

共同漁業権の法的性質

——平成30（2018）年漁業法改正の前と後——

名 島 利 喜

目 次

- I はじめに
- II 共同漁業権に関する制度の変遷
 - 1 漁業法の成立と漁業権制度
 - (1) 明治漁業法
 - (2) 漁業権の確立
 - 2 昭和24年漁業法と共同漁業権
 - (1) 共同漁業権の創設
 - (2) 規定の改正
- III 総有説と社員権説との対立状況とその検討
 - 1 総有説と社員権説との対立
 - (1) 総有説
 - (2) 社員権説
 - (3) 両説の難点
 - 2 改正漁業法に即した検討
 - (1) 共同漁業権の定義
 - (2) 団体漁業権という概念
 - (3) 漁業権の基本構造
 - (4) 組合員行使権
- IV おわりに

I はじめに

平成30（2018）年12月8日に「漁業法等の一部を改正する等の法律」が成立し、同年12月14日、改正された漁業法（平成30法律第95号）が公布された。改正法は、令和2（2020）年12月1日から施行されている。この平成30（2018）年改正漁業法（以下ではこれを「改正漁業法」と呼ぶ）は、昭和24

（1949）年に制定された「漁業法」が実に約70年ぶりに抜本的に改正されたものである⁽¹⁾。

改正前の漁業法では、漁業権に関する規定は「第2章 漁業権及び入漁権」（第6条～第51条）に置かれていたが、これらの規定は削除され、改正漁業法では、新たに「第4章 漁業権及び沿岸漁場管理」（第60条～第118条）が設けられた。

ところで、改正漁業法は、「漁業権」を、「定

置漁業権、区画漁業権及び共同漁業権をいう」と定義している(漁業法60条1項)。このうち、「共同漁業権」とは「共同漁業を営む権利」であるが(漁業法60条2項)、その法的性質についての理解をめぐる、改正前においては、総有説と社員権説との対立があった⁽²⁾。最高裁判決は、総有説に立った第1審・第2審の判断を否定して、社員権説の立場をとることを明らかにしていた⁽³⁾。しかし、この判決以後も、総有説は根強く主張されている⁽⁴⁾。

そこで、本稿においては、共同漁業権の法的性質について、改めて若干の検討を加えてみることにしたい⁽⁵⁾。以下では、まず、共同漁業権の法的性質を検討するために必要な範囲で漁業権制度の変遷を概観する(Ⅱ)。次にそれを踏まえて、共同漁業権に関する総有説と社員権説との対立状況を整理し、その後で、改正漁業法の規定に即して検討する(Ⅲ)。そして、最後に私見を述べる(Ⅳ)。

Ⅱ 共同漁業権に関する制度の変遷

1 漁業法の成立と漁業権制度

(1) 明治漁業法

検討の前提として、共同漁業権に関する制度の変遷をたどっておこう⁽⁶⁾。

わが国における漁業は、足利末期からとくに発達しはじめ、徳川時代にはすでに、代表的な沿岸網漁業や釣り漁業等はほぼ出そろっていた⁽⁷⁾。徳川時代には漁業権に関する法制があったわけではなく、「山野海川入会」の、「村並之獵場は、村境を沖へ見通、獵場之境たり」、「磯漁は地附根附次第也、沖は入会」等といった原則が一般的に適用されていた⁽⁸⁾。「山野海川入会」の原則の中にある沖

獵と磯漁との区別は、明治漁業法の沖合の自由漁業ないし許可漁業と沿岸における免許漁業との区別の淵源をなしている⁽⁹⁾。

明治政府は、明治8(1875)年に太政官布告等で雑税の廃止と海面の官有を宣言して、従来の漁場使用権を消滅させ、漁業をしようとする者は新たに出願し、使用料を上納しなければならないことにした⁽¹⁰⁾。ところが、翌明治9(1876)年には、海面借区制、使用料上納というやり方を廃止し、漁業者には府県税を賦課し、営業取締はなるべく従来の慣習に従うことになった⁽¹¹⁾。

その後、明治19(1886)年には「漁業組合準則」が制定された。これは、村・部落等の入会団体や漁業者仲間を「漁業組合」として統一化し、その漁業組合に従来の慣行を確認させ、維持させようとするものであった⁽¹²⁾。

しかし、各漁業組合は漁具漁法の発達に伴って漁場の範囲を拡大しようとして、他の漁業組合との間で漁場に関する紛争が続出した。それで、従来の地方別の取締りを統一し、国家権力を用いて全国的に漁場を調整して、沿岸漁民の紛争の防止と資源の保護を図ろうとする動きが出てきた⁽¹³⁾。そして、明治26(1893)年から数次にわたる法案提出の末、明治34(1901)年になってようやく「漁業法」(明治34年漁業法=旧漁業法)が制定された⁽¹⁴⁾。

(2) 漁業権の確立

旧漁業法は、公有水面における漁業を規律し、漁業権の種類は、漁具を定置してなす「定置漁業権」、水面を区画してなす「区画漁業権」、定置・区画漁業ではないが、免許を必要と認める「特別漁業権」、以上3種の漁業

