

存続期間の経過による漁業権の消滅のもつ法的意義
—諫早湾干拓紛争における裁判例で示された解釈を
基礎として

横浜国立大学大学院教授

宮澤俊昭

1. 福岡高判平成30年7月30日訟月66巻7号772頁の事実の概要

X（国：原告・控訴人）が国営諫早湾干拓事業（以下「本件事業」と記述）のために諫早湾に設置した潮受堤防には、その南部と北部にそれぞれ排水門（以下「本件各排水門」と記述）がある¹。諫早湾・有明海の漁業者であるYら（被告・被控訴人）は共同漁業権から派生する漁業行使権に基づく妨害排除請求権（以下「本件開門請求権」と記述）を根拠として主位的に本件潮受堤防の撤去、予備的に本件各排水門の常時開放を求めるなどする訴訟（以下「前訴」と記述）を提起した。第一審²および第二審³では、当該判決確定の日から3年を経過する日までに、防災上やむを得ない場合を除き、以後5年間にわたって本件各排水門の開放を継続する限度でYらの請求が認容された。これに対してXは上告せず、判決は確定した（以下「本件各確定判決」と記述）。

前訴口頭弁論終結時における共同漁業権（以下「本件各漁業権1」と記述）は、平成15年9月1日に免許され、平成25年8月31日までを存続期間とするものであった。本件各漁業権1の存続期間満了後の平成25年9月1日、本件各漁業権1の免許を受けていた各漁業協同組合（以下「本件各組合」と記述）は、漁業種類、漁場の位置および区域、漁業時期等が本件各漁業権1と同一内容であって、存続期間を平成35年8月31日までとする共同漁業権（以下「本件各漁業権2」と記述）の免許を受けた。

Xは本件各確定判決に基づく強制執行を許さないとすることを求め、請求異議の訴え（民執法35条）を提起した。原審⁴は請求を棄却した。これに対してXは控訴した。

2. 新旧漁業権の法的同一性についての検討

(1) 関連する判決理由中の説示

*従来の漁業法を大幅に改定した「漁業法等の一部を改正する等の法律」が2018（平成30）年12月に公布され、2020（令和2）年12月に施行された（以下、本法による改正を「平成30年漁業法改正」と記述）。以下、本判決の判決理由中の説示にある「現行漁業法」および「同法」は、平成30年漁業法改正前の漁業法を意味する。

「明治漁業法においては、前記のとおり、先願主義と更新制度の下において、おびただしい空権の発生のほか漁場の利用関係が固定化するなどの弊害が生じていたものであり、これを受けて、昭和24年漁業法は定置漁業権及び共同漁業権についての延長制度を廃止し、昭和37年漁業法改正は、残存していた区画漁業権についての延長制度も廃止するに至ったものである。」

「上記のような経緯を経て、現行漁業法は、漁業権の設定について、十分な調査研究と技術的検討を加えた上で、漁業者らの要求を基礎とし、漁場の合理的利用を図るため、あらかじめ漁場の利用計画（漁場計画）を樹立し、それに従って漁業権の免許を申請させ、申請者の適格性を審査し、優先順位に従った上で、最も高度に漁場を使用する者に免許するという漁場計画制度を採用している（同法10条、11条）。そして、現行漁業法は、漁業権の存続期間を法定し、

¹ 諫早湾干拓紛争をめぐる事実・裁判の状況について、樫澤秀木「諫早湾干拓紛争は、なぜ今まで続いているのか」法セミ766号（2018年）14頁、岡庭幹司「民事裁判による紛争解決とその限界」法セミ766号（2018年）39頁を参照。

² 佐賀地判平成20年6月27日判時2014号3頁。

³ 福岡高判平成22年12月6日判時2102号55頁（以下「平成22年福岡高判」と記述）。

⁴ 佐賀地判平成26年12月12日判時2264号85頁。

共同漁業権については10年を存続期間として定めており、その延長を認めていない(同法21条)ところ、これは、漁業権の内容の固定化を防ぎ、海況の変化、技術の進歩に応じて最も合理的な漁業権の内容とし、かつ、漁業権の主体を特定の者に固定させることなく、常に最も高度に漁場を使用する者に免許するようにするために、都道府県知事において、一定の期間ごとに漁業権の内容及びその行使主体を再検討する機会を設けたものと解される。現行漁業法は、これらにより、水面を総合的に利用し、もって漁業生産力を発展させることを図ったものと解される。

さらに、現行漁業法は、一旦付与された共同漁業権についても、公益上必要があると認めるときは、都道府県知事が、当該共同漁業権の行使の停止のみならず、その変更や取消しをすることも認めている(同法39条)。」

「そして、海は、古来より自然の状態のまま一般公衆の共同使用に供されていたところのいわゆる公共用物であるところ、漁業法は、都道府県知事が、法定の資格を有する者に限り、物権とみなされる漁業権を付与することとしている。そうすると、漁業権は、物権とみなされる財産権であるが、行政庁の免許という行政行為によって設定される権利といえ(同法10条)、免許されない限り、権利自体が発生することはない。また、他の多くの財産権と異なり、その存続期間が法定され、期間の経過により免許の効力が失われれば、権利自体も消滅する性質のものとして解される。漁業権に存続期間の定めがあることにつき、それが水面の総合利用と漁業生産力を発展させる見地から、昭和24年漁業法の11条以下の規定により、漁場計画を樹立して適格性、優先順位により最も高度に漁場を利用する者に漁業の免許をするという方式がとられ、漁業権の内容の固定化を防ぎ、海況の変化、技術の進歩に応じて合理的な漁業権を設定するために、一定の期間ごとに漁場計画を立て直し、漁業権の内容及び行使主体を再検討するためであることは、前記のとおりであって、漁業権が存続期間の経過により消滅することは、現行漁業法における漁業権の本質的な内容というべきである。」

