

論 説

共同漁業権論争の現在の地平

— 総有説の構造と機能 —

山 下 昭 浩
緒 方 賢 一

目 次

- 1 はじめに
- 2 判例・裁判例を中心とした法解釈論的検討
- 3 共同漁業権の法構造と機能
- 4 今後の課題

1 はじめに

漁業法上の漁業権には、共同漁業権、定置漁業権、区画漁業権の3種があり（漁業法6条1項～5項）、このほか他人の漁業権の区域等内でその漁業と同種の漁業を行う入漁権がある（漁業法7条）。

共同漁業権とは、一定の水面を共同で利用して営む漁業権で次の5種類がある（漁業法6条5項）。すなわち、①第1種共同漁業（藻類、貝類その他定着性の水産動物を目的とする漁業）、②第2種共同漁業（網漁具を移動しないように敷設して営む漁業。定置漁業および内水面漁業以外のもの）、③第3種共同漁業（地びき網漁業、地こぎ網漁業、船びき網漁業（動力船を使用するものを除く）、飼付漁業またはつきいそ漁業（内水面漁業を除く））、④第4種共同漁業（寄魚漁業または鳥付こぎ釣漁業（内水面漁業を除く））、⑤第5種共同漁業（内水面（河川、湖沼）で営む漁業であって第1種以外のもの）、である。

浮魚類の採捕は、共同漁業権の権利内容に含まれない。一本釣り、はえ縄等のように漁業権の対象とならない水産動植物を特定の器具類を用いて採捕する漁業は自由漁業と呼ばれる。また、底びき、底びき網のように船舶あるいは特定の漁具や照明器具等を使用して漁業を営む場合は、都道府県知事の許可を受けなければならない。これを許可漁業といい、操業区域・期間・魚種等の制限付きで営むことができる¹。

わが国のかつてのほとんどの海岸線は、漁業権、とくに共同漁業権が設定されていた。ところが、70年代以降公有水面埋立のような沿岸海域における大規模公共事業の進展に伴い、共同漁業権等の漁業権の放棄や漁業協同組合へなされる漁業補償金の帰属・配分方法やその基準をめぐる、各地で主に漁民と組合間でトラブルが生じ、それらに関する裁判例が集積するという法状況になった。この種の裁判においては、紛争解決の前提の法解釈論として共同漁業権の法的性質をめぐる当事者の見解が対立し、各地の裁判所も異なった見解（総有説と社員権説）に立脚してそれぞれ判決を出していたが、社員権説を採用した最判平元・7・13民集43巻7号866頁においてひとまず司法上の対立は終息を迎えた。しかしながら、最高裁判決以降においても、われわれが支持する総有説を根拠づける現実、すなわち海面の入会的利用の実態は存続しているとみられる。そこで法的性質論に関する議論を、いま一度検討の対象に据えることとしたい。

そこで本稿では、まず、共同漁業権の法的性質が主要な争点になった最高裁判例及び下級審裁判例について、2で三つの主要論点につき検討を加える。ここで得られた総有説の解釈論的意義をふまえて、3では漁業法を中心とした実定法規に即しつつ総有説の理論的整理を行う。ここではさらに近時のコモンズ論を援用しつつ「共同漁業権の有する入会権的性質」が有する諸機能、特に沿岸海域における「共」的な資源管理に関する秩序形成機能を抽出する。最後に4で今後の研究に向け残された検討課題について触れる。なお本稿は共同執筆

¹ 漁業権制度の概要については、中尾英俊「漁業権」川島武宜＝川井健編『新版注釈民法(7)物権(2)』(有斐閣, 2007) 577頁以下(以下、前掲論文①とする)等参照のほか、後述3-1.もあわせて参照されたい。

者である緒方の先行研究²の理論的な基礎づけ作業としての位置づけとなる。

2 判例・裁判例を中心とした法解釈論的検討

2-1. 問題の所在と分析視角

共同漁業権の免許は漁業協同組合またはその連合会に与えられる一方（漁業法14条8項）、漁業協同組合の組合員（漁業者又は漁業従事者である者に限られる）であって、漁業協同組合またはその連合会の有する漁業権行使規則で規定する資格に該当する者は、その共同漁業権の範囲内で漁業を営む権利を有する（漁業法8条1項）。共同漁業権の法的性質をめぐる総有説と社員権説の争いは、組合が有する共同漁業権（漁業法14条8項）と組合員が有する「漁業を営む権利」（漁業法8条1項）との関係をいかに解するかの問題であるといえる。

総有説とは、共同漁業権は、その実質が明治以前の入会漁業と同じ性質の権利であり、陸における入会山野が実在的総合人である部落（一定の地域の住民団体）に総有的に帰属し、その管理は部落が行うが、収益権能は部落を構成する各人に平等に帰属するのと同様、共同漁業権が漁業協同組合に帰属する場合にも、組合は単なる形式的権利主体であって、管理権能を有するにすぎず、実質的な漁業を営む権利は組合に帰属する関係であり、この関係は昭和24年漁業法及び昭和37年改正法のもとにおいても本質的に変わっていない、とする³。

社員権説とは、共同漁業権が法人としての漁業協同組合に帰属するのは、一

² 緒方賢一「漁業権による沿岸海域の管理可能性——高知県の現状から」高知論叢・社会科学98号89頁以下（2010年、以下掲論文①とする）、同「沿岸海域の「共」的利用・管理と法」新保輝幸・松本充郎編『変容するコモンズ——フィールドと理論のはざまから』（ナカニシヤ出版、2012年）43頁以下（以下、前掲論文②とする）。

³ 魚住庸男「判解」『最高裁判所判例解説平成元年（中）』（法曹会、1991年）277頁の整理による。総有説の代表的なものとして我妻栄「鑑定書——昭和41年大阪府泉大津漁協の補償金配分をめぐる訴訟事件に関する鑑定書（昭和41年1月付）」浜本幸生監修・著『海の守り人論——徹底検証・漁業権と地先権』（まな出版企画、1996年）385頁以下（浜本幸生『共同漁業権論——平成元年七月十三日最高裁判決批判』（まな出版企画、1999年）180頁以下にも収録）があげられるが、後述するように総有説を採る学説の間でも見解を異にする問題がある。なお、我妻博士の鑑定書は本文[11]判決の裁判に提出されたものである。

般法人が物を所有するのと全く同一の所有形態であり、組合員の漁業を営む権利は、漁業協同組合という団体の構成員としての地位に基づき、組合の制定する漁業権行使規則の定めるところに従って行使できる社員権的権利であるとする⁴。前掲最判平成元・7・13(後出[8]最判)は社員権説をとるが、その根拠として、(ア)現行漁業法では、現行漁業法では、漁業権の免許は、都道府県知事が予め定めて公示する漁場計画に従い、法定の適格性を有する者に法定の優先順位に従って付与されるものである、(イ)漁業権は、法定の存続期間の経過により消滅すると解される、(ウ)共同漁業権の免許は漁業協同組合等に対してのみ付与され、組合員は、当該組合等の定める漁業権行使規則に規定された資格を有する場合に限り、当該漁業権の範囲内において漁業を営む権利を有する、(エ)昭和37年の漁業法改正により全組合員の権利という意味での各自行使権は存在しなくなり、漁業権免許の更新制度が廃止された、などが挙げられている⁵。

検討対象とする判例・裁判例は、直接間接に漁業補償⁶をめぐって提起され

⁴ 魚住・前掲解説(注3)278頁の整理による。社員権説を主張する近年の学説として、佐藤隆夫「共同漁業権の法的性格についての鑑定書」國學院法学40巻4号271頁以下(2003年)。

⁵ 中山充「漁業権による水産資源の保護と環境権」香川法学13巻4号1頁以下(1994年)は、共同漁業権に関する両説だけではなく、わが国の漁業権制度についても包括的に検討を行っており、本稿は中山論文に負うところが大きい。両説に関する文献の掲記は本稿では最小限度必要な範囲に留めたので、関連文献の詳細は中山論文等を参照されたい。なお、わが国では担当官庁の法律解説書の権威が高いとされている。実質的に立法作業を担当しているのは官庁の場合がほとんどだからである(熊本一規『公共事業はどこが間違っているか?——コモンズ行動学入門早わかり【入会権・漁業権・水利権】』(まな出版企画, 2000年)70頁(以下、前掲書①とする)参照)。周知の事柄に属すると思われるが、浜本・前掲書(注3)、熊本・前掲書①など総有説を主張する論者の多くが依拠する立法担当者の解説書は水産庁経済課編『漁業制度の改革——新漁業法の条文解説』(日本経済新聞社, 1950)であるに対して、社員権説を支持する学説が主に依拠する解説書は、水産庁企画室編『新漁業法の解説』(水産社, 1957年)である(前掲最判平元・7・13の調査官解説である魚住・前掲解説(注3)266頁以下や、近時の学説の佐藤・前掲論文(注3)271頁以下など参照)。近年の水産庁関係者有志による解説書として、漁業法研究会『最新逐条解説「漁業法」』(2008年, 水産社)があるが、総有説と社員権説とがあると述べるにとどまっている(同書69頁注4)。

⁶ 漁業補償を行う際には漁業法上何らかの手続は必要とされない(田中克哲『最

た訴訟がほとんどであるが、2つの説が関係してくる主な論点は、①公有水面埋立等のための共同漁業権の放棄はいかなる手続によるべきか（以下「論点①」とする）、及び②共同漁業権の放棄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（以下「論点②」とする）とされている⁷。が、近年は公共事業と漁業被害との関連で、③ダムや堤防設置等の公共事業活動により漁業被害が生じる場合、組合員ないし漁民集団の有する共同漁業権あるいは漁業行使権は第三者の侵害行為に対する差止請求の根拠となるか（以下「論点③」とする）という問題が争点化しつつあるといえる。

中山充教授の概括的な図式化によれば、上記論点①および②については、法的構成に関わりなく、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点で判例・裁判例の見解はほぼ一致しており、また共同漁業権の放棄と補償金の配分手続についても、少なくとも組合総会の特別決議を必要とする裁判例がほとんどであり、この2つの法理は前掲最判平元・7・13で確定したものとされている⁸。また論点③についても裁判例ではなく学説上ではあるが、差止請求の根拠となり得るという点では両者の差異はない

新・漁業権読本』(まな出版企画, 2002年) 202頁)。ただし、浜本氏によれば、一般的な漁業補償では、①海面の埋立や干拓等による漁業補償問題が生じると、共同漁業権の主体である漁協が、共同漁業権だけでなく、区画漁業権、自由漁業または許可漁業といった漁業のすべてをまとめて、事業者を相手として漁業補償の交渉を行い、②漁協に一括して交付された補償金は、地区別、漁業種類別等によって代表者を選び、それらの組合の代表者とする「配分委員会」が組織され、そこでの協議により、組合員に対する補償金の配分基準が作成され、③その配分基準は、組合総会にかけられて、全員一致の賛成によって正式に決定される。漁業権の放棄についても全員一致の賛成によって決定される。浜本幸生「解題——我妻栄「鑑定書」と総有説」浜本監修・著・前掲書(注3) 350頁以下。