以外で水面を専用してなす「専用漁業権」（これはさらに、地先水面専用漁業権と慣行専用漁業権とに分けられる）の4種類であった⁽¹⁵⁾。また、これらの漁業権は行政官庁の免許によって発生するものとされた⁽¹⁶⁾。こうして、漁業における従来の「慣行」は、国家権力を背景として、「漁業権」という形で権利にまで高められた⁽¹⁷⁾。

旧漁業法は、しかし、明治43（1910）年に全面的に改正された（明治43年漁業法＝明治漁業法）⁽¹⁸⁾。明治漁業法は、漁業組合制度を整備拡充したほか、漁業権制度については旧漁業法をそのまま継承し、ただ漁業権と新たに創設した入漁権を物権とした⁽¹⁹⁾。明治漁業法は昭和8（1933）年と13（1938）年に改正を受けているが、漁業権制度に関しては旧漁業法の規定がほぼそのまま維持された⁽²⁰⁾。

2 昭和24年漁業法と共同漁業権

(1) 共同漁業権の創設

戦後、昭和21（1946）年に入ってから漁業制度の改革が論議の的となり、昭和23（1948）年に水産業協同組合法が成立した後、昭和24（1949）年に現行漁業法が制定された（昭和24年漁業法＝新漁業法）⁽²¹⁾。新漁業法は、「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と」した（1条）。そのために、明治漁業法による漁業権を補償金の交付によって一斉に消滅させ、過去の漁業秩序をすべてご破算にした上で、新しい漁業秩序を作り上げようとした⁽²²⁾。

漁業権については、従来の専用漁業権に代わって、新たに共同漁業権が創設され、定置漁業権、区画漁業権および共同漁業権の3種

に再編成された⁽²³⁾。また、漁業権は、原則として自営する者に免許されることになった。ただ、その例外として、共同漁業権と一部の区画漁業権については、漁業協同組合が自営しなくても持てることにした。これらの漁業権の行使にあたっては団体的な規制が必要なので、自営でなくても漁業協同組合が権利を持ち、定款で行使方法を決めて組合員に行使させるという方式がとられた⁽²⁴⁾。

(2) 規定の改正⁽²⁵⁾

新漁業法は、その8条において、「漁業協同組合の組合員であって漁民……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……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」と規定した⁽²⁶⁾。

ところが、昭和37年（1962）の漁業法改正において、共同漁業権に関する8条は次のように修正された⁽²⁷⁾。「漁業協同組合の組合員……であって、当該漁業協同組合……がその有する……共同漁業権……ごとに制定する漁業権行使規則……で規定する資格に該当するものは、当該漁業協同組合……の有する……当該……共同漁業権……の範囲内において漁業を営む権利を有する」。

旧8条では組合員は定款の範囲内で各自漁業を営む権利を有するとされていたが、改正法8条では漁業権ごとに定める行使規則によって認められた組合員が漁業を営む権利を有すると改正され、旧8条の「各自」の文言は削除された⁽²⁸⁾。

Ⅲ 総有説と社員権説との対立状況とその検討

1 総有説と社員権説との対立

(1) 総有説

ここでは、総有説の代表的な論者である川島武宜博士の見解から見ていこう。

川島博士は、まず、漁業法の変遷について、「元来明治までの入会漁業は、地先水面に対する漁村の総有の一権能として行なわれていたようであるが、明治政府は全海面を国有とし、漁民が総有していた漁場を囲いこみ、その基礎の上で、漁業法により、特定の漁獲物と特定の漁法とについて個別的に漁業権を地先水面に免許することとして、慣行上の入会漁業を事実上認容する政策をとった。しかし、漁場そのものの総有は否定され、また漁業権は免許によって個別的に与えられるものであって、漁場入会に立脚する入会漁業という旧慣上の権利構造は根本的に変更されたことになるのである。また、漁業法は、おそらく監督統制の便宜のため、漁業権者を漁業組合に限定した。現行漁業法も法人たる漁民団体への漁業権免許というこの基本構造を維持している。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ており、今日においても政府は漁業法の実際の運営においては、地先水面漁場の総有という実質を承認している」〔傍点は原文による。以下同じ〕という認識を示す⁽²⁹⁾。

続いて、昭和24年漁業法における共同漁業権に関する規定について、こう説明する。「共同漁業権は、関係地区内に住所を有する漁民が3分の2以上加入している漁業協同組

合に対してのみ免許される（14条6項）。すなわち、旧漁業法も改正漁業法も漁業部落を漁業協同組合（旧漁業法によれば漁業組合）に編成して、これを入会漁業権の主体としている。また、入漁権は、他人の漁業権に属する漁場でその漁業権の内容たる漁業の全部又は一部をなす権利で、その漁場の漁業権者と入漁権者との設定契約により成立し（7条）、その主体は常に漁業協同組合である。しかし、漁業協同組合員である漁民たる者は、定款の定めるところにより、各自その漁業協同組合……の有する共同漁業権を行使して漁業をいとなむことができる（8条）」⁽³⁰⁾。

