

# 漁業権による水産資源の保護と環境権<sup>①</sup>

中山 充

## 目次

はじめに

一 漁業権の意義と体系的地位

二 漁業法の歴史と漁業権

三 漁業権の法的性質論

四 漁業協同組合と漁業を営む権利

五 漁業権と自然公物利用権

むすび

## はじめに

(1) 漁業権は、漁業法<sup>(2)</sup>をはじめとするわが国の漁業に関する法制度<sup>(3)</sup>の中心的存在である。

漁業権の具体的内容は多種多様であるが、「定置漁業権」、「区画漁業権」及び「共同漁業権」の三種にまとめられる。さらに、共同漁業権と特定種類の漁業を内容とする区画漁業権（「特定区画漁業権」）を基礎にして、「入漁権」が認められ、また、漁業協同組合又は漁業協同組合連合会が有する共同漁業権、特定区画漁業権又は入漁権については、その漁業協同組合の組合員が「漁業を営む権利」を有する。

漁業権は物権とみなされるが、民法に定められている所有権等とはかなり異なる点があり、漁業を営むこと、水面を使用すること、漁獲物の所有権を取得すること等と漁業権との関係をどのように法律構成するかが、古くから大きな論点になっていた。また、漁業権は都道府県知事の免許によって設定されるが、このことが漁業権の物権としての性質に影響を及ぼすのか否か、又はどのような影響を及ぼすのかも問題にされてきた。それとの関連で、主務大臣又は都道府県知事の許可による漁業の利益の性質が、漁業権のそれと同じかどうかとも論じられてきた。

近時では、工業による水質汚濁や水面埋立の増大に伴って、漁業補償や漁業権の放棄が問題になることが多い。漁業補償については、まず、いかなる金額をいかなる基準によって算定するかが重要な問題であるが、特に漁業協同組合が管理する共同漁業権等については、さらに、この補償金が漁業協同組合に帰属するか、それとも関係組合員の共同所有に帰属するかが争われ、また、漁業権の放棄が水産業協同組合<sup>(4)</sup>法五〇条、四八条の手続のみで可能か、漁業法八条三項、五項の手続も必要か、それとも組合員全員の同意が必要かが争われている。そこでも、共同漁業権等のい

いわゆる組合管理漁業権の法的性質をどう捉えるか、誰がその権利主体かが、組合員の漁業を営む権利の性質論と絡めて論じられている。

(2)ア　ところで、漁業の対象となる水産動植物については、濫獲による減少が古くから問題になっており、それを防止し「水産資源の保護培養を図り、且つ、その効果を将来にわたって維持する」ために、水産資源保護法<sup>(5)</sup>が制定されている。近時では、工業等による水質汚濁、水面埋立、海砂利採取等が公共用水域の環境を悪化させ、水産資源に大きな悪影響を及ぼしており、過養殖による環境悪化も生じている。これらの環境悪化を防止して水産資源を保護することも、漁業の発展にとって重要な課題になっている。<sup>(6)</sup> 遠洋漁業の活動が国際的事情から次第に制限されてきた<sup>(7)</sup>今日、沿岸漁業の発展がますます重要になり、それだけにいっそう、漁業の基礎をなす水産資源を保護し培養することが大切になっている。

しかし、漁業権の性質に関する従来の議論では、水産資源の保護培養という観点はあまり注目されていなかった。今、水産資源の保護培養に注目して漁業権の性質と内容を検討するならば、考察の視野を漁業権それ自体とその客体の漁場に限るのではなく、もっと広範囲の水域と、そこに存在する多数の漁業権の相互関係やその他の漁業との関係をも重視しなければならないことになる。このように見ると、漁業は公共の用に供する水面（公共用水面）を漁業者が共同で多様に利用することを内容とし、漁業権もまたそのの一環であるという事実が明白になる。そして、漁業権相互の間及び漁業権とその他の漁業との間に、水産資源の保護培養を図るという共通の要素を通じて密接な関係が保たれなければならないことも、自ずと明らかになるであろう。

他方、公共用水面は、漁業以外の多種多様な目的のためにも利用される。たとえば、漁民以外の人々による釣り、船舶による交通、水泳、ダイビング、サーフィン、ヨット、レジャーボート、水上スキー等のスポーツ、水中及び水

辺の景観鑑賞、学術又は教育目的での利用、あるいは水上構築物又は水中構築物による占用がそれに当たる。廃棄物の投棄、汚排水の排出や水面埋立すらも、一種の水面利用である。多くの場合、一つの公共用水面はどのような複数の利用権ないし利用利益の客体になっており、多数の人々による共同利用の客体である。漁業は、このような公共用水域の共同利用の一つである。

(イ) 私は、それらの利用のうち、他の多数の人々による同一の利用と共存できる内容と方法を持つものを、環境権の一種である「自然公物利用権」という権利として法律構成すべきであると主張している。<sup>(8)</sup> 自然公物利用権は特定の自然公物について多数の人々が持つ権利であって、その内容たる利用そのものは私的な性質のものであるが、権利の具体的内容の決定や管理の側面では公共的な性質を帯びる。漁業も一般的には、この自然公物利用権に適合する性質を持つ。

それに対し、漁業権は自然公物利用権とは別個かつ異質の私的財産権である。したがって、一面においては自然公物利用権と対立した内容を持つが、他面において、水産資源の保護培養を内容の一つとする点で漁業に関する自然公物利用権と共通性を持つ。さらに、水産資源の保護培養の前提になる良好な水面環境の保全を一内容とする点で、他種の自然公物利用権とも共通性を持つ。

漁業権の物権としての性質を確認しながら、漁業権と自然公物利用権との関係を明確にし、漁業権の内容の内に水産資源の保護培養という要素を的確に位置づけるならば、われわれは漁業権の性質と内容を正しく把握できるであろうし、漁業権に基づく漁業の保護と発展に寄与できることになるであろう。

(3) 本稿は、このような観点に立って漁業権の性質と内容を捉え直し、漁業の今後の発展に寄与できる視点を得ることを目的にする。

その前提として、まず、検討の対象になる漁業権の意義と漁業法上の諸制度の中での位置づけを確認する（一）。次に、漁業権の性質と内容を考察するために必要な範囲で漁業法の歴史を概観する。特に漁業権、入漁権及び漁業を営む権利に関する法規定については、その変遷をやや詳しくたどる（二）。本論として、第三に、漁業権の法的性質についてこれまで唱えられてきた学説——公権説、物権取得権説、漁業行為権説、漁場支配権説、漁業資源生産権説等——を検討した上で、漁場支配権説を修正し発展させて、漁業権の性質を全面的に把握することを試みる（三）。第四に、共同漁業権等のいわゆる組合管理漁業権と組合員の漁業を営む権利との関係に関する総有説と社員権説との対立状況を検討した上で、漁業を営む権利を基本にして組合の漁業権を構成する解釈論を展開する（四）。最後に、漁業権と漁業を営む権利の侵害の態様に関する考察を通じて、自然公物利用権との異質性、共通性及び相互関係を明らかにする（五）。

（一） 本稿の成立は、一九九二年に広島漁業権研究会（石外克喜ほか七名）での報告の準備作業をきっかけとする。同研究会での研究成果の一部は、第三四回日本土地法学会シンポジウム「漁業権」（一九九二年一月）で「環境の共同利用と漁業権」として発表された。同年一〇月からは、「瀬戸内海における有用水産資源の持続的生産と環境保全に関する学際的研究」（日本生命財団助成）第六班の共同研究「水産資源と環境保全にかかわる法体系」を構成する研究へと発展させ、ここにまとめるに至ったものである。

（二） 昭和二十四年二月一五法律二六七号。以下、割注での略称を「漁」とする。

（三） 漁業に関する法制度は、水面利用の秩序づけの観点からの制限措置を定めた法制と、漁業振興の観点からの奨励・助長措置を定めた法制とに大別できるが、漁業生産の発展を図るという基本目標に従う点で共通する。漁業法は、水産資源保護法、外国人漁業の規制に関する法律、漁業水域に関する暫定措置法、及び漁船法とともに、前者に属する。後者は、沿岸漁業等振興法を基本にして、海洋水産資源開発促進法、沿岸漁場整備開発法、漁業再整備特別措置法、漁業生産調整組合法等の漁業振興に関する諸法律、漁港法、水産業協同組合法、その他水産金融に関する諸法律、漁業災害等のための保険に関する諸法律から成る（関谷俊作『農林水産法』（一九八五年）四三四～四三六頁（新庄忠夫執筆））。

- (4) 昭和二十三年二月一五法律二四二号。以下、「水協法」と示し、割注での略称を「水協」とする。
- (5) 昭和二十六年二月一七法律三一三号。以下、割注での略称を「水資保」とする。
- (6) 農林統計協会『図説 漁業白書（平成四年度版）』三、一二七～一三四頁。
- (7) 前掲三、一四～一六、一九、二二～二三、一一一～一二六頁。
- (8) 拙稿「環境権——環境の共同利用権（1）」（4・完）香川法学一〇卷二、三・四号、一一卷二号、一三卷一号（一九九〇～一九九三年）。特に自然公物利用権については、前掲一三卷一号七四～七六頁。

## 一 漁業権の意義と体系的地位

### (1) 漁業権とその他の漁業利益

(ア) わが国の漁業は、公共用水面又はこれと連接して一体を成す水面（漁三、四條）における漁業（公水漁業）と、そうでない水面における漁業（私水漁業）とに大別されるが、実際に営まれる漁業のほとんどは公水漁業である。したがって、「漁業生産に関する基本的制度を定め」（漁一條）る漁業法をはじめとするわが国の漁業に関する法は、公水漁業を主として規律する。ここで「水面」というのは、水の表面だけではなく、水の表面から水底までの水体全体を含む。さらに、土地の所有権が法令の制限内においてその土地の上下に及ぶ（民法二〇七條）ために、土地の上下も「土地」に含むと解釈されるのが一般的であるのと同じ趣旨で、その水体の利用に必要な範囲内において空中と地中も「水面」に含むとするのが妥当であろう。

公水漁業については、すでに明治三四年に制定された「旧漁業法」<sup>1)</sup>及び明治四三年にそれを全部改正して制定され

た「明治漁業法」<sup>(2)</sup>のときから、公海、領海、河川・湖沼等の内水面のいずれを問わず、いかなる水面にも一律に漁業自由の原則を採用した上で、漁業権制度と漁業警察制度（漁業許可を含む）によってそれを制限するという体系がとられてきた。<sup>(3)(4)</sup>昭和二四年末に制定された現行漁業法は、これに加えて、「漁業者及び漁業従事者を主体とする漁業調整機構の運用によって水面を総合的に利用し、もって漁業生産力を発展させ、あわせて漁業の民主化を図る」（漁一条）と定めている。

(イ)(a) 漁業法では、漁業権は「定置漁業権、区画漁業権及び共同漁業権をいう」と定義されている（漁六条一項）だけで、一般的な定義は示されていない。

一般的に「漁業」とは、「水産動植物の採捕又は養殖の事業」をいう（漁二条一項、水協一〇条一項）。「定置漁業権」は、そのうち「定置漁業を営む権利」をいい（漁六条二項）、「定置漁業」とは、「漁具を定置して営む漁業であつて」、漁業法六条三項一、二号に列举されるものである（漁六条三項）。「区画漁業権」は、「区画漁業を営む権利」をいい（漁六条二項）、「区画漁業」とは、漁業法六条四項一〜三号に列举される漁業であり、第一種から第三種までであつて、一定の区域内において営む養殖業である点で共通している（漁六条四項）。そのうち、「ひび建養殖業、そう類養殖業、真珠母貝養殖業、小割り式養殖業（網いけすその他のいけすを使用して行なう水産動物の養殖業をいう。）」、かき養殖業若しくは第三種区画漁業たる貝類養殖業を内容とする区画漁業権」を、「特定区画漁業権」という（漁七条）。定置漁業と区画漁業は、漁業権又は入漁権に基づくのでなければ営んではならない<sup>(5)</sup>（漁九条）。

「共同漁業権」は、「共同漁業を営む権利」をいい（漁六条二項）、「共同漁業」とは、漁業法六条五項一〜五号に列举する漁業であつて「一定の水面を共同に利用して営むもの」であり、第一種から第五種までである（漁六条五項）。第一種共同漁業は、そう類、貝類又は主務大臣の指定する定着性の水産動物を目的とする（二号）。第二種共同漁業は、

小規模な定置漁業、又はえり、やな等の網漁具を移動しないようにして敷設して営む漁業であり(二号)、第三種共同漁業は、地びき網漁業、地こぎ網漁業、船びき網漁業(無動力船に限る)、飼付漁業又はつきいそ漁業である(三号)。第四種共同漁業は、寄魚漁業又は鳥付こぎ釣漁業であり(四号)、第五種共同漁業は、内水面又は大臣の指定する湖沼に準ずる閉鎖性の海面で営む漁業(第一種共同漁業に当たるものは除く)である(五号)。

これらの漁業権は主として海面に設定され、欧米の有力諸国の漁業権が内水面漁業を中心とするのとは異なる。内水面を主眼とする漁業権は第五種共同漁業を内容とするものだけであり、内水面の漁業については、むしろ、その特殊性に応じて特別の規定が置かれている(漁一二七―一二三条)。漁業権が広く海面について認められるのは、わが国の沿海の漁利が豊富で財産的価値が高く、かつ、これを認める慣行が古くから存在していたためであるといわれる。<sup>(6)</sup>

(b) 漁業権は都道府県知事の免許により設定される(漁一〇条)が、その免許は、申請者のうち適格性を有する者(漁一四条)だけに与えられる。

共同漁業権は、一定の要件を満たす漁業協同組合又は漁業協同組合連合会(以下において「漁業協同組合等」という)にしか免許されない(漁一四条八項)。それに対し、定置漁業権と区画漁業権については、その他の法人又は個人も適格性を持ち、適格性を持つ申請者について漁業者又は漁業従事者を優先する等の法定の優先順位(漁一六―一九条)に従って免許の可否が決定される(漁一五条)。「漁業者」とは漁業を営む者、「漁業従事者」とは、漁業者のために水産動植物の採捕又は養殖に従事する者である(漁二条二項)。また、これらの者のうち個人であるものは、「漁民」とよばれる(漁一四条一項、水協一〇条二項)。

漁業権は貸付の目的となることができず(漁三〇条)、自営者のみに免許されるのが原則である。しかし、共同漁業権と漁業協同組合等に最優先で免許される特定区画漁業権(漁一八条)については、それらの漁業を自営しない漁業



協同組合等にも、免許される。むしろ、漁業協同組合等は原則としてそれらの漁業を自営せず、組合員の三分の二以上の書面による同意を得てはじめて、自営できる（水協一七条）。

また、内水面における第五種共同漁業は、その内水面が水産動植物の増殖に適しており、かつ、免許を受けた者がそこで水産動植物の増殖をする場合でなければ免許されない（漁一二七条）。

次に、入漁権は「他人の共同漁業権又は…特定区画漁業権…に属する漁場においてその漁業権の内容たる漁業の全部又は一部を営む権利」（漁七条）であるが、その漁業権者との設定行為に基づいて成立し（漁七条）、漁業協同組合等しか取得できない（漁四二条の二）。

さらに、漁業協同組合の組合員たる漁業者又は漁業従事者であつて、漁業権行使規則又は入漁権行使規則で規定する資格に該当する者は、その漁業協同組合等の有する当該特定区画漁業権、共同漁業権又は入漁権の範囲内において、「漁業を営む権利」を有する（漁八条一項）。漁業権行使規則又は入漁権行使規則は、漁業協同組合等がそれらの各漁業権又は入漁権ごとに総会の議決によつて制定し（漁八条一項）、その漁業を営むべき区域・期間、漁業の方法をも含む遵守事項を定める規則であり（漁八条二項）、都道府県知事の認可によつて効力を生じる（漁八条四項）。

これら漁業権による漁業は「免許漁業」と呼ばれ、それに対し自由に放任される漁業種類は「自由漁業」と呼ばれる。

(c) 漁業権の存続期間は、共同漁業権と真珠養殖業又は大規模な魚類養殖業を内容とする区画漁業権は一〇年、その他の漁業権は五年であり（漁二二条）。入漁権の存続期間は、別段の定めがない限り、その目的たる漁業権の存続期間と同じである（漁四六条）。

漁業権は物権とみなし、土地に関する規定を準用するとされ（漁二三条一項）、入漁権も物権とみなすとされる（漁

四三条一項)。しかし、漁業権は、相続又は法人の合併による場合を除き、原則として移転の目的になれず(漁二六条一項)、担保の目的にすることについても制限を受ける(漁二三～二五条)。入漁権は、譲渡又は法人の合併による取得の目的となる外、権利の目的にならない(漁四三条二項)。

漁業権は、免許の共同申請や漁業権の共有請求がなされた場合に、共有される(漁一四条三～五、七、一〇項、一六条一〇～一二項、一七条七項)。この共有持分の処分については他の共有者の三分の二以上の同意を必要とするが、漁業権の変更の場合も含めて、他の共有者は正当な事由がなければ同意を拒むことができない(漁三二、三三条。入漁権につき漁四七条)。

都道府県知事は、漁業調整その他公益上必要があると認めるときは、漁業権に制限又は条件をつけることができ(漁三四条)、このようなとき又は漁業権者が漁業に関する法令の規定に違反したときは、漁業権を変更し、取り消し、又はその行使の停止を命ずることができる(漁三九条)。休業が一定期間続けてなされた場合(漁三七条)、漁業権者が免許の適格性を失った場合(漁三八条)、又は錯誤によつて免許をした場合(漁四〇条)等には、漁業権を取り消すことができ、又は取り消さなければならない。

漁業権又は組合員の漁業を営む権利を侵害した者は、二〇万円以下の罰金に処される(漁一四三条)。

(ウ) 他方、漁業警察は、法令で漁業の場所、時期、方法、目的たる水産動植物の成育程度、又は漁業者、漁船等に多くの制限又は禁止を為すことであり、漁業者間の利害を調節するための漁業取締と、漁利を永續させ増大させるための水産動植物の繁殖保護とを目的にする<sup>(7)</sup>。

まず、「政府間の取り決め、漁場の位置その他の関係上制限措置を統一して講ずることが適當である」として政令で定める遠洋・沖合漁業は、「指定漁業」と呼ばれ、船舶ごとに主務大臣の許可を受けなければならない(漁五二条)。

次に、主務大臣又は都道府県知事は、漁業取締その他漁業調整のため、水産動植物の採捕・処理、漁具・漁船、漁業者の数・資格等に関する制限又は禁止について、必要な省令又は規則を定めることができる（漁六五条一項）。この省令又は規則により特定の漁業を主務大臣又は都道府県知事の許可にかからせることができるが、特別に中型まき網漁業、小型機船底びき網漁業、瀬戸内海機船船びき網漁業、及び小型さけ・ます流し網漁業は、船舶ごとに都道府県知事の許可を受けなければならないことが法定されている（漁六六条一項）。

さらに、農林水産大臣又は都道府県知事は水産資源の保護培養のため、水産動植物の採捕・販売・所持・移植、漁具・漁船、水産動植物に有害な物の遺棄・漏せつ・その他の水産汚濁、水産動植物の保護培養に必要な物の採取・除去に関する制限又は禁止について、必要な省令又は規則を定めることができる（水資保四条一項）。この省令又は規則により、やはり、特定の漁業を農林水産大臣又は都道府県知事の許可にかからせることができるが、爆発物の使用禁止や水産動植物をまひさせ又は死なせる有毒物の使用による水産動植物の採捕等の禁止は、特に法定されている（水資保五〜七条）。

