

令和4年(ワ)第70号 妨害予防請求事件

原告 中国電力株式会社

被告 上関原発を建てさせない祝島島民の会

## 被告準備書面(2)

令和5年9月7日

山口地方裁判所岩国支部 御中

被告訴訟代理人 弁護士

中 村



同

田 畑 元



同

古 本 武



同

石 森 雄 一 郎



同

山 本



## 目次

第1	公有水面埋立権に基づく妨害排除請求又は妨害予防請求について	4
1	はじめに	4
2	前提知識	4
3	公有水面埋立免許に基づく埋立ては許可使用に該当すること	5
4	公共用物たる公有水面の独占的かつ排他的な支配はできないこと	7
5	最高裁昭和47年12月12日判決・民集26巻10号1877頁について	9
6	結論	10
第2	占有権に基づく請求について	10
1	はじめに	10
2	公有水面は占有権の対象とならないこと	11
3	実際の事実関係からも原告において埋立施行区域を支配しているとはいえないこと	12
4	結論	13
第3	漁業権と公有水面埋立権との関係について	13
1	祝島漁民には自由漁業権がある	13
2	原告の公有水面埋立権について	17
3	小括	21
第4	原告が行おうとしている海上ボーリング調査について	21
1	一般海域占用許可を得る予定について	21
2	一般海域占用許可の要件について	21
3	海上ボーリング調査が埋立工事に付随して通常行われる調査ではないこと	22
4	海上ボーリング調査が和解条項第3項(1)記載の調査及び漁業補償契約に定める調査にあたらぬこと	23

第5 求釈明 .....	24
1 原告による中間貯蔵施設設置に向けた調査・検討計画 .....	24
(1) 計画の公表 .....	24
(2) 本件計画の詳細は不明であること .....	24
(3) 共同事業者となる関西電力において使用済み核燃料の中間貯蔵施設の設置が急務となっていること.....	24
(4) 上関原発の設置運営と本件計画が両立する計画なのかに疑義があること .....	25
2 求釈明事項 .....	25

## 第1 公有水面埋立権に基づく妨害排除請求又は妨害予防請求について

### 1 はじめに

(1) 原告は、原告が「公有水面埋立権に基づく妨害排除請求権又は妨害予防請求権」なる権利を有していると主張し、これを前提に、令和4年10月25日付け訴状の請求の趣旨第1項記載の請求に及んでいる。

(2) 原告の主張は、要旨、次のとおりである（訴状【2～3頁】請求の原因第1.2(1)）。

ア 公有水面を支配し管理する権能は、国がこれを有するところ、公有水面の埋立てをしようとする者は、国から委任を受けた都道府県知事から上記権能に基づく公有水面埋立免許を付与されることによって、一定の公有水面の埋め立てを排他的に行い、土地を造成することのできる地位を取得する。

イ この者は、上記の地位に基づき、埋立工事を行い、工事が竣功したときは、遅滞なく竣功認可を申請し、これを受けた都道府県知事が竣功を認可しこれを告示すると、原則として、その日に当該埋立地の所有権を取得する（公有水面埋立法22条、24条）。

ウ 公有水面埋立権は、埋立工事の竣功を妨害する者を排除し、あるいはそのような妨害行為を予防する権能を当然に内在させているものと解すべきである。

(3) しかしながら、上記主張は、行政法の公物理論及び公有水面埋立法の解釈を、完全に誤るものである。

以下、詳述する。

### 2 前提知識

#### (1) 公物の定義

公物とは、国又は公共団体等により、直接公の目的のために使用される個々の有体物をいう。

#### (2) 公物の分類

公物は、官公署の用に供される公用物（庁舎やその敷地など）と、公衆の用に供される公共用物に分類される。

### （3）公物の使用関係

公物の使用関係は、一般使用（自由使用）、許可使用、特許使用の3つに分類される。

#### ア 一般使用（自由使用）

一般公衆による自由な共同使用である。特に、公共用物については、元来、一般公衆による自由な共同使用が予定されているところであり、その本質に沿った使用関係、最も基本的な利用形態である。例えば、道路を通行する、海で遊泳するなどといったものである。

ただし、公共用物について、特定の私人が特別な利用をするには、次に述べる行政庁の処分が必要となる。

#### イ 許可使用

法律上の一般的禁止が申請によって解除されること（許可処分）により認められる使用形態である。

許可使用は、自由使用の枠内ではあるが、通常と異なる使用について、利用調整の観点から行政庁の許可にかからしめるものであり、公共用物本来の機能を害しない、一時的な使用を許容するものにすぎないとされる。

#### ウ 特許使用

特定人に対し、公物の独占的な使用权を認めるものである。国有・公有財産の目的外使用許可が、その例である。

公共用物に一定の施設を設けるなどして継続的にこれを使用する権利を設定する点が、許可使用と異なる。

### 3 公有水面埋立免許に基づく埋立ては許可使用に該当すること

（1）公有水面埋立免許に基づく埋立てについては、漁業権等との調整の観点から行政庁の許可が必要とされるものであって、公共用物本来の機能を害しな

い一時的な使用を許容する、「許可使用」に該当するにすぎない。

したがって、原告が主張するように、原告において、公有水面埋立免許を得たからとて、直ちに公有水面を独占的かつ排他的に支配しうることにはならない。

これに対し、公有水面埋立免許に基づく埋立てについて、「特許使用」であると解する学説も存在するようである。しかしながら、次に述べる公有水面埋立法の体系からして、かかる解釈は採りえない。