⁷ 中山・前掲論文(注5) 51頁。もっとも、田中・前掲書(注6) 202頁によれば、埋立等漁場の消滅等を伴う事業であっても漁業権を放棄する必要はなく、埋立ないし漁業補償と漁業権は必ずしも一体的にみることはできないとする。漁業権放棄・埋立同意と漁業法・水協法の関係については、熊本・前掲書②(注4) 138頁以下が興味深い分析を加えている。

⁸ 中山・前掲論文(注5) 54頁。

とされている⁹。

ここでの直接的目的は判例・裁判例の分析を通じて総有説の解釈論的意義を明らかにすることにあるが、総有説と社員権説では3つの論点につき結論的にはほとんど差異がないように現前しているのはなぜか、あるいはそもそもそのような認識は妥当なのか、という点にも留意しつつ、判例及び裁判例につき検討を加えることにする¹⁰。

2-2. 漁業権放棄の手續をめぐって（論点①について）

(1) 問題の所在

裁判例においては、埋立に伴う漁業権放棄の手續に関する漁業協同組合の意思表示は、水産業協同組合法（以下、水協法とする）50条4号所定の特別決議だけで足りるか、それとも漁業法8条3項の規定を類推適用し、漁業権の内容たる第一種共同漁業権を営んでいる組合員のうち関係地区に住所を有する者の3分の2以上の書面による総会前の同意までも要すると解すべきかという形で問題となっている。水協法50条4号は、漁業権又はこれに関する物権の設定、得喪又は変更については、総組合員の半数以上が出席し、その議決権の3分の2以上の多数による議決を要すると規定する。一方、漁業法には共同漁業権の放棄に手續に関する条文はない。しかし、共同漁業権の放棄については、水協法50条4号では足りず、漁業法8条3項を類推適用すべきであり、水協法の規定による総会の議決前に、組合員のうち、当該漁業権に係る漁業の免許の際において当該漁業権の内容たる漁業を営む者の区域内（関係地区）に住所を有するものの3分の2以上の書面による同意が必要であるとする見解が対立している¹¹。

⁹ 中山・同上51頁。

¹⁰ すでに緒方・前掲論文②（注1）43頁以下でも、前掲最判平元・7・13について若干の検討を加えている。

¹¹ 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105頁（1986年）（以下前掲論文②とする）は、共同漁業権の廃止につき、漁業法8条が類推適用される根拠として、①漁業権放棄に関する規定が、漁業法におかれず水協法におかれたのは、組合が享有し自営する定置漁業権や区画漁業権を、個々の組合員に取得させるとか、あるいは

(2) 判例・裁判例

判例・裁判例は、漁業協同組合の意思表示は、水協法50条4号所定の特別決議だけで足りるとするものと、漁業法8条の規定を類推適用し、漁業権の内容たる第一種共同漁業権を営んでいる組合員のうち関係地区に住所を有する者の3分の2以上の書面による総会前の同意までも要するものにと大別される。

漁業法8条の規定を類推適用するものとしては、[1]大分地判昭46・7・20訟務月報17卷11号1726頁、判時638号36頁（臼杵市風成地区公害予防闘争事件第一審判決〔公有水面埋立免許処取消請求事件〕）がある。同判決は、漁業権を一部放棄するについて、水協法50条4号所定の特別決議のほかに、漁業法8条の規定を類推適用し、漁業権の内容たる第一種共同漁業権を営んでいる組合員のうち関係地区に住所を有する者の3分の2以上の書面による総会前の同意、または総会時におけるこれらの者の明確な同意を要すると判示する。そして[1]判決の控訴審である[2]福岡高判昭48・10・19訟務月報20卷1号50頁、判時718号9頁は、原判決を支持している。

これに対して[3]札幌地判昭51・7・29訟務月報22卷8号1991頁、判時839号28頁（伊達火力発電所埋立免許処分等取消請求事件第一審決：[7]判決の一審判決）は、水協法50条4号所定の特別決議だけで足りるとし、漁業権の変更などについては、漁業法8条所定の手続を類推適用することを否定し、控訴審の[4]札幌高判昭57・6・22訟務月報29卷1号101頁、判時1071号48頁もこれを支持している。また、[5]鹿児島地判昭62・5・29判時1249号46頁（志布志湾埋立訴訟第一審判決）は、総会での特別決議をもって、公有水面に関する共同漁業権を放棄したとする。同事件の控訴審である[6]福岡高宮崎支判平元・5・15判タ710号143頁は、一審判決と異なり、総会での特別決議により共同漁業権を放棄したとはしないものの、総会の特別決議を経て、県との間で共同漁業権の一部

はより生産性の高い漁業に転換するため、組合経営の漁業にかぎって多数決による放棄を認めたものと解すべきであること、②水協法が公布された昭和23年当時、共同漁業権の放棄は予想されておらず、また新たな（24年漁業法による）共同漁業権も組合総有の権利であって漁民集団＝組合が共同で享有するもので、組合が社団的に享有し組合が排他的に行使する権利とは解されなかったこと、等をあげる。

侵害から生じる物上請求権や損害賠償請求権など一切の権利を放棄する旨合意したとする。[5] 判決は明示的に総有説を否定している。

最高裁は、[4] 判決の上告審判決である、[7] 最判昭60・12・17裁民146号323頁、判時1179号56頁において、漁業権の変更につき同規定の適用はなく、また類推適用すべきものともいうことができないとした(理由は特に述べていない)。そして社員権説をとる [8] 最判平元・7・13民集43巻7号866頁(白木漁協訴訟最高裁判決)において、漁業法8条類推適用否定説の立場が、判例法上確認されたといえる。なお、[9] 仙台高判昭63・3・28訟務月報34巻10号1967頁、判例自治55号69頁(関根浜公有水面埋立差止請求事件第一審判決)は、[7] 最判を引用して、水協法50条による総会の特別決議が必要であるが、それ以上に格別の手続は要しないとしている。

(3) 若干の検討

総有説を支持する学説は、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規定に従うべきであるから、民法251条により組合員全員の同意が必要であると解する¹²が、特別の慣行が定着している場合はそれによることは認められると思われる。後述する論点②に関して [10] 大分地判昭57・9・6民集43巻7号876頁、金判830号11頁([8] 最判の一審判決)が述べるように、水協法・漁業法の規範によるべきという意識が組合員に定着し慣行として成立している場合もあるだろう。

さらに総有説の立場に立ちつつ、組合員の全員一致を要求はしないものの、総会での特別決議の要件に加えて、漁業法8条の類推適用により書面同意の要件を加重すべきとする見解も出されている¹³。漁業権の消滅すなわち、漁業行使権の消滅なのであり、漁業を営む権利が生活に直結する組合員の存在のこと

¹² 中尾・前掲論文②(注11)109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28号46頁(1975年)。

¹³ 中山・前掲論文(注5)60頁。田平紀男「共同漁業権の入会権的性質」法の科学33号154頁(2003年)は、平成13年改正後のものであり、論点①ではなく意思決定全般に関する主張であるが、少なくとも書面同意の要件は、加重して、入会団体の通常的意思決定要件である全員同意に近づけるべきであるとする。

を考慮すると、少数者に配慮すべきであるとの理由による。

ところが、平成13年改正漁業法31条により第1種共同漁業権の分割・変更・放棄について漁業法8条3項の書面同意規定が準用されることになり、この漁業法8条類推適用否定説は立法的に修正されるという事態になった。したがって、論点①に関する[7]最判および[8]最判は判例法としての意義を失っているとみられる（もっとも、平成13年以後の下級審判決に対しては、[8]最判の先例としての拘束力は維持されている¹⁴）。

思うに、最高裁をはじめとする漁業法8条類推適用否定説の蹉跎の要因の一つは、書面同意規定の意義を見誤ったことにある。書面同意規定は組合の多数者の意思により少数者たる漁業者の地位が不当に脅かされることのないようにとの配慮に出たものであるという見解が示されている¹⁵が、総有説の視点からは、書面同意規定の存在意義は、漁業を営む入会集団（関係地区¹⁶の住民である組合員）と法人たる組合との意思の乖離を補填するための制度であると位置づけられる¹⁷。もっとも、合併が進んでいない状況下の一関係地区一漁協である場合、関係地区住民＝入会集団構成員の意思と組合の意思との乖離は大きく

¹⁴ 熊本一規『海はだれのものか——埋立・ダム・原発と漁業権』（日本評論社、2010年）26頁以下（以下、前掲書②とする）は、[8]最判では平成13年改正漁業法31条は説明できないとする。なお同書・27頁は、改正法31条に関する平成13年12月27日農林水産事務次官通知を掲載しているが、同通知によれば、この法改正は、[8]最判に起因して全国各地で「地元地区・関係地区の漁民」の意思を無視した不条理な事態が相次いだため、「組合の多数者の意思により地元地区・関係地区の漁業者の地位が不当に脅かされることのないよう」行われた法改正であるとされている。平成13年改正漁業法31条に関しては、緒方・前掲論文①（注2）110頁でも取り上げた。なお、行政訴訟（公有水面埋立免許処分取消請求事件）である、松江地判19・3・19は、漁業権を主張する原告らの原告適格に関して法律上の利益の有無を判断する際、[8]最判を引用して共同漁業権は法人である漁協にあり、組合員に独立した権利があるわけではない、また漁業法31条の手続がなされたか判然としなが、決議に瑕疵があるとしても漁業権を有するのは漁協であって原告らではないから原告適格はないと判示する。控訴審の広島高松江支判19・10・31も[8]最判を引用した上で控訴を棄却している（いずれも裁判所ウェブサイト掲載判例）。

¹⁵ 魚住・前掲解説（注3）282頁。

¹⁶ 関係地区とは「自然的及び社会経済的条件により当該漁業の漁場が属すると認められる地区」（漁業法11条1項）と規定されている。

¹⁷ 田平・前掲論文（注13）155頁。

ならないので、総会の特別決議で足りることになる。したがって、法的構成を異にしつつも、裁判例となって現れた個々の事案においては、特別決議によるべきであるという結論へと収斂することもありうる¹⁸。なお、漁業補償をめぐる紛争が多発する背景には、漁協が経済事業体である性格に起因する経営安定化のための合併推進の趨勢と、当初入会集団ごとに漁協を組織させて免許を付与するという漁業法の免許制度とのギャップの拡大にあるという指摘はすでになされてきた¹⁹が、多くの裁判所にとってはこのような事情は考慮の外にあるようである（例外的に[2]判決はこの点に関する判示を詳細に行っている。判時718号18頁以下）。しかしながら、本稿における検討が進むにつれ明らかになるであろうが、共同漁業権の法的性質をめぐる議論の要石は、合併推進政策下における漁業権の主体の問題にある。

2-3. 漁業補償金の帰属と配分手続をめぐる（論点②について）

(1) 問題の所在

補償金²⁰の配分手続については、総会の特別決議で足りるかあるいは組合員の（入会集団構成員の）全員一致の原則によるか、という形で争われる。この手続を論じる前提として、補償金が組合に属するか、あるいは組合員に属する

¹⁸ 熊本・前掲書②（注14）137頁は、[1]判決は、4つの漁業が合併した広域漁協による事案であるから、漁協が被害を受けない組合員も含めて総会決議をあげたのに対し、自らの漁場を埋め立てられる関係組合員による書面同意が必要としたのは常識的であるとす。また[3]判決は、一関係地区一漁協の事案であるから、総会のメンバーと関係地区の組合員は一致するから書面同意は不要とするのであって、同様に常識的な判決であると述べる。

