

研究論文

資源管理と開発に関する行政決定の合理性

東京大学大学院 公共政策学教育部

法政策コース

51-088122

上床 悠

| | |
|----------------------------------|----|
| 序論 | 03 |
| 第1節 本稿の問題意識 | 03 |
| 第2節 本稿の構成 | 04 |
| 第1章 海砂利採取に関する前提知識 | 06 |
| 第1節 骨材としての砂利 | 06 |
| 第2節 海砂利採取が及ぼす海洋環境への影響 | 09 |
| (1) 環境の破壊一般 (09) | |
| (2) 地形・地質の改変 (11) | |
| (3) 生態環境・生物多様性への損壊 (12) | |
| (4) 海水の汚濁 (13) | |
| (5) 海砂利資源の持続不可能な開発 (14) | |
| (6) 本章まとめ (16) | |
| 第2章 砂利採取計画の認可 | 16 |
| 第1節 砂利採取法の法制度 | 16 |
| (1) 砂利採取法の法解釈 (16) | |
| (2) 実務的基準 (19) | |
| (3) 要件該当性に関する裁量の幅 (21) | |
| 第2節 「海岸」における行政の考慮事項と行政決定 | 24 |
| (1) 海岸の損傷と行政の考慮事項 (24) | |
| (2) 行政決定の基礎となる知識 (27) | |
| 第3章 海という公共の施設の考察 | 28 |
| 第1節 公共の施設の使用の諸態様 | 28 |
| 第2節 海を公共の施設と見たときの性質・機能 | 31 |
| (1) 海の物理的損壊 (31) | |
| (2) 海の機能・効用 (31) | |
| (3) 特に「海底の土地」について——生物多様性の観点 (33) | |
| 第4章 公物管理の制度と法律 | 34 |
| 第1節 国有財産法の法制度 | 34 |
| (1) 国有財産法の関係規定と解釈学 (34) | |
| (2) 国公有財産の管理に関する判例 (37) | |
| (3) 用途又は目的を妨げるということの認定 (40) | |
| 第2節 海面利用の調整 | 42 |
| 第3節 海の管理権と公物管理法の持つべき内容 | 44 |
| 第4章 計画的採取と採取量の上限 | 46 |
| 第1節 骨材需給の全体 | 46 |

| | | |
|-----------------------------|------|----|
| (1) 砂利の流通可能性 | (46) | |
| (2) 砂利代替資源の研究開発及びリサイクル | (47) | |
| 第2節 骨材開発を行政の任務とすることに関して | | 48 |
| (1) 任務の正当性 | (48) | |
| (2) 任務の重要性 | (48) | |
| (3) 考慮事項及びその中における需給の実態の位置付け | (51) | |
| 第3節 採取の上限量 | | 53 |
| 第4節 海砂利採取行政のまとめと課題 | | 55 |
| 第6章 公共信託法理 | | 56 |
| 第1節 カリフォルニア公共信託法理への導入 | | 56 |
| 第2節 公共信託法理 | | 57 |
| (1) 適用対象 | (57) | |
| (2) 保護される権利利益 | (59) | |
| (3) 公共信託の設定 | (60) | |
| 第3節 (受託者としての) 州の権限と義務 | | 61 |
| 第4節 公共信託の諸機能 | | 63 |
| 第5節 公共信託と日本法との接合 | | 64 |
| 第7章 モノ湖判決 | | 65 |
| 第1節 事案概要 | | 65 |
| (1) 事実の経過と事件の経緯 | (65) | |
| (2) 湖縮小に関する研究と原告被告の主張 | (67) | |
| (3) 請求内容とカリフォルニア法の解釈にかかる論点 | (68) | |
| 第2節 カリフォルニア水法の内容 | | 68 |
| 第3節 公共信託法理と水法制度との統合的理解 | | 70 |
| 結論 | | 72 |
| (1) 管理と住民との関係 | (73) | |
| (2) 管理と行政決定・考慮事項 | (74) | |
| (3) 管理と監督権限／義務 | (75) | |
| 参考文献 | | 76 |

序論

第1節 本稿の問題意識

我々の日常の生活は常に何らかの資源に依拠して営まれている。例えば、水（ここでは一旦真水に限って考える）は、人間の生命活動にも、また社会的な生産活動にも、通常欠くことのできない重要な一要素として多面的に利用されている。時として良好な水環境を中心に形成される景観美や文化的豊かさに価値を見出すこともある。水はどこにでもいくらでもあるようなごくごくありふれたもののようにも思われる。しかし、例えば社会的な生産活動の結果として水を深刻な程度まで汚染してしまった場合、その水は人間が利用することが非常に困難な状態に（少なくとも一時的には）なってしまう。元の状態に復す（あるいは元に近い状態に近付ける）ことはできるとしても、そのための処理には大変なコストや時間がかかることが珍しくない。また、そもそも、地球上の水の多くは海水の（したがって塩水の）状態で存在しているのであり、この（自然的な）塩分を除去して真水にすることすら技術的には決して容易なことではない。我々は、日常の生活用水や農業用水を得るためには、自然的な水の循環作用に多くを負っているというのが実情である。

現代では、水ひとつとったとしても、その有限性が常に意識されていなければならない、また自然環境の調和をくずすことのないよう綿密な配慮と慎重な考慮が行なわれた上で適正な水準において利用がなされることが望ましい。利用の方法や態様についても、非効率的な利用はあまり好ましいことではなく、不合理な利用や水質を毀損するような利用は原則的に禁止されあるいは規制されなければ、その結果は必ず人間社会や環境への悪影響として返ってくる。

これは水を例に取った話であったが、程度の差こそあれ、これと似たことは資源一般についても妥当するはずである¹。本研究論文は、究極的にはこうした（自然）資源の質ないし状態の管理に当たっての行政の役割についての考察を目指すものである。上で人間による「依拠」「利用」について言及したが、こうした資源は人間の生活や社会を成り立たせている欠くべからざる基盤となっている。これに全く手を付けずに禁欲的に生活を送りまた社会を運営せよ、ということは単に不合理というだけでなく、實際上非常に困難なことである。そうだとすれば、自然そのままの状態に手を付けずにただそれを保全していくということは現実的な議論としては採り難い。これら資源の合理的な「利用」ないし「開発」と、他方で資源の量や質について真摯に検討・考察し、あるいは資源の状態を監督し制御（整備・保全）していく、という管理との両立を図るために、

¹ 塩野宏「自然公物の管理の課題と方向」『行政組織法の諸問題』（有斐閣、1991）320頁では、複数の利用が可能な資源（という属性を持つ自然公物）について、その管理の課題は「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」と言われている。

必要なこと及びできることが考えられなければならない。自然環境の管理は行政の本来の公共事務に当たる、という指摘もなされているところ²、資源管理と資源開発に関する行政の決定の合理性の検討は、以上のような問題意識を前提として行なわれる。

本稿では、この問題について、海砂利採取という事業を事例にとって考えてみようとするものである。海砂利とは海底に賦存している砂利のことで、瀬戸内海周辺地域や九州地方ではこれを、コンクリート等を構成・利用する際に必要不可欠である、骨材と呼ばれる素材として利用してきた。このうち瀬戸内海ではすでに海砂利採取がほぼ全面的に禁止されているので、本稿では主として九州地方で行われている海砂利採取の実態に光を当てることとなる。コンクリートは人間の住生活や社会生活にとっては、現代欠くことのできない重要な資材である。コンクリートが無ければ人間生活が成り立たなくなるような場面において、コンクリートの、したがってまた骨材の開発・利用は必要不可欠なことである。

他方で、海砂利の採取がこれまで数十年間にわたり続けられた結果として、それが行なわれた海域や周辺地域の自然環境が大きく改変された、という認識が近年になって広まってきており、理論的にもその作用ないし波及のプロセスに関する仮説が提示されてきている。海の状態や環境の管理は行政（本稿の考える範囲においては主に県）の重要な役割の一つと考えることができる。このとき海洋環境の毀損は望ましくないか、あるいは理論的に許されないことにさえなる。これからの時代は、少なくともこれまで以上に海砂利採取の必要性や合理性について真剣な検討がなされた上で、そうすることが必要な限りにおいて事業が行なわれるような配慮が行なわれなければならない³。この配慮を行政が行なうにあたっての制度的法律的基础や理論的基础、また行なわれる配慮ないし管理の内容についての検討が本稿では行なわれる。

第2節 本稿の構成

議論を開始するに当たり、まず本稿の基本的な構成を記しておきたい。第一に、議論の前提となる知識、すなわち、（砂利の主な用途としての）骨材とはどのようなもので

² 磯部力「公物管理から環境管理へ——現代行政法における「管理」の概念をめぐる一考察」成田頼明先生横浜国立大学退官記念『国際化時代の行政と法』（良書普及会、1993）25頁以下は総論的にこの問題意識の重大性を提議し、議論のありうべき道筋を示している。31頁が「本来の公共事務」の指摘をしている箇所となっている。題名にもあるように、同論文の主要な目的（の一つ）は「管理」の法概念的意義を見出すことである。磯部は、また、モーリス・オーリウの所説に則って、行政の任務は公役務の管理にあると説くのである。

³ 塩野・前掲註1・322頁は、自然公物の利用方法に複数の可能性があることに留意しながら、しかし「管理者が、全く任意にこれを選択すればよい、と考えているのではない」。資源は有限なものであり、また一旦廃止されてしまえば復元が甚だ困難であることに注意を喚起した上で、「利益相互の公益に従った衡量がなされなければならない」と論じている。

あるのか、砂利資源はどのような場所に賦存しているのか、現在に至るまでの砂利資源の開発の態様は概略どのようなものであったのか、海砂利資源の開発がその採掘地及び近隣の自然環境（または人間生活）にどのような影響を及ぼしてきたのか、といったことについて紹介を行なう（第1章）。次に、本稿の素材である「海砂利採取」の事業に特化して、行政実務がそれを行なう前に取得することを求めている、砂利採取法上の砂利採取計画の認可（第2章、特に第1節）、および国有財産法の規定によるいわゆる目的外使用の許可（第4章第1節）というものの仕組みについて、法（制度）の解釈と実務の紹介を中心に見ていくことにしたい。どちらの法律にも、海や海底、海岸等の施設・空間（行政法学ではこれらを指して公共用物と呼んでいる）について、その用途・目的や機能・効用を損なうことのないようにしなければならないということが定められている。そこでの規定は訓示的規定にとどまるものではなく、それゆえ許認可を出す際には（あるいは拒否するとしても）、行政においては海（等）を損壊することのないよう精確かつ慎重な考慮を行なうことが求められている。このような考慮を払わず、あるいは考慮に失敗して海（等）の損壊を招いたとすれば、その行政の処分は客観的には法律に反するものとみなされるべきであるということにもなるだろう。扱っている事例の性質から、ここで海や海岸の用途・目的ないし機能・効用について踏み込んだ考察を行なわなければならない（第2章から第4章）。

また、この「公共用物」という概念に関しても紹介と検討を行なうことが必要となるであろう。特に、行政と公共用物との関係に視軸を置いた上で、公共用物の利用及び公共用物の管理ということについて従来蓄積されてきた理論の紹介を行なうこととし、さらにこの理論を前提として実際に行政が規則の制定（ルール・メイキング）や利用規制を行なうに際しての理論の適用を試行してみることにする（第3章第1節、第4章第2・3節）。

適正な資源・公物の利用を目指す場合には、資源の状態の把握（不断の監督調査）と利用の計画的調整も不可欠なものとなるであろう。「損壊」と評価されるまでには至らないような自然への細かな（観測しがたい）「改変」が積み重なった結果として環境への深刻な影響が生じる、ということは決して稀ではないことなのであり（生活排水や工業排水が非常に大量になった結果、自然の自浄作用を上回る量の汚染を撒き散らしたために公害が生じたということを歴史が語っている）、改変ないし汚染の質的及び量的規制は総体的な社会的視点から行なわれなければならない。こうして、空間的・時間的により広い視野をとった上で、計画的な利用（調整）のメカニズムやプロセスについても検討を行なうことになる（第4章第2節から第5章）。

以上は日本の行政実務との関係で、実務の紹介ないし理論の紹介、実務の（批判的）検討として議論される事柄である。本稿は、これに対して、これとは異なった視点をもって検討を試みるため、また日本の実務ないし議論の蓄積が十分には行なわれていない部分を補い示唆を得るために、アメリカ（主に各州法）で展開される「公共信託法理」

（‘Public Trust Doctrine’；公共信託論、公共信託理論と呼ばれることもある）という考え方の一側面に着目してその紹介と検討をも行なおうとするものである（第6章・第7章）。この公共信託法理という考え方によれば、アメリカの州は、航行可能な水路及びその底にある土地の管理を行なうよう州民から信託を受けている。その管理を実行するとき、州は水路・土地の州民による利用を妨げるような形式においてこれを恣意的に（自由に）管理・処分することが許されない。州民によるこれら水路・土地の利用ないしそこから得られる恵みの享受について、州にはそれらを誠実に考慮し、最大限度保護するにしなければならない、という積極的義務が課せられているのである。この法理に関しては従来から研究や紹介が図られてきているところ、本稿では特に行政の役割・考慮事項論のような側面からの紹介を重点的に行なう。具体的には、この側面に関する重要な判断を示した1983年のカリフォルニア州最高裁判所の判決を重点的に検討し、さらにその前後のカリフォルニア州の判例（司法）、政策（行政）、そして理論の展開を中心に検討を行なおうと思う。もっとも、本稿が見るのは、たかだか公共信託法理の一つの発展の姿のみであり、本稿で論じる以外の側面や発展型を呈する公共信託法理が存在するということは予め断っておかなければならない。より網羅的・包括的な公共信託法理の研究は後々の研究の課題として残されているものである。カリフォルニアにおけるこの法理の内容とそのような内容の法理が判示された理由に留意しながら、最終的にはそこから得られる帰結ないし日本法に対する示唆についてまとめを行い、結論を示すこととなる。

第1章 海砂利採取に関する前提知識

第1節 骨材としての砂利

今日の日本では社会資本の整備に当たり、コンクリートという材料に非常に多くを負っている。この材料を抜きにマンションや大型スーパー等の建造物や橋梁などインフラ設備を建設・構築することは非常に困難であり、コンクリートは現代人の生活に欠くべからざる基盤を提供していると言ってしまう構わないだろう⁴。

このコンクリートという材料（物質）⁵は、セメント・水・骨材・その他の添加物の混合物が固まって出来たものである。コンクリートを整形のしやすい、実用に堪える大きさのものとして固め、また建材としてのコンクリートの有用な機能・強度・耐久性を得るために、この中の骨材と呼ばれるものが核となる役割を果たしている⁶。骨材には、

⁴ 吉兼亨『コンクリートのおはなし 改訂版』（日本規格協会、2002）1頁以下。

⁵ 筆者が現在念頭に置いているのは高層ビルや橋梁・トンネルなどの建材に用いられる「セメントコンクリート」であるが、この外に例えば道路舗装等に用いられるアスファルトのようなものも、より広い意味における「コンクリート」の一種である。なお、アスファルト・コンクリートにも骨材は必要不可欠である。

⁶ 吉兼・前掲註4・33頁、大野晴雄 監修・植田紳治、矢島哲司、保坂誠治『新・コン

従来（砕）石や砂利といったものが用いられてきた。

骨材は粒の大きさにより二種類に区分されており、学会による標準的な定義によれば、「10 ミリメートルふるいを全部通り、5 ミリメートルふるいを質量で 85%通過する骨材が細骨材」（一般に砂といわれるような粒径のもの）、「5 ミリメートルふるいに質量で 85%とどまる骨材が粗骨材」（いわゆる砂利や砕石）とされているようである⁷。広範な用途・幅広い需要に応じたコンクリート材料を提供するためには、その時々が必要に応じて粗骨材と細骨材とを適度にミックスすることが必要である⁸。コンクリート全体に占める骨材の容積は 65%から 80%程度にのぼる⁹。

では、こうした砂利等の骨材資源はどのようにしてどこから得られてくるものなのであろうか。まず、砂利の採取に当たっては、これを規制する法律として「砂利採取法」が定められている。この法律は第一義的には砂利の採取に伴う災害の防止と砂利採取業の健全な発展に資することとを目的とする法律であるが、同法に言う「砂利」とは粒径が概ね 300 ミリメートル以内のものとされている¹⁰（辞書的な語彙としてこの中に「砂、栗石、玉石」を含む）。粒径が 300 ミリメートルを越える石については砂利採取法の兄弟的な位置付けの法律である「採石法」による規制の下に置かれる。また、砂利の形態を呈しているものであっても、母岩からの成因関係が明らかであって、母岩のあった位置またはこれに近接して賦存しているものについても、採石法の規制の下に置かれる。天然の状態のまま骨材に適した粒径の砂利も存在するが、巨大な砂利及び岩石については人工的に砕かれたものが骨材として用いられることがある。こうしたものが砕石・砕砂と呼ばれるものである。

コンクリートが建材として現代のようなかたちで（大規模に）用いられるようになってからまだ 2 世紀足らずであり¹¹、日本では戦後に至ってから（列島改造論の時期を経て今日に至るまで）いたるところで本格的なコンクリート建築が行なわれるようになった¹²。しかしこの間に、骨材資源が求められる場所（産地）並びに資源開発政策をめぐる様々な転変があった。

クリートなぜなぜおもしろ読本』(ナノオプトメディア、2009) 30 頁。

⁷ 大野（監）・前掲註 6・30 頁を参照した。

⁸ 例えば、大野（監）・前掲註 6・83 頁。

⁹ 通商産業省 窯業室・建設省 水政課 監修『逐条解説 砂利採取法』（ぎょうせい、2000）418 頁参照。以下、仮に「通商産業省・建設省（監）」の略称で引用する。

¹⁰ 通商産業省・建設省（監）・前掲註 9・29 頁。但し、法律にも政省令にもこのことを明示的に示す規定は見られない。

¹¹ コンクリートと同一視できる素材の利用は古くは古代ローマに始まる。近代的なコンクリートの利用は 18 世紀のヨーロッパに溯るようである。大野（監）・前掲註 6・3 頁、小林一輔『コンクリートの文明誌』（岩波書店、2004）2 頁以下、54 頁以下。

¹² 高度成長期以降の（特に集合住宅における）コンクリート建築の一般化と、それにもかかわらずコンクリートという素材に関する知識理解・コンクリート施工に関する正しい知見が一般化していないという事情については、小林・前掲註 11・163 頁以下。

砂利資源は河（河床及び河原）・山・陸（農地や田圃の下に砂利の層がある場合など）など様々な場所に堆積している¹³。昭和 30 年代には、骨材としての砂利は河川から得られるものが多く採取され利用されてきた¹⁴。しかし、河川にダムが設置され（整備され）たことによって上流から砂利が下ってくることがなくなり需給のバランスが狂ったこと、並びにコンクリート建設ラッシュに伴う河砂利資源の濫獲などを理由として、河砂利が枯渇はじめてしまう。骨材としての砂利を求める先は、東日本では山・陸に向かい、西日本では次に述べるように海に向かうようになる¹⁵。昭和 43〔1968〕年には、砂利の採取に伴う災害の頻発や地域住民の砂利採取事業への反対気勢の高まり等もあり（昭和 31〔1956〕年制定の旧砂利採取法¹⁶に代わり）新しい砂利採取法が制定され、砂利採取・資源開発に関わる規制の強化が行われた¹⁷。

関西以西の土地では地質等の関係で山や丘等に良質な砂利資源があまり見られないと言われる¹⁸。ところで海底の地面にも砂利の層が堆積している地質が見られることがあり、そうした海底砂利（「海砂利¹⁹」）と本稿では呼ぶことにするが、文献や資料等で

¹³ 通商産業省・建設省（監）・前掲註 9・419 頁以下。河川で採取される砂利を「河砂利」、山（丘陵地）に堆積している砂利を「山砂利」、旧河川敷（現在は農用地として利用されている場合が多いという）に堆積している砂利を「陸砂利」と呼んでいる。

¹⁴ 大野（監）・前掲註 6・32 頁以下。明治・大正期からの砂利採取業の実態に関する記述も含め、建設省関東地方建設局京浜工事事務所・財団法人河川環境管理財団『多摩川誌』の第 5 編 3 章、特に第 5 節以下が興味深い。

‘http://www.tamariver.net/04siraberu/tama_tosyo/tamagawashi/parts/mokuji/tindex05.htm’（2010/12/13 最終確認）から閲覧できる。また、中山充・横山信二 編著『地域から考える環境法』（嵯峨野書院、2005）217 頁以下〔鳥谷部茂執筆部分〕。

¹⁵ 通商産業省・建設省（監）・前掲註 9・5 頁。千葉県産の山砂利は、東京や神奈川に至る地域の骨材需要や埋立用土砂の需要をも満たしているというが、その開発に伴う環境・社会生活の激変を報告するのは佐久間充『ああダンプ街道』（岩波書店、1984）、山砂利開発の進展過程については 2 頁以下で触れられている。同じ著者による継続的な調査・研究の成果として『山が消えた——残土・産廃戦争』（岩波書店、2002）を挙げることができる。

¹⁶ 砂利採取に関しては原則規制をかけないことを前提としており、例えば砂利の採取に関しては開発着手後に届出をするよう求める（にとどまる）規定しか設けていなかった。

¹⁷ 通商産業省・建設省（監）・前掲註 9・5 頁。地域住民による、山砂利採取に関する対策の陳情が砂利採取法の制定に結実した、とするのは佐久間・前掲註 15『ああダンプ街道』20 頁以下。

¹⁸ 中山・横山編著・前掲註 14・217 頁以下。須藤定久による報告、「統計資料から見た日本の砂利資源・種別の特性を考える（平成 13 年度骨材資源調査報告書より）」の、‘<http://staff.aist.go.jp/sudo-gsj/kotsuzai13y/kotsu13y-2.html>’（2010/12/13 最終確認）部分も参考になる。長崎県については、長崎県議会定例会平成 21〔2009〕年 6 月 29 日において金子知事が「本県では、地形的、地質的な条件から、必要なコンクリート骨材及び建設工事用の砂のほとんどを海砂に依存しております」と答弁している。

¹⁹ 海砂利というと、海岸ないし海浜地に賦存する砂利も含まれそうではある（通商産

は「海砂」と呼ばれることも多い) が豊富に堆積していた瀬戸内海の周辺諸県や九州地方の諸県では、主にこの海砂利をコンクリート用の骨材として活用することとなった²⁰。砂利資源の産地の構成に関して最も極端なのが沖縄県であり、そこでは骨材資源の99%を海砂利によってまかなっているという。

第2節 海砂利採取が及ぼす海洋環境への影響

(1) 環境の破壊一般

関西以西の地方では、住宅等社会資本の整備に当たり、海底から採取された海砂利が必要不可欠な資源として活用された、と論じた。しかし他方で、海砂利の採取に伴うデメリットが存在することについても指摘しておかなければならないだろう。

瀬戸内海沿岸地域の諸(府)県では、海の乱開発が進みすぎたと考えられたために、先行して海砂利採取がほぼ全面的に禁止されている。その過程では、環境に対して加えられた改変・悪影響の分析、採取を禁止するための根拠と考慮しなければならない事項などについて熱心な検討や議論が行なわれた²¹。九州地方では今もって採取が継続されており、それを全面的に禁止しようという考えは今のところ(特に行政においては)主流とはなっていない。しかし、海砂利採取のデメリットや今後の海砂利採取の継続について考える場合に瀬戸内海で得られた研究成果は有益なものである。

統計データ²²を見ると、少ない県(ここでは熊本県)では年間採取量の実績が16万立方メートルほど、また九州でも宮崎県は品質の良い海砂利を採ることができないとされており採取が行なわれていないこととなっている²³。これに対して採取が多い県を見

業省・建設省(監)・前掲註9・420頁)が、少なくともそうした砂利の採取は大規模には行なわれていない模様である。九州(および瀬戸内海)での実務や先行する研究・議論にならって、海底砂利のみを端的に海砂利ということとした。

²⁰ 海砂利はコスト的にも安価であり関西以西の地方では海砂利への依存が非常に高まっていく。但し、海砂利は海水に永年浸っていたため塩分を多量に含んでいるが、この塩分はコンクリート及び鉄筋(鉄骨)コンクリートの鉄筋部にとって有害な作用をもたらすということの認識がかつては十分に共有されていなかった。十分な脱塩処理が行なわれないまま用いられた海砂骨材に起因する、「塩害」によるコンクリートの腐食やコンクリート構造物の破損・事故は後年になって社会の耳目を集めることとなる。小林一輔『コンクリートが危ない』(岩波書店、1999)4頁以下、大野(監)・前掲註6・66頁以下。

²¹ かつての環境庁により大掛かりな研究・影響評価が行われている。また、法学的な観点からの共同研究も行なわれており、中山・横山編著・前掲註14はその成果の一部が公刊されたものとなっている。

²² 経済産業省と国土交通省によって、年度毎に砂利採取業務状況報告書集計表がまとめられている。2010年12月現在最新のものは平成20〔2008〕年度のものとなっており、‘http://www.meti.go.jp/policy/mono_info_service/mono/jyutaku/index.html’ (2010/12/01 最終確認)で直近3ヵ年分のものを閲覧できる。

²³ 統計によると実績が0となっている。鹿児島県議会平成12〔2000〕年企画建設委員

たとき、1年に総計で100万立方メートルから多い県では350万立方メートルもの容積の海砂利が海底から引き揚げられている²⁴ことが理解できる。砂利採取が認められている認可水域を一つ一つ見ていくにはいささかデータが足りないが、例えば福岡高判平成15〔2003〕年4月22日²⁵の事例は100万平方メートルの区域から1.5万立方メートルの海砂利を引き揚げようとするものであったし、「奄美ウミガメ自然の権利訴訟」²⁶の事例では認可採取面積が75万平方メートルとされていた。これだけの広さ・規模で砂利採取業を行なおうとする場合、陸上であれば多くの県で環境影響評価（環境アセスメント）制度の対象事業となる。同制度で履践することが求められる手続や影響評価が求められる事項というのは、県（条例の内容）によって異なってくるものであるが、例えば評価項目を取り上げてみると、そこでは事業を行なう以前に、その事業が影響を及ぼすであろう「水象、水質、水底の底質」・「動植物の生息又は生育、植生及び生態系の状況」・「景観」等について評価を行い、書類による説明等を行うことが事業者に求められるようになっている²⁷。しかし、海中・海底においては環境影響評価が困難であり、未だその手法も確立していない、といった理由が挙げられ²⁸、環境影響評価は実際には行なわれていない²⁹。

会3月17日における牟田神河川課長の説明も参照した。

²⁴ 100万立方メートル程度の規模の採取を行なっている県は、少ない方から鹿児島、山口、佐賀、沖縄の各県で、更に海砂利採取量が現在二番目に多い長崎県が280万立方メートル、最も多い福岡県が352万立方メートルとなっている。もっともこの量は10年ほど前と比べると少なくなってきたことが認められる。概ね1999年度から2002年度までの統計調査のまとめを、中山・横山編著・前掲註14・222頁以下〔鳥谷部茂執筆部分〕で見ることができる。それによると、当時は、四国（瀬戸内海）の香川と愛媛がそれぞれ300万立方メートル近い採取を行なっていたということを読み取ることができる。なお、（詳しくは後で見るが）公共事業予算の削減傾向等も相俟って砂利の需要も年々減少傾向にあるという。

²⁵ 判タ1141号154頁。この事案は後述する国有財産法等に基づく許可を行政から得ることができなかった事業者が不許可取消を求めて争ったものである（事業者敗訴）。

²⁶ ウミガメを含む原告らが被告事業者に対し海砂採取を行なわないよう求めた事案。訴状が‘<http://homepage3.nifty.com/sizenokenri/TOEN030711sj.html>’（2010/12/13最終確認）に掲載されている。

²⁷ 砂利採取一般につき、生態系や自然保護に関するアセスメント、事業者による周知・説明を行なわせるべきという主張に加えて、更に採取計画の公表を行なわせるよう求める立法論（条例制定を含む）として、畠山武道『自然保護法講義〔第2版〕』（北海道図書刊行会、2004）156頁以下がある。

²⁸ 事業者によるアセスメントではなく、かつての瀬戸内海地域で環境庁等が行なったように行政による調査等の形式で影響評価ないし研究を行うということも考えられる。佐賀県では、かつて平成13〔2001〕年度頃から海域や底質について影響調査を行なったと言われているが、継続的ないし定期的な（対照可能な）調査の必要が度々議会等で指摘され、最近また調査を実施しようという活動が始まっている。佐賀県議会平成22〔2010〕年度県土整備常任委員会3月11日議事録等を参照されたい。

²⁹ 幾つかの実例を挙げよう。鹿児島県では砂利採取事業そのものが環境影響評価の対

(2) 地形・地質の改変

一般に、こうした規模の採取は一年間に限られて行なわれるものではない。何十年にもわたった採取が行なわれた結果、先だって海砂利採取が全面的に禁止された瀬戸内海の海域では総計して7億立方メートルを超える海砂利が採取され、(砂利が奪われた分、地面は当然に削り取られるものであるが) 深いところでは海底深度が30から50メートル強も掘り下げられたとも言われている³⁰。