許可を必要とする漁業種類は「許可漁業」と呼ばれ、禁止された漁業種類は「禁止漁業」と呼ばれる。

(エ) 漁業自由の原則が漁業権制度と漁業警察制度によつて、このように制限を受けるのは、漁業の行われる水面とその生産力に自ら限度があるからであるが、その上に、<sup>(8)</sup> 漁場となる水面は、各々が多種多様な漁業による共同利用の対象であるだけでなく、他の水面での多くの漁業にも密接にかかわり合うから、各漁業の間での相互調整がきわめて重要である。

ひとつの水面は、水産動植物の棲息状態に応じて互いに異なる漁業を立体的に同時に営めるものであり、漁業の目的になる水産動植物の種類は大変多く、それを漁獲する方法は多種多様である。さらに、漁業を経営する主体の規模

が大小さまざまなものであるという事情も加わって、漁場は複雑な入会い、ないし共同利用の状況を呈している。その上、水産動植物は幼生期にプランクトンとして水面を流動し、魚類は成体になっても広範囲の水面を回遊するものが多い。<sup>(9)</sup> また、それらの存在は食物連鎖等を通じて相互に関連し合っているのである。

したがって、許可漁業だけでなく、漁業権もまた漁業調整による制約を強く受ける。<sup>(10)</sup> 「漁業調整」とは、漁場の総合的利用による漁業生産力の発展を図るため、多種多様の漁業を全体的見地から調整し、これらを適合した地位に置くことをいう。<sup>(11)</sup> 都道府県知事が漁業を免許するのは、「漁業上の総合利用を図り、漁業生産力を維持発展させるためには漁業権の内容たる漁業の免許をする必要があり、かつ、当該漁業の免許をしても漁業調整その他公益に支障を及ぼさないと認めるとき」(漁一一条)なのである。

## (2) 漁業調整機構

(ア) 漁業の生産力を発展させるためには、漁業権制度と漁業警察制度だけでは十分ではない。漁業を民主化し、水面を総合的に利用することが必要である。この目的で運用される漁業調整機構<sup>(12)</sup>(漁一一条)が、海区漁業調整委員会と連合海区漁業調整委員会である。このような制度の導入は、漁業の発展のために必要なことであるとともに、漁業権にとっても内在的に必要とされることであると理解すべきである。

海区漁業調整委員会は、主務大臣が定める海区ごとに置かれるが、その主体は漁民であり、通常一五名の委員のうち九名が、その海区の沿岸に住所又は事業場を持つ漁民によって選挙された漁民委員であって、他は、都道府県知事により選任された学識経験委員四名、及び公益代表委員二名から成る(漁八四、八六条)。連合海区漁業調整委員会は、特定の目的のために必要に応じて置かれるものと、瀬戸内海、玄海及び有明海のそれぞれに置かれるものがあり、

委員は海区漁業調整委員の中から選出された委員を主体とし、都道府県知事又は主務大臣が選任した学識経験委員がこれに加わる（漁一〇五、一〇六、一〇九条）。

(イ)(a) 都道府県知事は、漁業に関し重要な行政処分を行う場合には、必ず海区漁業調整委員会の意見をきかなければならないこととされている。しかも、同委員会は単なる諮問答申の機関ではなく、運営に当たっては事実上の決定権を持つようにすべきであると考えられている<sup>(13)</sup>。

まず、都道府県知事は漁業の免許に際して、海区全体の見地から、漁業種類、漁場の位置・区域、漁業時期等の免許内容や、その漁業の漁場が属すると認められる地元地区又は関係地区等を定める「漁場計画」を、事前に決定し公示しなければならないが、このような漁場計画の事前決定と変更について、同委員会の意見をきかなければならない<sup>(14)</sup>。また、同委員会は漁場計画の事前決定をすべき旨の意見を、都道府県知事に述べることができる。同委員会がそれらの意見を述べようとするときは、公聴会を開いて利害関係人の意見をきかなければならない（漁一一一条）。

海区漁業調整委員会は、漁業権の免許、分割又は変更、制限又は条件、取消等についても、都道府県知事に意見を述べ（漁一二条、一四条五項、二二条三項、二四条四項、二六条三項、三四条二項、三六条二、四項、三七条三項、三八条二項、三九条三項、四〇条）、又は申請する（漁三四条三項、三八条三項）権限をも持つ。この意見又は申請については、予め関係申請者又は漁業権者に理由を文書で通知し、公開による意見の聴取を行わなければならない（漁一三条五項、二二条三項、三四条四項、三六条三、四項、三七条四項、三八条五項、三九条四項）。

(b) さらに、海区漁業調整委員会又は連合海区漁業調整委員会は、海区全体の総合利用の立場から、水産動植物の繁殖保護、漁業権・入漁権の適切な行使、漁場の使用に関する紛争の防止・解決、その他漁業調整のために、漁業権、許可漁業、自由漁業その他の関係者に対し、水産動植物の採捕に関する制限又は禁止、漁業者の数に関する制限、漁

場の使用に関する制限その他必要な指示をすることができる。この指示に従わない者に対しては、委員会の申請に基づいて、都道府県知事がこの指示に従うべきことを命ずることができる（漁六七条）。

(c) 内水面における漁業に関しては、以上のような海区漁業調整委員会の権限を内水面漁場管理委員会が行う（漁一三〇条）。内水面漁場管理委員会は都道府県に置かれ（漁一三〇条一項）、代表的な漁業者、代表的な水産動植物の採捕者及び学識経験者の中から都道府県知事が選任した委員から成る（漁一三一条）。

(1) 「漁業法」（明治三十四年四月一三日法律三四号）。以下、割注での略称を「旧」とする。

(2) 「漁業法」（明治四三年四月二〇日法律五八号）。以下、割注での略称を「明」とする。

(3) 石黒武重『漁業法』（現代法学全集三〇巻）（昭和五年）二九～三二頁、関谷・前掲四四〇頁。

(4) ドイツ、フランス、イギリス、アメリカ合衆国等の諸国での体系はこれと異なり、次のとおりであるという（石黒・前掲二八、三二～三五頁、佐藤百喜『日本漁業法論』（昭和一〇年）一八～一九頁）。まず内水漁業と海洋漁業とに分けられる。内水漁業は、水面の敷地の所有者だけが持つ漁業権によつてのみ行うことができる。それに対し、海洋漁業については、自由を原則としつつ、漁業警察上の取り締まりがなされ、例外的に、領海内で旧来の慣行がある場合、又は極めて限られた種類の漁業について漁業権が認められるにすぎない。

(5) 但し、漁三六条一、四項の場合は例外である。

(6) 石黒・前掲三〇～三一頁。

(7) 石黒・前掲三一頁。

(8) 石黒・前掲三〇頁。

(9) 水産庁経済課編『漁業制度の改革』（昭和二五年）二二三～二二五頁、高橋泰彦『漁業調整はこうして行われる・指定遠洋漁業のあらまし』（昭和二五年）九～一二頁。

(10) 『漁業制度の改革』二三〇～二三四頁、高橋・前掲五九～六二頁、水産庁『漁業制度改革のあらまし』（昭和二五年）五八～五九頁も参照。

(11) 関谷・前掲四四八頁。

- (12) 『漁業制度の改革』二〇一～二三四頁、高橋泰彦『漁業改革はどういう順序で行われるか』（昭和二十四年）一三～一八頁、同『漁業調整はこうして行われる……』一五～二〇頁、同『三つの委員会』六～八頁、水産庁『漁業制度改革のあらまし』二三～二七頁、同『漁業調整委員会の任務運営』（昭和二五年）も参照。
- (13) 『漁業制度の改革』六二七～六二八頁、高橋『漁業改革はどういう順序で行われるか』七七～八〇頁、同『三つの委員会』九～一頁、水産庁『漁業制度改革のあらまし』五六～五八頁、同『漁業調整委員会の任務運営』二～八頁。
- (14) 漁業計画の作り方については、『漁業制度の改革』三四～四〇、四〇七～四三七頁、高橋『漁業改革はどういう順序で行われるか』五〇～五六頁、水産庁『漁業制度改革のあらまし』三六～四一頁、同『漁場計画のつくり方』（昭和二五年）。

## 二 漁業法の歴史と漁業権

### (1) 漁業法の歴史<sup>(1)</sup>

(ア) 今見たような漁業権は、政治・経済・社会の大きな変化に対応した漁業法の制定と改正に伴って、幾度かの歴史的変遷を経て今日に至ったものである。

そこで、現在の漁業権の性質と内容を考察するための基礎として、漁業法の歴史を概観し、かつ、その漁業法の歴史の中で漁業権に関する法規規定がどのように変遷してきたかを見ることにする。

(イ)(a) 幕末の漁業経営の中心は、沿岸の一村又は数村がその地先水面を独占して漁業を営む漁場（一村専用漁場）又は沖合の入会漁場に入会って、各戸ごとに小漁船と小漁具をもって家族労働によって小漁業を営む家族経営であった。一村専用漁場は、その村が領主に貢租を納めることによって法的に確認されたが、他村の地先への入漁は、慣行

ないし実力によるものが権利として確立するのに至ることが多かった。それと並んで特殊な地方では、網元、船元、親方等の個人又は少数の特定人から成る仲間が多数の水主を使用して、自己の網、船等で営む大規模漁業や養殖業等が発達したが、その漁場は私有又は仲間持ちとされ、領主に運上・冥加金等を納めることでその権利が確認された。

政府は明治八年に太政官布告等<sup>(2)</sup>で、雑税の廃止と海面の官有を宣言して、従来の漁場使用权を消滅させ、漁業をしようとする者は新たに内務省に出願し、使用料を上納しなければならないこととした。しかし、翌年には、海区借区制、使用料上納という方式を廃止し、漁業者に府県税を賦課し、営業取締はなるべく従来の慣習によることに切り換えられた<sup>(3)</sup>。各地方庁はこの方針にのっとり、漁業取締規則等で従来の慣行を基礎として漁業を取り締まる旨を明記した上で、すべての漁業又は特定の漁業について行政官庁の許可（免許）を要することとし、漁業を、漁具を常設してなす漁業、海面を区画してなす漁業、海面の区域を限ってなす漁業、前時代からの慣行で特別な地位にある漁業、その他の漁業等に分類して、それぞれの特殊事情に応じて規律することとした。

次に、政府は明治一九年制定の漁業組合準則<sup>(4)</sup>によって、独占的漁業者仲間と村・部落等の入会団体を漁業組合として統一化し、規約を作って管轄庁の認可を受けるべきこととした。これによりほとんどの組合は規約に、漁場は旧来の慣行による旨を規定し、漁場の利用関係、漁具漁法の制限についても、地方漁業取締規則にうたう旧来の慣行を確認し維持する内容を規定した。

この旧慣、慣行と呼ばれる漁場利用関係は、幕末以来の生産様式のもとで、漁村を単位とする漁民相互の実力によって維持されていた。ここに成立した各漁業組合は、漁具漁法の発達もあって漁場の範囲を拡大した。そのために、他の漁業組合との間で漁場の範囲をめぐる紛争が多発するようになった。高利貸資本の横行によって窮迫した零細漁民が濫獲を行い、漁業秩序を乱す事態も生じた。紛争は特に県境の漁場に多く、もはや各府県の漁業取締規則では



解決できなくなってきた<sup>(5)</sup>。

(b) そこで、地方漁業取締規則を統一し、国家権力によって全国的に漁場を調整して、沿岸漁民の紛争の防止と資源の保護を図るために、漁業法の制定が求められた<sup>(6)</sup>。明治二六年から帝国議会にいろいろな法案が提出され、明治三四年になつてようやく成立するに至つたのが、旧漁業法である。

旧漁業法は三四カ条から成り、漁業権、漁業警察、漁業組合、水産組合、漁業に関する争議の裁決、訴願、訴訟に関する諸事項を内容とする。

旧漁業法は公有水面における漁業を規律し（旧二条）、行政官庁の免許によって発生する定置、区画、特別及び専用の四種の漁業権（旧三、四条）による免許漁業と、漁業権の対象にならず、行政官庁が「水産動植物ノ繁殖保護又ハ漁業取締」のために出す命令（旧一三条）によって許可の対象になる許可漁業ないし自由漁業とを区別した。

定置漁業権と区画漁業権（旧三条）は、徳川時代からすでに独占的な権利とされていた定置漁業と養殖漁業に相当する。これら以外の漁業で主務大臣が免許を必要と認めるものをなす権利である特別漁業権（旧三条）も、同様に独占的権利とされていた多種多様な漁業に相当する。専用漁業権は、これら以外の漁業で水面を専用してなすものをなす権利であり（旧四条、旧規則一条<sup>(7)</sup>）、主として一つの部落だけが漁場に入会う専用漁業と若干の部落が漁場に入会う入会漁業とを対象とする。それに対し、許可漁業ないし自由漁業は、徳川時代に入会とされていた沖合漁業に相応する。

(ウ) (a) 明治四三年には、漁業経済に金融資本を積極的に導入するために、漁業権の物権性を確立し、漁業組合に経済的活動力を認めることを主な目的にして、旧漁業法が全面改正され、七三カ条から成る明治漁業法が制定された。具体的には、漁業権抵当（明八、二七条等）と入漁権（明一二、一五、一七、二〇条）が整備され、漁業組合（明四

二〇五〇条）と漁業取締（明三四〇三六、四一条等）が強化された。

明治漁業法の漁業権制度は、現行漁業法の制定に至るまでの間ほとんど改正されず、漁業紛争を国家が上から抑止し解決する手段として定着した。<sup>(9)</sup> その間の大きな改正は漁業組合に関するものに集中し、昭和八年と一三年に、出資責任制をとる漁業協同組合に漁業の自営が認められる等、漁業組合とその連合会が整備拡充されたが、<sup>(10)</sup> 昭和一八年に戦時経済体制への切り換えの一環として、水産業団体法<sup>(11)</sup>によって漁業組合は漁業会に編成替えされ、かつ漁業組合に関する規定は漁業法から全部削除されるに至った。

(b) この漁業権制度のもとに、次のような社会関係が存続していた。

まず、専用漁業権ないし入漁権として規定された入会漁業は、低い生産力と遅れた生産関係を沿岸漁村に広汎に維持させる法的な枠となった。すなわち、零細漁民が家族的な小経営によって沿岸漁場にひしめき合い、かつ、村落協同体の内部規律に厳重に統制された。<sup>(12)</sup> 次に、定置網や養殖業のような個人的独占漁場を認める定置、区画及び特別の三種の漁業権は、その零細漁民の小漁業を排除し又は独占的支配者の恩恵の下に置き、また前近代的な労働関係を存続させた。明治末期から漁船の動力化と網漁業、ことに定置網漁業における綿糸網の普及等の漁具・漁法の改善によって、漁業の生産力が増し、いわゆるマニファクチュア漁業として特殊な共同経営や資本主義的な経営方式をとる漁業がふえてきたが、そのような資本は商業資本ないし高利貸資本であり、しかも漁業労働者を前近代的な労働関係のもとに置き、又は問屋制資本から受けた収奪を漁業労働者に転嫁するという前近代性を帯びていたのである。<sup>(13)</sup>

他方、明治末期以後、漁船の動力化によって内地沖合の許可漁業は急速に発達を遂げた。昭和八年には主務大臣の許可によることが法定される許可漁業の種類（明三五条一項）が追加された。<sup>(14)</sup> 許可の大部分は県知事に任せられ、各府県の漁業取締規則によって規律されてきたが、実際にはその許可が権利化し、漁業権以上に経済的価値を持ち漁業利

、益を独占するものになった。この沿岸許可漁業の発達が免許漁業の漁場を荒らし、沿岸零細漁民との間に多くの摩擦をもたらした。それに加えて、沿岸零細漁民は経済不況のどん底にあえいでいた。この零細漁民を救済するために、漁業組合等を整備拡充する一連の漁業法改正がなされたのである。<sup>(15)</sup>

許可漁業のうち遠洋漁業については、明治三八年に遠洋漁業奨励法（明治三八年三月一日法律四〇号）が制定され、遠洋漁業は国家権力を背景として強力に推し進められた。

(二)(a) 第二次世界大戦後、農地改革の進展に刺激されて昭和二十一年から漁業制度改革が論議され始め、昭和二十三年に水産業協同組合法の制定を見た後、昭和二十四年末に現行漁業法が制定された。

従来の漁業制度については、次のような問題点が認識されていた。第一に、従来の慣行の尊重を基本として固定されていた入会漁場の関係が、漁船の動力化による漁業の自由な発展を阻み、漁業生産力を阻害し、また漁場紛争の要因となっている。第二に、漁業権の免許が早い者勝ち、強い者勝ちを許す先願主義によって行われ、しかも存続期間の更新がほぼ無条件に認められていたために、無計画的な漁場利用関係が半永久化し、また、官僚と漁村のボス勢力の結びつきが生じ、漁業をめぐる諸対立を生んでいる。第三に、漁場秩序を漁業権という個別的な独占排他権中心に構成し、しかも、これに無制限な財産権的性格を許して、その設定、行使を権利者の恣意に任せたために、漁業秩序を関係漁民の総意によって決定管理することができず、一部の者による漁利の独占を許して、漁業の生産組織に封建性を残し漁村生活全体を歪めている。<sup>(16)</sup>

漁業制度改革は、このような認識のもとに、漁民を主体とする民主的な漁業調整機構によって水面の総合的利用を図り、これによって漁業生産力の発展と漁業の民主化を実現する（漁一条）ことを目的とした。その結果、現行漁業法は、漁業権を定置漁業権、区画漁業権及び共同漁業権の三種に再編成し、その範囲を縮小するとともに貸付禁止、

譲渡制限等によってその力を弱める一方で、新たに設置する海区漁業調整委員会に広範な権限を与えて漁業調整に当たらせることとした<sup>(17)</sup>。当初の改革案では、漁業権を漁業協同組合に集中させ、漁民組織によって漁場を自主的に管理するという方式が考えられていた。漁業調整委員会はこれにとって替わったものである<sup>(18)</sup>。

また、明治漁業法で一カ条（明三五条）しかなかった遠洋漁業<sup>(19)</sup>について、指定遠洋漁業として独立の章（第三章一三カ条）を設け、漁場付属物件の使用についても、従来の規定（旧一〇条、明一九〇三二条）を充実させ独立の章（第七章七カ条）を作り、内水面漁業についての特別規定を、章を分かつて新たに置いた（第八章六カ条）。免許料・許可料に関する規定も新たに置かれた（第五章七カ条及び一二九条）。

(b) この改革を実施するために、沿岸漁場の全面的整理がなされた。まず、従来の漁業秩序を固定しておき、新漁業法施行後二年以内に、漁業の実態を明らかにし、漁業調整委員会の設置、旧漁業権の補償（施行法九条）、新漁業権に関する漁場計画、免許料・許可料の決定等を行った上、旧漁業権を政令で定める期日<sup>(21)</sup>に一齐に消滅させ（施行法一条二項）、同時に新しい漁業権を免許した<sup>(22)</sup>。

漁業権者又は漁業の許可を受けた者は、申請の際に納める手数料（漁一三三条）とは別に、毎年、政府に免許料又は許可料を納めなければならず、その額は当該漁業の収益力に応じ、その年総額が、旧漁業権の消滅に対する補償金の年支払相当額におおむね等しくなるように定めなければならないものであった。（漁七五条）。しかし、免許料・許可料の制度は漁民の強い反対にあつて、昭和二八年に廃止されるに至った<sup>(23)</sup>。

