

新しい形態の海面利用における行政法学上の諸問題

村上武則

はじめに

- 一 広島県公有水面使用条例について
- 二 海の管理における国と地方との関係
- 三 条例に管理権限を明確にしておくことの意義
- 四 新しい海面利用に対する司法統制
おわりに

はじめに

今日、「ウォーターフロント」という言葉をしばしば聞くように、海面の利用が非常にクローズ・アップされて来ている。ところで、「ウォーターフロント」と言った場合、海浜地をめぐる議論が非常に多い。⁽¹⁾しかし私がここで検討したいのは、最近の海の利用形態の中には、現代の科学技術の進歩の結果、大きなビルや飛行場を海面に浮かべたまま利用するといったような、いわゆる海上浮体構造物ないし海上浮体施設による海面利用が登場して来ているが、⁽²⁾それをめぐる行政法学上の法律問題である。そのような新しい浮体構造物による利用形態は、従来の海の利用形態、すなわち船の航行、通常の漁業の営み、牡蠣や魚の養殖、水浴、海を埋め立てての利用、といったような利用とは根本的に異なる利用形態といえよう。すなわち従来の海の利用は海でないと利用できない、すなわち海に固有な利用であったと思われるのに反して、浮体構造物による利用は、海でなくとも陸の上で十分に行いうるものなのである。もっと

も埋め立ては海に固有な利用ではないが、浮体構造物による利用とは明らかに異なる。

右に述べたような浮体構造物は、海浜地に限らず瀬戸内海のごとき穏やかな海洋だっただけに、日本のような国土の狭隘な国においては、海と言ったいわば無限の資源を利用できることになるだけに、非常に注目し値するものである。東京湾の海面利用や瀬戸内海の海面利用の問題が大きくクローズ・アップされている所以である。ただし、両者においては利用の目的に少しズレがあるようである。すなわち、前者においては地価の高騰による「海への逃避」が利用の主眼であるように思われるのに対して、後者においては世界広しといえども稀に見るほど美しい自然的景観に着目した「リゾート施設」の開発が目標になっているように思われるのである。

ところで、このような新しい海面利用においては、解決困難な法律問題がたくさん待ち構えていると言わざるをえない。そこで、本稿では、とりあえず、海面の管理権の所在の問題、あるいは、将来万一の場合に浮体構造物の設置・管理者が行政上の義務を履行しないようなことがある場合における強制執行等義務履行確保手段の可能性の問題、および浮体構造物の設置・管理に地方公共団体が関与する場合に、それに対してどのような司法統制を加えることができるのかに関して、特に住民訴訟及び裁量統制の問題について検討してみたい。

- (1) ウォーターフロントの開発に関する法律問題を扱ったものとしては、さしあたり、本文に引用したもののほか、阿部泰隆「海浜の埋立てと保全」自治研究五六巻一一号(昭五五)、同「万民自然享受権」法学セミナー一〇月号(二月号)昭五四、島山武道「アメリカにおける海浜公開法制の現状——アクセス(入浜権)保護法制の発達——」立教法学二〇号(昭五六)、熊本信夫「海浜保護の法制と課題」北海学園大学法学研究一二巻二号(昭五一年)がある。また、海に関する法律問題として、寶金敏明「法定外公共用物の基礎知識」(五)、(一〇)、(一一)、(一二)、(一三)「民事研修三五二号」(昭六一)、三六四号(昭六二)、三六六号(昭六二)、三六八号(昭六二)、三七〇号(昭六三)参照。また、法的視点からではないが、日本・アメリカの開発事例を中心に、沿岸域における開発と環境保全をどのように調整していくか、その計画管理

の主体はどうあるべきか等、さまざまな問題点について、国際的視野から検討したものととして、都市環境研究会『都市とウォーターフロント』都市文化社（昭六三）が参考になる。

(2) ここで浮体構造物ないし浮体施設という言葉は、敵密ではなく、一般的な用語として用いている。浮体構造物等については、わが国では既に、石油備蓄基地、洋上ホテル、洋上レストラン、アクアポリス、レジチャー・スポーツ・レクリエーション関連施設等かなりな数の具体例があり、また、関西新国際空港も浮体工法で設計されていると聞く。

一 広島県公有水面使用条例について

現在、広島県においては、既に昭和二三年に広島県公有水面使用条例が作成されている⁽¹⁾。その第二条によれば、「公有水面の占用又は公有水面における土砂の採取をしようとする者は、知事の許可を受けなければならない」と規定されている。さて、この条例の適用される範囲は、広島県の区域に属するすべての海面かというところ、そうではなくて同条但書により、除外規定がある。すなわち、おおむね、(イ)港湾法の規定する港湾区域、漁港法の規定する漁港の区域、水産資源保護法に規定する保護水面その他行政庁の許可を受けるべき旨の法令の定めがある水域（以上、同条一号）、(ロ)公有水面埋立法に基づき埋め立て免許を受けた者が公有水面を使用する場合（同条二号）、(ハ)漁業に関する免許又は許可を受けて水産動植物の採捕又は養殖のために公有水面の占用をする場合（同条三号）、(ニ)その他知事が指定する場合（同条四号）等においてはその限りではないとされている（同条但書き）。(ホ)なお、海岸については、広島県も他府県と同様に海岸法に基づき、機関委任事務として、長の定める規則（海岸保全区域の占用に関する規則）昭和五〇年三月二〇日規則一九号）でもって規律されているので、海岸保全区域は規則でもって管理されることになっている。以上のことから、結局のところ、広島県公有水面使用条例は、海面のうち、おおむね、港湾法や漁港法及び海岸法その他法令の規定する海域以外の一一般海面に適用されるのである。