そして、「共同漁業権も入漁権も漁業協同組合を主体とし、その実質は協同組合員の総有である。すなわち、漁業の入会権である」と述べている⁽³¹⁾。

このように、川島博士は、漁業法の規定の解釈よりも、政府が入会漁業を事実上認容する政策をとり続けていることを重視して、漁業協同組合は形式上の権利主体でしかなく、共同漁業権は組合員の「総有」であると説いている。

次に、昭和24（1949）年の新漁業法の立案担当者の見解を見てみよう。

まず、共同漁業権について、「共同漁業権は、新法で設けられた新しい概念で、……漁民による漁場管理の形態としての組合有漁業権の本質を典型的に示すものである。その本質は、『一定の漁場を共同に利用して営む』ということにある（法6条5項）。『共同に利用して』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——ということを表現したもので、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定め、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——であり、法律的には、自営でなくても協同組合が漁業権を持ち（法14条6項）、組合員が定款の定めるところにより各自漁業を営む権利を有する（法8条）と規定している」とする⁽³²⁾。

そして、同法8条について、「この組合が管理権限を持ち組合員がそれに従って漁業をするという関係は、陸における入会山の利用と同じであり、入会山は部落が管理し、その管理のもとに部落民が平等に利用するのであって、民法ではこれを入会権として規定し、その内容は慣行によらしめている（民法263条、294条）。実はこれはゲルマン法の『総有』という形態であって、部落と部落民が分れることなく一体となって入会山を利用しているのであるが、この総有という観念はローマ法流の民法にはないので、入会権としてその内容は慣行によらしめることとした」と説明している⁽³³⁾。

以上のように、立案担当者の説明も総有説の立場からなされている。

我妻栄博士もまた、総有説の立場に立って、こう述べている。「共同漁業権は、水産業協同組合法による協同組合に帰属する場合にも、その実質的な関係は、組合の構成員となっている漁民が各自その内容を実現し（漁業を営み）、組合はその漁業権を管理する（漁業経営一般に必要な施設をなし、各漁民の漁業を監視・調整し、第三者との折衝をなすなどの）関係であると解すべきである」⁽³⁴⁾。

この立場に立つと、昭和24（1949）年の新漁業法の制定に際して、明治漁業法による

漁業権を補償金の交付によって一斉に消滅させて過去の漁業秩序をすべてご破算にしたけれども、このことは共同漁業権の入会的権利という本質を変更するものではないと考えることになる。

また、総有説の立場からは、昭和37（1962）年の漁業法改正において、共同漁業権に関する旧8条の「各自」の文言が削除されたけれども、「このような文言の変更が従来の法的性質の変更を直ちに意味しうるかは甚だ疑問である」との指摘もされている⁽³⁵⁾。

以上のように見てくると、総有説の基本的な考え方は、ひとまず次のようにまとめることができるだろう⁽³⁶⁾。共同漁業権の実質は、明治以前の入会漁業と同じ性質の権利である。それは陸における入会山が部落に総有的に帰属し、その管理は部落が行なうが、その管理のもとに部落民が平等に利用するのと同じように、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能力を有するにすぎず、実質的に漁業を営む権利は組合員に帰属するのと同様の関係にある。この関係は、昭和24年漁業法および昭和37年改正法のもとにおいても本質的には変化していない。

（2）社員権説

はじめに、社員権説の首唱者である原暉三教授の見解を見てみよう。

原教授は、昭和24年漁業法における「組合員の漁業を営む権利」は、組合員が協同組合の構成員として有する団体法上の権利であり、契約法上の権利でも物権法上の権利でもないとした上で、次のように述べている。

「協同組合が管理漁業権および入漁権を有す

るのは法人としてこれを有するものであって、一般法人が物を所有するのと全く同一の所有形態といわねばならない。またそれと同時に、組合員の漁業を営む権利は、かの総有における質的に二分された固有の特別権たる物権法上の権利ではなく、一種の社員権に基づく権利と解すべきである。従って、組合員たる資格とともに終始し、且つその権利の内容限界は定款により規律される。それ故に、定款の変更によりその消長を生ずることあるのは、これまた当然の帰結といわなければならない」とする⁽³⁷⁾。

このように、原教授は、共同漁業権が法人としての協同組合に帰属するのは、一般に法人が物を所有するのと全く同一の関係であると断言している。

次に、昭和37(1962)年の法改正担当者の見解によれば、「この組合員の権利は、たしかに沿革的には入会権的な漁場行使の実態の系譜をひいた規定ではあるが、そういう実態としての入会権的なものを追認したという規定ではなく、全く別途に組合管理漁業権および入漁権の権利内容として法定されたものであり、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。……ただし、組合員のこの地位は、漁協という団体を構成する団体員としての地位と不可分のものとして与えられている点で、いわゆる社員権的権利である」⁽³⁸⁾。