こうして、海砂利の大規模で継続的な採取の結果として、海底の地形は大規模な改変を加えられることとなる。そして、(建材として良質な粒径の) 砂利が取り去られた後の海底の地質は、瀬戸内海のある海域においてはより粒径の大きな礫質の地質に変わってしまったという³¹。逆に佐賀県唐津市の沖(玄界灘)では、近年海底の地質がヘドロ状になったという報告もあり、これについても海砂利採取と結び付けて理解する見方もある³²。瀬戸内海をフィールドとして行なわれた科学的研究の成果物においては、海底地形の変化(水が流れる領域の断面積の増大)に伴い海中・海底の潮の流れが非常に遅くなる結果として、海砂利採取に伴い攪拌され浮遊した泥が、適当に拡散され(流され)ることなくそのまま沈み、そこから地質が泥化してしまう可能性が示唆されている³³。

現在では、このような地形や地質の大規模な変化が究極的にもたらした(もたらさずであろう)デメリットとして、海底の生態系や自然環境が破壊され(悪い場合には完全に消滅す)るということが広く認められつつある。そのおおまかな内容は以下のようなも

象となっていない。富井利安の調査によれば、福岡県では「土石の採取」の事業が条例による環境影響評価の対象となっており、規則の別表において50ヘクタール以上の面積のものについて影響評価を行なうよう定めているが、同じく規則で対象事業を「陸域で行われるものに限る」としている。その理由が、「海砂利採取事業をアセスの対象とすることは技術的に困難」というものであった。富井もまた、「海の貴重な生態系を守るためにも、当該事業について、条例アセスの対象に取り込むとか、あるいは、砂利採取法、港湾法、河川法などを一部改正して、許認可にあたってはその前提として事業者にはアセスメントを行わせ、その結果も考慮事由とするなどの方策が検討されてよいと思われる」と指摘している。中山・横山編著・前掲註14・88～89頁〔富井利安執筆部分〕。³⁰ 柳哲雄 編著『瀬戸内海の海底環境』(恒星社厚生閣、2008) 89頁、92頁〔井内美郎執筆部分〕。

³¹ 柳編著・前掲註30・92頁。

³² 読売新聞 2009年5月7日報道。採取跡の凸凹した地形に、採取(今日一般的な採取法については少し後で述べるが、おおまかに言えばポンプによる海底堆積物の吸い上げ)によって起こされた濁り(微粒子)が沈み積もってヘドロ化したものと推測されている。

³³ 柳編著・前掲註30・92頁。互いに矛盾した報告であるようにも見えるが、事例はそれぞれ異なった土地の異なった海域に関する報告であり、例えば海域における潮流速等の環境条件が異なっていること等に留意されたい。少なくとも、ある特定の粒径の砂利が取り去られる結果として海底の地質が改質されてしまう、というのがこの段落の趣旨である。

のである³⁴。

(3) 生態環境・生物多様性への損壊

まず、海底環境破壊の指標としてよく言及される生物（魚）としてはイカナゴがある³⁵。イカナゴは夏季に海底の砂にもぐって「夏眠」を行なう生物であるが、夏眠は底質が礫質であってもまた泥質であっても行い難くなる。夏眠に最も望ましい砂の粒径は0.5から2ミリメートル程度とされるが、これはコンクリート骨材にもよく適する砂の粒径と言われている。またイカナゴは12月に海底の砂地に産卵をする。海砂利の採取は、こうしたイカナゴの生態の攪乱を引き起こし、結果としてイカナゴの個体数が激減したといわれている。イカナゴの激減は、イカナゴを採り、あるいはイカナゴをエサとする魚類を採る漁業の視点からも非常に大きな損害となりうるものである³⁶が、同時に魚類や水棲哺乳類の生態系（イカナゴをその構成要素とする食物連鎖のピラミッドおよび生物多様性）が害されるということで、自然保護的な観点からもこれは大問題となるのである³⁷。

こうしたこともあって海砂利採取に関しては、とりわけ利害が直接関わってくる漁業者からの反対の声が上がることも多い。地方公共団体（県）の内部においても、漁業を所管する部署は海砂利採取について（時として非常に）消極的な態度をとるものが少なくないように思われる³⁸。また県議会のような政治的な場面においても、漁業の利益を

³⁴ 中山・横山編著・前掲註14・226～227頁〔鳥谷部茂執筆部分〕には、1999年の広島県海砂利採取環境調査委員会による報告書の内容がまとめられており、そこでは「大きく変化した環境要因」として（海）底質の物理性状と海底地形、「環境要因の変化に伴って影響が予測された項目」として様々な生物及び藻場の減少・生物相の変化が挙げられている。続いてその委員会の委員であった松田治による、生態系への影響過程に関する論文が引用されており、そこでは水深増加や海水の濁りの発生と拡散による影響についても言及がなされている。

³⁵ 本段落にまとめた知見は柳編著・前掲註30・92頁〔井内美郎執筆部分〕、121頁以下〔藤原建紀執筆部分〕に依拠している。

³⁶ 柳編著・前掲註30・124ページによれば、海砂利採取が大規模に行われた備讃瀬戸以西の海域ではイカナゴを対象とした漁業自体が消滅したという。一定量のイカナゴは同じ瀬戸内海の明石海峡周辺に「引っ越した」とも言われているが、漁業者は「引っ越す」ことが必ずしも容易ではないこと、さらに明石海峡でのイカナゴ発生尾数の増量分は備讃瀬戸での減少分を補うには全く足りていないことも重要である。

³⁷ 例えば回遊スナメリのエサがなくなりスナメリの減少を招く、というようなことも言われている。また、註36との関連で言えば、イカナゴ種内部での地域的な遺伝的多様性が失われるということも懸念されるが、海域ごとにイカナゴにどのような多様性があるか（ないのか）についての資料を得ることはできなかった。

³⁸ 佐賀県議会の平成20〔2008〕年7月14日有明海・玄界再生・環境特別委員会における武藤委員の水産課・河川砂防課に対する質問に対しての、古賀水産課長の回答は「基本的には水産資源の保護・培養、漁場環境の保全という観点からは、できるだけとらないほうがよいというような認識は持っております」というものであった。

代表するような見地から海砂利採取に対して質問・疑問を提起されている場面が多いように見受けられた³⁹。これと関連して、海砂利採取に際しては、県によって実務的な処理の方針は多少異なるものの、漁業者からの事前了解をとるように事業者に要求する行政実務がよく見られる⁴⁰。

それとは別に、漁礁整備事業等の水産資源管理の施策に漁業者が参与参画している場合には、当該事業の行なわれている周辺の海域の環境にまで漁業者の関心が及ぶということもありうる。この場合には、漁業者が特別な利害・関心を有する当事者として扱われるように求めたとしても不思議はない。漁業者（集団）においては、自分たちの操業する海（海域）は「われらの海」であるとする観念が非常に優勢であると言われているが、こうした場合にはこの観念がますます強くなるということも考えられるだろう⁴¹。

（４） 海水の汚濁

海砂利採取の現在主流な採取法は、船の中でポンプを動かし、海底の堆積物を丸ごと吸い上げ、その後必要な粒径のものだけを漉し取り不要な分は再び海中へ（「直接海底へ」ではないことに注意）戻すという採取法である⁴²。このような方法で採取をすると、海底の堆積層が攪拌されることとなり、また、礫質と泥質との堆積物が海中に投棄されることになる。結果として、海水が濁る・魚類のエラ呼吸が妨げられ悪い場合には死に至る、死なないうまでもその海域を危険と認知し回避するようになる、などといった悪影響が起こる可能性が指摘されている。

³⁹ なお、漁業者のみが特権的な地位に立って問題の当事者となることは、海域全体に対する「民主的」管理等の見地からは疑問無しとはしない。しかし一方で、漁業者による問題表出の機能および漁業者団体による利益集約の機能は疑うべからざるものがある。それを完全に否定することは結論として適切ではないように思われるが、問題提起のためにも一言しておく。

⁴⁰ 「意見を聴く」、「同意を求める」、「協議する」など、事例によって表現や内容は異なる。以下で見る裁判例・裁定例や県要綱も参照。漁港区域や漁業水域はもちろん、それ以外の一般水域でも「協議」や「同意」などが求められるのが通常であるようである。「漁協」による同意と「漁業者」による同意・「地域住民（漁民）」による同意などは、厳密には同じものではないということについても留意されなければならない。

⁴¹ 中山・横山編著・前掲註 14・266 頁〔廣瀬肇執筆部分〕。

⁴² 前註 25 の福岡高判の事案の概要、あるいは柳編著・前掲註 30・95 頁〔多田邦尚執筆部分〕参照。佐久間・前掲註 15『山が消えた』203 頁に紹介されている会社の船については、採取用パイプの全長が 100 メートルと書いてあり、100 メートル程度の深さまでならば採取が可能であるということが記されている。しかし、次の段落で見るように、不要物（貝殻等含む）の投棄は水質や海域の魚種に対して悪影響を及ぼすことが懸念されることから、陸域まで持ち帰りその後処分するよう指導しているということを示唆する答弁もあった。前註 38 の佐賀県議会有明海・玄海再生、環境特別委員会における原河川砂防課長答弁など参照。

排水及び不要な泥の排出に伴う海水の濁りの問題を見ておこう⁴³。海水の濁りは海域の透明度を低下させ、植物プランクトンや海草類の光合成なども阻害することとなる。また、そうした「粒子状物質」は再び海底に沈むまでに長時間かかる⁴⁴とされている。「濁り」(の実体である微粒子)は周辺の海域に拡散するものでもあるが、総合して排水の影響(水域の透明度の低下)は少なくとも40時間程度は残るものという指摘がなされている。

(5) 海砂利資源の持続不可能な開発

ここまで、海砂利採取(が大規模かつ長期的に継続されたということ)及びそれに起因する環境面への影響を中心として論じてきた。ところで、採られた分の砂利が速やかに回復されるような供給が確保・保証されているのであれば、砂利開発の形式的な「持続可能性」というものは保たれるであろうし、海「底」環境も比較的速やかに元に近い状態に戻ると期待することもできるのである。

そこで、海砂利の生成から順を追ってその再生可能性に関する事項を確認しておこう。そもそも海底の砂は、海底の地層や岩盤を潮流が浸食して生産された岩石・砂粒を起源とすると考えられている⁴⁵。海浜や海岸付近にも砂はよく分布しているが、こちらはむしろ陸・山の岩石や地盤が浸食されて流下してきたものという。よく海砂利を採ったことが海岸の後退(海浜の貧砂化)や地盤沈下を招いた、とする批難がなされている⁴⁶が、物質循環の系が異なっている限りにおいて、この批難は適切ではないと理解される⁴⁷。

⁴³ 本段落のまとめた知見は柳編著・前掲註30・95頁以下〔多田邦尚執筆部分〕に依拠している。

⁴⁴ 実験結果のばらつきが大きいことが指摘されているが、平均数値の一つの例として、垂直方向への沈降は一日に0.43メートルしか進まない、とする分析が掲げられている。柳編著・前掲註30・96頁以下。

⁴⁵ 柳編著・前掲註30・10頁以下、とりわけ14頁、また89頁以下〔すべて井内美郎執筆部分〕。ここで取り扱われているのは瀬戸内海の自然誌であり、これが直ちに九州地方にも妥当するということとはできない(大分県だけは瀬戸内海に面しているためここでの知見をベースに考えてしまって構わないであろう)。ただ、海底地形の潮流による浸食という現象は潮流のある海(底)であればどこでも起こっていることであろうし、潮流の強さや風浪の激しさという環境条件の相違に充分留意をした上でここでの考え方を類推することができるのではないかと理解する。

⁴⁶ 地元の意見の紹介というかたちではあるが、鹿児島県議会平成19〔2007〕年第2回定例会(第5日目)6月21日における岩崎昌弘議員の質問などが見られる。柳編著・前掲註30・91頁にもこれらの事項が指摘されているが、同著は基本的にこれらが海砂利採取の影響であると考えことに否定的である。

⁴⁷ 繰り返すが、九州(特に鹿児島)の場合には潮流の強さや台風のような気象(災害)の影響の違いがあることには留意しておかなければならない。沖縄や島嶼部の場合は、海域がよりオープンであるので更に異なった考慮をする必要も出てくるかもしれない。そうすると、現実的には地域ごとにそれぞれの環境条件に関する研究が求められるということとなる。なお、採取が行なわれる海域の水深についても、一定の深さより下で採

そうすると、海砂利（海底の砂山・砂利の層）は海中である程度完結したかたちで生産され移動をされると考えられるということとなるが、しかしその堆積・再生産は、速いところでも年間数ミリメートル程度しか進まないと言われている⁴⁸。この知見が正しいとするならば、開発は不可逆的で持続不可能な方向に進んでいるという結論が導き出されるであろう。

鹿児島県では海底地質の過度の改変を防ぐために、海域によっては採取を行なう場所を年（認可）あるいは半年毎に変えさせるローテーションの施策を行っているという⁴⁹。砂の再生産速度を考えれば効果的な施策かどうか疑わしくはあるが、それでも開発と海底地質・生態系の保全とを両立させるための一案と見ることもできよう（ただし、実効を挙げるためには、相当大規模な範囲で、かつ長期間を見通した上でのローテーション施策が必要とされる）。

なおこれに関連して、海を生態系の観点から見てより健全な状態に戻すための、覆砂事業という施策が、九州では例えば熊本県等の地域で行なわれている。これはイカナゴや貝類のための水産資源の保護育成に通じる施策として、事柄の性質上漁業とも強く関連した施策である⁵⁰。もとよりこの施策も砂を海中に投与する⁵¹ものであり、その過程で回遊魚等に危険を及ぼすのではないかという疑問をおさえることができない。また、

取が行なわれれば影響が出ないとする見解があるようである。こうした事柄については後で一節を割いて議論を行う。但し、（未確認ではあるが）海岸近傍の砂が（不法に）採取されていたという話も柳編著 91 頁には紹介されており、この話が事実であれば、海岸付近の砂の採取は海岸浸食・地盤沈下の原因となることは大いに考えられる、ということである。

⁴⁸ 柳編著・前掲註 30・91～92 頁。ここでは、回復に長時間を要する有限な資源であるという認識は、瀬戸内海での採取が中止されるに至る決断の根拠の一つとなったと指摘されている。

⁴⁹ 比較的新しいところでは、鹿児島県議会平成 14〔2002〕年 3 月 20 日企画建設委員会における牟田神河川課長の答弁がローテーションを採用していることを明言している。

⁵⁰ このこともあってか、熊本県においては例外的に、海砂利採取の推進（漁業者による期待）が議会において表明されている事例が見られた。熊本県議会定例会平成 20〔2008〕年 9 月 18 日における井手順雄議員質問とそれに対する各答弁参照。

⁵¹ 埋め戻すために用いられる砂の出所はどこか、ということも一つの論点となりうる。病気や外来種が砂とともに移動する（してくる）ということも考えられないではない。陸上から得られた砂や、悪い場合には建設廃土のようなものが投棄され、ここから海洋汚染が引き起こされるという可能性も否定することはできない。海中（港湾付近）から得られた浚渫土砂を別の海中へ投入するということが一部では行われているようであるが、その場合には投入される土砂の品質についてしっかりとした検査・評価が行われるようになっている模様である。新潟県における事例の紹介等であるが、参考とするために掲げておく。「港湾工事における浚渫土砂の海洋投入について」（平成 15 年 9 月に国土交通省港湾局により作成・提出された資料）、

‘http://www.env.go.jp/council/06earth/y063-02/mat_04-4.pdf’（2010/12/13 最終確認）。

いったん他の場所から掘り出してきた砂をもって他の箇所を埋めるということも理屈としては呑みこみ難いように思われる⁵²。

他方で、特にイカナゴについて言えば、砂を 10cm 程度投入すれば夏眠を行なうのにも適当な環境が整備されるとする見解があり⁵³、この程度の分量の覆砂事業を行なうというのであればその合理性を基礎付けることも不可能ではないのだろう。

(6) 本章まとめ

問題の状況をここでまとめてみる。九州地方では、陸上の地質等の環境条件により、社会資本整備等（現在では養浜や漁場整備等にも用いられている）のために必要な砂利（骨材）資源が海に求められてきた。しかし、1960 年代以降の大規模な開発行為（の累積）により、海域によっては環境ないし生態系に壊滅的な被害が与えられてしまった。たとえ現在はまだそのような状態に至っていない海域であるにせよ、将来的にそうなるリスクは決して低くはない。では、社会的に必要である砂利資源の開発と、他方で海底・海洋環境の保全ないし保護という二つの政策目的を両立させるために、どのような具体的な方策を考えることができるであろうか。

第 2 章 砂利採取計画の認可

第 1 節 砂利採取法の法制度

以上では海砂利採取にまつわる問題状況を議論するために前提となる知識を概観してみた。次に、海砂利を採取しようとした場合に課される法律の規制を眺めてみよう。差し当たって行政実務を参照するとき、海砂利の採取を行なうためには少なくとも、砂利採取法における砂利採取計画の認可、および国有財産法に基づく一般海域の海底の土地の使用収益の許可が必要とされている。前者は砂利採取に伴う災害の防止等の（法律用語としての）警察規制の観点から行われるものであって、砂利採取という行為一般に対して規制監督を加えるものである。これに対して、後者は海から砂利を採取するに際して必要な権原の付与について、あるいは行政財産（又は行政法学の用語として「公物」）の目的の維持増進ないし目的阻害の防止等の観点から行なわれる事務である。この二つの法律が定める制度と規制について検討する。

(1) 砂利採取法の法解釈

⁵² まして、海底から採取した砂で養浜事業を行うような施策をする合理性はほとんど肯認しがたいように思われるが、一部の地方自治体ではそうした施策も行われているようである。その、福岡県における例が福岡県議会農林水産委員会平成 18〔2006〕年 10 月 4 日における高瀬菜穂子委員の質問とそれに対する半田水産振興課長答弁などから看取される。

⁵³ 柳編著・前掲註 30・128 頁〔柳哲雄執筆部分〕。

砂利採取法は、砂利採取という事業に対する二段階の規制を予定している。まず、砂利採取業を行なおうとする者は、業者としての登録を知事から受けなければならない（砂利採取法（以下本節においては単に「法」と表記することがある）3条以下）。もっとも、この登録は非常に形式的な観点からの審査のみを予定しており、法6条規定の要件に該当しない者については必ず登録をしなければならない⁵⁴ものと解されている。

より実質的な観点からの審査が予定されている第二段階目の規制が、「砂利採取計画の認可」（法16条以下）の制度である。現実に砂利の採取を行なおうとする場合に、上記の登録を受けた砂利採取業者は、採取を行なおうとする場所ごとに採取計画を定め、この計画に関する知事の認可を受けなければならない。ここで、都道府県知事は、当該採取計画に基づいて行なう砂利の採取が、①他人に危害を及ぼし、②公共の用に供する施設を損傷し、又は③他の産業の利益を損じ、そして各その損害の程度が公共の福祉に反すると認められる場合には、採取計画の認可をしてはならない（法19条）⁵⁵。

但し、上で示したのは法文の文理上の表現から要件を導き出した解釈である。これに対して、砂利採取計画の認可（及びこれと類似した条文の構成をもつ岩石採取計画の認可（採石法33条の4参照））については、採取計画（にもとづく事業操業）が「公共の福祉に反する」ことをもって独立の（あるいは本来的な）不認可事由としようとする、主として地方自治体による実務的及び解釈論的努力が行われてきた⁵⁶。もっとも、そうした解釈は文理的に無理があるとされる⁵⁷のに加え、この法制度に関わる中央の審査機

⁵⁴ そこでは、①かつて砂利採取法を中心とする法秩序に対して重大な侵害を行なった（ことにより罰金以上の刑に処せられ、あるいは砂利採取業者登録の取消処分を受けた）ことのある者及びこれらの者がその役員となっている法人、②事務所ごとに砂利採取業務主任者試験に合格し、又はそれと同等以上の知識及び技能を有するとして知事により認定された者を業務主任者として置いていない（ことにより砂利採取に伴う災害防止の能力の担保が図られない）者、③登録申請書又はその添付書類のうちに重要な事項について虚偽の記載があり、又は重要な事実の記載が欠けている者については業者としての登録を拒否しなければならない、と定められている。通商産業省・建設省（監）・前掲註9・46頁以下。

⁵⁵ 認可された計画を遵守した採取を行なうことが、事業者には義務付けられる。許可された期間（事業の中途）において、何らかの要因により事業がこれら各要件に該当するようになった場合（該当するおそれがあると認められる場合を含む）には、知事等は計画の変更命令を出すことができる。変更命令により直ちに計画の変更が起こるものではなく、計画変更のためには事業者による変更の申請を待たなければならないが、事業者が命令に従わない場合には元の認可の取消等を行うことができる。緊急に必要なと認める場合には操業中止の命令等を発することも可能である。法21条以下参照。

⁵⁶ ここでは、公共の福祉の一内容として、環境破壊の防止のようなことが観念されるわけである。本節（3）に見る事例で鹿児島県はこのような努力を行っていた。学説においても、三浦大介「開発事業と自治体における『公共の福祉』——中土佐町採石事業訴訟」自治総研30巻4号（2004）31頁以下がこのような公共の福祉の拡張・内容充填を図ろうとする。

⁵⁷ 教科書レベルでの記述としては、阿部泰隆『行政法解釈学I』（有斐閣、2008）390

関（公害等調整委員会）も否定している⁵⁸ところである。

ただし、上述の不認可事由のうちには含まれていないが、採取計画の対象となる土地について所有権その他の権原を有しない者が採取計画認可の申請をしてきた場合には、それに対して不認可の処分を下すことができると解されている⁵⁹。

以上の法律要件のうち、①「他人への危害」要件では、他人の生命及び身体に対しての危害が考慮される。例えば素潜りでの漁法やダイビングが行なわれている海域での海砂利採取はこの危害のリスクが非常に大きいことから不認可とされるかもしれない。なお、風致など生活環境の破壊はこの要件に該当するとは考えられていない⁶⁰。

②「公共の用に供する施設を損傷」において、「公共の用に供する施設」とは、通常行われている解釈によれば「国又は地方公共団体が直接に一般の公衆の利用に供している施設」ないし空間のことであり、例えば河川や港湾や海岸等がこれに含まれる⁶¹。

頁。同説からの処方箋としては、「環境を破壊すれば他の産業の利益を害する場合には積極的に読み込む努力をすべきであろう。また、岩石の採取に伴う環境破壊防止条例は、国法に妨げられないので、横出し条例として、制定できるし、制定すべき」とされる。⁵⁸ 公害等調整委員会裁定委員会平成 19〔2007〕年 5 月 8 日裁定・同委員会平成 19 年度年次報告 139 頁。もっとも、この公調委の解釈は陸上での砂利採取ないし採石の事業に関する裁定で示されたものであり、土地所有権の行使の一態様としての砂利採取（採石）事業への規制は本来最小限に留められるべきである、という価値判断が強く働いている可能性があることには注意をしておかなければならない。海砂利採取事業者はもとより海（底）への所有権を有しているものではない。「公有地については積極的に開発が推進されるべきである」というような思想が言われることがあるかも知れないが、日本法ではこうした考え方は一般的には採られていない。なお、次註も参照されたい。⁵⁹ そもそも条理として採取を認めることができないようにも思われる。このような不認可をおそらく行政による要件裁量のうちに構成するものとして、通商産業省・建設省（監）・前掲註 9・100 頁。しかし他方で、砂利採取法・採石法は、事業者が申請に係る土地について実体上の砂利採取・採石の権原を有していることを計画認可の要件としておらず、省令（規則）が「権原を有すること又は権原を取得する見込みが十分であることを示す書類」を申請時に添付することを要求しているにとどまり、このような書面の添付さえし得ない者は形式的に排除されるとしても、行政庁においてなお実体的に真実権原の有無ないし権原取得の十分な見込みがあるかどうかについて審査をする「必要はない」とする公害等調整委員会裁定委員会裁定平成 17〔2005〕年 5 月 19 日等、また東京高判昭和 58〔1983〕年 3 月 28 日が存在する。この解釈においては、実体的な権原の有無及び操業の差止・禁止に関しては、私人間での裁判で争えば足りる、と理解されているようである。確かに、そうした解釈も成り立たないわけではない（がしかし実質的な正義の要請に反する疑いが濃厚である）ので、これについては法の欠缺であると認め、早期の法改正を行うべきであろう。

⁶⁰ 通商産業省・建設省（監）・前掲註 9・98 頁。

⁶¹ 宇賀克也『行政法概説Ⅲ 行政組織法／公務員法／公物法〔第 2 版〕』（有斐閣、2010）425 頁以下、439 頁以下。また資源エネルギー庁長官官房鉱業課 編『逐条解説 採石法』（ぎょうせい、2000。以下この本は「資源エネルギー庁編」の形式で引用する）191 頁、66 頁以下も参照した。もっとも、採石法（10 条 1 項 1 号）では「学校」がこの「施設」の例示として挙げられているのに対して、通商産業省・建設省（監）・前掲註 9・

「損傷」は、物理的な損壊にとどまらず、そのもの自身の機能・効用を損なう場合も含むと理解されている。実務の手引書においては（河川に関する記述であるが）観光資源としての機能を損なう場合も「損傷」に該当すると説かれている⁶²。

③「他の産業の利益を損じ」という要件については書いてある通りである⁶³が、もちろん漁業の利益（利害）はこの要件の下で考慮されることになるであろうし、問題となる海域で釣り・ダイビング等の観光業が行なわれている場合にはこれらの産業の利益が法律上認められることとなるのであろう。

「公共の福祉に反する」を独立の不認可事由となしうるか、とする議論の存在について上でふれた。行政の手引書の採る解釈によれば、これは独立の不認可事由ではなく、「公共の福祉に反する」と認めるかどうかというところで、砂利採取業の企業活動と公益上の見地との比較衡量が行なわれることとされている⁶⁴。つまり、上記三要件の保護する法的利益に関して、それに対する害悪・デメリットの方が大きいと認められる場合には、砂利採取事業の操業を許容（許可）することができなくなると考えられるのである。

（2） 実務的基準

ここで、海砂利採取の認可事務に関する実務上の取り扱いの例を見てみることにしよう。いくつかの県では認可をするに当たって要綱レベルの内規を定めている。その中で佐賀県の「海砂利採取計画認可要綱」⁶⁵においては、

98 頁では「学校」はこの施設に含まれないとされている。資源エネルギー庁編・191 頁では施設の該当性が「当該施設の所有権または管理権の帰属いかんによるのではなく、一般不特定多数の用に供されるものであるか否かによって判断される」とされていること、通商産業省・建設省（監）98 頁の例示には「橋梁、堤防」等もこの施設に含まれていることからすると、通常理解とは若干内容が異なっている可能性もある。⁶² 通商産業省・建設省（監）・前掲註 9・98 頁。同著で「機能」という用語が用いられているのに対して、これと同型の条文である採石法の解説では「効用」という語が用いられている。おそらく同趣旨であろうが念の為に紹介した。資源エネルギー庁編・前掲註 51・192 頁。

⁶³ もっとも、この要件が定められた理由を逐条解説は「国民経済的にみて重要な関心を引かれるところだから」とし、「一般の私人間の解決にまかせるべきであるような微々たる損害は、「他の産業の利益を損じ」には該当しないものとする」という。通商産業省・建設省（監）・前掲註 9・99 頁。「該当しないものとする」という表現が、そもそも「要件該当性を認めることはできない」とする趣旨であればこの解釈は妥当とは思われない。該当性の判断は第一義的には県（現場）に委ねられ、また事例に応じて決されるべきであろう。逆に、一般私人間で問題が解決され、かつそれ以上に国民経済的な損害が（行政において）認められない場合にこの要件の該当性自体を否定することが許される、ということであるならば上記解釈を受け容れることもできるかと思われる。

⁶⁴ 通商産業省・建設省（監）・前掲註 9・99 頁。

⁶⁵ 佐賀県の審査基準において公開されている。但し平成 16〔2004〕年施行のものである。

- イ. 海岸法に規定された一般公共海岸区域及び海岸保全区域（一般公共海岸区域については海岸法 37 条の 5、海岸保全区域については海岸法 8 条が、土石の採取に関する海岸管理者の許可制を定めている）、
- ロ. 自然公園法により指定された公園内の海中公園地区⁶⁶の周辺 1 キロメートルの当該海中公園地区に接続する海面内（自然公園法 22 条において海底の形状を変更する行為の、準用される 20 条 3 項 4 号において土石の採取の行為規制（許可制）が定められている）、
- ハ. 港湾法により指定された港湾区域及び公告水域⁶⁷（港湾法 37 条では港湾区域内の水域における土砂の採取につき港湾管理者の許可制を定め、港湾法 56 条では公告された水域における土砂の採取につき知事の許可制を定めている）、
- ニ. 漁港法⁶⁸により指定された漁港の区域（漁港の区域内の水域又は公共空地においては、漁港漁場整備法 39 条により土砂の採取の漁港管理者による許可制が布かれている）、
- ホ. 漁礁等漁場造成区域の周辺 1 キロメートル以内、
- ヘ. その他の、知事が水産業等の他産業に影響を及ぼすおそれがあると認める区域、の各区域では採取の「認可を行なわない」とする取り扱いを定めている（要綱 3 条。見出しの記号と対応する法律における行為規制・開発規制の条文とは本稿筆者が振ったものである）。