さらに、新しい漁業法には、旧漁業法（旧一三〇一六条）から明治漁業法（明三四、三六〇三九条）を経て発展してきた水産動植物の繁殖保護を目的とする制度として、許可船舶の定数（漁五三条）、水産動植物の採捕制限等に関する命令（漁六五条）、漁法の制限（漁六八〇七〇条）及びさく河魚類の保護（漁七一条）に関する規定が置かれていた。

これらの規定は、昭和二五年の「水産資源枯渇防止法」<sup>(24)</sup>の制定とそれを発展させた昭和二六年の水産資源保護法の制定に伴って、削除され又は一部改正された。水産資源保護法には、それら漁業法の規定を受け継いだ制度に加えて、新たに保護水面、水産動植物の種苗の確保、水産資源の調査に関する制度等が定められた。

許可漁業については、昭和二六年に、船舶ごとに都道府県知事の許可を受けるべき漁業が定められた。<sup>(25)</sup>さらに、昭和三七年度の改正で、<sup>(26)</sup>「指定遠洋漁業」が「指定漁業」と改称され（第三章）、その種類の指定が政令によることにされ（漁五二条一項）、かつ、内容にも大きな改正が加えられ、<sup>(27)</sup>都道府県知事による許可漁業についても改正が加えられた。<sup>(28)</sup>昭和三七年度の法改正は、沿岸漁業の生産性が低く、中小漁業の経営が不安定で多くの零細な漁民層を抱え、他産業の就業者との所得・生活水準との格差が拡大する傾向にあること等を問題点として認識し、沿岸漁業の構造を改善してその近代化を推進しようというものであった。<sup>(29)</sup>この観点から、漁業権についても、組合員の「各自漁業を営む権利」を「漁業を営む権利」に変える（漁八条）等の改正が加えられた。その後は大きな改正はなく、今日に至っている。

## (2) 漁業権に関する法規定の変遷

(ア) (a) すでに述べたように旧漁業法は、徳川時代以来の慣行を基礎として地方漁業取締規則等に規定され、漁業組合の規約によって確認され維持されてきた漁業のうち、行政官庁の免許によって発生するものを定置漁業権、区画漁業権、特別漁業権及び専用漁業権に分類した。

そのうち、独占的な権利とされてきた漁業に相当する定置漁業権、区画漁業権及び特別漁業権については、原則として地方長官がその免許を管轄した（旧規則一四条）が、旧来のものは、漁業法の施行により当然に免許されたとみなされる（旧三三条）か、又は一年以内の出願により免許された（旧三四条）。

他方、入会漁業を対象とする専用漁業権については、主務大臣がその免許を管轄した(旧規則一四条)。根付磯付漁業を原則とする地先水面専用漁業権は漁業組合にだけ免許される(旧四条)のに対し、慣行によって独占排他的な効力を持つ漁業を内容とする慣行専用漁業権は、漁業組合以外の団体、個人も持つことができ、法施行日から一年内の出願により免許された(旧三四条)。数村入会又は他村入会の漁業は、用益関係が平等である場合は「共有ノ性質ヲ有スル入会」として、出願により慣行専用漁業権を免許された(旧規則二五条)が、用益関係に差等がある場合は「他人ノ専用漁場ニ入漁」するものであり、免許漁業原簿に登録したときに限り、専用漁業の免許によってその権利義務に変更を受けることはないとされた(旧規則二六条)。

漁業権の免許期間は二〇年以内であるが、申請によって更新できた(旧六条)。漁業権は相続、譲渡、共有及び貸付の目的にすることができ、ただ、地先水面専用漁業権の処分については行政庁の認可が必要であった<sup>(30)</sup>(旧七条)。

(b) 明治漁業法は、これらの漁業権の種類をそのまま承継し(明四六条)、免許期間も旧漁業法と同じとした(明一六条)。なお、慣行専用漁業権は法文から姿を消したが、運用においては依然として認められた<sup>(31)</sup>。そして、新たに、入漁権について「設定行為又ハ旧法施行前ノ慣行ニ從ヒ他人ノ専用漁業権ニ属スル漁場内ニ入会ヒ其ノ専用漁業権ノ全部又ハ一部ノ漁業ヲ為スノ権利」と定義し(明一二条)、諸規定を置いた。

漁業権の処分可能性に関する規定はもっと一般化され、かつ、抵当権等に関する規定が新たに置かれた。すなわち、漁業権を物権とみなし、土地に関する規定を準用するが、質権に関する民法の規定は適用しない(明七条)。漁業権を抵当にした場合に、漁場に定着した工作物を漁業権の附加一体物とみなし(明八条)、裁判所の土地管轄が不動産所在地によって定まる場合には、漁場に最も近い沿岸の属する市町村等を不動産所在地とみなす(明九条)。漁業権者の有する水面使用に関する権利義務は漁業権の処分に従う(明一条)。さらに、免許漁業原簿の登録を登記に代わるもの

とし(明二六条)、漁業免許の取り消しがあつた場合の登録抵当権者・先取特権者の保護(明二七条)と、登録した権利者の同意がなければ漁業権を分割、変更又は放棄することができないこと(明二八条)を定めた。また、漁業権を分割し又は変更するときは、行政官庁の許可が必要である(明一〇条一項)とされた。これらの諸規定は、ほとんどそのまま現行漁業法に承継されている(漁二三条、二四条一項、五一、二九、五〇、四一、三一条)が、その具体的内容である漁業権の種類や処分制限に大きな変化があることは、後で述べるとおりである。

入漁権についても、現行漁業法の規定(漁四三、四六、四九条)と類似の規定が置かれた。すなわち、入漁権は物権とみなすが、相続と譲渡の目的以外の権利目的にすることができない(明一三条)。譲渡は、別段の慣行がある場合は別として、漁業権者の承認がなければできない(明一四条)。入漁権の存続期間は、別段の定めがないときは、その目的たる漁業権の存続期間中存続するとみなされるが、入漁権者は何時でもその権利を放棄できる(明一七条)。入漁権者が入漁料の支払いを怠ったときは、漁業権者はその入漁を拒むことができ、入漁権者が引き続き二年以上その支払いを怠り、又は破産の宣告等を受けたときは、漁業権者は入漁権の消滅を請求できる(明一八条)。但し、入漁しないときは、入漁料を支払わなくてもよい(明一九条)。これらについても、別段の慣行があるときはその慣行に従う(明二〇条)。しかし、入漁権もまた、後述のように慣行の排除等の重大な変化を受けるに至る。

なお、漁業権又は入漁権の共有持分の処分については、当初、他の共有者全員の同意が必要とされたが、昭和八年の法改正で、他の共有者の三分の二以上の同意でよいこととされた(明一五条)。

明治漁業法には、行政官庁が必要と認めるときに、漁業の免許に当たりこれに制限又は条件をつけることができるという規定が置かれた(明二二条)。また、休業が一定期間続くと行政官庁は免許を取り消すことができるという規定は、すでに旧漁業法にあつて(旧八条)明治漁業法に受け継がれ(明二三条)、さらに錯誤によつて免許をした場合の

取消の規定が置かれた(明二五条)。公益上必要があると認めるときと漁業権者が漁業法令に違反したときに、免許漁業を制限し、停止し、又は取り消すことができる旨の規定もすでに旧漁業法にあったもの(旧九条)が受け継がれた(明二四条)が、権限を持つ者が行政官庁から主務大臣に変わり、「公益上の必要」の例示事項が水産動植物の繁殖保護のみから、船舶の航行、停泊等が付け加わったものになった等の変化があった。

(c) 現行漁業法は漁業権の種類を再編成し、定置漁業権、区画漁業権及び共同漁業権の三種とした(漁六条)。

現行漁業法の定置漁業権は従来の定置漁業権のうち大型のものだけに当たり、小型のものは共同漁業権の範囲に入るか、又は許可漁業とした。従来の専用漁業権は、釣、延縄、旋網等の漁場を自由に移動する運用漁具による漁法で海面で行われるものを除いたものが、共同漁業権の範囲に入れられ、特別漁業権も共同漁業権の範囲に入れられた。共同漁業権はこれらのほか、小型定置的漁法の漁業と許可漁業であった一部の漁業を含む<sup>(32)</sup>。

漁業権の免許はすべて都道府県知事が行うことになり(漁一〇条)、また、免許の内容等を事前に決定する漁場計画の制度(漁一条)が採用された。出願資格の適格性や出願者に対する優先順位等、免許に関する詳細な基準が法定され<sup>(33)</sup>(漁一三、二〇、一二七条)、漁業協同組合等が共同漁業権又は特定の区画漁業権を持つ場合は別として、自営する者に漁業権が免許されることになった。また、漁業権の分割・変更にも都道府県知事の免許が必要であり、漁業調整その他公益に支障を及ぼすと認められる場合は免許されないこととされた(漁二二条)。

漁業権の存続期間は短縮され、共同漁業権は一〇年、定置漁業権と区画漁業権は五年を原則とし、ただ区画漁業権には更新が認められた(改正前の漁二一条)。

さらに、漁業権の貸付が禁止され(漁三〇条)、担保と移転についても強い制限を受けることになった。漁業協同組合等が持つ特定の区画漁業権と共同漁業権には、質権だけでなく先取特権と抵当権の設定も認められない(漁二三条



二項)。定置漁業権を目的とする抵当権設定には、都道府県知事の認可が必要である(改正前の漁二四二条二項)。次に、区画漁業権は、都道府県知事の認可を受けた場合を除き、移転(譲渡、滞納処分、強制執行、先取特権・抵当権の実行による移転)の目的になれず、定置漁業権は、先取特権・抵当権の実行による移転と相続人であつて適格性のない者による譲渡以外に移転の目的になれず、共同漁業権は全く移転の目的になれない(改正前の漁二六、二七条)。

また、漁業権の取消事由に、漁業権者が免許の適格性を失ったこと等(漁三八条)が加えられ、漁業調整その他公益上の必要による漁業権の変更、取消、行使停止命令については、これによって生じた損失を通常生ずべき損失として漁業権者に補償しなければならない旨が加えられた(漁三九条)。漁業権が消滅した場合に、漁場に定着する工作物の買取を漁業権者が漁業免許を受けた受益者に対して請求できる旨の規定も置かれた(漁四二条)。

他方、入漁権について、現行漁業法は、その内容を共同漁業権又は特定の区画漁業権の内容たる漁業とするともに、慣行によるものを排除し、すべて設定行為に基づかなければならないと改めた(漁七条)。そして、書面によって、入漁すべき区域、漁業の種類、漁獲物の種類及び漁業時期を明らかにしなければならず、存続期間、入漁料、漁業の方法、漁船、漁具又は漁業者の数、入漁者の資格等も、それについて定めがあるときは書面化しなければならないとした(漁四四条)。さらに、入漁権の設定、変更又は消滅を求めた場合に、漁業権者が不当にこれを拒んだときは、海区漁業調整委員会に対して裁定を申請でき、裁定によってその可否、内容及び時期が定まるという制度が設けられた(漁四五条)。

昭和二六年の法改正<sup>(34)</sup>によって、入漁権を取得できる者が漁業協同組合等に限られ(漁四二条の二)、それに伴って、入漁権が相続の目的になりうるとされていた従来の規定が、法人の合併による取得の目的になりうる旨に改められた(漁四三条二項)。

(d) 昭和三七年度の改正<sup>(35)</sup>では、まず、定置漁業権と第二種ないし第五種共同漁業を内容とする共同漁業権の範囲・内容の一部が修正され(漁六条三、五項)、入漁権の対象になりうる区画漁業権の範囲・内容も、一部修正された(漁七条)。次に、免許内容等の事前決定をなすべき場合と時期を明確にする等の改正が加えられ(漁一条、一条の二)、免許の適格性と優先順位も大きく変わり(漁一四、一六、二〇条)、従来、第一種共同漁業の免許適格性を有していた市町村、町村組合又は財産区は、適格性を失うに至った(漁一四九条九項、二〇条の削除)。

存続期間については、区画漁業権の一部も共同漁業権と同じく一〇年とされ、かつ、更新を認める旨の規定は姿を消した(漁二一条)。

抵当権の設定には、定置漁業権だけではなく区画漁業権についても、都道府県知事の認可が必要とされ(漁二四二条二項)た。漁業権の移転に関する規定も改められ、相続又は法人の合併による場合を除き、漁業権は原則として移転の目的にならないが、ただ、定置漁業権と区画漁業権は、滞納処分、先取特権・抵当権の実行、又は相続人であつて適格性のない者による譲渡を原因とする移転は、都道府県知事の認可を受けて行うことができるとされた(漁二六条)。

(イ)(a) 漁業組合又は漁業協同組合の持つ漁業権又は入漁権と組合員が営む漁業との関係についても、漁業法の規定は変遷を経てきた。

まず旧漁業法のもとでは、漁業組合は一般に漁業権の享有と行使について権利を有し義務を負うが、自ら漁業を為すことはできず(旧一九条)、地先水面専用漁業権の免許を受けた場合は、組合規約の定める所によって組合員に漁業をさせなければならなかった(旧二〇条)。明治漁業法のもとでも漁業組合は自ら漁業を営むことができず、組合員は、組合規約で別段の規定を設けているのでない限り、漁業組合の取得しもしくは貸付を受けた専用漁業権又は入漁権の範囲内で、「各自漁業ヲ為スノ権利」を持った(明四三条)。旧漁業法のもとでの組合員の権利は、組合規約によって

容認された限りでの行使権（操業請求権）であつて、単なる社員権の反射的效果であるかのようであつたが、明治漁業法で実定法的に保障されたこの各自行使権は、他の組合員を含む一般第三者に対しても主張しうるものである。各自行使権を侵害した者は、漁業権を侵害した者がすでに旧漁業法のもとでそうであつた（旧二八条）のと同じく、被害者の告訴によつて罰金に処される（明六〇条）のである。しかし、各自行使権は組合規約の定めによつて失われうる社員権的性質のものであり、実際に、財産的価値の高い漁業種類については、特定組合員の利用、員外貸付等がなされて<sup>(37)</sup>いた。漁業組合の漁業自営禁止については、昭和八年の法改正によつて例外が認められ（明四三条三項）、漁業協同組合であれば行政官庁の許可を得て自ら漁業を営むことができることとされた（明四三条ノ八）。

(b) 現行漁業法は、当初、組合員の「各自漁業を営む権利」については、漁業協同組合員の組合員であつて個人であるものは、定款の定めるところにより、漁業協同組合等の有する共同漁業権、特定の区画漁業権又は入漁権の範囲内において各自漁業を営む権利を有すると定めた。他面において、漁業協同組合の漁業自営を禁じないで、むしろ、漁業法施行法二一条による水産業協同組合法の改正によつて、組合員の三分の二以上の書面による同意があれば、組合が漁業を自営できると定めた（水協一七条一、二項）。そこでは、全組合員による例外なき権利の平等行使があるべき姿とされ、各自行使権が全組合員の不可侵的権利にまで高められ、定款で限定されるのは行使権者ではなく行使方法にすぎないと解釈されて<sup>(38)</sup>いた。

しかし、組合員の権利に関するその構成は、昭和三七年の法改正によつて否定され、各自行使権の制限と社員権の制約とのいずれともとれる構成が採用された。<sup>(39)</sup>すなわち、各特定区画漁業権、共同漁業権、又は入漁権ごとに制定する漁業権行使規則又は入漁権行使規則で規定する資格に該当する組合員（漁業者又は漁業従事者であるものに限る）が、それらの権利の範囲内で「漁業を営む権利」を有するとされた（漁八条一項）。それと同時に、漁業権行使規則又

は入漁権行使規則の内容・制定・変更・廃止の手續に関する規定が設けられた（漁八条二、五項）。

ところで、漁業協同組合の組合員になれる資格を持つのは、まず、組合の地区内に住所を有し、かつ年間の漁業を営み又はこれに従事する日数が定款で定める一定数を越える漁民と、組合の地区内に住所又は事業場を有する漁業生産組合及び漁業を営む一定規模以下の法人である（水協一八条一項）。その他の一定範囲の者で定款で定めるものも組合員になれる資格を持ち（水協一八条五項）、これによる組合員は、「準組合員」と呼ばれる（水協二二条一項）。組合は、組合員になれる資格を持つ者が組合に加入しようとするときに、正当な理由なしにその加入を拒み又は特別に困難な条件を付してはならない（水協二五条）。

組合の議決権と選挙権を有するのは、準組合員を除く組合員である（水協二二条）。漁業協同組合等の議決は、原則として出席者の議決権の過半数による（水協二一、四九条、八九条三項、九二条三項）が、漁業権行使規則と入漁権行使規則の制定等は、定款の変更や漁業権の設定等と同様に、総組合員（準組合員を除く）の半数以上が出席し、その議決権の三分の二以上の多数により議決することを必要とする（水協五〇条、九二条三項）。特定区画漁業権と第一種共同漁業権については、特に、その漁業権の内容たる漁業を営む組合員（準組合員を含む）であつて、地元地区又は関係地区に住所を有する者の三分の二以上の書面による同意を、総会の議決前に得ておかなければならない（漁八条三、五項）。

漁業を営む権利を有する者が、必ずしもこのような組合員の全員ではなく、漁業権行使規則等で規定する資格によって限定されうるようになったのは、次の理由による。<sup>(40)</sup> 第一に、組合員なら誰でも平等にいつでも権利を行使できるとすると、漁業経営が零細化し企業として成り立たなくなる弊害が生じてきたため、組合員全員で輪番制等を定めて企業として成り立つようにする。第二に、経営安定のために漁業協同組合の合併大型化を推進する必要がある、その

推進のために、特に第一種共同漁業等については、組合の合併によって他地区の漁民が関係地区又は地元地区の地先で当然に漁獲できるようになることを防がなければならない。漁業権行使規則を制定する際に、準組合員を含む関係地区又は地元地区の組合員の三分の二以上の書面による事前同意と知事の認可が必要とされるのは、この第二の理由による。

なお、第一種共同漁業又は第五種共同漁業を内容とする共同漁業権を取得した漁業協同組合等と関係地区内に住所のある非組合員との関係については、海区漁業調整委員会がその共同漁業権の行使を適切にするために、必要な指示をすることになっている（漁一四条一項）。また、昭和三十七年の法改正によって、内水面における第五種共同漁業の免許を受けた者が、その漁場の区域で組合員以外の者のする水産動植物の採捕（遊漁）について制限をしようとするときは、遊漁規則を定めて都道府県知事の認可を受けなければならないこととされた（漁一二九条一項）。

（１） 漁業制度ないし漁業法の歴史については、原暉三『日本漁業権制度概論』（昭和九年）一頁以下、同『日本漁業権制度史論』（昭和二三年）、同『入会権と漁業権入漁権とを対比しての諸問題（二・完）』法学志林六三卷二号（昭和四〇年）三三頁以下（以上いずれも明治漁業法制定まで）、『漁業制度の改革』六頁以下（現行漁業法制定前まで）、潮見俊隆『日本における漁業法の歴史とその性格』（法学体系、法学理論編一〇一）（昭和二六年）八頁以下（現行漁業法制定まで）、近藤康男『漁業経済概論』（一九五九年）一頁以下（現行漁業法制定まで）、森實「わが国漁業制度における慣習から権利への過程」法学志林六二卷二号（昭和四〇年）八三頁以下（旧漁業法制定まで）、佐藤隆夫『日本漁業の法律問題』（一九七八年）一頁以下、関谷・前掲四三七頁以下等。

