

水資源は誰のモノ？

～水法の観点から～

創価大学法学部教授 宮崎 淳

このような伝統あるフォーラムで、水に関する法律、水法について語る機会をいただき、心から御礼申し上げます。私は「水資源は誰のモノ？～水法の観点から～」とのテーマで、お話をさせていただきます。

流水の法的性質－流水は誰に帰属するか？

(1)旧民法財産編 25 条

まず、流水の法的性質について言及したいと思います。現在の法制度において、流水の帰属に関して定めた規定はございません。したがって現行法制の周辺の規定を手掛かりに、この問題を論ずることが必要になります。そこで旧民法をとりあげたいと思います。旧民法は現行民法の前身であります、特殊な性格をもった法典でした。1890 年(明治 23 年)に制定されたのですが、法典論争が起きたために、結局は施行されなかった法典です。

旧民法は、以下のような条文を用意しておりました。

財産編 25 条 「公共物トハ何人ノ所有ニモ属スルコトヲ得スシテ総テノ人ノ使用スルコトヲ得ルモノヲ謂フ例ヘハ空気、光線、流水、大洋ノ如シ」

つまり、流水はだれの所有にも属せず、だれでもそれを使用することができるということです。本条の考え方は、フランス民法典を通じて、ローマ法の影響を強く受けております。すなわちローマ法にいう「res communes(共通物)」という概念が日本法に影響を与えたと指摘されています。ローマ法による「共通物」とは、自然法上、人類共通の物とされ、かつすべての市民の利用に供されたものを言い、空気、流水、海、海岸がこれにあたります。現今の自然環境の保護思想の潮流を鑑みれば、本条の見解は、自然界、生態系を構成する全ての動植物が利用できる、という考え方にもつながると思います。

旧民法以降の立法において、これと異なる立場を明確化した規定は存在しません。そうである以上、日本の現行法制において、流水＝「公共物」とする旧民法の見解は、現行民法に引き継がれていると言っても過言ではありません。したがって、この旧民法の法条を根拠にして、流水は旧民法財産編 25 条にいう「公共物」とであると解したいと思います。

(2)河川法 2 条

次に河川法 2 条を参照して考察いたします。

第 1 項 「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わなければならない。」

第 2 項 「河川の流水は、私権の目的となることができない。」

河川法 2 条 1 項は、河川が公共用物であることを宣言して、河川管理の原則を示しています。第 2 項は、河川の流水に私権が成立することを否定しております。公共用物とは、直接に一般公衆が共同使用に供される物でありますから、このような性格をもつ河川を構成する流水は、本質的に私的所

有の観念にはなじみません。そうすると流水の私権排除規定の根拠を、流水＝旧民法のいう「公共物」という解釈に求めても何ら問題はないと思います。すなわち河川法2条2項は、河川の流水について、誰の所有にも属しないと解して私権を排除し、河川管理者の管理の下においたと解釈することができるのです。したがって、私権の目的とはならない河川の流水について、原則として自由に使用できるが(これを“一般使用”と呼んでおります)、その流水を継続的・排他的に使用するためには、それをそのように利用してきた慣行によって水利権を成立させるか(これを“慣行水利権”と呼びます)、または河川管理者から流水占用の許可を受けること(これを“許可水利権”と呼んでおります)が必要となってきます。

地下水の法的性質

(1) 地下水の法的性質に関する解釈

流水について誰にも属せず、そして誰でも使えることについて言及しましたが、それでは地下水についてはどうでしょうか？土地所有者が地下水を何の制限もなく自由に利用できるのでしょうか？

地下水の法的性質に関する解釈として、大きく分けて2つの考え方があります。第一に、地下水を土地所有権との関係で位置づけていこうとする考え方であり、第二は、地下水を土地所有権とは切り離して独立した水資源として捉えようとする見解です。

第一説は、民法207条の「土地の所有権は、法令の制限内において、その土地の上下に及ぶ」との規定を根拠として、土地所有者は地下水を利用できるとする考え方です。この見解は、判例が採用しております。古い判例ですけれども、大審院明治29年3月27日判決は、地下水利用権について「元来其土地所有権ニ附従シテ存スル」と判示しております。第二説は地下水を河川の流水と同列に取り扱い、それを公水あるいは公共物と解して、公共的管理のもとに置かれるべきであるとする学説です。当説は、地表水と地下水を統合的に把握する考え方に親和的です。それとともに、地下水の採取制限を定めた条例による地下水管理の実態に適合する理論であるとも指摘されております。

(2) 土壌汚染の土地所有者の責任と地下水の利用権限－土壌汚染対策法との整合性

私は基本的には第一説の立場をとるべきであると考えております。その理由について、土壌汚染対策法との関係と地下水の特質の視点から論じてみようと思います。

土地の構成部分である土壌は、その中に含有される水を除外しては成り立ちません。農地としてはもとより、宅地としても土地は土壌中の水なくしては存在し得ないことを軽視すべきではないと考えます。この観点から、地下水と密接な関係にある土壌に関する制定法である土壌汚染対策法との整合性について考察したいと思います。

