

仮処分命令申立書

平成29年7月24日

那覇地方裁判所民事部 御中

債権者代理人

弁護士 宮 國 英 男

同 松 永 和 宏

同 仲 西 孝 浩

同 加 藤 裕

当事者の表示

別紙当事者目録記載のとおり

仮処分により保全すべき権利

沖縄県漁業調整規則 39 条に基づく

岩礁破碎等差止請求権

債権者指定代理人

沖縄県知事公室

知事公室長 謝 花 喜一郎

基地対策統括監 池 田 竹 州

辺野古新基地建設問題対策課

課 長 多良間 一 弘

副参事 城 間 正 彦

副参事 田 代 寛 幸

班 長 新 垣 耕

主 幹 神 元 愛

主 査 知 念 敦

主 査 山 城 智 一

主 任 山 城 正 也

主 任 川 満 健太郎

主 事 大 城 和華子

沖縄県農林水産部

部 長 島 尻 勝 広

農漁村基盤統括監 仲 村 剛

参 事 新 里 勝 也

水産課

課 長 平安名 盛 正

班 長 七 條 裕 蔵

主任技師 岸 本 和 雄

主 査 登野盛 真 一

沖繩県土木建築部海岸防災課

副参事	普天間 朝 好
班 長	中 村 猛
主 任	當 銘 勇 太
主 任	矢 野 慎太郎

沖繩県環境部環境政策課

班 長	知 念 宏 忠
主任技師	愛 甲 俊 郎
主 任	知 名 光太郎
主 任	崎 枝 正 輝
主 任	神 谷 大二郎
主 任	具志堅 洋 介

申立ての趣旨

債務者は、別紙図面 1 図示の 1-1、1-2、1-3、1-4、1-5、1-6、1-7、1-8、1-9、1-10、1-11、1-12、1-13、1-14、1-1 の各点を順次に結ぶ線（1-14 と 1-1 の点を結ぶ線は、陸岸又は第一橋梁の上流端の線とする。）によって囲まれる水域、2-1、2-2、2-3、2-4、2-1 の各点を順次に結ぶ線（2-1 と 2-4 を結ぶ線は陸岸の線とする。）によって囲まれる区域および 2-5、2-6、2-7、2-5 の各点を順次に結ぶ線（2-5 と 2-7 を結ぶ線は陸岸の線とする。）によって囲まれる水域及び 2-8、2-9、2-10、2-8 の各点を順次に結ぶ線（2-8 と 2-10 を結ぶ線は陸岸の線とする。）によって囲まれる水域において、沖縄県漁業調整規則 39 条所定の沖縄県知事の許可を受けることなく、岩礁を破碎し、又は土砂若しくは岩石を採取してはならない。

との裁判を求める。

申立ての理由

目次

第 1	沖縄県の主張の要旨	7
第 2	本件水域は「漁業権が設定されている漁場」に該当すること.....	12
1	第 2 項の概要.....	12
2	漁業権の意義・特質と現行漁業法における漁業権の免許の仕組み（漁場計画制度）	14
(1)	漁業権の意義・特質	14
(2)	現行漁業法における漁業権の免許の仕組み（漁場計画制度）	19
3	本件水域は「漁場の区域」から除外されていないこと（共同第 5 号漁業権の「漁場の区域」の縮小はなされていないこと）	28
(1)	漁業権の免許の内容である「漁場の区域」の変動（縮小）は行政行為によりなされること	28
(2)	漁場計画制度という仕組みよりしても、漁業権者の意思に基づく「漁場の区域」の縮小は変更免許によらしめるべきこと	39
(3)	現行漁業法についての一般的解釈	45
(4)	「漁場の区域」の縮小に係る従前の行政解釈等	49
(5)	小括	58
4	一部の下級審裁判例に見られた漁業権者の意思に基づく「漁場の区域」の縮小の漁業法上の性質決定についての誤り	58
(1)	大分地裁昭和 46 年 7 月 20 日判決・判例タイムズ 265 号 114 頁 59	
(2)	福岡高裁昭和 48 年 10 月 19 日判決・訟務月報 20 巻 1 号 34 頁. 62	
(3)	鹿児島地裁昭和 62 年 5 月 29 日判決・判例時報 1249 号 46 頁... 75	

(4) 仙台高裁昭和 63 年 3 月 28 日判決・訟務月報 34 卷 10 号 1967 頁	76
5 水産庁の見解の豹変とその不合理・不自然性	79
(1) 平成 29 年 3 月 14 日付け 28 水管第 2332 号	79
(2) 沖縄県知事から水産庁長官に対する照会と実質的な回答拒否とい う水産庁長官の対応.....	85
(3) 小括	128
6 第 2 項のまとめ	129
第 3 司法手続による公法上の不作為義務の履行請求が認められること	132
1 債権者の債務者に対する差止請求権が肯定されること	132
(1) 行政上の義務の履行を求める請求権が行政主体に帰属すること	132
(2) 法令により直接課された義務であることに支障はないこと.....	137
2 法律上の争訟であること	138
3 平成 14 年最高裁判決との関係	139
(1) 平成 14 年最高裁判決が述べていること	139
(2) 平成 14 年最高裁判決の射程外であること.....	141
(3) 平成 14 年最高裁判決の法律上の争訟概念に問題があること....	147
4 補足（行政代執行法 1 条について）	159
5 被保全権利のまとめ	160
第 4 保全の必要性.....	161
第 5 仮処分の利用が認められること	162

第 1 沖縄県の主張の要旨

防衛省の地方組織である沖縄防衛局（所在地 沖縄県中頭郡嘉手納町字嘉手納 290 番地 9）は、普天間飛行場代替施設建設事業の事業主として、公有水面埋立承認を得て、別紙図面 1 図示の 1-1、1-2、1-3、1-4、1-5、1-6、1-7、1-8、1-9、1-10、1-11、1-12、1-13、1-14、1-1 の各点を順次に結ぶ線（1-14 と 1-1 の点を結ぶ線は、陸岸又は第一橋梁の上流端の線とする。）によって囲まれる水域、2-1、2-2、2-3、2-4、2-1 の各点を順次に結ぶ線（2-1 と 2-4 を結ぶ線は陸岸の線とする。）によって囲まれる水域、2-5、2-6、2-7、2-5 の各点を順次に結ぶ線（2-5 と 2-7 を結ぶ線は陸岸の線とする。）によって囲まれる水域及び 2-8、2-9、2-10、2-8 の各点を順次に結ぶ線（2-8 と 2-10 を結ぶ線は陸岸の線とする。）によって囲まれる水域(以下、上記の 4 つの水域を総称して「本件水域」という。)において、公有水面埋立てに係る工事を行っている。

沖縄県漁業調整規則 39 条 1 項は「漁業権の設定されている漁場内において岩礁を破碎し、又は土砂若しくは岩石を採取しようとする者は、知事の許可を受けなければならない。」と定めているところ（甲 A 1）、本件水域を「漁場の区域」に含む共同漁業権の免許が名護漁業協同組合に付与されており（甲 A 3、甲 A 4）、本件水域は、「漁業権の設定されている漁場」に該当する。

沖縄防衛局は、平成 26 年 8 月 28 日に、本件水域に係る公有水面埋立事業のため、同日から平成 29 年 3 月 31 日までを許可期間とする沖縄県漁業調整規則所定の沖縄県知事の許可(以下「岩礁破碎等許可」という。)を受けたものの(甲 A 5) その後は改めて岩礁破碎等許可の申請をすることなく平成 29 年 3 月 31 日を経過した。沖縄防衛局、防衛省は、岩礁

破砕等許可を得ない理由について、平成 25 年 3 月 11 日に名護漁業協同組合が総会において漁業権の一部放棄の総会決議をしたことによって漁業権が一部消滅したためであるとしている（甲 A 15、甲 A 17）。

しかし、漁業法（昭和 24 年法律第 267 号）は、「放棄」と「変更」を書き分け、「放棄」については漁業権者の意思表示のほかに行行政行為を必要とする規定を設けていないが、他方で、同法 22 条において漁業権者の意思に基づく漁業権の「変更」¹については変更免許による（すなわち、漁業権者の意思表示のみでは効力を生じない）ことを定めているところ、「漁場の区域」は免許によって定められた漁業権の内容をなすものであるから（漁業法 11 条 1 項）、漁業権者の意思に基づく「漁場の区域」の縮小は、漁業法上は、同法 22 条で規律される漁業権の「変更」に該当する。したがって、漁業権者である漁業協同組合がいわゆる漁業権の一部放棄の総会決議をしても、その総会決議のみにより免許内容である「漁場の区域」の変動（縮小）という効力が生じるものではない。漁業権者の意思に基づく漁場の縮小が漁業権の「変更」に該当するということは、明治漁業法以来、当然のこととされてきたものであり（甲 B 12～18）、現行漁業法下の水産行政も一貫してこの立場をとってきていたものであった（甲 B 1）。

また、漁場計画制度を漁業法の目的達成のための基本的仕組みとして採用した現行漁業法においては、なお一層のこと、私人（漁業権者）の意思表示のみで漁業権の内容を変動させることは認められないものである。すなわち、現行漁業法 1 条は「漁業生産力を発展させ、あわせて漁業の民主化を図ること」を目的とし、この目的を実現するための方法と

¹ 漁業権者の意思によるものではなく、公益上の必要によりなされる「変更」は、漁業法 39 条の漁業権の「変更」である。

して「水面の総合的利用」をあげている。そして、私的恣意を排して水面を総合的利用するための基本的仕組みとして、免許の内容を事前に樹立する漁場計画によって決定し、その後に免許申請をさせ、漁場計画と異なる免許は認めないこととして、私人が「漁場の区域」等の漁業権の内容（免許の内容たるべき事項）を決めることはできないとする漁場計画制度（漁業法 11 条以下）を採用している。この漁場計画制度は漁業法の根幹をなすものであり、漁業権者の意思表示のみで漁場計画によって定められた漁業権の内容を変動させることは、漁業法の根幹に違背することとなるから、漁業権者の意思表示で漁業権の内容である「漁場の区域」を変動させることは認めえないものである（甲 B 各号証）。

名護漁業協同組合がいわゆる漁業権の一部放棄の総会決議をしても、「漁場の区域」の縮小を内容とする変更免許がない以上、「漁場の区域」の縮小は生じないものであり、名護漁業協同組合の決議後も本件水域は、「漁業権の設定されている漁場」に該当する。

沖縄防衛局は普天間飛行場代替施設建設事業のための公有水面埋立承認を得ているが、その願書に示された公有水面埋立工事の内容は岩礁破碎等を伴うものである（甲 A 7 - 1 から 5）。そして、沖縄防衛局は、沖縄県知事に対して岩礁破碎等許可等申請を行わないで公有水面埋立工事を行うことを再三にわたって明確に表明し、平成 29 年 4 月 25 日に公有水面埋立本体工事着工を強行した（甲 A 7 - 1 から 5、甲 A 15、甲 A 17、甲 A 19）。

沖縄県漁業調整規則 39 条により、「漁業権の設定されている漁場内」において岩礁破碎等行為をする者は皆、知事の許可を受けてそれを行わなければならないという作為義務を課されている。このことは裏を返し

ていえば、何人も知事の許可を受けずには岩礁破碎等行為を行ってはならないという不作為義務を課されていることを意味する。そして、実際に許可を受けずに岩礁破碎等行為がなされている場合に生じている義務違反は、後者の不作為義務違反である～かかる不作為義務は、当該義務を賦課した許可権者である沖縄県知事及びその所属する行政主体である沖縄県に対する関係での義務であり、かかる義務は、地域の水域に存する水産資源を保護培養するという公益を保護するために課された義務である。したがって、地域の水域の水産資源を保護培養するという公益保護の主体として法令上位置づけられている沖縄県は、かかる義務の違反者に対してこの義務履行を求める権利を有するということができ、いまだ岩礁破碎等行為がなされてはいないが、知事の許可を得ずに岩礁破碎等行為がなされることが確実であるというような場合には、そのような義務違反行為を事前に防止するための予防的な義務履行請求も認められるものである（甲C1・人見剛「県漁業調整規則に基づく許可を受けずに岩礁破碎を行う者に対する差止め請求の可能性に関する意見書」）。

債権者は債務者に対し、沖縄県漁業調整規則 39 条 1 項に基づく公法上の不作為義務の履行請求権を有するところ、一旦岩礁破碎等行為が行われてしまえば、不可逆的な改変が本件水域の岩礁に加えられることとなり、債権者に帰属する本件水域の管理権や水産資源の保護培養といった利益に重大な損害を生じさせるおそれがあるから、保全の必要性が認められる。

そこで、行政事件訴訟法 4 条後段の実質的当事者訴訟としての岩礁破碎の差止を求める訴えを本案とし、行政事件訴訟法 7 条、民事保全法 23 条 2 項に基づき、行政事件訴訟法 7 条、民事保全法 12 条 1 項、民事訴

訟法 5 条 5 号により管轄を有する御庁に、仮の地位を定める仮処分申立てに及ぶものである。

なお、岩礁破碎等の不作為を訴求することは、債務者の岩礁破碎等許可を得ずに岩礁破碎等を行ってはならない不作為義務の存否が争われる事件であり、水産資源保護法、沖縄県漁業調整規則という法令の適用により、解決することができるものであるから、法律上の争訟に該当する。

以下では、第 2 において、本件水域が「漁業権が設定されている漁場」に該当し、したがって、債務者が岩礁破碎等許可を得ずに岩礁破碎等行為を行ってはならないという不作為義務が課せられていることを、第 3 において、かかる不作為義務の履行請求権が債権者に帰属し、仮処分申立てを適法になしうることを（法律上の争訟にあたること）もって、被保全権利について述べ、第 4 において、保全の必要性について、第 5 において、行政事件訴訟法 44 条との関係で仮処分命令申立てが制限されないことについて述べる。

第2 本件水域は「漁業権が設定されている漁場」に該当すること

1 第2項の概要

沖縄防衛局は、平成25年12月27日付けで沖縄県知事より本件水域内の区域に係る公有水面埋立承認を得て、本件水域において公有水面埋立てに係る工事を行っている。

水産資源保護法4条2項5号の委任に基づいて制定された沖縄県漁業調整規則39条1項は「漁業権の設定されている漁場内において岩礁を破碎し、又は土砂若しくは岩石を採取しようとする者は、知事の許可を受けなければならない。」と定めているところ、名護漁業協同組合に、別紙図面2図示のイ、ロ、ハ、ニの各点を順次結んだ線及び最大高潮時海岸線（ただし、河川部分については第1橋梁の上流端の線）により囲まれた区域を「漁場の区域」とする共同漁業権（以下「共同第5号漁業権」という。）の免許がなされており、本件水域はこの漁場の区域内に位置する。

沖縄防衛局は、本件水域内において公有水面埋立事業を行っているところ、名護漁業協同組合が漁業権の一部放棄の特別決議をしたことによって、本件水域は「漁業権の設定されている漁場」には該当しないものとなったと主張している。すなわち、沖縄防衛局は「工事の施工区域は、漁業法（昭和24年法律第267号）等の法定手続を経て、名護漁業協同組合が保有していた漁業権が放棄され、現時点で現に漁業権が消滅している水域になっている状況に鑑みれば、沖縄県漁業調整規則（昭和47年沖縄県規則第143号）第39条第1項に定める『漁業権の設定されている漁場内』に当たらないことから、岩礁破碎等の行為をしようとする場合には、同項に定める知事の許可を受ける必要はないものと認識して

おります」(甲A13)との見解を示している。そして、ここにいう「法定の手續」の具体的内容について、平成29年4月18日の衆議院安全保障委員会において高橋憲一政府参考人(防衛省整備計画局長)は「名護漁協が法定手續に基づきまして、漁業権の放棄の手續をしていただきましたので、この特別總會決議をもって放棄の手續をなされた段階で漁業権は消滅したというふうに考えてございます。」と答弁し、名護漁業協同組合の決議をもって漁業権が消滅したものであるとの主張を明らかにしている。

しかし、この国の主張は誤りである。

漁業法は、漁業権の「放棄」と漁業権の「変更」を区別している(漁業法31条参照)。そして、漁業権の「放棄」については行政行為(認可等)を必要とする規定は設けていないが、他方で、漁業法22条は、漁業権の「変更」については、免許権者である都道府県知事の行政行為によって当初免許によって定まった漁業権の内容の変動が生じるとしている。漁業権の内容を構成する要素を変えて漁業権の内容を変更することが漁業権の「変更」であるが、漁業権の内容を構成する要素は行政行為(免許)によって定まるものであるから、新たな行政行為(変権行為)によらず、私人(漁業権者)の意思表示によって行政行為(免許)によって定まった免許の内容を変動させることはできないことは、行政法理論上、当然である。そして、「漁場の区域」は免許によって定められるものであるから、「漁場の区域」が漁業権の内容を構成する要素であること自体は疑問の余地がない。したがって、漁業権者の意思に基づいて免許によって定められた漁業権の内容を構成する要素である「漁場の区域」を変動(縮小)させることは、漁業法22条の定める漁業権の「変更」

に該当するものである。

また、免許の内容を免許申請者が決定することができないとする現行漁業法（昭和 24 年法律第 267 号）の基本的仕組みである漁場計画制度（漁業法 11 条以下）よりしても、私的恣意による「漁場の区域」の変動（縮小）は認められない。

以下、2 項において漁業権の意義・特質及び免許の仕組み（漁場計画制度）について詳述する。

これを踏まえて、3 項において、「漁場の区域」の漁業権者の意思に基づく変動（縮小）は、漁業権の「変更」として漁業法 22 条により規律されるものであって、いわゆる漁業権の一部放棄の総会決議は漁業法上の「放棄」と性質決定されるものではないから、当該総会決議のみによって漁場の区域の縮小（漁業権の一部消滅）という効果は生じないことについて、詳述する。

2 漁業権の意義・特質と現行漁業法における漁業権の免許の仕組み（漁場計画制度）

(1) 漁業権の意義・特質

ア 漁業権の意義

漁業権とは、漁業（水産動植物の採捕又は養殖の事業）を営む権利であり、行政行為（免許）によって設定されるものである（漁業法 10 条）。

そして、イに述べる漁業における水面利用の特質より、漁業権の内容（免許の内容）は、漁業の種類、漁場の位置及び区域、漁業時期等の要素の組み合わせによって定められるものである（漁業法 11

条1項)。

イ 漁業における水面利用の特質

漁業のための水面利用の特質は、水面を立体的に重疊的に利用するもので、一つの水面において複数の漁業が重複して成立しうることにある。

すなわち、「漁場の利用方式を考える場合、基本的なことは、土地と異なる水面利用の特質である。土地は、平面的、単一的に利用するものであるから、これを区画してそれに利用権を与えればよい。その区画された区域をどう使おうと他に影響を及ぼさないから、区画された区域の利用を確保してやればよいのである...だが、水面は立体的、重複的に利用し、一漁業の操業は必ず他の漁業に影響を及ぼすから、水面を区画して分割所有させることはできず 借区制はとれない。一定の水面に多種多様の漁業を包摂し、適当な調整下に全体総合利用を図る方式としなければならない...水面利用の特質に応じて多種多様の漁業をどう調整して全体の生産をあげるかが問題の焦点である。すなわち、水面利用制度の問題は、漁業調整であり

漁業調整とは単なる紛争の調停ではない、総合生産力を発揮するように多種多様の漁業を各当事者の私的恣意に放任せず、全体的見地からこれをその適合した地位に置くことであり、生産力の問題から個々の経営の内容にまで入る問題である」(水産庁経済課編『漁業制度の改革』213～215頁)。「漁業権とは、それぞれの漁業の免許の内容(漁場の位置、区域、漁業種類、漁業時期等)の範囲内において排他独占的に営む権利をいいます。漁業を行うために水面を利用するのは、農業のように農地を利用するのとは異なり、同一の水面

を、特殊の漁業を除けば、立体的に重疊的に利用するものであって、一つの水面に一つの漁業だけが存在するものではありません。一般には、漁業権も重複して免許されているのです。」(金田禎之『新編漁業法のここが知りたい(2訂増補版)』52頁)というものである。

この漁業における水面利用の特質より、水域の範囲を画することのみでは漁業を営む権利の内容を定めることはできず、このことは、農地等の土地利用との本質的・決定的な相違点である。

水域の範囲は漁業権の内容を特定する一つの要素であり、水域の範囲のみをもって漁業権に内容を定めることはできないことから、漁業権の内容は、漁業の種類、漁場の位置及び区域、漁業時期等の複数の要素の組み合わせによって初めて定まることになる(漁業法11条1項)。

このように、漁業の種類、漁場の位置及び区域、漁業時期等の組み合わせによってはじめて権利の内容が定まるものであることから、これらの諸要素の一つにでも変動があれば、権利の内容の本質的同一性を認めうる場合であっても、新たな内容の権利ということになる。

ウ 漁業権と物権とは本質において異なること

(ア) 漁業法23条は、「漁業権は、物権とみなし、土地に関する規定を準用する」とし、漁業権を物権とみなすことを定めているが、「みなし」とは、本来性質の異なるものに同様の法的効果を及ぼすための擬制(legal fiction)であるから、物を直接に支配する権利とは本来異質であることを前提とする。

すなわち、「漁業権は漁業を営む権利であり、有体物を直接支

配し、使用収益しうる権利である民法（明治 29 年法律第 89 号）上の物権とその本来的性質は異なる」（漁業法研究会『最新 逐条解説「漁業法」』168 頁）ものである。

- (1) 漁業権については、土地に関する規定が準用されるが、このことは、漁業権が、土地所有権や地上権等と同様に、物に対する直接的支配と使用収益の権利であることを意味するものではない。

登記（漁業法では登録）を対抗要件とすること、先取特権及び抵当権の規定が準用されること、土地収用法が適用されることなどの点については土地の規定が準用されるが、他方で、占有権、地上権、永小作権、留置権、質権等の物に対する支配に関する規定が漁業権に準用がないことは事柄の性質上当然のことと解されている。

漁業権について土地に関する規定が準用されとしても、土地に対する直接支配と使用収益を内容とする権利と、営業権である漁業権とでは、その本質を異にするものである。

立法の沿革よりしても、漁業権を物権とみなして土地の規定を準用するという規定を設けたのは、漁業権について抵当権を設定できるようにするためのものに過ぎない。すなわち、「共同漁業権の場合には、漁場の特定とはいっても、そこには自由漁業も許可漁業も現に共存している。定置・区画の漁業権にあっても他の利用を妨げるものではなく、漁場とは当該公有水面の漁業上の一側面をいうにすぎない。そもそも水面自体はだれのものでもないというべきである。もともと漁業権に土地に関する規定を準用したのは、漁業権を抵当権の目的としたことからきたものである」

(山島正男「組合管理漁業権の性格」北大法学論集 28 巻 4 号・29 巻 1 号合併号 10 頁)「明治四三年に漁業法の全部改正が行われたのです。この改正時に、『漁業権を物権とみなし、土地に関する規定を準用する』という規定が漁業法第七条として入りました。この規定を入れた立法趣旨は、もっぱら漁業権に抵当権を設定するために物権とみなしたのだというように説明されています」(浜本幸生『「漁業権って何だろう?」』69 頁)とされている。

また、現行漁業法の立案担当課の手になる水産庁経済課『漁業制度の改革』は、「物権であるといっても原則として普通の財産権のような譲渡性、担保性はないから、その物権としての効力は第三者の侵害に対して物権的請求権を有することにあり、それも制限条件や委員会指示によって制約されて恣意的にふりまわすことは認められない、第三者の侵害を排除しなければ成立しない漁業(定置等)であるから、あるいは漁民による漁場管理の形態として(共同漁業権等)、物権としたので、したがってその限度以上には私有財産扱を認めない」(440 頁)としている。

(ウ) 以上のとおり、漁業権は、有体物、土地に対する支配権とは本質を異にするものである。

エ 漁業権は行政行為(免許)によって設定されること

漁業法 10 条は、「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受けなければならない。」と定めており、漁業権は、行政庁の免許という行政行為によって設定される権利である。

漁業権は免許によって設定されるものであるから、漁業権の内容

は行政行為（免許）によって定まることになるが、漁業法 11 条 1 項は「漁業種類、漁場の位置及び区域、漁業時期その他免許の内容たるべき事項」と規定しており、漁業種類、漁場の位置及び区域、漁業時期等の要素により、免許の内容、すなわち漁業権の内容が定められることを明らかにしている。

換言すれば、漁業種類、漁場の位置及び区域、漁業時期は、漁業権の内容である。

(2) 現行漁業法における漁業権の免許の仕組み（漁場計画制度）

ア 明治漁業法下の漁場利用の問題点と現行漁業法制定の目的

(ア) 我が国において、明治 34 年に最初の漁業法（明治 34 年法律第 34 号 いわゆる旧明治漁業法）が制定され、明治 43 年に全面改正されていわゆる明治漁業法（明治 43 年法律第 58 号）が制定された。昭和 24 年に制定された現行漁業法の前身となるものは明治漁業法である。

明治漁業法は、漁場の計画的利用という理念、制度を持たないものであり、免許権者が欲する漁業権の内容の免許申請をすることができ、漁場の総合的高度利用を図ることができなかった。明治漁業法については、「漁業制度改革以前の漁業権の免許の方式は、いわゆる先願主義と更新制度をとつていたことが特徴であった。すなわち、漁業権の免許を希望する者が自分の好きな位置を選び、好きな内容の漁業権の免許を申請し、これに対し、免許官庁は、既に免許を与えている漁業権と相客_マれないことのない限り免許するのを原則とし、漁業全体の総合的高度利用という立場

から、申請の適否をチェックする余地は全然なかつた。しかも、いつたん免許された漁業権は、存続期間の更新制度によつて、漁場条件の変化にかかわりなく、永久に続く権利と考えられた。この結果、漁業権の設定は、全く各個人の意志に依存し、定置漁業における前網後網の関係でしばしばみられたようにおびただしい空権の発生があつたばかりでなく、海況、漁況等の漁場条件の変化や、漁具、漁法の進歩にかかわりなく、漁場の利用関係は固定化し、漁場の合理的利用を図ることは出来なかつたのである。」

(岩本道夫編『新漁業法の解説』78頁)「旧法当時、漁業権免許については格別計画性は要求されず、個別に申請があれば随時、申請にかかる場所と相容れぬ漁業権が申請水面に存在しない限りは欲する内容の漁業権を附与するのを原則とした。即ち漁業権の免許を希望する側で、欲する位置を選んで欲する内容の漁業権を申請すれば、行政庁はその位置に申請と相容れぬ漁業権がない限り随時免許(先願主義)したのである。そこには漁業権の免許も一個の漁場を計画的に利用する施策の一つとの意識はなく、いわば漁場の利用は免許行政庁の預かり知らぬ問題と考えられていたといえよう。漁業制度が専ら秩序の維持(消極行政)を目的としたこと(いわゆる警察目的)の当然の帰結である。」(大國仁『漁業制度序説』57頁以下)「明治漁業法のもとでは、水面利用の特質に由来する漁業調整の観点は、ほとんど考慮されることなく、そこでは、私的財産権絶対の観念をもって漁業権を取り扱い、それを私人に与え、権利対権利によって漁場を規律する方式がとられた。」「旧制度のもとにおいては、漁業権の免許を希望

する者が自分の好きな位置を選び、好きな内容の漁業権（…）の免許を申請し、これに対し、免許行政庁は、既に免許を与えている漁業権と相容れないことのない限り免許をするのを原則とし、漁場全体の総合的・効率的利用という観点から、申請の適否をチェックする余地は全然なかった。」（杉田憲治『漁業法秩序の研究』5頁、35頁）というものであった。

- (イ) 現行漁業法の目的は、私人（漁業権者）の私的恣意を排して、多角的、立体的に利用される漁場の総合的高度利用を確保することにある。

現行法についての漁業法案及び漁業法施行法案の提案理由説明においては、「両法案の提出されました政府の提案理由の内容を申し上げますと、終戦以来、漁業問題の全国的解決につき、去る第三国会において、漁業制度改革のため水産業協同組合に関する法律が成立し、すでに本年二月十五日より施行いたしておりますが、根本的には漁業生産に関する基本的制度、すなわち漁業制度の改革を断行することが不可欠なものでありまして、現行漁業制度は、明治三十四年の漁業法において初めて法制化され、同四十三年の全面的改正によって確立されたものでありますが、これは旧来の慣行をそのままに固定したものであり、その後の諸般の情勢の変化、特に漁業生産力の著しき発展にもかかわらず、基本的部分については何ら改正を見ずに今日に至つたものであります。政府は、その内容の根本的欠陥といたしましては、個々の漁業権を中心に漁場の秩序が組み立てられているために、漁業生産力をあげるに不可欠な、相当広い水面を単位とした総合的な計画

性を持ち得ないこと、また適当な調整機構を伴わず、漁業権を物権としたことの弊害面として、権利者に不当に強い力が与えられ、漁場の秩序が漁民の総意によつて民主的に起用されておらぬこと等をあげられているのであります。これが漁業生産力の発展を阻害し、また漁村の封建性の基盤をなしていると指摘しております。従つて、漁業生産力を発展させ、漁業の民主化をはかるためには、この行き詰まつた漁場関係を全面的に整理し、新たに漁業生産に関する基本的制度を定め、民主的な漁業調整機構の運用によつて水面の総合的高度利用をはかる必要を強調しております。これが、漁業制度改革を実施するため必要な漁業法案及び漁業法施行法案を提出されました政府提案の理由であります。」(第6回国会衆議院会議録第19号)と説明されている。

そして、民主的な漁業調整機構の運用によつて水面の総合的高度利用をはかるための新たな漁業生産に関する基本的制度として、現行漁業法は、漁場計画制度という仕組みを採用したのである。

イ 漁場計画制度の仕組み

- (ア) 漁業権は免許によつて設定されるものであるから、漁業権の内容とは、漁業の種類、漁場の位置及び区域、漁業時期等の免許の内容たるべき事項(漁業法11条1項)にほかならない。

そして、この免許の内容(漁業権の内容)を定める仕組みについて、現行漁業法は、免許の内容(漁業権の内容)を免許申請者が決めることはできないものとし、私的恣意を認めない仕組みを採用している。

したがって、漁業免許の申請者が、自ら「漁場の区域」を選択

して漁業権の免許を申請することはできない。

- (1) 漁業法は、漁業権の免許に関し、免許の内容等を漁場計画によって事前決定し、その後に漁業権設定希望者が免許申請を行う(漁場計画と異なる免許申請は認められない)とする仕組み(漁場計画制度)を採用した。

都道府県知事は、その管轄に属する水面につき、漁業上の総合利用を図り、漁業生産力を維持発展させるためには漁業権の内容たる漁業の免許をする必要があり、かつ、当該漁業の免許をしても漁業調整その他公益に支障を及ぼさないと認めるときは、漁業計画(免許の内容たるべき漁業種類、漁場の位置及び区域、漁業時期その他免許の内容たるべき事項、免許予定日、申請期間並びに地元関係地区)を定めなければならない(漁業法 11 条 1 項)。すなわち、漁業権を免許する「必要性」と、免許しても漁業調整その他の公益に支障を及ぼさないと「公益適合性」の2つの要件を具備する場合には樹立しなければならないが、2つの要件を具備する場合でないと樹立されないものである。

そして、都道府県知事は、漁業計画を定めなければならないときは、漁民の要望及び漁場条件の調査を経て漁場計画(案)を作成し、海区漁業調整委員会への諮問をし(漁業法 11 条 1 項)、海区漁業調整委員会は、あらかじめ公聴会を開催(漁業法 11 条 4 項)した上で、都道府県知事に答申し、都道府県知事はこの海区漁業調整委員会の意見をきいて、免許の内容たるべき事項、免許予定日、申請期間等を定め(漁業法 11 条 1 項。一般に「漁場計画の樹立」という。)公示する(漁業法 11 条 5 項)。このように、

漁業権の内容は、免許申請以前に漁場計画によって定められるものである。

この免許内容の事前決定手続の後、漁業権設定希望者は都道府県知事に対して免許申請を行うが（漁業法 10 条）漁場計画と異なる内容の免許申請は認められない（漁業法 13 条 1 項 2 号）。免許申請がなされると、都道府県知事は海区漁業調整委員会へ諮問し（漁業法 12 条）海区漁業調整委員会は適格性の審査（漁業法 14 条）優先順位の審査（漁業法 15 条から 19 条）をして都道府県知事に答申し、これを受けて都道府県知事は免許又は不免許をし（漁業法 10 条）免許がなされた場合に漁業権が設定されるものである。

なお、漁業法 11 条の 2 は、漁業権の空白を生じさせないために、現に漁業権を有する水面についての当該漁業権の存続期間満了に伴う場合にあっては当該存続期間の満了日の 3 ヶ月前までに漁場計画を定めなければならないことを定めている。

ウ 漁場計画制度は漁業法・漁業権制度の根幹をなすものであること

(ア) 漁業法 1 条は、漁業法の目的について、「この法律は、漁業生産に関する基本的制度を定め、漁業者及び漁業従事者を主体とする漁業調整機構の運用によつて水面を総合的に利用し、もつて漁業生産力を発展させ、あわせて漁業の民主化を図ることを目的とする。」とし、水面を総合的に利用して漁場生産力を発展させることと、漁業の民主化を図ることを目的として定めている。

(イ) 水面の総合的高度利用を図るという目的達成の基盤となるものが、漁場計画制度である。

(1)イにおいて述べたとおり、漁業のための水面利用の特質は、水面を立体的に重疊的に利用することであり、一つの水面に漁業権は重複して成立しうることにあるが、このように水面利用の特質から、その総合的高度利用が求められるものである。