（２） 明治八年二月太政官布告二三号、捕魚採藻ノ為海面所有ノ件（太政官布告一九五号明治八年二月九日）、太政官達二一五号（明治八年十二月）。

（３） 捕魚採藻者ニ府県税ヲ賦シ營業取締ノ件（明治九年七月一八日太政官達七四号）、捕魚採藻ノ為メ湖川池沼所有ノ件（明治九年一〇月三日内務省達乙一一六号）。

（４） 明治一九年五月六日農商務省令七号。

- (5) 『漁業制度の改革』一〇頁、潮見・前掲二四〇二五、三三頁、佐藤隆夫・前掲書五〇七頁。
- (6) 潮見・前掲二四〇二五頁、佐藤隆夫・前掲書七頁。
- (7) 「漁業法施行規則」(明治三五年五月一七日農商務省令七号)。
- (8) 昭和八年三月二八日法律三三三号で、共有持分の処分と変更(明一五條、一五條ノ二)について改正を受けたにすぎない。
- (9) 『漁業制度の改革』一一〇二二頁、潮見・前掲二五、三三頁。
- (10) 明治漁業法は、漁業組合を法人とし、組合員の漁業に関する共同の施設をなすことを目的とするものとし(明四三條)、また、漁業組合連合会の設立を可能とした(明四四條)。昭和八年の改正(昭和八年法律三三三号)で、目的・事業が「漁業又ハ其ノ經濟ノ發達ニ必要ナル」共同の施設をすることまで拡大され、出資及び責任制が導入され、その制度をとる「漁業協同組合」に漁業を自営すること等が認められた(明四三條ノ四三條ノ八)。さらに、昭和一三年の改正(昭和一三年三月一七日法律一三三号)では、漁業協同組合が貯金の受入れに関する施設の事業を行うことができるようになった。
- (11) 昭和一八年三月一日法律四七号。
- (12) 潮見・前掲三一〇三二、三七、四一〇四三頁。『漁業制度の改革』一七〇二〇頁も参照。
- (13) 潮見・前掲五〇六、三〇〇三一、三七、四九、五七頁。
- (14) 当初は、汽船「トロール」漁業と汽船捕鯨業のみであったが、昭和八年法律三三三号によって、母船式漁業と機船底曳網漁業が追加された。
- (15) 潮見・前掲三六、五八、七六頁。
- (16) 『漁業制度の改革』一二〇一六頁。
- (17) 潮見・前掲七七頁。それに対し、この改革は、免許漁業を荒廃させていた沿岸許可漁業の制限や取締、漁区制限等には全く手をつけず、また漁業労働関係の近代化や労働保護の問題(旧一七條、明四〇條参照)も取り上げなかった。漁業者免許の自営者原則は結局、経済的価値の高い漁業権を資本家に支配させるに至るし、漁業調整委員会の委員に漁業労働者、零細漁民の代表が選出されにくいことと、組合の持つ共同漁業権の内容から浮魚がはずされたことが相まって、沿岸漁業に対する資本漁業の侵漁が合法化される危険がある等の点から、現行漁業法は全体として、漁業労働者や零細漁民の保護に重点を置かないで資本漁業の進出を図るという性格を持つ、と評価されている(潮見・前掲七三〇九三頁)。

- (18) 改革の動向の詳細については、潮見・前掲五九〇七三頁。『漁業制度の改革』二二三～二三四頁も参照。
- (19) 大型捕鯨業、以西トロール漁業、以西機船底びき網漁業、及び遠洋かつお・まぐろ漁業。
- (20) 漁業権等臨時措置法（昭和二三年二月二日法律二二〇号）、及びこれを引き継ぐ漁業法施行法（昭和二四年二月一日法律二六八号）一～四条。
- (21) 「漁業権の消滅時期の指定に関する政令」（昭和二六年五月二日政令一四八号）により、昭和二六年九月一日及び昭和二七年一月一日。
- (22) 詳細については、『漁業制度の改革』八七～二〇〇頁、水産庁『漁業制度改革のあらまし』五～二二頁、高橋『漁業改革はどういう順序で行われるか』一九～三六頁、同『補償のきめ方と出し方』（昭和二五年）。
- (23) 「漁業法の一部を改正する法律」（昭和二八年八月八日法律一八九号）。
- (24) 昭和二五年五月一〇日法律一七一号。
- (25) 「漁業法の一部を改正する法律」（昭和二六年二月一日法律三〇九号）。この種の許可漁業は、中型まき網漁業、小型機船底びき網漁業及び瀬戸内海機船底びき網漁業である。
- (26) 「漁業法の一部を改正する法律」（昭和三七年九月一日法律一五六号）。
- (27) 漁五二、五四、五六、五八条、五八条の二、五九条、五九条の二、六一、六二条、六二条の二、六二条の三、六四条等。
- (28) 都道府県知事の許可を受けない地びき網漁業等の禁止の規定（漁六六条）が削除された半面、船舶ごとに都道府県知事の許可を受けなければならない漁業に、小型さけ・ます流し網漁業が追加された（漁六六条の二を一部改正した上、六六条とする）。
- (29) 水産庁企画室編『新漁業法の解説』（昭和三七年）一～八頁。
- (30) 地先水面専用漁業権の処分に認可が必要であることは、明一〇条二項に承継された。
- (31) 慣行専用漁業権は、明六九条により当然に有効であり、かつ、明一六条二項によって更新することが可能である。しかし「漁業法施行規則」（明治四三年一月二日農商務省令二五号）二〇条により、その権利内容を拡張することはできなくなった。
- (32) 水産庁『漁業制度改革のあらまし』二七～三五頁、高橋『漁業改革はどういう順序で行われるか』五七～五九頁。これらの新しい漁業権の詳細については、『漁業制度の改革』二五四頁以下、高橋泰彦『定置漁業権で知っておかねばならぬこと』（昭和二五年）、同『新しい共同漁業権・区画漁業権はどう変わったか』（昭和二五年）。

- (33) この当時の免許の適格性と優先順位については、『漁業制度の改革』三一〇～四〇七頁、高橋『漁業改革はどういう順序で行われるか』六〇～六六頁、同『協同組合と漁業権・内水面漁業について』（昭和二五年）二六～四四頁、水産庁『漁業制度改革のあらまし』四一～五六頁。
- (34) 「漁業法等の一部を改正する法律」（昭和二六年三月三十一日法律九三号）
- (35) 改正点の詳細については、『新漁業法の解説』五〇頁以下。
- (36) 山島正男「組合管理漁業権の性格」北大法学論集二八巻四号・二九巻一号合併号（昭和五三年）七、二二頁。
- (37) 山島・前掲一三頁。
- (38) 山島・前掲一五、二二頁。
- (39) 山島・前掲二二頁。
- (40) 第四一回国会衆議院農林水産委員会会議録三号（昭和三七年八月二二日）三五～三七頁、四号（同年八月二三日）二～三、一二～一五頁（伊東説明員）、『新漁業法の解説』二四～二五、六一～六六頁、武井正臣「漁業紛争と漁業補償に関する諸問題」法社会学二八号（昭和五〇年）五〇、五二頁、中尾英俊「共同漁業権の帰属と権利主体」西南学院大学法学論集一九巻一号（一九八六年）九〇～九一、九五頁、福岡高判昭和四八年一〇月一九日下民集二四巻九～一二号七七頁・判例時報七一八号九頁。

### 三 漁業権の法的性質論

#### (1) わが国の漁業権の特色

(ア) わが国の漁業権は、欧米諸国の漁業権制度とはかなり異なる。それと対比として、次のような特色があるといわれている<sup>(1)</sup>。

第一に、水面の土地所有権とは全然無関係に、行政官庁の免許によって成立し存在する特許主義を採用している。



欧米諸国が、漁業権は原則として水面の敷地の所有者に属するものとする法定主義ないし所有権漁業権主義を採用するのは異なる。第二に、漁業権の内容については、漁具漁法又は漁獲物の種類による等、一定の範囲に制限された内容の漁業を排他的になし得るにとどまる制限主義を採用する。欧米諸国の漁業権が、一定区域内の水面において一切の漁業行為をなし得る包括的な内容を持つ無制限主義ないし漁場主義を採用するのは異なる。

特許主義は、権利の発生に行政処分を必要とする点で煩瑣であり処分を誤るとの不安もあり、制限主義は権利を薄弱にする弊害がある。しかし、これらの主義は真実の水面利用者に直接に権利を付与し、真に保護する必要のある漁業について権利を設けることができる。法定主義と無制限主義のもとで生まれやすい利用価値のない権利又は権利者が利用しない権利の発生を防止でき、広域の漁撈ではじめて成立し得る漁業の経営の成立を容易にする。<sup>(2)</sup>

(1) 許可漁業が不特定漁場を対象とし、権利の設定を受けないのに対し、漁業権は物権とみなされ、それに基づく漁場の排他的占有が法的に保護される。漁場の排他的占有を法的に保護すべき理由は、定置漁業権及び区画漁業権と共同漁業権とは異なる。前者は、その漁業の性質上、網など一定の設備による一定水域の占拠を伴うためであり、その漁業は必ず漁業権によらなければならないとされる。それに対し、後者では、一般にそのような事情はなく、自由営める漁業について、特別に一定の者だけが独占して営むことができるように権利が認められたのである。<sup>(3)</sup>

しかし、漁業権の法的性質に関する従来の議論では、このような区別を重視せず、両者を一括して論じてきた。

## (2) 漁業権の法的性質に関する諸説

(ア) 漁業権に相当するものは、旧漁業法の制定前にすでに認められていたが、当時の行政庁と行政裁判所は、これを行政庁の許可による一種の営業行為にすぎないと考えていた。<sup>(4)</sup>

漁業法の制定後も、漁業権は本来的には公法上の権利たる公物使用権であるという説<sup>(5)</sup>があつた。漁業権は元来一般の自由に属する公の水面における漁業を制限し、これを特定人に特許したものであり、特許に基づく国家に対する一種の公物使用に関する公法上の権利関係であつて、物権とされているのは漁業法の擬制によるという。

この公権説は、公共用水面と連接して一体を成すが公物ではない水面に設定される漁業権（明三条、漁四条）を説明できず、一般人に対する不可侵義務以外に独立して国家に対する水面使用に関する権利関係があると認める法律上の根拠がなく、また、私権であるとの説明が不可能であることを示さずに、漁業権が物権とされているのを法の擬制であると主張する点に、論理の飛躍がある<sup>(8)</sup>と、批判された。

(イ) 大審院判例と通説は、旧漁業法制定前からすでに、漁業権は私権であるという見解であつた<sup>(9)</sup>。

政府は旧漁業法の制定当時、漁業権を政府を貸主とする賃借権であるかのように解釈していたが、この水面借権説では公海に設けられる漁業権を説明することが困難であるという批判を受け、支持者は得られなかった<sup>(10)</sup>。

また、初期の民法学者は、漁業権は物権ではないと考えた。物権か否かを権利の客体によつて区別し、物権は物（民法八五条）を客体とすると定め、権利を目的とする権利質（民法三六二条）や権利抵当（民法三六九条二項）のような物権に関する規定の準用を受ける財産権（準物権）と物権とを区別することによる。しかし、やがて、このような形式論は大した価値がなく、物権は原則として物を客体とするが例外的に財産権や財産を客体とすることもあると考えればよいのであつて、漁業権や入漁権もこれと同様に物権であるという考えが有力になった<sup>(12)</sup>。

他方、権利の内容に注目して、漁業権は客体を直接に支配することを内容とする物権ないし支配権ではないという説がある。この説は、漁業権は、権利者が採捕行為によつて水産物の所有権を取得できることを内容とする可能権<sup>(13)</sup>、得有权<sup>(14)</sup>又は物権取得権<sup>(15)</sup>であり、取消権等と同じく形成権に属するという。

しかし、この物権取得権説には多くの大きな難点がある。<sup>(16)</sup> 第一に、取消権等の形成権は支配権又は請求権の発生のための手段たる性質を持つのに対し、漁業権は一定の経済的利益を持つから、漁業権を形成権の一つとすることはできない。第二に、漁業権は水産動植物の所有権を取得できることまで内容とする権利ではない。第三に、漁具を定置したり養殖のため土・石等で囲ったりして特定の水面を継続的に支配し使用することは、この説によれば漁業権の本来的内容とはならないが、それをいかなる法律関係に基づくと解するのが不明である。第四に、漁業法が漁業権を物権とみなし、土地に関する規定を準用する規定を設けている合理的根拠を説明できない。

物権取得権説がこのように重大な難点を持つのは、それがもともと所有権漁業権主義の法制のもとでドイツの学者が考えた見解の借用であるためであり、免許によって生ずる独立の権利であるわが国の漁業権の説明には適切でない<sup>(17)</sup>のである。わが国の漁業権に即した独自の考察が必要である。

(ウ) (a) 漁業権を、一定内容の水産動植物の採捕又は養殖という行為をする利益を実現できるという内容の支配権かつ絶対権である、とする漁業行為権説<sup>(18)</sup>は、そのような独自の考察に基づく学説である。

この漁業行為権説によれば、漁業権は、採捕又は養殖する以前の水産動植物については、たとえ漁場内に棲息し漁業権の内容に属するものであっても、権利者がこれを直接に支配するという権能を含むものではなく、漁業権者は採捕又は養殖行為による占有権又は所有権の取得によつてはじめて、これに対する支配権を有するに至る。<sup>(19)</sup> 漁業権者はこの無主の動産たる水産動植物の所有権を先占によつて取得できるが、それは民法上の一般原則による法律効果であつて、漁業権それ自体に無主物を先占して所有権を取得できるという形成権たる権能があるわけではない。<sup>(20)</sup>

次に、水産動植物の採捕又は養殖を実行するに当たっては、必然的に舟を浮かべ、設備を設ける等の水面の使用を伴うが、水産動植物の採捕又は養殖の行為それ自体は厳密な意味での水面使用ではない。<sup>(21)</sup> 水面使用は漁業権の直接の

目的・権能ではなく、<sup>(22)</sup>漁業権とは全く別個の関係であつて、公物の単なる一般使用の場合は自由であるが、特別使用の場合はその水面の管理に関する公法により別個に水面使用の権利を必要とする。<sup>(23)</sup>漁業権は広義での物の支配の権能を持ち、<sup>(24)</sup>又は物につき一定の利益享受を一般人に対抗できる点で物権と同じ性質を持つが、その内容がこのように水面の使用自体ではないこと等で、厳格な意味での物権とは異なる。<sup>(26)</sup>

漁業権を侵害する行為に対して、漁業権者又は漁業権に基づきこれを行使する権利を有する者は、不法行為による損害賠償を請求できるとともに、物上請求権に基づきその侵害行為の排除又は停止を請求できる。<sup>(27)</sup>漁業権を侵害する行為とは、まず、漁場内に現に敷設中又は使用中の漁具、養殖設備等を毀損し、あるいは現に行いつつある又は行おうとする操業を現実に妨げる行為である。<sup>(28)</sup>漁場内の漁獲に対し間接的に妨害となる行為又は漁場内の採捕又は養殖権の漁業価値を毀損する行為も、一定範囲のものは漁業権の侵害に当たる。すなわち、漁場内でその漁業権と同一内容の漁業を行うことは、現実の損害発生の有無にかかわらず漁業権の侵害となるが、<sup>(31)</sup>漁場、漁獲物又は漁法がその漁業権の漁業とは異なる漁業、遊漁、底質をなす土砂等の採取、水質の汚濁、漁場への魚類の交通の妨害となるべき流水その他に関する工作物の設置、漁場の埋立等は、直接操業に対し障害を来たし、あるいは漁獲又は漁業価値を著しく減損させる結果をもたらすものだけが、漁業権の侵害になる。<sup>(32)</sup>

(b) 漁業行為権説は、漁業権の最も核心をなすのが特定の漁業をなすこと、すなわち漁業行為であることを明確にする点では全く正当であり、また漁業権の侵害行為の把握も極めて適切である。

しかし、この学説は水面使用が漁業権の目的でないことを強調するあまり、権利の目的又は内容と、その権利の内容たる一定の利益を実現するために必要な一定の対象たる権利の目的物又は客体とを混同して、漁場を漁業権の本質から全く除外するという誤りを犯している。その結果、「その利益内容の享受を一般人に対抗しうる絶対権である」点

を漁業権と物権との共通性として説明せざるを得ない。<sup>(33)</sup>ところが、権利の絶対性は国家的保護を受ける権利のすべてに認められるものであるから、これから直ちに漁業権を物権とみなし、土地に関する規定を準用すべき理論的必然性はなく、漁業権を一種の観念的な営業権として、無体財産権と同一視することになる。漁業権と水面使用の関係が全然別個であることは、漁業権の実態にも即応しない観念論であり、許可漁業との区別の意義も大半が失われることになる。<sup>(34)(35)</sup>

(二) 近時は、漁場支配権説が有力である。この説は、漁業権は特定の方法で特定の水産動植物を採捕又は養殖するために、特定の漁場を直接的かつ排他的に支配し、その採捕養殖によって経済的利益を享受できる権利であるという。<sup>(36)</sup>漁業権が直接に水産動植物に対する権利ではなく、これの所有権又は占有権の取得は、漁業権とは別個の無主物先占その他の物権法の一般原則によると考える点では、<sup>(37)</sup>漁業行為権説と共通するが、次のように構成する点で大きく異なる。

漁業権は特定の漁場を客体とし、<sup>(38)</sup>特定の漁業のためにその使用収益をなしうる権利であって、漁業のために水面使用の権能を当然に含み、<sup>(39)</sup>したがって、また、漁場に対する占有権を伴う。<sup>(40)</sup>支配権であるから、当然に同一漁場において全く同一内容の漁業権の存在を許さない排他性を有し、不法に権利内容の実現を侵害する者に対して、漁業権者は不法行為に基づく損害賠償を請求でき、また物権的請求権を行使してこれを排除できる。<sup>(41)</sup>漁場は完全に支配可能な「有体物」であって法律上の「物」と解すべきであり、土地と非常に類似した面を有するから、漁業権は、土地を排他的に支配して使用収益しうる権利と全く同一類型に属し、真に物について直接に利益を受け取ることを目的とする物権の性質を持つ。漁業法が漁業権を物権と「みなす」と規定するのは、漁場が民法上の土地の範疇に入れて観念されていらないからにすぎない。<sup>(42)</sup>ただ、漁業という一定の目的を持って漁場を一面的に支配する権利であるから、土地<sup>(43)</sup>

を全面的に支配する土地所有権より、むしろ地上権、地役権等の制限物権と同一の性質を有する。<sup>(44)</sup>

この説の主張者は、漁場支配権説こそ、漁業権の歴史的沿革、社会的作用及び現在の実態を最もよく把握できるといふ。すなわち、まず、わが国の漁業権制度は、特定の漁業に関し漁場に対する最高の物権的支配関係を具有していた特権的漁業をそのまま承継し、これを基盤にして成立しており、戦後漁業法の改正によってもその性質は変わらなかった。次に、明治漁業法のもとで漁業権が漁場支配権としての機能を発揮した。そして、権利の設定されない許可漁業が不特定漁場の漁業であるに反し、漁業権は特定の漁場の排他的占有を法的に保護するために認められているからである。<sup>(45)</sup>

(オ) (a) 漁場支配権説に対しては、次の批判がある。<sup>(46)</sup>

漁場支配権説は、一漁場に独占的排他的な漁業権を設定して他の権利者の存在を認めない漁場主義にふさわしい理論であつて、漁場の全面的支配という性格を認めようとするが、わが国の漁業権は漁場に対する関係で一面的支配の性格を持つにすぎない。区画・定置漁業権においては、漁場を土地に喩えてもよい実態があるが、その漁業権の直接的侵害（漁場占拠）に対して、妨害排除ではなく漁場返還の請求をすべきだとするのは観念的にすぎる。<sup>(47)</sup> また、漁場土地に拘泥するときは、漁場外における定置漁業権の妨害に対する物上請求権の根拠を説明するのが困難になる。いわんや、地先専用漁業権においては、第三者の侵害を排除しなければ技術的に成り立たない区画・定置漁業権と異なり、漁法的には何ら排他性を必要とするものではなく、本来は自由漁業的性格のものであるから、漁場土地の觀念は法律的には不適切である。さらに、漁場内における工作物の設置又は漁場の埋立を、漁業権に及ぼす影響を度外視して、直ちに漁業権侵害であると主張しかねないが、このような主張は漁業権が漁業を行う目的のための権利にすぎないことを全く無視し、あたかも所有権と同一の全面的支配を主張するに等しいという。

