

# 農業水利秩序と水利権の在り方

奥 田 進 一

## 1. 問題の所在

人類史においては、治水に成功した者が権力を掌握し、国家建設に成功してきた。他方で、治水に失敗すれば、それは直ちに政権の崩壊を意味していた。とくに、国土面積の7割近くが森林地帯で、高低落差の激しい河川を多数抱えるわが国では、治水対策は他国以上に最重要課題となってきた。現在のわが国において、治水対策の基本は1896年に制定された「河川法」である。同法の制定当時は、「治水」対策に重点が置かれ、流水、河川敷、堤防に私権の成立を認めず、河川管理は原則として地方行政庁が行うものとしていた。その後、第二次世界大戦を経て、1964年の改正では水力発電や工業用水確保を目的とする「利水」という視点が加わり、1級河川は国が、2級河川は都道府県知事が、準用河川は市町村が管理するという水系主義の河川管理制度が採用された。

「利水」は、水利権という形で調整される。水利権とは、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であり、以前は慣行によって成立していたが、1964年の法改正後は、河川管理者の許可によってのみ成立することになった（河川法23条）。このことは、これまで慣習法上の物権として、建前上は存在が否定されてきた水利権が、法的根拠を得て一種の財産権として扱われるようになったことを意味する<sup>1)</sup>。水利権の内容は、水力発電、農業灌漑、水道、工業用水、鉱業用水、養魚、し尿処理等の目的での河川流水の占有である。あくまでも占有目的を権利内容としているので、た

1) 三好規正『流域管理の法政策』（慈学社出版、2007）95～96頁は、河川法23条が許可権限の所在を示しているに過ぎず、水利権の詳細な意味内容や許可基準については同条も含めて法令上明記されずに通達や前例に依拠していることから、法律による行政が行われているとは言い難いとする。

例えば農業灌漑に利用した流水をそのまま利用して養魚を行ったとして、占有する流量は同じであるが、占有目的が異なるので、別個の水利権の許可を受ける必要がある。なお、新規に水利使用の許可申請に際しては、既存の権利者を保護するために、関係河川使用者の同意を得て、その者の損失を補償した後でないと許可されない（河川法40～43条）。また、河川管理者の許可を得ることで、水利権を譲渡することも可能とされている（河川法34条）。

基本的に、水利権が問題となるのは農業灌漑を目的とする流水の占有である。日本における年間水使用量約900億トンの内、農業用水は約3分の2を占めている。また、農業用水の約9割は河川水に依存しており、その内の約95%は水田の灌漑用水として使用されている。農業用水は、農業生産にとって不可欠なものである。今後も農業の持続的な発展のため、農業用水の安定的な確保を進めなくてはならない。

農業用水は、転用などによる水田面積の減少により、水田灌漑用水の減少が見込まれるが、畑地灌漑用水や水路機能を維持するための用水確保が必要であり、今後も横ばいで推移すると思われる。農業用水は、灌漑用水だけでなく、古くから防火用水、環境用水（景観形成、生態系保全、生活排水の希釈）、収穫物・機械洗浄などにも利用され、地域の生活に不可欠な存在となっている。農業用水の水利権の多くは、土地改良区や水利組合などの利水団体が有しており、営農形態の変化や受益面積の減少等により変更が必要となっているものもある。

さて、河川水を利用する際には、河川法の規定に従って河川管理者の許可を得る必要があるが、一部の水利用においては私的な利用に近い水利用、すなわち慣行水利権が存在する。慣行水利権は、河川法87条に規定される「みなし許可制度」により成立し、河川法102条違反として摘発を受けることはない。慣行水利権は、河川法上は「みなし許可水利権」と称されるが、あくまでも河川管理行政は許可制による一元管理を建前としており、慣行水利権もこれを法定化し、許可水利権に取り込もうという姿勢で実務を継続してきた。慣行水利権は慣習法において秩序化されているが、河川法制定以前から水利秩序に関する慣習は既に存在したのであり、河川法が慣行水利権の存在を認めたことは、慣習法による水利秩序の存在を認めたことを意味する。つまり、結果として河川法は、水利秩序全体を規律することができなかったわけで、慣行水利権については慣習法が規律するという複雑な法構造をとらざるを得なかったのである<sup>2)</sup>。また、慣行水利権が、河川法上の許可水利と「みなされた」からといって、その性格が変質するものでは

2) 黒木三郎・塩谷弘康・林研三・前川佳夫共編『社会と法』（法律文化社、1995）101頁。

ない<sup>3)</sup>。

このような河川法が抱える二元的法構造による問題が顕在化するのには、ダム建設等の大規模公共事業が展開される際に、「慣行水利権の放棄」という形で紛争になった時である。本稿において問題としたいのは、そもそも水利権は誰のものであって、その権利は一体いかなるものなのかということである。それは権利の性質をどのように認識するのかによって変わってこよう。同様の問題は、山野や漁業においても発生しうる。すなわち、入会権や漁業権をめぐる問題である。そして、このような権利の法的根拠の不明確さこそが、ダム開発や干拓事業差止などの頻発する公共事業に係る紛争の背景になっているのである。従来の利水の理念は、増加する水需要を満たす供給を確保するためにダムや堰などの利水施設を建設することにあり、いかに多くの水をいかに安価に提供するかにあった<sup>4)</sup>。しかし、昨今の水を取り巻く環境の変化は、この考え方に大きな転換を迫っている。

ところで、慣行水利権の利水目的は、工業用水や上水など多岐にわたっているが、圧倒的多数は農業用水であり、とくに農業用水のみなし許可水利権を慣行農業水利権と称することが多い。慣行農業水利権の利水目的は灌漑が中心的であるが、それに限定すべきではなく、農村地域の生活用水等の役割を有することから地域用水と理解すべきとする見解がある<sup>5)</sup>。

## 2. 志村博康論文（1978年）が示した問題点

1978年に、志村博康「水資源の再分配と農業水利」（日本土地法学会『不動産金融・水資源と法（土地問題双書10）』（有斐閣、1978）所収）という論稿が公表されている。当該論文において、志水博士（東京大学農学部名誉教授）は、1964年の河川法改正を受けて1970年代以降の慣行水利秩序に大きな変化がもたらされるであろうと指摘し、農業水利の近代化の方向性について巨視的に私見を展開している。以下において、特に重要と思われる箇所を引用する。

1970年代、河川水利に注目すべき動きが現われた。それは水資源の再配分、いわゆる水利転用の登場である。もっともこれまでにしても、農業用水を都市用水に転用する

3) 財団法人日本農業土木総合研究所『現代水利紛争論』（財団法人日本農業土木総合研究所、昭和61年）42頁。

4) 須田政勝『概説水法・国土保全法』（山海堂、2006）275頁。

5) 前掲黒木・塩谷・林・前川共編書100頁。

ことは、一部で私的に行われてきた。しかし70年代に入ると、行政の施策として水資源再配分がとり上げられ、水利用に関わる諸々の制限の中には、水利転用が正式に組み込まれたのである。

この動きは、これからの農業水利に大きな影響を与えるように思われる。近代以前から継承されてきた慣行的水利秩序は、現代的な水利用の諸形式に変わっていくのではなかろうか。

… (中略) …

もし農業水利が従前のままに止まるならば、大都市による水利用の席卷を前にして、現状維持すらも困難となるだろう。そこで農業水利も巨額の公共補助の下で、大規模な農業水利投資を図り、これからの時代に耐え得る施設整備を進めていく。

