HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	組合管理漁業権の性格
Author(s)	山畠, 正男
Citation	北大法学論集, 28(4)29(1), 1-37
Issue Date	1978-08-17
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16249
Type	departmental bulletin paper
File Information	28(4)29(1)_p1-37.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

組合管理漁業権の性格

山畠正男

一 はじめに

公有水面の埋立免許基準の一つに権利者の埋立同意というのがある（公有水面埋立法四条三項一号）。[1] 公有水面に漁業権（入漁権）が存在する場合には漁業権者（入漁権者）の同意ということになる。ところが漁業法（以下「法」）あるいは水産業協同組合法（以下「水協法」）には、この埋立同意についての規定がまったくないため、漁業協同組合が漁業権者である場合（組合管理漁業権）、いかなる手続によってこの同意をするかが問題となる。[2] この問題に対する見解は多様であるが、大別すれば、(1) 水協法五〇条四号の「漁業権の喪失」の規定に該当するから、総組合員の半数以上出席しその三分の二以上の多数による議決（特別決議）でたりるとする見解[3] (2) 右の特別決議のほか、第一種共同漁業権・特定区画漁業権にあっては、法八条五項の準用する同三項の規定によって、行使規則の制定について要求される地元地区ないし関係地区内に住所を有する関係漁民の三分の二以上の書面同意（またはこれと同一視しうる明確な同意）を必要とするとみる見解[4] (3) 組合管理漁業権（共同漁業権および特定区画漁業権）の放棄・消滅につ

いては関係漁民全員の同意を要するとみる見解[5]がある。

右の三種の見解の対立は、直接には法の不備によるものではあるが、同時に組合管理漁業権の性格についての理解に深くかかわっている。とくに(1)および(2)の見解は、第一種共同漁業権のみならず他の共同漁業権（二―四種）をも包含する見解であって、(1)は漁業権自体と組合員が行使規則によって漁業を営む権利（行使権）の関係について、前者については組合員の権利は関係がないという理解であり、これに対して(3)は行使権を有しうる関係漁民全員の一致でなければ漁業権の処分をなしえないという理解である。前者は組合の漁業権と組合員の行使権の完全分離論であり[6]、後者は組合の権利はすなわち関係組合員（行使規則の制定に関与する全組合員）の権利とみる入会権的両者一体論である。この両説は、組合管理漁業権についての正反対の見解であって、わが国の漁業権制度における国家法的側面と漁民が現実に抱いている法意識的側面の二面性を反映している[7]。これに対して(2)の見解は、昭和37年の法改正の規定にしたがって、しかも紛争の合目的的解決を志向して、妥当な結論を導いている。筆者は、(2)の見解において展開されている漁業権の一部放棄の理論には賛成できず、また漁場の一部埋立のすべての場合にこの見解が妥当するとも考えないが、(1)および(3)の漁業権に対する片面的理解に比して、実定法の規定に則して、しかも法の不備を合理的に補充して、学者も実務家も考えおよばなかった独自の理論を構成した点について、この見解に高い評価を惜しむものでない[8]。

以下、問題の昭和37年の法改正にいたるまでの組合管理漁業権の変遷をたどり、その性格を検討してみたい。

二　漁業権制度の変遷

わが国の漁業権の歴史は、明治8年の太政官布告二三号雑税廃止、同一九五号海面官有宣言＝漁業免許制にはじま

り、[9]その後、府県取締規則時代、明治19年の漁業組合準則時代を経て、[10]明治26年以後の数次の法案提出の末、[11]明治34年漁業法にいたって、今日の漁業権の原型が制度的に確立された。そしてそれ以後、明治39年の改正、明治43年漁業法、昭和8年の改正、昭和13年の改正、戦後の漁業制度改革による昭和24年漁業法、昭和33年の漁業制度調査会設置による昭和37年の改正まで、漁業法は幾変遷を重ねた。ところがこの間、漁業権の基本構造は今日においてもなんら変っていないという理解がある。[12]しかしまた明治34年の漁業権がそのまま今日の漁業権ではないことも当然である。そもそもいかなる点が不変でありまたいかなる点が変更されたのか。このことを明確にする必要がある。

(1) 明治34年漁業法

明治34年漁業法における漁業権（定置、区画、特別、地先専用）は、前代の慣行による漁場利用関係をそのまま国家法的に承認したようにもいわれるが、[13]数次の法案と対比してみるかぎり、慣行による漁業権の否定と漁場主義（包括主義）の否定という二つの重要な基本的な方針に立脚している事実を知ることができる。[14]

第一に慣行漁業権の否定は、これを逆にいえば漁業権免許制の確立ということである。もちろん明治34年漁業法は、慣行による専用漁業権の免許を規定するとともに（五条二項）、法施行後一年以内に限って、専用のほか定置、区画の慣行による漁業権にも免許を与える特則を設けていた（附則三四条）。このことは慣行派にとって慣行維持の「金城鉄壁」という理解を生じえたし、[15]慣行の漁業権は出願するかぎり必ず免許されるという解釈もあった。[16]しかし附則三四条は「許否ノ処分ヲ受クル迄ノ間……従前ノ例ニ依リ漁業ヲ為スコトヲ得」と規定しており、従前の慣行漁業権に対するなんらの保障も存在するものではなかった。[17]要するに従来の慣行を一年以内に完全に消滅させ、すべての漁業権を免許漁業権に切替えるのが立法趣旨であったことは疑いがない。慣行が意味をもちえたのは免許時における漁場区域と漁業種類についてであり、[18]しかもその変更は許されなかった（規則三〇条）。慣行による漁業秩序が実は漁業

紛争の根本であり、そのためにこそ漁業法の制定が要望されたものである以上、漁業法が一般的には慣行の打破（明確な慣行のみの現状維持）を方針としたことはむしろ当然というべきであろう。[19] このことは裁判所によっても同様に理解されたし、[20] 地先専用の慣行漁業権といえども、漁業法施行後一年の期間徒過によって消滅せざるをえなかった事例のあることも判例上において明らかである。[21]

漁業権が免許をまってはじめて成立する権利である以上、時効（慣行）などを理由とする権利主張が許されないのは当然であり、[22] これは慣習上の権利たる入会権との大きな相違点であった。しかも免許は広汎な自由裁量行為であり（規則七条、八条）、かつ免許された漁業権には、これも自由裁量による存続期間（法六条）があり、[23] さらには公益目的による制限・条件付免許（規則八条三項）のほか、休業による取消（法八条）、公益目的による取消（法九条）の余地のあるものであった。私権とはいってもきわめて特殊な権利であり、入会権にはおよそ考えられない制約を含んでいた。もっともこのうち存続期間には更新が認められており（法六条三項）、一旦免許をうければ権利は恒久的に存続しえたようにもみえる。もちろん特別の事情のないかぎり更新は免許される方針であり、[24] 新規免許と更新免許の競願の場合には原則として後者が優先したであろうが、[25] 更新を請求する権利があったわけではない。更新免許が裁量行為であったことには変りなく、[26] かつ更新は存続期間の延長ではなく新な免許とするのが判例の一貫した態度であった。[27] この問題は漁業権上の権利（たとえば抵当権）の消長にも影響するため、明治43年漁業法以後はとくに議論のあったところであるが、ここでは、更新を新な免許と解することが長年の慣行という主張を排斥する意味をもちえたことを指摘しておきたい。この点は、更新制度を認めない現行法のもとでは問題を生ずる余地なく、百年の慣行といえども法的には僅か数年の歴史にすぎぬことになる。[28]

右のごとく更新は権利ではなかったから、漁業権は存続期間内でのみ権利であったわけであるが、事実としては、

特別の事情のないかぎり存続期間が更新されるのが普通であったろうから、損害賠償額算定の基礎としてはこの事実の側面が評価されるのも当然であった。[29] 漁業権の場合、このように制度のたてまえと事実にもとづく両様の評価がなされる場合がすくなくない。戦後の新漁業法が戦前の制度を改めた主要改革の一つとして強調された「先願主義」の廃止というのもその例である。[30] 自由裁量の免許制度のもとでは、事実として先願優先の事例は多かったであろうが、漁業法には特許法（三九条）や鉱業法（二七条）にみられるような「先願権」の規定はなく、判例もまた明白にこのような権利の存在を否定していた。[31]

第二に漁場主義の否定は、これを逆にいえば漁業種類主義の採用である。漁業権は漁場内における無制限の漁業の権利ではなく、漁獲物の種類、漁具・漁法、漁業時期が特定された権利である。[32] もとより地先専用漁業権も、地先の漁場を独占的に利用する権利ではなく、「漁業ノ種類ヲ限定シテ」（法五条）、免許状記載の内容によって（規則二八条）、漁業を営む権利であった。[33] しかも当初の行政方針は、地先専用漁業権の漁業種類についてきわめて制限的であったから、[34] 従来営んでいた漁業種類が権利の裏付けを欠く場合も生じえたわけである。[35] もっとも後には専用漁業権の内容拡充運動によって漁業種類が増加されるようになり、[36] 実質的な漁場主義と評されるような状態を生じた。[37] しかしいかに漁業種類を増加しても漁業種類主義であることに変りはなく、独占的排他的な漁業権の対外的な効力の点で観念的に漁場主義とは異ならざるをえなかった。[38]

右の問題は漁業権の法的性質の理解に密接に関連する。漁業権の法的性質に関しては諸種の見解があるが、[39] とりわけ漁場支配権説と漁業行為（水産動植物の採捕・養殖）権説とが対立している。[40] 漁場支配権説は、漁業の目的で一定の水面（漁場）を直接的に支配する排他的権利が漁業権であるとし、これに対して漁業行為権説は、漁場において排他的に一定の漁業をなしうる権利が漁業権であるとする。前者は漁業のための水面使用（漁場支配）に重点をおき、

漁業権の物権的性質はこのことから生ずる必然的効果とみる。これに対して後者は、水面使用は漁業権とは別個の法的関係であるとして、排他的な漁業行為に重点をおいて、漁業権の物権的性格を政策的な法律効果とみる。この問題は後にもふれるが、ここでは漁場支配権説は漁場主義にふさわしい理論である点を指摘しておきたい。けだし、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あっては、漁場の全面的支配という性格が強くなるからである。