ただし、これらの規定は絶対的な不認可を導く規定であり、そこではあまり法律にある「公共の福祉」（と言うより、中央省庁が言うところの「比較衡量」）ということにつき考慮が払われていないようにも思われる。その点に留保をした上で、こうした要綱の要件イ・ハなどは法の要件②との関係で一定程度詳細な基準を与えているものと理解す

‘<http://www.pref.saga.lg.jp/web/library/at-contents/kenseijoho/sinsakijun/sinsa/hou/jarisaisyu/sankou/jarisaisyu49.pdf>’（2010/12/13 最終確認）。

⁶⁶ 現在は法改正がされており（平成 21〔2009〕年改正、平成 22〔2010〕年施行）、地区の名称が「海域公園地区」へと改められている。

⁶⁷ 但し、港湾に近い海域においては浚渫作業が行なわれることがあり、こうした場合には浚渫に伴ったかたちで海砂利採取が行なわれることがある。浚渫自体は港湾・航路の機能・効用を増進する作用であることもあり、これを海砂利採取に関する規制の対象から除こうとする行政の志向が見られることもある。例えば、中山・横山編著・前掲註 14・88 頁以下〔富井利安執筆部分〕では、北九州市が海砂利採取事業を環境アセスメント対象事業から除いていることの主な理由として「関門海峡の航路の浚渫土砂採取事業を除外したい」というものが挙げられている。瀬戸内海に面した大分県では、原則として海砂利採取が廃止されることとなったが、航路港湾等の浚渫に伴って今なお海砂利採取の実績が計上されている。平成 21 年度までのデータであるが、「瀬戸内海における海砂利採取状況」‘<http://www.env.go.jp/council/11seto/y110-08/mat05.pdf>’（2010/12/13 最終確認）。

⁶⁸ 平成 13〔2001〕年法改正により漁港漁場整備法に改正（改名称）。

ることができる⁶⁹し、また要綱の要件ホ・へは法の要件③と密接な関連を有するものであると見ることができる。

また佐賀県要綱では、採取に伴う災害の防止（等）の方法として、沿岸地形への影響を最小限度のものとするため、採取範囲と海岸線との距離は、海浜地にあつては2キロメートル、陸岸にあつては300メートル以上の保安距離を確保する⁷⁰ものとしている（7条⁷¹）。

（3）要件該当性に関する裁量の幅

しかし、法律及び規定ではこのように定められていたとしても、実際に行政において要件該当性を判断する場合にはどの程度の裁量の幅があると理解されているのであろうか。あるいは、行政の判断が実質的に適正であったと（後に、例えば行政争訟の段階で）認められるためには、どの程度の影響ないしリスクが認められていなければならないとされているのであろうか。

公害等調整委員会（裁定委員会）は行政機関のうちに設けられた不服審査機関であつて、この採取計画の認可・不認可の問題に関する専属的な管轄を有するが、その平成19〔2007〕年5月8日裁定⁷²は詳細に事実認定を行ないながら、法の定める要件③（この事件において、具体的には漁業の利益を損じるか、そしてそれが公共の福祉に反する程度に至っているか）について要件該当性を否定する裁定を下している。この裁定例は陸上での採石事業の操業に関する判断を下したものではあるが、処分を支える証拠ない

⁶⁹ 更に法の要件②との関連付けで言えば、海底にケーブル等が敷設されている領域で海砂利採取を行なおうという場合には、それに支障を及ぼすことのないよう九州電力並びにNTT西日本と協議を行うよう指導している、という議会での答弁がある。佐賀県議会平成15〔2003〕年土木水産常任委員会12月10日、水田河川砂防課長答弁。

⁷⁰ 距離（だけ）ではなく、砂利採取の認可が出される水深に関しても配慮をする実務の例がある。例えば、鹿児島県議会平成5〔1993〕年第2回定例会（第7日目）7月7日では奥田朗土木部長が、内道明議員の質問に答えて、「海砂採取と海岸浸食との関係についてでございますが、外洋に面する海岸でも水深十メートル以上では影響がないと言われておりますのでございますが、吹上浜海域では地域住民等の要望も考慮しまして、これまで水深二十メートルから四十メートル、汀線からの距離は二千メートル以上の海域で採取を許可して」と発言している。なお、これは当時の県要綱に規定されていたよりも厳しい基準であることを内議員の質問から見て取ることができる。

⁷¹ ただし、「沿岸の市町の長の同意が得られる場合はこの限りではない」。沿岸地域の自治体の意見を尊重することには一定の限度において合理性があると思われるが、他方で他でもない「県」が認可の権限を与えられそれを保持し続けている理由・意味についても思いを致すことが大切である。沿岸地形に重大な影響を及ぼすおそれが一定程度認められるにもかかわらず、この影響について県が主体的に判断をすることを放棄し、ただ機械的に市町の同意に県の判断を拘束させるとするならば、この取扱いについては疑問がある。

⁷² 前掲註58。桑原勇進「行政判例研究」自治研究84巻11号（2008）126頁以下は事実認定等に着眼した評釈を行っている。

し事実認定の程度ということに関して一定程度の示唆を得ることができると思われる。

まず、当該事案で、採石事業の操業に伴い漁業への損害が発生するのではないかと懸念された海域においては、実際に漁業者による漁業操業が行われているものか信用性に乏しいものがある、と評価されていた。しかしこの問題について裁定は、将来的に当該海域においても漁業が行なわれる可能性があることにかんがみれば、行政は漁業の利益の損害（の可能性）について考慮しても構わない、と判断した⁷³。

水産資源に対する影響が発生する（漁業の利益を損ねる）ということの根拠付けにつき、問題となった行政（の不認可処分理由並びに裁定の過程における主張）は四つの理由を挙げていた。第一に「（工事の際の）発破等による騒音、振動などが水産資源（魚群）に対して影響を及ぼすと認められる」、第二に「土石の流出により海洋汚濁を発生させる」（以上二つは処分理由においてもはっきりと記載があった）、第三に「採石事業に伴い島陰が失われることによって、魚類が寄り付かなくなり、さらに漁業船も海上の強風を避難することができなくなる」、第四に「漁業者は海鳥類の群れを海面下の魚群の存在を発見する手掛かりとすると、島が失われることにより海鳥類の生息地がなくなり手掛かりが失われる」。第一点及び第三点に関連し、「漁業者は経験的にそれらの事柄の魚類への影響があることを知っている」、ということが主張された。

裁定理由によれば、そのうち、「I 発破による騒音・震動が水産資源（魚群）に対して及ぼす影響」は、把握が困難なものである。裁定例においては、いけすに漁獲対象魚類を入れ一晩おいて馴化させた上で行なわれた実験の結果に大きく準拠して影響を推定した。それによれば、魚群は（一般論としては）影響を受ける可能性はあるというもの、影響の認定ないし因果関係は精密に立証がなされてはいない（あるいはなされえない）ものである。また影響はあると認めるにしても、魚群に「馴れ」が生ずる可能性がある。この上で裁定は事業に伴って行なわれる発破の頻度との相対性において認定を行い、ここからは漁業被害が生ずるという予測の高度の蓋然性⁷⁴が認定されない⁷⁵、と

⁷³ 本裁定の事案は採取計画不認可の処分を受けた事業者と鹿児島県知事との間で係争となったものであった。これとは逆に、漁業者ら（従来の行政法学的な用語では「第三者」）が鹿児島県知事の出した採取計画「認可」処分の取消を求めた事案では、採石法 33 条の 4 の解釈を通して、「水産業の利益を侵害され、又は必然的に侵害されるおそれのある者」については裁定の申請者としての適格を有するものと認められる、と判断されている。公害等調整委員会裁定委員会裁定平成 13〔2001〕年 7 月 16 日、
‘<http://www.soumu.go.jp/kouchoi/activity/kagoshimasaitai.pdf>’（2010/12/13 最終確認）。

⁷⁴ 桑原・前掲註 72・131 頁以下では、「認定された事実から被害発生が予測されることが必要、逆に言うと、被害発生を予測されるような事実が認定されなければならないということで、科学的知見に照らしてどちらとも言えない場合には被害が発生するとは認められない、ということであろうか」と理解されている。仮に（「公共の福祉に反する」だけでなく）他産業への被害についても採石法 33 条の 4 の「認められる」が掛かると読むとしても、他害の発生のおそれを積極的に示す証拠がなく、その意味で被害の生起

した⁷⁶。

「II 水質汚濁」については、シミュレーションにより得られた結果を参考にしながら、汚濁は極めて限定された範囲にとどまるものと推認され、影響が懸念されるほどの規模のものとは認め難い、とした。台風等の影響による機材・重機・燃料などの流出による水質汚濁のおそれということも考えられるのではないかと主張がされたが、それは通常の予測の域を超えるきわめて偶発的なものと判断された⁷⁷。「III 島陰の喪失」については、採取計画（申請）に基づく採石事業が行われる程度においては、それほど大規模な採取が行なわれるわけではないので影響が認められない、とされた。また仮に島陰が喪失するとしても、島陰喪失による回遊魚に対する逃避行動等の影響について、これを認めるに足る証拠はない、と判示した。「IV 海鳥」は、採石事業が行なわれる本件の島以外にも、近海にある群島に生息しているものであるから、群島全体を考えれば海鳥の生息が著しく阻害されるとは認められない、と判断された。以上、処分理由（答弁）の妥当性が逐一検討され、結論として要件該当性が否定されたのである。

これに対して、要件に該当すると（言ってしまう）「客観的に」認められるにもかかわらず、県において要件の該当性を否定してしまうという事態についてはどうだろうか。若しくは、要件に該当はするものの、その程度が「公共の福祉に反する」程度には至っていないと行政が判断したものの、しかしその判断は誤っているのではないかと疑われる場合はどうであろうか。ことは当不当の問題であるようにも思われるが、この点に関しては不服審査機関であれば立ち入って判断を下すことができる。更に（不服審査を経て）事件が裁判所に持ち込まれた場合においても、事実認定が実質的証拠に基づいていないと判断された場合、行政としての判断がその裁量の範囲を著しく逸脱し、社会通念上認められないと解される場合には、行政の処分は取り消されうるものと思われる。立証のハードルは決して低くはないものの、以上のことを勘案して客観的かつ説得的に被害発生のプロセスを論証した場合には、一般論ではあるが行政の裁量は著しく縮小す

不生起が決定できない場合に、「被害が発生すると「認める」ことはできないであろう」。

⁷⁵ 漁業者の経験的知見ということに関しては、裁定理由では触れられるところがなかった。桑原・前掲註 72・132 頁は、それが「判断の根拠にならないという趣旨なのか、経験的知見なるものの存在がそもそも疑わしいとする趣旨なのか、よく分からない」と述べる。なお、事業者側はこの知見の存在に否定的で、「島陰喪失」につき、そのような知見が存在するとすればそうした知見は水産学等に一般的なものであるであろうから、何らかの文献等に記載されているはずであるとする反論を行っていた。

⁷⁶ 他方、条文の書き方を見ると、「他害等が生ずるかどうかが高度の蓋然性をもっては言えない場合や、比較衡量が正確にはできず公益を害すると断定的に言えない場合であっても、念のため不認可にできるようにも見える」と桑原・前掲註 72・132 頁は解釈する。

⁷⁷ 「台風が来るおそれは十分ある」（毎年の気象記録を見れば明らかであるが）のであって、桑原・前掲註 72・133 頁では「どの程度の規模の台風を想定するべきかはともかく、そもそも台風に対処できているかどうかチェックする必要があるにないのか、疑問が残る」と論じる。

るのではないかと解される⁷⁸。公共の用に供する施設や他の産業の利益への損壊（デメリット）が砂利採取により得られるメリットを上回る場合には、行政は認可を出すことはできないのである。

第2節 「海岸」における行政の考慮事項と行政決定

(1) 海岸の損傷と行政の考慮事項

海砂利の採取が海岸の破壊の原因となっている、という見方が存在することを前提知識で摘示した。これは瀬戸内海での海砂利採取禁止の議論の過程でも取り上げられた論点であったが、九州でも、例えば鹿児島県西部の吹上浜の海砂利採取について現地の漁民・環境保護団体等から根強く主張されているテーマであった。一見瑣末な（非常に特殊的で、射程が限定されていそうな）問題であるように思われるが、海砂利採取が海岸保護に否定的な影響を及ぼすとなると、（海に関係する、個別の公物管理法たる）海岸法（その法目的、特に国土保全）及び海岸行政との利益衡量の必要性が前面に出てくるので、実際には法的にも関連が深い問題である⁷⁹。要件詳解での議論との関連で言えば、保安距離の設定等はこの問題と密接な関係を持つ。前に註でも触れたように、鹿児島県はこの問題に抵触しないように配慮した行政を行なっているものと見られる⁸⁰。

瀬戸内海での海砂利採取に関する科学研究においては、海砂利とは元々海底の海嶺・砂堆が海底流によって削られて出来た砂利であり、海岸の砂利との関連性は無い（海底砂利は海岸の砂利が奪われたものではなく、海浜の砂利が海底にずり下がるようなこともあまり想定されない）、いわば物質循環の系が異なるので因果関係は認められない、といった説明によって因果関係が消極に解されていた。本稿ではこの理解を説得的と考えていた。

この知見を前提とすれば、海砂利採取を禁止する条例の制定理由ないしは海砂利採取を拒否する行政処分の基礎となる事実として「海岸の保護保全」を掲げた場合には、その立法ないし行政処分が事実の根拠を欠き、よって違法であるとして攻撃されることとなる可能性さえあるように思われる⁸¹。

⁷⁸ 但し、第三者が「勝った」というような裁定の事例は、管見の限り見当たらない。被害ないし損害の発生を理論的に予言し、あるいは因果関係を立証することが非常に困難である、ということにもよるのであろう。しかし、訴えの利益が認められていることからして、理論的には処分取消の可能性が認められている筈である。

⁷⁹ 俗に言う「白砂青松」というのは海岸景観の形容であるが、景観的価値を有する海岸は観光資源としての機能も有すると考えられるので、この点からも海岸の破壊を帰結するような海砂利採取認可を行政においてすることが許されなくなる可能性もある。

⁸⁰ 但し、福岡県議会で行われていた指摘を見ると、ある水深の海底においては、そこで産卵を行う魚類が見られることもあるのであり、水深が深いからといって安易に認可を出した場合は水産資源の生態系を乱し、また漁業利益を損することも考えられる。平成17年度決算特別委員会 2006年11月18日における山口律子委員指摘。

⁸¹ 繰り返すが、九州には九州の、吹上浜には吹上浜の、（あるいは奄美や沖縄のような

もっとも、現地の住民の観察ないし推察⁸²において、海砂利採取と海岸浸食との因果関係が推定されている、ということは重要な事項であり、これを黙殺すべきということまで本稿は含意しようというものではない。そもそも、少なくともそこには不安感が存在しているのであり、これを解消すべく行政ないし事業者が真摯な説明を行うこと、それを通じて事業に対する理解を求めていくということが社会的に要請されるであろう。

更に言うならば、科学的知見においても何らかの見落としがなされている可能性はあるのであり⁸³、地元住民の疑問を契機として、あるいは海岸状態の継続的な調査を行うことにより、現在得られているところの科学的知見（及びそれに依拠した行政の決定）の見直しが続けられることが望ましい⁸⁴ということも指摘することができる。

関連して、海岸の砂が少なくなり海岸が消滅することの理由としては、むしろ山・陸からの砂利・砂の供給が途絶えたこと、台風等に起因する風・浪の浸食作用等も指摘されているところである⁸⁵。前者の理由について、地域によっては今なお行われている河

島々には島々の、) それぞれ地域によって異なった潮流や風浪等の環境条件が存在しているのであり、こうした環境条件について綿密な研究を行い、そこで得られた知見と照らし合わされた上で処分の当否が決められる必要がある。ただし条例については、様々な事情を勘案した上で海域利用の一般的なルールや方針を決定するものであるので(事実的な根拠を欠いて良いものではないが) 処分よりは広範で自由な裁量が認められるようにも思われる。

⁸² 現地の海浜の貧砂化は海砂利採取が始まった頃から起こったとする指摘が一部で見られる。こうした事象の変化の軌跡は、同じ場所を対象とした(写真等の) 記録によって確認される場合を除けば、現地の住民の記憶に依拠して辿るほかないように思われる。なぜなら、こうしたことの記憶は通常、他の場所・地域の住民や県庁のデスクに残されてはいないからである。

⁸³ 常岡孝好『パブリック・コメントと参加権』(弘文堂、2006) i 頁では非常に興味深いエピソードが紹介されている。その話によると、ある海岸沿いで空港建設が計画されていたときに、「土木工学、地質学、気象学、海洋生物学、建築学、航空力学等々の関連する諸分野から専門的知見を集約して滑走路の位置・方向の選定が行われた」が、これに対して地元漁民が「計画案にしたがう限り、付近に特有の突風が横風となって飛行機の離発着に作用するが、それでも大丈夫なのか」と指摘したという。漁民は「毎日のように建設予定地付近の海で漁をしていて、海上での風向や風力の一日内における変化や季節による変化、突風の吹く時期・風向・風力などを肌で知っていた」。詳しく調査を行った結果、突風は「離発着の安全を脅かしかねないほどのものであった。かくして、滑走路の計画は全面的に見直されることになったという」。

⁸⁴ 政策評価の観点等から見ても基本的な要請であるように思われるが、この考え方の趣旨はまた生物多様性(基本)法にいわゆる「順応的管理」原則とも通底する。この原則によれば、生物の多様性の保全及び持続可能な利用は「科学的に解明されていない事象が多いこと及び一度損なわれた生物の多様性を再生することが困難であることにかんがみ、科学的知見の充実に努めつつ……事業等の着手後においても生物の多様性の状況を監視し、その監視の結果に科学的な評価を加え、これを当該事業等に反映させる順応的な取組方法により対応することを旨として行われなければならない」(生物多様性基本法3条3項)。

⁸⁵ 後者は例えば鹿児島県の行政なども指摘する要因である。人工の構造物が砂の移動

砂利採取もさることながら、河川に設置されたダムによる物質移動の停滞など「陸地」での問題が大きいことを無視することは得策ではない⁸⁶。

海岸法や、流域を一つの単位と見た（河川）行政と砂（砂利）との関係について議論をした。ここから示唆を得て、行政は判断・決定を下すに当たって、その地域に固有な物質循環の系ないしフローというものを考慮に入れなければならない、ということを総論的に言うことができるかもしれない⁸⁷。

本稿の想定とは逆に、もしも海砂利採取が海流の変化等を介して海岸後退に影響を及ぼしている（ないしは海岸にあった砂が沖合に流され海底の砂利採取跡を埋め戻している）という事実が確認されたとすれば、これにかんがみて現状行なわれているよりもより強力で包括的な開発禁止行政が展開されるべきということになるであろうし、これに則って海岸保護のための区域の認知も行なわれなければならない⁸⁸ということにもなるだろう。

但し、海洋について考慮されることが望ましい物質・構成要素の種類は多いが、それら個々の循環は全てが同一の経路をたどっているわけではない。リンや窒素は陸地から下ってくるものである。魚介類・水産資源は外洋や近海をそれぞれの種に固有な経路で回遊するものである。海（底）砂利は海底の潮流の動きにより生成され移動するものと

を改変（阻害）するということも含めて、鹿児島県議会平成 20〔2008〕年第 1 回定例会（第 5 日目）3 月 3 日における岩崎昌弘議員の質問が議論の状況を包括的に語る。

⁸⁶ 水源から海岸に至るまでの（水系を軸として見た）砂の移動（収支）に関する研究、その管理のあり方に関する科学的・工学的な議論は、水山高久「水源から河口に至る河川土砂収支の実態把握調査と土砂制御のあり方」、『岩波講座 地球環境学 7 水循環と流域環境』（岩波書店、1998）111 頁以下並びに河田恵昭「河口から海岸に至る河川・海岸土砂収支の実態調査と海岸線のあり方」『同』129 頁以下に詳しい。

⁸⁷ 櫻井敬子は河川法の解釈に当たって、流域を単位とした水循環を考慮する行政を構想していた。この構想は河川法の枠を大きく超えて下水道（整備）行政にまで拡張されて適用され、より総体的な水法という考えにまで至ることになる。櫻井敬子「水法の現代的課題」、『行政法の発展と変革（下） 塩野宏先生古稀記念論集』（有斐閣、2001）705 頁以下、殊に 712 頁以下。同『行政法講座』（第一法規、2010）119 頁以下。さらに流域管理の法制度を包括的に考察し、立法論をも含めて議論するものとして、三好規正『流域管理の法政策』（慈学社、2007）がある。

⁸⁸ 海岸法による保全区域の指定は、海側についても原則として 50 メートル程度までしか行うことができないようになっているが、この基準を機械的に適用することはあまり正しくないだろう。先行する実務（「海砂利採取の規制について」昭和 44〔1969〕年 3 月 14 日建設省河政発第 18 号の 1）を見ても、海岸浸食に重大な影響を及ぼすと認められる範囲まで海岸保全区域を拡大して指定することが肯認されているようである。海面より下の土地には原則として私権が認められていないので、補償や訴訟等の可能性を考えることなく行政は広い範囲に行為規制を布くことができるものと理解される。海岸の保全は、（もしかすると義務的ではないかもしれないが、少なくとも）行政にとって考慮可能な事項ではあるだろうから、それを念頭に置いた上で（例えば「保安距離」のような基準に従い）開発禁止行政を展開することも充分可能であろう。

考えられていた。これら個別の循環経路それぞれを勘案して判断を下すのは国（中央）において行なうには少々無理があるように思われる。ここから、理論的にも地方ないし地域においてそれぞれ適切な判断が行なわれるよう期すべきであるという帰結が導かれる。

(2) 行政決定の基礎となる知識

上に述べた議論は、行政決定の基礎となるべき事実ないし科学的知見の性質に関する議論でもあった。この観点からもう少し言い添えておきたいことがある。

砂利採取法に基づく認可（不認可）の決定を下すに当たり、行政は必ず公共の用に供する施設や（他の）産業の利益への損害が発生するかどうか（その蓋然性が認められるかどうか）について認定・判断を行わなければならなかった。このとき、その判断の基礎となる（判断に際して認定される）事実ないし知見は、科学的な証明・確認（追証ないし再実験）が可能なものであるようなことが求められていた。行政の恣意的な判断を抑制するという見地からも、この要請（姿勢）自体は妥当なものであるようにも思われる。

もっとも、前註に紹介したエピソードからも明らかなように、「現在」行政に（事業者に、ないしは科学者に）参照可能な形で提示されている科学的知見は、本当に必要な分量と対比して欠落や見落としがあるということもありうるのである。そうした事情に関して非常に示唆的なのがハイエクの知識論における次のような指摘である。ハイエクによればある意思決定に当たって、利用をしたい（しなければならない）諸事情の知識は、「集中された、あるいは統合された形態においてはけっして存在せず」、ただ「すべての別々の個人が所有する不完全でしばしば互に矛盾する知識の、分散された諸断片としてだけ存在する」。そこで、このとき問題となるのは「それぞれの個人だけがその相対的重要性を知っている諸目的のために、かれらに知られている資源（引用者註：知識もまたこの文脈においては資源である）の最良の利用をいかにして確保すべきか」というものである⁸⁹。

なお、上に引用したエピソードの事例の場合は、こうした「知識」が運良く言語化されかつ理論的検証に耐えるかたちで提示されたが、常に知識がこのような形態であらわれてくれるとは限らない。つまり、必要な（有用な）知識は、「私的で経験的であると同時に、はっきりと明示化（言語化）されていない場合が多」く、「暗黙的にとどまることが多い」。そうした知識は時として、「なかなか他人には伝えられない」ものなのである⁹⁰。

⁸⁹ フリードリヒ・アウグスト・ハイエク「社会における知識の利用」、（田中真晴・田中秀夫 編訳）『市場・知識・自由』（ミネルヴァ書房、1986）52頁以下。

⁹⁰ 橋本努「知識論」、尾近裕幸・橋本努 編著『オーストリア学派の経済学——体系的序説』（日本経済評論社、2003）199頁以下、殊に215頁以下の整理・説明は大変参考

上で検討した裁定例においては、漁業者の「経験的知見」なるものの正否について特に触れることもなく判断を下していたが、この姿勢が適切なものであるかに関しては理論的になおいっそうの検討を要する⁹¹。もっとも、十分に言語化されず、また（科学的に）証明もされないような知識をそのまま受け容れて決定の基礎とすることにはなお問題があるように思われる。仮にこのような知識を決定の基礎とすることが一回は許されたとしても、それをそのままに（追証なり追研究なりを経ることなく）決定の基礎とつづけることは少なくとも許されるべきではない。行政なり何らかの研究機関なりにおいて、こうした知見を明晰又は証明可能なものとするという努力は継続されるべきであろう。

ただし、研究は有益であり必要でもあるが、研究のみによって知識が得られるわけではない。社会に分散して存在している有用な知識を十分に集約し検討することができる体制を万全に整備した上で決定が行われるような制度作りも重要な目標である⁹²。

ハイエクは上に引用した論文で、時と場所に特殊な諸事情に依存するような最終的な諸決定は、そのような事情をよく知っている「現場の人」たちに委ねられなければならない、と論じ、非中央集権的な決定の在り様を推奨している⁹³。ハイエクはこの問題に関してはそれ以上議論を展開しないが、「現場」重視の意思決定という観点から「地域的決定が重視されるべきである」という（前節末でも提示した）主張をすることができるように思われる。

第3章 海という公共の施設の考察

第1節 公共の施設の使用の諸態様

前章では、海砂利採取に関する議論を進めるための前提となる砂利採取法の規定について概観し、その上で個別の要件の解釈及び個別の要件に基づいた実務の展開について検討した。行政による解釈（ないし解釈のための規範）の検討は行政の実態を考えるためにも重要であるが、それと同じかそれ以上に、具体的に行われた行政が適法なものであったとして追認されうるかどうかという問題も重要であった。そのため、解釈の適切さ・行政に認められる裁量の幅について見定めるために参考となる裁定例の検討も行な

になる。この論考では、続いて、こうした（分散した・暗黙的な）知識を有効利用（し社会状態を改善）するために、人々が自分の知識を活用できるようなインセンティブを与えるようなシステムとして市場制度並びに競争の意義を強調している。

⁹¹ 桑原・前掲註 72・132 頁の指摘していた「念のため不認可」の可能性についても慎重に検討されなければならない。

⁹² パブリック・コメントはそうした制度の一つの具体例となるのであろう。

⁹³ ハイエク・前掲註 89・62 頁以下。ただし、現場の人々は、周辺の事実を超える情報（例えばより大きなシステムの変化のパターンに関する情報）をも基礎として決定を下さなければならない。

った。また、これに付け加えて行政の意思決定およびそれが依拠する知識・情報はどのようなものであるべきか、ということにも一言した。その際、本稿の扱っている事例と関係の深い「海岸」という「公共の用に供する施設」について立ち入った考察を行ったところである。本章では、「海」という公共的な施設についてある程度の認識を得ておくこととしたい。

ただし、議論を進める上で、先に私人による、公共の用に供された施設・公共用物⁹⁴の使用の態様や使用関係の規律に関する理論の紹介をしておかなければならない。

行政法学説においては「公物法」と呼ばれる分野の議論の積み重ねがある。公物とは「行政主体が直接に公の用（目的）に供する物」のことであった⁹⁵。公共用物は公物の下位分類である。これに関連している概念に「公の施設」（公共施設）があり、これは地方自治法上の用語ともなっている⁹⁶。自治法によればこうした施設は「住民の福祉を増進する目的をもってその利用に供するための施設」であった。なお、この施設の設置ないし管理に関する事項は条例の形式で定めなければならない（委任を受けた場合は格別、県知事の規則若しくは行政部内の内規によることが許されない）こととされている（自治法 244 条の 2）。

学説では伝統的に、公物の使用を三つの類型に分けて整理していた。すなわち、公物の①「自由（または一般）使用」、②「許可使用」、③「特許使用」である⁹⁷。

まず公物の「自由使用」と呼ばれる類型であるが、一般に使用者は、他人の共同使用を妨げず、また公物の本来の目的に従っている限りで当該公物を「自由」に、換言すれば「許可を要せずに」使用することが許される（べきである）と考えられてきた。もともと、この「自由」にも一定の制約が理論的に予定されており、公物の管理または警察（秩序維持）の観点からの規制を行なうことが許される⁹⁸。公物自体の破損防止や保全のため、また（他）利用者への危険の防止のために公物使用の制限や禁止が課されうることについては一定の合理性を認めることができるように思われる。

伝統的な見解によれば、公物の自由使用は、行政が当該公物について使用者の自由な使用を許容していることの反射として行なわれるものとされていた。このことから、行

⁹⁴ または公共物と呼ばれることもある。後述する国有財産法の用語として、「公共用財産」（国有財産法 3 条 2 項 2 号）に対応する概念であるとされる。宇賀・前掲註 51・425 頁。