すなわち、「漁業法の目的は、水面を総合的に利用することによって漁業生産力を発展させることになっています。ある水面の利用を考えてみた場合、例えば、立体的にも表層、中層、海底というように、上から見れば同じ水面の中でも、立体的にそれぞれの漁業が存在する。それから、時期的に言っても、一つの場所に時期によってはいろいろな漁業が存在しているわけです。このように、水面の利用というものは、非常に多目的で、しかも多種に利用できるわけです。それで、そのような特質をもっている水面を総合的に利用するには、もとになる総合的な利用計画を定めなければならないというのが、漁場計画制度の根本的なものの考え方」(浜本幸生『〔最新〕早わかり「漁業法」全解説』291頁)、「漁場計画制度の意義　そもそも水面には、魚類、貝類、藻類などの水産動植物が平面的にも立体的にも重複して分布していますので、これらを対象とする漁業もまた各種の形態のものが重なり合って行われることとなります。したがって水面を分割することは、技術的に不可能ばかりではなく、漁業生産力の発展のためにも適当ではありません。それで、ある水面全体の計画的な利用がおのずから必要となってくるのです。」(漁協組織研究会編著『水協法・漁業法の解説(21版)』363頁)とされているものである。

(ウ) この漁場計画の樹立について、重要な役割を果たしているのが、

海区漁業調整委員会である。

漁業法 1 条は、漁業法の目的について、「この法律は、漁業生産に関する基本的制度を定め、漁業者及び漁業従事者を主体とする漁業調整機構の運用によつて水面を総合的に利用し、もつて漁業生産力を発展させ、あわせて漁業の民主化を図ることを目的とする。」と定めている。

水産庁在職職員を中心とした漁業法研究会の手になる『最新逐条解説「漁業法」』の同条の解説には、「『漁業生産に関する基本的制度』とは、漁業生産に関するさまざまな制度の中で、漁業生産にあたっては『漁場』を使用できるかどうかを基本的な出発点であることから、『漁場を誰に、どのように使わせ、それを誰が決めるかを定める制度』をいう。『漁業者及び漁業従事者を主体とする漁業調整機構』とは、漁業調整委員会（海区漁業調整委員会、連合海区漁業調整委員会及び広域漁業調整委員会）を指すものであるが、内水面漁場管理委員会もこれに準ずるものである。『漁業調整』とは、水面を総合的に利用し、漁業生産力の民主的発展を図ることをいい、本法の目的を示す概念である。『水面を総合的に利用』するとは、一定の水面を多種多様な漁業が立体的かつ重複的に用いることをいう。『漁業者及び漁業従事者を主体とする漁業調整機構の運用によつて水面を総合的に利用し、もつて漁業生産力を発展させ』るとは、各当事者の私的恣意に放任せず、漁業調整機構が全体的な見地から、これら異なる漁業相互の調整を行い、水面を最大限に活用し、漁業生産力を発展させることをいう。土地は平面的、単一的に利用するものであるから、こ

れを区画して利用権を認めれば、その区域をどう使おうと他への影響は通常大きくない。一方、水面は一定の水面に多種多様な漁業を包摂し、立体的、重複的に利用され、一漁業の操業は必ず他の漁業に影響を及ぼすため、水面を区画して分割所有させることはできず、適当な調整の下に全体的かつ総合的な利用を図る方式としなければならないのである。」(15 頁)とされている。また、金田禎之『新編 漁業法のここが知りたい(2訂増補版)』は、「現行漁業法の特徴...最大のものの一つは、漁業調整委員会制度を取り入れたことです。漁業法(第1条)の目的で『漁業者及び漁業従事者を主体とする漁業調整機構の運用によって水面を総合的に利用し、漁業生産力を発展させ、あわせて民主化を図ることを目的とする。』と規定されています。つまり、現行の漁業制度においては、いかに水面を総合的に利用し、いかに漁業生産力を発展させるかは、漁業者及び漁業従事者を主体とする漁業調整機構 = 漁業調整委員会システムの運用を図ったうえで行うことが原則となっている」(75 頁)としている。

この漁業調整機構、すなわち、海区漁業調整委員会が漁場計画の樹立において果たしている役割について、浜本幸生『〔最新〕早わかり「漁業法」全解説』は、「ある水面の総合利用計画を、まず、法律上は知事の名前で立てる。しかし、実際には、総合利用計画を立てるのは、第一条にありますように、海区漁業調整委員会の運用によって立てるわけですから、実質的には、海区漁業調整委員会の役割が、非常に大きな意義をもっています。海区漁業調整委員会のほうで、漁場利用計画、総合利用計画というもの

を先につくって、その総合利用計画の中でそれぞれ個別の漁業権の位置付けをしてしまう。総合的な利用になじむように漁業権の場所とか種類とかというものを、先に決定する。この方法によって総合利用を図っていこうということが、漁場計画制度の根本であるわけです。」(291頁)としている。

- (I) 以上のような手続で決定・公示された漁場計画の内容と異なる免許申請をした場合及び漁場計画が公示されていないのに免許申請をした場合は、都道府県知事は免許をしてはならないとされている。(漁業法13条1項2号)。

漁業者が勝手に自分に都合のよい漁業権を欲しいという申請を認めると、漁場の計画的な利用を図ることができなくなるからである。

- (4) 以上のとおり、現行漁業法は、免許の内容、すなわち、漁業権の内容は、漁場計画によってのみ定めることができるものとして、漁業権者が漁業権の内容を決定するといった私的恣意を認めないという仕組み(漁場計画制度)を採用しており、この漁場計画制度こそが漁業法の目的を達成するための根幹をなす仕組みである。

3 本件水域は「漁場の区域」から除外されていないこと(共同第5号漁業権の「漁場の区域」の縮小はなされていないこと)

- (1) 漁業権の免許の内容である「漁場の区域」の変動(縮小)は行政行為によりなされること

ア 私人(漁業権者)の意思表示で行政行為の内容(免許の内容)を

変動させることはできないこと

(7) 漁業権は、行政行為によって設定されるものであるが、私権たる財産権であり、権利自体は私法上の財産処分の客体となるものである²。

しかし、このことは、漁業権の内容の変更を私人（漁業権者）の意思表示で行えることを意味するものではない。行政行為により定まった権利の内容を私人（漁業権者）が変動させることができるのかということと、私人（漁業権者）が財産権の処分をできるのかということでは、事柄の性質がまったく異なるものであり、混同されてはならない。

漁業権の内容（漁業種類、漁場の位置及び区域、漁業時期等）は行政行為（免許）によって設定されるものであるから、私人（漁業権者）の意思表示によって行政行為の効果（免許の内容）を変動させることができない。すなわち、「漁業権の内容変更は、漁業権の貸付、譲渡等の処分と同一に論じ得る性質のものではない。いいかえると漁業権の内容変更は、財産としての処分の問題ではない」（大國仁『漁業制度序説』91頁）。

都道府県知事の免許によって設定された漁業権の内容（漁業種類、漁場の位置及び区域、漁業時期等）の変動は、あらたな行政行為によってなされることになり、私人（漁業権者）の意思表示によって漁業権の内容を変動させることはできない。

² ただし、「水面が多角的、立体的に利用されている特質から、漁場の総合的高度利用を確保するため、財産権としての性格に強い公共的制約が加えられている点が漁業権の特色であり、漁業権の財産的性格は弱められている」（岩本道夫「新漁業法の解説」30頁）、「現行法において漁業権は、すでに自由な取引の対象ではあり得ない。現行法では漁業権の制度も水面の総合利用及び漁業調整の方策の一つとして採用するのであって、単なる私的利用保護の制度ではない」（大國仁『漁業制度序説』84頁）とされている。

漁業権の内容の変動は、新たな行政行為によるか、または、物理現象（水域の陸地化）によってのみ生じるものである³。

免許により漁業権が設定されるという基本的仕組みは、明治漁業法、現行漁業法に共通するものであり、いずれの解釈においてもこの理は当然とされている。すなわち、明治漁業法については、「漁業権の変更に付ては三つの場合を考へ得る。その一は自然的事実の発生に因る場合であり、その二は漁業権者の意思に基づく場合であり、その三は行政官庁の処分に因る場合である。その中、自然的事実の発生に因る場合と謂ふのは土地の状況又は海況の変化、例へば土地の崩壊又は海底の隆起に因つて漁場の一部が滅失したと謂ふ様な場合であつて、斯かる場合には当然漁業権の内

³ 漁業権は権利であるから、対象を失った場合には権利内容は不能となり、不能という事実によって当然に権利の全部または一部について変動が生じることになる。水面の陸地化という事実による権利内容の変動については、事柄の性質上当然のことであるが、変更免許は不要である。大審院昭和 10 年 2 月 22 日判決は「海岸線ハ自然力其ノ他ノ原因ニ依リ変更スルコトアルヘキヲ以テ前示海岸線力変更シタルトキハ之ニ伴ヒ当然右専用漁場区域モ亦変更ヲ来スヘク特ニ漁場区域ノ指定変更等ノ処分ヲ俟ツノ要ナキコトハ前示専用漁業免許ノ際其ノ漁場区域ヲ定ムルニ海岸線ヲ以テ陸地トノ限界トナシ其ノ沖合ヲ同区域ト為シタル趣旨ニ照シ明瞭ナリ」とし、行政解釈においても、「最大高潮時の海岸線を陸地側の限界としてその沖合の一定区域を漁業権の免許内容である漁場区域と定めている場合は、浸食その他自然力によって海岸線が移動するに伴い、漁場区域も自然に変更し、漁業法第二十二条第一項の変更免許等の処分を要しないと解する。海岸線の移動によって私有地が最大高潮時に海面下に没するにいたったときも、また同様である」（昭和 33 年 8 月 29 日水産庁漁政部長鳥取県経済部長あて）とされている。物理的現象による漁場の区域の変動について、変更免許を不要としても、漁場計画で定めた免許の内容を、漁業権者の意思表示によって変更することになるものではなく、漁場計画制度となんら矛盾するものではない。なお、公有水面埋立法と漁業法は法の趣旨・目的を異にする異なる法体系の法であるから、公有水面埋立免許がなされたとしても、そのことによって漁業権の内容の変動が生じるわけではない。大審院昭和 15 年 2 月 7 日判決は、「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」として、このことを明らかにしている。陸地化による水面の滅失という物理現象により漁場が漸次縮減していくことにより権利の内容の変動が生じることは、自然現象であれ人為的行為によるものであれ、変わるものではない。したがって、公有水面埋立により、水面が陸地化した場合でも、漁場の一部滅失という物理的現象によって、自然に権利内容の変動が生じることとなる。前記大審院昭和 15 年 2 月 7 日判決は、「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」としている。

容たる事項に変動を生ずるのであるから、別に説明を要しないであらう。漁業権者の意思に基づく漁業権の変更は、漁業権の分割、漁業の種類又は時期若は漁場其の他に付ての拡張縮小等を謂ふものと観てよからう。」(長瀬貞一ほか『水産学全集』242頁)とされ、現行漁業法においても同様に「漁業権の変更とは、その同一性を害しない程度で、その内容を変更することをいい、おおむね三つの場合が考えられる。(1) 自然的事実の発生による場合海浜の状況、または海況の変化により、漁業権の内容である事項に変動を生ずる場合である。(2) 漁業権者の意思に基づく場合漁業権の内容たる漁場の位置及び区域、漁業時期その他免許の内容たるべき事項についての拡張、縮小等の場合である。漁業権の分割変更については、免許の場合と同様、免許官庁の免許を受けなければならない。(法第二二条第一項)。」(工藤重男『判例通達による漁業法解説』63頁)とされている。

以上のとおり、漁業権の内容の変動の原因には3つあるとされているが、これをさらに、物理的現象による変動と新たな行政行為による変動とに分類することができる。そして、新たな行政行為による変更(漁業権の内容の変動)は、漁業権者の意思に基づく(漁業権者の申請に対する)変更免許と公益上の必要によつてなされる漁業権の変更の2種類があることになる。漁業法22条は漁業権者の意思に基づく(漁業権者の申請に対する)免許による「漁業権の変更」を定め、同法39条は公益上の必要により都道府県知事が「漁業権の変更」をすることができることを定めている。

水産庁経済課編『漁業制度の改革』は、同法 39 条の「漁業権の変更」について、「『漁業権の変更』とは、漁場区域を縮めるとか、漁業種類を減らすとか、漁業時期を短縮するとかその他漁業権の内容を構成する要素を変えて漁業権の内容を変更することをいう。旧法では『免許シタル漁業ヲ制限シ』という字句を用いていたが、これは制限条件の制限とまぎらわしく、漁業権に外部から制限を加えてその結果間接に漁業権の内容を縮小するのではなく、漁業権の内容を変えるのであるから、明確に漁業権を変更するとした。したがって漁業権の変更には、第二十二条に規定されている漁業権者の申請にもとづく変更の免許と本條による変更の処分と両方あるわけである。」(513 頁)としている。

- (イ) 漁業権が免許によって設定されるということは、明治漁業法、現行漁業法のいずれにも共通した漁業権の基本的な仕組みであるが、行政行為の効果を私人の意思表示で変動させることはできないということは、行政法の原理よりして当然のことであり、明治漁業法においても、免許の内容を変動させるためには新たな行政行為が必要とされていたものである。

明治漁業法についての体系書⁴である井出正孝『漁業法』(昭和 13 年)は、「漁業権の変更とは漁業権の目的たる水産動植物の採補又は養殖の内容に関する変更である。漁業権の目的たる水産動植物の採補又は養殖の内容は特定範囲の漁場、漁業種類、漁業時期、存続期間等諸条件に依り構成せられたる特定内容のものである。而して之等の諸条件は漁業法及施行規則に依り法定せられた

⁴本書面における文献の引用においては、適宜、旧字体を新字体に変換している。

る一定の範囲内に於いて且つ行政官庁の免許処分に依り個々の権利に付具体的に決定せられて居ることは既に之を述べた所である。従て漁業権の目的たる採捕又は養殖の内容を構成する前記諸条件の内容の変更は即ち漁業権の変更となる。尤も之等諸条件の変更に因り漁業権の同一性を失はしむるものは茲に所謂漁業権の変更と謂ふを得ないが、唯例外として漁業権の分割に付ては漁業法は第一〇条、第二八条等に於て特に漁業権の変更の一場合として之を取扱つて居るが故に此の關係に於ては之をも漁業権の変更の一部として説明することとする。而して漁業権の内容を構成する前記諸条件は当該漁業権の免許処分を以て定められたるものであるから、前記諸条件を変更することに依り漁業権の内容を変更するには免許処分の内容を変更することを要する。然り而して、既に為したる免許処分の内容の変更は法律の規定に依り行政官庁の処分を以て之を変更することを認むる場合に非ざれば之を為すことを得ざるは又当然の事理とすべく、従て漁業権者其の他の者は任意に免許処分の内容を変更し以て漁業権の内容に変更を加ふることを得ない。漁業法第一〇条第二項に『漁業権ハ行政官庁ノ許可ヲ受クルニ非サレハ之ヲ分割シ其ノ他変更スルコトヲ得ス』と規定したるは此の当然の事理を規定すると共に行政官庁の許可処分を以て免許の内容を変更することに依り漁業権の内容を変更し得る主要なる場合を規定せるものである。然しながら漁業権の変更の原因は常に必ず当該漁業権の免許処分の内容を変更する行政官庁の行為に限られ、他の原因に基き生ずる場合なしと謂ふを得ない。他の原因に基き漁業権の変更を生ず

る主要なるものは漁場区域の一部の滅失に基く場合である。」

(115 頁以下)としている。

イ 漁業権者の意思に基づく「漁場の区域」の縮小は漁業権の「変更」に該当すること

(ア) 漁業権の内容は、漁業種類、漁場の位置及び区域、漁業時期等の要素によって定まるのであるから、その要素の一つにでも変動があれば、権利の本質を異にするに至らなくても、権利の内容としては当初の免許で設定された権利の内容とまったく同一ではない、新たな内容を持つ権利ということになる。

すなわち、漁業権の内容を変更することは、既存の権利内容を変更して新たな権利内容を設定する変権行為であり、漁業法 22 条は、変更免許という特許⁵によりこれをなしうることを定めている。

漁業権の「漁場の区域」を縮小することは、免許という行政行為で設定された権利の内容を変動させ、権利の本質的同一性は失わないまでも免許により設定された権利とは異なる新たな内容をもった権利とする変権行為であるから、これが漁業権の「変更」に該当することは当然である。

なお、漁業法 22 条 3 項は同法 11 条を準用しているから、漁業権の変更免許の内容は、新たに樹立された漁場計画により定まる

⁵田中二郎『新版行政法上巻全訂第二版』は、「特許 (Verleihung, Konzession) 直接の相手方のために、権利能力・行為能力・特定の権利又は包括的な法律関係を設定する行為を、学問上、特許又は設権行為という(但し、実定法上はその用例一定せず、許可、認可、特許等の用語が混用されている。)。鉱業許可、公企業の特許、公務員の任命等のごとし。その効果の公法的たると私的たるとを問わない(鉱業許可は私権を設定することである。)。普通、出願をその前提要件とし、出願の趣旨に反する特許は有効に成立するをえない。既存の権利・能力・法律関係等を変更する行為も特許の一種である。」(123 頁)としている。

ことになる。

変更免許により設定された権利は、当初の免許と権利の本質において同一性を有するとしても、新たに樹立された漁場計画より免許の内容たるべき事項が定められ、この内容について免許申請をして免許を受けるのであるから、変更免許による変権行為については、新たな諸要素によって特定された新たな権利内容との関係でみるならば、設権行為ということになる。

- (イ) 明治漁業法において漁業権は免許により設定される仕組みがとられ、現行漁業法はこの仕組みを明治漁業法から引き継いだものであるが、明治漁業法において、漁場の縮小が漁業権の「変更」に該当するという解釈が確立していた。

すなわち、片山房吉『漁業法講義』（昭和17年）は「漁業権の変更とは、其の同一性を害しない程度で、其の内容を変更することを謂う…漁業権の分割、漁業の種類又は漁場其の他に付ての膨張、縮小等の場合である。」（96頁）とし、今村與作『水産関係法規解説（改訂増補版）』（昭和9年）は「漁業権は行政官庁の免許に依りて発生するものであるから変更するに付ても免許したる行政官庁の許可を受くるのが當然である。漁業権の変更には漁場の膨張、縮小、漁業の種類を増加減少、漁場の時期の延長、短縮等がある。何れも漁業権者の出願に基き行政官庁がこれを許可するのである。」（38頁）とし、原暉三『日本漁業制度概論』（昭和9年）は「変更とは、漁業権の同一性を失はざる限度に於て其の内容を変更するのである。例へば漁場の増減、漁業時期、漁獲物の変更等である」（175頁）とし、星四郎『日本漁業法註解並二判例』

(昭和8年)は「漁業権の変更とは、其の同一性を害せざる程度に於て、其の内容なる漁場、漁業時期、漁獲物の種類又は漁業の種類一又は二以上に付て変更を与へることを謂ふ。漁場に付ては、其の区域の増減又は部分的変更に限る。若し漁場区域を新旧全然別にするときは漁業権の同一性を害するからである。」とし、長瀬貞一ほか『水産学全集 漁業政策』(昭和8年)は「漁業権の変更は、漁業権の分割、漁業の種類又は時期若し漁場其の他に付ての膨張縮小等を謂ふものと観てよからう」(242頁)とし、末弘巖太郎編石黒武重著『現代法学全集第32巻』(昭和5年)は「漁業権の変更は、漁場、漁業時期、漁獲物の種類又は漁業の種類一又は二以上に付て行はれるが、漁場に付ては、其の区域の増減又は部分的変更に限る。何となれば、漁場区域を新規全然別にするときは、最早漁業権の変更ではなくして、別個の漁業権の設定となるからである」(428頁)としている。

現行漁業法の制定にあたって、明治漁業法の上記解釈と異なる意味で漁業権の「変更」という同一文言を使用するとの議論はみられず、水産庁経済課編『漁業制度の改革』は「第二十二條、第三十一條、第三十三條。多少字句の表現を変えている点はあるが、内容的には旧法と同じである。」(524頁)とされている。

(ウ) 水産庁経済課編『漁業制度の改革』は、漁業法10条の解説において「漁業権は、すべて行政庁の免許たる行政行為によって設定される権利である。しかして漁業権の設定すなわち原始取得は、行政庁の漁業の免許による以外は生じ得ない。『免許』とは、特定人に対し権利を付与することを内容とする行政行為 - 設権行

為 であって、申請を前提要件としてこれに対してなされる。この権利を付与する点において、単なる禁止を解除し本来の自由を回復することを内容とする許可とは異なるのである。新法において『免許』とは、漁業権設定の免許、漁業権の分割または変更の免許、漁業権の存続期間延長の免許の三つがある。分割または変更も、存続期間の延長もいずれも、一旦設定された漁業権の内容をさらに変える 廣義 - ことであり、その変わった部分については新たなる設権行為であるから、免許なる語を用いた。旧法においては変更の場合は許可という語を用いているが、許可とは禁止の解除であるので、この用法は法律上厳密にいうと適當ではないので、新法では免許と改めた」とし(444 頁以下) 22 条の解説において「漁業権は知事の免許によつて発生する権利であり、その内容は免許という行政行為によつて定められる。この漁業権の内容は、漁場計画のところで述べたように事前にその内容をきめてから申請者をつのつてその内容のものを免許するのであるが、かくして内容の定つた漁業権は全く内容を変えられないのではなく、その後の海況の変化等事情が変れば変更しうるのであり、その一つの場合として当事者の申請によつて変更 漁業権の同一性を失わせないでその内容を構成する要素、すなわち漁業区域、漁業種類等を変えること しうるようにしたのである。この場合は変更した部分は新たに権利が設定されるわけであるから、設権行為であり、したがつて新しく漁業権の設定を受ける場合と同様に知事の免許を受けなければならない(一項)。分割は、旧法においては変更の一態様として扱つていたが 分割ソノ他変更 、

これは従前の漁業権が変わるという点で広い意味では変更であるが、従前の漁業権はなくなつて別に新しい漁業権が二以上できるのであるから、従前の漁業権が内容を変えて存在するところの変更とは異なる、そこで新法では『分割し、又は変更し』とならべて規定した。存続期間の延長は、これも広い意味では内容が変わるのがあるから変更であるが、これは、従前の漁業権が本来なら期間満了して消滅するので同じ内容のまま期間が延長せしめられてさらに続くのであり、その意味で延長せしめられた漁業権の内容は従前と同じである。したがつてこれは存続期間の延長として別に規定した。 漁業権の設定 全く新しく設定される と以上に述べた広い意味の漁業権の変更 既にある漁業権が内容を変える、その態様として狭義の変更と分割と期間延長の三者 は、いずれも権利が設定されるという本質において設権行為であるので、知事の免許を要することとした。」(524 頁以下)としている。

これはまさに、(ア)において述べたことである。すなわち、漁業権の内容である「漁場の区域」を縮小することは、免許という行政行為で設定された権利の内容を変動させ、権利の本質的同一性は失わないまでも免許により設定された権利とは異なる新たな内容をもった権利とするものであり、新たな内容の権利についてはいわば設権行為であるから、漁業権の「変更」であり、免許という行政行為によってなされることになるものである。

ウ 小括（漁業権が行政行為（免許）によって設定されることからの帰結）

以上述べたとおり、漁業権は免許という行政行為によって設定されるものであるが、「漁場の区域」は免許の内容たるべき事項として免許によって定められるものであるから、免許という行政行為によって定まった内容を私人（漁業権者）の意思表示で変動させることはできない。

本件水域を「漁場の区域」から除外して漁場を縮小することは、行政行為、すなわち変更免許によらなければならないことは当然である。

いわゆる漁業権の一部放棄とは、漁業法上は「放棄」と性質決定されるものではなく、漁業権者である漁業協同組合が、いわゆる漁業権の一部放棄の総会決議をしても、その総会決議のみによっては、「漁場の区域」の縮小という効果は発生しない。

(2) 漁場計画制度という仕組みよりしても、漁業権者の意思に基づく「漁場の区域」の縮小は変更免許によらしめるべきこと

ア 「漁場の区域」を免許申請者が選択できないこと

「漁場の区域」は、漁業権の内容をなすものであるが、漁業権の内容は免許によって定められるものである。この免許の内容は、免許申請がなされる前に、事前に知事の定める漁場計画によって決められ、漁場計画の内容と異なる免許をすることは認められていない（漁業法 13 条）。漁業権の内容を免許申請者が定めることは認められていないのであり、漁場の区域を免許申請者の私的恣意で定める

ことはできない。

漁業権の設定後に、漁業権者が漁業権の内容を自由に選択できるとするならば、免許設定について漁場計画制度を採用した趣旨が、尻抜けとなり、没却されることになる。

そこで、現行漁業法は、免許により漁業権が設定された後に漁業権の内容を変更する場合についても、知事の定める漁場計画による水面の総合的高度利用という仕組みを貫徹させている。

すなわち、漁業法 13 条 1 項は、漁場計画の内容と異なる免許申請があった場合、知事は免許をしてはならない旨を規定しており、この規定が同法 22 条 3 項により変更免許についても準用されている。したがって、漁場計画の内容と異なる変更免許の申請があったとしても、それに対して変更免許がなされることはありえないことになり、変更免許をするためには、都道府県知事が漁場計画を見直し、その異なった漁場計画が漁業法 11 条に基づいて新たに樹立され、新たな漁場計画のもとに変更免許の申請がなされることが必要となる。

漁業権の変更の手続について、漁業法研究会『最新 逐条解説「漁業法」』は、「漁業権の免許は、水面についての総合利用を考慮して策定される漁場計画（免許の内容たるべき事項、免許予定日、申請期間及び地元地区若しくは関係地区。法第 11 条解説参照）に基づいて設定されるものであることから、漁場計画に基づいて漁業の免許がなされた後は、原則として漁業権の変更を行うべきではない（注 1、2）。しかしながら、天災地変その他による海況及び漁況の著しい変動による場合や、資源的にみて明らかに計画が不適當であるこ

とが判明した場合には、漁業権の分割又は変更を行うこともやむを得ない(注3~5)。漁業権を分割し、又は変更しようとするときは、都道府県知事に申請してその免許を受けなければならない。漁業権の分割又は変更の免許の申請があったときは、都道府県知事は、海区漁業調整委員会の意見を聴かなければならない。漁業調整その他公益に支障を及ぼすと認める場合は、分割又は変更の免許をしてはならない(第2項)ほか、法第13条第1項各号に該当するときは、漁業権の分割又は変更の免許をしてはならない。特に、第3項において準用する法第13条第1項第2号の規定上、都道府県知事は漁場計画を見直し、法第11条第1項の規定に基づきこれを事前に定めた上で同条第5項の規定に基づき公示しなければならず、申請者は、漁場計画における申請期間内に都道府県知事に申請してその免許を受けることとなる(第1項)。以上の手続によらない漁業権の分割又は変更は、法第39条の場合を除き、一切認められない(注6~8)。注1、8：昭和27年3月25日27水第2290号水産庁長官「漁業権切替後の免許及び漁業権の変更免許に関する件」(例規集169)参照。注2：「衆議院議員岩垂寿喜男君提出共同漁業権の漁場区域の一部削除に関する質問に対する答弁書」(平成元年2月21日提出の質問主意書に対する政府答弁書)(例規集175)【要旨】漁場区域の縮小を内容とする漁業権の変更の免許は、都道府県知事が漁場計画の趣旨に照らして漁場計画の見直しを行った場合において、見直し後の漁場計画に即して漁業権の変更免許を行うことができると解するが、漁場計画は水面について漁業上の総合利用ということを考慮して計画されるものであり、これに基づき漁業権が設定され

るものであることから、漁業計画に基づいて漁業の免許がなされた後は、原則として漁業権の変更を行うべきではない。注3：昭和33年8月29日32水漁第1275号漁政部長「漁業権等の範囲について」(例規集123)【要旨】最大高潮時の海岸線を陸地側の限界として漁業権の免許内容を定めている場合は、浸食その他自然力によって海岸線が移動するに伴い、漁場区域も自然に変更し、漁業法第22条第1項の変更免許等の処分を要しないと解する。私有地が最大高潮時に海面下に没するにいたったときも、また同様とする。注4：昭和10年2月22日大法院判決【要旨】海岸線ハ自然力其ノ他ノ原因ニ依リ変更スルコトアルヘキヲ以テ前示海岸線カ変更シタルトキハ之ニ伴ヒ当然右専用漁場区域モ亦変更ヲ来スヘク特ニ漁場区域ノ指定変更等ノ処分ヲ俟ツノ要ナキコトハ前示専用漁業免許ノ際其ノ漁場区域ヲ定ムルニ海岸線ヲ以テ陸地トノ限界トナシ其ノ沖合ヲ同区域ト為シタル趣旨ニ照シ明瞭ナリ注5：昭和47年9月22日47-290漁政部長「漁場計画の樹立に関する問答集について」(例規集172)【要旨】埋立予定水面で従来漁業を継続しうる場合には、漁業区域の縮小に係る変更免許申請をすることは適當ではない。注6：参議院議員久保巨君提出公有水面埋立計画に関する漁業補償契約ならびに総会決議に関する質問に対する答弁書(昭和60年5月25日提出の質問主意書に対する政府答弁書)(例規集173)【要旨】漁業権を変更しようとするときは、漁業法上、知事の免許を受けなければならないこととされており、漁協の総会で「共同漁業権の一部放棄」が議決されたとしても、そのことにより漁業権が当然に変更されるものではない。注7、9：平成14年8月6日14水管第

1745号水産庁長官「漁場計画の樹立について」(例規集99の2)参照。」としている。

また、地方自治法245条の4第1項に基づく技術的助言として発せられた平成24年6月8日付け24水管第684号「漁場計画の樹立について」水産庁長官通知は、「法第22条の漁業権の変更について漁業権の変更をする場合には、法第22条第3項において準用する法第13条第1項第2号の規定上、漁場計画を見直し、法第11条第1項の規定に基づきこれを事前に決定の上公示しなければなりません。」としている。

イ 漁業権の全面的放棄と「漁場の区域」の縮小(いわゆる漁業権の一部放棄)の相違について

(ア) 漁業法は「放棄」と「変更」という概念を区別し(同法31条)、同法22条は「変更」については免許に係らしめているが、「放棄」については許可を必要としていない。

(イ) 漁業権の全面的放棄が「放棄」に該当することは当然であるが、漁業権者の意思表示のみで漁業権を全面的に放棄することを認めたとしても、漁業権者の意思表示のみで免許の内容を変動させることにはならず、免許前の状態に戻るだけであり、漁業権の全部放棄はいわば免許の返上と同じことである。

免許の返上に認可はいらぬとすることと、私人が自ら免許の内容を変えることができないということは、なんら矛盾することではない。

(ロ) また、全面的放棄を漁業権者の意思表示のみでなしうるとしても、漁場計画によって定められた免許の内容たるべき事項を変動

させるものではなく、新たな漁場計画の樹立を必要とすることにもならないから、水面の総合的高度利用の目的のために樹立される漁場計画制度との抵触という問題は生じない。

このことについて、寶金敏明「いわゆる臼杵市風成公害予防闘争控訴審判決について」(法律のひろば 69 頁)は、「共同漁業権は、その権利内容(営む漁業の種類、漁場の位置及び区域、漁業時期)が、当該権利設定前に、知事の定める漁場計画によって、あらかじめ具体的、個別的にセットされている。漁業権者は、右セットされた権利の返上をする事由は有する。その場合、知事は改めて第三者に当該漁業権をそっくり与えればよいのであるから、漁場計画の変更は問題となる余地がない。」と表現している。

これに対し、いわゆる漁業権の一部放棄は、「漁場の区域」に係る変動であるが、「漁場の区域」は漁場計画において定められるものであるから、これを変更して「漁場の区域」を縮小することは、漁場計画で定められた内容を変動させることにほかならない。

前記寶金敏明は、「漁場の区域」の縮小という変更免許に関して、「漁業権者が、右セットされた漁業権の一部を壊して返上すると、漁業調整その他の公益上の見地から、チェックを要する場合もある。」「免許の際には前述の公益判断が伴う」(69 頁)としている。

現行漁業法は、2(3)において詳述したとおり、水面の総合的利用の見地から予め樹立された漁場計画に沿って免許をする漁場計画制度を採用したのであるから、漁業権の内容を特定する要素

を、漁業権者の意思表示のみで変動させることができず、その変動は免許権者の公益的判断によってなされることは、現行漁業法が、漁場計画制度を根幹的な仕組みとすることよりしても、当然のことであると言わなければならない。

(3) 現行漁業法についての一般的解釈

漁業権者の意思に基づく「漁場の区域」の縮小については、これを漁業法上の「放棄」とするという誤りをおかした下級審裁判例が一部にみられるものの、漁業法 22 条に定める漁業権の「変更」であるとするのが現行漁業法下においても一般的な理解であるというべきである。

すなわち、現行漁業法に係る文献においては、「(1) 漁業権は内容を定めて免許される。しかし免許後水族の繁殖、回遊状態の変化その他の漁業事情の変化に伴い、権利の内容をこれに合わせる必要の生ずる場合がある。漁業権の内容変更には、漁業権を分割する場合と狭義の内容変更がある。漁業権の分割とは一個の漁業権を分けて二個以上の権利とする場合であり、変更とは当該漁業権の内容とは異なる内容のものとするをいう。もっとも後者は、それによって漁業権の同一性が失われるなら漁業権としては別個となり、単なる内容変更ではない。従ってここに漁業権の内容変更とは、同一性を損なわぬ限度でその内容を変えることをいう。漁業権の内容変更は、漁場、漁業種類（主要対象水族が漁業種類の構成要素となっている場合は主要対象水族を含む）漁業時期の各々について考えられるが、漁場については其の区域の増減又は部分的変更に限られる。漁場区域が全く別区域とな

