

**招待論文**  
**INVITED**  
**PAPER**

## 招待論文

## 海面下の地盤と土地所有権

ON THE OWNERSHIP OF THE LAND ENCROACHED BY THE SEA

## 藤田宙靖

Tokiyasu FUJITA

法博 東北大学 法学部教授  
(〒980 仙台市青葉区川内)*Key Words*: ownership of the land, reclamation,  
land and sea, public use of the sea

## 1. 問題の所在

土地は、いうまでもなく、所有権の対象となり得る有体物（民法85条参照）の中でも、最もポピュラーかつ重要なものの一つである。では、海面下の地盤もまた、所有権の対象となる「土地」であるか？ この問題は、我が国の法律学及び法律実務において、古くから争われて来た、著名な問題である。

具体的には、これはさまざまな形を取った法律問題として現われる。例えば昔から潮汐の干満により海面に現れたりまた没したりするような干潟としてさまざまな利用がなされて来た浅瀬につき、江戸時代や明治時代（現行の公有水面埋立法の制定前）に藩や国が干拓・開墾のためこれを私人に払い下げたという事実があり、その後埋立が行われなまま、この権利だけが転々譲渡されて今日に到っているケースがあるが（例えば後に見る田原湾干潟事件のケースはこれである）、このような場合、この浅瀬には、先の払い下げによって土地所有権が成立しており、従ってこれを公有水面として、他人に埋立免許を与えることはできないのかどうか。また、従来私有地であった海岸の土地が、天災や波浪による侵食によって海没したとき、この海没地には依然として土地所有権が認められるのか、それとも所有権の対象が滅失したものであるとして、登記も抹消されなければならないか、といった問題は、従来現実にも争われて来た例として典型的なものである<sup>1)</sup>。

ところで、近時問題となっている例として、上に挙げた例とは異なり、海没した土地の復元の問題がある。すなわち、海没した土地が、海面下に没したことにより既に私的所有の対象とはならないものとするならば、従前の所有者がこの土地を復元しようとする場合、公有水面埋立法に基づく埋立免許を受ける等の手続を踏むことが

必要となるが、仮に、海没にも拘らず従前の土地所有権がそのまま存続しているものとするならば、理論的に見る限り、このような手続は必要なく、自己の所有権に基づき土地を復元（埋立）することが可能となる筈である<sup>2)</sup>。しかし、海の公共性ないし海面の公共的利用の保護ということを考えるとき、ある海面につきその地盤が当人の所有に属するからといって、果してそのような埋立行為を当然に許してよいか、という問題があるのである。

1) こういった実例については、1971年以前のものであるが、阿部泰隆「海面下に土地所有権は成立するか」ジュリスト476号特集『土地問題』130ページ以下に詳しい。

2) 「所有者ハ法令ノ制限内ニ於テ自由ニ其所有物ノ使用、収益及ビ処分ヲ為ス權利ヲ有ス」民法206条。

## 2. 具体的事例

この最後に見たようなケースの具体例として、例えば、千葉県九十九里浜における海没地に関する一例を見てみよう。

問題となっているのは、銚子市の西側に位置する飯岡町飯岡漁港隣接海岸に存在する面積16,016平方メートルの「土地」であって、明治37年10月17日に地目原野として登記がなされている。資料<sup>3)</sup>により推測されるところでは、登記時においては陸地であったものが、その間海岸の自然侵食によって完全に海没することとなった<sup>4)</sup>。建設省河川局水政課を通して私が得た情報によれば、この「土地」の「所有者」が、①土地の境界確定をしたい、②埋め立てた上で、マンション及びマリーナを建設したい、との意向で海岸管理者（千葉県知事）と折衝を行ったところ、管理者側では、右①については、陸側の境界確定には応じたものの、海側については技術的に困難で

あるとしてこれに応じなかった。また②については、以下の条件を満たせば、海岸法8条の許可をすることとし<sup>5)</sup>、① 海岸保全上支障の無いことを証明すること（アセスメントの実施）、② 漁業権者との調整を完了すること、③ 既存の海岸保全施設（防潮堤）と整合のとれた施設を整備し、その施設は海岸管理者に無償で帰属させること、④ 事業計画及び資金計画を提出すること、等の条件を提示した。然して「バブル崩壊」後、「所有者」側から海岸管理者へのアプローチは途絶えたままになっている、という現状にあるようである。

このケースにおいて、「所有者」及び海岸管理者（千葉県知事）の両者共に前提としているのは、この「土地」は、自然侵食により海没しているにも拘らず、依然として民法という土地であり、私的所有権の対象となっている、という認識である。従って、公有水面埋立免許の必要性ということは、全く問題とならず、専ら海岸法8条に基づく許可の付与のみが問題とされている。なお、法務局（出張所）の見解も、職権による土地の滅失登記はせず、当事者の申請を待って確定したい、ということのようである。本件の場合には、当該「土地」は海岸保全地区内に入っているが、仮にそうでなかったとするならば、この「土地」が民法という土地であるという前提から出発する以上、理論的に言って、「所有者」は、その所有権に基づき自由にこれを埋め立てることができることになる。しかし、現に砂浜になっている海浜に、海側に突出した新たな陸地の形成が行われることは、物理学的に見ても潮流に影響を与え、周辺の環境に影響を与えることになろうし、また、現にこの地が海として漁業・交通等の用に利用されていたとするならば、このような公共の利用に対しても大きな影響をもたらすことになろう。このような埋立行為に対して行政側が公共の利益の見地からコントロールをするということは、それが海没民有地の復元であり土地所有権の正当な行使であるから、という理由のみで、およそ許されないことになるであろうか。これが、以下本稿で検討してみたい問題点である<sup>6)</sup>。