この見解は、基本的には原教授の見解と変わらないだろう。

そして、最高裁は、社員権説の立場に立っている⁽³⁹⁾。すなわち、まず共同漁業権の沿革について、「現行漁業法の定める共同漁業権は、旧漁業法(明治43年法律第58号)の

もとにおける専用漁業権及び特別漁業権を廃止して、従来の定置漁業権の一部とともに第1種ないし第5種の共同漁業権に編成替えされたものであり、沿革的には、入会的権利と解されていた地先専用漁業権ないし慣行専用漁業権にその淵源を有することは疑いのないところである」とする。

次に、漁業権の制度について触れ、「しかしながら、現行漁業法によれば、漁業権は都道府県知事の免許によって設定されるものであり(10条)、しかも、旧漁業法が先願主義により免許していたのを改めて、都道府県知事が海区漁業調整委員会の意見をきき水面の総合的利用、漁業生産力の維持発展を図る見地から予め漁場計画を定めて公示し(11条)、免許を希望する申請人のうちから、適格性のある者に、かつ、各漁業権について定められた優先順位に従って免許を与えるものとされており(13条ないし19条)、漁業権の存続期間は法定されていて、その更新は認められていない(21条)」とする。

そうした制度理解を前提にして、共同漁業権と漁業協同組合との関係について、「また、同法は、共同漁業権につき、その免許について適格性を有する者を漁業協同組合又は漁業協同組合連合会(以下「漁業協同組合等」という。)に限定し(14条8項)、右適格性を有する漁業協同組合等に対してのみ免許をするものとする(13条1項)一方、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る。)であって、当該漁業協同組合等がその有する共同漁業権ごとに制定する漁業権行使規則で規定する資格に該当する者は、当該漁業協同組合等の有する当該共同漁業権の範囲内において漁業を営む権利を有するものと

している（8条1項）」と説く。その上で、旧8条の規定について、「右8条1項の規定は、昭和37年法律第156号による改正前の漁業法8条が、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。）である者は、定款の定めるところにより、当該漁業協同組合等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』を有すると規定していたものを改めたものであるところ、右改正前の規定については、右のように漁民である組合員全員が『各自漁業を営む権利』を有するものとしていたところから、漁民による漁場管理といういわゆる組合管理漁業権の本質を法的に表現したもので、組合が管理権限を持ち組合員がそれに従って漁業を営む関係は陸における入会山野の利用関係と同じであり、組合員たる資格を有する漁民は各自漁業を営む権利を有するが、その行使方法を定款で定め、形式的、機械的ではなく、団体規制下に実質的平等に権利を行使させようとするものであるとの見解を容れる余地があった」とする。そして、「これに対し、右改正後の規定は、いわゆる組合管理漁業権について、組合員（漁業者又は漁業従事者である者に限られる。）は、組合が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、当該漁業権の範囲内においてその内容たる漁業を営む権利を有するものとし、組合員であっても漁業権行使規則に定める資格要件を充たさない者は行使権を有しないことを明らかにしたもので、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るため、旧規定の『各自』の文言は削除された」としている。

以上から次の結論が導かれる。「このよう

な制度のもとにおける共同漁業権は、古来の入会漁業権とはその性質を全く異にするものであって、法人たる漁業協同組合が管理権を、組合員を構成員とする入会集団が収益権能を分有する関係にあるとは到底解することができず、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、法人が物を所有する場合と全く同一であり、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することができる権利であると解するのが相当である」。

このように、最高裁は、漁業権が沿革的には入会漁業権であったことを認めながらも、昭和37（1962）年の漁業法改正によって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ったことなどを理由に、総有説の考え方を否定して、社員権説をとることを明らかにしている。

以上のように見てくると、社員権説の基本的な考え方は、ひとまず次のようにまとめることができるだろう⁽⁴⁰⁾。

共同漁業権が法人である漁業協同組合に帰属するのは、一般の法人が物を所有する場合とまったく同じ所有形態であり、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くもので、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することができる社員権的権利である。

(3) 両説の難点

総有説と社員権説との対立は、前述のとおりである。平成元年最高裁判決をもって、実務上は一応の決着を見た。が、しかし、いま

だに理論的な決着はついていない。というよりも、両説は、ともに難点を抱えており、なかなか決着はつきそうにない。

まず、総有説についていうと、総有の理解が総有説の内部において必ずしも一致しているわけではない。

我妻博士の説明は次のとおりである。総有とは、ゲルマンの村落共同体における土地所有に典型的に見られる形態である。ゲルマンの村落共同体では、「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……に分属した。したがって、総有における各共同者の権利は、単なる収益権であって、近代法における所有権の実をもたない。……村落住民の収益権能は、村落住民たる資格を離れて独立の財産権たる性質をもたない。要するに、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、各共同所有者は、共有における持分権をもたない」⁽⁴¹⁾。

