

農業用水の「転用」 手続をめぐる法律問題：河川 法二条二項・三四条の解釈を中心に

七戸，克彦
慶應義塾大学法学部助教授

<https://hdl.handle.net/2324/6278>

出版情報：法學研究. 70 (12), pp.253-316, 1997-12. 慶應義塾大学法学研究会
バージョン：
権利関係：

慶應義塾大学 『法学研究』 第70巻第12号
法学研究会編 平成9年12月

農業用水の「転用」手続をめぐる法律問題

——河川法二条二項・三四条の解釈を中心に——

七 戸 克 彦

一 序 論

(一) 問題の所在

1 問題の背景

【1】日本の水資源は、そのほとんどを河川水に依存している。だが、この河川水は、既に徳川期より農業水利によってほぼ使い尽くされていた。その後、明治の産業革命期以降、工業用水・発電用水・水道用水等の都市用水の需要が飛躍的に増加するが、新たな水資源開発に限りがある以上、新規需要者側は、従来より河川水を慣行的に先占してきた農業用水側に、その再配分を求める他はない。しかしながら、戦前及び終戦直後までは、両者の力関係は拮抗しており、慣行水利権の不合理性を理由に河川水利秩序の再編を求める河川管理者及び都市用水側に対して、農業用水側は既得権益をよく防衛した。

だが、戦後の高度経済成長期に入ると、この力関係に大きな変化が生じた。当時の、急激な工業国家化を推進する国家政策は、都市部における工業用水・水道用水の極端な不足をもたらした一方、農村構造にも大きな変化を生ぜしめた。即ち、農業人口は減少の一途をたどり、昭和四四年の自主流通米制度、翌昭和四五年の農地流動化促進のための農地法改正、同年の米の生産調整政策（いわゆる「減反」政策）により農地転用事例が激増した。とりわけ都市周辺農村部の農地は潰廃・宅地化され、農地面積は減少した。そして、このような社会経済事情の¹⁾変化を追い風にして、都市用水側は、水資源の再配分を、都市周辺の農村部に強く要求してきたのである。

(1) 建設省の施策——慣行水利権の許可水利権への切り替え（法定化）

【2】以上の社会経済事情を背景に、建設省が打ち出した政策は、農業水利権の多くが慣行水利権であることに着眼し、これを河川法二三条の許可水利権に切り替えることによって（法定化）、そこに生ずるであろう余剰水

を都市用水側に振り分ける、というものであった。その前提には、水利権の「公権」的側面の強調論が控えており、昭和四五年七月発表の建設省河川局水政課「慣行水利権について」⁽²⁾は、慣行水利権の不明確性を指摘しつつ、「慣行水利権者は、自らの力によつてその権利性を保持してきたという歴史をもっており、その権益の防禦に極めて敏感である。他の水利使用との調整にあつては、水利使用が公権であるとの認識を得る必要がある」と述べる。⁽³⁾

右のような基本認識に立つて、建設省は、既に昭和四四年度より、慣行農業水利権を対象とする灌漑面積・流域利用状況・宅地化状況等の実態調査（「慣行水利権等実態調査」を開始し、慣行水利権の許可水利権への切り替え（法定化）に積極的に動き始めていた。そして、この施策は、昭和四七年度より実施された水利利用合理化計画企画、昭和四八年度より実施された水利利用合理化指導調整、昭和五〇年度より実施された河川水多重利用調査等を経て、今日に至るまで続いている。⁽⁴⁾

(2) 農林水産省の施策——農業用水合理化対策事業

【3】一方、農業者の権益を保護すべき立場にある農林水産省（当時は農林省）側も、もはや都市用水側の要求を拒絶することはできない状況にあった。しかし、自己の所轄事項である農業用水の問題を、建設省のイニシアチブに委ねることは、農業者の守護者をもつて自負する農林省には到底認められるところではない。

当時の農林省農地局内に設けられた農業水利問題研究会は、上記（2）建設省河川局水政課「慣行水利権について」が公表された一ヶ月後の昭和四五年八月、「都市化過程における農業水利——中間とりまとめ」⁽⁵⁾を公表した後、翌昭和四六年七月には「都市化過程における農業水利——農業用水の都市用水への転用と問題点」⁽⁶⁾と題する最終報告書を公表し、既存の農業水利秩序の堅持という従来よりの基本方針を転換し、農林省自らが主導する形で、農業用水の合理化を図り、農業用水を他種水利（とりわけ需要の増加している都市用水）に分配する

政策を打ち出した。

右研究会報告を基礎として、農林省は、昭和四十六年九月九日、農林事務次官通達「農業用水合理化対策調査実施要項の制定について」(46農地C第四一四号)及び「農業用水合理化対策の実施(大規模施設高度利用調査)」について(46農地B第一六六一号)を発し、これに基づく調査を経て、翌昭和四十七年七月一三日の農林事務次官通達「農業用水合理化対策事業実施要項」(47農地D第四〇二号)に続き、同年五月二日公布の土地改良法の一部改正(昭和四十七年法律三七号)により新設された、土地改良財産の多目的転用を許可する同法九四条の四の二が、同年一月二二日より施行されるに及んで、ここに農林省の農業用水合理化対策事業が開始された。⁽⁷⁾

だが、右農林省側の施策は、上記建設省側の推進しようとする施策との間に、大きな隔たりがあった。その第一は、慣行水利権によつて確保されてきた水量は必ずしも不合理ではなく、余剰水は生じていない(あるいは生じているとしても、それは建設省・都市用水側が主張するほど多くはない)とした点である。⁽⁸⁾第二は、建設省が、水利権の「公権」的側面を強調し、右余剰水部分に関しては権利は存在しないとして、河川管理者に戻させ、改めて都市用水側に付与する構成をとるのに対して、農林省側は、水利権の「私権」「財産権」ないし「物権」的側面を強調し、河川法三四条の「譲渡」の形式により、農業用水―都市用水間の直接の権利移転を認めようとした点である。⁽⁹⁾第三は、右「譲渡」を、都市用水側から農業用水側に転用水量に見合うだけの対価の給付を伴う「有償」譲渡とした点である。⁽¹⁰⁾

【4】そこで、建設省は、農林省の合理化対策事業実施の昭和四十七年、直ちにこれに対する対応を行った。

その一は、農林省側に対するものであり、昭和四十七年一月一日、建設省河川局長は、農林省農地局長との間に、「土地改良法施行令の一部改正について」と題する了解事項を取り付けた(建設省河政発一〇一号・47農地B二〇二号)⁽¹¹⁾。その内容は、水利処分・水利施設の変更等については、農林省と建設省とが、相互にその立場を

尊重して協議する、というものであり、これは、農林省の農業用水合理化対策事業の内容が、河川管理者の立場から乖離しないよう牽制する意味を有した。

その二は、河川法上の水利処分を担当するところの各地方建設局長並びに北海道開発局長・沖縄総合事務局長・各都道府県知事に対するものであり、同年一月十七日に発せられた河川局長通達「農業用水の転用に関する取り扱いについて」(建設省河政発一〇五号)が、それである。右通達は、一方において、「河川水は、公共の資産であり、私的取引の対象とはされない」(記Ⅰ-1)、また、「これらの転用については、河川法第三十四条の規定(水利権の譲渡)は適用しない」(記Ⅵ-1)として、農林省の農業用水合理化対策事業が企図していたプラン——水利権の財産権性を前提とする、異目的間の有償譲渡——を、河川管理者の水利処分の側面から封鎖してしまう。他方、右通達は、農林省の上記事業を捉えて、これを慣行農業水利権の許可水利権への切り替え(記Ⅱ-1)や、既得水利権者側の余剰水利権のチェック(記Ⅵ-4)といった、上記建設省の施策(2)を推進する契機として利用しようとした⁽¹²⁾。

農林省がこれに反発したのは当然であり、このような建設省と農林省(現農水省)の間の「転用」をめぐる施策の基本方針のずれは、現在に至るまで続いている。

(3) 都市用水側の論理——「水市場」論

【5】更に、この問題をめぐっては、上記建設省・農水省の立場とも異なる、第三の勢力が存在する。それは、他ならぬ都市用水側(そのうちの工業用水・発電用水は通産省管轄、上水道は厚生省管轄である)であり、その理論装置は、彼らの代弁者である経済学者によって主張された「水市場」論である⁽¹³⁾。

都市用水は、既に戦前より慣行水利権の不明確性を理由に農業用水を攻撃していた点では、建設省と同じ立場に立つ。しかしながら、その一方で、豊かな資本力を抱える都市用水側は、農業用水の転用が進まないのは、建

設省が水利権の有償譲渡を認めないためであるとし、水を完全なる商品として経済市場に載せるべきことを主張しており、これは、上記農水省側の施策方針と結果的に一致した。

2 考察の対象

【6】以上の如く、農業用水の「転用」問題をめぐっては、治水担当の建設省（河川管理者）と、利水三省（農水省・通産省・厚生省）のうち、水を失う側の農業用水（農水省）、及び、水を求める側の都市用水（通産省・厚生省）の、三者三様の立場が交錯することになる。

そこで、この問題に関する論点をひとまず整理するならば、それは、次の三つに集約することができる。

① その一は、転用可能水量の算定問題、即ち、農業用水側の「余剰水」の転用を前提とした場合、当該農業用水側に「水剩り」が生じているのか否か、生じているとすれば、どの程度生じているのか、という問題である。

② その二は、転用に当たって農業用水側に支払われる対価のあり方とその算定問題、即ち、農業用水を他種水利に転用する場合、新水利権者から旧水利権者に対して何らかの経済的対価を付与すべきか、あるいは、どの程度の対価を付与すべきか、という問題である。

③ その三は、転用の法的手続の問題、即ち、現行河川法上、農業水利権の他種水利権への転用は、いかなる手続で行なうことが適切か、という問題である。

このうち、本稿では、主として③の問題につき検討を加える。もっとも、①・②の問題と③の問題は、相互に密接に関連するものであるから、本稿においても、可能な限りこれに言及することとしたい。

(二) 転用の法的手続

【7】河川法上、一定の水利権を他種水利権へと転用する方法としては、理論的には、次のものがあり得る。

1 「旧水利権者―河川管理者―新水利権者」型

【8】 その一は、旧水利権者の権利を一旦消滅させた後（河川管理者へ返した後）、改めて新規利水者側にこれを新たな権利として付与する方法であり、これは更に、旧水利権者の権利を消滅させる方法の違いにより、次の四つに分かれる。

(a) その一は、旧水利権者が、その権利を任意に放棄し、あるいは許可期間満了時においてこれを更新せず、あるいは河川法四〇条一項にいう「同意」を行なうたうえで、新規利水者が河川法二三条の許可を得る方法である。

(b) その二は、まず新規利水者側が二三条の許可申請を行い、これに対して、河川管理者が、河川法四〇条一項一号の「当該水利使用に係る事業が関係河川使用者の当該河川の使用に係る事業に比し公益性が著しく大きい場合」とであると判断して、上記(a)の「同意」を得ることなく、新水利権者側に二三条の許可を与える方法である。

なお、この場合には、旧水利権者側には、「損失補償」の形で対価的給付が行なわれる（法四一条・四二条）。

(c) その三は、河川管理者がその監督処分権（河川法「第四章 監督」）を行使し、旧水利権が、同法七五条二項二号にいう「許可又は承認にかかる工事その他の行為またはこれらに係る事業の全部又は一部の廃止があったとき」に該当するとき、当該水利権の消滅を宣言（七五条一項）した後に、新水利権者の申請を許可する方法である。

(d) その四は、同じく河川管理者が監督処分権を行使し、上記(c)「許可又は承認にかかる工事その他の行為またはこれらに係る事業の全部又は一部の廃止」がない場合でも、旧水利権と新水利権とを彼此対照し、「公益上やむを得ない必要がある」（河川法七五条二項五号）場合に、新水利権側を優先させる、という方法である。なお、この場合には、上記(c)の方法と異なり、旧水利権者に対する損失補償が行なわれるため（同法七六条）、上記(b)の方法と同様、旧水利権者側に経済的対価が付与される結果となる。

これらの方法のうち、(b)・(c)・(d)の方法は、土地の公用取用と全く同様のものであり、旧水利権者が転用に同意しない場合にもこれを行うことができる。また、(b)及び(d)は、旧水利権者に損失補償の形で対価の付与が存在する(但し、当該損失補償は、河川管理者の負担において行なわなければならない点において、有償譲渡の場合と異なる)。他方、(c)の方法は、農業用水の「転用」に関してさしあたつて問題となつて「余剰水」に対して、最も適合的な処分ともいえるが、しかしながら、余剰水に関してはもはや水利権を認める余地がないとした以上、その消滅に関して対価的給付が行なわれることはあり得なくなる。

もっとも、管見の及ぶ限り、河川管理者が、水利権「転用」に際して、上記(b)・(c)・(d)の方法をとつた例は存在しないようであり、河川管理者は、これら強権発動的な方法を慎重に避け、専ら(a)の手続により、あくまでも旧水利権者側の「同意」(河川法四〇条一項)を得た上で、旧水利権者の水利権喪失と新規利水者の申請に基づく水利権取得をワンセットで認める形で(同時処分)、転用を行なつて⁽¹⁾いる。

2 「旧水利権者↓新水利権者」型

【9】河川法上認められる水利権移転のいま一つの方法は、旧水利権者の有する水利権を新規利水者側に直接移転する方法であり、これにも次の二つがある。

(a) その一は、一般の河川法改正(平成九年六月四日法律六九号)により新たに成立した、同法五三条の二による方法である。同条一項は、「水利使用者は、河川管理者の承認を受けて、異常な渇水により許可に係る水利使用が困難となつた他の水利使用者に対して、当該異常な渇水が解消するまでの間に限り、自己が受けた第二十三条及び第二十四条の許可に基づく水利使用の全部又は一部を行わせることができる」旨を規定する。そこで、都市用水側が異常渇水により水利使用が困難となつた場合には、農業用水側が自己の水利権の全部または一部を都市用水側に融通する、という方法が考えられる。右の場合の権利関係の法的性質は必ずしも明白ではないが、水利

権の譲渡というよりは貸借関係に近いものと解される。なお、右融通に際して、何らかの対価が支払われるべきか否かについて、法文には規定がないが、規定の趣旨からいえば、無償と解するべきであり、また、この規定を安易に拡張適用することも（例えば、都市用水側が恒常的に「異常渇水」状態にあるとして、農業用水を長期的に融通することにより、事実上の転用効果を得るといった便法）、差し控えられるべきであろう。

(b) その二は、農水省あるいは「水市場」論者の主張する、河川法三四条の「譲渡」による方法である。しかしながら、上記建設省河川局長通達から知られるように、農業水利の他種水利への「譲渡」につき、河川管理者の態度は否定的ないし消極的であった。

では、河川管理者は、何ゆえ農業水利の他種水利への転用につき、有償譲渡の方法を認めないのか。その法的根拠は、河川水が私権の客体とならない旨を規定した河川法二条二項、及び、譲渡に関する同法三四条の規定の解釈に関わる。以下、順次検討する。

二 河川法二条二項

【10】 河川管理者ないし三四条「譲渡」否定論者は、「河川の流水は私権の目的となることができない」とする河川法二条二項の規定を、その根拠の一つに置いている。では、そもそも、何ゆえ、「河川の流水は私権の目的となることができない」のか。

この点に関する河川管理者側の説明は、これを河川水の不特定性に求める見解（A説）と、公水の公共性に求める見解（B説）とに分かれる。

これに対して、三四条「譲渡」肯定論者（農水省及び「水市場」論者）は、結論的には、右二条二項の限定解釈

ないし死文化を企図するのであるが、その主張にも、慣行水利権の財産権性を根拠とするもの（C説）、水利権一般の財産権化を根拠とするもの（D説）があり、更に、C・Dの両者を複合的に主張するもの（E説）も存在する。

