

行はれることになつてゐるが、普通の貨物運送は五日乃至八日を要することになつてゐる。この規定のために、貨物運輸の尠からぬ部分が貨物自動車會社に分散して終ふこととなつたのである。地方廳の中には鐵道運輸業者に對しては租税を免除して、道路競争との對抗を容易ならしめんと

試みるものも現はれて來た。「ブラジル銀行」は同行から資本を出してゐる砂糖は水路又は鐵道に依つて運搬しなければならぬといふ通牒を發したこともある。その結果、一旦道路事業の方に分散してゐた貨物の尠からぬ部分が再び鐵道に還ることとなつたのである。

漁業權の收用に關する基礎的理論

田 口 二 郎

◎

河川の改修又は港灣の修築等を爲さんとする場合に、其

ば（漁業法第二十四條）まことに好都合であるが、之は多く望み得ない處であらう。

處に漁業權が存在するならば、之を消滅せしめなければ其の工事を遂行することが出来ない。當事者間の任意協議に依つて之を消滅せしめ得れば格別、然らざる場合に漁業法の規定する取消要件に該當し主務大臣が漁業免許を取消せ

そこで、收用に依つて漁業權を消滅せしめやうとしても土地收用法に依り之を收用することを得るや否やに付ては解釋上議論があり、然も從來之に關する行政實例の見るべきものもなかつたので、治水上或は又港灣經營上等に不便

を感ずることが尠くなかつた。従つて此の點に關する土地收用法の改正又は行政實例の確立を要求するの聲を聞くこと久しいものがあつたのである。

ところが、今回始めて土地收用法に依り、漁業權の收用に關する事業認定が爲されて、之等多年の要望に應へることとなつた。

昭和十三年十一月十七日付官報を以て爲された左の事業認定公告が即ちそれである。

左ノ事業ハ土地收用法ニ依リ權利ヲ收用スルコトヲ得ルモノト認定ス

起業者 廣島縣知事

事業ノ種類 河川改修

起業地 廣島縣廣島市仁保町、東雲町、安藝郡

府中町地内

右公告ス

昭和十三年十一月十七日

内務大臣 末次信正

之に依れば單に「權利ヲ收用スルコトヲ得」と表示されてゐるに過ぎないが、此の權利とは即ち漁業權を指すのであつて、事件の概要は廣島縣知事が昭和十三年八月十日内務省廣土第五四號を以て内務大臣の認可を受けた河川法施行河川太田川派京橋川小派猿猴川の河口改修工事を施行せんとするに當り、其の工事施行區域内には牡蠣、海苔等の養殖業に關する漁業權(區劃漁業)が存在し其の數七九八に及ぶので、之等漁業權者から二八名の代表者を選出せしめ、工事計畫の概要と施行の急を要する所以を説明し、補償總額を示して協議し數回に涉つて接衝したけれども漁業權者側の補償要求額が莫大で到底圓滿解決の見込なく、爲に工事の施行に支障を來すこと甚だしいものがあつたので、遂に土地收用法に依り之等漁業權を收用せんとして事業認定の申請をするに至つたものである。

此の事業認定に依つて始めて漁業權の土地收用法に依る收用に關する行政實例が確立せられたのであつて、之が今後の土木行政上に寄與する處尠からざるものがあらう。

さりながら、當局が此の事業認定を爲す前提として如何なる理由のものに、漁業權が土地收用法に依り收用の目的となり得ることを決定したか、換言すれば漁業權の收用に關する基礎的理論を如何に構成したのであるかは全く示されて居らない。従つて此の事業認定を支持するに當り、我々は理論構成に關して好む處に従つて從來の學說中の何れを採らうとも固より其の自由であると謂ふべきであらう。

されば私は之等の漁業權收用の基礎的理論に關する學說に對して一應ラン・タツチを試みつゝ從來から私の持つてゐた、そして折に觸れて他の誌上等で發表したことのある卑見をもう一度茲に述べさせて頂きたいと思ふ。

