内水面漁業制度に関する香川県の見解の誤りについて　　180103 熊本一規

　内水面漁業制度に関する香川県の見解には、次の１～４のような誤りが含まれている。

１．権利に成熟した許可漁業・自由漁業にも補償が必要

漁業は、一般に、漁業権漁業、許可漁業、自由漁業の三種に分類される。「漁業権漁業」は知事の免許を受ける漁業、「許可漁業」は知事又は農林水産大臣の許可を受ける漁業、自由漁業は免許も許可も受けずに自由に営める漁業のことである。

「漁業権」は、漁業法で物権的権利とみなされており、したがって、漁業権を侵害する場合には補償が必要なことはいうまでもない。

しかし、**許可漁業・自由漁業が「漁業権漁業」でないから補償が必要ないとするのは誤り**である。そのことは、公共事業に伴う補償について定められている「公共用地の取得に伴う損失補償基準公共用地の取得に伴う損失補償基準要綱」（以下、「要綱」という）に明確に示されている。

　要綱２条５項には、「この要綱において『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」（傍点引用者）と規定されている。要綱の解説書[[1]](#footnote-1)には、２条５項の「慣習上の利益」の事例として「入会権､慣行水利権、許可漁業あるいは自由漁業を営む実態が漁業権と同程度の地位を有する権利と認められるもの」があげられている。

要するに、**許可漁業や自由漁業もそれを営む実態が積み重なると権利（財産権）に成熟していく**から、それを侵害するには補償が必要とされているのである。

　許可漁業が権利になることに関して肝腎なのは、許可によって権利になるわけではないということである。許可がなされた時、及びその後しばらくは利益に過ぎないが、実態が積み重なっていくと利益が次第に権利に成熟していくのである。そのような権利を「慣習（法）上の権利」と呼んでいる。「慣習（法）上の権利」も財産権であるから、それを侵害するには補償が必要ということである。

　行政法の大家、田中二郎氏も次のように述べている。

問題は、漁業許可によって、財産権又は財産上の利益を生ずるか、逆にいえば、漁業許可の取消によって、財産権又は財産上の利益の侵害――即ち損失――を生ずるかの点にある。従来、一般には、漁業許可は、権利を設定する行為ではなく、単に一般的な禁止を解除し自然の自由を回復するに止まるものであるとし、従って、許可の取消は、財産権の侵害を生じないと解する。しかし、この見解は正当といえない。何となれば、仮に、許可そのものは財産権を生じないとしても、許可に基き企業が成立し、企業に資本が投下された場合には、それ自体が財産的価値をもつことはもちろんで、その外にも、営業権ともいうべき財産的価値を生ずることは、一般の承認するところであり、許可の取消によって、企業の経営を不可能ならしめることは、これらの企業財産に損失を生ぜしめかつ営業権を喪失せしめる結果となるからである。[[2]](#footnote-2)

1984（昭和59）年10月3日、香川県知事は、淡水漁業者への公共工事に伴う補償に関し、県議会において「淡水漁業協同組合への採捕許可は、漁業権とは法的性質を異にする」ので「建設業者が補償金的な性格の金銭を支出することは適当でない」との県の統一見解を明らかにした（四國新聞1984年10月4日付）。

しかし、上掲の要綱２条５項に基づけば、**採捕許可により営まれる漁業であっても、その実態が積み重なれば、「慣習（法）上の権利」（財産権）になり、その侵害に際しては補償が必要であり、「補償は必要ない」とする香川県の見解が誤りであることは明らかである。**[[3]](#footnote-3)

２．協力金の禁止には法的根拠がない

　財産権に確実に損害を与える事業を補償することなく進めれば、憲法29条にいう財産権の侵害になり、かつ不法行為になる。不法行為を犯せば民法709条[[4]](#footnote-4)に基づき加害者に損害賠償責任が生じるが、埋立等の事業で、不法行為を犯しておいて後で損害賠償するというわけにはいかないので、事前に不法行為を防がなければならない。

不法行為を防ぐには、予め補償し、侵害行為についての同意を得てから事業を始めなければならない。補償をするとともに侵害行為について同意を得る手続きが補償契約である。そのため、補償契約には、事業者が権利者に補償を支払うこと、及び権利者が事業に同意することが必ず盛り込まれることになっており、そのような双務契約[[5]](#footnote-5)としての補償契約を結んだ後でなければ、事業者は工事に着工できないのである。[[6]](#footnote-6)