しかし、それに対して、中尾教授は、「総有とは一つの集団（共同体）の構成員が集団構成員であることによってある財産もしくは権利を共同所有することである。集団として一つの所有権を有し構成員は各自が共同でその所有権をいわば分有するのであるから各構成員は集団の有する所有権につき（原則として）構成員数分の一ずつの持分権を有するのである。その持分権の総和が集団のもつ一つの所有権……なのである」〔傍点は原文による〕り、「従来しばしば総有に持分がないといわれてきたが、これは総有集団が構成員の総体そのものであることを理解しないことによる誤解であ」って、「構成員が管理処分権をも

使用収益権も有するが故にその総体たる集団は管理処分権も使用収益権をも有するのである」と説明する⁽⁴²⁾。

また、そもそも、実定法上の確固たる基礎をもたない総有という概念を用いること自体が問題であるだけでなく、個々の具体的問題にそれを当てはめて、具体的な結論を得ようとするには賛成できないとの批判もある⁽⁴³⁾。

他方、社員権説にも難点がある。つまり、社員権の理解については、社員権説を主張する学者によって必ずしも一様ではない。

社員権説の多くは、漁業協同組合が漁業権の権利主体として存在し、組合員が共同漁業を営めるの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くと説明する⁽⁴⁴⁾。

ただし、それに対して、この説の代表的な主張者の一人である佐藤教授は、「社員権理論はいかにも法技術的であって、漁村の社会通念からいっても不自然さは残りそうである。この点は、わたくしも最も説明に苦しむ問題といわなければならない。しいていえば、わたくしは法理論としては、社員権に類似した漁民の生活権的権利と解する外はないといわざるをえない」としている⁽⁴⁵⁾。

また、原教授や前記最高裁判決のように、共同漁業権が漁業協同組合に帰属するのは、「法人が物を所有する場合と全く同一」とする点に対して、「一般の法人において、その法人所有とされる物——不動産であれ動産であれ——について、その構成員（社員）が当然に使用収益権をもつなどということはありえない」という疑問も提示されている⁽⁴⁶⁾。

以上に見たように、いずれの説もどこかに難点をはらんでいる。これら両説の難点を克

服することは容易ではないだろう。

では、共同漁業権については、どのような改正が行なわれたのだろうか。以下においては、改正漁業法の規定に即して検討してみよう。

2 改正漁業法に即した検討

(1) 共同漁業権の定義

平成30(2018)年改正前の漁業法では、漁業権は「定置漁業権、区画漁業権及び共同漁業権をいう」と定義されていた(改正前の6条1項)。そして、共同漁業権は、「共同漁業を営む権利」をいい(改正前の6条2項)、「共同漁業」とは、同法6条5項1～5号に列挙する漁業であって「一定の水面を共同に利用して営むもの」であり、第1種から第5種までであった。

改正漁業法でも、漁業権は「定置漁業権、区画漁業権及び共同漁業権をいう」と定義されている(漁業法60条1項)。そして、「共同漁業権」は、「共同漁業を営む権利」であり(漁業法60条2項)、「共同漁業」とは、「一定の水面を共同に利用して営むもの」であり、同法60条5項1号～5号に列挙される漁業である(漁業法60条5項)。すなわち、①第1種共同漁業(藻類、貝類または大臣の指定する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で定置漁業以外のもの)、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(動力漁船を使用しないもの)、飼付漁業またはつきいそ漁業)、④第4種共同漁業(寄魚漁業または鳥付こぎ釣漁業)、⑤第5種共同漁業(内水面または大臣の指定する湖沼に準ずる海面で営む漁業で

あって第1種以外のもの)、である。

このように、改正漁業法は、共同漁業権の定義について実質的には変更していない。

(2) 団体漁業権という概念

ただし、改正漁業法では、新たに「団体漁業権」という概念が組み込まれた。

漁業法60条7項は、次のように規定している。

この章において「入漁権」とは、設定行為に基づき、他人の区画漁業権(その内容たる漁業を自ら営まない漁業協同組合又は漁業協同組合連合会が免許を受けるものに限る。)又は共同漁業権(以下この章において「団体漁業権」と総称する。)に属する漁場において当該団体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。

本項には入漁権の定義が定められているが、規定の中に団体漁業権の定義も置かれている。やや分かりにくいのが、水産庁の職員による解説書には、次のような説明がなされている。「『団体漁業権』とは、その内容たる漁業を自ら営まない組合が免許を受ける漁業権のことで、区画漁業権の一部と共同漁業権が該当」し、「共同漁業権は、一定の水面を共同で利用するという漁業権の性質上、免許を受けた組合が自ら漁業を営むのではなく、漁業権行使規則で定めるところにより組合員が各自漁業を営むこととなる。したがって、共同漁業権は必ず団体漁業権に該当する」⁽⁴⁷⁾。

要するに、共同漁業権に関しては、改正前と変わらないと考えてよいだろう。

(3) 漁業権の基本構造

また、改正前の漁業法では、漁業権は都道府県知事の免許により設定されたが（改正前の10条）、その免許は、申請者のうち適格性を有する者だけに与えられた（改正前の14条）。共同漁業権は、一定の要件を満たす漁業協同組合又は漁業協同組合連合会にしか免許されなかった（改正前の14条8項）。なお、共同漁業権の存続期間は10年であった（改正前の21条1項）。