れば別の漁業権の設定にほかならないからである。漁業種類についても定置漁業権及び区画漁業権は一漁業種類一漁業権（漁業種類毎漁業権）を原則とする。従って漁業種類が変われば漁業権は別となり、もはや漁業権変更の手續には依り得ず、新規免許の手續に依らねばならない。漁業権分割の必要は多く漁場分割の必要が生じた場合に起こるがむろんそれに限られない。共同漁業権は多くの場合一漁業権に複数の漁業種類を包摂して免許される。従ってこの場合は漁業種類による分割も可能である。(2) 漁業権の分割・変更には知事の免許を必要とする。(二二条一項)。漁業権の処分の自由を基本とした旧法にあっては、漁業権の分割・変更には行政庁の許可を必要とした(旧一〇条一項)。ただこの点について、漁業権は物権と見做される財産権であるから元来処分は自由であるべきだが、漁政の目的から制限されたものと説く見解(星・判例・五五頁)があるが正しくない。漁業権の内容変更は、漁業権の貸付、譲渡等の処分と同一に論じ得る性質のものではない。いいかえると漁業権の内容変更は、財産としての処分の問題ではない。漁業権は、行政庁によりその内容が決められて免許されるものであり、且つ物権法定主義の支配を受ける。加えてその内容は、現行法では水面を総合的に利用する目的のもとに予め漁場計画に従って決められるものである(漁業権の公的性格ないし社会性)。権利者による漁業権の勝手な変更が許されないのはそのためである。漁業権の(狭義の)変更は、前述のように同一性を損なわずにその内容を構成する要素を変えることである。この場合、変更とはいわば新たな権利内容の設定である。」(大國仁『漁業制度序説』90頁以下)「漁業権の変更とは、その同一性を害しない程度で、その内容を変更することをいい

...漁業権の内容たる漁場の位置及び区域、漁業時期その他免許の内容たるべき事項についての拡張、縮小の場合である。」(工藤重男『判例通達による漁業法解説』63頁)、「漁業権の一部放棄と変更免許 漁業権の一部放棄は、漁業権者のみの意思でできるが、これは、単に権利者が意思表示を行ったにとどまり、これによって漁業権の内容を変更することはできない。漁業権の内容を変更するには漁業権の変更免許が必要になる。変更免許は、漁業権者から申請があった場合に知事が行うことになっているが...漁場計画を立て直さない限り、漁業権の変更免許をすることはできない。このため、漁業権の一部放棄による漁場の縮小を漁業権登録簿に記載する場合は便法として『仮登録』の手続をとっている」(田中克哲『最新・漁業権読本』203頁以下)とされている。また、金田禎之『新編 漁業法詳解(増補四訂版)』287頁は、「漁業補償の際に、組合の総会決議を経た上で、事業者との間で『漁業権の変更(一部放棄)』の契約が交わされる事例が見受けられるが、かかる契約行為はあくまでも当事者間の民事上の問題であり、法第二二条の規定上、このことにより漁業権が当然に変更されるものではない」としているが、この記述は、漁場の区域の縮小(いわゆる漁業権の一部放棄)を漁業法 22 条にいう「変更」としているものにほかならない。

裁判例では、高松地裁昭和 45 年 4 月 6 日判決(判例集未搭載。鈴木正明「判批」地方自治 288 号 36 頁に判決文引用。)が「漁業権の放棄により漁業権が全部消滅する場合は、漁業法上特別の手續を要しないから、当事者の放棄の意思表示の効力が生じたときに、漁業権も消滅するものと解すべく...消滅決議がなされたときに消滅の効力が生ず

るといふべきである。しかし、漁業権の一部放棄の場合は、漁業権の変更にあたるから、漁業法第二二条第一項により、都道府県知事の免許があったときにはじめて、一部放棄の効力を生ずるものと解すべく…一部放棄の場合は、漁業権の変更にあたるから香川県知事の免許がなければ、放棄、すなわち消滅の効力が生じない」とし、また、福岡高裁宮崎支部平成1年5月15日判決・判例タイムズ710号143頁は、漁業協同組合が漁業権の一部放棄を決議した事案について、「漁協は、公有水面埋立完成による漁業権の事実上の消滅に同意したに過ぎず埋立完成までは漁業権は消滅しない」と判示している。

また、最高裁昭和60年12月17日判決・判例タイムズ583号62頁の事案は、漁場の区域の一部除外についての漁業法上の性質決定が争点とされた事案ではないが、「本件公有水面を右漁業権に係る漁場の区域から除外する旨の漁業権の変更を議決し、漁業法二二条一項の規定に基づき、昭和四八年六月二五日、右漁業権の変更につき被上告人の免許を受けた。」という事実について、「漁業権の変更につき漁業法八条三項及び五項の規定の適用はなく、また、これを類推適用すべきものともいうことができないから、伊達漁協の前記漁業権変更の議決を無効とすることはできない。」としており、漁場の区域の一部除外は漁業権の「変更」と性質決定されることを示している。

一部の下級審裁判例において漁業法に対する基礎的理解の欠如から異なる判断が示されたことがあるとはいえ（これら下級審裁判例が誤りであることについては4において後述する。）現行漁業法下においても、明治漁業法下の通説と同様、漁業権者の意思に基づく「漁場の区域」の縮小は漁業法22条の「変更」に該当するとの理解がなされ

てきたものである。

(4) 「漁場の区域」の縮小に係る従前の行政解釈等

従前の行政解釈において、「漁場の区域」の縮小が「変更」に該当するとされてきたことは一義的に明らかというべきである。

ア 政府答弁書

- (ア) 参議院議員久保巨君提出公有水面埋立計画に関する漁業補償契約ならびに総会決議に関する質問に対する答弁書（答弁書第四一号内閣参質一〇二第四一号昭和六十年六月十四日）

【質問】

二 総会決議について

- 3 「埋立への同意」が、漁協総会で議決された場合、共同漁業権は、その決議によつて一部消滅するのか。
- 4 埋立計画に対して、「共同漁業権の一部放棄」が、漁協総会で議決された場合、共同漁業権は、その決議によつて一部消滅するのか。

【政府答弁】（以下「昭和 60 年 6 月 14 日付け答弁」ということがある。）

二の 3 について

御指摘の「埋立への同意」は、公有水面埋立法（大正十年法律第五十七号）第四条第三項第一号の同意を指すものと考えられるが、これにより直ちに共同漁業権が消滅するものではない。

二の 4 について

漁業権を変更しようとするときは、漁業法（昭和二十四年法律第二百六十七号）上、都道府県知事の免許を受けなければな

らないこととされており、漁業協同組合の総会で「共同漁業権の一部放棄」が議決されたとしても、そのことにより漁業権が当然に変更されるものではない。

- (イ) 参議院議員久保巨君提出共同漁業権の一部放棄及び漁業補償についての漁協の権限に関する質問に対する答弁書（答弁書第四四号内閣参質一〇四第四四号昭和六十一年五月二十七日）

【質問】

一 共同漁業権の一部放棄について

昭和六十年五月二十五日、私が提出した質問主意書に対する答弁書（内閣参質一〇二第四一号）において、「漁業権を変更しようとするときは、漁業法上、都道府県知事の免許を受けなければならないこととされており、漁業協同組合の総会で「共同漁業権の一部放棄」が議決されたとしても、そのことにより漁業権が当然に変更されるものではない。」と述べられている。

右答弁に関して、さらに、以下の（一）ないし（三）の質問に答えられたい。

- （一） 埋立計画に対して、「共同漁業権の一部放棄」が漁協総会で議決され、当該議決に基づき漁協より「漁業権の変更免許」の申請があつた場合、都道府県知事は「漁業権の変更免許」をなすことができるか。漁業法第十三条第一項第二号に基づき、右変更免許はできないと解すべきか。
- （二） 埋立計画に対して、「共同漁業権の一部放棄」が漁協総会で議決された場合、都道府県知事が、一部放棄の対象区域を漁

場区域から除外した内容の新たな漁場計画を樹立し、その新規の漁場計画の下に、申請に基づき「漁業権の変更免許」をなすことは可能か。漁場計画は、漁場の総合利用と漁業生産力の維持発展を目的として樹立される（漁業法第十一条）ことから、右のような漁場計画の新規樹立は不可能と解すべきか。

- (三) 前述した(一)及び(二)に対する答弁がいずれも「できない」である場合、「共同漁業権の一部放棄」は、結局、法的には実現せず、一部放棄の対象区域には、従前どおり、一定の資格を有する組合員の「漁業を営む権利」(漁業法第八条)が存在すると解してよいか。

【政府答弁】(以下「昭和61年5月17日付け答弁」ということがある。)

一について

漁業法(昭和二十四年法律第二百六十七号)第二十二條第一項の規定による漁業権の変更の免許の申請があつた場合において、同条第三項において準用する同法第十三條第一項第二号に該当するときは、都道府県知事は免許をしてはならないこととされている。

また、御質問のように、漁業権者が漁場区域の縮小を内容とする漁業権の変更の免許を受けようとする場合に都道府県知事がいわゆる漁場計画の見直しを行つた上で変更の免許を行うことについては、漁場区域から除かれる区域について現在免許を有している者に免許を与えておくことが、水面につき漁業上の総合利用を図り漁業生産力を維持発展させるため漁業の

免許をする必要がある場合に漁場計画を定めなければならないという制度の趣旨に照らし、必要でない場合には、都道府県知事は、漁業法の規定に従い、漁場計画の見直しを行い、その見直し後の漁場計画に即して漁業権の変更の免許を行うことができる」と解している。なお、漁場計画は水面についての漁業上の総合利用ということを考えて計画されるものであり、これに基づき漁業権が設定されるものであることから、漁場計画に基づいて漁業の免許がなされた後は、原則として漁業権の変更を行うべきでない旨指導してきている。

- (ウ) 衆議院議員岩垂寿喜男君提出共同漁業権の漁場区域の一部削除に関する質問に対する答弁書（答弁第一一〇号内閣衆質一一四第一一〇号平成元年三月十四日）

【質問】

共同漁業権の漁場区域について、漁業生産力の維持発展上、一部削除は好ましくないものであるが、次のような場合に一部削除することは、漁業法に照らして適法か否か。また、法的に無効か否か。

それぞれのケースについて答えられたい。

- 一 埋立計画に対して、「共同漁業権の一部放棄」が漁協総会で議決され、当該議決に基づき、漁協より「漁業権の変更免許」の申請があった場合、変更免許を通じて、放棄対象海域を一部削除すること。
- 二 漁業権の免許更新時に、埋立計画の存在を理由として埋立予定海域を一部削除すること。

三 一と同様なケースで一部削除を内容とする変更免許を行った後、免許更新時に再び同一内容の免許をなすこと。

【政府答弁書】(以下「平成元年3月14日付け答弁」ということがある。)

一について

漁業法（昭和二十四年法律第二百六十七号）第二十二条第一項の規定による漁業権の変更の免許の申請があった場合において、同条第三項において準用する同法第十三条第一項第二号に該当するときは、都道府県知事は免許をしてはならないこととされているが、御質問のように漁業権者から漁場区域の縮小を内容とする漁業権の変更の免許の申請があった場合において、漁場区域から除かれる区域について現在免許を有している者に免許を与えておくことが、水面につき漁業上の総合利用を図り漁業生産力を維持発展させるため漁業の免許をする必要がある場合に漁場計画を定めなければならないという制度の趣旨に照らし、必要でないときは、都道府県知事は、漁業法の規定に従い、漁場計画の見直しを行い、その見直し後の漁場計画に即して漁業権の変更の免許を行うことができると解している。なお、漁場計画は水面について漁業上の総合利用ということを考慮して計画されるものであり、これに基づき漁業権が設定されるものであることから、漁場計画に基づいて漁業の免許がなされた後は、原則として漁業権の変更を行うべきではない旨指導してきている。

二について

漁業の免許の切替えが行われる場合において、埋立計画に係る水面について漁業上の総合利用を図り漁業生産力を維持発展さ

せるため漁業の免許をする必要があると認められないときに、当該水面について漁場計画を定めないことは、適法である。なお、漁業の免許の切替えが行われる場合において、従来の漁場区域である水面について漁場計画を定めないこととするときは、漁場計画に関する制度の趣旨にかんがみ、特に慎重な検討を行うよう指導してきている。

三について

漁業の免許の切替えが行われる場合において、漁業法の規定に従い、埋立計画に係る水面が漁場区域から除かれた漁場計画を定めたときは、当該漁場計画に即して埋立計画に係る水面を漁場区域から除いた内容の漁業の免許を行うことができる。

イ 水産庁長官の地方自治法 245 条の 4 に基づく技術的助言（24 水管第 684 号平成 24 年 6 月 8 日「漁場計画の樹立について」）

漁業補償の際に、組合の総会の議決を経た上で、事業者との間で「漁業権の変更（一部放棄）」等を約する旨の契約が交わされる事例が見受けられますが、かかる契約行為はあくまでも当事者間の民事上の問題であり、法第 22 条の規定上、このことにより漁業権が当然に変更されるものではありません。

ウ その他水産庁の従前の見解(昭和二七年一〇月二日付二七水七九〇二号「漁業法第二二条の事務取扱上の解釈について」水産庁漁政部長通知)

一 共同漁業権

イ 漁場の変更

(A) 漁場を拡張する場合

当初の漁場計画の際の測定の誤り等の理由で止むを得ず漁場を拡張する場合、その漁業権の本質が変わらず且つ他の漁業に影響を及ぼさない程度の拡張ならば、法第二二条の変更として処理することは差し支えないが、拡張の範囲が相当大きくなると近隣の漁業にも影響を及ぼすことは必至であるから、このような場合には法第二二条で処理せず、新規計画として処理すべきである。

(B) 漁場を縮小する場合

他漁業と関係がないものと考えられるから法第二二条の変更手続きでよい。

ロ 漁業種類の変更

(A) 追加する場合

他種の漁業の追加（例えば現在第二種の漁業がない漁業種に小型定置網漁業等の第二種の漁業を追加する場合）は勿論同種の漁業の追加（例えば現在第三種の内容に地びき網漁業を含んでいる漁業権に船びき網を追加する場合）も変更ではなく、新規免許として取扱うべきである。

(B) 削除する場合

申請者からの申出による場合、法第二二条の変更手続きでよい。

ハ 漁期の変更

計画が誤っていた場合は漁期を動かすということも考えられるがこのうち漁期を短縮する場合は法第二二条の手続を踏めばよいが、延長する場合は、新規免許と同様法第一条により行う

べきである。

エ 公有水面埋立事例における漁業調整規則による岩礁破碎等許可の 要否についての行政実務

以上見たとおり、国が、漁業権者の意思に基づく「漁場の区域」の縮小について漁業法 22 条の「変更」に該当するとの解釈を採用してきたこと、漁業協同組合が「一部放棄」の特別決議をしてもそれのみでは漁場の縮小（漁業権の一部消滅）という効果は生じないとしてきたことは、一義的に明らかである。

したがって、この国の見解を前提とすれば、漁業協同組合が漁業権の一部放棄の特別決議をし、公有水面埋立免許ないし承認がなされたとしても、漁場の縮小を内容とする変更免許がなされない限り、水面が物理的に消滅するまでは漁業権は設定されており、岩礁破碎には漁業調整規則による許可を要することになる。平成 13 年 6 月 5 日付けで沖縄県がした「既に公有水面埋立法に基づく埋立免許を受けた区域（中城港湾泡瀬地区）において、埋立のための岩礁破碎を行う場合であって、当該漁業権者が漁業権の消滅に同意し、仮登録もなされ、漁業補償もなされている場合において、沖縄県漁業調整規則（昭和 47 年沖縄県規則第 143 号。以下「規則」という。）第 38 条の規定に基づく知事の許可を受ける必要があるでしょうか。」という照会に対し、同月 5 日、水産庁は「沖縄県漁業調整規則第 38 条に基づく岩礁破碎等の知事許可は必要である。漁業権者が漁業権の消滅に同意し、仮登録がなされ、漁業補償がなされても、漁業権は存在する。漁業権の消滅の同意は契約行為であり、当事者間の話であり、岩礁破碎等の許可権者である知事が知るところではない。

当該許可は、水産資源保護法に基づくものであり、同法の目的は「水産資源の保護培養を図り、且つ、その効果を将来にわたって維持することにより、漁業の発展に寄与すること」であるので、知事は同法の目的に鑑み、岩礁破碎等の許可をすべきか否かを判断すべきである。漁業権者が漁業権の消滅に同意したからといって、漁業権が消滅したわけではなく、岩礁破碎等の許可がいらぬということにならない。漁業権の消滅に同意した漁業権者が岩礁破碎等に同意することは矛盾せず、両立し得る」と回答している（甲A8）。

この水産庁の見解に基づき、沖縄県においては、漁業権の一部消滅等の決議がなされても岩礁破碎等を行う場合には沖縄県漁業調整規則 39 条所定の許可を求めてきたものである。

過去 5 年間の本県内の事例をみても、那覇空港路滑走路増設設備事業（平成 26 年 2 月 14 日岩礁破碎等許可）、普天間飛行場代替施設建設事業（平成 26 年 8 月 28 日岩礁破碎等許可）、白浜港港湾整備事業（平成 26 年 11 月 27 日）、村道 77 号線黒崎原支線整備事業周辺海域整備事業（平成 28 年 5 月 10 日岩礁破碎等許可）、那覇空港滑走路増設事業整備（平成 29 年 3 月 9 日岩礁破碎等許可）と、すべての公有水面埋立事案において、岩礁破碎等許可申請をして許可を得たうえで岩礁破碎等を伴う工事がなされている。

漁業協同組合が漁業権の一部消滅等の決議をしただけでは漁業権は消滅せず、岩礁破碎等を行うためには岩礁破碎等許可を要するということは、確立した行政実務である。

(5) 小括

「漁場の区域」は行政行為（免許）によって定められるものであるから行政行為の効果を私人（漁業権者）の意思表示で変動させることはできないこと、現行漁業法は私的恣意を排除して水面の総合的高度利用をするために漁業権の内容を予め漁場計画で定めてこの漁場計画と異なる免許をなし得ないとしているものであり私人（漁業権者）の意思表示で「漁場の区域」を変動させることを認めることは漁場計画制度と相容れないことより、漁業権者の意思に基づく「漁場の区域」の縮小は、変更免許によってなされるものである。

したがって、名護漁業協同組合が、本件水域について漁業権の一部放棄の特別決議をしても、その決議は漁業法上の「放棄」と性質決定されるものではなく、「漁場の区域」の縮小についての変更免許がなされていない以上、本件水域は、漁業権の「漁場の区域」に含まれ、「漁業権の設定されている漁場」に該当しているものである。

4 一部の下級審裁判例に見られた漁業権者の意思に基づく「漁場の区域」の縮小の漁業法上の性質決定についての誤り

漁業権者の意思に基づく「漁場の区域」の縮小が漁業権の「変更」に該当することは明治漁業法の解釈、現行漁業法制定後の解釈においても当然のこととされてきたものであり、現行漁業法下の裁判例においても、高松地裁昭和 45 年 4 月 6 日判決は、「漁業権の一部放棄の場合は、漁業権の変更に当る」と明確に判示している。また、最高裁昭和 60 年 12 月 17 日判決は、漁業権の一部放棄（漁場の区域の一部除外）の性質決定が争点とされた事案ではないものの、前述したとおり、「漁場の区域」の一

部除外を漁業権の「変更」としている。

しかしながら、行政法理論及び漁業権の変更と漁場計画制度についての準用条文の基礎的理解の欠如により、漁業権者の意思に基づく「漁場の区域」の縮小が「変更」に該当しないという誤った判断を示した下級審裁判例があるため、念のため、その誤りを明らかにしておくこととする。

(1) 大分地裁昭和 46 年 7 月 20 日判決・判例タイムズ 265 号 114 頁

本判決は、いわゆる白杵訴訟の一審判決であるが、漁業権者の意思に基づく「漁場の区域」の縮小について、「私権である漁業権は不動産に対する物権の場合と同様その一部を放棄することも許されると解されるし、このような一部放棄について漁業調整その他の公益は全く存しないから、このような漁業権の一部放棄は、漁業法二二条による免許を必要とする『漁業権の変更』には該当せず、このような免許がなくとも効力が生ずるといふべきである。」と判示した。

この判決は、明治漁業法、現行漁業法を通じて、漁業権者の意思に基づく「漁場の区域」の縮小は「変更」に該当し、行政行為（免許）によってなしうることに異論がなかったことについて、初めて異なる解釈を示した裁判例と思われるが、その根拠として、「私権である」ということしか示していない。「漁場の区域」が漁業権の内容をなすことは一義的に明らかであり、これを縮小することは、漁業権の内容を変動させるものである。それにも関わらず、これは漁業法 22 条の「変更」に該当しないとする理由は、一切示されていない。また、私権であるから不動産に対する物権と同様に一部放棄できるという粗雑な論理のみで免許を不要とするのであれば、漁業法 22 条が「分割」につ

いて免許を要するとしていることをどのように理解するのが当然に問題となるが、そのような解釈もまったく示されていない。漁業権の内容が行政行為によって定められるものであり、行政行為の効果を私人の意思表示で変動させることはできないという行政法理論を理解しないものであり、明治漁業法以来の通説・実務と異なる判断を示しているにもかかわらず問題意識すらも示されていないものである。行政法理論についての基礎的理解を欠いた粗雑きわまりない判決であり、同判決についての判例評釈においても、「漁業権の設定行為自身は行政処分であり、公法上の行為であるが、その結果組合に付着した漁業権そのものの性質は法も示す通り私権であり、その放棄の自由であることは所論の通りである。しかし区域の増減とか、漁業権の種類の変更改除等、権利の内容に変動を生じる場合は漁業権の変更として、漁業法制定の趣旨である、漁業の調整、水面の総合的利用、漁業生産力の発展等の観点から、知事は海区漁業調整委員会に諮問し、その意見をきいた上で公益判断に基く免許の処分を為すべきことが定められているのである。なるほど、私権の立場からみれば一部放棄も放棄に違いないし、その意味では、行政庁に対し漁業権登録につき、その一部を抹消することを届出でれば足りるであろう。しかし、漁業行政の立場からすれば、一部放棄された漁区の措置につき公益判断に基き何らかの決定をしなければならない。それは本件の如く埋立てが予定されている場合に限らないからである。従って一部放棄は海区漁業調整上何らかの影響を及ぼすものであり、漁業権設定そのものが公法上の行為であり、公共性との関連をもって処分されているものであるから、その権利内容の変更もまた公共性を伴うものであり私権の立場からみる

一部放棄の自由も、漁業法上の変更の範疇で免許の対象となる。私権といえども公法関係と接触をもつときは、その公法上の制約に服すべきは当然である。そしてその変更免許処分は、放棄の部分を除いた残りの変更された海区全体に対する新しい設権処分であり、一部放棄された海区の単なる登録の抹消措置ではないのである。判旨の一部放棄は行政への届出だけでよい、とする考え方は、おそらく漁業権の主体が同一組合であるから、新たな処分なしに残った海区についての権利はそのまま当然に存続し、当初の設権処分とは別に新たな処分を必要としないものとの判断に立っているように思われるが、それは行政法理論からすれば誤りである。従って、組合が漁業権の全部を放棄する場合は届出をもって、喪失の効力を生ずるものと解される。」(桜田誉「臼杵市における漁業権確認訴訟・大分地裁判決等について」法律のひろば 24 巻 11 号 32 頁)と批判されている。

また、「一部放棄について漁業調整その他の公益は全く存しない。」とする条文上の根拠を同判決はまったく示していないもので、漁業法の解釈を示したとは到底いえないものである。漁業法は、「漁場の区域」については、公益に関わるものとして、漁業権者が「漁場の区域」を選択することはできないとする仕組みを採用しているものである。すなわち、再三述べたとおり、「漁場の区域」は、漁場計画制度によって定められ、漁業権の免許を申請する者が「漁場の区域」を選択することは認められていない。そして、漁業権の変更について、漁業法 22 条は同法 13 条を準用している、したがって、新たに漁場計画が樹立され、その漁場計画によって漁場の区域が定められるものとされ、漁業調整の観点から漁場計画制度によって「漁場の区域」を定めるとい

う仕組みは、漁業権の「変更」に際しても貫徹されているものである。漁場の区域を変動させることについて「漁業調整その他の公益は全く存しない」とすることは、漁業法の基本的な仕組み、条文の構造についての無理解を露呈したものというほかはない。

漁業法の条文構造、仕組みに即した法解釈は皆無であり、到底支持し得る内容ではない。

(2) 福岡高裁昭和 48 年 10 月 19 日判決・訟務月報 20 卷 1 号 34 頁

ア 本判決の要点

本判決は、いわゆる白杵訴訟の控訴審判決であるが、漁業権の「変更」は「設権」行為であるから、権利の拡張のみが「変更」に該当する、漁業法 22 条に定める漁業権の分割または変更の場合にあつては漁場計画制度よりする広義の漁業調整上の必要に対する配慮は要求されていない、として、漁場の区域の縮小は漁業権の「変更」に該当しないとしたものである。

しかし、このいずれの理由も、漁業法の解釈として成り立ちえないことは明らかである。

イ 「変更」は設権行為であるから「縮小」は含まないとしたことの誤り

漁業権の「変更」は「設権」行為であるから権利の拡張のみが「変更」に該当するという、あまりにも杜撰な誤った見解を最初に示したのが、この判決であると思われる。

同判決は「漁業権は、右諸条件、すなわち、漁業種類（漁具、漁法及び漁獲物の種類）、漁場の位置及び区域並びに漁業時期といった

がごとき権利内容を具体的に定めて免許されるものであるから、これら諸条件が変更されれば、その変更された部分についていかぎり、新たに権利が設定されたものと目すべき関係にあり、従つて、漁業権の変更についても、漁業権の設定を受ける場合と同様、都道府県知事の免許にかからしめらるべきことは、むしろ当然であり、これが、漁業法二二条一項の規定が設けられているゆえんである(すなわち、漁業権の変更は、講学上いわゆる変権行為にあたるものと解されるから、いわゆる設権行為及び剥権行為の結合としての性質を有するものであるところ、漁業法二二条一項は漁業権者の出願による変更の場合を規定し、同法三九条は公益上の必要を理由とする行政庁の処分としてのそれを規定しているものと理解される。)。換言すれば、同法二二条一項は、漁業権を分割し、または変更しようとするときは、都道府県知事の免許を受けるべきことを規定しているところ、漁業権の分割とは、一個の漁業権を分割して二個以上の漁業権とすることであり、従前の漁業権を消滅させて、相互に抵触することのない権利内容の、二個以上の漁業権を新たに設定することに帰着するから、結局、同条項の趣旨とするところは、分割の場合にせよ変更の場合にせよ、新たな設権行為としての実質を持つ場合について、都道府県知事の免許を要すべきことを定めたものにほかならない。ただ、ここに漁業権の分割といい、あるいはその変更といつても、広義においては、漁業権の内容を変えることにあたるが、前者の場合にあつては、実質的には純然たる漁業免許であり、後者の場合にあつては、いわば追加的(部分的)漁業免許の性質を有するにとどまる点において、両者の異別あるものというべきであ

る。そうすると、つまるところ、漁業権の放棄は、私権たる財産権の性質に基づき、一般私権に共通した権利消滅原因として漁業権消滅の効果を生ぜしめるものであるのに対し、漁業権の変更は、従前の漁業権との同一性を害しない限度で新たな権利の付与たるべき性質を有するとともに、当該変更された権利内容に従つてではあるが、あくまで従前の漁業権を保有、行使することを前提とするものであることは、いうをまたないところである。しかるに、いま問題となつている、漁業権の目的たる水面(漁場)の一部を縮小することは、その縮小された水面についてみるかぎり、従前免許されていた漁業権の消滅をもたらすものであつて、同一水面にこれと抵触しない別個の漁業権が成立している場合に、当該別個の漁業権が存続するのは格別、従前の漁業権については、それがどのような権利態様のものとしてであれ、何びとも漁業権を保有、行使しないという状態を現出するものであるから、漁業権の権利内容に変動(縮減)が生じているとはいえ、新たな設権処分としての実質をそなえるものではない。」「漁業法二二条に定める、漁業権の分割または変更の場合にあつては、漁場計画制度よりする広義の漁業調整上の必要に対する配慮は、必ずしも要求されていないものと解するのほかはなく、そうだとするならばまた、漁業権の目的たる水面(漁場)の一部縮小の場合について、漁場計画制度ないし広義の漁業調整上の必要を強調して、これが漁場(漁業権の目的たる水面)の一部における漁業権の放棄にあたることを否定する根拠となし得ない」として、漁場の区域の縮小は「変更」には該当しないとの判断を示した。

権利の拡張のみが「変更」であるとするところについては条文には

なんらそのような限定は付されていないものであり、殊更に条文の文言自体にはない限定を付して解釈をするのであれば、あえて条文の文言にはない限定を付す積極的な根拠が必要である。しかし、権利の拡張のみが免許の対象であるとの一般的な行政法理論が存するものでない。漁業権の内容は、行政行為（免許）によって定められるのであり、「漁場の区域」は行政行為（免許）によって定められるのであるから、この権利の内容を変動させるためには新たな行政行為を要するものというべきであり、行政法の理論からも到底首肯することはできない。なお、行政行為による既存の権利の変動が「特許」「設権行為」という概念に該当することは当然である（田中二郎『新版行政法上巻全訂第二版』123頁）。

明治漁業法においても漁場の縮小は「変更」に該当するという解釈が確立していたものであるが、現行漁業法制定時にこれを変更するとの議論も存しなかったものである。明治漁業法においても、現行漁業法のそれまでの解釈にも存しなかった、このような珍奇な解釈が成り立ちえないことは明らかである。

寶金敏明氏（当時法務大臣官房訟務部付検事）は、同判決の評釈において、「漁場の一部縮小には、新たな設権処分としての実質がないから、変権行為たる漁業権の変更に該当しないという点は、行政法理に照らし、疑問である。判旨が正当に説示するとおり、変権行為は設定行為と剥権行為との結合としての性質を有する。そして、漁業権の目的たる水面（漁場）の一部放棄に対応する変更免許は、権利の与奪という点に着目すれば、従前の漁業権を奪う一方、縮減された漁場に対する新たな漁業権を設定する行為に他ならない...し

たがって、漁業権の一部放棄は、漁業権の変更（漁業法二二条二項）として、変更免許（特許）を受けなければ、その効力を生じないといふべきである」（寶金敏明「いわゆる臼杵市公害予防闘争控訴審判決について」法律のひろば 69 頁）としている。

なお、臼杵訴訟においては、当事者が、現行漁業法立案担当課の手になる水産庁経済課編『漁業制度の改革』を引用して主張を展開していたものであるが、先に引用したとおり、同書に「漁業権の設定 全く新しく設定される」と以上に述べた広い意味の漁業権の変更 既にある漁業権が内容を変える、その態様として狭義の変更と分割と期間延長の三者 は、いずれも権利が設定されるという本質において設権行為であるので、知事の免許を要することとした。」（525 頁）とされ、「設権行為」という言葉が使われていることから、権利の拡張以外はここにいう「変更」に該当しないというあまりにも杜撰な議論がなされたのではないかと考えられる。しかし、権利の拡張のみが「変更」であるということが論理的に成り立たないことはこれまで述べてきたことから明らかである。そして、現行漁業法について、立案担当課が権利の拡張のみが「変更」であるとの見解を採用していたものではないことは、次のことから明らかである。現行漁業法は昭和 25 年 3 月 14 日に施行され、立案担当課である水産庁経済課編の手になる『漁業制度の改革』が発行されたのは同年 4 月 10 日である。そして、現行漁業法施行の約 2 年後の昭和 27 年 10 月 2 日に発せられた水産庁漁政部長通知「漁業法第二二条の事務取扱上の解釈について」において「一 共同漁業権 イ 漁場の変更 (A) 漁場を拡張する場合 当初の漁場計画の際の測量

の誤り等の理由で止むを得ず漁場を拡張する場合、その漁業権の本質が変わらず、かつ、他の漁業に影響を及ぼさない程度の拡張ならば、法第二十二条の変更として処理することは差し支えないが、拡張の範囲が相当大きくなると近隣の漁業にも影響を及ぼすことは必至であるから、このような場合には法第二十二条で処理せず、新規計画として処理すべきである。(B) 漁場を縮小する場合 他漁業と関係がないものと考えられるから法第二十二条の変更手続きでよい。」とされ、漁場の縮小が漁業法 22 条の漁業権の「変更」に該当するという水産庁の見解が一義的に明らかにされていたものである。「変更」という文言自体から権利の拡張のみを示すとの理解が導かれるものではないし、明治漁業法においても「変更」には漁場の縮小は「変更」に該当すると解釈されていたものであるがこれを変更するとの議論は存せず、逆に現行漁業法施行の 2 年後の昭和 27 年の水産庁漁政部長の通知において漁場の区域の縮小は漁業法 22 条の「変更」に該当すると明記されているのである。したがって、現行漁業法は、漁場の区域の縮小という漁業権の内容の変動が漁業法 22 条にいう「変更」に該当するとの理解のもとに立法されたものであるというべきである。