このように、広島県公有水面使用条例は、県が独自の条例を作成して、一般公有水面の管理を行っている。ところが、地方公共団体、特に都道府県が独自の条例を作成して一般公有水面の管理を行っているのは、実際には極めて稀なケースであり、私の知る限り、制定年次順でみると、広島県公有水面使用条例（昭和二三年）、長崎県の公有土地水面使用料及び産物払下料徴収条例（昭和二四年九月一六日）及び佐賀県公有水面管理条例（昭和三一年二月二七日）ぐらいにすぎない。⁽²⁾これに対して、その他の府県は、いわゆる国からの機関委任事務として、知事の定める規則でもって一般公有水面の管理を行っているのが現状である（例えば、愛媛県の国有土地水面使用規則・昭和二四年七月一九日等）。この点、次章で述べるように、一般公有水面ないし一般海面の管理権は、本来、国がもっているのかそれとも地方公共団体もっているのかについて、争いがあるところなのである。しかし、ともかく広島県の場合は、戦後まもない昭和二三年に、独自の条例でもって、一般海面について管理規定を設けているのである。

しかし、長崎県、佐賀県及び広島県のように条例で管理する場合であれ、他の都道府県のように規則で管理する場合であれ、おそらく共通に起こるであろう問題は、浮体構造物等による新しい形態の海面の使用は、伝統的な海面の使用形態とはまったく異なっているゆえ、従来の許可基準でもって、対応が難しいのではないだろうかということである。すなわち、伝統的な海面の利用は、はしがきにも述べたように、船の航行として利用したり、漁場として使ったり、あるいは埋め立てて利用するといった利用形態であった。船の航行や漁場としての利用等は、要するに、海でなければ利用出来ないといったような、いわば海に固有な利用形態であるのに対し、今後起こるであろう新しい海の利用形態は、海の上に海上レストランを浮かべるといふように、別に海でなくともよく、むしろ本来は陸の上においてなしうる営みなのである。わざわざレストランを海の上に浮かべなくとも、陸の上でやればよいという批判はかならず起こることなのである。そこで、今後浮体構造物が建設されてゆこうとするとき、従来都道府県の海面使用

条例ないし規則でもって、許可できるのかどうか、問題が起こるのである。

この問題において、まず参考になるのは、港湾法や漁港法の実際の運用であろう。すなわち、港湾法三七条一項や漁港法三九条の許可制度の運用を見るに、従来のところは、「海面利用の不可欠性」という基準を満たすことが要求されてきているようである。³⁾ 広島県条例の運用も、「海面利用の不可欠性」を許可の重要な基準にしてきているのである。その点からすると、従来の法律であれ条例（規則を含む）であれ、海上レストランのような、別に海の上でなくとも営みうる新しい形態の海面使用に対しては、現行のやり方ではまずいのではないか、したがって根本的に運用基準を再検討すべきではないかという意見が登場せざるをえなくなっているのである。ただ広島県条例の場合には、条例自体は一般的抽象的要件の下に許可制度を敷いているので、応用がきくといおうか、内部の運用基準（許可基準ないし裁量基準）を変更するだけで浮体構造物による海面使用にも一応対応することはできよう。しかし現在の許可の運用基準のままだと、新しい形態による海の利用に対しては、許可できない、もし許可したら裁量権の濫用になるのではないかという問題が起るのである。

さて、以上のように問題はあれ、ともかく広島県は独自の条例で一般海面を管理してきている。ところが法的にみて、そもそも地方公共団体が一般海面を管理できるのかどうか、我が国では争いがあるところである。その問題は次章で検討するとして、政策的にみて地方公共団体が一般海面を管理することに批判がある。たとえば開発によって自然破壊の進む瀬戸内海について、「瀬戸内海の海域全体を管轄し、管理する単一の行政機関は設立されているわけではない。こうした一元的な管理メカニズムが確立されていないために、関係府県、市町村ないしは開発業者が利己的な個別利益を追及する動きに有効な歯止めをかけられず、この法律（いわゆる瀬戸内法のこと——筆者）の目的が十分に達成されてきていないのが実情である」という批判がある。⁴⁾ この批判にはもちろん十分に耳を傾けなければならない

が、しかし、ともかく広島県におけるように、一地域ではあれ条例でもって、一般海面の利用の管理を行っていると
ころもあるのであり、そのような地方自治権の行使について、なるほど現実には問題がいろいろあり得ようが、しか
し、地方公共団体も利己的な個別利益の追及に歯止めがかけられないと一蹴するのは、法的に見るといかなるもので
あろうか。日本国憲法九二条のいう地方自治の本旨を發展させるためにも、広島県の条例の今後の適正な發展を願
たいところである。⁽⁵⁾ただし私自身も、一元的管理の意義は十分に尊重してゆきたいと思っている。ただその場合に地
方自治権の侵害を心配するのである。

(1) 広島県公有水面使用条例(昭和三年三月一九日条例二三号)。本条例の制定の経過、目的等、詳細については、当時の
資料を探しても皆目見当たらない。また広島県条例自身をみても、条例の目的規定は存在しない。ただ第一条は「この条例
で公有水面とは、公有水面埋立法(大正一〇年法律第五七号)第一条第一項の公有水面(内水面を除く)をいう」と規定さ
れているのみである。なお、付言しておく、広島県は、海浜についても、広島県自然海浜保全条例(昭和五年三月二八
日広島県条例第三号)を作成している。この条例の解説については、中川剛「広島県自然海浜保全条例」ジュリスト八〇〇
号記念特集・条例百選(昭五八)一〇六頁〜一〇七頁参照。なお、条例自体については、ジュリスト増刊・条例百選資料編
『条例集覧』(昭五九)一〇五頁〜一〇七頁参照。

(2) 建設大臣官房会計課監修『全訂・公共用財産管理の手引(第六版)』ぎょうせい(昭六二)三五二頁〜三五四頁参照。

(3) もちろん、法律には、そのような基準は規定されていない。しかし港湾法等の場合には、法律ないし政令に許可をする場
合がかなり具体的に列挙されている(港湾法三七条一項、二項、同法施行令一四條、一五條)が、広島県条例の場合には、
「海面利用の不可欠性」も含めて、許可基準はすべていわゆる内部の裁量基準で定められているにすぎない。しかし、従来
は、新しい形態の海の利用は極端にいえば想像すらできなかったものであるから、内部基準による運用によっても問題は
なかったかもしれないが、今後新しい形態の利用が一般化されてゆくと、それは海の利用の基本的な権利義務に関する問
題となり、条例に基準を何ら定めず、内部基準でのみ定めてよいのかどうか、法治主義との関連で問題が生じることもあり