⁹⁵ 宇賀・前掲註 51・419 頁参照。

⁹⁶ 宇賀・前掲註 51・441 頁参照。

⁹⁷ 宇賀・前掲註 51・464 頁以下。

⁹⁸ 公物管理については後で論じ直すが、とりわけ公物警察という概念については、詳しくは宇賀・前掲註 51・459 頁以下。両者の峻別を厳に行うよう戒める意見（例えば最三判平成 7〔1995〕年 3 月 7 日民集 49 卷 3 号 687 頁における園部補足意見）もあるが、こと海に関しては、両者の区別が不適當であるかあるいは不可能であることを指摘する説が有力である（櫻井敬子「公物理論の発展可能性とその限界——警察権・統治権からの再定義の必要性」自治研究 80 卷 7 号（2004）42 頁など）。

政による公物の廃止に因って公物の自由使用が不可能となったときに、自由使用者における法律上の利益が侵害されるとは言えない、とした判例も存在する。しかし、自由使用者（私人）間において、一方により公物の自由使用が妨害された場合には、他方は不法行為による妨害排除を求めることができるとした最高裁判例も存在する。自由使用の権利性（権利の内実）については未だ議論が重ねられているところであり、判例等の蓄積も充分とは言えない状況であるようにも思われるが、権利性を否定する見解も今もって有力である、ということは指摘しておく。

他方、「許可使用」と呼ばれる類型では、本来自由であるはずの公物使用を、公物管理または公物警察の観点から、一定のものについて一般的に禁止し、その後申請に基づいて個別的に禁止を解除していくことが予定されている⁹⁹。

もちろん実際に行為規制（許可制）を布くためには具体的な法規若しくは法令の制定を俟たなければならないが、この「公物管理または公物警察の観点」は規制を構想（あるいは具体的に制定・執行）する上でいくらかの方向付けを与えてくれるように思われる。例えば他人の公物使用をシャットアウトし、例えば該公物の機能・目的を阻害するような態様の公物使用については、それが自由に行なわれることは望ましくなく、何らかの調整ないし規制が行なわれることも理論的に許されると解されるのである。法理上規制が行なわれ「なければならない」とまで言うことができるケースは容易には想定しがたいものの、それでも行政に対して一定の規制を行なう「べき」ことまで要請するような何らかのロジックがありうるかどうかを慎重に検討することも、公物（資源）の適正な管理のあり方を考察しようとする本稿の課題の一つでありうる。

公物の「特許使用」というのは、公物（通常はその一部）の排他的な使用や本来の目的とは異なった使い方の使用を特定の者に認めることをいう¹⁰⁰。もっとも、この排他的な使用の認められる程度にも一定の制約は内在している。最近の学説では、この「特許使用」という類型と「許可使用」との相違（あるいは三つの類型すべての相違）について、その相対化・揺らぎないし無効化などを指摘する説も有力となっており、こうした分類の再考が求められている¹⁰¹。また、自由使用の制限に関しては、新たに調整使用というカテゴリーを用いて説明を行う学説も見られる¹⁰²。

このような使用の態様・制度（使用者の側に力点を置いて見た場合には使用関係）の規律を行う法令は、行政法学では「機能管理法」（「公物管理法」と呼ばれることも多い）と呼ばれるカテゴリーに属させられている¹⁰³。この機能管理法はまた、公物の状態・環境を整備し、その機能や用途・目的を維持するための措置ないし工事等に関して必要な

⁹⁹ 宇賀・前掲註 51・467 頁参照。

¹⁰⁰ 宇賀・前掲註 51・467 頁参照。

¹⁰¹ 宇賀・前掲註 51・468 頁以下。

¹⁰² 総論的な記述として、広岡隆『公物法の理論』（ミネルヴァ書房、1991）118 頁以下。

¹⁰³ 宇賀・前掲註 51・459 頁以下。

規律を行い、権限を規定することが常である。「機能管理」ということについては、もう少し後で議論することになる。

第2節 海を公共の施設と見たときの性質・機能

(1) 海の物理的損壊

最高裁の見解によれば¹⁰⁴、「海は古来より自然の状態のままで一般公衆の共同利用に供されてきたところのいわゆる公共用物」である。この見方に従えば、海それ自体についても砂利採取法の要件②「公共の用に供する施設の損傷」においてその「損傷」が考慮されなければならない。この判例では、海は「海水とその敷地（海床）とをもって構成される統一体」として認識されている。よって、（少なくとも砂利採取法の解釈においては）海の底の土地のみならず総体として捉えられた海についても、その「損傷」に関する判断が行なわれなければならない。また、砂利採取法の目的は、砂利採取の「事業に伴う災害」の防止にあったのであり、この意味でも海底のみに目をとられることなく事業に関わる空間全体に目配りすることが重要である。

先に参照したように、この「損傷」は物理的損壊のほか機能の損傷をも含む。この両側面について検討しよう。まず物理的損壊についてであるが、海砂利の採取行為それ自体がそもそも海の物理的損壊に当たる、という見方も成り立ちうるかもしれない。採取の方法が「海底」から多くの堆積物を吸いだすものであり、不要な粒径の礫ないし泥等に関してはこれを「海中」に（再）排出するものであること、排出物中の微粒子（濁り）は長時間採取海域周辺にとどまる（あるいはそこから広がる）ものであることは前提知識で確認している。

海岸法においても、海岸から土石を採取する行為は、海岸管理者による許可制の下で規制されていた。これは海岸の形質・構造（ないし機能）を損壊させないための規制であった。また、理論的にも、自由使用は他人の（同様の共同的な）自由使用を妨げず、かつ公物それ自体を損壊しない使用として考えられていた。とすると、海砂利の採取は（他人がそれを同様に自由に行いうるかは若干疑問ではあるが）砂利を長期的に取り去る（砂利の再生スピードは非常に緩慢であり、砂利の採取がいったん行われると他人の採取が可能となるまでに非常に時間がかかるということは前提知識で確認した）行為であるために自由使用の限界を超える、とする論法も成り立つのではないかと思われる¹⁰⁵。

(2) 海の機能・効用

次に、（海底をも包含する全体としての）海の機能・効用に関してであるが、それは決して自明なものではなく、非常に難しい問題を含んでいる。法律ないし行政の総合的

¹⁰⁴ 最判昭和 61〔1986〕年 12 月 16 日民集 40 卷 7 号 1236 頁。

¹⁰⁵ あるいは、資源の持続的開発・利用という価値観を公物法理にまで取り込むということも考えられないわけではない。

な計画のレベルでこれについて触れたものは最近になってようやく増えてきたように思われるところ、これらの内容がこの解釈に当たって参照されるべきということになるかもしれない¹⁰⁶。例えば海洋基本計画では、海の気象や水循環に対する影響の大きさ、食糧確保の場としての機能、物資輸送の場としての機能、エネルギー・鉱物資源・微生物資源の埋蔵に関する記述、環境への影響を緩衝する場としての能力、観光やレジャーのための利用、干拓ないし埋め立てにより新規に活用可能となる場としての可能性など、様々な側面が意識されている。

後の章で参照するアメリカ法の「公共信託法理」においては、元来「航行・通商・漁撈」に限られていた、「航行可能な水域・並びにその底の土地」の利用目的が、やがて「レクリエーション」や「当該水域（圏）における生態圏の保全」等をも含むものとして広く理解されるようになった。

参考までに海岸法の法目的をも参照すると、そこでは「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するとともに、海岸環境の整備と保全及び公衆の海岸の適正な利用を図り、もって国土の保全に資する」（海岸法 1 条）ことが目的とされている。目的のうち後ろ二つは平成 11〔1999〕年の法改正により追加されたもので、この前後を転換点として、海岸行政はレクリエーションや自然保護、親水等をも考慮ないし保護していくべきものとされた。海岸行政の大綱的な指針となる「海岸保全基本方針」はこうした目的について更に敷衍するものである。海岸が陸と海とが交錯する場であることに鑑みれば、海の機能・効用に関しても、海岸法の想定し、ないしは認容するところの目的が一定の示唆を与えると解しても構わないであろう。

これらのことを見た上で海の機能・効用の損壊を考えると、海砂利採取は何らかのかたちにおいて海の機能・効用を損ねていると主張することは常に可能となって（しまつて）いるのではないだろうか。すなわち、要件・効果における裁量と同様かそれ以上に、海の機能・海洋利用の政策的な優先順位付けというレベルにおける行政の裁量が広範に認められるように思われるのである。

ここで参照した諸々の方針や計画の中では、依然並列的ではありながらも海洋利用の方向性や一定程度の優先順位が定められていたと見ることもできる。しかし、この程度では未だ行政の裁量を縛るほどに具体的ということはできず、海の機能・効用の内実は複雑で曖昧なままである（あるいは個々の利用者及び事業者において利用に関する期待を形成するには不十分である）ようにも思われる。より個別具体的な利用計画策定の場面、あるいはその計画において、より詳細で具体的な順位付けなり利用・開発の方針な

¹⁰⁶ 学説による海（海面）の利用形態の概観と整理は、横山信二「海洋公物管理論」松山大学論集 2 巻 2 号（1990）53 頁以下で行われている。多様な海面の利用の競合とその調整の、具体例を交えた紹介は、中山・横山編著・前掲註 14・259 頁以下〔廣瀬肇執筆部分〕にある。海洋に関する最も根本的な法令は海洋基本法であろう。海洋基本法に基づいて策定される海洋基本計画には、詳細に海の機能やわが国ないし国民との関係性、政府が講ずるべき施策の全体像が記されている。

りが定められることが望ましい。計画策定に関する議論については、後でもう少し詳細に検討する。

(3) 特に「海底の土地」について——生物多様性の観点

そして「海底の土地」の機能についてである。海底の土地は従来どのような目的に供されていると考えられてきただろうか。そもそもの海底の土地の直接的な使用に関しても、(技術的な実用化可能性の問題もあったであろう) 議論されるようになったのは最近のことであるように思われる。例えば、海底へのケーブルやパイプラインの敷設のようなものがこれに当たるであろう。こうしたことが技術的に可能でなかった時代には、海底はむしろ「公共の用に供されている」とは言えない状態にあったようにも思われる。ただ、船が碇泊する際には事実上海底の土地が排他的に使用されている状態にならざるをえなかった、というだけのことである。これ以外で考えてみると、海底の使用法というものはまず第一に海底からの砂利採取だったのではないだろうか。海底の土地の機能が海砂利を得る源であるというものであるのだとすれば、海砂利採取が海底の土地の機能を阻害するとする解釈は自己矛盾であるため採用しにくくなる。

ただ、前提知識において触れたように、海底の土地は魚介類(あるいは、プランクトンも含まれるかもしれない)の生態に対して非常に重要な機能を果たしており、またそこに棲みそこで養われた魚介類・プランクトンは食物連鎖等を通じてその上部・近隣の海域(この影響の及ぶ「海域」の範囲がどの程度であるかということについてもある程度精密な認定・理論化が必要とされるではあろうが)の生態系・生物の生存に対して影響を及ぼしていた。そして、海底環境の(大)変化はそれら生物の生態系(生存可能性)に直接の大きな影響を及ぼした。ところで、最近の国際的な議論の流れも、海底ないし海全体も擁し、提供しているところの、「生態系(生物多様性)サービス」の効用・価値を認識する方向に推移している¹⁰⁷。この効用を日本法の法体系の下における「海」の(法的)認識に明示的に取り入れ、あるいは砂利採取法における(公共の用に供する施設としての)「海」の機能・効用において考慮するようにするならば、この効用の阻害の程度が公共の福祉に反するに至ったような場合には、やはり砂利採取法上の許可を出すことが禁止されることとなるのではないかと解される¹⁰⁸。

¹⁰⁷ 浅海域・沿岸域や海岸における、漁業(水産)資源に重きを置いた言及が大半であるように思われるが、政府の海洋基本計画および生物多様性国家戦略でもこのような認識が行われつつある。

¹⁰⁸ もっとも、従来から言われていた、砂利採取法は環境保護を目的とした法律ではない、という批判が依然この考え方に対しても説かれるだろう。しかし、法は公共の施設に対する災害の防止は目的としているのである。また、公物(海・海底)の効用・機能に関して、本当に環境的なサービス(生態系サービスを支持する機能)を認めることができるかどうかという問題には別のより詳細な考察が必要とされるかもしれない(私見では、海岸法や行政の諸計画で既にこの機能の認容が果たされていると理解している)。

上で主に検討してきたのは「損傷」要件該当性であった。これも重要な問題であるが、力点を置かれるべきは「損傷」の程度が「公共の福祉に反する」に至っていると認められるかどうかということかもしれない。例えば海から砂利を採取する行為についても、砂利採取法の解釈の次元においてはこれを一般に「損傷」に該当すると理解したうえで、少量の採取であるならば公共の福祉に反する程度に達していないが、長期にわたって大量に採取された砂利採取を繰り返すことにより公共の福祉に反する程度に至ったと認めるという解釈も成り立ちうる。もっとも、形式的に「損傷」に該当しているとさえ言えないものを総合考量に持ち込むことは論理的順序として成り立たないはずであるので、以上では要件該当性を優先して個々の議論を展開した。

第4章 公物管理の制度と法律

第1節 国有財産法の法制度

(1) 国有財産法の関係規定と解釈学

註 104 の最高裁判例によれば、海（海底）には原則的には私人の所有権を觀念することができない¹⁰⁹とされている¹¹⁰。先にも述べたように、元より開発の権原が無いところで砂利採取という開発を行なうことは可能とは解されない。また、仮に何らの規制も存在しないままに（無主物先占というルールの下で）私業者による濫開発が起こったとすると、海砂利資源が濫獲され枯渇する可能性、さらに海底（ないしは海全体の）環境が崩壊する可能性がありうる¹¹¹。

明治7〔1874〕年太政官布告第120号「地所名称区分改定」において、海は官有地第三種と整理されている¹¹²。実務では、ひとまずこのことを前提として、海砂利（層）の下に伏在する、ないしは海砂利をその構成要素とする海底の土地について、これを国有財産とし、その中でも国土交通大臣（国土交通省）の所管する公共用財産¹¹³として取

¹⁰⁹ これをできるようにしようとするならば、その場合には立法の形式による国としての明確な決断が必要であるということが示唆されている。

¹¹⁰ このことによって、陸域では関係が錯綜しており調整（公的な観点からの何程かの制約）が困難なものとなっている私人の所有権や財産権というものを、海域においては考慮しないで済む、という副次的な効果が生まれている。つまり、本稿が扱っている事例を、空間の利用調整に関して行政が行ないうる活動・手段を考える際の、一種の理念型として見るのが可能となっているのである。

¹¹¹ もっともこれは、ある意味において、既に（規制のために用い得る仕組みが存在したにもかかわらず！）起こってしまっているとも評しうる。なお、この話の構図からは、有名なコモンズの悲劇の寓話を思い起こすこともできるだろう。

¹¹² ただし、この太政官布告が直接の目的としていたのは、それらを「民有地ではなく、地券が交付されない土地とする」という扱いであった。

¹¹³ 公用財産とされない理由に関しては詳らかでないが、前出の最高裁の見方においても海底の土地とその上に存する水の統一体としての海は「公共用物」として取り扱われ

り扱っている¹¹⁴。この種の国有財産の取得・維持・保存・運用・処分に関する事務は、国有財産法 9 条 3 項・4 項、国有財産法施行令 6 条 2 項 1 号（カ）に基づいて、地方自治法上の第一号法定受託事務として都道府県により処理されている。

国有財産法 18 条 6 項によれば、「行政財産は、その用途又は目的を妨げない限度において、その使用又は収益を許可することができる」とされている。前述した通り、この規定を（も）根拠として海砂利採取に関する実務が行なわれているのである¹¹⁵。ここにおいて、「用途」では問題となっている行政財産（土地）の「供用されている具体的な態様」が考えられるとされ、他方「目的」とは当該行政財産（土地）の「供用によって達成しようとする抽象的な行政目的」を意味するものと理解されている¹¹⁶。

民法学の術語法に忠実に従えば、「使用」とはその「物の用方に従って、これを毀損せず、またその本質を変更せずに、これを用いること」であり、「収益」とは対象となっている「物（この事例の場合では土地）から果実（天然果実又は法定果実）を採取すること」を指すとされている¹¹⁷。天然果実というのは物の用法に従い採取する「産出物」のことである。もっとも、条文に即して許可を考える場合、使用と収益とは並列して規定されているため、これを厳密に区分して物を見る必要は無い。

実務の手引書及び学説の通説的理解によれば、国有財産法の定める「使用・収益の許可」の対象には当該行政財産の「目的に従った使用」は包含されないものとされており、この規定は「目的外使用」に関する行政による許可の制度を定めた規定であるとして理解されている¹¹⁸。したがってこの説の理解に即して考えると、海底からの砂利採取（を

ていたので、この観点で行政実務と判例とは整合的である。

¹¹⁴ 学説上は、こうした「国有財産」性の論証ならびにこのことを根拠として国の海に関する管轄権・管理権を導く説明に対する反対説もある。そうした反対説においては、これとは別の根拠から国の、あるいは地方公共団体の海に関する管轄権・管理権が導かれることとなる。管理権の根拠および管理主体については、横山信二「海・海岸の管理」、『行政法の争点 [第 3 版]』（有斐閣、2004）198 頁以下。

¹¹⁵ しかし、学説では国有財産法は行政財産（と言うよりはむしろ、これに相応する（あるいはこれよりも高次の）概念として前出の「公物」という概念を用いている）の財産管理の側面に着目した規律を行なう法律であり、これの利用に係る制度（すなわち機能管理）を規律することを本来の目的とはしていない、とする指摘が強くなされている。塩野宏『行政法 III [第三版]』（有斐閣、2006）314 頁以下。もっとも、個別の機能管理法（公物管理法。例えば、前出の海岸法のような法律がこれであると理解されている）が制定されていない（例えば海のような）公物に関しては、結局この「使用許可」の規定は実質的に機能管理と同様の意味を持つということは認められている。宇賀・前掲註 51・464 頁。なお、海砂利採取のために出される使用収益の許可はそもそも違法であって許されない、とする学説は管見の限り見当たらない。

¹¹⁶ 国有財産法研究会『国有財産 法と制度と現状と（改訂版）』（大蔵省印刷局、1991）120 頁。

¹¹⁷ 我妻榮・有泉亨（清水誠 補訂）『[新版] コンメンタール 物権法』（日本評論社、1997）138 頁以下参照。

¹¹⁸ 国有財産法研究会・前掲註 116・126 頁、塩野・前掲註 115・350 頁以下。このよう

目的としている、「海底の土地の使用」)は海底の土地の本来の目的に従ってはいない使用法と観念されている筈であり、そしてその本来の「用途又は目的を妨げない」と認められる範囲においてその「使用収益」が許可されているのである。

なお、この通説的理解に対しては、現在有力な反対説¹¹⁹が提起されている¹²⁰。本稿から見ると、同説の趣旨を二点挙げるができる。第一に、同説によればこの条文は「目的外使用の許可」ではなく、「目的阻害の外にある<使用>の許可」を規定したものである、ということである。この条文が課する制約は、通説的理解において目的「内」使用と考えられた<使用>の態様にも当然妥当するものであり、国有財産法はこの点において公物管理の一般法たりうる¹²¹、とされる。第二に、国有財産法の言うところの<使用>は利用一般と同義ではなく、話題となっている当該公物を「自己の用に供する（自己のために供用する）」ような利用の態様がここで言う<使用>の義である、とのことである¹²²。

どちらの説を採用したとしても、問題となる行政財産の「用途又は目的」ないしは共同的使用を（過度に）妨げない限度においてでなければ、使用収益の許可を出すことはできない、というのが法律の定め、また理論の要請するところであった。少なくとも、それを妨げるような使用収益の許可が出された場合にはその許可は違法なものとして攻撃されるべき契機を内包しているものと解することができるだろう。また、使用収益の態様がその使用収益を行なう過程において「用途又は目的を妨げる」態様ないし程度に至った場合においては、この使用収益の許可を取り消すことも許されなければならない

な理解の根拠には明治憲法下の国有財産法の規定（の趣旨）及びそれ以降現在の国有財産法に至るまでの改正の経緯等が挙げられている。またこうした理解は公物の自由使用（の限界）に関する伝統的な学説の立場とも照応するものである。

¹¹⁹ 森田寛二「国有財産法の理解に関する疑問（上）」自治研究 73 卷 12 号（1997）3 頁以下、同「（中）」自治研究 74 卷 1 号（1998）3 頁以下、同「（下）」自治研究 74 卷 3 号（1998）3 頁以下。

¹²⁰ この反対説は、皇居外苑使用不許可処分取消等請求事件最大判昭和 28 年 12 月 23 日民集 7 卷 13 号 1561 頁（但し判決主文との関係ではいわゆる傍論であり、「念のため」判決となっている）の丹念な読解から想を得たものであり、梅謙次郎（民法の起草者の一人である）説の助けを借りながら<利用><使用>といった用語の法概念的意義を画定しつつ、結論において国有財産法の定めた要件の文言に対してより忠実な読解を行なったものとなっている。森田説における<利用><使用>の法概念の抽出の成果は未だ十分に法律学の世界に定着しているものでもなく、また本稿筆者はそれを自家薬籠中のものとする事ができていないため、本稿ではそれぞれに<>括弧を付して独特の法概念であることを示すこととした。

¹²¹ 精確には、「個別の公物管理法の中の《公物に関する規定》の一般法」たりうる、という。森田・前掲註 119 論文「（下）」・13 頁。

¹²² 公園の散策や、公立の美術館・博物館の観覧は、これら諸施設（公物）を占拠して用いることでも、<使用>（自己のために供（用）すること）でもなく、単なる「利用」であると解され、結論的には通説と同じくこれらの利用態様は同項の許可の対象から除かれることとなる、と森田・前掲註 119 論文「（中）」・11 頁は説明している。

いと解される¹²³。許可をそのままに放置しておく（したがって用途又は目的を毀損する）ことは、管理者として行政に与えられた権限を逸脱するからである¹²⁴。

（２） 国公有財産の管理に関する判例

国有財産法 18 条 6 項の許可を出す際の行政の権限ないし裁量に関しては、それを論じた、あるいは議論をする際の参考になるいくつかの最高裁判例が出されている。これについても概観しておかなければならないだろう。

森田説が読み解いていた皇居外苑事件最高裁判決において、問題となった国有財産は公園（皇居外苑）であり、その管理は厚生大臣の定める規則に基づいて行なわれるものとされていた。判決によれば、私人（団体）による（当該公園の）利用は、当該財産が「公共の用に供せられる目的に副い、且つ公共の用に供せられる態様、程度に応じ、その範囲内においてなしうる」とされた。私人にどのような利用をさせるかは国有財産の管理権の内容とされているが、利用の許否の判断は管理権者の自由裁量に属するものではなく、管理権者においては当該財産の「種類に応じ、また、その規模、施設を勘案し、その……使命を十分達成せしめるよう適正にその管理権を行使すべき」とされており、管理権の行使を誤り、利用を妨げる場合にはそれは違法となる、と説かれる。そしてこの事件に関する特殊事情として、「皇居外苑自体が著しい損壊を受けることが予想されること」、「長時間に亘り一般国民の公園としての本来の利用が全く阻害されることになること」等が行政において考慮されたことが認定され、結論としてはこのような考慮においてなされた処分は「違法ではない」と判断された（当然、前の諸事情に関して行政において考慮することも適法とされているのであろう）。

次に、行政財産である（一般公共海岸区域内の）土地の占用許可に関する事案であった、最二判平成 19〔2007〕年 12 月 7 日¹²⁵の内容を確認する。

¹²³ 明文上処分の取消（撤回）を認める規定が設けられていないが、事理の当然としてこのことが認められなければならないように考える。この点に関して、処分の附款として予め条件を定めておくことが適切かもしれない（行政による条件付加も、同様に、明文で認められたものとはなっていないが）。なお、国有財産法のこの条文と同型の規定構造・機能を有する条文として、地方公共団体の公有（行政）財産に関する規律を設けた地方自治法 238 条の 4 があるが、同第 9 項には、「行政財産の使用を許可した場合において、公用若しくは公共用に供するため必要を生じたとき、又は許可の条件に違反する行為があると認めるとき」には許可を取り消すことができる旨の定めがある。自治法で許可取消や（内容はともかく）条件付加が認められている以上、国有財産法でもそれを行なうことができると類推する余地はあるのではないだろうか。

¹²⁴ 許可を取り消さないまでも、使用収益の態様が「用途又は目的を妨げない限度」に服するように修正させることの提案ないし指導、あるいは使用収益の許可の修正申請を行なわせるようにすることは、使用収益を行なっている私人にとっても利益となることであり許容されるのではないかと思われる。

¹²⁵ 民集 61 卷 9 号 3290 頁。財産管理と機能管理とを厳密に区分した立場からの評釈として、日野辰哉「行政判例研究」自治研究 85 卷 8 号（2009）111 頁以下がある。また、

海岸法 37 条の 4 は、一般公共海岸区域の適正な保全を図るため、その占用について、国有財産法 18 条 6 項（平成 18〔2006〕年改正前である事件当時では 3 項）所定の行政財産の使用又は収益の許可に代え、海岸法 7 条の規定に倣った海岸管理者による許可制を布いた。しかし海岸法には一般公共海岸区域の占用の許否の要件を置く明文の規定が存在してはいない。また国の規則・県の海岸法に関する細則にもそうした要件に関する規定が置かれておらず、（県条例においても許否要件の規定は設けられておらず、）この事案においては県知事の定めた「一般海浜地等管理規則」において必要な事項が定められていた¹²⁶。

ところで、この場合において、一般公共海岸区域は行政財産としての性格を失うものではない。すなわち、海岸法 37 条の 4 により占用の許可をするためには、国有財産法 18 条 6 項の要件が満たされている必要があるのであって、一般公共海岸区域の「用途又は目的を妨げない限度において」その占用の許可をすることができる。申請に係る占用が当該一般公共海岸区域の用途又は目的を妨げるときには、海岸管理者は許可をすることができない。

但し、用途又は目的が妨げられないときであっても、海岸管理者は必ず許可をしなければならないものではなく、海岸法の目的等を勘案した裁量判断として許可をしないことが相当であれば許可をしないことができる¹²⁷。この占用の許否の判断に当たっては、「当該地域の自然的又は社会的条件、海岸環境、海岸利用の状況等の諸般の事情を十分に勘案し、行政財産の管理としての側面からだけではなく、同法の目的の下で地域の実情に即してその許否の判断をしなければならない」。この判断は性質上「海岸管理者の裁量にゆだねるのでなければ適切な結果を期待することができない」¹²⁸。

山本隆司「行政裁量(5)」363号(2010)91頁以下が判示事項の流れと行政の手続の経緯に即した精密な検討を行う。

¹²⁶ 海岸法の平成 11〔1999〕年改正以前には、現在の「一般公共海岸区域」は海岸法の規定の適用を受けない「一般海浜地」として、法定外公共物の状態にあったのであり、その管理は国有財産法（に基づく規則）に基づいて行われていた。

¹²⁷ この点で原審高裁の判決が否定されている。高裁判決では、本件に関する県知事の規則が参照された上で、同規則の規定する要件の一に該当する使用は、用途又は目的が妨げられない場合は「必ず」使用許可を認められなければならない、と考えられていた。なお、この事件の場合、規則は許可を「するものとする」と定めているのであって、「しなければならない」とまでは定めていなかった。逆に「しなければならない」と定めてしまっていた場合には（信頼保護の観点から）結論も変わると考えることもできるが、続く本件判決の一節はこのことも否定しているようにも読み取ることができる。

¹²⁸ この判示は、直接的には（三個の法目的を備えた現行）海岸法の解釈として示されたものである。海岸法は、通常理解では、個別の公物（機能）管理法と理解されている。国有財産法はその適用対象があまりにも広くとられており、（法定外公共物の機能管理を行なう際の）受け皿として活用できることは否定しないまでも、個別の財産（公物）の性質に応じた管理に関しては言及するところがない。本稿は、公物管理法理の一般的な原則ないし条理を通じて、他の公共物の管理についても、行政財産（公物）の種

また、「行政庁がその裁量に任された事項について定めた裁量権の行使の準則に違背して処分が行われたとしても、裁量権の範囲内にとどまる限り、当該処分が当然に違法となるものではない」。

ただ、管理者の判断（処分）につき、裁量権の範囲の逸脱又は濫用があった場合に、不許可の処分は違法として取り消されるのである。

以上が本判決の一般論であったが、この事案の場合において問題となっている海岸では、（一般公共海岸区域であるため）「海岸保全施設を設置することによる積極的な防護が行われるものでもなく」、また「その自然の状態において公衆の自由使用に供されてはいるものの、現に公衆が具体的に利用し、あるいは海岸管理者以外の者が施設又は工作物を設けて占有しているものでもな」かった。

海岸を（長期的に）占有することとなる構造物（栈橋）については、原審の認定において、「大規模で堅固かつ長期的なものではあるが、比較的容易に撤去することができ」、これによって「海岸の形質に重要な変更が加えられるものでもない」と認められていた¹²⁹のであって、このことは本件海岸の「用途又は目的を妨げない」とする評価を基礎づけた。