3) 「土地研究所資料一九十九里浜海岸侵食対策調査報告書」昭和63年建設省土地研究所河川部海岸研究室、5ページ。

4) もっとも、その後隣接する漁港の突堤が整備された結果、最近では陸側に砂が着き、満潮時にもその一部は砂浜の状態で露出している、といった状況にあるようである。

5) 本件「土地」の属する一帯は、昭和47年7月25日に、海岸法3条による海岸保全区域指定がなされており、同法8条により、この「土地」を埋め立てるについては、海岸管理者の許可を受けなければならないことになる。

6) ただ、このケースにおいて、実際に当該地の埋立が公共の利益に対するこのような影響を与えるような状況にあるのか

どうかは、私の手元にある資料のみからは十分に判断し得ない。そこで、以下では、この具体的事例を参考にしながらも、こういった問題が現実に存在するケースを理論的に想定することにより、専ら表題に掲げた問題についての理論的な考察を行うに止めることとしたい。

### 3. 海面下の地盤と土地所有権——従来の議論の概要（一）

海面下の地盤に土地所有権が成立するか、という問題をめぐって従来行われてきた議論は、詳細に見れば多くの論点を含むが、出発点となるのはまず、(1)「陸」と「海」とはどのようにして区別されるか、という論点及び、(2)民法にいう土地は「陸」にしか存在し得ないか、という論点である。ところでこの中(1)については、今日ではほぼ争いは無いのであって、「陸」と「海」の境界は「潮汐干満ニ差アル水面ニ在リテハ春分、秋分ニ於ケル満潮位」(参照、大正一一年四月二〇日発甲第一号二内各省次官宛内務省通牒、同日発土第三五号二内各地方長官宛内務省通牒)を以て基準とするのが一般的な考え方である。これに対し、(2)の論点をめぐっては、明治大正以来近時に到るまで、肯定説と否定説との間で、厳しい対立が存在して来たのである。

この点、法律上の規定を見るならば、我が国現行の公有水面埋立法は「埋立ヲ為サムトスル者ハ都道府県知事ノ免許ヲ受クヘシ」と定めており(同法2条1項)、この法律による埋立免許に基づき埋立をした場合に、この埋立地の所有権を取得させることとしている(同法2条、22条、24条等参照)。この規定だけを見れば、この法律の定める手続に従って埋立がなされない限り、「海」については私人の土地所有権は存在し得ないようにも見えるが、しかし、公有水面埋立法は、「公有水面」の埋立について免許の取得を必要としているのであり、またそこでいう「公有水面」とは、「河、海、湖、沼其ノ他ノ公共ノ用ニ供スル水流又ハ水面ニシテ国ノ所有ニ属スルモノ」をいうものとされているのであって(同法1条1項)、このことは、同法が、「私有水面」が別に存在することを前提していることを意味するものであると言ってよい。又、海についての規定ではないが、例えば河川の場合には、明文の規定が「河川の流水は、私権の目的となることができない」とのみ定めているが(河川法2条2項)、この規定は、他面で河川の流水数自体は私権の対象となり得ることを意味しているもの、と通常理解されている<sup>7)</sup>。そうであるとすれば、同様の解釈が海についてなされても当然であるように見える。

ところが他方で、不動産登記法上には、「河川法・・ノ適用又ハ準用セラルル河川ノ河川区域内ノ土地ノ一部カ滅失シタルトキハ河川管理者ハ遲滞ナク地積ノ変更ノ登記ヲ囑託スルコトヲ要ス」(81条4項)、「河川法ノ適

用又は準用セラルル河川ノ河川区域内ノ土地カ滅失シタルトキハ河川管理者ハ遲滞ナク滅失ノ登記ヲ囑託スルコトヲ要ス」(81条ノ八第2項)、等の規定がある。ここでいう「河川区域内ノ土地の滅失」とはすなわち、河川区域内の土地が流水敷になったということに他ならないのではないか、という解釈がなされるのは、ある意味では当然なのであって、そうであるとすると、海の場合についても、ある土地が海没し水面下となったときには、土地の「滅失」があったとして滅失登記をするのが当然だ、という解釈もまたなされ得ないではないのである。実際我が国の不動産登記実務においては、従来、先に見た「陸」と「海」との区別がすなわち、土地かそうでないかの区別に対応するものとして、春分及び秋分の満潮時において水面下に没する地盤については原則として私人の所有権を認めないこととしてきたのであった。

7) 現行河川法の前身である明治29年制定の旧河川法は、広く「河川ノ敷地ハ私権ノ対象タリ得ス」と定めていたのであって、現行河川法は、私権の対象たり得ないのは流水のみ、と限定したところに意味があると理解されているのである。

#### 4. 海面下の地盤と土地所有権——従来の議論(二)

ここで整理をしておかなければならないのは、「海面下の地盤に土地所有権は成立するか否か」という問題は、(1) 海面下の地盤にはおよそ民法上の土地所有権は認められ得ないか(例外は認められないか)、という問題と、(2) 海面下の地盤にも理論的には土地所有権が認められ得るとして、それでは具体的にどのような場合に認められるのか、という問題との二つに分かれる、ということである。そして、このうち(1)については、従来少なくとも、海面下の地盤といえども場合によっては土地所有権の成立が認められないわけではない、ということをも、全く否定する見解は、まず存在しなかったと言ってもよい。例えば上に見た不動産登記実務においても、原則として「陸」と「海」の区別がすなわち「土地」と認められるか否かの基準となるという出発点に立ちながらも、ただ、例外的に、現況において水面下に没する地盤であっても、水面下に没するに到った経緯が、天災等によるものであり、かつ、その状態が一時的なものである場合には、私人の所有権は消滅しないものと解して来たのであった(参照、昭和三六年一月九日民事甲第二八〇一号法務省民事局長回答)。

