

専用漁業権と共同漁業権 —— 漁業行使権との関係を中心として ——

田 平 紀 男*

Exclusive Fishery Right and Common Fishery Right in Japan —— Their Relationship to the Right of Operating Fisheries ——

Norio TABIRA*

Abstract

It is said that Common Fishery Right of the 1949 (Showa 24) Fisheries Law has succeeded to Exclusive Fishery Right of the 1901 (Meiji 34) Fisheries Law. The author discusses the way in which the Common Fishery Right has succeeded to the Exclusive Fishery Right. Conclusion is as follows: both of the Fishery Rights are basically the common of piscary in the fishing ground as an extension of the land area belonging to a fishermen's village, and therefore, we can say that the Common Fishery Right has succeeded to the Exclusive Fishery Right.

はじめに

海面の埋立などによって消滅する漁業権の大部分は、いわゆる組管理漁業権、特に共同漁業権であるが、近時、漁業権放棄による共同漁業権消滅手続、共同漁業権消滅補償の被補償者、などが、裁判で争われるようになった¹⁾。裁判での重要な争点は、共同漁業権の性質、特に漁業行使権との関係をどのように理解すべきか、という古くて新しい問題である。

昭和24年漁業法の共同漁業権は、明治34年漁業法、明治43年漁業法の専用漁業権を継承したものである、と一般にいわれている²⁾。そうであれば、共同漁業権の性質を理解するためには、専用漁業権の性質をも見る必要があろう。本稿は、専用漁業権がどのように共同漁業権に継承されたかを、漁業行使権との関係を中心として明らかにするために、漁業法の関連規定の変遷を概観しようとするものである³⁾。

I 専用漁業権・共同漁業権と総有理論

共同漁業権は、後述のように、明治34年漁業法、明治43年漁業法における専用漁業権を新しく構成したものであるが、専用漁業権は、江戸時代の一村専用漁場（入会漁場）における

* 鹿児島大学水産学部水産法学研究室 (Laboratory of Fisheries Law, Faculty of Fisheries, Kagoshima University, 50-20 Shimoarata 4, Kagoshima, 890 Japan).

入会漁業関係を権利として構成したものである。この一村専用漁場では、漁村団体が漁場を管理監督し、漁業者はその成員として団体規範に従い漁業を行っていた⁴⁾。わが国では、古くから、村落共同体の構成員が、山林原野、漁場、用水、などを、集団として支配し、その上に生産が行われていた⁵⁾。明治政府は、近代的=私的所有権制度を導入したが、一方、既存の山林原野、漁場、用水、などの支配秩序を、ほぼそのまま継承した⁶⁾。しかし、近代的所有権法体系にこの支配秩序を正面から組み入れることには無理があったので、民法(明治29年法律89号)は、村落共同体の土地(山林原野など)に対する入会的支配秩序を入会権として「法認」し、各地方の慣習に委ねることにした⁷⁾(民法263条・294条参照)。村落共同体の漁場に対する入会的支配秩序は、後述のように、明治34年漁業法において専用漁業権として「法認」された⁸⁾。

上述の村落共同体の入会的支配秩序は、一般に、総有の概念によって説明されている。中世ゲルマンの村落共同体=入会集団における林野水面などに対する共同所有の形態は、ドイツの法学者によってGesamteigentumと名づけられ、わが国では総有と訳されている⁹⁾。わが国の徳川時代の村落共同体は、中世ゲルマンの村落共同体と同様のものである、といわれており¹⁰⁾、そのために、わが国の村落共同体における林野水面などに対する共同所有の形態=入会的支配秩序は、一般に、総有と呼ばれている。「ゲルマンの村落共同体は、村民がその『個』たる地位を失わずにそのまま『全一体』として結合した団体、すなわちいわゆる実在的総合人(Genossenschaft)だといわれる。そして、その村落団体の所有においては、この団体結合関係がそのまま反映し、管理権能は、もっぱら村落そのものに帰属し、村落共同生活を規律する社会規範によって規律され、収益権能だけが、各村落住民(Genosse)に分属した」と説かれている¹¹⁾。このように、「総有においては、所有権に含まれる管理権能と収益権能とは全く分離し」ている、と説かれている¹²⁾。

民法上の入会権の主体は、実在的総合人であり、権利の帰属の関係(態様)は、総有である、と説かれる¹³⁾。共同漁業権は、実質的には、民法上の入会権に準ずるもの、と解されている¹⁴⁾。

II 漁業法の関連規定の変遷

江戸時代には、一村限りの専用漁場(入会漁場)、およびそれに対する入漁関係が成立していたが、これらは、明治34年漁業法、明治43年漁業法における専用漁業権、入漁権の実態として継承されてくる¹⁵⁾。昭和24年漁業法は、明治43年漁業法に基づく漁業権と入漁権をいっせいに消滅させ、明治43年漁業法の専用漁業権は、新しく共同漁業権として構成された¹⁶⁾。

民法の起草者は、漁業権の対象としての水面をも、入会権の対象として考えていた¹⁷⁾。しかし、漁業権の対象たる水面については、明治34年漁業法、明治43年漁業法および現行漁業法が規定しているので、民法の入会権の客体は土地(山林・原野)に限られることになる、といわれている¹⁸⁾。入会的漁業権(専用漁業権、共同漁業権)¹⁹⁾の解釈に際して、民法の入会権の規定やその解釈は無関係ではないが、まず、漁業法の規定が手がかりとされるべきであろう。以下、漁業法の関連規定の変遷を概観する。