◎

漁業權を土地收用法に依つて收用し得るや否やと謂ふ問題に付ては、全然之を否定する學說（清水博士法學行政編二一四頁）もないが大體の傾向は肯定的結論に傾いて居り、明治四十三年第二十六議會の漁業法改正法律案に關する衆議院特別委員會に於ける政府委員の答辯も亦之を

肯定してゐるのである。一應消極的理論を組立てゐる學者と雖も、行政の實際に於ては之を是認せねばならぬ矛盾を感じてゐるかの様に思はれる。此の種の學說で代表的なのは左の二説である。

第一説

漁業權は營利の目的を以てする水産動植物の採

捕又は養殖の業を謂ふのであつて、漁業法に於ては之を物權と看做し土地に關する規定を準用する。此の權利は土地に關する規定を準用するだけであつて土地に關する權利ではない、然るに漁業登録令に依るときは土地收用法に依り漁業權を收用した場合の登録及登録の囑託に關し規定するところから觀るときは、行政の實際は之を收用することを得るものと爲すやうであるが理論上に於ては之を否定すべきである。或は水の使用に關する權利として收用するを得べきことを説明する者があるが、權利の性質は水の利用を前提とする行爲權であるから水に關する權利と言ふ事が出來ないのである（田中好氏土木行政高等土木工學第一八卷四四六頁）

第二說 漁業法に於ては「之を物權と看做し土地に關する規定を準用するが其の土地に關する權利に非ざるは疑なく、然らば水に關する權利なり」と云ふに、漁業とは營利の目的を以てする水産動植物の採捕又は養殖の業を謂ふのであるから之を肯定することに躊躇を要する。併し漁業登録令には土地收用法に依り漁業權を收用したる場合の登録に關する規定の存するに徴すれば行政の實際に於ては漁業權を以て一定の水域を客體とする物權なりと解し、土地收用法に所謂水の使用に關する權利と見る學說に従ひ之を積極に決したるものと思はれる（武井群嗣氏土地收用法、現代法學全集第二五卷二九九頁）。

此の二つの説が消極、積極の何れの部類に屬するものであるかを直に斷定することは稍々困難であるが、強ひて謂へば前者は消極説、後者は積極説と考ふべきであらうか。何れにしても兩説ともに此の問題に付ては理論上の困難を指摘して居らるゝのである。然しながら今回の事業認定を

支持しやうとするならば、我々はどうしても此の理論上の困難を克服しなければならぬ。さて次は明かに積極説と認められる説の代表的なものを擧げる順序である。

第三說 漁業權は土地收用法に依る公用徵收に依つて消滅する。蓋し漁業權に付土地に關する規定を準用する場合の一であつて、漁業法は第二十四條第一項列擧の最も重要な公益の爲にする場合に限り漁業免許の取消を爲すこととし、爾餘の公益事業の爲めには土地と同様に土地收用法の規定に依り有償を以て之を收用し得るものと爲したのである（石黒武重氏漁業法、現代法學全集第三二卷四三九頁）

第四說 漁業權及び入漁權も公の水域の上に存する權利で、謂はゞ水上物權であり、法律の所謂「水ノ使用ニ關スル權利」の一種であるから、等しく收用の目的となり得る。公有水面埋立の場合には法律は收用手續を用ゐずして此等の權利は當然消滅するものとして居り、唯埋立權者が補償義務を負ふに止まるのであるが、河

川工事、水力電氣工事、港灣修築工事の爲めに漁業權及び入漁權の消滅を來たすべき場合には收用手續に依りこれを收用する必要がある（美濃部博士公用收用法原理、二五五頁）。

漁業法に於ては漁業權を物權と看做し土地に關する規定を準用する（同法第七條）、土地收用法の規定は土地に關する規定であるから漁業權に付準用される、依つて漁業權は土地收用法に依り收用し得るものである、と謂ふのが第三說主張の骨子である。

單に土地に關する規定とある以上は、漁業法の別段の規定に牴觸するもの及漁業權と土地との性質上の差異に關係するものを除くの外土地に關する凡ての規定が準用されると解するのが普通であるから、論旨一應もつとも思はれないでもない。けれども、若し土地收用法の規定それ自體の解釋に依つて漁業權が收用し得るものと斷定されるならば此の説は成立の餘地を持たないのである。蓋し土地收用法の規定其のものに於て漁業權を收用し得ること明かなる