そこで問題となるのは、上の(2)の問題であるが、この点まず、民法でいう(所有権を含む)物権の対象たるためには、「有体物」であって(民法85条)しかも「人による事実的支配が可能でありかつ経済的価値を有するもの」でなければならない、というのは、法律学上一般

に認められているところであるから、理論的に言えば、海面下の地盤であってもこの要件を満たさないものは土地とは認められないことになる。ただ、「人による事実的支配が可能」であるかどうかというのは、極めて微妙な問題であり、仮に金に糸目をつけないとすれば、現在の科学技術を以て支配できない海面下の地盤というのは、殆ど存在しない、ということが言えるかもしれない。また、経済的価値を有するかどうかというのは、要するに市場取引の対象とされているかどうか、ということであるとも言えるから、土地が現実の利用を目的としてでなく、単に投機の対象として売買される今日の我が国のような社会では、海面下の土地についてもこのようなことは十分考え得るとも言えよう。このように考えれば、およそ土地所有権の対象とならない海面下の地盤というのは存在しない、ということともなってしまう。極論をすれば、このような考え方もあり得ないではないであろうが、しかし法律学上、通常はこのような極論が採られることはないのであって、大海原の下の地盤に土地所有権が成立するなどとは、まず誰も考えるところではない。そこで、「人による事実的支配が可能でありかつ経済的価値を有する」かどうかという基準をより絞り込むために、更に詳細な基準が模索されるところとなるのである。

例えば、上に引いた法務局長回答にいう「現況において水面下に没する地盤であっても、水面下に没するに到った経緯が、天災等によるものであり、かつ、その状態が一時的なものである場合には、私人の所有権は消滅しない」という考え方(その前提として、このような事情が無い限り、先に見たような基準に照らし「海」である地については、土地所有権は成立しない、という考え方が採られる)は、このような絞りの一例である。そしてこのようなケースにおいて土地所有権がなお存続する、ということについては、(少なくとも結果的には)ほぼ争いは無いと言ってよい。しかし、この基準だけで問題を解決して良いかどうかについては、なおさまざまに争いが生じ得るのであって、例えば、先に見たように、昔から干潟としてさまざまな利用がなされてきたようなケースにおいては、この基準による限り、仮にそこが古くから「土地」と信じられ、取引の対象とされて来たような場合であっても、土地所有権は認められない、という例が出て来得ることになるが、果してそれでよいか、という問題があるからである。

ところで従来、このようなケースについても「人による事実的支配が可能でありかつ経済的価値を有する」ものであるならば、「土地」と認めて差し支えない、とする判例学説が存在していたが<sup>8)</sup>、最高裁は、昭和61年のいわゆる「田原湾干潟事件判決」において、「当初から海面下の地盤であった干潟は、民法施行当時特定の者が排他的総括的支配権を取得していたときを除いては、

民法 86 条 1 項にいう土地に当たらない”との判断の下、上に見た考え方により私人の土地所有権を認めていた原審判決を破棄原判したのであった<sup>9)</sup>。

8) 例えば参照、名古屋高裁昭和 55 年 8 月 29 日、最高裁判所事務総局編・行政事件裁判例集 31 巻 8 号 1678 ページ。また参照、阿部・前掲。

9) 最高裁判所昭和 61 年 12 月 16 日判決、最高裁民事裁判例集 40 巻 7 号 1236 頁。これは、註 8) に挙げた名古屋高裁判決の上告審判決である。

なお、本判決の解説・評釈としては既に多くのものが表されているが、代表的なものとして、例えば青柳薫・解説『最高裁判所判例解説昭和六十一年度(民事編)』第 29 事件、前田陽一・評釈『法学協会雑誌』107 巻 3 号 174 ページ以下、幾代通・評釈『ジュリスト』882 号 86 ページ以下、等々を参照されたい。

## 5. 田原湾干潟事件最高裁判決

この最高裁判決は、海面下の地盤はいかなる場合に土地所有権の対象となるか、について最高裁判所が初めて基準を示したものとして、極めて有名かつ重要な判決である。そこで、本稿の考察を進めるに当たっても是非前提としなければならない判例であるので、以下にやや詳細に見ておくこととしよう。

この事件で問題となった地(以下係争地という)は、愛知県の田原湾の一部につき、ある私人が江戸時代に藩から干拓の権利を付与されたにも拘らず、実際にはこの干拓が行われなまま転々売買され第二次大戦後にまで到っていたものであるが、昭和 44 年に到り、名古屋法務局田原出張所登記官が、係争地は海面下にあるとして滅失登記を行ったところ、係争地の「所有者」であると主張する原告らがこの滅失登記処分の取消を求めて出訴したものである。第一審及び第二審判決において、係争地は、滅失登記に先立ち調査を行った昭和 44 年の秋分の日の満潮時においても、また昭和 52 年の春分の日の満潮時においても、海水下に没していた(つまり「海」であった)ことが認定されている。