以下、これらの主張につき、順次紹介・検討する。

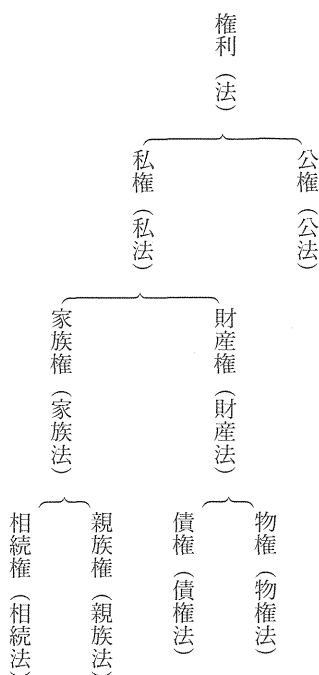
1 三四条「譲渡」否定論者の主張

A 「不特定性」論

【11】河川管理者のコンメンタールにおいて、河川法二条二項は、河川水の不特定性から導かれる当然の結論に對する確認規定（注意規定）であるとされる。即ち、

一般にものが財産権の対象となるためには、そのものが特定されていなければならない。河川の流水は絶えず流動する状態にあつて、これを特定し、財産的支配を及ぼすことは不可能であるが、一定の容器に貯留された水が財産権の対象となるように、水そのものがその性質上財産権の対象とならないというものではないので、明文の規定を設けて疑義なからしめたものである。¹⁵⁾

【12】だが、右の如き「特定性」を用いた説明では、「財産権」性を否定することはできない。以下、いささか教科書的な記述を行うならば、まず、法律学分野において、権利（ないし法）は、次のように分類される。



即ち、「財産権」とは、「私権」の内部における分類であつて、その反対概念は、「家族権（かつては身分権と呼ばれた）」ないしこれと人格権等を併せた「非財産権」である。両者は、取引行為の対象となるか否かの区別であり、これは、具体的には、①譲渡性の有無、及び、②時効取得可能性の有無等において差異が生ずる。

一方、「特定性」原則とは、「物権（法）」の基本原則として掲げられるもので、物権の属性（目的物に対する直接支配権であること）から必然的に導かれる性質とされ、不特定物に關しては、債権は成立し得るが物権は成立し得ない、と説かれる。⁽¹⁶⁾

従つて、上記【11】河川管理者が「流水は不特定物（ここでは流動物）である」というとき、そこからは、「物権」性の否定という結論が導かれるのみであつて、そこからは、流水に対して「私権」が成立しない、あるいは「財産権」が成立しないとの結論が導かれるわけではない（私権∨財産権∨債権が成立する余地が存在するか）。

【13】 もっとも、農水省側ないし三四条「譲渡」肯定論者は、水利権を「物権」的側面を強調していることから、

ここでは「流水は不特定物であるから物権は成立しない」という命題それ自体に関しても、言及しておく必要はあろう。

結論的にいえば、「特定性」原則は、流水の上に物権が成立するか否かの問題にとつて、必ずしも決定的なものではない。というのは、民法上の通説的見解によれば、第一に、「特定性」は物理的観念ではなく、経済的・社会的に見て同一物と認められること、という極めて広い概念として設定されている。⁽¹⁷⁾ 第二に、仮に右の意味における「特定性」がないとしても、「特定性」原則に関しては、種々の例外が認められており、民法上の通説的見解によれば、河川水の如き流動物に関しても、そこに①物権の成立を認めるだけの社会的必要性があり、かつ、②公示の原則に適合的である場合には、例外的に「物権」の成立が認められるとされているからである。⁽¹⁸⁾

従つて、少なくともA説の説明との関係でいえば、河川の流水上に物権が認められるか否かは、右①・②の観点から実質的に判断されるべき事柄となり、この基準が満たされるということになれば、少なくとも「特定性」原則との関係では、水利権の「物権」性を認めることに支障はない、ということになる。

B 「公共物」論

【14】ところで、河川水に関して、①物権の成立を認めるだけの社会的必要性が存在するかの判断に際しては、公益的見地も考慮に入れられること、いうまでもない。即ち、流水上に私権を認めた場合には公益上の弊害が大きいと考えられる場合には、右公益的見地から、私権の成立は否定されることになる。河川管理者の解説の中にも、法二条二項を、右公益的観点に基づく私権成立の積極的禁止規定と解する見解も存在する。

河川法第二条第二項によれば、「河川の流水は、私権の目的となることができない」こととされ、この条項は、河川流水の有する非特定性に着目した確認規定であると解されているが、私権の目的とすることにより、権利関係が錯綜し、公共目的の達成が困難になるため、同法三四条による譲渡承認によるほか、水利権自体を私的取引の対象とすることを

禁じたものであると積極的に解することも可能であろう。⁽¹⁹⁾

【15】更に、河川管理者側の説明の中には、行政法理論に関する正確な知識を前提に、右「公共性」の観点を、公物营造物理論との関係で詳細に論ずる見解も存する。

いわゆる公水の公共性の本質が論ぜられる場合に、「広義の公水＝河川（すなわち公共の水流または水面）」を対象とすることがある。しかし、河川の物理的存在自体は、全く性質の異なる幾つかの構成要素に分離して考察すべきものであるから、主として、その公共性の中心的要素である「河川の流水」について考察することとする。まず、①国家私権説（河川法二条二項は国家の私権を排除しないとする説）があり、その結果は、国有財産の一種となりうるものである。公有水面埋立法一条に「国ノ所有ニ属スルモノ」とあるのが実定法上の例証であるという。②国家高権説（国家が私法的所有権とは異なる包括的支配権を行使するとする説）があり、その講学的表現として「公所有権」の概念を用いるが、その実体は「公物管理権」そのものではないかといわれる。③無主物説または公共物説（所有権の観念の成立以前に何人のものでないと認められたものとする説）があるが、旧民法では「無主物トハ何人ニモ属セスト雖モ所有権ノ目的ト為ルコトヲ得ルモノ」（財産編二四条）すなわち「河海ノ魚介ノ如シ」という例示があり、流水は「何人ノ所有ニモ属スルコトヲ得スシテ總テノ人ノ使用スルコトヲ得ルモノ」（財産編二五条）であるとされている。一般使用（自由使用）に供されることが公共物の本質（したがって公水の本質）であるとするのが、ローマ法以来の伝統であり、また、我が国古来の法観念であるといわれる。流水の有する物理的性質からは勿論であるが、現行法令の整合性を総合的に考察しても、流水公共物説をとることが、最も妥当であろう。⁽²⁰⁾

【16】右見解における「物」の区別に関しては、後に改めて触れることとし（【35】）、ここでは、さしあたり、水利権の「譲渡」否定論者と肯定論者の学問領域の違いについてのみ触れておきたい。

一般に、河川管理者ないし「譲渡」否定論者の主張は、民法あるいは行政法の解釈学領域での精緻な理論構成

の上に成り立っている。これに対して、「譲渡」肯定論者（農水省及び「水市場」論者）側の主張は、法社会学的あるいは経済学的なアプローチによるものが多い。⁽²¹⁾ 三四条「譲渡」否定論者と肯定論者の間の議論のすれ違いは、このような学問領域の違いに基因している部分も少なくないように思われ、例えば、上記見解の示す右見解の提示する公物理論に関しても、三四条「譲渡」肯定論者が、①国家私権説・②国家公権説・③公共物説の何れに立つのかは、全く明らかではない。

2 三四条「譲渡」肯定論者の主張

C 「慣行水利権」論

【17】既に述べたように、農業用水「転用」問題は、建設省の慣行水利権の許可水利権への切り替え（法定化）政策に対する、農水省側の防衛から始まった。先述（4）の昭和四五年農業水利問題研究会「中間とりまとめ」のいう、「慣行水利は用水の無駄使いを生じさせるといふような不用意な主張」⁽²²⁾といった反論が、これである。

(1) 余剰水「不存在」の理論装置

【18】右反論は、第一次的には、農業用水側には余剰水は生じていない、という主張となって現れる。

その根拠は、当初、農業人口及び農地面積の減少が必要水量の減少に直ちに結び付くものではないことのみに求められていた。これは、都市周辺域における農地の潰廃と宅地化が、都市化政策の無策からスプロール的に行われた結果、虫食い状態で散在することとなった農地に水を供給するためには、従来通りの水量を必要とする、⁽²³⁾ というものである。

しかしながら、右主張は、建設省のみならず、農林省（農水省）が行った慣行水利権の実態調査の結果からも、

突き崩されることとなった。即ち、右実態調査の結果、——少なくとも一部の地域においては——、灌漑用水として利用されていない水があることが明らかになったのである。⁽²⁴⁾

だが、ここで、農業用水側は、右の部分の水量が不要なものではないとする、新たな理論装置を編み出した。それが、「農業用水Ⅱ多目的用水」論であり、その発展型である「農業用水Ⅱ地域用水」論である。上記実態調査は、あくまでも灌漑目的の必要水量を耕地面積等から定量的に割り出したものであった。しかしながら、農業用水は、灌漑目的でのみ利用されていたものではない。その農村地域の防火用水・消流雪用水・飲雑用水・修景用水等、種々の目的を有しているものであり、従って、農業用水は、そのような種々の目的を有するものとして把握すべきものである、⁽²⁵⁾というのである。右「多目的用水」論は、その後、市民運動・環境運動の高まりという強い追い風を取り込む形で、更なる進化・発展を遂げる。農業用水は、古来よりその地域住民の生活に根ざした、環境保全目的をも包含する貴重な存在であり、これを必要水量として確保しておくべきであるとする、「地域用水」論がそれである。⁽²⁶⁾事柄が市民運動・環境運動と結合した場合、河川管理者側はこれを尊重し、慎重な配慮を払わざるを得ない。この「聖域」を農業用水の中に取り込むことにより、農業用水側は、既存の慣行水利権の取水量を確保しようとしたのである。

(2) 余剰水「譲渡」の理論装置

【19】 以上は、農業用水には、転用の前提となるべき余剰水が生じていない、というために、「慣行水利権」論者が援用した理論装置であった。これに対して、「転用」に際しては有償譲渡の形式を認めるべきであるとする主張との関係で、「慣行水利権」論者が主張するのは、慣行水利権の「私権」性あるいは「財産権」性ないし「物権」性であり、「慣行水利権」論者は、次のように主張する。即ち、「農業水利権は、農民が多年にわたり多数の費用と労力を投じてきたという歴史的経緯から、農民にとって資産的価値を持つ権利であるので、当該権利

にかかる水利使用の全部又は一部を他に融通しようとする場合には、権利主体に対して経済的動機が与えられる必要がある」と。⁽²⁷⁾

しかしながら、右の見解には、幾つか疑問点がある。

【20】 まず第一に、右の如き論理からすれば、「私権」性ないし「財産権」性を有する水利権は、「農民が多年にわたり多数の費用と労力を投じてきた」⁽²⁸⁾農業水利権に限られる、ということになってしまふ。となれば、(イ)近年になって生じた慣行水利権、あるいは、(ロ)農民自身が費用負担をしてこなかった水利権、更には、(ハ)許可水利権の転用に際して、経済的動機を付与するときの説明に窮する。

【21】 第二に、慣行水利権は、その前提となる社会的實在たる水利慣行が消滅すれば、必然的にその基礎を失い消滅するといわなければならない。⁽²⁹⁾従つて、理論的には、慣行水利権に関しては、その「余剰」という観念はそもそも考えられず、それ故にまた、右余剰部分の「転用」という観念にも本質的に親しまない。だからとて、上記「多目的用水」論・「地域用水」論を用いて、これを「余剰」ではないとした場合には、かようにして有用に利用されている「多目的用水」ないし「地域用水」を、都市用水へと「転用」することは、住民保護・地域環境保護の基本主張に逆らうことになり許されない、というジレンマに陥る。⁽³⁰⁾

【22】 第三に、慣行水利権の法的性質が、「入会権に近い」ものとされ、あるいは利水者の「総有」とされている点も、⁽³¹⁾「転用」にとつて阻害的に働く。というのは、(イ)「総有」なる概念はそもそも、総有財産それ自体の「譲渡」を想定しないステイックな観念であり、また、(ロ)構成員の持分権が存在しないが故に、水利団体(多くは土地改良区)への対価付与はあり得ても、各構成員への「経済的動機」ないし「対価」の付与という観念が考えられないからである。もっとも、水利団体にも、典型的な入会団体的性格を有するものから、組合あるいは社団たる性格を有するものまで、段階的な差異が認められるようであり、実際には、転用によつて得た対価を、

構成員（各農家）に分配するところもあると聞く。

【23】⁽³²⁾ なお、この点との関係では、第四に、およそ水利権が、稲本洋之助にいう階層的な「入れ子」構造を有していることを想起すべきである。河川水の利用につき、個々のエンドユーザが直接河川管理者に対して水利権の許可申請をすることは、ほとんどない。河川法上の水利権主体となる者は、水道用水に関していえば、地方自治体・広域事業体であり、個々の家庭は、右地方自治体との間に用水の供給契約を結んでいるに過ぎない。同様に、農業用水に関しては、国（農林水産大臣）・地方自治体あるいは土地改良区であって、個々の農家は、右土地改良区との間に、用水の供給契約を結んでいるに過ぎない。

これは、「水利権」の定義とも関係する。水利権とは「広義には、公水であると私水であるとを問わないが、通常は、公水、殊に河川の流水を一定の目的のために継続的・排他的に使用する権利をいう」⁽³³⁾。右「通常」の水利権の定義からすれば、個々の農家は、「水利権者」ではないことを、まず確認しておくべきである。

むしろ、個々の農家は、土地改良区との関係で上記「広義」の水利権を有しており、本稿の問題を離れて一般的にいえば、右「広義」の水利権が「公権」か「私権」かは、それが、公法人と私人との間で成り立っている法律関係である以上、それ自体独立した論点となり得る。水道用水に関して、地方自治体との関係で個々の家庭が有する権利についても同様である。しかしながら、これは、農業用水に関していえば土地改良法（昭和二十六年六月六日法律一九五号）の問題（同法二条二項六号にいう「水の使用に関する権利」の法的性質の問題）、水道用水に関していえば水道法（昭和三十二年六月一日法律一七七号）の問題（同法一五条の給水義務に対応する権利の性質の問題）であって、「河川の流水は、私権の目的となることはできない」とする河川法二条二項の解釈問題、及び、「通常」の意味における）水利権の譲渡に関する河川法三四条の解釈問題とは、直接関係がない。これらの論点が問題となるのは、あくまでも河川管理者と土地改良区（国営土地改良事業の場合には国（農林水産大臣））の間に

おいて成立している「通常」の意味での水利権、即ち河川法上の水利権のみである点に、留意すべきである。⁽³⁴⁾

従来議論が混乱した原因の一つは、このような階層構造の各段階における種々の水利権のうち、河川管理者は河川法上の水利権を問題としているのに対して、農業者・都市生活者は自己が直接有する「広義」の水利権を念頭に置いたことによる。⁽³⁵⁾

D 「水市場」論

【24】ところで、上記C説は、水利権のうちでも慣行水利権が、古来より財産権として承認されてきたと主張していた。これに対して、「水市場」論者の主張は、水利権が比較的近年になって財産権化したと説明する。しかも、論者の主張は、それが慣行水利権であると許可水利権であるに関わりなく、また、それが余剰水であると否とに関わりない、とするかの如きである。

【25】例えば、渡辺洋三は、次のようにいう。⁽³⁶⁾

法解釈学的研究の課題については別個に検討すべきであるが、ここでは、現在、重要な問題になっている河川法と農業水利権との関係について一言しておく。それは農業水利権の譲渡性の問題である。前述の如く、水需要の構造的転換に伴い、農業用水利権の工業用水利権への転換が問題となっているが、この点について、一般には、河川法上、水利権の自由な譲渡は認められないと解釈されているようである。この前提に立つ場合、農業用水利権の工業用水利権への転換は、河川法上、次の措置によって行なわれる。その一つは、河川管理者の監督処分権を発動し、「公益上やむを得ない必要がある」と認定して農業水利権を消滅せしめるやり方である（河川法七五条二項五号）。第二は、法上の水利調整の規定にもとづいて、農業水利権よりも「公益性が著しく大きい」との判断にもとづいて、新しく工業水利権に許可を与えるやり方である（同法四〇条）。第三は、法に定める緊急時の措置に該当するという判断にもとづいて水利使用の調整に関し河川管理者があっせん又は調停にのりだすやり方である（同法五三条三項）。要するに農業水利権の工業