1 漁業制度改革前までの漁業法

(1) 明治34年漁業法

明治34年漁業法では、入会的漁業権は、地先水面専用漁業権（同法5条）と慣行専用漁業権（同法4条・34条）の二つに整理して規定された²⁰⁾。地先水面専用漁業権は、地元漁業組合にのみ免許される権利であって（同法5条）、いわゆる村中入会（一村入会²¹⁾）の漁場をその区域として、根付磯付漁業を原則とした。これは、村中入会＝一村専用漁場を継承したものであって、従来の慣行による漁業も、それが地先水面で行われる限り、この漁業権として受け継がれたものが少なくない²²⁾（同法5条2項参照）。慣行専用漁業権は、従来の慣行による、定置・区画・特別漁業に該当しない漁業であり、しかも地先水面専用に当たらない漁業を内容とする漁業権である²³⁾。権利者は漁業組合に限られない。

明治34年漁業法の下では、漁業組合の地区は、原則として、浜、浦、漁村その他漁業者の部落の区域により定められねばならなかった（同法18条2項）。

明治34年漁業法は、漁業組合が漁業権の享有および行使につき権利を有し義務を負う、と規定したが、組合の漁業自営を禁止した（同法19条）。漁業組合の地先水面専用漁業権については、「組合規約ノ定ムル所ニ依リ組合員ヲシテ漁業ヲ為サシムヘシ」と規定している（同法20条）。当時の漁業組合模範規約の一つ（甲規約）は、組合の享有する漁業権の行使方法について、「地先水面専用漁業権ニ依ル漁業ハ組合員各自ニ又ハ共同シテ之ヲ為スモノトス」と規定しており（甲規約32条1号）²⁴⁾、規約の実態も、これが一般的であった、といわれている²⁵⁾。漁業権は、相続、譲渡、共有および貸付の目的とすることができたが、地先水面専用漁業権を処分するには、行政官庁の認可を必要とした（同法7条）。漁業組合を法人とする明文の規定はなかったが、漁業組合が漁業権の享有および行使につき権利を有し義務を負う、とする上述の規定（同法19条）を根拠にして、漁業組合は法人である、と解されていた²⁶⁾。明治34年漁業法の漁業組合について規定した漁業組合規則（明治35年農商務省令8号）によれば、「組合ノ目的タル漁業権享有行使ノ不能」は、組合の解散事由であった（同規則52条1項2号）²⁷⁾。無免許で地先水面専用漁業をなした者は、他の免許漁業の場合と同様に、刑事制裁の対象となった（同法26条1項）。

のちに、昭和24年漁業法立法当局者は、上述した明治34年漁業法における漁業組合の専用漁業権について、部落総有の入会漁場が「漁業組合の専用漁業権という形でローマ法的に整備された……つまり部落が管理し、その管理下に部落民が平等に利用するという形態——ゲルマン法の総有——をローマ法に翻訳し、部落の管理権限を漁業組合の専用漁業権、部落漁民の平等利用権を組合員の各自漁業を営む権利として規定した²⁸⁾」と解している。そして、「法体系を異にするゲルマン法概念を、民法では規律し得ずして慣行に逃げているのに、一応ローマ法概念をもって規律したことは、明治の立法者もなかなか味なところを見せている²⁹⁾」と積極的に評価している（民法263条・294条参照）。

(2) 明治43年漁業法

明治43年漁業法の下では、漁業組合の地区は、原則として、市町村の区域又は市町村内の漁業者の部落の区域により定められねばならなかった（同法42条2項）。

明治43年漁業法は、漁業組合の漁業自営を禁止し（同法43条3項）、組合員が組合の取得

もしくは貸付を受けた専用漁業権又は入漁権の範囲内において「各自漁業ヲ為スノ権利」を有する、と規定した(同法43条4項)。地先水面専用漁業権は、地元漁業組合にのみ免許され(同法5条)、入漁権が明確に規定された(同法12条)。漁業権を物権とみなし土地に関する規定を準用することにし(同法7条1項)、漁業権に抵当権を設定することを認めた(同法8条参照)。入漁権も物権とみなされた(同法13条1項)。地先水面専用漁業権を処分するには、行政官庁の認可を必要とした(同法10条2項)。漁業組合を法人とした(同法43条1項)。漁業組合は、漁業権の取得などとともに、組合員の漁業に関する共同施設をなすことを目的とするようになった(同法43条2項)。無免許で地先水面専用漁業をなした者は、他の免許漁業の場合と異なり、刑事制裁の対象とならなかった(同法58条1項1号)。「漁業組合員ノ漁業ヲ為スノ権利」は、漁業権とともに、侵害罪によって保護された(同法60条)。

昭和8年改正漁業法は、漁業組合の目的に組合員の「経済ノ発達ニ必要ナル共同ノ施設ヲ為ス」ことを加えた(同法43条2項)。出資制を採用し、出資組合を漁業協同組合と呼称した(同法43条ノ3第2項)。責任組織を採用し、販売に関する施設(販売事業)など(同法43条ノ2第1項3号)又は物又は資金の供給に関する施設(購買事業など)(同項4号)を行う漁業組合の組織は、無限責任、有限責任および保証責任の三種とした(同法43条ノ5)³⁰⁾。漁業組合の漁業自営を原則として禁止したが(同法43条3項)、一定の要件の下で漁業協同組合の漁業自営を認めた(同法43条ノ8)。漁業組合は、出資責任組織の漁業協同組合、非出資責任組織の漁業組合および責任組織を有しない漁業組合(従来の漁業組合)の三種類となった³¹⁾。漁業者でない者を組合員とすることを認めたが、この組合員には「各自漁業ヲ為スノ権利」を認めなかった(同法43条ノ9)。