しかし明治34年漁業法においては、同一時期、同一名称（種類）の漁業権免許は許されないだけであって（規則七条）、同一漁場内における漁業権の共存は当然とされており（規則一〇条）[41]、漁場に対する関係において、明らかに一面的支配の性格をもつにすぎなかった。漁業権の性質に関する判例はすべてこの点にふれているといってよい[42]。

ところで以上のような基本方針にもとづいて、地先専用漁業権が具体的にはどのような取扱いをうけたかをみると、まず免許にもとづかずしてこれを営むことは許されず（法二六条一項）、この点では他の漁業権と異なることなく、漁業権侵害に対する刑事制裁によって保護されていた（法二八条）。しかし地先専用漁業権は、慣行による場合を除いて、所定の手続を経て地方長官の認可により設立された漁業組合のみに免許され（法一八条、組合規則六条）、組合は、自営を禁止され（法一八条）、また他の漁業権のように員外貸付（組合規則一九条五号）をすることも許されず[43]、もっぱら組合員に権利を行使させるべきものとされていた（法二〇条）。いわゆる「組合管理漁業権」である。地先専用漁業権は、免許の申請を主務官庁にすることを要し（規則一四条）、さらに漁業権の処分については行政官庁の認可を要する点において（法七条但書、規則三六条）、他の漁業権とは異なる取扱いをうけた。明治34年漁業法が認めた漁業権の私権性はなお限定的であったが（法七条―相続、譲渡、共有、貸付）、地先専用漁業権の譲渡に行政官庁の認可を要するのはもとより、他の漁業権については自由であった漁業権の放棄（規則三五条二項）にも、同じく認可

を必要とした。

問題は地先専用漁業権に関する組合員の行使権であるが、これは前述のごとく組合規約にゆだねられていた。その組合規約は、組合員の三分の二以上の同意によって制定され（組合規則一〇、一一条）、規約変更には組合の総会の特別決議を要し（同三三条一項）、かついずれの場合にも地方長官の認可を必要とした（同六、三三条二項）。この規約によって組合員が漁業を営むのは、法が「組合員ヲシテ漁業ヲ為サシムヘシ」と定める組合の義務履行ではあるが、組合員の固有の権利によるものではない。昭和37年法改正当時、水産庁の第一次案も「各自行使権」の廃止を前提として、同旨の規定を設けていたことが想起される。[44] したがって、組合員の地位はいわゆる社員権にほかならず、[45] 規約によって容認されたかぎりでの行使権（操業請求権）であったと解される。もちろん規約が入会慣行を承継する場合はあったであろうし、規約の実態も、当時の模範規約にならって、[46]「組合員ハ各自又ハ共同シテ之ヲ為ス」としたであろうし、これが旧法時における一般の例であったといわれる。[47] おそらくそれが行政指導でもあったものと思われる。しかしこの場合の組合員の各自行使権は、規約の承認によるもので、組合員の固有の権利ではなかった。そしてとくに価値のある漁業種類については古くから入札などの方法による行使権者の特定化が行われていたのであり、[48] 法律上も組合員の一部が組合の漁業権の行使について特別の利益をうけることを承認していた（組合規則四五条）。このように組合員の権利が規約に依存した点は、入会権との決定的な差異であったといってよい。もちろん入会権の場合にも、その解体過程において入会持分の内部的譲渡によって、権利者の不平等を生ずるということはあった。しかし入会権者でありながら入会権を行使できないとか、自己の意思にもとづかずして権利を失うというようなことはありえなかったから、組合には加入できても（組合規則四八条参照）漁業権は行使できなかったり、[49] あるいは現に行使している権利も多数の意思によって奪われうるという漁業権の場合と同一視することはできない。制度的には規約の制定・変

更には行政官庁の認可を要したから、組合員にとって不当な権利制限は行政官庁がこれを阻止しようと思えばできたわけであるが、問題はむしろ、入会権の場合における入会権者の全員一致という原則が社団としての組合の決議方式と合致しないという点であろう。全員一致とは要するに現状固定ということであり、一般的にはこのような方式が社団としての組合の運営にとってきわめて非現実的であることは明らかである。[60]

(2)　明治43年漁業法

明治43年漁業法は、漁業権について一面で抵当権の目的となることを認めて（法八条）、漁業権の財産的価値を高め、他面で公益目的による漁業権の取消事由を拡大して（法二四条）、漁業権に対する公法的制約を強化するほか、従来は漁業権の享有・行使のための団体にすぎなかった漁業組合について、組合員の漁業に関する共同施設の目的を追加し（法四三条二項）、実質上は疑問の余地のなかった法人格の規定を設けるなど（同条一項）、諸種の実質的形式的改正を行った。とりわけ、抵当権設定の容認に伴って漁業権を「物権ト看做シ土地ニ関スル規定ヲ準用」したこと（法七条）、地先専用漁業権に関して、無免許営業の禁止を解除したこと（法五八条一項）、地先専用漁業権を行使する組合員の権利を「各自漁業ヲ為スノ権利」として（法五四条四項）、漁業権とともに、独立して漁業権侵害罪の対象となることを規定（法六〇条）したことが注目される。

まず漁業権の法的性質に関して、漁場支配権説にあっては、漁業権を物権と看做したことの意味を漁場を土地と同一に取扱う趣旨というように把えている点が注意される。この見解は、漁業権をもともと物権の性質を有するものとみているので、漁場は土地ではないが土地と同一視する、というのが漁業法の右の規定の趣旨であるというのである。[61]もちろん漁場支配権説といえども、漁業の目的での漁場支配ということは認めるのであるから、土地における同一の法律関係（たとえば所有地内への不法侵入）を考えているわけではなく、とくに区画・定置漁業権の場合におけ

る漁場保護を念頭においているごとくである。たしかにこの種漁業権においては土地に喩えられてもおかしくない実態がないわけではない。[52] しかし、それだからといって、この種漁業権の直接的侵害（漁場占拠）に対しては、妨害排除（漁業（養殖）を為すべからずとの不作為）の請求ではなく、漁場返還の請求をすべきだとするのは、[53] あまりに観念的にすぎるといえよう。のみならず、漁場＝土地に拘泥するときは、たとえば漁場外において定置漁業権の妨害をするような場合、[54] これに対する物上請求権の根拠を説明することが困難になると思われる。区画・定置漁業権についてすら漁場＝土地の観念がかならずしも適切でないとすれば、いわんや地先専用漁業権において漁場＝土地の観念が比喩的にはともかく法律的には不適切なことは明らかである。もともと地先専用漁業権の場合には、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、漁法的にはなん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だからである。このことは明治43年漁業法によって明確にされ現行法に承継されている。

また漁場支配権説を徹すると、漁場内における工作物の設置あるいは漁場の埋立は、その工作物または埋立が漁業権におよぼす影響を度外視して、ただちに漁業権侵害となりかねず、事実そのような主張が裁判上においても行われている。しかしこのような主張は、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まったく無視するものであって、漁業権に対してあたかも所有権と同一の全面的支配を主張するにひとしい。右のような事案について、判例も、専用漁業権が漁場に対する排他的独占的支配権ではないことを明言している。[55]

さらに漁業行為権説に対しては、漁業権漁業と許可漁業との区別の意義が失われるとする批判がある。[56] この批判はあたっているが、漁業権も、水産動植物の単なる採捕権ではなく、漁業を営む営業的な権利としてのみ法的に認められたものである以上、両者の間にこの面での差異がないのは当然であり、[57] 権利ではないはずの許可漁業にあっても、

その許可が事実上権利化していることは顕著な事実であり、これを法的にも権利としようとする主張も強く、漁業許可の方式をいかにするかは昭和37年の法改正における最大の論点であった。[58] もちろん許可漁業を権利化しても、漁場の特定、不特定という点で漁業権との差異は残る。しかし共同漁業権の場合には、漁場の特定とはいっても、そこには自由漁業も許可漁業も現に共存している。定置・区画の漁業権にあっても他の利用を妨げるものではなく、漁場とは当該公有水面の漁業上の一側面をいうにすぎない。そもそも水面自体はだれのものでもないというべきである。

もともと漁業権に土地に関する規定を準用したのは、漁業権を抵当権の目的としたことからきたものである。明治34年漁業法制定時にも、抵当権は大きな問題であり、政府案になかったのを特別委員会でこれを加え、衆議院では可決したが、貴族院でこれを否決し、衆議院もこれに同意してついに実現しなかった経緯がある。反対の理由は抵当権の目的を限定している民法の原則に抵触するということであったため、抵当権を認めるには土地に関する規定の準用という規定を必要とし、漁業紛争防止の機能をもつにすぎなかった免許漁業原簿の登録に不動産登記の同様の機能を与えることになったものである（法二六条）。[59] ところで抵当権の目的となるということがそもそも入会権にはみられない漁業権の特質である。地先専用漁業権の場合、明治34年漁業法と同じく、抵当権設定に行政官庁の認可を必要としたが（法一〇条二項）、認可は漁業権処分の成立要件ではなく効力発生要件にすぎないとするのが判例であり、[60] 一旦認可をうけて処分がなされれば、以後漁業組合の地先専用漁業権の性質は失われ、[61] 抵当権実行による競売の場合には、漁業組合以外の者たとえば私人に専用漁業権が移転することも起りえたし、現にそのような事例もあったようである。[62] かような地先専用漁業権の運命は、もとより抵当権の設定を認めない現行法上は起りえないが、入会権にはおよそ考えられないところである。

つぎに組合の地先専用漁業権における組合員の権利であるが、これが「各自漁業ヲ為スノ権利」（各自行使権）とし

て実定法的に保障された結果、組合員は専用漁業権の行使を組合に対して請求しうるのみならず、その行使権を他の組合員を含む一般第三者に対しても主張しうる地位を取得することになった。[63] 漁業法は、各自行使権が漁業権侵害罪の対象となることを規定するのみで、その物権的効力の点については規定を欠き、この点に関する判例もみあたらないが、[64] これを肯定することにおそらく異論はないであろう。[65] 従来は組合の漁業権のみが漁業権侵害罪の対象であり、組合のみが漁業権侵害に対して物上請求権を行使しえたのに対して、組合員自身の行使権に対する侵害も刑罰の対象になり、[66] 組合員以外の者による行使権侵害の場合はもとより、規約に違反する他の組合員の行使権の行使に対しても、組合員固有の権利主張をなしうるようになったことは、大きな変化といってよい。