水資源開発コストの上昇は、転用コストの上昇を随伴し、次第に転用の水市場を作っていくであろう。そして農業水利に相応の資本形成を進めていくであろう。

原水コストの上昇は、そのうち、水田の年間使用水量の相当価値を水稻栽培の純収益以上のものにする可能性がある。私の私見では、大都市をもつ水系では、もう時間の問題になっているように思われるのであるが、その時には、農業は農産物を生産すると共に、原水も「生産」という節水型の農業となるであろう。あたかも高度経済成長期に省力型の農業が生まれたのと同じである。

この段階は、これまでの農業が一体としてきた土地と水を分離し、それぞれを固有の財とするであろう。農業経営における所有と経営の分離と連動して、あらたな農業水利構造を生み出すかもしれない。農業水利飛躍期の到達点の一つがそれかも知れない。

この時、水資源の効率的配分、地域的水利制御の高度化、農業の高度化が並行的に実現される可能性がある。しかし、一步間違えば、総生産の減退、食料の外国依存度の増大となる可能性もある。また、かつての人間と自然との交流形式に代わって、人間と自然を分かち、自然のリサイクルを切るシステムになる可能性もある。農業水利飛躍期のむずかしさである。しかし、人間の英知により、都市を含めた人間と自然との新たな交流形式を創造する可能性も宿っているだろう。どちらに農業水利をもちきたらすかは、これからの水利用の舵取りによって決まってくるのではなかろうか。将来の水利用のために今から考究すべき課題は、この辺にあるように思われる<sup>6)</sup>。

上記の志村論文において指摘された農業水利をめぐる将来構想は、1970年代当時にお

6) 志村博康「水資源の再配分と農業水利」(日本土地法学会『不動産金融・水資源と法(土地問題双書10)』(有斐閣, 1978) 125~127頁。

いて官民ともに期待されていたことであろう。しかし、あれから40年余りの歳月が流れ、志村博士が「一步間違えば」ということで危惧した状況が、まさにそのままの形となって今日において的中した。総生産は見事に減少し、食料自給率はカロリーベースで約40%にまで低下した。また、水利の近代化（水路の暗渠化やパイプ化）は水田や水路から生命の息吹を消し去り、メダカやドジョウといった身近でありふれた生物種は絶滅の危機に瀕している。また、水資源需給についても、当時の予測とは随分と誤差が生じている。とくに農業用水については、昭和50（1975）年時点で570億 $\text{m}^3$ の需要があり、これが10年後の昭和60（1985）年には590億 $\text{m}^3$ に増加することが見込まれていた。しかし、実際には当初予測よりも微増にとどまり、平成元（1989）年の586億 $\text{m}^3$ をピークとしてその後は減少傾向にある。

それでは、志村博士が危惧した「一步の間違い」とは、一体いかなる現象を指していたのであろうか。志村博士は再配分を軸とする水利市場（ダムによる水資源開発市場ではない）が形成される過程に慣行農業水利権が取り込まれ、商品化されて行くことを予測している<sup>7)</sup>。しかし、そのことは慣行農業水利権を完全に私財化することを予定しているのではなく、あくまでも公共財としての性格を肯定していることに注意しなければならない。問題は、「水利権」という表現にありそうである。河川水利においては、水を利用する権利面ばかりが強調されてきたが、権利の背後にある排水義務についてはほとんどこれが意識されることはなかったと言ってよい。むしろ、過去の水利慣行では排水義務の方が重視されてきた<sup>8)</sup>。水利流量ばかりを基本的水利量と考えるようになったのは、公水管理の体系がそうさせたという指摘もなされている<sup>9)</sup>。

つまり、水利行為というものは、本来ならば義務として構成すべきであったのに、これをあたかも私法上の権利と同質のものとして扱ってしまったことが、志村博士の言う「一步間違え」なことなのではないだろうか。以下においては、慣行水利権の法的性質について、民法上の議論を概観してみる。

### 3. 慣行農業水利権の法的性質

#### (1) 民法上の性質

民法175条は、「物権は、この法律その他の法律に定めるもののほか、創設することが

7) 同上129頁。

8) 渡邊洋三『農業水利権の研究（増補）』（東京大学出版会、1963）290頁。

9) 前掲志村論文137頁。

できない」と規定しており、当事者が契約により新たな物権を創り出すことを禁じているが、慣習上の物権には本条が適用されるのか否かについては争いがある。判例は、本条の法律に法例2条の慣習法を含むということに否定的であるが、学説はこれを肯定する方向にあり、慣習法上の物権が認められると解されている。

ただし、民法施行法35条は、「慣習上の物権と認めたる権利にして民法施行前に発生したるものと雖も其施行の後には民法其他の法律に定むるものに非ざれば物権たる効力を有せず」と規定しており、慣習上の物権を明確に否定している。

さらに、法例2条が「公の秩序又は善良の風俗に反せざる慣習は法令の規定に依りて認めたるもの及び法令に規定なき事項に関するものに限り法律と同一の効力を有す」と規定して、民法90条に反するような慣習は認めないとした。このように、民法175条、民法施行令35条および法例2条により、慣習法上の物権は何重にも否定されたのである。

しかし、明治期のわが国において、社会全体に江戸時代以前の慣習に基づく様々な権利や商慣習等が根強く残存し、広く行われていたことは想像に難くなく、民法においてそれらの存在を完全に圧殺することはできず、多くの慣習やそれに基づく物権を是認せざるを得なかったといえる。学説も、慣習法を民法175条にいわゆる「法律」に包含させて慣習法上の物権を認めようとする「175条適用説」、慣習上の物権が法定主義の趣旨に反しない場合には175条は適用されず、法例2条における「法令に規定なき事項に関する」ものとなるとする「175条不適用説」などがあるが、いずれも慣習上の物権を肯定しようとする点では共通する<sup>10)</sup>。さらに、後述するように、判例も明確に物権とは言い切っていないものの、何らかの物権的な権利として肯定してきたといえる。このような考え方の背景には、制定法上の規定がないことから、水利権の法的性質が公権であるか、私権であるかという論争がある。概ね、公法学者は公権論に立ち、私法学者は私権論を支持した。慣行水利権は、後述するように、その内容から判ずるに基本的には私権であり、それは物権ないしは物権類似の権利とするのが今日においても多数説である<sup>11)</sup>。慣行水利権が物権ないしは物権に類似する権利であることの特徴は、権利の効力面において顕在化する。物権は、物を直接支配することによってその物の効用を享受する排他的独占権であり、優先的効力と物権的請求権を効力として有する。慣行水利権が

10) 慣習法上の物権と民法175条との関係をめぐる学説の動向については、多田利隆「『慣習法上の物権』の問題点」『民法と著作権法の諸問題（半田正夫先生還暦記念論文集）』（法学書院、1993）3頁以下において比較的良好に整理されている。

11) 我妻榮・有泉亨・清水誠・田山輝明『我妻・有泉 コンメンタル民法 総則・物権・債権』（日本評論社、2005）328頁。

これらの効力を有するか否かについては、次のような歴史的背景から検証されよう。

江戸時代を通じて、天領においては幕府が、その他の地域では知行する各藩は、領地内で水利紛争が発生すると、当事者間において自主的に解決させることが通常であった。もし、自主的解決ができない場合は、村落共同体の長たる庄屋・名主（地域によっては大庄屋・大名主）の裁量と差配に委ねられた<sup>12)</sup>。つまり、水利権の侵害行為に対しては、水利権の主体がこれを排除し、予防を請求する権利、すなわち物権的請求権の行使があったことが確認できるのである。また、上流優先の原則あるいは古田優先の原則の存在<sup>13)</sup>から、優先的効力を有していたことは明らかである。