¹⁹ 武井・前掲論文（注12）47頁以下。

²⁰ 中尾・前掲論文①（注11）112頁注（4）は、裁判例の多くは、「放棄の代償としての補償金」を前提としているが、ここで争われている補償金は漁業権放棄の対価ではなく、「事前の損害賠償」に相当するとする。田中・前掲書（注6）198頁が、補償契約が「事前の損害賠償」であることを認める例として挙げる「公共用地の取得に伴う損失補償基準要領」（昭和37年6月29日閣議決定）の第3では、事業施行中又は事業施行後における日陰、臭気、騒音、水質の汚濁等により生ずる損害等について、これらの損害が受忍限度を超えるような場合、「これらの損害等の発生が確実に予見されるような場合には、あらかじめこれらについて賠償することは差し支えないものとする」とある。

のか、また組合に属するとした場合、組合の一般財産または剰余金かが論じられている。補償金が組合に属するという立場であれば組合の多数決ないし特別多数決で決せられるという結論に帰着するであろう（もっとも組合に帰属するという場合、組合員への配分の問題は当然には出てこないとする見解もありうる。）。組合員ないし入会集団構成員に補償金が総有的に属すると解した場合、その配分手続は全員一致の原則によることになろう。

(2) 判例・裁判例

総有説をとる裁判例においては、[11] 大阪地判昭52・6・3下民28巻5～8号655頁、判時865号22頁（泉大津漁業協同組合漁業補償金等分割請求事件第一審判決）および[12] 福岡高判昭60・3・20民集43巻7号880頁、金判830号6頁（[8] 最判の原判決）がある。[11] 判決は、補償金は組合の一般財産ではなく、組合員に総有的に帰属し、配分手続は、原則として全員一致により、協議が整わなければ、民法の共有物分割手続（258条1項等）により総会決議（水協法48条1項7号）は不要であるとする。なお[11] 判決は、補償金等は、収益権能喪失による損失を補償する目的で支払われたものとする。

ただし、総有説をとりつつも、前掲[10] 判決は、総有における全員一致の原則も入会集団の慣行の変化に従って修正されることがあるとし、組合においては、入会集団としての意思決定は組合の総会の決議によるべきであるとする規範意識が組合員に定着し、それが慣行として成立し承認されるに至っ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する（「特別決議を要するかどうかはともかくとして」と述べているところから、特別決議を必要と解する余地は残されている）。

なお補償金が組合員に総有的に帰属するとは明言しないものの、[13] 山口地宇部支判昭61・2・21判時1191号125頁は、管理処分権は漁協に属するが、収益権能は漁業権行使規則の規約上の資格に該当して漁業を営む権利を有する組合員に帰属するとしたうえで、補償金は組合員に対しその収益権の補償のために一括して支払われたもので、漁協の組合財産とはならず、各組合員に帰属するとする。ただし補償金は漁業権の変形物である面があるから、漁業権の仮処分

権能の変形したものとして、漁協に、本件補償金の配分（配分額決定）権限は、そのまま残るとする。

社員権説をとる裁判例は、補償金が組合財産に帰属するとし、組合財産の剰余金とするが、その配分は特別決議によるとする。[14] 富山地高岡支判昭43・5・8判時554号64頁、および[15] 鹿児島地判昭54・7・30判時948号99頁は、いずれも漁業補償金は、組合の有する共同漁業権放棄の対価であり、一種の清算剰余金の性質を有するから、その処分は総会の決議事項である（水協法48条1項6号）とする。

他方、補償金が組合財産に帰属するとする裁判例も、それが組合財産の剰余金以外の、一般財産から独立したものと解するものがある。[16] 名古屋地判昭58・10・17判時1133号100頁（昭和37年改正前の漁業法に関するもの）がそれであるが、結論的にその配分は特別決議によるとする（水協法48条1項9号²¹、50条4号²²の趣旨に準じるとする）点では異ならない。なお[17] 仙台高判昭62・1・22判タ631号219頁も、補償金の配分方法については、水協法50条の特別決議によるべきものであるとする。

上記[8] 最判は、補償金は、法人としての漁業協同組合に帰属するものとした上で、組合員に配分される方法については、漁業権の放棄について総会の特別決議を要するものとする水協法48条1項9号、50条4号の規定の趣旨に照らし、補償金の配分は、総会の特別決議によって行うべきであるとする。

ただし、[8] 最判においては補償金の配分手続が総会の特別決議によるべきであるとしても、補償金の具体的配分の確定に関する手続は明らかではない。この点につき、[16] 判決は、前記のように総会の特別決議によることとして、総会の決議により既存の総代会等を利用し、あるいは新たに配分委員会等を設置して、配分基準の設定等を含む配分作業を行わせることもできるとする。[8] 最判以降の裁判例では、[18] 熊本地玉名支判平3・1・29判時1391号159頁は、総会が損失補償金の配分を役員会に一任する決議も、特別決議が必要であると

²¹ 水協法48条1項9号は、漁業権行使規則若しくは入漁権行使規則又は遊漁規則の制定、変更及び廃止については総会の議決を経なければならない旨規定する。

²² 2-2. (1)「問題の所在」を参照。

する。[19] 広島地判平6・5・23判時1549号94頁は、補償金の配分に関して、配分委員会の選任、組合内の各部門への配分、個人への配分基準の同意につき、それぞれ総会の特別決議を要するとする。[18] [19] 両判決とも、[8] 最判の趣旨を補償金の具体的配分に関する手続にまで敷衍したものと見える。

なお、区画漁業権に関する事案であるが、[20] 福岡高判平17・5・12判タ1198号273頁は、共同漁業権と同様、区画漁業権放棄の対価は組合に属し、原則として、特別決議を経た上で、現実に漁業を営むことができなくなる組合員に配分されるべきであるとしている。

(3) 若干の検討

配分手続の問題を考える前提として、漁業補償は漁業権放棄の対価なのか、あるいは組合員の収益権喪失に対する補償と考えるべきかという問題がある。

漁業補償契約は、漁業権漁業だけでなく、自由漁業や許可漁業も含まれているのが一般的であるとされており²³、例えば[8] 最判の場合も、共同漁業権の内容である漁業（「うにや天草などのいざり漁」）のほか、共同漁業権の内容ではない「浮魚を運用漁具で取る漁業」である許可漁業、自由漁業の分をまとめ、一括して漁業補償を算定している。このような場合、少なくとも水協法50条による総会の特別決議だけでは不十分であり、漁民全員の同意が原則として必要であるという見解が主張されており、その論拠としては、(a) 漁業補償契約の締結の手続きにあたっては、関係する組合員全員の同意をとって望むよう指導するとともに、(b) 関係海面において、漁業を行っている組合員から委任行為が必要とする、水産庁の通達に求められている²⁴。

補償金の帰属先に関して、最高裁の判示するように、共同漁業権にかかる漁業についての補償金は、共同漁業権の帰属する組合だと解しても、許可漁業及び自由漁業についての補償金も契約上含まれているのであれば、それは、本来、

²³ 浜本・前掲書（注3）722頁、田中・前掲書（注6）218頁。

²⁴ 田中・前掲書（注6）218頁。(a)については、「漁協計画の樹立に関する問答集について」（昭和47年9月22日付け、47-290漁政部長）が、(b)については、「水産業協同組合法の解釈について 香川県経済労働部長に対する照会回答」（昭和51年3月13日、51-1002 魚政部長）が掲記されている。

免許を受けた上で、許可漁業又は自由漁業を行使し生活上の利益を収めている組合員である漁民各自に帰属することになる²⁵と考えるべきではないのかという疑問が生じる。

補償金の帰属先を組合とすることの難点は他にもある。[14] [15] 判決のように、補償金が組合財産に帰属するとしつつも、組合財産の剰余金とするものがある。しかし、そのように解すると、漁業補償金は水協法の規定にしたがって配分すべきことになり、補償金をそのまま組合員に配分する(配当する)ということは、法律上の根拠を欠くという指摘がなされている²⁶。さらに、補償金は組合に帰属すると見解に対しては、補償金の配分は組合総会の通常決議だけで定めることができるという主張を許すことになるという批判がなされている²⁷。

ところで、補償金の配分手続に関して総会の特別決議で足りることにつき、中山教授の指摘通り、共同漁業権の法的性質論にかかわらず多数の裁判例および判例は一致しているようにも思えるが、総有説をとる [10] 判決においては、「意識」の存在を媒介として水協法の規定の組合における定着という認定に基づき総会決議で足りるとしているのであり、あくまで総会決議で足りるとされる場合は、総有説では、全員一致の原則に対する例外的なものとして位置づけられるといえる。しかしながら、むしろ、総会の特別決議で足りるとする見解の問題性は、合併が進むにつれ、入会集団が組合内において相対的により少数派になる趨勢にあるところ、総会の特別決議だけで足りるとすることは、入会集団の利益への配慮が足りないのではないかということにある²⁸。

²⁵ 浜本・前掲書(注3)723頁。

²⁶ 浜本・前掲論文(注6)354頁によれば、水産業協同組合法については、漁業協同組合は、「剰余金」(毎事業年度末において総益金から総損金を差し引いた残額)が生じた場合には、損失を補填し法定の準備金及び繰越金を控除した後、組合員に配当することができる(水協法56条1項)、その組合員に対する配当は、年8パーセント以内で政令で定める割合(年7パーセント以内)の出資額に応じる「出資配当」(その性質は、出資金の利子相当分である)と、事業の利用分量の割合に応じる「利用分量配当」(その性質は、取りすぎた組合施設の利用料の払い戻しであるとされる)とに、限られている(同条2項)。一括して受け取った漁業補償金が漁業協同組合に帰属するのであれば、この水協法の定める手続、方法によって処理すべきであることになる。

²⁷ 中山・前掲論文(注5)60頁、田平・前掲論文(注13)154頁。

²⁸ 浜本・前掲論文(注6)381頁以下によれば、[8] 最判の舞台となった大分市白木漁業

総有説の立場からは、補償金は実在的総合人である入会集団ないし組合に属し、実在的総合人を規律する慣行的規範（基本的に入会集団全員の同意）に従って配分されるとする説²⁹（以下、A説とする）のほか、平成13年改正後の漁業法31条を類推適用して関係地区漁民の書面同意に基づき配分されるとする説（以下、B説とする）もありうるとされている³⁰。

しかしながら翻って思うに、論点②は論点①と一体の問題である³¹、あるいは組合の意思表示に共通する問題である³²という認識に立てば、①につき先例的価値を失っている[8]最判は、この論点②についてもその意義を大きく減殺されているとみるべきである。（なお、総有説に立つ場合、各構成員に持分権を認めるべきか、学説は対立しているが、この問題に絡めて論点②については改めて後述する）