しかしここでの問題はむしろ、組合員の行使権の強化の側面よりは、各自行使権の規定によって、組合員は真実各自が漁業を営む権利を確保しうることになったのかという点にある。もともと組合管理漁業権における組合員の各自行使権の法的性質を論じた研究はとぼしいが、[67] この点についてもとくに問題として取上げたものはみあたらない。おそらく、明治から今日まで採藻採貝などの漁業権の本質は不変であるとみる入会権論者にとっては、当初から入会権であった権利に「各自行使権」という制定法的表現を与えたにすぎないということになろう。これに反して、逆に組合員の権利を組合に対する操業請求権であって一種の社員権とみる見解からすると、各自行使権の規定にもかかわらず、組合規約による別段の規定の制定が可能であり（法四三条四項但書）、また組合員の一部が漁業権の行使について特別の利益をうけることが許されている以上（組合令一二条一〇号）、明治34年漁業法当時と比べて組合員の社員権的性質になんらの変化もなかったということになろう。

しかしまったく変化がなかったわけではない。前述のごとく、明治34年漁業法当時には、地先専用漁業権の員外貸付は許されないという解釈であった。ところが明治43年漁業法においては、各自行使権を認めると同時に、別段の定

めによる他の権利行使方法をも一般的に許容したため、別段の定めをすれば員外貸付（組合令二〇条一項八号）もできることになった。しかも各自行使権の確立は、組合の漁業権の貸付のみならず、各自行使権の貸付をも可能ならしめる結果となった。この地先専用漁業権の貸付は、新漁業法における漁業権の貸付禁止にもかかわらず（法三〇条）、なお一部の地域で行われており[68]、また各自行使権の貸付禁止の規定を欠くため、今日でもなお問題を残している[69]。

のみならず、昭和8年の漁業法一部改正の結果、新に漁業協同組合が認められ、漁業協同組合には自営が認められたため（法四三条ノ八）、制度的には組合員の権利を全般的にあるいは全員的に奪うことが合法的に可能であった。もちろん組合自営の承認には農林大臣の許可を要し、その実例もすくなかったといわれるが、組合自身による漁業権の行使は組合員の各自行使権の消滅のうえに成り立つものであるから、ここに用益権能を全組合員に帰属させる総有観念の崩壊が指摘され、組合員の固有権専属権ということを強調することの無意味さが指摘されることになる[70]。

もちろん、組合員の権利を社員権とみる見解も、地先専用漁業権にみられる入会的実態をまったく無視しているわけではない。しかしそのような実態は、理論的には組合規約において是認される範囲内のものであり、かつそれは組合に対して組合員の有する社員関係の一事例にほかならないとする。組合員の権利を一律に入会権とみる見解が多分に感覚的であり、実定法上の根拠が薄弱であるのに比して[71]、この見解はるかに理論的であるといわざるをえない。しかしこの解釈論は、明治34年漁業法の規定には合致するが、明治43年漁業法の規定からはかなり離れていることも事実である。前述の規定は、規約によって各自行使権も認められるといっているのではなく、別段の定めのないかぎり、組合員は各自行使権を有するといっているのである。したがって、同じく組合規約上「組合員ハ各自又ハ共同シテ漁業権ヲ行使スル」と記載されている場合にも、これによって各自行使権を認めたというのではなく、別段の定めがないから法律の規定どおり各自行使権が認められているとみるのが、素直な解釈というべきであろう。このように

解しないかぎり、各自行使権について漁業権侵害罪の適用を認めていることの意味も理解困難である。とはいえこの組合員の権利は、絶対的なものでもなく、その権利の確保について特別の保障をうけるものでもなかった。組合員は、規約を離れて各自行使権の内容を任意に決定しうるものではなく[72]、逆に規約変更が正規の手続によってなされるかぎり、既存の権利を失わざるをえなかった[73]。さらには組合自営ということになれば全組合員の権利の全面的消滅をも招来するものであった。その意味においては、組合員の権利はなお社員権的性質のものであった。しかし同時に組合員は、別段の定めがないかぎりその権利を法律上保障されていた。ただしこの側面は明治漁業法のもとでは大きな意味をもつことはなかった。財産的価値の高い漁業種類は特定組合員の利用、員外貸付など、つまりは別段の定めにゆだねられていたからである。

(3) 昭和24年漁業法

戦後の漁業制度改革によって従前の漁業権は一斉消滅させられ、新漁業法によって新な漁業権制度が発足した。新漁業権制度においては、水面の総合的利用、漁業生産力の発展、漁業民主化という立法趣旨に則して(法一条)、漁場計画(法一一条)、免許の適格性と優先順位(法一四―一九条)、漁業調整制度(法第六章)など新な規定が設けられるとともに、存続期間の短縮と更新制度の原則的廃止(法二一条)、担保性・譲渡性の制限(法二三条二項、二七条)、貸付禁止(法三〇条)によって、漁業権の財産権的性質にかつてないほどの著しい制約が加えられた。

漁業権の種類についても変更が加えられ、従来の地先専用漁業権に代わって、従来の定置漁業、特別漁業の一部を加え、新に共同漁業権(一種―五種)が創設された。この際従来は漁業権の内容であった浮魚は権利の対象から除外され、自由漁業ないしは許可漁業の対象となった。地先水面の漁業権の内容縮少であり、漁場支配権説の根拠を一層弱めたものといってよいであろう[74]。

いま一つ共同漁業権について注意すべきは、従来地先専用漁業権の処分については行政官庁の認可を要するとされていたが（明34法七条但書、明43法一〇条二項）、共同漁業権についてはかような規定が設けられなかったことである。その理由はおそらく、共同漁業権の譲渡が考えられぬ以上、その必要をみないと考えたためではないかと思われる。しかしこの漁業権の処分には漁業権の放棄も含まれるとすると、[75] 明治漁業法のもとでは地先専用漁業権の放棄に行政官庁の認可を要したが、新漁業法のもとでは、共同漁業権の分割変更と異なり（法二二条）、その放棄は自由にできるという差異を生ずる。問題は、漁業権自体の変動における分割・変更と放棄との性質の差異をいかに解するかであるが、新漁業法のもとでは、漁業権の放棄は権利の返上であって、新な漁業免許を可能にするにとどまるから、[76] これについてとくに免許を要件とする必要をみなかったということであろう。

つぎに問題となるのが、組合管理漁業権における組合員の地位である。これについて新漁業法は、「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、「……共同漁業、組合管理の区画漁業」権の範囲内において各自漁業を営む権利を有する。」と定めていた（法八条）。この規定のうち、「組合員である漁民」の部分は、昭和8年の改正で漁業協同組合の組合員のうち漁業者のみに各自行使権を認めた規定（法四三条ノ九第二項）と同旨であり、各自行使権の部分も明治43年漁業法におけるとまったく同一である。そして「定款の定めるところにより」の部分は、明治34年漁業法におけると同様の規定の仕方である。したがって規定の外形だけからいえば、一見明治漁業法と大差ないような印象を与えかねない。そのためこの規定に「旧法の立法主義の踏襲」とか「無条件継受」という評価しか与えない見解もあり、[77] 漁業権行使の実態からみて、このような前時代的規定の適用範囲の拡張（区画漁業権への拡張）に対する立法批判、[78] あるいは貸付禁止との関連におけるこの規定の立法技術的意味を認めつつも、組合員の行使権の無保障に対する立法批判を招いた。[79]

しかし漁業制度改革によって新な漁業権制度を創設しようとした立法者意思は、右の見解にはまったく反するものであった。もちろん立案者の当初の意図がそのまま立法として実現したわけではないが、既成の漁業秩序の民主的改革こそが新漁業法の目的であり、そのためにこそ前述の各種の新しい制度が採用されたのである。だとすれば、組合員の各自行使権の規定にも当然に新な内容が含まれているはずである。まずこの規定については、明治43年漁業法における「別段の規定」による例外を削除した点に注意しなければならない。そしてその結果として生じた明治34年漁業法における「規約の定めるところにより」の規定については、新漁業法における漁業権の貸付禁止の原則を想起しなければならない。すなわち全組合員による例外なき権利の平等行使、これが定置漁業権のような個別漁業と異なりすべての組合員がその権利を行使しうる組合管理漁業権のあるべき姿とされた。ここから法八条にいう「定款の定めるところにより」にも新しい意味が与えられた。定款が定めるのは、行使権者ではなく行使方法にすぎないという解釈である。その結果、各自行使権については、つぎのような説明がなされた[80]。各自行使権は「形式的・恣意的平等ではなく団体統制下の実質的平等」によって行使されるべく、「定款の行使方法のきめかたが最も問題となる」が、この点は「法律で一定の型を規定せず」、漁業制度改革によって民主化される「組合に任せた」のである。組合としては、「漁民である以上永久にやらせないというように制限することはできず」、したがって入札によって特定の組合員のみに行使権を限定する従前の慣行は当然各自行使権の趣旨に反するし[81]、すでに引用の下級審判例も入札を無効としている[82]。

右のごとく、新漁業法のもとでは、従来の員外貸付は違法となり、組合員の一部に対する権利の貸付と意識されていたものも各自行使権の行使となり[83]、このような特定組合員の権利行使自体が「行使方法」の態様にすぎなくなる。ここに明治43年漁業法の各自行使権が無留保で実現されるというのが、立案当局の法八条に関する立法趣旨であっ

た。このような組合員の各自行使権の保障は、昭和37年以降むしろ行使権の特定化を承認した第二―四種共同漁業権の行使規則の行政指導にも承継されており[84]、ここから、組合の権利と組合員の権利との関係について、組合の権利から組合員の権利が派生しているというよりは、組合員の権利の集積が組合の権利である、とする見解も生まれてくる[85]。しかし、前述のような組合員の権利の保障という法八条の解釈以外、漁業法がなんらかこの特殊な権利について具体的な特別規定を設けているかというに、それがまったく見当らない。立案当局の解説でもこの点の言及はなく、かえって組合管理漁業権に関する組合の意思決定方法が「通常の多数決」である旨の記述がみられる[86]。したがって、新漁業法においても、組合の権利の得喪変更は正組合員のみによる総会の特別決議によるとする趣旨であったと解されるが、このことから逆に、定款によって組合員の権利を制限、剝奪することも同じく許されるという解釈も生まれてくる[87]。