なお、前述のとおり、最高裁昭和 60 年 12 月 17 日判決は、埋立対象区域を漁業権の漁場の区域から除外する旨の漁業権の変更を議決し、漁業法 22 条に基づき変更免許を受けた事案について、「漁業権変更の議決を無効とすることはできない。」としており、漁場の区域の一部除外を漁業権の「変更」としているものであるから、最高裁判例が、漁場の区域の追加のみが「変更」に該当するとの立場を

採用していないことは明らかである。

ウ 漁業権の「変更」について広義の漁業調整上の必要に対する配慮は要求されていないとしたことの誤り

漁業法 22 条に定める漁業権の分割または変更の場合にあつては漁場計画制度よりする広義の漁業調整上の必要に対する配慮は要求されていないとしたことについては、漁業法の条文の準用の構造すら理解していないことを露呈したものである。

(ア) 同判決は、要するに、漁業法 22 条 2 項は漁業上の紛争防止の意味での漁業調整（狭義の意味における漁業調整）を規定しており「漁業上の総合利用を図り、漁業生産力を維持発展させる」という意味での漁業調整（広義の意味における漁業調整）を規定していないこと（すなわち、漁業法 22 条 2 項は現在の漁業法 11 条 1 項にいう「当該漁業の免許をしても漁業調整その他公益に支障を及ぼさないと認めるとき」と同義であること）及びいわゆる先願主義を採っていた明治漁業法における漁業権の分割変更を定めた規定と現行漁業法の漁業権の分割変更について定めた規定を比較すると両規定の内容は殆んど同一のものであることより、「漁業法二二条に定める、漁業権の分割または変更の場合にあつては、漁場計画制度よりする広義の漁業調整上の必要に対する配慮は、必ずしも要求されていないものと解するのほかはなく、そうだとするならばまた、漁業権の目的たる水面（漁場）の一部縮少の場合について、漁場計画制度ないし広義の漁業調整上の必要を強調して、これが漁場（漁業権の目的たる水面）の一部における漁業権の放棄にあたることを否定する根拠となし得ないことは、明ら

かなところである。」と結論づけたものである。

この判決もまた、一審判決と同様に、漁業法 22 条 3 項により漁業法 13 条 1 項が準用されているという漁業法の条文構造を理解していないものであり、前提を誤ったものである。

- (イ) 漁業法 22 条 2 項は、「都道府県知事は、漁業調整その他公益に支障を及ぼすと認める場合は、前項の免許をしてはならない。」と定めているが、同項にいう「漁業調整その他公益」が狭義の意味における漁業調整を意味するものであり、「漁業上の総合利用を図り、漁業生産力を維持発展させる」という意味での漁業調整（広義の意味における漁業調整）を指すものではないことは、立法の経緯よりしても明らかであり、争いはない。

現在の漁業法 22 条 2 項は、昭和 37 年の漁業法改正で挿入されたものである。すなわち、昭和 37 年改正前の漁業法 22 条は、2 項までしかなかったものであるが、昭和 37 年改正により現行の 2 項が挿入され、それ以前の 2 項が内容そのままに 3 項とされたものである。これは、漁業法 13 条と 11 条の改正に伴うものである。昭和 24 年の漁業法制定時、漁業法 13 条 1 項 4 号は、免許をしない場合として「漁業調整その他公益上の必要があると認める場合」を規定しており、漁業法 22 条 2 項により変更免許について準用されていた。他方、同法 11 条 1 項は、現在の規定とは異なり、「都道府県知事は、漁業の免許について、海区漁業調整委員会の意見をきき、漁業種類、漁場の位置及び区域、漁業時期その他免許の内容たるべき事項、申請期間並びに共同漁業についてはその関係地区を定めなければならない。」と定めていた。すな

わち、現在の規定にある「漁業上の総合利用を図り、漁業生産力を維持発展させるためには漁業権の内容たる漁業の免許をする必要があり、かつ、当該漁業の免許をしても漁業調整その他公益に支障を及ぼさないと認めるとき」ということが規定されていなかった。そして、昭和 37 年改正では、「漁業上の総合利用を図り、漁業生産力を維持発展させるためには漁業権の内容たる漁業の免許をする必要があり、かつ、当該漁業の免許をしても漁業調整その他公益に支障を及ぼさないと認めるとき」という判断は、免許申請に対して免許を付与するか否かの段階ではなく、漁場計画の樹立の際に判断されるべきものであることから、漁業法 11 条 1 項に「漁業上の総合利用を図り、漁業生産力を維持発展させるためには漁業権の内容たる漁業の免許をする必要があり、かつ、当該漁業の免許をしても漁業調整その他公益に支障を及ぼさないと認めるとき」という文言を加えるとともに、13 条 1 項 4 号を削除し、昭和 37 年改正前の 13 条 1 項 4 号と同じ内容を 22 条 2 項として規定したものである。

以上のとおり、たしかに現在の漁業 22 条 2 項自体は、狭義の意味における漁業調整について規定しているものである。

しかし、このことをもって、「漁業法二二条に定める、漁業権の分割または変更の場合にあつては、漁場計画制度よりする広義の漁業調整上の必要に対する配慮は、必ずしも要求されていない」とすることは、およそ論理をなすものではない。

これまで述べてきたとおり、漁業法 22 条 3 項(昭和 37 年改正前の 22 条 2 項)は、変更免許について第 13 条を準用しており、

第 13 条 1 項 2 号は漁場計画の内容と異なる免許申請があった場合に免許をしてはならないことを定めているのである。したがって、「法第 22 条第 3 項において準用する法第 13 条第 1 項第 2 号の規定上、漁場計画を見直し、法第 11 条第 1 項の規定に基づきこれを事前に決定の上公示しなければならず、これ以外の手続による運用が認められる余地はない。」(平成 14 年 8 月 6 日付け水管第 1745 号水産庁長官通知)ものである。

漁業法 22 条 2 項にいう「漁業調整」が狭義の意味におけるそれであるということから、「漁業法二二条に定める、漁業権の分割または変更の場合にあつては、漁場計画制度よりする広義の漁業調整上の必要に対する配慮は、必ずしも要求されていない」とすることはできず、同判決は、漁業法の条文の準用の構造を理解せず、誤った前提に立って判断をしたものである。

浜本幸生『〔最新〕早わかり「漁業法」解説』は、漁業法 22 条の変更免許について、「変更免許(第二十二条) (1) 変更免許は、設定免許(第十条)に対応する処分 次に第二十二条について申し上げますと、『変更免許』の規定ですが、これは第十条に対応した規定です。すなわち、第十条は『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受けなければならない』という規定です。これに対して、第二十二条は、一度設定したものを変更する免許です。従って、第二十二条は第十条に対応しているわけです。(2) 法律的には、変更免許は新規免許と同一 法律的には、従来の漁業権を変更するということ(従来の漁業権は生かしておく。)と、従来の漁業権を変更した新し

い内容の漁業権を新規に免許すること（従来の漁業権はなくす。）とは、法律的には同じです。第二十二条の変更免許の基準と、新規免許の際の基準、すなわち第十三条とは、これは法律的に全く同一です。というのは、新規免許も変更免許も法的には全く同じく、どちらも新しい内容の漁業権を免許することになるからです。(3) 第二十二条第二項は、三十七年の法律改正で新設された規定 ただし、第二十二条第二項ですが、これだけが第十三条の新規免許の基準には、現在の法律では、書かれていないわけです。『漁業調整その他公益に支障を及ぼすと認める場合は、免許してはならない』と規定はございません。ところが三十七年の法律改正までは、第二十二条第二項の規定は、第十三条第一項四号の規定として入っておったわけです。ですから、三十七年の法律改正で、第十三条から現在の第二十二条第二項の規定を抜いたので、それを埋め合わせしなければならないために、変更免許の方だけにこの第二項の規定を入れたということでございます。このことは、今申上げたように、三十七年の法律改正前までは、『漁業調整その他の公益に支障を及ぼすときは免許しない』というのが第十三条の一項の中に入っていたわけです。ところが、三十七年の法律改正で、『漁業調整その他公益に支障を及ぼす場合には、漁業計画を立てない』ということが第十一条に書かれたわけです。第十一条の規定は、『都道府県知事はその管轄に属する水面につき、漁業上の総合利用を図り漁業生産力を発展させるため（すなわち「漁業調整」のため）には漁業権の免許をする必要があり、かつ、当該漁業の免許をしても漁業調整その他公益に支

障を及ぼさないと認めるときは、漁場計画を樹立する』という規定です。『漁業調整その他公益に支障を及ぼす』というのは、免許をしない基準のところで見るとはならず、そもそも免許申請ができるかできないかを決めてしまう漁業計画の樹立のところで見ってしまったのです。そういうことで、第十三条の方から抜いたわけです。(4) 変更免許にも、漁場計画の樹立が必要である。しかし、変更免許の場合においても、第二十二條第三項の規定によって、新規免許の基準である第十三條(免許をしない場合)が準用されており、従って、同條一項二号に規定する『第十一條第五項の規定により公示した漁業の免許の内容と異なる申請があつた場合には、免許してはならない。』という規定が準用されているのであります。同項にいう『第十一條第五項の規定による公示』とは、すなわち『漁場計画の公示』であるから、『漁場計画の公示』は、変更免許の際にも必要なものとなる。このことは、昭和六一年五月二八日付けの参議院議長あて内閣の回答によって明らかにされています。」(306~308頁)とされている。

(ウ) 同判決は、「いわゆる先願主義を採つていた明治漁業法一〇条及び二八条と、先願主義を排して漁場計画主義に立脚した現行漁業法二二条(ことに、右改正前のそれ。)及び三一条とを比照すると、漁業権の分割または変更を定めた彼我両規定の内容は、殆んど同一のものであることが明瞭である。」⁶とする。

⁶ なお、漁場計画制度との関係ではないが、明治漁業法10条が「漁業権ハ行政官庁ノ許可ヲ受クルニ非サレハ之ヲ分割シ其ノ他変更スルコトヲ得ス」としていたことと現行漁業法22条1項の「漁業権を分割し、又は変更しようとするときは、都道府県知事に申請してその免許を受けなければならない。」という規定の同一性をいうのであれば、明治漁業法10条にいう「変更」には漁場の縮小が含まれることに解釈上争いがなかったものであるから、現行漁業法22条1項にいう「変更」には漁場の縮小が含まれること

明治漁業法は「漁業権ハ行政官庁ノ許可ヲ受クルニ非サレハ之ヲ分割シ其ノ他変更スルコトヲ得ス」(10条)、「漁業権ハ登録シタル権利者ノ同意アルニ非サレハ之ヲ分割、変更又ハ放棄スルコトヲ得ス」(28条)と規定していたものであり、漁業権の変更について現在の漁業法 22 条 1 項のみを殊更に取り出して対比するならば「殆ど同一」と言えないわけではない。

しかし、何度も述べているとおり、現在の漁業法 22 条 3 項は「第一項の場合においては、第十二条（海区漁業調整委員会への諮問）及び第十三条（免許をしない場合）の規定を準用する。」と定めており、漁業権の変更についても漁場計画制度を採用しているのであるから、漁場計画制度を知らない明治漁業法の漁業権の変更と現行漁業法 22 条では、「殆ど同一」ではないどころか、まったく異なる制度となっているものである。現行漁業法 22 条が 13 条を準用している意味をまったく理解しない、漁業法に対する基礎的な理解を欠いた判示であるというほかはない。

また、現行漁業法は免許の設定について漁場計画制度を採用して「漁場の区域」などの漁業権の内容を免許申請者が選択することはできないものとしているのであるから、漁業権者が自由に「漁場の区域」などの漁業権の内容を変動させることを認めるならば、漁場計画制度がしり抜けになってしまうことは、あまりにも見やすい理であり、「現行法では水面を総合的に利用する目的のもとに予め漁場計画に従って決められるものである（漁業権の公的性格ないし社会性）。権利者による漁業権の勝手な変更が許

は当然であるというべきであろう。同判決における明治漁業法と現行漁業法との関係における判示は、恣意的かつ非論理的である。

されない」(大國仁『漁業制度序説』91頁)ものである。

- (I) 以上述べたとおり、同判決は、現行漁業法における漁場計画制度の意義、漁場計画制度による広義の漁業調整が漁業法 22 条による漁業権の変更についても貫徹される仕組みとしている漁業法の条文の準用関係(漁業法 22 条による同法 13 条の準用)をすら理解していないものである。

漁業法 22 条に定める漁業権の分割または変更の場合にあっては漁場計画制度よりする広義の漁業調整上の必要に対する配慮は要求されていないとした同判決の理解が誤りであることは余りにも明らかである。

- (3) 鹿児島地裁昭和 62 年 5 月 29 日判決・判例時報 1249 号 46 頁

本判決は、「本件公有水面に関し五七号共同漁業権を放棄することについて、漁業法二二条に基づく知事の変更免許を受けていないことが窺われるけれども、新たな漁場区域を一部加えることなく、従前の漁場区域を一部除外し、もつて漁業権の一部を放棄することは新たな権利の設定を受けるわけではないから、右法条にいう知事の免許を要する『漁業権の変更』には当たらない」としている。

この判決も、「従前の漁場区域を一部除外し、もつて漁業権の一部を放棄することは新たな権利の設定を受けるわけではないから、右法条にいう知事の免許を要する『漁業権の変更』には当たらない」とする結論を示したのみである。漁業法 22 条の条文の文言自体には示されていない限定を付す理由は一切示されていないもので、およそ判断の名に値するものではない。そして、この結論が誤りであることはこれ

まで述べてきたとおりである。

なお、同判決の控訴審である福岡高裁宮崎支部平成元年5月15日判決・判例タイムズ710号143頁は、上記一審判決の理由は維持せず、これを変更して、「漁協は、公有水面埋立完成によると漁業権の事実上の消滅に同意したに過ぎず埋立完成までは漁業権は消滅しない」とした。

(4) 仙台高裁昭和63年3月28日判決・訟務月報34巻10号1967頁

ア 判決要旨

本判決は、「従前の漁場区域を一部除外し、漁業権の一部を放棄することは、新たな権利の設定を受けるわけではないから、漁業法二二条一項の変更免許を受けなければ法的な効果を生じないものとは解されないし、なお漁業法二二条、一一条その他の規定に照らしてみても、右のような漁業権の一部放棄の決議を受けてなされる変更免許に際し、漁場計画の樹立が法律上要求されているものとも認められない」としている。

イ 「新たな権利の設定を受けるわけではない」としたことの誤り

「新たな権利の設定を受けるわけではないから、漁業法二二条一項の変更免許を受けなければ法的な効果を生じない」という結論のみが示されただけであり、漁業法の条文の文言にはそのような限定も付されておらず（「変更」という文言自体は権利の拡張のみを示すとの意味は含まれない。）また、水産庁通知等は漁場の縮小を漁業法22条の「変更」としているにもかかわらず、同判決がかかる結論を導いた理由はなに一つ示されていない。

再三述べたとおり、漁業権の内容は免許という行政行為によって設定されるものであり、「漁場の区域」も免許によって定められるものであるから、免許の内容を私人の意思表示で変動させることはできず、新たな行政行為(変更免許)が必要であることは当然であり、同判決が誤りであることは、これまで述べてきたことから明らかである。

ウ 「変更免許に際し、漁場計画の樹立が法律上要求されているものとも認められない」とした誤り

同判決は、「漁業法二二条、一一條その他の規定に照らしてみても、右のような漁業権の一部放棄の決議を受けてなされる変更免許に際し、漁場計画の樹立が法律上要求されているものとも認められないから、これを欠くことにより右漁業権の放棄が効力を生じていないとの控訴人の主張は採用し難い」と判示している。

しかし、「変更免許に際し、漁場計画の樹立が法律上要求されている」ことは、「漁業法二二条、一一條その他の規定に照らし」て明らかである。

くり返しになるが、漁業法 22 条 3 項は同法 13 条を引用しており、同法 13 条 1 項は「第十一条第五項の規定により公示した漁業の免許の内容と異なる申請があつた場合」には免許をしてはならないことを定めている。そして、同法 11 条 5 項は「第一項又は第二項の規定により免許の内容たるべき事項、免許予定日、申請期間及び地元地区若しくは関係地区を定め、又はこれを変更したときは、都道府県知事は、これを公示しなければならない。」と定めている。同条 1 項は「都道府県知事は、その管轄に属する水面につき、漁業上の

総合利用を図り、漁業生産力を維持発展させるためには漁業権の内容たる漁業の免許をする必要があり、かつ、当該漁業の免許をしても漁業調整その他公益に支障を及ぼさないと認めるときは、当該漁業の免許について、海区漁業調整委員会の意見をきき、漁業種類、漁場の位置及び区域、漁業時期その他免許の内容たるべき事項、免許予定日、申請期間並びに定置漁業及び区画漁業についてはその地元地区（自然的及び社会経済的条件により当該漁業の漁場が属すると認められる地区をいう。）共同漁業についてはその関係地区を定めなければならない。」と定め、同条2項は「都道府県知事は、海区漁業調整委員会の意見をきいて、前項の規定により定めた免許の内容たるべき事項、免許予定日、申請期間又は地元地区若しくは関係地区を変更することができる。」と定めている。この条文の文理より、漁場計画によって定まった「漁業種類、漁場の位置及び区域、漁業時期その他免許の内容たるべき事項」と異なる変更免許の申請がなされても免許をすることができないことは形式的、一義的に明らかである。新たに漁場計画を樹立することなく「漁場の区域」等の内容が異なる変更免許の申請をしたならば、「第十一条第五項の規定により公示した漁業の免許の内容と異なる申請があつた場合」に該当するから、変更免許をすることはできない。既存の漁場計画の内容で定まった漁業権の内容と異なった内容に漁業権を変更するには、その異なった漁業権を内容とする漁場計画を新たに樹立し、その新たな漁場計画の内容のもとに変更免許がなされなければならない。

以上のとおり、変更免許をするためには新たな漁場計画の樹立が必要であることは、「漁業法二二条、一一條その他の規定」の文理自

体から当然のことであり、同判決は、漁業法の条文の準用構造すら理解をしていないものであり、あまりにも杜撰な判断であると言わざるを得ない。

5 水産庁の見解の豹変とその不合理・不自然性

(1) 平成 29 年 3 月 14 日付け 28 水管第 2332 号

ア 防衛省整備計画局長による水産庁長官に対する照会（平成 29 年 3 月 10 日付け防整提第 2981 号）

(ア) 沖縄防衛局が岩礁破碎等許可申請をしないで平成 29 年 4 月 1 日以降の埋立工事をすることを検討しているとの新聞報道（平成 29 年 1 月 28 日付けの沖縄タイムス記事、琉球新報記事等）がなされたため、沖縄県は沖縄防衛局に対して、平成 29 年 2 月 3 日付け農水第 2338 号「普天間飛行場代替施設建設工事に係る岩礁破碎等許可手続について」及び平成 29 年 2 月 15 日付け農水第 2444 号「普天間飛行場代替施設建設工事に係る岩礁破碎等許可手続について」により、普天間飛行場代替施設建設工事に係る岩礁破碎等行為については、沖縄県漁業調整規則 39 条に基づき知事の許可を受ける必要がある旨を通知した。

(イ) 防衛省整備計画局長は、平成 29 年 3 月 10 日付け防整提第 2981 号「沖縄県漁業調整規則第 39 条の解釈について(照会)」により、水産庁長官に対して、以下のとおり、照会をした。

水産資源保護法（昭和 26 年法律第 313 号）第 4 条第 2 項の規定に基づき制定され、同条第 7 項の規定に基づく農林水産大臣の認可を受けた沖縄

県漁業調整規則（昭和 47 年沖縄県規則第 143 号）第 39 条第 1 項に定める「漁業権の設定されている漁場内」の解釈について、別添 1 から別添 3 までのとおり沖縄県知事等と沖縄防衛局長との間でやり取りがなされたところ、下記のとおり解釈して支障ないか確認をしたいので、至急御回答下さるようお願いいたします。

記

沖縄県漁業調整規則第 39 条第 1 項においては、「漁業権の設定されている漁場内」において岩礁の破碎又は土砂若しくは岩石の採取を行うためには、知事の許可を受けなければならない旨規定されている。

漁業権の設定されている漁場内のうちの一部の区域について、当該漁業権が、法定の手続である漁業法（昭和 24 年法律第 267 号）第 31 条の規定に基づく組合員の同意及び水産業協同組合法（昭和 23 年法律第 242 号）第 50 条の規定に基づく特別決議を経て放棄された場合、漁業法第 22 条の規定に基づく漁業権の変更の免許を受けなくても当該漁業権は消滅していることから、沖縄県漁業調整規則第 39 条第 1 項に定める「漁業権の設定されている漁場内」に当たらない。したがって、当該区域内において岩礁を破碎し、又は土砂若しくは岩石を採取しようとする場合には、同項に定める知事の許可を受ける必要はない。

- (ウ) この防衛省整備計画局長の照会に示された見解が、3(4)に示した水産庁の通知や政府答弁書の見解と一義的に相容れないものであることは明らかである

たとえば、前記 3(4)ア(ア)に示した政府答弁（答弁書第四一内閣参質一〇二第四一号昭和六十年六月十四日）が、「漁業権を変

更しようとするときは、漁業法（昭和二十四年法律第二百六十七号）上、都道府県知事の免許を受けなければならないこととされており、漁業協同組合の総会で『共同漁業権の一部放棄』が議決されたとしても、そのことにより漁業権が当然に変更されるものではない。」としていたことと矛盾するものであり、この防衛省整備計画局長の照会に示された見解の通り理解する理由は皆無であり、また、従前の政府見解との整合性についての考え方も一切示されていないものであった。

イ 水産庁長官の回答（平成 29 年 3 月 14 日付け 28 水管第 2332 号）

(ア) 水産庁長官は、上記照会の 4 日後に、平成 29 年 3 月 14 日付け 28 水管第 2332 号をもって下記のとおり防衛省整備計画局長に回答し、かつ、同日付けで都道府県知事にこの回答を通知した（以下「平成 29 年 3 月 14 日付け水産庁長官回答」ということがある。）。

沖縄県漁業調整規則（昭和 47 年沖縄県規則第 143 号）第 39 条第 1 項に対応している都道府県漁業調整規則例（平成 19 年 8 月 30 日付け 19 水管第 1589 号水産庁長官通知）第 45 条第 1 項においては、「漁業権の設定されている漁場内」において岩礁の破砕又は土砂若しくは岩石の採取（以下「岩礁破砕等」という。）を行うためには、知事の許可を受けなければならない旨規定されている。

漁業権の設定されている漁場内のうちの一部の区域について、漁業権が、法定の手続である漁業法（昭和 24 年法律第 267 号）第 31 条の規定に基づく組合員の同意及び水産業協同組合法（昭和 23 年法律第 242 号）第 50 条の規定に基づく特別決議を経て放棄された場合、漁業法第 22 条の規定に基

づく漁業権の変更の免許を受けなくても漁業権は消滅し、当該区域は、「漁業権の設定されている漁場内」に当たらず、岩礁破砕等を行うために許可を受ける必要はないと解される。

当庁においては、上記解釈の下、沖縄県漁業調整規則を認可したところであり、沖縄県漁業調整規則の解釈・運用についても、上記の解釈を前提に行われる必要があると考えている。

- (イ) この水産庁長官の回答は、末尾の「当庁においては、上記解釈の下、沖縄県漁業調整規則を認可したところであり、沖縄県漁業調整規則の解釈・運用についても、上記の解釈を前提に行われる必要があると考えている。」が付加されている点を除き、防衛省整備計画局長の照会内容を引き写したに等しいものであるが、その照会内容は従前の政府答弁書と一義的に矛盾するものである。

そうすると、防衛省整備計画局長の照会内容のとおりとする見解を示すならば、従前の政府答弁、水産庁通知の見解を変更するとしなければ一義的な論理矛盾ということになる。

しかし、水産庁長官の回答は、「上記解釈の下、沖縄県漁業調整規則を認可した」としており、政府、水産庁の見解を変更したとはしていないのであるから、およそ論理をなしていないと言わざるを得ないものであった。

- (ウ) 水産庁長官の上記回答、都道府県知事への通知の翌日、沖縄防衛局職員が沖縄県庁を訪れ、沖縄防衛局長から沖縄県知事に宛てた平成 29 年 3 月 15 日付け沖防第 1280 号「普天間飛行場代替施設建設工事に係る岩礁破砕等許可手続について（通知）」を提出

したが、その内容は、以下のとおりであった。

標記について、平成 29 年 2 月 3 日付け農水第 2338 号及び同月 15 日付け農水第 2444 号により、貴県の見解が示されたところですが、標記許可手続の法的根拠である水産資源保護法(昭和 26 年法律第 313 号)等を所管する水産庁に対し別添 1 のとおり照会し、同庁から別添 2 のとおり回答を得たところです。

当該回答に示された見解に照らせば、標記工事の施行海域は、既に漁業権が消滅し、沖縄県漁業調整規則(昭和 47 年沖縄県規則第 143 号)第 39 条第 1 項に規定する「漁業権の設定されている漁場内」には当たらないことから、同項に規定する知事の許可を受ける必要はなくなったところです。

したがいまして、当局としては、標記工事の施行に際し、今後、同条第 2 項に規定する申請は行わないこととしております。

添付書類：1 防整提第 2981 号(29.3.10)

2 28 水管第 2332 号(平成 29 年 3 月 14 日)

(I) 防衛省整備計画局長の照会書に示された見解が従前の政府答弁書や水産庁の見解と相容れないものであることは明らかであるにもかかわらず、照会を受けた僅か 4 日後には実質的にはこの照会書の見解をそのまま引き写した内容を水産庁長官の見解として回答し、都道府県知事に同日付けで発したことは、辺野古新基地建設のために法解釈を捻じ曲げたとしか理解できないものであった。

平成 29 年 3 月 16 日の沖縄県知事コメントは、「水産庁長官の

平成 29 年 3 月 14 日付け文書が添えられておりましたが、その内容は、これまでの政府見解や、水産庁自らが行ってきた地方自治法に基づく技術的助言と整合するとは到底考えられない内容でありました。従来 of 国の見解としては、昭和 60 年や平成元年の政府見解の他、10 年に 1 度の漁業権一斉切替の際に各都道府県に対して示される、水産庁からの技術的助言が存在し、これらに基づいて、全国的に行政実例が積み重ねられてきたと認識しております。しかしながら、今回の水産庁の文書は、長年示され続けてきた見解が、辺野古案件のために恣意的に変更されたとしか受けとることの出来ない内容であり、政府が常々述べている法治国家とはほど遠く、まさに辺野古唯一という視点しかない、国の強硬な姿勢が浮き彫りになったと考えております。本県における過去の許可の取扱事例を見ても、漁業権の一部放棄がなされたことをもって許可を不要とする取り扱いは行っておりません。直近の那覇空港の事例でも、漁業権者において辺野古埋立と同様の手続がなされているにもかかわらず、新たな許可申請が行われており、今回の沖縄防衛局の対応は、国の二重基準であって、決して許されるものではありません。」としている⁷。

- (オ) 水産庁長官の回答が政府答弁書等に示された従前の政府見解と矛盾していることは明らかであり、平成 29 年 3 月 16 日衆議院安全保障委員会、同月 29 日衆議院農林水産委員会、同年 4 月 18 日衆議院安全保障委員会において、政府参考人として答弁をした

⁷ なお、防衛省整備計画局長が水産庁長官に照会を發する 2 日前の平成 29 年 3 月 8 日、首相官邸において、安倍晋三総理は、和泉洋人首相補佐官、佐藤一雄水産庁長官、定塚誠法務省訟務局長、高橋憲一防衛省整備計画局長と面談をしている。

水産庁長官に対して、過去の政府見解と異なるとの追及がなされた。

(2) 沖縄県知事から水産庁長官に対する照会と実質的な回答拒否という水産庁長官の対応

ア 沖縄県知事の水産庁長官に対する照会(平成 29 年 4 月 25 日付け農水第 290 号)

平成 29 年 3 月 14 日付け水産庁長官回答(28 水管第 2332 号)が、従前の政府答弁書や水産庁の通知等に示された見解と相容れないことが明らかであることから、沖縄県知事は水産庁長官に対し、同回答及びこれに関する水産庁長官の国会における答弁に関して、平成 29 年 4 月 25 日付け農水第 290 号「漁業権の一部放棄と岩礁破碎等許可について(照会)」により、以下の照会事項についての回答を求めた。

第 1 平成 29 年 4 月 18 日衆議院安全保障委員会における政府参考人(水産庁長官)の答弁について

平成 29 年 4 月 18 日衆議院安全保障委員会において、赤嶺政賢議員の質問に対して、貴職は政府参考人として下記のとおり答弁しているが、この政府参考人答弁について、漁業法(昭和 24 年法律第 267 号)第 22 条についての従前示されてきた国の見解(政府答弁書や水産庁長官通知等)との関係や答弁の趣旨について明確にするため、以下の 1 から 6 の点についてお答えいただきたい。

記

【赤嶺委員】

水産庁長官に聞きますが、漁協が共同漁業権の一部放棄を議決したとしても、知事の変更免許がない限り、漁業権が当然に変更されるものではない、つまり、知事が変更免許を与えるか、あるいは実際に埋め立てられてしまうまでは漁業権は消滅されない、消滅されるべきではないという見解をこれまでとっていたのではありませんか。

【佐藤政府参考人】

お答えいたします。埋め立てに当たりまして、事務処理の仕方でございますけれども、漁業協同組合が、知事に対して、埋立予定水面を漁業権の対象区域から除外する漁業権の変更をする意思で一般ママ放棄の総会議決を行いました。その後、知事に対して変更免許を申請するといったような、一部放棄と変更が混同されていた実態があったところでございます。法制的にそれではどうということになるかと申しますと、この二十二条で、漁業権を設定するときは知事の免許が必要ですが、これを変更するときも当然免許が必要になるわけでございますが、条文には、「漁業権を分割し、又は変更しようとするときは、都道府県知事に申請してその免許を受けなければならない。」というふうになっております。他方、漁業法の第三十条におきましては、「漁業権は、第五十条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。」ということになっておりまして、この変更の中には、分割といったものは明らかに書き分けられておりまして、一部放棄というものは変更には該当しないというふうに法律上解釈できるわけでございます。こうしたことから、今申し上げました、全く別個の手続でやれるものですが、これが非常に混乱しておったということで、ご指摘の答弁書は、今言ったような法解釈を前提としまして、一部放棄の議決を行えば知事から漁業権の変更免許が得られるとの誤解が生じないように説明したものでございます。

- 1 「参議院議員久保亘君提出公有水面埋め立て計画に関する漁業補償契約ならびに総会決議に関する質問に対する答弁書(答弁書第四一号内閣参質一〇二第四一号昭和六十年六月十四日)」において示された下記政府答弁について、誤りであるとするのか、それとも誤りではないとするのか、貴職の前記政府参考人答弁はそのいずれの立場に立った見解であるのかお答えいただきたい。

記

【質問】

二 総会決議について

- 3 「埋立への同意」が、漁協総会で議決された場合、共同漁業権は、その決議によつて一部消滅するのか。
- 4 埋立計画に対して、「共同漁業権の一部放棄」が、漁協総会で議決された場合、共同漁業権は、その決議によつて一部消滅するのか。

【政府答弁】

二の3について

御指摘の「埋立への同意」は、公有水面埋立法(大正十年法律第五十七号)第四条第三項第一号の同意を指すものと考えられるが、これにより直ちに共同漁業権が消滅するものではない。

二の4について

漁業権を変更しようとするときは、漁業法(昭和二十四年法律第二百六十七号)上、都道府県知事の免許を受けなければならないこととされており、漁業協同組合の総会で「共同漁業権の一部放棄」が議決されたとしても、そのことにより漁業権が当然に変更されるものではない。

- 2 「参議院議員久保亘君提出共同漁業権の一部放棄及び漁業補償についての漁

協の権限に関する質問に対する答弁書(答弁書第四四号内閣参質一〇四第四四号昭和六十一年五月二十七日)」において示された下記政府答弁について、誤りであるとするのか、それとも誤りではないとするのか、貴職の前記政府参考人答弁はそのいずれの立場に立ったものであるのかお答えいただきたい。

記

【質問】

一 共同漁業権の一部放棄について

昭和六十年五月二十五日、私が提出した質問主意書に対する答弁書(内閣参質一〇二第四一号)において、「漁業権を変更しようとするときは、漁業法上、都道府県知事の免許を受けなければならないこととされており、漁業協同組合の総会で「共同漁業権の一部放棄」が議決されたとしても、そのことにより漁業権が当然に変更されるものではない。」と述べられている。

右答弁に関して、さらに、以下の(一)ないし(三)の質問に答えられたい。

- (一) 埋立計画に対して、「共同漁業権の一部放棄」が漁協総会で議決され、当該議決に基づき漁協より「漁業権の変更免許」の申請があつた場合、都道府県知事は「漁業権の変更免許」をなすことができるか。漁業法第十三条第一項第二号に基づき、右変更免許はできないと解すべきか。
- (二) 埋立計画に対して、「共同漁業権の一部放棄」が漁協総会で議決された場合、都道府県知事が、一部放棄の対象区域を漁場区域から除外した内容の新たな漁場計画を樹立し、その新規の漁場計画の下に、申請に基づき「漁業権の変更免許」をなすことは可能か。漁場計画は、漁場の総合利用と漁業生産力の維持発展を目的として樹立される(漁業法第十一条)ことから、右のような漁場計画の新規樹立は不可能と解すべきか。
- (三) 前述した(一)及び(二)に対する答弁がいずれも「できない」である場