水利権への転換は、水利権の譲渡という法形態によってではなく、河川管理者が媒介となつて一方で農業水利権を消滅せしめ、他方で工業水利権を新しく許可するという形式で実現されなければならないと考えられている⁽³⁷⁾。

しかし、このような解釈論が正しいかどうかについては理論的に問題があり、争われるところである。以下、その問題点をのべておこう。農業水利権に譲渡性がないことの第一の理由は、水利権が特定の経済目的のための権利であるから、譲渡は制限されたものとならざるをえず、とくに異種の経済目的に向つての譲渡は認められないということである。また第二の理由は、水利権は公物管理権によつて制約されたものであるという点である。このような解釈は結局において、水利権の法的性格をどのように理解するかという根本問題につながっている。

まず河川の水利権の社会実態の内容は何であるかといえ、水利権者が一定の私的資本と私的人間労働を投下して水利施設を設置し、それによつて人間に支配可能となつた一定量の流水を排他的に支配する権利なのである。河川の自然の流水は、それ自体では人間の実践目的に役立たないので、人間がそれをコントロールすることによつて自己の支配の下におくのである。資本主義法の下で、人間の私的資本も私的労働も投下されない天然自然の物は、本来権利として保護するに値しないものであり、それゆゑ、このような天然自然に流れる河川の流水は、私権の目的となりえない（河川法第二条二項）。これを逆にいえば、資本主義法の下で、私的権利は、私的資本と私的労働の投下によつて支配可能となつた物の上に成立するのであつて、そこに資本主義的財産権の基礎がある。そうであるとすれば、右にのべた意味での河川の水利権は私的権利たる財産権であるというべきであり、またそのように解釈しても河川法第二条第二項の規定と矛盾しないことになる。

また資本主義的財産権が、封建社会の財産権や社会主義社会の財産権と異なる点は、それが商品として存在しているという点である。資本主義社会以外においても財産権が成立するが、それらの社会においては商品交換は不可欠な構成要素ではない。資本主義社会こそは、人間の歴史がつくつた社会の中で、私的財産の商品交換が全社会の基礎として置かれていた唯一の社会であり、それが否定されたらもはや資本主義でなく商品交換は本質的なものである。だから、資本主義法の下で、私的資本と私的労働でつくりだした（水を支配可能に置くことも物をつくるのと同じであ

る) 一切の私的財産には商品としての性格が与えられ、当然に譲渡性を有する。必要なものは水供給者からこれを買うということとは、外国(資本主義国)では、めずらしいことではない。むしろの方が、理論的にはもっとも資本主義の原理に忠実なのである。

わが国で、水を商品として売買の対象にするという観念がよかったのは、一つには、農村共同体の前資本主義的水利慣行の下で、かかる資本主義的精神が成長しなかったからである。まさに伝統的水利共同体たる農村共同体においては、水供給者と水需要者が一体であって分裂しないという特色が存在しているのである。また一つには、こういう分裂をうみ出すような大規模な水供給事業が成り立たなかったからである。しかし、今後の「近代化」の方向を考えるならば、いつまでもこのような前資本主義的考え方にとどまっているべきではないであらう。むしろ、水の商品性を、したがって、水利権の譲渡性をまず根本において確認し、かつこれを前提とするような方向が考えられてもよいのではなかろうか。

次に、しかしながら、水利権が私法上の財産権であることを確認するということは、これに対して、河川管理者の公法上のコントロールが及ぶことを否定するものではないことは、いうまでもあるまい。今日では、私的財産権が公共の福祉にしたがうことは——それについての当否は別として——憲法・民法によって確立された原則であることを否定する者はいないであらう。したがって、私的財産権たる水利権が河川管理という公共目的の下に一定の制限を受けるのは当然であって、その制限の内容は、制定法によって定められなければならない。制定法たる河川法において、水利権の譲渡を禁止する規定はなく(もしあるとすれば憲法違反のうたがいもある)これを河川管理者の承認にかかわしめることは無数の立法例の示すとおりであって、このこともまた水利権の公権性とは関係がないであらう。

この場合の承認が自由裁量や行政庁の一方的基準でなされるべきものでないことは、憲法論の要請からみて当然である。この点で、当初にのべた第一点と関係してくるが、異種の経済的目的の実現のための譲渡が許されないと考える方は、その根拠をもちえないとおもわれる。一定の譲渡が、河川管理にとって具体的に弊害を生ずる、あるいは河川管理の公益目的に反することが明らかである場合にのみ行政庁は当該譲渡を承認しないことができるにすぎないと解す

べきである。なぜなら、観念的にでなく具体的実的に弊害がないならば、譲渡の承認を拒否する正当な理由はないからである。そして、現在のように水需要の転換が必要となる時代において、農業水利権者がその水利権を工業者や都市に売することは、すこしも弊害がないどころか、かえって、公益目的に合致する譲渡というべきであるから、河川管理者は、無条件でそれを承認してもよいのではあるまいか。一方で水のいらなくなった者が売りに出そうとし、他方で水が必要とする者が買おうというのは「商品交換」の原則であって、しかもそのことによって限られた水も有効に使えることになるのであるから、この譲渡を認めないことは、まさに水の無駄づかいを奨励するような反公益的なことであると考えざるをえない。今日のような時代においてこそ、異種の経済目的への譲渡を積極的に押しすすめる政策を立てることが河川管理者の義務であるようにさえおもわれる。

水利権がその認定にあたって特定の経済目的との関係において許可されるということは、その目的が変更ないし消滅した場合に当該水利権が消滅することを意味しない。財産権は、どのような目的であろうと、それがひとたび設定されれば、商品性したがって権利譲渡性をもつことが資本主義の基本的法則であることは前述したとおりであり、水利権といえども例外ではありえない。そのもともとの経済的目的が消滅し、たとえば農業水利権者が農業をやめたために使わない水を別のより公益性の高い目的のために使用転換する必要がある。それを売らせるように行政指導し、水利権者がそれを拒否して売らない場合には、公用収用すればよいのである。すなわち、普通の土地所有権の場合と同じように考えて何らの不都合もないであろう。こう考えてくれば、じつは、現行河川法の体系自体が根本的に問題であり、ことは立法政策にまで及ぶのであるが、この点についてはまた別に論じなければならない。

【26】 また、水谷正一は、次のようにいう。⁽³⁸⁾

水利権の有償譲渡を禁止する河川管理者の見解がいかなる理由によつて根拠付けられているのか、必ずしも明確ではないが、河川法第二条二項の「河川の流水は、私権の目的となることはできない」とする規定と無関係ではないだろう。しかし、水利権の性格に関する河川管理者の見解は「私権と公権の二面性を有する権利」とする立場にあり、「水利権

は、流水の使用の財産的価値を全ての者に対する関係において保護するための権利（物権的財産権）であり、「水利権者」と他の者との関係は、財産に関する法律関係であり、そこに成立する権利は私権であるといわなければならない」としているのである。この見解を水利転用の当事者に適用するならば、水利権者（すなわち農業用水）と他の者（すなわち都市用水）との関係は財産に関する法律関係であるから、水利権の移転に際しては財産の譲渡と同様に対価が支払われることが容認されるのである。

農業用水として利用されている水はその生産と管理に一定の資本と労働が投下された経済財としての性格をもつこと、および転用水を創出するにはさらに追加的な資本と労働の投下が必要なことなどから考えれば、水利転用の対象となる水自体が価値を伴うものであり、その譲渡において、一定の対価が支払われることはむしろ当然の行為である。II節、III節でみたように、水利転用で有償譲渡が盛んになされるのは上のような理由があるからにほかならない。これを通達³⁹のように禁止することは、実態にそぐわないばかりか法解釈上の整合性にも欠けることとなる。

法解釈とは別に有償譲渡を認めると、農業水利権者に不当な利益をもたらすから禁止すべきである、とする意見があるかもしれない。たしかに転用水の価値実態とかけ離れた価格付けがなされ、農家に金銭が配当されるようなケースが生じれば有償譲渡は問題となるだろう。しかし、試案の方法をとる限り⁴⁰こうした問題は回避できるのである。

試案のような条件内で水利転用の有償譲渡を公認することが、水資源の有効利用を進める立場にある河川管理者の賢明な選択となる。

【27】 農業水利権は、近時になって（更にいえば、多目的ダムのコスト・アロケーション方式の制度化を通じて）はじめて「財産権」化したとの主張は、右渡辺説・水谷説の他にも、とりわけ経済学者・農学者に多く見られる（その他の「水市場」論者の主張に関しては、【54】以下参照）。

しかしながら、右D説の主張に関しても、疑問がないわけではない。

【28】 まず、渡辺説についていえば、第一に、この見解は、水利権者が一定の私的資本と私的人間労働とを投下

した場合には、河川法二条二項の適用はないと主張する。これは、上記C説の主張と類似しているが、やはり、C説に対するのと同様、水利権者が私的資本・私的労働を投下していない場合（今日の用水整備のほとんどは公的助成の上に成り立っている）には、右水利権は私的財には変化しておらず、商品交換の土台には乗らない（二条二項が適用される）のか、という疑問が生ずる。

また、第二に、渡辺説は、当事者が転用に応じない場合には、公用収用を行なうべきことを主張するが、これは、当事者間の合意形成を重要視し、河川法四〇条あるいは同法七五条二項の適用を避けている河川管理者の慎重な姿勢（【8】参照）よりも、遙かに強権発動的である⁽⁴⁾。

【29】 他方、水谷説に関しても、次のような疑問がある。まず第一に、水谷説の前提とする慣行水利権＝私権ないし物権論は、私法と公法の峻別理論あるいは物権法定主義との関係で、権利の性質をまず決定し、そこからあらゆる法律関係に関する結論を一律に演繹する、というクラシカルな手法がとられていた時代において、主張されてきたものである。しかしながら、今日においては、水利権が公権か私権かという形での抽象的な論争は姿を消し、民法学にいわゆる法律関係説（現に問題となっている紛争ごとに当該権利の法的性質を論ずれば足るのであって、これに対して、その抽象的一般の性質を確定し、そこから結論を演繹する手法は妥当性を欠くとする説）が、通説的地位を形成しているといつてよいであろう。河川管理者のコンメンタールにいう「水利権は公権と私権の二面性を有する」との記述は、この事理を指すものであるが、ところが、水谷説は、右記述をもつて、水利権が公権たる性格と私権たる性格を同一紛争事例において同時に（「ぬえ」的に）有する、と理解する。このような理解は、今日においてはもはや正当とは思われない。もつとも、このような理解は、水谷説に限らず、多くの経済学者・農学者の見解や、あるいは農水省の見解中に、依然として認められるところである。

【30】 更に、この点と関連して、特に経済学者・農学者の議論においては、そこで前提とされている「財産権」

概念が、専ら経済学的意味での「商品交換価値」ないし法律学的意味における「譲渡性」のみを念頭に置いているように思われる。しかしながら、「財産権（端的に物権といつてもよい）」の本質は、右「譲渡性」に尽きるものではない。⁽⁴²⁾ こういった形の、議論の前提となるべき概念設定の相違に基因する——とりわけ法解釈学者対法社会学者あるいは法学者対経済学者の間の——争いは、かつて「近代的土地所有論争」においても存在したところである。⁽⁴³⁾ しかしながら、少なくともここでの論争は、河川法二条ないし三四条の解釈という法解釈学の次元で行なわれているのであるから、「財産（権）」の用語の定義に関しても、厳密な法律学上の概念で統一した上で、議論を行なうことが望ましい。

E C・D両説の複合型

【31】ところで、農水省の資料・報告書においては、上記C説の主張とD説の主張が、複合的に示されることが多い。このような主張は、農業水利問題研究会が昭和四十六年に提出した最終報告書（「都市化過程における農業水利——農業用水の都市用水への転用と問題点——」。^{【3】}参照）に始まる。

現在、わが国においては、自然資源といえども、なんらかの形態で権利化されており、利用の再配分は原則的には価格を通じてこれを実現せざるを得ない。

たとえば、土地は価格と借地料を通じて在来の所有者から利用者に移転される。在来の所有者自身が用途を変更する場合でも、新用途から得られる生産物あるいはサービスの価格が予定されるのである。

道路や公園のようなそれ自体として価格を表示できない公共施設の場合でさえ、用地は所有者から買収あるいは借地するほかはない。

こうして、価格を通じて土地は新たな利用に再配分されてゆく。

ところが、水は、ダムや導水路等その生産に多額の費用を要し、土地以上に希少な資源であると認められているのに、

なお十分な意味での経済財として取り扱われているとはいいたい。

都市用水は、料金を支払って使用されるのが普通の形態になっているが、一般的には全体としての都市用水の需要と供給が十分な経済的メカニズムの下に行なわれているとはいえない。

農業用水にいたっては、極く限られた例外を除き、農家には水を買うという観念は全く育っていない。用水はもともと自らの所有物であり、引水を保証するために維持管理費として水利費を支出するといふだけのことである。

都市化地域においては、一方では水田の潰廃が進み、他方では都市用水の需要は増大するのであるから、ここに水資源の再配分の要請が起る。しかし、通常の媒介的手段としての価格が有効に作用することが阻げられているために、その転用は甚だしく阻げられているのである。極端には、水は公共物であるとして、新たな用途に対し、自由に取上げうるかのような主張さえ行なわれることがあるが、このような単純な考え方で希少資源の再配分問題が解決できるはずがない。

農家の意識では、農業用水はその支配地域に属する多数農家の共有物であつて、多くの場合、多額の費用と労力とを投じて造成し、数百年にわたる努力によつて維持してきた歴史的遺産である。そしてそのような努力によつて多数の農家に不満を感じさせないような維持管理の体系も整備されたのである。このような努力と所有意識によつて管理されている水資源を他用途へ転用しようとする場合には、転用を期待するにふさわしい経済的動機が与えられなければならないし、転用を可能にする十分な施設の改変と管理の形態が伴わなければならない⁽⁴⁴⁾。

右報告書は、既に述べたように、農業用水合理化対策事業の基本プランを提示したものであり、今日に至るまで、農水省側の資料において、そのまま、あるいは一部抜粋された上、転記されることが多い。

【32】 右報告書の主張のうち、C説・D説に依拠した部分の問題点については、既に述べた通りである。ここでは、更に、D説に依拠した主張部分のうち、水流を、土地・公園と同一視する考え方につき付言しておく。右のような理解は、従来は経済学者に特徴的な発想であつたが、⁽⁴⁵⁾法律分野においても、上記渡辺論文【25】の他、

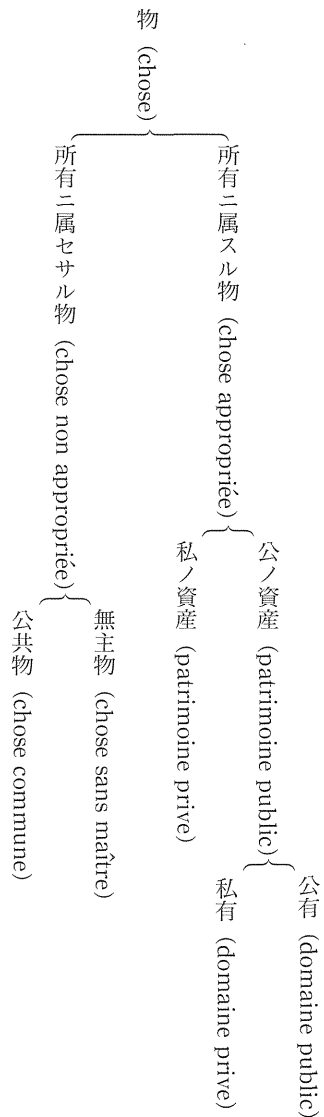
稲本洋之助が同様の発想に立つ⁽⁴⁶⁾。しかしながら、後に見るように(35)、河川の水流は、日光・大気・雨水・海水等と同様、私的所有に本質的に馴染まない点において、土地とは異なる。日光や大気が、日照権・環境権の客体であることはいうまでもなく、右の権利の侵害に対して妨害排除が可能であることから、これらが物権的性質を有することまたいうまでもないが、D説の論者として、これを根拠に日光・大気それ自体に対して私的所有権が成立していると主張するものではあるまい。