「以上のような、漁業法の改正経緯(特に漁業権免許の延長制度が廃止された経緯)、現行漁業法の規定の内容、趣旨、漁業権の性質、内容等の事情を総合考慮すれば、漁業協同組合等に対して免許された共同漁業権は、法定の存続期間の経過により消滅すると解すべきであり(最高裁昭和60年(オ)第781号平成元年7月13日第一小法廷判決・民集43巻7号866頁参照)、当該共同漁業権の消滅後に当該漁業協同組合等に対して新たに免許された共同漁業権は、飽くまでもその免許によって設定された新たな権利であり、当該共同漁業権とは別個の権利であって法的な同一性を有するものではないと解するのが相当である。」

「以上によれば、本件確定判決の口頭弁論終結時点における被控訴人らの本件開門請求権及び漁業行使権が由来する、本件各組合に免許された本件5つの共同漁業権(有共第1号、南共第7号、南共第8号、南共第10号、南共第79号)は、前記のとおり、いずれもその免許期限である平成25年8月31日が経過している。

そうすると、本件5つの共同漁業権は、いずれも本件確定判決の口頭弁論終結後である同日の免許期間の経過により消滅したものと認められる。」

「そして、漁業行使権は、共同漁業権を前提として共同漁業権の付与された漁業協同組合等の定める漁業権行使規則に定める資格要件を満たした組合員において初めて有するいわゆる社員権の権利であって、共同漁業権から派生する権利である以上(漁業法8条1項、前掲最判参照)、本件各組合が有する本件5つの共同漁業権の消滅により、これに由来する被控訴人らが有する漁業行使権もそれぞれ消滅したと解するほかない。」

「次に、物権的請求権は物権の円満な支配の実現のために認められるものであるから、物権が消滅すれば、物権的請求権も消滅すると解すべきところ、漁業行使権に基づく開門請求権は、物権に基づく物権的請求権の性格を有するものであるから、その前提となる漁業行使権が消滅すれば、当然に物権的請求権である開門請求権も消滅することとなる。すなわち、被控訴人らが有する上記漁業行使権が消滅したことにより、被控訴人らが有する本件開門請求権も消滅したものと認められる。」

「以上によれば、本件確定判決の口頭弁論終結後にYらの本件開門請求権が消滅したことが認められ、これが異議事由となることは明らかである。」

(2) 検討

(a) 存続期間の定めのある原因に基づく権利と妨害排除請求権

福岡高判平成30年7月30日訟月66巻7号772頁（以下「本判決」と記述）は、本件確定判決の口頭弁論終結後に存続期間の経過により消滅した本件各漁業権1とその後に新たに免許された共同漁業権（以下「本件各漁業権2」）の法的な同一性は否定されるとし、本件各漁業権1に由来する漁業行使権及び本件開門請求権が消滅したことをもって請求異議事由となるとしている⁵。

本判決は、「他の多くの財産権と異なり、その存続期間が法定され、期間の経過により免許の効力が失われれば、権利自体も消滅する性質のもの」と述べるが、例えば、対抗力のある賃借権のように、それに基づく妨害排除請求権が認められ⁶、かつ、その権利の根拠（賃貸借契約）に定められた存続期間が経過すれば消滅する私法上の権利は他にも存在する。そのため、このような存続期間の定めのある私法上の権利との体系的整合性を問わなければならない。もし、私法理論として、漁業権と賃借権を別に考えることができずに本判決の射程が賃借権に及ぶと解される場合には、影響は大きなものとなるとも考えられる。すなわち、存続期間が更新されたとしても、更新後の賃借権が新たな権利と解される場合、更新前の賃借権に基づく妨害排除請求が訴訟で認められたとしても、存続期間の経過後は請求異議の訴えによって執行が許されなくなるとするのであれば、新たな賃借権に基づいて新たに訴訟を提起しなければならないこととなり、特に、存続期間が短い賃借権については、実体法上賃借権に基づく妨害排除請求権が認められたとしても、実務上はほとんど意味をなさないものとなってしまおうと考えられる⁷。そこで、以下では、対抗力を有する賃借権を根拠とする妨害排除請求権との比較のもとで検討を行う。なお、漁

⁵ なお、漁業権が、存続期間の経過により消滅することは、判例（最判平成元年7月13日民集43巻7号866頁）における漁業権の理解を前提にする場合、実定法理論上、形式的には異論を挟む余地はない。ただし、共同漁業権を入会権的権利と捉えること（熊本一規『漁業権とは何か』（日本評論社、2018年）21頁以下等参照）により法的な同一性を基礎付ける立場もありうる。Yらもそのような立場からの主張を行っている。しかし、本報告では、そのような立場に否定的な本判決の構成を前提として考察を行う。

⁶ 最判昭和28年12月18日民集7巻12号1515頁、最判昭和30年4月5日民集9巻4号431頁。平成29年法律第44号による改正後は、民法605条の4に明文化された。

⁷ この他、例えば、著作物等の利用許諾契約をめぐって、独占的ライセンシーへの差止請求権の付与が議論されている（一般財団法人ソフトウェア情報センター「著作物等のライセンス契約に係る制度の在り方に関する調査研究報告書（平成30年3月）」112頁以下

