

Title	共同漁業権の法的性質と漁業補償
Sub Title	Zur rechtlichen Natur des Mitfischereirechts
Author	新田, 敏(Nitta, Satoshi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1990
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.63, No.12 (1990. 12) ,p.69- 91
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	金子芳雄教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19901228-0069">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19901228-0069</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 共同漁業権の法的性質と漁業補償

新 田 敏

- 一 はじめに
- 二 共同漁業権の性質をめぐる学説・判例
- 三 漁業補償の配分手続をめぐる学説・判例
- 四 私 見
- 五 総 括

## 一 はじめに

漁業権とは、一定の水面において排他的に一定の漁業を営むことのできる権利であって、行政庁（都道府県知事）の免許によって設定される権利とされている（漁業法一〇条）。そして漁業法は、漁業権について定置漁業権、区画漁業権、共同漁業権の三種類を規定している（漁業法六条）。このうち共同漁業権とは、一定の水面を共同に利用して、同法六条五項に定める漁業を営む権利をいい、その免許は漁業協同組合（又はその連合会）に与えられるものとされている（漁業法一四条八項）。したがって、漁業協同組合の組合員は、漁業協同組合（又はその連合会）の有する共同漁業権の範囲

内において漁業を営む権利を有するものとされている（漁業法八条一項）。

わが国における漁業権の歴史は明治八年の太政官布告にはじまり、明治三四年の漁業法により制度的に漁業権の原形が確立したといえるが、漁業法は、第二次大戦以前においても数次の改正がなされ、戦後も漁業制度改革を意図した昭和二四年の漁業法、さらに昭和三七年の改正と変遷を重ねてきた。<sup>(1)</sup> その間の曲折を大きく捉えれば、明治以前から存在していた慣行漁業権から免許漁業権への制度的定着化とみることができよう。今日の共同漁業権の「一定の水面を共同に利用して……漁業を営む権利」という性格は、徳川時代にすでに存在したといわれる村持漁場あるいは入会漁場との類似性を有していることから、共同漁業権の法的性質をめぐって、漁業協同組合に帰属するとされる漁業権と、それにもとづいて現実に漁業を営む個別組合員の権利の関係についての見解の対立を生じさせる主要な原因となつているといえよう。

このような見解の対立は、昭和三〇年代後半から増加した各種の目的による港湾ないし海面の埋立等の際に支払われる補償金の帰属、とりわけ組合員への配分方法をめぐって、より現実具体的な対立を生じさせ、各地の裁判所の判断をも混乱させてきた。この対立を単純化すれば、総有説対社員権説ということになる。近時最高裁は、総有説に立った一審、二審の判断を否定して、社員権説に立つことを宣言した。<sup>(2)</sup> しかしこの両説につきなお検討すべき点がなくはないように思う。組合に支払われた補償金の合理的な帰属・配分を目標にしつつ、組合に帰属する権利と組合員の漁業を営む権利の関係について若干の考察を試みたい。

- (1) 漁業権の制度的変遷については、山島正男「組合管理漁業権の性格」北大法学論集二八巻四号Ⅱ二九巻一号合併号二頁以下、原暉三「漁業協同組合の漁業権利用関係」法学志林四九巻二号三〇頁以下、水産庁経済課編・漁業制度の改革六頁以下など参照。昭和三七年改正の経過については、岩本道夫編著・新漁業法の解説一七頁以下参照。
- (2) 最判平成元年七月一三日民集四三巻七号八六六頁。

二 共同漁業権の性質をめぐる学説・判例

法人たる漁業協同組合に帰属するとされる共同漁業権と、それにもとづいて組合員の保有する漁業を営む権利との関係については、明治漁業法制定以前からの入会漁業が、漁業法の制定および数次の改定にもかかわらず、実質的には変化していないとみる総有説と、漁業法の制定・改定により漁民の権利は変質し、漁業権の主体が組合とされていることから、組合員の有する権利は一種の社員権と理解すべきであるとする社員権説とが対立している。つぎにそれぞれにつき代表的学説および判例をみてみよう。

〔一〕 総有説

総有説に立つ学説は、漁業法の規定自体よりも、明治政府以来の行政が、事実上入会漁業の実態を容認する政策をとって今日に至っていることを強調する。その代表として川島教授は、「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（傍点原著者）。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。……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」とされている<sup>1)</sup>。この教授の指摘は、第二次大戦後に日本民主化の一環としての漁業制度の改革を意図してなされた、昭和二四年の新漁業法の立法担当者にもみられるところである。すなわち、この立法に際して、明治漁業法にもとづく既存の漁業権を、旧権利者に補償金を交付して消滅させ、新たに免許を与える

ことにしたにもかかわらず、総有説を堅持していることにはあらわれている。立法担当者の新漁業法の解説によれば、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、（中略）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（法六条五項）。『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——であり、法律的には、自営でなくとも協同組合が漁業権を持ち（法一四条六項）、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（法八条）と規定している<sup>(2)</sup>」としている。また各自漁業を営む権利を規定する同法第八条の解説では、「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（民法二六三条、二九四条）。実はこれはゲルマン法の『総有』という形態であって、部落と部落民が分か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<sup>(3)</sup>。」と解説している。そしてさらに、同法二三条の説明では、「協同組合に管理権の認められる漁業権は、内容的に見るときは、それによって組合が利益を収めるわけではなく、組合の団法規制下に組合員に行使させるために保有している<sup>(4)</sup>ので、漁民による漁場管理のための形態——管理権限——なること前述のごとくであるが、だがこの組合の管理権限は組合員の各自漁業を営む権利と一体のもので——ゲルマン法の総有——それをローマ法的に処理するために組合の漁業権（共同、区画）と組合員の各自漁業を営む権利との二つに分けたのであり<sup>(4)</sup>。」としている。