この批判は、漁場支配権説が漁業権をあたかも土地所有権と同様に、漁場を全面的に支配する権利であるかのよう  
に扱うことを不当とする趣旨である。しかし、今日の漁場支配権説はむしろこのことを否定し、漁業権による水面の  
排他的支配は特定の漁業を営むという限定された目的を持ち、漁業権は制限物権とりわけ用益物権に類似するとし、  
しかも侵害に対して妨害排除請求のみを考えているから、その批判は的はずれになる。また、地先専用漁業権又は共  
同漁業権といえども、特定の漁場について特定の者に排他的独占的に特定の漁業を営むことを保障する権利であるか  
ら、漁場はやはり支配の客体として法律上重要な要素である。漁場支配権説は、漁業権が漁業のためにする水面使用  
の権能を当然に含み、漁場を客体として特定の漁業という使用収益をなしうる権利であると捉える点で、全く正当で  
あると評価されなければならない。

(b) 他方、特定の水域で漁業資源を排他的に採取することを保障することが漁業権の本質であると主張する漁業資  
源生産権説<sup>(48)</sup>は、漁業行為権説と漁場支配権説が生産対象である漁業資源との関係を考慮の外に置いたために、漁業権  
の「侵害」の理解を不明確にしたと批判する。

この漁業資源生産権説によれば、漁業権は水産資源を対象とする生産の権利であり、無主の自然物の採取について  
他の漁業の自由を排除する点に排他性が認められ、それゆえに、漁業民主化の理念から、権利を必要最小限度の漁業  
種類に限る制限主義が採用されている。水域（漁場）との関係は二次的であり、水域そのものにつき他を排除する定  
置及び区画漁業権においてのみ表面化するにすぎないのであって、漁業権の物権性はあくまで法による擬制にとどま  
る。また、漁業権は資源を直接支配する権利ではない。漁業権侵害の実行行為は、排他的採取の範囲に属する資源を  
侵す行為である。業務の阻害は権利者の自由の確保にかかわり、また、漁業権者の占有下にある資源への侵害には占  
有保護の制度が優先適用されるから、漁業権侵害罪（漁一四三条一項）は適用されないが、占有を伴わない目的資源



の採取は、漁具・漁法を特定しない漁業権についてはそのすべて、漁具・漁法を特定する漁業権については同一漁具・漁法による採取だけが、漁業権の侵害になる。漁場の底質をなす土砂の採取、水質汚濁、対象魚類の来遊阻害等、漁業以外で目的資源を害する行為も、当然に漁業権侵害になるという。

この説は、権利侵害の類型に注目し、占有を伴わない目的資源の確保という漁業権独自の権利内容を明確にする点で、積極的な意味がある。しかし、その反面として、資源の採取又は養殖行為やそのための水面利用という積極的内容を、漁業権の内容から除外するか又は著しく軽視する点で、不当である。この説によれば、漁業行為を妨害する行為に対する妨害排除請求の根拠を、漁業権侵害に求めることができないことになりかねない。また、漁場での土砂の採掘・水質汚濁などは漁業資源に属さないから、この説によればそれらへの侵害は漁業権侵害にならないはずである。それらへの侵害は漁業資源への侵害をもたらすから漁業権の侵害になると説明するならば、漁業資源そのものではなく水面を侵害することが漁業権侵害であることを認めるに等しい。

### (3) 漁業権の性質の全面的把握

(ア) 漁場支配権説は、漁業権が漁業のためにする水面使用の権能を当然に含み、漁場を客体として特定の漁業という使用収益をなしうる権利であり、真に物権の性質を持つと捉え、その水面の排他的支配は、所有権による土地の全面的支配とは異なり、特定の漁業を営むという限定された目的を持つから、制限物権とりわけ用益物権に類似すると考える点で、正当である。また、漁業権が直接に水産動植物に対する権利でなく、これの所有権又は占有権の取得は無主物先占その他の物権法の一般原則によることは、漁場支配権説だけでなく他の諸説も認めるところであり、やはり正当である。



しかし、従来の漁場支配権説にはいくつかの問題点が含まれている。第一に、漁場の「支配」が漁業行為に限らず、漁場の水質汚濁の防止をも含むのが必ずしも明確ではない。適切な漁業行為を可能にするための漁場環境の保全までも漁場の支配の意義に含まれることを、明らかにしなければならない。第二に、漁業権が支配権であることから、当然に、同一漁場において全く同一内容の漁業権の存在を許さないという排他性を認める点には賛成できない。支配権に特に排他性を与えて物権にしたというべきである。第三に、漁業権の客体は権利者が支配でき占有できる客体であるが、これを権利者が現実占有している客体と同じと考えているようである点にも、賛成できない。漁業権による漁場の観念的支配の範囲と漁業権の行使による漁場の現実的支配の範囲とを区別し、後者を前者よりも狭いものとするべきである。第四に、漁業調整その他公益の観点から漁業権に加えられる種々の制約について、考察されていない。漁業権の法的性質論は、これらの制約に対する考察も含むものでなければならない。

漁業権の法的性質論は、このような修正、補充を加えて、以下のように全面的に展開されなければならない。その説は漁場支配権説の一種というべきであるが、「支配権」という言葉が漁場の全面的支配を連想させ、その説に対する大きな誤解を招きやすいとすれば、「漁場利用権説」と呼び換えてもよい。

(イ) まず第一に、漁業権の最も核心をなすのは、特定の漁業をなしうること、すなわち漁業行為である。しかし、漁業権の本質を、漁業行為権説のように漁業行為そのものに限定して捉えてはならない。漁業行為をするためには、漁場を使用し漁場から収益することが必要不可欠であるから、漁業権は漁業行為の目的で漁場を利用できる権利であると捉えなければならず、その意味で漁場を支配するという権利である。漁業法二九条は「漁業権者の有する水面使用に関する権利義務」は漁業権の処分に従うとして、漁業権と水面の使用権とを区別しているように見えるが、同条<sup>(49)</sup>という水面使用権は漁業権の当然の内容である水面利用権能は含まず、特別に個別の漁業権に付随させられたものの

みをいうと解釈すべきである。

次に、漁業行為とは水産動植物の採捕・養殖であり、それは水産動植物が水面中に確保されることによって初めて可能であるから、漁業行為のための水面利用には、水産動植物を水面中に確保することを含む。さらに、水産動植物を水面中に確保するためには、水面を水産動植物の棲息に適した環境に保つことが必要であるから、それに必要な範囲に水産動植物以外の漁場環境を保つこともまた、漁業行為のための水面利用に含む。漁業権の内容をなす水面利用は、このように、漁業行為をすること、水産動植物を水面に確保すること、及び水産動植物以外の漁業環境を水産動植物の棲息に適した状態に保つことの、三種から成り、漁業権はこれらを全部合わせた意味で水面を支配できる権利であると構成されるべきである。

(ウ)(a) しかし、漁業権の本質はこれに尽きない。これはむしろ、許可漁業、さらには自由漁業にも共通する性質である。このような支配権たる性質に加えて、同一内容の漁業行為を他人がすることを排除できるように特別に排他性が与えられ、同一漁場において全く同一内容の権利の存在を許さないとされ、権利の客体たる特定の水面の水産動植物を、特定の種類について又は特定の方法で採捕・養殖することを独占的に行うことができる点が、許可漁業等と区別される本質である。

区画漁業権と共同漁業権については、「一定の区域」(漁六条四項)又は「一定の水面」(漁六条五項)を権利の客体にすることが、法文上に明示されており、定置漁業権については、漁具を定置することから権利の客体になる水面を特定することが、当然の前提とされており、いずれの漁業権についても漁場計画(漁一条一項)によって、その範囲が具体的に特定される。漁業の特定は、ほとんどの漁業権については採捕か養殖かの区別、漁法、及び漁業の目的である水産動植物の種類の特定によってなされる。但し、第五種共同漁業を内容とする共同漁業権については水産動

植物の種類のみによって特定することも可能であり、第一種共同漁業を目的とする共同漁業権についてはもっぱら水産動植物の種類のみによって特定される。

権利の主体が特定され、権利の客体たる水面も特定され、かつ、他の私人の行為の介入なしにその水面を直接に支配でき、しかも、その支配は独占的であつて、他者がその水面の上にそれと同一の支配をすることを許さないという排他性を持つからこそ、漁業権は物権の性格を持つのである。それに対し、許可漁業においては漁場が特定されておらず、漁場の独占的排他的支配が認められていないから、許可漁業をたとえ権利概念で構成することを許したとしても、物権の性格をこれに与えることはできない。

(b) 漁業法二三条一項の「漁業権は物権とみなし、土地に関する規定を準用する」という規定は、この条文によつてはじめて漁業権を物権と同じように扱うものと解釈すべきではなく、もともと漁業権の性質は物権であり漁業権の客体である水面が土地に準ずるものであることを前提にすると、解釈すべきである。漁業権が物権であつて排他性を持つものとするこの実質的理由は、特定の水面で特定の漁業を行える者を特定の者だけに限ることであり、定置漁業権と区画漁業権では、権利者が長期間、漁具や施設によつて一定の水面を独占しなければ漁業としての経営が成り立たないため、その必要性が特に強い。共同漁業権では必ずしもそのような事情があるとは限らず、むしろ、特定の水面で特定の漁業を共同で行うことができる者を特定の漁業協同組合の組合員だけに限ることによつて、その者の経営と生活を守ることが、排他性を認める理由である。

漁業法二三条一項の規定は、漁業権を抵当権の目的にするために、民法の規定との整合を図るものである。すなわち、抵当権の目的は不動産であるが、民法三六九条によつて地上権と永小作権も抵当権の目的にすることができ、これらは不動産抵当権に準ずるものとされるが、漁業法二三条一項はこれと同様に、漁業権を土地に準ずるものと構成

するのである(漁二四条一項も参照)。漁業権を土地に準ずるものと扱えるのは、地上権と永小作権の客体が土地であるのと同様に、漁業権の客体が土地に準ずる性質を持つ水面であるからである。また、「漁業権を物権とみなし」という文言が用いられているのは、漁業権が水面を客体にする点で、私人の全面的な排他的支配権たる所有権を認めるための独立性のある物を客体とする民法上の物権と異なるために、民法上の物権と全く同じというわけではないことを示すにすぎない。地上権又は永小作権を目的とする抵当権が準物権と呼ばれることがあることと類似するともいえる。

物権であるために必要とされる権利の公示は、免許漁業原簿への登録によってなされる(漁五〇条)。

(c) さて、漁業権による水面の排他的支配は、土地所有権による土地の全面的支配とは異なり、特定の漁業を営むという限定された目的を持つものである。したがって、漁業権に類似する民法上の物権は、所有権ではなく制限物権、とりわけ用益物権である。

さらに、漁業権を行使することで権利者が当然に権利の客体たる水面の全部を占有するわけではない。権利者が占有する水面は、定置漁業権では漁具を敷設している水域、区画漁業権では養殖のために石や竹などで区画されている水域、共同漁業権では実際に操業している水域に限られる。したがって、同一客体の水面を互いに異なる権利を持つ者が共同で利用することが可能である。この点で、権利者が土地を全面的に占有する一般の地上権や永小作権よりも、むしろ共有の性質を有しない入会権(民法二九四条)と同じく、地役権に類似する(但し、要役地に当たるものが漁業権について存在しないのはもちろんである)。すなわち、その占有を侵害すること等によって漁業権の行使を妨げるのではない限り、あるいは漁業権の目的に反するのではない限り、その漁業権の権利者以外の者がその客体たる水面を客体にして、他の漁業権を持ち行使すること、及び、漁業権の行使以外の利用をすることができる。

(d) 権利者は水産動植物を漁業権に基づいて採捕又は養殖する場合、その所有権を取得するが、その所有権取得原

因は漁業権ではなく、物権法の一般原則による。

定置漁業権と共同漁業権の場合は、水産動植物の採捕の時に採捕者が無主物先占によつて、その所有権を取得する。区画漁業権の場合は、権利者が占有する水面に自己所有の稚魚稚貝等を放殖するために、当初からその所有権を持ち、又は自己の所有物に植物の種等を付着させることで、附合又は無主物先占によつてその所有権を取得する。

漁業権の客体たる水面に棲息する水産動植物は、漁業権者又は漁業を営む権利を持つ者がこのようにして所有権を取得するのでないかぎり、無主物である。したがって、これらの権利者以外の者も、原則としてそれらの水産動植物について無主物先占によつて所有権を取得できる。但し、漁業権を侵害してこれを採捕した場合は、無主物先占の規定は適用されず、所有権を取得できないと解すべきである。<sup>(50)</sup> わが国には、このような場合に所有権の取得を認めないドイツ民法九五八条二項のような法規定はなく、法の欠缺に当たるが、条理によつてこれと同様に解すべきである。

(エ) 漁業権は物権でありながら、「水面を総合的に利用し、もつて漁業生産力を発展させ」という漁業法の目的（漁一条）にのっとり、その設定から内容及び行使に至るまで、漁業調整その他公益の観点から種々の制約を受ける。漁業権の設定、分割、変更には都道府県知事の免許が必要であり、一定の事由があるときには取り消され、漁業調整その他公益上必要があるときには、都道府県知事、主務大臣又は海区漁業調整委員会等から特別の制限又は条件を受けたり、漁業調整に関する命令又は指示、あるいは漁業権の変更、取消又は行使停止の命令を受けることがあるし、存続期間が短く、担保、処分は制限され、貸付を禁じられている。

漁業権のこれらの制約のほとんどは漁業調整を目的とするが、漁業調整とは、結局のところ、漁業紛争の防止・解決と、無秩序な漁業による漁業資源の枯渇及び経営の不振を防止することを目的にする。したがって、漁業調整は、漁業権者その他漁業につき利益を有する者の私的利益と、それらの私的利益の基礎となる共通の利益を保護すること

を目的とする。漁業調整に行政機関が関与するのは、漁業調整が公共性を帯びるからであるが、この場合の公共性は調整の対象になるべき権利と利益を有する者が極めて多数であることから生まれるのであって、決して行政機関が他の公的目的を持っていてその目的を実現するために漁業調整を行うというものではない。したがって、漁業調整に関する漁業権の公的制約は、漁業権その他漁業に関する私的利益を保護するために高次の観点から課されるのであって、漁業権の私権としての性質を否定するものではなく、むしろ高度の実現を目指すものである。

漁業権が免許によって設定されるということも、漁業調整のための法技術であって、決して都道府県知事によって始めて権利者に与えられるというわけではない。実質的には漁業権はその存続が漁業調整の観点から適当である限り、法定の存続期間にかかわらず存続するものであり、その権利を持つことが最適である者が継続してその権利を持つのが原則であると考えるべきである。法定の存続期間が満了すれば既存の漁業権が一旦消滅し、新たな漁業権が免許によって設定されるという構成がとられるのは、全面的な漁業調整を定期的に容易に行うことができるようにするためである。要するに、漁業権その他漁業に関する私的利益を最も良好な状態に実現することが目的であり、漁民を主体とする漁業調整機構がここで積極的な働きをすることが期待されているのも、そのためにほかならない。

漁業調整を必要とするこのような漁業権の特質は、権利侵害においても特殊な態様をもたらす。この点については、漁業協同組合の組合員の漁業を営む権利をも検討した上で、五において考察することとする。

他方、漁業調整以外の公益を理由とする漁業権の制限は、漁業調整のための制限とは異なって権利者の私的利益と対立する。しかし、これもまた、漁業権の私権性を否定するものではない。所有権が公共の福祉の目的で制限されることがあるのと全く同様に、いわば私権の外部からその私権の機能が制約されるにすぎない。そして、この問題もやはり漁業権の侵害の有無の問題と密接に関連するから、後に再び考察することにする。

- (1) 石黒・前掲三三〇三五頁、井出正孝『漁業法』（新法学全集三三卷）四五〇六二頁、佐藤百喜・前掲一八〇一九頁、吉原節夫「わが国における漁業権の法律的構成 その一 漁業権の本質」富山大学紀要（経済学部論集）一三三（一九五七年）七五〇七六頁。
- (2) 石黒・前掲三五〇三六頁。
- (3) 吉原節夫「漁業権の物権的性質——わが国における漁業権の法律的構成 その二——」富大経済論集五卷二九四頁。戦前の漁業権につき、石黒・前掲三一頁。
- (4) 原・前掲法学志林六三卷一号五七〇五八頁、森・前掲一四五〇一四六頁参照。
- (5) 佐藤百喜・前掲二二〇二七、二八三〇二八九頁。
- (6) 石黒・前掲三九頁、井出・前掲六八頁、原『日本漁業権制度概論』一一八頁。
- (7) 井出・前掲、吉原・前掲富山大学紀要一三三七八頁。
- (8) 石黒・前掲、佐藤隆夫・前掲書九五頁。
- (9) 大判明治二九年一月一八日民録二輯一〇卷九八頁、大判明治三一年六月一日民録四輯六卷一頁、大判大正四年二月二五民録二輯二一九七頁、大判大正一一年六月一六日刑集一卷三五三頁等。井出・前掲六九頁注六、原・前掲法学志林六三卷一号四六〇五九頁、森・前掲一四四〇一四五頁参照。
- (10) 石黒・前掲四〇頁。
- (11) 富井政章『民法原論第二巻物権』（大正一二年）一三〇一四頁。
- (12) 末川博『物権法』（昭和三二年）八頁、末弘巖太郎『物権法上巻』（大正一〇年）二二〇二三頁。富井・前掲も、物権と準物権の性質は同じであり、この区別は理論的には価値はなく、立法上の便宜にすぎないという。
- (13) 中島玉吉『民法釈義 卷之二上 物権篇上』（訂正一版、大正一〇年）四〇五頁、近藤英吉『物権法論』（昭和九年）二頁。
- (14) 穂積重遠『民法総論 上巻』（再版、大正一〇年）九七〇九八頁。
- (15) 末川・前掲一一、一二頁、同『権利侵害論』（昭和五年）三八九頁、後藤清『改訂民法学序説』（昭和三三年）一六七頁、林良平『物権法』（再版、昭和二年）一一〇一二頁。
- (16) 吉原・前掲富山大学紀要一三三七八〇頁、同・前掲富大経済論集五卷二九七七〇七九頁。原『日本漁業権制度概論』一一八〇一九頁もほぼ同旨。

(17) 山畠・前掲三一頁。

(18) 石黒・前掲は、漁業権は「無主若くは採取自由の水産動植物の採捕又は養殖の権利」(四二頁)であり、「水産動植物の採捕又は養殖に依つて利益業権を取得することを目的とする」(九二頁)という。また、井出・前掲は、漁業権は「一定内容の水産動植物の採捕又は養殖なる行為を為すの利益を一般人に対し保護する法律上の力を有する」絶対権であり(六七頁)、かつ、権利者がその権利の「目的たる一定内容の漁業なる行為を為すと云ふ利益享受を直接自ら実現し得ることを」内容とする支配権である(六九頁)という。片山房吉『漁業法講義』(昭和一七年)三七頁もこの説を妥当とする。

