

ボーリング調査実施の根拠が埋立免許???

埋立免許取得者は埋立施行区域を排他的に使用できるのか

もしもそうであれば、埋立施行区域は「公共用水面」でなくなってしまう

「公共用水面」でなくなってしまうと、公有水面埋立法も適用不能になる

中国電力(以下、「中電」)は、2019 年から上関原発建設予定海域において、ボーリング調査を企図し、以後 3 年間にわたって、筆者(筆者作成の文書の差出人は「祝島島民の会」)と法律論争を行ないました。₂

ボーリング調査を実施できずにしびれを切らした中電は、2022 年 7 月 22 日に民事調停を申し立てたものの、すぐにそれを撤回し、2022 年 10 月 25 日に山口地裁岩国支部にボーリング調査をめぐる裁判(令和4年(ワ)第 40 号妨害予請求事件)を提訴しました。

同裁判において、中国電力は、次のような主張をしています。

① 埋立免許を得た埋立事業者は、埋立施行区域を占有₃できる。

② 埋立免許を得た埋立事業者は、埋立施行区域内の他の水面使用に対して妨害排除を請求できる。

①,②ともに、ボーリング調査実施の論拠を 2008 年 10 月に取得した埋立免許に置いています。埋立免許を取得した埋立事業者は、埋立工事の施行区域(以下、「埋立施行区域」)を、他の水面使用を排除して、埋め立てられる、ということです。

＊

しかし、ボーリング調査は、一般海域占用許可に基づいて実施できるものであり、実際、中電は、ボーリング調査に先立って一般海域占用許可を受けています。ボーリング調査実施の論拠をなぜ十年以上も前に取得した埋立免許に置けるのか、わけがわかりません。

さらに、おかしいのは、海面は公共用水面(一般公衆の共同使用に供される水面)であり、埋立免許を規定している公有水面埋立法は公共用水面にのみ適用できる法律・条例なのですが、もしも埋立免許取得者が「埋立免許に基づいて埋立施行区域を排他的に使用できる」とすれば、埋立施行区域内水面は、一般公衆の共同使用が不可能になる、いいかえれば、公共用水面でなくなることになりますから、埋立免許以降、埋立施行区域内水面に公有水面埋立法を適用できなくなってしまうのです。そうなれば、埋立事業者のそもそもの目的であった埋立地造成→土地所有権取得も不可能になってしまいますから、「埋立免許に基づいて埋立施行区域を排他的に使用できる」とする解釈自体が間違っているはずなのです。

結論から先に言えば、埋立工事は、道路工事と同じように、事業者が他の使用者に頭を下げて「協力をお願いします」と頼まなければならないような工事なのです。それを何十年もの間、埋立免許取得者が他の水面使用を排除して埋め立てられるように、ごまかしてきたのです。

そのゴマカシの実相を、次の連載以降、明らかにしていきたいと思います。

注1:連載その 38 及び 39 で紹介したケヤキご神木は、残念ながら、昨年 12 月に伐採されました。伐採を防げなかった要因は、土地所有権の強さが主因ですが、杉並区政の問題点もある

と思われます。詳しくは、筆者のホームページ <http://kumamoto84.net> を参照。

注2:論争の内容については、拙著『権利に基づく闘い』（緑風出版）第1章を参照。

注3:「占有」とは、「事実上の支配」という意味。

連載その41 No.5195

公共用物の使用は自由使用・許可使用・特別使用の三種

「埋立」は三種の使用のいずれでもなく、公共用水面自体を潰す行為

公有水面埋立法は公共用水面の使用に関して何の効力も持たない

埋立事業は、公物管理法に基づく許可に拠らなければ行なえない

河川・湖・海等の公共用水面（一般公衆の共同使用に供されている水面）の使用には、自由使用、許可使用、特別使用の三種があります。

自由使用

公共用水面は、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、原則として、一般公衆の自由な使用が認められるべきことは、いうまでもありません。したがって、誰もが、他人の共同使用を妨げない限度で、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「公共用水面の自由使用」といいます。