このような新漁業法の共同漁業権をめぐる入会権的理解に対しては、新漁業法施行後一〇年の漁業の発展による批

判が増大し、漁業制度調査会において検討されたのち、組合員の漁業を営む権利に関する漁業法の改正がなされている<sup>(5)</sup>。その結果として、昭和三七年改正による現行八条は、組合員は、組合が都道府県知事の認可を受けて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、当該漁業権の内容たる漁業を営む権利を有するものとし(同条一項および四項)、また旧規定の「各自漁業を営む権利を有する」の部分から、「各自」の文言が削除されている。これ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、かならずしも全組合員が「各自」行使権を有することにはならないということを意図したものと思われる<sup>(6)</sup>。

このような改正の後においても、共同漁業権の「入会漁業権的」本質が根本的に変化したと解するのは誤りであるとして、その理由として、新規定上そのような変化を示す明文の規定はないこと、および共同漁業の実態が「入会的」性格を失っていないとする主張がみられる<sup>(7)</sup>。

このような学説の影響を受けて、総有説に立つ判例も少なくない。それによれば「現行漁業法は従来の入会的権利である地先水面専用漁業と慣行専用漁業権を廃止して共同漁業権としたとは言っても権利の性質に変更を加えたものではなく、漁業協同組合を設立して団体的規律を加えるとともに、主として漁民の厚生保護、資材・施設の共同購入、共同管理、集荷・販売などの便宜を与えることを目的としたものであるから、入会漁業権の帰属関係に実質的な変更をもたらしているものとは言えないのであり、法人たる組合が管理権を、組合員を構成員とする入会集団(漁民集団)が収益権能を分有する関係にあると認められる<sup>(8)</sup>」としている。

## (二) 社員権説

右にみたいわば伝統的な総有説に対して、昭和二四年の漁業法は伝統的・慣習的な法律関係をすべて払拭し、これに替えるに契約法上の理念を導入せんとしたものといえる、という認識のもとに社員権説が登場する。それによれば「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、定款の改変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ぬ<sup>9)</sup>とする。この見解は、前述の昭和三十七年の改正以後支持者を増加させており組合員の権利は「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したものであり、入会権のように慣行による規制に委ねられているものではない。しかし組合員のこの地位は漁業協同組合という団体を構成する構成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<sup>10)</sup>とされている。また結論的に社員権説を支持しつつ、その論拠を補強するものとして、①現行法上、組合管理漁業権の成立については、慣行入会による専用漁業権に対しても補償金を交付して法的に消滅させていることが当然前提とされるべきこと、②漁民は組合に加入し、行使規則に基づいて漁業を営む権利が発生するわけで、単に部落民を前提とする入会権の場合とは、その意味で明らかに異なる、との二点を強調する学説がある<sup>11)</sup>。

なお山島教授は、明治漁業法から新漁業法および同法の昭和三十七年改正までの変遷を詳細に検討され、またそれぞれこの条項において、組合員の固有の操業権が認められていたか否かの分析から、「組合員の権利は明治34年漁業法からこの方けつ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效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。」と総括されているのが注目される<sup>12)</sup>。

このような学説に対応するように、総有説を否定し、共同漁業権は組合に帰属する<sup>13)</sup>、あるいは組合員の権利は社員

権的権利であるとする判例が増加していたが、それらの下級審判決の確定ともいえるのが、最高裁平成元年七月一日判決である。<sup>(14)</sup> ここでは、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り、かつ漁業権は、法定の存続期間の経過により消滅するものと解されること、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ものである、などを指摘したうえで、つぎのように判示している。「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のできる権利であると解するのが相当である。」

このようにして、最高裁調査官の手になる本判決の解説も、昭和三十七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ことなどから、少なくとも昭和三十七年の改正後の漁業法の解釈としては、共同漁業権は法人たる漁業協同組合に帰属し、組合員の地位は、いわば社員権的権利とみるのが相当である<sup>(15)</sup>としている。

- (1) 民法I二六四頁、同旨潮見俊隆・注釈民法(7)五九二頁。
- (2) 前掲・漁業制度の改革二八一―二頁。
- (3) 前掲・漁業制度の改革三〇三頁。
- (4) 前掲・漁業制度の改革四三九―四〇頁。
- (5) この経過については、山島・前掲一七頁以下および魚住庸夫「判例解説 法曹時報四二巻二二―二六三頁以下参照。