土壌汚染対策法7条1項は、都道府県知事は土地所有者等に汚染の除去、拡散防止その他必要な措置を命ずることができるとし、ただし汚染原因者が明らかで、その者に措置を実施させることが相当な場合には、汚染原因者がそれを実施する旨を規定しております。すなわち、汚染原因者が特定でき、その者に責任を追及することが相当である場合には行為責任を問うことができますが、それ以外の場合には土地所有者が責任を負わなければならないとしたのです。

土壤汚染対策法を制定するにあたって問題になったのは、汚染原因者が不明である場合に、誰が責任をとるかということでした。汚染原因が特定でき、その原因者が明確になっていれば、「汚染させたのはあなただから、あなたが責任をとりなさい」というのは、筋が通ります。ところが、汚染原因者がわからなかったり、わかったとしても倒産等によって消滅していた場合に、その汚染責任を誰に追求すればよいのかという点が問題になったわけです。そこで、このような場合には、その土地の所有者が責任を負うことと定めたのです。

土壤汚染の拡散は、主に地下水を経由してなされます。土壤汚染の除去、拡散防止の措置を土地所有者に負わせておきながら、他方で地下水には土地所有者の効力が及ばないとして地下水の利用権限を否定してしまったのでは、土地所有者に地下水の採取利益は認めないが、地下水を経由した土壤汚染の責任は追及する、という不公平な結果を招くことになると考えます。すなわち、土地所有者はリスクを負わされたうえ、利益の享受は認められないという立場になってしまうのです。したがって、土壤汚染の責任を土地所有者に負わせるからには、地下水の利用権限も同次元で扱うことが合理的であると考えます。つまり、土壤汚染の責任および地下水利用の権限は、並列的に土地所有者のもとにあると解したいと思います。

(3) 地下水の特質と土地の流動的構成部分

次に地下水の特質の観点から申し上げます。地下水の第一の特質は流動性です。地下水を土地の構成部分と解しない考え方は、地下水は流動するから支配に適さないと主張します。しかし、地中に存在する物質が流動的か固定的かということによって土地の本質に変化が生じるでしょうか。流出および流入してくるものが同質である限り、法的には土地の構成部分は同一性を保持していると解すべきではないでしょうか。したがって地下水は、土地の「流動的構成部分」とであると称することができると思います。

第二の特質は地盤支持機能です。地下水の過剰揚水によって地盤沈下が生じた場合は、地下水の有する地盤支持機能を重視して、地盤支持権の侵害と解し、土地所有者が直接に侵害者に対して物権的請求権の行使または不法行為として法的救済を求めることができます。このような理論は、地下水が土地の構成部分であることを前提に成り立っております。

地下水の法的性質を土地の構成部分と解すれば、地下水障害が生じた土地の所有者が、その原因者に対して直接的に物権的請求権の行使、または不法行為に基づく損害賠償の請求をしていくことができます。一方でその性質を公水または公共物と解しますと、流水の管理責任が前面に出ることになり、被害者が原因者に対して直接請求していくことは二次的な位置づけとならざるを得ないと考えます。法的救済のあり方として、被害者が原因者に対して直接に追求できるという本来的な構造を基本に据えるべきでしょう。

(4) 地下水の利用制限の法理論—地下水脈の同一性に基づく地下水の共同利用

地下水を土地の流動的構成部分と解するならば、土地の所有者が地下水の利用権限を有することになりますが、それではどのような視点からこの地下水の利用権限を制限すればよいのでしょうか。

それは地下水の水脈が同一であれば、その採取は水脈の同一性によって制限を受けざるを得な

い点に求めるべきです。ここで、地下水利用権限の制約について重要な視点を提供している裁判例を取り上げたいと思います。それは、松山地方裁判所宇和島支部昭和 41 年 6 月 22 日判決です。当裁判所は、次のように述べました。

「一般に土地所有者またはその所有地内に掘さくした井戸から地下水を採取しこれを利用する権限があるが、地下水は一定の土地に固定的に専属するものではなく地下水源を通じて流動するものであり、その量も無限ではないから、このような特質上、水脈を同じくする地下水をそれぞれ自己の所有地より採取し利用する者は、いわばそれらの者の共同資源たる地下水をそれぞれ独立に利用している関係にあるといえ、したがって、土地所有者に認められる地下水利用権限も右の関係に由来する合理的制約を受けるものといわなければならない」

本判決は、土地所有者間の地下水の利用制限をその水脈の同一性に求めております。すなわち、同一の地下水流を有する土地の所有者は、地下水を共同で利用しなければならないというわけです。つまり、地下水の利用は、同一の地下水流を有する土地の所有者間において共同で享受し得る利益であると判示したと考えます。

(5) 健全な水循環の確保と地下水の利用制限

同一地下水流を有する土地所有者間における地下水の共同利用の考え方は、水の循環を前提にした思考です。このような見解は健全な水循環の確保の理念に立脚して、初めて持続性を有するものになります。なぜならば、いくら土地所有者で地下水を共同利用と言っても、その共同利用によって地下水障害が発生し健全な水循環が破壊されてしまえば、その利用は継続的かつ安定的に維持できなくなるからです。あくまでも、地下水利用はその継続的利用によっても地下水障害が起こることなく、健全な水循環が確保されることを第一義に解釈されねばなりません。つまり、「健全な水循環を損なうような地下水の利用をしてはならない」という規範が導き出されるのです。