ここで、新漁業法においては、組合と漁業権の関係がまったく規定されていない事実を指摘しておく必要がある[88]。この点は、明治漁業法と新漁業法および現行法との重要な差異である。もともと明治34年漁業法にあっては、漁業権のためのみの組合であったし、明治43年漁業法においても漁業権の取得・貸付が組合の主目的であって、組合の設立に際して規約に漁業権および行使権に関する規定を設ける必要があり（明34組合規則六、一〇条、明43組合令一〇、一二条）、組合規約に行使権の規定を欠くことはありえなかった。ところが戦後の水協法は、組合自営については規定を設けたが（一七条）、組合の事業中に漁業権の管理を含めず（一一条）、したがって定款の必要的記載事項でもなかった（三二条）。そのため、戦後の組合の定款には組合員の行使権についての規定を欠く例が相当あったようであり[89]、その影響は昭和37年以降の行使規則にまでおよんでいる例もみられる[90]。現行法でも行使規則の制定がなくとも漁業権が免許される点は同じであり[91]、この場合には組合員の行使権の認められない漁業権が存在することになる。た

だし昭和37年の改正の前後で、その意味するところはかならずしも同一ではない。行使規則が存在しない場合についてはつぎに述べるが、定款に定めがない場合については、前述の立法者意思にしたがえば、組合員の行使権は存在するが行使方法が定められていないだけという解釈が成り立ちうる。この場合、とくに行使方法の定めがなくとも、各自行使をすればたりる第一種共同漁業についてはこれで支障を生じないが、行使方法を決定しないかぎり実際には漁業を営めないような第二―四種共同漁業ないし区画漁業にあっては、行使権は存在するが行使方法が決まっていないだけというのは無意味であり、行使権が存在しないというにひとしい。もちろんこの場合には、従来の慣行にしたがって漁業が行われることになるから、一般には慣行による権利行使として意識されざるをえない。[92]

他方、第一種共同漁業以外の組合管理漁業にあっては、全組合員による平等な権利行使の強調は必然的にこれら漁業の零細経営化を招き、経営の安定と生産力の向上の見地から、法八条はかならずしも行使権者の特定を禁ずる趣旨ではなく、定款で定めれば特定の組合員にのみ権利を行使させることもできる、という解釈論が主張される。条文自体からはこのような解釈論も成り立たないわけではなく、明治漁業法の規定との対比をせずに、ただこの規定だけをみれば、あるいはこの解釈のほうがむしろ普通といえるかもしれない。もともと、各自行使権の保障を法律にもとめず、民主的な組合意思にすべてをゆだねた立法者意思がこの結果を招いたのであるが、新漁業法施行後一〇年、漁業の発展は組合管理漁業権の入会権的発想に対する批判を増大させるにいたった。またこの問題に対する行政指導も明確を欠き、[93]ここに法八条の改正が問題とされるにいたった。

法八条の改正は、昭和33年に設置された漁業制度調査会においても、重要な検討事項として取上げられ、調査会の中間報告から、その答申をうけて水産庁が改正案を確定するまでの間、各自行使権の存廃について重要な変遷を重ねた末、けっきょくは現行法の規定として実現した。そしてそれは従来の規定とはかなり異なるものであった。

(4) 昭和37年改正法

法八条の改正は、組合管理漁業権に含まれる諸種の問題点の立法的解決をはかる意図のもとに、大幅に規定を変更する形で行われた。もともと組合管理漁業権については規定がかならずしも充分でなかったところ、新漁業法では一層その感が深かっただけに、法八条の疑問点を解消すべく種々苦心を払ったといわれるこの改正の意義は大きい。改正点はすくなくないが、ここでは各自行使権に焦点をしぼって検討する。

改正法八条は「〔漁業〕権の範囲内において漁業を営む権利を有する」（一項）と規定していて、「各自」の文言が消えていることに気付く。各自行使権の再検討は漁業制度調査会でも当初から問題とされ（中間報告一b第二―四種共同漁業権、c(i)のり、かき区画漁業権[94]）、答申においては各自行使権を第一種共同漁業権に限定し[95]、これをうけた水産庁第一次案は、すべての組合管理漁業権における各自行使権を廃止して、組合は「〔漁業権等行使規程の〕定めるところに従って、当該漁業を組合員に営ませなければならない」と規定し（第一次案第三(2)[96]）、明治34年漁業法当時への復帰をはかった。しかしこれに対しては行き過ぎとの批判もあり[97]、かつは「組合員はいかなる法律関係で漁業を営むのか―漁業権の貸付けか、単なる社員権の反射か―その法律上の位置づけが困難になるという批判があり、その廃止は困難と考えられたので[98]」、けっきょく各自行使権を廃止することなく、これを制限する趣旨で「各自」を削ったものである。

改正法では、行使権者は行使規則によってはじめて定まる。この点は形式的にいえば改正前も同様であるが、全組合員の権利を強調する旧八条のもとでは、定款に行使方法の定めがない場合にも、とくに行使方法を定めなくとも権利行使が可能な漁業権であれば、なお各自行使権の存在を肯定する余地があったのに反して、行使資格を行使規則によって定める現行法のもとでは、理論的にいって行使規則のない以上行使権は存在しえない。したがって、区画漁業

は営むことができず（法九条）、共同漁業は営むこと自体は禁止されていないが、それは権利にもとづくものではなく、かつ組合の漁業権侵害の行為となる。[99] これは改正法における組合員の権利に対する重要な変更であって、組合員間の意見の対立、あるいは法八条三項、五項の関係漁民の三分の二の書面同意がえられないことによって、行使規則が制定されないときは、組合員の権利は実現しない結果となる。

改正法のもとにおける行使権者は、行使規則に定める有資格者である。行使権者の特定化の要請に応じて、行使規則は、組合員である漁業者・漁業従事者について、個人か法人か（水一八条一項三号）、正組合員か準組合員か（同一八条五項）、漁業者にかぎるか（中間報告一a（iii））、その他漁業従事日数、専業度、経験年数、経営能力、増殖事業従事年数（または負担金納入実績）などの点で、行使権者の資格要件を定めなければならない。また有資格者の全員が権利を行使しえないような資格要件の場合には、具体的に当該漁業を営む者を決定する方法を決めておかねばならない（一次案第三(2)二項二号、二次案第三(2)二号）。[100] この点では、行使規則は旧八条の定款による規定と同一の役割をはたしているといってよい。

右のように、改正法においては、行使規則によってはじめて行使権者が決定されるのであるから、漁業者または漁業従事者である組合員のすべてが該当するような資格要件を定めないかぎり、全組合員が「各自」行使権を有することにはならない。したがって、改正法のもとでは、全組合員の権利という意味での各自行使権はそもそも存在しないといってもよい。もっとも、行使規則で定めるのはあくまで資格要件であって、具体的な行使権者（二次案前掲）ではない。また有資格者全員が同時に権利を行使しえない場合には、有資格者の一部が永久に権利行使をなしえないような決定をしてはならないというのが行政指導であることも、前にふれたところである。[101] さらに行使規則制定時においては資格要件に該当しない者（たとえば准組合員たる加工業者。水一八条五項三号）であっても、その後に漁業者

または漁業従事者となって行使規則に定める資格要件を具備すれば、自動的に行使権を取得するというのが、立案当局の見解である。[102] この趣旨を進めれば、正組合員であることを資格要件としている場合にも、准組合員が正組合員の資格要件とされる漁業従事日数に達すれば自動的に行使権を取得するということになろう。[103] もちろん同じことは正組合員間においてもありうる。しかしそれはあくまで資格要件がゆるやかに定められた場合のことであって、実際には特定の者だけが行使権をもつような資格要件を定めておくかぎり、他の組合員は永久に権利行使の機会をもちえず、行使権者は行使規則制定当時のままに固定されざるをえない。したがって、かりに資格要件に該当すれば自動的に行使権を取得しうる地位を潜在的な（各自）行使権とよぶにしても、それはもはや、改正前の法八条の場合についていわれたような組合員の各自行使の潜在的権利ではありえない。

しかし他方で改正法は、第一種共同漁業権と特定区画漁業権については、行使規則による行使権者の決定とその変更、行使規則の廃止による行使権の消滅についての組合意思の決定に制約を加えた。特定区画漁業にあっては当該漁業を営む者、共同漁業権にあっては沿岸漁業者の発言権（法八条三項、五項）と行使規則に対する知事の関与（同条四項）がそれである。この制約は、行使権者の消滅と行使権者の特定の双方について生ずる。

まず行使規則の廃止であるが、これは改正法の立法過程における第一種共同漁業権の組合自営禁止案（中間報告一a(ii)）をうけて、一次案で関係漁民の三分の二[104]以上の書面同意要件に改めたのをこの形式において表現したものである。新漁業法でも組合自営は禁止されておらず、共同漁業権の場合には、免許適格、優先順位の点で特定区画漁業権の場合の区別（法一四条二項、一八条）もなかったが、免許当初の管理漁業権を後に自営に変更しうるかについては疑問があった。[105] 改正法はこの疑問を解消するとともに、組合員の三分の二以上の同意（水一七条二項）のほか、この同意に加われない者を含む関係漁民三分の二以上の書面同意の要件を加えた。もっともこの要件は、法改正前は免

許後における組合自営は許されなかったと解釈すれば、組合員の行使権を保障したというよりはそれを制限したという意味をもつことになる。

つぎに行使規則の制定についての関係漁民の三分の二以上の書面同意の要件は、漁業制度調査会において当初から問題とされていた正組合員資格引上げと組合の合併広域化に伴う既行使権者の救済・保障のための規定である（中間報告一a（i）—（iii）、c（i））。すなわち組合員資格の引上げによって従来の正組合員資格を欠くにいたった者（准組合員）にも行使権者たりうる可能性を確保し、また既存の権利者がその権利を確保しうることを保障して、それによって経済的側面からの要請である組合の合併を促進しようとするのが、法のねらいであった。したがってこの規定の一つの意味は、正組合員のみによる特別決議（水五〇条五号）によって、准組合員の三分の二以上の多数、あるいは准組合員を加えた三分の二以上の組合員の多数の権利が奪われることを防止したものであり、特別決議のうちに関係漁民の意思が反映されている場合にも、なおこの要件を必要とする趣旨ではないと解される。そして特定区画漁業の場合には、同意権者たる既存経営者は正組合員資格を有していて、この規定は実態的にはほとんど空文化されているともいわれる[106]。