(19) 石黒・前掲九四〇九五頁、井出・前掲八五頁。

(20) 井出・前掲六九頁。

(21) 石黒・前掲二七〇二八頁。

(22) 井出・前掲七〇、八三頁。

(23) 石黒・前掲二七〇二八、四一、六四頁、井出・前掲八三〇八四頁。

(24) 石黒・前掲四一頁。

(25) 井出・前掲七〇頁。

(26) 石黒・前掲四一〇四二頁、井出・前掲七一〇七二頁。井出・前掲は、漁場たる水面が海洋であることが多く、常に有体物とはいえないという理由も挙げる。

(27) 井出・前掲八九頁。石黒・前掲九二頁以下は、もっぱら妨害排除について論じる。

(28) 石黒・前掲九二頁、井出・前掲八六頁。

(29) 石黒・前掲九二〇九四頁。

(30) 井出・前掲八七頁。

(31) 石黒・前掲九六頁、井出・前掲八七〇八八頁。

(32) 石黒・前掲九三〇九四、九八〇一〇五頁、井出・前掲八八〇八九頁。

(33) 杉田憲治『漁業法秩序の研究』(一九八二年)二六〇二七頁も同旨であり、漁業行為権説に属するものと思われる。

(34) 吉原・前掲富山大学紀要一三三八二〇八三頁、同・前掲富大経済論集五巻二号八〇〇八二頁。



- (35) 佐藤隆夫・前掲書一〇二―一〇三頁は、漁業行為権説には、漁業行為の性格、漁場の支配、漁場の特定等の理解について、難点又は不明な点があるという。
- (36) 原『日本漁業権制度概論』一一三―一二二頁、美濃部達吉『日本行政法(下巻)』(昭和十五年)三四〇―三四二頁、吉原・前掲富山大学紀要一三〇八四頁、同・前掲富大経済論集五卷二八三、八七―八八、九四―九五頁。
- (37) 吉原・前掲富大経済論集八八―八九頁。佐藤隆夫・前掲書は、漁場支配権説を基本的に支持する(一〇一―一〇二頁)が、この点には反対し、元本(漁場)と天然果実の理論で説明すべきであるという(一〇三―一〇四頁)。
- (38) 原『日本漁業権制度概論』一四頁、美濃部・前掲三四一―三四二頁、同『行政法撮要下巻』(改訂三版、昭和七年)五六八頁、吉原・前掲富山大学紀要一三〇八三―八四頁、同・富大経済論集五卷二八七―八八頁。
- (39) 原『日本漁業権制度概論』一六頁、美濃部『日本行政法(下巻)』三四三頁、吉原・前掲富大経済論集五卷二八八、八九頁。
- (40) 吉原・前掲富大経済論集五卷二八八頁。
- (41) 吉原・前掲八九頁。
- (42) 原『日本漁業権制度概論』一四―一五、一二〇頁、美濃部『日本行政法(下巻)』三四一―三四二頁、同『行政法撮要下巻』五六八頁、吉原・前掲富山大学紀要一三〇八四頁、同・前掲富大経済論集五卷二八九―九一頁。
- (43) 美濃部『日本行政法(下巻)』三四三頁、原『日本漁業権制度概論』一六―一七頁、吉原・前掲富山大学紀要一三〇八四頁、同・前掲富大経済論集五卷二一六―一七頁。
- (44) 吉原・前掲富山大学紀要一三〇八四頁、同・前掲富大経済論集五卷二九一頁。
- (45) 吉原・前掲富大経済論集九二―九五頁。
- (46) 山畠・前掲六、八―九頁。旧漁業法・明治漁業法での漁業権について論じているが、今日の漁業権にも妥当するとの趣旨であろう。
- (47) 但し、これを主張するのは原『日本漁業権制度概論』一五五頁のみである。
- (48) 大國仁「漁業権侵害罪試論」井上正治博士還暦祝賀『刑事法学の諸相(上)』(昭和五十六年)四〇頁以下、同『漁業制度序説』(一九八〇年)三六―四〇頁。甲斐克則「漁業権の保護と刑法」日本土地法学会シンポジウム『漁業権』報告(一九九二年)も同旨。
- (49) 『漁業制度の改革』四九三頁、吉原・前掲富大経済論集五卷二八八頁は、私有水面についての賃借権、権利化した公有水面の使用権を例示する。

(50) 吉原・前掲富山大学紀要一三号八一頁も同旨。

(51) 「先占が法律上禁じられている場合、又は占有取得によって他人の先占権が侵害される場合は、所有権は取得されない。」

#### 四 漁業協同組合と漁業を営む権利

##### (1) 総有説と社員権説

(ア) 漁業協同組合が管理する漁業権、とりわけ共同漁業権については、その権利主体は組合かそれとも組合員か、あるいはこの漁業権と組合員の漁業を営む権利の法的性質は何かが争われている。組合員の漁業を営む権利は共同漁業権を持つ組合との間の使用貸借又は賃貸借に基づくものであるという説は、擬制的であるだけでなく、現行漁業法のもとでは漁業権の貸付禁止（三〇条）に反するために認め難く<sup>(1)</sup>、有力説として対立し合っているのは、総有説と社員権説である。

総有説は、共同漁業権の実質は漁業の入会権ないし入会漁業であり、漁業協同組合又はその組合員の総有であるという説である。<sup>(2)</sup> この説を採用する論者と判例の多くは、組合が持つ漁業権は漁場の管理処分権と漁場の利用ないし収益権とに分かれ、管理処分権は組合に、収益権は組合員に属すると説明するが、この分離論に反対し、個々の組合員と組合とがともに漁業権の主体であり、管理処分権と使用収益権との双方を持つという説がある。<sup>(4)</sup>

それに対し、社員権説は、組合員の漁業を営む権利は、漁業協同組合の持つ共同漁業権に基づきそれから派生する権利であり、漁業協同組合という団体の構成員としての地位と不可分のものとして、組合の制定する漁業権行使規則

の定めにより制約される社員権的権利であるとする説である。<sup>(5)</sup> この説を採用する論者と判例の中には、漁業権が法人としての組合に帰属するのは、法人が物を所有するのと全く同一であると言うものがある。<sup>(6)</sup> 他方、組合員の社員権的地位は実際の漁村の生活共同体の面を考えると、会社の株主の社員権と同じようには割り切れない「社員権的生活権」であるという説や、<sup>(7)</sup> 組合員の漁業を営む権利（行使権）は、単なる社員権の反射的效果ではなく、物権的性質を認められる独立の権利であり、組合の意思のみによってその権利を左右しえない場合もあるという一面があつて、現に行使権者でない組合員も行使権を取得しうる地位をなお保有しているという説がある。<sup>(8)</sup> また、組合員のこの権利が入会権の成員の使用収益権又は共有者の権利と同様に、物権的性格を有し、権利の存在を争い又は権利行使の円満な状態を侵害した第三者に対し、組合員が直接に権利の確認又は妨害排除もしくは損害賠償を請求でき、また漁業権侵害罪として告訴できることについては、社員権説でも争いが無い。<sup>(9)</sup>

(イ) (a) 総有説と社員権説との対立は、公有水面埋立等のための共同漁業権の放棄は<sup>(10)</sup> かなる手続によるべきかという問題と、共同漁業権の放棄又は消滅による損失の補償を目的として補償金が漁業協同組合に交付された場合に、その補償金は誰に帰属し、いかなる基準と手続によって各組合員に配分されるべきかという問題をめぐって現れる。

漁業補償は、公有水面の埋立・干拓や工場排水等による水質汚濁によって漁業権、入漁権、その他の漁業に関する権利が侵害され、損害が生じたときになされる。<sup>(11)</sup> 侵害が公用収用や公用使用によるときは、憲法二九条三項に基づいて公法上の損失補償の理論に従い、侵害が不法行為によるときは、民法七〇九条等に基づく損害賠償の理論に従う。

漁業補償額の算定方式として、埋立・干拓の場合に<sup>(12)</sup> 実際に用いられているのは、電発方式、公共方式、農地方式、建設省方式である。<sup>(13)</sup> 電発方式は、漁業権等が全面的に消滅する場合に、粗収入（平年漁獲額から経費を差し引いた額）を資本還元した額の八〇％を補償額とする。資本還元とは、現在から将来にわたって毎年期待される同額の収入を現

在の価値に変えることであり、<sup>(14)</sup> 年利率を八%とすると、補償額は粗収入×一〇の数式によって算出される。これに対し、公共方式は、純益（平年漁獲金額から経営費と自家労働賃金とを差し引いた額）を資本還元した額を漁業権等の対価と考え、この補償を取得損失補償と呼び、漁業権等が全面的に消滅する場合は、この取得損失補償額に通常損失補償額を加えたものを補償額とする。ここにいう通常損失補償額とは、転業に要する年数である四年分の粗収入（平年漁獲金額から経営費を差し引いた額）<sup>(15)</sup> とその他の損失の額<sup>(16)</sup>とを合わせたものである。<sup>(17)</sup>

漁業権の存続期間は五年又は一〇年（漁二一条）であるが、漁業権は同一主体に再免許されるのが通例であるため、これらの補償方式は、同一の漁業主体に漁業権が永続して認められることを前提にする。<sup>(18)</sup> それでもなお、これらの補償方式によって算出された金額は、漁民にとっては低きにすぎ、事業者は容易に漁民の承諾が得られないことが多いため、漁業資産補償、協力金、感謝金名義の生活権補償を上乗せする場合もある。それらの補償方式は、実際には一つの目安として用いられるにすぎず、結局は、補償総額がいわゆるどんぶり勘定的に決められているのである。<sup>(19)</sup>

漁業被害の評価は、損失補償と損害賠償とのいずれでも、基本的に大きな違いはない。損失補償における「損失の資本還元」と、漁業権放棄賠償における「得べかりし利益」は、同じ損失・損害を異なる数式で求めているにすぎず、また、通常損失補償の項目と損害賠償で積極的損害として認められる項目とは共通するものが多いのである。<sup>(20)</sup><sup>(21)</sup>

漁業協同組合が受け取った補償金は、おおむね、生産用具の規模、水揚げ高と従業員数に応じて、各組合員に配分されているといわれるが、その配分をめぐってしばしば内紛が生じる。<sup>(22)</sup>

(b) 総有説に立つ判例、学説は、補償金は組合員の総有に属し、組合の一般財産にならずに組合員の共有（準共有）であり、その分割については全員一致の協議を原則とし、分割の協議が調わない場合には、民法二六四条、二五八条一項に基づき裁判上の分割手続によるという。<sup>(23)</sup> また、総有説に立つ学説は、共同漁業権の放棄には水協法の漁業権の

得喪に関する規定は適用されず、特別の慣習がない限り民法の共有の規定に従うべきであるから、民法二五一条により組合員全員の同意が必要であるという<sup>(24)</sup>。

しかし、他方で、総有説によりながら、入会集団としての意思決定は組合総会の決議によるとの慣行が成立し承認されているという理由で、総会決議により多数決で補償金を配分できるという判例がある<sup>(25)</sup>。また、第一種共同漁業を内容とする共同漁業権等の放棄について、現に漁業を行っている者の保護の必要が漁業権行使規則の変更の場合以上に大きいという理由で、組合総会の特別決議、すなわち総組合員(準組合員を除く)の半数以上が出席し、その議決権の三分の二以上の多数による議決(水協法四八、五〇条)に加えて、事前に、関係地区に住所を有する組合員の三分の二以上の書面による同意を得ておかなければならない(漁業法八条三、五項)という判例<sup>(26)</sup>があり、これを支持する者が多いが、その判例の中には、総有説に立つものがある<sup>(27)</sup>。

共同漁業権の放棄については、これに対して、漁業権は漁業協同組合等に帰属し、組合員の権利は漁業権の変更等には及ばない等の理由で、組合総会の特別決議だけで可能であるという判例<sup>(29)</sup>があり、それを支持する者は社員権説のような見解に立つ<sup>(30)</sup>。しかし、社員権説に立ちながら、少なくとも三分の二以上の書面による同意は必要であり、本来なら全員の書面による同意が必要とする者もいる<sup>(31)</sup>。補償金については、社員権説に立つ判例は、組合員の漁業を営む権利は漁業権とは別個独立の権利であるから、その侵害に対する補償処理も別個独立の法理に服し、組合が組合員の個別の授權なくして当然に組合員の漁業を営む権利を処分できるものではないというものと、補償金は法人としての組合に帰属するが、現実には漁業を営むことができなくなることによって損失を被る組合員に配分されるべきものであり、漁業権の放棄について総会の特別決議を要する規定の趣旨に照らし、その配分は総会の特別決議によるべきであるというもの<sup>(33)</sup>がある。

しかし、補償金の配分は総会の特別決議によるべきであるという結論を、総有説と社員権説とのいずれに立つかを明らかにしないで、補償金は組合財産ではなく漁業を営む権利を有する組合員の共有に属するが、漁業権の変形物であるから特段の意思表示がない限り配分権限は組合が有し、ただ、組合員の損失の割合に応じた適正な配分をなさなければならぬ内在的制約を有し、かつ水協法五〇条四号、五号の趣旨に準じることから導く判例もある<sup>(34)</sup>。同様に、組合は漁業権等の管理処分権限に基づいて、自己の名において補償を交渉し成立させ補償金を受領できるが、その目的は組合員の収益権の喪失による損失の補償であるから、補償金は組合員が享受すべきものであって、組合財産の剰余金とは異なり、組合の他の一般財産からの独立性を持つという判例がある<sup>(35)</sup>。それに対し、補償金は組合財産に帰属し、一種の清算的剰余金の性質を有するという理由から、それを組合員に配分する手続きは、組合総会の通常決議、すなわち出席者の議決権の過半数の議決（水協法四九条）によるという判例がある<sup>(36)</sup>。その配分方法については、剰余金の配分に関する原則にとらわれずに、実際の漁業収益の損失等を考慮して適宜公平な配分をなすことが可能であるという<sup>(37)</sup>。

(ウ) このように判例、学説はかなり多岐に分かれているが、ひとまず次のように整理できる。総有説は、特別の慣習がない限り、補償金は関係組合員全員に帰属し、共同漁業権の放棄と補償金の配分の手続には関係組合員全員の同意が必要であるという考えを原点とするのに対し、社員権説は、補償金は組合に帰属し、共同漁業権の放棄と補償金の配分の手続は組合の決議によるという考えを原点とする<sup>(38)</sup>。しかし、判例はどの構成を採用するかにかかわらず、補償金は組合の一般財産とは異なり、損失を被る組合員に配分されるべきものであるとする点でほぼ一致し、また、共同漁業権の放棄と補償金の配分の手続については、少なくとも組合総会の特別決議を必要とする判例がほとんどであり、最判平成元年七月一三日はこの規範を確定的なものとした。

(2) 漁業を営む権利を基本とする構成

(ア) それでは、共同漁業権と組合員の漁業を営む権利との関係を、どのように構成するのが妥当であろうか。

現在の漁業法八条一項は、共同漁業権は漁業協同組合等だけが有し、その組合の組合員であつて組合等の制定する漁業権行使規則で規定する資格に該当する者が、その共同漁業権の範囲内において漁業を営む権利を有すると定める。これを見る限り、社員権説がいうように、共同漁業権は組合のみに属し、組合員はその構成員として一種の社員権的権利たる漁業を営む権利を有するにすぎない。しかも、昭和三七年の法改正によつて、漁業を営む権利を有する者は、必ずしも組合員の全員ではなく、漁業権行使規則で規定する資格によつて限定されうるようになったのであり、そのため総有説が成り立たなくなったという主張が見られる<sup>(39)</sup>。

しかし、多様な実態を持つ組合員の漁業を営む権利を、社員権説で一律に把握し切れるか疑問である。とりわけ、最判平成元年七月一三日のように、共同漁業権が組合に帰属するのは法人が物を所有するのと同じであると断定すると、組合員の権利との関係の説明が困難になる。法人一般ではその財産につき社員による収益権能が予定されているわけではないのに、共同漁業権では組合員による収益権能が当然に予定されており、組合の自営は水協法一七条によつて制約されている。さらに、現実に漁業を営むことができなくなることによつて損失を被る組合員のみに補償金を配分すべきであるとするのはなぜか。社員権説では、これらの問題につき説得力に富む説明を得にくい<sup>(40)</sup>。

したがつて、共同漁業権と組合員の漁業を営む権利との関係については、社員権という概念にあまりこだわることなく漁業法の規定に即して考慮することが必要であり、その際には総有説の意義を再検討することも必要になる。

(イ)(a) そこで、まず、漁業を営む権利を有する者の資格を制限しうることとしなければならない理由を考察する。

第一に、組合は共同漁業権と特定区画漁業権の保有・管理主体としての役割と、協同組合として組合員に主として経済的サービスをする役割という、互いに異質の二つの役割を持ち合わせている。前者の役割からすれば単位漁村ごとの小規模な集団であるのがふさわしいが、後者の役割からすると経営上安定するに足る事業量を確保するために規模の拡張が必要になる。したがって、経営の安定をめざして組合の合併が促進され組合の規模が拡大されるが、そうすると、漁業権の主体としての役割に無理が生じることとなり、<sup>(41)</sup>ある特定の水面については組合の中の特定の小規模集団のみに漁業を営む権利を認めるという形をとらざるをえないことになる。

第二に、すでに以前から個人権化、共有化し、個人に免許されるか、組合に免許され貸付が認められていた漁業をも、現行漁業法は、漁業権の貸付禁止を前提にして、第二種共同漁業や第三種共同漁業として組合管理漁業権に編入したが、これらを総有的關係の強い第一種共同漁業と全く同じ関係として規律することには無理がある。<sup>(42)</sup>漁民には、漁村の地先水面で一切の漁業をすることができると排他的な漁業権を認めるべきであるという地先主義ないし漁場主義の信念が存在し、漁業協同組合に漁業権を優先的に免許する現行漁業法の仕組みによって、これが事実上実現可能になるに至ったのであるが、<sup>(43)</sup>漁村の住民たる漁民全員が漁場を利用できるという総有的な利用関係が、種々の社会的経済的要因<sup>(44)</sup>によって、共有における持分権のような一部の特定の者による利用関係へと転化していくのは、歴史の傾向であるとも考えられる。<sup>(45)</sup>したがって、その種の漁業については、漁業を営む権利を特定の組合員に限って認めることを是認すべきことになる。

(b) しかし、このような事情からは、共同漁業権が入会漁業の実態を持つことを否定すべき理由は見出せない。

ここで共同漁業権が入会漁業の実態を持つというのは、古くからの入会慣行がそのまま法的に承認されるべきであるという意味では決してない。また、新たに発生した慣行がそのまま法的に承認されるべきであるということも意味



しない。漁業権は旧漁業法の下からすでに、行政処分による免許に基づくものであり、旧来の漁業慣習は、場合によってはその行政処分の基礎として斟酌されるというものにすぎない。<sup>(46)</sup> その上、戦前の漁業権は昭和二四年の漁業法改正の際に、すべて一旦消滅させられたのであるから、漁業権が慣行に基づいて生じる権利であると考えざる余地はない。入会漁業の実態とは、多数の漁民の各自が同一の水面を共同で利用して漁業を営むという事実である。<sup>(47)</sup> 漁業法はこの各漁民の利益が保護されるべきことを認め、その実態の差異に応じて、共同漁業権又は特定区画漁業権、それらの漁業権の共有、及び入漁権に区分し、<sup>(48)</sup> その漁業権又は入漁権の主体を漁業協同組合等とした上で、組合員がその漁業を営む権利を有するものと法律構成する。これらの漁業権又は入漁権の利益の実質的な帰属主体は、組合員たる各個人である。