以上、此の規定が漁業法に依り漁業權に準用せられる結果漁業權が收用され得るのであると説くことは、結局循環論法に陥り意義を爲さないからである。されば此の説は土地收用法自體の解釋に於ては如何とも致し難い場合に於て始めて存在し得るものと謂はねばなるまゝ。

然るに、土地收用法の規定自體の解釋に依つて漁業權が收用の目的となり得ること明かなりと謂ふのが前掲第四說である。

此の説に依れば漁業權は土地收用法第七條に所謂「水ノ使用ニ關スル權利」の一種と解するのである。唯其の理由が「謂はゞ水上物權である」と謂ふに止まり詳細の理論構成を示さず説明不充分たるを免れないが、私は此の説を以て現行土地收用法上最も正しいものであると信じてゐる。

◎

抑も漁業法上漁業權とは、公共用水面又は之と連接して一體を爲す公共用に供せざる水面の特定區域に於て、行政官廳の免許を受け他人を排斥して特定の漁業を爲すの權利

であり、漁業とは營利の目的を以て水産動植物の採捕又は養殖を業とするを謂ふのである。然かも曩にも述べた通り漁業權は物權と看做され土地に關する規定を準用されるのであつて、行政官廳の免許に依つて設定されるけれども其の本質は水産動植物の採捕又は養殖の業を爲すことを内容とする純然たる私權であると解さねばならない。

判例も亦「漁業權ハ行政處分ヲ以テ創設スル私權ニシテ其ノ權利ハ行政官廳ノ漁業免許ノ時ヲ以テ發生スルモノトス」(大正一一・六・一六・大審院判決)と謂ひ或は又「漁業權トハ漁業法第四條及ヒ第五條第一項ニ依リ漁具ヲ定置シ若クハ水面ヲ區劃シ又ハ水面ヲ専用シテ漁業即チ營利ノ目的ヲ以テ水産動植物ヲ採捕又ハ養殖スル業務ヲ爲ス權利ニ外ナラヌ」(大正三・一〇・六・大審院判決)と謂つてゐる。

此の様に漁業權は水産動物の採捕、養殖を内容とする權利であつて、水面使用權とは全く別個の權利である。

漁業權には、漁具を定置して爲す處の定置漁業權、水面を區劃して爲す區劃漁業權、水面を専用して爲す専用漁業

權及之等の何れにも該當せざる特別漁業權の四種類があるが、何れも其の直接目的とする處は水産動植物の採捕又は養殖で決して水の使用ではない。けれども必ず水面の特定區域即ち一定の水域に於て存在する權利であり之を行はするには必然的に水面の使用を伴ふ結果となるのである。

右に述べた漁業權の種類如何に依つて其の行使方法にも差異があり、或は舟を浮べ、或は築の如き設備を施設し、或は又瓦石、竹木を沈設する等種々の態様を存するが、何れも水面又は水底の使用若は占用を伴ふことに變りはない、公共用水面に於ては其の方法程度の如何に依り或は公物の單なる一般使用である場合があり、或は又特別使用の場合もあり得る。一般使用に止まる場合に於ては漁業權の行使は自由であるが、特別使用を要する場合に於ては、其の水面を支配する公法の適用を受けるのは當然であつて、例へば河川法の支配に服する河川に於ては特別使用權取得に關し同法に基く處分を受けねばならないのである。然しながら、斯の如く水の使用關係を伴ふからと謂つて漁業權

を以て直に公權たる或は又私權たる水の使用權であると觀することは正當でない。

○

漁業權と水使用權とは此の様に觀念上全く別個の權利であるが、漁業權は必ず一定の水域の上に存在し此の行使には必ず水の使用を伴ふものであることも亦右に述べた通りであつて、漁業權と水の使用とは恰も、漁業權が直接水の使用を其の内容とする權利であるかの如き觀を呈する程密接の關係を有するのである。此のことは漁業法が其の第十一條に於て「漁業權者ノ有スル水面使用ニ關スル權利義務ハ漁業權ノ處分ニ從フ」と規定して、水面使用權を漁業權とは全然別個の權利としながら尙漁業權に對して丁度主物に對する従物の如き密接關係に立たしめてゐることに依つても明かであらう。