2-4. 公共事業の事前差し止めをめぐって（論点③について）

(1) 問題の所在

潮受堤防やダム排砂等の公共事業により漁業被害が継続して進行している場

協同組合は、平成4年に大分市内の他の三つの漁協と合併して、大分市漁業協同組合を設立した。大分市漁業協同組合の正組合員は、設立時188名、そのうち旧大分市白木漁業協同組合に所属していた者は、49名である。したがって、旧大分市白木漁業協同組合に所属していた組合員（49名）だけでは、大分市漁業協同組合の総会における特別決議の成立要件である3分の2以上の126名に及ばないどころか、特別決議を拒否する3分の1以上たる63名にすら及ばないことになる。

²⁹ 我妻・前掲鑑定書（注3）400頁、浜本・前掲書（注3）723頁。熊本・前掲書②（注14）141頁は、入会集団は、内部的には構成員全員の同意を得るとともに、対外的にはひとつの団体としてひとつの意思表示をするという「入会集団の総員一致の原則」に基づけば、関係漁民全員の委任状を取った者（通常は漁協だが漁協でなくてもよい）が一括して補償金を受け取り、然る後に関係漁民全員の同意を得た配分基準に基づいて配分されることになるとする。

³⁰ 田中・前掲書（注6）227頁。中山・前掲論文（注5）60頁は、漁業権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、総会の特別決議だけではなく、関係地区の組合員の3分の2以上の書面による事前同意をも要求している。田平・前掲論文（注12）154頁も、書面同意の要件は加重して全員同意に近づけるべきであるとする。

³¹ 中山・前掲論文（注5）60頁。

³² 田平・前掲論文（注13）154頁。

合あるいは被害発生の危険性がある場合に、被害を受けた（受けるおそれのある）漁民が漁業行使権（漁業を営む権利：漁業法8条）に基づき、侵害行為の差止請求は認められるか。公害事件において差止請求の法的根拠については、周知のように、判例上は人格権とならんで物権的請求権が認められているが（学説上はこれに加えて環境権説が有力）、同様に漁業行使権が法的根拠として認められるか、換言すれば被害漁民が組合員として有する漁業行使権に基づいて妨害排除請求できるかが問題となる。漁業法23条は漁業権を物権とみなすと規定するが、組合員の漁業を営む権利に関しては同様の規定がないからである。

この点につき、既に述べたように従来から総有説、社員権説という法的構成にかかわらず漁業行使権は物権的性格を有し、それが差止請求の法的根拠たり得ることを承認するという点について争いはないとされてきた³³。

(2) 裁判例

ここでは、[21] 青森地判昭61・11・11訟務月報33巻7号1854頁、[22] 山口地岩国支決平7・10・11判タ916号237頁（上関原発立地環境影響調査禁止仮処分決定）、[23] 佐賀地判平20・6・27判時2014号3頁（諫早湾干拓地潮受堤防撤去等請求事件第一審判決）、[24] 福岡高判平22・12・6判時2102号55頁（[23]の控訴審判決）及び[25] 富山地判平20・11・26判時2031号101頁（出し平ダム排砂漁業被害事件第一審判決）を取り上げる。

[21] [23] 判決および [24] 判決であるが、共同漁業権につき、社員権説の立

³³ 中山・前掲論文（注5）51頁。漁業法研究会・前掲書（注5）67頁は、漁業法8条に規定される「組合員の漁業を営む権利」は、組合管理漁業権又は入漁権そのものではないが、漁業権の物権性を反映し、妨害排除請求権等の物権的効力を有する権利であるとする。なお、水産庁経済課編・前掲書（注5）56頁は、「共同漁業権、区画漁業権の場合は、組合員の各自漁業を営む権利も物権である」とする。学説では総有説の立場からは、漁業法23条により漁業権が物権とみなされる一方、「組合員の漁業を営む権利」については、漁業法には物権である旨の規定はないが、漁業権と同様、漁業を営む権利についても漁業権侵害罪が適用されること等から物権的請求権（妨害予防請求および妨害排除請求）が認められている。田中・前掲書（注6）56、78頁。熊本・前掲書①（注5）227頁は、漁業法8条の漁業を営む権利とは、組合員の共同漁業権を言い換えたものにすぎないとするから、当然物権的性格は肯認される。

場で、漁業行使権が第三者による侵害行為に対する差止請求の根拠となることを認める。[22] 決定も、社員権説的理解により、漁協は共同漁業権に基づき、組合員は漁業行使権に基づき、立地調査の差止請求できると認めるが、許可漁業として行われているかかり釣り漁および自由漁業として行われている太刀魚漁も、漁業操業への妨害の程度により、妨害排除等の請求の根拠となりうる旨判示する点が目を引く。

[25] 判決は、総有説か社員権説かは明示していないと考えられるが、組合員の漁業行使権は、組合員はその第三者に対し、妨害排除請求もしくは損害賠償を請求することができるとする³⁴。

(3) 若干の検討

いずれの判決も組合の共同漁業権および組合員の漁業行使権が差止請求の根拠たり得ると判示している³⁵。ただ [23] [24] の2判決においては、平成13年の漁業法改正（前出2-2.(3)）後も、依然として [8] 最判が先例的機能を果たしていることが認められる。なお、[25] 判決では組合員である原告らの有する損害賠償請求権は、組合の漁業権とは別に、個々に帰属するものであり、原告らの委任を受けることなく、その意思に反して行使、処分することはできず、原告らの損害賠償請求権は失われていないとする³⁶。

[23] 判決および [24] 判決については、共同漁業権の法的性質の理解により、差止請求権の成立要件が異なることが指摘されている³⁷。[23] 判決は、漁業を

³⁴ なお、[25] 判決は、補償問題につき、[8] 最判は共同漁業権の放棄の対価としての補償金の事案であるとして、[25] 判決とは事案を異にするとしている。

³⁵ たとえば、坂本義夫「公害弁連第38回総会議案書各地裁判のたまたかの報告（ダム・干拓問題）(2) 黒部川排砂被害訴訟報告（2009年3月29日）」（<http://kogai-net.com/sokai/sokai38/291.html>）では、[25] 判決が漁協が有する「漁業権」とは別に、個々の漁業者の「漁業行使権」（漁業を営む権利）を物権的権利として認め、損害賠償及び侵害行為の差止・排除請求が基礎づけられたとして、高く評価する。

³⁶ 大阪地判昭58・5・30判時1097号81頁も、社員権説の立場から、組合員の漁業を営む権利は、漁業権そのものではなく、基本権たる漁業権から派生している別個独立の権利であるから、漁業権者である組合が組合員の個別の授権なくして当然に漁業を営む権利を処分できるものではないとする。

³⁷ 大塚直「判批」判評632号5頁（判時2120号16頁）以下。

営む権利は、漁業権の範囲内で行使しうるものであり、海面の排他的総括的な支配権を取得するものではないから、物権的請求権発生のためには組合個人に損害が発生していることが必要とするが、[24]判決は、漁業権の免許がされた漁場内において、漁業権の内容となっている漁獲量の有意な減少等が認められれば足り、個別の漁業権行使権者の漁獲量が実際に減少することを要しないとする。[8]最判の社員権説に従えば、[23]判決がそれに忠実な構成であるということになる³⁸。総有説の立場からは、共同漁業権は、個人ではなく、集団が一定の海面を事実上排他的独占的に支配する権利と構成するので、[24]判決が妥当ということになるか。

[23]判決を契機として漁業権自体に環境的利益保護の趣旨を読み込む見解が出されている³⁹が、本稿の立場では、共同漁業権が、その有する入会権的性質に基づき、環境保全的機能と関連する利用秩序創出機能について、その可能性を3で論及することにする。

3 共同漁業権の法構造と機能

3-1. 法構造

現行漁業法を中心に総有説（共同漁業権の入会権的性質）の観点から現行法制度を沿革(1)と我妻鑑定書に関する問題(2)に即しつつ、概観しておく（(3)(4)でさらに検討を行う）。

(1) 沿革

潮見俊隆『漁村の構造』（岩波書店、1954年）を中心にして、共同漁業権に関する制度的変遷をたどることにする（以下の括弧内の数字は『漁村の構造』の

³⁸ 大塚・同上6頁。ただし[24]判決は漁業行使権の侵害の予防としての構成もありうるとする。

³⁹ 奥田進一＝久米一世「判批」環境法研究35号156頁（2010年）は漁業権自体に環境的利益保護の趣旨を読み込む。漁業権と環境保護の関係については、馬奈木昭雄「公害の予防及び補償と漁業権の関係」日本土地法学会『漁業権・行政指導・生産緑地法』（有斐閣、1995年）36頁も参照。

該当頁を表す)⁴⁰。

(a) 徳川時代の漁業制度

すでにこの時代において、沿岸網漁業や釣り漁業等、代表的な漁業の形態がほぼ出揃っていた。漁業経営は、一村専用漁場（沿岸村の支配権としての一村限りまたは数村限りの地先海面漁業制）または入会漁場に入り合って、各戸ごとに小漁船といくつかの小漁具をもち、小漁業を営む、家族経営的な漁業が一般的であった。ただし、特定の地方では、大規模漁業が発達していた。(14, 15頁)

漁場の秩序は、「山野海川入会」（簡保元年の律令要略に記載されている）等の諸原則によって律せられ、以後「慣行」として法律上の意味をもつようになる。すなわち、「村並之猟場は、村境を沖え見通、猟場之境たり」、「磯漁は地附根附次第也、沖は入会」とされた。(15頁)「磯魚」については浦税その他集落が負担する貢租を、「沖魚」については漁獲物を基準にした運上金や冥加金を、それぞれ領主に納入することによって沖漁や磯漁を行う権利が保障された。なお「山野海川入会」における沖漁と磯漁は、明治漁業法における沖合の漁業ないし許可漁業と沿岸における漁業権制度の区別の淵源をなしている。(17頁)

(b) 明治初期の漁業制度

明治政府は、当初、江戸時代の漁場使用関係を解消しようとし、漁場の使用を廃し、すべて官有にしようとした。すなわち、明治8(1875)年の雑税廃止と海面官有宣言が、これである。同年2月の太政官布告によって、雑税を廃止し、同年12月の太政官布告「捕魚採藻ノ為海面所有ノ件」（借区制布告）によって海面はすべて官有であるとし、漁場を利用しようとする者はあらたに出願しなければならないとするものであった(21頁)。しかし、翌明治9(1876)年には、前記太政官布告を改正することになる。「なるべく従来の慣習に従い」という布告の文言に表れるように、この改正は実質的に江戸末期の漁業制度を承継するものであった。(22頁)

⁴⁰ ほかに出村雅晴「漁業権の成立過程と漁協の役割」調査と情報2005.3.号4頁以下(2005年)、青塚繁志『漁協役員のための漁業権制度入門』（漁協経営センター出版部、2004年）等を参考にした。

そして明治19(1886)年には「漁業組合準則」が制定される。これは、漁業集落等の入会団体や漁業者仲間等を「漁業組合」として公認し、旧来慣行を確認させ、維持させるものとなった。(23頁以下)

(c) 明治34年漁業法と明治43年漁業法

従来の地方別の漁業取締規則を統一して、国として統一した漁場調整を行い、漁場紛争の防止とともに資源保護を図ろうとする動きが明治26(1893)年以降活発になった。(29頁以下)