【33】更に、右E説に対しては、C説(慣行水利権論)とD説(水市場論)とを、同時に主張するのは矛盾ではないのか、という根本的疑問も生ずる。先に見たように、C説は、慣行水利権は農民が長い年月をかけて形成してきた財産的利益であると主張するのに対して、D説はそれが近代化によって形成された財産的利益であると主張する。また、C説は、基本的には余剰水のみを問題とし、また、許可水利権あるいは他種水利権の転用(工業用水・水道用水等の転用)にまで射程距離を持たないのに対して、D説は、これら全てを包含する一般理論として成り立つ。要するに、両説は、相互に相容れない側面を有する、異別の学説である。その両者を援用する右「最終報告書」は、例えば、農業水利権(あるいは事柄を慣行水利権に限定するのか?)が、一体いつの時代から商品交換価値と譲渡性を有していたとするのであろうか。

3 私見

【34】河川法二条二項の解釈としては、B説(「公共物」説)をもって正当と考える。

【35】まず、B説の説明する「物」の区別に関して、三四条「譲渡」肯定論者の側からは、何らの回答も得られていない(16)。そこで、議論の前提を整えるために、法律学分野における「物」の区別に関する説明から説き起こすならば、B説の紹介する旧民法の「物」の区別は、次のようなものであった(財産編二〇条以下)。



ここにいう「公ノ資産」(財二〇条二項)ないし「公ノ法人ニ属スル物」(財二一条・二二条)のうち、「私有」は「公ノ法人カ各人〔「私人」〕ト同一ノ名義ニテ所有スル物ニシテ金銭ニ見積ルコトヲ得ル収入ヲ生ス可ヘキモノ」可否かによる区別であり(財二三条)、そのうちの「公有」物は、領海・海浜(財二二条第一)、道路及び舟筏航行可能河川・運河とその床地(同第二)、城砦・塁壁等の軍用の土地工作物(同第三)、軍用の工廠・戦艦・兵器その他の軍用物(同第四)、官庁の建物(同第五)であり、他方、「私有」物は、例えば「国、府県、市長村有ノ海潟、樹林、牧場」等である。この分類は、「融通物」「不融通物」の区別と関連する。即ち、右「融通物」「不融通物」の区別は「私ノ所有権又ハ債権ノ目的ト為ルコトヲ得ルト否トニ從」うものであるが(財二六条一項)、「公ノ秩序ノ為メ法律ニ於テ処分ヲ禁シタル物及ヒ公有ノ財産ハ不融通物ナリ」(同二項)とされている。

一方、「所有ニ属セサル物」のうち、「無主物」とは、「何人ニモ属セスト雖モ所有権ノ目的ト為ルコトヲ得ルモノヲ謂フ即チ遺棄ノ物品、山野ノ鳥獸、河海ノ魚介ノ如シ」(財二四条)。これに対して、「公共物」とは、「何

人ノ所有ニモ属スルコトヲ得スシテ總テノ人ノ使用スルコトヲ得ルモノヲ謂フ即チ空氣、光線、流水、大洋ノ如シ」(財二五条)。

以上の分類から知られるように、旧民法においては、河川は「公ノ資産」中の「公有」物(財二三条第二)とされる一方、河川等の流水それ自体は所有に属さない「公共物」(二五条)とされていたのである。

【36】 ちなみに、右旧民法における「公共物」の概念は、今日の行政法学説にいわゆる「公共物」とは全く異なる。今日の行政法学説にいう「公共物」とは、「公共用物」とともに、「公物」の範疇に属する。しかるに、ここにいう「公物」とは、「国又は地方公共団体等の行政主体により、直接公の目的に共用される個々の有体物をいう。道路・河川・公園・港湾のように直接公衆の共同使用に供される公共用物と、官公署・官立学校の建物・敷地のように国又は公共団体自身の公用に供される公用物の両者を含む。私物に対する観念で、国公有財産でも、単に収益を目的とする普通財産はここでのいう公物ではない⁽⁴⁷⁾」。即ち、今日の行政法学説における「公物」とは、旧民法における「公有」物に対応する概念であり、今日いわゆる「公共物」は、旧民法においては更なる分類がなされず財産編二二条第一―第五に列举されていた種々の「公有」物(Ⅱ「公物」)を、上記観点から二種に分類した、その一つなのである。

【37】 旧河川法三条は、「河川並其ノ敷地若クハ流水ハ私権ノ目的トナルコトヲ得ス」として、旧民法にいわゆる「公有」物(今日いわゆる「公物」中「公共用物」)に属する河川・敷地と、旧民法にいわゆる「公共物」(これに対応する行政法上の概念は存在しない)流水とを一括して規定していた。

これに対して、現行河川法二条は、両者を別個に規定する。即ち、

【河川法二条】

1 河川は、公共用物であつて、その保全、利用その他の管理は、前条の目的が達成されるように適正に行なわれなけ

ればならない。

2 河川の流水は、私権の目的となることができない。

右規定の結果、旧法と異なり、「私権の目的となることができない」のは「河川の流水」のみであって、「河川」については、条文構造上、右文言が及ばないことになった。しかし、これは、現行河川法下において「河川」が私権の目的となり得ることを意味しない。河川管理者の説明によれば、「河川は、敷地及び流水からなり、これらの統合体であるが、わが国の民法は、財産権の対象としての統合体又は集合物の観念を認めていないのであって、集合物を一体として財産権の目的とする財団抵当等の制度を設けるには、特別法を要するのである。従って、河川が統合体であり、これを私権の目的とする特別法の存在しない以上、河川が所有権その他の財産権の目的とならないことは明らかであり、疑義を生ずるおそれがないので特に私権排除の規定を設けることをしなかったものである。すなわち、河川は、公物として公法上の管理権にのみ服するのである」⁽⁴⁸⁾⁽⁴⁹⁾。

他方、「河川の流水」に関しては、条文構造上、一項の「公共用物であつて」という部分が及んでいない。また、河川管理者のコンメンタール等においても、流水それ自体が「公物」ないし「公共用物」であるとすると記述は認められない。即ち、現行河川法の下においても、河川の流水それ自体は、旧民法におけると同様、およそ人の所有に属することのない物なのである。

【38】 このような、流水そのものにつき独立した権利の成立を認めない法体系は、ローマ法に淵源を有する。⁽⁵⁰⁾そして、右法体系の下においては、三本木が述べるように【15】、流水の使用は原則として自由使用であつて、これに対して独占的・排他的な権利を設定使用する場合には、地役権が設定されることになる。即ち、日照・眺望・通風・通行等を確保するために、日光や環境それ自体の財産権性を認めるのではなくして、承役地に対して建築・植栽等の制限を目的とする物権を設定すると同様の法律構成である。農業水利に関していえば、これは、

あたかも河川（ないし河川の敷地）が承役地となり、農地が要役地となる関係である。水利権とは、そのような河川について設定された地役権の一種として理解されるべきものである。⁽⁵¹⁾

【39】これに対して、河川の流水それ自体が財産権の客体となるとするC・D・E説の法律構成は、日照・通風妨害等において、日照権・環境権といった独立の権利の名の下に、損害賠償・妨害排除を認める構成と、一見類似する。しかしながら、第一に、ここにいわゆる日照権・環境権なるものは、土地・家屋の所有権・賃借権等の一部、あるいは、居住者の人格権の一部と解されているのであって、日光それ自体に対する所有権、環境それ自体に対する所有権と構成されているわけではない。また、第二に、これらの権利は、人格権の一部と構成された場合にはそもそも譲渡性がなく（一身専属性）、また、財産権たる不動産利用権の一部と構成された場合にも、右権利と独立して商品取引の客体となることはあり得ない。そして、この点は、地役権が、要役地と離れて独立に輾転移転することがあり得ない（地役権の附従性。民法二八一条）のと、全く同様である。水利権の輾転流通を認める主張は、右「附従性」を外す主張に他ならず、水利権の地役権的性格それ自体を変更するものではない。⁽⁵²⁾

以上を要するに、水利権を河川の流水それ自体に対する所有権と構成し、その譲渡性を肯定しようとする見解は、河川法二条二項の背後に控える上述の如き基本的法構造を無視するものであり、正当とはいえない。一方、上記B説は、旧民法における意味で、河川の流水は「公共物」であると主張するものであり、今日講学上いわゆる「公共物」の意味で、これを用いているのではない。用語法の混乱を招くという限りでは問題はあるものの、現行法の建前上、最も整合性があるのは、B説である。

三 河川法三四条

【40】 次に、河川法三四条をめぐる、三四条「譲渡」否定論者と肯定論者の主張を見てみよう。河川管理者が農業用水の転用につき同条による「譲渡」の方法を否定する理由は、①それが異目的間のものであること、及び、②有償譲渡であること、の二点に分けられる。

以下、その各々の点につき、順次考察を加える。

(一) 「異目的間」譲渡の禁止

1 三四条「譲渡」否定論者の主張

【41】 まず、異目的間での「譲渡」を禁止に関する河川管理者側の主張は、形式的なもの（A説）と、実質的なもの（B説）とに分かれる。

A 「譲渡」の用語論

【42】 まず、形式論について。河川管理者のコンメンタールは、河川法三四条の譲渡が異目的間で禁止される趣旨につき、次のように説明している。

〔法三四条の〕承認は、河川管理者の自由裁量行為であるが、次の諸点に注意を要する。

1 権利の内容に変更を来すような場合には、承認すべきではない。

権利の譲渡を承認するわけであるから、譲渡の前後において権利の同一性が保たれていなければならないことは当然である。

権利の具体的内容は、個々について検討されなければならないが、最も重要な要素は、目的である。例えば、上水道

のための流水占用の権利と、かんがいのための流水占用の権利は、同じく消費型の流水占用を内容としており、流水の支配形態等も類似しているが、両者は、目的を異にしているので、その間の譲渡は認められない。

権利の一部の譲渡については若干疑問があるが、分割が可能であり、かつ、当該一部について同一性が失われない場合には、承認して差し支えないであろう。

……〔中略〕……

二 第二項は、譲受人は、譲渡人が有していた許可に基づく権利を承継することを規定している。

地位の承継は、一括して行なわれるものであり、当事者が選択することはできない。⁽⁵⁴⁾

【43】 右の記述から知られるように、河川管理者が農業用水転用につき三四条の「譲渡」形式を認めない根拠の一は、極めて単純な論理である。即ち、講学上「譲渡」という用語は、「意思に基づく権利の移転的承継」と定義される。ここにいう「移転的承継」とは、「設定的承継」と並ぶ「承継取得」の一形態であつて、権利内容の同一性を保ったまま行なわれる権利の相対的発生の類型である。その場合、一般には、権利の目的が変わつた場合には、これを移転的承継ないし譲渡とはいわない。例えば通行地役権を流水地役権として「譲渡」すること、法学上の用語法上不適切な用法である。これと同様に、例えば、灌漑目的の水利権を上水道目的の水利権として「譲渡」するなどということは、法三四条にいう「譲渡」の国語的意味に反する、というのが、この見解の主張するところである。

もっとも、右の如き理解に立つても、そこにいう「目的」の範囲を厳格に解するか緩く解するかの違いによつて差異が生じ得る。後に見るように、三四条「譲渡」肯定論者の中には、この点に着眼して、右「目的」を操作することにより、「譲渡」形式による転用を肯定しようとする見解も見られるが【52】、これに対して、河川管理者は、右「目的」の範囲を厳格に解する傾向にある。

B 「特定性」論・「公共性」論

【44】 他方、「譲渡」形式を認めない理由を、河川法二条二項の部分で触れたのと類似の、特定性及び公共性に求める見解もある。

【45】 まず、特定性との関係については、

水利権は一定の目的のために認められた物権的性格を有する財産権であるから、その特定性が変われば、あるいは特定性が喪失すれば、その限度において、水利権の存続のための有効要件を欠くに至り、有効に水利権を保有することはできない。「水利権の使用目的が異なれば、水利権としては別個のものと解するのが相当である」(東京高判昭和四二年七月二八日)。「このように水利権は一定の水利目的に限定されるのであって、使用目的を自由に転換して別個の目的の水利権として存続させることはできないものである」(同上)。例えば、かんがい面積の減少とともに、水利権の内容もまた減少するものである。水利権の特定性の故に、水利権の全部又は一部を他の目的に転用する場合には、水利権を一旦消滅させ、別途新規に水利権を賦与することになる。水利権の承認を厳格に制限している理由もここにある。⁽⁵⁵⁾

【46】 他方、公共性との関係については、

次に第三四条は、権利の譲渡について規定している。先述したように、河川の流水は社会全体の資産であり、これを特定の者が特定の経済目的のために利用させるのが水利権であるから、これが不用に帰したからといって単純に他に譲渡することは許されないことであって、そのような場合には、水利権を一旦消滅させて河川管理者に返し、改めて河川管理者が河川管理上の判断に基づいて新規水利申請者に許可をすべきである。本条は河川管理者の承認を受けなければ譲渡することができないとされている。承認は効力発生の要件であり、これは判例においても確立している。承認は河川管理者の自由裁量行為である。しかし、水利権の譲渡については、色々意見があるようであるが、その水利権に係る事業の財産等と一体的に行なわれるときに認めるべきである。

なお、この第三四条をめぐって権利の移転を広く認めようとするのと、制限しようとするのと二つの立場がある。即

ち(1)は権利の譲渡は、この三四条によつてはじめて認められたもので、本来自由に行なうことができるものを承認にかからせたものではない。(2)は他の私権と同じように譲渡売買を認められることとし、ただ、その私法的効力が河川法による制限を受けるに止まるとする。⁽⁵⁶⁾

【47】なお、上記引用末段の紹介する学説の対立は、形式論的には水利権公権説・私権説の対立と、また、実質的には譲渡性の可否に関する基本的スタンスと関わる問題であり、三四条「譲渡」肯定論者が(1)説に立つのに対して、河川管理者は、(2)説の立場に立つ。例えば、次の如し。

第二三条から第二五条までに規定する流水の占用、土地の占用及び土石等の採取の権利の移転性に関して、判例は、公権は移転性を有しないという前提に立つためか、これらの権利は私法上の財産権であるとしてその移転性を認めている。しかし、公権であるといつても移転性を有しないとはいえないし、特にこのような経済的価値を有する河川の利用権については移転性を有するものと考えられる。しかし、これらの許可は、工作物の新築、土地の掘さく等の許可と異なり、当該許可に係る行為の河川管理上の支障の有無の判断ばかりでなく、当該許可を受ける者の許可に係る事業の実施能力、当該事業の公益性その他の適格性をも判断して行なわれるものである。これらの権利の移転を当事者の自由にかかせておくことは適当でないため、権利の譲渡にあたつては、河川管理者の承認を要することとしたのである。⁽⁵⁷⁾

2 三四条「譲渡」肯定論者の主張

【48】これに対して、三四条「譲渡」肯定論者からは、次のような主張がなされている。

C 「水利秩序への悪影響」杞憂論

【49】水谷正一は次のようにいう。

河川法第三四条は水利権の譲渡に関する規定であるが、上記のように譲渡において権利内容が変更する場合は承認しないこととなっている。これについても積極的な理由を見出すことができないが、あえて臆測するならば権利内容が異