しかし、このような性質を有しているからといっても、河川の流水までを私的な物権であると捉えているものではない。この現象に、「河川の流水は、私権の目的となることができない」とする現行河川法2条の淵源を求めることもできよう。つまり、河川流水は公共財であるという考え方は、現行法によって確定したのではなく、これもまた慣習法であると言っても過言ではない。

さて、現行河川法が伝統的な水利権概念を継承しているならば、水利権とは公共財としての河川流水を占有的に利用する権利であり、決して所有権ではないのである。したがって、水利権は自らが占有的に利用するのではない水に対してまで権利を主張することはできず、あくまでもその利用目的に応じて必要な水量だけを取水して利用することを内容としている。言い換えるならば、実際に使用しない水は、河川管理者に返還しなければならない。現在の河川法では、水利権者が自らの水利権水量を利用しなくなれば、その水利権を河川管理者に返還し、その後河川管理者が水利を必要としている他の人に再分配するという制度になっている。このプロセスは、現実の水資源の需給を見極めるという意味においても重要である。水利権の私権性は、あくまでも行政の許可の上で成立するものであり、公法上の制限を受けるものである。

## (2) 水利権に関する判例

これまで判例は、水利権を何らかの物権的な権利として肯定してきた。河川流水に由来する水利権に関しては、以下の通りの判例の存在が確認される。なお、判例の選定に

12) 江湖武彦編著『筑後川の農業水利』（九州大学出版会、1994）87～98頁。

13) 金沢良雄『水法（法律学全集15）』（有斐閣、昭和35年）87頁によれば、上流優先の原則とは、河川の自然的性格に立脚した慣行であり、上流の使用者が下流の使用者に対して優先するという慣行である。また、古田優先の原則とは、時間的に先に水を利用した者が後から利用した者に優先するとする原則で、既得権優先の考え方あるいは水利開発を先に行った者が保護されるべきであるとの考え方に立脚するものと考えられている。

際しては、公式の判例集等で入手可能なものに限定したため、判例集未搭載のものでもいくつか重要判例が存在することを付言しておかねばならない。

- (a) 大判明38・10・11民禄11輯1326頁。
- (b) 大判明39・3・23民禄12輯445頁。
- (c) 大判明39・4・4民禄12輯507頁。
- (d) 大判明42・1・21民禄15輯7頁。
- (e) 東京控判大3・5・9法律新聞948号24頁。
- (f) 大判大5・12・2民禄22輯2341頁。
- (g) 広島控判大5・12・23法律新聞1216号23頁。
- (h) 大判大6・2・6民禄23輯203頁。
- (i) 浦和地判大6・6・23法律新聞1293号24頁。
- (j) 大判昭6・10・9法律新聞3329号16頁。
- (k) 東京控判昭12・6・18法律新聞4045号16頁。
- (l) 宮城控判昭14・9・18法律新聞4480号9頁。
- (m) 東京控判昭15・7・19法律新聞4640号5頁。
- (n) 広島地方尾道支判昭25・1・13下民集1巻1号15頁。
- (o) 名古屋高等金沢支判昭31・11・26下民集7巻11号3374頁。
- (p) 東京地判昭36・10・24下民集12巻10号2519頁。
- (q) 長崎簡易判昭38・5・9下民集14巻5号938頁。
- (r) 徳島地判昭39・4・24下民集15巻4号935頁。
- (s) 岡山地方津山支判昭43・8・12判時554号69頁。
- (t) 松江地判昭50・3・12判時795号86頁。
- (u) 広島高判昭55・3・12判時965号75頁。
- (v) 神戸地判昭63・9・30判タ699号209頁。

以上の判例を分類すると、流水利用の利益を何らかの「権利」とする判例、「水利権」は否定しないが制限的であるとする判例、「水利権」を否定した判例、の3種類に大別することができる。

#### ①流水利用の利益を何らかの「権利」とする判例

(a)～(e), (g)～(o), (q)～(u)がこれに該当する。流水利用の利益について、(a)は「一種の

権利」, (b)は「慣習上の権利」, (e)は「流水を専用する権利」, (i)は「専用の権利」, (j)は「流水の使用権」という表現をしている。また、権利の性格については、(d)(e)(h)(i)の各判例が「我国一般に古来より認むる所の原則」による権利であると判断し、(m)は「私権として保護せられるべき」権利、(k)は「(行政庁の許可に基づく流水使用利益が)一種の財産権たる私法上の権利」と判断している。そして、これらの「権利」の根拠について、(a)(b)(c)(e)(i)(m)の各判例は「慣習」、(g)および(l)は「慣行」、(h)は「慣習法」とであるとす。しかし、これらの判例は、流水利用に関して生じる権利は慣習上の権利であるということは肯定しているものの、それが物権的効力を有するものであると認めたとは即断しがたい。なお、判例(l)は、町村制施行以降の行政村が主体となって水利権を主張するという形態の訴訟で、裁判所は水利権の住民への総有的帰属という判断を下しており、水利権が入会権的性格のものであることを確認したといえよう。

## ②「水利権」は否定しないが制限的であるとする判例

(f)および(v)がこれに該当する。

判例(f)は、私人間の紛争において、「水流利用の範囲は其水流地に於て各自の必要を充たす程度に止まることを要し特別の慣習又は下流使用者との間に特別の契約の存せざる限りは上流使用者の為に水流の利用に関する絶対の優越権を認むることを得ず」と判示しており、水利権が絶対的なものではないことを明らかにした。

## ③「水利権」を否定した判例

(p)がこれに該当する。

水利権を否定した数少ない判例であり、いわゆる「三田用水事件」として水利権をめぐる判例の中では特に着目されている。本判決は、国と東京都を相手とした普通水利組合による用水路敷地所有権の確認訴訟<sup>14)</sup>であるが、裁判所は当該地域が「脱農化」にあることを理由に水利権を否定している。本判決が示した判旨は、その後の控訴審（東高裁昭42・7・25下民集18巻7号822頁）においても、上告審（最判昭44・12・18「土地

14) 河床の所有権と流水占有権という考え方は、一般においては理解しにくいものであり、おそらく司法においても判断方法が確立しているとは言い難いと思われる。たとえば、藤前干涸訴訟事件（名古屋地判平13・6・29）は、現在、干涸となっている土地が過去に陸地であって自然に海没したものであって、現在も所有権の客体たる土地としての性格を有していると認定したうえで、一般廃棄物処理場建設用地とする目的で締結された当該土地に係る売買契約は、不能を目的とする無効なものであるとはいえない等として、原告らの請求が棄却された事例であるが、判決では「支配可能性と財産的価値を有する海面下の地盤については私人の所有権が認められる」と判示した。このとき、裁判所は流水部分は公水であって私権の対象とならないとしているが、河川においてはこの論理は適用できないであらう。

改良制度資料集成」第4巻425頁)においても維持された。本判決では、水利権の大前提として共同体が存在することが明確になったといえるのではないだろうか。

また、河川流水に由来しない水利権に関してではあるが、溜池の枯渇により水利権が消滅したとする判例も存在する(福岡地裁飯塚支判昭31・11・8下民集7巻11号3169頁)。当該判決では、「水利権は水の存在を前提とする権利であるから水源地である溜池の水が自然且勝継続して全く枯渇し溜池としての経済的効用を失うに至りたるときはその事実により右溜池から引水する水利権は当然に消滅するものと解するのが相当である」と判示して、客体の物理的消滅に伴って権利も消滅するという物権法一般の原則を適用した<sup>15)</sup>。ここで特に重要事項として捉えられることは、水利権の本体構成部分は、必要水量を独占的排他的に利用(もしくは取水)し得る「法的地位」であるということで、これが慣習秩序を形成するためには同一行為の反復継続が要件となるということである。本件では溜池の水が枯渇して反復継続した取水行為が長年にわたって中断していたことが、水利権消滅の大きな自由とされたが、客体である水が完全に消滅した場合は当然として、水利行為の中断に関してはさらに検討すべき課題があろう。つまり、客体が存在しつつも、何らかの事情、たとえば農業の場合における休耕や耕作放棄等の事情により取水行為が中断した場合に、これを一律水利権の消滅として扱うべきかという問題である。このような場合には、過去とは別の水利秩序が形成されたとみるべきとの考えもある<sup>16)</sup>。