(2) すなわち、公有水面埋立法は、

- ① 埋立事業者は、都道府県知事に埋立免許を申請すべきこと（同法2条）
- ② 同申請を受けた都道府県知事が公有水面埋立免許をなすには、同法5条2号にいう「漁業権者」を含む水面権者の埋立同意が必要であること（同法4条3項1号）
- ③ 埋立免許取得者は、埋立施行区域内の水面権者に対して埋立により生じる損害の補償等をすべきこと（同法6条）
- ④ 埋立免許取得者は、水面権者に同法6条の定める補償等をした後でなければ埋立工事につき着工しえないこと（同法8条）

を定めている。

上記③及び④からして、公有水面埋立免許が出されても、埋立工事の竣功までは、埋立施行区域内には漁業権をはじめとした水面権が存在し続けることと、水面権者に対する補償がなされなければ埋立工事が違法となることが明らかである。すなわち、公有水面埋立免許が出されても、埋立施行区域（公有水面）については、一般公衆の共同使用に供されるべき、公共用物たる性質の存続することが明らかとなっている。

換言すれば、公有水面埋立法は、公有水面が公有水面埋立免許後も埋立工事の竣功まで公共用物たる性質を持ち続けることを前提に、上記③及び④のような規定をおいている。ところが、公有水面埋立免許を取得しただけの時

点において、同免許を取得した者において、直ちに公有水面を独占的かつ排他的に支配が認められると解するならば（すなわち、その時点で直ちに公有水面が公共用物たる性質を失うと解するならば）、公有水面埋立法の上記前提とは異なる法律・事実関係が出現し、同法の適用対象が失われるという、論理的齟齬が生じることになる。このような解釈を採りえないことは明らかである。

#### 4 公共用物たる公有水面の独占的かつ排他的な支配はできないこと

(1) 以上のことから、公有水面埋立免許を取得しただけの時点において、同免許を取得した者において、直ちに公有水面を独占的かつ排他的に支配することなどできないことは、明らかである。

特に、後述するとおり、原告から、埋立工事施行区域にて漁業を営んでいた個々の漁業者に対して補償はなされていないのであるから、正にこの理が妥当する。

(2) この点については、大審院昭和15年2月7日判決・民集19巻119頁も、

公共用水面埋立ノ免許ハ一ノ行政処分ニシテ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終局ノ目的トスルモノナレトモ免許自体ニ因リ直ニ該水面ノ公共用ヲ廢止スル効力ヲ生スルモノニ非ス只其ノ埋立ニ必要ニシテ水面ノ公共用ト相容レサル施設乃至埋立自体ニ因リテ其ノ公共用廢止ノ効カラ生スルモノト解スルヲ妥当トス故ニ右埋立免許後其ノ水面ニ付第三者力漁業ノ免許ヲ得タル場合ト雖其ノ免許ハ無効ノモノニ非スシテ如上ノ施設乃至埋立ノ実行ニ因リテ漁業權ハ漸次減縮シ或ハ全ク消滅スルニ至ルモノト解スルヲ相当トス

と判示している（下線部は被告による）。

同大審院判決は、被告の主張のとおり、埋立実施の進行によって公有水面

が公共用物の性格を失い、また、漁業権が漸次縮小していくことはあっても、公有水面埋立免許がなされたこと自体で、その時点において、直ちに公有水面が公共用物たる性格を失うことはない旨を述べるものである。

(3) 続けて、最高裁昭和61年12月16日判決・民集40巻7号1236頁も、次のように判示している（下線部は被告による）。

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当たらないというべきである。

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え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を認めた法律はなく、かえって、公有水面埋立法が、公有水面の埋立てをしようとする者に対しては埋立ての免許を与え、埋立工事の竣工認可によって埋立地を右の者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。

(4) さらに、山口眞弘・住田正二共著「公有水面埋立法」（昭和29年12月・日本港湾協会）158～160頁にも、

公有水面埋立権の内容は、一定の公有水面において排他的に埋立てをな



し、土地を造成し、埋立地の所有権を取得することにある。したがって、同一の公有水面において、二以上の公有水面埋立権が同時に存在することはできない。したがって、埋立免許権者は、既に埋立の免許の存する公有水面に、重ねて埋立免許をすることができない。しかし、この排他的な効力は、埋立を行い、土地を造成すること、及びそのために当該公有水面を占有すること、並びに埋立地の所有権を取得することにのみ及ぶものであり、埋立を妨害しない限度において、他の目的のためにその水面を利用することは、公有水面埋立権の侵害ということとはできない。したがって、当該公有水面において、水泳をし、通航をし、又は魚釣をするがごときは、もちろん公有水面埋立権を侵害するものではない。と記載されている（下線部は被告による）。