そこで、このような地下水利用に関するルールを、どのように具体化するか、という問題が生じます。どこまで採取が許されて、どこからが健全な水循環系を損ねる行為と解されるのか、その基準をどこに求めるかという問題です。

それには、地方公共団体が当該地域の水環境を総合的に勘案し、地下水の保全と合理的利用の調和を図る条例を制定することによって、健全な水循環を確保し得る地下水利用の具体的基準を提示することが、現実的かつ有益な手立てであると思います。例えば、水が豊富で地下水の涵養が常になされている地域にあつては、地下水採取を規制する必要はありません。採取制限によってかえって地下水の水位が上がって、障害が発生することもあります。東京駅の地下水位が上がって、プラットフォームが持ち上げられてしまったという話は数年前、大きな問題となりました。

一方で、水事情が逼迫していて地下水障害がすぐに出るような地域では、厳格な規制が必要です。つまり、一律には決められない、地域によって決めるしかないので。当該地域の水事情に応じた採取制限を考えて条例で定めるといことになります。

先程ご報告がありましたように、熊本のように水道水源を 100%地下水に頼っている地域において、地下水の流動システムを把握した上で地下水保全条例を制定し、地下水を公水(市民共通の財産)と定めて、地下水保全対策を推進することは、地下水の保全と合理的利用の調和を図った先進事例

として大いに参考になると思われます。ただここで強調したいことは、地下水の流動システムを解明して、地下水がある程度管理可能な状態になっている点を見逃してはなりません。地下水保全のために、地下水を公水と規定して地方公共団体の管理の下に置くことは、法理論的には地下水の管理可能性を前提としなければ成り立たないからです。熊本のように、地下水の流動システムが大体解明されている場合には、管理可能な状態にあるといえるでしょう。

水循環の法的表現—公水・私水二元論の検討

最後に、公水・私水二元論および水循環の法的表現について検討したいと思います。

水利用に関する現在の一般的な見解によれば、河川の水は公水であるから自由に採取できない。採取するためには河川管理者に許可を得なければなりません。また、地下水は、原則として私水と解して(法令による規制がない場合)、土地所有者が自由に採取できるという考え方が基本にあります。これを公水・私水二元論と呼んでおります。最高裁判所も、この公水・私水二元論の立場から判決を下しております。

水が河川に流れているときは公水であるが、それが地下水になったら私水であるから自由に使える。でも使った後の水が河川に流れ込んだら、また公水になる。このような考え方は、人間の都合で水の性質が様々に姿を変えることを意味します。このように、水の性質を二元的に構成する考え方は妥当でしょうか。循環している水資源をある時点で切り取って、公水か私水かを論じ、それによって水を採取できるか否かを決めるのは、水循環の概念に適合的ではないと考えます。

そこで、公水・私水の区別によらない水の性質を考える必要が生じます。この点について、私は水のコア部分には公共性があり、水利権を取得した時点で、そこに財産権的性質、つまり私権性が覆い被さると考えます。例えて言えば、あんパンのようなものです。コアであるあんには公共性がある。しかしパンの生地が覆い被さることで、私権性が公共性を包み込み、河川に戻るとその私権性が剥がれあんだけになって、公共性が露見すると考えるわけです。

詳しく言いますと、河川の流水は旧民法の定める「公共物」として、その中核部分の公共性が現出していますが、地下水となって土地所有権の効力が及んでいたり、または流水の利用が慣習もしくは占有許可によって法的に承認されている場合には、その公共性に私権性が覆い被さることにより、財産権としての水利権が成立します。一方で水利権の対象としての水が、その私的支配の範囲から脱し、再び河川に還流すると、私権性が剥ぎ取られ、中核部分の公共性が露顕することになると考えます。すなわち、水資源の中核部分には公共性が存在し、それが私権性で覆われる→剥がれる→覆われる→剥がれるという過程が水循環であると考えます。要するに、水の公共性に対する私権性の被覆が、水の排他的利用をもたらし、その剥離によって水の公共性が露顕されると解するのです。このように考えることは、水循環の中における水の法的性質を表現することになると思います。したがって水循環を法的に表現すれば、水資源の中核部分に存在する公共性の露顕と私権性の被覆が繰り返されることと解することができるでしょう。

従来の公水・私水二元論にとらわれることは、水の循環を法的に切断することを意味します。水資源の法的性質を考察するにあたり重要なことは、水循環を切断させない法理論であり、それは水資源の公共性をその中核に据えることを起点にして、はじめて構築できると考えます。そして水循環の

公共性に対する私権性の被覆が水の排他的利用をもたらし、その剥離によって水資源の公共性が露顕されるサイクル、これが水循環の法的表現であり、この過程において水資源の保全と利用がなされると解する考え方を、水循環を法的に支える理論として提供したいと思います。そしてこのような見解は、健全な水循環の確保と合理的水利用の調和を図る施策の基盤に必要な法理論であると思います。