うるであらう。

(4) たとえば、鷲見一夫「臨海部開発と法制」都市問題七九卷一二号(昭六三)六一頁参照。

(5) 本稿が企図したのは、浮体構造物の海面使用の法律問題の検討である。しかし、今日、ウォーターフロントで盛んに議論されているのは、浮体構造物の問題はかりでなく、海浜地の開発及びそれに伴う自然破壊の問題もある。とにかく、現在、海をめぐる様々な利益が衝突している。このようなとき、一般海面の利用、海浜地の利用及び陸域の利用等をそれぞれ切り離して論じるのは、かつて、とにかく公権力の行使を強く統制しようとしたあまり、行政規制作用をバラバラに授權しかつ統制しようとしてきた伝統的な法治主義理論からみたらそれでも良いかもしれないが、それでもつては海の利用をめぐる生ずる諸利益の総合的調整を図ることは到底出来ないように思われる。そこで、新しい発想に立脚して、一般海面ばかりでなく、海浜地もそして陸域をもふくめて規制・調整できるように、新しい「沿岸域管理法」(あるいは「沿岸域管理条例」)を制定すべき段階にきているのではなからうか。

二 海の利用における国と地方との関係

さて、海面管理権はどこに所在するのであらうか。⁽¹⁾周知のように実務上は、大蔵省、建設省等は海を国有財産法上の国有財産であるとし、海の利用権は国に存すると考えている。この説によれば、現在、都道府県知事がその規則でもって管理規定を設けているのは、機関委任事務であるからとされる。その根拠は「建設省所管国有財産取扱規則」(昭和三〇年建設省訓令一号)とされている。⁽²⁾他方、海域の利用権を公物管理権としてとらえ、海を法定外公物として、本来は建設省が所管すべきであるとする見方もあるが、その場合でもやはり機関委任事務として都道府県知事が一般的管理権を行使するのだとされるのである。これらの説によると、要するに地方公共団体とくに都道府県は独自には条例でもって管理規定を設けることは出来ないことになるのである。

しかし、これに対して、自治省は、地方公共団体も地方自治権の内容としての一般管理権に基づいて、公共事務の

管理として海面の管理権を有するのである。この説は、国の排他的管轄を主張する前説に対して、機関委任事務となるには自治法一四八条により法律又は政令の根拠がなければならないが、前記の「建設省所管国有財産取扱規則」は単なる省令（訓令）に基づいているにすぎないということで、必ずしも全面的な説得力を有しているとはいえないと批判するのである。広島県はいわばこの自治省の考え方に基づいて、広島県公有水面使用条例を定めたともいうことができる。

次に学説を見ると、最近では、成田頼明教授が先の建設省や大蔵省の説を実定法的にみて必ずしも根拠のないことを示されているところである。⁽³⁾ 傾向的には学説は、地方公共団体も海面の管理をなしうると考えているように思われる。たとえば、来生新教授によれば、地方「公共団体の区域である海域には、当該地方公共団体の自治権に由来する諸機能が及ぶことは当然であり、法令に反せず、当該事務が国の事務に属しない限りで、当該地方公共団体は、その海や沿岸域に関する行政事務を制定して、当該地方の公共の秩序の維持のために、一定の行為規制等をなしうること一般に認められるところである」とされる。⁽⁴⁾ しかし、海面の物としての管理——公物の管理——については、海の国有性の理解との関係で議論が伝統的に対立してきたとされるのである。⁽⁵⁾ この点、塩野宏教授は、公物管理の根拠を所有権に求める立場に立ちつつも、「地方自治法二条三項二号から推測されるように、法定外公共物の機能管理は、その利用及び管理の密着性に鑑み財産的帰属とは別に、公共事務としてとらえることを前提として法制度がくみ込まれている」として、国有財産法と地方自治法の二系列による管理権の存在という議論をされる。⁽⁶⁾ 結論として、来生新教授も、塩野説に従い、「海に対する国と地方の管理権の二重性、共同性という認識を前提に、求められている管理の機能に依じて、国と地方の権限配分を合理的に考えて行くというアプローチこそ、今後、この分野で要求されることであろう」とされるのである。⁽⁷⁾⁽⁸⁾

これらの諸説からしても、広島県公有水面使用条例は十分に現行法上成り立ち得よう。⁽⁹⁾しかし問題は前述のように、現行条例のまま、新しい浮体構造物の規制が適法かつ適切になしうるかどうかであろう。