当該記載も、被告の主張と同旨である。

5 最高裁昭和47年12月12日判決・民集26巻10号1877頁について

なお、「公有水面の埋立をする者は、埋立の免許により、一定の公有水面の埋立を排他的に行なつて土地を造成すべき権利を付与され、その権利に基づき、自己の負担において埋立を行ない、工事の竣功の認可を受けることにより、原則として認可の日に当然に埋立地の所有権を取得するものである。」と判示した、一見、被告の主張に反し、反面、本訴訟における原告の主張に沿うかのような最高裁判決が存在する。

しかし、同最高裁判決は、被上告人が公有水面埋立の免許を受け、①その埋立工事を完了させ、竣功認可を受けて、その土地所有権を取得したところ、上告人が同土地に建物を所有し、②何ら権原なく同土地を占有していたので、被上告人が、取得した土地（既に、公有水面ではない）の所有権に基づき、上告人に対して、同建物の収去と同土地の明渡しを請求した事案を対象としたものである。

すなわち、同最高裁判決は、上記下線部①②のとおり、本件と事実関係の全

く異なる、極めて特異な事案を対象としたものであって、同判決の射程は極めて限られたものにすぎない。したがって、その射程は、本件にも及ばない。同最高裁判決が、「公有水面の埋立をする者は、埋立の免許により、一定の公有水面の埋立を排他的に行なつて土地を造成すべき権利を付与され」と、一見、一般的な理を述べているように見える箇所は、いわゆるレイシオ・デシデンダイには含まれない、傍論（オビタ・ディクタム）である。

このような最高裁判決の射程を理解せず、同最高裁判決を表面的に捉え、本件の原告の主張の行っているような判示をした、行政法の公物理論及び公有水面埋立法の解釈を誤った裁判例が散見されるが、十分な注意が必要である。

この点、重要な点であるので、改めて繰り返すが、公有水面埋立法上、公有水面埋立免許が出されても、埋立施行区域（公有水面）については、一般公衆の共同使用に供されるべき、公共用物たる性質が存続し、埋立免許を得た者においては、正当な補償無き限り、漁業権をはじめとする水面権の行使を妨げることはできないのである（同法6条、8条）。

## 6 結論

以上のとおりであるから、原告が「公有水面埋立権に基づく妨害排除請求権又は妨害予防請求権」なる権利を有しているとはいえず、原告の請求は成り立たない。

なお、原告の言う甲第7号証178頁の「公有水面埋立の免許を受けた者は、公有水面の一定部分を占有して埋立工事を施行する権能を付与される」の記述は、最高裁昭和61年12月16日判決・民集40巻7号1236頁等に違背する行政解釈である。

## 第2 占有権に基づく請求について

### 1 はじめに

原告は、「公有水面埋立の免許を受けた者は、公有水面の一定部分を占有し

て埋立工事を占有して埋立工事を施工する権能を付与されるのである・・・から、占有権に基づく保全を請求できる」とも主張している（訴状【3頁】請求の原因第2.2(1)）。

## 2 公有水面は占有権の対象とならないこと

本準備書面第1にて詳述したとおり、公有水面埋立免許を取得しただけの時点において、同免許を取得した者において、公有水面を独占的かつ排他的に支配することなどできない。

これに加えて、最高裁昭和61年12月16日判決・民集40巻7号1236頁が、

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つて、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、所有権の客体たる土地に当たらないというべきである。

・・・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を認めた法律はなく、かえつて、公有水面埋立法が、公有水面の埋立てをしようとする者に対しては埋立ての免許を与え、埋立工事の竣工認可によつて埋立地を右の者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。

と判示しているところからして（下線部は被告による）、公有水面が埋立前の段階で所有権の対象にならないことはもちろん、占有権の客体に当たらないことについては明らかである。

原告の引用する甲第7号証は、公有水面埋立法やこれに関する判例の解釈を誤るものである。現に、公有水面法に関する最も信頼でき、権威のあるとされている、前掲の山口眞弘・住田正二共著「公有水面埋立法」（昭和29年12

月・日本港湾協会) に反する内容となっている。

### 3 実際の事実関係からも原告において埋立施行区域を支配しているとはいえないこと

(1) そもそも、占有権とは、物を事実上支配しているという客観的状态そのものに対して法的保護を与える権利である。

仮に当該物を支配しうる権原が存在したとしても、実際に当該物を支配しているという客観的状态がなければ、占有権は発生しない。例えば、不動産につき、賃貸借契約が締結されても、それだけで、対象物を実際に支配していなければ、占有権が発生しないことは、いうまでもないことである。

(2) 原告は、「原告は、埋立工事施行区域を含む発電所建設予定地全体において、設備の維持管理や警備を日常的に行っており、有事の際には即時に現地動向を把握し、すみやかに必要な措置を講じられる体制を構築している。海域においては、埋立工事施行区域の境に灯浮標を設置しており、経年により一部欠損した箇所はあるものの、これまでに実施を試みた海上ボーリング調査においては、灯浮標設置場所に船舶を配置して区域境を明示するなど、埋立工事施行区域内で安全に作業できる環境を整えている。」などと極めて抽象的に主張するが、広大な埋立施行区域を、原告の主張するような態様だけで、事実上の支配をしているとは、到底評価することができない。