明治34(1899)年に、初めての漁業法(明治34年漁業法、旧漁業法)が制定された。同法は、江戸末期の漁場利用関係を継承し、従来の「慣行」を漁業権として権利化した。漁業権のうち、沿岸漁業については、定置漁業権、区画漁業権、特別漁業権、専用漁業権の免許による管理を内容とした。(34頁、35頁)

専用漁業権⁴¹は、慣行専用漁業権と地先水面漁業権に分かれるが、これらは、村中入会＝一村専用の漁業を継受したものである。(35頁)また数村入会または他村入会の漁場は、入会権者の稼ぎ方の度合いの差に応じて、「共有ノ性質ヲ有スル入会」と「他人ノ専用漁場ニ入漁」するものとの区別された。前者については、入会権者にその出願に基づいて慣行専用漁業権を免許し、後者については、入漁権として規律することにした(免許は対抗要件)。(37頁)

なお、定置漁業権、区画漁業権、特別漁業権、専用漁業権が免許漁業と区別して、洋上のカツオ・マグロ漁業のように独占・排他的な漁場が成立しない漁業権の対象とならない自由漁業を設けた。(37頁)

その後明治43(1910)年に、明治34年漁業法は全面改正された(明治43年漁業法)が、漁業権制度については、旧漁業法をそのまま継承し、ただ漁業権および入漁権を物権化する改正が施された。(40頁)

つづいて昭和8(1933)年には、漁業組合の目的事業を拡張して経済機能の強化をはかる漁業法の改正がなされた。また、昭和13年(1938)年には、組合が貯

⁴¹ 浜本・前掲書(注3)768頁以下は、徳川時代に成立した、陸における入会山野の利用関係と同一の、「実在的総合人」が管理するところの「漁民のいう共同漁業権」(ゲルマン法の総有)が、明治34年漁業法によって、専用漁業権として近代的にローマ法流に翻訳されたが、この専用漁業権が現行法では「漁業法に規定する共同漁業権」であるとする。

金の受け入れに関する施設をおこないうことや、組合の信用の向上と金融上の利便を図るための改正がなされた。さらに、昭和18(1943)年には、従来の漁業組合は戦時統制団体として「漁業会」に編成替えされ、漁業組合に関する規定は消滅し、「水産業団体法」によって置き換えられる。(41頁)

このように、明治43年の明治漁業法は数次にわたり改正されたが、漁業権制度に関しては、ほぼ旧漁業法の規定が維持される。

(d) 現漁業法

戦後になり、昭和23年の水産業協同組合法の成立、漁業権等臨時措置法をへて漁業法の改革がなされることになる。(41頁) 1949(昭和24)年に現漁業法(新漁業法)が成立するが、同法は「漁業生産力を発展させ、あわせて漁業の民主化を図ることを目的」(1条)とするものである。また、従来の漁業法による漁業権を補償金の支払いによっていったん消滅させ、新制度による漁業権を新たに漁業協同組合に免許するという大きな制度改革を行った。(272, 273頁)

新漁業法における漁業権制度の主な特徴の一つは、自営者免許の原則を掲げたということ、従来の制度にはなかったものである。すなわち、漁業権は、原則として、自営するものに免許される。ただ、共同漁業権と一部の区画漁業権については、例外として、漁業協同組合が自営しなくてももてることにしている。協同組合が自営しなくてももてる共同漁業権および一部の区画漁業権について免許を受けられる適格性のある場合は、関係漁民の3分の2(世帯単位)以上を組合員とする漁業協同組合または漁業協同組合連合会である。(284頁)

新漁業法は、このように自営者免許の原則を採用しつつ、漁業調整委員会に広汎な権限を与え、これによる漁業調整という方式を新たに採用した。(276頁)

漁業調整委員会は、漁業権の免許、許可について大きな権限をもつだけでなく、海区全体の総合利用の立場から採捕制限、漁業権、入漁権の行使方法、許可漁業の操業方法の是正、漁場紛争の防止・解決等のために必要な指示をする。(277頁)

漁業調整委員会による漁業権の免許にあたっては、「適格性」と「優先順位」を基準とする調整方法が採用された。「適格性」とは、免許をうける最小限の資格要件であり、「優先順位」は、適格性ある者のあいだの免許をうけられる

順番である。(284頁)

第二の特徴であるが、専用漁業権の消滅、共同漁業権の創設である。昭和24年漁業法は、漁業権に関しては、従来の専用漁業権に代わるものとして共同漁業権が創設され、定置漁業権、区画漁業権、共同漁業権の3種に整理した⁴²。いわゆる浮魚対象の漁業が共同漁業権の対象外となった。(280, 281頁)

なお、第一の特徴で触れた、「適格性」と「優先順位」によって免許するという新しい調整方式の採用により、漁業権は従来どおり物権とみなされるものの、私権としての性質も弱められ、漁業権の貸付禁止あるいは譲渡や担保の制限などが加えられた。すなわち、先取特権・抵当権の設定が認められるのは区画漁業権と定置漁業権に限定される。また譲渡可能な場合も、相手方の「適格性」に加え、認可も必要とされる。また、漁業権存続期間は、従来が20年だったものが、定置漁業権が5年、共同漁業権が10年と大幅に短縮された。(282頁)

以上が、『漁村の構造』における漁業法の沿革と現漁業法に対する特徴付けの整理である。この第一の特徴として挙げられた、自営者免許の原則についてであるが、私見では、共同漁業権を自営者免許の原則に対する例外と位置づけることには躊躇せざるをえない。共同漁業権については、当初関係地区ごとに漁協が組織され免許が付与されていた経緯から、自営しているのは入会集団たる関係地区住民であり、また関係地区住民＝組合と考えるべきであって（一関係地区一組合）、組合に免許を与えることは、むしろ自営者免許の原則に沿ったものといえるからである。我妻鑑定書も、昭和24年の漁業法によって共同漁業権の入会権的性質が失われていないことの理由の説明の際に、「その漁業権の性格についていえば、あたかもかの農地改革がみずから耕作する者に農地所有権を与えることを根本方針としたのと同じく、漁業改革においても、沿岸漁業については、みずから漁業を営む者に漁業権を与えようとした」という記述がなされている⁴³。

⁴² 我妻栄＝有泉亨『新訂物権法（民法講義Ⅱ）』（岩波書店、1983年）454, 455頁は、入会集団と違って、漁業協同組合は法人格を有し、漁業権は免許、入漁権は設定など、行政上の規制によっているが、実質的には、組合員からみて、定置漁業権、区画漁業権は共有の性質を有し、共同漁業権は共有の性質を有しない入会権に準ずるものとみている。

⁴³ 我妻・前掲鑑定書（注3）388頁。

ところで、ここで留意すべき点は、前記 [8] 最判が総有説を否定する主な根拠の(ア)から(エ) (2参照)のうち、(ア)から(ウ)はこの昭和23年の新漁業法制定時にすでにほぼ出揃っていることである。

新漁業法では、自営者免許の原則をとるとともに、漁業調整委員会に漁業調整の強大な権限をもたせた。(ア)から(ウ)は、そのために生じる共同漁業権等に対する公的な制約であると考えられる⁴⁴。例えば、(イ)の漁業法21条の趣旨は、漁場計画作成と一斉切替という免許の基本方式を技術的に可能にするために漁業権存続期間が、海区内において原則として同一であることが必要であるからだとされている⁴⁵。いずれにせよ、(ア)から(ウ)が総有説を否定するに十分な根拠たりえないことは明白であろう。ただ、[8]最判は、昭和23年漁業法制定をもって、入会権的性質が消滅したとはみなしていないと思われるので、主な論拠は、昭和37年の漁業法改正にかかる(エ)および部分的に(ウ)ということになる(3-1.(2)で触れる)。

(2) 共同漁業権の権利主体と権利内容——我妻鑑定書をめぐると三つの問題

我妻鑑定書によれば、漁協は経済事業団体(法人)としての性格と入会集団(実在的総合人)としての性格の二重の性格をもち、漁業権の実質的な主体は実在的総合人としての漁協である⁴⁶。また、我妻博士は入会権の構造を「管理処分権能は団体に、使用収益権能は構成員に属する」と説明するが⁴⁷、共同漁業権が漁業に帰属する場合のその漁協内部の関係は、入会権と同様であるとして、共同漁業権につき、「管理処分権能は組合に、使用収益権能は組合員に属する」とする⁴⁸。

この我妻鑑定書については、三つの考慮すべき検討課題がある。一つは、管

⁴⁴ 熊本・前掲書①(注5)78頁。

⁴⁵ 青塚・前掲書(注40)108頁。

⁴⁶ 我妻・前掲鑑定書(注3)391頁。他に船橋諄一『物権法』(有斐閣, 1960年)451頁。通説と目される。

⁴⁷ 我妻=有泉・前掲書(注42)315頁, 438頁。

⁴⁸ 我妻・前掲鑑定書(注3)391頁。同旨、潮見俊隆「漁業入会」川島武宜編『注釈民法(7)物権2』(有斐閣, 1968年)592頁。

理処分権能は団体に、使用収益権能は構成員に属するという入会権の内部構造に関するものである。二つ目は、意思決定に関連するより重要な問題であるが、漁協の二重的性格と合併に関係する問題である。三つ目は、第一、第二の課題と関連するが、組合員個人の持分に関する問題である。

(a) まず、第一の問題点であるが、我妻説では、管理処分権能は組合に、使用収益権能は構成員に質的に属するとされているが、これに対して管理処分権能も収益権能も両者ともに、組合および構成員に属するとする中尾英俊教授の見解がある⁴⁹。中尾教授によれば、組合にも使用収益権能があることは、漁業の場合においても漁業権の管理機関である漁業協同組合が漁業を営営することがあり、法も一定の制約のもとにこれを認めている（水協法17条）ことから説明される。また、入会集団＝村落共同体は構成員の総体そのものであるから、各構成員の有する使用収益権能の総和として集団も使用収益権能を有し、（団体直轄利用）、また構成員も集団の有する管理処分機能を分有しているのであってそれ故に構成員も一定の限度で処分権能（個人分割利用地の産物処分など）を有するとして⁵⁰、この理を共同漁業権にもあてはめる。

我妻説と中尾説の対立を解く鍵は、川島武宜博士の入会権論にあると思われる。ただ、それにとどまらず、川島博士の入会権論は、共同漁業権の法的性質を理解するための重要な手がかりとなるとの指摘がすでになされている⁵¹。この手がかりによって、第一に、現行法における入会権的性質を有する漁業権の多様性が、第二に、前記[8]最判の問題性と関連するが、免許が団体たる組合に付与されるものでありながら、共同漁業権が私有財産的性質ないし入会権的性質を有することが、それぞれ論証可能となる。

そこで、川島博士の入会権論について入会権の主体に関する点を中心に一瞥

⁴⁹ 中尾・前掲論文②（注11）107頁。

⁵⁰ 中尾・同上106頁以下、同「「総有権」——判決を通じての考察」『黒木古希・現代法社会学の諸問題（上）』（民事法研究会、1992年）333頁（以下、前掲論文③とする）。

⁵¹ 田平・前掲論文（注13）151頁は、共同漁業権の法的性質を考察する上で、川島博士の議論に着目する。また、川島博士の入会権論をコモンズ論の観点からふまえて検討するものとして、鈴木龍也「入会理論の再検討」鈴木＝富野暉一郎編著『コモンズ論再考』（見洋書房、2006年）238頁以下がある。