　事業主体が公的機関の場合、補償額の算定は要綱に基づかなければならない。実際、各省庁は要綱に基づいて補償基準を定め、それに基づいて補償額を算定している。

　他方、事業主体が民間企業の場合、要綱に基づかなければならない理由はなく、通常は、協力金（事業費の○○％という算定がなされることが多い）が支払われて補償契約が結ばれることが多い。

　事業主体が民の場合、補償契約は民と民の契約になるため、当事者が合意しさえすれば、その内容は自由である。

　したがって、**事業主体の民間企業が漁業者に協力金を支払って事業を実施することに対し、公共機関が介入すること、ましてや禁止することは法的に根拠がない。**

３．採捕許可に「国又は地方公共団体等が行う公共事業の施工については正当な理由がなければこれを拒んではならない」との条件を付けることは違法・無効である

　海や河川などの公共用水面は、一般公衆の共同使用に供されており、その使用は本来自由である。公共用水面で漁業を営むことも本来自由である。ところが、許可漁業の「許可」という言葉は、法的には「一般的禁止の解除」を意味する。一般的には禁止されている漁業を「許可」によって禁止を解除して営めるようにするということである。

本来自由漁業であるはずの漁業にどうして許可漁業があるのか、いいかえれば、本来国民が自由に営めるはずの漁業がどうして一般的に禁止されているのかというと、あらゆる漁業を国民の自由に任せておいたら、水面を独占してしまったり、乱獲につながったりするからである。そうなると、漁業生産力があがらないどころか、資源の枯渇を招いてしまう。

　そこで漁業法は、漁業法にいう「漁業調整」、すなわち「水面の総合利用による漁業生産力の発展」を目的として、水面を誰にどう使わせるかを調整することにしたのである。本来、国民の自由、すなわち「民」に任せるべき領域に公権力が介入するためには、何らかの公共目的が必要[[7]](#footnote-7)であるが、漁業法の場合には、それが「漁業調整」であり、あくまで「漁業調整」を目的としているから、免許や許可ができるのである。

　ところが、都道府県によっては、漁業法34条（都道府県知事は、漁業調整その他公益上必要があると認めるときは、免許をするにあたり、漁業権に制限又は条件を付けることができる）に基づいて「ダム建設に同意すること」などという条件を付けていることがある。

　しかし、漁業法は「漁業調整」を公共目的として公的介入をしている法律であるから、「ダム建設に同意すること」などという漁業調整にあたらない条件を付けることは違法である。

漁業法34条に関する行政実例としては、次の二例がある（①、②などは回答の要旨）。

◇内水面共同漁業権の制限条件などの疑義について（昭和32年12月27日漁政部長）

1. 不法行為の損害賠償請求権や物権的請求権の行使をあらかじめ禁止する旨の制限、条件は違法にして無効である。

　　② 漁業権は物権とみなされるので、漁業権について物権的請求権をあらかじめ一般的に放

棄する契約は無効である。

　 ◇漁業権の制限または条件について（昭和38年10月21日漁政部長）

　　① 漁業権の免許にあたり、将来行われる河川工事等を予想して、実害発生の際も補償要求

してはならない旨の制限又は条件を付すことは違法であり、付したとしても当然無効で

ある。

**以上のことから、香川県が採捕許可に際して付している「国又は地方公共団体等が行う公共事業の施工については正当な理由がなければこれを拒んではならない」という条件を付していることも、明らかに違法であり、無効である。**

４．瀬張り網漁具の強制撤去は違法である

　香川県は、平成２年、大東川において、瀬張り網漁業が「公共用物の一般使用（自由使用）」であること及び河川敷地が国有地であることを根拠として、瀬張り網漁具の強制撤去を行なったが、これも法的に誤りである。

　第一に、瀬張り網の使用は、「公共用物の一般使用（自由使用）」ではない。

　公共用物の使用には、以下のように、一般使用（自由使用）、許可使用、特別使用の三種がある。[[8]](#footnote-8)

1. 自由使用

 道路・河川・海岸等の公共用物は、本来、一般公衆の使用に供することを目的とする公共施設ですから、誰もが、他人の共同使用を妨げない限度で、その用法にしたがい、許可その他何らの行為を要せず、自由にこれを使用することができます。これを公共用物の自由使用又は一般使用といいます。

　たとえば、道路の通行、公園の散歩、海浜での海水浴などが自由使用にあたります。

1. 許可使用

　　公共用物の使用が、自由使用の範囲を超え、他人の共同使用を妨げたり、公共の秩序に障害を及ぼす恐れがある場合に、これを未然に防止し、又はその使用関係を調整するために、一般にはその自由な使用を制限し、特定の場合に、一定の出願に基づき、その制限を解除してその使用を許容することがあります。これを公共用物の許可使用といいます。