なる譲渡は河川の水利秩序に悪影響を及ぼすおそれがあるからであろう。たしかに、目的の変更などにより権利の構成要素が変化する結果、河川の水収支に影響が現れることがある。譲渡を受ける者や既存の水利権者がそうした時に不利益をこうむるかもしれない。しかし、それをもって異目的の譲渡を一切禁止する理由にはならない。水利秩序の悪影響はあくまでも可能性の問題であり、水収支計算等の事前審査で判断すればよいのである。

転用水量の決定においては、下流地区への排水義務量を考慮しなければならない。こうした対策さえとられていれば、水利秩序に悪影響は生じない。それでも心配な時は、前後二〜三年の「見試し」期間を設定し、実測によって影響を調査すれば事足りるのである。

河川法に造詣の深い法律学者の金沢良雄も権利の譲渡について、「承認は、要するに、譲り渡したいという従前の水利権者と譲り受けたという新規の他種利水の需要者との合意内容を河川管理者としての立場から、新規利水者に権利として保護されるべき地位が与えられてよいかどうかを判断し、よいと判断すれば、これを与えればよく、また、よくないと判断すれば、与えなければよいのである。(略)したがって、承認の場合の河川管理者の判断基準も、新規利水者としての許可をする場合(河川法二三条)の判断基準と似たものであってよいと思われる」と述べ、「権利の同一性」に固執する行政解釈に疑問を示している。

水利転用という新しい形式の水資源分配が要請されている現在、その円滑な推進の桎梏となっている異目的譲渡の禁止措置は、速やかに廃止される必要がある。⁽³⁸⁾

【50】 右見解は、「河川管理者が異目的間の転用を「譲渡」形式で行うことを禁止する実質的理由が、「河川の水利秩序に悪影響を及ぼすおそれがある」点に存することを指摘しつつ、この問題は「水利秩序への悪影響はあくまでも可能性の問題であり、水収支計算等の事前審査で判断すればよい」とする。

先述の如く【46】、三四条の譲渡それ自体に関しては、(1)「権利の譲渡は、この三四条によつてはじめて認められたもので、本来自由に行なうことができるものを承認にかからせたものではない」とする説と、(2)「他の

私権と同じように譲渡売買を認められることとし、ただ、その私法的効力が河川法による制限を受けるに止まるとする」説とに分かれ、その何れの見解に立つかにより、譲渡を容易に認めないか、それとも広く認めるかの違いが生ずることとなる。⁽⁵⁹⁾ 水谷説は、このうちの(2)説を前提に、「承認」の基準を緩やかに解することにより、譲渡を容易に認めようとするものである。

しかしながら、同条にいう「承認」の法的性質に關していえば、これを河川管理者の自由裁量行為と解するのが、行政法上の通説及び河川管理者の立場である。そして、既に見たように(47)、「承認」を与えるか否かは、河川管理上の支障の有無、許可に係る事業の実施能力、当該事業の公益性その他の適格性を総合的に判断した上で決定されるべきものとされる。即ち、河川管理者側が念頭に置いているのは、より積極的な、相互に整合性を有する流域全体の総合的な水利秩序であって、水谷説の主張するような、排水義務量等の単純なる水収支の問題では、利水面での解決は得られても、治水面での対応がなおざりにされる危険が生ずる。

【51】なお、上記水谷論文は、金沢良雄の見解を自説の補強材料として援用しているが、同じ譲渡肯定論にあっても、金沢説の主張は、水谷説のそれとは大いに異なる。

まず第一に、水谷は、金沢が「『権利の同一性』に固執する行政解釈に疑問を示している」とするが、しかし、金沢説は、農業水利権を多目的な水利権と理解することにより、農業用水の他種水利への転用は異目的間譲渡ではない、とするものである。即ち、金沢説は、異目的間譲渡禁止という行政解釈それ自体には変更を加えず、その枠内で、これを回避しようとするものであって、水谷説の理論構成とは、むしろ相反する学説である。

第二に、水谷論文の想定する三四条の「承認」の判断基準は、上述の如く、非常に緩やかである。従って、水谷説によった場合には、三四条の譲渡の方法による方が、一旦旧水利権を消滅させた後、新規需要者側が二三条の許可を受けるという方法よりも、転用を認められやすい。しかしながら、金沢説によった場合には、かかる結

論にはならない。というのは、上記水谷論文の引用箇所からも知られるように、金沢説における「承認」の判断基準は、「新規利水者としての許可をする場合（河川法二三条）の判断基準と似たものであつてよい」というものだからである。即ち、金沢説における、三四条の「承認」の基準は、二三条の「許可」と同一程度まで厳しいのであり、従つて、三四条の手続によつた方が転用を受けやすいということにはならない。金沢説において、当事者が敢えて三四条の手続をとることのメリットは、ここにはない。あるのは、三四条の手続の場合には、当事者のイニシアチヴによる水利秩序形成という観点が法制度的に明らかになつており、その結果、費用負担ないし経済的対価の授受が公認されやすい、という点のみなのである。

D 「多目的用水」論

【52】そこで、次に、金沢良雄の見解について。

右にも触れたように、金沢説の特徴の第一は、農業水利権≡多目的水利権論を採用することにより、異目的間譲渡禁止の命題を巧妙に回避しようとした点にある。

第一に、慣行水利権には、農業用水ばかりではなく、家事用水、防火用水その他、その地域の各種の水の利用目的を併せもつたものも多い。この種のものは、とくに、非かんがい期にも、取水・通水することを慣行としている場合みられる。そもそも、慣行水利権は、一定の地域社会の総合的な水需要を満たすために発生したものが多かったともいえる。当時の生産活動が、主として農業、とくに水田農業であつたため、かんがい用水目的が、とくに、きわだったことはたしかであろう。しかし、だからといって、その慣行水利権の目的が、農業単一であるとはかぎらない。ここに、慣行水利権の合理化を云々する場合に思いをいたさなければならぬ基本的な問題があるように思われる。ところで、今日では、当時の社会構造は、大きく変化しつつあり、総合的な水利用の態様は、次第に単目的な水利用の態様に分化されてきているともいえる。例えば、家事用水の大部分は、別途、上水道に切り替えられている場合が多い。し

たがって、従来の総合目的な水利用も、今日では、分解して考えられ、慣行水利権も、かつては、総合目的であったとしても、今日では、農業単一目的として考えてよいとの見解も生ずるであろう。

しかし、また、反面では、慣行水利権にみられる総合目的な水利用の本質は、今日なお変わらないとする考え方も可能である。この考え方に立てば、その地域社会が従来の取水のうちから、生活用水（上水道）や生産用水（工業用水）をまかなってもかまわないということになりそうである。それは、その地域社会において、水の使用方法に変更（直接取水から、パイプラインによる取水排水）が生ずるだけであって、地域社会の水需要を満たすという水利権の本質は変わらないともいえるからである。⁽⁶⁰⁾

右引用から知られるように、金沢説は、河川管理者のとする異目的間譲渡禁止の建前を回避するために、農業水利がその地域社会における「総合目的な水利用」形態であることに着眼した。即ち、農業用水（ここでは慣行水利権が念頭に置かれているが）が多目的であるならば、その他目的部分の一部を他に譲渡したとしても、それは異目的間譲渡には該当しない。なぜなら、河川管理者は、権利の一部譲渡に関しては、当該一部に関して目的の同一性が失われない限りは承認して差し支えないとしているからである。⁽⁶¹⁾

これは、極めて巧妙なロジックである。既に述べたように、農業用水Ⅱ多目的用水論ないし地域用水論は、余剰水「不存在」の理論装置として案出されたものであったが（〔18〕）、それは、同時に、右の如き三四条「譲渡」を可能にするための理論装置でもあったわけである。

【53】 しかしながら、右の見解に対しても、疑問がないではない。

まず第一に、上記引用からも知られるように、金沢の「多目的用水」論は、専ら慣行水利権を前提としているように読み取れる。だが、慣行水利権は、そもそも三四条の「譲渡」という土俵には乗りにくい。なぜなら、先にも触れたように、法律学上「譲渡」の用語は、権利の同一性を保ったまま権利主体の変更をもたらず変動類型

を指す用語であるから、右慣行水利権の譲渡を受けた新規利水者が取得した権利もまた、慣行水利権ということにならざるを得ない。しかし、当然のことながら、新規利水者側には用水使用の「慣行」が未だ存在していない。⁽⁶²⁾

第二に、そもそも「慣行水利権」にみられる総合目的な水利利用の本質は、今日なお変わらないとする考え方も可能」といえるのかどうかも問題となる。例えば、利根用水には、農耕用の馬の洗い場が残されているが、農耕馬が今日ではトラックや自家用車に変わったからといって、これを洗車用の水利権と「同一性」があるとして譲渡することが可能であろうか。このように、「慣行水利権論」者が念頭に置く過去の農村社会における水利利用形態を、直ちに今日的な水利利用形態に引き直し、両者の間に同一性を認めて三四条の「譲渡」が可能であるとするには、無理な場合が少なくない。

第三に、今日においても、農業水利権が多目的的性格ないし地域用水的性格をもって機能している場所が多く存在することは、いまや何人も否定はしない。しかしながら、この点において、金沢説ないし「慣行水利権」論・「多目的用水」論・「地域用水」論は、奇妙な論理矛盾に陥る。即ち、既に述べたように(21)、農業水利権の「転用」問題は、農地の潰廃等によつて生じた余剰水を他種利水に転換する、という視点から論じられているところ、現在においても地域用水として有効に活用されている農業用水は、「余剰水」ではあり得ず、従つて、これを他者に譲渡することは、逆に許されないはずである。

【54】ところで、金沢説が「譲渡」肯定論者から好意的に受け止められている点に関しては、先にも触れたとおりである。しかしながら、前述の如く、金沢説の主張は、実質的には、むしろ三四条「譲渡」否定論者のそれに近い。この点に関する金沢の記述を引用すれば、次の如くである。

農業用水の余剰水を他種利水へ転用する場合の法的関係について、まず考えられるのは、水利権の譲渡ということである。河川法三四条は、流水占用の許可(二三条)に基づく権利(水利権)の譲渡には、河川管理者の承認を要する

こととしている。この規定における承認は、譲渡契約の効力発生要件と解せられる。そのことは、この条項の違反に対する罰則の規定のないことから推測される。ところで、他種利水への転用に、この条項が適用されることについては問題がある。

第一の問題は、行政解釈及び行政運営においては、水利権の目的変更による譲渡は、認められないとされていることである。行政解釈では、譲渡に関する承認は「河川管理者の自由裁量行為」であるが、注意すべきことは、「譲渡の前後において権利の同一性が保たれていなければならない」のであり、この同一性の重要な要素は、水利権の「目的」であり、したがって、「上水道のための流水占用の権利と、かんがいのための流水占用の権利は、同じ消費型の流水占用を内容としており、流水の支配形態等も類似しているが、両者は目的を異にしているので、その間の譲渡は認められない。」とされている。実際の行政運営もまた、この解釈に従って行なわれている。

ここでいわれる「権利の同一性」とは実体的に、なにを意味するのかは、かならずしも明確でないように思われる。河川法二三条は、「流水の占用」ということだけを規定しているのであって、同条の許可により、排他的独占的に流水を占有する地位が法的に保障されること（権利としての性質の附与）を予定しているにすぎない。同法三四条にいう二三条の「許可に基づく権利」とは、これを受けているものにほかならない。したがって、「権利の同一性」ということを、権利としての本質的要素における同一性と解するならば、譲渡の先後においてその変化があるべきでないことは、まさに当然といえよう。ところで、権利の本質的要素としての流水の占用は、権利として保護されるに値するだけの、なんらかの利益——目的——との関連において行なわれる。このように考えると、逆に、目的の変更を伴う譲渡には承認を与えるべきでないとは、必ずしも論理的にはいえないのではなからうか。両者は、別個の問題であらう。承認は、要するに、譲り渡したいという従前の水利権者と譲り受けたいという新規の他種利水者に権利として保護されるべき地位が与えられてよいかどうかを判断し、よいと判断すれば、これを与えればよく、また、よくないと判断すれば、与えなければよいのである。この場合の承認は、前述のように、効力発生要件に解せられ、流水占用の許可が特許使用についての権利の設定とは本質を異にするとはいえず、実質的には、譲受者に新規水利権を与えたことと変りはない。したが

つて、承認の場合の河川管理者の判断基準も、新規水利権者として許可をする場合（二三条）の判断基準と似たものであつてよいと思われる。

第二の問題は、かんがい面積の減少に伴う余剰水の譲渡であるかぎり、その余剰水については、そもそも水利権そのものが内容的に縮小されているから、論理的には、水利権の譲渡とはいえないのではないかとすることである。この考え方に立てば、余剰水がある場合の行政介入としては、まず、監督処分権（七五条二項二号）を発動して、余剰水にかかる部分につき、許可の取消し乃至はその変更を行ない、ついで、他種の新規利水需要者の申請に基づき流水占用の許可（二三条）を与えるべきこととなる。このことは、結果的には、目的変更をとまなう水利権の譲渡には承認を与えないとする前述の行政運営の場合にとられるべき措置と同じことになるであらう。⁽⁶³⁾

【55】 右金沢の譲渡肯定説が、譲渡に際しての「承認」の基準の厳しさにおいて、新たに二三条の手続を踏んだ場合と変わらない点については、既に触れた（【51】）。

ここでは、更に、「かんがい面積の減少に伴う余剰水の譲渡であるかぎり、その余剰水については、そもそも水利権そのものが内容的に縮小されているから、論理的には、水利権の譲渡とはいえない」との記述にも注目しておきたい（なお、【21】【53】参照）。この問題に関して、農水省あるいは慣行水利権論者からの有効な反論は、未だなされていない。

3 私見

【56】 「異目的間」譲渡の問題に関しては、A説ないしB説が妥当と考える。

【57】 この点に関しても、三四条「譲渡」肯定論者から、河川管理者寄りの主張であるとの反発を招くかもしれない。三四条「譲渡」肯定論者が危惧しているのは、二三条の手続によつたのでは、河川管理者の裁量により、新規利水者が意図した通りの水利権を取得できないのではないか、という点であり、あるいは、農水省にあつて

は、転用政策のイニシアチヴを建設省が掌握することに対する不信感であろう。

しかしながら、先に述べたように、三四条の手続においても、同条の「承認」が河川管理者の自由裁量行為とされている以上、その判断基準を厳しくとれば、同様の危険は発生する。譲渡肯定論者にして農水省の農業用水¹¹地域用水論の原型を創り上げた金沢の見解も、実質的には、河川管理者の立場と、さほど変わりがないものであることは、先にも触れた通りである ([51] [54])。

その一方において、総合的な水資源政策の必要が強調され、また、各省間のセクシヨナリズムに対する批判が強まっている今日においては、河川管理者が、農水省や関係当事者の意向を無視する形で、独断先行的な判断を下すことは、もはやあり得ない (行なおうとしても行えない) 状況に來ている、と見てよい。最も望ましいと考えられるのは、今般論議されている省庁再編において予定されている「国土保全省」に、各省の治水・利水分野を統合・集中させる途であろうが、現時点において可能な方途としては、多目的ダム法創設時代より存在している、「河川管理者は水利処分に関して関係各省と協議すること」との農林省・建設省事務次官協定の遵守⁽⁶⁴⁾を、建設省に強く求めるのが次善の方策と考えられる。そして、このような関係各省庁間の協調体制確立への動きは、現在でも着実に進行しつつあると信ずる⁽⁶⁵⁾。