- (6) 岩本・前掲六五頁以下。この行使規則に関する解釈論としては、山島・前掲一八頁以下が詳細である。
- (7) 武井正臣「漁業紛争と漁業補償に関する諸問題」法社会学二八号五〇頁、他に昭和三七年改正後、総有を主張するものとして、工藤重男・判例通達による漁業法解説四四頁、昭和三七年改正前の漁業法と現行法との間に本質的差異はない、とするものとして、中田明・「判批」ジュリスト八九三号二一八頁。
- (8) 福岡高判昭和六〇年三月二〇日民集四三巻七号八八五頁〔前掲最判の原審〕、他に福岡高判昭和四八年一月一九日下民集二四巻九一二号七七頁、大阪地判昭和五二年六月三日判時八六五号二二頁、大分地判昭和五七年九月六日金融商事判例八三〇号一一頁〔前掲最判第一審〕。
- (9) 原暉三「漁業協同組合の漁業権利用関係(完)」法学志林四九巻三三四五―六頁。
- (10) 金田禎之・実用漁業法詳解二二三頁。改正担当者がこの趣旨を述べている、岩本・前掲六七頁。
- (11) 佐藤隆夫・日本漁業の法律問題一一三四頁。なおその他「組合員の漁業を営む権利」は、「いわゆる社員権的権利」とするものとして、杉田憲治・漁業法秩序の研究三三三頁がある。もっとも同教授は、共同漁業権の本質は、「一定の水面を共同に利用して営む」ということで、これはその地区の漁民総有の入会漁場であることを表現したものである、とされており〔同書二三三頁〕、その両者の関係は不明である。
- (12) 山島・前掲二二頁。
- (13) 富山地高岡支判昭和四三年五月八日判時五五四号六四頁、鹿児島地判昭和四四年七月三〇日判時九四八号九九頁、名古屋地判昭和五八年一〇月一七日判時一一三三三号一〇〇頁。同旨仙台高判昭和六二年一月二二日判タ六三一号二一九頁。
- (14) 大阪地判昭和五八年五月三〇日判時一〇九七号八一頁、青森地判昭和六一年一月一日訟務月報三三巻七号一〇二頁。
- (15) 前掲民集四三巻七号八六六頁。
- (16) 魚住・前掲二五三頁。

### 三 漁業補償の配分手続をめぐる学説・判例

共同漁業権の法的性質をめぐる学説・判例の状況は右にみてきた通りであるが、その検討の前に、そのような共同

漁業権についての理解が、支払われた補償金の配分方法の決定にどのように係わるかをみておきたい。

〔一〕 補償金の帰属主体

共同漁業権の一部放棄ないしは縮減に伴って支払われる補償金の帰属主体については、右の総有説・社員権説の対立が、ほぼそのまま反映される。

イ 共同漁業権について構成員による実質的総有であるとする立場では、共同漁業権の収益権能は全組合員による総有者団体に帰属すると理解するから、その収益権能喪失による損失の補償を目的として支払われる補償金は、組合員全員の総有に属するとする。そして補償金は金銭で可分ではあるが、総有者団体の団体的結合性に影響されて、分割されず単一のまま全員の共有となり、組合の一般財産となることはないとする。<sup>(1)</sup>

ロ これに対して、組合員の漁業を営む権利につき社員権説ないしは組合に帰属する漁業権に基づく権利との理解に立つ場合には、共同漁業権放棄の対価として支払われた補償金は、漁業権の主体である組合に帰属するものであって、当然に個々の組合員に帰属するものではないと解するのが一般である。<sup>(2)</sup>

ハ なお、組合員の漁業を営む権利につき社員権説に立ちつつも、この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って、その侵害に対しても独立に損害賠償請求権を発生せしめることとなるというべく、したがって漁業権の変更消滅時には以後これと運命を共にするとしても、独立に存在する限りにおいては、権利の帰属者も異なるのであり、その処分就中その侵害に対する補償処理も漁業権におけるのは別個独立の法理に服することとなり、漁業権者である組合が組合員の個別の授權なくして当然に組合員の漁業を営む権利を処分できるものではないとするもの<sup>(3)</sup>があり、事案の性質がやや異なることはあるが、注目される。

つぎに補償金の配分手続についてであるが、この点に関して漁業法にも水産業協同組合法(以下水協法と略記する)にも、直接の規定が存在しないため、その手続および根拠規定について、判例の苦心の跡がみられる。

〔二〕 総有説に立つ場合の配分手続

総有説に立つ場合には、この補償金の配分ないし分割を基本的に共有物の分割に準じて行おうとする点での共通性はみられるが、細部では若干の違いが認められる。

A 共同漁業権の収益権能の総有という権利関係からして、支払われた補償金は共有に属し、組合員は民法二五六条に基づき、各共有持分の分配（分割）請求権を有するとし、さらに「本件で原・被告ら間に本件各債権（補償金が銀行に預け入れられている——筆者註）の分割の協議が調わないことは、弁論の全趣旨によって明らかである。従って、当該裁判所は民法二六四条二五八条一項に基づき、裁判上の共有物分割手続によって、本件各債権を原・被告ら間で分割することにする」としている。<sup>4)</sup>

B 漁業権消滅の補償金は、入会集団すなわち組合の構成員に総有的に帰属するものであるから「その分配はその帰属主体たる入会集団の慣行的規範による分割手続を経て構成員たる個々の漁民に帰属するものと解されるが、特段の慣行的規範が形成されていない限り、右補償金が……総有的に帰属するものである以上、構成員全員一致の協議によることを原則とするものというべく、全員一致の協議が成立しないときは、民法第二五八条一項を準用し分配をなすほかならないものと解される」とする。<sup>5)</sup>