このことについては、乙第5号証(写真撮影報告書)からも明らかである。

したがって、この点でも、原告が、埋立施行区域について、占有権を有するということとはできない。

(3) そもそも、原告において埋立施行区域を占有している(すなわち、同区域を支配している)という原告の主張は、「原告は、令和元年から令和3年の3年にわたり同調査を実施することが全くできなかった。」(訴状4頁)という原告の主張と、矛盾するものである。

#### 4 結論

以上から、いずれにせよ、原告が埋立施行区域について占有権を有しているとはいえず、この点からも原告の請求は成り立たない。

### 第3 漁業権と公有水面埋立権との関係について

#### 1 祝島漁民には自由漁業権がある

##### (1) 自由漁業権は慣習法上の物権である。

漁業法は、共同漁業権・区画漁業権・定置漁業権など「免許」を受ける「漁業権」漁業につき魚種や漁法を規定する（同法60条）が、これに規定された漁業だけが漁業ではないことは当然の公知の事実である。許可漁業や、免許も許可も要らない自由漁業も、反復継続して営まれることにより権利にまで成熟する。このことは、公共事業に伴う補償基準について定めた「公共用地の取得に伴う損失補償基準」2条5項が、「この基準において『権利』とは、社会通念上権利と認められる程度にまで成熟した慣習上の利益を含むものとする。」としていることとも符合する。

また、憲法13条の個人の尊厳、幸福追求権、憲法22条の居住、移動、職業選択の自由、憲法25条の生存権に照らし、個人の居住、移動、職業、生活に関する利益は、各人の人格に本質的なもので、公有水面における漁民の自由漁業権はそれらを体現するものでもある。

その認識を底意に、平成7年10月11日山口地裁岩国支部決定は、公共用物たる公有水面に対しては、何人も、他人がこれを使用することにより得られる利益ないしこれを使用する自由を侵害しない程度において、自己の生活上必須な行動を自由に行い得る使用の自由を有していると解するのが相当である（同決定はさらに、「この自由使用の利益は…これがある人にとって日常生活上諸般の権利を行使するについて欠くことのできない要具である場合には、これに対しては民法上の保護が与えられ、この利益が妨害され

たときは民法上不法行為の問題が生じ、この妨害が継続するときは、その排除を求める権利を有するものと解するのが相当だからである（最高裁昭和39年1月16日判決・民集18巻1号1頁参照）。」と最高裁判決を引用してまで言う。）。（乙6）

(2) 個々人の人権は多数決では奪えない。

以上のとおり、自由漁業権は、自由漁業を営む当該漁民一人一人が有する物権（人権）であるから、当該漁民以外の他人が寄ってたかっても奪うことはできない。たとえ当該漁民以外の、いわゆる8漁協の管理委員会で全会一致の決定でも奪えない。ましてや、8漁協の管理委員会での多数決で機関決定が強行されたことを踏まえた、管理委員会・上関漁協・四代漁協と原告との間の「補償契約」なるものでは個々人の人権は奪えない。

たとえ平成12年4月27日に漁協への補償がなされたとしても、現時点で自由漁業を営む個々の漁業者（平成12年4月27日時点とはかなり異なるはずである）の同意と補償金が全員に受領されなければ、自由漁業権を侵害できず、公有水面埋立権を行使できない（公有水面埋立法第8条1項）。自由漁業権への補償なしに公有水面埋立権を得られると解するとすれば、それは自由漁業を営む権利が個々の漁民の人権であることを忘れた解釈である。さらにその補償は、損害に見合う正当な補償でなければならない（憲法29条第3項）。

そもそも、共同漁業権についても、それによって利益を得ている個々の関係漁民（関係地区に住む漁民）こそが権利者であるべきだが、平成元年7月13日最高裁判決が共同漁業権を漁協の権利と判示したことで、個々人の同意は要らないとして、8漁協の管理委員会での多数決で機関決定されたことを踏まえて、平成12年4月27日、管理委員会・上関漁協・四代漁協と原告との間で補償契約が締結された。仮に最判によればそれで共同漁業権は放棄ができるとしても、許可漁業・自由漁業を営む漁民を含む全員一致でなけ