さて、土地收用法第七條は「水の使用に關する權利」が收用の目的たり得ることを認めてゐるが、此の「水の使用に關する權利」とは、直接水の使用を内容とする所謂水使用權のみを指すのではなく水の使用に密接關係ある權利を

も含むものと解すべきである。而して漁業權が水の使用に密接關係ある權利であり茲に所謂水の使用に關する權利であることは上に述べ來つた處に依り明瞭であらうと思ふ。之即ち私が漁業權を以て土地收用法第七條に所謂「水ノ使用ニ關スル權利」の一種と解する第四說に贅する所以である。

之に反對する者は水の使用に關する權利の意義を直接水の使用を内容とする權利、即ち水使用權に限るものと解する様であるが不當に狹義に解するものであつて誤である。

之は同じく第七條の後段に規定する「土地ニ關スル所有權以外ノ權利」の意義と比較すれば更に一層明瞭である。

此の意義は土地所有權以外の土地に關する權利と謂ふことであつて、土地を直接支配することを内容とする制限物權のみならず土地に關する總ての權利を包含するものと解されてゐる（田中好氏前掲四四五頁、美濃部博士前掲二五〇頁）。

稍之を狭く解する說に於ても、土地に關する制限物權の外債權を含むものと認めてゐる（武井群嗣氏前掲二九九頁）。

土地の賃借權は、賃借人が賃借人に對して賃借地の使用收益を爲さしむべきことを請求することを得る債權で、直

接土地を使用収益することを内容とする物權ではない。直接の内容を爲す使用収益請求權の附隨的内容として賃貸人の使用収益權を行使することを得るものである。従つて土地使用収益權其のものではないが、土地の使用収益權と密接關係ある權利である。

斯の如く「土地に關する權利」を直接の土地支配權のみならず之と密接關係ある賃借權をも含むと解する以上は、同一法條中に規定する「水の使用に關する權利」も亦直接の水使用權のみならず、之と密接關係のある漁業權の如きものをも含むと解さねば理論が一貫しない。「土地に關する權利」が「土地物權」よりも廣義であると同様、「水の使用に關する權利」も亦「水使用權」よりも廣義なのである。

◎

之を要するに漁業權は現行土地收用法上水の使用に關する權利の一種であり従つて收用の目的たり得るものである。斯く解することに依つて始めて、漁業登録令に漁業權を土地收用法に依り收用したる場合に於ける登録及其の囑託に關する規定(同令第十六條、第十八條及第二十二條)があることを正當に理解し得るのである。私は此の様な見地から今

同の漁業權收用に關する事業認定を支持しやうとするのであるが、此の行政實例を示された當局の見解も、おそらくは此處にあるのではあるまいか。

尙入漁權に付ては如何に考ふべきかと謂ふに、入漁權は他人の専用漁業に屬する漁場内に入會ひ其の専用漁業權の全部又は一部の漁業を爲すの權利(漁業法第十二條)であるから、漁業權に於けると同様の理論に依つて收用の目的となり得るものと觀ることが出來やう。唯入漁權は物權と看做される(漁業法第十三條)けれども、他人の専用漁業權が無ければ存在しない權利であり、謂はば他の物權上の物權であつて、制限物權に相當するものであるから、専用漁業權が收用されれば其の効果として當然消滅する(土地收用法第六十三條)。従つて入漁權のみを單獨に收用の目的として考察するの實益は少いであらう。

以上述べた基礎的理論の外に漁業權の收用に當つては、細目公告を如何にすべきか、土地收用法第二十一條に依る調書の作成方法如何と謂ふ様な、收用手續進行上の技術的諸問題があるが、之等に付ては何れ他日稿を更めることゝしたい。