改正業魚法でも、漁業権は都道府県知事の免許によって設定され（漁業法69条）、その免許は、申請者のうち適格性を有する者だけに与えられる（漁業法72条）。団体漁業権は、一定の要件を満たす漁業協同組合又は漁業協同組合連合会にしか免許されない（漁業法72条2項2号）。そして、共同漁業権の存続期間は10年である（漁業法75条1項）。

漁業権のそうした基本構造は、改正漁業法においても踏襲されている。

(4) 組合員行使権

前述したように（Ⅱ2(2)）、昭和37（1962）年の漁業法改正において、共同漁業権に関する8条は修正された。そして、改正前の8条1項では、次のように規定されていた。

（組合員の漁業を営む権利）

漁業協同組合の組合員（漁業者又は漁業従事者であるものに限る。）であつて、当該漁業協同組合又は当該漁業協同組合を会員とする漁業協同組合連合会がその有する各特定区画漁業権若しくは共同漁業権又は入漁権ごとに制定する漁業権行使規則又は入漁権行使規則で規定する資

格に該当する者は、当該漁業協同組合又は漁業協同組合連合会の有する当該特定区画漁業権若しくは共同漁業権又は入漁権の範囲内において漁業を営む権利を有する。

漁業法105条では、次のように規定されている。

（組合員行使権）

団体漁業権若しくは入漁権を有する漁業協同組合の組合員又は団体漁業権若しくは入漁権を有する漁業協同組合連合会の会員たる漁業協同組合の組合員（いずれも漁業者又は漁業従事者であるものに限る。）であつて、当該団体漁業権又は入漁権に係る漁業権行使規則又は入漁権行使規則で規定する資格に該当するものは、当該漁業権行使規則又は入漁権行使規則に基づいて当該団体漁業権又は入漁権の範囲内において漁業を営む権利（以下「組合員行使権」という。）を有する。

一見して分かるように、漁業法105条では、「組合員行使権」という概念が用いられている。しかし、団体漁業権（≒共同漁業権）については、その漁業権を有する漁業協同組合などは、自らその漁業権の内容である漁業を営むのではなく、組合員がその権利（＝組合員行使権）を行使して漁業を営む、という関係は変わっていない。

以上に見たように、共同漁業権については、条文の一部が改められただけで、改正の前と後とで実質的な変更はないということができる。総有説と社員権説の対立は改正漁業法のもとでも存続するだろう。とすれば、共同漁

業権の法的性質という問題は、今日いまだ決着がつかない問題なのである。

IV おわりに

さて、改正漁業法のもとで、共同漁業権の法的性質についてどのように考えればよいのだろうか。最後に、この問題について私見を述べておきたい。

Ⅲ1(3)で見たように、総有説も、社員権説も、ともに難点を抱えている。まずは、そのことを率直に承認する必要があるだろう⁽⁴⁸⁾。その上で、あえて言えば、次のような柳澤教授の見解に賛成したい。「批判にたえうる第三ないしはそれ以上の説を新たにたてないかぎり、いずれも批判することだけでこと足りるとすることは無責任であり、許されないことであろう。解決すべき問題あるいは説明すべき問題は現に存在するのである。また、いわば中間的なものであるとすることも許されないであろう。どちらをとるべきかといえば、わたくしは全体的な説明としては社員権説が妥当なものとする⁽⁴⁹⁾」。

というのも、総有説の内部において「総有」概念の理解について見解が統一されていないだけでなく、近時、民法学においては総有概念の有用性についての有力な批判があるからである⁽⁵⁰⁾。それに、改正漁業法上の団体漁業権（≒共同漁業権）と組合員行使権との関係を、総有説よりも社員権説の方がスッキリした論理で説明できるように思われる。

しかし、そうは言っても、近年のいわゆるコモンズ論に目を向けると、総有説（入会権的権利説）を再評価すべきだと思うのである⁽⁵¹⁾。共同漁業権はわが国の沿岸漁業管理

にとって非常に重要な権利であり、それが沿岸漁場と沿岸環境の保全に寄与していることは間違いないだろう⁽⁵²⁾。

また、Ⅲ2で検討したように、改正漁業法は、共同漁業権については実質的な変更を加えていない。が、他方では、漁業権の種類ごとに定めていた漁業権免許の優先順位に関する規定を削除し、73条の規定を新設した。その点に関して、水産庁は、「漁業法等の一部を改正する等の法律Q & A」と題する文書において、「優先順位が廃止されると漁協が管理する漁場が企業に渡るのではないですか」という質問に対して、次のように回答している。「1 今回の改正では、漁業権制度の基本的枠組みは維持されています。その上で、①地元漁民が地先の水面を共同で利用する共同漁業権（刺し網、アワビの採取等）は、現行と同様に漁協のみに付与する（企業には免許されない）」⁽⁵³⁾。