この部分からは、現在の判例は、伝統的な学説の理論に則ったカテゴリーカルな判断ではなく、具体的事実認定をベースとしたより実質的な判断を行なっているということが見て取れる。継続的かつある程度排他的な海岸の占有は伝統的な学説の考えでは完全に特許使用の範疇に入る使用態様であったと思われる。しかしこうした占有であってもその容易な撤去可能性及び形質への変更の軽微性から用途・目的への妨害の程度が軽く見積もられたのである。また、公衆の利用に関しても、それが具体的な利用でないかぎり¹³⁰考慮されないようである。

類や性質に配慮し、地域の実情に即した判断を下すべし、とする（本判決の）趣旨を妥当させることができるのではないかと考える。それが可能であれば、同様に「この判断は性質上……管理者の裁量にゆだねるのでなければ適切な結果を期待することができない」ものとなるだろう。宇賀・前掲註 51・471 頁も公物管理権者の機能管理の観点からの裁量を読み取る。

¹²⁹ ただし、往々にして構造物の設置はその地域に固有な砂の流れや水の流れに強い影響を及ぼし、例えば海浜の貧砂化又は過剰な砂等の堆積を帰結するという事象が見られるのである。本件海岸を荷の積み下ろしに用いるのであれば、栈橋を中心に砂が過剰に堆積したような場合には浚渫のために余計なコストが用いられる（また海浜本来の姿が改変される）こととなるようにも思われる。私見では、処分の再考に当たっては、物質移動に関する丁寧なシミュレーション等の分析・研究が求められることとなるように思われる。

¹³⁰ 公衆による将来の利用については言及されることがなかったが、利用が強く望まれるようになった場合には許可の取消が行われ、構築物の撤去が求められる（そのための撤去の容易性の認定である）こととなるのではないかと考えられる。なお、最三判昭和 49〔1974〕年 2 月 5 日民集 28 卷 1 号 1 頁の趣旨が参考になるように思われる。この事例は都府の行政財産である土地の使用許可（によって与えられた使用権）に関する判

しかし、最後に行政の具体的な意思決定にあつて大きな影響を及ぼすこととなりそうなのは、裁量権の逸脱を判断（認定）した箇所である。当該判決では、行政側が本件原告の行なおうとしている（採石）事業についてこれを望ましいと考えてこなかったという事件経過や地元村長・漁協の同意の不存在を県が重視したと見られること（考慮すべきでない事項を考慮したという評価を基礎付ける）に加えて、さらに本件海岸に棧橋を設けることが採石業を行なうために不可欠であること¹³¹、海岸の占用許可がされなければ事業操業が相当に困難になることが重視された。最高裁は後者の点をおそらく「当然考慮すべき事項」と考えており、行政はこの考慮の欠如によって「社会通念に照らし著しく妥当性を欠く判断」をなしたものと指弾し、裁量権の逸脱を理由とする¹³²取消判決を下したのである。もちろんこれは行政が国有財産法の使用収益の許可を出すよう「義務付け」る判決ではないが、それでもこの判決はこの後改めて出されるべき行政の結論を誘導するような判旨を含んでいるように思われる。

（３）用途又は目的を妨げるということの認定

さて、この条文の解釈に当たっては、最後に海の（ないし海底の）「用途又は目的」に関する考察を行わなければなるまい。これもまた決して自明なものではないが、この点に関しては、先に議論した「海の機能・効用」に関する考察の内容が（用語こそ違え

断であったが、それによれば使用权が「期間の定めのない場合であれば、当該行政財産本来の用途または目的上の必要を生じたときはその時点において原則として消滅すべきものであり、また、権利自体に右のような制約が内在している」ものである。

¹³¹ なお、使用の必要性が行政財産の（目的外）使用許可に際して考慮されることは、最三判平成 18〔2006〕年 2 月 7 日民集 60 卷 2 号 401 頁の事件においても言及されている。この事件では市立学校の施設を教職員組合による教育研究集会の会場として使用することに関する判断の合理性が問われた。判決理由によれば、この事件で「学校施設を利用することの必要性が高いことは明らかであり、学校施設を利用する場合と他の公共施設を利用する場合とで……利便性に大きな差違があることは否定できない」。なお、学校施設の場合には、「教育目的」に使用すべきことへの拘束が法律上強くかけられている。この判例につき、衡量要素と判断過程統制の視点から詳細な読解をするのは山本隆司「行政裁量(1)」法学教室 359 号（2010）104 頁以下である。

¹³² もっとも、本件では「適正に考慮されている事項が一つもない」と考えられているようであり、一つの考慮不尽が直ちに（処分取消という）結論を規定するかどうかは不明である。桑原勇進「最新判例批評」判例評論 596 号（2008）7 頁、仲野武志「最新判例批評」判例評論 578 号（2007）10 頁も参照。橋本博之『行政判例と仕組み解釈』（弘文堂、2009）172 頁は、この判決を「海岸管理者による恣意的な妨害の意図を認め、それを手がかりに「著しく行政の目的に反する行為」と見て処分を違法と判断した」とものと読む可能性に注意を喚起している。橋本の同著は判断過程統制と社会通念審査という最高裁判例の方法論（行政財産の目的外使用だけに限られない、行政裁量全般を視野に収める見地からのものである）を時系列的に整理するものであるが、この読解が成り立つとすれば、「判断過程統制に持ち込む必要はなく、直截に目的違反・動機違反と構成すれば十分ではないか」と指摘する。

ど) 参考になるのではないかと考える。

「妨げ」に関し、実務の手引書・通説に従えば、海砂利採取が目的「内」採取である場合には本来この許可の対象となるべきとは考えられない。おそらく海砂利採取は目的外使用であると観念されているということになるであろうが、もっとも砂利採取が他の使用者の共同使用を排除しうるものであるのでその観点から許可制の導入を理論的に基礎付けることができることも先に示した。森田説に従うと、「用途又は目的を妨げないこと」が〈使用〉のあり方全体への制約条件となるため、海砂利採取（許可）においてもその観点に立った考慮・判断が行われなければならないこととなる。

もっとも、国有財産法（を承けた実務）が直接の管理の対象としているのは、「海底の土地」である。ここでは「海底の土地」の「用途又は目的」に関する解釈が第一義的に重要となる。逆に国有財産法について「海底」のみならず「海」をも考慮（保護）の対象とするためには、もう一段階踏み込んだ議論をすることが必要となるかもしれない。

そこで、まず「海底の土地」の認識から考えてみる。国土交通省（旧建設省）の解釈においては、砂利（採取）自体は本条の許可の対象ではなく、海底の土地の一時使用の一態様として土地使用許可が出され、その後で偶然海底の土地の上に積もっていた砂利が一時使用者によって取り去られるという構成が採られていた。この構成は元々、（普通）河川に賦存している砂利の採取に当たっても同じように採られていたといい、ここでは砂利は、河川敷の付属物又は従物ではないとの理由で、これを国有財産法の管理対象から除外していた、という¹³³。

しかし、本稿筆者にはこの構成は自然だとも妥当であるとも思われない。砂利は海底の地面・地盤の構成要素である。この点に関して、中山充¹³⁴が、岩石や砂利はそれぞれの賦存する土地の天然果実であるとする理解を示している¹³⁵。この説を支持すれば、国有財産法の理解においても許可が出されているのは天然果実海砂利の「収益（収取）」であるという見方になるであろう。前掲三浦論文は、「国有財産法は財産管理法であり、本条では国有財産の活用が図られている」とする学説に立つ場合に、海砂利採取の使用収益の許可についてもこれを国有財産の活用・運用の一環と見る一つの理論的可能性を提示している。

¹³³ 三浦大介「公物管理と財産管理——海の管理を素材として」、高知論叢（社会科学）69号（2000）80頁における旧建設省系の解釈の紹介に拠った。なお三浦自身の立場は必ずしもこの解釈を採るというものではない。

¹³⁴ 中山充「資源は誰が所有するのか——海砂採取に関する民事法理論的検討」、香川法学22巻3・4号（2003）とりわけ224頁以下。ここでの中山の理論的意図は（本文掲記の理由のみに拠るものではないが）認可外の砂利の（違法な）採取につき、事業者による所有権の取得を否定し、行政による原状回復ないし損害賠償の請求を基礎付けることにある。

¹³⁵ 阿部泰隆『政策法学講座』（第一法規、2003）39頁もこの立場を採る。阿部は、砂利の採取の対価（土地の使用料ではない）としての採取料を入札制にすべきであり、そうすることによって経済的にも妥当な結果が導かれることとする。

砂利を地盤の構成要素ないしは天然果実と見ることにどのような実益があるだろうか。私見では、海底の土地の一時使用の一態様として砂利採取が行なわれる場合には、必ずしも「海底の土地」の「用途又は目的」が害されるという認識が持たれることにはならないように思われる。なぜなら、海底の土地は海底の土地としてそのままの広さ・そのままの平面が残されるからである。しかし、砂利が地盤の構成要素であること、特定粒径の砂利は有限な産出物であることが自覚されるとすれば、取り去られた分の砂利は(少なくとも一時的には)海底の地盤から取り除かれることが意識されるようになる。過剰に取り去られてしまえば、それは海底の地盤そのものの「損壊」ともなりうるものであるところ、そのような損壊は法律上認められてはいなかった。つまり、海底の土地を厚みがあり何らかの不均一な構造を持った「地盤」であると認識することで、国有財産法に基づく管理の考慮事項をより広く認めることができるのではないかと考えるのである。

関連して、砂利資源の賦存量についても一言しておきたい。従来は砂利が無限なものであると考えられていたとまでは思われないが、この砂利が海域にどの程度存在しているものであるのか、その開発はどの程度の期間どの程度の規模で続けられるものであるのか、ということを行行政はほとんど考えていなかったように見受けられる。鹿児島県は(これも砂利の不法採取事件を承けた直後に始められた事業であったが)90年代前半に砂利(資源)の賦存量調査の事業に着手していた。現在では鹿児島県はどの海域に「十分な量」の砂利が賦存しているか、程度の情報は把握するに至っている模様である¹³⁶。また佐賀県では近年になり海底の様子が実際にはどのようになって(しまつて)いるかについて(議会での熱心な督励の効果もあったかもしれないが)調査をするようになったようである。海底の様子は、例えば河原よりもずっと(直接的には)観測しがたいものであり、その環境ないし景観の変化が人々に意識されるようになるまでに時間がかかってしまったように思われる。海底の毀損が意識されるようになったのは良い兆候であると評価される。

なお、海底の土地(特定の粒径の砂地)が特定の生物の生態を支持する一つの重要な基盤となっており、これを重要な一部分としながらより広い領域・規模における海洋生態系が営まれていることは前に触れた。海底の、また海の用途又は目的として生物多様性を支える機能が認められるとすれば、この機能の毀損は「用途又は目的」を害することにつながり、よって法の禁止する事態となることを念のため確認しておく。

第2節 海面利用の調整

以上、法律の規定をその要件に即して確認・考察してきた範囲において、問題となっている行政財産・公の施設の機能ないし目的・用途(仮に「機能等」でまとめることにする)の問題にあつては、それを妨げるか妨げないかの二分法で基本的な議論を構築し

¹³⁶ 鹿児島県議会平成13〔2001〕年企画建設委員会6月29日での牟田神河川課長答弁

てきた。しかし、議論が（処分時のみを基準点として）常に妨げ「あり／なし」の二分法の下行えるかどうかはいささか疑問である。

前に若干論じたように、当初機能等を妨げないとして行政（ないしは法秩序）により許容されてきた開発・資源利用が、その程度ないし態様が大規模になったこと、あるいは開発が累積したこと等により、やがて機能等を阻害するに至る、という可能性を第一に考えることができる（これは、可能性ではなく現実に起こった／起きつつあることである、ということも前に確認した）。もっとも、その場合には事後的に許認可を取り消す、あるいは指導により使用ないし開発の許可の内容を変更し機能等の阻害を生じさせないようにする（指導に従わない場合には結果として許認可取消が帰結する）、といった手段を考えれば足りるだろう。

第二に、公共物の利用秩序を、機能等もしくは利用者相互間の利用を阻害することのないように構築することにより、より柔軟な管理（行政）を志向できないか¹³⁷、という論点がそこには存在する。海砂利採取が行われる海域とダイビングや漁業が行われる海域とを時間的ないし空間的に分けて観念すれば¹³⁸、結果として海域のより効率的な利用¹³⁹が行われる可能性があるのである。

¹³⁷ 秩序構築・利用調整が公権的に行われなければならないとする論理的必然性は存在しない。地元において自生的に、あるいは利用者間の協定等によってルールが作られること、場合によってはそのエンフォースメントさえ私人の間において行われることの可能性は論理的には排除されないからである。しかしそうであるにしても、私人間で目的阻害や使用の衝突（対立）が起こらないように配慮を行った上で行政による管理が行われることは望ましいという政策的な主張も同様に可能であろう。権力的な手法と自治的な手法との対照や、政策（執行）との照合を行なうのは、伊藤修一郎「「コモンズの悲劇」の解決策としての法—景観保全における「メニュー法・枠組み法」についての考察一」、法社会学 73 号（2010）188 頁以下、殊に 193 頁以下。

¹³⁸ もっとも、採取を行う海域は採取計画に定められている筈であるのに、実際には認可海域外で海砂利採取が行われていた、とする事件例は随所で提議されているのであり、結局のところこの種の方法は実効性に乏しい、という指摘も可能である。この場合問題となるのは法（行政）の実効性確保（エンフォースメント）ということになる。また、例えば良好なダイビングスポットは魚類が多いということで同時に良い漁場であるような場合が現実には多いであろうから、この種の調整は結局のところ困難である、という指摘もされるかもしれない。時間的分割というのは、例えば魚類の産卵時期や漁期を認可の期間から外して海砂利採取計画の認可を行なうというような考えである。

¹³⁹ ただ、海底環境が既に破壊された区域と未だ破壊されていない区域とを見比べて、「まだこの区域は破壊されていないから大丈夫（この区域でやろう）」と安易に言うことは許されるべきではないにも思われる。そもそも生態系を擁し育む環境は、一定程度の規模が存在していなければ早晚持続不可能となる可能性がある。この点についても慎重な配慮が行われなければなるまい。この慎重な配慮と、他方に置かれた骨材供給のプライオリティーの高さとの比較になるのではないかと考える。もっとも、海砂利採取の場合、すでに壊滅的な被害が海底に生じていると見ることもできるのであり、海域や時間をいじることによってそれを継続させることには、やはり絶対的な限界が存在するというロジックも立つのかもしれない。

第3節 海の管理権と公物管理法の持つべき内容

どのような内容・形式をとるかという点については大きな多様性が見られるであろうが、地方公共団体は（本来国において行なわれるべき事務の法定受託事務としてであれ自身のいわゆる自治事務としてであれ）海の利用に関して何がしかの管理を行なうことができるし、場合によっては何らかの管理を行なうことを（事理として、あるいは住民からの要求に応じて）必然的に迫られるであろう¹⁴⁰。

例えば、最もフォーマルな形式では、（県）議会において条例が制定され、よってその執行をすることが必然的に行政に求められることとなる。そうでない場合にも、議会に対する請願や議会・行政部局に対する利益団体からの要請・陳情といった経路をたどって、何らかの管理や問題対処が求められるであろうことは想像に難くない¹⁴¹。広島県や長崎県では、自治条例による海（面）の管理が行われてきた歴史がある¹⁴²。

ここで、地方公共団体に定めることが要請される（あるいは認められる）、その「沿岸域（公物）管理条例」とも名付けうるものについて、その持つべき内実を立法論的な議論も交えて論じておきたい。

先ほどその一端を示したが、学説における「公物法理」においては、公物の「機能管理」というカテゴリーが考えられており、その内実についても次のような事項が考えられ定められていなければならないとする指導的な理論が開発されていた。それは主として、公物の（新設・）改築・改良・維持・修繕・災害復旧といった整備ないし工事に関する必要な規定（権限）、そもそも何のどの部分を公物とするか（みなすか）という公物の範囲の決定に関する規定、公物に対する若しくは公物における行為規制、公物使用の態様・利使用関係の規制に関する規定、といった事項であった¹⁴³。公物法理はそのままでは学説上の構築物であるにとどまるものであるが、実定法の制度を説明する機能の他に、（司法による）法解釈・行政の裁量の統制に当たって参照・摂取されるべきこと、さらには公物管理に関わる立法が行われる場合にもそれを指導する理念としても機能すべきことが望まれている¹⁴⁴。公物管理条例が十全なものとなるためにも、上記機能管理に関する事項が条例内に規定されることが望ましい。

¹⁴⁰ 海の管理権の所在等に関しては様々な議論が積み重ねられてきたようである。しかし現在では、地方公共団体が管理に関して何がしかの役割を担うであろうということについての異論は（国の中央省庁においてさえ）見られない。議論の内容と経緯は、横山・前掲註 114・199 頁。近年では「国の」海洋管理権を再評価する見解が有力になりつつあるが、そうした論者にあっても、地元によるきめ細かな管理が行なわれることを否定することはできないと考えられている。櫻井・前掲註 87 書・146 頁。

¹⁴¹ 海砂利採取（土木）対漁業・水産資源管理の対立ないし調整について上で掲げてきた諸事例においても、既にこうした管理の要請が行われていた。

¹⁴² 横山・前掲註 106・60 頁。

¹⁴³ 宇賀・前掲註 51・453 頁以下参照。

¹⁴⁴ 塩野・前掲註 115・309 頁以下参照。

そこで、次に公物の範囲の決定に関する考察を行う。大橋洋一は、典型的な公共用物である道路・公園（但しこれらは人工の公物である）などを念頭に置いて、それらは「都市計画の対象ですから、計画法の視点が公物法にも入ってこないとおかしい」、「都市計画には、土地利用規制の計画と公共施設整備のための事業計画の二つがある」と指摘している¹⁴⁵。ところで、河川のような、「自然公物」と目されるものに関しても、災害防止（近年では親水等も加えられた）の目的のために人の手が加えられ（工事され）整備されているものがあり、整備が進んだ河川は「人工公物」性をも帯びてくることは明らかである¹⁴⁶。その整備・工事（そして管理）に当たっては、「施設整備のための事業計画」や利用計画と「（具体的な）利用規制の計画」が定められた上で、それを基本として行政が進められていることが主である。これらのことを勘案すれば、海（特に沿岸域）においても同様にどの部分を（主に）どのような利用に供するか（例えば海水浴場になる部分、漁場となる部分、など）、そのためにどのように手を加え（あるいは加えず）施設を置くか、などの整備計画と利用計画を構想すること、この構想に沿って管理行政を行うこと、そしてこれを公物法の一般法理に基礎づけることは十分に可能であるように考えられる。ここにおいて、公物の範囲をそういうものとして切り分け決定し認識することによって、実際に公物管理権の及ぶ範囲が決定されるのである。そして、この範囲はただ平面的であるものではなく、管理上必要な範囲において公物の敷地の上下の空間にも及ぶ（立体的な）ものである¹⁴⁷。

前節の公物の空間的・時間的な観念分割ないしはそれによる利用秩序構築という議論はこのような公物理論を前提としても構想されうるものである¹⁴⁸。海洋の一定範囲をそれぞれに主要な用途を備えた海域として区分し、しかる後にそれぞれの海域について、

¹⁴⁵ 松岡久和-大橋洋一「公物——民法との対話」、宇賀克也-大橋洋一-高橋滋 編『対話で学ぶ行政法』（有斐閣、2003）286頁以下。

¹⁴⁶ 宇賀・前掲註 51・429頁以下。

¹⁴⁷ 実際に、道路や河川等においては立体的な地域指定を行うことが認められるよう法改正が行われている。海の場合には、海中は海面とも海底とも異なった利用法が（具体的な技術的可能性等はともかく、少なくとも観念的には）なされうるために、立体的ゾーニングの意義がいや増すこととなる。条例ないし公物管理法（令）において立体的な「海」の範囲の定義ないし認知を行うとすれば、前章の国有財産法（権原付与）に関わる行政の決定においても「海底の土地」ではなく「海」についての考慮をそこで行うことができるようにすることも可能となるのではないだろうか。

¹⁴⁸ 空間的・時間的分割使用の観念の導入に強い期待を込めるのは宇賀克也である。宇賀はこの考え方を公用物の公共用物的利用促進の鍵として提示している。宇賀・前掲註 51・427頁。他方、海域（公共用物）が時間差によって多種類の利用ができること、同一の海域を垂直的な関係において利用できる可能性があるということを主張し、その重層的・多面的利用に期待をかけるのが廣瀬肇である（中山・横山編著・前掲註 14・264頁）。ともに、このような分割によって効率的な空間利用が可能となることに注目しているように思われるところ、そうした空間については計画的な運用および積極的な利用調整が必要となるものである。

その用途・目的に応じたかたちで必要な措置・行為規制なり工事なりをとる、というようにことを予め計画化し、それに沿う形式で管理の方式が案出されるという段階が踏まれる。このような計画が策定された場合には、その内容として、前出の海の利用の優先順位のような内実を含めることも可能ではないかと思料する。

このようなかたちでの管理計画策定に際しては、関係する漁業者等の利害関係者（利益団体）、そして親水等の理念から利用者一般（地元住人を当然含む）の意見を聴取しながら、あるいはそれらの者をメンバーに含んだ何らかの合議体において決定されることが望ましい¹⁴⁹。なお、先行する行政の例としては、海岸法において、海岸「保全施設」の整備に関する事項についてのみ、かつ海岸管理者が必要があると認めた場合だけに、関係住民による海岸保全基本計画策定への参画（意見の聴取）が認められている。

第4章 計画的採取と採取量の上限

第1節 骨材需給の全体

（1）砂利の流通可能性

冒頭から叙述してきているように、海砂利採取が及ぼす被害は甚大なものとなりうることは明らかである。しかし、これに対処するためにただ単純に海砂利採取を全面的に禁止するという対策は有効であろうか。このとき注意しなければならないのは、骨材需要が現在のまま変わらないとすれば、足りなくなった分の砂利（ないしは砂利を代替する骨材）は他へ求めなければならない、ということである。

求める方向が陸上に産する砂利や、岩石を人工的に砕いた砕砂・砕石に向かった場合には、地上の自然環境に甚大な影響があらわれることが予想される¹⁵⁰。結果的にはどうあっても環境が破壊されるというのであれば、陸よりも海の環境が破壊された方が良く、とまで言いたいわけではないが、陸上には陸上なりの問題が存するのであり、環境の限界があるのだ、ということである。また、九州地方では（前提として）陸上の砂利資源に乏しいという制約があるものと理解されていた。この点からも陸地の砂利に期待をか

¹⁴⁹ 宇賀・前掲註 51・430 頁では、このような利害関係者の参画の促進・実現（パブリック・インボルブメント）においても公共信託理論が一種の基礎を提供するのではないかということが論じられている。本稿で見る型の公共信託法理は直接的にはこの議論と同様の趣旨を述べるものではないが、アメリカでは利害関係者からの聴聞に関する制度が夙に発展しており、その制度の下で参画を図れば充分であったのではないかと見る余地もある。詳しいことは後述する。

¹⁵⁰ 主として千葉県の子砂利採取場近辺を取材したものであるが、佐久間・前掲註 15『あゝダンプ街道』、写真が見開き iv～v 頁に掲載されている。この著書では、地域住民の健康及び生活環境への被害、地域の自然環境の破壊の他、採取に携わる労働者・輸送に携わるダンプ運転手への健康被害についても報告がなされている。また、グーグルで「採石場」でイメージ検索をかければ採石場という施設がどのような「景観」を呈するものであるか直ちに理解することができるだろう。

けることは難しいということを行うことができるだろう。

砂利を求める方向は海外にも向きうる。かつての貿易統計によれば、中国・台湾・北朝鮮などから砂の輸入を行なっていたということである¹⁵¹。このうち中国については、その後国内での需要が高まった結果として、輸出があまり認められなくなったという話もある¹⁵²。ともあれ、骨材資源を輸入することは、日本近海海底における「環境破壊」を地上に、あるいは県外・海外に「輸出」することとほとんど同義であることは忘れられるべきではない。

(2) 砂利代替資源の研究開発及びリサイクル

もっとも、「砂利を代替する骨材」は自然環境を破壊するものに限られるわけではなく、環境に（より）優しい代替資源¹⁵³の試作及び実用化に向けた研究開発も始められている。例えば、海砂利採取が完全に禁止される直前の（瀬戸内海）愛媛県では、行政部内で開かれた「骨材対策委員会」において「金属の精錬過程で発生する銅スラグや鉄鋼スラグ」、「火力発電所で発生する石灰灰（フライアッシュ）」、「ゴミ熔融スラグや廃ガラスリサイクル材」といったものに注目して代替可能性・品質・供給見通し等に関する調査検討を行なっていた¹⁵⁴。スラグというのは溶鉱炉（高炉）やゴミ焼却炉の運用に伴って発生する副産物で、金属熔融スラグに関しては日本工業規格（JIS）による標準規格も定められている¹⁵⁵。

また鹿児島県では火山灰（シラス）の骨材への転用に関する研究開発が行政と産学の連携によって推進されており、県議会や有識者会議もこれに期待をかけていることが見て取れる¹⁵⁶。

解体された建造物に用いられていたコンクリートであって、未だ物理的な耐用年数

¹⁵¹ 中山・横山編著・前掲註 14・225 頁〔鳥谷部茂執筆部分〕に「海外からの輸入」に関する情報がまとめられており、国内の砂利採取状況全体や他県との関係での搬入・搬出の状況と合わせて 1999 年度から 2002 年度までの砂利の移動・需給の状況が一覧化されている。

¹⁵² 2009 年度には、タイ・ベトナム、マレーシアなど、東南アジアの諸国からの輸入の量が増えつつある。

¹⁵³ 以下の諸材質について工学的に厳密に言うと、代替骨材のみならず、「混和材」と呼ばれる、その容積がコンクリートの配合計算に関係するくらいには多い、コンクリートの改質・強化に作用する材料もこの中に含まれているようである。大野（監）・前掲註 6・18 頁以下。

¹⁵⁴ インターネットアーカイブを用いるが、

‘<http://web.archive.org/web/20070209000651/www.pref.ehime.jp/070doboku/020gijutsukikak/00005739041124/gijyutu/kotsu5/houkoku.htm>’ で報告書（2002 年）を、ここからのリンクで会議の議事録を見ることができる（2010/12/13 最終確認）。

¹⁵⁵ 大野（監）・前掲註 6・31 頁。

¹⁵⁶ 依然として研究開発中ということではあるが、鹿児島県議会平成 14〔2002〕年企画建設委員会 3 月 19 日における福元技術調整監の説明がこのことを示す。

(寿命) が到来していないものに関しては、これを改めて粉砕し骨材として再利用するというリユースないしリサイクルの手法も提案されている¹⁵⁷。この手法は、循環型社会の構築という基本法的要請においても、実用化されることが望ましい手法であると考えられる。

こうした自然環境に対してより優しい砂利代替資源の開発が成功裡に進められたとすれば、海砂利開発の必要性が相対的に低下することも考えられ、これをもとに骨材需給の再考を進めることができるということになるであろう。

第2節 骨材開発を行政の任務とすることに関して

(1) 任務の正当性

骨材需給について触れたところで、認可採取量に関して若干言及しておきたい。海砂利採取の許可が出されるに当たっては、採取が許される(総)量があらかじめ定められていることが多い。すなわち、海砂利の採取計画においては採取を行なう量が定められることが予定されており、国有財産法上の許可(その申請)についても砂利の採取数量を記載する欄が見られることが多い。行政(県)においては、この上、年度を単位として砂利を採取する総量を定めていることが多く、この総量上限を決定する際には前数年の骨材需要が考慮されることが普通である。近年では、向こう何年間にわたった、上限量の削減を行なう行政実例もある¹⁵⁸。本稿の主要な関心は(必要な)資源の開発と環境保全との調整にあるので、計画的な採取(調整)は興味ある話題である。

ただし、そもそも行政はその目的として骨材の確保ないし需給の安定を図らなければならないのか、ということが根本的な問題である。本稿冒頭で述べたように骨材が無ければコンクリートの確保(それを通じた住宅ないし社会資本の整備)がおぼつかなくなるということは確かであり、何らかの形式において骨材確保ないし需給の安定を行政目的とするには一定程度の合理性を認めることができると考える¹⁵⁹。

(2) 任務の重要性

目的としては正当であるとして、では、その目的はどのような優先順位の重み・重要性を備えているであろうか。これに関しては参考になる制度が採石法に定められている。

¹⁵⁷ 大野(監)・前掲註6・36頁以下。

¹⁵⁸ 長期的視野をとってこのことを計画化したのは熊本県である。

‘http://www.pref.kumamoto.jp/uploaded/life/4177_8183_misc.pdf’(2010/12/13最終確認)。

¹⁵⁹ このことを直接具体的に指示する法令があるかどうかを確認することはできなかった。もっとも、(旧)砂利採取法や採石法の制定過程においては、その目的が正当かつ重要なものであることを行政・国会ともに認識して議論をしていたように思われる。他方、(諸)県の海砂利採取に関する要綱レベルでは、骨材の安定的確保が実際に目的(の一つ)に掲げられていることが見られた。