れば多数決では個々人の許可漁業・自由漁業権まで奪えないはずである。

- (3) しかも、祝島漁民が所属する祝島漁協を含む8漁協が調整できるのは、本訴の対象区域（請求の趣旨に記載の「別紙物件目録記載の区域のうち、別紙図面の青線で囲まれた範囲の公有水面」）外の区域（C区域）であり、本訴の対象区域は上関漁協及び四代漁協に共同漁業権があった区域（A・B区域）であるから、上関漁協・四代漁協がA・B区域の共同漁業権を放棄しても祝島漁民には元々関係ない。祝島漁民は本訴の対象区域であるA・B区域で（上関漁協・四代漁協の共同漁業権との調整も要らなくなり）自由漁業を営むことができる。
- (4) 以上が正当な理解であろうが、平成22年1月18日山口地裁岩国支部決定（甲1）は、「許可漁業・自由漁業は、…漁業権業に比べれば権利性は相対的に薄弱なものであり」と、本来、公共用物たる公有水面に対して自己の生活上必須な行動を自由に行い得る使用の自由を有していること、自由漁業を営む権利が慣習法上の物権であることを忘れた浅薄な認識に立つ。その上で、8漁協関係者の間では、許可漁業・自由漁業は、各漁協の地元地区海岸線沖合の近距離海域すなわち地先においては、地元漁業者の承認する限度でこれを行うことができるに過ぎない（地先優先の原則）との認識が共有されていたと一応認められる「管理委員会は、関係する海域における許可漁業・自由漁業のあり方についてもこれを調整する役割を担っており、8漁協の各組合員も管理委員会による調整に服してきたと一応認められる」として、誰のことを指すのか特定できず自由漁業を営む漁民全員でない曖昧模糊としたザクとした「関係者」の「一応認められる」「認識」、そして、あくまで「微調整」に過ぎずその存廃まで含むはずのない「許可漁業・自由漁業のあり方についてもこれを調整する役割」に、存廃を含めてまでという意味でしか理解不能であるが、「8漁協の各組合員も管理委員会による調整に服してきた」と「一応」「認められる」とし、「本件工事施工区域においては、

漁業補償契約に基づいて共同漁業権行使ができなくなったことに連動して、許可漁業・自由漁業を行うことができなくなった」と強弁した。

しかし、8漁協の管理委員会で祝島漁民の反対の総意を受けて臨んだ祝島漁協の反対を押し切り多数決で温排水に起因する漁業損失等の受忍を決議し、上関漁協・四代漁協でも全組合員の同意をとりつけずに機関決定で共同漁業権を放棄した、その反対者を含め漁民全員が、自分が反対しても上関漁協・四代漁協で共同漁業権放棄が多数決されればそれに連動してA・B・C全海域で自らの許可漁業・自由漁業権まで個別に放棄することを事前に了承していた、などということがあろうはずがない。

この判示は、先に見たとおり、そもそも、個々の漁民が本来、公共用物たる公有水面に対して自己の生活上必要な行動を自由に行い得る使用の自由を有していること、自由漁業を営む権利が慣習法上の物権であることを忘れた浅薄な誤った認識に立つもので、個々人の人権を放棄する同意をこのように極めて緩やかに認定・推定することは許されない。

共同漁業では漁協が免許を受けることから共同漁業権を漁協の権利と判示した最判を踏まえると漁協の多数決による機関決定で共同漁業権を放棄できると解する余地があるとしても、許可漁業・自由漁業は個々人の権利で漁協の権利と解する余地はないから、同意なしに個々人の許可漁業・自由漁業権を奪えない。共同漁業権を、個々人全員の同意を得て放棄したのであれば格別、それなしに放棄したというのに、共同漁業権と許可漁業・自由漁業権は連動すると解する余地はない。しかも、本訴の対象区域は上関漁協及び四代漁協に共同漁業権があった区域（A・B区域）であり、原告の主張は上関漁協・四代漁協がA・B区域の共同漁業権を放棄したことに祝島漁民の自由漁業権が連動する旨の、一層、あり得ない理屈である。

実際、上記補償契約後12年余も経た平成26年6月19日（和解成立日）時点においても、本件原告と本件被告を含む申立人（本件被告以外は当時の



祝島漁民)の間との保全手続における和解条項3項(2)において漁業者が「船舶を進入」することが認められており(甲8)、対象海域において祝島漁民が営む自由漁業を禁じ得なかったことは、原告においても当然の前提事実であった。

- (5) 仮に平成12年4月27日の管理委員会・上関漁協・四代漁協と原告との間の補償契約により共同漁業権の放棄に連動して共同漁業権区域(A・B・C区域)全域で8漁協組合員の許可漁業・自由漁業権まで一旦は放棄されたとしても、その後、祝島漁民には、本訴の対象区域において、改めて自由漁業権が生じている。

すなわち、本件公有水面はいずれも、上記補償契約以前は上関漁協・四代漁協が共同漁業権を有しており両組合員が共同漁業・許可漁業・自由漁業を行っていたが上記補償契約以後は行わなくなった区域で、両組合員の漁業に関して一種の空白・真空状態となった区域であり、祝島漁民は、上記補償契約にかかわらず本件公有水面で自由漁業を営んでおり、従って、たとえ上記補償契約で自由漁業権まで放棄されたとしても、契約の翌日から祝島漁民が自由漁業を開始したことになる。先に見た本件原告と本件被告を含む申立人(本件被告以外は当時の祝島漁民)との間の和解条項3項(2)において漁業者が「船舶を進入」することが認められており、和解成立の平成26年6月19日時点において既に、対象海域において祝島漁民が自由漁業を反復・継続して営み社会通念上権利と認められる程度にまで成熟した慣習上の利益となり禁じ得なくなっていたことは明らかであり、その後それを覆す事柄もないまま9年余り経った今日ではますます、祝島漁民に改めて本件公有水面において自由漁業権が生じたことは明らかである。