むしろこの規定のいま一つの重要な意味は、組合の合併広域化によって従来は漁業権の行使に関係のなかった多数の組合員を生ずる結果、その多数の意思によって既存の権利者の地位が脅かされることがないようにすることにあった。これは立法段階において、行使規則の制度の意義について最も強調されたところであり[107]、第一種共同漁業の場合はもとより特定区画漁業においても、なおその意義を失っていないといってよい。ただしこの場合にも、法律に定める所定の手続によるかぎり、組合の多数者の意思により少数者たる当該漁業者の地位が脅かされるような組合員の構成であることが前提となっていると解しなければならない。

以上述べたところで明らかなように、改正法における組合員の権利は、行使規則によってはじめて定まるものであり、従来のように慣行を理由とする権利主張の根拠は失われたといってよい。[108] しかし改正法は、各自行使権を廃止しなかったから、行使権者の地位は、単なる社員権の反射的効果ではなく、しかも現行法上は賃借権、使用借権にもとづくものでもありえず、物権的性質を認められる独立の権利である。そしてこの行使権と漁業権の関係は、前者が後者から派生していることはもちろんであるが、[109] 他方において、漁業権者（組合）の意思のみによって行使権者の権利を左右しえない場合もあるという一面をなお失ってはいない。そしてそのことから、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ことができる。このような一種の期待権的地位は観念的には全組合員が有しているわけであり、この地位を根拠として漁業権の処分を左右しえないことはもちろんであるが、その地位自体はなお漁業補償をうけうる資格を失ってはいないものと考えられる。

三　おわりに

すでにふれたように、わが漁業法における組合管理漁業権の性質については、これを終始入会権とみる見解がある一方、他方では法人理論にもとづいてこれを社団関係として一貫して把える見解がある。しかし以上の考察によって知られるように、これらはいずれも一面的見解というほかはない。組合員の権利は明治34年漁業法からこの方けっして単一なものではなかった。当初は単なる社員権の反射的効果ともみえた組合員の権利は、その後原則的な各自行使権の基礎を与えられ、戦後の新漁業法はこれを徹底して不可侵的権利にまで高めようとした。しかしそれはやがて改正法によって否定され、現行法にみるごとく、各自行使権の制限、社員権の制約のいずれともとれる構成となった。強いていえば明治漁業法と新漁業法との中間的性格ともいえる。そして漁場区域の埋立との関連でいえば、現行法上

これを漁業権、行使権の性質から形式的に判断することは困難であり、当該埋立が行使権者におよぼす影響との関連においてその当否を判断することが、改正法の趣旨に最もよく合致するものといえよう。しかもこの場合、埋立によって行使権に重大な影響をおよぼすとしても、その場合にいかなる手続を必要とするかは、この点に関して法に規定がない以上、これまた形式的には決定しがたい問題といわねばならない。純形式論からいえば、埋立同意は総会の決議事項ですらない。しかも漁場区域の埋立（あるいは干拓）による漁場の滅失をもって漁業権の消滅原因とする点は、戦前戦後を通じて学説の一致するところである。[110] そのため、実際には漁業権の放棄ないし変更の手続が行われているが、この手続がなされるかぎり権利は消滅に帰し、埋立同意の問題を生じないことになる。この点は実は戦前からの問題点であったのであり、[111] それがそのまま放置されて今日にいたったものである。[112] すでに二〇年近くも前に学説は法改正の必要を指摘していたが、[113] 埋立同意をめぐる手続の混乱をみるにつけ、筆者としてもその必要性を痛感せざるをえない。

（1）昭和48年に法改正が行われ、一項、二項が加わった結果、従前の一項一号が三項一号となった。

（2）埋立同意は、漁業区域の埋立によって漁業権がやがて（全部または一部）絶対的に消滅することを受忍する法律行為であって、漁業権の変動（変更、放棄）と理論的には関係がない。この点の法の不備は青塚繁志「干拓水域における漁業権の地位」長崎大学水産学部研究報告8号一六五頁においてつとに指摘されている。なお埋立免許と漁業権免許との相互関係については、大判昭和15年2月7日民集一九巻二号一一九頁があるほか、山口真弘＝住田正二・公有水面埋立法一三九頁以下に詳しい。また埋立免許後の漁業権免許に関しては多数の行政指導例がみられる。

（3）高松地判昭和45年4月28日（要旨、訟務月報一八巻一号一四三頁）、札幌地判昭和51年7月29日（判例時報八三九号二八頁。賛成評釈―岩渕正紀・法律のひろば三〇巻二号七五頁、秋山義昭・判例評論二二七号一四頁）、昭和47年6月27日法務大臣官房第三課長回答（訟務月報一八巻六号九四七頁）。

（4）大分地判昭和46年7月20日（判例時報六三八号三六頁）、福岡高判昭和48年10月19日（判例時報七一八号一〇頁）。この判決に賛成する学説として阿部泰隆・判例評論一五二号一九頁、戒能通孝・法学セミナー一九〇号一二頁、室井力・同上一六頁、船橋泰彦・ジュリスト四八六号六七頁。ただし判決の理論に検討を加えているものはない。

この見解と結論を同じくするが、漁業権の変更・放棄はつねに行使規則の変更・廃止を伴うから、この点で関係漁民の三分の二以上の書面同意の手続が要求されるとする見解があるが（宝金敏明「いわゆる臼杵風成公害予防闘争控訴審判決について」法律のひろば二七巻四号六五頁。同様の見解は鈴木正明「いわゆる臼杵判決・いわゆる番の州判決〔前掲高松地判〕」地方自治二八八号三六頁において示唆されており、阿部・前掲二〇頁もありうる解釈として言及している）、漁場の一部滅失＝漁場区域の変更＝行使規則の変更というようなことは一般的には第一種共同漁業権についてはありえず（区域の記載はない）、特定区画漁業権についてもつねにそうなるとはいえないから、この見解は誤りである。なお金田禎之・実用漁業法詳解二一七頁参照。

もっとも臼杵判決後の行政指導例は、従前の回答を変更して、漁業権自体の処分の前に必らず行使規則の廃止または変更の手続をとるように指導している（昭和47年9月22日漁政部長回答―漁業制度関係例規集（昭48）六〇頁）。しかしそこでは漁業権の放棄または変更によって「必然的に漁業権行使規則に基づく漁業行使権者の漁業の行使に実質的な影響を及ぼすから、書面同意制度の趣旨をふえんして……」と述べており、その趣旨はむしろ大分地判に近く、右の見解とは同一ではないように思われる。

(5) 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号五四頁。なお吉田勝美「大分臼杵公害訴訟」法律時報（昭47・4）六六頁。

右は入会権的理解による所説であるが、入会権を否定しつつなお「共同漁業権の現行漁業法上の性格から」関係漁民全員の同意を要するとするのは佐藤隆夫「日本漁業の法律問題」一九五頁である。文意かならずしも判然としないが、漁業権の性質（漁場支配権）に根拠をもとめるものであろうか。

(6) 櫻田誉「臼杵市における漁業権確認訴訟・大分地裁判決等について」法律のひろば二四巻一一号二八頁は、行使規則は組合員の個別的問題であり、漁業権の変更・放棄は組合（組合員全体）の問題であって、両者は問題の次元を異にするとする。また原教授も一貫して、法人理論、所有権理論により漁業権の得喪・変更は総会の特別決議でたりるとする見解であり、昭和37年の法改正後の見解は判然としないが、戦後においてもこの立場が堅持されていることは原暉三「部落と漁業権」（昭32）法学志林五四巻四号六二―三頁によって明らかである。

(7) 漁民の地先に対する支配意識については、これまでしばしば指摘されており、またそのような観念によって主ずる漁場切売意識は法社会学者からも批判されている（戒能・前掲一五頁）。つぎの引用は漁民の地先支配意識の個別的・一般的例である。

「この漁業権は、昭和17年になって免許をうけたものであるが、これは、対岸の地方の漁業者が飛島附近に出漁してくるのでこれを防止するための法的な根拠をえようとして出願したものである。もともと部落のひとたちは、その地先の海を「自分の海」として意識しているので、専用漁業権の内容として記載されている漁業種類については独占排他権があるが、そこに記載されていない漁業種類については、権利がないので他村の漁業者の侵漁にたいしてこれをこばむことができないと思っているものはひとりもいない。とにかく、「自分の海」のなかの魚介藻類は、漁業権の内容になっていようといなかろうとすべて「自分たちのもの」なのである。村のひとたちは、このように考え、このように行動してきた。」潮見俊隆・漁村の構造七八―九頁。ここには、漁民の法意識と国家法との関係（本来的には国家法とはかかわりなく、それでいて対外的便宜的には国家法を利用する意識）を明瞭にみることができる。

「ここで十分考えなければならない問題は、各漁協の――というより漁民の――地先水面に対する支配観念、地先の海はすべて自分たちのものとする漁場支配意識である。すでに明治初年の海面官有宣言に引続き、明治漁業法においても、漁業種類について制限列挙主義をとり、漁場支配主義は否定されている。新漁業法においてももちろん漁場支配主義は否定されて――自由漁

業、許可漁業の範囲拡大はそれを一層すすめたともいえる――いるのであるが、実際にはこれらの規定にかかわらず漁場支配意識は甚だ強く、ことに対馬の場合は漁業制度改革によって一層顕在化したといえる」中尾英俊「共同漁業権」川島＝渡辺編・入会権の解体Ⅱ四八五頁。

「〔明治漁業法では〕漁業権は免許によって個別的に支えられ、漁場入会に立脚する入会漁業という旧慣上の漁場行使は否定され、かつ、漁業権者を漁業組合に限定した。現行漁業法も、漁業協同組合に対してのみ免許されるということになっており、この基本構造は維持されている。しかし、漁民の実際の意識においては、地先水面に対する漁民の総有という観念は今なお広汎に残存し、例えば、漁村の総有地先水面の区域内の共同漁業権と隣接する区画漁業権および定置漁業権の享有もしくは行使は、実際問題としてその漁村民＝漁業協同組合の同意がなければ種々支障を生ずる場合が少なくないというのが現状である。」漁業基本対策史料第二巻六一五頁。

(8)　それ以前においては、埋立同意に組合の特別決議を要するか否かが問題となっていたにすぎない。たとえば昭和28年12月11日漁政部長回答（例規集五一一頁）は、埋立の程度によって通常決議でたりる場合と特別決議を要する場合とがあるとしており、松山地決昭和43年7月23日（訟務月報一四巻一〇号六五頁。本決定については青塚「公有水面埋立承認処分における「適正な手続」」高橋泰彦編・漁業制度調査研究報告(1)所収）においても、「組合員の利益の保護に留意する必要」に言及してはいるが、特別決議の要否以上にはおよんでいない。工藤重男・判例通達による漁業法解説三二一頁も同様である。