「三田用水事件」および溜池に関する判決において示されたのは、水利権が共同体の存在とそこで反復継続して行わる取水に係る慣習の存在を前提としているということであり、慣習が廃絶したり、共同体が消滅すると、水利権も当然に消滅すること、そして何よりも水利権が個々の農業者には帰属しない性質であることを明らかにしたといえよう。

### (3) 慣行水利権の内容

前述の学説および判例の動向を踏まえると、慣行水利権とは、「水利用の事実が反復継承され、それが合理的であり、正当なものであるとして社会的承認をうけ、これを通じて形成された権利」と定義できよう。社会的承認とは、同一水系において利害関係を有する共同体の構成員によって取水、配水、排水という一連の行為が秩序立って行われ、

15) 溜池の水利権に関しては、竹山増次郎『溜池の研究』(有斐閣、昭和33年)が河川水利権と比較で優れた研究を行っている。

16) 前掲財団法人日本農業土木総合研究所書102頁。

慣習化することである。反復するが、この慣行水利権は、改正河川法（1964年）において許可水利権制度が導入された際に、旧河川法（1896年）以前より利用していた水利秩序に対して与えられたものであり、この瞬間に慣行水利権が私権化したとともに、河川法という公法上の制約を受けることになった。例えば、河川法34条による権利譲渡制限、同38条以下の水利調整、同75条の河川管理の監督処分等がこれに該当する。

この慣行水利権を、河川法の管理下においてどのように規律して行くのかという問題に対しては、2つの考え方が存在する。まず、農業利水者は河川管理による管理を排除し、旧来の慣行水利を堅持しつつ、その私権性をより強調すべきとする見解である。つぎに、権利形態の差異を絶対化して、慣行水利権の主体でなければ権利の実現が保障されないと考えるのではなく、河川管理者、他種の水利権に対する農業水利権者側の交渉能力を高め、利水上の問題を調整する調整機構の整備に重点をおいて水利秩序の組織化を考えようとする見解である<sup>17)</sup>。両見解は、必ずしも対立的な構造にあるわけではなく、いずれも水利権が有する性質の一面をそれぞれに強調しているにすぎない。両見解の決定的な相違点は、河川の公的管理に対抗する論理が、旧来の論理（自由な水利）であるか、新しい論理（自治的な水利調整組織による交渉）であるかである。慣行水利権を堅持しようとする見解は、権利の効果として公的管理を排除できることを前提とするので、行政との接触の場を理論内在的に想定しないものであり、水利調整・紛争解決は裁判での解決を想定するものとなる<sup>18)</sup>。

#### （4）慣行水利権の主体

ところで、慣行水利権の内容は、その主体面からも特殊性を明らかにすることができる。前述のように、慣行水利権の主体は伝統的な村落共同体であった。共同体は、堰堤や水門、用水路や水車等の水利施設を設置し、これを維持管理し所有した。そして、特定の水系に沿って存在する各共同体間では、取水の量や時期をめぐる紛争が頻発し、それらは基本的に当事者間において解決された。これらの紛争や解決方法を通じて、水利慣行が形成されたのである。水利紛争においては、各共同体が所有する水利施設が標的とされることが多かった。このことは、往時は、水利施設の所有と水利は表裏一体の関係にあり、水利権の内容が水利施設の維持管理によって享受できる取水量にあったことを推認させる現象である<sup>19)</sup>。水利施設の維持、管理、取水、配水、排水の方法等に関

17) 両見解の詳細については、前掲金沢書83～89頁参照。

18) 前掲渡邊書103～105頁、前掲金沢書85頁。

19) 同上渡邊書268～278頁。

しては、水利権を有する各共同体の寄合において決定された。これは水利権が入会権と同様の権利であることから、総有的利用形態の効果として当然ことであり、共同体の構成員たる個々の農民（農家）は、構成員たる資格において自由に水を利用し得たが、離農や離村等の事情により構成員たる資格を失えば水を利用する権利も喪失した。個々の農民は、寄合において決定された方法に従って水利行為を行ったが、水利権の管理および処分の権能は有さず、これらはあくまでも共同体に総有的に帰属した。したがって、実際に取水後の水を利用する個々の農民にとっては、水利施設の所有よりも、取水、配水、排水という水利行為そのものに強い関心が寄せられていたことは言うまでもない。このとき、農民は配水によって水の利用を享受する一方で、それを元の水系にうまく排水すべき義務を負っており、むしろこの排水義務をいかに尽くすのが水利権の内容として認識されていたきらいがある<sup>20)</sup>。なお、農民が水利施設の所有よりも利用に関心を寄せたのは、地租改正の完了に伴い講ぜられた治水・利水制度の分割整備事業（1890年水利組合条例）の産物であるといえよう<sup>21)</sup>。

至極当たり前のことであるが、農業は元来、農地と水利とが一体となって営まれるものであり、両者は常に合わさって機能していたのである。そして、少なくとも第二次世界大戦以前においては、農地も水利も共同体の管理コントロール下に置かれ、それぞれについて利用に関する慣行秩序が形成されていたとみるべきであろう。したがって、共同体が消滅ないしは崩壊した場合には、新たな利用秩序を人為的に形成するか、新たな管理団体を組織する必要がある。農地については、1947（昭和22）年にはじまった農地改革と1953（昭和27）年の農地法により、農地は新秩序において管理コントロールされることになったのだが、水利に関してはこのような秩序形成は行われず、新たな管理団体として土地改良区等の形で水利集団が形成されたものの、その実態は旧慣秩序を形成していた旧共同体であることが多い<sup>22)</sup>。

分割的利用が可能な土地については、共同体の解体によって土地の共同体的支配も容易に消滅する。しかし、利水が治水事業と密接にかかわる結果、比較的広域の一定組織を中心とした、体系的な管理システム抜きに水利用を営むことは不可能であり、これが土地改良区という組織が存在する理由である。そして、共同体が解体ないしは消滅したとしても、当該共同体とリンクしていた水利組織は解体ないしは消滅できないという現象が発生するのである。土地改良法は、耕地整理法と水利組合法を統合したものである

20) 同上渡邊書356頁。

21) 暉峻衆三編『日本の農業150年』（有斐閣、2003）65頁。

22) 室田武・三保学『入会林野とコモンズ』（日本評論社、2004）206～207頁。

から、土地改良区はもっぱら水利組織として機能することを目的に設立されることが多い。河川水利集団として持たざるを得ない公共的性格が、土地改良区に公共的法人の形態を必要としているが、その形態の背後には私的共同体の実態が存在する。かつての「藩営」と「民営」という相対現象が、今日も継続していると考えられる<sup>23)</sup>。

転用を通じて形成された土地改良区の資本は、土地改良区が管理するものであって、決して個々の農業者に分配されてよいものではない。このことこそが、土地改良区がかつての私的共同体を継承しているものであることを証左するものである。