C 一般に伝統的な総有関係における権利の処分は集団の構成員全員一致の合意によらなければならないとされているが、これは、総有が入会集団の慣行に由来するものだからである。それ故、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したがって修正されることがあるのは否定できない。「被告組合においては、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みて差支えないというべきである。そうすると、漁業権消滅補償金の配分について、組合の総会の決議により多数決をもって決定することは妨げない」としている。<sup>6)</sup>

右にみたようにA説は、組合員の総有から、ただちに補償金は共有として、あとは一般の共有の規定を適用しようとする。これに対し、B説C説は、総有であるからその入会集団の慣行的規範によって分割すべきであるとして、この点では総有論の枠内にとどまっているが、B説は、慣行的規範が存在しないときは、構成員全員一致の協議が原則で、それが不成立のときは、共有と同一の裁判上の分割によらざるをえない(準用とされている)としている。姿勢としては、総有論を保ちつつ、民法に規定される「共有」にその根拠規定を求めるといってよい。C説は、配分について慣行的規範の存在を認めて、それによっている(BとCは同一事件の第二審と第一審である)。従って、仮にそのような規範が存在しなかったときに、C説ではどういう法理によるのかは不明であるが、ここでは、総有的処理として貫徹されている。

なお総有説に立つ学説で、行使権者が実質上の漁業権者であるから、補償金の支払いの相手は、漁協ではなく、各行使権者であるべきであると<sup>(7)</sup>するものがある。

### 〔三〕 社員権説に立つ場合の配分手続

組合員個々の漁業を営む権利を社員権的にとらえる見解ないしは、共同漁業権の総有説をとらず、組合に帰属するとする見解に立つ場合にも、配分手続について一致しているわけではない。しかしその根拠規定を民法ではなく、団体法である水協法の規定に求めている点では一致する。補償金の性質についての考え方の違いが、根拠規定の違いとなっている。

D 「漁業補償金は組合の存立の基盤である共同漁業権放棄の対価であるから、これは組合にとって一種の清算的剰余金の性質を有するものと解すべく、従ってその処分については水協法四八条一項六号(現行四八条一項七号——筆者註)により総会の決議を経ることを要すると解する<sup>(8)</sup>」としている。

E 「共同漁業権放棄の対価として取得した漁業補償金は組合財産に帰属するものであって、当然には個々の組合員、

準組合員に帰属するものではない。そして補償金の配分手続は水協法四八条の剰余金の配当手続によるべきものと解せられるけれども、漁業補償金は総会の議決に基づき（水協法四八条、組合定款四〇条、四四条）組合財産に属するものの滅失の対価として取得したものであって、経済事業体としての協同組合が事業活動による損益取引の結果取得した協同組合の剰余金とは異なるものであるから、これが配分に際しては剰余金の配当に関するいわゆる事業利用分量配当の原則あるいは出資配当についての定款所定の配当率（水協法五六条二項、組合定款五五条）にとらわれることなく、実際の漁業収益の損失等を考慮して適宜公平な配分をなすことが可能と言わねばならない<sup>9)</sup>としてゐる。

**F** 「漁業権、入漁権の放棄に対して支払われた補償金は組合員がその利益を享受すべきものであるが、組合の所定の配分手続を経ることなく、当然に組合員が補償金について直接の請求権を取得するものということはできない。組合は漁業権等に関する管理権限に基づき、本件補償協定を締結し、補償金を受領保有しうるだけでなく、漁業権、入漁権の変形したものととして、本件補償金についても管理、処分権限を有し、この権限に基づき公平かつ適正に、右補償金を組合員に分配すべきものと解される。そしてその場合右配分については水協法四八条一項九号、五〇条四号の趣旨に準じ、総会の特別決議に基づくことを要する。従って、組合に属する個々の組合員が本件補償金の分配を直ちに求めることはできず、組合の総会決議により決定された分配方法に基づき、本件補償金につき権利を取得し、それを行使しうることになるものである<sup>10)</sup>とする。

右の三説のうちD説は補償金の性質を一種の清算的剰余金とみるのに対し、E説は組合の事業活動による結果取得した剰余金とは異なるとしつつも、配分手続はD説と同様に水協法四八条による総会の議決、すなわち総会の通常決議によるとする点で、両説は共通する。ただしE説はこの補償金の性質から、一般の剰余金とは異なる配分——実際の漁業収益の損失などを考慮し行うこと——が可能としている点が注目される。これに対して、F説は、補償金の配分方法は、組合の総会の通常決議ではなく、漁業権の得喪などにおいて必要とされる特別決議、すなわち総組合員の

半数以上が出席し、その議決権の三分の二以上の多数の議決によるべきものとしている。前述の最高裁判決も、この立場をとり、「漁業協同組合がその有する漁業権を放棄した場合に漁業権消滅の対価として支払われる補償金は、法人としての漁業協同組合に帰属するものというべきであるが、現実に漁業を営むことができなくなることによって損失を被る組合員に配分されるべきものであり、その方法について法律に明文の規定はないが、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前記水産業協同組合法の規定の趣旨に照らし、右補償金の配分は総会の特別決議によってこれを行うべきものと解するのが相当である。」<sup>(11)</sup>としている。

