

漁業権の免許付与の仮の義務付け決定に 対する即時抗告事件（三重県）

南 眞 二

原審申立人に漁業権の免許を仮に付与するよう三重県に対して命じた原決定が、行政事件訴訟法37条の5第1項の仮の義務付けの要件を具備しないとして、取り消された事例（判例地方自治371号95頁）

（名古屋高裁 平成24年3月19日決定

漁場計画樹立等仮の義務付け申立及び訴訟参加申立各事件の決定に対する即時抗告事件 平成22年（行ス）第2号

原決定一部取消・一部却下・特別抗告・許可抗告

原審津地裁平成22年1月8日決定・平成20年（行ク）第5号 ）

〈事実の概要〉

本件は三重県の紀伊半島南西部の^{あたしか}新鹿湾東側沿岸部に位置する共同漁業権の区域内の一部（本件区域）を対象とする定置漁業権の免許申請について、処分行政庁（三重県知事）が免許付与の前提となる漁場計画を樹立せず、また定置漁業権免許を付与しないことが違法として原審申立人（相手方）Xが原審相手方（抗告人）である三重県Yに対し、行政事件訴訟法（以下「行訴法」）37条の5第1項に基づき、Xに対する定置漁業権免許付与の仮の義務付けを求めた事案である。

三重県知事から期間5年（平成15年9月1日～平成20年8月31日）の定置漁業権免許を付与されていたXは平成20年9月1日から本件定置漁業権

三重県熊野灘地区（熊野市新鹿湾を含む）^{あかしか} — HP の最終閲覧日 2014.6.23
<http://www.pref.mie.lg.jp/SUISAN/HP/yugyo/kumano.htm>



この地区で盛んな漁業

- ㊶共同漁業権漁業—採介藻（いせえび、あわび、さざえ等）、せん漁業（たこつば、かにかご等）、固定式刺網、小型定置網など
- ㊷区画漁業権漁業—のり養殖、魚類養殖、かき養殖、真珠養殖など
- ㊸定置漁業権漁業—大型定置網
- ㊹許可漁業—中型まき網、流し網、固定式刺網、船びき網など
- ㊺その他の漁業—はえなわ、一本釣り、せん漁業（たこつば、かにかご等）、ひき釣り

を更新したい希望を持っていたが、本件区域を含む区域に期間10年（平成15年9月1日～平成25年8月31日）の共同漁業権を有するC漁業協同組合（参加申立人）が共同漁業権を自由に行使できないことを理由にXの免許更新に反対し、Yにその旨申し入れた。その結果、漁業法に基づく漁場計画樹立（11条1項）及び漁業権免許付与（10条）の権限を有する三重県知事が海区漁業調整委員会の本件に関する答申（12条）を踏まえ、漁場計画を樹立せず、Xに対する免許も更新しなかったものである。

原審（津地裁平成22年1月8日決定）は、次の理由でXの申立を認め、本件区域における定置漁業権の仮の義務付けを行う決定をした。

- (a)漁場計画の樹立は行訴法3条2項の行政処分にあたると解することはできないため、漁場計画の樹立及びこれを条件とする漁業権免許の仮の義務付けを求める部分是不適法であり、却下を免れない。

- (b)平成21年2月5日付けで免許申請を行い、免許しないとの処分に対する異議申立も却下ないし棄却されたXには漁業権免許付与の仮の義務付けを求める利益がある。
- (c)本件区域に定置漁業権の漁場計画を樹立することは漁業調整その他公益に支障を及ぼすとは言えないし、共同漁業権者の同意を要件とするのであれば法律上の拒否権を認めるに等しい。これは水面の総合的利用と漁業生産力の向上のため認められた処分行政庁の裁量の範囲内と言えない。従って、漁場計画を樹立せず、またそれを理由とした処分は違法である。
- (d)漁場計画の樹立は義務付けの訴えの対象となる行政処分に当たらないが、前提事実等に照らし、従前の例に従った漁場計画を樹立したものとしてXに漁業権の免許を付与すべきであり、その処分をしないのは裁量権の逸脱又は濫用になる。
- (e)行訴法37条の5第1項の「償うことのできない損害」とは、金銭賠償が可能な場合であっても、当該処分がされないことにより個人・法人の生活や営業基盤に重大な支障を生じるなど、社会通念に照らして金銭賠償のみよることが著しく不相当な場合も含まれ、本件はそれに該当するし、「緊急の必要」もあると解される。
- (f)紛争は本件水域を含む周辺の効率的な漁場の設置をめぐるものではなく、XとC漁業協同組合との漁獲の水揚先をめぐるものであり、行訴法37条の5第3項の「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがある」とはいえない。以上のとおり、本案についての理由があると見ることができ、仮の義務付けを求める申立は理由がある。