（http://www.bunka.go.jp/tokei_hakusho_shuppan/tokeichosa/chosakuken/pdf/r1393032_04.pdf（2022年4月18日最終確認））。このような議論へも影響を与える可能性がある。

業権が、行政庁の免許という行政行為によって設定される権利であり（漁業法69条）、私法上の法律行為により設定される賃借権とは異なる点も考慮に入れて検討を行う。

(b) 新本件各漁業権1の法的同一性判断における実質的な利益衡量の必要性

(7) 旧賃借権と新賃借権の同一性をめぐる議論

賃借権について、現在は、それほど活発に議論が行われているわけではないが、賃借権契約の更新の効力をめぐる議論の中で旧賃借権と新賃借権の同一性の有無が論じられている。

かつては、旧賃借権と新賃借権の同一性の有無は、更新の概念から抽象的・演繹的に決定される問題とされていた⁸。しかし、必ずしも抽象的な同一性の議論と、個別の事案の解決とはパラレルな関係になっていないことが指摘され⁹、その後、問題となる具体的な効果ごとに機能的・実質的に判断すべきとの見解が有力となった¹⁰。

(イ) 賃借権の存続期間の経過による権利の消滅と債務名義との関係

従来議論において論じられている問題として、更新前の賃貸借契約について作成された公正証書によって更新後の賃料・損害金を取り立てる強制執行が認められるか、という問題がある。

古い下級審裁判例には法的同一性を否定して更新後の賃貸借契約上の債務名義となることを認めなかったものも見られる。

例えば、神戸地決昭和31年7月31日下民集7巻7号2078頁は、次のように述べる。

「右賃貸借契約が借地法或は借家法の規定によつて実体上更新された場合右の公正証書は更新後の賃貸借に基く賃料或はその賃貸借の終了に基く損害金債権について債務名義となるであろうかということが問題となるが、この点は消極に解せざるを得ない。何となれば、債務名義がどのような請求に対するものであるかは専ら当該債務名義の記載によつて定まるものであるが、更新後の賃貸借契約は更新前の賃貸借契約と別個の契約であつて、更新後の賃貸借契約上の債権は公正証書に表示された更新前の賃貸借契約上の債権ではないからである。そうであるから公正証書に賃貸借契約が更新されたときは更新前の賃貸借契約の条項はこれをすべて更新後の賃貸借契約に適用する旨特に定めかつこれについて執行受諾文言を付すればともかく何等その定めがない場合には当該公正証書は当初の賃貸借契約上の債権についてのみ債務名義となるにすぎないのであつて、実体上契約が更新されていることからして直ちに更新後の賃貸借契約上の債権についても債務名義となると速断することはできない。」

⁸ 我妻榮『債権各論 中巻1』（岩波書店、1957年）438頁以下。

⁹ 星野英一『借地・借家法』（有斐閣、1969年）68頁、鈴木祿弥『借地法 上巻』（青林書院新社、1971年）475頁、同477頁。具体的には、抽象的な法的同一性を肯定しつつ、新賃借権の対抗力は、それ自体のために対抗要件を具備しない限り認められないとする見解（広瀬武文『借地借家法』（日本評論社、1950年）56頁以下）が示されている。

¹⁰ 星野・前掲注(9)68頁以下、同80頁以下、同502頁、鈴木・前掲注(9)474頁以下、同519頁以下。幾代通＝広中俊雄編『新版注釈民法（15）債権（6）増補版』（有斐閣、1996年）417頁以下〔鈴木祿弥＝生熊長幸執筆〕、同435頁以下〔望月礼二郎＝篠塚和次執筆〕等）。

この他、大阪地判昭和46年2月26日判タ264号356頁は次のように述べる。

「賃貸借の更新とは、更新時に前賃貸借契約と同一条件の新たな賃貸借契約が成立するもので、更新後の賃貸借契約は、更新前の賃貸借契約とは別個の契約であると解すべきである。

したがって、更新後の賃貸借契約に基づく賃料債権は、更新前の賃貸借契約から生じたものということとはできない。

そして債務名義そのものは、一定の請求権を証明し、これにつき執行力を認められるものであるから、その執行力の対象たる請求権の内容およびその限界は、専らその債務名義の記載ないし表示を基準として定められるべきものといわなければならない。

そうしてみると、更新前の賃貸借契約について作成された本件安田および坪井両公正証書は、更新後の賃貸借契約上の賃料債権については、原告に対する関係において、債務名義としての効力を有しないものといわなければならない。」

「はたしてそうであるとすれば、本件両公正証書が更新後の賃貸借契約上の請求権である昭和43年12月分以降の延滞賃料債権につき債務名義としての効力を有しないことを理由として、原告が、被告に対し、その執行力の排除を求める本件請求は、理由があるといわなければならない。」

学説においては、前述の通り、以上のような古い下級審裁判例と同様に、抽象的な法的同一性を基礎として更新前の賃貸借契約について作成された公正証書によって更新後の賃料・損害金を取り立てる強制執行が認められるとする見解もかつては示されていた¹¹。しかし、その後、そのような抽象的な法的同一性に基づくのではなく、具体的な利益衡量を基礎とした議論がなされている。すなわち、一方に、その公正証書は明渡請求権につき債務名義とはならず、賃料等の支払いについてのみ債務名義となりうるに過ぎないから論ずる意味が少ないことを理由として、形式を重視して新賃借権についての債務名義性を否定する見解がある¹²。他方で、賃貸人の地位を更新前より不利にすることは妥当でないことから、新賃借権についての債務名義性を肯定する見解もある¹³。