- (1) 普通、海といったときには、海面、海水および海底から成り立つといわれる。
- (2) 建設省は、海を国有財産としてとらえ、他の公共物と同じく建設省所管の行政財産の公共財産と解している。海岸法、港湾法等の特別法の適用を受けない一般海域についても、建設省所管の行政財産（公共用財産）の範囲に入るものと解し（通達、昭和三五年一月一八日建会一号）、その管理を都道府県知事に委任したものであるとする（通達、昭和四一年一月六日、建会東四六号）。
- (3) 成田頼明「国内法上の海域の管轄権」（日本海洋協会・新海洋法条約の締結に伴う国内法制の研究一号「昭和五七」）一〇五頁〜一〇六頁参照。なお、一九八八年一〇月二十九日（土）に、日本土地法学会創立一五周年記念「土地問題国際シンポジウム」広島大会（統一テーマは「瀬戸内海と沿岸開発（政策と法）」）が催されたとき、横山信二教授が「海面利用と地方自治」と題して報告され、海面の管理については地方公共団体も管理権を有するという点に関して実証的な研究成果を示された。その内容は土地法学会の機関紙に発表の予定である。したがって、地方公共団体が海面管理権を有するという命題については、詳細は横山論文に期待することにして、本稿では結論部分のみを検討するにとどめた。
- (4) 来生新「海管理」有斐閣・現代行政法大系第九卷（昭和五九）三五八頁。
- (5) 来生・前掲三五八頁。なお、山口真弘氏は、氏の論文「海浜及び海面の使用の法律関係について」（港湾三二卷二号（昭二九））の中で、海面利用の規制につき、公共の秩序の維持という見地からの規制と、海浜及び海面の物としての利用という見地からの規制の、二つの種類の規制があるとされ、前者の公共の秩序の維持という見地からの規制の場合には、地方公共団体は、いわゆる地方自治法の行政事務として法律に違反しない限りで、条例でもって規制できるとされるが（前掲三頁〜六頁参照）、後者の海浜及び海面の物としての利用という見地からの規制の場合には、「地方公共団体又はその機関が、海浜及び海面について、所有その他の支配の権能を有するかどうかについては、これを肯定し又は否定する旨を直接に定めた法令の規定はない。しかし、各種の法令を総合して考えるならば、実定法は、海浜及び海面は、国の領海内に存する限り、国の所有に属し、したがってその支配に属することを当然のことと考えていると解することができる」（前掲六頁〜七頁）と

されていた。

(6) 塩野宏「法定外公共用物とその管理権」ジュリスト増刊・行政法の争点(昭五五) 一六一頁参照。

(7) 来生・前掲三五九頁参照。

(8) 岸昌氏も、既に昭和三一年頃に、海の所有問題と海管理権の所在問題を分離し、海の所有がたとえ国に属すとしても、地方公共団体も海面の管理権を有することを詳細に検討されていた(岸『自然公物』と行政事務条例(一)〔函〕自治研究三一巻一―二号・一三三号〔昭三〇〕、三三三巻二号・四号・五号〔昭三一〕)。なお、海面や沿岸域の管理権の所在の問題で、地方公共団体も海面や沿岸域の管理権をもちうるとするものとして、総合研究開発機構『新海洋時代に対応する海洋開発関連法制に関する研究』(昭五六) 五五頁、七三頁、七九―八〇頁参照。なお又、この共同研究は、海に関する法学的研究の必読の文献であろう。

(9) このように海面の管理につき、統治権的な行政事務としての管理と公物管理としての二種類の管理につき、広島県公有水面使用条例がどちらに属するものかということが問題になるかもしれないが、条例の中には目的規定が全く存在しないのははっきりしない。はっきりしない以上は公物管理に属するものととらえるべきかもしれないが、私は、二つの目的、すなわち公共の秩序のための管理規制と、物としての公物の見地からの管理規制の両方の側面を備えていると考えても良いのではないかと思っている。ただし、広島県自身は、県条例を公物管理のための条例と考えているようであるが、私はその中に講学上の本来的な公物管理と警察的な秩序維持の観点が併存しているととらえてもよいと考えていたのである。しかし、その場合、海の上における警察権限はもちろん海上保安庁等がこれを掌握しているところであり、法律の先占理論により、一地方公共団体が海の上で公共の安全と秩序の維持のための(学問的意味における)警察権限を行使することは特別の法令の定めがない限り出来ないのではないかという批判がでてこよう。もちろんその点はそのとおりであるが、ちょうど公安条例(一地方の公共の安全)と道路交通法(道路上での交通の安全)との関係と似たような考え方でゆけば、海の区域における全体的な一地方の公共の安全及び秩序の維持(広島県条例)と、海の上での交通等の安全(海上保安庁)は相互に矛盾しないと考えることが出来るのではないかと思われる。とはいえ、現在の広島県公有水面使用条例においては、目的規定が何も規定されていない。このような条例に、公物管理権限のみならず警察権限まで授權されていると解釈するのは、学説がこれまでせっかく構築して来た警察権限の理論に関する法治主義理論からすると問題があるかもしれない。しかし、

私は、新しい形態の海の利用が今後発展してゆくことを前提にしたとき、何が発生するかもしれないと危惧するゆえ、一条例の中に、もちろん公物管理の授権法の性格を基礎に据えつつ、あわせて補充的に公共の安全と秩序の維持のための授権法の性格をも認めておきたいのである。したがって補充的であるがゆえ、公共の安全と秩序の維持といった警察権限の行使は最小限度に控えるべきことはいうまでもないところであらう。

三 条例に管理権限を明確にしておくことの意義

一 許可か特許か

広島県公有水面使用条例二条の知事の「許可」はいかなる性質の行為なのだろうか。この問題について、まず講学上の許可説に基づけば、海は本来、誰もが自由に利用できるものと考え、新しい利用形態による海の利用（浮体構造物の利用など）も、本来は自由に行うことができるとし、結局、利用調整としての管理の側面を重視し、許可理論を構成するであろうのに対して、講学上の特許説は、新しい形態による海の利用は、海の排他的利用であるとし、それは本来は自由ではなく、特別の使用のための権利の設定を必要とすると主張するであらう。

以上のように、許可とみるか特許とみるかで原理論的な違いがあるが、そのどちらを取るかで、仮の権利保護のありかたにおいても、違いが出てくる場合がありそうである。

すなわち、許可の場合には、事業自体は本来自由とみなされ、かつその営み自体は私的な行為である場合が多いであらうから、当該行為によって権利利益を侵される者は、結果的に民事訴訟法上の仮処分で仮の権利保護を求めることが可能になる余地がある。それに対して特許の場合には、事業自体に公共性が存在することが強調され、法律等によって事業自体に特別のあり方が設定される場合が多いであらうから（期限等）、事業自体を差し止めることは、同時に公権力の行使としての特許を妨げると解されやすいことになり、その場合には民事訴訟法の仮処分でもって仮の