第一審の名古屋地方裁判所<sup>10)</sup>及び第二審の名古屋高等裁判所<sup>11)</sup>は、いずれも、係争地は「人による事実的支配が可能でありかつ経済的価値を有する」から、海面下にあるからといって土地所有権の存在は否定されないという原告の主張を容れたが、最高裁は、原審判決を破棄かつ第一審判決を取り消し、原告敗訴の判決を行った。この最高裁の考え方の中心的な部分を、(多少長きにわたるが)引用してみるならば次の通りである。

【不動産登記法による登記の対象となる土地とは、私法上の所有権の客体となる物としての土地をいう。所有権の客体となる物は、人が社会生活において独占的・排他的に支配し利用できるものであるこ

とを要する。日本領土内の陸地が所有権の客体たる土地に当たることについては疑いがないが、海水とその敷地(海床)とをもって構成される統一体としての海が土地に当たるかどうかについては、一考を要する。

海は、社会通念上、海水の表面が最高高潮面に達した時の水際線をもって陸地から区別されている。そして、海は、古来より自然の状態のまま一般公衆の共同使用に供されてきたところのいわゆる公共物であって、国の直接の公法的支配管理に服し、特定人による排他的支配の許されないものであるから、そのままの状態においては、所有権の客体たる土地に当たらないというべきである。

しかし、海も、およそ人の支配の及ばない深海を除き、その性質上当然に私法上の所有権の対象となりえないというものではなく、国が行政行為などによって一定範囲を区画し、他の海面から区別してこれに対する排他的支配を可能にした上で、その公用を廃止して私人の所有に帰属させることが不可能であるということではできず、そうするかどうかは立法政策の問題であって、かかる措置をとった場合の当該区画部分は所有権の客体たる土地に当たると解することができる。

そこで、現行法をみるに、海の一定範囲を区画しこれを私人の所有に帰属させることを認めた法律はなく、かえって、公有水面埋立法が、公有水面の埋立てをしようとする者に対しては埋立ての免許を与え、埋立工事の竣工認可によって埋立地を右の者の所有に帰属させることとしていることに照らせば、現行法は、海について、海水に覆われたままの状態である一定範囲を区画しこれを私人の所有に帰属させるという制度は採用していないことが明らかである。

しかしながら、過去において、国が海の一定範囲を区画してこれを私人の所有に帰属させたことがあったとしたならば、現行法が海をそのままの状態である私人の所有に帰属させるという制度を採用していないからといって、その所有権客体性が当然に消滅するものではなく、当該区画部分は今日でも所有権の客体たる土地としての性格を保持しているものと解すべきである。

ちなみに、私有の陸地が自然現象により海没した場合についても、当該海没地の所有権が当然に消滅する旨の立法は現行法上存在しないから、当該海没地は、人による支配利用が可能でありかつ他の海面と区別しての認識が可能である限り、所有権の客体たる土地としての性格を失わないものと解するのが相当である。】

ところで本件の場合には、係争地は昔から海であった

のであり、海没地ではないことが明らかにされているのであるから、最高裁の右のような考え方を前提とすれば、問題は専ら、「国が過去において本件係争地を他の海面から区別して区画し私人の所有に帰属させたことがあったかどうか」にかかってくる。そして最高裁は、本件係争地をめぐる歴史的経緯を詳細に検討した後、このような事実は認められない、として、原告の主張を排斥したのであった。

10) 名古屋地裁昭和51年4月28日判決、行政裁判例集27巻4号643ページ。

11) 前掲、中8)。

## 6. 同最高裁判決の意味するもの

さて、この最高裁判決の以上に見た判旨には、さまざまな興味深い論点が含まれている。ここでそのいくつかを拾っておくならば、以下の通りである。

第一に、最高裁は、海は「そのままの状態においては、所有権の客体たる土地に当たらない」とするのであるが、その理由は基本的には、海が「公共用物」であることに求められている。しかし、理論的に言うならば、(従来既に多くの論者によって指摘されているように)公共用物であることと私的所有権の客体たることは、決して相容れない事柄であるわけではない。すなわち公共用物としての用途を確保するためには、その土地の使用に関し公用制限(いわゆる「公物制限」)を掛ければ済むことであって、土地所有権の成立自体を否定する必然性は必ずしも無いからである。実際、このような例は、我が国現行法上しばしば存在するのであって、例えば先に見た河川法2条2項の例の他、道路法4条が、「道路を構成する敷地、支壁その他の物件については、私権を行使することができない」と定めながら、同時にその但し書きとして「但し、所有権を移転し、又は抵当権を設定し、若しくは移転することを妨げない」と定めているのは、有名な例である。

従って、このことを前提とする限りは、この最高裁判決の趣旨は、「公共用物」一般についての話ではなく、より限定された話として読まなければならない。このような限定としては、この判決にいう、海が「古来より自然のまま一般公衆の共同使用に供されてきた」ものであること、すなわち行政法学にいう「自然公物」であること(すなわち、いわゆる「人工公物」である道路の場合とは話が別である、ということ)が挙げられようが、しかしこのように考えても、同じく自然公物である河川についての上記の河川法の例との関係はどのように説明されるのか、という問題がなお残ることになる。この点については恐らく、河川の場合には、河川法という法律が特に所有権の成立可能性を認めているからその限りで

所有権が認められるのであって、このような法律の規定が無い限りは、自然公物の場合には、原則として土地所有権の対象とはならない、という趣旨として読むべきことになるであろう。