採石法自体は、終戦後の経済復興期に不安定となりがちであった岩石採取の事業（したがって岩石資源供給）を安定化させるために行なわれた立法¹⁶⁰であるが、そこでは「採石権（の強制設定）」という仕組みが設けられている。前述のように、日本の法制度においては、岩石を採取することは土地所有権の行使の一態様であると理解されている。自らの所有に属さない土地を（も）利用して採石事業を行なうためには、この土地を買い取って自己の物とするか、あるいは当該土地の所有者と契約を結んで適法に開発を行なう権原を得ることが通常予定されているが、この権原に物権的効力を付与（し長期的かつ安定的な採石事業経営を支えようと）する制度が採石権制度である。

採石権を有効にするためには、基本的には土地所有者と採石事業者とが合意して物権を設定しこれを登記することが必要である。しかし、土地所有者の承諾・合意が得られない場合においては、事業者は経済産業局長に採石権強制設定の申請を行なうことができ、経済産業局長は一定の要件の下に採石権を設定するという道が開かれている。

法律の定めるところによれば、採石権を設定してはならない土地の要件とは例えば以下のようなものである¹⁶¹。問題となっている土地が①公共の用に供する施設の敷地ないし用地または建物の敷地であるとき、②砂利の採取を目的とする場合においては、その土地が海浜地・農地・採草放牧地であるとき、③他に現にその土地において採石業・砂利採取業を行なっている者がいるとき、④その土地における岩石若しくは砂利の採取が他人に危害を及ぼし、公共の用に供する施設を損傷し、又は農業林業若しくはその他の産業の利益を損じ、公共の福祉に反するとき、⑤その土地における岩石又は砂利の採取が経済的に価値がないとき¹⁶²、⑥その土地における岩石又は砂利の採取が他人の採石業又は砂利採取業を妨害するとき。上の場合には経済産業局長は採石権を設定「してはならない」のであるが、申請に基づく決定を拒否できるのは上に列挙されている場合のみに限られないと理解されている¹⁶³。

近年、この問題につき行政として最終的な判断を行なう機関である公害等調整委員会は、この拒否事由について次のような立場に立った判断を下している。そもそも採石権強制設定の制度は「岩石が社会資本の整備を目的とする公共事業等に必要不可欠の資源であることから、岩石資源の供給不足により社会資本の整備に支障を来すことのないよ

¹⁶⁰ 差し当たり、資源エネルギー庁編・前掲註 51・3 頁以下を参照されたい。

¹⁶¹ 採石法 4 条以下、殊に 10 条、16 条。資源エネルギー庁編・前掲註 51・90 頁以下。

¹⁶² この要件については、実務の手引書は、岩石が存在しない、あったとしても品質が悪い、運搬に多額の費用を要する、地下深くに存在するため採取が困難である等の理由により、採石業として採算がとれないと考えられる場合、としている。なお、これに対して、採算性がないことや計画を遵守した採石事業が不可能と思われることを理由として「岩石採取計画」を不認可とすることは、前に掲げた裁定例では否定されていたように思われる。

¹⁶³ 実務では、夙に昭和 41〔1966〕年には、例えば「採石業の実施が国立（国定）公園、文化財、温泉資源の保護に支障を生ずる」ような場合等には、裁量により決定の拒否をなしうるとする理解を示していた。資源エネルギー庁編・前掲註 51・94 頁。

うに、その需要を賄うに足りる供給を確保する」ために設けられたものである。しかし他方でこの制度は、「契約自由の原則に対する重大な例外というべきもの」であって、採石権を強制設定される「土地の所有権を著しく制限することになる」のであるから、強制設定は法所定の各号に該当しなくても、「かかる土地所有権の制限を正当化し得るに足りる必要がある場合に限り容認される」と解すべきである。すなわち、「岩石資源の需給が逼迫し、当該地域の岩石製品市場の需要を賄うに足りる供給量を確保し得ない状況にあるか、又は近い将来にこれを確保し得なくなる蓋然性が相当高度な状況にあって、土地の所有権を制限してでも岩石資源を確保することが社会公共の利益の観点から必要である場合に限り」強制設定が肯認される。

この立場は、判文にもよくあらわれている通り、土地所有者の契約拒否の自由・土地所有権の制約の重大性を非常に重く見積もったところから導き出されたものであるのだろうが、それでも本稿の問題に対する示唆を含むものであると考える。それは、(岩石)資源の供給が大幅に不足しているような場合においては資源供給という法益は土地所有権の制約をも認めるような非常に大きなプライオリティを獲得しようということである¹⁶⁴。ここから推論するに、骨材供給が一定の程度以上不足している場合においては、海砂利資源の開発による砂利供給の必要性もそれに応じて高くなるということができるのではないだろうか。砂利採取法の法制度の下では、砂利資源開発から得られるメリットと、事業遂行に伴うデメリットとの比較衡量を行う余地が法文上用意されていた。国有財産法においてはそうした考慮をすることがあまり考えられていなかったように思われたが、一つの考え方として、砂利資源開発の必要性は国有財産法 18 条 6 項における判断をする際に「必要（不可欠）性」の観点から考慮に取り込まれるのではないか¹⁶⁵。

¹⁶⁴ もっとも、この大きなプライオリティについても一定程度の留保をしておかなければならない。それというのも、建材は決してコンクリートに限られるものではなく、例えば木材を用いた建築によってコンクリートに偏った現在の建築文化を軌道修正させていくことは、現代の一つの政策的方向性となりつつあるからである。新しいところでは、174 回国会（2010 年通常国会）で成立した「公共建築物等における木材の利用の促進に関する法律」がこのような方向性を示す。理論的には、骨材需給を考えるその前の段階で、その骨材（そのコンクリート）は本当に必要不可欠なものであるのか、が検討されなければならない。

¹⁶⁵ 海砂利採取計画認可要綱のような内規は、どちらかと言えば砂利採取法の側に寄った行政の基準であったように思われる。国有財産法は規律の範囲が広過ぎて、個別の財産の性質に着目した運用法について特に言及するところがなかった、ということは先に確認した。もっとも、そこでは過剰な開発による財産（海）の毀損が明らかに禁止されているのみで、財産使用（収益）の許可に際しての行政による裁量発揮の（そして比較衡量の）余地が見られるということもこれまでに確認した。また、国有財産の活用という見地から海砂利資源の開発を見ることができないのではないか、という視角を前掲三浦論文は示していた。以上のことから、行政における裁量判断が行われる際に骨材資源開発を取り込むことも（とりわけ資源開発が必要不可欠な状況においては）不可能ではな

(3) 考慮事項及びその中における需給の実態の位置付け

上に紹介した採石法の解釈を前提に行われた公害等調整委員会の裁定例は岩石需給の事実及びそれが基礎付ける価値判断の認定を行なう上で貴重な具体例を呈示している。これに関連した重要な裁定例を二例検討する。

一件目は、道路用及びコンクリート用の砕石を生産・販売する事業者の申請に対して、(石川県の)森林を擁する行政財産である区域を含む土地に関する判断が下された公害等調整委員会裁定委員会平成16〔2004〕年12月14日裁定の事案¹⁶⁶である。この事案においては県としては「開発する意図が無い」とされている行政財産(森林)を開発しなければならないか、行政財産への私権設定が許されるかどうか、という論点については「判断するまでもない」として判断が下されなかったが、岩石需給の状況に関して次のような認定が行われた。①砕石の出荷先は、運搬コストの制約上、生産地から50キロメートル程度の範囲内とされているところ、申請人の砕石の出荷先もこれと同程度の範囲内であった。これは石川県のある地方と概ね一致する範囲である。②近年、国及び地方公共団体の公共事業予算の減少傾向が続いている上、公共事業ではリサイクル骨材の活用も拡大している。道路用の砕石の需要も全国的に及び同地方においても減少傾向が続いている。また同地方においては大規模な公共事業の予定等もないことから、こうした需要の傾向は当分の間継続することが見込まれる。③同地方に賦存すると推定される岩石量(同地方の主要な採石場に対するアンケート調査の結果等に基づく)と、同地方で今後予想される砕石の需要とを対比すると(これに関しては中部経済産業局が中立的な学識経験者を構成員として設置した「砕石の需要と供給に関する検討委員会」の検討結果が参照されたものと見られる)、同地方の砕石の供給量は少なくとも向後18年分の需要を賄うことができるものと推定される。④道路用及びコンクリート用の砕石に適する(安山)岩は既存の採石場以外にも同地方に広く分布している。上記①から④の認定事実により「当該地域の岩石製品市場の需要を賄うに足る供給量を確保し得ない状況」又は「近い将来にこれを確保し得なくなる蓋然性が相当高度な状況」にないことの認定を行い、採石権強制設定に関する公益的必要性を否定した。

第二に山口県周南市の土地についての採石権「更新」決定申請棄却処分に対する公害等調整委員会裁定委員会平成20〔2008〕年12月24日の事案¹⁶⁷である。この事案では、全国・中国地方(裁定文の表現では「中国地域」)・山口県それぞれについて、岩石の需要・供給、骨材(砕石)及び生コンクリートの需給動向・在庫状況に関する事実認定が

いのではないかと、ということがここでの趣旨である。

¹⁶⁶ ‘<http://www.soumu.go.jp/kouchoi/activity/ishikawa.pdf>’ (2010/12/13 最終確認)で閲覧できる。

¹⁶⁷ ‘<http://www.soumu.go.jp/kouchoi/activity/yamaguchi.pdf>’ (2010/12/13 最終確認)で閲覧できる。

詳細に行なわれている。岩石の供給状況については、採石法（施行規則）に基づく事業者からの報告の集計や統計年報等を参照して、平成 14 年から 18 年までの 5 年間で、岩石採取場数、砕骨材・石材・工業用原料を合計した岩石資源生産数量、砕石生産量、出荷量の基本的に一貫した減少傾向、及び砕骨材の残生産可能年数が中国地方では 37 年程度、山口県では約 28 年あるということが認定されている。岩石の需要状況では、公共工事の請負金額及び建設投資額が平成 15 年から 19 年までの 5 年間で減少していることが認定されている。そして、骨材（砕石）及び生コンクリートの平成 18 年 4 月から平成 20 年 4 月までの需給動向指数が「均衡」又は「やや緩和」で、骨材（砕石）の在庫状況指数が「普通」で推移しており、この期間においては需給動向・在庫状況ともに大きな変化がないということが、証拠及び審理の全趣旨を基に認定されている。これらの認定事実を総合して、「当該地域の岩石製品市場の需要を賄うに足りる供給量を確保し得ない状況」又は「近い将来にこれを確保し得なくなる蓋然性が相当高度な状況」にないことの認定を行い、経済産業局長の判断に裁量権の逸脱がないとする判断を下した。

二つめの事例に関して、もともと経済産業局長が「岩石資源の大幅な供給不足が生じるおそれはない」とした認定は 2 年間程度のスパンで供給状況を検討した末に得られたものであった。この判断に対して、裁定申請人（採石事業者）は、「バブル経済崩壊後の経済活動の低迷、環境面からの社会的要請によるリサイクル骨材の活用等の要因による需要の低迷に直面する一方、高度成長期を中心とする時期以降に建設されたコンクリート構造物の更新時期が順次到来することが見込まれ¹⁶⁸、海砂利採取制限の強化、新たな採取場確保難等の問題も生じる中で、今後の優良な骨材の長期安定的確保を図ることは重要であるから、更新決定の要件に関する判断は、長期的かつ経済的な視野に立って行なわれるべき」と指摘した。この指摘に応じて、裁定では中国経済産業局（長）は、過去 5 年間程度の全国・中国地方・山口県の砕骨材の需給動向を提示しており、上記事実認定はこの資料にも依拠して事実認定をなしたものと思われる。もっとも、過去 5 年（から 10 年間）程度のスパンをもって応答した経済産業局及び公害等調整委員会の事実認識が合理的なものであるのかどうかについては、なお疑問が残るようにも思われる

¹⁶⁸ コンクリート構造物の更新時期に関する話題は、社会資本整備重点計画のような行政計画においても重要な問題として考えられている。また、小林・前掲註 20 に紹介されているように、元々劣悪な品質のものとして施工されてしまったコンクリート構造物は非常に寿命（耐用年数）が短く、これについても更新ないし手当てが考えられなければならない。他方、行政においては年々公共事業費の削減が進められており、予算的な余裕がないということにも留意しなければならない。その点については、近年、綿密なメンテナンスを行い長寿命化を図る社会資本マネジメントというような手法が注目されている。阿部允『実践 土木のアセットマネジメント 「やりくり」で防ぐ社会資本の荒廃』（日経 BP、2006）が参考になる。

169。しかしこの5年程度のデータの提示に事業者は再反論を行なわなかった模様であり、裁定においては上記「認定を覆すに足りる証拠はない」とされている。

第3節 採取の上限量

さて、骨材需給という観点に立った行政の姿勢の一斑を上で見た。仮に骨材の安定的な供給を行政の任務とすると、骨材が不足してしまうという事態は明らかに行政にとって（また社会的にも）望ましくない事態である。しかし、適度でないし過剰に骨材の供給が確保されている場合には、当然にそれ以上の施策を行政として行なうべき理由はなくなる。

行政は海砂利採取の認可を行なうに当たって、事前に（県内における骨材需給等を勘案して）採取の上限量を定めていることがあるということを実に述べた。行政（県）は、基本的には県内の骨材供給を念頭において施策を行っているようであり、それに充分行き渡るような量の認可を志向しているのである。もっとも、近年では海の環境破壊を防止する等の目的もあって、そうした上限量を年度ごとに削減していくという方針を定めている県も見られた。

海砂利は本来的には国有財産なのであり、県という狭い範囲のみを考えて施策を行うことが適切であるのか、疑問無しとはしない。逆に、県という単位で認可の行政を行っているという条件が現状の規定に大きく影響している可能性は高い。ただ、海の環境破壊は既に深刻であるか、あるいは切迫した状態となっており、環境保全の要請と骨材（資源）供給との調和を図る上で、県という範囲で物事を見ることに理論的観点から一定の合理性を認めることもできるであろう。碎石という資源については（トラックを用いる）輸送に関するコスト等の問題で出荷ができる範囲の限界が事実上県ないし県の一地方に限定されている、ということが上記の裁定例で明かされていた。砂利に関しては詳細な資料を得ることができなかつたが、九州で採られたものが（どのような手段によってかは不明であるが）運搬され関空等の建設時にも利用されたというような証言が存在しており、運搬可能な限界は県よりは広くなるようである¹⁷⁰。なお、海については（主に漁業者を中心に）県の海、我々の海、という意識が強いという状況を前に指摘したが、この点からも国民（人類）共有の財産としての海という理念が軽視されすぎているように思われる。

削減については（自然減等の考慮に因るものではなく）積極的に行っていく、とする

¹⁶⁹ なお、骨材が備蓄可能な資源であるかどうかということも一つの問題となりうる。生コンやセメントについては、製造されてから貯蔵（備蓄）されている間に劣化が進行すると言われており、そうした資源に関しては備蓄ではなく適時の製造供給が考慮に入れられなければならないからである。大野（監）・前掲註6・14頁以下。

¹⁷⁰ 未確認ということではあるが、例えば佐賀県議会平成13〔2001〕年有明海・玄海再生等環境対策特別委員会8月8日における増本委員質問がこのことを主張する。少なくとも瀬戸内海産の砂は用いられたようである。

実務の例も見られたと述べた。その「量」ないし「率」ということについては特段の理由・主張は見られなかったが、骨材の過剰な使用の削減や環境保護の理念の浸透、社会全体におけるリサイクル骨材使用や骨材に関する議論の喚起等を目的として、「一定量（率）ごとに削減していく」という姿勢を示すことにも一定程度の合理性（行政におけるイニシアティブ）を認めることができるかもしれない。この点に関しては、骨材使用（開発）量の削減という目的の意義を現在以上にはっきりと示し、世論に対して広報し、議論を喚起するという施策が（関連する他の施策との関連においても）重要となるのではないかと考える。

なお、計画的採取及び計画的削減双方に関して、計画の方が海を損壊しない最大限度の量よりも多くの採取を認めていた場合には、それは大本の法の規定に違反することとなるだろう。海の損壊を行わないことという法の定める限界の方が制約条件としてはより上位にあることを一応確認しておきたい。ただし、海の損傷の認定は非常に困難であることも事実であり、現状既に採取がほぼ全面的に禁止されている瀬戸内海についても、今なお海（環境）が損傷されているとはいえない、とする評価もしようと思えばできないことはないかもしれない。

上限量の決定及び何らかの方法による骨材資源開発の長期的な削減方針が決められた以上は、その中での資源開発量の割当・分配が各海砂利採取事業者に対して行われることとなる。この割当（処分に即した形式では認可量の削減ないし不認可）に関しては近年事業者が行政を相手に不服申し立て（裁定）を提起したことが報道されている¹⁷¹。河砂利採取に関する先例・下級審裁判例においては、砂利資源の計画的な開発を行政が図っていく（べき）ことの可能性が認められている。そしてこのとき、計画的に採取を進めるに際して、新規の事業者や莫大な量の砂利の採取を申請する者については採取計画の（採取量における）不認可処分を行ったり、あるいは一部認可を行いうるという考えも処々で示されている¹⁷²。削減ないし一部認可につき、削減もまたそれぞれの事業者

¹⁷¹ 西日本新聞 2010年10月2日報道によると、認可量を上回る海砂を違法に採取したとされる事業者が、「認可量は県が一方的に決めた計画を前提にしており、業者の営業を制限し違法」と主張しているという。報道されたこの事件自体ではなくこれに関連している事件に関するものであると考えられるが、2010年9月2日に公害等調整委員会が「熊本県天草市有明町大浦地先内の砂利採取計画不認可処分に対する取消裁定申請事件」を受け付けている。同じく、採取上限量に対する不服を含むと思われる事件となっている。

¹⁷² 地域ごとの需給状況や採取可能量を踏まえた計画的な採取認可を行うよう指導していた（かつての）建設省（事務次官・河川局長による）通達が通商産業省・建設省（監）・前掲註9・471頁以下に複数掲げられている。こうした行政（河川管理者）による計画的な砂利採取の管理・認可の運用を（も）容認する下級審裁判例として、仙台地判昭和53〔1978〕年2月24日訟月24巻3号621頁。「一部許可」の可能性を示唆する論文に、交告尚史「許可の凍結—将来予測に基づく行政裁量の行使に関する一考察—」、商大論集（神戸商科大学）41巻4・5号（1990）144頁以下。

につき定率で（平等に）行うべき、という考えも可能かもしれないが、それよりもまず海域ごとの砂利資源賦存量およびそれが環境の中で占める機能について慎重な考慮が払われるべきであるとする。賦存量が既に少なくなっており、それ以上の採取が自然環境の壊滅的破壊を招きかねないような海域においては、削減ないし一部認可ではなく不認可処分が行われるべきである。

なお、県を単位として物事を考えるような行政が行われるにあたっては、同時に県外へ海砂利を搬出することを禁止するという考慮がなされることも少なくない。海砂利採取が禁止される以前の瀬戸内海の何県かの他、例えば長崎県においては県外搬出の禁止をいわゆる行政処分の附款という形式で規定していたとする話がある¹⁷³。しかし、この附款（条件）については、実務では遵守をさせようとする意欲がほとんど見られないように思われた。長崎県は要綱で県外搬出を禁止しているものであるが、知事が許可をすれば県外搬出を行えるようになってきているようでもあり、このことは福岡県の養浜事業に長崎県産の砂が用いられていることを示唆する資料から確認することができる¹⁷⁴。

第4節 海砂利採取行政のまとめと課題

ここまでで、海砂利採取の根拠となる法律上の規定を概観し、海（若しくは海底）の機能ないし用途目的を完全に阻害し、海（底）環境を破壊するに至るような態様の使用を許可する権限を行政は持ってはいない、ということが議論された。他方で、海の機能や用途を決定し、または利用を調整するような局面においては、行政に期待されている役割および行政に認められている権限は非常に大きなものとなるという可能性も認められるところである。現時点での骨材資源確保ということに関しては、海からの砂利採取（その利用は「海」の目的の内のものもかもしれないし、あるいは目的外のものであるかもしれないが）に一定程度の法益を認めることは依然として可能であること、また安易に外部（他の地方・外国）に砂利を求めることは問題の解決策としては不相当であることも確認した。資源（資源が賦存している海底の地面地盤）の状態が的確に把握されるべきことを前提とした上で、計画的かつ効率的に資源の開発と利用を進めていくということが、環境（海の有する機能等のうち、主要な一部分である）の保護保全と（砂利等の）資源の開発（経済社会の発展）とを両立させるための一つの可能な方途ということとなるであろう。

しかし、本章で見た限りにおいては、行政の（例えば砂利の開発や計画認可に関する）

¹⁷³ ここでの附款の性質について検討するのが、交告尚史「演習 行政法」法学教室 293号（2005）134頁である。

¹⁷⁴ 福岡県議会農林水産委員会平成 18〔2006〕年 10 月 4 日における高瀬菜穂子委員の質問とそれに対する半田水産振興課長答弁。なお、これよりも新しく長崎県議会（定例会）で交わされているのが、平成 21〔2009〕年 6 月 29 日における山口壮三議員の質問とそれに対する桑原土木部長答弁であるが、そこで土木部長はあまりにもあっさりとして県外搬出・県外での使用の可能性を認めてしまっている。

計画の決定の基礎となっている知見は、客観的であって計画策定の時点での実態を反映する内容のものとはなっているものの、そのような知見をどのように作成しどう扱っていくかということや知見（の質）の評価などについては完全に行政内部での自由な裁量に委ねられていた。計画の策定自体も行政による自由裁量に基づくものであったように思われ、また海洋環境の破壊防止ということに関しても、それが行政において（半ば自主的に）目的とされているにとどまっていた。そこでは、議会（そして住民）によるそれ以上の関与が積極的に行われているものとは認められなかった（計画的手法の導入と住民若しくは利害関係者による参画という手法については前章で少し論じた）。

次章以降では、こうした局面における行政の役割をある程度明確にし、並びに行政の裁量の性質（内実）・考慮事項などを介した行政裁量の統制のあり方について多少なりとも具体的な指針を提示してみたい。そこでは、こうした問題について、「公共信託法理」と呼ばれる考え方に基づいて一定の解決を示した、カリフォルニア最高裁判所の1983年の判決の内容の確認が中心となる。

第6章 公共信託法理

第1節 カリフォルニア公共信託法理への導入

本章と次章では、アメリカ法に見られる「公共信託法理」という考え方につき、カリフォルニア州を中心に展開されたその一つのバリエーションを見てみたい。この「公共信託法理」という考え方自体は従来から日本でも注目されていた考え方であるが、本稿が着目するのはその中でも特に、行政の裁量論、考慮事項論、ないしは資源の開発決定に関わる行政の役割論といったような側面である。この法理（のここでの適用）は本稿が考えようとしていた問題を考えるに当たって非常に示唆に富んでおり、その分析から日本の行政（そして行政法）が得られるものは少なくないと考える。

本稿が中心的に分析するのは、如上の側面に関して大胆で斬新な判断を示したカリフォルニア州最高裁判所の、いわゆるモノ湖事件判決¹⁷⁵となる。もっとも、判決の事実の概要と前段落で言及したような側面について議論を展開する前に、この法理の概要の紹介を先に行うこととする¹⁷⁶。モノ湖判決は、1970年代以降に（どころか、実質的には

¹⁷⁵ National Audubon Society v. Superior Court of Alpine County, 33 Cal.3d 419, 658 P.2d 709, 189 Cal.Rptr. 346 (1983), cert. denied, 464 U.S. 977.

¹⁷⁶ 判決の結論は、この法理とカリフォルニア州の水法との統合的理解を示し、もって水資源の管理と開発に関する一つの方向性を提示したものである。カリフォルニア州水法の仕組みについては、先行研究ではほとんど論及されておらず、本稿もまたカリフォルニア州に特殊的な水法制度の詳細な紹介を企図するものではない。もっとも、この「統合」の密接さ及び本稿の考える問題との関係に鑑みて、本稿ではより立ち入った紹介を行わなければならない。そうした議論は次の章において見ることとする。ただし本稿筆者は、カリフォルニア水法（典）に関する十分な知識を備えているものでもないので、

20世紀に)カリフォルニア州で展開された公共信託法理の集大成を示しているものであり、そこではこの判決に先行する判例等に示された公共信託法理のエッセンスがまとめられている。

公共信託法理の仕組みについて、概要から見てみよう。この法理は、元来「航行・通商・漁撈」のために供された水路とその下の土地に関して、それが広く州民の利用に供されること、何人もその利用を妨げる権利を有してはいないこと、それらの土地・水路は州民のために信託管理されるという形式において州によって保持されることなどを内容として含む、(広義における)コモン・ロー上の法理となっている¹⁷⁷。モノ湖判決の表現を借りると、同法理の中核にあるものは、「主権を有するものとしての州が、州の可航水域及びその底に広がる土地に対して継続的な監督とコントロールとを及ぼす権限である」¹⁷⁸、と言われている。

第2節 公共信託法理

(1) 適用対象

公共信託法理とは本来は航行可能な水域に適用されていた法理であった。アメリカにおいては、公共信託法理の起源はローマ法及びイングランドのコモン・ローに仰がれるのが一般的である¹⁷⁹。コモン・ローでは、国王は海域とその下の土地・海岸を所有する

原則的には判例に示されたものを翻訳し略述するのみにとどめることしかできなかった、ということをお断りしておきたい。

¹⁷⁷ このことは累次の連邦最高裁判所の判例においても認められていることである。しかし、(内陸部の)水底の土地の実際の所有者は州である、と考えられていることから明らかなように、實際上法理を運用(そして内容を充填し展開)する原則的な主体は各「州」となっている。一口にコモン・ローと言っても、それは連邦レベルにまで還元される単一のコモン・ローであるのか、各州レベルにおいて相対的に独立なコモン・ローの集合であるのか、ということに関して見解(アプローチの仕方)が分かれている模様である。Robin Kundis Craig, *A Comparative Guide to the Eastern Public Trust Doctrines: Classification of States, Property Rights, and State Summaries*, 16 Penn St. Envtl. L. Rev. 1 (2007), 2-3. 本稿の考え方は、以下に示す公共信託法理はカリフォルニアのコモン・ローにおいて展開された、州のレベルにおいて通用する法理である、というものとなっている。

¹⁷⁸ 33 Cal.3d 425, 658 P.2d 712. 本章で後に見るように、この権限にはそれに伴う「義務」が課せられている。

¹⁷⁹ 邦語文献では、畠山武道『アメリカの環境保護法』(北海道大学図書刊行会、1992)91頁以下が詳細である。ローマ法に関して、諸判例の引用するのはユスティニアヌスの法典(提要)2.1.1の規定で、そこでは「自然の法により、空気、流水、海、そして海岸は人類の共通物である」と示されているという。ただし、アメリカにおけるローマ法(及びコモン・ロー)の理解が正確なものであるのかどうかを評価する能力は本稿筆者には無い。なお、ローマ法の内容がスペイン法に引き継がれる過程で、ローマ法の共通物の制度も変容を被りながら継受が行われ、さらにそのスペイン法がメキシコ法に継受された、という経緯をたどったため、メキシコ法も公共信託の法理を認識していたと

ものであると理解されていたと言われるが、しかし同時にそれらの所有物について恣意的な処分（下賜や売却のような処分）が禁止され、国王はただ人々の利益のためにそれらの物を管理すべきとされていた、と言われる¹⁸⁰のである。この国王の所有（そして義務）は、独立した13の州及びそれと同格となる各州において引き継がれたと考えられている。

アメリカでは、湖や大河などの内水系が、水運や移動等を行う際に非常に大きな役割を担っていた。ここで、公共信託法理は水路の可航性を基準として考えられることとなり¹⁸¹、海（岸）にとどまることなく¹⁸²、湖や川についてもこれを適用対象に含むように展開されることとなったのである。

カリフォルニア最高裁判所は、モノ湖判決において、（二つの先例の趣旨を統合することにより）公共信託法理の適用対象を、ある可航水域の航行可能性を左右するような（しかしそれ自体は航行可能とは考えられていない）水系の支流にまで拡張した¹⁸³。そ

する見解がある。Dion Dyer, *California Beach Access: The Mexican Law and the Public Trust*, 2 *Ecology L. Q.* 571 (1972), 577; Eric Kunkel, *The Spanish Law of Waters in the United States: From Alfonso the Wise to the Present Day*, 32 *McGeorge L. Rev.* 341 (2001), 365. カリフォルニアなどいくつかの州は旧スペイン領であったメキシコから、あるいは割譲されあるいは編入したものであるもので、このスペイン・メキシコ法的基層も重要な意義を持ちうる、ということが示唆されている。

¹⁸⁰ 一般の私人によって海岸等の土地の権利が取得されてしまった場合にも、その私人の所有権等はあるいは国王の手に取り返され、あるいは人々の利益のために制約されるものである、と言われている。畠山・前掲註179・95頁以下。

¹⁸¹ 荏原明則『公共施設の利用と管理』（日本評論社、1999）33頁以下と関連する註記は、社会経済史的な観点から見て、公共信託法理の継受と展開とを説明する。他方、航行可能でなくとも潮の干満の影響を受ける土地については公共信託の適用対象となる、とした連邦最高裁判所の判例、*Phillips Petroleum Co. v. Mississippi*, 484 U.S. 469 (1988) がある。

¹⁸² 低潮線までの海岸は公共信託の対象となる土地である。逆に、（開放的な）海域の所有ないし支配に関しては事情がいささか込み入っている。*United States v. California*, 332 U.S. 19 (1947) によれば、海洋は世界と通商を行いあるいは平和的に共存するに当たって非常に重要な空間であるところ、（国内の）平和を保ち通商環境を整えることは（個別の州ではなくむしろ）連邦政府の至高の責任と考えられるのである。ここから海については連邦政府が卓越した権利と権限を有しているということが導かれ、またその権利と権限に付随するかたちで海域の底地に賦存する資源に対する完全な支配権が連邦政府にもたらされるという判断が示された。この連邦最高裁判例を承けて、連邦議会は海底地法を制定し、低潮線から3海里（約5.6キロメートル、当時の領海の範囲である）以内の海床への権利（例えば、石油・ガスのリース権・開発権等）を州に移転することを決定した（しかしこのことは支配権と連邦政府の権限・義務の移転を意味することではない）。他方、判例（の考え方）に対しての変更が迫られたのではなく、3海里以遠の海床（大陸棚等）及びその下に存する資源等への権利は依然として連邦（合衆国）に属すると理解されている。*United States v. Maine*, 420 U.S. 515 (1975)。

¹⁸³ 33 Cal.3d 435-437, 658 P.2d 720-722. それに対して、その後の判例展開を見ても、航行不可能な水流や地下水のような水系（圏）に関しては依然公共信託の適用（保護）

れは、「支流からの水の（膨大な）流用により」、実質的に「(川等の) 可航水域の航行可能性が妨げられる」ということが事実として確認された場合に、そこにおいて人々による川の利用が妨げられるということになるのであれば、このことは公共信託利益の侵害を意味する、というロジックにおいて展開されたものであった。

なお、この判断は公共信託が守る目的はいかなるものかという問題とは別個の問題である、として扱われている。問題となっている水系が公共信託により保護される対象であるのであれば、その水系における公共信託諸目的・諸利用の侵害について認定がされ判断がされなければならない。あるいは、公共信託諸目的・諸利用の侵害がある水系について行なわれていることが認められる場合には、その水系が公共信託によって保護されるべき対象であるかどうか判断される¹⁸⁴。この点において、公共信託法理は総論的な役割、個々の判例と判例、対象と利用目的とを接続するためのニカワのような役割を担わされているものであると理解することができる。

ところで、水底の土地・水路と同様に、流れている水もまた公共信託法理による管理ないし保護の対象となるものではあるとされる。しかし、カリフォルニアにおいては真水は貴重な資源であり、経済社会の発展のためにも必要不可欠なものとなっている。そこで、水に適用されるに当たって公共信託法理は若干の変容を受けさせられることとなる¹⁸⁵。

(2) 保護される権利利益¹⁸⁶

元々は、公共信託によって保障される（航行）地役権は、航行・通商・漁業のために守られるものと考えられてきた。すなわち、水路は「漁をする権利、猟をする権利、水浴びする権利、泳ぐ権利、ボートを使う権利、州の可航水域をく一般的なレクリエーション目的に使う」権利、そして水の底地につき¹⁸⁷、そこに碇を降ろし、立ち、あるいは

対象となるとは考えられていない。 Robin Kundis Craig, A Comparative Guide to the Western States' Public Trust Doctrines: Public Values, Private Rights, and the Evolution Toward an Ecological Public Trust, 37 Ecology L. Q. 53 (2010), 115.