昭和13年改正漁業法は、漁業協同組合および漁業組合連合会が貯金の受け入れに関する施設をなすこと(同法43条ノ2第1項4号・44条5項)、漁業組合連合会が特定の金融機関に対する債務保証などをなすこと(同法44条ノ2)、道府県を区域とする漁業組合連合会が手形割引をなすこと(同法44条ノ3)を新たに規定した。

(3) 昭和18年水産業団体法

昭和18年3月、太平洋戦争下における戦時統制法の一つとして水産業団体法が公布され、同年9月、施行された。水産業団体法の施行に伴い、大部分の漁業組合は、漁業会(同法11条以下)に改組されたが、改組されない漁業組合もあった³²⁾。前述した昭和8年改正以来の漁業法における三種類の漁業組合すなわち漁業協同組合、非出資責任組織漁業組合および非責任組織漁業組合は、大まかにいえば、水産業団体法の下で、それぞれ出資漁業会、非出資漁業会および改組されない漁業組合となった³³⁾。水産業団体法は、「漁業会ノ地区ハ市町村……又ハ市町村内ノ漁業者ノ部落ノ区域ニ依ル」と規定していたが(同法14条1項)、行政庁の指導は、自治体との一致を改組の方針としていた³⁴⁾。水産業団体法は、出資漁業会が販売事業、購買事業、信用事業、などを行える、と規定しており(同法12条2項3項)、責任組織については規定していない。漁業会は、従来の漁業組合の行った漁業権取得、経済事業、などのほかに漁業統制事業などを行うことになった(同法11条・12条)。出資漁業会は、一定の要件の下で漁業自営を認められ、漁業会の会員(漁業者でない会員を除く。)は、当該漁業会の取得もしくは貸付を受けた専用漁業権又は入漁権の範囲内において「各自漁業ヲ為スノ権利」を有した(同法13条)。これは、従来の漁業組合の場合と同様である。いうま

でもなく、漁業会は、法人であった（同法1条・2条）。

昭和20年8月、太平洋戦争が終わったので、戦時統制団体としての漁業会をはじめとする水産業団体の改編・整理が進められるとともに、水産業協同組合法の立法が準備されていた。「水産業協同組合法の立案が進むに伴い、旧水産業団体の資産は漁業組合以来蓄積し承継されてきた漁民の共有財産たるにかんがみ、極力これを散逸することなく水産業協同組合に承継せしめる必要があり、この観点から農林省は」、昭和22年農林省令73号によって、水産業団体が行政庁の許可を受けずに、その資産を処分することを禁止した³⁵⁾（傍点引用者）。

(4) 専用漁業権と漁業行使権

これまで(1)ないし(3)で述べてきたことをもとにして、「専用漁業権と漁業行使権」という観点から整理してみよう。

まず、明治34年漁業法について見る。(1)で述べたように、漁業組合の地区は、原則として、浜、浦、漁村その他漁業者の部落の区域により定められねばならなかった（同法18条2項）。又、「市町村内の独立したる区」は、従来の慣行により漁業免許を受けることができたが（同法施行規則9条）、同法施行規則71条は、「独立シタル区ヲ為ササル浜、浦、漁村又ハ漁業者ノ部落ニシテ従来ノ慣行ニ因リ漁業免許ヲ受ケムトスルトキハ漁業組合ヲ組織シテ本則施行ノ日ヨリ1箇年以内ニ出願スベシ」と規定していた。ここにいう浜、浦、漁村、漁業者の部落とは、江戸時代の村（旧村）たる漁業部落である³⁶⁾。これらは、漁業組合の地区が、原則として、旧村たる漁業部落の区域により定められるべきこと、旧村たる漁業部落が従来の慣行により漁業権を取得するためには、漁業組合を設置すべきことを意味した。明治34年漁業法の漁業組合について規定した漁業組合規則（明治35年農商務省令8号）は、組合の地区の重複を許さず（同規則3条）、その地区内の漁業者三分の二以上の同意の下に組合創立総会の開催を認めた（同規則6条1項）。発起人が上述の同意を求めようとするときは、「地区」、「享有行使セムトスル漁業権」などを、地区内の漁業者に通知しなければならなかった（同規則7条）。この規定は、部落漁業者の総意により組合を設置し「部落と組合とが合一に帰することを理想とした」ものである³⁷⁾。(1)で述べたように、この漁業組合は、漁業権の享有行使団体であったので（同法19条）、「組合ノ目的タル漁業権享有行使ノ不能」は、組合の解散事由であった（同規則52条1項2号）。これらの立法は、部落の共同体的規制の下における漁業の実態を認容したものといえることができる³⁸⁾。

漁業組合が漁業権を享有、行使するのは、主として組合員たる漁業者の共同利益のためであり、漁業権の行使によって生ずる利益は主に組合員たる漁業者に属させるべきであるので、組合が組合自身の営利のため直接に漁業をなすこと（いわゆる漁業自営）は禁止される（同法19条参照）と解された³⁹⁾。特に地先水面専用漁業権は、組合員がそれによって漁業をなし生計を維持するのに必要な程度において免許されたものなので、組合の自営が禁止されるのはもちろん、組合員外への貸付も禁止され、専ら組合員に行使させ、行使の順序方法は組合規約の定めるところに従う（同法20条参照）と解された⁴⁰⁾。漁業組合が地先水面専用漁業権以外の漁業権を享有する場合、その漁業権は、主に組合員に行使させるべきであるが、都合により組合員外者へ貸し付けてもさしつかえない⁴¹⁾。員外者への漁業権貸付は、総会の議決事項であった（同規則19条5号）。漁業組合が漁業権を組合員に行使させることと員外者に貸し付けることとの違いは、必ずしも明確でないが、少なくとも地先水面専用漁業権につい