合、「共同漁業権の一部放棄」は、結局、法的には実現せず、一部放棄の対象区域には、従前どおり、一定の資格を有する組合員の「漁業を営む権利」（漁業法第八条）が存在すると解してよいか。

【政府答弁】

一について

漁業法（昭和二十四年法律第二百六十七号）第二十二条第一項の規定による漁業権の変更の免許の申請があつた場合において、同条第三項において準用する同法第十三条第一項第二号に該当するときは、都道府県知事は免許をしてはならないこととされている。

また、御質問のように、漁業権者が漁場区域の縮小を内容とする漁業権の変更の免許を受けようとする場合に都道府県知事がいわゆる漁場計画の見直しを行つた上で変更の免許を行うことについては、漁場区域から除かれる区域について現在免許を有している者に免許を与えておくことが、水面につき漁業上の総合利用を図り漁業生産力を維持発展させるため漁業の免許をする必要がある場合に漁場計画を定めなければならないという制度の趣旨に照らし、必要でない場合には、都道府県知事は、漁業法の規定に従い、漁場計画の見直しを行い、その見直し後の漁場計画に即して漁業権の変更の免許を行うことができると解している。

なお、漁場計画は水面についての漁業上の総合利用ということを考慮して計画されるものであり、これに基づき漁業権が設定されるものであることから、漁場計画に基づいて漁業の免許がなされた後は、原則として漁業権の変更を行うべきでない旨指導してきている。

3 衆議院議員岩垂寿喜男君提出共同漁業権の漁場区域の一部削除に関する質問に対する答弁書（答弁第一一号内閣衆質一一四第一一号平成元年三月十四日）において示された下記政府答弁について、誤りであるとするのか、それと

も誤りではないとするのか、貴職の前記政府参考人答弁はそのいずれの立場に立った見解であるのかお答えいただきたい。

記

【質問】

共同漁業権の漁場区域について、漁業生産力の維持発展上、一部削除は好ましくないものであるが、次のような場合に一部削除することは、漁業法に照らして適法か否か。また、法的に無効か否か。

それぞれのケースについて答えられたい。

- 一 埋立計画に対して、「共同漁業権の一部放棄」が漁協総会で議決され、当該議決に基づき、漁協より「漁業権の変更免許」の申請があった場合、変更免許を通じて、放棄対象海域を一部削除すること。
- 二 漁業権の免許更新時に、埋立計画の存在を理由として埋立予定海域を一部削除すること。
- 三 一と同様なケースで一部削除を内容とする変更免許を行った後、免許更新時に再び同一内容の免許をなすこと。

【政府答弁書】

一について

漁業法(昭和二十四年法律第二百六十七号)第二十二条第一項の規定による漁業権の変更の免許の申請があった場合において、同条第三項において準用する同法第十三条第一項第二号に該当するときは、都道府県知事は免許をしてはならないこととされているが、御質問のように漁業権者から漁場区域の縮小を内容とする漁業権の変更の免許の申請があった場合において、漁場区域から除かれる区域について現在免許を有している者に免許を与えておくことが、水面につき漁業上の総合利用を図り漁業生産力を維持発展させるため漁業の免許

をする必要がある場合に漁場計画を定めなければならないという制度の趣旨に照らし、必要でないときは、都道府県知事は、漁業法の規定に従い、漁場計画の見直しを行い、その見直し後の漁場計画に即して漁業権の変更の免許を行うことができると解している。なお、漁場計画は水面について漁業上の総合利用ということを考慮して計画されるものであり、これに基づき漁業権が設定されるものであることから、漁場計画に基づいて漁業の免許がなされた後は、原則として漁業権の変更を行うべきではない旨指導してきている。

二について

漁業の免許の切替えが行われる場合において、埋立計画に係る水面について漁業上の総合利用を図り漁業生産力を維持発展させるため漁業の免許をする必要があると認められないときに、当該水面について漁場計画を定めないことは、適法である。なお、漁業の免許の切替えが行われる場合において、従来の漁場区域である水面について漁場計画を定めないこととするときは、漁場計画に関する制度の趣旨にかんがみ、特に慎重な検討を行うよう指導してきている。

三について

漁業の免許の切替えが行われる場合において、漁業法の規定に従い、埋立計画に係る水面が漁場区域から除かれた漁場計画を定めたときは、当該漁場計画に即して埋立計画に係る水面を漁場区域から除いた内容の漁業の免許を行うことができる。

- 4 平成 24 年 6 月 8 日付け 24 水管第 684 号「漁場計画の樹立について」および平成 14 年 8 月 6 日付け 14 水管第 1745 号「漁場計画の樹立について」において下記のとおり通知されているが、下記引用の通知に示された見解について、誤りであるとするのか、それとも誤りではないとするのか、貴職の前記政府参

考人答弁はそのいずれの立場に立ったものであるのかお答えいただきたい。

記

漁業補償契約等による「漁業権の変更」について

漁業補償の際に、組合の総会の議決を経た上で、事業者との間で「漁業権の変更(一部放棄)」等を約する旨の契約が交わされる事例が見受けられますが、かかる契約行為はあくまでも当事者間の民事上の問題であり、法第 22 条の規定上、このことにより漁業権が当然に変更されるものではありません。

5 貴職の前記政府参考人答弁は、「埋立予定水面を漁業権の対象から除外する漁業権の変更をする意思で一部放棄の総会議決」を行った場合には、総会議決のみによっては埋立予定水面の漁業権は当然に消滅しないと理解するものか、それとも、総会議決のみにより埋立予定水面の漁業権は当然に消滅すると理解するものか、そのいずれであるのかお答えいただきたい。

6 貴職の前記政府参考人答弁は、「埋立予定水面を漁業権の対象から除外する漁業権の変更をする意思で漁場の区域の縮小の総会議決」を行った場合には、総会議決のみによっては埋立予定水面の漁業権は当然に消滅しないと理解するものか、それとも、総会議決のみにより埋立予定水面の漁業権は当然に消滅すると理解するものか、そのいずれであるのかお答えいただきたい。

第 2 沖縄県漁業調整規則(昭和 47 年 9 月 12 日規則第 143 号)を認可した際の貴庁における漁業法の解釈について

防衛省整備計画局長の照会に対する貴職の回答(平成 29 年 3 月 14 日付け 28 水管第 2332 号)において、貴庁は、漁業法についての一定の解釈の下、沖縄県漁業調整規則を認可したとするものである。

そこで、貴庁がどのような漁業法の解釈の下に沖縄県漁業調整規則を認可したとされているのかを明確にするため、以下の 1 及び 2 についてお答えいた

きたい。

- 1 「都道府県漁業調整規則例」（平成 19 年 8 月 30 日付け 19 水管第 1589 号水産庁長官通知）について

防衛省整備計画局長の照会に対する貴職の回答（平成 29 年 3 月 14 日付け 28 水管第 2332 号）には、「都道府県漁業調整規則例」（平成 19 年 8 月 30 日付け 19 水管第 1589 号水産庁長官通知）第 45 条第 1 項が引用されている。

そこで、貴庁がどのような漁業法の解釈の下に「都道府県漁業調整規則例」（平成 19 年 8 月 30 日付け 19 水管第 1589 号水産庁長官通知）を通知したのかについて明確にするため、以下の(1)(2)についてお答えいただきたい。

- (1) 政府答弁書との関係について

「都道府県漁業調整規則例」（平成 19 年 8 月 30 日付け 19 水管第 1589 号水産庁長官通知）は、第 1 の 1 から 3 に引用した政府答弁書と同様の漁業法の解釈の下に通知したのか、それとも、異なる解釈の下に通知したのか、そのいずれであるのかお答えいただきたい。

- (2) 「漁場計画の樹立において」との関係について

「都道府県漁業調整規則例」（平成 19 年 8 月 30 日付け 19 水管第 1589 号水産庁長官通知）は、第 1 の 4 に引用した「漁場計画の樹立において」の内容と同様の漁業法の解釈の下に通知したのか、それとも、異なる解釈の下に通知したのか、そのいずれであるのかお答えいただきたい。

- 2 「漁業法第二十二條の事務取扱上の解釈について」（昭和 27 年 10 月 2 日付け 27 水 7902 号水産庁漁政部長通知）との関係について

現行漁業法は昭和 25 年 3 月 14 日に施行されたものであるが、その翌々年に、貴庁は、「漁業法第二十二條の事務取扱上の解釈について」（昭和 27 年 10 月 2 日付け 27 水第 7902 号水産庁漁政部長通知）を發して、下記のとおり漁業

法 22 条の解釈を明らかにしている。そこで、「漁業法第二十二條の事務取扱上の解釈について」に示された漁業法第 22 条についての解釈と沖縄県漁業調整規則を認可した際の貴庁の漁業法第 22 条についての解釈との関係を明らかにするため、以下の(1)(2)についてお答えいただきたい。

記

一 共同漁業権

イ 漁場の変更

(A) 漁場を拡張する場合

当初の漁場計画の際の測定の誤り等の理由で止むを得ず漁場を拡張する場合、その漁業権の本質が変わらず、かつ、他の漁業に影響を及ぼさない程度の拡張ならば、法第二十二條の変更として処理することは差し支えないが、拡張の範囲が相当大きくなると近隣の漁業にも影響を及ぼすことは必至であるから、このような場合には法第二十二條で処理せず、新規計画として処理すべきである。

(B) 漁場を縮小する場合

他漁業と関係がないものと考えられるから法第二十二條の変更手続きでよい。

ロ 漁業種類の変更

(A) 追加する場合

他種の漁業の追加（例えば現在第二種の漁業がない漁業種に小型定置網漁業等の第二種の漁業を追加する場合）は勿論同種の漁業の追加（例えば現在第三種の内容に地びき網漁業を含んでいる漁業権に船びき網を追加する場合）も変更ではなく、新規免許として取扱うべきである。

(B) 削除する場合

申請者からの申出による場合、法第二十二条の変更手続きでよい。

八 漁期の変更

計画が誤っていた場合は漁期を動かすということも考えられるがこのうち漁期を短縮する場合は法第二十二条の手続を踏めばよいが、延長する場合は、新規免許と同様法第十一条により行うべきである。

(1) 沖縄県漁業調整規則制定時の貴庁における漁業法第 22 条の解釈について

沖縄県漁業調整規則は、昭和 47 年 9 月 12 日に施行され、その後数次にわたって改正をされてきたものであるが、制定時の第 38 条第 1 項は「漁業権の設定されている漁場内において岩礁を破碎し、又は土砂若しくは岩石を採取しようとする者は、知事の許可を受けなければならない。」というもので、現行の沖縄県漁業調整規則第 39 条第 1 項と同一であり、当初規則制定時から現行規則に至るまで実質的な改正はない。

昭和 47 年 9 月 12 日施行の沖縄県漁業調整規則を認可した際、貴庁は、昭和 27 年 10 月 2 日付 27 水第 7902 号「漁業法第二十二条の事務取扱上の解釈について」（水産庁漁政部長通知）に示された漁業法第 22 条にかかる上記解釈の下に沖縄県漁業調整規則を認可したものであるのか、それとも、漁業法第 22 条について異なる解釈の下に沖縄県漁業調整規則を認可したものであるのか、そのいずれであるのかお答えいただきたい。

(2) 「都道府県漁業調整規則例」（平成 12 年 6 月 15 日付け水管第 1426 号水産庁長官通知）の通知時における漁業法第 22 条の解釈について

防衛省整備計画局長の照会に対する貴職の回答（平成 29 年 3 月 14 日付け 28 水管第 2332 号）には、「都道府県漁業調整規則例」（平成 19 年 8 月

30日付け19水管第1589号水産庁長官通知)第45条第1項が引用されているが、この規定は、「都道府県漁業調整規則例」(平成12年6月15日付け水管第1426号水産庁長官通知)第49条第1項において「漁業権の設定されている漁場内において岩礁を破碎し、又は土砂若しくは岩石を採取しようとする者は、知事の許可を受けなければならない。」と規定されている内容と同一であり、実質的な改正はない。

貴庁は、昭和27年10月2日付27水第7902号「漁業法第二十二條の事務取扱上の解釈について」(水産庁漁政部長通知)に示された漁業法第22条にかかる上記解釈と同様の解釈の下に上記平成12年6月15日付けの水産庁長官通知をしたものであるのか、それとも、昭和27年10月2日付け水産庁漁政部長通知とは異なる漁業法第22条の解釈の下に平成12年6月15日付けの水産庁長官通知をしたものであるのか、そのいずれであるのかお答えいただきたい。

イ 水産庁長官の実質的な回答拒否(平成29年5月1日付け29水管第273号)

(ア) 沖縄県知事の水産庁長官に対する前記照会に対して、水産庁長官は沖縄県知事に、平成29年5月1日付け29水管第273号により、「回答する」と称して以下のとおり通知した(以下「平成29年5月1日付け通知」という。)。

照会については、平成29年3月14日付け28水管第2332号及び平成29年4月18日に行われた衆議院安全保障委員会等において、水産庁長官等から示した見解の通りである。

なお、漁業法（昭和 24 年法律第 267 号）において、漁業権の変更及び放棄は、明確に書き分けられており、同法第 22 条において、漁業権者が漁業権を放棄する場合には知事の免許が必要とはされていないところである。

また、漁業権者が漁業権を一部放棄することができることは、昭和 46 年 8 月 9 日の衆議院農林水産委員会において水産庁長官から答弁したとおりであり、同旨の見解は複数の裁判例においても示されているところである。

- (イ) 平成 29 年 3 月 14 日付け水産庁長官回答及び平成 29 年 4 月 18 日に行われた衆議院安全保障委員会における水産庁長官の答弁について、沖縄県知事が従前の政府答弁書や水産庁の通知等との整合性について個別具体的に 10 項目の照会をしたことに対して、水産庁長官は個別の照会事項については一切回答せずに、「平成 29 年 3 月 14 日付け 28 水管第 2332 号及び平成 29 年 4 月 18 日に行われた衆議院安全保障委員会等において、水産庁長官等から示した見解の通り」としたことは、実質的な回答拒否にほかならない。

従前の政府答弁書、水産庁通知を個別具体的に特定して当該箇所の引用をした上で、「平成 29 年 3 月 14 日付け 28 水管第 2332 号及び平成 29 年 4 月 18 日に行われた衆議院安全保障委員会等において、水産庁長官等から示した見解」が従前の見解と同じか否かを照会をしたものであるから、この照会に対して回答ができないとする合理的な理由は存しないものである。

それにもかかわらず回答できないということは、平成 29 年 3 月 14 日以降に水産庁長官が示した見解には何らの根拠もなかったとことを如実に示したものにほかならないと言うべきである。

(ウ) また、「漁業権の変更及び放棄は、明確に書き分けられており、同法第 22 条において、漁業権者が漁業権を放棄する場合には知事の免許が必要とはされていないところである。また、漁業権者が漁業権を一部放棄することができる」ことは、当然のことであり、照会に対する回答やいわゆる漁業権の一部放棄に変更免許が不要であることの理由になっていないことは明らかである。

すなわち、問題は、漁業法は漁業権の「放棄」と「変更」を書き分け、漁業権の放棄の効力発生については行政行為を必要とせず、他方で、漁業権の「変更」については知事の免許により変更するとしていることから、いわゆる漁業権の一部放棄が、「放棄」と性質決定されるのか、それとも、「変更」と性質決定されるのかが問題となるのであり、およそ回答、理由にならないことを回答と称する通知に記載していることは明らかである。

(I) さらに、平成 29 年 5 月 1 日付け通知に、「漁業権者が漁業権を一部放棄することができることは、昭和 46 年 8 月 9 日の衆議院農林水産委員会において水産庁長官から答弁したとおりであり、同旨の見解は複数の裁判例においても示されているところである」とあるのは、およそ論理をなすものではない。

昭和 46 年 8 月 9 日の衆議院農林水産委員会における水産庁長官の答弁（以下「昭和 46 年 8 月 9 日水産庁長官答弁」という。）は、漁場の区域から一部を除外することが漁業法上の「放棄」に該当するのか「変更」に該当するのかということについてなされたものではない。漁業法等の一部を改正する法律（平成 13 年法律第 90 号）による改正前は、組合管理漁業権である特定区画漁

業権、第一種共同漁業を内容とする共同漁業権（以下「第一種共同漁業権」という。）の分割、変更又は放棄に当たっての地元地区・関係地区の区域内に住所を有する者の同意については、これを必要とする明文の規定が存しなかったため、第一種共同漁業権の放棄やいわゆる漁業権の一部放棄について、漁業協同組合の意思決定について、水産業協同組合法第 50 条の定める特別決議で足りるとするのか、それとも漁業権行使規則の変更について定めた漁業法第 8 条 5 項により引用する同条第 3 項を適用ないし類推適用して特別決議のほかに当該第一種共同漁業権を営み都道府県知事が定める関係地区内に住所を有する者（以下「関係漁民」という。）の 3 分の 2 以上の書面による同意又はこれに準ずる明確な同意が必要か否かについて解釈上の争いが生じていた。

そして、昭和 46 年 7 月 20 日に、大分地裁において、前記白杵訴訟の一審判決がなされ、同判決は、漁業法第 8 条 5 項（3 項）を類推適用して漁業協同組合の総会特別決議のほかに関係漁民の 3 分の 2 以上の同意が必要であるとの判断を示したことから、同年 8 月 9 日の衆議院農林水産委員会において、いわゆる漁業権の一部放棄等について、漁業協同組合の総会特別決議で足りるのか、それとも、特別決議のほかに関係漁民の 3 分の 2 以上の同意が必要であるとするのか、政府の見解について質問され、これに対し、水産庁長官は、特別決議のみで足りると答弁したものである。昭和 46 年 8 月 9 日水産庁長官答弁が、いわゆる漁業権の一部放棄について、漁業権の「変更」に該当しないという見解を示したものであることは明らかである。

なお、昭和 46 年 8 月 9 日水産庁長官答弁は、白杵訴訟一審判決は政府見解とは異なるとの認識を示し、政府見解と同様の裁判例として、前記高松地裁昭和 45 年 4 月 6 日判決を挙げたものである。先に述べたとおり、白杵訴訟一審判決はいわゆる漁業権の一部放棄は漁業法 22 条の「変更」ではなく「放棄」に該当するとしたものであり、高松地裁昭和 45 年 4 月 6 日判決はいわゆる漁業権の一部放棄は漁業法 22 条の「変更」に該当するとしたものである。すなわち、昭和 46 年 8 月 9 日水産庁長官答弁が、政府見解と同旨として挙げていた裁判例は、いわゆる漁業権の一部放棄は漁業法 22 条の「変更」に該当するという判断を示したものである。

いわゆる漁業権の一部放棄が漁業法 22 条の「変更」に該当しないことの根拠として、昭和 46 年 8 月 9 日水産庁長官答弁を挙げることは、論理の矛盾・破綻というほかはないものであった。

ウ 沖縄県知事の水産庁長官に対する再照会(平成 29 年 5 月 15 日付け農水第 408 号)

(ア) 水産庁長官の回答と称した平成 29 年 5 月 1 日付け通知は前掲のとおり実質的には回答拒否に等しいものであり、また、昭和 46 年 8 月 9 日水産庁長官答弁はいわゆる漁業権の一部放棄が漁業法 22 条の「変更」に該当しないことの根拠にはなり得ないものであることから、沖縄県知事は水産庁長官に対し、平成 29 年 5 月 15 日付け農水第 408 号「漁業権の一部放棄と岩礁破碎等許可について(再照会)」により、次のとおり再照会をした(以下、「平成 29 年 5 月 15 日付け再照会」という。)。

平成 29 年 5 月 1 日付け 29 水管第 273 号(以下「平成 29 年 5 月 1 日回答書」という。)により回答されたみだしの件について、下記のとおり、再照会いたします。

記

平成 29 年 4 月 25 日付け農水第 290 号(以下「平成 29 年 4 月 25 日照会書」という。)でした照会では、合計 10 項目の個別具体的な照会事項について貴職の見解を求めましたが、平成 29 年 5 月 1 日回答書においては照会事項のすべてについて回答がなされておられません。

水産資源保護法(昭和 26 年法律第 313 号)第 4 条及び漁業(昭和 24 年法律第 267 号)第 65 条に基づく規則の制定は法定受託事務として地方公共団体の事務とされ、また、漁業権免許関連事務は自治事務として地方公共団体の事務とされているものですが、地方公共団体の事務についての責任と権限について、原田尚彦「行政法要論(全訂第 7 版補訂 2 版)」は、「地方公共団体は、自治事務であると法定受託事務とを問わず、その事務を法令に従い自己の判断と責任で自主的に実施する」(73 頁)、「地方自治の保障は、自治体の側に、自主的に法を解釈する権限を与えると同時に、その責任を課している」(75 頁)としております。

本県は、平成 29 年 4 月 25 日照会書に引用した過去の政府答弁書及び水産庁通知に示された漁業法の解釈は正当なものであるとの判断のもと、それらの解釈に従って行政実務を積み重ねてきたところですが、貴職が平成 29 年 3 月 14 日付け 28 水管第 2332 号でした通知(以下「平成 29 年 3 月 14 日水産庁長官通知」という。)により示した見解は、漁業法第 22 条の解釈についての過去の

政府答弁書等に示された見解とは異なるものと考えられます。このことについては、衆議院農林水産委員会においても、平成 29 年 3 月 29 日に仲里利信衆議院議員が平成 29 年 3 月 14 日水産庁長官通知は過去の政府答弁書等と矛盾する旨を指摘し、同年 4 月 18 日には、衆議院安全保障委員会において、赤嶺政賢衆議院議員が同様の指摘をしております。

このように平成 29 年 3 月 14 日水産庁長官通知は過去の政府答弁書等との整合性について疑義を生じさせるものであるにもかかわらず、結論のみを示したもので、過去の政府答弁書等との整合性や解釈の理由については一切示されておりません。そのため、平成 29 年 3 月 14 日水産庁長官通知や衆議院農林水産委員会等における貴職の答弁と過去の政府答弁書等との整合性について明確にするため、本職から貴職に対する照会をしたものです。

それにもかかわらず、平成 29 年 5 月 1 日回答書は照会事項のすべてに対して回答をしていないものであり、このような実質的な回答拒否にほかならない貴職の対応は誠に遺憾であると言わざるを得ません。

貴職におかれては、国と地方公共団体の関係は、上下・主従関係ではなく、対等な協力関係であるとの地方自治法の趣旨を尊重され、国の機関である防衛省からの照会に対してのみ回答をするのではなく、本県からの照会に対しても実質的な誠意ある回答をなされたく、別紙のとおり、標記のことについて再度の照会をいたしますので、平成 29 年 5 月 25 日までにご回答願います。

なお、平成 29 年 5 月 1 日回答書に、「漁業権者が漁業権を一部放棄することができるとは、昭和 46 年 8 月 9 日の衆議院農林水産委員会において水産庁長官から答弁したとおりであり、同旨の見解は複数の裁判例においても示されているところである」とあります。

しかしながら、昭和 46 年 8 月 9 日の衆議院農林水産委員会における水産庁長官の答弁（以下「昭和 46 年 8 月 9 日水産庁長官答弁」という。）は、漁場の区域から一部を除外することが漁業法上の「放棄」に該当するのか「変更」に該当するのかということについてのものではないことから、貴職のこの回答には首肯することはできないと言わざるを得ません。

昭和 46 年 8 月 9 日水産庁長官答弁について内容を検証したところ、漁業法等の一部を改正する法律（平成 13 年法律第 90 号）による改正前は、組合管理漁業権である特定区画漁業権、第一種共同漁業を内容とする共同漁業権（以下「第一種共同漁業権」という。）の分割、変更又は放棄に当たっての地元地区・関係地区の区域内に住所を有する者の同意については、これを必要とする明文の規定が存しなかったため、第一種共同漁業権の放棄やいわゆる漁業権の一部放棄について、水産業協同組合法第 50 条の定める特別決議で足りるとするか、それとも漁業権行使規則の変更について定めた漁業法第 8 条 5 項により引用する同条第 3 項を適用ないし類推適用して特別決議のほかに当該第一種共同漁業権を営み都道府県知事が定める関係地区内に住所を有する者の 3 分の 2 以上の書面による同意又はこれに準ずる明確な同意が必要か否かについて解釈上の争いが生じており、このことを前提として、昭和 46 年 8 月 9 日水産庁長官答弁がなされております。

昭和 46 年 8 月 9 日時点の裁判例としては、昭和 46 年 8 月 9 日水産庁長官答弁において言及されている高松地裁昭和 45 年 4 月 6 日判決（判例集未搭載。鈴木正明「判批」地方自治 288 号 36 頁参照。）が漁業法第 8 条 5 項（3 項）の適用について否定的に解して漁業協同組合の総会特別決議で足りるとした一方で、大分地裁昭和 46 年 7 月 20 日判決（判例タイムズ 265 号 114 頁。いわゆる白杵訴訟の一審判決）は漁業法第 8 条 5 項（3 項）を類推適用して漁業協

同組合の総会特別決議のほかに関係漁民の3分の2以上の同意が必要であるとの判断を示し、裁判所の判断が分かれていたところ、昭和46年8月9日水産庁長官答弁は、白杵訴訟一審判決とは政府見解は異なるとの認識を示したものです。

すなわち、昭和46年8月9日水産庁長官答弁は、白杵訴訟一審判決について、「われわれが手続的に別に問題はないという認定をいたしましたのは、実は今回の判決とからむ問題でございまして、漁業法の第八条の問題とそれから漁業権の放棄を規定していますところの水産業協同組合法の解釈の問題にかかるわけでございまして、実はこの点につきましてすでに高松の地方裁判所の一審判決で、われわれ政府側の見解を支持している判決がございます。と申しますのは、一応漁業協同組合法の規定に基づきまして、三分の二の組合員の議決がございます場合には、漁業権の一部放棄が可能であるということでございます。実は今回の白杵の場合も、地元の漁業協同組合で総会を開きまして、そういった手続はとっておるわけでございますが、今回の判決におきましては、それではなお漁民の保護に不足がある。特に共同漁業権の場合に漁業権の行使をするのは、具体的には漁業協同組合ではなしに個々の漁民である。その漁民の権利を保護するために漁業法の第八条で漁業権の行使規則の変更手続の規定がございます。総会を開く前にこの変更手続をとるべきであるという判決をいたしているのでございまして、この点につきましては、実は先ほど申し上げましたように高松の一審判決の例もございまして、われわれはそういった変更手続は要らないと、こういうふうに解釈しておりますので、その点に食い違いがございます」とし、政府の見解は白杵訴訟一審判決とは異なることを明示したものです。また、昭和46年7月24日の参議院公害対策特別委員会においても水産庁次長は、同様に、白杵訴訟一審判決について、「前に香川県におきま

して同様の事件がございまして、高松地裁で判決が出ておりまして、今度の判決と全く反対の判決が出ております。それで、私どもといたしましては、高松地裁の判決と同様の見解を持っておりまして、「漁業権の放棄に関する手続については、私どもは、大分地裁の判決には異論を持っているものでございませぬ」、「私どもとしては、漁業権の免許手続については私どもと考えが今度の判決は違うということを主張しております」、と答弁しております。

以上のとおり、漁場の区域の一部を漁業権の内容から除外することが漁業法にいう「変更」に該当するのか「放棄」に該当するのかという問題と、漁業権の分割、変更又は放棄について漁業協同組合の特別決議のみで足りるのか特別決議のほかに関係漁民の3分の2以上の同意を要するのかという問題とは、まったく異なる問題であり、昭和46年8月9日水産庁長官答弁は、後者について、漁業協同組合の特別決議のみで足りるとするのが政府の見解であるとして、白杵訴訟一審判決と政府の見解は異なることを明らかにしたものであり、漁場の区域の一部を漁業権の内容から除外することが漁業法にいう「変更」に該当するのか「放棄」に該当するのかという問題について答弁をしたものではありません。

もっとも、白杵訴訟の事案は、共同漁業権の目的たる漁場区域の減少について漁業協同組合の特別決議がなされ、この特別決議に基づいて漁業協同組合が大分県知事に漁業権漁場区域の変更の免許申請をし、大分県知事が変更免許をしたというものであるところ、昭和46年8月9日水産庁長官答弁では「手続的に全く不備な点はないという認識のもとに認可をいたした」と答弁していますから、この答弁は、いわゆる漁業権の一部放棄は漁業法第22条の「変更」に該当するとの理解を前提としていたものと解されます。また、昭和46年8月9日水産庁長官答弁は「漁業協同組合の特別決議をもって漁業権の一部の消

滅は可能であるということの解釈をわれわれはとってきたのでございます。現にそういった解釈につきまして支持した一審の判決もある」として高松地裁昭和45年4月6日判決と同一の立場であることを明らかにしているものですが、同判決は、「ところで漁業権の放棄により漁業権が全部消滅する場合は、漁業法上特別の手續を要しないから、当事者の放棄の意思表示の効力が生じたときに、漁業権も消滅するものというべく...消滅決議がなされたときに消滅の効力が生ずるといふべきである。しかし、漁業権の一部放棄の場合は、漁業権の変更に当るから、漁業法第二二条第一項により、都道府県知事の免許あったときにはじめて、一部放棄の効力を生ずるものと解すべく...一部放棄の場合は、漁業権の変更に当るから香川県知事の免許がなければ、放棄、すなわち消滅の効力が生じないところ、右一部放棄に関し、昭和四四年三月一四日付で漁業権変更免許登録がなされたことは前認定のとおりであるから、右日時以前に香川県知事の免許があったものと推認され現在においては、当然消滅の効力は生じているものというべきである。」として、いわゆる漁業権の一部放棄は漁業法第22条の「変更」に該当するものであることから、特別決議のみでは漁業権の一部放棄(漁場縮小)の効果は生じず、変更免許によって一部放棄(漁場縮小)の効果が発生するとしたものです。従いまして、昭和46年8月9日水産庁長官答弁の内容は、いわゆる漁業権の一部放棄は漁業法第22条の「変更」に該当することを前提とするものと解されるものであり、「一部の区域について、漁業権が、法定の手續である...特別決議を経て放棄された場合、漁業法第22条の規定に基づく漁業権の変更の免許を受けなくても漁業権は消滅」するとした平成29年3月14日水産庁長官通知とは、いわゆる漁業権の一部放棄について変更免許を要するか否かについての見解を異にするものですので、貴職におかれては、誤解のないようにお願いいたします。

なお、高松地裁昭和 45 年 4 月 6 日判決以外にも、埋立対象の公有水面を漁業権の漁場の区域から除外する旨の漁業権の変更を漁業協同組合が特別決議してこれに基づき漁業権の変更免許を受けた事案について「漁業権の変更につき漁業法八条三項及び五項の規定の適用はなく、また、これを類推適用すべきものともいうことができないから、伊達漁協の前記漁業権変更の議決を無効とすることはできない。」と判示した最高裁判所昭和 60 年 12 月 17 日判決（最高裁判所裁判集民事 146 号 323 頁）など、白杵訴訟一審判決とは見解を異にして昭和 46 年 8 月 9 日水産庁長官答弁と同旨の見解を示した複数の裁判例があることは本県としても承知しておりますが、これらの裁判例は、漁場の区域の一部を漁業権の内容から除外することが漁業法にいう「変更」に該当しないとの判断を示したものではありませんので、貴職におかれては、混同をすることのないように適切な理解をなされたくお願いいたします。

（別紙）

第 1 過去の質問主意書への答弁等について

平成 29 年 4 月 25 日照会書に対する、貴職からの平成 29 年 5 月 1 日回答書には、「過去の質問主意書への答弁等については、漁業権の『変更』に係る説明を行ったものである。貴職においては、これらの見解を踏まえ、漁業権の『変更』と『一部放棄』を混同することのないよう適切に対応されたい。」とされているので、平成 29 年 5 月 1 日回答書において「踏まえ」るべきとされた「これらの見解」についての貴庁の解釈を明確にするため、以下の点についてお答えいただきたい。

記

1 政府答弁書に示された政府見解について

過去の質問主意書への政府答弁書においては、「参議院議員久保巨君提出共同漁業権の一部放棄及び漁業補償についての漁協の権限に関する質問に対する答弁書（答弁書第四四号内閣参質一〇四第四四号昭和六十一年五月二十七日）」及び「衆議院議員岩垂寿喜男君提出共同漁業権の漁場区域の一部削除に関する質問に対する答弁書（答弁第一一号内閣衆質一一四第一一号平成元年三月十四日）」のいずれの政府答弁においても、「漁業権者が漁場区域の縮小を内容とする漁業権の変更の免許を受けようとする場合に都道府県知事がいわゆる漁場計画の見直しを行つた上で変更の免許を行うことについては、漁場区域から除かれる区域について現在免許を有している者に免許を与えておくことが、水面につき漁業上の総合利用を図り漁業生産力を維持発展させるため漁業の免許をする必要がある場合に漁場計画を定めなければならないという制度の趣旨に照らし、必要でない場合には、都道府県知事は、漁業法の規定に従い、漁場計画の見直しを行い、その見直し後の漁場計画に即して漁業権の変更の免許を行うことができると解している。」とされている。

上記答弁中の「漁場区域の縮小を内容とする漁業権の変更」は、漁業法第 22 条の「変更」に該当すると貴庁は理解されているのか、それとも、漁業法第 22 条の「変更」に該当しないと理解されているのか、そのいずれであるかについてお答えいただきたい。