しておこう（以下の括弧内の頁数は川島武宜「入会権」川島武宜編『注釈民法（7）物権2』（有斐閣，1968年）507頁以下の頁数を示す）。

川島博士によれば，入会権の主体とは，独立で・相互に・平等な・構成員（すなわち仲間）によって成り立つ村落共同体であり，入会権とは共同体という団体関係において農耕地・林野水面を共同して所有する権利であり，また入会権は，仲間の共同体の物権的側面にすぎない。（512，514頁）

そして仲間の共同体にあっては，団体は，構成員とは別の権利主体であるのではなく，多数構成員の集合そのものである。共同体の内部関係において，入会集団の管理者によって管理が行われ，全構成員（入会権者）はこれに従わねばならないが，このことは，管理権能が入会権者の総体以外の「入会集団そのもの」に属することを意味するものではなく，総入会権者が管理者にこの管理事務を委託したことによるものである。したがって，この法律関係を，総入会権者以外に存在する「入会集団そのもの」という概念をもって処理する必要はない。したがって，個々の入会権者が共同して有するのは，入会客体に対する利用権能だけでなく，管理および処分権能も入会権者に属する。（513，514頁）

また入会権者が持分を有するか否かという点については，川島博士は，入会権者の有する権利は，仲間の共同体という共同関係において有する権利であり，しかもその権利客体は個々の権利者に分割されていないのであるから，これは一種の持分として概念構成されるべきであるとし，入会権者の有する権利を持分として概念構成しないことは不当であり，また入会権の私有財産的性格を曖昧にする結果となるとする。（515頁）

川島博士の入会権論の意義の一つとして，従来の議論が主に入会稼に焦点を当ててきたことを批判して入会権の核心は主体の特質にあることを明らかにしたことが挙げられている⁵²。すなわち，博士によれば，かつては入会権に基づく収益行為のもっとも重要なものが，草や下枝や植木等の共同収益（いわゆる入会稼，個別の利用形態または古典の利用形態ともいわれる）であったということは事実であるが，入会権の内容がそれにかぎられたわけではない。徳川時

⁵² 鈴木・前掲論文（注51）238頁。

代においても、そのような共同収益を停止したり造林したり（直轄利用形態）、また地盤を分割して入会権者に個別に利用させたりする形態（分割利用形態）が行われていたのであり、入会権者は自らの決定で一つの形態から他の形態に変化させることによってまさに入会権を行使してきた、というのである。（519, 520頁）

そして博士によれば、このような入会稼だけにとどまらない入会権による収益活動の動的な変化は、入会権の主体の構造、すなわち入会集団＝入会権者が使用収益権能だけではなく、管理処分権能を有するということから導かれる。（520頁）

なお、田中克哲氏は、徳川時代の海における入会的漁業の利用慣行の形態として、①集落有の漁場（「一村専用漁場」等）を部落民が入り合って、あわび・さざえ・海草等を採捕する形態（古典的利用形態にあたる）、②集落全体で運営する村張りの定置網（団体直轄利用形態）、③小型の定置網やのり等の養殖業（個人分割利用形態）、④大型の定置網や養殖業（契約利用形態）を挙げている⁵³。

中尾説は、基本的に上記の川島理論を継承・展開したものと考えられる。我妻説では、集団には管理処分権能しかないとするから、直轄利用形態が説明できないとの批判がなされ、漁業の場合、漁業協同組合が漁業を営むことがあり、法も一定の制約のもとにこれを認めている（水協法17条）ことが指摘される⁵⁴。なお、我妻鑑定書においては、漁協が定款で組合の事業として「漁業の経営」を挙げる場合、それは「組合員のために」行うのであって、各自に帰属する漁業権能を共同して実現しているだけという説明が与えられている⁵⁵。

以上にみてきた、川島＝中尾説の有する意義の一つは、入会集団＝漁民集団による収益活動が、古典的利用形態に限らない多様性を有し、その多様性に呼応する形で現行法が整備されていることがより直截に明らかになることにある。すなわち、前述の通り、漁業法上の共同漁業権は5種類があり⁵⁶、そのうち、とりわけ第1種共同漁業権は入会的の性質が強いとされることがある⁵⁷が、この

⁵³ 田中・前掲書（注6）3頁。

⁵⁴ 中尾・前掲論文③（注50）333頁。

⁵⁵ 我妻・前掲鑑定書（注3）387, 391頁。

⁵⁶ 1「はじめに」参照。

⁵⁷ 例えば、水産庁企画室編・前掲書（注5）65頁〔穂積良行執筆〕。

第1種だけではなく、第2種から第5種までの共同漁業権、ひいては区画漁業権および定置漁業権までが、入会権的性質を有する漁業の収益活動の多様性に応じて規定が編成されていることが確認されるであろう⁵⁸(しかし、逆には、このような理解からは、現行法における書面同意規定の不備が明らかになる。漁業法8条は、第1種共同漁業権および特定区画漁業権の行使規則の制定・廃止・変更にのみ適用され、第2種から第5種共同漁業権には適用されないという点である⁵⁹)。

川島理論を手がかりとして、次に、免許が組合に付与されることと共同漁業権が私有財産的性質ないし入会権的性質を有することとの関係について検討したい。

川島博士は、すでにみたように、入会権の主体である村落共同体を慣行上仲間的共同体であるとしているが、その村落共同体が代金を払って土地を購入し、その土地において共同で入会稼や造林をしたりする例が存在することについて、慣行上仲間的共同体たる性格・構造をもってきたという事実に基づいて、村落共同体が実質的に入会権を行使しているとする。ここから、博士は、入会権成立の前提要件としての「慣習」は、特定の土地についての入会の慣行の存在を内容とするものではなく、入会主体としての適格を有する仲間的共同体の存在を内容とするもので足るとする。従来の学説は契約により入会権が成立するこ

⁵⁸ 中尾・前掲書(注1)573頁は、第1種共同漁業は、組合員たる漁民が各自漁業に入っ
て自由に採捕するのであるから入会権における古典的共同利用に相当するものであり、
第2種、第3種共同漁業の小型定置網漁業や大型の地曳、船曳網は組合ないし漁民の集
団が直轄して操業するので、入会権における団体直轄利用に相当するとする。また漁業
協同組合が行う定置漁業権も同様に直轄利用の入会権であるといえるが、入会権にお
ける分割利用に該当するのは、漁業協同組合員が行う区画漁業であると述べる。田平・前
掲論文(注13)151頁以下も、徳川期の海の入会的な利用慣行の漁業法における継受を詳
らかにするが、細部を除いて、おおむね中尾教授の見解と一致する。

⁵⁹ 中尾・前掲論文①(注11)112頁注(2)、田平・前掲論文(注13)151頁。第2種から第
5種の共同漁業権につき書面同意が必要とされない理由について、前記[2]判決は、第
2種ないし第4種共同漁業権については、その漁法ないし漁場行使の実態上他の漁法に
よる漁業との調整が問題であり、第5種共同漁業権については、漁協に増殖義務が付加
されていて、いずれも、漁協による管理面の必要が強調されたことによるものとする(判
時718号19頁)。

とを否定してきたが、川島博士は、特定の入会団体（仲間的共同体）の存在を内容とする慣習があることが入会権の前提要件であり、この入会団体が「従前の慣行上入会権の存在しなかった地盤の所有権を取得した場合に『共有の性質を有する入会権』が成立する」というのである。(523頁)

田平紀男教授は、「この説を共同漁業権に即して理解すると、特定の漁場についての漁業入会の慣行の存在を内容とする慣行ではなく、漁業入会団体の存在を内容とする慣習があることが漁業入会権＝共同漁業権を構成する場合の前提要件であり、この漁業入会団体が従前、漁業入会の慣行の存在しなかった漁業権を取得した場合、その漁業権は漁業入会権（または入会的漁業権）となる、ということになるだろうか」としている⁶⁰。

入会権の主体性に着目した川島理論の解釈論上の意図は、入会権の私有財産権的性格を強調するところにあるが⁶¹、共同漁業権に関しても、川島理論を採用することによって、伝統的に入会権的性格が強いとされている第1種にとどまらず、従前有していなかったものの、(契約によってではないが)漁業入会団体が免許付与によって取得した漁業権も私有財産としての入会権の性質を有することが承認されよう⁶²。また、前記[8]最判は、前述2-1.のように、共同漁業権が免許によって付与されることをもって、その入会権の性質を否定する根拠としているようでもあるが、それに反駁することの一論拠にもなりうるであろう。

(b) それでは我妻鑑定書に関する第二の検討課題に移ろう。これは、漁協の二重的性格と合併に関連する問題である。

我妻鑑定書は、一関係地区一漁協の場合を前提として論じたものであるという熊本一規教授による批判がある。熊本教授によれば、共同漁業権の入会集団

⁶⁰ 田平・同上151頁。

⁶¹ 鈴木・前掲論文(注43)239頁。例えば、川島「入会権」川島編・前掲書(注48)516頁、532頁を参照。

⁶² この点に関する我妻博士の見解については前注(42)を参照。なお、池田恒男「コミュニティ、アソシエーション、コモンズ」法社会学73号128頁(2010年)は、漁業権行使規則に関する最判平9・7・1民集51巻6号2205頁を取り上げ、入会権の公権論的理解が漁業権につき復活しつつある事態について警鐘を鳴らしている。

は関係漁民集団であって組合員集団ではない。1つの関係地区に1つの漁協がある場合、我妻博士が論じるように、漁協は経済事業団体（法人）としての性格と入会集団（実在的総合人）としての性格の二重の性格をもつ。他方、一関係地区一漁協であった2つの漁協が合併すると、新たな広域漁協は、我妻説と異なり、入会集団としての性格を備えないことになる。その場合の入会集団はあくまで合併前の旧漁協の組合員集団なのである⁶³。ここでは、二重の性格の議論が成り立たなくなり、組合の位置づけを再考する必要性が生じる。熊本教授は、基本的に中尾説同様、組合および構成員の両者に管理処分権能も収益権能も帰属するとしつつ、漁協については、漁協はいわば免許を受ける際の名義人に過ぎず、真の権利者は入会集団（旧漁協の組合員集団）であるとする⁶⁴。法人としての組合は名義人に過ぎないとするのである。熊本教授による以上の批判は、次の第三の課題を検討するに際して考慮に入れる必要がある。

(c) 第三の検討課題は、各構成員に持分権を認められないとする我妻鑑定書の見解についてである。

すでにみたように川島博士は、入会権者の持分権という概念を肯定していたが、我妻博士は、入会権について、各自の持分権および分割請求権を否定している⁶⁵。同様に、鑑定書においても、総有団体（実在的総合人）は、一定の基準によって資格の定まる、特定されていない多数人の団体であるから、共同漁業権の主体たる総有団体（実在的総合人）が漁業権を放棄することによって取得した補償金は、単一存在をなすものであって、潜在的にも各自に分割帰属するものではないとする⁶⁶。

しかしながら我妻説については、漁業の実態においては、各構成員は持分を有することが認められているとして、持分を各構成員に認める中尾教授の見解⁶⁷が対峙する。この見解によれば補償金を組合財産であるとする [8] 最判の