なお臼杵判決の理論構成は弁護団の手になったもののようである（黒木三郎＝笛木俊一「工場進出をめぐる漁協と漁民の紛争」漁業紛争の法社会学的研究（東京大学社会科学研究所調査報告第15集）一三三頁）。黒木教授は立法論として関係漁民全員の同意を要件とすべきことを主張する。黒木「埋立てと漁業権」近代的土地所有権・入浜権（日本土地法学会）一七三頁。

(9)　明治8年12月太政官布告一九五号「従来人民ニ於テ海面ヲ区画シ捕魚採藻等ノ為所有致候者モ有之候処右ハ固ヨリ官有ニシテ本年二月第二十三号布告以後ハ所用ノ権無之候条従前ノ通所用致度者ハ……借用ノ儀其管轄庁へ可願出此旨布告候事」

右の布告は「海面官有」宣言の布告として知られるが、およそ海面における一切の漁業を免許によらせる趣旨ではなかったことは、布告中の「海面ヲ区画シ」の文言によっても判る。大判明治31年6月1日民録四輯六巻六頁は「或ル漁業ノ為メ区画ヲ定メ専ラ之ヲ使用スル如キ共同使用ノ用方ニ反スル営業」は免許を要するが、その他は「他ノ各人ノ妨害トナラサル程度ニ於テ…捕魚採藻スルコトハ各人ノ自由ニシテ何人ニモ妨ケラル可キモノニアラス」とする。しかも「此権利タル公法上ノ関係ヲ有ス

ルニモセヨ各人ノ生活上必須ノモノニシテ各人カ当然使用ヲ為シ得ヘキモノナレハ私法上ニ於テモ亦当然之ヲ保護セサル可カラス是故ニ其自由ヲ侵害セラルヽニ於テハ之ト同時ニ私法上ノ関係ヲ生シ被害者ハ加害者ニ対シ訴ニ依リ損害賠償又ハ……侵害ノ差止ヲ要求」できるとしていた。

布告一九五号が漁業法施行以前における漁業権の存否に関する準拠法であり、この点が入会権との大きな差異であったことについて原「入会権と漁業権入漁権とを対比しての諸問題(二)」法学志林六三巻一号四七頁、森実「わが国漁業制度における慣習から権利への過程」法学志林六三巻二号一一一頁。

(10) 明治初年から明治34年漁業法成立にいたる間の漁業制度の沿革については、経済史家を含めて多くの文献があるが、とりわけ青塚繁志教授による「明治初期漁業布告法の研究I—VI」長崎大学水産学部研究報告12、17、18、19号の詳細かつ実証的な業績がある。

(11) 漁業法制定過程において重要な役割をはたした慣行派（水産同志会）の一人である中島行一に「漁業法通解」(明34)の著書があり、その四—五六、一六七—二二一頁に各法案、最終政府案の議会審議状況の詳細な経過が述べられている。

(12) 武井・前掲五〇頁。

(13) 潮見俊隆・日本における漁業法の歴史とその性格三〇頁以下。

(14) 法案における慣行重視はつぎの規定に明らかである。「漁場ノ区域又ハ其ノ入会及専用ハ従来ノ慣行ニ依ル」(明26、明28村田案三条)、「入会又ハ専用ノ慣行アル漁場区域ニ於テスル慣行ノ漁業ハ其ノ慣行ニ依ル」(明32政府案二条)、「……種類ニ拘ラス漁場区域ヲ一定シ漁業ヲ為サントスル者ハ地方行政庁ノ免許ヲ受クヘシ　但種類ニ拘ラス漁場ノ区域ヲ一定シ免許ヲ与フルハ従来ノ慣行アルモノニ限ル」(明34議員提出法案三条)。これに対して明33年の政府案では「区域ヲ限リタル根付磯付漁業……ヲ為サムトスル者ハ行政庁ノ免許ヲ受クヘシ　前項ノ免許ハ地元漁業組合ニ非サレハ之ヲ受クルコトヲ得ス　根付磯付漁業ノ種類ハ主務大臣之ヲ指定ス」(四条)となっていて、慣行はその姿を消している。

なお青塚「明治漁業法の法原理」長崎大学水産学部研究報告20号は、明治34年漁業法を前代の慣行の実質的承継とみる潮見氏らの見解に対して、本文指摘の点を含めて、同法における市民法原理の展開と公法原理の確立の側面を強調する。

(15) 桧垣淳三九・漁業法正解（明35）一七頁。

(16) 慣行専用漁業権の免許について樫谷政鶴・漁業法論（明34）一一頁、附則三四条による定置、区画（法三条）、専用（法四条）

の慣行漁業権の免許について中島・前掲一三六頁。

(17) 桧垣・前掲一七一八頁「慣行に善良なるものと否ざるものとあり……慣行なるものは其善悪を問はず総て之を採用し免許せざるべからずと言ふ者あらば漁業の秩序を紊乱するものにして水産行政の真意を解せざるものと謂はざるを得ず況んや慣行漁業免許期間を定め又は其更新を許否するは行政官庁の自由に属するを以て見れば慣行漁業の左程に恃むに足らざること推して知るべきのみ」

(18) 桧垣・前掲一六頁「五条第二項は公益上の理由に依るの外行政官庁の自由裁量を以て濫りに慣行を変更して免許すべからざることを規定したに止まる」。同一八頁「慣行に因り得たる漁業免許は其免許を得たる後は其漁業権の範囲は免許の範囲にして慣行の範囲にあらす故に慣行は免許を与ふる際の要件に過ぎずして免許ありたると共に其効力消滅す」

(19) 桧垣・前掲六一頁「〔附則三四条の趣旨は〕……既得権なるが故にあらず単に行政上の便宜に出つ却て其所謂慣行権なるものを一ヶ年後に消滅せしむるの主旨なり」

(20) 東京控判大正4年8月4日新聞一〇三九号二九頁「〔漁業法〕実施以前ニ於ケル慣行ヲ打破シ漁業権ニ付テハ免許ニ依リ他人ノ私権ヲ創設スルノ主義ヲ採リタルモノ……」

(21) 大判大正5年3月11日新聞一一三七号二八頁、千葉地判大正9年7月24日新聞一七五八号一九頁。

(22) 大判明治35年3月17日民録八輯三巻五一頁。

(23) 明治43年3月15日農商務大臣内訓〔改正漁業法施行ニ関シ内訓ノ件〕「漁業免許ノ存続期間ハ間々五年又ハ三年以内ノモノアリト雖モ此ノ如キハ公益其ノ他特別ノ理由ナキ限リハ短カキニ過クルノ嫌アリ……」改正漁政例規集第一輯（昭8）一頁。

(24) 同右「存続期間ノ更新ノ申請ハ其ノ漁場ニ於テ蕃殖保護、公益其ノ他ノ理由ニ依リ之ヲ免許スヘカラサル場合ヲ除クノ外其ノ申請者に之ヲ免許スヘシ」

(25) 行判昭和2年10月13日行録三八輯一〇七七頁。

(26) 明治40年9月1日訴願裁決要旨「免許期間更新申請ニ対シテハ必ス免許スヘキ規定ナク又特別ニ免許スヘキ理由〔事由〕ナキヲ以テ其更新申請ヲ拒否シ地元住民ノ代表者ト認ムヘキ他ノ者ニ免許シタル……知事ノ処分ハ不当ト謂フヲ得ス」星四郎・日本漁業法八二頁より引用。

(27) 行判明治40年11月6日行録一八輯八九九頁、大判大正10年12月27日民録二七輯二二一七頁、大判大正11年6月16日刑集一巻三

五三頁、大判昭和8年5月24日民集一二巻一三三三頁。
ただし、下級審裁判例には更新をもって期間延長と解するものもみられる。長崎控判大正10年6月14日評論一〇巻諸法二九八頁。

(28) 岡山地判昭和28年12月8日下民集四巻一二号一八四二頁「本件入札が長い歴史を有するものといい乍らも免許後の歴史は極めて浅いものである」

(29) 後掲東京地判昭和7年6月22日（註(55)は、残存期間二年の漁業権に関する損害賠償額算定について、特別重大な事情のないかぎり例外なく更新が免許される慣例に照し、漁業権通常の場合の期間二〇年を標準として採用している。

(30) 水産庁・漁業制度の改革一三頁、同・漁業基本対策史料第一巻二四二頁。

(31) 行判明治41年5月30日行録一九輯六七七頁「漁業免許ニ付テハ出願ノ先後ニ依リ其許否ヲ決スヘキ法令ナケレハ当該行政庁ハ後願者ノ経歴資産其他地元民ノ希望等ヲ参酌シ適当ナルコトヲ認メ之ヲ許可スルハ違法ニアラス」。同旨樫谷・前掲一二頁、星・前掲一四頁。

(32) 行判明治44年3月13日行録二二輯一六八頁「鰤大敷網〔定置〕漁業権ハ免許セラレタル漁場ニ於テ免許セラレタル方法ニ依リ免許セラレタル漁獲物ヲ捕獲シ得ルニ止マリ其漁場ニ向ヒテ来遊スル魚族（免許セラレタル漁獲物）ヲ独占捕獲スルノ権利アルニアラス従テ新規漁業ノ為メニ幾分ノ障害ヲ受クルモ其権利ヲ侵害セラレタリト言フヲ得ス」
もとより権利者以外の者が「必然漁具ニ入リ漁業権者カ採捕シ得ヘキ自然ノ情態ニアル魚類」を採捕することは漁業権侵害であり不法行為となる。大判大正5年3月7日民録二二輯三五五頁参照。

(33) 行判明治41年11月19日行録一九輯一三〇一—二頁「現行漁業法ノ専用漁業トハ一定ノ水面ヲ専用シテ限定セラレタル種類ノ漁業ヲ為スコトナルニヨリ其区域内ニ定置漁業ヲ許スモ当然専用者ノ承諾ヲ要スルモノニアラス」「専用漁業免許ハ水面ヲ独占スルノ権利ヲ付与シタルモノニアラサレハ原告〔専用漁業権者〕ハ当然其区域内ニ於テ定置漁業ヲ許可セラルヘキモノナリト云フヲ得ス」