たとえば、海での海水浴やサーフィン、河川での釣りや川遊び等が自由使用にあたります。

許可使用

公共用水面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禁止し、特定の場合に、一定の出願に基づき、その禁止を解除してその使用を許容することがあります。これを「公共用水面の許可使用」といいます。「許可」とは「一般的禁止の解除」を意味します。

公共用水面の許可使用には、公物管理法¹に基づく「使用許可」が必要です。

たとえば、港湾法に基づく「外郭施設（護岸や防波堤等）の建設」等が許可使用に当たります。

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」といいます。

許可使用が単に一般的禁止を解除し、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、特別使用は、公共用物に一定の施設（占有物件）を設けて継続的にこれを使用する特別の権利を設定するものである点、及び一定期間施設を設置して占有した後は、原状回復しなければならない（公共用水面に戻さなければならない）点に特色があります。

公共用水面の特別使用には、公物管理法に基づく「占有の許可」が必要です。

たとえば、河川法に基づく「流水占有の許可」により河川に水利施設を設置して継続的に使用すること等が特別使用にあたります。

＊

では、埋立は、三種の使用のうち、何れの使用にあたるでしょうか。

まず、埋立は他の共同使用を不可能にしますから、自由使用であるはずがありません。

許可使用は、許可があつて初めて禁止が解除され、自由使用と同じ立場に立つにすぎませんから、「許可使用としての埋立」によって他の水面使用を排除して埋立を実施できることにはならず、したがって埋立が許可使用であるはずはありません。

特別使用は、一定期間水面を占用した後に原状回復義務を伴いますが、埋立の場合には、原状回復は不可能ですから、埋立が特別使用であるはずはありません。

以上のように、埋立は自由使用でも許可使用でも特別使用でもありませんが、よく考えてみれば、それは当然のことです。埋立は、公共用水面を潰して陸地に変える行為ですから、それが公共用水面の使用に当たるはずがないのです。

公共用水面を使用するには、公物管理法による「使用許可」や「占用の許可」を必要としますが、公有水面埋立法は、公物管理法ではありませんから、公共用水面の使用に関して何の効力も持ちません。言い換えれば、公有水面埋立法の規定だけでは埋立は実施できず、実施するには、公物管理法の規定を必要とするのです。

では、そのような公物管理法の規定とは、いったい何でしょうか。次回連載で説明することになります。

注1：公物管理法とは、公共用物（直接に公共の福祉の維持増進を目的として、一般公衆の共同使用に供せられる物で、道路、公園、港湾、海、河川、湖沼、海浜等）や公用物（主として国又は公共団体等の行政主体自身の使用に供せられる物で、官公署の敷地・建物、国公立学校の校舎・敷地等）を管理するための法律。公共用水面に関する公物管理法は、河川法、港湾法等であつて、公有水面埋立法は公物管理法ではない。。

連載その 42 No.5202

埋立は、公物管理法に基づく許可に拠らなければ行なえない

河川区域での埋立には、河川法に基づく使用許可と占用許可が必要

海域（港湾区域等）では、使用許可と占用許可が出されたとみなされる

公有水面埋立法に基づく法的効力と公物管理法に基づく法的効力

連載その 41 で、埋立は公物管理法に基づく許可に拠らなければ行なえないことを述べましたが、そのことを示している通達があります。河川についての公物管理法である河川法に関する建設事務次官通達「河川法の施行について」（昭和 40 年 3 月 29 日）です。

同通達には次のように記されています。

法が適用又は準用される河川の埋立については、公有水面埋立法の規定による免許又は承認のほか、埋立の行為の実施について法の許可等を受けることを要するので、河川管理者及び公有水面埋立免許権者は、あらかじめ協議し、調整を図る必要があること

この通達にいう「法の許可等」とは何か、を国交省水政課に問い合わせたところ、河川法 26 条「工作物新築の許可」及び 24 条「土地の占用許可」である、との回答でした。¹