権利保護を求めることはできないとされ（行訴法四四条）、行訴法二五条の執行停止の制度でのみ差止めを許されることになる⁽²⁾とされる可能性がある。ところが、執行停止による場合には、仮処分による場合よりもはるかに厳格な要件が満たされる必要がある、差止めは非常に困難であるといわざるをえないのである。

そうはいうものの、今後行われる新しい海面の使用形態による利用は、一概に許可か特許か断定できないであろう。すなわち、個々の実定法の規定を吟味することはもちろんのことだが、要するに、ものによるといおうか、何が海面において営まれるかにかかっていると云わざるをえないであろう。すなわち、単なる海上ないし洋上レストランのようなものであれば、これは普通の許可とみてよいであろうし、浮体空港施設として飛行場が将来海の上に浮かぶといったようなものであれば、これは特許と考へざるをえないであろう。しかし海上レストランの場合であれ、飛行場であれ、どちらも海の上に浮かぶとなると、排他的利用とも考へることもできるから、どちらも特許の要素をもっていると言えようが、海上レストランのようなものを特許とみなすのはやはり従来の行政法学からすると心理的抵抗があろう。ともあれ、海上レストランのような場合には、営み自体は私的なものであるから、これに対しては権利を侵されるとする者は、民事訴訟法の仮処分をもって救済を求めることができよう。しかし、飛行場となると、大阪国際空港事件最高裁判決（昭和五六年二月一六日大法廷判決・民集三五卷一〇号一三六九頁）のように、公権力の行使を妨げる虞れがあるということで、民事訴訟法の仮処分が排除される可能性が存在する。したがって、要は、一般的概括的な断定は避けなければならないということであろう。しかも、本来は許可か特許かにかかわらず、営み自体の性質を吟味して、仮処分を許すかどうかを決定すべきこと⁽³⁾がらである。

二 行政上の強制執行と民事上の強制執行との関係

- (1) さて、条例で原状回復命令や撤去命令等の規制権限を設けておくと、⁽⁴⁾行政代執行法（昭和三年五月一五）法四

三)に基づく代執行を行いうる可能性が出てくるという意義が存する。この行政代執行の手段は、将来において、も海上浮体構造物の設置・管理者が行政によって課せられた義務を履行しないような場合、たとえば何かを撤去すべきような場合(クリアランスの問題等)が生じたときに、有意義ではないかと思われる。

もちろん長の定める規則で規制権限が定められていても、行政代執行の可能性が認められるであろうが、しかし、そのためには「法律の委任に基づく命令、規則及び条例」(行政代執行法二条)でなければならぬ。さて、前述のように、現在、多くの県において長の定める規則で海面が管理されているが、実務においてそれは国の機関委任事務と考えられている。その法的根拠としては、「建設省所管国有財産取扱規則」(昭和三〇年)が挙げられるのであるが、それはしかし建設省の訓令(省令)にすぎないものであり、これがはたして行政代執行法二条の要件である「法律の委任」を満たすかという点、かなり疑わしいものである。もっとも行政代執行法二条の「法律の委任に基づく」ということに関しては、条例の場合には緩やかに解されており、自治事務の範囲で制定される自主条例も含めて考えられている⁽⁵⁾。そうだとするならば、規則も長の定める自主的な規則ならそれも含めて考えてよいかもしれないが、前述のように、知事の定める海面管理規則は、国の機関委任事務としてとらえられているのであるから、自主的なものではないであろうから、結局、行政代執行が根拠づけられうるだけの規則になっていないように思われるのである。以上のよう
うに考えると、行政代執行を行うためには、明確に条例で規制権限を明確化しておくほうが、はるかに望ましいといえよう。

(2) 民事上の強制執行の可能性 次に、民事上の強制執行が可能かどうかが問題となる。その場合、まず条例に前述のような撤去命令や改善命令等の規制権限が定められている場合、用いようと思えば行政代執行法の代執行が出来るのに、あえて民事上の強制執行の手段すなわち裁判所に訴えて強制執行を行うことができるかどうか問題とな

る。たとえば、将来、海上浮体構造物の設置・管理者が一定の義務違反を行ったとき、行政主体の側が民事上の強制執行を裁判所に求めることが出来るのであろうか。

この問題を考える際に、岐阜地裁判決昭和四四年一月二七日（判例時報六〇〇号一〇〇頁）が参考になる。すなわち、河川の敷地内の土砂を無断で採取した業者に対して、行政側は河川法七五条の原状回復命令を發布し、やろうとおもえば行うことのできる行政代執行を行わないで、河川敷の所有権に基づき民事上の強制執行の手段に訴えて原状回復を求めたのであるが、前掲岐阜地裁はそれを認めたのであった。この岐阜地裁判決を参考にすれば、浮体構造物の設置・管理者が一定の義務違反を行った場合に、海の所有権に基づき、直接裁判所に民事上の強制執行を求めることが出来る余地があるように思える。しかし、現在、海が国有財産だとする説もあるのはあるが、河川敷は所有権の対象になるのは河川法上明白であるが、海面を問題にした場合、海面が国有財産に属するのかわかると、やはり問題の残るところであろう。いわんや公有財産になるかという一層問題がでてこよう。このように考えると、新しい海面利用の形態においては、海上レストランの撤去などについて、ともかく海面の所有権に基づいて民事上の強制執行を裁判所に求めることは困難なようにみえる。

(3) ところで、法律・条例等に原状回復命令等の規制権限が定められていようが、海を公物ととらえ、公物管理の受任者たる地位の侵害等を根拠に、妨害排除・原状回復を求めて訴えたと同時に、あるいは訴えの提起前に、仮処分を申請することが、行政主体側に許されるのかどうか。もし許されるとしたら、瀬戸内海という海の中でも最も公物らしい公物において、浮体構造物の設置・管理者が海を汚すような行為を行ったような場合、行政主体は民事訴訟法の仮処分に基づいて、原状回復を裁判所に求めることが出来ることになる。この問題については、海ではないが法定外公共物としての里道につき、ブロック塀を積み重ねて遮断した者が現れたとき、自治法二条三項により