思うに、そこには、越えてはならない一線がある。が、この点については、別稿で検討したい。

注

- (1) この改正は、新聞各紙でも大きく報じられ、「漁業法改正案、成立へ。柔軟に漁業権付与。企業参入促す」といった見出しがつけられた（日本経済新聞2018年12月8日付朝刊）。しかし、企業が漁業に参入することは本当に望ましいことなのか。これが本稿の出発点となった問題意識であった。
- (2) この両説の対立は、具体的には、公有水面の埋立などのための共同漁業権の放棄はどのような手続によって行なわれるべきかという問題と、共同漁業権の放棄・消滅による損失の補償を目的として補償金が漁業協同組合に支払われた場合に、その補償金は誰に帰属することになり、どのような基準と手続に従って各組合員に配分されるべきか

- という問題をめぐって展開されている。ただし、これらの問題については諸説が錯綜しており、本稿では立ち入って検討する余裕がない。諸説の概観と整理については、さしあたり、新田敏「共同漁業権の法的性質と漁業補償」法学研究63巻12号（1990年）76頁以下を参照。
- (3) 最判平成元年7月13日民集43巻7号866頁。
- (4) たとえば、浜本幸生『共同漁業権論——最高裁判決批判』（まな出版企画、1999年）、山下昭浩＝緒方賢一「共同漁業権論争の現在の地平——総有説の構造と機能——」高知論叢（社会科学）第107号（2013年）57頁以下などを参照。
- (5) 筆者は商法学を専攻しているが、産業規制という観点に立つならば、この問題は商法学にとっても、あながち無縁のこととは思われない。この観点については、さしあたり、正田彬「現代経済法の課題」正田彬ほか『現代経済法講座1・現代経済社会と法』（三省堂、1990年）51頁以下を参照。
- (6) 以下の叙述は、ほぼ全面的に潮見俊隆『日本における漁業法の歴史とその性格』（法律学体系・法学理論篇101、日本評論社、1951年）に負っている。なお、古代から近世・近代を経て現代に至るまでの漁業の歴史を法制面から詳細に記述するものとして、辻信一『漁業法制史——漁業の持続可能性を求めて——（上巻・下巻）』（信山社、2021年）がある。
- (7) 潮見・前掲注（6）8頁。
- (8) 潮見・前掲注（6）10頁以下。
- (9) 潮見・前掲注（6）12頁。
- (10) 潮見・前掲注（6）14頁以下。
- (11) 潮見・前掲注（6）17頁。
- (12) 潮見・前掲注（6）20頁。
- (13) 潮見・前掲注（6）24頁。
- (14) 潮見・前掲注（6）24頁以下。
- (15) 潮見・前掲注（6）29頁。
- (16) 潮見・前掲注（6）30頁。
- (17) 潮見・前掲注（6）33頁。
- (18) 潮見・前掲注（6）35頁。
- (19) 潮見・前掲注（6）35頁。
- (20) 潮見・前掲注（6）35頁以下。
- (21) 潮見・前掲注（6）59頁以下。
- (22) 潮見・前掲注（6）73頁以下。
- (23) 潮見・前掲注（6）81頁以下。
- (24) 潮見・前掲注（6）85頁以下。
- (25) この部分は、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19巻1号（1986年）68頁以下による。
- (26) この「各自漁業を営む権利」について、立案担当者は、次のように解説している（水産庁経済課編『漁業制度改革＝新漁業法の条文解説＝』（日本経済新聞社、1950年）304頁）。「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」。
- (27) この改正の背景について、法改正担当者は、次のように説明している（岩本道夫編『新漁業法の解説』（水産社、1962年）65頁）。「前近代の入会権的な権利行使関係は、その産業が近代化し資本主義化して行く場合には崩れ去るべき性質のものであって、制度改革後十余年にわたる漁業の実態変化により、まさにかつて制度改革のめざした漁業における封建制度の残りかすの一掃、漁業の産業としての確立という方向で、制度改革前の旧法の考え方をひきついだ第8条に残る入会権的なものの考え方の整理を必要とする段階に至ったのである」。
- (28) この点について中尾・前掲注（25）90頁は、国会における改正案の審議状況を詳しく紹介した後で、「この『各自』の削除によって組合員は漁業権を有しなくなったか否かは、十分には明らかにされなかった。政府側が意識的か無意識にかその確答を避けたように思われる」と指摘する。
- (29) 川島武宜『民法（I）総論・物権』（有斐閣、1960年）264頁。
- (30) 川島・前掲注（29）264頁以下。
- (31) 川島・前掲注（29）265頁。
- (32) 水産庁経済課編・前掲注（26）281頁以下。
- (33) 水産庁経済課編・前掲注（26）303頁。
- (34) 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)」。引用は、浜本幸生監修『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) 386頁から。なお、この鑑定書は、浜本・前掲注(4) 180頁以下にも収録されている。
- ③5 武井正臣「漁業紛争と漁業補償に関する諸問題」日本法社会学会編『現代社会と法〔法社会学28号〕』(1975年) 52頁。