(二) 「有償」譲渡の禁止

【58】以上の「異目的間」譲渡禁止をめぐる議論に対して、「有償」譲渡禁止という命題は、いかなる理由から導かれているのであろうか。

1 三四条「譲渡」否定論者の主張

A 水利秩序崩壊への危惧

【59】 河川管理者側が、水利権の「有償」譲渡を禁ずる趣旨は、それが河川管理者が望ましいと考える水利秩序を破壊するものと理解されているからである。

例えば、君塚章は、農業用水の転用における費用負担の一般的ルールが確立していない点を危惧して、次のようにいう。

前掲河川局長通達⁽⁶⁶⁾によれば、「転用を受けることとなる新規水利使用者が事業に要する費用の全部又は一部を、合理的な投資額の範囲内で、かつ、関係当事者の受益の限度に応じて負担することはさしつかえないが、これは水利権の譲渡の対価としての金銭の授受を認める趣旨ではないこと」とされる（同通達記V4）。これに対して、「事実上の売水の進行は、水利団体に利潤を形成させ、次第に売水業務への関心を強め、売水事業への資本備蓄を進めるようになる」という意見がある。⁽⁶⁷⁾

【60】 また、転用手続一般に関して、君塚は、その問題点につき次のようにいう。

なお、農業用水の合理化及び転用のための水利権の移転の手続としては、現在、農業用水側からの取水量の減量申請及び都市用水側からの増量または新規の申請を受けて同時処分による方法が採られているが、この他には、権利譲渡による方法（原注66）及び河川管理者による監督処分による方法が理論上考えられようが、前者は、権利の譲渡である以上、河川法上も、あたかも対価の授受が前提とされているかの感をいだかせるという問題があり、また、後者の方法は、永年にわたる農業用水利用の経緯から見て現実性が薄いほか、實際上、農業用水の必要量及び転用可能量を河川管理者サイドで確定しなければならないという困難さが残されている。

（原注66） 目的が異なる水利使用の間における権利譲渡については、河川法の運用上、（A）水利使用許可は、水利使用の目的を指定して行なうものであり、権利の譲渡においては譲渡の前後に権利の同一性が保たれていなければならず、権利の重要な要素である目的を異にする譲渡は認められないという考え方がとられているが、これに対して、（B）目的の変更により権利の要素が影響を受けることは事実であるが、譲渡の承認は譲渡の合意の内容を河川管理

者から新規利水者に権利をして保護されるべき地位が与えられてよいかどうかの判断をすればよいのであり、異目的間の水利権の譲渡を認めてもよいという意見がある。両者は、単に手続形式上の差異にとどまるが、両説の背景には、単純転用における費用負担の是非についての見解の違いがあるとも考えられよう。⁽⁶⁸⁾

【61】更に、単純転用⁽⁶⁹⁾に関して、君塚は次のようにいう。

いわゆる単純転用における費用負担のあり方については、元来、河川水は公水たる性格をもち、したがって、余剰が生じた農業用水は、これを再び河川に返還すべきであって、いったん自流化した当該河川水の利用については、元の利用者である農業用水側に対して、格別の費用負担を行なう必要はないと考えられるが、反面において、「水の商品化」または「経済財化」が進展しているという認識のもとに、新規需要者は、転用が不可能であれば、ダム等の新規の水資源開発により、供給を確保する必要があるので、当該新規の水資源開発費相当額を上限として、その全部又は一部を費用負担してもよいという意見がある（原注69）。

従来の転用事例をみるに、共同水路の利用費（使用量）、水路の維持管理費等の負担の例はあるが、水そのものの対価を支払う例は少なく、多額の費用負担を行なうて水源開発が行われている場合は格別、いわゆる河川自流水そのものに關して、「水の商品化」が進んでいると考えるのは早計であり、また、農業水利に限らず、いったん水利使用許可を得た者が、水資源開発について格別の投資（費用負担）を行なっていない場合において、近年毎秒トン当たり数十億円にも達する新規水資源開発コストを上限として、私的取引の対象として売買することが是認されるならば、おそらく、水利権の私財化（利権化）及び囲い込みが生ずる結果、土地所有における地主ならぬ水主ないし、何ら社会経済活動を行なうことなく、水または水利権そのものを保有し、取引の対象とする私的企業体が発生し、河川の適正な利用は著しく阻害されることとなろう（原注70）。

（原注69）たとえば、「水利権の価格の上限は、都市用水が単独でダムによる水資源の開発を行う場合の建設費相当額である」（前掲「華山謙二布施徹志」『都市と水資源』一七〇頁）、さらに「旧農業水利は、比較的潤沢に水を確保し

ているゆえ、条件により授水を行なう。その条件は、原水授受の場合、新規開発原水コストまたはそれに近い値での実質的売買である」志村博康『現代農業水利と水資源』八七頁）という意見さえある。

（原注70）たとえば、「水資源が農業部門から他の部門へ移転される場合に、旧来から存在していた農業用施設によって生み出された水を移転する、すなわち、この施設を利用して他部門が水利用を行うならば、そこに準地代が発生する」（安井正己『水の経済学』一六二頁）という見解があるが、これは、あくまでも新規需要者が、農業用ダム、農業用水堰、農業用水路等の施設を利用することについての使用量、対価であって、施設の利用については農業用水固有の問題ではなく、また、農業用水として河川自流水を使用している場合の水そのものの経済価値を認めることにはならないであろう（なお、いわゆる売水の問題は河川法制定時以前からの農業用水または慣行水利権に固有の問題であるのか、遊休化した工業用水、工場用水等についても共通の課題となりうるのかという問題も残されている⁷⁰⁾）。

右主張の骨子は、転用水価算定の困難性もさることながら、売水による水市場の形成によって「水または水利権そのものを保有し、取引の対象とする私的企業体が発生し、河川の適正な利用は著しく阻害される」という点にある。

【62】なお、右記述中「（原注70）」「いわゆる売水の問題は河川法制定時以前からの農業用水または慣行水利権に固有の問題であるのか、遊休化した工業用水、工場用水等についても共通の課題となりうるのかという問題も残されている」との指摘は、極めて興味深い。同じ三四条「譲渡」肯定説にあっても、慣行水利権論に立った場合には、売水問題は慣行農業水利権固有の問題となるのに対して、次に見る水市場論者らの見解に立った場合には、遊休化した都市用水（更にいえば現に利用されている種々の用水）に関しても、売水は当然に認められるということになる。既に「河川法二条二項」の章で触れたように、農水省の報告書は、慣行水利権論者の主張と水市場論者の主張を複合的に採用している。だが、農水省が、この問題に関して、いかなるスタンスをとっている

のかは、必ずしも明らかではない。

2 三四条「譲渡」肯定論者の主張

B 水市場論

【63】 農学者・経済学者のうちの少なからぬ数が、水の自由市場論を採用していることは、既に触れた。そこには、水が私的経済財ないし商品であるという認識が控えている。以下では、右水市場論者の主張を簡潔明瞭に要約した、水谷正一の記述を引用することで、右主張の整理に代えよう。

【64】 安井正己『水の経済学』（昭和五〇年、日本経済新聞社）

……そこでは、以下のような点が示された。

第一に、「経済循環における水という財あるいはサービスの移転に対し、その移転者または供給者と、消費者または需要者の間に成立する交換比率の貨幣的表現」が水価格であり、上水・工業・農水各部門間の水価は、制度的な要因により特殊な価格形態をとる。第二に、水が部門間に中間的に移転するときの価格は水の限界生産費、すなわち身替建設費に支配された地代的価格をなし、ここでは超過便益が発生する。第三に、開発の進展に伴い水は公共財から私的財へ転化しており、市場機構にゆだねることによって水資源の最適配分が達成できる。二部門間の資源配分は原理論的にパレート最適の問題として把握できる。

この研究の最大の功績は、水価格の成立を与件に、水が市場機構を通じて最適配分されるという仮説を提示した点にある。これはアメリカ合衆国西部地方などで実現をみている Water Transfer（水利転換）の水市場機構を演繹し、わが国に適用することを意図した研究ともみなすことができるが、より直接的には水を公共財と評価し行政機構（政治的過程）を通じてその配分を図らんとする、現行方式の批判をなす研究としてとらえることができる。

しかし、水価と水資源配分の考察において水利賦課金を農業用水価格に擬制し、それをパレート最適配分の価格パラメータとして評価することには疑問がある。玉城哲が指摘するように、わが国の水利は任意の契約に基づく水供給の対

価ではなく、水利団体に属する構成員の義務的な費用負担であり、面積割均等賦課をその一般的形式としている。アメリカ合衆国やオーストラリアの畑灌地帯でみられるように、水会社（水供給機関）と企業的農家が契約を結び、従量料金によって給水する方式とは原理的に異なるのである。千賀裕太郎はこうした違いに注目し、面積割賦課が行なわれる場合、水価格に部門間格差がある場合、および水の生産主体と利用主体が同一の場合について、パレート最適的な水配分が実現しえないことを理論的にあきらかにしている。

ただし、多目的ダムのコスト・アロケーションで典型的に現れる、費用便益計算に基づく水配分方式は、水の私的財への変質をうながし、市場機構の働く余地が拡大してきたことも事実である。この事実を自由競争市場の形成過程と理解し、水を全面的に市場流通する経済財として把握した点に、安井の功績と錯誤が同居する。わが国の水利転用では、パレート最適のような経済モデルに適合しない条件こそ重視されねばならない。⁽⁷⁾

【65】 華山謙二『布施徹志』『都市と水資源』（昭和五二年、鹿島出版会）

『都市と水資源』では「都市化の進捗とともに進む水の商品化の法則性を把む」ことが課題に置かれ、これに連動する問題として水利転用の実例、ルール、評価等が論じられている。すなわち、資源としての水が商品化しなかった経済的基礎として、「①広域にわたる水需要に応える水の供給が技術的に困難であったこと、②水の需要が水田農業に限られていたこと、③水資源の開発が主として地主および自作農家を主体として行われたこと」の三点をあげ、「水利権は水田の所有権と不可分一体となり、水の商品化は水田および開田可能地の商品化の中に包摂され、水だけが土地と離れて商品化する必然性が失われていた」と指摘する。しかし、「現代にいたり、この三条件はことごとく崩れ去って水が商品化する必要条件是整えられ、①農業用水側が水利権を売り渡すことを有利だと判断し、②都市用水側が新規の水資源開発を行うよりも農業用水から水利権を買うことを有利だと判断し、③農業用水と都市用水の双方に水利権の授受を行なうだけのしっかりした経済主体が存在する、という十分条件が満たされれば水資源は商品化する」と論じた。⁽⁷²⁾

【66】 志村博康『現代農業水利と水資源』（昭和五二年、東京大学出版会）

この研究は昭和三〇年代以降の農業水利、河川水利の変化諸相を技術論、経済論、制度論、組織論の各方面から体系的に論じたものである。研究対象は初出論文の構成から示されるように多岐にわたるが、水利転用に関連した部分について要約すれば次のようである。第一に、開発コストの傾向を基礎に河川水利をみると、開発コストゼロ期、開発コスト微増期、開発コスト上昇期の三段階があり、開発コスト上昇期に入った河川では新旧利水者間の水利費に差額原水コストが発生する。いま公水管理体制が止揚され水市場が形成されると仮定すれば、原水の市場価格は新規開発コストに規定されるから、旧利水者は売水によって差額利水コストに相当する超過利潤を取得する。水市場の形成は水利団体の変質を促し、水利権者、水利資本、水利利用者の三位一体関係をつくりだす。しかし、水資源の配分はこうした市場機構のみにゆだねることはできず、「配分がもつ経済的背景を重視し、経済手当を政策の中に具体的にもつとともに、配分を実行する開発方式、用水合理化について技術的整備を十分行ない、関係する諸分野・諸地域の合意を獲得」しうろうな「経済を基底におく政治過程」にゆだねるべきことを論じた。第二に、河川水の利用にかかわる権利と義務には①取水の権利、②取水の義務、③排水の権利、④排水の義務の四種があり、水利転用に際しては④排水の義務に留意しなければならぬことを指摘した。第三に、農業用水合理化対策事業は、①都市化地域の農地総合整備事業と②基幹的な水資源配分事業に分化・発展すべきことを明示し、②の事業では公共投資と公共的管理の方向を指摘した。⁽¹³⁾

3 私 見

【67】 基本的には、A説に賛成する。

【68】 河川管理者の見解（A説）と水市場論者の見解（B説）の間には、水利秩序の形成方法の基本プランに関して、根本的なところでの方向性の相違が存する。即ち、水市場論者は、河川管理者が危惧するところの、水利権を保有し商品として水取引を行なう私的企業体の発生を、当然に予期している。そのモデルは、おそらく、アメリカ西部における水利転換の水市場機構であろう。これを日本で導入するとなれば、ガス・電気あるいはJ・R・NTTなどと同様、水資源開発公団を分割・解体して民間会社とし、電力・ガス・通信行政と同様、建設省・

農水省等は、それに対する監督機構として働く、といった形になるのであろう。

しかしながら、これを明確に主張する安井のパレート最適的水配分論〔64〕は、水谷も紹介するように、玉城哲・千賀祐太郎によりその誤りを指摘された。

【69】 一方、華山Ⅱ布施の「水利権は水田の所有権と不可分一体となり、水の商品化は水田および開田可能地の商品化の中に包摂され、水だけが土地と離れて商品化する必然性が失われていた」とする指摘は重要である。しかし、仮に「現代にいたり……水が商品化する必要条件は整えられ」たとしても、「水だけが土地と離れて商品化する」ことは、現行法制度の認めるところではない。先に述べたように、ローマ法の系譜に属する我が現行法下において、水利権は地役権の一種と理解される。従って、仮に水利権の商品化を認めたところで、その権利は、必然的に土地に付着しているものであって、土地とは切り離して独立別個に流通するものではあり得ない。むしろ、水利権の商品化は、右地役権の移転という形で行うことが可能であり、これを制約する河川法三四条は、あくまでも政策的な見地に由来する制限である。また、現代においては、右地役権たる水利権の要役地は、個々の土地を捨象した、特定の地域という広がりを持つものにはなっている。しかしながら、例えば、東京都の水道用水の水利権を北海道の人間が持つということは、水利権が一定の土地（ここでは東京都という地域）に便益を与える地役権たる性質を有している以上、そもそも認められる余地はない。これは、もとより政策的な問題ではなく、日照権・環境権を不動産や人格と離れて独立に譲渡することが不可能なのと同様、地役権の性質に由来する当然の限界である。

【70】 他方、華山Ⅱ布施は、「①農業用水側が水利権を売り渡すことを有利だと判断し、②都市用水側が新規の水資源開発を行うよりも農業用水から水利権を買うことを有利だと判断し、③農業用水と都市用水の双方に水利権の授受を行なうだけのしっかりした経済主体が存在する、という十分条件が満たされれば水資源は商品化する

る」と主張する。右主張それ自体には異論はない。しかしながら、転用水価につき、安井、華山Ⅱ布施、志村ら水市場論者が主張するのは、都市用水側が単独で新規ダム建設を行った場合の原水コストである。これでは華山Ⅱ布施という②の条件が満たされず、従って、水資源は商品化しないということになる。

これに対して、同じく三四条「譲渡」肯定論者の中にあっても、水谷正一は、既存水利施設の原水コストに施設維持管理費用を上乗せした額を、転用水価とすべきことを主張する。⁽⁷⁴⁾なるほど、右の水価ならば、②の条件は満たされる。しかしながら、農業者側には、水市場論者が主張するような限界開発コストが転用水価であるとの意識が存在しており、従って、①の条件が満たされない。農業用水・都市用水の両者の間にこのような意識のずれがある以上、河川水の再分配問題を市場機構に委ねたところで、両者の折り合いはつかず、従って転用は促進されない。

【71】従って、農業用水の「転用」問題は、転用水価との関係でいえば、志村の主張するように「関係する諸分野・諸地域の合意を獲得」しうるような「経済を基底におく政治過程」に委ねるべきである。更に、ここでは、右利水面に留まらず、河川の治水上の問題をも考慮に入れた判断が必要である。河川管理者が危惧するように、商品化した水利権を高額で取得した者は、自己の権益を強力に主張し、治水の必要上加えざるを得ない制限を拒絶し、あるいはこれに対して莫大な補償を要求することとなる。三四条「譲渡」の形式を通じて、水利権それ自体に「価格」が設定されるということは、単に当該譲渡の時点・当事者のみならず、その後における、治水行政との関係にも大きな影響を及ぼすものであるところ、水市場論者は、この点を視野に入れていない。