以上のように、現在の私法学においては、賃借権の存続期間の経過による権利の消滅と債務名義との関係を論じるにあたっては、旧賃借権と新賃借権の法的な同一性について、問題となる効果ごとに具体的な検討を行い、実質的・帰納的に論じることが求められている。存続期間の経過による私法上の権利の消滅後、その消滅した権利と同種の権利が新たに発生したという関係に立つことからすれば、以上のような賃借権をめぐる議論と別異に解する根拠がない限り、漁業権についても、その結論を示すためには実質的な利益衡量を経る必要があるといえよう。

(ウ) 免許の存続期間の経過と訴えの利益をめぐる判例の検討—漁業権が行政行為によって設定される権利であることとの関係で

前述(a)でも触れた通り、漁業権は、行政庁の免許という行政行為により設定されるという点

¹¹ 我妻・前掲注(8)440頁。

¹² 星野・前掲注(9)71頁、同502頁。

¹³ 鈴木・前掲注(9)475頁以下、同518頁、中野貞一郎「執行力の範囲」『民事手続の現在問題』(判例タイムズ社、1989年、初出・1978年)。

で、賃貸借契約という法律行為によって設定される賃借権とは異なる。これを根拠として、漁業権に関して、前述 (イ) で論じた賃借権をめぐる議論とは別異に解する根拠となる可能性がある。

この問題については、免許の存続期間の経過と訴えの利益をめぐる判例である、東京12チャンネル事件最高裁判決¹⁴が重要な意味を持つ。この事件において、最高裁判所は、次のように述べて、電波法に基づく放送局の開設のための免許の有効期間満了後ただちに再免許された場合について、その取消しを求める訴えの利益は有効期間の満了によって消滅しないものと判断した。

「論旨は、要するに、(一) …, (二) …, 訴外財団に付与された予備免許 (のちに本免許) は、昭和40年5月31日その免許期間を満了したから、その後において、被上告人は、右予備免許が自己に付与されるべきであつた旨を主張して、本件棄却決定の取消しを求める利益を有しない、と主張する。

…

また、(二) 免許期間の満了に関する所論について考えるに、訴外財団に付与された予備免許は、昭和39年4月3日本免許となつたのち、翌40年5月31日をもつて免許期間を満了したが、同年6月1日および同43年6月1日の2回にわたり、これが更新されていることが明らかである。もとより、いずれも再免許であつて、形式上たんなる期間の更新にすぎないものとは異なるが、右に「再免許」と称するものも、なお、本件の予備免許および本免許を前提とするものであつて、当初の免許期間の満了とともに免許の効力が完全に喪失され、再免許において、従前とはまったく別個無関係に、新たな免許が発効し、まったく新たな免許期間が開始するものと解するのは相当でない。そして、前記の競願者に対する免許処分 (異議申立て棄却決定) の取消訴訟において、所論免許期間の満了という点が問題となるのであるが、期間満了後再免許が付与されず、免許が完全に失効した場合は格別として、期間満了後ただちに再免許が与えられ、継続して事業が維持されている場合に、これを前記の免許失効の場合と同視して、訴えの利益を否定することは相当でない。けだし、訴えの利益の有無という観点からすれば、競願者に対する免許処分の取消しを訴求する場合はもちろん、自己に対する拒否処分の取消しを訴求する場合においても、当初の免許期間の満了と再免許は、たんなる形式にすぎず、免許期間の更新と其實質において異なるところはないと認められるからである。また、免許申請者たる原告 (被上告人) 自身に対する拒否処分 (異議申立て棄却決定) の取消訴訟において、右棄却決定が取り消されて被上告人に予備免許が付与された場合には、以後法定の期間 (昭和25年6月1日から起算して3年ごとの期間) 内において免許人たる地位を保有し、免許期間満了にあつては再免許を申請するのであつて、本件において被上告人が申請し、訴外財団に付与された免許期間が、たまたま前記法定期間の定めにより昭和40年5月31日に満了するからといつて、所論のように、本件免許申請を右同日までの免許人の地位の取得のみを目的とするものとして捉え、その申請の対象となるべき免許の有効期間が満了した以上、本件異議申立て棄却決定の取消しを求める訴えの利益が失われるとする見解は、原免許者に再免許の申請が許されることを無視した形式論にすぎない。

要するに、本訴について訴えの利益を否定する論旨 (一), (二) は、いずれも採用し難い。」

以上のような最高裁判所の判断については、訴えの利益の有無について事柄を形式的に処理す

¹⁴ 最判昭和43年12月24日民集22巻13号3254頁。

ることなく、これを実質的に考察しようとする最高裁の姿勢を物語るものであると評価されている¹⁵。

この東京12チャンネル事件最高裁判決によれば、行政行為に基づく効力そのものについても、その存続期間の経過後に新たに同内容の行政行為がなされた場合に、実質的な考慮を経た上で法的な同一性が判断されているといえる。これは、その行政行為によって公法的な効力が認められるのか、それとも私法上の権利が設定されるのか、という違いによって影響を受けるものとはいえない。そのため、東京12チャンネル最高裁判決を基礎として考えれば、本件事案においても、漁業権が行政行為によって設定された権利であることのみを理由として、実質的な利益衡量の必要性が否定されることはないといえよう。