水利権の帰属は、今日、必ずしも定かではないが、これまでの議論をまとめると、土地改良区の管理下にあるという見方（土地改良区帰属説）が一般的であるが、個々の農業者（あるいは水田）にあるとする見解もある（私的所有説）。また、水について土地改良区と個々の農業者（あるいは水田）との関係は、水利権という極めて限定された流量を、限定された時期に授受するという関係にあるのではなく、個々の農業者（あるいは水田）が水稻栽培を円滑に行えるように適宜配水するという義務が土地改良区にあり、個々の農業者にはその配水を要求する権利があるという、一種の配水についての契約関係であるとする見解もある（配水契約説）。

以上を踏まえて、農地と水利権との関係を総括すると、自作農の創設により個々の農家は自己の農地を所有するに至り、その点において旧慣秩序から解放されたかに見えるが、農業において最も肝心の水利権の適正再配分が行われなかったことで、農家は水利の面から旧慣秩序から脱却することができなかった。法的側面からいえば、農地法の施行により農地は近代法秩序の中に組み込まれたが、水利権は近代法以前の慣習法秩序から脱却することができなかったのである。そして、農地の経営に最も必要不可欠な水利権が旧慣秩序の中で機能したため、農地は水利権に従属する存在になったといってもよく、このことは1964年の改正河川法により創設された許可水利制度により決定的になったのではないだろうか。つまり、農地と水とは、農地解放前後も河川法改正前後もそれが不可分一体であり続けたのだが、いずれが主でいずれが従かという関係は逆転したと考えられる<sup>24)</sup>。この問題に関して渡邊洋三も、「農業水利の伝統的秩序は、農村内部にお

23) 前掲江湖編書160頁。

24) 中川善之助「水利権と耕作権」『私法』第3号33～37頁では、讃岐（香川県）において中川博士が見聞した「地主水」の慣行について紹介されている。中川博士は、地主水に対して、「田の所有権と、それを灌漑する水の支配権とは別物で、田をもっているから、水が使えるというわけではなく、田の権利と水の権利をもたないと百姓はできないということになる。従って田は田で売買され、それとは別に、水は水で売買されるのである」とその特殊性を強調されている。中川博士がこの地主水の慣行を了知されたのは、同書の記述から昭和36年と推測されるが、その後の河川法の改正によって、珍奇な慣習であったはずの地主水は法制度化されたといっても過言ではない。

ける民主主義的秩序の形成を阻止し、農業生産力の発展にとっての桎梏となるばかりでなく、それは現在、農村外部からの収奪に直面しても、その矛盾を露呈せずにはいられない」と指摘している<sup>25)</sup>。

ところで、2009年に改正された農地法では、耕作者主義から脱却し、農地の利用権（賃借権）を原則として自由化するということが盛り込まれ、企業による農業への新規参入をこれまで以上に緩和することになる。ちなみに、平成21年度版『食料・農業・農村白書』によれば、2007年度の新規就農者は、景気回復による雇用情勢の改善等から前年より9.3%（7,570人）減少して73,460人となり、このうち60歳以上が5割（38,800人）を占め、39歳以下は2割（10,200人）となっている。また、平成19年度版『食料・農業・農村白書』によれば、新規就農に際する資金に関しては、新規就農者の87.1%が自己資金を用意し、農地確保の方法に関しては、37.6%が自ら確保し、37.1%が農業委員会や農地保有合理化法人等からの斡旋を受けている。また、2005年の農地法と農業経営基盤強化法の改正を受けて、構造改革特区を活用した、農業生産法人以外の一般の株式会社やNPO法人等への農地の貸付や、市民農園開設主体の拡大、農地取得の下限面積要件の緩和等が2005年9月から全国展開された。これは、農業人口の減少と耕作放棄地の増大などで危機的な状況に陥っている国内農業を活性化する新たな担い手として期待されている。

しかし、水利はこの農地法の改正はもとより、現状の新規就農の実態に対応できていない。農地所有権と水利権の不可分一体性は、農地法の改正によっていかに改善されるのかは注目に値しよう。あるいは分離するのであろうか。もし、分離するものであるならば、新規就農者が農地を取得しても水利用ができない可能性も発生し得ない。

## 4. 水利転用の状況

### (1) 農業水利転用の阻害要因

これまで概観してきた、慣行水利権の法的性質や内容は、河川水利用の新規参入に際して行われる水利調整にどのような影響を及ぼすのであろうか。水田面積が減少し、水利形態が大きく変化している都市近郊などで、上水道などが慢性的に不足している地域では、農業用水を減じて、上水や工業用水を殖やそうとする水利権の転用が行われている。また、すでに繰り返して述べてきたように、水利権が公権的性質も帯びていることから、余水に関しては、本来これを公に帰せしめるべきであるが、これがほとんど行われていない。それは、水利集団が水利権を完全なる私的財産権として認識していること

25) 前掲渡邊書482頁。

が原因ではないだろうか。さらに言うならば、営農集団や水利集団が、過去においては明確に認識できていたはずの、前述したような内容を有する水利権（水利施設の所有と維持管理）ではなく、いつしか水利権そのものの所有にのみ関心が移ったといえよう。また、個々の農民においても、かつては排水義務を負うものとして水利権を捉え、取水と配水に関心を示していたはずなのに、いつしか自らも水利権の所有主体であると認識するようになったのである。排水量は、その農業用水に課せられている義務的な排水量（ある種の公共財）と考えることが妥当であり、過去の水利慣行では確かに排水義務が重要視されていた。つまり、水利権は、水利施設を維持管理し、排水を行う賦役の総和であり、義務として構成されるべきものであったのである。

ところで、排水義務よりも水利権流量を基本的水流量と考えるようになったのは、水資源の開発が大規模になされるようになってからであり、公水管理の体系がそうさせたという指摘がある<sup>26)</sup>。しかし、多くの土地改良区が「取水」と「配水」という私的側面を重点に機能している実態を考えると、水利権の私的財産化はより進行させるべきものであるが、依然として公共性の強い性格のものであることを考慮して、一定の公的管理のもとで水利秩序を構築すべきである。

ところで、農業用水（不特定利水）から都市用水（特定利水）への転用が行われた場合、転用分は不特定利水容量から減じて考えるべきではないかという疑問が存在する。農業用水は不特定利水容量によってある程度取水流量が確保されているが、都市用水は特定利水容量に拠っている。この場合において、農業用水から都市用水に転用したものに関する利水容量はどのように考えるべきかについては不明な点が多い。このことも、河川水を公共財と私財とに明確に区分して議論することである程度の方向性が見えてこよう。

## （2）遊休水利権問題

遊休水利権という用語は、法律の条文には出てこないが、国の通達や解説の中で普通に使われている。同義語として、未開発水利権という用語も使われている。旧建設省は、戦後復興の中で、過去の水利権の整理の方針を示し、昭和25年「遊休水利権に関する件」という通牒（通達）を各県に出している。

26) 前掲志村論文137頁。

「遊休水利権に関する件（昭和25・3・14各知事宛河川局長通牒）」

標記の件に関しては、日頃種々御配慮を煩わしているが、発電その他の目的のため水利使用の特許を受けたにも拘わらず水利使用をなすに必要な諸設備をなさず又はなし得ないため折角の水利権が活用されないまゝの状態にあるもの（遊休水利権）が全般的に見てかなり多数あり、ために円滑なる電源開発等の障害となっている事例が少なくない。これが発生するに至った原因については種々は事情が挙げられるのであろうが、主戦後再び電源開発が強く叫ばれ、これが基盤をなす発電用水利権が経済的社会的に高く評価されるに至った今日、速やかにかゝる未開発水利権を整理し、併せて利水行政確立の基礎を築くことが緊急と考えられるので、慈今左記要領にてこれを整理する方針で進みたいと思うから予め御含み置き願いたい。（最終決定は関係各省と協議する予定）尚戦災その他の事情のため中央地方を通じ水利権台帳が極めて不備のまゝ放置されている現状にあると思われるので今回これを整理いたしたく、差当り貴県関係分としては別記地点が一応遊休水利権に該当すると考えられるので、これが自由の及びこれに対する意見を別記様式により調整の上至急報告されたい。