ては、両者は区別されるべきであろう⁴²⁾。

Iで述べたように、江戸時代の一村専用漁場(入会漁場)では、漁村団体(旧村たる漁業部落)が漁場を管理監督し、漁業者はその成員として団体規範に従い漁業を行っていた。明治34年漁業法における地先水面専用漁業権は、この一村専用漁場における入会漁業関係を権利として構成したものである、といえよう。地先水面専用漁業権と漁業行使権(同法20条参照)の性質は、このような立場から理解されるべきであろう⁴³⁾。

次に、明治43年漁業法について見る。(2)で述べたように、漁業組合の地区は、原則として、市町村の区域又は市町村内の漁業者の部落の区域により定められねばならなかった(同法42条2項)。従って、明治34年漁業法における「浜、浦、漁村その他漁業者の部落の区域」より広がったようであるが、漁業組合法(明治43年勅令429号)が、旧法により設けた漁業組合を同令により設立したものとみなしたこともあり(同令85条)、旧村たる漁業部落の区域によるという実態は、ほとんど変わらなかった⁴⁴⁾。漁業組合の目的に「組合員の漁業に関する共同施設をなすこと」が追加されたので、(同法43条2項)、漁業組合は、単なる漁業権の享有行使団体ではなくなった。

漁業権の分類方法は、明治34年漁業法と同様であったが、(2)で述べたように、漁業権および入漁権の権利体系が明確にされた。漁業権と漁業組合との関係も、明治34年漁業法と同様であったが、独り地先水面専用漁業に限らず、部落の共同体的規制の下に部落住民をして漁業をなさしめていたものは、いずれの漁業に該当するかにかかわらず、つとめて漁業組合に権利が付与された。この事実は、部落漁業者が部落を基調として漁業組合を組織し、その名において漁業権を取得しようとする要請から生じた現象であろう⁴⁵⁾。

明治43年漁業法が直接規定している専用漁業権は、地先水面専用漁業権のみであり、地先水面専用漁業権は、地元漁業組合にのみ免許された(同法5条参照)。しかし、旧法(明治34年漁業法)により発生した慣行専用漁業権は、明治43年漁業法に定めた漁業権としての効力を有したので(同法69条)、存続していたといえる(明治43年漁業法施行規則20条参照)。明治43年漁業法は、漁業組合の専用漁業権について、組合員の漁業行使権を規定しているが(同法43条4項)、この専用漁業権は、地先水面専用漁業権である、と解してよかろう⁴⁶⁾。員外者への漁業権貸付は、総会の決議事項であったが、規約により別段の規定を設けることができた(漁業組合法20条1項8号)。組合員の漁業行使権は、物権的な権利である、と解された⁴⁷⁾。組合員の漁業行使権の性質については、これを総有権的なものと見る説と、一種の社員権と見る説とがある⁴⁸⁾。

(2)、(3)で述べたように、明治43年漁業法は、昭和8年、昭和13年に改正され、昭和18年に水産業団体系が制定されたが、「専用漁業権と漁業行使権」に関する規定に基本的な変化はなかった。

2 漁業制度改革としての昭和24年漁業法

(1) 昭和24年漁業法

第二次世界大戦後、「日本民主化の一つの課題として、農地改革の進展につれて、漁業制度改革が論議のまとなり」、昭和24年漁業法および昭和24年漁業法施行法が成立して、漁業制度改革が実施された⁴⁹⁾。その結果、明治43年漁業法は、廃止され、明治43年漁業法の専

用漁業権は、新しく共同漁業権として構成されることになった⁵⁰⁾。

昭和24年漁業法は、昭和24年12月15日に公布され、昭和25年3月14日から施行されたが、1年前の昭和23年12月15日、水産業協同組合法が公布され、昭和24年2月15日から施行されていた。水産業協同組合法の公布と同時に、「水産業協同組合法の制定に伴う水産業団体の整理等に関する法律」が公布された。同法は、水産業団体を廃止し、水産業団体が昭和24年2月15日から8か月経過した時に解散すること、ただし、漁業権などを有する漁業会は、この限りでないこと、この漁業会は、上述の期間満了後は、その有する漁業権などの管理以外の事業を行うことができないこと、この漁業会は、その有する漁業権などを失った時に解散すること、などを規定した（同法1条）。又、同法は、水産業団体が行政庁の認可を受けずに、その資産を処分することを禁止し（同法2条）、漁業会などの財産を水産業協同組合法による漁業協同組合などに移転するための処置を規定した（同法4条-11条）⁵¹⁾。昭和24年5月20日、水産業団体整理特別措置法が公布・施行され、水産業団体より水産業協同組合へ債務を承継させるに際しての債権者保護手続、水産業団体より水産業協同組合へ財産を移転する際の財産の評価基準を規定した⁵²⁾。これらの措置により、漁業会をはじめとする水産業団体は、漸次その内容を漁業協同組合をはじめとする水産業協同組合に引き継いで消滅していった⁵³⁾。

1の(3)で述べたように、水産業団体法の下における漁業会の地区は、行政庁の指導により自治体(市町村など)の区域と一致させられ、漁業者の部落の区域よりも広くなる傾向があった。漁業会の地区を自治体の区域と一致させたのは、漁業統制事業などを効果的に遂行させるためであったと思われる⁵⁴⁾。昭和23年水産業協同組合法の下では、漁業協同組合の地区は、定款の絶対的記載事項であるが、その地区については、業種別組合の場合を除き、法律上の制限はない(同法32条1項3号・18条2項)。そこで、上述した戦時中の統合への反動として、漁業協同組合は、その地区を漁業会当時よりも細分化し、再び部落的小規模組合に逆行する傾向を示した⁵⁵⁾。

