放棄によって漁業権者などが持っていた権利が消滅する」ということです。

権利者自身の持っていた権利が消滅するだけであって、他人には、なんらの法的な影響（効果）を及ぼすことにならないのです。

漁協が漁業権を放棄すれば、その水面には以後絶対的に漁業権が存在し得なくなるように考えている人がいますが、そうではありません。

従来漁業権の外側の沖合部にあった「入会い漁場」が、放棄によって消滅した漁業権の漁場区域にまで広がってくるだけではなくて、その海域について他人が新規の漁業権の免許をうけるといふことがあるのです。

漁業法は「水面の総合的高度利用によって漁業生産力を発展させることを目的としています（第1条参照）ので、漁業法の立場は、放棄した漁協や漁民に代って、漁業をやりたがっている人達に対して漁業権を与えることになっています。

また、埋立免許のある水面について第三者に漁業を免許したのは適法という判例もありました。（9の(4)参照）

一方、公有水面埋立法制度においては、公有水面埋立免許をする場合にも、また埋立免許を受けた人が埋立て工事に着手する場合にも、埋立て予定水面にある漁業権は依然として存在することを前提にして、それらの手続きが規定されていることを説明しました。

すなわち、公有水面埋立法制度では漁業権の放棄を全く要求していないのです。“漁業権は埋立て工事の実施によって水面が陸地化するに伴って、漸次減縮しあるいは消滅に至るもの”なのです。

民法においては、「海」の法的性質は、「海は、古来より自然の状態のままで一般公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る」（最高裁昭和61年12月16日判決）としています。

そして、“海は公共用物である”から、「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」（同判決）であり、したがって海面下の土地の存在は許されないものとして否定されました。

このように「海」は、「特定人による排他的支配の許されないもの」であるからこそ、漁業法による漁業権も、公有水面埋立法による公有水面埋立権も、海面下の地盤の所有権が否定されたのと同様に、水面を支配し管理する権利として存在するものではありません。

したがって、わが国の法制度は、「海」については、国が直接に公法的支配管理する……すなわち、国が国民に対する優越的地位において、直接に「海」を支配管理すること……場合を除いて、一般私人には「海」を排他的に支配管理することを一切認めないわけですから、「発電所前面海域」について巨額の漁業補償金を出して漁業権等の権利を放棄させた経緯があった場合においても、漁業補償金を支払った発電所側には、「海」の一部である「発電所前面海域」についてのなんらの支配管理を行う「法的地位」は生じ得ないこととなります。

また、「発電所前面海域」に棲息している水産動植物については、例えば、自宅の庭

に作った泉水に附近の小川から魚が流れ込んだ場合には、その泉水の敷地の所有者が流れ込んだ魚の所有権を取得します。これは、土地所有権の効果なのです。(民法第242条(不動産の附合)参照)しかし、「発電所前面海域」といえどもそれは「海」であり、「公共用物」であるわけですから、当然にそこに棲息する水産動植物は「無主物」(無主の動産—民法第239条)です。発電所が魚などの支配権というような権利を有する立場には、なりません。

ただし、現在のような近代法制以前の徳川時代には、第11章で説明したように、「漁場」は、農地や山林と同様に、沿岸の村々が「所持」し、土地のように支配管理されていました。

現在の漁業権は徳川時代の漁業慣行を近代法的な権利として構成したものですし、徳川時代の「漁場の所持」は数千年ものの長い漁業歴史に基づいて成立したわが国独特の「慣行」(権利)であるわけですから、日本人の感覚としては、たとえ法制度が近代化しても、依然として「漁場の所持」が脈々として流れております。

漁業補償問題が起きたときは、関係者はすべてとってよいほどに、この日本人の感覚の世界——「漁場の所持」の世界——に飛びこんでしまうようです。漁業補償のような困難な問題は、伝統的な日本人の感覚に訴えてこそ、円満な解決が図られるものであるかも知れませんが。

「漁業権放棄海域」や「補償済み海面」とかが、漁業補償の当事者の間のみならず、地図にまで色分けして記載され、また、「二重補償」が地方自治体やマスコミ等で問題とされるのは、日本人の伝統感覚の世界です。

しかし、この世界は、法律的には「片目の猿だけが住んでいる世界」だといえます。

「片目の猿の世界」では、十分に通用はしていても、何かトラブルが起きて遂に訴訟にまで持込まれたときには、裁判所は、民法を始めとする現行の近代法に基づいて審理し判断することになります。「両目の猿の世界」に持込まれることになるのです。

前章で紹介した中海の事例では、漁業権の全面消滅補償がなされた水面(いわゆる

「補償済み水面」)で、第三者が貯木場を設置したり、水面の埋立て工事をやりました。しかし、ここで「二重補償」だけが問題とされたのはおかしな話でして、日本人の伝統感覚を貫けば、第三者が消滅補償をした農林省に断りなくそのようなことをすることは許されないはずです。「公有水面」だからということで、第三者が貯木場を作ったり水面の埋立てをしたわけですから、「片目の猿の世界」も徐々に崩壊しているといえるのではないのでしょうか。

ただし、「発電所前面海域」すなわち「漁業権放棄海域」には、権利、義務の関係が全くないわけではありません。

それは、「当事者」の間において、権利、義務が存在する場合があります。

福島県双葉海域での原子力発電所建設の漁業補償事例では、漁業補償協定書によって、漁民側は補償金を受け取った代わりに、冷却水の取水、排水を承諾し、また、発電所の運営に関する事項に関し一切の意義申立て、求償申立てをしない等の義務を負っていました。(3の(3)参照)

そして、発電所(起業者)側は、漁民側のこれらの義務に対応する権利を持っています。「契約」における債権、債務の関係です。

これらは、発電所の建設の際ではなく、発電所が操業する期間中、「漁業権等放棄海域」において継続するところの、権利、義務、の関係です。

しかし、このような権利、義務の関係は、契約を締結した当事者間だけのものです。世の中の一般の人にまで及ぼすことができる権利、義務の関係ではありません。

契約の当事者に入っていない他の漁民には無関係であることはもちろん、中海の事例のように、第三者が埋立て工事をすることまでも阻止することができないのです。

もし、第三者に対しても「発電所前面海域」を発電所のために安定的に存続させたいのであれば、漁業権を放棄させなければ良かったのです。

漁業権を放棄させないでそのまま存続させておいて、漁業権者との間で前述のような契約を締結し、そして第三者に対しては、その漁業権のもつ力——もちろん、日本

人の伝統感覚を基盤にして——によって「発電所前面海域」を保護して貰うのです。

巨額の補償金を出しておきながら、たよりになるはずの漁業権を放棄させ消滅させるというのは、何とも奇妙な話なのではないでしょうか。

(終り)