　　たとえば、道路交通法では道路における道路工事、工作物の設置、露店･屋台の出店などが、河川法では河川区域内での工作物の新築、盛土、土地の形状変更などが許可使用とされています。

1. 特別使用

　　公共用物は、本来、一般公共の用に供するための施設ですから、原則として、一般公衆の自由な使用を認めるのが、公共用物本来の用法に従った普通の使用形態ですが、時として、公共用物本来の用法をこえ、特定人に特別の使用の権利を設定することがあります。これを公共用物の特別使用又は特許使用と呼んでいます。

　　許可使用が単に一般的な禁止を解除し、一般的に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にすぎないのに対し、特許使用は、公物管理権により、公共用物に一定の施設を設けて継続的にこれを使用する権利を設定するものである点に特色があります。

 　道路法・河川法などは、この意味での特別使用を、たとえば道路の占用、流水の占用等、公共用物の占用と呼んでいます。公共用物の占用関係は、特許(法律用語では「占用の許可」)という行政行為によって成立するのが普通ですが、特許の形式によらず、慣習法上の権利として成立する場合も少なくありません。

　瀬張り網漁業は許可を得て営む漁業であるから、当初は許可使用である。

　しかし、許可使用は権利にはあたらない。権利にあたるのは、三種の「公共用物の使用」のうち特別使用だけである。

　１で「許可漁業が実態の積み重ねにより慣習（法）上の権利になる」ことを述べたが、そのことは、権利にあたるのが特別使用だけであることをふまえれば、当初は許可使用であった漁業が実態の積み重ね（慣習）により特別使用になることを意味する。

　特別使用は、特許又は慣習によって成立するが、いずれによるにせよ公共物使用権を取得する。[[9]](#footnote-9) 公共用物使用権は、財産権的性質を持つのみならず、妨害排除ないし損害賠償の請求をすることができるとされている。[[10]](#footnote-10)

 **したがって、慣習により特別使用となった瀬張り網漁業は、妨害排除請求権も損害賠償請求権も持つ公共用物使用権となっており、その漁具を補償もなく強制撤去した香川県の行為は違法である。**

第二に、漁業法では、漁業法違反の行為をした者の漁具の没収については、漁業法違反行為について公訴のうえ有罪の判決を得たうえで初めて没収等を行なうことができる旨規定されている[[11]](#footnote-11)が、本件では、有罪判決どころから公訴もなされていない。それどころか、漁業法違反の事実すらない。

　第三に、河川敷地が国有地であるのは、旧河川法では河川区域内の土地について私権の成立を一切認めなかったのに対し、新河川法では私権の成立を認め、河川管理上必要な範囲でのみその行使を制限する考え方に転換したため、旧河川法下で私権が存在しないとされていた土地は国に帰属するとされたことに起因するものであり、河川敷地の多くは国有地である。しかし、ほとんどの河川敷地が国有であっても水利権が存在していることからわかるように、水利使用に関しては前述の公共用物使用権が成り立つのであり、その消滅や施設の撤去を補償なくして行なうことは許されない。

　**したがって、本件における瀬張り網漁具の強制撤去は違法である。**

　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　以　上

1. 『公共用地の取得に伴う損失補償基準要綱の解説　改訂2版』（近代図書、2000年） [↑](#footnote-ref-1)
2. 田中二郎『行政上の損害賠償及び損失補償』290頁。 [↑](#footnote-ref-2)
3. 高松市漁業補償返還訴訟の最高裁平成18年３月○日判決では、淡水漁業者への損失補償を認めている。 [↑](#footnote-ref-3)
4. 故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う [↑](#footnote-ref-4)
5. 補償契約のように、当事者双方が互いに対価的な意義を有する債務を負担する契約を双務契約という。 [↑](#footnote-ref-5)
6. ただし、財産権に損害を与えるか否かが確実に予測できない場合には、事業を実施して、事業により生じた損害に対して損害賠償することはあり得る。

 [↑](#footnote-ref-6)
7. 公権力が介入する法律にはその第1条に公共目的が掲げられることが常である。漁業法も第1条に「漁業調整」を掲げている。 [↑](#footnote-ref-7)
8. 原龍之助『公物営造物法[新版]』第四章参照。 [↑](#footnote-ref-8)
9. 原龍之助『公物営造物法[新版]』290頁。 [↑](#footnote-ref-9)
10. 原龍之助『公物営造物法[新版]』293頁。 [↑](#footnote-ref-10)
11. 漁業法140条。工藤重男『判例通達による漁業法解説』274頁。 [↑](#footnote-ref-11)