## 2 原告の公有水面埋立権について

- (1) そもそも、原告の公有水面埋立権は有効に存在するのか。

上記補償契約の補償金は旧祝島漁協組合員の手に渡っていない。

たとえ上記補償契約により共同漁業権は放棄されたと評価されたとしても、現時点で自由漁業を行う個々の漁業者（平成12年4月27日時点とはかなり異なるはずである）の同意と損害に見合う正当な補償（憲法29条第3項）が個々の漁民に支払われなければ、自由漁業権を侵害できず、公有水面埋立権を行使できない（公有水面埋立法第8条1項）。

(2) 公有水面埋立権は他の権利の上に立つ、神聖にして侵すべからざるものではなく、自由漁業と並び立ち、むしろ、自由漁業を営む権利の方が強い権利である。

(ア) 原告は、「公有水面埋立権は…埋立工事の竣功（「竣工」のことか）を妨害するものを排除し、あるいはそのような妨害行為を予防する権能（妨害排除又は妨害予防）を当然に内在させている」「公有水面埋立の免許を受けた者は、公有水面の一定部分を占有して埋立工事を施工する権能を付与されているのである（甲第7号証178頁）から、占有権に基づく保全を請求できる」などと、まるで、所有権を觀念し得ない海水面についてまで排他的支配権がある如く、自由漁業をはじめ原告の癩に障る全ての行為を禁圧できるかの如き全権を取得したが如く展開する。

しかし、そもそも、「公共用水面埋立免許後該水面ニ付為サレタル漁業免許ハ当然無効ノモノニ非スシテ只其ノ埋立ニ必要ニシテ水面ノ公共用ト相容レサル施設及埋立自体ニ因リテ其ノ漁業権ハ漸次減縮シ或ハ全ク消滅スルニ至ルヘキモノトス」（昭和15年2月7日大審院判決の要旨）。すなわち、公有水面埋立権は、適法に埋立てが進行して漁業ができない状況になるまでは、自由漁業を排除するものではない。そもそも、公有水面埋立法は公共用水面にのみ適用し得る法律であるから、自由漁業が存在し得ない水面には適用し得ず、そこには公有水面埋立権が存在し得ず、埋立権を行使し得ない。

また、公有水面の埋め立ては、個々人の憲法上の人権を保障するためのものでなく、要は、「国土利用上適正且合理的ナルコト」を目指して企画されるものに過ぎず（公有水面埋立法4条項1項1号）、自由漁業権は慣習法上の物権であるのに対して公有水面埋立権には物権と認める法令の規定がなく、物権法定主義（民法175条）からは物権とは認められない保護の弱さに表れるように、公有水面埋立権が自由漁業権に道を譲るべき場面こそあれ、公有水面埋立権が他の権利の上に立つ、神聖にして侵すべからざるものでは決してない。

(イ) なお、原告の言う甲第7号証178頁の「公有水面埋立の免許を受けた者は、公有水面の一定部分を占有して埋立工事を施行する権能を付与される」の記述は、埋立権者に公有水面の排他的支配権を認めるのであれば、昭和61年12月16日最高裁第3小法廷判決（いわゆる「田原湾判決」）が「海は…公共用物であって、国の直接の公法的支配に服し、特定人による排他的支配の許されないものである」「公有水面埋立法が、公有水面の埋め立てをしようとする者に対しては埋立ての許可を与え、埋立工事の竣工認可によって埋立地を右の者の所有に属させるとしていることに照らせば、現行法は海水に覆われたままの状態で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。」との判示に違背する。

政令やさらに下位の行政解釈が後に法に反し無効と判断されることは、貸金業法の「みなし弁済」、利息制限法制限超過利息の「悪意」に関する平成18年1月13日最高裁第2小法廷判決が、利息制限法施行規則15条2項を法の委任を逸脱した違法な規定として無効と判示したように、実はまああることではある。

ただ、ここで原告の挙げた上記行政解釈の記述は、「占有」という言葉を、陸地の「占有」とは意味内容は違うのに、語を同じくすることを

奇貨として一人歩きさせたもので、そもそも上記行政解釈が埋立許可範囲内の水面について埋立免許者に排他的占有権を認めたものではないと思われる。

上記行政解釈は、続けて、「(…権能を付与される) のであるから、その者を漁業法第13条第1項第5号(現第4号)にいう『占有者』と見るべきことは当然であり、従って、その者の同意を得ずしてなされた漁業の免許は、埋立の免許に係る水面の部分に関する限り無効のものと解すべきである。」とあり、埋立免許区域内に新たに漁業法上の漁業権の免許申請があり、早晚、埋立てと漁業権漁業が並び立たなくなるのが必至の事案について、この段階で新たに免許するな、と言っているだけである。