直接の管理者である市長が当該ブロック塀の撤去を求める仮処分を申請し、裁判所がそれを認容した例があり、参考になる。⁽⁶⁾ もしそのような考え方が一般的に認められれば、そのことは瀬戸内海を守るといふ観点で非常に有益である。

しかしその場合でも、地方公共団体に、公物としての一般海面の管理権が存在するということが明確に条例で認められていなければ、地方公共団体としては仮処分の申請をすることにためらいがあるかもしれない。もっとも機関委任事務の場合でも、受任者としての地位に基づき仮処分を申請して、それが認められている例があるので、⁽⁷⁾ 仮処分の申請をするのは、必ずしも条例で海面の管理権が確立されている必要はないかもしれないが、やはり、条例で明確に管理権が認められていることのほうが望ましいことはいうまでもないことであろう。この意味でも、わが国において長崎県、佐賀県及び広島県が条例でもって海面を管理しているが、これらの県においては、公物管理権の妨害排除・原状回復を求めるさいに、仮の権利保護を求める機会がやや強く保障されているのかもしれない。

三 その他の義務履行確保手段

(1) 行政上の強制執行 さて、現在の広島県公有水面使用条例の下では、前述のように条例五条により知事に原状回復等の規制権限が与えられている。この場合に可能性としては自力救済の手段として行政代執行という行政上の強制執行の手段を用いることができる。しかし、立法論として、今後、条例の中に別の行政上の強制執行の手段として、たとえば執行罰を規定できるかどうか。しかし、行政代執行法一条の規定からして、行政上の強制執行を定めることができるのは法律のみであるから、執行罰など、気持ちとしては条例の中に規定してみたいところであるが、現行法の解釈としては無理なのである。

(2) 行政罰

現在の広島県公有水面使用条例によれば、行政罰としては、わずかに条例二条の許可を受けずに

無許可で公有水面の占有をした者に対して、条例七条により、拘留又は科料に処する旨、規定されているのみである。

この点については、自治法一四條五項によれば、普通地方公共団体は条例に違反した者に対し、二年以下の懲役若しくは禁固、一〇万円以下の罰金、拘留、科料、又は没収の刑を科すことができることとされているので、広島県の場合には、行政罰はむしろ軽いといえよう。今後、新しい海の利用形態が一般化してゆくときには、むしろやや重くすべきとの見解が出てくるかもしれない。しかし重くすることを自己目的にしてはならないことはもちろんであり、今後生じて来るかもしれない社会的害悪と保護されるべき社会的利益との比較衡量の下で慎重に決すべきことであろう。

(3) その他の手段 現代的な新たな義務履行確保手段として、課徴金という行政手段が登場してきており、注目されている。この手段は別に行政上の強制執行ではないから、自治事務の範囲で、条例でもって規定しても構わないのではないかと思われる。⁽⁸⁾

さらに、公表制度も広義の義務履行確保手段になりうるが、それを条例中に設けることも可能と考えることができる。⁽⁹⁾ これらの手段はもちろん現在の広島県公有水面使用条例の中にはないが、今後は検討に値しよう。

(1) 陸上における普通の建築紛争や私的な警察営業について、民事訴訟法の仮処分で仮の権利保護を求めることができることにつき、遠藤博也『行政法スケッチ』有斐閣(昭六二)三七五頁〜三七六頁参照。

(2) 公有水面の埋立免許のような講学上の特許のような場合について、同じく、遠藤博也・前掲書三七六頁〜三七七頁参照。

(3) 塩野宏『国土開発』(筑摩書房『未来社会と法』「昭五一」)一九〇頁は、許可か特許かにかかわらず、工事自体や、営み自体の性質から論じられ、特許の場合にも、仮処分で工事の差止めを求めることを可能とされ、また特許された行為であるからといって、健康被害の主張が遮断されると考えるのは合理的でないとされている。

(4) 広島県公有水面使用条例五条によれば、移転、除却、原状回復その他の命令権限が知事に与えられている。

(5) ジュリスト増刊・行政強制制(昭五二)一六頁〜一七頁。なおまた、菊井康郎「行政強制制と法の根拠」公法研究二七号(昭

四〇(二二四頁、広岡隆『行政代執行法「新版」有斐閣(昭五六)五三頁参照。

(6) 阿部泰隆「行政上の義務の民事執行」自治研究五五卷六号(昭五四)一〇頁、行政判例百選・新版「I」・島山武道解説(昭六二)二二三頁参照。

(7) 阿部泰隆・前掲一〇頁。

(8) なお、前掲ジュリスト増刊・行政強制一〇〇頁も前向きにとらえているように思われる。

(9) 公表についても、前掲ジュリスト一〇五頁〜一一七頁参照。

四 新しい海面利用に対する司法統制

さて、新しい形態の海の利用が今後すすんでいったとき、司法統制の問題はどうなるのであろうか。もちろん漁業権者等は、許可の取消訴訟及び仮の権利保護として執行停止を提起したり、あるいは民事訴訟法の仮処分をもってこれらの権利利益を守ることが出来る場合があるろう。しかしここでは、住民訴訟と裁量統制の問題に限り論じてみたい。

一 住民訴訟の問題

さて、新しい海面利用が今後進んでいった場合に、それに対して、住民訴訟の提起が可能なのだろうか。この問題については、いわゆる織田が浜埋立て住民訴訟が参考になる。この訴訟において、住民は公金支出の違法性をとらえて住民訴訟を提起したのである。しかしこの判決によれば、住民がより所とした瀬戸内海環境保全特別措置法は、ついにその法規性は認められず、結果的には訓示規定のように解釈されてしまった。同地裁によれば、公金支出の原因となる非財務会計上の行為の違法性は、それが重大かつ明白な場合に限り、公金支出につき、自治法二四二条の二第一項一号に基づく差止め請求を根拠付けるだけの違法をもたらずと解され、埋め立てが違法なものであったとして