共同漁業権は、昭和24年漁業法で設けられた新しい概念であり、明治43年漁業法の専用漁業権、特別漁業権および定置漁業権を整理して、その一部を内容としている⁵⁶⁾(昭和24年漁業法6条2項5項参照)。昭和24年漁業法における共同漁業権とは、共同漁業を営む権利をいい、共同漁業とは、特定の漁業であって一定の水面を「共同に利用して」営むものをいう(同法6条2項5項)。共同漁業の免許について適格性を有する者は、関係地区の全部又は一部をその地区内に含む漁業協同組合又はその漁業協同組合を会員とする漁業協同組合連合会であって、その組合員(漁業協同組合連合会の場合にはその会員たる漁業協同組合の組合員。以下同じ。)のうち関係地区内に住所を有し1年に30日以上沿岸漁業を営む者の属する世帯の数が関係地区内に住所を有し1年に30日以上沿岸漁業を営む者の属する世帯の数の三分の二以上であるものである(同法14条6項)。「共同漁業権は沿岸漁民全体の固有権であるので、申請した漁業権の内容の漁業種類の如何にかかわらずその漁業を営む者ではなく沿岸漁民全部を関係漁民とした」、といわれている(傍点引用者)⁵⁷⁾。共同漁業の免許については、かかる漁業協同組合など以外は、原則として適格性を有しないが、例外として、明治34年漁業法施行前からの慣行により昭和24年漁業法施行の際現に効力を有する専用漁業権を有している市、町、村、町村組合又は財産区であって特別の事情によりこれに免許をするのが妥当

であると認められるものは、第一種共同漁業の免許について適格性を有する（昭和24年漁業法14条9項）⁵⁸⁾。第一種共同漁業の免許の優先順位は、上述の漁業協同組合などが第一順位であり、市、町、村、などは第二順位である（同法20条）。

漁業協同組合の組合員であって漁民（漁業者又は漁業従事者たる個人をいう。）であるものは、定款の定めるところにより、当該漁業協同組合などの有する共同漁業権の範囲内において各自漁業を営む権利を有する（同法8条）。第一種共同漁業権を上述の村などが有する場合、村民などは、各自漁業を営む権利を有せず（同法8条参照）、村などは、直接、経営しなければならない⁵⁹⁾。

共同漁業権の定義における、一定の水面を「共同に利用して」（同法6条5項）とは、「その地区の漁民総有の入会漁場——一定のとりきめのもとに漁民が原則として平等に利用する漁場——ということを表示したもので、その具体的形態として協同組合が漁業権を持ち、その行使方法を組合員の総意できめ、それに従って組合員に原則として平等にやらせること——協同組合（漁民団体）という形による漁民の漁場管理——」である、といわれている⁶⁰⁾。

昭和24年漁業法は、共同漁業権とともに大部分の区画漁業権についても、漁業協同組合などに管理権を認めた。すなわち、ひび建養殖業、かき養殖業、内水面における魚類養殖業又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の免許については、地元地区の全部又は一部をその地区内に含む漁業協同組合（業種別組合を除く。）又はその漁業協同組合を会員とする漁業協同組合連合会であって当該漁業権の内容たる漁業を営まないものは、その組合員のうち地元地区内に住所を有し当該漁業を営む者の属する世帯の数が地元地区内に住所を有し当該漁業を営む者の属する世帯の数の三分の二以上である場合、適格性を有する（同法14条2項）。これは、「その漁業の関係漁民を原則として全部網羅している組合にその漁業権を管理させる趣旨」である⁶¹⁾。これらの区画漁業権についても、共同漁業権の場合と同様に、組合員は、各自漁業を営む権利を有する（同法8条）。

共同漁業権と上述の区画漁業権は、協同組合という形による漁民の漁場管理という本質において同じであるが、①共同漁業権は協同組合にしか免許されないのに対し、これらの区画漁業権は上述の協同組合に優先的に免許されるが、一応、個人にも免許されうること（同法18条）、②区画漁業権は第三者の侵害を排除しなければ成立しないという技術的理由からも権利とされる必要があり、従って個人有となっても権利とされるのに対し、共同漁業権は漁法的に見て第三者の侵害を排除するためという理由でなく、全く協同組合に管理権限を持たせるために権利とされること、これらの二点において両者は異なる⁶²⁾。

前述のように、共同漁業、組合管理の区画漁業の免許に際しては、世帯単位で関係漁民の三分の二以上を組合員とする組合が、適格性を有し、優先順位の第一順位である。三分の二以上としたために、残りの三分の一以下が不当に漁業権から排除されないように、又、協同組合は任意加入であるのに、加入しないと漁業権を行使できないから、漁業権のために加入を強制されないように、員外者保護の措置が講じられている⁶³⁾。員外者保護の措置としては、(イ)不当に漁業権から排除させない措置、(ロ)組合に加入しない漁民でもある程度その漁業をやりうるようにする措置、がある⁶⁴⁾。(イ)としては、漁業協同組合は、正当な事由がなければ加入を拒めないこと（昭和23年水産業協同組合法25条）、免許の共同申請（昭和24年漁業法14条3項7項）、漁業権の共有請求（同法14条4項7項）があり、これらは、共同漁業権、組