第二に、この判決は、「所有権の客体となる物は、人が社会的な生活において独占的・排他的に支配し利用できるものであることを要する」のに対し、海は「国の直接の公法的支配管理に服し、特定人による排他的支配の許されないものである」から、「そのままの状態においては」所有権の客体とならない、と判じている。ところで、「所有権」は(借家権等の副次的権利あるいは法律に基づく公用使用・公用制限等による制約を受けない限り)当該の対象物を独占的・排他的に支配し利用できる権利であるから、その対象となるものが、およそそのような支配・利用の可能性のあるものでなければならないことは言うまでもない。しかし逆に、ある土地に所有権が認められるということは、常にそれを事実上独占的・排他的に支配・利用できる状態にある、ということの意味するものではない。例えば、「土地ノ所有権ハ法令ノ制限内ニ於テ其土地ノ上下ニ及フ」のであるが(民法207条)、所有している土地の上空を通過する鳥類や航空機を所有権者が事実上すべて排除し得る状況にしなければならないかと言え、決してそのようなことはない。つまり、所有権が「対象物を独占的・排他的に支配・利用する」権利であるというのは、つきつめて言えば、観念的にそのような「権利」が認められる、というだけのことに過ぎないのである。そうであるとすれば、仮に海水面ないし海水中を他人の船舶や魚類が通行し、これを排除し得る状態に事実上ないとしても、その下の地盤に所有権を認めるといことは、必ずしも考えられないことではない。このような問題が存在するからであろうか、この最高裁判決は、「海面下の地盤」についての土地所有権の成否ではなく、専ら「海水とその敷地(海床)とをもって構成される統一体としての海」が「土地に当たるかどうか」を問題としている。しかし、従来、海もまた土地所有権の対象となる、という見解を採って来た論者は、こういった意味での「統一体としての海」ではなく「海面下の地盤」についての土地所有権の成否を問題として来たのであって、そこでは、海水・海面は、いわば陸上の土地の場合の空気・空中と似たような意味を持つものとして考えられて来たのであった。こうしてみるとこの最高裁判決は、海については、海面(海水)とその下の地盤とを切り離して法的考察の対象とすることは許されない、という考え方を明らかにした、という意味を持つものであることになる。つまりこの考え方では、地表のうち「土地」の上に海水が乗っている部分と空気が乗っている部分とがあり、前者が海で後者が陸である、という考え方をすることは許されないのであって、地表は「海」と「陸」

という二つのカテゴリーに(法的にも)分けられ、「土地」は後者についてのみ存在し得る、という考え方がなされなければならないのである。

第三にしかしこの判決は、例外的に「海」が土地所有権の対象となることがあり得ることを認めている。この判決自体が明確に示しているそのような例とは、一つは「国が行政行為などによって一定範囲を区画し、他の海面から区別してこれに対する排他的支配を可能にした上で、その公用を廃止」した場合であり、二つ目は、「私有の陸地が自然現象により海没した場合」であって「人による支配利用が可能でありかつ他の海面と区別しての認識が可能」であるとき、である。

まずこの前者については、先に見たような最高裁の論理の上に立つ以上、「海」は「海」である以上土地所有権の対象とはならない筈であるから、理論的に正確に言えば、これは「海」が例外的に土地所有権の対象たる「土地」であると認められるケースではなく、「海」であったものが(法的に)「海」ではなくなる場合であると言わなければならない。つまり、最高裁が言うような形で区画された海面の一定範囲とは、海面のように見えて法的には実はもはや「海」ではなく「陸」に変じたものなのである。

そしてそうであるとすればしかし、上の後者の場合について、この判決が自然海没地の土地所有権もまた当然には消滅しないということの理由として、「海没地の所有権が当然に消滅する旨の立法は現行法上存しないから」ということを述べているのは、少なくともいささか舌足らずであると言わなければならない。何故ならば、上に見たような最高裁判決の論理に従う限り、当該海没地が「海」となったのであるとすればそれはもはや「土地」ではなくなるのであって、このような地の所有権が消滅する旨の立法が存在しようがしまいが、理論的に既に、対象たる「土地」の滅失により所有権は当然消滅することになる筈であるからである。従って、判決のこの部分は、正確に言えば、「海没地が当然に海となるとする旨の立法は現行法上存しないから」というのでなければならないであろう。しかし、そうであるとすればまた、何故海没地は、「当然に海となる旨の立法」がなければ海とはならないのか、という疑問が生じて来る。むしろ最高裁の先の考え方からするならば論理は逆になるべき筈であって、原則的には、海没すればそれは当然海となるのであり、ただ、例外的に、海没したにも拘らず未だ「海」としてではなく「陸」として法的に扱われるべき場合があることを定める立法があって初めて、この地は未だ「土地」であり所有権の対象となる、というのが本来の筋と言うべきではあるまいか<sup>12)</sup>。

12) もっとも、上記の議論はすべて、最高裁が、「海」は「統

一体」として考察されなければならない、これを地盤と海水とに分けて考察することは法的に許されない、とする論理を一貫して取っている、という前提に基づいた議論であるが、最高裁判決の読み方としては、そうではなく、最高裁もまた、例外的に所有権の成立を認めるケースについては、統一体としての「海」ではなく、専ら水面下の「地盤」についての所有権の成立のみを認めているのだ、との解釈もできないわけではない。ただ、このように解するときには、何故、このような例外的ケースについてのみ「地盤」と「海水」との分離的解釈がなされ得ることになるのか、についての理論的説明が別に必要となるが、最高裁はこの点については一切触れるところがない。