このような意味で共同漁業権は入会漁業の実態を持つのであり、昭和三七年の法改正によって共同漁業権のその性質が変化したわけではない。<sup>(49)</sup> さらに、この法改正によって組合員の漁業を営む権利を有する者の資格が制限された趣旨は、前記の事情から考察すると、組合の利益享受主体たる地位を強めることではなく、むしろ、実際に漁業を営む権利を有するに最もふさわしい組合員の利益を確保し、ないしは強化することにある。

(ウ)(a) ところで、漁業協同組合の共同漁業権の主体たる役割と、自発的意思によって参加する者で構成され加入・脱退が自由であるという協同組合形態とは、必ずしもうまく適合するわけではないといわれている。共同漁業権、とりわけ第一種共同漁業を内容とするものは総有的關係にあるため、共同漁業権を持つ組合には関係地区のすべての漁民が参加する必要があるのに対し、協同組合の建前によればすべての漁民が加入する保障はないからである。<sup>(50)</sup>

また、組合が漁業を自営する場合、収益が大きいときは組合員外の漁民の組合への新規加入を妨げ、協同組合の性格を維持できなくなりがちになり、組合内部では漁業に従事する組合員とそうでない組合員との間で、利益の配分を

めぐって対立が生まれる。かといって、組合員の収益を均等にするために交互に就労する輪番制を採用すると、就労率の低下によって結局組合員の収益は零細化せざるをえないといわれている<sup>(51)</sup>。

(b) このような矛盾をはらみながら、なお漁業協同組合を主体とする共同漁業権という法律構成が必要とされるのは、同一水面を客体にして同一内容の漁業を営む多数の漁民が適切にその権利を行使し保全するためには、お互いに規律し合う団体的規律が必要であるからである<sup>(52)</sup>。

多数の漁民のそのような漁業を営む権利は、確かに、共同漁業権を持つべき漁業協同組合の存在をその存在の前提とし、かつ、漁民はこれを持つためにはその組合の組合員であることを必要とする。しかし、決して組合ないし組合の漁業権行使規則によつてはじめて、この権利が組合員に与えられるのではない。組合員は漁業権行使規則によつて漁業を営む権利を有する資格を制限され、その権利の行使についても制限を受けるが、その定めによつて漁業を営む権利を持つ場合は、組合を通じて漁業を営むのではなく、直接に水面を使用収益して漁業を営むことができるのである。組合員のこの漁業を営む権利こそが組合の共同漁業権の基礎であり、関係地区のすべての組合員が原則として当然に漁業を営む権利を有するが、関係組合員全員の協議を経てその大多数の賛成を得た場合にのみ、例外として漁業を営む権利を有する者の資格を制限でき、あるいは組合が漁業権を自営できるとされていると考えるべきである。

組合が漁業を自営する場合は、利益の帰属主体を組合にするという形式をとるが、その実質的な目的は組合員が持つべき漁業を営む権利を確保することにある<sup>(53)</sup>。利益の実質的な帰属主体は、関係地区の組合員である。また、組合が漁業を自営しない場合で、漁業権行使規則によつて漁業を営む権利を有しないとされている組合員も、漁業を営む権利を取得できる地位をなお有していると解さなければならぬ<sup>(54)</sup>。

(c) 共同漁業権は、このように多数の組合員による同一水面を客体にする同一内容の漁業を営む権利を確保するた

めの権利であり、その存続と行使は関係地区の組合員の全員の意思に基づくものでなければならぬものである。この関係は、同一の建物について存在する多数の区分所有権とその建物等の管理の關係に類似する。ただ、組合員の漁業を営む権利は、建物区分所有権よりもはるかに客体の利用の共同性が強い。しかも、その権利内容自体、他の漁業又は漁業者との複雑な調整を経て決められるという特異性もある。そのため、建物の管理組合のように客体を組合が管理するというだけの構成では十分に対応できず、組合がもっと強い拘束性を持ち、かつ漁業調整の中間的主体として組合員の漁業を営む権利から一応独立した共同漁業権という権利を有する、という構成が必要になったと考えることができる。

(エ) (a) 共同漁業権の存続と行使は関係地区の組合員の全員の意思に基づくものでなければならぬといっても、これらの組合員全員の一致を必要とするわけではない。もし全員一致を必要とするならば、ごく少数者の意思で合理性のない現状固定を強いられるという事態が生じるおそれが大きい。また、協議が調わない場合は裁判所が決定するとなれば、当事者の意思に必ずしも適合しない国家意思の介入を奨励することにもなる。社会経済の変動に漁村が適切に対応するためには、しかも、漁村内部の複雑な利害調整が当事者によって十分な検討を経て行われるようになるためには、関係組合員の圧倒的多数の賛成を得ることができれば、共同漁業権を変更又は消滅させることができることを認めなければならない。現行法の規定が、漁業権行使規則の設定・変更・廃止について、総会の特別決議だけでなく、事前に関係地区組合員の三分の二以上の多数の書面同意を必要としているのは、この趣旨による。

ただ、漁業権の消滅そのものについてはこの点の規定がなく、その規定を類推適用してよいかが問題になる。事前書面同意の必要割合が三分の二以上という程度では、漁業を継続する意思と能力がある漁民が少数ではあれ合理的な理由で漁業権の消滅に反対する場合に、その主張が尊重されることになるようにには機能し難いように思われ、もっと

多数の割合の賛成が必要であらう。それを明示する規定を設けるように法改正すべきであり、建物区分所有権法で、使用禁止請求（五八条）と建物の復旧（六一条）について集会で区分所有権者及び議決権の四分の三以上、立替（六二条）で五分の四以上の賛成が必要とされているのが参考になる。ただ、三分の二以上の書面同意さえ不要であるという解釈に流れ易い現時点では、せめてもの歯止めとして、漁業権行使規則の設定・変更・廃止に関する規定を類推して、少なくとも三分の二以上の書面同意を必要とするというにすぎない解釈も、是認せざるをえない。

(b) 共同漁業権の消滅に対する補償金が、現実に漁業を営むことができなくなることによって損失を被る組合員に配分されるべきであるという結論は、共同漁業権の利益の帰属主体が漁業を営む権利を持つ組合員であるという考えからは、極めて容易に導き出せる。収益の法的根拠である漁業を営む権利が、共同漁業権の消滅とともに消滅し、損失を被ることになるからである。

それに対し、組合が共同漁業権を持つのは法人が物を所有するのと全く同一であるという考えによると、共同漁業権の利益の帰属主体は組合であることになるであろうが、そうすると、補償金が損失を被る組合員に配分されるべきであるとの結論を直ちに導き出すことはできず、組合自体への帰属を認めるべきであるという主張の根拠を作ることになる。この説によると、さらに、補償金の配分を何らの原則によることもなく自由に、組合総会の決議だけで定めることができ、しかもその決議は通常決議で足りるという主張を許してしまうことになりかねない。

他方、共同漁業権の利益の帰属主体が漁業を営む権利を持つ組合員であるから、その消滅に対する補償金はそれらの組合員のみに帰属するという考えに立つても、共同漁業権は組合が持つものであるから、その消滅に対する補償金の配分は共同漁業権の消滅そのものと一体の問題として、組合が総会の特別決議によって定めるべきであることとなる。このように考えると、関係地区の組合員の三分の二以上の書面による事前同意も必要となるのではないかと思わ

れる。<sup>(55)</sup>

- (1) 原暉三「漁業協同組合の漁業権利用関係（完）——漁村、漁場の閉鎖的傾向について——」法学志林四九卷三号（昭和二六年）四四〇四五頁、魚住庸夫「最高裁判所判例解説15」法曹時報四一巻二二六五頁。
- (2) 漁業法第八条の「各自漁業を営む権利」に関する政府の説明員（松元威雄）の説明（第五回国会参議院水産委員会會議録八号五頁（昭和二四年五月二六日））、『漁業制度の改革』三〇三〜三〇五頁、川島武宜『民法I総論・物権』二六五頁、潮見俊隆「漁業入会」川島武宜編『注釈民法(7)物権(2)』（昭和四三年）五九二〜五九三頁、工藤重男『判例通達による漁業法解説』（一九七〇年）四四〜四五頁、武井・前掲四八〜五三頁、中尾・前掲六五頁以下、熊本一規「入会漁業の権利主体」明治学院論叢四五五國際学研究五号（一九九〇年）三三頁以下。前掲・福岡高判昭和四八年一〇月一九日、大阪地判昭和五二年六月三日判例時報八六五号二二頁、大分地判昭和五七年九月六日金融・商事判例八三〇号一頁、福岡高判昭和六〇年三月二〇日民集四三卷七号八八〇頁・金融・商事判例八三〇号八頁。
- (3) 『漁業制度の改革』三〇三〜三〇五頁、潮見・前掲、前掲・大阪地判昭和五二年六月三日、前掲・大分地判昭和五七年九月六日、前掲・福岡高判昭和六〇年三月二〇日。
- (4) 中尾・前掲一〇四〜一〇七頁、同「総有権」——判決を通じての考察」黒木三郎先生古稀記念『現代法社会学の諸問題(上)』（一九九二年）三三三頁、熊本・前掲。
- (5) 原・前掲法学志林四九卷三号四五頁、同・前掲法学志林六三卷一号六一〜六三頁、金田禎之『実用漁業法詳解（増補八訂版）』（平成三年）二二三頁、『新漁業法の解説』六七頁、山畠・前掲二二頁、佐藤隆夫・前掲書一一〜一一五頁、同「組合管理漁業権の問題点」国学院法学一五卷四号（昭和五三年）五一〜五七頁、大國『漁業制度序説』七八頁。社員権の権利であることを明示する判例は、大阪地判昭和五八年五月三〇日判例時報一〇九七号八一頁、青森地判昭和六一年一月一日訟務月報三三卷七号一〇二頁、最判平成元年七月一三日民集四三卷七号八六六頁・判例時報一三二三号六〇頁・金融・商事判例八三〇号三頁。この裁判の社員権説を支持する判例批評として、魚住・前掲二五三頁、志村治美・民商法雑誌一〇一卷六号一一三頁。この最判の判例批評には、他に、山田誠一・判例評論三七四号一九頁以下、新田敏『ジュリスト』平成元年度重要判例解説』六八頁以下がある。
- (6) 原・前掲法学志林四九卷三号四五頁、前掲・裁判平成元年七月一三日。
- (7) 佐藤隆夫・前掲書一一五頁、同・前掲国学院法学一五卷四号五七頁。

(8) 山畠・前掲二二頁。杉田・前掲は、共同漁業権の本質は「一定の水面を共同に利用して営む」ことにあり、組合員が原則として平等にその漁場に入会って漁業を行うという形態をとるとする(二三頁)。一方で、組合員の漁業を営む権利は社員権的権利であって、各組合員たる漁民に実質的に平等に保障されるべきものであるという(三三頁)。

(9) 原・前掲法学志林四九卷三三四頁。同・前掲法学志林六三卷一号六三頁、金田・前掲二二四頁、『新漁業法の解説』六八頁、山畠・前掲二二頁、前掲・青森地判昭和六一年一月一日。

(10) 埋め立てられるべき公有水面に漁業権がある場合に、事業者が埋立免許を受けるためには漁業権者の埋立同意を得ておくことが必要である(公有水面埋立法四条三項一号)。ところが、漁業法と水協法には埋立同意に関する規定はなく、実際には漁業権の放棄ないし変更の手続によって漁業権の全部又は一部を消滅させて、問題の発生を回避している。したがって、漁業権の放棄・変更だけでなく埋立同意についても、どのような手続によって行われるべきかの問題が残されている(山畠・前掲一〇二、二二一―二三頁)。

(11) 財産的損害は、積極的損害と消極的損害とに大別される。積極的損害は、①漁船、漁具等の毀損及び修理の費用、②漁獲物の死滅又は廃棄による損害、③養殖物の死滅、発芽不良、産卵場の荒廃による直接損害、④漁場整備費及び漁場復旧費、漁場が遠くなった場合の日数・燃料の損害、⑤転業による損害、また新たな漁業を始めるための漁具・餌代、養殖の場合の種代等の損害、⑥被害を受けた漁獲物の検査に要する費用、⑦被害対策のための会合費、雑費である。消極的損害は、①直接的な操業不能、操業の支障、操業能率の低下による漁獲量の減少による損害、及び操業停止、検査期間の得べかりし利益、②漁獲対象の死滅、逃避、生育不良、産卵減による損害、及び餌料生物の死滅、減少による漁獲対象の減少による損害、③販売価格の下落、漁獲物の交換価値の低下による損害である(野村好弘『伊藤高義』木村実『宮川勝之』『公害による漁業被害の損害賠償に関する研究』一九、二三頁。谷口安平『藤倉皓一郎「物的損害の法的評価」環境法研究一号五五―五六頁参照)。

(12) 工場排水による漁業被害についての賠償方法には、漁業権放棄賠償、打切り賠償、一時金賠償、汚染魚買い上げ賠償等があるが、これらの場合にも、埋立・干拓の場合の補償の方式が参考にされている。漁業権放棄賠償は、漁場が完全に荒廃した場合になされる。積極的損害と得べかりし利益の喪失による損害(消極的損害)とが賠償される。打切り賠償は、被害が永続的に発生する場合に、通常は一定期間に毎年一定金額の支払いがなされるものである。従来の漁獲量に比較して減少した量や、中国・四国農政局の漁獲量統計を一応の基準にして、賠償額についての交渉がなされるが、結局はどんぶり勘定的に決定されている。一時金賠償は、突発的・一時的な事故等によって被害が発生した場合に、一定金額の支払いがなされるものである。汚染魚買い上げ賠償は、一定範囲の海域で

採捕された特定の魚類を市場価格で買い上げる方法である。いずれでも、損害賠償金という名目ではなく、漁業振興助成金、工場廃液見舞金、廃液補償、工場増設・地先海面使用の代償金、漁業損失見舞金などの名目で支払われている。賠償請求者は、汚染魚買い上げ賠償では個々の漁民であるが、他の三つの方法では漁業協同組合である（伊東正雄「瀬戸内海の汚染と漁業被害（日弁連瀬戸内海調査から）」環境法研究二号一二二～一二三、一二七頁（一九七四年）、谷口＝藤倉・前掲五五、五七頁）。

(13) 伊東・前掲一一頁。

(14) 毎年期待される収入A円を、「年当り市場利率を*i*としてV円を積んでおけば毎年A円の収入をあげることができる」と考えて、現在の価値V円に変え、 $V = \frac{A}{1+i}$ の数式によって求める。したがって、電源方式による手取補償金の額は、年利率を8%とすれば、 $\text{収入} \div 0.08(\text{年利率}) \times 0.8(\text{税率})$ 、すなわち、 $\text{補収入} \times 10(\text{税率})$ によって求められる（谷口＝藤倉・前掲五三～五五頁参照）。

(15) 漁具等の売却損、その他資本に関して通常生ずる損失額、解雇予告手当相当額、その他労働に関して通常生ずる損失額等。

(16) 「公共用地の取得に伴う損失補償基準要綱」（昭和三十七年六月一九日閣議決定）一七条、三八条、「建設省の直轄の公共事業の施行に伴う損失補償基準」（昭和三十八年建設事務次官通達）第五、第二六。谷口＝藤倉・前掲五四～五五頁も参照。

(17) 漁業権が制限されるにすぎない場合は、取得損失補償額に一定の制限率を乗じて得たものを補償額とし（前掲・要綱二二条、基準二七条、運用方針第一〇）、漁業権等の消滅又は制限に随伴して、通常漁業の継続不能、一時休止の必要、又は経営規模縮小の必要が認められるときは、各場合の方式に従って算出された額が通常損失として補償される（前掲・要綱三八～四〇条、基準五〇～五二、五六条、運用方針第二六、二七、三〇）。

(18) 谷口＝藤倉・前掲六三頁。

(19) 伊東・前掲一一頁。補償金の算定方式とその問題点については、さらに、石外克喜「漁業権補償の問題点」『鑑定中国（設立記念二〇周年特集）』（一九九三年）一頁以下。

(20) 谷口＝藤倉・前掲五七～五九頁。中川剛「漁業補償制度の法理と不法理」『民商法雑誌』一〇三巻五号六七～六七三頁は、漁業権は使用収益の財産権ではありえても、処分のできる権利ではないから、対価としての補償を伴うものではなく、漁業補償は漁業権の消滅・変更によって失われた利益に対する補償であるという。野村好弘「地域開発と漁業補償（5・完）」『都市開発』一九七〇年二月号三七～三八頁も参照。

- (21) 精神的損害に対する補償が認められるかについては議論が分かれ、補償実務ではこれを通常生ずる損失と認めない方針がとられている(谷口『藤倉・前掲五八頁』)。不法行為による損害賠償の分野では、財産損害に伴う精神的苦痛の賠償を認めた判例があり、余儀なく一家そろって転居・転業した場合には、財産的評価のみでは満たされない被害感情について、慰謝料が認められるべきであるという見解が唱えられている(野村好弘『高崎尚志「物的損害の意味」環境法研究一号五二頁、谷口『藤倉・前掲五八〇五九頁』)。
- (22) 伊東・前掲一一三頁。
- (23) 武井・前掲五五頁、熊本・前掲三七頁、前掲・大阪地判昭和五二年六月三日、前掲・福岡高判昭和六〇年三月二〇日。
- (24) 武井・前掲五四頁、中尾・前掲一〇八〇九頁、熊本・前掲三七頁。理由のない拒否がなされても、公益上真に必要な場合場合には、漁業法三九条、土地収用法等によって埋立等に支障は生じず(武井・前掲五四〇五五頁)、あるいは、極めて公益性が高く、かつ近辺の環境を悪化する等のおそれのない埋立工事のための漁業権の放棄に対し、それによる自己の損失が少ないにもかかわらず反対することは、一種の権利の濫用になるという(中尾・前掲一一一頁)。
- (25) 前掲・大分地判昭和五七年九月六日。
- (26) 大分地判昭和四六年七月二〇日判例時報六三八号三六頁、前掲・福岡高判昭和四八年一〇月一九日。
- (27) 阿部泰隆「本件判批」判例評論一五二号一九〇二頁、船橋泰彦「白杵市風成漁民勝訴の意味するもの」ジュリスト四八六号六八頁、戒能通孝「白杵公害判決を顧みて」法学セミナー一九七一年一月号一五頁、室井力「白杵公害判決の意義と問題点」同一九頁、宮川勝之「白杵市埋立免許事件」別冊ジュリスト六五号『公害・環境判例(第二版)』一五四頁は賛成。桜田誉「白杵市における漁業権確認訴訟・大分地裁判決等について」法律のひろば一九七一年一月号三一頁は反対。
- (28) 前掲・福岡高判昭和四八年一〇月一九日。黒木三郎「埋立てと漁業権」日本土地法学会『近代的土地所有権・入浜権』(昭和五一年)一七二〜一七三頁は、この三分の二要件では不十分であって、全員の同意を要するように法改正すべきであるという。
- (29) 札幌地判昭和五一年七月二九日判例時報八三九号二八頁、最判昭和六〇年十二月一七日訟務月報三二卷九号二一一頁・判例時報一一七九号五六頁。秋山義昭「本件判批」判例評論二二七号一七頁、岩淵正紀「本件判批」法律のひろば一九七七年二月号七九頁。
- (30) 桜田・前掲、岩淵・前掲。
- (31) 佐藤・前掲国学院法学一五卷四号六〇頁。
- (32) 前掲・大阪地判昭和五八年五月三〇日。