組合が受領した漁業権の放棄・喪失などにもなる補償金の配分手続・方法についての下級審における混乱は、今後右の最高裁判決によって、収拾されるものと思われる。しかしそれにもかかわらず、「補償金は法人に帰属するものというべきである」としながら、なぜそれが「損失を被る組合員に配分されるべきもの」なのかについての理由は判然としない。そればかりでなく、法人たる組合に帰属する共同漁業権と、組合の漁業権行使規則に従って行使される組合員の漁業を営む権利との、かなり特殊な法律関係について、従来主張されてきた総有説にせよ社員権説にせよ、その内容が充分吟味されないままに、用語がひとり歩きしている感すらないわけではない。そこでつぎに、その点の検討を試みたい。

- (1) 前掲大阪地判・判時八六五号三〇頁、同大分地判・金判八三〇号一三頁、同福岡高判・民集四三卷七号八八五頁、同旨・武井・前掲五五頁。
- (2) 前掲鹿児島地判・判時九四八号一〇二頁、同名古屋地判・判時一一三三号一二四頁、同仙台高判・判タ六三一号二二二頁、同最判・民集四三卷七号八七四頁。
- (3) 前掲大阪地判・判時一〇九七号八七頁。
- (4) 前掲大阪地判・判時八六五号三〇頁。
- (5) 前掲福岡高判・民集四三卷七号八八五頁。

- (6) 前掲大分地判・金判八三〇号一四頁。
- (7) 武井・前掲五五頁。
- (8) 前掲富山地高岡支判・判時五五四号六八頁。
- (9) 前掲鹿児島地判・判時九四八号一〇二頁。
- (10) 前掲名古屋地判・判時一一三三号一二四頁、同旨・前掲仙台高判・判タ六三二号二二一頁。中田明・前掲「判批」ジュリスト八九三号一二八—九頁は、この名古屋地判についてのものだが、特別決議によるべきことに賛成している。
- (11) 志村治美「判批」民商一〇一卷六号八五三頁は、ほぼ全面的に、この最高裁判決に賛成されている。

#### 四 私 見

漁業権の補償として組合に支払われる金銭の分配に当って、いわゆる総有説およびいわゆる社員権説（ないし組合帰属説）のはたしている役割をみると、若干の差異は後に検討するとして、とりあえず図式的にいうと、総有説ではその補償金は、①直接に漁民である組合員集団に帰属する。②それは組合員全員の共有となる。③その総額について全員の合意により分割される。これに対して、社員権説においては、④補償金は法人である組合に帰属する。⑤その分配は社団的意思決定による。⑥社団の意思により、内部的事情の考慮や、配分の具体的作業を特別の委員会などに付託することができる。このような実際上の相違が、どのような法的ないし法理的根拠を有するのかが考究されるべきであるが、あわせて、根本に戻って、この補償金は組合に帰属するとされる漁業権の補償を目的とするものなのか、それとも組合員の漁業を営む権利の補償を目的とするものなのかの再検討も必要となるように思われる。

#### 〔一〕 総有説の検討

わが国における漁民の排他的漁業の権利が、沿革的に入会的権利として存続していたことについては争いのないと

ころであるが、今日なお漁業を営む権利の根拠として総有説が主張されているのは、近代的漁業権に転化しきれなかった戦前の漁業法と現実の漁業の実態とのギャップにその原因があったのではないかと思われる。山島教授の戦前における数次の漁業法の精密な解釈論にみられるように、規定のうえからは、むしろ社員権の権利であつたにもかかわらず、入会的漁業権の意識から脱却しきれなかつた理由は、漁業法制化の初期の段階における政府の対応の拙劣さにあつたのではなからうか。すなわち従来の慣行的漁民による漁場支配を承認していた明治政府が、明治八年になつて突如、海面国有を宣言し、漁業の権利や慣行を否認して、新たに申請に基づいて借区料を徴収することを主体とした制度を強行したにもかかわらず、漁場をめぐる紛争の激発によつて、翌年には事実上これを廃止し、漁業旧慣の再確認によつて事態を収拾せざるを得なかつたことにはじまり、明治一九年の漁業組合準則も慣行の継承を主旨とした。さらに一〇年の歳月をかけて議會を通過させ明治三五年に施行されたわが国最初の漁業法が、漁業権の性格のあいまいさなどにより実情にあわなかつたことなどから、直ちに改正の議が起り、明治四三年に全部改正がなされて成立したのが、いわゆる明治漁業法である。したがつて明治漁業法の最大の特徴が「慣行の固定」とされており、また漁業組合に漁業自営を認める規定がおかれたにもかかわらず、単に規定の上に存在するに過ぎなかつたといわれている。このような漁業権をめぐる強固な慣習の存在と、数次の立法・改正にもかかわらず事実上の実態承認という昭和二四年までの歴史が、共同漁業権の漁民による総有説を支えているといつてよい。

しかしながらここで注意しなければならないのは、共同漁業権総有説には二面性があるということである。その一つの面とは現に漁業を営んでいる漁民の権利の根拠としての総有説であり、他の一面とは共同漁業権をめぐる権利構造論としての総有説である。この点については、従来かならずしも意識されてこなかつたように思われる。第一の面とは、現行法の効力をも凌駕する慣習的効力の根拠たりうるものであつて、先の歴史的な経過のなかで、結果的に承認せざるをえなかつた総有であるのに対して、第二の面とは、法人たる組合に帰属するとされる漁業権とそれにもと