## 7. 九十九里浜のケースについて——(一)

さて、以上見たような理論状況を踏まえた上で、先に挙げた九十九里浜のケースについて考察して見るならば、どうなるであろうか。

まず第一に、このケースにおいて「海没民有地」であるとして「土地所有者」及び千葉県知事の両者が認めている区域(以下「当該地」という)が、果して本当に所有権の対象たる「土地」と言えるかどうかについては、相当の疑問が存在する。上に見た通り、最高裁判例のとする理論的前提に立つならば、本来、海没したにも拘らず依然としてこれを「陸」として扱うような法律の規定が無い限り、海没地はむしろ原則として「海」となり土地は滅失したことになる筈である。ただこの点は、仮に明文の法律の規定が無くとも、いわば条理により、一定の要件を備えた海没地についてはなおこれを「陸」と扱うべきものである、という解釈がなされ得るとしても、当該地がそのような要件を備えたものと言えるかどうかについては、かなり問題がある。

例えば当該地については、先にも見た通り、「土地所有者」側からの要請にも拘らず、海側について公有水面との境界を確定することは技術的に困難であって不可能である、というのが千葉県知事の判断であり、また「土地所有者」もこれを了承したとされている。もしそれが事実であるとするならば、そもそも当該地については人の支配が不可能であり、また最高裁判決のいう「他の海面と区別しての認識が可能である」という要件が満たされていないことになる。もちろん、海没したからといって直ちに土地が滅失し土地所有権も消滅すると考えるのは余りにも所有者にとって酷である。と考えられるケースがあることは充分考えられ得るのであって、例えば埋立地が台風の影響によって一部崩壊したようなケースではこのようなことが言えるであろう(前出の法務局長回答を参照されたい)。しかしこの九十九里浜のケースでは、当該地は、太平洋に直接面した現況砂浜なのであり、また海没の原因も、一時的な災害によるものではなく、長年にわたり恒常的に生じて来た海流による自然海蝕に

よるものなのである。このようなケースにおいてはむしろ、当該地は既に「海」となり、土地としては滅失したと考える方がより自然ではなからうかと思われる。従って、千葉県知事としては、当該地につき、海岸保全地区内の土地であるとして海岸法8条の許可制度の適用を考えるのではなく、本来、公有水面埋立法に基づく埋立免許の申請をすべく指導すべきであるものと考えられる。

但しこの点については、次の点を補足しておかなければならない。すなわち、理論的には右のように言えたとしても、仮に、千葉県知事(国)の側でもまた、海没後もなお、当該地を「土地」として扱い、例えば固定資産税等の課税が行われて来た、といったような事実があったとして、このようなケースにおいて、ある日突然行政側が態度を変え、当該地は滅失したとして職権で滅失登記を行い、また、第三者からの埋立免許申請に対しこれを与えるようなことをしてよいか、という問題はこれとは別に存在する、ということである。例えば先に見た田原湾干潟事件においては、係争地については、①大正15年ころより昭和36~8年までの期間、地租や固定資産税が賦課されていたこと、②同件係争地と同様の田原湾内の干潟の一部につき、過去、国や地方公共団体が、当時の共有者の持分について差押をし、また公売処分も行っていること、③昭和14年ころ海軍省が飛行場建設のため田原湾内の地盤の一部を買収したこと、等の事実が明らかにされている。このような事実を踏まえて、上記最高裁判決においては、長島敦裁判官が、次のような補足意見を述べている。

『以上のような事実が存したからといって、もともと私法上の所有権の客体とならない本件係争地が所有権の客体たる土地になったものということとはできないであろう。しかしながら、右の事実からすると、国及び地方公共団体は過去長年月にわたって本件係争地が所有権の客体たる土地であるとして取り扱ってきたものであり、これに従って本件係争地は経済的な取引の対象とされてきたものであるから、なんらの補償もせず本件係争地につき公有水面埋立法に基づく埋立てを行うことは信義則上許されないものというべく、これを行うにあたっては、被上告人(原告・藤田註)らに対し同法所定の水面権利者に対する補償に準じて相当な補償を行うことが要請されるものと解するのが相当である。』

私も、このような考慮を行うべきことは当然であり、しかも、田原湾干潟事件の場合のように、かつて一度も「陸」であったことがないような場合に比し、本件のように、従前は明確に「土地」であり、海没によって「土地」ではなくなったようなケースにおいては、その必要性は一層強まるものと考えられる。しかし、これは、第三者に対し埋立免許が与えられる場合の話であって、当該地

が陸であり土地であった当時の土地所有者が、自らの所有権に基づき埋め立てることができなくなり、公有水面埋立法に基づく免許手続を経なくてはならなくなったという不利益に対し、補償をしなければならないということにはならないものと思われる。他方、既に納入済の固定資産税等については、別にその還付等の措置が取られるべきことになるであろう。

## 8. 九十九里浜のケースについて——(二)

さて以上では、このケースにおいては、海没地に土地所有権を認めることはできない、との判断に立った上で、問題点の検討を行った。しかし、現実に当該地については「土地所有者」及び千葉県知事の両者間で、依然として「土地」であり所有権の対象であることを前提としての処理が行われて来ている。そうであるとすれば、ここでも、この後者の前提に立ったとして問題をどのように考えるべきかの検討もまた行っておく必要があるであろう。

### (1) 海岸法による規制の可能性と限界

まず、本件においては、当該地は海岸法に基づく海岸保全地区の中に含まれている。そこで、千葉県知事は、海岸法にいう海岸管理者の立場で、同法8条に定める許可制度を利用して、当該地の埋立に対するコントロールを行おうとしているのは、先に見た通りである。海岸法8条1項は、次のような定めを置いている。