¹⁸⁴ 水系が干潟を含む入り江ないし磯であるから生態系保護が目的として重要なものになってくる、それが川沿いである場合にはそのことは目的としては考慮されない、というような考え方は基本的に採られないようである。

¹⁸⁵ 33 Cal.3d 426, 658 P.2d 712. 具体的には、カリフォルニア水法の発展の過程や実際の規定が参照されながら、州は水利用が結果的に公共信託目的を害することとなったとしても水の割当の決定を行うことができること、しかし公共信託に考慮を払わない水の無思慮な配分決定及び利用が公共信託利益に対して不必要な損壊を加えるであろう（歴史的に加えてきた）こと、それを予防するためにも州は公共信託保護を常に考慮する必要があることなどが本来の法理（「原則」に近い）に対する例外として判示されるわけであるが、詳しくは次章で述べることとなる。

¹⁸⁶ 33 Cal.3d 434-435, 658 P.2d 719. 先行する判例、Marks v. Whitney, 6 Cal.3d 251 (1971) の内容の要約となっている。

¹⁸⁷ 水路の底地ないし土壌は、公共信託の保護する対象を示す際には必ず言及されるも

それを他の目的に使う権利」等に服するものとされていたのである。

しかし、カリフォルニア判例においては、さらに進んで「潮間域 (tideland) を利用する公衆の権利はこれにとどまらず、もっと柔軟で、公衆の要望に応じて変じうるものであ」って、「潮間域利用の中で当今最も大切な利用の一つとして認識されるようになったものとして、潮間域をその自然な状態のまま保全し、それによって潮間域が、科学的研究のための生態学的ユニットとして、あるいはオープンスペースとして、あるいは食糧を供給し又は鳥類や海の生き物に生息地をもたらし・地域の景観と気候に如実に影響を及ぼす環境として機能するようにすることが公共信託の目的である」とされるようになった¹⁸⁸。モノ湖判決においては、「潮間域」に関する判示であった先例の趣旨が、航行可能な水路一般に及ぶことが確認された。

例えば、モノ湖はプランクトンを魚のエサとして育て・売るような地域産業の基盤となっていた。これは従来の公共信託使用の保護目的に含まれていたと解されていた。しかし、この事件で原告らが守ろうとしていた価値はレクリエーション及び生態系に関わる環境的価値（湖と岸辺の景観、空気の清浄さ、鳥類が巣を張り食餌することに関連する湖の利用）であった。モノ湖は合衆国にとって非常に重要な景観的及び生態系的な遺産であり、しかし水の継続的な転用により危機に瀕している。これらの価値の保護もまた、カリフォルニア州においては公共信託の保護の対象となることが明らかにされる。

(3) 公共信託の設定

本件判決で議論された公共信託法理は、その起源をコモン・ロー上の法理に持つものであった。現在では、この法理は憲法典、あるいは法令のレベルにおいても、吸収され具体化されるようになってきている¹⁸⁹。ただし、法令による吸収（明文化）がされたとしても、コモン・ロー上の法理の意義が喪われるようになるものではなく、立法による骨抜

のとなっているが、しかしこの土壌について踏み込んで特有の意義を述べるような裁判例はあまり見られない。この判例では底地の利用法について一応の言及がなされている。土地・土壌に関する言及は、日本と同様に液体としての水に対する所有が通常は観念されないこと、あるいは土地の上空ないし地下へと州による所有から導かれる権原が及ぼされるといふ法学的考え方によってなされるに過ぎないものであるようにも思われるが、はっきりとした議論を見出すことはできなかった。他方、本稿が扱っていた日本の素材・事例は、まさに水路（海）の底にある土壌に関する資源管理の事例であり、底部の土地・土壌自身に経済的な効用が見出され利用が望まれるという事例であった。

¹⁸⁸ もっとも、ここで言われる信託目的は徹頭徹尾人間による利用・享受をその基礎とする、人間中心的な物の見方から言われるものであるように思われる。ここから「生態系中心主義」のような形式へと世界観の展開を図っていくことが可能であるかどうかということについては、別途の考察が必要となるであろう。

¹⁸⁹ 畠山・前掲註 179・116 頁以下に諸州の憲法典、実定法の実例が紹介されている。Craig, *supra* note at 183 は、合衆国西部の 19 州の公共信託法理の現状を整理し紹介したものであるが、文末に大部の資料として、各州の憲法典や実定法における公共信託に関連する規定が掲げてある。カリフォルニアのものについては 104 頁以下。

きや一旦なされた立法の廃止のようなことがなされた場合には、例えば司法判断においてコモン・ロー上の法理を適用することにより公共信託が適切に運用されるよう軌道修正を図ることができると考えられている¹⁹⁰。

憲法典や法令による公共信託の規定は、具体化のようなものにとどまるものではなく、現在では法令による新種の公共信託の設定・導入も行われているようである。カリフォルニア州においては、公共信託の「もう一つの系列」として、漁業・狩猟法による自然の動物（資源）の公共信託の制度が設けられている¹⁹¹。

先行研究では、公共信託法理の適用範囲につき、道路や公有地、大気等についても公共信託の考え方の拡張を図っている州（判例・立法）や学説の存在が指摘されている¹⁹²。カリフォルニアではいまもってそのような考え方は採用されていないと思われる。どのような考え方にに基づき、どのような経緯をたどって公共信託の拡張が行われたか、という問題は、他の州における公共信託の展開または多州にわたる公共信託のあり方の比較研究において考察されるべき課題として残されている。

第3節（受託者としての）州の権限と義務¹⁹³

公共信託の管理者としての州に与えられる権限及び義務について考えようとするとき、主要な問題は信託（財産）に関して継続的な監督を及ぼすという州の主権的な権限と義務の内実にある、と言われる。この監督権（義務）から導かれる帰結の一例として、信託財産につき何らかの権利を保有する当事者団体は、一般的にはそうした権利を信託に従うものとして保有するのであり、信託を害するような利用法によってこれらの権利を確定的に行使するようなことは保障されていない、ということが挙げられる。

先例の判断¹⁹⁴においては、信託目的を増進させるべく埠頭やドックやその他の建造物を設けるために可航水域の底の土地を私の集団に委ねることは、信託目的と一致するものであるので信託を害しない（したがってそれらの授権は行なわれうる）と考えられた。しかしその場合であっても、立法府は、市のウォーターフロントを「全面的に」信託から「自由に」譲り渡すような権限を有してはいないのである。もしそれを試みるような立法が行われたとすれば、それが文面的に絶対的に無効なものでない限りは、付与され

¹⁹⁰ モノ湖判決の脚註 27 がこの可能性を示唆する。

¹⁹¹ カリフォルニア州の最高裁判所による言及としては、*Environmental Protection Information Center v. California Department of Forestry and Fire Protection*, 44 Cal.4th 459 (2008), 515。

¹⁹² 畠山・前掲註 179・119 頁以下、荏原・前掲註 181・39 頁以下。

¹⁹³ 33 Cal.3d 437-441, 658 P.2d 721-724。

¹⁹⁴ 連邦最高裁がイリノイ州とイリノイ州の鉄道会社との間で起こされた紛争に関して、公共信託法理を適用した判断を示した、これもまた著名な *Illinois Central Railroad Company v. Illinois*, 146 U.S. 387 (1892)。

た権利が常に撤回可能なものとして理解されなければならない¹⁹⁵。

州は、実際の統治に関してポリス・パワーと平和の保持とを放棄できないのと同様に、全ての人々が利益を有している財産に関する信託を放棄することができないのである。州は、ポリス・パワーの行使について、限定された期間・特定の主体においてそれが行使されるよう権限を与えることは可能であるが、しかしそれでも州にはそれを取消し、より直接的にその権限を振るうような権利が依然(そして常に)残されているのである。これと同じで、公共の財産と結びついた信託に関しても、その譲与・委任は命令と統制に関わる州の権限が及ばないような形式によって行われることができないのである。

カリフォルニア最高裁は **California Fish** 事件¹⁹⁶でこの連邦最高裁判決を取り入れて判決を下した。そこでは、公共信託によって保護される土地(潮間地)を私権に対して譲渡することを許容(許可)するような内容の立法の条文においては、その解釈に当たって「公共の使用を無効化する意図」を含んでいるか慎重に検討され、またそのような意図が明示的ないし必然的に示されているかが確かめられる。そうした意図は、それ以外の解釈が可能である限り含意されているものと見られることはなく、公共的使用を害しあるいは信託を破るような意図を含まないような解釈が可能である限りは「意図を含まないような解釈」の方が採られるのである。ここでは、私企業の権利もまた州の公共信託の管理者かつ制御者としての権限と公共的使用の下に服する。州の権限においては、公共的使用の維持ないし改善のためにその土地が保有され、そのために必要な変更や改善を行なうことができる。

なお、州は信託目的間の調整・優先順位付けを行なうことができる。ところで、モノ湖判決の記述によれば、州司法長官は州権限の最大化を図って「信託使用には全ての公共的使用が含まれ州が土地を何らかの使用に差し向ける能力には何の制約もかからない」と説いたというが、裁判所はその考えを採らなかった。ほとんどの判例と学説は信託使用を湖・水流・潮間域に近接した土地の使用・活動と関連付けて考えている。そして、単なる公共目的、例えば「税収の向上に資する」という程度の理由で信託から自由に潮間域を譲渡し、あるいは被付与者が信託地を商業目的に供することなどは許されないとするのが判例である。また、ここでは州が信託管理を行なうに当たっては、州は「時代遅れな信託利用の一類型を他の用途より重視しなければならないということにはならない」とも言われている。

公共信託とは公共の財産を公共の目的に供する州「権限」の確認にとどまらない。それはさらに州が人々の共通の遺産を保護するという「義務」の確認である。その義務の放棄はそうすることによって信託目的が増進する場合にしか許されない。

¹⁹⁵ この撤回自体は補償無しでも有効に行われると考えられている。もっとも、土地に施された改良等がある場合には、そのために費やされた費用は補償されなければならない、とされている。

¹⁹⁶ *People v. California Fish Co.*, 166 Cal. 576 (1913).

第4節 公共信託の諸機能

以上が、モノ湖判決において示された（カリフォルニア）公共信託法理の主な内容であった。法理に対して寄せられた学説からの期待や他の諸判例の分析において示された公共信託法理の機能をもう少し列挙すると以下のようなものとなる。

まず、公共信託に反するような行政の管理・決定に対して訴訟を提起するための原告適格を、ひろく一般の私人・団体について認めるための機能が、公共信託法理には求められていた¹⁹⁷。

関連して、行政による説明責任を担保するために公共信託訴訟を利用しようとする説も見られる¹⁹⁸。しかし、公共信託訴訟は費用と時間がかかりすぎるのが常であるから、私見ではこのような利用法は適切とは思われない。もっとも、訴訟にまで至らずとも説明を求める権利ないし信託の管理等に意見を述べあるいは参画する権利を公共信託法理によって基礎付けるという立場は充分説得的である¹⁹⁹。

公共信託法理は、訴訟を経た結論において、環境政策が司法権の発動を介して執行されるか、あるいは少なくとも再度の政策決定が行なわれるよう再考を促すものとなる。この見解の前提には、環境ないし信託地管理の政策が十分に民主化されたものとはなっておらず、むしろ少数の者の意見によって多数の利益が害されているのではないか、真実の民主性を回復（獲得）させた上で改めて政策決定がなされるべきではないか、というような民主主義観が置かれている、と理解されている²⁰⁰。なお、この法理は行政権によるものだけではなく、議会による決定をも覆す効力を持つものと考えられていた。

もっとも、モノ湖事件を中心に示されたカリフォルニア判例における公共信託法理によれば、裁判所は行政の判断に代置される独自の判断・政策的決定を下すものではなく²⁰¹、ただ行政ないし権限と責任ある何らかの機関による再考量・決定のしなおしを（適時に）促すものであるにとどまるものであった。この再考量ないしは原初的な決定にあっては、利益考量における価値判断のウェイト付けを誘導するような機能が公共信託法

¹⁹⁷ 畠山・前掲註 179・127 頁。Joseph L. Sax, *The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law: Effective Judicial Intervention*, 68 Mich. L. Rev. 471 (1970), 484. モノ湖判決の判示においても広い原告適格が認められている。

¹⁹⁸ Alexandra B. Klass and Ling-Yee Huang, *Restoring the Trust: Water Resources and the Public Trust Doctrine, A Manual for Advocates*, Center For Progressive Reform, 2009, at 4.

¹⁹⁹ 宇賀・前掲註 51・430 頁。また、原田尚彦「公物管理行為と司法審査——自然公物の利用権と環境権に関連して」、『環境権と裁判』（弘文堂、1977）114 頁以下。

²⁰⁰ 原田・前掲註 199・111 頁以下、木村実『土地環境法の理論』（ぎょうせい、1978）110 頁以下、133 頁以下。Sax, *supra* note at 197, 558.

²⁰¹ 判断ないし決定の過程を統御する際に特に注目されるポイントについては、畠山・前掲註 179・123 頁以下が詳しく提示している。

理に求められていた²⁰²。

前節の議論にも見られたように、公共信託の理論は公用収用の問題とも深く関係するものと考えられていた。しかしこの問題は本稿の関心から大きくそれることとなるので深入りしないこととする²⁰³。

第5節 公共信託と日本法との接合

公共信託法理からの示唆を得るにあたっておさえておかなければならないのは、その日本への適用ないし応用の可能性である²⁰⁴。アメリカに特殊な議論につき、単純に日本でもこれを用いるべきだ、と主張することは建設的ではない。例えば、日本の都道府県に「主権」があるとは通常は考えられていないのである。

もっとも、次章以下で本稿が論じようとしているのは、公共信託法理が具体的に適用された場面において、行政に対して（司法によって）課された行政として考慮すべき事項、ないしは行政がその裁量を認められるに当たっての審査・判断の基準であって、公共信託法理そのものではないということは主張しておきたい。これら考慮事項ないし裁量基準は公共信託法理による基礎付けと一対一対応をするものではなく、公共信託法理以外に基づいて（例えば日本における判断過程の審査の適用に即して）展開される余地もあるかもしれない。

そのことを主張した上で、更にここでは（基礎付けのための支柱となる）二つの考え方を挙げることができる。第一に、山村恒年の指摘によれば、日本国憲法前文において、信託は「国政の普遍的原理」と宣言されていることである。（自然）資源の利用をもその内容とする基本的人権は、現在及び将来の国民に与えられる（11条）ものであるが、それもまた侵すことのできない永久の権利として信託された（97条）ものとして理解されている²⁰⁵。またこれは、「将来世代からみれば、環境資源の管理を、現世代と現政府に信託しているのであり、政府は善良な管理者の注意義務で環境を管理する義務を有することとなる」²⁰⁶。

信託という発想（ないし構成）が、日本（法）の採る考え方とは異質なものであるとの見方も少なからずあるかもしれないが、憲法レベルでは政治（国政のみならず地方政治も含めて考えて良いものと理解する）と信託ということが非常に緊密な結び付きをもって理解されている。この学説は、非常に理念的なレベルにおけるものではあるが、日

²⁰² 利益衡量を誘導する機能に強い期待を込めていたのは、眞鍋政雄「公共信託法理の利益衡量機能——モノ湖判決を素材として」社会システム研究2号（1999）101頁。

²⁰³ 収用及びポリス・パワーとの関係で公共信託法理の果たす（であろう）機能について検討していたのは、木村・前掲註200・121頁以下であった。

²⁰⁴ 畠山・前掲註27・46頁は、具体的な日本の実定法の規定に見られる公共信託法理と親和的な発想を指摘し、その更なる展開を図る。

²⁰⁵ 山村恒年『環境保護の法と政策』（信山社、1996）27頁以下。

²⁰⁶ 山村・前掲註205・213頁。

本においても公共信託の構図を導入することができるということを示すものと見ることができる。

なお、ここで将来世代という話題が出てきているが、信託の受益者というものを一般に考えてみると、それが不特定多数の者（将来の子孫をも含む）であっても構わないということが認められている。現在の民主的決定が資源開発・消費に賛同してしまっているとしても、行政（受託者）の責任を「将来世代のための最善の行動を行うことを求めるような形式」で構成することも可能であり、司法や行政においてこれを根拠としてイニシアティブをとって相当進歩的な政策を採用することも不可能ではないだろう²⁰⁷。

第二に、海域（水域）に関して、環境なり生物多様性なりを考慮に入れるべきという基本的な方向付けないし抽象的義務というところまでは、すでに諸々の基本法によって誘導されており、行政は政策施策を展開する上ではこれらの義務を念頭に置いて行動しなければならないのである。通常は基本法から（基本）計画等を介して行政に適用されるこれらの義務は、公共信託が認められた場合に課せられる義務ほど明確で積極的なものではないかもしれないが、事実上同じことの考慮に関する行政の責任を認めるものとなっている。以上のことを踏まえた上で、次章では司法による一つの判断・適用を見ることにしよう。

第7章 モノ湖判決

第1節 事案概要²⁰⁸

（1） 事実の経過と事件の経緯

モノ湖はカリフォルニア州第2位の面積（85平方マイル・約220平方キロメートル）を誇っていた塩湖で、魚は棲息していないが豊富なブライン・シュリンプ（いわゆるシーモンキーである。以下「プランクトン」と書く）が棲息していた。またこのプランクトンをエサとする鳥類の滞在・棲息地となっていた。特に湖に浮かぶ島は、天敵のコヨーテなどが寄ってこられないためカモメの営巣地となっていた。またシギやカイツブリなどの渡り鳥にとっては群れが渡りの途中で羽根を休める場所となっていた。湖の岸にある塔状の石灰華は地質学的な関心を集める奇観であり、観光的にも魅力的なスポットとなっていた。モノ湖の水の大半は、すぐ近くにあるシエラ・ネバダ山脈からの融雪水が5本の（淡水の）川（「支流」）を経由して注いで得られていたものであった。そして、モノ湖から流れ出す川は存在していない。

ロサンゼルス市水・動力庁（以下「DWP」と書く）はロサンゼルス市に水を供給している機関である。1940年に、カリフォルニア州の水資源局²⁰⁹はDWPに、5本の支

²⁰⁷ 畠山・前掲註27・45頁も世代間における信託・受託の関係を指摘する。

²⁰⁸ 33 Cal.3d 424-429, 658 P.2d 711-714.

²⁰⁹ この組織はカリフォルニアの歴史において幾度かの改編を受けているとのことであ

流のうち4本の水について水利専用・取水をすることを認める内容の許可を与えた。取水はそれ以前に DWP によって取得されていた当該地域における沿岸水利権に基づくものとして行なわれるものである。許可を得て、DWP はただちにこれらの川の流水を DWP の有するオーウェンズ溪谷導水路（用水）に導く設備の建設に着手した。20 世紀初頭から、ロサンゼルス市は都市の規模の拡大とともに高まる水需要によって地元ないし近隣の水源から十分な水を供給することが困難となっていたのである。モノ湖に水が求められる以前には、モノ湖（地域）よりもロサンゼルス市に近いオーウェンズ川からの取水が行なわれていたが、オーウェンズ川から注ぐ水によってできていたオーウェンズ湖は干上がってアルカリ質の平地となってしまった。

取水許可を与える前に水資源局では聴聞を行い利害関係者の意見を聴取した。その際に利害関係者は取水が湖の表面水位を下げることとなり、湖の商業的・レクリエーション的・景観的な諸利用を害する、として取水に反対した。しかし、州水法典（決定当時には「水委員会法」）には「家庭用のための水の利用は水の最高度の利用であることを当州の確立された政策とする」とする規定が置かれていた。この規定を前提とすると、水資源局には家庭用に水が用いられることを妨げて景観等の享受・利用を守ることのできる権限は無い、と水資源局は解釈し²¹⁰、その上で取水許可が出されたものであった。

1941 年には導水施設が完成し取水が開始され、1950 年代には更に水力発電もその導水路で行なわれるようにもなった。1940 年から 1970 年までの間に、ロサンゼルス市は年間平均 57067 エーカー・フィート（約 7039 万立方メートル）の水を取水したが、これによってモノ湖には表面水位が 1 年毎に 1.1 フィート（約 34 センチメートル）減少するという影響がはっきりと現われた。1970 年には DWP は二つめの導水路を完成させた。

1974 年に、水資源局は、DWP による取水・有益な水利用が、以前出された許可によって認められていた許可水量の上限に達していることを確認し、新たに二つの永続的許可を発行した。これによって DWP は毎年 167000 エーカー・フィート（約 2 億立方メートル）もの水を取水することが許可されることとなったが、ただしそれは全支流の年間平均流量を大きく超える水量である。水資源局はこの許可につき、1940 年の許可に基づいた、裁量権の認められない（羈束的な）行為であると観念し、何らの聴聞も開かず許可を出した。

1970 年から 80 年までの間に市は実際には平均して毎年 99580 エーカー・フィート（約 1.2 億立方メートル）の水を取水した。1979 年 10 月までに湖は元来あった 85 平

るが、本件判決理由の中では便宜上 “the Water Board or the board” として指示されている。本稿では基本的には「水資源局」と訳すこととした。

²¹⁰ 判決理由の中での示唆やカリフォルニア州法務長官の指摘においては、そもそもこの理解の妥当性が問われている。関連する憲法・法令の規定によれば、このときすでに水資源局には DWP の申請を拒否する権限があったものとも思われるとされているのである。

方マイルから 60.3 平方マイル (約 156 平方キロメートル) にまで面積を縮小し、表面水位は 43 フィート (約 13 メートル) 下がってしまった。

(2) 湖縮小に関する研究と原告被告の主張²¹¹

1979 年にカリフォルニア水資源省 (原文には ‘the California Department of Water Resources’ とある) と連邦の内務省は共同研究 (タスクフォース) を起こした。この研究の成果物によると、モノ湖の水位はこの時点よりも 15 フィート (約 4 メートル) 高く海拔 6388 フィート程度とされるべきである。この目標を達成するためには、モノ湖からの取水量は一年につきせいぜい 15000 エーカー・フィート (約 1850 万立方メートル) が限界とされなければならない、とされた。議会に対しても以上のような内容を実現するよう提案がなされたが、しかし法制定はされなかった。

取水の結果として、湖の主要だった二つの島のうち一つは湖岸とつながった半島になってしまった。これによりカモメの群集地域はコヨーテや他の天敵が容易に襲うことのできる状況になってしまい、この、元々島であった場所からはカモメがいなくなってしまった。

継続的な取水の究極的な効果については激しい議論があったが、モノ湖の景観的な美しさと生態系的な価値が危機に瀕することとなってしまうということにはほとんど異論がない。当事者間で大きな争点となっているのは、将来へ向けた取水が湖それ自体に対して及ぼすであろう直接的および間接的な影響の見積もりであった。

DWP によれば、この時点と同じ規模の取水を続けていくことにより、湖の表面水位はあと 43 フィート下がり (合計で約 26 メートル下げられ)、表面面積は約 22 平方マイル縮減される (結果約 99 平方キロメートルになる) という。80 年から 100 年程度かけて湖がこの規模になってしまえば、以降は湖の収支が一致してそれ以上の変化が起こらない、と主張された。そこでモノ湖は海拔 6330 フィート、表面面積 38 平方マイルの湖になる、という。なおこれは元々のサイズより 42 パーセント浅く 56 パーセント狭いサイズである。

これに対して原告はこの見方をあまりにも楽観的であるという。原告側は、50 年後には、湖は少なくとも 50 フィート浅くなり (合計で約 28 メートル水位が下がり)、本来あったはずの量の 20 パーセントの容積しかなくなると主張した。さらに、湖はその状態で収支均衡するわけではなく、完全に干上がってしまうに至るだろう、とされた。そして、原告の信じるところによれば、湖が徐々に消滅することにより、間接的に壊滅

²¹¹ 33 Cal.3d 429-431, 658 P.2d 715-716. 将来の湖の呈するであろう姿に関する原告らと DWP とによる主張については、判決理由中でそれ以上踏み込んだ認定ないし評価が行なわれなかった。それはこの事件においては州最高裁の役割ではないと判断されたことによるのだろう。ここでは事件の実態に関する理解を深めるために、あくまで参考として訳出することとした。

的な環境被害が引き起こされるという。これは湖の塩分濃度の相対的な増大に起因するものである。塩分濃度の増大は湖の食物連鎖を破壊し、鳥が湖に棲むことを困難にすると考えられ、実際にこのことによる悪影響は既に観察され始めていた。

また DWP による取水は人間活動への悪影響も発生させている、と原告側は主張した。すなわち、この湖環境破壊によって地元の（プランクトンの採取を行なう）産業の存続が困難となったこと、また湖が干上がっていくことにより微細なアルカリ塩の粒子が析出し、これが風で飛散して人間や他の生物の健康被害を引き起こすこと、湖へのアクセスが阻害されることなどが考えられたのである。

(3) 請求内容とカリフォルニア法の解釈にかかる論点

オーデュボン協会ら原告（環境保護団体）は州裁判所に訴えを提起し、DWP の取水を、湖岸・湖底・モノ湖の水は公共信託により保護されているという理論により禁止するよう求めた。原告の訴えはその後（被告 DWP が反訴において合衆国をも当事者としたため）連邦地裁に移送されたが、連邦地裁は、州裁判所が①公共信託法理と水法（水利用権）との関係を決定し、②また原告は訴えを提起する以前に必ず水資源局に対する不服申し立てを行なわなければならないかについて決定するように求めた。原審州地方裁判所は、正式事実審理を経ずに法律問題だけを審査した判決で原告敗訴の判断を下し、①公共信託法理は水法の規定に吸収されて包摂されるため、DWP の取水を攻撃するための何ら独立で実質的な根拠を提供するものではなく、そしてまた②原告は行なうべきであった不服申し立てを行なわなかった、と判示した。原告はこの決定に対してカリフォルニア州最高裁判所に上訴した。カリフォルニア州最高裁は、提示されている論点の重要さに鑑み、これを破棄し新たに判決を下した²¹²。

第2節 カリフォルニア水法の内容²¹³

水専用の権利（システム）と公共信託法理との二様の考え方の統合がカリフォルニア最高裁判所の考える本判決の課題となっていた。公共信託法理に関する（特に州の有する権限と義務に関する）判示の重要さもさることながら、水法規定と公共信託法理との統合的解釈において提示された行政の役割論と権限論は、本稿が元々考えようとしてい

²¹² ②不服申し立て前置に関する判断についても原審の考えが否定されたのであるが、この問題は本稿の主題から大きく外れるため紹介を行わないこととする。結論だけを端的に述べれば、裁判所と水資源局とはこの問題に関し競合的な管轄権を有するため、不服申し立てを経なければ裁判所に対する訴えを提起できないということは必ずしもない、ということであった。水資源局には本件のような問題に関する専門技術的能力が蓄積されているが、こうした事項に関しては裁判所は訴訟の途中で適宜局の意見を聞くことができる、とする判示がなされている。なお、判決に付された反対意見はこの部分に関するものであるため、本稿が紹介する範囲においてはこの事件の判断は6人の判事全員一致によって行なわれたものである。

²¹³ 33 Cal.3d 441-444, 658 P.2d 724-726.