⁶³ 熊本・前掲書①（注5）161頁，226頁。

⁶⁴ 熊本・同上86頁。漁業法は免許を受ける者を漁業権者と呼ぶため、単なる名義人でも漁業法上は漁業権者と呼ばれるに過ぎないとする。

⁶⁵ 我妻＝有泉・前掲書（注42）438頁。

⁶⁶ 我妻・前掲鑑定書（注3）394頁。

⁶⁷ 中尾・前掲論文②（注11）105頁，同・前掲論文①（注1）577頁。

ような社員権説に対しては、組合員には配分請求権が認められなくなり不当であるという批判がなされることになる⁶⁸。

持分を各構成員に認める見解については、一般に行われている漁業補償における配分の手続⁶⁹からみれば、持分という概念構成を用いることは、各組合員からの組合に対する、ひいては裁判所に対する個別の配分請求を認めることになり、実際の漁業補償の配分手続の実態にそぐわない結果となってしまうという懸念がなされる⁷⁰。我妻鑑定書は、漁業補償の一般的な実際（ただし円満解決の場合）についての浜本幸生氏からの話を受けてから執筆されたものであり⁷¹、伝統的な入会権論をベースにして実態に即するよう理論構成されたとみられる。ただし、中尾教授も、持分は通常の共有の持分と異なり、集団の統制下におかれて譲渡処分がなくなりまた分割請求権もないとしている⁷²。

したがって、仮に持分概念自体は肯定されとしても、配分に関する決定は、入会集団の管理処分権能によって（原則として全員一致の原則により）決せられるから、基本的には、各自の配分請求権の個別行使は入会集団の管理処分権能によって制約を受けるものと解されよう。問題は、配分に関する決定をめぐり組合内において紛糾が生じたような場合であり、そのような事態は、1関係地区1漁協ではない場合で生じることが多いと推測される。

我妻鑑定書は、補償金は、漁民団体の全員の協議で分割すべきものであるが、協議が調わないときは、裁判所は全員を当事者とする手続において全員の意見を聞き、補償金の性格や分割の基準、さらには各漁民の生活状態など諸般の事情を考慮して、統一的な分割をなすべきであるとする⁷³。また、我妻鑑定書を基本的に採用して、共同漁業権は、漁協と、その組合員全員によって構成される総有者団体とに質的に分有されて、漁協が管理権能を、総有者団体がその収益（漁業を営む）権能を、それぞれ有するという見解にたつ [11] 判決は、民

⁶⁸ 中尾・前掲論文①（注1）577頁。

⁶⁹ 前注（6）参照。

⁷⁰ 我妻・前掲鑑定書（注3）395頁。

⁷¹ 浜本・前掲論文（注5）350頁以下。

⁷² 中尾・前掲論文②（注11）105頁。

⁷³ 我妻・前掲鑑定書（注3）396頁。配分の基準についてはさらに、同・398頁以下参照。

法246条、258条1項による共有物分割手続によって、預金債権を組合員らに分割している。配分に関する決定をめぐり紛争が生じる事態は、1関係地区1漁協ではない場合が多いと考えられることや、裁判所の負担を軽減し、紛争の長期化を防止するという観点からは、論点①と同じく、論点②においても総会の特別決議に加えて、関係地区漁民による事前の（全員一致に近づけるような形での）書面同意を要すると解するのが妥当ではないかと考える（2-3. (3) のB説）。

(3) 漁業協同組合の合併が進むにつれ、「関係漁民全員」ないし「入会集団構成員」と「組合員」全体との乖離が進行することを理解することによって、共同漁業権が入会漁業権であることを前提とする法規の存在意義が明らかになる（この点につき熊本教授や田中氏らの先行業績があるのでここでは概要を述べるに留める）⁷⁴。

まず、漁協に加入していない関係地区漁民（入会集団構成員）を保護するための規定（員外者の保護規定）である漁業法14条11項が挙げられる。入会集団構成員、すなわち関係地区漁民が免許を受けた漁協に所属しないで第1種又は第5種の共同漁業権の行使をできるように関係地区に住所を有する漁民（個人）に海区漁業調整委員会が指示をする旨規定している⁷⁵。

つづいて、漁業法14条3項は、入会集団構成員、すなわち関係地区漁民あるいは地元地区漁民が免許を受けた以外の漁協に所属した場合に、この漁業者が「共同漁業権」、「特定区画漁業権」の内容を行使できるよう地元地区漁民あるいは関係地区漁民が加入している漁業協同組合が、組合管理漁業権の免許の適格性を有する漁協あるいは漁業協同組合連合会（以下、漁連とする）に対し、漁業権の共同申請を行ったり、既に組合管理漁業権の免許を受けている漁協・漁連に対し、共有請求の申込を行う旨規定する⁷⁶。

さらに、平成13年漁業法・水産業協同組合法改正時に追加された「部会制度」

⁷⁴ 熊本・前掲書①（注5）83頁以下、田中・前掲書（注6）243頁。

⁷⁵ 熊本・同上85頁、田中・同上13頁。

⁷⁶ 熊本・同上84頁以下、田中・同上13頁。

も共同漁業権が入会権的権利であることを前提とする規定である⁷⁷。水協法51条の2は、入会集団構成員、すなわち関係地区漁民が、漁場の利用の方法を決定したことを漁協が総会で否定することのないよう漁業権の分割・変更・放棄、漁業権行使規則の制定・改廃にあたり、漁協の総会の議決の代わりに部会あるいは総代会の出席者の3分の2以上の議決でこれらの行為ができる旨規定された。ただし、河川以外の漁業権の得喪・変更については総代会では議決できないこととされている。

(4) 田平教授は、共同漁業権を、(1)(2)でみてきた徳川期に成立し現在まで引き継がれている「漁民のいう共同漁業権」と「漁業法に規定する共同漁業権」とに2分した上で、両者は、それぞれいわば共同漁業権に関する生ける法と国家法であるとする⁷⁸。そして入会団体（漁村団体）の地区と漁協の地区とが一致し、構成員もほぼ一致するが（一関係地区一組合）、「漁民のいう共同漁業権」（生ける法）と「漁業法に規定する共同漁業権」（国家法）との間に矛盾がある場合、この矛盾を解決するために書面同意規定がある（漁業法8条3項～5項・7項、31条参照）⁷⁹と理解するのである。

経済事業体としての漁業協同組合は、効率的経営のために従前から合併による大規模化を志向してきたが、この国家法と生ける法の矛盾がより顕在化するの、組合合併時だと思われる。既に取り上げた平成13年漁業法改正時に設けられた、漁協合併時に漁業権の分割・変更・放棄あるいは漁業権行使規則の制定・改廃を行うに当たり、関係地区内に住所を有する組合員の3分の2以上の書面による同一が必要であるとする規定（31条）は、入会集団構成員の意見が

⁷⁷ 田中・同上7頁。総会の部会は、組合管理の特定区画漁業権に係る地元地区又は共同漁業権に係る関係地区ごとに設けられ、その部会の設けられる地元地区又は関係地区の区域内に住所又は事業場を有する組合員（准組合員を除く）で組織されるので、入会団体の地区と総会の地区とが一致し、構成員もほぼ一致するとみられる。田平・前掲論文（注13）155頁。

⁷⁸ 田平・同上149頁。「漁民のいう共同漁業権」と「漁業法に規定する共同漁業権」という概念整理は浜本・前掲書（注3）768頁以下による。なお前注（41）も参照。

⁷⁹ 田平・同上155頁。

反映されることに配慮しつつ（あるいは共同漁業権が合併の阻害要因とならないように）漁協合併を推進する目的の下に制定されたと解されている⁸⁰。

前述 3-1. (2) のように、漁業法 8 条の昭和 37 年改正により組合員の「各自」漁業を営む権利から「各自」という文言を削除したという法改正を最大の根拠として、[8] 最判は入会権的性質の消滅の根拠とした (2-1. の(エ))。しかし漁協合併の促進という観点（入会集団構成員の共同漁業権が合併の阻害要因とならないようにするという観点）を導入することにより、この法改正の正当な解釈が可能になる。

すなわち、昭和 37 年改正前漁業法 8 条は、組合員のうち定款に定める者だけが「各自」漁業を営む権利を有する旨規定していた。一関係地区一組合の場合（第 1 種共同漁業権を有する A 組合とする）はこれで問題がない。しかし旧規定のままでは漁協合併（A 組合と第 1 種共同漁業権をもたない B 組合が合併）がなされた場合、入会集団構成員でない他の地区（B 組合）の組合員の「各自」までもが、A 組合の有する第 1 種共同漁業権を「各自」行使することが可能になり、組合の合併が A 組合から拒否されるおそれが生じる。

したがって法改正では「各自」という文言を削除し、漁業権行使規則（改正前では定款）に定めるものだけが漁業を営む権利を有することを明確にした、と解するのが正当である⁸¹。

3-2. 機能

共同漁業権は、もとより漁業に従事する者の生存の基盤である。そしてまた以上の判例・裁判例の検討及び共同漁業権の存在構造を検討してきたことを通じて示唆されるのは、共同漁業権の客体が海という自然資源であるということから環境保全的・資源保全的機能を有することではなかろうか。ただし、共同

⁸⁰ 田中・前掲書（注 6）240 頁。

⁸¹ 中尾・前掲論文②（注 11）90 頁以下、同・前掲書（注 1）576 頁、浜本・前掲書（注 3）68 頁以下、田中・前掲書（注 6）240 頁。また、[2] 判決の判時 718 号 18 頁以下も参照。なお近年では一県一組合を志向してさらなる大規模な合併が相次ぐ状況となっているが、緒方・前掲論文①（注 1）99 頁以下では高知県内における漁協の大規模合併の動向を取り上げた。

漁業権は、生ける法であるであるとともに国家法規範という二重構造を有し、裁判規範でもあるが、現状では司法による紛争解決機能は十全に作動していないことも確認できた（紛争解決機能につき、後出注（86）を参照）。

さらに共同漁業権の有する機能として、共同漁業権自体に、沿岸海域の利用に関して秩序創出機能を内在させていることを指摘できよう。

この機能に関連して、入会地ではなく、農地所有権自体にコモンズ性を見いだす議論を参照しておきたい。棚澤能生教授によれば、コモンズ性とは第一に、人と自然との一定の関係性に特徴付けられる関係（生業）である（コモンズ性の第二は国家的な公でも市場的な私でもない公共的な空間である）。農地所有権についてコモンズ性の第一にあたるものは、農地法の原則であり、農地の権利主体たるべき要件として農作業従事を要求する「耕作者主義」（同法3条）である。農作業従事、経営主宰、経営の主体であることの一体性が農地取得の要件とされるのであるが、これは地域定住者と農地の関係を切断することをコントロールする機能とみられる。切断のコントロールによって、人と土地のあり方が維持され、そして農地が自分の土地である、所有権の対象であることによって土地への愛着が生まれ、農産物へのこだわりが生じる⁸²。

農地法の基本原則である「耕作者主義」と同様な考え方は、漁業法においても基本原理の1つであると考えられる（潮見博士のいう自営者免許の原則）。我妻鑑定書も、昭和24年の漁業改革においても農地改革の耕作者主義と同じくみずから漁業を営む者に漁業権を与えようとしたと述べていることは前述した（3-1.（1））。