『海岸保全区域内において、次の各号の一に該当する行為をしようとする者は、主務省令で定めるところにより、海岸管理者の許可を受けなければならない。——(略)』

- 一 土石(砂を含む。以下同じ。)を採取すること。
- 二 水面若しくは他の土地に他の施設等を新設し、又は水面若しくは他の土地にある他の施設等を改築すること。
- 三 土地の掘さく、盛土、切土その他政令で定める行為をすること。』

さて、本件で「土地所有者」が行おうとしている「埋立及びマンション・マリナーの建設」が、ここに掲げられた行為の中少なくとも二号及び三号のそれに該当することになるのは疑いが無い。ところで海岸法自体は、これらの行為につき、どのような要件が満たされれば許可を与えてよいのか(与えるべきなのか)については、明文の規定を置いていない。しかしいずれにせよ、海岸法の目的は「津波、高潮、波浪その他海水又は地盤の変動による被害から海岸を防護し、もって国土の保全に資すること」にあるのであるから(同法1条)同法に基づく規制は、この目的の範囲内に止まるものでなければならない。従って例えば、当該地の埋立が潮流に影響を与え、それが又海岸の侵食の度を増す結果をもたらすと、あ



るいは既存の防潮堤等の機能を弱めるとかいったような事実が予想されるという状況にあったとしたならば、このような埋立に対してはこの許可を与えないでもよいのは、いうまでもないことであるが、これに対し例えば、このような埋立が、現に行われている海上交通に支障を来すとか、あるいは漁業に支障を来すといったような理由で許可を与えないならば、それは違法であることになるのである。こういった意味からするならば、本件において、千葉県が、許可を与えるための前提の一つとして、先に見たように「漁業権者との調整を完了すること」という要件を挙げて行政指導を行っているのは、本来、海岸管理者の権限としては、越権であることになる<sup>13)</sup>。もっとも、都道府県知事は、現行法制度上、漁業法の定めるところにより、漁業権をめぐる調整をもその所掌事務として担任しているから、その限りにおいて、現段階で行われたこのような行政指導そのものが直ちに違法であるということにはなるまい。しかし、(本件の場合は未だその段階まで到達していないが) 仮に正規の許可申請がなされた場合に、このような行政指導を行い、それに従わないからといって許可を与えないようなことをすれば、それは明らかに違法であることになる(参照、行政手続法33条)。

13) この要件の提示は、単に行政指導として行われているものであるが、しかし一般に、行政機関がその任務または所掌事務の範囲を逸脱した行政指導を行ってはならないこととされている(昨年11月に制定された行政手続法32条を参照されたい)。

## (2) その他の法律に基づく規制の可能性と限界

では、海岸法による規制以外の他の規制は考えられ得るであろうか。いうまでもなく、当該地を「土地」であり所有権の対象となると考える限り、当該地はいわば「私有水面」となり、公有水面埋立法の適用の対象とはならない。そうすると、それは、基本的に、陸上の土地と同様の規制を受けることとなる筈である。従って例えば、当該地が都市計画区域に含まれることになるとすれば、当然この埋立行為は同法にいう「開発行為」として同法による規制を受けることになるであろう。しかし、同法による規制もまた、同法の目的すなわち「都市の健全な発展と秩序ある整備を図り、もって国土の均衡ある発展と公共の福祉の増進に寄与する」という目的(同法1条)による制約を受けることになる。すなわちそれは、あくまでも「都市」の側から見た規制に止まるであって、海上交通とか漁業に与える影響を問題とし得る規制ではあり得ない。結局、これらに対する影響を問題とする規制が可能であるかどうかということば、海上交通や漁業を保護するための個別法に規定が無い限りは、当該地が「海」としてこれらの事業を含めた公共利用に供せられていることからする規制、すなわち当該地が「海」とい

う公共用物の一部をなすことを理由とした規制がどの程度(理論的に)考え得るか、という問題に帰さざるを得ないのである。

## 9. 公共用物としての「海」と私権制限

ところで、このような問題の立て方をすることは、既に、先に見た最高裁判例の考え方とは矛盾することになる。何故ならば、先に見たように、最高裁判例の論理は、本来土地所有権の対象とされる以上それは法的には「海」ではない、というものであるであって、このような立場を前提とすれば、「土地」に「海」としての公共利用が(法的に正当な権能として)成り立つ筈はないからである。従って、このような前提に立つ限り、本件当該地のようなケースは、もはや「土地」ではなく「海」となったものとして考えるべきである、ということは先に述べた通りである。しかしここでは、仮にその前提を否定して考えた場合(言い換えれば、海水と分離された水面下の「地盤」について土地所有権が成立するというを前提とした場合)にはどうなるか、を問題にしているのである。

### (1) 個別法による規制

「土地」と「海」とは相容れない概念である、との前提を否定した場合には、本件当該地のようなケースは、いわば、土地が海という公共用物として公用制限を受けたケースである、ということになるであろう。すなわちそれは、ちょうど陸上の土地が道路として供用されている場合と同じであって、道路の場合、底地に私人の所有権は存在するが、公共用物たる道路として利用されている限り、このような利用を妨げる権利行使をしてはならない、とされるのと同様である。道路はいわゆる人工公物であるが、海と同じく自然公物とされる河川についても問題は同様であることは、先に既に見た通りである。しかし、道路及び河川と海との場合で決定的に違うのは、前二者については、このような公用制限を課する法律上の明文の規定があるのに対し(道路法及び河川法による諸規制)、海の場合には、このように、海が公共用物であることを理由としてその公用を全うするという目的からして一般的な公用制限を課する法律は存在しないということである。そして、個別的な規制を見ても、その内容は決して豊かなものではない。例えば海岸法が(少なくとも結果的に)その種の規制を行うことになる一例であるのは、先に見た通りであるが、これもまたその規制の範囲は限られたものであった。又例えば、海上交通に関して、海上交通安全法30条に、航路及びその周辺の海域における工事等につき海上保安庁の許可を必要とする規定があるが、しかしこの法律は、東京湾・伊勢湾及び瀬戸内海にのみ適用される法律であって(同法1条2項参照)、本件のような例には適用が無い。また、漁業の保護に関しては、当該地のこの水面が「公共の用に供