2 水産庁漁政部長通知に示された貴庁の見解について

「漁業法第二十二條の事務取扱上の解釈について」昭和 27 年 10 月 2 日付け 27 水 7902 号水産庁漁政部長通知（以下「昭和 27 年漁政部長通知」という。）に示された下記解釈が、漁業法第 22 条にいう漁業権の「変更」についての解釈を示したものであるか否かについて確認するため、以下の(1)

から(3)についてお答えいただきたい。

(1) 漁場について

昭和 27 年漁政部長通知は、「漁場を縮小する場合 他漁業と関係がないものと考えられるから法第二十二条の変更手続きでよい。」としているが、漁業権者からの申出による漁場の縮小は漁業法第 22 条の変更に該当するという理解でよいか否かについてお答えいただきたい。

漁業権者からの申出による漁場の縮小が漁業法第 22 条の変更に該当しないという理解であれば、その理由について具体的に説明していただきたい。

(2) 漁業種類について

昭和 27 年漁政部長通知は、漁業種類について、「削除する場合 申請者からの申出による場合、法第二十二条の変更手続きでよい。」としているが、漁業権者からの申出による漁業種類の削除は漁業法第 22 条の変更に該当するという理解でよいか否かについてお答えいただきたい。

漁業権者からの申出による漁業種類の削除が漁業法第 22 条の変更に該当しないという理解であれば、その理由について具体的に説明していただきたい。

(3) 漁期について

昭和 27 年漁政部長通知は、漁期の変更について、「漁期を短縮する場合は法第二十二条の手続を踏めばよい」としているが、漁業権者からの申出による漁期の短縮は漁業法第 22 条の変更に該当するという理解でよいか否かについてお答えいただきたい。

漁業権者からの申出による漁期の短縮が漁業法第 22 条の変更に該当しないという理解であれば、その理由について具体的に説明していただ

きたい。

3 「漁場計画の樹立について」に示された貴庁の見解について

漁業法第 22 条についての貴庁の現時点での解釈を明らかにするため、平成 24 年 6 月 8 日付け 24 水管第 684 号「漁場計画の樹立について」（以下「平成 24 年通知」という。）及び平成 14 年 8 月 6 日付け 14 水管第 1745 号「漁場計画の樹立について」（以下「平成 14 年通知」という。）においてなされた漁業法第 22 条の「変更」に関する通知について、以下の(1)及び(2)についてお答えいただきたい。

(1) 平成 24 年通知及び平成 14 年通知に示された貴庁の下記見解は、現在も維持されているか、それとも、変更されているか。

記

漁業補償契約等による「漁業権の変更」について

漁業補償の際に、組合の総会の議決を経た上で、事業者との間で「漁業権の変更（一部放棄）」等を約する旨の契約が交わされる事例が見受けられますが、かかる契約行為はあくまでも当事者間の民事上の問題であり、法第 22 条の規定上、このことにより漁業権が当然に変更されるものではありません。

(2) 漁業権の変更について、平成 14 年通知において「法第 22 条第 3 項において準用する法第 13 条第 1 項第 2 号の規定上、漁場計画を見直し、法第 11 条第 1 項の規定に基づきこれを事前に決定の上公示しなければならず、これ以外の手続による運用が認められる余地はない。」との見解が示され、平成 24 年通知にも「漁業権の変更をする場合には、法第 22 条第 3 項において準用する法第 13 条第 1 項第 2 号の規定上、漁場計画を見直し、法第 11 条第 1 項の規定に基づきこれを事前に決定の上公示しなけ

ればなりません。」と同様の見解が示されているが、貴庁は現在でもこの見解を維持しているか、それとも、変更されているか。

第2 平成29年4月18日衆議院安全保障委員会における水産庁長官答弁について

平成29年5月1日回答書は、「平成29年4月18日に行われた衆議院安全保障委員会等において、水産庁長官等から示した見解の通り」としているところ、同委員会における貴職の答弁は、「漁業協同組合が、知事に対しまして、埋立予定水面を漁業権の対象区域から除外する漁業権の変更をする意思で一般ママ放棄の総会議決を行いまして、その後、知事に対して変更免許を申請するといったような、一部放棄と変更が混同されていた実態があったところでございます」というものであり、答弁の趣旨は一義的に明確ではないので、その趣旨を明確にするため、以下の点についてお答えいただきたい。

- 1 貴職の上記答弁にいう「埋立予定水面を漁業権の対象区域から除外する漁業権の変更」とは、漁業法第22条にいう「変更」に該当するという趣旨であるのか、それとも、漁業法第22条にいう「変更」には該当しないという趣旨であるのか、貴職の上記答弁の趣旨がそのいずれであるのかお答えいただきたい。
- 2 「埋立予定水面を漁業権の対象から除外する漁業権の変更をする意思で一部放棄の総会議決」を行った場合には、漁業法第31条の規定に基づく組合員の同意及び水産業協同組合法第50条の規定に基づく特別決議のみによっては埋立予定水面について漁業権は当然に消滅しないのか、それとも、上記の同意及び特別決議のみにより埋立予定水面における漁業権は当然に消滅するのか、そのいずれであるのかお答えいただきたい。

3 「埋立予定水面を漁業権の対象から除外する漁業権の変更をする意思で漁場の区域の縮小の総会議決」を行った場合には、漁業法第 31 条の規定に基づく組合員の同意及び水産業協同組合法第 50 条の規定に基づく特別決議のみによっては埋立予定水面について漁業権は当然に消滅しないのか、それとも、上記の同意及び特別決議のみにより埋立予定水面における漁業権は当然に消滅するのか、そのいずれであるのかお答えいただきたい。

第 3 昭和 27 年漁政部長通知との関係について

昭和 47 年 9 月 12 日施行の沖縄県漁業調整規則(昭和 47 年沖縄県規則第 143 号)を認可した際、貴庁は、昭和 27 年漁政部長通知に示された漁業法第 22 条にいう漁業権の「変更」にかかる下記解釈の下に沖縄県漁業調整規則を認可したものであるのか、それとも、漁業法第 22 条にいう漁業権の「変更」について下記解釈とは異なる解釈の下に沖縄県漁業調整規則を認可したものであるのか、そのいずれであるのかお答えいただきたい。

記

一 共同漁業権

イ 漁場の変更

(A) 漁場を拡張する場合

当初の漁場計画の際の測量の誤り等の理由で止むを得ず漁場を拡張する場合、その漁業権の本質が変わらず、かつ、他の漁業に影響を及ぼさない程度の拡張ならば、法第二十二條の変更として処理することは差し支えないが、拡張の範囲が相当大きくなる

と近隣の漁業にも影響を及ぼすことは必至であるから、このような場合には法第二十二条で処理せず、新規計画として処理すべきである。

(B) 漁場を縮小する場合

他漁業と関係がないものと考えられるから法第二十二条の変更手続きでよい。

ロ 漁業種類の変更

(A) 追加する場合

他種の漁業の追加(例えば、現在第二種の漁業がない漁業種に小型定置網漁業等の第二種の漁業を追加する場合)は勿論同種の漁業の追加(例えば、現在第三種の内容に地びき網漁業を含んでいる漁業権に船びき網を追加する場合)も変更ではなく、新規免許として取扱うべきである。

(B) 削除する場合

申請者からの申出による場合、法第二十二条の変更手続きでよい。

八 漁期の変更

計画が誤っていた場合は漁期を動かすということも考えられるがこのうち、漁期を短縮する場合は法第二十二条の手続を踏めばよいが、延長する場合は、新規免許と同様法第十一条により行うべきである。

第4 過去の政府答弁書等の見解との整合性についての貴庁の認識について

平成29年5月1日回答書は、「貴職が引用されている過去の質問主意書への答弁等については、漁業権の『変更』に係る説明を行ったもので

ある。」とされているが、この回答の意味を明確にするため、以下の点についてお答えいただきたい。

- 1 漁業権の「変更」について、貴庁の見解は、「参議院議員久保亘君提出 公有水面埋め立て計画に関する漁業補償契約並びに総会決議に関する質問に対する答弁書（答弁書第四一号内閣参質一〇二第四一号昭和六十年六月十四日）」において示された下記政府答弁のとおりであると理解してよいか。

記

【質問】

二 総会決議について

- 3 「埋立への同意」が、漁協総会で議決された場合、共同漁業権は、その決議によつて一部消滅するのか。

- 4 埋立計画に対して、「共同漁業権の一部放棄」が、漁協総会で議決された場合、共同漁業権は、その決議によつて一部消滅するのか。

【政府答弁】

二の3について

御指摘の「埋立への同意」は、公有水面埋立法（大正十年法律第五十七号）第四条第三項第一号の同意を指すものと考えられるが、これにより直ちに共同漁業権が消滅するものではない。

二の4について

漁業権を変更しようとするときは、漁業法（昭和二十四年法律第二百六十七号）上、都道府県知事の免許を受けなければならないこととされており、漁業協同組合の総会で「共同漁業権の一部放棄」が議決されたとしても、そのことにより漁業権が当然に変更されるものではない。

ない。

- 2 漁業権の「変更」について、貴庁の見解は、「参議院議員久保亘君提出共同漁業権の一部放棄及び漁業補償についての漁協の権限に関する質問に対する答弁書（答弁書第四四号内閣参質一〇四第四四号昭和六十一年五月二十七日）」において示された下記政府答弁のとおりであると理解してよいか。

記

【質問】

一 共同漁業権の一部放棄について

昭和六十年五月二十五日、私が提出した質問主意書に対する答弁書（内閣参質一〇二第四一号）において、「漁業権を変更しようとするときは、漁業法上、都道府県知事の免許を受けなければならないこととされており、漁業協同組合の総会で「共同漁業権の一部放棄」が議決されたとしても、そのことにより漁業権が当然に変更されるものではない。」と述べられている。

右答弁に関して、さらに、以下の（一）ないし（三）の質問に答えられたい。

- （一） 埋立計画に対して、「共同漁業権の一部放棄」が漁協総会で議決され、当該議決に基づき漁協より「漁業権の変更免許」の申請があった場合、都道府県知事は「漁業権の変更免許」をなすことができるか。漁業法第十三条第一項第二号に基づき、右変更免許はできないと解すべきか。
- （二） 埋立計画に対して、「共同漁業権の一部放棄」が漁協総会で議決された場合、都道府県知事が、一部放棄の対象区域を漁場区域から

除外した内容の新たな漁場計画を樹立し、その新規の漁場計画の下に、申請に基づき「漁業権の変更免許」をなすことは可能か。漁場計画は、漁場の総合利用と漁業生産力の維持発展を目的として樹立される（漁業法第十一条）ことから、右のような漁場計画の新規樹立は不可能と解すべきか。

（三） 前述した（一）及び（二）に対する答弁がいずれも「できない」である場合、「共同漁業権の一部放棄」は、結局、法的には実現せず、一部放棄の対象区域には、従前どおり、一定の資格を有する組合員の「漁業を営む権利」（漁業法第八条）が存在すると解してよいか。

【政府答弁】

一について

漁業法（昭和二十四年法律第二百六十七号）第二十二条第一項の規定による漁業権の変更の免許の申請があつた場合において、同条第三項において準用する同法第十三条第一項第二号に該当するときは、都道府県知事は免許をしてはならないこととされている。

また、御質問のように、漁業権者が漁場区域の縮小を内容とする漁業権の変更の免許を受けようとする場合に都道府県知事がいわゆる漁場計画の見直しを行つた上で変更の免許を行うことについては、漁場区域から除かれる区域について現在免許を有している者に免許を与えておくことが、水面につき漁業上の総合利用を図り漁業生産力を維持発展させるため漁業の免許をする必要がある場合に漁場計画を定めなければならないという制度の趣旨に照らし、必要でない場合には、都道府県知事は、漁業法の規定に従い、漁場計画の見直しを行い、その見直し後の漁場計

画に即して漁業権の変更の免許を行うことができると解している。なお、漁場計画は水面についての漁業上の総合利用ということを考慮して計画されるものであり、これに基づき漁業権が設定されるものであることから、漁場計画に基づいて漁業の免許がなされた後は、原則として漁業権の変更を行うべきでない旨指導してきている。

3 漁業権の「変更」について、貴庁の見解は、衆議院議員岩垂寿喜男君提出共同漁業権の漁場区域の一部削除に関する質問に対する答弁書（答弁第一一号内閣衆質一一四第一一号平成元年三月十四日）において示された下記政府答弁のとおりであると理解してよいか。

記

【質問】

共同漁業権の漁場区域について、漁業生産力の維持発展上、一部削除は好ましくないものであるが、次のような場合に一部削除することは、漁業法に照らして適法か否か。また、法的に無効か否か。

それぞれのケースについて答えられたい。

- 一 埋立計画に対して、「共同漁業権の一部放棄」が漁協総会で議決され、当該議決に基づき、漁協より「漁業権の変更免許」の申請があった場合、変更免許を通じて、放棄対象海域を一部削除すること。
- 二 漁業権の免許更新時に、埋立計画の存在を理由として埋立予定海域を一部削除すること。
- 三 一と同様なケースで一部削除を内容とする変更免許を行った後、免許更新時に再び同一内容の免許をなすこと。

【政府答弁】

一について

漁業法（昭和二十四年法律第二百六十七号）第二十二条第一項の規定による漁業権の変更の免許の申請があった場合において、同条第三項において準用する同法第十三条第一項第二号に該当するときは、都道府県知事は免許をしてはならないこととされているが、御質問のように漁業権者から漁場区域の縮小を内容とする漁業権の変更の免許の申請があった場合において、漁場区域から除かれる区域について現在免許を有している者に免許を与えておくことが、水面につき漁業上の総合利用を図り漁業生産力を維持発展させるため漁業の免許をする必要がある場合に漁場計画を定めなければならないという制度の趣旨に照らし、必要でないときは、都道府県知事は、漁業法の規定に従い、漁場計画の見直しを行い、その見直し後の漁場計画に即して漁業権の変更の免許を行うことができることと解している。なお、漁場計画は水面について漁業上の総合利用ということを考慮して計画されるものであり、これに基づき漁業権が設定されるものであることから、漁場計画に基づいて漁業の免許がなされた後は、原則として漁業権の変更を行うべきではない旨指導してきている。

二について

漁業の免許の切替えが行われる場合において、埋立計画に係る水面について漁業上の総合利用を図り漁業生産力を維持発展させるため漁業の免許をする必要があると認められないときに、当該水面について漁場計画を定めないことは、適法である。なお、漁業の免許の切替えが行われる場合において、従来の漁場区域である水面について漁場計画を定めないこととするときは、漁場計画に関する制度の趣旨にかんがみ、特に慎重な検討を行うよう指導してきている。

三について

漁業の免許の切替えが行われる場合において、漁業法の規定に従い、埋立計画に係る水面が漁場区域から除かれた漁場計画を定めたときは、当該漁場計画に即して埋立計画に係る水面を漁場区域から除いた内容の漁業の免許を行うことができる。

エ 水産庁長官の再度の実質的な回答拒否（平成 29 年 5 月 25 日付け 29 水管第 463 号）

(ア) 沖縄県知事の水産庁長官に対する前記再照会に対して、水産庁長官は、平成 29 年 5 月 25 日付け 29 水管第 463 号により、「回答する」と称して、以下のとおり通知した(以下、「平成 29 年 5 月 25 日付け通知」という。)

照会については、平成 29 年 5 月 1 日付け 29 水管第 273 号（以下「5 月 1 日付け回答」という。）で回答したとおりであるが、過去の政府答弁に関する照会について、「公有水面埋立法（大正 10 年法律第 57 号）第 4 条第 3 項第 1 号の同意」及び「漁業の免許の切替え」に係る答弁については、漁業権の変更に係る手続とは異なる手続に係る答弁であるので念のため申し添える。

なお、5 月 1 日付け回答と繰り返しの説明となるが、漁業法（昭和 24 年法律第 267 号）において、漁業権の「放棄」と「変更」は明確に書き分けられており、「一部放棄」は「変更」には該当しない。このことは、漁業協同組合合併促進法（昭和 42 年法律第 78 号）第 3 条第 1 項第 6 号の条文上も明らかである。

また、過去の国会における質疑において、水産庁長官又は次長が、当時の水産庁の見解が昭和 45 年高松地裁判決と同様の見解である旨を答弁したことから、漁業権の「一部放棄」が「変更」に該当するとの理解を前提としていたものと解されるとの御指摘については、同判決において、平成 13 年の漁業法改正による現在の第 31 条が新設される前の当時の漁業法の解釈として、漁業権の変更、放棄等を行う際に同法第 8 条第 3 項等の類推適用がないことが示されたことに関して、同様の見解であると答弁したものに過ぎず、漁業権の「一部放棄」が「変更」に該当する旨の答弁をしたものではない。

当時の水産庁の見解は、昭和 46 年 8 月 9 日の衆議院農林水産委員会において、水産庁長官が「漁業協同組合の特別議決をもって漁業権の一部の消滅が可能である」こと及び「(水産業)協同組合法の規定に従いまして、総会の特別議決によって漁業権の一部放棄というのは可能である」ことを答弁しているとおりである。

加えて、漁業権の一部放棄を行う場合に漁業法第 22 条の変更免許が不要であることは、昭和 48 年 10 月 19 日の福岡高裁判決、昭和 63 年 3 月 28 日の仙台高裁判決においても示されているところである。

- (イ) 水産庁長官の平成 29 年 5 月 25 日付け通知は、「平成 29 年 5 月 1 日付け 29 水管第 273 号で回答したとおりである」として、13 項目に及ぶ照会事項には一つとして回答をしなかったものであり、再度の実質的な回答拒否にほかならないものであった。
- (ウ) 水産庁長官は、平成 29 年 5 月 1 日付け通知では「貴職が引用されている過去の質問書への答弁等については、漁業権の『変更』

に係る説明を行ったものである」としていた。

そこで、平成 29 年 5 月 15 日付け再照会では、漁業権の変更についての照会であることを明確にして、再照会をしたものであった。たとえば、照会事項の第 1、1 では「答弁中の『漁場区域の縮小を内容とする漁業権の変更』は、漁業法第 22 条の『変更』に該当すると貴庁は理解されているのか、それとも、漁業法第 22 条の『変更』に該当しないと理解されているのか、そのいずれであるかについてお答えいただきたい。」とした。また、第 4 では、「平成 29 年 5 月 1 日回答書は、『貴職が引用されている過去の質問主意書への答弁等については、漁業権の「変更」に係る説明を行ったものである。』とされているが、この回答の意味を明確にするため、以下の点についてお答えいただきたい。」として、第 4、1 では「漁業権の『変更』について、貴庁の見解は、『参議院議員久保亘君提出公有水面埋め立て計画に関する漁業補償契約並びに総会決議に関する質問に対する答弁書（答弁書第四一号内閣参質一〇二第四一号昭和六十年六月十四日）』において示された下記政府答弁のとおりであると理解してよいか。」、第 4、2 では「漁業権の『変更』について、貴庁の見解は、『参議院議員久保亘君提出共同漁業権の一部放棄及び漁業補償についての漁協の権限に関する質問に対する答弁書（答弁書第四四号内閣参質一〇四第四四号昭和六十一年五月二十七日）』において示された下記政府答弁のとおりであると理解してよいか。」、第 4、3 では「漁業権の『変更』について、貴庁の見解は、衆議院議員岩垂寿喜男君提出共同漁業権の漁場区域の一部削除に関する質問に対

する答弁書（答弁第一一号内閣衆質一一四第一一号平成元年三月十四日）において示された下記政府答弁のとおりであると理解してよいか。」として、「漁業権の『変更』に係る説明」について、政府答弁と現在の水産庁の見解が同じか異なるのかについての回答を求めたものである。

この再照会に対し、平成 29 年 5 月 25 日付け通知では、「過去の政府答弁に関する照会について、『公有水面埋立法（大正 10 年法律第 57 号）第 4 条第 3 項第 1 号の同意』及び『漁業の免許の切替え』に係る答弁については、漁業権の変更に係る手続とは異なる手続に係る答弁であるので念のため申し添える。」としている。

しかし、4 月 25 日付け照会で引用した政府答弁と平成 29 年 5 月 15 日付け再照会で引用した政府答弁は同一である。それにもかかわらず、平成 29 年 5 月 1 日付け通知では「過去の質問書への答弁等については、漁業権の『変更』に係る説明を行ったもの」とし、平成 29 年 5 月 25 日付け通知では「漁業権の変更に係る手続とは異なる手続に係る答弁である」としており、水産庁長官の対応は、あまりにも不自然、不合理と言わざるを得ない。

くり返しの引用となるが、昭和 60 年 6 月 14 日付け答弁では「漁業権を変更しようとするときは、漁業法（昭和二十四年法律第二百六十七号）上、都道府県知事の免許を受けなければならないこととされており、漁業協同組合の総会で『共同漁業権の一部放棄』が議決されたとしても、そのことにより漁業権が当然に変更されるものではない。」とされ、昭和 61 年 5 月 27 日付け答弁では「漁

業法（昭和二十四年法律第二百六十七号）第二十二条第一項の規定による漁業権の変更の免許の申請があつた場合において、同条第三項において準用する同法第十三条第一項第二号に該当するときは、都道府県知事は免許をしてはならないこととされている。また、御質問のように、漁業権者が漁場区域の縮小を内容とする漁業権の変更の免許を受けようとする場合に都道府県知事がいわゆる漁場計画の見直しを行つた上で変更の免許を行うことについては、漁場区域から除かれる区域について現在免許を有している者に免許を与えておくことが、水面につき漁業上の総合利用を図り漁業生産力を維持発展させるため漁業の免許をする必要がある場合に漁場計画を定めなければならないという制度の趣旨に照らし、必要でない場合には、都道府県知事は、漁業法の規定に従い、漁場計画の見直しを行い、その見直し後の漁場計画に即して漁業権の変更の免許を行うことができると解している。」とされ、平成元年3月14日付け答弁では「漁業法（昭和二十四年法律第二百六十七号）第二十二条第一項の規定による漁業権の変更の免許の申請があつた場合において、同条第三項において準用する同法第十三条第一項第二号に該当するときは、都道府県知事は免許をしてはならないこととされているが、御質問のように漁業権者から漁場区域の縮小を内容とする漁業権の変更の免許の申請があつた場合において、漁場区域から除かれる区域について現在免許を有している者に免許を与えておくことが、水面につき漁業上の総合利用を図り漁業生産力を維持発展させるため漁業の免許をする必要がある場合に漁場計画を定めなければなら

ないという制度の趣旨に照らし、必要でないときは、都道府県知事は、漁業法の規定に従い、漁場計画の見直しを行い、その見直し後の漁場計画に即して漁業権の変更の免許を行うことができると解している。」とされていたものである。

(I) 平成 29 年 5 月 25 日付け通知は、「漁業権の一部放棄を行う場合に漁業法第 22 条の変更免許が不要であることは、昭和 48 年 10 月 19 日の福岡高裁判決、昭和 63 年 3 月 28 日の仙台高裁判決においても示されているところである。」としている。

しかし、水産庁長官が、漁業権の変更については従前の政府答弁等のおりとしながら、福岡高裁昭和 48 年 10 月 19 日判決及び仙台高裁昭和 63 年 3 月 28 日判決を引用することは矛盾するものである。

これらの高裁判決は、漁業法 22 条による変更免許について、免許は設権行為であるから権利の拡張のみが「変更」に該当して権利の縮小は「変更」に該当しない、すなわち、漁業権の「放棄」に該当するとしてもものである。これに対して、従前の政府答弁や水産庁通知は、漁場の区域の縮小を「変更」としてきたものであり、高裁判決とは論理的に相容れないものである。

また、上記高裁判決は、漁業法 22 条による漁業権の「変更」について、広義の意味における漁業調整への配慮や新たな漁場計画の樹立は不要であるとし、このことを漁場の区域の縮小が「変更」ではなく「放棄」であるとするものの論拠としている。しかし、前述のとおり、昭和 61 年 5 月 27 日付け答弁及び平成元年 3 月 14 日付け答弁並びに平成 14 年 8 月 6 日付け水産庁長官通知及

び平成 24 年 6 月 8 日付け水産庁長官通知は、漁場計画を見直して、見直し後の新たな漁場計画に基づいて変更免許をすることができるとの見解を示しているもので、上記高裁判決とはこの点でも一義的に矛盾するものである。

従前の政府答弁や水産庁通知と上記高裁判決は、漁場の区域の縮小が「変更」に該当するのか、それとも、「放棄」に該当するのかということについて、相容れない異なる見解に立脚するものである。それにもかかわらず、漁業権の変更については従前の政府答弁等を示したとおりとしつつ、他方で、上記高裁判決を引用することは、論理の破綻であると言わなければならない。

漁業協同組合合併促進法（平成 5 年当時は漁業協同組合合併助成法）3 条は、漁業協同組合の意思決定の手続に関するものであり、漁場の区域の一部を除外することが漁業法上ではどのように性質決定をされるのかについて定めたものではない。

同法 3 条 1 項 6 号は平成 5 年改正で設けられたものであり、合併する漁業協同組合が有する第一種共同漁業権の放棄・変更の手続に関する事項を、「合併及び事業経営計画の記載事項」に追加したものである。改正の趣旨は、「漁協合併促助成法の改正は、『もし合併すれば、自分たちが持っていた漁業権が、自分たちの意向に反して、他の地区に住む多数の組合員の賛成だけによって、放棄・変更されてしまうのではないか』という、合併前の漁協の組合員の不安がありますが、このような不安を取り除こうとしたのです。そして、漁業権の放棄・変更の問題が漁協合併の阻害要因とならないようにしようという趣旨」（浜本幸生『海の「守り人」

論』32頁) というものである。

漁業権者の意思決定に関するものであり、漁業権者の意思決定のみで効力が生じるか否か、すなわち漁業法上の「放棄」か「変更」かということに関するものではない。漁業協同組合合併促進法3条1項6号は、放棄と変更とで規律を異にするものでもなく、「放棄」と「変更」を区別する意味もない。

漁場の区域の一部を除外して漁業権を消滅させることについて、漁業協同組合の意思決定の方法としては、漁業権の一部放棄としてなされることが一般的に行われていたという実態があることから、漁業権の一部放棄という意思決定をする場合の合併前の組合の組合員の同意を求める手続を定めることとされたにすぎない。すなわち、漁業権の一部放棄の決議をし、この決議に基づいて漁業権の変更免許の申請をして変更免許を受けるということが一般的になされていたものであり、このこと自体は何ら問題にされていたものではない。平成29年5月25日付け通知に引用された裁判例の事案をみても、福岡高裁昭和48年10月19日判決(白杵訴訟控訴審判決)の事案でも、漁業権の一部放棄の決議に基づき漁業権の変更免許申請がなされて変更免許を受けているが、昭和46年8月9日水産庁長官答弁は「われわれが手続的に別に問題はないという認定をいたしました」としている。また、仙台高裁昭和63年3月28日の事案も、漁業権の一部放棄の決議に基づき漁業権の変更免許申請がなされて変更免許を受けたというものであった。このような漁業権の一部放棄の決議をするに際しての合併前の組合員の同意を求める手続を合併及び事業計

画の記載事項に追加したものであり、漁業権の一部放棄を漁業法上の「放棄」とする趣旨ではないことは明らかである。

水産庁が、平成5年の漁業協同組合合併助成法の改正当時に、漁業権の一部放棄が漁業法22条にいう漁業権の「変更」に該当すると認識していたことは、次のことから明らかである。再三述べてきたとおり、昭和27年漁政部長通知は、「漁場の変更」について、「漁場を拡張する場合」については「その漁業権の本質が変わらず、かつ、他の漁業に影響を及ぼさない程度の拡張ならば、法第二十二条の変更として処理することは差し支えないが、拡張の範囲が相当大きくなると近隣の漁業にも影響を及ぼすことは必至であるから、このような場合には法第二十二条で処理せず、新規計画として処理すべきである。」とする一方で、「漁場を縮小する場合」については「他漁業と関係がないものと考えられるから法第二十二条の変更手続きでよい。」としており、漁場の縮小は漁業法第22条の「変更」に該当することを明らかにしているものであるが、この通知は平成5年の漁業協同組合合併助成法の改正後も維持されたのであり、水産庁が漁業権の一部放棄は漁業権の「変更」に該当するという立場であったことは明らかである。

なお、平成29年5月25日付け通知において、唐突に漁業協同組合合併促進法3条1項6号が持ち出されたという経緯自体が、あまりにも不自然である。すなわち、平成29年3月14日付け水産庁長官回答に関して、国会では、平成29年3月29日衆議院農林水産委員会、同年4月18日衆議院安全保障委員会において水

産庁長官が答弁をしているが、その答弁では漁業協同組合合併促進法についてはまったく触れられていない。また、平成 29 年 5 月 1 日付け通知においても同法についての言及はない。まさに、取って付けたように、平成 29 年 5 月 25 日付け通知で、漁業権の一部放棄が漁業法上の「変更」に該当しないことの論拠として突然に示されたものであり、不自然、不合理極まりないものである。

(3) 小括

以上述べたとおり、平成 29 年 3 月 14 日付け水産庁長官回答は、従前の政府答弁や水産庁長官通知に示された見解とは、相容れないものである。

そして、水産庁長官は、沖縄県知事からの 2 回にわたる照会について、合計 23 項目の照会事項については一切回答しなかったものであり、このことは、平成 29 年 3 月 14 日付け水産庁長官回答には根拠がなかったことを如実に示したものである。

また、昭和 46 年 8 月 9 日付け水産庁長官答弁を、平成 29 年 3 月 14 日付け水産庁長官回答に示された結論の論拠として引用することは、およそ論理をなすものではない。

さらに、漁業権の変更については過去の政府答弁を修正することなく、他方で福岡高裁昭和 48 年 10 月 19 日判決、仙台高裁昭和 63 年 3 月 28 日判決を引用したことは、明らかな論理矛盾である。

平成 29 年 3 月 14 日付け水産庁長官回答は、およそ合理性、論理的整合性を欠いたものであり、沖縄県知事が同回答についてコメントしたとおり、「長年示され続けてきた見解が、辺野古案件のために恣意的

に変更されたとしてしか受けとることの出来ない内容であり、政府が常々述べている法治国家とはほど遠く、まさに辺野古唯一という視点しかない、国の強硬な姿勢が浮き彫りになった」ものと言わざるを得ない。

6 第2項のまとめ

漁業法 10 条は、「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受けなければならない。」と定めており、漁業権は、行政庁の免許という行政行為によって設定される権利である。漁業権は免許によって設定されるものであるから、漁業権の内容は行政行為（免許）によって定まることになるが、漁業法 11 条 1 項は、「漁業種類、漁場の位置及び区域、漁業時期その他免許の内容たるべき事項」と規定しており、漁業種類、漁場の位置及び区域、漁業時期等により免許の内容、すなわち、漁業権の内容が定められることを明らかにしている。そして、漁業権の内容である「漁場の区域」を縮小することは、免許という行政行為で設定された権利の内容を変動させ、権利の本質的同一性は失われないまでも免許により設定された権利とは異なる新たな内容をもった権利とする変権行為である。「漁場の区域」は免許の内容たるべき事項として免許によって定められるものであるから、免許という行政行為によって定まった内容を私人（漁業権者）の意思表示で変動させることはできないことは当然である。

また、漁場の区域は、漁業権の内容をなすものであるが、漁業権の内容は免許によって定められるものである。この免許の内容は、免許申請がなされる前に、事前に知事の定める漁場計画によって決められ、漁場計画の内容と異なる免許をすることは認められていない（漁業法 13 条）。

漁業権の内容を免許申請者が定めることは認められていないのであり、漁場の区域を免許申請者の私的恣意で定めることはできない。それにもかかわらず、漁業権の設定後に、漁業権者が漁業権の内容を自由に選択できるとするならば、免許設定について漁場計画制度を採用した趣旨が没却されることになる。現行漁業法は、水面の総合的利用の見地から予め樹立された漁場計画に沿って免許をする漁場計画制度を採用したのであるから、漁業権の内容を特定する要素の変動は、免許権者の公益的判断によってのみなされることは、現行漁業法が、漁場計画制度を根幹的な仕組みとすることよりしても、当然のことである。

したがって、いわゆる漁業権の一部放棄、すなわち、漁業権者の意思に基づく漁場の区域の減少は、漁業法上は「放棄」には該当せず、「変更」に該当するものであり、漁業権者（漁業協同組合）がいわゆる漁業権の一部放棄の特別決議をしても、その決議自体によっては「漁場の区域」の縮小（漁業権の一部消滅）という効果は生じない。

なお、このことは、現行漁業法が、全部放棄については行政行為を不要としたことと何ら矛盾するものではない。漁業権の全面的放棄が「放棄」に該当することは当然であるが、漁業権者の意思表示のみで漁業権を全面的に放棄することを認めたとしても、漁業権者の意思表示のみで漁場計画によって定められた免許の内容を変動させることにはならず、漁場計画樹立後の免許前の状態に戻ること、すなわち、漁業権の全部放棄はいわば免許の返上と同じである。全面的放棄を漁業権者の意思表示のみでなしうるとしても、漁場計画によって定められた免許の内容たるべき事項を変動させるものではなく、新たな漁場計画の樹立を必要とすることにもならないから、水面の総合的・高度利用の目的のために樹立さ

れる漁場計画制度との抵触という問題は生じない。これに対し、いわゆる一部放棄は、「漁場の区域」に係る変動であるが、「漁場の区域」は漁場計画において定められるものであるから、これを変更して「漁場の区域」を縮小することは、漁場計画で定められた免許の内容を変動させることにほかならない。現行漁業法は、前述のとおり、水面の総合的利用の見地から予め樹立された漁場計画に沿って免許をする漁場計画制度を採用したのであるから、漁業権の内容を特定する要素の変動は免許権者の公益的判断によってなされることは、当然のことであると言わなければならない。