- (33) 前掲・最判平成元年七月一三日。支持、魚住・前掲二七〇頁、志村・前掲一一四頁。
- (34) 山口地裁宇部支判昭和六一年二月二一日判例時報一一九一号一二〇頁。仙台高判昭和六二年一月二二日判例タイムズ六三一号二一九頁も、結論は同じ。
- (35) 名古屋地判昭和五八年一〇月一七日判例時報一一三三三〇頁。支持、中田明「本件判批」ジュリスト八九三三〇頁。
- (36) 富山地裁高岡支判昭和四三年五月八日判例時報五五四号六四頁、鹿児島地判昭和五四年七月三〇日判例時報九四八号九九頁。
- (37) 前掲・鹿児島地判昭和五四年七月三〇日。
- (38) 新田敏「共同漁業権の法的性質と漁業補償」法学研究六三卷一二号(一九九〇年)八二頁も同様の図式を示す。
- (39) 魚住・前掲二六八〜二七〇頁。
- (40) 新田・前掲ジュリスト六九頁、同・法学研究六三卷一二号八一、八五〜八七、九〇頁。
- (41) 武井・前掲四七〜四八頁、熊本・前掲四〇〜四一頁。
- (42) 原・前掲法学志林四九卷三三〇四六〜四九頁、同・前掲法学志林六三卷一七二〜七三頁。
- (43) 原・前掲法学志林六三卷一七六九〜七〇頁。
- (44) 原・前掲法学志林四九卷二二二頁は、「その漁場で営まれる漁業態の多岐多様なると、漁業資金の調達可否、村の戸口の増加、漁業態の性質上全員に振り当てることの不能、殊にその漁業が主なる生業である等の諸条件が伴うことと、更に漁業種類(三〇頁)、あるいは、「独立小規模漁民」の「全体の零細漁民化の防止、自己の保存と子孫の永続なる意欲、更に私有財産獲得なる人間本来の本能的な機能」(三二頁)を挙げる。
- (45) 原・前掲法学志林四九卷二二二頁、三三三頁、三三三〜三三四、四九頁。
- (46) 森・前掲一三八頁。
- (47) 新田・前掲法学研究六三卷一二号八三〜八五頁は、共同漁業権総有説には、「根拠としての総有説」と「権利構造論としての総有説」との二面性があり、前者は、現行法の効力をも凌駕する慣習的効力の根拠たりうるもので、現行法のもとではとりえないのに対し、後者は、法人たる組合に帰属するとされる漁業権とそれに基づいて組合員である漁民が漁業を営むことのできる権利との関係を明らかにしようとするものであるという。
- (48) 川島・前掲二六五頁。

- (49) 武井・前掲五〇頁、中尾・前掲九五頁。
- (50) 武井・前掲四八頁、熊本・前掲四〇頁。
- (51) 原・前掲法学志林四九卷三三四九〇、五四〇五六頁、同・前掲法学志林六三卷一七七一頁。
- (52) 潮見・前掲八六頁、『漁業制度の改革』二八二頁以下、高橋『協同組合と漁業権』一一一、一七〇二〇頁、金田・前掲四一頁、新田・前掲法学研究六三卷一二号八七〇八八頁。
- (53) 高橋・前掲四五〇頁。
- (54) 山畠・前掲七、二二頁。
- (55) 新田・前掲法学研究六三卷一二号八六〇八七頁は、補償金は組合に帰属し、その使途は組合の内部規則によって決定され、その定めがない場合にのみ特別決議によらなければならないと解するが、収益の帰属主体が特定の組合員であるという基点からの論理展開としては不徹底であると思われる。

## 五 漁業権と自然公物利用権

### (1) 権利侵害の態様

(ア) われわれは、漁業権の法的性質を考察し、漁業権が特定の水面を直接に支配して漁業行為、水産動植物の保全、及びその他の漁場環境の保全という内容の水面利用をすることができる権利であり(三(3)(イ)、かつ、特定の者以外の者の同一内容の支配を許さないという排他性を持つことにより物権としての性質を持つ(三(3)(ウ)ことを明らかにした。この漁業権が侵害される場合に、漁業権者がその侵害の排除又は予防を侵害者に対して請求できるのは、言うまでもない。

また、組合員の漁業を営む権利は、共同漁業権等の基礎をなし、権利者たる各組合員が特定の者以外の者の同一内容の支配を排除して、特定の水面を直接に支配できる権利である点で、漁業権と全く同様であるから、物権の性質を持ち、侵害を受けた場合には各組合員がその侵害の排除又は予防を侵害者に対して請求できる。

これら漁業権と漁業を営む権利の侵害の態様を権利の内容に対応して分けると、排他性に関する侵害として、権利内容と同一の内容の漁業行為、直接支配性に関する侵害として、権利者の漁業行為に対する妨害、水産動植物への侵害、及び漁場環境を悪化させる行為等を挙げることができる。他方、権利の客体たる水面と侵害行為が行われた水面との関係によって侵害を区別すると、権利の客体たる水面で又はその水面に対して行われる行為によって、権利の円満な状態を積極的に害すること（積極的侵害）と、権利の客体たる水面で従来得られていた利益を、その水面以外の水面での行為によって奪うこと（消極的侵害）とに分けることができる。

(イ) これらの侵害態様の組み合わせによって侵害を類型化すると、次のようになる。

まず、積極的侵害の第一は、漁業権の客体たる水面で、権利者以外の者が漁業権所定の水産動植物を、漁業権所定の方法で採捕又は養殖することである。これには、侵害者が隣接する漁場の権利者である場合と全くの無権原者である場合とがあり、前者は漁場の境界争い、後者は密漁として、古くから漁業紛争の中心となっていた侵害である。第二に、漁業を営む権利を有する者の一部、漁業権の共有者の一部、入漁権者等が、漁業権行使規則等に違反して権利の円満な状態を害する行為をすることである。第三に、権利者以外の者が、漁業権の客体たる水面の埋立、水質汚濁（他の水面から波及したものを含む）、その他漁業以外の方法で権利者の漁獲を不能ないし困難にし、漁獲量を減少させ、又は漁獲物の質を低下させることである。

次に、消極的侵害は、漁業権の客体たる水面へ水産動植物が回遊又は流動して来ることを阻害し、その結果として

漁業権所定の水産動植物の漁獲を不能にし、漁獲量を減少させ、又は漁獲物の質を低下させることであつて、その原因は、漁業権の客体たる水面以外の水面での次のような行為である。第一に、漁業権所定の水産動植物又はその生育の条件である水産動植物を過剰に採捕する行為。第二に、水面の埋立や水質汚濁等によって、それらの水産動植物の生育条件である藻場・干潟等を奪い、悪化させ、又は水産動植物の流動ないし回遊の道を阻害する行為。

消極的侵害のすべてにおいて、その侵害の防止や排除をする責任が加害行為者にあるとまでは言えない。むしろ、その行為が漁業権の客体たる水面にかなり近接する水面で行われる場合など、行為と結果との間の因果関係が直接的であると評価すべき場合にだけ、漁業権又は漁業を営む権利が侵害されたものと構成すべきであろう。

これらの権利侵害について、権利者が侵害者に対して侵害の排除や予防を請求する場合、その紛争は権利者と侵害者との間の私的な関係に係わるものであるから、民事訴訟を利用することができる。他方で、行政上の各種の漁業調整の制度——漁業調整委員会が関与する都道府県知事による漁場計画の決定と漁業権の免許、漁業協同組合等による漁業権行使規則の制定、主務大臣又は都道府県知事の命令の制度、及び漁業調整委員会の指示の制度——があり、これによって、漁場の境界を確定し、侵害の発生を防止し、又は紛争を解決できる場合が少なくないであろう。

(ウ) それでは、漁業に関する利益が侵害されても、それが漁業権又は漁業を営む権利を侵害するものに当たらない場合には、関係漁業権者ないし関係漁民はその侵害行為の排除又は予防を一切、請求することができないのであろうか。たとえば、水産資源の枯渇をもたらす濫獲や藻場・干潟を奪う埋立がなされるが、その行為が関係漁業協同組合等又は関係漁民の漁業権又は漁業を営む権利の客体たる水面以外の水面でなされ、しかも、これらの権利の客体たる水面での漁業への悪影響が直接的なものとはいひ難い場合は、どうであろうか。

各水面は他の水面と連続し、水と水産動植物はその間を流動するから、各水面の漁業は他の水面の水産資源と環境

のあり方に強く影響される。したがって、各漁業権者ないし漁民は、自己の漁業権又は漁業を営む権利の客体たる水面だけでなく、それ以外の広い範囲の水面についても、これらの自己の権利の円満な行使を可能にする前提である水産資源と環境を保全するという点で、重大な利害関係を持つ。この水産資源と環境を保全するという意味で、各漁業権者ないし漁民は他の漁業権者、漁民とともに、広い範囲の水面を共同利用している。

前記の例のような場合、その意味での共同利用の利益が侵害されることになり、関係漁業権者ないし漁民がその侵害行為の排除又は予防を請求できるときがあることを、認めるべきである。この請求を認めるか否かの基準となる侵害の違法性は、請求者の漁業権又は漁業を営む権利の客体たる水面に及ぼされた悪影響の大きさだけで評価されるべきではない。むしろ、主として原因行為がなされた水面について他の漁業権者、漁民と共同で持つ利用利益の侵害の大きさを評価されるべきであり、侵害される水産資源又は環境そのものの価値とそれへの侵害の程度によって定まることになる。

この侵害排除・予防請求権の根拠もまた、権利の侵害であると構成すべきである。漁業法秩序の違反による違法性を侵害排除・予防請求権の根拠とするという構成も可能であるが、その法秩序の具体的内容を決定し法的保護を受ける主体を明確にするために、水産資源と環境を保全するための水面の共同利用を内容とする権利を構成すべきであり、各漁業権者ないし漁民が持つこの水面の共同利用権が侵害されたことを、侵害排除、予防請求権の根拠とすべきである。

## (2) 自然公物利用権

(ア) 水産資源と環境を保全するための、漁業権者ないし漁民の水面の共同利用権は、次のように構成されるべき「自

然公物利用権<sup>〔1〕</sup>」に属する。

公有水面、自然海浜、岩礁等の自然公物には、「他の多数の人々による同一の利用と共存できる内容をもって、かつ共存できる方法で、各個人が特定の環境を利用することができる権利」が存在する。この自然公物利用権は、その客体が物であり物を直接に利用ないし使用利益できる権能を持つという直接支配権の一種である点では、物権と共通の性質を持つ。しかし、物権が権利者による物の排他的支配を認め、他の者による同一内容の支配を許さないのに対し、この権利は、商品交換の対象になりえないか又は本来その対象にすべきでない物を客体とし、権利者がそれを他の人々と共同で利用でき、かつ、それと同一内容の利用を排除できないという公共的な性質を持つ点で、物権とは大きく相違する。自然公物利用権は、大気、水、土ないし地盤という個々の環境要素を客体とする生活環境の共同利用権とともに、環境権の一種である。

自然公物利用権の内容たる利用の具体的内容・方法は、多数の権利者の意思によって決まる。より具体的に言うると、慣行としての利用、又は関係者全員による権利内容を変更する旨の決定によって決まる。ただ、関係権利者全員による権利内容変更の決定は、ほとんどの場合、関係権利者全員の参加が保障されなければならないという条件で、国又は地方公共団体の立法又は行政手続によるものとせざるをえない。

その行政手続で生じた問題について権利者が訴訟によって解決を求める場合は、行政訴訟による。それに対し、既定の権利内容が侵害される場合、各権利者はその侵害の予防又は排除を侵害者に対して請求できるが、その請求は私人が私人に対して行うものであるから、手続は民事訴訟によるべきである。

(イ) 公共用水面に対する漁業権者ないし漁民の自然公物利用権の内容は、漁業権又は漁業を営む権利の円満な行使の前提である水産資源と環境の保全にとどまらない。すべての漁民が互いに共存できる内容と方法で、他の漁民と同

様に公共用水面で漁業を行うことができることも、その内容である。この自然公物利用権に基づく漁業は、原則として行政官庁の関与を受けることなく自由に行うことができるものであり、漁業自由の原則はこのことを表現するものにほかならない。

漁業権と漁業を営む権利は、このような自然公物利用権の存在する水面について、特定の漁民だけに特定の漁業利益を独占することを特別に認めるものである。漁業権はすべて支配の排他的独占が許される物権であって自然公物利用権ではなく、むしろ自然公物利用権と対立する内容を持つ。共同漁業権等における組合員の漁業を営む権利は、多数の漁民による共同利用を内容とする点で自然公物利用権と近似するが、やはり特定の者以外の者を排除して支配する権利であるから、物権であって自然公物利用権ではない。許可漁業は、特定の水面の排他的支配が許されないから物権ではないが、公共用水面の利用について特定の者に特別の利益が認められる点で、これも自然公物利用権と対立する内容を持つ。

したがって、特定の者に漁業権が認められ又は漁業が許可されれば、その半面として、漁業権等の内容の限度において自然公物利用権の内容が制限され、多くの漁民の漁業行為が制約を受けることになる。自然公物利用権のこの制限は、その原因たる漁業権又は許可が消滅すると当然に解消するものであり、その場合、自然公物利用権の内容はもとの完全な状態に回復する。

しかし、漁業権等の内容もまた、逆に、自然公物利用権によって当然に制限を受ける面を持つ。漁業生産力の維持発展のために必要な水産資源と環境を損なってはならないという制限である。

漁場計画の決定、漁業権の免許、漁業の許可等でなされる漁業調整や、主務大臣又は都道府県知事の命令の制度、漁業調整委員会の指示の制度は、たんに漁業権又は許可漁業の内容を定める行政手続であるというだけでなく、この

ような自然公物利用権の内容の確認又は変更を決定する行政手続の意味を持ち、また、自然公物利用権の侵害の排除・予防を簡易迅速に実現する趣旨を含むと理解すべきである。

これらの制度は自然公物利用権の内容の変更を決定する行政手続の意味を持つから、制度が不当に運用された場合には、処分の名宛人である漁業権者等はもちろん、それ以外の広範な漁民も自然公物利用権の権利者として、その是正を求めて行政訴訟を提起できるということを、認めるべきである。また、公有水面の埋立免許もまた自然公物利用権の内容変更を決定する行政手続の意味を持つから、埋立免許を受ける水面以外の水面を客体にする漁業権の権利者は、内容の変更を受ける自然公物利用権の権利者であって、自然公物利用権に対して適切な配慮をしないでなされた埋立免許の取消を求める訴訟で、「法律上の利益を有する者」として原告適格を有することになる。

(ウ) 公共用水面の自然公物利用権の内容は、すべての漁民の共同利用に適した漁業、及び漁業のための水産資源と環境の保全だけではない。海上交通、スポーツ・レジャー、景観鑑賞等の多種多様な利用のうちすべての住民の共同利用に適した内容のものは、やはり自然公物利用権に属するものとして法的保護を受けると解するべきである。

この点でも、漁業権等の内容はその客体たる公共用水面における自然公物利用権の内容と対立する。したがって、互いにどこまで制限し合うかについて、調整を受けることが必要である。ただ、共同利用に適した良好な水面環境を損なってはならないことは、両者に共通する当然の制限であると考えるべきであろう。

この漁業権等と多種多様な自然公物利用権との間の利益調整は、漁場計画の決定、漁業権の免許、主務大臣又は都道府県知事の命令、漁業調整委員会の指示等の制度によって、実際に行われている。しかし、それらの制度は漁業調整を主たる目的にするものであり、そこで重要な役割を果たす漁業調整委員会は漁民委員の比重が大きい構成になっているから、漁業利益を優遇し過ぎる調整になりやすい。



したがって、漁業権等の漁業利益と自然公物利用権との適切な調整を実現するためには、漁業を越えたより高次の観点からの利益調整を容易にする行政手続の制度を整える必要がある。そして、その手続は、自然公物利用権の権利者である住民の参加と意見の尊重を保障するものでなければならない。

近時、漁業以外の海域利用を重視する観点から漁業権に対する制限を容易にするために、漁業権を公権の性質を持つもの、又は公物管理法制の一環をなすものと捉えようとする見解が見られる<sup>(2)</sup>。しかし、漁業権は、多数の漁民が関係する共同漁業権等ですら、あくまで私的利益を確保するための私権であり、漁民の生活の基礎をなすものである。漁業権のこの私権性を明確にしておかないと、漁民の生活の基礎が漁民の意思にかかわりなく安易に崩されていくことを容認することにつながりかねない。

漁業権が私権であることを前提にすると、漁業権を制限するためには、制限を必要とする強い公共性が存在し、又は内容が衝突し合うために調整を必要とする他の強い権利が、他方に存在するという根拠が必要になる。自然公物利用権は、きわめて多数の漁民又は住民が持ち、それゆえに公共性をも備えた、そのような強い権利なのである。

(1) 拙稿・前掲香川法学一三巻一号六〇頁以下。

(2) 三邊夏雄「行政法現象としての漁業権制度」黒木三郎先生古稀記念『現代法社会学の諸問題』(一九九二年)四〇三、四一九〜四二〇頁、廣瀬肇「漁業権と漁業以外の海域利用について」日本土地法学会シンポジウム『漁業権』報告(一九九二年)。

## むすび

われわれは、公共用水面を利用する権利として、漁業法の規定に明示され、特定の人だけが持つ漁業権、入漁権、

漁業を営む権利だけではなく、多数の人々が共同で水面を利用する自然公物利用権を法律構成すべきである。自然公物利用権は法律の規定に具体的に明示されていないが、多種多様な共同利用を内容にしており、そのうち漁業に関する共同利用について漁業法上の諸制度がこの権利の存在を前提にすることは、かなり明確であると言えるであろう。個人的な財産権である漁業権等と公共的な性質を持つ自然公物利用権とは、同一の公共用水面を客体にするために、内容面において衝突し合い、それゆえに相互調整によって互いに制限を受け合う関係に立つ。すなわち、漁業権等は、本来自然公物利用権によって自由に漁業その他の共同利用を行えるはずの公共用水面について、特に特定の漁民のために認められる権利であり、その結果、自然公物利用権を一面で制限するが、他面ではこれによる制約を受ける。漁業権等に加えられる種々の公的制限と漁業調整委員会による漁業調整が、これに当たる。

ところで、漁業権や漁業を営む権利は、特定の漁業をするために特定の漁場を直接的かつ排他的に支配できる権利であり、ここにいる水面の支配ないし利用は、漁業行為を中心にして、水産動植物を水面に確保すること、及び水産動植物以外の漁業環境を水産動植物の棲息に適した状態に保つことをも要素にすると、解釈すべきである。他方、自然公物利用権は、多種多様な共同利用を内容にするが、特に漁業に関するものについていえば、漁業権等と同様に、漁業行為、水産動植物の保全、及びその他の漁業環境の保全を要素にする。漁業行為の点では漁業権等と自然公物利用権とは対立し合い、漁業権等の内容となった漁業行為とその妨げになる行為は自然公物利用権の内容から排除される。それに対し、水産動植物の保全と環境の保全の点では、漁業権等と自然公物利用権との間に共通する内容が多いであろう。また、漁業以外の共同利用を内容とする自然公物利用権も、環境保全の点では漁業権等と共通する内容が多いであろう。

要するに、漁業権等は、水産動植物の保全と環境の保全を求める権能があるとともに、自然公物利用権により加え

られた制限として、共同利用のために水産動植物を保全し、かつ環境を保全する義務を伴う。われわれは、このような認識に立つことによって、養殖漁業、栽培漁業、資源管理型漁業、保護水面制度、他産業の開発行為との関係等で漁業が抱えている問題点をより適確に把握でき、漁業の保護と発展に寄与する解決策を見出すことに近づくことができるであろう。