別記

- 一 遊休水利権の発生した原因を個々に究明し水利権設定の際における命令書条項を厳格に適用して当然失効すべき水利権はこの際執行処分として台帳から抹殺の措置をとること。  
右に該当するものとして次の場合がある。
  - a 水利権設定後所定の期限内に工事の実施認可の申請をせざるもの。
  - b 水利権設定後所定の期限内に工事に着手しないもの。
- 二 工事実施認可申請に対し管理者より認可の処分なく今日に至っているものがあるが、この際内容を検討して至急認可不認可の処分をなすこと（本省に稟伺中のものは当方にて緊急に措置する方針である）。
- 三 工事実施途次にて中止したものについては継続実施の意志がある程度客観的に証明されるものは、竣功期限伸張の手続をとられ意志なきものはこの際水利権を取消し、残存物件の措置をすること。
- 四 遊休水利権の期限伸張は原則として認めない。但し最近に開発の見込みありと証せられるもののみにつき関係省と協議の上暫定的に例外措置として短期間（1－2年）条件附に伸張を認めること。

上記通牒が言わんとすることは、水利権を実行しない者は、権利の上に眠る者であるばかりでなく、その遊休水利権が他の緊急かつ有用な水利権の成立の障害となり、河川の有効な利用を妨げる可能性が大であるということである。にもかかわらず、なぜ遊休水利権の返還はなかなか実現しないのであろうか。あるいは、逆に遊休水利権を回収するためには、政府としてはどのような施策を講じるべきなのであろうか。そのためのモデルのひとつとして、入会地において実施されてきた近代化施策が何らかの参考になるのではないかと提言する。入会地に関しては、1966（昭和41）年に公布された「入会林野等に係る権利関係の近代化の助長に関する法律」、いわゆる入会林野等近代化法（以下、入会近代化法とする）によって、入会権が事実上の解体が行われた。同法に関して、筆者はこれを評価しないものであるが、それは入会権が結果として有していた環境保全的機能に着目するからである。他方で、水利権もこれを入会権に類する権利として扱おうとする見解が有力であることは前述の通りであるが、水利権に関してはその公共性が強いにもかかわらず、誤った方向で私権性が強調されているという実情に鑑みると、入会近代化法が志向した近代的権利化を図ったうえで、河川法による一元管理が実現できるのではないかと考える次第である。そこで、次章において入会近代化法による整備事業の状況を概観し、制度的な枠組みと問題点を明らかにし、水利権の近代化に幾ばくなりとも裨益することを期待したい。

## 5. 水利権の近代化モデル～入会権解体を例として

### (1) 水利集団の形態

水利集団の形態は、明治23年（1890）の町村制施行以後、町村組合、耕地整理組合、普通水利組合などの形態を採ることが多かった。第2次世界大戦後は、それが地方自治法における一部事務組合や土地改良区という形態へと転換した。このような集団化が可能であったのは、村落共同体の存在によるところが大きい。

既出の判例(1)は、町村制施行以降の行政村が主体となって水利権を主張するという形態の訴訟であったが、裁判所は水利権の住民への総有的帰属という判断を下した。すなわち、農業水利権は、農家に集団的に帰属するものであって、その法律関係は林野入会権と同様に、総有に属するものといえよう。

慣行農業水利権の内容から考えた場合、用水確保と管理の主体と利用主体とは切り離して考えるべきであろう。このような考え方を採るのは、農業用水の利用においては、「共同体」は全体の水量を確保することを重要課題としているのに対して、個々の水利

用者たる「農家」は水を利用すべき時期を重要課題としている。つまり、水利権の主体は、量的利用者たる「共同体」であり、個々の農家は時間的利用者としての地位にすぎず、それは共同体の内部的効力は有するが、対外的には効力はないと考えるべきではないであろうか。したがって、水利権の問題は、農家の権利を云々するというよりは、それらの農家の総体としての共同体の存在や性質を議論することに着目すべきなのである。

ところで、少なくともわが国の農村地域における「共同体」は、法的にどのように評価されてきたのであろうか。この問題については、水利権に関してよりも、入会権に関しての方が多くの議論がなされている。

## (2) 入会近代化法の施行と影響

1966（昭和41）年に公布された入会近代化法の施行によって、全国の入会林野等は着実に整備された。入会近代化法が制定された背景には、入会地および入会権に対する次のような認識が存在した。すなわち、入会権や旧慣使用権が前近代的な慣習上の権利であるため旧来の慣習に制約されて農林業経営の健全な発展に支障を来しているため、権利関係の近代化の要請に対して入会権者がこれを独力で行うことは、煩雑な法的手続に加え多額の費用を必要とするため困難であり、その障害を除去して入会権者が自主的かつ円満に近代化を実現しうるように国または地方公共団体が助成する必要があるという認識である。権利関係の近代化とは、現実の所有権者と登記上の権利者とを一致させることで抵当権や地上権の設定・登記を可能にすることであり、その主な目的は分収造林に際して融資を受け易くすることに他ならなかった。かかる認識や目的自体に問題がないわけではないが、その是非は後述する近代化法に対する評価とあわせて論じることにする。

さて、入会林野等の近代化整備事業は入会近代化法の関連法令等の整備を待って昭和42年から本格的に実施された。整備事業によって旧入会集団は法人等の近代的経営形態へと再組織されるが、その経営形態としては、組合員となる者からの現物出資（森林、農地等）を受け、主に組合員の労働力によって協業経営を行う生産森林組合あるいは農事組合法人、権利者の共有地を記名共有の形で登記して林地等を維持経営する共有経営、整備前に区域を決めて利用されていた入会林野等を個人に分割して利用させる個人経営に大別される。昭和42年の時点で全国に1,848,100haの未整備入会林野、すなわち旧来からの入会地が存在していた。なお、近代化法によらずに自主的に入会権を他の近代的権利に移行させた自主整備事業も行われていたが、自主整備事業は昭和53年度を最

後に行われておらず、総計で287,086haが整備された。近代化法による整備事業は10年を1期として推進された。

### (3) 入会地近代化の過程

入会林野等の整備事業の結果、旧来の入会権および入会権はどのように近代化されたのであろうか。

まず、個人経営を選択した場合は、旧入会地が共有入会地であった場合は、個人所有地に分割される。また、共有経営を選択した場合は、近代化法によって整備した後に、整備した旧入会地を権利者の共有地として記名共有の形で登記し、維持・経営する形態である。入会の慣習を維持する意向の強いところでは共有経営を選択し、共同経営の実体を持つために法人類似の組織・規約などを定めるものが多い。任意組合と称するものなどであるが、この形態も増加傾向にある。最近の共有形態選択の理由には法人化に対する疑問（過大な税負担、形式的手段が煩雑）によるものもある<sup>27)</sup>。整備の進行につれて生産森林組合などの法人が数多く設立されてきたのであったが、法人化後の運営が必ずしも楽なものではないことがだんだんと認識されだしたことが影響している。共有経営を選択する理由は、個人分割の形態にして旧入会山を解体することには反対であるが法人化は事務的に煩雑であり負担であるので、中間的な共有経営を選択しようというのが大半である。