以上のことは、現行漁業法の前身である明治漁業法下においても通説であり、現行漁業法下においても政府答弁や水産庁通知等によってくり返し確認されてきたものである。

本件水域を漁場の区域に含む共同第5号漁業権について、本件水域を「漁場の区域」から除外する内容の変更免許がなされていない以上、本件水域の漁業権は消滅していないものであるから、本件水域は沖縄県漁業調整規則 39 条 1 項にいう「漁業権の設定された漁場」に該当し、同規則により本件水域における岩礁破碎等は禁止されているものである。

第3 司法手続による公法上の不作為義務の履行請求が認められること

本件仮処分は、債務者が沖縄県漁業調整規則 39 条に基づき岩礁破碎許可を得ずに岩礁破碎行為を行う蓋然性があることから、岩礁破碎行為の仮の差止を求めるものであるところ、債権者は債務者に対して、かかる仮処分命令を適法に申立てできる。

人見剛早稲田大学教授作成にかかる平成 29 年 7 月 20 日付意見書(以下、「人見意見書」という。：甲 C 1) に依拠して、以下、詳述する。

なお、以下では、いわゆる宝塚市パチンコ条例事件(最高裁平成 14 年 7 月 9 日判決・最高裁判所民事判例集 56 巻 6 号 1134 頁)を、「平成 14 年最高裁判決」といい、同事件の調査官解説(『平成一四年最高裁判所判例解説・民事編(下)』542 頁以下)を、「平成 14 年最高裁判決調査官解説」、あるいは、単に「調査官解説」という。

また、以下で引用する文献については、主要なもののみ証拠提出する(甲 C 号証)。

1 債権者の債務者に対する差止請求権が肯定されること

(1) 行政上の義務の履行を求める請求権が行政主体に帰属すること

人見意見書においても挙げられているとおり、過去の裁判例においては、岐阜地裁昭和 43 年 2 月 14 日決定・訟務月報 14 巻 4 号 384 頁、岐阜地裁昭和 44 年 11 月 27 日判決・判例時報 600 号 100 頁、大阪高裁昭和 60 年 11 月 25 日決定・判例時報 1189 号 39 頁、横浜地判平成元年 12 月 8 日決定・判例タイムズ 717 号 220 頁、富山地裁平成 2 年 6 月 5 日決定・訟務月報 37 巻 1 号 1 頁、神戸地裁伊丹支部平成 6 年

6月9日決定・判例地方自治128号68頁、盛岡地裁平成9年1月24日決定・判例時報1638号141頁等、法律あるいは条例によって私人に対する義務賦課権限が与えられた行政庁の所属する行政主体に、その義務の履行請求権が帰属することは当然視されてきた（詳細は、人見意見書4頁以下を参照）。

学説も、伝統的に、国家の私人に対する権利（国家公権⁸）があることを当然の前提としてきており、本件のように、行政上の義務履行請求権を認め、司法手続による執行を許容する見解は圧倒的な通説である（人見意見書6頁参照⁹）。

⁸ 人見意見書7頁以下及び人見剛「地方公共団体の出訴資格再論 『法律上の争訟』に関する私権保護ドグマ」磯部力先生古稀記念論文集『都市と環境の公法学』220頁以下（甲C2）同『近代法治国家の行政法学 ヴァアルター・イエリネック行政法学の研究』167頁以下に詳しいが、公権論の母国であるドイツにおいても、「国家は、租税・使用料・負担金の支払いを求める『権利（Recht）』、勤務・収用・刑罰の『権利』、警察違反行為をなさないことを求める『権利』を有している」（W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1931, S.203f.）「主観的公権は、市民 国家関係のみならず国家 市民関係や公法上の法人相互関係においても確かに存在する。例えば、国家は、一定の法律上の要件の下で、市民に建築制限を課したり、納税を要求する『権利（Recht）』を有する」（H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2011, §8, Rn. 2.）ことは承認されている。

国家の公権は、客観法上の権限であって、私人のような個人的法益主体の有する主観的な権利とは異質であり、それと同様な意味での権利ではないという批判はあっても、このような権限に基づき出訴できること自体は疑われていない。

⁹ 人見意見書6頁で引用されている文献の他にも、平成14年最高裁判決以前に履行請求権に言及して司法執行を肯定するものとして、白井皓喜判例地方自治24号86頁における大阪高裁昭和60年11月25日決定・判例時報1189号39頁の解説「法律上の不作為請求訴訟については、～具体的に義務を賦課している条例から、不作為請求権が直接発生するものと解すべきである」、そもそも義務履行請求権を手続的なものとして捉えられればよいとする見解として亀田健二「わが国における条例上の義務の司法的執行」関西大学法学論集43巻1・2合併号220頁から221頁「義務履行の強制については、実体法上の問題そのものではないのであるから、条例上の義務の司法的執行における問題に実体法上の公法私法二元論をストレートに持ち込むことは妥当ではない～条例上の義務の司法的執行の問題については、～実体法的アプローチとは異なる訴訟的・手続的アプローチが必要であろう。」等多数。

確井光明「行政上の履行確保」公法研究58号150頁脚注34は、民事執行が可能なことについて、「今日、通説となっているとあってよい」と評価していた。

平成14年最高裁判決以後のものとして、村上武則「宝塚市パチンコ店規制条例事件と法治主義」同他編『高田敏先生古稀記念論集 法治国家の展開と現代的構成』89頁「（ドイツの）アレクシ の理論を借りて言えば、prima facie-Rechte und prima facie-Pflichten（一応の権利・義務）としての権利義務の関係に入っていると言えるのではなからうか。」同90頁「私人と国家の側に、抽象的には権利義務の関係が存在し～広い意

例えば、既に戦前において、美濃部達吉は、「公共団体又は其の他国家的公権を授与せられて居る者は、唯法規の認むる範囲内に於いてのみ人民に対し権利を主張し得るに止まることは勿論であるのみならず、法治国家に於いては、国家自身も行政法関係の主体としては、法規に依って規律せらるるもので、法規の定むる所に従い、人民に対し各種の権利を有するものである。国家的公権は其の目的から見て、組織権・警察権・公企業特権・公物管理権・軍政権・財政権・行政監督権・法政権・刑罰権等の各種に分つことが出来るし、又其の内容から見て、下命権・強制権・形成権・公法上の物権等の種類を分つことが出来る。」と述べている¹⁰。

戦後も、田中二郎は、「国家的公権とは、国又は公共団体その他国から公権力を与えられた者が、優越的な意思の主体として、相手方たる人民に対して有する権利である。その権利の目的からいえば、警察権・統制権・公共的企業に対する監督支配権・公用負担特権・課税権等の各種に分かつことができ、その内容からいえば、下命権(租税の納付その他の義務を命ずる権利)・強制権(強制執行・即時強制をする権利)・形成権(法律関係を発生・変更・消滅せしめる権利)・公法上の物権的支配権(公所有権・公用地役権・公法上の担保物権)等に分かつことができる。行政権の主体が、法律上認められた優越的な意思の主体としての地位に基づいて、法律の定めるところにより、権利の内容を自ら決定し、時には、自力によって、その内容を実現することができるものとしてい

味では義務の履行を求める公権が国家の側に存在している」等多数。

なお、平成14年最高裁判決調査官解説545頁脚注13において引用されている学説は、ことごとく否定説ではないことについて、村上裕章「行政上の義務の履行と民事訴訟」同『行政訴訟の基礎理論』74頁脚注7(甲C3)。

また、同じく、調査官解説同箇所において消極説に立つ下級審裁判例として引用されている裁判例は、いずれも、民事執行の可能性を否定した裁判例とは言えないことについて、村上同著同頁脚注8。

¹⁰ 美濃部達吉『日本行政法・上』117頁以下。なお、引用に際しては、旧字体を新字体に改めている。

る点にその特色が認められる」と述べて¹¹、国家公権を論じ、さらに、「従来は、行政法上の義務の不履行のある場合には、行政法上のすべての義務について、行政権自らこれを強制する手段をもっていたが、現在は、一般的な強制手段としては、代執行を認めているだけであり、個々の法律上にも、義務履行の強制手段について何らの定めをしていないものが多く、ただ、義務違反に対する罰則をととのえることによって、間接に、義務の履行の確保を図っているのが通例である。ところで、これらの行政上の強制執行の法的根拠の欠けている場合に、行政権自らの力によって強制することができないことはもちろんである。それでは、これらの場合に全く強制手段がないと解すべきであろうか。私は、行政法上の義務の強制についても、特別の定めのない場合には、一般の原則に戻り、裁判所に訴え、その協力を求めることができるものと解する。」として¹²、司法手続による行政上の義務の履行の執行を認めていたのである。

このような履行請求権は、直接的には、義務を課す根拠法規に由来する。

すなわち、行政代執行法のような行政的執行は、「行政客体に義務を課しその履行を請求する行政主体が、みずからその義務の存在を確認し、自己の独自の強制手段により執行を行う自力救済の制度であり、請求権の主張とその確定とが同じ行政権により行われ、同じ者が請求権者でありかつ執行権者であるという自力執行の制度」である（広岡隆『行政代執行法 [新版]』12頁）。

処分が介在する場合は、当該処分が、行政客体に義務を課して履行を請求する請求権の主張となる。

¹¹ 田中二郎『新版・行政法 上巻（全訂第2版）』85頁

¹² 田中二郎『新版・行政法 上巻（全訂第2版）』178頁

この場合、当該処分は、義務を課す処分の授權規定ないし義務を課す根拠規定に基づき行われる行政庁の請求権の表明であり、かかる請求権の存在は、当該処分の授權規定に由来するものである。

一方で、本件のように、処分を介在しない義務履行請求権の場合、かかる義務を課する根拠規定により、直接義務履行請求権は基礎づけられるのである。

本件においては、沖縄県漁業調整規則により、義務履行請求権が基礎づけられる。

すなわち、人見意見書が述べるとおり、沖縄県漁業調整規則 39 条 1 項の規定により、「**「漁業権の設定されている漁場内」**において岩礁破碎行為をする者は皆、知事の許可を受けてそれを行わなければならないという**作為義務を課されている**。このことは裏を返していえば、何人も知事の同許可を受けずには岩礁破碎行為を行ってはならないという**不作為義務を課されている**ことを意味する。そして、実際に許可を受けずに岩礁破碎行為がなされている場合に生じている義務違反は、この**不作為義務違反**である～かかる**不作為義務は、当該義務を賦課した許可権者である沖縄県知事及びその所属する行政主体である沖縄県に対する関係での義務であり、かかる義務は、地域の水域に存する水産資源を保護培養するという公益を保護するために課された義務である**。したがって、地域の水域の水産資源を保護培養するという公益保護の主体として法令上位置づけられている沖縄県は、かかる義務の違反者に対してこの義務履行を求める権利を有するということができ」、「**いまだ岩礁破碎行為がなされてはいないが、知事の許可を得ずに岩礁破碎行為がなされることが**确实である**という**ような場合には、そのような義務違反行為を事前に防止するための予防的な義務履行請求も認められる**」**(人見意見書 9 頁)のである。

(2) 法令により直接課された義務であることに支障はないこと

なお、上記の裁判例で問題とされた工事中止義務等は、行政庁の工事中止命令や原状回復命令のような行政処分によって課された義務であり、本件で問題となっているのは、沖縄県漁業調整規則によって課された義務であり、相違がある。

しかし、少なくとも、本件のように具体的な義務の場合は、人見意見書 9 頁以下が適切に論じるとおり、この点は何ら問題とするにあたらない。

そもそも、民事訴訟や当事者訴訟において履行が求められる義務は、当然のことではあるが、処分を介在して生じる義務ではなく、法令が直接課している義務でも何の問題もない（人見意見書 10 頁では、民法 234 条が例として挙げられている）。

一方、行政代執行法に基づいて代執行の対象となる行政上の義務についても、「法律（法律の委任に基づく命令、規則及び条例を含む。以下同じ）により直接命ぜられ」た義務が含まれている（行政代執行法 2 条：その例として、人見意見書 9 頁で挙げられている火薬類取締法 22 条、道路法 40 条 1 項、都市公園法 10 条 1 項の義務がある）。

このような義務は、具体的特定の義務でなければならないとされるが（広岡隆『行政代執行法 [新版]』54 頁、62 頁）裏を返せば、具体的特定の義務であれば、「当該行政庁」（行政代執行法 2 条）すなわち、「各個の法律に基づいて、当該事務について管轄権をもち、義務の履行を強制しうべき権限を有する国の行政官庁～地方公共団体の機関」（広岡隆『行政代執行法 [新版]』50 頁）は、行政代執行を行うことができる。

要するに、法令が直接課した義務の場合、当該法令に基づき、履行請求権は発生し、行政代執行の場合には、当該行政庁は、当該履行請求権を自力執行できる。

であれば、当該法令に基づき履行請求権は発生しているのであり、司法的執行できることに支障はない。

さらに言うなら、行政代執行のような行政的執行の場合とは異なり、司法的執行の場合には、当該義務は、最終的には裁判所により確定されるのであるから¹³、行政代執行法における義務ほど厳密な特定性を要求する必然性もない。

いずれにせよ、人見意見書 10 頁で結論付けられているとおり、「本件の、知事の同許可を受けずに岩礁破碎行為を行ってはならないという不作為義務は、その内容が極めて具体的で明確であることはいうまでもないから、処分を介在していないことが、履行請求権を肯定することに何らかの支障をきたすものではない（なお、白井皓喜判例地方自治 24 号 86 頁における大阪高裁昭和 60 年 11 月 25 日決定・判例時報 1189 号 39 頁の解説は、不作為義務を条例から直接導いていることも想起：前掲脚注 9 の引用箇所参照）。

2 法律上の争訟であること

いわゆる板まんだら事件（最高裁昭和 56 年 4 月 7 日判決・最高裁判

¹³ 高田宏成・宇賀克也「行政上の義務履行確保 民事執行法との対話」宇賀克也他編『対話で学ぶ行政法』84 頁における宇賀発言「行政上の義務履行確保のための民事訴訟、民事保全手続においてまで公定力が働くと考えする必要はなく、かかる場合、裁判所に行政行為の適法性の審査を行わせ、違法な場合、民事執行、民事保全を拒否しても、取消訴訟の排他的管轄の趣旨に反しないという見方も十分ありうるということになります。」参照。

なお、上記の裁判例は、いずれも、義務の存在を実体的に審理しうることを当然視しており、また、肯定的な学説のうち、司法的執行が国民の権利保護の観点から望ましいとする見解は、義務の存在を裁判所が確定することを当然の前提としていると思われる。

所民事裁判例集 35 卷 3 号 443 頁)は、「裁判所がその固有の権限に基づいて審判することのできる対象は、裁判所法 3 条にいう『法律上の争訟』、すなわち当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であって、かつ、それが法令の適用により終局的に解決することができるものに限られる」と判示している。

この定式は、一般的には、当事者間の具体的法律関係ないし権利義務に関する争いであること、それが法令を適用することによって解決できるものであること、の二つの要素を持つものと捉えられている(樋口陽一他『注釈日本国憲法下巻』1125 頁等)。

本件は、債務者の岩礁破砕許可を得ずに岩礁破砕等行為を行ってはない不作為義務の存否が争われる事件であり、水産資源保護法、沖縄県漁業調整規則という法令の適用により、解決することができるものであるから、法律上の争訟にあたる。

3 平成 14 年最高裁判決との関係

以上で述べてきたことに対して、債務者は、おそらく、本件仮処分申立てが、平成 14 年最高裁判決に反し、不適法である旨の主張を行うものと思われるため、以下では、前提として、平成 14 年最高裁判決の判示に触れた上で、本件が同判決の射程外であること、あるいは、同判決が拠って立つ法律上の争訟観に問題があることについて述べる。

(1) 平成 14 年最高裁判決が述べていること

ア 事案の概要

宝塚市長が、宝塚市パチンコ店、ゲームセンター及びラブホテルの建築等の規制に関する条例(宝塚市昭和五八年条例第一九号)八

条に基づき、市内においてパチンコ店を建築しようとする者に対し、建築工事中止命令を発したが、これに従わないため、宝塚市が同人に対し同工事を続行してはならない旨の裁判を求めた事案である。

イ 判示の概要

平成 14 年最高裁判決は、「国又は地方公共団体が提起した訴訟であって、財産権の主体として自己の財産上の権利利益の保護救済を求めるような場合には、法律上の争訟に当たるといふべきであるが、国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とするものであって、自己の権利利益の保護救済を目的とするものということとはできないから、法律上の争訟として当然に裁判所の審判の対象となるものではなく、法律に特別の規定がある場合に限り、提起することが許されるものと解される。」と判示している。

従前、法律上の争訟性については、板まんだら事件が、「裁判所がその固有の権限に基づいて審判することのできる対象は、裁判所法 3 条にいう『法律上の争訟』、すなわち当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であって、かつ、それが法令の適用により終局的に解決することができるものに限られる」と判示し、これに拠ってきたが、平成 14 年最高裁判決は、板まんだら事件の定式に、私権保護目的の争訟提起という新たな要素を付け加えたものともいえる（調査官解説 541 頁から 542 頁は、「本判決は、自己の権利利益の保護救済を目的とするものかどうかという観点から、国又は地方公共団体の提起する法律上の争訟性を吟味しているところ、確かに、このような観点は、これまでの判例

では、必ずしも明示的には示されていない」と述べている：人見剛「地方公共団体の出訴資格再論 『法律上の争訟』に関する私権保護ドグマ」磯部力先生古稀記念論文集『都市と環境の公法学』201頁において、人見は、「私権保護ドグマ」と呼んでいる。

本件において、債務者は、平成14年最高裁判決を前提に、本件仮処分が、債権者の私的な権利利益を保護する目的で申立てられたものとは言えず、法律上の争訟性を欠くと主張することがありえる。

(2) 平成14年最高裁判決の射程外であること

そもそも、人見意見書10頁以下でも述べられているとおり、本件は、同判決の射程外である。

前提として、「平成14年最判の帰結は、地方公共団体等の行政主体の国民に対する義務履行請求を著しく制限するものであるから、その射程距離は極力控え目に解するべき」（福岡高裁平成19年3月22日判・判例地方自治304号35頁）である（同判決の結論は、最高裁平成21年7月10日判決・判例時報2058号53頁においても維持されている）。

ア 「専ら」行政権の主体として申し立てた仮処分ではないこと

前記のとおり、平成14年最高裁判決は、「国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟」を、不適法としているところ、人見意見書11頁以下で指摘されているとおり、本件訴訟は、地域の水域に存する水産資源という地域の資源の保護培養に強い利害関係を有する者としての立場（人見意見書11頁のいうところの、私人たる漁業関係者と同様の立場）においても申し立てた仮処分でもある。

したがって、「専ら」行政権の主体として提起した訴訟（申し立てた仮処分）とは言えず、本件は、同判決の射程外である。

イ 「国民」に対して申し立てた仮処分ではないこと

また、平成 14 年最高裁判決は、「国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟」を不適法としているところ、人見意見書 12 頁で指摘されているとおり、本件における債務者は国であり、「国民」に対して行政上の義務の履行を求める訴訟（仮処分）ではないことから、本件は同判決の射程外である。

実質論としても、人見意見書 12 頁で指摘されているとおり、「国は、一事業者としての地位にあるときも、一般私人のような営業の自由などの基本的人権の享有主体ではなく、むしろ法律による行政に拘束されている主体として私人よりも高いレベルで法令上の義務を遵守することを期待される存在であって、地方公共団体から法令上の義務履行を求めて出訴されても当然にそれを受け止めるべき」なのである。

ウ 公物管理権を持つ行政主体が申し立てた仮処分であること

最高裁平成 8 年 10 月 29 日判決・判例タイムズ 947 号 185 頁（以下、「平成 8 年最高裁判決」という。）は、松山市が、A から土地を買い受け、道路整備を行った上で、市道として一般市民の通行の用に供していたが、登記は未了のままであったところ、A から B、C、D、Y と転々譲渡し、登記を経由し、Y は、本件土地上にプレハブ建物等を設置したため、松山市は、仮処分命令を得た上で、B 以下

の譲受人は背信的悪意者であるとして所有権に基づき真正名義の回復を原因とする所有権移転登記手続請求、道路管理権に基づいて市道の敷地であることの確認、所有権、占有訴権、道路管理権に基づき工作物の撤去・明渡請求を求める訴えを提起した、という事案である。

かかる事案において、一審は、Yは背信的悪意者ではないとして、所有権移転登記手続請求は棄却したが、Yの所有権は道路法所定の制限を受けたものであるから、松山市はYに対して、道路管理権をもって対抗できるとして、工作物の撤去・明渡請求、市道敷地であることの確認の訴えは認容した。

一方で、二審は、Bが背信的悪意者であり、Yは所有権を松山市に対抗できないとして、松山市の所有権に基づく所有権移転登記手続請求も認容すべきとした（他の請求も全て認容）。

最高裁は、Yの上告に対して、背信的悪意者（B）から譲り受けた者も、同人自身が背信的悪意者に当たらない限り、所有権取得をもって対抗できるとした上で、松山市に所有権があるとして所有権移転登記手続請求を認容した二審判決を取消し、差し戻すとともに、**「愛媛産興が背信的悪意者であるため、被上告人は愛媛産興に対する関係では、本件土地につき登記がなくても所有権取得を対抗できる関係にあったことは、前述のとおりであるから、既に一般市民の通行の用に供されてきた本件土地につき、被上告人が昭和五八年一月二五日にした道路法一八条に基づく区域決定、供用開始決定及びこれらの工事は、本件土地につき権限を取得しないでしたものということとはできず、右の供用開始決定等を無効ということとはできない。したがって、本件土地は市道として適法に供用の開始がされ**

たものということができ、仮にその後上告人が本件土地を取得し、被上告人が登記を欠くため上告人に所有権取得を対抗できなくなったとしても、上告人は道路敷地として道路法所定の制限が加えられたものを取得したにすぎないものというべきであるから（最高裁昭和四一年（オ）第二一一号同四四年年一二月四日第一小法廷判決・民集三二巻一二号二四〇七頁参照）、被上告人は、道路管理者としての本件土地の管理権に基づき本件土地が市道の敷地であることの確認を求めるとともに、本件土地上に上告人が設置したプレハブ建物及びバリケード等の撤去を求めることができるものというべきである。これと同旨の原審の判断は、正当として是認することができる」として（「愛媛産興」が上記のB）、工作物の撤去・明渡請求と、市道の敷地であることの確認の訴えについては、上告を棄却した。

以上の認定から明らかたとおり（一審、二審、最高裁のいずれも松山市の占有については、何の認定も行っていない）、平成8年最高裁判決は、道路管理権（公物管理権）に基づく訴えを認容したものである（なお、同判決調査官解説836頁から837頁も、同判決の要旨を整理するにあたり、「本件土地は市道として適法に供用の開始がされたものということができ、仮にその後Yが本件土地を取得し、Xが登記を欠くため所有権取得をYに対抗できなくなったとしても、Yは道路敷地として道路法所定の制限を加えられたものを取得したにすぎない～Xの道路管理権に基づく各請求は理由があり、Yの損害賠償請求は理由がないから、これらの部分に関する原審の判断は正当であるとして、原判決の一部を破棄差戻しとし、その余の上告を棄却すべきものとした」としている）。

平成14年最高裁判決は、平成8年最高裁判決を変更するものではないところ、同判決は、公物管理権に基づく訴えが、法律上の争

訟にあたることを当然の前提としている。

平成 14 年最高裁判決は、「国又は地方公共団体が提起した訴訟であって、財産権の主体として自己の財産上の権利利益の保護救済を求めるような場合には、法律上の争訟に当たるといふべきであるが、国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とするものであって、自己の権利利益の保護救済を目的とするものということとはできないから、法律上の争訟として当然に裁判所の審判の対象となるものではなく、法律に特別の規定がある場合に限り、提起することが許されるものと解される。」と判示しているが、公物管理権は、私所有権その他の私法上の権利ではないものの、当該公物について財産上の権利利益に準じるものとして、公物管理権の保護救済を目的とする訴えは、法律上の争訟に含まれるのである。

一方で、本件仮処分は、債務者が沖縄県漁業調整規則 39 条に基づき岩礁破碎許可を得ずに岩礁破碎行為を行う蓋然性があることから、岩礁破碎行為の仮の差止を求めるものであるところ、同規則は、海という公物の機能管理をもその内容とする。

すなわち、沖縄県漁業調整規則 39 条は、水産資源保護法 4 条 2 項 5 号に根拠を持つものであるが、同法は、公共の用に供する水面（要するに公共用物¹⁴）に適用され（同法 2 条）、水産資源の保護培養を図り、且つ、その効果を将来にわたって維持することにより、漁業の発展に寄与することを目的とし（同法 1 条）、同法 4 条 2 項 5 号、沖縄県漁業調整規則 39 条は、かかる目的のために定められた

¹⁴ 国有財産法、3 条 2 項 2 号、沖縄県国土交通省所管公共用財産管理規則 2 条（1）号により、沖縄県知事が財産管理を行うものとされる公共用物である。

ものである(「漁場内において岩礁を破碎し、又は土砂若しくは岩石を採取することによって～水産動植物の産卵生育等に著しく影響するので、これらの行為を一般的に禁止し、知事の許可を受けた場合のみ解除しようとするもの」(金田禎之『新編 都道府県漁業調整規則詳解(改訂版)』215頁))。

公物管理とは、公物の管理者が、公物の存立を維持し、これを公用又は公共の用に供し、公物としての本来の機能を発揮させるためにする一切の作用をいうところ、水産資源の保護培養を図り、その効果を将来にわたって維持し、漁業の発展に寄与するために、岩礁破碎等を一般的に禁止し、許可により解除するという沖縄県漁業調整規則 39 条の仕組みは、海という公共用物の公共用物としての機能を維持発展させるための管理行為(機能管理)を沖縄県知事に委ねたものに他ならない¹⁵。

本件仮処分は、海という公共用物について、財産管理、機能管理を行う主体である原告が、その公物管理権の保護救済を求めて申し立てるものでもあることから、平成 14 年最高裁判決の元でも許容されるものである。

¹⁵ 塩野宏は、自然公物の管理について、「自然公物の管理権能の根拠を公物管理主体の所有権(その他の権限を含む)に求めるのが妥当」とした上で(同『行政組織法の諸問題 行政法研究第五巻』319頁)、このような考え方は、「その所有権の発現は、物の属性によって規定される。ひいては、その物の性質に応じた活用をはかるために管理権能が行使されなければならない、という考え方に一層なじみやすい」とし(同319頁)、「これら自然公物は、複数の利用が可能な資源という属性を持っている。その意味では、自然公物の管理の課題とは、われわれに残された資源をいかに合理的に(単に、今日の必要だけではなく、将来の国土のあり方をも考慮にいれた意味での)活用するかということにあると考えられる」と述べている(同320頁)。

公物管理とは、公物の公共性を維持管理することに他ならず、特に、自然公物の場合、将来の国土のあり方をも考慮に入れた上で、いかに合理的に資源を活用するか、ということが重要であり、沖縄県漁業調整規則 39 条が、このような観点から見れば、公物の機能管理について定めたものであることは明らかである。

(3) 平成 14 年最高裁判決の法律上の争訟概念に問題があること

ア はじめに

仮に、本件が、平成 14 年最高裁判決の判示と抵触するとしても、平成 14 年最高裁判決がとる法律上の争訟概念には問題がある。

すなわち、上記のとおり、平成 14 年最高裁判決は、板まんだら事件における法律上の争訟概念に、私権保護目的という新たな要素を加えたものである。

しかし、このような法律上の争訟概念に対しては、片面的「法律上の争訟」概念であり、根拠がない（人見意見書 13 頁及び同意見書引用の文献参照¹⁶）、「法律上の争訟」に含まれる刑事訴訟¹⁷を説明できなくなる（人見意見書 14 頁及び同意見書引用の文献参照）という批判がなされている。

イ 裁判所法における法律上の争訟概念

以下では、「法律上の争訟」概念がどのようなものとして立法されたかについて述べる。

¹⁶ 特に、塩野宏『行政法 [第五版補訂版] 行政救済法』281 頁「最高裁判所は法律上の争訟性に関して、別の観点からの限定をかけている。それは、引用のごとく、一方当事者が財産権の主体ではなく、行政権の主体であり、かつ、その行政権が訴訟を提起するときだけ法律上の争訟性を欠くということに解される。ただ、行政庁が取消訴訟で被告となる場合には法律上の争訟になり～その場合には公益上の主張が許されることには、日本法として全く異論のなかったところであるが、かかる片面的法律上の争訟概念がどこから導き出されるかについては、判決には説明がなく、結論だけが示されているに過ぎない。～仮に公法と私法の区別を前提としても日本国憲法にいう司法権の範囲が私法上の法律関係に限られるというのは、何人も支持しないところであろう。～いずれにせよ、本件の具体的解決方法としても、理論上の問題としても、本件最高裁番所の司法権論は説得性がない」との見解を参照。

¹⁷ 最高裁判所事務総局総務局編『裁判所法逐条解説（上）』22 頁以下等。

この点、論理的には、刑事訴訟が、裁判所法 3 条の「その他法律において特に定める権限」に含まれるとする見解は成り立ちえないではないが（大貫裕之「行政訴訟による国民の『権利保護』」公法研究 59 号 208 頁参照）、「法律上の争訟」に刑事訴訟が含まれることは、立法経緯から見て、疑いようがない。後に触れる。

予めまとめておくと、「法律上の争訟」概念は、訴訟の対象（目的ではない）に関わる実体的な概念であり、刑事事件を包含し、利害の相対立する当事者間の争いを指す。

重要な点なので、以下では、ある程度詳細に論じる。

まず、明治憲法下では、「通常裁判所ニ於テハ民事刑事ヲ裁判スル」とされ（裁判所構成法 2 条：新字体に改めた）、行政事件は、行政裁判所が扱っていた。

裁判所法は、明治憲法下の裁判所構成法を廃止し、現行憲法の制定に合わせて制定されたものであり、同法 3 条の「一切の法律上の争訟」という文言は、以下の経緯で設けられた。

なお、以下では、内藤頼博『日本立法資料全集別巻 92 終戦後の司法制度改革の経過（第二分冊）第 2 巻』を（甲 C 4）、「第二分冊」、内藤頼博『日本立法資料全集別巻 93 終戦後の司法制度改革の経過（第三分冊）第 3 巻』を（甲 C 5）、「第三分冊」と表記する。

昭和 21 年 1 月下旬から、当時の司法省において、裁判所構成法改正案の立案が行われ（第二分冊 47 頁）、裁判所構成法改正法律案（第三分冊 137 頁）を得たが、この時点では、「裁判所八民事、刑事及行政事件ヲ裁判ス」（一条）とされていた。

司法省は、同年 6 月、臨時司法制度改革準備協議会を設けて、憲法改正に伴い、司法制度について考慮すべき事項を協議し、その後、司法法制審議会を設置した（第二分冊 56 頁）。一方、内閣も同年 7 月 3 日に、臨時法政調査会を設け、同第三部会が司法法制を担当することとなり、司法法制審議会と臨時法政調査会第三部会は一体となって活動を行った（第二分冊 74 頁）。

同月 11 日の臨時法政調査会第一回総会において、佐々木委員の「司法関係の所謂司法は是までは誰も知って居る通り民事、刑事裁判所でありますが、今度の憲法に依りますと所謂従来司法裁判所と言って居ったもので行政裁判を行ふものではないかと思はれます。～それはどう言ふものでございませう。」という質問に対し、入江幹事長が「此の憲法に於きましては行政事件は司法権の作用としまして裁判所に於て扱ふことになりました」と答え、佐々木委員が「司法関係の司法と言ふのを民事、刑事のみと限らずに、～行政事項も含むと考へて居るのでありますか。」、入江幹事長が「左様でございます。」とのやり取りを行っている。

司法法制審議会第一小委員会の起草委員は、昭和 21 年 8 月 16 日から 9 月 9 日の間に、第一次裁判所法案（第三分冊 148 頁）、第二次裁判所法案（第三分冊 186 頁）を起草している。

第一次裁判所法案では、「基本的人権に関するすべての争訟を裁判する」(第三条：第三分冊 149 頁)、第二次裁判所法案では、「民事、刑事及び行政事件その他一切の法律上の事件を裁判する」(第三条：第三部分冊 187 頁)とされている。

その後、民事局の局議を経て、第三次裁判所法案が作成されたが(第二分冊 388 頁以下)、三条における議論としては、「本条の目的(1) 司法権の内容を明かにすること」とされ、「非訟事件は、「法律上の事件」に入らない。」、「法律上の事件」を、「法律上の争訟」とすべきか。」、「争訟」とする場合、刑事訴訟も入る。」とされている(第二分冊 390 頁から 391 頁)。

かかる局議を経た第三次裁判所法案においては、「民事、刑事及び行政事件その他一切の法律上の争訟」(三条：第三分冊 246 頁)と

された。

かかる議論から、「争訟」に「刑事事件」が含まれていたことは明らかである。

その後、昭和 21 年 11 月 14 日から法制局における審査が行われ（第二分冊 401 頁以下）第四次裁判所法案が作成されたが、この際の議論においては、「その他一切の法律上の争訟」としたのは、必ずしも民事、刑事、行政事件の中に入らないものがあるからである。例えば、人身保護法による事件の如きである。」とされ、修正案第一案として、「民事刑事に関する争訟その他一切の法律上の争訟」が挙げたが、「民事」・「刑事」は争訟の意味だから「に関する争訟」は意味がダブルことになる。」として排斥され、最終的に「日本国憲法に特別の定めのある場合を除いて一切の法律上の争訟」という案に落ち着いた（第二分冊 406 頁、第三分冊 261 頁）。