も、その違法は重大かつ明白なものといえないので、公金支出の差し止めを根拠付けるだけの違法はないとされたのである（松山地判昭和六三年一月二日判例時報一二九五号二七頁）。しかし、この訴訟で明らかのように、新しい形態の海面利用に際しても、例えば広島県が公金を支出するようなとき、もし違法性があれば住民訴訟でもって争うことができる可能性は存在するのである。

さて、住民訴訟については、一番ポピュラーな公金支出等の差し止めを求める請求のほかに、取消や無効を求める請求、怠る事実の違法確認の請求、及び損害賠償の代位請求等がある。新しい形態における海の利用に対しては、行政が浮体構造物の営み自体に関与している限り、しかも財務的な問題が絡んでいる限り、住民訴訟の可能性を認めなければならぬであろうが、その場合に、住民訴訟が真に有効で実効的になるためには、いかなる仮の権利保護が認められるのが重要なポイントになる。

まず、一号請求とよばれる差し止め訴訟における仮の権利保護としては、公権力がかわっておれば、執行停止を申立てることができるのかどうか。しかし執行停止は処分の効力、処分の執行又は手続の続行を停止するのに対して（行政事件訴訟法二五条一項）、一号請求は当該行為の全部又は一部の差し止めの請求となっているように、規範論的にみても異なっているので、執行停止は適用されないと解釈されるのである。そこで一号請求については、民事訴訟法の仮処分が認められるかどうかをむしろ問題とされるのである。従来判例の中には民事訴訟法の仮処分を肯定するものもあり、学説の中にも、これを積極的に認める説も多いのであるが、最近判例には、ともかく自治法二四二条の二第一項一号の住民訴訟（差し止め請求）については、それがもともと個人的利益の保護を目的とするものではないこと、しかも地方公共団体の執行機関としての長等を相手どって個人的利益の保護を目的とする民事訴訟法上の仮処分を求めるとするのは相当ではないこと、および同条同項但し書きにも規定されているように、同項一号の請求にお

いては実質上同項の他の各号の請求に対する保全訴訟たる性格を有しており、もしその請求を本案とする保全訴訟を認めることは法の趣旨に合致しないと解して、仮処分を認めないものが現れてきた。⁽⁴⁾しかし、個人的利益と集団的利益等の区別は今日ますます困難になり、取消訴訟の原告適格も客観化されつつあること、しかも執行停止も地域住民の生活環境保全の利益のために認められる例も出てきているので、仮処分についても今後はある程度客観的利益のためにも活用すべきではないかと思われること、仮処分の請求の相手はともかく行政機関であっても実質的には行政主体を相手どっていると解することもできるし、また、一号請求は必ずしも他の各号の請求の保全処分とみなければならぬという論理はおかしいこと、⁽⁶⁾さらに仮の権利保護制度は、そもそも本案訴訟が時間的・手続的にみても実効的・有効的な権利保護にならない場合があるので、特に認められるものである以上、本案訴訟が認められている以上は可能な限り積極的に解してゆくべきではなからうか。もしそうでなければ住民訴訟も絵に画いた餅となり、それでは日本国憲法三二条の裁判を受ける権利の有効性・実効性を欠くことになる。もちろん住民訴訟のごとき客観訴訟においては、憲法上の裁判を受ける権利は問題にならないといわれればそれまでであるが、法律で住民訴訟として差止訴訟が認められている以上は、仮の権利保護を認めるのが憲法上の裁判を受ける権利の趣旨ではなからうか。もし、仮処分を認めることができるとすると、新しい形態の海面利用に対しても、司法統制が有効に存在することになり、住民にとっても世界でも稀な美しい瀬戸内海という自然公物を守るうえに非常に有意義であろう。

また、二号請求として、自治法二四二条の二第一項二号によれば、行政処分たる当該行為の取消し又は無効確認の請求を住民訴訟として提起できる。新しい形態の海面の利用においても、行政庁の処分について住民が争う場合も起こりうるであろうが、この場合には公権力の行使がかかわっているので仮の権利保護としては執行停止を申立てることが原則として出来ることにならう。⁽⁷⁾

次に、三号請求として自治法二四二条の二第一項三号の怠る事実の違法確認請求があるが、田子の浦へドロ公害住民訴訟において河川の管理権自体は地方公共団体の財産ではないということで住民訴訟自体が出来ないとされたように（たとえば、一審の静岡地判昭和四九年五月三〇日判例時報七四五号一九頁）、そもそも、海の管理権を県知事が放置しているということをとらえて怠る事実の違法確認を住民訴訟で提起することはできないとされるに違いない。しかし、もし海面を財産的にとらえることができるとすると、地方公共団体の海面という財産の管理がおかしいということで、怠る事実の違法確認が住民訴訟でもって提起できる可能性が開かれるようになるかもしれない。しかし、自治法によれば、住民訴訟の対象となる公有財産は法律で限定されており（同法二三八条）、結局、海面の管理においては怠る事実の違法確認を住民訴訟で求めることは難しいように思われる。ただし、海上浮体構造物自身が公有財産であれば、もちろんその管理の怠る事実の違法確認が認められよう。その場合、しかし仮の権利保護は行政作用がまだ行われていないゆえ困難を伴うかもしれない。

最後に、四号請求として、自治法二四二条の二第一項四号の代位請求等があるが、私法上の返還請求権の代位行使等につき仮処分を積極的に認めてもよい場合があるであろう。

二 裁量権の濫用の禁止の法理

ところでまた、広島県公有水面使用条例の場合のように、条例で海の利用につき規制した場合に、住民にもプラスになるのではないかと思うことがある。それは、もし条例の中に、知事が原状回復命令や改善命令を出すことが出来るという規定を設けておくと、それがたとえ「……できる」というような規定によって、知事に取り締まるか否かの裁量権を認めていると考えられるような場合、すなわち規制するかしないかは行政庁たる知事の裁量に委ねられている場合であっても、もし、付近住民に危険が切迫し、損害が発生することが蓋然的に予測されるような場合、そして