これは、河川区域に工作物を新築する際に必要な許可と同じです。工作物（堤防等）を新

築するには「工作物新築の許可」が、また建設した工作物を存置し続けるには「土地の占用許可」が必要ですが、埋立の際にも、同じ許可が必要というのです。

＊

では、海の埋立の場合には、どうなっているでしょうか。

海についての公物管理法は、港湾法、漁港法、海岸法ですが、海域は、港湾法に基づく港湾区域、漁港漁場整備法に基づく漁港区域、海岸法に基づく一般公共海岸区域・海岸保全区域、及び法に基づく指定がなく各都道府県の条例により規律されている一般海域に分かれます。

港湾区域を例にとると、港湾法は、港湾区域の使用と占用に関し、次のように規定しています。

第37条 港湾区域内において又は港湾区域に隣接する地域であって港湾管理者が指定する区域（以下「港湾隣接地域」という。）内において、次の各号のいずれかに該当する行為をしようとする者は、港湾管理者の許可を受けなければならない。ただし、公有水面埋立法（大正十年法律第五十七号）第二条第一項の規定による免許を受けた者が免許に係る水域についてこれらの行為をする場合は、この限りでない。

港湾区域で工作物を新築するには「外郭施設の建設の許可」及び「水域の占用の許可」が必要ですが、埋立免許取得者が工作物を新築する際には、それらの許可を受けなくてもよいとされているのです。ここで注意が必要なのは、「それらの許可を受けなくてもよい」というのは、「それらの許可を要しない」という意味ではなく、「それらの許可を受けたものとみなす」という意味であることです。河川区域における埋立に公物管理法（河川法）に基づく使用許可・占用許可が必要なのですから、港湾区域における埋立に公物管理法（港湾法）に基づく使用許可・占用許可が必要なのは当然です。ただし、埋立免許に基づく埋立事業の場合には、それらの許可を受けたものとみなす、ということなのです。

漁港漁場整備法にも港湾法と同様の「埋立免許に基づく事業への適用除外規定」（39条）があり、海岸法では、占用許可の対象が陸地に限られるため、そもそも埋立が不可能になっています。また、一般海域管理条例は、都道府県によって多様です。

要するに、海域における埋立では、河川区域と異なり、基本的には、「埋立免許に基づく事業への適用除外規定」によって公物管理法に基づく使用許可・占用許可を受けなくてもよい、とされてきたのです。

＊

公有水面埋立法は公物管理法ではありませんから、公共用水面については何の効力も持ちません。公共用水面の使用や占用に関しては、公物管理法に基づく法的効力が必要です。

埋立事業は、水域に護岸を建設し、護岸に囲まれた水域に土砂を投入して次第に水を土に置き換えていって土地を造成する事業ですが、埋立事業者が埋立地の所有権を取得するには、次の五つの手続きが必要です。

- ① 埋立免許によって埋立地の所有権者を予め確定しておくこと
- ② 「工作物新築の許可」を得て埋立工事（護岸の建設）を実施すること
- ③ 「水域（河川においては土地）の占用の許可」を得ること
- ④ 竣功認可₂によって公用を廃止すること
- ⑤ 埋立事業者が埋立地の所有権を取得させること

①,④,⑤は公有水面埋立法に基づく法的効力を得る手続きであり、②,③は公物管理法に基づく法的効力を得る手続きです。公共用物に関しては公有水面埋立法は法的効力を持たないので、公物管理法に基づく法的効力に拠るしかなく、逆に、公共用物以外には公物管理法は効力を持たないので、公有水面埋立法に基づく法的効力に拠るしかないのです。

公物管理法に基づく手続きに拠って公共用水面に埋立地を造成しておいて、公有水面埋立法に基づく手続きに拠って公用を廃止し、埋立事業者の私有地にするというカラクリなのです。