づいて組合員である漁民が漁業を営むことのできる権利との関係を明らかにしようとする総有説である。

まず第一の意味すなわち根拠としての総有説は、現行法のもとではとりえないと考える。その最大の理由は、新漁業法の成立にともない、慣行を基礎にして承認されてきたと思われる既存の漁業権に対して、補償金を交付して法的に消滅させていることである。<sup>7)</sup>その他前述の最高裁判決が古来の入会権的漁業権と現行共同漁業権とは異なるとして挙示する新漁業法の規定は、昭和三七年度の改正点を含めて、旧法の諸規程との対比でいえば、慣行漁業権からより免許漁業権になったとはいいうるとしても、第二次大戦直後まで存在していたとみられる慣行漁業権を否定する理由にはならないように思われる。<sup>8)</sup>

つぎに根拠としての総有説への疑問は、仮に伝統的觀念に従って総有とみた場合になぜ全組合員の合意を必要とすることになるのかということである。一般に説かれるように、総有とは、管理権処分権はその団体自体に帰属し、各構成員が有するのは、使用収益権にすぎず、したがって各構成員には持分はなく、もちろん分割請求は許されない。<sup>9)</sup>組合的共有（いわゆる合有）であっても、清算前の分割請求は否定されている（民法六七六条二項）のであって、総有において、仮にその目的物の一部ないし全部が可分の金銭に変わったとしても、その構成員が当然に分割請求権を有するわけでないことは、一般に総有とされる権利能力なき社団について考えれば明らかであろう。従って総有説によって構成員の分割請求権を認めようとすれば、その団体にそれを認める慣習があるか、その団体が解散等によって消滅する場合に限定されるのではなからうか。

さらに補償金を受領した漁業協同組合のなかに、仮に行使規則に定める資格要件を欠く組合員がいる場合に、この総有の担い手は、資格要件を充す組合員のみか、それとも無資格の組合員をも含むのであろうか、理由を明示して答えるべきであらう。

それでは権利構造論としての総有説は、どのような意味をもつてあろうか。

この観点で問題となるのは第一に、漁業法六条五項が定める「共同漁業」とは「左に掲げる漁業であつて一定の水  
面を共同に利用して営むものをいう」という文言中、「共同に利用して営む」ということの意味。第二に、同法八条  
一項の定める漁業協同組合の組合員であつて、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者は、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漁業を営む権利を有す  
る、とされる、この組合員の「漁業を営む権利」と組合に帰属する「漁業権」との関係はどうか。第三に、水産業協  
同組合法一七条二項の「組合が漁業を営むには、組合員の三分の二以上の書面による同意を必要とする」という規定  
が右の組合有の「漁業権」と組合員有の「漁業を営む権利」との関係決定に係わる意味は何か、の三点である。この  
点については、補償金の配分手続・方法を考えるに就いてもっとも重要な「漁業権」と「漁業を営む権利」の関係で  
考察することとして、その前にいわゆる社員権説のもつ意味と限界を検討しておきたい。

## 〔二〕 社員権説の検討

今日の多数説であり、最高裁の判旨でも前提とした社員権説の最大の目的は、前説でみた根拠としての総有の否定  
と、共同漁業権の法人たる組合への帰属の再確認といえよう。「根拠としての総有」が認めえないことは、前述した  
ところであるし、そうであるとすれば、共同漁業権が法人たる組合に帰属するということも漁業法の定めるところで  
あつて格別異論を唱えることもなさそうである。しかし組合員が組合の制定する行使規則に定める資格を充すこと  
よつて、組合の有する漁業権の範囲内で認められる漁業を営む権利を、性急に社員権と認識してよいのかは疑問であ  
つて、逆にこの組合員の漁業を営む権利の特質を看過する虞れがあるように思われる。

まずこの説の首唱者である原教授が指摘され、最高裁判旨でも説述している、共同漁業権が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」とする点であるが、疑問である。なぜならば、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からである。公益法人であれ、営利法人であれ、法人が物を所有するのはまさにその法人の目的とする公益または営利追求のために、法人が、その使用収益をするのであって、決して法人の構成員（社員）が、自己の利益追求のために使用収益できるわけではない。このことは、漁業協同組合と類似の構成員の利益のみを目的とする非営利団体である消費生活協同組合でも同様であって、その所有施設は法人である組合に帰属するが、組合員が当然にその施設を自己の利益のために使用収益できるわけではない。その意味で漁業協同組合に帰属する漁業権にもとづいて、一定資格を有する組合員が、自己の利益のために漁業を営む権利を有するというのは、極めて特殊な法的地位であることを確認する必要がある。

第二に、これはやや形式的な問題だが、社員権であるとすれば、その社員たる資格を有するかぎり、当然かつ平等（この基準は法人の性質により異なりうるが）に行使できる権利でなければならないのが原則であるが、組合員でありながら行使規則に定める資格を欠くということで、否定されることがある漁業を営む権利が、はたして社員権という観念に適合するのであろうか。