埋立が進めば次第に自由漁業は成り立たなくなるのだから、免許不要の自由漁業の禁圧まで視野に入れた解釈であるはずがない。

上記行政解釈の「漁業法第13条第1項第5号(現第4号)」は、現行の漁業法では71条1項で「次の各号のいずれかに該当する場合には、都道府県知事は、漁業の免許をしてはならない。」という4号で「免許を受けようとする漁場の敷地が他人の所有に属する場合又は水面が他人の占有に係る場合において、その所有者又は占有者の同意がないとき。」にあたるが、その「免許を受けようとする…水面が他人の占有に係る場合」の「占有者」に埋立免許を受けた者が含まれる、と言っている。ここでの「占有」とは、「水面が他人の占有に係る」というのであるから、田原湾判決が許さないとした特定人による排他的全面的支配ではなく、他者の漁業権による「占有」、「一定の水面において排他的に特定の漁業を営む権利」「漁『場』でなく、漁『業』を排他的に営む権利」「漁業権侵害でない限り、同じ漁場内で他の活動を行うことは可能」(水産庁ホームページ・分野別情報「漁業権について」1頁(乙

7) ) という意味の「占有」であり、陸地の占有のような排他的全面的支配の意味ではなく、「占有権に基づく保全を請求できる」(訴状3頁) ものではない。そもそも、埋め立て免許により排他的支配としての占有ができるとすれば公共用水面ではなくなり、埋立免許以降は公有水面埋立法が適用できなくなる背離に陥る。

### 3 小括

自由漁業権と公有水面埋立権は並び立ち、むしろ自由漁業権の方が優位な関係であるから、公有水面埋立権は自由漁業が可能な限りそれを不快に思っても受忍すべきである。

## 第4 原告が行おうとしている海上ボーリング調査について

### 1 一般海域占用許可を得る予定について

原告は、原告の準備書面1において、現在、原告が一般海域の利用に関する条例(平成10年山口県条例第3号)に基づく一般海域占用許可を有していないことを認めており(6頁)、また、今後、本件訴訟の判決を得た後に調査計画を策定し、あらためて占用許可を得る予定である等と主張している(7頁)。

しかし、あらためて同許可を得る予定があるとの原告主張の前提として、同許可がなければ、対象海域を占用使用し、海上ボーリング調査を行うことができないのであれば、そもそも同許可が得られるか否か分からない現段階において、海上ボーリング調査の実施を理由とした妨害排除請求ないし妨害予防請求の権利はその要件を欠いていると言わざるを得ない。

そのような不確実な調査の予定により、現場海域における漁業者らの操業が排除されるというのは背理である。

### 2 一般海域占用許可の要件について

また、これまで、原告が行おうとしていた対象海域でのボーリング調査は、

上記山口県条例に基づく一般海域占用許可を得たうえでなされているが、同許可においては、許可申請にあたり利害関係人であるはずの漁業者ら個人の同意書（山口県・一般海域の利用に関する条例施行規則第2条第1項5号）が全く提出されておらず、違法である。

原告は、原告の準備書面1において、「過去3度にわたり海上ボーリング調査を計画のうえ利害関係人である山口県漁業協同組合の同意を得て、占用許可を得た」等と主張している（6頁）。

しかし、対象海域においては、四代漁協及び上関漁協が共同漁業権を有していたものの、既に両漁協は対象海域における共同漁業権を放棄しているから、山口県漁協は利害関係人とはいえない。

他方、原告がボーリング調査を行おうとした当時、現場海域において個々の漁業者らが自由漁業を行っていたのであって、このような漁業者らは、上記許可申請における本来的な利害関係人であるところ、同申請にあたり原告から同意書の提出を求められていないが、いずれも海上ボーリング調査に同意しておらず、しかも海上ボーリング調査に反対していることは明らかである。

また、これらの漁業者らへの現実的な補償もなく、一般海域の占用を行うことも、憲法29条等に鑑みて、違法ないし違憲というべきである。

### 3 海上ボーリング調査が埋立工事に付随して通常行われる調査ではないこと

なお、原告は、原告の準備書面1において、海上ボーリング調査が埋立工事に付随して通常行われる調査ではないとの被告主張に対して、海上ボーリング調査を埋立工事に先立って実施する必要がある、埋立工事の竣功期間伸長許可申請において同調査に要する期間を織り込んでいる等と主張している（4頁）。

しかし、もし同調査が埋立工事に付随して通常行われる調査であれば、原告が埋立工事の免許を得ている以上、同免許に基づいて同調査を行うことができるはずであるから（山口県・一般海域の利用に関する条例第4条1号）、同調

査を実施するにあたり前記1及び2のような一般海域の占用許可を得る必要はないはずである。

従って、同海上ボーリング調査は、埋立工事に付随して通常行われる調査とはいえないものというべきである。

#### 4 海上ボーリング調査が和解条項第3項(1)記載の調査及び漁業補償契約に定める調査にあたらぬこと

また、原告は、原告の準備書面1において、海上ボーリング調査が保全取消請求事件における和解条項第3項(1)記載の調査及び漁業補償契約に定める調査に該当する等と主張している(3頁)。