合管理の区画漁業権に共通の措置である。(ロ)は、共同漁業権に関するものが主である。漁業権の制限又は条件(同法34条)により、あるいは漁業調整委員会の指示(同法67条)により、漁業権の排他的効力をおさえて⁶⁵⁾、非組合員に共同漁業権の内容たる漁業をやらせることができる。この場合、第二種から第四種までの共同漁業(同法6条5項2号-4号参照)は、許可制とされた(同法66条)。特に第一種又は第五種の共同漁業(同法6条5項1号5号参照)については、関係地区漁民たる非組合員との関係において、漁業調整委員会の指示を義務づけたが(同法14条8項)、これは、これらの漁業が原則として関係地区漁民の誰にでもやらせるべき性質のものだからである⁶⁶⁾。区画漁業は、共同漁業と異なり、漁業権又は入漁権に基づくのでなければ営めないから(同法9条)、漁業調整委員会の指示などにより組合の漁業権の排他的効力をおさえても、員外者(非組合員)は、漁業権がない以上、営めない。従って、員外者にやらせるためには、はじめから、組合に免許する部分と員外者に免許する部分とを分けて、員外者に免許しなければならない⁶⁷⁾。以上、(ロ)の員外者保護の措置を見てきたが、(ロ)としては、このほかに、地元地区外、関係地区外の者との調整がある⁶⁸⁾。

昭和24年漁業法における入漁権とは、設定行為に基づき、他人の共同漁業権又はひび建養殖業、かき養殖業も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をいう(同法7条)。このように、入漁権は、共同漁業権および組合管理の区画漁業権について認められる。ただし、組合管理の区画漁業権の中で内水面における魚類養殖業は除かれている⁶⁹⁾(同法14条2項参照)。入漁権についても、組合員は、各自漁業を営む権利を有する(同法8条)。

漁業協同組合の組合員たる漁民は、「定款の定めるところにより」、各組合管理漁業権(共同漁業権、組合管理の区画漁業権、入漁権)の範囲内において「各自漁業を営む権利」=漁業行使権を有する。定款は、行使方法を定める。この行使方法は、行使統数などの制限を含む⁷⁰⁾。漁場の制限などの理由により、現実には、行使者数が限定され、行使できない者が出る場合もある。この場合、現実に行使できない者が組合員たる漁民である以上、この者に対して、永久に行使させないというように制限することはできず、この者は、潜在的には行使権を有する⁷¹⁾。昭和24年漁業法は、共同漁業権などの入会的漁業権について、「やれる者を特定せしめることなく関係漁民に原則として平等にやらせるようにするために各自漁業を営む権利を規定して組合に管理させることとした」が、ここにいう平等は、「団体規制下の実質的平等」である(傍点引用者)⁷²⁾。一般に、経営が成り立つための最低限度の経営規模があるが、それにもかかわらず、行使希望者に行使させるために、経営が成り立たない程度に経営規模を細分化するのは、機械的、形式的平等であって、実質的平等ではない。行使希望者の当該漁業に対する依存度などによって具体的な行使者を決めるのが、真に組合員全体のための実質的平等である、と解されている⁷³⁾。

「漁業協同組合の組合員の漁業を営む権利」は、漁業権とともに、侵害罪によって保護される(昭和24年漁業法143条)。

漁業権を物権とみなし土地に関する規定を準用するのは従来と同様であるが(同法23条1項)、漁業権の貸付は禁止され(同法30条)、担保性および移転性は制限される(同法23条2項・24条・25条・26条-29条)。入漁権も物権とみなされる(同法43条1項)。漁業協同組合の組合員たる漁民の漁業行使権は、一種の物権的権利である、と解されている⁷⁴⁾。

昭和23年水産業協同組合法は、きびしい要件を満たす場合に限り、漁業協同組合の漁業自営を認めていたが（同法17条）、昭和24年漁業法の制定に伴う水産業協同組合法の改正により、漁業自営の要件が大幅に緩和された（昭和24年改正水産業協同組合法17条）。この改正の前後における漁業自営の意義は、経済事業活動の一つとしての自営から、漁業調整、漁場の総合共同利用、漁利の均てんのための自営にと転換し、生産の共同化が推進されることになった、といわれている⁷⁵⁾。

(2) 共同漁業権と漁業行使権

(1)で述べたように、昭和23年水産業協同組合法の下では、漁業協同組合の地区に法律上の制限はなかったが、この法律に準拠して設立された漁業協同組合は、ほとんど例外なく旧村たる部落を地区とし、また地区を重複させていなかった⁷⁶⁾。漁業協同組合は、水産業協同組合法上、主として経済事業団体であり（同法11条参照）、経済事業団体としては、その地区が広い方が望ましいにもかかわらず、旧村たる部落を地区とするものが多いのは、昭和24年漁業法が漁業協同組合に漁業権管理団体たる地位を与えたためであり、部落と漁業権との結合関係の反映である⁷⁷⁾。

(1)で述べたように、共同漁業権は、明治43年漁業法の専用漁業権、特別漁業権および定置漁業権を整理して、その一部を内容としているが、共同漁業権の内容とされた従来の特別漁業権、定置漁業権は、大体において、部落の共同体的規制の下にあったものである。従来の定置漁業権の内容であり、昭和24年漁業法の共同漁業権の内容となった小型定置は、その例であり、専用漁業の一変形と見られていた⁷⁸⁾。

(1)で述べたことから明らかなように、昭和24年漁業法における共同漁業権は、漁業部落の地先漁場における入会漁業関係を権利として構成したものである、といえよう。共同漁業権と漁業行使権の性質は、このような立場から理解されるべきであろう⁷⁹⁾。