Xは原審決定後にそれを踏まえて付与された仮免許（平成22年2月23日～平成25年8月31日）により、定置漁業を再開している。

〈決定要旨〉

本審は次の理由で原決定を取り消し、申立を却下した。

- ㊦ 同じ区域を対象として共同漁業権と定置漁業権が成立する場合は、漁場計画樹立段階で漁業調整を要することが否定できず、定置漁業については他種漁業との関係を慎重に考慮するとともに、既に免許された漁業権との関係でも慎重に対処する必要がある。
- ㊧ 本件区域に本件定置漁業権免許の前提となる漁場計画を樹立するに当たっては、本件共同漁業権との間で漁業調整を要することは明らかであり、協議が整っていない状況下での漁場計画樹立は漁業調整に支障を来たすことになる。
- ㊨ 諮問を受けた海区漁業調整委員会が行った、将来の漁業調整が整った場合に樹立を検討するのが相当との条件付きでの漁場計画不樹立の答申は合理性を有する。そして、処分行政庁が海区漁業調整委員会の意見どおり、漁場計画を不樹立としたことは違法といえない。
- ㊩ 漁場計画不樹立の違法を理由とした、Xへの定置漁業権免許の付与の義務付けは一義的に定まるものではない。従って、本案について理由があるとみえず、行訴法37条の5第1項の仮の義務付けの要件を具備しない。

〈解説〉

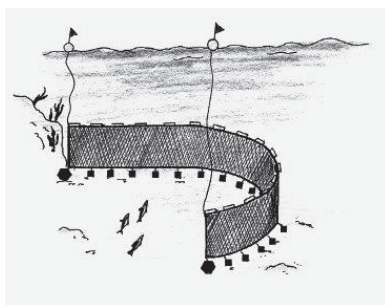
本事案は地裁（原審）と高裁（即時抗告審）の判断が異なり、原審の決定が取消された事例であるが、地裁は定置漁業権をめぐるX（従来はA組合）とC漁業協同組合（合併前はB漁業協同組合）のそれまでの経過を重視し、従前の例に従った漁場計画を樹立したものとし、また定置漁業を行えないことによる収入の大幅減少など事業の存続自体が危ぶまれるとの事情を認定した上で、仮の義務付けの要件を充足すると判断して、Xの仮の義務付けを求める申立に理由があったとした。一方、高裁は共同漁業権免許

区域にある定置漁業権はその性質上他の漁業権者との協議が整わない段階での漁場計画樹立は漁業調整に支障を来たすし、合理性を有する海区漁業調整委員会の答申に基づき処分行政庁が漁場計画を不樹立としたのは違法と言えず、従って本案は理由ありとはみえないため、仮の義務付けの要件を具備しないというものである。

〈参考〉

○共同漁業権漁業（法6条5項）

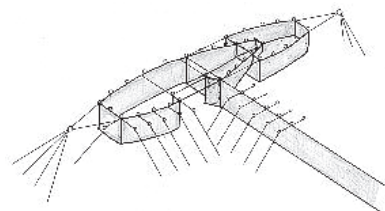
共同漁業には5種類あるが、このうち、第二種共同漁業とは網漁具（えりやな類を含む）を移動しないように敷設して営む漁業であって定置漁業及び内水面漁業等以外のもの