ただし、共有経営にすることでやはり入会の時代とは異なった仕組みにならざるを得ない。入会時代には、運営は全員一致によっていたが、共有経営では共有者の過半数によることになる。また、共有持分権は個人所有権と同様に、他の共有者の同意を要せずに売買・贈与しあるいは担保権を設定するなどの処分行為を行うことができる。また、入会権は相続の対象にはならないが、共有経営においては相続を契機として、権利の流動化が起こる可能性がある。そして、共有権では所有権と同様に、権利の実体と登記名義を一致させることが必要であるから、集团的経営としては法人の方が簡明であるともいわれる。

なお、入会慣習の維持を希望する団体は、おおむね共有経営（多くは個人的共有であり、固定資産税のみで法人税までも負担しなくてよい）を希望し、個人経営志向型は、個人分割を希望しよう。しかし、共有経営は、生産森林組合の不振を反映して、生産森林組合の変成替え（法人税減免措置の検討、定款の見直しと運営の弾力化、帳簿事務等の森林組合による代替など）や、生産森林組合に代わる新たな協業形態の模索（林野整

27) 武井正臣・熊谷開作・黒木三郎・中尾英俊編著『林野入会権』（一粒社、1989）118頁。

備保全組合の構想)などが論議されている。また、新たな受け皿として、森林信託制度の利用や有限会社形態なども提唱されているが、実績は余り上がっていない。

ところで、地役入会地であった場合は、土地所有者との契約によってその林野を利用することになる。その際、旧入会権者たる利用者が取得する権利は、例えば、育林の場合には地上権もしくは賃借権、農業の場合は賃借権、牧畜業の場合は賃借権あるいは農用林の利用権<sup>28)</sup>というように林野の利用目的により異なる<sup>29)</sup>。

次に、入会林野整備後の林野を法人所有にする場合は、各権利者が共有持分を出資して生産森林組合や農事組合法人を設立し、出資者は組合員としての地位を得る。この時点で林野は入会地でなくなるが、各組合員が利用する林野に対して地上権や賃借権などの権利を有するものではないが、林野を法人所有とすることで登記が可能となり、抵当権や地上権を設定することで融資が受けやすくなり、安定した経営が実現できる。

なお、入会林野整備に関係なく生産森林組合や農業生産法人を設立した場合も、林野は入会地ではなくなるのであろうか。この点については、これらの組合や法人はその構成員の持分出資によって設立されるのだが、各入会権者が、その持分権の持分を出資したのだから入会林野ではなくなったと考えられよう。しかし、本来は集団的な権利である入会権を出資することができるのかは疑問であり、仮に出資ができるとすれば、その出資を受けた組合や法人は、社団である法人であるのだから、その構成員である部落住民とは別の存在であり、そのような社団が入会権を持つことはあり得ず、依然として入会林野は消滅していないと考える見解もある<sup>30)</sup>。この見解が、整備事業に関係なく独力で各種法人を設立した場合に入会林野は依然として存続していると考えるのは、次のような点に拠る。

まず、これらの法人が法人らしい活動をせずに有名無実の場合には、会社や法人の所有となっているものは単に名義だけのことであり、実質は入会権者の共同所有で法人の

28) 採草放牧地の入会研究としては、斉藤政夫『和牛入会放牧の研究』(風間書房、1979)が現在なお有益な示唆に富んでいる。

29) 物権たる地上権は利用目的において制限を受け、物権よりも弱い権利である債権としての賃借権は設定される権利期間において制限を受ける。特に賃借権に関して、中尾英俊『入会林野の法律問題(新版)』(勁草書房、1984)410頁は、近代化整備事業によって物権である地役入会権から債権である賃借権に切り替えることは、土地利用者の経営を不安定にする恐れがあり、なるべくこのような権利への切り替えは行わない方がよいと主張する。しかし、物権である地役入会権から債権である賃借権に転化したことによる権利弱体化の問題と、経営安定の問題とは別個であり、この見解はむしろ杞憂に過ぎないのではないだろうか。つまり、物権とはいえ地役入会権はもともと登記不能であったのだから、経営資金調達等の面での不便は相変わらずであり、農地や採草放牧地は農地法の適用を受け、そこにおける債権は物権と同じ効力を有するのだから、賃借人の地位が不当に低くなるおそれもないと考えるのである。

30) 松浦由射・飯山昌弘『入会林野の近代化と今日的課題』『鳥取大学農学部研究報告』第51号(1998)54頁。

名義を借りているに過ぎないということによる「共同所有」であること。

次に、共有入会権者である住民が、土地所有権だけをそれらの法人に贈与し、入会権のうちの土地利用権は入会集団に残るということである。このことは、住民共有の入会林野の土地所有権を市町村に贈与するのと同じ状態であり、法人側が土地所有権を有し、住民側は利用権だけを有するような地役入会権ともいえる。また、入会林野が消滅したと認められるのは、出資などの設立行為に、各入会権者の入会権を消滅させるという意思表示があった場合に限定している。しかし、林野所有の実質面を重視しても、現に法人所有として登記されてしまっているような場合は、いくら実質的に入会権者の共同所有であるといってみても法的な権利関係は如何ともし難く、林野が入会地として存続しているとみることに無理があろう。また、地盤所有権のみを法人に「贈与」し、地役入会権は入会集団に残るという考え方については、旧入会集団の構成員の全員が新規に設立された法人の組合員等と一致するような場合であれば賛同できるが、そのような場合が果たして恒常的であるかは疑問であり、些か現実味に欠けよう。入会権者の総意によって入会権が消滅させられた場合について異論はない。

また、入会的共有と組合的共有との差異を確認しておく。まず、入会的共有とは、入会林野に対する部落民の共同所有関係をいい、住民は各自その林野の共同所有権を持っているが、その権利は集団の管理統制の下に置かれており、その権利を自由に処分したり譲渡したりすることはできない。共有者たる地位は居住部落民に限られ、新規加入は原則として不可能である（分家などによる例外が存在する地域もある）。部落民が持分を有する場合もあるが、入会的共有が団体的な共同所有である以上、部落民が団体の構成員たる地位を失っても持分の分割請求はできず、共同所有権を失う。

ところで、組合的共有とは、数人がある事業を営むために出資して作った団体をいい、この場合に各組合員が出資した財産は組合員の共有財産であり、同時に組合という団体の管理する財産である。各組合員には出資額に応じた持分が必ずあり、組合から脱退する際はその持分に応じた払戻を受けることができる。ただし、共有財産の分割請求はできない。組合的共有においては、組合員はその持分を自由に他人に譲渡することはできないが、全組合員の承認がある場合に限ってこれを他人に譲ることができる。この場合は、持分の譲渡人は共有持分を失い、組合員たる地位を失うが、譲受人は共有者として新たな組合員としての地位を獲得する。また、組合員には、入会的共有のように一定の地域に居住しなければならないという制約は原則として存在しない。

#### (4) 共同体の混乱と衰退

いずれにせよ、入会近代化法により全国各地の入会林野等の権利関係が整理され、伝統的な村落共同体は生産森林組合や農事組合法人といった「近代的な法人」へと再組織された。しかし、「近代化」が多くの場合において、結果としてゴルフ場やスキー場などの大規模かつ無秩序なリゾート開発を招じたことは事実である。なぜこのような大規模開発が入会林野近代化法の適用によって可能になったのかという点、この法律の適用を受けると当該山林の入会地たる性格が明確になり、転出権原則から知事の嘱託により直ちに現住者だけの共有登記を成立させることができるからである（嘱託登記）。旧来の入会地のままであったならば、例えば転出者が登記上の共有持分の放棄に応じないとか、行方不明の場合になどに困難が生じるが、知事に嘱託登記によってこのような不都合が一気に解消されるのである。