(34) 明治35年12月15日水産局長回答「漁業法第五条第一項ニ依リ限定スヘキ漁業ノ種類ハ所謂磯付根付藻付ト雖ン棲所ヲ定メ若ハ余リ移動セサルモノ又ハ特定ノ網代ヲ有シ其漁業専用ハ之ヲ出願スル漁業組合ノ維持上ニ必要ト認メタル程度ニ於テ限定スヘキモノニシテ其漁場ノ区域ハ専用セシムヘキ漁業ニ必要ナル程度ニ依リテ定ムヘキ儀……」同旨明治36年3月28日水産局長回答。

星・日本漁業法三六頁より引用。

(35) 明治43年12月22日水産局長回答「専用漁業ハ免許状ニ記載シアルモノニ限ル、然ラスシテ組合規約ニ専用漁業トシテ規定シタルモ其効力ナシ」改正漁政例規集第一輯五頁。

(36) 戦前における漁業法改正への動向については大城朝申・漁業及漁業権制度（司法研究一七輯）一一五頁以下。

(37) 水産庁・漁業制度の改革一八頁。

(38) 原・日本漁業権制度史論二四〇頁。

(39) 代表的なものは本文所掲の二見解であるが、そのほか、漁業権は権利者の行為によって将来物権（所有権）を取得しうる権利（可能権、得有権、物権取得権、形成権）とみる民法学者の見解がある（吉原節夫「漁業権の物権的性質」富山大学経済論集五巻二号七五頁）。これはもともと所有権漁業権（漁業権は内水面の土地所有権から生ずる特殊な収益権）主義の法制のもとでドイツの学者の考えた見解の借用であり、わが国のようにそれ自体が免許によって生ずる独立の権利である漁業権の説明には適切でない。

(40) 漁業行為権説は実務家のとる見解で通説といってよい。漁場支配権説は、「漁場ヲ客体トスル一種ノ水上物権」（美濃部）、「一定の漁場を直接支配して漁業の目的のために使用収益をなしうる排他的権利」（原）というのがそれであるが、（同旨森・前掲一四七頁）、後者を支持する吉原・前掲九一頁は、地上権、地役権などの制限物権と同一の性質を有するとする。

(41) 行判明治42年10月6日行録二〇輯一二一七頁「時期ヲ異ニシ名稱ヲ異ニスル漁業ハ同一漁場ニ於テモ尚之ヲ許可スルヲ得ヘキコトハ漁業法施行規則第七条及第十条ノ法意ニ徴シテ明カナリ」（但し定置・特別漁業権の併存について）

(42) 前掲註(32)(33)参照。

(43) 樫谷・前掲四一頁、中島・前掲一一一頁、桧垣・前掲四〇頁。

(44) 水産庁第一次案（昭和36年9月12日）―漁業基本対策史料第三巻五九頁。

第三　組合管理漁業権の行使方法の改善に関すること。

(1) 組合員の各自漁業を営む権利に関する規定は、廃止するものとする。

(2) 漁業協同組合又は漁業協同組合連合会は〔組合管理漁業権について〕自ら当該漁業を営む場合を除き、総会の議決によりその行使に関する規約（漁業権等行使規程）を定め、その定めるところに従って、当該漁業を組合員に営ませなければな

らないものとする。

(45) 原「部落と漁業権」前掲五三頁、青塚「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20号一四二頁。

(46) 「本組合ノ享有スル漁業権ノ行使方法左ノ如シ　地先水面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」桧垣・前掲附録「漁業組合水産組合設立案内」一一頁。

(47) 原「漁業協同組合の漁業権利用関係（完）――漁村・漁業の閉鎖的傾向について――」法学志林四九巻二・三号四七頁。

(48) 前掲註(28)所掲の岡山地判昭和28年12月8日の事案、青塚「明治漁業法の法原理」前掲一二五頁。

(49) 原「部落と漁業権」前掲五四頁は、組合員全員が権利行使、利益享受をしているときには、組合任意加入のたてまえにもかかわらず、組合加入を容易に認めず、特定組合員が権利を行使しているときは、組合加入は認めるが、特定組合員には加えないという実態が明治から今日まで続いていることを指摘し、具体的事例をあげる（六四頁以下）。

(50) 明治43年漁業法当時のものであるが、組合の特別決議（明43漁業組合令二〇条二項）を全員一致とする連合会規約の適否に関して、昭和2年4月4日水産局長回答は「違法ニ非サルモ決議方法慎重ニ過キ決議ヲ得難カラシムル嫌アリ……篤ト御考察相成度シ」（改正漁政例規集第二輯（昭9）一五頁）としている。

(51) 原・日本漁業権制度概論一一五頁、吉原「わが国における漁業権の法律的構成」富山大学経済学部紀要一三号一二頁、同「漁業権の物権的性質」前掲八八頁、佐藤・前掲一〇六頁。

(52) 吉原「漁業権の物権的性質」九〇頁は、かき養殖区画漁業権漁場について「海の畑」「海の果樹園」といい、行判昭和11年12月28日行録四七輯六五七頁は定置漁業権について「漁場ニ対スル漁業権ノ関係ハ恰モ土地ニ対スル其ノ所有権ノ関係ニ類似」といっている（但し漁業税に関する事案）。また佐藤・前掲一〇四頁は漁場を元本とし漁獲物を天然果実とみる特殊な見解である。

(53) 漁場返還請求権なる観念を肯定しているのは原・前掲一五五頁以外にはみあたらない（もつとも井出正孝・漁業法九四頁は占有回収の訴を肯定）。漁業行為権説ではもとより返還請求権なるものは存在しえない。工藤・前掲三七頁。

(54) 前掲註(32)引用の大判大正5年3月7日の事案がそれである。

(55) 大判昭和9年4月7日新聞三六八六号一一頁「専用漁業権ハ免許セラレタル一定水面ヲ専用シテ一定ノ水産動植物ヲ採取捕獲スルコトヲ以テ其ノ内容ト為スモノニシテ所有権ノ如クニ当該区域ノ全水面ヲ排他的ニ占有スルノ権利ニアラサルカ故ニ同漁業

権ノ実施ニ妨ケナキ限リ何人ト雖モ該水面ノ使用ハ之ヲ為シ得ルモノト解セサルヘカラス」（漁場内における石油会社の桟橋築造に対する損害賠償請求事件）

東京地判昭和7年6月22日新聞三四三六号七頁は、セメント会社による漁場埋立に対する損害賠償事件であるが、「埋立水域ハ其面積ニ於テ原告ノ有スル本件漁場全区域ノ四百分ノ一ニモ充タス、而シテ又右漁場ニ於ケル漁獲物タル鯛及鰡ノ蕃殖棲息ニ好適ナル場所ニモ非ス」として、本埋立によって直接操業に影響する損害を総漁獲操業の一五分の一の限度で認めたが、「専用漁業権者ハ実際ノ漁獲ノ有無及漁業操業ノ適否如何ニ不拘其ノ漁業権ニ基キ本件漁業水面ヲ排他的ニ支配専用シ得ル権利ヲ有スルモノナルトコロ其ノ埋立ニ依リ之レカ権利ヲ喪失スルモノナルカ故ニ右水面ノ埋立カ本件漁業権ニ及ホス損害ノ外ニ更ニ右水面専用権喪失ニ対スル損害ヲ本件埋立ニヨル損害トシテ補償ヲ受クヘキ」ことを主張したのに対して、「公有水面ハ……専用漁業権者ト雖モ排他的ニ支配専用スル権利ヲ有スルモノニ非ス……漁業権者ハ其ノ漁業ヲ行フニ際シ水面ヲ使用スル権利ヲ有スルモ漁業ヲ行フコトト獨立無関係ニ漁場ノ水面ヲ使用スル権利ヲ有スルモノニ非ス」としている。

(56) 吉原「漁業権の物権的性質」前掲八二、九四頁。

(57) とくに漁業許可を統制許可と考えるなら、漁業権との性質上の差異は一層薄弱となる。

(58) 水産庁・新漁業法の解説三六頁。

(59) 青塚「明治漁業法の展開過程と経済法化」前掲一三九頁。

(60) 大判昭和6年12月22日民集一〇巻一二号一二六九頁。

(61) 以後の処分について行政官庁の認可を要しなくなる。井出・前掲一一九頁。

(62) 大城・前掲一〇七頁。なおこの場合には漁業組合にのみ免許を与えるとする規定（法五条二項）は適用されない。大正15年3月8日水二七一号決定改正漁政例規集第一輯二九頁。

(63) 原「部落と漁業権」前掲五三頁、青塚・前掲一四二頁。

(64) 星・前掲一五六頁には「大審院判決はこの権利〔各自行使権〕の排他力を明確にし、……損害賠償請求権の存在を確認……」とあるが具体的な判例の引用はなく、青塚・前掲は大判大正10年10月15日を引用する。この判決は債権にもとづく妨害排除請求権を認めたことで知られる有名なものであり、組合員の各自行使権による請求ではなく、専用漁業権の賃借人からの請求にかかる事案である。原・前掲六三頁はこの判決を正確に引用したうえ、もし賃借しているのが漁業権の各自行使権であったならば直

接に準物権的権利にもとづく妨害排除請求をなしうるとしている。

(65) 原・前掲五三、六二頁のほか、井出・前掲九四頁、水産庁・新漁業法の解説六八頁、武井・前掲五三頁。

(66) 大判大正6年12月24日刑録二三輯一六一六頁。ただし井出・前掲九二頁は、組合員の権利は組合の権利を社員権として行使するものであるから、組合員の蛸つぼの毀損は組合の漁業権の侵害であるとする。

(67) 原「漁業法第四十三条第四項の規定に就て」同・日本漁業権制度概論二五四―二六五頁所収の小論以外にはみあたらない。

(68) 第一種共同漁業権において、海藻を非漁業者に入札で売り渡す（磯売り）例がみられる。採取権の譲渡は漁業権の一部貸付で違法である。昭和26年8月3日調整一課長回答例規集二二五八頁。

(69) 行使規則において貸付禁止の規定を設けるようにするというのが行政指導例である。昭和38年1月30日漁政部長例規集六三頁。

(70) 青塚「明治漁業法の法原理」前掲一二六頁、原・日本漁業権制度概論二六一頁。

(71) 星・前掲一五五―六頁は、組合員の権利は「漁業権の内容をなす権能が各組合員に専属している一種の総有権的なもの」といい、武井・前掲五二頁は、社員権的構成は法律上無理があるというのみで、その根拠をまったく示していない。