共同漁業権漁業の1種—固定式刺網

○定置漁業権漁業（法6条3項）

身網の設置される場所の最深部が最高潮時において水深27m以上であるもの



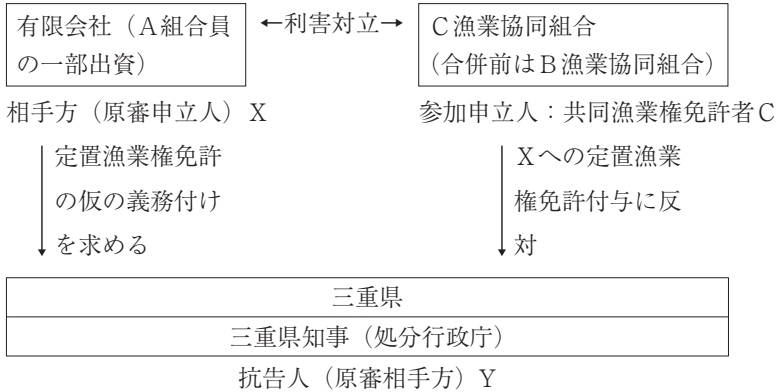
定置漁業権漁業の1種—落網類

上図 <http://www.pref.mie.lg.jp/SUISAN/HP/yugyo/gyoho.htm>

下図 <http://teichigyogyokyokai.seesaa.net/article/27156365.html>

以下、(1)漁場計画と漁業権免許の付与、(2)仮の義務付けの適用に論点を絞り、判例を交えながら解説した後、最後に本事案の考察を述べる。

【関係当事者図】



(1) 漁場計画と漁業権免許の付与

昭和24年12月15日に成立公布された現行漁業法は明治漁業法の実願主義と更新制度という免許方式を廃止し、海区漁業調整委員会の意見を聞き、水面の総合利用を図る上で漁場計画をあらかじめ定め、適格性のある申請人のうち優先順位の高い者に免許する方式に転換した¹。漁場計画は漁業種類、漁場の位置及び区域、漁業時期その他免許の内容となる事項、免許予定日、申請期間などを定めるものとされており、漁場計画自体は行政処分ではないが、漁場計画決定に違法・不当がある時は免許の前提手続が違法・不当のため、当該処分も違法・不当となり、これに対し行政不服申立ができるとした判決がある²。

漁業権は免許の対象となった特定の種類、即ち水産動植物の採捕又は養殖の事業を営むために必要な範囲及び態様においてのみ海水面を使用する

1 金田禎之『新編漁業法詳解・増補三訂版』（成山堂書店、平成20年）6・63頁。

2 前掲注1)『新編漁業法詳解・増補三訂版』68・73頁。

ことができるに過ぎないものであることから（東京高裁平成8年10月28日判決・判例時報1598号99頁）、例えば第一種共同漁業の真珠母貝の地帯と、第一種区画漁業の真珠養殖業との漁場が重複する漁場計画も差し支えないし（昭和26年3月7日26水第1446号水産庁次長「漁場計画に関する問答集送付の件」）、旧専用漁業権の区域内に定置漁業権を免許する際に同意を必要としないとした例（明治41年11月19日行政裁判所判決・行政裁判所判決録19輯1298頁）がある。日本の漁業制度は漁業権や許可により、同一海域に多種多様な漁業形態を包摂し、限られた水面を立体的・重複的に利用することを可能にしている³。共同漁業権と定置漁業権の免許区域が一部重複し、従来共存してきた両組合が争っている本件では海区漁業調整委員会の意見を聞いた上で免許を付与しなかったものであるが、定置漁業権免許に関連したものとして、①長崎地裁昭和29年8月6日判決・行政事件裁判例集5巻8号1962頁と②鹿児島地裁昭和29年7月6日判決・行政事件裁判例集5巻7号1744頁の2つの判例がある。

①は長崎県知事に対する定置漁業権免許の取消請求を棄却・却下したものであるが、その中で諮問機関である海区漁業調整委員会の答申に形式上の瑕疵があっても、知事の免許処分は違法・無効にならない旨を述べており、②は鹿児島県知事に対する定置漁業権免許の取消請求が認容されたものであるが、海区漁業調整委員会の意見も聞いて行った免許付与が処分行政庁自身に裁量踰越の違法があったとされた。漁場計画決定あるいは免許処分に違法があれば漁業法の解釈として取消事由になるし、従来漁業権が設定されていた水面での更新は漁業者の生業の場の確保という点からも慎重に判断すべきであるが、現行漁業法により新設され、漁業者及び漁業従事者を主体とする漁業調整機構である海区漁業調整委員会⁴が漁業法に