- ③6 総有説に属するものとしては、本文に引用したもののほかに、堀合道三「漁業制度改革の概観(1)——新漁業法の解説——」法律タイムズ4巻2号(1950年) 34頁、岩井萬亀「判例批評」民商法雑誌46巻1号(1962年) 92頁、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、工藤重男『判例通達による漁業法解説』(大成出版社, 1970年) 44頁以下、舟田正之「判例批評」ジュリスト491号(1971年) 130頁、黒木三郎「埋立てと漁業権」日本土地法学会編『近代的土地所有権・入浜権』(1976年) 173頁、中尾・前掲注(25) 105頁以下、熊本一規「入会漁業の権利主体」明治学院論叢国際学研究所5号(1990年) 36頁以下、同『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) 2頁以下、同『漁業権とはなにか』(日本評論社, 2018年) 21頁以下、浜本・前掲注(4) 551頁以下、田中克哲『最新・漁業権読本』(まな出版企画, 2002年) 238頁以下、山下=緒方・前掲注(4) 58頁などがある。総有説の立場をとっている裁判例としては、福岡高判昭和48年10月19日下民24巻9~12号771頁、大阪地判昭和52年6月3日判例時報865号22頁、大分地判昭和57年9月6日民集43巻7号876頁、福岡高判昭和60年3月20日民集43巻7号880頁。
- ③7 原暉三「漁業協同組合の漁業権利用関係(完)——漁村、漁場の閉鎖的傾向について——」法学志林49巻3号(1951年) 45頁。なお、原教授のこうした見解は、すでに同『日本漁業権制度概論』(杉山書店, 1934年) 254頁以下において唱えられていた。
- ③8 岩本編・前掲注(27) 67頁。
- ③9 前掲注(3) 最判平成元年7月13日。
- ④0 社員権説に属するものとしては、本文に引用したもののほかに、金田禎之『実用漁業法詳解』(成山堂書店, 1976年) 213頁、佐藤隆夫『日本漁業の法律問題』(1978年) 113頁以下、同「組合管理漁業権の問題点」国学院法学15巻4号(1978年) 54頁以下、同「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(2003年) 272頁以下、大國仁『漁業制度序説』(中央法規出版, 1980年) 78頁、杉田憲治『漁業法秩序の研究』(広島修道大学総合研究所, 1982年) 33頁、魚住庸男「判解」法曹時報41巻11号(1989年) 268頁以下、同「判解」『最高裁判所判例解説民事篇(平成元年度)』(法曹会, 1991年) 281頁以下、志村治美「判批」民商法雑誌101巻6号(1990年) 113頁などがある。社員権説を明示的にとっている裁判例としては、大阪地判昭和58年5月30日判例時報1097号81頁、青森地判昭和61年11月11日訟務月報33巻7号1854頁。
- ④1 我妻栄=有泉亨補訂『新訂物権法(民法講義Ⅱ)』(岩波書店, 1983年) 315頁以下。
- ④2 中尾・前掲注(25) 105頁以下。上谷均「共同漁業権放棄の対価としての補償金の配分手続」半田正夫刊行委員代表・森泉章先生古希祝賀論集『現代判例民法学の理論と展望』(法学書院, 1998年) 193頁は、「『分有』の意味もはっきりしない」と指摘する。
- ④3 柳澤秀吉「共同漁業権放棄に対する補償金の配分方法」名城法学39巻2号(1990年) 125頁。
- ④4 たとえば、金田・前掲注(40) 213頁など。
- ④5 佐藤・前掲注(40)『日本漁業の法律問題』115頁。
- ④6 新田・前掲注(2) 85頁以下。
- ④7 漁業法研究会『逐条解説漁業法』(大成出版社, 2021年) 173頁。
- ④8 この点に関して、新田・前掲注(2) 91頁は、「いずれの見解とも共同漁業権と組合員の漁業を営む権利を、既存の観念に当てはめようとするところに無理がある」と指摘し、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(1994年) 55頁は、「社員権という概念にあまりこだわることなく漁業法の規定に即して考慮することが

必要であり、その際には総有説の意義を再検討することも必要になる」としている。なお、山島正男「組合管理漁業権の性格」北大法学論集28巻4号・29巻1号合併号(1978年)22頁以下は、社員権説としてしばしば引用されるが、山島教授が社員権説を主張したものかどうかは明らかでない。むしろ、総有説も社員権説もともに「一面的見解」であるという見方を示している。

(49) 柳澤・前掲注(43)126頁。

(50) 石田穰『物権法(民法大系(2))』(信山社, 2008年)369頁以下。

(51) たとえば、山下=緒方・前掲注(4)89頁以下では、共同漁業権のもつ機能として、「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」、および、「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」が指摘されている。このほか、コモンズ論と共同漁業権との関係については、田平紀男『日本の漁業権制度——共同漁業権の入会権的性質』(法律文化社, 2014年)「はしがき」i頁以下、間宮陽介「コモンズとしての社会的共通資本とそのマネジメント」水資源・環境研究29巻2号(2016年)24頁以下など参照。

(52) 田平・前掲注(51)170頁。

(53) この文書は水産庁のホームページで見ることができる。