(I) 本判決の行った総合考慮の検討

(i) 漁業法の規定の内容・趣旨に関する考慮要素

本判決が総合考慮の要素とした平成30年改正前漁業法の規定の内容・趣旨は、次の三点である¹⁶。すなわち、漁場計画制度の採用（平成30年改正前漁業法10条、11条）、存続期間の法定およびその延長が認められていないこと（平成30年改正前漁業法21条）、公益上の必要性に基づく共同漁業権の行使の停止・変更・取消し（平成30年改正前漁業法39条）である。

しかし、共同漁業権をめぐる平成30年改正前漁業法の制度の仕組み全体をみたとき、考慮に含めるべき規定の内容・趣旨は他にもあった¹⁷。

まず、共同漁業権の適格性に関する平成30年改正前漁業法14条8項である。共同漁業権の免許の適格性を有する者は、同項各号の要件をみたす漁業協同組合（及び連合会）のみとされていた。そのため優先順位の規定は存在しない。つまり、漁業権の免許を受けた漁業協同組合は、同項の要件を満たす限りにおいて、次に免許される漁業権の主体となることが法定されている。これは、共同漁業権の趣旨に関わる問題である。すなわち、漁業協同組合の管理する漁業権（一般に「組合管理漁業権」と称される）は、経営者に直接免許される漁業権（一般に「経営者免許漁業権」と称される）とその本質を異にし、漁民による漁場管理としての性格があるとされる。それが排他的効力を有する漁業権とされるのは、関係漁民に漁場を管理させるため、その漁民の集合体である組合に、それに必要な権限を付与することが適切であるためである。そして、この漁民団体による漁場管理という性格は共同漁業権において本質的なものである。従って、共同漁業権は、漁業協同組合に管理漁業権としてしか免許されないものとされる。この点は、本件漁業権1と本

¹⁵ 可部恒雄「判解」『最高裁判所判例解説 民事篇（下）昭和43年度』（法曹会、1970年）1485頁以下。

¹⁶ 本件に関しては本判決の口頭弁論終結時の漁業法に基づいて判断されるべきことになるので、以下、本文においては平成30年漁業法改正前の漁業法（以下「平成30年改正前漁業法」と記述）に基づいて検討を加えることとし、平成30年漁業法改正後の状況を踏まえた検討については、脚注において行う。

¹⁷ 以下、平成30年改正前漁業法における共同漁業権の趣旨に関しては、金田禎之『新編漁業法詳解（増補5訂版）』（成山堂書店、2017年）49頁、漁業組織研究会編著『水協法・漁業法の解説（21訂版）』（漁協経営センター出版部／北斗書房、2018年）356頁以下、366頁以下参照。

件漁業権2の法的同一性を実質的に肯定する要素といいうる¹⁸ ¹⁹。

続いて、平成30年改正前漁業法11条の2によれば、現に漁業権の存する水面についての当該漁業権の存続期間の満了に伴う場合の新たな漁業計画の樹立は、当該存続期間満了日の3か月前までに行われなければならないとされていた。これは、期間的に既存の漁業権と次に免許される漁業権との間に切れ目（時間的空白）が生じないように漁業権を免許する趣旨であるとされる。この点も、本件漁業権1と本件漁業権2の法的同一性を実質的に肯定する要素といいうる²⁰ ²¹。

¹⁸ なお、本判決も、総合考慮とは別の箇所では平成30年改正前漁業法14条8項に言及している。すなわち、共同漁業権の場合、既存の漁業協同組合等に漁業の実態がないことは想定できないからすべて許可され、共同漁業権が継続する仕組みであるとするYの主張を排斥するにあたり、本判決は、同項の要件を満たさなければ共同漁業権は付与されないもので、既存の漁業協同組合等のすべてに対して許可される仕組みとなっているとはいえないとしている。漁業権の理解について判例の立場に立つ場合には、前掲注(5)参照。この説示に異論はない。しかし、本文に述べた共同漁業権の組合管理漁業権としての性質に鑑みれば、同項の内容・趣旨を、新本件各漁業権1の実質的な法的同一性についての総合考慮の一要素にも含めなければならなかったといふべきであろう。

¹⁹ この考慮要素に関しては、平成30年漁業法改正によって、法定の優先順位制度は見直され、共同漁業権についても、免許の申請が複数ある場合に、都道府県知事が、法定の基準によって免許するものとされることとなったことが問題となりうる（平成30年漁業法改正後の漁業法（以下「平成30年改正後漁業法」と記述）73条）。この問題については、まず、平成30年改正後漁業法72条2項柱書が、団体漁業権（自らその内容たる漁業を営まない場合に漁業協同組合又は漁業用同組合連合会が取得する漁業権をいい、区画漁業権及び共同漁業権が該当する）の内容たる漁業の免許について適格性を有する者は、当該団体漁業権の関係地区の全部又は一部をその地区内に含む漁業協同組合または漁業協同組合連合会に限っていることが重要となる（どのような漁業協同組合または漁業協同組合連合会であれば団体漁業権の適格性がみとめられるのについては、団体漁業権の種類に応じて同項各号に定めが置かれている）。また、平成30年改正後漁業法73条は、前述の通り、免許をすべき者をどのように決定するのかについて定めているところ、同条1項においては、漁業権の免許の申請があった場合には、平成30年改正後漁業法71項1号の規定により免許をしてはならないとされているときを除き免許をしなければならないとされており、さらに、同条2項1号は、適格性を有する複数の者から免許の申請があった場合について、漁場を適切かつ有効に活用している既存の漁業権者がいる場合には、その者に優先して免許するものとしている（以上、平成30年改正後漁業法72条、同法73条については、漁業法研究会『逐条解説 漁業法』（大成出版社、2021年）215-227頁を参照）。このような制度の全体を総合的に勘案すれば、平成30年漁業法改正後も、共同漁業権に関して言えば、組合管理漁業権としての性格が維持されており、この点は引き続き本件漁業権1と本件漁業権2の法的同一性を実質的に肯定する要素として位置付けられよう。