3 漁業法研究会『最新逐条解説「漁業法」』（水産社、平成20年）15頁。

4 前掲注1）『新編漁業法詳解・増補三訂版』397-405頁。金田禎之『新編漁業法のここが知りたい《改訂版》』（成山堂書店、平成22年）75-79頁。

従った手続を実施した結果出した「将来の漁業調整が整った場合に樹立を検討するのが相当との条件付きでの漁場計画不樹立」の答申は手続の正当性は勿論、内容的妥当性も有すると思われる。よって、処分には違法はないと考えてよいであろう。

[漁場計画から免許手続の流れ]

【漁場計画】	【免許】
調査・立案→委員会諮問→公聴会 →委員会答申→決定公示 (法11条1項・4項・5項)	免許申請→適格性審査→優先 順位審査→委員会諮問答申→ 免許→公示 (法10条・12条・14条～19条)

注) 金田禎之『新編漁業法詳解・増補三訂版』64頁を参考に筆者作成

(2) 仮の義務付けの適用

本件は行訴法37条の5第1項に基づき、漁業法10条・11条に定める漁場計画樹立・漁業権免許付与の仮の義務付けを申立てたものであり、本案は申請型義務付け訴訟（拒否処分型）として提起されたものである（行訴法3条6項2号）。

(ア) 仮の義務付けの要件

平成16年の行訴法改正で、義務付け訴訟は差止訴訟と共に抗告訴訟の1類型として明文化されたが、本案判決前の仮の権利救済制度である仮の義務付けは⑦本案訴訟の提起、④義務付けの訴えに係る処分・裁決がされないことにより生ずる償うことのできない損害を避けるための緊急の必要性、⑦本案について理由があるとみえるとき、⑤公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれなしという要件の充足が求められている。

④の「償うことのできない損害」の要件については、執行停止の要件である「重大な損害」（行訴法25条2項）より文言上厳しいものとなっているが、国民の権利救済の実効性を確保するため、金銭賠償が可能なものはすべて除外するのではなく、社会通念上、金銭賠償のみで救済することが

不相当と考えられる場合も含み得ると解釈されなければならないとされる⁵。

なお、行政訴訟検討会の第26回会合で事務局から提出された「執行停止以外の仮の救済〔仮の義務付け・仮の差止め〕（検討参考資料）」では、仮の義務付けの具体例として、①労働者災害補償保険等の公的保険・年金や生活保護などで、資格認定や保険給付等の処分を求めることが本案判決までの生活の維持に必要である場合、②保育所への入所や通学校の指定の処分を求める場合など、処分がされないまま本案判決までに時間が経過すると、保育や教育など訴訟の本来の目的を実現することが極めて困難になる場合、③特定の日に公共施設の使用許可等の処分を求める場合など、本案判決の確定前に処分されないと訴えの利益がなくなる場合を挙げている⁶。

④については、本案判決と同等の地位を仮の救済で実現することから、執行停止と異なり積極要件とされ、本案勝訴の見込みが高いことが求められるものになっているが、この要件の具備は判決理由となる事情に該当し、かつ主張する事実が一応認められることをいうものとされている⁷。

⑤については、あくまで例外的なものと解釈されるべきであり、通常は④⑤の積極要件を充足すれば十分と考えられている⁸。

5 第159回国会衆議院法務委員会会議録22号9頁〔山崎潮政府参考人答弁〕。橋本博之『要説行政訴訟』（弘文堂、平成18年）149-150頁。阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』（有斐閣、平成21年）302頁は執行停止の要件との違いについて、新規の地位でも恩恵ではなく、拒否事由がなければ獲得できる制度の下では、その拒否は既存の地位の侵害と変わりがないから不相当とする。

6 <http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/gyouseisiosyoudai26/26siryou2.pdf>

7 園部逸夫／芝池義一編『改正行政事件訴訟法の理論と実務』（ぎょうせい、平成18年）263頁。

8 高木光他『行政救済法』（弘文堂、平成19年）377頁。

(イ)仮の義務付けをめぐる判例の状況

仮の義務付けの申立があったものとしては、前記検討参考資料で具体例として挙げられた事例が多く、①生活保護(福岡高裁那覇支部平成22年3月19日決定・判例タイムズ1324号84頁など)、介護給付費(大阪高裁平成23年11月21日決定・最高裁HP)、②幼稚園(徳島地裁平成17年6月7日決定・判例地方自治270号48頁)、保育所(東京地裁平成18年1月25日決定・判例時報1931号10頁など)、養護学校等(大阪地裁平成19年8月10日決定・最高裁HPなど)、③公の施設(岡山地裁平成19年10月15日決定・判例時報1994号26頁など)が挙げられるが、②のケースは仮の義務付けが認容されることが多いようである。