する水面」または「公共の用に供しない水面であって公共の用に供する水面と隣接して、一体を成すもの」である場合には（本件の場合には当然この要件を満たすことになる）、漁業法に基づき漁業権の設定を行うことができ（漁業法 3 条, 4 条, 及び 10 条等を参照）、この場合には、設定された漁業権を、底地の所有者とはいえども侵すことができないのは、当然であるが（それは丁度、借地権者の権利、または鉱業権者の権利を土地所有者といえども侵すことができないのと同様である）、しかし、土地所有者がその権原に基づき、この水面を水面でなくすることが許されないかどうか、また、水面を水面でなくした場合に、漁業権の対価を支払わなければならないかどうか等については、漁業法のなんら定めるところではない。公有水面埋立法ではこれらの問題に関し明文の規定を置いてこれを解決しているが（同法 4 条 3 項, 6 条 1 項等）いうまでもなくこれらの規定は、ここで問題としている私有水面の場合には適用がない。

## （２） 一般的法理による規制可能性

では、およそ「海」が公共用物であるということからして理論的に当然に、私権の行使に対し、公共用物としての公用を全うせしめるための制限がかかる、ということが言えるであろうか。この点についてはしかし、まず、私有財産について、これに公共の利益の見地から制約を課するには、法律の定めるところによらなければならない、というのが、今日一般に承認された法理であって（憲法 29 条 2 項参照）、従って、ある財産が公共の用に供せられるべきものであっても、そのことを理由とする制約を課する法律の規定が無いならば、その財産所有者はそのような制約を受忍しなければならないことはない、というのが、今日法律学の出発点である。そうであるとすれば、本件におけるような「海面下の土地の所有権」については、その行使につき（海岸保全地域について掛る先に見た制限を除き）一切の制約は無いことになりそうである。

ただこの点、更に、以下のような若干の検討を付け加えておく必要がある。

例えば民法は「権利ノ濫用ハ之ヲ許サス」と定める（民法 1 条 3 項）。従って、本件当該地における埋立が、理論的には土地所有権に基づく正当な権利行使であるように見えても、それが民法でいう権利濫用に当たるとみなされるならば、そのような行為は法的に許されないことになる。ただ民法の規定は、もともと私人間の権利の調整に係る規定であるから、仮にこのような行為がここにいう権利濫用に当たとしても、この規定を引き合いに出し得るのは、このような行為によつて自己の私権に損害を被る者（例えば漁業権者）のみであって、行政側が公共

の利益の確保という見地から、この規定により、例えば埋立の差止を求める、というようなことはできない。

また例えば、最高裁は夙に、財産権制限と法律との関係についての先例として有名ないわゆる「奈良県ため池条例事件判決」（最高裁昭和 36 年 6 月 26 日判決、最高裁刑事裁判例集 17 卷 5 号 521 ページ）において、「ため池の破損、決壊の原因となるため池の堤とうの使用行為は、憲法でも、民法でも適法な財産権の行使として保障されていないものであって、憲法、民法の保障する財産権の行使の埒外にある」との判示を行っている。仮にこれが広く、およそ災害をもたらすような財産権の行使は、憲法・民法等による一切の保護を受けない、ということの意味するものであるとすれば、このような論理による限りは、本件当該地のようなケースにおいても、埋立がこのような結果をもたらす限りにおいては、必ずしも法律の根拠無くとも、これを規制することができる、ということともなりそうに見える。これは、いわゆる「財産権の内在的制約」という考え方を、法律の根拠の要否の問題にまで適用しようとするものであると言えようが、その当否については、論ずべき多くの点があり、もはや本稿の範囲内でこれを取り上げる余裕はない。

## 10. むすび

さて以上見て来たように、その海面が現に公共用に利用されている場合であっても、その地盤に土地所有権の成立を認める限りは、わが国現行法上、この土地の「復元」のための埋立が行われるのを行政側が抑えることには、限界が伴う。しかしこれが果して合理的な事態であるかは問題であって、このような海面下の地盤に土地所有権を認める以上は、本来、海についても、その権利行使に関し、道路法に見られるような明確な法律の規制が行われるべきものである。すなわちここには立法の欠缺が見られるものというべきであるが、それはまた、従来、立法者において、このようなケースの存在は予想されていなかったためであろうと思われる。そしてそのことはまた、「海」としての公共利用がなされているような海面の地盤を「土地」としてこれに所有権を認めるということは、そもそも立法者の考えていなかったことであつたということの意味するものでもあるように思われるが、ここでは問題の所在を指摘するに止めたい。

なお、以上 9. に述べたところに関しては、更に、現行法上地方公共団体が条例によってこのような埋立行為をどの程度規制することができるか、という問題があるが、この問題には、多くの論述を要し、もはや紙幅がそれを許さない。

(1994. 1. 28 受付)