第三に、補償金配分との関係ではもっとも実質的な問題であるが、漁業権の放棄の対価として支払われた補償金は、漁業権が法人に物が帰属すると全く同一に組合に帰属するのであるという前提に立てば、当然に法人たる組合に帰属することになるのであるから、漁業権にもとづいて漁業を営む組合員に全く配分しないことが許されるのであろうか。そのようなことが許されないことは明白であるから、最高裁も「補償金は法人に帰属するものというべきであるが、現実には漁業を営むことができなくなることによって損失を被る組合員に配分されるべきものであり」とするが、その理由は示されていない。従って学説のなかには、「漁業権の補償金とは漁業を営む権利の喪失による損失を補償するものであると、本判決もまた考えていると理解すべきであらう」とするものもみられる。しかしこの理解が正しいとすれば、組合がその名において受領するのはなぜか、また全額を組合員に配分すべきことになって、たとえば組

合員全体の利用のための施設設置のために、その一部を当てることなどではできないことになるがそれでよいか、仮にそれを行うとすれば、漁業を営む権利を喪失した組合員全員の合意を要することになり、社団的意思決定方法によることはできないのではないか、という疑問を生ずる。<sup>(12)</sup>

このようにして、「総有」「社員権」という、ややもすると比喩的に使われる觀念から一度離れて、組合に帰属する「共同漁業権」と行使規則に定める資格を有する組合員の行使する「漁業を営む権利」との関係を再考察する必要がある。

### 〔三〕 共同漁業権と漁業を営む権利の関係

組合に帰属する共同漁業権と個々の組合員が行使する漁業を営む権利の関係を考える手掛りとなるのは、前述したように(1)漁業法六条五項、(2)同法八条一項、(3)水協法一七条二項の三カ条を挙げることができる。

漁業法六条五項は共同漁業権の特質は、「一定の水面を共同に利用して営む」としており、「共同に利用」と定められるかぎり、複数の主体がその内容とされている漁業を営むことを容認するものが共同漁業権であることは疑いない。そしてその権利は同時に、物権とみなされ(漁業法二三条一項)、排他的効力を有する権利である以上、その主体となるものの範囲が限定されていることも明らかである。このような漁業の形態としては、わが国で漁業法が制定された以後のものとして、「その地区の漁民総有の入会漁業ということを表示したもの」<sup>(13)</sup>と説明されてきたものと思われる。

このような漁業権は、経営者に直接免許される漁業権とは異なり、漁民による共同の漁場管理を要素としなければならず、関係漁民に漁場を管理させるために、その漁民の集合体である組合に必要な権限を付与する漁業権とされていると考えられる。従って、ここで漁業を営む主体として想定されているのは当該組合員であって組合自体ではない。漁業法八条はまさにこのことを規定している。ここでは、共同漁業権の主体たりうるのは漁業協同組合またはその連合会とされながら(漁業法一四条八項)、それは形式的な権利者であって管理機能を有するにすぎず、実質的な漁業を営

む権利は、行使規則に定める資格を有する組合員が行使することが規定されているのである。さらに、この漁業協同組合自体が漁業を営むためには、組合員の三分の二以上の書面による同意を必要とするものとされており（水協法一七条二項）、この要件は、組合の最重要議題である定款の変更、組合の解散または合併、組合員の除名などの議決において、総組合員の半数以上が出席し、その議決権の三分の二以上の多数によらなければならない（水協法五〇条とされていることと比較しても、はるかに困難なものであって、組合員の漁業を営む権利を尊重しようとしていることは明白である。

右にみたように共同漁業権は組合に帰属しているとしても、それは管理ないしは調整の権限であって、収益をうるための漁業を営む権利は、組合員であってかつ組合の定める漁業権行使規則に定める資格を有する者に帰属しているということになる。そしてこのような権利構造をもつのは、前述したように、共同漁業とされる漁業形態を漁業権として保護するためのものであり、そのための特殊な法技術ということもできよう。

それでは、組合に支払われた補償金の配分手続はどうあるべきか。はじめに確認しておかなければならないのは、漁業権放棄・喪失の対価といえるためには、共同漁業権それ自体の量的質的放棄・喪失の対価でなければならず、特定の組合員に対する妨害であれば、それは個々の「漁業を営む権利」の損害賠償ないし妨害排除の問題であって、組合の有する漁業権の問題ではない。共同漁業権の成立している水面が縮限されるとか、その範囲で権利の対象とされる水産動植物の一部ないし全部を侵害される場合が、漁業権の問題である。

漁業権の放棄の対価としての補償金あるいは漁業権侵害の賠償金が支払われるべきなのは、その主体である漁業協同組合である。組合員あるいは行使規則によって資格を有する組合員でもない。このような補償金は、組合に帰属するものであるから、その用途は、その組合の内部規則によって決定されるべきである。規定に基づくものであれば組合の目的達成に有用な施設や用具の費用に充当することも許されよう。そのような定めがないときは、漁業権の縮

限によって現実に不利益を受ける「漁業を営む権利を有する」組合員への配分が中心となるべきである。この権利を有しない組合員については、その有しない事情などを考慮して決定すべきであろう。<sup>(15)</sup> このように基本的には、その組合の自治に委ねてよいと考えるが、定款その他によって、その処分方法の定めがなされていない場合にのみ、最高裁判決に示された水協法の定める特別決議によらなければならないと理解することはできないであろうか。仮に特別決議によったとしても、その内容が著しく不公正なものであるときなどには、無効とされる場合がある。<sup>(16)</sup>