た問題の議論に対して非常に示唆的である。以下では簡潔にカリフォルニア水法の内実と展開過程を見ることにする。

カリフォルニア水法はゴールドラッシュ期以来久しく水利専用権(による取水・利水)を中核に展開してきた。カリフォルニアでは、水に対する財産権とは用益権的なものであって、流水それ自身は財産権の対象ではなく、その使用の優先権が財産権の内容である、とされる。そして水法典によれば、州内のすべての水それ自体は州の人々の財産である、とされる。水の使用権は、法律の規定に基づく水の専用において取得される。

カリフォルニアは水使用権取得を二つのシステム(仕組み)によって認めている。水利専用権システムと沿岸水利権システムがそれである。沿岸水利権は水路の沿岸の土地の所有者に水の使用を認めるものである。水利専用権という法理は、沿岸水利権者以外の者の使用に供するために水を取水・流用する場合に権利を認める仕組みである。カリフォルニアでは水は貴重な資源であるとみなされており、現在では²¹⁴これら双方の水使用権について、その限界が「水の使用が有益で合理的である限り」という点において置かれている。

水資源局(の前身たる水委員会)は1913年に水委員会法の立法によって設けられた。この立法は有用で有益な諸目的のために水利専用権を設定するための手続を規定したものであり、1923年にはこの法律による手続を経なければ水利専用権を獲得することができなくなった。もっとも、水資源局の役割は最初は小さなものであった。当初の法律に基づいた水専用は、その時点において有用で有益な目的のために供されていない水に対してしか認められず、それゆえそれ以前に得られていた沿岸水利権や先利権的な権利等に対して劣後する強さしか認められていなかった。また司法審査において、水資源局による水利専用権付与は、「ある水に関して既に専用が行なわれていないか(その時点で利用が可能であるか)の判断を行なうのみであって、この水に対して別な専用申請者が現れない限りは裁量の余地の無く判断を下すだけの羈束的な行為である」と判断されていた。前註の決定が出された1926年以降になって、水資源局の役割や権限が大きく拡大していくこととなる。

1928年に行われた憲法改正では、流水それ自身に内在する公共信託的価値が合理的で有益な使用に該当するかどうかについて言及してはいなかった。しかし1936年に、モノ湖に関わる事案でカリフォルニア控訴裁判所では、DWPによる「湖の景観とレクリエーション的価値を保護するための流水の使用は憲法条項に反する」とする主張が拒

²¹⁴ 1926年に出された最高裁の決定では、沿岸水利権は水利専用権に優越するということが判示された。この判決に接して、カリフォルニア憲法典の改正までが行われることとなり、そこでカリフォルニア水法全てに通底する原則・州の水資源政策の指導的原理として「合理的使用の法理」が規定されることとなった。それによれば、合理的でない水使用がもはや認められなくなる反面、水資源は最大限可能な限り有益な使用に用いられなければならない。

絶された。この後水法典に「レクリエーション及び魚類や野生動物資源の保全育成のための水の使用は有益な水の使用である」という条項が定められる。

1928年憲法改正は直接には水資源局の権限を拡張させるものではなく、局自身も司法による先例の下、水専用申請者間でのプライオリティー付けをするという限定的な役割を担うあまり裁量の少ない機関として考えられていた。しかし、この後の法条及び判例の展開により、水資源局の権限は「合理的な水使用を監督する」というものに拡大され、公共信託的価値のウェイト付けないし保護を行うという権限があることも確認されることとなる。

詳しく見ると、立法府では、1955年に、水資源局は「考えられる全ての有益な水使用、例えば家庭用・灌漑用・都市用・工業用・魚類ないし野生生物の保全育成用・レクリエーション用・工業用・動力発電用……などから派生する諸利益につき考慮を行う。局は、水の諸専用につき、委員会がその水を公共の利益との関係において最も有効に用立て、保全し、あるいは活用するだろうと判断する者のために認めることができる」という立法が行われた。1959年には上述のレクリエーション・保全目的の水使用に関する法改正が行なわれ。1969年には「専用に関して適当と考えられる水量を決定する際には、局は、そうすることが公共の利益に適う限り、水源源流における有益な使用を保護するために残すことが必要とされる量についても考慮に入れなければならない」とする条文の追加が行なわれた。

司法府の決定においては、1955年に上述の水資源局に裁量の余地はないとする判例が改められ、局による専用権付与は準司法的な決定であると判示された。1980年には、局は「慣習によって水の先利権を得ており、つまり局の許可証によって水利権を得ているわけではない者に対しても、その者が水保全プログラムを遵守することを拒んでいる場合には取水の禁止をすることができる」と判断された。この判決は、州の希少な水資源を保護するために委員会の権限を拡張する、という立法者意思に沿うものとして出された。ただし判例上は、流水内の使用を保護するために水を専用するという局が認めるということは常に拒否されてきた。

以上のような経緯をたどり、水資源局の機能は、競合する専用者間でのプライオリティー付けという役割から、包括的な水の計画及び割当を行う任務へと向かい迅速に拡大してきた。この任務は必然的に公共信託に関わる水資源局の役割にも影響する。1913年には局は公共信託的価値の保護を考慮する権限も義務も無かっただろうが、1983年の局は水資源の計画と割当を引き受けたことに伴い、条文において（も）こうした利益を考慮に入れることが求められているのである。

第3節 公共信託法理と水法制度との統合的理解²¹⁵

公共信託法理と水資源局によって運営される水利専用権システムとは、双方とも独立

²¹⁵ 33 Cal.3d 445-448, 658 P.2d 727-729.

して展開され、それぞれに包括的な原則やルールを有していた。流水の割当ということを考える場合、どちらとも、それが十全に適用された場合には他方の法的考え方を完全に駆逐するような帰結をもたらすことができる法的体系となっている。元々の原告側は公共信託法理の水利専用権システムに対する優越性とそこから導かれる制約とを主張するものであるが、もっともこの主張はカリフォルニア州で認められ行使されているほとんどの水利専用権を一斉に不法であるとみなしかねない主張であった。DWPは、公共信託法理は流水に対して適用される場合には水利専用権システムのうちに完全に吸収されて独立に適用されることがなくなるものと主張した。

本件判決においてカリフォルニア州最高裁は、このいずれの主張を採用することもなかった。というのも、両方の法システム・原理はともに重要な規範を含んでおり、この規範によって法は広範な水資源の計画と割当に関わる需要と利益によりよく応えられるようになるのであって、仮に片方を重視してしまえばバランスを失する結果を招くこととなる、と考えられたからであった。両法体系を調和させた統合的理解の概要は以下のようなものとされている。

主権を有する州は、可航水域及びその下に存する土地に対して、継続的に監督・コントロールを及ぼすものである。公共信託の概念にとって本質的なこの原理は、潮間域や湖岸に対して適用されるのと同じように、流水への権利についても適用される。そして何者にあっても、公共信託によって保護される利益を害するようなしかたで流水を専用する権利を確定的なものであるとすることは認められない。

現在及び歴史的な必要性に徴して、立法権は、水資源局のような権限を与えられた機関を通じてであれ直接的にであれ、流水に関する用益の許可を与える権限を持つ。この許可はある者に流水から取水する権利及びこの水を州内のどこか別な場所で使用する権利を付与するものとなる。たとえこの取水が源流における信託利用を促進せず、それどころか不可避免的に阻害するものであったとしても用益は許可されて構わない。カリフォルニア州の人々とその経済は、非常に多くの量の水を、水流において認められる信託諸価値とは無関係に流用・専用することに依存しているのである²¹⁶。専用が公共信託使用を害するかぎり常に違法とされるような帰結を仮に導いたとすれば、それはあまりにも不誠実ということとなるであろう。

水の専用・転用が公共信託価値を不可避免的に害するとしても認められなければならない場合があるとしても、信託利益に対して不必要で正当化しがたい害が及ぼされることは避けられるべきである。しかるに、公共信託への考慮を払わずに水利専用権システム

²¹⁶ これとは対照的に、州の人口と経済とは潮間域や水底に存在している他の財産を移転し譲与することには依存していない、と説かれる。モノ湖判決の脚注 26 においては、流水の委譲（用益）に関して展開されている如上の議論は、水底の財物を信託から自由なものとして委譲するような行為に対して公共信託法理が課している制約には影響しないものである、と論じられている。

が運用された場合にはそのような害が生じてしまうことがあることを歴史は示している。そこで、流水の専用・取水を認めるにあたっては、受託者としての州は必ずその取水が公共信託へ及ぼすであろう効果・影響を考慮する積極的義務を負うとともに、そうすることが可能である場合には、公共的利益と両立する限りにおいて常に公共信託による使用を守るべき積極的義務を負う、ということとなる。

いったん州が専用・取水を許可した場合には、公共信託は取水自体と取水された水の利用とに関する継続的な監督を行うべき義務を州に課す。公共の利害に関わった水資源割当を行うような主権的な権限を振るうに当たっては、州は過去の割当決定に拘束されることがない。というのも、過去の決定は現在の知識に照らして不正確であるかも知れず、また現在の需要と一致しないかもしれないからである。したがって州は、決定が公共信託に対して及ぼすであろう影響について十分な考慮を払って行なわれたものであったとしても、割当決定を考え直す権限を保持する。

しかしながら、公共信託使用を考え重み付けることに失敗しているような特定の決定を再考慮することはむしろ困難ということにもなるだろう。ともあれモノ湖の事例は、どの責任と権限のある機関も、モノ湖に注ぐ支流の全ての水をロサンゼルス市の導水路に転用することによる影響を決定しているものではなかった。立法も、水資源局も、またどのような司法機関も、ロサンゼルス市の水需要がモノ湖の水需要に勝っていることを認定しておらず、またそこで得られる利益が支払わなければならない費用に値するものであるのか認定されていなかった。そして、より少ない取水が多様な利益をバランスされるものであるかも決定されてはいなかった。

判決当時までに行なわれた一つの客観的な研究はタスクフォースによるもので、それは水資源局による取水許可のはっきりした削減を提言した。しかしタスクフォースは助言をなしうるのみで、争われている事実関係・法律問題・水割当につき事件を裁く権限を有してはいなかった。

本件では、水資源局はそうした考慮を行い、モノ湖の環境を保護するための権限と義務を欠くと信じており、そのままに DWP への全面的な権利付与を行なったものであった。その許可の下に DWP の権利は行使されてきた。これは景観的・生態的・人間によるモノ湖の利用を結果として害するものであるということに関心が払われていなかった。

以上のことから明白なことは、何らかの権限ある有責な機関がモノ湖の渓谷における水割当を再考慮すべきということである。水法はそうした再考慮を妨げるべきものではない。裁判所はここではいかなる特定された水割当をも指示するものではない。

結論

上で参照した公共信託法理では、土地（ウォーターフロント、海浜地）や水資源等の

用途決定・割当ないし諸々の用途・効用・利益間における優先順位付け等に関して、行政（立法府の授権によって活動するものであると認識されているが）の強いイニシアティブが認められていた。行政がそうしたイニシアティブを発揮することを基礎付ける権限、その権限の行使に関する非常に広範な自由裁量といった要素は、日本の海（底）からの砂利採取という素材においても認められていたようなものであった。

日本の法・行政を検討した部分の末尾で示した問題意識の一つとしては、資源の管理ないし開発に関する行政の決定についてその裁量を縛り、あるいは方向付けるような考え方が何かあるか、資源の適正な管理・開発に当たっての行政の考慮事項とはどのようなものでありうるか、海洋や海域に見られる（諸）資源の利用ないし開発を図るに際しては住民（等）の意見が取り入れられなければならないのではないか、あるいはどのようにしてどのような内容の参画を実現してそのような住民意見の適切な吸収を図るのか、というようなものがあつた。

（1） 管理と住民との関係

先に住民等の意見聴取ないし参画から検討する。モノ湖判決に示された公共信託法理は直接的にはこれらのことを基礎付けるものではなかつた。しかし、アメリカにおいては夙に 1940 年代には（あるいはそれよりも以前から）住民や利害関係者に対する公聴会を行うような制度が整備されていたことは、モノ湖判決の事実概要（事件の経緯）からも明らかである。そうした制度がある以上、それ以上の基礎付けを行う必要が無かつたとみる余地もある。ところで、カリフォルニア公共信託法理によれば、水路とその底地ないし周辺の土地・環境においては、非常に豊かな内容を含んだ（住民の変化するニーズと認識によって決定される²¹⁷）保護目的・法益が認められていた。そうした目的や利益を行政が阻害した場合には、その保護を求めるような様々なアクションが住民により起こされていたのであつた。そうするとやはり、（住民のニーズや認識を推測するための）意見の撰取と適切な考量が事実上義務付けられていたのではないかと見ることもできるように思われる。

（海域の）利用計画等を予め策定して公物の整備・利用規制（管理）を行なうという理論を 4 章以下で検討したが、これについて住民や利害関係者の参画が望ましいということをごとで述べていた。意見を述べ、参画をする者については、別に住民に限られなければならないというわけではない（例えば、環境影響評価法などでは、意見を述べることのできる者についてそのような限定はかけられていない）。しかし、行政の側で特に意見聴取を行おうとしていない場合というものは決して珍しいものではない。住民参加等を基礎付けるための理屈として公共信託法理を提示する学説も見られたところであつた。住民の意見提出や参加を認める（求める）ということについては、第一義的に

²¹⁷ 公共信託の内容は「決して固定したものではなく社会の要請を反映して変転すべきもの」であることに注意を喚起するのは畠山・前掲註 179・79 頁である。

は今後の立法（条例策定）を俟たなければならないように思われる²¹⁸。ただし、住民等により現に利用ないし効用の享受が行なわれているところについて、それを一方的に排除してまで行政において海域・海岸等の機能・用途・目的を自由に（恣意的に）決定することができるというまでの裁量を認めるべきではない。（海を含めた）公物の用途・目的を決するに際しては、住民の現実の利用やニーズについて真剣に調査を行ない考慮をすることが求められる、ということ結論として示すことができるように考える。

（2） 管理と行政決定・考慮事項

行政には、住民等のニーズないし意見を考慮することが求められていながらも、基本的には強いイニシアティブが認められていた。用途や資源割当を決するに際しては、行政の責任ある決定が求められていたところであった。

ところで、（海底）環境（例えば生態系等）の保全という法益ないし目的に関しては、公共信託法理によれば「可能な場合には常に守られ、あるいは被害が最小化されるよう」要請されていたものであった。日本の法律・制度においても、環境や生物多様性の保全は基本法以下の諸制度の要請において「考慮されるべき」ことが定められていた。基本法や基本計画の定める義務はそのままでは非常に抽象的なものに留まるものであると言ったこともできないわけではない。理想的には、それらを勘案した法律・条例・規則等の諸ルールにおいてこれら義務をもっと具体化するような規律が行われ、それに則った行政が行われることが望ましいと言えよう。しかしながら、具体化を俟たずとも、それらについて無思慮であるということはもはや許されないのである。

いったん配分・優先順位付けが認められ、水域や水が特定の目的に振り向けられたとしても、またたとえそれが熟慮のもとに行われたとしても、行政はその後この決定に縛られることがない、とするのがモノ湖判決であった。行政は、そうすることが必要であると考えたときには、いつでも（例えば譲与や水資源割当などの）過去の決定を取り消して、新たに（適時に）考量をしておすことができる。それは、例えば決定当時の（資源の）需給の均衡が現在のそれとは異なるものでありうることや、現在得られている知見に照らして過去の決定の内容が正しくないものであるかもしれないということによった。

他方、海砂利採取の認可について言えば、その期間は原則的には一年度毎に出されるものであった。近年では計画的削減などが導入されるようにもなっていたが、その計画の期間も（日本の他の計画と同じく）せいぜい5年単位程度であった。モノ湖判決の場合は（長く見れば）40年ほどの長期にわたって検討・再考がなされることなく水利専

²¹⁸ 日本法において導入をすることはなお困難であるかもしれないが、従来から意識されていたように、公共信託法理がもたらす原告適格付与の機能はこうした法的論点を（裁判上）提示する場合に重要な機能を果たしていたということにも留意しておかなければなるまい。

用が行使されていたものであって、事案が大きく異なるということも可能である。もっとも、長期にわたる開発（の累積）で環境が改変（破壊）されたという事情においては類似性も見られ、1年（度）毎の認可も実態的に（許可の）「更新」と同様の運用がなされていれば行政の責任が何ら果たされていないということにもなる。最新の知見と最新の情報によって、管理の態様（行政の決定）は適時に（可能であれば不断に）見直されていくべきであろう。

（3） 管理と監督権限／義務

一旦行政が利益衡量を行い資源の利用法や割当を決した後に、行政には依然それらの資源について監督とコントロールを及ぼすべき義務と、そのための権限が残されているものである、というのが、モノ湖判決において示された公共信託法理の「中核」的内容であった。その監督やコントロールというのが、実際にはどのような内実を含むものであるのか、ということに関して更に敷衍するような裁判例は今に至るまで出てはいないように思われる。もっとも、本件の判示を読み返す限り、それには資源状態の調査研究（そして適正な評価）が含まれていること、また水法との統合的理論においては（直接的には水法典の規定と水資源局の権限から導き出されたものであったが）水資源利用者における利使用の態様の監督も含まれていたことが明らかである。

ひるがえって、日本での行政実務においては、（それが困難であることは否定しがたいまでも）砂利採取の実態の把握やそれが陸揚げされて取引されている様子の把握・監視が行政において行われることはまずなかったように思われる。法律上（殊に砂利採取法上）はある程度まで業務に対する監督をする際に用いることができる規定が設けられていたようにも思われるが、それでも業務実態の把握については後手後手に回ってきていた。しかし、法律によって権限が与えられ、行政の先行する処分において法律の執行が行なわれている以上は、法律と公益の指示するところの目的が達成されるよう忠実な行政（あるいはガバナンス）が行われるべきである。理論的には、把握が困難であることを言い訳にすることは許されず、むしろ監視・監督を完全なものへと近付けるための義務（責任）が行政に課せられるということとなるだろう。

海砂利採取行政においては、事業者による報告や事業者における経営・操業実態の把握からしか情報が得られないということもなかった。すなわち、海底の状態や資源賦存量の調査（把握）からも資源管理（行政）のために有用な情報は得られるものであった。そうした調査は特に事業者の自由に侵害を及ぼすようなものではなく、少なくとも侵害留保原理によっては拘束されない（調査が広範に認められる）事務となるようにも思われる。こうした、海底に存する（砂利）資源の賦存量に関する調査や海底環境の調査は近年になってようやく行政の課題として意識されるようになり、研究が開始されるに至ったものであった。そこで得られた知見を活用しながら、その時々必要を充たすような、そして合理的に正当化が可能であるような管理が常に志向されるべきということ

結論として述べることができるであろう。

《参考文献》

邦語文献

- ・阿部泰隆『政策法学講座』（第一法規．2003）
- ・阿部泰隆『行政法解釈学Ⅰ』（有斐閣．2008）
- ・阿部允『実践 土木のアセットマネジメント 「やりくり」で防ぐ社会資本の荒廃』（日経BP．2006）
- ・『岩波講座 地球環境学 7 水循環と流域環境』（岩波書店．1998）
- ・宇賀克也『行政法概説Ⅲ 行政組織法／公務員法／公物法〔第2版〕』（有斐閣．2010）
- ・宇賀克也・大橋洋一・高橋滋 編『対話で学ぶ行政法』（有斐閣．2003）
- ・荏原明則『公共施設の利用と管理』（日本評論社．1999）
- ・大野晴雄 監修・植田紳治、矢島哲司、保坂誠治『新・コンクリートなぜなぜおもしろ読本』（ナノオプトメディア．2009）
- ・尾近裕幸・橋本努 編著『オーストリア学派の経済学——体系的序説』（日本経済評論社．2003）
- ・雄川一郎ほか編『現代行政法大系 9 公務員・公物』（有斐閣．1984）
- ・木村実『土地環境法の理論』（ぎょうせい．1978）
- ・建設省関東地方建設局京浜工事事務所-財団法人河川環境管理財団『多摩川誌』（1986）
- ・国有財産法研究会『国有財産 法と制度と現状と（改訂版）』（大蔵省印刷局．1991）
- ・小林一輔『コンクリートが危ない』（岩波書店．1999）
- ・小林一輔『コンクリートの文明誌』（岩波書店．2004）
- ・佐久間充『ああダンプ街道』（岩波書店．1984）
- ・佐久間充『山が消えた——残土・産廃戦争』（岩波書店．2002）
- ・櫻井敬子『行政法講座』（第一法規．2010）
- ・塩野宏『行政組織法の諸問題』（有斐閣．1991）
- ・塩野宏『行政法Ⅲ〔第三版〕』（有斐閣．2006）
- ・資源エネルギー庁長官官房鉱業課 編『逐条解説 採石法』（ぎょうせい．2000）
- ・芝池義一・小早川光郎・宇賀克也 編『行政法の争点〔第3版〕』（有斐閣．2004）
- ・通商産業省 窯業室・建設省 水政課 監修『逐条解説 砂利採取法』（ぎょうせい．2000）
- ・常岡孝好『パブリック・コメントと参加権』（弘文堂．2006）
- ・中山充・横山信二 編著『地域から考える環境法』（嵯峨野書院．2005）
- ・ハイエク、F. A. 、（田中真晴・田中秀夫 編訳）『市場・知識・自由』（ミネルヴァ書房．1986）

- ・橋本博之『行政判例と仕組み解釈』（弘文堂、2009）
- ・畠山武道『アメリカの環境保護法』（北海道大学図書刊行会、1992）
- ・畠山武道『自然保護法講義〔第2版〕』（北海道図書刊行会、2004）
- ・原田尚彦『環境権と裁判』（弘文堂、1977）
- ・広岡隆『公物法の理論』（ミネルヴァ書房、1991）
- ・広岡隆『行政法総論〔五版〕』（ミネルヴァ書房、2005）
- ・廣瀬肇『海域利用調整と法』（日本海洋協会、1995）
- ・三好規正『流域管理の法政策』（慈学社、2007）
- ・山村恒年『環境保護の法と政策』（信山社、1996）
- ・柳哲雄 編著『瀬戸内海の海底環境』（恒星社厚生閣、2008）
- ・吉兼亨『コンクリートのおはなし 改訂版』（日本規格協会、2002）
- ・我妻榮・有泉亨（清水誠 補訂）『〔新版〕コンメンタール 物権法』（日本評論社、1997）

論文

- ・磯部力「公物管理から環境管理へ——現代行政法における「管理」の概念をめぐる一考察」成田頼明先生横浜国立大学退官記念『国際化時代の行政と法』（良書普及会、1993）25頁
- ・伊藤修一郎「「コモンズの悲劇」の解決策としての法—景観保全における「メニュー法・枠組み法」についての考察—」、法社会学73号（2010）188頁
- ・桑原勇進「行政判例研究」自治研究84巻11号（2008）126頁
- ・交告尚史「許可の凍結—将来予測に基づく行政裁量の行使に関する一考察—」、商大論集（神戸商科大学）41巻4・5号（1990）34頁
- ・交告尚史「演習 行政法」法学教室293号（2005）134頁
- ・櫻井敬子「水法の現代的課題」、『行政法の発展と変革（下） 塩野宏先生古稀記念論集』（有斐閣、2001）
- ・櫻井敬子「公物理論の発展可能性とその限界——警察権・統治権からの再定義の必要性」自治研究80巻7号（2004）24頁
- ・須藤定久「統計資料から見た日本の砂利資源 - 種別の特性を考える（平成13年度骨材資源調査報告書より）」、
‘<http://staff.aist.go.jp/sudo-gsj/kotsuzai13y/kotsu13y-2.html>’（2010/12/13 最終確認）
- ・中山充「資源は誰が所有するのか——海砂採取に関する民事法理論的検討」、香川法学22巻3・4号（2003）211頁
- ・橋本博之「海洋管理の法理」、金子宏先生古希祝賀『公法学の法と政策（下）』（有斐閣、2000）
- ・日野辰哉「行政判例研究」自治研究85巻8号（2009）111頁

- ・眞鍋政雄「公共信託法理の利益衡量機能——モノ湖判決を素材として」社会システム研究 2号 (1999) 01 頁
- ・森田寛二「国有財産法の理解に関する疑問 (上)」自治研究 73 卷 12 号 (1997) 3 頁
- ・森田寛二「国有財産法の理解に関する疑問 (中)」自治研究 74 卷 1 号 (1998) 3 頁
- ・森田寛二「国有財産法の理解に関する疑問 (下)」自治研究 74 卷 3 号 (1998) 3 頁
- ・三浦大介「公物管理と財産管理——海の管理を素材として」、高知論叢 (社会科学) 69 号 (2000) 71 頁
- ・三浦大介「開発事業と自治体における『公共の福祉』——中土佐町採石事業訴訟」自治総研 30 卷 4 号 (2004) 20 頁
- ・山本隆司「行政裁量(1)」法学教室 359 号 (2010) 104 頁
- ・山本隆司「行政裁量(5)」法学教室 363 号 (2010) 91 頁
- ・横山信二「海洋公物管理論」松山大学論集 2 卷 2 号 (1990) 53 頁
- ・横山信二「海の利用関係」松山大学論集 5 卷 3 号 (1993) 43 頁

英文文献・論文

- ・ Alexandra B. Klass and Ling-Yee Huang, *Restoring the Trust: Water Resources and the Public Trust Doctrine, A Manual for Advocates*, Center For Progressive Reform, 2009
- ・ Blumm, Michael C. and Thea Schwartz, *Mono Lake and the Evolving Public Trust in Western Water*, 37 *Arizona L. Rev.* 701 (1995)
- ・ Christie, Donna R., and Richard G. Hildreth, *Coastal and Ocean Management Law in a Nutshell*, 3rd edition, Thomson West, 2007
- ・ Craig, Robin Kundis, *A Comparative Guide to the Eastern Public Trust Doctrines: Classifications of States, Property Rights, and State Summaries*, 16 *Penn. State Environmental L. Rev.* 1 (2007)
- ・ Craig, Robin Kundis, *A Comparative Guide to the Western States' Public Trust Doctrines: Public Values, Private Rights, and the Evolution Toward an Ecological Public Trust*, 37 *Ecology L. Q.* 53 (2010)
- ・ Dyer, Dion, 'California Beach Access: The Mexican Law and the Public Trust', 2 *Ecology L. Q.* 571 (1972)
- ・ Kunkel, Eric, 'The Spanish Law of Waters in the United States: From Alfonso the Wise to the Present Day', 32 *McGeorge L. Rev.* 341 (2001), 365.
- ・ Note, *The Public Trust Doctrine and California Water Law: National Audubon Society v. Department of Water and Power*, 33 *Hasting L. J.* 653 (1982)
- ・ Sax, Joseph, *The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law: Effective*

- Judicial Intervention, 68 Mich. L. Rev. 471 (1970)
- Stevens, The Public Trust: A Sovereign's Ancient Prerogative Becomes the People's Environmental Right, 14 U. C. Davis L. Rev. 195 (1980)
 - Weber, Gregory S., Articulating the Public Trust: Text, Near-text and Context, 27 Ariz. St. L.J. 1155 (1995)

議事録

- 鹿児島県議会
- 熊本県議会
- 佐賀県議会
- 長崎県議会
- 福岡県議会

行政報告書

- 公害等調整委員会年次報告
- 砂利採取業務状況報告書集計表