しかし、そのような効果だけを目的としてこの法律を適用することは、法の趣旨から考えて問題があるという批判がなされており<sup>31)</sup>、もっともである。また、法人化の結果として課税されることになる法人税は、林野経営による収益からすれば負担感が大きく、住民の林野経営からの乖離を促進させることになった。入会近代化法に対しては、このような否定的評価が大半を占め、この法律が建前とは裏腹に、現実には入会権の解体消滅ないし形骸化を容認しており、政府が明治以来採ってきた入会林野解体政策の最後のものであるという厳しい評価をなす見解がある<sup>32)</sup>。他方で、入会近代化法によって、ひとまず権利関係が整備されることで公的資金の導入が行われやすくなり、木材生産を向上させるだけでなく、林業を健康産業、文化産業という意味で捉えれば、たとえ現時点では実体を伴わない権利の近代化であっても長期的にみれば有効なものであり、林野の多目的利用の可能性を広げるという意義を有しているとして比較的高く評価する見解もある<sup>33)</sup>。

しかしながら、入会近代化法の功罪を問うよりも、その背景にあった共同体をめぐる社会的思想の変化や入会理論の変容に着目して同法の在り方を考慮すべきであろう。特に、同法が制定されたのが、共同体解体論や入会権解体論が主流をなしていた時代であったことに鑑みれば、同法が近代的権利形態である共同所有権化あるいは私的所有権化を推進し、入会権を解体させることに重点を置いていたことはやむを得ず、従来の入

31) 前掲黒木・塩谷・林・前川共編書95頁。

32) 中村忠「入会林野法制度の変遷と今日的課題」『高崎経済大学論集』第38巻第3号（1996）113頁。

33) 前掲松浦・飯山論文57頁。

会権者が従来と同様な利用を可能とする機能を生産森林組合等の法人に担わせ、なおかつ、かかる法人を資本主義的生産を可能とするための受け皿としたことは当然の帰結であった<sup>34)</sup>。また、入会権者の側も入会林野近代化法による権利関係の近代化に対して意欲的であったことも指摘できよう。つまり、高度経済成長の波を受けて、入会山村の住民において、入会林野等が利用の対象としてではなく、所有の対象として財産的価値を有するものとして認識されたことも、近代化法制定の布石となった可能性はあろう<sup>35)</sup>。問題は、近代化法によって整備事業が推進されてから30年以上も経過した今日なお、未整備で残存した入会林野を、相変わらず近代化法による整備事業の対象地として扱うのか、それとも同法とは無関係に土地利用対策を模索するのかということである。林野行政の一大転換が求められることはいうまでもないことである。

## 6. 新しい水利秩序への提言～まとめにかえて

本稿では、水利権とくに慣行農業水利権について、その私権性を保ちつつ、これを公共的管理下で一元管理すべき方向性を考えてきた。水利権が持つ公共性は、農地についてもある程度当てはまると言えよう。逆に言えば、農地をめぐる法理論を水利権にも当てはめて考えることができるのではないかという結論に達した次第である。たとえば、都市圏内の農地について、農民の利用と市民の利用とにおいて利害関係の衝突が見られ、これを調整するための法律として農地法や都市計画法を軸として、農地転用等の形で機能する。都市化において都市民と農民との利害関係が衝突するという点では、水利権についても同様である。ただし、水利権に関してはその利害関係を調整する法律が存在しないのである。ただあるのは河川法のみであり、河川法は取水管理をするのみで、利害関係の調整にはほとんど機能できていない<sup>36)</sup>。

農民が、水利権を慣行上総有的な権利であるから、水利集団全員の総意（合意）がなければ処分できないし、そもそも自分達に持分があるのだと認識して転用に応じないのであるならば、本来河川法が負っているはずの水の公的管理はいつまで経っても実現しないどころか、不自然な形（違法性を黙認する状態）で水は商品化され、いびつな水取引市場が形成されてしまうことになろう。人間の生命の源泉であるはずの水の公共性

34) 前掲中村論文114頁。

35) 上谷均「入会権の「解体」と「消滅」～地役入会権の場合」『修道法学』18巻1号（1996）61頁。

36) 前掲三好書97頁は、「水利権概念や許認可手続きは法律上明記されることが必要であり、この際、表流水のみならず、地下水についても一体として水利権の対象にすべきものである」という興味深い見解を示している。

は、いかなる理屈をつけようともこれを消滅せしめることはできない。他方で、内容に対する時代的变化や多少の誤認はあるが、慣行水利権が私的財産権的性格を強く帯びていることは事実で、これをひとたび与えられた後に、不要水が生じた場合にこれを河川管理者に返し、新たに河川管理者が新規利水者に許可で利水させるという再配分方式は、慣行水利権の主体には受け入れがたいものであろう。また、この状況では余剰水が生み出されない<sup>37)</sup>。

水の有する公共性を確保しつつ、他方で水利権の私財性を尊重するための制度改革としては、いくつかの段階を経る必要がある。まず、公的一元管理を志向するためには、入会権においてなされたような権利の近代化によって、慣行水利権を地域共同体（水利集団）の旧慣秩序から解放して整理する必要がある。そのうえであらためて河川法における許可水利権制度に一元的に組み込み、しかし私権性を認めてその流動化を図ってはどうか。このときに、河川法において新たな制度を創設する必要はなく、私権性の確保と流動化は、現行河川法34条が規定する譲渡規定の柔軟化によって対応できよう。統計をとることは不可能であろうが、全国的には農業用水の無断転用や売水行為は頻繁に行われている。法制度化されている水利秩序において、このような違法状態を黙認していることは法秩序の安定という側面からも是正されなくてはならない。そのためにも、権利内容の変更による水利権譲渡を禁じている現行法を改め、利水者間における譲渡を緩和してはどうであろうか。もちろん、あくまでも公的管理の下で、治水と水利秩序への影響のないような状態を担保する形での譲渡を規律する必要がある。

ところで、昨今、地域社会における水の重要性や親水性が強調され、1987（昭和62）年の河川法の改正においても地域社会に合致し、親水性を確保した河川整備ができるように市町村が河川工事を行うことが可能となり、ここに「地域環境用水」が形成された。しかし、後述するように、地域環境用水には、その主体性と水量確保をめぐって解決すべき問題が多々存在する。

現在、農村における共同体の解体にともない、農業用水の役割や価値も大きく変化してきている。とりわけ、地域用水としての多様な役割を担ってきた農業用水は、都市化とともに農業水利施設として、灌漑や排水を行うという機能面のみの役割を担うに過ぎなくなってきた。しかし、最近では地域の生態系や景観の面から水が持つ役割の重要性が認識されるようになり、さらには人々が水と関わることにより精神的安らぎを得ようとする、いわゆる親水性が強調されるようになり、水環境の整備とその管理の必要性が

37) 同上書97頁も同旨。さらに、水利権者が水利権を既得権として手放さないことが、ダム建設を誘因していると指摘する。

叫ばれるようになった<sup>38)</sup>。水環境の整備主体が行政であることは当然であり、問題はその後の管理主体である。水環境をさらに向上させるのは当該地域社会の構成員である。本来ならば、農業により結束していた村落共同体などの地域共同体が担うべき役割であったのであろうが、かかる共同体がもはや存在しなくなった地域においては、入会地の場合と同様に、新たな共同体の構築を企図すべきであろう。筆者は、入会権近代化の考え方そのものは少なくとも入会地という土地制度に対しては誤ったものであると認識しているが、水利権においてはこれを十分に応用させることで、健全な水利秩序を確立できるものとする次第である。

---

38) 前掲黒木・塩谷・林・前川共編書105～106頁。