- (1) 山島・前掲二頁以下参照。
- (2) 前掲・漁業制度の改革八―九頁、原・前掲志林四九卷二・三号三五―六頁。
- (3) 原・前掲志林四九卷二・三号三六頁、金田・前掲二頁。
- (4) 前掲・漁業制度の改革一頁、金田・前掲二頁。
- (5) 前掲・漁業制度の改革一二頁、金田・前掲二頁。
- (6) 原・前掲志林四九卷二・三号三九頁。
- (7) 佐藤・前掲一一三頁、魚住・前掲二六一頁。なお武井・前掲五二頁は、「入会権的」総有財産権たる実質を継続している……とされるが、本文に述べた意味でいわれる明治漁業法とは一線を画すべきであると考える。
- (8) 昭和三七年改正の最大の成果のように主張される第八条の文言から全組合員の権利という意味での「各自」が削除されたということも、明治漁業法からの経過の中でとらえれば理解できなくはないが、組合員全員が保有する資格要件を行使規則に定めれば、実態としては何も変わらないわけであって決定的理由にはならないように思われる。また権利の内容が、慣行ではなく、この規定および行使規則によると強調したところで（岩本・前掲六七頁）、その実質的内容が慣行と同一である場合には、同様のことがいえよう。
- (9) 持分がなく分割請求が許されない、と明記するのは末川・物権法三〇七頁、柚木・高木・判例物権法総論三〇七頁、川井・注釈民法(7)三〇二頁。他の物権法の教科書は、単なる収益権しか帰属しないとする（例えば我妻・有泉・新訂物権法三一六頁。舟橋・物権法三七四頁など）。持分をもたない以上、分割請求権は当然認められないとするものであろう。
- (10) 民法二六三条・二九四条参照。同旨・山田誠一・判評三七四号（判時一三三七号）一八二頁。
- (11) 山田・前掲一八四頁。

- (12) 社員権説をとりつつもなんらかの留保・補正をする者が少なくない。首唱者原教授は、「併しながら、組合員の有する如上の権利は、単に組合員が協同組合に対して権利行使を請求し得るに止まるべきではなく……第三者に対し直接に、権利の確認又は妨害排除若しくは損害賠償の請求をなすことができ……この意味においては、共有の持分権に類似した権利ともいえるのである」とされている（前掲志林四九卷二・三号四五頁）。佐藤教授は「しかし、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不自然さは残りそうである。……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」とされている（前掲一一五頁および同「組合管理漁業権の問題点」国学院法学一五卷四号五七頁）。山島教授は「行使権者の地位は、単なる社員権の反射的效果ではなく……物権的性質を認められる独立の権利である。」とされている（前掲二二頁）。
- (13) 前掲・漁業制度の改革二八一頁、同旨金田・前掲四二頁など。
- (14) 前掲・漁業制度の改革二八二頁以下、金田・前掲四二頁、原・前掲志林四九卷二・三号四〇頁以下など参照。
- (15) 山島・前掲二二頁参照。
- (16) 山田・前掲一八六頁、魚住・前掲二七二頁（注一〇）。

## 五 総 括

法人たる漁業協同組合に帰属するとされる共同漁業権と、それに基づいて組合の定める行使規則の資格を有する漁業を営む権利との関係をめぐっては、これまで、総有説と社員権説との対立があったが、漁業権放棄の対価として補償金が支払われたような場合に、その合理的配分の根拠を提示しうる程、整備された内容をもっていなかったことは、二においてみた判例の混乱ぶりがこれを示しているといえよう。これを收拾すべきはずの前述の最高裁判決も、社員権説に立つことを宣言しながらも充分な説得力をもつものでないことは四で明らかにした通りである。最高裁は共同漁業権が法人たる組合（ないしその連合会）に帰属することを強調しているけれども、組合の漁業自営には水協法一七条二項による厳しい制約が課せられていることを軽視しているだけでなく、社員権説は、漁業法六条五項および同八条一項に適合し難い見解といわざるをえない。社員権とみるとしても、それは極めて異質のものである。これに対して

入会権類似と説く総有説は、共同漁業権の組合員の総有と主張するが、それが歴史的沿革を強調するかぎり、昭和二四年の新漁業法の制定に際し、旧漁業権者に補償金を交付して既存の漁業権を消滅させた経緯を無視するものである。またこれを共同漁業権の権利の構造を、魚業法上法人たる組合に帰属するとされるのはあくまでも形式的なものとみて、総有的な共同所有形態と主張しようとするものとしても、その主体たるべき構成員の範囲が現行法のもつて明らかでなく、持分も分割請求権も有しないとすると総有の概念は、補償金の配分手続の根拠とはなりえない。

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。漁場の共同管理を基礎として、はじめて物権たる漁業権たりうる共同漁業権について、漁場における収益のための諸活動の法的根拠となる漁業を営む権利は、原則として、個々の組合員に帰属させ、それを共同漁業権にもとづきかつ組合の定める行使規則によるべきものとしている、現行法の構造を率直に受けとめ、補償金の配分方法についても、この個有性と社団性を的確に反映させていくべきであろう。

記 金子芳雄教授には本年三月をもって退職された。三〇年以上にわたり先生から公私共に賜わったご指導・ご芳情に対しまして、この小稿をもって、感謝の敬意を表させていただきます。