しかし、本件和解の和解条項第3項(1)は、本件仮処分決定の主文第1項の「債権者の同水面に対する使用」について、「本件公有水面における地質、水温、流況その他の項目に関する調査、灯浮標の点検・補修その他同水面の管理・保全に必要な行為に限ること」と定めているから、地質調査についても、あくまでも同水面の管理・保全に必要な行為でなければならないと解すべきところ、埋立工事竣功後に原子炉施設の建設のために必要であるにすぎない本件海上ボーリング調査は、同水面自体の管理・保全に必要な行為ではないから、和解条項第3項(1)記載の調査には該当しえない。

また、山口地方裁判所の平成26年6月11日付け和解及び漁業補償契約の各当時において、埋立工事が着手される前の段階において、上記のとおり埋立工事に付随して通常行われる調査とはいえない海上ボーリング調査が行われることは、漁業者らの誰もが予測していなかった事態であり、やはり上記和解条項及び漁業補償契約で定める調査には該当しないというべきである。

## 第5 求釈明

### 1 原告による中間貯蔵施設設置に向けた調査・検討計画

#### (1) 計画の公表

令和5年8月2日、原告から「上関原発建設予定地となる上関町大字長島所在の原告所有地に使用済核燃料の中間貯蔵施設を設置するための調査・検討を行う」計画（以下「本件計画」という。）が突如公表された。

#### (2) 本件計画の詳細は不明であること

原告から公表された本件計画では設置予定の中間貯蔵施設の詳細は不明であるが、

- ① 本件計画が上関町長からの地域振興策の検討要請を受けてのものであること
- ② 設置が検討されている中間貯蔵施設は、原告単独ではなく、原告と関西電力株式会社（以下「関西電力」という。）との共同開発（建設及び運営）であることが明らかになっている（乙8）。

なお、報道では「本件計画の実現に向けて、町の同意を得た上で 地盤調査に着手し、半年ほどかけて10か所で掘削（ボーリング）調査をする」とされている（乙9）。

#### (3) 共同事業者となる関西電力において使用済み核燃料の中間貯蔵施設の設置が急務となっていること

また、原告が現在保有している原子炉は島根原子力発電所に所在する3基のみであるが、関西電力が保有している原子炉は、美浜原子力発電所で3基、高浜原子力発電所で4基及び大飯原子力発電所で4基であり、原告と関西電力で合計14基もの原子炉を保有していることとなる。

そして、関西電力において、「使用済み核燃料の保管場所の確保は最優先の課題」とされ、美浜原発3号機と高浜原発1号機、2号機の再稼働の条件として「今年末までに福井県外に使用済み核燃料の保管場所の候補地を確定



させ、2030年までに2000トン規模の使用済み核燃料の保管を前提とした中間貯蔵施設を操業させること」を関西電力が福井県に約束している（以上、乙9）。

つまり、特に現時点で関西電力が保有し県外に搬出しなければならない使用済み核燃料は各原発の燃料プールで保管することが困難な程度の相当量に及んでいると考えられる。当然、原告が上関原発建設予定地に建設予定の使用済み核燃料の中間貯蔵施設は大規模なものが想定され、その建設に必要な敷地の広さも相当広大であると考えられる。

(4) 上関原発の設置運営と本件計画が両立する計画なのかに疑義があること

ア 以上より、上関町大字長島に原告が所有している土地は限定されていることから、上関原発の設置運営と両立しない可能性が高い。

イ また、上関町長が地域振興策として使用済み核燃料の中間貯蔵施設の設置を求めた事情も、福島第一原子力発電所での重大事故発生を契機に上関原発の原子炉設置許可申請に係る国の審査委員会合が開催されておらず、原告において上関原発の着工時期すら未定となっていることを受けてのことであり（乙2乃至乙4参照）、上関町としても上関原発の設置計画の実現は期待できないと判断したと考えられる。

ウ なお、令和5年8月2日に原告がメディア向けに行った記者会見において、メディアからの「（上関原発の原子炉設置許可申請を）取り下げることはないか？」という質問に対し、原告担当者は「それは現時点ではこれからあくまで検討させていただくということでございます。」と上関原発設置計画を断念する可能性があることを示唆している。

## 2 求釈明事項

(1) そこで、そもそも現在原告が実施予定の海上ボーリング調査の適法性を評価する趣旨で、使用済み核燃料の中間貯蔵施設を内容とした本件計画は上関原発の設置計画と併存させるものなのか、それとも上関原発の設置・運営計

画を断念するものなのかを明らかにされたい。

- (2) 仮に本件計画と上関原発の設置・運営計画を併存させる場合、限られた原告所有地の中で両計画が併存可能であることを、両計画の詳細を明らかにした上で具体的に主張・立証されたい。
- (3) 仮に本件計画と上関原発の設置・運営計画を併存させる場合でも、本件計画と上関原発の設置・運営計画のどちらを優先してその計画実現を進める予定であるのか明らかにされたい。
- (4) また、本訴訟で原告が行おうとしている海上ボーリング調査を行った場合、その調査結果は使用済み核燃料の中間貯蔵施設の建設・運営を内容とした本件計画にも利用される予定があるか否かを明らかにされたい。

以上