おわりに

これまで述べてきたことから、漁業行使権との関係で専用漁業権がどのように共同漁業権に継承されたかについて、次のことをいえよう。

明治34年漁業法における地先水面専用漁業権は、江戸時代の一村専用漁場における入会漁業関係を権利として構成したものである。

漁業制度改革前までの漁業法における専用漁業権（地先水面専用漁業権）は、各立法の関連規定は少しずつ変化してきているが、漁業部落の地先漁場における入会漁業関係を権利として構成したものである、という性質は一貫している。

漁業制度改革としての昭和24年漁業法における共同漁業権も、漁業制度が改革されたにもかかわらず、漁業部落の地先漁場における入会漁業関係を権利として構成したものである。

以上のようにして、専用漁業権は、共同漁業権に継承された。

本稿では、専用漁業権・共同漁業権と漁業行使権との関係をどのように理解すべきか、という問題は、直接には検討されていない。又、漁業制度改革前までの漁業法に関する判例のフォロー、漁業制度改革後の漁業法や水産業協同組合法の変遷の概観は、なされていない。これらは、今後の研究課題としたい。

注

- 1) 拙稿「漁業権放棄について」、『鹿児島大学水産学部紀要』第26巻(1977年12月), 205頁以下, 拙稿「共同漁業権消滅補償の被補償者—補償金配分に関する2つの判例—」、『鹿児島大学水産学部紀要』第30巻(1981年12月), 105頁以下参照。
- 2) 潮見俊隆「漁業入会」, 川島武宜編『注釈民法(7)』, 有斐閣, 1968年, 590-591頁参照。
- 3) 山島正男「組合管理漁業権の性格」, 『北大法学論集』第28巻4号・29巻1号合併号(1978年8月), 1頁以下参照。
- 4) 原 暉三『日本漁業権制度史論』(以下前掲書①という。), 国書刊行会, 1977年, 232頁, なお248頁参照。
- 5) 中尾英俊「入会権」, 遠藤 浩ほか編『新版民法(2)』, 有斐閣, 1981年, 274頁。
- 6) 中尾・前掲論文274頁。
- 7) 中尾・前掲論文274-275頁。
- 8) 中尾・前掲論文274-275頁。
- 9) 川島武宜「入会権の意義および性質」前掲『注釈民法(7)』512頁, 517頁。
- 10) 川島・前掲論文511頁。
- 11) 我妻 栄『新訂物権法』, 岩波書店, 1983年, 315-316頁。川島・前掲論文513頁以下参照。
- 12) 我妻・前掲書316頁。川島・前掲論文513頁以下参照。わが国の総有理論について, その不明確さを指摘し, 批判的検討を行うものとして, 上谷 均「共同体的所有の法的構成に関する一考察—我国の総有理論の批判的検討—(一)」, 『民商法雑誌』第90巻第2号(1984年5月), 33頁以下, 同「同(二・完)」, 『同』第90巻第3号(1984年6月), 57頁以下がある。
- 13) 我妻・前掲書438-442頁。川島・前掲論文517頁参照。
- 14) 我妻・前掲書454-455頁。川島武宜『民法I』, 有斐閣, 1960年, 263-266頁参照。
- 15) 潮見・前掲論文590-591頁参照。
- 16) 潮見・前掲論文592頁。
- 17) 川島・前掲論文516頁。
- 18) 川島・前掲論文516-517頁。浜本幸生「漁業補償に関する漁業法のポイント」, 広勢慶二ほか『最新版漁業補償実務資料集(総合事例編)』, サイエンスフォーラム, 1982年, 26頁参照。
- 19) 中尾・前掲論文293頁。川島武宜「入会権の種類」前掲『注釈民法(7)』526頁参照。
- 20) 潮見・前掲論文591頁。
- 21) 原 暉三『日本漁業権制度概論』(以下前掲書②という。), 杉山書店, 1934年, 132頁。
- 22) 潮見・前掲論文591頁。原・前掲書②128頁参照。
- 23) 原・前掲書②129頁, 潮見・前掲論文591頁。
- 24) 本文に引用した甲規約32条1号には, ただし書があり, 「但シ鮑漁業ニ付テハ期間ヲ定メ組合員ノ入札ニ依リ漁業者ヲ定ムルコトアルヘシ」と規定している。乙規約もある。甲規約は, 地先水面専用漁業権のほか定置漁業権, 区画漁業権, 特別漁業権を享有する組合の規約であり, 乙規約は, 地先水面専用漁業権のみを享有する組合の規約のようである。両規約は, 熊木治平『実用漁業法解釈』, 豊国新聞社事務局, 1902年, 「附録」38頁以下に収録されている。
- 25) 山島・前掲論文7頁。
- 26) 桧垣淳三九『漁業法正解』, 発行所不明, 1901年, 59-60頁, 熊木・前掲書271-273頁, 榎谷政鶴『増訂漁業法論 全(再版)』, 榎谷政鶴, 1902年, 83-84頁。桧垣氏と榎谷氏の著書の引用は, 数年前に水産庁が部内資料として印刷した『明治漁業法解説集成(第1分冊)』に収録された著書による。
- 27) 原・前掲書①272-273頁参照。明治43年漁業法による漁業組合やその後の漁業組合などについては, このような規定はない。