漁業法制において農作業従事要件に該当するのが、漁業協同組合の組合員たる資格についての水産業協同組合法上の規定であり、「当該組合の地区内に住所を有し、かつ、漁業を営み又はこれに従事する日数が一年を通じて九十日から百二十日までの間で定款で定める日数を超える漁民」（同法18条1項）として、日常的に漁業に従事する地区在住の漁民であることをもって、漁協の組合

⁸² 棚澤能生「農地所有権とコモンズ」『コモンズ・所有・新しい社会システムの可能性——小繋事件が問いかけるもの』（早稲田大学21世紀COE《企業法制と法創造》総合研究所「基本的法概念のクリティーク」研究所、2007年）119頁以下。

員であることの基本的な要件としている。

そして漁業権においても「切斷のコントロール」機能が働いている。漁民たちと海との関係が維持されることを通じて、漁民は、漁村部落の地先水面のことを「われわれの海」と呼んできており、この「われわれの海」を「地先権」という権利として主張する見解がある⁸³。地先水面を「われわれの海」と呼んで、「地先権」により地元の漁協等がその水面の利用秩序を管理・調整するという慣習は、各地に広汎に存在している。特にマリン・レジャーによる地先水面の利用に関する「地先権」の慣習は、「法令に規定されていない事項に関するもの」であるので、公序良俗に反しない限り「法律と同一の効力を有する」、すなわち慣習法である（法適用通則法3条（旧法例2条））、と解されている⁸⁴。

緒方は既にダイビングスポット利用をめぐるダイビング事業者や顧客と漁業との競合関係から生じる軋轢について、高知県幡多郡大月町柏島及び静岡県沼津市大瀬崎地区の事例を取り上げ、漁業権ないし地先権を根拠として、関係者によるローカルルールという秩序形成の可能性について検討を行った⁸⁵⁻⁸⁶。

⁸³ 浜本幸生「浜本幸生の漁業権教室」浜本監修・著・前掲書（注3）71頁。

⁸⁴ 田平・前掲論文（注13）153頁。池田恒男「判批」佐竹五六・池田恒男他『ローカルルールの研究——海の『守り人』論2』（まな出版企画、2006年）86頁以下。

⁸⁵ 緒方・前掲論文①91頁以下、前掲論文②57頁以下（いずれも注2）。

⁸⁶ 高村学人「コモンズ研究の法社会学に向けて：企画趣旨説明」法社会学73号142頁（2010年）は、E・オストロムが、コモンズの長期的存在条件として次の8つを掲げたうえで、とくに組織内に紛争解決のメカニズムが備わっていることを挙げていることに着目する。すなわち、コモンズをいかに利用し、管理したらよいかという一次ルールは、コモンズの構成員間の紛争を通じて再吟味され、紛争解決の過程を通じて最もふさわしいルールが発見される。紛争経験はルール総体の進化に寄与することになる。オストロムの挙げる8項目とは、①コモンズの境界が明らかであること、②コモンズの利用と維持管理のルールが地域条件と調和していること、③集団の決定に構成員が参加できること、④ルール遵守についての監視がなされること、⑤違反へのペナルティは段階を持ってなされること、⑥紛争解決のメカニズムが備わっていること、⑦コモンズを組織する主体に権利が承認されていること、⑧コモンズの組織が入れ子状になっていること、である。この8項目については浅子和美・國則守生「コモンズの経済理論」宇沢弘文・茂木愛一郎編『社会的共通資本 コモンズと都市』（東京大学出版会、1994）85頁以下も参照。なお、共同漁業権漁場における詳細な管理はこの8項目に該当すると、日高健「沿岸域利用と漁業—コモンズの視点から—」倉田亨編著『日本の水産業を考える—復興への道—』（成山堂書店、2006年）173頁注（29）は述べる。

4 今後の課題

以上のように、漁業権放棄手続、漁業権放棄時の補償金の帰属及び漁業被害に対する漁業権に基づく差止め請求の可否の三つの論点からそれぞれ判例を検討し、あわせて学説の整理を行った結果、漁業法上の漁業権、とりわけ共同漁業権は、法解釈的には総有説を採用し「入会」の現代的な姿であると解するほうが、協同組合の社員権の権利とするよりも無理が少ない。社員権説に立つとみられる最高裁平成元・7・13 [8] 判決は変更されるべきであるが、漁業権設定海域でダイバーから半強制的に潜水料を徴収することの可否が問われた訴訟において最高裁は、漁業権の法的性質に言及することなく判決を下しており、(最高裁平成12・4・21)⁸⁷ 社員権説は依然先例として維持されている。判例及び学説の検討をさらに進め、この点に関する議論を今後も続けていくことが必要である。また、漁業法の平成13年改正が裁判所の判断に影響を与えるのかといった観点からも、判例の今後の動向が注目されるところである。

本稿で検討したのは主として訴訟において論争となる共同漁業権であり、その判例・学説上の性質如何ということであったが、共同漁業権だけではなく、定置漁業権および区画漁業権を含めた漁業権全体について、その権利がどのような性質を持っているのか、持つべきであるか、理論的にさらに検討し、漁業権の総体を明らかにしていくことが必要である。

また、共同行業権は社会的現実の中で現に機能している権利であり、漁業権の現実的機能を実態から明らかにしていくことが必要である。共同漁業権の現実的な姿について、現地実態調査の結果を踏まえてすでに一部を公表しているが⁸⁸、理論的検討と同様、より調査、研究の範囲を拡げ、漁業権を総合的に研究していくことが求められる。

⁸⁷ 池田恒男「共同漁業権を有する漁業共同組合が漁業権設定海域で潜水を楽しむダイバーから徴収する潜水料の法的根拠の有無」(『東京都立大学法学会雑誌』42-1 393-407頁, 42-2 251-264頁及び43-2 503-515頁 2001, 2002, 2003年)

⁸⁸ 緒方賢一「漁業権による沿岸海域の管理可能性」高知論叢98号, 89-113頁, 2010。

沿岸海域および河川流域において水産資源を持続的に利用していくためには、資源そのもののみに注目しても十分とはいえ、周辺環境も適正に管理されるべきである。我々の研究の基本的視座である「共」的な資源管理、環境維持という面から漁業権、漁場、漁村および漁業者を見ることによって、漁業権のもつ入会権的性格の重要性がさらにはっきりする。共同漁業権のうち第1種および第2種共同漁業権は、一定の水面を区切って適用範囲が定められる権利であり、内水面の漁業権である第5種共同漁業権も河川「流域」を適用範囲に持つ権利である。入会権と同様、一定の区域を適用範囲としている権利であるという共通点があり、この点で入会権と同様に漁業権も周辺環境の管理可能性を内包しているものと見ることができる。さらに区画漁業権は養殖漁業に関する漁業権であり、定置漁業権は定置網漁業に関する漁業権であるが、いずれも基本的には共同漁業権の設定範囲に近接して許可され、営まれている。したがって、共同漁業権のあり方を論じる際には、いわばその上の上の定置漁業権および区画漁業権についても考慮されなければならない。結局のところ、いわゆる「地先の海」を誰がどう管理するのか、という課題に対して、漁業権がどのような役割を果たしうるのか、あるいは漁業権がどう再構成されるべきかといった検討は、ひとり共同漁業権のみではなく、定置漁業権、区画漁業権も含めた漁業権全般について検討すること、および理論と実態の両面から、あるいはそれを統合した形で検討することを要するのである。また、権利の主体ということを考える際、先述したように「関係地区」ごとに権利設定がなされているということから、漁業協同組合（の構成員）のみならず、伝統的に地先を管理してきた漁業集落および広い意味での漁業集落民を対象に含めて考えていかなければならない。そしてそのような漁業権の総体を捉えていく先に、地先の海の「共」的管理可能性が見えてくるものと思われる。

こうした基本的な研究視角は、例えば2011年3月に起こった東日本大震災からの復興を目指す地域の取り組みについて検討する際にも必要になると思われる。東日本大震災からの漁業・漁村の復興を目指して、宮城県では特定区画漁業権の免許の優先順位を変更する宮城県石巻市桃浦地区水産業復興特区を申請

し、2013年4月23日付で推進計画が認定された⁸⁹。漁業法上、特定区画漁業権の優先順位は第1位が漁業協同組合となっており、漁業協同組合が免許を受けない場合に限り下位順位の法人等が免許を受けることができる(漁業法18条等)。石巻市桃浦地区水産業復興特区の推進計画では、地域のカキ養殖業の復興を目指して2012年8月に設立された桃浦かき生産者合同会社を漁業協同組合と同順位(第1位)にし、2013年の漁業権切り替えに合わせて免許しようとするものである。これは復興特区という限定された制度の中での事例であるが、既存の漁業権秩序に対して改変を加えるものである。本来1位の漁業協同組合(宮城県漁業協同組合)は復興推進計画に反対しているが、計画では地元民中心の法人の参入であり、また事前の区割り調整等により参入に支障はないと判断している⁹⁰。新規に外部から参入してくる民間出資の合同会社と、合併し関係地区からは離れた漁業協同組合のいずれが免許を受けるべきか、容易には判断がつかない問題であるが、こうした事態における判断をより正確に行うためには、第1種共同漁業権が関係地区に免許され、その上に区画漁業権や定置漁業権が存在しているという構造を踏まえ、共同漁業権とその他に漁業権の相互関係について検討しておく必要がある。

また、東日本大震災の被災沿岸地域においては特に顕著であるが、そのほかの日本の沿岸地域においても、漁業集落の縮小傾向は顕著であり、地先の海を「自分たちの海」であるとする漁民が高齢化し、徐々に地先の海から退場し始めている⁹¹。漁業協同組合が広域合併しつつ、漁業権は関係地区ごとに残していき、表面上権利主体は盤石に見えていても、その内実の空洞化は着実に進んでいる。復興特区制度を利用し、外部資本を導入し局地的に復興が成り立ち、地域が活性化することはあるかもしれないが、地先の海の適正管理をどのよう

⁸⁹ 復興推進計画【宮城県石巻市桃浦地区水産業復興特区】http://www.reconstruction.go.jp/topics/20130423_01_keikaku.pdf (2013年5月31日参照)。また、水産業復興特区の申請に関する動向を検討するため、諸橋邦彦「水産業の復興をめぐる論点」(国会図書館『調査と情報』751号1-12頁, 2012年5月)を参照。電子版: [Http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_3491729_po_0751.pdf?contentNo=1](http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_3491729_po_0751.pdf?contentNo=1) (2013年5月31日参照)。

⁹⁰ 前掲注89, 3-4頁。

⁹¹ 緒方・前掲論文①(注2)。

に行っていくのか、というより普遍的な問題にどう答えられるのか。漁業だけではなく、漁業集落、漁村の生活の復興という観点から、水産復興特区の今後の動向を注目していくと同時に、その他の地域にも目を向け、研究を継続していくことが重要である。

[付記] 本稿は JSPS 科学研究費補助金研究「沿岸海域および河川流域の「共」的管理に関する法学的研究」(2010-2012年度基盤研究(C), 研究代表: 緒方賢一)の成果の一部である。