(72) 東京控判大正3年10月9日新聞九八七号二四頁「家督相続に依る組合員の交代のみを認めて組合員各自漁業を為すの権利を処分の目的と為すことを許さず」、「組合員は規約の定むる範囲及び方法に於てのみ各自漁業を為して権利を行使し得べく規約変更の手続に依らずして組合員は規約に反して各自権利行使の範囲及び方法を定むることを得ざるものと謂はざる可からず何となれば若し之れを許すに於ては組合員間に権利行使の牴觸を来たし組合の秩序を害し法令の目的を遂ぐるを得ざるに至るを以てなり」（あらめ漁獲差止請求事件）

(73) 長崎控判大正15年2月15日新聞二五四八号一六頁「苟モ正当ノ手続ヲ経テ右組合規約変更ノ決議ヲ為シ敢テ組合規約其ノモノニ違反スル所ナキ以上……組合員トシテ該変更規約ニ従フヘキ義務アルモノニシテ右規約変更ノ決議カ仮令……従来ノ漁業権行使上其ノ利益毀損ノ結果ヲ生スルモノアリトスルモ之ヲ理由トシテ該変更決議其ノモノヲ無効ト為スヘキモノニ非ス」（規約変更決議無効確認請求事件）

(74) 水産庁・漁業制度の改革二九二頁以下に「浮魚を共同漁業権の内容としなかった理由」が述べられている。その一部を抜萃すると「はなはだしきは―そしてむしろそれが一般的であるが―免許されていない漁業種類についてもいやしくも専用漁場内に入

って来るのは一切拒む。もちろん法律的にいえば漁業権は漁業種類を限定しているのであって、包括的に漁場を使用する権利ではない。だが漁民はその漁場全体をもらったつもりでおり、その漁場内に入って来る一切の漁業を漁業権の物権的効力によって拒み、部落ないし村という狭い単位で水面を区画してこれを独占しているのである。このように狭い単位で海を区画しようというのが間違い……専用漁業権が漁民による漁場管理という意味をゆがめられて固定的な障壁となり……欠陥を示すようになっては再検討せざるを得ず、……」

(75) 星・前掲五七頁、井出・前掲一一九頁。

(76) 櫻田・前掲三三頁は、放棄された漁業権は国に帰属するとするが、漁業権が放棄されれば権利の存しない公有水面に戻るのみであって、民法上の不動産の放棄のような効果を生ずることはありえない。同旨、星・前掲一一五頁、井出・前掲一三三頁。

(77) 原教授のこの考えは諸論文に一貫している。原「漁業協同組合の漁業権利用関係(完)」前掲四三頁、同「部落と漁業権」前掲五三頁、同「入会権と漁業権入漁権とを対比しての諸問題(二)」前掲六二頁。

(78) 原「漁業協同組合の漁業権利用関係(完)」四六頁、同旨の批判は37年改正法に対してもなされる。同「入会権と漁業権入漁権とを対比しての諸問題(二)」七一頁。

(79) 青塚「漁業法の性格と問題点」菊地勇夫編・社会法綜説(下)五五八頁。

(80) 水産庁・漁業制度の改革二二三頁以下、二八一頁以下、三〇二頁以下。

(81) 前掲註(68)昭和26年8月3日調整一課長回答「組合の中で入札により採取権を特定人に限ることは法第八条の趣旨に反し不可である」

(82) 前掲註(28)所掲判例。

(83) 原「漁業協同組合の漁業権利用関係(完)」四六頁「専用漁業につき組合員の一部の者が権利を行使する場合、例えば曳網漁業〔現第三種共同漁業権〕の如き場合に、一般には組合員の漁業を営む権利に基くとは理解しないで、常に組合員が組合より借受けているものと解しているのが実状であった。……専用漁業の一漁業種類に属する漁業であっても、組合と組合員との間に賃貸借契約を為し、これに基き漁業を営んでいた事例を屢々見受けた……」

(84) 昭和37年11月13日水漁六二四二号水産庁長官「漁業権行使規則等作成について」――「(二―四)種共同漁業権行使規則例」「ただし第二条に規定する有資格者が、当該漁業権の存続期間中に当該漁業を営むことができないような定めをしてはならな

い」例規集三九頁。

(85) 青塚「のり養殖区画漁業権における行使権者資格規定適用の適法性」高橋編・漁業制度調査研究報告一六六頁。

(86) 水産庁・漁業制度の改革三〇九頁。

(87) 原「部落と漁業権」六三頁。原教授が全組合員の平等な権利行使という立法者意思を考慮しないのは、註(83)にみられるような実態から、新漁業法の貸付禁止の規定を重視しないためかと思われる。しかしこの点は別としても、別稿の規定による例外を認めていた旧漁業法と、これを認めていない新漁業法とで、まったく同一の解釈を維持される点は理解しがたい。

(88) 原「漁業協同組合の漁業権利用関係(一)」四〇頁がこの点に言及している。

(89) 水産庁資料・漁業に関する基本的制度の現況(昭33)六一頁に左のような記述がみられる。

「漁協の組合員は定款の定めるところにより当該漁業権の範囲内において各自漁業を営む権利を有するわけであるが、相当数の漁協において定款に明確な規定を設けておらず制度改革以前の慣行によって行使させているものが多い」

(90) 佐藤隆夫「沿岸漁業の現代的問題点」法学セミナー二七五号一三四頁。

(91) 昭和38年1月30日七二〇九号漁政部長「漁業権を免許しない場合については、法第一三条に列記されているが、行使規則の有無はこれに該当しない。したがって、漁業権は免許すべきである。」例規集五三頁。水産庁・新漁業法の解説七六頁。

(92) 註(89)参照。

(93) 昭和34年3月26日一七八号漁政部長回答例規集六二頁。これは組合管理漁業権の損失補償に関して、法八条の趣旨・権利の法的性格・組合と組合員の関係についての法制局の照会に対するものであり、註(85)の見解は本回答に依拠している。しかし本回答が右の見解のような趣旨のものでないことは、当局自身が行政指導の不明確ということをいっている点からも明らかである。水産庁・新漁業法の解説六五頁。左に主要部分を掲げる。

一　漁業法第八条の趣旨について

現行漁業法においても組合が漁業権等の保有主体であり、管理処分の権能を有し、他面如上「入会漁業と明治漁業法」の沿革にかんがみ、組合員たる漁民は定款の定めるところにより、組合の有する漁業権等の内容たる漁業を各自権利として営むことができる旨規定したものである(傍点筆者)。

二　各自漁業を営む権利の法的性格について

従って組合員たる漁民の各自漁業を営む権利は、組合の有する漁業権等に由来するものであるが、また組合員たる漁民各自が有する権利であり（傍点筆者）、「以下その財産権、物権的効力の説明」……

三　組合と組合員たる漁民との関係について

前述のように「各自漁業を営む権利」は組合が有する漁業権等の内容たる漁業を営む権利である関係上、その行使方法及び行使者は、組合の定款に留保されている（傍点筆者）。

(94) 漁業基本対策史料第二巻六〇五頁。
(95) 漁業基本対策史料第二巻七六一頁。
(96) 前掲註(44)参照。
(97) 漁業制度調査会委員浅野長光の意見――漁業基本対策史料第三巻七一頁。
(98) 水産庁・新漁業法の解説二五頁。
(99) 前掲註(91)昭和38年1月30日漁政部長「共同漁業権の場合は、組合がその行使を受忍すれば、事実上操業することは可能である」
(100) 漁業基本対策史料第三巻五九、七九頁。
(101) 註(84)参照。
(102) 水産庁・新漁業法の解説六八―九頁。
(103) 註(85)の青塚論文はこの問題を詳細に論ずる。ただし准組合員の漁業実績は、正組合員からの違法な貸付によるものである。行使権者の特定化の実態からすれば、他の組合員の漁業経験（権利行使）はこういう形にならざるをえない。
(104) 新漁業法は、昭和8年法改正当時の協同組合主義を承継しており、組合自営を漁場の漁民管理の最高の形態とすらいっている。水産庁・漁業制度の改革一二五頁。しかしこれがいかに困難なことであるかは戦前においても指摘されていたし（原・漁業組合法概要四二頁）、これまでの実績がこれを実証してもいる。
(105) 原「漁業協同組合の漁業権利用関係(完)」五四頁。
(106) 青塚「のり養殖区画漁業権における行使権者資格規定適用の適法性」六九頁。
(107) 経営の零細化が問題とならぬ第一種共同漁業権についてはとくにこの点が指摘された。たとえば漁業改正案に関する国会での

委員会審議における政府説明。水産庁・新しい漁業法と水協法七〇頁。

(108) 水産庁・新漁業法の解説六七頁「組合員の権利は、……入会権的なものを追認したという規定ではなく、……入会権の如く慣行による規制に委ねられているものではない。このことは、今回の改正によって明確になったと考える。」

(109) 新漁業法の解説六八頁、青塚・前掲。

(110) 片山房吉・漁業法九八頁、井出・前掲一三四頁、工藤・前掲七〇頁。ただし同じく漁業権の消滅原因とはいっても、埋立（干拓）による漁業権の消滅は絶対的消滅である点において、他の消滅事由である免許の取消、放棄とはその性質を異にする。またこれらの見解は漁場の一部埋立をもって漁業権の変更事由とみるのであるが、漁場の滅失を独立の漁業権消滅事由とみるかぎり、それが全部滅失であると一部滅失であるとによって、その性質を異にするはずはありえない。

(111) すでに古く明治44年11月8日水産局長回答は「漁業権ノ一部収用ハ……其必要アル場合ハ漁業権者ヲ説諭シ漁業権分割ノ許可ヲ受ケシメ之ヲ収用スルカ又ハ漁業権者ヲシテ便宜漁業権ノ変更ヲ出願セシムルノ方法ヲ採ルノ外途ナシ」としている（星・前掲五九頁より引用）。漁場の一部滅失については、この回答のごとく漁業権を分割して（法一二条）、滅失する部分の漁業権について埋立同意をするという手続が考えられるが、漁場の全部滅失の場合においては、現行法上なんらの形式的手続を必要としない。

(112) 総会の特別決議事項とすることについて青塚「干拓水域における漁業権の地位」一六五頁。

(113) 詳しくはふれないが、漁業権の放棄、埋立同意、漁業の損失補償の決議などが混然として行われているのが実態である。