個人の力ではどうしようもないので、個人としては行政に解決を期待しており、しかも行政がなんらかの措置をすれば容易にその危険が除去出来るような場合には、もはや行政庁には、規制するかしないかの裁量もたないかと解し、それでも不作為を続けるような場合には、行政は公権力の行使を誤っていると解し、そのために国民が損害を被ったときには、国家賠償法一条等により県は損害賠償の責任を負うと解することができよう。これはいわゆる裁量権の「0」への収縮の理論であるが、この理論を認めてゆくためにも、条例に規制権限を明確化しておくほうが望ましいと言えるであろう。

もっとも、海上浮体構造物の安全性については、先般の船舶安全法の改正により、同法が海上浮体構造物に適用されることになった。⁽⁹⁾したがって、裁量権の「0」への収縮の理論も、広島県公有水面使用条例の関連ではまずは発生しないであろうが、しかし、海上浮体構造物に関しては将来何が起こるかわからない。海は前近代の怪物が多数棲息している「化物屋敷」⁽¹⁰⁾といわれているぐらい、諸利益が複雑に入り交じっている。しかも海上浮体構造物は非常に危険性の大きいものである。そのことに思いを馳せると、ひょっとして広島県公有水面使用条例との関係で、裁量権の「0」への収縮の理論は役に立つときがあるかもしれない。しかし、生命への危険が差し迫っているとき、後からの損害賠償責任で解決しているようでは真の解決にならない。事後解決で済ますようでは日本国憲法一三条の認める個人の最大限の尊重にはならない。生命等に危険が迫っているような場合には、知事に行政措置をとるべきことを裁判所に求める義務付け訴訟こそ認められるべきである。意外にこの広島県公有水面使用条例あたりから、義務付け訴訟の突破口が判例で認められることがあるかもしれない。

(1) なお、総合保養地域整備法(リゾート法、昭和六二年六月九日法律七一号)一三条によれば、地方公共団体は民間事業者に対して出資・補助等を行うこととされている。

- (2) 浦和地決昭和五二年一月二八日判時八四三号二九頁(認容)、東京地決昭和五二年一月一六日行集二八卷一一号一一二六頁(ただし、被保全権利の疎明を欠くとして、原判決を取消し申請却下)、そのほか甲府地決昭和三年七月二四日行集七卷七号一八四六頁(認容)、和歌山地決昭和三年七月二日行集八卷七号一三一〇頁(認容)。
- (3) 兼子仁・行政判例研究二二二(自治研究五六卷一號「昭五五」一四九頁)、山村恒年・地方自治判例百選(昭五六)二二〇頁。
- (4) 東京高決昭和五九年六月二七日行集三五卷六号八〇〇頁、判時一一二五号一一九頁、判タ五三八号一一六頁、学説の中にも、このような考え方をとるものとして、成田頼明「住民訴訟(納税者訴訟)」有斐閣・行政法講座第三卷(昭四〇)二二五頁、三好達「住民訴訟の諸問題」日本評論社・新実務民事訴訟講座第九卷(昭五七)三二五頁。
- (5) 兼子仁『行政争訟法』筑摩書房(昭四八)三三六頁参照。
- (6) 磯野弥生・判例評論三三三号(昭六〇)一九五頁参照。
- (7) ただし、執行停止も個人的な権利利益の保全のためのものであり、住民訴訟は客観的な利益の保護のためのものであるという点で、執行停止を認めない説も強い(たとえば、雄川一郎『行政争訟法』有斐閣(昭三三)二〇二頁、三好達・前掲三二六頁)。しかし他方、執行停止を肯定する説もあるのである。たとえば、大和勇美「住民訴訟の諸問題」日本評論社・実務民事訴訟講座第九卷(昭四五)六一頁〜六二頁参照。なお、住民訴訟は監査委員に対して監査請求をあらかじめ提起しなければならぬ。しかしそれでは回復しがたい損害を避けることができないおそれがある。そのため、監査請求の段階でのいわゆる仮の権利保護が問題となる。この場合に執行停止を一定の要件のもとに積極的に認めようとする説として、大和勇美・前掲六二頁、佐藤英善「住民訴訟」学陽書房(昭六一)一二六頁〜一二七頁参照。なお、南博方「住民監査請求と仮処分」自治実務セミナー四卷九号(昭四〇)三五頁は、住民監査請求において仮処分の適用も認める。
- (8) 裁量権の「0」への収縮の理論については、たとえば最高裁昭和五九年三月二三日第二小法廷判決・民集三八卷五号四七五頁参照。
- (9) この改正により、海上浮体施設としてのフローティング・レストランやホテル等、多数の人が利用する施設を備えた係留船については、構造強度、復原性、防火構造、消防設備等が規制されることになっている(日本海事新聞昭和六三年二月二日)。また、海上浮体構造物には建築基準法の適用も認めるべきであろう。たしかに同法の建築物とは、土地に定着する

工作物を前提にしているが（同法二条一項）、海上浮体構造物はたとえ完全に浮いた状態のものであっても、それに準じて考えてよいであらう。

(10) 総合研究開発機構・前掲書三一頁参照。

おわりに

以上、浮体構造物などによる新しい形態の海面利用における若干の行政法学上の法律問題を検討した。その際、広島県公有水面使用条例を中心に論じてみたが、本稿の検討は、「化物屋敷」と呼ばれている海の利用の問題のほんの一部の問題の検討にすぎない。多くの問題は今後の検討に譲りたい。しかし、「化物屋敷」に入るには多くの人と一緒に入ってゆくのが危険がなくてよい。できれば海の問題は共同研究で取り組んで行きたいものである。

〔付記〕 なお本稿は、一九八八年二月二日に松山商科大学で行われた第二九回「中・四国法政学会」での報告に加筆したものである。