- 28) 水産庁経済課編『漁業制度の改革』(以下『改革』という。), 日本経済新聞社, 1950年, 304頁。原・前掲書①253頁, 原・前掲書②139頁参照。
- 29) 前掲『改革』304頁。
- 30) 無限責任, 有限責任, 保証責任の意味については, 同条2項が規定している。
- 31) 水産業協同組合制度史編纂委員会編『水産業協同組合制度史1』(以下『制度史1』という。), 水産庁, 1971年, 793頁, 原 暉三『漁業組合法概要』, 杉山書店, 1935年, 51頁以下参照。
- 32) 前掲『制度史1』793頁, 795-796頁。
- 33) 前掲『制度史1』793頁, なお796頁参照。
- 34) 前掲『制度史1』795頁。原・前掲書①283頁参照。
- 35) 水産社編『水産業協同組合法の解説 新訂版』(以下『解説』という。), 水産社, 1985年, 14頁。この省令は, 水産業協同組合制度史編纂委員会編『水産業協同組合制度史4』(以下『制度史4』という。), 水産庁, 1971年, 543-544頁に収録されている。
- 36) 原・前掲書①267頁, 272頁参照。
- 37) 原・前掲書①272頁。
- 38) 原・前掲書①273頁。
- 39) 桧垣・前掲書60-61頁。
- 40) 桧垣・前掲書61-62頁。
- 41) 桧垣・前掲書62頁。
- 42) 檜谷・前掲書85頁は, 明治34年漁業法20条の意義は, 「地先水面の専用漁業権は組合規約の定めたる方法によりて之を組合員に貸さるべからざるも, 其他の水面専用漁業権及定置漁業権等は員外者に之を貸与するも可なりと云ふに在り」(傍点引用者)と述べており, 組合が地先水面専用漁業権を組合員に行使させることを, 漁業権の組合員への貸付と解している。
- 43) 明治34年漁業法20条による組合員の権利(漁業行使権)を, 原・前掲書①281頁は, 社員権のようなものと解し, 山島・前掲論文7頁は, 社員権, 「規約によって容認されたかぎりでの行使権(操業請求権)」と解している。青塚繁志「明治漁業法の展開過程と経済法化」, 『長崎大学水産学部研究報告』第20号(1966年3月), 142頁も, 「社員権的性格」のものとして解している。
- 44) 原・前掲書①273頁。
- 45) 原・前掲書①274頁。
- 46) 星 四郎『日本漁業法註解并二判例』, 有斐閣, 1933年, 155頁。昭和9年改正漁業組合令22条2項は, 「従来ノ慣行ニ因ル専用漁業権ノ処分ニ関スル決議ハ農林大臣ノ認可ヲ受クルニ非ザレバ其ノ効力ヲ生ゼズ」と規定した。これは, 実質上の地先水面専用漁業権で慣行専用漁業権とされているものが多数, 存在し, 地先水面専用漁業権の処分の制限規定(明治43年漁業法10条2項)が不徹底であった点を補うための規定である(原・前掲書②128-129頁)。
- 47) 原・前掲書①281頁, 山島・前掲論文11頁。
- 48) 明治43年漁業法43条4項が規定する組合員の漁業行使権を, 星・前掲書155-156頁は「一種の総有権的なもの」と見, 原・前掲書②262頁は「一種の社員権」(操業請求権)と見る。
- 49) 潮見・前掲論文592頁。
- 50) 潮見・前掲論文592頁参照。
- 51) 昭和23年1月15日の第3回国会衆議院水産委員会における周東國務大臣の同法提案説明参照。この提案説明は, 前掲『制度史4』463-464頁に収録されている。なお, 同法は, 前掲『制度史4』533頁以下に収録されている。
- 52) 同法の国会委員会における森國務大臣の提案理由説明(委員会名などは不明である。)参照。この提案理由説明は, 前掲『制度史4』540頁-541頁に収録されている。なお, 同法は, 前掲『制度史4』541頁以下に収録されている。
- 53) 前掲『解説』18頁参照。
- 54) 前掲『制度史1』795-796頁参照。

- 55) 前掲『解説』17頁.
- 56) 前掲『改革』281頁.
- 57) 前掲『改革』385頁.
- 58) 前掲『改革』393-394頁参照.
- 59) 前掲『改革』393頁.
- 60) 前掲『改革』281頁.
- 61) 前掲『改革』378頁. 前述した共同漁業の免許の適格性についても、同様にいえよう.
- 62) 前掲『改革』283頁. そのために、「これらの区画漁業権については漁業権の定義として『共同に利用して』と規定しなかった」という(前掲『改革』283頁).
- 63) 前掲『改革』381頁以下, 386頁以下参照.
- 64) 前掲『改革』381頁以下, 386頁以下参照.
- 65) 漁業権の排他的効力は、後述するように、漁業権が物権とみなされることにより生ずる効力である.
- 66) 前掲『改革』388頁.
- 67) 前掲『改革』389-390頁.
- 68) 前掲『改革』390頁以下参照.
- 69) 前掲『改革』541-542頁参照.
- 70) 前掲『改革』305頁以下. 原・前掲書①295頁以下参照.
- 71) 前掲『改革』306頁.
- 72) 前掲『改革』305頁.
- 73) 前掲『改革』305-306頁.
- 74) 昭和34年3月26日付漁政部長回答. この回答は、水産庁監修『最新漁業制度重要例規集』, 大成出版社, 1979年, 59-60頁に収録されている. 前掲『改革』451頁参照.
- 75) 前掲『解説』22-23頁.
- 76) 原・前掲書①284頁.
- 77) 原・前掲書①284頁.
- 78) 原・前掲書①277頁.
- 79) 原・前掲書①290頁は、昭和24年漁業法8条における組合員の漁業行使権は、社員権としての権利にとどまるべきでなく、組合より賃借した契約上より生ずる使用権ではなく、組合員の有する固有の権利であると解すべきであり、「入会権における部落住民の有する固有の権能たる共同収益権に準じて解すべきである」と述べている.