四 結 語

1 転用が進まない真の理由

【72】昭和四〇年代後半から五〇年代前半にかけて盛んに主張された水市場論は、以上のような問題に解答を与えることができず、日本の高度経済成長期の終焉と共に、一時は廃れたかのように思われた。にも関わらず、近時、この見解が——依然として上記問題に明確な答えを用意せぬまま——再び有力に展開され始めた背景には、建設省による慣行水利権の許可水利権への切り替え（法定化）政策も、また、農水省による農業用水合理化対策事業も、今日に至るまで遅々として進んでいない、という現実が存在する。これを水市場論者は、転用に際して農業用水側に支払われるべき経済的対価がないあるいは過小なために、農業用水側に、転用に積極的に協力するだけのインセンティブがないためと考えた。同様の発想は、建設省あるいは農水省側にも存在し、近時、両省は各々の立場から、農業水利権の他種水利権への有償譲渡が可能か否かにつき検討を開始している。

しかしながら、農業用水「転用」が進まないのは、他種水利への有償譲渡が認められていないためだったのか。

【73】行政監察局が、「水資源の利用に関する行政監察」（昭和四九年七月～九月）に基づき、昭和五〇年五月に行った勧告は、「水利用の合理化対策」中「都市化に伴う余剰農業用水の利活用」の項において、農林省の農業用水合理化対策事業が成果を上げていない理由を「調査対象地区の選定が、必ずしも十分でなかったこと」にあるとし、関係各省庁に対して、次のように勧告している。⁽⁷⁵⁾

① 水需給がひっ迫している地域、特に南関東、京阪神等においては、都市化の進展に伴う余剰農業用水を都市用水に転用するための対策を講ずる必要があるので、農林省、厚生省及び建設省は、密接な連携の下に適切な地区を選定して、

農業用水の使用の実態等について、全体的かつ統一的な調査を行い、農業水利施設等の合理化事業を計画的に推進すること。

② 上記の調査及び事業の実施による余剰農業用水の都市用水への転用は、国土庁が策定する水需給に関する長期計画と密接な関連があるので、同庁は、調査及び事業を統一的に実施するために必要な基本的事項について、関係機関の連絡調整を図り、その効果的な推進を図ること。

即ち、右勧告は、農業用水の転用が進まない理由を、転用地区選定の不適切、及び、関係省庁間の連絡調整の不徹底に求めている。

【74】 他方、行政監察局が「水資源の開発・利用に関する行政監察」(平成元年七月～九月)に基づき、平成二年九月に行った勧告は、「水利利用の合理化」「農業用水」の項において、次のように述べている⁽⁷⁶⁾。

① 農業用水合理化対策調査及び慣行水利権等実態調査については、水需給のひっ迫している地域で転用の見込まれる地域を調査対象地域として重点的に選定すること。

② 農業用水の都市用水への転用を図るためには、農業水利施設等の整備等が必要であるので、農業用水合理化対策事業について、農業者のみならず、都市用水の利用者に対しても積極的に参加を求めるとともに、都市周辺地域での事業実施が可能となるよう採択基準の緩和等を行うこと。

③ 都市用水における水需給がひっ迫するのは主として夏期であるので、河川維持流量に配慮するとともに、冬期における水利利用についても十分検討し水源手当てを考慮した上で、夏期における余剰農業用水の都市用水への転用について検討すること。

右勧告においても、上記昭和五〇年勧告と同様、調査対象地域の適切な選定が要求されている(①)。一方、

②にいう、「農業用水の都市用水への転用を図るためには、農業水利施設等の整備等が必要である」という文脈

は、転用に際して、農業用水側に支払われるべき経済的対価は、「農業水利施設等の整備」費用を上回るものではない、との前提に立つものである。他方、同じく②における、農業用水合理化対策事業への都市用水側の積極的参加、及び、右事業の採択基準の緩和という点に関しては、これに対して建設省が平成四年四月に提出した「その後の改善措置状況回答」が、「余剰農業水利権の廃止及びこれに伴う都市用水の許可については、水利許可を行う河川管理者として、事態に応じて適切な指導を行っているところである」としていることから推測するに、河川法三四条「譲渡」方式を促す趣旨とは考えられない。

【75】 以上を要するに、行政監察局の勧告によれば、農業用水の転用が進捗しない原因は、適切な地区選定、及び、関係各省庁間の連絡調整がなされていない点にある。他方、上記勧告は、適切な地区選定さえあれば、水市場論者が主張するような限界開発コストではなく、用水施設整備によって転用促進は充分図られると考えている。また、その際の法的手続についても、上記勧告は、「譲渡」形式を認めなければ転用が促進されない、とは述べていない。

2 三四条「譲渡」に拘泥することの無意味

【76】 一方、三四条「譲渡」肯定論者は、右「譲渡」の方法以外では、農業用水側が経済的対価を得ることが不可能であるかのように主張する。しかしながら、この問題の発端となった昭和四七年建設省河川局長通達は「転用を受けることとなる新規水利使用者が事業に要する費用の全部又は一部を、合理的な投資額の範囲内で、かつ、関係当事者の受益の限度に応じて負担することをさしかえないがこれは水利権の譲渡の対価としての金銭の授受を認める趣旨ではないこと」（記V4）としていたのであり、建設省のとする農業水利権の消滅と新規水利権の許可の同時処分という手続によっても、一方当事者から他方当事者に何らかの経済的対価を付与することは、充分可能なのである。

その一方において、「譲渡」の形式によれば、それが必ず有償になると考えるのも、正当ではない。法三四条は、譲渡が有償譲渡であるか無償譲渡であるかを問うてはいないからである。これは、同条の「承認」と関連する問題であつて、たとえ譲渡方式によつたところで、河川管理者が対価的給付の付与を伴う場合に右承認を与えず、あるいは、河川管理者が適切と考える価額でのみ承認を与えるとした場合、それは、建設省の同時処分の方法と全く変わりがなくなることになる。要するに、農業用水側が、敢えて三四条「譲渡」形式に拘泥するメリツトは、全くない。もちろん、このことは、逆にいえば、建設省側にとつても、——どのみち「承認」の側面当事者に介入すればよいのであるから——、敢えて三四条「譲渡」を禁止する積極的理由もない、ということの意味する。あるのは、三四条の文言解釈として、異目的間の水利権移転のことを、そもそも「譲渡」とはいわない、という概念法学的な根拠程度である。

【77】最後に、慣行水利権については余剰水が観念できないから、右余剰水部分の水利権を譲渡することは不可能ではないか、という問題につき言及しておきたい。この部分を有償で移転するために、三四条「譲渡」肯定説は、右部分にも依然として「水利権」があるとの構成をとっていた。しかしながら、建設省のとする農業水利権の消滅と他種水利権の許可の同時処分の方法を前提とし、かつ、対価の内容を水利施設に対する投下額と捉えた場合には、このような法律構成をとらなくても、農業用水側が右部分の経済的対価を受けることは可能である。農業用水側が余剰水部分の水利施設相当額を、不当利得返還請求として、新規利水者側に求めればよいからである。これに対して、三四条の「譲渡」形式によつた場合には、余剰水部分に依然として「水利権」があるとしておかなければ、右の部分に対する対価を得ることはできない。この点においても、三四条「譲渡」に敢えて拘泥する実益はない。

以上を要するに、建設省が行う同時処分の方法と、農林省が主張する三四条「譲渡」の方法は、その基準の厳

しきも、これに際して農業用水側に付与される対価の価額も、変わるところがない。にも関わらず、三四条「譲渡」が行われれば転用は促進されるというのは、全くの幻想に過ぎない。行政監察局勧告のいうように、適切な地区選定が行われ、農水省と建設省が一致協力して（なお【57】参照）、農業用水側と都市用水側の相互理解と合意を取り付ける努力をすることこそが、転用促進にとって重要なのであり、その後に行われる河川法上の手続につき、同時処分と三四条譲渡の何れの方法をとるかは、この問題にとって、ほとんど意味を持たないのである。

〔追記〕 本稿は、（財）河川環境管理財団・河川整備基金助成事業「水利権の法的性質及び民事上の諸問題」（平成二年一月二十九日河財発二二〇号）に基づく研究成果の一部であることを付記する。

（１） 明治期から今日に至るまでの我が国の治水・利水行政の変遷に関しては、渡辺洋三『農業水利権の研究（増補版）』（東京大学出版会、昭和三八年）四八九頁以下、森實『水の法と社会——治水・利水から保水・親水へ——』（法政大学出版局、平成二年）二〇七頁以下に詳しい。

（２） その全文は、ジュリスト四六四号（昭和四五年）七〇頁以下（「特集 水利利用の合理化と水利権」）に掲載されている。

（３） 水利権の法的性質に関しては、従来、①公権説（公法上の債権説）、②私権説（物権説）、③公権と私権の二面性を有する権利説の対立が見られた。このうち、①説は、戦前の河川管理者の見解であるが、今日河川管理者は③説に立っており、上記「慣行水利権について」も、この見解に立つ。これに対して、農業用水側の見解も、かつての②説から、③説に移行しつつあり、その結果、今日の争点は、水利権の公権としての性格をどのように位置づけるか、あるいはどの程度強調するか、という点に移っている。各学説の詳細に関しては、建設省河川法研究会『河川法逐条解説（第三版）』（昭和五四年、全国化除法例出版）一三四頁以下参照。

（４） 建設省の慣行水利権の許可水利権への切り替え（法定化）政策に関しては、さしあたり、君塚章『農業用水の合理化及び転用の現況と課題（上）（下）』自治研究五四卷一〇号（昭和五三年）四四頁、一一号八五頁参照。

- (5) その全文は、ジュリスト四六四号(昭和四五年)七〇頁以下(「特集」水利利用の合理化と水利権)に掲載されている。なお、農業水利研究会『日本の農業用水』(地球社、昭和五五年)二九九頁以下、森・前掲注(1)・一一七頁以下に右報告書の分析がある。
- (6) その全文は、農業法研究七号(昭和四六年)一一八頁以下に掲載されている。なお、『日本の農業用水』・前掲注(5)・三〇七頁以下に右報告書の分析がある。
- (7) 農林省(現農水省)の農業用水合理化対策事業に関しては、『日本の農業用水』・前掲注(5)・三二〇頁以下、森・前掲注(1)・一二二頁以下参照。
- (8) もっとも、「中間とりまとめ」においては、「慣行水利権の明確化」との表現を見出すことができた(「二 農業水利問題に対する基本的態度」。前掲注(5)・七一頁)。しかしながら、最終報告書になると、このような表現は姿を消す。
- (9) 「中間とりまとめ」においては、このような方法は示されていないかった(「四 対策課題」(1) 農業水利合理化事業の可能性の検討)。「イ 転換に伴う効果の評価と費用の負担等」。前掲注(5)・七二頁)。これが示されたのは、最終報告書からである。前掲注(6)・一二八頁。
- (10) この点に関しても、最終報告書においてはじめて明らかにされた。更に、同報告書は、「五 土地改良区と都市用水の関係」において、「幹線水路共用形式」と「売水形式」の二つを検討している。前掲注(6)・一二五頁以下。
- (11) 森・前掲注(1)・一二二頁参照。
- (12) 森・前掲注(1)・一二二頁以下参照。
- (13) 最近のマスコミ記事における都市生活者側の主張の代表的なものとして、中西準子「農業水利権に敬意払い都市用水への転用図れ——渇水騒ぎは避けられた」平成六年九月一日朝日新聞夕刊、堺屋太一「水不足も自由化で解決できる(連載エッセー・今日とちがう明日)」週刊朝日平成八年九月二〇日号四六頁。右都市用水側の論理に近いのは、安井正己(後掲【64】)、華山謙二布施徹志(後掲【65】)。
- (14) 堺徳吾「農業水利合理化の必要性について」農業法研究七号(昭和四六年)八頁。
- (15) 前田光嘉編『建設関係法(1)』(昭和四二年、日本評論社)二三〇頁。なお、『河川法逐条解説』前掲注(3)・二八頁、河川法研究会『逐条解説』河川法解説(平成六年、大成出版社)二四頁も同文。

(16) 我妻栄Ⅱ有泉亨『新訂物権法(民法講義Ⅱ)』(岩波書店、昭和五八年) 一一—一二頁。

(17) 我妻Ⅱ有泉・前掲注(15)・一二頁。

(18) 例えば、流動集合動産譲渡担保の例を参照されたい。なお、集合物につき、舟橋諄一『物権法』(有斐閣、昭和三年) 一五頁。

(19) 君塚・前掲注(4)「(下)」一〇四頁注(68)。

(20) 三本木健治『河川の管理』『現代行政法大系9公務員・公物』(昭和五九年、有斐閣) 三八六—三八七頁。河川管理実行実務研究会『全訂・河川管理の実務』(平成七年、大成出版社) 七九頁以下も同旨。

(21) なお、建設省の研究会委員のうち法律学分野の委員には、行政法学者が多く、法社会学者がいないのに対して、農水省の研究会の法律分野の委員は、これと全く逆に、法社会学者から構成され、行政法学者がほとんどいない。

(22) 農業水利問題研究会「中間とりまとめ」「一 都市の発展と水利利用」。前掲注(5)・七〇頁。

(23) 農業水利問題研究会「中間とりまとめ」「四 対策課題」(1) 農業水利合理化事業の可能性の検討「ア 節約可能水量」・前掲注(5)・七二頁、同「最終報告書」「二 スプロールと水利利用」・前掲注(6)・一二〇—一二二頁、小林三衛「慣行水利権と水利利用の調整」『農業法研究七号』(昭和四六年) 四六—四七頁。

(24) 「ところで、農業用水合理化対策調査のほとんどが実施への以降に消極的なのは、つまりは、その諸条件の未成熟に帰せしめられるのであるが、調査は一定の事実を明らかにした、すなわち、一定地域の農業用水には一定量の余剰水があるということであって、その限りにおいては、農業用水不合理論が実証されたということである。農業用水合理化対策調査は、そのような意味において、一定の役割を演じたというべきである」。森・前掲注(1)・一三九頁。

(25) 金沢良雄「慣行水利権の合理化」『法学協会雑誌八七巻六号』(昭和四五年) 七二八頁以下。なお、【52】参照。

(26) 森・前掲注(1)・一〇頁。「農業用水路は農業に利用されるのみならず、地域における一定の景観を形成し、水棲動植物を含めて農村環境の重要部分を構成している。いわゆる環境用水ないし親水用水として、各自治体が旧用水の復元や水緑地区整備を行っているのは、そのような認識を基礎とするものにほかならない」。更に、四四頁以下、五六頁以下、八七頁以下。また、『日本の農業用水』・前掲注(5)・六頁参照。なお、「旧用水の復元や水緑地区整備を行っている」のが、農業用水路を所有する土地改良区ではなくして、「各自治体」とされている点において、「地域用水」論は、別の困難に直面している。というのは、右環境整備に費用を支出した自治体は、自己に水利権を移転

するよう農業用水側に要求しているからである。とりわけ、水利権を現実の利用者に密着したゲヴェーレ的な権利であるとする慣行水利権論者の立場によれば、水利権主体は、地域住民であって、農業者に限定されるものではない。この点に関しては、更に、【21】参照。

(27) 農業水利研究会「農業用水の『転用』に係る経済的動機の付与について」(財)日本農業土木総合研究所・平成八年度農林水産省委託研究「問題意識」。

(28) 右の表現は、農業水利問題研究会の最終報告【31】参照)以降、農水省側の資料に一貫して見出されるものである。上記資料の他に、例えば、『日本の農業用水』・前掲注(5)・二九六頁。