²⁰ 金田・前掲注(17)74頁、漁業組織研究会編著・前掲注(17)364頁以下参照。なお、本判決は、やはり総合考慮とは別の箇所でも、同条について、既存の漁業権と新たな漁業権との同一性を保障する趣旨の規定であると解することはできないと述べる。確かに、本規定を単独で見れば、そのように解することは妥当であろう。しかし、平成30年改正前漁業法における共同漁業権制度全体を仕組みとして解釈する際には、他の規定の内容・趣旨との関係も含めて解釈する必要がある。そして、そのような解釈こそが「総合考慮」といふべきであろう。

²¹ この考慮要素に関しては、平成30年改正後漁業法64条6項が、都道府県知事が地区漁業計画を作成したときは、当該海区漁業計画の内容その他農林水産省令で定める事項を公表するとともに、漁業の免許予定日

さらに、平成30年改正前漁業法39条の「公益」が限定的に解されていることも考慮すべきであった²²。例えば、「公益」とは、一般に不特定多数者の利益を指すが、旧漁業法39条にいう公益については、免許する必要がある漁業権を排斥するものであり、また、漁業計画の際に支障を及ぼすかどうかを検討すべきものとして、その範囲は自ずから限定されるとする見解も示されている²³。この見解によれば、平成30年改正前漁業法39条に例示する船舶の航行、てい泊、けい留、水底電線の敷設のほか高度な公益を有するものとして土地収用法等、土地収用に関する特別法により土地を収容し、又は使用することができる事業（たとえば港湾施設、漁港施設、海岸保全施設、航路標識の設置等）のように供する場合は、ここでいう「公益」に該当するが、地域開発による単なる工場誘致のための埋め立てであって土地収用法の対象とならない事業等のように供する場合は、ここにいう「公益」には該当しないとされることになる²⁴。やはり、この点も、本件漁業権1と本件漁業権2の法的同一性を実質的に肯定する要素と²⁵。

（ii）本件開門請求権をめぐる状況に関する考慮要素

本判決においては、本件開門請求権をめぐる状況に関する総合考慮は行われていない。しかし、本件開門請求権をめぐる状況も考慮要素に含める必要があると考えられる。

本件各漁業権1との間には、その存続期間に変更があるほかには、その主体・内容ともに変更のないことが認定されている。すなわち、本件開門請求権による保護対象とされた漁業種類は、本件各漁業権2の内容から除外されていない。また、漁業被害がなくなったとの認定は本判決でなされておらず、侵害の主体・内容・態様も変わりがないと考えざるをえない。妨害排除請求権であるところの本件開門請求権について、新旧の漁業権の同一性を考慮する際には、その考慮に含まなければならない要素であるといえよう。

及び沿岸漁業管理団体の指定予定日並びにこれらの申請期間を公示しなければならないものとし、同条7項が、同6項の規定による免許予定日及び指定予定日は、公示の日から起算して、3か月を経過した日以後の日としなければならないと定めている。これは、公示後に免許および沿岸漁場管理団体の指定について申請の受付を開始し、相当と認められる申請期間を確保するとともに、その後の審査期間を確保するためのものであり、海区漁場計画の作成に当たっては、できるだけ漁業権を時間的切れ目が生じないように設定すべきであり、免許予定日までに手続が間に合うようにすべきとされている（漁業法研究会・前掲注(19)194-195頁参照）。このような平成30年漁業法改正後の制度は、平成30年漁業法改正前と同様の配慮に基づくものといえる。そのため、この点も引き続き本件漁業権1と本件漁業権2の法的同一性を実質的に肯定する要素として位置付けられよう。

²² 金田・前掲注(17)304頁、310頁、漁業組織研究会編著・前掲注(17)365頁参照。

²³ 金田・前掲注(17)66頁。

²⁴ 金田・前掲注(17)66頁。

²⁵ 平成30年改正後漁業法においても、公益上の必要による許可等の取消しについて定められているところ（同法55条）、ここでいう「公益」の範囲については、これを限定的に考えるべきであり、漁業者に不安をもたらすような不当な解釈運用は避けるべきとされ、具体的には、船舶の航行、停泊及び係留、水底電線の敷設などが該当するものであり、また、「公益」に一応該当する場合であっても、「必要があると認めるとき」に該当するかどうかは、これを限定的に考えるべきとされている（漁業法研究会・前掲注(19)131頁参照）。このような「公益」の解釈は、平成30年漁業法改正前と同様のものといえ、この点も引き続き本件漁業権1と本件漁業権2の法的同一性を実質的に肯定する要素として位置付けられよう。