この他に認容されている例としては、③福岡地裁平成22年5月12日決定・最高裁HP、④名古屋地裁平成22年11月8日決定・判例タイムズ1358号94頁、⑤東京地裁平成25年2月26日決定・判例時報2184号23頁がある。③は道路運送法に基づく一般乗用旅客自動車運送事業(タクシー業)の運賃及び料金認可の仮の義務付けを求めた申立であるが、決定は「認可がされない場合の申立人の損害は、会社の人的基盤の喪失や顧客等との信頼関係の破壊を含むものと考えられ、金銭的損害にとどまるものではないといえるし、仮に究極的には金銭によって賠償し得ないではないとしても、上記のような損害は、金銭賠償のみによって甘受させることが社会通念上著しく不相当」と述べ、この損害が「償うことのできない損害」に該当するとし、損害を避ける緊急の必要性も認めた。これは、政府参考人答弁や学説の見解に沿った解釈である。④は③と同様な一般乗用旅客自動車運送事業の運賃及び料金認可の仮の義務付けを求めた事案であるが、同じような理由で仮の義務付けを認めている。⑤はと畜場法に基づく「獣畜のとさつ又は解体」の仮の義務付けを求めた申立であるが、決定は収入が得られないことによる当該組合の存立自体の危機や利用者である零細畜産農家等の廃業を招きかねないことから蒙る損害が社会通念上、事後的な金銭賠償等で回避させることは不可能あるいは著しく困難として、「償うこと

のできない損害」に当たるとしている。

一方、却下または棄却された例としては、⑥出入国管理及び難民認定法に基づき退去強制令書発付処分撤回及び在留特別許可の仮の義務付け（名古屋地裁平成19年9月28日決定・最高裁HP）、⑦同法に基づく仮滞在許可の仮の義務付け（東京地裁平成18年10月20日決定・最高裁HP）、⑧住民基本台帳法の住民異動届の記載に基づく住民登録の仮の義務付け（大阪高裁平成19年9月21日決定・最高裁HP）、⑨地方自治法に基づく議会解散請求の署名簿の署名効力決定等の仮の義務付け（名古屋地裁平成22年11月19日決定・判例タイムズ1363号83頁）を求めたものがあるが、「本案について理由があるとみえない」あるいは「償うことのできない損害を避けるため緊急の必要」という要件を満たしていないことによる。

(3)本事案の考察

原審の津地裁は漁業法制度を検討する中で、原審申立人Xと参加申立人Cとの経過を重視し、「本案について理由があるとみえる」と判断している。また、「償うことのできない損害」についても、定置漁業ができないことによる収入の途絶や労働者の一部解雇などで営業基盤に重大な支障が生じ、存続の危機に直面しているとして、事後的に金銭賠償によって償うべきとすることは社会通念上著しく相当性を欠くという理由で要件に該当し、緊急性もあるとしている。仮の義務付け決定において、主に経済的事情を理由に「償うことのできない損害」を認めた③④⑤の判例からは、本件もその要件を満たすとも考えられる。一方、即時抗告審の名古屋高裁は漁場計画樹立と漁業権免許の付与という漁業法制度を詳細に検討した上で、「本案について理由があるとみえる」に該当しないととして、他の仮の義務付けの要件は検討せずに原決定を取消している。

即ち、問題は「本案について理由があるとみえる」かどうかであり、むつかしい事案であるが、(a)構成員がほぼ一致し、協調していた従来の両組合が新たな設立や吸収合併により、定置漁業権と共同漁業権の担い手が名

実ともに異なるに至っていること、(b)現行漁業法が先願主義と更新制度の免許方式を廃止し、漁場計画作成などによる新たな免許方式に転換していること、(c)現行漁業法が漁業制度改革の眼目に、漁場の総合的高度利用及び漁業に関する紛争の調整を図る民主的な機構として、新たに漁業調整委員会を設けたこと⁹を考慮すると、即時抗告審である名古屋高裁の結論が妥当と考えてよいのではないだろうか。

9 前掲注3)『最新逐条解説「漁業法」』17-19頁。