以後、この表現には変更は加えられておらず（その後、「その他法律において～」、2 項、3 項が追加されている）昭和 22 年 2 月 6 日、枢密院に第八次裁判所法案を諮問した際の司法省民事局作成の逐条説明では（第三分冊 886 頁）「一切の法律上の争訟」の説明として、「従来の民事、刑事の外、いわゆる行政事件その他例えば人身保護法の如きによる事件にも及ぶ」とされている。

その後、諮問された枢密院の審査委員会において、「一切の法律上の争訟」について議論がなされている（第二分冊 704 頁以下、同 730 頁以下）。

ここでは、「裁判所に属する権限を第三条が一切賄っているとは考えない。裁判所の権限の本体を現したものである」（第二分冊 730 頁：入江法制

局長官発言)「争に牽連する事件も第三条に含むとは解されるが、すべて裁判所の権限を含めることは難しいと思う。」(同 731 頁:入江発言)「戸籍、登記は争がないものである。非訟事件も然り。そういうものも、裁判所の権限に入るのだが、それ等が「争訟」の中にはいるのか。」(同 731 頁:伊沢顧問官発言)等、司法権の本来的範囲と、非訟事件等が区別されて論じられている。

また、この審査委員会における議論に際して作成された「争訟」説明では、「訴訟」の意義を、「別紙(A) 別紙(B)参照」として、別紙(A)には民事訴訟が、別紙(B)には刑事訴訟が記載されている。そして、「争訟」の意義について、「裁判の対象となる実体を意味する。」と記載されている(第三分冊 912 頁)。

また、「争訟」についての答弁案(第三分冊 914 頁)では、「裁判所法案第三条に所謂『法律上の争訟』とは、利害の相対立する当事者間の争を謂うのであって、従来民事、刑事の訴訟事件のみならず行政訴訟事件の如きも之に含まれる。しかし当事者間に争のない戸籍登記その他非訟事件の如きは「法律上の争訟」には含まれない。右の如く「争訟」は事件の実体的な概念であるが、これに対して、「訴訟」とは訴訟手続によって裁判される争(事件)と謂い純然たる形式的概念である。~第三条においては裁判の対象となる事件を実質の方面から規定したので「争訟」の語を用いた」とされている。

さらに、第八次裁判所法案の三条についての枢密院配布用メモには、「『法律上の争訟』と云うのは、広く法律上の争について当事者、利害関係人から救済を求められる事件の実体を意味し、「訴訟」とは意味を異にし、実体的意味に於ける法律上の争を指称する」とされている(第三分冊 914

頁)。

かかる議論を踏まえて、「第二項をおくかどうか、司法省でも考慮する。」とされ(第二分冊 732 頁) 第九次裁判所法案において、「日本国憲法に特別の定のある場合を除いて、一切の法律上の争訟を裁判し、その他法律において特に定める権限を有する」という形に修正が行われた(第二分冊 732 頁、第三分冊 437 頁)。

最終的に、第十次裁判所法案に修正された後、成立しているが、衆議院本会議における民事局起案にかかる裁判所法案説明書では(第三分冊 952 頁)「本法案におきましては、民事、刑事の外いわゆる行政事件にも亘って「一切の法律上の争訟を裁判する」ことを明らかにして居ります。」とされている。

以上の経緯から、「一切の法律上の争訟」に刑事事件が含まれることは疑いようがないし、ここでいう「一切の法律上の争訟」概念が、徹頭徹尾、訴訟の対象(目的ではない)に関わる実体的な概念として構成されたことも明らかである¹⁸。

つまり、訴訟目的による区別は含んでおらず¹⁹、訴訟の対象が、

¹⁸ 重複するが、関連箇所のみ引用しておく。

法律上の争訟とは、「従来の民事、刑事の外、いわゆる行政事件その他例えば人身保護法の如きによる事件にも及ぶ」(第三分冊 886 頁)「裁判の対象となる実体を意味する。」(第三分冊 912 頁)「裁判所法案第三条に所謂『法律上の争訟』とは、利害の相対立する当事者間の争を謂うのであって、従来の民事、刑事の訴訟事件のみならず行政訴訟事件の如きも之に含まれる。しかし当事者間に争のない戸籍登記その他非訟事件の如きは「法律上の争訟」には含まれない。右の如く「争訟」は事件の実体的な概念であるが、これに対して、「訴訟」とは訴訟手続によって裁判される争(事件)と謂い純然たる形式的の概念である。～第三条においては裁判の対象となる事件を実質の方面から規定したので「争訟」の語を用いた」(第三分冊 914 頁)「法律上の争訟」と云うのは、広く法律上の争について当事者、利害関係人から救済を求められる事件の実体を意味し、「訴訟」とは意味を異にし、実体的意味に於ける法律上の争を指称する」(第三分冊 914 頁)のような説明がなされている。

¹⁹ なお、立法経緯を考慮に入れなくとも、そもそも、訴訟目的は凡そ相対的なものであり、これにより法律上の争訟性を判断することは、困難であり、極めて問題がある(人見意見書 15 頁でも指摘されている)。

利害の相対立する当事者間の争いであることを意味する概念なのである²⁰。

主観訴訟・客観訴訟の区別を我が国で初めて提唱した織田が二面的性格について触れていたことは後述するが（人見剛「地方公共団体の出訴資格再論 『法律上の争訟』に関する私権保護ドグマ」磯部力先生古稀記念論文集『都市と環境の公法学』210頁も参照）概念を輸入した先であるフランス法において、通説は、越権訴訟（我が国の取消訴訟に対応する）を、訴訟の対象、すなわち、裁判官に提起された問題が法準則の侵犯であり、主観的法的地位の侵犯ではないことから、客観訴訟と考えている（我が国においても、本案勝訴要件は、処分の違法性であり、原告の権利侵害の有無ではないから、このような観点から見れば、客観訴訟といえる）。

フランス法に関する議論については、村上裕章「越権訴訟の性質に関する理論的考察」同『行政訴訟の基礎理論』102頁以下において、詳細に議論されているが、村上は、フランス法における議論を踏まえて、「わが国の通説がこの観点（注：訴訟目的）から主観訴訟と客観訴訟の分類を行っていること、そしてこの分類に「法律上の争訟」性と原告適格についての限定的解釈を結び付けていることは既に述べた～しかし、このような考え方に対しては、フランスにおける訴訟目的の観点からの分類について指摘したのと同様の問題がある～第一に、ある訴訟制度が国民の権利保護を目的とするか、行政の適法性の維持を目的とするかは相対的な問題であって、結局は量的な差異に過ぎない～第二に、そもそも二つの訴訟目的が互いに背反し合う関係にあるかどうかも疑問である。～訴訟目的の相対性、そして一定限度での両立を考慮するならば、このような基準によって訴訟をカテゴリカルに分類し、それに様々な帰結をストレートに結びつける点で、通説は決定的な欠陥をはらんでいる」と結論付けている（同249頁）。

平成14年最高裁判決に対しても、「訴訟に限らず、一般に制度の目的は相対的であり、これに基づいて訴訟を分類したり、いわんや訴えの適法性を判断することには根本的な疑義がある」と批判している（村上裕章「行政上の義務の履行と民事訴訟」同『行政訴訟の基礎理論』76頁）。

²⁰ 一般的に、法律上の争訟と司法権概念は一致するものとされる。

我が国の司法権概念が、アメリカ合衆国憲法のような明文がないにもかかわらず、事件性の要件を含むのは、一般に英米法由来と考えられている。

ところで、米国においては、司法的執行が原則とされており、我が国の現行憲法及び裁判所法が制定されるよりも以前の、1895年には、既に、州際で運行する鉄道の職員がストライキ等を行っていることを、州際通商法（ICC法）に違反するとして、合衆国政府がその差止を求めた民事訴訟において、連邦裁判所は、「公衆の利益のために行使すべき権限を付託されている政府たるものは、その権限の行使にあたって、自らの政府の裁判所に対し、適切な援助を申し立てる権利があるのであり、～そこに財産的利害関係がないということだけでこの権利が否定されることにはならない。政府が、社会の成員すべての利益を促進し、また、公共の福祉への損害を引き起こすような、一部の者の許されざる行為を防止するという責務を有するということだけで、裁判所に提訴するための原告適格を認めるのに、通常は十分である」等と述べて、訴えを適法としている（中川丈久「行政訴訟に関する外国法制調査 - アメリカ(上)」ジュリスト1240号101頁以下）。

なお、塩野宏『行政法 [第六版] 行政法総論』247頁は、「わが国の行政上の義務履行確保制度の歴史的、比較法的考察を十分行なうならば、現行法が行政主体による民事訴訟の利用可能性を認めているという結論を導き出すことができるものと解される」と述べていることも参照。

²¹ 人見意見書14頁で指摘されているとおり、このことは、民事訴訟法学においては、当然のこととされている。

この観点から、板まんだら事件最高裁判決の定式「当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であって、かつ、それが法令の適用により終局的に解決することができるもの」を見れば、立法者の意図（例えば、「法律上の争訟」と云うのは、広く法律上の争について当事者、利害関係人から救済を求められる事件の実体を意味し、「訴訟」とは意味を異にし、実体的意味に於ける法律上の争を指称する」（第三分冊 914 頁））からの逸脱はないことがわかる。

かかる定式に、私権保護目的の提訴という要素は含まれていない。

ウ 平成 14 年最高裁判決が依拠する通説的客観訴訟論の問題

一方で、調査官解説は、我が国の通説（同 546 頁脚注 16）は、行政訴訟には、個人的な権利利益の保護救済を目的とする主観訴訟と、個人の権利利益の侵害を前提としない客観訴訟とがあり、前者は裁判所法 3 条 1 項の「法律上の争訟」にあたるが、後者は「法律上の争訟」ではなく、同項後段にいう「その他法律において特に定める権限」にあたるものとしてきたとし（同 538 頁）かかる見解から演繹して、平成 14 年最高裁判決の結論を導いている。

しかし、平成 14 年最高裁判決の言うところの通説的な客観訴訟論には理由がない。

このような客観訴訟論の歴史的な沿革については、杉井俊介「日本における主観訴訟と客観訴訟の概念の系譜（一～三・完）」自治研究 92 巻 2 号 111 頁、3 号 105 頁、4 号 116 頁（甲 C 6 から 8）村上裕章「日本における客観訴訟論の導入と定着」九大法政研究 82 巻第 2・3 合併号 263 頁、人見剛「地方公共団体の出訴資格再論

『法律上の争訟』に関する私権保護ドグマ」磯部力先生古稀記念論文集『都市と環境の公法学』218頁以下に詳しい。

以下、杉井、村上、人見の前掲論文を、それぞれ、「杉井論文(1)」、「杉井論文(2)」、「杉井論文(3)」、「村上論文」、「人見論文」と表記する。

元々、主観訴訟・客観訴訟論は、明治憲法下において織田萬が唱えた見解に由来する。

明治憲法61条は、「行政官庁ノ違法処分ニ由リ権利ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟ニシテ別ニ法律ヲ以テ定メタル行政裁判所ノ裁判ニ属スヘキモノハ司法裁判所ニ於テ受理スルノ限ニ在ラス」と規定され、これを受けて、行政裁判法15条は、「行政裁判所ハ法律勅令ニ依リ行政裁判所ニ出訴ヲ許シタル事件ヲ審理ス」と定め、明治33年法律第106号(「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」)は、「法律勅令ニ特段ノ規定アルモノヲ除ク外左に掲クル事件ニ付行政庁ノ違法処分ニ由リ権利ヲ毀損セラレタリトスル者ハ行政裁判所ニ出訴スルコトヲ得」とし、一号から五号の僅か五項目に限定された列記事件に限り、出訴を認めていた。

このような中、主観訴訟、客観訴訟について、我が国で初めて述べたのが、織田萬である。

織田は、フランスのデュギーの議論に示唆を受けて²²、権利利益の保護を目的とする裁判が主観的裁判、法規維持を目的とする裁判を客観的裁判とし、前者の例が民事裁判、後者の例が刑事裁判とし

²² ただし、デュギーは、本案審理の対象を基準として訴訟の分類を行っており、織田のように、訴訟目的には言及しておらず、これは、織田の独自の理解と考えられる(村上論文289頁、人見論文229頁脚注17)。

た上で、行政裁判は主観的裁判であると主張していた。(織田萬『日本行政法原理』638頁以下²³)

このような主張は、民事訴訟のように、権利が侵害されれば提訴が認められるべきとして、提訴事項の拡張を主張するための論拠とする実践的意図をもってなされた主張だった(杉井論文(1)120頁²⁴)

ところが、現行憲法下において、裁判所構成法、行政裁判法は廃止され、裁判所法が制定され、行政事件についても司法裁判所が管轄を有することになり、昭和23年の行政事件訴訟特例法の下、いかなる者が訴えを提起することができるのか、ということが問題となった(同法には、原告適格に関する規定がなかった)

この時の議論において、戦前の客観訴訟論を踏まえて、「法律上の争訟」概念と、客観訴訟の結び付けが行われていったのである(杉井論文(2)105頁以下、村上論文293頁以下：雄川一郎や田中二郎等)

しかし、このようにして成立した客観訴訟論は、その出自や、裁判所法立法当時の「法律上の争訟」概念に照らすと、誤解を含んだものと言える。

元々明治憲法下の客観訴訟論が、あくまで「司法」概念の中で主

²³ ただし、織田は、行政裁判に限らず、刑事・民事の裁判においても主観的裁判と客観的裁判の二重性質を有すると指摘していた(織田前掲著643頁脚注8、杉井論文(1)126頁脚注16参照)

²⁴ なお、織田以外にも、明治憲法下において、宮澤俊義、田上穰治らが、同旨の主張を行っているが(杉井論文(1)117頁以下、村上論文290頁以下、人見論文208頁)いずれも、訴訟目的に着目し、民事訴訟を主観訴訟、刑事訴訟を客観訴訟に位置づける点では(宮澤は原告適格にも着目するが)違いはない。

また、人見論文204頁が指摘するとおり、織田は国家公権を肯定し、市町村の自治権侵害に対する救済訴訟の可能性を認めていたことから、ここでいう主観的裁判が、私権保護目的に限定されているかは不明である。

観・客観を分類し、刑事裁判を「客観的裁判」としていたこと、裁判所法の「法律上の争訟」概念が刑事裁判を含む純粋な訴訟の対象に関する概念であったことからすれば、訴訟目的により訴訟を二分し、その二分法により導かれた客観訴訟を「法律上の争訟」にあたらないとして、「司法」から放逐するという客観訴訟論は、明らかな誤解を含んでいる。

この点、村上論文 297 頁は、「法律上の争訟」は訴訟の対象に関わる問題であるのに対し、客観訴訟論は訴訟目的に関わる問題であるから、両者を直結させることには論理的に問題がある」と評している。

杉井論文(2) 115 頁は、「立法経緯において「法律上の争訟」が実体的な概念として理解されていたこととは異なり、学説上(後に述べるが判例も同様である)は訴訟目的を基準とした概念として理解されていたことになる。このような齟齬が生じた要因として考えられるのは、新憲法下における主観訴訟と「法律上の争訟」概念が司法権の限界を画するにあたって類似の機能を有していたこと、そして、「法律上の争訟」概念が典型的な民事事件を想定していたために、私人が原告であることが前提とされ、その結果両視点の差異が明確な形で現れなかったことであろう。原告が私人である限り、「具体的な権利義務」があれば、それは当該私人の個人的な権利義務の保護を目的とする訴訟(主観訴訟)といえ、逆に「具体的な権利義務」がなければ、それは公益の保護を目的とする訴訟(客観訴訟)となるからである。」とし、平成 14 年最高裁判決が、片面的法律上の争訟概念として批判されていることに触れて、「この批判は新憲法制定後、程なくして成立した「トリアーデ」の定式における「法律上の争訟」概念が、実際は極めて偏狭なものであったことを示している。この問題は、わが国の学説が「法律

上の争訟」概念を典型的な民事事件を前提に理解してきたことに加え、そこでの訴訟目的が伝統的に原告及びその主張内容に着目して判断されてきたことに端を発する。その結果、行政主体が原告となって私人と争う訴訟を想定しうる限り、原告側に依拠した訴訟目的観に従えば片面的な理解になるのであって、それは結果として典型的な民事訴訟モデルに依拠した「法律上の争訟」概念の枠内で他の事件を理解しようとする場合に弊害が生じることを意味している（例えば、この「法律上の争訟」概念では刑事事件について説明できない）。こうした批判は前述した裁判所法の立法経緯において、立法者が当初から意図していた「法律上の争訟」概念の理解と親和性があることもあり、「訴訟目的」視点から理解することの齟齬を際立たせたという理解もできる」と評している。

「法律上の争訟」は、立法者が意図し、板まんだら事件が定式化しているように、当事者間の具体的法律関係ないし権利義務に関する争いであること、それが法令を適用することによって解決できるものであること、というように、あくまで訴訟の対象に関する概念である。

この意味で、刑事訴訟も、「刑罰権の存否」という当事者間の具体的法律関係に関する争いであり、法令を適用することによって解決できることから、法律上の争訟に含まれる。

また、法律上の争訟は、あくまで訴訟の対象に関する概念であるから、片面的な法律上の争訟概念は想定できない。

平成 14 年最高裁判決の法律上の争訟概念は、調査官解説の述べるところの通説的客観訴訟論の含んでいた誤解に引きずられたもので、裁判所法 3 条の法解釈としては、問題があると言わざるを得な

いのである²⁵。

現に、人見意見書 15 頁以下で指摘されているとおり、このように、平成 14 年最高裁判決の指摘する客観訴訟論には重大な問題があることから、今日、学説上も見直されつつある。

エ 小括

以上に述べてきたとおり、裁判所法 3 条 1 項の「法律上の争訟」の中に、私権保護目的という要素を追加することには、問題がある。

4 補足（行政代執行法 1 条について）

平成 14 年最高裁判決は、国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は、法律上の争訟に含まれず、法律に特別の規定がある場合に限り、提起することができるとした上で、「行政代執行法は、行政上の義務の履行確保に関しては、別に法律で定めるものを除いては、同法の定めるところによるものと規定して（1 条）、同法が行政上の義務の履行に関する一般法であることを明らかにした上で、その具体的な方法としては、同法 2 条の規定による代執行のみを認めている。また、行政事件訴訟法その他の法律にも、一般に国又は地方公共団体が国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟を提起することを認める特別の規定は存在しない。」と判示している。

この判示は、裁判所法 3 条 1 項の「その他法律において特に定める権限」の有無を検討する中で、行政代執行法に触れたものと理解されるが、

²⁵ それこそ、塩野宏『行政法〔第五版補訂版〕行政救済法』281 頁が述べており「かかる片面的法律上の争訟概念がどこから導き出されるかについては、判決には説明がなく、結論だけが示されているに過ぎ」ない。

読み方によっては、行政代執行法 1 条の「行政上の義務の履行確保」に司法的執行が含まれ、それを認める特別の法律の規定がない限りは認められないと考えているように解することもできなくはない。

しかし、人見意見書 3 頁が指摘するとおり、行政代執行法 1 条の「行政上の義務の履行確保」に司法的執行が含まれるとする見解は存在せず、また、そのように解釈されるべきではない。

行政代執行法の前身は行政執行法（明治 33 年法律第 84 号）であり、同法は、代執行の他、執行罰、直接強制の 3 種の行政上の強制執行手段を定めた行政的執行の一般法であり、漏れの無い行政上の強制執行手段が網羅されていたが故に民事上の強制執行手続も用いることができないと解されていた。

第二次世界大戦後、代執行のみを一般的な行政上の強制執行制度として定める行政代執行法の制定により、行政執行法を転換し、これにより初めて司法的執行の可能性が想定されるようになった。

したがって、行政代執行法が、司法的執行を「行政上の義務の履行確保」に含め、特別な法律の定めがない限り排除しようとしたものと解釈することはできない。

かえって、行政執行法から行政代執行法への移行における行政強制の縮小と、行政事件訴訟法 44 条の反対解釈からすれば、強制執行の必要な範囲では司法強制への肩代わりを予定していたとみるのが当然である（中野貞一郎『民事執行法 [増補新訂六版]』123 頁）。

5 被保全権利のまとめ

以上述べてきたとおり、本件水域を漁場の区域に含む共同第 5 号漁業

権について、本件水域を「漁場の区域」から除外する内容の変更免許がなされていない以上、本件水域の漁業権は消滅していないものであるから、本件水域は沖縄県漁業調整規則 39 条 1 項にいう「漁業権の設定された漁場」に該当し、同規則により本件水域における岩礁破碎等は禁止されている。

かかる不作為義務は、当該義務を賦課した許可権者である沖縄県知事及びその所属する行政主体である沖縄県に対する関係での義務であり、かかる義務は、地域の水域に存する水産資源を保護培養するという公益を保護するために課された義務である。

したがって、地域の水域の水産資源を保護培養するという公益保護の主体として法令上位置づけられている沖縄県は、かかる義務の違反者に対してこの義務履行を求める権利を有するということができ、いまだ岩礁破碎行為がなされてはいないが、知事の許可を得ずに岩礁破碎行為がなされることが確実であるといえるような場合には、そのような義務違反行為を事前に防止するための予防的な義務履行請求も認められる。

そして、かかる義務履行請求権を、被保全権利とする仮処分の申立ては、平成 14 年最高裁判決の射程外であり、あるいは、平成 14 年最高裁判決のとる法律上の争訟概念には問題があることから、本件申立ては適法である。

第 4 保全の必要性

本件において、債務者が岩礁破碎行為を行うことは確実である（甲 A 7 - 1 から 5 ）。

沖縄県漁業調整規則は、沖縄県における水産資源の保護培養、漁業取

締りその他漁業調整を図り、併せて漁業秩序の確立を期することを目的とする。

そして、同規則 39 条は漁業権漁場内の水産資源の保護培養のために、漁場内において岩礁を破碎し、又は土砂若しくは岩石を採取することが、水産動植物の産卵生育等に著しく影響するので、これらの行為を一般的に禁止し、知事の許可を受けた場合のみ禁止を解除することを趣旨とするものである。

一旦岩礁が破碎等されれば、周辺水域の環境に著しい影響を及ぼすものであり、かかる影響は性質上、不可逆的なものである。

債権者は債務者に対し、沖縄県漁業調整規則 39 条 1 項に基づく公法上の不作為義務の履行請求権を有するところ、一旦岩礁破碎行為が行われてしまえば、不可逆的な変化が本件水域の岩礁に加えられることとなる。

債権者は、漁業権漁場内の水産資源の保護培養を図る行政主体であり、本件水域を含む海という公共用物の管理主体であるところ、漁業権及び岩礁破碎行為の不作為義務の存否を巡る争いのある権利関係について、債権者に帰属する水産資源の保護培養、あるいは公共用物の管理という利益に著しい損害が生じるおそれがあり、それを避けるために仮処分が必要であるから、保全の必要性が認められる。

第 5 仮処分の利用が認められること

行政事件訴訟法第 44 条は、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為については、民事保全法（平成元年法律第九十一号）に規定する仮処分をすることができない。」と定めるが、その趣旨は、行政庁の公権

力の行使を阻害するような仮処分を許さないとするものであり、行政庁から利用するときには、公権力の行使を阻害するものではないし、また、そもそも、本件は、行政庁の公権力の行使を前提とするものではなく、同条によって本件仮処分の利用は排除されない。

この点は、条文上も立法者の意図からも、争いようがないものと思われる（南博方他編著『条解行政事件訴訟法第4版』911頁、917頁、室井力他編著『コンメンタール行政法 行政事件訴訟法・国家賠償法』462頁、464頁、大阪高裁昭和60年11月25日決定判例時報1189号39頁、なお、行政事件訴訟法の立法過程における昭和37年4月20日衆議院法務委員会における濱本政府委員の、公務員が給与を支払えという当事者訴訟を設例とした「給与を支払えという場合には、七条によりまして、規定のない事項については民訴の例によるということになりますので、仮処分ができるということになります」、「執行停止を準用するのじゃなくして、民事訴訟の例によるわけですから、保全処分ができるということになるというのが私どもの解釈であります」との発言も参照）。

以 上

疎明方法

証拠説明書(1)から証拠説明書(3)のとおり。

甲号証は、甲A号証から甲C号証に分類しているが、その分類の基準は、甲B号証が漁業法に関する文献等、甲C号証が行政法の解釈(「法律上の争訟」等)に関する意見書・文献等であり、甲A号証はそれ以外の書証である。

付 属 書 類

- | | | |
|---|---------------|-------|
| 1 | 仮処分命令申立書副本 | 1 通 |
| 2 | 証拠説明書(1)から(3) | 各 2 通 |
| 3 | 甲号証写し | 各 2 通 |
| 4 | 訴訟委任状 | 4 通 |
| 5 | 代理人届 | 1 通 |

別紙

当事者目録

- 〒900-0025 沖縄県那覇市壺川3丁目5番地6
与儀ビル2階
ゆあ法律事務所（送達場所）
TEL098-834-9820 FAX098-834-1010
原告訴訟代理人
弁護士 宮 國 英 男
- 〒900-0014 沖縄県那覇市松尾2丁目17番34号
沖縄合同法律事務所
TEL 098-917-1088 FAX 098 - 917-1089
債権者代理人
弁護士 加 藤 裕
- 〒904-0004 沖縄県沖縄市中央3丁目1番6号
センター法律事務所
TEL098-921-1766 FAX 098-938-3166
債権者代理人
弁護士 松 永 和 宏
- 〒900-0036 沖縄県那覇市西1-2-18
西レジデンス2-B
ニライ法律事務所
165

TEL098-988-0500 FAX098-988-0555

債権者代理人

弁護士 仲 西 孝 浩

債権者指定代理人

沖縄県知事公室

知事公室長 謝 花 喜一郎

基地対策統括監 池 田 竹 州

辺野古新基地建設問題対策課

課 長 多良間 一 弘

副参事 城 間 正 彦

副参事 田 代 寛 幸

班 長 新 垣 耕

主 幹 神 元 愛

主 査 知 念 敦

主 査 山 城 智 一

主 任 山 城 正 也

主 任 川 満 健太郎

主 事 大 城 和華子

沖縄県農林水産部

部長 島 尻 勝 広

農漁村基盤統括監 仲 村 剛

参事 新 里 勝 也

水産課

課 長 平安名 盛 正

班 長 七 條 裕 蔵

主任技師 岸 本 和 雄

主 査 登野盛 真 一

沖繩県土木建築部海岸防災課

副参事 普天間 朝 好

班 長 中 村 猛

主 任 當 銘 勇 太

主 任 矢 野 慎太郎

沖繩県環境部環境政策課

班 長 知 念 宏 忠

主任技師 愛 甲 俊 郎

主 任 知 名 光太郎

主 任 崎 枝 正 輝

主 任 神 谷 大二郎

主 任 具志堅 洋 介

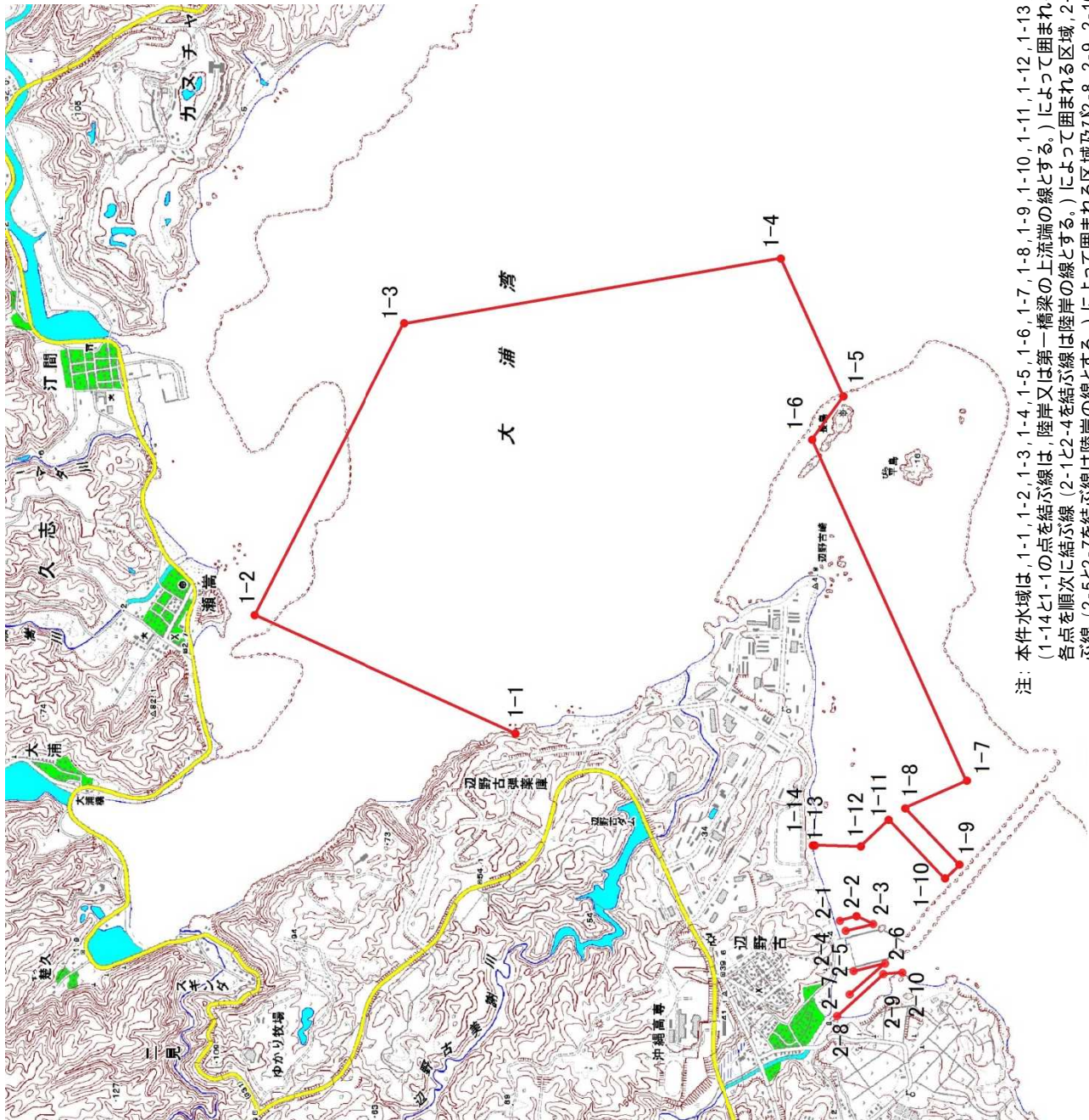
〒900 - 8570 沖縄県那覇市泉崎一丁目2番2号

債 権 者 沖 縄 県
上記代表者知事 翁 長 雄 志

〒100 8977 東京都千代田区霞が関一丁目1番1号

債 務 者 国
上記代表者法務大臣 金 田 勝 年

【別紙】図面1



点番号	X	Y
1-1	59,310,056	54,323,103
1-2	60,631,351	54,903,304
1-3	59,893,257	56,378,895
1-4	58,000,817	56,725,979
1-5	57,679,626	56,037,184
1-6	57,833,539	55,817,374
1-7	57,039,005	54,113,490
1-8	57,346,004	53,970,334
1-9	57,074,562	53,691,061
1-10	57,142,887	53,620,969
1-11	57,428,718	53,911,833
1-12	57,566,177	53,776,754
1-13	57,796,720	53,778,764
1-14	57,806,720	53,778,852

座標値は「世界測地系(15系)」の値

点番号	X	Y
2-1	57,666,542	53,401,346
2-2	57,583,808	53,425,865
2-3	57,499,778	53,387,307
2-4	57,637,238	53,351,747
2-5	57,595,032	53,149,874
2-6	57,437,834	53,189,137
2-7	57,613,391	53,032,266
2-8	57,674,759	52,923,393
2-9	57,446,090	53,136,663
2-10	57,351,115	53,144,779

座標値は「世界測地系(15系)」の値

注: 本件水域は、1-1, 1-2, 1-3, 1-4, 1-5, 1-6, 1-7, 1-8, 1-9, 1-10, 1-11, 1-12, 1-13, 1-14, 1-1の各点を順次に結ぶ線(1-14と1-1の点を結ぶ線は、陸岸又は第一橋梁の上流端の線とする。)によって囲まれる区域、2-1, 2-2, 2-3, 2-4, 2-1の各点を順次に結ぶ線(2-1と2-4を結ぶ線は陸岸の線とする。)によって囲まれる区域、2-5, 2-6, 2-7, 2-8の各点を順次に結ぶ線(2-5と2-7を結ぶ線は陸岸の線とする。)によって囲まれる区域及び2-8, 2-9, 2-10, 2-8の各点を順次に結ぶ線(2-8と2-10を結ぶ線は陸岸の線とする。)によって囲まれる区域とする。

共同漁業権

共同第 5 号

イ、ロ、ハ、ニの各点を順次結んだ線及び最大高潮時海岸線（ただし、河川部分については第 1 橋梁の上流端の線）により囲まれた区域

名護市と東村との境界線から宜野座村と名護市との境界線により囲まれた沿岸水域

点名	緯度	分	経度	分
イ	26	35.565	128	7.711
ロ	26	33.310	128	11.895
ハ	26	27.952	128	2.432
ニ	26	30.588	127	59.857