(iii) 本判決の評価

前述（i）で検討した漁業法の規定の内容・趣旨に関する考慮要素、および前述（ii）で検討した本件開門請求権をめぐる状況に関する考慮要素のうち、本判決における総合考慮において考慮の対象とされなかったいずれも実質的な法的同一性を基礎づける要素である。これらの要素を含めずに総合考慮を行った本判決の判断は、形式的判断にとどまり、結論を示すために必要となる実質的判断を行っていないと評価せざるを得ない。そして、これらの考慮要素も全て含めて総合考慮するならば、本件各漁業権1を基礎におく漁業行使権に基づく妨害排除請求権が認められた場合、新たな漁業計画において当該妨害排除請求権の対象となった漁業種類が共同漁業権の内容から除外されるなどの特段の事情のない限り、新旧の共同漁業権との間の法的な同一性は肯定され、本件各漁業権1の消滅に起因する妨害排除請求権の消滅は請求異議事由とならないと解する方が自然である。言い換えれば、本判決と同様に、法的な同一性を否定して本件各漁業権1の消滅に起因する妨害排除請求権の消滅を請求異議事由とするという判断もありうるが、その結論をとるならば、本判決の示した形式的理由では足りず、より実質的な理由付けを示さなければならぬと言わざるを得ない。

(3) 本判決後の展開

本判決の上告審である最判令和元年9月13日判タ1466号58頁²⁶は、その根拠として、同年9月1日頃に免許がされるであろう本件各漁業権1と同一内容の各共同漁業権（本件各漁業権2がこれに当たる。）から派生する各漁業行使権に基づく開門請求権をも認容したものであると理解するのが相当であり、本件各確定判決にかかる請求権は、本件各漁業権1から派生する各漁業行使権に基づく開門請求権をも包含するものと解されるから、前者の開門請求権が消滅したことは、そのみでは本件各確定判決についての異議の事由とはならない、として、本判決を破棄して、事件を福岡高等裁判所に差し戻した。以上のように解する根拠として、①本件各確定判決の主文が、その要旨として「判決確定の日から3年を経過する日までに開門し、以後5年間にわたって開門を継続せよ」というものであることから、本件漁業権1の存続期間の経過後に本件各確定判決に基づく開門が継続されることをも命じたことが明らかであること、②Yらが、もともと本件潮受堤防の撤去や本件各排水門の即時開門を求めていたことから将来発生するであろう共同漁業権等について明示的な主張がなくても不自然ではないこと、を基礎として本件各確定判決を合理的に解釈すれば、本件各確定判決は、本件各漁業権1が存続期間の経過により消滅しても、本件各組合に同一内容の各共同漁業権の免許が再度付与される蓋然性があること、がそれぞれ示されている。

なお、差戻審判決である福岡高判令和4年3月25日令和元年（ネ）第663号は、本件各確定判決が暫定的・仮定的な利益衡量を前提とした上で期間を限った判断をしているものであるから、Yらによる本件各確定判決に基づく強制執行が権利濫用または信義則違反として許されないかについて、その予測の確実性の度合いを前提にしつつ、前訴の口頭弁論終結後の事情の変動を踏まえて改めて利益衡量を行い、これを決するのが相当である、としたうえで、本件各確定判決の口頭弁論終結時と比較して、Yらが有する漁業行使権への影響は依然として深刻であるが侵害の程度は軽減する方向となる一方、潮受堤防の閉切りの公共性等は増大する方向となっていることなど、口頭弁論終結時よりも前に存在した事実であっても新たな評価が行うことも含めて総合的に考察した結果として、Yらの救済として作為等の請求までを認めるに足りる違法性があるとは言

²⁶ 筆者による本判決の評釈として、宮澤俊昭「判批」新・判例解説Watch26号（2020年）309頁。

えない，として，YらからXに対する本件各確定判決に基づく強制執行は許さないとする判断を示した²⁷。

3. 漁業補償契約との関わりについての検討

本判決は，その判決理由中で，漁業補償契約との関わりにも触れている。以下，この点について検討を加える。

なお，Xは，本件事業にかかる漁業権の消滅に係る補償について，「土地改良事業に伴う用地等の取得及び損失補償要綱の運用指針」（昭和46年1月11日農林省農地局長通知）に基づいて算定している²⁸。Xは，本件事業に伴う漁業補償を行うに当たり，本件事業による諫早湾内，湾外の漁業への影響を検討した。Xは，湾内12の漁業協同組合については，操業制限11年間，濁りは潮受堤防前面で5年間，採砂地周辺で11年間，流速変化は永久，再生産は永久と評価した。

(1) 関連する当事者の主張

(a) Xの主張

漁業権等の消滅に関する補償については，漁業者らが共同漁業権の消滅後も含めて現実に漁業を営むことができなくなる事実上の損失の対価を補償する趣旨で行われており，共同漁業権が消滅することと矛盾しない。

(b) Yの主張

共同漁業権が免許期間の満了により消滅するとすれば，本件事業のように相当期間漁業への影響が存続する事業については，共同漁業権が満了して新たな共同漁業権が成立するたびに新たな漁業補償を要することになるはずであるし，Xが本件事業において漁業補償の前提とした漁業補償の内容として「永久」や「11年」といった期間の影響を定めていることなど，漁業補償の実情と全く相反するものである。

(2) 本判決理由中の説示

「(Yらの主張に対して)しかし，これはそもそも個別の漁業補償契約の解釈問題というべきである。そして，漁業補償契約に限らず，損失の補償は，一般的に，一種の擬制に基づいて行われるものであるところ，漁業補償契約においても，漁業協同組合が契約時に有していた共同漁業権について，当該共同漁業権の免許期間満了後当該共同漁業権と同一の内容の免許が再び付与される蓋然性も考慮した上で，漁業従事者が現実に受ける損失を考慮して補償契約の内容を定めているものと解され，共同漁業権が免許期間の満了により消滅することと漁業補償の実情とは何ら矛盾するものではない。現に本件において，…，長崎県が諫早湾内漁業権者である