(29) 森・前掲注(1)・一一頁は、「慣習法上の権利のみならず制定法上の権利でも、一般的に、合理性のない権利は消滅する。かつては、合理的・絶対的とされた戸主権等の『家』制度上の諸権利は消滅した。権利は、不断に生成・発展・変更・消滅する社会経済的諸条件に対応しているものであることを銘記すべきである。慣行農業水利権が不合理なものであれば、今日までその命脈を保ちえない」とする。森はこれに続けて「それにもかかわらず、慣行農業水利権を不合理・不明確として非難攻撃するのは、一定の政策的意図に基づくものといわなければならない」とするが、河川管理者側の主張は、むしろ、従前の慣行水利権のうち、今や不合理となった部分は消滅している、というものである。シンポジウム「河川法と農業水利」『討論』農業法研究七号(昭和四十六年)七五頁(柳晃)。

(30) 他方、土地改良区の有する水利権及び水利施設を、転用手続を行わないまま、組合員以外の者も含むところの地域住民全員に開放するのは、土地改良法上問題がある(土地改良財産の目的外利用となる)一方、とりわけ現実の利用者が水利権主体となるべきとする慣行水利権論に立った場合には、理論的にも問題が生ずる。ここでは、①土地改良区の「目的」の範囲を広く捉えて、地域住民への環境利益供与も目的の範囲内に含める方法と、②環境用水部分について、土地改良区から自治体への転用を容易に認める方法の二つが考えられるが、①の方法では、地域住民の利益は単なる自由使用の結果と理解される一方、地域住民側の費用負担の根拠が認められにくい。この点に関しては、「地域用水」論全般にわたる考察を必要とするため、別稿にて改めて論ずることとしたい。

(31) 渡辺・前掲注(1)・三一二頁、『注釈民法(7)物権(2)』(有斐閣、昭和四三年)六〇三頁(渡辺洋三)、小林・前掲注(23)・四四頁、小林三衛「慣行水利権の私権性」ジュリスト四六四号(昭和四五年)二三一―二四頁、森・前掲注(1)・二四頁。

(32) 稲本洋之助「農業水利権と河川管理権」『農業法研究二七号（平成四年）四九頁……所収・稲本洋之助『農業水利と河川管理』（財）日本農業土木研究所、平成八年）四五頁。「私法上の関係において水利権を見る場合にすでに、ある流域における地域水利団体の連合組織が総括的な水利権を保有し、それを流量および期間を限定して下位の水利団体に委譲し、末端の水利組織にまで至るという水利権の『入れ子』構造を考えてみると実益がある（この点では、英米法のリース・ホルドの觀念が大いに参考になる……）」。更に、八頁以下参照。

(33) 金子宏「新堂幸司」平井宜雄編『法律学小辞典（新版）』（有斐閣、平成六年）六三一頁。

(34) 稲本・前掲注（32）・四〇頁以下は、次のようにいう。私的水利需要者と河川管理者という「古典的な二極構造は、修正の契機を与えられることとなる。というのは、今日、全国的主要河川にかかわって実施されている国営土地改良事業において当該事業によって生み出される取水および流水貯留施設の所有権は事業主体である国営土地改良大臣（ちなみに、都道府県営土地改良事業にあつては都道府県知事）に帰属することになるので、先の論理に従えば取水および流水貯留の権利つまり水利権は国営農林水産大臣に与えられることとなる。このようにして河川管理者としての建設大臣から国営農林水産大臣が水利権の設定を受けてその保護法益を私的な農業水利需要者に享受せしめることになり、古典的な二極的構造は三元的構造へと変化するが、その要に位置するのは国営農林水産大臣であつて、その『水利権』を理論的にどのように理解するかという問題があらためて登場することとなった。……問題は、地域の水利団体が有している私権としての水利権との関係をどう考えるかである」。また、森・前掲注（1）・五八頁以下も参照。

(35) 後に述べるように、水利権は、流水それ自体に対する所有権ではなくして、流水地役権として理解すべきものである（38）。なお、河川管理者は、河川法上の水利権主体を、水利施設の所有権主体と一致させる方針をとっているから、右河川行政の下では、河川法上の水利権は、右水利施設に附従するところの流水地役権ということになる。これに対して、森・前掲注（1）・二五頁は、「この場合、事業主体の取得した水利権はあくまでも形式的なものにすぎないといわなければならない。彼らは現実には農耕に従事しているわけではないから、彼らが水利権を実質的に取得することとは、ゲヴェーレとしての水利権の性質に反する。実質的な水利権は、なお従来の実質的な水利権者に留保されているとみななければならない。ただ、近代法制上の所有権は觀念的であるから、水利権と分離して、農林水産大臣や公団・知事等が水利施設の所有権を保有しうるのである」とする。しかしながら、右森にいう「ゲヴェーレと

しての水利権」「実質的な水利権」とは、河川法上の水利権ではなくして、農林水産大臣・水資源開発公団・都道府県知事と土地改良区、あるいは、土地改良区と個々の農民との間に成り立っている水利権（もつとも、これは、人に着眼すべきではなく、不動産に着眼して、上記主体の有する水利施設を承役地とし、個々の農家の有する農地を要役地とする水利権というべきであろうが）であり、両者は次元が異なる別物であるというに過ぎない。

(36) 渡辺洋三「農業水利権研究の課題」農業法研究七号（昭和四十六年）一〇一頁。

(37) しかしながら、河川法上可能な「転用」の手段は、これ以外にも存在する。この点に関しては、既に【15】—【18】に列挙した。

(38) 水谷正一「農業用水の転用に関する研究」『水経済年報・一九八三年版』（昭和五十八年、水利科学研究所）一三二頁。

(39) 昭和四十七年二月七日建設省河川局長通達「農業用水の転用に関する取り扱いについて」（4）を指す。

(40) 転用水価の算定に関する水谷試案については、後掲注（74）参照。

(41) 水利行政に関して、このような強権発動的な手段をとるべき旨の主張がなされたものとしては、過去においては、戦時体制下の著作であるところの、安田正鷹『水の経済学』（昭和一七年、松山房）を見出す程度である。なお、森・前掲注（1）・八三頁は、「農業水利権不合理論は戦前からのものである。日本の産業革命期に、他種水利が水を必要とした時期にこれが主張されている。極端な論者は、土地収用法と同様に、水の強制収容を可能とする立法の必要をさえ説いた」とする。

(42) 例えば、「賃借権の物権化」という場合、そこにある「物権」性とは、①存続期間の長期化、②譲渡性、③対抗力の付与、④妨害排除請求権の付与の四つが念頭に置かれる。そして、上述した今日の通説たる法律関係説（29）は、④妨害排除請求権が認められるから即ち当該権利は物権であり、従って、①・②・③の効力が一律に付与されるといった論理をとっていない。しかるに、水利権に関して、「譲渡」肯定論者は、④妨害排除請求権が認められるが故に、②も認められなければならない、という古典的な議論を展開する傾向がある。

(43) この論争を整理するものとして、東海林邦彦「いわゆる『土地所有権近代化論争』の批判的検討」北大法学論集三六卷三号（昭和六〇年）三五三頁以下、池田恒男「戦後近代的土地所有権論の到達点と問題点——その原点に立ち帰って——」（一）（二・完）大阪市大法学雑誌三五卷三二四号（平成元年）一頁、三六卷二一頁。

- (44) 農業水利問題研究会「最終報告書」「一 課題」「(二)」。前掲注(6)・一一九—一二〇頁。
- (45) なお、右最終報告書は、主として新沢嘉芽統の手によるものといわれるが、水流を土地と同一視する発想も、直接には新沢の次のような見解を反映したものである。「もし、誰かが、農地を宅地に転用することは国土を私物化するものだから、その権利は所有者にはない、と云うようなことをいったら非常識だと思われるであろう。ところが、水に関しては他用途への転用について私権を認めないと云う考えが平然と語られている。土地の場合と同じく、権利者の方は明らかにそんな考えは非常識だと思っているのである」。新沢嘉芽統『河川水利調整論』(岩波書店、昭和三七年)頁。
- (46) 稲本・前掲注(32)・二—三頁は次のようにいう。「水利は、土地(要役地)所有権と不可分の地役権的な権利の目的として考えることもできるし、土地所有権とは独立の所有権的な権利(亜所有権)の目的として構成することもできるが、後者のほうが前者よりも私的権利としての支配領域が明確であるため、それを水利権の基本的な在り方と見てさしつかえがない。……したがって、検討の出発点を、亜所有権的な性格をもつ私的な財産権として農業水利権が私法上ほぼ確立しているという現状認識に求めてよいと思われる」。
- (47) 『法律学小辞典』・前掲注(33)・三三三頁。
- (48) 『河川法逐条解説』・前掲注(3)・二九頁。
- (49) これに対して、河川の敷地に関しては、現行河川法においては、私権の目的となり得ることとなった。『河川法逐条解説』・前掲注(3)・二九—三〇頁。
- (50) 河川の流水それ自体は「無主物」ないし「公共物」であって、自由使用が原則であるという理解は、古くから承認されていた。暉道文芸『普国水法法典二付テ(二・完)』京都法学会雑誌九卷二号(大正三年)一四九頁以下、岡田文秀『河川法』(日本評論社・現代法学全集二四卷、昭和三年)二〇三頁以下、坂巻良一「水利権に関する考察」司法研究第八輯報告書集壹(昭和三年)一二頁以下、武井群嗣『比較水法論』(常磐書房、昭和二年)二〇頁以下。
- (51) 慣行水利権の地役権としての性質を明言した判例に、大判大正一〇年三月二三日民録二七輯五六六頁、東京控判昭和一四年二月二三日評論二八卷民法五六一頁、福岡地裁飯塚素直支判昭和三年一月八日下民集七卷一—一三六九頁。なお、小林・前掲注(23)・四四頁は、右最後の判例を指して、『地役権的性質を有する』といっている判例もありますが、かんがい用水などは、たんに要役地の所有者がその承役地の水を使用するといっただけにとどまらな

いで、広汎にわたるものではないか、と思います。河川に堰堤を設け、あるいはため池を造って、用水路で引水し、各水田に供給するような場合が多いでしょう。それらは、個人によつてではなく、その用水施設を利用する人びと、つまり水利集団を単位となされます。水利集団の構成員は、共同体的規制にしたがつて、水を利用していきます。このような点からみれば、慣行水利権の法的性格は、入会権に近いのではないかと考えられます」とする。しかし、これは、水利権の主体が水利集団であつた場合の所有形態の問題であつて、水利権それ自体の法的性質とは関係がない。水利権を地役権と理解したところで、これを共同所有とすることは可能であり（地役権の準共有）、水利集団の所有形態を入会権的所有と総有と解する見解に立てば、これが地役権の準総有となるだけのことである。

(52) 日照権の法律構成につき、さしあたり、丸山英氣「日照権の構成」『民法の争点Ⅱ（債権総論・債権各論）』ジュリスト増刊（昭和六〇年）二二四頁参照。

(53) 『注釈民法（7）物権（2）』・前掲注（31）・六一〇—六一二頁（渡辺）も、「水利権とくに農業水利権は、公流水より要役地の便宜のために一定量の水を引水し、あるいはこれに排水するという点において、民法上の用（排）水地役権に類似の性質をもつ」との前提に立った上で、「ただし水利権は、土地所有権に附従するものではない」とする。

(54) 『河川法逐条解説』・前掲注（3）・三三八—三三九頁。『逐条解説』河川法解説』・前掲注（15）・二二五頁も同文。

(55) 堺・前掲注（14）・五頁。

(56) 堺・前掲注（14）・九頁。

(57) 『建設関係法（1）』・前掲注（15）・三八八頁。

(58) 水谷・前掲注（38）・一三三—一三四頁。

(59) 両説の対立内容に関しては、更に、三四条「譲渡」肯定論に立つ森・前掲注（1）・三〇頁以下参照。

(60) 金沢良雄「水利権と水資源の高度利用」ジュリスト四六四号（昭和四五年）一八一—一九頁。

(61) 『河川法逐条解説』・前掲注（3）・三二九頁。

(62) なお、「既得水利権の転用——主として農業用水の合理化について——」『水経済年報（二九七八年版）』（財）水利科学研究所、昭和五三年）二六頁によれば、「転用当事者間において水利権の継続性の観点から、水利権の譲渡

形式による転用が要望されている」といわれるが、右にいう「継続性」が、①旧水利権と新水利権との間の性質の同一性を指すものか、それとも、②新水利権の存続期間の永続性を指すものかは明らかではない。しかしながら、その何れの意味においても、新規利水者側が、「慣行水利権」を譲り受けるということは、事柄の性質上あり得ないことである。

(63) 金沢・前掲注(25)・七三六頁以下。

(64) 昭和三二年四月一日、農林・建設両省事務次官には「特定多目的ダム法の運用に関する覚書」が取り交わされ、また、同法成立に伴う旧河川法の一部改正との関係でも、上記覚書と同日付で、農林・建設両省事務次官の間に、水利処分につき次のような覚書が締結されている。

「(旧) 河川法第一七条から第二一条までの規定による水利権の協議は、次の各号の原則にのっとり、これを行なうものとする。」

(イ) 農業水利その他農林水産業に影響を及ぼし、又は及ぼすおそれがある場合には、建設大臣は、農林大臣と協議をし、協議をととのえた上でこれを行うものとする。

(ロ) 建設大臣は農林大臣と、地方建設局長は農地事務局長と、都道府県土木主管部局長は農林主管部局長と、別に定める要領に基づきそれぞれ相互に密接に協議するものとする。」

右協議措置は、現行河川法においても、昭和四〇年四月一七日農林省農地局長・建設省河川局長「河川の使用に関する処分についての協議事項」として引き継がれたが、ところが、「しかしながら、何時からか建設省から農林省に協議されるものは、土地改良事業に限られるようになった」という。能登外勉「河川法と農業水利権」『河川法と農業水利権——水利問題研究会報告書——』(財)日本農業土木総合研究所、平成元年三月)一三頁。このような建設省の覚書違反による協議の不履行が、農水省の建設省に対する不信を招いた。

(65) 平成七年度より、建設省と農水省は合同で「慣行水利権実態調査」の実施を開始した。平成七年度における調査対象は四〇件であったが、平成八年度においては二〇〇件の調査がなされたと聞く。

(66) 建設省河川局長通達「農業用水の転用に関する取扱いについて」(4)を指す。

(67) 君塚・前掲注(4)・「(下)」九一頁注(56)。

(68) 君塚・前掲注(4)・「(下)」九八頁。

(69) 建設省河川局長通達「農業用水の転用に関する取り扱いについて」(4)は、農業用水の余剰水を新規水利に転用するケースを、「耕地面積の減少、計画変更等により不要となった部分を転用するもの(以下『単純転用』という。)」と、「従来の水路をパイプラインに改築する等、農業施設を合理化することにより生じた余剰水を転用するもの(以下『合理化による転用』という。)」とに分けている(記Ⅲ)。

(70) 君塚・前掲注(4)・「下」一〇〇頁。

(71) 水谷・前掲注(38)・六一頁以下。

(72) 水谷・前掲注(38)・六二頁以下。

(73) 水谷・前掲注(38)・六三頁。

(74) 単純転用の場合には、「都市用水負担金Ⅱ(従前利水コスト)×(転用水量) + (増加管理運営費)」、合理化転用の場合には、「都市用水負担金Ⅱ(改修施設を除いて算定した従前利水コスト)×(転用水量) + (施設改修費) + (増加管理運営費)」とされる。水谷・前掲注(38)・一二五頁以下。

(75) 行政管理庁行政監察局『行政監察年報(昭和五〇年度版)』(昭和五一年一〇月)四九頁。なお、森・前掲注(1)・一三四頁以下に、その分析がある。

(76) 総務庁行政監察局監修『行政監察年報(平成四年度)』(平成五年八月)四五〇頁。

(77) 『行政監察年報(平成四年度)』・前掲注(76)・四五二頁。