注 1: 2023 年 3 月 23 日、国交省河川局水政課からの聞き取り(録音記録有り)による(回答は、文書でなく口頭で行なわれた)。ちなみに、河川法研究会編著『逐条解説 河川法解説』には、24 条及び 26 条のほか、27 条「土地の掘削等の許可」(埋立の場合、実質的には「土地の掘削等」のうちの「盛土」の許可)も必要と解説されている。

注 2: 竣功認可とは、埋立が完了したことについての行政庁による認可のことで、これにより埋立地は公共用物でなくなる。

連載その43(No.5208)

漁業免許の場合にも「公物管理法に基づく占有許可が必要」との通達あり

埋立免許と公物管理法の関係は漁業免許と公物管理法の関係と同じ

埋立工事は公物管理法に基づく使用許可に拠る

埋立工事は許可使用だから自由使用を排除できず、協力をお願いして実施するしかない

連載その 42(TMMNo.5202)で、公共用物に関しては公有水面埋立法は法的効力を持たないので、公物管理法に基づく法的効力に拠るしかないことを述べました。言い換えれば、公共用水面の使用や占有をするには、埋立免許ではなく、公物管理法に基づく使用許可や占有許可に拠らなければならないということです。

全く同じことが漁業免許についても言えます。

漁業免許に関して、漁業法が公物管理法ではないことに起因する次のような通達があります。

照会(昭和 28 年 3 月 26 日・石川県知事)

漁業の免許は当該水面を占有する権利の免許を含んでいないからそれぞれの法規により占有の許可を受けなければならないと解して可なりや。

回答(昭和 28 年 7 月 15 日水産庁長官「漁業の免許と水面使用関係法令について」)

漁業権は、特定の水面において特定の漁業を営む権利であって、漁業権の免許により水面を占有する権利を与えられるものではない。然して定置、区画漁業の如く工作物を設置し水面を占有して営む漁業については、水面使用関係を規定する各法令又は規則がある場合はこれによる行政庁の許可を受くることを要するものと思料する。

定置漁業には大型定置網の設置が、また区画漁業には養殖いかだの設置が必要ですが。それらの設置を漁業免許に拠って行なうことはできず、別途、公物管理法上の占有許可を要するという通達内容です。公有水面埋立法も漁業法も公物管理法ではないため、埋立免

許や漁業免許に拠って公共用水面の使用や占有を行なうことはできず、それらを行なうには公物管理法に基づく使用許可や占有許可を必要とするのです。¹

ということは、埋立工事は、埋立免許に拠ってではなく、公物管理法(港湾法等)に基づく使用許可に拠って行なわれるということであり、埋立工事は「公共用水面の許可使用」にあたるということです。

許可使用は、許可に拠って一般的禁止が解除されて使用できるからです、許可を得てはじめて自由使用と同じ立場に立つにすぎず、他の自由使用を排除することなどできません。

つまり、中電が主張するように、埋立工事が他の水面使用を排除することなどできないのです。

それは、道路工事の際に、歩行者を排除して工事を行なえないのと同じです。道路工事は、道路という公共用物の許可使用ですから、他の自由使用を排除して行なうことはできず、歩行者等に頭を下げ、協力をお願いして実施しなければならないのですが、埋立工事も道路工事と全く同じなのです

大正 10 年に公有水面埋立法が制定されて以来約百年もの間、埋立免許の効力は絶大であり、埋立免許取得者は他の水面使用を排除して埋立工事を行なえるかのように思われてきましたが、それは何の根拠もない錯覚だったのです。

注1：漁業の場合には、水面上に養殖いかだ等を設置すれば済むので占有許可だけが必要であり、使用許可は必要ない。他方、埋立の場合には、埋立工事が必要だから、使用許可が必要である。

連載その44

埋立工事は他の水面使用を排除できない

自由漁業ができなくなった水面は公共用水面ではないから公有水面埋立法を適用できなくなる

自由漁業は財産権、さらには物権的権利に成熟する

埋立工事により祝島漁民の漁業ができなくなることはあり得ない