²⁷ この差戻審判決は問題の多いと言わざるを得ない判決であるが，本件漁業権1と本件漁業権2の法的同一性については判断を示していない。そのため，本稿においては検討を行うことはしない。なお，新・判例解説Watch31号（2022年10月発刊予定）に判例解説を掲載する予定である。

²⁸ 土地改良事業に伴う用地等の取得及び損失補償要綱の運用指針17条

消滅させる漁業権，入漁権その他漁業に関する権利（以下「漁業権等」と記述）に対しては，当該権利を行使することによって得られる平年の純収益を資本還元した額を基準とし，当該権利に係る水産資源の将来性等を考慮して算定した額をもって補償するものとする。

12の漁業協同組合及びその組合員との間で締結した漁業補償契約並びにXが長崎県の11の漁業協同組合との間で締結した漁業補償契約においても、同契約締結後、漁業権等が切り替えられ、新しく免許、許可がなされる漁業権等に対しても、同契約の効力は何ら変わりはないとされており、これはまさに当該共同漁業権の免許期間満了後当該共同漁業権と同一の内容の免許が再び付与される蓋然性を考慮したものといえる。Yらの前記主張を採用することはできない。」

(3) 漁業補償契約における契約の効力に関する条項の有無との関係

(a) 問題の所在

本判決が示すように、長崎県が諫早湾内漁業権者である12の漁業協同組合等との間で締結した漁業補償契約およびXが長崎県の11の漁業協同組合との間で締結した漁業補償契約には次のような条項が存在する。

「この契約締結後、漁業権等が、切り替えられ、新しく免許、許可がなされる漁業権等及び各組合に所属する組合員の変動に対しても、この契約の効力に何等変わりはないものとする。」

他方、Xと大浦漁業協同組合との間で締結された漁業補償契約（本判決での事実認定の中では触れられている）には、上記の条項は存在しない。契約の解釈が問題であるとした場合、この条項の有無が結論に影響を与える可能性がある。本件各漁業権2と本件各漁業権1に法的同一性がないとした場合、漁業補償契約の解釈に影響は及ぶのかが問題となる。

(b) 本件各漁業権1と本件各漁業権2に法的同一性があるとした場合

漁業補償契約締結時の共同漁業権が（その内容の面で実質的な同一性を保持している限りにおいて）期間経過後も継続していると捉えることができる。そのため、契約の効力に関して特別の条項を設けなくとも、当事者の意思として、期間経過後の本件各漁業権2も含めて漁業補償がなされていると解しやすい。契約の効力に関する条項は、確認的な意味を持つものと解されることになる²⁹。

(c) 本件各漁業権2と本件各漁業権1に法的同一性がないとした場合

漁業補償契約締結時の共同漁業権は、期間満了時に消滅し、新たに免許された共同漁業権とは別個の権利と解される。そのため漁業補償契約における契約の効力に関する条項は、当事者が漁業補償契約締結時の漁業権の期間満了後、改めて共同漁業権を取得した場合について、当事者に契約上の義務を設定する条項と解される余地もある。同条項がない場合、漁業補償契約の締結の経緯や補償額等も勘案されると思われるが、Yらが主張するように新たな漁業補償が必要となると解される余地も残されていると言わざるを得ない。

さらに、この場合、漁業補償を要するか否かのみならず、事業への同意も問題となりうる。すなわち、公有水面埋立法4条3項柱書は、「都道府県知事ハ埋立ニ関スル工事ノ施行区域内ニ於ケル公有水面ニ関シ権利ヲ有スル者アルトキハ第一項ノ規定ニ依ルノ外左ノ各号ノ一ニ該当スル

²⁹ なお、本件についても、素直に考えれば、漁業補償契約の当事者は、新旧漁業権の法的同一性を前提としていたものと思われる。

場合ニ非ザレバ埋立ノ免許ヲ為スコトヲ得ス」とさだめ、同項1号は、「其ノ公有水面ニ関シ権利ヲ有スル者埋立ニ同意シタルトキ」とする。そして、本件事業にかかる漁業補償契約においては、事業への同意についての条項も設けられている³⁰。仮に、漁業補償契約締結後、事業開始前に、漁業補償契約締結時の漁業権の存続期間が満了したという場合、改めて同意を得なければならないと解する余地も残されている。

(d) まとめ

以上の検討からすれば、漁業権の存続期間満了後、新たに漁業権が免許された場合、存続期間満了前の漁業権と満了後の漁業権との法的同一性を認めるか否かによって、漁業補償契約の解釈に違いが出てくる可能性があると言わざるを得ない。本判決は下級審裁判例であり、結果として上告審によって破棄はされたとはいうものの、現実に存続期間満了前の漁業権と満了後の漁業権との法的同一性を否定した裁判例が現れた以上、漁業補償契約等の締結に際しては、この点についての考慮をせざるを得ないと考えられる。念のため、少なくとも、前述(a)に見たような漁業補償契約等の契約の効力に関する条項を漁業補償契約等の締結に際してはその契約に含めておいた方が良いといえよう。

³⁰ (事業に対する同意)

「甲は、この事業の実施に同意し、乙は、この契約締結後はいつでもこの事業を実施することができるものとする」。